

近代日本在华领事裁判权述论

曹大臣

内容提要 甲午战后,日本在华逐步确立片面的领事裁判权。较之于欧美诸国,日本在华领事裁判权在领事法庭、诉讼程序、判决执行等方面,自成体系。领事裁判权既为日本所攫取的不平等条约之一端,又是其获取更多侵华权益之渊薮。

关键词 日本 领事裁判权 弊害

领事裁判权,意即一国人民在他国领土内,不受他国的法权管辖,而受本国所派的领事裁判。领事裁判权因条约而生,亦因条约而灭,多由强国强加于弱国。西方列强获取在华领事裁判权,乃以1843年中英《五口通商章程》为嚆矢。1871年中日签订《修好条规》,此为日本攫取在华领事裁判权之滥觞,直至1945年战败投降,亘贯70余年。其间,日政府置国际公法于不顾,滥用是项权力,公然庇护不法居留民,极力维护其所谓“条约权益”,如辟展租界、内河航运、协助关税等等,严重践踏了中国主权。九一八事变后,日政府玩弄政治伎俩,主动“撤废”伪满治外法权(实即领事裁判权),期排斥外国势力于东北,太平洋战争爆发后,日政府为笼络亲日派,故伎重演,又将治外法权“归还”于汪伪政府。日本在华领事裁判权从互等到独惠再到撤废,本文将从国际法角度,对此项特

权做出初步探讨。^①

一 中日互等领事制度的建立

领事是一国根据协议，派驻他国特定城市，在一定区域内，保护本国政府和公民权利及利益的代表，因领事可在他国领土内行使职务，由此形成两国间的关系。领事制度受政治经济文化诸因素的影响，不同时期，各国的实践有所不同。鸦片战争以前，领事制度并未在中国真正建立，外国正式向中国派驻领事，始于鸦片战争以后。1842年中英《南京条约》规定：“自今以后，大皇帝恩准英国人民带同所属家眷，寄居大清沿海之广州、福州、厦门、宁波、上海等五处港口，贸易通商无碍；且大英国君主派设领事、管事等官

① 近代国际法学家认为，领事裁判权只不过是条约所给予的一种特殊权利，与外交官、元首等所享有治外法权性质根本不同。略举数点如下：一、治外法权是国际公法上公认的原则，适用于世界各国；领事裁判权的存在，则完全根据不平等条约，并非普遍的法律事实，所以只可称为国际公法上的一种例外。二、治外法权为国际平等的互惠的权利，不论强国弱国，皆得享有，领事裁判权则为一国片面独惠的权利，只有强国对于弱国才能享受。三、治外法权适用的范围极严，只有外交官、元首以及外国军队军舰等可以享有；领事裁判权适用的范围较广，不论商人教士或是无业游民，只要隶属于缔约国家，都可享有领事裁判权的利益。四、治外法权既为国际公法上划一的原则，故其适用时不必有何种的设备与规定，领事裁判权则迥然不同，除了领事自身行使裁判权外，还有各级外国法院的组织用以辅助领事职权的不逮。近代中国国际法学者多同意此种观点，否认领事裁判权等同于治外法权。由于领事裁判权至少使旅居中国的外国侨民在一定程度上免除中国的司法管辖，这种免除虽然只是一种特权，但它确实具有治外法权的性质。因此，领事裁判与治外法权虽截然不同，但在特定情况下，二者又实为一物，因此，近代中国报章乃至外交场合经常将两者混用。因治外法权为一种国际惯例，无从撤消，所以中国政府每言撤消治外法权，意即撤消领事裁判权，当时已有中国法学家对此点做出解释。本文所言撤消治外法权，亦系领事裁判权。

住该五处城邑。”^①次年中英《五口通商章程》进一步规定，英人在中国境内发生与华人诉讼案件，“其英人如何科罪，由英国议定章程、法律发给管事官照办”^②，意即英人享有领事裁判权。同年11月，英国驻印度马德拉斯野战队上尉巴富尔抵沪，成为英国驻上海的首任领事，这是外国派驻中国的第一位领事官。随之，美国、俄国、法国、德国、奥匈、荷兰、比利时、意大利、葡萄牙、西班牙、瑞典、挪威、丹麦、墨西哥、巴西等十余国以“中国法制不完全”、“中国裁判官法律上智识不足”、“中国人目外国人为蛮夷”等为借口^③，分别根据不平等条约，在中国各通商口岸派驻了领事。^④

日本向中国派驻领事，比英美等国迟30年左右。明治维新初期，日本即欲打破华夷秩序，并取得对朝鲜的优势。1870年，日外务权大丞柳原前光等赴清，要求订约通商。柳原一行9月初由东京抵达上海，旋赴天津，先后拜见三口通商大臣成林和直隶总督李鸿章，递交日本外务卿致总理衙门的信函。总理衙门以“大信不约”四字，称可照常通商，但不必议约。^⑤时李鸿章欲“以夷制夷”，遂上书总理衙门，主张与日本订约，获允后，即与日方议约。谈判过程中，日代表援引西方国家之例，力争把种种不平等的特权订入条约。清廷拒绝日方草案，自拟删除最惠国待遇，“禁止日商在内地贸易”等约款，以为谈判的基础。数十日后，双方在天津签订《修

^① 王铁崖编：《中外旧约章汇编》（一），三联书店1957年版，第31页。

^② 王铁崖编：《中外旧约章汇编》（一），三联书店1957年版，第42页；另参见孙晓楼、赵颐年编著：《领事裁判权问题》（下），商务印书馆1936年版，第166页。

^③ [日]今井嘉幸：《中国的治外法权问题》，转引自王健编《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社2001年版，第286页。

^④ 列国早期在五个通商口岸派驻领事情形，参见沈云龙主编《近代中国史料丛刊第十六辑—清季中外使领年表》，文海出版社1974年影印版，第93—193页。

^⑤ 王芸生：《六十年来中国与日本》第一卷，三联书店1979年版，第31页。

好条规》。该条规第七、第八、第十一、第十二条载明，两国沿海各口岸准听商民来往贸易，互派理事官“约束己国商民”，理事官“各按己国律例审理”交涉及财产词讼案件。第十三条规定理事官互享会审权，即：两国人民如有在指定口岸，勾结强徒为盗为匪，或潜入内地，放火杀人抢劫者，其在各口由地方官一面自行严捕，一面将案情飞知理事官，倘敢用凶器拒捕，均准格杀勿论。惟须将致杀情迹，会同理事官查验，如事发内地不及赴验者，即由地方官将实在情由照会理事官查照。其拿获到案者，在各口由地方官会同理事官审办。在内地即由地方官自行审办，将案情照会理事官查照。倘此国人民在彼国聚众滋扰，数在十人以外，及诱结通谋彼国人民作害地方情事，应听彼国官径行查拿。其在各口者知照理事官会审，其在内地者，由地方官审实，照会理事官查照，均在犯事地方正法。^① 条规内的“理事官”即领事官，而且明定为职业领事，“不得兼作贸易，亦不准兼摄无约各国理事”。^② 同时签订的《通商章程》在第一款内指定中日通商各口，中国准通商共 15 口，其中东北 1 口、华北 2 口、华中 5 口、华南及台湾 7 口，即上海、镇江、宁波、九江、汉口镇、天津、牛庄、芝罘、广州、汕头、琼州、福州、厦门、台湾及淡水；日本准通商口岸仅 8 口，即横滨、箱馆、大阪、神户、新泻、夷港、长崎及筑地。^③

《修好条规》貌似平等条约，是两国意思的真实表达，实则不然。仅从有关领事裁判权的约款看，当时两国均受西方领事裁判权的侵害，大清在国势日衰、国权千疮百孔情形下，在日本享有领事裁判权，是华夷秩序崩溃前在日本保持的最后颜面。相反，日本

^① 王铁崖编：《中外旧约章汇编》第一册，三联书店 1957 年版，第 317—319 页。

^② 王铁崖编：《中外旧约章汇编》（一），三联书店 1957 年版，第 319 页。

^③ 王芸生：《六十年来中国与日本》第一卷，三联书店 1979 年版，第 48 页。

国势日上,国内修改不平等条约的呼声正高,在中国获取领事裁判权,则是其追求强权政治的第一步。约成之后,日本立按议定各口,陆续在上海、汉口、芝罘等地开设了领事馆,派驻了领事官,即:上海领事馆(1872年2月开设)领事品川忠道、福州领事馆(1872年9月设置)陆军少将井田让、天津领事馆(1875年设置)领事池田宽治、厦门领事馆(1875年鼓浪屿设立)陆军少佐福岛九成、芝罘领事馆(1876年5月设置)领事代理 George F. Melean、牛庄领事馆(1876年设置)领事池田宽治、汉口领事馆(1885年6月设置)领事南贞助、广东领事馆(1888年7月设置)副领事坪野平太郎等。^①

当清廷依约在日本各口设领时,却遭到日方百般阻挠。原因是日本政府内部有人对《修好条规》不满,认为:“承认领事裁判权与修改对欧美条约中收回法权的主张相矛盾,有妨碍修改条约之虞”。^② 1875年,日本驻北京临时代办郑永宁照会清政府,要求修约,清政府命李鸿章与之谈判。在此次交涉中,李鸿章深感日本“有不愿中国即设领事之意”,认为日本一再令“华民归地方官照料,似欲握治罪生杀之权,久之或酿成衅端,目前也贻诮各国”。^③ 此外,他还认识到“日本为我切近之患”,与西洋及南洋各地不同,可以设官“侦探彼族虚实动静,随时详报,似与中外大局有裨”^④,

^① [日]《在支那帝国领事馆》,[日]外务大臣官房人事课编《外务省年鉴(大正2年)》,クレス出版社1999年影印版,第360—379页。

^② [日]信夫清三郎编、天津社科院日本问题研究所译:《日本外交史》上册,商务印书馆1980年版,第137页。

^③ 《论日本约章》,《李文忠公全集·译署函稿》,文海出版社1974年影印版,第2943页。

^④ 《论日本约章》,《李文忠公全集·译署函稿》,第2943页。

并表示“遣理事官一端，实有难再从缓之势”。^① 经一再努力，1878年即日本在中国设领6年后，清政府终在横滨、筑地、长崎等地派驻理事官一人，1886年初，又于箱馆设副理事一人，兼管新泻、夷港交涉事务。^② 这样，在甲午战争以前，中日两国建立了互等的领事制度，根据条约有关规定，两国领事均享有领事裁判权，可在职权范围内保护己国商民。^③

二 日本获取片面领事裁判权

1894年朝鲜爆发东学党农民起义，提出逐灭倭夷的口号，朝鲜国王请清援剿，日本也乘机派兵，并突袭牙山口外的清军。7月30日，清廷照会各国公使，称由日本首开衅端，降旨撤回驻日使馆和领事署，并请美国领事代为保护利益。8月1日，清政府发布宣

^① 《论遣官驻日本》，《李文忠公全集·译署函稿》，第2944页。

^② 详见沈云龙主编《近代中国史料丛刊第十六辑——清季中外使领年表》，文海出版社1974年影印版，第77—79页。

^③ 1878年，清政府在横滨、神户、长崎各地设置理事府即领事馆后，日本官府立即将华侨户籍移交中国理事，原来征收的牌籍费用，也改送理事府，由理事府按上、中、下三等划分，发给门牌。华侨的司法裁判权，也随户籍的移交，同时转到了中国理事府。神户理事府从第二任正理事廖锡恩时代起，一直到甲午战时的理事郑孝胥止，三名师爷中，总有一位“刑名”。理事府11名编制内，有两名巡捕。理事府还设有一间或一间以上的拘留所，内置竹板、木棍和手铐等刑具。当时，神户理事（兼任大阪理事）徐承礼发交巡捕提讯时的传票即“差票”，不但用以传讯，也用以拘捕，其对象除华侨外，也及于日本人。1879年，兵库县知事照会神户理事刘寿铿，要求释放因涉讼而被拘3天的两名日本人。史实证明，甲午战前，中国商民确在日本享有领事裁判权。参见汪向荣著《中国的近代化与日本》，湖南人民出版社1987年版，第159—162页。

战御旨, 日皇同时也下宣战诏敕^①, 两国正式开战。中日既处交战状态, 外交关系自当断绝。开战当日, 日本驻清公使即令旅行中的日本臣民撤至清国对外开放港口, 并委托美国领事代为保护, 旋向驻清各领事转致外务大臣电报, 命立即率各地居留民撤退。之后, “召集携带国旗、官印及公秘文件之公使馆二等书记官中岛雄、三等书记官郑永昌、外交官补松方正作、书记生高洲太助, 以及其他侨居北京之帝国臣民”, 自北京辗转返回东京。^② 次日晨, 上海总领事大越成德布告日本居留民, 馆务已移交美国总领事馆代管, 一切利益均请美国领事妥为保护。

上海总领事馆闭锁后, 有两名日本间谍在法租界内活动, 租界警方发现后, 立即将其逮捕, 并移交当地美国总领事。起初该总领事企图庇护这两名间谍, 清政府遂向美国政府提出抗议。8月29日, 美国国务卿就此事致函驻清公使查尔斯·田贝, 表示不能将日本臣民与美国臣民等同起来, 并使他们享受他们“所喜欢的治外法权”。^③ 同日, 美国国务卿致函日驻美公使栗野, 就日本间谍被捕一事, 表明美国政府的态度, 称美国政府不得庇护在中国领土上从事间谍活动的日人, 美国驻上海领事馆不是非法日人的避难所, 明言美国驻上海总领事似乎误解了保护的性质, 指出: 此保护权为该政府临时授予彼等者, 仅扩大至帮助清国之日本臣民, 并未授予日人超地区权, 亦不应将领事馆与公使馆变为某些违犯当地法律或违犯交战条约之日人避难所。此保护权必须非官方地、坚持不懈地以中立态度行使。总领事馆不应接收两名尚未查清之日本臣

^① [日]高须芳次郎编著:《大日本诏敕谨解(3)军事外交篇》,日本精神协会发行1934年版,第230页。

^② 戚其章主编:《中日战争》第九册,中华书局1994年版,第408页。

^③ 戚其章主编:《中日战争》第九册,中华书局1994年版,第417页。

民，亦无权收留彼等。^①

依当时国际惯例，两国臣民共请美国领事保护，仅为监视使其人身、财产不受非法侵犯，或于某种场合使侨居人民与侨居国政府之间通达意见，美国领事对两国臣民根本无裁判权。间谍事件发生后，日外务大臣即函知属下：“近日侨居上海之帝国臣民中，因我国间谍之嫌疑被清国官吏所捕者有之。美国领事依清国官吏之请，将其引渡。于是侨居该地之帝国臣民误解为美国政府已拒绝保护，致生动摇而陆续归国者有之。上述美国领事之保护并无治外法权之裁判权，与现侨居我国之清国人虽属美国保护，但须服从我之裁判权为同一道理。”^②可见，由于两国交战，日本已无法行使领事裁判权。嗣后，两名间谍被送交中国官府，在南京受到审判，并被斩首。^③

间谍事件显示，领事裁判权是把双刃剑：在他国享有领事裁判权有利于保护本国臣民，而允他国在己国享有此项权利，则有损国权。此次事件，加速了日本政府有条件废除各国领事裁判权的步伐，也刺激了日本在中国确立片面领事裁判权的欲望。德川幕府时代，美英等列强在日本享受领事裁判权的内容至为广泛，除均系外国人的民刑案件应归其本国领事处断外，一切日本人与外国人的案件，无论其为民事刑事商事，亦无论其系何方为被告，均先由领事各依本国法律处理。其不能处理者，始行照会日本官吏共同审判。明治维新以后，岩仓具视及大久保利通首先赴美，欲以“开放商埠设外人居留地”和“许外人信教自由”两点为收回法权的交换条件，引起朝野反对，美国亦未赞同，议遂中辍。其后寺岛、井上

^① 戚其章主编：《中日战争》第九册，中华书局1994年版，第412页。

^② 戚其章主编：《中日战争》第九册，中华书局1994年版，第413页。

^③ 费成康：《中国租界史》，上海社会科学院出版社1991年版，第234页。

馨、青木周藏等内察舆论，外固国权，乃以开放内地，允许外人杂居为条件，与英国开议，后英日约成，英国在日领事裁判权乃告废止。而后各国先后改约，多采英国之案，至 1897 年，日本遂彻底摆脱领事裁判权之羁縻。此间，日本一面着力撤废各国领事裁判权，一面却挟其战胜国之余威，在中国攫取此种片面独惠的权利。

依 1895 年中日《马关条约》第六条规定，中日两国所有约章因战争而废绝，双方应派代表议订通商行船条约，新订约章应以中国与欧美各国现行约章为本。1895 年 12 月，日本代表林董与中国代表李鸿章（后改为张荫桓）开始谈判。日方提出约稿草案，欲取得与欧美诸国在华一样的权益，清政府的出发点是“不令于泰西各国成约以外别有要求”，双方并无根本分歧，所以谈判时虽有争辩，最后还是在日方约稿的范围内定议。1896 年 7 月 21 日，张荫桓与林董在北京签订《通商行船条约》，其中第三款规定：“大日本国大皇帝陛下酌视日本国利益相关情形，可设立总领事、领事、副领事及代理领事，往中国已开及日后约开通商各口岸城镇，各领事等官，中国官员应以相当礼貌接待，并各员应得分位、职权、裁判管辖权及优例、豁免利益，均照现时或日后相待最优之国相等之官，一律享受。大清国大皇帝亦可设立总领事、领事、副领事及代理领事，驻扎日本国现准及日后准别国领事驻扎之处，除管辖在日本之中国人民及财产归日本衙署审判外，各领事等官应得权利及优例，悉照通例，给予相等之官一律享受。”^①按此款“最惠国待遇”之规定，日本在华仍享有领事裁判权，而中国驻日领事却失去“管辖在日本之中国人民及财产”之权利，在日本的中国人若与日人发生诉讼，即“归日本衙署审判”。《通商行船条约》改变了 1871 年《日清

^① [日]东亚同文会调查编纂部《增补支那关系特种条约汇纂》，东京东亚同文会调查编纂部 1922 年版，第 632 页。

修好条规》所规定的互有领事裁判权的体制”^①，日本获取了片面独惠的领事裁判权。^②

三 日本在华领事裁判权体系

近代各国在华领事裁判权的范围，只限于部分案件，非如普通审判机关，无论一切案件，都可以审判。时各国审判，多取四级三审制，就中国而论，最高者为大理院，次为高等审判厅，三为地方审判厅，四为初审判庭。领事之兼司审判，不过在地方、初级两厅之间而已。一般情况下，凡关于民事诉讼，领事皆可独断行之，至刑事诉讼，惟有轻罪归其裁判，重罪则不得为公判，只能预审。行使领事裁判权的官员，多以领事馆员及警察官吏充任，各国原则不同，表列俄英法美四国体制如下。

近代各国领事法庭之司法组织及程序

国名	第一审	第二审及终审
俄国	有二种：一以领事为审判长，一以公使馆之首席译官为审判长，均有陪席官二人，由商人互选。	以公使馆书记官为审判长，陪审官二人，由公使就寄居之俄人中选之。

① [日]信夫清三郎编、天津社科院日本问题研究所译：《日本外交史》上册，商务印书馆1980年版，第281页。

② 《通商行船条约》第六、第二十、第二十一、第二十二、第二十三、第二十四条。参见[日]东亚同文会调查编纂部《增补支那关系特种条约汇纂》，东京东亚同文会调查编纂部1922年版，第632—636页。

国名	第一审	第二审及终审
英国	以领事为审判长，陪席者二人或四人，由寄居其管辖内之英人中选之，即所谓地方审判所。	高等审判所亦分第一审与第二审，专设于上海，推事及修补推事各一员，皆专务法官。
法国	以领事为审判长，陪席者二人，由寄居领事所在地之法人中选之。	三千法郎以上之民事案件，或于各地法租界乃至中国任何地方发生之重罪案件，均以设在越南西贡、河内之法院为上诉法院，以巴黎法国大理院为终审法院。
美国	在华法院常驻上海，设法官一人，检察官、书记官、委员各一人。法官由总统任命，任期十年。	法院相当于美国地方法院，第一审受理不属于各地领事法庭之民、刑案件，第二审受理各地领事法庭的上诉案件，凡不服法院判决，可上诉美国加州联邦巡回第九上诉法院，终审则为美国最高法院。

资料来源：《东方杂志》第十四卷第一号，第 53 页。另参见梁敬 鍾《在华领事裁判权论》，商务印书馆 1930 年版，第 79—86 页。

日本在华领事裁判权体制，在设立领事法庭、附设监狱、分级审理等方面，较之于欧美诸国，自成体系。1899年3月20日，日本政府以法律第七十号颁布《关于领事官职务之法律》^①，次年4月19日又以敕令第一百五十三号颁布《领事官职务规则》。^②按以上律令，日本驻华领事官得以初审法院的资格，审理判决一切民事案件、破产案件、非诉事件及非重罪之刑事案件。领事官对于重罪刑事案件，如依法得处死刑，或无期监禁，或无期惩役，或一年以上的有期徒刑者，不得判决之。但领事对于此种刑事案件，得行侦查。诉讼案件经领事人员判决后，上诉或最终上告程序与日本各法庭判决后的诉讼程序相同。1908年4月14日，日政府以法律第五十二号颁布《关于满洲之领事裁判》(1925年改正)^③；1911年3月30日以法律第五十一号颁布《关于间岛领事官之裁判》(1915年改正)^④；1921年3月29日，以法律第二十五号颁布《关于南部支那领事官之裁判》(1925年改正)^⑤，对具体司法程序详加规定，如下表。

^① [日]外务大臣官房人事课编：《外务省年鉴(大正15年)》，クレス出版社1999年影印版，第17—18页。

^② [日]外务大臣官房人事课编：《外务省年鉴(大正15年)》，第22—23页。

^③ [日]外务大臣官房人事课编：《外务省年鉴(大正2年)》，クレス出版社1999年影印版，第20页。

^④ [日]外务大臣官房人事课编：《外务省年鉴(大正2年)》，第21页。

^⑤ [日]井出季和太编：《台湾治绩志》，成文出版社1985年版，第641页。该律令规定：(一)南部支那系指中国福建、广东、云南三省。(二)由驻南部支那帝国领事官预审之公判罪，属台湾总督府台北地方法院管辖之。(三)对于驻南部支那帝国领事官裁判之控诉及抗告，属台湾总督府高等法院复审部管辖之。

近代日本领事法庭之司法组织及程序

中国各地 领事馆	初审	二审	三审
驻华中领事官	重罪刑事案件, 长崎地方审判厅	长崎上诉法院	日本大理院
驻东三省及华北领事官	重罪刑事案件, 关东地方审判厅	关东高等审判厅上诉庭	关东高等审判厅最终上告庭
驻间岛领事官	重罪刑事案件, 朝鲜清津地方审判厅	汉城上诉法院	朝鲜大理院
驻华南领事官	重罪刑事案件, 台北地方审判厅	台湾高等审判厅上诉庭	台湾最高上告庭

资料来源: 参见(日)外务大臣官房人事课编《外务省年鉴(大正15年)》, クレス出版社1999年影印版, 第17—24页。

一般情况下, 日本在华领事裁判权依照表列的诉讼程序行使, 但以地方情形, 或因其他环境因素影响, 也有例外。如刑事案件应归领事裁判者, 但外务大臣认为对于国交上有影响时, 得训令该领事抛弃其裁判权。日本现行民事、刑事、商事法律法令及章程于领事裁判的案件, 俱皆适用, 但以诉讼性质不能适用时, 得以敕令或外务大臣命令, 另定适当办法。

按前述有关法令, 日本驻华总领事或领事为领事法庭的当然法官, 天津、奉天、上海、青岛总领事馆及其他案件繁多的领事馆, 另设领事或副领事一人专掌司法事务, 此种领事或副领事在日本

现任司法官中选任，单独审理判决案件。检察官的职务由领事馆主事或警察官执行。刑事案件的判决，在附设于领事馆的监狱执行，其受徒刑或惩役处罚刑期较长的犯人，则送往日本监狱监禁。

在司法协助方面，依当时约定，日人罪犯逃往中国内地时，由中国官宪协助逮捕，送回日本官宪。其逃往享有治外法权国专有租界或公共租界时，由该处市政官协助之。在华日本人在中国内地或一国专有租界或公共租界犯罪时，按照司法互助原则，由该处管辖官宪逮捕送交日本官宪。外国人（包括中国人）犯罪后逃入日本租界或铁路附属地时，或外国人在日本租界或铁路附属地犯罪时，照例日本官宪以关系外国官宪之请求，将该犯逮捕解送。但此种日本与外国官宪间互相协助之事，整个近代并不多见。

四 日俄战争时期的日本在华领事裁判权

日俄战争时期，中立地领事裁判权主要在日租界内行使。从整体上说，以日人为被告的案件，均由日本的领事法庭受理，并按照日本法律来判决。事实上，领事裁判权不独实行于各租界地内，也实行于租界以外的华界。一般情况下，日租界内的华人、无约国人仍受中国的司法管辖，他们在日租界犯罪，或犯罪后躲入日租界，并不会在租界内受到审判，领事馆警察在捕获这些罪犯后，均须将他们移交给中国的地方官府。如果他们系在事发后躲入租界，这些案件即归发案之地的中国县衙审判。不过，在日租界中，领事也攫取了一些对华人、无约国人的司法管辖权，如逮捕权及预审权等。

以下再来考察战地的领事裁判权问题。在近代日本，外交事务原则上由外务省主管，因军部在多元化统治结构的天皇制中占据特殊地位，完全按照自己的利害和判断来执行外交政策，“双重

外交”的根源由此出现。^①日俄战争时期,日本“双重外交”路线即已初露端倪。

1899年3月日本政府公布《领事官职务》,其中第七条至第十七条规定,领事官有权处理辖区内一切以日本人为被告的案件。^②日俄战争时期占领地裁判事务处理方针是,对清国人的裁判,由军政官处理,在以外国人为被告场合,由各所属国领事裁判,以日本臣民为被告场合及日本臣民的犯罪事件,则由领事管辖,而军政官基于军事必要,却可任意踏入领事管辖范围,行使处断之权。详言之,关于日人犯罪者,领事可依日本法令处罚,另一方面,军政官亦可对日人犯罪者任意进行处罚,领事对此只有予以默认,仅处理一些由军政官特别移交的事件。如军政官对日人之往来居住及营业加以限制,而根据条约权利日人则可自由往来居住。再如,居留申请一事,军政署规定须经军政官许可,仅户籍一项,交领事办理。领事馆警察官也只能行使部分行政职能,司法职能及大部分行政职能则多为军政署司掌。

1904年11月,日军辽东守备军司令部幕僚——外务省书记官川上俊彦及信夫两人前往营口调查军政实施情形,之后拟具该地领事与军政官之间职务关系意见书,呈报于外务大臣小村寿太郎,意见书对当地领事裁判权权限模糊一事表示了担忧,内称:军政署之下,本来并无裁判普通事务之机关,而军政官却处断之,此举并无等法律依据,仅以军事必要为名,任意逮捕定刑。在战斗区域内,如此措置,实为不得已之举,而现下营口为我军占领地,作为开商港口,各国人往来自由,且帝国领事既已归任,担当保护本邦人之责,司法之事甚为紧要,对犯罪者之审断处理,若不慎重依

^① [日]信夫清三郎编:《日本外交史》上册,第415—416页。

^② [日]外务大臣官房人事课编:《外务省年鉴(大正2年)》,第16—19页。

律施行,而任便迁延,则深恐累及帝国政府。意见书表示:“在营口,作为本邦人之管理者,军政官无疑居于主体地位,而领事则立于次要位置。关于外国人处理事件,军政官大多听取领事意见而处理之,此乃出于惯例,非军政官有心为之,而领事惟有军政官之商请,方可申述自己意见。现下实际情形是,申报军政署之事件,由军政官处理之,申报领事馆之事件,则由领事处理之,此种情形,令在留本邦人之归依大有迷惑,此殆非行政之本旨。”^①1904年11月25日,川上书记官再次致函小村,表示划清占领地领事和军政委员的裁判权限,至为紧切。^②经外务省与陆军部磋商,陆军部采纳外务省意见,同意将该地日本臣民犯罪者之裁判及其他禁止在留处分等事务,移交给当地领事。^③1905年11月,临时外务大臣桂太郎将“撤废军政实施办法”函示驻清公使内田,内称:清国地方官及各国领事交涉事务并对军人军属以外日本臣民之裁判事务,属领事管辖(但实施日期,俟调查后决定);无领事官或领事馆出张员地方之交涉案件,若系军事方面,即由现地军部与清国地方官交涉,并通知管辖该地方之领事馆或领事馆出张员;外务省在昌图(或通江子)、铁岭、新民屯、辽阳设置奉天领事馆出张员,在瓦房店设置营口领事馆出张员,接替军政官事务。军政撤废前,安东县领事及军政官之权限原则:与清国地方官交涉事务,及对在留日本臣民之警察及裁判事务,除关涉军事外,概由领事担当。与外国领事

^① 辽东守备军川上俊彦书记官致小村函《关于领事、军务官职务关系之意见书》,1904年11月25日,《日本外交文书》(别册·日俄战争III),第268号。

^② 辽东守备军川上俊彦书记官致小村函《关于占领地域内施行裁判事项产生疑义之事例》,1904年12月1日,《日本外交文书》(别册·日俄战争II),第270号。

^③ 辽东守备军川上俊彦书记官致小村函《将营口邦人犯罪者之裁判权等移交领事》,1904年12月25日,《日本外交文书》(别册·日俄战争III),第273号。

之交涉,一般由领事充当。^①如此,领事则自军方争得部分裁判权,其权限不明之困惑略有消减。而中立地领事与当地驻屯军、派遣军之间的裁判权之争依然存在,在后来的日中战争中,这种“双重外交”导致的矛盾一再显现。但应该看到,领事与军方的裁判权纷争,系属日方内部矛盾,他们在维护国家利益方面是一致的,在推行大陆政策方面也是一致的,其矛盾可以通过日本政府的协调来解决,或由军方退让,或由领事默认,一般不致发生激烈冲突,事实也正是如此。相反,他们却在一些具体事件上默契配合,或是领事以军队为后盾,进行外交斡旋,或是军方以领事出面,收拾局面,达到武力难以达到的效果。这种政治双簧,在近代中国屡演不鲜。

五 日本在华领事裁判权的弊害及其撤废

领事拥有保护本国国民的权利,已经为许多国际法学家所承认。普拉迪埃·福代雷在评论领事职务时说:“领事的责任在于使其本国国民的权利在外国受到尊重,并采取他所认为为了达到此项目的所必需和有效的一切措施;国家通过它的领事把它保护的翅膀伸展到全世界。”^②奥本海也认为保护国民利益是领事的“一种非常重要的任务”。^③而问题在于,领事裁判权本身就是一种恃强凌弱的特权,它的滥用,不仅侵害了中国主权,而且成为外人在华非法活动的庇护伞。

考察日本领事裁判权实施情形,其对中国司法主权的破坏,最

^① 临时外务大臣桂太郎致驻清公使内田函《关于满洲地方之行政》,1905年11月9日,《日本外交文书》(别册·日俄战争III),第292号。

^② 转引自〔美〕L·T·李著、傅铸译:《领事法和领事实践》,商务印书馆1975年版,第122页。

^③ 转引自〔美〕L·T·李著、傅铸译:《领事法和领事实践》,第123页。

为直接,具体表现如后:(一)法院的复杂及法律的参差。按一般原则,对于日人为原告、第三国人为被告的案件,均由第三国在华法庭审判,而第三国法庭众多,各适用其本国法律,且第三国法院对于日人原告或证人无管辖权,故该原告或证人,如犯伪证及藐视法庭之罪,第三国法庭却不能依寻常办法加以处罚。又如日人虽诉第三国某甲,而甲实有反诉可以主张时,在甲国法院则不能合并审理,因甲国法院对日人无审判权。至第三人提起异议之诉,或参加诉讼时,在华的外国法庭更感困惑,因第三人或参加人对于本诉之当事人,非同一国籍,不能在同一法院受判。此种困难,不独民事为然,即对于刑事之共犯,亦所不免。(二)起诉的不便。日人在华犯重罪时,领事只有预审权,只能在日本起诉,其不便自属易见,至其轻罪,虽或能在中国各领事法庭起诉,但犯罪地方,有时距该领事法庭极远,而领事法庭只设通商口岸,内地幅员辽阔,距通商口岸数十百里不等,于是日人在内地犯法,或因地方官厅不易拘捕,以致逍遙法外,或因路途遥远,证物不便转解,或时久证据消灭,或证人不愿跋涉前往作证,致领事法庭,以无证销案,或重罪轻罚,或以须移解本国为辞,拒绝审理,致中国人含痛忍辱,呼吁无门。(三)上诉的不便。上诉的不便比起诉的不便更甚,因上诉均须于日本提出。(四)观审及会审权的滥用。日本领事对于以华人为被告的民刑案件,虽只有观审及会审权,但身为原告的日人,仍可借领事的出庭观审,而于无形中得到诸多便利,至会审时,日领则可直接出面干涉。(五)领事职务上的冲突。日本领事以保护侨民为其行政职务,而令其兼掌裁判,且以罚办侨民为司法职务,是其职务因相兼而冲突,且领事馆员多缺乏法律及司法训练,故其裁判,每失圆满,难免偏护及重罪轻罚之弊。(六)日人不受中国法律支配。在华日本领事法庭,对于其本国人适用其本国法律,有时稍加变通,但此种变通之权,颇类立法,非领事权限所固有,故通常不能

适用中国法律。(七)不法华人受不当保护。享有领事裁判权的日领,往往任意庇护不法华人,准华籍之人或商店及其财产,在领事馆注册,以致此等华人及其财产商店,不受中国法律支配及中国法院管辖,此种保护,实无正当理由。(八)日人住所不得侵入。按照条约,日人住所不受中国司法官的搜查或侵入,华人犯罪逃入日人住所时,非由中国官宪向日领请求,不能逮捕,有时且须证明逮捕理由,故享有领事裁判权的日人,往往以其住所保护华人,如华南的日籍台人住所,多有庇护不法华人之举。

领判权不仅侵害了中国法权,而且还直接侵害了中国警察权。时日本在领署内附设警察,仅任调查保护,已属侵犯中国主权,更有甚者,“且在我领土内行使逮捕拘留之权,并不照会我国官署,一若其行使领判权之区域,即为其领土之延长也者,不但地方如是,即在首都,亦常发生某国逮捕其侨民之举”。^①

领事裁判权的间接弊害,更涉及各个领域,侵害中国课税权即为其一。按国际公法,外人在侨居国家,无论有无领判权,均应服从所在国的课税权,“而在我国,则相沿成风,竟不受我国之课税,若提诉讼,则归所属国之领馆审判,又多庇护,致无形之中,领判权又变为免税之保障”。^②在商业上,日人在中国境内,自由开设商店,不受中国法律的拘束。至于日人在领事的庇护下,私贩军火,接济盗匪,贩卖毒物如鸦片红丸,吗啡之类,以牟利杀人,恃强行

^① 渊泉:《领判权与警权及课税权》,转引自季啸风、沈友益主编:《中华民国史史料外编——前日本末次研究所情报资料·治外法权(2)》,广西师范大学出版社2000年版,第456—457页。

^② 渊泉:《领判权与警权及课税权》,载于季啸风、沈友益主编:《中华民国史史料外编——前日本末次研究所情报资料·治外法权(2)》,第457页;另参见〔日〕英修道《中华民国に於ける列国の条約权益》,东京丸善株式会社1939年版,第461页。

凶,作种种非人的行为,更是不胜枚举。^①此外,日领还利用日人开办的学校、报馆和通讯社,颠倒黑白,作种种不利于中国的宣传,并乘领事裁判权之便,干涉中国报章的宣传自由,严重危害了中国的文化教育权。

领事裁判权陷中国于水火,晚清政府早已察知,遂一面改良律例,一面希望与各国议立公律,以管理侨居中国的外国人。1903年初,中日签订通商续约,日本在第11款内表示:“清国法律状态及其施行之设备等一切要件,一俟日本国表示满意,即撤去治外法权。”^②在1919年的巴黎和会和1921年的华盛顿会议上,中国代表缕陈领事裁判权之弊害,严正要求各国撤废。在舆论压力下,1925年底,日本政府阁议撤废在华治外法权问题,决定采取“局部的渐进主义”,即待中国司法制度改良后,最先撤消通商口岸铁路沿线主要都市之领事裁判权,然后徐徐扩充。^③直到1931年3月,日本仍抓住领事裁判权不放,要求中国承认“日本在东三省特别区域之利益”,才放弃上海、天津、北平、汉口、广州等口岸之民事诉讼及轻微刑事诉讼的领事裁判权。^④而九一八事变之后,日在伪满拥有领事裁判权已无任何实际意义,于是决定“撤废”“满洲国”的治外法权,以帮助“满洲国”“建立国际信誉”。1934年“满洲

^① 胡汉民:《国府明令撤废领判权的三大意义》,1929年12月30日在中央党部总理纪念周的讲演,转引自秦孝仪主编:《革命文献》第七十二辑《抗战前国家建设史料—外交方面》,台湾中国国民党中央委员会党史委员会印行1977年版,第234页。

^② [日]东亚同文会调查编纂部《增补支那关系特种条约汇纂》,东京东亚同文会调查编纂部1922年版,第640页。

^③ 《日本对撤废治外法权之方针》,参见季啸风、沈友益主编:《中华民国史史料外编——前日本末次研究所情报资料》,广西师范大学出版社2000年版,第497—498页。

^④ 孙晓楼、赵颐年:《领事裁判权问题》,商务印书馆1936年版,第269—270页。

国”成立“废除领事裁判权委员会”，宣称要废除外国人在满的特权。1937年11月，日满签订《日本国与满洲国间关于废除在满洲国的治外法权及转让南满洲铁道附属地行政权条约》，日本声称废除在“满洲国”的领事裁判权和“转让”满铁附属地行政权。1938年1月，日本御前会议通过《处理中国事变的根本方针》，“考虑废除以往所有的对华特殊利益(例如治外法权、租界、驻兵权等)”，以引诱国民政府承认“满洲国”，放弃抗日立场。^① 1942年春，日军战事进展顺利，上海公共租界美籍总董及英美荷董事被迫辞职，随后工部局又为日人所独占。汪伪也派人接收了设在公共租界内的江苏高二分院、最高法院分庭和上海第一特区地方分院，公共租界内美英人士的司法管辖权，已全部落入日伪股掌之中。汪伪“外交部”同时还发表声明，宣布对与日本国发生战争关系的各国外交官、领事官，“今后再不承认其职务之执行”。^② 也就是说，随着太平洋战争的爆发，汪伪政府辖区内第三国的领事关系已宣告终止。1943年1月9日，日本在汪伪向美英宣战一小时后，即与之签订《关于协力完成逐战争之中日共同宣言》和《关于交还租界及撤废治外法权等之协定》，宣布“断然”交还在“中华民国”之一切帝国专管租界，并撤消治外法权。至此，日本在华领事裁判权寿终正寝。但行使此种职务的领事官及警察官并没有撤退归国，而是操起刀枪，纷纷加入了侵华行列，直到1945年投降。

近代，西方“文明”诸国借口东方国家法制不健全，为保护其商

^① 黄美真、张云编：《汪伪政权资料选编·汪精卫集团投敌》，上海人民出版社1984年版，第73—75页。

^② 蔡德金、李惠贤编著：《汪精卫伪国民政府纪事》，中国社科出版社1982年版，第139—140页。

民利益,推行领事裁判权,中国和日本都深受其害。明治维新以后,日本开展“废约运动”,取消了列国的领事裁判权,其后,却坚持在中国享有此项特权,并大获其利。由于中国人民的强烈反对,日本政府屡表“渐进”撤废,事实证明,不过是搪塞延宕而已。1931—1943年,日本主动撤废伪满及汪伪境内的治外法权,这不是中国人民斗争的结果,也不是中国法制进步的结果,而是因为在日本控制区,治外法权已失去存在意义。在日本侵华过程中,废除治外法权之举,终又演变成对付第三国的手段和笼络汉奸亲日派的工具。

(作者曹大臣,南京大学中华民国史研究中心副教授)

(责任编辑:刘兵)