

CONSULAR JURISDICTION:
*The Background and Course of
Its Establishment in China*

安国胜 著

西风落日

领事裁判权
在近代中国
的确立



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

西风落日

安国胜
著

领事裁判权
在近代中国的
确立



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

西风落日:领事裁判权在近代中国的确立 / 安国胜
著. —北京:法律出版社, 2012
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2920 - 7

I. ①西… II. ①安… III. ①领事裁判权—中外关系—国际关系史—近代 IV. ①D829.12

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 261134 号

西风落日

——领事裁判权在近代中国的确立

安国胜 著

责任编辑 易明群

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2012 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 23.75 字数 437 千

印次 2012 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2920 - 7

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西风落日(代前言)

(一)

在欧亚大陆的东、西两端,两种不同的文明孕育出了两套截然不同的法律制度,即以礼教文化农耕文明为底蕴的中华法律和以基督教文化商业文明为底蕴的西方法律。尽管在漫长的历史长河中两种文明和制度曾经有过少许的交流甚至碰撞,但彼此之间既缺乏系统性的比较,也没有大规模的冲突,任何一方都没有对另一方产生过什么实质性的影响,更谈不上谁为谁而改变。直到十八世纪,地球忽然像变小了一样,正当东方帝国仍然关闭着自己的国门,在来自北方寒地的落后部族治下尽情地陶醉在博大精深的灿烂文明之中做着千年帝国的春秋大梦之时,用准现代化硬件武装起来的西方人携着从远古时代便传承下来的商业精神蜂拥而至。出于对一个古老而强大帝国的敬畏,更重要的是对现实能力与长远利益的权衡,他们并没有像对待另外几个早已衰败的古国那样将华夏帝国一举消灭据为己有,而是小心翼翼地企图用他们自认为放之四海而皆准的商业法则打开这个东方帝国的通商大门。江河日下的主人没有能力和决心赶走这些不受欢迎的客人,对主人的财富早已垂涎三尺的客人也没有足够的实力吞并掉顽固而怯懦的主人。在这样的背景下,围绕着西方人对通商利益的执着追求与满清政府无可奈何的半推半就,两种文明和法律制度之间第一次发生了剧烈的冲突和碰撞,并结出了一个孽果——这个孽果就是今天差不多已被遗忘的领事裁判权。

近代意义上的领事裁判权是一种基于双边正式条约的制度安排,即允许一国未享受主权及外交豁免的国民在另一国境内居住、游历、经商或

从事其他活动期间得不受东道国司法追究,其违法犯罪及民事责任等情事概由其本国领事等官员依其本国法律审判。它既是属地主义司法管辖权的一种例外,也是对东道国司法主权的一种严重侵害。从法律属性上看,领事裁判权既是给予一国派驻他国特定官员审判本国公民的一种司法权力,也是该国公民在东道国享有的免除其司法追究的权利,当然前者尚须以派出国国内立法为依据。鉴于在实际执行过程中,前述权力的行使并非领事之专属,因此命名为“领事裁判权”在定义上尚存瑕疵,加上其他原因,多数情况下学界也以“治外法权”为名,取其“本国管辖区域外享有的司法权”之意。不过综观中外条约,此等利权大多以列举形式做事实上的描述而非以一词以代之,只是在进入二十世纪,该制度业已成过街老鼠之时,这两个名词方出现在中外条约文本和相关的著述中。

溯其源头,领事裁判权并非近代人的首创。远在人类文明的早期,在通商事业较为发达的地中海沿岸即有允许外邦商人依其本族习惯和法律实施自治的传统,甚至允许从这些商人中间推举人员或由本国派出官吏管理其内部事务,包括裁断他们之间的纠纷。自秦以降的大一统中华帝国虽然国内商业不振,地理特征又阻碍了与其他各国大规模的商业往来,不过在有限的通商口岸也有允许外来商人“各依本俗法”的先例甚至将其写入了律典。这在国家主权观念尚未确立、不同国度人员之间的往来尚未频繁的年代既算不上一种使外国人超然于本国人之上的特权,对东道国而言亦无所谓侵害,仅可视为在文化、宗教、法律存在巨大差异情形下的一种利益上的妥协和管理上的方便措施。

中世纪后欧洲各地商业日益发达,旨在保护本国商人的领事制度渐次兴起。由于裁断本国商人之间的纠纷本来就是领事的一项主要权能,于是领事裁判权便理所当然地随着各国商业交往的日益增多在欧洲遍地开花,并在各国之间签订的条约章程中频频出现,成为一项风靡一时的正式制度。十字军东征打开了东西方商路,这项制度也随即来到了占据欧亚两洲交通要冲的奥斯曼帝国。当欧洲走上对外扩张的征途之后,内部也进行了迅速的整合,尽管欧洲各国之间依然矛盾重重、战争不断,但相近的文化理念和相同的宗教信仰不但让他们彼此熟悉,也易于沟通与交流。更为重要的是,它们虽然有着迥然不同的法律制度,但构成其基础的法律理念之间并无根本性的差异。在这样的背景下,领事裁判制度便逐渐失去了它赖以存在的基础。十七世纪中叶的《威斯特伐里亚和约》既奠

定了近代国家关系的基础,也标志着国家主权概念的成熟,于是领事裁判制度也随之在欧洲迅速瓦解,退出了历史的舞台。然而在与欧洲有着不同宗教基础的奥斯曼帝国它却继续得以存在,从而埋下了一粒日后结出孽果的种子。究其原因,宗教差异只是表面说辞,更主要的是欧洲列国与土耳其之间的国力强弱正在发生质的转变,这粒种子也随即完成了它的基因突变,由平等互利的一种方便措施蜕变为贪婪的强者对一时消灭不掉的弱者在法律上的话语权,由不同民族交往过程中彼此的尊重蜕变为自认为占据了文明制高点的发达国家对他们视为“顽劣”的尚未追随其脚步的落后国家法律主权的肆意侵犯。

这粒种子在欧亚大陆东端结出的果实就是近代中国的领事裁判权制度,虽然一直以来都不断有外国学者不遗余力地寻根溯源并多次声称这粒种子是中国人自己埋下的,甚至有中国学者也随声附和。我们只能说,龙种生出了跳蚤,是基因发生了变异,而这个变异的过程显然不是在中国完成的,早在西方列强通过不平等条约将这一制度加诸中国之前这一变异已然成为定数。对此我们不妨做个假设,即使没有中国古代史上曾经给予过外国人各依本俗法管理的先例,十九世纪的列强受利益驱动也会毫不犹豫地将军事裁判权强加给中国——一个强有力的例证就是英国人在1833年以法案的形式训令组建在华刑事及海军法庭管辖其在华臣民时,就根本不可能考虑过中国是否有过这样的先例。

(二)

就领事裁判权来华背景进行分析,中西方法律的巨大差异毫无疑问地成为其最主要的原因。如果没有这样的差异,所有来到中国的外国人都能找到像到自己熟悉的亲戚邻居家串门的感觉,就如同今天的美国人到日本、英国人到肯尼亚那样,领事裁判权的存在就变得毫无意义,徒增烦恼。以商业精神武装起来的近代西方人对成本和收益的核算要远比久寓礼法秩序下的中华民族精明得多,他们绝不会做这种赔本的买卖——费尽心机把一个中国人不熟悉也不喜欢的制度搬过来而自己却从中得不到好处。中西方法律的这种差异从中国法和西方法各自脱离习俗演变为正式制度的那天起就已然存在,而且在漫长的发展历程中各自沿着截然不同的路径在演进。我们不能说找不到双方共同的思想基础、文化背景和价值倾向,只是当西方人开始系统性地遭遇中国法律的时候,他们是否

有足够的动力或能力去寻找、比较和评价,这便是所有问题的症结之所在。

法律是人类历史上的一个怪物,存在了数千年也被人研究了同样长的时间,到现在都没有一个能让大部分人普遍接受的准确定义。作为一门学问,它博大精深,一个人穷其毕生精力经过几十年的修炼也只能窥其冰山一角;但作为一种社会存在却连山野村夫也能在田间地头对它评头品足,说得头头是道。随便翻开一部中国古代的法律典籍,要想理解其精要,哪怕是粗懂其文字,对我这个以中文为母语的法律专业科班生来说都会望而生畏,可最早对这套传承久远的法律体系作出系统判断并影响其政府对华政策的,却是来自西方的这样三种人:传教士、商人和水手。传教士曾是西方人了解中国最初的和最为主要的渠道,但这些上帝的仆人对于中国法律的描述却大多以他们个人在中国受到的宠辱为坐标,心情舒畅时妙笔生花,就像我们今天的许多法学家谈到英美法律一样,恨不得先沐浴更衣再开尊口,极尽谄媚之能事;心情郁闷时则笔走偏锋,恶语相加,极尽诋毁贬抑之能事,就像今天美国每年都出台用来恶心人的中国人权报告一样。况且这些人来中国时大多已成年,用业已形成的西方法律价值观来对中国法律进行评价怎么都逃脱不了先入为主之嫌。以逐利为己任的商人和以饮酒寻欢为追求的水手们更是肆无忌惮地对他们平素所不熟悉、更没有心情去做理性思考的中华帝国法律妄下判断,赚得盆满钵盈时都觉得是自己太有才了,稍遇挫折便从中国法律制度上去找正当的理由,大骂其“枉屈难堪”。特别是当几个水手或因惹事生非或因运气太差命丧中国法网之后,更让他们对这套他们无以参透其精髓的古老法律制度失去了耐心,萌生了撕破这一法网的冲动。

如果放在几个世纪前,他们的这种冲动甚至掀不起任何风浪。然而进入十九世纪,有三个重要的因素的变化却让这股风潮催生了早已绝迹于欧洲的领事裁判权孽种。首先是中国与西方国家实力的对比发生了变化。大规模的工业化和殖民扩张使英法等欧洲国家实力大增,以蒸汽为动力的轮船可以把它们的军队运往地球上几乎任何一个有人生存的角落,最先进的火炮能够轰塌任何一个古老帝国海岸边破旧的防御工事,新的经济金融模式也可以让它们能够轻而易举地得到发动战争所需要的资金并用从战争获得的高额利润来回报投资人。而此时的中国,却在它的少数部族治下营造了一个史上有效疆域最广、国力最强的盛世后盛极而

衰,露出了败相。内部空虚、积弊丛生的大清帝国企图用表面上的强横来掩盖实力的不足,用花样文章掩饰内心的怯懦,终于被久经战场的新兴帝国们看出了破绽,两场规模不大的战争让大清国彻底惨败,也告诉了后人这种表面上的强横和浮华用来对付国内民众尚可勉强支应,与虎视眈眈的外人较量恐怕只会漏洞百出、惨相毕露。

其次是工业革命后的西方人自认为已经牢牢地占据了世界文明的制高点,他们的价值观以及建立在这种价值观之上的法律制度是放之四海皆准的真理。于是在他们的眼里,任何与他们自身存在系统性差异的法律制度都变成了落后的和必须加以改变的。他们没有精力也没有耐心,不过更为准确地说,应该是没有能力去研究传承了数千年的中国法律与其自身社会的契合程度及其内在的合理性,一改过去那种被灿烂的东方文明照得睁不开眼时的自卑与谦恭,以一种后来居上者的姿态,凭着自己对中国法律的一知半解妄加指责、痛陈其弊,欲去之而后快。在他们一时还无法从根本上去除和彻底改变中国法律的情况下,用坚船利炮和经济实力为后盾,将他们自以为天下最为完善的法律制度当作其来华国民和臣民的护体便成为这些近代“文明人”的当然逻辑。不过问题是,既然西方人自诩为文明世界的国民,首先就要尊重别人独立自主的存在。如果他们认为我们的法律制度实在不堪忍受,大可掉掉西归,回到自己的一亩三分地。然而这么个浅显的道理直到今天西方人还没有明白过来,或者说是揣着明白装糊涂。

这就涉及第三个因素,也就是以商业文明为底蕴的西方人从不讳言却在礼教文化中被斥为洪水猛兽的利益驱动。没有一个偌大的市场,没有令人垂涎的丰富资源,没有四万万庞大的人口基数,这些唯利是图的西方人是绝不会来的,更不会有什么领事裁判权的存在,这自然毋庸赘述,此为其一。如此大的一个古老帝国,又有着根深蒂固的自有文明,精于算计的西方人自然要从它身上获取源源不断的利益,而不是砍杀分享了事。就像以前北方农村里养熊取胆一样,必须将它的利爪剪掉套上保护装置以免自己被抓伤。领事裁判权就是西方人用来钳制中国的自我保护装置,是他们在华利益的一个重要的护体。有了这样的保护,至少在不发生激烈冲突的情况下可以让中国人及其政府对于他们任何非法的行径都无可奈何,也让他们藉此成为中国社会中的特权阶层进而谋取更大的经济及政治利益,这是其二。第三个也是影响最为深远的利益驱动就是

西方人藉领事裁判权占据了从“软件”上侵略中国的桥头堡,并利用这个桥头堡逐渐了解了中国法律的命门从而掌握了对中国法律的话语权。虽然我们不能将中国传统礼法秩序的崩溃完全都归因于领事裁判权的存在,但它的确是压垮这一秩序的最后根稻草,因为标志着礼法秩序彻底崩溃的清末司法改革便是以废除列强在华领事裁判权为其主要目标。从那以后中国的法律便彻底地抛弃了自己原有的东西,跟随在西方人身后趑趄前行,整个民族为此吃尽了苦头。

归根结底,领事裁判权之所以能够在十九世纪的中国落地生根,正是西方人在巨大利益的驱动下,倚仗着工业革命和大规模殖民扩张积累起来的令中国难以抗衡的实力,以中西方法律的差异为突破口,将他们业已在地中海沿岸操演纯熟的这套畸形制度搬到中国来的。它不但是西方人在华利益的“保护伞”,更是中国古老法律制度最终崩溃的“催化剂”。

(三)

领事裁判权作为一项正式制度是由双边条约确定的,自鸦片战争以后先后有二十二个国家通过与中国签订将近四十个双边条约取得和扩大了在华领事裁判权。当然这其中有个别国家的主权性质和对华条约性质都值得商榷,如刚果、朝鲜和尼泊尔在签约时其主权已很难说完整;中日第一个条约和中朝条约中的领事裁判权都是互相的,不考虑其他因素,至少从文字上看还算是平等的。然而纵观整个领事裁判权在近代中国的确立过程,却令作为后人的我们忍不住内心的悲怆。除了极个别情况外,这项重大国权的丧失并不是在万不得已情形下签的“城下之盟”,有的是还没有到最后时刻便拱手相送以图了事,有的则是在对手既无力威逼亦无心侵犯的情况下碍于情面挥手予之的。这内中的原因便不得不让我们思考了。

中国近代史上的第一个不平等条约中并没有提到领事裁判权问题。英国人虽然为获取此项利权做足了准备,但他们原先的计划是要等将五口通商的事情定下来以后再慢慢图之。然而令英国人喜出望外的是,签约仅三天,大清国的钦差大臣便给他们发来照会,主动提出要中英两国各自管束自己的国民,英国人当即应允,于是国权初失。之所以有这样一份照会,其根本原因在于中英条约中有对于曾经为英国人服务的汉奸应当宽免其罪责的条款,引起了帝国上下的非议。为了有效惩治这些不争气

的国民,自作聪明的钦差大臣便想出了这样一个馊主意,岂料正中英国人的下怀。为了能够惩治自己的国民而将对外国人的司法管辖权拱手相让,后人们当然可以用“昏聩”一语斥之。不过这昏聩的背后却是他们的无奈:在宁与外贼、不让家奴的逻辑氛围下没有几人能够幸免。这个逻辑的当然结果就是,让外人占了多大便宜姑且可以不去理会,但当务之急是不能允许自己人的背叛。在中国近代史上,国家和民族的背叛者们十分引人注目,这是他们每个人的悲剧,更是整个民族的悲哀。

中国有句俗话说叫万事开头难,出卖国权也是一样,有了开头后面的事情就顺理成章了。面对美国人与法国人咄咄逼人的进京面圣威胁,为了不让北京城里的皇帝看到这些让他老人家心烦的洋鬼子,任何代价都是可以付出的,微不足道的法权算得了什么,更何况将管理夷人的职责甩给夷人,自己还落得轻松,于是美法两国几乎不费什么力气就取得了甚至比英国人还要完善的领事裁判权。后人评价这种行为多嗤之以鼻,然而在中国传统的官僚政体下这却是最为理性的选择。这些掌握着清政府对外交涉大权的朝廷要员能够在高手如云、竞争激烈的官场内位列班前、红顶加冠,自然都不是等闲之辈,他们未必看不出给了外国人领事裁判权就等于将可以驾取这些桀骜夷人的重器假手他人,是国家利益的一大损失。然而他们更明白自己的顶戴甚至人头都不是掌握在大众和其他官僚的手中,更不是法律能够说了算的。允其所请,只要不去北京就什么都好说便成了整个中美、中法谈判的基调,只要是为了这个目的,皇帝老儿自然也会替他们打掩护,于是君臣心领神会,国权遂再次被出卖。

第二次鸦片战争期间的天津谈判,清政府在一个月的时间内迅速与英、法、美、俄四国签下了本想作缓兵之计的条约,让业已取得领事裁判权的英、法、美三国巩固并扩大了此项利权。但此后在战争中的惨败却让大清帝国彻底丧失了翻盘的机会,也失去了应有的自信与自尊。自那以后,以这几个国家与中国签订的条约为模板,欧洲二流、三流的小国们便蜂拥而至,争抢着与大清国签订不平等条约,其中的领事裁判权条款更成为标准内容,无一幸免。看实力,这些国家大部分在当时根本无法与大清国较量;论利益,大清国也根本没有想从这些国家身上捞取任何好处;讲交情,有些国家大清国从皇帝到平民甚至连它们的国名都不说准;比手段,其实大清国上上下下都很清楚,它们除了言语上的威胁外没有任何手段可以凭借,拒绝它们不可能给大清国带来任何麻烦。但就这样,这些小国却纷

纷从中国取得片面领事裁判权,内中原因实在令人难以参透。后人总是以当时近代国际法理念尚未为国人熟知为理由,姑妄听之。值得怀疑的是,以奕訢、曾国藩、李鸿章等辈的智商和胆略,即便不懂国际法的理论,国之重器不可假手他人的道理未必不能参透,“合于利而动,不合于利而止”的兵法名言未必尽忘脑后,可依然无法止住法权流失于小国,其何故哉?

有三点理由似乎可供考虑。首先,当时的大清帝国虽然国力衰微、江河日下,但仍然自以为是一个负责任的大国,而且是君子之国。既然如此,那对所有的夷邦外国都应当一视同仁,似乎只有这样才有大国的风度,才合乎君子的行为规范。给了大国而拒绝小国,显然有欺软怕硬之嫌,予之何妨。至于利益,非君子之所求,由它去罢。其次,既然领事裁判权已有先例,交往频繁的大国都已取得,多一个小国亦无关痛痒。欧洲各国都是亲戚,如万一拒绝后大国出面干涉反起争端,不若息事宁人,免得天天来烦,随便打发了罢。最后,如果真的拒绝给予领事裁判权获得成功,那么由谁出面用什么样的法律来管理这些夷人,接下来会有一大堆难题摆在内忧外患的大清帝国政府面前。此时已非道光元年,假设有一个夷人犯罪,处轻了遭国人痛骂,处重了招致夷人声讨,里外都不讨好,这样的差事恐怕没有哪一个历经千辛万苦方才修成正果的官吏肯冒死承担。于是多一事不如少一事,法权接二连三地丢失也就顺理成章了。

至于后来随着国际法理念深入人心,大清国上下已然将领事裁判权当成国家权利的重大损失和整个民族的耻辱,却仍无法阻止法权的流失,显示出一个末日帝国濒临覆亡之际已无人为其负责的悲凉。彼时,领事裁判权真正成了中华民族现代化艰难旅程中挥之不去的梦魇。它的存在改变了中华法律自我发展的路径,使一套传承数千年的法律制度被拖入了一个既找不回自我、也看不到前路的泥淖,走到了它生命的尽头。读完了二十五部正史,我们再也不会为一个朝代的灭亡而悲伤,因为它喻示着一个新的开始,另一个兴衰轮回的起点。然而随着大清国的覆亡,我们那套与中华传统文化有着几乎完美的契合,虽然不尽合理但也绝非一无是处的世界独一无二的法律体系也被扫进了历史的垃圾堆。西方人用枪炮向我们证明了他们法律制度的优越,要我们学习和承袭,百年后我们是否真的明白,其实(或许)这只是个伪命题。

(四)

源于西方的领事裁判权制度之所以能在近代中国落地生根,除了对外交涉中的昏聩与失策之外,还有一个相当重要的原因,那就是法律在传统中国社会中的作用及其自身的特点。虽然中华法律传承久远、源远流长,但一直以来法律都是作为王朝统治者治乱止争的工具,即以法为器。既然是器,那么它就被掌握在可以使用它的人手中,如果作为器具的法律本身对使用它的人没有任何制约,那么他既可以自己使用,当然也能假手他人,关键是看他如何做利益权衡。一脉相承而且独成体系的中华法律由于缺少同其他法律体系的交流与融合,使执掌整个帝国法律事务的精英们不但缺乏对外来夷人固有法律思想的了解,封闭所造成的文化上的优越感也使他们没有也不可能对这些异邦人给予足够的尊重。在这种情况下便产生了两个极端:要么草率定案,要么一推了之。前者从有清以来被处死的为数不多的几个外国人的案例中可见一斑,程序上的瑕疵而不是实体上的不公一直以来都是西方人诟病的焦点;而后者则可以从未得到妥善处理的大量悬案中找到例证。当国门被迫打开,前者已不可能有效施行之时,将麻烦一推了之便成为整个官僚机构利益权衡后的当然结果。将国之重器假手他人和给自己惹一身麻烦之间孰轻孰重,他们自己分得很清楚。

当然这里还有一个重要的前提就是民众对此的态度。中国历代王朝大都不会过于漠视民意,甚至还有皇帝假惺惺地将民众比做水,而把自己比做水里的船,意思就是说,如果民众不高兴了,他这艘船就会翻。如果民众对于领事裁判权的出让议论纷纷以致民怨沸腾,恐怕没有哪个官员敢冒天下之大不韪公然而为之。然而事实恰恰相反,民众对此都表现出相当冷漠的态度,无论是最初与外国签订不平等条约还是此后法权进一步流失,中国的民众从来没有过大规模的反对,他们将对外国人的不满和仇恨都集中到了那些传教士的身上。在传统中国社会,既然法为治政者手中之器,它的主要作用是用来防民的,那么对于广大民众来说,法就是唯恐避之而不及的东西,维护它的责任自然就不在民众这一边。反正是夷人,只要自己不是当事人,究竟该归谁来管辖并不关百姓的事。即便是不幸成为当事人,不管他是洋大人还是土大人反正都是自己的对立面,能忍则忍,实在忍不下去有太平天国和无数前代造反者当榜样,舍得一身

刚,敢把皇帝拉下马,说不定自己还能捞点好处。在整个领事裁判制度存续期间民众对此的冷漠便是这种心态最切实的表现。

作为器具的中华法律本身是设计得相当精确和完美的,以至于在数千年的时间里得以一脉传承下来并在大部分时间维持了整个帝国的稳定和繁荣。试想,如果这不是一件称手的工具,恐怕在频繁的王朝更迭过程中早就被弃之一边了。满清从北方寒地入主中原,收获的最大一笔财富就是把大明朝的法律原封不动地承继下来并逐渐发扬光大。然而正是因为这件工具设计得过于完美,谁都可以拿来一用,那么它就具备了一个最为基本的特性:对使用它的人没有任何制约。也是因为这个原因,主人将这个工具的一个小小的附件拆下来送给别人,自然没有人会反对。我们不妨做这样一个假设,如果将十九世纪的中国与美国做一个换位思考,一位大清国的使者跑到美国去要求领事裁判权,恐怕从总统到国务卿没有哪个人敢出面答应,就是答应了也肯定办不到。在他们那种制度下,法律是一把“双刃剑”,它本身对任何使用它的人都有极强的制约作用,不按规则使用都要被伤,更不用提出卖了。

中国传统法律这把剑显然是单刃的,任何掌握它的人都不想受到它自身的任何制约,只有这样他们才觉得顺手、方便。不过既然是器,总会有合用和不合用之别,于是在合用时谓之神圣,奉为圭臬;不合用时弃如敝屣,另起炉灶,却仍然换汤不换药。而对于广大民众来说,虽然这套法律制度本身所蕴含的理念深入骨髓并历代传承,但作为客体他们所能做的就是与自己无关时漠不关心,伤害到自己时便对整个制度产生怀疑进而欲将其彻底根除。法律能够对社会起到有效的规制作用最关键的并不是看它自身是否足够完善,而是需要一个很重要的前提条件,那就是所有的人至少是绝大部分人都视其为自身利益的根本保证而从整体上对它加以维护。不过从中国近代史上我们看不出这一点,直到现在这个条件仍未完全具备。

执掌大清国海关税务长达四十五年的英国人赫德在履任之初就曾对帝国法律下过这样的结论:“制度本极精详,日久尽为虚器。”这句话也预言了这件精美器具的最终命运。随着帝国的衰落,内外矛盾日益尖锐,上上下下、里里外外都将矛头对准了已显得不合时宜的法律制度,于是变法的呼声日益高涨。压抑已久的人们并不满足于对这套法律制度的修修补补,而是要把它彻底推倒重来。在这个充满着激情的浮躁过程中,领事裁

判权作为可以让外国人安然逃脱中国法律制裁的畸形司法制度便被推到了前台。声势浩大的清末司法改革就是要彻底推倒以大清律例为主体的中华传统法律,建立一套符合西方标准的法律体系从而可以将为国人痛恨的领事裁判权予以撤废。西方人用先进的科技和蒸蒸日上的国力向我们这个古老帝国炫耀着他们法律制度的优越。西风强劲,吹乱了国人的思绪,而中华传统的法律制度则渐成落日残晖,消失在地平线上的时间已可以分秒倒计。

两次世界大战以后,随着民族解放和国家独立运动的蓬勃兴起,领事裁判权作为一项正式制度逐渐在全球范围内销声匿迹,但它的影子仍然伴随着强权政治和国际上的“法律霸权”四处游走,而且在二十世纪末期的全球化浪潮推动下大有死灰复燃之势,这也是今天重新拾起这个旧话题的意义之所在。

目 录

西风落日(代前言) 001

引言 001

第一章 天朝法度:浑然一体的礼法秩序 003

一、道分路歧:中西法律的简单比较 003

二、礼法秩序:古代中国法律的二元体制 009

三、天朝法度:浑然一体、经纬天下 015

四、官僚制度:难以自拔的历史旋涡 019

【小结】 022

第二章 西风渐劲:通商口岸的是是非非 023

一、蕃人夷俗:古代中国的外国人与外国法 023

二、画地为牢:明清的海禁与贸易压制 031

三、矛盾初现:洪任辉告状事件及其影响 036

四、积重难返:“夷欠”问题日益严重 042

【小结】 049

第三章 山雨欲来:帝国法网的阙整疏密 050

一、波澜不惊:清代中前期涉外纠纷概况 050

二、法权在握:对居澳外国人刑事管辖的确定 058

三、抵命凶夷:被大清国处决的外国凶犯 065

四、法网之疏:对外国人刑事管辖的混乱 074

五、明修栈道:接踵而至的英国使者 083

六、暗度陈仓:英国人掠夺法权的准备	089
【小结】	095
第四章 门户洞开:法权初失的内因外力	097
一、交凶之争:林维喜案的法权争夺	097
二、庸人误国:琦善、耆英的不同态度	107
三、法权初失:从善后条款到通商章程	114
四、浩罕模式:治外法权的前车之辙?	121
【小结】	136
第五章 各取所需:满载而归的西方使者	138
一、双面山姆:美国人的不满与恭顺	138
二、望厦条约:没有成本的高额回报	144
三、趁火打劫:黄埔条约与开放教禁	151
四、一视同仁:啼笑皆非的法权出让	158
【小结】	163
第六章 溯古论今:领事裁判的前世来生	165
一、法随人行:领事制度的早期模式	165
二、西人东来:领事裁判权的东方变种	170
三、扩张工具:领事裁判权的新内涵	176
四、治外法权:一个译名引发的公案	183
【小结】	195
第七章 日薄鱼渊:难以抑制的法权流失	197
一、鸵鸟战术:矛盾是回避不掉的	197
二、战火再起:派上用场的治外法权	207
三、天津条约:领事裁判权落地生根	216
四、来者不拒:法权流失如开闸洪水	225
五、另当别论:日俄在华领事裁判权	233
六、落日残晖:重生的希望留待明天	241
【小结】	250
第八章 法律怪胎:会审公廨与外国法院	253
一、租界初立:国中国里的法权尴尬	253

二、理事衙门:没有牌照的司法机构	260
三、会审公廨:中西合璧的法律怪胎	267
四、外国法院:变了质的领事裁判权	276
【小结】	286
尾声:庭院与树	288
附录一 领事裁判权来华大事记	292
附录二 确立在华领事裁判权的条约章程	309
一、鸦片战争前中外条约中有关司法裁判权的内容	309
二、鸦片战争后外国取得在华领事裁判权的第一批条约	312
三、第二次鸦片战争及其后英美法在华领事裁判权的再次确立及扩大	315
四、第二次鸦片战争后欧洲国家取得的在华领事裁判权	320
五、拉美国家获得的在华领事裁判权	329
六、其他欧洲国家获得或重新确认在华领事裁判权	332
七、俄国与日本在中国确立领事裁判权的条约章程	333
八、其他国家的在华领事裁判权	337
九、其他与领事裁判权有关的条约章程及文件	338
引用及参考文献目录	340
后记	361