



中国社会科学院青年学者文库

中法西用

中国传统法律及习惯在香港

苏亦工/著

政法系列

社会科学文献出版社



中国社会科学院青年学者文库 / 政法系列

中法西用

——中国传统法律及习惯在香港

*Chinese Law Applied by Westerns——Traditunal
Chinese Law and Custom in Hong Kong*

苏亦工 著

社会科学文献出版社

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/苏亦工著．—
北京：社会科学文献出版社，2002.9
(中国社会科学院青年学者文库·政法系列)
ISBN 7-80149-757-0

I. 中… II. 苏… III. 特别行政区—法律—研究—
香港 IV. D921.94

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 045607 号

中国社会科学院青年学者文库·政法系列

中法西用

——中国传统法律及习惯在香港



著 者：苏亦工

责任编辑：杨 群 杨晓芳

责任校对：刘玉霞 邵鸣军

责任印制：同 非

出版发行：社会科学文献出版社

(北京建国门内大街5号 电话 65139961 邮编 100732)

网址：<http://www.ssdph.com.cn>

经 销：新华书店总店北京发行所

排 版：东远先行彩色图文中心

印 刷：北京四季青印刷厂

开 本：850×1168毫米 1/32开

印 张：15.25

字 数：355千字

版 次：2002年9月第1版 2002年9月第1次印刷

ISBN 7-80149-757-0/D·128

定价：28.00元

版权所有 翻印必究

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。

—— 刘海年

(中国社会科学院法学研究所研究员)

《中法西用——中国传统法律及习惯在香港》一书提供了一个完全不同的画面，它向我们展示了中国传统法律是如何在英人统治和英国法居于统治地位的大环境下顽强存活下来的实况。这无疑为我们今后如何对待和重新认识中国传统法律，提供了一个可凭参照的体系。该书稿言之成理，言之有据，史实运用准确，文字表述明白清楚，不仅具有重要的理论意义，也有极高的应用价值，宜评定为 A 级作品，建议纳入我院青年学者文库，早日面世，以飨读者。

—— 俞鹿年

(中国社会科学院法学研究所研究员)

·中国社会科学院青年学者文库·

编辑委员会

主 任	胡 绳			
副 主 任	汝 信			
编 委	王仁湘	王逸舟	王缉思	白 钢
	刘欣如	汪同三	沈家煊	李 扬
	李培林	陈佳贵	张晓山	张蕴岭
	杨 义	郑成思	卓新平	赵一凡
	郝时远	彭 卫	景天魁	
执行编委	王 正	刘白驹	刘迎秋	朱渊寿
	何秉孟	李正乐	杜晓山	周志宽
	周明俊	金 泓	章绍武	黄浩涛
	黄燕生	谢寿光	蔡文兰	
秘 书 长	蔡文兰			
副秘书长	朱渊寿	黄燕生		

出版说明

一 本丛书选收中国社会科学院青年学者的优秀学术理论著作，旨在扶植青年，繁荣学术。

二 选题范围为中国社会科学院的各个学科门类，著作范围不限，惟以学术水平和社会效益为标准。

三 国家重点课题、中华社会科学基金课题、青年社会科学基金课题、中国社会科学院重点研究课题及青年科研基金课题的成果是本丛书选收的重点。

四 入选著作的作者年龄均不超过 39 岁。

五 本丛书由“中国社会科学院出版基金”资助出版。

六 本丛书由中国社会科学院科研局组织编选。

·中国社会科学院青年学者文库·

总 序

中国社会科学院拥有一支朝气蓬勃的青年研究队伍，他们多数是毕业于本院研究生院和全国许多著名大学的博士生、硕士生，有的曾出国求学。他们接受过严格的专业训练，基础知识扎实，目光敏锐，视野开阔。目前，在经济学、哲学、宗教学、社会学、法学、国际问题、文学、语言学、史学等主要学科领域，正在有越来越多的青年研究人员承担起重要的研究工作。他们中间有的已经崭露头角，有的已经成为博士生导师、学术带头人，在学科建设和发展中起着重要的作用。

在社会转型时期，社会主义市场经济既为社会科学提供了机遇，同时，研究事业也面临着诸多困难和新问题。其中一个亟待解决的困难就是学术著作出版难的问题。社会科学研究主要是通过论著的形式作用于社会，出版问题得不到解决，研究成果就难以产生其应有的社会效应，研究人员的劳动价值也就得不到社会的承认。目前，学术著作出版难已经成了一个困扰研究人员的普遍的社会现象。名家的著作尚且难出版，青年人的就更难了，对青年科研人员来说，学术成果能否被社会所接受比物质生活待遇好坏似乎更为重要。因此，如何解决好这个问题，是关系到科研队伍的稳定和研究事业后继有人，兴旺发达的根本问题。值得庆幸的是，在这样的情况下，社会科学院仍然有相当一部分青年学者兢兢业业，埋头苦干，致力于学科建设和研究事业，在比较艰苦的科研环境和条件下不断做出成绩，这是令人钦佩和感人至深

的。从他们身上，不仅能看到可贵的爱国情操和献身事业的精神，还能看到社会科学研究事业乃至社会主义中国的希望。有这样的精神风貌，相信他们必将能够成为跨世纪的栋梁之才。

出版《中国社会科学院青年学者文库》既是基于学术研究成果出版难的考虑，也是为了实实在在地帮助青年学者，解决他们学术成果出版难的问题。通过丛书的编辑出版，一方面让青年学者辛勤所得能够得到社会的承认，另一方面让他们的成果接受社会和实践的检验和学界的评判，以利于提高他们的水平，促使他们尽快成才。繁荣学术，扶植青年，我想这是编辑《文库》的两个最重要的宗旨吧。

至于《文库》能不能起到这个作用，有没有好的社会效果，就取决于大家的努力和合作了。若干年后再来看这件事情，也许就清楚了。

胡 绳

一九九四年一月三十日

序 一

“香港经验”是中国现代史中的一个独特现象，而且是充满矛盾和吊诡的现象。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。在过去四年，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深究”，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更佳的保存，甚至融入了香港法院的庄严的判例法之中。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籍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像的，却不时在香港发生。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此方面研究的空白地带。我完全同意作者所说：“讨论本书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主题的研究论著，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，他对学术研究的热诚，治学的严谨，为人的正直，都是我十分钦佩的。我很高兴和

荣幸能为本书献上这短小的序。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 基金现正继续资助社科院法学所关于香港法制史的研究，在苏亦工教授及其同仁的继续努力下，我相信更丰富的成果是指日可待的。

陈弘毅

香港大学法律学院

2001 年 3 月 10 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，也只有历史地进行分析，才能把握其真谛，得出比较符合客观实际的结论。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，对普通法的知识和英语水平及其聪明好学、勤勉热情，窃以为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后任法学院院长的陈弘毅教授，提出了对香港法制史进行研究的想法。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。《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；一是以大清律例为代表的中华传统法。像在其他殖民地一样，自一个半世纪前英国就在香港强力推行普通法，并使之占据主导地位。但由于港岛和后来的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，英国普通法对香港法的影响是主要的，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

ABSTRACT

This book contains two aspects. One is institution, namely the indigenous traditional Chinese laws and customs 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, while the three foregoing Chapters discuss on general matters about Chinese laws and customs 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 light 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 laws and customs in Hong Kong; differentiates and analyses certain relevant notions about traditional Chinese laws. For instance, what are Chinese laws and customs. The similarities and differences of the Great Qing Code between that were applied in Mainland China and those in courts of Hong Kong, and the basic principles of applying Chinese laws and customs. The chapter also summarizes the scope of Chinese laws and customs 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 has undergone a comparative study upon traditional Chinese customary succession and customary ancestor trust in New Territories in both way: 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 consanguin-

ity. 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.