

上海图书馆藏书



A541 212 0015 5170B

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时效問題應如何解釋？·····	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的內容的分析……………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……………二〇四

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，結果令人恠恍迷離，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 “*extraterritoriality*”，等於法文中的 “*l'extraterritorialité*”；(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，卽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。但以國際公法學說尙未發達，領土主權的原則尙未確定之故，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

理由，也是同剛才所說的一樣，則試問軍艦與公船等的領袖人物（如海軍司令，艦長，統帶等等）何以登岸之後，在某種情形之下，也可不受當地法律的管轄，這不也是明明不合事實嗎？第三，誠如歐氏一派的人所言，使館與軍艦可以庇護任何罪犯，在邏輯上不啻爲一種當然的結果，但何以考諸實際，現代國際公法上並沒有承認使館與軍艦均有庇護罪犯之權（*droit d'asile*）？這又是一個不切事實的明證。綜此三點以觀，可知這一派解釋治外法權之不能使人滿意，實在是無可諱言的。照道理上說來，這種解釋，不能再加採用，自無待言，可是按諸事實，不但許多人還要根據這種憑空的『臆說』來說明治外法權，甚且有人引用同樣的說素來解釋西方各國僑民在東方國家享有的特殊權利，那真是令人大惑不解，例如前北京政府法律顧問愛斯加拉（*Jean Escarra*）^①在他近著在華之外國特權與利益（*Droits et intérêts Etrangers en Chine*）一書中，^②關於外國僑民所以不受中國法律管轄一節，曾有下面的措辭：

「單從法律的眼光看來，治外法權只不過是一種憑空的臆說，根據此項臆說，一國人民之僑居他國領土以內者，可以適用本國之法律，且由本國法庭之職權管轄……」

按愛斯加拉所說的治外法權，實際上就是我們所謂的特殊權利。誠如愛氏所云，外國僑民在中國所享有的特殊權利，其唯一的根據，也是建築在憑空的『臆說』上面，則就結果而論，外國僑民本來可以不受所在國法律的管轄，西方各國何必要用一種特別條約來規定這種特殊權利，豈非徒然多此一舉？類此解釋，其爲滑稽可笑，固無待言，但於此又可證明憑空的『臆說』之不合法理，實爲現代公法家所不應否認者。

至於第二派的見解，與第一派完全相反。他們解釋治外法權的時候，最堅決反對的，就是上面所說的憑空的臆說。例如著名公法學者白倫智利 (Bluntschli) 便是反對前說的一人。照白氏說來，治外法權所以能成立的理由，完全因爲尊

重外交官所代表的國家的獨立主權起見。至於根據憑空的『臆說』來說明外交官的治外法權，決不能使人滿意，因為外交官並不是爲了這個道理遂可不受所在國法權的管轄。又如英國國際公法家霍爾(Hall)⑤也抱同樣的態度。霍爾雖然只承認治外法權是個法律的事實，但所以能使這樣的事實產生的道理，單靠憑空的『臆說』來說明，決不是可能之事。不但是不可能，且亦沒有借助於這種『臆說』的需要。此外另有一位荷蘭公法學者潑拉格(L. Van Praag)在他的法權與國際公法(Jurisdiction et Droit International Public)一書內，也曾說過：『治外法權的臆說並沒有完全取消，可是有名的法家，大都反對此說，則係事實。』照潑氏看來，治外法權在法理上的解釋，是有根據的。他的存在的根據，就是國際平等的原則。換言之，因為國與國之地位是完全平等，所以代表國家的外交官與元首得豁免所在國法權的管轄而享有一種治外法權。潑氏這樣的解釋治外法權，自然比較的完滿得多。奧大利國際公法學者史脫利沙衛(Leo

(Stimson) ④對於治外法權的問題，很有精密的研究。據他的意見說來，治外法權的根據建築在憑空的『臆說』上面，也是絕對不可能之事。須知所謂治外法權並不是一個奇妙的名詞，不過是一種法律的特別現象。產生這種法律的特別現象，完全由於事實的需要，有以使然。換言之，因為要使外交官便利其行使職務，所以給他種種特殊權利，如不受當地法律的管轄，便是例之明顯的一端，史氏根據法律的事實來解釋治外法權，自然更能打破第一派的錯誤的見解，所以我們也可表示相當的贊同。顧有一點不能已於言者，就是上述的幾個公法學者，雖然一致的反對憑空的『臆說』，可是用法理的眼光看來，究竟怎樣的解釋，方能使治外法權所以存在的根據得到一種肯定，他們却沒有詳細說明。職是之故，我們願意把我們自己的意見，按步就班的申述如左。

要想說明治外法權在法理上的根據是什麼，我們就不能不先明白什麼叫做『領土法權』(jurisdiction territoriale)。普通的見解往往以爲領土法權就

是『領土主權』(souveraineté territoriale)。實則仔細看來，領土法權，只是領土主權之一部，與其拿領土主權當作治外法權的對象，毋寧代以領土法權，較為切實而且妥當。法權而限於國家的領土範圍以內，是謂領土法權，在一定的程度之內，不受領土法權的管轄，而使後者得到相當的制限，是謂治外法權。所以治外法權與領土法權，完全是相對的概念。要想明白治外法權的概念從何產生出來，就不能注意到左列的兩個問題：

第一 『領土法權』的概念從何產生出來？

第二 所謂『領土法權』是否絕對的不受制限？

要是上面兩個問題，能次第解答清楚，則治外法權在法理上的根據，到底是什麼，我們便不難窺見一斑了。現在先討論第一個問題。我們知道國家生存在大地之上，必有一種權力來維持他的生命。所謂權力，簡單言之，就是立國應有的一種能力；有了這種能力，一國的主權，才是完全獨立而不受外力的支配。英國國際公法

家非力麻亞認爲這樣的權力，乃世界上獨立國家所共有的不可缺少的東西，所以稱爲國家的生存權。但所謂『生存權』(Le droit de vivre)，其義可分作兩層解釋：第一，凡是獨立國家均有『存在之權』(Le droit d'exister)，第二，不但有存在之權，並且有自由發展其生活之權。法國國際公法家福熙(Paul Fauchille)也以爲國家唯一的基本權力，就是生存權。由此而蛻化出兩種基本的國權，則爲『自保權』(Le droit de conservation)與『自由權』(Le droit à la liberté)。國家因爲有自保權，所以對外有捍衛疆土以防他國侵略之責任；因爲有自由權，所以對內有主權完全獨立不受外力干涉之必要。從現代國際公法家的學說看來，國家應有生存之權，實爲世界各國所不應否認的重要原則。至於由此原則而演繹出來的基本的國權，則當世國際公法學者泰半承認『自保權』與『自由權』實爲國家對外對內維護主權的兩個主幹。我們現在暫置國家對外權力於不顧，而只說對內的權力的內涵是什麼。易言之，國家對內的主權，既然基於自由

權而成立，則所以構成這主權的要素，我們認爲有先加以分析的必要。我們的意
思與福熙等所見相同，也以爲國家對內的主權，實含有三大要素在內：（一）爲
立法權（droit de legislation）（1）爲領權（droit de domaine）（2）爲法權
（droit de juridiction）。國家得自由頒布種種法制條例以完成某種方式的政體，
是謂立法權。凡國家領域內的土地應統歸該國管轄，是謂領權（或稱管轄領土
之權）。凡在國家境內之人與物概須受該國法律的管轄，是謂法權。這三項國權
的性質，固有不同，在意義上卻是一樣的重大。假使有一項國權國家不能行使，則
所謂獨立國家便難名副其實，而國家主權亦將失其原有的本質。一九一六年美
洲國際公法學會（L'Institute American de Droit International）在美國華盛
頓開會時，曾通過對於國家之權力與責任之宣言（declaration des droits et
devoirs des nations）^①內中第四條有云：『各國在一定的疆域以內應有管轄
領土之權，且有絕對的行使法律之權……』這便足以證明『領權』與『法權』更

爲構成國家主權之重要部分。普通人的觀察，很能認清一國的『法權』與『立法權』在性質上的差異，而於『法權』與『領權』則往往混爲一談。此實很大的錯誤。須知上文早已說過『法權』是行使一國的法律之權，『領權』是管轄一國所屬領土之權。前者以『人』與『物』爲對象；後者則以『土地』爲對象。人與物得隨時移至另一國境以內而避免那一國法權的管轄。土地則除非依據國際條約的規定，不能貿然割讓於他國，而使原來的國家失其管轄領土之權。故二者不能視同一物，蓋可斷言。但申論至此，有一點必須注意的，即『法權』雖與『領權』各有各的對象，而法權的行使，僅限於一國的領土範圍以內，則爲國際公法上所不可否認的原則。緣此原則，乃產生所謂領土法權。故質言之，所謂領土法權，不是別的，實在就是法權的化身。今欲闡明此義，可分兩層說來。第一層福熙曾說過：①『就原則立論，關於一國的法權的行使，有兩點必須注意：（1）凡在國家領土內的人，都須受其法律管轄；（2）凡物之可以移動與不可移動者（即動

產與不動產)苟在國家領土範圍以內,亦都須受其法律管轄。』此處所謂法權的行使,僅限於國家領土範圍之內,故實際上這項法權,就是我們所謂領土法權。第二層,按福熙所謂『凡在國家領土內的人都須受其法律管轄,』這個『人』字,並非單指國家自己的人民,乃兼指外國的僑民而言。明白的說來,不論本國人民或是外國僑民(歸化的外人當然不必說),只要留居一國國境之內,即都應受該國的法律管轄。這樣說來,領土法權的對象,固然是『人』與『物』兩項,但『人』與『物』所隸屬的國籍,卻無加以區別的必要,則不啻昭然若揭。關於這層道理,許多著名的公法學者,也曾說過。例如福熙所言,在國際公法上有兩個聯帶的原則為各國所公認者:第一,凡是僑居他國境內的外人概受所在國的法權支配;第二,凡是在國境之外居住的的人民,本國的法權,即不應支配他們。又如意大利法學家菲屋爾(P. Fiore)⊕所言,凡在國家領土範圍以內,所有本國人民歸化之外人,以及僑居之外人,均須受所在國之法權管轄。此外英國國際法家歐本亨⊕亦

曾謂不論何種人與物，只要留居一國領土之內，即應受該國最高權力之支配。所謂最高權力，分析言之，當然含有領土法權的要素在內。凡此種種，皆可證明領土法權的意義的重要的一斑。現在我們對於領土法權的概念的由來，既已十分明瞭，便可進而說明第二個問題。

講到第二個問題——所謂領土法權是否絕對的不受限制的問題——我們的意見，亦可分作幾層講來，第一，按上文所述，領土法權，就是構成國家主權之重要元素，則其為絕對的不受限制，不啻為理論所當然。但從種種事實看來，此項法權的性質在許多地方，不能不受相當的改變，則又極為顯明。譬如英國國際公法家霍爾，他雖然極力申說領土法權有絕對的不受限制的必要，可是他也承認有一種法律的事實使他的性質不能不發生改變。按霍爾所謂法律的事實，實際上就是治外法權。譬如就外交官的地位而論，他在所在國領土以內，得不受地方法律的管轄，那明明是一個各國公認的法律的事實。有了這樣的事實，領土法權

不能不受到相當的制限，自可不言而喻。第二，領土法權在事實上不能不受到相當的制限，既已申述如上，但徒恃事實的證明，而缺少一種合理的解釋，我們仍以爲不能滿足。我們以爲領土法權在一定的程度之內，應該受到一種制限。其所以致此之由，即根據國際的生活是倚存的而非孤立的，那個基本原理而成立。須知國家雖各有各的生存之權，他的主權的獨立，雖然無可否認，可是他在國際社會中所採取生存的方式卻不是孤獨的，閉關的，而是共同的，開放的。職是之由，從一方面說來，國家固然有他的基本權力來維護他的獨立生活，但自他方面觀察，他卻不能不承認國家之外，猶有所謂國際社會，更不能不使他自願擔負一種國際的義務，去發展那國際社會的共同生活。第三，至於如何擔負這種國際的義務，則舍尊重他國主權之外，直無他道可言。試問國家對於外國的元首，公使，及軍隊軍艦等等，爲什麼要給他們種種的特殊權利，那便是因爲尊重外國的主權起見。故就理論方面言之，治外法權所以能成立的根據，不啻建立在『國家主權的相互

『尊重』的那個原則上面。因爲有了這個原則，所以國家的領土法權，在一定的程度之內，不能不受到相當的制限，而使其固有的性質發生些微的改變。第四，但須知所謂『在一定的程度之內』那句話，亦非常重要，不能輕易放過。爲什麼呢？因爲領土法權所受到相當的制限，應以不侵害國家的領土主權爲唯一的標準。譬如單就外交官所享有的治外法權一端而論，考其意義，他只不過不受所在國的法權管轄；且所謂不受所在國的法權的管轄，亦有一定的範圍，可以拿事實來證明。（例如外交官對於所在國政府，有圖謀傾覆的犯罪行爲，所在國政府即可打破成例，向他行使法權。）所以他所享有的治外法權，實際上並不足以損害國家的領土主權。既然不損害國家的領土主權，則所謂治外法權與領土法權，在法理上，可以並立而不悖，不啻昭然若揭。

綜觀以上四點，我們便可得到兩個小小的結論，就是：

(1) 治外法權的概念的由來，不啻爲一種國際的義務的觀念，驅迫使然。所

以他的存在的根據完全建立在『國家主權之相互尊重』的原則上面

(2) 因為治外法權的存在的根據，建立在這樣的原則上面，所以凡是治外法權應以不損害國家之領土主權為唯一的標準。如果損害了國家的領土主權，則領土法權便不應受其制限，而所謂治外法權，亦不能稱為一種合法的治外法權。

(二) 治外法權的涵義的分析

治外法權在法理上的根據，既已闡明如右，現在且看他的涵義如何。講到這個問題，我們最好先認清那幾種人可以享有治外法權，然後再把這幾種人的治外法權的涵義，加以一種很精細的分析。據俄國公法家愛金 (Alphonse de Heyking) 的觀察，享有治外法權的人，不外乎左列兩類：

(1) 是『個人』 (les personnes exterritoriales) 凡外交官，元首，駐在東方

國家的領事，國際法庭法官，國際聯盟代表及盟內職員，以及其他服務於國際政治機關之人員等等，皆屬之。

(2) 是『團體』(les communautés de personnes exterritoriales) 凡外國軍隊，軍艦，公船，以及旅居東方國家的西方各國僑民皆屬之。

照愛金的分類看來，有兩點不能表示同意者：第一，所謂駐在東方國家的領事，不過少數享有裁判權之領事。這些領事在事實上雖然亦享有外交官的治外法權，但在法理上應否享有此種治外法權，我們認爲一大疑問。關於這一點，我們當於『領事與治外法權』一章，專門討論，現在姑且不提。第二，愛金的意思，以爲旅居東方國家的外國僑民亦是一種享有治外法權的團體，那是我們所更應反對的。何以見得如此？因爲旅居東方國家的外國僑民，在理論方面說來，無論如何決不能不受所在國的法權的管轄，因此這班人所享有的治外法權，只可說是特別條約所賦予的特殊權利，卻不能視爲國際公法上承認的真正的治外法權。關

於這層道理，下文再詳爲申述。愛金之外，近代很有名的國際公法家羅倫斯（L.

J. Lawrence）^④也有同樣的觀察，實在是一大錯誤。奧大利公法家史脫利沙衛

一九二三年在海牙的國際公法學院（L'Académie de Droit International）演

講治外法權問題時，^⑤只說外交官，元首，外國軍艦，與公船以及外國軍隊等等可以享有治外法權，卻沒有把東方國家的外國僑民，置之例內，這乃是適當的辦法。故依我們的見解，所謂享有治外法權的人，實僅限於左列三種：

- （1）外交官與元首（至於教皇雖與元首有別，亦可包括在內）
- （2）外國軍隊與外國軍艦（公船亦在內）
- （3）其他國際的政治機關所屬官吏——包括國際聯盟代表及國際法庭法官等等。

現在且把上述三種人的治外法權的涵義，分作兩層討論如下：第一，我們以爲（1）與（3）兩種人的治外法權，考其實際，只不過豁免所在國或所在地的法

權管轄。所謂『豁免』(exemption)云者，即係一種『特免』(immunité)。何謂『特免』？質言之，不過特別置之例外，使某種人避免所在國的法權的管轄而已。例如不受當地法律的干涉，不付各項捐稅等等特殊權利，都可叫特免權利。這種種的特免權利併合起來，遂構成所謂治外法權。這樣說來，所謂治外法權並不是一種單獨的權力(Le pouvoir unique)，實在是各項權利(Les privilèges séparés)的集成。所以有人以為治外法權是一種領土以外的特別法權，實在是很大的錯誤。這是我們從外交官、元首，以及國際的政治機關所屬官吏等的治外法權，仔細觀察之後，可以相信的。第二，至於(2)種人的治外法權，則夷考其實，性質似乎不同。自外國軍隊與軍艦全體說來，他們所享有的治外法權，當然亦不過限於各項特免權利，但從軍隊與軍艦的領袖方面(例如統帶、艦長與司令官等名目)觀察，則除了避免當地法律管轄以外，還可行使本國的軍法來處置犯法的兵士與水手。這樣說來，他們自身不但享有各項特免權利，並且可以執行一種『領土以

外的司法權』來管轄其所屬人員。這樣的治外法權其意義似乎比較（1）與（3）種人的治外法權，重大得多。但我們須知外國軍隊與軍艦的領袖人物所行使的司法權，充其量，僅限於其所屬人員，且迫於事實的需要，非如此不能約束其部下的行爲與紀律。既有一定的時效，又有極嚴的限制，所以影響於所在國之領土主權，可稱殆等於零。有人引用此點，遂謂領事也可行使司法權來管理所屬僑民，那便是一個很大的誤解，不可不加以糾正的。

根據上面討論的結果，我們很可明白所謂治外法權，分析起來，實含有兩種意義：（一）自消極方面言之，治外法權只是各項特免權利的集成；（二）自積極方面言之，治外法權不僅是各項特免權利的集成，且也含有一種『領土以外的司法權』的意義在內。前者是謂消極意義的治外法權；後者則爲積極意義的治外法權。享有前一類的治外法權者，便是外交官，元首，以及國際的政治機關所屬官吏；享有後一類的治外法權者，則僅限於外國軍隊與外國軍艦。

(三) 治外法權與不可侵犯權利之區別

治外法權的意義，已如上述。現在有一疑問發生：即所謂治外法權與不可侵犯權利 (privilèges de l'inviolabilité) 究竟是否一物之兩名，抑係性質不同的名詞。易言之，國際法上承認的不可侵犯權利，究竟是否治外法權之一部。關於這個問題的解釋，歐洲公法學者之意見，顯分左列兩派。

(1) 第一派以為從治外法權的涵義看來，不可侵犯權利，實在是其中重要的一端。所以否認了這項特殊權利，就不成爲治外法權。最先創此說素者，便是國

際公法家鼻祖郭老秀斯。郭氏在其名著戰爭法與和平法 (Droit de la Guerre

et de la Paix) ④ 一書中曾經說過：『除非使臣自己違背國際公法，否則使臣應

該不受任何非法的侵犯，這是國際公法所承認的事。』這很足以證見郭氏怎樣

重視這種不可侵犯權利。繼郭氏之說者，則有自然法家伏台兒 (Vattel) ⑤ 伏氏

亦謂：『凡駐在各國之使臣，是神聖不可侵犯的，誰侵犯使臣，或使臣所代表的元首，即誰蔑視國際的禮儀，誰破壞公共的秩序……』伏氏的意見，與郭氏所見，可稱視同一轍。後來受他們的影響者，則有微頓與菲力麻亞等國際公法家。照他們說來，治外法權的涵義，固然不止一端，而所謂不可侵犯權利，實為其中之重要分子。所以從另一方面觀察，如謂治外法權就是不可侵犯權利，此說亦殊言之有理。

第二派如白倫智利歐本亨等等公法學者，則以為治外法權與不可侵犯權利，完全是兩樣東西。他們雖然都是外交官與元首應有的特殊權利，但此兩種權利，不能混為一談，則其理十分顯著。最近俄國公法家愛金的解釋治外法權，亦不主張把不可侵犯權利，併入治外法權以內。他的觀察以為治外法權已經變成一種法律的原則，而不可侵犯權利，至今還不過是國際慣例之一端。所以應該把那兩種東西分開，纔覺妥當。第二派的主張，依我們看來，當然比較合理。何以見得如

此？因爲外交官與元首享有的治外法權，其意義重在避免當地法律的干涉。所謂法律的干涉，顯係一種合法的行爲，與非法的侵犯，性質完全不同。例如外交官無端違背所在國的警律，當地警察即無直接干涉之權。這無非因爲外交官享有治外法權，所以即使警察的干涉，完全合法，也是不能實行。至於非法的侵犯，不過指當地人民，對於外交官所施的非法的行爲而言。例如有意侮辱毆擊，甚至殺害使臣，都可視爲非法的行爲。這種非法的行爲，應該絕對的防止，自然是所在國的對外應有義務，但此事的性質，與上面所引證的警察無權干涉一事，完全不同，則可斷言。所以嚴格的說來，治外法權的目的，在乎避免當地法律的合法的干涉，不可侵犯權利的用意，則在乎不受當地政府或人民的非法的侵犯。前者以『法權』爲對象；後者以『人』爲對象，二者不能混爲一談，此理實不應忽視。但以不可侵犯權利與治外法權關係十分密切之故，我們在下章討論外交官的治外法權的時候，仍須兼論及此，俾可了解其關係之所在，這是要預先聲明的。

(四) 治外法權與領事裁判權之關係

治外法權的涵義分析過後，便可進而說明治外法權與領事裁判權之關係。但未曾說明之先，有一端不能不申述者，即所謂領事裁判權 (jurisdiction consulaire) 與治外法權到底是不是一物之兩名，抑係性質不同的名詞，我們認為有加以辨明的必要。按現今一般公法學者對於領事裁判權之解釋，不外乎以下的兩派。

第一派以爲領事裁判權，就是領事所行使的一種法權，這種法權的行使的範圍不在本國領土以內，所以叫做國家領土以外的法權。英文中的 “extraterritorial jurisdiction”，即指此項法權而言。多數英美學者的見解，每以英文中的 “extraterritoriality” 替代外交官與元首等等所享有的治外法權，而於我們所謂領事裁判權，則另以 “extraterritoriality” 一詞表明之。他們的意思，無非以爲

“extraterritoriality”實際上就是上面所說的“extraterritorial jurisdiction”的別名。現在領事裁判權，既爲一種『國家領土以外的法權』，則簡便言之，也稱爲『治外法權』，於理自無不合。這樣的強把『領事裁判權』與『治外法權』兩個不同的名詞，混爲一談，當然由於根本誤解治外法權之意義所致。須知我們在上文早已說過，治外法權的用意，僅使外交官與元首等人避免所在國的法權管轄，所以治外法權只是各項消極的特免權利的集成，却不是一種積極的領土以外的法權。至於領事裁判權的意義，與此大相懸殊。因爲享有裁判權的領事，目的只在行使本國的司法權來管轄本國的僑民。所謂本國的司法權，當然是一種『領土以外的法權』，則就其內容而言，並非各項消極的特免權利的集成，不啻顯然易見；如此決不能稱爲『治外法權』，又可不辯而自明。這是第一點可以注意的。或曰：試就外國軍隊的統帥以觀，當其身居所在國境內之時，不但不受當地法律的管轄，且可行使本國的軍法來管轄部下的兵士，那不是明明一種『領土

以外的法權？」這樣說來，外國軍隊所享受的治外法權與領事裁判權，在性質上果有什麼區別可言？類此見解，初視之似乎很有理由，仔細看來，却是根本的錯誤。何以見得如此？因為外國統帥行使軍法的對象，僅限於固定區域內的軍隊本身。此項軍隊，依照國際公法原則，既可不受當地法律的管轄，則就事實的需要而言，管轄軍隊的人員，當然是統帥無疑。至於行使領事裁判權的對象，則為一般外國僑民。凡是外國僑民，當其身居國家領土以內時，均須受所在國法律的管轄，這是國際公法上一個公認的原則。所以領事要行使裁判權來管轄他們，不但是違背國際公法，且也沒有這個事實的需要。要之，統帥能行使軍法的理由，不啻建立在外國軍隊的治外法權上面。這種治外法權，既有極嚴的限制，又有適當的時效，所以實際上不足以侵害所在國的領土主權。反之，領事裁判權之足以侵犯國家的領土主權，幾為有識者所公認。這樣說來，領事裁判權決不能稱為治外法權，此理豈非格外的顯明？這是第二點可以注意的。綜此兩點以觀，可知多數英美學者以

爲領事裁判權也是一種『治外法權』(extraterritoriality)，不但是牛頭不對馬嘴，並且有魚目混珠之弊，我們應該極端加以否認的。

第二派的觀察，與第一派完全相反。他們以爲領事裁判權只不過是條約所給予的一種特殊權利，與外交官與元首等等所享有的治外法權，性質根本不同。考其不同之處，則有左列數點可言：

(1) 治外法權是國際公法上公認的原則，適用於世界各國，情形大概相同；領事裁判權的存在，則完全根據不平等條約，這種條約所給予的特殊權利，並非普遍的法律事實，所以只可稱爲國際公法上的一種例外。

(2) 治外法權爲國際平等的互惠的權利，不論強國弱國，皆得享有；領事裁判權則爲一國片面獨惠的權利，只有強國對於弱國，方能享受。

(3) 治外法權適用的範圍極嚴，只有外交官，元首，以及外國軍隊軍艦等等可以享有治外法權的利益；領事裁判權適用的範圍則比較寬泛，不論商人教士

或是無職業的游民，只要隸屬於締約國家，都可享有領事裁判權的利益。

(4) 治外法權既爲國際公法上劃一的原則，故其適用之時，不必有何種的設備與規定；領事裁判權則情形迥然不同，除了領事自身行使裁判權之外，還有各級外國法院的組織，用以輔助領事的職權的不逮（所謂領事裁判制度即緣此而產生的。）

上述四個要點，用來區別『治外法權』與『領事裁判權』兩個名詞的性質的不同，當然很有見地。歐洲大陸派公法學者以及日本的法學家，泰半否認領事裁判權即等於治外法權，也是根據這個區別。不過依我們的眼光看來，覺得單認清了這個區別，遂以爲治外法權與領事裁判權一點關係都沒有，那也是個很大的錯誤。須知領事裁判權的意義與性質雖然與治外法權根本有別，但如把他們看做絕不相干的名詞，則揆諸事實，卻又未然。職是之故，我們對於這一派的解釋，只可表示一部分的贊同，卻不能認爲完全合理。

至於我們的見解，簡言之，可分爲三點申論如下：（一）照現代歐洲公法家之專門研究治外法權者如愛金，潑拉格輩說來，所謂治外法權，其適用之範圍，較爲寬泛。不但外交官，元首，與外國軍艦軍隊等等，可以享有治外法權，即如下面兩種人，亦可不受所在國法律的管轄而享有同樣的治外法權。所謂兩種人是什麼呢？就是（1）西方各國派往東方國家的領事，與（2）旅居東方國家的外國僑民。例如駐中國的外國領事，以及僑居中國的外國僑民，在事實上亦可不受中國法律的管轄，因此這班人亦得享有同樣的治外法權。至於他們爲什麼可以享有此項特殊權利，當然不是根據什麼國際慣例而根據一種片面獨惠的不平等條約。明白的說來，因爲中國在條約上承認對方的締約國可以在華行使領事裁判權，無形中遂造成兩種不良的結果。一使締約國的領事的地位特別提高，（在華外國領事的地位特別提高的原因當然不止一端，但條約上允許他行使裁判權，卻是其中最重要的一個，）因此得受公使的同樣待遇而享有治外法權。一則使締約

國的僑民，身受本國領事的管轄而不受當地法庭的干涉，因此亦得享有同樣的治外法權。從這個例子看來，可知上面所說的兩種人——就是西方國家駐在東方國家的領事，與旅居東方國家的外國僑民——所以亦能享受治外法權，溯其本源，未始不由於領事裁判權的存在有以致此。退一步言之，領事裁判權本身固然不是一種『治外法權』，但至少是使旅居東方國家的外國僑民享有治外法權的唯一媒介，則爲不可掩蔽的事實。（至於這個事實是否合理，我們將來另章討論。）這樣說來，領事裁判權與治外法權，不但不是毫無關係，并且好像車輪之相輔，處處顯出他們連鎖的痕跡。（一）領事裁判權與治外法權的連鎖的關係，固已闡明如右，顧有一端先應該注意者，即上文早已說過，凡是外國僑民，絕對的應該不受所在國法律的管轄，所以領事裁判權的產生，本來是件極不合理的事。其所依據者，既非國際公法上公認的原則，而爲片面獨惠的不平等條約，則就結果而論，附麗於這種領事裁判權而存在的治外法權，當然亦不能視爲合理，可無

疑義。因爲這個道理，所以我們對於愛金、潑拉格等公法家的主張，以爲旅居東方國家的外國僑民，亦可享受治外法權，覺得非常失望。我們雖然承認那班外國僑民所以能不受當地法律的管轄，完全由於領事裁判權有以使然，我們卻不能承認這樣的特殊權利，是一種合法的特免權利，易言之，即係合法的治外法權。從這一點看來，可知所謂領事裁判權與治外法權含有連鎖的關係，還是一句不切實際的話。前者足以造成一種非法的治外法權產生的機會，那纔是表顯得十分清楚。

(三) 旅居東方國家的外國僑民享有的特殊權利，并非真正合法的治外法權，已如上文所言，現在要問那些西方國家駐在東方國家的領事所享受者，是不是外交官的治外法權。關於這個問題，我們將來也要另章詳細討論。茲有一言可先申述者，即依照國際通例看來，領事的地位，與外交官的地位不同，所以後者享有的治外法權，前者在理不得享受。在事實上享受者，不過少數行使裁判權的領事而已。領事不得行使裁判權來觸犯所在國的領土主權，已爲當今公法學者所一

致承認。所以附麗於裁判權而存在的領事的特殊權利，能否稱爲合法的治外法權，更是個很大的疑問。

總而言之，所謂治外法權，在現代國際公法上已成爲一種重要原則，這是毋庸諱言。至於適用這個原則的範圍，則一視治外法權對於國家的領土法權限制到何種程度以爲斷。如果一方面予國家領土法權以細微的限制，他方面則使國家領土主權，依然保持其獨立精神，則此項治外法權，可以稱爲真正的治外法權，他的存在的根據是很合法理的。例如外交官，元首，與外國軍隊，軍艦等等所享有的各項特免權利，便是這一類的治外法權。反之，如果治外法權限制國家的領土法權，竟溢出應有的限度之外，結果遂使國家的領土主權，遭受重大的打擊，則此項治外法權，只可稱爲非法的治外法權；即使有條約爲其存在的根據，但此種根據，並不合乎法理，隨時可以搖動，則可斷言。例如旅居東方國家的外國僑民，以及駐在東方國家的西方各國領事所享受的非法的特殊權利，便是這一類的治外

法權。明乎此理可信領事裁判權的存廢問題，實在就是非法的治外法權的存廢問題。領事裁判權一天不能完全撤廢，卽此種非法的治外法權一天不能取消。如此說來，所謂『領事裁判權』與『治外法權』那兩個名詞的連鎖關係，乃在此而不在彼，我們也不難想見了。

①見 Oppenheim, *International Law* 第一集第三一一頁。

②愛斯加拉一九二六年秋季曾在巴黎大學演講中國的司法制度與中國法律問題，當時論到外人在華享有之非法的治外法權，卽根據這個“fiction”來作這種治外法權的辯護。

③見該書第三四頁。

④見 Bluntschli, *Le Droit International Codifié* 法文譯本第一二四頁。

⑤見 Hall, *International Law* 第二一八至二二〇頁。

⑥見 L. Van Praag, *Jurisdiction et Droit International Public* 第一七〇至一八八頁。

⑦見 Strisower, *L'Extériorité et ses Principales Applications* 第一三三至一三六頁。

此文載海牙 L'Académie de Droit International 之演講錄第一集。

⑧ 見 Paul Fauchille, Traité de Droit International Public 第一集第四章。

⑨ 見福熙在前書第四章所引證者。

⑩ 見前書第四章。

⑪ P. Fiore, Nouveau Droit International Public 法文譯本第一集第四〇八頁。

⑫ 見 Oppenheim, International Law 第一集第三〇七頁。

⑬ 見 Alphonse de Heyking, L'Exterritorialité.

⑭ 見 T. J. Lawrence, The Principles of International Law 內關於 "Rights and

Obligations Connected with Jurisdiction" 一章。

⑮ 見註解五。

⑯ 見 H. Grotius, Le Droit de la Guerre, et de la Paix 法文譯本第二集第一五頁。

⑰ 見 Vattel, Droit des Gens 第七十六頁。

第二章 外交官的治外法權

(一) 外交官享有治外法權的性質與內容

治外法權對於外交官關係最爲密切，所以我們現在先討論外交官的治外法權問題。本文所謂外交官，乃指國與國間互派之外交代表 (agents diplomatiques) 而言，若大使、公使、代理公使、或公使代辦等名目皆是。按歐洲外交史所載，

古代國家早有互派使臣以敦邦交之事。至常設使節 (l'ambassade permanente) 制度，則創自十五世紀。先由意大利諸小邦在法蘭西西班牙等國設立永久館舍，以供使臣駐節之用。繼則西歐國家，締結特別條約，互相規定常設使節。例如一五二〇年英國國王與日爾曼元首所訂立之條約，便有此項規定。到了一六四八年衛士特福利和約 (La Paix de Westphalie) 成立後，歐洲各國鑒於國際交涉

之日見紛繁，益感常設使節之必要，遂紛紛遣派代表，常駐他國，辦理各項交涉。降至近代，交通事業隨科學發明而日益發達，國際社會之生活發展一日千里，任何國家尙欲閉關自守，與世界不相往還，已爲絕對不可能之事。因此各國對於互派代表常設使館辦理外交一事，沒有不認爲國際公法上一個很重要的原則；由是外交官之使命與地位，亦日見其重要；其所享有之治外法權亦遂爲一般國際公法家所公認，而予以種種法律上之討論。例如一八九五年國際公法學會在英國劍橋（Cambridge）開大會時，提出關於外交官所應享受之治外法權各項議案，以及一九二三年第五次聯美大會（La Cinqième Conference Pan-Américaine）在智利舉行時，提出關於此項法權的討論，皆爲明證。於此可見治外法權對於外交官的關係，所以如此密切，完全由於國際交涉之自然演化，以及使節制度之日益完備，有以致此。故吾人在說明外交官所享有各項具體的治外法權時，最好將事實與學理雙方兼顧，而後可以明瞭其性質與內容。質言之，於法理方面解釋之

外，尤應條舉種種實例，以爲參證，方能了解其真相。

就一般國際公法家之學說以觀，外交官享有之治外法權，其性質如何，內容如何，殊覺衆說紛紜，莫衷一是。但依吾人見解，外交官享有之治外法權，推其實際，不過特免所在國領土法權之管轄而已。什麼叫做特免？『特免』(Immunité) 就是一種『豁免』(Exemption) 的意思。易言之，即特別置之例外之謂。故往昔德國公法家 哀夫脫 (Helffer) 之解釋治外法權，[⊖] 以爲治外法權是公法上一種特免，有了這種特免，某種人得免除所在國領土法權的管轄，例如大使即係享有治外法權的人。最近俄國法學家 愛金 之解釋治外法權，[⊖] 亦曰：『自消極方面言之，治外法權係豁免所在國領土權力 (pouvoir territorial) 管轄之謂。』[⊕] 又曰：『外交代表與元首享有之治外法權，不過此種消極的豁免權利而已。』按愛氏 所謂『豁免』實際上即係『特免』，所謂『領土權力』即係『領土法權』，不過名詞上有細微的不同而已。

特免的意義與性質既已明瞭，請進言特免之內容若何就近代歐美各國所共認的原則而言，外交官對於所在國享有之特免權利，可分析爲左列五端：

- (1) 豁免民事法權 (la juridiction civile) 的管轄；
- (2) 豁免刑事法權 (la juridiction criminelle) 的管轄；
- (3) 豁免警察法權 (la juridiction de police) 的管轄；
- (4) 豁免財政的法權 (la juridiction fiscale) 的管轄；
- (5) 豁免宗教的法權 (la juridiction ecclésiastique) 的管轄。

上述五端，併而合之，即構成所謂治外法權，故外交官享有之治外法權，並不是一種領土以外之積極的司法權力，乃是特免領土法權管轄之各項消極的權利。說得透澈一點，外交官因其所處地位不同，固可不受所在國法律之管轄，但須知不受所在國法律之管轄，並非不受一切權力支配之謂，實際上所在國政府在不得已時仍可運用他種權力，使其不能不受所屬國政府之命令而撤回本國。所不同

者，不過此種權力係屬政治的與外交的性質而非法律的性質，運用此種權力之方式，係間接的而非直接的而已。這層道理，看來好像簡單，卻是十分重要。對於外交官發生犯罪行為時，表顯得尤為明白，我們必須加以注意，才可分別說明各項特免權利。今且依次分別申論如左：

(1) 構成外交官之治外法權既為各項消極的特免權利，則就各項特免權利而言，自以豁免所在國民事法權之管轄最為普通而易於說明。按現代國際公法家的主張，大都以為此項特免為外交官不可缺少之權利。不特現代學者主張如此，即遠徵百年前之學說，亦都一致承認此點，這是看了以前國際公法大家如伏台兒，馬兒頓，加兒伏 (Calvo) 等等所持的論調，均可引為徵信的。職是之故，歐美各國對於此項特免權利之規定，可謂行之獨早。譬如法國即最先承認他國外交官可以特免法國民法之管轄。不過用明文規定實始於一七八九年十二月十一日憲法會議閉會之後。當時法政府曾用國民會議名義禁止該國人民不得因

民事訴訟，擅自控告他國外交官。如有關於民事訴訟之糾葛問題，應由人民據實呈明外交委員會，由該會代向他國公使直接交涉。迨至今日，法國大革命時期中之外交委員會早已取消，而代以正式外交部，但這一項法令的時效，實際上還是繼續存在。除此法令之外，法國民法典上亦曾規定，凡他國外交官及其家屬與隨從，不論涉及民事或刑事訴訟問題，均不受法國法庭處理。故就事實立論，他國駐在法國的外交官，可說是首先享着此項特免權利。他如英國，則正式核准他國外交官享有特免英國民事法權的管轄的權利，始於一七〇九年安娜女王（*Queen Anna*）所頒布之命令。至於一七九〇年美國國會通過關於他國外交官所享有治外法權之條例，亦即依據英國所頒布之命令而加以修改者。最近蘇俄政府在一九二一年六月三十日亦曾正式頒布法令，規定駐俄各國外交官凡遇到民事或刑事問題均不由俄國法庭直接處理。以上所述，皆足以證明外交官豁免所在國民事法權的管轄，早已規定在歐美各國政府所頒布的法令之中。但除用法令

規定之外，亦有在訂立條約時互相規定此項特免權利者。例如一八五一年美國與祕魯所締結之條約，卽有如此之規定。他如一八五〇年之比（比利時）祕（祕魯）條約，一八六九年德（德意志）墨（墨西哥）條約，亦有同樣性質之聲明。

不過要知道外交官所以能享受此項特免權利，無非便利其行使職務起見，故在某種特殊情形之下，外交官仍有服從所在國法庭判決之義務。所謂特殊情形無他，就是關於外交官私人方面的各種法律的爭執事情。此種爭執，純屬私人性質的民事訴訟，對於外交官之地位與職務，絕無關係，所以在此種情形之下，所在國之法權，仍舊可向他自由行使。就國際慣例以觀，外交官不得豁免所在國民法的管轄，不外乎下述兩種情形：（一）關於外交官私人名義下所置不動產之各項法律的爭執。此項財產與使館內之不動產，毫無關係，故凡關係此方面之糾葛，外交官仍應受所在國地方法律之處置。（二）凡外交官以他種名義（例如商人，

股東，或公司之董事等名目）對於普通人民發生人欠或欠人之訴訟事件亦須受所在國民事法權之管轄，不能因享有治外法權之故，置此類訴訟於不顧。因爲此等事的性質顯屬外交官私有的企業方面，對於外交官所代表的國家，並不發生何種關係。

(2) 關於外交官之第二項特免權利，國際公法學者之意見，頗不一致。約言之，可分爲三派：(甲) 派完全反对外交官享有此項特免權利，以爲外交官而可以豁免所在國刑事法權之管轄，則就結果而論，所在國政府勢必聽其任意發生犯罪行爲，無法加以干涉，其影響於國家主權實非淺鮮。例如意大利公法家菲屋爾 (Pasquale Fiore) 卽主是說。(乙) 派則如郭老秀斯 (Grotius)，馬兒頓 (F. de Martens)，徽頓 (Wheaton) 等等，均主張外交官必須豁免所在國刑事法權之管轄，其唯一理由，根據『外交官爲神聖不可侵犯』之觀念而成立，與近代公法家的見解，可稱完全不同。(丙) 派則如德國國際公法家克羅貝 (Klueber)

與英國之霍兒雖然也以為外交官應享有此項特免權利，但其理由並非憑乎此種臆說，乃根據『國家主權理應互相尊重』之原則而成立。所以照他們看來，不但外交官可以不受所在國刑法之管轄，即外國元首之身在國家領土範圍以內者，亦應予以同等的特免權利。三派之意見中自以最後一派之解釋為最有理由。不過依吾人觀察，覺得有兩點不能不申說者：第一，外交官苟可豁免所在國民事法權之管轄，則於刑法方面當然亦可享有特免權利。假使所在國政府為尊重他國主權起見，僅予外交官以第一項特免權利，而於第二項卻屏之例外，則於事實上必發生許多困難。因為如果外交官受了所在國刑事法權的管轄，則隨時隨地都有被地方官吏拘捕或處罰的可能，結果豈非失掉了他的身體的自由；身體既失去自由，那裏還可以說得自由行使職務呢？其次，假使所在國政府的刑事法權，隨時隨地仍可向外交官自由行使，則為搜查證據，或拘捕刑事犯起見，所在國之警吏，有非任意闖入使館，從事偵察不可之勢。如此，則與外交官享有之『館舍之

治外法權』(L'exterritorialité de l'hôtel de l'ambassade) 豈非全相抵觸而所謂『外交官自由行使其職務』一語，豈非完全變了一句空話？所以就事實之需要立論，豁免所在國民事與刑事兩項法權之管轄，都是外交官不可缺少的特免權利。不過所應注意者，在特殊情形之下，對於外交官之犯罪行為，所在國政府應該如何運用他種權力，加以阻止，方足以補救此弊。關於這個問題的說明，將俟下文細述，此處暫不討論。

公法家之主張，已如上述，今自歐美各國所規定之條例觀之，則知外交官享有第二項特免權利，在國際公法上也已成了一種不可更變的原則。例如大戰以前之奧大利曾在一八〇三年所頒布之刑法典第一部第二百二十一條，及第二部第二百八十三條內明白規定，凡為他國之外交官及其屬員與眷屬一律照國際公法待遇，不受所在國之刑事法權管轄。及後一八五二年所修改之刑法典，依舊載明此項規定。葡萄牙政府則在約翰第四 (Jean IV) 時代已頒布法令，指定

凡他國外交官當其從事執行職務之時，如有發生犯罪等情，得不受葡國法庭直接處治，以示寬待。他如英、美、法等國亦都承認此項特免權利，應爲外交官享受。所不同者，不過將豁免刑事與民事法權之管轄之規定一併注明在法令之中，並沒有單獨的聲明而已。但大戰以後的國家仍有用法律特別規定此特免權利者，如一九二一年六月三十日蘇俄政府所頒布之法令，及改訂之刑法典上第一百七十一條所規定者，即係顯例。由上所述，可知外交官享有第二項特免權利，實已爲各國所公認，可無疑義。但申述至此，有一個問題發生，即外交官既可豁免所在國刑事法權的管轄，則如或發生犯罪行爲，所在國政府果用何種權力去對付他？這是十分重要的一點。關於此點，吾人可分爲三層討論：第一，如外交官發生普通犯罪行爲，則由所在國政府依據外交方式，向他直接交涉，因外交官一方面固可不受法律管轄，他方面則不能因其享有治外法權之故，遂蔑視此類交涉。其次，外交官如或發生特別犯罪行爲，行爲之結果又足以影響到國家體面或利益方面，則

所在國政府便有一種權力可以要求其所屬國政府將他撤回，而代以另一代表。此種舉動，在原理上言之，固極合乎國際公法，因當外交官行爲侵害所在國之主權時，後者惟有運用一種政治權力間接的加以裁制之一法。至於裁制的效力如何，則與國勢的強弱，自然大有關係。譬如要求撤回大使，在歐洲各國，並不是鮮見的事。可是以前駐在中國的各國公使，無論他們怎樣的輕舉妄動，怎樣的干涉內政，中國政府總是沒法加以裁制，那便是國勢強弱的不同的證明。不過這種事實，倒底不能改變法理的解釋，這是要認清楚的一點。復次，萬一外交官發生的特別犯罪行爲，在緊急狀態之下，有危害所在國國基的傾向者，則不待要求所屬國政府，將他撤回本國，即可先用非常手段，停止他的犯罪行爲。因爲非如此，不足以保障國家的主權，維持自己政府的威信。且舍用此種非常手段外，國家也無他法可以應付這種危急情形。此層關係比較尤爲重大，容當於下文另爲詳述。

(3) 外交官享有的第三項特免權利，是豁免所在國警察法權（或曰警察

權)的管轄。譬如尋常僑居他國的人民，偶爾觸犯警規，或發生犯罪行爲，所在國的地方警察隨時隨地皆可加以干涉；而外交官在此情形之下獨可不受警察的干涉，這便是外交官豁免了所在國警察法權的管轄。就國際慣例而論，外交官一方面受所在國警察的特別保護，他方面則不受其干涉，此中理由，固可不言而喻。惟有一點須注意者，警察的最大責任，在維持社會上之公衆秩序與保護人民之生命財產。今如外交官確有發生特別犯罪行爲之證據，且有破壞治安，危害國本之趨向者，則在此情境之下，所在國之警察法權，對於這種犯罪之人是否依然停止行使，抑當置之例外，實爲大費考慮的問題。關於此點，歷來國際公法家之意見，大都主張警察應有權力阻止他發生犯罪行爲。但我們以爲國家不特可令警察干涉外交官之行動，防其發生犯罪行爲，即在行爲方欲發生之際，亦可加以嚴重的監視，使其身體暫時失去自由。此其故有三端可述：第一，警察之最大責任，既在維持國家之治安，則凡欲危害國家治安之人，警察法權均可向他自由行使，初無

容忍之可言。因一經容忍，不但國家治安不保，即留居國內之一切人民的生命財產亦將隨之遭受重大的損害，故所在國政府爲保護一切人民之生命財產起見，必須設法預防或監視已經犯罪的外交官使其行爲無從繼續發生，方足以盡國家之天職。其次，所在國對於外交官所以使他享受此項特免權利，亦無非迫於事實上的需要，不能不使其利用警察法權之不加干涉，以自由行使其職務。今如遇外交官發生非常犯罪時，則此項特免權利當然可以暫時停止給予，因他所行使的職務，目的既不在辦理正當的外交以增進國際的友誼，而在圖謀不軌，以傾危國本，則暫時停止他的特免權利，無論如何，要不能視爲違背國際公法。復次，治外法權之涵義，本脫不了幾項消極的特免權利。既然稱爲消極的權利，則外交官不應濫用此項消極的權利而發生積極的犯罪行爲，彰彰明甚。今如有了此種積極的犯罪行爲發生，則其明明違背國際信義，侵犯國家主權，要亦毫無疑義。所以遇到這樣的特別情形，國家必須打破舊例，向他行使警察法權，而後國家的主權乃

得維持於不墜。否則固有的主權無異爲了治外法權而遭受重大的犧牲，試問國家與人民兩方面將受何等重大的損失。

綜觀上所論述，可知外交官在普通情形之下，縱可別於尋常外國僑民不受所在國警察之干涉，但如發生特別犯罪行爲，則自當置之例外。明白了這層道理，可知歷來各國政府，凡遇有此等事情發生，所以要用非常手段，對待犯罪的外交官實一種不得已的辦法。所謂非常手段，概言之，就是一面電告外交官所屬國政府說明原委，一面則急令警察監視其行動，以待日後遣送回國，或逕即驅逐返國，以杜後患。類此事實，雖屬不常發見，但考諸歐洲外交史所載，未嘗無實例可舉。例如一六五四年法國駐英大使段罷 (De Bass) 因爲圖謀傾陷克林威爾 (Cromwell) 遂被英政府驅逐回國。一七一七年瑞典駐英大使奇龍樸 (Gyllenborg) 因有不利於英皇喬治第一 (George I) 的行爲，亦被遣送回國。又如一七四三年俄國女皇愛利沙白 (Elizabeth) 勒令法國駐俄大使琦大地 (Chetardie) 出境，其理由亦

無非因爲法國大使對於女皇有圖謀陷害的行爲發見，故當時法國政府祇得聽其返國，毫無抗議。此外則如一九一四年至一九一八年間，適值歐洲大戰猛烈進行之時，協約國（如英，法，比，俄等國）與同盟國（即德，奧，土等國）派往中立國之公使大使等等往往利用外交官所享有的治外法權，隨時發生不利於敵國之行爲（如傳遞軍事消息及其他祕密行爲）。這雖於中立國的治安，並無多大的直接影響，但中立國爲預防他種意外的禍患起見，亦得要求所屬國政府令其公使或大使退出國境之外。譬如一九一六年希臘政府要求保加利亞及土耳其政府撤回其公使，便是顯例。

（4）除上述三項特免權利外，外交官又可豁免所在國財政法權的管轄。換言之，即外交官除私人名義外，得免付各種間接稅與直接稅。這樣的特免權利，比較上面所講的三項特免權利，性質上微有不同。因所謂豁免民事，刑事與警察法權的管轄，其重要理由，乃在事實的需要，而不在他種解釋。所以單單視爲所在國

給予外交官的一種寬典，似覺不能概括其義。至於豁免財政的法權的管轄，則推其究竟，不過爲優待外交官起見，與事實的需要，初無密切關係。因爲外交官不能享受此項特免權利，而亦須完納各項捐稅，其影響於職務方面，蓋極淺鮮。以視前三項法權中，祇須有一項向其行使，已足使他所任的職務與所處的地位，發生莫大窒礙，固未可同日而語。近代歐美各國對於此項特免權利，所以大都不用法律規定，而只根據國際慣例以給予一般外交官，其原因便在乎此。

外交官除免納所在國之各項捐稅外，按之國際慣例，又得免受海關之檢查。此種檢查，可分爲兩層說明：（一）爲入境時之行李檢查；（二）爲寄來之物品檢查。講到此項特免權利，雖其性質也是一種寬典，但現在各國所規定之辦法，頗不一致。最普通之辦法，則當外交官入境之時，將其所帶行李，先行報告關吏，乃可免予檢視，但關於以後寄來之各種物件，關吏仍有檢查之權，例如法國，即採此種的辦法。但如意大利等國，則不特寄至外交官寓所的物件必須加以檢查，即當其所帶

行李入境之時，亦非一一驗視不可。這雖於外交官之職務及地位方面，無甚重大關係，要亦不能不認爲失了優待外交官的本意。嘗考以前歐洲各國對於免查外交官之行李物件一事，本來認爲一種寬典，此項寬典，不特爲國際慣例所容納，且有用法令正式規定之者。（例如一八一六年日爾曼聯邦國所頒佈的法令，曾有此項聲明。）及後少數行爲卑劣的外交官，每有利用關吏免查其行李物件，暗中雜帶種種違禁物品，甚至私運各項貨物以作商品出售者。因此引起許多意外的糾紛，而此項寬典遂不能不受相當限度的制限。例如法國駐丹麥公使名加米兒（Camille）者，當他從法國重返丹麥的時候，曾在行李中夾帶各種巴黎貴重珍品，運往丹麥，公然售諸丹麥達官顯宦。及後丹麥珍寶商人，得悉其事，乃聯名呈請其政府將此項負責外交官行李之寬典永遠撤消，以示薄懲。這種可笑的事，原來無關重要，於此卻也可證明外交官利用取得的寬典以圖私利之一斑。（現在各國公使大使之中，依然有利用其所得的寬典，以圖私利的事發見，不過很少有人加

以留意而已。)

(5) 國家對於宗教的法權的重視，祇見於中世紀時代歐洲諸國。到了現代，宗教的信仰，應該絕對自由，不啻已爲世界各國所承認，故外交官得在所在國奉行其自己信仰的宗教，早已不成問題，正同現在尋常旅居他國的外國僑民一樣，無論居住在何種異教的國家領土以內皆可不受其國宗教方面法律的支配。故就現今國際慣例以觀，所謂「豁免所在國宗教方面法權的管轄」一語，實際上僅指舉行一種特殊的宗教儀式而言，此種儀式不論在使館或特別建造的教堂以內皆可舉行，所在國政府不能加以干涉。須知以前國際公法學者所謂外交官享有一種宗教儀式權 (*droit du culte*)，至今仍爲各國政府所重視，這是很顯明的一點。此外則在異教國家領土之內，外交官得以保護其自己所信奉的宗教機關，也可視爲一種特殊寬典。例如君士坦丁之教堂有屬於法國駐土耳其大使管理者，卽一明證。

(二) 外交官所屬人員是否亦享有治外法權

外交官享有五項特免權利，此五項特免權利，綜合起來，乃構成外交官的治外法權，此意已於上文討論過。現在要申述的，即外交官所屬人員是否亦享有治外法權。關於此點，歷來公法學者大都主張不但外交官享有治外法權，即其所屬人員亦得豁免所在國領土法權的管轄。至其理由，則可分爲兩派：甲派以爲外交官及其所屬人員，均應享有治外法權，方足以表示外交官之地位爲神聖不可侵犯。乙派則以爲外交官所屬人員亦得享有治外法權，不外乎一種特殊寬典。至於所在國所以予以此種寬典，一方面固然是尊重外交人員的地位，他方面則限於事實，有不能不予以同等待遇的趨勢者。須知所在國政府如將外交官所屬人員屏之例外，則如遇到後者觸犯法律之時，前者欲以領土法權向其行使，實際上確感到許多困難。故與其使此等屬員在外交官庇護之下避免法律的管轄，毋寧予

以特殊寬典，使其亦享受治外法權之爲愈。兩派之主張如此，今依吾人見解而言，則有一端須注意者，所謂外交官所屬人員，分析而觀之，不外乎下列數種：（一）家屬；（二）具有官職的外交人員如參贊、祕書等皆是；（三）無官職的普通人員如私人所用的醫生、教員及侍從人等皆是。第一種人與外交官個人關係最爲密切，故外交官而可以享受治外法權，則其家屬不能置之例外，自無待言。第二種人則其所處地位與所執行的職務亦屬外交性質。嚴格說來，固不能視爲一國的外交代表，但實際上說也是一種幫助辦理外交的人員，故爲便利行使其職務起見，在理自當享受治外法權，方足以襄助外交官辦理各項交涉。否則外交官個人享有種種特免權利，而其他外交人員仍須受所在國法律的管轄，則結果，不特使後者在辦事方面發生許多窒礙，且足使前者已得之治外法權，徒然消失其效力。至於第三種人，其性質全屬私人的契約關係，既非所屬國政府所任命的外交人員，自無行使外交職務之必要，所以我們以爲此種人不應且亦不必享受治外法權，實無

庸諱言。近代國際公法家對於此層亦有表示異議者，而於侍從人等亦可享受治外法權，尤爲反對，例如法國公法家美利捏克（Merignhac）即爲表示反對最力之人。但就國際慣例而言，除外交官的家屬及其所屬外交人員皆得享有特免權利外，即如外交官所雇用的侍從人等，竟亦不受所在國法律的管轄，此誠失之過當。尤可注意者，歐洲各國關於此方面在法律上的規定，亦覺辭義含混，未嘗加以顯明的區別。例如一八六一年日爾曼聯邦會議宣言第三款聲明：『凡大使之家屬及其個人所帶之侍從人等皆不受所在國刑事，民事，及警察法權之管轄。』又如一七〇八年丹麥國王所頒布之命令以及一六九二年西班牙政府所公布之法令，亦有類此性質的規定。這類的規定，我們以爲非加以修正不可的。

（三）外交官享有治外法權之時效問題應如何解釋

關於外交官享有治外法權之時效問題，應如何解釋，方爲得當，實甚簡單。我

人在上文業已說明外交官享有各項特免權利，一方面因爲尊重其所處之地位，他方面則迫於事實的需要，有非如此不能維持和促進國際社會的生活者。易言之，所在國政府爲使外交官便利行使其職務起見，故予以治外法權，並不是因爲他本身具有何種神聖不可侵犯的人格，遂使他超脫領土法權之外，而絕無他種權力加以制裁的餘地。此理既已闡明，則所謂時效問題，實不難迎刃而解。因就一方面言之，治外法權既非隸屬於外交官個人而屬於他所代表的一種重要官職，則一俟外交官卸去其官職，決無繼續享受特免權利之理，可以不辯而自明。若自他方面言之，則外交官所以享有治外法權，重在他有自由行使職務的必要。如此，則當其職務終了之時，即治外法權的時效取消之日，亦爲理論所當然，無足怪者。今按國際公法而言，大使或公使當其派往他國之時，隨身須攜帶一種圖書（或曰『信任狀』 *Lettre de creance*）以備呈遞他國元首，作爲正式就任的表示。當其卸任或撤回本國之時，亦必先向所在國外交部領得護照，然後可以安然出

境。故自大使或公使呈遞國書時起，到取得護照返本國時為止，此中所佔有的時間，即爲外交官享有治外法權的法定的時期。反之，其外交使命既隨原有的官職撤去而自告終止，則治外法權的時效自當隨之消失，可無待言。不過照國際慣例看來，凡大使或公使自甲國派往乙國時，往往先得乙國政府的同意，而後奉命赴任。在此情形之下，外交官在未呈遞國書之先，實際上不啻已獲得所在國政府的承認。職是之故，當他身入所在國國境之時，即可享受某項特免權利，例如所帶行李物件，得免受關吏檢查，沿途如發生事故，得不受當地法律的管轄等等皆是。上所述者，是對於外交官享有治外法權的時效問題所下的一種解釋，現在且看他經過第三國國境時是否亦享有治外法權。

(四) 外交官經過第三國國境時是否享有治外法權

當外交官由本國派往他國或由他國卸任回國之時，設或經過第三國國境

則所謂第三國是否亦予以治外法權。關於此項問題，一般公法家之意見，顯有不同。有人主張外交官享有之治外法權乃指特免所在國領土法權而言，第三國既非其所在國，則不必予以治外法權，自爲理論所當然，但爾貝喜 (Delpech) 卽主此說。又有人以爲外交官在第三國領土以內與所在國領土以內，情形完全不同，故就理而言，初無予以治外法權之必要，但爲特別優待鄰國之外交代表起見，亦不妨予以各項特免權利。所謂『純粹的優待』就是這個意思。例如畢各德 (Piggott) 卽抱此種主張。一八九五年國際公法學會曾討論此事，當時羅林 (E. Rolin) 亦主張當外交官經過第三國國境之時，亦可享受各項特免權利，但這係純粹的優待的性質，與在所在國時所享受者，不能視同一轍，而在實際上不過一種特殊寬典而已。故依我們從理論上所得的見解，則外交官在第三國領土內實不應享受治外法權。不過爲重視國際社會的生活并爲互相尊重邦交起見，第三國在相當限度之下，未嘗不可予以一種特殊寬典而已。至於此項寬典之應否撤消，則須

視外交官所構成之法律行爲是否侵犯其國之主權以爲斷。如情節重大，具有犯罪之性質，則仍當直接繩以當地法律的裁制，初不必間接運用他種權力以爲應付。要知道第三國所給予外交官的治外法權，其所依據者並非國際公法的原則，而僅爲一種國際的優待辦法。這是我們所敢斷言的。

理論方面之解釋如此，今就事實以觀，則須知十九世紀時歐洲各國政府對於外交官經過第三國國境時得享有治外法權，尙有表示反對之者，例如一八五四年美國駐西班牙公使由美赴西就任，道經法國，當時巴黎外交部即聲明僅以普通外賓的待遇招待之，不允予以各項特免權利。迨至一九〇〇年，有西班牙駐柏林之公使由德國卸任返國，道經法國，巴黎外交部始於此時發布宣言聲明，凡他國外交官經過法國領土，法政府亦以公使之禮儀對待之，同時且予以不受當地法律管轄的特免權利，以示寬待。他如英美等國家，雖未嘗有實例可舉，但其政府亦默認此項寬典。所欲注意者，不過在美國關於此項寬典之時效，限制頗嚴，而

在英國則凡有涉及他國外交官在該國境內發生任何法律的爭執事件，英國法庭仍有自由判決之權。所以嚴格說來，外交官在第三國領土內，得享真正的治外法權，還不是一種普遍的事實。

(五)所謂不可侵犯權利是否外交官享有治外法權之一部

所謂『不可侵犯』(Inviolabilité)權利，是否外交官享有治外法權之一部？要想解答這個問題，就不能不把那『治外法權』與『不可侵犯權利』的性質，再來說明一下。依我們看來，所謂『治外法權』與『不可侵犯權利』雖說都是外交官所應享受者，但是強把他們拉攏一起，在理論上講來，總覺難以自圓其說。何以故？因為外交官享有治外法權的用意，在使他避免所在國法權的管轄。所謂避免法權的管轄，淺言之，就是不受法律的干涉，所以仔細想來，實含有一種不受合法的干涉的意義在內。合法的干涉與非法的侵犯，性質上完全不同。例如外

交官無端違背所在國的警律，當地警察即無直接干涉之權。這便是因為外交官享着治外法權，所以即使警察的干涉，係完全合法的行為，也是不能執行。至於非法的侵犯，不過指當地人民對於外交官所施的非法行為而言。例如有意侮辱，毆打，甚至殺害外交代表，那都可視為非法的行為。這種非法的行為，當地官吏應該絕對的禁止，自然也是國際法上所應承認的。但是此事的性質，與上面所說的警察無權干涉的事，不能認為相同，則不啻昭然若揭。總之，『治外法權』的用意，在乎不受當地法庭或警廳的合法的干涉；而『不可侵犯權利』的用意，則在乎不受當地政府或人民的非法的侵犯。前者以法權為對象，國家所以給予外交官『治外法權』已經變為國家對外的『法律的義務』(l'obligation juridique)。後者則以人物為對象，國家所以承認外交官享有不可侵犯的特別權利，乃是國家對外的『道德的義務』(l'obligation morale)，卻不能視為『法律的義務』。二者之區別，既已明白，則『不可侵犯權利』不屬『治外法權』之一部，我們便

不難徵信了。

『不可侵犯權利』不屬『治外法權』之一部，既如上文所述，現在且看所謂『不可侵犯權利』究竟含有怎樣的意義。關於此層，法國國際法家福熙（P. Fauchille）嘗謂外交官享有不可侵犯權利在近代國際公法上，亦占一重要地位，因為外交官究為國家的外交代表；所在國人民如有侮辱外交官的行為發生，間接言之，無異侮辱其所代表的國家，故特別尊重外交官的不可侵犯權利，在國際社會中，要為文明國家所應公認的一點。庇德利（Pictet）亦謂『不可侵犯』四字係一種保障外交官行動自由與安寧之必要權利，故所在國必須加以尊重，方足以言履行國家對外的道德的義務。由此看來，所謂外交官的『不可侵犯權利』雖然不屬治外法權之任何部分，但牠的意義也很重要，所以我們不妨附帶的在下面說明一下。今為便於了解起見，可把外交官的不可侵犯權利分為兩種：

（一）外交官個人的不可侵犯（*l'inviolabilité de la personne*）；（二）使館的不

可侵犯 (l'inviolabilité de l'hôtel de l'ambassade)。關於第一種，分析言之，有下列三項：(1) 生命財產的保護，(2) 言論的自由，(3) 通信的自由。一國政府對於外國外交官的生命財產，負有特別保護的責任，當然不必申論。倘或當地人民發生侮辱，狙擊，或殺害他國公使或大使之事，則政府當局便應該將犯罪之人，迅加逮捕，治以相當之罪；一面且應向使臣所屬國家，鄭重道歉，以重國際道德。如果昧於此點，處置不當，小則引起交涉，大則釀成戰爭，影響於國家全體，初非當時所能料及者。例如中國在清代光緒辛丑年時，拳匪無端作亂，當時德國駐華的公使，竟遭拳匪殺害，而清政府束手無策，結果遂釀成重大的糾紛，和非常的禍患。這便是國家忽視了這種國際的道德，遂有此事發生，吾人所當引為惋惜的。至於外交官的言論自由的保障，自然也是十分重要。但如外交官發言不慎，甚至措詞荒謬，足以妨害所在國之主權，則所在國政府仍可設法取締，或警告他不得再有此事發生，或直接要求其政府，將他撤回，一視情勢如何以為斷。例如一九二七年十月，

蘇俄駐法大使倡言世界革命，語涉法國內政，有侵犯其國主權之嫌疑，法政府乃向蘇俄交涉，卒達撤換大使的目的。此即外交官發言不當之所致。至於第三項，外交官享有通信的絕對自由，亦為各國所承認。故平時外交官之往還信件均不受檢查，已成為一種國際慣例。但至戰爭發生時，此種書信之自由，實際上亦受非常限制，因中立國為保障自己國家之治安起見，仍得打破成例，嚴加檢查，以防流弊。例如一九一四年歐戰發生時，許多中立國皆檢查德奧與協約國兩方外交官之重要信件，便是明證。

所謂外交官個人的不可侵犯，大概限於上文所述的三項權利。這三項權利，世界各國，差不多大致承認。所以用不着何種法律的根據再來加以規定。惟歐美國家以前與中國所訂的條約，內用專款規定，此實特別的例子，值得我們注意者。按一八四二年中英江寧條約第三款云：「……至在京師租賃地基或房屋作為欽差大臣等公館，大清官員亦協同襄辦，僱用夫役，悉隨其意，毫無阻攔。對待大英

欽差公館眷屬隨員人等，如有越禮欺藐等情，則該犯由地方官從嚴懲辦。」又第四款云：『大英欽差大臣並各隨員等皆可任便往來。收發文件，行裝箱件，不得有人擅行啓拆。無論沿海各處皆可專差遞送公文，大清驛站差員，應一律保護照料。……』一八五八年中法條約第二款云：『……凡進京之欽差大臣公使等，當其暫居京師之時，無不按照情理，全護施恩。其所謂施恩者，乃指所有身家，公館，與各項來往公文書信等件，皆不得擅動，如在本國無異。』這些專款所規定的，仔細觀察，也不外乎外交官之生命財產的保護，言論的自由，以及通信的自由等三項權利，歸納起來，就是對於外交官個人的不可侵犯，完全尊重。不過不惜要在條約內專款載明這事，總覺得是一個特別的例子。中國將來與列強重訂新條約時，也該把他取消纔對。

講到使館的不可侵犯，（易言之，就是外交官館舍的不可侵犯，）則有三個要點，不能不注意者。第一點，許多公法家以爲使館的不可侵犯，就是使館的治外

法權，這是很錯誤的見解。實則即就使館的治外法權而論，仔細看來，亦僅屬於上文所講的五項特免權利的一部，初無單獨存在的必要。譬如使館內的不動產與動產，皆可不納各項捐稅，這便是豁免了所在國財政的法權的管轄。又如使館內所有人員，上至大使公使下至隨員祕書，皆可不受當地官吏的合法的拘捕，那便是豁免了所在國警察法權的管轄。凡此兩端，已足以證明使館的治外法權的性質，初與外交官享有五項特免權利，根本無甚差別。所以以前歐洲國家中雖有用法令規定此項治外法權（例如一八一六年，日耳曼聯邦會議議決案中有云：『外交官之館舍依據國際公法得享有治外法權，』）但至今日，實際上再也用不着特別的聲明。這是我們所應注意的一點。第二點，因為使館的不可侵犯，遂推想到使館界的不可侵犯而造成一種『使館界的特權』（la franchise des quartiers）。那更是一種絕無根據之說，不值我們一駁。須知使館的不可侵犯，還可說是由於外交官個人的不可侵犯的觀念演繹出來，所以國家要特別保護外國的大使或

公使，就不能不連帶的特別保護使館。至於使館界內一切人民，都應該特別保護，那不是一種笑話嗎？福熙嘗謂這種畸形的使館界的特權乃係國家濫享非法權利的結果，真可說是一針見血之談！按歐洲外交史所載法國國王路易十四派拉伏登（Lavardin）往羅馬教王宮庭充任大使時，曾予以衛士八百人作守衛使館界之用，當時即有人斥爲濫用強權，以致造成此種畸形制度。此雖過去陳迹，而觀諸現在國際事實，竟猶有這種畸形制度存在着，那不能不視爲國際公法上一大污點。別的不論，即像中國舊北京的使館界的特權，至今依然沒有撤消，已足使人大惑不解。按舊北京使館界的成立始於一九〇一年辛丑條約，該約第七款有云：『大清國國家允准各使館境界作爲專與住用之處，並專由使館管理。中國人民，概不准在界內居住。』自此約成立後，中國在舊北京使館界內的領土法權，遂於無形中削奪盡淨，而所謂使館界的特權，遂被一般人錯認爲一種治外法權，幾致魚目混珠，是非莫辨，其足以損壞中國固有的主權，早爲有識者所共見。所以這樣

的特權，不但不是外交官應有的不可侵犯權利，並且也不是他所享有治外法權的一部。在條約上雖然有根據可尋，但在法理上總是說不過去，這是我們所尤應注意的一點。

至於第三點，就是外交官利用『使館的不可侵犯』而構成的非法的權力，叫做庇護權 (*Droit d'asile*)。這種庇護權的不合國際公法的原則，我們亦可暢快的說明一下。我們以為照道理上講來，使館庇護任何罪犯，是不應該的。不論在使館中庇護的人為何種罪犯——本國人或他國人——所在國政府均有權向公使或大使引渡，解歸本國法庭，按律懲治。若他國大使或公使，堅持使館享有治外法權之說，拒絕交出，則須知使館的治外法權，僅限於使館內與外交官本身職務有關係的人員（即享有治外法權的人），而不能涉及他種不相關係之人。今其所庇護之罪犯，姑不論其居於何國國籍，苟非本身享有治外法權之人，則按諸法律，謂能拒絕引渡，實無理由可言。故凡當外交官拒絕引渡罪犯之時，所在國并可

運用他種必要權力，向他直接行使。例如向使館搜捕罪犯，即其一端。若外交官利用使館爲不可侵犯之說，反對警察搜捕，則要知『不可侵犯』云者，本爲防止施以非法行爲之謂，今外交官自己行爲已不合法，所在國乃以合法行爲應付之，是與『不可侵犯』四字，明明不相牽連，復安有反對的理由之足云？明乎此義，可知庇護權之不能成立，爲現代國際公法家所不應否認，實在是一種必然的道理。

雖然，近代國際公法家，頗多主張使館縱無庇護普通罪犯之權，但如所在國之政治犯，逃入任何使館，以求保護，則外交官仍有庇護罪犯拒絕交出之權。實則政治犯與非政治犯在性質上雖有多少區別，但使館予以庇護，要亦不可謂爲合理。關於此點，著名公法家白倫智利 (Bluntschli) 反對使館有庇護政治犯之權，最爲堅決。^④按白氏所見，有三種很强的理由，可以說明使館庇護政治犯之不當。第一，所謂政治犯與普通罪犯之性質雖有不同，但欲區別其犯罪行爲究竟是否政治性質，有時頗爲困難。且有時普通犯罪之人同時又屬政治犯，則是否列入普

通犯罪性質，抑爲政治性質，尤覺不易斷定。故爲免除此種法律上的爭執起見，使館最好并此政治犯而不加庇護，乃爲得當。其次，外交官之使命只在如何保護自己國家的利益，今他所庇護的政治犯，既與其本國利益，毫無關係，則其庇護權之不能成立，尤可不辨而自明。復次，所謂政治犯不外乎一種圖謀傾覆所在國現有政府的重大罪犯，今外交官對於所在國政府所欲拘捕的罪犯，特加庇護，不允交出，這是無異自願參與內亂，或有意干涉內政，謂非侵害國家的主權，誰能信之？上述三端，允稱解釋恰當，故吾人亦以爲政治犯與其他普通罪犯情形相同，使館不但不應加以庇護，且亦不應拒絕引渡。須知就法理而論，使館并非外交官所屬國家之土地而仍屬所在國領土之一部，故在他國境內之政治犯，縱可避免引渡，而在使館內躲避之政治犯，則仍當交還所在國政府，由他按律懲治，方屬合理。或曰，使館之所以要庇護所在國的政治犯，其動機也是很正當的。易言之，就是庇護政治犯，完全是一種人道主義的觀念驅迫使然，並沒有他種不良的觀念羈雜在內。

這樣的見解，依我們看來，未嘗不含有一些真理，可是就嚴格的法理立論，這種行為，總是抵觸國家的主權，總不免有干涉一國的內政的嫌疑，所以在國際公法上要把『使館有權庇護政治犯』一事，認為一種確定的原則，無論如何，還是不大能成立的。

這是從理論方面說來如此，今就國際的事實看來，則近代各國政府一方面固然有不復承認使館可以庇護政治犯的傾向，他方面則不顧信義，不辨是非，濫用這種『使館的不可侵犯』的權利來侵害他國的主權，這些事情，還是常常發生。尤可注意的，就是強國駐在弱國的公使，每當所在國發生一次內亂或是政變的時候，即多一次庇護所在國的政治犯的事情。如果他們真正爲了人道主義，來做這些觸犯國家主權的事情，理論上雖說不過去，事實上卻還可原諒。所可嘆息的，不過由於這樣的動機而發生的事實到底還是極少。如南美洲的智利祕魯及墨西哥，近東的土耳其與希臘，因爲常常發生內亂和政變，所以歐美諸強國駐在

那幾國的公使，利用其使館的不可侵犯的權利來庇護政治犯，以延長其內亂的事件，也是屢見不鮮。自一八五一年至一九一四年止，前後發生使館庇護政治犯的事實，共有百數十次的多，惜本文限於篇幅，不能一一列舉。但於此已可徵信使館庇護權之不能成立，實爲國際公法家所應公認的一點。至於列強駐華使館任意庇護中國政治犯的事情，更是司空見慣，不足爲奇。譬如民國八年八月政變，安福派失敗的時候，日本駐京使館，公然庇留內亂罪魁段芝貴等九人，拒絕引渡，不過是一種比較顯明的例子。按當時日本公使小幡庇容段芝貴等之後，曾以左列通牒知照北京外交部，略謂：

『日前段芝貴，徐樹錚，丁士源，朱深，梁鴻志，曾毓雋，姚震，王郅隆，姚國楨九人來日本公使館，各自求一身之保護，公使館顧國際之通義，與中國已往多數事例，認爲事情不得已，決定對於諸人加以相當之保護，收容於使館護衛隊營……』

嗣後北京政府向日本公使嚴重交涉，日本政府即發表一宣言，公然表示，無論中國政府判決段芝貴等九人何等罪名，日政府一律拒絕引渡。類此事實，其爲濫用『使館的不可侵犯』權利，而有意蔑視中國主權，實是昭然若揭。因爲即使日使藉口庇留的人確是政治犯，在國際公法上已經是很難解釋，何況日本政府竟公然宣言無論何等罪名一律拒絕引渡，那明明是有意庇護普通的罪犯無疑了。

但當使館庇護政治犯時，所在國政府爲維持國家自己的主權起見，亦有毅然運用他種必要權力，以達到引渡罪犯的目的者。這種事實，在外交史上也可尋出一二個例子。例如一七四七年有一瑞典人名斯潑林極 (Springer) 者，犯了叛國之罪，逃往瑞典的英國使館，要求收容，英使允之。後來瑞典政府得悉此事，迭向英使交涉引渡，英使均表示拒絕。瑞典政府不得已，乃以重兵包圍英使館，勒令英使交出罪犯，卒達引渡目的。一九二七年俄國駐華使館，亦有庇護罪犯參與內亂的證據發見，因此引起北京政府派軍警搜查俄國使館的事。這種派遣軍警直接

拘捕罪犯的舉動，原來是一種不得已的辦法。因為他是應付外交官濫用『使館的不可侵犯』權利的一種自衛手段，所以就法理立論，並不能說是違背國際公法，這是我們也應該注意的一點。

①見 A. G. Heffter, *Le Droit International de L'Europe* 法文譯本第八十六頁。

②見 Alphonse de Heyking, *L'Exterritorialité* 第三十五頁。

③見前書第三十七頁。

④見 Bluntschli, *Droit International Codifié* 法文譯本第一百五十頁。

第三章 元首的治外法權

(一) 元首享有治外法權之性質與內容

元首享有治外法權之性質，與外交官享有治外法權之性質，大體言之，初無殊別。顧有一點須注意者，外交官爲一國之官吏，其職務與地位，雖較服務於國內之一般官吏微有不同，而其本身之進退，要須聽命於本國政府之命令，則與其他官吏無異。因此外交官之行爲，一方面固可避免所在國法律之管轄，他方面仍須受所屬國權力之支配，則可斷言。質言之，他所豁免的，僅限於所在國之領土法權。故當其行爲侵犯所在國之主權時，後者在特殊情形之下，仍得要求所屬國政府直接加以處置（參閱第二章）例如撤回大使或公使，卽一明證。至於元首所代表者爲一國之最高權力，則其地位之重要尤勝於外交官，要屬無疑。職是之故，當

其身在他國領土範圍以內之時，所在國除予以同樣治外法權之外，尤應特別寬待，以示尊敬。縱使其所發言論或在實際的行動方面，有何觸犯國家主權之處，所在國只可設法加以制止，而不能視同大使或公使然要求其本國撤回，此即二者不同之所在。除此一點外，元首享有之治外法權，實即等於外交官所享有的治外法權，故充其量亦僅限於五項消極的特免權利，易言之，即所謂豁免所在國之民事，刑事，警察法權以及財政與宗教方面的法權之管轄。關於此五項特免權利之種種解釋，已詳見第二章所述。由此可知元首在他國領土範圍以內所享有的治外法權，其內容亦並無特點可言，這是很可相信的。

依一般國際公法學者的觀察，元首得享有同樣的治外法權，早已成爲國際公法上公認的原則，無敢否認者。惟關於『元首』之解釋，法學家的意見，並不一致。一派主張君主國的君主與皇太子，可以享有治外法權，而共和國的總統，則不在此例。例如俄國公法家愛金⊖即力主此說。另一派則以爲『元首』一詞應

指一切國家——無論專制國家，立憲國家，共和國家——的元首而言，故不論君主國之君主，與共和國之總統，皆可享有治外法權。例如荷蘭公法家潑拉格①即抱此種見解。今依吾人所見，則當然採取後一派的說素。至其理由，則有兩端可述。第一，須知十八世紀以前的歐洲各國，所以承認外國元首享有治外法權，其唯一根據，無非承認他本身是怎樣的神聖不可侵犯。當此之時，帝王的權力，足以主宰一切。元首在本國領土以內，既可不受一切法律的拘束，而在他國領土以內，反須受其法律的管轄，自爲情勢所不許。但至今日，『主權在民』之說，早已深入人心。元首在自己國內的權力，與前既然不同，則現在他國境內享有治外法權的根據，自亦不能不隨之改變，蓋無疑義。因之，尊重君主國帝王的地位，與尊重共和國總統的地位，實際上並無什麼區別，既然沒有什麼區別，則君主國元首苟能享有治外法權，共和國元首便不應置之例外，實可不辯而自明。第二，誠如愛金所言，共和國總統不過爲國家最高級行政長官，當其任務含有外交性質時，固未嘗不可享

有治外法權，但與君主所處之地位，要有多少區別，則吾人須知甲國元首——不論君主與總統——至乙國境內訪問其元首之時，其重要任務，總不外乎政治與外交。有時雖曰尋常的國際酬酢，但於此尋常酬酢之中多少含有外交的意味在內，則又可想見。故實際而論，一國元首在他國境內所以能享有治外法權，其在法理上的依據，與外交官情形頗相彷彿，一言以蔽之曰，互相尊重國家主權而已。既曰互相尊重國家主權，則只要是代表一國主權的元首在理均得享受治外法權，又安有君主與總統分別之可言？一八九一年國際公法學會嘗規定享有治外法權之元首僅限於君主，而將總統屏之例外，此實拘泥於以前公法家之學說有以致此。但當一九一八年十二月歐戰方終之時，美國前總統威爾遜（W. Wilson）由美至英，英政府特以對待君主之禮待遇之，可知國際實例已有更變前說的傾向。

(二)元首所屬人員是否亦享有治外法權

元首享有治外法權之性質與內容，大體言之，既與外交官享有之治外法權，無甚區別，則其所屬人員，與外交官所屬人員情形相似，當然亦可享有同樣的特免權利。但關於此方面之解釋，公法學者之主張亦非完全一致。例如馬兒頓 (de Martens) 即反對元首所屬人員不應享受特免權利，其理由爲元首係國家最高權力之代表，故就其地位而論，當然可以豁免所在國領土法權之管轄，若其家屬、侍從及其他隨員等等，既非代表國家權力之人，則不應予以同樣權利，自爲理論所當然。類此見解，顯係片面之辭，吾人亦未敢表示贊同，吾人以爲元首享有治外法權，其在理論上之充分的解釋，本爲互相尊重國家主權而引起的一種事實的需要。易言之，元首享有治外法權之目的，亦不過便利其任務之進行而已。惟其如是，故凡與元首的任務發生密切關係之人，在理亦當享有各項特免權利，而後

元首方可不受種種束縛。顧有一言須申述者，所謂與元首的任務發生密切關係之人，要限於當時隨從之人員，而不能將其他官吏概括在內。例如同行之妻女，隨員，祕書等人，方可置在享有治外法權者之列，因為此種人對於元首，猶如館員對於大使或公使一樣，多少有些連帶的關係。按國際慣例而言，元首及其所帶的隨從人員，均可享有治外法權，不啻已為各國所公認，故事實上此項問題已無重加討論之必要，今且進而說明「元首對於其所屬人員能否行使法權」的問題。

(二) 元首對於其所屬人員能否行使法權

關於此項問題，國際公法家之意見，大都不承認元首在他國境內有何種法權。可向其所屬人員直接行使。其理由可分為兩端說明。第一，自元首方面立論，他所享有的治外法權，目的固在豁免所在國領土法權之管轄，但須知豁免領土法權之管轄，並非允准他自由行使法權之謂。換言之，他所享有者，僅為各項消極的

特免權利，而非一種積極的法權；其情形正與外交官相同，這是吾人細繹前章所述，可引爲徵信的。職是之故，元首在他國境內，如貿然行使自己國家的法權，用以懲罰所屬人員，那是不特不能了解治外法權的根本意義，且有利用治外法權以侵犯所在國主權的嫌疑。在此情境之下，所在國政府惟有善用他種權力加以抑制之一法，因元首非外交官可比，決不能輕易使他出境之故。第二，若從其所屬人員方面觀察，則其本身雖然因爲與元首發生連帶關係，亦得豁免所在國法律的管轄，但須知所謂豁免所在國法律的管轄，並非使他直接接受元首個人意志之自由處置。譬如隨元首同來之任何屬員，發生不利於元首之任何行爲，（如意圖暗殺，或任意毀謗，）則處置之法，不外乎兩途：或暫時撤消他屬員的治外法權，仍交所在國法庭審判；或將犯罪之人送歸本國，由本國法庭審判。除此兩途外，元首如欲在所在國領土以內，自己直接加以懲治，則結果明明侵犯所在國的領土主權，無論如何解釋，要難自圓其說。由乎上述兩端說明，可知元首在他國境內，對於其

所屬人員不得自由行使法權，實爲一種合理之主張。根據此種主張，吾人對於國家反對他國元首在其國境之內自由行使法權，實無可非難，例如一八七八年波斯王在倫敦貿然懲罰他的屬員，竟致於死。當時英政府曾提出嚴重的抗議而無效，但此種抗議，固極合理，則吾人所可深信者。

(四) 元首享有治外法權之制限問題

元首及其所屬人員在他國境內可以享有治外法權，惟元首在所在國領土以內不得向其隨帶屬員及侍從等人直接行使法權，此意已於上文分別說明。茲所欲解釋者，卽爲『元首享有治外法權之制限問題。』

何謂制限？質言之，卽在某種情形之下，元首不得享有治外法權。關於此項問題，可分爲三層申述：第一，當元首用私人名義或假託姓名旅行 (*incognito*) 至他國時，所在國得不予以治外法權，因其本人既不欲使他人知其爲元首，則關於

他的一切待遇，自當視同一般尋常外人看待，而予以同樣的法律的管轄。但當元首遇及觸犯所在國法律或發生其他特別情形時，倘或正式向所在國官吏說明真相，則爲尊重其特殊地位起見，仍可予以特免權利。例如一八七三年荷蘭國王不用元首名義遊歷至瑞士，偶爾觸犯瑞士的地方法律，遂被警吏科以罰金若干法郎。其後國王曾向警吏說明原委，故仍得將罰金取回。這種極有趣味的事情，便是一個很好的例子。

其次，當元首在他國境內時，如用私人名義（*comme une personne privé*）對於他人發生民事訴訟，（如賠償，負債，及關於私人契約方面之糾葛等情，）則所在國法庭亦可向他行使法權，初不因他享有治外法權之故，遂將此種純屬私人方面的民事訴訟，置之勿顧。但關於此項制限，近代公法家之意見，並不一致，仍有主張即在私人名義之下發生各項民事訴訟，元首亦得不受所在國法庭直接處理，因其地位之尊嚴，究與外交官不同，故未可與後者相提並論（關於此節參

閱第二章第一節。)例如潑拉格，即抱如此見解。實則依吾人觀察，元首在私人方面發生之民事訴訟，其情形與外交官並無不同，自當另眼看法，較爲合理。須知凡因私人財產或契約問題而引起之法律的爭執，實際上與元首之任務，絲毫不相牽涉，對於其地位之尊嚴，亦無何等不良影響，故當此種純屬私人性質之民事訴訟發生之時，元首享有之治外法權，在理應受一度的制限；而所在國法庭在判決此類案件之時，亦當超脫政治勢力的支配，以期獲得公平的解決。法國著名法學家如庇顏 (Pillet)，衛士 (A. Weiss) 等等，固亦主張元首在私人名義之下，如與他人發生財產或契約訴訟之事，所在國法庭有秉公辦理自由判決之權。但是法國法庭遇到此種案件發生，大都以『無職權』 (incompétent) 一詞打消之，此即政治勢力無形中牽制法官的結果。惟一九二一年三月意大利羅馬高等法院曾爲奧大利元首私人方面之民事訴訟，判決一次，結果奧國元首完全敗訴。於此亦可徵信元首享有的治外法權，在此等情形之下，誠有不能不受到一度制限的

趨勢。

復次，已經退位的元首，如至他國境內，亦不得享有治外法權。此說不特現代國際公法家都主張如此，即以前君權極盛時代的公法學者，亦皆承認。譬如國內發生革命或政變之後，被迫退位或自願取消王位之君主，身抵他國境內，所在國即可不必予以各項特免權利。此無他，因其本身之地位，既與尋常國民相同，則按諸國際公法原則，『凡在國家領土以內之異籍人民概須受領土法權之管轄，』當然不能置之例外，仍容他繼續享有治外法權。職是之故，一八四八年退位之法國元首路易菲力潑 (Louis Philippe) 與一八一八年退位之德皇威廉第二 (Guillaume II) 皆不能在他國享有治外法權，這都是很明顯的道理。至若任期終了之共和國總統至他國遊歷之時，不得襲用總統名義，享有各項特免權利，亦屬事理所當然。倘使所在國政府爲了尊重他個人的道德與品望起見，特別予以一種寬待，則實際上此種待遇與所謂治外法權，要未可相提並論。這是因爲他本

身的地位，既與普通外人無甚差別，則所在國之領土法權仍得隨時隨地向他行使，自然是可以的，并且也應該的。

①見 Alphonse de Heyking, *L'Exterritorialité*, 第一二一頁至一二八頁。

②見 L. Van Praag, *Juridiction et Droit International* 第二三〇頁至二四〇頁。

第四章 其他享有治外法權者

(一) 國際聯盟盟員之代表及聯盟所屬職員

外交官及元首得享有治外法權，已如前兩章所述。除此以外，又有幾種人亦享有此種特免權利，例如國際聯盟 (Société des Nations) 盟員之代表，聯盟所屬職員，以及常設國際裁判法庭 (Cour Permanente de Justice) 之法官等等皆是。茲分別申述如左：

國際聯盟為大戰後產生之一種常設國際的政治機關。就其性質言，固與普通所謂國家及其他含有國際性之組織，完全不同。顧就其代表及職員所處之地位言，則與尋常大使公使及其屬員初無顯著區別。故為便利其行使職務起見，外交官所享有的一般治外法權，他們在理亦得享受。按國際聯盟規約第七條中有

云：『盟員之代表及本聯盟所屬職員，當其從事本聯盟職務之時，當享有外交官特免權利，各項房屋及其他產業爲本聯盟職員或參列本聯盟會議之代表所佔領者不受侵犯。』○於此可見國際盟約內已明白規定外交官所享有之治外法權亦當給予盟員之代表及聯盟所屬職員。但於此有一點須注意者，自外交官所享之治外法權言之，其唯一的意義爲特免國家之領土法權的管轄，而所謂領土法權，又有一定的行使範圍，蓋可無疑。今國際聯盟係世界各國合組而成，其本身既非國家，自無領土之可言；既無領土，又安有領土法權之範圍之足云？則所謂治外法權，果指何種區域，何種對象而言，豈非一大疑問。關於此層，國際公法學會在維也納舉行一九二四年常會時，曾加以精密的討論。結果一致主張盟員之代表及盟內職員所享之治外法權，不僅限於其執行職務之時，且限於其執行職務之所在地。按聯盟規約第七條明白規定：『本聯盟之所在地定於日內瓦（Geneva）。』○日內瓦是瑞士的城市，瑞士又爲聯盟盟員之一，則就事實而論，瑞士對於盟員

之代表與盟員職員，實爲行使領土法權的國家；代表與職員所享受的特免權利，實卽豁免瑞士的地方法律管轄之謂。但瑞士是個聯邦國，國際聯盟是個國際的政治機關，二者絕非一物，這是盡人皆知者。故自法律方面觀察，二者之間如果發生困難的問題，令人不易解釋，自在意料之中。例如一九二六年匈牙利出席聯盟首席代表貝脫倫 (Bethlen) 在國際聯盟執行職務時，忽爲匈牙利少年名于斯 (Ivan de Justh) 者所毆辱。當時聯盟祕書廳特囑日內瓦警察加以拘禁，嗣後匈牙利駐瑞士公使代辦白郎顏 (Zoltan Baranyai) 復要求日內瓦法庭科以重罰，以其無端侮辱聯盟的代表，其罪爲不可恕之故。但彼時匈牙利少年曾以被告之地位，向法官竭力陳訴；而居於原告之地位者，卽爲匈牙利公使代辦白郎顏。按治外法權原則及國際慣例，外交官既然豁免所在國的刑法的管轄，照例卽無出席任何法庭之必要，今匈牙利公使代辦，乃爲聯盟事由而破例爲之，是無異自願撤消他的特免權利，此誠使人大可玩味之事。又按瑞士聯邦國刑法典第四十

三條規定，凡有人毆辱他國之外交官，在聯邦國法律管治之下，須予以二年至二年以上之監禁，及二千法郎之罰款。今匈牙利少年所毆辱者，係出席聯盟之匈牙利代表，而非常駐瑞士之匈牙利公使，則就法理而論，是否照此規定辦理，抑須另行處置，亦屬不易解答。因聯盟本身既非國家，故事實上並無一定的領土法權可以施諸任何犯法之人，可是絕對的依據瑞士聯邦之法律，用以處置一般為聯盟而犯法之人，是否完全適當，吾人亦覺難以斷定。

此外又有一端可注意者，按國際公法原則，外交官之屬員亦享有治外法權，故凡關於外交官與屬員或屬員與屬員間之法律的糾紛，（例如權限之衝突，合同之解除，以及其他爭執等事）概由其本國政府自行處置，初非所在國之法權所能管轄者。今就國際聯盟之祕書長及祕書等地位而言，他們既然享受治外法權，則關於祕書長及其屬員間之法律的糾紛，將由何種法律處理之，也是一個困難問題。蓋自一方面觀察，聯盟所在地（即瑞士）之法庭，因其享有治外法權

之故，已不能從中干涉，但從另一方面觀察，聯盟本身，又無一定之法權可以自由行使。故結果所致，聯盟所屬下級職員，偶受高級職員之非法待遇，每感無從陳訴之苦。例如一九二五年有一秘書名孟諾 (Francis Monod) 者，因合同未滿，忽被秘書長辭退，乃依據普通法律，申辯不服。顧以其享受治外法權之故，瑞士法庭照理不能受理；而聯盟又非國家可比，欲其直接用法律解決此事，又屬無望。④類此事實，雖屬鮮見，但其所含之困難，則甚顯然。聯盟有鑒於此，乃有設立裁判機關的提議，其目的即在用適當方法解決一切關於職員具有法律性質的衝突。此外聯盟附設之國際勞工局 (Bureau International du Travail) 局長，亦創設一行政法院 (tribunal administratif)，專為判決關於職員與局長間發生法律的爭執之用。如此辦法，可謂較為妥當。須知所謂享有治外法權，原指不受所在國之法律管轄而言。但一方面固然不受所在國的法律的管轄，他方面即有受所屬國領土法權管轄之必要。這個原則雖曰適用在外交官及其所屬人員，但聯盟所屬之各級職

員要亦未能外乎此例，所不同者特其本身之組織，與國家截然兩事，故在許多地方，不免發生特別情形，此則我們所當明瞭的一點。

除上述兩點外，吾人尤須考慮者，即爲盟員之代表所享有外交官特免權利之時間問題。質言之，按聯盟規約第七條所規定：『當其從事聯盟職務之時，當享有外交官特免權利』所謂『從事職務之時』是否僅指實際的執行職務時間，抑含有較廣的意義在內，吾人認爲有加以確定的必要。就外交官所享有之治外法權之时效以觀，凡自本國政府派往他國就任大使或公使之職，以迄奉命歸國卸其原職，其間時期，均得享用特免權利。則爲尊重盟員之代表之地位起見，在理亦須如此規定，方爲正當。但現代公法家之意見，頗多主張盟員之代表所享有之特免權利應專限於其執行職務之際，而不應將職務尙未執行或已經終了之時期一律概括在內。類此規定，從事實看來，徒然不生效力，不特不生效力，且可因此引起種種的糾紛，似乎不是優待盟員代表的本意。

(二) 海牙常設國際裁判法庭法官及其所屬職員

海牙常設國際裁判法庭之法官，亦得享受外交官特免權利，此亦理論所當然，無足怪者。故一九二〇年十二月國際聯盟第一次代議會所通過之國際裁判法庭組織法 (Statut de la Cour Permanente de Justice) 第十九條，即有關於此事之規定。按此項規定，有三點可述：(一) 常設國際裁判法庭之法官，當其從事執行職務之時，當享有外交官的特免權利。(二) 法庭所屬之職員（如書記長等等），同時即係國際聯盟一部分之職員，故按聯盟規約第七條之規定，亦當享有外交官特免權利。(三) 凡由法庭所佔領之房屋與產業，依據聯盟規約第七條，亦不受侵犯。

在常設國際裁判法庭未成立之先，早有國際裁判機關之設立，期以一種和平的手段，解決國際間之爭端。例如一八九九年第一次海牙和平會議所議設之

常任仲裁法庭 (Cour Permanente d' Arbitrage) 即規定在是年七月海牙和平公約第二十四條內。但關於仲裁法庭之法官享有外交官特免權利，則至一九〇七年第二次海牙和平會議時所訂立之和平公約第四十六條，方予以追認。故此種仲裁法庭之法官，在理亦可置於享有治外法權者之列。

(二) 其他服務於國際的政治機關之職員

其他爲某種國際的政府機關服務之人員，亦得享受同等之特免權利。例如多腦河流域委員會 (La Commission Européenne du Danube) 之委員，依據一八七八年七月柏林條約 (Traité de Berlin) 第五十三條所規定，亦得享受外交官特免權利。他如剛果國際委員會 (La Commission Internationale du Congo) 之委員，則根據一八八五年二月柏林會議之議案，亦曾享受此項特免權利。此皆顯明的事實，可以引爲參證的。

(四)蘇俄商務代表應否享有治外法權

申述至此，有一事不能不說明者，即蘇俄之商務代表 (La Delegation Commerciale des Soviets Russes) 是否亦當享有治外法權？關於此點，國際公法學者大都主張商務代表與外交官之性質完全不同。其所負之使命只在設法發展蘇俄與他國間之國際貿易，初無行使外交職務的必要，故就治外法權原則及國際慣例之論，不能予以外交官特免權利，不啻昭然若揭。故蘇俄商務代表在他國獲得的治外法權，不能說是根據國際慣例，只可說是用他種政治的手腕得來的。所謂政治的手腕無他，即用種種外交方法，要求與蘇俄締結商約的國家，予蘇俄商務代表以一種特別待遇而已。例如一九二四年八月英俄所締結之條約，即曾明白規定蘇俄商務代表得享有外交官的特免權利。顧當時英國國際公法家，頗有反對此種條約之規定者。不第法學家有如此觀察，即當英國下議院通過此項條

文之時，英國政治家亦曾爲反對此事而引起劇烈的辯論。不過此種條約成立以後，蘇俄商務代表所享有的治外法權，不啻已有法律的根據，縱與國際公法之原理不能認爲符合，但至少締約國不能不承認其享有治外法權，則固無庸諱言。職是之故，一九二七年四月英國政府有搜查倫敦蘇俄商務代表的館舍的事實發生。當時蘇俄政府即認爲英國政府故意破壞其治外法權，以致引起重大的交涉，結果遂促成兩國邦交的斷絕。平心而論，蘇俄駐英大使，既已享受治外法權，則與外交官性質不同之商務代表，根本上即無須予以同等的特免權利。至謂商務代表亦係代表一國的重要人物，在發展國際社會的生活方面，亦具有重大的使命與責任，故有受外交官同等待遇之必要。此種見解，亦殊覺不當。因別於外交官之商務代表，既可享受治外法權，則須知代表一國之重要人物，初不僅限於商務代表一項，今如一律予以治外法權，則結果必使國家行使領土法權的範圍，日益縮小，其影響於國家的領土主權及國際政治方面，甚非淺鮮。故我們對於蘇俄根據

條約而使其商務代表獲得的治外法權，只可視爲運用政治手腕而造成的一種特例；在法律上雖未嘗無依據可言，但就法理而論，要亦不能認爲已有何種充分的解釋，這是我們所敢斷言的。

①見周鯁生氏所著萬國聯盟中漢譯聯盟規約全文。

②同上。

③見 Alphonse de Heyking, l'Exterritorialité 第 111 頁。

④見原書第一一二頁。

第五章 外國軍隊的治外法權

(一) 平時外國軍隊享有的治外法權

外國軍隊進駐一國領土之內，本爲國際公法所不許之事。其理由有三：第一，獨立國家具有完全之土地權。凡領土範圍內之土地，統歸國家所佔有，他國不得任意佔領。故如遇有外國軍隊進駐國境以內之事發生，本國政府即可指爲侵犯國家主權，而加以阻止。其次，一國之軍隊所代表者爲一國之政治權力，其性質與普通人結合的團體，顯然不同。故當外國軍隊入境之時，苟非具有戰爭行爲，決無貿然侵入國家領土之理。在此情境之下，國家爲保障自己之主權起見，便可採取必要手段，解除外來軍隊的武裝，然後向那軍隊所屬國家嚴重交涉。又次，若外國政府在國家發生內亂之際，藉詞保護僑民的生命財產，而突然派兵至國家領土

以內，則就國際公法原則立論，亦屬侵犯國家之主權無疑。當此之時，國家除用外交方式，反對他干涉內政外，且可採用自衛手段，以實力阻止他。基於上述三種理由，外國軍隊平時不能侵入國家領土之內，蓋可不言而喻。故就理論方面說來，所謂外國軍隊平時能在所在國享有治外法權，不啻爲一種欺人之談，因其平日侵入國境，既屬不可能之事，叫他如何能享有治外法權？

顧就事實以觀，國家爲優待鄰國起見，有時亦可允許外國軍隊經過本國領土。在此特殊情境之下，這外來的軍隊，可以不受國家領土法權之管轄，而享受種種特免權利。一國容納他國軍隊安然通過，并予以治外法權，雖說是一種國際慣例，但亦有根據條約的規定者。考此項規定，大都含有雙方交換的性質，與戰後所訂條約的規定，完全不同。例如一八二四年法國與西班牙互訂之公約，即有此項治外法權之特別規定。按此規定，法國平時駐在西班牙之軍隊，得享受下列各項權利：（一）法國軍隊由其本國統帥管轄；（二）法國統帥有執行軍法以管理其所

部兵士之權；(三)法國軍隊及其所屬人員，應受其本國法律的管轄，同時得免付一切捐稅及免受關吏之檢查。⊖從這項規定看來，有一點顯示於我們者，就是外國軍隊當他駐在他國之時，他所享有之治外法權，不盡是各項消極的特免權利的集成，且含有一種『領土以外的司法權』的意義在內。質言之，統帥個人不但避免當地法律的管轄，且可行使本國的軍法，來管束他部下的兵士。其軍隊所受之軍法，明明是本國自己的軍法，行使此項法律之人，又明明是本國政府所任命的統帥，如此謂爲一種『領土以外的司法權』，誰曰不宜？這種特殊現象，限於一定的時期，且迫於一時事實的需要，所以實際上的影響，尙不足以妨害所在國的領土主權。但較之外交官與元首所享有治外法權之內容，只限於各項消極的特免權利，已覺大相逕庭，這是我們所當注意的。

外國軍隊平時駐在國家領土以內，得享有治外法權，已如上文所言，今有一個疑問發生：卽此項治外法權，是否單單給予軍隊全體，抑給予軍官或兵士個人。

易言之，當外國軍官或兵士用個人名義犯法之時，他是否亦不受所在國法律的管轄？關於此方面之解答，現代公法家如潑拉格與史脫利沙衛等，都主張應受所在國法律之管轄，因此當地普通法庭，對他應有審判之權。其理由不外乎下列兩端：（一）自軍隊全體立論，他所代表的是一國的政治權力。現在所在國予他以治外法權，就是尊重那一國的主權的一種表示。但如果軍官或兵士在個人名義之下，觸犯當地法律，則此項特免權利，當然不能成立，因為個人與羣體一經分離，便不能視為代表一國的政治權力，這是十分顯明的。（二）至於因為使館之軍事參贊（*attaché militaire*）或其他侍從武官可以享有治外法權，所以軍官個人亦可不受當地法律的管轄，則須知上述人員原屬使館團體之一部，他們所擔任的職務，本來也含有外交性質，當然未可與之相提並論。英國國際公法家霍爾則所見適得其反。霍氏以為外國兵士，如在國家領土以內，對於當地人民發生任何犯罪行為，應由其所屬軍隊的軍事長官，自行處置。易言之，即當受其本國軍法審判，而

不當受當地普通法庭處理。意大利國際公法家菲屋爾之見解，則更進一步。照他看來，不僅兵士之觸犯當地法律者應歸其軍事長官自行處置，即普通人民若在外國軍隊駐防區域內，對於任何兵士發生犯罪行爲，亦須受其軍法處治。菲氏的主張，未免太輕視國家的領土法權的重要，所以我們很難表示贊同。即以霍爾的主張而論，我們亦覺不甚合理，以視潑拉格等解釋公平，相差亦遠。須知就法理而言，外國軍隊所享有的治外法權，其性質重在團體而不在個人，所以外國軍官或兵士，如在個人名義之下，對於當地人民發生任何刑事案件，所在國的法權，仍可向他自由行使。要是犯罪地點，在外國軍隊駐防區域之內，則最適當的辦法，莫如由外國的軍事長官，將犯罪的兵士，引渡當地法庭，予以公平的處置。因所謂外國軍隊駐防的區域，實際上還是所在國領土之一部，我們所以要主張引渡，而不主張直接拘捕，完全是尊重外國軍隊所代表的政治權力起見，對於他原來享有的治外法權，可稱毫無妨害。這樣的解釋，明知與現在的事實，不相符合，但比較的合

乎法理，則可斷言。

平日外國軍隊，因經過國家領土而享有種種特免權利，所以這種治外法權的時效，是有一定的限度的。從所在國方面看來，雖說是迫於一時事實的需要，不能不予以治外法權，但是爲了尊重他國的主權起見，這種善意的優待，實際上並不侵害國家的領土主權，所以這樣的治外法權，在國際公法上，還可說是一種合理的原則。至於戰勝之後的外國軍隊，因戰後條約賦予的特殊權利，而取得的治外法權，則情形與此顯有不同。考其不同之處，有三點可述：第一，因爲有了這種條約的規定，所以治外法權的時效，特別延長。第二，這種治外法權的給予，純是一種強迫的法律義務，而非國際友誼產生的義務，所以實際上不能稱爲一種善意的優待。第三，因爲不是一種善意的優待，所以這樣的治外法權，可以侵害所在國的領土主權。例如一八九六年中國與日本兩國交戰後所締結之馬關條約附約第三款所載：

『日本國軍隊所駐地方，治理之事務，仍歸中國官員管理。但遇有日本國軍隊給養，安寧，軍紀，及分布，管理等事，必須施行之處，一經出示頒行，則於中國官員，亦當遵守。』

『在日本國軍隊駐守之地，凡有犯關涉軍務之罪，均歸日本國軍務官審斷辦理。』

按該款內容，有兩點可以注意者：（一）日本軍隊所駐地方，領土法權，在名義上仍歸中國所有，但凡關於日本軍隊方面的事情，雖中國官員，亦當遵守其布告。這是表示日本軍事長官所行使的法權已經管轄到中國的官員，其他普通人民，當然不必再論。（二）日本軍隊駐守之地，凡遇有觸犯軍法之人，統歸日本的軍事長官處置。這是表示日本的軍事長官有權可以管轄軍隊防區內的一切人民。從以上兩點看來，日本軍隊在那時候所取得的治外法權，不啻爲整個的領土以外的司法權，而非各項消極的特免權利，蓋可昭然若揭。我們在上文曾經說過，從平時外

國軍隊享有的治外法權看來，除了各項消極的特免權利之外，未嘗不含有一種『領土以外的司法權』的意思在內。但須知上面所說的治外法權，與日本軍隊享有的治外法權，決不能相提並論。何以見得如此？因為所謂領土以外的司法權，不過指外國軍事長官對於所屬兵士行使的軍法而言。至於日本軍事長官所行使的司法權，實際上已把當地的中國自己的司法權，取而代之，那不但是失了治外法權的原來的意義，並且足以妨害中國自己的主權的獨立。所以嚴格說來，日本軍隊在那時享有的治外法權，只可認為戰後條約賦予的一種特殊權利，卻不能當作平時外國軍隊應得的治外法權，這是我們必須認清的一點。

不過中日馬關條約所給予的特殊權利，只限於日本一國，並且只限於戰後特別的現象，所以影響於中國主權的獨立，實際上還是有限。至於一九〇一年辛丑和約成立以後，列強在華軍隊所取得的特殊權利，性質更爲重大。按辛丑和約第九款有云：

『按照西曆一千九百零一年一月十六日，即中曆上年十一月二十六日，日文內附帶之條款，中國國家應允准由各國會同酌數處留兵駐守，以保京師至海通過無斷絕之虞。今各國兵士駐守之處，係黃村，廊坊，楊村，天津，軍糧城，塘沽，蘆台，唐山，昌黎，秦皇島及山海關。』

上面條款內所謂『各國』就是英，德，美，法，日，意，俄，奧，比，荷及西班牙等十一國。除西班牙外，餘皆派兵駐守京奉鐵路上指定地點。歐戰以前，各國駐軍的總數，約有九千多人。歐戰之後，德，奧，俄三國軍隊，雖由中國政府下令撤去，而其他數國軍隊，迄今還未撤退。自法律方面說來，這九千多的外國兵士，所以能駐在中國領土以內，固未嘗沒有他的條約的根據，但須知當辛丑條約規定的時候，並未涉及外國軍隊的治外法權的問題。及後有關係各國商議之後，竟自行組織一種『外國軍事法庭』(tribunaux militaires étrangers) ①用來管約此項軍隊。凡關於外國兵士或軍官發生犯罪行為，皆由該軍事法庭審判。至於各國駐軍的生命財

產，倘被當地人民所侵害，則犯罪之人，亦得由駐軍司令官直接用軍法處治，並不移送當地法庭辦理。我們由此可得到兩個結論：（一）此項外國軍隊，無論全體或個人，絕對不受中國法律管轄，已了無疑義；（二）外國軍事長官，對於當地人民之侵犯駐軍之利益者，可以自由行使軍法，亦顯然可見。自第一點言之，不受中國法律管轄，當然是一種特免權利，換言之，便是治外法權。至自第二點言之，則各國軍事長官所行使的司法權，與上面所說日本軍隊所行使的司法權，情形初無二致，其足以妨害中國主權的獨立，又如同一般。所以我們對於這樣的治外法權，亦只可認為辛丑條約給予各國的一種特殊權利，卻不能當作平時外國軍隊應得的治外法權。這也是可以斷言的。

除了辛丑條約規定外國軍隊平時有駐紮京津一帶之權以外，其他毫無條約的根據而駐紮在中國的外國軍隊，為數尤足驚人。譬如日本駐紮滿洲，以及沿膠濟鐵路之軍隊，不過例之最明顯的一端。此項絕無條約根據而侵入中國內地

的外國軍隊，足以妨害中國主權的獨立，當然更不必申論。因此那些軍隊所享有的種種特殊權利，決不能誤認爲治外法權，而容其繼續存在，尤屬事理所當然。中國政府有鑒及此，曾在巴黎和會及華盛頓會議兩次提出全部撤退外國軍隊的要求。但以列強代表未能同意，遂沒有達到目的。職是之故，我們敢預料在華的外國軍隊一天不能撤退，緣此而存在的特殊權利，便一天要假名『治外法權』而侵害中國的領土主權。關於這一點，我們願在本文討論之末，希望大家加以注意。

(二) 戰爭時期內外國軍隊享有的治外法權

講到戰爭時期內外國軍隊享有治外法權的問題，我們可分爲兩層說明。

(1) 當戰爭發生之時，如同盟國或協約國之軍隊退駐國家領土以內，以期共同抵禦敵人的侵略，則國家對於此種外國軍隊亦可予以治外法權。因其所代表者，爲一國之政治權力；此項政治權力，在平時欲與國家固有的政治權力，並肩

存在，固屬不可能之事，但在此非常狀態之下，不得不承認其共同存在，則爲不可掩蔽的事實。外國的政治權力，既能容其存在於本國領土以內，則對於代表此種政治權力的軍隊，亦不得予以一種治外法權，自在我們意料之中。按國際戰爭的歷史所載，甲國軍隊局部或全部退駐乙國境內，共同作戰，以禦敵人之事，未嘗無此實例可舉。例如一九一四年歐戰發生時，比利時軍隊退駐法國邊境，共同抵抗德國，卽一明證。當此之時，法國對於比國之軍隊如何予以治外法權，我們雖無從明白其真相，但有一言敢申述者，卽此項治外法權，必爲積極意義的治外法權。易言之，卽除了不受法國法律管轄之外，比國的軍事領袖，還可行使自己國家的軍法來管約其所屬人員。這是不難料想的事。

(2) 至於戰爭之時，如甲國軍隊因戰勝結果而進駐國家領土以內，則所謂享有治外法權的問題，實際上已不能成立。何以見得如此？我們以爲有兩層道理可以解說。第一層，當敵國軍隊佔據對方國家領土的任何部分之時，軍隊作戰之

目的，無異已達到一半。故就被佔據之國家而言，領土既已失去其任何部分，則關於此任何部分的領土法權，當然亦隨之消失無疑；領土法權既已消失，則所謂容納敵國軍隊享有治外法權，自爲理論所不許。第二層，國家所以容忍他國的政治權力，同時存在於本國領土之內，本來是一件不得已的事。易言之，因爲迫於一時事實的非常需要，所以同盟國或協約國對於共同作戰的友軍，予以一種治外法權。若以同樣的治外法權給予邦交早已破裂的敵軍，則就事實而論，敵國在已經佔據的區域之內，儘可自由行使他自己的法權，來管理區內一切人民，果何必再要來享受所在國的治外法權？例如一八七一年普法之戰，普國軍隊，一經佔領法國東部的兩州，則隸屬於這兩州的法國人民，在此特殊情境之下，亦不能不受德國法律的管轄。法國的人民，尙且如此，更遑論乎德國自己的軍隊。這便足以證明治外法權與敵國軍隊二者是根本不能聯在一起發生關係的。

要之，從戰爭時期內的外國軍隊說來，他所享有之治外法權，與平時外國軍

隊所享有者，意義完全相同。不過此項治外法權，只可適用在共同禦敵的友軍，而非互相屠殺的敵軍，這是從理論與事實雙方觀察，我們可以相信的。

①見 Alphonse Heyking, *L'Exterritorialité* 第一八五頁所引證的例子。

②見 G. Soulié de Morant, *Exterritorialité et Intérêts Étrangers en Chine* 第一四四頁及一四五頁。

第六章 外國軍艦的治外法權

(一) 外國軍艦是否享有治外法權

外國軍隊在特殊情形之下，得在國家領土以內享有治外法權，已如前章所述，茲所欲討論者，乃外國軍艦 (*navires de guerre*) 在非戰爭時期，如停泊國家領海區域之內，是否享有治外法權之問題。關於此項問題，自十八世紀以降，各國國際公法家頻加討論，大都主張外國軍艦，在此種情境之下，亦當享有治外法權。易言之，就是豁免國家領土法權之管轄。至於依據何種理由而承認此點，則歷來公法學者之意見，頗有不同。有一派以爲外國軍艦之性質與外交官館舍之性質相似，亦可當作所屬國土地之一部分；關於此一部分土地之人與財產，所在國法律無權加以管轄，自爲事理所必然。故通常所謂使館之治外法權，苟能成立，則外

國軍隊在國家領海區域以內，亦當享有同樣之治外法權，實爲文明國家所不能否認之事。譬如著名國際公法家歐本亨（Oppenheim）即抱如此見解。另有一派則如法國國際公法家克雷底恩（Chrétien）等所言，外國軍艦不僅可以當作所屬國土地之一部分，實際上確爲位在國家領海中之一種浮土（une enclave étranger dans les eaux territoriales），此種浮土，既有海軍司令爲其領袖，又有鮮明的國旗爲其標記，則就理論而言，不應受所在國領土法權之支配，自屬無可諱言。此兩派解釋之立腳點微有不同：一則單單憑據虛構的臆說，而將外國軍艦視爲所屬國之土地；一則從實際的觀察，而認爲一種域內之浮土。但這兩種解釋，都不能使人滿意，其理由皆甚顯著，因外國軍艦之本身，雖非所在國所能攬爲己有者，而其停泊之區域既屬所在國領海之一部，則揆諸國際公法之原則，在理亦須受國家領土法權之支配，蓋可想見。其所以能豁免此項法權之支配者，固必另有他種相當解釋，決非承認外國軍艦爲所屬國土地之一部分，而遂予以治外法

權也彰彰明甚。此外則如加兒伏（Catalvo）輩之主張，以爲外國軍艦享有治外法權之唯一依據，乃在乎軍艦的主要人物（如海軍司令，海軍統帶，或艦長）本身具有外交性質所致。何謂乎外交性質？質言之，其所任之職務，亦含有外交的意味在內。故爲尊重其特殊地位起見，所在國不僅予彼個人以種種特免權利，抑且承認軍艦本身，亦得豁免其領土法權之管轄，正如對待外交官之館舍然，祇因前者爲大使或公使執行職務之地，故承認所謂『使館之治外法權』。類此說明，以視上述二派，自然較爲合理，但將外國軍艦與外交官之館舍，相提並論，要與事實不符，此其故有二，請申論之。第一，外交官與海軍司令之性質不同。大使或公使爲辦理一國外交之常駐代表，其使命惟在如何促進兩國之邦交，及如何保護本國僑民之利益。至於海軍司令之地位與任務，不能視同外交官一轍，無異昭然若揭，因前者係軍事方面人員而非負責辦理外交的人物。其次，就治外法權之內容而言，所謂『使館之治外法權』，推其實際，亦僅限於各項消極的特免權利，反之，外國

軍艦享有之治外法權則爲一種積極的領土以外的法權。此無他，因海軍司令爲軍事方面之重要人員，故當其率領軍艦停泊國家領海以內之時，除本身享有特免權利外，復得執行本國之軍法以管轄其所屬水兵。關於此點，下文當另爲申述，但於此已足徵信加氏的主張也是不合事實。

上述各家解釋外國軍艦享有治外法權的依據，既不能令人滿意，然則如何說明方稱得當，實一大費考慮的問題。關於此點，吾人有一言敢申述者，卽軍艦之性質與軍隊之性質根本上絕無差異，彼所代表者亦爲一國之政治權力。此種政治權力之侵入國家領域之內，本爲國際公法所不許之事，以其妨害國家主權的獨立之故。其所以承認外國軍艦有權停泊國家領海以內者，純爲尊重海上交通及貿易之自由起見。易詞言之，國家生存於大地之上，決不能採取孤立的閉關政策，拒絕與他國訂立通商條約，既不能不與他國訂約通商，共謀商業之發展，則對此保護商船往還之外國軍艦，苟其行動不致侵犯國家主權之獨立，自當容其自

由停泊領海以內，俾可執行其正當職務。故自十七世紀以還，世界各國政府莫不承認上述一點國際公法上之重要原則。其用條約互相規定者，則最早有法國與荷蘭在一六六二年所訂之條約。繼則一七一三年之法葡條約及一七九四年之英美條約，均有如此之規定。最近一九二〇年美國與暹羅所締結之條約，亦曾載明兩國軍艦平時均有停泊各該國領海以內之權。

外國軍艦在不侵犯國家主權之情形之下，有權可以停泊國家領海以內原則上，事實上既為各國所承認，則對此軍艦是否行使領土法權，抑亦予以治外法權，實為本文主旨之所在。關於此點，吾人以為國家欲以領土法權向之自由行使，本來不能算做違背國際公法上的原則，其所以不欲行使此項法權者，亦不過基於『互相尊重國家主權』之國際的義務觀念，有以使然。須知軍艦所代表者既為一國之政治權力，則當此項政治權力暫時存在國家領海內之時，所在國為表示一種善意的待遇起見，即不得予以一種治外法權，猶如優待平時鄰國過境

之軍隊然，既然承認他有暫時停駐國家領土內的特別需要，則給他同樣的治外法權，自屬所在國之一種國際的義務。是故就性質而言，外國軍艦享有之治外法權，推其究竟，要爲一種國際互惠的權利，初非任何片面的政治勢力所能單獨強迫致此者。此種不必依據條約規定而承認之治外法權，與平時外國軍隊經過國境時每用條約預爲規定，雖然情形微有不同，但是根據國際義務觀念而形成所謂互惠的權利，則二者性質固仍一致。要之，外國軍艦與外國軍隊二者享有治外法權之法理的解釋，可稱如同一轍。所欲注意者，不過後者欲在他國境內享有治外法權究竟爲不常發見之事；前者則在非戰爭時期，皆可自由駛入國家領海以內而享有治外法權，故關係比較後者尤爲重要。吾人必須認清此點而後可說明外國軍艦享有治外法權之內容若何。但在未述其內容之先，有一言須申述者，卽各國政府承認外國軍艦得享有治外法權，亦不過始於十九世紀初葉。一八二〇年以前，英政府仍持國家領土法權可以隨時干涉外國軍艦之主張。一八〇五年

三月美總統且下令通飭所屬官吏凡對於停泊美國領海以內之外國軍艦，地方官吏得用美國法律向他直接行使。及一八一二年當法國軍艦開抵美國海岸時，美國大理院院長馬歇爾 (Marshall) 在判決案中始承認法國軍艦得不受該國地方法律之管轄。迨一八七二年九月日內瓦國際仲裁法院 (Le tribunal d'arbitrage de Genève) 因『拉白馬事件』 (L'affaire de l'Alabama) 所頒布的判決書有云：『軍艦所享有之治外法權並非一種應有的特殊權力，不過依據國際互惠的原則而產生的特殊權利。』自此以後，外國軍艦享有治外法權的問題，事實上遂益為各國所重視，因此其內容應如何規定，方稱允當，亦逐漸引起公法家的討論。

(二) 外國軍艦享有治外法權之內容

講到現在外國軍艦享有治外法權的內容，自消極方面言之，約有下列的四

項特免權利(1)爲豁免所在國財政方面法權之管轄如不受海關檢查及艦內一切財產皆可不納捐稅等皆是。(2)爲豁免所在國警察法權之管轄。按國際慣例而言，外國軍艦不受所在國警察之干涉，實爲一種絕對的而非相對的權利。職是之故，當軍艦內發生任何破壞法律之行動時，當地警察絕無干涉之權。如軍艦內之任何人員，在艦內發生某種犯罪行爲，其行爲的影響且足以妨害海上的公共治安，甚至足以侵犯國家之主權者，則所在國地方官吏可直接或間接要求海軍司令從速加以制止。設或海軍司令不能負責辦理，或辦理不得其當，甚或他本身亦有犯罪的嫌疑，則所在國政府可直接向其所屬國政府嚴重交涉，以阻止其犯罪行爲繼續發生。但除依據外交的方式，運用政治權力與他嚴重交涉外，要不能對他行使警察權。此則與應付外交官發生重大犯罪行爲時之辦法不同之一點，因爲國家之警察權在必要時仍得向外國的使館行使而不能向外國軍艦行使之故。(3)爲豁免所在國民事法權之管轄。凡在軍艦內之任何人員發生民事

訴訟事件，當地法庭無審判之權。如甲國軍艦與乙國軍艦同在國家領海以內發生民事方面之法律的爭執，所在國法庭亦無審判之權。(4) 爲豁免所在國刑事法權之管轄。關於此方面之解釋，比較最爲重要，故分三層說明之。第一，如艦內人員 (les gens de l'équipage) 自己發生犯罪行爲，(如殺害，毆人，及劫奪財物等事)，則因此項人員皆屬海軍司令權力管理之下，故在理論上事實上，皆應由海軍司令自行處置，當地官吏無干涉及要求引渡審判之權。其次，如艦內人員對於普通人民發生犯罪事件，則依國際公法而論，亦只得依據海軍司令之權力直接加以處置。因爲如果移歸當地法庭辦理，則爲調查罪犯的證據起見，卽有派員登輪從事偵察之必要，如此，則無異根本破壞軍艦之治外法權。此點不僅現代國際公法家大都承認，卽一八九八年國際公法學會議決案第十六條中亦有類似的解釋。所不同者，不過主張由軍艦所屬國家的法庭辦理，而不由海軍司令自行處置而已。復次，至於軍艦內發生刑事訴訟之人，雙方均非軍艦所屬人員而爲普通人民，

則依據法國國際公法家如福熙之主張，當地法庭實有審判之權。此種主張我們以爲非常合理。因雙方既非軍艦所屬人員，則實際上此種案件與軍艦之特殊地位，可稱絕無關係；既無關係，則苟由海軍司令直接移交當地法庭按法懲治，亦絕無輕視軍艦所代表之政治權力之可言。若以搜查證據不便爲推託之辭，則須知犯罪者既爲普通人民，則事實上軍艦亦無庇護之必要，祇須將原犯送交地方法庭審判，即可了事，初不致因搜查證據而破壞他的治外法權。惟依一八九八年國際公法學會議決案第十六條之解釋：『凡在停泊他國領海內之軍艦中發生犯罪事件，不論其犯罪者爲軍艦所屬人員或其他人民，均由軍艦所屬國家法庭審判，』則如遇此種刑事案件發生，所在國法庭亦無審判之權，可以想見。此種措置，未免失之過當，我們視爲有加以糾正的必要。

以上所述四項特免權利，歸納言之，即構成所謂外國軍艦之治外法權。但此特就消極方面言之，若從積極方面言之，則海軍司令在軍艦範圍以內，既有用軍

法管理其所屬人員之權，當其部下犯罪之時，又得直接執行法律，加以處置，是明明執行一種領土以外的司法權，蓋屬無疑。此固與外交官及元首享有的治外法權性質大相逕庭，但視乎外國軍隊的治外法權，則二者並無不同之處，則爲不可掩蔽之事實。吾人嘗謂治外法權有兩種意義：一曰消極的，即爲享受各項特免權利，一曰積極的，則爲行使領土以外的司法權。現在外國軍艦所享有者，不啻將此兩種意義的治外法權，兼而有之。這是我們所當注意者。顧有一點須補述者，即外國軍艦享有的治外法權，其中雖含有積極的意義在內，但須知海軍司令苟欲執行其所謂領土以外的司法權，無論理論上與事實上要皆限於軍艦本身範圍以內。若超脫此種範圍之外，而猶視謂國際公法上公認之原則，則吾人未敢以爲徵信。何則？蓋在一定的限度之外，任何方面的人與團體欲在國家領土區域之內，行使自己國家的司法權，無論如何，皆屬侵犯國家主權之事。外交官及元首如是，外國軍隊亦如是，然則外國軍艦亦不能置之例外，自可不言而喻。必須審乎此義，然

後我們乃可進而解釋外國軍艦所屬人員（海軍司令當然亦在內）登岸時的治外法權問題。

（二）外國軍艦所屬人員登岸後的治外法權問題

上述各節，皆指外國軍艦停泊在國家領海內時之治外法權而言，至其所屬人員登岸後之情形如何，自當另為解釋。按現代國際公法家之主張，大都承認軍艦所屬人員如用團體名義登岸行使其正當職務，則所在國仍得予以治外法權。但若用個人名義登岸遊覽，或其行動之目的與其職務無關，則不得享受各種特免權利。此種解釋，與說明外國軍隊在國家領土以內享有之治外法權，可稱全相適合，故吾人亦以為非如此區別，不能認為適當。須知軍艦所代表者既係一國之政治權力，則當其所屬人員用團體名義登岸行使其正當職務之時，所在國予以治外法權，自屬事理所必然。蓋非如此，不能表示尊重他國的主權。至就個人情形

而論，則個人脫離羣體之後，即不能認爲代表一國之政治權力，此理至爲顯明。如此則依據何種解釋而亦必予以種種特免權利，吾人殊百思不得其解。或曰，海軍司令個人之地位比較十分重要，故在他登岸之後，所在國亦應予以治外法權，方可表示一種特別的優待。此種見解，未嘗無一部分之理由，但要知海軍司令個人欲在登岸以後享有治外法權，亦須限於其行使職務之時，若用純粹的私人名義，發生任何法律的行爲，則當地法庭對他，仍應保留自由行使法律之權。但此特指海軍司令個人而言，若謂其他所屬人員，如下級海軍官，水兵，及水手等等，亦應如此優待，則我們不能表示贊成。此無他，因爲他們的地位既屬尋常，則縱使他們登岸的目的仍是執行正當的職務，亦不能容他們豁免當地法律的管轄。至於登岸的目的與職務完全不發生關係，則不應不受當地法律的管轄，更不可不言而喻。

理論上之解釋如此，今就國際慣例以觀，則除在團體名義下之軍艦所屬人員得享有治外法權之外，不論海軍司令或其他下級海軍官及水兵等等，只要負

有相當使命，不用私人名義而離艦登岸，便可不受所在國法律的管轄。設遇海軍司令個人發生犯法行爲，則由所在國政府直接向他交涉。如有其他海軍人員犯法之事發生，則當地法庭亦無審判之權，祇可輕自釋放，或移交軍艦，由其司令自行處分。如此辦法，未免太重視海軍人員的地位而過分限制國家的領土法權。故歐美各國政府，早先亦有不承認此種人享有治外法權之事。例如一八六二年英國軍艦福特號（Forte）停泊在巴西國的港口時，曾有海軍官三人無端毆辱一巴西人。當時巴西之地方警察即加以逮捕，按律予以處置。乃英國公使不服此種辦法，認爲當地警察破壞英國軍艦的治外法權，但迭向巴政府交涉，均不得要領。乃於一八六三年雙方同意，公請比利時國王出而任公斷之職，結果比王認爲巴西之舉動，極爲合法，其事遂寢。

（四）外國軍艦是否有庇護罪犯之權

除上述一問題外，又有一事不可不申論者，即外國軍艦能否庇護罪犯，易言之，即是否有庇護罪犯之權。關於此方面之解釋，吾人可分爲幾層申述如下：（一）吾人以爲外國軍艦對於國家領土以內之普通罪犯（不論本國人民或異籍僑民）不應加以庇護，而容其留居軍艦，以避免所在國法律之管轄。其理由至爲簡明。第一，外國軍艦之本身雖享有治外法權，但其所停泊之處，要屬所在國領土之一部，則無疑義。既屬所在國領土之一部，則揆諸國家領土法權之根本要義，除少數特殊人物如元首，外交官，及海軍司令等等，得置之例外以外，其他異籍僑民亦須受其管轄，蓋爲理論所當然。異籍僑民如此，本國人民自更可不必申論。根據這個原則，故外國軍艦苟將一般普通犯罪之人，留居艦內，加以庇護，甚至拒絕引渡，不但與其本身享有之治外法權，絲毫不生關係，且有利用此種特免權利，故意侵犯國家主權的嫌疑。要知國家所以予外國軍艦以治外法權者，無非尊重他國之主權起見，今一方面尊重其所屬國之主權，而他方面則庇護罪犯，以損害所在國

之主權，則此中庇護罪犯權之不能成立，不啻昭然若揭。(二)若謂外國軍艦與外交官之館舍之性質相同，故使館可以庇護罪犯，則外國軍艦亦得享有此種權利。此種比喻之不當，吾人早於上文說明。今姑再就理論而言，使館之不應享有庇護罪犯之權，不啻已爲近代多數國際公法家所公認(參閱第二章)，故即使退一步而承認此種比喻爲不錯，吾人亦徒覺外國軍艦之不應庇護罪犯，其理由更爲顯明。要而言之，外國軍艦享有的治外法權，爲從實際方面觀察，不過承認軍艦所屬人員不受所在國法律的管轄而已。若一切犯罪之人，一經留居艦內，均可享受此項特免權利，要與治外法權之原則，根本不相符合，蓋可斷言。吾人所以不承認外國軍艦享有庇護罪犯之權者，卽職是之故。按一八九七年國際公法學會議決案中第十八條有云，『凡於普通刑法犯罪之人，海軍長官不得予以庇護，』由此可見軍艦不能庇護罪犯，實爲近代國際公法家所已承認。又按一八四九年英國政府曾發布宣言，謂『英國軍艦無權可以庇護刑事罪犯，』一八九三年之美國

海軍條例 (Les règles navales) 第一百八十七節中亦謂『美國軍艦不得容留刑事罪犯』則更可證明各國政府否認軍艦有庇護罪犯之權，亦早有明文規定。此外如一八五八年中英條約第二十款有云：『通商各口倘有中國犯罪人民潛匿英國船中，一經中國官員照會領事，即行交出，不得隱匿袒庇』此處所謂『英國船』雖未指明軍艦，但顯將軍艦包括在內，則可想見。這可說是用條約來規定外國軍艦不得庇護普通罪犯的例子。(三)至於軍艦既不得庇護罪犯，果用何法以對待一般犯罪思逃請求容留之人，則簡單言之，暫爲收容，然後正式引渡而已。引渡罪犯之辦法，不在本文範圍之內，可無庸細述，今有一點須注意者。即除用合法手續，辦理引渡以外，實無他道可言，故自外國軍艦方面立論，於暫時容留罪犯之後，即有自動的送交當地法庭審判的義務。若從所在國政府觀察，則外國軍艦不受當地警察之干涉，既係一種絕對的權利，則在理應用外交方式向海軍司令要求引渡，方爲得當。關於此點，一八九八年國際公法學會議決案第二十條中有云：

『海軍長官得將其所容留之罪犯移交或驅逐之。』一八八九年之國際刑法公約 (Le Convention sur le droit pénal international) 第十七條中亦曾規定：『凡在軍艦內容留之普通罪犯，應移交當地官吏處置，或由海軍長官自動的移交，或俟外交總長要求後再行移交，均可。』由此可見引渡罪犯一事，不但外國軍艦應當承認，即所在國政府亦當加以注意。苟能如此，則庇護罪犯的那種非法的權利，與外國軍艦所固有的治外法權或不致發生魚目混珠之弊，而惹起種種意外的糾紛。

(四)吾人以爲外國軍艦在理論方面言之，亦不應庇護國家之政治犯，故當政治犯逃至外國軍艦請求容留之時，海軍司令縱或暫加收容，但一經所在國政府向他交涉引渡，即當正式移交，方屬正當辦法。何以言之？因外國軍艦之本身雖屬他國所有，而其所在之區域，要仍爲國家領土之一部，則爲不可否認之事。故凡遇有此等情形發生，海軍司令必須認識軍艦所處之地位，而將政治犯正式交出，

方免干涉國家內政之嫌。或曰，甲國的政治犯託庇於乙國政府權力之下，不得由後者引渡歸國，已成爲國際公法上公認的原則。今欲外國軍艦將政治犯移交所在國政府，豈非明明違背了此項原則？此種解釋，驟視之未嘗無理，但詳細考究之，要不能認爲適當。須知外國軍艦之性質雖與使館之性質不同，而其不應有庇護政治犯之權之理由，則二者情形初無二致。因二者皆在國家領土範圍以內，故不能與他國自己所有之土地相提并論，實爲事理所必然。（關於使館庇護政治犯之不當，已在第二章中闡明此義，可參閱第二章第十五節。）或曰，政治犯之性質與地位與普通罪犯完全不同，今爲愛護人道主義起見，固不妨予外國軍艦以庇護政治犯之權，而後國家任意殺戮政治犯的事，或可不致發見。此種見解，一方面言之，固未嘗不能令人贊同，顧自他方面以觀，實有非常困難。誠如國際公法家白倫智利（Bluntschli）所云，苟欲區別政治犯與非政治犯之性質何在，事實上頗感困難，故如國家承認外國軍艦享有庇護政治犯之權，則結果必致其他類似政

治犯性質的普通罪犯，一律受他庇護，要可想見。如此則與外國軍艦所應享有之治外法權，豈又非混爲一談，而國家主權之損失，亦在所不免。故爲尊重與維護國家的主權起見，此種『庇護政治犯權』之不能成立，實爲國際公法所無，可否認。

按一八九三年美國海軍條例第二百八十七條之規定：『凡停泊在他國領海內之美國軍艦，在必要情形之下，得收容他國之政治犯；』但同時又聲明：『庇護政治犯之權，在國際公法並無根據可言。』於此即可證明吾人前言之不誣。但以上所言，純屬理論方面的解釋，若就國際的實在情形以觀，則須知外國軍艦在必要情形之下，不得不收容所在國之政治犯，雖屬十分普通之事，但儘有託名愛護人道主義，而實出於濫用此種非法的權利所致者；其有意干涉所在國內政的嫌疑，固在在可以表顯一斑。例如一八九一年當智利革命發生之時，許多失敗的政治犯，皆由美國與德國軍艦予以庇護，方免於罪。又如一九一一年依規脫共和國（République de l'Equateur）發生內亂，內有若干叛亂之主要人物，皆由英國軍

艦庇護出境。又如一九一三年墨西哥發生政變，其國之狄愛士將軍 (Le général Diaz) 及其所屬重要人員，均由美國軍艦保護出境。至於歐美及日本各國在華軍艦，每乘中國發生內亂之際，有作用的或無作用的庇護重要的政治犯安然逸出中國領土之事，更覺指不勝數。其所措詞，雖曰庇護政治犯不啻爲人道主義所特許之合理行爲，可是實際上輕視中國的主權，以致發生這樣的濫用非法的權利之事，到底不能掩盡天下的耳目，這是我們所引爲很可痛心的。

(五) 外國軍艦外何種船隻得享有治外法權

外國軍艦享有治外法權已如上面所述。今按國際慣例而言，其他普通船隻亦得享有治外法權。但須知所謂普通船隻顯有『公船』 (Navires publics) 與『私船』 (Navires privés) 之別，故吾人最好將公船之解釋加以一種肯定，然後何種船隻得享有治外法權，何種船隻仍須受所在國法權之支配，吾人乃能分別加

以說明。按歷來國際公法家之意見，關於此方面之主張，頗不一致，約而言之，可分爲三說：第一說主張代表國家之政治權力者是謂公船，反之，則概稱之曰私船，故除軍艦外，皆不能享有治外法權。誠如此說所言，一般普通船隻不啻皆爲私船，無復有公私之區別，其爲不當，可無待言，故吾人表示不能贊成。第二說以爲公船並不只限於軍艦一端，凡國家所有之船隻皆係公船。進言之，所謂公船與私船之區別，應視其所屬之公司是否國有，抑係商辦，方能斷定。國有公司之船，統稱之曰公船，此項公船之性質雖與軍艦微有不同，但因其爲國家財產之一部，故當其停泊他國領海以內之時，亦得享有治外法權。反之，商辦公司之船，縱其職務不屬商業性質而屬公務性質（*service public*），（即爲國家服務之謂，如運輸軍械等事），在理亦不得享有治外法權，因其所代表者僅爲商人的財產，而非國家的財產之故。此種區別，言之固未嘗不合理，可是對於國家與商人合辦的公司（即官商合辦之公司）所有的船隻，將如何加以解釋，豈非一大困難？所以誠如此說所云，結

果必致大多數之普通船隻皆得稱爲公船，而不受所在國法權之支配，其不能使人滿意，又不可不言而喻。第三說則主張公船與私船之區別，不必視乎其所屬公司是否國有抑係商辦，而視乎其職務之性質如何以爲斷。若商辦公司之船隻，其職務屬公務而不屬商業性質，則縱其所代表者爲商人私有之財產，在他國領海之內亦得享有治外法權，因此種船隻實際上亦爲公船而非私船之故。反之，國有公司之船隻，苟其職務僅屬普通的商業性質，則在他國領海以內，仍不得享有治外法權，初不能因其所屬財屬爲國家所有而依舊視爲公船。要而言之，所謂公船是爲公務而行駛的船隻。如不爲公務而行駛的船隻，則在理論與事實雙方言之，均不能稱爲公船。旣不能稱爲公船，則當其停泊他國領海內時，不得享有治外法權，又極合理之事。如此解釋，以視上述二說，固較爲完滿，顧吾人仍有兩層意思不能不代爲補充者。觀察船隻之職務及性質如何，而後分別何者爲公船何者爲私船，此理實至爲顯著，故吾人對於公船之解釋，不妨予以一種肯定，曰：『公船是公用

的船隻，其任務之目的，與國家之政治，發生密切關係，故船上之最重要人員必為政府所任命之官吏而非任何公司——國有的公司或商辦的公司——所雇用之人。惟其如是，故當其停泊在他國領海內時，亦得享有治外法權，『有了這個相當的肯定以後，凡為公用之船，皆稱為公船。商用之船，則與其稱為私船，不如稱曰商船，較為明瞭。公船在他國領海以內得享有治外法權；商船則情形適得其反。如此解釋，以視前說，豈不更為妥當。這是第一層意思。公船之解釋，既有一種肯定，則於公船之中，當復別為兩類：（一）曰軍事性質的公船（Caractère Militaire）（二）曰民事性質的公船（Caractère Civils）。例如軍用運輸艦，以及其他運兵運糧之船，即可視為含有軍事性質的公船。此種公船，內部之組織與軍艦相彷彿，其任務之目的，亦與軍艦大同小異，故在理論上事實上皆得享有治外法權，蓋可斷言者。至如海關所駛用的船隻，巡緝海盜保護漁業的警船，以及專載元首，大使，或專使出國的船隻，則就實際而言，是謂民事性質的公船，而非軍事性質的公船。此類公

船之組織及其任務之目的，雖與軍艦微有不同，而其性質仍屬公務而非商業，則可毋庸諱言。故亦決無視爲商船之理，而予以同樣的待遇也，彰彰明甚。這是第二層意思。

有此二端足補前說之不逮，則除外國軍艦以外，何種船隻亦得享有治外法權，我們自不難一目了然。今就國際慣例以觀，各國承認外國公船在國家領海以內得享有類似軍艦享有的種種特免權利，不啻已成爲當然的事實。至除根據慣例以外，復用條約互相規定者，則大抵將此項兩國互惠的權利載明在『航務條約』(traité de navigation)之內，例如一八八二年德國與墨西哥締結之條約以及一九二七年法國與日本締結之條約，皆爲明證。至於各種商船在事實上固亦已享受各項特免權利，但此種治外法權，要無法律的依據可言，則爲毋庸諱言之事。現在法國一派公法學者如福熙等極力否認商船得享有治外法權，○自然是很應該的，可是英國公法家如霍爾等還是主張公船之從事貿易者，也可享有

治外法權，[⊖]那真令人大惑不解了。按凡爾塞和約第二百八十一條，及聖日耳曼和約 (*Traité de St. Germain-en-Laye*) 第一百三十三條所云，德國與奧國政府所有船隻（即國有的商船）在外經營商業，不得在他國領海以內享有各項特免權利，已經詳為規定。此雖戰後條約的規定，未可引以為例，但於此亦可測知國有的商船，不復認為公船，不久將成爲一種重要原則。國有的商船如此，則私有的商船，絕對不應享有治外法權，自更無待言。明乎此，可知任何國家的私有商船，如在他國領海以內，得不受所在國法權的管轄，那只可視為一種違背國際公法的特殊權利，無論如何，要難永遠存在的。

⊙見 P. Fauchille, *Traité de Droit International Public* 第二集第一〇一八頁至第一〇三八頁。

⊙見 Hall's *International Law* 第三〇六頁。至三〇八頁。

第七章 領事與治外法權

(一) 領事制度之起源及沿革

我們在第一章緒論中，早已說明治外法權，分析起來，有兩種解釋：(1)是各項特免權利的集成，例如外交官，元首，以及其他國際的政治機關所屬人員等所享有之治外法權，便是各項特免權利的集成。(2)除了各項特免權利以外，還含有一種領土以外的司法權的意義在內，例如外國軍隊與軍艦的治外法權，便可適合這一種的解釋。現在我們討論到領事與治外法權的問題，就要發生兩大疑問：第一，領事是否同外交官和元首一樣，也可享受各項特免權利？易言之，即他個人是否豁免所在國領土法權的管轄？第二，領事是否像外國軍隊的統帥，或是軍艦的司令官一樣，也可行使一種領土以外的司法權，來管轄本國的僑民？關於第

一項，須知領事在法律上的地位的變遷，非常重要。我們如果要解答這個疑問，就非明瞭領事制度的起源及沿革不可。至於第二項，所謂領事裁判權，仔細觀察起來，就是領事行使的一種領土以外的司法權。有了這種領土以外的司法權，一般旅居東方國家的外國人民，便可不受所在國法律的管轄而享受一種消極意義的治外法權。一般僑民享有的治外法權，揆諸法理，應否容其存在，當於第八章『外國僑民與治外法權』內，另爲討論。現在所欲注意的，即領事裁判權的存在，雖然是個很顯明的事實，但欲證明這個事實的不合國際公法原則，亦非先把領事在法律上的地位，加以一種歷史的敘述不可。職是之故，我們爲同時解答上面兩個疑問起見，不妨先把領事制度的起源及沿革，加以說明。然後再來討論領事能否享有治外法權的問題。

講到領事制度的起源，嚴格說來，可稱中世紀歐洲沿地中海諸大城市，實首先實行此制。當時交通事業，尙未發達，國際貿易之風雖開，而歐亞兩洲的商業，仍

集中在地中海一帶。但各處經商的人，早已有一種商業組合用來保護他們的經商權利。故最早領事的地位，等於當地普通的行政官吏。其產生之方式，不由政府委任而由當地商業組合之會員推選。其唯一職務僅為處理商業方面各項法律的爭執。凡關於本地商人間發生之爭執以及本地商人與外籍僑商之各項訴訟，領事皆有調解與審斷之權。故就當時領事之性質而言，頗與中國各地總商會之公斷處處長相似，所不同者，不過其權力較大而已。迨至十字軍東征時代，沿地中海諸大名城如威尼斯 (Venise)，庇斯 (Pise)，馬賽 (Marseille) 等處商人，羣往小亞細亞一帶國家如猶太，西里哀 (Syrie) 等地方自由經商。那時候為集中財力便於經營起見，乃組織所謂『商業公司』 (Comptoirs Commerciaux) 以互爭商業上的霸權為唯一目的。此種公司，極有勢力，不僅享有免納當地捐稅的權利，且各有各的商業上的特殊習慣法，用以阻止他人營業之發展。當此之時，各處往來商人鑒於各種糾紛頻起，乃推舉精通法律又熟悉商業習慣之人，出任領事，以

判決各項爭執。故此時所謂領事，仍係一種民選的官吏，不特同一國籍的公司得推選一領事，即同一城市的商業組合，亦得紛紛效法。例如馬賽商人所推舉者，即曰馬賽商業公司之領事。至其行使職權的範圍，實際上兼含行政與司法兩項，故稱之曰民選的海外行政官吏亦無不可及。一〇六〇年君士坦丁（Constantinople）之希臘王特允准威尼斯在該處經商的僑民得由威尼斯城市所派的官吏直接管轄。凡關於僑民之民事刑事兩種案件，當地官吏不得受理。自此以後，領事一變而為城市政府所委任的海外行政官，不再由商人之中自由推舉。至於常川設置領事以執行此種職務，則始自一二二三年。當時各城市政府所派領事的權力，較前益大。他所管轄者不僅限於他本國的僑民，即住在同一區域內的一般人民，也要受他管束。故就其性質與地位而言，與中國公共租界中之總領事，頗相彷彿。所不同者不過其管轄的區域，至為狹小而已。及十四世紀初葉，回教勢力勃興，中歐幾個基督教小國漸漸入其勢力範圍。當此之時，此種常設領事制度，依然

存在。惟以基督教與回教兩種教徒的互相嫉視，白種人不欲減少領事權力之心，日益顯著。同時鑒於土耳其人與阿拉伯人，經商之能力很大，他們所適用的回教法律，又不得適用於異教的僑民，白種人便不能不利用本國領事保護的力量來和他們競爭。故當時對於領事行使的司法權，凡屬基督教國家，莫不視為異常重要，紛紛要求回教國家准予添置領事，以保護本國僑民的利益。除了威尼斯、庇斯、和馬賽諸大城市外，他如弗洛倫士（Florence），葉尼（Gènes）等處，亦派領事至埃及、土耳其、阿拉伯等國，專任保護僑民利益之責。那時候所謂領事，亦由城市政府委任，其行使職權的範圍，亦包括司法與行政兩項。領事所判決的案件，不論屬於民事或刑事性質，都是依據本國法律辦理。如在一定的僑民聚居之區域以內，領事且可行使一種警察權來管轄這一區內的人民。故自當地的官吏方面看來，外來的領事，不啻一種對峙的行政官吏，其權力之大，足使各方面受到不少的影響。迨十五世紀初葉，北歐及西歐的國際貿易，漸漸興盛。當時歐洲國家如荷蘭，

瑞典，丹麥，英吉利，意大利等等亦相繼互派領事，以保護在國外經商的本國僑民。例如駐倫敦的意大利領事，即始於一四〇二年由意政府派往者。英國派往瑞典與丹麥的領事，則始於一四八五年。那時候，所謂領事直接由本國政府委任，與各城市政府所委任的領事，地位顯是不同。但一方面自領事之地位說來，雖可稱爲國家直接任命之外交而兼商務的官吏，他方面從他的職務看來，卻除了保護本國商人的利益以外，也可行使司法權來管理本國的僑民。這是與基督教國家派往回教國家的領事，根本相同的一點。

降及十七世紀中葉，中世紀沿傳下來的領事制度，遂發生一大變化。考其變化的原由，則有兩大要點可述。第一，因爲自一六四八年衛士福利和約成立後，常設使館的制度，已經確定。歐洲各國在外交方面的職務，已有一班使臣專任其責。因此領事的職務，一變而爲純粹的商務性質，其所處地位，雖然仍由政府直接委任，但是較前不同，則可斷言。第二，因爲受了自然法家郭老秀斯的學說的影響，國

際公法的學理，漸見昌明。不但法律上的屬人主義，代以屬地主義，即所謂領土主權之說，亦始於此時確定，或為國際公法上一種重要原則。故當時歐洲各國，對於領事能在國家領土之內行使司法權來管轄本國僑民一事，已經完全否認。這樣一來，領事的地位，驟然降低，他的權力無形中亦削去不少，除了當作純粹的商務官吏，身任保護本國商人的利益之責外，再也不能行使刑事與民事法權來審判本國的僑民。明白了上述兩種原由，可知十七世紀以後的領事裁判權，早已成為一個廢物。其所以尚能存在者，不過恃有特別條約的規定，與那時候的領事制度，固無絲毫關係之可言。意大利著名公法家菲亞爾 (Fiore) 曾經說過：『自常設使館制度確定之後，中世紀時代設置領事法官（即指享有裁判權的領事而言）的制度，已失其存在的可能，事實上雖然不能認為完全取消，但稱為領事制度之一大變化，則可無異言。』這句話，很值得拿來作引證者。

至於領事裁判制度撤消之後，關於領事應有之職權如何規定，則當時歐洲

各國如意大利，西班牙等等，雖有法律上的種種解釋，但此種種解釋極欠完備，不能認為已有怎樣適當的規定。迨一七六九年，法國與西班牙締結一種公約，內有兩國互派領事的職權的規定，內容比較詳明，遂成為以後各國解釋領事職權的唯一張本。至十九世紀中葉，國際商業的發達，一日千里，移民往還之事，亦益見紛繁，於是歐洲各國更不能不將領事之職權，詳為分配，確定一種適當的領事制度，以應實際的需要。不過因為派往少數東方國家的領事，根據特別條約，仍得享有裁判權之故，無形中已把領事的職權分做兩種解釋，一種是適用於一般的領事，易言之，就是派往歐美各國的領事；另一種是適用於少數的領事，易言之，就是派往少數東方國家的領事。這樣的二重的解釋，表顯得最清楚最明白，要算是西班牙於一八七〇年修訂的領事條例。按此項條例內第九十及第九十一兩款有云：

①

『如有特別條約的根據，則領事仍得行使法官的職權，審判本國僑民

之一切民事與刑事案件。』

『如在領事不能行使裁判權的國家，則領事之職權，當另行規定。』

上面第九十款的規定，明明指少數領事之享有裁判權者而言，所謂『行使法官的職權』一語，明言之，就是行使裁判權的另一解釋。至於第九十一款的規定，則不容說是泛指一般領事而言，所謂『領事不能行使裁判權的國家』質言之，就是通常沒有被特別條約束縛的國家，所以不能行使裁判權，像這樣明顯的區別，真可說是近代的領事制度與中世紀的領事制度根本不同的一點。我們必須明瞭此點，乃可進而討論領事能否享受治外法權的問題，但在未討論之先，不妨提出下列三項，作為本文的結束。就是（1）領事的由來，先由商人推選，繼由城市政府委派，終則為國家直接任命，所以事實上稱為國家所派的官吏，比較很遲。（2）領事的地位，先由行政官變為法官，繼由法官變為半屬外交半屬商務性質的官吏，終則變為純粹的商務官。（3）領事的職權，起初極為重大，除行使裁判權外，復

得在所屬區域內管理當地的人民。同屬基督教國家所互派的領事，則起初也可行使裁判權，直到十七世紀領土主權的原則成立，常設使館確定之後，方始根本取消。不過派往少數東方非基督教國家的領事，則因有特別條約的規定，所以至今仍可行使裁判權來管轄本國僑民。明白了這個結論，便可討論領事能否享受治外法權的問題。

(二) 領事能否享有治外法權

講到領事能否享有治外法權，我們有兩端須注意者：第一，領事能否享有外交官所享受的各項消極的特免權利？第二，領事能否像外國軍隊的統帥，或外國軍艦的司令一樣，也可行使一種領土以外的司法權來管轄本國人民？關於第一點，可分三層解釋如左：

(一) 須知從現行領事制度看來，他的內容，還是同十九世紀末葉時所修正

者，絲毫無異。領事在法律上的地位，與外交官（如公使、大使、全權大使等等）所處的地位完全不同。外交官是代表一國辦理外交的人，他本身直接代表本國的元首，間接代表本國國民全體，所以他是一種政府的特任官吏，其地位的尊貴，與任務的重大，皆足以使他不得不享受一種治外法權。至於領事之地位，不過普通的商務官而非外交官。其任務的目的，只在保護本國的商業利益，對於國際的交涉，可稱毫無權力可以顧問。所以除本職領事（*Consul natus*）由本國政府委任外，尚有非本職領事（*Consul electi*）得由僑民中推選充任之。領事既有『本職』與非『本職』的區別，則領事不一定算是純粹的官吏，不啻顯然易見。換言之，領事既然不能稱爲外交官，則外交官在國際公法上所能享受的各項特免權利，領事當然不得享受，這是領事不能享有治外法權的一個很清楚的理由。

（二）因爲領事之地位，與外交官不同，所以領事的職務，與外交的職務，事實上也很區別。除蘇俄政府獨將領事與外交官的職務，常常混爲一談外，其餘歐

美各國政府，對於這兩項職務，大都分別加以規定。按各國現行領事條例以觀，領事所有規定的職務，雖然不免大同小異，但總不外乎（1）保護本國僑民的一般利益；（2）保護本國工商業的利益；（3）監督及管理航務方面的各項事務；（4）辦理僑民出境、入境及註冊事宜；（5）隨時將外國的政治經濟及商業狀況報告本國政府等幾項。除此幾項職務外，領事在理並不能辦理或參預國際的交涉事宜。一方面看來，領事固須直接接受本國大使或公使的指揮，纔可執行他的職務，他方面說來，他卻沒有襄助大使或公使去辦理各項外交的責任。所以他行使職務時所需要的自由，並不像公使或大使那樣的迫切。我們知道所在國所以要給予外交官各項特免權利，雖說是爲尊重他國的主權起見，但是事實上不能不使外交官享有自由行使職務之權，卻也是個更大的原因。現在領事的職務，既然並未含有外交的性質在內，則就事實的需要而論，當然不必享受各項特免權利，不啻彰彰明甚。這樣說來，領事不但不能享有治外法權，并且也不必享受這個治外法

權，其理亦甚顯著。

(二)或曰領事館之治外法權本爲國際公法所承認，因此領事本身亦當置在『享有治外法權的人』之列。這種見解，真是毫無法理上的根據，不知國際公法上只承認有使館之治外法權，而沒有領事館的治外法權。使館所以能有治外法權，不過因爲外交官本身先享有治外權，所以不能不承認他的館舍，亦可不受所在國法律的管轄。至於領事本身，既不能與外交官相比，則其館舍之治外法權之不能成立，自在意料之中。若謂所在國特別保護領事館，就是承認他的治外法權，因而連帶的推及領事亦宜享受此種特免權利，則須知所謂『特別保護』云者，不過是一種國家對外道德的義務，其對象僅指領事與領事館的不可侵犯而言。換言之，即領事與領事官享有不可侵犯權利，雖然亦爲當今各國所承認，但是這樣的承認，與承認治外法權，性質上完全不同。所以從國際的通例看來，一般政治犯也許可以利用使館的治外法權，而逃避當地法律的管轄，（但就法理而論，

使館亦不應庇護政治犯，此義詳見第二章。）至於領事館內不能庇護任何犯罪之人，則無論世界各國，不啻一致公認。試觀歷來歐洲各國，凡關於領事問題締結之公約，都有專款聲明領事館內不能庇留任何罪犯，即不難證信領事館的治外法權不能成立，已了無疑義。（例如一八八八年法國與意大利所訂公約便有此項聲明，一九二一年蘇俄政府對於領事條例之解釋，亦明白規定領事絕對無庇護罪犯之權。）領事館的治外法權，既屬毫無根據之談，則欲因此連帶承認領事本身的治外法權，豈非更覺滑稽可笑。要之，領事與領事館雖然也享有不可侵犯之權利，但須知『不可侵犯權利』與『治外法權』本係截然兩物，決不能因此混爲一談，這是十分重要的。這樣看來，領事并不能享有治外法權，吾人更可深信無疑了。

觀乎上述三點，可知領事不能同外交官一樣的享受各項特免權利，其理由已十分清楚。現在且看他能否行使一種領土以外的司法權來管轄本國僑民。易

言之，他能否同外國統帥一樣的享有一種積極意義的治外法權。實則領事一方面既不能享受消極的治外法權，而他方面獨能行使此種領土以外的司法權來管轄本國僑民，這本來是極不合理的事。不過自從條約上規定了領事裁判權之後，領事能够行使此項司法權，已成爲不可掩蔽的事實。至於這個事實的應否糾正的問題，至少須從兩方面觀察，纔能得一滿意的解答。第一，要看一般外國僑民應否受所在國領土法權的管轄，要是『應該』的，則領事裁判權的對象已失，領事所行使的領土以外的司法權，當然隨之作廢。關於這一點，當於第八章『外國僑民與治外法權』內，再詳爲討論，今暫且不提。第二，則須看現在一般領事的地位——雖非外交官——究竟能否行使裁判權來管轄他人。假使『不能』，則所謂領土以外的司法權，當然亦無從說起。關於這一點，我們不妨拿來申論一下。

現代許多國際公法家對於上面一點的意見，往往非常矛盾。他們一方面否認領事享有各項特免權利，他方面卻說領事可以行使一種領土以外的司法權。

(或曰領事裁判權)來管轄本國的僑民。問他們爲什麼可以如此?他們便說因爲有特別條約的規定。(例如在中國的外國領事,因有條約的規定,遂能行使司法權。)實則這種特別條約,性質到底如何,在法理上是否稱得一種依據,還是個大大的疑問。這個疑問我們暫且付之不論,留待下章詳述,但須知道恃有特別條約的規定而行使的司法權,無論如何,總是一種畸形的事實。這樣的事實,只可適用在少數的領事,而不能將一般領事都包括在內。明言之,就是少數領事在少數國家之內縱可享有這樣的積極意義的治外法權,而一般領事在理論上與事實上是是否都能如此,還是個重大的問題。倘使解釋這個問題的答案是正面的,那麼,就是有了特別條約的規定,也是無關重要,因爲這樣的治外法權可以變做了國際公法上的原則,則這種條約的存在,適見其合乎法理而已。倘使我們的結案是反面的,那麼,即使有了特別條約,也等於沒有理由一樣,因爲凡是不合國際公法原則而締結的條約,就是一種不合法理的不平等條約,這種條約不能容其存在,

實在是無可諱言的。明白了這層意思，我們便可討論一般領事能否享有那種積極意義的治外法權的問題。

今爲便利說明起見，不妨亦分作三層，申述如左：

(一)領事不是外交官，所以他不能豁免所在國的領土法權的管轄，這些道理，早已說過。今所欲問者，凡是本身不能豁免所在國領土法權管轄的人，是否可行使一種裁判權來管轄他人。說得透澈一些，即本身尙不能不受所在國的法律的管束，而同時卻能執行本國的法律來管轄他人，這種道理，是不是國際法上可以承認的原則？如欲解答這個問題，我們只要把外國軍隊的統帥與外國軍艦的司令拿來做個比較，就可恍然大悟。我們知道外國軍隊的統帥與外國軍艦的司令，他們自身可以不受所在國法律的管轄，而享受一種消極的治外法權，同時且因其所屬軍隊與所屬軍艦內一切人員，都不能不受他們本國的軍法的管束，所以除了享有這種消極的治外法權之外，還可行使一種領土以外的司法權。

來管束他人。現在試問領事是不是同樣的外國官吏。他所管轄的是不是同樣的代表『本國政治權力』的一個團體，我想凡是懂得國際公法原理的人，要不敢妄置一詞，如此看來，領事之不能行使領土以外的司法權，蓋可昭然若揭，誰說就領事所處的地位而論，在理應該行使裁判權呢？這是應該注意者一。

(二)或曰，從中世紀的領事制度看來，領事裁判權未嘗不能成立，所以領事享有之積極意義的治外法權，決非不能承認之事。這樣的解釋，可稱毫無根據。何以見得如此？因爲上文不是說過，到了十七世紀國際公法學說昌明之後，領土主權的原則，已經完全確定，領事裁判權與領土法權根本相抵觸，亦早已爲公法學者一致公認。所以到了近代歐美各國已不再承認國家領土之內同時存在兩種法權：(1)是領土法權；(2)與領土法權根本相抵觸的領事裁判權。領事裁判權，在國際公法上既然變做了一個廢物，則領事之不能復行使司法權來管轄他人，還有什麼疑義可言。這是從領事制度的起源及沿革看來，適足以證明領事而欲

享有積極意義的治外法權，實爲不可能之事。此應該注意者二。

(三)或曰，領事裁判權的原則，固然已隨領事制度改善而作廢，但照現行的領事制度說來，領事在司法方面，未嘗不可行使一種職權。所謂司法方面的職權，仔細看來，就是一種領土以外的司法權。這種見解，也是不合事實。何以見得如此？須知現在所謂一般領事，對於司法方面的職權，可稱絕無權力可以自由行使。充其量，祇可當本國僑民間發生利益衝突時，擔任一種『公斷人』的職務，但要知『公斷人』不過一種居間『仲裁』的人。他所依據者，大都爲一國的風俗習慣，而非正式的法律，與民事或刑事法權，要未可相提並論，所以決不能視爲一種司法性質的職務。法國國際公法家福熙說過：『法國與他國互訂的公約內，從未發見有關於領事行使法權之規定，故領事對於民事與刑事兩方面的法權，可稱二者皆無。』又謂：『特自一八三三年法國政府頒給領事的訓令以觀，如遇法國人之間發生爭執，領事得於考慮之後，出任公斷人之職。』英國國際公法家霍爾也

曾說過：『本國人之間如果發生衝突，自願公請領事出而公斷，領事便可代爲解決。關於商業方面，以及船上發生的各項爭執，領事亦可出而公斷一切。至於本國公船所役用之水手，則領事亦得予以相當責罰，但不得置當地法律於不顧。』由此言之，領事有時雖可執行一種公斷的職務，但這種職務要係一種自願擔任的義務，而非法律所賦予的司法職權，蓋可想見。然則所謂領事可以行使一種領土以外的司法權，豈非明明言過其實，這又是一個領事不能享有積極意義的治外法權的很好證明。此應該注意者三。

觀乎以上三端，可知現在所謂一般領事既不能像外交官一樣，享有各項特免權利，又不能同外國統帥一樣，行使領土以外的司法權來管轄他人，則就結果而言，領事不能置在『享有治外法權者』之列，不啻彰彰明甚。根據這個結論，所以我們對於少數領事，依據特別條約而取得的治外法權，只可認爲條約所給予的非分的特殊權利，卻不能認爲合理的治外法權。這是凡是要想明白領事的地

位的人所不應忽視的一點。

(三) 一般領事與少數領事之區別

領事不能享有治外法權，此理已闡明如左，現在且看他在事實上所享受的特殊權利，究竟是怎樣的一回事。照國際的實際情形看來，一般領事所享有之特殊權利，是非常有限制的，可是那些行使裁判權的領事，因為有了特別條約的規定，所以他所享有的特殊權利，性質重大得多，不但是一般領事不能與之相提并論，甚且超過外交官的各項治外法權。事實上的差別既有如是之甚，則我們惟有必要把一般領事與少數領事，分作兩種觀察，才可了解其區別之所在。現在先看一般領事在事實上所享的特殊權利，到底是什麼。

按國際通例，一般領事所享受的特殊權利，嚴格說來，祇有兩種：(1)是免付直接稅，(2)是不可侵犯。所謂免付直接稅，僅指免付領事個人的直接稅而言，其

他各種間接稅，仍有完納的義務。所以性質上與外交官的特免權利，未可視同一轍。他如免除關吏檢查行李一事，領事亦無此權利可享。這又是與外交官不同的一點。至於不可侵犯的權利，雖然兼指領事個人與領事館兩方面而言，但實際上還是重在他『個人的不可侵犯』(inviolabilité personnelle) 這種個人的不可侵犯權利的給予，在近代歐美國家中，大半當作一種國際優待的寬典，所謂『最惠國待遇』(le traitement de la nation la plus favorisée) 條款，有時亦適用在規定領事的不可侵犯權利之時。例如一八六二年法國西班牙及意大利三國締結之公約，及一八六六年法國與奧大利所訂之公約內關於領事的不可侵犯權利的給予，便是用『最惠國待遇』條款，根據國際平等與互惠原則互相交換的，這種雙方互惠的交換的權利，固然爲了優待彼此的領事地位起見，但是領事一方面受了這樣的優待，他方面卻依然要受所在國領土法權的管轄，這是因爲『不可侵犯』與『治外法權』本來不是同樣的性質，所以領事觸犯了當地的法律，

當地法庭對他行使法權，是絲毫不受阻礙的。不僅觸犯了所在國的刑法，要就領土法權的管轄，即以民事案件而論，除了領事在職權方面發生違法問題，須用外交方式另為解決外，（如領事濫用職權，侵入外交範圍以內，便是一種違法行為，這種行為如何糾正，便是外交上的問題，）其他各項民事訴訟，當地法庭均可直接予以審判。這種辦法，歐美各國政府採用者實佔多數。故各國法庭對於領事犯法而判決的案件，已經不止一次。例如一九二二年蘇俄法庭曾聲明凡各國派往俄國之領事，如或發生犯法行為，蘇俄法庭均有審判之權。這種聲明，很足以證明領事之不可侵犯權利，與治外法權二者並不發生何種關係。否則，他一方面享有治外法權，他方面仍須受當地法庭的審判，結果豈非自相矛盾？至於領事館的不可侵犯，雖然也為各國所承認，但是這種不可侵犯權利，亦不能與治外法權，相提並論，這是我們所敢斷言的。所以從國際公法說來，如果領事館中發生庇護罪犯之事，所在國的警察，實有逮捕罪犯之權，萬一領事本身有非常犯罪的證據發見，

甚或私藏大批軍火，準備擾亂當地的治安，則在此種情境之下，當地官吏捨用實力加以遏制之外，直無他道可言。須知領事的地位，本來不比外交官，外交官的館舍在此種情境之下，尚且不能不受所在國警察的干涉，何況領事館的治外法權，本來是國際公法所沒有承認的呢。例如一九二七年駐在中國南部數省之蘇俄領事，不但在館內庇留擾亂治安之人，甚且有直接參與亂謀，傾危中國國本的證據發見。因此中國政府不得不用一種自衛手段，以阻止此等禍亂發生。這便是在非常的情境之下，對付犯法的領事之必要方法。至於引用這個方法的目的，僅在維護自己國家的主權，所以說他是違背國際公法，無論如何，講不過去的。

所謂一般領事所享受的特殊權利，既如上述，則領事在事實上，並未享有治外法權，個中情形，真亦不難察見。現在且看少數領事實際上所享有之非分的特殊權利，究竟是那幾種。講到這層，我們有一點不能不申述者，即所謂少數領事，換言之，就是駐在少數東方非基督教國家（昔如土耳其，今如中國，即係顯例）的

領事。這些領事，因為有特別條約的規定，所以能行使裁判權來審判本國的僑民。并且因為能行使領事裁判權的緣故，所以領事的本身，也變做一個享有治外法權者。他不但享受外交官所享有之治外法權，甚且可以濫用他的不正當的權力來侵害所在國的領土主權。例如駐在中國各地的外國總領事，常常參與本國的外交事宜，甚至可以行使警權，指揮軍隊，以管轄租界或其他勢力範圍內的一切居民。這雖說是有了租界，遂使領事發生這樣的越軌舉動，然於此亦可見享有此種裁判權的領事，濫用其職權的一斑。明白了這層道理，可知少數領事在實際上享有之非分的特殊權利，實可分作兩層說明：（一）為領土以外的司法權，易言之，就是領事裁判權；（二）各項特免權利，簡言之，即等於外交官的治外法權。關於第一層，我們將在下章詳為解釋，今且不提。現在只把第二層，解釋如左。

我們以為少數領事，因為能行使裁判權，所以享有的特免權利，實有下列各端。

(1) 爲豁免所在國刑事法權的管轄。例如西方各國駐在土耳其的領事，便可享受此項特免權利。這是明白規定在土耳其與西方各國所訂的條約裏面，所以土耳其法庭對於此方面的法權，可說完全不能行使（見一七四〇年土法條約第十六款及一六八〇年土荷條約第六款等項規定）與土耳其情形相同者，便是中國。中外條約上雖沒有專款規定外國領事可以不受中國刑事法權的管轄，但事實上之待遇，領事與公使相同，因此領事亦可享受此項特免權利。

(2) 爲豁免所在國民事法權的管轄。此項特免權利，凡是行使裁判權的領事，大都可以享有。這不但是西方國家與東方國家締結的條約承認此點，即許多國家亦曾爲此事，特別聲明者。例如一八六三年法國大理院曾判決過一件案子，聲明駐在東方國家的領事得不受所在國民事法權的干涉，這便是一個明證。

(3) 爲豁免所在國警察法權的管轄。這項特免權利，當然不成問題，因爲領事而可以不受刑事法權的管轄，則當領事發生犯罪行爲之時，當地警察自然更

無權加以干涉了。因爲這個道理，所以享有裁判權的領事，常常在所在國領土以內，發生犯罪的行爲，當地官吏竟不能對他行使警權。結果便有領事參預內亂，干涉內政等事情發生，這種損害所在國主權的舉動，在理應該絕對禁止的。

(4) 爲豁免所在國財政的法權的管轄。例如駐在土耳其的西方各國領事，即享有負付當地捐稅，不受海關檢查行李等各項利益。照一七四〇年法土條約規定，除非本職的領事外，其他各級領事，都可享有此項特免權利。至於中國，在條約上雖然只承認外國派赴中國的外交官得享受此項特免權利，但因爲駐華領事的地位早已變做外交官一樣，所以領事在事實上亦得受同樣的待遇。

(5) 爲豁免所在國宗教的法權的管轄。關於此項特免權利，凡西方各國派赴東方各國的領事，差不多都可享受。此事性質，比較不甚重要，所以對於各方面的影響亦是有限。

上列五項特免權利，歸納起來，本構成外交官的治外法權。外交官的治外法

權，在理領事不得享有，而今少數領事竟在事實上完全享受，這不是明明把領事看做外交官一樣嗎？法國國際公法大家福熙嘗以爲一般領事與少數享有裁判權的領事，其地位不同之一點，卽在乎前者爲純粹的商務官吏，而後者則爲外交官吏。明乎這種解釋，便可知少數領事所以能享有治外法權，不過因爲他們的地位特別擡高的緣故。少數領事的地位，爲什麼能夠擡高到這樣程度，當然有很多的原因在內。但在這些原因之中，領事裁判權的存在，實爲最明顯的一個，則爲我們深信無疑。我們知道領事裁判權的存在，不過由於特別條約的規定，有以致此，所以我們對於這種少數領事的治外法權，只可視爲一種畸形的事實，却不能認爲現行領事制度內所有之普遍事實。換句話說，這樣的治外法權，只不過是特別條約所給予的非分的特殊權利，卻不是一種合理的治外法權。既非合理的治外法權，則遲早必隨領事裁判權的撤消而發生變更，我們又可斷言者。

除了上述五項特免權利外，少數領事又得享有個人的不可侵犯權利，與領

事館的不可侵犯權利。例如言論的自由，書信文件之不受檢查等項，便屬於領事個人方面之不可侵犯權利。至於領事得設置衛隊，站立館外，以資保護，（例如一七四〇年法土條約第四十五款，即有關於此事之規定，故法國駐土領事，有設置衛隊之權，）則顯係領事館之不可侵犯權利之一端。有了這兩種不可侵犯權利，領事庇護政治犯的事情，因此常常發生，（例如駐在中國各地的外國領事館，不但庇護政治犯，且有把普通犯罪的華人，亦庇留館內，拒絕引渡之事發生，）其足以侵害所在國主權之處，恐猶駕乎使館的庇護權而上之。所以我們對於此種事實，亦認為有加以糾正的必要。

①見 P. Fiore, *Nonveau Droit International Public* 第二集第四八四頁。

②見 Ernest Lehr, *Manuel des Agents Diplomatiques et Consulaires* 第三三七頁。

③見 P. Fanchille, *Traité de Droit International Public* 第二集第一三九頁。

④見 Hall, *International Law* 第三七二頁。

第八章 外國僑民與治外法權

(一) 領事裁判權產生之原因

外交官，元首，以及其他服務於國際的政治機關的人員（例如國際聯盟，國際法庭所屬人員等等）皆可不受所在國或所在地的法律的管轄而享受各項特免權利。這些特免權利，綜合起來，即構成所謂治外法權。故外交官與元首等所享有的治外法權，可稱爲消極意義的治外法權。換一句說：就是各項消極的特免權利。至於外國軍隊與外國軍艦，因爲他們的統帥與司令等人物，一方面既可不受所在國法律的管轄，他方面又可行使自己國家的軍法來管轄其所屬人員。這樣的治外法權，可稱爲積極意義的治外法權，因爲他們所享受的治外法權的性質，實際上已超過所謂特免權利之上。凡此種種解釋，已詳見上列各章。今所欲討

論者，即爲外國僑民當其僑居國家領土內之時，從法理上說來，到底是否亦可享受同樣的治外法權。就國際公法原理立論，凡是甲國人民，當其僑居乙國領土範圍之內時，概須受乙國的法律的管轄。這個原則，無論如何，難以變更，這是我們在上面緒論一章中早已說明過的。但是現在少數旅居東方國家（如中國、暹羅等國）的外交僑民，在事實上還可不受當地法律的管轄，而享受種種的特免權利，那麼，在理論上果有何種解釋，方能自圓其說，實在是值得注意的問題。但在未說明這個問題之前，我們以爲有幾點必須注意的。

（1）須知一般外國僑民，與外交官與元首地位完全不同，所以後者享有的治外法權，前者決無享受之理，自屬毋庸置疑，這一點，不但國際公法學者一致公認，即那些替東方國家的外國僑民所享有的特免權利竭力辯護的人，也從來不敢以此爲例，把他看做國際公法上應有的一種原則。所以假使有人竟誤會一般外國僑民，也可像外交官或元首一樣的享受治外法權，那真是錯誤到萬分，不可

不加以糾正的。

(2) 我們早已說過，外國軍隊和外國軍艦所以享有治外法權之故，完全因為他們代表的是一種國家的政治權力，所以為尊重外國的主權起見，不能不予以治外法權（理由詳見第五第六兩章）。現在試問一般外國僑民是否同軍隊和軍艦一樣，也可代表國家的政治權力，我想凡是研究過國際公法的人，一定知其為非。那麼許多人誤解外國僑民在東方國家所享受的種種特免權利，好比外國軍隊和軍艦一樣，也有他的法理的依據，豈非等於癡人說夢！

(3) 或曰，外國僑民在原則上說來，本來不該不受所在國的法律的管轄，其所以致此之由，不過因為有了領事裁判權的緣故。明白的說來，因為領事有了裁判權，所以領事所屬國家的一般僑民，都可不受當地法律的管轄，而由領事自己審判。這樣說來，外國僑民所享受的特殊權利，顯與領事裁判權發生極密切的關係。前者彷彿是後者造成的結果；後者則為前者所以發生的原因。誠然，所謂領事

裁判權與治外法權，本來是性質不同的名詞，強把他們混爲一談，固然不對，可是說他們全無相互的關係，却又未必。何以見得如此？因爲我們在緒論中早已說明過，領事裁判權具有兩種意義的解釋：一方面說來，可稱爲少數領事根據特別條約規定而行使的非法的職權，他方面說來，則爲構成少數外國僑民享受非法的特免權利的唯一媒介。就領事制度之沿革以觀，領事不得復行使非法的職權來觸犯所在國的領土主權，吾人在第七章中已將此意闡明無遺，現在如果還有人以爲領事裁判權是可以存在，因此連帶的主張外國僑民可以不受當地法律的管轄，那便非用法理的眼光來觀察領事裁判權產生的原因不爲功。假使產生的原因是合乎法理的，則領事裁判權的存在，還有部分的理由，可以解釋，而所謂外國僑民享有的非法的特免權利，也許可視爲一種治外法權。否則，領事裁判權在法理上的依據完全不能成立，則此種制度的存在，只可當作一種畸形的事實，却不能算是合法的普遍事實，明乎此理，可知單單依據領事裁判權，在事實上還沒

有完全消滅遂以爲外國僑民在理論上亦可不受所在國法律的管轄而享受一種治外法權，那就不但等於隔靴搔癢，簡直是牛頭不對馬嘴了。

(4) 或曰，領事裁判權之由來，不先起自特殊習慣而後再用條約來規定（例如昔日土耳其之領事裁判制度），即完全依據特別條約的規定（例如中國之領事裁判制度）。故照道理上說來，條約上既經規定領事有裁判之權，則此項裁判權的成立，決不能說是毫無根據，如此則少數外國人民之僑居東方者，可以不受所在國法律的管轄，而由領事自己審判，亦屬無可非難之事。類此見解，甚爲普通，不但僑居中國之外人，力主此說，即歐美學者，亦多持此論調，藉以證明在華外人已得之特殊權利，完全合法。平心而論，領事裁判權所以能成立，從法律方面觀察，未嘗沒有根據可言，但須知法律上的根據是一事，法理上的解釋，又是一事。天下之事儘有在法理上解釋不通，而在法律上可成爲一種根據者。即以特別規定領事裁判權的條約而論，試問像這一種的條約是否根據國際平等原則而

訂定，實屬一大疑問。那麼，所謂領事裁判權在法律的根據，能否不因法理的解釋不通，而失其效力，更可令人發生懷疑。職是之故，我們一方面雖也承認領事裁判權成立的重要的依據在於甲乙兩國雙方締結的特別條約，他方面卻有幾個疑點不能不申述者：須知西方國家在中世紀時代，雖也曾實施過領事裁判的制度，但何以後來因條約的規定而行此制度者，實際上只限於東方國家（例如昔日之土耳其與今日的中國），此疑點一。且所謂東方國家皆是『非基督教國家』（如土耳其，中國，波斯等等），行使領事裁判權的國家，固不盡是『基督教國家』（如日本並非基督教國家，但在中國亦享此特殊權利），但為特別條約所拘束，至今仍容留此種制度之存在者，都係『非基督教國家』，此疑點二。不寧惟是，同為實施領事裁判制度的國家，何以甲國可以廢除此種特別條約，而使此種制度失其存在的根據（例如以前的日本與最近的土耳其），乙國則依然受此特別條約的束縛，無法可以解脫（例如中國），此疑點三。有此三個疑點，則知領事裁

判權產生的原因，實爲本章先決的問題。這個問題苟能解決，則領事裁判權在法
律上的根據，到底是否合理，是否不發生搖動，我們不難明白了。

上述四端次第申論之後，請進而說明領事裁判權的產生的原因究竟是什麼。今依吾人觀察，則有三種原因，可以分述如左：

(1) 宗教的歧視 何謂宗教的歧視？質言之，就是基督教國家對於其他宗教的信仰不同之國家，往往抱着一種歧視的心理。大凡一國司法制度之形成，必有其民族特有之生活的習慣，爲其有力的背景。背景不同，法律之實質及精神，亦隨之各異。至於造成此種背景之元素若何，則除了悠久的歷史與自然的環境之外，他如道德的傳說，與宗教的信仰，亦占重要地位。一國的法律在制度上縱有優劣之判，而在實質上與精神上，要不能強作好惡之分，這便是因爲各個民族的生活習慣根本上極難冶爲一爐之故，試就東方國家與西方國家的司法制度比較以觀，程度上的高下各別，自然非常顯著，但須知除程度上的差別之外，尚有性質

上的不同，由何而造成這樣不同的性質，則在中國以道德的勢力居多，而在土耳其則以宗教的勢力為最甚。譬如就土耳其一國而論，他向來是個篤信回教的國家，最早在土耳其所得領事裁判權的法英及荷蘭等國，則明明是基督教國家。在這兩種宗教不同的國家之中，所有人民的生活習慣與道德觀念，當然是性質各別，未可視同一轍。於此可見後者所以在前者取得領事裁判權以管轄其本國僑民，雖曰起因於特殊習慣，而形成此習慣之根本原因，則在乎宗教的信仰之不同。有以使然，易言之，就是宗教的歧視。當十四世紀初葉，回教之勢力頗盛，白種人之奉信基督教者，每藉本國領事的權力以保護其經商權利；同時鑒於土耳其人之風俗習慣，性質既相懸殊，土耳其所頒布的種種法律又僅可適用於回教信徒，故對於當時領事裁判權，特別視為重要，紛紛要求其所屬國家在土耳其各大名城添置領事以行使此項職權。故就中世紀之領事制度而論，西歐各國領事所以能行使裁判權，不啻應乎基督教國家僑民的心理上之需要，有以致此。所謂特殊習

慣，不過緣乎此種心理上之需要而產生的自然結果而已。這便是領事裁判權起
因於宗教的歧視之最好明證。或曰中世紀之歐洲國家實際上大都行使領事裁
判權，不僅由基督教國家派往回教國家之領事得向其僑民行使法權，即同屬基
督教國家互派之領事，亦何嘗不能如此，故以為領事裁判權起因於宗教的歧視，
似覺片面之談。類此見解，吾人不能表示贊同。何則？須知就最早之領事制度以觀，
領事得向其僑民行使法權，固為一種極普遍的現象，無足怪者，但何以降及近世，
基督教國家鑒於領土主權的原則的重要，遂紛紛撤銷領事裁判權，而代以各項
正當的職權，但其結果，則除基督教國互派之領事不再行使裁判權之外，其他駐
在回教國家的領事則依然行使此種裁判權，以妨害所在國領土主權的獨立，這
不是由乎宗教信仰的不同，而遂造成此種畸形的制度。例如法國在土耳其取得
領事裁判權的特殊權利，自其起源言之，固可謂為由於特殊習慣，但日後根據此
種習慣而復以條約追認與束縛之者，則最早始於一五三五年之法土條約。當時

領事制度尙未完備，領土主權的原則，尙未爲歐洲各國所承認，故用片面獨惠的條約以規定此項特殊權利，猶可強爲飾詞。迨及一七四〇年法國與土耳其又締結專約，特別規定此項權利，以爲最後的修正，（自一五三五年始，至一七四〇年修正，不祇一次，詳見下文，）則此時之領事制度業已發生變化，領事裁判權足以妨害國家領土主權之獨立，已爲基督教國家所公認，奈何於領事在法理上已不能成立裁判權之時，獨於宗教信仰不同的國家（土耳其）依舊保存此項特殊權利，而不爲同樣的變更，那真足以證明宗教的歧視實爲產生領事裁判權的原因無疑了。又如英國十五世紀時在丹麥與荷蘭等基督教國家設置的領事，亦得行使裁判權，但至一六四八年衛士福利利約成立後，早已將領事的職權重加規定，而不復使領事享此特殊權利，故實際上與在回教國家土耳其設置的領事，完全不同。按英國與土耳其其關於領事裁判權問題最早締結之條約，實始於一五八〇年。至一六七五年，又修正一次。當時國際公法學說已很昌明，領土主權的原則，

亦早已確立。顧何以英國對於同一宗教的國家，不願繼續行使領事裁判權，而於宗教不同的國家，則惟恐固有的習慣不能永生效力，且進而修正條約重加規定，謂非基於宗教的歧視一念，有以使然，誰能信之？這又是一個很好的旁證。總之，產生領事裁判權的原因，固不止一端，但自土耳其之領事裁判制度的淵源而言，則基督教徒與回教徒的信仰不同，因而產生互相歧視的心理，實足以誘起英法等國行使這樣的領事裁判權，來侵害土耳其之領土主權。假使沒有這種宗教的歧視，我想土耳其的領事裁判制度，未必會延長到好幾百年，才得撤消，這是很可斷言的。

(2) 文明先進的成見 所謂『文明』(civilization)一詞究竟如何解釋，一個民族的文明，進展至如何程度，方得稱爲文明先進國，這本來是頗難解答的問題。但吾人有一端敢申述者，即任何民族的文明，縱其進展的速率，有緩急不同，但總有他固有的歷史與民族的特性爲這文明的背景，則固顯然易見。東方國家的

歷史與民族性與西方國家的歷史與民族性，決不能視爲同一方式，自屬事理所當然，但對於此種不同方式所產生的文明，由此文明所產生的一切政治法律與風俗習慣，要各有各的獨立存在的價值，則應爲世人所公認。故西方國家之自詡先進者，對於東方國家的政治法律與風俗習慣，不惟應當容他存在，且當聽他自由發展。明白的說來，從一方面立論，東方國家固應時時審察世界潮流，改良他的政治法律與風俗習慣，以期適合於人類相互倚存之最高原則。顧自另一方面觀察，則號稱文明先進的西方國家，實在並無何種權力，可以否認東方國家所有一切政治法律與風俗習慣的特殊價值。須知東方文明與西方文明，無論其進展的速率有緩急不同，要有同等存在的價值，則爲毋庸諱言。故就國際公法的基本原理而言，國家的平等觀，應基於民族文明之平等觀。必須承認各個民族固有的特殊文明，都有存在與自由發展之權，而後由此種文明蛻化出來的國家，方得有存在與自由發展之權。這樣的道理，本來十分淺顯。惜乎西方國家大都狃於文明先

進的成見，不能認識這個原理，故對於東方國家的政治法律與風俗習慣，常常輕視其存在的價值。其結果遂發生西方各國僑民不願意受東方法律管轄的事實。有了這樣的事實發生，西方各國自然要在東方國家使行領事裁判權以管轄自己的人民。這便是領事裁判權產生的另一原因。譬如中國，雖係非基督教國家，而於人民之宗教的信仰，向來不取嚴格的干涉主義。自海禁開放之後，各國商人與教士接踵而至，實繁有徒。當初華人與外人之間，雖不免因種族心理的誤解而發生各項爭執，但於宗教的歧視色彩，可謂非常淡薄，以視土耳其、阿拉伯等處回基兩種教徒，每因宗教的仇視而常常發生重大衝突，情形似乎不同。這樣說來，中國在理宜不致蹈土耳其之覆轍而容留領事裁判制度的存在了。顧何以考諸事實，適得其反。這不是因為中國文明所形成的政治法律與風俗習慣，與西方各國所有者，大相逕庭，遂使歐美國家紛紛要求中國行使領事裁判權以管轄其本國僑民。這種見解，依許多學者看來，或許表示不能贊同，因為他們的意思，總覺得中國

的司法制度，極不完備，人治的弊害時見，法治的精神全無。假使早前中國的司法制度，能與西洋的司法制度，一樣的完備，則在華外國領事裁判權制度，或未必能够產生，亦未可知。這種論調，從事實方面看來，固未嘗不言之有理，但是當作司法制度的優劣問題，是產生領事裁判權的真正原因，則我們期期以爲不可。何則？蓋一國司法制度之形成，要必有其民族的道德、信仰、與習慣等等不同要素，爲其重要的背景；背景不同，法律的實質與精神，自然亦隨之不同。故細心的觀察之後，我們深信中國司法制度，實際上不完備是一件事，法律的實質與精神不同，又是一件事。今觀乎英國最早在華行使之領事裁判權，其起因並不在當時中國司法制度實際上怎樣的不完備，而在中國法律的精神，不適合於英國在華僑民之生活習慣，便可知東西洋文明的根本區別，實足誘起外人不願服從中國法律的心理，而產生所謂領事裁判權。至於中國司法制度的不完備，不過後來外人拒絕撤消領事裁判權之一種理由而已。（理由是否說得過去，則爲另一問題。）謂爲直

接使領事裁判制度成立的原因，則我們無論如何，不敢相信。法國著名國際公法家福熙○在說明外人在中國設立領事裁判制度之起源時，嘗謂『英國是首先使中國門戶開放的國家，先用和平手段與中國往還，繼則將其本國的司法權力施諸中國境內，以保護其本國僑民。』英國何以要把本國的司法權力施諸中國領土以內，無非因為英國不願其在華僑民自受中國法律管轄之故。照國際公法原則說來，僑居任何國家之外籍人民，概須受所在國法律之管轄，故為尊重中國的領土主權起見，英國決不能行使領事裁判權來管轄自己的僑民，自為理論所當然。今故意否認這個原則，復以片面獨惠的特別條約，來規定這種非法的特殊權利，是其明明懷着文明先進的成見，遂致這樣輕視中國的法律，蓋可不言而喻。這樣說來，文明先進的成見，也可說是領事裁判權產生的原因，我們不難徵信了。此外苟欲反證領事裁判權起因此種觀念，莫如觀察東方諸弱小國家之領事裁判制度之存廢原由，即可恍然而悟。譬如阿爾言利（Algerie）本為實施領

事裁判制度的國家。乃自一八三〇年爲法國征服，併入法國版圖之後，未及二年（一八三一年）即由法國殖民地總督通知各國政府，撤廢此種制度。當時各國鑒於法國之司法制度，已推行到阿爾言利全部區域，乃欣然表示贊成，初不因制度尙未改善而拒絕撤廢。這便是很顯明的例子。

(3) 國勢的衰弱 除宗教的歧視與文明先進的成見兩種原因外，國勢的衰弱，與領事裁判的由來，亦有密切關係。論理國勢的衰弱，純屬一種政治現象，對於法理方面的解釋，並不十分重要。但當一國國勢衰弱，內政不修之時，實際上往往誘起他國設法攫取種種特殊權利。此觀乎當中國國勢衰微之時，日本利用機會以一種片面獨惠的條約，予中國以不平等之待遇，我們可以徵信者。嘗考中日兩國在一八七一年時所訂之商約，內關於雙方僑民之訴訟案件，本規定中日兩國互派之領事各有受理之權。依此規定，中日兩國行使之領事裁判權，不啻爲雙方互惠的而非片面獨惠的特殊權利，蓋可想見。但當一八九六年中日新約締結

時，中國聲明放棄在日本之權利，而日本則依然保留之。結果遂造成日本片面的行使領事裁判權的局面。中日新約簽訂時，適在中國戰敗後二年（馬關條約在一八九四年簽訂。）其時中國朝政廢弛，國運方衰，加以新創之餘，民氣不伸，國勢劇變，日本因得憑藉戰勝餘威，要求中國予以此項片面的特殊權利。故就日本在華現在行使之領事裁判權而論，其性質既與一八七一年中日條約所規定者完全不同，則其產生之原因，不在乎他而在乎中國國勢之衰弱有以致此，我們很可明白了。此外猶有一點可以引證者，即自從中國在一八九六年實行放棄在日之領事裁判權後，距今已有三十多年，不但日本沒有實行放棄此項裁判權，且也沒有絲毫願意放棄的表示。中國在日僑民，無一不受日本法律的管轄；日本在華僑民，則人人可以不受中國法庭的審判。明明是同文同種的國家，而於雙方待遇之不同，竟有如此之甚，寧非一大奇事？此雖為一種國際的特別例子，但領事裁判權之一存一廢，與國勢強弱的差別，適成一正比例，於此亦可見一斑。

歐洲巴爾幹半島國家大半隸屬於土耳其帝國，及一八七八年柏林條約成立後，始紛紛改變為獨立國。當其隸屬土耳其帝國時，歐洲各大國，在此等國家領土以內，亦均行使領事裁判權，但自他們改變為獨立國後，關於撤消領事裁判制度的標準，一視乎其國國勢是否強盛而後決定，這是很可注意的事。例如羅馬尼亞 (Roumanie) 於一八七八年後，即由列強承認取消領事裁判制度，故至今已無領事裁判權之遺跡可尋。至於保加利亞 (Bulgarie) 則在歐戰之後，變為戰敗國家，致使一度撤消的領事裁判制度，復為協約國要求而復活。從這點看來，國勢的衰弱，雖然是個政治的現象，但視為領事裁判權產生的一種原因，也不為過甚了。

(二) 領事裁判權之法律的根據

綜觀上文所言，我們得到一個很明顯的結論：就是領事裁判權的產生的原

因不外乎以下的三種，即所謂宗教的歧視，文明先進的成見，與國勢的衰弱。這三種原因，不論其性質若何，要難稱爲『合乎法理的解釋』，則可斷言。領事裁判權在法理上之解釋，既然不能成立，則其在法律上的根據，是否不發生動搖，我們也可不辯而自明。現在且看他的法律的根據，到底是怎樣一回事。

講到領事裁判權在法律上的根據是什麼，當然是國與國相締結之條約。何以見得如此？因爲領事裁判權產生的原因，從法理的眼光看來，都不是合理的事實。惟其如是，所以西方各國，要在東方國行使領事裁判權，除了用特別條約來規定此項特殊權利之外，實在沒有旁的方法。假使領事裁判權能同治外法權相同，也成爲國際公法上公認的原則，則不經條約的規定，自然也可發生效力。可是從事實看來，領事裁判權與治外法權二者絕對不同，幾爲盡人皆知。如此則舍條約而欲探究領事裁判權之法律的根據，豈非等於癡人說夢？有人說，西方國家在遠東國家所以能行使領事裁判權，其唯一的法律的根據，初不在條約而在享有領

事裁判權國政府所頒布的法令。由於這種法令，遂產生各項法規與條例，以作領事行使裁判權的重要依據，譬如就英國在華行使之領事裁判權而論，假使沒有一八九〇年之樞密院勅令，關於領事裁判方面之種種法規與條例，就無從產生，在華之領事法庭與高等法院，也就無從着手組織。這樣看來，領事裁判權之法律的根據，初不在條約而在領事所屬國政府頒布之法令，豈非一大明證。類此觀察，其爲錯誤，十分顯然。何則？蓋卽就英國在華行使之領事裁判權一端而言，雖然在華所設法庭的組織，以及領事所適用之法律，自有本國政府所頒布之法令，以作根據，但試問此種法令未曾頒布以前，領事是否已有行使裁判權之法律的規定。要是說已有法律的規定，則此項規定，必就是中英雙方互訂之條約，可稱毫無疑義。退一步說來，卽使英國行使領事裁判權之根據，果屬英國政府頒布的法令，但假定中英重訂新約時，規定在華英國領事不得繼續行使裁判權，則試問英國已得之領事裁判權，應否隨着舊約失效而停止行使。如果說應該停止行使，則領事

裁判權之法律的根據，又必在中英雙方締結之條約，不啻彰彰明甚。⊖要之，享有領事裁判權之國家，只能在條約已經規定之後，頒布法令，製定條例，以作該國實施領事裁判權的張本。如果條約上沒有規定領事有裁判之權，則所謂法令與條例，不但無效力可言，且無頒布的必要。至若新訂之條約上已聲明放棄此項裁判權，則原有法令與條例，當然一律作廢，更不消說得。明乎此義，可知除了國與國締結之條約以外，復欲探考領事裁判權之法律的根據，實在是一件不可能的事。我們對於此點既已承認，便可進而討論條約的性質與內容的問題。

近來一般人都知道關於領事裁判權的條約，是一種不平等條約。（所謂『不平等條約』等於英法文中的“Capitulations”一詞。按這個名詞係從意大利文“Capitolazione”轉變過來者。中世紀時代歐洲基督教國家與回教國家締結條約時，每用意大利文，作為外交的文字。所謂“Capitolazione”，其意義本來等於『條約』或『公約』（Convention）的解釋。後來英法等國與土耳其所訂關於領

事裁判權之條約，許多公法家都以“Capitulations”稱之。因此“Capitulations”一變而為領事裁判權條約之另一名詞，而我們所謂『不平等條約』因此亦與上述名詞，聯為相同的解釋。但所謂不平等條約，與一般條約，根本有何區別，要是單就條約的形式以觀，確也很難解答。所以我們要想明白何以關於領事裁判權的條約，是一種不平等條約，只有仔細觀察這種條約的性質與內容如何。

依我們的見地說來，所謂不平等條約在性質上別於其他條約，只有一個顯著的特點。這個特點是什麼呢？即通常所謂條約（國家因戰敗而訂立之條約當然是例外）其訂約之動機，總不外乎要用一種國際的契約結合來滿足締約國雙方相互的需要，所以這種條約的訂立，總是根據國際平等與互惠原則而締結的。雙方締約國在事實上究竟是否平等，是否互惠，固然是另一問題，但當此項條約締結之時，任何締約國總不願忽視這個原則而後簽訂，則此事十分顯著。所以從實際的情形說來，通常各國所訂之條約，雖不能稱為怎樣的平等，至少却不能

稱爲不平等，則可斷言。至於那種關於領事裁判權的條約，則性質與此便自不同。因爲領事裁判權產生的原因，沒有一端是合乎法理的解釋，所以此種條約的締結，可說違背國際平等與互惠原則。結果往往只有一國單方面獨受其利，易言之，只有單方締約國享受片面獨惠的特殊權利。雖說是關於領事裁判權的條約，也有使雙方締約國互相享有此項特殊權利者，但須知這是例外的事實而非普遍的事實，所以我們認爲這種條約，在性質上說來總是一種不平等條約。

條約之性質，已闡明如右，今且說明他的內容如何。講到這種條約的內容，我們以爲至少有下列兩點不能不注意者。

(1) 條約的最不平等的一點，就是規定只有單方締約國享有領事裁判權的特殊權利。今欲證明此說，最好把左列兩個例子的內容，作個比較的觀察。

第一是一八九六年之中日通商條約。按該約第二十款有云：

『日本在中國之人民，及其所有財產物件，皆歸日本安派官吏管轄。凡

日本人控告日本或被別國人控告，均歸日本委派官吏訊斷，與中國官員無涉。」

又第二十二款云：

『日本人民被控在中國犯法，歸日本官員審理；如果審明真罪，依照日本法律懲辦。中國人民被日本人在中國控告犯法，歸中國官員審理，如果審明真罪，依照中國法律懲辦。』

第二是一八七一年之中日和好條約。按該約第八款有云：

『中日兩國得在因條約規定而開設之商埠設置領事以管轄各該國之人民。凡一切訴訟，管理，財產以及其他類似之問題，皆由領事依照各該國法律審斷……』

從上面兩個例子看來，可知一八九六年中日通商條約內關於領事裁判權之規定，只不過證明日本在華人民可以不受中國法律的管轄，至於中國在日本之僑

民可稱與該約毫無關係。須知條約上既然只規定日本在華行使領事裁判權，則此項裁判權，明明是一種片面獨惠的特殊權利，而非雙方互惠的特殊權利，不啻昭然若揭。至於一八七一年中日和好條約內關於領事裁判權之規定，則就該約條文之解釋以觀，中日兩國領事均得行使裁判權以管轄本國僑民，此理十分顯然。如此，則不當稱爲一種片面獨惠的特殊權利，又可不辯而自明。不過從事實看來，這樣的例子，在近代國際條約史中，確然很難找到。所有種種關於領事裁判的條約，大都是同我們所舉第一個例子相彷彿。因爲這層理由，所以我們以爲這種條約內最不平等的一點，莫過於此項片面獨惠的特殊權利的規定。上文所說違背國際平等與互惠原則而締結的那句話，也可說是專爲此點而發。

(2) 條約內第二個不平等的地方，要算是最惠國待遇條款之片面的引用。按最惠國待遇條款，本來是一種條約上的術語。這種術語常常適用在通商、航行、及關稅等條約裏面。考其意義，初無何等肯定的解釋，充其量不過表示優待對方

締約國的一種好意。可是適用此項條款的時候，也是根據雙方互惠原則而後將那條款規定在條約裏面。其所以如此之由，無非因為國與國訂立通商與航行條約的時候，雙方都想利用這種國際的契約結合（就是條約）來滿足相互的需要，因此甲國對於乙國給予某種優待，乙國亦不能不報以同樣的待遇。此雖純粹的事實問題，然根據此種事實乃可適用此項條款，實不失為一種國際慣例。例如一九二七年法國與日本締結關於安南之航行條約，內關於船隻之待遇一項，即以最惠國待遇條款互相授受。該約第三款有云：

『……泊在安南各埠之日本船隻得受最惠國待遇。』

第四款又云：

『……泊在日本各埠使用法國旗號之安南船隻，得受最惠國待遇。』

這樣的引用最惠國待遇條款，可說是適合國際平等與互惠原則。所以雙方締約國，在事實上均得享受同樣的待遇。又如一九一〇年中國與波斯所訂之租

好條約，內引用最惠國待遇條款，亦可謂適合國際平等與互惠原則。該約第二款云：

『兩締約國得派大使，公使，代辦，及其館員。除關於領事裁判權者外，其享受之待遇及特免權利，均與其他最惠國大使公使相同。』波斯在華並未享有領事裁判權，故上文載有『除關於領事裁判權者』字樣。但關於外交官享有之待遇與特免權利，雙方締約國固各以最惠國待遇條款互相授受。這又是一種適合雙方互惠原則而引用最惠國待遇條款的很明顯的例子。

引用最惠國待遇條款的原則，本來應該如此，方屬正當辦法。乃關於領事裁判權的條約，對於引用此項條款的辦法，與上文所言，適獲其反。照這種條約的內容看來，所謂最惠國待遇云者，夷考其實，不過是要求片面獨惠的特殊權利的一種表示。但這從享有領事裁判權國家方面觀察如此，若另從給予領事裁判權的國家方面以觀，則有了此項條款的規定，不啻明白承認此項片面獨惠的特殊權

利，均有送給第三國之可能。換句話說，即任何國家祇須同樣的引用最惠國待遇條款，也可步武後塵，享有同樣的特殊權利。我們在上文早已說過，領事裁判權產生的原因，本來都是不合法理的解釋，故凡用條約片面的規定此項特殊權利者，都可說是不平等條約。甲國與乙國訂立這種不平等條約，已經吃虧不淺，若說丙丁戊己等國都引用最惠國待遇條款而取得同樣的領事裁判權，則甲國主權的損害與利益的剝奪，自更不消說得。故就領事裁判權的條約的內容以觀，條約內所載明之最惠國待遇條款，對於國際平等與互惠原則，實屬大相背馳，不特有違國際慣例，且開未有之國際特例，足以貽害無窮。譬如就中國一國而論，其所受領事裁判權之痛苦，當然肇源於鴉片戰後與英國締結之南京條約。自一八四二年南京條約簽字後，未及兩年，又有中法條約與中美條約之締結。但內關於要求行使領事裁判權一項，尙未明白引用最惠國待遇條款。及一八五八年中英天津條約成立之時，該約條文內，始發見片面的引用最惠國待遇條款之事。其後陸續締

結之中丹，中荷，中意與中祕等約，亦均有同樣的條款載明在約內。最可引爲參證者，則爲一九〇三年之中美商約。該約第二款關於領事裁判權之重要聲明時，曾將此項條款，引入約內。其條文如左：

『……凡華官遇此等官員（指上文所說的領事而言）均須以合宜之禮相待，至所享分位，職權，與優待豁免之事，以及裁判並管轄本國人民之權，與現在或日後中國施諸最惠國同等官員者無異，……』

上文所謂『與現在或日後中國施諸最惠國同等官員者無異』顯係一種片面獨惠的特殊權利的明白規定，其影響於中國，可稱非常重大。故自美國在該約內引用最惠國待遇條款後，他國踵起而效法者，益不可勝數。最後瑞士與中國訂立商約時（一九一八年），亦採取同樣辦法。按該約附件所載，瑞士亦有下列聲明：

『關於領事裁判權，瑞士國領事應享有中國現在或將來先於最惠國

領事之同等權利……』

凡此引證，在不平等條約束縛下的中國固然是不算一回事，但依國際平等與互惠原則立論，這樣片面的引用最惠國待遇條款，無論如何，總不能謂爲適當。中國在當時忽視這個國際平等與互惠原則而與各國簽訂這樣的特別條約，固然咎由自取，然而各國利用這種片面獨惠的條款來攫取中國的權利，却也不能不認爲一個違背國際公法的不幸事實。中國的情形如此，其他曾被不平等條約束縛的國家如土耳其、埃及、暹羅等等，亦何嘗不是如此。於此可見片面的引用最惠國待遇條款一事，實在是條約裏面很不平等的一點。如此點不加糾正，條約之內容如何，也就可想而知。

關於領事裁判權條約之性質與內容如何，我們皆已分別說明如右，這種條約所以是不平等的道理，我們亦已不言而喻。但申述至此，猶有一端不能已於言者：即領事裁判權之法律的根據，既爲國與國締結之條約，這種條約之性質與內

容，又含有不平等的事實在內，則就自然的結論而言，此項領事裁判權應否容其存在，實爲我們所應注意的問題。對於這個問題，我們以爲非常容易解答。何以故呢？因爲領事裁判權之法律的根據，既然建築在不平等條約上面，則一旦情勢變遷，此項條約當然可以隨時失效，或因原約期滿而失效，或因新約重訂而失效，或因原約廢除而失效。失效的方法與步驟，雖有緩急先後之不同，但條約不能永遠發生效力，則果深信而無疑。條約一旦失效，則領事裁判權之法律的根據，勢必隨之消失，蓋可斷言。如此，則外國僑民附麗於條約而存在之非法的治外法權，尙謂永無冰解水融的一天，誰能信之？

①見 P. Fauchille, *Traité de Droit International Public* 第三集第一九八頁。

②見英國法學家畢各德 (F. T. Piggot) 在所著 *Consular Jurisdiction and Residence in Oriental Countries* 一書中亦有此種見解。見該書第七頁至第九頁。

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

(一) 土耳其領事裁判制度的起源

外國僑民在土耳其享有之非法的治外法權，年代最久，經過的情形，亦最複雜，所以我們先加以一種比較詳明的敘述。因為我們所謂非法的治外法權就是一種不合理的治外法權，這種不合理的治外法權的存在，與領事裁判制度的存在，含有連帶的關係，所以我們要想明白外國僑民在土耳其享有之種種治外法權，就非明白土耳其的領事裁判制度的內容不可。但在未曾說明領事裁判制度的內容之先，有一點不能不討論者，就是這種制度的起源。

我們知道西方各國在土耳其取得的領事裁判權，其起因在乎宗教的歧視，其所依據則為特殊的習慣，至於依據這種特殊的習慣，而後形成這樣的畸形制

度，則溯其本源，實始於一五三五年法國國王弗郎沙第一 (François I) 與土耳其君主沙力門第一 (Soliman I) 締結之條約。在一五三五年之前，沿地中海的各大城市如威尼斯 (Venice) 與葉尼 (Genès) 等等，固早已在土耳其行使領事裁判權，但自此約成立之後，土耳其的領事裁判制度，方由特殊的習慣而變爲條約的規定。從此有了法律的根據。故就實際而言，西方國家最早根據條約而取得土耳其的領事裁判權者，實爲法國，最早利用條約的規定而享受這種非法的特殊權利者，亦爲法國僑民。按法國在一五六九年曾與土耳其重訂條約，關於法國領事的權力，多所增加。自是年至一六八四年爲止，其間凡經過七次的修改，至一七四〇年，法土商約成立之時，始爲最後的修正。故就法土兩國歷年所訂之條約以觀，一方面可說是其他各國在土耳其取得領事裁判權的唯一張本，他方面則當視爲形成土耳其的領事裁判制度的重要原素。今且將西方各國與土耳其所訂關於領事裁判權的條約的日期列表如左，藉資參考：

- (1) 法國 始於一五三五年,修正於一七四〇年。
- (2) 英國 始於一五八〇年,修正於一六七五年。
- (3) 荷蘭 始於一六一二年,修正於一六八〇年。
- (4) 奧大利 一七一八年。
- (5) 瑞典 一七三七年。
- (6) 丹麥 一七五六年。
- (7) 德國 始於一七六一年(此係普土條約,修正於一八九〇年)。
- (8) 西班牙 一七八二年。
- (9) 俄國 一七八三年。
- (10) 美國 一八三〇年。
- (11) 比利時 一八三八年。
- (12) 葡萄牙 一八四三年。

(13) 希臘 一八五五年。

(14) 意大利 一八六一年。

觀上所述，可知在土耳其行使領事裁判權之國家，共有十四國之多。此十四國，無一非西方國家，又無一非基督教國家，於此足證宗教的歧視，是土耳其的領事裁判制度產生的原因，誠非過言。至於十四國與土耳其訂約之日期，則最早者莫如一五三五年之法土條約。我們所以認為土耳其的領事裁判制度的起源，是法國與土耳其締結的條約，其故便在乎此。

(二) 土耳其領事裁判制度的內容的分析

土耳其的領事裁判制度的起源，已如上文所述，今就其內容分析以觀，則須知締約國在土耳其行使的領事裁判權，實不止含有刑事法權，抑且含有民事法權。今爲便於說明起見，可分爲三個問題，以次述敘如下：

(一) 刑事訴訟問題 關於此項問題之解釋，有三點可言：(甲) 領事對於本國僑民間之刑事訴訟，有完全的裁判之權，因此，凡屬締約國的僑民，均可不受當地法律的管轄。譬如法國僑民之間發生刑事訴訟，由法國領事直接審判，英國僑民之間發生刑事訴訟，則由英國領事直接審判，都是顯例。至於無約國僑民間發生刑事訴訟亦可藉『被保護者』(protégé)一詞而受締約國之領事的審判，例如瑞士留居土耳其之僑民即係法國領事之『被保護者』，故亦由法國領事審判。按一七四〇年法土條約第十五款有云：『法國人民間倘或發生人命案件，及其他擾亂秩序的行爲，由法國大使或領事依照其本國法律處置，土國官員不得顧問。』他如英，俄，意，比及荷蘭等國與土耳其締結之條約內，亦有同樣的規定。故就刑事方面的法權而論，土耳其已經完全失掉，不啻昭然若揭。(乙) 關於不同國籍的外國僑民間如或發生刑事訴訟，則依條約上之解釋，締約國領事各有審判之權。例如原告係法國人，而被告則係英國人，則依條約的規定，法英兩國的領事

實均有審判之權。但在事實方面說來，到底由法國領事審判，抑歸英國領事處治，往往引起許多的困難。土耳其政府有鑒於此，曾於一八九〇年要求締約國之領事各自放棄此方面的裁判權，而由土耳其法庭直接處治。當此之時，列強不願放棄此種裁判權的心理，顯然可見，故一方面反對土耳其政府的要求，他方面則經過數次大使會議之後，即決定如遇有此等刑事案件發生，行使裁判權的官吏，應由被告所屬國家之領事充任之。自此項辦法決定後，困難之點，雖已消滅，而土耳其法庭不能行使法權，則依然如昔。所以從這一方面看來，締約國的僑民，還是可以避免當地法律的管轄，這是很清楚的。(丙)至於締約國僑民與土耳其人民如或發生刑事訴訟，則不論被告或原告為土耳其人，土耳其法庭皆有審判之權，惟須由有關係國之領事或領事的代表出席法庭，陪同審判。此項辦法，規定在一七四〇年之法土條約（見該約第二十六款），故單就法國一國而言，關於此方面之領事裁判權，實際上不能視為完全享有，因此締約國僑民在此種情形之下，亦

斷不能稱爲不受當地法律的管轄。至十九世紀中葉，締約各國領事遇有此等案件發生，大都不照原來條約的規定，而強將罪犯移歸領事自行處治。雖經締約國之大使迭向土耳其政府聲明各該國領事不再直接行使法權，但結果除法國以外，他如美國、比利時等等，依然不願放棄此種超脫條約規定的法權。一八五六年，土耳其政府卽有在土京、君士坦丁設立『混合法庭』之提議，用來審判這類的刑事案件，但因領事從中阻撓之故，卒無實現的機會。

(2) 民事與商業訴訟問題 關於此項問題之解釋，我們亦可分爲三點敘述：(甲) 同一國籍之僑民間，如發生民事或商業訴訟，則領事有直接審判之權，土耳其法庭不得顧問。此種規定，不僅見諸西方各國與土耳其所訂之條約內，(如一七四〇年之法土條約，一六七五年之英土條約，及一六八〇年之荷土條約) 卽締約國政府對於派往土耳其之領事條例，亦有如此解釋。故就第一點而論，土耳其在此方面之民事法權，不啻完全損失。(乙) 關於不同國籍的僑民間，如有民

事或商業案件發生，則依條約之解釋，締約國領事均有審判之權。例如法籍僑民與英籍僑民之間發生民事訴訟，則法英兩國領事在法律上皆有審判之權，而在事實上則不免發生許多困難，因彼此引用之法律亦非絕對相同之故。爲免除此種困難起見，法、俄、英、奧四國大使，曾在一八二〇年在土京君士坦丁召集會議，交換意見，以定補救辦法。結果由締約國大使各選派三人合組一種司法混合委員會（*Commission judiciaires Mixte*）以處理之。三人之中以二人充任被告方面之法官，一人則爲原告方面之法官。如被告爲法籍僑民，則此方面之法官亦爲法人，如原告係俄籍僑民，則彼方面之法官亦係俄人。餘可類推，不必細述。但此種司法混合委員會，不過爲襄助領事裁判之附屬機關，其法官本身並不任直接審判之責。故實際上至多可以糾正領事的法權，却不能使領事之間完全免除裁判的困難。（丙）至於締約國僑民與土耳其人之間發生民事或商業訴訟，則依一七四〇年法土條約之解釋，土耳其法庭本有審判之權，惟須允准有關係國之領事到

庭陪審。他如一六七五年之英土條約及一七八三年之俄土條約內亦有同樣之規定。故土耳其在此方面之民事法權，初不能謂爲完全損失。至十九世紀初葉，此類民事與商業案件，發生益多，於是締約國之領事往往違背條約上之規定，而強行移歸領事直接審判。其措詞之理由，則謂土耳其之法律不能保護基督教國家僑民的利益，故有不服土耳其其法庭判決之表示。土耳其政府有鑒於此，思所以補救及應付之方法，乃於一八四七年在君士坦丁等各大城，設立商業混合裁判法庭 (tribunaux de commerce mixtes)，內設法官五人，三人係土耳其政府任常的法官，二人則以有關係國之領事隨時充任之。其目的固在審判土耳其其人與他國僑民間發生之商業案件，但關於一千枚土耳其其國幣以上之民事訴訟，該法庭亦有審判之權。至其他一切民事案件，則仍由土耳其其法庭受理，締約國之領事不再任陪審之職。自此種辦法規定以後，土耳其其在此方面之民事法權雖依然未能充分行使，但以視往昔領事之濫用法權，單獨審判，則已差勝一籌。

(3) 上訴問題 此處所謂上訴問題，當然僅指締約國僑民之上訴問題而言。因為條約上並無關於上訴手續之規定，所以締約國對於上訴事件的處置，大都依照本國的司法制度辦理。在這不同的上訴制度之中，概言之，可分為英法兩派。照英國的制度說來，英國在君士坦丁所設之高等法庭，實為第一級的上訴機關。所謂高等法庭，由法官二人——一為正法官，一為副法官——組織之。其任命之權，則操自英國政府。凡領事判決不服的上訴案件，皆歸該法庭審理。如有性質重大的刑事案件，領事亦可呈送該法庭直接加以判決。至於高等法庭判決不服的上訴案件，則由一種臨時組織的司法機關 (*le conseil privé*) 審理。所謂 *le conseil privé* 之組織，分兩種方法：其一由高等法庭的正副法官邀集各地領事二人至四人共同組織之。但除貢獻法律上之意見外，並不任直接判決之責，因為最後的判決，仍由高等法庭自行決定。其二則就當地英國僑商中聘選精通法律者五人用陪審制度審判之。故就實際而論，英國在土耳其的領事裁判制度有三級

可言：第一級是領事法庭；第二是高等法庭；第三是臨時組織之司法機關。以上所言，皆係英國的上訴制度。至於法國的上訴制度，事實上比較單簡得多。凡關於法國僑民之刑事或民事上訴案件，都由達克斯法庭 (Cour d'Alix) 判決。採用同樣的制度者，有意大利，比利時及希臘等國，如意大利之上訴法庭 是葉尼法庭 (Cour Genés)，比利時之上訴法庭 在白魯塞爾，希臘之上訴法庭 則在雅典，皆為顯例。

綜觀以上三個問題，可知土耳其的領事裁判制度的內容所詔示於吾人者，有下列數端可述。第一，從這種制度的內容看來，可知締約國僑民在土耳其所享受之非法的治外法權不外乎以下兩項特殊權利：(1) 是豁免土耳其刑事法權的管轄。這不但是在同一國籍的僑民間發生刑事訴訟時，證實此說，即當不同國籍的僑民間發生刑事案件之時，亦有這樣的情形。(2) 是豁免土耳其民事法權的管轄。其情形與上述一項頗相彷彿，所不同者，不過當不同國籍的僑民間發生民事訴訟之時，被告不歸領事單獨審判，而由司法混合委員會處置而已。其次，從

英國的上訴制度看來，締約國所行使的法權，不啻已正式侵入土耳其的領土範圍以內，其足以破壞土耳其司法制度之統一，真是彰彰明甚。第自締約國僑民方面言之，充其量亦祇不受當地法律的管轄，換言之，也不過是非法的治外法權之一部而已。復次，就刑事的訴訟方面以觀，除了締約國僑民得不受當地法律的管轄之外，所謂無約國之僑民，亦可藉『被保護者』名義而享受同樣的待遇。（例如瑞士本係無約國，但瑞士留居土耳其之僑民，亦可在法國領事保護之下，不受土耳其的法律的管轄。）這樣說來，領事裁判制度的存在，不但使締約國僑民享受一種非法的治外法權，且使無約國僑民，亦可享有同樣的治外法權。其足以妨害土耳其領土主權之完整，更是昭然若揭。

總之，西方各國在土耳其實施之領事裁判制度，與土耳其立國之領土主權根本相抵觸，實無絲毫疑義。此種畸形的制度一日不能撤消，即外國僑民在土耳其所享有之非法的治外法權亦一日不能廢除。欲望國家之領土主權完全獨立，

自屬不可能之事。土耳其其人民有鑒於此，刻苦奮鬥，歷百數十年之久，卒將數百年來戕害國本的畸形制度，達到完全撤消的目的。雖曰內政修明，國弱轉強，乃有如此一日，但其間經過情形的曲折，有足使吾人得益不少者，故於本章之末，特將土耳其撤消領事裁判制度之經過情形，分期縷述，以便參考。

(二) 土耳其撤廢領事裁判制度之經過情形

土耳其其初因本國之宗教的信仰，別於西方基督教國家，本國之法律又不能適用於西方各國僑民，故於不知不覺之中，予西方國家以領事裁判權，無形中遂造成一種特殊習慣。繼則不知國家領土主權之重要，而貿然與各國締結關於領事裁判權之條約，一轉移間遂將特殊習慣，變為條約的規定，而植一法律上的根基。終則鑒於領事裁判制度之足以妨害國家司法制度之統一，乃思所以廢除的方法。故就事實而論，土耳其希圖撤消領事裁判制度之動機，發生在十九世紀初

葉距離此種制度之起源，差不多已有好幾百年。好幾百年遺下的畸形制度，能够一旦完全撤廢，天下無此易事。故我們以爲如欲說明土耳其撤廢領事裁判制度的經過情形，至少有三個時期，可以區別如下：(1)自一八五八年至一九一四年爲覺悟時期；(2)自一九一四年至一九二二年爲實行時期；(3)一九二三年爲成功時期。

(1)覺悟時期 一八五六年巴黎會議 (Congrès de Paris) 成立時，土

耳其亦派代表參與會議。當時土耳其代表曾提出關於撤廢領事裁判制度之要求，是謂第一次對於列強之表示。我們所謂覺悟時期，不啻於是年開其端。土耳其政府鑒於那次要求未遂，乃於一八六九年復致覺書於列強駐土大使，說明領事裁判制度的存在，有背乎國際公法原則，須由雙方安定辦法以爲撤廢的準備。其時要求的措詞，十分和婉，而列強又置之勿顧，結果遂亦無效。一八七一年列強與土耳其締結條約時，對於土耳其的領事裁判制度的問題，曾有一種聲明，大意謂

列強在土耳其取得的領事裁判權，完全根據雙方同意締結的條約而後獲得者，故爲遵守條約之義務起見，任何締約國對於此項權利，均不得單獨放棄云云。自經此項聲明後，列強對付土耳其的態度，可稱完全一致，不但自己不願放棄此項特殊權利，且也不許他國單獨的表示放棄。一九〇八年秋所謂少年土耳其黨政府宣告成立。逾四年（一九一二年），土意戰爭結束，洛桑條約（*Traité de Lausanne*）將告成立，土政府明知這個時機並不有利於土耳其，還是很堅決的向列強正式要求廢除此種領事裁判制度。當此之時，只有戰勝後的意大利及奧大利匈牙利等國表面佯爲贊成土耳其的提議，餘則索性置之勿復。一九一三年土政府重派代表至巴黎游說法國政府當局，求他同情的援助，孰知法國政府當局開口就說非俟土耳其的司法制度改良完善，此事斷難辦到。故這一次結果，也是完全無效。未幾歐戰發生，土耳其見屢次要求列強撤消領事裁判權，無異與虎謀皮，故毅然決然，採取自動的宣告廢約的政策，以期此事的實現。從此以後，遂由覺悟

時期一變爲實行時期。

(2) 實行時期 歐戰發生在一九一四年，是年十月，土耳其政府即照會締約國駐土大使，聲明土政府已決定自動的將關於領事裁判權的條約，一律廢除。孰知締約國如英、法、俄、美等依然反對土耳其的舉動，且鄭重聲明，凡關於領事裁判權的條約，均係雙方同意締結而成，故土政府萬無單獨的宣告廢除之權。這個時候土政府方忙於應付突然變化的環境，所以也沒有向列強繼續交涉。後來土耳其決定加入德奧同盟國方面，向協約國正式宣戰。德奧兩國即因爲這種密切的關係，於一九一七及一九一八兩年分別放棄在土之領事裁判權，以寄同情於土耳其。故就當時的情形而言，在土耳其行使領事裁判權的國家實際上可說是減少了一些。所可惜者不過歐戰的結果，土耳其適在戰敗國之列，所以土耳其雖然竭力奮鬥在先，卒因所處的國際地位不佳，一時還是不能達到實行撤廢領事裁判制度之目的。要講到真正成功的時期，是在一九二三年七月洛桑條約成立

後的那一天。

(3) 成功時期 上面說過，歐戰以後，土耳其因爲戰敗國之一，所以沒有達到實行取消領事裁判制度的目的。實則照一九二〇年協約國與土耳其所訂之色佛爾和約 (Traité de Sévres) 看來，土耳其不但不能實行撤消此種畸形制度，并且又多一種法律的拘束，使他永無撤消之望。按色佛爾和約第一百三十六款及第二百六十一款規定，凡協約國中在土耳其已經取得領事裁判權者，仍得繼續享受此項特殊權利，實爲昭然若揭。虧得戰後的土耳其的國民黨經過屢次的奮鬥，卒能於一九二〇年奠都於安哥拉 (Angora)，成立所謂安哥拉政府。這個新政府的領袖，就是凱末爾 (Mustapha Kemal Pasha)。凱末爾從事於內政與外交上的建設不遺餘力。他一面通告協約國政府否認色佛爾和約爲有效，一面則運用他的外交的手腕與蘇俄締結一九二一年的俄土新約，使蘇俄自動的撤廢他的領事裁判權。迨一九二二年九月，土耳其對希臘的戰爭，大獲勝利，安哥拉政府

遂因外交與軍事上的勝利之故一變爲土耳其正式政府。是年十一月，第一次洛桑會議開幕，土耳其國民政府乃趁此機會，向有關係各國正式否認色佛爾和約。對於列強在土之領事裁判權的規定爲有效力。同時且聲明土耳其在一九一四年早已宣告廢除關於領事裁判權的各項條約，故自法律方面言之，列強在土耳其實施之領事裁判制度，已無繼續存在之可能。當此之時，列強代表表示願意撤廢此種裁判制度，惟因土耳其之司法制度，尙未改革完備，故提議凡關於締約國僑民與土耳其人民間發生之民事或刑事訴訟，准歸土耳其法庭審判，但如遇性質重大之案件發生，則此等案件，不論屬民事或刑事範圍，仍應由外國官吏所組織之法庭審判。所謂外國官吏依當時提議而言共有五人，內二人由海牙國際常設法庭之職員中選任之，餘三人則由土耳其政府聘任該法庭之副法官 (*Judges titulaires de la Cour de la Haye*) 充任之。列強所提出之辦法如此，及後第一次洛桑會議因他種原因而宣告破裂，此項辦法，遂未爲土耳其所採用。至一九二

三年四月第二次洛桑會議成立，土耳其代表向列強代表重申前議，謂如非在條約上規定完全撤廢土耳其之領事裁判制度，土耳其政府勢必如一九一四年然，自動的將此種制度完全廢止，以杜後患。當時土耳其代表團所述之最重要之理由，即絕對否認此種關於領事裁判權的條約的締結，基於國際平等與互惠原則之上。故爲保障自己國家之領土主權起見，此種畸形制度，無論如何，必須永遠廢除。第二次洛桑會議成立之時，正值土耳其國勢漸漸轉弱爲強之秋。內有凱末爾等意志堅強，忠誠爲國的領袖人物主持一切，外則有葉史曼 (Ismet Pacha) 等目光銳利，剛毅果斷的外交代表，應付各方。所以經過許多次數的風波與糾紛，卒使列強代表，不能不根據土耳其代表的意見，將領事裁判制度的全部廢除，一項明白規定在洛桑條約第二十八款中。按洛桑條約第二十八款所載：『締約各國宣布承認凡有關係之國家一律將在土耳其國之領事裁判制度，完全撤廢。』這樣看來，土耳其的領事裁判制度，在法律上的根據，不啻全部失其效力。從此以後，

西方各國僑民在土耳其所享受的非法的治外法權，也是隨之全部消失。我們所以稱他謂成功時期，其因便在乎此。

從上面三個時期看來，可知土耳其所以卒能達到解除領事裁判制度的痛苦，其因不在乎他而在乎國勢之轉弱爲強。至其所以能轉弱爲強者，除了內政統一軍備整頓之外，外交上的勝利，實爲一大原因。講到司法制度的改良問題，雖然土耳其政府在尙未撤銷領事裁判制度之先，也曾注意及此，可是真正按部就班的實行革新司法制度，却始於洛桑條約簽定之後。列強代表在第一次洛桑會議極力反對土耳其代表所提出的要求的時候，都是藉口土耳其的新法典沒有頒布，司法制度沒有改良，所以不能允准土耳其立刻撤銷領事裁判制度。土耳其政府有鑒於此，乃一面抱着根本革新司法制度的決心，以期適合近代世界各國共同的生活習慣，他方面却依然堅決的根據國際公法的領土主權原則來與列強代表相週旋。結果，便有第二次洛桑會議的成功。這樣的成功，完全因爲土耳其代

表能够了解司法制度的改良與否是一個問題，外國僑民不應在土耳其享受非法的特別權利，又是一個問題。現在後一個問題，由於外交的勝利而完全解決，則如何解決前一個問題，當然是關於土耳其內政方面的事，只有自己的政府，才能負責去做。職是之故，土耳其政府在一九二三年七月洛桑條約簽定後，即開始從事於司法制度的改革。他們改革司法制度的進行，有一端最可注意者，莫過於新法典的修訂與頒布。按土耳其政府實行修訂法律一事，實始於一九二五年夏季。當時曾設立編訂新法典委員會於君士坦丁，繼續開會至八九閱月之久，始將民法，刑法，商法三部新法典，編訂完善，送交國民議會通過施行。其中民法取法於瑞士，刑法取法於意大利，商法則取法於德國。其內容如何，固不敢測知，但能於短少時期內，將往昔之回教教法，盡棄勿用，而代以歐洲最新之法典，不可謂非一件值得我們欽佩的事。於此可見改革司法制度之最重要一端，即在乎從速編訂與頒布新法典。因爲此事能够做到，所以土耳其在洛桑條約成立之後，未及三年，即能

實行撤銷領事裁判制度，而代以完善的整一的司法制度，這是我們在說明本題之末，最應注意的一點。

(四) 其他實施領事裁判制度的國家

土耳其之領事裁判制度之起源與內容，以及土耳其對於撤廢此種制度之經過情形，已一一申述如右。現在要說明者，就是其他實施領事裁判制度的國家。茲分別敘述如下。

(1) 埃及 埃及在一八四〇年前，本隸屬土耳其帝國。自一八四一年埃及王梅希末阿利 (Mechemet Ali) 取得世襲王位後，始成爲一半獨立國。當時土耳其君主曾用命令聲明，凡西方各國在土耳其已得之領事裁判權，在埃及國境內，一律有效，因此埃及及不得不予西方各國僑民以種種非法的治外法權。這便是埃及領事裁判制度所以發生的原因。降及十九世紀後半期，僑居埃及之西人勢

力漸大，西人與埃及人間發生之衝突，亦日見紛多。埃及政府有鑒於此，早有設立『混合法庭』(tribunaux mixtes) 以審理埃及人與西人的訴訟案件之意。至一八七六年，埃及得到列強的同意，乃在凱爾 (Caire) 與亞力山大 (Alexandrie) (此兩處商業最發達) 地方正式設立『混合法庭』。此種法庭係由外國法官四人本國法官三人合組而成。法官及法庭內職員，皆由埃及及政府直接委任，故在名義上要為埃及及法庭無疑。就當時的司法情形以觀，則有兩端可述。(a) 凡關於西人為被告之刑事案件，皆由『混合法庭』審判，惟西人如犯領事所頒布之警察法，則仍由領事審判，該法庭無受理之權。至於埃及人為被告之刑事案件，則當地普通法庭，有審判之權。(b) 凡關於西人為被告埃及人為原告之民事或商業訴訟案件，皆由『混合法庭』審理，領事不得干涉。但關於西人之間自己發生之民事或商業訴訟案件，仍由領事審判，『混合法庭』不得受理。至於埃及及人間發生之同樣性質的案件，則由埃及及普通法庭管轄，其適用之法律，亦為埃及及本國法

律。從這兩端看來，領事之司法權力，可稱削去不少，因此西方各國僑民所享有之非法的治外法權，在實際上也很有限制以視土耳其對於西方各國僑民的待遇，似乎相去很遠。這是十分明顯的事。

當一八七六年，埃及政府設立此種『混合法庭』的時候，曾規定該法庭的時效爲五年；五年期滿，如無變更之處，則繼續延長五年。至一九一四年，埃及爲英國之保護國。其時埃及屢欲設法取消此種『混合法庭』而代以普通法庭，均爲英國從中梗阻，遂未如願。後來歐戰擴大，英人無暇他顧，埃及人民乃利用時機，發起一種取消領事裁判權的運動，亦因英人多方阻撓，致無效果。一九一九年歐戰既停，和約成立，德奧兩國先後放棄在埃及之領事裁判權，因此益引起埃及人民對於撤消此項特殊權利之注意與努力。當時埃及政府鑒於獨立運動的勃興，乃正式向列強要求放棄其領事裁判權。但英國代表發布宣言謂，『非由埃及在英國監督之下先將司法制度完全改善，不能實行取消領事裁判制度。』自此項宣

言發布後，法意等國自然袖手旁觀，不置一詞了。

埃及政府目覩實行取消領事裁判制度之無望，乃改用和緩的手段，向列強提議埃及及現有之『混合法庭』改爲沒有一定的時效。在埃及政府之意，以爲『混合法庭』本定五年爲期，今如改爲沒有一定的時效，則埃及隨時有加以取消的可能，視爲一種實行取消領事裁判制度的準備，也無不可。可是從另一方面看來，法國荷蘭等國首先堅決反對此項辦法，復加以英國的暗中贊助，遂使埃及政府的提議，無形打消。及一九二二年，埃及及正式宣布爲獨立國。在理宜得列強之一致贊助，而有達到撤銷領事裁判制度的希望，然照事實看來，結果又適得其反，此真使人大惑不解。不過達到目的之時期，決不在遠，則可斷言者。

(2) 保加利亞 保加利亞 (Bulgaria) 在一八七八年前，原屬土耳其帝國版圖之內，及是年柏林條約成立後，遂由列強承認其爲獨立國。顧當時保加利亞之司法制度，尙未臻完備時期，故列強在柏林條約第八條中曾聲明，以前由條約

及習慣所給予之領事裁判權，以及締約國僑民之種種特殊權利，應承認在保加利亞繼續有效。自此聲明之後，不良之領事裁判制度，遂藉新條約之追認而植一牢不易拔之基石，至今保加利亞之領土法權尙受莫大之限制者，未始非此約有以造成之。按一九〇六年保法商約內第二十一節規定，凡關於法國僑民與保加利亞人民間發生之商業與民事訴訟事件，保加利亞法庭有審判之權，法國領事不得干涉。如此規定，不啻與法國已得之領事裁判權發生牴牾，故法國政府當時即聲明如其他有關係國如英，俄，奧，匈，意，德等等將來并無同樣的規定，則法國仍須依據以前之條約而行使完全之領事裁判權。一九〇五年保加利亞與英國締結商約時，英國果然亦有同樣的規定，且在其發表之宣言內，亦含有同樣的聲明。列強不願放棄其已得之特殊權利，故互相推諉，而用一種巧妙的手段應付保加利亞，其蔑視弱小國家獨立主權的心理，於此可見一斑。至一九〇八年保國王子弗底囊 (Prince Ferdinand) 重行宣言保國係一主權完全獨立的國家，并致牒

駐保各國外交國，要求撤銷領事裁判權。但因列強表示反對，致未如願。及一九一四年保國助德奧同盟國以抗禦協約國，結果遂成一戰敗國，不得不忍辱簽字於納衣賢條約 (Traité de Neuilly) (一九一九年十一月協約國對保國簽定之和平條約)。按納衣賢條約第一百七十五條之規定，協約國在保加利亞根據條約與習慣而所得之領事裁判權以及協約國僑民之種種特殊權利問題，將來得由協約國與其他有關係國及保加利亞締結公約時解決之。此輕輕一語，意義殊爲重大。欲望此種公約早日成立而予保加利亞以解脫領事裁判制度束縛的機會，一時能否如願，誠未敢言，亦惟有視其國政府與人民如何努力以爲斷耳。

(3) 羅馬尼亞 羅馬尼亞 (Roumanie) 與保加利亞相同，亦於一八七八年始脫離土耳其帝國之管轄而成一獨立國。當時柏林條約亦曾追認羅馬尼亞仍爲實施領事裁判制度的國家。此則與保加利亞之地位相同之一點。至其所受領事裁判制度之侵害，實始於一七七四年俄土條約之規定，俄國根據柏林條約，乃

於一七八一年在羅國但妞河流域伏拉熙 (Valachie) 及麻達尾 (Modavél) 兩處取得領事裁判權。近年奧國起而效之，遂啓列強要求領事裁判權之先例，如德（一七八六年）、法（一七九五年）、英（一八〇二年）等三國享有之領事裁判權，即可謂援此先例而取得者。當此之時，列強行使領事裁判權之區域，固甚有限，且以伏拉熙及達麻尾一帶之土著，大都不是回教徒而爲基督教徒，故列強早想組織國際司法委員會從事改良當地司法制度，以備實行取消領事裁判權。其一八六二年有關係各國又舉行領事會議，討論應當取消領事裁判權的問題。其時以多數國家表示反對，故僅改削領事之權力至審判本國僑民間發生民事與刑事兩項案件爲止，故就事實而言，羅馬尼亞領事裁判制度，不能認爲完全廢除，可無疑義。及一八七七年俄土開戰，羅馬尼亞一面助俄以敵土耳其，一面則自行宣布獨立，稱爲羅馬尼亞王國。逾年（卽一八七八年）柏林條約成立，土耳其及列強均正式承認羅馬尼亞爲一主權獨立的國家，顧以其國之司法制度尙不能

稱謂如何完備，故列強特於柏林條約內聲明有關係各國已得之領事裁判權，以及僑民所享有之種種特殊權利，仍應繼續有效。惟羅馬尼亞爲保障自己之主權獨立起見，已萬不能復容此種畸形制度之存在。故於是年先與意大利單獨交涉，結果遂由意大利承認取消領事裁判權。自此次交涉成功後，列強不得不接受羅馬尼亞之要求，而紛紛放棄其特殊權利。故至十九世紀末葉，羅馬尼亞領事裁判制度，可稱完全廢除。此觀乎一八八〇年與瑞士、意大利、比利時等國締結之領事公約，以及一八八一年與美國締結同樣性質之公約，內有關於領事職權之共同規定，我們可引爲證信者。就國家之政治、法律、與風俗、習慣以觀，羅馬尼亞與其他歐洲各大國初未嘗有何種區別可言，前者對於領事裁判制度，所以比較他國易於廢除，其因或卽在此。

(4) 塞爾維亞 塞爾維亞 (Serbie) 在一八七八年前亦隸屬土耳其帝國。自是年柏林條約成立後，遂與保加利亞、羅馬尼亞兩國同時成爲獨立國。但其固

有之領事裁判制度，直至一八八〇年後，始得列強之承認而撤消之。因按柏林條約規定，塞爾維亞雖名爲獨立國，而列強在塞國享有的領事裁判權，依然繼續有效，則情形與保加利亞及羅馬尼亞兩國相同。

(5) 暹羅 遠東國家中，至今依然實施領事裁判制度者，除中國外，卽爲暹羅。暹羅與西方國家交通最先者爲法國，故法國首先取得領事裁判權，以妨害暹羅之領土主權。自一六八五年法暹條約成立後，西方各國乃援此先例而紛紛要求行使領事裁判權，例如英（一八二六年），美（一八三三年），德（一八六二年），意（一八六八年），奧（一八六九年）等國與暹羅所訂條約內，關於領事裁判權那一項規定，大都以法暹條約爲根據，可爲明證。除歐美各國外，日本亦於一八九八年取得此種特殊權利，此則因國勢強弱的差別，有以致此，與西方國家情形稍有不同。今自暹羅領事裁判制度之內容以觀，各方面之情形雖甚複雜，但較土耳其的制度，顯有不同，故其限制國家之領土法權，亦未有土耳其如此之甚。就刑

事方面言，凡異籍僑民間發生犯罪行爲，不由暹羅法庭審判，而由有關係國之領事直接審判。至於民事方面，如被告爲外國僑民，則歸領事審判；反之，被告如係本國人民，則仍由當地法庭受理。但此係領事裁判制度成立最早時之辦法，實際上僅法國領事乃能行使此種職權，故當時能享受所謂非法的治外法權者，亦僅限於法國少數僑民而已。一八八三年，英暹商約成立，對於原有領事裁判制度，始略加變更。其辦法有二：（一）如在暹羅南部（Bangkok）之英國僑民，因民事或商業案件而被暹羅人控告者，則被告由『特別法庭』審判，英國領事無直接審判之權。（二）如在北部諸省之英國僑民觸犯各種法律，則另由一種『國際法庭』（Cour Internationale）處置。所謂『國際法庭』事實上與暹羅法庭無甚區別，不過除法官外（法官係本國人充任之），有關係國之領事仍可派代表出席觀審，且可隨時發表意見，以糾正法官之判決。（此種組織與埃及之『混合法庭』頗相彷彿，所不同者僅領事的代表並非正式法官而已。）自英國創此二重的畸

形制度後，法意丹麥等國倣而效之。領事本身之權力，無形中固已削去不少，但於暹羅領土主權方面之損失，則與往時相同。

暹羅政府有鑒於斯，乃一面延聘法國法律專家，從事修訂各種法典，一面則於一九〇九年要求列強實行撤銷領事裁判制度。當時法國曾首先表示願意放棄領事裁判權，但藉詞暹羅對於修訂之法典，尙未頒布，本國司法制度尙未完備，故仍堅持法國之領事裁判權，繼續有效。所能放棄者，惟關於法國之亞洲屬民（如安南人等）如爲暹羅人控告時，得不歸法國領事裁判，而由『特別法庭』審判而已。此外英國亦有同樣性質的答復，其措詞之巧妙，我們不難想見。一九一七年歐戰範圍日益擴大，暹羅亦加入協約國方面，以抵抗德奧兩國。一九二一年對德對奧和約相繼成立，暹羅因得有取消德奧兩國之領事裁判權之機會。至於其他各國已得之領事裁判權，能否完全放棄，則至今尙難置答。一九二五年法國與暹羅改訂通商航行條約。當時法國曾重行聲明法國願意放棄領事裁判權，但

關於現行之『國際法庭』之裁判制度，則仍堅持非俟暹羅之各種法典完全頒行後，不能撤廢。他如英美等國亦有同樣的聲明，以答復暹羅政府之要求。就事實而言，暹羅領事裁判制度一時雖尙未完全撤消，但以視中國之層層束縛，竭力以圖解脫，頗費時日，則相差頗遠。按一九〇八年暹羅新式刑法典業已告成，只須他種新式法典，次第完成，一一頒行，則西方各國縱囿於文明先進的成見，不甘輕易放棄其領事裁判權，而遲早終不能不承認其本國僑民應受暹羅法庭管轄，此則我們可以預料者。

(6) 日本 日本受領事裁判制度之侵害，實始於一八五八年。當時英國曾與日本締結商約，規定英國駐日領事得行使裁判權，以管轄本國僑民。自從日本那一次因條約束縛，而予英國以領事裁判權後，各國踵起而效尤者，有法國（一八五八年）、美國（一八五九年）、及意大利（一八七八年）等等。當十九世紀末葉，日本明治天皇銳意維新，極力整頓內政，卽有取消領事裁判制度之要求。自一

八八二年至一八九〇年間，日本政府迭次向歐美各國交涉，均歸無效。於是日皇一面自動的改訂各種法典，期於最短時期中，將國內原有司法制度，設法改良，一面則在東京召集各國外交代表會議，商議取消此種有損國家主權的領事裁判制度。但當時各國代表對於東西洋文明不同的成見，牢不可破，且鑒於日本新法典之尙未頒布，乃一致拒絕要求，卒致無結果而散。日本政府覺得會議式的外交，徒予各國以聯合應付之機會，絕對不能發生功效，乃於一八九四年（即明治二十七年）先向英國單獨交涉。英國當即提出三項條件，以難日本。（一）條約須於五年後始可實行；（二）日本須頒布新法典，且實行至一年以後，以觀成效何如，而後決定；（三）日本須加入萬國著作同盟及萬國工業財產保護同盟。（一）（二）兩項於領事裁判制度之撤消，尙有直接關係，至（三）項不過交換條件而已。當此之時，日本考慮再三，始一一允認，於一八九九年，始將各國已取得之領事裁判權一律撤廢，從此領土法權不受絲毫外力的限制，而國家的領土主權，亦得安全的保

障。此則不得不承認日本政府有斷然處置的能力的一斑。

自一八九四年英國與日本締結新約承認取消領事裁判權後，各國如美、意（一八九四年）、德、法、比（一八九六年）等等，亦次第與日本修改條約，承認日本的要求。至於中日兩國在一八七一年締結商約時，本規定雙方締約國領事各有管轄與裁判各該國人民之權。至一八九六年中日商約二次締結時，始由中國聲明放棄其既得特殊權利。但日本在華之領事裁判權，則依然保留之。這便是一個很特別的例子，值得我們留意者。

(7) 高麗 高麗在一八八二年時，曾因條約規定，而承認西方各國享有領事裁判權。及一九一〇年，日韓實行合併，高麗遂亡。亡後，國家之主權移歸日本掌握之中。於是存在已久的領事裁判制度亦因日本與各國修改舊約而自然消滅。

(8) 波斯 在波斯最早行使領事裁判權之國家實為法國，自一七〇八年法波條約成立後，始有一七三二年之俄波條約之締結。其後歐洲各國遂相繼在

波斯取得領事裁判權。例如英國始於一八五七年，瑞士始於一八七三年，皆爲明證。一九二一年，蘇俄重與波斯訂約，聲明願意取消其國之領事裁判權，因此凡僑居波斯之俄人，今已受當地法律之管轄。前年英國與波斯重行締結商約時，亦曾承認取消在波斯之領事裁判權，如英國實行取消，則其他各國不久亦將採取同樣行動，可以想見。故波斯領事裁判制度的全部撤廢，在今日實已不成問題。

除上述國家外，尚有幾個半獨立國及殖民地，亦曾實施這種領事裁判制度，例如末斯加 (Muscat)，麻洛哥 (Maroc) 等處皆是。以其關係並不重要之故，今從略。至於中國當然也是個實施領事裁判制度的國家。關於中國的領事裁判制度的起源和內容，我們將在下章詳爲論述，故亦暫時從略。

第十章 外國僑民在中國享有之非法的治外法權

(一) 中國領事裁判制度的起源

外國僑民在土耳其享有之非法的治外法權，已如前章所述。茲所欲說明者，即爲外國僑民在中國享有之非法的治外法權。我們所謂非法的治外法權，就是一種不合理的治外法權。這樣的治外法權的產生，完全繫於不平等條約所規定的領事裁判制度。因之我們苟欲明瞭外國僑民在華所享有之非法的治外法權，究竟是怎樣一回事，亦非先把那種畸形制度的起源加以敘明不可。

我們知道，各國在中國取得領事裁判權之根據，並不是特殊習慣，乃是片面獨惠的不平等條約。最先根據這種不平等條約的規定而在中國行使領事裁判權者，便是英國。英國在一八四二年鴉片戰爭之後，與中國締結歷史上有名的南

京條約復於一八四三年議定五口通商章程，內第十三款有云：

「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。如有華民赴英國官署控告英人者，領事均應聽訴，一律勸息……遇有訴訟，不能勸息，又不能將就，即移請華官，共同查明其事；既係實情，即應秉公辦理。英人如何科罪，由英國議定章程法律，令領事照辦。華民犯罪，應治以中國之法律。」

按此項條文所載，有四點足以注意者：（1）英商控告華民，由領事受理，然後移請華官共同查明；（2）華民控告英人，則由領事聽訴；（3）英人有罪，由其領事按照英國法律治罪；（4）華民犯罪，則依據中國法律審判。從這四點看來，英國領事對於其本國僑民，具有裁判之權，了無疑義。英國在華僑民，因此豁免中國之領土法權管轄，而享受所謂非法的治外法權，其義亦極明顯，這便是西方各國在華行使領事裁判權的唯一的張本。我們所謂領事裁判制度的起源，也就是這個條

約的規定。自一八四三年中英五口通商章程議定之後，逾一年（一八四四年）中法條約與中美條約相繼成立，亦均有同樣性質的規定。其後一八四七年中國與挪威訂立通商條約，內關於領事裁判權之規定，亦曾取法於中英五口通商章程。及一八五七年，英法聯軍攻陷天津，中國戰敗。逾年（一八五八年）遂有中法天津條約，及中法天津條約之締結。當時關於領事裁判權之規定，比較詳明得多。按一八五〇年之中英條約第十五款云：

『英國屬民相涉事件，不論人產，皆歸英官查辦。』

又第十六款云：

『英國人民有犯事者，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。』

又第十七款云：

『凡英國人民控告中國人民事件，應先赴領事官衙門投稟領事官，告英國

人民者，領事亦應一體勸息，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。」

同時中法條約第三十五款有云：

「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。」

又第三十八款云：

「凡有大法國人與中國人爭鬪事件，或遇有爭鬪中，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。如係大法國人，則由領事官設法拘拿，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。」

又第二十九款云：

『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，中國官不必顧問……』

除中法條約之外，一八五八年的中美條約，亦有同樣的規定。其後歐美各國，相繼與中國訂立商約，紛紛引援所謂『最惠國待遇』之條款，取得此種領事裁判權。最後取得領事裁判權的國家，便是瑞士。故自事實而論，自英國首先根據不平等條約而行使領事裁判權之後，曾在中國享有同樣權利的國家，已遍及歐亞，美三洲。統計起來，共有十九國之多。茲將十九國之國名及其最先締結條約之日期與根據，列表如左，以供參考：

國名

最先締結之條約

條約上之根據

(1) 英吉利 一八四三年中英五口通商章程 第十三款

(2) 法蘭西 一八四四年中法五口通商章程 第二十五款至第三十五款

(3) 美利堅 同上

第十六款至第二十九款

(4) 挪威 一八四七年中挪條約

第二十一款至第二十九款

(5) 俄羅斯 一八六〇年中俄條約

第八款

(6) 德意志 一八六一年中德條約

第三十七款

(7) 荷蘭 一八六三年中荷天津條約

第六款及第十五款

(8) 丹麥 一八六三年中丹天津條約

第十五款至第十八款

(9) 西班牙 一八六四年中西天津條約

第十二款至第十八款

(10) 比利時 一八五六年中比商約

第十六款至第二十款

(11) 意大利 一八六六年中意商約

第十五款及第十六款

(12) 奧大利 一八六九年中奧條約

第三十九款及第四十款

(13) 祕魯 一八七四年中祕商約

第十二款至第十四款

(14) 巴西 一八八一年中巴商約

第九款至第十一款

(15) 葡萄牙 一八六二年中葡貿易條約 第十三款至第十八款

(16) 日本 一八九六年中日通商條約 第二十款及第二十二款

(17) 墨西哥 一八九九年中墨商約 第十三款至第十七款

(18) 瑞典 一八四七年中瑞五口通商條約 第二十一款至第二十九款

(19) 瑞士 一九一八年中瑞通商條約 第二款

上述十九國中，除了日本以外，餘皆西方國家，於此可見領事裁判權所以能在中國產生的原因，西方文明先進的成見，實有以使然，可無異言。今從目下（本書編著的時候）情形看來，十九國中，不復享有領事裁判權者已有德意志、奧大利，與俄羅斯等三國。按一九一四年歐洲大戰發生後，中國於一九一七年八月加入協約國方面，向德奧兩國宣戰，但當一九一九年巴黎和議成立之時，中國竟以反對和會對於山東問題之解決方案，拒絕簽字於對德 凡爾塞和約 (Traité de Versailles)。故就事實以觀，德國放棄原有之領事裁判權並非由於凡爾塞和約

之規定，而實基於一九二一年五月中德兩國所訂之戰後通商條約。查當時德國政府在此項條約尚未正式成立之前，曾有『德國願意取消在華之領事裁判權』之重要聲明。迨中德商約成立後，內第三款有云：

『兩國人民互有游歷，居住，及經營工商業之權利……其生命財產均在所在地法庭管轄之下，而遵守所在國之法律……』

細繹此項條文所載，德國在華之領事裁判權，業已完全放棄，顯無疑義，自消極方面看來，德國在華僑民在戰後所享受的非法的治外法權，可說已隨着領事裁判權的撤消而自行消失。至從積極方面言之，則中德兩國僑民所處的地位，在法律上，可說完全平等。其所享有之權利，皆為合法的，雙方互惠的，而非非法的，片面獨惠的特殊權利。至於奧國在華之領事裁判權，則自一九一九年九月，協約國對奧聖澤曼和約成立之後，實際上亦已不復繼續存在，因當時中國代表對於該約，曾簽字之故。又按一九二五年十月中奧兩國在奧京維也納締結之中奧通商條約

內第二款有云：

『凡締約國之總領事，副領事，以及代理領事，彼此依照國際慣例，互享各項權利。』

由此以觀，奧國對於在華之領事裁判權，既已正式放棄，則此後中奧兩國僑民之地位，自法律方面言之，亦屬完全平等，蓋可斷言。

繼德奧兩國而放棄領事裁判權者，便是俄國。俄國於一九一七年發生大革命，成立所謂蘇維埃政府。當時曾向中國發表兩次宣言，聲明蘇俄願意取消前政府與中國所訂之一切條約。及一九二四年五月中俄邦交正式恢復，乃締結中俄協定十五款，內第十二款有云：

『蘇俄政府允諾取消治外法權及領事裁判權。』

此處所謂『治外法權』想必指革命以前俄國僑民在華所享之非法的治外法權而言。實則蘇俄既已允諾取消領事裁判權，則由領事裁判權構成的非法的治

外法權，當然隨之消失，可無疑義。此外若比利時，西班牙，與日本等國之領事裁判權，則因舊的滿期，中國宣告失效之故，法律上亦已失其依據，不過他們旅華的僑民在事實上還是不受中國法律的管轄，所以尙不能稱爲實行放棄其領事裁判權。關於此點，留待下文敘述，現在暫且不提及。

(二) 中國現行領事裁判制度的內容的分析

中國的領事裁判制度的起源，既已明瞭，便可進而說明此種裁判制度之內容若何。我們知道各國在華行使領事裁判權以來，將近八十多年。在這八十多年中，領事裁判制度之日趨於複雜，自在我們想像之中。職是之故，我們如欲詳細分析這種制度的內容，至少先應該注意到左列兩個問題：

(1) 關於外人（分言之，即外國僑民與外國法人如洋行公司等等）爲被告之民事與刑事訴訟案件，由何種法律與法庭管轄。

(2) 關於中國人爲被告之民事與刑事訴訟案件，由何種法律與法庭管轄。講到第一個問題，按各國與中國歷來所訂之條約，皆規定凡遇有外人爲被告之民刑訴訟，均由被告所屬國之領事審判。故就現行領事裁判制之內容分析以觀，首先應該說明者，卽締約國之領事，對於此種案件，究竟如何處置。茲爲便於說明起見，且分爲下列幾點敘述如下。

(一) 外國法院的組織 此處所稱『外國』，當然僅指享有領事裁判權之國家而言，此種國家，對於本國僑民，既能根據條約而行使領事裁判權，則爲輔助領事之權力不逮起見，便有進而頒布法令，設置各級法院之事。從事實看來，締約國對於設置法院之事，均有各該國政府之法令爲其依據，因此所謂外國法院之組織，亦各有各的不同。例如：

(1) 美國 美國自一八四四年批准中美條約後，因該約明白規定美國得在華行使領事裁判權，（見該約第十六條，第二十一條，第二十四條等），故有公

布法律，設置司法機關之事。其最初規定美國在華領事裁判制度之法律始於一八四八年八月十一日公布。其後公布追加及修正的法律共有五次。至一八七八年復將歷來修改的法律彙訂爲美國修正法規彙編。內第四〇八三至四一三〇各節，其法律之關於中國各款者，現在繼續有效。惟其中一九〇六年六月三十日公布之法律規定在中國設一美國法庭，以及一九二〇年六月四日之法律將上海領事法官權限與在中國美國法院司法委員之權限合而爲一，則不在此列。根據上述各項美國法律，美國在華設立之法院，遂有下列的幾種：(a)領事法庭。此種法庭共有十七處，分設廈門，安東，廣州，長沙，煙臺，重慶，漢口，哈爾濱，奉天，南京，張家口，天津，汕頭，濟南，青島，福州及雲南府等十七個領事所在地。法庭之當然法官，卽以上述各處之領事或總領事充任之。(b)美國司法委員法院。此種法院僅有一處，設在上海，等級與普通的領事法庭相同。(c)在華美國法院。此種法院亦僅有一處。該法院由法官一人，地方檢察官一人，書記官一人，及委員一人組成。法官

任期十年，任免由大總統定之，常川駐在上海，但每年須往廣州、天津、漢口開庭一次。領事法庭與美國司法委員法院對於一切民事刑事及遺產案件皆有管轄權。但民事案件，其價值不得超過美金五百元以上，刑事案件，其處罰不得超過美金一百元以上之罰金或六十日以上之監禁，遺產案件則對於五百元以下美金之財產，方有管轄權，至於在華美國法院對於不歸領事法庭管轄之民刑案件及遺產案件皆有初審管轄權。

(2) 英國 英國在華行使之領事裁判權，除根據中英條約外，復有國內之法令為其實施之張本。此項法令便是一八九〇年之樞密院敕令。最近一九二五年又依法發布一種關於中國的樞密院敕令，將以前所發布關於在中國各處行使裁判權之敕令作廢，此項敕令共二百三十六條。依據上述法令，英國在華設立之法院，分為兩種：(a) 高等法院。此種法院，例在上海開庭，但亦得隨時在中國各處開庭。該法院由法官二人及職員若干人組成，對於民刑案件皆有初審之管轄

權。有時且得由法官會同陪審員開庭審判離婚之民事案件及謀財害命之刑事案件等等。(b)領事法庭。此種法庭遍設於英國在華領事之所在地，其法官則由所在地之領事充任之，凡遇有民事案件價值超過五百鎊以上者則該法庭有報告於高等法院之義務，同時高等法院有將案件撤回自審之權。如遇到刑事案件，則該法庭有處罰監禁十二個月及罰金一百金之權，但高等法院亦得將此等案件撤回，自行審判。

(3) 法國 法國除根據一八四四年之中法條約（見第二十七第二十八兩款）及一八五八年之中法天津條約（見第三十八第三十九等款）得在華行使領事裁判權外，復有種種法律，規定此項領判權之實施方法，例如一六八一年八月之海軍條例，一七七八年之敕令，以及一八三八年，一八六九年，一九〇一年三次所公布之法律，皆為明證。現在法國在華之領事法庭共有十七處，此種領事法庭本以領事一人及會審員二人組成之，惟自一九一七年後，特在中國專設

一法官，於領事不出庭時在領事法庭出任審判官。領事法庭不附設檢察官，而由領事兼領其職務，會審員則由成年之旅華法人充任之。會審員於行使職務前須先行宣誓，但如會審員不能擔任此項職務時，領事亦得單獨出庭。至於領事法庭所管轄之民事案件，則依慣例而論，大概為價值在三千法郎以下之民事與商業訴訟。刑事案件，則皆情節比較輕微之案件。其所管轄之犯人，除法國僑民外，兼及其他受法國保護之外國僑民（如羅馬尼亞人及希臘人）不過中國對於法國領事法庭有權管轄其保護人民，始終未予承認，此須注意的一點。

(3) 日本 日本在一八七一年與中國訂立中日和好條約，當時曾規定締約國雙方均享有領事裁判權，但自一八九六年中日通商條約締結後，中國旅日僑民已受日本法庭管轄，而日本在華之僑民則依然由日本領事管轄。一八九九年，日本政府制定領事官條例，規定領事裁判權之實施方法。依此條例，日本駐華領事對於在華日本僑民為被告之民刑案件，得為當然法官。同年又頒布領事官

職務詳細法規，解釋關於在華領事裁判權之一般原則。現在日本駐華領事官共有三十五處，每處均得設立領事法庭。所謂領事法庭，即由總領事或領事組成之。但天津、奉天、上海及青島總領事館，因案件繁多之故，得另設領事或副領事一人專理司法事務。此種領事與副領事，由日本現任司法官中選任之，檢察官之職務則由領事館主事執行之。無論總領事、領事，或副領事，既為當然法官，故得單獨審判各項案件，例如普通民事案件、破產案件、非重罪之刑事案件，以及非訴事件等等皆是。至於重罪之刑事案件（例如依法判決死刑或無期徒刑等），則領事法庭之法官僅可於偵查被告確然犯罪之後，押送上訴法庭辦理，自己卻無審判之權。

他如意大利、比利時、丹麥、瑞典、荷蘭等國在華設立之法院，組織方面，較為簡單，故不另述。

(二)外國法院所引用的法律 外國法院之設立，既然各有其本國的法令

爲其組織上的依據，則其所引用之法律，當然是極不一致，可無異議。但是各國在華法院所引用的法律，雖說是各該國的現行法居多，然亦有參酌當地習慣，或臨時情形另用他種手續改變之者，譬如本國政府所頒布的敕令，駐華公使用命令向領事發布的法律的解釋，皆得改變之，便是顯例。試將左列數國法院所引用之法律，分別加以說明。

(1) 美國 按美國政府所改編之修正法規彙編第四〇八六節之規定，凡美國在華法院對於民事刑事案件之處置，皆依照美國法律辦理。但如此等法律不能適用或缺乏相當救濟辦法時，可以適用衡平法及海軍裁判所條例。此外駐華公使，亦得以命令或用條例解釋，以資補救。此項命令與條例，與法律有同樣效力。

(2) 英國 英國在華法院所援用之法律，皆爲英國現行法。惟英國樞密院如頒布敕令，規定某種爲犯罪之案件，各級法院皆得審理之。譬如英政府所頒布

關於英人私運軍火與麻劑品之禁令，在華法院亦須遵守，便是明證。此一類禁令，先後頒布者，已有一百九十二種，已實行過者，計有一百四十六種。

(3) 法國 按法國在華領事法庭所援用之法律，亦爲法國現行法，但以與領事裁判權之特別規定不相抵觸者爲限。此外如遇到原告爲他國人（中國在外），被告爲法國人之刑事案件，則因雙方法律時相牴牾之故，得適用國際法辦理，以資補救。

(4) 日本 日本現行一切民事，刑事，商業法律及法令等等，對於在華之領事法庭，皆能適用。但當不能適用之時，得以日本外務大臣命令，或政府敕令，另定相當辦法，以替代之。

(5) 丹麥 丹麥在華領事法庭對於刑事案件之處置，皆依照丹麥國之刑律辦理，至民事案件判決時，有時得參酌地方習慣，變通辦理。

與丹麥國情形相似者，有瑞典，挪威，及荷蘭等國，今從略。

(三) 上訴程序 關於上訴程序，各國亦不相同，比較情形複雜者，則有下列數國，試分述之。

(1) 美國 在華美國法院之上訴程序，可分為三級：(a) 對於領事法庭判決後提起的上訴，由在華美國法院管轄。(b) 對於在華美國法院判決後提起的上訴，歸美國加利福尼亞舊金山美國第九分區上訴法官受理。(c) 至於美國分區上訴判決後再提起的上訴，以及他種錯誤聲明書，則歸美國大理院受理。

(2) 英國 英國之上訴法庭，設於上海。此種法庭以法官三人組成之。凡價值在二十萬鎊以上之民事訴訟，得由原告或被告上訴於這個法庭。如這個法庭判決後，仍舊不服，得上訴於倫敦樞密院，作為最後的上告。至於刑事案件，苟得這個法庭之允可，亦可隨時上訴。如上訴不服，則非得樞密院之允許，亦不得上訴於樞密院。

(3) 法國 法國在華並未設立上訴法院。凡關於民事上訴程序皆依照一

七七八年法政府所頒布之民事訴訟法辦理。至於刑事上訴程序，則遇有重大的刑事案件，可先上訴於安南西貢上訴法院或河內上訴法院，然後上訴於巴黎大理院，作為最後的上告。惟違警事件照例不得向大理院提出上訴。

(4) 日本 日本在華設立的法院，只限於初審的領事法庭，故欲明瞭日本法院的上訴程序，最好分作四方面觀察：(a) 駐中國中部的領事判決後提起的上訴，歸長崎上訴法院受理，如上訴後不服，則須上訴於日本大理院。(b) 駐東三省的領事判決後提起的上訴，由關東高等審判廳受理，二次上訴，則仍歸關東高等審判廳最高上訴法庭管轄。(c) 駐間島之領事判決後提起的上訴，由漢城上訴法院受理，二次上訴則歸朝鮮大理院管轄。(d) 駐中國南部之領事判決後提起的上訴，由臺灣高等審判廳受理，判決後不服，然後上訴於臺灣高等審判廳之最高上訴法庭。

(5) 意大利 依照意大利之法律規定，凡領事法庭所判決之民事案件如

價值不超過一千五百枚意幣，不准上訴。上訴之民事案件由恩格那（Ancona）上訴法院受理。至於刑事案件，則領事判決後亦不准上訴，即大理院亦不能撤消之。

他如葡萄牙與荷蘭之上訴法院設在該國之殖民地境內，比利時、挪威、瑞典，與西班牙等國之上訴裁判，則由其本國首都最高法院審理，以視上述五國情形，比較簡單，故亦從略。

（四）監獄辦法 外國在華法院對於監獄辦法，亦頗不一致，有將法庭判決之罪犯，送於外人在華特設之監獄監禁者，亦有送往中國境內（或殖民地，或本國）監禁者。茲將左列各國對於監獄所定之辦法，敘述如下。

（一）美國 美國在華設立之領事法庭與美國高等法院所判決之罪犯，輕罪者送往上海美國特設的監獄監禁，重罪者送往馬尼拉或美國聯邦政府所管轄之監獄監禁。

(2) 英國 英國在上海亦設立監獄，監禁一切輕罪的囚犯。但如法庭判決之罪犯，情節比較重大者，得將該犯押送香港或其他地方監禁。（與英國情形相同者，便是法國。）

(3) 日本 凡刑事判決之案件，在附設於中國各地日本領事館之監獄執行之。其受徒刑之時期較爲長久者，則須送往日本監獄監禁。

(4) 荷蘭 領事法庭所判決之罪犯，送往外國監獄監禁，因爲荷蘭在華並未特設監獄之故。但受六個月以上之徒刑之罪犯，則送往荷屬殖民地東印度監禁。

其他各國，因爲在華並沒有設立監獄，所以不將罪犯送往中國境內的外國監獄監禁，卽移送本國地方監禁。此種辦法，與荷蘭的監獄辦法，大致相同，茲從略。從上述五點看來，可知關於外人爲被告之民事與刑事訴訟案件，皆由外國法院管轄，了無疑義。此等外國法院，無論其等級如何（初級領事法庭或是高等

法院，)要依據本國政府之法令而組織者，可無異言。惟其如是，所以外國法院所引用的法律，都是他們自己本國的法律。因為外國法院所引用的，不是中國的法律，而是本國的法律，所以享有領事裁判權的國家的僑民，當其犯法之時（不論為民事犯或為刑事犯，)都可不受中國之領土法權管轄，而享着一種非法的治外法權。這種非法的治外法權，在原則上說來，當然是觸犯中國的主權，絕無存在之理由。即單單就事實而論，也何嘗沒有立刻撤消的必要。關於這一點，我們只要把在華外國僑民，當其身為被告時，不由中國法庭處置而由外國法庭審判的種種弊病，略加申論，即不難證實。第一，從外國法院的組織方面看來，他們所以能夠設立，無非根據本國政府所頒布的各项法令。由這些法令而產生的法院的組織，當然各有特點，未可視同一轍。例如英國在華法院的組織與美國在華法院的組織，已經很有出入，至於歐洲大陸國如法蘭西，意大利，比利時等等法院的組織的不同，自更不必申說。試問在華設立的外國法院既有如此之多，其組織的不同，又

有如此之甚，那裏會不發生種種困難呢？別的暫且不論，單把數人共犯一罪之案件爲例，假使殺害華人的兇手，包括不同的國籍的外人有五六人之多，則照章惟有把那五六個的不同國籍的外人，分別交各該國法院審理之一法。這樣辦法，其不能令人滿意，自可想見，因爲各該國法院的組織既然不同，則他們對於審判罪犯的方法與結果，大相懸殊，自在吾人意料之中。第二，關於引用法律的問題，當然更多困難。因爲各國在華法院所適用的法律，都是本國的現行法。這種現行法在不能適用時，雖然可用他種方法（例如本國公使或外交部所發布的與法律同等效力的命令，用來解釋發生的特別案件，即係一種方法）以資救濟，但須知各國在華法院所用的法律，既有這樣的參差不齊，則遇到雙方法律衝突的時候，究竟根據那一國的現行法辦理，豈非一大困難？有時雖可適用國際法來補救這個困難，但這種補救，是否可以常用，是否發生效力，還是個疑問。第三，自上訴程序一端以觀，上訴時之弊病百出，亦可不言而喻。因爲各國的上訴法院（英美兩國除

外)不設在殖民地境內,即設在各該國的首都。試問這樣遠的地方,起訴人能否依法上訴,豈非大大疑問?即使起訴人能夠依法上訴,但試問上訴法院能否搜集必要的證據與證人,豈非很大的困難?即使能夠搜集,而費時傷財,亦將貽害不淺。這樣的不便利與不經濟,中外人民所感相同,不過就中國人所處的地位而言,尤覺此種制度之不公平而已。第四,各國對於監獄所定的辦法,亦覺措置失當,無可諱言。如情節重大的刑事犯,必須送往中國境外監禁,結果就難免發生罪犯中途脫逃,以及監禁之後輕易釋放等事。并且按諸已往事實,判決此種案件之外國法庭,對於此事,往往不負責任。這樣看來,外國監獄的辦法的不當,也是個很大的弊害。

觀乎上文所言,可知外國僑民身爲被告而不受中國法庭的管轄,實爲一種極惡劣的裁判制度。這種惡劣的裁判制度,小言之,足使中國人民產生一種厭惡外人的心理;大言之,則使中國對於此種制度不能不抱一種反抗態度,努力使之

撤消但這樣的事實原指外國僑民身爲被告時之訴訟案件而言。今如再就外國身爲原告時之訴訟案件以觀，恐我們所能找到的弊害，事實上尙不止此。現在且進而說明第二個問題。

所謂第二個問題，詳言之，就是關於中國人爲被告之民事與刑事案件，由何種法庭管轄的問題。講到這個問題，我們以爲有幾點不能不申述者。

(1) 按照中外條約所載，凡關於中外人民訴訟事件，外國領事在訴訟之先，本有幫助兩造，從中調解，使不起訴的規定。早前外人控告華人的時候（什九是民事案件）固有在法庭之外，自行了結者，但到了後來，此種因外國領事調解而不起訴的事，殊屬鮮見。

(2) 至於外人控告華人的民刑兩種案件，如原告必欲起訴，則依照中外條約的規定，中國法庭實有審判之權。不過中國在條約上同時允准外國領事有赴中國法庭觀審之權。如在條約上未曾規定此事，則對方締約國援用『最惠國待

遇』的條款，亦可取得此項觀審權。但須知所謂觀審權，考其涵義，不過指出席觀審的一種權利而言，充其量至多對於對方證人，領事有詢問與反詰之權（見一八八〇年中美條約之規定與解釋）與會審權之性質，要不能混爲一談，則可斷言。因爲這個道理，所以外國領事遇到中國法庭審理這一類的案件時，往往拋棄此種消極的觀審權利，而由華官獨自審斷。這不但是從前縣知事執行司法職權時的情形如此，即自從中國設立新法院之後，也有同樣的事實。

（3）按中外約章雖曾規定民事案件得由中外官員共同處理。但所謂『共同處理』亦不過指外國領事與中國官員（前清時代爲道員，革命後則係交涉員）互以行政手續，設法解除糾紛公平處斷而言，這種以行政手續辦理的案件，與司法案件的性質，顯有不同，故亦不能稱爲『會同審判』或『混合審判』，此理至爲顯明。

綜上述三點以觀，可知關於華人爲被告時之民事與刑事案件，中國法庭應

有單獨審判之權，不啻昭然若揭。其所以有中外官員會審的事實發生者，可稱毫無條約的根據。易言之，所謂外國領事對於華人被控之民刑案件，有權會審之說，不過是後來已定的事實所引起的一種說素。此種說素，在條約上既然毫無根據，則其不能令人徵信，可無異言。至於後來已定的事實如何產生，則租界當然有密切關係。職是之由，我們如欲明瞭外國領事對於華人被控事件，怎樣會發生有權會審之說，惟有觀察中國租界之會審公廨如何產生，如何組織之一法。現在且把上海公共租界會審公廨作個例子，將其起源及沿革，說明如左。

上海公共租界會審公廨之組織，其唯一的依據，不過是一八六九年之洋涇濱設官會審章程。實則公廨於該章程未訂立之前，在事實上業已成立數載。最初清政府在上海劃出一部分區域作為外人的居留地，外國領事在那時候的行政權力，可稱非常輕微。自從一八六九年洋涇濱章程訂立後，外國領事的權力，就日見擴大。因此對於租界內一切中外居民，領事皆有行使裁判之權，而所謂會審公

公廨可說就是領事對於租界內居民行使裁判權的一個畸形的法庭。但當時公廨內部的組織以及適用的法律，與該章程所規定者，還沒有十分僭越的地方。自一八六九年後，種種特別的慣例應時而起，於是領事在此方面所行使的司法權力，益覺漫無限制，超脫原來章程的規定。至一九一一年中國革命時，上海道員出走，本由上海道委派的公廨廨員，遂一變而由領事團直接委任。其後公廨內部的組織，不啻全由領事團一方操縱，中國政府毫無置喙餘地。就那時的制度而言，至少有三種弊害不可不申述者：凡有領事裁判權國家之僑民爲原告之民事刑事案件，皆由各該國之領事與中國廨員會同審判。出席會審之領事遂爲公廨之陪審法官。因其所引用之法律並非中國法律，故爲被告之華人，常受不公平之處置。此其一。凡無領事裁判權國家之僑民或無約國（即少數與中國尙未訂立通商條約之國家）人民與華人發生之民事與刑事案件，亦皆由外國領事與中國廨員會同審判。因公廨所引用之法律，與中國之法律，原則上往往不相適合，故華人吃

虧之處甚多。此其二。至於租界內中國居民間發生之民事與刑事訴訟，亦由公廨同樣辦理。外國領事對於中國民情習慣既不熟悉，對於中國法律更覺茫然不知，則其陪審之不近情理，更可想而知。此其三。類此事實，既無條約上之根據，且又違背原來章程之規定。故嚴格說來，此種會審制度只可說是中國辛亥年革命以後造成的一種法律所不能解釋的畸形制度。在此畸形制度之下，弊端百出，不遑枚舉。尤甚者，即依公廨慣例，只有覆審，沒有上訴。起訴人所受之不公平處置，真難想見。他如陪審官之不諳法律，濫用職權，外國律師之蔑視人權，擅作威福，以及公廨內部之種種腐敗情形，真使國內有識之士，聞而髮指！

照原則立論，外國領事對於所屬國僑民，絕對不能行使裁判權，已屬無可諱言。今就上海會審公廨的組織以觀，外國領事在司法方面所能管轄者，竟已侵及租界以內一切華人，是華人本身亦不能受完全的中國法律之管轄，世間奇事，甯復有過於此？中國政府有鑒於此，在民國元年時，即有修改公廨章程，以圖收回法

權之議。民國二年冬，北京政府曾與公使團交涉數次，而橫遭梗阻，致未實行。其後由外交部照會公使團要求磋商，亦未如願。至十四年春，上海各團體又倡議收回公廨之事，乃推派代表至北京請願。結果遂由江蘇省政府與上海領事團共同商議收回公廨辦法。時值五卅事件發生，中英感情惡劣，幾達沸點。上海租界當局對於此項交涉，未曾橫加反對者，其因或在乎此，其後經過長時期之交涉，卒於一九二六年（民國十五年）八月三十一日議定收回上海會審公廨暫行章程九條。此項章程言明時效為三年。三年滿期後，如中國政府尙未與公使團議定撤銷領事裁判權辦法，仍繼續施行三年，惟於期滿時六個月前江蘇省政府得通知提議修改。至於將來不論何時中國政府準備撤銷領事裁判權，不受此項章程之任何拘束。故就實際而言，此項章程，不過是一種過渡時期的臨時辦法，雖不能根本取消原有公廨，比較以前的公廨組織，卻不能不視為稍勝一籌。按此項章程所載，有下列幾端可注意者：（一）原有公廨改為上海臨時法院，除有領事裁判權國家

之僑民爲被告之案件不得受理外，其他租界內一切民刑案件，皆歸該法院審理。

(二) 凡現在適用於中國法庭之一切法律，及以後公布之各項法律條例，均適用於臨時法院。

(三) 領事或由領袖領事派員觀審一節，只限於違背租界治安與洋涇濱章程之刑事案件以及有領事裁判權國家之僑民所僱華人爲刑事被告之案件。

(四) 觀審員對於證人與被告人，非得中國法官之允可，不得提出詰問，且不得干涉中國法官所已批示的判決。

(五) 臨時法院之外，另設上訴法庭，辦理租界治安直接有關之刑事上訴案件，及華洋訴訟之刑事上訴案件。關於領事或領袖領事派員觀審一節，辦法與臨時法院相同。

上述四端固然是臨時法院與以前會審公廨不同的地方。實則試把那四點歸納起來，只有一件事情可使我們滿意者，卽以前會審公廨存在時，外國領事對於華人爲被告之案件，在事實上享有會審權，今則代以有限制的觀審權而已。(至於觀審的領事越權干涉超脫觀審的範圍以外，其事亦時時發生。)但我們

在上文說過，中外條約上本來只規定外國領事享有觀審權而非會審權；所謂會審權，也僅見於上海的會審公廨，初不能視為領事裁判制度下所應有的普通的事實。這樣說來，一九二六年收回會審公廨的結果，充其量，不過把歷年來上海領事未經條約規定而貿然取得的會審權，重新加以收回而已。在租界華人方面，當然受到一些得益處，但就領事裁判制度全體而言，却不能稱為已有怎樣重大的改變，這是很容易認清的事。

上海公共租界會審公廨之外，又有上海法租界公廨，廈門鼓浪嶼之公共租界會審公廨等性質相同的法庭，處理界內華人為被告或華人間發生之一切民刑案件。此兩處公廨之組織大致相彷彿，在昔領事對於華人為被告之案件，亦嘗由觀審而變為會審，故領事亦兼任陪審員之職。今則自上海臨時法院成立後，兩處公廨之組織，不能不加以改善，自在我們意料之中。但因其關係較淺，在領事裁判制度上面，並不佔重要地位，故僅附誌於此，不再贅述。

所謂中國現行領事裁判制度的內容，不啻盡如上述，但我們申述至此，有不能已於言者，即我們於本文開端時所提出的兩個問題，雖已解答明瞭，但當結論之時，我們仍以爲有幾個要點應該討論一下。（一）從第一個問題解答的結果看來，在華外國僑民爲被告時之民刑案件，既由領事法庭或各該國特設之法院管轄，是其明明不受中國法律之支配，可無疑義。準此而言，外國僑民在此方面所避免者，實爲中國之民事法權與刑事法權的管轄。既曰避免中國之民事法權與刑事法權之管轄，則其爲一種特殊權利，蓋可不言而喻。所以講到外國僑民在華享有的非法的治外法權，第一層最爲明顯者，就是這種因不平等條約規定而享受的特殊權利。（二）從第二個問題解答的結果看來，雖說是外國領事對於華人爲被告時之民刑案件，只有觀審而沒有會審之權，但須知身爲原告的外人，卻仍可藉領事之出庭觀審而於無形中得到許多便利，這些便利，亦可包括在上面剛纔所說的『特殊權利』之中。所以講到外國僑民在華享有的非法的治外法權，即

是無關重要的觀審權，我們也應勿使領事永遠享着纔對。(二)除此兩端以外，按照中外條約，外國僑民在華住所，可以不受中國司法警察或其他警察之搜查與侵入，以致常常發生外人住所庇護罪犯（不論外人與華人）之事。類此事實，在道理說上來，當然也是一種不合國際公法原則的特殊權利。這樣的特殊權利，其目的在避受中國的警察法權的管轄，所以講到外國僑民在華享有的治外法權，這一點亦應該加以注意。(四)按照已往的事實，在華外人對於中國政府所頒布的捐稅條例，每每不肯遵守。甚至有拒絕繳納，故意爲難之事。有了此種不付捐稅之事發生，則外國僑民可以不受中國財政方面的法權的管轄，亦不啻昭然若揭。此項特殊權利，對於現行領事裁判制度雖然沒有直接關係，但因爲這樣的畸形制度下纔可造成如此結果，所以講到外國僑民在華享有的非法治外法權，此種違背國際慣例的特殊權利，亦在取消之列，自爲我們所不容忽視。

綜觀右陳四點，不但於中國現行領事裁判制度的內容，我們得其梗概，卽由

此種制度所造成之外國僑民之非法的治外法權，我們亦可一目了然。明乎此，可知如何準備撤廢領事裁判制度，實在是中國急待解決的重大問題了。

(二) 中國對於撤廢領事裁判制度之要求與努力

各國在華實施領事裁判制度之內容如何，已如上文所言，其僑華人民所享有之非法的治外法權，我們亦已窺見一斑。茲欲申述者，即中國對於撤廢領事裁判制度之要求與努力。講到中國爲什麼要求撤廢此種不良制度，我們自然不能不承認領事裁判權的存在，不但是破壞中國司法制度的統一，并且足使中國的領土主權，受到非常的害處。這雖說是根據國際公法的原理，觀察如此，實則姑置原理於勿顧，而單單從事實方面觀察，我們也能找到種種實際的弊害，用來證明此種制度之不應繼續存在。我們早已說過，各國在華行使領事裁判權的動機，不在宗教的歧視，而在文明先進的成見。所以當初各國對於中國要求行使領事裁

判權的理由，除了不滿意於中國固有的司法制度之外，初無他種措辭可言。但這不過當時的情形如此。至於近二三十年來，中國的司法制度，已有不少的改良和進步，卻也是很顯明的事實。這樣的改良和進步，直接可使外人減少他們的錯誤的成見，與惡劣的批評，間接可使領事裁判制度的種種弊害，引起世人的注意。所以平心而論，從近十數年來的情形看來，不但中國的學者，都可認識此種制度的弊害，即如外國學者之明白事理者，也未嘗沒有同樣的認識。例如周鯁生氏，往年發表過一篇關於『領事裁判權問題』的文章，[⊖]內有一段文字，講到領事裁判權的種種害處。他說：『從中國方面看起來，領事裁判權的第一個害處，就是侵害吾國主權。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庭并立，紊亂司法系統，發生許多法律上煩難問題，令人莫知所從，是領事裁判權的第二個害處。』『第三是領事官本為行政官吏，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，不受一般法庭管轄，可以引起其輕視之念，傷我國司法權之尊嚴。』『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。』『第六個害處，是中國人不懂外國法律訴訟情形，遇有與外人交易涉訟，須在外國領事法庭控告，不免以情形隔閡之故，居於不利地位，動輒吃虧。』周氏所說的六個害處，大半從事實着想，所以很切實際，與我們的意思，可稱不相上下。一九二一年華盛頓會議開會討論中國代表所提出之撤銷領事裁判權問題時，中國代表王寵惠氏說明領事裁判權之弊害，亦不外乎上述幾點。於此可見領事裁判制度，在事實上亦不能容其存在，不啻爲吾國朝野一致的主張。至於外人反對領事裁判制度的存在者，亦有其人，例如前中國政府法律顧問美國韋羅貝（W. W. Willoughby）在其在華之外國特權與

利益 (Foreign Rights and Interests in China) ① 一書中，亦曾論及領事裁判制度的弊害。依韋氏的眼光看來，此種裁判制度有下列七種害處：

(1) 領事裁判制度的存在，足以損害中國的主權與國家的尊嚴。

(2) 因為如此，所以中國人排斥外人的感情，極容易發生。

(3) 領事裁判制度一日不能廢除，即旅華外人一日不能內地雜居，享有完全的貿易與居住自由。

(4) 在領事裁判制度之下，各國在華設立的外國法庭不知多少，此實為中外人士雙方同感不便之事。

(5) 各國設立外國法庭之後，引用之法律，各有各的不同，結果徒使訴訟之手續紛繁，任何國籍之僑民，都不能蒙其利。

(6) 此種外國法庭所引用之法律，實際上不足以應付需要，尤甚者，即當刑事案件發生之時，法庭每感無法律以審判之苦。

(7) 此種外國法庭引用之法律，其性質既極不一致，且又非中國自己之法律，故當華人控告外人之時，華人往往以不明外國法律訴訟之手續而停止訴訟；此種損失，惟華人受之，最爲明顯。

綜觀上述七點，可知韋氏的見解，與我們的意思，也大致相同。於此更可得一明證，就是領事裁判制度之存在，不但使中國一般人民，感覺非常痛苦，卽爲外國僑民設想，實際上亦未必有多少利益可言。這是觀乎韋氏所指出第二項的害處（參閱上文）我們可以相信的。

領事裁判制度在事實上亦不能容其繼續存在，既爲中外有識之士所一致公認，則就事理而言，中國對於撤廢此種制度之要求，宜乎得到各國的同意，奈何夷考其實，所得結果，適得其反，這真令人大惑不解了。按中國鑒於領事裁判制度之不應存在，而向各國提出撤廢之要求，實始於一八九六年中日之戰以後。當此之時，中國朝野目覩國勢之日見衰弱，咸一致覺悟，非努力於改善司法制度，不足

以使各國放棄領事裁判權之特殊權利。故自一九〇四年以還，即有一修訂法律委員會，從事於修改各項法律。至一九一〇年又將法院編制，重行組織，對於推事與檢察官的學問經驗，皆極注意。此外如採取律師辯護制，改良監獄的待遇，以及明文保障司法官之審判獨立等項，尤足以表示中國之司法制度漸趨於改善之一斑。上文所述種種，原指中國方面對於撤廢領事裁判制度的最初的準備而言。至於外國方面對於這個問題的同情的表示，則始於三十年以前。當初曾先表示願意放棄領事裁判權的國家，便是最早取得此項特殊權利的英國。一九〇二年，中英通商條約第十二款有云：『中國既深願改良其司法制度期與泰西各國司法制度不相出入，英國茲允盡力襄助此舉，並俟中國法律狀況，密檢辦法及其他情形足使英國滿意，英國即允棄其治外法權。』一九〇三年訂立的中日通商條約第十一款，及同年中美通商條約第十五款，均有同樣的聲明。至一九〇八年中國與瑞典締結通商條約，亦議及撤廢領事裁判制度的問題。該約第十款云：『凡

1902

瑞典人被本國人或他國人控告，均歸瑞典所派官吏訊斷，與中國官員無涉。惟中國現正改良律例，及審判各事宜，茲特聲明，一俟各國均允棄其治外法權，瑞典國亦必照辦……」上述種種，固足以表示外人未嘗不願意撤銷領事裁判制度，但有一點不可忽視者，即誠如中英條約第十二款所言，「並俟中國法律狀況，審檢辦法及其他情形，足使英國滿意，英國即允棄其治外法權」云云，中國的法律狀況，果改善到何種程度，方足使英國滿意，實在是個很大的疑問。至於中瑞通商條約內規定，「一俟各國均允放棄其治外法權，瑞典國亦必照辦」云云，亦屬一種表面文章，因為事實上任何各國，不願首先放棄其領事裁判權的利益，實為心理相同，無足怪者。如此則欲望各國一致承認撤銷領事裁判制度，豈非等於癡人說夢？

迨一九一九年巴黎和會成立的時候，中國政府以為要求各國一致放棄其領事裁判權的利益的機會已到，乃訓令和議代表，向大會提出撤銷領事裁判權

的要求。當時中國代表曾將領事裁判制度之劣點，條舉如左：

(一) 適用法律之參考 領事裁判之管轄依據被告國籍而定，此爲通例。訟英人者赴英領署，訟法人者赴法領署，訟美人者赴美領署，餘準此類推。而各國法律間有出入。同一案件，甲領署認爲有罪，乙領署認爲無辜。此以爲證據未充，彼容謂理由已足。往往案情雖同而判決竟異。不平之點，恆由斯起。劣點一。

(二) 領署對於異國之證人原告無管轄權 案中所需證人，苟有國籍異於被告，領署非特不能勒令出庭作證，即彼自願作證，或作證而所言不實，領署既不能力以罰金，並不能科以妨害公務或偽證之罪。對於他國籍之原告亦復如是。且假使被告對於原告之請求，雖不能抗辯，而提起反訴以爲抵銷，願該領署既無管轄原告之權，該項反訴理由，雖極充足，無從爲之審理。劣點二。

(三) 外國人在中國內地犯罪搜集證據之艱難 外國人旅行內地，如有犯罪情事，按照條約，『應就近送交領事官懲辦，沿途止可拘禁，不可凌虐。』前美國

駐華公使黎德曾有言曰：『此項條文質言之，直謂旅行內地之外國人雖犯強姦故殺，須解送遠在千里外之通商口岸領署懲辦，沿途止得寬行看守，日久途遙，搜檢證據之艱難，蓋不問可知矣。』劣點三。

(四)領事官與裁判官職務之衝突 領事以保護本國僑民之利益爲職務。今以他國人民訴其本國人民之案件，交彼審理，與其保護之職務既不相容，而欲望其裁斷平允，毫無偏袒，不亦困難乎。至此制之與現今行政司法分權之原則，顯相背馳，更無待論矣。劣點四。

除此以外，復將中國對於司法改良之成績，擇要報告如下：

(1)中國臨時約法採三權分立之制，凡所以保護人民生命財產之根本權利，及保障司法官之審判獨立，不受立法行政兩權之干涉，悉有文明規定，載在憲章。

(2)中國業經編有法典草案五種，卽刑法，民法，商法，刑事訴訟法，與民事訴

訟法。此種種法典，有已呈准暫行援用者，如暫行新刑律及刑事民事訴訟法內管轄審理各節皆是。有業經正式公布者，如法院編制法，高等以下審判廳試辦章程，即是顯例。

(3) 正式法院，係分三級，曰大理院，曰高等審判廳，曰地方審判廳，并經採用檢察制度，各級法院，均設有檢察廳。

(4) 關於訴訟法律之改良，其顯著者，則民刑案件，分庭受理，審判取公開主義，刑事案件注意證據，刑訊勒供，早經廢止，辯護制亦已仿行。凡業律師者，須經法庭考試或具相當資格。

(5) 各級法院之推事檢察官，感受有相當之法律教育，其中畢業於外國專門大學者甚多。

(6) 監獄警察諸制，均已整頓改良，成績昭昭在人耳目。

此外中國代表又向出席和會之有關係各國代表宣稱中國允於一定期內（當

時言明五年）實行下列兩項條件：（1）刑法，民法，商法，及民事訴訟法，刑事訴訟法完全頒布，（2）各舊府治所在地，地方審檢廳完全成立。俟此項條件實行之後，有關係各國應允諾完全撤廢領事裁判制度。當時中國方面所提出的要求，大概是，惜乎未得各國的同意，故至一九二一年華盛頓會議開幕時，中國政府又有第二次要求列強允諾放棄其領事裁判權之舉。

按一九二一年十一月華盛頓會議開會時，曾議決組織太平洋與遠東委員會，由該會討論中國代表所提出的撤銷領事裁判權問題。當該會開第六次委員會時，中國代表王寵惠氏曾有意見陳述如左：

『各國在中國有領事裁判權，始於中國與外國訂立之條約。通好之初，一八四四年中美條約即已將此事明白規定，此後中國與其他各國訂立條約，均有相彷彿之規定。』……當中國許與領事裁判權之時，僅有五埠關為通商口岸，即外人可以貿易居住之地。今則通商口岸已有五十處之多，且

中國自行開闢之商埠，爲數亦有五十，是住居中國領土以內之外人，不受中國之法權管轄者，日見其多。此種非常情形，已成爲中國地方行政所遇之棘手難題。今中國領土與行政上之完整，如應不加侵犯，此事亟應立求解決。』

王氏陳述至此，復將領事裁判制度之劣點，以及中國對於改良司法制度之進行步驟及其成績，一一說明。他所條舉的事實，與一九一九年中國代表在巴黎和會所申述者，大致相同。惟最後的結論，頗可注意。王氏之言曰：

『今日的中國非二十年前英國鼓勵其改革司法制度時之中國，且更非八十年前以領事裁判權許與有約各國時之中國。本席發表此意，并非要求立將各國領事裁判權完全廢止，乃邀請各國與中國協同辦理改良或撤廢現行領事裁判制度之種種辦法。蓋現行制度之不能使中外人民滿意，已人人公認。至各國對此問題之善意，如本委員會前次開會時各代表團所明白表示者，中國代表團對此甚爲欣悅。』『本席今以代表團名義，請求參與

此次會議之各國，協允於一定時期屆滿後，放棄其在中國之領事裁判權。在此時期內，擬請各國於一定日期指派代表與中國商議分期修改與完全撤廢之辦法，并於上述時期內實施。」

王代表所謂「本席發表此意，并非要求立將各國領事裁判權完全撤廢，乃邀請各國與中國協同辦理改良或撤廢現行領事裁判制度之種種辦法。」本來是一種十分和平的要求，此項要求，雖與當時中國大多數人士所期望者，相差尚遠，然就中國在那時的情形而論，王代表所提出的意見，自亦不能不認為合理。所憾者，中國代表團所擬定的那種辦法——即係請各國於一定日期指派代表與中國商議分期修改與完全撤廢之辦法——當時還不能得到有關係各國的同意，這真是一個很大的失望。那時做委員會的主席，便是美國代表許士 (Hughes)，許士目覩在場各國代表未能贊同中國代表團的提議，乃用一種圓滑的態度，想出一種調停的辦法。此種辦法是什麼呢？就是提議組織一調查機關，先調查中國的司

法情形，然後再決定能否撤廢中國的領事裁判制度。當許士提議此項辦法之時，各國代表均表示贊成。乃決定另設分股委員會，籌議此項問題。嗣後該分股委員會即草成一議案，提交太平洋與遠東委員會通過。其原文如左：

『以下參與限制軍備會議討論太平洋及遠東問題之各國代表，即美利堅合衆國，比利時國，不列顛帝國，法蘭西國，意大利國，日本國，荷蘭國及葡萄牙國。

因注意於一九〇二年九月五日中英條約，一九〇三年十月八日中美條約，一九〇三年十月八日中日條約，各該國允助中國政府以便實行其所表示改良司法制度，期等於泰西各國之志願，並宣言一俟中國法律地位及施行該項法律之辦法並他項事宜，皆能滿意時，即預備放棄其領事裁判權。又因關於此事，同情促進中國代表團於一九二一年十一月二十六日所表示應將中國政治上，法權上，行政上自由行動之現有各種限制，立時取

消，或體察情形從速廢止之願望。

又因任何決定關於此達此目的之適當動作，應就中國法律司法制度及司法行政手續之複雜情形，考察詳悉，方有依據，爲本會議所有不能決定者。故議決：

上列各國應組織一委員會（各該政府各派委員一人）考察在中國領事裁判權之現在辦法以及中國法律司法制度暨司法行政手續，以便將考察所得關於各該項之事實報告於上列各國政府，並將委員會所認爲適當之方法，可以改良中國施行法律之現在情形，及輔助並促進中國政府力行編訂法律及改良司法，足使各國逐漸或用其他方法放棄各該國之領事裁判權者，建議於上列各國政府。本議決案所擬設之委員會應於本會議閉會後三個月內，按照上列各國政府嗣後所定詳細辦法組織之，應令該委員會於第一次集會後一年以內將報告及建議呈送。

又議決：

上列國家之各國可自由取舍該委員會建議之全部或任何一部，但無論如何，各該國中之任何一國不得直接或間接以中國給予政治上或經濟上任何特別讓與，或恩惠，或利益，或特免爲條件而採取該項建議之全部或任何一部。』

從上面所述的議決案看來，可知中國代表在華盛頓會議所爭得的一點結果，不過把中國自己的司法制度，以及現行的領事裁判制度，一併交與各國組的委員會去調查和審議。即使該委員會的調查與審議的結果，對於中國方面完全有利，各國政府究竟是否根據該委員會的報告而實行撤銷其領事裁判制度，已是個很大的疑問，何況那種結果什九可以預料不利於中國呢？所以當時國內有識之士，聽得華盛頓會議關於領事裁判制度的撤廢問題，依然沒有切實的解決，莫不表示非常的失望。但就政府方面說來，除了依照華會的議決案，靜候各國

代表組織委員會到華調查司法狀況之外，實在沒有補救的方法。不但沒有補救的方法，且也毫無相當的準備去對付這個委員會來調查國內的司法狀況。因此一九二六年十一月調查法權委員會公布報告書的時候，各國不但否認中國撤消領事裁判制度的時機已到，且向中國政府多所建議，非俟此項建議實行至相當程度之時，各國不願放棄其已得的特殊權利。這樣的結果，雖說是華府會議的議決案，暗中早已造成，然而假使中國政府能於事前早有相當的準備，用積極的精神去對付這個委員會，或許不致弄到這樣地步，亦未可知。但這也是我們失望之餘的一種感想，今且把那一九二六年的調查法權委員會的經過情形，敘述如左。

按華府會議閉幕的日期，係在一九二二年二月，故照原來的議決案而言。此項調查法權委員會，本應於是年五月內成立。及後中國政府要求展至一九二三年實行而未果。一九二四年時美國政府曾向中國提議於北京召集此會。又遭法

國反對而未能見諸事實。（法國從中梗阻的緣故，係金佛郎案交涉問題。）因此一再延緩，始於一九二六年春成立於北京。當時到會者共有美、比、英、法、丹、意、日、和蘭、那威、葡萄牙、西班牙及中國等十二國代表。會議至五月十日，即組織調查法權委員會旅行團分赴直隸、山西、東三省等處調查現行領事裁判制度與中國之法律制度及司法狀況。時值中國內戰發生，交通梗阻，旅行不便，故至九月中，即行結束，旋將該會宣告閉幕。其所公布之調查法權委員會報告書，則有四編：（1）為各國領事裁判權行使之實在情形；（2）為中國之法律及其司法制度；（3）為中國施行法律之情形；（4）為委員會之建議。委員會所以要有各項建議，無非表示各國委員對於調查之結果，不能滿意，因而提出種種的意見。這些意見，是否根據正確的事實而發，固是一個問題，但從這些意見之中，至少可以窺各國委員對於中國的要求的真正態度，則為我們所應承認。按該委員會的建議，有左列各款：①

第一款 關於普通人民之司法事項，須歸法院掌管，法院須有確實之保障，

不受行政機關或其他民政或軍政機關不正當之干涉。

第二款 中國政府應採納下列之計畫，以期改良現有法律、司法，與監犯之制度：

(甲) 中國政府應參酌本報告書第二及第三編關於中國法律及司法、警察、監獄制度各節，容納其意見，認為有改良之必要者實行改良。

(乙) 中國政府應完成及公布左列法律：

- (一) 民事法典。
- (二) 商事法典。(包括票據法，海商法，及保險法。)
- (三) 第二次刑法修正案。
- (四) 銀行法。
- (五) 破產法。
- (六) 專利法。

(七) 土地收用法。

(八) 公債人法。

(丙) 中國政府關於法律之制定，公布，與廢止等事，應確定並實行一劃一之制度，俾中國法律之內容，悉臻明瞭。

(丁) 中國政府應推廣新式法院，監獄，及看守所，以期裁撤縣知事審判制度與舊式監獄及看守所。

(戊) 中國政府應有相當經費之設備，以便維持法院，看守所，監獄及其職員。

第三款 上項所述各建議實行至相當程度以前，如主要部分業經實行，關係各國應中國政府之請求，可商議漸進撤消治外法權之辦法，或分區，或部分，或以其他方法，可由雙方協定。

第四款 領事裁判權未撤消以前，關係各國政府應參酌本報告第一編所述各節，容納其意見，改良現行治外法權之制度及習慣。遇有必要時，應請中國政

府協助。

(甲) 適用中國法律

關係各國於其在華外國法院或領事法庭，應儘實際上之可能，適用所認為應採用之中國法令。

(乙) 華洋訴訟案件及會審公廨

關於各國之人民爲原告，受中國法律支配之人民爲被告之訴訟，原則上應歸中國新式法院（審判廳）辦理，毋須外國官吏觀審或其他之參預。至現有之會審公廨，其組織與程序，應儘租界內特別情形所能容許之範圍內加以改革，俾與中國新式司法制度之組織與程序，愈趨一致。享有領事裁判權國人民爲律師而在華外國法院或領事法庭有出庭執行職務之資格者，對於所有華洋訴訟案件，准其代表中外當事人，但除准免考試外，仍須遵守中國關於律師之法令。

(丙) 享有領事裁判權國之人民

(一) 享有領事裁判權國對於中國人或實際上全部或大部分爲中國人所
有之商業或航業受外人保護之流弊，應革除之。

(二) 享有領事裁判權國現在尙無強制其在華人民按期註冊者，應設定按
期註冊之辦法。

(丁) 司法互助

關於司法協助（包括囑託訊問，）中國機關與享有領事裁判權各國機關
及各該外國之機關相互間，應協定辦法，例如：

(一) 外國人民與受中國法律支配之人民所訂關於民事之一切公斷協定，
應認爲有效。依此協定所爲之公斷，其關於享有治外法權國人民者，由該國在華
法院或領事法庭執行之；其關於受中國法律支配之人民者，由中國法院執行之。
但該管法院對於其公斷認爲有違背公共秩序或善良風俗者，不在此限。

(二) 中國政府與關係各國應訂定妥善辦法，以備中國法院對於受中國法

律支配之人民，依法定程序發出之判定書，傳票，拘票，或押票經中國該管機關證明者，得以迅速執行。其由享有領事裁判權國法院發出者，如需中國機關執行者，亦應照辦。

(戊)

治外法權未撤消以前，關係各國人民對於中國政府該管機關依法定程序公布法令所制定之稅捐，經關係國認為適用於其人民者，應負納稅之義務。

自上列各項建議發表之後，所謂調查司法委員會之結果，不啻盡量顯露於吾人之前，而中國代表在華盛頓會議所提出的要求，至此亦可謂全歸消滅。在此情形之下，中國政府與人民，除了等候機會，另想他法以資補救外，確也沒有旁的辦法。

自孫中山先生提出『廢除不平等條約』之口號以後，全國人士對於不平等條約壓迫之痛苦，咸已一致覺悟。外人在華行使之領事裁判權，當然也是不平

等條約所造成的結果，故中國在一方面雖然沒有達到整個的撤消領事裁判制度的目的，他方面卻未始不能利用廢除不平等條約運動的機會，設法使此種不良制度隨着舊約廢除而受到重大打擊。國民革命尙未成功以前，廣東革命政府對於不平等條約之廢除，早已宣告中外。其時尙未崩潰之北京政府亦承認修改條約爲當務之急。故當一九二六年調查司法委員會使命告終之時，實即是全國人士對於廢約運動所取之態度，表現得最明顯之時。是年十月中比條約適又屆十年期滿，北京政府乃趁此時機，先期向比國公使提議修改（按中比條約締結於一八六五年，距今已有七十餘年。照該約第四十六款之聲明，自該約互換之日起至滿十年爲止，期滿之時，雙方締約國須於六個月前聲明更改內容，方可再行議定，否則仍照原文辦理，且非俟二次十年期滿，不得再行更改。中國歷來在該約十年期滿時，從未提議修改，及今情勢迥異，提出修改，自屬並無不合法理之處。）但比國公使堅持該約中國不得修改。其後經過數次交涉，均無結果，乃由北京政

府命令宣告該約失效，并聲明在中比新約尙未成立之前，對於比國在華僑民，悉照無約國人民同樣待遇。當時未幾又議定臨時辦法七條，用作處待比國僑民。當時比國政府雖極力反對此舉，而未曾奏效。其後曾將此事起訴於海牙國際法庭，亦因中國拒絕出庭之故迄今仍爲懸案。迨國民政府在南京正式宣告成立後，比國因急於解決此項交涉問題，乃首先與國民政府外交部訂立中比新約以圖補救。按該約所載，比國承認撤消在華之領事裁判權，顯無疑義，但有三項條件，很可注意。(a)須享有領事裁判權國家過半數承認放棄此項特殊權利，比國纔能實行取消。(R)中國須於一九二九年內將民法商法悉行頒布，比國方可實行取消。(c)在比國撤消領事裁判權之時，中國須將內地開放，并且允許比國僑民享有土地權及居住與貿易的自由。倘使上述三個條件，中國方面可以一一做到，則一九二〇年一月比國僑民在華享有之非法的治外法權，即可實行放棄。自此種條件附帶訂明於中比新約之後，國內輿論，反對與贊成者參半。反對者無非主張中

國內地不應開放以供外人自由居住，故對於外交當局允許比國人民享有自由居住權與土地權一點，表示十分反對。贊成者則以為比國既已承認撤銷領事裁判權，中國履行此項條件，實並無吃虧之處；且照國際平等原則立論，這樣的交換條件，尤覺十分適當。平心而論，中比新約的得失利害，假使其關鍵果在內地居住權與土地權一點，確然不是輕易解答的問題，這個問題且不在本文討論範圍以內，故我們亦不必在此詳加評述。顧有一點不能已於言者，即一九二六年調查司法委員會的結果既經公布於世，則就當時外交的形勢以觀，中國政府儘有一種機會去向舊約已經失效的國家，單獨解決撤銷領事裁判權的問題。譬如中國與比國舊時所訂之條約，既以期滿而宣告廢除，則為圖外交上的積極的勝利起見，最好方法莫如改訂一種新約，先使比國單獨實行取消其領事裁判權。比國在華之地位，雖次重要於英、日、美、法等國，但若這事能夠做到，我們敢說列強向來所持對華的協調政策，不難一擊而破，而近百年來根深蒂固的領事裁判制度，因此亦

可促其早日自行崩潰。可惜那時候的中國政府與人民都未曾注意到這一點，遂把國民革命成功後的『外交的機會』輕輕放過，結果徒使列強往昔在華盛頓會議時期所已充分表現的對華政策，又要施諸現在的中國，予中國的外交以重大的打擊，這真是很使人失望的事！

自一九二八年十一月二十二日中比新約簽訂後，各國中起而倣效比國與中國改訂新約者，便是意國，中意稅約於同年十一月二十七日訂定後，不久又有中丹商約（十二月十二日），中葡商約（十二月十九日），中西商約（十二月二十七日）等條約之締結。當中國與丹麥重訂商約時，關於領事裁判權之撤消問題，曾由外交部部長照會對方締約國代表聲明，其文如左：

『……本部長茲以中華民國國民政府名義聲明中丹兩國本月簽訂之條約，其第二款（此締約國人民，在彼締約國領土內，應受彼締約國法律及法院之管轄，但爲行使及防衛其權利，應有向法院陳訴之自由及便利）

於民國十九年一月一日起發生效力。在是日前，中國政府與丹國政府訂定中國對於丹國人民行使法權之詳細辦法。如該項辦法，屆時尙未訂定，則中國與簽訂華盛頓條約國議定取消領事裁判權後，定一日期，自該日期始，丹國人民受中國法律及法院之管轄。但該日期應於各該國一律適用。……」

依照上文解釋，丹麥實行取消領事裁判權，議定在民國十九年一月一日。但屆時能否實行取消，尙須視中國對於丹國行使法權之詳細辦法屆時已否訂定以爲斷。故就結果而論，中丹條約之第二款，能否發生效力以及何時始能發生效力，事實上之責任，仍在中國而不在對方，不啻顯然易見。這樣說來，中國對於丹國行使法權之詳細辦法，在目下情勢之下實爲非常重要之事。但此事純屬中國自己立法方面的問題，與條約之本身初無直接關係，故當時中國外交部部長僅有附帶的聲明書送達丹國代表，聲明下列兩事：（一）中國政府於民國十九年一月一日或是日以前除現已施行之法典及法律外，頒布民法與商法；（二）中國允許丹國

僑民在中國領土之任何區域內，享有居住營商及土地權，但仍得以法律及章程限制之。上述兩事，以視中國允許比國的附帶的條件，性質完全相同。故今後重大的關鍵，即在中國政府能否及如何履行上面所述的兩項聲明。要是在原定的日期前頒布民法與商法，同時用一種十分審慎的手段與縝密的方法，訂定必要的法律與章程，以限制丹國僑民的內地居住權與土地權，則丹國實行取消領事裁判權的日期，當不致發生意外的改變。

與丹麥情形相同者，初不止一國，這不但是因為中葡條約與中西條約上面都有同樣的聲明，並且因為以後其他各國與中國重訂條約時，勢必援用同樣例子來解決同樣的問題。這樣看來，上面剛纔所說的重要關鍵，其影響所及，將不止關於一國的領事裁判權能否取消的問題，即中國現有領事裁判制度，能否全部撤廢，亦將視此關鍵轉移而後決定。

總之，中國歷年來對於撤廢領事裁判制度之要求與努力，可稱早已喚起世

人的注意，其所以一再失敗不能達到目的者，不外乎中國自己的『內政不修』與『外交失策』兩個原因。國內司法制度之未能十分改善，由於內政不修所致，屢次與各國交涉均爲列強傳統的協調政策所包圍而未能爭得積極的勝利，則顯係外交失策的結果。可是外交失策的原因雖不止一端，而內政不修可使外交上減少效力自亦不能諱言，明乎此，可知今後應如何準備與補救，方能達到撤廢領事裁判制度之目的，舍於內政方面，力圖整頓外，實無其他先決的問題可說。

(四) 今後中國應有之準備及補救方法

講到中國今後應有之準備，概括言之，當然是如何改善司法制度的問題。依照國際公法原則立論，一國司法制度之完備與否純屬該國自己內政的問題。這個問題既非產生領事裁判制度的直接原因，對於此種制度應否撤廢，又無絲毫關係，所以從外人方面說來，假使他們藉詞要求中國改善司法制度，以作取消領

事裁判權的交換條件，這本來是一種不合道理的事。但須知道理上應該與不應該是一件事，事實上是不是又是一件事。假使事實上中國能夠不去改善司法制度，遂可達到撤廢領事裁判制度，那自然不必申說。可是就以往的經過情形以觀，中國所以未能達到這個目的者，恐怕司法制度之未能使外人滿意，還是個最大的原因，這是把各國屢次所表示的態度，稍加注意我們可引爲徵信者。退一步講來，我們縱不必因欲撤消領事裁判制度而從事於司法制度的改善，即假定外人自願無條件的取消此種領事裁判權，試問中國現有的司法制度，是否稱得非常完備，能否使中外人民都能滿意，卻也是個很大的疑問。

上面一番話，無非證明中國今後唯一之準備，即在乎改善原有的司法制度。此點既已闡明如右，便可討論如何改善的實際問題。講到這個問題，內容十分複雜，且限於本文篇幅，故只可提出左列幾要點，以供閱者參考。

(1) 頒布新法典與製定其他必要之法律與條例 中國向來之法律觀念，

已不合現代人之生活，故有許多法律條文，已經不能適用。以前北京政府有鑒於此，雖曾設立修訂法律館從事於法典之改訂，但就已經頒布與施行者言，只有法院編制法，刑事訴訟法，民事訴訟法，暫行刑律等項。他如民法，商法等法典，迄今尙未有頒布之事實。一九二六年調查司法委員會向中國政府建議時，有關於頒布民法典與商法典之要求。一九二八年中比條約，中西條約締結時，則有政府將於民國十九年一月一日或是日前頒布民法典與商法典之重要聲明。據此以觀，頒布新法典之實行日期，當不甚遠。我們雖不敢預測法典之內容是否完美，但深信各項新法典，既經預定頒布時期，當不致復因政治的糾紛而中途輟止。顧其他必要之法律與條例，姑不論從事於立法之人，能否斟酌國情，博採意見，善爲議訂，要須從早準備，方不致誤事，則可斷言。例如關於銀行，破產，專利，註冊，及土地收用等必要法律，尤須十分審慎，方可公布。此外猶有一事十分重要者，即誠如一九二八年中國與比利時，丹麥，西班牙等國訂立之新約所言，在最近的將來締約國取

消領事裁判權時，外人享有內地居住權與土地權之種種事實，勢必同時發生。雖在本書付梓之時，各項新約之中有尙未正式批准者，不能謂爲均已發生效力，但一旦完全批准後，對於外人享有內地居住權與土地權之詳細辦法，便須先期詳細議定，方不致貽害將來。我們以爲外人享有內地居住權與土地權的問題，在今日中國經濟狀況之下，確然是個利害參半的問題。如何能避害而趨利，則舍訂立嚴密的條例以爲限制外，實無他種補救方法。此雖於改善司法制度無甚直接關係，但將來華洋訴訟事件，勢必日益紛繁，則可預料。假使沒有適當的辦法，以應付外人內地雜居之事，則中外人民之糾紛日甚一日，要非中國前途之幸。

(2) 添設新式法院 除頒布新法典及製定各項必要法律與條例外，添設新式法院，可說第二樣重要的準備。中國自頒布法院編制法之後，固已設立不少的新式法院，但據司法委員會調查報告書所載，此項法院（內東三省之特別法院五所）總數僅有一百三十九所。依照中國人口的總數比例，只有四百四十萬

人一所。實際上決不足以適用，蓋可斷言。反之，縣知事兼理司法事務的承審機關，卻仍有一千八百多所。有了這麼多的舊式的承審機關，司法系統之紊亂可想而知。所以當今急務，即在根本廢止此種承審機關，而代以地方法院。即使因經費不足，各縣或未能改設地方法院，亦可用他種辦法，以資補救。譬如英國所盛行的法官巡迴裁判制，便是一個很好方法，應該採用者。外人最不满意於中國司法制度的一點，可說就是新式法院的數目太少，以及司法系統的紊亂，今後假使不復容各省縣長，有兼理司法之權，外人當然無所藉口。所以講到撤廢領事裁判制度的準備，此事實不容忽視。至於已經設立的法院的組織，應該如何改良，尙未收回之會審公廨，應該怎樣收回，以及上海臨時法院應該如何改組，自然都是重要問題，應該早日解決的。

(3) 保障司法獨立 司法應該獨立，國人早已一致公認。但從中國歷年情形看來，不但司法難言獨立，即法律的精神，亦將蕩然無存，卻是個無可掩蔽的事

實。考中國司法所以不能獨立，其原因固不止一端，而國家根本法律沒有，軍人處處橫行不法，實爲其中最大之原因。革命尙未成功前，軍閥高踞要津，擅作威福，其勢真不可侮。平日蹂躪人權，草菅人命，固勿待論，卽當人民應歸司法審判之時，亦往往濫用職權，任意干涉。軍人干涉司法獨立最顯著的一端要算不依法律手續，而宣告戒嚴一事。此事在歐美各國，均有極嚴的條例規定，不得輕易頒布，而在中國，則無論何人只須帶兵一營，駐防鄉鎮，亦得隨意宣告戒嚴。此真世界未有之惡例，而司法精神之摧殘無遺，於此亦可見一斑。當一九二六年調查司法委員會着手調查時，邵飄萍案林白水案相繼發生，已足使人萬分驚愕，至如軍人擅自槍斃政治犯之事，其足以貽笑他邦，當然更不消說得。凡此種種事實，也許僅能發見於軍閥專政之下，然自革命成功後，此等事情，能否永不發生，我們殊難預料。故爲維持國家綱紀計，與保障司法獨立計，嚴禁軍人越權行事，實爲今後唯一急務。否則，試問綱紀何在，人權何在？他如一般劣紳土豪之武斷鄉曲，與私刑拷詢等違背法

律的行爲，亦應一律取締，庶杜流弊。總之，必使全國人民之生命財產一律置於國家的法律保護之下，不受任何勢力之非法侵犯，方足以語司法獨立。這一點，我想大家應該注意的。

(4) 慎選法官與改善法官的待遇 中國自設新式法院以還，各級法院推

事與檢察官，大多數以本國及日本法律學校畢業者充任，此外自歐美各國大學畢業充任法官者，亦頗不乏其人。雖說司法界情形較之其他官吏服務之機關差勝一籌，但法官之學問經驗，是否皆能勝任愉快，卻也頗難置答。平心而論，中國的法官在學問經驗方面遠不及歐美各國之法官。這並不是故意輕視我們自己，實因歐美各國對於選任法官之辦法，比較嚴密得多。通常大學畢業之法科學生，必須經過很嚴的考試，與若干年之訓練，纔能被任法官。至於被任法官之後，不但受有相當之薪俸，並且享有種種法律的保障。故法官絕少有因待遇菲薄而半途改執他業者。中國情形，與此大相逕庭。政府對於選任法官的標準，往往失之寬泛，以

致毫無法律智識之人，亦得濫竽充數。人品之不一，程度之參差，自在吾人想像之中。至於一般才能勝任的法官，每因地位無保障，待遇太菲薄，遂不得不離職他往，改操別業，結果徒使司法界與人民雙方並受其害。類此事實，在今日改善司法制度之時，不容說是重要問題之一。苟欲解決這個問題，惟有希望政府從慎選法官與改善法官之待遇，雙方同時進行，如此則收效必速，而司法前途，也可得一線曙光。

至於監獄之如何改良，司法警務之如何整頓，律師資格之如何甄別，以及高等法律教育之如何提倡，姑無論其關係司法制度之改善，深淺若何，要爲今後司法當局所宜加注意之問題，則固彰彰明甚。

凡右所陳，皆所以闡明如何改善我國司法制度實爲今後撤消領事裁判制度應有之準備。改善司法制度，本爲內政方面的問題，故中國在內政方面的建設，苟能日見進步，則上列各端，一一見諸實行，當亦不甚困難。內政方面的問題，一旦

解決，則此次中國在外交方面，雖然未能爭得怎樣的勝利，但在司法制度已經改善之後，各國縱欲故意爲難，亦將無所藉口。我們鑒於土耳其利用戰勝希臘的機會，遂能運用一種堅毅的外交手段，在洛桑會議席上達到撤消領事裁判制度目的，固然要自愧弗如，但我們須知土耳其於領事裁判制度，已經撤消之後，亦何嘗不急急於頒布新式法典，與製定各種必要法律，以示改善司法之決心。現在中國在外交上所採用之政策與手段，既不能取法於土耳其，則爲實行撤廢領事裁判制度起見，舍於規定的日期內頒布新式法典，與製定各項必要法律，以作事前的唯一準備外，更有何種方法可以補救呢？所以即使從中國外交已定的形勢看來，從速頒布新式法典與製定必要法律一事，實在也是個唯一的補救方法。假使並此而不能做到，則中國何年何日，方能達到撤消領事裁判制度的目的，實在是很難解答了。

○見東方文庫『領事裁判權』第一篇。

①見 W. W. Willoughby, "Foreign Rights and Interests in China" 第二集第二十四章。

②見東方雜誌第二十卷第二號附載『法權會議報告書。』

③見十七年十二月二十八日上海時事新報。

本書之重要參考書

(一)關於國際公法歷史與理論之書籍

1. Wheaton: *Histoire de Droit des Gens* .
2. M. Nathan: *The Renaissance of International Law, the Groitius Society Publications*
No. 3, 1925.
3. H. Grotius: *De Jure Belli ac Pace* (French translation), 2 vols., 1768.
4. Vattel: *Droit des Gens*, Vol. 1, 1820.
5. Heffter: *Le Droit International de l'Europe* (French translation), 1873.
6. Fiore: *Traité de Droit International Public* (French translation), 3 vols., 1885.
7. Bluntschli: *Codification de Droit International Public* (French translation), 1870.
8. Oppenheim: *International Law*, 2 vols., 4th edition, 1926.
9. Hall A *Treatise in International Law*, 7th edition, 1923.
10. P. Fauchille: *Traité de Droit International Public*, 4 vols., 1926.
11. Holland: *Studies in International Law*, 1915,
12. Lawrence: *Principles of International Law*, 6th edition, 1915.
13. Phillimore: *Commentaries upon International Law*, 4 vols.

(二)關於討論治外法權與領事裁判權問題之專門書籍

14. Alphonse de Heyking: *L'Exterritorialité*, 1926.
15. Strisower: *L'Exterritorialité*, *Récueil de Cour de l'Académie de Droit International*, No. 1, 1923.
16. V. Prrag: *Juridiction et Droit International Public*, 1916.
17. Piggott: *Exterritoriality*, 1907.
18. J. Escarra: *Droit et Intérêts étrangers en Chine*, 1928.
19. J. Escarra: *Le Problème de l'Exterritorialité en Chine*, 1926.
20. M. Baudez: *Essai sur la Condition Juridique des étrangers en Chine*, 1913.
21. W. W. Willoughby: *Foreign Rights and Interests in China*, 2 vols., 1917.
22. G. Soulié de Morant: *Exterritorialité et Intérêts étrangers en Chine*, 1923.
23. Yoshitomi: *Les Zones étrangers en Chine*. (*Révue Générale de Droit International Public*, 1927, Tom II).
24. Louis Renault: *Capitulation*. (*La Grande Encyclopedie*, Vol. 9).
25. G. Pellissié du Rauses: *Le Régime des Capitulation dans l'Empire Attoman* 2 vols., 1911.
26. Auguste Benoit: *Étude sur les Capitulations entre l'Empère Attoman et La France, et sur la Réforme Judiciaire en Egypte*, 1890.
27. Norman Beutwich: *The Abrogation of the Turkish Capitulations* (*Journal of Compara-*

tive Legislation and International Law), Vol. 5, 1923.

(3) 關於討論領事與外交官之職務問題專門書籍

28. Alphonse de Heyking: *Les Principes et la Pratique des Services Consulaires*, 1928.
29. E. Lehr: *Manuel Théorique et Pratique des Agents Diplomatique et Consulaires*, 1898.
30. J. Pillant: *Manuel de Droit Consulaire* 2 vols., 1908.
31. Mirkine-Guetzevitch: *Le Droit Consulaire de l' U. R. A. A. (Revue Générale de Droit International Public, 1526, No. 56)*.
32. Satow: *A Guide to Diplomatic Practice*, 2 vols., 1916.
33. Alphonse de Heyking: *Vingt-cinq ans au Service Consulaire russe (1892-1917)*, 1921.

(4) 關於條約方面之參考書

34. Louis Le Fur: *Recueil de Textes de Droit International Public*, 1928.
35. Pierre Albin: *Les Grands Traités Politiques*, 1923.
36. MacMurray: *Treaties and Agreements With and Concerning China* 2 vols., 1921.
37. Herod: *Favored Nation Treatment*.
38. Hornback: *Most Favoured Nation Clause*.
39. *The Maritime Customs, Treaties, Conventions, etc.*, 2 vols., 1917.
40. 國際條約大全。

治 外 法 權

此書有著作權翻印必究

中華民國十八年十二月初版

每冊定價大洋貳元叁角

外埠酌加運費匯費

著 者 吳 頌 皋

發 行 兼 印 刷 者 上 海 寶 山 路 商 務 印 書 館

發 行 所 上 海 及 各 埠 商 務 印 書 館

A SHORT STUDY OF
EXTERRITORIALITY

By

Z. K. WOO, B. A.

1st ed., Nov., 1929

Price : \$2.30, postage extra

THE COMMERCIAL PRESS, LTD., SHANGHAI

ALL RIGHTS RESERVED

2678

上海图书馆藏书



A541 212 0015 5170B