

## 第二章 權力關係競逐舞台的透析

如果將會審公廨視為展現帝國之鞭與寡頭之鍊兩種權力關係的工具和載體，則上海租界就如同是展現權力關係的舞台。不了解上海租界的變遷背景，就無以得知其權力運作的真實面與權力關係的全貌。

傳統多從帝國主義對中國的侵略或不平等條約出發，從事上海租界研究。但不能否認的是，上海租界早在成立未久，即已脫逸了條約束縛，進而發展出獨特的寡頭政法體制。英國第二任上海領事阿禮國(Rutherford Alcock, 1809~1897)說「上海租界是一個自治共和國」<sup>1</sup>，絕非空言，若未立基於「自治共和國」或「獨立的政治社會」的基礎上去理解上海租界，恐怕並無法觀照全局<sup>2</sup>。本章並將在獨立自治的基礎之上，添入以法律文化差異以及以上海地理、租界社會、人民為主體的考察。

### 第一節 權力關係各方的心態

#### 一、 帝國眼中的「海上化外人」

本文以帝國之鞭、寡頭之鍊權力關係的競逐為論述主軸，權力關係的各方，究竟是以何等眼光來看待對方，無疑是極為重要的研究基礎，因而我們有必要暫且跳脫從鴉片戰爭開始的烽火煙硝，去思考被過往所遺忘的角落。

1 參照湯志鈞編，《近代上海大世紀》（上海：上海辭書出版社，1989），頁41。  
2 郭泰納夫(A. M. Kotenev)曾指出，會審公廨「與上海外國居留地的演變有密切關係」，在演變的過程中，「才導致了租界地區內開創了一個獨特的司法機構」(A. M. Kotenev, Shanghai: Its Mixed Court and Council (Taipei: Cheng-Wen Publishing Company, 1968), Preference.)。學者馬長林即認為郭泰納夫的說法太過「直接了當」(參照馬長林，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51)。本章即嘗試解構郭泰納夫的「直接了當」。

就法史學研究言，一個常被忽略卻必得釐清的基礎問題是，究竟傳統中國社會及法律文化，是如何的看待「洋」這個字？又是怎般對待「洋人」？這就是所謂的「定性」問題<sup>3</sup>。

現代國際法對「外國人」的定義是：「在一國境內不具有居住國國籍而具有其他國籍或無國籍的人。」<sup>4</sup>但傳統中國法律卻非如現代法律觀念一般，係依憑「國籍」來作區別外國人，而是採取「化外」、「化內」的概念，著重於鑑別「外國人」是否已然歸(漢、唐)化，即更著重於以「文化認同」來區別異同。早在一千多年前，《唐律·名例·化外人相犯條》即規定：「諸化外人，同類自相犯者，各依本俗法。異類相犯者，以法律論。」《疏議》並曰：「化外人，謂蕃夷之國別立君長者，各有風俗，制法不同。其有同類自相犯者，須問本國之制，依其俗法斷之。異類相犯者，若高麗之與百濟相犯之類，皆以國家法律論定刑名。」<sup>5</sup>宋代沿用《唐律·化外人相犯條》，未有更易。

至明時，《大明律》則有所變動：「凡化外人犯罪者，並依律擬斷。」《纂註》云：「化外人，即外夷來降之人，及收捕夷寇散處各地方者皆是。言此等人，原雖非我族類，歸附即是王民；如犯輕重罪名，釋問明白，並依常例擬斷，示王者無外也。」清隨明制，《大清律例·化外人有犯》條載：「凡化外(來降)人罪者，並依律擬斷。隸理藩院者，仍照原定蒙古例。」至此傳統中國法律關於化外人的

---

3 學者陳惠馨指出，「外國人」與「化外人」能否類同比較？此即法學研究的「定性」問題。特別是在研究法制史時，更常遭逢未能適切「定性」的陷阱，即不夠謹慎的使用現代法學的法律用語、分類及體系觀念去分析傳統中國法律，而未能注意到原始而根本的名詞定義問題。參閱陳惠馨，唐律「化外人相犯」條及化內人與化外人間的法律關係，收於《黃宗樂教授六秩祝賀—基礎法學篇》(台北：學林，2002)，頁148-150。

4 王鐵崖等編著，王人傑校訂，《國際法》(台北：五南圖書出版公司，民81年)，頁299。

5 學者馬漢寶認為，《疏議》的解釋與近世國際私法的意義及前提要件頗多暗合之處，所謂「各依本俗法」，即今的「屬人法」；所謂「以法律論」，即今的「屬地法」。所不同者在於，唐律不分民刑事事件，一概適用化外人相犯條；而現代立法，則予民刑事事件分別規定。參閱馬漢寶著，《國際私法總論》(台北：作者發行，民79年8月11版)，頁7。另可參閱郭雲觀，中國國際私法沿革概要，刊於《新法學》第一卷第四期。

規定產生了巨大的變化，即非指「化外人犯罪須依律擬斷」，而是指「歸化入籍或來降的化外人，方須依律擬斷」。依現代法律解釋方法，顯然此條文並不適用於不願歸化的化外人，此可從《大清現行刑律》<sup>6</sup>將相關文字改為「歸化入籍者，仍依律科斷」得知，其法理是，外人既已來降歸化，即屬臣民，不宜再稱「化外」<sup>7</sup>。

直言之，化外人有犯條 至明清時，根本已非對外國人的規範。於此即產生了一個重要的爭議—對於「未歸化的化外人」，例如清末民初的「洋人」、如今的「外國人」，一旦涉法，明清律又該如何處理？若以現代法學方法解析，明、清律 化外人有犯條 無論如何不可能適用於外國人，除非加以比附援引；但在傳統中國法律的現實面上，比附援引的傾向本就是一大特色。也因此，揆諸歷史，化外人有犯條 顯然仍被中國官廳用來作為處置「洋人」的法律，包括自海而來的歐洲商人<sup>8</sup>。

不過，本文所著重者並非傳統法律的如何適用問題，而是旨在凸顯 化外人有犯條 運行了千百年後，在華官、華民心中所孕含的「歸化」觀念，積累浸潤的結果，使得傳統中國官民多秉以濃厚的「異類」或帶有身分差等的眼光看待「未歸化的化外人」即「洋人」，這實是傳統中國地方官廳放任爾後上海租界畸型發展的重要遠因。

因而，若從傳統法律文化「歸化與否」的角度出發，實不難想像，一八四〇年代上海城的中國官民看待這麼一批來自海外、擁有船堅砲利武力優勢的外國人，其根生蒂固的認知恐怕是「未歸化的化外人」，稱呼或將他們視為帶有身分貶抑意味的「夷人」甚或「赤

6 《大清現行刑律》為最後一部傳統中國刑法典，於一九一一年（清宣統二年）頒行，並隨著清朝的覆滅而失其效力。詳請參閱黃源盛，*帝制中國最後一部中國傳統刑法典*，收於《甘添貴教授六秩祝壽論文集—刑事法學之理想與探索》（台北：學林出版社，民91年），頁505~546。

7 參閱同註5，馬漢寶著，前揭書，頁8。

8 例如發生於一八二一年的英國陀巴士號（Topaze）戰艦上的英國水手殺人案，兩廣總督阮元即上奏折稱：「夷兵在內地犯事，即係化外人有犯，應遵內地法律辦理。」參閱《清代外交史料：道光朝》卷一，兩廣總督阮元奏究辦英吉利夷人傷斃內民人一案折。

佬」，毋寧是極其自然的，而他們竟將是未來的「鄰居」！因而，自「未歸化的海上化外人」踏上「上海灘」的那一刻起，中國官廳採取「華洋分居」、「夷人自行管理」的策略，實已是不可避免、也是首要的抉擇了。

## 二、蘇滬華民眼中的洋人

鴉片戰爭後的不平等條約讓洋人取得了領事裁判權，也宣告化外人有犯條對「海上化外人」的比附援引逐漸成為歷史，但因化外人有犯條而產生的身分差等觀念，卻仍持續影響著中國官民。一八六〇年代上海知縣王宗濂即曾發布如下的告示：

**合邑華民，務各遵和約示諭，凡遇各國兵民，只准稱為外國人，不得再以「夷人」、「鬼子」等亂呼。倘敢故違，一經察(查)出或被解送，定予從嚴懲辦，決不稍寬貸<sup>9</sup>。**

這則告示，凸顯隱含身分差等意味的「化外人」，不僅是傳統法律用詞而已，更已深化到民間社會。不過一個細微且常為研究者忽略的背景是，蘇滬地區華民對於「海上化外人」並未如廣州華民般有著好幾百年的恩怨情仇；且相較於華官對外人遠之如鬼神的態度，蘇滬華民的態度顯然要緩和許多。

鴉片戰爭雖可遠溯及廣州民眾的排外情緒，但鴉片戰爭開打後，受其影響較深遠的反而是江蘇省。自一八四二年六月五日(道光二十二年四月二十七日)英船到達長江口，至《南京條約》簽訂後英軍於十月十一日(九月八日)撤出為止，前後逾四月之久，時間之長，就足夠讓蘇滬官紳士民永誌難忘，何況是一場面對人數近萬、毛髮膚色截然不同的「異族」的戰爭<sup>10</sup>。但聲勢浩大、船堅砲利的「海上化外人」倒底帶給蘇滬華民什麼印象？蘇滬華民又是以何心態去

9 參照同註 1，湯志鈞編，前揭書，頁 180。

10 英軍是役除動員了九千餘人外，還包括軍艦十五艘，火輪船十艘，運輸船約五十艘。參閱郭廷以著，《近代中國史》第二冊(台北：台灣商務印書館，民 55 年)，頁 429。

面對即將成為自己鄰居的「海上化外人」？

根據學者王樹槐研究，雖然自十六、十七世紀以來，廣州華人對外人的印象普遍不佳，甚且曾引起「三元里事件」等諸多緊張事端，但鴉片戰爭期間蘇滬人士對外人的態度卻與廣州大異其趣，僅靖江官民抵抗英軍，其他地區則「唯求英軍勿擾殺」而已，甚至有集資購食贈英軍、僧侶率眾出迎及勸民眾備牛羊幣餽贈英軍，以及民間自發「贖城」情事。其原因為：「就心理上來說，江蘇士民似較易於接受環境的變遷，其對新的情勢適應性自大。」<sup>11</sup>、「蘇屬地區，在中國近代史上所扮演的角色，充分流露出冷靜而謹慎的民性，遇事多訴諸理性的判斷，在現實中求取最大的利益。」<sup>12</sup>

隨著鴉片戰爭的結束與洋人的進駐上海租界，蘇滬人士冷靜、理性、求取最大利益的民性，不僅只反應在與洋人的日常相處上，更是影響往後上海租界法制乃至會審公廨發展的一大原因。畢竟，一個與傳統中國法制完全不同的西方法制能否順利根生及有效運作，絕不能僅依憑武力的支撐，更有賴其所展現的實體法律能否產生實效<sup>13</sup>；而此，又與該法律所欲制約的人民、也就是與上海租界政法體制密切互動的蘇滬華民心態密切相關。

### 三、「上海大班」眼中的「上海華民」

一八四二年六月，英軍司令官孟德高默里攻入上海城後，曾對

11 參照王樹槐著，《中國現代化的區域研究—江蘇省，1860~1916》（台北：中央研究院近代史研究所，民73年），頁79。

12 學者王樹槐指出：「廣州有三元里事件，江蘇則無，且供英兵食品，唯恐不及。早期英人在廣州有入城問題，上海則無此意向。太平天國亂時，各地多辦團練自保，但江蘇團練不多。變法運動時，江蘇人士唱之者早，但參與行動者不多。東南互保發源於上海，自有其深遠的地區意義。江蘇人士領導立憲運動，但獻身革命事業者不多。二次革命時，江蘇人士尚採取不合作的態度使反袁革命在十五天之內失敗。這些史實，在在證明江蘇士民的謹慎與冷靜。」詳參同上註，王樹槐著，前揭書，頁134~136。

13 依據法理學家漢斯·凱爾森(Hans Kelsen, 1881~1973)的說法，法律效力和法律實效是兩個不同的現象：效力是法規範的特徵，實效是人們實際行為的特徵，法律有實效是指人們的實際行為符合法律規範（詳參沈宗靈著，《法理學》（台北：五南圖書出版公司，民87年），頁187）。本文實則更關心法律實效的問題。

上海城內的華民發布了下列告示：

**天下有不少的國家，這些國家沒有一個不是由上帝所治理的。我們既然同屬上帝的子民，則我們自然應該彼此以弟兄相待，和睦相處，切不可有一毫歧視的念頭<sup>14</sup>。**

孟德高默里這段對華民充滿友愛、平等的宣示，無疑大幅超脫了西方白人自十七、八世紀以來優越殖民心態。但這是矯情之詞，還是肺腑之言？究竟初來乍到的洋人，又是如何的看待蘇滬華民呢？或許我們有必要再參酌美國人霍塞(Emest O. Hauser, 1910~1997)在《出賣上海灘》(Shanghai: City for Sale)一書裡的生動描繪：

**從廣州來的英國人對於這個地方(上海)覺得很為滿意。他們覺得上海人比廣東人來得和氣，舉動較為文明，走過街上的時節，不像在廣州一般時常要受到當地人民的侮辱。尤其是在鴉片之戰以前的時代中，他們簡直不敢在街上自由行走。但在上海便大不相同，美國教士羅威里和英國人洛克赫德博士，每逢星期日，如若天氣晴朗，能夠很安適地走到英國領事公館去做禮拜，博士的太太和小姐每是坐了轎子先走，毫無拘束。」除了幾隻狗還沒有和我們習熟，見了我們總要吠叫之外，其餘的一切差不多已和住在本國時相彷彿了。」<sup>15</sup>**

審視霍塞這段話，不由得讓人明顯感受到外人進駐上海初期華洋間和睦的氣氛，戰爭的煙硝早已消散。更值得深入分析的是霍塞描繪的對象—傳教士與博士及其「眷屬」，已非政府官員、海員或軍

---

14 一八四二年六月孟德高默里率軍艦納密雪斯號攻打上海，進城之後，覺得上海的位置極其重要並且很為富庶，因此不願意看見它的秩序被暴徒破壞，即出了一道安民的告示，並禁止搶劫。此段話亦是告示中的文句，並被他的部下認為「很有趣」。參閱霍塞著，越裔譯，《出賣上海灘》(上海：上海書店出版社，2000)，頁2。

15 參照同上註，霍塞著，越裔譯，前揭書，頁11。

人。學者吳圳義即指出，婦女和兒童人口的增加，其意義是顯示租界的逐漸繁榮和生活的安適，同時也可解釋社會的改變<sup>16</sup>。事實上自鴉片戰爭後在上海租界定居的外人，其從事的職業的確已有明顯變化，以商人—即「上海大班」及其職員居多<sup>17</sup>。且讓我們看一看霍塞對上海大班的深刻描述：

這時(上海開埠之初)上海的「大班」都是年在三十歲左右的青年。「大班」這個名字，它的意義就是最高經理人，乃是外國商行經理在上海的一種頭銜。他們的目的是來經營大宗的貿易，這時節上海外國商業還在初創之時，一切都需要精神和氣力去建立。此外則衛生方面的危險很多，不是身體十分強健的人，便不能抵抗疾病，所以不能不選一班年輕力壯、敢作敢為的人士來工作，才有成功的希望<sup>18</sup>。

是的，商人與其眷屬，他們最重視的，無非是一個不受犯罪、疫病、流民侵擾的生活環境，而此看似「微薄」的企求，爾後卻如同投影般被放大擴張，並深深影響著上海租界法制的發展。不過，霍塞這一段關於「上海大班」的敘述也同時值得我們注意：

這時的上海，表面上雖是英國的租界，但美國人已源源而來，絡繹不絕。他們的思想比了英國人更偏於自由，經商的方法更前進，不像英國人那麼的傳統或守舊。這時來到上海的英國人都是青年人士，還都富有朝氣，沒有浸沉於守舊的習慣，因此他們對於美國式的思想和手段都很贊同，漸漸的同化起來，而使上海逐漸變成了一個最現實的共和世界<sup>19</sup>。

---

16 參閱吳圳義，*清末上海租界社會*，收於《國立政治大學學報》第三十期，民 63 年 12 月，頁 200。

17 參閱同上註，吳圳義，前揭文，頁 200~201。

18 參照同註 14，霍塞著，越裔譯，前揭書，頁 12~13。

19 參照同註 14，霍塞著，越裔譯，前揭書，頁 17。

透過霍塞的論述可知，雖然表面上英國人控制了上海租界的大半，也掌握了上海租界行政權，但美國式新穎、奔放、開創、冒險的自由、人權觀念，恐怕才是上海大班們的中心思想，且明顯不同於心態偏向保守、帶有強烈殖民心態的外交官員與軍人。史料也徵實，爾後上海大班們與母國政府的行動常非一致，尤其是在攸關上海租界是否「獨立」等相關問題上。

至此，就不得不讓人思索孟德高默里的「崇高理念」，其實從未在告示張貼地的「上海城」內落實，爾後卻在「上海大班」們生存的小圈子——上海租界中徹底實踐，也間接擴散到其所管控的租界華民身上，只是並非「雨露均霑」罷了。如此「有條件的自由、平等、博愛」，正是上海租界寡頭政體與華民間權力關係的真實寫照。

不過，一個必然而起的疑問是，為何在一塊非屬海島、位據中國長江口重要戰略暨商業地位、從未被中國割讓的兵家必爭之地，上海大班們竟敢倡言「獨立」？或許，我們必須在華方欲孤立租界的傳統法律文化心態，以及外人與華民互不排斥、共生共存的基礎上，再配合審視「上海」的地理位置，方能進一步從現代都市與市民社會發展的角度，了解上海大班們亟欲尋求獨立自主的原因。

## 第二節 寡頭政體的生成

### 一、「上海灘」與「上海城」的迷思

上海的地域雖在遠古時期已經存在，且與中國密不可分，但被命名為「上海」，並作一個相對獨立的行政區域，卻始於一二六七年(南宋咸淳三年)的建鎮。上海自一二九二年(元朝至元二十九年)由鎮擴建為縣以後，自此有了國家的一級地方政府，也開始了它地方法制的歷史。上海縣延續了六百餘年，直至一九二七年七月正式改定為上海特別市<sup>20</sup>。這段期間上海最大的變化便是一八四二年《中

---

20 關於上海法制發展的經過，詳請參閱王立民著，《上海法制史》(上海：上海人民出版社，1998)，頁 1~11。



英南京條約》明定將上海等五城通商口岸，允許英人攜家帶眷，在通商口岸居住並從事貿易活動，並自此開啟了上海的百年繁華。

以上是一般人印象中的「上海」，但一個甚少為華人學者深論的區域地理上的盲點是，「上海租界」在外人進駐時的「原始風貌」並不是華人聚居的「上海城」，而是人煙罕至的「上海灘」。

「築城」絕非僅只為軍事上的防衛，更有著歷史、心理、社會乃至法學上的意義。上海縣在明代中葉，因倭寇猖獗而築城防倭。一五五三年(明嘉靖三十二年)，上海官紳、光祿寺卿顧從禮奏請建城，該年九月即擇濱浦上海縣治所在地動土，十一月竣工，築成一座周圍九里、高二丈四尺的城牆。此後歷代並陸續修整加固<sup>21</sup>。

城牆雖使上海免受倭寇侵擾，卻也局限了上海城發展的基本格局，無形中更助長了外人認為自己才是上海租界「原住民」的心態。換言之，上海租界與廣州等通商口岸最大的不同在於，上海外人並非限居於城內中國官廳所劃出的一方區域，並接受中國官廳的保護；而是自始即在上海城外的棉田、叢塚及灘地上建立基地，自我管理，逐步從「華人罕至」之域，發展成日後的遠東第一大城<sup>22</sup>。

早在一八四〇年代，兩度造訪上海的英國植物學家福春(Robert Fortune, 1812~1880)，即已提出上述觀點，並觀察到「上海城」與「上海灘」的巨大變化：

鄙人行近上海之時，首先觸及眼簾之事物，為林立之桅檣。惟是項桅檣，非僅屬於前次所矚目之帆船，並且屬於大都來自英美兩國之船隻。然鄙人對於陸地情狀之愕眙，遠比對於航業之愕眙為甚。前曾傳聞，滬上已建有英美各式屋宇多所，且在前次離華以前，確有一二所正在建築之中。然今日所見，則為曩昔之陋室棉田以及叢塚，已一變為甚為廣大之新都市。

21 參閱《上海掌故辭典》(上海：上海辭書出版社，2000)，頁67。

22 一八四五年，中英議定了英國僑民的「居留地」，東到黃浦江、南濱洋涇濱(今延安東路)、西至界路(今河南中路)、北界蘇州河，面積一八畝，此即上海最早的「英租界」，也是上海第一塊外國人的「居留地」。

福春深刻對比的觀察無疑是相當具說服力的，也難怪到了一九三一年，被上海租界工部局請來為上海租界的存續作法理上的背書的法官費唐(Richard Feetham 1874~1965)<sup>23</sup>，會把福春的觀察視為外人擁有上海租界主權的主要依據：

按照福春君之論著，及其同時代之案籍，則知其時寢成「新都市」之公共租界區域，雖距縣城甚邇，且據有良好之坐落河岸地點，但並不包括於縣城近郊之內，實係一鄉村區域，大概為農民居住之地<sup>24</sup>。

許多人都將費唐視為是帝國主義的代言人，認為他的論述過度偏袒殖民統治者。但華籍學者下述觀點，卻不得不讓我們冷靜省思外人選擇灘地建立居留地的深遠影響：

其實，這塊地方被選為租界之地，恰恰表明赤佬們是有眼光的，這是一種世界性的眼光。這塊地方在黃浦江軍艦火力的射程之內，能得到艦隊的有效保護。它左挽右攬上海兩條最大的水道—黃浦江和吳淞江的黃金地段，佔住此地，實(際)上就扼住了上海的咽喉。而一旦積水排除，濱塘填平，其地產價值便會顯露出來。從封閉的眼光看，這不過是一片拒敵於城門之外的別無其他價值的泥灘，而用開放的眼光來看，

---

23 費唐是英國人，曾任南非最高法院法官。一九三一年時，中國收回外國在華租界之呼聲強烈，英、美也相繼宣布將逐步放棄在華特權，為因應此局面，上海公共租界工部局遂向南非聯邦總理赫爾佐格將軍借調費唐來滬調查租界問題，以判定租界的法律地位，並為租界當局提供決策諮詢。一九三二年四月，費唐向工部局提交《費唐法官研究上海公共租界情形報告書》，簡稱《費唐報告》，報告分緒言、公共租界及其治制之歷史與狀況、上海之商務利益、所得關於政治與行政問題之陳述書及其評論、關係公共租界前途之主要問題、界外馬路地面及補遺共七編。本文所參考者，為工部局華文處於民國二十年譯述之版本。

24 參閱同前註，《費唐報告》，頁 46。轉引自福春著，《中國產茶區域遊記》(A Journey to the Tea Districts of China(London: John Murray, 1852)，頁 12。

這裡恰恰是通向中國最富足地區的登陸地和走向世界的出發地<sup>25</sup>。

至此，我們已可得暫下註腳，中外不欲「華洋雜居」的目標一致<sup>26</sup>，但目的卻南轅北轍，中國官廳因化外人思想及天朝性格意欲避免麻煩，上海大班們則著眼於追求商業利益以及保障自身安全的「治安」，而此更成為爾後上海租界邁向市民自治社會的重要原因。

## 二、架構於新空間結構的治安思維

傅柯以邊沁的圓形監獄這個「全景敞視建築」(panopticon)為基礎，將「空間」視為一種權力規訓的重要技術<sup>27</sup>。朝著市民自治社會發展的上海租界初期的「空間」，與傳統中國社會的「空間」又有何不同？而此「空間」配置的差異，又使得租界華民與政體間產生何種不同的權力關係？

就如同華民築上海城以禦倭寇侵擾的尋求「安全」心態，上海租界在發展初期，由於面臨著界外接二連三的社會、政治動亂，導致華民的大量擁入，當時幾乎「包辦租界一切大小事務」的寡頭政體，因而也有著類似築城的「圈圍」作為，只是其所防禦的對象並非倭寇，而是華籍流民與盜賊，我們更可從下面兩件與租界華民密切相關的議事中看出圈圍與築城的差異：

第一，在一八六一年三月，工部局總董漢彌爾頓(Rowland

25 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63。

26 中外初期之交涉，從未有不准華民在租界建屋之語，但華官始終未曾堅持力爭，反配合外人「建造外人專屬城堡」。例如一八五五年一月，上海知縣孫豐、上海道藍蔚雯及江蘇巡撫吉爾杭阿接連發布布告曉諭，指出洋涇濱以北地段已租給各國僑民造屋，華民不得再在該處建造房屋，除限時日拆除外，「如若照常在此處營造，應即拘押究辦」，「倘逾期不予拆除，即派兵將其全部焚毀」(參閱同註1，湯志鈞編，前揭書，頁91~92)。於今視之，誠然可嘆。如果外人在上海開埠之初，華官係允許並堅持「華洋雜居」，上海之歷史乃至法制史恐怕將全盤改寫。

27 參閱黃金麟，《游移的身體與空間的身體建構》，收於氏著《歷史、身體、國家—近代中國的身體形成(1895~1937)》(台北：聯經出版公司，2001)，頁233。

Hamilton)即致函英國領事指出：「鑒於把租界內華人住所及時地加以編號，被認為是維護上海公共租界平靜和良好秩序的一種較好辦法，特此通知華人居民由工部局出資在每一家住所門前釘上一塊馬口鐵皮，馬口鐵皮上清楚地編寫號碼，任何人不得對這項編號工作收取或支付任何費用或開支。」<sup>28</sup>這段記錄值得我們重視的，不僅在於這是《工部局董事會會議錄》首載的工部局「主動通知」租界華民「須為某事」的首例，更在於可能連寡頭政體都未體悟到的「編寫門牌號碼」所隱含的統計、科學治理，及與權力宰制、權力關係的意義(雖然寡頭們已知曉這是一個維持良好秩序的辦法)--這實是寡頭政體讓租界朝現代都市發展邁進的重要空間規畫進程之一。

第二，一八六一年十月工部局董事會曾討論在街道上築欄寨(barricade)是否可行的問題。工部局總辦指出，「除非是在高階軍事專家的指導建議下，否則董事會不會准許在租界內建造任何防禦工事；且欄寨並非用來防衛軍事入侵，而是為了防範掠奪或一些華人盜賊」。總辦並舉例說，六個月前曾發生過一宗搶劫銀塊案，當時許多人認為如果有一個可關閉的柵門(gate)，竊賊決不會得逞，或會被逮捕。因此有董事建議，應建造一些比欄寨輕巧的大門，而且「局限於安裝在市區華人居住的那些地區」<sup>29</sup>。雖然《工部局董事會會議錄》並未載明是否真的築了欄寨或柵門，但爾後類似功能的各分區巡捕房與巡捕崗哨的確遍布租界。並且，此會議等於正式宣告寡頭政體「圈圍」所尋求的「安全」，並非「築城」所偏重的對外的軍事防禦，而偏重於管控對內秩序的「治安」。

若將兩件事合併觀察，實不得不讓人驚訝於上海租界早期在管控秩序、維繫治安的空間結構上，與邊沁「圓型監獄」構想的神似。亦即，置身於上海租界的華民，除了須受到類似城牆或監獄圍牆的圈圍，更重要的是還無意識的被統治者加添了類似獨居囚室的空間標誌與區隔，讓統治者可以更容易的辨識。

更值得我們注意的是寡頭政體在新空間結構的基礎上，又是如

---

28 參照《工部局董事會會議錄》第一冊，一八六一年三月十六日會議記錄。

29 參閱同上註，前揭書，一八六一年十月二十五日會議記錄。

何的讓租界華民變成「可看見」：一是與傳統中國城市截然不同的新興都市棋盤式大馬路的開闢(參閱圖 2-1、2-2)，寡頭政體並在一八六五年(同治四年)底通過「從南到北的馬路用中國省名稱、從東到西的馬路用中國主要城市的名稱」這個議案，更進一步讓租界棋盤式大馬路在華民心中成為一個熟悉且通透的場域<sup>30</sup>；二是在這個通透的場域上，配置嚴格執法的巡捕及便衣包探定點或四處巡邏的「監視」<sup>31</sup>。三是一些現代設施如煤氣路燈、現代報業等，均在一八六 年前後被引進租界<sup>32</sup>，並成為促助都市治安管理的重要工具。四是自一八六五年起，租界開始定期進行人口普查。凡此種種，均有助於形塑規訓權力。



圖 2-1：嘉慶年間上海城內的「空間」，河流橋樑曲折遍布，

30 參閱上海通社編，《上海研究資料》(台北：中國出版社，民 62 年)，頁 318。

31 根據一八五四年公布的《巡捕房督察員職責》，租界巡捕的職責與執勤區域大部分均在「道路」(參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八五四年十二月六日會議記錄)；並且，更有許多巡捕受不了長時站崗而中暑傷亡的紀錄；另據《上海研究資料》，工部局第一年的預算，巡捕支出即佔了五分之三(參閱同註 30，前揭書，頁 93)。

32 上海煤氣公司於一八六三年籌劃，一八六四年開始供氣，一八六五年試用新生產的煤氣燈，此後工部局即在租界主要道路上安裝這種煤氣燈。參閱同註 21，前揭書，頁 71。

與現代都市截然不同。(引自追憶—近代上海圖史，頁 8)



圖 2-2：一八五五年時上海租界的棋盤式道路，圖右圈格內即為上海城。(引自《上海租界志》，頁 1)

無可否認，在傳統中國社會的城市管理中，也曾運用了極為類似的空間解構技術，例如傳統律法的《戶律》即詳細規定了有關戶籍管理的相關事宜，主政者也曾採取了連坐制度、宵禁制度等<sup>33</sup>。社會學者 Michael R. Dutton 也認為，中國的保甲體系、戶口制度等，也普遍存有傅柯指陳的「空間/權力」現象<sup>34</sup>。甚且根據學者蕭進安的研究，中國古代城市實行戶籍管理制度的主要目的，即是在治安上加強對城市居民的控制<sup>35</sup>。但本文要強調的是，在一八六〇年前後租界生成初期，這些有助都市控制的知識與技術，幾乎是同時被引進上海租界並被徹底執行<sup>36</sup>，亦即在一夕之間即架構出了與傳統

33 參閱蕭進安，〈中國古代城市管理〉，收於蕭斌主編，《中國城市的歷史發展與政府體制》（北京：中國政法大學出版社，1993），頁 151。

34 參閱同註 27，黃金麟，前揭文，頁 233。轉引自 Michael R. Dutton, *Policing and Punishment in China: From Patriarchy to 'the People'* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992)。

35 參閱同註 33，蕭進安，前揭文，頁 151。不過本文考試委員吳圳義教授指出，《戶律》的主要目的，仍是為了稅收，而非治安管控。

36 在《工部局董事會會議錄》中，我們可以看到許多有關對租界華民實施宵禁的討論，在一八六二年十二月，甚至引起華籍商店業主反彈，指稱宵禁「對

農業社會截然不同的現代都市新空間結構，並直接套用到大量擁進租界的華民身上。

不過從前述築柵一事可知，早期寡頭政體的治安思維，顯然對若干社會中下層華人仍帶有些許歧視，認為他們是犯罪的根源。但外人的歧視心態，卻事出有因，或許巡捕房在一八六四年向董事會的報告可說明一切：

一月八日一天，租界內有五百名乞丐被逮捕並遣返縣城<sup>37</sup>。

當時上海租界面積尚小，租界華洋人口不到十萬人<sup>38</sup>，十里洋場內竟然一天逮捕了五百名乞丐，更遑論未被逮捕的了。其對外人內心造成的影響，實難以估計。

不過，隨著世局的演進，租界當局面對的治安問題，也愈來愈複雜，不再只是單純的逃難遊民問題，而是因新興都市發展的必然結果，影響治安的因素也愈趨錯綜複雜，加以滲入了文化差異的變因，也因而產生了中外妥協與合作的契機。更由於租界採取漫無規畫的「越界築路」等方式倍數擴張租界面積，無形中也影響了原利於形塑規訓權力關係的空間布局。於此情形下，在採取諸如移置西方的苦役等制度以嚴懲不法、展現租界法制威嚇力的同時，一套更縝密的章程、以及一個同時兼具華洋色彩的司法機構的誕生，也就不那麼讓人感到意外了。

### 三、寡頭政體的權力依據——《土地章程》

寡頭政體的施政目標是「治安至上」，但是否有其法規範基礎？並且，寡頭政體以治安為主軸的施政，又是如何的進行法令的布設？

---

中層社會影響非常強烈」(參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八六二年十二月三日會議記錄)。工部局對租界華民實施大規模的戶口調查，則始於一八六五年，參閱同註 30，前揭書，頁 138~139。

37 參照《工部局董事會會議錄》第二冊，一八六四年一月十三日會議記錄。

38 一八六五年(同治四年)，工部局進行第一次戶口普查，華人有九、五八七人，外僑有二、二九七人，合計不過九二、八八四人。參閱同註 30，前揭書，頁 138~139。

均是評價上海租界是否朝法治社會發展的重要指標。

就法理學研究史言，一直要到二次世界大戰前，純粹法學派的漢斯·凱爾森(Hans Kelsen, 1881~1937)才提出了以「基本規範」作為頂峰的、層層委託、層層授權的「規範等級體系」(hierarchy of norms)理論，奠定「法律位階說」有力的學理基礎<sup>39</sup>。凱爾森的基本規範是什麼呢？他說：「第一部憲法的效力是最後的假設，是法律秩序中一切規範效力所根據的最後假設，即人們應當像第一個憲法創立者所命令的那樣行為。這就是法律秩序的基本規範。」<sup>40</sup>然而，令人訝異的是，在上海租界生成伊始，即隱約讓人感受到法律位階的影子制約著相關法令的內容與發展；並且，即使是幾近侵權的擴張，寡頭政體也經常會溯源至類似「原創憲法」的《土地章程》。基於凱爾森對於原創憲法的重視，我們自然也不能忽略《土地章程》的變遷與對上海租界司法、治安的影響。

《土地章程》係指《上海租地章程》(Shanghai Land Regulation)，一般簡稱為《土地章程》，亦可稱為《地皮章程》、《地產章程》等。它與不平等條約有所關聯，唯並非屬國際法上的國與國條約，卻又是上海租界存在、發展的主要法律依據。由於上海租界自開埠後的快速發展實超乎了中外人士的想像，因而《土地章程》也就經常面臨外人要求增修的壓力。<sup>41</sup>事實上，《土地章程》前後共經歷過三次較重大的興革：

### (一)、一八四五年《土地章程》與「華洋分居」

一八四五年，上海道台宮慕久除與英領貝爾福共同議定居留地界，並且還公布了與貝爾福「依約商妥」的《土地章程》共二十三條，是為《第一次土地章程》，或稱《英租界一八四五年土地章程》

---

39 參閱同註 13，沈宗靈著，前揭書，頁 189。

40 參照同註 13，沈宗靈著，前揭書，頁 189~190。

41 《上海公共租界制度》即謂：「此種土地章程自租界設立以來人經多次之增修改，其條文由簡而繁，其規定由疏而密，其力亦由小而大。以其為租界之根本法，不可不一察其變遷之跡也。」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 25。



<sup>42</sup>，內容主要包括確定界域、確定租地程序、確定華洋分居、確定界標與建築、確定讓租與租金、確定英國領事館的管理權、確定雙方之司法管轄權，及確定章程的解釋及修改辦法等<sup>43</sup>。其中與租界自治、司法管轄權及治安相關者，謹表列分析如下：

表 2-1：一八四五年《土地章程》分析

條文號數	主要內容	權力變化及分析	備註
第八條	外籍租地人不繳地租，由領事官依該國法律追繳。	地租糾紛既係民事案件，華方等同放棄其管轄權。	
第十條	商人租地後得為建築房舍等行為，不得為儲藏違禁物品等行為。	條文並未明令違反章程者由何方管轄及該如何處罰。	條文稱「商人」，似是專為規範外人而設的規定。
第十二條	一，洋人得雇工興築公共建設，及召集會議決定分擔金額之法。 二，洋人得雇請更夫，由華方管理。 三，租界有擾亂公安等行為者，由領事行文華官懲判。 四，倘設防柵，由雙方訂定啟閉時間。	一，洋人得召集會議，為租界「市民自治」的基礎。 二，更夫管理權仍歸華方。 三，既為「領事行文」才懲辦，華方等同讓出對華民的偵審權。 四、設防柵徵實雙方均有意「華洋分居」。	更夫英文為 watchman，直譯為「看守人」或「衛士」。當時更夫的職務，至為簡單，不外夜間巡行報更鳴警，以防宵小而已 <sup>44</sup> 。
第十七條	商人開設店舖等須由領事發放執照、負責檢查及禁止。	領事替代華官地位，對商業事項有發給執照及檢查許可權。	此類權力不屬於工部局，而屬於各國

<sup>42</sup> 詳請參閱同上註，徐公肅、丘瑾璋著，前揭書，頁 25~47。及上海市檔案館編，《上海租界志》（上海：上海社會科學院出版社，2001），頁 682。

<sup>43</sup> 關於一八四五年《土地章程》的詳細內容分析，可參閱同註 18，王立民著，前揭書，頁 167~169。

<sup>44</sup> 參閱同註 41，徐公肅、丘瑾璋著，前揭書，頁 32。

			領事。
第十八條	規定租界內不得為之作為，如不許架造易燃房屋、不得堆積垃圾等。	同第十條，並未明文規定違規者由何方懲辦及如何懲辦。	此條與第十條不同，並無「商人」字樣，似為華洋一體適用。
第二十條	攤派公共建設款項的僑民，得請求領事委派代表監督管理財政。	於第十二條的基礎上，進一步規定市民自治的組織形態與內容。	《上海公共租界制度》稱，此條為工部局成立的遠源 <sup>45</sup> 。
第二十二條	章程變革的程序為：或由華洋官員商議，或由眾人議決報領事轉與道台商妥。	此條說明租界早期的權力配置，即由華洋官方主導，自治團體僅能「建議」。	
第二十三條	規定領事應預先審究在租界違犯章程者，及決定應否懲罰。	賦與領事「預審」權，唯是否兼及華洋，則語意不清。	成為外人有權裁判華民的法源。

通觀前述各條內容，值得注意者有三：

首先，原始的《土地章程》顯然是為了「華洋分居」而設計的規範，例如「設柵」之議，以及許多條文均以「商人」為開頭，可知其主要規範對象應是洋人，而非華洋一體適用，華民自應仍歸中國官廳管理。換言之，中國官廳並未放棄對租界華民的治權。

其次，從古典權力觀分析，章程明白規定了領事及華官同時擁有租界的治權，且各自擁有部分權力的最終決定權。市民自治雖已開始萌芽，但其地位卻仍無法逾越「國家」，即當時仍是由「國家」或「官員」主導租界的一切。

再者，原始的《土地章程》立法技術顯然十分拙劣，致爾後留給了各有所圖者寬廣的解釋空間。特別是與司法權密切相關的第二

45 參閱同註 41，徐公肅、丘瑾璋著，前揭書，頁 33。

十三條。

不過須強調的是，此次《土地章程》並非國與國正式訂立的條約，只是道台與領事間關於土地租借及租錢等往來公函的結晶，係道台依自由意志草成，僅由上海道台以華文頒布，並經兩江總督同意。也就是說，《土地章程》的法效力其實是大有問題的。為何是由上海道台出面？這又與道台上級官員的面子、官威及傳統法律文化的影響密切相關<sup>46</sup>，卻也自此肇致爾後上海道台與領袖領事對口協商的「慣例」，亦間接貶抑了會審公廨華官的地位。

不過隨著時間及情勢的改變，到了後來，不僅外人認為《土地章程》對全租界住民都應一體適用，且反而變成了中國官廳不欲承認此章程，上海大班卻死抱不放的逆轉現象。

## (二)、一八五四年《土地章程》與寡頭政體的成形

一八五三年九月，上海地區發生了「小刀會」事件，以劉麗川(1822~1855)為首的農民與貧民進佔了上海城。面對租界成立後的首次兵禍，英、美、法三國領事遂自行決定改訂原《土地章程》，並於一八五四年七月經由租地人大會通過。此章程又稱為《上海英法美租界租地章程》，共十四條<sup>47</sup>。與一八四五年章程相比，一八五四年的章程作了一些變動，除了擴大及確定了租界的新範圍外，也改變了租地程序<sup>48</sup>。

46 上海道台為前清時代駐治上海的「分巡蘇松太兵備道」一種普通的稱謂，但見於官書、文札、著述的稱謂極不一致，包括滬道、巡道、兵備道、蘇松道、蘇松常道、蘇松太道、江海關道、海關道、關道、上海道等多種。上海道台原不駐在上海，但自上海開埠後，交涉事宜，清廷授權予上海道台掌理，故其事實上又為外交長官。至同光年間，職務更繁。原來自南京條約訂立以後，欽差大臣耆英奏請委派各口辦事人員，請廷當即准可，上海方面，旨命：「著璧昌（兩江總督）、孫善寶（江蘇巡撫）、督同咸齡、宮慕久（上海道台），覈實辦理。」但當英領貝爾福來滬時，璧昌、孫善寶兩人認為他的職務過低，「體制攸關」，未便玩褻，輕率接見。無形之中，上海租界事務即委由官職最低的上海道台了。詳請參閱蔣慎吾，上海道台考略，收於上海通社編，《上海研究資料續集》（台北：文海出版社，近代中國史料叢刊三編第四十二輯），頁61~71。

47 詳細條文內容可參閱同註41，徐公肅、丘瑾璋著《上海公共租界制度》之附文。

48 即外人「凡欲向華人買房租地，須將該地繪圖註明四界畝數，稟報該國領

再者，新章程刪去原章程不准華人租用租界內房屋，及不許洋人把房屋租給華人的相關規定，承認與接受了華民大量擁入上海租界而致「華洋雜居」的事實；《土地章程》所有規定，也「順勢」一體移置於華人，中國官廳對租界華民的治權也因而喪失大半。

其中最重要的是第十條：「起造修整道路碼頭溝渠橋樑，隨時掃洗淨潔，並點路燈，設派更夫各費，每年初間，三國事官，傳習各租主會商或按地輸稅，或由碼頭納餉，選派三名或多名經收，即用為以上各項支銷。不肯納稅者，即稟明領事飭追。倘該人無領事官，即由三國事官轉移道台追繳，給經收人具領。其進出銀項，隨時登簿，每年一次，與各租主閱准。凡有田地之事，領事官於先十天將緣由預行傳知各租主，屆期會商。但須租主五人簽名，始能傳集，視眾論如何。仍須三國領事官允准，方可辦理。」

首先，原《土地章程》的允許雇用「更夫」(watchman)，在新章程第十條的英文本卻是「設立更夫或巡捕」(establishing a watch or police force)。此一改變爾後即成為租界警政組織的「基本規範」。而在同年的租地人會議上，也通過了組織巡捕的決議，允許巡捕可奉領事之令搜查軍械和解除華人武裝、協助徵稅等<sup>49</sup>，更讓租界設立「執行公權力」的警察組織，進一步獲得了至少是「市民自決」、「自治」層級的強力支撐。其次，「選派三名或多名經收」，英文本則謂為組成「委員會」，即爾後工部局—上海租界自治行政組織的「基本規範」。再者，此條文明規定租地人採行民主集會共決，雖然須經「領事允准」，實際上已等於宣告「市民主權」的誕生。

從各別來看，上海的外人分別取得了警察權、行政權乃至租界治權，但更不可忽視的是三者合併產生的效果，即工部局董事們得以在「市民民主自決」這個難以撼動的權力基礎上，逐步取代中外官方的勢力，以「少數菁英集中決策」的「寡頭統治」方式治理上海租界，並憑藉著強勢的巡捕房力量促使其決策法令更具實效。類似的觀察，大概沒有比霍塞更為直接露骨了：

---

事」，後才移轉道台「查核」。

49 參閱同註 20，王立民著，前揭書，頁 173。

這次的《地皮章程》載有使上海成為世上沒有先例的市政區的根芽條例，其中規定：市政的管理權應操於全部僑民之集體的手中，這便推翻了條約中所規定土地的主權依舊歸於中國政府之原則。上海租從此成為一個自有主權的、自治的、國際的政治體系。它簡直就是一個獨立的民治國。<sup>50</sup>

……這部《地皮章程》(好似始終未經中國政府所承認過)異常重要性和無比的智慧之中，有一點是極為顯明的：照原來的解釋，管理僑民的權力是操於個別的領事館之手中的，這批領事館起初係對本國的外交部直接負責，後來則對成立於北京的外交團直接負責。但現在這個新政體則已從這批守舊的、過於負責心的外交官手中把管理權奪了過來，而付之於造成上海的人——即大班們——的手中。在理論上，領事團依舊是握有上海租界的最高權力者，就是對工部局也可以向領事法庭提起訴訟，但在實際上，則工部局董事會實已高踞租界之王座，而成為這自有主權的、財閥的、民主的政府之最高統治人了。

這部《上海憲法》實是一組最自私自利的、最示預兆的、最現實主義的法典。這批眼光遠大的上海先生們，利用中國政府的缺乏能力，替未來的上海先生樹立了這個市區之特殊的法律基礎，而使後人得在其中自由活動，使這上海灘逐漸滋長而成為一個供人以發財機會、不尚感情的、樂觀的、門戶開放的城市。<sup>51</sup>

而從其他關於租界自治、治安及管轄的有關規定，我們更可看出「新章程納入華人」的重大轉變。如第八條關於「轉租」的規定<sup>52</sup>、第九條對華人特別設立的禁制規定<sup>53</sup>、第十一條關於租界華民停

50 參閱同註 14，霍塞著，前揭書，頁 32。

51 參照同註 14，霍塞著，前揭書，頁 32~33。

52 第八條：「其洋房左近不准華人起造房屋草棚，恐遭祝融之患。不遵者，即由道台究辦。大美國衙署之北至吳淞江一帶，未奉領事官二位允准，不許開

棺的規定<sup>54</sup>等，均明白點出華人必須受租界自治行政組織規範的事實<sup>55</sup>。

相較於由中國地方官廳主導的第一次《土地章程》，此次章程純為外人間自行訂立的章約，中國政府因亂事之故，根本無從插手。且因「上海大班」們認此為外人間「私事」，毋庸與中官吏商議，僅以「既成事實」通知華方而已<sup>56</sup>。而其更深層的意義在於，一個幾乎完全與傳統中國甚至外國政府脫勾的租界寡頭政體已具雛形。

不過，所有的發展不見得總是照著寡頭政體的意願進行，包括最基礎的各國租界合併問題。此次章程修訂後，由於法方未得政府批准，致法租界單獨分出。上海租界的一分為二，也造成大上海形成「三界四方」、及「多軌異質」的社會<sup>57</sup>，原本已因華洋糾結肇致的法制紊亂及社會問題，更是雪上加霜，也注定了上海公共租界終須面臨其無法以自力彌補的重大治安盲點。

### (三)、一八六九年《土地章程》與寡頭政體的確立

---

設公店，違者按後開懲辦。」

53 第九條：「禁止華人用篷寮竹木及一切易燃之物起造房屋，並不許存儲硝磺、火藥、私貨、易於著火之物，及多存火酒。違者初次罰銀二十五元，如不改移，按每日加罰二十五元。再犯隨時加倍。如運硝磺火藥等物來滬，必須由官酌定，在何處儲存，應隔遠他人房屋，免致貽害。起造房屋札立木架及磚瓦木料貨物，皆不得阻礙道路，並不准將房簷過伸各項妨礙行人。如犯以上各條，飭知不改，每日罰銀五元。禁止堆積穢物，任溝渠滿流，放槍砲，放轡騎馬趕車，並往來遛馬，肆意喧嚷滋鬧一切惹厭之事，違者每次罰銀十元。所有罰項，該領事官追繳，其無領事官者，即著華官著追。」

54 第十一條：「外國人及華民墳墓：界內分開地段為外國人墳塋。租地內如有華民墳墓，未經該民依允，則不能遷移。可以按時前來祭掃，但嗣後界內不准再停棺材。」

55 《上海公共租界制度》稱，英譯條文並無「華人」字樣，顯係華洋一體適用。參閱同註 41，徐公肅、丘瑾璋著，前揭書，頁 38。

56 Kotenev, Shanghai: Its Mixed Court and Council, p9.

57 「三界四方」係指上海城市由公共租界、法租界和中國地界(南市、閘北)構成；「多軌異質」是指，在上海這個僅有六十平方公里的城市中，擁有三個政府、三套立法和決策機構、三種警察和武裝力量、三個互為近鄰又彼此獨立的城區。參閱蘇智良、陳麗菲著，《近代上海黑社會研究》(浙江：浙江人民出版社，1991)，頁 29。

霍塞描述上海租界第二次修改《土地章程》、幾近為上海宣布「獨立」的小說式筆法或許有些誇張，但爾後卻差點成為事實，甚至連上海縣城也在計劃「獨立」的範圍內。

一八六二年太平軍亂波及上海，華民再次大量湧進租界，清廷官員又再一次的幾乎完全失去其對租界的治權。面對第二次租界外的動亂，費唐這般描述上海大班們的反應：

工部局及其所代表之社會，處所牽涉之困難之壓迫下，曾受激動，而有一種建議，即為全部上海，包括公共租界、上海縣城及近郊在內，設立一代表中外業主之政府，行使一種最廣大之職權。一八六二年，英美兩租界實行合併之後，此項建議，稱為「自由市之議」<sup>58</sup>。

雖然上海大班們此種近似宣告獨立的建議，終在英國政府的強烈反對下宣告失敗。不過，工部局的寡頭們顯然不是省油的燈，他們轉而將力量擺在修改章程的工作上，利用修正章程的方式具體落實在「自由市之議」運動中的主張，包括強化外人對租界的管理、加強公共租界的自我防衛能力及維護治安能力、避免受到疫癘之害、引進西方法治觀念等。

一八六五年三月十一日，董事會舉行特別會議，決定設一委員會專事修改章程。一八六六年三月租地外人會並在與上海領事團會商後，通過該委員會草擬之修改草案。此次修改章程的要點如下：

1、改租地人會議為西人納稅會議，使其成為公共租界的主要決議機關。並且放寬選舉資格，不限於租地人，凡租賃房舍年付合格捐稅，亦得有選舉權。

2、把工部局的組成人員由三人或三人以上增至九人，並規定為定期選舉。

3、於新章程之後，附有《附則(律)》(by-laws)四十二條，並規定工部局得增訂《附則》，惟須得納稅人大會通過，與上海領事團、

58 參照同註 23，《費唐報告》，頁 173。

北京公使團批准。

4、賦與工部局徵收捐稅之權。

5、規定工部局得為原告或被告，設立「領事公堂」(Court of Foreign Consuls)，審理以工部局為被告之案件。這也是在中國土地上首見的行政法庭。

學者王立民分析，改租地人會議為西人納稅會議，實乃擴大統治基礎，有更多的洋人可進入議決隊伍，同時也增強了納稅人會議的有效性，更利於自治政府的活動；工部局得增訂《附則》，則等於是讓工部局取得立法權；而工部局有徵稅權，等於取得了經濟權。王氏進一步指出，工部局本身是行政機關，具有行政權，再取得立法權與經濟權後，工部局即擁有極大的權力，使得租界中的任何機構都無力與其匹敵<sup>59</sup>。

本文大致贊同王氏的分析，但須進一步指出此次章程之修訂對於上海租界政制發展的根本意義，實代表著工部局董事們的權力基礎因此愈形穩固，寡頭政體就此在上海租界定型；領事公堂的設立，也隱含著此寡頭政治並非意欲走向寡頭專制，而有著權力制衡、權力分立的意味。

不過，此次章程仍然存有法效力上的重大瑕疵，即雖經北京公使團的修改及「暫且批准」，但始終未經中國政府及上海地方官廳的正式承認，也未曾由領事團與上海道台會商，只於公使團批准後，由領事團通知道台而已。後來曾引起英、美等國僑民質疑此章程的效力，但一八七五年美國總領事在其領事法庭受理某項案件時，曾維持此次章程的效力；一八八一年英國樞密院則頒布一項新令，以消除英國僑民對此次章程的疑慮<sup>60</sup>。不過即使效力遭到質疑，此次修定的章程仍主導了爾後上海租界數十年的發展。

#### (四)、《土地章程》的效力與實效

通觀《土地章程》的三次興革，多半是先有了因應現實而生的「慣例」後，再對章程作相應式的修改，明顯缺乏國際法或條約的

59 參閱同註 20，王立民著，前揭書，頁 178~179。

60 詳請參閱同註 23，《費唐報告》，頁 109~110。



依據，似難以通過法效力的檢驗。但就法的實效言，我們卻不得不承認外人對《土地章程》的重視程度，並且依據《土地章程》衍生次級規範如《附律(則)》等，這些章程與規範不僅成為爾後工部局寡頭們管控上海租界治安的依據，也是會審公廨中外會審官員裁判的重要法源；而受管控的租界華民，實際上也相當程度的依循與配合《土地章程》，進而使寡頭政體與華民得以在《土地章程》的基礎上，開展堅實且綿密的權力關係。

其次，相較於外國政府的對上海租界自治的「順其自然」，甚至透過法院判決或頒布新令方式確認《土地章程》的法律效力，中國官廳「忽視」《土地章程》的態度實頗讓人訝異。例如，在一八九三年十一月二十八日的《工部局董事會會議錄》即載稱，上海會審公廨讞員曾要求工部局給他一份《土地章程》，以便將它譯為中文<sup>61</sup>。顯然在章程經二次修訂近三十年後，華方仍然沒有一份攸關上海租界成立基礎、早已被外人視為「上海憲法」的《土地章程》。

再者，同樣從法效力的角度來看，工部局的寡頭們顯然也心知肚明，先例、習慣與自然發展，甚至是中國官廳的「忽視」，並不能全然轉換為上海大班們取得租界治權的法理依據。例如在一八九三年十二月二十八日的工部局董事會會議記錄中，即透露出外人對《土地章程》欠缺法律基礎的「心虛」。哲美森(即負責將《土地章程》譯成中文給中國官廳者)致函工部局稱，他已完成了《土地章程》的翻譯工作。根據英國總領事和英國領事們的建議，他「略去了序言和會議記錄備忘錄」這兩部分，因為「假使由中國當局用他們自己的文字認真閱讀，它們包含的內容，幾乎肯定會引起爭議」<sup>62</sup>。

綜觀《土地章程》的修訂始末，當然，我們並不能排除華方刻意抵制《土地章程》的可能性，但顯然歷史的進程與租界法制如日月星河般的長年運轉，早已不讓華方有任何籌碼無視於《土地章程》的存在，而必須認真審視外人在《土地章程》的基礎上所斬獲的權

61 參閱《工部局董事會會議錄》第十一冊，一八九三年十一月二十八日會議記錄。

62 參閱《工部局董事會會議錄》第十一冊，一八九三年十二月二十八日會議記錄。

力，以及上海寡頭政體與租界華民間愈形穩固的權力關係。

### 第三節 寡頭政體立法<sup>63</sup>、行政與司法體制剖析

上海租界的法制發展，幾乎全建構在《土地章程》所架構的「自治」基礎上，上海會審公廨的成立與爾後的權力運作，也深受《土地章程》的影響。因而，研究上海會審公廨，實無法與上海租界的自治割裂。而上海租界的自治，其實也就是租界走向獨立、企圖落實「市民主權」的實質展現。以下謹從立法、行政與司法三個面向，深入剖析上海租界政法體制：

#### 一、實質以工部局為重心的立法體制

##### (一)、納稅外人會的立法權與否決權

上海租界的政制被視為寡頭政體，而非專制或民主，原因即在於其雖擁有依直接民主制度運作的決議機關「納稅外人會」<sup>64</sup>，及依直接民主程序選出的權力核心「工部局董事會」，卻因層層限制投票人資格<sup>65</sup>，致租界內住民人數最多的華人並無投票權，使其成

---

63 本文所討論之「立法權」，幾乎均屬於「告示」或「示諭」，在清末民初的法律位階又是如何？根據《北洋政法學報》我國現行法制概論（一九〇六年第十二期）一文稱：「我國之成文法可區分為三種，（一）律。（二）例。（三）示諭。」至於示諭之意義，即由官吏對於人所發之行政命令，為律例以外之一種命令，而又使人民有必欲遵奉之義務。故該文認為「示諭亦可為法律淵源之一也」（參閱《東方雜誌》，一九〇六年第三期，頁87-96）。

64 納稅外人會(Foreign Ratepayers' Meeting)也稱為納稅人會(Ratepayers' Meeting)，原通稱為「納稅西人會」，但因後來該會議中有許多日人參加，故有學者認為認改為「外人」較妥(詳參同註41徐公肅、丘瑾璋著，前揭書，頁80)。《費唐報告》稱納稅外人會為「大會」(Assembly)，並稱工部局總董 Pearce 所著之 How Shanghai is Governed 一書稱為「議會」(Parliament)。本文考試委員黃靜嘉教授指出，從納稅外人會的英文名稱來看，即可知當時至少各國政府均將上海租界視為一地方性質的政府，其所納者乃地方性稅賦。亦即，上海租界成立之初，顯然缺乏獨立自治之意圖。

65 原僅「租地人」具投票權，一八六九年修訂的《土地章程》，曾放寬了工部局董事會董事的選舉人資格，由「租地人」擴大為「納稅人」，原租地人會議變成納稅人會議，但華人並未被納為選舉人。納稅人會議至一九二〇年始在華人爭取下演變為二，一為「外人納稅會」或「納稅外人會」，一為「華人納稅

員始終僅局限於少數中上階級的外人。納稅外人會除了監督工部局外，最主要的功能即是議決租界事務，依章程同時也擁有相當的立法權，茲詳述如下：

凡合格納稅的外人居住於公共租界範圍內，均為納稅外人會的會員<sup>66</sup>。所以納稅人會實係少數外籍住民間的直接民主，而非採代議制度。其主要會議形式及內容為：

### 1、年會(annual meeting)

每年四月初舉行一次。依《土地章程》規定，納稅人年會的職責為一、通過預算。二、通過待徵稅捐。三、通過決算。四、選舉地產委員。

### 2、特別會(Special meeting)

係依《土地章程》規定，臨時以特別事故召集的會議。

納稅外人年會與特別會的最大差別，在於議事的內容。年會討論事項的範圍，均見於章程規定，故其議決無須再獲得其他上級機關的批准；特別會的討論，則可以超出章程規定<sup>67</sup>，包括「關於市政的任何事件」、「商議與租界內公眾利益相關之事」、增補地產委員和制定專項預算，及「批准」(pass and approve)工部局董事會所決議之規例(如《附律》)等，唯須再報請各國領事批准，方可實行<sup>68</sup>。如此即讓納稅人會議擁有相當的立法權，及對工部局所決議的法令規章具有否決權<sup>69</sup>。不過，由於工部局本就是大班利益的集合體，

---

會」或「納稅華人會」。但重大權力始終由外人納稅會掌控，華人納稅會除間接選出一部分董事外，權力實至為薄弱。

66 章程第九條有關納稅人資格規定為：「此第發議事之人，必所執產業地價計五百兩以上，每年所付房地捐項，照公局估算計十兩以上(各執照費不在此內)，或係賃住房屋，照公局估每年租金計在五百兩以上而付捐者。」

67 章程第十五條有：「倘係章程未經提及與大眾攸關者，會首必將此事報明各國領事官等，俟其酌定批准之後方可施行。」等語。

68 此即章程第十一條規定：「局董照章酌定之例，除專指局內及所用上下人等事件，必奉有約各國領事官駐京欽差(或其中已有大半位數批准，及特請眾位執業租主(此實指納稅人)齊集會議)應允，方可照辦。」

69 觀諸表面，似乎工部局仍受到層層節制及監督，但《上海閑話》作者姚公鶴的觀察或可說明一切：「工部局受權於納稅西人會，不知納稅西人會又受權於何人，而有此廣大無垠之立法權也。故凡工部局意計中所欲為之事，除納稅西人會中有別國明白事理之會員消極抵制不令足法定人數以致不能開會外，有

納稅外人會罕有不同意者。立法權在這般配置下，使得納稅人會議不僅淪為工部局的「橡皮圖章」，甚至也是工部局推卸責任的擋箭牌。而此模糊地帶，即成為工部局擴張其立法權限的場域。

## (二)、工部局的立法權

上海租界實質的立法工作，尤其是一些關於違警、衛生、交通的行政法令，幾乎均由工部局負責。工部局通常以命令、布告甚至刊載報紙的方式發布法令，而這些法令，均得成為會審公廨的裁判依據。不過，工部局全面掌控立法權，卻是經歷長期「努力」的結果。

### 1、工部局的立法否決權

在大量華民擁入上海租界初期，華民仍受到中國官廳在租界張貼的告示約束，且華方的告示權並不受工部局任何拘束。當時工部局董事們似乎只有「被告知」的份；且更值得重視的是寡頭政體也認為「華民應歸華方管理」<sup>70</sup>。

但到了一八七六年(清光緒二年)，華官在租界所貼告示，卻已須先由工部局加蓋圖章才能發布，否則皆會被由工部局掌控的巡捕房撕去。不過，此事也引發了工部局、領事團與中國官廳的三方權力競逐，會審公廨讞員陳福勳<sup>71</sup>即曾以其所出告示被巡捕撕去，責問領袖領事即英國領事麥華陀(Walter Henry Medhurst, 1823~1885)「工部局有何權力可以發出撕去華方告示的命令」？後來，華洋乃商定華方告示須經會審公廨外籍陪審員簽字，麥華陀亦致函工部局

---

不提案，提案必通過。及實行有窒礙，而窒礙之責任，則由納稅會負之，而與工部局無關也」。參照姚公鶴，上海空前慘案之因果，《東方雜誌》二十二卷十五期，一九二五年八月十一日。

70 例如在一八六一年九月四日的工部局董事會會議記錄中，領袖領事兼英國領事麥華陀即轉來蓋有上海道台官印的告示共三百份給工部局，內容是禁止居住在租界內的人於日落後點放鞭炮爆竹、敲鑼打鼓。麥華陀並稱，如果白天作此類活動的喧鬧程度達到需要再發布禁令時，他「會要求道台另行發布官印公告」。參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八六一年九月四日會議記錄。

71 史料載「陳福勳」、「陳福勳」者皆有，本文從《上海縣續志》(台北：成文出版社，中國方志叢書·華中地方·第十四號，據吳馨等修、姚文(木丹)等纂，民國七年刊本影印)。

要求其訓令巡捕房，竭力保護經會審公廨外籍陪審員簽字的華方告示<sup>72</sup>。但工部局卻不同意，並稱如果要巡捕房保護，就非要有工部局的圖章不可。最後各方妥協的結果是：凡中國官廳告示，經領袖領事簽字後，即交與工部局，由工部局巡捕單獨或會同衙役張貼<sup>73</sup>。

表面看來，工部局不過取得了「張貼權」，實際上自此以後，華方官廳告示非但須受領事團檢查，且常有經領事團查准，工部局卻拒絕張貼的事情，工部局實際上已取得了對華方告示的否決權。

到了一八九四年領袖領事與工部局又為華方告示再起爭議。領袖領事認為工部局的職責只是將公告交巡捕房張貼<sup>74</sup>，遂去函工部局董事會要求解釋「為什麼採取這種不正常的程序」，甚至領事們還指控「本屆工部局僭取了過多的租界控制權」<sup>75</sup>。不過工部局認為「條約國領事們無權干涉工部局及其受委託的事務」，因為依據《土地章程》的《附律》，工部局有管理道路之權，並指出：「蓋工部局印章以保護告示很有必要，這樣就布告華人凡有破壞者必受巡捕房逮捕，工部局並不要求華人遵守告示，只是禁止他們破壞告示。這在一八七六年之前及其以後都是正常程序，現任工部局不過遵循其前任習慣作法而已。」<sup>76</sup>

其實工部局與領事團之爭，不過只是寡頭政體內「茶壺裡的風暴」，若從整體觀察，中國官廳對租界華民的告示權至此已完全受寡頭政體箝制。因而到了一九〇六年，會審公廨讞員關炯之(1879~1942)<sup>77</sup>曾對公告發布程序發出「不平」之鳴，認為華方告示須經領袖領事及工部局董簽字蓋印，而工部局所發告示則無須與華官商妥，或讓華官簽字蓋印，顯有礙中國主權<sup>78</sup>。但結果仍不了了

72 參閱同註 1，湯志鈞編，前揭書，頁 332、333、335。

73 參閱同註 41 徐公肅、丘瑾璋著，前揭書，頁 404。轉引自《一八七六年工部局報告》領袖領事六月二十三日致工部局函。

74 參閱《工部局董事會會議錄》第十一冊，一八九四年一月九日會議記錄。

75 參閱《工部局董事會會議錄》第十一冊，一八九四年一月十六日會議記錄。

76 參閱同上註。

77 關炯，字炯之，史料常誤為關炯之。關曾三任會審公廨讞員，首任於一九〇三年，一九〇五年再任，辛亥革命後三任。

78 參閱《東方雜誌》，一九〇六年第五期，頁 39。

之。

一九一一年辛亥革命後，華方完全失去了對租界華民的發布告示權。不過，工部局及新成立的上海革命政府，顯然均意識到告示權的重要，因其象徵著中國政府與租界華民權力關係的存續與否，雙方遂進行過短暫交鋒<sup>79</sup>。後來，董事會更決議將發布公告定位為「用來宣布有關本地政府的重要事情」<sup>80</sup>，實亦徵實辛亥革命後，華方已無法逕自在租界發布布告。

## 2、工部局的主動發布告示

工部局除了積極取得告示否決權外，另一方面，則是透過自行發布告示的方式，積極形塑其與租界華民的立法權力關係。

早在一八五四年工部局成立伊始，即曾下達過多起命令及決議，但多係針對特定人與特定事項而為的命令，且幾乎都是對外人而為。但一八六 年的「編寫門牌號碼」一事，卻是《工部局董事會會議錄》所載工部局針對華民並「主動通知華人居民」的首例<sup>81</sup>。一八六一年二月二十二日的會議記錄中，則首次出現董事會發布刑罰懲處公告的記載，即鑑於有人在租界馬路訓練馬匹，以致經常對婦女和行人造成重大傷害，工部局因此布告：從三月七日起除從黎明至上午九時外，不准照舊牽馬通過租界，違反規定者將受到拘押和起訴<sup>82</sup>。雖然公告並未指明係針對華或洋，但事實上，因外人多雇請華民擔任馬車伕，實已不證自明。

一八六一年六月十二日，董事會決議透過《北華捷報》(North China Herald)發布有關公告<sup>83</sup>。將公告發布與正在租界興起的平面傳播事業相結合，相較於傳統的「張貼」公告方式，實意味著一項更契合於新興都市人口集中特徵、即更為有效的發布命令方式已然生

79 當時革命政府透過交涉使送了一份革命政府所發出的公告給會審公廨，要求在租界內張貼。但董事會一致認為「此請求唯一目的乃在取得某種形式之承認」，因而未予允准。參閱《工部局董事會會議錄》第十八冊，一九一一年十一月二十九日會議記錄。

80 參閱《工部局董事會會議錄》第十八冊，一九一二年七月三日會議記錄。

81 參照《工部局董事會會議錄》第一冊，一八六 年三月十六日會議記錄。

82 參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八六一年二月二十二日會議記錄。

83 參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八六一年六月十二日會議記錄。

成。不過，由於《北華捷報》是一份英文報，也顯示此時寡頭政體與租界住民的新興立法權力關係，可能尚未全面擴及租界華人。但在一年之後，董事會即指令「印刷一些中國官印文告張貼在每家華人房門裡側，要求他們負責保持他們住所附近的街道乾淨整潔」<sup>84</sup>。至一八六四年六月九日，工部局更諭示：

本局所出一切告示，自今以後載於《上海新報》者，俱係真實之語，爾等毋得藐視，其各凜遵，切切特示<sup>85</sup>。

《上海新報》是由字林洋行出版的上海第一份中文報紙，此結合現代中文傳播媒體的諭示背後所隱含的意義與重要性，實不言而喻，代表著自此以後，寡頭政體已開始與華民建構了不同於傳統的立法權力關係，新法令不僅止具公示性而已，更具備了普遍及立即性。

工部局主動對華人發布的告示，多與交通、建築等事項有關<sup>86</sup>，於今視之，較像是一些違警罰、行政罰等禁制規定。由於會審公廨本就具違警法庭色彩，故這些規定也一直是會審公廨懲辦租界華民的重要法源。更重要的是，從史料可知，工部局發布的法令，除非以《土地章程》及其《附則》為上層規範，否則即常被視為是效力有問題的法令，而不被會審公廨等租界內的法院採納<sup>87</sup>。

工部局極少數不依照法律位階原則發布告示的「例外」，是當租界遭逢嚴重治安或軍事威脅時。例如一九一九年華人在上海租界

84 參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八六二年六月十一日會議記錄。

85 參照同治三年五月初八日《上海新報》。

86 例如一八九六年九月十五日董事會討論人馬夫驅車急馳問題，決定發布布告，告誡公眾必須嚴格遵守交通法規；一八九六年九月二十九日董事會依督察長建議發布公告，規定天黑以後一切自行車必須與其他車輛一樣攜有車燈，違者將予懲罰。

87 例如《工部局董事會會議錄》曾記載了一起以大米牟取暴利案件指出：會審公廨對該案的判決是，「目前沒有禁止投機牟利行為的法律，因此工部局第二七九二號通告無效」。董事們因而同意法律顧問的建議，即根據《土地章程·附律》第三十四條向米店發放執照。參閱《工部局董事會會議錄》第二十一冊，一九二一年二月二十三日會議記錄。

發起全面抵制日貨行動，嚴重影響租界治安，代理督察長即建議，在發生騷擾時，宜立即宣布戒嚴法，宣告處於「緊急狀態」。董事會則指出，「工部局沒有被授予宣布戒嚴法的實際權力」，但在不久前的學生罷課時，工部局發出的一份告示，「其措辭實際上和發布戒嚴法很接近」，並稱如有需要，工部局將「毫不猶豫地越權行事」<sup>88</sup>。實道盡了工部局的信守「法律位階」，其實是有底線與條件的。

### 3、工部局對立法權的全面管控

工部局掌控租界立法權的企圖及動作顯然是鋪天蓋地的，除了自行發布告示，在辛亥革命寡頭政體全面接管會審公廨前，工部局也經常「要求」會審公廨讞員配合發布告示<sup>89</sup>。這些告示，多與新興都市必然會面臨的衛生、交通問題有關。但對有關捐稅事務的諭示，華方卻常採取強硬的立場<sup>90</sup>。同樣是涉及權力的得喪主從，華方態度為何卻有天壤之別？此可能與誰宰制了新興都市的統治技術有關，在涉及疫病、衛生等問題上，通常不熟稔此方面知識或技術的讞員都會乖乖照辦；但在捐稅事項，須知華洋基本上是沒有什麼知識或技術上的高下差異的。

再者，除了發布告示外，工部局並以發放「執照」、「通知」等多種形式行使立法權，並搭配著移送會審公廨法辦的強力宣示，以達禁制華民的目的。例如在一八八七年三月十七日，工部局董事會

---

88 參閱《工部局董事會會議錄》第二十冊，一九一九年十二月二十九日會議記錄。

89 例如在一八八九年七月，董事會注意到在靜安寺路上一些馬匹累得筋疲力盡的狀況，遂決定指示巡捕房督察長「要求會審公廨讞員發布一分告示，禁止馬夫過度役使馬匹」（參閱《工部局董事會會議錄》第九冊，一八八九年七月九日會議記錄）。又如一八九六年十二月租界內發生牛瘟，原因是華人牛奶棚奶牛往返甚勤，故蔓延甚廣。會議決定依衛生官建議，要求會審公廨發布「未得通知前禁止奶牛流動」的規定（參閱《工部局董事會會議錄》第十二冊，一八九六年十二月二十日會議記錄）。

90 例如在一八九六年十二月，工部局曾要求會審公廨讞員發布布告，規定自隔年起手推車稅增至每月六百文，但讞員回函稱手推車車夫都是窮人，因此只建議增稅至五百文。會議決定堅持增至六百文，並再次要求讞員發布布告。不過雖然會審公廨讞員曾經反對，但最終顯然並無法撼動工部局，至一八九七年一月會審公廨讞員仍依工部局的要求發了增稅布告。參閱《工部局董事會會議錄》第十三冊，一八九七年一月十二日會議記錄。



討論了茶館歌女賣唱時涉嫌唱淫蕩歌曲的問題，即有董事指出，頒發給茶館老板的執照「即已明令禁止一切淫蕩或下流的表演」；會議並決定指示巡捕房將違法歌女拘送會審公廨<sup>91</sup>。隔周工部局並發給茶館老闆們「通知」：「工部局特發此通告曉諭各茶館老板，必按照所頒執照規定，嚴格禁止賣唱淫蕩歌曲。捕房業已奉命，凡違反此項規定者，一律予以拘捕，並押送會審公廨。」<sup>92</sup>

## 二、以工部局董事會為核心的行政體制

雖寡頭政體費盡心力掌控租界告示權，但寡頭政體得自於行政的權力顯然更完整於立法。一八五四年七月工部局與巡捕房的成立，是上海公共租界治安史上的一個重要關鍵，寡頭政體從此擁有了掌控租界華民的組織及利器，並逐漸讓中國官廳在租界內只能扮演「花瓶」般的陪襯角色。

### (一)、行政權的核心—工部局董事會

一八五四年時，由於小刀會事件致清政府無暇顧及租界治安，美、英、法三國領事便以租界需要保護自己為由，自行決定改訂《土地章程》，並於一八五四年七月五日經由租地人大會通過<sup>93</sup>。隨後，代表租界最高行政當局的工部局成立，而其權力核心與決策機構--董事會，也立即開始運作。

在一八五四年七月十七日工部局董事會第一次會議中，除決議有關工部局董事會的組織及程序事項<sup>94</sup>，還包括：

#### 1、總董致函締約國各國領事，表示值此動亂時期，要求海

91 參閱《工部局董事會會議錄》第九冊，一八八七年三月十七日會議記錄。

92 參閱《工部局董事會會議錄》第九冊，一八八七年三月二十四日會議記錄。

93 參閱同註 20，王立民著，前揭書，頁 172。

94 在程序方面，董事四人出席即達法定人數，總董可投決定性的一票，在總董缺席時，出席會議的董事可自行選出會議主席。董事會每月召開兩次，但若經任何三位董事要求，可召開董事會特別會議。工部局董事會年度終止期為每年的三月二十五日，會計年度終止期為每年的六月三十日。在組織方面，則議決成立道路、碼頭暨警務，以及稅務暨財務小組委員會。參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八五四年七月十七日第一次會議記錄。

軍從三山會館至蘇州河碼頭一帶設防，直至恢復持久平靜，否則巡捕組織一定大大超出全體居民能力所能負擔。

2、決定發通告刊登廣告，招聘一名督察員(the superintendent of police)、一名副督察員及三十名巡捕(policeman)，以及一名工部局董事會秘書。

3、函文通知三個締約國事，要求他們正式與中國當局交換意見並通知其向界內中國居民發布告等，並告之有關工部局董事會任命事項及作出任命的目的等。

4 決定界內中國行商，每家每年要為碼頭基金「捐款」<sup>95</sup>(pay)五十元。<sup>96</sup>

從上可知，寡頭政體施政的主要目的即是為了維繫公共租界治安，故須建立由其掌控的巡捕組織，即須取得警察權。因而在第一次會議中，工部局即率先組成了「道路、碼頭及警務」委員會。

## (二)、工部局的行政利器——巡捕房

工部局在《土地章程》的基礎上取得行政、立法等權力，或許在形式上可解決法律效力的質疑，但就法律實效言，仍得視其所制定的法律是否能有效在社會施行，即必須要觀察寡頭政體與華民間，是否存有形塑、維繫權力關係存續的動因。在成熟的法治社會，或與人民是否主動生成法律意識密切相關；但在上海租界，卻得繫於工部局巡捕房的權限與力量。

雖華方始終認為租界外人只能聘「更夫」，但顯然在工部局董事會成立時，外人即已聘雇了具有相當公權力的「警察」(policeman)。此可從第一次董事會即決議刊登招聘一名督察員(Superintendent of Police)、一名副督察員及卅名巡捕(policeman)的英文廣告詞中獲得驗證<sup>97</sup>。在一八五四年八月十九日董事會第四次會議中，董事會並決議在每名巡捕的左臂上佩戴印有「工部局巡捕」(Municipal Police)

---

95 參閱同上註。

96 參閱同註 94。

97 參閱同註 94。

的徽章<sup>98</sup>。不過，當時在形式上中國政府仍是租界警察組織的共同擁有者，中國政府除支付了營建巡捕房房舍的款項，也擁有房舍的產權，在必要時更須支應巡捕房開支<sup>99</sup>。

工部局對警察權的掌控相當積極，在巡捕房成立後兩個月，即出現工部局董事會「糾正」巡捕辦案的事例<sup>100</sup>。並且，董事會也要求，巡捕若有不端行為事例，應向董事會董事報告，董事也將輪流查問逮捕、不予受理案件及將罪犯解送有關當局受審的理由<sup>101</sup>。工部局更於一八五四年十二月擬定了《巡捕房督察員職責》(Duties of the Superintendent of Police)十七條，不僅詳細規範了巡捕們的權力，也顯露工部局意欲獨攬公共租界治安的企圖：

### 1、工部局董事會對巡捕房擁有絕對命令權力：

捕房督察員直接受工部局董事會指揮，並服從董事會的需要(第一條);雇用、開除巡捕的最終決定權，也屬於工部局董事會(第一條、第二條)，且須經董事會總董同意，巡捕房督察員才可與其部屬「幫助」地方官或締約國領事(第五條)。巡捕房應立即服從董事會任何一位董事的書面命令，並應視該命令為充分有效的授權證或根據(第十五條)。董事會並對巡捕房督察員有緊急指示權(第十六條)。

### 2、董事會可透過巡捕房影響司法案件去向：

巡捕房督察員無權施加刑罰，且須在從拘押嫌疑犯之時起二十四小時內，向主持該星期會議的董事會董事報告所有因涉及嫌疑而被拘押的當事人，並依指示把拘押的當事人移交給中國地方官或外籍領事(第十四條)。若搭配前述董事會或董事對巡捕房的絕對命令權

98 參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八五四年八月十九日第四次會議記錄。

99 參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八五四年九月二十一日第五次會議記錄。

100 由於工部局董事金能亨的投訴，董事會決議警告巡捕房督察員克萊夫頓，在拘拿他認為可能有違反租界法律行為的「有身分的人」時，要持非常謹慎的態度；並指示他在任何情況下開始採取激烈手段前，應先通知董事會的董事；且若無十分充足的理由，不得侵犯「有聲望人士居住的華人私宅」。參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八五四年十月二十八日第八次會議記錄。

101 參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八五四年十月二十八日第八次會議記錄。

力，工部局的寡頭們顯然可以決定租界內所有刑事司法案件的去向。不過，要求巡捕房在二十四小時內向董事會報告人犯羈押情形，以及受董事會指示將人犯移送至其他機關，其間所涉及的權力流動與分配概念，對傳統中國社會顯然更具重大意義。

### 3、趨於細緻的禁制華民規定：

《巡捕房督察員職責》詳細規定了巡捕房督察員的權責，督察員可以使用他指揮下的警力，保持租界平靜，巡視租界，保證市容清潔、照明情況良好，消除有害社會的事務，防止搶劫案件，制止乞丐的乞討活動，在發生意外事故時提供幫助，清除在公共道路和碼頭旁的障礙物，阻止喧鬧吵架，逮捕可疑分子，保持警覺注視陰暗角落的荒淫和不道德行為，發生重大犯罪行為時應努力偵查並捉拿罪犯歸案。並應照董事會要求，找回潛逃的外國海員(第三條)<sup>102</sup>。

分析《巡捕房督察員職責》，除了有依法行政、權力分立的法治意義，從被管控的華民角度言，更代表著禁制行為的規定將日趨繁瑣，稍有逾矩即可能受到懲罰；並且，規約行為的權力根源已不再只是威嚇或天理倫常，而是在大馬路上處處可見的巡捕、如鎖鍊般層層相扣的法規，以及所隱含的懲罰必然性意義。再者，我們更不能忽略因工部局巡捕的職權擴張而呈現的權力關係新形貌。巡捕房的組織及運作，已相當接近現代警察制度，與中國傳統的捕快、衙役大不相同。除了前述的綿密崗哨與站崗監視，包括便衣警察、偵探等英國警務體制，均陸續的引進上海租界<sup>103</sup>。一種現代的、預防

---

102 此外，督察員必須要求他的部下特別注意從水陸或陸路湧入的陌生人，注意他們是否流民(第六條)；在持續敵對狀態期間，督察員應迫使所有攜帶武器的當地人停下來，解除他們的武裝，以及應注意並防止在租界內存放武器和軍火(第七條)。更甚者，督察員還應查禁在租界內公共通道燃放爆竹、敲鑼打鼓大聲喧鬧，或者異教徒的列隊行進等等行為(第八條)；甚至星期日基督徒做禮拜之際，督察員也應避免這種場合被肩挑擔子的苦力的吵鬧聲所干擾(第九條)；若發現「壞女人」勾搭過路人，也必須出面警告，並不能容忍任何敗壞良好道德的事情(第十條)。

103 一八八八年一月三日的工部局董事會會議記錄載稱，根據警備委員會的建議，決定在預算內每月撥款五十兩白銀作為「特務基金」，以償還探員們在茶館與鴉片煙館執行任務時不得不支付的費用。顯見類似「臥底辦案」的方式已然被租界警務當局採行，亦凸顯巡捕房探員偵查權力之龐大。

的、執勤者受法律約制的管理治安思維與方式，已然被引進租界。

不過，緣於華洋住民間的階級差別待遇<sup>104</sup>，致巡捕與華民間，經常存在著一種並非依法治而產生的警民權利義務關係，亦即，對租界華民來說，就算巡捕執勤與犯罪偵查方式異於傳統差役，但華民與巡捕間，卻也有著類同於華民與傳統巡捕衙役間權力關係的特色。例如在《點石齋畫報》驚散鴛鴦<sup>105</sup>一圖中(參閱圖 2-3)，即



圖 2-3：巡捕房沒了刑具，甚至是個通達街衢的偵訊場域，但涉案華民仍如面見青天大老爺一般下跪。在帝國勢力壓迫外，

104 例如宵禁的實施即是顯例。在一八六二年七月九日的董事會中，曾提示了一封外籍住民漢考克寫給總辦皮克沃德的信指出：「我將不勝感激你能立即下令巡捕房巡官釋放我所雇用的一名苦力。這名苦力係於昨夜在極不合理的情況下遭到逮捕，當時他帶有通行證，而且我有充分理由相信他還帶有一個小包，很可能是要帶給我的。我認為這是一起最為專橫的舉動，是一起無法證明屬於正當的舉動，因為在我看來居民的僕人只要帶有一張通行證(即使這張通行證已過期一天)，巡捕就沒有權力逮捕他們。實際上這是一種荒謬的超越權限的行為。」從這件事清楚可知，巡捕對華洋住民的「歧視」不僅來自心理，也來自不平等的制度，這也是本文認為租界法制根本無法達到法治社會的重要原因。參閱《工部局董事會會議錄》第一冊，一八六二年七月九日會議記錄。

105 收於《點石齋畫報》，元十一(台北：天一出版社，民 67 年)。

其實更隱含著法律文化轉型的必然陣痛。

徵實了傅柯所提出的「權力是具象而非占有」的權力關係理論——案件當事人面對問案的外籍巡捕，仍然得再三叩首，即使畫中並未出現任何的刑具，即使律法並沒有「接受巡捕訊問時要下跪」的規定！

### 三、亂中有序的司法體制

寡頭政體透過立法與行政權，均得以形塑與租界華民的權力關係，並間接影響到了司法權力關係。但在間接影響外，其實更充斥著外人對司法權的直接干涉。除部分涉及領事裁判權問題，我們更不能忽略其與租界自治的密切關聯。

#### (一)、領事裁判權的辨正

在論及寡頭政體與上海租界司法體制的關係前，一個必須釐清的問題是，「領事裁判權」與租界司法體制的關係為何？

學理上對領事裁判權的定義為：「一國人民居於他國領土內，不受駐在國法律的管束，仍受自國法律裁判之謂。主裁判之責者，常為領事，故稱領事裁判權。」<sup>106</sup>當然，除了學術上的用語外，我們更不可忽略被殖民國家對於領事裁判權的痛恨與憤慨。但領事裁判權真的是罪惡淵藪，還是有其功能性的意義？或許我們必須從領事裁判權的源起去尋覓解答。

關於領事裁判權的源起說法並不一致，一說是在中世紀後半期歐陸即有「領事」(Consul)一職出現，始於義大利、西班牙、法國，且自始即與裁判權不可分割。當時的領事多由旅居他國的本國商民所選舉，其任務是裁判商務上的爭執，稱為(Judge Consuls)<sup>107</sup>。在十字軍東征期間及以後，此制即逐漸移殖至東方，且經由締結領事條約(Capitulations)，而逐漸擴大領事權，除保護其本國商民的生命、財產、特權外，更擁有對本國商民刑事的司法管轄權。另一

106 參閱葉祖灝著，《廢除不平等條約》(台北：正中書局，民56年)，頁39。但因有權裁判者不僅只有領事，亦有公使特設審判官裁判之情形，故葉祖灝認「領事裁判權」之稱謂，並不恰當。

107 參閱張道行編著，《中國不平等條約之訂立與廢除》(台北：蔣總統對中國及世界之貢獻編纂委員會，1967)，頁58。

說則認為，領事裁判權源起於土耳其，當時土國限制至該國的歐洲人須居住於一定的區域，一切習慣，聽任其自為風氣，並聽任其用本國法律。遇有訴訟事件，土國審判官概不受理，各由他國人民選出在土國最久者審判。日久事增，遂由領事兼理司法事項<sup>108</sup>。而其原因係土耳其信奉回教，並以可蘭經為法律；但歐陸國家旅居土國之人民，並無法服從，土國便依要求准其自行派領事管理審判<sup>109</sup>。

本文並不欲辨正領事裁判權的真正源起為何，值得我們注意的，反而是這些不同的起源說的共同處——即在領事裁判權源生之初，多係駐在國因法律或宗教信仰不同而「不願多事」，或因相對的也可在他國行使該權，而幾乎無「不平等」的色彩；相較於傳統中國處理化外人的方式，更可發現其中的雷同處。即使從現今的觀點，只要秉以平等互惠原則，領事裁判權未嘗不是解決異國人民法律爭端的一種模式，其本身的「罪惡感」或違逆法治的程度，絕非如一般人刻板印象中的深厚。但為何領事裁判權到了中國，卻是交織著民族的悲憤與血淚？主要原因即在於「只有他國能單方享有」的不平等，故民初學者劉彥稱為「片面的領事裁判權」<sup>110</sup>。

然無論如何，領事裁判權畢竟只是某國領事裁判該國人民之權，絕不可能及於裁判他國人民。也就是說，領事裁判權無論如何不可能直接在洋官與華籍被告間起作用，這是觀察上海租界司法體制時，不能忽視的重要概念。曾與北京政府洽商會審公廨問題的上海律師公會代表李祖虞也明白指出，「會審公廨問題與領事裁判權問題完全不同」，收回會審公廨「為要求中國人間之訴訟不歸領事審判」，而領事裁判權的撤廢則「為要求僑華外人須受中國官之裁判」；並且，領事裁判權之存在「尚有條約之根據」，而上海領事團之占管公廨「本屬違背條約、逾越權限之行為」<sup>111</sup>。李祖虞的見解，實乃一針見血。

108 參閱同著 106，葉祖灝著，前揭書，頁 39。

109 參閱于能模著，《廢除不平等條約之經過》（台北：商務，民 40 年），頁 3。

110 詳請參閱劉彥著，《被侵害之中國》（台北：文海出版社，沈雲龍主編，近代中國史料叢刊三編第二十五輯）。

111 參閱《法律評論》一九二四年第五十期，頁 9。

不過在領事裁判權引進中國後，竟有少數國家領事，允許居住在中國的中國人入籍，並許可在中國的中國商家及地產，向領事館登記保護。經由此「不正常管道」，外國領事遂得以將許多中國人的身體、財產、商業，納入自己的管轄範圍<sup>112</sup>。但由此亦可反證，領事裁判權無論如何擴張解釋，均不能及於一般華民。

## (二)、領事裁判權在上海租界的發展

### 1、各國「領事法庭」(Consular Courts)

領事法庭係根據中國與各國的條約而組織，凡享有領事裁判權國的人民在中國境內若為民刑訴訟的被告，不論係何國人民所控，即歸由該法庭審判，並依該國法審理，並不受中國法庭的管轄<sup>113</sup>。清末民初在上海租界設有領事法庭者，前後計有英、美、德、法、俄、比利時、丹麥、義大利、日本、荷蘭、挪威、葡萄牙、西班牙、瑞典、瑞士、巴西、秘魯、奧地利、匈牙利、墨西哥等廿國<sup>114</sup>。除義、日兩國的領事法庭特設審判官外，其他各國均以領事或副領事充任之<sup>115</sup>，美國則以司法委員兼任<sup>116</sup>。上海租界的領事法庭法警最初由各領事署自設，以管理本國僑民，執行法庭拘提等命令。工部局巡捕房成立後，則改由巡捕執行，只有日本始終由其自己的警察執行<sup>117</sup>。各國領事法庭的管轄權限都另有明文規定，一般並無權審判重大的刑事案件。例如英國領事法庭不能審判主刑在徒刑一年以上或罰金一百鎊以上的刑事案件；法、日兩國領事法庭不能審判涉及重罪的刑事案件<sup>118</sup>。再者，除英、美兩國僑民的案件外，有領事裁判權國人民在租界內犯下重大刑事案件，大多不能就地結案，必須解送到海外的本國法院接受審判。在民事及刑事輕罪案件中不服領

---

112 參閱同註 107，張道行編著，前揭書，頁 69。

113 參閱同註 41，徐公肅、丘瑾璋著，前揭書，頁 127。及同註 42，上海市檔案館編，前揭書，頁 293。

114 參閱同註 42，上海市檔案館編，前揭書，頁 293。

115 參閱同註 41，徐公肅、丘瑾璋著，前揭書，頁 127~128。

116 參閱同註 42，上海市檔案館編，前揭書，頁 294。

117 參閱同註 42，上海市檔案館編，前揭書，頁 294。

118 參閱同註 42，上海市檔案館編，前揭書，頁 294。



事法庭裁判者，也可以向海外的本國法院上訴<sup>119</sup>。

## 2、「英國高等法院」(Supreme Court for China) 與「英國上訴法院」(Appeal Court)

### (1)、英國高等法院

英國自一八五四年七月在上海設立領事法庭以後，至一八六五年以前，英國在領事署內猶設有領事法庭。一八六五年英王敕令在上海公共租界英國領事署旁設立英國高等法院，並派洪卑(Edmund Hornby)為審判官(按察使)，以取代原有的上海領事法庭。當時並兼管英人於日本所涉的民刑案件，稱為「英王在中日高等法院」(The Supreme Court for China and Japan.)，後因日本已廢除領事裁判權，故改名為「英國高等法院」(Supreme Court for China)，俗稱「大英按察使署」<sup>120</sup>。該法院受理在華英人一切民刑案件，即屬於地方法院者，亦得受理之；而離婚謀殺等特定案件，為其專屬管轄。該院設有正推事(審判官)一人，副推事(副審判官)若干人，均由英王任命，必須曾在英格蘭、蘇格蘭、愛爾蘭律師公會中享有七年以上的資格者方得被任命<sup>121</sup>。英國高等法院的裁判並非終審，若有不服可上訴倫敦樞密院。

### (2)、「英國上訴法庭(院)」

繼英國高等法院後，英國又在上海設立上訴法院，以法官三人組成，受理民刑上訴案件，但遇到緊急狀況時，可以由一至二名法官組織審判。該法院行使英國上訴法院的權限，凡地方領事法庭判決的民事案件，其訴訟價值在二十五鎊以上者，得向該法庭上訴；其下者，須得地方領事法庭或上訴法庭的許可。惟刑事案件，則無

119 如法國人在法租界內犯有重罪，將被押送至設在越南西貢、河內的上訴法院，由這些法院預審及審判。不服法國領事法庭判決、訴訟標的在三千法郎以上的民事案件，以及多數的刑事輕罪案件，也可以向西貢的法國法院上訴，並以設在巴黎的法國大理院為終審法院。參閱同註 42，上海市檔案館編，前揭書，頁 294。

120 參閱同註 42，上海市檔案館編，前揭書，頁 295。及同註 1，湯志鈞編，前揭書，頁 213。

121 參閱同註 41，徐公肅、丘瑾璋著，前揭書，頁 128。及參閱同註 40，上海市檔案館編，前揭書，頁 295。

論輕重，均得向該法庭上訴。對於上訴法庭民事判決有不服者，只有訴訟標的在五百鎊以上者，方得於法定期限內，上訴於英國樞密院。至於經上訴法庭判決的刑事案件，則必須得到樞密院的許可方得上訴樞密院<sup>122</sup>。

英國高等法院及上訴法院，原則上以判例、習慣為判決主要依據，無相類似判例時，也援引成文法為補充。法院所用訴訟法，由法院法官自行呈請英外交部核准施行，內容與英國國內郡法院相似。

### 3、「美國在華法院」(The United States Court for China)與「美國司法委員法院」(United States Commissioner for China)

#### (1)、美國在華法院

一九一六年義和團事件後，在華美國人急劇增多，案件也隨之增加。一九一六年六月卅日，美國國會通過《關於設立美國在華法院及其審判權限的決議》，同年十二月十五日，美國在華法院在公共租界黃浦路卅六號美國駐滬領事館內設立，又稱「大美國按察使衙門」(United States Court for China)，並於一九一七年一月二日正式開始工作。「美國在華法院」地位與該國地方法院相等，由法官一人，檢察官一人，執達吏一人，書記官一人及委員一人組成。法官由總統任命，任期十年。第一審受理不屬於各地領事法庭及上海美國司法委員法院管轄的民刑案件，即訴訟標的在五百美元以上的民事案件、一百美元以上罰款或六十天以上監禁的刑事案件；但凡得向領事法庭起訴的案件，亦得向該法院起訴。第二審則受理關於各領事法庭及美國司法委員法院判決的上訴案件。凡不服該法院判決者，得向美國舊金山高等法院上訴。倘再不服，則可上訴於「美京大理院」(美國最高法院)。該法院常駐於上海，但每年至少須往廣東、漢口、天津等處，開庭一次，遇必要時，得隨時隨地開庭<sup>123</sup>。

#### (2)、美國司法委員法院

一九二一年，美國政府廢止原上海美領事法庭，改設上海「美

122 參閱同註 42，上海市檔案館編，前揭書，頁 296。

123 參閱同註 41，徐公肅、丘瑾璋著，前揭書，頁 128。

國司法委員法院」，其地位與美國在華其他各處領事法庭相同。當時美國在華其他各處的領事法庭，以各地領事或總領事，或主持領事館的副領事為當然法官；但在上海則以司法委員為領事法庭法官。該法院受理上海一切較輕的民刑案件。凡民事案件如其訴訟價格在五百美金以上，刑事案件其主刑在一百美金以上，或拘役二月上，或罰金與徒刑併科者，該法院不得受理，應解送美國在華法院審理<sup>124</sup>。經過司法委員法院判決的罪犯，如係輕犯，即在上海監獄執行；徒刑超過三個月以上，前期送往菲律賓馬尼拉監獄執行，後期改送美國執行。

## (二)、配合上海公共租界生成的法院

領事裁判權不可能及於以他國人民為被告的民刑事案件，但在上海租界，卻產生了兩個「甲國領事得審判乙國人民，外國領事得審判中國人民」的法院，即「領事公堂」與「會審公廨」，顯然非領事裁判權的概念所能含括。

### 1、「領事公堂」(Court of Foreign Consul)

清末外人因不願受中國司法管轄，故透過條約取得領事裁判權。但工部局為租界的特設機關，又為各國僑民共同組成，一旦因工部局的公務而被控，事實上不可能受任何一國領事法庭或華方的管轄，因而產生了各國領事混合組成的領事公堂。

早在一八六九年的《土地章程》第二十七條，即詳載了領事公堂的管轄及審理程序：「公局(即工部局)可以做原告控人，亦可以被控人控告，均由公局之總理人(按即工部局實際行政首領)出名具呈，或用『上海西人公局』(Council For The Foreign Community of Shanghai)出名具呈。公局若係被告，所受被告責任，亦與尋常之人不殊，惟將應受之責任，專歸於公局之產業，不與經手之各董事及經理人等相干。凡控告公(工部)局及其經理人等者，即在西國領事公堂投呈控告，係於西曆年首有約各領事會同公議，推有幾位，名曰領事公堂，以便專審此等控案。」<sup>125</sup>不過，領事公堂卻遲

124 參閱同註 41，徐公肅、丘瑾璋著，前揭書，頁 128。

125 參閱《上海通志館期刊》一卷三期。

至一八八二年方正式設立，原因是在此之前的工部局總董及董事率皆英籍、殊少例外，故如欲控告工部局，即在英國高等法院控告總董及董事。

一八八二年一月，領事團推選英、德、美三國領事為領事團代表，充當法官，組織領事公堂。同年七月十日，領事團批准《領事公堂訴訟條例》，此後，每年由領事團選出領事三人充當領事公堂法官，組成領事公堂，以後又增加當年的領袖領事為領事公堂法官。一九三一年一月起，領事公堂法官增為五人，由領事團每年推選五國領事充任<sup>126</sup>。

本文於此並不欲深探領事公堂的組織及程序<sup>127</sup>，而著重於領事公堂所呈現的權力分立法治意義。領事公堂雖係由各國領事代表組成，但審判的案例不一定每次都是工部局獲勝，也有不少不利於工

---

126 參閱蒯世勛，會審公廨與領事公堂，刊於《上海通志館期刊》一卷三期。

127 關於領事公堂簡述如下：領事公堂受理以公共租界工部局為被告的訴訟案件，可缺席審判。領事公堂審案須公開進行，當事人負有舉證責任，公堂則必須使證人到場。訴訟結果如果是工部局敗訴，以工部局的產業承擔，與承辦的董事與經理無關。

領事公堂審案必須合規定的起訴條件和訴訟程序。一般先由原告(可委託訴訟代理人或律師)向領事公堂遞交起訴狀，記明當事人概況、訴訟請求和所根據的事實和理由、證據和證據來源，然後公堂對起訴狀進行審查，如果確屬受案範圍才予受理。

案件成立後，領事公堂通知被告應訴。被告應在收到起訴狀副本後，在規定的十四天時限內由律師呈上答辯狀。公堂法官通過對原、被告提供的起訴狀、答辯狀和各種證據資料進行審查，了解原告的訴訟請求和理由，以及被告的應訴要求和理由，再審查被告提供的作出具體行政行為的事實根據和依據文件。在此基礎上，領事公堂開庭審理，並磋商表決，公布判決書，判決書由各法官簽名蓋章。如果當事人不服一審作出的判決，在六十天期限內有權遞交上訴狀，載明上訴案由、請求和理由向領事公堂提出上訴。領事公堂對上訴作出的判決，則是終審判決。

因各國法律不同，領事公堂既不適用中國法律，也不適用任何國家的法律，多只可沿用《土地章程·附律》的規定。竭力為租界及工部局辯護的費唐則指出：「租界內一般適用之法律，厥惟地皮章程及附律之規定。關於未為此種規定所逐一包括之事端，公堂得依一般原則，以公堂認為公平而適合特殊案件之裁判解決之。」

對於發生的糾紛，領事公堂只能依照一般原則仲裁。領事公堂成立後，審理的案件很少，每年審理案件約一至數件，也有整年沒有訴訟的情況。詳請參閱同註 42，上海市檔案館編，前揭書，頁 297~300。及同上註，蒯世勛，前揭文。

部局的判決<sup>128</sup>；更重要的是，領事公堂的存在顯示，寡頭政體仍有著相當的權力制衡意識與體制，而非憑少數獨裁決定案件結果<sup>129</sup>。

## 2、會審公廨

就法院發展的過程來看，會審公廨反而與領事公堂較為類似，是租界自治後隨著租界而成長演化的司法裁判機關，並非依據「國與國」的條約而產生的司法機關，更不完全隸屬、聽命於單一國家，不僅迥異於傳統中國的司法裁判機關，也不同於其他國家依領事裁判權所設的司法機關。郭泰納夫(Kotenev)即言：「(會審公廨)是由於上海公共租界內經濟和政治力量的發展，由於負責租界內居民利益的人民，避免中國內部動蕩局勢的影響，而不斷努力創建了一個獨立法庭的結果。」<sup>130</sup>

既是「會審」公廨，則不能不論及「會審」與「觀審」混肴的問題。所謂「會審」，意指同時涉及華洋的民刑訴訟，領事不能勸息的，由中國地方官與領事會同審判。即使華人為被告的案件，外國領事亦得會審<sup>131</sup>。而「觀審」則是「旁聽」，凡同時涉及華洋的民刑訴訟，被告所屬國的領事或官吏，得在法庭上觀審，以便監督訴訟進行。如觀審員認為辦理不當，可以逐項辯論，並得添傳覆訊證人，承審員對於觀審員應以相當之禮對待。觀審員在法庭內雖可自由發言，但不能與承審員居於對立、對等的地位<sup>132</sup>。

「會審」的前身，可能須溯源至《五口通商章程》的「會同公斷」四字。該章程第十三條規定：「凡英商控告華人，必先赴領事署投稟，領事先行勸息，使不成訟；如有華人赴領事署控告英人，領

128 參閱同註 42，上海市檔案館編，前揭書，頁 300。

129 例如一九二二年一月二十五日的工部局董事會會議記錄即記載了「華麻子訴工部局案」(Haul Mo Sz V. The Council)，華麻子係工部局編號第一九三號的華捕，被工部局電氣處卡車撞死。司機後來因過失罪被判罰金一百銀元，或監禁一個月。穆安素法律事務所代表已故的華麻子之妻，向領事公堂起訴，要求賠償三千元。董事們原已指示工部局法律顧問準備並提出答辯書，代表工部局出庭。但因保險公司後來同意將賠償金由兩百元提高至一千元，並送交領事公堂，原告也已收受，該案因此解決。

130 Kotenev, Shanghai: Its Mixed Court and Council, preference.

131 參閱同註 106，葉祖灝著，前揭書，頁 42-43。

132 參閱同註 106，葉祖灝著，前揭書，頁 42。

事一律勸息，免致小事釀成大事。倘有不能勸息，即移請華官會同查明實情，秉公定斷。其英人如何科罪，由英國議定章程法律，發給管事照辦，華民如何科罪，應治以中國之法。」此處的「管事」，英文原文即為「領事」(Consul)，從此英國領事即取得了裁判在華英國國民之權，也就是領事裁判權。有問題的是華洋案件若無法息訟，即由中國地方官與英國領事「會同」查明實情，秉公定斷。但是否單指民事案件，則語意不清<sup>133</sup>；另該條後段雖確立了對華洋犯罪者的懲辦方式，即華洋被告各由中外官員依本國法裁判，但卻未明白指出是否華洋均可參與「會審」或觀審。

一八五八年的《中英天津條約》，則出現了「會同公平審斷」六字，也就是「會審」。第十六款稱：「英國民人有犯事者，皆由英國懲辦；中國人欺凌擾害英民，皆由中國地方官自行懲辦。兩國交涉事件，彼此均須會同公平審斷，以昭允當。」但所謂「兩國交涉事件，彼此均須會同審斷」，是否兼括民刑案件，語意依然不明；更大的爭議，則在於中方根本無「會審」之意，而僅是希望「雙方公平無私」<sup>134</sup>。

---

133 當時中外是否清楚的劃分刑民案件，實值進一步研究；更進一步言，領事官即使將刑事案件也「息訟」，又有何妨？中國官廳又能怎樣？除非中國官廳已有今日「公訴」之概念，依法必須追訴到底。換言之，本文認為《五口通商章程》不僅早就開啟了領事藉「會同公斷」裁判華民之口；更重要的是，由於領事先行為案件「把關」的原因，華方實自此即已喪失了部分華人刑事案件的偵查權。這部分的失權，嚴重性實不下於「會審」。

134 關於《中英天津條約》「語意不明」問題，有人認係因條約翻譯出了差錯，即認為雙方開始時並無所謂「會審」之意。根據日文版《中英天津條約》第十六條，係「裁判則雙方共當公平無私」，而非「必須會同公平審斷」。參閱希白，領事裁判與會審公廨之權限，《新民叢報》第四年第二期。該條款原文如下：Article 16.

Chinese subjects who may be guilty of any criminal act towards British subjects shall be arrested and punished by the Chinese authorities according to the Laws of China.

British subjects who may commit any crime in China shall be tried and punished by the Consul or other Public Functionary authorized thereto according to the Laws of Great British.

Justice shall be equitably and impartially administered on both sides. 引自[日]外務省條約局，《英、米、佛、露ノ各國及支那國間ノ條約》(大正十

爾後包括一八七七年的《中英煙台條約》，一八八一年(光緒六年)的《中美續補條約》，均對「觀審」作了更細緻的規定，但卻未再論及「會審」。但一八八七年的《中法安南邊界通商章程》第十六款，又出現「華人與法人安南人詞訟案件，歸中法官員會審」之語<sup>135</sup>。

「觀審」、「會審」長期以來一直困擾著中外雙方，從中外條約的發展、演進過程來看，《中英煙台條約》雖然明確的指出「會同」即「觀審」，而觀審員權責類似於律師，絕非負責審判的法官，似乎已完全否定了「會審」，顯然對華方有利<sup>136</sup>。然而，在上海公共租界，卻是從租界生成之初，其對華民的裁判即已超越了中外約章，成了副領事或翻譯官「會審」華洋混合民刑案件、甚至純粹華民刑事案件之局，且爾後不論是在洋涇濱北首理事衙門時期，或是會審公廨時期，均未曾再走削權的回頭路。雖然華方稱之為「陪審」，似是界於「觀審」與「會審」間，但實際上外籍陪審員不僅是「會審」，更是「主審」。

### (三)、紊亂中的秩序與不公平

綜合前述，我們已可為上海租界錯綜複雜的司法裁判體系，依其對「人」的管轄權而整理出一個簡表(參閱表 2-2)。

從表列得知，雖然上海租界司法體制紊亂、各式法院繁多，但其實仍稱得上是「亂中有序」，即租界絕大多數的民刑案件，均可順利找到適當的管轄法院。

只是，當我們仔細剖析各個法院對人的管轄時，將會發現，除去各國殖民地或其保護國人民不論，只有會審公廨與領事公堂會出現「甲國審判官裁判乙國人民」的情形。

且進一步言，由於領事公堂的被告是由工部局具名，其敗訴的

---

三年三月)，頁 31。

135 《中法安南邊界通商章程》第十六條：「其在邊關處所，華人與法人安南人詞訟案件，歸中法官員會審。至法國人及法國保護之人，在通商處所，如有犯大小等罪，應查照咸豐八年條約第卅八、卅九款一律辦理。」

136 郭泰納夫即認為，對上海租界外人而言，《煙台條約》反而治絲益棼。

Kotenev Shanghai: Its Mixed Court and Council, p80.

責任又僅歸於工部局，因而在上海租界，實際上只有華民與未享有領事裁判權的外國人，才會受到與自己不同國籍的法官裁判，這是會審公廨與眾不同之處，也是租界司法「亂中有序」的同時所呈現的最大形式不公平，也是上海租界法制朝現代法治社會發展時始終無法克服的盲點。

表 2-2：上海租界各法院對「人」的管轄權分析

名稱	權力依據	對人的管轄範圍	備註
各國領事法庭	依不平等條約的片面領事裁判權	在上海租界被控的該國國民及其保護國、殖民地人民	前後共有廿國在上海設立
英國高等法院(大英按察使署)	同上	不僅上海租界，亦及於全中國的英國人民及其保護國、殖民地人民	取代原英國上海領事法庭
英國上訴法院	同上	在中國各地的英國領事法庭所管轄之人	為英國各地領事法庭的上訴機構
美國司法委員法院	同上	在上海租界案情較輕的民刑案件美國籍被告	取代原美國上海領事法庭
美國在華法院	同上	在全中國各地案情較重的民刑案件美國籍被告	管轄全中國各地美國人所涉案件
領事公堂	《土地章程》	工部局為被告的案件實際出庭的當事人可能為各國人	類似行政法院，敗訴責任由工部局承擔
會審公廨	《土地章程》《洋涇濱設官會審章程》	租界民刑案件被控的華人及無領事裁判權的外國人	各國領事官所派人員與華籍讞員會同審理

## 結語：紊亂中的權力關係競逐

「三界四方」的上海租界，其政法制度的紊亂，絕非三言兩語就可道盡，這也是從事上海租界相關問題研究時必然得先破解的大難題。本章採取了不同以往的析論方式，從法律文化、地理位置暨



中外心理層面等出發，希望能獲得不一樣的觀察基礎。

本文認為上海租界的生成或與外人殖民侵略脫不了關係，但爾後的發展及擴張，卻是再添入了華洋雙方「華洋分居」共識的變因，讓外人得以自行建立其「專屬堡壘」；爾後，又因為界外亂事等原因，使得租界由「華洋分居」變成「華洋雜處」，加以清廷因亂事的暫時失權，而讓外人有了掌控租界華民的理由及實際需要。

在上海租界形成初期，華民尚非人口主流。但隨著界外華民的流入，上海租界也展開了一場空間解構工程，配合著一些現代都市、社會管控的工具、技術與知識，逐步讓已習慣於傳統帝國之鞭權力關係的華民，開始同步接受著強調法律規訓的寡頭之鍊權力關係的洗禮。上海會審公廨就誕生於這般地理、歷史與空間的背景之下，不僅早已脫逸不平等條約的範圍，更傾向於係一個伴隨新興都市的「自治」或「獨立」而生的「治安法庭」。學者馬長林即指出：「考諸歷史事實，我們確實發現，會審公廨是公共租界發展的產物，或者說，它是『華洋雜處』的產物。」<sup>137</sup>換言之，會審公廨與其說屬於傳統中國法制的一部分，更貼切的說應是「上海自治國」法制的一部分。只是因其「主要演員」包括了華民與華官，而使得會審公廨依然保有些許帝國之鞭的特色。

在傳統中國，負責管理地方事務的官員，本應兼括行政、司法、立法等職責，並不單只負責刑民案件的審理。會審公廨既身為「中國衙門」，其主事者理應同等有全包式的職責。但由於蘇滬地方官員乃至會審公廨讞員「不受遙制」及未具備現代主權概念等原因，終致寡頭政體一步步擴權，在各方面排擠了傳統中國官廳對租界華民的立法權及行政權。工部局及巡捕房的成立，以及仿英國制的起訴制度，更讓寡頭政體幾乎完全掌控了刑事案件的偵查及決定起訴與否的權力；外籍陪審員的「會同審理」，則讓租界華民成為租界中「相對特殊的」必須要受外國法官裁判的人民。

在上海公共租界法制大舞台曾經同時擁有二十個以上的法庭，會審公廨不過是其中之一；上海會審公廨在這個大舞台中，似僅佔了

---

137 參閱同註 2，馬長林，前揭文，頁 51。

約二十分之一的面積；但會審公廨的實際影響，卻不知比其他法庭高出多少倍。然而，卻也由於會審公廨的多面向與實質重要性，註定了它終將成為各方權力競逐場域的命運。但外人權力滲入會審公廨，終非一夕造成，其間亦經過多番折衝拉距。底下謹以一八六四年會審公廨前身洋涇濱北首理事衙門成立、一八六九年會審公廨成立及一九一一年辛亥革命致會審公廨產生重大質變為界，分章敘述中外各自發展對華民的權力關係、乃至相互融合的經過，並兼及評析各時期的重要案例。