

近代英国对华域外法体系研究

万立* 屈文生**

摘要 英帝国对在华英人的司法管辖表现为治外法权,其是对华域外法体系的载体。英国东亚域外法体系单方面在1833年于中国确立,1865年囊括日本、1884年纳入朝鲜,彻底解体于1943年。该体系以英王枢密院令为基础,由驻华监督、香港总督、香港最高法院、驻华领事、上海最高法院负责运转。《1833年枢密院令》形成以英国驻香港最高法院、香港总督、领事法庭为主的对华域外法机制。《1865年枢密院令》确立以领事法庭、上海最高法院为中心的域外法体系。这一体系旨在保护英人,维护帝国统治、协调帝国间利益,但其边界并不明确。云南边境与缅甸曼德勒、新疆喀什噶尔与英印法体系的联系,凸显域外法和殖民法的跨域勾连,并在法律拟制的作用下,殖民地和半殖民地的管辖地位趋于等同,遮蔽帝国域内和域外的差异,维系帝国区域秩序运转,塑造区域、全球单边帝国法律秩序。

关键词 治外法权 管辖 域外法体系 云南 喀什噶尔

治外法权(extraterritoriality)^[1]是英帝国史上的重要议题之一,是英国构筑法律帝国的主要方式,但英国铺陈、推张及运作对华域外规制机制的方式还未得到全面阐明。英国确立对华域外法体系的时点、跨域问题的解决及帝国霸权秩序形成等问题,关涉法律与帝国的关系,殖民体系与半殖民体系的法律勾连,可以遵循国际法史研究的帝国进路对此加以阐述。

英国东亚治外法权自1833年单方面在中国确立,1865年囊括日本、1884年纳入朝

* 华东政法大学法律史博士研究生。

** 华东政法大学法律文明史研究院教授。本文系国家社科基金重大项目“‘一带一路’沿线国家法律文本翻译、研究及数据库建设”(项目编号:18ZDA157)的阶段性成果。

[1] 该词近代译名“治外法权”多指欧美列强在殖民时代攫取的司法特权,如今该词多指“域外管辖”。二者实质皆为管辖域外行为、不适用所在国法。屈文生:“从治外法权到域外规制——以管辖理论为视角”,《中国社会科学》2021年第4期,第44页。

鲜,形成区域性域外法体系,于1943年彻底解体。管辖权安排是该体系的关键,但学界多关注普通法制度、法学著述或司法案件,^{〔2〕}对领事、法官等的谋划、实践有所忽视。域外法主要适用于东亚(中国、日本为主)和西亚(如土耳其)等以半殖民地为主的非帝国域内,包括本土英国法、国内涉外立法及其同半殖民地订立的条约章程等。英国对华域外法体系并非独立运行,而与英国本土和其他殖民地法律制度发生勾连,前者常借用、仿照后者以延伸其适用,或直接将半殖民地案件移送殖民地处理,以规治域外英国臣民、^{〔3〕}维护司法确定性、帝国统治秩序。

英国对华域外法体系联系帝国域内、域外,以法律拟制等同殖民地和中等半殖民地的管辖地位,突破有形疆界,编织规治域内和域外的帝国法律权力网,模糊了正式帝国和非正式帝国的法律界限,使英帝国顺利推行全球霸权。揭示这一事实有助于更清楚看待通行欧美的主权平等原则如何不适用于中国等被侵略国家,以及威斯特伐利亚体系的欧洲中心主义内核。

一、域外法体系的初设:从商务监督到领事法庭

1833年,英国单方面确立对华域外法体系,并逐渐形成1843年前以驻华商务监督(Superintendent of the Trade of His/Her Majesty's Subjects in China)为核心,而后过渡到1843年至1865年间以领事法庭为核心的治外法权制度。其中,香港最高法院和驻华公使先后发挥过至关重要的领导、监督作用。

〔2〕 中文学界关于英国域外法体系未见专论。吴义雄对英国1833—1842年间设立治外法权的尝试有扎实研究(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)。王涛对英国枢密院司法委员会对殖民地案件的管辖及普通法系的扩张有过研究(王涛:《英国枢密院司法委员会研究》,法律出版社2020年)。黄希滢、张志云对在华英人国籍认定和管辖有细致研究(黄希滢、张志云:“阿礼国服装规定与英籍华人治外法权认定”,《法制史研究》2020年第37期,第167—201页)。英文学界对欧美列强在华治外法权有详实研究,但管辖与帝国构建、半殖民地法律地位、殖民法和域外法跨域勾连等还未得到阐明。Eileen P. Scully, *Bargaining with the State from Afar: American Citizenship in Treaty Port China, 1844—1942*, New York: Columbia University Press, 2001; Turan Kayaoglu, *Legal Imperialism: Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, New York: Cambridge University Press, 2010; Par Kristoffer Cassel, *Grounds of Judgment: Extraterritoriality and Imperial Power in Nineteenth-Century China and Japan*, New York: Oxford University Press, 2012. Emily Whewell, *British Extraterritoriality in China: The Legal System, Functions of Criminal Jurisdiction, and Its Challenges, 1833—1943*, PHD Dissertation of University of Leicester, 2015.

〔3〕 英国对华域外法体系规治的在华英人范围极广,包括出生于英国领地、经入籍手续归化及条约规定成为英国臣民的人。黄希滢等,见前注〔2〕,第169页。

1833年8月28日,英国议会通过“英国议会规制对华对印贸易法令”(《1833年法令》),强化对东印度公司管控。该法令规定,1834年4月22日起,取消英国东印度公司对“中国皇帝所辖领域”的贸易垄断权。^{〔4〕}这反映出英国全球贸易布局的重大变化——英国东印度公司自非洲好望角至美洲麦哲伦海峡之间的贸易垄断权就此告终,英商取得广泛的自由贸易权,但为维护对外贸易的有序开展,对域外英人的规治尤为重要。

《1833年法令》规定英王以法令或委任令的形式授予驻华商务监督先前东印度公司大班(Supercargo)的所有权力,并设立刑事和海事法院审判英人在中国境内及海岸100海里(100 miles of the Coast of China)以内公海上发生的犯罪,以规治在华英人。^{〔5〕}为此,1833年12月9日,英王御准三项“英王枢密院令”(Order of Council,《1833年枢密院令》),^{〔6〕}奠定1833—1865年间英国治外法权的运作机制。可以说,英国在1842年通过中英《南京条约》及附约《虎门条约》攫取的在华特权,很大程度上是对《1833年法令》和《1833年枢密院令》的进一步明确。如顾维钧所言:“一八四二年鸦片战争告终时,凡关于在华英人之法权问题,英国所强取诸中国者,不过将未经正式允许而事实上业已成立于中国者加以正式承认耳。”^{〔7〕}

《1833年枢密院令》明确将英国对华域外管辖属地化,规定在广州设立法院,管辖范围为中国辖领域及海岸100海里内公海,由首席商务监督负责。法院规则参照英格兰刑事听审与提审法庭(Court of Oyer and Terminer and Court of General Goal Delivery)。^{〔8〕}首席商务监督可视情况调整起诉程序、陪审员资质、执行方式等规定,但须英王御准。^{〔9〕}同时,英国于1833年成立“枢密院司法委员会”(Judicial Committee of the Privy Council),作为英国海外领地、属地和英联邦国家的终审法庭,半殖民地案件可上诉至该委员会。

〔4〕 “Act of the British Parliament to Regulate the Trade to China and India(3 & 4 Will. 4, c. 93)”, Foreign Office, *British and Foreign State Papers*, 1832—1833, London: James Ridgway and Sons, 1836, p. 256.

〔5〕 “China Trade Act (3 & 4 Will. 4, c. 93)”, *ibid.*, pp. 258—259.

〔6〕 “OIC 1833”, *Additional Papers relating to China*, London: T. R. Harrison, 1840, pp. 1—4. “英王枢密院令”常由政府部门草拟,与枢密院自行颁行、无须英王御准的“枢密院令”(Order of Council)共同组成“王权法令”(Prerogative Orders)。二者系特别立法,由议会立法或英王授权制定。“Understanding legislation”, <https://www.legislation.gov.uk/understanding-legislation>, last visited on 27 May 2021.

〔7〕 顾维钧:《外人在华之地位》,“外交部”图书处1925年版,第36页。

〔8〕 两个法庭由英王委任组成,分别巡回审判重罪、叛国罪案件和提审郡看守所羁押囚犯的刑事案件及其它普通刑事案件。Joseph Chitty, *A Practical Treatise on the Criminal Law*, Vol. I, London: Samuel Brooke, 1826, p. 142.

〔9〕 *Supra* note 6, p. 3.

这表明对华域外法机制处于帝国法律秩序中。^{〔10〕}

这一安排回应了英方官商、粤行商及广东当局妥当解决中英纠纷的需求。^{〔11〕}英方旨在保护在华英人权益,维持东印度公司垄断权丧失后的对华商贸秩序,但这无法立即奏效。1834年来,英国驻华商务监督负责处理涉英人案件,但由于中方多不配合、只管辖命案及其他多重因素,英国政府授予商务监督的司法权未充分实现,在华法院也未设立。^{〔12〕}

据前述法令,律劳卑(William Napier, 1786—1834)被任命为首任首席商务监督。英国外相巴麦尊(Lord Palmerston, 1784—1865)在训令中指出,除非极为必要并经审慎考量及其同意,律劳卑方可建立英国在华法院,且不得随意下令逮捕滋事英人。^{〔13〕}巴麦尊限制商务监督司法权限的原因在于枢密院令的本质缺陷——授权不明和未获中方同意。^{〔14〕}

1835年7月1日,英国驻华首席商务监督罗宾逊(George Robinson, 1797—1855)指出:《1833年枢密院令》无法回应广州商贸秩序的诸多弊病。该枢密院令赋予商务监督先前东印度公司大班的一切权限,这意味着东印度公司垄断贸易结束前生效的关于商业、贸易的规例继续有效,但实际上商务监督不再可能以这些带有垄断性质的规例来管理广州自由贸易。该令拟设立的英国在华(广州)法院似仅有刑事管辖权,或可能有民事管辖权,也无力处理诸多中英商业纠纷。^{〔15〕}

罗宾逊以1830年英国巴斯商人奥物治(Hormusjee Dorabjee)拖欠仁和行商人潘文海(Punhoyqua,人称潘海官)货款阐明这一点。潘海官要求东印度公司广州商馆协助讨债,后者令巴斯人曾见(Tsengkeen)扣押奥物治,但其拒不偿付。在这种情形下罗宾逊应允协助,并认

〔10〕 Par Cassel, *supra* note 2, p. 80.

〔11〕 如英国枢密院院长指出中方不愿继续维持既有制度,而希望英方设置治安官等解决纠纷。“East India Company’s Charter”, HL Deb, 05 July 1833, Vol. 19, cc. 161—162.

〔12〕 1842年前,依据1833年枢密院令审理的案件仅有“林维喜案”。该案加剧了中英外交冲突,促使第一次鸦片战争爆发。

〔13〕 “Viscount Palmerston to Lord Napier, January 25, 1834”, *Correspondence relating to China*, London: T. R. Harrison, 1840, p. 5.

〔14〕 律劳卑事件后,英国精英阶层对这起被称作“律劳卑完败”(Napier’s fizzle)的事件发表过许多意见。两度担任英国首相的韦尔斯利(Arthur Wellesley, 1769—1852)提出在不改变枢密院令的前提下,商务监督就任前须同北京、广州方面联系并取得许可。“Memorandum by the Duke of Wellington, March 24, 1835”, *supra* note 13, p. 51. 旋即出任内政大臣的格拉汉姆(James Graham, 1792—1861)指出造成当时乱局的原因之一就是英方的商业、法律安排未取得清廷认可。“War with China”, HC Deb, 07 April, 1840, vol. 53, cc. 703—704.

〔15〕 “Sir George Robinson to Viscount Palmerston, July 1, 1835”, *Papers relative to the Establishment of a Court of Judicature in China*, London: Harrison, 1838, p. 2.

为其有查办英船、英人的权力。^[16]但由于司法机制不力,罗宾逊除调和外,亦别无他法,故建议巴麦尊授予英官“在广州的全部权力”,如此“在华英官、英民就不再受制于各种混乱”,也可摆脱行商挟制。^[17]

继任驻华商务监督义律(Charles Elliot, 1801—1875)进而提出在广州设立警察队伍和法院,适用英国法处理中英纠纷,因为,在其看来中方恣意放任欠债英人潜逃,仅关心命案,以表明建立警察队伍、在华法院和适用英国法的必要性。^[18]1837年7月,在义律推动下,巴麦尊提出设立在华法院议案,将《1833年枢密院令》授予的刑事、海事管辖权扩张至民事管辖权,管辖范围分为领陆、领海(3海里内)和公海(100海里内),并赋予将来派驻的领事与商务监督同等司法职权。^[19]

1838年英国下议院再度讨论设立在华法院时,有议员指出设立在华法院须经中国政府同意,不得单方强制执行英国法。巴麦尊认为,《1833年法令》已明确这一点,问题的核心不是中方同意与否,而是反对与否。他援引小斯当东(George T. Staunton, 1781—1859)英译《大清律例》“化外人有犯”一条的评注,^[20]即除死刑案件外,中国政府很少对外国人适用中国法,而是让东印度公司对在华英人的所有行为负责,这表明中国政府多数情形下不会反对英方行使司法管辖权。^[21]但多数议员持反对意见,该议案未能通过。

罗宾逊和义律等商务监督都试图实施《1833年法令》《1833年枢密院令》,建立有效对华法律机制,但设立在华法院本身对中国司法主权的侵蚀性,决定了清廷不可能许可。1834年,律劳卑以商务监督身份来华,中方官员不承认“夷目”与华官平行,仍要求其与先前东印度公司大班一样管理商贸事宜,不得有超出此范围的职能。^[22]

1842年《南京条约》、1843年《五口通商章程》《虎门条约》订立后,英国以炮舰外交将司法

[16] (日)佐佐木正哉编:《鸦片战争前中英交涉文书》,文海出版社1976年版,第70—71页。“Sir George Robinson to Yun Wo”, *Papers relative to the Establishment of a Court of Judicature in China*, London: Harrison, 1838, pp. 3—4.

[17] “Sir George Robinson to Viscount Palmerston, January 29, 1836”, supra note 15, p. 6.

[18] “Memorandum of Suggestions etc., June 2, 1837”, “Captain Elliot to Viscount Palmerston, June 2, 1837”, supra note 15, p. 7.

[19] Lord Viscount Palmerston, Sir John Hobhouse, “A Bill to authorize the establishing a Court or Courts with Criminal and Admiralty and Civil Jurisdiction in China, July 27, 1837”, *Acts of Parliament to Coroners' Inquests*, Vol. 1, 1837, pp. 1—3.

[20] George T. Staunton (trans.), *Ta Tsing Leu Lee*, London: T. Cadell and W. Davies, 1810, p. 36.

[21] HC Deb, 28 July, 1838, Vol. 44, cc. 744—749.

[22] 1834年7月,两广总督卢坤奏称:“外夷贸易事宜,向系洋商经理,从无官为主持之事”,与旧制不符。如今公司散局,“务使事有专责,勿致散漫无稽”,而仍须执行旧章,否则不准在粤贸易。中国第一历史档案馆编:《鸦片战争档案史料》第一册,上海人民出版社1987年版,第146—154页。

管辖权强加于中国辖域。1865年前,《1833年枢密院令》是英国在华域外管辖的直接法源,往后一系列法令、条例及安排都旨在对其加以实施、完善。《1833年枢密院令》是英国实施单边规治,构建东亚域外法律网的第一步。

《南京条约》许多条款有延伸管辖权的内涵,第2条赋予英国领事和商务监督行政、执法权,第3条规定任便英国立法治理香港岛。《五口通商章程》第13条确立英国驻华领事的司法权、执法权,英方有权制定关于处罚英人的法律。^[23]《虎门条约》第9条规定英国水手、兵丁或别项英人,不论本国、属国、黑白之类,皆移交近地英官收办。第十条赋予英船船长、英国领事对船上事务的管辖权。^[24]基于最惠国待遇条款,英国一体均沾中美《望厦条约》第21条、第26条、第29条,中法《黄埔条约》第27款、第28款、第31款等更明确的治外法权规定。

上述条约进一步发展了先前域外管辖的设想、实践,其核心在于驻华商务监督、^[25]领事的司法职能确立。随着五口通商,商务监督更多承担监管职能,以领事法庭为核心的英国域外管辖体系开始形成。同时,基于英国国内法规定,对华管辖权的划分和运作得到进一步明确,对华域外法体系开始纳入英帝国法律秩序中。

1843年8月24日,英国议会通过《域外管辖法》(Foreign Jurisdiction Act)以“移除关于英国在其属地以外行使权力和管辖权的疑义”。该法直译“外国管辖法”,但其空间效力范围是“女王陛下属地”(Her Majesty's Dominions)以外的地区,可理解为英国的半殖民地,如中国、日本、暹罗、波斯、阿富汗、奥斯曼帝国等。英国属地指英国本土以外但落入英国主权范围或对英国效忠的地区,大致指广义上的殖民地(殖民地、自治殖民地、自治领、海外领地、被保护国)。^[26]可认为,属地是英帝国域内,而中国、日本等国大部分不是英国属地的地区为英帝国域外。此外,该法最初主要旨在解决英国与土耳其间的商业纠纷,而后扩大至其他辖域。

《域外管辖法》规定英国合法享有以条约、让步协定、授予、习惯、默认或其他合法方式取得的管辖权,对先前已有和今后取得的管辖权,视同以割让(cession)或征服(conquest)方式取得的管辖权;在域外行使的上述管辖权,视同以当地的司法方式行使。^[27]如此,以条约在中国等半殖民地取得的管辖权和《1833年枢密院令》的有效性都得到该法承认。

[23] 《中外旧约章大全》第一分卷(1689—1902年)(上册),中国海关出版社2004年版,第70、82页。

[24] 同上注,第87—88页。

[25] 1857年前,英国驻华商务监督共有律劳卑、德庇时、罗宾逊、义律、璞鼎查、德庇时(第二次任职),文翰(Samuel G. Bonham, 1803—1863)、包令(John Bowring, 1792—1872)等8任;前四任非由香港总督兼任,1844年5月8日起任职的后四任商务监督,由香港总督兼任。1857年后历任商务监督由英国驻华公使兼任。

[26] “dominion, n.”, *OED Online*, <http://www.oed.com/view/Entry/56717>, last visited on 8 July 2021.

[27] *A Collection of the Public General Statutes*, London: George E. Eyre & Andrew Spottiswoode, 1843, p. 557.

重要的是,以割让或征服方式取得的管辖权是指对殖民地的管辖权,以条约、让步协定等方式取得的管辖权一般是对半殖民地(土耳其、中国、日本为典型)的管辖权,该法对二者等视之,意味着名义上虽有域内、殖民地和域外、半殖民地之别,实质都是英方行使相同的管辖权。该法确认殖民地和半殖民地法律性质的差异,又以法律拟制将对殖民地和半殖民地的法律管辖权视作等同,在半殖民地与殖民地、帝国本土之间建立稳定的关联,逐渐成为英国全球单边法律规治的支柱。

英国获得清廷承认的在华域外管辖权始于香港岛。1843年起,首任英国驻香港总督兼英国驻华全权代表璞鼎查(Henry Pottinger, 1789—1856)开始陆续任命五口领事,并授予各口岸领事司法权。1843年颁布的枢密院令授予驻华商务监督、香港总督为和平、秩序及善治而颁布领事条例(consular ordinances)的权力。^[28] 1844年4月17日,英王枢密院令授予领事司法权,香港最高法院(Supreme Court of Hong Kong)有权处理任何英人在中国皇帝辖域(dominions of the Emperor of China)的任何犯罪。^[29] 该“辖域”不限于香港或五口,而是全部中国辖域,表明非通商口岸的案件亦可移交香港。囿于条约规定,璞鼎查限制英船前往五口以外的口岸通商。

随着五口领事就任、香港最高法院成立,璞鼎查和其继任总督德庇时(John Davis, 1795—1890)自1844年起签发一系列关于领事行使司法权的细则,各领事法庭有权审理标的额为200银元以下或可能处2个月以下监禁刑的案件,其他案件由香港法院处理;香港总督、香港最高法院有终审权。^[30] 随后,领事获得所有民事案件的审理权。^[31]

1853年颁布的枢密院令废止前述所有条例,明确驻华领事、香港总督和香港最高法院各自相应的司法权,其动因与1846年处理广州骚乱时反映的司法运作弊端有关。领事、总督相对了解实际情况,断案时常考量现实因素,可以协调英商和当地政府的关系,但无法与职业法官一般依法断案。作为外交官的领事穿上法袍后,无法立刻成为职业的法官。

1846年7月,英人康普顿(Compton)击伤华民水果摊贩和华官,引发华民抗议并冲击英方商馆。英方战舰泊于广州湾严阵以待。^[32] 迫于形势,领事麦克雷格(Francis C.

[28] “OIC 1843”, *China: A Collection of Correspondence and Papers Relating to Chinese Affairs*, 1842—1855, London: Harrison, 1844, p. 4.

[29] “OIC 1844”, *ibid.*, pp. 7—8.

[30] [6 & 7 Vict. No. 2, February 28, 1844] [8 Vict. No. 7, November 20, 1844], *British and Foreign State Papers*, Vol. 32, London: James Ridgway and Sons, 1859, pp. 873, 887—889.

[31] [10 Vict. No. 1, March 11, 1847] [11 Vict. No. 3, September 30, 1847], *British and Foreign State Papers*, Vol. 35, London: James Ridgway and Sons, 1860, pp. 1118, 1123.

[32] “Sir John Davis to Viscount Palmerston, November 21, 1846”, *Papers relating to the Riot at Canton in July 1846 and to the Proceedings Taken against Mr. Compton*, London: Harrison, 1847, p. 80.

Macgregor)对康普顿判处其权限范围内的顶格刑——两个月监禁和200西班牙银元罚金。康普顿及英商极为不满,认为麦克格雷一味屈就华民,错引条例,不按证据裁判,进而转诉香港最高法院。香港最高法院发现麦克格雷未遵行1844年第7号条例,仅凭中方提交的证据断案,有违公平正义原则,故撤销原判。^[33]巴麦尊将领事原判和香港最高法院判决交皇家法律大臣(Law Officers of the Crown)^[34]复议。后者认为,麦克格雷的量刑正确,但法律程序有重大瑕疵,故确认香港最高法院撤销原判的裁判有效。^[35]

在英国政府看来,这一案件暴露出领事条例的混乱和领事法律素养的不足。为此,1853年枢密院令废除1844—1853年间所有领事条例。该令授予领事为和平、秩序及善治的法规制定权,限定领事法庭对涉英刑民案件的管辖范围:一般民事案件由领事法庭审理;香港总督受理标的额低于1000银元的上诉案件;香港最高法院受理高于1000银元的上诉,并同前两者有共同管辖权(concurrent jurisdiction)。刑事案件中,领事法庭可处以的刑罚上限调整至12个月以下监禁和1000银元以下罚金,对再犯者可处驱逐出境。^[36]该令比较全面规定了在华领事、香港总督、香港最高法院三者的司法分工和管辖范围、法律适用及庭审、执行程序,大致形成领事法庭初审,香港总督、香港最高法院终审的治外法权制度。

总之,1843年后一段时间内,五口领事制度和香港殖民制度密不可分,这多为便宜行事之举,但驻华领事事实上在任命、立法、司法上受香港总督(驻华全权代表)或香港最高法院节制,领事法庭和香港总督、香港最高法院大体形成两级两审司法制度。1858年中英津约订立后,通商口岸增多,香港殖民制度无力处理英国在通商口岸的众多司法事宜,英方开始打造新的对华域外法体系,而实质仍为单方霸权。

二、对华域外法体系的推进:英国对华上海最高法院

中英《天津条约》第16、17两款是对治外法权的再明确,^[37]该条约的其他条款也有类似效果:第9款规定英人持照往内地游历、通商,如护照存有瑕疵,以及有违法事情,则送交领事

[33] “Report of the Chief Justice’s Decision, *The Queen v. Compton*, November 24, 1846”, *ibid.* pp. 86—87.

[34] 一般为总检察长(Attorney General)、副检察长(Solicitor General)和苏格兰总检察长(Advocate General for Scotland),有提起公诉和向皇室提出法律意见等职能。

[35] “Viscount Palmerston to Sir John Davis, January 25, 1847”, “Viscount Palmerston to Sir John Davis, February 24, 1847”, *supra* note 32, pp. 89—90.

[36] “OIC 1853”, *The National Archives*, FO 17/944, pp. 22a, 23a.

[37] 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113页。

惩办；第 21 款明确华民逃往英船的，须英官查拿。^{〔38〕} 这意味着在五口以外的英人案件也归英方管辖，明显超出了第 16、17 两款的保护范围。

1858 年 8 月 26 日，英日仿照津约订立《修好通商条约》。英国于次年仿照 1853 年枢密院令颁布关于对在日英人管辖权的枢密院令，规定驻日领事有广泛立法权、司法权；香港最高法院被确立为日本领事法庭的上诉法院，对所有民事案件拥有共同管辖权。^{〔39〕} 英国在中、日管辖权网就此形成，并同殖民地香港联系起来。

随着中日两国新开口岸增多，领事司法的诸多弊端逐渐显现。1867—1869 年间阿礼国 (John Rutherford Alcock, 1809—1897) 修约前后，多地在华英商集中表达了对既有司法制度的不满，要求限制领事司法权，制定商事、程序法典，建立职业法院，规范司法权运作。例如，1867 年 11 月 28 日，香港怡和洋行致信香港总督称：“迄今为止，英方法官一直由从未接受过法律训练之人担任，官级不高，所领薪酬与承担的重大职责完全不相配”，故宜取消领事的司法权，代以专业法官。^{〔40〕} 当时负有审判职责的领事确实缺乏相应司法技艺，无法承担需受过良好训练的法官才可胜任的工作。对华域外法体系的推进，于是成为英帝国王室和政府考虑的一件重要事务。

英国于 1865 年 3 月 9 日制定的“关于改善在华与在日英民管理的枢密院令”（《1865 年枢密院令》）标志着英国在华司法体系进入新的阶段，形成以上海英国最高法院为终审机构、以英国在华在日领事法庭为初审机构的两级两审东亚域外法体系，直至 1943 年才彻底解体。该法令旨在加强英帝国在华、在日司法权力行使，规范、提升司法效能，妥善处理涉及英人的纠纷。^{〔41〕} 该令建立起英国在华最高法院和领事法庭的双层司法体制，扩大其管辖权，细化审判方式、程序及执行，并对跨国事宜做出安排。

《1865 年枢密院令》废除先前所有涉华枢密院令和条例，在上海新设“英国对华和对日最高法院” (Her Britannic Majesty's Supreme Court for China and Japan, 上海最高法院)，^{〔42〕} 获得大部分香港最高法院原对在日、日英人的管辖权。该最高法院成立之初被寄予厚望，驻华公使威妥玛 (Thomas Wade, 1818—1895) 指出设立该法院旨在取代香港总督和香港法院的管

〔38〕 见前注〔23〕，第 297、299、301 页。

〔39〕 “OIC 1858”，*British and Foreign State Papers*, Vol. 49, London: James Ridgway, 1867, pp. 559, 564—566.

〔40〕 “Memorial from Messrs. Jardine, Matheson, and Co.”, *Correspondence respecting the revision of the treaty of Tien-tsin [signed 1858]*, London: Harrison & Sons, 1871, p. 77.

〔41〕 “OIC 1865”，FO 17/1700, pp. 18a, 19a.

〔42〕 亦作“英国在华法院”“大英按察使司衙门”。就原文而言，for 与 in 显有差异，应指英国专为中日设立的法院，而非从英国本土派驻的法院，宜译“英国对华和对日最高法院”。

辖权。^{〔43〕} 外相罗素(John Russell, 1792—1878)希望它既能满足在华英人需求,又维护英中友好关系。^{〔44〕}

上海最高法院兼为“普通法法院和衡平法法院”(Courts of Law and Equity),既严格依据法律文本又灵活运用法律原则处理案件。^{〔45〕} 据罗素给首任首席法官霍恩比(Edmund Hornby, 1825—1896)的指令,上海最高法院具有的司法权独立于英国在华领事的司法权,前者相当于英格兰高等法院(Superior Courts),领事则相当于郡治安官(High Sheriff),^{〔46〕}行使司法行政权。二者为直接上下级关系。当时拥有英国法上法官职衔的只有最高法院首席法官,由英国外交部任免,一般须有7年以上出庭律师执业经验。首席法官可委任法官(Associate Judge)、法律秘书官(Law Secretary)及其他职员和领事处理案件,适用英国法及符合英国法的规定。^{〔47〕}

上海最高法院对上海地区初审案件有专属管辖权,其他案件多由领事主持的各省级法庭(provincial courts, 领事法庭)审理,前者有共同管辖权。上海最高法院管辖法定刑为12个月以上监禁和1000银元以上罚金的刑事案件及刑事上诉案件、标的额为250银元以上的民事上诉案件和部分一审民事案件。该法院的特别管辖权包括殖民地海事法院(Vice Admiralty Court)^{〔48〕}的海事管辖权,破产、遗嘱检查、精神病人财产处理、离婚等案件的管辖权。^{〔49〕}

领事主持的各省级法庭拥有广泛刑、民事案件管辖权,以共同管辖权实施跨域审判(如将在日本犯罪的英人移送中国领事法庭)。领事法庭的司法权相对独立,但上海最高法院可撤销领事法庭的裁判。此外,领事法庭有英国“存卷法院”(Court of Record)的属性,全面记录案件情况,多以简易程序来裁断案件,但领事法庭的法官造法不适用于英国本土。^{〔50〕}

上海最高法院与殖民体系下的香港最高法院仍有联系,二者可依据英国国内法、枢密院令共享管辖权。在将殖民地和半殖民地管辖权等同的前提下,1843年《域外管辖法》第4条明

〔43〕 “Sir T. Wade to the Earl of Derby, July 14, 1877”, *Further Correspondence respecting the Attack on the Indian Expedition to Western China, and the Murder of Mr. Margary*, London: Harrison, 1876, p. 144.

〔44〕 “Copy of Despatch from Earl Russell to Sir E. Hornby, May 16, 1865”, *supra* note 36, p. 69b.

〔45〕 *Supra* note 41, p. 23b.

〔46〕 *Supra* note 36, p. 69a.

〔47〕 *Supra* note 41, pp. 19b, 22b, 40a, 26a—26b.

〔48〕 该法院原为英国港口内设立的海军中将法庭,后由高等海事法院(High Court of Admiralty)设于殖民地。

〔49〕 *Supra* note 41, pp. 23a—24b.

〔50〕 Francis Taylor Piggott, *Exterritoriality: The Law relating to Consular Jurisdiction and to Residence in Oriental Countries*, London: William Clowes and Sons, 1892, p. 51.

确,枢密院令可规定将殖民地以外的英国犯罪人(如在上海)移交殖民地最高法院(如香港最高法院)处理,其犯罪视同在殖民地法院辖域发生,但依据犯罪地法律审理,即便有悖于法院地法律。对于半殖民地犯罪人的刑罚,可移送殖民地法院执行。^[51]因此,《1865年枢密院令》规定,香港最高法院可要求在华、在日法院执行其作出的传票、逮捕令、拘禁令等;在华、在日法院可要求香港最高法院等殖民地法院和其他半殖民地法院的协助。^[52]这为在华、在日领事抓捕、引渡犯罪人提供法律基础。

事实上,上述安排是英帝国法律安排的常态,域内罪犯移送十分常见。如《逃犯法》(*Fugitive Offenders Act*, 1881)授权殖民地政府对另一殖民地的逃犯采取各类措施,而该法亦适用于土耳其、中国、日本、暹罗等半殖民地。这些半殖民地在法律上被视同殖民地而适用相同的规则——半殖民地和殖民地法院对特定被告人共享管辖权。^[53]基于域外法,在华罪犯被移送至其他辖域处理,案件视同在被移送地发生。对于在上海多次犯罪、屡教不改的犯罪英人,法官霍恩比将其多驱逐至香港,但其时跨域司法互助成本过高,被移送地法院也常不配合。

英国枢密院是上海最高法院的上诉机构,其下设司法委员会受理标的额为2500银元以上民事案件、重大刑事案件上诉及海事案件上诉,于1925年改由经香港最高法院上诉。^[54]由于时间、成本因素,极少有直接向枢密院上诉的案件,大多由上海最高法院处理。司法委员会作出的裁判约束英国殖民地、半殖民地,对涉华案件的判决对其他殖民地构成先例。因此,英国在中日两国的域外法制度是英帝国法体系的一部分。

综上,《1865年枢密院令》奠定1865年后英国的东亚域外司法机制,该令确立了中国内地、日本、香港司法机构之间的管辖网,形成上海最高法院和领事法庭两级两审体系。领事法庭管辖大部分刑民案件,上海最高法院管辖重大刑事案件和标的额较大的民事案件,并在绝大多数情形中作出终审裁判。英国枢密院司法委员会有最高终审权。1865年后的英国对华域外法体系以上海最高法院、各领事法庭为核心,由英外交部领导,驻华公使运行,受枢密院监督。^[55]

《1865年枢密院令》颁布后清廷覆灭前,英国对华域外法体系无实质变动,但英国侵略触角延伸至云南、新疆后,既有域外法体系又无法有效回应。为此,英国借用缅甸、印度等殖民地

[51] “Foreign Jurisdiction Act, 6 and 7 Vict., c. 94., August 24, 1843”, *supra* note 36, pp. 4a–5a.

[52] *Supra* note 41, pp. 23a, 39b, 30b.

[53] “OIC 1904”, FO 17/1699, p. 432b.

[54] *Supra* note 41, p. 33b.

[55] 会审公廨事实上有管理在华英人的职能,但其设立、运行不依据枢密院令等英国国内法,而是中外条约、章程。另见洪佳期:《上海会审公廨审判研究》,上海人民出版社,2018年。

法律体系处理滇缅边境、喀什噶尔等地法律事宜,由而产生对华域外法和殖民地法律制度的跨域勾连。

三、英国殖民法与对华域外法的跨域勾连

英国法律帝国体系并非清晰可辨,而是一种贯穿于世界各区域、程度不一的英帝国全球法律秩序,由域外法(extraterritorial law)和殖民法(colonial law)构成。殖民法直接适用于英国在非洲、大西洋群岛、南亚、东南亚等落入帝国域内的殖民地,殖民法主要指英国本土法和在殖民地制定的法律。对于殖民地的统治,英国借助殖民法体系;对于中国等半殖民地的法律规制,英国借助域外法体系。^[56] 殖民法和域外法并非独立运行,常发生跨域互动,这清楚地反映在英国对滇缅边境和喀什噶尔法律事宜的处理上。须指出的是,二者采用殖民法的原因之一在于其规制对象主要为英属、英印等殖民地的属民与华人间纠纷。

1880年代后,英国图谋朝鲜、缅甸及我国新疆、西藏等地,《1865年枢密院令》形成的域外法体系不足以提供支持。1883年《朝英修好通商条约》订立后,朝鲜落入英国域外法律体系。《1884年中日朝枢密院令》将此前对华、对日司法体系移植朝鲜全域,上海最高法院为朝鲜各法院的终审法院,英国殖民法比照适用于朝鲜。^[57] 1899年英国在日治外法权撤废后,《1900年枢密院令》更名上海最高法院为“英国对华、对朝最高法院”。^[58]

1842—1911年间,英国以不平等条约在中国攫取治外法权,但云南、新疆等地不受条约体系下治外法权约束,上述地区的华英交涉案件直接由英国国内法处理,使英国在印度、缅甸实施的殖民法直接适用于云南、新疆。如此,英国驻滇疆领事、上海最高法院、印度、缅甸和英国本土取得紧密联系,地方和区域法律机制在域外法体系中勾连成网。但这都建立在侵犯中国主权和违反国际法原则之上。

(一)域外法借用殖民法——滇缅边境

英国于1886年在缅甸建立殖民制度,同时在我国云南的思茅、昆明、腾越派驻领事,意在加强缅甸、云南的联系。原因是英国在印、缅、滇边境贸易持续增长,两地往来人员复杂,产生大量跨境司法问题。当时中国通商口岸内英印流民、逃犯日益增长,对治安造成严重影响。他

[56] 见前注[1],第62页。关于对土耳其域外法体系,C. R. Pennell,“The Origins of the Foreign Jurisdiction Act and the Extension of British Sovereignty”, *Historical Research*, Vol. 83, No. 221, 2010, pp. 465—485.

[57] “OIC 1884”, *British and Foreign State Papers*, Vol. 75, London: William Ridgway, 1891, pp. 600—604.

[58] “OIC 1900”, FO 17/1628, p. 54.

们英文能力不足,而领事又不通当地语言,无法有效处理司法案件。^[59]

1902年9月,英国驻昆明、思茅总领事务谨顺(William Wilkinson, 1858—1930)向上海最高法院博恩(Frederick Bourne, 1854—1940)咨询云南境内缅甸人和掸州人(Shan)的重罪管辖权问题。博恩认为,领事法庭无权管辖重罪,移送上海最高法院或首席法官前往昆明审理皆不可行,宜在枢密院令中新增缅甸为被移送地,如此英国在缅最高法院便有管辖权。熟悉云南局势的腾越代理领事李顿(George Litton, 1867—1906)认为缅甸法院不是法定对华域外法院(extra-territorial court),宜在犯罪地审理,否则可能无法移送证据,加之别处法官多不了解犯罪地情况,定罪量刑亦会出现混乱。^[60]

务谨顺表示赞同:入境云南的英印人、英缅人、掸人等逃犯居多,领事不予规制将酿成严重后果。假设缅甸人在云南边境杀害华民,依据现有制度安排,领事仅可收集证据并移交上海最高法院审理(《1865年枢密院令》第72条),且最快也须三四个月,而这可能激怒华民而私自处决。为此,他建议将云南境内的华英案件移交英国官员(如英国驻腾越领事)速审,或由英印政府派出英印官员至滇代为行使上海最高法院审判权。^[61]

具言之,滇缅边境犯罪有两类情形:其一,案件发生于云南境内但距缅甸巴莫(Bhamo)等更近之地(如腾越);其二,案件发生于云南境内但距滇缅边境较远之地(如昆明)。务谨顺认为首先犯罪发生地为裁判地,仅适当时才由上海最高法院派遣法官审判,故宜在云南设常驻司法官,或授权云南总领事判处死刑。^[62]

由于云南边境案件牵涉印度、缅甸(彼时划入英属印度),英国政府要求英印、英缅政府提出意见。印度事务部副大臣戈德利(Arthur Godley, 1847—1932)提出,英印政府认为该等案件须移交曼德勒地方法院(sessions court)审理,适用印度刑法,为此须暂停枢密院令在中国仅英国法规定为犯罪的才处罚的规定和印度刑法部分规定。^[63]

英缅总督巴恩斯(Hugh Shakespear Barnes, 1854—1940)指出将英印人、英缅人移送缅甸审理有两种方式:一是依据《域外管辖法》和枢密院令,二是依据《印度刑法典》(域外管辖规定)和《印度刑事诉讼法典》(治安官预审规定)。后一情形中,须先由英印治安官预审,或由获得授权的领事预审,这意味着由云南领事预审或在缅甸预审,而后于缅甸法院审理,但这在操作上

[59] "Lionel Charles Hopkins to Walter Townley, July 1, 1903", FO 17/1698, pp. 399—400.

[60] "F. S. A. Bourne to the Marquess of Lansdowne, September 25, 1902", FO 17/1697, pp. 536—537.

[61] "W. H. Wilkinson to F. S. A. Bourne, September 16, 1902", *ibid.*, pp. 542—543.

[62] "W. H. Wilkinson to Marquess of Lansdowne, December 13, 1902", *supra* note 59, p. 113.

[63] "Curzon et al. to the Right Honorable St. John Brodrick, March 31, 1904", *supra* note 53, pp. 152—153.

过于复杂,而由云南领事直接根据1890年《域外管辖法》移送缅甸地方法院即可。^[64]另外,宜用《印度刑法典》替代原规定适用的英国刑法,并由上缅甸地区司法专员(Judicial Commissioner of Upper Burma)复核死刑和受理重刑上诉。^[65]

关于适用印度刑法典,法律顾问赫斯特(Cecil J. B. Hurst, 1870—1963)指出《域外管辖法》规定移送犯罪人的,适用被移送地生效的法律,视同该犯罪在被移送地发生,但特殊的是,对云南的英人本应适用领事法庭、在华法院适用的英国法,而印度法与英国法关于同一犯罪的刑罚存有差异(如入室盗窃),但当前很难得出完美结论,适用印度法相对合理。

1890年《域外管辖法》第6(1)(d)款规定,犯罪地与移送地法律不同的,关于行为性质、程度、刑罚须适用犯罪发生地法律,^[66]但犯罪发生地在云南边境,而被移送地曼德勒法院适用的是印度法。^[67]因此,《印度刑法典》第3、4条规定该法适用于域外犯罪的英印人,结合《域外管辖法》第6条,在曼德勒法院适用印度法没有障碍。关于对同一行为可能适用不同的法律,印度事务部法律顾问提出适用印度法并建议将之适用于中国境内的英印人。^[68]

1904年6月,英国政府、英印政府、英缅政府关于将在云南边境实施犯罪的英印人、英缅人的移送管辖达成一致,外交部于枢密院令草案新增缅甸曼德勒地方法院作为中日境内犯罪人的移送法院。1904年10月24日,枢密院令正式生效,第50条明确规定可将案件移送缅甸地方法院审理,但仍须上海最高法院同意。^[69]

但曼德勒与腾越仍相距较远,加之跨境违法不断滋长,英缅官员和驻华领事要求取得上海最高法院的职权,直接审判所有跨境案件。1911年,巴莫地区副专员(Deputy Commissioner of Bhamo)提出缅甸边境法庭或腾越领事审理在云南边境的犯罪,包括涉死刑案件。腾越领事罗斯(Charles Rose, 1879—1961)提出类似主张,但英国外交部认为领事缺乏司法技能,仍由上海最高法院派遣法官。继任领事史密斯(C. D. Smith)认为中方官员常不配合,监狱不足,移送上海、香港也不可行,故宜由当地领事处理。1916年,英国外交部批准缅甸边境法院

[64] 1890年《域外管辖法》主要细化该法1843年版关于域外案件不移送殖民地审理的情形和域外所适用立法等规定。William Paterson and James S. Cotton (eds.), *The Practical Statutes of the Session 1890*, London: Horace Cox, 1890, pp. 333—343.

[65] “The Honorable F. C. Gates to L. W. Dane, February 5, 1904”, supra note 53, pp. 154—155.

[66] Supra note 64, pp. 2—3.

[67] 缅甸适用英印法律制度。“Cecil J. B. Hurst to Marquess of Lansdowne, May 24, 1904”, supra note 59, pp. 143—146.

[68] “Note by the Legal Adviser, India Office, April 29, 1904”, supra note 53, pp. 155—156.

[69] “OIC 1904”, *British and Foreign State Papers*, Vol. 97, London: Harrison and Sons, 1908, p. 166.

直接处理边境案件。^{〔70〕}

总之,为规制在滇英印人、英缅人,英国政府先在既有体系内的《1865年枢密院令》中寻找依据,但迫于现实不得不基于域外管辖借用英印、英缅殖民法,使云贵地区脱离原定应适用的域外法,而适用英国域内殖民法体系。英方上述跨域管辖权安排多旨在合乎国内法,而在帝国法律体系中产生无形勾连。这显然有违中英订立的条约,亦不合通行欧美的主权独立原则,本质上是法律帝国主义。

(二)殖民法替代域外法——喀什噶尔

英印法仅部分适用于云南,而喀什噶尔则完全落入英印法体系。1890年,印度政府派遣荣赫鹏(Francis Younghusband, 1863—1942)使团考察新疆,使团翻译官马继业(George Macartney, 1867—1945)在往后30余年中发挥重要的司法职能,推动英国将喀什噶尔强行纳入英印法体系。

1891—1908年间,马继业不是英国政府直接派驻新疆的领事,而是印度政府的官员,除与俄罗斯周旋,保障英印在喀什噶尔商业利益外,马继业设法对日益增多的在疆英人行使管辖权。但由于缺乏官方身份,中方常不配合。例如,1896年,新疆士兵袭击马继业及其印度籍秘书,但当地官员未予该士兵处罚。马继业要求参审,驻华公使窦纳乐(Claude MacDonald, 1852—1915)与乌鲁木齐道台交涉后,中方官员继而判处肇事士兵鞭刑。^{〔71〕}

1898年3月,马继业同莎车知州协商派遣贸易代表,并提出与莎车知州共同解决涉英人司法问题。莎车知不予以同,认定马继业先前判决的一起英民贸易争端无效,对当事人处以罚款。窦纳乐要求马继业会同莎车知州解决华英民事案件,而英人问案件可由马继业单独或会同莎车知州解决。新疆巡抚同意中英会同解决涉英人司法案件的建议,但囿于马继业缺乏领事身份和两方司法能力有限,未能真正实行。^{〔72〕}

1908年英俄订约后,马继业获得领事身份,上海最高法院成为马继业主持的领事法庭的上诉法院。类似云南域外管辖问题再次出现,喀什噶尔英官司法能力欠缺,上海最高法院远在千里,加之清廷覆灭、俄国十月革命,跨境政治、商业案件迭起,英方疲于应对。其时,莎车、库车、英吉沙、喀格勒克镇、萨雷阔勒岭等地案件频发,英官常亲自巡回审判。由于前述会审机制的无力和英官不了解实情,常不能妥善处理华英交涉案件;喀什噶尔道员又不配合华民欠债、

〔70〕 Emily Whewell, *supra* note 2, p. 103.

〔71〕 (英)C. P. 斯克莱因、P. 南丁格尔:《马继业在喀什噶尔:1890—1918年间英国、中国和俄国在新疆活动真相》,贾秀慧译,新疆人民出版社2013年版,第50、83页。

〔72〕 同上注,第89、92页。

赔偿等案件的审理、执行,致使英民利益据称常无法保障。^[73]

民国初年,喀什噶尔日益动荡,华英案件激增。^[74]例如,1919年9月间,领事艾瑟顿(Percy T. Etherton, 1879—1963)就处理了64起案件,涉及土尔克、波斯、印度等语言,英人无法自中方获得公正司法,尤其在土地案件中无法获得支持。艾氏认为须由通晓相关语言之人处理该等复杂的案件,或需当地官员处理涉及英官不熟知的伊斯兰法。^[75]为此,马继业将许多囚犯、嫌疑人(多为反叛分子)移送印度处理并适用印度法,^[76]但这不符合1904年枢密令只能移送香港、英国、缅甸处理的规定。

1915年9月,马继业提请印度事务部和外交部制定适用于喀什噶尔地区的枢密院令,并建议适用印度法体系,将重大案件移送印度处理。因为,其一,在喀英人多为亚洲血统,与印度联系更紧密。其二,驻喀领事为印度政府职员而非驻华领事体系内人员。其三,喀什噶尔距印度较近,距上海过远。^[77]英国、英印政府于1917年提出喀什噶尔枢密院令草案,但此时未决心对喀什噶尔地区施行印度法体系。

1919年5月27日,北洋政府颁发章程管理无约国人:“无约国人,在华居住游历,应遵守中国法令,不能由他国代为保护……其脱离祖国另建新邦者,亦当然不能继承其祖国昔时条约上各种权利。各该族人民现多侨居中国境内,所有课税诉讼等事,应悉遵守中国法令办理。倘第三国有要求代为保护利益之事,应即根据成案一律拒绝。”^[78]如此,许多案件中,中方否认英方对阿富汗等受英方保护之人的治外法权,因其国籍国未与中方订立条约。例如,莎车刘道尹大量抓捕持英国签证的阿富汗人后,艾瑟顿抗议其严重妨害英方的管理。^[79]中方对无约国人或英方保护之人的强硬态度,促使英方通过上述草案。

1919年9月,马继业指出:喀什噶尔的阿富汗人、巴朱里斯(Bajouris, 普什图人一支)较多,距印度吉尔吉特(Gilgit, 今巴基斯坦首府)较近,可移送该地审理,并可在克什米尔杜尔巴

[73] “Kashgar Diary for May 1919, June 1, 1919”, “Kashgar Diary for July 1919, August 1, 1919”, FO 371/3698, pp. 336—337, 347.

[74] “Kashgar Diary for December 1919, January 1, 1920”, FO 371/5318, p. 78.

[75] “Kashgar Diary for September 1919, October 1, 1919”, supra note 73, p. 357. “Kashgar Diary for January 1919, February 1, 1919”, supra note 73, p. 320.

[76] “Kashgar Diary for October 1918, November 1, 1919”, supra note 73, p. 306.

[77] “Copy of Memorandum by Sir George Macartney, September 14, 1915”, FO 656/139, p. 16.

[78] 《管理无约国人民章程》,1919—5—27,“中央研究院”近代史研究所档案馆藏,馆藏号03—34—009—01—020。

[79] “Kashgar Diary for February 1920, March 1, 1920”, supra note 74, p. 90. “Kashgar Diary for March 1920, April 1, 1920”, supra note 74, p. 99.

(Durbar, 议事会)同意后于该地执行刑罚;其他人员可移送印度西北部省份。^[80] 1920年1月,印度总督寇松(George Curzon, 1859—1925)同意对喀什噶尔英人适用印度法,并与英外交部商议起草枢密院令,仿用波斯和巴林的殖民地枢密院令。^[81]

1920年3月11日,“中国(喀什噶尔)枢密院令”(《1920年枢密院令》)颁布,将喀什噶尔纳入印度总督、旁遮普邦(Punjab)总督的直接管理,旁遮普邦法院负责处理司法案件。^[82] 喀什噶尔等同于英国法律上的属地(possession),领事扮演总督的角色,旁遮普邦法院执行在华法院的职能。任何帝国法、在印度生效的法律及枢密院令适用于喀什噶尔,由外相或印度总督解释。

类似于将英印法适用于云南,喀什噶尔视同印度旁遮普邦的下属地区,在喀领事行使地方法庭初审职能,旁遮普邦高等法院(民事案件为地方法院)为上诉法院,并适用印度刑事法律和民事法典。相关事宜由英国外交部或授权印度总督负责处理。^[83] 关于移送管辖,相较1904年枢密院令规定的由上海最高法院签发移送令,《1920年枢密院令》直接赋予领事移送签发权,将犯罪人移送拉合尔(Lahore)审理。领事还有权颁行法规,决定监禁刑的执行地。

《1920年枢密院令》使喀什噶尔纳入英印法体系之中,超出云南与英印法体系的跨域关联,以条约外的治外法权使之等同于英国法律上的属地,但这并不意味着对华域外法不适用于喀什噶尔。1925年枢密院令关于卫生、警卫或博彩等规定仍适用于在喀英人,^[84]这意味着英国域外法体系、殖民法体系、中国国内法同时适用于喀什噶尔。

中方在法理上、事实上从未赋予英方在新疆的治外法权,马继业获得领事身份前,同东印度公司一般主张管辖在喀英人,而后以获中方承认的领事身份管辖。由于喀什噶尔情势复杂,马继业将其纳入英印法体系的建议促使《1920年枢密院令》出台,使殖民法体系作用于英国域外,与域外法体系并立,喀什噶尔也被视为法律上的殖民地。

综上,英国借助《1865年枢密院令》《1884年中日朝枢密院令》等构建起以中、日、朝为主的域外法体系,与在印度、缅甸等适用的殖民法体系并立,但云南、新疆等边地的特殊性使英方让殖民法体系作用于域外法体系。这依赖于域外法机制的创设、完善,各地领事、法官、法律顾问的谋划,以合乎帝国法的方式规治域外行为,但实质仍是法律霸权。

[80] “Note by Sir George Macartney, K.C.I.E., late Consul-General, Kashgar, February 26, 1919”, FO 371/3702, p. 314.

[81] “John A. C. Tilley to His Majesty’s Attorney-General and Solicitor-General, January 16, 1920”, *ibid.*, pp. 341—342.

[82] “China (Kashgar) Order in Council, 1920”, FO 371/13204, p. 222—2.

[83] *Ibid.*

[84] *Supra* note 82, p. 222—4. “OIC 1925”, FO 371/10932, p. 140.

四、无序即有序——法律帝国与非正式帝国

中英废除治外法权条约签订后,英王于1943年3月22日颁布枢密院令废除英国在华(包括喀什噶尔)域外管辖权,^[85]作为英国规训暴力的对华域外法体系就此瓦解。英帝国百年来对中、日、朝强加的域外法体系,不能简单归为炮舰外交,法律起着核心作用。由帝国中心设计的域外法乃基于对非欧美国家的“不文明性”的认定,其植根于英国普通法,由帝国实践者保障英国在东亚法律帝国体系的运转。

英国东亚域外法体系1833年单方面在中国确立,1865年囊括日本、1884年加入朝鲜,彻底终结于1943年。这一体系以枢密院令为依仗,形成1843年前以商务监督为核心,1843—1865年间领事法庭和香港最高法院两级两审,1865—1943年间领事法庭和上海最高法院两级两审的对华域外法体系,并在香港最高法院和上海最高法院及英国领事官员的作用下运转,不断动态变化,还将云南、新疆等边疆地区纳入英帝国法体系中,以攫取在华利益、维系帝国统治。

1833—1943年间,不平等条约是英国法“正当”地适用于中国的依据,但英国域外法体系并不借助不平等条约确立,枢密院令和《域外管辖法》规定的域外管辖和法律域外适用是为关键,其诀窍则是法律拟制——将域外案件发生地拟制为英国域内,以属地原则管辖。这为当时英国普通法和国际法学家秉持。^[86]在接受者来看,治外法权确为属人主义,但在施动者,域外已拟制为域内而管辖,仍为属地原则。如1843年《域外管辖法》将以条约获得的管辖权拟制为以征服方式获得;《1865年枢密院令》将移送香港、缅甸曼德勒的案件拟制为在被移送地发生;《1920年枢密院令》将喀什噶尔发生的案件拟制为在印度旁遮普邦发生。

中世纪时期,法律拟制在英国普通法中占有重要地位。法律拟制可确立普通法法院的管辖权,以将特定案件视为发生于实际发生地之外。^[87]殖民时代英国正旨在延伸法律长臂规治跨域流动的英人,但英国既有殖民法和对华域外法不能妥当处理滇缅边境和喀什噶尔司法问题,造成管辖真空,而须调适国内法和国际法实施规治。

英国将印度、缅甸的殖民地法律体系与对华域外法体系勾连起来,殖民法不仅适用于正式

[85] “OIC 1943”, *British and Foreign State Papers*, Vol. 145, London: Her Majesty's Stationery Office, 1953, p. 16.

[86] See Henry Wheaton, *Elements of International Law*, Boston: Little Brown, 1855, p. 113.

[87] Sidney T. Miller, “The Reasons for Some Legal Fictions”, *Michigan Law Review*, Vol. 8, No. 8, 1910, p. 629. 另见李红海:《普通法的历史解读——从梅特兰开始》,清华大学出版社2003年版,第270—274页。

帝国,还适用于非正式帝国,这对正式帝国和非正式帝国区分提出挑战,即英国对非正式帝国的域外规治也借助对正式帝国的统治方式,二者并非绝然割裂。奥斯特哈默(Jürgen Osterhammel)指出,非正式帝国概念不能理解为帝国主义演进理论的部分,不大能处理一般的解释问题,只是一种理想模型,^[88]故须关注实证研究与宏大理论的中间层面,提出更有建构力、解释力的模型。事实上,“非正式帝国”一定程度上是“无益的、避重就轻的说法”(unhelpful euphemisms),未能准确揭露帝国秩序的创建方式。^[89]

简言之,正式帝国主要指广义上的殖民地,纳入英国主权体系,受英国直接统治。非正式帝国指英国未建立殖民地机制,而以各种方式施加控制力的领域,包括中国海关、外资银行、公共租界等。前者表现为对领土、主权的控制,后者表现为政治、经济与司法渗透。^[90]英国基于不平等条约,以法律对中国政治、经济实施间接掌控——控制的非正式性,构建非领土式帝国主义,而法律帝国主义成为非正式帝国主义的支系。^[91]

在帝国对土地、政治、经济的控制力高低上,确有正式帝国和非正式帝国之分,但这不能阐明对二者实施的不同法律规治的性质及运作——二者法律规治上的差异不能仅以间接性区分。否则,按照这一划分,香港(英国行使主权)、威海卫(英国实际控制)落入正式帝国的法律统治,通商口岸落入对非正式帝国的法律规治,这种可在地图上完成的划分忽视二者经法律拟制取得类似法律地位的事实,未揭示英国对华域外法体系的实际运行。

英国法律权力在域外扩张借助的是英国对华域外法体系下的域外管辖,须由不平等条约背书,无法直接施行于中国,这确为非正式帝国表征,但法律拟制使半殖民地的法律地位与适用殖民法的缅甸、印度等殖民地等同,尽管内容有所差异。正式帝国和非正式帝国或可说是殖民程度不同,但仅停留于此,无法显露二者在英帝国法体系内的联系。

何伟亚(James Hevia)提出,中国是不完全殖民形式的变化形态,不处于殖民世界之外。^[92]这不是说英国在殖民地、半殖民地的运作机制完全相同,而是弱化领土控制对帝国的

[88] Jürgen Osterhammel, "Semi-Colonialism and Informal Empire in Twentieth-Century China: Towards a Framework of Analysis", in Wolfgang J. Mommsen (ed.), *Imperialism and After: Continuities and Discontinuities*, London: Allen & Unwin, 1986, p. 309.

[89] Ann Laura Stoler, "On Degrees of Imperial Sovereignty", *Public Culture*, Vol. 18, No. 1, 2006, p. 136.

[90] Dean Britten, "British Informal Empire: The Case of China", *The Commonwealth and Comparative Politics*, Vol. 14, No. 1, 1976, pp. 64-67.

[91] (美)络德睦:《法律东方主义——中国、美国与现代法》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版,第133页。

[92] (美)何伟亚:《英国的课业:19世纪中国的帝国主义教程》,刘天路、邓红风译,刘海岩校,社会科学文献出版社2007年版,第29页。

意义,强调英国法律规治的相似。这意味着,“去疆界化”“再疆界化”不是消弭有形边界,构建有边界的、独立的体系,而是无形的、交错于既有辖域的帝国空间。

秩序的建立不仅是划分疆界,更是行使管辖权。跨域管辖是规治者突破疆界限制与束缚的方式之一,是构筑秩序的工具。^[93]法律拟制使管辖突破有形疆界,在半殖民地建立起稳定而动态的治理制度,勾连起东亚区域性域外法体系,而结合殖民法确立英国全球法律帝国体系。由法律拟制支持的域外法位于域内秩序和域外秩序之间,以调适并行而交叉的轨道,维持帝国秩序动态中的稳定。

英国的法律帝国秩序借助域外法由区域向全球扩张。1850年代前,英帝国疆域未覆盖整个世界,殖民地所占全球比例很低,多以殖民法统治;未沦为殖民地的亚洲大部、非洲大部、太平洋群岛、拉丁美洲、奥斯曼帝国等无法以殖民法体系规治。^[94]专为殖民地量身打造的法律体系无法直接适用于域外,英人一旦发生跨域流动,其地位可能变得模糊,产生的规治真空有损殖民秩序,故须以其他方式加以规治。

英国在亚洲、非洲势力范围多由条约确立,故以域外法体系实施对中国、日本等半殖民地的法律治理,只是内容有所差异。其核心是,英方不仅旨在保护域外英人利益,还在于规治中方不愿或不能管辖的违法英人,以维护在华秩序。因此,《1833年枢密院令》赋予领事的司法权也是在强化对英人的管理、保护。《1865年枢密院令》以上海最高法院、领事法庭替代香港最高法院作为东亚域外法体系中心,解决先前司法机制的乏力,改善对英人的规治。该法令奠定东亚域外法体系的基础,此后多项枢密院令多旨在完善其运作、协调帝国间利益。英帝国在华官员旨在既维持域内秩序又规治外部世界,往复国内法、殖民法和国际法间,调适域内秩序和域外关系,无形中连通国内法和国际法。这显然损害了中国的主权,违反国际法规范。

英帝国决策者深知国内法、殖民法无法自动向半殖民地扩张,而扩张需求促使其在适用域内法的同时,寻求与国际法的平衡。但域外法体系许多时候并不考虑国际法文明标准、国际法学说,这也表明国际法史研究不应完全置于思想史框架内,须抽离国际法本身和国际法学者,转向帝国法秩序的运作。浩繁卷帙的档案中,轰动性事件、符号往往惹眼,看似平凡却不断塑造、变革帝国秩序的努力则被忽视。^[95]不起眼的管辖权安排对全球帝国秩序的意义,表明当时国际法理论与实践的差距。文明论不关注帝国内部法律运作,而英帝国域外法体系的推张

[93] Harold G. Maier, “Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, No. 4, 1983, p. 584.

[94] (美)劳伦·本顿、(澳)利萨·福特:《法律帝国的铸就:大英帝国法律史,1800—1850》,龚宇等译,法律出版社2018年版,第299页。

[95] 同上注,第32页。

表明法律对区域、全球秩序构建的意义。域外法体系构建的不是清晰可辨,而是贯穿多个辖域、程度不一的单极全球法律秩序,看似混乱的秩序动态维系着英国全球法律帝国体系,但其本质绝非依法统治,而是单方、殖民的以法统治。

Abstract: Extraterritorial jurisdiction, facilitating British Empire to regulate British residents in China, forms the extraterritorial legal system for China. Britain's extraterritoriality in China was unilaterally established in 1833, formally extended to Japan and Korea in 1865 and 1884 respectively, and completely collapsed in 1943. Such a system, based on Orders in Council, was operated by Superintendent of Trade, Governor of Hong Kong, Supreme Court of Hong Kong, consuls and Her Britannic Majesty's Supreme Court for China and Japan. The OIC 1833 formed an extraterritorial legal framework with the Supreme Court of Hong Kong, the Governor of Hong Kong, and the consuls in China as the main functionaries. The OIC 1865 officially established the extraterritorial legal system for China, which was operated by the Minister in China and Shanghai Supreme Court. This system aims to protect the British subjects, maintain imperial order, and coordinate different powers, but its boundary is ambiguous. The connection between Yunnan and Mandalay, and Kashgar and British Raj highlights the jurisdictional equation between colonial and extraterritorial jurisdictions generated by legal fiction. As a result, the regional and global legal empire was unilaterally established.

Key Words: Extraterritoriality; Jurisdiction; Extraterritorial Law; Yunnan; Kashgar

(责任编辑:章永乐)