



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列
The Selected Works of CASS · Law and Sociology

中法西用

CHINESE LAW APPLIED BY WESTERNERS

中国传统法律及习惯在香港

Traditional Chinese Law and Custom
in Hong Kong

第二版

Second Edition

— 苏亦工 / 著 —

 社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列

The Selected Works of CASS · Law and Sociology

中 法 西 用

Chinese Law Applied by Westerners

中国传统法律及习惯在香港

Traditional Chinese Law and Custom in Hong Kong

第二版

Second Edition

苏亦工 著



社会科学文献出版社

SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列

中法西用

——中国传统法律及习惯在香港（第二版）

著 者 / 苏亦工

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 65269967

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 65595789

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目经理 / 王 绯

责任编辑 / 陈 韬

责任校对 / 刘 隽

责任印制 / 盖永东

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 市场部 (010) 65285539

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16 开

印 张 / 25.5

字 数 / 396 千字

版 次 / 2007 年 5 月第 2 版

印 次 / 2007 年 5 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 80230 - 417 - 8/D · 094

定 价 / 55.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，

请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究

图书在版编目(CIP)数据

中法西用:中国传统法律及习惯在香港(第二版)/
苏亦工著. - 2 版. - 北京:社会科学文献出版社,
2007. 5

(中国社会科学院文库·法学社会学研究系列)

ISBN 978 - 7 - 80230 - 417 - 8

I. 中... II. 苏... III. 法律 - 研究 - 香港
IV. D927. 658. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 035147 号

● 本书获第五届（2004）中国社会科学院优秀科研成果奖三等奖



此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com



中国社会科学院文库
法学社会学研究系列

The Selected Works of CASS
Law and Sociology

《中国社会科学院文库》 出版说明

《中国社会科学院文库》（全称为《中国社会科学院重点研究课题成果文库》）是中国社会科学院组织出版的系列学术丛书。组织出版《中国社会科学院文库》，是我院进一步加强课题成果管理和学术成果出版的规范化、制度化建设的重要举措。

建院以来，我院广大科研人员坚持以马克思主义为指导，在中国特色社会主义理论和实践的双重探索中做出了重要贡献，在推进马克思主义理论创新、为建设中国特色社会主义提供智力支持和各学科基础建设方面，推出了大量的研究成果，其中每年完成的专著类成果就有三四百种之多。从现在起，我们经过一定的鉴定、结项、评审程序，逐年从中选出一批通过各类别课题研究工作而完成的具有较高学术水平和一定代表性的著作，编入《中国社会科学院文库》集中出版。我们希望这能够从一个侧面展示我院整体科研状况和学术成就，同时为优秀学术成果的面世创造更好的条件。

《中国社会科学院文库》分设马克思主义研究、文学语言研究、历史考古研究、哲学宗教研究、经济研究、法学社会学研究、国际问题研究七个系列，选收范围包括专著、研究报告集、学术资料、古籍整理、译著、工具书等。

为迎接中国社会科学院建院三十周年，我们将历届院优秀科研成果奖中的部分获奖著作重印出版，作为《中国社会科学院文库》的首批图书向建院三十周年献礼。

中国社会科学院科研局

2006 年 11 月

内容提要

本书研究的是中国传统法律，即清代的法律及习惯在香港英国殖民统治时期被保留、适用和演变的情况，以及其在香港法制体系中的地位和作用。

本书开篇先探讨香港失落的原因，指出：在近代前夕的中西早期贸易中，由西洋商人与中国民众个人之间的人身冲突而引发的司法管辖权之争，以及隐含在法律管辖权之争背后的中西法律文化冲突，应是导致鸦片战争及失落香港的一个极为重要的、不可忽视的因素。进而还可以断言，中西冲突的表面现象是力的较量，而隐蔽其后的则是文化的对抗；准确些说正是法律文化的冲突。

第二章围绕着曾经对香港殖民地法制史产生深远影响的“义律公告”而展开，论述了香港失落前后，中英双方在香港主、治权问题上的尖锐分歧，考证并批驳了港英法律权威否定“义律公告”效力的两种主流观点，描述了香港华人凭借“义律公告”捍卫自身权利的抗争行为并进一步分析了由此而产生的华人宪法观念，揭示了港英政府逐渐剥夺华人习惯生活权利的事实。

第三章首先阐明了中国法律及习惯是否可以作为独立的一元而存在和适用的问题，然后围绕着与“中国法律及习惯”这一术语相关的若干概念性问题加以探讨，最后又介绍了中国传统法律及习惯在香港的适用范围。



第四章专门讨论香港华人的婚姻法制。首先纵向叙述了香港华人结婚方式的演变历程。接下来,从哲理上比较了中国传统婚姻与西方基督教式婚姻的不同性质和目的并结合司法实践从法理上对比分析了结婚之形式要件。随后又探讨了香港的纳妾问题及与纳妾相关的“兼祧”问题。最后则从理论上对香港的习惯离婚问题加以概括。

第五章在观念和实践两个层次上对香港保留的中国习惯继承制度加以全方位的比较研究。首先是纯概念性的探讨,从法理上分析了祭祀在中国传统继承制度中的重要地位;界定了家庭和家属的范围,揭示了传统继承特重血缘的原因。接下来又研究了通常被列入家庭婚姻法领域的收养。

其后两节及第六章分别讨论香港保留的华人遗嘱继承、无遗嘱继承(或称法定继承)及新界地产等三个实体问题,采用的方法均是结合香港的实践和中国的传统习惯及观念的比较研究。尤须注意的是,在这几个实体法领域里,我们可以看到中国传统法制与英国法原理紧密结合的特征,在港英法官的解释下,中国传统继承法发生了鲜明的变化,总的趋势便是固定化、程序化、权利化。所谓固定化是指原本变动不居、地方差异性极大的散漫规则经由香港实践的改造变成了具体、严格、倾向于具有内在一致性、规律性的规范体系;所谓程序化,是指原本只重实体不讲程序的习惯继承制度在英国法的浸润下变成了强调形式和严格的程序控制的可操作系统;所谓权利化,是指原本无可无不可的惯习或惯行经过港英法官的解释变成了明确且可执行的权利。这就是所谓的中国传统法律及习惯所具有的鲜明的“香港风味”的抽象内涵。

Abstract

This book contains two aspects: one is institution, namely the indigenous traditional Chinese law and custom preserved by and applied in Hong Kong, the other is man and concept, i. e. , why and how did the Chinese population in Hong Kong, when adopting and applying the English legal system, consciously or unconsciously reverted to the traditional Chinese culture. The author endeavors to merge institutions, human beings and concepts organically into one integral part, and tries to highlight the distinctive configuration of the traditional Chinese legal culture within the framework of the western legal environment and its cultural background.

The book comprises mainly of six chapters. The three foregoing chapters discuss on general matters about Chinese law and custom applied in Hong Kong, the ensuing chapters elaborate and analyze in depth the topics, such as marriage, concubinage, adoption, succession and Chinese customary trust in New Territories.

Chapter 1 throws lights on the extraterritorial struggle between Chinese government and westerners before the Opium War and try to reveal the cultural cause of the colonization of Hong Kong.

In Chapter 2, it focuses on Elliot's Proclamations that have had great impact



upon Hong Kong legal history. The author expounds the incisive divergence between Chinese and British governments on the sovereignty and the ruling of Hong Kong during the period of cession of Hong Kong to the British, rejects the two mainstream viewpoints that deny the validity of Elliot's Proclamations as the bases of Hong Kong's dual legal system.

Chapter 3 discusses the meaning of Art. 5 of Supreme Court Ordinance and other legislations concerning the reservation and application of Chinese law and custom in Hong Kong. It differentiates and analyses certain relevant notions about traditional Chinese law. For instance, what are Chinese law and custom? The similarities and differences of the Great Qing Code between those were applied in Mainland China and those in courts of Hong Kong, and the basic principles of applying Chinese law and custom. The chapter also summarizes the scope of Chinese law and custom applied in Hong Kong.

The fourth chapter deliberates specially on Chinese marriage law in Hong Kong. After chronologically described the evolving course of customary marriage form in Hong Kong, the author probes into the philosophy behind the traditional Chinese marriage. This chapter also considers the two intractable issues; concubinage and dissolution of the marriage.

The fifth and the final chapters have undergone a comparative study upon traditional Chinese customary succession and customary ancestor trust in both ways: theory and practical. In the former, it is trying to discover the reason why the practice of traditional Chinese succession stresses so much heavy on consanguinity. As for the latter, it introduces and analyses several particular areas: wills intestacy and land in the New Territories, as well as adoption of heirs.

From the last three chapters, it can obviously be seen the reciprocity and merging of Chinese legal and customary tradition and English law. Consequently, "Hong Kong flavor" of traditional Chinese law can thus be judged accordingly.

序 一

“香港经验”是中国近代史中的一个独特现象，而且是充满矛盾和刁诡的现象。在一方面，香港的殖民地地位曾经是中华民族的耻辱；另一方面，香港作为中西文化的有机结合体在经济、社会和法治发展等领域所取得的成就，又可说是中华民族的骄傲。

大英帝国的殖民者把英伦普通法的制度、规范和价值观念引进香港，到了香港回归祖国之前的数十年，正如本书作者指出，“香港同胞尽管没有真心接受英国殖民者的统治，但却已完全认同了英国的法律及与此相应的文化观念”。事实证明，英式的法治在香港行之有效，对香港的安定和繁荣作出了贡献。正因如此，1984年签订的《中英联合声明》和1990年制定的《中华人民共和国香港特别行政区基本法》均规定，香港回归以后，其原有法律基本不变。在过去几年，这些规定已付诸实施，成绩有目共睹。

然而，如果把香港法的故事完全说成为英国法在中国的一个角落移植和继承的历程，就未免把问题过分简单化了。学术是对客观真相的严肃和认真的神圣追求，正如本书作者指出，除非能“对香港法制的来龙去脉、历史背景、社会动因等深层问题加以探究”，否则我们的认识只能“停留在表层领域”。

香港法制史中其中一个不大受注意而却重要的真相是，中华传统法律



不但从来没有在殖民地时代的香港销声匿迹，而且在某些主要方面得到比其在中国内地和台湾地区更佳的保存，甚至融入了香港法院庄严的判例法之中。即使到了 20 世纪最后的几十年，在一些重大诉讼案件里，熟悉《大清律例》和清代习惯法的专家学者（包括华侨和外籍人士）多次被重金邀请到香港法院作专家证人，其有关传统法律的意见书，可谓洛阳纸贵。这种现象在中国的其他地方是难以想象的，却不时发生在香港这块殖民地上。难怪本书作者在其“结语”中写道：“无论如何变化，无论西化的潮流是如何汹涌澎湃，香港始终保持着其浓厚的中国特色，甚至在某些方面比中国内地更为中国化。”

本书诉说的是香港法制史这个“大故事”中一个鲜为人知的、却在理论上具有重大启发性和在实践上有深远意义的“小故事”，就是中国清代的律例和习惯法在香港适用的故事。作者把故事的源头追溯到英国官员义律在 1841 年初占领香港时发布的公告，并就此公告的地位和意义提出了新颖的见解，从而突破了香港的外籍学者原来就此问题的研究。作者又全面介绍了清代法律和习惯在香港法制中的定义、适用基础和范围，并以婚姻法和继承法此两领域为实例，论证中国传统法律在香港现代法制中的角色，以至此角色怎样随着时代而演变。

作者在本书的研究填补了就有关问题的学术著作的空白地带。我完全同意作者所说：“讨论本文主题的中文研究成果，无论直接的还是间接的，无论是专著还是文章，均付阙如。英文中同样缺乏直接涉及本文的研究论著，不过间接的研究成果尚属不少。”因此，我觉得本书的出版是十分值得祝贺的。

本书作者苏亦工教授是我多年的好友。他对学术研究的热忱，他治学的严谨，他为人正直，都是我十分钦佩的。我很高兴和荣幸能为本书献上这篇短小的序。苏教授的这个研究项目，最初是香港法律教育信托基金赞助的，我有缘结识苏兄，也是拜基金会所赐，在这里我要特别向基金会主席陈小玲女士致谢。后来这个研究项目又得到我们香港大学教研发展基金中的 Leslie Wright 基金的支持，成为了我们港大法律学院和中国社会科学院法学研究所之间的一个合作项目。在这里，我要特别感谢 Leslie Wright 基金管理委员会的余叔韶大律师、徐庆全律师和徐咏璇小姐。没有他们在精神上的支持，这项有意义的研究是不可能取得现在的成绩的。

Leslie Wright 基金现正继续资助中国社会科学院法学所关于香港法制史的研究，在苏亦工教授和其同人的继续努力下，我相信更丰富的成果的出现是指日可待的。

陈弘毅

香港大学法律学院

二零零一年三月十日

序 二

法学是一门现实的科学，也是一门历史的科学。所谓现实的科学，是指其研究对象——法律是现实的，为现实服务的；所谓历史的科学，是指任何法律都形成于特定的历史背景和条件，有其产生和发展的历程。哪怕对它的某一局部进行研究，只有历史地进行分析，才能把握其真谛，得出比较符合客观世纪的结论。基于此，我在从事法律学研究的实践中，从未忘记从以上两个方面把握其要旨。在研究现实法律问题时，尽可能追溯其源流和沿革；当研究法律历史问题时，即使某些微观考证，也要注意它后来的演变和影响。这种方法使我受益匪浅，并且一直指导着我的研究工作。

1988年夏，当我和王家福教授接手中国社会科学院法学研究所第五任领导职务时，鉴于当时香港、澳门将要回归，解决台湾问题和平统一祖国的需要，我们决定成立香港、澳门、台湾法研究室（后依台湾朋友的建议改为台湾香港澳门法研究室）。这种地区性的法律，如常所说，“麻雀虽小，五脏俱全”。其门类几乎涉及法学所有领域。作为新成立的研究室，调集的力量虽然精悍，但编制数量毕竟有限，同时，对三个地区的法律全面铺开研究，既无可能，也不可取。研究工作究竟从何入手？我曾设想，除当时正起草的澳门基本法，以及交办和委托的临时任务，应抽出适当的力量对这三个地区的法律发展的历史着手进行研究。这样从宏观上把握各地区法律的总体沿革，既可以供国家决策参考，也能为部门法研究和以后

可能发生的法律冲突的研究提供背景材料。后来,虽因研究力量制约,这方面的研究未能启动。但我一直认为法学所应在适当时机组织力量开展这一研究,以填补法学和法律史领域的这一不应继续存留的空白。

1995年,苏亦工教授从美国进修回国。从苏亦工教授的教育背景,其普通法的知识和英语水平,及其聪明好学、勤勉热情,窃以为其适合承担这一研究课题,隐隐约约觉得启动这一研究课题的时机已经成熟。翌年,我访问香港,会见了后来任香港大学法学院院长的陈弘毅教授,提出了对香港法制史研究的想法。我们不谋而合,都认为进行这一研究很有意义。当即约定,由他牵头在香港申请立项,争取资助,中国社会科学院派研究人员参加。经陈弘毅教授努力,在香港法律教育信托基金及其主席陈小玲女士和香港大学法律教育发展基金中的Leslie Wright基金的支持下,这一项目于1997年终于启动。

几年来,在香港法制史研究这一总课题之下,苏亦工教授广泛查阅文献,深入实地考证,占有大量资料,在此基础上梳理耙析,形成了多篇论文。苏亦工教授的《中法西用——中国传统法律及习惯在香港》正是这一总课题的中期研究成果之一。

如作者在书中证明,从渊源上讲,香港法制的形成受两个方面的影响:一是以判例法为特征的英国普通法;二是以《大清律例》为代表的中华传统法。自一个半世纪前香港沦为英国殖民地之日起,像在其他殖民地一样,英国就在香港强力推行普通法,并使之占据主导地位。但由于港岛和后来九龙以及新界的居民又系中国人(直至最后绝大多数也仍为中国人),而这些居民又背靠中国内地,许多人与边界这方面有着密切的血缘关系。英国殖民者为了建立稳定的统治,不能不在法律治理的某些方面,诸如民事的婚姻、继承以及纠纷的解决程序等方面做出某些变通,允许香港中国居民沿用有关大清律例的规定和传统。通过长期磨合,通过“在英式法律教育下培养出来的港英法官的解释”,中国传统法制在香港呈现了“固定化、程序化、权利化”的趋势,呈现了“具有鲜明的香港风味的抽象内涵”。这也是香港普通法区别于其他殖民地普通法的重要特征。所以,总的来说,英国普通法对香港的影响是主要的,但中国传统法对香港法的影响也是重要的。

苏亦工教授对香港法制史的研究从“香港适用中国传统法律及习惯”



切入，以严谨的治学态度对史料筛选考证，尽可能做到言之成理，言之有据，以朴实的语言为我们勾画出了一幅历史画卷的局部。这是难能可贵的。读者不必同意其中的所有论点，但当读完全书时，多数人都不会不为在香港法制史研究方面取得的进展感到喜悦。我由衷地向作者表示祝贺，并期待他在此领域新的研究成果不断出现。

刘海年

中国社会科学院法学研究所

2001年3月26日