

最後掙扎中之領事裁判權

楊鵬 著

撤廢領事裁判權運動，殆爲中華民族歷來一致之主張。此權之應撤廢，外邦有識之士，亦表深切之同情。著者曩負笈德國柏林大學時，曾以『侵略下之中國法權』爲題，闡述領事裁判權之經過，並依近代法理就此權加以評論；當時參考西籍，凡六十餘種，論文篇幅亦多。歸國後主講各大學時，學子中多以領事裁判權問題就予討論，因於民國二十五年五月間抽譯舊著之一部分，顏曰最後掙扎中之領事裁判權，投載國聞周報。邇來友人中屢有索閱此文者，因不揣固陋，重付手民，以資拋磚引玉，兼爲撤廢之運動一助焉。

最後掙扎中之領事裁判權

楊鵬

導言

遠東問題爲歐美列強注意之焦點，由來有自，而東亞各國地腴民衆，擅天然之勝，國勢又復不振，足資列強吮咀者，厥惟中國；領事裁判權，卽列強恃以侵略之工具也。我國雖爲世界文物最古之邦，但在過去數十年間，因容認此權之存在，國家榮譽，受有不可滌除污點，國權與夫人民生活亦均感不能忍耐之束縛，其害之烈，匪言可喻。今欲討論此問題，不可不先釋領事裁判權之名。此名辭就我國現情嚴格解釋，殊不相符，因領事裁判權原有字義，本係指領事基於條約根據其本國法律實施自國法權於他國領土，但外國在我國實施法權者，不僅爲領事，而且更有特別組織之外國正式法庭，是就其實際情況言，應名之曰外國法權，而不得稱之爲領事裁判權也。惟吾人爲便利民衆了解起見，仍從通常用語以領事裁判權概括代表之。

此領事裁判權在我國領土內演成之狀態，恰如個人受他人壓迫，五官四肢均不能從心所欲運用，其生活之痛苦固不待呻吟而後喻也。在世界歷史上，如此泱泱大國受他國長久束縛如我國

之容忍領事裁判權者，殆不多見。

列強在我國享有領事裁判權，就國際正義上觀察固屬不合，即就列強自身利害言之，亦有重大之不利，因此制度不特阻礙外國人相互間貿易之進展，且更引起其他利害衝突，其詳如何，當於本論中闡明之。於此所欲論列者，即領事在國際法上本爲商務官，其職務不外保護其國人民之利益，並監督其領事區域內自國商人之營業，其他合意管轄與夫身分證明等，雖亦爲領事附帶之職務，但裁判權則領事絕對無權行使；惟在我國享有領事裁判權國之領事，則兼能行使審判權，是此等國家之領事地位，實較一般領事之權能爲廣，因而享有此特權領事之駐在區，亦即我國領土完整權受侵之域也。復次吾人所當注意者，即領事既爲商務官，則運用法律，自非所嫻，裁判公平，本不可得而期，況事實上彼等所爲之裁判，又多維護其自國人之利益，忽視他國人之利益乎！

自世界大戰後，領事裁判權，殆已如風前之燭，昔時受此權束縛之國家如土耳其等，亦已脫此羈絆，惟我國尙含垢忍辱而末由自拔，可哀孰甚！可恥孰甚！

邇者舉國上下，復就此問題，以全力搏擊，余不揣固陋，謹根據法理，斟酌事實，就此制之本源，彼此間之利害，逐一探討，藉爲撤廢運動之一助。

領事裁判權在我國之起源

中西交通，溯自羅馬派遣使者至我國始。其後一千五百七十一年，葡萄牙人航海至廣東澳門，中西貿易，於焉肇興。維時外人於其特權地位，毫無置喙餘地，譬如當時曾有中國犯罪人藏匿於葡萄牙教堂，葡萄牙人初拒絕引渡，後卒被強迫而將其交出。此外在中國境內犯罪之外國人，殆無不受中國法律之支配，凡此均係就歷史上條約以外之事實而言也。再就中國與歐洲列強締結之條約言之，則不特一六八九年我國與俄國訂定之尼布楚條約，無領事裁判權存在之痕跡，即就一七二七年中俄恰克圖條約言，亦無單獨限制我國法權行使之訂定也。（註二）厥後中英交通關係演進結果，與此殆全異其轍焉。

自一六八四年以還，英人多置商館於廣東，當地政府束縛之甚，其後英又征服印度，我國樞要深感歐人蠶食野心，遠過其通商目的，對於外人行動，更不得不嚴重限制。故命令彼時赴廣州經商之外國人，應於一定時期內退居澳門或其本國，在廣東逗留期內，僅許彼等與我國特許之行商來往，他如十人以上之聚集或攜帶武器等均懸為厲禁。至其民刑事件均受我國官署之裁判，更不待言。降至十九世紀之初，英人居留我國境內者，漸思脫離我國法權之支配，例如一八一〇年英國水手殺中國人，竟由英國法院裁判，其後二十年更發生英國保護民殺荷蘭船長案，雖經我國當局要求英方引渡，彼竟置不顧而載凶犯往印度焉。自是以後，類此之事，不一而足，滯留中土之外人，以為慣例上可不受我國之裁判矣。但我國政府於一定情形之下，仍實施國家主權。一八四〇年我國政

府嚴禁鴉片輸入，并懲英商之違反禁令者，中英爭議由是而生，厥後更以兵戎相見，我國敗績而締南京和約，除賠償金開五口通商外，復對法權爲消極之限制。此爲我國國家不幸之始，迄今猶有餘痛者也。其後更有法人預謀叛逆被我國處以極刑，盜船揭揚英旗而被我國捕獲之事，法英二國與中國交，幾瀕破裂，幸法方從事克里米之役，而英復有印度之變，均無力與我爲難而罷。（註二）待英於印事得手後，我國與英法聯軍之戰即隨而起，其肇端則因粵人焚英法商館。英法聯軍得勝後，乃與我國締結天津條約，領事裁判權之擴充，最惠國條款之訂定，胥基於此，因而歐洲列強，殆無不因最惠條款而享有同一內容之領事裁判權焉。

降至一八七六年，因英領馬格利被雲南土人殺害事件，我國復於是年末與英締約，承認上海英國高等法院之管轄權。（註三）

現時歐洲各國，除德、奧、蘇俄等於一九二一及一九二二先後放棄領事裁判權外，其他締約各國或存觀望之態度，或尙堅持有條件之撤廢也。

以上所述，乃就我國與歐陸各國之關係而言，至於我國與新大陸之關係，撮其重要者言之，則於一八四四年與美訂定天津條約，承認其享有領事裁判權，內容規定，大體從同中英條約，惟其間用語較覺明顯而已。

他如中日國際關係，在甲午戰役前，完全平等，迨至戰後，我國昔時與日締結各約，均皆取消，而

於一八九六年另訂新約，許日本從同歐美列強享有領事裁判權焉。

(註一) 一六八九年尼布楚條約第六條有兩國官署對於越界人等均得處罰，其有攜械刦奪等情時，更得處以死刑。其後一七六八年恰克圖條約第十條就此補充規定極詳。

(註二) 一八五六年法國人 Auguste Chapdelain 在廣西謀叛，被當地政府處極刑，法政府嚴重抗議，我國置之不理，幸當時法方從事克里米之役，無力對我而罷。其後一八七〇年在天津法國領事及法國看護婦因教會拐賣小孩風傳，被我國民衆擊斃，亦以其時有普法之戰而得和平了結。一八五七年盜船 Arrow 號揭英旗，被我國捕獲而毀其旗，英方要求放釋及其他種種條件未遂，幸英屬印度有變，未漸破裂。

(註三) 一八七六年英領 Margary 在雲南邊境被土人殺害，翌年由我國派李鴻章與英方使者瓦德 Wado 訂約，除表示歉意外，英之高等法院 Supremo Court 管轄權於焉確立。

凡爾塞會議我國之要求

中華民國人民自容認領事裁判權後，無時不思脫此束縛，故於相當之時機，即以和平之手段企圖撤廢此權。世界大戰後，中國政府於凡爾塞會議，曾命其代表就此問題請求列邦考慮撤廢，所持理由，以中國與歐美列強締結之條約，大都載明中國法律制度完備時，此權應即撤廢，如一九零

二年中英及中美條約與一九零三年中日條約是。今中國於最近二十餘年間，對於法院組織及法典修訂，均以歐洲法制先進國爲模範，努力改正。現時情狀，不特刑事司法嚴格劃分，即職司審判之法官，亦加以嚴格之訓練，且法官中亦有許多在外國大學受極完備之陶鑄者。此外警察及監獄制度，亦無不積極爲適當之改革，是就我國言，殆已完全遂列邦之願望。此外我國代表更就領事裁判權條約本身瑕疵之點說明如下：

(1) 因享有領事裁判權各國法律牴觸，各該關係國當事人首蒙不利，即外國領事裁判官署或法院各依據其本國法之結果，必至關係錯綜。

(2) 領事裁判機關因無權強制他國國籍之證人到案審訊，結果裁判上必至發生遲滯與不公平。

(3) 若犯罪行爲在中國內地發生時，則採取證據上亦發生非常之困難與遲滯，因審判國家須以外交程序請求當地中國官署援助也。

(4) 享有領事裁判權國家之領事，一方基於其領事職務應維護其國人之利益並排除其損害，另一方又須本於公平之態度以裁判該國人民民事事件，事實上不免發生利害衝突。

基上述原因，故中國代表要求締約列強於我國實體程序各法典頒行後，且就外人居留地之法院組織完備時，立即同意領事裁判權之撤廢，於此過渡時代，我國代表要求現行下列制度之改

正：

(1) 中國人與外國人間訴訟所有領事或其代表參預訴訟程序制度，完全排除，其他任何干預，亦絕對廢除。

(2) 中國法院之傳喚及裁判之執行，應不待外國領事或其他司法官吏之審查，即得在外國人居所或住所實施。

我國代表之要求本係兼顧雙方之利益，自不得謂爲過苛，但列強以該會僅應討論歐洲戰後問題不當及於他事爲理由，予以拒絕，此我國民族以和平方法要求列強撤廢領事裁判權失敗之第一次也。

華盛頓會議議決及其效能之遲滯

我國領事裁判權撤廢運動，雖見阻於凡爾塞和會，但再接再厲，迄不稍衰。故於華盛頓會議時，中國政府對此重爲提議，列強因允於特組之委員會審查該件。參與華盛頓會議國家，如美利堅、英吉利、比利時、葡萄牙、法蘭西、意大利、日本及荷蘭等，雖未完全容納我國願望，但對於領事裁判權之撤廢，決定由關係各國派遣代表組織委員會，調查我國司法制度改良狀況，以報告各該國政府。此

外關係列強並保留對於我國有建議改良之權，以期我國司法制度迅臻完善而爲撤廢領事裁判權之先決條件。

此委員會之組織，關係列強係以不明我國法律及司法行政狀況爲理由，爲研究及考察我國司法起見，不能不採如此步驟。因決定於華盛頓會議完結後三月內由各該國政府派遣委員來華，同時復鄭重聲明，參預茲事各國，不得以任何特殊利益爲領事裁判權撤廢之交換條件，此項提議，經華盛頓會議於一九二一年十月完全通過。

上述調查中國司法委員團於華盛頓會議後，因故遲延於一九二四年十月一日始允派遣來華，忽法國政府轉由美國通知我國，謂在金佛郎案未解決以前，彼國不能派遣代表參與調查以爲要挾，因而華盛頓會議決議所組織之調查委員團，大有無期延長之勢。至民國十四年（一九二五年）三月中英警察在上海衝突之結果，民氣沸騰，列強空氣，漸趨和緩，所謂調查團始惠臨我國領土焉。

一九二六年國際調查中國司法委員團報告

華盛頓會議決定組織之調查中國司法委員團，於一九二六年完成其任務，並作成報告書，其

中內容，對於我國現行司法制度多表示缺憾；茲限於篇幅，不欲逐項駁詰，僅就其內容之重大者，歸納列舉而為討論焉：

(1) 該團報告書，謂我國無憲法，立法權之本體既無基礎，因而各種現行法規失其正當之根據。(註一)

(2) 警察法令制度，亦同時欠缺正當之運用。(註二)

(3) 我國軍人干涉司法之風甚熾，司法機關多不能充分行使其職權。(註三)

茲就此數點略為辯難如下：就第一點言，各國法治背景不同，委員會不明瞭我國根本法制狀況，強以我國法治背景比照他國情形，微論其所見偏重理論，不能以此貶損我國現行法令之價值，即就領事裁判權存廢言，亦不能以憲法之有無為據，此點所論，自難認為允當。再就第二點言，我國為自國之秩序安寧計，對於警察制度殆無時不積極改進，縱有一二可議之處，究屬瑕不掩瑜。更就第三點言，在歐洲狄克推多政治下未嘗無此現象，不應執為口實。

除上述數點外，該調查團對於我國民事法規及破產法規多致疑問，不知此等法規當時雖未經全部頒行，但前大理院判例均依各國全當之陳規，參照學理，根據國情，就相關事件著為判例，為全國各法院所引用，此與英法法制殆相類似，何得為病。他如該報告書所舉我國各省較中央權力更形優越，此不特係一時之政治狀況，難以為領事裁判權存在理由，況在歐洲如奧國之阿利城省

Galizien 昔時亦有此類似之事乎？

以上所述，均就該報告書中重要者而爲論列，其他細節大半涉及政治，因略之。

(註一) 調查法權委員會報告書第二編一一〇、一一一。

(註二) 同上第六項。

(註三) 同書第三編第二章。

領事裁判權學說之批評及否認此權之論據

關於國際交往，務使本國人民在他國仍受本國法律保護，已成歷史上過去之陳迹。降至中古，屬人主義學說勃興，歐洲文明國家雖亦有行領事裁判權制度者，(註一)但迄於近代，則因此種制度與國家主權絕對不相調和予以排斥矣。近世國際公法學者，論領事裁判權存在之根據，紛歧龐雜，且均爲歐美列強辯護，若吾人以公正眼光細爲諦審，則其立論不特違乎事實，而且背於法理，例如昔在歐陸素負盛名之國際法學者馬丁氏 Martens於其所著國際公法中領事制度部分曾云：『基督教國與非基督教國締結之條約，當然應許基督教國人民不受非基督教國法律之支配，故基督教國人民居留於非基督教國時，實無異在其本國生活也。』(註二)然按之實際情形，非基

督教國容認領事裁判權在其本國領域內行使之結果，不過其國家之最高法權受有束縛，即其國家法律，不能支配享有領事裁判權國人民而已。要不能視為基督教國人民居留於非基督教國時，無異在其本國生活也。馬丁氏之說，不特對基督教國人民多所偏袒，而且誤認治外法權與領事裁判權係屬同一。不知領事裁判權與治外法權根本迥不相謀，緣治外法權乃各國相互間為謀保持其外交代表人員必要之法律上地位所共認之權利，不能與不平等條約產生之領事裁判權相提並論，蓋前者為國際友誼之常規，後者乃邦交親睦之劣障，此制迄今猶以屬人主義或不信任他國法律為藉口，其有害國際正義，更不待言。

吾人再就領事裁判權與治外法權之效能比較觀察，亦顯有殊異。蓋在治外法權，本國法庭尚有可能機會審判外國之外交人員，譬如依國際公法慣例，若外交官於其外交職務終結後在駐紮國逗留犯罪時，則應受駐紮國法律之支配。反之，領事裁判權則絕對排斥駐在國法律之引用也。（註三）此外享有治外法權之人員，僅消極的免除駐紮國法律上之束縛，不若領事裁判權積極的施行其國法律於駐留國領土以內。從可知領事裁判權實有害于國際共同生活，不能與治外法權等量齊觀也。

以上所論，乃就大陸派學者對於領事裁判權之見解而加以批評，至英美派之主張如何，吾人亦不可不一為討論。此派學者中如畢柯得 Piggott 及末耳 Moore 對於領事裁判權問題，各有

其相異之主張，畢柯得氏則以宗教問題爲此制發生之重要原因，反之末耳氏則以法律及習慣之差別爲認許歐美諸國享有領事裁判權之理由焉。（註四）

關於宗教，吾人不可不鄭重聲明者，即我國並無國教之承認，中華民族歷來有完全信教自由。至若關於法律及習慣之不同，最低限度，以今日情狀論之，亦不得謂爲中的，因現時我國法律已漸臻完備矣。

上述各家之說，其謬誤之點，既已指陳，則吾人否認領事裁判權根本上之立場，亦不可不爲說明。即國家主權爲最高無上權力，國家各種法律制度，胥由此而生，此國家獨立不羈之權，實與此最高主權併合而不可分，於此最高主權之上，更不許受任何不正當勢力之存在，蓋非如此則國家主權即殘缺不完矣。

昔時公法家胡戈氏 Hugo Grotius 曾主張國家乃爲獨立不羈法律上之主體，且謂任何國家僅於此條件下始有生存之可能。此外德國法學者 河村多耳夫 Holtzendorf 亦宗是說，且於此更有精透之論述。（註五）

吾人再證以那龐氏 Laband 之言曰：『國家只有主權國與非主權國之別，並無所謂半主權國。滅削主權國或相對主權國。』（註六）

今我國主權既受領事裁判權之限制，究爲主權國歟，抑爲非主權國歟，深願讀者三思焉。

抑更有進者，自然人以及國家均有權保障其生存。若此權而有欠缺，必致日就萎靡；且國家領土完整權與真正自主權實有不可分之關係，其意義即國家主權之効力支配完全領域而無間。若吾人容許友邦法權及於自國領土，其結果不特侵害本國國家最高主權，而且更有害於領土完整權也。此種侵害，亦并不因享有領事裁判權國之法律在我國領域僅支配於其國人民而減少危害程度，緣國家之主權，乃完整而不可分。凡同一領域內生息之人羣，非服從其地之法權，則其國家之生存發榮，即不可得而期也。

國際公法雖係欠缺強制執行力之法律，但究有優越國權之效能，彼對於國家獨立不羈之生存，實賦予一切民族以請求權；此請求權可視為一種根本權，任何國家對此權不能任意放棄。此種權能內容之重要者，即凡獨立國家在國際團體中咸為均等權能之構成員，此種根本理由，若以國內私法譬喻說明之，則與自然人之人格權不得自由拋棄之情形相似。是以任何國家容忍他國家法權伸延施行於自國領土，即不啻自削其國際地位，亦猶之自然人拋棄其人格權無以異也。自然人拋棄其人格權國內法不認為有效，國家被迫而限制其主權，國際法又當何如。

設若十九世紀以來國際公法中『國際平等』之名詞能認為繼續有效，則現時與此牴觸之情形，如列強在我國享有之領事裁判權，即應視為無效也。

邇來國際公法學者中，有主張國際間條約不特應依當時情況以為移轉，而且更進一步主張，

凡屬國家均得對於不適合情形之條約基於自己威力而宣告其無效，（註七）吾人對此主張雖不欲苟同，但爲自國之生存前途計，則又不能不視爲最後唯一途轍也。

（註一）一八九九年希臘王承認威尼斯人有此權，十五世紀更有行領事裁判制度者，如義英間及英荷間是。

（註二）F. V. Martens, das Konsularwesen S. 318.

（註三）Binding, Handbuch Pd. I. S. 685.

（註四）Piggotts Extra-territoriality, P. 44.

（註五）Holzendorf, Handbuch des Völkerrechts Bd. II, S. 52.

（註六）Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. I. S. 73-75.

（註七）Bergbohm, Quellen des V. R. S. 89 F.

領事裁判權阻礙國際商業並危害我國金融

居今環球各國交往之世，任何國家在國際團體中實無孤立與世隔絕之權，因而一國之立法及司法機關，彌增其繁難重大之責任，蓋此等機關，一方爲謀本國之治安及福利，他方更須顧及國際交通需要而圖所以調和之方。惟欲達此鵠，必須彼此覺悟且應相互間不蔑視他國民族之尊嚴。

及其國家之利益。易言之，即對於在本國領域內生息之外國人固不得強其較自國不利等之條件下工作，但亦不能完全從其國法而置本國人之福利於不顧也。

故我國法律適用條例第五條規定云：『人之能力，依其本國法。外國人依其本國法爲無能力而依中國法爲有能力者，就其在中國之法律行爲視爲有能力。但關於依親族法繼承法及在外國不動產之法律行爲，不在此限。其有能力之外國人取得中國國籍依中國法爲無能力時，仍保持其固有之能力。』此項法則，不僅我國爲然，即歐洲多數國家如德、瑞、奧等，無不如是。因微此則不足以保持內外國人利益之均衡也。設如依我國法爲有行爲能力之外國人，在我國締結契約得依其本國法證明其爲未成年而免除其責任，結果必致我國人受不測之損害，且亦無異責我國人應明瞭全球各國法律，揆之國際正義，詎得謂平。是此限制，在世界法未實現以前，（註一）誠爲保護國內交易安全不可少之藩籬也。但此法則，卒因享有領事裁判權國人民不受我國法律支配之故，事實上殆完全失其效能。影響所及，凡我國人之與外人交易者，自不能不懷戒心，其破壞我國法律，阻礙國際商業，更何待言。

其次吾人所欲討論者，厥惟外國法人之地位。近世紀以來，歐美列強益展其經濟侵略之雄圖，則被榨取之國家愈不得不謀所以戒備之方，藉使資本國家之行動不致危害本國民族。其中最要之方策，即對於本國領域內之外國公司俱使受本國法之支配，固不必問其執行機關之董事是否