

丁屋政策中的傳統再詮釋 以及新界女性之困境

盧省言*

此研究以2019 *Kwok Cheuk Kin and Lui Chi Hang v The Director of Lands* 一案為中心探討丁屋政策中的傳統再詮釋，並討論成文化化的「傳統」如何導致今日所面臨的性別平等困境。*Kwok Cheuk Kin* 挑戰自1972年起實施於香港新界的丁屋政策，主張其歧視女性。丁屋政策賦予可以追溯其父系祖先於1898年即居住在新界的18歲以上成年男子向政府申請蓋房屋之許可（丁屋）。*Kwok Cheuk Kin* 一案最終被法院裁定無違反香港《基本法》以及世界人權公約，惟在三個法院判決中，對於女性權利皆以草草幾字帶過，法院並無積極處理丁屋政策中歧視女性的問題，也無衡量傳統與性平之間的衝突。相反地，法院花了巨大篇幅討論何謂新界原居民的傳統權益。本文認為，判決中對於新界男性居民建造房屋的歷史的考究並不完整，忽略了現今被稱作是傳統權益的丁屋政策實際上是殖民政府和新界居民長期以來對於補地價以及土地利用的紛爭所產生的協商政策。因此，本研究將從三個層面分析此議題：（一）討論法院如何考究丁屋以及新界土地利用的歷史，以及如何定義何謂《基本法》第40條中的「新界原居民的傳統權益」；（二）以法律史之角度考究並梳理新界自1898年以前至二戰後土地利用的變遷，並以不斷變遷的土地政策為核心，討論丁屋政策中的「傳統再詮釋」；（三）討論在殖民政府所實施的間接統治下，法律制度如何造成新界原居民女性在後殖民時代的今日所面對的困境。藉由融合歷史、性別以及法律之研究途徑，本文希冀以新界女性原居民的困境，反思在不斷變遷的社會中，法律作為權利的平台，該如何在歷史傳統與性別平權達到平衡。

關鍵詞：丁屋政策、女性權利、性別平等、傳統、香港新界

* 國立臺灣師範大學歷史學系助理教授

一、前言

2019年4月香港高等法院迎來一起對女性權益極其重要的違憲審查案件，*Kwok Cheuk Kin and Lui Chi Hang v The Director of Lands* [2019] HKCFI 867。¹原告郭卓堅及呂智恆就自1972年以來在香港特別行政區實施的丁屋政策（小型屋宇政策）提出訴訟，認為該政策違反人權且歧視女性，抵觸香港《基本法》第25條：「香港居民在法律面前一律平等」。²

如同政策名中的「丁」所示，丁屋政策和男性相關，此政策准許所有年滿18歲，且可追溯其父系祖先於1898年就居住於香港新界地區的男性原居民向政府申請自用房屋的建屋執照。該政策所產生的建屋權利被稱作「丁權」，長期以來被新界鄉議局³以及新界原居民理解為自1898年前就已存在的傳統習慣，而丁屋政策只是將此習慣以法律形式保護。丁屋政策實施至今引發不少爭議，其中最為人詬病的為其歧視女性的內涵：為何新界的女性原居民沒有申請建屋的權利呢？且在核定申請男性的資格規範中，只追溯父系祖先，忽略母系祖先。⁴從1972年至今，丁屋政策陪伴香港走過積極爭取女權的1990年代，已過五十年餘。弔詭的是，直至2018年，都沒有人針對此政策歧視女性的部分提出違憲審查。2019年，高等法院針對*Kwok Cheuk Kin*作出判決，宣告丁屋政策「部分」違憲。但高等法院的判決在上訴法院以及終審法院的訴訟判決中皆被推翻，該政策被宣告整體合憲。*Kwok Cheuk Kin*為第一起針對丁屋政策歧視女性之內涵所發起的訴訟，在香港的性別平等發展上別具意義。但在

1 該案在香港稱作司法覆核，意即違憲審查。本文將以*Kwok Cheuk Kin*簡稱此案。*Kwok Cheuk Kin and Lui Chi Hang v The Director of Lands* [2019] HKCFI 867。按：以下引用各訴訟案與政府檔案，皆簡稱檔號／案號，請參文末徵引文獻。

2 《基本法》，1997，<https://www.basiclaw.gov.hk/tc/basiclaw/index.html>。

3 鄉議局成立於1926年，為新界鄉村的法定諮詢機構。主要職責為促進香港政府與新界居民之間的溝通，以及就新界發展向香港政府提供意見。鄉議局詳細發展的歷史及其角色將於內文中詳述。

4 Lisa Hopkinson and Mandy Lao Man Lei, *Rethinking the Small House Policy* (Hong Kong: Civic Exchange 2003), 2-5.

訴訟過程中，三個法院皆無對丁屋政策所造成的性別歧視進行仔細地審查以及論述，也無衡量傳統權益以及性別平等在當代社會所造成的衝突。相反地，判決文中花了極大篇幅討論新界男性原居民在自己土地上蓋房是否屬於《基本法》第 40 條所規範的：「『新界』原居民的合法傳統權益受香港特別行政區的保護」。

表面上來看，丁權一案只觸及香港以及新界的利益，但更長遠的看，此案反映的其實是帝國主義下殖民者和被殖民者之間衝突的歷史：自 1898 年以來英國殖民政策與新界傳統習慣的衝突，以及被殖民者如何利用殖民者的政策最大化本身的利益。更重要的是，丁屋政策的制定以及實施呈現了殖民政府如何利用法律進一步鞏固根深蒂固的父權體制並限制女性從殖民時代到後殖民時代的能動性。*Kwok Cheuk Kin* 一案目前所引起的討論多集中在法律評析，但多數評論忽略了判決中對「傳統」的論述並不詳盡，也缺少對判決中關於新界土地利用以及殖民的歷史的討論。⁵因此，本文欲以探討新界土地利用歷史的角度出發，進一步討論 *Kwok Cheuk Kin* 案子中丁屋政策的傳統再詮釋。關於此點，許多學者皆同意丁屋政策事實上是一「被發明的傳統」，因為其是在 1972 年為改善新界居住狀況而制定，卻在時間流逝以及地方以和政府的協商中被拱上了《基本法》第 40 條中「合法傳統權益」的位子。⁶雖然「傳統」一詞時包含了一些曾經被實踐的習慣，但這些習慣在時代不斷變遷中歷經延續、斷裂、重新詮釋而變成了不可改變的傳統。那麼，為什麼新界居民以及新界法定諮詢機構鄉議局會認為丁權是一傳統權益呢？過往學者們在研究丁屋政策的來源時，多數會提到清政府時期新界男性居民在自用農地上蓋屋的傳統，但從清政府時期到《基本法》制定的 1990 年，這項權利到底發生了什麼變化？而這是過往學者較無注意到的。因此，藉由

5 Say H Goo and Heather Lee, "Lawful Traditional Right and Sustainability: An Unbalanced Interest in the Customary Ding Right in Hong Kong?" *Hong Kong Law Journal* 50, no. 3 (2020): 961-981.

6 Selina Ching Chan (陳蒨), "Colonial Policy in a Borrowed Place and Time: Invented Tradition in the New Territories of Hong Kong," *European Planning Studies* 7, no. 2 (1999): 231-242; Isabella Ng (伍鳳嫦), *Hong Kong Rural Women under Chinese Rule* (Hong Kong: Routledge, 2019); Allen Chun (陳奕麟), *Unstructuring Chinese Society* (London: Routledge, 2002).

融合歷史以及法律研究途徑，本文希冀梳理前人忽略的丁權在新界不同階段土地政策中是如何演變、為何演變，以及在殖民者和被殖民者的權力角力中，殖民政府如何形塑了新界女性原居民的在面對丁屋政策時困境，並反思在不斷變遷的社會中，法律作為權利的平台，該如何在歷史傳統與性別平權達到平衡。

本文將以 *Kwok Cheuk Kin* 為中心：(一) 討論法院如何考究丁權以及新界土地利用的歷史，以及如何定義何謂《基本法》第 40 條中的「新界原居民的傳統權益」；(二) 以法律史之角度探討新界自 1898 年以前至二戰後土地利用的變遷，並考究丁屋政策作成之歷史背景脈絡；(三) 討論殖民政府所帶來的變革，尤其是間接統治下的法律制度如何造成新界原居民女性今日所面對的困境。在殖民政府成文化新界習俗的過程中，無可避免地創造出忽略女性聲音的法律環境，使新界女性在後殖民時代中持續被邊緣化，成為學者彼得森 (Kristen H. Peterson) 以及路斯福德 (Anna Rutherford, 1932-2001) 所稱的「被雙重殖民之族群」(double-colonised)。⁷ 本文也認為，法院忽視學界對於丁屋政策為被發明的傳統此一共識，而這剛好反映出新界在長期的政治經濟權利角力下，利用法律建構起對於男性更加有利的制度，形塑出新界居民獨特的法意識，並進一步限制新界女性的能動性。

二、丁屋政策與「新界原居民的合法傳統權益」——

Kwok Cheuk Kin and Lui Chi Hang v The Director of Lands

在詳細論述 *Kwok Cheuk Kin* 的判決之前，必須先簡單談論新界以及丁屋政策的歷史。今日的香港特別行政區領土涵蓋香港本島、九龍半島、新界以及一些外圍島嶼。香港本島以及九龍半島因第一次以及第二次鴉

7 Kristen H. Peterson and Anna Rutherford, "Forward," in *Double Colonization: Colonial and Post-Colonial Women's Writing*, ed. Kristen H. Peterson and Anna Rutherford (Oxford: Dangaroo Press, 1986), 9-10.

片戰爭，分別在 1842 及 1860 年割讓給大英帝國。新界則是在 1898 年 7 月 1 日，於《展拓香港界址專條》(*The Convention for the Extension of Hong Kong Territories*) 中以 99 年期租借給大英帝國。殖民政府在接管新界初期原本想直接沿用在香港既有的殖民機構，但卻在勘查新界期間遭受村民強烈抵抗，因此殖民政府決定採取間接統治 (Indirect Rule)：即保留大部分新界原有的土地利用習慣，並透過新界有聲望的男性耆老以及家父長來統治居民。⁸ 時任英國派駐香港總督卜力 (Sir Henry Blake,

8 間接統治 (Indirect Rule) 在 19 世紀後期於英國殖民地盛行的政策。其源頭可追溯發生於 19 世紀中後發生於印度以及加勒比海殖民地的叛變 (The Indian Rebellion of 1857 and the Morant Bay Rebellion of 1865)。這兩起叛變讓英國殖民政府重新思考其於殖民地的統治方向，當時的英國著名法學家 Henry Maine (1822-1888) 提出原始社會的「易受傷害性」(vulnerability)，認為殖民地的原始部落在和接受現代價值觀以及外來文化的衝突下容易崩解，因此鼓吹政府應為了保護被殖民地的文化而實施間接統治，盡量避免當地行之有年的習慣傳統，也不將本國內之法律延伸至殖民地。相反地，殖民政府應准許被殖民地保有習慣文化，並藉由設立由被殖民地部落的長老或耆老貫所組成之機構，使這些當地菁英一方面扮演殖民政府與被殖民地間的橋樑，並貫徹殖民政府的政策。以新界來說，鄉議局的設立以及 1910 年《新界條例》都是間統治的例子。事實上，殖民政府剛接管新界前夕，並打算在新界成立新的殖民部門，認為沿用香港既有的殖民政府即可。但當時的香港在各方面因 1873 年的 Supreme Court Ordinance 已是直接統治，該法案規範英格蘭境內的法律須在被殖民地被實施，除了那些在殖民當地窒礙難行的法律之外。也是因為如此，和女性權利息息相關的妾以及丫鬟問題遲至 20 世紀中才得以解決。但英國殖民政府在 1899 年 4 月接管新界時，遇到強烈抵抗 (新界六日戰)，之後殖民政府才改變方針。學者陳奕麟指出，1898 年殖民政府內部的通信顯示，殖民政府希望藉由地方耆老和政府間的合作，持續維持新界的秩序，也保證會以不介入地方習慣的原則 (non-interference) 以維持現狀。關於「間接統治」一詞，感謝審稿人提出之疑慮，本文認為以設立鄉議局以及保留當地習慣的法律來看，新界的確是在英國殖民政府的間接統治下，學者張少強、伍鳳嫦以及陳奕麟也是持相同觀點。陳奕麟也指出，所謂的「間接統治」不該被理解成簡單的保留原居民的土地習慣，而是透過殖民政府以及地方地主精英或者舊勢力的合作，選擇性地保留地方傳統，並在其他直接相關殖民政府利益的領域，如：稅收標準、司法等等，直接套用殖民政府制定的法律。間接統治一詞並不只涵蓋實際統治上的方針，事實上，此詞彙傳遞更多政治思想的意涵。如前所述，間接統治是在英國殖民政府在 1850 年後因應印度以及加勒比海殖民地叛變後所生成的殖民地統治方針，而此方針被大規模運用在非洲、亞洲以及租界區如新界的統治。Karuna Mantena, *Alibis of Empire: Henry Maine and the Ends of Liberal Imperialism* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2010), 5-7; Sui Keung Cheung (張少強), *Gender and Community under British Colonialism: Emotion, Struggle, and Politics in a Chinese Village* (New York: Routledge, 2012), 20-23; Ng, *Hong Kong Rural Women under Chinese Rule*, 35-37; Chun, *Unstructuring Chinese*

1840-1918, 1898-1903 在任) 於 1898 年發表了告示, 保證殖民政府會允許新界居民繼續實施他們自古以來的習慣, 也會保護居民原有的商業及土地利益。⁹殖民政府隨後於 1910 年正式頒布《新界條例》(*New Territories Regulation Ordinance*), 以法條承諾新界人民, 殖民政府在香港及新界所設的高等法院以及區域法院會認可並實施所有和土地相關的中國習慣以及權利。¹⁰殖民政府為了減少和被殖民者之間的衝突, 更於 1926 年正式界設立「鄉議局」。鄉議局由新界具聲望的年長男性組成, 扮演殖民政府與新界居民之間溝通的橋樑, 並在新界執行殖民政府所制定的政策。

第二次世界大戰後, 新界湧入不少來自中國的移民, 直至 1976 年, 其人口數為 93 萬, 逼近 100 萬。和 1911 年的 8 萬多人相比, 增長了近 85 萬多人。¹¹在人口大量增長下, 新界充斥著各式違建房屋, 衛生及安全條件堪憂。時任新界民政署長黎敦義 (Denis Bray, 1926-2005) 為了改善新界的居住環境並開發新界土地, 和鄉議局達成協議, 制定丁屋政策, 賦予可追溯父系祖先至 1898 年即居住在新界的男性原居民申請建造小型屋宇的權利。該房屋不得超過三層樓高 (8.22 公尺), 且每層不超過 700 平方英尺 (約 65 平方公尺)。申請建屋的權利一生只有一次, 並分作以下三種形式: (一) 免費建屋牌照: 申請者本身擁有私人農地, 可向政府申請於私人農地上蓋屋的牌照, 無需補地價; (二) 私人協約: 申請者若無農地, 可以私人協約方式向政府請求適合建屋的土地, 政府會給予優惠地價 (約為市值的三分之二); (三) 換地: 申請者本身有地, 但

Society, 47-57.

- 9 “I would also impress upon you that these territories having been leased by His Imperial Majesty the Emperor of China to Her Britannic Majesty the Queen, as subjects of her Majesty’s Empire, your commercial and landed interests will be safeguarded, and that your usages and good customs will not in any way be interfered with.” 見 Sir Henry A. Blake (1900), *Hong Kong Sessional Papers* 1900, p. 280. 參 Edwin Haydon, “Chinese Customary Laws in Hong Kong’s New Territories. Some Legal Premises,” *Journal of the Hong Kong Branch of the Royal Asiatic Society* 35 (1995): 1-41.
- 10 Section 13 of the New Territories Ordinance: “In any proceedings in the Court of First Instance or the District Court in relation to land in the New Territories, the court shall have power to recognise and enforce any Chinese custom or customary right affecting such land.” *New Territories Regulation Ordinance, 1910*, s 13, Historical Laws of Hong Kong Online (<https://oelawhk.lib.hku.hk/items/show/980>).
- 11 張少強, 《管制新界: 地權、父權與主權》(香港, 中華書局, 2016), 頁 45-46。

不適合建屋（例如：所擁有的土地過於零碎或為不適合建屋之地質），其可向政府申請以現有之地交換一適合建屋之地。申請者只能就以上三種方式擇一，並且政府握有批准申請的裁量權。¹²

黎敦義在其出版的回憶錄中表示，他於 1972 年和鄉議局討論此政策時，就明確表示丁屋政策只是一個過渡方法，目的是要改善居住環境，且也嚴正地表明過，「如果此政策被濫用，我們就要撤銷這整件事」(if the scheme was abused, we should scrap the whole thing)。¹³

被黎敦義視為過渡方法的丁屋政策就這樣實施超過 50 年，並隨著時間推進，丁屋政策及其所涵蓋的丁權已被鄉議局以及新界原居民認為是他們自古以來就擁有的傳統權利，丁屋政策只是將此項傳統以明文法律規範，並聲稱《基本法》第 40 條所稱「新界原居民的合法傳統權益」包含丁權。但事實上，《基本法》第 40 條並沒有解釋何為「新界原居民的合法傳統權益」，也無列舉或列示。因此，《基本法》第 40 條的實質意涵一直處在曖昧不明的狀況，其歧視女性的內涵多年來也備受爭議。直到 2018 年，郭卓堅以及呂智恆才向高等法院提起違丁屋政策的違憲審查，主訴理由如下：（一）該政策歧視非原居民身份人士，違反《基本法》第 25 條、第 39 條以及《香港人權法案》第 22 條；（二）丁屋政策在《性別歧視條例》中的豁免地位歧視女性原居民，違反《基本法》第 25 條、第 39 條以及《香港人權法案》第 22 條；（三）政府未妥善管理丁屋政策，未能替香港市民利益而管理、使用及開發土地，違反《基本法》第七條；（四）丁屋政策以及其所賦予的原居民之權利不屬於《基本法》第 40 條所稱之「新界原居民的合法傳統權益」。¹⁴

由上可知，申請人認為丁屋政策歧視非原居民以及女性原居民違憲，且丁屋政策不屬於《基本法》第 40 條所保護之權益。那麼，法院是如何應對申請人對丁屋的違憲主張呢？以下將分析法院在 *Kwok Cheuk Kin* 一案中如何處理何謂《基本法》第 40 條所稱之合法傳統權益，以及

12 Hopkinson and Lao, *Rethinking the Small House Policy*, 2-5.

13 Denis Bray, *Hong Kong Metamorphosis* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 2011), 164-167.

14 HKCFI 867.

丁屋政策歧視女性原居民之問題。¹⁵

高等法院在此案的判決開宗明義表示，在共同法之下，法院應該仔細檢視《基本法》第 40 條所用之文字語言，以釐清立法意圖。¹⁶其認為，《基本法》第 40 條的目的在於保護那些不和《基本法》宗旨牴觸的現存新界傳統以及習慣。在確認這一宗旨後，最大的問題則是何謂《基本法》第 40 條中的「合法傳統權益」。判決中首先定義傳統。高等法院認為，傳統必須要是可追溯的（traceable），且須於 1898 年新界還隸屬於清政府時就已存在且實施的，因此，任何 1898 年之後才出現的習慣，都不算是《基本法》第 40 條中的「傳統」。以丁屋政策來說，申請建屋執照可分成三種：在自己的土地上建屋、向政府申請一塊地建屋以及和政府換地建屋。那麼，這三種建屋形式是否都是存在於 1898 年前的傳統呢？為此，法院參考了由原告呈上的專家報告（Joint Expert Report），此報告由律師約翰·戴維森（John Davison）、中文大學歷史系教授張瑞威及歷史學家夏思義博士（Dr. Patrick Hase）撰寫。張教授以及夏教授皆指出，《大清律例》中無任何法律准許男性原居民在私人土地建屋，但報告也表明，新界的確存在這傳統，只是並無以明文法律規範。男性原居民只要取得村里男性耆老的同意，便可以在自己擁有的私人土地上建屋。¹⁷

那麼，男性居民們是否能在政府的土地上建屋呢？

根據夏思義教授在專家報告的考證，在政府的土地上建屋的權利源自於 1904 年。港英政府當時為了更好地管轄及利用新界土地，便對新界土地做了詳細調查，紀錄每一塊地的所有權人以及用途，而無人宣稱所有權的地都會落入殖民政府手中，而政府會再就這些地公開招標賣給人民。時任地政署署長衛克曼（G. H. Wakeman）發現，從來不會有來自新界以外的人來競爭招標新界的土地，導致這些招標地最後都會落入村民手中。因此，在 1908 年，衛克曼建議殖民政府直接以私人協約之方式

15 在 *Kwok Cheuk Kin* 之前，有幾個法官曾在丁屋相關的案件質疑《基本法》第 40 條的「合法傳統權益」是否包含丁屋政策，但皆為附帶意見（*obitum dictum*），因為訴訟人皆不是為了丁屋政策的合法性提出訴訟。如：*Koon Ping Leung v The Director of Lands* [2012] HKEC 103.

16 HKCFI 867, [26]-[29].

17 HKCFI 867, [81]-[86].

(Private Treaty Grant) 將土地賣給新界村民，並禁止賣給新界以外之人。高等法院強調，1908 年所產生的私人協約並不代表港英政府承認新界原居民有和政府申請土地建屋的傳統，而是根據於土地招標時的實際狀況而做出的權宜政策。而丁屋政策中第三種建屋執照——和政府換地，起源於 1957 年。當時政府為了開發新界土地，使居民生活水準改善，因此制定換地政策，准許原居民以自己之地和政府換地，以便建屋。¹⁸因此，高等法院認為，丁屋政策部分合憲，部分違憲。合憲的部分為丁屋政策中的免費建屋牌照，因為在自己的土地上建屋可追溯至 1898 年。私人協約以及換地都只是 1898 年後才出現的政策，皆不符合高等法院對《基本法》第 40 條「傳統」之解釋——具可追溯性 (traceable) 至 1898 年——因此不合憲。¹⁹

但高等法院對丁屋政策部分違憲的判決在 2021 年 1 月被上訴法院推翻。上訴法院雖然同意所謂「傳統」必須具可追溯性 (traceable)，但認為不一定要追溯至 1898 年。上訴法院的判決表示，英國殖民政府來了之後，不少居民失去對原有土地的利用權，包括在自己的土地上建屋。而私人協約以及換地最初制訂的意圖就是為了解決此一問題，讓新界原居民延續他們在自己土地上建屋之習慣。上訴法院認為，丁屋政策只是將新界居民自行建屋的傳統以三種不同形式延續，因此判定丁屋政策整體合憲 (constitutional in its entirety)。²⁰即使高等法院和上訴法院對於「傳統」的見解不一，「傳統」的定義到了終審法院卻不被認作衡量丁屋政策合憲與否之關鍵。2021 年 11 月，終審法案在判決中指出，「可追溯性」並非解釋「傳統合法權益」的必要條件，因為丁屋政策並非為了保存 1898 年前的習慣而制定，而是為了減少 1970 年代因港英政府開發新界新市鎮對原居民所帶來的生活衝擊。只要丁屋政策還有效，它就構成《基本法》第 40 條中「傳統權益」的一部分。終審法院也指出，雖然原告主張丁屋政策違反《基本法》第 25 條——香港居民在法律之前一律平等，但規範新界原居民權益的《基本法》第 40 條為特別條款，凌駕於屬於一般條款

18 HKCFI 867, [86]-[95].

19 HKCFI 867, [128]-[130].

20 HKCA 54, [25]-[57].

的《基本法》第 25 條。但終審法院也強調，丁屋政策並不保證所有申請人都能獲得土地以建屋，根據現行規則，地政總署具有核准或拒絕丁屋申請之合理裁量權。另外，《基本法》第 40 條並未明確表示和新界原居民傳統權益相關的政策會永久不變，因此丁屋政策在未來很有可能改變。²¹

從三個法院的判決中皆可見法院所花了極大篇幅定義何為「傳統權益」，但針對申請方所提出的丁屋政策歧視新界女性原居民主張，法院並未多著墨。高等法院花了 77 個段落討論傳統的定義，卻只花了三段討論性別歧視之問題。高等法院認為，丁屋政策本身歧視女性，但因為 1995 年制定的《性別歧視條例》(*Sex Discrimination Ordinance*) 不只明確將丁屋政策列為性別歧視之例外，更明示「關於新界土地並授予男性原居村民的利益的依據的政府政策，而產生的男性與女性之間的待遇差別」為例外狀況。因此，高等法院駁回原告認為丁屋政策歧視女性原居民之主張。²²而上訴法院更表示，許多新界的傳統本身就是根植於性別不平等的觀念，因此《基本法》第 40 條的設立就是為了保護這些傳統，讓其能夠不受當代人權及性別平等的準則影響。上訴法院也主張，香港於 1991 年 6 月將聯合國之《公民權利和政治權利國際公約》(*International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR*) 國內法化成《香港人權法案條例》(*Hong Kong Bill of Rights Ordinance, HKBORO*)，其中第 22 條明確規範人人在法律之前一律平等，不得因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分而被歧視。若以這條法律為準則，那麼丁屋政策的確違反性別歧視，但香港人權法案條例制定於 1991 年，早於《基本法》頒布的 1997 年，因此，作為後頒布的《基本法》，《基本法》第 40 條一定有預見新界諸多性別歧視的傳統可能違反《香港人權法案條例》第 22 條。因此，《基本法》第 40 條就是特定條款，使其凌駕於《香港人權法案條例》第 22 條。上訴法院的判決也表明，「如果允許大家對《基本法》第 40 條發出挑戰，

21 HKCFA 38, [25]-[40].

22 HKCFI 867, [22]-[24]. 《性別歧視條例》: *Sex Discrimination Ordinance*, Hong Kong e-Legislation (<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap480>).

那麼就失去制定該法條的目的」(if such challenge was allowed, it would defeat the whole purpose of Article 40)。²³在性別的議題上，終審法院維持上訴法院的意見，且再次強調，因為 1995 年的《性別歧視條例》闡明了丁屋政策為性別歧視之例外，因此，只要《性別歧視條例》還有效，丁屋政策就不構成性別歧視。²⁴

本文認為，三個法院對於性別歧視所做之裁判反而引起更多值得討論的議題。上訴法院以及終審法院的評論無疑是無視 1990 年代以及 2020 年代不同的時空背景，且預設社會以及人們的價值觀不會隨著時間而改變，而是停留在 1990 年代。再者，將《基本法》第 40 條視為最高準則，且為不可挑戰的特定條款，違憲審查將變成毫無意義。甚至，上訴法院以及終審法院都忽略了一歷史事實，雖然《基本法》於 1997 年頒布生效，但其條文於 1990 年就已撰寫完成，且從 1990 至 1997 年間，《基本法》的條文並未修改過。主要因為 1989 年時發生六四天安門事件，中英雙方的關係越趨緊張，為了避免更多紛爭，《基本法》自 1990 年確定後就無變更。而六四天安門事件也讓英國政府體認到《基本法》對於人權的保護未盡完善，因此才催生 1991 年的《香港人權法案條例》。²⁵

Kwok Cheuk Kin 作為 1972 年丁屋政策實施以來第一個挑戰該政策性別不平等之違憲訴訟，主張丁屋政策在《性別歧視條例》中的豁免地位違憲，但不論是高等、上訴或是終審法院都沒有就丁屋政策在《性別歧視條例》中的豁免地位是否正當、是否和《香港人權法案條例》相衝突詳盡分析及討論，並衡量所謂傳統權益以及性別平權的的衝突，試圖找出一個對當代社會來說最為合理的做法。誠然，1995 年的《性別歧視條例》對丁屋政策的例外一定程度上限制了法院衡量性別平等以及傳統權益的空間，但 *Kwok Cheuk Kin* 一案申請方闡明其認為丁屋政策在《性別歧視條例》中的例外是違憲，因此，本文認為法院應該就此議題中丁屋政策的例外狀況給予更多討論以及釋疑。如同學者 Say Goo 以及 Heather

23 HKCA 54, [95].

24 HKCFA 38, [30]-[31].

25 Allyson Singer, "Sex Discrimination in the Hong Kong Special Administrative Region: The Sex Discrimination Ordinance, The Equal Opportunities Commission, and A Proposal for Change," *Indiana International & Comparative Law Review* 11 (2000): 215-249.

Lee 在評論中指出的，香港的法院判案應採用比例原則，該原則包含以下四個要素：（一）該限制是否追求一合法正當的目標；（二）該限制是否和該目標有正當關聯；（三）該限制是否是實現該目標的必要手段；（四）須衡量該限制對人民所造成的負面影響以及對社會的正面效益之間的平衡。作者特別指出，高等法院並未考量第四個要素——衡量丁屋政策所帶來之正面效益以及對非香港居民以及新界女性的歧視，因此未能做出對香港社會人民更好的判決。²⁶1990 年代制定《性別歧視條例》之時空背景和當代已距離 30 年餘，人們對於何謂傳統權益、何謂性別平等已和 1990 年代有著巨大差異，且當時香港立法會在 1995 年對於將丁屋政策列為性別歧視之例外也有諸多歧異，這些都應該被法院列入重新審視《基本法》第 40 條，以及《性別歧視條例》中對於新界土地政策所造成之性別歧視的重要原因。

丁屋政策是否為傳統權益以及丁屋政策歧視女性原居民皆在申請方申請丁屋政策違憲訴訟的理由當中，但相比於法院對於解釋何謂「傳統權益」的巨大篇幅，法院對於丁屋政策所造成的性別歧視相對是輕描淡寫的。判決中對於女性權益的較少探討也反映出新界原居民女性的困境：新界的土地政策事實上源自於從 1898 年殖民政府的間接統治政策，以及和新界村民間持續的土地紛爭。當殖民政府於 1900 年代對所謂的「傳統」收集資料及考察歷史時，其資料來源皆來自新界地方有聲望的年長男性，女性的聲音被漠視。因此，當法院在考察何謂傳統時，就落入了傳統的多個陷阱。第一：不論是有記錄的法條、契約、口說歷史，抑或是專家報告，事實上皆根基於來自新界父權的單向資訊；第二：法條化習慣所造成的女性困境：殖民政府於 1910 年發布《新界條例》，將習慣成文法化，賦予法院執行習慣的權利。但與此同時，成文法化習慣讓本質上充滿彈性、可視環境變化的習慣變成不可挑戰、無法隨時代演進的「傳統」。而這些習慣，都根源於有利於父權發展的價值觀。因此，成文法化習慣不可避免地造成父權的聲音持續凌駕女性的聲音，並成為後殖民時代女性追求性別平等的阻礙。²⁷第三：被發明的傳統。間接統

26 Goo and Lee, "Lawful Traditional Right and Sustainability."

27 Eric Hobsbawm, "Introduction," in *The Invention of Tradition*, ed, Eric Hobsbawm and

治下的「保存華人傳統習慣」並非指殖民政府樂於保存所有習慣，事實上，只有特定的習慣被挑選為「傳統」，而其他皆遭到廢除，例如：土地在清政府時期分為地上權以及地下權，而這制度在英國殖民政府接管新界後遭到廢除。新界居民在 1905 至 1972 年間多次和殖民爭府因為土地利用而發生爭執，但其重點皆非「維持在自己土地上建屋」的傳統，而是爭執於政府徵收土地時給予居民的地價補償是否合理（fair price）。而這部分的歷史，並未被法院詳細考察。法院在定義「傳統」時，將其簡化為「可追溯自 1898 年」。但卻忽略了，即便是可追溯自 1898 年的習慣，在 1898 至 1972 年間也經歷了許多政治以及經濟上的變化，如同學者雷蒙·威廉（Raymond Williams, 1921-1988）所說，「傳統」給人亙古不變的錯覺，但沒有什麼事物是永久不變，尤其是由人創造的事物。²⁸

就如同對被發明的傳統有著詳盡研究的艾瑞克·霍布斯邦（Eric Hobsbawm, 1917-2012）以及特倫斯·蘭格（Terence Ranger, 1929-2015）所說，被發明的傳統事實上都會經歷過被發明、被建構以及被制度化的過程。丁權以及丁屋政策也是經歷了被建構、被成文化成為制度的過程。²⁹因此，本文將於下文考察自 1898 年始至 1972 年新界土地利用的歷史，並著重於因港英政府頒布的土地相關法律引起和新界原居民間的紛爭，以及因應紛爭所做的改變。今日新界男性原居民所聲稱的「丁權為傳統權益」，實際上是居民在和殖民政府協調徵收土地所補償之價金的過程中所衍生出來的產物，亦即，是被殖民者和殖民者之間不斷的政治以及經濟妥協所衍生的結果，而非古今不變的傳統。以下將就法律史角度剖析丁權在不同法律階段如何演變以及為何演變。

Terence Ranger (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 1-14.

28 Raymond Williams, *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society* (London: Fontana Press, 1988).

29 Hobsbawm, "Introduction," 1-14.

三、傳統再詮釋（一）—— 是「合理補償」還是「傳統權益」？

1898年以前，新界屬於清政府的統治範圍，理論上土地制度應適用《大清律例》。但學者夏思義指出，不少新界的土地使用習慣和《大清律例》相抵觸，也未必以成文法記錄下來。³⁰最為人所知的即為在英國殖民政府眼中極其特殊的「雙地主制」(Dual Landlord Ownership)。土地所有權可分為地骨以及地皮，即所謂的業權以及佃權。根據時任香港府政司洛克(Steward Lockhart)於1900寫成的《土地備忘錄》(*Memorandum of Land*)，所有的耕地都必須繳交土地稅。地主透過向新安縣政府繳稅而得到印有紅色官印的憑證，稱作「紅契」。擁有紅契的地主便是俗稱擁有地骨權的所有人，他們會再以私下買賣契約的方式把地出租給佃農，使得佃農成為地皮的所有人。地主和佃農間契約因無紅色官印，稱為「白契」。³¹有些白契會寫明地皮使用的為契約十年換一次，有些則寫道「永遠開墾」，因此不少佃農們深信一但擁有了地皮權利，便是永佃權的證據。³²將土地所有權分作地骨以及地皮形同一田二主，而這在英國殖民政府眼中是無法理解的。在英國習慣法之下，土地得所有權人需有在土地上耕種以及利用土地之事實，而土地的所有權人只能有一人。因此，殖民政府在1898年接管新界後，便廢除了雙地主制。首先，殖民政府將所有土地收歸官有，並對新界土地徹底清查，幫土地分類，訂定地稅金額。清查的同時，也紀錄每一塊地的所有人（每一塊地被稱作「地段」，英文為「lot」），再以集體官批的方式(Block Crown Lease)，將土地出租

30 新界的土地利用實際上以地方習慣為主，而非規範於《大清律例》中。許多是以口傳方式流傳下來，成為居民口中的「傳統」。文字紀錄則以居民間的土地交易契約書為主。

31 Patrick Hase, *Custom, Land and Livelihood in Rural South China* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 2013), 35-40.

32 雖然新界土地的所有權在習慣上分作地骨和地皮，但根據清朝的法律，有權在土地上耕種的人只有繳交地稅者和其僕人，以及和繳交地稅者短期承租土地之佃農。雙地主制和《大清律例》此一規範抵觸。Hase, *Custom, Land and Livelihood in Rural South China*, 230-250.

給所有權人。意即，新界居民們現在是向英王承租土地。³³集體官批廢除了一田二主的地骨地皮制度，也一舉取消了清政府下未明文規範卻在新界實施已久的永佃權以及永業權。³⁴

除了廢除地骨地皮外，對土地的分類以及課稅也起了變革。根據殖民政府於 1899 年對新界的調查，清朝時期將可耕種之土地依肥沃度分成三種等級課稅，而空地以及屋地因為不屬於農地，稅金要不是很低就是沒有紀錄，只要和清政府或地方政府申請許可，即可在空地上建屋。英國殖民政府接管新界後，根據清朝時期的課稅標準，於 1905 年在集體官批中將土地以肥沃、中等、荒地分作三種等級收稅，而不落入此三類的土地，全部被劃為官地（Crown Land）。雖然殖民政府大致沿用清政府時期的課稅標準，但其規範房屋不可建於農地之上，若居民想將農田轉為建屋用地，須向地政總署（District Land Office）申請，並繳交更高的稅後才能建屋。1900 年頒布的《收回土地條例》第 11 條（*The Crown Lands Resumption Ordinance*, s. 11）中也規範到，凡根據政府租契持有土地而不按照政府租契的條款使用土地，則不得就該項使用給予補償；殖民政府對土地利用以及補償嚴格的限制和清政府時期的土地制度有著極大差距，也造成許多居民在接下來殖民政府重整新界土地中不自覺地違反新的土地利用政策，進而堆積了許多不滿，認為殖民政府的政策使居民們無法合理使用土地。³⁵

建屋需繳稅之情事讓居民認為殖民政府違反 1899 年英國接管新界時卜力所做的承諾。當時卜力承諾殖民政府會致力於保留新界的風俗習慣，尤其是和土地相關的習慣。但這樣的保障不只無法阻擋永業權以及永佃權的廢除，連蓋房屋都要繳稅。殖民政府所引進的新制度讓新界居民，尤其是原本為地骨所有權人的地主，感到自己的利益受到威脅。居

33 Hase, *Custom, Land and Livelihood in Rural South China*, 40.

34 劉志鵬編，《展拓界址：英治新界早期歷史探索》（香港，中華書局，2010），頁 135-140。

35 Hase, *Custom, Land and Livelihood in Rural South China*, 25-28; Chun, *Unstructuring Chinese Society*, 90; 《收回土地條例》，「電子版香港法例」（<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap124!zh-Hant-HK>，讀取 2023.9.19）；*Crown Lands Resumption Ordinance, 1900*, Historical Laws of Hong Kong Online (<https://oelawhk.lib.hku.hk/items/show/1188>).

民們不滿的情緒在 1905 年達到高峰，因為當時的殖民政府在 1899 至 1905 的六年間，將地稅翻了兩倍。³⁶針對居民的抗議，時任香港總督彌敦爵士（Matthew Nathan, 1862-1939, 1904-1907 在任）向當時的殖民地大臣表示，目前新界收稅的方式，的確和一開始所承諾的「沿用新界就有習慣」相牴觸，因此在 1906 年，為了平息地主們的怒火，殖民政府向新界抗議的地主們承諾，往後的地稅都不會再調高。³⁷

短期來說，被凍結的地稅或許給地主減輕不少負擔，但就殖民政府以及經濟的角度來說，地稅本來就會跟著市場價值浮動，而凍結地稅等同減少收入。尤其在 1911 年滿清政府被推翻後，新界湧入不少來自中國的移民以及難民，土地的市值快速增長，殖民政府也因此失去原本可以大幅獲利的地稅收入。在此情況下，殖民政府只能從其他方面來補足地稅損失，其中一項就是日趨嚴格的「農地轉建屋地」。1923 年，殖民政府頒布《民田建屋補價規例》，規範若新界居民想將農地用於建屋，除須事先申請之外，還必須額外繳費用，稱作「補地價」。而地價費是跟著市場價值波動。另外，若居民們將用於建屋的土地租給 1898 年後才搬來的移民，將會被課予罰金。而 1898 後才來的居民若在建屋地上蓋房子，不論是自住還是出租，都須向政府補地價。學者陳奕麟指出，殖民政府最初的用意或許是想確保只有 1898 年就住在新界的居民及其後代能享有凍結的低地稅，另一方面也防止居民們從中獲取暴利——以高價出租房屋給移民，卻只繳最低的地稅。但無論如何，陳奕麟認為，就是因為凍結的地稅才會使得殖民政府想盡辦法在其他方面補足其失去的收入。《民田建屋補價規例》只是其中一例。另外一個例子為殖民政府在徵收土地時所賠償給居民的價格。1911 年後新界人口快速增長，政府以開發新市鎮以及改進生活環境為由，強制徵收居民之土地，並以金額較少的農地價格賠償地主。農地以及建屋地之間的地價的差距有多大呢？以稅額來說，農地為每英畝為 3 元，建屋地則是每英畝 50 元。也就是說，政府在

36 CSO (Colonial Secretary Office) 3120/06.

37 時任新界登記總長伯溫（Arthur Winbolt Brewin, 1867-1946）表示，這些抗議的只是少數人，而且都是地主階層，「是可以負擔一定金額稅金的人」（these people who are obliged to be overtaxed can afford to offer a substantial fee）。Chun, *Unstructuring Chinese Society*, 90.

凍結地稅失去的收入，可以用強制徵收土地，並以農地價補償地主此一方式補回來。³⁸而真正對居民來說雪上加霜的是，不少居民並沒有因為地被徵收而得到補償。根據港英政府於 1978 年向英國政府做成的報告中提到，集體官批規範在無王室准許下，任何人都不許將農業用地擅自轉變用途。若違反契約，則無法得到徵收土地的補償。當時不少居民違反集體官批中土地的分類使用土地，還是以清朝時的習慣，私自將農地用作建屋。在違反集體官批契約規範下，居民當然無法得到補償。³⁹

《民田建屋補價規例》遂引起居民們的不滿，地主們為此便組成「新界農工商業研究總會」，於 1923 年向當時英國的國務大臣里奧·艾瑪瑞（Leo Amery, 1873-1955）發起請願書，指控《民田建屋補價規例》違反了 1898 年英國和清政府所簽的《展拓香港界址專條》。專條中闡明英國殖民政府「在所展界內不可將居民迫令遷移，產業入關，若因修建衙署，築造砲台等官工需用地段，皆應從公給價」（there will be no expropriation or expulsion of the inhabitants of the district included within the extension, and that if land is required for public offices, fortifications or the like official purpose, it shall be bought at a fair price）。⁴⁰ 地主們認為，開發新市鎮算是「官工需用」的土地徵收，且他們土地被徵收後所得到的賠償竟是根據農地稅金補償，而非市值，損失極大。時任香港總督金文泰（Cecil Clementi, 1875-1947, 1925-1930 在任）認為新界的居民之所以不滿抗議乃因他們覺得自己並無得到「合理價格的補償」，也就是《展拓界址》中從公給價（bought at a fair price）。⁴¹

《民田建屋補價規例》後因居民不斷抗爭，於 1926 年撤銷。殖民政府和原居民之間對於土地分類、所有權的觀念以及法條解釋的分歧在在顯示出兩種不同法律文化及土地制度碰撞時的困境，也讓殖民政府認知到其和新界居民鴻溝之大，因此促成鄉議局的成立。鄉議局由在新界有

38 Chun, *Unstructuring Chinese Society*, 93.

39 FCO 40/1011, "Policy of Government of Hong Kong of Land in New Territories 1978."

40 〈1923 年上田土官呈文〉，收於薛鳳旋、鄭智文，《新界鄉議局史：由租借地到一國兩制》（香港，三聯書店、香港浸會大學當代中國研究所，2011）附件 5.1，頁 392。

41 Chun, *Unstructuring Chinese Society*, 93-95; 142; CO 129/494, 1926.

聲望之年長男性組成，多數為村中的家父長。自此，鄉議局成為常態化的地方機構，並作為新界和殖民政府間正式的溝通管道。⁴²

新界居民經歷了清政府時期建屋不用繳稅，到殖民政府時期的嚴格劃分農地屋地、建屋繳稅、建屋補地價、地稅上漲、徵收土地的合理價格，新界居民們和殖民政府間就新界土地發展不斷有衝突。這些衝突到了 1949 後更為明顯。1949 年中華民國在中國失去政權，連帶造成許多難民以及移民遷移至新界，裡面不乏來自上海的企業家，或是來自城市地區的居民。這些難民夾帶著大量資本及金錢，以更高的租金付給新界地主，將原本的水稻田改建成養雞的畜牧場，或是獲利更高的蔬菜地。因此，1950 年代起，港英政府陸續收到表示許多農民被地主趕出土地的地方報告。一開始，政府表示租金的增長並無到「離譜」(exorbitant) 的程度，並指出被地主趕出原本農地的承租人也只是少數，且地主本來就有權利在承租土地的合約到期後選擇其他承租人。⁴³學者陳奕麟指出，殖民政府的評論顯示其重點放在「合理的漲租」跟地主合理驅逐承租人的權利。居民們要求時任新界民政署署長約翰·巴洛 (John Barrow) 立法明示在何種情況下地主可以驅逐承租人，以及限制租金漲幅的上限。但居民們的要求被巴洛拒絕，巴洛表示：(一) 任何有關新界土地法律必須得到鄉事委員會以及鄉議局的同意；(二) 任何對現有習慣的干預勢必會影響到更多新界貧窮的居民；(三) 有關漲租的土地都是高獲利的種植蔬菜地，而不是新界居民傳統耕種的水稻田。⁴⁴

當時港英政府中對於新界居民的狀況大致可分為兩派，一派認為，根據新界的傳統，並無「保證不中止承租合約」之法律以及習慣 (no termination of tenancy)，並且堅持一切都必須遵照鄉事委員會以及鄉議局所提出之「傳統」之意見；另一派則是支持港英政府立新法規範新界地

42 1926 年「新界農工商業研究總會」被下令改名「鄉議局」。鄉議局有以下權利：支持地方改革、幫助居民改善生活環境以及傾聽並收集居民對於地方事務之意見，並和殖民政府報告。1959 年，《鄉議局條例》使鄉議局成為香港法定機構之一。

43 "...there is no evidence that the increased rentals demanded are exorbitant...Tenancy agreements concluded during or just after the Japanese occupation of the Colony are expiring or are due for revision..." *South China Morning Post*, April 20, 1950.

44 Chun, *Unstructuring Chinese Society*, 117-120; HKRS 337, Deposit 1 Serial 2807.

租之漲幅，以及終止承租合約之條件。他們主張，所謂地方習慣的「專家」，大多情況下只是地主階級的意見，因此不該以「不介入地方習慣」為由漠視其他階層人民的困境。法律應該要與時俱進，以土地使用為契機，改善新界居民的生活狀態。針對此議題，時任香港總督葛量洪（Sir Alexander William George Herder Grantham, 1899-1978, 1947-1957 在任）表示並無有力證據指出新界農民們大量地被趕出土地，並認為新界居民或許是受共產黨指示，因此立法的提議也就不了了之。⁴⁵

殖民政府對新界居民趕出土地狀況的漠視不只使得問題持續，不少新界居民被迫搬出新界，也加強了日後鄉議局以及居民極力爭取土地合理使用權以及有地可蓋屋（丁權）的決心。1950年代中期殖民政府為了因應日漸增長的人口，欲重新開發新界，建造更多公共房屋，因此需要徵收更多的土地。對此，鄉議局堅持主張，在《展拓香港界址專條》中，英國承諾不會強制徵收土地，若徵收，也會以合理價格補償居民。鄉議局也不斷要求殖民政府放寬對建屋地以及土地回覆占有的限制。鄉議局的抗議就和1923年因《民田建屋補償規例》所起的紛爭如出一轍，全都圍繞著「合理補償價格」而轉。1960年，殖民政府為了回應鄉議局的需求，推出「乙種換地權益書」（Letter B System），容許土地所有權人（一）以每五平方公尺農地換取兩平方呎的建築用地，或是（二）將土地給政府後直接領取現金補償。乙種換地權益書是可以賣給建商的，因為政府也期望透過建商向居民收集土地，更有效率地開發新市鎮。當時港英政府認為，按照新界的土地習俗，有土斯有財，加上居民們不斷強調永業權以及永佃權，除非是被貧窮所迫，不然地主階級並不會賣地或換地。另外，政府一開始也預期多數居民會選擇換現金補償的方式，卻未料居民們一窩蜂地選擇換地。根據1978年港英政府內部的報告，居民認為現金補償價格為以農地地稅為準，不如將農地換成開發中的都市地，未來和建商合作時就可以更好的價格賣出。⁴⁶乙種換地權益書因此帶來換地熱潮，使土地的價格急速上升。不少居民透過和政府以地換地，再賣給建商賺取暴利。乙種換地權益書證明了新界居民並非如他們表面所展示

45 HKRS 337, Deposit 1 Serial 2807.

46 FCO 40/1011.

的，長期以來都堅守著有土斯有財，且不願賣地的傳統習俗。相反地，他們是在等滿意的價格出現，進而賣土地。⁴⁷到了 1983 年，港英政府已積欠近兩百公頃的建築地，遂取消該政策。⁴⁸

乙種換地權益書實施後，港英政府的內部報告也指出，鄉議局不斷和政府爭執乙種換地權益書中選擇以農地換現金的補償價格，認為政府應給予更高的補償價格。報告中也寫道，鄉議局以及其律師在往後相關土地徵收的政策中將會持續不斷地於「合理價格」上和政府爭論。⁴⁹1966 年 7 月，第 17 屆鄉議局決定將爭取土地合理使用權、調整土地補償以及方寬屋宇建築法例作為首要和政府協商的目標。⁵⁰從 1923 年的《民田建屋補償規例》到乙種換地權益書可以看出，鄉議局的訴求並非著重新界原居民對土地的「傳統權益」，甚至從鄉議局所訂立的協商目標中也沒有保存丁權，落實傳統權益。真正的癥結點在於合理價格以及合理使用土地。不論是徵收土地的合理補償價格還是他們自認不應漲價的「合理」地稅，而每一次對合理價格的抗爭都會被新界居民包裝成港英政府應就 1898 年卜力的告示遵守承諾要保護的自古以來的傳統權益。⁵¹

在地主和建商合作並獲取暴利的情況下，港英政府在開發新界上進展緩慢，新界居民的生活環境也持續令港英政府憂心。自 1949 年起不斷增長的人口再加上政府對於農用地以及建屋地嚴格的區分，新界充斥著各種違建。根據港英政府醫療及衛生部門 1972 年的報告，新界共有 3,836 個鄉村建屋並沒有達到理想的安全標準。因此，在乙種換地權益書之外，時任新界民政署長黎敦義和鄉議局協商，表示為了改善違建以及新界生活水準，賦予每一位可追溯其父系祖先於 1898 年便居住於新界的男性原居民向政府申請蓋屋的權利，即丁屋政策。即使黎敦義在當時已表明，此政策只是為了改善新界生活環境的權宜之計，但該政策所呈現的法律

47 Chun, *Unstructuring Chinese Society*, 148-150.

48 政策取消後，因不能再換地，被港府積欠土地的乙種換地權益書的持有人只能和政府申請金錢賠償。

49 "...the concept of 'fair price' will continue to be argued by the Kuk and its lawyer." FCO 40/1011.

50 薛鳳旋、鄭智文，《新界鄉議局史：由租借地到一國兩制》（香港，三聯書店、香港浸會大學當代中國研究所，2011），頁 201-227。

51 Chun, *Unstructuring Chinese Society*, 150.

意涵至關重要。藉由丁屋政策，港英政府等同向新界居民傳達一訊息：認可新界原居民的建屋權是和土地不可分割的，這是新界原居民的傳統，土地以及房屋，缺一不可。但丁屋政策實施之後，就和乙種換地權益書一樣，原居民們不斷在申請到丁屋建造許可後就將權利賣給建商，並從中獲取暴利。根據統計，1972 至 1982 年間申請丁屋並賣給建商的居民，獲利介於港幣 50 萬至 100 萬之間。甚至衍生出「套丁」問題，有些男性原居民因無足夠資金建屋，因此將丁權出售給建商，讓建商再以高價賣出。更有不少移居海外或出生海外的居民，只因其父系祖先於 1898 年就住在新界，便可申請此權利，再以賣出丁屋獲利。政府發現此種狀況後，要求居民若在得到丁屋許可證後買賣丁屋，需向政府以當下的市場價格補地價。⁵²

由探討新界土地政策的歷史可知，丁屋政策的起源可以上溯自殖民政府時代因土地的變革所帶來和新界居民土地利用習慣的衝突。因在清朝時期因建屋不必申請，也不需繳稅，導致殖民政府在地稅、農地建屋稅、以及補地價方面和居民的認知有極大落差。在由男性組成的鄉議局的主導下，居民們認為殖民政府劃分土地用途、徵用土地是違反了 1898 年卜力的「維持地方土地習慣」告示以及《展拓香港界址專條》中的「在所展界內不可將居民迫令遷移，產業入關，若因修建衙署，築造砲台等官工需用地段，皆應從公給價」的準則。乙種換地權益書以及鄉議局在 1960 年代後的土地方針皆顯示了新界居民們以及鄉議局爭取的並非保留傳統、恢復丁權，而是在大量外移人口進入新界下，殖民政府應該以更好的價格補償居民被徵收的土地，以及修改建築法規讓居民們能更合理地使用新界。

52 Chun, *Unstructuring Chinese Society*, 154.

四、傳統再詮釋（二）—— 從「合理補償」再到《基本法》 第40條的合法傳統權益

那麼，既然港英政府清楚鄉議局以及新界地主們一直以來所追求的是令居民滿意的補償價格，而非一自古一來不變的習慣，為何《基本法》第40條還要保障新界原居民「合法傳統權益」？且是在法條無解釋何謂「傳統權益」的情況下？

如前所述，新界並非割讓給英國，而是以99年期租借給英國，1997年6月30日為租期屆滿之日。1990年代香港經濟急速發展，中英雙方都想爭奪這被稱為東方明珠的地區。但香港並不是只有香港本島，其中也包括占了大片面積的新界，且新界的經濟已和香港本島及九龍密不可分，英國政府不可能在歸還新界，只保留九龍及香港本島的狀況下繼續維持香港的繁榮。中英雙方也因此對香港的主權以及治權展開多輪談判。談判過程中，港英政府也發現鄉議局漸漸成為中方的統戰對象。1983年，中國政府邀請新界人士組團訪問大陸，並和國務院僑務辦公室主任廖承志（1908-1983）會面，討論香港前途問題，隔年鄉議局即向港英政府表示英國應將香港的主權歸還給中國。同時，鄉議局也向國務院港澳辦主任姬鵬飛（1910-2000）提出《維護香港安定和繁榮之具體意見書》，希望中共可以讓香港人民保有私人財產以及土地，並維護新界原居民之傳統風俗習慣。同年7月，鄉議局進一步提出《1997年後香港九龍新界土地及房屋政策意見書》，提議在1905年被劃入集體官批的新界土地及房屋，日後應免補地價，並恢復永久擁有以及使用權。作為交換，鄉議局保證新界整體愛護祖國，支持中共收回對香港的主權以及治權，並積極遊說港英政府將香港整體交還給中共。⁵³而這也是我們理解中英聯合聲明以及《基本法》中保障新界原居民權益的重要脈絡——政治協商。

中方當時亟需擁有龐大勢力範圍的鄉議局支持香港主權回歸，因此

53 章小衫，《「新界」原居民的合法傳統權益》（香港，香港城市大學出版社，2021），頁108-110。

以鄉議局提出的維護新界居民之傳統風俗習慣為條件，將所謂的傳統權益寫進《基本法》第 40 條。然，就鄉議局提出的《1997 年後香港九龍新界土地及房屋政策意見書》來看，其重點擺在免補地價，以及恢復永業權和永佃權。雖然以上訴求並沒有全部被中方允諾，但鄉議局的要求不只體現在《基本法》第 40 條中的保障傳統權益，《基本法》第 122 條也接續規範：「原舊批約地段、鄉村屋地、丁屋地和類似的農村土地，如該土地在 1984 年 6 月 30 日的承租人，或在該日以後批出的丁屋地承租人，其父系為 1898 年在香港的原有鄉村居民，只要該土地的承租人仍為該人或其合法父系繼承人，原定租金維持不變。」從這兩條來看，最終政治協商的結果只承認了新界原居民的子嗣可以享有凍漲的租金，而鄉議局提出的恢復永佃權以及永業權並未被採納。

即便《基本法》第 122 條賦予新界原居民及其父系子孫享有凍漲的租金，其也未對《基本法》第 40 條的「合法傳統權益」的內涵解釋，但也因此讓《基本法》第 40 條成為一曖昧不清的法條，其內涵任由鄉議局及新界耆老詮釋。定義不清的《基本法》第 40 條相繼引出許多問題。第一，誰可以被稱為「新界原居民」(New Territories Indigenous Inhabitants, NTIIs)？法條中並未就該詞定義。學者陳舊就指出，1898 年英國接管新界時，只將新界居民簡單稱作「居民」(inhabitants)，且在英國政府對新界所發布的各種詔令中，也找不到「新界原居民」一詞。那麼，「新界原居民」一詞到底從何而來呢？根據黎敦義的回憶錄，他於 1972 和鄉議局討論丁屋政策草案時，鄉議局提議只有「真正的村民」(genuine villagers) 才有資格申請丁權，而真正的村民必須為其父系祖先於 1898 年就已居住在新界。而後在 1972 年討論丁屋的行政會議中，原居民一詞 (indigenous inhabitants) 被正式採納。⁵⁴藉由丁屋政策，鄉議局發明並定義「新界原居民」一詞。在 2007 年的訴訟案 *Lai Tak Shing v The Secretary of Home Affairs*，法院指出，《基本法》並未定義「新界原居民」，但根據 2003 年發布的《鄉郊代表選舉條例》，原居民意指 1898 年其父系祖先就已經居住新界之後裔，法院並強調，此解釋已被廣泛接受。但法院並未

54 Chan, "Colonial Policy in a Borrowed Place and Time"; Bray, *Hong Kong Metamorphosis*, 164.

仔細追查「原居民」第一次被使用的時機，忽略了「原居民」的定義事實上是根源一臨時政策，由鄉議局單方面定義，缺少非地主階級、女性以及其他非新界居民的參與以及共識。⁵⁵

對於《基本法》第 40 條不清的內涵，英國外交及國協事務部 (Foreign and Commonwealth Office, FCO) 曾在 1990 年表達關切，認為《基本法》第 40 條違反《公民權利及政治權利國際公約》第 26 條：法律應禁止任何根基於種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分而生之歧視。FCO 在電報中提及，當時聯合國的消除對婦女歧視委員會 (United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, CEDAW) 明確指出了屋政策歧視婦女。FCO 也直指《基本法》第 40 條日後可能會被法院當做特別法 (*lex specialis*) 進而阻卻任何反歧視之法律。而如本文所述，FCO 的憂心也在 2021 年上訴法院對 *Kwok Cheuk Kin* 一案的判決成真——法院認為《基本法》第 40 條為特定條款，使其不受反歧視法律之影響。時任香港總督衛亦信 (David Wilson, 1987-1992 在任) 在回覆給 FCO 之電報中表示，此問題已被詳細考慮，對於原居民之保護並不會違反《公民權利及政治權利國際公約》。而後關於《基本法》第 40 條的疑問就沒有再被提起。目前的檔案並無顯示 FCO 為何沒有繼續就此議題深究，但本文認為，中英當時的政治氛圍已因對香港主權及治權的紛爭相當緊繃，再加上前一年所發生的天安門事件，英方有可能為了不激怒中方而停止對於《基本法》第 40 條的懷疑。且因《基本法》第 40 條關切鄉議局利益至深，而鄉議局和當時中共的關係匪淺，若因關切 FCO 《基本法》第 40 條而影響到鄉議局之利益，恐怕對中英關係增添壓力。⁵⁶

從新界土地利用的歷史到《基本法》如何制定第 40 條中的「傳統權益」皆可發現，丁屋政策所賦予的丁權並非自古以來恆久不變的權益，而是在歷史中不同階段的政治協商中誕生的結果。如同學者陳蒨指出，

55 FACV 5. 法院於此案中並未援引 2007 年《聯合國原住民族權利宣言》(Declaration on the Rights of Indigenous People) 中對原住民族 (Indigenous People) 的定義。推測應是因為此案開庭的時間實為 2006 年 12 月，當時《聯合國原住民族權利宣言》還未宣布。

56 FCO 40/3112, 40/3113, 40/3114, 40/3037, 1990.

被發明的傳統事實上包含了一個習慣的延續以及不延續性，並在不同權力角力中不斷地被重新詮釋，才轉化成當今所理解的「傳統」。⁵⁷以往研究新界土地利用以及丁屋的學者們多數同意丁屋政策是一「被發明的傳統」，因為黎敦義已在 1972 年表示丁屋政策只是一解決新界居住狀況以及都市更新所制定的臨時政策。但本文認為，若要考究丁屋是否為被發明的傳統，就必須要上溯至 1898 年殖民政府對土地所做的改革。今日所見的「新界男丁有權在自己的地上建屋」來自於清朝不對農屋課稅，但這樣的權利已在殖民政府將新界土地劃為集體官批，並對房屋課稅時消滅了。此後居民們接受的殖民政府新的課稅方式，但就地價稅以及政府徵用土地時補給居民的金錢上爭論不休。從《民田建屋補價規例》到乙種權益換地書都顯示出居民要的並非一如同清朝政府時期建屋不需繳稅的權利，而是政府如何在大量外移人口以及都市化新界的壓力下，遵守《展拓香港界址專條》中的「從公給價」，並保護新界居民在新界生活的權益。傳統權益在不同法律以及政策制定的階段不斷重新被詮釋，並且透過成文法化鞏固其地位。而當傳統得到法律力量的庇護時，其同時也宰制了再詮釋傳統中毫無話語權的新界女性，使得女性在公領域中變成沒有聲音的一群。以下將就法律以及社會如何在殖民歷史中製造出新界女性在丁屋政策中所面對的困境。

五、傳統再詮釋下的女性困境

丁屋政策為一歧視女性之政策是眾所週知，但值得令人深究的是，自 1990 年代此不斷在性別平等努力上的香港是如何讓丁屋政策變成至 2024 年都無法解決的歧視女性問題？而在這其中，法律制度對社會以及新界女性的影響扮演著什麼樣的角色？

如前所述，丁屋政策歧視女性的內涵在 1990 年代就已引起高度關注，FCO 放棄深究《基本法》第 40 條中歧視女性的情況可視為錯失提升新界性別平等以及促進女性權益的第一次機會。之所以會說是第一次

57 Chan, "Colonial Policy in a Borrowed Place and Time."

機會，乃因 1990 年代為香港性別平權運動風起雲湧之時，當時接連出現重新審視丁屋政策所導致的歧視婦女的機會，卻都一再被錯失。繼 1990 年 FCO 對丁屋政策提出質疑後，新界男女不平等的狀況再次於 1993 年受到關注。當時香港報紙《明報》揭露了新界婦女至 1993 年還未能有和男性平等的繼承權，且這習俗適用於新界所有地區，不論當代居民的祖先是否為新界人，只要住在新界，其土地及財產就只能由兒子繼承。這條消息在當時引起軒然大波，因為香港本島以及九龍地區早在 1971 年就適用《無遺囑者遺產條例》（*the Intestates' Estates Ordinance*），賦予女性和男性相同的繼承權，但新界地區因自 1898 年起殖民政府以習慣法治理新界，並於 1910 年的《新界條例》第 13 條規範：「在原訟法庭或區域法院所進行的任何有關新界土地的法律程序中，法庭有權認可並執行任何影響新界土地的中國習俗或傳統權益」。⁵⁸雖然 1910 年的《新界條例》只是確定法庭「有權」認可並執行新界習俗，並沒有說一定要執行中國的習慣，但長久以來新界人民都將此條例當作其正當行使習俗之法源。甚至是在 1970 年的 *Tang v Tang* 一案，法院明確表示，法院必須執行新界有關土地的習俗。從「有權」到「必須」，法庭對於法條的解釋導致在許多相關新界傳統家族土地財產繼承、祭祀慣例等議題上，即便到 20 世紀皆沿用 19 世紀末極具父權色彩的習慣，並進一步從法律上限制女性的權利。⁵⁹

新界女性無法適用《無遺囑者遺產條例》而繼承遺產的狀況引起不少撻伐，根據港英政府在 1994 年做的民調，有 96% 的香港民眾支持立法給予新界女性繼承財產的權利。在不少立法會議員的支持下，港英政府於 1994 年快速通過《新界土地（豁免）條例》，賦予新界女性和男性相同的繼承權。在立法會討論此條的草案中，許多議員表示應重新檢視丁屋政策所造成的性別歧視，並藉由《新界土地（豁免）條例》廢除丁屋政策。但此主張遭到不少議員反對，最終政府表示丁屋政策的存亡暫時無法達到共識，承諾會在通過《新界土地（豁免）條例》後繼續找出

58 “...in any proceedings in the Court of First Instance or the District Court in relation to land in the New Territories, the court shall have power to recognize and enforce any Chinese custom or customary right affecting such land.”

59 HKLR 276.

讓所有陣營都對丁屋政策滿意的做法。於是，立法會以 48 票對 2 票通過《新界土地（豁免）條例》，賦予新界女性擁有和男性同等之繼承權（*New Territories Exemption 1994, Legislative Council Proceeding*）。但也在同年，聯合國經濟、社會和文化權利委員會（United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR）在對英國及其管轄區域提出的人權報告中表示，丁屋政策所造成的性別歧視令人憂心。⁶⁰因此，隔年在制定《性別歧視條例》的立法會上，許多立法會議員力爭藉此機會將丁屋政策廢除。議員胡紅玉在議會中指出，根據港英政府的說詞，丁屋政策只是一源自於 1972 年的社會福利政策，根本不是如鄉議局及新界居民所說的傳統，更不是一法律權利。議員馮檢基也表示，人權以及平等的原則應該要優先於傳統習慣以及政府所追求的政策之上。即便反對丁屋政策的聲量不小，立法會中也有許多人反對廢除丁屋政策，認為丁屋政策應該被放置於《性別歧視條例》的例外。出身新界元朗廈村的議員鄧兆棠在立法會中就力爭新界的傳統權益須受保護，因為這是 1899 年時任總督卜力和新界村民達成的共識，承諾殖民政府不會介入新界居民良好的習慣（“...your commercial and land interest will be safeguarded and your usages and good customs would not be interfered with.”）⁶¹ 近一百年來村民們把卜力給他們的承諾稱作「Blake Notice」，也一直信任接下來的港英政府會遵守卜力的承諾，保存新界的傳統。鄧兆棠更表示，1905 年的集體官批已經奪走了新界原居民們對於土地的傳統使用權，丁權已經是新界原居民僅存一點點受保護的傳統權利（“a tiny bit of residual right of the indigenous people.”）。時任鄉議局局長及立法議員劉皇發（1936-2017）也同意此觀點，並主張，根據新界的傳統，女性婚後就會搬出娘家和丈夫住，隨夫姓，丈夫去哪，妻子就去哪。因此女性不需要建屋的權利，但是男性需要。從這一點來看，男性是在提供家庭所需，並非性別歧視。⁶²

60 United Nations, “CESCR: Concluding Observations” (1994). 《新界土地（豁免）條例》：*New Territories Land (Exemption) Ordinance*, Hong Kong e-Legislation (<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap452>).

61 CO 129/290.

62 “Sex Discrimination Ordinance 1995,” in *Legislative Council Proceeding* (Hong Kong

劉皇發以及鄧兆棠都是保守且極力維護新界傳統的鄉事派議員，他們的說法可以反映出當時不少新界居民以及鄉議局的看法。不論時代如何推移，港英政府都須遵守英國殖民政府在 1898 年接管新界後所做出的承諾以及 1910 年《新界條例》中所保障的實施傳統習俗的自由。當代人身中的性別歧視在法律的包裝下，成為需被保護且能實踐傳統家庭價值的習慣。新界代表們巧妙地利用法律的力量來合法化鞏固父權及侵害女性權益的傳統。而反對以法律保障過時傳統的議員，梁智鴻，也在《性別歧視條例》立法會中表示，許多立法議員認為丁屋政策所保護的權宜已不合時宜，應該廢除。至於不少議員所擔心的，若取消丁屋政策對政府所衍生的賠償問題，梁智鴻也在會中表示，起草委員會和行政署確認過，丁權並非法定權益（Statutory Entitlement），若丁屋政策終止，政府對男性原居民並無賠償責任。也因此，梁智鴻認為不應將丁屋政策列為《性別歧視條例》的例外。但最終立法會於投票是否將丁屋政策列為例外時，不支持者以 24 票輸給支持的 32 票，而從僅差 8 票的差距可以看出，實際上不少立法議員擔憂丁屋政策所造成的性別歧視，認為當代性平價值應凌駕於所謂的「傳統權益」之上。在辯論紀錄中，議員梁智鴻也提到，行政署認為因為丁屋政策還須經政府、鄉議局以及社會多方研議，才能確定其未來的定位，當務之急是先通過《性別歧視條例》，因此建議先將丁屋政策列為例外，待日後再作討論。⁶³

從立法紀錄可以看出，丁屋政策被列為《性別歧視條例》的例外並非來自於大多數立法會議員的共識，認為其無侵害性別平等的疑慮，而是當下多數議員對於丁屋政策的去留還未達到共識，在政府承諾在通過《性別歧視條例》的一年內會重新審視該政策下而同意將其列為例外。丁屋政策在《性別歧視條例》的例外可說時當時的權宜之計，但在 *Kwok Cheuk Kin* 一案中，法院並未就此點著墨，檢視丁屋政策作為《性別歧視條例》的例外是否已經不合時宜。法院忽略了申請方正針對丁屋政策在《性別歧視條例》中的例外提起違憲挑戰，相反地，法院卻反過來僅

Legislative Council, 2022, http://www.legco.gov.hk/yr94-95/english/lc_sitg/hansard/h950628.pdf).

63 “Sex Discrimination Ordinance 1995.”

僅是將丁屋政策的例外地位作為駁回丁屋歧視女性的理由，而花了大部分心力在解釋何謂「傳統權益」之上。法院對女性權益的忽視也反映出新界女性的困境，即便訴訟案表明是為丁屋政策的歧視女性而發起，法院在審理時卻只能（或是選擇）從剖析《基本法》第40條的內涵開始，解釋何謂傳統權益，但若以歷史追溯傳統權益的內為主軸，便注定看不到、也聽不見女性的蹤跡。新界女性在丁屋案所遇之困境，甚至是新界女性本身的沈默，或許可以從殖民政府時期的間接統治以及法意識的觀點加以分析。

如前所述，1898年後殖民政府透過新界地方鄉紳實施間接統治，以成文法律保障新界實施傳統習俗的權利，進一步鞏固新界的父權以及歧視女性的習俗。在新的法律框架下，女性更難為自己發聲。傳統習慣成為成文法後，舊有以父權為中心的習慣變成剛硬、難以改變的法律條文，並隨著時間推遷逐漸被居民們相信是「永恆不變」且「自古就存在」的傳統，需要被保存。這也是為何在辯論《性別歧視條例》時，不少新界人士錯將丁權認為是他們受殖民政府剝削後僅存的傳統權益。學者張少強就指出，殖民政府利用間接統治的面具，將長期以來在父權體制下運作的習慣轉變成由文字寫下的法律事實上忽略了習慣以及傳統在中國的文化中並非一成不變，而是充滿韌性與彈性，會因應不同的時空變化。⁶⁴如同本文所述，1898年後土地政策發生變革，新界居民並不是極力想保存其建屋的傳統，而是想與殖民政府協調出最好的土地徵收補償價格、建屋的免地稅資格以及對當地居民來說合理的使用土地方式。

表面上來看，間接統治維持了許多地方習俗，減少紛爭，並讓被殖民地以原有的習慣模式運作著。但事實上並非所有習俗都被保留下來，只有少數對殖民政府來說有益的習俗可以被成文法化。例如，一田二主的雙地主制在英國統治新界的一開始便被廢除，而對於穩定社會及家族力量的男性繼承便被保留下來。而所謂的「傳統」也多奠基於單一的父權聲音，早期殖民政府所考察的新界歷史多仰賴於地方男性耆老的口述，甚至連留下的契約、《大清律例》等文字史料也幾乎不見女性蹤影。1898年新界的習慣是由父權主宰，殖民政府藉由法律保留傳統的政策無

64 Cheung, *Gender and Community under British Colonialism*, 20-24.

疑是將女性困在了 1898 年，無法隨著社會的改變得到相應的權利，而 1926 年所建立的鄉議局更是鞏固了新界的父權結構。⁶⁵鄉議局的組成可說是父權文化的代表，由在新界有聲望之年長男性組成，多數為家父長。並且在殖民政府的間接統治下，只有鄉議局有對地方傳統具有詮釋權，以前述 1951 年新界地租急速上漲的案件為例，時任新界民政署署長約翰·巴洛拒絕村民們對於租金和永佃權的請願，明白表示任何有關新界土地法律必須得到鄉事委員會以及鄉議局的同意，並且堅持一切都必須遵照鄉事委員會以及鄉議局所提出之「傳統」之意見。⁶⁶

在間接統治下，鄉議局從殖民時代就奠定了其詮釋何謂傳統的主導權，並將父權文化變成新界的文化實踐以及秩序。在 1948 年，殖民政府曾就新界諸多傳統習慣開會，審視這些習慣是否合時宜。根據當時的報告指出，在討論到女性無法繼承時，殖民政府諮詢了鄉議局以及地方耆老，並決定遵從鄉議局之意見，於新界維持女性不得繼承之模式。⁶⁷也因此才有了女性繼承在新界以及其他香港地區為差別待遇的狀況。1994 年 3 月 22 日，鄉議局為了反對《新界土地（豁免）條例》，集結了約 1,200 名村民抗議。抗議隨之演變成衝突，導致一名支持新界女性繼承權的立法議員被毆打。鄉議局甚至稱，時任香港總督彭定康（Chris Patten, 1992-1997 在任）破壞新界傳統，應該被判處死刑。⁶⁸或許我們可以說，在殖民政府成文法許多以男性為中心的習慣後，法律變成剛硬的條文，難以改變。再加上鄉議局作為傳統文化的實踐者，長期下來使居民認為傳統權益的重要性可凌駕於性別平權之上。

在通過《新界土地（豁免）條例》以及《性別歧視條例》後，時任鄉議局主席劉皇發馬上發起訴訟（*Lau Wong Fat v Attorney General*），⁶⁹主張賦予新界女性繼承權是違反《香港人權條例》第 23 條：少數種族、宗教或語言的文化權利。並表示，中國的傳統為財產傳子不傳女，女性的

65 Chun, *Unstructuring Chinese Society*, 96.

66 Chun, *Unstructuring Chinese Society*, 117-120; HKRS 337, Deposit 1 Serial 2807.

67 Selina Ching Chan (陳蒨), "Politicizing Tradition: The Identity of Indigenous Inhabitants in Hong Kong," *Ethnology* 37, no. 1 (1998): 39-54.

68 Kwok-shing Chan (陳國成), "Women's Property Rights in a Chinese Lineage Village," *Modern China* 39, no. 1 (2013): 101-119.

69 HKPLR 307.

居住及生活必須由其丈夫以及男性親屬負責任，若打破這一傳統，女性將會失去男性親屬對她們的保護，更會削弱中國傳統家庭以及婚姻價值。劉皇發的論點反映了新界居民何謂社會秩序的概念——新界的父權體制不是只有男性享有無盡的權利，其有相對應的義務，也就是要利用手中的權利盡照護女性親屬的義務。劉皇發的主張並非特例，學者孫家穗便指出，全世界不少原住民女性都被困在振興傳統以及性別平權的困境中。維護傳統被用來維持既有的社會結構以及少數文化，使之成為更強烈的壓迫力量，並以保護知名使女性噤聲。⁷⁰那麼，劉皇發所主張的中國傳統家庭以及婚姻價值是否需要被保護的少數傳統文化呢？

劉皇發的訴訟在上訴法院被駁回。主審法官認為新界原居民不算是「少數種族」(ethnic minority)，並指出《新界土地(豁免)條例》只是賦予女性同等男性的繼承權，如果新界村民們還是偏好男性繼承，可以以遺囑方式指定男性繼承。判決指出，「我們身處一個所有文明國家都必須致力消除對各種對婦女歧視的時代」(in an era in which the elimination of all forms of discrimination against women is a policy to which all civilised nations subscribe)，更強調在不斷變動的社會條件下，女性權利應該凌駕於新界的傳統習俗之上。判決的主文也強調，劉皇發認為為了保護傳統權益而歧視女性是必要的此一觀點是法院無法捍衛的價值觀。⁷¹上訴法院對於新界女性繼承權的見解點出了一關鍵：傳統和性別之間的權衡。如判決所述，傳統以及習慣法有其重要性，也明白傳統對於家庭的價值，因此才會提出透過遺囑使男性繼承的方式。但保護傳統的同時就必須犧牲女性權益嗎？法律的功用的就是在文字上給予女性和男性一樣的保護。《新界土地(豁免)條例》賦予女性重要的法律權利，使女性在法律上和男性平等，且在遇到繼承紛爭時，可以透過法律爭取權利，不受侵害。再者，判決中明確地指出，變遷的社會情況會導致傳統的價值觀不再適用於當代，因而將女性權益至於傳統權益之上。這樣的評論也反映出法院必須考量到當代社會的價值觀，對過去的法律做出判斷，

70 孫家穗，〈媒體、族群與性別中的愛厭交織：看見原住民女性身影〉，收於王曉丹主編，《這是愛女，也是厭女》(臺北，遠足文化，2019)，頁196-213。

71 HKPLR 307.

淘汰會侵害當下社會以及人民權利的法律。

上訴法院對於新界居民可用遺囑排除女性繼承這一評論也映照出法律和社會實踐的差別。上訴法院雖然明確地表達，保護女權必須優先於保護傳統及習俗，但自 1994 年《新界土地（豁免）條例》通過以來，並沒有任何新界女性以該法案追求女性繼承的訴訟記錄。⁷²單就司法案件來看女性繼承訴訟數量有一盲點，因為香港大部分的土地繼承案件是在遺產承辦處處理，而這些案件並未被涵蓋於司法檢索系統內，因此除非透過實地的田野訪談跟繼承調查，外界難以得知新界女性在 1994 年後的繼承狀況。

較貼近現實的狀況可從幾位學者的田野調查中得知。陳國成以及伍鳳嫦便有就此議題在新界做過田野調查。陳國成在其田野調查中訪問了許多參與 1994 年爭取新界女性繼承權運動的新界女性，她們全部都表達了即便《新界土地（豁免）條例》通過，她們也不會為了擁有繼承權而以此法律發起訴訟，因為她們不願意以家庭和諧來交換自己的繼承權。⁷³無獨有偶，學者伍鳳嫦於其 2014 年的研究中也發現，以山下霸尾以及橫台山兩村落來說，超過百分之九十的土地都由男性新界居民所持有，直接反應新界的文化對女性繼承極不友善。⁷⁴兩位學者的研究皆顯示，自 1898 年間接統治以來形成的習慣法長期遏止女性藉由法律追求平權，至今不少女性還是認為繼承的問題並非法律議題，而是家庭紛爭。而既然是家庭紛爭，就不該由法律途徑解決。這樣的想法一方面可歸咎於長期以來女性無法繼承的習慣，另一方面，英國於 1910 年代頒布的《新界條例》，使得女性不得繼承的狀況深植於剛硬的法條中。以 1994 年的《新界土地（豁免）條例》為例，該法案源自於 1993 年一起紛爭，當時有五位新界女性居民遇到了相同的難題：因為未婚而長期住在父親的房子內，但在父親去世後，男性兄弟及親戚卻將她們趕出房子，不讓她們居住。這五位新界女性在向村里抗議無果後，轉而向當時的立法會議員求

72 以關鍵字「New Territories Land (Exemption) Ordinance」在香港司法院案件索引系統（Legal System Reference）搜尋，總有 19 條結果。其中全部都是有關於土地契約糾紛，而非女性繼承議題。

73 Chan, "Women's Property Rights in a Chinese Lineage Village," 101-119.

74 Ng, *Hong Kong Rural Women under Chinese Rule*, 49-59.

救才使得新界女性無繼承權之窘境於 1993 年的《明報》被揭發。當時立法會中有不少旅外歸國的女性議員（例如：胡紅玉女士以及陸恭慧女士）幫忙這些被趕出家門的女性發起新界女性繼承權運動以及起草《新界土地（豁免）條例》。在這過程中，帶領運動的立法議員們發現，新界女性們對於人權以及性別平等的觀念薄弱。被男性兄弟踢出家門的新界女性們表示，他們一開始只是想拿回房子的居住權，並沒有想到他們的無繼承權事實上已違反性別平等以及人權原則。她們的世界圍繞著習慣及傳統而轉。根據新界的傳統，即便父親過世，兒子繼承房產，未婚的女兒可以居住在其父親的房子內直到她結婚或過世。該習慣意在保護男性繼承下的未婚女性，但實際上不少女性在父親過世後，因為沒有平等的繼承權而被自己的兄弟或男性親屬趕出家門。⁷⁵新界女性們只想到以習慣來主張權利，但並未看到一不合理：當香港其他區域都在法律上給予男女相同繼承權時，新界的習慣法是否還適用於當代社會？在法律資源上，新界女性就已經差了香港其他地區一大截，因此時任立法議員胡紅玉女士以及陸恭慧女士在此運動中教導新界女性們如何將「家庭紛爭」轉變為事關人權以及性別平權的議題，是必須讓全香港都關注的重要權利。但即便《新界土地（豁免）條例》在 1994 年以高支持率通過，但如前所述，這場運動不只遭受到鄉議局以及新界男性的反對，甚至不少新界女性都反對。當時鄉議局在村內進行了許多宣傳，告訴已婚女性若《新界土地（豁免）條例》通過，他們的兒子便會無房可繼承，甚至會失去其丁權。⁷⁶

新界女性所面臨的困境事實上就是女性主義法學想要探討的性別不正義。女性主義法學探討法律在生產以及維繫「基於性別所產生之歧視」中所扮演之角色，並主張法律體系就是以男性的價值標準而設立，女性應當翻轉以男性為主的法律架構。⁷⁷當習慣法以父權的姿態持續存在，

75 Sally Engle Merry and Rachel E. Stern, "The Female Inheritance Movement in Hong Kong," *Current Anthropology* 46, no. 3 (2006): 387-390.

76 Merry and Stern, "The Female Inheritance Movement in Hong Kong," 387-390.

77 女性主義中也分多種流派，但其宗旨始終為批判以父權價值建立之法體系，並探討達到性別平等之方法。陳昭如，〈女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹〉，《近代中國婦女史研究》6（臺北，1998），頁 213-236。

其所灌輸給新界女性的文化便是父權為尊，女性不該繼承家產，若女性有任何繼承上的疑慮，那便是家庭紛爭。學者王曉丹在談及女性主義法學時也指出，以父權為價值所建立之法體系明確區分何為公領域以及私領域，而有關女性和繼承上的事務屬於私領域，不納入有法律支撐的公領域。也就是說，法律不予介入。⁷⁸1898 年是鞏固新界父權的開始，習慣成文法化使得法律忽視女性經驗，長久以來限制新界女性的能動性，並阻斷法律幫助女性的可能性，進而造就今日新界女性對自身權利的消極。即便在規範層面上新界女性和男性一樣具有繼承權，但因為長期內化的法律文化，使得女性不願意出面主張法律的保護，阻礙女性使用法律主張正義的可能。⁷⁹學者王曉丹也在其對法意識的研究中指出，法律不只是白紙黑字，而是在社會與歷史中形成，只有有權力的人能運用法律執行其意志，並製造不平等。而受到宰制者則會因為法律的規範合理化自身的被壓迫。⁸⁰如同 1994 年的爭取新界女性繼承權的運動中，不少新界女性也認為男性繼承是天經定義，在新界的傳統中，女性的保障源自於夫家，而不該有繼承權。她們也同意父權不單只有權力，男性事實上也背負著傳統中照護女性的角色，而這對新界居民來說，就是傳統的秩序。學者孫嘉穗在其對台灣原住民的研究也指出，在爭取性別平權和維護傳統的選擇中，女性經常在維護傳統的大願之下，自我壓抑了爭取性別平權的自覺，甚至反過來以捍衛傳統為傲。⁸¹

或許，在不少女權運動者的眼中，新界女性對於自身權利的消極極不可思議。她們不只願意以自身權利交換家庭和諧，連歧視女性的丁屋政策都可以存活 50 年，且沒有一位女性為此提起訴訟。但在質疑新界女性的同時，我們不該將所有女性都視為單一、無變化的群體，期待女性不論是在過去還是現在都必須在某個時間點站出來為自己的權利發聲。相較於女權發展較早的地區，新界女性身為被殖民地的弱勢性別，其所

78 王曉丹，〈從法社會的觀點論女性主義立法行動——女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌〉，《東吳法律學報》19：1（臺北，2007），頁 51-78。

79 王曉丹，〈從法社會的觀點論女性主義立法行動〉，頁 66。

80 王曉丹，〈法意識研究——不平等權力結構中，法律實踐的局限與能動〉，《政大法學評論》特刊（臺北，2022），頁 55-96。

81 孫家穗，〈媒體、族群與性別中的愛厭交織〉。

享有的社會資源遠少於香港本島，更不可能發展出如同英美女權運動的軌跡。在新界的歷史發展中，女性居民不斷地被邊緣化，成為殖民政策下為了維持傳統社會穩定的犧牲者。⁸²如同學者彼得森以及路斯福德在 *Double Colonization* 所提，19 世紀大英帝國於其殖民地所實施的間接統治往往造成殖民地的父權社會一再被強化，女性則被「雙重殖民」——被英國殖民者以及本地男性所殖民。新界的狀況或許更像學者伍鳳嫦的描述：「三重殖民」——被英國殖民者、本地男性以及香港居民所殖民以及歧視。⁸³

即便不少學者認同新界女性是被「三重殖民」，近年也不少學者深入新界，探究新界女性的看法。他們認為，新界女性並不外界所想像的被動，不少女性反而善用堅實的父權體制來實現意志。例如，利用自身的人際網絡在定期召開由男性組成的家族長老會議上獲取支持等。學者張少強所訪問的個案，鄧阿妹，更是表現出個體如何延續以及斷裂由社會權力以法律共構的父權結構——體現了學者王曉丹所主張的法意識的改變。⁸⁴鄧阿妹在其父親過世後，其父親的房子以及母親的土地被其孀孀（阿孀）以阿妹父親吳男性子嗣為由，向村里長老主張應由自己的三個兒子繼承。1990 年，長老會議主張《大清律例》以及華人傳統是由男性子嗣繼承，如果讓女性繼承，整個鄧氏家族便會沒面子。學者張少強訪問了鄧阿妹另一位女性親戚，該親戚認為鄧阿妹既然生為女性，就不該期待自己能繼承。該親戚更進一步主張「自己也是女性，自己就從不和兄弟吵架以爭取繼承已過世父親的財產。如果每個人都像鄧阿妹一

82 近年越來越多學者提出對於新界男女權利關係提出新的見解。張少強便在《管制新界》中主張，一味地將女性是為受害者是對於新界圍村的生活型態理解不足，甚至多數新界的女性可說是父權的共謀者。筆者認為，新界根深柢固的父權使得新界女性在以男性為尊的村落生活中既是受害者，也是共謀者。但新界女性真正的生活，又存在著個案差異，而這些差異都有賴於學者實地走訪新界，認識女性的生活。目前學界有不少學者對於新界女性做田野調查，如伍鳳嫦、陳蒨、陳國成等等。

83 Peterson and Rutherford, "Forward," 9-10; Ng, *Hong Kong Rural Women under Chinese Rule*, 15.

84 王曉丹，〈法意識研究〉；Cheung, *Gender and Community under British Colonialism*, 123-142.

樣，這個世界就沒了秩序。」⁸⁵從村內長老們的論述可看到 1898 年後英國殖民政府已法律在新界實施的間接統治近一步讓父權鞏固其權利，使得 1990 年代的新界還不斷受到百年前《大清律例》的束縛。阿孀以及其他女性親戚的看法——認為男性繼承天經地義，是社會秩序——也反映出新界人民在殖民者、父權者以及被殖民們間不同權力的碰撞在歷史中形成了什麼樣的法意識，其所認為的公正的法律並非寫在白紙上的，而是其所處的權力結構中被默認的文化實踐。⁸⁶

鄧阿妹的案子最終在庭外和解，鄧阿妹也拿回了其母親的土地。鄧阿妹表示，當時因 1994 年的《新界土地（豁免）條例》快要通過，阿孀害怕新的法例會對自己的繼承造成不利，便放棄了原有的主張。鄧阿妹的案子可視為女性的能動性在侷限的情況下，如何在社會權力結構改變時，得到更多的能動性，並進一步挑戰既有的父權體制。但若以女性主義法學批判的觀點來看，女性個人的能動性以及積極並不能解決法律所造成的結構性不平等，法律作為一種社會規範，創造了許多性別不正義。這也是為何 1994 年的《新界土地（豁免）條例》對性別平等如此重要：以形式法律保障女性追求平權的權利。若 1994 年的《新界土地（豁免）條例》沒有通過，鄧阿妹是否還能拿回其父母的土地及財產？或許能，或許不能。但可以確定的是，其不能在法律的保護及支持下繼承其父母的土地。而這也回到本篇的主題之一：從殖民時期到後殖民時代，法律是如何造成了今日新界女性在丁屋政策下的困境。不同於 1994 年的《新界土地（豁免）條例》，歧視女性的丁屋政策在《新界土地（豁免）條例》以及《性別歧視條例》中皆有豁免地位，其是否作為《基本法》第 40 條的「合法傳統權益」在 *Kwok Cheuk Kin* 案之前都是充滿疑慮的。當 *Kwok Cheuk Kin* 一案的申請方以丁屋政策在《性別歧視條例》中違憲提出違憲審查時，法院卻只選擇性地大幅度解釋何謂「傳統權益」，而未深究 1995 年制定《性別歧視條例》的時代背景，以及其對當代性別平等

85 “As she was born a girl, she should already expect that a girl would not have any inheritance! Just like me, I never ask about my deceased father’s things and fight for them with my brothers. If everyone behaves like her, how can this world have order?” Cheung, *Gender and Community under British Colonialism*, 129-131.

86 王曉丹，〈法意識研究〉。

的影響。本研究認為，*Kwok Cheuk Kin* 一案中法院對於性別平等釋放出的消極訊息不只更加限制了新界女性往後挑戰諸多性別不平等的習慣的能動性，更可能回過頭合理化宰制者以及被宰制者的關係。

六、結論

本文認為，丁屋政策所代表的不僅是一歧視女性的政策，其更呈現女性如何因殖民政府、土地政策以及法律框架被邊緣化的歷史。當學界以及香港社會多數皆認為丁屋政策不只是被發明的傳統，且是歧視女性的政策下，本研究以 *Kwok Cheuk Kin* 一案出發，不只梳理了新界的土地利用在每一階段的演變，以及「傳統」如何一步步從「合理補償價格」走向「丁權」，更探討了自殖民時代所建立的法律以及統治模式如何限制了新界女性的能動性，直至今日也難在丁屋政策下爭取性別平等。1898 年的間接統治不只使得新界男性耆老掌握了新界土地利用的話語權，以年長有權男性為主的鄉議局更在 1920 年代後成為唯一能代表新界和英國殖民政府協商的機構，並以此制定對特定階級以及父權有利的政策。在鄉議局以及殖民政府的合作下，19 世紀末的習慣能夠不受變遷的價值觀的挑戰，並藉由土地以及繼承制度不斷地貫徹父權社會的價值觀，其影響持續至後殖民時代以及當代。

丁屋政策所造成的兩性平權困境可以用「先天不良，後天失調」概括。先天不良可謂港英政府所留下的法律，以保留當地傳統習慣之名限制了女性權利的發展。後天失調則可以涵括意義不明的《基本法》第 40 條以及 1990 年代中期的《新界土地（豁免）條例》以及《性別歧視條例》。三個法律的制訂都顯示出港英政府因政治因素以及新界地方勢力錯失以法律保障新界女性的機會。尤其是 1995 年的《性別歧視條例》，其中明文將丁屋列為性別歧視例外的狀況也造成在 *Kwok Cheuk Kin* 案中，法院難以針對丁屋政策歧視女性做審查。但如本文所述，*Kwok Cheuk Kin* 作為具有性平指標意義的違憲審查訴訟，並且以丁屋政策在《性別歧視條例》的例外為申請理由，法院應該對傳統權益以及女性權益的狀況更加

小心地審查以及權衡，而非反過來以 1995 年的《性別歧視條例》中丁屋政策的例外為由，草草回避丁權侵害女性權益的問題。

除了未盡力平衡女性權益及傳統權益，*Kwok Cheuk Kin* 對於《基本法》第 40 條的中「傳統權益」所做的解釋也落入了「傳統」的陷阱。法院只看見傳統須古今如一的特質，卻忽略傳統事實上是隨著社會變遷不斷更動的產物。法院只審查在私人／政府土地上建屋其是否為 1898 年就存在之習慣，卻忽視了新界的土地利用的歷史錯綜複雜，居民在乎的是殖民政府徵收土地時是否有「從公給價」，且希望建屋地的稅收越低越好，因此不斷跟殖民政府斡旋。從 1898 到 1970 年代，土地利用的政策以及法規隨時因應現實在調整，所謂「自由建屋的傳統」早在 1905 年集體官批將屋地納入繳交地稅之地時就已消失，後續的爭執多圍繞在居民要求凍漲地稅以及政府徵收土地時所給予的合理價格。居民們極力想回到建屋不用繳地稅之時期，殖民政府則是極力想要奠定新的稅收制度，穩定財源。一次又一次的分歧以及協商，才導致 1923 年港英政府因凍漲地稅而產生的《民田建屋補價規例》，試圖在收入方面挖東牆補西牆。1950 年代的乙種換地權益書更是政府和居民之間的利益交換，讓居民可以合理的價格舊農地換新屋地。乙種換地權益書更是掀起換地熱潮，對於合理補償價格的爭執一夕之間變成享有獲取暴利的機會。從土地利用的歷史來看，並沒有百年持續不間斷的傳統權益，居民們只是在不同的階段政策所造成的衝突中以傳統之名，找尋能夠解決和殖民政府對土地利用衝突的方法，不論其是合理補償價格、低廉地稅還是換地許可。

從《民田建屋補價規例》到乙種換地權益書，再到丁屋政策，港英政府和新界居民間藉由條件交換來達成新土地政策的實施，但政府提供給新界居民以及鄉議局的條件卻在一次次協商中變相地被居民們解釋為「傳統權益」，受 1899 年港英政府所承諾的「保留華人傳統」保護。而在港英政府時期逐漸茁壯的鄉議局不只以一局之聲獨自代表全新界的意見，也在每一次的政策協商中將政策導向於有利地主階級的方向。鄉議局本為男性所獨占，其所根基的鄉事委員會也是到了 1998 年才開放女性有投票權。從殖民時代到後殖民時代，女性的權利一再被邊緣化。以立法層面來說，從 1910 的《新界條例》，到鄉議局和中共之間對於《基

本法》的協商，再到 1990 年代通過的《性別歧視條例》，皆是以傳統之名侵害女性權利，剛硬的法律框架使得挑戰過時的法律難上加難。而以實務層面來說，自 1898 實施間接統治以來，鄉議局以父權之姿繼續貫徹過往以男性為主的習俗，使新界女性不斷內化父權思想，接受以父權為尊的習俗，進而限制了女性追求自身權利的能動性，也持續影響新界居民的法意識。

如同 Judith R. Walkowitz 在 1983 年出版的 *Sex and Class in Women's History* 中所提到，性別史的目標就是探討生理性別的差異是如何對在社會文化各層面對特並性別所造成的不正義。⁸⁷ 性別史學者 Joan Scott 近一步提出，以性別史出發的研究並不著重在「重建」女性在過去的活動，而是性別這一概念如何區分了男女在社會上所享有的權利的不同。性別既是權力的展現，也是特定權力的基礎。⁸⁸ 而要研究丁屋政策所造成的歧視女性，就必須完整爬梳香港此地盤根錯節的殖民史、土地利用史、法律史以及這些層面互相所產生的火花。如同 *Kwok Cheuk Kin* 案法院花了極大篇幅考究「傳統權益」，本文也花了相當多的空間考究土地利用的歷史以及變遷，試圖討論傳統從何而來，以及在衝突中掌權者透過發明傳統，鞏固自身利益。這當中的資料多數為男性視角，並沒有來自於女性的聲音。而這也是做女性史、爭取女性權益的難處。就女性史的角度來說，探研究生理性別的差異是如何造就系統性地在社會各層面影響著女性當代的權益往往奠基於過去，但在回首過去時，卻發現女性的史料以及聲音寥寥無幾，在歷史上留下大片空白。但女性於史料上的缺席並不代表女性的議題並不重要，事實上，就是因為女性的議題至關重要，才會使得 *Kwok Cheuk Kin* 一案更顯價值。雖然 *Kwok Cheuk Kin* 最終的判決不免讓支持性別平等須優先於傳統權益的人失望，但 *Kwok Cheuk Kin* 一案也能看作是過去 30 年香港社會對於丁屋政策及其造成的女性困境的總結——當社會不斷向前走到 2024 年，新界女性還是受到殖民時代的政

87 Judith L. Newton, Mary P. Ryan, and Judith R. Walkowitz, eds., *Sex and Class in Women's History: Essays from Feminist Studies* (1983; repr., London: Routledge, 2013).

88 Joan W. Scott, "Gender: A Useful Category of Historical Analysis," *The American Historical Review* 91, no. 5 (1986): 1053-1075.

策的影響，被困在傳統以及性平的邊界，將一部分的權利留在了 1898 年。

本文認為，*Kwok Cheuk Kin* 案也是未來新界女性爭取權利的新開始。如同學者王曉丹評論女性主義法學時所提出，法律並非靜態的法典，法律是一個回應社會需求的動態發展過程，而這個動態發展引領我們重新思考法與社會關聯。改變以父權價值為首的法律需要傾聽更多女性的聲音，而藉由立法先改變形式上之不平等就是第一步。即使立法上的改變不總是等於社會上的改變，但立法所帶來的積極意義就是讓社會永遠具有不間斷的反省能力，並能夠快速地回應社會需求。⁸⁹如果說 1997 年的 *Lau Wong Fat* 一案中明確指出傳統權益的實施不該凌駕於女性權益之上，並為女性權益在 1997 年之後的十年奠下基礎，本文也希望 *Kwok Cheuk Kin* 能作為往後學界、法界以及社會平衡傳統權益以及兩性平權的出發點，不斷地在每一次的衝突中找出對於個人權利以及社會發展更有利的解決方法。

徵引文獻

一、文獻史料

〈1923 年上田土官呈文〉，收於薛鳳旋、鄭智文，《新界鄉議局史：由租借地到一國兩制》，香港，三聯書店、香港浸會大學當代中國研究所，2011，附件 5.1，頁 392。

CO 129/494. U. K. Colonial Office Records, Series CO 129/494: Clementi to Amery Letter, September 1, 1926.

CO 129/290. *Despatches and Other Papers Relating to the Extensions of the Colony of Hong Kong*. 1898, p. 21.

CSO (Colonial Secretary Office) 3120/06.

FCO (Foreign and Commonwealth Office) 40/1011, 1978, National Archives at

89 王曉丹，〈從法社會的觀點論女性主義立法行動〉，頁 73。

- Kew.
- FCO 40/3112, 40/3113, 40/3114, and 40/3037, 1990, National Archives at Kew.
- HKRS 337, Deposit 1 Serial 2807, “Agricultural Land in the Colony: 1) Dispute between landlords and Tenants on...2) Question of Application of Landlords and Tenants Ordinance to...”, Correspondence of March 9, 1951 and March 15, 1951.
- HKRS 337, Deposit 1 Serial 2807, “Agricultural Land in the Colony: 1) Dispute between landlords and Tenants on...2) Question of Application of Landlords and Tenants Ordinance to...”, Enclosure 65, June 1, 1956.
- HKRS 337, Deposit 1 Serial 2807, “Agricultural Land in the Colony: 1) Dispute between landlords and Tenants on...2) Question of Application of Landlords and Tenants Ordinance to...”, Enclosure 66, January 27, 1956.
- Hong Kong Sessional Papers* 1900.
- Koon Ping Leung v The Director of Lands* [2012] HKEC 103.
- Kwok Cheuk Kin and Kiu Chi Hang v The Director of Lands* [2019] HKCFI 867.
- Kwok Cheuk Kin and Kiu Chi Hang v The Director of Lands* [2021] HKCA 54.
- Kwok Cheuk Kin and Kiu Chi Hang v The Director of Lands* [2021] HKCFA 38.
- Lau Wong Fat v Attorney General* [1997] HKPLR 307.
- Lai Tak Shing v The Secretary of Home Affairs* [2007] FACV 5.
- “Sex Discrimination Ordinance 1995,” in *Legislative Council Proceeding*. Hong Kong Legislative Council, 2022. http://www.legco.gov.hk/yr94-95/english/lc_sitg/hansard/h950628.pdf.
- South China Morning Post* (南華早報).
- Tang Kai-Chung v Tang Chik-Shang* [1970] HKLR 276.
- United Nations. “CESCR: Concluding Observations.” 1994.

二、近人研究

(一) 中文

- 王曉丹，〈從法社會的觀點論女性主義立法行動——女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌〉，《東吳法律學報》19：1，臺北，2007，

頁 51-78。

王曉丹，〈法意識研究——不平等權力結構中，法律實踐的局限與能動〉，
《政大法學評論》特刊，臺北，2022，頁 55-96。

孫家穗，〈媒體、族群與性別中的愛厭交織：看見原住民女性身影〉，收於
王曉丹主編，《這是愛女，也是厭女》，臺北，遠足文化，2019，頁 196-213。

張少強，《管制新界：地權、父權與主權》，香港，中華書局，2016。

章小衫，《「新界」原居民的合法傳統權益》，香港，香港城市大學出版社，
2021。

陳昭如，〈女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹〉，《近代中國婦
女史研究》6，臺北，1998，頁 213-236。

劉志鵬，《展拓界址：英治新界早期歷史探索》，香港，中華書局，2010。

薛鳳旋、鄭智文，《新界鄉議局史：由租借地到一國兩制》，香港，三聯書
店、香港浸會大學當代中國研究所，2011。

(二) 英文

Bray, Denis. *Hong Kong Metamorphosis*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2011.

Chan, Kwok-shing (陳國成). "Women's Property Rights in a Chinese Lineage Village." *Modern China* 39, no. 1 (2013): 101-128.

Chan, Selina Ching (陳蒨). "Politicizing Tradition: The Identity of Indigenous Inhabitants in Hong Kong." *Ethnology* 37, no. 1 (1998): 39-54.

Chan, Selina Ching (陳蒨). "Colonial Policy in a Borrowed Place and Time: Invented Tradition in the New Territories of Hong Kong." *European Planning Studies* 7, no. 2 (1999): 231-242.

Cheung, Sui Keung (張少強). *Gender and Community under British Colonialism: Emotion, Struggle, and Politics in a Chinese Village*. New York: Routledge, 2012.

Chun, Allen (陳奕麟). *Unstructuring Chinese Society*. London: Routledge, 2002.

Goo, Say H, and Heather Lee. "Lawful Traditional Right and Sustainability: An Unbalanced Interest in the Customary Ding Right in Hong Kong?" *Hong Kong Law Journal* 50, no. 3 (2020): 961-981.

Hase, Patrick. *Custom, Land and Livelihood in Rural South China*. Hong Kong:

- Hong Kong University Press, 2013.
- Hobsbawm, Eric. "Introduction." In *The Invention of Tradition*, edited by Eric Hobsbawm and Terence Ranger, 1-14. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Hopkinson, Lisa, and Mandy Lao Man Lei. *Rethinking the Small House Policy*. Hong Kong: Civic Exchange, 2003.
- Mantena, Karuna. *Alibis of Empire: Henry Maine and the Ends of Liberal Imperialism*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2010.
- Merry, Sally Engle, and Rachel E. Stern. "The Female Inheritance Movement in Hong Kong." *Current Anthropology* 46, no. 3 (2006): 387-409.
- Newton, Judith L., Mary P. Ryan, and Judith R. Walkowitz, eds. *Sex and Class in Women's History: Essays from Feminist Studies*. 1983; repr., London: Routledge, 2013.
- Ng, Isabella (伍鳳嬌). *Hong Kong Rural Women under Chinese Rule*. Hong Kong: Routledge, 2019.
- Peterson, Kristen, and Anna Rutherford. "Forward." In *Double Colonization: Colonial and Post-Colonial Women's Writing*, edited by Kristen H. Peterson and Anna Rutherford, 8-20. Oxford: Dangaroo Press, 1986.
- Scott, Joan W. "Gender: A Useful Category of Historical Analysis." *The American Historical Review* 91, no. 5 (1986): 1053-1075.
- Singer, Allyson. "Sex Discrimination in the Hong Kong Special Administrative Region: The Sex Discrimination Ordinance, The Equal Opportunities Commission, and A Proposal for Change." *Indiana International & Comparative Law Review* 11 (2000): 215-249.
- Williams, Raymond. *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society*. London: Fontana Press, 1988.

(三) 網路資料

《收回土地條例》，「電子版香港法例」，

<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap124!zh-Hant-HK>，讀取 2023.9.19。

《基本法》，1997，<https://www.basiclaw.gov.hk/tc/basiclaw/index.html>。

Crown Lands Resumption Ordinance, 1900. Historical Laws of Hong Kong

Online. <https://oelawhk.lib.hku.hk/items/show/1188>.

New Territories Land (Exemption) Ordinance. Hong Kong e-Legislation.

<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap452>.

New Territories Regulation Ordinance, 1910. Historical Laws of Hong Kong

Online. <https://oelawhk.lib.hku.hk/items/show/980>.

Sex Discrimination Ordinance. Hong Kong e-Legislation. <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap480>.

Reinterpreting Tradition in the Small House Policy: The Dilemma Faced by Indigenous Women in the New Territories

LU Sheng-yen*

This study examines the gender equality challenges faced by women in the New Territories 新界 of Hong Kong by investigating the case of *Kwok Cheuk Kin and Lui Chi Hang v The Director of Lands* in 2019. *Kwok Cheuk Kin* challenged the sexually discriminatory nature of the Small House Policy (SHP) which has been implemented in the New Territories of Hong Kong since 1972. The SHP granted every New Territories male indigenous inhabitant aged 18 and above whose male ancestors had resided in the New Territories since 1898 permission to build houses. In the rulings of *Kwok Cheuk Kin*, the court briefly addressed women's rights and did not actively address the issue of gender discrimination within the SHP, nor did it weigh the conflicts between tradition and gender equality. Instead, the court dedicated significant attention to defining the traditional rights of New Territories indigenous inhabitants. However, the examination of the history of indigenous inhabitants' rights to build houses overlooks the fact that the SHP, now referred to as traditional rights, emerged from negotiations between the colonial government and New Territories residents over land premium and land use disputes. Therefore, this study will analyse this issue from three perspectives: (1) discussing how the court examined the history of the SHP and land use in the New Territories and defined the "traditional rights of New Territories indigenous inhabitants" under Article 40 of the

* Assistant Professor, Department of History, National Taiwan Normal University

Basic Law 基本法; (2) teasing out the changes in land use in the New Territories from before 1898 to post-World War II from a legal history perspective and examining the historical background of the SHP, and argue how the *Ding* right has been interpreted and reinterpreted as a traditional right; (3) discussing the changes brought about by the colonial government, especially how legal systems under indirect rule have contributed to the challenges faced by New Territories indigenous women today. By integrating historical, legal and gender research approaches, this paper aims to reflect on the plight of New Territories indigenous women and argue that the court, as a platform for rights, should try to strike a balance between historical tradition and gender equality in an ever-changing society.

Keywords: The Small House Policy, women's rights, gender equality, tradition, New Territories