

領事裁判權

東方文庫第十八種



編印
社
館
發
行

領事裁判權問題(一)

周鯁生著

上一次華盛頓會議，關於各國在中國的領事裁判權問題，有一個決議。那個決議究竟是否能令我們中國人滿意，實際上究竟有好多價值，又當別論。不過這個問題，既經正式成為國際會議的議題，我們為恢復本國法權計，當然要趁此機會，努力一番，務期達到撤消領事裁判權的目的。我們說撤消領事裁判權，這却不是一個簡單的事。凡熱心此事的國民，都要把這事全部的關係，加幾番思索。至於研究法學的人，要特別研究這個問題，那是更不待說了。我們現在所研究的，可以分做兩層說，第一層是領事裁判權的性質，第二層是撤消領事裁判權必需的準備。

何謂領事裁判權？簡單說來，就是一國的人民，在他國的領土內，不受那國的法權管轄；而駐在那國的本國領事，對於此等僑民，行使裁判權。這種狀態，從現在世人的眼光看來，自然很覺奇異。爲甚麼在一國領土內，得有外國官吏行使裁判權的事。但是在法權觀念不十分嚴明的時代，這事全不爲奇，在十五世紀的時候，意大利領事在荷蘭，倫敦各地，英國領事在瑞典，瑞威，意大利諸邦，都行使民刑裁判的法權。（註一）不過到十七世紀的初，領事裁判已絕跡於西歐諸國。惟有土耳其及其他東方國家，則始終容許這種制度，演成慣例，逐漸推行於凡非基督教的國家。遠東的中國，日本，暹羅，高麗，都包入這個系統內，沒有不受過外國領事裁判權侵害的。

上面說的領事裁判權的概念，雖很簡明，但是實際那制度運用的細節，在許容此制度的各國，亦不盡同。因爲領事裁判權本不是國際法上一個共通的原則，沒有劃一的辦法。其行使範圍，都是根據習慣或特別條約以定。要曉得一國國內領

事裁判權的特質，還是要考究所以發生這個制度的習慣或條約。我們中國所行的領事裁判權，不是生於習慣，（此與土耳其的領事裁判權一大不同的處所，土耳其的領事裁判權是大部起自習慣。）而是根據條約的。最初承認外國領事裁判權的條約，是一八四二年江寧條約追加之五口通商章程（一八四三年議定）第十三款，其詞如下：『凡英商稟告華民者，必赴領事處投稟，候領事先行查察，勉力勸息，使不成訟。有華民赴英官控告英人者，領事均應聽訴，一律勸息……遇有詞訟，不能勸息，又不能將就，即移請華官，公同查明其事，既係實情，即爲秉公辦理。英人如何科罪，由英國議定章程法律，當令領事照辦，華民犯罪，應治以中國之法。』（註二）這項規定，就是我國發生外國領事權制度的張本。隨後中法條約，中美條約，都有類似的規定。一八五八年的中英天津條約，把領事裁判權一項，規定更加詳明。同年的中法，中美兩條約，都再重申領事裁判權的規定。現在請先把中英天津條約關於領事裁判權的規定原文，舉出來。

第十五款 英國屬民相涉案件，不論人產，皆歸英官查辦。

第十六款 英國民人有犯事者，皆由英國懲辦，中國人欺凌擾害英民，皆由中國地方官自行懲辦，兩國交涉事件，彼此均須會同公平審斷，以昭允當。

第十七款 凡英國民人，控告中國民人事件，應先赴領事官衙門投稟領事官，告英國民人者，領事官亦應一體勸息，間有不能勸息者，即由中國地方官與領事官會同審辦，公平訊斷。

中法、中美兩條約，關於這項裁判權規定，比中英條約更詳明。現在且把中法條約的條文摘出來。

第三十五款 凡大法國人有懷怨挾嫌中國人者，應先呈明領事官覆加詳核，竭力調停。如有中國人懷怨大法國人者，領事官亦虛心詳核，爲之調停。倘遇有爭訟，領事官不能爲之調停，即移請中國官協力辦理，查核明白，秉公完結。

第三十八款 凡有大法國人與中國人爭鬭事件，或遇有爭鬭中，或一二人

及多人不等，被火器及別器毆傷致斃者，係中國人，由中國官嚴拿審明，照中國例治罪；係大法國人，由領事官設法拘拿，迅速訊明，照大法國例治罪。其應如何治罪之處，將來大法國議定例款。如有別樣情形，在本款未經分晰者，俱照此辦理。因所定之例，大法國人在各口地方如有犯大小等罪，均照大法國辦理。

第三十九款 大法國人在通商各口地方，如有不協爭執事件，均歸大法國官辦理；遇有大法國人與各國人有爭執情事，中國官不必過問。……

中美條約的規定，大體與中法條約同。

第十一款 ……倘華民與大合衆國人有爭鬪訴訟等案，華民歸中國官按律治罪。大合衆國人，無論在岸上海面，與華民欺侮騷擾，毀壞物件，毆傷損害，一切非禮不合情事，應歸領事等官，按本國例懲辦。至捉拿犯人，以備質訊，或由本地方官，或由大合衆國官，均無不可。

第二十七款 大合衆國民人，在中國通商各港口，自因財產涉訟，由本國領

事官訊明辦理。若大合衆國民人在中國與別國貿易之人，因事爭論者，應聽兩造查照各本國所立條約辦理，中國官員，不得過問。

第二十八款 ……倘遇有中國人與大合衆國人，因事相爭，不能以和平調處者，即須兩國官員，查明公議察奪……

一八八〇年所訂的中美續約，關於訴訟手續，加以明白規定。

第四款 倘遇有中國人與美國人，因事相爭，兩國官員應行審定，中國與美國允此等案件，被告係何國之人，即歸其本國官員審定。原告之官員，於審定時，可以前往觀審；承審官應以觀審之禮相待。該原告之官員，如欲添傳證見，或登訊駁訊案中作證之人，可以再行傳訊。倘觀審之員，以爲辦理不公，亦可逐細辯論，並詳報上憲，所有案件各審定之員，均係各按本國律法辦理。（註三）

把上面所舉的各條文細讀一遍，我們對於在中國領事裁判權的實質，也可略明梗概。各國與中國締約時期，前後不同，約文不免紛歧，就是條文字義解釋，亦有

很不明瞭的處所。但因為最惠國待遇的條款作用，與夫多年來領事裁判制度運用的慣例，現在中國的領事裁判權，究竟有一個劃一的制度。我們現在把這制度分析起來，可以總括出五個要點。第一個要點，是領事裁判權原來為有約的外國人民而立，自然凡不牽涉外國人之訴訟事項，於領事裁判不成問題；一切均屬中國法權，由中國官吏，依中國法律處理。第二是凡屬於同一個締約國的人民，彼此間有爭訟發生，此事純屬該國領事，或其他該國在中國特設的法廷法權以內；所適用的法律，亦全然是該國的法律。遇着刑事案件，中國的警察，亦可拘捕犯人，但犯人必須押交所屬國家之官吏收領。第三是凡此一締約國的人民與彼一締約國的人民有爭訟事項，中國官吏不得過問。此等事項，由此兩締約國家官吏，依其法律處理，其手續如何，則純依此等國家彼此間協定辦理。（通例關於民事案件，兩國領事出來和解，和解不能，則仿行中國人民與外國人民訴訟辦法，原告向被告所屬之法廷起訴。）第四是凡遇無約國的人民，控告有約國的人民，其法權屬

於有約國之官吏如值民刑案件，被告係無約國的人民，則法權屬於中國法廷。又如遇爭訟的各造，都是無約國人民，或者原告是無約國人民，被告是中國人民，則法權亦屬中國法廷，而所適用的法律，亦係中國的法律。（有時有約的國家在此類爭訟中，爲無約國人民執幹旋調停之勞。但是在中國沒有像在土耳其的一種制度，許有約的國家，把他國人民，放在自己保護管理之下，生出有所謂被保護人民 *Protégés*。外國未始沒有想把這個保護制度輸入中國的，但是中國從未嘗允許過這事。）第五是關於中國人與締約國人民之爭訟，無論民刑案件，均歸被告所屬的法廷處理，適用的法律，亦是被告人本國的法律。這個要點，關係最大，可以說是占領事裁判權的主部；因是而領事裁判制度運用之複雜困難，亦在此，此層且放在後面說明。

現在領事裁判權的實質，已經明瞭，尙有一個要說明之處，就是通常雖稱領事裁判，究竟執法權者，不一定限於領事，凡締約國特別指定的官吏或法院，均能當

此任。中英天津條約第十六款，已明明承認『英國人民有犯事者，由英國領事官或他項奉派幹員懲辦』(British subjects who may commit any crime in China shall be tried and punished by the Consul, or any other public functionary authorized thereto according to the laws of Great Britain)等字樣。(但是天津條約中文，把英國領事官或他項奉派幹員懲辦的一句，僅用英國兩字包括，經後來一八七六年中英煙臺條約第二端，特別指出，聲明真義。)現在英美兩國在中國境內，行使裁判權者，不僅領事，且有其他特設法廷。美國之裁判權，原來由駐北京美國公使與各口領事執行。到一九〇六年，美國議會制出一個法律，設立一個法廷於中國，名爲『在中國的合衆國法廷』(The United States Court for China)此項法廷，在上海開廷，並且於一定時期，輪流在廣東天津漢口開廷；法廷開審之處，在各口的美國領事館。美國各口領事對於案情輕微的民刑事件，仍舊保留法權；新設的法廷，但管重大的民刑案件，且做領事判決。

的上告法廷。這個法廷的判官與檢察長，都是由美國總統任命。英國之在領事以外，另設專管法廷於中國，尙在美國之先。一九〇四年，英國頒一樞密院令，設立一個高等法廷，通常在上海開廷。這個高等法廷的名稱，爲『英皇在中國的高等法廷。』(His Majesty's Supreme Court for China) 高等法廷以一個判官及若干副判官組成，此等判官，均由英皇任命。在上海區域的民刑初審事件，全歸此高等法廷管理。在各口之民刑事事件，則仍歸各地領事法廷審理，但遇重大案件，仍須稟承上海的高等法廷辦理；高等法廷，得隨時調取在各領事法廷審理中的案件，移由該法廷自行審理。(註四)

領事裁判權的實質運用，已經說明。現在有一個問題，要待解答的：就是我們雖常常說領事裁判權，有時亦聽說治外法權，究竟上面所說的領事裁判權，與所謂治外法權，是一宗事體不是？把治外法權與領事裁判權混用，究竟是錯誤不是？要解答這個問題，先要把治外法權的意義分清。國人通常所謂治外法權，字義極含

混，今把他分析起來，有兩個解說。依第一個解說，治外法權與英文的 *Extraterritorial Jurisdiction* 相當。這就是『在本國領土以外的法權』的意思。準之近代公法原理，法權本以領土範圍為原則。在本國領土以外，他國境內行使的法權，是為治外的 (*Extraterritorial*)。治外法權的意思，若依這個解釋，領事裁判權恰是一種治外法權。把領事裁判權治外法權兩個名稱，混作一談，也無不可。上次華盛頓會議，關於領事裁判權問題的決議文中，正式用的名稱，也就是上面解說的治外法權 (*Extraterritorial jurisdiction*)。但是治外法權尚有第二個解說。這個解說，是與英文的 *Exterritoriality* 相當，是在外國境內享受的一種法律上特權特典的意思。原來這種特權特典，惟有外國元首公使等，始能享有。此等人在外國境內，不受那國的法權管轄，視如仍在本國領土，而不在所住的外國境內，所以有 *Exterritoriality* 的名詞。*Exterritoriality* 就是表示立於實在住居國領土之外的意思。治外法權，如果命意如此，自然與領事裁判權是兩宗事體，不能

混作一談。歐洲大陸與日本法學界，把領事裁判權與這樣意思的治外法權兩個名詞，都分得很嚴；說領事裁判權的時候，通例不用治外法權的字樣去代替。嚴格講起來，本應如是。但是英美習慣及我國傾向，却喜用治外法權的名詞；常把治外法權，當作領事裁判權說。有一個很好的例，就是英國一位有名的法學者，丕哥得（F. T. Pigott）曾任北京政府法律顧問，著了一本關於領事裁判權的專書，他用的題目，就是 *Exterritoriality*（即第二個意思的治外法權）。然則這種用法，究竟是錯誤不是？從廣義上說起來，也可以說是在領事裁判制度下，外國僑民所享有的特權，就是治外法權的推廣，換一句話說，就是原來外國君主公使等得享有的特權，在領事裁判制度之下，外國一般僑民，也得享有。在這種制度之下，外國僑民所居的地位，也就可以說是 *Exterritoriality*。兩者誠有不同的處所，元首公使的特權，是國際慣例所要求，外國僑民的特權，是依條約特別讓與的。元首公使等的特權，是完全，而且到處劃一的，僑民的特權，是只於一部分，而在東方國

家，不必一律相同的。即論其對於本國政府的關係，本國立法的形式，兩者亦有差別。但是兩者有一根本的處所相通，那就是彼等在外國境內，既經那國主權者拋棄法權，通常隨住居所生的法律上關係，不附於彼等身上。（註五）這樣說來，即令就治外法權的第二個解釋說，把治外法權代替領事裁判權名稱，也不爲錯誤。說領事裁判權，是就法權制度上立言，說治外法權，是就在此制度下享受特權之外國人民之地位上着眼。兩個說法的觀察出發點不同，其事則一；不過嚴格說來，此處所謂治外法權（Exterritoriality）者，中文應當說作治外特權才合。（註六）

一國內許有外國領事裁判權存在，本是一個例外的情形，是一種國際不平等關係。這個特殊裁判權存在之理由，究竟在甚麼處所？從中世紀以至近世紀的初期，在歐洲國家，有領事裁判權之存在，可歸於當時國權觀念之未分清。而在現代，則國權之義極嚴，斷無盲目的輕許領事裁判權存在的道理。從來歐洲人辯護彼等在土耳其和其他東方諸國領事裁判權之存在，常說是因爲彼此宗教不同，不

得不把本國人民，置於本國法權之下。但是在我國，並沒有像在土耳其或其他回教國家那樣仇視異教的宗教僻見，至於不肯把異教徒放在本國法律下，平等待遇。然則宗教不同的理由，明明於我國不適用。又一說，領事裁判權是特爲文明不同的國家設立的。東西文明，誠哉有大不同的處所，但是既然因彼此不同而設領事裁判的制度，這個制度之容許，就應該爲相互的，換一句話說，就是彼此國內，都應容許對手國家，享有領事裁判權。又何以只有外國在中國有領事裁判權，中國人在外國的却仍須服從外國的法權？況且就是文明相同的國家，也有享有領事裁判權的，例如日本在中國也就有領事裁判權。（中日戰後訂的中日通商條約所許的）這又如何說得過去？可見這些理由，都不能成立。說來說去，還是一個司法制度的優劣問題。（國力強弱，自然也有大關係，不過就道理上說，外國究不能執作理由，以要求領事裁判權。）（註七）近世文明的歐美國家，尊重法治主義，對於東方國家舊式不進化的法律和司法制度，沒有信任，不願以其人民置於此等國

家法權管轄之下；於是有在此等國家境內，爲其本國僑民，要求法權上除外特典，而設爲領事裁判的制度，自行管轄本國人民。現在且把他們一般對於中國舊式的司法，認爲不能信任，須代以本國領事裁判權的理由的幾個要點，舉出來。第一，是刑罰苛酷；第二，是監獄狀況惡劣；第三，是司法行政不分，行政官執行司法的職權；第四，是刑訊拷問的方法，慘無人道；第五，是連坐主義之不合理，一人犯罪，罰及一家；第六，是中國官吏，歧視外人，法律上不與以平等待遇。凡此種種，原是實情，雖不能說在近世歐美國家，絕無其事，然其大背近世司法原則，而與法治主義，人道主義，絕不相容，究也是不能諱言的。

根據上面所述的理由，要求領事裁判權於中國，在歐美人方面說起來，自然也近情理。但是這是已往的事情，在通商以後這幾十年中，中國的國情已經了許多變化。就是司法狀況，也久已在求改良進步。原來歐美人要求領事裁判權的理由，漸漸有不能用以維持此項變則的制度的勢子。而在那一方面，則領事裁判權的

弊害，與夫其運用上不便利處所，也漸漸引起世人的攻擊；就是歐美人自己，也覺得這是一個很大問題，不能不想法子解決。我們若把世人公認的領事裁判權的弊害與其不便利處所舉出來，也就不少。就中國方面看起來，領事裁判權的第一個害處，就是侵害我國主權。此項裁判制度，本身原來與近世屬地主義的法權觀念絕對的不相容；強以施行於國內，明明是主權的損失，不能長容忍的。同一領土上種種不同的法廷并立，紊亂司法系統，發生許多法律上煩難問題，令人莫知所適從，是領事裁判權的第二個害處。第三是領事官（特任判官組織專管法廷者，究爲例外）本爲行政官吏，法律的精神薄弱，而政治的觀念較強，判案時總不免有偏袒本國人民之傾向；其結果致令中國人受不公平的裁判。第四是外國人民獨立於我國法權之外，不受一般法廷管轄，可以引起其輕視之念，傷我司法權尊嚴。外人在中國境內惹起的民刑案件，有時須送到幾千里遠的地方領事處判理，犯人的押送既費手續，案中必要的證人證據，都很難達到，這是第五個害處。第六