

治外法权

吳頌皋著

治
外
法
權

商務印書館發行

序

我爲什麼要寫這本書，說來十分簡單。第一層我個人很喜歡研究國際法，因爲這個緣故，所以遇到了國際法上的重大問題，我總想運用我的腦力，做些探討和分析的工夫。治外法權在國際法上，嚴格說來，雖不能稱爲十分重大問題，但誠如胡適之先生所說的『小題大做』，就現在國內學術界情形而論，確爲研究任何科學的人所不應忽視的事。因此我情願費去很長久的時間，把那個小小的專門問題，憑我學理上的眼光仔細的探討一番，結果遂寫成這樣的一本書。這書在理論方面解釋如何，我自己很明白，在事實與材料方面，不免有失檢和遺漏的地方，我自己也不庸諱言，倘承海內外碩學之士進而教之，俾將來能有機會重加修正，則作者幸甚。

至於第二層，我鑒於近年來我國朝野兩方對於撤消領事裁判權一事，都很

努力，心中異常欣悅。但同時目覩一般人對於領事裁判權之意義若何，其起因若何，以及前者與治外法權之關係與區別究竟何在，還沒有充分的認識，便覺得寫成這樣的一本書來供獻社會，未嘗不是當今需要的工作，因此我就忽忽把這書寫完付印。這書將引起國人怎樣的注意，我實在不敢妄測，且也不欲抱此奢望，我只希望這書在理論方面能供給少數肄習政治法律的大學學生以及一般留心中國外交問題者之參考，已屬非常欣幸！

本書共分作十章，自第一章至第四章當我在歐洲讀書的時候，早已編就。其他各章，則直至去年歸國後，方纔陸續編竣。內關於『外交官的治外法權』一章，曾在東方雜誌第二十五卷第二十四號發表過，茲承該社錢智修先生好意，允許我編入書內，使我萬分感謝。

本書所用專門名詞，都是法文。這不過是因爲參考書中以法文書居多的緣故。在著作方面只是一種便利，並無其他原由在內，這是要盼望閱者諸君諒察的。

本書能底於成，友人如裴復恆君，陳行叔君，王德輝君，趙昌言君激勵與幫助作者之處，甚非淺鮮；此外復承蘇繼卿先生爲我搜集有關係之重要文件；周鯁生先生寄贈中日條約之法文底稿，均使作者得益不少，特誌數語，以表感謝之意。

民國十八年三月一日

吳頌皋序於上海

目次

第一章 緒論·····	一
（一）治外法權在法理上的根據·····	一
（二）治外法權的涵義的分析·····	二一
（三）治外法權與不可侵犯權利之區別·····	二六
（四）治外法權與領事裁判權之關係·····	二九
第二章 外交官的治外法權·····	四〇
（一）外交官享有治外法權的性質與內容·····	四〇
（二）外交官所屬人員是否亦享有治外法權？·····	五九
（三）外交官享有治外法權之時效問題應如何解釋？·····	六一
（四）外交官經過第三國國境時是否享有治外法權？·····	六三

(五)所謂不可侵犯權利是否外交官享有治外法權之一部？……………六六

第三章 元首的治外法權……………八一

(一)元首享有治外法權之性質與內容……………八一

(二)元首所屬人員是否亦享有治外法權？……………八五

(三)元首對於其所屬人員能否行使法權？……………八六

(四)元首享有治外法權之制限問題……………八八

第四章 其他享有治外法權者……………九三

(一)國際聯盟盟員之代表及聯盟所屬職員……………九三

(二)海牙常設國際裁判法庭法官及其所屬職員……………九九

(三)其他服務於國際的政治機關之職員……………一〇〇

(四)蘇俄商務代表應否享有治外法權？……………一〇一

第五章 外國軍隊的治外法權……………一〇四

(一) 平時外國軍隊享有的治外法權·····	一〇四
(二) 戰爭時期內外國軍隊享有的治外法權·····	一一四
第六章 外國軍艦的治外法權·····	一一八
(一) 外國軍艦是否享有治外法權？·····	一一八
(二) 外國軍艦享有治外法權之內容·····	一二四
(三) 外國軍艦所屬人員登岸後的治外法權問題·····	一二九
(四) 外國軍艦是否有庇護罪犯之權？·····	一三一
(五) 外國軍艦外何種船隻得享有治外法權？·····	一三八
第七章 領事與治外法權·····	一四四
(一) 領事制度之起源及沿革·····	一四四
(二) 領事能否享有治外法權·····	一五三
(三) 一般領事與少數領事之區別·····	一六四

第八章 外國僑民與治外法權……………一七三

(一) 領事裁判權產生之原因……………一七三

(二) 領事裁判權之法律的根據……………一九〇

第九章 外國僑民在土耳其及其他各國享有之非法的治外法權二〇四

(一) 土耳其領事裁判制度的起源……………二〇四

(二) 土耳其領事裁判制度之內容的分析……………二〇七

(三) 土耳其撤廢領事裁判制度之經過情形……………二一六

(四) 其他實施領事裁判制度的國家……………二二五

第十章 外國僑民在中國享有之非法的治外法權……………二四〇

(一) 中國領事裁判制度的起源……………二四〇

(二) 中國現行領事裁判制度之內容的分析……………二四九

(三) 中國對於撤廢領事裁判制度之要求與努力……………二七五

(四) 今後中國應有之準備及補救方法……………三〇四

治外法權

第一章 緒論

(一) 治外法權在法理上的根據

治外法權 (Exterritorialité) 在國際公法上，是個涵義最複雜最不清楚的名詞。這個名詞的性質如何，很少有人加以詳確的說明。不但一般人不能了解他的複雜的意義，就是那些研究過國際公法的人，也是公說公有理，婆說婆有理，結果令人惆恍迷離，莫知適從。有人說，甲國派往乙國的使臣得不受乙國的法律的管轄，就叫做治外法權。一班外交官如大使公使及代理公使等等所享受的種種特殊權利，便是這類的治外法權。又有人說，甲國根據特別條約 (capitulation)

而在乙國取得的領事裁判權 (la juridiction consulaire, 例如西方各國在東方國家行使的領事裁判權) 亦可叫做治外法權。因爲一國的領事，當他駐在他國領土內的時候，在理不能行使法權來觸犯所在國的領土主權。今如根據特別條約而得行使這種『領土以外的法權』 (la juridiction extraterritoriale)，那便是治外法權無疑了。除此以外，還有兩種流行的主張：一派以爲治外法權在英文中本有兩個不同的名詞：(1) 是 “extritoriality”，等於法文中的 “l'extritorialité”；(2) 是 “extra-territoriality”，乃含有 “extraterritorial jurisdiction” 的意思在內，與法文中的 “la juridiction extraterritoriale” 又適相符合。前者專指外交官所享受的種種特殊權利而言，後者則質言之，就是通常所謂領事裁判權。領事裁判權存在的根據，是國與國締結的條約；一旦條約取消，此項治外法權，便隨之撤廢。至於外交官所享受的種種特殊權利，在國際公法上，早已成爲一種公認的寬典，所以此項治外法權是不會發生變更的。另一派人則所見又有不同，他們以爲

英文中雖然有兩種名詞來代替治外法權，實際上的意義，卻沒有什麼區別。須知治外法權的原義，只在說明外交官可以不受所在國法權的管轄，而領事裁判權的性質，卻與之大相逕庭，所以領事裁判權本身決不能稱爲一種治外法權。不過在條約上規定領事裁判權之後，一般外國僑民，因此亦可不受所在國法律的管轄而享受同樣的特殊權利，（例如僑居中國的外國人，因爲有了領事裁判權的緣故，遂可不受中國法律的管轄，便是明證，）這明明也是一種治外法權。這樣說來，領事裁判權本身固非治外法權，而爲一般外國僑民享有治外法權的一種媒介物，則此義至爲顯明。

普通的見解，大概如此，今欲證實這些見解的簡陋失當，自非認清事實，先從法理上尋出治外法權所以能成立的根據不可。因爲我們必須把這個根據尋出來之後，纔能明白治外法權的涵義到底是什麼。但有一端不能不先申述者，即治外法權的概念的由來，實始於十五世紀歐洲國家對於常設使節（*l'ambassade*

permanente) 初次確定之時。當時國際社會生活，方在萌芽時代，歐洲各國對於互派使臣辦理交涉一事，漸漸視爲一種實際的需要。但以國際公法學說尚未發達，領土主權的原則尚未確定之故，那時候各國政府對於使臣個人，祇承認他是一種不可侵犯的人物，隨時隨地，予以特別優待與保護而已。到了十七世紀初葉，西洋法律上的屬人主義，已代以屬地主義，同時復受了自然法家郭老秀斯（Grotius）的學說的影響，領土主權的重要，在國際公法上已成爲一個公認的原則。於是爲保障使臣的特殊地位，與尊重國家的使節權（droit de l'ambassade）起見，不得不從『不可侵犯』的觀念上面，形成兩種外交官應得的權利，置在法律保護之下。一爲使臣個人的不可侵犯（l'inviolabilité de l'ambassadeur），一則爲使館的不可侵犯（l'inviolabilité de l'hôtel de l'ambassade）。這兩種不可侵犯權利，在性質上說來，固與現在所謂治外法權，不能混爲一談（此點下文當另爲討論），可是最早的治外法權的涵義，初僅限於這一項特殊權利，則不啻昭然

若揭。所以從治外法權的來源說來，首先享有不可侵犯權的人，可說就是外交官。外交官之外，纔把此項權利適用到各國的元首方面。自十七世紀以降，國際公法學說隨國際的社會生活發展而日益昌明，由於國際關係密切而誘起的種種需要，亦日見紛繁。於是外交官與元首所享有的治外法權，不僅限於不可侵犯權利，并且把那國際通例所給予的許多寬典，也包括在內。例如免納各項捐稅，行李免受關吏檢查，以及外交官與元首個人及其所屬人員，皆可不受當地法律的干涉等等。至於享有這項治外法權的人，則由外交官與元首而推及外國軍隊，後由外國軍隊而推及軍艦及其他公船等等。降及近代，不但適用治外法權的範圍，益覺擴大，（例如國際聯盟代表與國際法庭法官，皆可享有外交官的治外法權，）即種種濫用與誤解治外法權的事實，（例如使館庇護罪犯權便是一種濫用治外法權的顯明的事實，至如許多人當作領事裁判權就是治外法權，那可說是誤解治外法權的性質有以使然，）亦常常發生。在這樣的複雜的情形之下，要想把那

治外法權在法理上的根據下個十分適當的解釋，似乎是件困難的事。現在姑且把我們自己的意見，暫時擱置不談，先把歷來公法學者對於治外法權的解釋，分爲下列兩派：

第一派是根據一種憑空的『臆說』（fiction）來解釋治外法權。他們的意思是，治外法權所以能成立的理由，並不是因爲享有治外法權的人——如外交官，元首，外國的軍隊，軍艦及公船等等——在事實上在道理上應該不受所在國法權的管轄，不過因爲他們所處的地位本來不在所在國領土的範圍以內，所以不受所在國法權的管轄。譬如以外交官與元首的館舍，外國軍隊的駐防區域，以及軍艦與公船停泊的地點而論，他們明明都是所在國領土之一部分，如何可言『本來不在所在國領土範圍以內』呢？這便是根據一種憑空的『臆說』來假定這些地方不是所在國領土之一部分，因此寄居在這一部分的人與財產，皆可不受所在國法權的管轄，而享有所謂治外法權。首先根據此種見解來解釋治

外法權者，便是郭老秀斯。照郭氏看來，凡是一國派往他國的使臣，應該假定他是照常留居他本國的領土範圍以內一樣，因此所在國的法權，就無從向那使臣直接行使。結果使臣便享有一種特殊權利，易言之，即所謂治外法權。郭氏倡此議論之時，正當西洋法律上的屬人主義代以屬地主義之時。他一方面要想在國際公法上確立領土主權的原則，他方面則不能不虛擬這樣的『臆說』來保障一班使臣的特別地位，及其不可侵犯的特殊權利。承繼郭氏之說者，便有倍甘蓄克 (Bynkershoek)，徽頓 (Wheaton)，菲力麻亞 (Phillimore)，馬兒頓 (F. de Martens) 等有名的國際公法家。近代英國著名國際公法家歐本亨 (L. Oppenheim) 也是依據郭氏的主張來解釋治外法權。歐氏在其名著國際公法 (International Law) ①一書中說過：

『凡在他國領海內之海軍以及其他公船，須當作本國之浮土看待，他如外國外交代表所寓之館舍，亦須當作外交官所屬國的領土的一部分看待……』

…』

歐氏所謂『當作……看待』云者，實際上就是『假定』的意思。自事實而論，無論外國軍艦與公船，只要在國家領海以內停泊，當然是在所在國領土主權管轄及到的地方。至於外交官所寓居的館舍，明明屬於所在國領土範圍以內，更無疑義可言。今歐氏偏偏抹煞實在的事實，而假定他們仍是本國領土之一部分，因此承認外國軍艦、公船與外交官可以不受所在國法權的管轄，那不是一種憑空虛擬的『臆說』而是什麼呢？

這樣的徒憑一種很空泛的『臆說』來解釋治外法權，當然有許多缺點。第一，單從外交官與元首方面看來，假使外交官與元首所以能享受治外法權，果真因為他們的館舍，可以當作本國領土之一部分，因此豁免所在國法權的管轄，則試問當外交官與元首離開館舍之時，是否放棄其治外法權，這不是明明與國際的實例相違背嗎？第二，自外國軍艦與公船方面觀察，假使他們享有治外法權的