

新法學

目 要

第一卷

第五期

(一) 疲勞審問	(樓)
(二) 法律之尊嚴何在?	(德)
法律教育之重建	孫曉樓
華僑在美國法律上之地位	查良鑑
關於離婚及別居的國際私法	李浩培
專利法的比較	黃應榮
聯合國安全理事會的組織與職權 (三)	錢清廉
談平民住宅立法問題	陳文藻
拋棄貨物損失如何求償	魏文達
戰爭法與中立法之新趨勢	周子亞
判例解釋例	永暉

新法學出版社

民國三十七年十一月十五日發行

新法學月刊目次 第一卷 第五期

社評

(一)疲勞審問.....(樓) (一)

(二)法律之尊嚴何在?.....(德) (一)

專著

法律教育之重建.....孫曉樓 (三)

華僑在美國法律上之地位.....查良鑑 (七)

關於離婚及別居的國際私法.....李浩培 (一三)

專利法的比較.....黃應榮 (二三)

聯合國安全理事會的組織與職權(三).....錢清廉 (三一)

談平民住宅立法問題.....陳文藻 (三七)

拋棄貨物損失如何求償.....魏文達 (四一)

戰爭法與中立法之新趨勢.....周子亞 (四三)

法律漫畫(五)

判解評述

判例解釋例.....永暉 (四六)

論院解字一三五七號解釋例.....章澤淵 (四九)

法律史話.....陳文藻 (五一)

編後.....編者 (五二)

則簡定預

本刊每月十五日出版

零售：每冊金圓十元

- 一、首次先預付金圓五十元
- 一、每期按定價八折優待、掛號或航空郵費另加
- 一、來函請逕寄新法學社業務部收

新法學月刊

第一卷 第五期

民國三十七年十一月十五日出版

發行人 孫曉樓
編輯者 新法學社編輯委員會
發行所 上海(9)南京西路六二四號
電話 三四六〇一

總經售處

中華書局

承印者 自由論壇報社承印組

版權所有，不得轉載。

廣告刊例

全面 金圓一百零五元
二分之一 金圓五十四元
四分之一 金圓三十元
六分之一 金圓二十四元
裏封面 金圓一百廿元

社評

(一) 疲勞審問

刑事審判，在法律還沒有進步的國家，往往不重科學，而重刑訊。當一刑事案件發生，於審判官找不到相當證據而被告又不自供認時，他們祇有用一種強暴脅迫的手段，來行使偵查。所謂強暴脅迫的手段，有的用敲打，有的用水灌，有的上電架，有的用火炙，方法雖有不同，要在使被告苦痛至不能容忍，甚至失去知覺時，不得不供認犯罪；此種供認，既非出於自願，當然全不可靠。中國刑法史上因刑訊之殘酷，枉死城裏，不知送了多少無辜，也不知造成多少冤獄。此近代刑法學者所以要高喊着廢除刑訊，要提倡偵查犯罪的新科學。我國刑事審判制，也在適應新的潮流，追蹤着各先進諸國的法例，革除刑訊的惡習。特於刑事訴訟法第九十六條規定：「訊問被告，應與以辯明犯罪嫌疑之機會，如有辯明，應命其就其始末連續陳述，其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法。」又第九十八條規定「訊問被告，應出以懇切之態度，不得用強暴脅迫利誘詐欺及其他不正之方法。是於訊問被告時，消極方面：

(1) 不得用強暴脅迫之方法，(2) 不得用利誘詐欺之手段。積極方面：(1) 應與被告以辯明之機會，(2) 應使被告於陳述有利之事實時，指出證明之方法，(3) 應出諸懇切之態度。積極消極，現行刑事法上之規定，不可謂不其嚴密。乃近日各地軍警機關，於訊問有犯罪嫌疑之被告，雖極力避免刑訊，然往往以連續不斷的疲勞審問，為偵查犯罪之方法，甚至不分晝夜，不給飲食，不許坐臥，不准睡眠，致被告精神失常，神經麻木，無法表達其自由意思，不能辯明其犯罪嫌疑，在無可容忍，神志昏迷中，供認其所不應供認之犯罪。其方法之兇暴，與其所加施於被告身體上之苦痛，亦何異於刑訊。是實為我刑事審判上最大之污點。希軍警當局，從速通令所屬各機關，於訊問被告時，絕對不得再行使疲勞審問；同時尤望司法行政當局，轉令各級法院，於軍警各機關以疲勞審問之方法而所得之供詞，絕對不得為採證之基礎；庶足以保障人權，而免冤抑。(樓)

(二) 法律之尊嚴何在？

在這樣一個時代，可以說世界上沒有一個人不在祈求和平，不過要世界和平，一定要有堅強的國際組織，要有堅強的國際組織，一定要維護國際法的尊嚴。

第二次世界大戰結束了；波茨坦宣言說：「對於包含虐待

我等的一切戰爭犯罪者，應加以嚴重的裁判。」又說：「欺騙和錯誤領導日本人民，使其妄欲征服世界者之威權和勢力，必須永久剔除。」這個宣言在國際法中確立了兩個新的原則，一是破壞和平者，應於審判後剔除。二是參預破壞和平者之個人

，亦應負罪責。這兩個基本原則，在歐洲方面有紐倫堡的國際軍事法庭，來受理歐洲的納粹戰犯。在遠東方面有東京國際軍事法庭，來受理日本戰犯的審判。一東一西，都有許多法律專家在那裏搜集材料，調查證據，根據波茨坦宣言以審理國際戰犯，以維護國際法的尊嚴。我們於紐倫堡法庭的判決，沒有什麼批評。不過看到東京法庭的審理日本戰犯，費兩年的時間，至本月始告結束；將戰犯東條英機，廣田弘毅，板垣征四郎，荒木貞夫，橋本欣五郎，畑俊六，平沼騏一郎，星野直樹，賀屋興宣，木戶幸一，小磯國昭，南次郎，岡敬純，大島浩，佐藤賢了，島田繁太郎，白鳥敏夫，鈴木貞一，梅津美治郎等十六人判處無期徒刑；東鄉茂德判處徒刑廿年；重光葵判處徒刑七年。其量刑是否確當，我們亦暫置不論；惟波茨坦宣言中所謂領導日本人民，使其妄欲征服世界者之威權；這威權究係何人，是否僅限於上述判處罪刑的東條廣田等廿七人？查日本天皇裕仁，為日本一國最高之統帥，亦為日本一國最高之權威；彼不僅發動此滔天大禍的侵略戰爭，益且締結德日意三國協定；所有日本的一切重要國策，均以日本天皇之御前會議方式行之。東京國際法庭庭長威伯 Mr. Webb 氏說：「日皇裕仁是戰爭的罪魁，當日皇下令終止戰爭時，無疑的已證明他為權威」。乃東京法庭之判詞中，竟三度為日皇裕仁開脫戰罪，說他是素性和平，說他是主張不擴張政策，說他是反對三國協定。以這樣一個侵略者的罪魁，這樣一個侵略戰的禍首，不特不予治罪，且竟未予提審。大公報批評此裁判為主犯無罪，從犯有罪，實非過言。威伯氏身為庭長，又明知其為戰爭之權威，而仍敷衍了事，不作一堅定之主張，致此侵略者之威權者仍居統治者之高位，而消遙法外，法律的尊嚴何在？國際的正義何在？

(德)

紅 高 樂

香 煙

煙 中 權 威

專著

法律教育之重建

孫曉樓

應從速推行理實並重制

在此舉國上下，祈求着實施憲政，推行法治的聲浪中，法律人才的培養，當然逐漸逐漸的被人重視着，而法律教育制度的改良，亦可謂當務之急。不過關於法律教育制度的改良，各人有各人的主張，而大多數研究法律教育的人們，都集中於法律學系科目和學分的改善。例如課程方面，有的認為法律學系已設的科目過多，應速設法減少，選擇最重要者以修習之。有的認為法律學系的科目太少，應當酌予增加，免得挂一漏萬。又如學分方面，有的認為教育部章所定，一百四十二學分不免太多，以四年的時間來修習，恐學生忙不過來，所以主張減少。有的認為法律學系的學科非常複雜，一百四十二個學分實在不敷分配，應當設法增加。振振有詞，各有各的主張，我們固不能說他們的主張全無理由。不過法律教育的缺點，是否即在上述的幾點，是不是祇在幾門學科的出入或學分的多少，似乎還成問題。我認為當今中國法律教育上最嚴重的問題，還在教授的方法；我們看到國內一般法律學系的教員，其教授方法，大多數抄襲了日本的方法；上焉者，自編講義，在教室裏念誦講解，次焉者，則取他人所編的講義，在教室裏念誦講解，下焉者，則取六法全書的條文在教室裏念誦講解。而其講解之內容，亦不過將文義加以註釋或者外加許多法國的學理，德國

的學理，英國的學理，美國的學理，日本的學理，或者附加許多的德文字，法文字，英文字，日文字，這一大套；或者還有所謂肯定說的理論，否定說的理論，折衷說的理論，講了又一大套。而究竟中國的理論在何處，實際的中心問題在那裏，則罔然不知所答。這種教授方法，可以說是風行一時，教實體法的是如此，講手續法的也是如此，教民法的是如此，教刑法的也是如此，教普通法的是如此，教特別法的也是如此，所以在國內一般的法律學校畢業生，於學校裏的功課，讀得很熟，成績很好，各種各說的理論知道得很多，好像滿肚子的法律，畢竟你請他做一張刑事辯訴狀，便發生了疑難，尤其是要他們到法院裏去工作的時候，往往什麼不懂，不知從何着手，無論做律師做法官，一些一微都要從頭學起，好像過去所學的，和他現在所做的，是風馬牛不相及者。這種病象不是某一法律學校是如此，可以說是中國法律教育一般的現象，也可以說是中國各種教育一般的現象，這究竟還是法律科系學分多少的關係呢，還是科目種類的關係呢？我認為這種通病，既不是在於學分的多少，也不是在於科目的種類，實在是由於那宣讀講義式的教授方法，是貽誤了一般青年學子了。理論學科不能和實驗學科配合，這是中國教育上一般的錯誤，因為這種錯誤，所以我國的法律教育有左列幾點的通病：

一 充滿理論的幻想 一個學生在學校裏所研究的，假使

祇是各種空泛的理論的檢討，而沒有實驗的機會，其結果便不免使其充滿了理論的幻想，他的腦海中可以滿記着什麼主義，什麼學理，什麼法國制，德國制，英國制，日本制，甚至有所謂烏托邦的理想制，但是中國的歷史背景呢？社會的實際問題呢？則瞠目不知所對，這種法律學生，使任立法工作，可以造成很多的僅憑理想不切實際的法律制度，如任司法工作，恐怕什麼實際問題都不能解決，此其一。

二 不能自動的研究 研究學問，自動的是勝於被動的，因為能自動才可以發展他的天才，表現他的個性，這是教育家所公認的事實。然而概觀現在一般的法律科系的教授方法，正像我所說的在教室裏教課，大都拿講義來宣讀講述，完全是被動式的灌輸，沒有問題提出，也沒有例案討論，祇是拿一本講義來誦讀。學生呢，有的熟讀講義，有的強記條文，所謂死讀書，「讀死書」舉一而不能反三，思想難以開展，一遇到問題，便無以應付，此其二。

三 不合社會的需要 法律科系的畢業生，經過大學四年的訓練，我們希望他能出而應世，無論為律師為法官為立法者，都可應付，不致發生困難。然而實際情形如何呢？看到一般法律科系的畢業學生，真如我上面所說的，要他撰一張辯訴狀而不能，要他做一審判筆錄而不能，要他擬一判決書而不能，要他訂一租賃契約而不能，無論為律師為司法官，都要從新的學起，在學生所學的完全不是社會需要的，其不合社會實際需要者如此。此其三。

以上許多缺點，其最大原因，便是因為過去的法律教育是重理不重實；即是偏於理論的研究，忽於實務的研究，換句話說，便是實務科目，不能和理論科目相配合。學生於法律理論

上或許研究得相當高深，但是實際經驗則完全沒有。所謂千聞未得一見，究竟真相如何簡直莫明其妙。有許多學校裏，為補救此弊，特設訴訟實習一科目；然而其所謂訴訟實習者，於形式上，則各種設備與公文程式，既完全與實際不符；於精神上，則因各種訴訟事實皆出諸虛構，學生每兒戲視之，甚至或不免養成學生有玩忽法庭捏造偽證之惡習；故現在各大學法學院所實施之審判實務或訴訟實習，其功效幾等於零，或且害多於利；故此種審判實務或訴訟實習，決不能救濟過去法律教育之缺點。余認為欲糾正此弊，應切實推行理實並重制：推行理實並重制的方法，尤應注意到左列數點的改進：

(一) 問題討論 所謂問題討論，即是就課程的範圍，由學生自己擬出許多實際的問題，先自行互相討論，然後加以批評；或由教師擬出許多實際的問題，囑學生一一解答，解答有不當時，由教師加以最後的說明。這種問題討論，於學生印象較深，且可引起學生不少的興趣。這種問題討論，即是英美德法的所謂Seminar制度，日本早稻田大學法學系的許多主要科目都附設「特殊研究」一課，其用意也在於此，這於學生是很有實益的。

(二) 例案研究 什麼叫做例案研究，所謂例案研究者，即是將法院已經判決案件，就其主文事實理由三者加以分析的研究；先將該案件的事實弄清楚，然後研究他判決的主文，由那個主文再研究他判決的理由。究竟牠為什麼這樣地判，為什麼要適用這個法條，為什麼不適用那個法條。這判決的中心思想是什麼，時代背景是怎樣。這種制度即是美國法律教育家郎特爾Langdell所發明的例案研究法(Case Book System)，他的好處是在使研究法律的人們，養成一種分析的頭腦，曉得如何

活用法律，於學生也是很有益處的。

(三) 法院的實習

法院的實習，和法律學生的訓練是有極密切的關係，這好像學工的工廠，也好像學醫的醫院，沒有進過工廠實習的工人，決不能成為精巧的技工，沒有進過醫院實習的醫生，也決不能成為有名的良醫。工程如此，醫學如此，法學更是如此，因為法院是法律例案創造的地方，也是運用法

理的地方，法院內部的組織，固相當複雜；一件公文究應怎樣呈送，怎樣審理，怎樣判決，怎樣執行，都有牠一定的程序，一定的步驟，不能故為出入；學生在法律科目中，雖是每天在那裏講法院的組織，訴訟的程序，審判的方法，然究竟法院的內容是怎樣，程序是怎樣，審判的方法是怎樣，還是一無所知，這所謂千聞不如一見，聽的次數或已不少，然而實際機構的運用還沒有機會看到，即或看到，或許是走馬看花，沒有機會作實際的演習，畢竟理論是理論，事實是事實，彼此各不相謀。所以在德國，一個法律學校的畢業生，要做推事檢察官或律師，類須經過三年長期的法院實習；日本的法律學校畢業生，亦須經過二年的見習，方得為正式的司法官；英國的法律學生，類須執行法律有相當成績，方可取得法官的資格。我國法律學生於大學畢業後，經司法官高等考試及格者，應在法官訓練所或法官班受訓，在受訓期間內所授的科目，猶以備於理論者為多，與普通大學課程不相上下，受訓期滿後，即分發至各法院任推事檢察官。余認為此種訓練辦法，於實際經驗尚不敷逮甚；欲求理實配合，則各大學法律學系的學生，均應於大學行將畢業前，至少在法院應有五個月的實習，其第一個月在檢察處實習，第二個月在審判方面刑事庭實習，第三個月在民事庭實習，第四五兩個月在上訴法庭實習。在實習時期，最好能實

際參加審判程序，由學校之教師與法院之法官共同合作，負責指導，學生在五個月中，又應每日作日記報告各一，作為學業成績之一部，如此則法院之實際狀況與法律之如何適用，當可知其大要。

(四) 法律救助社之實習

法律救助社 Legal aid society

在英美各國大都是學校的教授和學生共同組織的，這是一個有慈善性的社會事業，在救助社裏辦案是不收費的，因為社會上貧苦的人太多了，他們受了冤屈，在沒有錢請律師而想請求法律救濟的時候，可以到法律救助社請求救助，這辦法的好處，可以排難解紛，減少社會上許多無聊的糾紛，直接為社會造福，同時法院方面，可以得着不少的幫忙。尤其重要的，是於學生方面，在一方面增加其熱心公益的道德觀，在他方面可以使學生知道進行案件必要的手續；如何與當事人接談，如何當律師辯護，如何審理案件，使學生明瞭法律以外的種種事實問題，一切都在很嚴重的環境下得良師益友的剴切指導，較諸在教室內的演講，一定得益多多了。

以上四種辦法，都是法律學校中，於實務上所最應注意的方法，這許多方法，可以救濟現在中國法律教育偏於理論研究的缺點。回想到中國前清時代一般科班式的研究法律的人們，當然他們研究法律的方法，未必有什麼大的價值；不過他們以實際的方法來研究法律，也有值得我們注意的地方。譬如當他們追隨一個老師研究法律的時候；這老師也可以說他是導師；他對這導師正好像徒弟之於師父，不但學他的技能，並且學他的做人；他跟着這個師父學法律，不是在教室中研究法律，也不是在條文中研究法律，更不是在講義中研究法律；他們是在辦案中研究法律，當他老師辦理一案件時，他便聽從他老師的

命令，按部就班的跟着老師學，一個書狀如何撰，撰了如何呈，呈了如何審，審了如何判，判了如何行。案情明白了，要查有無前例，查到了例，要尋有無刑律。一字一句，一舉一動，都在辦案中，在學中辦案。也有許多刑名師爺，祇是從老師辦二三案件而可以完成他的學業的。甚至有僅從老師辦一素而完成他的學業的。我舉這個例，當然不是希望中國的法律教育，回到刑名師爺的那條路上走。不過他這種導師制式的實務訓練，其優點也有不可磨滅的地方。中國古代的教育方法，原也是教研究學問的人，能時時實驗，論語上所謂「學而時習之」，這「習」字的真義，決不是拿本古書來時時念讀朗誦，就算求學。其所謂學，是叫我們「學」做人。學做人不是一學便成，是要叫我們學而時時的練習，時時的實驗。必如此的學，才是真真的學，是真真的習，方能收學習的成效。不然書本是一套，事實又是一套，滿腹不合時宜，空泛的唱高調有什麼用處？最近英美各國的大教育家，所提倡的社會實驗制 (Practice Laboratory)，觀察實驗制，(Observant Participation) 功能實驗制 (Functional penetration) 和例案研究制 (Case study Systems) 等等，都是救濟教育偏於學理的缺點，也可以說是他們的教育家，已覺悟到理論和實務應當互相配合的重要；提倡新法學，一定要用新的方法來培養新的法律人才，是即新法學之實施，必求法律教育之重建，法律教育之重建，應從速推行理實並重制。

中天電機廠

CHUNG TIEN ELECTRIC CO., LTD.

Established 1932

主要出品

磁石式
共電式
自動式

電話機 交換機

營業處

總製造及工廠	天津 (10) 岳陽道 174 號	電話：35264 34143
上海分廠及辦事處	上海 (20) 法華路 82 弄 31 號	23721
漢口辦事處	漢口 (7) 車站路 63 號	—
北平辦事處	北平王府井大阮府胡同 33 號	50751
台灣辦事處	台北市重慶南路一段 66 號	2487

本外埠各電料行均有出售

華僑在美國法律上之地位

查良鑑

美國法律號稱平等，然其間對外籍僑民亦嘗有未能一視同仁之處。此中歧視或限制，當然各有牠的歷史關係和社會因素。茲篇所及僅就我國僑民在美國法律上之地位，略述其沿革和內容，以供讀者之參攷。

美國當草創之初，內部尚未完全開發。荒地衆多，墾殖需人。對於僑民入境，不惟毫無限制，政府且表熱烈歡迎。在十九世紀初期，美國各州的法律，甚且准許外國僑民同樣有選舉權。直至一八七五年，時遷情異，政治社會基礎，俱臻穩固；國會乃開始通過禁止外國娼妓及罪犯入境之法律。嗣後又復陸續通過限制移民之幾種法律，而至一八八二年至一八八六年間，竟有專為限制中國僑民移居之三項法律，次第通過實施。從此中國僑民即迭遭歧視，而不得享受美國法律上之自由和平等。

移民律的頒行。依一八八〇年十一月十七日中美所訂之移民條約第一條規定；美國政府對於華工入境或居留，得加以限制；但不得完全禁止。同時該項條款中，復規定此項限制，必須合理，且僅對於華人赴美充當勞工者為限。其他人士並不在限制之列。

條約第二第三條中規定，中國人民之入境者，如係教師學生商人旅行者，或其攜帶之僕從，以及業已在美之華工均可准其自由出境或入境。且美國政府為保護華僑之身命財產起見，並規定予以最惠國待遇之權利，特權，豁免，及一切享受。惟不准其入美國籍而已。(一)

然美國國會於一八八二年五月六日通過法案，竟完全實行停止華工入境(二)。其停止期限為十年。按其規定，凡一八八〇年以後赴美之華工或於該法律通過後九十天內可以赴美之華工，仍可保留出境或返回之權利。當時美國政府並給他們一種身份執照。持有人可憑此執照自由出境或返回。奈為時未久，至一八八八年美國國會竟又通過一法案，對於所有離境而未返回之華工，一律停止入境，並以前所發之執照，亦一概宣告無效。事出突然。於是善良之華工雖持有執照，亦不能再返美國境內。那轟動一時的 Chai Chan Ping V. United States 訟案(三)就是因此而發生的。

案中蔡成平是一中國勞工。一八七五至一八八七年間，一直居於舊金山。一八八七年來中國。他持有准許返美之執照。一八八八年九月七日由香港乘輪船返美。十月八日到達。移民局即不准其上岸。緣上述之新法案，已於十月一日國會通過。因而將其返境之權利剝奪。當時蔡成平不服，乃涉訟於法院。幾經上訴，均遭駁回。美最高法院置國際條約之尊嚴於不顧。雖承認此項廢止入境之法律與中美條約之精神相抵觸，而仍主張條約之效力不能束縛國會通過之法案。且認為國會對於條約可以任意廢止或修正。故對僑民入境祇要國會認定某種人民不易同化，而有礙於治安時，即可宣告禁止入境。此案判決後，對中國僑民打擊至大。此後法律之限制亦更嚴。按一八八二年之移民律(四)僅限制華工於十年內不得入境，而至一八九二年竟又展期十年。至一九〇二年，居然改為永久的停止。(五)

在此時期中，華人之不受上項移民限制者，祇有前述之教師學生，商人，及旅行者四類，以及此四種人的妻室兒女。其後一九二四年之移民律第十三條及一九三〇年六月十三日修正案，雖規定有凡不准歸化美國籍之外國人亦在不許入境之列，但上述之四類華人並不受其拘束，仍可自由入境。不過事前須取得美國領事之簽證而已。

惟此種法令概括籠統，在實際應用時，疑難多端，極易發生糾紛。一九〇五年有旅美華人歐君因赴加拿大工作，旋後返美，遂生問題。歐君自一八五九年至一九〇五年間一直居住美國。一八九四年時政府根據前所通過之法案，予歐君以居留證。其職業載明為土木技師，自非普通之勞工。但一九〇五年歐君赴加拿大工作，迨返美時移民局竟禁止其入境。其所據理由謂他的職業雖未列為華工，但他既非教師學生又非商人或旅行者，法無明文。故拒絕其入境。後經訴之法院，始獲判決勝訴。在法院方面，認為法律之本意係在限制勞工；對於在美國境內有住所之華人，暫時雖境，而仍欲返回者不應剝奪其權利。(六)事雖終告解決，而此一華僑所受精神物質之損失實已不知幾何。

此外另有一案，為一九〇六年，廈門有演員欲赴菲列濱演劇。美國駐廈領事在簽證之前，先自美國政府請示。旋得指令謂戲劇演員幻術家皆不在特許之列。其理論謂，法律所規定者乃祇准特許之四類華人入境。並非謂未受法律禁止的人，皆可自由入境。(七)然此亦不過任意解釋之一例。實際上此項法令上之解釋根本即具彈性。如書報編輯人並非特許之四類華人，而一九〇八年美國勞工部則認編輯人之職業與教師相彷彿。因而亦在特許之列。

考美國國會之所以歧視華工，限制華工入境，其主要原因實受當時加州反華人士之影響。中國僑民大都聚居於美國西部各州，尤以居住加州為最多。中美人民語言隔閡，習慣不同，因隔膜而生詆毀。認識不確，辭過其實。而政府方面，誤信加州人民之片面宣傳，遂有此斷然處置。加以我國滿清政府衰弱無能，未能作強有力之抵抗；所提出之抗議，溫和怯懦，自不為美政府所重視。而另一方面加州政治舞台人物，又多以華僑問題作為其政治宣傳之標題。所以當時國會中通過之反華法案八次中，竟有七次在選舉之前通過。可見此一問題在美國國內政治上的意義。

不過美國之施行華工限制，實亦不能視為對於一般華人之歧視。以時當美國人口增加，工作機會減少之際，此項政策自亦另有其經濟上之理由(八)

第二次世界大戰後，中國國際地位增高，經多次交涉，美國國會始於一九四三年十二月十七日將以前各項排華法案，宣告廢止。嗣後每年准許華人一百零五人入境，而華僑在美國法律上之地位亦因而提高。但其中仍有歧異之點，即其他外國人如歸化於他國，可以就該國之限額內登記入境。而中國人入境，則不論其是否已歸化其他國國民，仍當算入中國之限額內。又美國人之外籍妻室，可以隨同入境，而美國人之華籍妻室，則又必算入中國人之限額內，方可入境。

歸化問題。外人歸化依美國憲法第十四條補充規定，凡在美國出生或歸化之人民，受美國政府管轄者，皆可為美國國民。就憲法文字上言，所謂出生，歸化，自無種族之區別。且實際上在一八七〇年以前白種人以外之外籍人民，歸化入美國籍者，亦屢見不鮮。但自美國國會通過移民律後。對於東方民族

却有極顯然之區別。東方各國如日本，印度，阿富汗，緬甸，朝鮮，中國等人民，均受排除，而不准歸化為美國籍人民。祇對菲律賓人有一例外；就是視其曾否在美軍服役三年以上。若能具此資格，即可歸化。華人方面此種待遇，直至一九四三年第七十九屆國會修正法律後，才見改善。

通婚限制。美國各州法律不同，白種人與有色人種因生活習慣不同，社會歷史背景各異，有少數州的法律，即禁止白種人與有色人種通婚。如德克薩斯州，刑法第四九二條即有明文規定。愛德荷州亦有明文禁止白種人與蒙古種人結婚。密希西比州禁止白種人與黑人或蒙古種人結婚；尼布拉斯加州禁止白人與華人日人或黑人結婚。南加羅蘭那州規定白種男子不得與印第安人或黑人結婚；規定白色女子祇能與白色男子結婚，但白色男子可與中國女子結婚，而白色女子不得與中國男子結婚。(十)

美國設此種限制的，約有十八州。要皆因種族不同。美國人優越感之成見未能泯除，因而對於華人有此限制，今後欲改變此種不合理的錯誤觀念，自非設法尋求兩國間彼此瞭解之途徑不可。中美文化之交流，和中國自強不息的努力，實尤為今日所不應忽視的大前提。

關於土地權問題。關於外僑在美國境內能否享有土地所有權，這問題向有習慣法及成文法兩種不同的處置。就習慣法言，美國境內的外籍僑民死亡時，如未有遺囑，其遺產應歸美國國庫。又美國國民死亡時，如未有遺囑而僅有外籍的親屬或後裔，該遺族並不能繼承其遺產。現在各州對於外國僑民，能否購置或租賃地產，頗多於法律內加以規定。華僑在一九四三年以前，因係不能歸化美籍的人民，在阿利佐那州，加利福尼亞

州，愛得荷州，路易斯安那州，蒙大那州，新墨西哥州，俄勒岡州等，法律都規定不准購置或租用土地。一九四三年一月中美簽訂新約，及同年十二月十七日美國法律修正以後，各州方始准許華人和其他外國僑民同等待遇。不過各州對於一般外籍僑民之購置或租用土地，有特別限制者，中國僑民亦同。

茲就各州規定的內容列舉如次：

(一) 准許外僑享土地所有權者——阿拉巴馬州，阿肯薩斯州，卡魯來達州，康那克第卡州，第樂衛州，佛羅利達州，佐治亞州，堪薩斯州，肯塔基州，緬因州，梅利蘭州，麻賽邱賽州，密希根州，紐漢姆什爾州，紐傑賽州，紐約州，北加羅蘭那州，北達科塔州，奧海俄州，路得艾蘭州，南達科塔州，田納西州，德克薩斯州，猶達州，委爾蒙州，凡幾尼亞州，

(二) 准許外僑享土地所有權，但略有限制者：

甲、伊利諾州——外僑達二十歲時，須將該項所有權出售於善意的美國人，或於取得是項所有權後，六年之內歸化為美國人。

乙、印第安那州——外僑所享之土地所有權，以三百二十英畝為限。

丙、密蘇利州——外僑得享土地所有權，但政府得隨時沒收。

丁、內華達州——外僑不得在該州境內購置土地，受人遺贈或繼承者除外。

戊、賓夕凡尼亞——外僑得享土地所有權，但以五千英畝為限。或以每年純收益二萬美金之地產為限。

乙、南加羅蘭那州——外僑土地以五百英畝為限。

(三)關於外僑地產之其他規定：

甲、伊奧華州——

◎居住州內之外僑與本州人民同樣享土地所有權及租用權。

◎不居於州內之外籍孀婦，繼承人，或受遺贈人，在州內取得土地者，應於二十年內出售之；或即移居州內。若逾時不辦即由州政府將其土地沒收。

◎外僑所有土地以三百二十畝為限。

乙、明尼蘇達州——外僑得享土地所有權，或租用權，以九萬方尺為限。但有下列例外：

◎該項土地係受遺贈或繼承而取得者；

◎該項土地係因債務抵押關係而取得者；

◎自耕農可有一百六十英畝之土地。

丙、密希西比州——

◎對於居住州內之外僑土地所有權及租用權並無限制。

◎非居住州內之外僑，除因債務抵押關係取得之土地權外，不得享所有權或租用權。而此項取得之土地權，亦祇以二十年為限。

丁、尼布拉斯加州——

◎外國人的得土地所有權祇以五年為限。如因抵押關係取得者亦不得過十年，逾期即當出售之。

◎居住州內之外僑受有遺贈之土地，須於五年內

處分之。

戊、俄克拉荷馬州——

◎居住州內之外國人與州民同樣享土地所有權及租用權。

◎非居住州內之外國人除因抵押債務取得之土地權外，不得享所有權或租用權，但此項權利亦祇以五年為限。

己、華盛頓州——

◎外國人除因繼承或抵押關係取得之土地權外不得在境內享土地所有權或租用權。

◎上述之土地應將煤鐵及其他金屬之礦地除外。

庚、威斯康辛州——除因遺贈繼承或債務等關係取得之土地外凡不居住境內之外僑祇得置有三百六十畝之土地。

一般而論，華僑在美國各州購置土地等事與其他外籍僑民並無何特異之點。惟加利福尼亞州與內華達州以及西方各地早年對於華僑均特別加以限制絕對不許購買土地。迨至一九四三年十一月十七日美國承認華人得歸化美籍後，加州等當局始宣告華僑亦得同享土地所有權。

關於私人權利保障。美國憲法對於人民私權的保障向極週密(十一)各州非依法定程序不得剝奪人民之生命，自由或財產。對其境內之人民亦不得拒絕給予法律上之保障。美最高法院曾一再確認此項保障對於外國僑民亦同樣有效力(十二)。換言之，就是僑民所得的安全保障在美國法律之前是平等的。

所以在美國之中國僑民同樣可以自由依法訴訟，主張權利。美國法院歷次判例，均認可外籍僑民亦得在州法院互相涉訟。

。即其訴訟標的為一在外國成立之契約，或在外國發生之侵權行為，亦同樣可以依法起訴（十三）起訴時當事人是否僑居境內並無關係；因境外之外籍人民同樣可以在美國追訴權利。美國法律甚且承認敵國人民亦可為訴訟當事人而不受限制（十四）此種民主精神確為美國政府所獨具。

至關民事訴訟，依美國法院向例，均須先繳訴訟費用，以為担保。當事人有時因經濟狀況，不勝負担，人民可以請求訴訟救助，免繳訟費。惟此項權利祇限於美國人民享有，外籍人民則不得有此待遇（十五）

中美邦交一向親睦，百數十年來，兩國人民的往還居住，數不在少。過往美國政府對於中國僑民在美國境內，既予以旅行居住及經商之種種權利，近年以來又將法律上一向所予華僑之種種限制和束縛，逐一解除。自中美新約告成，兩國政府更互相保證『在各該國管轄所及之領土內，給予對方人民關於法律手續司法處理和各種捐稅徵收，及其他事項之一切待遇，絕不使其低於本國人民所享受』（十六）行見此後兩國人民之權益將益得保障。彼此間瞭解與認識，亦可日益深刻。

當此舉世渴望和平之際，消弭人類間的一切隔膜和誤解，端賴各民族間的互信互愛，相勗相助。法律之前待遇平等。然後普天之下盡人安樂，世界和平方有實現之望。

註

(一) 一八九四年三月十七日中美移民條約參考

(二) 一八八二年法案曾於一八八四年七月五日修正補充

(三) U.S. Supreme Court 130 N. S. Reports 581.

(四) 22 State 58 (1882); Hackworth, Digest of Int. Law, 330.

(五) 32 State 172 (1912).

(六) Ex parte Ng Quong Ming, 135 Fed 378,382.

(七) 23 Op. St. Gen. 485.

(八) Beard and Bagley: The History of the American People, p. 385.

(九) Davie, World Immigration, 328.

(十) Martinadale Hubbell Law Directory, Vol. III, 1948.

(十一) 美憲法第十四條補充案

(十二) Wick v. W. Hopkins, 118 U.S. 356.

(十三) Iannis v. Long, 284 Mass, 403, (1933).

(十四) Hutchinson v. Brook, 11 Mass. 119; Schaffernis Goldbery.

(十五) Neuback v. Holmes, 44 App. D.C. 67.

(十六) 一九四三年中美新約第五條

裕 昌
機 器 五 金 號

專 營

火 等 新 型 設 備

一 切 船 用 及 防

名 牌 機 器 另 件

大 小 引 擎 馬 達

址 地

北 蘇 州 路 八 九 四 號 二 〇 號

電 話： 四 三 三 三 二 號

關於離婚及別居的國際私法

李浩培

一

在國際私法中，離婚與別居發生頗多複雜的問題。這是由

於各國關於這兩事項的立法內容至為紛歧的緣故。我們如稍涉獵比較民法，即可知現代各國並非均同時採取離婚及別居的制度。在一方面，一部份國家——如意大利，愛爾蘭，原屬帝俄部份的波蘭，阿根廷，玻利維亞，巴西，智利，可倫比亞，巴拉圭，秘魯等國——的立法，認為婚姻關係祇可由當事人一造或兩造的死亡而消滅，故不准離婚，祇准別居。奧地利亦禁止其天主教人民的離婚。在另一方面，羅馬尼亞，保加利亞，以及希臘等國的法律祇有離婚制度，而無別居制度；德國法叢書所規定的「夫妻同居的停止」(Aufhebung des ehelichen Gemeinschaft) (註一)有類於別居，却並非別居。大多數國家的立法之既許離婚，又准別居，確屬事實，但離婚及別居的法定原因仍至不一致。例如：美國的紐約州認通姦為惟一的離婚原因，南美的厄瓜多爾甚至認妻的通姦為惟一的離婚原因；但一般國家的法律常規定頗多的法定離婚原因，中比等國的法律且規定當事人得兩願離婚，現代蘇俄的法律以及墨西哥數邦的法律則更進一步，承認當事人一造的意思即可發生離婚的効力。(註二)

關於離婚與別居，各國法律的不同，約如上述。我們的工作，主要的為解決應以何法為準據法，換言之，法律衝突的問題。但這問題與審判權衝突的問題具有密切的關係。事實上，

欲澈底明瞭前一問題的解決，非同時明瞭後一問題的解決不可。故我們擬先討論後一問題。

二

一國的法院，是否就一特定的婚姻，有宣告離婚或別居的審判權，(註三)自依該國的程序法——通常為民事訴訟法——定之。統觀各國的法律，關於離婚及別居，審判權的行使，有以當事人的在內國有住所或居所為條件者，如英美是；亦有以當事人的具有內國國籍為條件者，如匈，捷，波，土等國是。因此發生審判權衝突的問題。茲先敘述若干國家關於離婚及別居審判權行使的大概，然後討論審判權衝突及其解決方法。

(一)英美。依英國法，英國法院對於離婚事件的行使審判權，以起訴時當事人在英國有住所為必要(註四)。因妻以夫的住所為住所，故在實際上，起訴時夫如於英國有住所，英國法院即有審判權。但依一九三七年英國婚姻事件法(Matrimonial Causes Act)第十三條，如夫遺棄其妻，或夫被英政府驅逐出英吉利或威而斯境外，且夫遺棄時或被驅逐時原在英吉利或威而斯有住所，英國法院亦得受理妻提起的離婚訴訟。當事人的國籍於英國法院的審判權並無影響；縱當事人係外國人，祇須符合上述要件，英國法院便認為有離婚的審判權；相反的，縱當事人係英國人，如果不合上述要件，英國法院亦認為並無審判權。(註五)至別居訴訟，依英國法，祇須當事人兩造於起訴時均在英國有居所，英國法院即得受理，當事人的國籍亦所不

問。當事人兩造在英國無居所而有住所時，英國法院亦得受理。(註六) 在少數例外的情形中，原告在英國有住所，已足使英國法院有審判權。夫有一九三七年婚姻事件法第十三條的情形時，如妻訴請別居，英國法院亦得行使審判權。(註七)

依美國法院的判例，關於離婚及別居審判權的行使，均採當事人住所主義。(註八) 在特定情形中，祇須當事人的一造在美國的某一州有住所時，該州的法院亦受理其離婚訴訟。(註九) 關於別居，美國法院的行使審判權，以原告在法院地有住所為條件。(註一〇)

英美法院之以當事人在內國有住所為對之行使離婚審判權的條件，無非基於下列的理由：婚姻當事人的住所地圖，因當事人在該國有住所，於當事人婚姻關係的維持或解除，較之其他國家更為關切。(註一一)「關於婚姻及離婚，每一國家有決定在該國內有住所的人民(註一二)的身分之獨占的權利與權力；無一國家或其法院，就此等事，能取得合法的審判權，以干涉人民，如果當事人兩造在該國均無善意的住所；此種法院在此種情形中所為的判決絕對無效。」——這是美國明尼蘇達最高法院推事康奈爾(Cornell)所宣示的一個原則。

(2) 法國。法國法院，依據拿破崙法典第十四及第十五兩條的規定，於離婚或別居當事人的一造為法國人時，即行使離婚或別居的審判權。如離婚或別居當事人兩造均為外國人時，法國法院原認為原則上應由其本國法院審判，法國法院並無審判權。但此原則已有頗多的例外。(一)外國籍的當事人居住於法國，在其本國並無住所，因此當事人本國法院認為無審判權時，法國法院為使當事人不至有離婚的權利而無從實行起見，仍行使離婚的審判權。我們可以法國巴黎法院的一個判例，

說明這例外。甲女，出生時係法國籍，因與比利時人乙結婚。喪失法國國籍，取得比利時國籍。甲的居所係在巴黎。一八八六年時，甲向法國的塞納法院對乙提起離婚之訴。該法院以為甲乙既係比人，該事件的審判權應屬諸比國法院，故駁回其訴。甲即向比利時不魯塞爾法院提起離婚之訴，但該法院以甲在比並無住所為理由，認為亦無審判權，故亦駁回其訴。甲乃再向塞納法院起訴，請求該法院至少准予別居，仍遭該法院駁回。最後甲上訴於巴黎法院。巴黎法院的判決認為法國不應任令甲處於絕無救濟方法的地位；故當事人本國的法院既不行使審判權，法國法院即應受理該訴訟(註一三)。法國最高法院於一九二〇年十一月十日施雷德(Stater)案判決中，對此例外予以確定的認可。(註一四)(二)法國女子，雖因婚姻而取得外國國籍，仍得在法國法院，對其外國籍的夫起訴，請求離婚。此種女子如經判決准予離婚，依法國國籍法即得回復法國國籍；故法國法院以為對於此種女子離婚事件應行使審判權。(註一五)(三)法國與外國所訂的條約容許法國法院行使對於外國人的離婚或別居審判權時，法國法院亦行使之。此種條約，例如：一八六九年六月十五日的法瑞條約，一八九九年七月八日的法比條約。(四)被告承認法國法院的審判權時，法國法院亦有離婚或別居的審判權。例如：設甲在法國法院訴乙，請求別居，乙如不抗辯法國法院的無審判權，而提起反訴，即屬承認法國法院的審判權。(註一六)

綜上以觀，在法國，外人與外人的離婚或別居訴訟應由其本國法院審判的原則，實已大部為例外所侵蝕。但如外國人在外國仍保有事實上的住所而可在外國法院提起離婚或別居的訴訟時，法國法院仍不行使審判權。(註一七)

(3) 德國。依德國民事訴訟法第六〇六條第二項，祇須離婚當事人的一造係德國人，德國法院即有審判權。但德國人如在外國有住所，德國亦認住所地國法院的審判權。外國人在德國有住所時，依同條第一項，德國法院亦有審判權，但依同條第四項，「如夫妻兩造均係外國人時，祇在德國法院依夫之本國法條屬有管轄權之情形，得在德國法院提起離婚之訴。此最後的規定，意在避免夫的本國之不承認德國法院的離婚宣告。蓋如後所述，依若干國家的法律，本國人民的離婚訴訟，祇得由本國法院受理，外國法院絕對不得受理，故此種國家絕對不承認外國法院對於本國人民的離婚宣告。

匈牙利，瑞典，及瑞士有與德國民事訴訟法第六〇六條第四項相同的立法例。(註一八)

(4) 匈牙利，捷克，波蘭，土耳其。依此類國家的法律，各該國的本國人民的離婚訴訟，祇其本國法院有審判權。(註一九)

(5) 我國。關於離婚，我國法院的審判權，可以民事訴訟法第五六四條確定之。該條規定如左：

「婚姻無効或撤銷婚姻與確認婚姻成立或不成立及離婚或夫妻同居之訴，專屬夫之住所地或其死亡時住所之地法院管轄。

「夫在中華民國無住所或住所不明者，準用第一條第二項之規定，定前項之住所地。」

「夫或妻為中華民國人，不能依前二項規定定管轄之法院者，由首都所在地之法院管轄。」

民事訴訟法第一條第二項則規定：

「被告在中華民國現無住所或住所不明者，以其在中華民國之居所視為其住所；無居所或居所不明者，以其在中華民國

最後之住所視為其住所」。

從上述的規定，可見：

○離婚當事人兩造或一造係中國人時，不論當事人在中國有無住所，居所，或最後住所，關於其離婚訴訟，中國法院即有審判權；

○離婚當事人兩造如均係外國人時，關於其離婚訴訟，必須：(甲)夫在中國現有住所，或(乙)夫在中國雖現無住所，或其住所不明，但在中國現有居所，或(丙)夫在中國現在雖無住所及居所，或其現在之住所及居所均不明，但曾在中國有住所，中國法院方有審判權。

至別居訴訟，就我國民事訴訟法第一條觀察，原則上必須被告(甲)在中國有住所，或(乙)雖現無住所或其住所不明，但在中國現有居所，或(丙)雖現無住所及居所或其住所及居所均不明，但在中國曾有住所，中國法院方有審判權。

三

從上面關於各國法院的離婚及別居審判權的簡略的探討，可知審判權衝突頗易發生。衝突的形式可有積極與消極兩種。茲舉例如左：

○如上所述，在一方面，一部份國家認為關於離婚訴訟，祇當事人的住所地國有審判權；在另一方面，另一部份國家却認為祇當事人的本國有審判權。從此便發生離婚審判權的積極衝突：關於一特定的離婚訴訟，甲乙兩國均主張有獨占的審判權，因此各國不承認他國的離婚判決。例如：設匈牙利籍夫妻甲乙兩人設定住所於英國，在英國因離婚涉訟，而經英倫法院判決准予離婚時，該判決必不為匈牙利法院所承認；但如該甲乙回至其本國而在匈牙利法院涉訟，經該法院判決准予離婚時