

香港殖民地時期二元化 法制之確立

• 蘇亦工

許多研究香港法律及歷史的權威人士都認為，香港存在着二元化的法律體系 (a dual legal system) ①。一元是在引進的英國法基礎上建立的普通法體系，這是主導的一元；另一元是保留割讓前適用的中國清代的法律和習慣，這是次要的一元。關於後者，香港法律界一直存在着爭議。表面上看，爭議是圍繞着中國固有法律及習慣在香港殖民地存在的基礎——義律公告 (Elliot's Proclamations) 展開的，而說穿了，實際上是如何保留，抑或是應否保留中國固有法律及習慣的問題，進而也牽扯到未來我們如何面對這個問題②。

一 圍繞義律公告的爭論

1841年2月1日，英軍強行佔領香港島後不到一周，義律 (Charles Elliot) 和伯麥 (J. J. Gordon Bremer) 聯名發布公告，向香港原居民保證③：

至爾居民向來所有田畝房舍產業家私，概必如舊，斷不輕動。凡有禮儀所關鄉約律例，率准仍舊，亦無絲毫更改之誼。且未奉國主另降諭旨之先，擬應照《大清律例》規矩主治居民，除不得拷訊研鞫外，其餘稍無所改。凡有長老治理鄉里者，仍聽如舊。

次日，義律又發布了內容大致相同的一份公告，重申前言④。這就是香港歷史上著名的義律兩公告。

150多年來，這兩份公告⑤對香港的歷史，特別是香港法制史產生了意義深遠的影響。正是根據這兩份公告，許多權威人士認為，義律的目標是在香港建立起一種二元化的法律體系⑥，即：華人繼續依從中國法律及習慣，英國及其他各國人士則接受英國法的統治。這種制度設計或可稱為「一島兩制」。在1915年判決的Ho Tsz Tsun v. Ho Au Shi and others案⑦中，首席法官戴維斯 (Rees-Davies) 判定：將英國法律適用於以往由習慣法調整

從1841年2月到1997年的150多年來，義律兩公告對香港法制史產生了意義深遠的影響。義律的目標是在香港建立起一種二元化的法律體系，即：華人繼續依從中國法律及習慣，英國及其他各國人士則接受英國法的統治。這種制度設計或可稱為「一島兩制」。

* 作者感謝香港大學法學院及Leslie Wright基金會資助本人對香港的訪問研究，本文就是利用這項贊助完成的。

的中國家庭制度，有違前述義律兩道公告所做的保證。他還指出，這兩道公告明確地建立了一種二元化的法律體制。這大概是有記載可考的正式討論義律公告法律後果的第一件案例。稍後判決的In the Estate of Chak Chiu Hang and others案^⑧也原則上採納了前案的意見。此後的若干年裏，這種觀點似乎一直為法庭所接受。

然而，歷來對義律兩公告的效力問題是多有爭議的，焦點有二：

其一，公告中有“pending Her Majesty's further pleasure”一句，直譯是「取決於女王的進一步旨意」。在前述Ho Tsz Tsun案中，庭長認為，儘管義律公告須服從於女王政府的意志，但他從義律的第一道公告中發現了這樣的詞句：“they are further secured in the free exercise of their religious rites, ceremonies”。庭長認為，對這些權利的承認，「沒有明示服從於女王政府意志的約束，而且寬廣得足以涵蓋財產繼承權利」。史德鄰(G. E. Strickland)不同意庭長的這種解釋，他認為：「很明顯，在一個新割讓的殖民地的情況下，新政權享有無拘無束的立法權。……義律的意思無非是要創設一種權宜的管理措施。」^⑨我們不妨稱其為「權宜之計說」。在1969年的In re Tse Lai-chiu案中，首席法官霍根(Hogan)接受了史德鄰的「權宜之計說」^⑩。

其二，海登(E. S. Haydon)、埃文斯(D. M. Emrys Evans)和史維禮(Peter Wesley-Smith)等公認的香港法權威除附和史德鄰的意見外，還認為義律發布這兩道公告係屬越權行事，而且迅即遭到英國外相巴麥尊(Viscount Palmerstone)的否決^⑪。這種觀點，我們不妨稱作「自始無效說」。

劉易斯(D. J. Lewis)對此提出異議，他指出：義律發布這兩道公告的意圖顯然並非權宜之計，相反，從總體上看，這兩道公告的措辭恰恰反映了英國處理殖民地政務的一貫態度，那就是：凡在別國攫奪的領土上插入一個英國人的社會，則該社會係依據英國法或殖民地當局的立法統治；但同時，那裏的土著居民仍主要由其自身的方式管理^⑫。這種辯駁顯然未能說服大多數的西方權威。特別是在義律的身份受到質疑以後，史德鄰和史維禮的看法變成了主流觀點，所謂「二元法制」似乎從來就是一種幻想，自始就不曾存在過。

關於「權宜之計說」，我們已經看到，爭議主要是針對公告中某些詞句的不同理解而引發的。雖然我們對這些詞句的理解不及英國人權威，但是有兩點因素應當考慮。

首先，無獨有偶，前述Ho Tsz Tsun案中，庭長對那句話的理解與著名香港史權威、語言學家歐德禮(E. J. Eitel)的觀點不謀而合^⑬。這恐怕不盡出於巧合。更何況，歐德禮自1862年來到香港後，在此生活長達35年之久，所著英文香港史名著《歐西與中土》(Europe in China)亦完成於十九世紀末，去義律公告發布之時未遠，歷史氛圍也應較接近。根據歷史研究的從舊原則，理應以歐氏的理解更具權威性。

再者，1841年2月1日的義律公告是以中文發布給當地華人民居的，其中文本也應具有法律效力。從中文本相關規定的字面上看，更支持庭長及歐氏的理解。

當然，圍繞義律公告效力的爭議，雙方都是從西方人的角度、從港英當局的立場出發的，而未從中國人

劉易斯指出：義律發布兩道公告的意圖並非權宜之計，相反，這兩道公告的措辭恰恰反映了英國處理殖民地政務的一貫態度：凡在別國攫奪的領土上插入一個英國人的社會，則該社會係依據英國法或殖民地當局的立法統治；但同時，那裏的土著居民仍主要由其自身的方式管理。

的角度，特別是當地華人的處境和感情觀察此問題。況且，雙方的分析都是將之視為單純的法律問題，而忽視了它們在當時首先是一個外交問題和政治問題，對後人來說則是一個歷史問題而非單純的法律問題，甚至可以說主要不是一個法律問題。有鑒於此，我們似乎有必要換一個角度，從中國人的立場出發，作全新的觀察，分析發布該兩公告的特定歷史背景及其實際發生的影響。

二 義律公告與中國人的憲法觀念

埃文斯懷疑義律公告是否真的傳達給了當地中國居民，也不清楚是怎樣傳達的^④。據中國檔案資料顯示，義律公告發布後立即被抄報給廣東巡撫怡良，後者則迅即奏報道光皇帝^⑤。道光帝覽閱後極為震怒，在抄件「是以香港等處居民現係歸屬大英國主之子民」一句邊用朱筆畫上直線表示憤怒^⑥，並發布上諭指出「朕君臨天下，尺土一民，莫非國家所有」^⑦。道光帝還為此將琦善革職拿問並抄查其家產。另據梁廷柅記述：「先是正月，義律、佰麥合出新偽示，張於新安赤柱，曉其居民。」^⑧據此可以確信，至少義律的第一份公告已準確地傳達給當地中國居民，而且還被迅速地傳遞到地方官府手中。道光皇帝則至遲在公告發布後的第26天即見到了公告的抄件。至於傳達的方式，顯然是以中文張貼的。根據如下：

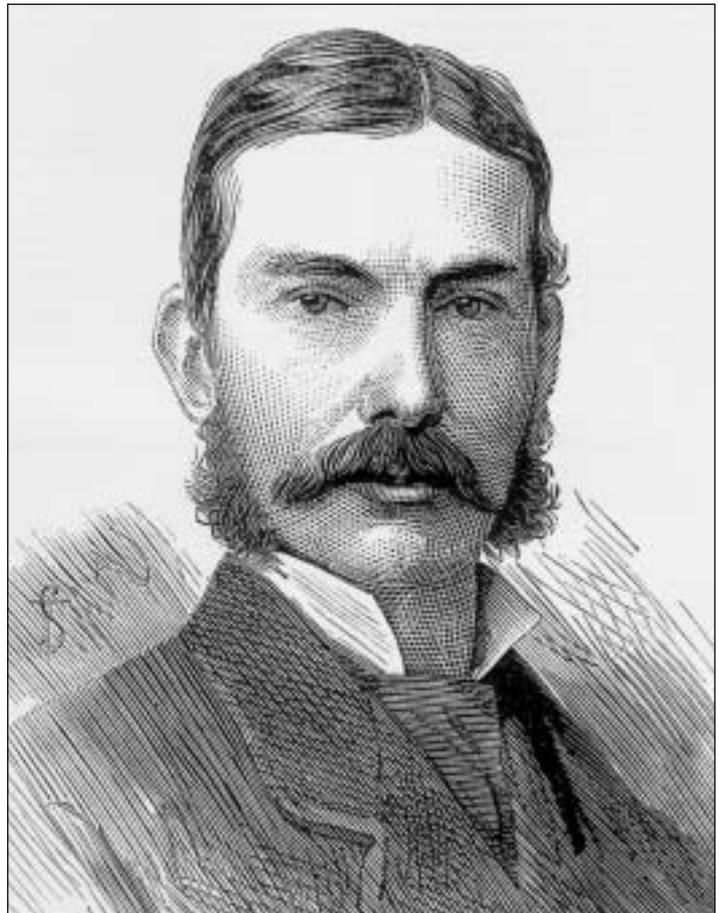
其一，由義律和佰麥聯名發布的第一份公告是以當地華人居民為對象的^⑨，而當時通曉英文書面文字的香港華人實屬鳳毛麟角，若非中文不可

能在民間迅速流傳。其次，檔案中保存之抄件正文前有行書：「照繕……」一句，公告落款則分別書寫中西曆紀年，均可為證。進而推斷，抄件的格式亦當是照貓畫虎，唯一缺乏的可能是原件中落款後的印記^⑩。

肯定義律公告有中文本傳布的意義在於，中文本也是具有法律效力的，對於華人來說，理應有權依據中文本在法庭上提出抗辯。

從上述材料中還可看出，中國官方對義律公告的反應是相當強烈的。現在的問題是，當地普通中國居民看了這兩道公告後又會作何感想呢？這的確是個難題，因為我們不可能採訪150多年前的當事者。不過，設法了解中國人對待義律公告的態度，或許能幫助我們從另一個側面理解義律公告在香港法制史上實際發揮的作用。

據中國檔案資料顯示，義律公告發布後立即被抄報給廣東巡撫怡良，後者則迅即奏報道光皇帝。道光帝覽閱後極為震怒，在抄件「是以香港等處居民現係歸屬大英國主之子民」一句邊用朱筆畫上直線表示憤怒，並發布上諭指出「朕君臨天下，尺土一民，莫非國家所有」。圖為義律。



普通中國人見到義律公告後會作何反應呢？顯然，在許多華人眼裏，義律公告就是港英政府對華民的一種承諾，是雙方的一個約法。就此意義而言，義律公告在香港確實發揮着某種憲法性的作用。

筆者注意到，義律公告在香港一百多年的殖民地歷史上造成了一種相當奇異的現象。無論晚近在香港官方和法律權威對義律公告持何種態度，無論人們對之喜怒愛憎，但是沒有人敢忽視它的存在和實際影響力。如前所述，儘管法律權威們一再聲稱義律公告乃權宜之計、不足為憑，但後者並未因此銷聲匿迹。即便是在《史德鄰報告》發表之後，仍有法庭判決引證義律公告。正如邁樂士(Norman Miners)所說的那樣^②：

香港的法官們卻在一系列重要案件中引證它以作為證明英王從一開始即打算為這個殖民地建立兩種不同的法律體系的證據，……即便是在立法局成立後已通過了必要的法例後仍復如此。

例如，在1969年的In re Tse Lai-chiu^③案中，原告律師提出：1844年「以後的立法就是要對義律在其公告中所做的承諾賦予效力」。首席法官霍根引述了義律公告，合議庭中的另一位法官歐文斯(Mills-Owens)則對此不以為然^④。後者的態度不足為奇，即便是像邁樂士這樣精通香港制度的學者^⑤對此怪異現象也是大惑不解。他說^⑥：

對於像我這樣的非法律人士來說還不完全清楚為何一個已被英國政府否定了的宣告會被法庭視為政府意向的證據。但我是何許人也？豈敢懷疑那些學識淵深的大法官呢？

邁樂士有此困惑絕非庸人自擾，這個奇特現象的確值得深思。既然西方人的正常邏輯不足以解釋這種現象，我們不妨從中國人的習慣思維模式加以解釋。

依常理推斷，普通中國人見到義律公告後會作何反應呢？

首先，他們不會懷疑義律代表英國當局的資格，且肯定會將他看作是英國政府向當地居民作出的一種承諾。至於公告中的「且為奉國主另降諭旨之先」之類詞句，在當時中國人看來，不過是普通官文書中的套話，充其量只是等待一種象徵性的批准程序而已。另外，還應意識到，時至今日，普通國人仍不大清楚義律當時的身份。1984年香港出版的《香港與中國——歷史文獻資料彙編》也收錄了義律公告，竟將義律視為首任港督，至於普通人更是可想而知了。更何況，鴉片戰爭是中國真正接觸西方的開始，將義律看成是英方最高代表亦屬正常。如果套用英美法的代理制度(law of agency)，我們可以將英國政府視作委託人(principal)，義律視作代理人(agent)，香港華人居民視作有合理預期(reasonable expectations)之第三方(the third party)。根據內在授權(inherent authority)規則^⑦，縱使義律公告確係越權行為，但由於香港華人沒有可能、也毫無理由懷疑義律的身份及該公告許諾的內容，故不能以義律無權發布該公告為由而否認其效力。況且，對義律身份的質疑是在二十世紀後期的事情，而香港法庭此前從未懷疑過義律發布公告的資格，怎能時隔多年再提出這樣的問題呢？

其次，當地華人居民很可能會將義律公告視為安民告示甚或是類似於「約法」一類的正式文件。毋庸否認，中國是一個缺乏憲政傳統的國家，但這不等於說中國人毫無類似近代西方的憲法觀念。只不過，這種觀念比較原始，沒有得到充分發展罷了。兩千

年來，中國文化中自發地生長出一種中國獨有的「約法」觀念。這種觀念在民間長期流傳，但卻極少引起學術界的重視^⑳。所謂「約法」觀念，是指統治者向民眾作出的一種承諾，理論上對其自身具有一定的約束力。通常在新王朝伊始，某些開國皇帝會向民眾作出若干許諾以換取民眾對新王朝的支持和臣服^㉑。其中最著名的莫過於漢高祖初入關與關中父老約法三章，唐高祖與民約法十二條^㉒。辛亥革命後誕生的中國歷史上第一部真正的憲法稱作《中華民國臨時約法》而不稱憲法，顯然也是刻意要表達這種傳統的政府與民眾約法的觀念，以強調其對政府自身的約束力。仔細品味這一傳統觀念，我們可能會覺得與其說它近似西方的憲法觀念，不如說更近似於一種契約觀念。其實，西方的憲法觀念與契約觀念原本就是同源，近代歐洲憲法觀念的成長曾經受到社會契約論的強烈影響^㉓。在西方人看來「憲法不過是人民與政府間的契約而已，而契約就是普通人之間的憲法」^㉔。由此看來，中西傳統憲法觀念並非毫無共通之處。

當我們理解了中國傳統的約法觀念以後，再來觀察一下香港華人對待義律公告的態度，恐怕就不會覺得有甚麼值得大驚小怪的了。顯然，在許多華人眼裏，義律公告就是港英政府對華民的一種承諾，是雙方的一個約法。義律公告之所以會在一些重要案件中被用作支持中國法律及習慣的依據而反覆加以討論，大概都是由這種潛在的「約法」傳統所鼓動的。凡是負責的，以維護正義為己任的法官，都不可能迴避這個問題。就此意義而言，義律公告在香港確實發揮着某種憲法性的作用。邁樂士就認

為，義律公告是具有憲法意義的文件。他指出^㉕：

更為普遍的是，在法庭以外，它（指義律公告）被華民視為由本殖民地政府作出的莊嚴的政策宣告，確立了可以正確判斷未來官方行為的一個標準。1886年為應對災異的爆發，一項公眾衛生條例草案提出對住屋的適當通風空間設定最低限度的標準。華人組織了一次請願活動，其中引證義律公告作為說明其傳統房屋建築方式不得受到干擾的理由。

當改革中國婚姻習慣的條例草案最終於1970年被提交到立法局時，非官守議員李曹秀群（Ellen Li）^㉖指責行政當局違背義律的承諾^㉗。另外，1973年一位作家在報紙上撰文抨擊對一個殺人犯暫緩執行刑罰時，也引證了義律公告^㉘。邁樂士總結說^㉙：

看來，每當華人的權利受到冒犯時，那個公告顯然就成了最好的抗辯理由。

三 義律公告與香港二元化法制的命運

早期的香港史權威著作如《香港法律及法院史》和《歐西與中土》均引述了義律兩公告，但都沒有質疑它們的效力^㉚，更沒有懷疑過義律發布這兩道公告的權力。據筆者掌握的材料，最早對義律公告的效力持否定傾向的就是前述的《史德鄰報告》。不過，該報告沒有提出任何可靠的依據，只是採用普通的法律文本解釋方法。筆者以為，義律公告不僅是法律文件，同時也是歷史文件，有必要把它作為歷

據筆者掌握的材料，最早對義律公告的效力持否定傾向的就是《史德鄰報告》。不過，該報告沒有提出任何可靠的依據，只是採用普通的法律文本解釋方法。筆者以為，義律公告不僅是法律文件，同時也是歷史文件，有必要把它作為歷史問題來看待。

史問題來看待。對歷史問題的解釋，不能單純採取法律解釋的方法，而必須結合歷史解釋的方法。一般來說，歷史解釋所採取的是從舊原則。當對某一歷史事件或文獻存在多種不同記載和解釋時，應以距事件或文獻最近的資料為依據，對義律公告的解釋也應如此。史德鄰在其主持的調查報告正文和附件1中提出的意見，應當說更多地反映了二十世紀中葉港英司法當局的觀點，未必符合十九世紀的實情。埃文斯和史維禮大概也意識到了單純的文本解釋未免軟弱無力，於是開始從歷史材料中發掘資源。

埃文斯提到1841年5月14日英國外相巴麥尊致義律的函件，目前看來，這是否定義律公告效力的最權威證據^⑩。然而從該信中的某些詞句看，巴麥尊提到的那份公告是否即指義律1841年2月1日發布的那份公告還頗可疑^⑪。

撇開這個疑點不談，縱使巴麥尊信中所指確是2月1日的義律公告，但從該信全文來看，也絲毫未曾涉及義律公告所許諾的內容，而只是批評義律宣告的香港割讓在程序上尚有瑕疵——未獲中國皇帝的欽准。換言之，巴麥尊只是認為義律公告「為時過早」，並無反對其內容的意向。尤為重要的是，從事後的發展看，英國政府並未因義律違反程序的宣告而放棄佔領香港，而是通過後續的談判，以正式條約的方式追認了義律佔領香港的事實。丁新豹指出：「義律的策略是先做成既定事實，然後再尋找法理上的根據，這種『經驗主義』的行事方式，是英國殖民主義者慣用解決問題的方法。」^⑫據此推斷，《南京條約》的簽訂也可視為是英國當局對義律公告的追認。

如果我們仔細研討一下義律公告發布前後的背景以及香港開埠早期的英國對華政策，就會發現英國當局不僅從未否認過義律公告所作的承諾，而且在相當長的時間裏執行着該公告所設定的華洋法律分治政策。

甲 二元化法制構想的由來

西方學者一般認為，英國當年奪取香港的目的並非在於對中國領土有多大的野心，而不過是要取得一個對華貿易的據點。大概是受葡人長期定居澳門的刺激，英國人也一直覬覦在中國沿海攫奪一處島嶼。不過，在選擇何處下手的問題上，英國內部卻一直存在着分歧。當時主要有兩派意見，一派看好香港，另一派則偏向舟山。義律屬於前者。這恐怕既有主觀上的故意，又有客觀上的無奈。義律不是和平天使，也並非不懂得武力威嚇的即時效應，但他更清楚英國的長遠利益所在。他很清楚，英國的武力固然強大，在鴉片戰爭期間，他曾巧妙地將英國在遠東的有限武力發揮到極致；但他也明白，英國的優勢武力在地理、氣候及補給線過長等因素的障礙下還是打了不少折扣，以有限的兵力維持對舟山的武裝佔領已被事實證明為不可取^⑬。而且，如果過度使用武力而令中國人全面排外，反而無助於實現英國在華的長遠目標。因此，義律處理香港問題的對策始終是堅持武力與談判並用，使用武力無非是為了增加談判桌上的籌碼。

在1841年2月11日與琦善舉行第二輪談判時，義律提出一個修正案，要求割讓香港全島作為交換，他提出香港的中國人與僑居中國的英國人均可享受治外法權^⑭。可見，義律確實

埃文斯提到1841年5月14日英國外相巴麥尊致義律的函件，目前看來，這是否定義律公告效力的最權威證據。然而，如果我們仔細研討一下義律公告發布前後的背景以及香港開埠早期的英國對華政策，就會發現英國當局不僅從未否認過義律公告所作的承諾，而且在相當長的時間裏執行着該公告所設定的華洋法律分治政策。

是將一島兩制、互相承認治外法權作為向中國討價還價的誘餌。從有關的背景材料看，義律的目標是商業利益，因此他並不打算採取仇視中國的政策。在香港採取二元化法律體制，以治權換主權，取得中國當局在其他方面的讓步也不失為以小換大的上算買賣⁴³。

乙 二元化法制框架的確立

如前所述，英國政府外交部沒有批准義律的兩道公告，並非因為不同意該兩公告所確立的二元法律體制，而是因為程序。同樣，中國政府在簽署《江寧條約》以前不承認英國對香港的佔領，但該兩公告中提出的華洋分治原則卻是清政府所積極主張的，此事成為磋商《南京條約》時的一個重要議題⁴⁴。

1841年8月12日，璞鼎查 (Henry Pottinger) 接替義律職務後發表公告，宣布義律此前有關香港事務的各項安排，除非英國政府另有指令，將繼續保持有效⁴⁵。這當然也包括義律兩公告中提出的華洋法律分治政策，璞鼎查在原則上已同意了義律公告的許諾⁴⁶。然而，此時中英關於香港華人治權問題的爭論已較義律公告所許諾的內容更廣泛也更複雜。不僅要引入並普遍保留中國法律和社會習慣，還要有中國官員負責該法的運作。雙方在前一點上沒有異議，爭論的焦點是由誰來執行中國法⁴⁷。

1843年1月，璞鼎查在致英國外相阿伯丁 (Aberdeen) 的報告中說：他已同意「香港華人應由他們自己的法律管轄，中國官員將為此目的駐居九龍」⁴⁸。顯然，「香港華人應由他們自己的法律管轄」正是義律公告的原有立場，而「中國官員將為此目的駐居九

龍」是英方新的讓步。璞鼎查與中國談判代表在華洋分治問題上已達成的協議也是有文字可查的⁴⁹，中方在談判中還特意提醒璞鼎查勿忘義律公告所作的「一島兩制」的承諾⁵⁰。以往的香港史家雖然注意到這個史實，但忽視了它在國際法上的重要性。顯然，在中方看來，義律公告不僅是香港地方政府向當地華人所做的承諾，而且也是代表英國政府向中國所作的承諾，是國家間的行為。如果考慮到義律曾主動向琦善表示願以保留香港華人的治外法權換取中方割讓香港⁵¹，我們就不會覺得中方採取這種立場有何不妥之處了。應當承認，香港華人治權問題本身就是中英圍繞香港問題談判中的一個重要議題，是具有國際法意義的，而不僅是香港的內政問題。二十世紀的港英法官們在解釋義律公告時則完全忽視了這一點。

圍繞義律公告所許諾的內容「一島兩制」，英國國內也展開了激烈的討論⁵²，最終接受了理藩部 (Colonial) 大臣斯坦利 (Lord Stanley) 的建議，即中國法律可以英國女王的名義在香港行用，並聘請中國地方官赴香港主持香港華人的司法事務，其費用由香港政府承擔，中國人仍受自己的法律管轄⁵³。值得注意的是，在上述爭論過程中，也諮詢過皇家法律顧問 (The Law Offices of the Crown) 的意見，後者反對「一島兩制」，主張堅持英國法的獨尊地位⁵⁴。不過，法律當局的這個建議未被理睬。正像埃文斯所說，港英政府是否實行華洋分治，應從兩個角度考慮，首先是保障和平和秩序的需要，其次才是提供一套穩固的市民 (Civil) 法律制度的需要⁵⁵。

1843年4月，英國政府根據上述討論結果，指令璞鼎查以華人依中國

璞鼎查與中國談判代表在華洋分治問題上已達成的協議也是有文字可查的，中方在談判中還特意提醒璞鼎查勿忘義律公告所作的「一島兩制」的承諾。顯然，在中方看來，義律公告不僅是香港地方政府向當地華人所做的承諾，而且也是代表英國政府向中國所作的承諾，是國家間的行為。

法律和習慣並允中國法官派駐香港為基調全權處理對華談判事宜⁶⁹。然而就在這個時候，璞鼎查忽然改變了主意，宣稱香港華人必須服從英國的司法管轄。耆英對此提出了嚴正抗議。英國理藩部對璞鼎查的出爾反爾也感到惱火。史蒂芬 (James Stephen) 說：「依我看中國代表提出的辯駁是最有力的。」⁷⁰但他又認為，此事理藩部的干預是徒勞的，應由外交部決定。他的態度也表明，英方也承認華人治權主要是外交問題而非殖民地的內部治理問題。

反觀中國方面，當時也是將香港華人治權問題看作是一個外交問題。據中國官方檔案記載，中國政府在1841年義律強佔港島後的相當長一段時間裏仍然行使着對華人的司法管轄權⁷¹。再者，1842年9、10月間關於香港華民法律管轄問題由清廷議和大臣而非廣東地方當局提出，說明香港華洋司法管轄權問題確已構成了一個外交問題，並成為中英談判中的重要議題。中國方面尚未放棄對香港華民的治權。

沒有記錄表明中國方面接受了璞鼎查的立場變化，《江寧條約》等在此問題上的沉默也表明中英雙方在此問題上沒有達成共識。即便是根據英國人自己信奉的國際法準則，這種單方面的改變立場，如果沒有另一方的認可，也是不具國際約束力的。

綜合以上的事實，可以概括地指出，1843年6月間，璞鼎查在香港華人治權問題上的立場變化是單方面的背信棄義行為，連英國當局也覺得沒有道理。至於英國政府最終決定的華人由華律管轄並留待日後香港地方當局作出進一步安排的方案，仍然改變了雙方在談判過程中在此問題上已經

達成的共識。儘管如此，璞鼎查並未推翻義律公告在此問題上所作的承諾。我們在前引義律公告中已經看到，義律只承諾華人仍遵從中國法律及習慣，而由中國官員受理華人訴訟是璞鼎查在《南京條約》簽訂後與中方談判時新作出的妥協。璞鼎查反悔的只是後者，這一退步恰恰回復到原來義律公告所做的承諾。

丙 二元化法制的失衡

通過前面的史實考證，我們已經可以肯定地說，英國政府從來沒有否認過義律公告所承諾的內容。更進一步說，根據當時的情況，英國方面也根本不可能推翻義律公告所作的承諾。因為義律承諾的內容並非他本人一時的心血來潮，而是反映了當時英國官方的普遍態度⁷²。然而，隨着英國在華勢力的日漸強大和穩定，中國法律及習慣的存在空間卻在一步步萎縮，二元化法制逐漸向一元化法制靠攏。

1843年底發生了香港開埠以來第一起審訊華人的案件，原告向新安縣告狀，總巡理府凱恩 (William Caine) 認為應將嫌疑犯交給新安縣審訊，璞鼎查為了取得治權，堅持應由英國裁判聆訊。令璞鼎查感到慶幸的是，中國政府沒有因港英當局私下聆訊華人而提出抗議。璞鼎查將此視為中國政府默認了港英當局對在港華民的治權⁷³。尤其重要的是，它使港英方面看到，保留中國法而無須任命中國官員來執行也是完全可能的。不過，終璞鼎查之任，中英在此問題上的爭議並未了結。

接替璞鼎查出任香港總督的德庇時 (John F. Davis) 憑藉其對中國政府的

1843年底發生了香港開埠以來第一起審訊華人的案件，原告向新安縣告狀，總巡理府凱恩認為應將嫌疑犯交給新安縣審訊，璞鼎查為了取得治權，堅持應由英國裁判聆訊。奇怪的是，中國政府沒有因港英當局私下聆訊華人而提出抗議。重要的是，它使港英方面看到，保留中國法而無須任命中國官員來執行是完全可能的。

一貫了解，認為必須在開始時表現出足夠的強硬方能逼使中方就範。在他看來，在華人治權問題上的讓步很可能會重蹈澳門的覆轍，連主權也一併喪失^①。

1844年夏，德庇時拒絕了中方引渡一名香港華人回內地受審的要求，其目的就是要顯示英方有權審理在港華人^②。同年11月20日，一名新安縣書吏在港島勒索漁民，被港英當局拘留^③。德庇時致函指責中方的行為侵犯了香港主權^④。耆英覆函雖仍重申中國對在港華人的治權，但口氣已不似從前那般強硬。當時廣州附近各縣，天地會運動方興未艾，有此後顧之憂，耆英不願與英人交惡，再起齟齬；而德庇時看透耆英底裏，乘虛而入，一舉取得了香港的主權與治權^⑤。

儘管德庇時在華人治權問題上的立場較其前任更為強硬，但他似乎無意完全拋棄義律公告所作的許諾。他主持制訂的1844年第10號法例——《太平紳士條例》及第15號法例——《高等法院條例》均規定高等法院可依據中國法例懲治華人罪犯^⑥。同年的第13號法例——《華僑保甲條例》^⑦，則規定保留中國傳統的保甲制度。

1848-54年，文翰 (Samuel Bonham) 任香港總督期間，再度傾向於給華人更大的便利以直接決定他們自己的事務。12月3日通過的1853年第3號法例——《華僑地保條例》^⑧，目的是擴大華人地保的職權，由地保而不是英國法庭來解決華人的一般民事糾紛^⑨。然而上述措施頒布後，遭到了英人社區的強烈反對，主要理由據說是華人的公正觀念要比英人的腐敗得多^⑩。這種反對力量無疑是港英當局背棄「一島兩制」承諾的重要原因之一。文翰去

職未久，他所確立的政策和法律就隨之夭折了。

不過，1857年的第6號法例第17條允許繼續任用地保，也允許在華人之間的民事糾紛中，出於當事人的自願請求地保仲裁。但仲裁的結果必須獲得華民政務司的批准後方能由法院執行。然而即便是這樣的規定，還是極為短命，很快即被1858年的第8號法例——《華僑管理及戶口登記條例》^⑪取代。後者雖然保留了任用地保的權力，但此時的地保僅限於發揮警察的職能，司法功能已被剝奪。埃文斯指出^⑫：

專為香港華民建立獨立的司法體系的嘗試至此宣告終結。此後，除了新界的例外外，唯一具有法律效力的解紛途徑只能由英國法院提供。

1858年，英國政府發布了一項非歧視性政策的聲明，提出法律面前一律平等的政策，但實質是要求放棄「一島兩制」。不過，按照該政策，各殖民地的土著法律仍應受到盡可能的尊重。安德葛 (G. B. Endacott) 評論說：「以往華人為數較少，可以自行其是；此時人數日益增多，更大力度地規範和控制也就是不可避免的了。」^⑬

義律當年許諾以華治華，實行間接統治，主要的考慮顯然是英國當時在華立足未穩，須要取得當地華人的合作，也就是須要建立廣泛的統一戰線。1850年代以後，形勢發生了很大變化，一方面，英國在香港已站穩了腳跟，而中國國內又爆發了聲勢浩大的太平天國起義，此後內亂頻仍，國力日衰；另一方面，普通中國民眾的仇外情緒正在迅速滋長和蔓延。基於這種形勢變化，港英當局感到，實行

1848-54年，文翰任香港總督期間，再度傾向於給華人更大的便利以直接決定他們自己的事務。12月3日通過的《華僑地保條例》，目的是擴大華人地保的職權。然而卻遭到英人社區的強烈反對，主要理由據說是華人的公正觀念要比英人的腐敗得多。這種反對力量無疑是港英當局背棄「一島兩制」承諾的重要原因之一。

香港殖民地法制史可以簡單地描述為英國法的逐漸擴張和中國法律及習慣日益萎縮的過程。作為英國政府向香港華人的鄭重承諾，義律公告的效力是絕對無可抵賴的。當然，時變世遷，社會發展，法律也相應地汰舊圖新，但不能為此就歪曲和篡改歷史。

直接統治，拋棄以往承諾的條件已經具備了；同時，英國人也意識到，讓那些並非心悅誠服地接受英國人佔領的華人管理自己的事務，是對英國統治的潛在威脅^④。

儘管港英政府對華人自治一直心存戒忌，但直至本世紀初，司法當局仍極少介入純華人間的民事糾紛，這類問題通常由華人社區領袖或某些自發形成的組織自行解決^⑤。大概就像歐德禮所概括的那樣，港英當局擠壓中國法律及習慣存在空間的步驟是「謹小慎微和循序漸進」的，並且「主要是依賴英式教育、英語和英國生活方式潛移默化地影響」，而非政府的強權。「儘管華人是這個世界上最溫順的民族，但處於公正政府的統治之下，一旦本殖民地的行政和立法冒然與華人根深柢固的民族習慣發生了不可調和的衝突，也會表現出異乎尋常的倔強。」^⑥這個概括不錯，香港殖民地法制史可以簡單地描述為英國法的逐漸擴張和中國法律及習慣日益萎縮的過程。1970年代陸續生效的一系列法例，事實上已經敲響了香港「中國法律及習慣的喪鐘」^⑦，直至有一天，它可能會最終消亡。

四 結 論

1841年的義律兩公告奠定了香港二元法制體系的基石，成為清代法律及習慣在香港保留和適用的最重要的法律依據。華人用華法，西人用英國法曾經在相當長的時間裏塑造了香港法制的特色（至少是在家庭、婚姻等領域裏），然而，在香港開埠百餘年後，港英法律當局開始普遍懷疑義律公告的效力並試圖改變二元法制的局面，

代之以單一的英國法律模式。港英當局本有許多正當的、冠冕堂皇的理由這樣做，但是他們更熱衷於從根本上推翻二元法制的基礎——義律公告，以便給人們造成一種實行二元法制原本就是一場歷史誤會的印象。最初的作法是尋文摘句，對公告的文本吹毛求疵；繼後則是翻根究柢，在義律發布公告的身份、資格以及英國政府的認可程序上大做文章。應當說，他們的目標已基本實現了。作為香港法制一元的中國法律及習慣，在這種懷疑和否定的氣氛下正日漸衰亡，這似乎已成無可挽回的大趨勢了。

但是，如果我們仔細考察有關史實就會發現，上述的懷疑和否定論調是難以成立的。無論是「權宜之計說」也好，「自始無效說」也好，無論用文本解釋的方法還是歷史考證的方法，要否認義律公告的效力都有牽強附會之嫌。

或問，肯定義律公告的有效性，能否證明保留中國法的合理性呢？答案可能是否定的。畢竟，當今的香港華人社會與一個世紀前大不相同了，教育的普及、社會的進步，使得古老、落後的清代法律及習慣顯得極不協調，廢止它們似乎並無多大道德上的障礙。然而，問題的要害並不在此，中國固有法是否有利於華人是一種價值判斷，而義律公告是否有效則是事實判斷。作為英國政府向香港華人的鄭重承諾，義律公告的效力是絕對無可抵賴的。當然，時變世遷，社會發展，法律也相應地汰舊圖新，這本是無可非議的，但不能為此就歪曲和篡改歷史。改造甚或廢止中國固有法並無不可，但應有正當的理由。港英當局在此問題上之所以顯得畏首畏尾，恐怕就是受到義律公告的困擾。

如果變革中國固有法律是出於華人社會維護自身利益的自主行為，情形就大不相同了。遺憾的是，素以法治、民主誇耀於世的英國殖民者在長達一個半世紀的統治裏，並沒有將這樣的權力交給華人。因此，除了從義律公告和義律身份上尋找缺口外，又能有何良策呢？

註釋

①⑦ Berry Hsu, *The Common Law in Chinese Context* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1992), 10; 14.

② 根據《基本法》，中國習慣法仍將保持效力。見Peter Wesley-Smith, *The Source of Hong Kong Law* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1994), 205。

③ 中國第一歷史檔案館編：《香港歷史問題檔案圖錄》（香港：三聯書店有限公司，1996），頁58-59。

④ 《香港與中國——歷史文獻資料彙編》（香港：廣角鏡出版社，1984），頁166-67，亦收第二份公告之中文本。

⑤⑩⑪⑫⑬ Norton-Kyshe, *The History of the Laws and Courts of Hong Kong*, vol. I (Vetch and Lee Limited, 1971), 4-6; 5; 10; 60; 338; 339.

⑭ 除前述許氏外，丁新豹也認為：「這是香港歷史上一篇極為重要的文告，它不單申稱英國已擁有香港的主權、治權，還宣布了統治香港的方式——以華治華，奠定了間接統治的基礎。」見氏著：《香港早期之華人社會1841-1870》（香港：香港大學博士論文，1988），頁73。

⑮ 10 H.K.L.R. 69 [1915].

⑯ 20 H.K.L.R. 1 [1925].

⑰ *Chinese Law and Custom in Hong Kong, Report of a Committee* (Hong Kong: The Government Printer, 1953), Appendix 1, 96 (簡稱“Strickland Report”).

⑱ In re Tse Lai-chiu, [1969] H.K.L.R. 159.

⑲ 分見E. S. Haydon, “The Choice of Chinese Customary Law in Hong Kong”, 11 I.C.L.Q. 231 at 240; D. M. Emrys Evans, “Common Law in Chinese Setting”, HKLJ (1971), 13, note 5及註⑳引史維禮氏書，頁207。

㉑⑳ D. J. Lewis, “A Requiem for Chinese Customary Law in Hong Kong”, 32 *International and Comparative Law Quarterly*, 350; 347.

㉒㉓ Ernest J. Eitel, *Europe In China* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1983), 165-66; 164-65.

㉔ 同註⑲引Evans文，頁14。

㉕ 《廣東巡撫怡良奏報英人強佔香港並擅出偽示等情摺》。見中國第一歷史檔案館編：《鴉片戰爭檔案史料》，第VI輯（天津：天津人民出版社，1992），頁92-93。

㉖ 註⑳頁58-59收錄有該抄件的彩色照片，道光帝勾畫的線段清晰可辨。

㉗ 《大清宣宗實錄》，卷346（北京：中華書局，1986），頁266。

㉘ 梁廷柅：《夷氛聞記》（北京：中華書局，1959），頁59-60。

㉙ 據註⑳頁165，原件上當加蓋有鈐記。

㉚ Norman J. Miners, *The Government and Politics of Hong Kong*, 3rd ed. (Hong Kong: Oxford University Press, 1984), 69.

㉛ H.K.L.R. [1969], 159 at 170.

㉜ 同上註，頁194。

㉝ 註㉚所引該氏書目前已出至第五版後的增訂本，被視為是「香港政制的經典之作」。參見陳弘毅：《法治、啟蒙與現代法的精神》（北京：中國政法大學出版社，1998），頁304。

㉞ 同註㉚，頁74註⑲。史維禮曾引證這段話作為否認義律公告的佐證（見註㉚引書頁209腳註第25），從邁樂士書這一節的全文看，史氏有斷章取義之嫌，詳下文。

㉟ 關於英美代理法的有關規則可參見Charles R. O’Kelley and Robert B. Thompson, *Corporations and*

Other Business Associations (Boston: Little, Brown and Company, 1992), 35-37。

⑳ 錢先生認為：「憲法觀念尤為西方文化的產物，而為中國固有文化之所無。」見《錢端升學術論著自選集》（北京：北京師範學院出版社，1991），頁131。以下稱錢著。筆者對此不能苟同。錢先生試圖從唐六典和明清會典中尋找中國憲法的蛛絲馬迹，終因其「儘管可以說是一種根本的組織法，卻不是人民的權利書」而不得不作罷。筆者以為，從規範的角度看，明清會典確有點憲法的含義，但觀念的尋覓則不如約法的傳統那樣來得直接和清晰。

㉑ 關於此點可參見張建國：〈試析漢初「約法三章」的法律效力〉，見氏著：《帝制時代的中國法》（北京：法律出版社，1999），頁33-48。

㉒ 約法之例所在多有，非止漢唐兩代。

㉓ 參見註㉒，頁133。

㉔ 1993年秋季筆者聆聽美國學者鍾斯教授在華盛頓大學法學院講授比較法課程時所記。

㉕㉖㉗ G. B. Endacott, *Government and People in Hong Kong, 1841-1962* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1964), 152; 29; 29.

㉘ H. K. Hansard, 1969-70, 372.

㉙㉚ 同註㉒，頁69-70；70。

㉛ *South China Morning Post*, 19 May 1973.

㉜ 前者見註㉒，頁4-6；後者見註㉛，頁163-66。

㉝ 此件目前仍完好地保存在英國外交部檔案中。埃文斯係從H. B. Morse, *International Relations of the Chinese Empire*, vol. I, 647閱見，見其文頁13腳註4。該件之中譯見胡濱：《英國檔案有關鴉片戰爭資料選譯》，下冊（北京：中華書局，1993），頁398。

㉞ 參見註㉚，頁28；註㉒，頁209腳註25。

㉟㊱㊲㊳ 同註㉒，頁65-66。

㊴ 參見註㉒引胡濱書，下冊，頁689-90。

㊵ 同註㉒，頁920、921-24；並見註㉒，頁74-75。

㊶㊷㊸㊹㊺ G. B. Endacott, *A History of Hong Kong* (London: Oxford University Press, 1958), 40; 40; 40-41; 41; 124-25.

㊻ 見檔案中收藏的璞鼎查1842年9月5日致伊里布、耆英、牛鑾的照會，同註㉒，頁30。

㊼ 同註㉒，頁29-30及註㉒，頁80-81。

㊽ 見本文頁6。

㊾ 同註㉒，頁31，原由Lord Aberdeen提出的建議受到修正。

㊿ 同註㉒，頁31。

㊽㉑ 同註㉒引文，頁15。

㊽㉒ 同註㉒，頁41及見頁38-39引殖民地部大臣斯坦利勳爵致璞鼎查的指示。

㊽㉓ 參見《著兩廣總督祁項照耆英所奏辦理香港民戶案件審訊事宜及追討商欠等事上諭》，同註㉒，頁318。

㊽㉔ 參見安德葛所說的支持賦予華人在憲法上特殊地位的四個原因。同註㉒，頁28-29。

㊽㉕ 同註㉒，頁86；註㉒，頁34-35。

㊽㉖ John F. Advise, *China, During the War and Since the Peace* (London: Green and Longmans, 1852), pt. II, 45-47.

㊽㉗ 耆英致德庇時函，轉據註㉒，頁90。並可見註㉒引Endacott書，頁59。

㊽㉘㊽㉙ 馬沅：《香港法律彙編》，第1冊（香港：華僑日報有限公司，1953），頁6；8；10。

㊽㉚ 同註㉒，頁20。

㊽㉛ 參見Ho Tsz Tsun v. Ho Au Shi and Others案（見註㉒，頁77）；註㉒，頁165-66；註㉒，頁242-44。