

- 書評： *Legal Mobilization under Authoritarianism: The Case of Post-Colonial Hong Kong* [威權體制下的法律動員—後殖民時期的香港] by Waikeung Tam [譚偉強] (Cambridge University Press, 2013, Hardcover, 234 pp., ISBN 9781107031999)

當政治不再變遷，法律動員如何可能？*

林建志

中央研究院

隨著司法院大法官釋字第 748 號解釋的公布，法律動員—特別是指透過憲法訴訟試圖改變社會的訴訟策略或模式—似乎又再度引起注意，基於以下兩點理由，這其實並不令人特別意外：首先，臺灣國會的議事品質長久以來一直為一般民眾所詬病，在立法院不能充分反映民意、甚至為利益團體所綁架的時候，人民自然要另外尋找政治代理人；其次，雖然人民聲請釋憲需要窮盡救濟程序，看起來曠日廢時，但公益團體過去透過憲法法院進行訴訟，似乎獲得一定程度的成功。同性婚姻的議題似乎再一次印證這個模式，透過法律動員，爭取憲法法院裡的十張票似乎比爭取立法院裡的五十七張票來得容易，戰果的保存期限還更久。過去臺灣關於法律動員的文獻多半聚焦於本土脈絡的討論，但有時候異地的經驗，不無交互參照、甚至截長補短的功用。香港的法律動員，正是一個足以供臺灣學者參考的例子，和臺灣相較之下，香港不同的政治體制、不同

林建志 為中央研究院法律學研究所助研究員，研究領域為司法政治、比較憲法。

Chien-chih Lin is an assistant research professor at Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica. His academic interests focus on comparative constitutional law in Asia, judicial politics, and judicial behavior. Email: chienchiulin@gate.sinica.edu.tw.

* The English title is *How Social Movement Could be Possible without Political Change*.

的法律文化，甚至不同的法律爭議，都可以讓臺灣的法律工作者有所借鏡。譚教授的著作 *Legal Mobilization under Authoritarianism: The Case of Post-Colonial Hong Kong*，是近年來分析香港法律動員最有體系的書之一，除了論點有相當說服力之外，其在書中多處與臺灣與中國的情形作比較，也是一個值得臺灣研究者關注的原因。

這本書的核心論點，主要從歷史制度論出發，特別是其中的兩個概念，一個是關鍵的前提要件（critical antecedent），另一個則是關鍵時刻（critical juncture）（頁 5），他主張由於在刺激法律動員的關鍵時刻來臨之前，香港就已經具備了許多有助於法律動員的條件，因此一旦時機成熟，法律動員便可應運而生。這兩個概念不但解釋了香港的法律動員為什麼會發生，也解釋了為什麼發生的時機在九七回歸前後。關鍵的前提要件主要是指香港的法律社群（legal complex），這個群體包括法官、律師，以及政府所提供的法律援助機制（頁 38）。詳言之，就司法體系而言，在港英時期，香港就已經有一批相當獨立且有能力的法官，而在香港回歸中國之後，基於許多制度性因素，司法獨立被完整的保留下來（頁 71-73），相對於中國介入甚深的行政權與根本不是真普選產生的立法權，司法權頓時成爲最讓人信賴的政府部門。司法的獨立當然使得人民更願意接近使用法院，這是法律動員能發展的主要因素之一。其次，就律師而言，延續著港英時期的制度，香港的律師公會不但高度自主且有組織（頁 45-48），和中國的維權律師相比，香港律師面臨的風險也遠遠較低，因此能夠較有效率地爲了人權保障而動員起來。最後則是政府補助的法律援助機制，不但補助範圍廣泛，而且爲了確保沒有不當的政府干預，在某些案件中甚至會委請私人律師，以避免利益衝突（頁 48-49）。

至於關鍵時刻，作者則認爲是 1989 年天安門事件時，中國對人民的武力鎮壓（頁 5）。這發生於英國與中國簽訂聯合聲明、確定香港將於 1997 年回歸中國之後，因此使得英國乃至於香港本地對於回歸中國這件事情充滿恐懼，爲了確保香港人的人權與自由，英國政府不顧中國反對，在 1991 年制定了

《香港人權法案條例》(*Hong Kong Bill of Rights Ordinance*)，這個條例納入了《政治與公民權利國際公約》(*International Covenant on Civil and Political Rights*)，並禁止香港立法會訂定與該公約違背的法律，這是香港人第一次享有基本權利的明文保障(頁 60-61)。這個條例與後來的《香港基本法》，成為法律動員最重要的訴求依據，這清楚地反映在法院的案件類型中，人權案件的比例在通過該條例之後有顯著的增加。最後，因應回歸後英國的樞密院司法委員會(Judicial Committee of the Privy Council)不再具有香港案件管轄權，香港因此成立了香港終審法院(Court of Final Appeal)，第一任首席大法官 Andrew Li Kwok-nang 爲了提高香港終審法院的國際聲譽，特地邀請許多其他普通法系國家中聲譽卓著的法官擔任香港的非常任法官(non-permanent judges)，以確保香港的司法獨立不會因爲回歸中國而受到質疑(頁 18)，這些外籍法官的存在，也使得中國比較無法干預司法(頁 53)。

一言以蔽之，作者主張香港的法律動員之所以能在半民主半威權的體制下蓬勃發展，關鍵原因是天安門事件帶給香港人的不確定性，這使得當時仍統治香港的英國政府訂定一連串措施，提供了香港法律動員的依據，再加上在港英時期所奠定的許多良好基礎，像是獨立的司法系統與自主的律師公會，這些都使得一旦關鍵時刻來臨，法律動員便能水到渠成。本書的主要論點，我認爲是相當有說服力的，除了作者在書中的分析之外，也有一些基本的統計數據做爲補強。這點若是和新加坡比較，或許更容易彰顯出來。兩者同樣是普通法系、同樣是半威權體制、司法獨立與法治指數經常在亞洲名列前茅、同樣是經濟高度發展的地區，然而新加坡的法律動員(如果有的話)幾乎不存在(Tan, 2003:126-30)，其中的原因可能正是缺少了一個關鍵時刻，相對於香港經歷主權由英國移交給中國的歷史劇變，而且後者在人權紀錄上遠較前者爲差，新加坡自從被迫獨立後，長期以來在人民行動黨的執政下，政經發展一直相當穩定，並沒有這種激烈的變化，多數人民也就比較沒有透過法律動員改變社會的需求。

本書除了分析香港的法律動員之外，也指出香港的經驗可以和四個不同領域的既有論述進行對話並豐富其內涵（頁 25-27）。首先是針對威權體制下的司法政治發展，由於作者從歷史制度論出發，他認為香港的法律動員，特別是歷史因素的影響，顯示了法院即使在威權體制下也不完全是順從的，而法律動員並不永遠如獨裁者所預期。過去文獻指出威權政體會基於策略考量（例如社會控制或經濟發展）而強化司法權，但香港的經驗展現了另一種不同的面向。其次，香港經驗顯示了威權體制下的法律動員必須同時仰賴法律社群與權利的支撐系統，兩者缺一不可，而作者認為過去的文獻不是過於偏重前者就是過於偏重後者。第三，本書強調不同的威權體制會對當地的法律動員產生不同的影響，這裡作者比較的對象是臺灣。即使在威權時期，臺灣的選舉制度相對地開放，相對於香港缺少普選但卻高度保障司法獨立，作者認為這是 1980 年代末到 90 年代初期，臺灣法律菁英走向選舉而香港法律菁英走向法院的差別，也就是前者引起政治動員而後者引起法律動員。最後，作者認為經濟發展可能反而阻礙公益律師透過法律動員追求民主化，在香港，中國雖然無法像逮捕維權律師那樣大肆抓人，但仍可以間接對這些律師施加經濟壓力，例如減少他們的案源（頁 132-33）。延續最後這一點，作者也指出香港的法律動員目前所面臨的困境，包括中國對於外籍法官的抗拒、對於法官任命的影響、法律援助的政治化...等等（頁 174-78）。

這四項理論上貢獻，也是這本書在深入分析香港法律動員外，相當值得一讀的原因。除了第二點我認為與其他文獻實質上並無太大差異外，就第一點而言，本書對於威權體制下的司法政治與法律動員，無疑是提供了一個新的有趣案例與視角，作者認為目前既有的相關文獻過於忽略歷史影響，而只著重於現有的政治結構和制度設計如何影響法院的功能，而法院又如何與不同類型的威權體制（一黨專政、軍政府、或君主國）互動。然而囿於歷史與政治上的特殊性，香港經驗是否能提供其他威權體制的借鏡，則不無疑問。更根本的問題是，香港在英國統治時期，已經建立起相當獨立的司法體系與高度自主的律師公

會，從這個角度來看，香港的法律社群早在中國政府統治之前就已經存在，這與許多其他威權國家有所不同。換句話說，香港是先有一套完整的司法系統與專業的律師社群，之後才有威權政府的進駐；即便在九七回歸之後，後來的中國政府又受限於一國兩制的承諾，北京即使打算重塑體制，起碼在司法體系這一部分，是相對受限的，這從香港的司法獨立與法治指數，直到今日在亞洲各國中仍然數一數二即可自明，而香港的經濟發展也持續受惠於它獨立且有效率的司法制度。這點與既有文獻中探討其他威權政府為何在形式上會想要建立或強化司法功能以拘束自己有所不同（Moustafa and Ginsburg, 2009:4-11），兩者並不是完全沒有交集，但在一開始想要回答的可能是不同的問題。

其次，在比較臺灣與香港不同的發展歷程時，如同本書所說，臺灣由於民主化的關係，再加上威權時期的黨化司法後遺症（劉恆奴，2019:1），使得普通法院遠不如香港的來得受一般人民信賴，有許多當時的黨外的法律菁英確實走向體制從事民主改革。然而本書似乎忽略了相當多臺灣法律菁英事實上也從事了法律動員的工作（Chang, 2011:136）。舉例來說，在1987年解嚴前，婦女新知基金會（1982）和臺灣人權促進會（1984）就已經成立，這之中都有公益律師的參與。而在香港法律動員開始產生的1990年代，一海之隔的臺灣，從過去的性別平權運動、環境保護運動、勞動權益運動等，也都可以見到法律動員的例子，這種由下而上的改革，已經成為臺灣民主運動、乃至於民主化後憲政改革的主要動力（Yeh, 2014），部分原因或許可以歸功於臺灣憲法法院有意識的自我轉型，在許多重要案件中確立其人權守護者的形象，正如同香港終審法院，臺灣憲法法院相較於立法或行政部門，也獲得相對多數民眾的信賴（李立如、黃國昌，2016）。^① 在法律動員與政治改革齊頭並進的這點上，臺灣與韓國相似（Ginsburg, 2007:50-62），法律菁英不但投入選舉，也持續透過法律

^① 臺灣法實證研究資料庫，臺灣法律與社會變遷調查第二期，https://srda.sinica.edu.tw/datasearch_detail.php?id=970。

動員改變社會，甚至有些表現傑出的公益律師因此被延攬成為政府官員或國會議員，因此本書在這方面的比較，我認為是可以再商榷的。

最後一點，作者除了指出香港法律動員的困境之外，其實還涉及了一個在法律與社會領域重要的問題：究竟法律 / 法院有無可能獨自促進社會變遷？譚教授的博士論文（也就是本書前身）口試委員之一是 Gerald Rosenberg 教授，其經典著作 *The Hollow Hope*（商周譯本：《落空的期望》），對上述問題持否定的看法，除非滿足了某些條件。Rosenberg 雖然相信其他國家的法院也會面臨他書中所指出的制度限制，但他從未聲稱他的結論可以應用在其他國家。放在香港的脈絡下，縱使滿足上述前提要件與關鍵時刻，而使得香港的法律動員開始蓬勃發展，但法院判決如果沒有得到行政或立法部門的肯認，而使得判決結果沒辦法變成具體的立法或行政措施，法律動員在一定程度上也只是白費力氣。縱使人們可以因為不信任政治部門而走向法院，但法院最後仍然必須尋求政治部門的配合。譚教授並沒有正面處理這個問題，他一方面指出由判決結果來看，香港終審法院堪稱是人權的守護者（頁 77-87），在近五成的案件中判決人民獲勝，然而在另一方面他同意 Rosenberg 教授該書主張，法律動員既昂貴又費時，而且常常不能有效的促進社會變遷（頁 88）。很可惜的是，這本書並沒有繼續追蹤那些勝訴判決的後續發展，我們無從得知香港的法律動員，在面臨他所指出的諸多挑戰之後，是否真的帶來社會變遷。

或許，上述問題的答案不是全有或全無，而是視領域而定？香港經驗對於臺灣法律動員的啟發之一在於戰場的選擇。本書認為香港法院並非對於所有權利論述都同樣友善，特別是對於經濟與社會權利（頁 76-77），即便香港是一個高度經濟開發的地方，政府相對更有能力落實這些權利，但法院仍會避免介入這些領域太深。換句話說，即使是再怎麼積極和獨立的法院，都仍然必須面對司法系統本身的侷限，以及整體政治結構的壓力。就這點而言，臺灣的法律動員無可避免的也會面臨同樣的問題，這點在《憲法訴訟法》於 2018 年底修正公布、2022 年施行之後可能更為重要，由於新法採納法院之友（amicus

curiae) 制度，容許當事人以外之團體提出專業意見，如何在資源有限的情況下選取最有勝算的案件，勢必是臺灣的法律動員必須考量的一件事情。

多數有關法律動員的英文專書都將焦點放在歐美國家、南非或印度，而相對較少集中在東亞地區，本書聚焦於香港法律動員，相當程度彌補此一缺口，其由歷史制度論出發的分析也相當有說服力，且本書並不滿足於介紹香港，更將視角擴及於兩岸三地的比較，以及在理論層次與其他文獻對話，雖然我並不完全同意作者的觀點，但本書無疑豐富了這個領域的辯論，是一本所有研究法律與社會和司法政治的學者不應錯過的專論。

參考書目

- 李立如、黃國昌 (2016)。〈建置臺灣法實證研究資料庫第二期實施計畫—臺灣法律與社會變遷調查計畫 (公共版) (C00220)〉。《中央研究院人文社會科學研究中心調查研究專題中心學術調查研究資料庫》。https://srda.sinica.edu.tw/datasearch_detail.php?id=970.
- (Li-ju Lee, Kuo-chang Huang [2016]. The Establishment of the Taiwan Database for Empirical Legal Studies: Phase II-Unveiling the Interaction between Law and Social Change in Taiwan (Public Access Data) (C00220). Available from Survey Research Data Archive, Academia Sinica. https://srda.sinica.edu.tw/datasearch_detail.php?id=970.)
- 劉恆奴 (2019)。〈戰後台灣的「黨化司法」〉。《中研院法學期刊》，第 24 卷，第 1 期，頁 1-86。
- (Heng-wen Liu [2019]. “The Politicization of the Judiciary in Post-War Taiwan.” *Academia Sinica Law Journal*, Vol. 24, No. 1:1-86.)
- Chang, Wen-chen (2011). “Public Interest Litigation in Taiwan: Strategy for Law and Policy Changes in the Course of Democratization.” In Po Jen Yap and Holning Lau (eds.), *Public Interest Litigation in Asia* (pp.136). Oxon: Routledge.
- Ginsburg, Tom (2007). “Law and the Liberal Transformation of the Northeast Asian Legal Complex in Korea and Taiwan.” In Terence C. Halliday, Malcolm M. Feeley, and Lucien Karpik (eds.), *Fighting for Political Freedom* (pp. 43, 50-62). Portland: Hart Publishing.
- Moustafa, Tamir and Tom Ginsburg (2009). “Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics.” In Tom Ginsburg and Tamir Moustafa (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (pp.1, 4-11). Cambridge: Cambridge University Press.
- Yeh, Jiunn-Rong (2014). *The Constitution of Taiwan: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing Ltd.