

第一章 緒論

十九、廿世紀交替之時，在傳統中華法制運行了千百年的中國大地上，曾經出現了一個兼具傳統衙門與若干現代西方法律色彩的法庭——「上海會審公廨」(The Shanghai Mixed Court)¹。

長久以來，或因民族、國族主義的影響，致「外國陪審員有權力裁罰華民」的上海會審公廨，通常被籠統的歸類為「領事裁判權」(consular jurisdiction)或「治外法權」(extra-territoriality)²的一部分，視為是當年列強殖民壓迫所肇致的結果，卻鮮有人願意正視會審公廨為中國法制歷史帶來的深遠影響，也為會審公廨披矇上一層神秘的面紗。

在廿一世紀的今天，隨著史料的推陳出新，以及史觀、研究方法的趨於多元，正是一個重新解構上海會審公廨、了解其在中國法律繼受與變遷過程中究竟佔有何種地位的契機。

1 上海會審公廨其實應有兩個公廨，一為上海公共租界的「上海公共會審公廨」，一般簡稱「上海會審公廨」，另一則是上海法租界的「上海法租界會審公廨」。並且，在清末民初存在會審公廨者，不僅只上海一地，包括廈門、漢口等租界，均設有會審公廨。為行文方便，本文以下所稱「上海會審公廨」或「會審公廨」，概指「上海公共會審公廨」。此外，亦有人稱「會審公廨」為「會審公堂」，唯「公廨」係指整個司法機關，意較廣；「公堂」則係指裁判案件的法庭，意較狹。

2 領事裁判權與治外法權常為研究者混淆。簡言之，領事裁判權為「甲國領事在他國得裁判甲國人民」，而治外法權在國際法上的意義則是「在國外的某國人民因外交互惠等原因不受他國司法管轄，仍受本國裁判」。清末民初因翻譯等原因，致兩個名詞常被拿來詮釋外國人在華享有的種種司法特權，終成慣例。在一九二二年的華盛頓會議中，中國說帖用「extra-territorial jurisdiction」一詞，有論者以此字最貼近中國被侵權的實況(參閱李仕德，《英國與中國的外交關係(1929~1937)》(台北：國史館，民88年)，頁81)。唯上述意義，均不足以解釋上海租界法制及會審公廨。

第一節 研究動機

彌補中國法制史研究的罅漏

一九〇三年(清光緒二十九年)³，修訂法律大臣伍廷芳(1842~1922)與辦理商約大臣呂海寰(1842~1927)聯名上呈 上海會審公廨選用熟諳交涉人員會審片，這是在鴉片戰爭後「西法東漸」的大趨勢中，華方對與西方法制密切相關的會審公廨提出的罕見且強烈的批判：

洋官於互控之案，大率把持袒護，雖有會審之名，殊失秉公之道。又往往干預華民案幾歸獨斷。至華民犯罪，本有由委員核明重輕，照例辦理之條。尋常枷責而外，或應羈禁或應罰鍰，事涉瑣細，誠不能一一繩以定律。相沿日久，遂至任意為高下，莫衷一是。又無論案情若何，動輒票提拘押，往往送至洋人巡捕房，任其凌虐。甚至有拘禁數年不行開釋者，其劣差蠹役，從中勒索，猶其小焉者也。商民每懷冤憤，無可告訴。上海租界繁盛甲於他處，似此因仍弊玩，不特地方難期安謐，抑於中國體制有關。況中西刑律差殊，外人夙所藉口。今於租界公共之地，復侵華官自理之權，流弊何所底止。且無劃一刑律，不中不外，小民受此荼毒，為之惻然……⁴。

恰於同一年，在外國勢力的干預下，上海會審公廨組織了「額外公堂」審判「蘇報案」，鄒容(1866~1903)、章炳麟(1869~1936)兩人原本因涉嫌誹謗清朝皇室，「照律治罪，皆當處決」，最終卻僅分別被判處二年及三年徒刑。孫中山先生曾評論此案稱：

此(「蘇報案」)涉及清帝個人，為朝廷與人民聚訟之始，清朝以來所未有也。清廷雖訟勝，而章、鄒不過僅囚禁兩年而已，

3 由於本文參酌的史料多係標誌西元，以下均以西元記事，除有必要，不再標誌各朝代年號。

4 參照 商約大臣呂伍奏上海會審公廨選用熟諳交涉人員會審片，收於《外交報彙編》第二十四冊(台北：廣文書局，民53年)，頁53。

於是民氣為之大壯⁵。

中山先生是否為了鼓舞革命，故只凸出「蘇報案」的訴訟結果，而刻意忽略會審公廨對華民的痛？呂海寰、伍廷芳是否憤於外人得以透過會審公廨包庇反清人士，而誇大其惡？此並非本文所欲追究的面向。本文援引這兩段與會審公廨有關的史料，旨在凸顯，這個與中國法制近代化及法繼受密切相關的司法裁判機構，曾經對華人的法思想、法文化、法價值等造成何等巨大且矛盾的衝擊。

觀照整個中國法繼受過程，則更加凸顯伍、呂兩人之奏在歷史脈絡上的意義。恰在前一年即一九〇二年，清廷任命伍廷芳、沈家本(1840~1913)為修訂法律大臣，主持變法修律，並決定先成立編纂法典的專門機構，誠可謂傳統中華法系運行數千年後，繼受歐陸現代法律的最關鍵年代。且不論當時主政的慈禧是否真有變法修律的真意，當時中國確也面臨了不得不變法的巨大壓力，包括領事裁判權的撤廢問題、歐日近代法典編纂的衝擊、傳統社會經濟結構的轉型，以及清廷救亡圖存的危機意識⁶等，均迫使中國必須撐開沈睡的雙眼，凝視與「祖宗家法」截然不同的西方法世界。

當時傳統中國法制被外人批評最甚的，莫過於刑律上的重法酷刑，以及缺乏獨立的民法及訴訟法典，且無所謂辯護制度，獄政的腐敗與苛虐，更是被其引為把柄⁷。不少士大夫也承認傳統法制的確存在這些弊病，例如何啟、胡翼南即謂：「吾曰：『在中國無平情律例，無公堂法司耳！』今者中國之律例，其有平乎？無也！罪實未定，遽爾刑威，何平之有？供證無罪，輒罹笞杖，何平之有？有斃於杖下，意氣殺人，何平之有？瘐死獄中，有告無訴，何平之有？有凌遲梟首，死外行兇，何平之有？故曰：『其(外國)決不肯從者，以中國無公平之故也！』」

5 參照中國國民黨中央委員會黨史委員會編，《國父全集》第一冊(台北：民 62 年)，頁 497。

6 此為學者黃源盛研究晚清法制變遷所歸納出的四大動因，參閱黃源盛，〈晚清法制近代化的動因及其開展〉，收於《中國傳統法制與思想》(台北：五南圖書出版有限公司，民 87 年)，頁 275~290。

7 參閱同上註，黃源盛著，前揭書，頁 278。

但沒想到變法修律之道不過才走了一年，理應是中國變法主流的修律大臣及商約大臣，就「以彼之道，還施彼身」，援引外人抨擊傳統中國法制的說詞，直擊與外人密切相關的會審公廨，頗有「洋法又如何？」的意味。在當時「西法東漸」的大洪流下，伍、呂兩人出此奏折痛批，毋寧是中國法制史上相當耐人尋味的一章。

但會審公廨及其立基的上海租界法制，真是惡貫滿盈、一無是處？

清末民初中國法律大變革及法繼受(die Rezeption, Reception)⁹過程，一直是廣受法制史研究者關注的焦點。不過，一個根本的問題是，究竟近現代西方法學思想及法律制度，何時、又是如何被引領及深化到庶民社會？無可否認，外國學者的法學新知引介，及中國如沈家本、伍廷芳等菁英份子主導的修法，的確在中國士大夫層級發揮了巨大的啟蒙作用；但我們也必須承認，在「超前立法」¹⁰的現實情況下，傳統中國社會多仍是自上而下的被迫繼受現代西方法律，而不是由庶民主動的產生現代法律意識。

然而，當時由外人控管的地區，卻似乎有著不太一樣的法繼受過程，一些現代西方法律思想與制度，顯然跳脫「超前立法」所伴隨的

8 參閱何啟、胡翼南，書曾襲侯先睡後醒論後，引自麥仲華輯，《皇朝經世文編》（上海：大同譯書局，1898），卷21，雜纂。

9 「法繼受」原專指德國繼受羅馬法的過程。就法社會學的觀點，「法繼受」乃指一個國家、民族或地區，其於外在勢力、內在社會結的變異，外國法品質或內部意識的覺醒等因素，全盤或部分採用其他國家法律制度的一種法律現象。關於法繼受的定義與學理，可參閱同註6，黃源盛著，前揭書，頁397~421。及戴東雄著，《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》（台北：國立台灣大學法學叢書（二八），民70年），及Manfred Rehbinder 講述，陳添輝譯，從社會學觀點探討外國法的繼受（一）（二）（三），分刊於《司法週刊》，一九九四年三月十六日、二十三日、三十日。

10 「超前立法」係指法律的變革幅度超越了社會的現況。如學者王伯琦以法律與道德的關係為例指出，一般認為，法律的性質乃是一種保守力量，在正常情形下，道德當然超前，法律總得落後些。所以法學家的努力，應當在如何使法律緊緊的追隨著道德而不致脫節。但是，在中國的情形卻不然，採納的無不是西洋最新立法例，其中所含的觀念是一套簇新的道德觀念，以致「法律與道德的地位是倒置了」。參閱王伯琦著，《近代法律思潮與中國固有文化》（台北：法務通訊雜誌社，民74年三版），頁2~3。關於「超前立法」的進一步說明，可參閱王伯琦著，前揭書，頁67~73。

官方與菁英主導色彩，得以深入華人社會之中發揮效力，展現了另類「法教」¹¹的功能。而被呂海寰及伍廷芳痛批的會審公廨，就是一個最重要的媒介¹²。即使僅著眼於會審公廨的實質重要性¹³，會審公廨的研究都不應該自中國法制史研究缺席，這也是誘發本文研究的動機¹⁴。

第二節 問題意識、研究方法及取向

—以權力關係為論述核心

為求揭開會審公廨的神秘面紗，並作深入解構，本文所欲回答的問題或可概分為二大類：

一是會審公廨的生成歷史因素、地理人文原因，及組織、運作、偵查審判程序等等，較偏向於史的考察。在這個層面，本文嘗試解析的問題包括：自會審公廨向外延伸，會審公廨所根生的上海租界及其法制的成因究竟為何，是否還有著傳統侵略、殖民論述以外的他種原

11 何謂「法教」？學者王伯琦指出：「早熟的立法，在其一時的效力方面，或許要打些折扣，但在啟迪人民意識方面，卻有極大的作用。我們不妨稱之為『法教』。」參照同上註，王伯琦著，前揭書，頁 68~69。

12 學者馬長林即謂：「如果全面地評估會審公廨對近代中國社會的影響，我們不能不注意到，正是由於這個存在了將近六十年之久的奇特的司法機構，給腐朽的封建法制統治的社會帶來了一些新的法制和新的觀念，對中國近代法制的發生和發展產生了深刻的影響。」參閱馬長林，晚清涉外法權的一個怪物—上海公共租界會審公廨剖析，刊於《檔案與歷史》（上海市檔案館主編），一九八八年第四期，頁 54。

13 單論案件量及訴訟金額，曾有人形容會審公廨的重要性不下於地位等同於最高法院的北京大理院。在廿世紀初研究中國領事裁判權問題的法國學者 Jean Escarra 即指出：「如果依其案件量來看，（上海公共）會審公廨可能是世界上最重要的法院。」See Thomas B. Stephens, *Order and Discipline in China—The Shanghai Mixed Court 1911~1927* (University of Washington Press, 1992), p55. 轉引自 Jean Escarra, *Droits et Interets Etrangers en Chine* (Paris: Sirey, 1928).

14 上海會審公廨的研究應否視為中國法制史研究的一環？學者王健這一段話或可說明：「外國法對於中國法的影響，無論其表現形式及其實際效果如何，都不能離開來華外國人參與中國法律變革活動這一事實，否則，中國現代法律歷史便不會存在。」參照王健編，《西法東漸》（北京：中國政法大學出版社，2001），編者前言，頁 2。

因?租界政體與帝國政體，又分別與會審公廨有著怎般的權力關係?而審視會審公廨內部，從偵查、移送、起訴到裁判乃至執行、懲罰，其權力運作的情形又是如何?是否有著超脫約章、不同於約章的現實面?

二是剖析透過會審公廨所呈現的權力與權力關係¹⁵，以及尋繹各種權力關係相互競逐的軌跡與特色，則偏向於基礎法學的探索。在這個層面，本文嘗試解答的問題包括，上海租界是否在傳統帝國上對下掌控的權力關係模式外，又因主事者法律文化與思維的不同，以及新興都市發展等原因，而產生了新的權力關係?如果有，這種新的權力關係又是如何的透過會審公廨展現?而在此權力關係中，是否更存有著非法規範所賦與的「權力」?

若以「國家」為主體的權力觀點出發，實不難得出「會審公廨實乃殖民國法制的移置」的論述主軸，進而偏向約章的探討。為免流於傳統「政治正確」的窠臼，因而在以歷史學研究方法解析史料外，如何去尋覓一個不致墮入國族情緒糾葛的法理論述主軸?即成為本文於蒐羅史料外的最大挑戰。本文嘗試的方法取向是，在「權力是法律的後盾」¹⁶基礎上，集中論述「權力」(Power)的變遷¹⁷，並擴及至權力關係的研究。其原因在於，傳統法律學研究，多偏重於「法律」(Right, Recht)，即正義與權利的探討。然而本文卻認為，在觀察歷史上成文的、理想的或欲建構的「法律」外，更不能偏廢「法律」與庶民社會的種種真實互動，也就是隱身在「法律」之後的各種「權力」面相。

15 何謂權力關係?一般政治學的定義是，權力是權力主體為了一定目的，並通過一定的方式，要求權力客體作出一定的行為的力量或能力。權力主體與客體間的這種關係就構成了權力關係。詳請參閱劉寧軍著，《權力現象》(台北：台灣商務印書館，民 81)，頁 42~52。

16 此命題實見仁見智，但不可否認的是，中國士大夫在清末民初面對帝國主義的壓迫時，卻普遍有此認知。例如光緒卅三年七月初三日《南方報》治外法權釋義一文即謂「夫權力者法律之後盾」(轉引自《東方雜誌》，一九〇六年第十一期，頁 81)。甚至有「法律不僅在文字，在乎人民之學術，尤在乎朝廷之精神」的看法(參閱出使荷國大臣錢奏報保和會各議旨並籲請考訂法律預備下次預會情形摺，轉引自《東方雜誌》，一九〇六年第十二期，頁 134~135)。

17 學者馬長林也有類似的觀察：「如果可以這樣認為，租界的發生和發展，交織著中西方文化的衝突和融合的話，那麼上海公共租界會審公廨，則在法和權的關係上反映了這種衝突和融合的複雜過程。」參閱同註 12，馬長林，前揭文。

英國法哲學家羅素(Bertrand Russell,1872~1970)的《權力論》(Power),首先為本文帶來一個比較不具「侵略」色彩且頗能與上海租界法制相互呼應的基礎。羅素認為「權力是故意作用的產物」,意即,甲若能夠故意作用於乙,甲即具有對乙的權力¹⁸。羅素並說,人與動物「在情感上的主要區別之一,在於人類的某些欲望與動物的不同,是漫無邊際的,而且不能獲得完全的滿足」¹⁹,「動物滿足於生存和繁殖,人類則還要擴張」²⁰。事實上,「擴張」不僅是上海租界地理上的事實²¹,也是政治權力上的事實,更是司法權力上的事實。

羅素重視權力的「結果」而非章典制度賦與的權力,相當程度的跳脫了傳統法政學者對權力的認知框架。不過,就如同許多古典權力論述,羅素仍然較注重權力主體對客體的單向關係,而未對權力主體與客體可能發生的質變、轉換,及複雜多元的權力關係問題多所著墨²²。

當然,政治學者早已提出許多新權力觀以補羅素的不足²³。不過本文則欲添入法國法律社會學者傅柯(Michel Foucault,1926~1984)的權力觀,以豐富觀察的視野。傅柯的後現代權力關係論述,揚棄了「統治者/被統治者」的二元思維,並指出在研究權力時,要避免採用「利維坦」(Leviathan,即霍布斯君權絕對論)模型,要跳脫法律主權和國家制度的有限範圍,轉而立基於統治(宰制)的技術與謀略上研究權力

18 參閱同註 15, 劉寧軍著, 前揭書, 頁 4。

19 參閱羅素(Bertrand Russell)原著、靳建國譯,《權力論(Power)》(台北:遠流出版社,民 78 年),頁 1。

20 參閱同上註,羅素原著,靳建國譯,前揭書,頁 3。

21 上海租界的擴張方式,包括修約及「越界築路」以造成既成事實等等。關於租界擴張的方式,詳參費成康著,《中國租界史》(上海:上海社會科學院出版社,1991),頁 55~85。

22 學者劉寧軍即指出:「把權力看成是一種力的人,比把權力看成是關係的人要多得多。」參閱同註 15, 劉寧軍著, 前揭書, 頁 7。

23 如美國分析學派法哲學家歐本海默(Frank M. Oppenheim)即在「權力就是參與決策」的基礎上指出,權力是參與決策的活動,而這種決策會帶來一定的獎勵或懲罰。關於西方權力相關論述可參閱同註 15, 劉寧軍著, 前揭書, 頁 3-17。

²⁴。傅柯更強調權力關係的重要，認為不能如傳統法學理論一般將權力理解為具象的「占有」(possession)，而應視為「關係」形態，亦即，權力是兩造出現關係時才能作用²⁵。

傅柯的權力關係論述最特殊之處，在於他從英國學者邊沁(Jeremy Bentham,1748~1832)構想的「圓形監獄」(panopticon, 參閱圖 1-1)²⁶建築發展出的「可見性/不可見性」的權力關係觀察基點。亦即，權力的作用不因為某些人握有較多的權力，而是因為這些人位在權力施行的不同點上，他們與其權力的關係者都是在權力的作用下，或者

24 Michel Foucault, *Power / Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977* (Colin Gordon (ed.), London: The Harvester Press, 1980), p102.

25 傅柯認為傳統法學的權力占有論，誤把權力等同於實質的主權，並將之與政府、國家機制聯結在一起。相關論述詳參蘇碩斌，傅柯的空間化思維，刊於《台大社會學刊》第二十八期(民 89 年 6 月)，頁 176。

26 圓形監獄是邊沁在一七八七年設計的建築藍圖，最外圍是環形建築，中央設了一座高塔，塔上有全景窗可以望向環形建築的每一點。環形建築則被隔成一間間的牢房。每間牢房都有兩個窗戶，一個面向中央的高塔，另一個則向外引入光源。這些籠子般的牢房像個小劇場，裡面都是孤獨一人，完全被個別化並且隨時被看見。Foucault, Michel, *Discipline and Punish: the Birth of the Prison* (Translated by A. Sheridan. New York : Pantheon, 1977), p200.

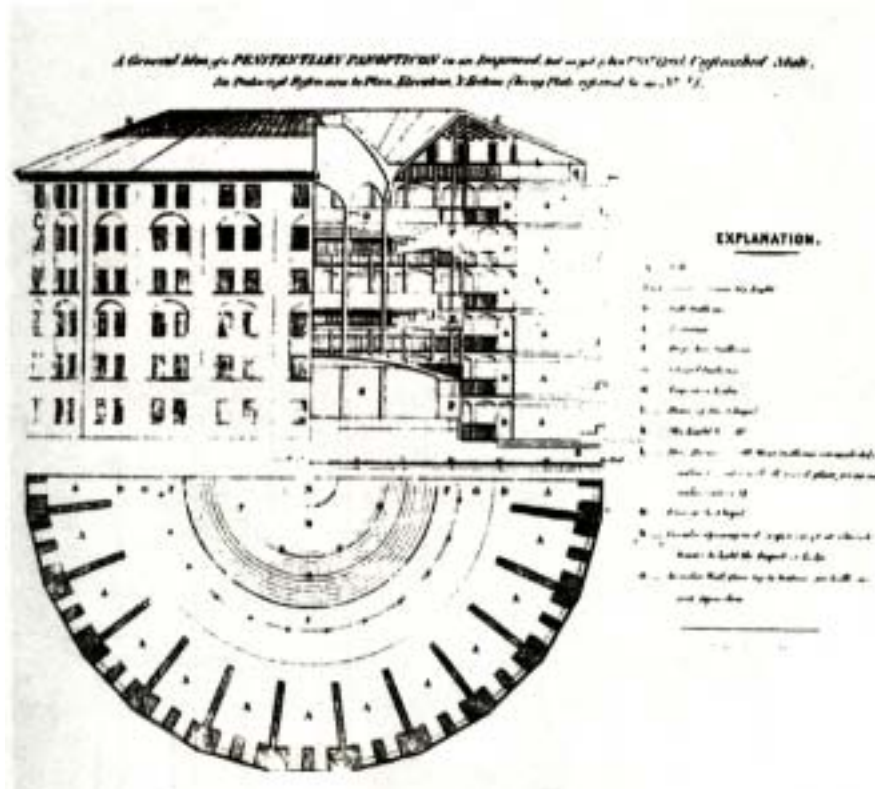


圖 1-1 邊沁的全景敞視監獄草圖(引自傅柯著，劉北成、楊遠嬰譯，圖 3)

說，都是在「權力之眼」的觀看下²⁷。利用全敞景式的空間布置，使得監視的一造變得不可見，被監視的另一造則是可見的。久而久之，被監視者將產生隨時都被監視的感覺—即使監視者並未監視，權力也因而隱形，變成了規訓(discipline)權力，並進而發展出規訓社會。進一步言，而誰能擁有較多透視對方的知識或技術，亦是決定誰具有較多權力的關鍵因素。

本文將依循上述的權力觀點所架構出的論述框架，除著重描繪實質權力變遷的過程外，並進一步將會審公廨視為權力關係的載體，深入解析透過會審公廨所呈現的租界華洋政體與租界華民間的權力關係，並兼及透過會審公廨所呈現的統治技術與特色。

當然，我們也不能忽略上海租界類同於殖民地的事實。由於「會審華民」²⁸之故，租界華民的司法管轄權實際上大半已不屬於中國官

27 參照蘇峰山，派深思與傅柯論現代社會中的權力，博士論文(台北：台灣大學社會學研究所，1993)，頁 120。

28 《上海閑話》的作者姚公鶴稱為「混合裁判」，參閱姚公鶴著，《上海閑話》(上

廳。《清史稿·刑法志》即明白指出其嚴重後果：「外人不就中國之刑章，而華人反就外國之裁判。」不過本文並不欲採取「刻意強調殖民的暴虐與剝削」的觀點，而是希望尋繹出「有殖民意味的統治者」與「代表傳統中國官廳的統治者」，其與租界華民間權力關係的特色與異同。因而，本文將提出「帝國之鞭」(the imperial whip)與「寡頭之鍊」權力關係的對比觀點。

但「帝國之鞭」與「寡頭之鍊」指涉的又是什麼？

其實「帝國之鞭」的概念對於研究中國法制史者應非陌生。與傳統中國法律文化密切相關的「帝國之鞭」，其外顯的政法體制，實與現代西方立法、司法、行政的權力分立有著截然不同的運作軌跡。「帝國之鞭」以皇權為權力根源，權力採一條鞭式配置。亦即，地方官廳及官員就像皇帝的代理人，除了負有司法裁判之責，還須同時兼管行政甚至廣義的「立法」，更須扮演地方父母官「順撫萬民」的角色。甚且，就像部分學者所認為的，地方官廳永遠只是行政官，裁判只是行政業務的一種而已²⁹。於此政制下，宗法與禮教伴隨著律法，成為控制社會秩序與形塑法律文化的重要素材，而其目的，則在追求、建立身分差等上的和諧。

進一步從「中央/地方」權力關係的角度解析，則是另一種形式的「一條鞭」，只有握鞭者才是法令的決定者與最後的決策者，而地方官廳及官員則是此一鞭系統的最末端。雖然地方官廳平時對於一些事務有著相當大的決策權，然而對於一些重大或上級所關切的事件，地方官廳仍得視指揮者的最終命令，決定擊打於個案的方式或力道。但在受中央節制的同時，研究者卻也發現「欺上瞞下」、「不受遙制」始終是明末以迄清際地方官員處理中外關係常用的兩個原則，到了八國聯軍後，至高無上的皇權更遭逢地方督撫的巨大挑戰。羅素這段話實饒富興味：「誠然，在中國，皇帝不是專制的，只有焚書坑儒的秦始皇除外，在其他時期，皇帝通常不是文人的對手。」³⁰顯然觀察權

海：上海古籍出版社，1989），頁80。

29 如學者鄭秦於其所著《清代司法審判制度研究》（長沙：湖南教育出版社，1988）一書中，曾多次提及此看法。

30 參閱同註19，羅素原著，靳建國譯，前揭書，頁161~162。

力關係在中國的全貌，並不能只集中於皇權或朝廷的上對下關係。

再從「統治者/被統治者」權力關係審析帝國之「鞭」的作用及功能，更可見其與西方現代法治社會的差異。統治者揮舞權力之鞭，必然有其意義與目的，但被統治者卻不見得能夠領會與知曉。更重要的是，「鞭」通常不是全面性的對所有人民產生作用，往往僅加諸於某些脫逸秩序或製造紛亂者，卻由於力道的嚴峻及集中，進而能夠產生震懾群體的效果，無形擴張了鞭笞的力道。觀察傳統中國「斬首示眾」、「跪訊刑求」的場景，我們實不難想像「帝國之鞭」的權力根源與思維何在。

至於「寡頭之鍊」，則是本文結合政治學對於「寡頭政治」的定義，以及傅柯「規訓(discipline)權力」的論述所衍生的觀察。其實早在十九世紀時，即有人指出上海租界政制乃「大班的寡頭政治」(Tipan Obligarchy)³¹。因而本文必須坦言，以寡頭政治的觀點觀察上海租界政制並非新創。但寡頭政治與華民間的權力關係的實質內容與特色又是什麼？卻鮮有人論及。

租界的寡頭政治雖非屬專制、獨裁或極權政治，但卻也不是「殖民者」如英、美等國憲政民主政治的複製。簡言之，寡頭政治乃少數菁英統治，雖有民主選拔的形式，然而政策的形塑卻也有著接近專制的一面，所以羅素會認為「專制君主政體的天然繼承者是寡頭統治」³²；並且，由於租界寡頭統治者本就深受西方法律文化薰陶，因而，西方法律世界強調的公平、正義以及法律至上等觀念，以及與其相互配合的權力分立思想，均或多或少的透過寡頭政治體制移置至上海租

31 《上海公共租界制度》指出，「寡頭政治」似出自密勒(T.F. Milard) China, where it is and why 一書。密勒於研究工部局體制時稱：「欲明瞭誰決定選舉之舉行，誰為候選人，將提出何種議案供眾討論，實為有趣之事。此等事件由極少數代表商業經營的人決定，恐怕不過二十人。工部局的董事，不屬於此寡頭之團體，除偶爾外，只有有該小團體容納之分子，才可當選為董事。」密勒無以名之，遂名之為「大班寡頭政治」，並加以注釋云：「大班是個洋行的經理，因與公司(home office)遠隔，故大商號、銀行、船公司的大班具非常的權力。彼等於其屬員雇員操縱自如，為在西方各國所不常見。」詳請參閱徐公肅、丘瑾璋著，《上海公共租界制度》，收於《民國叢書》第四編第24冊(上海：上海書店根據中國科學公司1933年版影印)，1992，頁123~124。

32 參閱同註19，羅素原著，靳建國譯，前揭書，頁165。

界。

但為何本文選擇以寡頭之「鍊」來描繪寡頭政體與華民間的權力關係呢？在此或許我們有必要概略的理解上海租界的權力配置情形，方能進一步理解「鍊」的作用：上海租界在寡頭政治的基礎上，發展出實際上以工部局董事會為權力運作核心、並機動的納入北京公使團、上海領事團與租界菁英外籍人士為決策者的「寡頭政體」。也就是說，寡頭政體的權力與決策形成並非如帝國之鞭般僅集中於某一人或單元權力體系。特別是在一些重大議題上，唯有各個決策者間如鎖鍊般環環相扣、密切配合，才能夠發揮最大的效能。

並且，也讓我們如同檢視帝國之「鞭」一般，檢視「鍊」的作用及功能。寡頭政體維繫秩序的思維與方式，除了如引進上海租界的「苦役」一般大量運用了有形的鎖鍊，更在於在租界華民心中形塑層層的、無形的「規訓之鍊」。其方式就是透過綿密、公平且具有相當實效的法律，搭配著現代都市科學化管理以及現代醫學、科技等知識與技術，進而試圖對暴增的租界華民產生規訓作用，並達到維繫治安的最終目的。而會審公廨，恰是呈現此種新興規訓權力關係的重要載體。

第三節 研究文獻回顧

—「政治正確」與冷僻下的不完整

會審公廨雖理應在中國法制史的研究上佔有一席之地，但其相關論述卻不足且不完整，故如今若欲以會審廨為研究對象，首先得回答的問題就是：上海會審公廨究竟是個什麼樣的機構？其生成的政法體制基礎或法規範基礎又是什麼？

簡言之，會審公廨是一個生成於十九世紀中後期「上海公共租界」³³的法庭或法院(Court)，有著部分現代西方法院的特色，但因參與的

33 上海「租界」只是外國人的「居留地」，但一般多未深入辯證，致人云亦云，終成定詞。上海租界其實分為「上海公共租界」與「上海法租界」兩大部分，「上海公共租界」是由原來的英、美租界合併擴張而成，為求行文簡便，以下以「上海租界」稱之。上海公共租界究竟是「租界」、「居留地」或「殖民地」？傳統論述中，對此問題研究較精詳者為徐公肅、丘瑾璋合著的《上海公共租界制度》，但晚近學者費成康則進行了徹底的檢討，透過法理的辯正，「上海租界」也因此有了更精確的定位。詳參同註 21，費成康著，前揭書。

華籍讞員同時兼負部分傳統中國地方父母官職責，因而致其不單只是司法機構，同時兼括行政及立法；會審公廨雖可溯源於清末的不平等條約，但其發展卻完全脫逸條約及國際法的束縛。

然而令人訝異的是，不論中外，與會審公廨相關的專書或研究均極其有限，早年除了徐公肅、丘瑾章合著的《上海公共租界制度》與夏晉麟編著的《上海租界問題》等闢有專章論述外，多半僅成為領事裁判權、不平等條約、租界或上海史研究的一部分，淪為陪襯、龍套³⁴。

另一個問題則出於史觀，即華籍學者的相關論述，常也同時結合著國權、民族被欺壓的悲憤³⁵；同樣的，外國學者的相關論述，也經常凸顯其基於政治立場、確保利益而生的觀點³⁶。再者，受限於史料的雷同性太高，因而所得的研究成果，就難免大同小異³⁷。傳統中外學者採取上述「先有結論」的史觀，或有其不得不爾的考量；但卻有可能局限了學術研究觀察的角度，而恐流於「政治正確」(Political

34 早年如梁敬錚所著的《在華領事裁判權論》、謝冠生的《領事裁判權問題》、周甦生的《不平等條約十講》、劉彥的《被侵害之中國》、顧器重的《租界與中國》、葉祖灝的《廢除不平等條約》、張廷灝的《不平等條約的研究》，乃至國民政府遷台後張道行的《中國不平等條約之訂立與廢除》等，在這些傳統論述中，會審公廨多僅係一個章節或片段，且往往緊接於「領事裁判權」後論述，或許因此使不少人誤認會審公廨係領事裁判權的一部分。

35 如學者張銓即謂：「它(會審公廨)對了解殖民主義者如何侵犯中國主權，維護租界統治，更具有直觀的意義。」參閱張銓，上海公共租界會審公廨論要（刊於《史林》(上海社會科學院歷史研究所主辦)，一九八九年第四期)，頁44。

36 如摩斯(Hosea Ballou Morse)即謂：「緣在過去時期中，居住於中國管理權下之華人，不堪政府之壓迫與剝削，志願移居外國地段，以其財帛購取居處之安全與和樂。」「外國居留地內之華人，自民國成立後，增加之速率尤大。其增加之主要原因有二：第一，上海業已成為繁富之市場；第二，上海在外人統治之下，清潔整肅；無惡聲，無惡色，無惡臭；在政變時，有外人作護符，不受若何之騷擾；最要者，華人託庇於外人，不受中國官吏之剝削與壓迫。」參照摩斯中國境內之租界與居留地，刊於《東方雜誌》，一九二八年二十五卷二十一號。摩斯是英國人，為熟悉遠東時事的記者，並曾在中國海關任職。氏所著關於中國問題的書籍甚多，如《中華帝國之外交關係》、《中國之公會》、《中國之商業與行政》、《東印度公司對華貿易史》等。

37 此為學者倪正茂提出的心得。倪氏曾深入研究上海法制史的史料問題。詳請參閱倪正茂，上海近代法制史料管窺，收於法律史研究編委會編，《法律史研究》叢書第一輯(陝西：人民出版社)，頁475~486。

Correctness)³⁸的窠臼。

就史料的擷取運用來說，外人或許因為有難以跨越的文化隔閡，以及未能廣泛接觸華文檔案史料，致相關研究屈指可數³⁹；但對於華人而言，卻有著同樣棘手的原因：一是上海會審公廨之一手文獻、資料難覓，幾可確定已然佚失⁴⁰；二是許多關於會審公廨的史料多是英文，且幾乎沒有條理及脈絡可尋，必須花費大量時間進行整理及比對⁴¹。因而迄今為止，華人世界對於會審公廨的研究至多僅是「有骨無肉」，罕見大規模歸納整理會審公廨相關史料的基礎研究，更遑論找出其特色及作出評價了。

再分析上海會審公廨的專論，曾擔任會審公廨檢察員(書記官)的俄國人郭泰納夫(Anatol M. Kotenev)在一九二五年所寫的《上海會審

38 也有人譯成「主題意識正確」。原意係指，每個國家都有其獨特的敏感議題，包括種族、墮胎、女性主義、同性戀、環保等，政治人物為討好特定選民，不激怒、得罪他們，而必須選擇適當的中性名詞代以原具有歧視意味的名詞。但後來亦衍伸其用法至政治以外的領域，其意義也愈來愈廣，泛指一切基於特定目的而生的論述，有識者亦已警覺走火入魔的「政治正確」(泛政治化)可能將限縮了知識的探究。

39 歷來西方學者與會審公廨有關的研究，僅有如 Mark Elvin, "The Mixed Court of the International Settlement at Shanghai (Until 1911)", Randall T. Bell, "The Shanghai Mixed Court and The Staple Court of England: An Historical Comparison"等少數幾篇短論，澳洲學者史蒂芬斯(Thomas B. Stephens)均曾作簡單的評價。Stephens, *Order and Discipline in China—The Shanghai Mixed Court 1911-1927*, p100, 139.

40 有關外國人在華法律活動之相關史料，雖然年代尚非久遠，但史料尋覓卻是相當困難。學者王健即指出：「今天，人們已經很難尋覓到這些記載著來華外國人參與法律變革活動的蹤跡。其首要的障礙，便是反映這個轉變過的許多基本史料已難以讀到，以致在不少法科(包括法律史)中的學術視野裡，有關這段特殊歷史幾乎成了一個盲區。」參閱同註 14，王健編，前揭書，頁 2。至於會審公廨部分，其原始裁判資料究竟還在不在世上，目前已屬無頭公案。史蒂芬斯親赴上海等地探訪後認為已經佚失；筆者於二二二年初亦前往上海市檔案館查閱該館所保存有關會審公廨的專檔，也僅見往來公文及信函，並無裁判書類。另根據大陸學者倪正茂《上海近代法制史料管窺》(參同前註 37)一文，也未提及任何有關會審公廨裁判的史料。

41 如英文《北華捷報》(North China Herald)，以及郭泰納夫的 *Shanghai: Its Mixed Court and Council* 一書中，即載有若干會審公廨英文裁判內容。但要全盤蒐尋及比對，並非短時間即能竟其功。

公廨與工部局》(Shanghai: Its Mixed Court and Council)⁴²一書，率先將會審公廨由配角提升至主角；更由於作者得以親身參與當時的審判及檢閱裁判資料，也使得本書具有一定的參考價值。但研究者卻也必須克服本書的一些「陷阱」，例如論證謬誤⁴³等。

台灣方面以上海會審公廨為專題進行研究者，迄今僅出現過一篇碩士論文，即徐平國的《上海會審公廨探微》⁴⁴。不過學者評論該文認為引據缺乏史料，參考價值不高⁴⁵。

大陸方面晚近值得參考的會審公廨專論有二，一是馬長林的《晚清涉外法權的一個怪物——上海公共租界會審公廨剖析》，二是張銓的《上海公共租界會審公廨論要》。前者已大幅跳脫傳統社會主義史觀的框架，注意到了會審公廨在法繼受上的重要價值；後者則大量引用民國初年《法律周刊》及《法律評論》的文獻，組織架構嚴謹。不過可能因受限於篇幅，兩人的論述均過於簡略。

至上世紀九十年代初，澳洲學者史蒂芬斯(Thomas B. Stephens)撰寫的《中國的秩序與紀律--上海公共會審公廨》(Order and Discipline in China—The Shanghai Mixed Court 1911~1927)一書，則相當程度的改變了以往「非黑即白」的論述傳統。但本書基本上係以會審公廨為媒介，印證史氏提出的「法律體系/紀律體系」的異同，雖對會審公廨有深入且尚稱中肯的評價，卻缺乏制度、程序面的詳細介紹，且未能引用許多中文期刊史料，深入論及傳統帝國對會審公廨的影響⁴⁶。

42 Anatol M. Kotenev, *Shanghai: Its Mixed Court and Council*(Taipei: Cheng-Wen Publishing Company, 1968).

43 如史蒂芬斯即稱，郭泰納夫過度強調了會審公廨的功績，並誤以為外籍陪審員已成功將西方法治觀念引至會審公廨。後來連郭泰納夫也了解到自己的錯誤。Stephens, *Order and Discipline in China—The Shanghai Mixed Court 1911~1927*, p101.

44 徐平國，《上海會審公廨探微》，碩士論文(台北：台大歷史所，民 69 年 6 月)。

45 學者陳三井除作上述評論外，並曾詳細分析了台灣學者論述「上海租界」的學術著作。詳請參閱陳三井著，《近代中國變局下的上海》(台北：東大，民 85 年)第五章 研究報導。

46 關於該書評介，可參閱楊湘鈞，述評：湯瑪士·史蒂芬斯《上海會公會審公廨》，收於《法制史研究》第二期(台北：中國法制史學會會刊，2002)，頁 323~340。

為能完整的解答「上海會審公廨究竟是什麼？」這個基礎問題，本文除了廣泛蒐集、參考前述相關書籍、論文及報刊外，更大量引用上海市檔案館於二〇一一年出版的《工部局董事會會議錄》。這套多達二十八冊的檔案幾乎囊括了上海工部局(Shanghai Municipal Council)近九十年間歷次會議記錄，記載了許多上海領事團、工部局、會審公廨及中國官廳間，就特殊案件與租界治安問題互動的過程與內容。

為何進行會審公廨的研究，反須外求於與租界行政相關的工部局董事會檔案？除了會審公廨一手史料難覓，更重要的原因在於，由於上海租界政制儼然是「寡頭政治」的翻版，使得身為「上海大班」⁴⁷利益代言人的工部局董事會逐步成為上海租界的權力核心⁴⁸，更強固了其會議紀錄之於上海租界政法歷史的重要性。加以寡頭政體、帝國政體在上海租界展開的是一場長期且全面的交鋒爭戰，因而欲研究帶有傳統衙門「全包式」特色的會審公廨，絕不能忽略工部局董事會的態度。

第四節 章節架構

—以重要轉折年代為切割點

一八六四、一八六九、一九一一及一九二七，是上海會審制度起、變、革、結的四個重要年代。本文章節，也大致循此時間脈絡作切割。除第一章緒論與第七章結論外，將分成五章論述。

第二章「權力競逐舞台的透析」，將從法律社會學的角度切入，

47 「上海大班」一般泛指上海租界中上階層的外國人，這些人多是商人、洋行高階職員、外國政府駐上海人員；然而「上海大班」更精確的定義應係指有權參與上海租界「納稅外人會」的外人。不過，兩者間其實處於高度密合狀態。

48 雖然理論上各國領事握有領事裁判權，且對上海大班們有司法管轄權；但究其實質，外國政府的力量在租界中仍極其有限。學者于醒民即指出：「由於商人勢力的強大，領事實際上沒有這樣至高無上的權力，而由商業大王組成的工部局倒成了『高居於租界之上的政府』。它常常作為領事的對立面而存在，甚至敢於與政府抗衡--如果覺得倫敦妨礙他們的利益的話。」參閱于醒民、唐繼無著，《上海—近代化的早產兒》(台北：九大文化，1991)，頁75。更何況，領事們與工部局董事們的意見，相同比相異的要多得多，領事們實際上等於也是廣義的租界「寡頭政體」的一環。

審析會審公廨的基礎 上海租界暨法制，何以獨樹一格的人文、歷史及地理背景，並釐清錯綜複雜的「上海自治國」的政法體制，進而尋繹會審公廨的法規範根源與所處位階，期能充分了解會審公廨於上海租界的形貌，以及其對於華洋政體與租界住民的重要性。與傳統論述著重國與國約章變遷不同的是，本章更著重於探索上海租界的法文化認知差異、地理環境與「上海大班」的內心思維。

第三章「從混沌到妥協—會審公廨前的權力關係概況」，將回溯上海會審公廨成立前的租界法制情況，包括上海租界生成初期的法制、會審公廨前身「洋涇濱北首理事衙門」的組織暨運作情形，並探究為何會產生「會審」的歷史背景與華洋各自的思考基礎為何。本章除了將論證寡頭之鍊已然在上海租界生成、紮根及開展，甚且一度完全取代了帝國之鞭，並將提出及評析此時期的數個重要案例，以茲佐證。

第四章「權力不平衡中的糾葛—辛亥革命前的會審公廨」，將探討與會審公廨密切相關的《洋涇濱設官會審章程》訂定的始末及內容，並剖析會審公廨章程及真實面的組織、權限與程序。此外，也將論及鮮有人探究的會審公廨的行政與立法角色，並列舉六個案例以茲佐證，及加以評析。本章將嘗試說明，在成文化後的會審制度背後，其實早已存在著華洋政體的實質權力不平等，會審公廨及華籍讞員，在異常艱困的權力競逐環境中，只能勉力從形式上維持帝國如風中燭火般的餘威。

第五章「權力關係的徹底置換—辛亥革命後的會審公廨」，除考察辛亥革命肇致會審公廨內「帝國鞭斷」的時代與社會背景、兼論會審公廨組織暨運作上的重大變革外，另著重於觀察帝國之鞭權力關係消逝後的會審公廨，在形成單純的寡頭之鍊權力關係後，其司法裁判體系又呈現出怎般與傳統不同的特色，並將提出及評析此時期的數個重要案例，以茲佐證。本章將嘗試說明，辛亥革命後的會審公廨，雖然在形式上已然是一個單純的裁判法庭，而不再是傳統的全包式衙門，但卻又因為無法擺脫與租界利益、擴張掛勾的宿命，終致其難以發展出得以留傳百世的法學原則，甚而淪為談判的籌碼，終而被迫改弦更張。

第六章「『帝國之鞭』、『寡頭之鍊』的特色與啟示」，將拓深第一

章所提出的帝國之鞭與寡頭之鍊權力關係的學理，歸納整理出兩者的特性，以及如何透過會審公廨在上海租界真實呈現，進而描繪出完整的租界華洋政體與華民間權力關係形貌。

著眼於本文主要依據的史料《工部局董事會會議錄》，其中諸多內容尚未曾成為學術研究的素材，因此本文研究的目的，並非著重於法學理論的創新，也非以史料的完整蒐羅及相互考證比較為主，而是企圖透過解析與整理這套史料，以揭開上海會審公廨矇矓神秘的面紗，並提出除了傳統史學外，以往未曾套用在會審公廨問題研究上的基礎法學的看法與觀點。個人希望，除了得以透視上海會審公廨幕後權力運作、及華洋政體與租界華民間權力關係的實況，更希望能重新解答，為何擁有近現代西方法律思想與概念的寡頭政體所形塑出的司法裁判制度，最後仍然被淹沒於歷史的洪流中。