

英美在近代中国行使治外法权 主体之型化与形替

屈文生*

内容提要：在“条约世纪”里，英美在华行使治外法权的主体，大致经历过一种以领事官为主向以法官为主的转变过程。依照不平等条约、英王御准的枢密令/美国国会法令等成文法，英美两国驻华领事官曾获得非同寻常的司法权和管辖权。但自19世纪中叶起，限制或规制领事官司法权却成为半殖民地国家反抗领事裁判权和英美本国政府加强治外法权统治的“共同目标”。对于领事官司法权的整个讨论，便转移到如何在华设立并运作“混合法院”以及专门法院之上。两国在华攫取的司法权由此从非职业的领事官渐次流动至驻华职业法官，但这不过是两国域外管辖权制度安排中“左手倒右手”的把戏，遑论领事官司法权事实上并未被彻底削弱。两国变换行使治外法权的主体，意在加强“治外法权统治”。

关键词：领事法庭 会审公堂 大英上海最高法院 美国对华法院 治外法权统治

在半殖民地半封建社会的中国确立域外管辖司法机构或治外法权法院体系，始终是近代英美等国构建其法律帝国时考虑的核心事务。1833年英国东印度公司（EIC）在华垄断贸易终止后，更多原先与EIC没有瓜葛的英国散商涌入中国，英国政府由是亟需对原先由EIC管理的在华英人予以特别的法律规制。为此，英国迈出构建东亚治外法权法院体系的第一步——1833年12月9日英王威廉四世（King William IV）出台系列枢密令（Orders-in-Council），御准英国政府以英王名义对在华英人实施单边规治。^{〔1〕}该系列枢密令（Orders系复数，实含三项法令）提出在广州设立法院（时值广州一口通商时期），并拟安排英国驻华商务总监督任法院院

* 华东政法大学教授。

〔1〕 See James William Norton-Kyshe, *The History of the Laws and Courts of Hong Kong, etc.*, Vol. 2, London: T. Fisher Unwin, 1898, p. 76.

长,以有效规治在“大清皇帝陛下属地”居住的所有英国人。〔2〕

但由于该枢密令只是英王威廉四世单方御准的法令,并未征得中方同意,加之首任驻华商务总监督律劳卑(William Napier)到达广州后即因使用“平行款式”等事与两广总督卢坤发生冲突直至军事对抗,不久即在澳门病逝,故该法院最终并未设立。〔3〕1842年中英《南京条约》和1844年中美《望厦条约》相继订立后,英美两国逐步在五口通商口岸建立了领事法庭。到20世纪初,英国在华共设立有28处领事法庭(consular courts,后称作provincial courts),〔4〕美国在华则共设有17处领事法庭。〔5〕

除领事法庭外,英国还在香港岛设立了上诉法院。1844年10月,作为英国对华所有领事法庭之上上诉法院的“英国驻香港最高法院”(Supreme Court of Hong Kong)依英王维多利亚(Queen Victoria)1843年1月4日和1844年4月17日两次御准枢密令而在香港岛设立,其管辖对象包括居住在受殖民统治的香港岛和“大清皇帝陛下属地”的所有英人。〔6〕具有初审权的领事法庭和具有终审权的“英驻香港最高法院”,构成英国初期在华治外法权法院体系。

以该两级审理法院体系为起点,英国在华逐渐建立起了一个庞大的便于其实施域外管辖的治外法权法院体系。在这个体系中,既有严格意义上的治外法权法院,也有准治外法权法院——前者主要指英国驻华领事法庭、领事公堂等非专门裁判机构或非职业法院,以及1865年英国设立的“大英对华及对日最高法院”(Her Britannic Majesty's Supreme Court for China and Japan,中文档常称“大英按察使司衙门”等,以下称“大英上海最高法院”)等职业法院;后者指“上海公共租界会审公堂”(后期常称“会审公廨”,下称“会审公堂”),其是英国反思和变革本国在华确立治外法权制度的产物。与英国类似,美国也确立了其在中国治外法权法院体系,主要包括美国驻华领事法庭、“美国对华法院”(United States Court for China,1906年在沪设立,中文档常称“大美国按察使衙门”等)和“美国对华司法委员法院”(United States Commissioner's Court for China,1920年设立)等治外法权法院,以及作为准治外法权法院的“会审公堂”。总之,包括领事法庭、专门法院和会审公堂等三种形态的治外法权裁判机构,共同形成了近代英美对华治外法权法院体系。

英美将两国先前在土耳其等近东国家积累的“领事官司法”经验迁移到中国,领事官由此成为“治外法权统治”(extraterritorial regimes)的“津梁”所在。审视近代英美驻华领事官司法权之变迁,是切入英美对华治外法权法院体系研究的重要路径,有助于揭示英美殖民主义者在确立治外法权法院体系后,是如何借助领事官司法权进一步调整和强化两国在华的“治

〔2〕“大清皇帝陛下属地”这例英国域外管辖权史上极为重要的概念译自1833年8月28日英国议会“规制中印贸易法令”以及上述系列枢密令内“the Dominions of the Emperor of China”一语,其在中英不平等条约中译本中并未使用,但在英文本内常见。如1858年中英《天津条约》英文本第7款、第20款、第52款内即有该话语,与其对应的是该条约英文本内的“Her Majesty's Dominions”,即“大英女王陛下属地”。1843年8月24日,英议会通过《域外管辖法》(Foreign Jurisdiction Act),该法适用的空间效力范围即是“大英女王陛下属地”以外的地区,可理解为奥斯曼土耳其帝国、中国、日本、暹罗、波斯、阿富汗等英国在近东、远东地区陆续确立的半殖民地。

〔3〕计划中的广州法院显非领事法院,参见万立、屈文生:《近代英国对华域外法体系研究》,《中外法学》2021年第5期,第1382页。

〔4〕See Memorandum for the American Commissioner on the Extra-territoriality Commission; Authorized Under Resolution Five of the Conference on the Limitation of Armament, Washington; Government Printing Office, 1925, p. 23.

〔5〕参见Commission on Extraterritoriality in China,《英汉对照调查治外法权委员会报告书》,商务印书馆1926年版,第233页,第235页。

〔6〕由于此时香港岛已割让英国,故英国设立该法院已无须再获清廷同意。

外法权统治”的。〔7〕

一、领事官司法权的确立与膨胀：“领事—公使”两级审判体制的形成

第一次鸦片战争以后，中国沦为“半殖民地半封建社会”。〔8〕然而，倘以国际法和英美法论，中国此后实沦为了英美等列强“有管辖权之域外”，不过尚未完全丧失对在华西人的管辖权。〔9〕英美等列强将管辖权延伸至中国，以规治本国在华侨民之间和与本国在华侨民有涉的案件，从而维护各项在华利益。其中，领事裁判权表现为领事官的司法权和管辖权，是英美两国向中国延伸管辖权的第一种形式。两国通过各种方式试图实现领事裁判权的对内和对外“合法化”，但其固有缺陷和随之而来的改革凸显了领事裁判权本质上是一种法治包装下的破坏中国司法主权的强权，是强国凌辱弱国的工具。

（一）英国领事官的司法权

1842年中英《南京条约》订立后，中国对外开放的口岸由广州一口增至广州、福州、厦门、宁波及上海五口。〔10〕依据上述条约规定，英国驻华商务总监督、全权代表兼香港总督璞鼎查（Henry Pottinger）开始派设领事官驻扎该五处城邑，并开始在五口设立领事法庭。中国地方官由此失去对口岸居住的英人之间案件以及以英人为被告的华洋交涉案件的司法管辖权。领事法庭不设职业法官，对在华英人之间案件和部分华洋交涉案件的管辖权至此由中方地方官转移至英国驻各口领事官。换言之，在依据不平等条约设立的英国驻华领事法庭中，原本“专理商贾事宜”〔11〕的领事官被授予了行使司法权的特殊职能。

〔7〕 法学界和史学界围绕“领事裁判权”和“治外法权”的语义辨析、特权制度的确立、清末民初各界对废除“治外法权”和“领事裁判权”制度的立场等，已有不少研究成果。然而，既有研究还未从英美国内法和国际法角度出发，探寻“治外法权”和“领事裁判权”的本质、机理及二者的差异，以揭示二者侵入近代中国的初始样态和后续变化，并阐明二者之间看似纠缠但差异显著的事实。代表性成果有吴义雄：《条约口岸体制的酝酿——19世纪30年代中英关系研究》，中华书局2009年版，第62页以下；李洋：《从词义到语境：“治外法权”误读、误用及误会》，《社会科学》2015年第2期，第152页以下；高汉成：《治外法权、领事裁判权及其他——基于语文学视角的历史分析》，《政法论坛》2017年第5期，第105页以下；高汉成：《中国近代“治外法权”概念的词汇史考察》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期，第112页以下；黄兴涛：《强者的特权与弱者的话语：“治外法权”概念在近代中国的传播与运用》，《近代史研究》2019年第6期，第50页以下；屈文生：《“熙尔控杨泰记案”华英合璧全案刻本探赜——兼议早期上海公共会审公堂“审—判”分离模式》，《学术月刊》2023年第1期，第191页以下；潘乐：《从康普顿案看英国在华治外法权之早期实施》，《广东社会科学》2023年第2期，第101页以下；Eileen P. Scully, *Bargaining with the State from Afar: American Citizenship in Treaty Port China, 1844-1942*, New York: Columbia University Press, 2001, pp. 1-21; Turan Kayaoğlu, *Legal Imperialism: Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, New York: Cambridge University Press, 2010, pp. 40-65; Pär Kristoffer Cassel, *Grounds of Judgment: Extraterritoriality and Imperial Power in Nineteenth-Century China and Japan*, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 15-178; Emily Whewell, *Law Across Imperial Borders: British Consuls and Colonial Connections on China's Western Frontiers, 1880-1943*, Manchester: Manchester University Press, 2020, pp. 4-6; 等等。

〔8〕 关于对“半殖民地半封建社会”概念内涵的认识，参见赵庆云：《“半殖民地半封建社会”概念的讨论及反思》，《中国高校社会科学》2022年第5期，第70页。

〔9〕 列强在华管辖权包括立法、司法及关税、租界、交通等多重内容，本文主要谈司法管辖权。

〔10〕 在英国看来“五口通商”实为“五城通商”，即这五个港口所在城邑一并开放通商。参见屈文生、万立：《中英议定商约中的“城口”之争及其由来》，《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2019年第5期，第157页。

〔11〕 1842年《南京条约》第2条规定了领事的职能：“专理商贾事宜，与各该地方官公文往来，令英人按照下条开叙之例，清楚交纳货税钞等费”，以管理、保护在华英商。参见陈帼培主编：《中外旧约章大全（第一分卷）》上册，中国海关出版社2004年版，第70页。

英文领事官“consul”一词源于罗马共和国时期的拉丁文复数名词“*consules*”，最初本指代替罗马王政时期“王”（*rex*）之“双执政官”的意思。^{〔12〕}领事官一般属于外交人员组织系统，归外交部领导，属于行政官吏，^{〔13〕}因而不得经商，^{〔14〕}本不属司法人员，却被本国赋予司法权，这种制度安排显然有悖于英国的普通法传统和法治精神。

英国为了实现将管辖权延伸至中国的实践“对内合法”，先后在《1833年枢密令》和1843年《域外管辖法》中赋予领事官以司法权，并单方面将中国归为“英国有管辖权之域外”，这为英国驻华领事官行使司法权奠定了国内法基础。此后，为了实现“对外合法”，英国又通过同中国订立的不平等条约（中英《五口通商章程》第13款等）明确赋予领事官以司法权，这为英国驻华领事官行使司法权奠定了国际法基础。此外，德庇时（John Davis）于1844年担任港督和驻华公使后，依本国枢密令和《南京条约》第3款“任便立法治理”被赋予的立法权，亦制定了一系列赋予英国领事官以司法权的法规。^{〔15〕}

质言之，明确赋予英国驻华领事官司法权的，既有英国的国内立法，也包括中英不平等条约。在国内法和条约的双重作用下，驻华领事官就这样以“虚伪的法治”（*hypocritical rule of law*）方式取得了司法权，并堂而皇之地进入到“英国有管辖权之域外”的法律职业共同体。重要的是，英国制定的这些域外立法大多是授权性规定，主要关于民刑事管辖权标准、司法人员选任及诉讼程序等问题，对领事官行使司法权的方式和效果则缺乏监督和制约，由而屡屡受到非议，并成为英国对华专门法院得以设立的理由之一。

（二）美国领事官的司法权

美国驻华领事官司法权的来源也有三，一是两国订立的双边条约，二是本国国会通过的若干国会法令，三是美国驻华代表或驻华公使制定的法规。

1844年由美国公使大臣顾圣（Caleb Cushing）与清朝钦差大臣耆英订立的《望厦条约》第21款规定“合众国民人由领事等官捉拿、审讯，照本国例治罪”，明确将逮捕与审讯中美交涉刑事案件之美籍被告人的权力，赋予美国驻华领事官，即美籍被告人不受大清法律约束和司法管辖。须特别留意其中的“捉拿审讯”字样，因为其既有“捉拿”又含“审讯”，即美国驻华领事官依照该条约同时获得了执法权和司法管辖权。该款是“中外一切不平等条约中，第一次将逮捕及审判等行政与司法权力全部赋予领事官的规定，此后一切不平等条约中的相关条款，皆以此为蓝本，所以其恶性尤重。”^{〔16〕}第24款关于中美交涉民事案件中“转行领事等官查办”的规定，以及如“倘遇有中国人与合国人因事相争不能以和平调处者，即须两国官员查明，公议察夺”，亦将司法权赋予美国领事官。此外，关于在华美国人之间的民事案件，第25款规定“合众国民人在中国各港口，自因财产涉讼，由本国领事等官讯明办理”。其他如美国船员在华犯脱逃罪的，第29款规定“中国地方官即派役拿送领事等官治罪”。总之，《望厦条约》中的这些规定无一例外地赋予美国驻华领事官以司法权。

为将《望厦条约》付诸实践，美国国会于1848年8月11日通过《关于赋予美国驻中国

〔12〕 参见周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第35页。

〔13〕 但领事职务并不同于外交职务，参见周鲠生：《国际法》下册，武汉大学出版社2009年版，第487页以下。

〔14〕 英国驻华领事官还有情报人员这一身份。参见郑彬彬、张志云：《英国驻华使领馆的情报工作与修约决策（1843—1869）》，《历史研究》2021年第2期，第133页以下。

〔15〕 See Foreign Office, *British and Foreign State Papers*, Vol. 32, London: James Ridgway and Sons, 1859, pp. 873, 887-889.

〔16〕 屈文生、万立：《不平等与不对等：晚清中外旧约章翻译史研究》，商务印书馆2021年版，第120页。

和奥斯曼朴特公使和领事特定司法权以实行美中条约和美土条约中特定条款的法令》(An Act to Carry into Effect Certain Provisions in the Treaties between the United States and China and the Ottoman Porte, Giving Certain Judicial Powers to Ministers and Consuls of the United States in Those Countries, 以下简称《1848年国会法令》)共24条。这部立法之所以重要,是因为其最早赋予美国驻华代表和美国驻华领事官常规职权以外的特定司法权。^[17]与以英王名义制定的《1833年枢密令》类似,《1848年国会法令》有意打破权力分立的固有模式,赋予美驻华领事官和驻华代表对于在中国属地内(包括澳门)犯罪之美国公民进行传讯、审问、定罪和量刑以及签发必要法律文书之司法权,另对涉及在华美国人之人身权和财产权的民事案件亦具有司法权。

美国驻华代表方面,《1848年国会法令》第4条、第13条授予美国驻华代表审理和判决依该法令诉至公使的所有刑事和民事案件。换言之,美国驻华代表不仅具有处理上诉案件的司法权,也有作为初审法官审理特定案件的司法权,并适用美国法律;对于美国之成文法和不成文法均无法提供适当救济措施的情形,美国驻华代表有权制定具有法律效力的条例和法规(decrees and regulations),以解决案件审理中面临的法律依据问题。^[18]

美国国会于1857年将驻华代表和驻日代表均升级为公使大臣。1858年,美派出第一位驻华公使大臣为列卫廉(William Bradford Reed)。列氏同清朝钦差大臣桂良、花沙纳订立的1858年中美《天津条约》重申了《望厦条约》确立的领事裁判权和被告主义原则等。但《天津条约》关于领事官司法权的规定更为全面细致,该条约共30款,有关领事官司法权的有第11款、第13款、第18款、第24款、第27款、第28款等计六款。^[19]

除中美条约和美国国会法令外,美驻华领事官的司法权还源于驻华代表、公使制定的若干法规。如1857年3月4日,美使伯驾(Peter Parker)依据《1848年国会法令》向美国驻华各领事官颁布条例,强调美国的法律适用于在华的美国公民,美国驻华领事官有权履行属于美国驻华领事机构的任何特有职责。^[20]再如1864年4月23日,美使蒲安臣(Anson Burlingame)依据《1860年国会法令》授予其的立法权,制定《美国驻华领事法庭章程》(共106条),对于普通民事诉讼、公断、上诉、重审、人身保护令、结婚、离婚、破产、刑事诉讼、诉讼时效、规费等十八个方面进行详细规制,对领事官司法权从实体和程序两方面作了进一步明确。^[21]

总之,中美双边条约、美国国会法令及公使法规都重新定义了美国驻华领事官与公使等驻外吏员的职能,赋予二者兼具通商官(commercial functionary)、外交官(diplomatic functionary)和司法官(judicial officer)的三重权职。美国驻华领事、公使逐渐在华确立起领事法庭(consular courts/consul's courts)和公使法庭(minister's court),通过成文的国内法和双边条约规范

[17] 该法令所称“驻外国代表”(commissioner)即指被赋予行使外交职能的美驻华首席外交官;“公使大臣”(minister)系指被赋予行使外交职能的美驻土耳其首席外交官;“领事”(consul)是指美国任命的在中国任一通商口岸或土耳其任一港口行使领事权力之人。19世纪早期,美国在规制领事权力等事情上,常将中国与土耳其归为同一类问题予以考虑。

[18] George Minot, *The Statutes at Large and Treaties of the United States of America*, Vol. 9, Boston: Little, Brown and Company, 1862, pp. 276-280. 美国国会后来分别于1860年、1866年、1870年、1874年、1876年、1906年、1909年等通过多部类似法令,强化领事官、公使及其他吏员(other functionaries)之司法权,并赋予美驻中国、日本、暹罗及波斯等国公使以特定立法权。

[19] 参见前引[11],陈帼培主编书,第283页以下。

[20] 参见[美]吉利克:《伯驾与中国的开放》,董新译,广西师范大学出版社2008年版,第310页。

[21] See *Regulations for the Consular Courts of the United States of America in China*, in *Papers Relating to Foreign Affairs*, Part II, Washington: Government Printing Office, 1866, pp. 415-421.

明确了领事官和公使的司法权，〔22〕并确立了美国在华以领事法庭作为初等审判机构和以公使法庭作为高等审判机构（同时亦具初审法庭的功能）的“领事—公使”两级审判体制。〔23〕

（三）领事官的声名与西亚、北非、东亚多国的反抗

英美两国领事官获得领事裁判权后，成为集司法权、通商权和外交权等多种特权于一身的特权群体。1858年中英《天津条约》第7款规定，“领事官、署领事官与道台同品；副领事官、署副领事官及翻译官与知府同品……衙署相见、会晤文移，均用平礼”；同年中美《天津条约》第10款亦有“大合众国领事及管理贸易等官……当与道台、知府平行”的规定。在英美等国的示范下，1862年8月，在中葡订立的《中葡和好贸易条约》内亦有“副领事官、署副领事官及翻译官与知府同品，其权职均与别大国领事等官无异”的规定。〔24〕如美学者马士（H. B. Morse）所观察到的，领事官派驻别国，原不过是政府的商务代理人；但是在一个已经承认了领事裁判权的国家里，却被托付了重要的外交和司法权力，使其列入另外一个类别。在中国，这些权力被领事官们庄严地运用起来，这里的领事官们具有一种为别处所不曾见过的重要性。〔25〕

但是，即使领事官已获得与道台等官同品的地位，英美公使领事官们仍不满足。如美国驻沪领事官西华（George F. Seward）在1863年11月“升任”驻沪总领事（此前并无该职务）后，美使蒲安臣于次年1月初即照会总署，请行知江苏巡抚通商大臣李鸿章“相与和衷办事”，意在使总领事同巡抚平行。对此，总署不允并照复蒲使，总领事应与中国藩、臬两司平行。〔26〕是为清廷对于美驻华领事官权力膨胀的一次抵制。

领事官权力在不断集中与扩大的同时，声名也在每况愈下。有关反抗与抵制领事官权力的行动，早有记载。在奥斯曼土耳其帝国，商人担任领事官在18世纪即有实践，当时英国驻土耳其领事官由黎凡特公司（the Levant Company）派商人担任。但黎凡特公司的商人领事官在处理外国人之间的纠纷时肆意专权，就连公司的母国即英国政府对他们也无可奈何。这种情况在1825年发生了变化，从这一年起黎凡特公司对于商人领事官的权力迁移至英国政府，领事官权力从此收归英国主权范围。这里涉及的显然不独是“公司”与“政府”管辖权的竞争问题，也有领事官权力过于集聚而带来的问题。

1856年，土耳其签署《巴黎条约》进入“国际大家庭”后，领事官集权问题得到部分解决，时任英国驻君士坦丁堡最高法院（British Supreme Court in Constantinople）的首席法官洪卑（Sir Edmund Hornby，后任“大英上海最高法院”首席法官，也译为霍恩比）曾受托向本国政府提交过对领事官行使司法权问题进行批判的报告。1857年，英枢密院在这份报告的基础上批准设立英国驻君士坦丁堡最高法院——一个由训练有素的法官组成的全新终审法院，即完全有别于以往领事法庭的职业法院。〔27〕

〔22〕 关于公使裁判权，参见屈文生：《作为上诉机构的总理衙门与美国驻京公使——以“熙尔控杨泰记”上诉案为中心》，《中外法学》2023年第2期，第501页以下。

〔23〕 李洋在其专著中对此有涉猎，但未对公使法庭有叙述。参见李洋：《美国驻华法院研究（1906-1943）——近代治外法权的殊相》，上海人民出版社2016年版，第49页以下。

〔24〕 参见《大西洋通商条约五十四条》，载中华书局编辑部、李书源整理：《筹办夷务始末（同治朝）》第一册，中华书局2008年版，第328页。

〔25〕 参见〔美〕马士：《中华帝国对外关系史》第一卷，张汇文等译，上海书店出版社2000年版，第342页。

〔26〕 参见“中研院”近代史研究所编：《中美关系史料（同治朝）》上册，“中研院”近代史研究所1968年版，第132页。

〔27〕 参见〔英〕柯安德：《维多利亚时代的困惑：领事裁判权与治外法权之恶》，屈文生、詹继续译，《华东政法大学学报》2021年第2期，第159页。

在北非，埃及半独立于奥斯曼土耳其帝国的地位，使得其更易遭受西方的司法侵犯和操纵。在1875年设立“混合法院”前，埃及处于“司法的混乱状态”，西方驻埃领事官的权力和义务超出了奥斯曼土耳其帝国核心地区奉行的“土耳其单方让步协定式法律结构”（the capitulatory legal structure），使得这里的领事官更容易腐败和滥用特权。西方驻埃领事官们灵活地游走于外交和商业之间，扮演着“跨界者”（borderlanders）角色，成为具有多重身份的“法律变色龙”（legal chameleons）。〔28〕

在中国，1858年四国津约订立数月后，大清钦差大臣大学士桂良曾于同年11月5日照会美使列卫廉，在重申美国在华商民犯案者可交由美国驻华领事官惩办的同时，〔29〕明确提出领事官不得由商人兼任，乃因“商人领事官”（merchant consuls）常自己走私作弊，引得其他商民效尤。〔30〕为此，桂良等提出“不得以商人作为领事，以致有名无实”。同样重要的是，桂良等在该件照会内对在华领事官的种种不满“爽快言之”，如“领事官屡于关碍和好事件不禀本国上司，无情无理，胶执己见，擅自专主，恃强妄为”。〔31〕此后，清朝在“不得以商人作为领事”的基础上又提出担任领事者不得经商的规定。例如，1862年9月3日，总署照会蒲使“领事不能再做买卖”。〔32〕

清朝对领事官尤其是商人领事官的不满，亦见诸西人的记载。1869年10月，英国驻华公使阿礼国（Rutherford Alcock）在其卸任前致德国驻华公使李福斯（M. de Rehfues）之长函中就提到，“总理衙门在修约谈判中显得十分克制，但在事实上也没有掩饰他们对于治外法权、传教士居住内地、鸦片进口以及任命商人担任领事官等情节的厌恶”。〔33〕

然而，领事官官商一体问题从未真正得到解决。在19世纪下半叶，英美等国许多驻华领事官还仍是商人团体的成员，如1865年接替巴夏礼（Harry Parkes）任英驻沪领事官的温思达（Charles A. Winchester）即被指系商会成员。无论是领事官兼营商业，还是商人兼任领事官，其背后的逻辑和带来的后果是，“领事官—商人利益共同体”一旦形成，几乎所有商会都会立下强化领事官权力的宏愿，从而就会合力向本国政府和所在国政府施加压力。〔34〕

《烟台条约》订立后，1878年初，大清海关总税务司赫德（Robert Hart）以咨议官身份就治外法权等众多问题向总理衙门提出建议。总理衙门旋即于当年3月以《总理衙门咨行出使大臣》为题名，咨行清朝驻英公使郭嵩焘等参考。该文提到依据中外条约，“洋人如有犯事者，应归其本国官惩办耳”，但思此“惩办之权（the judicial powers，即司法权）……仍应由

〔28〕 See Ziad Fahmy, *Jurisdictional Borderlands: Extraterritoriality and “Legal Chameleons”*, 55 (2) *Comparative Studies in Society and History* 306, 316 (2013).

〔29〕 《南京条约》订立后，出于现实考量，中方对于领事裁判权的本质尚无清楚的认识，甚至主动让渡一部分管辖权给英方。如钦差大臣耆英等就提出，“此后英国商民如有与内地民人交涉事件，应即明定章程，英商由英国办理，内民由内地惩办……曲在内地商民，由地方官究治；曲在英人，由领事馆究治。”而19世纪60年代后，中方开始抵制领事裁判权的扩张。参见郭卫东：《转折：以早期中英关系和〈南京条约〉为考察中心》，河北人民出版社2003年版，第479页，第485页。

〔30〕 有关领事官不得兼商人的专题论文，参见吴翎君：《条约关系与清末美国在华商务：以领事不得兼商人与通商口岸设工厂两案为例》，我国台湾《政治大学历史学报》第26期，2006年11月，第29页以下。

〔31〕 《大学士桂良等致美使列卫廉照会》，载“中研院”近代史研究所编：《中美关系史料（嘉庆、道光、咸丰朝）》，“中研院”近代史研究所1968年版，第312页以下。

〔32〕 参见前引〔26〕，“中研院”近代史研究所编书，第24页。

〔33〕 See Sir R. Alcock to M. de Rehfues, in *China: A Collection of Correspondence and Papers Relating to Chinese Affairs*, London: Foreign Office, 1870, p. 17.

〔34〕 See J. H. Bridges, *Is Our Cause In China Just ?*, in John Morley (ed.), *Fortnightly Review*, Vol. 18 (New Series), London: Chapman and Hali, 1875, p. 658.

外国特选妥实人员充当此职，方为允当。乃各国之内，有数国以商人派充领事官者。查领事官分内所司（即《南京条约》所谓‘专理商贾事宜’），如‘收发船只牌照、报关请单、雇辞水手’等事，商人虽无不可料理，中国并不以商人代办此等事为非。惟领事官犹有‘审鞠’之责，事关紧要，似应派委真正官员（*bona fide officials*）充当此职，方足以昭慎重。况遇应行会讯（*joint investigation*）之案出，地方官应与领事官共同审断（*sit on the bench*）。设今日在座之领事官，即前日因偷漏受罚之商人，或案情与其本行有关涉，既属不成体统，亦有诸多未便”。〔35〕总之，赫德的这份咨政报告之所以为总署采纳，关键在于其集中针砭了“商人领事官”行使司法权之弊端，但出于遵行两国订立条约之考虑，并未对领事官司法权提出质疑。

在日本，英国驻日领事官被称为“娃娃领事”（*boy consul*）和“外行的法官”（*lay justice*）。1863年，时任英国公使阿礼国因受英国领事官在“莫斯案”（*the case of Michael Moss*）中毫无底线地滥用司法权行为之触动，下令对领事裁判权制度作出切实改革。他主张宜在香港任命训练有素的法官，然后根据实际需求，将受训后的职业法官选派到日本的条约口岸。〔36〕到19世纪70年代，领事官司法权成为日本明治政府修约运动中受到抨击最多的问题。

领事官司法权问题与国际法上一国司法主权独立等理念相抵牾，在英国国内也时而受到抨击，故这类问题常成为英国议会争论的焦点而被称为“维多利亚时代的困惑”。〔37〕正如英国史上第一位穆斯林贵族斯坦利（*Henry E. Stanley*）观察到的，许多领事官之所以获得任命，是因为他们碰巧侨居在这个国家，而使用他们要比从本国直接派人经济得多。在斯坦利看来，领事官就不应被赋予司法权。〔38〕事实上，自19世纪50年代起，英国外交部内部无疑早已看到隐蔽于包括领事官司法权在内的治外法权制度中的诸多问题。1868年，英国外相——另一位同名的斯坦利勋爵（*Lord Stanley*）称，英国彼时在埃及和土耳其等国确立的领事裁判权制度早已背离条约的精神并被滥用，其恶性程度不小，是一种早宜被祛除的反常制度。〔39〕

总之，近代英美驻华领事官司法权依照英美国内法和与中国订立的双边不平等条约而形成。两国进而在华确立的“领事—公使”两级审判体制，构成半殖民地中国部分丧失司法主权而沦为列强“有管辖权之域外”的成因和一种表现形式。然而，司法权的合理行使与否，事关英美等列强对本国在华侨民群体（*diasporas*）的司法治理是否有效。因此，剥离或规限领事官的司法权权能成为中日土埃等国反抗殖民主义和列强反思“治外法权统治”的共同议题。

二、领事官司法权的分解：“治外法权法院体系”的重整

随着领事裁判权的弊端日益凸显，英美两国官员开始寻求以另一种方式——即设置职业法

〔35〕 海关总税务司署：《旧中国海关总税务司署通令选编》第一部分，中国海关出版社2003年版，第326页；Sir Robert Hart, *These from the Land of Sinim: Essays on the Chinese Question*, London: Chapman & Hall, Ltd. 1903, pp. 178, 180.

〔36〕 1860年11月，英国年轻商人迈克·莫斯因违反日本有关禁猎规定以及在距离日本江户城25英里范围内不得使用火器的法律而拒捕时，有意射击并重伤了一位日本护卫。莫斯在监狱仅被关了数个钟头后，便被英国领事官保了出来，领事法庭对他处以罚金和驱逐出境的处罚。然而，横滨当地的英国人竟组织了募捐活动以筹措这笔罚金，就连阿礼国试图再关其三个月禁闭的判决，也被英国驻香港最高法院推翻。参见前引〔27〕，柯安德文，第161页以下。

〔37〕 同上文，第155页以下。

〔38〕 See Henry E. J. Stanley (ed.), *The East and the West: Our Dealings with Our Neighbours*, London: Hatchard & Co., 1865, p. 34.

〔39〕 See Thomas Curson Hansard, *Hansard's Parliamentary Debates*, Vol. 193, London: Cornelius Buck, 1868, pp. 1046-1052.

院和混合法院的方式——来行使治外法权，以此巩固和强化“治外法权统治”的运作。换言之，英美仍寻求将本国管辖权延伸至中国，但不再仅仅依靠领事官和驻华公使，而是逐步取消了公使的司法权，并将原先赋予领事官的部分权力重新配置至法官，以继续规治本国在华侨民。这一举措表面上取消了公使司法权、限制了领事官司法权，但无非是以另一种形式巩固了治外法权，且依然是一种“虚伪的法治”。

（一）“大英上海最高法院”分权

根据 1853 年 6 月 13 日颁布的枢密令，从 1859 年起，第五任港督罗便臣（H. G. R. Robinson）不再兼任驻华全权代表、商务总监督。这一重大变化带来的影响是，香港岛与该岛以外的在华英人此后不再一体接受英王驻华同一最高行政长官的管辖。这意味着，港督的立法对香港岛以外的在华英人无效。另一方面讲，英国驻京全权公使暨商务总监督卜鲁斯（Sir Frederick Bruce，额尔金胞弟）自此开始获得制定规制在华英人之条例和法规的权力。运行十余年的英在华“三位一体”治理架构（即港督、驻华全权代表、商务总监督三权力集于一身）由此被打破，受殖民统治的香港岛英人同其他在华英人群体间的关联由此弱化；英国在华之域外管辖权随之发生了某种分解和转移。^[40]随之而来的，是英国在华“治外法权统治”的体制性变化，其反映在司法机构的设置上，即英国在华“治外法权法院体系”的重构或调整。

1865 年 3 月 9 日，英王通过枢密令，御准以“大英上海最高法院”^[41]替代“香港最高法院”作为东亚域外管辖体系之中心，上海公共租界由此替代了香港岛自 1842 年以来确立的英国对华“治外法权统治”中的核心地位。^[42]据《1865 年枢密令》（共 165 条），英国驻华公使司法权被取消，“领事法庭”的称谓退出了英国对华“治外法权法院体系”。英国最终形成以“大英上海最高法院”为终审机构、以各领事区“省法院”为初审机构的“省—沪”两级审判体系，直至 1943 年才彻底解体。

重要的是，1865 年之后，英国驻华领事法庭的属性和权力结构也发生了重大变化，其中变革尤巨者当属驻沪领事法庭。依《1865 年枢密令》，英王授予“大英上海最高法院”对于上海领事区内一切民刑事案件以排他性普通初审管辖权（第 35 条），^[43]这等于是吸收了英国驻沪领事法庭原先的所有司法权能。另外，该枢密令还要求女王陛下驻华及驻日之所有总领事官、领事官或副领事官得参照已在广州设立的英国法院，在各领事区确立或设立“省法院”（provincial court）（第 25 条）。^[44]换言之，驻沪领事官的司法权为“大英上海最高法院”的专业法官所“兼并吸收”，在华其他领事区的领事法庭被专业性意蕴更深的“省法院”话语所代替——英国显然意在从形式上最大限度减弱在华、在日各领事区司法机构的非职业性特征，以使人们忘却领事官同司法权间的关联。

[40] 参见前引〔1〕，Norton-Kyshe 书，第 78 页以下。

[41] “Her Britannic Majesty’s Supreme Court for China and Japan”准确的意思是“英王对华及对日最高法院”，其中介词“for”非“驻”或“在”可以准确表达。中文档内一般称“（大）英按察使（司）衙门”，学界一般称“英皇驻上海高等法院”或“英国远东高等法院”等，但实际上也可简称为“英国东亚最高法院”。下文中“The United States Court for China”宜理解为“美国对华法院”，尽管学界常称其为“美国驻华法院”等。凡英文介词为“in”或“at”者，宜译“驻”或“在”。

[42] 参见前引〔7〕，Cassel 书，第 76 页。

[43] “OIC 1865”，FO 17/1700，p. 22b.

[44] See Sir Edward Hertslet, *Treaties and Tariffs Regulating the Trade Between Great Britain and Foreign Nations*, London: Butterworth’s, 1877, p. 96.

据该枢密令，上海领事区以外的和未被单独授予“大英上海最高法院”之一切民刑事案件的管辖权，皆归在各领事区设立的“省法院”（第36条）。然而，所谓“省法院”本质上仍为先前即已建立的领事法庭，即英国在华领事官司法权在很大程度上依本国枢密令得到了保留；只是英国在其东亚最重要的领事区即上海领事区内，领事官司法权才被职业法官所吸收。^[45] 1865年5月4日，英国政府批准通过《大英上海最高法院及其他法院规则》。^[46]

1865年6月，英国原驻君士坦丁堡最高法院首席法官洪卑和另一位英国人弗雷泽（John Fraser）从英国出发，踏上开往上海的轮船。洪卑被任命为“大英上海最高法院”首席法官（按察使），弗雷泽负责该法院的行政管理工作。该法院于同年9月4日在上海正式设立。^[47] 以英国人为被告和英国人之间的案件管辖权自此从驻沪领事法庭转移至“大英上海最高法院”。^[48] 对于从领事官司法到法官司法的重大转折，英国人欢天喜地，因为这意味着他们的案件可以由职业法官和陪审团来审理，并可援用本国衡平法院的法官（Lord Chancellors）和普通法院首席大法官（Chief Justices of England）所作出的判决。^[49]

关于上海以外领事区领事官的司法权问题，英国外相罗素（Earl Russel）于1865年5月16日下达通令：英国法官抵达大英在中日两国之任一领事区的，该区“省法院”（即原领事法庭）领事官之司法权即应被暂停，除非该法官仍指令该领事官继续行使该权力。^[50] 很明显，“罗素通令”确立了职业法官司法优先的原则，但并未彻底禁止领事官行使司法权。

对于领事官司法权的部分剥离，洪卑在其为英国驻华及驻日全体领事官拟就的《关于司法办案方式的指示》（Instructions on the Mode of Conducting Judicial Business）中开宗明义，驻华领事官在行使司法权问题上需要服从的，是枢密令的指示而非中英条约的内容。该指示称：“英王在中日朝三国的管辖权在很大程度上源于条约，但就领事官的司法权而言，这一管辖权尽管可能确实源自中英条约，但实赖枢密令的授权。”^[51] 显然，洪卑一方面是在重申“大英上海最高法院”分解领事官司法权合乎英王御准的枢密令，另一方面又是在指示英驻上海领事区以外之各领事官如何行使好其手中既有的司法权。

为提升其他领事区领事法官的司法能力，洪卑推荐他们阅读惠顿著《国际法原理》（Wheaton's International Law，丁韪良以此为蓝本译成《万国公法》）、史蒂芬编《布莱克斯通英国法释义》（Stephen's Blackstone's Commentaries）、史密斯著《商法精要》（Smith's Mercantile Law）、《奇蒂论合同法》（Chitty on Contracts）以及罗斯科著《刑事案件证据法汇纂》（Roscoe's Criminal Law）等法学著作。^[52]

1884年英王御准新的枢密令，将朝鲜纳入英国对华及对日治外法权法院体系，“大英对华

[45] 前引〔44〕，Sir Edward Hertslet书，第98页。

[46] 同上书，第125页以下。

[47] See Douglas Clark, *Justice by Gunboat: Warlords and Lawlords: The Making of Modern China and Japan*, Hong Kong: Earnshaw Books Ltd., 2017, pp. 39, 41.

[48] 参见〔英〕库寿龄：《上海史》第2卷，朱华译，上海书店出版社2020年版，第40页。

[49] See Memorandum by Mr. Davenport on the Mixed Court at Shanghai, in *Commercial Reports from Her Majesty's Consuls in China 1870*, London: Harrison and Sons, 1872, p. 61.

[50] See Sir Edmund Hornby, *Instructions to Her Majesty's Consular Officers in China and Japan, etc.*, Shanghai: Kelly & Walsh, Ltd., 1885, p. 5.

[51] 同上书，第1页。洪卑于1876年退休，“洪卑指示”第一版印行于1867年。1885年该《指示》修订后再版，此时英国已将朝鲜纳入其东亚域外司法体系内。

[52] 参见前引〔50〕，Sir Edmund Hornby书，第ii页。这里中文用的是以上著作的全称。

及对日最高法院”由此更名为“大英对华日朝三国最高法院”。1899年，随着日本成功撤废治外法权，英王御准通过1899年10月7日枢密令，又将该法院更名为“大英对华及对朝最高法院”。及至1910年日韩合并后，英国不再对朝鲜行使治外法权，故又通过1911年1月23日枢密令再度将该法院更名为“大英对华最高法院”。^[53]从1865到1943年，该法院前后有14任英国首席法官在上海主持司法工作。

（二）“美国对华法院”分权

1865年英国对其在华治外法权法院体系的重大布局调整并未立即影响到美驻沪领事官行使司法权。以美国人为被告的案件仍由美国驻沪领事法庭管辖，并由驻沪总领事官作为法官独任审理。英使威妥玛（Thomas Francis Wade）于1880年1月31日向英外相索尔兹伯里伯爵（Marquis of Salisbury）的报告中提到美国务卿于1869年曾指示美国驻华公使，美国政府“不同意在美领事法庭以外的法院审理以美国人为被告的民事刑事案件。对中国人为原告的案件，我们不反对华官作为陪审官出席审判，但是判决只能由美国领事官作出”。^[54]美国政府就这样以国务卿训令的方式，重申领事法庭的权威和领事官的司法权。

后来，美国领事法庭出现了与英国领事法庭类似的情况，即本国驻上海、广州和厦门等地领事官曝出滥用司法权的严重问题，如美国驻沪总领事西华升任驻京公使后即被接任驻沪总领事美尔师（John C. Myers）举报其滥权。在英国限制驻华领事官司法权的背景下，美国第59届国会效仿英国分解领事官司法权的做法，于1906年设立对华专门法院，即“美国对华法院”，其是美国史上设立的唯一域外“联邦地区法院”（Federal District Court），对所有在沪美国人都具有管辖权。^[55]这标志着美驻沪领事官司法权受到大幅消解，美国驻华公使的司法权也随之被取消。1919年3月9日，该法院通过“菲奇案”（*In re Estate of A. C. K. Fitch*）裁决，对于小额案件亦确立了管辖权——即原应在领事法庭起诉之案件，亦得迳向“美国对华法院”起诉。^[56]这标志着领事官司法权空间进一步受到挤压。

此后，美国加大瓦解领事官司法权的步伐，1919年“美国对华法院”法官罗炳吉（Charles S. Lobingier）通过向本国国会递交议案的方式，成功推动该议案以《1920年6月4日国会法令》形式在本国国内通过，并顺利地将驻沪领事官剩余的司法权全部划转至其提议在上海设立的另一专门法院即“美国对华司法委员法院”（United States Commissioner's Court）。该法院于1920年正式设立，意在最大限度地将司法权从驻沪领事官权力中剥离出来。^[57]但是，美国在华其他地区的领事官仍保留一定程度的司法权。

（三）“理事衙门”分权

就在“大英上海最高法院”设立的前一年即1864年，已被英王晋升为爵士的巴夏礼甫一抵沪，就在公共租界进行了一次设立华洋会审司法机构的试验。他认为，“只有通过引入一个改良的、与众不同的系统才能解决问题”，在获得英国驻华公使卜鲁斯的支持下，与上海道署一道设立了“洋泾浜北首理事衙门”（Shanghai Mixed Court，字面意思是上海混合法院，是为

[53] 参见前引〔3〕，万立、屈文生文，第1379页以下。

[54] “Memorandum, 4 October 1879”，FO 17/945，p. 104a.

[55] 参见前引〔7〕，Scully书，第6页，第70页，第106页。

[56] 参见前引〔5〕，Commission on Extraterritoriality in China书，第235页。

[57] 罗炳吉同时任命远东美国法学会（the Far Eastern Bar Association）一位成员为该法院法官，以借此巩固其与学会的关系，并使该法院能够实际依附于他。参见前引〔7〕，Scully书，第157页。

会审公堂前身),专门审理以中国人为被告和没有本国领事官保护的外国人案件。〔58〕该衙门由华官任主审官,英国领事官作为陪审官。〔59〕从陈同发现的1864年《洋泾浜北首理事衙门章程草案》(下称《章程草案》)文义来看,该理事衙门起初称得上是一处准中国法庭,从其最初使用标志性中文“衙门”二字也可窥出此意。英国领事官据此被赋予的是“陪审权”而非“会审权”,〔60〕即审理和判决案件的均为中国“堂官”。英国“陪审官”如有异议,可“将一切案由专呈道宪查照,复开章程复审办理”,〔61〕但事实上两造任何一方都可以对案件判决结果提出异议并提起上诉,因此异议权非实质性特权。换言之,英国驻沪领事官司法权在1865年“大英上海最高法院”设立前,已经受到了挤压。依全球史路径来看,“理事衙门”的设立终究是英美殖民者在反抗声和本国另一种声音(反思声)综合作用下作出的一种妥协和改革。

本来,如在公共租界设立一个与“大英上海最高法院”对等的中国法院,前者管辖以英国人为被告和英国人之间的民刑事案件,后者解决以中国人为被告及中国人之间的民刑事案件,即可解决租界内华英各类交涉案件。但这种方案无疑会进一步限制英国驻沪领事官的司法权,所以对于在华英官而言,他们要设立一个更为“理想的”甚至是具有样板意义的混合法院。1869年,英美领事官与上海道台签订《上海洋泾浜设官会审章程》(下称《会审章程》),〔62〕“理事衙门”由此改制为“会审公堂”。重要的是,两个裁判机构的英文虽然皆为“Mixed Court”,但是它们的中文表述发生了显著变化。

“理事衙门”被改制为“会审公堂”对于英国驻华领事官行使司法权意义重大——后者成为1865年英国对华“治外法权法院体系”调整后英国驻沪领事官能够在租界行使司法权的唯一司法机构。在来自英国本国和清朝政府的质疑乃至剥离领事官司法权的现实压力下,此举似可被视为英国在沪领事官为消解上述压力所作的回应,或者说是领事官司法权一定程度的反弹或恢复。〔63〕

“大英上海最高法院”和“洋泾浜北首理事衙门”几乎同时设立的现实严重限缩了驻沪领事官司法权,这不是在沪英商和领事官乐见的。在“领事官—商人利益共同体”作用下,无论是驻沪商人还是领事官,都希望能够借助“会审公堂”的新瓶装“领事法庭”的旧酒。他们甚至建议将会审公堂的管辖权由以英国人为原告的案件延伸至含英国人系被告的案件,即由会审公堂审理涉及英国人的一切民刑事案件。依照驻沪英人的设计,“在该法庭中,英国领事官应与中国会审官享有同等权力;当中国法律不利于被告的,或者中国的诉讼程序不适合给英籍罪犯定罪或惩罚时,可由英领事官自行决定适用英国的法律和习惯”。〔64〕总之,设立公

〔58〕华人与无约国侨民为被告的民刑案件归会审公堂管辖。当时,有一些英美人会拒绝承认自己的国籍,等于成为无约国人,巴夏礼希望通过该立法条文将这类人归于中国法律管辖,并以此方式来规制这一情形。

〔59〕参见[英]斯坦利·莱恩—普尔、弗雷德里克·维克多·狄更斯:《巴夏礼在中国》,金莹译,广西师范大学出版社2008年版,第309页以下。

〔60〕某种程度上讲,1864年《会审章程》是对1858年中英《天津条约》第16条确立的“会同审理”机制的重要修正,即不再强调“会审”,转而变为“陪审”。

〔61〕参见陈同:《上海公共租界会审章程的制定及其实际作用——基于英国国家档案馆档案的研究》,《史林》2017年第6期,第4页以下。

〔62〕参见[俄]郭泰纳夫:《上海会审公堂与工部局》,朱华译,上海书店出版社2016年版,第81页。

〔63〕英国在华攫取治外法权的历史进程中,巴夏礼扮演过重要角色,早在1858年其在广州任领事时即有会审试验。See Andrew Cobbing, *A Victorian Embarrassment: Consular Jurisdiction and the Evils of Extraterritoriality*, 2017 (7) *The International History Review* 12.

〔64〕前引〔34〕, Bridges文,第658页。

共会审公堂只是殖民者加深干涉中国地方司法的一次试验，维系或再次赋予领事官司法权才是“领事官—商人利益共同体”最看重的。

许多殖民者的确将会审公堂视作是干涉、改革中国法律制度的实验室。^[65]西人始终力图将会审公堂变成租界内的“领事法庭”而不是专门法院。^[66]英国驻沪副领事官达文波（Arthur Davenport）甚至希望英国政府能够废除在华设置的“大英上海最高法院”，理由是在同一租界同时存在两大异质的司法机构是完全不协调的。达氏称其为租界司法的反常状态。他举例称，在以中国人为原告英国人为被告的民事案件中，原告被迫分配到适用外国法律的外国法院（即“大英上海最高法院”），在没有翻译的情况下，完全不可能提前获得任何知识，问题是中国人在租界内不加区别地与各国洋人进行贸易，这就意味着除了英国法之外，他们至少还要对另外12个国家的商法有一般的了解。^[67]英使阿礼国也曾表达过中英《天津条约》第17款和“大英上海最高法院”的管辖权存在着明显的矛盾。^[68]但英人提出废除“大英上海最高法院”绝非是在为中国人的正义计，醉翁之意在于借此抬高租界内会审公堂的地位，以此扩大领事官的司法权。

此外，英国还有过将会审公堂改造为“国际法院”的计划。1869年10月，阿礼国在致外相克拉伦登（George Villiers, 4th Earl of Clarendon）的报告中提到，英国在中国推进的司法改革要分两步走，第一步是根据欧洲法律原则制定商法典，进而制定民法典和刑法典；第二步是建立国际法院。一旦完成这两步，则英国在华治外法权即可废除。^[69]克拉伦登的政策完全不同于早期的巴麦尊（Lord Palmerston），所以阿礼国曾有意将英国政府从对华既定政策的泥潭中拖出，但克拉伦登去世后，新任外相格兰维尔（Lord Granville）采用了有别于克拉伦登的政策，加之受1870至1871年间打响的普法战争的影响，《阿礼国协定》终未得到批准。^[70]

上海公共会审公堂的设立制造了某种司法改革就绪的印象，甚至是树立了殖民主义者的仁慈形象。^[71]但会审公堂作为改革后出现的司法机构，非但没有限制领事官司法权，倒是一定程度上又通过实践重新赋予了领事官部分司法权，为领事官行使司法权确立了新的场域。

总之，英美两国对于领事裁判权制度的反思，是出于巩固两国对华“治外法权法院体系”的目的，而非意在废止在华治外法权。司法权从非职业驻华领事官流动到职业的驻华法官手中，只不过是管辖权“左手倒右手”的把戏。两国对华专门法院在剥离驻沪领事官司法权的同时也承继了他们的司法权，且两国领事官后来在会审公廨逐渐取得会审官乃至主审官的地位，事实上强化了英美两国在华的“治外法权统治”。但重要的是，旧的以领事官为中心的审判体系由此逐渐转向新的以法官为中心的审判体系。英美驻华领事官司法权被分解的同时，其近代在华形成的“治外法权法院体系”同步实现了转型。

[65] 参见前引〔7〕，Cassel书，第77页；Ryan Martínez Mitchell, *Recentering the World: China and the Transformation of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 2.

[66] 参见《上海通志》编纂委员会：《上海通志》第10册，上海人民出版社2005年版，第6986页。

[67] 参见前引〔49〕，Davenport文，第61页。

[68] 参见前引〔48〕，库寿龄书，第41页。

[69] *Correspondence Respecting the Revision of the Treaty of the Treaty of Tien-tsin*, London: Harrison and Sons, 1871, p. 424; 卜永坚：《“阿礼国修约”第九款与清末制定商法之起源》，载莫华钊等编：《买办与近代中西文化交流》，广东经济出版社2014年版，第383页。

[70] See C. D. C., *Unsuccessful Attempt of the British Government to Escape from the “Predetermined System” in China*, in *The Diplomatic Review*, Book V, London: Office of the “Diplomatic Review”, 1881, p. 174.

[71] 参见前引〔27〕，柯安德文，第171页。

三、领事裁判权本质：领事官行使治外法权

无论是“consular jurisdiction”还是“extraterritoriality”，本质上都指向了“管辖权”。前者最常翻译为“领事裁判权”，但字面意思实为“由领事官行使的管辖权”。后者常译为“治外法权”，而“法权”实指“管辖权”，缘“法权”是“jurisdiction”的早期译名之一。从根本上讲，“治外法权”是“领域以外的管辖权”，至于实施管辖权的主体是领事官、公使还是法官，在所不问。治外法权既包括由领事官、公使独立行使的管辖权，也包括由列强委派的职业法官独立行使的管辖权，还包括由领事官参与行使的管辖权。

治外法权具体分为以下四种：第一，领事官对领事法庭审理之案件行使的完整管辖权；第二，领事官等洋官在会审公堂内对以本国人为原告之案件行使的不完整管辖权，如“会审权”“陪审权”“观审权”等；第三，职业法官对治外法权专门法院审理之案件行使的完整管辖权，如英美驻华法官对“大英上海最高法院”“美国对华法院”审理之被告为本国人案件所享有的管辖权；第四，公使依国内法和不平等条约的规定行使的管辖权。这四种权力皆属治外法权，但属于领事裁判权的，只有前两种。可以说，实施领事裁判权的主体限于领事官，即领事裁判权是指由领事官行使的治外法权，具体又分为完整的领事裁判权和不完整的领事裁判权两种。

质言之，领事裁判权也好，治外法权也好，之所以成为问题，本质上是因为其突破了管辖权得以行使的领土（空间）主权限制，剥夺或限制半殖民地国家原本可以自主独立行使的管辖权，侵犯了半殖民地国家的立法、司法及行政主权。^{〔72〕}

（一）完整的领事裁判权

“领事裁判权”属于管辖权问题，指外国领事官获得的管辖以本国人为被告、原告或本国人同为案件两曹之民刑案件的权力。从另一个角度说，就是殖民者在半殖民地国家和地区攫取到的使其侨民不受或最大限度少受其侨居地司法管辖的特权，本质上或排除或限制侨居国政府对交涉案件的管辖权，在中国最特殊的是以英美本国人为原告之民事案件的管辖权问题。

1843年中英《五口通商章程》第13款为英国攫取了在华领事裁判权特权，该款规定：“倘遇有交涉词讼^{〔73〕}，管事官（即为consul/领事官的早期译名）不能劝息，又不能将就，即移请华官‘公同查明’其事……其英人如何科罪，由英国议定章程、法律发给管事官照办。华民如何科罪，应治以中国之法，均仍照前在江南原定《善后条款》办理。”^{〔74〕}1844年中美《望厦条约》第21款则为美国攫取了在华领事裁判权特权，据该款，“嗣后中国民人与合众国民人有争斗、词讼交涉事件，中国民人由中国地方官捉拿审讯，照中国例治罪；合众国民人由领事等官捉拿审讯，照本国例治罪”。以上两中外条约中英、中美两国人之间的刑事案件均确立了被告人主义原则，^{〔75〕}即案件由被告国按照本国法审理。

关于华洋交涉民事案件的管辖权，特别是以洋人为原告案件的管辖权，依照条约由该外国

〔72〕 参见屈文生：《从治外法权到域外规治——以管辖理论为视角》，《中国社会科学》2021年第4期，第61页。

〔73〕 从文义来看，中英《五口通商章程》第13款所谓“交涉词讼”中的“交涉”是指“mixed cases”，即华英交涉案件；“词讼”是指“民事案件”。换言之，“交涉词讼”是指华英间发生的民事交涉案件。早期的“交涉”案件实仅指民事案件，刑事案件并不属于“交涉词讼”，既然不属于“交涉词讼”，就与“公同查明”无涉。关于刑事案件的会审权，英国人是通过1858年中英《天津条约》第16条攫取的。

〔74〕 前引〔11〕，陈帼培主编书，第82页。

〔75〕 梁敬鐔用的是“被告国籍主义”。参见梁敬鐔：《在华领事裁判权论》，商务印书馆1930年版，第59页。

在华领事官管辖，即早期条约并未确立“原告就被告原则”。按照中英《五口通商章程》文义，华英交涉“词讼”案件，〔76〕首先须由英国领事官“劝息”，而“劝息”这种纠纷解决方式，实兼有判决和调解两种功能。〔77〕换言之，中英民事交涉案件审前程序中，司法权力皆归英国领事官，即在这种情形下，英国驻华领事官享有完整的裁判权。

对于不能“劝息”的民事交涉案件，由华官、洋官“公同查明”。在条约规定的这一程序中，主要以英国领事官为主，华官为辅；华官的事权，只是按洋官“要求”提供“协助”，这点判断可以从英文版规定“request the assistance of a Chinese officer that they may together examine into the merits of the case, and decide it equitably”〔78〕中予以明确，可以说，其中的“request”和“assistance”是条约之“微言大义”的例证。在这种情形下，英国驻华领事官享有的，亦是近乎完整的裁判权。

早期英美领事官对于华洋交涉民事案件的审理一般是在各自的领事馆暨领事法庭内举行。据两广总督黄宗汉奏折，早在1858年，时任英国驻广州领事官的巴夏礼即间或照会广东巡抚柏贵，令其派员“公同查明”民夷争端，但中方所派委员常被安排“坐在英、佛理事官之下，虽有座位，而不准说话，不准吐痰、不准吃烟，直是无形之桎梏”。〔79〕华官连话都不能说这一细节，更显此类案件主要由英国领事官控制。

在上海，华洋交涉民事案件早期也归英美驻沪领事法庭管辖，但随着领事官司法权受到限制和分流，特别是在“大英上海最高法院”和“洋泾浜北首理事衙门”设立后，情况发生了很大变化。就中英交涉民事案件而言，英国人为原告的归理事衙门管辖，英国人为被告的则归“大英上海最高法院”管辖。

（二）不完整的领事裁判权：会审权、陪审权及观审权

1864年后，会审机构的名称经历了从“理事衙门”到“会审公堂”或“会审公廨”的变化，庭上华官的称谓历时和共时概有“堂官”“理事”“委员”“会审同知”“会审华员”“承审华员”“臧员”“公廨”“审判官”“承审官”“主审官”“正审官”“正堂”“主席”等。庭上洋官之称谓主要有“陪审”“陪审之外国人”“陪审之人”“陪审之领事官”“洋官”“外国官员”“陪审官”“外国会审委员”“领事官之委员”“领袖领事之委员”“陪席”等。

不管称谓如何多变，洋官承担的职能可概括为会审、陪审及观审三者，但很多著述常忽略“会审”“陪审”“观审”等词语间的差异。〔80〕确切地说，它们间的差异是显著的，三者实际构成观察不完整的领事裁判权的三个维度。

不管是1864年“理事衙门”还是1869年“会审公堂”，其审理的案件，原告一定是英美两国人。1864年《章程草案》用到“陪审”，〔81〕并未使用“观审”“会审”等词，表明初期

〔76〕 传统中国没有现代民事与刑事案件、民法与刑法以及民事诉讼法和刑事诉讼法等区分。受皇帝和官方自我利益因素的驱动，清代立法与司法实践将诉讼事件大抵分为词讼（或细事）与案件（或重情）两大类。前者常指户婚、田土等州县官自理型诉讼和部分轻微刑事案件，后者多为徒刑以上案件，包括谋反、人命、强盗等严重的犯罪。参见邓建鹏：《词讼与案件：清代的诉讼分类及其实践》，《法学家》2012年第5期，第129页。

〔77〕 参见蔡晓荣：《晚清上海租界会审公廨与华洋民商诉讼》，《西安电子科技大学学报（社会科学版）》2007年第4期，第114页。

〔78〕 前引〔11〕，陈帼培主编书，第82页。

〔79〕 参见齐思和等编：《第二次鸦片战争》第三册，上海人民出版社1978年版，第378页。

〔80〕 关于该认识的早期成果，可参见江兴国：《上海公共租界会审公廨的产生及其性质》，《中国政法大学学报》1984年第2期，第83页。

〔81〕 该《草案》内，法庭用“公堂”，法官用“堂官”。参见前引〔61〕，陈同文，第4页以下。

会审案件中,洋官的角色为“陪审官”。但此陪审官显非英美法之陪审团成员(juror),因为该《章程草案》第5款明确载明“有罪与否,及惩罚如何,陪审之人不得定拟,此事均归堂官自行定夺”,这显然与陪审团成员作为事实之法官的职能完全不一样。至于草案中提到的“讯办”“审办”“定夺”“盖印存案”“定罪名”“定拟”“转解地方官”“讯明录供”“审断”“审讯”之主体,一律为中国“堂官”。所以,该处“陪审”的含义实为“来堂听讼”即“观审”。〔82〕

1869年《会审章程》则同时用到“会审”“陪审”“来堂听讼”等词语。这非常直观地表明,外国驻华领事官或领事官委派之洋官的地位与权力在不同案件中有所差异。其第2款“凡遇案件牵涉洋人必须其到案者,须领事官会同委员审问,或派洋官会审”表明,凡在被告系华人的诉讼中,洋官的角色为“会审官”,行使“会审权”。其第6款“倘系无领事管束之洋人,则由委员自行审断,仍邀一外国官员陪审”表明,凡在被告系无约国人的诉讼中,洋官的角色为“陪审官”,行使“陪审权”。其第3款“凡为外国服役及洋人延请之华民,如经涉讼……至讯案时,或由该领事官,或由其所派人员准其来堂听讼”表明,作为纯华人之间案件由中国委员自行讯断、各国领事官无庸干预原则的例外,对于受雇于洋人之华人案件,洋官的角色为“观审官”,行使“观审权”。

重要的是,究竟该如何理解其中的“会审权”“陪审权”“观审权”?目力所见,军机大臣张之洞于1907年9月3日上奏《遵旨核议新编〈刑事民事诉讼法〉》折〔83〕对于中外各旧约章文本中“会审”“陪审”“观审”等名词所作之分析,盖最能切中要害。〔84〕

伍廷芳等在《大清刑事民事诉讼法草案》第258条曾拟定“凡中国人控告外国人案件,由被告本国领事官审讯,中国官在堂陪审”,意在承认列强在华享有治外法权,并以立法形式明确华洋交涉案审理中的被告主义原则。在张之洞看来,该条首先错在承认治外法权,其次错在“中国官在堂陪审”一语,因为即使要坚持“按约办事”,也要依1858年中英《天津条约》所定“会审”之第16款、第17款两款以及1869年《会审章程》第2款内“领事官会同委员审问”之规定。

重要的是,张之洞奏称,“‘会审’之义,领事官与委员审判之权相等”。但伍廷芳起草之第258条错将华官本应至少具有的“会审权”拟为“陪审权”,就是以立法的形式承认了“领事官为主,中国官为客,领事官为正,中国官为副”。张之洞进而称,“国际交涉本恃强权,条约虽有‘会审’之文,华官已成‘陪审’之势。若法律明以‘陪审’为限,则权力愈小,不几退入‘观审’之列耶。”对于这样严重的问题,张之洞在奏折内痛心疾首地疾呼“聚六州之铁,真不能铸此大错也”!〔85〕

总之,此处“陪审权”会严重限缩华官的司法权。至于同一奏折内另一处“外国官陪审者”的使用,在张之洞看来,则又会扩大洋官的司法权。伍廷芳草案第205条拟定“凡通商

〔82〕 需说明的是,因为历史中未记载该理事衙门有正式的章程颁布,所以仅凭草案,尚无法推定早期的陪审官权力一定很小,毕竟在郭泰纳夫的著作中记有“早期的陪审官享有相当大的权力”之字样。参见前引〔62〕,郭泰纳夫书,第60页。

〔83〕 1906年,修律大臣伍廷芳执笔完成《大清刑事民事诉讼法草案》后,沈家本等上奏《刑事民事诉讼各法拟请先行试办》折,这部民刑不分的诉讼法草案分总纲、刑事规则、民事规则、刑事民事通用规则等4章,共260条。为慎重起见,朝廷传谕征求各大臣及督抚意见。本奏折就是在这一背景下形成的。

〔84〕 参见苑书义、孙华峰、李秉新主编:《张之洞全集》第三册,河北人民出版社1998年版,第1772页以下。

〔85〕 参见前引〔84〕,苑书义等主编书,第1797页以下。

口岸公堂中外交涉之案，有外国官陪审者，亦可准外国律师上堂为人辩案”，意在明确规定外国律师在华洋交涉案件中具有出庭辩护权，该实践在租界各类裁判机构内早已运行几十年，〔86〕但张之洞在其奏折内驳斥的也非此点，而是认为应将条内“外国官”字样改为“领事官”。〔87〕在其看来，“中国所称之‘治外法权’，实外国所称之‘领事裁判权’，言领事而有裁判之权也”。〔88〕依照中外条约，只有“领事官”具有“裁判之权”，领事官所派其他洋官“只可谓之观审人员，不得以陪审论”，翻译官是例外，因为其“此时非翻译之资格，乃领事之代表，是其地位本与领事无异”。〔89〕质言之，张之洞主要想向朝廷奏明的是“领事（官）以外不许有裁判权”。可见，伍廷芳所拟草案多条似乎均有意维持或可以接受领事裁判权现状不变。保留领事官一类洋官的司法权，听起来似乎未加重侵害中国司法主权，但在日本已经成功撤废外国在日治外法权的背景下以及当时多国正在积极推动撤废治外法权的大局下，该条却拟以立法维护在华领事官的司法权，可以说是完全逆潮流的。〔90〕

张之洞关于会审、陪审及观审等词的讨论不止于此。同一奏折内，第三处讨论“陪审”一词，是针对伍廷芳草案第255条“凡条约所准外国官员陪审之各公堂，或在通商口岸，或他处”之规定。〔91〕此条大概意在将列强在华行使治外法权的地理范围由通商口岸延伸至内地，即非但未将治外法权和领事裁判权制度拒于千里之外，相反甚至在迎合或参与到类似的制度实践或设计中来。〔92〕伍廷芳等的意图实在令人费解。该草案是由清朝自主立法，绝非双边条约，与在列强炮舰政策下无奈订立的城下之盟大相径庭，故大概只能以自我殖民和自我东方主义来理解。实际上，内地通商游历并不是问题，但是同意外国人将其在华治外法权无限延伸，是另外一回事，是严重的问题。

张之洞对该条“他处”二字的使用，表示“骇怪万分”，称该条拟于通商口岸以外许洋官以“陪审”之权，且贸然指为条约所准。“然则自二十二行省以至内外蒙古、青海、西藏，何一不在‘他处’二字范围以内？”张之洞称，遍查条约，并无除通商口岸以外有许洋官设“陪审之公堂”。惟《烟台条约》第二端内称：凡遇内地各省地方，有关系英人命盗案件，议由英国大臣派员前往该处“观审”等语。然此乃“观审”而非“陪审”。注意此处观察十分到位，张之洞显非徒发政治正确之意见，接下来其对沈伍奏折的驳斥及相关概括就更加精彩（但也略有失准之处）。张之洞奏称“法律文字最宜谨严”。“观审（者）不能赞一辞，不能参一议，与中国人民之在堂下观览者（即旁听者）无甚区别，只以其为外国官员，故待以宾礼，为之设坐，此时中国官吏仍有完全之权。虽观审之员可与承审官辩论，然仍由承审官作主，非必与

〔86〕事实上，在实践中，特别是在上海公共租界，早在1875年会审公堂审理“熙尔控杨泰记案”时，双方当事人就都有外国律师出庭代为辩案，因此也不是新鲜事。参见前引〔7〕，屈文生文，第191页以下。

〔87〕张之洞对于外国律师权力的认识是：“律师虽非官吏，辩案实系公权。中国通商口岸以外人有治外法权之故，不得不用外人为律师，然以法律承认之则可不必。”参见前引〔84〕，苑书义等主编书，第1791页。

〔88〕张之洞将领事裁判权等同于治外法权的看法，实际上是不成立的，但瑕不掩瑜。

〔89〕前引〔84〕，苑书义等主编书，第1791页。

〔90〕清末修律前后，考量外交和内政等现实因素，清廷不少官员试图展开“中外通行”的司法改革，但由于向列强妥协过多而未得到清廷支持。参见李育民：《中外条约关系与晚清法律的变化》，《历史研究》2015年第2期，第82页以下。

〔91〕参见前引〔84〕，苑书义等主编书，第1796页以下。

〔92〕需要指出的是，在晚清民初华人群体中，不乏有人积极参与到领事裁判权制度实践中。例如，1926年法权会议筹备过程中，美国领事官指出，在许多情形中，一些华民主动选择将案件诉至领事官，以规避不利的诉讼结果。“Report from Shanghai, Jul. 24, 1923”, Central File Decimal File 793.003C73/333, Enclosure 1, Part 8, p. 345.

观审之员商酌办法也。”但“陪审”则意义迥殊。“陪审（者）有审讯之权，有判断之权，中国承审官甚至有不能置喙者。”〔93〕

在其上奏中，张之洞点明所奏要旨，称变法修律，期挽主权，直指伍廷芳所起草如此“失权辱国之文，断不宜载于法律”。为此，他提出“舍法律而用章程”的重要建议，即另定一“暂行章程”以专门解决华洋交涉案件的程序问题，理由是“盖法律永远遵行，章程随时更改”。〔94〕伍氏所拟草案之所以被张之洞斥为“失权辱国之文”，本质上在于其非但未能制约外国驻华领事官司法权，更有强化其权力之势。另外，伍廷芳对于洋官“会审权”“陪审权”“观审权”的错置，亦是激怒张之洞的重要原因。

总之，近代英国驻华领事官享有两种形式的领事裁判权，即完整的领事裁判权和不完整的领事裁判权，后者统摄会审、陪审及观审等三种权力。对于领事官司法权而言，完整的领事裁判权较不完整的领事裁判权大。不完整的领事裁判权中，会审权较陪审权大，陪审权又较观审权大。会审权是指华官、洋官作为会审官在审理和判决案件时所具有的相等的地位权力，其对一国司法主权的破坏相对最为深重，洋官享有会审权意味着其不但有权参与案件审理，还同具判决案件的权力。陪审权是指洋官享有审理权，但并无最终判决权。观审权一般指洋官具有的监督审判但并无参与审理、判决的权力，但观审权发展到后来又含括了洋官在案件侦查阶段介入调查的行政权，〔95〕所以其恶性也不可小觑。〔96〕这里还需补充一点，中英刑事交涉案件中的“会审权”实源于中英《天津条约》第16款，其原本是时任英国驻华公使馆汉文正使的威妥玛以误译为基础而有意为英驻华领事官讹设出的一类条约司法权。〔97〕

结 语

依照英美各自同中国订立的《南京条约》《望厦条约》等不平等条约和英王御准的枢密令、美国国会法令等国内立法，两国驻华公使和领事官获得了非同寻常的司法权。伴随着领事官权力的膨胀，领事官行使司法权成为半殖民地国家反抗领事裁判权实践和英美两国反思领事裁判权制度的共同焦点所在。出于巩固英美对华“治外法权统治”的目的，两国决意将原本赋予驻华领事官的司法权部分重新配置至职业法官手中，并确立“法官司法”的目标。

1865年“大英上海最高法院”设立前，“专理商贾事宜”的英国驻华领事官获得独立听讼之权，被赋予“完整的领事裁判权”。领事官彼时在英美对华“治外法权法院体系”中居于核心地位。具有初审权的英国驻各通商口岸的领事法庭和具有终审权的“英驻香港最高法院”构成初期英国对华治外法权法院体系。1865年后，英王御准的枢密令不再使用“领事法庭”，而代之以“省法院”这一称谓（话语）；相应地，英国驻华公使的司法权被取消，领

〔93〕 参见前引〔84〕，苑书义等主编书，第1796页以下。张之洞奏折此处混淆了“陪审权”与“会审权”的界限，这里讨论的，实为“会审权”。

〔94〕 同上书，第1797页。

〔95〕 参见前引〔16〕，屈文生等书，第195页。

〔96〕 参见屈文生、万立：《不平等条约内的不对等翻译问题——〈烟台条约〉译事三题》，《探索与争鸣》2019年第6期，第111页以下。清季中外交涉各种场合，常见“会”字，其他如会算（arbitration）、会同、会讯等。

〔97〕 1877年7月，即《烟台条约》订立后10个月后，威妥玛在致函德比伯爵（Earl of Derby）时曾承认其对于《天津条约》第16款中的“会同”二字的翻译负有责任。See A. M. Kotenev, *Shanghai: Its Mixed Court and Council*, Shanghai: North-China Daily News & Herald, Ltd., 1925, p. 81.

事官的司法权被逐步分解，英国在华遂形成以各领事区“省法院”为初审机构、以“大英上海最高法院”为终审机构的“省—沪”两级审判体系。类似地，1906年前，美国在华确立了以领事法庭作为初等审判机构和以公使法庭作为高等审判机构的“领事—公使”两级审判体制。1906年后，美国在华形成了以“美国对华法院”（上海）为核心，以驻其他地区领事法庭为补充的“领事法庭—对华专门法院”二元两级司法体系。

在英美驻华领事官司法权被分解、两国对华“治外法权法院体系”得以重整的历史进程中，以下事件尤其重要。1864年“洋泾浜北首理事衙门”在上海设立，1865年“大英上海最高法院”在上海设立，1869年公共会审公堂以及法公廨相继在上海设立，1906年“美国对华法院”在上海设立，1920年“美国对华司法委员法院”在上海设立。将英美两国在上海设立的上述司法机构联系起来考察，即可拼接出英美对华“治外法权法院体系”或治外法权法院网络。同时，作为英美两国对华乃至对东亚司法场域的海岛，逐渐取代香港岛而居于英美对华“治外法权统治”的中枢地位。在两国法律帝国版图中，上海成为“治外法权法院体系”的中心或核心着力点。

1865至1906年是英美延伸扩大对华及至东亚治外法权史中一段极为重要的时期。1865年设立的“大英上海最高法院”和1906年设立的“美国对华法院”等两大驻沪专门法院分解了英美原驻沪领事法庭的管辖权，英美驻华法官转而享有近乎“完整的法官裁判权”。代替原1864年“理事衙门”并于1869年成立的“会审公堂”，成为两国驻沪领事官共同行使司法权主要场合，领事官在“会审公堂”享有的是“不完整的领事裁判权”。

1876年《烟台条约》是继续限缩领事官司法权的一次新尝试。该条约关于华洋交涉民刑事案件一体适用“被告主义原则”、将原告方官员的“会同”审理权重新定义为“观审权”、审判适用被告国籍国法等“三位一体”规定的出台，无疑可视为中英双方就限制领事官“完整的领事裁判权”达成的合意。^[98]对此，英美驻华领事官坐不住了，他们不满《烟台条约》的相关规定，不断宣称“会审公堂”需要激进改革。^[99]实际上，英美驻华领事官们最关心的还是如何维持（如果说不是扩大的话）自身之司法权的问题。因此，他们努力试图将“会审公堂”变成领事法庭的另一种形式。

清朝从中央到地方，始终强调“按约办理”中外关系及华洋交涉案件。^[100]可以说，清朝始终是在依约处理国际关系（rule of the treaties）。^[101]朝廷上下在条约框架内的反抗，的确在一定程度上限制了领事官司法权的扩张。但清朝灭亡后，英美两国领事官的司法权借助会审公廨再度膨胀，使得会审公廨落入“完整的领事裁判权”制度之下，直至1926年上海领事团和江苏省才达成《收回上海会审公廨暂行章程》的决定，上海公共租界内英美驻沪领事官的司

[98] 因为这些对于“会审公堂”命运攸关的三条纲领性规定，要么意在将其彻底转变为与租界内“大英上海最高法院”完全对等的专门法院，进而分别管辖以本国人为被告的华洋交涉案件；要么意在使其彻底为上海县署衙门所吸收，进而彻底成为中国地方法院内设的一个专门法庭。不管哪个走向，都意味着英美驻华领事官的司法权将被进一步限缩。

[99] See *Consul Medhurst to Sir T. Wade*, in *Commercial Reports from Her Majesty's Consuls in China for the Years 1875 and 1876*, Cleveland: The Private Collection of Charles W. Wason, 1918, p. 42.

[100] See Frank Erastus Hinckley, *American Consular Jurisdiction in the Orient*, Washington, D. C.: W. H. Lowdermilk & Company, 1906, p. 160.

[101] 《会审章程》第6款规定：“华洋互控案件，审断必须两得其平，按约办理，不得各怀意见。如系有领事管束之洋人，仍须按约办理。”这款中出现两次“按约办理”。

法权才终于在反殖反帝运动和全世界范围内的民族解放运动中寿终正寝。但列强对华治外法权要到1943年撤废,英美驻华其他地区领事官的司法职能是在此后才被彻底剥离。英美驻华领事官的职权此后才逐渐回到其作为“专理商贾事宜”之商务官的本义。

在英美近代驻华领事官司法权被分解的同时,两国在华确立的“治外法权法院体系”完成了转型或重整。英美在华行使治外法权的主体,曾大致经历过从一种双主体向另一种双主体的转变即从领事官、驻华公使转向法官、领事官的过程,前一阶段行使治外涉权的主体以领事官为主,后一阶段以法官为主。但这不过是两国在域外管辖权制度安排中“左手倒右手”的把戏。英美在华设立的专门法院以及两国在华推动设立的“理事衙门”可谓是“较小的恶”,两国只不过是借“小恶”来粉饰帝国的法律暴力即单边治外法权规治。况且,自1869年起,由“洋泾浜北首理事衙门”改制的“上海公共会审公堂”已成为两国驻沪领事官行使司法权的重要场合,也就是说两国在沪领事官司法权并未被根本性削弱。这种新的“法官”和“领事官”双主体司法的二元司法格局,因此等于是对英美对华“治外法权统治”的强化。

Abstract: During the “Treaty Century”, there had been a transition of the subjects of exercise of British and American judicial power in China from consuls mainly to consuls alongside professional judges from both countries. Both the British and American consuls in China had been granted unusual judicial power and jurisdiction through non-equal treaties, British orders-in-council, or Acts of Congress of the United States. However, since the middle of the 19th century, limiting or regulating the judicial power of consular officers had become a shared concern of both semi-colonial nations trying to resist “consular jurisdiction” and the British and American governments trying to strengthen the “extraterritorial regimes”. As a result, the entire discussions and reformative plans of the consular officers’ judicial power were diverted to the establishment and administration of “mixed courts” and professional courts in China. Judicial power gradually flowed from non-professional consular officers to professional judges, but it was only “a transfer from one pocket to another” in terms of the two countries’ extraterritorial jurisdictions, not to mention that consular officers’ judicial power was not completely weakened. Their main purpose of changing the subjects of the exercise of judicial power was to strengthen “extraterritorial regimes”.

Key Words: consular court, mixed court, H. B. M.’s Supreme Court for China and Japan, the United States Court for China, extraterritorial regimes
