

以法之名： 後殖民香港 法律文化研究

冼偉文、朱耀偉 合著



臺灣學生書局印行

以法之名： 後殖民香港法律文化研究

冼偉文、朱耀偉合著

臺灣 學堂書局 印行

以法之名：後殖民香港法律文化研究

冼偉文，朱耀偉合著。－初版。－臺北市：臺灣學生，2000 [民 89]
面：公分
參考書目：面

ISBN 957-15-1053-X (平裝)

1. 法律－香港特別行政區－論文，講詞等
2. 法律與社會－論文，講詞等

580.9338

89018478

以法之名：後殖民香港法律文化研究

著 作 者：冼 偉 文 朱 耀 偉
出 版 者：臺 灣 學 生 書 局
發 行 人：孫 善 治
發 行 所：臺 灣 學 生 書 局
臺北市和平東路一段一九八號
郵政劃撥帳號00024668號
電 話：(02)23634156
傳 真：(02)23636334

本書局登
記證字號：行政院新聞局局版北市業字第玖捌壹號

印 刷 所：宏 輝 彩 色 印 刷 公 司
中和市永和路三六三巷四二號
電 話：(02)22268853

定價：平裝新臺幣一五〇元

西 元 二 〇 〇 〇 年 十 二 月 初 版

序

有關西方法律在非西方社會的運作的研究主要集中於施行上的實際問題，西方法律對當地社會的文化和道德價值的影響一直少有深入之探討。自 1842 年變成英國殖民地之後，香港一直採用英國的普通法，而這套法律制度難免會對本土文化帶來深遠的影響。因此，香港可以說是西方法律與非西方社會本土文化的關係的一個範例。近年歐美學院興起了批判法律研究（critical legal studies）的熱潮，但香港在這方面的研究卻嚴重不足。這不但使香港人對法律的理解有著局限，亦限制了香港公共論述的健康發展。法律作為控制所有個人及社會行為的制度，可說是在當代社會之中最具影響力的文化機制。從後殖民的角度探析香港的法制既可填補後殖民論述的不足（後殖民論述多以文化社會為研究對象），亦能揭示殖民法制對本土文化的宰制。本書採取跨學科——法律研究、文化研究、社會學研究等——角度審視這個課題，嘗試通過批判法律研究和後殖民論述等理論角度，帶出法理、道德、公義等觀念所可能牽涉的問題，其間亦會以流行文化為例，說明法律制度對本土文化的形塑和一般人對法律的看法。本書以後殖民論述為主要理論架構，可說是研究香港法律的開創性中文專著，不但可以填補香港法律研究的不足，亦可為後殖民研究帶來新視點。

本書主要乃香港城市大學資助的研究計畫（“Law as/and

· 以法之名：後殖民香港法律文化研究 ·

Culture”)之成果，其中部分曾於不同研討會及有匿名評審制度的國際學術期刊發表，現已因應全書脈絡作出適當修訂。論文出處如下：

〈誰的法治？後殖民香港法律文化再思〉（“Whose Rule of Law? Rethinking Postcolonial Hong Kong Legal Culture”）一文曾於香港中文大學的“Culture, Media and the Public”國際研討會（1997）宣讀，收訂版刊於 *Social and Legal Studies* (June 1998): 147-169；另部分章節曾收錄於朱耀偉：《他性機器？後殖民香港文化論集》（香港：青文書屋，1998）。

〈以法之名：後殖民香港的法理、道德與公共論述〉（“In the Name of Law: Legality and Morality in Postcolonial Hong Kong”）一文曾於香港中文大學的“New Cultural Imaginaries: Cosmopolitan Sensibilities & Alternative Modernities in the Pan-Asian Context”國際研討會（1998）宣讀，收訂版刊於 *International Journal of the Sociology of Law* (June 1999): 185-205；重心稍有不同的中文版本刊於《當代》第 132 期（1998 年 8 月），頁 118-125、第 133 期（1998 年 9 月），頁 124-131；

〈在法律殖民與文化殖民之間：香港文化生產的合法化政治〉（“Between Legal and Cultural Colonialism: The Politics of Legitimation of the Cultural Production in Hong Kong”）一文曾於臺灣淡江大學的國際比較文學研討會（1995）宣讀，後收錄於 *Tamkang Review* (Spring and Summer 1995): 49-88；

〈法律之前人人平等？——香港法律語言政策探討〉（冼偉文著）

一文刊於《香港社會科學學報》第 15 期（1999 年秋季），
頁 103-121；

〈「現狀神話」：後殖民香港的全球資本主義中的法治〉中部份章
節將於 “Postcolonial Law in the Global Economy: The Case of
Hong Kong” *International Journal of the Sociology of Law* 中刊
登。

最後，筆者謹以此書獻給父母和親人。

冼偉文、朱耀偉

2000 年香港

• 以法之名：後殖民香港法律文化研究 •

以法之名： 後殖民香港法律文化研究

冼偉文、朱耀偉 合著

目 錄

序.....	I
導 論.....	1
第一章 誰的法治？後殖民香港法律文化再思.....	9
第二章 以法之名： 後殖民香港的法理、道德與公共論述	37
第三章 在法律殖民與文化殖民之間： 香港文化生產的「合法性」政治	63

· 以法之名：後殖民香港法律文化研究 ·

第四章	法律之前人人平等？ ——香港法律語言政策探討（冼偉文著）	87
第五章	「現狀神話」： 後殖民香港的全球資本主義中的「法治」 .	107
引用書目		131

導 論

由於 1997 香港回歸中國的關係，後殖民論述、文化研究等課題在香港學院廣為人注意，尋找後殖民香港身分認同是其中一個最常為人討論的問題。然而，有關身分認同的討論往往聚焦於文化以至社會層面，對一直被視作香港的殖民歷史的最寶貴遺產的法律制度卻少有談論。究其原因，香港法律制度素被認為是獨立、中性、公正的，也是香港作為現代大都會社會的最重要資產。因此，法律在香港人心中彷彿不可也不必質疑的一個觀念，更是九七以後確保香港獨立自主的最重要城牆。可是，一個西方的普通法制度在非西方社會到底是否完全適用？這個問題在九七以前也許由於香港的被殖民者身分而被淡化（因為香港根本就被視為西方的一部分），但在九七以後，以普通法為基礎的《基本法》^①卻必然會遇上因不同的文化的衝撞所帶出的問題（如居留權問題，見第二章）。再者，西方的法律傳統在香港以往很少受到質疑，但那卻並不代表當中並無問題。雖然如「法律只為有錢人服務」般的怨懟只是人們對法律制度不滿時的一種發洩，但無可否認的是法律制度作為現代社會最

① 《基本法》全名為《中華人民共和國香港特別行政區基本法》。《基本法》由中國全國人民代表大會制定，在香港擁有等同於憲法的地位，其他一切法律都必須以之為本，不得與其相抵觸，否則即屬無效。

具權威（以有刑罰權力的角度而言）的論述本身並不是沒有內在問題的。美國七十年代出現的批判法律研究運動便是對西方法律傳統作出挑戰的重要例子。

六十年代美國連串的反戰、黑人民權、女性解放的運動使人們對弱勢社群的關注日漸提昇，當時不少年輕一代開始反思社會上的不公平現象，而法律作為將不同社會行為「合法化」（legitimation）的論述也自然會被牽連。其中一些知識分子在七十年代開始在美國的頂尖學府站穩陣腳，開始將他們的不滿在不同系科以不同形式理論化，而批判法律研究可說是在這歷史脈絡中出現的一場重要運動。當時不少知名的法學教授在不同學院發展他們對法律的批判，更凝聚了一批年輕的教授、研究生，營造了一個批判法學的氛圍。直至 1977 年春天，第一個批判法律研究會議在威斯康辛州（Wisconsin）召開，正式揭開了美國批判法律研究運動的序幕。^②據批判法律研究的中堅分子昂格爾（Roberto Unger）的說法，批判法律研究所針對的主要對象是法律形式主義和客觀主義。法律形式主義堅持「非個人化的目的、政策和原則是法律理性所不可或缺的成分」，而且「只有通過相對地非政治化的分析方法，法律教條才會變得可能」（Unger 1986: 1）。要言之，法律形式主義深信可以拓立一個中性、非政治化的法律制度，而通過如此制度，公義才可望得彰顯。另一方面，客觀主義則認定權威的法律元素（如個案、

② 有關批判法律研究運動的歷史背景及主要參與人物，詳參朱景文編 1996：6-7。書末更附批判法律研究運動的主要著作的詳細書目，很具參考價值，詳參頁 409-449。

法律觀點)可以包含人類社會的道德次第,而不是偶發的權力爭奪的結果(Unger 1986: 2)。批判法律研究對這些既存的法律觀念表示根本的懷疑,並嘗試從不同角度反思如此制度是否可能,公義能否彰顯等問題。在範圍較集中的美國批判法律研究運動之外,也同時有較為廣義的批判法律研究迅速發展。這類批判法律研究與美國新左翼有微妙的關係,也與七十年代在美國開始出現的後殖民、女權主義、第三世界論述等文化批評理論有許多眉目互通之處。批判法律研究對法律形式主義的批判也可按這些他者論述的理論脈絡來理解。比方,朱景文便曾指出,「就批判法學而言,批判對婦女、黑人的歧視一直是它的一個主要內容」(朱景文編 1996: 8),而批判法學的第三個主要理論觀點為「法律推理的非確定性」、「法反映統治者的意志」和「法是階級統治的偶然產物」(朱景文編 1996: 10-13)。到八十年代中後期,當黑人和女性開始正式進入學院,也就推動了批判女性主義法學和種族批判法學,又與後結構、後殖民等批評論述互相融合,成就了一個眾聲對唱的局面。

比方,在美國學院,批判法律研究除了從內針對法學傳統的問題,作出對傳統法律觀點的不同批判(如堅尼地 Duncan Kennedy, 賀維滋 Morton Horwitz, 楚貝克 David Trubek 及昂格爾等人)(詳參朱景文編 1996: 42-146),批判法律研究也向外與不同批評理論對話,其中較為突出的有新馬克思主義、女權主義、第三世界批評論述等。以新馬克思主義為例,葛蘭奇(Antonio Gramsci)的「霸權」觀點便對法律研究帶來很大的衝擊。葛蘭奇認定法律是霸權的階級統治的一種工具理性:「國家通過法律來『同化』統治集團,並試圖建立一個有益於統治集團發展的社會順

從主義」（Gramsci 1971: 195，中譯引自朱景文編 1996：212）。人們在如此制度的統治之下，久而久之便會失去思索不同可能性的動力，錯誤以為社會現實只能如此，根本沒有可能變得更好。我們並不完全同意葛蘭奇的說法，以之為例的目的是要說明批判法律研究在不同理論衝擊之下，可以使人重新反思一些已為人接受的觀念，朝向一個更開放的論述系統。

七八十年代在美國學院發展得十分蓬勃的他者論述對香港也有很大的影響。雖然至今仍未算主流，但文化研究、後殖民論述、女性主義以至同志論在香港都打開了論述空間，香港學者在這些方面都有專著，大小研討會也舉辦了多次，學院中也開設了不少相關課程。相對之下，批判法律研究對香港學院的影響卻是微乎其微，不但學術研究幾乎仍交白卷，學院也是以專業訓練為主，對這些「旁門左道」可說是嗤之以鼻。

誠如韋斯特（Cornel West）所指出，法律學院的教育主要是針對按既有先例和成規思考，故其可說是根本地「非進取性」（non-progressive）的（West 1993: 235-247）。有鑒於此，我們認為有必要在香港推動批判性的法律研究，才可更開放的考量法律與公義之間的不同可能性，而此正正是目前的法律機制所不能也不欲處理的決定性課題。正如湯信（Alan Thomson）在談論英國的批判法律教育時所聲稱：「在法律教育的較早階段，人們的嘗試受制於其對法律和法律觀念的經驗，因此對法律、秩序和公義的普遍概念雖然十分重要，但人們對其了解必然有限。當學生獲得較多有關法律的詳細技術性資料以後，對批判性教育而言最大的問題是如何將這些知識連繫到學生在課室以外的實際生活經驗之上，即是要繼續視他們

爲人及對外面世界有責任要負的人」(Thomson 1987: 195)。香港由於一直強調法律的專業、獨立地位，對湯信所言的「法律、秩序和公義」自然不太重視，而要將法律連繫到實際生活經驗之上更非其教育的主要目的。雖然現今香港的兩間法學院已開設較具批判性的課程，但始終只屬少數和邊緣，而當中所引介的理論又往往與法律課程中的主要成分割裂。湯信便曾指出，發展批判法律教育的其中一大障礙是未能使批判理論和法律教育結合，並且使其擺脫邊緣點綴的有限角色(Thomson 1987: 196)。

當然，批判法律研究也不是沒有其內在問題。韋斯特便曾批評批判法律研究，認爲其作爲一種左翼的次文化，欠缺了一種對歷史的廣闊認識，因而呈現出三大缺失：一、「廢棄」自由主義的主導傾向；二、拒絕與既可阻礙也可推動社會改革的傳統協商；三、跟欲轉化美國社會文化的非學院進取組構保持文化距離(West 1993: 200-205)。要言之，批判法律研究只屬學院的另類精英文化，未能與其他論述匯合，又不能積極面對傳統，從而從內推動社會文化上的轉化。韋斯特的解決方法是希望批判法律理論家可以變成「公共知識分子」，直接介入社會現實，才有望以這種「葛蘭西式」(Gramscian)觀點改變目前的保守主義(West 1993: 204-205)。

無疑韋斯特的說法有其道理，但香港的獨特情況使這種理想更難實現。以香港的情況而言，法律與文化之間的研究相當貧乏。本書希望能夠按香港的特殊脈絡來連繫兩者。李安納(Jerry Leonard)在爲其所編的《法律研究和文化研究》(*Legal Studies and Cultural Studies*)作序時所表明對法律文化研究的抱負，對我們來說是過分理想了：「所以《法律研究和文化研究》一書是要提

倡一種批判法律研究和當代文化研究的整合，關注與社會空間、關係和資源有關的經濟及政治上公平、公正及可供公眾問責的機構的理論和實踐」（Leonard 1995: 2）。在此我們不是要建構一套自己的公平與公義的原則，反而只是集中於帶出西方普通法制度所可能帶來的支配和剝削。要言之，對「公義」作不同角度的思考（可參 Leonard 1995: 2）。香港一直欠缺公共論述空間，而在有限的空間中法律也被視為不容侵犯的「堂皇敘事」（詳參第一章），而就算有有關法律的公共辯論，論述也往往為法理論述所主導，其他論述（如道德、倫常）被壓得失聲（詳參第二章），自然無法展開開放的對話。再者，香港那一直以來只重視經濟的獨特歷史身分，使它在這個全球資本主義年代更加重視那被視為保障其因資本主義而來的繁榮的最大資產的法律制度（詳參第五章）。在如此情勢下，根本不能展開有積極批判精神的公共論述，更遑論要轉化社會文化了。

因此，本書嘗試退而結網，希望能從研究邁出走向「公共」空間的一步。書中嘗試從後殖民、全球資本主義的理論角度探析九七前後香港的法律論述，希望能夠從中凸顯一些既存的問題，再提出公義的（不）可能性，並以之作為發展公共批評論述的一個基點。此外，法律堂皇敘事的地位與香港人的文化想像又有著微妙的關係，法治一方面被視為現代文明社會的寶貴資產，另一方面又可以作為香港標示自己與其他中國城市截然不同的身分，香港人也以此作為自己比中國大陸人民文明進步的表徵。易言之，法律制度形塑了香港在全球資本主義的領導地位，但卻又播散了一種只要能夠保存現狀，未來便會美好的「現狀神話」，大大限制了香港人的文化

想像。這些由法律想像所部分決定的文化想像主導了香港人的身分認同，但卻一直較少為一般文化研究談論，本書有關法律論述的討論也許能夠填補這方面的匱缺。在日漸全球化的世界局勢中，法律全球化已變成一個熱門課題，而香港這個身處中西之間，行使以西方普通法為本的《基本法》的中國大陸特別行政區，應可為「全球化與國家干預的關係」和「全球化與地方化」等重要法律全球化觀念提供有趣的理論角度（朱景文 1998：頁 116-118）。我們相信法治，但也知道當中不可能沒有問題，而在全球化的文化衝撞中，所隱含的問題與可能性同樣變得更多。在此，且以麥恩泰（Alasdair MacIntyre）的話為序：

只有那些容許其霸權的可能性受質疑的傳統才可以有維護如此霸權的合理依據。（MacIntyre 1988: 388）

