

- 書評： *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* [通往司法統治—新憲政主義的起源及後續發展] by Ran Hirschl [冉·賀修] (Harvard University Press, 2004, Paperback, 286 pp., ISBN 9780674025479)

在舊世界崩壞前 —新憲政主義與賀修的霸權維持理論*

黃丞儀

中央研究院

伴隨著全球民主化的演進，從1990年代中期開始，政治學及比較憲法學界開始將注意焦點轉移到司法權所扮演的角色及其表現。C. Neal Tate和Torbjörn Vallinder合編的*The Global Expansion of Judicial Power* (1995)，代表了當時的主要研究成果。Tate和Vallinder於該書中首度指出「政治司法化」(judicialization of politics)的現象，並將之定義為「政治行動者(議員、行政官員或內閣閣員)將政策決定的權力移轉予司法者」及「司法決策模式擴張到法院程序以外的領域」(2004:13)。然而，第二種現象已經偏向非司法領域的活動，惟第一種現象與司法權的運作有關者。由此可見，當時對於「政治司法

黃丞儀 中央研究院法律學研究所助研究員，芝加哥大學法學博士。研究興趣包括比較憲政主義、民主理論、行政法、環境法及司法政治。

Cheng-Yi Huang is assistant research professor at Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica. His research interests include comparative constitutionalism, democracy, administrative law, environmental law and judicial politics.

* The English title is *Before the Collapse of the Old World: New Constitutionalism and Ran Hirschl's Hegemonic Preservation Theory*.

化」的理解還在摸索階段，因此該書縱橫比較十六個國家後，歸結促成政治司法化的原因係涉及許多不同制度設計或政治動力，包括：民主政治、權力分立體系、基本權利保障、利益團體政治、國會分裂、公共支持不足、國會主動授權等（2004:33）。然而，這些混雜又彼此不相關的因素，根本無法有效說明「政治司法化」的起源和效果，只能說是開啓相關研究的風潮。

廣義來說，「政治司法化」的研究關懷延續了美國公法學對於司法權在權力分立體制中面臨「抗多數決困境」（*couter-majoritarian difficulty*）的討論，並將之延伸至新興民主國家的案例，去觀察欠缺政治實力的違憲審查機關如何建立權威，甚至與具有民主正當性的國會或總統進行對抗。但另一方面也針對跨國司法機構（如歐洲人權法院）及國際人權條約（如聯合國《公民與政治權利國際公約》）對於內國法院的穿透效果，展開研究。尤其歐洲整合後，原先未設違憲審查制度的歐盟會員國，因為條約的關係，不得不接受歐盟法院（*European Court of Justice*）及歐洲人權法院（*European Court of Human Rights*）的判決（*Stone Sweet, 2002*）。綜合這兩股力量，研究「政治司法化」的學者認為無論在國內或跨國層次，法院的重要性在近三十年內可謂與日遽增，違憲審查制度的全球擴散已無庸置疑（*Goldstein, 2004:611*）。

可以說在過去十年內，政治司法化和違憲審查制度的跨國比較，已經開創了一個新的研究領域，亦即「比較司法政治」（*comparative judicial politics*），相關研究如雨後春筍般竄生。*Nancy Maveety*（2009）歸納比較司法政治的六種研究架構，包括意識型態、法院受限、保險理論、策略反叛、國際壓力、社會脈絡。這六種研究架構分別運用了不同的研究取徑，包括受到行為主義影響的態度模型（*attitudinal model*）、以理性選擇為基礎的新制度學派（*neo institutionalism*）、強調路徑依賴的歷史制度論（*historical institutionalism*）等（2004:305）。*Maveety*認為制度侷限（*constrained court*）、保險理論（*insurance theory*）和策略反叛（*strategic defection*）這三種研究架構都運用了新制度學派的研究取徑，因為這三種架構都是以政治行動者的理性計算為前提，分析司法

權在權力分立（制度侷限）、政黨競爭（保險理論）和體制轉換（策略反叛）的狀況下，如何產生權力擴張。其中保險理論承接了1970年代以來美國法律經濟分析學界對於司法獨立的研究成果（Landes & Posner, 1975），將司法權的擴張和政治行動者在選舉中的理性預期勾連在一起，亦即「選舉市場模型」（electoral market model）。湯瑪斯·金斯堡（Tom Ginsburg）教授的《新興民主國家的司法違憲審查》（*Judicial Review in New Democracies*）即為此一研究的代表著作，本刊前已專文介紹（張文貞，2006）。

然而，金斯堡教授該書係以新興民主國家為研究對象（其研究個案為南韓、台灣和蒙古），但司法權積極擴張的現象在成熟民主國家也日益普遍，尤其原先採取西敏寺模型的議會民主國家，也紛紛建立起違憲審查機制。冉·賀修（Ran Hirschl）教授於2005年出版的《通往司法統治—新憲政主義的起源及後續發展》即針對四個西敏寺式民主國家：加拿大、紐西蘭、以色列和南非，從1980、1990年代以來的司法權擴張現象，提出類似保險理論的「霸權保存」理論（hegemonic preservation theory）。《通往司法統治》一書出版以來，引發熱烈討論，也迅速成為研究「政治司法化」的代表性著作。

賀修是以色列裔學者，1999年取得耶魯大學政治學博士，目前任教於加拿大多倫多大學法學院及政治系，並為加拿大「憲政主義、民主與發展」研究講座教授。《通往司法統治》是他的第一本專著，根據他的博士論文大幅改寫而成。書中以加拿大、以色列、紐西蘭及南非為研究個案，分析違憲審查機制和憲政主義擴散的政治成因，以及司法擴權之後的政治效應。賀修在書中經常將兩件事情並列：權利的憲法保障（constitutionalization of rights）和司法違憲審查的建立（establishment of judicial review），賀修認為這兩件事情合在一起促成了司法擴權（judicial empowerment），從而使政策決策權由具有民主正當性的國會轉移到少數菁英主導的司法部門，此即「新憲政主義」出現的背景（2004:16）。但為什麼這些國家會願意將權利清單（bill of rights）寫入憲法，並且成立憲法法院或賦予最高法院違憲審查權，宣告違反權利清單的法律無

效？這是本書最核心的問題意識。

賀修首先敘述了這四個國家發生的權利革命。加拿大在1982年通過了憲法法案（Constitution Act 1982），其中一章專門規定各種基本權利和自由。稍後加拿大最高法院亦於1984年的*Law Society of Upper Canada v. Skapinker*案中透過基本權利專章的適用，確立了違憲審查權的運作。以色列在1992年制訂了兩項基本法（相當於憲法），一為〈人性尊嚴與自由〉，另一為〈職業自由〉。這兩項基本法從憲法位階定義以色列為猶太（Jewish）民主國家。以色列最高法院在*United Mizrahi Bank*案中，透過〈人性尊嚴與自由〉基本法第三條對於財產權的保障，宣告國會法律無效。與加拿大的狀況一樣，自從以色列最高法院開始積極適用基本權利的憲法條款，大量的權利訴訟開始湧入法院。紐西蘭在1990年通過了「紐西蘭權利法案」（New Zealand Bill of Rights Act, NZBORA），此一法案雖然僅屬法律位階的性質，並未賦予法院宣告法律違憲的權力，但是法院因此有法律依據可以審查相關法律是否抵觸權利法案。而且隨著人權審查委員會（Human Rights Review Tribunal）於2001年建立，NZBORA和1993年的權利法案都提供了司法審查更有利的擴張基礎。最後是南非政府在終結種族隔離政策後，分別於1993年和1996年通過臨時憲法及南非共和國憲法，二者均包含了基本權利，但1993年臨時憲法僅限於古典的政治性權利，1996年的憲法則將社會經濟權利包含進去。這兩部憲法加上1995年成立的憲法法院，一同創造了許多驚豔全世界的憲法案例，讓南非憲法法院變成司法積極主義的主要代表之一。

賀修的霸權維持理論主要奠基於理性預期產生的策略行動：當現任政權面臨可能失去政權的危機時，如果將政策制訂的權力交給多數決的立法機關，他會擔心現在享有的政經利益將被崛起的新勢力扭轉，因此傾向於將決策權力交給作為第三者的法院。例如在以色列向來具有政經優勢的阿什肯納茲猶太人（Ashkenazi），從1980年代開始選舉日漸失利，而原先被邊緣化的米茲拉西猶太人（Mizrahi）或低收入人口和宗教基本教義派的勢力逐步擴張，人口數量也

急遽增加。從1981年到2003年左右的全國性及地方選舉，米茲拉西猶太人的當選比例節節升高。其中尤以2003年以色列國會（Knesset）選出在伊朗出生的米茲拉西猶太人摩西·卡查弗（Moshe Katsav）為總統，為阿什肯納茲猶太人勢力衰退的最高峰（2004:55-59）。面對這一連串的挑战，掌握以色列政治、經濟及司法資源的阿什肯納茲猶太人，為了鞏固自身權力，當然不會信任米茲拉西猶太人逐漸掌控的國會或內閣，因而轉向法院，讓最高法院來保障他們的財產權和世俗價值。若非如此，很難解釋這些政經菁英為何不早不晚，偏偏在1990年代開始通過兩項具有憲法位階的基本法來保障基本權利。而且法院的判決也大致吻合反對基本教義派及尊重市場自由的阿什肯納茲猶太人的價值。同樣的狀況，賀修認為也出現在南非白人、紐西蘭白人和加拿大的英語系白人。

賀修的霸權維持理論與金斯堡的保險理論之間，最大的差別在於：霸權維持理論認為「統治菁英和都市知識份子所擁有的政治霸權和文化認同亦經常在分裂政治中被不同的世界觀、信仰體系和政策偏好不斷挑戰」，這種「精細而複雜的政治鬥爭」不能夠被簡化為擔心選舉失利而已（2004:42-43）。賀修認為保險理論所依賴的「選舉市場模型」忽略了經濟菁英和司法菁英對於權利的憲法保障和司法違憲審查的建立所作出的貢獻。從霸權維持理論的觀點來看，受到威脅的政治菁英試圖將政策制訂從民主過程中切割開來，經濟菁英希望透過權利憲章來保障私有財產、去除管制和市場自由，司法菁英則希望透過這個作用力來增加自己的制度地位及政治影響力（2004:214）。換句話，不是只靠政治菁英的選舉利益來決定司法權的地位，還包括經濟利益及司法者內部的力量。透過這三股力量的結合，讓法院肩負起保存政治意識型態（如宗教世俗主義對抗基本教義派）、新自由主義和族裔文化價值（如加拿大和紐西蘭的昂格魯·薩克遜傳統）的重要任務。賀修將「選舉市場模型」主導的保險理論稱為司法擴權的薄型理論（thin version），而他自己的霸權維持理論則為厚型理論（thick version）。

即便如此，霸權維持理論與保險理論仍有許多共通之處。首先，霸權維持

理論亦假設了目前的權力持有者預期未來將失去政治領域的主導權。其次，因為預期即將失去主導權，為了保存既存的政治、經濟及文化霸權，權力持有者願意將政策制訂的權力授予法院。在「失去政權的預期」(future loss)及「授權」(delegation of policymaking power)的雙重條件結合下，才會產生「基本權利入憲」和「司法擴權」的結果。換言之，從霸權維持理論的角度來看，所謂的「新憲政主義」並非任何進步運動帶來的成果，基本權利只是備受威脅的政經菁英拿來鞏固自己地位的修辭而已，逐步擴權的司法部門其實不過是這些政經菁英的看門犬而已。

但是，霸權維持理論跟所有授權理論一樣，都面臨授權者是否會背叛的挑戰。一旦現任掌權者下台後，法院能不能忠實執行原先委託的任務？如果法院不能被信賴，為何掌權者願意將決策權交給可能不受控制的法院？尤其，並非所有國家的憲法法院或最高法院法官都享有終生的任期保障。一旦掌權者任命的法官下台後，新的法官更可能背棄原掌權者所設定的利益架構。賀修並沒有提出任何實證資料來佐證，僅僅輕描淡寫帶過，認為「各國最高法院在處理重大政治議題時，都會盡量恪守主流世界觀、政治基本論述及頗具影響力政治菁英的利益」(2004:210)。這樣的詮釋頂多只能解釋司法部門如何執行掌權者的意志，但完全無法解釋為何司法部門不會背叛？因此，有論者認為賀修的霸權維持理論頂多只能解釋司法擴權的時點(timing)，而無法解釋行動者的動機(motives)(Closa, 2006:583)。

而且，賀修書中所舉的四個例子，只有南非是真正發生掌權者失去權力的狀況(亦即黑人取得政權)，無論以色列、加拿大或紐西蘭都還是原先的掌權者繼續控制政治、經濟及文化霸權。甚至如賀修自己所述，紐西蘭的邊緣族裔(“peripheral” groups，亦即毛利人和亞裔、大洋洲裔)在1990年代後也僅佔百分之二十六而已，這百分之二十六的人口究竟能夠對執政的白人構成多大的威脅，以致於白人必須放棄國會，轉向法院？而唯一強烈支持霸權維持理論的南非，也不是賀修主要討論的「成熟民主國家」，更不是「未曾明顯發生憲法轉

型」的國家。賀修自己承認南非的狀況與其他三個案例國家不同，但他的解釋是，南非雖然有激烈的憲法轉型，出現權利革命，但是這些過程必須被更仔細的檢查，並非那麼單純。而且如果南非所代表的「特殊案例」（hard case）都可以用來印證他的理論，就更可以說在一般性的狀態，他的霸權維持理論也能夠成立（2004:10）。坦白說，賀修的回應非常沒有說服力，甚至可以說是強辭奪理。他最終沒有辦法邏輯一致地將南非納入其他三個案例中，而且唯獨這個「特例」是最支持他的霸權維持理論。我們因而不得不懷疑，究竟霸權維持理論是否真的能夠有效解釋成熟民主國家，尤其是採取內閣制的西敏寺模型國家，為何發生權利革命和司法擴權？

此外，賀修認為在此狀況下建立的最高法院或憲法法院會傾向於支持新自由主義的市場經濟秩序、洛克式的私有財產制、正當法律程序、表意自由、宗教自由，但不會積極支持勞動權或工會組織，也不會支持分配正義（redistributive justice）。他認為從這四個國家1990年代以後的政經發展就可以看得出來，分配正義是嚴重被忽略的，因為那會影響到既有勢力的經濟資源。因此他認為人們通常過度誇大權利革命帶來的社會經濟重分配，新憲政主義的崛起充其量只是再次穩固資本主義社會。以南非為例，即便有了新憲法和新的憲法法院，南非的經濟不平等仍舊相當嚴重。截至2002年為止，衡量收入分配的基尼係數（Gini Coefficient）幾乎沒有任何改善（2004:158）。不過，不少論者均指出賀修此處犯了邏輯上的「稻草人論證」，權利入憲和分配正義的落空之間是否真的具有相關性，欠缺實質資料的支持（Goldstein, 2004:626; Perju, 2005:1039）。

《通往司法統治》處理的其實並非新議題，所謂的「新憲政主義」也遭遇到舊世界所遺留的問題（Rush, 2004:552-557）。不過賀修在本書中，問了一個很重要的問題：為何具有違憲審查權的最高法院或憲法法院在近二十年取得空前的矚目，甚至導致民主政治（democracy）逐漸轉變成「司法統治」（juristocracy）？為何這些違憲審查機關無法實現分配正義的理念，反而成爲

捍衛新自由主義市場秩序及個人財產權的守護者？賀修試圖以成熟民主國家為研究對象，來回答這些問題。對賀修而言，前述問題都必須從政經文化霸權的掌控者對於自身利益的計算中尋找答案。賀修對於分配正義的分析，呼應了Gerald Roseburg在其名著《空洞的希望》(*The Hollow Hope*)所提出的「法院受限」(constrained court)理論，亦即法院不見得能夠帶來一般人民所期待的社會變革。賀修的創見是在「選舉市場模型」的基礎上，進一步分析分裂社會中經常可見的政經、文化霸權宰制狀態。霸權對於分裂社會的影響並不限於一時，可以透過司法而建立長久的影響機制。這一點對於成熟民主國家或新興民主國家都有深刻的啟發。當然，在這種觀點之下的法院似乎就失去了自身的主體能動性。因此，「朝向司法統治」最後恐非真由司法來進行統治，而是掌權者的「寡頭統治」(oligarchy)。

本書劇力萬鈞，旁徵博引，而且不同於一般比較政治的個案研究，每一章節揉合了四個國家的事例，巧妙地牽引出霸權維持理論的論證分析。對於研究比較司法政治的讀者而言，是一部必讀著作。對於關心民主社會中的司法表現者而言，本書提醒大家，無須過度期待司法部門或違憲審查機關對於權利革命的貢獻。對於賀修而言，基本權利入憲和違憲審查機制的擴張，其實是政治角力的結果，因此權利革命也必須回到政治的場域來進行觀察。對於比較司法政治的研究者而言，未來或許可以在此一線索上，進一步以實證資料來支撐或反駁「霸權維持理論」。但所謂「霸權」(hegemony)一詞，是否能夠更精確地予以定義，是此一論題能否透過實證資料來檢驗的重要前提。無論如何，《通往司法統治》一書已經為「政治司法化」提供了既深且廣的比較研究。這正是本書出版以來，仍不斷引起迴響與討論的原因。

參考書目

- 張文貞 (2006)。〈司法違憲審查的政治起源？—科際整合取徑的探討〉，《台灣民主季刊》第3卷，第1期，頁137-42。
- (Chang, Wen-Chen [2006]. "Political Foundations of Judicial Review: An Interdisciplinary Inquiry." *Taiwan Journal of Democracy*, Vol. 3, No. 1:137-42.)
- Closa, Carlos (2006). "Book Review: Ran Hirschl, Towards Juristocracy." *Int'l J Con Law*, Vol. 4, No. 3:581-86.
- Goldstein, Leslie F. (2004). "From Democracy to Juristocracy." *Law & Society Review*, Vol. 38, No. 3:611-29.
- Landes, William and Richard Posner (1975). "The Independence of Judiciary in an Interest-Group Perspective." *Journal of Law & Economics*, Vol. 18, No. 3:875.
- Maveety, Nancy (2009). "Comparative Judicial Studies" in Miller, Mark (ed.), *Exploring Judicial Politics* (pp.294-306). New York: Oxford University Press.
- Perju, Vlad (2005). "Book Review: Ran Hirschl, Towards Juristocracy." *Modern Law Review*, Vol. 68, Issue 6:1038-41.
- Rush, Mark (2004). "Book Review: Ran Hirschl, Towards Juristocracy." *Law & Politics Book Review*, Vol. 14, No. 7:552-57.
- Stone Sweet, Alec. (2002). "Judicialization and the Construction of Governance." in Shapiro, Martin & Alec Stone Sweet (ed.), *On Law, Politics & Judicialization* (pp.55-88). New York: Oxford University Press.
- Tate, Chester N. and Torbjörn Vallinder (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NYU Press.

