

Xiamen University Law Review

厦门大学

法律评论

2017年下半年卷 总第三十辑



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

厦门大学法律评论

2017年下半年卷 总第三十辑

主编 周 赟



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

厦门大学法律评论. 第三十辑/周贇主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2017. 12
ISBN 978-7-5615-6805-7

I. ①厦… II. ①周… III. ①法学-研究-文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 298995 号

出版人 蒋东明
责任编辑 李 宁
电脑制作 张雨秋
技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门市金凯龙印刷有限公司

开本 787mm×1092mm 1/16
印张 15.75
插页 2
字数 380 千字
版次 2017 年 12 月第 1 版
印次 2017 年 12 月第 1 次印刷
定价 58.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

编辑者言

编辑者将怀着对作者和作品的温情与敬意,持守对法治及其理论的虔诚与审慎,以《厦门大学法律评论》(以下简称《评论》)参与中国的学术建设、社会进步。

一、编辑者为此所提供的形异而神一的理论平台包括:学术专论;学术评论(包括学术批评、立法评论、案例评析等);学术译作;学术随笔;法律教育评论;司法官来稿(视稿源情况可以分别是“检察官来稿”“法官来稿”“代理人来稿”等)。

在必要且可能时,编辑者将就某一特定主题以专题研讨的形式展示作者之智识于读者。

二、稿件篇幅不限。编辑者希望作者可以借此从容铺陈,而读者则从条分缕析中得享阅读之乐。所刊稿件若确因版面所限,编辑者将商请作者删减。

三、编辑者在收到稿件后两个月内就刊用与否回复作者。

四、《评论》已被列为《高等学校文科学术文摘》之文摘源出版物,所有在《评论》上发表的文章均可能被《高等学校文科学术文摘》转载或摘编。

《评论》已加入“中国期刊全文数据库”(CJFD)、北京万方数据股份有限公司“万方数据”库(WANFANG DATA)、“中国法律知识总库”以及 DOI 系统。所有在《评论》上发表的文章均被同步编入如上数据库。编辑者就此敬请作者于惠赐作品时慎重考虑。

五、稿件一经采用,即由出版者支付稿酬(其中包括 CJFD 的作者著作权使用费),并提供样书两册。

六、稿件请用 Word 文档形式发送电子邮件至:lawrev@xmu.edu.cn。

七、编辑部电话:0592-2187782。

来稿请注明作者姓名、出生年份、性别、籍贯、所在机构、学位、职称、通信方式,并请附上中英文标题、摘要和关键词。作者的以上信息,仅当文章录用并刊发时一并载明,以便读者与作者通联。

《厦门大学法律评论》编辑部

DOI 简介

DOI(digital object identifier),即文献数字对象识别号,为美国出版商协会(The Association of American Publishers,AAP)于1994年建立,1997年成为数字资源命名的一项标准。DOI能让学术文章永久寻址,实现文献永续存在。

《厦门大学法律评论》从2013年起,通过台湾元照出版公司提供的平台,正式加入DOI系统,所有在本刊刊发的文章将正式获得全球唯一且永续的“身份证号”。

DOI之特色可以简要地从如下几个方面进行介绍:

- 唯一且永续存在的标识符:DOI的意义在于,替数字文献加上固定的寻址,避免文献搜寻结果为“该资源已经被移除或无效”,解决大量网络信息链接失效的问题,提高引文的正确性。

- 文献跨入国际DOI学术圈:透过国际的DOI系统进行解析,跨越单一平台或数据库的局限走入国际,提升论文的能见度与学术影响力。

- 提高作品的引用率:对学术期刊及其文章而言,DOI可永久成功链接的特性,让服务质量提升;对搜寻服务来说,在学术文献中加入DOI,会提高检索结果的正确性,导引读者取得全文,提高文献被引用的机会。

- DOI的呈现方式:在文献标题处以脚注形式加上,具体如DOI:10.3966/102559312013020213001。

目 录

学术专论

从“公理”“公法”到伍廷芳的外交实践·····	李振勇(1)
各归其位:“社会—法律研究”方法的展开·····	韩 宝(21)
首尔的地方行政与都市治理·····	曾建元(55)
民间金融规制模式探究:硬法困境及软法崛起·····	王 兰(67)
《罗马规约》侵略罪修正案的生效程序及其对 国际刑事法院管辖侵略罪的影响·····	梁 卓(80)
犯罪参与论序说 ——统一正犯论者的省思与期许·····	李瑞杰(101)

学术评论

论台湾地区的大学校院法学教育·····	苏 南 张家维(136)
法院跨行政区划管辖试点的运行检视及完善进路·····	拜荣静 杨月娥(157)
让与担保合同效力探析 ——兼议《借款合同若干规定》第24条·····	张燕城(170)
论以权利、义务和责任为结构的民法典模式 ——“民事责任后果说”之检讨·····	黎智鹏(188)

学术专题:陪审制度的实践与历史

民事案件事实审与法律审探析 ——以某基层法院陪审员试点工作为分析样本·····	吴晶晶 丁桂玲(208)
陪审员决策的特性与偏差研究 ——行为实验的视角·····	吴旭阳(222)
论陪审制在中世纪欧陆的起源因素·····	王思杰(235)

Contents

Academic Monograph

- From “Gongli”, “Gongfa” to Wu Tingfang’s Diplomatic Practice Li Zhenyong (1)
- Do What It Should Do: Expanding the Method of “Socio-legal Studies” Han Bao (21)
- Seoul’s Local Administration and Metropolitan Governance Zeng Jianyuan (55)
- Informal Financial Regulation: Hard Law Dilemma
and Soft Law Rise Wang Lan (67)
- Entry into Force of the Aggression Amendments of the Rome Statute and Its Impact
on the ICC’s Exercise of Jurisdiction over the Crime of Aggression Liang Zhuo (80)
- Theory of Criminal Participation System
—Single-Principle Assertor’s Introspecting and Expecting Li Ruijie (101)

Academic Review

- On Legal Education of University in Taiwan Region Nan Su Zhang Jiawei (136)
- The Operation of the Pilot Scheme and Improve Access of the Judicial Jurisdiction
Reform of Inter-administrative Divisions Bai Rongjing Yang Yue’e (157)
- On the Validity of Transferring Guarantee and Article 24 of Regulations
for Folk Debit and Credit Zhang Yancheng (170)
- On the Civil Code Based on the Construction of Right, Obligation and Liability
—Rethinking of the Theory of Regarding Civil Liabilities
as Consequences Li Zhipeng (188)

Academic Project: Jury System’s Implementation and History

- Analysis of Trial of Facts and Trial of Law in Civil Case
—With the People Jurors Pilot Reform of a Grassroots Court
as Analytical Sample Wu Jingjing Ding Guiling (208)
- Characteristics and Bias of Jurors’ Decisions: The Perspective of
Behavior Experiments Wu Xuyang (222)
- On the Origin Factors of Jury Trial
in Medieval European Continent Wang Sijie (235)

从“公理”“公法”到伍廷芳的外交实践^{*}

李振勇^{**}

摘要:本文以伍廷芳的外交实践为研究对象,以《美国对外关系文件集》和伍廷芳所作的“中国法学”演讲稿为主要研究材料,分析伍廷芳在清末民初的外交实践与当时的国际秩序之间的关联。伍廷芳对当时的国际秩序的理解根植于其对法律的认识,而在其外交实践对当时的国际秩序体系——“公法”体系保持了极致的尊重,并在近代中国生死攸关的外交斡旋中,既保卫了国格和国家利益,又守护了其自身的法律信仰。这恰好说了近代以来中国知识精英群体对西方法律制度的探索,既关系到制度层面的重新构建,又涉及意识形态的转型。

关键词:伍廷芳;公理;公法;外交实践

From “Gongli”, “Gongfa” to Wu Tingfang’s Diplomatic Practice

Li Zhenyong

Abstract: For the Chinese intellectual elites since modern time, approaching and comprehending the western legal system involve both the ideological transformation and the reconstruction of the ruling system. This article attempts to analyze the relevance between Wu Tingfang’s diplomatic practice and the international order of the day, by choosing Wu Tingfang’s “China Jurisprudence” and “Papers relating to the foreign relations of the United States, with the annual message of the president transmitted to Congress” as research materials, and Wu Tingfang as the object of study. Wu’s comprehensions on the international order of the time are rooted in his legal recognition,

^{*} 文章 DOI:10.3966/615471682017110030001。

^{**} 李振勇,男,1989 年生,广东东莞人,法学博士,华东政法大学中国法治战略研究中心助理研究员、师资博士后,研究方向:法律史、司法学。电子信箱:naga0556@outlook.com。

therefore he showed great respects to order during his diplomatic practice, and succeeded in protecting the nation's dignity and its interests, as well as his own law belief, in modern China's vital rounds of diplomatic mediation.

Key Words: Wu Tingfang; Gongli; Gongfa; Diplomatic Practice

一、“公法”与“公理”问题的历史语境

伍廷芳曾有言：“夫公法者，本于公平立法，天下万国皆应遵行者也。然公法特有其名，各国行事，以强弱异势，多背公法。背之者多，则恐习之者少矣。公法之存亡为天下安危治乱所系。公法亡，则天下有危而无安，有乱而无治矣。”^①伍廷芳此处所说的“公法”，即为当时的国际法，且所用之“公法”二字与惠灵顿引入的“万国公法”颇有渊源：“今中国与西国通行碰船章程，在所属洋面施行万国公法，士子尤多诵习。其通用者，经已译惠利顿代之万国公法，吾礼玺氏之公法便览，为京师同文馆、上海广方言馆各学堂之书，每遇交涉断案、定约，多所称引。”^②对初闻近代国际秩序的中国知识精英而言，“公理”与“公法”的概念颇为新鲜。以“公法”指代“国际法”的用法，早见于美国基督教长老会传教士丁韪良翻译的《万国公法》一书中。该书以“公法”作为国际法的中文译名。近代学人以“公法”作为指代“国际法”的用法由此而来。

在丁韪良的《万国公法》中，“公理”一词并未被采用。“公理”引起中国知识精英的广泛关注则是在严复翻译《天演论》之后。严复说：“外籀云者，据公理以断众事者也。”^③而对于“公理”的本质，梁启超以学术史的角度指出“公理”的重要：“有礼义者谓中国，无礼义者谓之夷狄。礼者何，公理而已（以理释礼，乃汉儒训诂，本朝之焦黑堂、凌次仲大阐此说）。义者何，权限而已（番禺韩孔庵先生有义说专明此理）。今吾中国聚四万万不明公理不讲权限之人，与西国相处……”^④而在章太炎那里，“公理”则如“自然”和“唯物”一般，是一种先验的存在：“昔人以为神圣不可干者，曰名分。今人以为神圣不可干者。一曰公理，二曰进化，三曰唯物，四曰自然。”^⑤

康有为则认为，先有“平等”而后有“公理”，“人人独立，人人平等，人人自主，人人不相侵犯，人人交相亲爱，此为人类之公理，而进化之至乎”^⑥。至于“公理”与“公法”之间的先后关系。康有为认为先有“公理”而后有“公法”，“公法”的源头即为“公理”：“有公推之公，盖天下之制度，多有几何公理所不能逮。无几何公理所出之法，而必凭人立之法者，本无一定，则惟

① 伍廷芳：《论美国与东方外交事宜》，载丁贤俊、喻作风编：《伍廷芳集》上册，中华书局1993年版，第133页。

② 伍廷芳：《论美国与东方外交事宜》，载丁贤俊、喻作风编：《伍廷芳集》上册，中华书局1993年版，第133页。

③ 严复：《译〈天演论〉自序》，载赫胥黎：《天演论》，严复译，商务印书馆1981年版。

④ 梁启超：《论中国宜讲求法律之学》，载《饮冰室文集》（第1册），中华书局1989年版，第24页。

⑤ 章太炎：《四惑论》，载《民报》1908年第22期。

⑥ 康有为：《孟子微》，中华书局1987年版，第23页。

一最有益于人道者,以为公法。然众公推之,故谓公推也。”^①依康有为之说,先有“公理”而后有“公法”。

梁启超从西方学说史的角度印证康有为的说法,他说:“其后鲁西亚士、白分道弗等,以匹夫发明公理。为后世公法之所祖。”^②,而在丁韪良的译本中开篇就提道:“天下无人能定法,令万国必遵;能折狱,使万国必服。然万国尚有公法,以统其事,而断其讼焉。或问此公法,既非由君定,则何自来耶?曰:将诸国交接之事,之于情,度之于理,深察公义之大道,使可得其渊源。”^③其书中虽无公理一词,但亦可窥见公理之妙,即公法之所以为各国所“共服”的原因,在“深察公义之大道”而不在物理强盛,这样的论证方式与康梁之论证相类似。

不仅如此,丁韪良的译本中还将自然法(nature law)译作“性法”,而《万国公法》中确有论“性法”与“公法”之联系,“其所谓‘性法’者,无他,乃世人天然同居当守之分,应称之为‘天法’。盖为上帝所定,以令世人遵守,或铭之于人心,或显之余圣书。邦国天然同居,虽无统领之君,即可将此性法,以释其争端,此乃诸国之义法也”^④。由此看来,无论是“性法”还是“公法”,其本质上可视为“公理”在制度层面的体现。

具体到实践层面,先不论当时的知识精英对于“公法”与“公理”的理解如何,在丁韪良的《万国公法》引入后数十年间,由于中国较晚才被动接受近代国家的外交模式和国际法体系,加剧了清政府在外交事务中的被动和困境。丁氏的《万国公法》虽在一定程度上有助于清廷对于“公法”的了解,但对“公法”的运用难以称得上娴熟。以法律人才的培养和引进为例,除早年有伍廷芳与何启赴英学习法律并取得职业资格外,后续如福州船政学堂、同文馆、京师大学堂也陆续派出留学生研习国际法,但遗憾的是这些法科留学生学成归国的时间大都在20世纪初,而深谙近代国际法的人才之匮乏无疑加剧了清廷在19世纪中后期长期面临的外交困境。^⑤

伍廷芳也正因其独特的西方法学背景而备受当局的青睐,《李鸿章请用伍廷芳(函)》指出了重用伍廷芳的原因在于其能“熟习西洋律例”,以应付亟需的涉外事务:“此等熟谙西律之人,南北洋需酌用一二人,遇有疑难案件,伴与洋人辩论。凡折以中国律例而不服者,即以西律折之。所谓以彼之矛刺彼之盾也。”于伍廷芳这样的法学精英而言,在其长年代表中国与西方的交流中,深知“公法”这一西方近代国际法体系并不能视为“公理”在制度层面的延伸,近代外交中“公法不公”才是常态,其尝感叹“各国行事,以强弱异势,多背公法。背之者多,则恐习之者少矣”,然而伍廷芳明知“公法”的作用有限,但仍对“公法”充满期盼,究其原因则在于伍廷芳虽知“公法”的作用并非万能,但其基于对法律本身的信仰,仍寄希望能在以“公法”为代表的国际秩序框架内解决中国长期面临的外交困境。

① 康有为:《实理公法全书》,载朱维铮编:《康有为大同论二种》,三联书店,1998年版,第6页。

② 梁启超:《变法通议·论译书》,载《饮冰室文集》(第1册),中华书局1989年版,第19页。

③ [美]惠灵顿:《万国公法》,[美]丁韪良译,何勤华校,法律出版社2003年版,第5页。

④ [美]惠灵顿:《万国公法》,[美]丁韪良译,何勤华校,法律出版社2003年版,第7页。

⑤ 林学忠:《从万国公法到公法外交》,上海古籍出版社2008年版,第158~173页。

二、传统法律与“公法”：从“异域想象”到治外法权

19世纪末的中国知识精英群体中存在着修律的共识，即便非在朝人士，对于修律的必要性也了然于心。郑观应在其1894年的《盛世危言》中感慨中律严苛，“然而中国繁刑严法，未免失之于酷。特以刑莫重乎死，缢首与斩首均死也，而肢体之全缺判焉，刑莫辱乎挞，挥鞭与施杖均挞也，而受辱之轩轾攸分矣”^①，应该对严法进行删改，“故知弼教端在明刑。今欲明刑，须除苛法。试将刑之制约面计之，缢首致死，系狱苦工，监作官奴，罚醵赎罪，鞭挞示辱，充发出境之数者，足以治轻重之罪而有余矣，毋或滥也。至于通商交涉之件，则宜全依西例”^②。同时他以日本为例，指出引入西法的必要。“今海禁大开，外国之人无处不在，凡属口岸无不通商，交涉之案无日无之。若仍执中国律例，则中外异法，必致齟齬，不如改用外国刑律，俾外国人亦归我管辖，一视同仁，无分畛域。且日本，东瀛一小国耳，参用西律宪法，西人亦归审理，非其明验耶？”^③此处的关键是指出了邻邦日本改用西律后“西人亦归审理”的局面。可见，收回治外法权是“改用西律”的重要原因。

在对待修律的问题上，与当时的大多数知识精英一样，伍廷芳也以法权之失作为修律的重要缘由，1897年伍廷芳就以《奏诉讼法请先试办折》上奏清廷，称“为教案迭起，内治无权，拟请变通成法，亟图补救事”主张变法以消弭中西法律制度上的差异。需要注意的是，伍廷芳与诸位同僚的合奏中，虽不乏对酷刑的笔伐，但在现存的伍廷芳材料中，未见更多的反思或批判传统酷刑的史料，更为常见的则是讨论另一个层次的问题，即“中西互通”的问题。而类似的观点亦在当时的知识精英中有迹可循，康有为论道：“外人来者，自治其民，不与我平等之权利，实为非常之国耻。彼以我刑律太重，而法规不同故也。今宜采罗马及英、美、德、法、日本之律，重定施行，不能骤行内地，亦当先行于通商各口。其民法，民律，商法，市则，舶则，讼律，军律，国际公法，西人皆极详明。既不能闭关绝市，则通商交际，势不能不概予通行。然既无律法，吏民无所率从，必致更滋百弊。且各种新法，皆我所夙无，而事势所宜，可补我所未备。故宜有专司采定各律，以定率从。”^④

其在《应诏统筹全局疏》中的言论，虽在开头指明“彼以我刑律太重”，但着重点仍然在于建议清廷开设法律局，以法律局的设立作为中西法律相通的基础。康有为还强调“万国交通”的前提和基础则是通过“修律”使中西在制度上相接轨，其在《请开制度局议行新政折》中：“若夫吾国法律，与万国异，故治外法权，不能收复。且吾旧律，民法与刑法不分，商律与海律未备，尤非所以与万国交通也。”^⑤康有为较为敏锐地察觉到，法权之所以不能收回的原

① 郑观应：《盛世危言》，夏东元编：《郑观应集》上海人民出版社1982年版，第501页。

② 郑观应：《盛世危言》，夏东元编：《郑观应集》上海人民出版社1982年版，第501页。

③ 郑观应：《盛世危言》，夏东元编：《郑观应集》上海人民出版社1982年版，第501页。

④ 康有为：《应诏统筹全局疏》，载《康有为全集·第4卷》，中国人民大学出版社2007年版，第19页。

⑤ 康有为：《请开制度局议行新政折》，载中国史学会编：《戊戌变法》（第2册），上海书店出版社2000年版，第252页。

因在于“与万国异”，改革旧法，引入西方法制则是收回治外法权的重要途径。不独有康有为，这种强调“中西互通”的思路在当时的知识精英中产生了共鸣。

除了郑观应、康有为外，主持修律的同僚对于中西法亦是秉持“中西交通”的态度。其中尤以沈家本为代表，他认为传统旧学与新兴法学之间亦可存在相当的关联性，这种关联使新学与旧学存在“融会贯通”的可能性：“今者法治之说，洋溢乎四表，方兴未艾。朝廷设馆，编纂法学诸书，将改弦而更张之矣。乃世之学者，新旧纷拏，各分门户，何哉？夫吾国旧学，自成法系，精微之处，仁至义尽，新学要旨，已在包涵之内，乌可弁髦等视，不复研求。新学往往从旧新学往往从旧学推演而出，事变愈多，法理愈密，然大要总不外情理二字。无论旧学新学，不能舍情理而别为法也，所贵融汇而贯通之。”^①

清末修律的一项重要原因在于收回治外法权，以往有观点将清廷之所以失去部分司法主权的原因归咎于传统法律体系本身的落后，这一做法可以说与当时西方舆论中普遍存在的“异域想象”不谋而合。^②而早在伍廷芳从事修律以前，晚近以来的西方世界对于中国法律存在文化上的误解，抑或者可称为对中国传统法律的“异域想象”，不少早期汉学家和艺术家通过夸张的艺术加工和超现实的渲染，不自觉地为中国传统法律贴上了“残酷”和“野蛮”的标签，而这种“异域想象”在某种程度上夸大了传统法律的缺憾。

无论是当时的修律大臣，还是来自西方舆论的“异域想象”，中国传统法律相较于近代的西方法律，本身确有严苛的刑罚，但这并不足以成为失去治权的缘由。若是仅仅以法律本身的“不合公理”为由否认中国的治权，无疑是列强肆意侵害中国司法主权的借口。深谙西方文化的伍廷芳自是对西人的这种偏见和其后果了然于心，他出任公使节期间曾致力于消除这种“异域想象”对美国舆论和社会的消极影响。他试图以能让西方人理解的视角来介绍中国传统文化和社会舆情，在向西方社会传播中国法律文化和法律制度的差异时更是积极地奉行此道。

在纽约律师协会发表的名为“中国法学”(Chinese Jurisprudence)的演讲中，此次演讲虽距离其正式担任修律大臣主持修律还有两年之久，伍廷芳仍对清廷的法律体系作了较为详细的介绍，并呼吁收回外国在中国的治外法权，给予中国的司法足够的尊重。伍廷芳在演讲中试图展现中国传统法律优越的一面，他认定中国的传统法律体系是具备高度文明性和体系性且能与现代文明接轨的法律，而绝非西方“想象异域”中的“野蛮”和“愚昧”。伍廷芳的讲稿从大清律例的体例着手，对当时清朝的刑事政策和刑法原则着手(名例律)，分别依照六部分类(吏、户、礼、兵、刑、工)依次对中国当时的法律体系进行讲解。在伍廷芳的演讲词中，他试图向西方阐明中国法是深具道德“烙印”的，且正是符合中国国情的，他以第180条“弃

^① 沈家本：《法学名著序》，载《法政杂志(上海)》，1911年第1卷第6期。

^② 卜正名、巩涛等汉学家认为当时的西方世界在酷刑问题上存在着对东方的“想象异域”，而这种想象的根源则在于西方世界力图证明西方自身文明的优越性。正是这种傲慢的态度使西方世界在对殖民地的征服中获得了道德上的满足感。卜正名、巩涛、格力高利·布鲁：《杀千刀：中西视野下的凌迟处死》，张光润、乐凌、伍洁静译，商务印书馆2013年版，第29～32页。

亲之任”^①为例,说明以“孝”为核心的传统道德伦理在律法中的体现。后以第1条“尊卑为婚”^②的规定为例,佐证当时实行的中国法律是既具有中国传统又兼具“道德性”的。

伍廷芳在演讲中坦言当时实行的部分规定未必是合理的,他以第107条“同姓为婚”为例,他说:“在中国内地的许多乡村和城镇,几乎当地所有居民都采用同样的姓氏。如果他们不被允许同姓之间的结婚将会变得难以实行。在这些地方放宽执行力度坦白来说是有必要的。”^③在他的讲稿中,除体现传统要素,他还强调当时的《大清律例》在个别条例上颇具与现代法律制度接轨的基础,他以《大清律例》中“户律部分”中第154条“把持行市”为例,将此条规定解释为“维护公平贸易、反对‘市场垄断’的法律规范”。除了按照体例的顺序解释外,他还其中加入了对传统的法律原则的解释,如在谈及第108条和第107条的“尊卑为婚”和“同姓为婚”牵涉到的“七出三不去”原则。^④

在介绍中国诉讼制度时,伍廷芳认为传统的司法审判与欧美的司法制度虽然形式表现不同,但丝毫不妨碍其审慎而周密的特性。他在演讲中坦言刑讯在当时的司法中的重要性是不可替代的,因为在当时的司法中“不存在没有口供的判决”^⑤,司法官员在司法过程中必须谨慎而小心,他以晚清著名的“杨乃武与小白菜案”^⑥为例,以此说明司法官员责任重大且同时传统的司法审判是审慎而周密的。对传统中华法系的司法官员的裁量权,其评价为:“正如我之前所说的那样,地方官员的司法权力非常大,在所有的案件中他们依照法律规定,但在法典和成文法中空白之处,他们被赋予了视个案公平的裁量权力。他的法庭不仅仅是一个普通法庭,同时是衡平法庭(Court of Euqity)。而且我需要指出的是,这同时是民事和刑事不分的法庭。”^⑦

伍廷芳又指出了传统司法仍然胜任的一面:“上述的中国法律和司法实践已经实行了数个世纪之久。无数代的中国人日常生活、工作、迁徙、死亡都在其影响之下。而时间证明它们是足以胜任人民的需要的。事实上是存在着个案的误判和司法不公之处,但他们相信这是无能或腐败的法官造成的,而不是由于司法系统的不完善或者缺憾所造成的。”^⑧不难发现,伍廷芳的讲稿试图打破西方社会对于中国传统法律的偏见,以展现当时中国成熟的法律文明,从而达到破除西方“想象异域”的目的。倘若从该文稿的角度来阐释,中国传统法律体

① Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, p. 20.

② 伍廷芳此时的身份依旧是清廷的驻外公使,以目前所知的史料来看,并未能有相应的史料证明伍廷芳掌握的传统法知识的程度,而在此稿中,则可见伍廷芳对当时的司法实践和法律条例有着相当的掌握。需要特别指出的是,此时离伍廷芳正式任命修律大臣主持还有年之久。伍廷芳对《大清例律》中各条目涉及的翻译,为避免歧义而列举其原文。Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, pp. 11~12.

③ Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, p. 11.

④ Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, pp. 11~12.

⑤ Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, p. 20.

⑥ 伍廷芳在原文并未直接指出这就是“杨乃武与小白菜案”,但从其对案情的经过和结果以及其影响力的描述来看,应当可以较为确定伍廷芳这里的例子就是轰动一时的“杨乃武与小白菜案”。Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, p. 22.

⑦ Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, p. 20.

⑧ Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, p. 24.

系是最为符合传统中国国情的存在,打破中国传统法律体系的目标是与西方法律制度相接轨,以期实现“中西互通”,伍廷芳也对此了然于心。

伍廷芳在介绍传统法律制度后,马上切入了“治外法权”的问题:“‘混合’的案例(笔者注:即涉外案件,原文为‘Mixed Case’)的发生,招致了这种司法制度的不平等和缺憾的发生,当我说到‘混合’的案件,我是指包含有中国人原告和外国人被告,或者反之亦然案件。在中国与多国签订的条约中,由于中国的法律体系与其他国家存在很大的区别,‘在混合案件中有一种原则对司法程序作了指导,那就是由被告的国籍官员进行审理,原告的国籍的官员参与观看审判过程,而法庭的组织则是以审理官员的国籍为依据’。这些条约的好处在于,如果一个中国人袭击了一个外国人,他将会适用中国法审判并采用中国刑罚,但如果他被一个外国人袭击,那么这件案件就必须被外国领事审理,适用相应国家的法律制度。而这些制度总体上而言比中国法要仁慈。而这种对加害者的刑罚上的差异性和不平等马上就显现出来。如果我们以谋杀案为例,假设一个外国人在争执中为中国人所杀,后者将被适用《大清例律》第290条第1款,它规定了‘凡斗殴杀人者,不问手足、他物、金刃,并绞(监候)’,^①而如果该案的情形相反,假设一个欧洲人或美国人杀死了一个中国人,此时的指控在任何情况下也不会导致死刑,在更多的情况下他将被判处长期或者短期的监禁,甚至以罚金了结。而如果中国人是由于玩笑或是完全出于意外而被杀死的,那么没有任何一家欧美法院在此案中会判处他有罪。而如果按照《大清例律》第292条则会有严重的后果,‘凡因戏(以堪杀人之事为戏,如比较拳棒之类)而杀伤人,及因斗殴而误杀伤旁人者,各以斗杀伤论。(死者,并绞;伤者,验轻重坐罪)。其谋杀、故杀人而误伤旁人者,以故杀论。(死者,处斩;不言伤仍以斗殴论)’。”^②

伍廷芳以此说明原本稳定的中国司法体系,因“治外法权”而造成了混乱和不公。伍廷芳还指出由于这种法律适用的畸轻畸重而带来的混乱,经常引发外国人与本地官员之间的冲突,而这种冲突也经常为本国人民所抱怨。基于以上事实,修律似乎是唯一的出路。他指出,清廷的现行法律已经不能适应时代的发展。“《大清例律》已经存在超过250年的历史,它其中的许多规定都是来自于前代王朝的法典。而它的适用性无疑是非常符合那个时期的社会环境,那时的中华帝国切断了它与西方的联系和交往。那时也并没有如现在那样拥有上千外国人居住和贸易往来的通商口岸,那时也并不存在与其他国家缔结含有治外法权(ex-territorial rights)条款与规定外国人享有特权的国际条约。以我微不足道的观察来看,是时候对《大清例律》进行彻底修正了……如果考虑到大多数居住在各通商口岸的外国人和这些外国人与本国人上百万的贸易数额,对我来说最要紧之事乃是编纂一部包含商标法、专利法、公司法和海商法等诸如此类法律的商法典,还有一部规定涉外案件管辖权的诉讼法

^① 为避免歧义,在此直接采用《大清例律》原文。Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, p. 25.

^② 为避免歧义,在此直接采用《大清例律》原文。Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, p. 25. Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, pp. 23~25.

典,对于此类法典的需求是如此的迫切。”^①

伍廷芳在这里不但指出了修律与社会经济发展之间的联系,更是指出了修律的本质还在于解决“治外法权”问题,而治外法权问题在实质上涉及国际私法所面临的管辖权问题,已经是一个本国法是否与他国法乃至“公法体系”相接纳的冲突法问题。由此看来,伍廷芳期盼的修律是以当时知识精英们所强调的“中西互通”为目标的,实现这一目标则有利于中国法律体系与“公法”体系之间的对接。既然本国法与“公法”之间的接洽如此重要,那么在与“公法”直接相关的外交实践中,积极地与“公法”体系相接洽又是否能取得伍廷芳所设想的那样良好的成效呢?

三、“公法不公”:伍廷芳与排华法案

伍廷芳开展的外交实践中,一贯奉行“公法”外交,在“公法”框架内积极争取“中外平等”,以“公法”求“公理”。虽然冠以“公法”之名,但这绝非代表“公法”能够代表自然法意义上的公平公正,伍廷芳作为早期的外交官员,其艰辛的外交履历使其较早地认识到,在涉外事务上秉持“公法”未必能收获公正。纵观伍廷芳的外交生涯,以其处理美洲各国排华法案事宜最为瞩目,故本文则以美国排华法案为视角。

自中美 1880 年《中美会订限禁来美华工保护寓美华人条约》签订后,排华法案有愈演愈烈之象。仅从目前美国国务院公布的《美国对外关系文件集》中就可以发现,从伍廷芳就任美国公使后的 1897 年到其卸任的 1902 年,仅仅就“排华法案问题”其先后与国务卿海约翰(John Milton Hay)、代理国务卿阿尔维·阿迪(Alvey A. Adee)、美国司法部长约翰格·里格斯(John W. Griggs)、助理司法部长詹姆斯·博伊德(James Edmund Boyd)之间的通信材料,涵盖的问题包括对 1894 年中美签订的《中美会订限禁来美华工保护寓美华人条约》的美国国内法效力认定、排华法案扩大化以及当时美属殖民地的排华法案效力以及劳工保护等诸多问题,而这些问题恰好与“公理”和“公法”相关联。

早在 1898 年 10 月,伍廷芳就与美方就海外华人人境美国的程序问题发生了较为激烈的争执,这场争执显示出伍廷芳为争取“中外平等”所做的努力。该争执始于 1898 年 10 月 5 日由美方发给伍廷芳的照会,美方的照会要求清廷停止给居住在外国的中国人颁发“非劳

^① Tingfang, Wu. *Chinese Jurisprudence*, The ARGUS Company printers, 1901, pp. 28~29.

工证明”(Certificate)^①,照会中援引了詹姆斯·博伊德的意见,称“根据1884年法案第6条,中国无法在中美以外的第三方国家为中国臣民发放有效的非劳工证明”,美方将停止对这样的“非劳工证明”发放签证。^②而这份照会的附件则是当时詹姆斯·博伊德对此事的意见。

詹姆斯·博伊德认为根据他前任的观点,1894年3月17日的条约中的“非劳工证明”必须由申请美国签证的非劳工中国人在其居住地的外国政府的官方机构颁发,他认为在条约的适用范围仅仅限制于“中国臣民”。詹姆斯指出1894年条约仅仅针对“中国臣民”,而1884年法案的第6条则是将有外国籍的中国人包含在内的,“因为难以被怀疑在这个条款下具有外国籍的中国人与中国臣民在被允许进入美国时必须提供来自相应的外国政府的‘非劳工证明’而不是来自中国政府的”。不仅如此,詹姆斯还在照会中称认为“在所有类似情况下中美条约和排华法案涉及的都不仅仅是中国臣民,而是中国人,当然本次的超出了讨论范围”——尽管他在照会中并未为此提供法律依据。^③

在他看来,中国在第三方国家的驻外领事并无权力给中国臣民出具如1884年法案规定的“非劳工证明”,更不用说“颁发给那些不是中国臣民的中国人”。他引用1884年7月5日条约第6条称:“所有被1880年条约和相关的法案赋予了进入美国的权利的劳工之外的中国人,应当取得中国政府的允许和证明身份,或是他所臣属的外国政府的允许和证明身份,并由此政府颁发相应的证明。”^④他认为条款中对中国人的“允许”(permission)和“证明身份”(identification)则“应当由相应的政府出具证明”,由此得出的结论是第6条的规定的由中国政府授权的领事官员在外国出具的符合第6条规定的“非劳工证明”是合法有效的。这里的“相应的政府”指中国政府或者是该中国人臣属的外国政府。但他认为这里的条款对中国臣民或是具有中国血统的非中国臣民是“分配性”(distributively)而不具“可选性”(alternative)的,而这就意味着,正如之前指出的那样,中国政府开具的“非劳工证明”仅仅限于在外国中国臣民。

随后,其援引了中美1894年条约的第3款,“……对以上的中国臣民进入美国的准许,

① 需要注意的是,在中美1880年条约中并无“Certificate”的规定,而中美1894年条约中,第2款规定的“Certificate”与第3款规定的“Certificate”是不同的,第2款规定的“Certificate”只针对已经在美的中国劳工,而第3款规定的“Certificate”则是针对非劳工的阶层的,所谓的“Certificate”就是除原先条约签订前且符合规定的在美劳工外,其他华人皆须要自证自己的非劳工身份的证明。在本文中,除特殊情况外,伍廷芳与美方照会中所出现的:“Certificate”,在本文中均译为“非劳工证明”。MacMurray, John Van Antwerp, eds, *Treaties and agreements with and concerning China, 1894—1919; a collection of state papers, private agreements, and other documents, in reference to the rights and obligations of the Chinese Government in relation to foreign powers, and in reference to the interrelation of those powers in respect to China, during the period from the Sino-Japanese War to the conclusion of the World War of 1914—1919*, Oxford University Press, pp. 9~10.

② United States Department of State, eds: “*Papers relating to the foreign relations of the United States, with the annual message of the president transmitted to Congress*”, 1899, U. S. Government Printing Office, 1899, p. 206.

③ FRUS, 1899, p. 188.

④ FRUS, 1899, p. 189.

他们需要提供来自他们政府或者是他们在之前所离开的居住地的政府的‘非劳工证明’，通过他们抵达的口岸的美国领事或外交官员的签证……”^①，他将对整个问题的观点整理为：“获许进入美国的来自中国的中国臣民必须出具来自中国政府的‘非劳工证明’，来自其他国家的居民则必须提供依据 1894 年中美条约所规定的居民居住地政府提供的‘非劳工证明’，而非 1884 年法案所规定的提供来自中国领事‘非劳工证明’”。詹姆斯·博伊德最后写道：“我应你之请求而陈述，依据我的观点来看，现行法律不能认可在第三方国家的中国驻外领事官员依据 1884 年 7 月 5 日中美条约而开具出的‘非劳工证明’的有效性。”^②可见，詹氏对伍廷芳的回应是基于 1894 年中美条约，而非 1884 年的美国国内法案。

对此，伍廷芳在 1898 年 11 月 7 日的照会中给予了有力的回应：“助理司法部长的观点并非基于美国立法机关通过的法律，而是基于 1894 年 3 月 17 日中美条约。虽然 1894 年的中美条约在条约规定的时间生效后，具有法律效力，但就现在而言，1884 年法案的第 6 条中规定的‘非劳工证明’(Certificate)仍然有效，这为您的前任代理司法部长理查德·奥尼尔(Richard Olney)的声明中所承认。我并不知道当他成为国务卿后改变了他的观点。”^③伍廷芳继续反驳道：“因为中美条约的第 3 款，在条约批准后法案第 6 条的内容而被修正，其内容现为‘对以上的中国臣民进入美国的准许，他们需要提供来自他们政府或者是他们在之前所离开的居住地政府的“非劳工证明”，通过他们抵达的口岸的美国领事或外交官员的签证’。而 1884 年法案第 6 条则认为在所有情况下，中国政府(通过他授权的领事)应当为居住在外国的臣民提供该类证明，只有在中国人归化他国政府后才由他国颁发此类证明。这也正是 1880 年中美条约赋予的请求权，但在实践中这样的请求却难以成行，因为有相当数量的中国臣民居住在没有中国领事的国家。而当未被批准的 1888 年的条约还在制定之时，双方就同意了从便利性考虑而赋予了条约‘可选择性’(alternative)，该类证明的颁发既可以为当时现行法律规定的中国领事所为，也可以由中国人居住所在地的外国政府所颁发，在此立法目的之下上述的该条款才被加入中美条约的第 3 条之中，而后被重新采用并加入 1884 年条约。”^④

伍廷芳进一步指出，“这就是国务卿贝雅德(Bayard)阁下宣示的美国和中国的条约谈判者的立法意图，在 1888 年条约被国会批准后，由时任国务卿贝雅德签署的以履行条约义务为内容的法案，而该法案将 1884 年条约第 6 条重新制定。制定后的法案包含有关于中国劳工以外的入境条款：‘首选取得中国政府或他们当时所属的政府的允许’，如果国务卿贝雅德是这样理解条约第 3 款的内容的话，那么他签署的法案中的规定就会是：‘所有居住在外国的中国人需要取得的非劳工证明必须来自他们所居住地政府而非中国政府’”。^⑤

伍廷芳继续指出：“同样值得注意的是在 1894 年条约被批准后，有一个包含 1884 年 7 月 5 日法案第 6 条的法案被引入参议院中以求重新赋予效力。此法案正如我告知的那样，

① FRUS, 1899, p. 188.

② FRUS, 1899, p. 189.

③ FRUS, 1899, p. 190.

④ FRUS, 1899, p. 190.

⑤ FRUS, 1899, p. 191.