

第七章 結論

—社會控制的「從傳統到現代」

晚近「法律繼受」已成為法制史學界熱切關注的話題，但若只將焦點鎖定於法典或制度的繼受，顯然無法觀照全局，還有許許多多的社會變遷與情狀，同樣與法律繼受密切相關，也同樣值得關注與研究。

《上海閑話》作者姚公鶴嘗論述上海租界華民的「法律習慣」指出：

歷經英人薰蒸陶育之餘，知識與程度雖猶是陋劣不可名狀，服從法律習慣則已較勝於內地。例如民國開幕，國內始有形式的司法衙門，而訴訟案之孰為刑事，孰為民事，孰以問之普通國民，瞠目不知所對者，十必八九也。若租界居民則雖婦人孺子，亦均知命盜鬥毆應向捕房控告，錢債人事應向會審公廨控告。於刑、民性質，頗能辨別了解，此非華人之習有法律知識，乃習有法律習慣也¹。

姚公鶴不僅清楚的告訴了我們，一個不同於傳統中國由上至下的法律文化繼受方式，已然在上海租界運作，並且對法律知識與程度均嫌陋劣的傳統中國庶民社會產生了巨大的影響；更重要的是，姚公鶴的觀察提醒了我們，在大多數的租界庶民百姓心中，錢債人事與命盜鬥毆已然分了家，即已分屬於不同的權力機構掌控，並對自己的內心產生了相當的制約。換言之，一個截然不同於傳統帝國的權力關係，已然在租界開展並紮穩了根基。而姚公鶴未明白點出的上海租界法律文化與權力關係的變遷，即是本文欲以會審公廨為媒介，深入研究的對象。

¹ 引自姚公鶴，《上海閑話》（上海：上海古籍出版社，1989），頁46。

由於會審公廨華洋會審的特性，使得外來殖民者的權力得以介入這個原應「完全中國化」的衙門，其背後自免不了力的因素。不過在以傳統「壓迫者、剝削者/被壓迫者、被剝削者」的對立史觀解析之外，也許還應容許研究者選擇其他不同的史觀來看待這段歷史。

一、透視租界的新史觀

在有關殖民統治的研究中，不外下面三種論述史觀，一是基於國族被欺壓的立場，傾力批判外來侵略者的強勢壓迫、侵奪與對百姓的剝削；二是本於「共犯結構」觀點，即認為除了殖民者的壓迫外，也不能忽略被殖民者的配合或參與，帶有自我反省與分擔責任的意味；三是強調殖民者引進的現代制度與技術，為傳統社會帶來的震撼與興革。

本文無意落入上述三種史觀孰優孰劣的爭辯，但卻必須要強調，如果只從古典權力主體、也就是國家或民族的視野觀察，很可能只能停留於約章的論辯，而無法進一步深入且完整的還原當時社會的形貌。

因此，為探究與殖民統治密切相關的會審公廨，以及透過會審公廨所呈現的華洋政體與租界華民間的權力關係，本文選擇從地理、心理與人文的角度出發，企圖還原清末民初讓會審公廨伸展的法制舞台，進而解答「會審公廨所能夠揮灑的空間究竟有多大？」這個基礎問題。本文發現，即使不論會審公廨爾後的逐步擴權，單論會審公廨的生成，即已超脫於中外「國與國」約章乃至領事裁判權的解釋範圍，實際上更偏向於一個上海租界自治政體與界外帝國政體的「地方代理人」相互妥協後的法制產物。

在上述的基調下，為期能充分凸顯租界華洋政體權力的特色，本文擇取了「帝國之鞭」與「寡頭之鍊」這兩個對比的概念，進而在這兩個概念下，展開帝國之鞭、寡頭之鍊權力與權力關係競逐的論述。

二、帝國之鞭與寡頭之鍊的競逐

分析與會審公廨相關的約章內容，會審公廨與其前身洋涇濱北首

理事衙門，原被設定為權責有限的「傳統中國地方衙門」。不過，即使權責受限，但在帝國一條鞭式的政法體制下，這個比傳統中國最基層的知縣衙門位階還低一等的租界地方衙門，其主事者不僅擁有司法裁判權，也同時兼括裁判前的偵查與裁判後的懲罰，更同時擁有現代法官所沒有的行政與立法權。也就是說，會審公廨與租界華民間的權力關係，不僅存在於司法裁判，而是多面向的，實更貼近於傳統知縣衙門與庶民間存在於各個領域的權力關係形貌，本文簡稱此種全包式的權力關係為「帝國之鞭」。

然而，在租界獨特的寡頭政治體制、權力分立概念與嶄新的都市空間結構、現代都市管理技術等交互作用下，卻在租界塑出的新興權力運作模式，並強力制約、干涉會審公廨根源於傳統帝國政制的各項權力，進而使得會審公廨與租界華民間的權力關係起了質變。易言之，在傳統帝國之鞭權力關係以外，上海租界已開始自行蘊生了一種新興權力關係，並與帝國之鞭展開競逐。不過與帝國之鞭不同的是，這種新興權力關係下的「權力」，已然被更細緻、更多元的詮釋與分配，甚至許多權力還擁有「隱匿」的特性，凡此，亦與一個現代新興都市的發展軌跡與現代統治技術的引入不謀而合。這種存在於寡頭政體與租界華民間獨特的權力關係，本文簡稱為「寡頭之鍊」。

整體言之，由於寡頭政體強調市民自治的特性，致在行政、立法等權力方面，從租界生成初始即與帝國政體有所扞格，也自然免不了與權力集中於一身的傳統地方官廳有著一番權力競逐，同樣有著權力集中現象的會審公廨及華籍讞員，自也無法脫身於權力競逐風暴以外，而此卻是以往相關論述所忽略的。在司法權方面，寡頭政體一方面透過外籍陪審員或領事、工部局董事觀審等機制，打通了得以直接影響會審公廨裁判結果的管道；另一方面則透過巡捕房，陸續且有效的承接了原應屬於傳統中國官廳的偵查、逮捕、拘提及懲罰權。

若依歷史的進程來看，一八六四年是上海租界法制與權力關係形貌產生質變的關鍵年代，洋涇濱北首理事衙門在華洋非正式的協議下成立，該衙門所創的「會審」機制，即由中外官員共同會審租界華民，實乃傳統中國社會空前之舉，現代西方法律制度、文化與觀念，自此有了被引介至租界華民社會、乃至傳統中國社會的正式管道。理事衙

門運作四年後，會審公廨取而代之，雖然會審公廨與理事衙門一般，並無「國與國」的正式約章，仍偏屬寡頭政體與中國地方官廳相互妥協的結果，卻代表著上海租界管控華民的機制，已進入更細緻的「成文化」階段。

透過洋涇濱北首理事衙門與會審公廨等載體，除了可以讓我們看到了帝國與寡頭政體激烈且赤裸的權力競逐過程，更讓我們進一步觀察到在章典制度外的權力的生成與壯大，例如現代律師辯訴制度、現代警察偵查制度與西方的獄政管理制度，即標誌著華洋官員司法權力已然被分享或弱化。

至辛亥革命清廷傾覆後，租界權力關係更在一夕之間產生巨變，寡頭政體趁亂改變了整個會審公廨的體質與空間結構，使得會審公廨更趨近於一個權立分立政體下的現代法院，傳統中國官廳集權、通包等特色消失殆盡；但在此同時，會審公廨判決的效力與確定力則進一步的獲得強化，幾成為「一審終結院」，並進而對租界華民產生強力約制效果。

然而，會審公廨卻始終無法擺脫被政治干預的宿命，甚至其命運更與租界的擴張與存續掛了勾，而成為談判桌上的籌碼。從空間變遷的角度來看，辛亥革命前後呈倍數擴張、並與華界聯成一氣的租界，其實更有著不利於法治社會發展與治安管控的重大隱憂，即法治社會所強調的懲罰的公平與必然性將大打折扣。至此，若希望會審公廨的種種能夠發展出合於現代法學的原則或法治社會的標準，無疑已是緣木求魚。

除了傾力解析關於會審公廨的約章、結構與運作程序，以及描繪華洋政體權力與權力關係相互競逐的真實面貌，本文並嘗試歸納整理透過會審公廨所呈現的「鞭」與「鍊」兩種權力關係的特色，以及兩種權力關係是否已然產生互動與融合。

三、鞭與鍊權力關係的特色與融合結果

就帝國之鞭觀察，在前清時的會審公廨依然保有傳統帝國權力集中、強調人治及展示過剩權力等特色，而其學理基礎，則在於與法治

體系完全不同的紀律體系。不過，會審公廨卻也有著一些與傳統帝國地方官廳不同之處，例如從成立初始即沒了傳統衙門常見的刑訊，乃至會審公廨後期的取消跪訊等。

從寡頭之鍊來看，當然，在數十年的華洋權力競逐過程中，寡頭之鍊也可歸納出若干特色，包括積極有效率的回應權力競逐的挑戰、以治安為最高指導原則、擺盪在過剩權力與規訓權力之間，以及進行了租界權力的重分配並予以細緻化等。

經由帝國之鞭與寡頭之鍊的相互激盪與融合，本文也發現，若站在租界華民的角度觀察會審公廨的種種，實已形塑出一個不同於傳統中國的權力關係新形貌，其特色包括身分上的差等雖仍持續，但卻也同時起了質變；依審判官員的自由取捨的法律適用情形，仍然存在於形式上已然西方化、現代化的會審公廨中；會審公廨雖然很早即引進現代律師，但因權力結構不當，使得此超脫傳統的競技型訴訟始終存有無法克服的盲點。更重要的是，由於辛亥革命後會審公廨的命運與租界擴張存續掛了勾，在政治的強力干預下，使其很難透過若干特殊案件的審判發展出現代法治原則。

不過，也正是由於會審公廨位處傳統與現代的關鍵時點上，透過會審公廨所呈現的法律文化繼受過程的正負面經驗，因而有了重要的時代意義，並給了處身於邁向後現代社會的我們許多關於形塑未來控制社會規範的重要啟示。

四、會審公廨的經驗與時代意義

如果單論會審公廨是否係朝向法治社會發展？研究會審公廨的澳大利亞學者史蒂芬斯曾評價指出：

會審公廨雖扮演了重要的中介、溝通角色與管道，俾便新穎、刺激、充滿異國情調的法律概念，能澆鑄於中國知識的及政治的歷史，但奇怪的是，會審公廨運作本身反而喪失了西方

法治精神²。

史氏二分的評斷上海會審公廨的是否具有現代西方法治精神，誠然有其依據；不過，站在史氏的肩膀上，本文要進一步補充的是，在一個無法克服的法制不平等大環境中，若要強求某個法院透過裁判發展出現代西方法治原則，毋寧是捨本逐末。也就是說，即使會審公廨在個案或部分訴訟程序中展現了現代西方法治原則，但若把這些個案或程序擺置在整個舞台之中，實已屬杯水車薪，無助於矯正整個租界司法制度乃至政制的脫軌發展。

然而，是否有個可能，即對於歷史的上某些特殊時空的社會而言，法治不見得就一定是最崇高的、或最需要去追求的價值？例如與現代西方法治扞格極深的傳統中國法律體系，我們當然可以找出一大堆的事例說明傳統法系與帝制不符現代西方法治要求，但傳統中國法律卻依然運行了千百年，維繫了歷朝歷代的社會秩序，甚或造就了舉世羨嘆的文明與富庶。同樣的，會審公廨乃至上海租界政體在法效力備受質疑的情況下，依然維持了數十年的實效，並一定程度的維持了租界的治安與繁榮。顯然在鑑別與評價一個政體的法治程度的高低之外，還有其他值得我們探尋、能夠有效控制社會秩序的某些「權力」，這些權力，可能並非來自於法律或不見得需要法律的授權，也可能是權力主客體根本不曾意識到的，但卻真實的存在於社會中，並產生了各種權力關係。

更進一步言，如果「絕對的法治」與「絕對的民主」一般，其真正的實踐可能充滿著矛盾、弔詭與二律背反(Antinomie)³，那麼，究

2 Thomas B. Stephens, *Order and Discipline in China—The Shanghai Mixed Court 1911~1927*(University of Washington Press,1992), p121.

3 學者顏厥安指出：「絕少有人會認為法治可以提供我們安身立命的終極價值，但是由於禮、道德、倫理等各種社會（公共）規範的權威都已經垮台了，大家只好寄望於法治能夠重新填補起建立良善社會的「工具」地位。在這種背景下我們往往忽略了，法治不足以提供其自身實踐的行動資源。當康德指出，保障自由意願的法律並不關切行動者的「動機」時，就已經精闢地指出了法治與「行動力」的脫鉤。因此法治所依靠的，是執行法律的「強制力」，或者說，是集立法、執法、司法於一身的「國家權威」。這也正是法治理念的「二律背反」(Antinomie)：法治的目標是要防止國家濫權，但法治的實踐，卻又要依靠國家的權威。而憲政體制的權力分立制度，最多只是和緩了，而絕不可能消除

竟是何種權力，能夠真正左右著政府與人民間的權力態勢，卻是法律人在思考人民與政府間權力得喪變遷時，極可能忽略的面向？

本文透過會審公廨的研究所覓得的答案是「隱匿的權力」，這或許這正是在當今社會困惑於法治的二律背反、或汲汲於訴求國家力量貫徹法治之時，得以讓我們重新衡度新興社會控制的法律、技術與思維是良或莠，以及該如何尋求平衡點的關鍵鎖鑰。

換言之，如果我們能夠在傳統法學的權利、正義或法釋義學的推導之外，兼能顧及社會控制技術的有效與否，進而以此為主軸，去評價所有政體以及與其搭配的法律制度，將會發現，其實每個政體的社會控制方式，大概都不外乎基於「鞭」或「鍊」的思維基礎，或分散於「鞭」與「鍊」的兩極光譜之間，多少都有值得我們借鏡之處，也是讓我們得以免於民族情緒的批判或事後諸葛式的嘲諷，並進一步從中覓得可貴歷史經驗的一個重要法門。

這個巨大的二律背反。因此我們一定要謹慎於，甚至限縮我們對於法治功能的期待，尤其應該非常謹慎地重新思考透過政府權威來改善法治狀況的可行性。引自顏厥安，法治是法律的健康指標，刊於二〇一三年三月十日《中國時報》。