

法律文化史研究

何勤华 主编

第四卷

浅谈领事裁判权始末

战后美国国家安全立法概要

中西方古代政治经济形态与思想文化基因

爱德华·柯克的生平与著述

《新译日本法规大全》述评(二)

百年回望日本法

近代中国部门法立法史料(一)

北大法律系77级——我们永远的精神家园

商务印书馆

0909.1
7
:4

法律文化史研究

(第四卷)

何勤华 主编

商務印書館

2009年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律文化史研究. 第四卷/何勤华主编. —北京:商务印书馆, 2009

ISBN 978-7-100-06637-2

I. 法… II. 何… III. 法制史—世界—文集 IV. D909.1—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 064199 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

**本书得到上海市重点学科建设项目资助
编号 T1001**

Fǎlǜ Wénhuàshǐ Yánjiū

法律文化史研究

第 四 卷

华东政法大学法律史研究中心主办

何勤华 主编

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京民族印务有限责任公司

ISBN 978 - 7 - 100 - 06637 - 2

2009 年 12 月第 1 版

开本 880×1230 1/32

2009 年 12 月北京第 1 次印刷

印张 15

定价: 30.00 元

序 言

自从德国法学大师柯勒(J. Kohler, 1849—1919)于 20 世纪初开创了法的文化研究以来,法律文化研究在世界各国都一直深受学术界重视,并日渐扩大着其影响。^①

20 世纪 80 年代以后,中国法学界也掀起了法律文化研究的热潮,推出了不少优秀的作品,出现了陈鹏生、俞荣根、武树臣、梁治平、贺卫方、高鸿钧、张中秋、刘作翔、何勤华等一批将法律文化作为自己学术研究重要领域的学者。

法律文化史研究,是继承了法律史研究和法律文化研究之成果,并结合两者的方法而出现的一种新的研究思路和方法,它将历史上的法律文化即历史上出现的并对后世的法律发展产生重大影响的法律思想、法律制度、法律事件、法典、法学家等作为自己的研究对象,以法律是一种文化现象、法律的产生和发展是社会进化至一定阶段的经济、政治、宗教、道德、文学艺术等多种因素综合作用的结果之立场和方法来展开自己的研究,并阐述作为文化的法律的各种内在的和外在的联系,它是对法律史和法律文化研究的一种深化。

早在 20 世纪 90 年代初我国学术界出版的几部著作如梁治平的《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》(上海人民出版社

^① 关于柯勒的生平及其学说,详细参阅丘汉平:《现代法律哲学之三大派别》,载《法季刊》第 2 卷第 8 期,1927 年;何勤华主编:《二十世纪百位法律家》,第 297—301 页,法律出版社 2001 年版。

1990年版)、张中秋的《中西法律文化比较》(南京大学出版社1991年版)、武树臣的《中国传统法律文化》(北京大学出版社1994年版)等中,就已经花了大量的篇幅研究中外历史上的法律文化。而在何勤华的《法律文化史论》(《法学》1996年第10期)一文中,则明确提出了“法律文化史”的概念,阐述了其内涵,^①并力倡以此种视角和方法来克服法律制度史、法律思想史等单独研究的缺陷,对法律史进行全方位的深入的研究。^②

本着涓涓小溪能汇成大海、粒粒细沙将垒起高山的学术探索精神,我们着手编辑《法律文化史研究》(多卷本)学术丛书,试图为中国学术界的法律文化史研究开辟一个发表成果的园地,提供一个学术积累的载体。本书每年出一卷,主要刊登我国学术界尤其是中青年学者在法律文化史研究领域中的原创性成果。我们希望《法律文化史研究》成为我国法律史学界学人的又一位良师益友,并为中国法律学术的发展作出贡献。

本卷的编辑出版,得到了上海市重点学科项目经费的资助。商务印书馆领导对本套丛书给予了高度重视和支持,责任编辑王兰萍副编审则为本书的编辑出版付出了诸多心血。对此,均表示我们一片诚挚的谢意。

何 勤 华

于上海·华东政法学院

2004年元旦

① “法律文化史,就是关于法律文化发展的历史过程及其规律的描述的学问(科学),具体包括对历史上各种法律事件的出现与演变,各种法律制度与原则的兴衰,关于法律的名词、概念、术语,法学人物、学派、学说、理论等的形成和发展,以及在法律文化发展中它与经济、政治、道德以及其它社会文化现象的关系等的阐述”。见何勤华:《法律文化史论》,载《法学》1996年第10期。

② “法律文化史的研究,将法制史、法律思想史、法学史等糅合在一起,既有制度,又有人物,又有思想,又有理论和学说,因而为人们提供了新的视角、新的方法,以帮助人们从宏观上、整体上把握法律发展的整体风貌,从而开辟了一个新的研究领域”(同上)。

目 录

序 言·····	何勤华	1
----------	-----	---

公法史研究

浅谈领事裁判权始末·····	丁凌华	3
国家权力优化配置过程中检察权的定位·····	胡 骏	14
澳大利亚法人犯罪及其刑事责任初探·····	陈碧文	50
战后美国国家安全立法概要·····	黄爱武	67

民商法史研究

法律因果关系渊源小考

——以“罗马法—普通法”为主线·····	韩 强	107
大清光绪朝矿务章程之行政规范解读·····	王兰萍	118

法律思想史研究

黄遵宪《日本国志》“以法治国”来源小考·····	胡 娟	155
中西方古代政治经济形态与思想文化基因·····	杨师群	167
中国传统节日与传统文化和民族气节		
——从《礼记·月令》谈起·····	冯卓慧	199
论劳动者休假权保护的法理基础·····	梁会龙	213

法学史研究

- 爱德华·柯克的生平与著述 于 明 237
- 穗积陈重与比较法学 [日]石部雅亮 李求铎译 286

《新译日本法规大全》述评(二)

统计公开与国际法立法例

- 第四卷之点校前言 王兰萍 311

日本近代社会救济与地方制度立法

- 第五卷之点校前言 韩君玲 320

日本近代转型时期法律与社会写照

- 第六卷之点校前言 高 珣 330

文化遗产保护与财政立国的法制化

- 第七卷之点校前言 洪佳期 343

《新译日本法规大全》与晚清新政 程 波 359

百年回望日本法

- 评《新译日本法规大全》(点校本) 何勤华 393

近代中国部门法立法史料(一)

- 光绪三十四年(1908年)报律 点校整理 腊 梅 407

- 宣统二年(1910年)著作权律 413

- 光绪三十四年(1908年)结社集会律 421

学者随笔

北大法律系 77 级

- 我们永远的精神家园 何勤华 429

公 法 史 研 究

浅谈领事裁判权始末

丁 凌 华

领事裁判权是指，凡在中国享有领事裁判权的国家，他们的在华侨民一旦成为民事诉讼或者刑事诉讼的被告时，中国法庭无权裁判，而只能由他们本国驻华领事按照他们本国的法律来进行裁判。领事裁判权有时也称治外法权，但两者又有区别：治外法权是依据国际公法原理，由于外交来往等原因，在本国以外的国家所享有的不受该国司法管辖的外交豁免权，如大使馆人员、国家元首出访等，因此是建立在平等互利原则基础上的；领事裁判权则是由不平等条约所确立的享有国单方面的特权，是建立在不平等基础上的，是治外法权的畸形发展。可以说领事裁判权属于广义的治外法权范畴。领事裁判权只有在半殖民地国家才有可能产生，因为在完全独立的国家不会允许别国获得领事裁判权，而在完全的殖民地国家，它本身实行的就是宗主国的法律，也没有必要去搞领事裁判权，比如当时的印度，作为英国殖民地，它采用的就是宗主国英国的法律，所以这样的情况下就没有必要去获取领事裁判权，所以领事裁判权只可能在半殖民地国家产生。领事裁判权也是清朝末年司法制度半殖民地化的主要标志。

领事裁判权的定义中有一个关键词，就是“被告”。领事裁判权是采用被告主义原则的，为什么要采用被告主义原则？我们知道，西方国家虽然被称为帝国主义国家，但是它也是一个具有长期的民主自由平等观念的国家，它在对其他国家进行侵略的时候，他们自己的平等观念

也会渗透进来,也就是说对其他国家实行不平等的对待,签定不平等的条约的同时,也会自觉或者不自觉的贯彻一些所谓的表面的平等。这个被告主义原则就是这样。它是为了保护他们的在华侨民,因为他们的在华侨民成为被告的时候,可能受到的损害最大,因此采用被告主义原则。也就是说中国人要和英国人打官司,中国人是原告,英国人是被告,中国人就要到英国领事馆去告;但是反过来,如果英国人要告中国人,英国人是原告,中国人是被告,还是要到中国官府去告。说得通俗点就是:你告我,到我这里来告;我告你,到你那里去告。这就是被告主义原则。当然,帝国主义国家一方面在领事裁判权中采用了被告主义原则,另外一方面对于他们的领事来说,他也不满足于仅仅是被告主义原则,所以我们看后来领事裁判权发展到会审公廨的时候,就是帝国主义国家不满足于他们的侨民作为被告的案件他们才能审理,作为原告的案件他们也要插手,这就导致后来会审公廨的发展。

清政府在鸦片战争前拥有独立的司法主权,当时外国人在中国发生诉讼,无论是中国人与外国人的华洋诉讼,还是外国人与外国人的洋洋诉讼,都是由清朝官吏按照《大清律例》来处理。凡是人命案件,根据中国法律应处以死刑的,不管凶手是中国人还是外国人,中国官府都一体对待,毫不手软,这种气派一直维持到道光初年。

领事裁判权是在 1843 年——也就是道光二十三年确立的。我们知道在鸦片战争结束的 1842 年,中国战败,签定了丧权辱国的《南京条约》。在《南京条约》中只规定了五口通商,也就是允许英国人在广州、厦门、福州、宁波、上海五个通商口岸自由经商,但《南京条约》中没有规定领事裁判权,而是在第二年——1843 年的中英《五口通商章程》才规定了领事裁判权。中英《五口通商章程》的全称是《五口通商章程:海关税则》,订立于 1843 年 7 月,内容是具体规定在通商的五个口岸里面中英双方应该遵循的通商规则,共 15 款,其中一款名为“英人华民交涉词

讼”，具体规定了领事裁判权。10月，清政府派钦差大臣和英国驻华公使分别代表两国政府在广东虎门签订了《五口通商附粘善后条款》，也叫做《虎门条约》，《五口通商章程》作为附件收入《虎门条约》，可以说是《南京条约》的补充条约。英国人很会找地方，专门找了个林则徐烧他们鸦片的地方签定了这样一个条约，当然是带有某种报复的意思。有的书里称《五口通商章程》就是《虎门条约》，这是不对的，如果说《五口通商章程》是《虎门条约》的主要附件，《虎门条约》16款主要是重复《五口通商章程》的内容，这是对的。《虎门条约》也使《五口通商章程》正式具有法律效力。《虎门条约》导致中国主权的丧失除了领事裁判权外，还有：关税自主权；片面最惠国待遇——就是中国今后通过不平等条约给予任何国家的好处英国都可以得到；英国军舰可以以保护侨民为名出入五个通商口岸；英国侨民可以在通商口岸租借或建造房屋居住，这就开了租界之例。

《五口通商章程》中所规定的领事裁判权有两个特点：它的对象只限于英国一个国家的侨民，它的范围也仅限于五个通商口岸的范围，还没有涉及到其他地方。但是第二年1844年，中美《望厦条约》^①和中法《黄埔条约》相继签定，美国和法国也取得了五口通商、领事裁判权、协定关税权、片面最惠国待遇，并且增加了在通商口岸修筑教堂和传教的权利。接下来其他国家也纷纷援引最惠国待遇条款，要求取得领事裁判权。因此，陆陆续续下来，从1843年到1918年，一共有20个国家——其中大部分是欧洲国家，再加上美、日，以及部分南美国家等，最晚的是瑞士——在中国取得了领事裁判权。这20个国家也不能都称为帝国主义国家，因为有的国家根本不是帝国主义，有不少国家的领事裁判权，用上海话讲，就是“捣浆糊”捣进来的，像墨西哥、巴西、秘鲁、智

① 望厦为澳门的一处地名，签约地点在今澳门普济禅院观音堂后花园。

利等南美国家,是不能称为帝国主义国家的,这些国家能够取得领事裁判权,当然是美国帮了他们的忙,因为根据门罗主义原则,当时南美已经纳入美国的势力范围。这样一来,领事裁判权的对象从英国扩大到20个国家,范围从五口扩大到沿海和沿江各港口。

由于领事裁判权采取被告主义原则,外国领事只能审理本国在华侨民成为被告的案件,本国侨民作为原告的案件领事还不能插手。观审制度与会审公廨就是要满足外国领事可以插手华洋混合案件中外国侨民作为原告的案件。

什么叫观审?观审最早规定在第二次鸦片战争后1858年签订的中美、中英、中法《天津条约》中,规定各国侨民一旦与中国人发生诉讼,原告方都可先告知自己一方的官员,然后到对方官员处告诉,如果无法调解处理,双方官员可以会同查明,“公议察夺”,即双方秉公商议定夺。但《天津条约》中关于这一点文字比较模糊,既没有出现观审的字样,也没有具体规定观审的范围及程序。但这些模糊的规定有利于列强,当然他们不会轻易放过,1876年《中英烟台条约》中对观审就有了明确的规定,规定原告到被告国官员处控告,由被告国官员“承审”,但原告国官员可以到被告国的承审官员处观审,如果认为承审官员办案不妥,双方官员可以进行辩论。即使在没有领事馆的内地各省,只要发生了杀害或抢劫英国人的案件,英国领事也可以前往观审。从形式上看,观审制度是双方平等的:你审理我的案子,我可以来观审;我审理你的案子,你也可以来观审;双方有分歧,大家可以辩论。但实际上,在经过两次鸦片战争以后,中国官场普遍有一种对洋大人的恐惧心理,轻易不敢得罪洋人,生怕一不小心又惹出一场国际纠纷甚至战争;另外中国官员也害怕法律辩论,这些官吏都是科举出身,没有受过法律的专门训练,不懂得法言法语,敲敲惊堂木,吓唬吓唬老百姓还是可以的,但你叫他平等地和对方辩论,很少官员有这个水平和胆量。自己承审的时候,外国

领事要辩论,也没有办法;但外国领事承审,自己主动去辩论,那不是自找没趣吗?所以外国领事遇到观审都踊跃参加,把这个观审看作是自己的权利;中国官员则把这个观审看作是自己的负担,能避则避,主动放弃观审权。这样一来,观审制度对中国人的利弊就很清楚了。

什么叫会审公廨?会审公廨就是清朝地方政府设在租界内审理华洋混合案件的审判机关,实际上是由外国人控制的,所以这个会审公廨是领事裁判权的扩大和延伸,是领事裁判权在租界内的一种特殊表现形式,其危害超过观审制度。那么领事裁判权是怎么样扩大为会审公廨的呢?在1851年的时候,太平天国起义爆发,两年后,1853年,上海也搞了一个起义,叫小刀会起义,领导人叫刘丽川,指挥部大概在今天的城隍庙那里,城隍庙那里有个豫园,里面有个建筑叫点春堂,当时小刀会的指挥部就设在那里。小刀会把上海的老县城占领了,于是上海县和上海道台的官员就逃跑了,这一来上海的地方政府就没有了,于是上海的英、法、美三国领事乘机以保护租界为理由,在1854年拟定了《上海英法美租界租地章程》,并在租界的租地人会议上通过,没有和清政府商量,就宣布该章程开始实施。这个章程很厉害,在这之前的租界,是外国人租中国的地盘,这个地盘上的行政管理、税务征收、司法诉讼都是由中国官员来管的,现在这个章程使租界变成了外国人的地盘,成了国中之国,英、法、美三国在租界中建立了各自的管理机构——工部局,并成立了自己的警察机构——巡捕房,开始行使租界中的行政与司法权。这样领事既可以审理华洋混合案件,也可以审理租界内的华人违警案件。

小刀会一年半以后就被列强的洋枪队镇压了,上海的地方政府官员也回来了,但是对租界已经没有管辖权了,甚至要抓捕租界中的华人,必须要通知领事,移交与不移交的决定权则在领事。清政府也清楚,本来上海就是列强帮你收回的,所以对租地章程也只能睁只眼闭只

眼默认了。《天津条约》后,“会同审理”也就是观审制度逐渐成为华洋混合案件的通例,1864年,在英国领事的建议下,在上海公共租界内设立了一个“洋泾浜北首理事衙门”——此时上海的英美租界刚刚合并为公共租界。所谓“洋泾浜北首”就是指洋泾浜北岸,这个理事衙门最初设在英国领事馆内,后来迁到南京路上,从地理位置上说都在洋泾浜北首。“洋泾浜北首理事衙门”名义上是清政府的上海地方政府设立在租界里面的专门审理华洋混合案件的机构,凡是华洋混合案件,由公廨的中国官员和英国副领事共同审理。到1868年,上海道与英国领事签订了《洋泾浜设官会审章程》¹⁰条,原来的“洋泾浜北首理事衙门”正式改称为“公共租界会审公廨”。同年,上海道又与法国领事签订《法租界会审协议》,成立“法租界会审公廨”。

会审公廨相对于原来的领事裁判权不同在什么地方呢?

其一,从组织机构上说,原来华人和无约国侨民为被告的案件都由上海县官员在老城区独立审理,现在则搬到英租界内,而且由英国副领事陪审。会审公廨内的中国承审官员称为臬员,由上海道派出同知一名担任,相当于现在的副厅级干部,英国人要控制这样一名臬员当然比原来控制一个县政府、道政府容易得多。

其二,从诉讼管辖上说,原来采用被告主义原则,洋人为被告由该国领事裁判,中国人或无约国侨民为被告则由中国官府审理。现在洋人为被告仍由该国领事裁判,但无约国侨民为被告则须由副领事陪审。租界内的中国人为被告则分为三种情况:一是纯粹中国人之间的诉讼,由会审公廨处理,副领事不参与陪审,处刑在流刑以上者,移交上海县审理;二是受害者为外国人的案件,副领事必须参与陪审;三是诉讼双方虽都是中国人,但其中一方是被外国人所雇佣的,副领事也可参与陪审。也就是说,只要领事认为案件中稍有牵涉外国人的利益,就可以参与陪审。

其三,从拘捕程序上说,当时上海有三种警察:隶属于上海县政府的,叫县差;隶属于会审公廨的,叫廨差;隶属于租界工部局的,叫巡捕。巡捕中有外国人也有中国人,中国人当巡捕就叫华人巡捕,当时黄金荣就是法租界的华人巡捕,也有不少印度人当巡捕的——这是英国人从他的殖民地印度带来的,这些印度巡捕头上都包块红布,上海人就称其为“红头阿三”。之所以叫“阿三”,一种说法是上海人称地位低的人叫小三子,印度巡捕在上海人眼中位于洋人巡捕、华人巡捕之后,所以叫“阿三”;还有一种说法是印度巡捕说英语有个口头语,一开口老是“I say, I say”,和上海话中的“阿三”发音很像,传来传去,就变成“阿三,阿三”了。按照《洋泾浜设官会审章程》的规定,县差、廨差可以抓捕租界内的中国人,只有抓捕被洋人雇佣的中国人才需取得领事的同意。但实际上县差、廨差受到巡捕的阻挠,在租界内无法行使抓捕权,之后清政府实际放弃了这一权利,在租界内抓任何人都必须取得领事的同意。其实这一点也是有弊有利的,至少对当时的革命党人是有利的,比如1896年发生在公共租界的著名的“苏报案”,我们现在都说是清政府与租界工部局勾结,结果章太炎和邹容被监禁,邹容还死在狱中。其实这两人如果不是在租界,一个骂光绪皇帝是小丑,一个写《革命军》,都是要被凌迟处死的。租界迫于清政府压力,也只判了监禁三年,并没有把他们交给清政府,邹容最后是病死的,没有迹象表明是工部局故意弄死的。

外国领事和租界工部局充分利用会审公廨的陪审权,利用一切机会扩大针对中国人的司法权。本来会审公廨只能执行枷杖和短期监禁,判处两年以上长期监禁者要移送上海县监狱执行——上海县监狱在老城厢、今天的豫园南面的光启路上。《洋泾浜设官会审章程》签订后两年,1870年,公共租界工部局就在厦门路上造了一座监狱——就在今天的南京路步行街北面、苏州河南岸,这是租界的第一座监狱,用

来关押会审公廨擅自判处的长期监禁犯人，这以后长期监禁犯人就移送上海县了，章太炎、邹容当时就是关在这里。因为关的人越来越多，人满为患，又造了第二座监狱——提篮桥监狱，大约是1903年启用的，当时称为“远东第一监狱”，今天还在使用，在上海话里，“提篮桥”就是监狱的别称了。中国共产党的领导人任弼时、张爱萍，江泽民的养父江上青都曾在这座租界监狱被关押过。

会审公廨不仅上海有，后来在其他地方也有，只是上海是最早的，后来在汉口、哈尔滨、厦门鼓浪屿都出现过。这些会审公廨中的臬员其实都被陪审的外国领事官员所控制，就像《清史稿》里所讲的，出现了“外人不受中国之刑章，而华人反就外国之裁判”的怪现象。

下面顺带谈谈“洋泾浜”的意思。上海人知道上海话里“洋泾浜”的意思，就是不伦不类的、四不像的东西。比如说外地人学上海话，学得不好就是洋泾浜上海话，英语说得不好就是洋泾浜英语。洋泾浜这个词汇是和洋泾浜这条河有关系的，我们在上海地图上可以看到，东西向的苏州河，南北向的黄浦江，两者的结合点就是外白渡桥，洋泾浜这条河东面一头通到黄浦江，北面一头通到苏州河，实际上是苏州河的支流。这条河在上一个世纪三十年代的时候由于污染得太厉害了，被英法租界的工部局给联合填掉了，填掉了以后在上面修了一条路，其中主要的东西向的一段，就是今天的延安东路。所以我们看其他的几条东西向平行的路，像金陵路、北京路、南京路，相对都比较直，但是延安东路是弯弯曲曲的，就是因为顺着原来洋泾浜的河流走向修建的。另一段南北向的有点搞不大清，有的说相当于今天的西藏中路，有的说相当于今天的福建中路，我觉得福建中路大概更贴近一点。在三条河流的中间，这个四面环水的地方——东面是黄浦江，南面、西面是洋泾浜，北面是苏州河，像一个岛一样——就是英租界，英国人是很会找地方的，四面环水。苏州河的北面，今天的虹口区的地方就是美租界。后来英