

領事裁判權

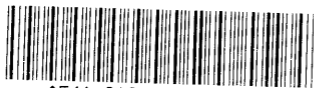
東方文庫第十八種

東方雜誌社
商務印書館



領事裁判權

上海图书馆藏书



A541 212 0005 9075B

東方雜誌二十
週年紀念刊物

目次

領事裁判權問題(一)..... 一

領事裁判權問題(二)..... 三七

一、何謂領事裁判權 二、領事裁判權在中國之起原 三、領事裁判權權域 四、領

事裁判權之弊害 五、收回領事裁判權之辦法 六、結論

領事裁判權闡說..... 五三

一、領事裁判權之意義 二、領事裁判權之沿革 三、領事裁判權與治外法權之區別

四、領事裁判權之範圍 五、上海英美等國之高等法院 六、領事裁判權之實害及條

約外發生之問題 七、日本收回領事裁判權之手續及各國對於我國允棄裁判權之條約

八、中國收回領事裁判權之方法

附錄 法律世界中之中國..... 七五

領事裁判權問題(一)

周鯁生著

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

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

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

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

第十五款 英國屬民相涉案件，不論人產，皆歸英官查辦。

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

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

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

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

第三十八款 凡有大法國人與中國人爭鬪事件，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；係大法國人，由領事官設法拘拿，迅速訊明，照大法國例治罪。其應如何治罪之處，將來大法國議定例款。如有別樣情形，在本款未經分晰者，俱照此辦理。因所定之例，大法國人在各口地方如有犯大小等罪，均照大法國辦理。

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

中美條約的規定，大體與中法條約同。

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

第二十七款 大合衆國民人，在中國通商各港口，自因財產涉訟，由本國領

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

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

一八八〇年所訂的中美續約，關於訴訟手續，加以明白規定。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

弊害，與夫其運用上，不便利處所，也漸漸引起世人的攻擊；就是歐美入自己，也覺得這是一個很大問題，不能不想法子解決。我們若把世人公認的領事裁判權的弊害與其不便利處所舉出來，也就不少。就中國方面看起來，領事裁判權的第一個害處，就是侵害我國主權。此項裁判制度，本身原來與近世屬地主義的法權觀念絕對的不相容；強以施行於國內，明明是主權的損失，不能長容忍的。同一領土上種種不同的法廷并立，紊亂司法系統，發生許多法律上煩難問題，令人莫知所適從，是領事裁判權的第二個害處。第三是領事官（特任判官組織專管法廷者，究爲例外。）本爲行政官吏，法律的精神薄弱，而政治的觀念較強，判案時總不免有偏袒本國人民之傾向；其結果致令中國人受不公平的裁判。第四是外國人民獨立於我國法權之外，不受一般法廷管轄，可以引起其輕視之念，傷我司法權尊嚴。外人在中國境內惹起的民刑案件，有時須送到幾千里遠的地方領事處裁判，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，須在外國領事法廷控告，不免以情形隔閡之故，居於不利的地位，動輒吃虧。上面說的這種種害處，還是專就中國一方面說，就是就外國那方面說起來，領事裁判權的不便處所，亦很多。第一是案件適用的法律之無定。循領事裁判權運用的原則，案中適用的法律，應為被告所屬國家的法律。今假設不同國的甲乙兩人，有一商業上交涉，一旦涉訟，看他們誰為原告，兩造的權利義務，就隨之變動。第二是訴訟手續之煩雜。同一案件，有時牽涉幾國人民，甚至有經過幾個不相聯屬的法廷之必要。就令一案件只有兩國人的關係，既在被告的領事法廷審判，若被告同時有一個『對抗的權利要求』(Counterclaim 關於商事案件常用的手段)可以對抗原告的要求，他却不能就在審判原案的領事法廷提出，而須專具控狀，向原告的本國領事法廷，另起訴訟。如此重複控訴，手續之複雜繁難，真不堪設想。第三是阻害內地雜居制之實行。現在外國人在我國內，除教士外，一般在中國營業的人，只能住居通

商口岸。這種住居的限制，於外國商業發展上，殊不便利。但是在領事裁判權存在期間，中國決不肯開放內地，許外人雜居。多數不服我國法權的外國人散居全國到處，不僅大損失我法權威嚴，並且於國內治安上，亦很危險。這種情形是顯而易見的事；外國人也曉得中國在現況之下，決不能允許內地雜居的。後段舉出的這三項不便的處所，雖說就外國見地說話，實則同時也就是中國的不便處所，自不待說。因其所生的惡影響，中國人與外國人，不免一同要受的。

有上面說的那些弊害和不便處所，這個領事裁判權制度，斷乎不能任其存在。及到現今，國內一般人對於這個制度存在，尚不覺得直接感受何等不便者，因為國內產業未十分開發，內地人民對外人交涉，尚少的原故。究竟這樣的狀態，是不會持久的。所以外國政府，對於中國撤消領事裁判權的希望，也不能不表示同情的贊助。這種同情的贊助，第一次表現於一九〇二年的中英通商條約；該約第十二款說：『中國欲整頓本國律例，以期與各西國律例，改同一律；英國允願盡力

協助以成此舉。一俟查悉中國律例情形及其審斷辦法，及一切相關事宜，皆臻妥善，英國即允棄其治外法權。』翌年訂立的中日通商條約（第十一款）及中美通商條約（第十五款），皆有同樣的規定。一九〇八年中國與瑞典訂立的通商條約，亦議及領事裁判權撤消問題；該約第十款說：『凡瑞典人被瑞典人或被他國人控告，均歸瑞典委派官吏訊斷，與中國官員無涉。惟中國現正改良律例及審判各事宜，茲特訂明，一俟各國均允棄其治外法權，瑞典國亦必照辦……』自此以後，領事裁判權之撤消，在國內成爲實際問題，無論政府民間，均很注意。一九一九年，巴黎議和的時候，我國議和代表，曾把領事裁判權撤消一節，列爲希望條件之一，提出和會，但沒有結果。一九二一年華盛頓會議，議及太平洋遠東問題，中國代表，又提出領事裁判權撤消問題。此次則承各國代表表示同情，列爲議題，經委員審議結果，大會通過一個決議。據這個決議，到會各國政府，於華盛頓會議閉會後，當設立一個委員會，（每國政府任命委員一人）調查中國現行治外法權（Extra-

territorial jurisdiction) 運用實況，及中國法律，司法制度，并司法行政方法。該委員會當把他們調查所得關於上項事件的事實，并他們對於改良中國司法行政的現狀的意見，報告各國政府。各國政府對於該委員會建議之全部或一部，有取捨之自由。華盛頓會議閉會後，三個月以內，即須組成委員會；委員會開會後一年以內，就要提出報告。中國亦得派出委員一人，參加該委員會。中國政府對於該委員會建議之全部或一部，亦完全有取捨之自由。華盛頓會議關於我國內領事裁判權問題的決議，如是如是。凡熱心撤消領事裁判的人，對此決議，當然不免失望。華盛頓會議決議之後，尚須經過一個專門委員會的調查審議。委員會調查審議的結果，提出怎樣性質的建議，我們不得而知。即令該委員會提出的建議，有利於我，究竟各國政府，肯採用實行與否，仍是在未定之天。這樣的決議，實在是遠不如附一定明確的條件，為撤消治外法權的前提，較為直截了當。有以一定時期之經過，為撤消條件的，例如日本一八九四年與歐美國家約定撤消領事裁判權，以

五年爲期。(從一八九九年起實行)有以一定的事實之成立爲撤消條件的，例如暹羅一九〇九年與英國約定完全取消領事法權，以暹羅法典頒行爲期。(註八)可惜我國在華盛頓會議，沒有爭到這樣的辦法。假若各國能給我國以時期或事實之確定條件，領事裁判的撤消，那豈不較有把握？

華盛頓會議通過的決議雖然不滿足，但是領事裁判權撤消之議，遲早總是要見諸實行的。我國現在不可不有種種的準備，以促成撤消實行之機運，並爲撤消後的善後方法。研究這種準備，就是我們現在講演的第二個目的。

撤消領事權的方式，我們現在所想得到的，可以說有三種辦法。第一種辦法，是完全撤消領事裁判權之前，先行混合裁判所的制度。第二個辦法，是撤消領事裁判權，代以中國法權，但中國法廷之中，參用外國法律家爲裁判官。第三個辦法，是撤消領事裁判權之後，不分內外人民，完全適用中國司法制度。最後的一個辦法，自然最直截了當，爲我們所極力要求實行的；但是外國人從他們自己利害關係

設想，不見得就肯這樣簡單的解決這問題。將來各國設立的委員會，對於撤消裁判權方式，難免不建議第一或第二兩個辦法，或更想出其他辦法，那時我國就不能不審慎一番，究竟可承認不可承認。所以我們現在也就無妨預先研究一下。混合裁判所制度，最顯的例，是見之於埃及。埃及也同其他東方諸國一樣，向來許外人享有治外法權的特典。然感受領事裁判制度之種種弊害，久以改革之議，向諸外國商洽，於是一八六九年，定有所謂混合裁判所之一種組織。（註九）此項組織，得各國政府同意，付諸實行，以五年為期限。但其後每次期滿再續，以至歐戰初頭，此項裁判所，始終存在。（歐戰後，埃及成英國保護國，英國對於埃及司法制度，有根本改革之議。）埃及混合裁判所組織大旨，是在設立一國際性質的法廷，處理混合性質的民商訴訟事件，（輕微的刑事案件，混合裁判時亦得處理，但重大的刑事案件，則仍屬各國領事的法權。）因以限制領事的司法權能。依埃及王與各國協定的組織，通埃及全土，設初級之混合裁判所三所，各以本地法官和外國法

官參雜組成。設一個高級裁判所於亞力山大城，以爲上告機關，以裁判官十一人組成，其中用埃及人四人，外國人七人。一切裁判官，無論本地人外國人，均係由埃及王任命，但外國裁判官之就任，須得其所屬國政府允許。混合裁判所適用的法律，係埃及的法典。（註十）

說到此處，有一個要點須注意的，就是埃及的混合裁判所，和我們國內通商口岸的會審公堂的區別。這兩種機關，在西文中常用同一個名稱 *Mixed Court*, *Tribunal Mixte*（即混合裁判所的意思）。於是有的人把我國的會審公堂，與埃及的混合裁判所，看做一種東西，那是大錯誤。這兩種機關的性質，是全然不同的。要明白會審公堂的性質，莫如細讀一八六九年上海洋涇濱設官會審章程。這個章程，把上海公共租界會審公堂的性質，規定得極明瞭。現在且把那章程中最有關係的幾條舉出來。（註十一）

遴委同知一員，專住洋涇濱，管理各國租界內錢債鬪毆竊盜詞訟各等案件。

立一公館，備置枷杖以下刑具，並設飯歇。凡有華民控告華民，及洋商控告華民，無論錢債與交易各事，均准其提訊定斷，并照中國常例審訊，並准其將華民刑訊管押，及發落枷杖以下罪名。

凡遇案件，牽涉洋人，必應到案者，必須領事官會同委員審問，或派洋官會審。若案情只係中國人，並無洋人在內，即聽中國委員自行訊斷，各國領事官毋庸干預。

華洋互控案件，審斷必須兩得其平，按約辦理，不得各懷意見。如係有領事管束之洋人，仍須按約辦理，倘係無領事管束之洋人，則聽委員自行審斷，仍邀一外國官員陪審，一面詳報上海道查核，倘兩造有不服委員所斷者，准赴上海道及領事官處，控告復審。

有領事之洋人犯罪，按約由領事懲辦，其無領事之洋人犯罪，即由委員酌擬罪名，詳報上海道核定，并與一有約之領事，公商酌辦。至華民犯罪，即由該委員

核明輕重，照例辦理。

照上面舉的條文看來，埃及混合裁判所與我國會審公堂性質之不同，已很明白。埃及混合裁判所的外國裁判官，是正式由埃及政府任命，爲埃及的法官，在法廷中與埃及裁判官同爲永久分子；但是我國會審公堂的外國會審員，還是臨時到堂的外國官吏，不是中國的永久法官。埃及混合裁判所之外國裁判官，是以法官資格，執行裁判職權；會審公堂的外國會審員，是以外國領事或他種官吏資格，來堂觀審（一八八〇年中美續約第四款）並不是行使裁判。埃及混合裁判所之法權，涉及於一切埃及人與外國人間或不同國籍之外國人相互間的訴訟；會審公堂之職權，限於中國人與外國人的訴訟，或完全關係租界內中國人的案件；至若完全關係外國人的案件，則無論兩造屬於同國籍之人，抑或不同國籍之人，概由領事處理，會審公堂，不得過問。（但無領事管束的外國人，仍歸公堂審問。）

混合裁判所在埃及試驗的成績，不甚滿足，歐戰以前，已常常有改革的議。這種

組織，在埃及原來是一種過渡的辦法，一種部分的解決，并未完全取消領事的司法權能。即令把混合裁判所的權限擴張，領事固有的法權，概行取消，一切移歸混合裁判所管轄，我以為這種制度，中國仍不可承認採行。一國內有兩種性質根本不同的法廷對立，因外國人本國人案件關係不同，生出兩種法權，究竟仍實形其司法系統紊亂，法權不獨立。將來因是而惹起許多法律解釋爭議，權限衝突問題，其麻煩更不待說。

又論到第二個辦法，即中國通常法廷，參用外國法官的辦法。依此辦法，固然是舉而完全取消領事裁判權，把外國人一律置於我國通常法廷管轄之下。但是通常法廷，須參用外國人為裁判官，顯示中國法官之不足信任，不免損失我國司法機關的威信。況且中外法官并列，行使同等職權，法廷職務行使上，意見齟齬，滯礙難行之處，亦必不少。（註十二）日本從前與歐美各國磋商撤銷領事裁判權的時候，也曾提議過這個辦法，當時以日本國內輿論大譁，羣起而為猛烈的反對，這個

辦法，卒作罷論。我想我國撤廢領事裁判權的時候，也萬不可採用這個辦法的。上面所說三個辦法中之前兩個辦法，尚有一項共通的缺點，就是兩者都是一種過渡的說法，即令採用，并未能完全解決問題。真欲恢復正規的司法制度，尚不免再要經一層改變，經一番對外交涉。所以解決領事裁判權問題的最好的辦法，還是第三個辦法，即一時完全恢復我國法權，對於外人一律適用我通常司法制度，以代領事裁判權。將來實行撤銷領事裁判權之時，再不可令外國直接間接，以何等形式，干涉我司法行政之自由。為增高外國對於我國法律及司法行政之信任計，我們寧可多聘外國有名的法律家，參與法典編纂事業，及任各大學與政法專校的教員；此層除開可用以博外國信任外，實在在現況之下，於我國編成完善的法典，養成勝任的司法人才，亦極為必要；看後面所說的種種準備要件，就更明白了。

我們既然認定要完全撤銷領事裁判權，對內外人一律適用我國正規的司法

制度，就要研究對於此事之實行，我國應該有甚麼樣的準備。我國政府裏的人，正式對外國說話，當然說得冠冕堂皇，說我國現在已經編成了近世式的法典，已經設立了獨立的各級法院，已經改良了監獄，他們官場的外交詞令如此，自不足怪。但是我們平心論事，他們所說的那些改革進步之舉，究竟不免多半是紙上的官樣文章，與事實都隔得尚遠的；真講到我國司法的實況，對於實行撤消治外法權的準備，我們對於世界，還是很覺得愧顏，而要大家加一番發憤去做呢。

第一件要緊的準備，就是要有完善的法律。我國從來法律觀念之太舊，不合近世文明生活，是外國人辯護領事裁判權的一個很大理由。近一二十年來，政府從事於新編法典，改用新式法律，判理案件，不為無改良進步之處；但是進步很遲，去完善的境地尚遠。現在說是歐美文明國家所有的法律，我國大致都已備了，有民律，有刑律，有民事訴訟律，有刑事訴訟律，又有商法及其他種種單行法規條例。說起來固很動聽，但是國內現存這些法律，實際上是漠無系統；有的是完全適用前

清所訂的有的是暫行援用的有的仍是草案。遇有爭訟事件發生，有時并不曉得究竟應該適用甚麼法律，司法當局，也不免莫知所適從，至於一般人民之全然沒有把握，那是更不待說了。就是講到已經編成的新法典之內容實質，恐怕也沒有能敢說完善的。在這種混沌之法律狀況下，誰能保司法制度之能圓滿運用？人對於法律改良問題，向不注意，於政治問題之百忙中，久已忘記了有所謂法典編纂事業。我國真欲能達到撤銷領事裁判權之目的，圓滿的行使我國法權，這個法典編纂事業，恐怕還非根本整理，於新思想新經驗指導之下系統的進行不可。編纂法律的事業，不僅需要法律知識，並且要有歷史的觀念和哲學的眼光。專靠幾個懂得法律條文的人，來成就這種國民的大事業，成績很難望好的。爲慎重將事計，應當要加入多數有眼光有思想的法學者。這種學者在國內，很不易得，所以主張多聘外國有名的法學者，參與我國法典編纂事業。此於增進法律實質，至爲必要。

僅有完善的法律，沒有完善的適用法律之機關，仍不能維持一個可信任的司法制度。所以法廷之改良普及，是第二件要緊的準備。我國雖說久已設有近世的司法機關，但是比較的完備者，限於高級的法院；而這等高級的法院，也是各行其是，職權運用上，內容組織上，均不像成系統的樣子。至於下級的法院，則全不完備；各縣司法，大都由知事兼理，司法行政混亂，又復了前清的舊觀；這是一個很壞的現象。爲實行收回法權計，須趕急整理各處高級的法院組織，使成一個整齊有效的司法系統。下級的法院，雖以一時財政的關係，勢或不能各縣皆備，我以爲無論如何，須把知事兼理司法之辦法，根本廢止，而代以巡回裁判之制。換一句話說，就是在各省重要的城市，或政治的中心地點，遍設中級的法院（如地方審判廳是）而每年於一定季節，分派法官，巡行所管區域內各縣，就縣域開庭受理詞訟，裁判案件。這樣制度，不失爲一普及司法機關的變通辦法。（實則這種辦法，在英國已成通常制度，大可仿行。）監獄爲司法行政一極重要的機關，也應該到處改良，自

不待說，

想要法廷能善用其職權，又不可不有適任的法官與歷練的律師。所以第三件要緊的準備，是在法官選任制度與律師社會之改良。今世文明國家把法官職位看得很重；對於法官之選任，大抵很嚴。通常於要求大學畢業之學歷外，還要經一重嚴格的法官考試，考試及格後，還要在法院見習若干年，方能正式任爲法官。又有一種制度，在英國行的，就是任命法官，由著名之律師中擇任。這種辦法，亦是很標準而有效的。我國司法界，比較其他一般政府官吏，都說還算是好。但從全體說來，法官選任亦太濫，沒有嚴格的考試見習制度。被任爲法官的人，有的僅僅得一點死法律，沒有他種學問上之素養，亦沒有法律職務上之訓練。有的法官甚至連法律知識都有限，或不正確。有這樣的法官，組織法廷，如何能望樹立良好的司法制度，得外人信服？講到律師，這也是司法制度中一種很重要的分子，操其業者，應當具備一定之學問程度，有一定之訓練。同業之人，應當守嚴格之公共規約，

維持相適之職業道德。但是國內的律師社會，很少具備這些條件的。欲補救現在弊害，一半是要法律嚴定資格限制，一半是在律師同業，有完善的自治組織。這事是與改良法官任用制度，同一重要的。

第四件要緊的準備，是要改良并提高法律教育。法官與律師，都是靠法律教育養成的。沒有完善的法律教育，如何能得適任的司法人才？國人的高等專門教育，本已一般的都不滿足，但講到法律教育，那是更壞了。國內一般人士，有輕視法政學校的傾向。常聽得有人說，那些榜的科學不興，而又懶於用功的人，都去學法政。這種批評，誠未免太苛，且不盡切事實。但是這話也代表一般人對於法律教育的心理。中國人所受的法律教育之不完備，究竟不能諱言的。這種不完備狀況，幾乎在國內國外皆然。試看從前出洋留學法政的人，不知其幾千，豈不是其中多數的人，不僅沒有外國語學知識，一般科學根柢，甚至連法政知識本身，也是敷衍卒業了事麼？假設國內司法界，盡是這類人才，司法狀態，怎麼能望好，怎麼能令外人信

服？又講到國內自辦的法律教育，其現狀之不滿足，恐怕也莫有人能否認的。法律本是社會科學的一部，同時又構成一種專門職業教育，完全的法律教育，需要外國文的素養，高等普通科學的預備（如倫理，論理，心理，歷史等），並且要有其他社會科學（如社會學，經濟學，政治學，史學等）的知識。英國學法律的人，大都須先經過大學文科卒業，就是要把法律教育的根柢，弄得很深博。像我國現有的所謂法政專門學校的程度組織，在歐美文明先進國家，是很罕見的。我以為今日改良司法之一要件，是要把國內的法政專門學校內容改善，程度提高，學習法律的人，至少應受兩年的高等普通教育，始可入本科。或則把法政專門學校，一律歸併於各大學法科，亦是一辦法；而以我之所見，實在是更好的辦法，因為可以省教育機關的重複，且能集合財力，為更完全的設備。我說把國內法政專門學校歸併大學法科，並不是說現在國內大學的法科，辦得已很完善，實在這項教育機關的本身，也須大加改良。現在所要求的改革，不僅在學科程度，並且學校內容，組織設備，均在

應當大事改革之列。法律不是死物，是隨時代進化的，是常須爲時代思想之反映的。掌法律教育的機關，應該設備有豐富的藏書室，有碩學的教授團，可以啓發科學的研究精神。而此等條件，國內大學法科，能全具備者，幾希。尤其是強健的教授團之缺少爲國內法律教育之致命傷。真正的一個大學法科，不是請幾個司法界中人，來教導學生一點法律條文的知識，就算能事已畢的，究竟完善的法律教育，還是離不了以學問爲專業的法學者。卽令國內真正的法學者，不可多得，亦當多聘外國學者，以充實教授團。實則有多數外國學者，從事於司法人才之養成，亦卽致外人信任我司法制度之一法。上面會說國內法政專門學校，程度要提高，就是大學法科，亦何嘗不應再提高程度。我以爲我國縱不做照英國辦法，以大學文科爲入法科之階段，也當使國內大學法科，一律採行四年制，前一年專致力於其他必要之社學科學，與文科哲學課程，俾未來之司法人才，具有廣博的教育根基。再有一事，須特別注意的，就是對於法律學生之外國文與外國法律知識，務求其充

足。將來撤消領事裁判後，我國法廷處理關涉外國人案件，常常有適用外國法律之必要；（關於民事上訴訟，有時牽及幾國法律，不知應當適用那種，常發生所謂法律衝突，或國際私法上問題。）遇這種案件，當然需要法官的外國法律知識甚多，而且需要他們直接從外國法典原文得來的知識。所以無論法政專門學校或大學法科，都應該注意外國文外國法律，對於此等教科，要有滿足的設備。從這一點看來，聘任外國學者做教員之必要，與其益處，更明白了。

我對於撤消領事裁判權這個問題的討論，已經很長，現在且止於此罷。這問題很大，而且複雜，自然尚有許多討論未盡的處所，俟有機會，再發表我的意見。

註一 Oppenheim, *International Law*, Vol. I, p. 589.

註二 The *Maritime Customs, Treaties, etc. between China and Foreign States*, Vol. I, p.

註三 以上所引條文均係根據海關所刊行的中外條約集 (*Maritime Customs, Treaties*)。中文措詞，多有與西文字義不符的處所，因其是一種半公的原本，所以仍照原文記下不改。

註四 Willoughby, Foreign Rights and Interests in China, p. 36.

註五 F. T. Piggott, Exterritoriality, p. 2-3

註六 猶憶前清第一次考試外洋留學生，題目是領事裁判權與治外法權之區別，當時初從日本回來的人，聽見這個題目，大爲得意，以爲到這時候我國始曉得把治外法權和領事裁判權分清。我究不曉得中式的那些人，試卷中怎樣的說法。如果他們竟簡直說治外法權與領事裁判權絕對是兩個事，而斷定把治外法權當作領事裁判權說，是大錯誤，那就未免太盲從日本法學者的成見了。

註七 今井嘉幸支那國際法論第一卷九三頁以下。

註八 Bonfils-Fauchille, Manuel de Droit international Public, 1914, p. 527

註九 Bonfils-Fauchille, Manuel de Droit international Public, p. 522-525

註十 Despagnet, Cours de Droit International Public, p. 503.

註十一 國際條約大全(商務印書館編)下編第八卷第一頁以下。

註十二 有人說法廷中用外國法官，不把他當作正式裁判官，而把他作觀審的，立於監視的地位，則上面所說的不便處就可以免，但試問如此辦法豈不是又回復了現今會審的制度？根本問題，還是仍舊沒有解決。

領事裁判權問題(二)

吳炳文著

領事裁判權問題，一唱於對德宣戰之時，再熾於歐會開會之日。我國熱忱之士，競言爭還者，言其弊害，則曰：『禹畛幾爲洋場，爲害甚於洪水。』言其理由，則曰：『公理既昌，不平宜除。』抑不知不求自立，徒求庇於公理，在今日猶屬夢想之事。試觀今日之山東問題何如乎，領事裁判權問題又何如乎。夫領事裁判權之爲國際不平之事實，早爲學者所共認，第求剷除此不平之事實，究係據章引典，空談學理者所能藏事，抑猶待取一定之步驟乎？此則本篇所欲論列之旨也。當入本論主旨之先，試一檢討領事裁判權之性質及其既往，以資國人之參考。

一 何謂領事裁判權

領事裁判權者，外國與中國訂立條約，凡外國人民居留中國者，不受中國法權之指揮，而受其本國法律之制裁也。行使裁判者，雖不專屬之領事，如英、美各國，皆有特別法庭，又或特派法官，審理案件；然大部裁判權，尚在領事，且最初有此法權者，實惟領事；故稱之爲領事裁判權。

英、美學者，每以領事裁判權，與治外法權互稱；其實二者在國際法上顯有畔別，不可相侔。蓋治外法權，惟一國之元首、公使、軍隊及戰艦有之；領事裁判權，則凡結有領事裁判權條約國之人民，皆得享有。治外法權，由於國際交誼相互尊敬而發生，故爲國際法上所規定；領事裁判權，乃片面的權務關係，故因條約而存在。治外法權，包有不可侵犯權、免稅權、警外權、免訴權等等；領事裁判權，僅有免訴權及少量之警外權而已。二者比較，實質不相同，主體亦各異，故大陸學者恆分別稱之。

二 領事裁判權在中國之起原

世界各國容受領事裁判權者，首爲土耳其帝國，次及遠東，如暹羅，如日本，如中國。蓋東西文明之差等，風俗信仰之不同，因而所生法律之歧異，以致僑民身產保護之不周，實爲領事裁判制發生之原由。然迄今日，遺留此制者，惟土耳其與中國而已。中國初開海禁，在十六世紀時期；領事裁判權之設立，在十九世紀；未有領事裁判制以前，外來僑民，盡受中國法律之制裁；惟斯時中國法律僅有刑法，尙無所謂民法者；民事之解紛，惟有私斷與和解，故對於僑民之管轄，亦僅屬刑事；至於民事，中國官廳既不過問，僑民亦樂於自爲調處，不願受其干涉；然卽刑事一項，僑犯亦往往藏匿不肯就審，中國官廳，誅求不得，甚至停止貿易，以爲制裁；以是中外嘖有煩言。一八三四年，英領卽提議擬在廣東及在廣東之英船上，設立法庭，管轄刑事及海上案件；未成而寢。至鴉片戰爭之後，一八四三年訂立中英五口通商章

程；其第十三款規定，凡英人犯罪，須以英國法律辦理，而以領事審判之。繼英而起者，爲美法兩國。（一八四四年中美五口通商章程及一八四四年中法五口通商章程。）是爲訂立領事裁判條約之始。至一八五八年，中英天津條約，重加申明；其第十五款云：『英國屬民相涉案件，不論人產皆歸英官查辦。』第十六款云：『英國國民犯事，皆由英國懲罰；中國人侵害英民，皆由中國地方官自辦；兩國交涉事件，彼此均須會同公平審斷，以明允當。』同年美法兩國，亦均爲詳密之規定。（一八五八年中美條約第二十七款，一八五八年中法條約第三十八款等。）自是德、奧、俄、日亦相繼訂約。迄乎今日，則意、匈、葡、荷、墨、西班牙、丹麥、祕魯、巴西，共十餘國，均在中國設有領事裁判權矣。

三 領事裁判權權域

各國在中國設有領事裁判權，其人民究享有何種權利乎？換言之，卽領事裁判

權權力所及之範圍究若何乎？此可分別言之。

(甲) 刑民免訴權 外國人民在中國享有領事裁判權者，對於中國法庭，不負一切刑民訴訟；故外人與外人間所生之案件，其同一國籍者，則由其國籍所屬之領事審理之；（一八五八年中英天津條約第十五款規定）其各屬異國者，則依照其國間條約辦理之；（一八五八年中英條約第二十七款規定）至中外人民間所生之案件，若在刑事，則歸被告所屬之法庭鞠訊；（中英天津條約第十六款規定）若在民事，則先事和解，和解不能，則外國領事與中國法官會同合審。（中英天津條約第十六款規定）會審時以被告國籍之法官為主審，原告國籍之法官為副審，以監視訴訟程序之進行及判決之公平為職志。斯時所用之法律，則以被告國籍之法律為準。（一八七六年中英條約第三款及一八八〇年中英條約第四款）此外則復有會審公廨之制；會審公廨惟在上海公共租界及法國租界有之。中國人民遷居租界者日衆，交涉亦日繁，凡在公共租界發生之中國人民間刑

民案件，及中外人民間刑民案件而中國人爲被告時，皆不歸中國管轄，而在公共租界之會審公廨受理訴訟。（依據一八五八年中國與各國之條件應歸中國管轄。）若在法國租界發生之中外人民間案件，中國人爲被告，法國人爲原告時，則歸法國租界之會審公廨審理；若中國人爲被告，非法國人爲原告時，則仍引渡至公共租界之會審公廨審理。

（乙）免除搜查 凡有領事裁判權之僑民，其房屋船隻在通商口岸者，中國警察不得行使搜查；卽有中國罪犯潛匿其房屋或船中者，亦必照會領事官，訪查嚴拏，查明實係罪犯，然後交出。（一八五八年中英條約第二十一款。）

（丙）內地之外人 領事裁判權，實本於屬人主義之原則，凡外國人民享有領事裁判權者，任至中國之何部，此特權亦必隨之而往，並不因易地而消滅；故遊行內地之外人，雖有犯法行爲，中國法庭不得處理，必須執交就近領事官懲辦，沿途祇可拘禁，不可凌虐。（一八五八年中英第九款，同年中法第八款。）

四 領事裁判權之弊害

領事裁判權之設立，於中外方面，均無利益可言，早爲中外學者所公認。茲舉犖犖數端，約略言之：（一）近世法理，自屬人主義一變而爲屬地主義，此實發生於主權不可分裂之原則。所謂主權者，『積極則有推行其法律運使其法權於其領土之上之權力，消極則有屏除外來勢力之侵入之權利；故近世各國不許外人設立法權或警察於其領土之上；倘有一部或全部之侵蝕，卽與領土主權之概念不相容。』(Bluntschli, Theory of State) 今各國一方以條約禁止中國法權之行使，一方設立法庭，行使其法權於中國領土之上；其侵蝕我主權，妨害我獨立，何待言述。 Bluntschli 之言曰：『主權上之制限，實足以破壞國家之統一，阻止公益幸福之發達也。』（二）中國法庭對於外國人產，都無直接處分之權，勢必知照外國領事，然後得爲人犯之引渡，或爲財產之提押，費時失機，司法程序因之遲延。（三）

一訴之中，常有反訴，原告有時轉爲被告，或爲第三人之被告。若依領事裁判權規則，必在被告之法庭起訴，勢必移轉管轄，周折何堪；且有合併訴訟之必要時，亦且因之窒礙而不可行。（參觀 *Ibid.* p. 657）（四）各國領事對於重大犯罪，無權審理，而送至本國懲辦者；（英美例外，因有特別法庭故）中國當事人每莫知其究竟，常生罪犯必已釋放之猜度。此在外國則足損其信用，在中國當事人則失其見仇人被罰之快意。（刁著 *China's New Constitution and International Problems*, p. 245）（五）各國領事原以考察商情，保護僑民爲職務，不能兼通法律，其爲判決則難期允當；且公平之裁判與保護之職責，尤難並容；故每每領事之判決，輒袒被告，對於保護僑民之責，信能無愧，其若不能無偏何。此實由於以領事而行司法職權之弊也。（*Ibid.*, p. 319）（六）司法程序，必有數審，所以昭慎重，而免偏弊；今各國領事裁判，除英美設有特別法庭外，祇有領事一審，欲起上訴，必歸本國；即英美雖有特別法庭，而終審之權，仍在本國法院，跋涉重洋，縱有大冤，亦

必不爲。是剝奪人民上訴之權也。(七)各國法律不同，制裁各異，設有異國僑民，共犯一罪，各依其國法，自爲判決，或輕於此，或重於彼，每每同罪而異罰。又如『英國法律，居宅有光線權，葡萄牙國無此規定，則英人不得妨害葡宅之光線，而葡人得自由妨害英宅之光線；何則？在英律爲侵權，在葡律未爲違法也。』(Law Quarterly Review XIV, p. 318) 又或『偶然殺害，在西律則無罪，在中律則須賙恤死屬。』(丁著 Treaty Obligations of China, p. 55) 律例不一，懲罰難公，常起民間之惡感，而滋中外之猜忌。

五 收回領事裁判權之辦法

今日之言收回領事裁判權者衆矣；即據上所言，領事裁判權爲國際不平之事實，而又弊端百出，莫有一利，亦似宜即刻收回，毫無疑義矣。然領事裁判權之應否收回爲一問題，其能否收回又爲一問題；摘引學理，指陳利弊，應否收回之問題也；

根據事實，考量情形，此能否收回之問題也。吾人既知今日世界，尙不能專仗公理爲護符，則吾人論事，尙不能遠離事實也明矣。所謂事實者何？卽外人在華所以設立領事裁判權之原因，是否滅失，收回領事裁判權之條件，是否完成是也。設立領事裁判權之原因若何及其收回之條件若何，皆可獲見於各國條約中（一九〇二年中英條約，一九〇三年中美條約等）。然不如一九二〇年十一月上海英商大會議決宣言之剴切詳明。其言曰：『吾人甚表同情於中國人收回領事裁判權，然必以確立鞏固之政府，修訂善良之法律，與整飭無弊之司法爲初步……』由是吾人之事實問題，卽爲今日之政府，是否鞏固，法律是否完善，司法是否整飭是也。今日之政府，無日不在飄飄之中，外人亦屢來覺書，其在中外人心目中之印象若何，已可不言而喻。至於法律，則自民國肇興以來，確在改善之中，至謂爲已臻完善，則非吾人所敢信。今日編纂之法典，雖有刑法，民法，刑事訴訟法，民事訴訟法，商法，法院編制法等數種，然曾經公佈者，僅法院編制法一種；其他如暫行刑律，民訴

刑訴等法不過暫行援用民事案件，則仍依據大清律例決斷；民法草案僅等於條理，供法官之備考而已；故謂中國法律在改善進行中則可，謂爲已臻完善則不可。何況近年來，國會弁髦，立法休止，卽此改善手續尚在停頓中耶！以言司法，雖有法院編制法，業經公佈，定爲四級三審之制，各地亦漸次設立地方高等審判廳，似可云煥然一新矣；然形式雖改，實質未變，以余所知，包苴賄賂，買賣訴訟，多財勝訴，貧民無告，未嘗稍減於昔也。且司法神聖，亦盡爲黑暗勢力所把持，全失獨立之精神；數年來復辟罪犯，賣國奸賊，曾有一人羅網者乎？一九一九年江寬案之判決，吾人猶認爲中國司法足以保護小民身產者乎？至於刑事中，雖除笞杖鐐鑊之暴刑，而法官審問時，鼓桌裂眚，震怒如雷之狀態，犯人爲之戰慄，真足令有心改革者觀之，意氣全消，太息不止；此實余所目擊於天津高等廳者也。以上事實昭彰，無可諱飾；謂爲中國司法，將來必有改革之一日則可，謂爲今日之司法，已爲整飭無弊，將誰欺欺外人乎？由上言之，今日之政府不固，軍士橫暴，生命財產，旣無日不處於危險

之中，而法典凌亂，司法腐敗，所以爲生命財產保障之具者，又不可恃；如是而欲得外人之信任，殆屬難能之事。故以學理言，以利弊言，領事裁判權應即收回者也；以事實言，其能否收回，則有難言者矣。吾人苟欲收回領事裁判權，必須努力振作，自求改進，使外人無不足於我，而後無辭以拒吾之要求。一方速謀統一，確立政府，趕修法典，取締法官。一方與各國訂期十年或十五年，一律收回領事裁判權。而在收回裁判權以前，爲過渡辦法，可設立混合法院，以中國法官，及外國特派法官組織之；所有一切領事裁判權，皆歸混合法院掌理，而裁去領事之一切司法職權。上海之會審公廨，亦須撤廢。混合法院審理時，以中國法官爲主審，外國法官爲副審。所用之法律，刑事則純用中國刑律，民事則以中律爲主，而得採引西律，以補不足。（至民律完全成立時爲止）按混合法院之制，日人稱爲混合裁判，或國際裁判，或又稱國際法院。近世各國實行者，有土耳其，埃及，暹羅諸國。茲略述之，以資借鏡：

（一）土耳其自一八四七年以來，關於商事刑事，以國際裁判所管轄之，凡歐洲人

與土耳其人所起之商業上訴訟，及犯罪事件，皆屬於此國際裁判所。構成此裁判所之法官，以歐洲與土耳其人各半數組織之。(一)埃及曾自一八六七年至一八七三年，前後共訂約四次，設國際裁判所。一八七三年之條約，英、法、德、奧、意各國，會合制定國際裁判所構成法。其初以五年為期，繼以埃及法律未改，因復改期，約至一八九九年為止。未及期，當一八八五年，各國相約永久設立。其第一審裁判所凡三，裁判官以歐人四埃及人三組織之。控訴裁判所一，裁判官以歐洲人七埃及人四組織之。(二)暹羅在其國之北境，本有國際法院之制，凡英籍 *Shans* 民族與暹羅 *Shans* 民族所生案件，及法籍 *Laotiens* 與暹羅 *Laotiens* 所生案件，無論英法籍民族為原告為被告，都歸國際法院審理。法官由暹羅政府選派，但遇有英法當事人案件，英法領事可以到庭陳述意見。此制原因地方特別情形而起。厥後暹羅謀收回領事裁判權，而懼外國不允，乃推廣此國際法院至各省各地云。(參觀北京大學月刊一卷四號我國收回領事權問題與暹羅管理外人訴訟現

狀篇。日本在領事裁判權未撤廢以前，亦嘗欲設此制度，凡三次而終未實行。明治四年，條約改正案，擬於東京設一大裁判所，參用外國人爲裁判官。明治十三年至十九年，外務大臣井上伯所擬之案亦同。以後大隈侯亦擬草案，欲於條約改正後十二年內，以歸化日本之外國人爲混合裁判官。以上凡三次嘗試，俱未得成而罷。可知以混合法院爲收回領事裁判權之過渡辦法，不無先例。至混合法院制之利益，亦有可言者：外人所最不信任我國司法者，首在法官之受賂枉法，顛倒曲直；今有外國法官爲副審，以監視其審判，則法官舞弊，可以杜絕；各種案件，都歸統一之混合法院管理，則各國領事自爲裁判，不相統率之弊可免；裁判各案，一準中國之法律，則同罪異罰，輕重不均之患亦可蠲；外國法官既係特派，則司法職權，非由領事兼掌，而中國法官亦可因之得受訓練，於改良司法未始非一助力。總之混合法院制者，與外人訂約於一定年限內，由外國選派法官，監視審理關於中外人民交涉之案件；待年限滿後，外人視爲滿意時，卽撤銷此制，而以各種案件，統歸中國

通常法院管理也。綜觀此制，可謂有利無弊，海內熱忱之士，曷致意焉。

六 結論

綜上所言，領事裁判權乃由條約所造成，故亦可以條約而廢止。但廢止此裁判權，猶附有前置條件焉。吾人苟欲實行廢止，非努力完成此條件不可。茲引外人最近之論調，以作吾結論，吾國關心茲事者，亦可藉自砥礪乎！英國 *Morse* 氏之言曰：『中國人嘗言先撤銷領事裁判權，吾人自能改革，使足以副外人之望。外人則答曰：先立真能改革之信用，吾外人自當放棄領事裁判權。』又曰：『國際法之運用，嘗偏於強國之利益；然所謂強國者，有整飭之行政，公正之法官，與廉直之官吏之謂也。』(Journal of Comparative Legislation and International Laws, 一九一九年十月號 *Morse* 著 *China's New Constitution* 篇) 美人 *Fox* 氏之言曰：『中國近年來對於法律法院，信能逐漸改良；然中西國間相界之鴻溝，雖

已漸趨偏狹，而終未嘗彌合；中國人倘能維持信用，努力前進，則欲消弭此鴻溝，亦殊易事；一旦領事裁判權設立之原因移除，領事裁判權亦自當隨之銷滅也。（見 North China Star, Editorial, November 10, 1919）

領事裁判權闡說

陳騰驤著

昔之國旗飄拂，振動全歐者，非今日之印土波，猶耶曾幾何時，奴隸牛馬，受制列強，豈盛極必衰，理所固然歟？抑天演淘汰，勢所不免歟？蓋自暴自棄，其有致亡之道也。夫前車已覆，後車之鑒也；前事已往，後事之師也。不圖我四千年華裔，四萬萬同胞，而竟欲步其後塵，蹈其覆轍，傷哉！溯自道光二十二年，中英鴉片戰爭之結果，遂有領事裁判權之條約，其後各國相繼而起，我國主權，遂一蹶不振。今當共和重建，百度維新，正宜講法治，為收回領事裁判權之預備，庶幾東隅失而桑榆可收，斯誠民國之大幸。藉非然者，自暴自棄，其結果必為印土波，猶之續，吾不忍言也。

今夫各國法律，無論何國人民，凡居其領土內者，均當服從其法律，所謂領土法權是也。惟外國之元首公使，及海陸軍等，居於領土內，除遵守地方自治章程外，餘均不必服從其法律，所謂治外法權是也。此外無論外國之商人教士及其他一切人民，凡居於領土內者，其本國法權即不能及之，均須遵守所在國之法律；蓋法權不能行於外國領土，爲近世各國所同認；故自立之國，應有完全之法權，以管轄其領土內之居民。此爲原則。然有時因他國之要求，而特許其領事自轄其旅居本國之人民者，即領事裁判權是也。

俄人瑪爾丁有言曰：『亞非兩洲諸國，文明未啓，秩序不整，對於外人，恆挾敵意；基督教國與之交通，欲使其人民不陷於危險，不可無救濟之方法；若使住於非基督教國之人，不必服從其法律裁判，則可救其弊也。』瑪氏斯言，適足表其嫉視異種異教之意，而領事裁判權所以實行於東亞者，未始無因也。今除日本能擺脫此羈絆外，餘如我國暹邏等，至今猶受其禍，斯可慨也。

夫領事裁判權，既爲強國之加於弱國，則弱國之統治權必受其害。且是等行爲，與被害國體面有關，靡特實害已也。今英、美等國，於我上海，且設高等法院矣，其實害較之領事裁判權爲尤烈，履霜堅冰，由來者漸，謂非領事裁判權階之厲乎？嗚呼！我國人苟欲設法收回，則不可不作收回之預備，欲作收回之預備，則不可不講收回之方法，尤不可不知領事裁判權之內容。今略述其大概，以告國人，願我同胞，勿淡漠視之也。

一 領事裁判權之意義

領事裁判權，原本於英文之 *Consular jurisdiction*，日人譯爲此名，我國襲之，茲舉其定義如下：

領事裁判權者，乃彼國人民至此國，無論民事刑事，皆不受此國之裁判，而由彼國所派之領事裁判之謂也。

申言之，即甲國人民，因商業或游歷或傳教，而至乙國境內，不幸遇有爭訴，乙國恐國家弱小，或法律不完全，一旦判決宣告之後，而釀兩國之交涉，遂特許外國領事審理外國人與外國人，或內國人為原告，而外國人為被告之民刑事事件，並准各依外國人本國之法律判決之權利也。

領事裁判權，為相對之權利，因條約而發生，亦因條約而消滅，與治外法權不同。且其發生原因，多由於相對國之要求，最惠國之援例；然亦必得被害國之允許；如各國在我國之有此權，始於中英條約之結果是也。其詳於後述之。

二 領事裁判權之沿革

往昔各國皆守閉關主義，嚴斥他國人民之遷居，禁止自國人民之他徙；當時一國法律，行於一國領土，施於一國人民，領事裁判之問題，自無從以發生；此上古閉關時代之狀況也。

降及近世，各國人口增多，供給缺少，不得不變閉關主義，而爲進取主義；於是獎勵國民之遠商，允許外人之營業，權利關係益繁，法律關係亦日形複雜，人民不幸遇有爭端，因無從告訴，恆有求局外人爲之處斷者；國家人民，兩各不便，於是遂有派員他國，以專司裁判；此中古屬人之主義也。

最近各國文明程度，法律設置，均各相同，屬人主義，遂變爲屬地主義；無論何國人民，除治外法權所及之外，餘均須遵守所在國之法律。惟對於文明程度較低，或法制不完全之國，間亦有用領事裁判者；然亦必以條約定之耳。

歐洲各國之握有領事裁判權於東亞也，蓋自土耳其始；一五二八年，土國與法蘭西結約，予以領事裁判權，是爲最初之條約；迨一五八〇年，英國傲而設之；其後一七〇八年，法又設於波斯，英、德、俄及其他諸國亦漸次設有；其前此之習慣，今盡變爲明文矣。

各國在我國之有領事裁判權，則肇始於前清道光二十二年（即西曆一八四

二年)。先是道光十九年二月，廣東省居留之英國人，爲販賣鴉片構釁，我國拘留其領事及其人民；二十年遂開戰端；二十一年英軍艦入我揚子江，直逼江寧；二十二年中英協約，遂予以此權。自英國作俑而後，法、美繼之；此外德、奧、意、比等十餘國，先後相繼，援最惠國條款以要求；而我國之國權喪失無餘。今就其條約可考者，列表如左。

國名	訂約年月	條約第幾款
英吉利	咸豐八年（即西曆一八五八年）	第十五款
法蘭西	同上	第三十八款及第三十九款
美利堅	同上	第十一款
俄羅斯	咸豐十年（即一八六〇年）	第八款
德意志	咸豐十一年（即一八六一年）	第三十七款

荷蘭	同治二年(即一八六三年)	第六款
丹麥	同上	第十三款
日斯巴尼亞	同治三年(即一八六四年)	第十二款
比利時	同治四年(即一八六五年)	第二十款
意大利	同治五年(即一八六六年)	第十五款及第十六款
奧地利	同治八年(即一八六九年)	第三十九款及第四十款
秘魯	同治十三年(即一八七四年)	第十三款及第十四款
巴西	光緒七年(即一八八一年)	第十款
葡萄牙	光緒十三年(即一八八七年)	第四十七款及第四十八款
日本	光緒二十二年(即一八九六年)	第二十款至第二十二款

墨西哥 光緒二十五年（即一八九九年）

第十四款及第十五款

三 領事裁判權與治外法權之區別

吾國人每有以領事裁判權誤爲治外法權者；不知領事裁判權與治外法權，實爲兩物，根本的迥不相同。茲舉其不同之點如下：

一，治外法權，乃國際法上之原則，行於普通諸國；領事裁判權，係由條約之效力，乃國際法之例外。

二，治外法權，有絕對不服從駐在國主權之意味；領事裁判權，但居留人民，關於訴訟事件，有服從本國法律之意味。

三，治外法權，凡人與物，皆有不服從駐在國法律之權利，其範圍極廣；領事裁判權，不過裁判一事，不受駐在國之管轄，其範圍極狹。

四，治外法權，基於國際禮儀便利起見；領事裁判權，以締結國雙方之文野而生。

五，治外法權，為平等之權利，無論國家之強弱文野，皆得享有；領事裁判權，為不平等之權利，以強國對於弱國，及先進國對於後進國始有之。

六，有治外法權者，以元首外交官軍隊軍艦等為限；而領事裁判權之適用，則祇問果為外國人民與否；無論其為商人教士流氓，均得享有領事裁判權之利益。

七，治外法權，為變動權利，凡軍隊軍艦，於戰時在中立國者，均須卸去武裝，暫時不得享有；領事裁判權，為不變之權利，雖在戰時，於中立國之有領事裁判權者，仍得享有之。

八，治外法權，為消極的且受動的，故行使此權，不必用何種之設備，只駐在國不行使司法權及租稅徵收等權足矣；領事裁判權，為積極的且主動的，故須有領事司理裁判，且設有各種制度，（如俄、法、等國為三審制，英國則為四審制是）方始成立。

由上數種觀之，則領事裁判權，與治外法權，實則各爲一物，不可混爲一談。乃我國人對於此點不加研究，試觀各種漢文條約，所謂領事裁判權，均誤爲治外法權。噫，亦異矣！

四 領事裁判權之範圍

領事之裁判權範圍，祇限於一部，非如國內之普通審判機關，無論一切案件，皆得以審判之也。

各國審判，多取四級三審之制。就我國而論，最高者爲大理院，次爲高等審判廳，次爲地方審判廳，次爲初級審判廳。（初級廳現雖未復而實際仍存）領事之兼司審判者，不過在地方，初級兩廳之間而已。試述其異點如下：

（一）權限上與普通審判機關之不同 領事裁判權，凡關於民事訴訟，皆可獨斷行之；以視初級審判廳之管轄，必限以物之價額，事之種類，其權似較重。至刑事

訴訟，則惟輕罪違警罪，歸其裁判，重罪則不得爲公判，祇能預審而已；是其權又較地方審判廳爲輕。此權限上之不同也。

(二)組織上與普通審判機關之不同 領事裁判權，與普通審判廳之不同，既如上述。而其規制與內國審判廳，又有區別。地方審判廳，每庭置推事三人，初級審判廳恆爲一人；領事裁判之分位，雖略同於地方審判，而任事祇一人，爲單獨之裁判。又國內審判廳，有檢察官書記官及承發吏；而領事裁判，則概無其人，惟以領事館員，及警察官吏充之。是皆組織之不同也。且各國對於此等組織，亦非有一定原則。徵之往事，及現制，約分三種：

(1)以領事或公使等之行政官爲審判官，卽第二審亦不屬於審判廳。

(2)第一審卽係審判廳審判者。

(3)行政官廳與審判官廳混用者。

以上三種，以第三種爲完善。今專就各國現行之組織，列表如左。

國名	第一	審	二	審
俄	有二種：一以領事爲審判長，一以公使館之上席譯官爲審判長。均有陪席官二員，由商人互選。	以公使館書記官爲審判長；陪審官二員，由公使就寄居之俄國中選之。		
英	以領事爲審判長；陪席者二員或四員，由寄居其管轄內之英人中選之；所謂地方審判所是也。	高等審判所亦分第一審與第二審，專設於上海；推事及候補推事各一員，皆專務法官。		
法	以領事爲審判長；陪席者二人，由寄居領事所在地之法國人中選之。	關於中國，暹羅之事件控訴之事，屬於柴口審判所；關於土耳其，波斯之事件，屬於本國歐司審判所。		

五 上海英美等國之高等法院

以上所言，各國之蹂躪我法權，皆以領事裁判權爲最。詎知辛亥以後，其禍爲尤甚。從前上海公廨，所審理者，僅民刑事事件之一部分；刑事案件之較重大者，均移至縣署或道署；民事案件，亦以道署爲上訴之法庭。今則無論民刑事事件，凡被告爲租界之華人者，概以公廨爲惟一之法庭，並無其他法庭可以干預之者；此公廨居然成爲最高之法庭矣。

夫領事兼理審判，尙屬一時權宜；其直設高等法院，則全爲一國之法院，其權不可謂爲領事裁判權。德國學者列德氏曰：『英人在上海之有高等法院也，其權不可謂爲領事裁判權，其地不可謂之領事裁判所，實則英國國家直接行使之特權也。』嗚呼！上海不過爲外人之居留地，其領土權固我國也；英國等直接設立高等法院，是直不以居留地待我，而以屬地待我矣；其侵犯我主權，已較昔日之設置領事裁判權爲尤甚；凡我國人可不急起直追，設法收回乎？

六 領事裁判權之實害及條約外發生之問題

領事裁判，爲侵害我國之法權，其實害極爲重大，非設法收回，不足以挽危亡。今列舉其弊如左：

(一) 侵害我國之統治權。

(二) 蔑視我國之警察權，必至內外人不平等。

(三) 往往犧牲我國人之利益，以保護外國人之利益。

(四) 所依據之法律不同，往往同罪異罰，有背刑罰之原則。

(五) 法律參差，當事者之權利義務不能確定。

(六) 往往涉及外交政略，審判難期公平。

以上所言，在我爲弊，在人卽以爲利，此各國所以日謀擴張其權而不稍停止也。

至各國裁判之權，自當根據條約；乃條約所無，而各國尙以習慣爲藉口，擴張其權而不已。其越出條約範圍之外者，無日無之。茲將近來我國與各國所結之條約，其發生問題略述如下：

(一)中國人民在租界內，互爲訴訟，或被外國人控告者，領事皆公然訊斷，且設高等法院於上海，以剝奪我國人之上訴權。（其詳已述於前）

(二)會審二字，本爲條約原文所無，以翻譯舛誤，遂至鑄成大錯。於是上海首設會審公廨，幾欲以此推及全國。幸我國稍明法學者，一致反對，其議始寢。查中英條約，所有原文，並無會審二字。日本翻譯該條約第十七款云：『凡英國人民，控告中國人民事件，應赴領事官衙門投稟；領事官立即查明根由，妥爲勸息，不使成訟。中國人民控告英國人民者，領事官亦應一體辦理；如不能勸息者，卽由中國地方官與領事會同審辦，公平訊斷。如有爭論，則領事應請中國地方官，妥爲援助，共調查該案之真象，公平決之。』此不過舉日本所翻譯條約之一例。他如此類，其所翻譯者，皆無會審字樣。可見我國前此翻譯錯誤之不少也。

(三)會審之事，幸而未諧；而又於光緒二年，結中英煙台條約，其第二端云：『凡遇內地各省地方，或通商口岸，有關英國命盜案件，應由英國大臣派員前往觀

審。』各國雖多無此約，而因最惠條約之故，亦許一律觀審；蓋觀審之意義，即國法上所謂旁聽。近時各省領事，往往有因此侵及審判官之職權者，亦有擾及法庭秩序者，此亦習見之事實也。

以上就審判權而言，其逾於條約所許者已如此；復於裁判權外，侵及警察權之行動，是我國允許領事裁判權之結果，不啻以主權之一部割讓於外國；尚足以爲國乎？吁，可慨已！

七 日本收回領事裁判權之手續及各國對於我國允

棄裁判權之條約

領事裁判權之收回，不可無種種之預備。試就日本而論，經明治四年及十八年及二十二年三次之提議，均未成功，及至明治二十七年，陸奧宗光爲外務大臣，首先與英國改約；各國難於堅執，始允撤去領事裁判權。惟當時尙附以三種條件，茲

舉如下：

(一) 條約須於五年以後實行。條約之實行，須有寬裕之時日；所以然者，蓋欲觀察彼國之法律，及所有手續之完備與否也。

(二) 日本須改正法典且實行至一年以後。欲得正當之裁判，必須法律之完全，而法律完全與否，非實行一年以後，不能取信於人也。

(三) 日本須加入萬國著作權同盟及萬國工業財產保護同盟。著作權非專指著作之書，凡標本雕刻建築圖形等，皆屬之；同盟者，非著作及發行者之認可，不准複製；或翻刻也；所謂工業財產保護同盟者，凡意匠特許，商號，商標等之不准做造及假冒等皆是也。

以上三條件具備，乃得實行。至明治三十二年七月，五年期滿，並經各國允准，方始實行。其間費幾許之經營，告厥成功，亦云難矣。

各國對於我國，亦有允棄領事裁判權者，如英、美、日本之通商條約中，明有規定

者也。茲於光緒二十九年所定之條約中，舉其條件如下：

(一) 中國法律，須照各國法律改同一律。

(二) 須俟各國查悉中國法律情形，及其審判辦法，並一切相關事項，皆臻妥當。以上兩條件，爲各國允棄領事裁判權之表示。然外觀大勢，內審國情，果克見諸實行乎？抑將以空言終乎？是在我國人自爲之耳。

八 中國收回領事裁判權之方法

近今各國，領事裁判權，日謀擴張，我稍讓步，彼即進步，相沿既久，挽救益難，甚至條約中所無者，彼亦妄行藉口，法權日削，國本垂危，非急設法收回，不足以救危亡。雖然，毛羽不豐滿者，不可以高飛，我若不講收回之方法，不作收回之預備，日惟以收回領事裁判權爲言者，吾適見其惑耳。

日本於明治維新之際，即作收回領事裁判權之預備，直至明治三十二年，始見

實行；其間經種種之困難，方成厥功。（詳前）吾國於民國二年，亦有收回是權之提議，無如法律未能公布，司法不能擴充，後顧茫茫，嘿然而退，理所固然也。或謂國際交涉，無公理信義之可言，我國外交手段倘能敏捷，警察布置果能完密，陸海軍若能強盛，則縱橫歐美，雄長全球，尚非難事，區區是權，何必費此繁難之手續乎？余謂此等膚廓言論，徒足生國家進步之阻力，事實上萬無實行之一日；世界軍備能如德意志，亦可無憾矣。開戰兩年，結局尚在茫茫之中；欲以戰爭而收回是權，吾亦譏其割雞而用牛刀也。茲略述收回之方法，以告國人。一，憲法急須公布也。憲法者，定統治權之作用，及組織統治機關之權限之法也。國有憲法，譬之人有腦髓，全體神經，皆繫屬焉；腦髓充足之人，知覺運動，無不靈活；而憲法完備之國，亦若是也。政治之設施，國民之行動，法律之趨向，皆以是為轉移焉。是國家之治亂強弱繫之，外人之鄙薄信仰亦繫之，其急須公布者，正在此耳。一，法院編制法宜實行遵守也。袁氏違法，蹂躪法權，知事兼理訴訟，行政監督司法，地方初級各廳，既已裁併，各縣審檢

所，亦已撤除，四級三審之名目雖存，而性質已異，精神尤非；非舉前此摧殘司法獨立之制度，悉行廢止，一依法院編制法所規定，以維持司法獨立之精神，行將流弊日滋，愈難收拾，而外人終無足以取信，欲領事裁判權之收回得乎？一，訴訟法須編訂也。法儒有言曰：『有良實體法，尤貴有良形式法，不爾民必受病。』蓋徒法不能以自行，先聖已著有明訓；且靡特不能以行，即行矣，而手續之紊亂，時日及金錢之虛耗，轉爲擾民病國之資，宜乎外人之裹足不前也；而尙望收回是權，有是理乎？一，國際私法及其他法律須編訂也。編定法律，爲我國當今之急務，不僅爲收回領事裁判權之預備也。查我國法律，公布者已屬無幾，其完備無疵者，亦百無一二。法律雖不能與各國改同一律，而適合國情，增長法治之精神，尙未能期及。爲今之計，當改設法典編纂會，責其限期擬就，並須從速咨請審定而公布之；則法律既定，外人亦無以藉口；是亦收回是權之一法也。一，須嚴定法官之資格並保障之也。法官之良否，與訴訟前途大有關係；舉得其人，則法平訟簡；若濫竽充數，則必貽病民違法之

謂；與其中途隕越，何如慎選之爲愈也。雖然，法官而不保障，則誰任公直而護法衛民者？故欲求訴訟之公平，當由嚴定法官資格，與保障法官地位始；蓋法官資格既高，地位既固，則精神與形式，必可以動人，列國亦因之而動信仰心；雖不必期期以收回是權爲事，而如響斯應，斷無不得收回之效果也。

以上所言，不過舉其大者；他如警政之振興，律師之取締，司法人才之培植，私家偵探之提倡，不可謂與收回是權無間接之關係；要亦視我國外交之人才與手段何如耳。嗚呼！滄海難填，誰啣精衛之石？虞淵未墜，願迴魯陽之戈！我同胞苟有志乎？曷興乎來！

此頁空白

法律世界中之中國

楊端六著

人生而羣者也，離羣獨居，乃事實上不可能者。魯濱孫飄流記所載無人荒島之事，不過文學家播弄筆墨而已，於論世毫無與也；盧梭民約論之不合理，後世學者多已批評之。夫人既不能生而獨居，又不能中道棄羣而他適，則社會之組織乃不可免。上古之世，人智未進，故其組織社會之能力異常薄弱；然父母之愛其子，必排除種種困難以謀得撫育之資，鷲鳥猛獸之來，必合衆力以與之相抗，由是而部落之社會以立。迨人智益進，不安於原始時代之生活，於是由小部落變爲大部落。自是以後，順次推演，以至於今日所謂有完全組織之近世國家。溯其演進之迹，不過

事有繁簡，意有疏密，於大體上之方針毫無變革也。

然無論社會之形式若何，苟有共同動作之必要，則必有利害關係發生；欲使此利害關係常得美滿之結果，則社會中各員必有默契或明認之共同生活條件；此等條件即法律之基本也。後世著為條例，頒布人間，遇一問題發生，乃援以判決曲直，或就條文加以解釋以應事變；則以社會所包含之人數過衆，不得不設法以濟原始時代之窮；然法律之觀念則始終一貫也。學者分別之為二：一為法（ius, droit, diritto, Recht, Law），一為律（lex, loi, legge, Gesetz, laws）。特因理論上便利而然耳。

法律之進行有二道：（一）由簡而繁；（二）由異而同。今將依次論之。

原始時代之人物，生活簡單，思想狹隘，其目的惟在口腹之充實，身體之安全；故漁獵即為其活動之範圍，巢穴即為其休息之處所；法律之觀念，殆無有復簡於此者。社會進而為畜牧，則動產私有制度漸漸發生；再進而為耕種，則不動產私有制

度亦漸漸發展；再進而爲貿易，則貨物交換制度亦因此漸臻複雜。迨至最近，大工業組織出現於世，社會之內容愈覺支離不可收拾。從前國家之職務，在乎解決內部之爭訟，在乎防禦外部之侵侮；今則此種消極的處分不足以饜人民之欲望，必使國家進而謀人民之積極的幸福；故農工商學之事，政府不能隨意敷衍。從前商界之知識，不出乎市井；今則從事於國際貿易者，必熟諳對手國之商律或商習慣。而後不至於失敗。凡此種種，皆表示人類思想之進步，腦筋內自然由簡而繁。前清有刑律三千條，包括一切；今日所有各種法律，雖仍是有名無實，然三千條決不足以概括之，則可斷言矣。

人類之蕃育，隨地而異。當其始，不過少數人相其土地之宜以卜其居，並未有野心以勤遠略，故近水者習於水，近山者習於山，在平原者習於平原，各因其形勢而構成習慣；再由習慣而製造法律。此等參差不齊之法律，不必由於人種之互異，國家之相殊，同一人種，同一國家，亦各有其遵守之範圍；例如美國各州，澳大利亞，聯

邦，其最著之例也。最近美議員團來上海時，C. L. Sells 君極言美國應有統一之公司條例，則世界交通日趨於便利，各國風俗習慣之不同者不得不設法以同之。然世界之組織，至少尚有兩重，一以個人組織國家，再以國家組織世界。法律之統一，不必有先後之次序，不必先統一國內之法律，而後統一世界之法律；兩者常可同時並行。今各國內部之整理尙未就緒，而國與國之間之法律早已會議數次矣；一國內之個人與他國內之個人之間之法律已有人從事研究矣。前者謂之國際公法，後者謂之國際私法。世界大同之境，雖不知尙在何方，然法律之由異而趨於同，則事實之不可避者也；即如國際勞動會議，亦一好例也。

法律非玩好品也，不能實行者不得謂之法律。昔漢祖入關，約法三章，而民翕然從之；因其簡而易行也。管仲治齊，俗之所欲，因而與之，俗之所否，因而去之；是以下令如流水之源。商君說秦孝公變法，以移木爲之唱，是皆得立法之真意而皆見之實行者也。如上所述，世界之大勢雖使法律由簡而趨於繁，由異而趨於同，然苟社

會之組織未達精密之度，則與其繁而不能實行，不如簡而易於實行之爲愈；與其模仿世界共同之趨勢而不能適合地方之情狀，不如稍爲立異以遷就地方之形勢。然此皆非絕對之主張也。吾人苟不能閉關以自守，則國際間之公私交際必不可免；假使吾人之法律與世界各國之法律柄鑿不相入，則不獨外人來我國者感其不便，即吾人與外國之交涉亦覺非常困難；此固人人所知者也。然而今日之問題，其難有二：

第一，在統一內部。吾國地廣人衆，數千年間人民之休養生息於一地方者，常易變爲土著；蓋交通不便，足以阻礙彼此之往來。中央政府雖有頒布之條文，然實際上不能執行，各地公私行政，仍各從其固有之習慣。然國內當承平之際，中央政府猶得以虛號羈縻之；一遇革命，則此虛號之作用亦不得破壞矣。民國建國九年，實尙未能脫除革命之時代。至於最近，且趨向極端之方向，由各省分立進而至於縣鎮分立；無論何人，一旦握有一地方上之實權，則獨行其政，不與上級政府相關

涉。此種現象究竟何時可止乎？吳稚暉先生謂物極必反，今日可謂極矣；再過八年，即民國十六年，中國當復見清平之氣象。吳先生此論，或有特別見解；吾甚希望民國十六年中國復成爲一統之國。然默察目下之形勢，則此種破壞分崩之力，方猛向社會各方面進行，今日果爲革命時代之絕頂乎？不敢言也。吾國之現象，在外人視之，難免不曰此無法之國也；然世上豈有無法之國哉？不過法令太多，不能統一，適於此而不適於彼，適於少數人而不適於多數人；是以命令雖頒，強者出而反抗，弱者陽奉陰違。今欲製成一法，使全國人均感其便利，則又不可得；人心之不同，如其面焉，思想既異，主張自殊，甚至因利害關係之故，致意見相背而馳；苟一部分強持其所見，勢必至於土崩瓦解。此種難題，不獨中國有之，即外國亦有之；大之如南北美之戰，近日愛爾蘭之爭論，勞費間之對抗；小之如個人間之訟訴，攻擊，毀謗，犯罪皆是也。然一國之法律猶然存在，則以少數人之意見不得不爲大多數之犧牲也；然此亦有限度，過此限度，則內亂必興；是以今日理想之政治，在以少數服從多

數，而不以多數壓制少數，二者缺一不可也。波蘭，羅馬尼亞，捷克斯洛伐克諸國之平和條約，且明載此等法律矣。我中國而欲統一國內之法律，非先尋出大多數民意之所在而又同時顧及少數之意見不可；實行之難，自不待言也。

第二，在迎合外部。我國與外國之關係，自來混沌；歐人入關以前，我國渺視一切；然以四圍諸國之文化皆在我國之下，故國際交涉不至惹起法律上之問題。二三十年前，始有尼布楚條約，然其規定不過劃界一事，約內雖議及通商，然不過『和好既定以後，一切行旅有准令往來文票者許其貿易不禁』而已；是不得謂之通商條約也。至一八四二年，始與英國結五口通商條約，謂之南京條約，而其議定各節皆屬商務，與民刑訴訟無涉。至一八四四年，與法、美兩國訂通商條約，始規定兩國人民訴訟手續，是可謂今日華洋會審之原始。其後與英國結天津條約（一八六八年）亦有同樣之規定。然此等條約雖大略相同，而其所遵守之法律，各隨其關係人之國籍；故上海一隅，有英國之法律，有法國之法律，有美國之法律，有其

他各國之法律；同一案情，因其關係人之國籍不同，遂生出種種不同之判決；其不便利，不獨我國人感受之，即外人居此者亦感受之。然而不能避者何也？假使世界上除中國外僅有一國，或雖不祇一國而祇有一種法律，則問題之解決至易；今則英、美、英、美之法典，法、比之法典，義、大利之法典，日本有日本之法典，即如前文所述，美國各州且有各州之法典，不能使之強同；彼等在中國取得治外法權又不肯放棄；然則中外交涉處決於同一法律之下，又何可得？近來德、奧之治外法權業已取消，新建諸國如捷克斯洛伐克等亦不復在中國取得治外法權，俄國之治外法權最近亦暫行停止；而字林西報大肆其反對，其內幕雖為懼俄國過激主義之南侵，而其攻擊之武器則為治外法權；彼謂中國法律不存，政治腐敗，不能裁判外人之訴訟，不能保護外人之生命財產。吾人對於外交部此次與俄絕交之事，固不能不暫表贊同之意，蓋時事至此，實屬不得已之舉。俄政府既未為我國所承認，而各國亦無權代管俄人，故我國有暫行保管之權。字林西報之反

對，不足以代表各國政府之意。觀於英國政府始終未抗一議，可見我國此次行動並未嘗違背國際法規。然而此等議論，不足以減少我國對於國際法律上之責任也。

治外法權果一概可以取消乎？取消之後，能使外人安其生業乎？照目前情形察之，不能不抱悲觀。故密勒氏評論（十月二號）警告吾人，謂進行不可過速。然今則已有取消之國矣。此事自一方面言之，實為吾國權恢復之先兆；自他一方面言之，則吾人臥薪嘗膽之秋也。德、奧、俄之治外法權已取消矣，決不再與恢復，外人此時亦不望其恢復；捷克、波蘭、南斯拉夫之新建諸國，不與以治外法權矣，彼等恐亦不能強求；南美諸國之新訂條約不涉及治外法權矣，彼等恐亦不能要求涉及；然而此等樂觀之外交變化，能保其永久維持乎？治外法權既已取消，則德、奧、俄諸國人民可與吾國人受一律平等之待遇乎？質言之，彼等可以在內地自由居住營業乎？恐亦一問題也。如許其自由居住營業，則發生問題時，將有解決之方法乎？以現在

極不完全之法律行政，果能對此勝任愉快乎？凡此種種，皆吾人今日所當夙夜憂思不忘者也。

吾人欲與世界各國言歸於好，必不可不先整其法紀，不可不犧牲我國舊有之習慣以迎合世界公共之心理。吾人所應採之法律，本於英乎，法乎，德乎，義大利乎，西班牙乎？抑勞農組織之俄羅斯乎？是固非吾人今日所能議，且亦非淺學如予者所能贊一詞。然吾人不能不製定一種法律以代五花八門之會審制度則可斷言也。苟吾人不能專採一國之制度，則不妨兼採各國之長以製成一混合法律；然而不易言矣，言之者且無人焉。以予所知，僅有王寵惠博士間嘗發表其意見；民國六年王先生在中國社會政治學會有一演說，載在其年六月中國社會政治學報（Quarterly Review of Chinese Social and Political Science）；近日又有改良司法意見載在北京京報（轉載東方雜誌最錄欄）；此外一無所聞。中國法律之前途岌岌乎殆哉！

對於此次取消俄國治外法權之事，不得不再贅一語以警告國人。治外法權之取消，並非大了不得事，無論遲早，將來總有取消之一日。一九〇二年中英通商條約第十二款曰：『中國深欲整頓本國律例以期與各西國律例改同一律，英國允願協助以成此舉，一俟查悉中國律例情形及其審斷辦法及一切相關事宜悉臻妥善，英國即允棄其治外法權。』一九〇三年中美條約，一九〇四年中日條約，皆有類似之規定。是則外人亦不樂有此種畸形異狀之法律制度永存於中國也；其安之者不得已也。吾人讀字林西報，或不免憤然作色；然平心論之，字林西報之言論，非吾人之針砭乎？

關於改良司法之着手辦法，政府無具體之表示，所謂某年發布某律，某年製定某例，皆不免視同具文，且其內容多自日本法典硬抄而來，亦不能適合吾國之情勢。目下人才亦非常缺乏，王寵惠博士於民國六年演說，謂中國律師註冊者已有二千五百人；究竟此數是否滿足，吾料其中大多數皆日本速成法政畢業生；於世

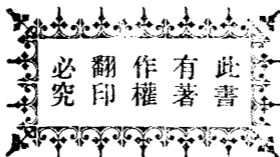
界法律有相當之研究乎？然而凡事一味悲觀，亦殊無益。當今之時，總需有一番預備功夫，乃能臨事不蹶。今後數年，乃吾國改良司法之絕好機會也。去年春間，倫敦晨報（The Morning Post）曾有長篇通信，論中國對於此事應取之手續。大略主張分爲三期：第一期以中國學生加入各處會審公堂旁聽；第二期使之參與會審之事；第三期乃宣告領事裁判權之廢除。然照目下情形察之，則關於德奧及其他未結條約或已結條約而未付與領事裁判權之國，中國之地位已至第三期。關於俄國，則已進入第二期與第三期之間矣。倫敦晨報所主張，不僅後時，且亦未必爲理想的方法。何也？會審公堂之學習，固足以稍增識見，然會審公堂之判案，亦常不免有鹵莽滅裂之譏。例如最近義大利領事判決警察對巴拿利之販賣鴉片案，可以知矣。爲今之計，惟有多送學生往各國研究法律以備將來之用；但此種學生必須中西文兼通者而後可。

Consular Jurisdiction

Commercial Press, Limited

All rights reserved

中華民國十二年十二月初版



（東方文庫）領事裁判權一冊

（每冊定價大洋壹角）

（外埠酌加運費匯費）

編纂者 東方雜誌社

發行者 商務印書館

上海北河南路北首寶山路

印刷所 商務印書館

上海棋盤街中市

總發行所 商務印書館

北京天津保定奉天吉林龍江

濟南太原開封鄭州西安南京

杭州蘭谿安慶蕪湖南昌漢口

長沙常德衡州成都重慶瀘縣

福州廣州潮州香港梧州雲南

貴陽 張家口 新嘉坡

分售處

商務印書館分館

東方文庫目錄

- 〔1〕辛亥革命史
〔2〕帝制運動始末記
〔3〕壬戌政變記
〔4〕歐戰發生史
〔5〕大戰雜話
〔6〕戰後新興國研究(二冊)
〔7〕華盛頓會議
〔8〕俄國大革命記略
〔9〕勞農俄國之考察
〔10〕蒙古調查記
〔11〕西藏調查記
〔12〕世界之秘密結社
〔13〕世界風俗談
〔14〕日本民族性研究
〔15〕中國改造問題
〔16〕代議政治
〔17〕歐洲新憲法述評
〔18〕領事裁判權
〔19〕新都市
〔20〕貨幣制度
〔21〕社會政策
〔22〕合作制度
〔23〕農荒豫防策
〔24〕近代社會主義
〔25〕馬克思主義與唯物史觀
〔26〕社會主義神髓
〔27〕婦女運動(二冊)
〔28〕婦女職業與母性論
〔29〕家庭與婚姻
〔30〕新聞事業
〔31〕東西文化批評(三冊)
〔32〕中國社會文化
〔33〕哲學問題
〔34〕現代哲學一變
〔35〕西洋倫理主義述評
〔36〕心理學論叢
〔37〕名學稽古
〔38〕近代哲學家
〔39〕柏格遜與歐根

〔40〕克魯泡特金

〔41〕甘地主義

〔42〕戰爭哲學

〔43〕處世哲學

〔44〕羅素論文集(三冊)

〔45〕究元決疑論

〔46〕科學基礎

〔47〕宇宙與物質

〔48〕相對性原理

〔49〕新曆法

〔50〕進化論與善種學

〔51〕迷信與科學

〔52〕笑與夢

〔53〕催眠術與心靈現象

〔54〕食物與衛生

〔55〕石炭

〔56〕鑛錠

〔57〕飛行學要義

〔58〕科學雜俎(四冊)

〔59〕近代文學概觀(三冊)

〔60〕文學批評與批評家

〔61〕寫實主義與浪漫主義

〔62〕近代文學與社會改造

〔63〕近代戲劇家論

〔64〕近代俄國文學家論

〔65〕但底與哥德

〔66〕莫泊三傳

〔67〕美與人生

〔68〕藝術談概

〔69〕近代西洋繪畫(二冊)

〔70〕國際語運動

〔71〕考古學零簡

〔72〕開封一賜樂業教考

〔73〕元也里可溫考

〔74〕東方創作集(三冊)

〔75〕近代英美小說集

〔76〕近代法國小說集(二冊)

〔77〕近代俄國小說集(五冊)

〔78〕歐洲大陸小說集(二冊)

〔79〕近代日本小說集

〔80〕太戈爾短篇小說集

〔81〕枯葉雜記

〔82〕現代獨幕劇(三冊)

上海图书馆藏书



A541 212 0005 9075B