

解殖批判如何从法治出发：读《在狭缝中抵抗》

今天还应该如何理解法庭和法治的价值和角色呢？



2024年1月22日，香港法律年度开启典礼。摄：林振东/端传媒

在后2019的时代，政治审讯成为新香港的日常风景。从动辄得咎的暴动罪到关押无期的国家安全案审判，旧日街头或者议会政治抗争概念全然失效。除了默默支持的写信师和旁听师，还有记录相关案件的媒体和组织之外，公民社会已然在“由治入兴”的时代化整为零。当枕戈待旦却不知如何施力时，或者可回过来反问，到底在今天还应该如何理解法庭和法治的价值和角色呢？

故人黎恩灏是伦敦亚非学院博士，现为美国乔治城大学亚洲法中心香港法学人。他素来关心法律和解殖在香港的关系，且笔耕不断。而黎兄新作《在狭缝中抵抗》的重要地方，在于突显法庭空间和操作的政治意义，也便是说，法庭和政治审讯如何可以被“再政治解读”(re-politicize)，成为抗争舞台的延伸。

毕竟在传统论述上，每每讨论公民抗争时都是聚焦在街头上的政治活动，而法庭往往被视为中性的法治审判场所。作为法律程序操作的一部份，一切的政治理念都不得不化约成法律空间可容许的证据或理由。因此，自辩时发表政治演说会被制止，或者辩方的发言空间必须符合“求情”的程序之类。换句话说，政治和法庭(若不称作法治)，似乎是相当疏隔的舞台，后者往往被先入为主地理解为是追求公义和真相、不偏不倚的舞台，跟政治的多元、讲究意识形态纷争理应天南地北。

因此，黎参照许多当前学界或者法律先贤的著作，参照各地的法律实践经验，重新诠释法庭的政治意涵，以一种批判性的阅读，重新理解法律和审判的意义。若然我们不再毫无保留地接受所谓西方法治观，即法庭是“中立、不偏不倚、寻求公义的场所”(页206)，那么我们还可以如何通过法律或法庭来进行持续的政治抗争呢？当中的潜力与局限又是甚么呢？对于当前政治审讯日渐平常的香港而言，又有甚么启示呢？这些都是《在狭缝中抵抗》尝试回应的问题，也带有极重要的时代意义。

其中重要的地方至少有三点。一是点明了法庭抗争作为政治抗争的延伸，而不纯然是行礼如仪的程序规范；二是法庭抗争预设的法治观念，是带有道德政治的规范式的，因此以法达义既是对法制的要求，也是法庭抗争背后的道德信念；三是法庭抗争具有普遍性的，不管是在普通法地区的殖民地法庭，还是在美国的审判现场，且其有助转型正义的重要作用广受认可。这些都是《在狭缝中抵抗带给读者的重要启示。这对于华文世界继续思考解殖法学的议题是极为有益。

笔者不是法律界出身，因此相比起来，笔者会更在意在这种批判法学的讨论，如何产生了政治法学的新框架，以至是对政治之概念的重新想像。特别是放在解殖／再殖的脉络下，呼唤著甚么样的新政法视野，《在狭缝中抵抗》打开了甚么新的讨论方向。

法治的概念

关于政治与法治之概念重构问题，便得回到《在狭缝中抵抗》头两章的讨论，也便是从殖民法制到威玛共和的“双重国家”讨论中，理解欧美传统法治观在香港脉络的落差，从而打破法治作为中立分权之神话想像，这才使得最后三章，即关于如何在法庭和法律秩序抗争的部份变得合理而有必要。那么到底黎兄如何理解殖民地的法治观呢？这法治观背后的政治理念，以及其衍生的政治－法律的批判框架又是否完备呢？

“法治”(The Rule of Law) 这个政治观念人言人殊，黎兄在著作提出了一正面一反面的定义。

反面定义是将法治定义在人治之相反，人治代表著“当权的个人（独裁者）或集体（执政集团／党）可以自由、任意地行使权力而不受任何制约。即使国有国法，在人治社会中，领导总在法律之上，法律亦只是当权者的管治工具，没有“天子与庶民同罪”的幻想。”(页41) 与此相反的是，法治意味著人人平等，政府被限权，且法律秩序应当具有充足独立性，能够不受立法和行政机关所支配或干预。



2019年4月24日，占中案判刑，戴耀廷、陈健民、邵家臻、黄浩铭即时入狱，朱耀明牧师在法庭外送别四人。摄：陈焯煊/端传媒

至于正面意义，则是理解法治不单作为某种程序上的要求(formality)，且是带有实质的价值体现。这也是黎兄借用香港法学家戴耀庭的讲法，谈论法治目的“可以是促进一社会以至一国的政治、司法公义，甚至是经济、文化公义：透过立法，要求政府积极分配资源，保障公民的经济、社会、文化权利，是依法达义的表现。”(页42)这也是为何他会将一国之法治观，跟国际人权公约或者国际法之中所包含的政治经济和文化社会人权价值连结在一起，视之为法治所应当追求的目的。

在这基础上，黎兄也触及到另一个法律的面向，即法律在主权者命令以外，作为跟人类文化生活的关系。他借用学者罗森(Lawrence Rosen)的想法，认为法律本为不同社会的文化规范与合法性价值系统的体现，同时又可以通过法律移植带来某种移风易俗的政治文化效果，所以从立法到执法，再到守法和抗争，都充满了价值文化上的承继与角力。在这点上，黎兄特别点出在法律的移风易俗功效上，“殖民主义正是一例。”（页36）但可惜的是，黎兄没有在这儿继续对殖民法律秩序进行诘问。其实罗森在《法律作为文化》(Law as Culture: An Invitation)一书中，有更深入地讨论殖民主义如何通过法律，限制与剥夺原住民之权益，或者建立有利殖民者累积田地产业的法律体系，或者阻碍当地习俗发展出有碍于殖民者管治的操作之类。

换句话说，法律与权力之关系，无法通过简单的文化和教育，中性地说明讨论。当中牵涉到各种隐性与显性的权力和暴力，尤其是在殖民体制的法律秩序之中。一如罗森所言，这其实不是新鲜事，不论早在罗马帝国殖民大半的地中海，或者法国诺曼人攻占英国，都是用相似方式来恩威并施，即一方面通过法律的暴力，同时通过法律实行的文化教育来驯化被统治者，从而使得殖民秩序得以长治久安，由治入兴。

法治与殖民性

法治论的吊诡（一）：主权立法之必要性？

更深入一点看，这儿牵涉到殖民性和法治之间的复杂关系，也是整本书的核心关怀所在。我会从殖民性和主权的拉扯中理解《在狭缝中抵抗》的几个概念区别，借此窥看法治论的吊诡地方。

法治论的主要敌人之一是人治观，也便是指少数管治者能够以自身意志立法，且凌驾在法律之上，有违于人人平等之价值。这讲法部份是回应著德国法学界在三、四十年代兴起的主权法治观，尤其以施密特(Carl Schmitt)作为代表。关于主权法治观，黎兄则借用了德国另一位法学家法兰克(Ernst Fraenkel)的讲法，以“双重国家论”(Dual State)来理解。简单来说，双重国家意指，国家法律政治秩序由特权国家(prerogative state)和规范国家(normative state)两者共同组成，“特权国家和规范国家的分别，在于前者握有政治领域之内的一切事权，后者则获赋予外于政治，例如私产、企业自主、劳资关系等管辖权。”（页55）因此，前者可以决定哪些领域属于日常管辖权，交由后者判决。而前者则可以绕开正常法律秩序，以政治特权来处理例外情况。

如果套用施密特的用词，便是日常性(normalcy)和例外状态(state of exception)之别，而主权者则可以决定谁属于后者，应该用非常手段如戒严或者反恐来处理。关于施密特的宪政主权观，拙作《主权在民论》第二章已有详述，不再累赘。但《在狭缝中抵抗》没有再进一步探究主权和法治的概念关系，大概因为主体若体现在一人或少数精英手上，这或会触及到上述的法治负面意义，即变成了人治的风险。试想想当前香港关于国家安全的法律争议，国家安全的威胁是由谁来定义的呢？或者当年台湾白色恐怖时期，匪谍又是谁来判断呢？

然而，法兰克也认为“政府的紧急权力本来和法治体制不必然有冲突，毕竟在十九至二十世纪，不少国家的宪法均列明国家“例外主义”下的法律体制与法律文化宣布紧急状态的权力，是用来应付人权自由受到侵犯、重建宪制秩序和法治、并在恢复法治后就停用的非常手段。”(页57)这当然也是施密特在《宪法理论》(Verfassungslehre)中强调的要旨，特别是关于主权对法制人权实行的重要性。

但按照某种殖民与主权对立之思维，承继自威玛共和国法律体系的纳粹，以自身立法程序极权化，但基于其不受作为殖民地而存在(有别于十九世纪印度或者九七前的香港)，而且是获得国际联盟承认的主权国家(1933年年底自行退出)，那么其自行所立之法来体现自身政治意志，算不算是法治精神的展现？

这是法治观第一个吊诡地方，即法治和主权的关系。法国国度是否可以基于“健全法制”，自我立法成为权威或极权国家，体现某种公民的集体政治意志(先不论政治意志超然性的争议)？黎兄或会如书中所言，法治必须建基在人人平等的位置上，这是法治与人治的关键分野，若然主权者的立法破坏了人人平等的法制原则，则其不再属于法治国家。

但退一万步看，人人平等即使放在欧亚的不少民主地方，其实都是十分奇幻的概念。不论是欧洲的英国、比利时、西班牙、丹麦、挪威、瑞典、卢森堡、列支敦士登和摩纳哥，亚洲的日本、泰国，都仍然拥有皇室制度，以及一系列以皇室为本位，有利王室作为超然存在的法令。例如泰国的《冒犯君主法》，是近年的争议所在之一；又如美国总统的刑事豁免权只有在任的几年生效。但如英国皇室成员是享有诸多法律特权的，皇室的特权也是终身有效。刑不上王室的秩序至今仍然存在。我们可以问，这些国家又是否属于法治国家的行列呢？那么人人平等是否只适用于无权无势之人，或者现实是有些人比其他人更平等呢？

另一方面，国家安全也成了现代国家的主权操作的体现，美国在911恐袭后所立的《爱国者法》(USA PATRIOT Act)，容许国家可以在反恐的前提下，拥有极大的权限，以至能凌驾在人权保障之上。国家安全成了现代世界的国家主权力量的变位，用上阿甘本的讲法是将政治权力无限化，变成全球内战(global civil war)的展现。这是所谓现代性的国家主权的发展，绝不是中国才有的现象，那么法治观应该如何应对主权者的角色和权力变化呢？



2021年3月2日凌晨近4时，47名民主派人士因组织和参与“35+初选”被控串谋颠覆国家政权罪提堂，被告黄之锋被押解到荔枝角收押所。摄：林振东/端传媒

法治论的吊诡（二）：社会分配之重要性？

若然继续追问下去，假使我们先预设主权的自我立法不是法治的首要因素，那么主权移交后的香港，在2019年以前的那么无完善民主体制的香港，算是法治地区吗？虽知道，香港在近几十年来，法治指数一直在世界前列，甚至比美国还要高，黎兄显然不愿意认可这个结论。因此他才要多番强调，法治需要达义，需要保障更多的政治权利，甚至是经济社会权利，这也是我在上文所谈，黎兄所定义的法治的正面意义。

为何法治不可以纯粹指涉某种实证法制下的法律形式主义，不讲求具体的政治价值，而是只求法治本身的内在价值呢？因为这类法治观，正是呼应德国法学家凯尔森(Hans Kelsen)的法律实证主义观，且被后世不少实行大陆法的国家奉为圭臬。但黎兄在著作中，意图借法治观进行道德批判，作为他对殖民秩序，以至当前威权政治秩序的回应方式。

因此，他在著作中论及，香港在殖民地时代高举的所谓法治观，实质是移植英国专门治理“熟蕃”而设的法纪(law and order)制度，即视法律秩序作为管治的工具，旨在维持著当前的社会稳定，而守法者只是来自五湖四海之过客，既不是公民，也没有立法之责任。而法律制度的专业中立，为的是服务吸引外商来港经贸，因为“对外资来说，公平的法制、独立的法庭、廉洁的法官、高效的司法机构，已提供足够诱因来港通商。”（页72）而主权移交之后，中国政府

试图将这些因素视作为“双重国家”中的规范国家而加以保存，然后划出政治空间来打理公民社会和参政权利，体现特权国家的主权权力所在。因此，黎兄认为法纪秩序仍然持续至今，所以即使香港算是脱离了名义上的殖民状态，但仍然不属于法治地区的行列。

为何主权的移交改变了殖民状态，却没有带来应有的主权权力或者法治改变呢？为何黎兄认为法纪仍然是当前香港的政法秩序呢？若然从解殖批判的角度看，香港的法政秩序似乎远未能开始解殖，《基本法》以某种“殖民传承”方式保持了英殖制度(页83)，甚至陷入了另一种的威权状态，即政治愈发高压，公民议政和言论表达空间愈发收窄，政体的民主化呈现倒退现象。黎兄的著作没有再深究下去，毕竟再写便超出了法治讨论，进入到政治评论的空间。

这儿需要申明两点。首先黎兄提出的正面定义，即以实质政治文化价值来定义法治体制，内容上是相当含糊。到底应该保障几多权利才算是法治国家，书中并无太多的陈述。其二也更是重要的是，这种类凯恩斯主义式的法治国家观，十分容易在现实中找到许多反例。因为即使在当前国际法提倡诸多的政治经济与文化社会价值，但这是实证法当道的世界，国际法并没有在地的法律有效性，必须倚靠国家自身立法保障才能有效落实。而在新自由主义的世代，许多所谓先进国家的福利制度都是十分差劲，富有如美国政府(同时也是全球负债最多的国家)，其医疗房屋福利跟基建运输之差劣是举世知名，公民因为无钱买医保而失去看医生权利者并不是少数。在贫富差距极为巨大的现代资本主义社会，还算得上是有法治体制吗？这似乎是黎兄可加以补充的地方。

因此，第二个法治观之吊诡地方，在于法治观之人权福利保障，跟其是否民主化或者殖民化未必有必然关系。回看纳粹的例子，威玛共和时代也是通货膨胀极为巨大，德国货币变废纸的年代，而纳粹上台后，的确能够有效进行资源分配，通货膨胀受到国家经济调配而得到有效控制，平民物质生活水平也普遍提升。这种国家资本主义所带来的经济奇迹并不是少见之事，不论是东亚的小四龙，还是中国改革开放带来的经济增长，都使得平民享有的福利大为改善。在新自由主义的世代，社会福利由私人市场主理，社会文化权利渐成富有者的特权，以达义为本的法治世界，会否随著民主经济倒退而衰落呢？

殖民性，或者资本商品秩序的宰制

这些吊诡情况的出现，归根究底可能是殖民性(coloniality)在上述的法治批判中似有还无，如幽灵般时现时隐。当中的原因在于黎兄的著作并未进一步探寻了解殖民性和法治的可能关系。为何帝国需要殖民，以及为何国家需要法治，两者可能彼此相关，甚至是一体两面的问题。早在古代的雅典，我们今日每每向往其公民生活，享有高度完善的公投民主和法庭判决秩序，堪称西方民主和法律体制的先驱。但这种所谓文明秩序是建基在高度剩余的生产力剥削下，才能使雅典拥有巨大经济力量，资助公民长期参与法庭和政治立法工作。这既预设了奴隶制度，也倚赖帝国军事力量对地中海无数雅典殖民地的高压支配，动辄以屠城作为反抗的后果。当然这古代之法制，立法和法庭不分，算不上是符合今天的法治标准。

法学家安东尼·安吉(Antony Anghie) 在名作《帝国主义、主权和国际法的形成》(Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law)中便仔细谈论到十九世纪国际法秩序的形成，文明和法治观的诞生，本质上也是西方要扩张资本主义的工具。帝国通过国际法限制主权国家的成立标准，要求它们建立稳健的法制秩序和宪政制度，以便妥善保障外资在当地的财产权和资本流动自由，西方才会接纳其作为现代国家，赋予其现代国家的主权权益。至于主权国家对资源拥有权和财富自主，已是全球南方数十年解殖独立浪潮的争取结果。

这当然是基于国际现代世界的政经竞争，任何无法将资本市场最大化的国家，将会在国力竞赛中落败，成为帝国下被支配的对象。因此，国家之扩张，必然要将国家力量伸至国土之外。而为了确保跨国企业能打入外国市场，以至能垄断当地市场，相应的法规秩序和保障是必须要的。因此，国家现代化等同于加入西方金融商业世界，以个人财产权的法人概念重塑整个国家原有的社会文化秩序，不然便是排拒在文明世界之外，成为国际社会的例外场所。满清政府长期面对的域外管辖权(extraterritorial jurisdiction)和不平等条约，也是由此而生。借用另一位批判法学家Turan Kayaoğlu所言，这可理解为“法律帝国主义”(legal imperialism)，即以国际法之文明法治名义，行帝国主义之实。



2023年8月23日，香港终审法院。摄：林振东/端传媒

因此，若然我们理解殖民秩序作为帝国中心(metropole)跨国地生产的市场商品秩序，这包括要把殖民地的资源商品化，殖民地的人力市场化，而且通过剥夺(dispossess)作为原始资本累积的话，那么殖民性便是象征著帝国公民的边界之外，以次等公民人口的身份被市场利益定义一切价值的逻辑。因此，香港在殖民地的年代(1842-1997)，固然一切都是为了服务帝国宗主国的福祉，早期作为帝国的东亚前哨，后来作为工商转口与金融大都会，为的都是服务著大英帝国的帝国人口，其存在之主要目的都是令大英金融资本秩序受惠。

而香港在主权移交后，黎兄借用了琼斯(Carol Jones)的“殖民承继”观点，自然也是基于香港在后殖民时代，仍然陷入在相似的殖民性角色之中，也是为了类宗主国的人口利益而服务，而这服务都是仅限于帝国的经济掠夺，而不是文化政治上的充权与实践。而中共的以法治国论，自然是旧酒新瓶的内部殖民体系，通过掠夺和无产化来保持运作的集权操作方式。

新可能？

虽然提出了两点法治论的吊诡之处，但这篇书评自然不是希望全盘挑战或者推翻《在狭缝中抵抗》书中对于法治理论与法庭抗争理论的价值，或者对今天香港威权化社会的重要启示。相反，这些讨论的重要在于阐述，法治观的反思离不开殖民体制，以至殖民所连结的政治经济结构和主权国际秩序。若套用加拿大国际理论学者罗伯特·考克斯(Robert Cox)对于批判理论(critical theory)和传统解题理论 (problem-solving theories) 的区别，前者更强调揭示权力的动态关系与秩序形成，且在揭露其中历史社会脉络时寻求新的可能。如何在后殖民／再殖民的香港时空下，批判地理解和思考法治理论，燃起更丰富的社会政法想像和讨论，正是黎兄新作的重要地方。

在这背景下我们可以接下来问的是，黎兄的人权法治观如何能够在意识到殖民性的政治经济宰制关系上，避免摆荡在中国与欧美的帝国资本主义秩序，从而使“法治”能够成为全新的批判力量，让香港或台湾点亮解殖批判法学的新可能呢？这或者也呼应了黎兄著作末端所提之问题之一，如何“从地缘政治经济分析威权法治”（页264）？

拙文篇幅有限，无法更仔细地探讨这个大哉问。但这是具划时代意义的问题，希望拙文能抛砖引玉，让更多有志之士能共同探寻。

[# 香港法治 # 读书时间](#)

本刊载内容版权为端传媒或相关单位所有，未经[端传媒编辑部](#)授权，请勿转载或复制，否则即为侵权。