

美国驻华法院适用法源研究

基于罗炳吉《治外法权案例集》的考察

李 洋*

摘 要 以西方职业法官模式建构的美国驻华法院,在数以千计涉及中外交涉案件的审判中坚持以法律规则作为先导的基本理念,倡导以法定罪而非简单包庇偏袒本国人的司法理念,在上海租界的西方司法机构中卓尔不群,颇具特色。在照准美国联邦法案为本、依循普通法原则为用、兼采“阿拉斯加地区及哥伦比亚特区法典”等国会特别法案以及糅合基本章程、法学家著述、中国法法律规范的过程中,美国驻华法院将西方职业司法的特性渐次表征。在此种意义上,具体案件的审判实际上还蕴含着西方法治的传输。

关 键 词 美国驻华法院 治外法权 罗炳吉 司法审判

19世纪中叶始百余年间,上海租界内存在错综复杂的司法裁判体系,诸如领事法庭、领事公堂、会审公廨、英国高等法院、美国在华法院等。^{〔1〕}与以领事为主导的领事法庭(Consular Court)不同,美国驻华法院(United States Court for China)以职业法官模式践行美国在华治外法权堪称特殊:设置于美国海外的上海,审判的案件却可上诉至地处旧金山的第九巡回法院并终审于美国最高法院;^{〔2〕}以职业法官依照美国联邦法以及远隔重洋的“阿拉斯加及哥伦比

* 南京师范大学法学院博士后研究人员。本文系江苏省博士后科研资助计划“法律帝国主义在近代中国的个案透析:美国视角”(1402075C)的阶段性成果,并受中国博士后科学基金第57批面上资助(2015M571772)及南京师范大学法制现代化研究中心课题(FZXDH2014006)资助。

〔1〕 详见台湾学者杨湘钧所制“上海租界各法院管辖权分析表”,杨湘钧:《帝国之鞭与寡头之链:上海会审公廨权力关系变迁研究》,北京大学出版社2006年版,页55。

〔2〕 See *An Act Creating a United States Court for China and Prescribing the Jurisdiction Thereof*, Pub., No. 403, 34 Statutes at Large 814, Section 2, Fifty—Ninth Congress, Sess. I, Ch. 3934, 1906, p. 815.

亚等地区法典”,^{〔3〕}受理着领事法庭的上诉案件;作为联邦地区法院,却承担着诸如遗嘱遗产认证、离婚、监护与收养等仅由州法院所辖案件的审判;^{〔4〕}作为域外司法机构却仅设置于中国,并未推演至海外其他国度。如上因素皆使之成为美国国会所创设的最为奇特的域外联邦地区法院,在美国外交史及法制史上均属史无前例的创举。^{〔5〕}

依照《设立美国驻华法院并限定其管辖权的法案》(以下简称“1906年法案”),国会任命威尔佛莱(Lebbeus R. Wilfley)^{〔6〕}法官为驻华法院首任法官,并赋权驻华法院对美国在华所有民、刑事案件享有专属管辖权。^{〔7〕}至1943年间,美国驻华法院审判案件约计4000件,涵盖刑事、合同、遗产与遗嘱纠纷、婚姻以及特别案件等,其间不乏中美交涉案件。^{〔8〕}那么,该法院的审判规则如何?是全盘美国式,抑或夹杂着地方性因素?这些问题尚存疑虑,值得探寻。

1920年及1928年,由美国驻华法院法官罗炳吉(Charles Sumner Lobingier)编纂的两卷本的《治外法权案例集》(*Extraterritorial Cases*)出版,辑录1907至1924年间驻华法院的审判案例,合计310件。^{〔9〕}这一资料的获取为笔者此项研究的开展提供可能。由是,本文藉由对此案例集的翻译与整理,试图从中提炼总结美国驻华法院法官在案件审判中所依照并最终确立的审判规则。

〔3〕“阿拉斯加及哥伦比亚等地区法典”为概称,具体包含“为哥伦比亚特区建立法典的法案”(1901年3月3日通过,60章1612款)、“为阿拉斯加地区确定刑事法律以及制定刑事诉讼法的法案”(1899年3月3日通过,44章481款)、“为阿拉斯加地区制定民事法律的法案”(1900年6月6日通过,138章1449款)以及“为阿拉斯加地区适用而颁布的公司法案”(1903年3月2日通过,共23款)四项国会法案。*An Act To establish a code of law for the District of Columbia*, 31 Statutes at Large 1189, Fifty—Sixth Congress, Sess. II, Ch. 854, 1901, pp. 1189—1436; *An Act To define and punish crimes in the District of Alaska and to provide a code of criminal procedure for said district*, 30 Statutes at Large 1253, Fifty—Fifth Congress, Sess. III, Ch. 429, 1899, pp. 1253—1343; *An Act Making further provision for a civil government for Alaska, and for other purposes*, 31 Statutes at Large 321, Fifty—Sixth Congress, Sess. I, Ch. 786, 1900, pp. 321—552; *An Act Amending the Civil Code of Alaska, providing for the organization of private corporations, and for other purposes*, Pub., No. 135, 32 Statutes at Large 947, Fifty—Seventh Congress, Sess. II, Ch. 978, 1903, pp. 947—952.

〔4〕 See Charles Sumner Lobingier, “A Quarter Century of Our Extraterritorial Court”, 20 *Georgetown Law Journal*, 435 (1931—1932).

〔5〕 Teemu Ruskola, “Colonialism without Colonies: On the Extraterritorial Jurisprudence of the U. S. Court for China”, 71 *Law and Contemporary Problems*, 219 (2008).

〔6〕文中所涉美国驻华法院法官、外国律师、美国在华公司、企业以及其他史学界约定俗成的中文译名,主要参考“附录:人名译名对照”,史梅定主编:《上海租界志》,上海社会科学院出版社2001年版,页729—742;黄光域编:《近代中国专名翻译词典》,四川人民出版社2001年版。

〔7〕 *Supra* note 2, pp. 814—815.

〔8〕确切说来,驻华法院案件审判时期是从1907年到1941年12月8日止。1941年12月7日“太平洋战争”爆发,日本旋即关闭了上海的美国驻华法院,使得驻华法院名存实亡。而对案件数量之所以使用约计,主要是因为早期法院案件的编号杂乱无章,存在着很大任意性。

〔9〕据笔者统计,这310件案件中,涉及领事法庭的上诉案件11件,驻华法院一审案件为299件。一审案件中,刑事案件73件,合同案件104件,遗产及遗嘱案件34件,婚姻案件18件,其他民事案件40件,尚有其他特别案件30件。

一、照准美国联邦法案为本

(一) 美国联邦法案适用规则

美国驻华法院取代领事法庭的制度转型却并未直接导致法律适用的根本转变。用于创设美国驻华法院并确定其法律适用依据的“1906 年法案”在某种程度上可以说沿用了领事法庭原有的法律适用的基本原则及规定。其中涉及“美国法”的表述正是自“1848 年法案”以来国会关于领事法庭法案一以贯之的延续,^[10]只是在延续的基础上作出进一步发展,但这并不能否认其中对前者规定的保留。客观地说,作为法院最重要的法律依据,适用于美国本土的联邦法以及国会为加强域外管辖而通过的特别法案仍是“美国法”不可或缺的重要组成部分。

应当指出,美国驻华法院最初的定位并非明确清晰。可以说,其设置在某种程度上仅仅为扭转领事法庭在中美关系中的颓废表现而为,直接目的乃是为挽回中美交流中的美国形象进而有利于美国在中国这一极为关键之隐性市场中牟取更大利益而服务。法院创设过程中的阻力同样表明,法院的设置势必需要满足多方势力的共同需求,使之不可避免地夹杂着极大的妥协性。这种妥协性表现在美国驻华法院作为现代模式的职业司法机构,却不得不自降身份成为外交关系中的附属机构,^[11]导致法院超脱出单纯意义上的司法机构的界限,司法职能在一定意义上兼容政治功能,使之沦为美国推行政治策略的一枚棋子。

耐人寻味的是,美国治外法权治下的中国是应归属于美国联邦体系的一部分,从而将驻华法院理解为联邦地区法院的一分子,还是将其视作与美国本土各州同等地位的州的建制,从而将驻华法院等同于美国本土的州法院,这确实还引起了不少争论。彼时即

[10] 经由 1848 至 1870 年间国会颁行的三则法案,“美国法”的意涵开始扩展,并最终成为融合美国本土适用的基本法或规范,为特殊地域设置或制定的、能推演至全美或其他特定领域的法案、规则,以及国会为其专门颁行的法案这一综合性范围。See *An Act to carry into Effect certain Provisions in the Treaties between the United States and China and the Ottoman Ports, giving certain judicial powers to Ministers and Consuls of the United States in those Countries*, 9 Statutes at Large 276, Thirtieth Congress, Sess. I, Ch. 150, 1848; *An Act to carry into Effect Provisions of the Treaties between the United States, China, Japan, Siam, Persia, and other Countries, giving certain Judicial Powers to Ministers and Consuls, or other Functionaries, of the United States in those Countries, and for other Purposes*, 12 Statutes at Large 72, Thirty—Sixth Congress, Sess. I, Ch. 179, 1860; *An Act to amend an Act entitled An Act to carry into Effect Provisions of the Treaties between the United States, China, Japan, Siam, Persia, and other Countries, giving certain Judicial Powers to Ministers and Consuls, or other Functionaries, of the United States in those Countries, and for other Purposes, approved June 22, 1860*, 16 Statutes at Large 183, Forty—First Congress, Sess. II, Ch. 194, 1870.

[11] 甚至连最初提议创设美国驻华法院的倡议者丹比(Edwin Denby),其最初设想也只是将该法院法官定位为“美国辅助的、非官方的大使”、“以其完全非正式的手段在中美外交关系中产生较大影响力”这样一种兼具外交职能的角色。Charles Sumner Lobingier, “American Courts in China”, 5 *Philippine Law Journal*, 54 (1918).

有学者将中国及美属菲律宾类推为美国下辖州,或至少就其法院的组织机构或者法院辖属的律师协会组织而言作了此种类推。曾于1915至1920年间就任美国驻华法院地方检察官及远东美国律师协会副会长的赫克孟(Chauncey Holcomb)便向众议院对外事务委员会(House Committee on Foreign Affairs)解释道,“恰如特拉华州及新泽西州类似机构一般,我们同样在上海也创设了远东律师协会作为美国律师协会(American Bar Association)的分支机构”。^{〔12〕}而远东美国律师协会这一地方性分支机构的创设确实使得美国律师协会重新定义其关于“州”的界定,指出“美国宪法中所使用的‘州’这一概念应被理解为包含美国属国及依照地域管辖权所享有的其他地区。”^{〔13〕}借此将远东律师协会纳入美国律师协会体系,进而使美国“中国地区”成为可能。

即使如此,依照法案规定,驻华法院显然更趋向于联邦地区法院的角色定位,是联邦司法体系极为特殊的组成部分。无论如何中国都不可能作为美国的一个州或者一个地区的定位而存在。此法院的等级设置显然属于打破常规的异端,客观上使得限定意义之下的中国成为美国司法管辖的一部分。《治外法权案例集》一书序言中,罗炳吉不无自信地将美国驻华法院的管辖权描述为“美国联邦司法体系下领域最广的地区”。^{〔14〕}不过,有时他仍含糊地将其定位为“联邦司法体系的一部分,在级别上大体类似于地区法院”,只是其不同之处在于“它还有权处理诸如遗嘱认证、离婚及收养等特别案件,而此类案件在美国本土由州法院审理”。^{〔15〕}同样地,驻华法院法官也仅仅是普通地区法院,虽然其所辖属的领域甚至超过美国领土的总面积。与此同时,即便是美国国务院也同样乐于承认美国驻华法院作为美国普通地区法院,^{〔16〕}在法案中规定其上诉机构为地处加利福尼亚州的第九巡回法院,并在理论上规定其最高可上诉至联邦最高法院,虽然此种情形从未发生过。

然而上述关于驻华法院与本土法院无异的主张却因该法院被明确赋予的立法职能而变得苍白,^{〔17〕}第九巡回法院甚至拒绝对这一法院的地位作出界定。美国国会所制定的适用于中国的特别法案《中国贸易法》(*China Trade Act*)的通过也预示着其目的在于确定“美国联邦地

〔12〕 House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *United States Court for China: Hearing on S. 4014 Before the H. Committee on Foreign Affairs*, January 10, 1917, 64th Congress, 2nd Sess., Washington: Government Printing Office, 1917, p. 16.

〔13〕 Far Eastern American Bar Association, *President's Annual Report for 1919*, p. 6, in National Archives, RG 59, doc. 172.6/202. See Teemu Ruskola, *supra* note 5, p. 221.

〔14〕 “Editor's Preface”, See Charles Sumner Lobingier ed., *Extraterritorial Cases (Volume I)*, Manila: Bureau of Printing, 1920, p. iii.

〔15〕 See Charles Sumner Lobingier, “The Court: Foreword”, *United States Court for China, Decennial Anniversary Brochure*, Shanghai: Far Eastern American Bar Association, 1916, p. 1.

〔16〕 See House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *supra* note 12, p. 3.

〔17〕 “1906年法案”规定,“美国驻华法院法官有权不时地对《联邦修正法律》第4083—4130款规定进行修正与补充”。*Supra* note 2, p. 816.

区法院”包含“美国驻华法院”在内,^{〔18〕}但即使如此,面临关于这一法案的争论时,第九巡回法院也仅仅“假设而非断定”美国驻华法院属于美国法院来搪塞。^{〔19〕}所以,作为国会特别法案通过的司法机构,美国驻华法院必然与本土法院有着区别之处,这其中最为关键的表征即是国会通过颁布《中国贸易法》、《规范在华美国人行医及销售毒药行为的法案》^{〔20〕}等特别法案以特别适用于该法院。

事实上,不应忽略的是,除特别法案之外,驻华法院所受理的民、刑事案件大多遵照联邦法的规定。如“美国诉威廉姆斯案”(United States v. Hilton A. Williams)即适用 1909 年《联邦刑法典》(*Federal Penal Code*)第 284 款“实际上的暴力并非构成抢劫罪的必要条件”这一规定认定被告抢劫罪成立,进而依照“使用武力及暴力,或者将之陷入恐惧中的行为夺取他人财物应处以不超过 15 年监禁”的规定,判处本案被告 3 年监禁;^{〔21〕}“美国诉沙尔斯诺案”(United States v. Roman Salsino)同样依照《联邦刑法典》第 276 款规定判处被告 6 个月监禁;^{〔22〕}“美国诉卡弗等案”(United States v. Joseph Carver et al.)对被告犯有伤害及抢劫罪的被告处以 2 年监禁;^{〔23〕}“美国诉卡伯里案”(United States v. Charles C. Carberry)还依据《联邦刑法典》关于重婚罪的规定,对被告处以 2 年监禁的惩罚;^{〔24〕}“美国诉迪亚兹案”(United States v. Jose A. Diaz)更是认为《联邦刑法典》与其他特别法案相比具有优先适用性。^{〔25〕}在刑事案件中还有对于《联邦刑法典》基本原则的适用,如“美国诉莱昂哈特及特里案”(United States v. Chris Leonhardt and Bert Terry)中采用《联邦刑法典》第 47 款关于对“共谋为未预知对方确切意图而联合”这一界定,认定本案被告构成共谋并作以 1 年监禁的判决。^{〔26〕}时隔一年,该项原则在“美国诉华莱士案”(United States v. Walter G. Wallace)再度被提及并引用,用于确

〔18〕 See *An Act To authorize the creation of corporations for the purpose of engaging in business within China*, Pub., No. 312, 42 Statutes at Large 849, Sixty-Seventh Congress, Sess. II, Ch. 346, 1922, pp. 849—856.

〔19〕 *Smith v. American Asiatic Underwriters, Federal Inc.*, U.S.A., 127 F.2d 754, 755 (9th Cir., 1942). See Teemu Ruskola, *supra* note 5, p. 222.

〔20〕 See *An Act To regulate the practice of pharmacy and the sale of poison in the consular districts of the United States in China*, Pub., No. 262, 38 Statutes at Large 817, Sixty-Third Congress, Sess. III, Ch. 74, 1915, pp. 817—822.

〔21〕 See *United States v. Hilton A. Williams alias James Carter*, December 16, 1915, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 518—520.

〔22〕 See *United States v. Roman Salsino*, April 26, 1916, *supra* note 14, pp. 573—576.

〔23〕 See *United States v. Joseph Carver et al.*, April 10, 1920, *supra* note 14, pp. 959—963.

〔24〕 See *United States v. Charles C. Carberry*, July 6, 1923, Charles Sumner Lobingier ed., *Extraterritorial Cases (Volume II)*, Shanghai: Bureau of Printing, 1928, pp. 591—595.

〔25〕 See *United States v. Jose A. Diaz*, September 27, 1918, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 784—786.

〔26〕 See *United States v. Chris Leonhardt and Bert Terry*, October 7, 1918, *supra* note 14, pp. 790—801.

认被告是否涉嫌共谋罪,并以此对其作出6个月监禁的刑事判决。^{〔27〕}此外,在“关于美商食品公司申请破产案”(In re Petition for Bankruptcy of the American Food Manufacturing Company, Ltd.)中,驻华法院依照1898年7月1日颁行的《联邦破产法案》,针对债权人所主张的驻华法院对此种申请破产案件无管辖权的抗辩作出否决决议,进而指出该《破产法案》作为美国基本法“必须、可适用”于在华美国人,自然也可以适用于美国驻华法院。^{〔28〕}

除有权处理民刑事案件等联邦法院辖属的案件外,驻华法院对于婚姻关系案件以及遗嘱认证案件等本应属于州法院管辖的案件也具有管辖权,于是在“关于科里根遗产案”(In re Patrick J. Corrigan's Estate)中,罗炳吉法官便指出该法院“虽由联邦政府授予管辖权”,但却“有权行使应由州法院行使的其他职能”。^{〔29〕}

(二)对美国宪法适用的取舍

美国驻华法院对于联邦法的沿用是否能够及于美国宪法?或者法院的司法实践是否与宪法规定相一致?在领事法庭初设之时,首任驻华特使顾盛(Caleb Cushing,时任美国司法部长)即认为美国宪法当然适用于这一驻外司法机构,在其1855年9月19日上呈国务卿威廉·马西(William L. Marcy)的报告中便明确指出这一点。^{〔30〕}然而,1881年参议院的决议终结了整个领事司法体系的合宪性争论。作为对向国会申请财政预算以维持在华的美国监狱这一议案的回应,参议员卡朋特(Sen. Carpenter)质疑道,“仅从作为参议员良心出发,我很想知道,我们有何权力为维持这一监狱买单……我坚信他们之所以入狱正是由于违背了美国宪法规定”。^{〔31〕}而此种考虑也影响了于1881至1884年国务卿布莱恩(James G. Blaine)三次向国会呈递创设美国法院以取代领事法庭的议案,他提议在中国创设设有陪审团及完备的宪法保护的司法法院。^{〔32〕}

颇具讽刺意味的是,美国驻华法院的后续发展却脱离了布莱恩的最初设想,未将国会及国务院所关注的宪法性保障措施引入其中。^{〔33〕}随后美国最高法院在处理一件由日本领事法庭上诉至巡回法院的案件即“关于罗斯案”(In re John M. Ross)中认为,美国宪法应该且仅能够适用于美国境内,对于超出其疆域之外的其他国家该宪法则将不能适用。^{〔34〕}这就是说,法院

〔27〕 See United States v. Walter G. Wallace, June 3, 1919, *supra* note 14, pp.900—901.

〔28〕 See In re Petition for Bankruptcy of the American Food Manufacturing Company, Ltd., April 30, 1919, *supra* note 14, pp.896—900.

〔29〕 In re Patrick J. Corrigan's Estate, April 18, 1918, *supra* note 14, pp.717—722.

〔30〕 在他看来,美国宪法恰是美国法的重要组成部分。See “Jurisprudence and Jurisdiction”, *supra* note 14, p.7.

〔31〕 See Teemu Ruskola, *supra* note 5, p. 229.

〔32〕 See Crawford M. Bishop, “American Extraterritorial Jurisdiction in China”, 20 *The American Journal of International Law*, 283 (1926).

〔33〕 See Frank E. Hinckley, *American Consular Jurisdiction in the Orient*, Washington, D.C.: W.H. Lowdermilk and Company, 1906, pp. 75—77.

〔34〕 In re John M. Ross, 140 U. S. 453, 35 L. ed., 581 (1891), Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 40—66.

持有这一种观念,美国宪法不可能适用于域外其他国家。^[35]例如最高院在处理“夏威夷诉万吉”(Hawaii v. Mankichi)一案中对于并未适用陪审团对被告进行控诉与审判时认为,“我们进一步可以说,宪法权利法案中所规定的大部分特权或豁免可以运用于殖民地人们,但此案中我们认为该群岛 60 年的司法经验证明依陪审团审判及由大陪审团提起控诉的原则并非其固有原则而是司法程序的一种方式,反而能更有利保证其人身及财产权。”^[36]显然最高院即认为即使不通过陪审团方式进行控诉与审判也并非违背美国宪法的行为。^[37]在此种意义上,美国驻华法院是否需遵守美国宪法这一问题显然失去意义。

实际上,“美国诉福布斯案”(United States v. Henry B. Furbush)中,罗炳吉重申美国宪法显然在其他国家并不具备法律效力,“比德尔诉美国案”(Charles A. Biddle v. United States)虽然使得美国驻华法院获得适用阿拉斯加及哥伦比亚法案的权利,但并无可以适用美国宪法的任何暗示;^[38]“美国诉格兰姆斯案”(United States v. Peter A. Grimes)延续前述“罗斯案”的结论并进而指出,联邦宪法某些条款并不有效适用于治外法权管辖权之内,于是,陪审团审判方式并不适用于本院;^[39]甚至到 1925 年,驻华法院断言称,美国宪法没有“一丝迹象”可能适用于驻华法院。而且,尽管其他联邦法律已经适用于美国领域之外,甚至其中有的已经废止也依然在域外享有法律效力,但美国宪法却并未适用于上述域外诸国法院中。^[40]而奇

[35] 早前在处理美国在华领事法庭的一些案件时,此种观念便有所显露。如 1864 年“约翰·巴克利案”(John Buckley),代理律师 J. B. 埃文斯声称该案并未由大陪审团进行控告,有违宪法第五修正案;也并非由陪审团审判,而是总领事及 4 名助理作出判决,有违宪法第六修正案,因此要求申诉至总统处。See “Mr. Burlingame to Mr. Seward, June 3, 1864”, United States Department of State, *Papers Relating to Foreign Affairs; Accompanying the Annual Message of the President to the Second Session Thirty—Eighth Congress (Part III)*, Washington: Government Printing Office, 1865, pp. 412—414. 对此,驻沪总领事熙华德(George F. Seward)早即深知若在上海组建适格陪审团极为困难,也只能放任此种有违宪法的情形继续下去。See “The Consul—General at Shanghai to the Secretary of State (Seward), February 5, 1864”, in Jules Davids, ed., *American Diplomatic and Public Papers; The United States and China, Series II; The United States, China, and Imperial Rivalries, 1861—1893*, Vol. 18, Delaware: Scholarly Resources, 1979, pp. 10—11; “Memorandum concerning objections to decision in United States vs. John D. Buckley, February 13, 1864”, United States Department of State, *Papers Relating to Foreign Affairs; Accompanying the Annual Message of the President to the Second Session Thirty—Eighth Congress (Part III)*, Washington: Government Printing Office, 1865, p. 415.

[36] Territory of Hawaii v. Mankichi 190 U.S. 197, 23 S. Ct. 787 (1903); Lebbeus R. Wilfley, “Trial by Jury and ‘Double Jeopardy’ in the Philippines”, 13 *The Yale Law Journal*, 422 (1904).

[37] 关于陪审制度缺失的详细论述, See Tahirih V. Lee, “The United States Court for China: A Triumph of Local Law”, 52 *Buffalo Law Review*, 962—970 (2004)。

[38] See United States v. Henry B. Furbush, January 22, 1921, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 24, pp. 84—85.

[39] See United States v. Peter A. Grimes, April 17, 1915, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, p. 478.

[40] See David J. Bederman, “Extraterritorial Domicile and the Constitution”, 28 *Virginia Journal of International Law*, 474 (1988).

怪的是,在驻华法院律师协会的准入时需要每位候选人宣誓,“我庄严发誓将拥护美国宪法及法律规定”,^[41]确实令人费解。

的确,法院声称其可以自由选择其偏好的处罚机制而不受宪法左右,而此项认识显然有违宪法性实践。依照赫克孟的观点,“若犯罪嫌疑人在被逮捕并暂扣期间法官正好缺席,有时会继续将嫌疑人暂扣半年以等待法官审判。”^[42]而法官缺席的理由有几种,包括依照法案规定需定期赴天津、汉口及广州巡回审判;此外,上海的美国群体对于驻华法院审判不满意也往往通过外交及政治手段提起控诉,也可能导致法官需要回国接受听证而导致缺席法院审判。例如在威尔佛莱法官因在上海大搞律师执业考试改革及打击“美国女孩”为首的娼妓活动,而触犯在华美国律师的利益,遭到弹劾回国接受调查^[43]时驻华法院被迫停止工作近一年,^[44]继任法官赛燕尔(Rufus Hildreth Thayer)也遭遇指控而回国述职,^[45]罗炳吉法官回华盛顿处理对其控诉时法院的工作同样宣布停止。上述这些程序虽然都是迫不得已,但不得不说这对于美国宪法显然不相融洽。

即使在驻华法院正常开庭期间,法官也很少表现出对宪法缺失的关注。相反地,罗炳吉法官还不止一次地表现出其审理案件根本无需得到陪审团的协助。此种自信源自其曾任职菲律宾初审法院法官时所受理的岛民争议的最终裁决得到最高院的支持。^[46]在该案中他主张,

[41] Extraterritorial Remedial Code, section 15, See Teemu Ruskola, *supra* note 5, p. 229.

[42] House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *United States Court for China: Hearing on H. R. 7909 Before the H. Committee on Foreign Affairs*, January 10, 1917, 74th Cong., 1st Sess., Washington: Government Printing Office, 1935, p. 7.

[43] See *Charges against Lebbeus R. Wilfley, judge of the United States Court for China, and petition for his removal from office*, Washington D. C.: Government Printing Office, 1908, pp. 1-5.

[44] 杨寅:“鲜知、遗忘的上海美国法院”,《读书》2003年第8期。

[45] See *Charges Against Rufus H. Thayer: Hearings Before the Committee on Expenditures in the Department of Justice, House of Representatives, Sixty-third Congress, First Session, on Charges of High Crimes and Misdemeanors Made Against Rufus H. Thayer, Judge of the United States Court for China, at Shanghai, China, Including Exhibits*, Washington D. C.: Government Printing Office, 1913, pp. 4-19.

[46] 当然驻华法院的审判经历也给予他同样的自信。罗炳吉法官在任期间,共有8件案件上诉至第九巡回法院,对此,第九巡回法院均作出“维持原判”的复审意见,这无疑证明了罗炳吉法官审判的确定性。这8件案件分别是“斯维恩·霍伊特公司诉埃弗雷特案”(Swaync & Hoyt v. Leonard Everett, 166 C. C. A. 399, 255 F. 71);“茂生洋行诉斯蒂尔案”(American Trading Company v. A. T. Steele, 274 F. 774);“礼明诉美国案”(William S. Fleming v. United States of American, 279 F. 613);“茂华洋行诉华比银行案”(Montgomery Ward & Co. v. Banque Belge pour L' Etranger, 298 F. 446);“绿星船舶公司案诉南洋兄弟烟草股份有限公司”(Green Star Steamship Company v. Nanyang Brothers Tobacco Co., Ltd, 3 F. 2d 369);“纽纶洋行诉万尔第仁代表良济洋行案”(Neuss, Hesslein & Co. v. L. Van der Stegen, (The Belgian Trading Co.), 10 F. 2d 772);“《大陆报》报馆诉韦伯案”(The China Press, Inc. v. Herbert Webb, No. 4492);“吴鲁生洋行诉华俄道胜银行案”(Max Wulfsohn & Co. v. Russo-Asiatic Bank, 11 F. 2d 715), See Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 24, pp. 183-197, 202-229, 759-764, 774-777, 792-805, 806-809, 809-816.

尽管美国宪法适用于菲律宾,它所包含的也仅仅是赋予“基本权利”,其中并不包括陪审团审判。^{〔47〕}正是基于此,罗炳吉坚持认为驻华法院适用陪审团制度显然“并不明智”,并向国会保证,并没有公众对此感兴趣。^{〔48〕}不过这一主张其实与事实并不完全相符。礼明(William S. Fleming)法官即曾指责,正是由于陪审团的缺失使得驻华法院法官的权力免受审查,“英皇在华高等法院”(His Britannic Majesty's Supreme Court for China)都适用陪审团审判机制,美国驻华法院法官却享有审判专断权,这显然“与中国野蛮体制下的司法实践相一致,却违背我们所持有的治外法权的基本理念”;^{〔49〕}费信悖(Stirling Fessenden)律师也对驻华法院案件审判程序大加指摘,将之称为“隐秘而专制之程序”。^{〔50〕}尽管如此,前述反对意见并未改变驻华法院的这一惯常所为,其中主要原因还在于这一决定在一定程度上得到了美国国会及政治势力的默许。^{〔51〕}

二、依循普通法原则为用

(一)普通法原则的适用与权衡

美国在华设置司法机构之初便意识到仅以制定法往往不足以应对案件的处理,于是早在“1848年法案”中规定针对领事法庭制定法不足应适用普通法作为补充,经由“1860年法案”对普通法这一术语的修正,^{〔52〕}至“1906年法案”中这一规定已臻于完善。无论领事法庭的判决及决议,还是驻华法院的判决、决议及法令都应依照中美条约及法律为准,只在上述法律规定不足以满足案件所需之适当修正之时,依照普通法审断。^{〔53〕}

此项规定显然有助于美国驻华法院在面对所有权、继承权及合同等传统意义上英美法系固有权利所引发的争议时的解决,但不得不指出的是,法院所援引普通法往往是早已尘封已久的原则性规定,因为美国自独立以来各州都发展其独立的普通法,而驻华法院适用的却是在美国独立之前适用的英国传统普通法。

〔47〕 See *Dorr v. United States*, 195 U. S. 138 (1904).

〔48〕 See House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *United States Court for China: Hearings on H. R. 4281 Before the Committee on Foreign Affairs*, September 27, 1917, Sixty-Fifth Congress, First Session, Washington: Government Printing Office, 1917, p. 11.

〔49〕 William S. Fleming, *The U. S. Court for China as An Institution*, Shanghai, 1921, pp. 4—8.

〔50〕 House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *Chinese Court Bill: Hearings before the H. Committee on Foreign Affairs on HR. 17142*, March 11, 1908 (statement of Stirling Fessenden, Esq.), 60th Congress, 2nd Sess., Washington: Government Printing Office, 1908, p. 11.

〔51〕 See *Tahirih V. Lee*, *supra* note 37, p. 965.

〔52〕 See *An Act to carry into Effect Provisions of the Treaties between the United States, China, Japan, Siam, Persia, and other Countries, giving certain Judicial Powers to Ministers and Consuls, or other Functionaries, of the United States in those Countries, and for other Purposes*, 12 Statutes at Large 72, Thirty-Sixth Congress, Sess. I, Ch. 179, 1860, p. 72.

〔53〕 *Supra* note 2, p. 815.

1907年3月6日,美国驻华法院审判的“美国诉比德尔案”(United States v. Charles A. Biddle)首次将普通法列入法院适用范围。由于被控诉以欺诈手段非法获取他人财物,^[54]比德尔面临驻华法院的审判。在抗辩阶段他声称,不论联邦法还是普通法都不足援引而定其行为为犯罪行为。于是,在回应比德尔的抗辩时,威尔佛莱法官第一次明确声明,普通法可以被适用于美国驻华法院,对此,他采纳马歇尔法官所主张的“那些并非在特定几个州的立法法案中通过的,而是在得到普遍认可以及长久存在的法律中所发现的基本原则以及基本用法组成各州法律的基础”这一对普通法的定性,指出驻华法院应当适用的普通法是“适用于美国独立之前,作为州法院以及美国联邦法院判决后的修正、适用以及发展,并将最终成为美国制定法及宪法的一部分的法律”。^[55]据此,他认为规定以欺诈手段获取他人财物为违法的、颁布于美国独立之前的英国制定法补充了普通法规定上的不足。而且,基于普通法关于犯罪的规定,威尔佛莱驳回了比德尔抗辩并认定其罪行成立。

威尔佛莱的这一决定解决了“普通法是否能适用于美国驻华法院”这一困扰60年之久的难题。其后,赛燕尔法官也承继这一原则用于“余克瑞诉博文案”(G. I. Shekury v. F. M. Brooks)的解决。^[56]该原则也得到了上诉法院的认可。

上述规定显然在理论上有其可行之处,所得出的结论也似乎极为符合逻辑,普通法的这一定义也得到了最好的解释。但是在实践中,此种做法显露出其荒谬之处,它意味着该法院需要查明美国独立之前所适用的普通法或不成文法,并以此适用于中国现实状况以解决现代问题。针对“美国诉比德尔案”,上海美国律师费信悖曾发表言论称“处理发生于20世纪的案件纠纷竟然适用17世纪的法律,这绝对可称之为奇事”。^[57]很显然,他的此番言论仅是针对这一例案件,事实上此种对普通法的适用显然并非特例。应当指出,原本适用普通法处理的刑事案件,在国会通过专门的联邦刑事法案后改为多采用后者,如在“美国诉雷克莱案”(United States v. Edward C. LeClair)中便适用《联邦刑法典》对被告抢劫一案作出判决,对被告处以3年监禁的刑罚;^[58]在前述“美国诉迪亚兹案”中同样依照前述法典规定对该案中犯有通奸罪的被告处以3年监禁的处罚。^[59]但这一法典实际上也并非完备,不可能覆盖全部案件,对于法典中未规定的犯罪案件则依然由法官自主选择适用普通法的规定。

[54] 吴安生(Woo Ah Sung)、钟宇阳(Zung Yu Young)、倪思玉(Ng Sih Yick)、司容(Sz Yung)等人控诉比德尔与其赌博,而他们宣称比德尔向其保证赌博在中国是合法的或将要合法化。由此,比德尔从中渔利颇丰,但他们发现赌博仍为违法行为。地方检察官巴西特以误导受害者并因此而违法获取钱财为由控诉比德尔。See Charles A. Biddle v. United States, October 28, 1907, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 126—127.

[55] See United States v. Charles A. Biddle, March 6, 1907, *supra* note 14, pp. 84—87.

[56] See G. I. Shekury v. F. M. Brooks, December 19, 1910, *supra* note 14, pp. 225—235.

[57] House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *supra* note 50, p. 17.

[58] See United States v. Edward C. LeClair *alias* Edward C. Burke, November 28, 1914, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 414—418.

[59] See United States v. Jose A. Diaz, September 27, 1918, *supra* note 14, pp. 784—786.

另外,还存在一种状况,当法院所受理案件经普通法认定为不属于犯罪行为之时,驻华法院往往会经历是应依照普通法无罪开释还是寻找可适用法典的抉择。如“美国诉安东尼奥案”(United States v. Pablo Antonio)中,针对被告言语诽谤受害者与他人通奸行为,驻华法院认为,虽然诽谤在普通法上并非犯罪行为,但是依照1901年3月3日《哥伦比亚特区法典》规定,凡诬告任何妇女以不贞的犯罪应处以500美元以下罚款或1年以下监禁或者并处,最终判处被告3个月监禁。^[60]可见,对于此种虽依普通法并非犯罪的行为,驻华法院显然并不盲从迷信普通法权威,而是审时度势,通过适用特别法案形式解决法律适用上的缺憾,这不能不说与彼时整肃犯罪、营造较为良好的政治与社会环境有着莫大关系。此外,在处理合同纠纷中就贸易管制问题所引发的争论时,驻华法院选择舍弃普通法的限制性规定而适用阿拉斯加鼓励贸易的条款规定也是基于社会状况的考量。如在“理顿公司诉布隆伯格案”(John Layton Company v. Carl Blomberg)中,对于普通法往往采取抵触情绪的限制营业合同,法院指出在现代基本理念下,对于合同中禁止规定有限时间内从事大规模无限制的商业活动表示赞同,从而选择适用《阿拉斯加地区民法典》的规定。^[61]这难说与彼时美国公司林立沪上,驻华法院旨在鼓励交易以促市场经济蓬勃不无关联。归结起来,上述情形下驻华法院所作出的规则抉择并不能简单称之为对普通法原则的背离,而是情势之下的可预期变更。

依照普通法的规定,对于个人更名并无司法制裁,然而依照《阿拉斯加地区民法典》,则此种更名需依照程序并不得违背公共利益、符合法院规定;^[62]《哥伦比亚特区法典》更在延续此种规则的基础上作以细化、明晰。^[63]在“关于那罗德奇科申请更名案”(In re Petition of Paisach Narodezky for Change of Name)中,对于出生于俄罗斯的申请人在移民美国并加入美国国籍后所申请的将原名改为保罗·诺曼(Paul Norman)的申请,驻华法院正是基于两法规的考虑后认可该更名有效。^[64]

(二)普通法先例原则的遵循

美国驻华法院审判的案件中对于普通法遵循先例原则始终抱有热情,即使在对于普通法其他原则或者适用性规定稍有背离,也不足以影响其作为英美法系法院遵循先例原则的传统。实际上,驻华法院对于先例的遵循极为普遍,若悉数罗列既不现实也无甚必要,然而其所遵循的先例类型又有所区别,故简要申论如下:

[60] See United States v. Pablo Antonio, May 3, 1918, *supra* note 14, p.733.

[61] See John Layton Company v. Carl Blomberg, June 6, 1918, *supra* note 14, pp.762—768.

[62] See *An Act Making further provision for a civil government for Alaska, and for other purposes*, 31 Statutes at Large 321, Fifty—Sixth Congress, Sess. I, Ch. 786, 1900, Title III, Civil Code for the District of Alaska, Section 32, 33, pp. 497—498.

[63] See *An Act To establish a code of law for the District of Columbia*, 31 Statutes at Large 1189, Fifty—Sixth Congress, Sess. II, Ch. 854, 1901, p. 1394.

[64] See *In re Petition of Paisach Narodezky for Change of Name*, November 19, 1918, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 815—817.

首先,适用美国联邦法院已决先例。如在早期所处理的债券转让案件“博文诉欧文、米德及花旗公司”(Francis M. Brooks v. P. W. Irvine, C.W. Mead and The International Banking Corporation)一案中便适用美国联邦最高法院在“美国联邦银行诉密勒德案”(National Bank v. Millard, 10 Wall U. S., 152, 19 L. ed., 897)、“美国联邦银行诉怀特曼案”(National Bank v. Whiteman, 94 U. S., 343, 24 L. ed., 229)、“巴斯克特诉哈塞尔案”(Basket v. Hassell, 107 U. S., 602, 27 L. ed., 500)及“凤凰银行诉里斯利案”(Phoenix Bank v. Risley, 11 U. S., 125, 28 L. ed., 374)等案所认定“除非银行已经接受承兑,则支票持有人不可起诉银行”的原则作出认证,最终认定该案原告有权对银行债券进行申诉。^[65]

其次,适用美国地区法院已决先例。如美国驻华法院审理“王文宫诉莫斯案”(Wong Vun Kung v. Gordon S. Morse)时,为判定基于非法合同而产生的担保合同是否有效,便采用威斯康辛州最高院于1839年“基韦特诉林兹科普夫案”(Kiewert v. Rindskopf, 46 Wis., 481)所确定的“在非法合同保证人依然负有保证义务”这一先例,并结合适用该原则的后续案件,即密苏里州法院所审理的“罗塞尔诉奈科梅尔案”(Roselle v. Neckemeir, 134 Mo., 380)、蒙大拿州法院所审理的“欧文斯诉达文波特案”(Owens v. Davenport, 39 Mont., 555)、田纳西州法院审理的“班戴诉埃利斯案”(Bendet v. Ellis, 120 Tenn. 277)以及德克萨斯州法院所审判的“基兹曼诉尼科民事上诉案”(Jageman v. Necco(Civ. App.), 59 S. W., 822)等,最终作出由本案被告偿付原告15000鹰洋的判决。^[66]

最后,适用美国驻华法院已决先例。如在处理遗嘱纠纷案件中,“关于林乐知遗嘱案”(In re Young John Allen's Will)对于“全息”遗嘱(holographic wills)的法律效力所作出的认证可称作驻华法院最先确立的已决先例。这一先例法院随后审判的“关于卢克遗嘱案”(In re Lucy Lucker's Will)、“关于丁魁良遗嘱案”(In re W. A. P. Martin's Will)、“关于卡瓦诺遗产案”(In re John Kavanaugh's Estate)、“关于费奇遗产案”(In re Alberta C. K. Fitch's Estate)、“关于贝尔遗嘱案”(In re Amy Bell's Will)、“关于德比遗嘱案”(In re George A. Derby's Will)、“关于珊思托姆遗嘱案”(In re Elmer F. Shanstorm's Will)等诸多遗嘱或遗产认证与纠纷案件中得以应用,^[67]进而形成固定规则。

三、兼采国会特别法案为融

最为奇特的是,作为州法院及联邦法院的混合物,美国驻华法院在法律适用方面颇为复杂。一方面作为联邦司法体系的一部分自然应以联邦法案为其准则,但作为州法院体系的分

[65] See Francis M. Brooks v. P. W. Irvine, C.W. Mead and The International Banking Corporation, August 21, 1907, *supra* note 14, pp.107-108.

[66] See Wong Vun Kung v. Gordon S. Morse, March 10, 1917, *supra* note 14, pp.644-645.

[67] *Supra* note 14, pp.92-104, 626-629, 771-777, 842-844, 869-884, 893-894, 912-914, 938-939.

子如何适用州的法律成为值得考虑的难题,因为毕竟中国并非简单意义上美国的州,也便没有其相应的法律可以遵守。在面对这一司法困境之时,“美国诉比德尔案”以及其上诉案件“比德尔诉美国案”为确立适用哥伦比亚特区国会法案及阿拉斯加地区法案的相关规定起到关键性作用,也开启了驻华法院法律适用方面最为奇特的一幅司法图景。

(一)“比德尔案”引发规则适用的转变

“美国诉比德尔案”除确认将普通法适用于美国驻华法院之外,还自觉不自觉地成为美国驻华法院确立新的法律适用原则的里程碑。基于普通法上的规定,威尔佛莱法官对比德尔作出有罪的司法判决。但被告比德尔对此决议不服进而将该案上诉至第九巡回法院,这也成为美国驻华法院第一起上诉至第九巡回法院的案件。时值德哈文(John J. De Haven)法官在任期间,他所为判决的重要性就在于案件审判中确定采用同属域外的“哥伦比亚特区及阿拉斯加地区的法案”。首先,德哈文认可威尔佛莱法官关于美国驻华法院是处理比德尔审判的最佳司法机构,也认可赌博是普通法上的一种犯罪行为,但德哈文法官所确立的观点进一步完善了美国驻华法院的法律适用框架。

事实证明,比德尔所犯罪名并非确实,其犯罪证据也不充足。其之所以被威尔佛莱法官处以重罚,主要原因在于此时正处于非常时期,即威尔佛莱上任伊始所开展的以整饬律师与娼妓为主体的肃清运动时期,所以这一案件的审判结论其实无关紧要,它只是特定政治语境下的产物。关键在于,本案中德哈文法官确立美国域外民事与刑事法典可以适用于中国。他指出,“基于前述提及的国会立法权(关于阿拉斯加法案、哥伦比亚特区法案以及1898年7月7日通过的法规),我们的结论是以诈骗方式获取他人财物为违反美国法的犯罪行为,由此在法规意义上授权美国驻华法院对此案享有管辖权。”〔68〕

其实德哈文法官的这一决议并非没有先例,在美国建国初期,1855年华盛顿特区及内布拉斯加州还未通过其法案之时便是采用爱荷华州法律为准则,而1884年阿拉斯加州也以俄勒冈州为准,1889至1890年间俄克拉荷马州也采用内布拉斯加州的法律作为其司法准则。〔69〕可见对美国驻华法院作出此种界定有其实践基础。

对于国会通过的联邦法案一般来说可以分为两种不同类别,一种为基本法案,一种为特别法案。除了1909年美国《联邦刑法典》确立了关于刑事诉讼的法律框架外,国会通过的基本法案一般很少适用于中国。而特别法案则包含国会为其他地区所指定的专门法案,而这种类型的制定法确立了阿拉斯加及华盛顿特区的管辖权。于是,德哈文认为,国会通过的这些以创设民事及刑事法典管辖权的特别法案可以在国会法典规定不足之时适用于美国驻华法院。

德哈文的这一决议实际上为美国在华法律职业群体带来了极为强大的冲击。在其决议之前,关于何种法律及刑事法律程序适用于美国在华司法机构并不明朗。德哈文的决议实际上

〔68〕 Charles A. Biddle v. United States, October 28, 1907, *supra* note 14, p.126.

〔69〕 See *An Act to provide a temporary government for the Territory of Oklahoma, to enlarge the jurisdiction of the United States in the Indian Territory, and for other purposes*, 26 Statutes at Large 81, Section 11, Fifty—First Congress, Sess. I. Ch. 182, 1890, pp. 87—88.

宣告威尔佛莱法官所依据的关于普通法明确声明无效。因为,正是有制定法的存在,使得适用极为不便的普通法再无武之地。^[70]随后,在理论上,德哈文的决议也为美国经济扩张的展开铺平了道路,例如罗炳吉法官在“美国诉艾伦”(United States v. John T. Allen)一案中便沿用了比德尔案中的这一结论。^[71]不过,在驻华法院初期两任法官辖内,对于无论哥伦比亚特区法案还是阿拉斯加法案的适用都极为谨慎,直至罗炳吉任职期间才变得惯常起来。

在“卡瓦纳诉沃登案”(Tahmi H. Cavanagh v. Salter D. Worden)中,罗炳吉法官作出了极具挑战性的观点将法院对于离婚案件管辖权由教会法庭转移到领事法庭。此案中,罗炳吉发现法院对离婚案件的管辖权源于三种法律规定,分别为:1844年中美《望厦条约》以及随后的条约关于领事裁判权关于个人及美国公民的财产归美国驻华法院;国会法案,包括哥伦比亚特区及阿拉斯加民法典;普通法固有的衡平法院自中世纪英格兰教会法庭继承而来的权利。为将此范围作进一步确定,罗炳吉适用“比德尔案”总结如下:“关于婚姻合法性的法律以及取消的理由已经在国会通过的哥伦比亚特区的法案中有了明确规定”。^[72]可见,此案正式将国会特别法案中的民法规范引入美国驻华法院的法律适用范围内。

此种兼采其他地区的法典以解决法律适用欠缺的路径看起来极为奏效,但这似乎忽视了国会为华盛顿特区及阿拉斯加制定法典的动机。其实早在1905年国务卿海约翰(John Milton Hay)向总统罗斯福呈递由其起草的“建立美国在中国及韩国的地区法院”的议案草案时就明确指出该法院应适用哥伦比亚特区法院及美国法的规定,^[73]但之后通过的法案却并未采用这一规则,这当然绝非偶然。事实上,国会通过特别法案的立法意图也并不会成为法院主要考虑的对象。在前述“美国诉艾伦案”中,罗炳吉法官指出,国会在其专属管辖权之下往往会为其一限定区域颁行法案,阿拉斯加及哥伦比亚特区法案便是明证;按此规定,对超出这一限定领域之外并无效力;但是如果“有必要执行上述与华条约”,且“有将之付诸实践的可能”,则基于“1860年法案”的规定应使之生效。^[74]简单地说,如同在“美国诉奥斯曼案”中所指出的,任何“国会相关法案”在中国地区都有效力,不论“其最初基于何种意图而所作的限定”,^[75]都可以在美国驻华法院获得适用。

这种结论显然具有震撼性。正如费信悖所言,这一果断的措施将驻华法院由“繁杂无比的

[70] See Crawford M. Bishop, *supra* note 32, pp.285—286.

[71] See United States v. John T. Allen, April 18, 1914, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 308—317.

[72] Tahmi H. Cavanagh v. Salter D. Worden, April 18, 1914, *supra* note 14, pp.317—326.

[73] See “District Court of the United States for China and Korea, Message from the President of the United States, transmitting a Report by the Secretary of State concerning the importance of reform in our extra-territorial judicial system in China and Korea, including a draft of an act to providing for the establishment of a district court of the United States for China and Korea.” Section 4, 58th Congress, 3d Session, Senate Document No. 95 (January 13, 1905), Vol. 3—7, p. 3.

[74] See United States v. John T. Allen, April 18, 1914, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, p. 311.

[75] See United States v. Simon Osman, March 17, 1916, *supra* note 14, p.544.

殖民地普通法”^{〔76〕}中脱离出来,也使得法院开始摆脱苦于无法可依的窘境。对于这一变化,众议院对外事务委员会总结道,“到目前为止,美国政府通过的法案,该法院认为应适用哪种便可依照适用”,^{〔77〕}而不论上述法案是针对全美各州适用,还是仅仅为哥伦比亚特区、阿拉斯加地区还是美属菲律宾特别制定。简而言之,以上调整使得驻华法院的法律依据呈现一种爆炸性,不论是本土还是属地的美国联邦法都可能成为美国驻华法院潜在的法律渊源。

(二)“哥伦比亚”还是“阿拉斯加”?——法律冲突的选择

在驻华法院早期司法实践中,威尔佛莱法官认为影响法院运作的最大弊端在于缺乏可依据的实体法,不过这种忧虑在法院后期的实践中早已不复存在,甚至转变成为如何从错综复杂的法律中选择适用于该法院的规范。

1917年9月28日,众议院对外事务委员会曾专门就驻华法院适用阿拉斯加及哥伦比亚特区法律召开讨论会(H. R. 4281),认为法官无法依其自由裁量而随意选择法律适用,同时也认为驻华法院对国会法案的适用权显然失当。对此,罗炳吉法官辩驳称,“驻华法院已经存续11年之久,而首任法官也曾试图起草适用于中国的法律草案,并提请至国会,但却未获得通过……国会似乎从未考虑过此事”,在面对委员会所提出如何考虑选择两地区法律进行适用的诘问,他认为“在司法实践中面对此种问题一般通过法官裁量权处理……法院所依照的规则是遵从所有能够适用的法律,似乎并不期望将所有与中国案件具体状况相关事宜排除在外。”^{〔78〕}

依照此种观点,在驻华法院具有“可适用性”的法律主要有以下三种:首先,需为“美国法”,即国会通过的法案;其次,为法院行使在华治外法权所“必需”的法案;最后,“适于”中国采用。^{〔79〕}诚然,在罗炳吉看来,似乎并不存在任何不愿行使其司法管辖权的案件,也不可能存在不愿适用于驻华法院的法律。^{〔80〕}但即使如此也很难消除法官在案件审判时必须经过的选择与裁量。例如,在所能依据的众多法律发生冲突之时应适用何种?又或者,当国会通过的特别法案如阿拉斯加法律与国会基本法案相冲突时又将作出何种选择,这都是值得考虑的问题。

面对上述适用法律上的冲突,驻华法院确立两项基本原则。首先,当两种特别法案发生冲突时,后颁行的法案自然具有优先效力,可以推翻先前法案的规定。如在前述“卡瓦纳诉沃登案”中关于离婚的两种法案在选择适用时以后者为准,^{〔81〕}在“汇昌机器厂诉美国监理会案”(Way Cheong & Co., Ltd. v. Methodist Episcopal Church Mission)中也在当《阿拉斯加地区

〔76〕 See Stirling Fessenden, “The Court and American Law”, United States Court for China, *supra* note 15, p. 24.

〔77〕 House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *supra* note 12, p. 10.

〔78〕 House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *supra* note 48, pp. 7, 13.

〔79〕 See United States v. John T. Allen, April 18, 1914, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 309—311.

〔80〕 在“雷文诉马克瑞案”中,罗炳吉便指出,在适用“比德尔案”规则所开启的适用国会为驻华法院的特别法案时并没有中间道路可走,要么可以适用所有法律,要么全都不适用。See United States Ex Rel. Raven et al. v. Paul McRae, June 9, 1917, *supra* note 14, p. 664.

〔81〕 See Tahmi H. Cavanagh v. Salter D. Worden, June 13, 1914, *supra* note 14, p. 371.

民法典》与1901年《哥伦比亚法典》相权衡时候适用此种原则而选择适用后颁行法案规定。^{〔82〕}其二,当特别法案与基本法案发生冲突之时,则以基本法案优先适用为基本准则。例如在“美国诉迪亚兹案”中,罗炳吉指出,虽然国会通过诸多法案对于通奸罪作以各种不同惩处,但本院认为《联邦刑法典》与其他特别法案相比具有优先适用性;^{〔83〕}“以斯拉诉梅利曼案”(Judah I. Ezra v. W. L. Merriman)同样延续此种原则,当《阿拉斯加刑法典》与“1789年法案”的证据规则出现法律适用冲突时,选择适用以后者基本法案的相关规定为准的原则,并指出国会普通法案优先适用于专为特定地域而颁行的法案。^{〔84〕}直至“宋嘉义诉怡昌洋行案”(Sung Kya Yi v. Dodge & Seymour (China), Ltd.)又进一步重申该项原则。^{〔85〕}

适用于驻华法院的两种主要的法律渊源,处于后者的“阿拉斯加法典”显然也优先适用于“哥伦比亚法典”,起码罗炳吉如是以为。这一点,在其1917年参加众议院外事部关于美国驻华法院具体实践状况的汇报及听证会上可见明证。他指出,“哥伦比亚特区多数立法都是从马里兰州继承而来,所以较为陈旧也不足以满足法院需求,特别是在遗嘱认证及管理、婚姻关系等司法领域”;他还注意到这一立法适用于生活极为“复杂、高级及虚伪的城市群体”,明显不适用于“含蓄、简单及原始的乡土式中国图景”。与此相反,阿拉斯加立法编纂较为现代且一直到1900年才由国会通过,这一法案更是为“原始、边境群体”而设,显然对于中国的社会背景切实可行。^{〔86〕}总体而言,哥伦比亚特区立法古老、适于成熟群体的特性显然与中国的现实极不融洽,阿拉斯加法律与之相比更为可取。

尽管罗炳吉始终对“阿拉斯加法律”青睐有加,但却并不能保证其一直能优先于“哥伦比亚法律”适用。司法极为混乱的现实下,对法律渊源的认识并不统一,《哈佛法律评论》编辑一直以为“哥伦比亚特区法律”仍是美国驻华法院的主要法律渊源,^{〔87〕}而罗炳吉则始终坚信“阿拉斯加法律”才是法院案件审判的主要渊源,只有在其存在缺陷或者不足时才应考虑适用“哥伦比亚特区法”。^{〔88〕}考虑到这一法院的特殊性,上述争论的产生不足为奇。实际上,不仅其法律适用选择上并不一致,即在某些法律领域适用前者,在另一领域则适用后者,而且即使在同一法律领域内对于两者的适用也很随意。

例如,《哥伦比亚特区法典》一般适用于离婚案件的处理,如“卡瓦纳诉沃登案”;^{〔89〕}确认离婚案件的构成要件之时也依照《哥伦比亚特区法典》的规定,如“米切尔诉米切尔案”(Mitch-

〔82〕 See Way Cheong & Co., Ltd. v. Methodist Episcopal Church (South) Mission, et al, March 17, 1923, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 24, p. 490.

〔83〕 See United States v. Jose A. Diaz, September 27, 1918, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 785—786.

〔84〕 See Judah I. Ezra v. W. L. Merriman, November 13, 1918, *supra* note 14, pp. 809—810.

〔85〕 See Sung Kya Yi v. Dodge & Seymour (China), Ltd., April 8, 1919, *supra* note 14, pp. 889—890.

〔86〕 See House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *supra* note 48, p. 55.

〔87〕 See “Notes: The United States Court for China”, 49 *Harvard Law Review*, 794 (1936).

〔88〕 See House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *supra* note 48, pp. 7, 55.

〔89〕 See Tahmi H. Cavanagh v. Salter D. Worden, June 13, 1914, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, p. 371.

ell v. Mitichell)指出,前述证据及案件情形恰合《哥伦比亚特区法典》所规定的离婚(*a vinculo matrimonii*)要件;^[90]以及关于婚姻关系破裂要件——分居的认定,如“奥古斯汀诉奥古斯汀案”(Frank Augustin v. Rosario Perez Augustin)依照该法第 966 款规定,^[91]“罗伯茨诉罗伯茨案”(Roberts v. Roberts),也依照该款规定关于离婚理由中的“酗酒”以及《阿拉斯加地区民法典》第 II—467 款提及“习惯性醉酒”作为离婚理由,^[92]上述案例都是遵循《哥伦比亚特区法典》的绝佳体现。但诧异的是,在确定当事人双方离婚时的“住所”则适用《阿拉斯加地区公司法》,^[93]例如“拉斯诉拉斯案”(Rath v. Rath)中,申诉人证实其居住上海 2 年前曾在天津任职酒吧女招待,之后成为俄罗斯国民,这也就符合 1903 年 3 月 2 日《阿拉斯加地区公司法》第 2 款关于“住所”的规定;^[94]同样,在“罗斯诉罗斯案”(Harry Ross v. Kitty Ross)中,关于婚姻条件的认定适用《哥伦比亚特区法典》,对于当事人“住所须为满 2 年居住地”则依旧适用《阿拉斯加地区公司法》的规定。^[95]

此外,在关于遗产纠纷案件中所涉及的动产分配问题,驻华法院一般仍适用《哥伦比亚特区法典》,例如在“关于撒切尔遗嘱案”(In re Warren J. Thacher's Will)、^[96]“关于诺伊斯遗产案”(In re Henry Varnum Noyes' Estate)、^[97]“关于贝思提遗产案”(In re Matthew A. Bassity's Estate)^[98]以及“关于耶格尔遗产案”(In re Henry August Jaeger's Estate)^[99]中,驻华法院鲜明指出适用《哥伦比亚特区法典》中关于动产分配原则,尤其是严格适用第 375 款“若逝者留有遗孀及其子嗣,则遗孀仅能获得遗产三分之一份额”^[100]的规定;对遗嘱文书如何确定或者何种具有法律效力的认证方面,《哥伦比亚特区法典》的规定依然奏效,如在“关于丁韪良遗嘱案”中,法院便引述《哥伦比亚特区法典》第 1626 款规定,“除非因被其他遗嘱、遗嘱附录或者其他由立遗嘱者签署的 2 名以上证人见证的书面协议取代或者撤销外,所有的遗赠依然有效”,^[101]最终认定丁韪良所作的遗嘱附录与遗嘱具有同等效力。^[102]此外,在遗嘱分配规则上,此种适用仍在延续。如“关于戴维斯遗嘱案”(In re Alice Parker Davis's Estate),即适用《哥伦比亚特区法典》第 381 款关于兄、妹或其子嗣对其继承父母后死亡的无遗嘱遗产享有

[90] See Mitchell v. Mitichell, February 14, 1918, *supra* note 14, p.692.

[91] See Frank Augustin v. Rosario Perez Augustin, January 6, 1920, *supra* note 14, pp.933—935.

[92] See Roberts v. Roberts, July 2, 1919, *supra* note 14, pp.916—919.

[93] See House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *supra* note 12, pp. 18—19.

[94] See Rath v. Rath, March 21, 1916, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, p. 546.

[95] See Harry Ross v. Kitty Ross, December 24, 1919, *supra* note 14, pp.924—926.

[96] See In re Warren J. Thacher's Will, January 10, 1916, *supra* note 14, pp.524—527.

[97] See In re Henry Varnum Noyes' Estate, February 21, 1916, *supra* note 14, pp.538—540.

[98] See In re Matthew A. Bassity' Estate, July 3, 1916, *supra* note 14, pp.595—600.

[99] See In re Henry August Jaeger's Estate, April 26, 1918, *supra* note 14, pp.722—725.

[100] *Supra* note 63, p. 1249.

[101] *Supra* note 14, p.1433.

[102] See In re W. A. P. Martin's Will, June 19, 1918, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp.771—777.

继承权规定,^[103]最终认定本案中约翰·卡尔·戴维斯(John Ker Davis)对其父及妹的遗产享有双重继承权。^[104]

在遗嘱案件中,对于继承人对遗产有权支配的年龄限制也有规定,如“关于霍华德遗嘱案”(In re William Howard's Will),并没有依照《阿拉斯加地区公司法》中规定的“所有人需年满21周岁方能有权支配自己行为与财物”,而是采用了《哥伦比亚特区法典》规定的“在遗嘱案件中18周岁的即可有权支配”,最终认定本案继承人有权获得一半份额。^[105]

同时在民事案件中仍有适用《哥伦比亚特区法典》的典范,如“关于福布斯(债权)转让案”(In re Assignment of A. S. Fobes)即适用该法案中“自愿转让行为”^[106]的规定,对案件作出判决。^[107]

不唯如此,在刑事案件方面也有适用《哥伦比亚特区法典》的显例,例如在“美国诉黎迪”(United States v. James F. Leddy)盗窃案、^[108]“美国诉里肯”(United States v. Manuel Rincon)诈骗案、^[109]“美国诉艾伦”故意伤害案、^[110]“美国诉索尼科”(United States v. Pablo Sonico)过失杀人案(该案同时考虑了1901年3月3日《哥伦比亚特区法典》及1909年《联邦刑法典》关于过失杀人罪的惩处规定)^[111]以及“美国诉弗兰克·鲍”(United States v. Frank F. Bowe)伪证案^[112]等刑事案件的审判中,驻华法院都较为注重对于《哥伦比亚特区法典》的适用。

此外,对于“阿拉斯加法律”的适用也存在着奇特之处。例如,在“雷文等诉马克雷”(United States Ex Rel. Raven et al. v. Paul McRae)一案中,驻华法院曾宣布国会于1903年3月2日颁布的《阿拉斯加地区公司法》适用于在华美国公司的创设,随后国会于1912年8月24日通过的旨在阿拉斯加创设立法会的法案中指出,“直至国会转变、修正或者废止之前,所有在阿拉斯加生效的法律都将继续有效。”^[113]这便赋予了《阿拉斯加地区公司法》以相对意义上的效力。但1914年1月2日“阿拉斯加地区新公司法”的颁布,使得上述联邦公司法案在阿拉斯加

[103] *Supra* note 63, p. 1250.

[104] See *In re John Wright Davis's Will; In re Alice Parker Davis's Estate*, January 20, 1919, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 844-846.

[105] See *In re William Howard's Will*, June 10, 1920, *supra* note 14, pp. 1000-1002.

[106] *Supra* note 63, pp. 1256-1258.

[107] See *In re Assignment of A. S. Fobes*, February 28, 1920, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 950-953.

[108] See *United States v. James F. Leddy*, March 25, 1916, *supra* note 14, pp. 547-549.

[109] See *United States v. Manuel Rincon*, July 24, 1916, *supra* note 14, pp. 619-621.

[110] See *United States v. John T. Allen*, September 29, 1916, *supra* note 14, pp. 621-626.

[111] See *United States v. Pablo Sonico*, January 19, 1918, *supra* note 14, pp. 671-680.

[112] See *United States v. Frank F. Bowe*, August 19, 1922, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 229-236.

[113] *An Act To create a legislative assembly in the Territory of Alaska, to confer legislative power thereon, and for other purposes*, Pub. No. 334, 37 Statutes at Large 512, Section 3, Sixty-Second Congress, Sess. II, Ch. 387, 1912, p. 512.

的法律效力宣告终结。但令人匪夷所思的是,远在万里之遥的驻华法院却依然坚持此项本已失效的法案在中国继续有效,^[114]并长期适用于案件审判之中。由此导致的是,在法案颁行地业已失效的法案却在中国发挥其法律效力,堪称怪事。也正是出于考虑到这桩怪事的不切实际,美国国会于1922年通过适用于中国地区的、旨在规范在华美国公司创设及运作的《中国贸易法》,不过驻华法院直至“1925年贸易法修正案”颁布之时才终止继续适用阿拉斯加公司法的规定,并将该贸易法作为在华美国公司所遵循的惟一法案。^[115]

值得注意的是,驻华法院依据“必需”及“可适用性”原则选择适用于驻华法院的法案时,却拒绝适用这些适格法律中关于处罚措施等其他方面的规定。例如在“美国诉格雷姆辛格案”(United States v. Adolph Grimsinger)中,法院理智的认为“只能部分适用法案的案件绝对是特例”,然而法院也注意到在法律适用上所存在的“显著困难”便在于“有可能适用的两种法案对于类似犯罪所规定的惩罚却截然不同”,法院并未解释这一困难究竟为何,似乎是两法案都可在这一案件中适用,而其处罚也都由同一法案规定。但法院最终还是选择适用阿拉斯加法案,并指出,对于刑事案件的处罚乃是法院法官行使其治外法权下的自由裁量权决定的,基于此并不认为法院的处罚结论是基于制定法(阿拉斯加及哥伦比亚特区法案)决定。之后,法院又注意到“这些法典的惩罚性规定并不会对驻华法院产生约束,只可能作为审判之时的指导意见”。^[116]由此可见,驻华法院适用法案绝非一味全盘接受,而是基于某种考虑而有所取舍,不仅表现在对法案的选择,还包括对法案所涉领域的选择。正是基于此种选择,使得驻华法院能够在其案件审判中充分发挥法官能动性,找寻具有其特色的法案以资参考。

四、糅合辅助性规则为通

(一)美国在华法院基本章程

尽管驻华法院不遵从美国宪法,也缺乏宪法正当程序的保障,但法院并非在其运作过程中无任何程序规则可遵循。虽然联邦程序规则并不适用,但也还是存在一系列规则以约束领事法庭审判程序。1864年由驻华公使蒲安臣(Anson Burlingame)签署通过的《美国在华领事法庭章程》便对普通民事诉讼、刑事诉讼、上诉程序、再审程序等程序作出详细规定。^[117]驻华法

[114] See United States Ex Rel. Raven et al. v. Paul McRae, June 9, 1917, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 655—666.

[115] “1925年修正案”第29款规定,今后凡以基于美中贸易目的而成立的公司,其创设都应依据《中国贸易法》而非其他法律。An Act To amend the China Trade Act, 1922, Pub., No. 484, 43 Statutes at Large 995, Sixty-Eighth Congress, Sess. II, Ch. 345, 1925, p. 997.

[116] See United States v. Adolph Grimsinger, October 30, 1912, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 282—286.

[117] See Regulations for the consular courts of the United States of American in China, April 23, 1864, Jules Davids, ed., *American Diplomatic and Public Papers: the United States and China, Series II: The United States, China, and Imperial Rivalries*, 1861—1893, Vol. 18, Delaware: Scholarly Resources, 1979, pp. 137—143.

院创设之后继续沿用该项程序规则,尽管该法案授权法官“不时对上述程序规则作出修正与补充”,^[118]然而,罗炳吉却并不满足于此,而是试图起草新的程序法案,不仅适用于驻华法院还适用于领事法庭。他声称“一旦此项措施获准通过,将赋予制定规则的权力……我会将之公诸于众,这些规则将足以应对普通诉讼程序的适用。”^[119]

该项法案虽未获得通过,但罗炳吉在此基础上起草了一份《治外法权救济准则》(*Extra-territorial Remedial Code*)草案,其内容除上述“程序规则”之外,还包含“证据规则”,显然更为详细。在驻华法院的具体司法实践中,“乔治·肖诉雷亚及加拉赫”(George L. Shaw v. George Bronson Rea & Patrick Gallagher)、^[120]“杜克察夫诉中蒙贸易公司”(Serge Ivanovitch Dokoutchaeff v. China & Mongolia Export Co.)、^[121]“怡昌洋行诉波特”(Dodge & Seymour (China) Ltd. v. Thurson R. Porter, U. S. Marshal for China)、^[122]“徐文华堂诉美孚行”(Hsu Wen Hwa Tang v. Standard Oil Company)、^[123]“华俄道胜银行诉吴鲁生洋行”(Russo-Asiatic Bank v. Max Wulfsohn & Co.)^[124]以及“卢克豪泊公司诉美国运通银行”(Luk Hop Company v. American Express Company)^[125]等案件审判中积极适用该准则的具体规定。尽管该准则广泛地适用于法院司法实践,但其法律地位却并不明确。在上诉至第九巡回法院的“茂生洋行诉斯蒂尔”(American Trading Co. v. A. T. Steele)案中,上诉法院推测驻华法院所推行的司法实践及证据规则与程序应该如此,但最终承认对此并不了解,指出“我们并未适用此种规则”。^[126] 国务院尽管是驻华法院的行政监管机构,也表露出对此规则的不甚了解。不过即使如此,此项由驻华法院创制的程序规则并没有招致无论上诉法院还是国务院的反对,而且这一规则其实也并非秘而不宣,而是早在罗炳吉起草之后便提交美国律师协会讨论,并在学者建议之下作出修改并最终公布于《密勒氏评论报》(*Millard's Review*)。^[127] 可见,驻华法院虽并未通过国会通过特别法案形式创建诉讼程序规则,却继续沿用领事法庭时期所具有的自主创设程序规则这一基本原则,以更好完成其司法实践。

[118] *Supra* note 2, p. 816.

[119] House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, *supra* note 48, p. 16.

[120] See George L. Shaw v. George Bronson Rea & Patrick Gallagher, March 3, 1921, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 24, pp. 99-101.

[121] See Serge Ivanovitch Dokoutchaeff v. China & Mongolia Export Co., May 3, 1921, *supra* note 14, pp. 126-128.

[122] See Dodge & Seymour (China) Ltd. v. Thurson R. Porter, U. S. Marshal for China, August 28, 1922, *supra* note 14, pp. 241-242.

[123] See Hsu Wen Hwa Tang v. Standard Oil Company, August 31, 1922, *supra* note 14, pp. 245-246.

[124] See Russo-Asiatic Bank v. Max Wulfsohn & Co., April 21, 1923, *supra* note 14, pp. 532-536.

[125] See Luk Hop Company v. American Express Company, November 23, 1923, *supra* note 14, pp. 702-709.

[126] American Trading Co. v. A. T. Steele, 274 Fed. 774 (1921), *supra* note 14, pp. 183-197. 该案是基于美国驻华法院“斯蒂尔诉茂生洋行案”的上诉裁决。See A. Tilton Steele v. American Trading Company, April 20, 1920, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 964-980.

[127] See “Improving the U. S. Court for China”, *Millard's Review*, March 15, 1924, p. 77.

(二) 法学家著述

此外,还应指出,在驻华法院的案件审判中,对于法学家的著述也有一定程度的借鉴,特别是在解决概念厘定与类型划分之时,此种迹象更为明显。如前述“美国诉比德尔案”中对于“以欺诈手段获取他人财物”、“英格兰普通法”等概念的认定与解释,“普利斯诉美国案”中对“是否构成危险”的认定都是依照美国著名法学家毕夏普(Joel Prentiss Bishop)的经典著述《刑法释义》(*Commentaries on the Criminal Law*)中的解释;^[128]“关于林乐知遗嘱案”对于“住所地”的定义的解释适用国际法学家约翰·摩尔(John Bassett Moore)的《冲突法:美国注解》(*American Notes on the Conflict of Laws*)一书中的观点,同时还参引了瓦特尔(Emerich de Vattel)、萨维尼(Friedrich Karl von Savigny)、菲力摩尔(Robert Phillimore)等法学家有关冲突法、国际法等著述对于住所地的界定以及皮葛爵士(Sir Francis Taylor Piggott)关于治外法权中“领域”的认定;^[129]“美国诉恩格尔布拉克特案”(United States v. Charles A. Engelbracht)中借鉴摩尔的《国际法摘要》(*Digest of International Law*)中对于“实体法”的说明,以及布莱克(Henry Campbell Black)的《法律解构与解释手册》(*Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*)中一般法与特殊法相冲突时的适用原则等;^[130]在“塞克斯顿诉美国案”(Robert W. Sexton v. United States)确定“流浪汉”的涵盖范畴时甚至还援引布莱克斯通(Sir William Blackstone)《英国法释义》(*Commentaries on the Laws of England*)中的定义作为例证;^[131]“布朗诉塞克斯顿案”(Laura Brown v. Robert W. Sexton)在关于“冲突法中如何抵押合同的有效性”如何确定时适用斯托里(Joseph Story)的《冲突法释义》(*Commentaries on the Conflict of Laws*)中的定论;^[132]“斯坦纳诉丰泰洋行案”(R. W. Steiner v. Frazar & Company)中适用波洛克(Sir Frederick Pollock)的《合同原则》(*The Principles of Contract*)一书中的观点来阐释“合同承诺”的基本原则为“绝对地、无条件地”;^[133]“美国诉古尔德纳案”(United States v. John M. Gouldner)中适用“侵占罪”中关于获取财物的方式规定适用哈里斯(Harris)《刑法》(*Criminal Law*)中的结论,以证明侵占资产方式并不限于立即获取,还包括其后提供账户转移;^[134]“关于巴斯科姆管辖权案”(In re Jurisdiction over Frank Cecil Bascom)中适用比斯法姆(George Tucker Bispham)《衡平法基本原理》(*The Principles of Equity*)一书中关于“由于畏惧或者疑虑的法案”来保护其权利免受将来或者偶发的侵害,^[135]“龚策等诉美康洋行;卢伟忠等诉美康洋行案”(Kung Che et al. v. Arkell & Douglas,

[128] See United States v. Charles A. Biddle, March 6, 1907, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14 pp. 85, 86; S. R. Price v. United States, November 5, 1907, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 14, pp. 131-132.

[129] See *In re Young John Allen's Will*, August 16, 1907, *supra* note 14, pp. 92, 94, 100.

[130] See United States v. Charles A. Engelbracht, October 25, 1909, *supra* note 14, pp. 176, 179.

[131] See Robert W. Sexton v. United States, October 29, 1909, *supra* note 14, p. 192.

[132] See Laura Brown v. Robert W. Sexton, October 28, 1910, *supra* note 14, p. 213.

[133] See R. W. Steiner v. Frazar & Company, December 19, 1911, *supra* note 14, p. 253.

[134] See United States v. John M. Gouldner, June 24, 1914, *supra* note 14, p. 375.

[135] See *In re Jurisdiction over Frank Cecil Bascom*, September 10, 1914, *supra* note 14, p. 379.

Inc.; Loo Wei Chong et al. v. Arkell & Douglas, Inc.) 也适用该书关于合同中“撤销”权利是一项平等权而非救济权的认定对案件作以定性;^[136]“美国诉巴斯科姆案”(United States v. Frank Cecil Bascom) 适用伦纳德·琼斯(Leonard Augustus Jones)《论不动产抵押法》(*A Treatise on the Law of Mortgages of Real Property*)来阐明衡平法上抵押注册原则以及美国对此原则的修正;^[137]“约翰·理查兹诉玛丽·理查兹离婚案”即引用毕夏普《婚姻法释义》(*Commentaries on the Law of Marriage and Divorce*)关于“对物之诉”的基本界定,仅涉及离婚诉讼而不涉及赡养费纠纷的案件归入驻华法院审理范畴;^[138]“美国诉克劳斯案”(United States v. Charles August Krausch)关于“污点证人”的诠释适用毕夏普《新刑事诉讼法》(*New Criminal Procedure*)的规定,^[139]等等。

(三)公共租界市政条例及中国法

除却前述繁杂多元的美国法规及论说之外,驻华法院还适用上海公共租界的市政法规。实际上,早在1887年领事法庭时期美国国务院便承认公共租界的市政条例适用于租界内的美国国民。^[140]适用公共租界市政条例之所以极为特殊不单单是这一条例并非美国法的范畴,而是按照一般意义上的标准,其已然超过一般法律体系的范畴之外,而且19世纪末的上海租界已经不属于任何一个主权国家。

驻华法院在处理涉及不动产案件时还适用中国法的相关内容,这一惯例正是遵循英国在华高等法院所认为的不动产纠纷应适用“物之所在地”法律规定。1920年英国在华法院审理“谭华等人诉通和洋行案”(Tam Wa et al v. Atkinson & Dallas)即依照“物之所在地法”(lex loci rei sitae)适用中国法关于“民事案件依法律明文规定;若无明文规定则依习惯;若无习惯则以法律原则解决”的基本原则。^[141]此项原则显然为美国驻华法院继承,1921年所受理的“东尼慈善协会诉格鲁等案”(Doony Nyi Benevolent Association v. Herny S. Grew et al),针对上海公共租界内部所涉土地契约纠纷的审理,法院认为应采用“物之所在地法”即中国法作出审断,但在此过程中也注意将之与美国法结合适用;^[142]不唯如此,在“美国诉韦尔奇案”(United States v. Jack L. Welch)中,基于被告辩护律师所提及“依照中国法,本案犯罪行为并不受惩罚”,罗炳吉法官考察《中华民国刑法第二修正案》并指出该法第286款规定,“若行为人疏忽大意造成他人死亡,应处2年以下监禁,或3000元以下罚款”,^[143]并进而对本案被告作出刑事处罚。

[136] See Kung Che et al. v. Arkell & Douglas, Inc.; Loo Wei Chong et al. v. Arkell & Douglas, Inc., March 26, 1919, *supra* note 14, p.886.

[137] See United States v. Frank Cecil Bascom, September 26, 1914, *supra* note 14, pp.388—389.

[138] See John A. Richards v. Mary Paine Richards, May 1, 1915, *supra* note 14, pp.482—483.

[139] See United States v. Charles August Krausch alias Charles Nelson, October 1, 1918, *supra* note 14, p.389.

[140] Shanghai Municipal Ordinances, *supra* note 14, pp.350—351.

[141] See Tam Wa et al v. Atkinson & Dallas, October 26, 1920, Charles Sumner Lobingier ed., *supra* note 24, p. 24.

[142] See Doony Nyi Benevolent Association v. Herny S. Grew et al, March 7, 1921, *supra* note 14, pp. 102—105.

[143] See United States v. Jack L. Welch, November 26, 1920, *supra* note 14, pp.44—48.

罗炳吉法官甚至提议驻华法院应在事实上法院审判中采用新的中国法,而以此种方式最终促成中国的统一法律体系的形成。在其《中国应当建立统一的法律体系吗?》一文中,便将此种想法吐露出来,指出中国已经制定了民法、刑事诉讼法及大量商事立法、海商法等,尤其是其中关于外国人的法律,他们都已翻译为英语及其他欧洲文字,为外国国民所熟知……而如果这些法律完善的话,则非但中国人遵守之,外国人也完全可以遵守它。^[14] 这一主张随即获得美国国务院支持,对此,《申报》即有报道,“国府顾问美人林百克,昨由美电于右任、戴传贤、罗文干等各要人,报告美国国务院会议,通过议员达来之提议,凡美国在华之按察使署,嗣后如中美人涉讼,一律引用中国法律裁判。”^[15]

五、简短的结语

美国驻华法院在案件审判中坚持以法律规则作为先导的基本理念,对于案件的判决并非简单延续领事法庭偏袒本国人的贯风格,具有一定的影响力和融合力。依照美国法律推演的基本精神、适用远在万里之遥的“阿拉斯加地区与哥伦比亚特区法规”及美国本土主要法典的同时,夹杂适用诸如中国法或租界法令等基本规范的多重法律适用模式,是美国驻华法院特殊之处的绝佳例证。在此种意义上,作为诸多复杂甚至矛盾体的美国驻华法院,司法审断也绝非简单、业余的领事法庭等司法机构所能表征,它所体现的受案范围的涵盖性、法律规则适用的专业性以及理念灌输的前沿性都表明它作为美国在华特殊司法机构的独特性,这种独特性背后所隐含的西方国家推演的法律帝国主义的理念模式更值得深思。

Abstract: United States Court for China, which constructed by the western professional judicial system, acts outstanding among those judicial institutions in Shanghai Settlement by adhere the basic principles of rule by law and follow the judicial philosophy of sentence according to the law rather than bias in favor of domestic. In accordance with the follows, such as comply with American law, common law principles, congress special acts of Alaska and Columbia District, regulations, legal scholars writings and Chinese law, this special court turns the western professional judicial characteristics into Chinese reality. During this process, the judgment of specific cases involves transmission of western rule of law.

Key Words: United States Court for China; Extraterritoriality; Charles Sumner Lobingier; Judicial Judgment

(责任编辑:徐爱国)

^[14] See Charles Sumner Lobingier, “Shall China have an Uniform Legal System?”, 6 *The Chinese Law Review*, 329—330 (1933); (美) 罗炳吉:“中国应当建立统一的法律体系吗?”, 王笑红译, 载王健编:《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, 页 57。

^[15] “在华美按察使署, 引用中国法律, 提案经美国国务院通过”, 载《申报》1933 年 2 月 18 日, 第 10 版。