

晚清中外不平等条约的法律关系论析

李育民*

摘要：晚清中外之间所建立起来的不平等条约关系，从性质上而言，可以分为两大类：一是由常规性特权制度即在中国所属领土上持续实施的行为规则形成的法律关系；二是由交割性的条约权益形成的法律关系。与前者不同，后者系一次性或总括性的交付行为。条约中“一般规则”，即常规性规则所形成的持续性法律关系，包括司法法律、政治、经济、文化等方面。经济、文化方面的持续性法律关系，其内容亦由条约中“一般规则”所构成，严重损害和限制中国的主权。经济方面，主要包括片面协定关税、沿海和内河航行、在华设厂及路矿投资，片面最惠国待遇等条约特权。由“个别规则”构成的交割性法律关系，主要包括割地、赔款的相关条约和条款。

关键词：不平等条约 国际法 一般规则

经过鸦片战争，西方列强用武力打破中国的传统体制，建立条约关系。与以往不同，这是一种新的中外关系模式和国际秩序，有着体现近代特征的种种属性。从法律的角度而言，条约属于国际法的范畴，具有国际法律的性质。在西方列强看来，新建立的条约关系，是中国与它们“在平等的基础上建立法律、政治和经济关系”。^① 这一说法与史实不符。晚清时期的中外条约关系具

* 李育民，湖南师范大学历史文化学院教授。

① [美] 菲利普·约瑟夫：《列强对华外交》，胡滨译，商务印书馆，1959，第3页。

有两重属性，包括不平等的条约特权和某些平等内容。前者体现列强对中国实施“准统治权”的本质，这是占主导地位的属性。后者体现了近代国际关系中积极的一面，但这是附于主导属性之下，居于次要地位的属性。从前者来看，这是一种畸形的新关系，完全背离了国际法的主权原则。在这一关系中，中国片面承担了大量国际义务，却不能享有相应的权利，列强则单方面攫取种种特权而不须承担相应的义务。条约关系中这一不平等的主体内容，使中国丧失了领土完整和独立地位，不能享有一个主权国家所应具备的基本权利，在政治、经济、文化等方面受到严重束缚。这一不平等关系的建立与列强侵略紧密相连，极大地损害了中国的国家权益，其所具有的不平等性质为人们所注重，从而忽略了它的完整性和法律性质。本文拟对此做一探讨，冀以全面深入地认识晚清时期的中外条约关系。

一 不平等条约的法律性质及其两类关系

在晚清，不平等条约是一个具有法律性质的概念，由此构建的法律关系，亦因其内容的差异而可区分为两大类别。这是了解晚清这一中外新关系首先需要探讨的问题。

如何界定不平等条约及其法律性质，新中国成立前曾展开讨论，提出了不同意见。第一种意见主张两个标准，即违背国际法的和片面的，认为：“所谓不平等条约者，乃是国际条约之包含有些条文，造成种种法律关系，超越一般国际法所许范围，片面的侵害或限制对方缔约国的主权的。中国对外所订的不平等条约，皆可以此标准来判别。”“若是那种关系是双方的，那末，虽然超越国际法范围之外，仍然称为平等。”“反过来说，国际间的条约，对于一国主权有所限制，如其在国际法所许范围以内，则虽是片面的，亦不视为不平等。”^① 还有其他研究者持类似意见。^② 第二种意见只赞成片面的这一个标准，认为：“‘超越国际法范围’一语，其性质及范围，颇难确定，如关税条约，纵属片务的，似不能谓超越国际法范围。”其他如仲裁条约，“虽限制国家之宣战权，似亦不能谓为超越国际法范围”。论者提出，“凡条约只规定片面义

① 周鲠生：《不平等条约十讲》，太平洋书店，1929，第10～12页。

② 王纪元：《不平等条约史》，亚细亚书局，1935，第4页。

务者,即为不平等条约”。^① 另外还有一种意见,主张以是否片面作为标准,但又认为某些承担片面义务的条约不能称为不平等条约。论者指出,“凡条约中规定缔约国一方享有片面特权与片面义务并非为一般国家所应享有或担负者,即为不平等条约”。同时又提出,媾和条约规定割地赔款,虽然战败国承担片面义务,但不能称之为不平等条约,因为“割地赔款,一经执行其义务即随之终了”。^②

某些西方学者认为不平等条约不是法律概念,而是一个含混不清的政治概念,应该说这是一种偏见,是为了维护传统国际法时代不平等条约的地位。实际上,“自从这一概念提出以来,它就被纳入到国际法的研究范围之内”。^③ 国际法鼻祖格劳秀斯便对这一概念做了法律上探讨,他认为,“建立在作为自然法补充的义务基础上的条约要么是平等的,要么就是不平等的。”“双方都能获得同等利益的就是平等条约”,反之就是不平等条约。不平等条约,“其中一方在尊严上处于劣势”,最好被称作“命令”“指示”而不是条约。这种不平等性的出现,“可能随着主权的减弱而减弱”。附加在“不平等条约上的责任,有短期的和永久的两种情况”。短期责任,“指的是一定数量金钱的支付,某些防御工事的拆除,国家领土的割让,船只的让与或者人质的提交等情况”。而长期责任“指的是一国向另一国纳贡或臣服”。“在古代和现代历史上,这类条约比比皆是”。不平等条约“不仅存在于征服者和被征服者之间,还存在于强国之间,存在于互不敌对的国家之间”。格劳秀斯将这种不平等条约,即“一方承担的义务多于另一方的条约”,称为“可憎的条约”。^④

显然,格劳秀斯已经指出不平等条约的法律性质,即缔约国承担不对等的义务。从这一概念的词源来看,也体现了这一含义。不平等条约的英文表述是“unequal treaty”,源于拉丁文“*unda pacta*”,意为“一项只有一方为某事或给某物而另一方无相应义务的协议”。^⑤ 在国际法学界,这一看法较为普遍,如

① 吴昆吾:《不平等条约概论》,商务印书馆,1933,第1~2页。相类似的意见认为,“凡条约的订立,为一方单尽义务与一方专享权利,有失国际上互惠互尊的原则和对等对待的地位;甚至权利国藉此条约妨害义务国之主权或侵占义务国之领土者,此等条约,谓之不平等等条约”。叶祖灏:《废除不平等条约》,独立出版社,1944,第18页。

② 王宠惠:《废除不平等条约之回顾与前瞻》,《经济汇报》第7卷第1、2期(废除不平等条约纪念专号)1943年1月16日。

③ 朱文奇、李强主编《国际条约法》,中国人民大学出版社,2008,第25页。

④ [荷]格劳秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社,2005,第222~224、234页。

⑤ 万鄂湘、石磊、杨成铭、邓洪武:《国际条约法》,武汉大学出版社,1998,第304页。

德国国际法学家普芬道夫认为，“不平等条约是两个缔约国承诺的事情不平等或一方被迫给予另一方的条约”。瓦特尔亦说，“所谓不平等性表现在劣势方的不平等条约，是指那些给劣势方强加更为广泛的义务或更巨大的负担或迫使它接受压迫性的或不能同意的条件的条约，这些条约同时始终是不平等的联盟”。在当代亦有同样的看法，1957年亚非法学家大会给不平等条约所下的定义为：“不平等条约是在当事国之间确立极不平等义务的条约”。苏联科学院将不平等条约界定为：“当事国在不平等的基础上缔结的条约，或称‘与狮子合伙的协约’。”^①

当今国内国际法学界亦有同样的看法，认为，“不平等条约是一类特殊的条约，主要表现它所创设的权利和义务严重失衡”，“是缔约一方违背另一方的意愿而与之缔结的权利义务严重不对等的条约”。^②或者说，不平等条约具有种种特征，如当事国“在缔结条约时地位不平等，双方或各方之间没有表达自己真实意图的机会”；其内容，“特别是有关义务的规定完全是弱肉强食的结果，存在极大的片面性，并对一方国家主权造成侵害”；“一般都是通过强迫的方式缔结的，特别是通过使用武力或威胁的方式缔结，不是双方自由真实意思表示的结果”；“不仅违反了国家主权平等原则，而且违反了现代国际法上有关禁止使用武力或威胁的原则”。^③

综合国内外国际法学界较为普遍的意见，可以认为，不平等条约是处于不同法律地位的当事国，其中一方违反国家主权平等原则，另一方并非自愿订立的权利义务严重不平衡的条约。在各个要素中，其核心是条约规定双方的权利义务不对等，其中一方承担了较多的义务，而没有或者较少享有相应的权利。造成这一结果的前提，是双方法律地位的不平等，而这又是国家地位不平等的结果。正是在这一意义上，这一体现为权利义务不平等的法律概念，又具有政治的意蕴。从晚清时期的中国来看，中外条约关系中的不平等，正是以此类法律和政治上的内涵构建起来的。

新建立的不平等条约关系，可分为两大类：一是由常规性特权制度，即在中国所属领土上持续实施的行为规则形成的法律关系；二是由交割性的条约权益形成的法律关系。与前者不同，后者系一次性或总括性的交付行为。将之区分为两大类，主要是借助了国际法对条约的分类。关于条约分类，虽存在

① 万鄂湘、石磊、杨成铭、邓洪武：《国际条约法》，第304～305页。

② 朱文奇、李强主编《国际条约法》，第25、26页。

③ 万鄂湘、石磊、杨成铭、邓洪武：《国际条约法》，第305～306页。

不同意见,但有助于我们认识和理解条约关系中的这两种情形。例如,德国国际法学者特里派尔在1899年发表的《论国际法与国家法》中,将条约分为“契约性条约”和“立法性条约”两类。他认为前者“只是在于解决当前的一个具体问题,而不在于为将来制定共同行为规则”,如割让领土。“一旦领土让渡行为完成,该条约的目的也已完成,从而他认为该条约不能构成当事国双方此后行为的准则,因而该条约不是国际法的渊源”。“立法性条约”则“有着创立此后相互间必须遵守的行为规则的共同目的,即创立法律的目的”,“这类条约显然构成国际法的渊源”。^①另有西方学者从条约的效果着眼,分为“过渡性的和非过渡性的两类”,认为:前者“旨在建立事物的恒久状态,一次履行条约的效果即告完成”,如承认国家、割让领土等。后者“不以建立事物的恒久状态为目的,而由缔约各方经常承担权利义务,则是必须继续履行的”,如通商条约、同盟条约、和平友好互不侵犯条约等。^②这些分类虽然有失严谨和确切,为不少学者所反对,但它是一个“虽不严格但却很(有)用的区分”。^③借助这种区分或概念,我们可以了解各种条约的不同性质。如中国学者李浩培提出,就国际法的观点看来,“凡是条约从某种意义上说都是立法性的”,“如果要把条约从内容上加以分类,那么就应区别各种不同的立法性条约,而不是区别立法性条约和其他条约”,主张分为“一般规则和个别规则”的立法性条约。^④

如果运用这一概念区分不同类别,可以从内容上将近代中外条约分为“一般规则”和“个别规则”两大类别。前者即在中国所属领土上持续实施的规则,后者与持续实施的“一般规则”不同,属某种权益的交割性规定,即将中国的某种物质财富性的权益交割或交付给该当事国。这两种规则或制度,形成了相关领域里的两类法律关系,即持续性法律关系和交割性法律关系。其中,作为主体内容的不平等关系,由各种特权所构成,确立了各种严重损害中国主权的规则。在这一关系中,中国承担着不平等的国际义务,而列强通过种种条约特权对中国行使着“准统治权”,即在相当程度上取代了中国的管辖权。

① 李浩培:《国际法的概念和渊源》,贵州人民出版社,1994,第66页。

② 周鲠生:《国际法》下册,商务印书馆,1976,第596~597页

③ [英]斯塔克:《国际法导论》,赵维田译,法律出版社,1984,第41页。

④ 李浩培:《国际法的概念和渊源》,第339页。

二 司法、政治方面的持续性法律关系

条约中“一般规则”，即常规性规则所形成的持续性法律关系，包括司法法律、政治、经济、文化等方面。司法法律和政治方面的不平等关系，体现在各个方面，严重损害了中国的主权。

司法法律方面，由于列强各国获得领事裁判权，中国不能对获得这一特权的有约国在华侨民行使属地管辖权。顾盛谓：“欧美各国形成了一个国家的家庭，由于文化和宗教的共同性，由于条约以及由于国际法，使它们联结在一起。”“按照欧美奉行的国际法，每一外国人居住或暂留在任何基督教国家内都应服从该国家的法律，倘在该国范围内犯罪被控，应顺从该国地方官的审判。这里，公使或领事不能保护他的国人。当地法律是必须奉行的”。在与伊斯兰国家的交往中，采用了一个不同的原则，即“信奉基督教的外国人不受当地官员的管辖，他只服从（这是自然结果）本国政府所派公使或其他官员的管辖”。美国在华侨民，“应当适用”这一“在亚洲回教国家中取得的那种有利于欧美人的规则”，“美国人应享有本国政府官员保护的权力，并服从他们的管辖”。^①在致国务卿函中，顾盛将这一“有利于欧美人的规则”视为国际法原则，谓：“美国政府应为美国人民要求在中国的治外法权权利，这不是要中国让与的问题，而是公认的国际法原则——就是说，像当时中国那样一个国家是没有资格主张一般的属地主权原则，以保持其对国境内外人的管辖权的。”^②

正是基于这种无视国际法的强权逻辑，列强通过不平等条约将领事裁判权强加给中国，中外间形成了一种畸形的司法关系。根据条约规定，享有此权的国家的领事或官员，按照本国法律对其本国侨民行使司法管辖权。1843年7月签订的中英《五口通商章程》最早对此做了规定：“其英人如何课罪，由英国议定章程、法律发给管事官照办。”^③随后于1844年7月订立的《中美望厦条约》，在此基础上又加以扩大，并使得领事裁判权具有了完整的意义，成为

① 《顾盛致福士函》，1844年6月22日，〔美〕马士：《中华帝国对外关系史》第1卷，张汇文等译，商务印书馆，1963，第369～370页。

② 〔美〕威罗贝：《外人在华特权和利益》，王绍坊译，三联书店，1957，第343页。

③ （中英）《五口通商章程：海关税则》，道光二十三年八月十五日，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，三联书店，1957，第42页。

这一特权在中国起源的一个重要环节。第二次鸦片战争之后，列强在华领事裁判权更为巩固，并更加扩大，不仅这一特权本身的内容愈益扩充，而且各国相率效尤，从中国取得这一特权。

在近代，领事裁判权往往与治外法权混用，这给列强各国扩大其范围提供了便利，使得这一特权在实际中又不断扩展。它不仅使外国人违法不受中国法庭审判，而且“还有某种橡胶似的延展性，不断扩大适用范围”。所以，“不仅是个人享受这一特权，而且他的财产也享受”。^① 在华外人提出，治外法权给予他们的权利，比不受中国法律管辖“更多得多”，“它给予外国人一种地位，使他们完全，或者差不多完全在中国管辖权之外，以致中国政府对他们，举例来说，不得征税，不能一定要他们遵守中国的法律”。^② 另外，各国列强在华享有的领事裁判权，是一种属人的司法管辖权，但实际中列强将这一属人的特权扩展至属地主义中，即在中国的某些地域对中国人实行某种程度的司法管辖。《中英烟台条约》规定的观审制度即属这一性质，而租界中的会审公廨和东省铁路的公审机关，对属地主义的侵犯则更为典型、更为明显。

在不平等的中外条约关系中，领事裁判权居于中心地位，成为其他条约特权的基础。赫德对此做了详细的分析，谓：“在进行了主张平等和强加条件的首次打击之后，条约关系便开始了。治外法权是包含在一系列条约中的中心思想。”这一特权的原理，“构成每一条约的基础，贯穿于每一条约的条款中”，是“造成一切损害的根源”。从外国立场来看，这一原则“被各条约国视为对华条约中最重要、最有价值”，而且“也是最为根本的一点”。只要我们放弃治外法权，“关系立刻就会改变过来，积怨就会消除，友好善意就会随之而来”，^③ 这是“一种无价的特权”，^④ 是“最最重要的”，“也是最本质的一项条约中的条款”。^⑤ 也就是说，这一特权是外国列强向中国进行政治、经济、文化侵略，行使其他各种特权的重要保障。丹麦驻华公使欧哀深曾把领事裁判

① [英] 赫德：《义和团，1900》，1900年12月，《这些从秦国来——中国问题论集》，叶凤美译，天津古籍出版社，2005，第104页。

② [美] 威罗贝：《外人在华特权和利益》，王绍坊译，第364页。

③ [英] 赫德：《中国与世界》，1900年11月，《这些从秦国来——中国问题论集》，叶凤美译，第87、92页。

④ [英] 赫德：《中国、改革和列强》，1901年2月，《这些从秦国来——中国问题论集》，叶凤美译，第124页。

⑤ [英] 赫德：《义和团，1900》，1900年12月，《这些从秦国来——中国问题论集》，叶凤美译，第104页。

权、租界、协定关税，列为破坏中国主权完整的三大魔鬼。^①它严重地损害中国的主权和尊严，在各方面对中国造成种种弊害，是近代中外不平等条约关系最基本的体现。

政治方面，由于种种条约特权，“使中国的国权受妨害，行政不能统一”，^②即中国的领土主权和行政主权，以及自保权受到严重限制，主要包括以下几种情况。

第一种情况，列强在中国的某些区域直接行使行政管辖权，如租界、租借地、使馆区、铁路附属地等。

租界是由通商口岸发展而来的一种特殊制度，这是列强在某些通商口岸的外人居留、贸易区域中，起初通过非法手段，继而由不平等条约确定下来，侵夺中国的行政权和司法权，并建立独立于中国政权体系之外的行政管理机关，以致形成“国中之国”的特殊制度。《南京条约》规定外人可以在五口居住、贸易，1843年10月签订的《五口通商附粘善后条款》，又确定由中国地方官与英国领事会同商定英人租地建屋的区域，这一规定可以说是租界得以建立的原始条约根据。1845年11月，英国领事巴富尔与上海道宫慕久商定《上海租地章程》，是第一个有关租界制度的章程。1854年7月，英、美、法三国领事擅自修改1845年章程，制定了《上海英法美租界租地章程》。通过该章程，上海外人租地出现了拥有征税权，拥有武装警察，类似西方自治政府，并完全摆脱中国的行政管辖的市政机关，租界制度基本形成。第二次鸦片战争之后，列强通过条约又增开新的口岸，同时又以新的形式将租界制度推向这些口岸。甲午战败和八国联军之役之后，列强又借机谋取这一特权，开辟了不少新的租界。

租界特权是在形成之后的发展过程中，取得条约依据的。最初所订条约中并无由外人自己管理其居住区域的规定，只是确定由地方官与领事商议划分居住区域的原则。1845年《上海租地章程》没有经过双方签字，仅由道台以中文颁布，因此严格地说，“其形式殊不合于正式文件”。^③1845年章程虽赋予某些这方面的权利，但该章程没有经过中国地方官，“只作已成事实通知而已”，^④完全是非法的、无效的。第二次鸦片战争之后，英国在镇江、汉口、九江三口开辟专管租界，其与地方官所订章程中，虽然有一切事宜均归英国领

① 孙晓楼、赵颐年：《领事裁判权问题》，商务印书馆，1937，第43页。

② 周鲠生：《不平等条约十讲》，第38页。

③ 蒯世勋等编著《上海市资料丛刊·上海公共租界史稿》，上海人民出版社，1980，第52页。

④ 蒯世勋等编著《上海市资料丛刊·上海公共租界史稿》，第218页。

事专管之类的文字，但这也不能解释为对此地实行政管辖权的依据。1864年，北京公使团确定上海租界市政机关（工部局）的权限，其中包括：无论行使各项权力，均须先陈明各该国公使，得中国政府允许乃可；此项权力，仅限于简单市政事件，如道路、警察及举办市政税等；租界华人，如实未受外人雇用，应完全受华官管辖，与在中国地界内无异。^①同年，英国公使致各领事书中，非常明白地说明了这一点：“租界地与英国政府，并不容许其管辖该地，该地仍属于中国之主权。于该地之英国侨民所能施行之管辖范围，只与其他未租界之口岸之侨民等。盖英国政府所得施行之权力，系由于中国政府所订条约中来，初不以租界地面稍受影响。”^②姑且不管上述指令是否合法，即仅此而论，无论是上海的公共租界还是各处的专管租界，外人所实行的制度皆不是条约权利。由于中国的积弱不振，租界制度才在没有条约依据的情况下长期施行，而当时的清政府亦予以“默认”。只是在既成事实之后，租界才取得了条约依据。在巴黎和会上，中国代表即指出：“租界由工部局治理之权，遂为近年所订新辟租界之条约所许，其从前划定外人居住管理之各地，则并未授与此种权限，不过拘于租界章程，为中国地方官与各国领事官所同意者而已。”^③查中外条约，最早在正式条约中肯定租界行政权的，是甲午战后的1896年10月19日，总理衙门大臣荣禄、敬信、张荫桓与日本全权大臣林董签订的《公立文凭》。该约第1款规定：“添设通商口岸，专为日本商民妥定租界，其管理道路及稽查地面之权，专属该国领事。”^④其后日本与各口岸地方官所订租界章程，做了更为详细、明确的规定。日本既开条约允许之先例，“他国依最惠国之条款，亦得要求同等待遇。于是各国租界内行政权之取得，而成为条约上之权利”。^⑤从法律上讲，租界还是中国领土的一部分，但租界形成之后，成了中国领土范围内的特殊区域。列强通过合法或非法手段，在租界行使了某种程度的属地管辖权，如管辖权、自卫权，等等，俨然一个与中国并立的独立国家。唯其如此，它们被人们称为“国中之国”，成了中国半殖民地社会的一个重要标志。

租借地是列强通过条约从中国“租借”某部分领土，于一定期限内行使

① 刁敏谦：《中国国际条约义务论》第1编，商务印书馆，1925，第38页。

② 赵炳坤：《中国外事警察》，商务印书馆，1937，第37页。

③ [美]威罗贝：《外人在华特权和利益》，王绍坊译，第325页。

④（中日）《公立文凭》，光绪二十二年九月十三日，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第686页。

⑤ 林东海：《外事警察与国际关系》，商务印书馆，1937，第102页。

属地管辖权，以作为在华侵略基地的特权。1887年，葡萄牙迫使清政府与之订约，取得“永驻、管理澳门”^①的条约特权，澳门成了近乎割让的永久租借地。其后在19世纪90年代的瓜分狂潮中，各国纷纷抢占租借地，掀起了一个浪潮。通过条约，俄国攫取旅大、德国攫取胶州湾、法国攫取广州湾、英国则攫取了威海卫和九龙两块租借地。租借地对中国主权的限制，比租界更为严厉，各租借国把租借地视为自己的领土，在这里建立政府机构，驻扎军队，设置警察，征收税饷，经营各种事业，实行殖民统治。

使馆区是列强通过条约迫使中国在京师划一地段作为使馆区域，在此行使统治权的特权。按照国际法，外交代表享有“馆舍豁免权”，^②即使馆馆舍不可侵犯。但使馆所在的整个区域的豁免特权，已不为国际法所认可。这一特权是通过《辛丑条约》攫取的，其中规定：“大清国家允定，各使馆境界，以为专与住用之处，并独由使馆管理，中国民人，概不准在界内居住，亦可自行防卫。”^③该约附件还划出使馆区的明确界线，并在使馆区的外围划出一块“隙地”。在使馆区域里，列强具有驻军权和自卫权，以及包括警察、司法、土地、征税等在内的行政管辖权。这些均与租借地相类似，即中国的统治权不能及于此区域。不同的是，条约未规定使馆区的期限，也未规定其主权仍属中国，可见列强试图使这一特权制度具有永久的性质。这些使得使馆区成为一个极为特殊的区域，其对中国领土的剥夺和限制更为苛严，不啻一个各国共管的袖珍小国。

铁路附属地，即所谓“特殊势力圈”，这是俄、日两国在铁路附属地区建立行政管理机构，对铁路沿线的中外居民进行行政管辖的特权。俄国是始作俑者，它在非法行使这一特权之后，迫使清政府订约，使之披上合法的外衣。1906年，沙俄政府决定将东省铁路附属地的民政权委托给东省铁路公司行使，并制定了《东省铁路附属地民政组织大纲》。^④翌年三月，又批准了东省铁路公司董事会拟定的《东省铁路管理局组织大纲》。根据这两个组织大纲，东省铁路公司设立了管辖路区的市政、警务、刑狱、交涉、征税、土地、林场、教

① 王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第505页。

② [英]劳特派特修订《奥本海国际法》上卷，第2分册，石蒂、陈健译，商务印书馆，1972，第248页。

③ 《辛丑各国和约》，光绪二十七年七月二十五日，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第1006页。

④ [俄]尼鲁斯：《东省铁路沿革史》第1卷，哈尔滨，1923，第611页，见《沙俄侵华史》第4卷下册，人民出版社，1976，第579页。

育、宗教、卫生、新闻等事宜的行政机构，“成了名副其实的具有政府所固有的全部职能的殖民政府”。^① 清外务部对这一非法行为提出抗议，沙俄根据中俄《合办东省铁路公司合同章程》第6款“由该公司一手经理”之规定，狡辩说：“该铁路公司得有所占地段内专于一手经理，并无限制之权，于原约毫无违背。”^② 清政府做了妥协，于1909年5月10日与沙俄订立了《东省铁路议定书》，这一非法攫取的行政权由此成了条约特权。根据该议定书，中国多少挽回了一点主权，将铁路附属地变成了中俄的共管地区。由于日本在南满铁路附属地也非法行使管辖权，沙俄藉此拒绝按上述大纲实行，“而仍照俄国颁布之自治制办理”，^③ 继续控制铁路附属地行政权。日俄战争之后，日本通过《朴茨茅斯条约》和清政府的认可，接收了沙俄在南满的铁路，也以此为依据要求“对铁路附属地区的绝对的和排他的行政权”。^④ 继而又非法在南满其他铁路支线如安奉路也擅自行使管辖权，并将这种非法的行政权推行到南满的矿山附近，称矿山附属地。这种称为“特殊势力圈”的附属地行政区处于势力范围区域，反映了势力范围“有一种在经济要求的掩护下推行政治目的的趋势”，^⑤ 更说明其经济性质不是绝对的。

第二种情况，是列强在中国某些区域派驻军事力量，限制中国的自保权，包括外国军舰在中国某些领水驻泊游弋，外国陆军驻扎中国某些区域，以及禁止中国某些地域设防等。关于外国军舰，1843年中英《五口通商附片善后条款》最早对此做了规定：“凡通商五港口，必有英国官船一只在彼湾泊。”通过这一规定，英国获得了在中国派驻军舰的条约特权。紧接着，美、法和瑞、挪也相继获得同样的特权。第二次鸦片战争之后，这一特权获得了进一步的发展，不仅所有条约国“一体均沾”此特权，而且还从沿海扩展内河。除了英、法、美、俄通过《天津条约》获此特权之外，从1860年代到1890年代，又有德、丹、荷、西、比、意、奥、日、秘、巴、墨、朝等国获此特权。其后，瑞典在1908年也获得这一特权。上述国家中，秘、巴、墨、朝、瑞（典）5国给予中国兵舰在彼国以同等权利，其他均是单方面享有这一特权。日本在

① [俄] 马尔蒂诺夫：《俄国铁路实业家在满洲的活动》，莫斯科，1914，第17页。

② 《外部奏东省铁路界内设立议定书经理地方自治与俄使商定大纲办法折》，宣统元年三月二十八日，《清宣统朝外交史料》卷3，1933，第28页。

③ 刘彦：《被侵害之中国》，上海太平洋书店，1929，第276页。

④ [美] 威罗贝：《外人在华特权和利益》，王绍坊译，第106页。

⑤ [美] 威罗贝：《外人在华特权和利益》，王绍坊译，第216页。

1871年所订《中日修好条规》，曾给予中国同等权利，但甲午战后所订《马关条约》，将之改为日本单方面享有的特权。外国陆军“合法”进驻中国领土，最早是通过租借条约。根据这类条约，租借国的海、陆军均可屯驻租借地，但租借地都在沿海，外国陆军还无权进驻中国内地。1901年9月7日，德、奥、比、西、美、法、英、日、意、荷、俄11国与清政府签订的《辛丑条约》规定：“中国国家应允，诸国分应自主，常留军队，分保使馆。”“中国国家应允，由诸国分应主办，会同酌定数处，留兵驻守，以保京师至海通道无断绝之虞。”^①由此，列强获得了在京师、内地屯兵的条约特权。关于禁止中国某些地域设防，如禁止中国在列强驻军沿线驻扎和设置防御工事，禁止中国在天津设防，等等。这些条约规定，限制了中国的自保权，严重地侵犯了中国的主权，为列强对中国的武装侵犯和干涉提供了最直接的途径。

第三种情况，是在中国某些部门行使行政管辖权，如与协定关税相关的海关行政。《南京条约》取消公行制度后，与此相关的海关制度发生变化，在中英条约中规定了领事担保制。1854年6月，上海海关监督吴健彰与英、美、法三国领事签订了改组上海海关的协定，^②建立了外籍税务监督制，上海海关行政由此为外国列强控制。随后在第二次鸦片战争中，中英于1858年签订《通商章程善后条约》，规定：海关事务“各口划一办理”，“任凭总理大臣邀请英人帮办税务”。^③外国人管理中国海关，由此取得了条约依据。美、法两国在同年与中国订立了同样的条约，德、奥也分别于1861年和1869年获得这一条约权利。两江总督何桂清在执行这一条约时，任英人李泰国“总司其事，名曰总税（务）司”，又发展了这一制度，后经总理衙门确认。这样，外人控制上海海关行政的制度扩展到全国所有海关，并由总税务司负责，中国的海关行政权由此为列强所侵夺，海关成了一个典型的半殖民地机构。整个海关部门由外人控制，总税务司有着至高无上的权力，如威罗贝所说：“总税务司所享有的绝对的任免权使海关制度成为一种极其完整和集权的制度。”^④各地海关与中央机关（总税务司署）的关系，是一种极其严格的隶属关系。总税务司

① 《辛丑各国和约》，光绪二十七年七月二十五日，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第1006~1007页。

② [英] 莱特：《中国关税沿革史》，姚曾廙译，三联书店，1958年，第115~119页。

③ （中英）《通商章程善后条约：海关税则》，咸丰八年十月初三日，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第118页。

④ [美] 威罗贝：《外人在华特权和利益》，王绍坊译，第471页。

对各海关所具有的权威,不仅清政府中央行政部门首长不可比拟,而且“为他国无比之独裁的行政长官”。^① 海关“不像从前一样,操之于中国当局的手里”,这和“国家的主权完整不相容”。^② 中国甚至不能自行选择总税务司,这一职位长期被英人所占据,1896年,借清政府向英、德借款之机,英国政府迫使中国做出因借款未还,“中国总理海关事务应照现今办理之法办理”^③ 的承诺。总之,在中国的行政系统中,外人所控制的海关自为体系、独成一格,日人高柳松一郎说:“中国海关在国法上虽为中国政府行政机关之一,然与他种行政机关较,则性质不同,此即所谓 *imperium in imperium*”,^④ 即“主权中的主权”,或“政府中的政府”。如同租界是中国领土内的“国中之国”一样,海关是中国行政系统中的独立王国。而且,这个本应是中国的行政机构,实际上已成了维护列强利益的机构。用美国人费正清的话说,是列强行使“条约权利”的“最重要的机构”^⑤。用日本人高柳松一郎的话说,“在事实上则构成一种国际的官厅”^⑥。

第四种情况,是在某些区域限制中国的行政管辖权,即势力范围。势力范围是列强各国通过条约,取得在中国领土某范围内经济事项的优先权和独占地位的特权。这种优先权和独占地位,限制了中国独立自主发展某项事业的经济主权。这一特权,“除经济性质之外,尚有政治的性质”。^⑦ 通过这一特权,相关列强国家独占中国某些区域的权益,而排除他国染指。1846年4月4日,中英签订《英军退还舟山条约》,规定:“英军退还舟山后,大清大皇帝永不以舟山等岛给他国。”^⑧ 1884年《中法会议简明条款》规定:“中国南界毗连北圻,法国约明,无论遇何机会,并或有他人侵犯情事,均应保全助护。”^⑨ 在

① [日]高柳松一郎:《中国关税制度论》第3编,李达译,商务印书馆,1927,第19页。

② [英]莱特:《中国关税沿革史》,姚曾虞译,第414页。

③ 《英德两国借款草合同》,光绪二十二年一月二十八日,王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册,第639页。

④ [日]高柳松一郎:《中国关税制度论》第3编,李达译,第4页。

⑤ [美]费正清:《中国沿海的贸易和外交(1842~1854)》第1卷,第462页,转引自蒯世勋等编著《上海市资料丛刊·上海公共租界史稿》,第615页。

⑥ [日]高柳松一郎:《中国关税制度论》第3编,李达译,第4页。

⑦ 周鯁生:《不平等条约十讲》,第39页。

⑧ (中英)《英军退还舟山条约》,道光二十六年三月九日,王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册,第71页。

⑨ 《(中法会议)简明条款》,光绪十年四月十七日,王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册,第455页。

甲午战争之后的瓜分狂潮中，通过此类条约或照会攫取独占权益，成为一个普遍现象。总理衙门于1898年2月11日向英国承诺，“确切保证不将扬子江沿岸各省租押或以其他名义让予他国”；^①4月10日又向法国承诺，不将越南邻省“让与或租借他国”；^②4月24日又向日本承诺，“不将福建省内之地方让与或租与别国”。^③又通过其他条约，清政府给予相关国家以筑路、开矿等经济权益。这样，东北成了俄国、山东成了德国、两广和云南成了法国、长江流域成了英国、福建成了日本的势力范围。中国给予各国势力范围的权益，虽限于经济范围，但有重要的政治性质。势力范围与租借地特权是紧密相连的，同样破坏了中国的领土完整，损害了中国的主权，对中国造成了极大的危害。它是列强瓜分中国浪潮中的重要组成部分及前奏，即“划定势力范围者，瓜分之准备也”。^④这一体现列强强权政治的特权，以及列强之间在中国划分利益的格局及其发展趋势，无疑具有“半政治的意义或附带的政治意义”。^⑤其后，日本将它的“势力范围”推向极端，发展为侵占东北、独霸中国的国策，发动了侵华战争。

三 经济、文化方面的持续性法律关系

经济、文化方面的持续性法律关系，其内容亦由条约中常规性的“一般规则”所构成，严重损害和限制中国的主权。经济方面，主要包括片面协定关税、沿海和内河航行、在华设厂及路矿投资，以及片面最惠国待遇等条约特权。由于列强享有这些条约权利，中国不能掌控自己的各项事业，严重影响了国民经济的发展。

片面协定关税是列强剥夺中国关税自主权的条约特权，中国单方面受协定税则的约束，只能履行义务，不能享受相应的权利；而各国则可以享受权利，不必尽相应的义务。《南京条约》规定：英商“应纳进口、出口货税、餉费，

① 《总理衙门致英国公使照会》，光绪二十四年正月二十日，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第732页。

② 《总理衙门致法国署使照会》，光绪二十四年三月二十日，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第743页。

③ 《中国复照》，光绪二十四年闰三月初四日，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第751页。

④ 吴昆吾：《不平等条约概论》，第42页。

⑤ 〔美〕威罗贝：《外人在华特权和利益》，王绍坊译，第81页。

均宜秉公议定则例”。^①所谓“秉公议定则例”，确立了由中英双方协议订立税率的基本原则，标志着侵夺中国关税自主权的开始。翌年，中英双方议定了进出口货物税则和船钞标准，签订了《五口通商附粘善后条款》和《五口通商章程：海关税则》。1844年7月签订的《中美望厦条约》规定，“倘中国日后欲将税例变更，须与合众国领事等官议允”，中国的关税主权受到更严厉的限制。第二次鸦片战争之后，通过《天津条约》等一系列条约，协定关税制度的原则和体系已基本确立，中国全面地置于协定关税制度的约束之下。自中日甲午战争及八国联军之役之后，协定关税制度又有新的发展。这一片面协定关税包括进口税、出口税、子口税、吨税、沿岸贸易税、陆路贸易税、鸦片税厘，以及有关违禁品和免税品的协定等，此外还有由海关征收的特别关税、机器制造货税等。除了这是一个片面的，并非互惠的关税制度外，还具有种种损害中国权益的特点。如税率没有差别，是一种不合理、非科学的关税制度；进口货税率低，没有什么变化，而且出口税实际上高于进口税；其约束的范围较为广泛，包括国境关税和内地关税；陆路贸易实行免税制度和片面的减税制度，与海关不相统一。这些特点是中国所独有的，“实为他国之所无”，^②充分反映了近代中国关税自主权的丧失。中外间这一畸形的关税关系，使中国减少了巨大的关税收入，蒙受了严重的经济损失。关税本来应在财政总收入中占有重要比例，但“近百年以来在国家预算上竟占比较无关重要的地位”。^③而且由于关税主权的被剥夺，失去了保护中国经济的有效手段，“中国民族工业从未有机会成长起来”。^④

沿海和内河航行，是指各国在中国沿海和内河从事航运的特权。沿海和内河是国家领土的一部分，根据国际法，沿海国可以“禁止外国船舶从事沿海岸的航行和贸易，即所谓沿海航运，并专为其本国船舶保留这种沿海贸易”。同时，也“没有规定给予外国以要求准许其公私船舶在国内河流上航行的权利”。^⑤《中美望厦条约》最早对外国船只在沿海转销洋货做了明确规定：美国船只可在五港口“装载货物，互相往来，俱听其便”，^⑥接着《中法黄埔条约》亦做了类似规定。此后中英、中美和中法《天津条约》又确认了这一权利，

① 王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第32页。

② 童蒙正：《关税论》，商务印书馆，1934，第167页。

③ [美]威罗贝：《外人在华特权和利益》，王绍坊译，第480页。

④ 郑友揆：《中国的对外贸易和工业发展》，上海社会科学出版社，1984，第14页。

⑤ [英]劳特派特修订《奥本海国际法》上卷，第2分册，石蒂、陈健译，第30、11页。

⑥ (中美)《五口贸易章程：海关税则》，道光二十四年五月十八日，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第51页。

并扩展到新开各口。与此同时，外国船只非法在沿海贩运土货，并很快发展起来。到1863年所订中丹《天津条约》，“明确地把外国船载运中国土货的沿岸贸易予以合法化”，^①使之成为一项重要的条约权利。内河航行权，最早是中英《天津条约》做了规定：“长江一带各口，英商船只俱可通商。”^②其后在中丹《天津条约》中肯定了外国船只在长江各口贩运土货的权利。除长江外，列强还攫取了其他河流的航行权，如《马关条约》允许日本轮船“从上海驶进吴淞江及运河以至苏州府，杭州府”，^③英国通过1897年订立的《中英续议缅甸条约附款》，取得了在珠江航行的特权。在1890年代的瓜分狂潮中，列强又攫取了“内港”，即非通商口岸内地的航行权，中国的内河，无论巨川还是支流，凡可以通航者，均对外国轮船开放。1902、1903年，英、日与清政府订立通商行船续约，又使之成为一项条约权利。由沿海到长江，再到内港，中国领水完全对外开放，航权丧失殆尽。中国的航运业，尤其是在远洋、江、海等主要航线上，基本上由外国商船所垄断。

在华设厂及路矿投资，是列强通过条约强迫清政府给予的特权，不同于主权国家之间正常的经济来往。英、美等国早就要求在华直接投资设厂，但直到《马关条约》订立，它们才如愿以偿。该约规定：“日本臣民，得在中国通商口岸城邑，任便从事各项工艺制造。”^④由此，在华设厂成了一项条约特权，此后在中英、中美通商行船续约中亦做了规定。铁路投资最早由1885年《中法越南条款》做出规定：“日后若中国酌议创造铁路时，中国自向法国业此之人商办”，并“彼此言明，不得视此条系为法国一国独受之利益”。^⑤这样，列强多年希望获得的铁路权益，成为一项条约权利。不论采取什么形式，清政府均须接受其苛刻的条件，路权由其控制。矿业投资，是列强或外商通过直接投资控制中国矿权的特权。法国以干涉还辽向清政府索取报偿，通过1895年6月订立的《中法续议商务专条附章》，首先取得这一特权。该约规定：“议定中国将来在云南、广西、广东开矿时，可先向法国厂商及矿师人员商办”。外人在华办矿由此成了条约特权。

① [英] 莱特：《中国关税沿革史》，姚曾广译，第189页。

② (中英)《天津条约》，咸丰八年五月十六，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第97页。

③ 《马关条约》，光绪二十一年三月二十三日，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第616页。

④ 《马关条约》，光绪二十一年三月二十三日，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第616页。

⑤ 《(中法)越南条款》，光绪十一年四月二十七，王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册，第468页。

需要指出,路矿利权是势力范围的具体内容,在甲午战后的瓜分狂潮中,列强掀起了争夺高潮。在这个意义上,势力范围除了政治方面的意义之外,还体现为经济方面的意义,可视为“利益范围”。^①这个意义上的势力范围,除路矿利权之外,还包括其他经济事业的优先权。如中德《胶澳租界条约》规定:“在山东省内如有开办各项事务,商定向外国招集帮助为理,或用外国人,或用外国资本,或用外国料物,中国应许先问该德国商人等愿否承办工程,售卖料物。如德商不愿承办此项工程及售卖料物,中国可任凭自便另办,以昭公允。”^②

外人在华投资,不仅仅是吸收外资的简单问题,还涉及国家经济主权。根据国际法,“每一个国家对自己的自然资源和一切经济活动,拥有充分的永久主权”;“每个国家有权按其法律和规章并依据其国家目标和优先次序,对在其国家管辖内的外国投资加以管理和行使权力,任何国家不得被迫对国外投资给予优惠待遇”。^③尤其是属于自然资源的矿产,系国家永久主权的范畴。^④各国通例,“他国人民断不准承办本国矿务”,有的国家“设立公司间有外国人附股,而事权仍是本国人为主,股份仍是本国人为多”,日本甚至“不准外国人附股”。^⑤在近代中国,外国对华投资,以中外约章为依据,以其他条约特权为护符,脱离了中国政府和法律中国法律的管辖。其资本来源,并不完全来自投资国,而是相当一部分出自中国本身。显然,这是强权政治下的投资,无视中国的主权和意愿,与今日的吸收外资不可同日而语。“不仅是一种资本剥削制度,而且是一种资本掠夺制度”,“是一种殖民主义制度”。^⑥

片面最惠国待遇,即与中国订约国家可以享有中国给予第三国的特惠,而中国却不能享有这种权利。也就是说,中国只有给予对方最惠国待遇的义务,而不能享有最惠国待遇的相应权利。道光二十三年(1843)订立的中英《五口通商附粘善后条款》,最早对此做了规定:“设将来大皇帝有新施及各国,亦应准英人一体均沾,用示平允。”^⑦随后,美、法和瑞典、挪威分别于道光

① 周鲠生:《不平等条约十讲》,第40页。

② (中德)《胶澳租界条约》,光绪二十四年二月十四日,王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册,第740页。

③ 姚梅镇主编《国际经济法概论》,武汉大学出版社,1989,第31~32页。

④ 姚梅镇主编《国际经济法概论》,第31页。

⑤ 张之洞:《进呈拟订矿务章程折》,光绪三十一年十一月二十八日,苑书义等主编《张之洞全集》第3册,河北人民出版社,1998,第1686页。

⑥ 许涤新、吴承明主编《中国资本主义发展史》第2卷,人民出版社,1990,第754、756页。

⑦ (中英)《五口通商附粘善后条款》,道光二十三年八月十五日,王铁崖编《中外旧约章汇编》第1册,第36页。