

新約研究

一 中美換文英國照會與領事裁判權

問題

(一)

九十九年前的八月二十九日，清朝的欽差大臣耆英、伊里布和兩江總督牛鑑，跑到停在南京江面的「夷船」上，和「夷酋」璞鼎查簽訂了中英南京條約。這個有名的條約，是中國不平等條約史的第一頁，自此之後，九十九年來，中國始終接受條約的束縛，在國際上處着不平等的地位。變巧的很，九十九年以後的今天，我們可以確定整個的不平等條約制度立即將歸於毀滅。條約所成立的畸形制度維持到九十九年之久，原是稀有之

事；如果牠不能維持於永久，牠就該到取消的最後關頭。我們在條約上看到若干國家強迫租借中國的領土，租借期都要無理地規定爲九十九年，如果南京條約有這樣的規定，租借也要滿期的。九十九年的不平等條約的歷史應該結束，明年南京條約的百年紀念，中國也許已經和一切國家訂立新的平等條約。我們可以預視新時代的開始。

整個的不平等條約制度立歸毀滅的推測，係根據郭外長本年五月二十六日和美國國務卿的換文，以及七月四日英國的照會。國務卿赫爾的文件聲明：「中國希望修正其國際關係之原則，美政府業已採取步驟適應中國之希望。本國及其他國家因規定治外法權及有關之慣例之協定，而在華久享若干特殊性質之權利，美國政府將繼續所採之政策，於和平恢復後，着手與中國政府用有秩序之談判及協商之手續，以期廢除上述具特殊性質之權利。」英國的照會比較更具體；牠說：「俟遠東之和平恢復時，英國政府願與中國政府商討取消治外法權，交還租界，並根據平等互惠原則，修改條約。」英美德法四國在中國享受特權的重要國家，事實上，自英國和中國訂立南京條約，再訂所謂虎門條約

之後，一八四四年美國代表赫盛也交涉成功，七月二日在澳門附近的望厦村和英簽訂了所謂望厦條約，接署法國也有所謂黃埔條約。這等條約詳細規定她們的特權，爲以後其他國家改老的根據。英美兩國可以說是始作俑者。始作俑者現在相繼決定放棄他們的特權，較尤的國家自無另作主張的餘地。不平等條約制度毀滅的命運已經註定。

(二)

我們這裏談談領事裁判權，因爲牠的歷史也許最長，而同時中國取消領事裁判權的運動也發生最早。外國人和中國開始貿易關係的時候，他們就想強迫中國政府放棄對於他們的法權，背棄報復權，但是他們的意思則十分明顯。例如，早在一七五四年，法國船官在黃埔殺死一個英國水手，兩廣總督派員去審案，法國人不肯交出兇犯，認爲兇犯是歐洲人，只能按照歐洲的法律處罰，這個關於外國人的案件中，中國不必管，最好送去法國辦理。拒絕交兇的例子很多，鴉片戰爭的結果，英國當然把關於法權的要求作爲和平

條件。南京條約沒有關於法權的規定，中英五口通商章程的第十三條則規定：英人對於華民或華民對於英人有不滿的地方都應該向英領事申訴，領事極力秉公和平處理，如果和平處理無效，領事應該請華官共同審理決定；關於英國罪犯的處罰，由英國政府制定法律並授權領事施行，中國罪犯則依中國法律審判處罰。嚴格言之，此項規定並不明確，至少在民事訴訟方面，并未成立領事裁判權的定備的制度。但是，一八四四年中美交涉之時，美國代表是一個顧慮，一個法律家而担任交涉的責任。他把領事裁判權學說化，劃度化，把這個制度嚴格規定在望廈條約：美國人犯罪，由領事依美國法律審判處罰，同時，不僅美國人之間的民事案件屬於美國政府的法權，即是美國人和其他國家人民之間的糾紛也不讓中國干預。就條約的規定來說，領事裁判權制度的成立也許應該歸功也就應歸罪於顧慮和他所交涉成功的條約。

領事裁判權制度的弊害，中國很早就感覺到了，一八五八年十二月間總理衙門曾遞照會英國公使說：「各國領事權係商人，本屬無權管束，自己走私作弊屬所恆有，豈僅不

諸服衆，反使最商微尤，譁事非淺。」當時以爲領事官不難替易，情形就會改良。事實上這不過是弊害原因的一端，主要的原因尚不在此。在另一方面，更有其難的，在三十八年前，中國的撤廢領事裁判的運動還沒有具體化的時候，若于國家也感覺到此制度不應也不能長久維持下去。一九〇二年中英續通商行船條約（所謂馬凱條約）規定稱：「中國深欲賴中國律例，以期以各西國律例改同一樣，英國亦願盡力協助以成此舉，一俟查悉中國律例情形及其審斷辦法及一切相關事宜皆臻妥善，英國即允放棄其治外法權」；翌年的中美中日條約，也有同樣的規定。但是，這樣規定也許表示這些國家的感覺，實際上恐怕她們並沒有誠意，不過一時欺騙中國政府的希望。司法改良是撤廢領事裁判權的似是而非的正常條件，而所謂「一切相關事宜皆臻妥善」，則顯然留一地步，預備將來藉口反對。就是十九年以後的華盛頓會議享有特權的主要國家，亦毫無立即撤廢已經施行八十年的畸形制度的意思。她們甚至不想利用華盛頓會議的良好機會和中國協商當時中國政府所提議的「分期修改與完全撤廢之辦法」，結果只議決遣派一個委員

會去調查考察和建議改良中國司法的辦法。後來，若干國家還藉口中國未完全實行法權調查委員會的報告，反對中國政府撤廢的主張。平心而論，華盛頓會議後的中國司法情形固然給他們藉口，然而委員會的報告，根本也未提出修改舊事裁判權制度的主要部分的辦法。

當然我們深惜以往的司法情形總給反對撤廢者以藉口，同時，我們認為一九二八年外交當局不能善用機會以達到政府收回法權的既定政策，不能不負相當責任。比、意等五國的條約先後滿期，都到改訂新約的時候，這是中國政府以堅決的態度分別交涉分別解決的機會，但是，當時交涉的結果殊令人失望。中比新約固然規定「比締約國人民在彼締約國領土內，應受締約國法律及法院之管轄」，然而，條約的附件加有比國撤廢領事裁判權的條件，結果等於并未撤廢——條件是，比國人民於現有領事裁判權的國家半數以上，承認放棄此項特權時，纔受中國法律及法院的管轄。同年的另外國新約也有同樣的規定，而同時條件更進一步，須參照公約的一切締約國都放棄權利的時候，

這些新約國家的人民，總受中國法律及法院的管轄。這裏，我們再想到一九〇九年的中瑞（瑞典）條約的規定，「一俟各國均允放棄其治外法權，瑞典亦必照辦」，那是宣統的時代；又再想到一九一八年的中瑞（瑞士）條約的規定，「俟中國將來司法制度改良有領時，瑞士國即與締約國同享其在中國之領事裁判權」，那是民七北洋政府的時代。這些規定不是應該仿照的前例；仿照的結果，一九二九年享有特權的國家聯合一致反對撤廢的要求，甚至東交民巷開會議，由荷蘭公使代表答覆。主要的國家不贊成放棄，其他國家也同樣維持她們的特權，一九二八年所做的工作白做了。

幸而現在的情形和過去一切都不相同了。四年來的抗戰和抗戰中建設近代國家的決心產生一個美英相繼允許放棄特權的附帶而具體的結果。中美換文和英國的照會并不發生立即撤廢領事裁判權的效力，實際的撤廢尚有待將來的協商，她們並非撤廢的約定，而為撤廢的允諾，中國法權的恢復尚有待外交當局的努力。但是，此次的允諾顯然與過去的態度不同。撤廢的允諾是無條件的，并未以對於中國司法情形是否滿意為條件。這

條件常是主觀的，引起許多困難。其次實際的撤廢固有待於將來，然而所謂將來不是無期的，而確定在戰爭結束和平恢復之後。再之，英美兩國也未要求與其他國家同時撤廢。目前她們是享受特權的最主要的國家，她們本來不能隨着他國，而應爲他國的領導。至於日本，此次戰爭結束，日本所享有的領事裁判權之撤廢是沒有問題的。所以，將來的交涉不會有很大的困難。其實，抗戰之後特殊制度的取消是必然的，歷史上有其證明。土耳其雖爲上次大戰的戰敗國，但戰敗之後，仍能自強，戰敗希臘，領事裁判權撤廢的要求遂成功於羅散會議。更有興趣的，和中國同樣有領事裁判權的日本，甲午之前交涉撤廢并無成就，甲午戰後，英國就首先自動放棄她的權利，而他國繼之。敵國這段的歷史，也許值得我們參考。

(三)

領事裁判權的制度即將撤廢，但是我們絕不應因此而傲慢自大，以爲絕不需要努力。

撤廢前後的準備工作。我們不要忘了，數十年來中國司法的不良，總是各國反對撤廢的藉口。不管反對是否合理，藉口最好先使牠根本無效。這裏，不妨提到一九二六年法權調查團報告書。報告書批評中國司法制度有六點：（一）法律欠缺訂定的與公布的憲法基礎；（二）縣知事並理司法制度本身之不健全；（三）警察法規與法庭之不滿人意；（四）軍人與軍事法庭權力過重；（五）在華外僑之生命自由財產之不安全，及（六）司法行政之不滿人意。平心而論，這些對於司法情形的批評，并非毫無根據的。報告書向中國政府建議下述五點：（一）法院應不受行政機關或軍事人員無理干涉；（二）民、刑、商等法典應完成和施行；（三）中國應創設和維持一種固定制度以制定公布和廢止法律；（四）應廣設新式法院和監獄制度，完全取消縣知事兼理司法的辦法；和（五）司法衙門、牢獄、看守所法院的人員應有固定經費。在當時，這些也是合理的建議。現在我們還要問自己：我們的司法制度，是否達到相當理想的制度？應該做到的是否做到？如果做到，則再求進步，如是既有做到，應當趕緊想法做到。只靠撤廢領事裁判權，而

和健全司法制度，將來關於解僑的訴通問題，會發生外交上無數的麻煩，甚至無法會理解決。我們始終認為國權恢復的工作，主要的還是自己努力的成就，專靠他人的恩惠是無用的。更進一步言之，司法改進，是我們建設近代國家的基本工作，絕不是因為要撤廢領事裁判權纔求進步的；改進是我們對於自己以及對於外國應負的責任，絕不是外國要求的結果。

二 英美聲明放棄特權的意義

(一)

雙十節英美兩國同時聲明放棄在華特權，這次聲明雖然具有重大的意義，因而引起一般的注意。

英美的聲明結束了一百年的不平等條約的歷史，中國外交史翻開了一新頁，從此以後，中國以平等會員的資格參加國際社會。一百年來，中國始終受着這些條約的束縛，在國際上處着不平等的地位。雖然中國政府和人民早就感覺痛苦，尤其是對於領事裁判權制度在清代就指斥牠的弊害；民國以來，兩次重要國際會議——巴黎和會與華盛頓會議——中國代表都曾正式提出取消特權的希望和要求。國民政府成立以後，更積極地籌劃

條約的運動和交涉進行更爲積極；然而，種種的努力都大半歸於失敗。一直等到現在，南京條約滿了一百年的時候，英美總自問的滿足我們的希望。在第一次大戰，中國也曾參戰，可是一切希望到了戰後的和平會議都成泡影；而在這一次戰爭，戰事還在繼續進行之中，享受特權的兩個最主要的國家就坦然聲明放棄一切特權。這顯然是五年堅忍抗戰所產生的一個結果。去年南京條約九十九年紀念之時，我曾推測整個不平等條約制度立即將歸於消滅，預祝新時代的開始。那時的推測，係根據於去年英美允諾戰後撤廢特權修改條約的表示，但是，主要的，我始終認爲中國在抗戰中逐漸增進的力量，和她的建設近代國家的決心，使一切畸形制度的立即消滅，爲必然的結果。

(二)

英美的聲明發表了以後，因爲牠們的重要，一般遂討論關於該兩聲明的若干問題。最爲一般所討論的問題爲：英義所聲明放棄在華的特權是什麼？這個問題有實際上的重

要性。不過，關於英美的聲明還有一點也值得注意，牠們有怎樣的効力？對於這一點，我們先略加以說明。

在政治上，依目前的情形，英美兩國既然表示放棄她們在中國的特權，固然只是原則上的表示，她們一定要做到她們所表示的。問題在於，法律上是怎樣？我們認為，在法律上，這樣的聲明當有一定的法律上的效果。國家的一個聲明在法律上只是國家的單方的行爲，不是條約，不發生條約的拘束的効力。但是在國際法上，國家的單方法律行爲也有一定的法律上的效果。若干國際法學者就要出若干種國家的單方的法律行爲，其中有一種稱爲「放棄」(Renunciation)。「放棄」爲權利的自動捨棄，捨棄的結果爲權利原來所有者喪失了該權利。英美聲明放棄在華的特權顯然是屬於「放棄」性質的法律行爲。此聲明的法律的效果當爲：英美兩國在原則上喪失了在華的特權。

英美在華的特權大部份可以說是根據於條約的規定，她們的聲明是否可以放棄條約上所規定的權利呢？我們則以爲英美的聲明不僅表示英美放棄和喪失了在華的特權，其

即使規定那些特權的條約都受國際法規定若干法律的限制，可使條約終止，其中就一種法律的原則即爲，享受一個條約所規定的權利的國家放棄該權利。英美聲明放棄在中國的特權，使英美與中國之間關於特權的條約都因而終止。依此而言，所以我們可以說，英美兩國的聲明表示不平等條約在原則上已經取消。

學者認爲，權利的放棄要構成條約終止的原因必須締約國的他方接受放棄的表示，以成立放棄的相互同意。如果這是必需的，十月十一日蔣委員長給羅總統和邱首相的電報可以說是中國接受英美放棄的表示，而成立了中國與英美之間相互的同意。其實，我們還可以說中國與英美之間已經成立了約定，尤其是羅總統於十月十七日給蔣委員長以覆電，在美國方面更爲明顯。在國際法上國家之間的約定，主要基於國家之間相互的同意，而無必要的形式，換文是條約的一種，國家與貴當局交換函電也可以成立國家之間的約定，有拘束的効力。如果中國與英美成立了約定，這些約定在原則上放棄英美在華的特權。

(三)

不論單方的法律行為抑或締結一種約定，英美兩國所聲明文件是正式條約未成立前英美兩國在原則上放棄在華特權的根據，如果我們要知道英美所聲明放棄的是什麼特權，我們須對此兩聲明文件為說明的根據。

美國的聲明的主要部份稱：「美政府準備立時與中國政府談判，締結一規定美國立時放棄在華治外法權及解決有關問題之條約。美政府并要在最近期內以完成上述目的之草約。」英美的聲明，雖然文字語句不是完全一樣的，她的意思大體上是相同的。在說明英美所聲明放棄的是什麼特權的時候，聲明之中最重要的語句是：「在華治外法權」和「有關問題」。

若干人對於英美的聲明在解釋上有若干疑惑之點，最當緊的疑惑為：英美所放棄的「本意」是「治外法權」，國際法上「治外法權」是不能放棄的，如果她們所放棄的是「領事

裁判權」。那麼，英美的聲明中的中文翻譯是不妥當的，容易引起誤會。其次，英美所放棄的，是否只為領事裁判權呢？如果只為領事裁判權，她們所放棄的特權的範圍似乎太狹窄。最後，因為有這一點的疑問，一般遂轉而注意到「有關問題」這一個詞語，希望把牠解釋為與領事裁判權有關的權利，都在英美放棄的範圍之內。在這裏，英美兩國的聲明在字句上有點不同。美國的聲明稱「有關問題」Related questions，英國的聲明，中文翻譯固然也稱「有關問題」，不過實際上是「密切相關問題」Questions intimately connected therewith。這樣的不同是否表示英美兩國所放棄的特權的範圍有廣狹的不同呢？

「治外法權」一詞似應為譯自英文的 extraterritoriality。有人主張，這兩個字應有分別，extraterritoriality 指一般國際法所規定之國家元首、外交代表等在外國所應享受的特權和豁免利益，應譯為「治外法權」；extraterritoriality 則指特殊條約所規定的國家在外國所享受的特殊裁判權，應譯為「領事裁判權」，或且為明白起見，英文也改稱為 consular jurisdiction。而領事裁判權為 extraterritoriality 或者 extraterritoriality 譯為治外