

# 治外法权、领事裁判权及其他

## ——基于语义学视角的历史分析

高汉成

**摘要:** 中国历史上的“治外法权”一词最初同时表达“管辖外国人的法权”之属地主义和“治域之外的法权”之属人主义两层意思。就属人主义的性质而言,1864年丁译《万国公法》所谓“法行于疆外者”的表述就表明领事裁判权是治外法权的一种,1902年中英《续议通商船条约》将“治外法权”与“extra-territorial rights”相对应,就是这种观念的延续。而1905年后从日本传入中国的国际法学在引入“领事裁判权”概念的同时,却将“治外法权”概念硬性 with “extraterritoriality”相匹配,使得“治外法权”变成了与“领事裁判权”完全相区别的一个概念,从而在中文语境里造成了混用和混乱。在1903年中外条约中已经出现外交“特权与豁免”语词的情况下,继续使用“治外法权”来表述近代语境下的外国在华司法管辖权问题,也许更为恰当。

**关键词:** 《万国公法》; 治外法权; 领事裁判权

作为中国近代不平等条约制度的三大支柱之一,<sup>①</sup>简单地说,不管称之为“治外法权”,还是“领事裁判权”,都指中国近代政府在双边条约中同意缔约国来华国民由缔约国政府按照本国法律进行司法管辖,不再由中国政府按照中国法律进行司法管辖的问题。即中国对来华外国人的司法管辖权问题,当时采取了属人主义的原则而不是现在的属地主义立场。作为制度存在,治外法权或者领事裁判权,始于1843年10月8日中英《五口通商附粘善后条款》(即《虎门条约》),终于1947年4月1日中国外交部长与葡萄牙公使就废除该制度进行的换文,历史发展的线索相当清晰。

但是,这一制度一直存在着一个需要“正名”的问题。即对于这一制度,到底应该称为“治外法权”还是“领事裁判权”,从一百多年前的晚清修律时期开始就有争议,直到现在也没有定论。单以中国知网所收集的研究文献为例,以“领事裁判权”和“治外法权”为“主题”搜索,<sup>②</sup>分别有431条和423条记录,文献篇名中直接有“领事裁判权”和“治外法权”的也分别达到了74条和50条。这说明,目前学术界对这个制度的称谓,还完全没有形成统一的认识。“名不正则言不顺”称谓的不统一固然是历史形成的,但另一方面也反映了学术界对这一制度存在的真正内涵和历史认知还有模糊和混乱的地方。

在中外国际交流史上,关于外国人的法律管辖问题,曾经出现过三个主要中文名词概念:治外法权、领事裁判权、外交特权和豁免,分别对应英文中的“extraterritoriality/extraterritoriality”、“consular jurisdiction”、“diplomatic privilege and immunity”。按照国际条约和惯例,类似外国元首、政府首脑和外交使节进入中国境内,享有外交特

作者简介:高汉成,法学博士,中国社会科学院法学研究所副研究员。

① 另两大支柱是协定关税和最惠国待遇。

② [http://kns.cnki.net/kns/brief/default\\_result.aspx](http://kns.cnki.net/kns/brief/default_result.aspx),最后浏览日期:2017-05-10。

权和豁免,一般不受中国的法律管辖。上述特殊人物的特权与豁免,不管是事实存在或者制度存在,在中国近代历史上基本不存在争议,也从来没有成为过集中讨论的话题。相反,在中国近代史上成为焦点问题的,是普通来华外国人的法律管辖,到底应该是由中国政府进行属地管辖,还是由外国政府进行属人管辖?因此,治外法权和领事裁判权这两个名词,都是围绕着讨论普通来华外国人的法律管辖问题而出现的。从语义学的角度,基于其在中国语言中的历史流变,对这两个专有名词进行辨析和考察,是必要的,目前也是缺乏的。

### 一、1843-1863年:处于事实描述性状态的“领事裁判权”

西方国家在华取得领事裁判权的第一个条约依据,是1843年10月8日(道光二十三年八月十五日)作为《虎门条约》附件的《五口通商章程》,其第13款“英人华民交涉词讼一款”,中文文本规定如下:

凡英商禀告华民者,必先赴管事官处投禀,候管事官先行查察谁是谁非,勉力劝息,使不成讼。间有华民赴英官处控告英人者,管事官均应听诉,一例劝息,免致小事酿成大案。……倘遇有交涉词讼,管事官不能劝息,又不能将就,即移请华官公同查明其事,既得实情,即为秉公定断,免滋讼端。其英人如何科罪,由英国议定章程、法律发给管事官照办。华民如何科罪,应治以中国之法,均照前在江南原定善后条款办理<sup>[1]</sup>(P.42)。

随后,就缔约国来华国民的法律管辖问题,1844年7月3日中美《望厦条约》第21、24款和第25款,1844年10月24日中法《黄埔条约》第25款到第29款,1847年3月20日中国与瑞典-挪威签订的《五口通商章程:海关税则》第21款和第25款,均做了与中英条约大致相同的规定。这些条约的相关规定,构成了中国条约史上的领事裁判权制度的最初面貌。

对照这些条约的中外文版本以及条约谈判前后的历史文献记录,中文“领事裁判权”相对应的英文“consular jurisdiction”均没有出现在条约文本中。甚至这一制度的权力主体、英文中的“Consul”和“Consulate”,在1843年中英条约中分别被称之为“管事官”和“管事官处”,直到1844年中美条约中,“Consul”才对应“领事”这个名词<sup>[2]</sup>(P.119)。这说明,此时期中外双边条约中的领事裁判权的规定,尚处于事实描述状态,并没有专有名词予以概括,因而其意义还很不明确,这也导致了对于这一制度安排,中外的理解并不一致。外国谈判代表固然已经有了明确的近代西方国际法体系下的领事裁判权意识和精神<sup>①</sup>,而中方谈判代表,基于羁縻和怀柔的策略,在传统封贡体系范围内意图用“以夷制夷”的策略思维来理解和解决来华外国人的法律管辖问题,因而对领事裁判权的危害,相当时间内并没有引起国人的重视。

### 二、1864-1885年:从“法行于疆外者”到“额外权利”

1864年的《万国公法》,让中国人第一次系统了解了国际法框架下的“治外法权”和“领事裁判权”思想和理念。

《万国公法》是晚清时期最早翻译引入中国的西方国际法学著作。该书译自美国著名国际法学家亨利·惠顿(Henry Wheaton)的《国际法原理》(Elements of International Law)一书,主要由美国传教士丁韪良(W. A. P. Martin)在多位中国人帮助下翻译完成,于1864年冬在总理各国事务衙门资助下由京都崇实馆刊印发行。

《万国公法》在中文语境中首创了“主权”的概念,按照一般主权原则,国家对疆域范围内的本国人和外国人,都有法律管辖权。“自主之国,莫不有内治之权,皆可制律,以限定人民之权利、分位等事,有权可管辖疆内之人,无论本国之民,及外国之民,并审罚其所犯之罪案,此常例也”<sup>[3]</sup>(P.84-85)。但同时,一个主权国家往往会允许他国法律行于本国疆域之内,即“法行于疆外者”(Laws relating to the state and capacity of persons may operate extra-territorially……the municipal laws of the state, civil and criminal, operate beyond its territorial jurisdiction)<sup>[4]</sup>(P.332)。这有四种情况,除“第一种定己民之分位”、“第二种就事而行于疆外者”之外,“第三种就人而行于疆外者”指的是外国君主、钦差等国使、兵旅水师被一国允准过境或驻扎,则不受该国法律管辖,“第四种因约

<sup>①</sup> 典型如《望厦条约》谈判中的美国谈判代表顾盛,其来华整个谈判过程中,对在中国取得领事裁判权有着明确认知。1844年9月29日,他在给卡尔洪国务卿的信中,对在中国取得领事裁判权发表了长篇大论,论证了基督教国民在“野蛮国家”中享有领事裁判权的必要性,“在我们和野蛮国家签订的条约中,在我们和土耳其、马斯喀特签订的条约中,我有我们或多或少地排斥当地审判的先例……把这些原则延展到我们和中国的交往中,我获得了绝对的、无条件的领事裁判权”。参见吴孟雪《美国在华领事裁判权百年史》,社会科学文献出版社1992年版,第62-63页。

而行于疆外者”指的是领事裁判权,“如二国立约,许此国之领事等官住在彼国疆内,而行权于其本国人。住在彼国者,其权如何,必由和约章程而定”<sup>[3] P. 106-107</sup>。可以很明显的感觉到,惠顿在论述一个主权国家的“制定律法之权”部分提及“法行于疆外者”,显然是将这种现象作为“内治之权”的例外来看待。《万国公法》将“Laws operate extra-territorially...operate beyond its territorial jurisdiction”译为“法行于疆外者”,“治外法权”的含义已经呼之欲出。

在惠顿的英文原著中,“Extraterritoriality”作为专有名词已经出现。其在“Part third international rights of states in their pacific relations Chapter I rights of legation”(第三卷 论诸国平时往来之权 第一章 论通使之权)第14节谈到了“privileges of a public minister”(国使权利)惠顿认为大使、特使、公使等“国使”之所以享有在所在国的完全司法管辖权豁免权(He is entitled to an entire exemption from the local jurisdiction, both civil and criminal)和人身神圣不可侵犯(His person is sacred and inviolable)<sup>[4] P. 444</sup>就是因为国使代表国家的“主权和尊严”,虽然进入了一个外国,但仍然被假想为和其在本国疆域内完全一样,完全不受所在国法律的管辖。为了更生动的表达这种完全的管辖权豁免,国际法专门拟制了“Extraterritoriality”这一专有名词,“To give a more lively idea of this complete exemption from the local jurisdiction, the fiction of Extraterritoriality has been invented”<sup>[4] P. 444</sup>。对此,《万国公法》关于国使权利翻译为“国使至外国者,自进疆至出疆,俱不归地方管辖,不得拿问。缘国使既代君国行权,即当敬其君以及其臣,而不可冒犯。其驻扎外国,权利与在本国等,所谓不在而在也”<sup>[3] P. 148</sup>。将“Extraterritoriality”译为“不在而在”,没有很好地体现出国使所享受的“治外法权”意蕴。

惠顿原著在讲述领事裁判权作为主权原则的第四种例外时,已经明确将其冠之“consular jurisdiction”,但《万国公法》却将之译为“第四种因约而行于疆外者领事等官”<sup>[4] P. 372</sup>,完全没有将这个专有名词译出。而且第3卷第1章第22节标题为“consuls not entitled to the peculiar privileges of public ministers”,惠顿的论述重点在于阐述领事并不享有外交使节的特权和豁免,《万国公法》却将本节标题更为“领事权利”,突出“各处律例及合约章程或准额外赐以权利”,显然也并不符合惠顿的原意。这说明,《万国公法》此部分的翻译,淡化了领事裁判权作为一个专有名词背后所蕴藏的文明冲突,强化了领事的地位和权利。

当然,《万国公法》在第3卷“论诸国平时往来之权”第1章“论通使之权”部分也明确指出,领事并不享有国使“不在而在”的外交特权与豁免,“领事官不在使臣之列,各处律例及合约章程或准额外赐以权利,但领事等官不与分万国公法所定国使之权利也。若无和约明言,他国即不准领事官驻扎其国,故必须所往国君准行方可办事。若有横逆不道之举,准行之凭即可收回,或照律审断,或送交其国,均从地主之便。至有争讼罪案,领事官俱服地方律法,与他国之人民无所异焉”<sup>[3] P. 154-155</sup>。因此,1864年以后,领事与国使不同的国际法地位已经为我们所知,既然领事不享有国使“代君行权”、“不在而在”的权利,更不天然享有裁判权,那普通来华游历、经商、传教的外国人就更应该接受中国法律和司法机关的管辖。因此,从《万国公法》进入中国起,中国人就明白:领事裁判权并不符合国际法,如果中国愿意,完全可以通过修约的方式把已经授予外国领事的权利拿回来。故恭亲王奕訢在出资500银元帮助出版《万国公法》的奏折中认为这是一本有价值的书,“其中颇有制服领事官之法,未始不有裨益”<sup>①</sup>。

由于《万国公法》认为领事的权利并非向公使权利一样来自国际法的赋予,而是“各处律例及合约章程或准额外赐以权利”,此后中文语境中将国际交往中的这种约定的、非天然的权利,一度称之为“额外权利”。1883年,王韬在《除额外权利》一文中将(来华)西人不归中官管辖称之为“额外权利”,“向者英使阿利国以入内地贸易为请,总理衙门亦以去额外权利为请,其事遂不果行。夫额外权利不行于欧洲,而独行于土耳其、日本与中国。如是则贩售中土之西商,以至传道之士、旅处之官,苟或有事,我国悉无权治之”<sup>[5] P. 53</sup>。这一论述,与1901年赫德的说法相一致,“1868年,在谈判后从未被批准的《阿礼国条约》时,同一个文祥有一天说‘废除你们的治外法权条款,商人和传教士就可以住在他们任何想住的地方;但如果保留它,我们必须尽我们的可能把你

<sup>①</sup> “奕訢等奏美士丁韪良译出万国律例呈阅已助款刊行折”,载中华书局编辑部、李书源整理《筹办夷务始末》(同治朝三),中华书局2008年版,第1184-1185页。

们以及我们的麻烦限制在条约口岸!’”<sup>①</sup>。王韬“额外权利”的说法,应该是中国人对“来华外国人不归中国法律管辖”这一现象的第一次概括和总结<sup>②</sup>。

### 三、1886-1902年“治外法权”概念的出现及其双重含义

目前的一般看法,认为“治外法权”概念作为中文词汇,第一次出现在黄遵宪的《日本国志》中<sup>③</sup>。其卷七《邻交志下·泰西》“外史氏曰”<sup>④</sup>，“在亚细亚(理)[领]事得以己国法审断己民,西人谓之治外法权,谓所治之地之外而有行法之权也”<sup>[6][P.257]</sup>。很明显,黄遵宪这里所说的治外法权,就是领事裁判权,其本质指的是一国政府行使域外管辖权,法律属性是属人主义的。随后,1903年由汪荣宝、叶澜编纂《新尔雅》一书,将“治外法权”定义为“在甲国领土内之乙国人民,须服从甲国之法律者”<sup>[7][P.29]</sup>,这一定义依从主权原则,本质指的是一国政府行使地域管辖权,其法律含义是属地主义管辖。对于历史上存在的这两种完全相反的定义和解释,李洋认为“治外法权一词的最初创造者为英美等西方列强,而其所表达的最初意愿便在于‘超越其领域之外依然保有法权’”,“治外法权正是经历由日语向汉语的词语转借,但在引入及吸收过程中却经历着语际交流中不可避免的误读现象”。“‘治外法权’的含义终未脱离‘领域之外的治权’这一基本内涵,黄遵宪的解释显然恰合词语原意,也与日本学界通说极为妥帖,而留日学生所编《新尔雅》显然在此问题上并不精当,所作解释完全背离词语的原意、造成误读”<sup>[8]</sup>。这里的问题就在于,“治外法权”作为一个中文词汇,真的是黄遵宪在《日本国志》中第一次使用它,并且是受西语和日语的影响而转化来的一个“外来词”吗?我个人是不同意这种看法的,下面以《申报》的报道为例予以说明。

《申报》创刊于1872年,是在上海公共租界内较早的中文报纸。1886年6月6日(光绪十二年五月初五日)《申报》第一次出现“治外法权”一词,截至到1902年9月中英商约签订之前,共有12篇文章、22次提及“治外法权”一词,其中绝大多数都是属地主义,间有属人主义含义。具体情况列表如下:

报纸日期	报道主题	“治外法权”报道引文	“治外法权”法律属性
1886年6月6日	朝鲜与俄国和约之附约密约	谓今后朝鲜国款待俄国当格外从优,凡法律刑名未能悉臻妥洽之前,所有俄国人民之住韩者,不能照治外法权绳之俄人。	属地主义
1895年9月29日	阅昨报告书礼尚往来事试申言之	至于(中国驻日)领事,本有讯理华人词讼之权,乃李傅相定和约于马关,准日相伊藤氏之要求,忽改为日本治外法权全有,其意盖谓外人之寓日本者,日本有全权以治理之。	属地主义
1895年10月1日	杂记星使莅东后琐事	星使未到以前,华人之在日本犯事者,俱被日官拿治。……既而星使与外务省议妥,在日华商无论大小事件,不得援治外法权全有之说,径行定讞,仍须由驻日华官办理以持其平。	属地主义
1895年10月28日	领事未派	我大清派驻日本星使履任多时,各埠理事官至今尚未派出。据云星使欲争回理事自治其民之权,而日本外务省大臣执定李傅相在马关所订条约已允日本治外法权全有,不肯允从。	属地主义

① 赫德著、叶凤美译《这些从秦归来——中国问题论集》天津古籍出版社2005年版,第45页。当然,1868年文祥的原话还不可能使用“治外法权”一词,这是不言而喻的。

② 但“额外权利”这一概念并非由王韬在1883年第一次使用,现在可以查到更早的使用为1872年《香港新报》报道鸦华火轮与伦拿船相撞一事的文章,“鸦华轮以自己为邮轮,按1856年9月24日英法所立合约第五款:倘两国船系传递邮报者,无论皇家船或皇家租赁之船,俱照兵船一体相待。又无论船到两国之埠,兵船所能领之额外权利者,邮船亦可能领”。这里说的“额外权利”,应该指的也是不受当地法律管辖的权利。

③ 如费正清、刘广京编《剑桥中国晚清史》(下卷)认为“黄遵宪使用的‘治外法权’成了它的标准名词”(中国社会科学出版社2007年版,第191页);李洋认为“其《邻交志》乃是最早引入‘治外法权’这一概念的著述”,参见李洋著《美国驻华法院研究(1906-1943):近代治外法权的殊相》,上海人民出版社2016年版,第28页。

④ 相当于“编者案”。

1896年2月16日	商约未成	傅相谓日本所定治外法权不能承认,彼我居留人民宜视同一致,日商之在中国者,归驻华日领事管理。华商之在日本者,亦当归临日华领事管理。若日本以治外之法治及华商,则日商之至中国通商各埠者亦须归华官全权管辖,日官亦不得自为操纵。	属地主义
1896年10月5日	中国宜在台湾派设领事官论	或谓闻李傅相在下之关与日本伊藤侯所订条约,有“治外法权全有”一语。绎其义,似乎华人之客于日本各地者皆归日官管理,华官不得与闻。此说如真,则台湾虽设领事官,亦惟袖手一旁而已,不如不设为佳。	属地主义
1896年12月6日	法日新例	法日新订通商条约,大旨谓法国在日本所有治外法权,应于三年内一律停止。所有两国通商利益,彼此均照最优待之国办理。	属人主义
1897年3月8日	中西会订普通刑律议	今者日本已改订和约,申明治外法权,凡外人之作客日东者,一切皆由日官办理。……刑刑既减轻,或可冀有操治外法权之一日。	属地主义
1897年7月12日	论日本不悦美国人收火奴鲁鲁岛国事	今一旦将其地归美人管辖,按之各国全得治外法权之例,势必遵守美人禁令,日官不得干涉其间,日人骤失利权,能不中心愤懑。	属地主义
1898年11月1日	公法禁邻国干预内政说	考江宁旧约,亦只曰设领事官管理商贾事宜与地方官公文往来而已,未尝曰有犯事者归彼惩办也。迨戊午岁西国与日本定约,得以已国法审断已民,谓为治外法权,于是因而及我。	属人主义
1902年5月24日	英廷新颁黄埔河道局专条	大英国大皇帝今照一千八百九十年之治外法权并皇帝应有之特权及众枢臣之奏议所定,特颁专条于下……第三条……凡应完纳之捐款,英国臣民若因此涉讼争论,应照大英国大皇帝在大清国境内治外法权,由驻外之英国刑署审判。	属人主义
1902年6月25日	书昨报纪修律志闻后	不能将旅居中国之西人治以中国之律,而公法家之所谓治外法权者,我中国遂不能有。……则中日二国何独不可操治外法权,……既而日本遣学生学律法于英,……而日人遂得规复其治外法权,各国商民由是皆受治于日本地方官而无或有警警之者。……今者风气日关,交涉益繁,朝廷知非修辑通商律例终不能收回治外法权,不能收回治外法权,则事权不一,而龃龉之事必因之而丛启。……则各国以日本之改用西律而许其收回治外法权者。(岂)不能以中国之修改通商律例而亦许其收回治外法权乎?	属地主义

由《申报》的上述报道,我们可以得出如下结论:

1. 黄遵宪第一个提出“治外法权”概念的观点值得商榷。

黄遵宪(1848-1905)于1877年底至1882年春间,任驻日使馆参赞,最后一年开始写作编著《日本国志》一书,于1887年5-6月间始告竣。后又把《日本国志》稿本写成4份,分送总理各国事务衙门、李鸿章、张之洞和自存,李、张两位晚清重臣虽均予以推荐,但终未获总理衙门刊印,一直被束之高阁。该书在社会上产生很大影响,乃是1895年秋冬广州羊城富文斋书局正式出版以后的事。

而反观《申报》早在1886年就出现了“治外法权”一词,虽然涉及的是朝鲜与俄国的关系,但其表达的“一国治域范围内对外国人行有法之权”的内涵是清楚的,这与1895年以后在中日交涉中日本以“治外法权全有”而主张对来日华人行使管辖权所表达的意思,完全一致。由于1872年中日商约中,中日互给对方领事裁判权,放弃了依据主权原则所应有的“治外法权”。故《马关条约》签订后,日本欲在本土行使“治外法权”却不愿意同时放弃在华领事裁判权,因而引起了中国的反弹,1896年2月中日新商约谈判期间,李鸿章表示“日本所定治外法权不能承认,彼我居留人民宜视同一致,日商之在中国者,归驻华日领事管理。华商之在日本者,亦当归临日华领事管理。若日本以治外之法治及华商,则日商之至中国通商各埠者亦须归华官全权管辖,日官亦不得自为

操纵。”<sup>①</sup>由此可见,1886年起《申报》出现的“治外法权”一词最初的意思,表达的是依据国家主权原则,一国对外国人行使的地域管辖权,即“治理外国人的法权”。这与1887年成书的《日本国志》里所表达的“所治之地之外而有行法之权”的意思,完全相反。显见《申报》和《日本国志》所使用的“治外法权”的概念,语源完全不同。考虑到《申报》的报道早于《日本国志》的成书时间(更早于《日本国志》的出版时间),因此,认为黄遵宪第一个提出和使用“治外法权”这一名词,或者认为第一次使“治外法权”成为标准名词的观点,都值得进一步商榷。就目前材料而言,认为《申报》第一次提到了“治外法权”这一名词,也许更为准确。

2、历史上“治外法权”概念具有双重涵义,兼具属地主义和属人主义的法律属性。

1896年,明治维新后的日本,挟甲午战争胜利之余威,法国承诺放弃在日本的领事裁判权。1896年12月6日《申报》在报道法国和日本签订新的商约时,第一次在“治域之外而有行法之权”的意义上使用了“治外法权”的概念,“法日新订通商条约,大旨谓法国在日本所有治外法权,应于3年内一律停止。所有两国通商利益,彼此均照最优待之国办理”<sup>②</sup>。这一用法,与《日本国志》的意思完全相同。考虑到1896年《日本国志》已经出版,《申报》的用词不排除受到了黄遵宪的影响。但此后,一直到1902年9月的《申报》报道中,“治外法权”一词的使用,体现主权原则的属地主义和体现法律域外效力的属人主义交替出现,而且以属地主义的用法为多。这说明,历史上“治外法权”概念具有双重涵义,而且其最初含义恰恰是表达体现国家主权原则的“治理外国人的法权”的属地主义。

这样的用法,比较好的概括了中国近代史上的“来华外国人的法律管辖”这一命题。一方面,如果站在中国政府的立场,基于国家主权原则和国家法,中国有对来华普通外国人行使法律管辖的权力,这是中国的“治外法权”;另一方面,从1843年起,基于中外双边条约,中国政府又把对来华外国人的管辖权让渡给了各自所属国政府,因而使得各国政府在华有了对本国民众行使域外管辖的权利,这就是外国在华的“治外法权”。这样的用法,同样适用于历史上曾经遭遇中国同样问题的朝鲜、日本等一些东亚国家,甚至这一概念的出现,首先是从关注朝鲜、日本等国家面临的对外国人的管辖权问题而产生的。黄遵宪在日本期间,正是日本明治政府以对内改革、对外开放的姿态,采取实质性步骤和措施解决日本的“治外法权”问题的时候,黄遵宪对此问题高度关注,并就中国的“治外法权”问题提出了意见和建议。在中国语境中,我们可以把“治外法权”概念理解为一枚硬币,“本国治理外国人的属地管辖权”和“对在国外的本国人行使属人管辖权”就是这枚硬币的两面。这两面结合在一起,才共同形成“来华外国人的法律管辖权问题”,至于这一概念表达哪一面的意思,完全看行使权力的主体是谁。

由此我们就可以理解,《新尔雅》对治外法权的定义,不存在误读。查《新尔雅》“治外法权”一词,出现在对“国际法”部分名词的解释中,这部分解释的都是国际法最基本的概念,依次是国际法、国际公法、国际私法、平时国际公法、领域权、治外法权、交通权、条约、战时国际公法、非交战区、局外中立。“治外法权”概念是和“领域权”放在一起被解释的,原文为“凡一国领土,他国俱不容置喙者,谓之领域权。在甲国领土内之乙国人民,须服从甲国之法律者,谓之治外法权”<sup>[7] P.29</sup>。因此,《新尔雅》中对“治外法权”的解释,应当与体现主权原则的领域权放在一起理解,即治外法权同样体现了主权原则,是对领域权的补充说明。这恰恰说明了中国海外留学生接受了源自西方的国际法,主权意识有了觉醒和提高。相反,属人主义涵义的治外法权并不符合国际法主权原则,西方国家在东亚诸国所获得的治外法权只是一个特例,并不具有国际法的普遍性,很难想象《新尔雅》会对此加以专门注释。因此,认为汪荣宝、叶澜是留日学生,其编纂的《新尔雅》对新概念的定义,都受到了日本文化的影响,进而忽视了中国词语自身的演变逻辑和进路,硬性将“治外法权”定义为一个外来语词,恐怕是有失偏颇的。

#### 四、1902-1904年《续议通商行船条约》与“允弃治外法权”条款

根据1901年《辛丑条约》,订立新的通商行船条约是参加《辛丑条约》的列强所取得的权利之一。《辛丑条约》签字后三周,英国首先派出谈判代表马凯,与中国谈判代表吕海寰、盛宣怀在上海展开谈判,后经两江总督刘坤一、湖广总督张之洞的参与,《中英续议通商行船条约》于1902年9月5日(光绪二十八年八月初四)在上

① 1896年2月16日《申报》“商约未成”。

② 1896年12月6日《申报》“法日新例”。

海签字。其后,《中美通商行船续订条约》、《中日通商行船续约》、《中葡通商行船条约》均陆续签订,各国在条约中均有条件的承诺放弃在中国的治外法权。20世纪初年清政府与外国签订的若干商约中的这一相关条款,从此与中国的法律改革运动紧密相连。

正是在1902年的《中英续议通商行船条约》,“治外法权”这一专有名词第一次出现在正式中外条约中。其中文文本第十二款规定“中国深愿整顿本国律例,以期与各西国律例改同一律,英国允愿尽力协助,以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审断办法及一切相关事宜皆臻妥善,英国即允弃其治外法权。”其英语文本的相应表述是“Article XII China having expressed a strong desire to reform her judicial system and to bring it into accord with that of the Western nations, Great Britain agrees to give every assistance to such reform, and she will also be prepared to relinquish her extra-territorial rights when she is satisfied that the state of the Chinese laws, the arrangement for their administration, and other considerations warrant her in so doing”<sup>[2] P. 1499</sup>。这也是在中国所签订的条约中,“治外法权”第一次与“extra-territorial rights”(即“extraterritoriality”)划等号。<sup>①</sup>其后,就此问题,中美、中日、中葡条约使用了基本完全相同的表述。

1900年的八国联军入侵和1901年的《辛丑条约》标志着在中外关系中,中国被彻底制服。在中国国际地位达到令人沮丧的谷底阶段,英国却在西方列强中,率先作出允弃治外法权的承诺,这无疑让中国人感到振奋,“立自强之根,壮中华之气,实为意料所不及”<sup>[9] P. 2251</sup>。从申报报道来看,不仅马上分三期连载《中英商约》,还发表了《商约既成喜而敬书于后》的社论,认为商约最大的成功就是关于治外法权的规定,“凡此各条皆足以上裨国计、下益民生,而尤善者,则莫如争回治外法权。虽现在不能骤见诸施行,然既有此议,他日不难执衷于中西律例,订一妥善之规则,一切审断之权,自渐得操诸中国。”<sup>②</sup>对于如何收回治外法权,《申报》连续发表了多篇文章予以讨论<sup>③</sup>,1902年中秋节前后的江南乡试<sup>④</sup>、浙江乡试<sup>⑤</sup>,1903年上海格致书院春季官课<sup>⑥</sup>、天津校士馆夏季官课和上海求志书院冬季课,以及恩科湖北、广东、山东乡试,均将如何收回治外法权作为考试题目。外国人在中国的“治外法权问题”,从一个在19世纪晚期仅仅限于少数洋务运动知识分子所关心的话题,迅速在20世纪初转化为一个非常热门的社会话题,“修律以收回治外法权”变成了一个主流观点,所谓全国上下“自此而议律者,群措意于领事裁判权”<sup>[10] P. 4187</sup>。

但是,即便在中外条约中明确将“治外法权”与“extra-territorial rights”挂钩,“治外法权”概念所含有的“管理外国人之法权”的一面涵义仍然保留并被继续使用。“争回治外法权”、“修律例以收治外法权”、“收回治外法权”一时不绝于耳,《申报》为此还发表《中国亟宜收回治外法权论》的评论。1905年伍廷芳、沈家本所呈《删除律例内重法折》、1908年张之洞签注新刑律草案的学部奏折等等晚清修律中的各种文献,均将“收回”与“治外法权”搭配,几乎不见“取消治外法权”的用法。对此,李洋认为“收回治外法权”的说法是一种误用,“治外法权必然是建立在西方国家放弃的基础上,但西方国家放弃并未必然意味着中国收回,在此语的运用上必然不能简单以一来一往、一失一得的形式表述,倘若如此,则曲解了词语的含义。西方国家所主张‘治域之外的法权’可以由其放弃、废除、取消、收回,这是基于西方国家作为第一人称所属国可以采取的基本表述,但对于中国这一饱受压榨的所在地国基于特定语境却不可使用‘收回’表述,以‘取消’或者‘废除’此种制度表述方属恰

① 关于“extra-territorial rights”与“extraterritoriality”的同义性问题,可参看《中英续议通商行船条约》亦称《马凯条约》,在维基百科“Mackay Treaty”词条。针对《马凯条约》第12款,评论如下:“Article XII of the treaty dealt with the contentious issue of extraterritoriality, whereby foreigners were exempted from the jurisdiction of the Chinese legal authorities. At the instigation of Zhang Zhidong, the article, ‘without precedent in China’s dealings with the west’ affirmed”。翻译如下:条约第十二款涉及的就是有争议的治外法权问题,在这一制度下,外国人都免于中国政府的法律管辖。正是在张之洞的提议下,中西交涉中的这一史无前例的条款被确立起来。——2017年4月8日访问 [https://en.wikipedia.org/wiki/Mackay\\_Treaty](https://en.wikipedia.org/wiki/Mackay_Treaty)。

② 1902年9月12日《申报》“商约既成喜而敬书于后”。

③ 如:1902年10月2日《增改现行律例议》,1902年10月3日《增改现行律例议》(续昨稿),1902年10月24日《中外刑律互有异同自各口通商归繁交涉应如何参酌损益妥定章程令收回治外法权策》(作者为江南乡试第一名曹清泉),1902年12月18日《中国亟宜收回治外法权论》。

④ 江南乡试二场题首题:中外刑律互有异同,自各口通商日繁,交涉应如何参酌损益,妥定章程,令收回治外法权策。

⑤ 浙江乡试二场题三题:西国法律原于罗马,沿革若何?今法律之学,为科凡几?自治外法权行于通商口岸,受病甚深,规复主权,宜有良策。

⑥ 国家变法,经纬万端,以何者为最先?何者为通行而无弊?试详言其策改弄律以收治外法权策。

当”<sup>[11]</sup> P.33-34)。其实,如果意识到“治外法权”并不是一个外来语词,在中国语境演变中并不是只有属人主义一种涵义属性,而是共同指向“在华外国人的管辖权”由哪一方行使这一核心问题,那么英国允弃“治外法权”,中国“收回治外法权”就是一个非常对仗、非常通顺的语句存在,也符合治外法权的历史演变。

鸦片战争以前,中国对来华外国人是行使属地管辖权的,鸦片战争以后通过双边条约,中国把这项权力让渡给了各国政府,1902年以后西方各国又通过双边条约,纷纷表示待中国法律完善后即放弃这一权力。西方国家放弃了在中国行使属人主义的域外管辖权,当然同时意味着中国可以行使对外国人的属地管辖权。在汉语中,“收回”最基本的含义为“把送出去的(东西)又拿回来”,同时又有“取消、撤回”的意思。因此,不管基于汉语习惯,还是基于中国历史,“收回治外法权”的汉语搭配没有任何问题<sup>①</sup>。

### 五、1905年-1912年:领事裁判权与治外法权的概念对立

虽然早在1836年惠顿的《国际法原理》原著中已经有了“consular jurisdiction”这一专有名词,但1864年的《万国公法》并没有将其译为一个相应的专有名词。直到1905-1906年前后,“领事裁判权”的说法才开始见诸报端和公牍。目前所见,1905年9月26日《岭东报》发表《论今日新政之缺点》一文首先使用了“领事裁判权”的概念,“中国刑法之苛暴,为各国冠。西人每誉为非人理,故对我独设有领事裁判权,不受我国法律范围”<sup>②</sup>,两个月后(1905年11月25日发行的《东方杂志》)转录了这篇文章,这也是《东方杂志》上第一次出现“领事裁判权”的字样。随之,天津知府凌福彭在调查日本监狱习艺情形并上呈直隶总督袁世凯的报告中,就“日本狱制改革之缘起”而谈到了“领事裁判权”问题,“日本德川氏时,美人以兵劫盟立约,将给金印,美使巴尔兰士告知曰,‘约中所载,寓居日本商民归我领事管辖,此为领事裁判权,两国皆有不便。然东方刑律太重,非西人所能堪。今日不能不尔,愿自今发奋自强,修明法律,后日改订此约,美当为各国倡’。是为日本狱制改革之缘起”<sup>③</sup>。《申报》上第一次出现“领事裁判权”概念是在1906年2月6日“论中国实行警察权之难及其原因”一文中,“外人游历内地,因有领事裁判权不服从中国法律……虽任意践踏,而媚外之风已成华人第二之天性。彼警察者,既不敢干涉,则立以作壁上观,警察权之难于实行,此其四”。此后,“领事裁判权”概念开始在中国舆论媒体和公牍文书中大量出现。

由于在中国语境中同时出现了“治外法权”和“领事裁判权”两个概念,并且其含义都指向了外国人在其所驻在国的法律管辖问题,因此,如何区分这两个概念,是“领事裁判权”概念出现后马上所面临的问题。1906年11月27日(光绪三十二年十月十二日),《北洋官报》发表《论治外法权与领事裁判权性质之异同》一文,专门就这两个概念进行了辨析,“治外法权者,我国许彼国代表之人,免我法治之权也;领事裁判权者,我国许彼驻我之领事,用彼国裁判权以断其民之狱讼也”<sup>[12]</sup>。其区别在于:(1)权利主体不同。享有治外法权者,“凡八种,一国家、二元首、三公使、四领事、五罗马教皇、六军舰、七商船、八军队”;“领事裁判权,则普及于人民,不独彼居留我国之民不受我法庭之裁判,即我民与彼交涉事件,亦遂多窒碍之端”<sup>[12]</sup>。(2)权利范围不同。“治外法权之范围,其包涵颇广。苟无此权则已,凡有此权者,其人民与物产,俱有不服从所居国法律之特别利益;若夫领事裁判权,则其范围极狭,即使领事所居之国允给此权,亦仅止裁判一事不受所居国之审断与辖治而已”<sup>[12]</sup>。(3)权利来源和消灭方式不同。“治外法权,因国际之礼让、互相尊重而成。而领事裁判权,则由权利之扩张条约之规定”,故治外法权是国际法规定的权利,而领事裁判权不具有国际法的正当性,“中国今日当以日本为法,必待撤去此权,然后有自强之望”<sup>[12]</sup>。(4)权利属性不同。领事裁判权属于古代的属人主义,治外法权则是近代属地主义的例外。由此观之,1902年中英商约第十二款“约中所云治外法权”属于“沿误”<sup>[12]</sup>,英国是不可能允弃治外法权的。文章进而认为,这个错误,源于《日本国志》从日语中误译的结果,“吾国之误用此名词,实肇源于日本十余年前之东籍殆靡不沿袭混合者……推最初误用之原因,盖由东籍之释‘治外法权’,解为立于所驻国法治之外。吾国之作为领事裁判权者,则又以‘治外’二字之义其表面之解释,有合乎西人之领事裁判,故据中国文义以解日本名词。欲通两驿之邮,遂致六州之错”<sup>[12]</sup>。

① 甚至更进一步说,收回本身就有取消的意思,“收回领事裁判权”的说法也同样没有任何问题。

② 《论今日新政之缺点》,1905年第11期《东方杂志》“社说”,第228页。《东方杂志》表明该篇文章“录(自)乙巳八月二十八日《岭东报》”。经查,《岭东报》应该是1902年5月3日创刊在汕头埠的《岭东日报》。

③ “天津府凌守福彭调查日本监狱习艺详细情形呈直隶总督袁禀”,载《东方杂志》1906年第2期,“内务”第64-65页。

目前所见,该文应该是中文世界里最早系统区分“治外法权”和“领事裁判权”这两个概念的理论文章。这一区分很快就为晚清修律主持者和参与者所接受,1907年10月沈家本在上呈大清新刑律草案的奏折中就指出,“国家既有独立体统,即有独立法权,法权向随领地以为范围,各国通例。惟君主大统领、公使之家属从官及经承认之军队、军舰,有治外法权。其余侨居本国之人民,悉遵本国法律之管辖,所谓属地主义是也。独对于我国,藉口司法制度未能完善,予领事以裁判之权。英规于前,德踵于后,日本更大开法院于祖宗发祥之地。主权日削,后患方长,此憾于时局不能不改者也”<sup>①</sup>。以至于到了资政院审议大清新刑律草案时,董康和劳乃宣还围绕着这个问题展开讨论,“劳君曰:试问新刑律颁行,收回治外法权果能操券与否,应令编纂之人任其责。(董康)<sup>②</sup>答曰:治外法权乃指外国君主、皇族、使节、军队而言,是永无收回之理,若领事裁判权,果能法律美备、审判厅诉讼机关完善,亦无永不收回之理。查英、美、日、葡四国条约,均定明中国法律如能与各国改同一律,弃其领事裁判权,初次开馆谕旨即令案照交涉情形,是朝廷以统一法权期诸条约而先皇帝复以修订方针颁诸纶浚,若从事编纂之人不能尽编纂预备收回领事裁判权法律之责任,是为违制,是为溺职”<sup>③</sup>。董康的回答表明,在部分晚清法律人思想中,领事裁判权和治外法权已经成了两个完全不同的概念。

用“领事裁判权”来替代“治外法权”,并且把“治外法权”专属定义为与“外交特权和豁免”同等的内涵,这显然是受日本法学影响的结果。对于外来缔约国侨民不接受属地管辖的现象,在1858年日美条约以后的很长时间里,日本也是称之为“治外法权”<sup>④</sup>。但最迟到20世纪初,日本法学界已经非常明确的把“治外法权”和“领事裁判权”相区分。1904年5月,为中国留日学生专门开办的法政速成科开学,关于治外法权和领事裁判权的问题就是国际公法课的重点讲授内容,其毕业试验屡屡出现如“论述治外法权、领事裁判权与混合裁判权”、“列举公使不享有治外法权之情形”、“说明领事裁判权行使之理由,及领事裁判权之范围”、“说明公使享有之治外法权”等类似题目<sup>⑤</sup>。随之,在北京1906年开办的京师法律学堂,日人岩井尊闻讲授国际公法课程,也重点辨析了治外法权和领事裁判权这两个概念,并明确指出“领事裁判权与治外法权不同之点有三”,“学者有以领事裁判权认为治外法权者,误也”<sup>[13] P. 116</sup>。《北洋官报》的《论治外法权与领事裁判权性质之异同》一文主旨观点和用语,与京师法律学堂笔记的相关内容基本一致,这说明他们有共同的知识渊源。其目的,就是要用“领事裁判权”一词取代原来的“治外法权”,而把“治外法权”专属定义为与“外交特权和豁免”等义。

由上可见,20世纪初,随着国际法学的兴起,原来不加区别的、笼统的“来华外国人”的概念被区分为依据一般国际法享有特权的“元首、使节和军队”和依据中外双边条约享有额外权利的“普通民众”,前者享有的权利应被称作“治外法权”,是正当的、合乎国际法的;后者享有的权利应被称作“领事裁判权”,是在特定历史条件下中国政府让渡给外国政府的权力,并不符合一般国际法,应当予以撤销和收回。这种法学理念上的区分,既可以使中文的“治外法权”、“领事裁判权”与英文本意的“extraterritoriality”、“consular jurisdiction”相衔接和一一对应,又可以将普通外国人在中国的管辖权问题,与早已在国际法上不具有正当性地位的领事裁判权制度相挂钩,从而为对外国人的属地管辖创造法律和舆论道德的制高点。

这一尝试和努力,从历史发展来看,并不成功。1906-1911年期间,随着晚清修律向纵深发展,法律改革的动机和目标成了礼法之争的两大核心问题之一,“修律以收回治外法权”或者“修律以收回领事裁判权”成了当时许多修律文献中的常用短语。从当时争论的文献来看,固然不乏可以区分两者不同而只使用“领事裁判权”

① 《修订法律馆奏刑律草案成分期缮单呈览并陈修订大旨折》(光绪三十三年八月二十六日,1907年10月3日),参见高汉成:《大清新刑律立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第19页。

② 括弧内“董康”二字为引者所加,原文无。

③ “董科员答劳议员论新刑律”,载《申报》1910年12月20日、12月26日。

④ 证据有二:一是1877-1882年间,黄遵宪担任驻日使馆参赞期间,日语语境里也是用“治外法权”概念来表达“领事裁判权”的含义,具体可参看黄遵宪在《日本国志》“邻交志·泰西”中对日本“治外法权”的论述,二是1878年8月20日日本上野公使在万国公法会上祈求西方国家废止在日本的“治外法权”的发言,其间“治外法权”与“领事裁判权”并用无区别。具体可参见赖俊楠著《国际法与晚清中国:文本、事件与政治》,上海人民出版社2015年版,第55-57页。

⑤ 日本法政大学大学史资料委员会编《清国留学生法政速成科纪事》,广西师范大学出版社2015年版,第89页、第99页、第102页、第114页。

者<sup>①</sup>,但更多的情况是,“治外法权”与“领事裁判权”基本上处于混用状态,一般人并不刻意区分这两个概念。以至于到了民国时期,这种混用的状态仍然存在,为了不致产生误会,1918年中国和瑞士签订的《通好条约》附件特别把两者并列,“关于领事裁判权(即治外法权),瑞士国领事应享有现在或将来允与最惠国领事之同等权利。俟中国将来司法制度改良有效时,瑞士国即与他缔约国同弃其在中国之领事裁判权”<sup>[1][P.1374]</sup>,这是领事裁判权概念第一次出现在正式中外条约中,也同时用正式条约确认了两者等义和混用的合理性。对此,1922年周鲠生便指出,“欧洲大陆与日本法学界,把领事裁判权与这样意思的治外法权两个名词,都分得很严……,但是英美习惯及我国倾向,却喜用治外法权的名词,常把治外法权,当做领事裁判权说”<sup>[14][P.9]</sup>。这一现象,一直延续到这一制度在中国消失之日。

## 六、原因与解释

对于很长时间里,领事裁判权这一名词不能取代治外法权而成为描述这一制度现象的惟一名词,或者说,“治外法权”这一名词不能成为称呼外交使节所享特权与豁免的通行概念的原因,大致可以从以下几个方面进行解释。

第一,中文“治外法权”的语境,前期与英美法中的“extra-territorial rights”相联系,强调的是西方列强法权的域外效力,具有积极的性质。后期受日本影响,实际上与“extraterritoriality”相挂钩,强调的是外交官员豁免于所在国的法律管辖,具有消极的性质。按照《元照英美法词典》的解释,“extraterritoriality”、“exterritoriality”这两个英语单词虽然都译为“治外法权”,但实质上是区别的。前者“指一国法律的域外适用。即该国法律对该国境外的个人、权利及法律关系的适用”,该词既可以表示一国给予进入该国的外国外交官员、军舰等免受该国法律管辖的权利,也可以指一国依据条约或通过其外交使节、领事在外国领土上行使对本国人的法律管辖<sup>[15][P.522]</sup>。后者的字面意思虽然也是“指一国的法律在其境外实施”,但在国际法上,该词专指外国官员、外国元首,以及经同意进入领海的外国军舰、军队等所享有的各种外交豁免权及其他特权。只有在这个语词和意义下,“治外法权与领事裁判权[consular jurisdiction]不同”<sup>[15][P.519]</sup>。20世纪初以后从日本国际法语境中脱胎而来的“治外法权”,指的就是后者。1906年京师法律学堂由日本人岩井尊闻主讲的国际公法、1927年由朝阳大学出版的李祖荫编辑之《法律词典》、1934年由大东书局出版的汪翰章主编之《法律大辞典》,均在解释“治外法权”一词时将“exterritoriality”与之并列<sup>②</sup>。这说明,作为与“领事裁判权”相区别的“治外法权”概念,与英语世界里的“exterritoriality”相匹配,表达豁免管辖的消极意义。而此前中文语境里所使用的“治外法权”概念的初始含义,却是与“extra-territorial rights”、“extraterritoriality”相对应,表达治域之外而有行法之权的积极意义。不论是从语词的结构和演化史,还是中文的语言习惯来看,“治外法权”概念更适合表达积极意义的概念属性。

第二,1902年《中英续议通商行船条约》以及后来的中日、中美、中葡商约中的相关条款,均用“治外法权”来指称这些国家在华取得的对本国人的司法管辖权及其相关制度,中国所使用的领事裁判权概念始终没有得到在华享有治外法权国家的普遍认可。在1919年的巴黎和会、1920年的华盛顿会议和1926年法权调查委员会上,无论是中方代表要求西方国家取消在中国的治外法权(领事裁判权),还是西方国家的反馈意见,使用的都是“治外法权”而非“领事裁判权”字样。所以,不管是治外法权还是领事裁判权,尽管使用的名词可有不同,但在中国近代史上所指称的对象和内容却是高度一致和确定的,都指向的是西方国家在中国所拥有的不公平、不合理的域外司法管辖权问题,名词的更迭并没有带来讨论内容上的实质变化。因此,“学者们聚焦于治外法权与领事裁判权的区分,在很大程度上仅仅是民族主义情结体现的一种特殊方式,实际上并无实质意义”<sup>[8][P.162]</sup>。

第三,第一次鸦片战争以后,中国政府放弃了对来华外国人的法律管辖权,中外条约明定由领事等官行使这一权力,比较符合欧洲国家最初在土耳其获得的领事裁判权的特征。随着历史的发展,这一制度体系变得越来

<sup>①</sup> 如河南签注清单第2条,“修改刑律应以撤去领事裁判权为惟一之目的,中英、中日等条约载明“中国深欲整顿本国法律,以期与各国刑法改同一律,一俟妥善即允弃其治外法权”,其治外法权即指领事裁判权而言”。1910年《修正刑律按语》第289条,“修订刑律所以为收回领事裁判权地步”。

<sup>②</sup> 参见岩井尊闻口述、熊元翰等编辑、李伟芳点校《京师法律学堂笔记·国际公法》,上海人民出版社2013年版,第113页;李祖荫编、解锡点校《法律词典》,上海人民出版社2013年版,第104页;汪翰章主编、陈颐点校《法律大辞典》,上海人民出版社2013年版,第445页。

越严密、庞大和复杂。领事不再仅仅有权约束本国侨民,还逐渐染指与本国侨民有关系的中国人的法律管辖,所谓“外人不受中国之刑章,而华人反就外国之裁判”<sup>[10]</sup> (P. 4216)。特别是,1865年英国在上海设立“英王在中日最高法院”(H. B. M's Supreme Court for China and Japan)<sup>①</sup>,逐步建立起了包括领事法庭、最高法院、上诉法院、警事法庭和监狱在内的一套严密而完整的在华司法机构和体系。1906年美国也如此炮制,设立“美国在华法院”(U. S. Court for China)<sup>②</sup>。这就大大超出了领事裁判权的范围,因而在民国以后遭到了中国方面的批判。“英国高等审判所(俗名英按察司)之第一审、第二审,依其组织言之,已非领事裁判,实系在中国行使司法权,设立完全司法机关,较之领事裁判制度更进一步矣”<sup>[16]</sup> (P. 118)。“在他国领土以内,直接设立高等法庭,则其权固不仅所谓领事裁判权,直不啻其国家直接行使之特别司法权,且不啻视居留地为属地矣”<sup>[17]</sup> (P. 34)。正是由于“领事裁判权”这一概念越来越名不符实,中华民国北京政府为撤废领事裁判权,于1926年在北京与在华拥有领事裁判权的国家举行法权会议,针对“各国委员所送达委员会关于调查治外法权的文件,仅记载各该在华领事裁判权一节”,中方委员王宠惠特别指出“在中国治外法权现在之实行状况”。其范围较‘领事裁判权’为宽,实际上受治外法权之支配者,远出‘领事裁判权’范围之外”<sup>③</sup>。

因此,相较于领事裁判权,治外法权一词显然更具有包容性、涵盖性与确定性。从黄遵宪“西人谓之治外法权,谓所治之地之外而有行法之权也”这样一个定义来看,治外法权包括但不限于领事裁判权,而领事裁判权显然是治外法权的一种。考虑到领事裁判权概念并不能完全概括西方列强在中国近代所享有的不平等法权事宜,而且早在1903年外交人员“所享一切特权并优例及豁免利益”已经在中外条约中有了明确说法<sup>④</sup>的情况下,“治外法权”反而比“领事裁判权”更合适用来表达外国管辖在华本国人的权利。

#### 参考文献:

- [1] 王铁崖编《中外旧约章汇编》(第1册),三联书店1957年版。
- [2] 陈幅培主编《中外旧约章大全》(第1分卷上册),中国海关出版社2004年版。
- [3] [美]惠顿著《万国公法》,丁魁良译、何勤华点校,中国政法大学出版社2003年版。
- [4] 杨焯《丁译〈万国公法〉研究》(附录:丁译《万国公法》中英文对照研究),法律出版社2015年版。
- [5] 王韬《弢园文新编》,李天纲编校,中西书局社2012年版。
- [6] 黄遵宪《日本国志》(上册),李绍平校点,岳麓书社2016年版。
- [7] 汪荣宝、叶澜编纂《新尔雅》,上海明权社发行,1903年版。
- [8] 李洋“从词义到语境‘治外法权’误读、误用及误会”,载《社会科学》2015年第2期。
- [9] 苑书义等主编《张之洞全集》(卷84),河北人民出版社1998年版。
- [10] 赵尔巽等撰《清史稿》(第15册),中华书局1977年版。
- [11] 李洋《美国驻华法院研究(1906-1943):近代治外法权的殊相》,上海人民出版社2016年版。
- [12] “论治外法权与领事裁判权性质之异同”,载《东方杂志》1906年第13期。
- [13] [日]岩井尊闻口述,熊元翰、熊元襄编《京师法律学堂笔记·国际公法》,上海人民出版社2013年版。
- [14] 周鯨生“领事裁判权问题”,载《东方杂志》(1922年)第19卷第8号。
- [15] 薛波主编,《元照英美法词典》,潘汉典总审订,北京大学出版社2014年版。
- [16] 李秀清、陈颐主编《清末民国法律史料丛刊·朝阳法科讲义》(第8卷),上海人民出版社2013年版。
- [17] 赫立舆《领事裁判权问题》,商务印书馆1930年版。

① 英国于1858年在日本取得领事裁判权,该法院管辖英国在中国和日本的司法事务。1890年后日本废除了领事裁判权,该法院又改称“英王在华最高法院”,中文时称“英国按察使署”。

② 美国的这一举动当时就遭到了中国舆论的批评,有文章认为,早年英国在上海设立法院,“初非漫然出之也,而实以条约为依据。……(中国)当时虽受欺莫察,而彼固得执条约所应允者以为言也”,而美国“未得条约允许之故,不能辄效英国所为”,“美国不等允许,辄设司法官署于我邦,其蔑视主国之权实甚,此而受之,则此后将无不可甘受之事”。《东方杂志》1906年第8期。

③ 《调查法权委员会报告书》“附件一”《中国委员对于在中国治外法权现在实行状况之意见书》,载章伯锋主编《北洋军阀(1912-1928)》(第5卷),武汉出版社1990年版,第125页。

④ 1903年10月8日中美《通商行船续订条约》第一款:现照公例,并因中国钦差办理交涉大员应得驻扎美国京城,其所享一切特权并优例及豁免利益均照相待最优之国所派之相等钦差办理交涉大员一体接待享受。载王铁崖编《中外旧约章汇编》(第2册),三联书店1957年版,第182页。

## Extraterritoriality ,Consular jurisdiction and Others

### ——Historical Analysis Based on Semantics

*Gao Hancheng*

**Abstract:** The term “extraterritoriality” in Chinese history initially expressed two aspects of meaning ,territorial principle and nationality principle ,which refers to “the jurisdiction of foreigners” and “the jurisdiction outside the domain” respectively. In the case of nationality principle , “laws out of the domain” in the Elements of International Law translated by W. A. P. Martin in 1864 means consular jurisdiction belongs to extraterritoriality ,which continues in Commercial treaty( 1902) where “extraterritoriality” in Chinese corresponded to “extra - territorial rights”. After the introduction of the concept of “consular jurisdiction” in the international jurisprudence from Japan in 1905 ,the concept of “extraterritoriality” in Chinese was rigidly matched with “extraterritoriality” ,which completely differentiated “extraterritoriality” from “consular jurisdiction” ,resulting in mixed use in the Chinese context. It would be more appropriate to continue to use “extraterritoriality” to express foreign jurisdictions in China in modern contexts since diplomatic “privilege and immunity” was used in the context of in Chinese and foreign treaties in 1903.

**KeyWords:** Elements of International Law; Extraterritoriality; Consular Jurisdiction

(责任编辑: 晨 晖)