

## 再论清末变法修律改革肇端于 废除领事裁判权

张世明

**【摘要】** 近些年来,关于清末变法修律的“肇端于废除领事裁判权说”遭到挑战。颠覆这种传统主流观点的学者认为,《马凯条约》签订的时间是1902年9月5日,但慈禧在庚子事变后结束流亡生活还京途中就发布了“变法诏书”,清廷的修律决策不是《马凯条约》第十二款影响的结果。历史考据的方法要求我们全面考镜源流,传统的关于废除领事裁判权作为迫使中国法律近代化的诱因的观点并不能由此遽尔否定,必须将视野放得更宽一些,否则抓住一点不及其余,就会在纠谬过程中矫枉过正,以至于一叶障目而不见泰山。修律与取消领事裁判权两者之间的关系极为复杂,赫德等人对此曾经予以详细讨论。

**【关键词】** 清末变法修律;马凯条约;领事裁判权

**【作者简介】** 张世明:中国人民大学清史研究所教授,博士生导师(北京100872)

近年来,关于清末修律的诱因成为法律史学术界争议的话题。许多学者都将目光聚焦于领事裁判权上,认为晚清司法改革的主因在于领事裁判权问题,由于清政府在与各国修订商约期间,英国做出了有条件的承诺,如果清政府改良司法现状“皆臻完善”<sup>[1](P2160)</sup>,可以放弃领事裁判权,清政府为帝国主义者谎言所迷惑而随即下诏,派沈家本、伍廷芳二氏为法律大臣,参酌各国成规,悉心修订现行律例。江庸在1922年撰写的《五十年来中国之法制》一文中对清末修律有如是叙述:“光绪二十八年,政府派吕海寰、盛宣怀在上海修订各国商约……光绪二十八年遂派沈家本、伍廷芳为修改法律大臣,然自光绪二十八年至三十一年此数年间仅从修改旧律及译书着手。”<sup>[2]</sup>江庸曾经躬历清末修律活动,在司法和法学研究领域德高望重,他的这段话颇具权威性,为后来大多数著作所引用。《清史稿》对于清末修律则记载云:“光绪庚子以后,各国重立和约,

我国断断争令撤销,而各使藉口中国法制未善,靳不之许。迨争之既亟,始声明异日如审判改良,允将领事裁判权废弃。载在约章,存为左券。故二十八年设立法律馆,有‘按照交涉情形,参酌各国法律务期中外通行’之旨。盖亦欲修明法律,俾外国就范也。”<sup>[3](P4216-4217)</sup>这种表述存在不够妥帖之处,有学者对此提出了质疑。2004年,陈亚平在《清史研究》第1期发表《〈中英续议通商行船条约〉与清末修律辨析》,高汉成《清史研究》第4期发表《晚清法律改革动因再探——以张之洞与领事裁判权问题的关系为视角》。这两篇论文的主要论据是,《中英续议通商行船条约》(又称为《马凯条约》)签订的时间是光绪二十八年八月初四(1902年9月5日),但早在光绪二十六年十二月初十(1901年1月29日),慈禧在庚子事变后结束流亡生活返京途中就发布了“变法诏书”,两者相差一年又八个月,而且距离光绪二十八年二月初二(1902年3

月11日)清廷颁布《修订法律上谕》也已经过了半年时间,时间顺序秩然不可倒置,故而作者据此否定了废除领事裁判权是清末修律的直接原因,认为清廷的修律决策不是《马凯条约》第十二款影响的结果,传统的观点将后来发生的事件当成过去行为的成因,把以后产生的条约条款当成此前决策的宗旨,有悖于基本的历史逻辑,严重影响了晚清修律活动的性质的判断。针对陈、高二文的新观点,笔者希望作一个阐述回应,以抒一己私见。

## 一、清末变法修律的启动

笔者认为,《清史稿·刑法志》所载可能更为符合历史实际:“(光绪)二十八年,直隶总督袁世凯、两江总督刘坤一、湖广总督张之洞,会保刑部左侍郎沈家本、出使美国大臣伍廷芳修订法律,兼取中西。旨如所请,并谕将一切现行律例,按照通商交涉情形,参酌各国法律,妥为拟议,务期中外通行,有裨治理。自此而议律者,乃群措意于领事裁判权。”<sup>[4](P4178)</sup>在庚子事变以后,1901年1月29日,流亡西安的慈禧太后以光绪皇帝的名义发布了一道“变法诏”,决心要破锢习,更法令,筹设修订法律馆。按照与各国交涉情形,要求军机大臣、大学士、六部九卿、出使各国大臣及各省督抚各抒所见,详悉条议以闻。此可谓晚清举行新政、变法修律的动员令。由于两年前戊戌政变的阴影仍然笼罩在人们心头,这使封疆大吏们不得不费心揣摩朝廷的意旨。在此上谕发布前几日,张之洞通过端方和袁世凯的来电就获悉大概内容。接到上谕之后,他又从多种渠道获悉此谕出自“圣意”,乃在致电军机大臣鹿传霖时坚持应提“西法”<sup>[5](P8526)</sup>。他认为,变法者,非泛泛改章整顿之谓也。采用西法,见诸煌煌上谕明文。此后一线生机,或思自强,或图相安,非多改旧章、多仿西法不可。若不言西法,仍是旧日整顿故套空文。正如鹿传霖回电所言,此大举动大转关,尤要一篇大文字,方能开锢蔽而利施行。两江总督刘坤一和湖广总督张之洞于7月12日、7月19日、7月20日陆续奏上的新政纲领性文件《江楚会奏三折》,系由张之洞在郑孝胥、梁鼎芬、黄绍箕的协助下主

稿,起到了为清末新政如何开展措施一锤定调的作用。

《江楚会奏三折》包括《变通政治人才为先遵旨筹议折》、《遵旨筹议变法谨拟整顿中法十二条折》、《遵旨筹议变法谨拟采用西法十一条折》三折。这三折的主旨各有偏重,步步递进,将整顿中法与采用西法分开呈奏,颇具匠心,显示出当时以不忤慈意为要着的稳健建言策略。其中,第二折提出了恤刑狱问题,耐人寻味地将军事的胜败与司法活动联系起来,将司法活动与“民气”、“国势”联系起来,深刻反思了领事裁判权、教案诸多社会现实问题与庚子之乱的关联,采取中西横向比较,以外人“亲入州县之监狱,旁观州县之问案,疾首蹙额,讥为贱视人类”<sup>[6](P587)</sup>的外部眼光作为内部司法改革的压力,间接地触及了领事裁判权与国内修律变法的互动问题。

另外,刘坤一与张之洞联衔会奏的第三折在劝工艺部分还提出了编纂矿律、路律、商律和交涉刑律的方案,指出:刑律中外迥异,亦宜酌定一交涉刑律,由总署致电驻各国公使,访求各国著名律师,每个大国一人,充当该衙门编纂律法教习,博采各国矿务律、铁路律、商务律诸书,为中国编纂简明矿律、路律、商律和交涉刑律若干条,分别纲目,限一年内纂成,然后由该衙门大臣斟酌妥善,请旨核定,照会各国,颁行天下。这里没有明确提出收回领事裁判权,但其旨意一目了然,即在于为废除领事裁判权奠定法律基础。清廷接受了编纂新律的建议,于是方有众所周知的1902年3月11日发布的第一道修律上谕,宣布:“中国律例,自汉唐以来,代有增改……况近来地利日兴,商务日广,如矿律、路律、商律等类,皆应妥议专条。著各出使大臣,查取各国通行律例,咨送外务部,并著责成袁世凯、刘坤一、张之洞,慎选熟悉中西律例者,保送数员来京,听候简派,开馆编纂,请旨审定颁行。”<sup>[7](P4556)</sup>显然,这是清政府对于江楚会奏第三折的回应,主要还是从发展经济的新形势来谈修律的理由。学术界往往只引述变法修律的这道上谕,因为许多论著中俱可随手翻检,不复根究其针对的呈奏,所以不了解为何特意要求张之洞等举荐修律人才的缘故。而在学术界提出对于变法

修律最初开始于废刑讯之说也是因为没有认真解读书《江楚会奏三折》原始文本所致，实际上均肇端于《江楚会奏三折》的推动。在袁世凯、刘坤一、张之洞等疆臣保举秋曹老手沈家本、西律专家伍廷芳等人后，5月13日，清廷又颁布了一道上谕：“现在通商交涉，事益繁多，著派沈家本、伍廷芳，将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。俟修定呈览，候旨颁行。”<sup>[8](P4584)</sup>这两道谕旨虽然都没有提到领事裁判权的问题，也不能武断地认为所谓“交涉情形”即确指两个月后武昌会谈时由张之洞与马凯谈判时提出的收回领事裁判权一事，但我们也不能说此时的清政府根本就没有在谈判中提出领事裁判权问题的想法，因为庚辛之际，清朝统治遭受重创，变法修律者恰恰希冀使内治改观，次第收回政权利权，赫德在此次谈判中提出的方案中就涉及领事裁判权问题。

## 二、《中英商约》第十二款的产生

在庚子事变之前，中英双方关于修订税则的谈判就已经提上日程，并成立了启动谈判的委员会。1901年的《辛丑条约》第十一款规定：“大清国国家允定，将通商行船各条约内，诸国视为应行商改之处，及有关通商其他事宜，均行议商，以期妥善简易。”<sup>[9](P1007)</sup>据此，中英议定在上海进行商约谈判。1901年9月28日，英国政府首先派出以马凯为首的代表团赴中国进行商约谈判。是年10月1日，清廷由于议和之后偿款方急，财力奇窘，也希望利用修约这一机会提高关税、增加收入，遂谕令委派盛宣怀为办理商税务大臣，议办通商行船各条约及改定进口税则一切事宜，并著就近会商刘坤一、张之洞妥为定议。次年2月23日，清廷复增派吕海寰为会议商约大臣。

1902年1月10日开始第一次谈判。在第一阶段，英方提出“设海上律例并设商律衙门”和“上海会审衙门宜整顿”两款内容，明显暴露了英国企图干预中国法律事务的目的。是时，马凯提出英国人可以任便在中国买地、租地等，以便居住、贸易。盛宣怀就明确表示拒绝，以“中国

人在英国并没有享受到治外法权”<sup>[10](P33)</sup>相抵制。“盛宣怀认为提出这一要求时机过早，而且只要领事裁判权存在一天，中国决不能答应。他说中国的法律不久即将修订。”<sup>[11](P21)</sup>在此，盛宣怀已经谈到中国自己已经有准备修订法律的决策准备。而且，他把清政府即将修律的决策作为拒绝马凯要求的理由提出来。显而易见，清廷做出修订法律的决策早于《中英商约》谈判时对于领事裁判权问题的讨论，但领事裁判权并不是张之洞在马凯来鄂之后才首次提出的话题。

到1902年6月末，双方已经聚议六十余次，其间议而复改，成效不彰。由于商约谈判中的裁厘方案主要涉及长江流域，盛宣怀等邀同马凯偕赴江、鄂与督臣刘坤一、张之洞面谈。正是在武昌期间，会谈有了大的进展。在武昌会谈的最后一天，张之洞主动提出要求谈判英国放弃领事裁判权问题。张之洞是这样叙述当时的谈判情况的：

洞因告马使曰：“……中国亦应向英国要索数端，方为公平。若不肯商，我便不与议。今日不开谈矣。”马使初以为甚难，谓“此约只应英向中索，不应中向英索。”力争始允。因与索商两条：一、中国修改法律后，英人归我管辖。一、请各国派员，会同中国官员，考查各省教务，妥筹办法。因与定议入约，法律列为第十二款。<sup>[12](P2251)</sup>

海关副总税务司裴式楷（Robert Edward Bredon）写给总税务司赫德（Robert Hart）的报告更加具体地记载了当时（1902年7月17日）马凯在武昌纱厂与张之洞讨论此问题的会谈情况：

梁敦彦：……张制军说……他提出两款来。一款是关于治外法权的。我们想修订我们的法律，我们即将指派委员研究。您是否可以同意，在我们的法律修改了以后，外国人一律受中国法律管辖。另外一款是关于传教的……马凯：你们是否可以用书面提出呢？张之洞：在最初几年内中国也许要聘用外国法官。<sup>[13](P137)</sup>

7月24日，清廷批准了张之洞的建议：“拟以修改法律及各国派员考查教务两条一并入约。”<sup>[14](P2656)</sup>最终约文为：“中国深欲整顿本国律

例,以期与各西国律例改同一律,英国允愿尽力协助以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审判办法及一切相关事宜皆臻妥善,英国即允弃其治外法权”。<sup>[15](P109)</sup>这里的“英国允愿尽力协助以成此举”一语表明列强对此已经开始修律活动的支持,这是首次将废除领事裁判权载诸对当事双方均有法律约束力的条约,无疑为收回领事裁判权带来了一线希望。沈家本、伍廷芳也认为这是“变法自强之枢纽”<sup>[16](P2)</sup>。

可以清楚地看出,《中英商约》第十二款是由中国方面提出来的。作为清末修律的主要策划者之一,张之洞提出这一条款的目的正是配合当时正在进行的法律改革,通过自强变法取消领事裁判权。尽管商约签字画押的时间是在清廷提出变法修律之后,但领事裁判权废除的意图早就包含在变法修律启动之中了。而修约和委派沈家本、伍廷芳基本上同时在进行,这两件事情都在清朝最高统治者、张之洞乃至沈家本、盛宣怀等的萦怀和照观之中,张之洞在就修律事与刘坤一、袁世凯商议保举沈家本、伍廷芳的电文中就明确言及修律与即将进行的商约谈判局势问题。在这个意义上,江庸的记述虽然与事实不符,但历史相生相引的复杂性却不应该在对于传统观点进行挑战时被简单化。

### 三、赫德此前已主张和推动修律 以取消领事裁判权

历史考据的方法要求我们全面考镜源流,传统的关于废除领事裁判权作为迫使中国法律近代化的诱因的观点并不能由此遽尔否定,必须将视野放得更宽一些,似有必要考虑到此前人们的认知。在陈亚平、高汉城两位学者论文发表前,笔者在审校叶凤美教授所译《马凯条约》重要关系人赫德的《这些从秦国来——中国问题论集》一书过程中,就发现该论集关于领事裁判权的主张无疑对后来的《马凯条约》、清末修律等产生了一定的影响。

赫德既是参与了许多将不平等条约强加于清朝并诱导清朝恪守这些条约的“刑名师爷”,对于中国政府和人民不满意不平等条约的心理和情绪一清二楚,但由于其所处的海关总税务司的位

置恰恰是中外矛盾聚焦点,也从自身的特殊立场出发,希望能够解决领事裁判权所引发的中西法律冲突。曾经为赫德立传的中国最后一任海关总税务司李度(Lester Knox Little)在费正清等所编《总税务司在北京:赫德的信件》导言中指出:赫德“是以坚决废除(外国在华的)治外法权而著称的”<sup>[17](P27)</sup>。赫德自己也一直以此矜夸于世。

1876年1月23日,年届不惑的赫德向总理衙门提出了《整顿通商各口征抽事宜遵议节略》,系统表达了这一时期他对中国问题的基本看法。该节略分为引论、商务、讼件、政务和末论五个部分。赫德在节略的“讼件”部分,对于中外双方在司法管辖方面各有怨言的情况进行了归纳整理。他说:“两国相涉讼件如人案者,若问洋人,中国官如何办理?洋人则谓:中国官或不为之追拿、究问,或拿问不为之办理,或宜从重办而从轻办……若问华人,洋官如何办理?华人则谓:遇有洋人欺侮华人,洋官多系置之不为之理。若遇有华人被洋人害命者,则洋官每欲出以银两为贍其身家之资,则洋犯即可不抵其命,各等怨言。”<sup>[18](P170)</sup>中外都有怨言,原因何在?赫德的答案是:“中外与讼事,非无律例,非无罪名,实遇中外涉讼事,无一通同审办之法耳。”<sup>[19](P170)</sup>人命案件如此,财产纠纷案件亦复如此。他说:“两国相涉讼件,如因产涉讼者,彼此犹有怨言。洋人则谓中国官员故延时日,庇护华人,不肯秉公办理。中国人则谓洋官或不敢得罪其本国之人,或信其本国人之言而不信中国人之质证,或不按情节定案。且遇华人欠洋人债之案,洋人则控告不休,时为呈催,若必使欠债之华人家产已尽,中保代还,罄其资而后已。至洋人欠华人债之案,华人则一经控告,领事必曰,欠主已无银钱可还,即无法追索,华人则以此为尤不公平者。再财产等事,每有华人自相争产,原不涉于外国事者,乃有原告从中稍费些许资财,故为之牵连外国讼务,以冀领事官代为追办,不但原告不出其名,即藉此致使无辜之人并受其害。中国人以此更为不服。”<sup>[20](P170-171)</sup>这倒并不是过去前辈学者所指责的那样赫德以各打五十板的态度摆出一幅公正无私的面孔,而是其一贯的“骑马理论”的必然结果。事实上,领事裁判权固然使清

政府不胜其扰害，但清政府也以条约制度为自卫武器，将领事裁判权的属人管辖与通商口岸的地理空间相联系，使西方列强企图在通商口岸以外获取权益时感到阻力颇大。

显然，领事裁判权是一种不合理的制度，应予以废弃。但中外双方其时均无此意向，唯感到有补救、改进的必要。有鉴于此，赫德接着提出四种建议：第一个是为了建立一种共同的法律程序。其建议，凡是不牵涉中国人在内的外国人之间的争端应继续由外国官员审讯和调处；凡遇案件系华洋相涉者，应另立一详细规条为通行之章，即“共同的法典”；应在每一条约口岸设立一理案署（即会审法庭）以执行共同的法典。如果这一建议未被采纳，赫德的第二个建议是，在所有牵涉外国人和中国人的混合案件中，领事和地方官以审判官与陪审官的身份会同开庭审讯。如被告人是外国人，则由领事主持审讯；如被告人是中国人，则由中国官员主持审讯。这是又一种变通形式的混合法庭制度，没有统一的法律，适用的是被告所属国的法律。第三个建议假设前两类都不被采用，无法采用共同的程序，那么，只有规定一切人命案件，地方法庭应作完备的审讯，并将全案移交北京判决，罪犯应受惩罚，不许以金钱代罚。第四个建议，则只有把诉状情况通知对方。从以上四个建议看，赫德希望实行第一个建议，即采用共同的法典、共同的程序、共同的处分方法和共同的法庭。<sup>[21](P172-175)</sup>该方案是对现存领事裁判权的一种有益的改进，有助于削弱和限制这一特权，并议及外国人归地方官管理之条。在赫德看来，伴随着没有改进希望的将来，外国人保留着其不受限制的领事裁判权；而伴随着具有改进希望的将来，外国人仅有一种受到限制的领事裁判权。

正如赫德在准备递交总理衙门前致信金登干（James Duncan Campbell）所言，“我曾多次考虑过这份报告，所以现在‘把它一挥而就’，没有定型，读起来不免‘枯燥乏味’。然而，它会引起许多具体问题的讨论，而那些想以中国为题材写作的人们可以投身其间，猎取无穷无尽的素材！”<sup>[22](P342)</sup>由此可见，赫德似乎对于清廷采纳其建议并无把握，只是想抛砖引玉而已，并且果然不出其所料，其建议当时并未被采择，后世学者

对其建议的评价歧见纷纭迭出。

1877年9月，驻英公使郭嵩焘由于受命处理镇江趸船一案，深感海商法的重要性。赫德的节略传到驻英公使馆较晚，郭氏看到后颇有同感，乃上呈《请纂成通商则例折》，主张援照西洋公法，奏请敕下总理衙门参核各国所订通商律法，分别条款，纂辑通商则例一书。郭嵩焘在奏折中高度赞颂赫德的方案统筹全局，于其中分析商情、交际、词讼三者，实为中外相接紧要关键，允宜明定章程，廓然示以大公，不独以释中国之猜疑，亦且使各口地方官晓然于朝廷，用法持平，明慎公恕，遇事有所率循，庶不至以周章顾虑，滋生事端。他提出：择派章京内实任户部刑部司员二人，另请通知西洋律法二人，专司编纂之责，仍飭总税务局及南北洋大臣参酌，由总理衙门审定颁发各省，并刊刻简明事例，略述大纲，颁送各国驻京公使，庶一切办理洋案有所依据，免致遇事张皇，推宕留难，多生枝节。<sup>[23](P209-211)</sup>

正如总理衙门在奉旨议复郭嵩焘折时所言，“欲订中外共守律例，则其权不尽自我操”<sup>[24](P219)</sup>。这不是中国一厢情愿的事情，牵涉到对于既定条约的遵守和修改，修律与修约息息相关，对于清朝而言，前者以后者为前提。而修约对于西方列强而言，无异于与虎谋皮，必然以修律为抵制的盾牌。这样便陷入了一个无限循环的怪圈，形成难以解开的死结。正如张之洞与马凯的对话其实是文祥与阿礼国的对话<sup>[25](P208)</sup>的翻版一样，此后在清末修律期间张之洞反对沈家本所表达一些理由其实已经在总理衙门的奉旨议复中昭然可见。《总署奏拟纂通商则例以资信守折》云：各国使臣于条约之利于彼者，力为之争；利于中国者，曲为之说。西方各国“竞尚兵力，其于中国，情势亦然。力所不能胜，而欲以条例口舌争胜焉，难矣。是各国使臣即允订此例，中国遇事恐未必能照行”<sup>[26](P218)</sup>。诚然，修律与修约密不可分，而修约又须以实力为后盾，但瞻顾徘徊、因循守旧只能是在不温不火的所谓反复审慎筹谋中的慢性自杀。

领事裁判权和教民冲突最终导致义和团的盲目排外。当时，赫德避难于英国公使馆，在断断续续的枪炮声中冷静地反思这次事变的原因，分

析未来趋势，将所思所想形诸文字，用电报发到《双周评论》、《世界杂志》、《北美评论》等欧美著名时事评论刊物上发表，成为当时西方在纷乱局势中了解北京使馆被围困以及联军占领北京后的消息的重要来源。这几篇文章于1901年4月3日由英国《双周评论》杂志社结集出版，题名《这些从秦国来——中国问题论集》，为赫德生前唯一公开出版的书籍。

赫德在这些文章中基本上又一次重复了自己在向总理衙门提出的《整顿通商各口征抽事宜遵议节略》中所表达的观点。他认为，外国人决不能期望永远保持他们的领事裁判权地位，换一条更为合理而又言行一致的路线也许能产生比较好的结果。只要放弃领事裁判权，积怨就会消除，贸易会不受限制，资产投资和资源开发亦可避免不必要的障碍。<sup>[27](P92)</sup>在赫德看来，从外国人的观点和商业的需要而言，在中国领土上维持领事裁判权和外国人自己的法庭，一直是、还将仍然是权宜之计，甚至是必不可少的；但在中国人眼里，这是一根矛，而不是一面盾。不拿走这根矛，就不能保证外国人在中国过得舒适自在，中外交往就不会得到中国人的真正欢迎。赫德在此引述此前文祥说过的非常经典的一句话：“废除你们的治外法权条款，商人和传教士就可以住在他们任何想住的地方；但如果保留它，我们必须尽我们的可能把你们以及我们的麻烦限制在条约口岸！”<sup>[28](P45)</sup>与此前《整顿通商各口征抽事宜遵议节略》仅系向总理衙门提出的内部资料不同，赫德的这些文章在西方各大媒体广泛传播，对于国外朝野政治态度不能说没有影响，事实上我们从此后马凯在商约谈判中的表现可以明显地看出这一点。如果借用理论旅行的概念，这其实是文祥的观点对于赫德产生影响，经过赫德在国际上的带有自己思想特色的吸收消化、加工改造和宣传弘扬，又反过来影响到中英商约谈判，影响到英国方面放弃领事裁判权的承诺。

这些文章对西方的舆论和政府的对华政策产生了影响。赫德曾接到有关的内部报告称，“一份来自镇江的报告说听到《泰晤士报》的姬乐尔<sup>①</sup>在英国说，这篇文章对英国公众有着‘巨大

的影响’，这样就使政府对待中国采取更温和的态度，并且政府的一位阁员曾对《泰晤士报》的一个人说——‘莫理循可以随意谩骂，但面对赫德爵士的文章，我们完全不能照他（指莫理循——引者注）的建议办。实有裨益。’”<sup>[29](P165)</sup>可以说赫德可以说奠定了中英双方谈判的思想基础。谈判中最为关键的裁厘加税之所以能够达成协议，正是以赫德在《子口税论》中的立论为依据。赫德不仅在那年仲夏纷飞的战火里探讨战后裁厘加税问题的框架，而且在《这些从秦国来——中国问题论集》中为后来马凯条约的谈判方式都进行了规划。他反复指出：过去中国的条约是由外国谈判者起草的，假如说不是命令式的话，也是如此匆忙地草拟和缔结的，以致他们忽视了，或者说根本没有把麻烦的问题和有关省份的情况调查清楚。这些在中国获取权益的做法引起了恶感并将以失败告终，因为在获取权益时没有考虑国家的组成部分——各省，也没有得到各省的赞同。<sup>[30](P48)</sup>马凯后来赴江、鄂与督臣刘坤一、张之洞面谈就是遵循了赫德此前提出的谈判路线图。不仅盛宣怀在谈判初期关于领事裁判权的磋商立论依据源于赫德的思想，而且马凯以及英国政府后来同意张之洞的反建议也是受到赫德观点的影响。英方在最初谈判提出的二十四款中有“设海上律例，并设商律衙门”<sup>[31](P8695)</sup>的条件。赫德根据其一贯主张向清廷提出：“此议亦属甚善，若拟专条定约，应添载云：‘俟律例定妥，衙门开设后即将不管归辖各条删除。’”<sup>[32]</sup>正是根据这个建议，张之洞在武昌纱厂与马凯会谈中正式提出增加两款入约，其中之一即为领事裁判权问题，以此作为答应马凯各项要求的交换。非常有意思的是，赫德在《这些从秦国来——中国问题论集》中提出战后只有一条金律可能值得一试，即革除现存的不正常情况，让“己所不欲，勿施于人”通行于国际关系中<sup>[33](P90)</sup>，而这竟然被写入《马凯条约》第十四款：“中国历代皇帝屡经庄严承认，耶稣教宗旨原为劝人行善，凡欲人施诸己者，亦必如是施于人”<sup>[34](P168)</sup>，足见赫德《这些从秦国来——中国问题论集》对于《马凯条约》影响之深。

① 即 Ignatius Valentine Chirol.

赫德在《这些从秦国来——中国问题论集》中站在新世纪的门槛进行回顾和展望，指出：“时间会以它自己的方式平息事态，智慧和克制也许会幸运地阻止冲突和灾难，而各种改革，如抚台曾鈺在两年前保守浪潮中将他冲下台之前的奏折中建议的那样，制定一部新法典，将会逐步使中国的法律程序与文明世界的其他地区趋向一致，那时，西方也许会愿意用另一种眼光来看待中国，从而废除眼下为了保护在华外人而必须坚持的那些区别对待，并且，通过承认和重建的和谐，彻底拔除失和的根子。”<sup>[35](P107)</sup>他声称，在中国政府与其他国家的条约关系已经历了一个甲子后，缝缝补补旧衣裳是无济于事的，需要的是一身新衣裳！<sup>[36](P83)</sup>赫德在该书中收入的自我认为是最有用的论文《中国、改革和列强》中进一步指出，承认领事裁判权的政府有必要做出声明，采取适当的措施，在将来最终把它废除。不难看出，《马凯条约》第十二款被英国政府所认同，正是对赫德呼吁西方列强声明采取适当的措施在将来最终废除领事裁判权的遥相呼应。赫德在《中国、改革和列强》一文末尾这样写道：“正当我在写上最后一句话时，西安的中国报务员将一份上谕全文发向这个帝国的各个地区。上谕陈述问题的形式和口气是地地道道的中国式，但它的意思是很明显的。”<sup>[37](P138)</sup>这诸多事件交织在一起，使我们认为，无论费正清“冲击—反应”模式还是柯文“从中国内部发现历史”的研究取向，都无法全面揭示这中间的复杂图景。

#### 四、中国朝野此前曾积极谋划修律 以废除领事裁判权

在前面，我们证明了近年来对于传统观点的挑战是有一定道理的，但不可以一眚掩大德，对于传统观点全面否定，否则抓住一点不及其余就会使自己在纠谬过程中矫枉过正，出现一叶障目而不见泰山的现象，修律与取消领事裁判权的讨论基本上在赫德《这些从秦国来——中国问题论集》中就曾予以详细的讨论，而且这些话题在光绪初年在总理衙门的奏折、赫德的节略、李鸿章的议复中就已经展开了。如果我们将视线进一步延伸，就会发现两者之间的复杂性远不止于此。

有些学者此前已经注意到在清末新政之前中国朝野关于主张摆脱领事裁判权的羁绊和呼吁变法修律的诸多论述，说明这种思想渊源有自，不能凭借《马凯条约》签订时间晚于修律上谕的颁布就简单地否定传统观点。

王韬被柯文称为第一个提出废除领事裁判权的人，其对领事裁判权不行于欧洲而独行于土耳其、日本与中国深表愤慨。<sup>[38](P210)</sup>王韬首创“额外权利”这一名词，用以指称领事裁判权，并撰文讨论废除此项“额外权利”的途径与方法。<sup>[39](P150)</sup>在王韬看来，外人通商传教，尽可许其自由往来，唯外人来华后即必须受中国法律管辖，所有特权必须废除。有忠君爱国之忧的官民对此势所必争，且必不达目的不止。“此所谓争其所当争也，公也，直也。”<sup>[40](P150)</sup>在具体做法上，王韬主张通过外交谈判，利用西法收回利权。王韬的心路历程被柯文作为其中国中心史观建构的重要史事基础，柯文正是在研究王韬的基础上进一步反思此前以费正清为代表的前辈学者从外部看中国的客位研究。许多主张摆脱领事裁判权的羁绊和呼吁变法修律的中国近代史上著名人物也都与王韬发生过联系，研究这一话语空间的建构以王韬为切入点不失为一种可行的选择。

约在1882年以前，郑观应就已实质上批评外人在华的法权问题，主张洋人既入中国营生，则当依中国规矩。针对领事裁判权，他劝告清廷毅然改图，定则例以持讼狱之平。具体言之，即：“请外国上等有名大律师、中国老成有声望之申韩幕友，再延深通律例之华人翻译，将彼此中西刑律会同参订，至公至当，为中西通商各口律例，分华洋文刊布各埠。凡在通商口岸所有交涉案件，皆准此编判断，无事刑求，以归一律。庶我民不至独受其亏，西人不得独蒙其利，并可徐图西旅归我有司管辖，以渐复我中国自有之权。”<sup>[41](P503)</sup>仔细细绎，郑观应心目中的上策是由通西律、娴清例且人品学问素为中西所佩服者权宜应变，其律法参用中西，与洋官互商，务臻妥善，立一公允通行之法，庶中外遵守，永远相安。如犹以为不合，下策则为专用洋法以治之。以洋法治洋人使之无可规避，以洋法治华人罪亦同就于轻，庶几一律持平，无分畛域。遇有交涉

事务，秉公审断，按律施行。<sup>[42](P119)</sup>

在中国近代史上，黄遵宪是主张废除西方在华领事裁判权的重要人物，几乎所有追溯领事裁判权问题的论著都不可能绕过他，因为治外法权这一名词的最早使用者即是黄遵宪。黄遵宪在收回“治外法权”具体方法上的观点与郑观应的见解颇为接近，主张先可移我就彼，“举各国通行之律，译采其书，别设一词讼交涉之条，凡彼以是施，我以是报，我采彼法，以治吾民，彼虽横恣，何容置喙”。然后待吾国势强盛，则依照国际惯例，“悉使商民归地方官管辖”<sup>[43](P23)</sup>。如果说清朝当初轻易让渡出领事裁判权是出于便于管理的考虑，那么，当这种法律的多元化形成冲突后，需要从这种体制下超脱出来却没有强大的国力作为倚恃的资源时，国人选择的道路仍然是出于实用的考虑，以西法为法，企图通过这种方式形成对于西方领事裁判权的解构。清末修律就是这种思维逻辑的历史后效。从这个当时知识分子普遍认同的方法加以推阐，所谓主权云云过高的陈义其实是对抗西方强权的工具。然而，国人关于废除领事裁判权的话语复杂性还不止于此。在甲午战争之前，中国在日本也是享有领事裁判权的。如果说黄遵宪在日本期间还是随行参赞，不像郑孝胥后来在日本那样独当一面，那么，其在后来任新加坡总领事期间则积极行使领事裁判权。我们在新加坡也发现了类似当年清朝在日本行使领事裁判权的情况，举凡财产、钱债、赌博、斗殴之事，依据大清律例由各处承审官一体遵办。可以说，当时清朝政府对于西方殖民者带到远东的领事裁判权制度既在极力抵制，又本身在利用这种制度谋取国家利益。

近代中国废除领事裁判权运动的肇兴很大程度上受到日本在这方面成功经验的鼓舞。甲午战争以后，国人对于日本在取消领事裁判权方面的成就均翕然叹服。戊戌变法中，康有为上书光绪，建议设立法律局，云：“吾国法律，与万国异，故治外法权，不能收复。且吾旧律，民法与刑法不分，商律与海律未备，尤非所以与万国交通也。今国会未开，宜早派大臣及专门之士，妥为辑定，臣前所亟亟请开法律局为此也。”<sup>[44](P352)</sup>康有为的这些主张在很大程度上借鉴了日本改革的经验，与赫德当年向总理衙门提出的节略中的

主张有某些相同之处，所以赫德此时也对于康有为的上述主张表示赞同。在礼部阻挠王照上书引发光绪震怒以后，允许司员士民不受限制地向皇帝上书这一重大改革举措得以启动。据茅海建教授研究，在大约六个多月的时间里，共有457人次至少递交了567件上书，现存275件上书的原件和抄件。<sup>[45]</sup>在司员士民上书中，关于师法日本修改法律的建策颇为引人注目。例如，户部候补主事陶福履在上书中言：“查西例，全国通商，虽内地亦准各国人往来居住，惟悉听本国管辖。”“日本现与西人立约，即用此例。”<sup>[46](P41)</sup>陶福履的建策在相当大的程度上是仿效日本的经验，主张改革刑律、礼节，斟酌参用西律、西礼，使中西可以通行，以求西方列强没有借口行使领事裁判权，仅有护商之权而不能管理民事。浙江绍兴府山阴县举人何寿章条陈言，异邦人入某国，必遵守其法律，而东方诸国却有“辖外之权”（领事裁判权）。这种领事裁判权在通商口岸的存在，导致华洋交涉一旦涉讼，案律定拟，大都彼轻我重，同罪异科，动辄齟齬。日本自改律法，已变更旧约。今既奉旨删改六部则例，拟请旨下出使大臣，译采各国通行之律，咨送总理衙门，酌中拟议，奏定后咨会各国公使，颁发通商口岸，专办交涉案件，则各国辖外之权，不革自革，他日换约，再援各国互市之例，以正地方管辖之权，自当易易。<sup>[47](P83)</sup>何寿章在该条陈中也谈到了日本的条约改正经验，同时比陶福履更为明确地提出了废除领事裁判权，而且其此时显然对于黄遵宪《日本国志》中对此问题的论列已经极为谙熟。

在当时的外交认识以为最急需交涉与解决的重大问题中，收回领事裁判权实应列居第一。正如《外交报》论说所谓，曰：他国得行其治外法权也；最扼要、最效验之方药非他，曰：收回治外法权也。<sup>[48]</sup>收复领事裁判权是清末法律改制的根本动因之一，旨在消除中西法律适用的隔阂和矛盾之处，以建立“中外通行”的法律制度。而西方列强的以中国法律改制为放弃领事裁判权条件的允诺也大大刺激了刑法改制派的改制信念和步伐。由于西人对中国之重法每訾为不仁，新派修律的目的在于徇外人之见和收回法权，其后中国的法律改革正是在许多人“修律以收回领事裁判权”的幻觉中前行，以至于当代法学界将此视

为一场持续时间甚久的立法秀。胡思敬《国闻备乘》卷四“督抚趋时”条就描述了这样一幅图景：“新定法律草案出自日本律师冈田之手。其引证历朝沿革，则取之薛允升稿本，法部郎中董康笔也。稿既定，颁示各省，皆知其谬妄，决不可行，次第指驳复奏，不谋而同。唯山东巡抚袁树勋变一说曰：‘是皆枝叶之论也，别有所谓根本之说者。其旨安在？曰不改从新律，不能收回治外法权。’内外相煽以浮言，遂特为改律铁证。”<sup>[49] (P122)</sup> 清末变法修律与收回领事裁判权之间错综复杂的关系由此可见一斑。

## 五、余论

中国人当时存在以日本为师的意念，但中国的情形与日本不同。日本当初汲汲于修律取消领

事裁判权，关键在于日本最初被迫开国而与西方签订的不平等条约里就明确规定领事裁判权只是过渡措施，五年之后日本法律改良则将之予以取消。日本取消领事裁判权自始具有比较明确的时间表和路线图，容易激发其朝野众志成城，为此目标而精诚团结、积极努力。

反观中国则难以快刀断乱麻。即便《马凯条约》第十二条等的规定也极为浑括，给列强提供了可以任意否定中国收回领事裁判权要求的硕大空间，又使得中国法律司法改革处于自我矛盾的两难境地。收回领事裁判权的谋划是为了解决法律文化冲突，但这种因为力量对比不得不舍我 from 人的改革实际上又会陷入不易解套的困境，引发更深层面的法律文化冲突。学术界近年来对于清末修律诱因的研究虽不乏新意，但传统的“肇端于废除领事裁判权说”仍然可以岿然而立。

## 参考文献

- [1] 《中英续议通商行船条约》第十二条，载《大清法规大全》，外交部，条约，台北，考证出版社，1972。
- [2] 江庸：《五十年来中国之法制》，载《申报》，1922年创刊50周年纪念特刊。
- [3] [4] 赵尔巽等撰：《清史稿》，卷一百四十四，刑法志，北京，中华书局，1977。
- [5] 张之洞：《张之洞全集》，第10册，石家庄，河北人民出版社，1998。
- [6] 丁守和等主编：《中国历代奏议大典》，哈尔滨，哈尔滨出版社，1994。
- [7] 《清德宗景皇帝实录》，卷四百九十五，光绪二十八年二月，台北，华文书局股份有限公司，1960—1970。
- [8] 《清德宗景皇帝实录》，卷四百九十八，光绪二十八年夏四月，台北，华文书局股份有限公司，1960—1970。
- [9] 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第1册，北京，生活·读书·新知三联书店，1959。
- [10] [11] [13] [34] 中国近代经济史资料丛刊编辑委员会：《辛丑和约订立以后的商约谈判》，北京，中华书局，1994。
- [12] 张之洞：《张之洞全集》，第3册，石家庄，河北人民出版社，1998。
- [14] 王彦威、王亮编：《清季外交史料》，卷一五九，近代中国史料丛刊三编第二辑，台北，文海出版有限公司，1985。
- [15] 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第2册，北京，生活·读书·新知三联书店，1959。
- [16] 《删除律例内重法折》，沈家本：《沈寄簃先生遗书·寄簃文存》，卷一，民国年间刻本。
- [17] John King Fairbank, Katherine Frost Bruner, Elizabeth MacLeod Matheson (eds.). *The I. G. in Peking: Letters of Robert Hart, Chinese Maritime Customs, 1868-1907*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1975.
- [18] [19] [20] [21] [27] [28] [30] [33] [35] [36] [37] 赫德：《这些从秦国来——中国问题论集》，天津，天津古籍出版社，2005。
- [22] 中国第二历史档案馆、中国社会科学院近代史研究所编：《中国海关密档：赫德、金登干函电汇编：1874—1907》，第一卷，北京，中华书局，1990。
- [23] [24] [26] 王彦威、王亮编：《清季外交史料》，卷十一，近代中国史料丛刊三编第二辑，台北，文海出版有限公司，1985。
- [25] 张玉法译：《剑桥中国史》11，晚清篇1800—1911（下），台北，南天书局，1987。
- [29] 中国第二历史档案馆、中国社会科学院近代史研究所编：《中国海关密档——赫德、金登干函电汇编：

1874—1907》，第七卷，北京，中华书局，1995。

- [31] 张之洞：《张之洞全集》，电版，石家庄，河北人民出版社，1998。
- [32] 王栋：《中英〈马凯条约〉的谈判与签订》，载《学术月刊》，1996（4）。
- [38] 柯文：《在传统与现代性之间——王韬与晚清革命》，南京，江苏人民出版社，1998。
- [39] [40] 王韬：《弢园文录外编·除额外权利》，陈恒、方银儿评注，郑州，中州古籍出版社，1998。
- [41] [42] 夏东元编：《郑观应集》（上），上海，上海人民出版社，1988。
- [43] 黄遵宪：《日本国志》，卷七，光绪十六年羊城富文斋刊刻版。
- [44] 康有为：《请开制度局议行新政折》，汤志钧编：《康有为政论集》，上册，北京，中华书局，1981。
- [45] 茅海建：《戊戌变法期间司员士民上书研究》，载《明清论丛》，第5辑，北京，紫禁城出版社，2004。
- [46] 国家档案局明清档案馆编：《戊戌变法档案史料》，北京，中华书局，1958。
- [47] 杨家骆主编：《戊戌变法文献汇编》，第5册，台北，鼎文书局，1973。
- [48] 《外交报》，第四十九期（癸卯第十五号），1903年7月9日（光绪二十九年闰五月十五日）。
- [49] 胡思敬：《国闻备乘》，卷四，北京，中华书局，2007。

## Further Discussion on Abolition of Consular Jurisdiction as the Start of Law Modification in Late Qing

ZHANG Shi-ming

(Institute of Qing History, Renmin University of China, Beijing 100872)

**Abstract:** In recent years, the proposition that the abolition of consular jurisdiction was the start of the Late Qing Legal Reforms was challenged. Scholars engaged in subverting the traditional mainstream view argue that *the Mackay Treaty* was signed on September 5, 1902, but Empress Dowager Cixi issued the “Law Reform Decree” on her way back from refuge after the Boxer War, then the Qing government’s decision for law reform was not a consequence of Article 12 of *the Mackay Treaty*. The present paper argues that methodology of historical textual research requires a comprehensive view about the sources and results. The traditional view that the abolition of consular jurisdiction served as an urgent cause for the modernization of Chinese law cannot be rejected imprudently by such superficial efforts, and our field of vision must be broadened. Otherwise our over-corrections will result in an incomplete view of the whole scenario. The relation between the law modifications in late Qing and the abolition of extraterritoriality is extremely complex. Previously this had been discussed by Robert Hart and others in detail.

**Key words:** the Late Qing Legal Reforms; *the Mackay Treaty*; extraterritoriality

(责任编辑 张 静)