

民國七年七月十五日
音記官繆注

判 裁 與 院 理 大 初 民

判決

上告人張玉

被上告人鍾

右上告人對於

審判分廳就該

案至為第二案

如左

黃源盛

主文

原判撤銷

以調查徒以上告人



認定裕

四川

門世商

在渝千所

Supreme Court and *Decisions*
in the Early Republic of China



01471187

Yuan-sheng Huang

大理院民事第三庭

審判長推事

推事

推事

推事

推事

中華民國十年五月九日

審理之特為判決如右

更審之件依本院事例應為之

其認定之事實未盡職權內應為之

更為審判至本案上告係原審誤於法律上之

ISBN 978-986-255-108-0



9 789862 551080



5D206GA

定價：680元

Taipei, Republic of China

Angle publishing Co, Ltd.

March 2011

陸鴻俊
許卓然
孫翠圻
陳爾錫

犁齋法史研究 卷三

民初大理院與裁判

*The Supreme Court and Its Judgements
in the Early Republic of China*

黃源盛 著

Yuan-sheng Huang



國家圖書館出版品預行編目資料

民初大理院與裁判／黃源盛 著．-- 初版．--

臺北市：元照，2011. 03

面；公分．--（犁齋法史研究；卷3）

ISBN 978-986-255-108-0（精裝）

1. 大理院 2. 法制史 3. 裁判

589.21

100004575

犁齋法史研究 卷三

民初大理院與裁判

2011年3月 初版

作 者：黃源盛

著作權人：黃源盛

封面題字：王興義

封面設計：李松萍

校 對：陳琦妍

出 版 者：元照出版有限公司

100臺北市館前路18號5樓

網 址：www.angle.com.tw

定 價：新臺幣680元

訂購專線：(02) 2375-6688

傳真專線：(02) 2331-8496

郵政劃撥：19246890元照出版有限公司

排版印刷：辰皓國際出版製作有限公司

版權所有·請勿翻印

ISBN 978-986-255-108-0

Printed in Taiwan

民初大理院與裁判

黃源盛 著

黃源盛，1955年生於台灣雲林。東吳大學法學士、台北（原中興）大學法學碩士、台灣大學法學博士。日本，京都大學法學部研究、外國人研究員，東京大學東洋文化研究所研究員，國家高等考試法制人員及格。專長法史學，著有《中國傳統法制與思想》（1998，五南）、《民初法律變遷與裁判》（2000，初稿）、《法律繼受與近代中國法》（2007，元照）、《漢唐法制與儒家傳統》（2009，元照）、《民初大理院與裁判》（2011，元照）等書，另有法律史學相關學術論文多篇。近十餘年來，致力於「民國司法檔案」及「晚清民國立法史料」的整編與研究，纂輯有《平政院裁決錄存》（2007，五南）、《景印大理院民事判例百選》（2009，五南）、《大理院民事判例全文彙編》（未刊稿）、《大理院刑事判例全文彙編》（未刊稿）及《晚清民國刑事立法史料輯注》（2010，元照）等法制文獻百餘冊。先後執教於台北大學、台灣大學、東吳大學等校，現為政治大學法學院特聘教授。主講「法制史」、「中國法律思想史」、「刑法史專題研究」等課目。並自2002年8月起，兼職中央研究院歷史語言研究所研究員，主編《法制史研究》，推動各項法史學學術研究計畫。

序

踏破芒鞋，散盡千金的果實

楊仁壽

我自民國九十六年九月接長最高法院後，一直有兩個心願。第一個心願是想將「最高法院判例要旨」的裁判書全文補齊，以便法官援用判例時，能夠得心應手。第二個心願是我於五十四年九月到五十五年十二月間，在「司法官訓練所」受為期將近一年半的法官養成教育，朝夕在大教室「驚聲堂」內受薰陶，到底「驚聲」一詞出自何典？想探個究竟。

這兩個心願，說是簡單，做起來卻茫無頭緒，不知如何下手。以最高法院的判例要旨而言，十六年至三十八年間其所由出的裁判書全文，於政府播遷來台時，並未一併攜來，距今已逾六十寒暑，不知是否尚被完整無缺的保存下來？如果被保存了下來，究竟藏身何處？如何尋覓？這與大海撈針差不了多少。以「驚聲」一詞的由來而言，從第七期開始至第十七期（五十四年六月至七十二年六月）為止，計有十一期的法官都在「驚聲堂」上課，朝夕受蔭，却不知其意究何所指。內心私下曾嘀咕，這難道與古時法官所用「驚堂木」有關不成？但經遍尋國內辭海或辭典，却不見蹤影。總想在法官生涯劃上句號以前，對在那裡晨昏受過洗禮的場所，有個了解。

判例在不成文法國家，其重要性固不待我喋喋贅言，該等國家須受「先例拘束原則」（*stare decisis*）的支配，類似之案件須受類似先例之拘束。而辨別前後兩事件之事實是否類似，則需運用

「辨別異同的技術」(art of distinguishing)，方能竟其事功。

在大陸法系國家，判例的地位雖不若不成文法國家重要，僅居於補充法源的地位，但其有助於維持裁判的一致性、持續性以及法定性的達成，則不言可喻。在德日等國法官就具體案件援用判例時，都依「類推適用」的方法予以操作。亦即有M事實而著成P判例（大前提），今S案事實與M事實相類似（小前提），故S案得援用P判例（結論），必須經S案事實與M案事實「相類似」這一命題為之媒介，始克完成「援用」（即類推適用）判例之使命。

至於S案事實與M案事實須至如何程度始為相類似，恒視SM兩案之「重要事實」是否相同以為斷。而重要事實的認識，涉及法官的價值判斷，故法律之容許性與目的論的妥當性，乃為判斷二個案例是否類似不可或缺之要素。假設某一判例之重要事實，為A B C D所構成，而法官目前正在審理中之案件，其重要事實亦具備A B C D，則應認以A B C D為前提事實之判例，對法官目前正在審理之案件，具有拘束力。反之，如法官正在審理中之案件，經審認調查結果，其重要事實為A B C E，則該判例對法官目前正在審理不具同樣重要事實之案件，不具有拘束力。

以是之故，判例與其所由形成之重要事實是不可分的，所謂「判例」也者，應指包括基本事實或重要事實在內之整個案例而言，絕非僅止於從「判決理由」中摘錄要旨數句，更易數字，即予「著成」。不幸的是，我國判例制度肇始於民初成立之「大理院」，由於當時法制初創，「法有不備，或於時不適，則藉解釋，以救濟之。其無可據者，則審度國情，參以學理，著為先例」，乃於八年十二月刊「大理院判例要旨滙覽正集」，迨十三年十二月又出版「續集」。最高法院於十六年十一月十六日成立後，在二十三年春沿習舊例，第一次刊行「判例要旨」，其體裁完全沿襲大理院之「判例要旨」，迄今已歷十一次。

換言之，判例之「援用」，依現狀殆與「適用」劃上等號，法

官於具體案件援用判例時，殆多目為抽象的一般法規，以之為大前提，未嘗判斷其所由生之重要事實與其正在審理中具體個案之重要事實是否同一，即逕予套用，纔會發生大法官釋字第五七六號解釋所指的尷尬情事。

原來最高法院七十六年台上字第一一六六號判例要旨稱：「所謂複保險，係指要保人對於同一保險利益，同一保險事故，與數保險人分別訂立數個保險之契約行為而言，保險法第三十五條定有明文。依同法第三十六條規定，複保險除另有約定外，要保人應將他保險人之名稱及保險金額通知各保險人。準此，複保險之成立，應以要保人與數保險人分別訂立之數保險契約同時並存為必要。若要保人先後與二以上之保險人訂立保險契約，先行訂立之保險契約，即非複保險，因其保險契約成立時，尚未呈複保險之狀態。要保人嗣與他保險人訂立保險契約，故意不將先行所訂保險契約之事實通知後一保險契約之保險人，依保險法第三十七條規定，後一保險契約應屬無效，非謂成立在先之保險契約亦屬無效」等語，其所由出之基本重要事實，是指「財產保險」而言，因財產保險係基於損害填補原則，為防止被保險人不當得利，獲致超過其財產上損害之保險給付，以維護保險市場交易秩序、降低交易成本與健全保險制度之發展，故對複保險行為作合理限制。

但最高法院八十九年度台上字第二四九〇號民事判決，其基本重要事實則係一「人身保險」，人身無價，在本質上根本不是在填補被保險人之財產上損害，不生類如財產保險之保險金額是否超過保險標的價值的問題，自不受保險法關於複保險相關規定之限制。可是最高法院八十九年度台上字第二四九〇號民事判決卻將七十六年台上字第一一六六號判例要旨，當成抽象的法規，將之適用於人身保險，纔被大法官作為解釋標的，指出：「最高法院七十六年台上字第一一六六號，將上開保險法有關複保險之規定適用於人身保險契約，對人民之契約，增加法律所無之限制，應不再援用」等語。此項情事之發生，可以說是承辦法官完全忽視判例所由出之基

本事實或重要事實，把它當成抽象的法規，有以致之。

我有鑒及此，認為應該提供給法官這一項基本的資料，於是到任之初，即要求有關部門將自三十八年政府來台迄今所有判例要旨，翻箱倒櫃，找全所有裁判書全文，輯印成七大冊，以供參考。這項工作，因操之在我，所以不費吹灰之力。一年就已完成，往後法官援用「台上字」判例應不再會有上述類似情事發生。可是三十八年以前「上字」「滬上字」「渝上字」等判例，我就束手無策了。多方向大陸學者探聽結果，言人人殊，大多說於文化大革命時，已付之一炬，成為灰燼，令人為之黯然不已。

在二年多以前，偶與邱同印法官提及此事，他眼睛一亮，說：「院長！你不必灰心，我有一好友黃源盛教授，他可能會給你一個完美的答案！」就這樣，在邱法官穿針引線之下，我認識了政大法律學系特聘教授黃源盛先生，我也見識到一個法史學者為追求真理所具執著的精神。他十多年來為了理想散盡家財，踏破鐵鞋，訪遍了大江南北，從重慶、南京、上海、北京、天津、武漢等地各大檔案到特藏圖書室，無遠不至，無處不訪，所為的祇是想把清末、民初到三十八年間已湮沒的法制找了回來。如有空檔，甚至孜孜矻矻，僕僕風塵於日本的東京、京都、大阪等各大都會，從大型書店到小巷的古本書房，都可以看到他努力不懈、踽踽獨行的身影。

我每一聽到他娓娓道來的壯舉，就會想起《詩經·黍離》所載：「彼黍離離，彼稷之苗。行邁靡靡，中心遙遠。知我者謂我心憂，不知者謂我何求？悠悠蒼天，此何人哉？」這不就是黃教授的寫照嗎！

這不禁也使我想到王國維在人間詞話中所提到：古今之成大事業或大學問者，都必須經過三種境界。第一境界，王國維引用宋朝晏殊的「蝶戀花」：「昨夜西風凋碧樹，獨上高樓，望盡天涯路」，來比喻說明，大事業家或大學問家必須對自己的理想有強烈追求的執著精神，百折不撓，奮力不懈，纔能有所成就。就這一點，從黃教授的序中可略見一、二。第二境界，王國維引用了宋朝

柳永的「鳳棲梧」：「衣帶漸寬終不悔，為伊消得人憔悴」，來說明古今成大事業或大學問者，一經認定達成理想的方法，就鍥而不捨，雖九死而無悔，縱散盡家財，亦無所憾，這一點黃教授亦已經歷了。第三境界，王國維引用了宋朝辛棄疾的「青玉案」：「眾裏尋他千百度，驀然回首，那人卻在燈火闌珊處」，用來比喻古今成大事業或大學問者，在艱苦追尋的過程中，飽嘗風霜，內心所繫念的理想目標，在困厄之間，竟赫然在望，就在眼前；這一點黃教授亦已掌握住了，這也可以從這本大著《民初大理院與裁判》的字裏行間，窺其端倪。黃教授獲此成就，雖在序中自況：「而我而今，志趣猶在，願力已減！」我相信這應祇是他一時歡欣與喜悅的「反語」，這正如辛棄疾詞中所描繪的「那人」一生自甘寂寞，孤獨探求，全力以赴，纔實現了夢寐以求的理想，也纔讓辛棄疾念念不忘。

黃教授在千辛萬苦中，獲得了大理院的裁判書全文，並以之為素材，加上其窮一生所鑽研心得撰述本書，此不過是其「犁齋法史研究」中之一環而已，想不致輕言「何時放下我執，不再為嚴肅莊嚴而寫」，深信卷四、卷五……，必將適時出現，這是大家所共同期待的。

很幸運的，我也在黃教授的協助之下，將兩大心願完成了泰半。第一個心願，最高法院十六年到三十八年裁判書全文，黃教授告訴我還完好的保存於南京第二歷史檔案館，他曾經在影印大理院的判決時，親自拿出其中一、二摩挲玩味過。我一聽到這道好消息，馬上函請司法院透過海基會的協助，目前業與南京第二歷史檔案館取得連繫，獲得了肯定的答覆。料想假以時日，就能如願地將這段「失聯」的裁判書全文影印回來，法官援用判例的缺憾，不日將可彌補了過來。

第二個心願，黃教授雖沒有直接的幫忙，但我效法他那種「上窮碧落下黃泉」的精神，走遍了台北、宜蘭、淡水等地的大小圖書館，居然也將「驚聲堂」的由來，弄得一清二楚。原來它跟「驚堂

木」毫無關連。孕育著十一期法官（從第七期至十七期）的場所，居然是個「名人」的「字」，真始料所不及。

原來住在宜蘭縣羅東鎮有位「張鐘鈴」先生，父親在羅東大同醫院對面開打鐵店，專門打造菜刀、火鉗及鋤頭等物，名聞遐邇。張鐘鈴先生在日據時代，就讀羅東公學校，畢業後進加拿大基督教長老教會辦的淡水中學（即淡江中學），他的元配是童養媳，住在宜蘭縣三星鄉，他們的兒子就是曾任交通部長張建邦先生。

張鐘鈴先生十八歲離開台灣，轉赴廈門求學，旋又走南洋，赴北平，入外語專科學校，繼又進日本明治大學深造，後又回到上海。那時他很喜歡談革命，廣結志士，受知於革命元老田桐、居正，並改名張鳴，字驚聲。一九三三年，他再赴東京深造，兩年後與居正寄養在東京萱野長知的二小姐居瀛玖結婚，婚後相偕回滬省親，不久又去日本，此後常往來日本、台灣之間。一九五〇年，他接長淡江中學並創辦淡江英語專科學校，於一九五一年一月二十九日逝世，享年四十六歲。

宜說明者，居正於一九三二年一月十二日接長司法院，當時司法院僅為國家最高審判機關，性質大致與目前最高法院的權限相同，不具有司法行政的權限。其後在他慘淡經營之下，於最高法院（一九二七年十一月十六日成立）之外，先後成立公務員懲戒委員會（一九三二年四月成立）、行政院（一九三三年六月成立），並將司法行政權，由部歸院，司法院的規模始具。析而言之，居正擔任司法院院長共有十六年六個月，大致可分為三個階段，第一階段一九三二至一九三四年底，任司法院院長兼最高法院院長；第二階段一九三五年至一九三六年充實司法院，不再具體負責訴訟及裁判事務。第三階段一九三六年到一九四八年則帶領全國步入司法改革期。

抗戰勝利後，張鐘鈴夫婦或許有這一層關係，借用了台灣高等法院台北市博愛路一二九號用地作為私立淡江文理學院的校址，及其逝世後，該校為紀念他，乃於該址籌建「驚聲堂」，到五十四

年六月，始由台灣高等法院收回，撥歸司法官訓練所接管，經加修葺，於五十五年四月開始使用，以迄七十二年六月第十七期結業為止。

黃教授本書之問世，雖然過程至為艱辛、寂寥及困頓，「路漫漫其修遠兮，吾將上下而求索」，這應是充分表現了「犁齋」主人對理想的追求與對學問的執著。「千淘萬漉雖辛苦，吹盡狂沙始到金」，一切成功都必須經過千辛萬苦的努力，始能獲致，任何人應都不例外吧，黃教授加油！

自序

二十世紀初頃，清廷在內煎與外逼雙重交迫下，力圖變法，銳意修律，進行了一場前所未有的法制大變革，近代西洋法律思潮與傳統中華文化在此相會，衝擊激烈而壯觀。此其間，領銜變法修律而著有功名者，當推歸安沈家本，沈氏以其精湛的舊律修為，局大格大的剗進膽識，長達兩千餘年的中華法系，在他手裡，終於走出老邁窳白，代之而起的，是大規模歐陸異質法的粉墨登場。

辛亥武昌事起，清室傾圮，鼎革既成，共和體制匆匆肇建，民國開基以來的十數年間，政潮迭起、干戈擾攘，舉凡北洋政府百政，史家筆下絕大多數認為「墮落沈淪」；其實，細細體察，民國成立之初，各種力量相互碰撞，思想繽紛爭鳴，是一段相當精彩的時期，恐怕不祇是一句「軍閥混戰、生靈塗炭」就可輕輕帶過？尤其，令人驚覺的是，司法方面尚有一片生機，仍頗有可觀者。然因史料散逸闕漏，有關民初兼具理論與實務雙重價值的司法檔案，殘缺不全，致使民國初期法制歷史的研究，在十多年前，是一個重要但卻乏人問津的課題。

經驗告訴我們，歷史的研究方法雖林林總總，但總不離史料、史實與史觀的三步曲，也離不開時間、空間、事實的三度歷史想像。在我看來，研究歷史最理想的狀況是，「儘量讓自己走入歷史的時間，進入歷史的空間，然後由此想像當時所可能發生的一切。」法史學既為歷史學的一支，又何獨能例外？其中，歷史檔案的整理為學術研究的基石，前人歷練的結晶更是鑑往知來的智慧之光；史料與法史學間的關係密切，要探討過往的法制事件，依靠的是史料，而當中，又以原始檔案最彌足珍貴。

為了深入了解民初法制的來龍去脈，也為了填補這段歷史的空白，法史有待墾天荒。民國八十三年（1994）冬，在一個偶然的機緣裡，開啟了個人研究生涯的另一頁。十多年來，旅間每帶藥囊

行，訪遍了中國大陸的重慶、南京、上海、北京、天津、武漢，乃至日本的東京、京都、大阪；寒冬溽暑幾度，從各大檔案館到特藏圖書室，從大型書店到小巷的古本書房，芒鞋踏破，千金散盡，換來的祇是「一堆故紙」與「滿頭星髮」，不過，總算走過民初那段風華的年代。

自清末官制變革，以迄民初北洋政府時期（1912-1928），大理院為全國最高司法審判機關，大理院院長有統一解釋法令必應處置之權，大理院有指揮、監督各級審判之柄，在近代中國法制變革過程中，一直居於特殊的優越地位，對於近代司法乃至民國立法產生深遠的影響。本書對於中央司法機關如何由傳統蛻變到近代？大理院的裏與外、人與事處境為何？散逸各處的裁判史料該如何整編？又該如何進行裁判實質問題的探討？在法制不備的年代，大理院如何發揮「司法兼營立法」的功能？凡此均有開創性的深刻著墨。

事實上，民國八十九年（2000）春，本書的部分篇章曾以《民初法律變遷與裁判》為名，自行印製二百本「初稿」試刊行，惟迄今尚未正式出版過。近些年來，不時翻讀，發現引證訛誤處不少，有些體悟也略有改變；又經識與不識的中外人士求索甚殷，乃重拾舊稿，全盤再加修訂，改改寫寫，忽忽又已過了十年；可以說，主題依舊，內容已新。它並非單純的論文集，而是具有前後貫穿性的學術專書，對於民國初期審判機構的建置、司法裁判的理念與實踐，自忖已盡力挖掘所可能的史料，也儘量想重構貼近客觀的史事，尤要求時時要以謹嚴的論證態度面對，總希望論從史出，史、論能夠契合。

世間多少興廢事，未曾富貴未曾窮？記得年少時，每逢放假日，就須隨父親下田，學犁耕、學插秧，一行行犁痕、秧苗秩序井然，那時不懂什麼叫「犁耙行深」，也不懂什麼是「手把青秧插滿田、低頭便見水中天」，更不懂什麼是「心中清淨方為道、退步原來是向前」。祇記得父親常講那句話：「有書念就念，沒書念就回來幫忙種田！」為了避逃種田，就這樣，一關念過又一關，一校念

過又一校。

外雙溪夜深景靜，犁齋依舊積稿盈桌，抬頭，凝視書架上父親八十五歲時騎腳踏車農事歸來的「背影」，腦海中浮起民國七十四年要繼續念博士班時，連自己名字都不識的父親，跑到小學問校長：「一個人要認識幾個字才算有學問？」「祇要認識二千到三千個字就很有學問了！」校長這麼回說。直到往生前，老人家似仍不解他這小孩為什麼到現在兩千多字還沒念完！

名豈文章著，為學伊于胡底？從年輕起，就很喜歡梁任公筆下常帶感情的文字，他曾作詩自勵：「世界無窮願無盡，海天寥廓立多時」，一代豪傑，海天佇立的孤寞無依，和仰對蒼天弘願無盡的悲愴，依稀可見。而我而今，志趣猶在，願力已減！祇盼「風月喜從高處得，學問深淺意氣平」；何時能放下我執，不再為嚴肅莊嚴而寫？回頭寫那有情世界的隨緣自在！是為序。

犁齋



辛卯民國百年孟春

父親九五冥誕前夕

目次

序 楊仁壽	i
自序	viii
第一章 導論—從大理寺到大理院	1
壹 前言	2
貳、傳統中國中央司法機關掠影	3
一、從「司寇」到「三法司」	3
二、素描幾點特色	6
參、晚清司法制度近代化的胎動與轉型	8
一、司法審判制度的變容	8
二、改革的艱辛路	9
肆、從大理寺到大理院的更建與過渡	12
一、司法獨立願景下的大理院	12
二、晚清大理院的歷史評價	20
伍、結語	22
【附錄】晚清大理院歷任正卿少卿及推事略歷一覽表	23
第二章 民國初期大理院	31
壹、序說	32
貳、民初最高司法機關的新局面	32
一、大理院設置始末	33
二、司法藍圖的擘畫	36
參、大理院的裏與外	41
一、大理院的組織	41
二、大理院的職掌	43
肆、大理院的人與事	48
一、成員素質	48

二、從事風格	52
三、枵腹從公	58
伍、結語	62
【附錄】民初大理院歷任院長及推事略歷一覽表	64
第三章 大理院司法檔案的整編與研究	83
壹、引言	84
貳、研究傳統裁判文書的困境與目的	85
一、歷代判牘檔案何處去	86
二、從應然到實然的考察	88
參、司法檔案典藏與大理院裁判史料	90
一、二檔館中的民初法制史料	90
二、大理院司法檔案的整理與纂輯	94
肆、大理院判決研究方法引論	100
一、大理院判決的法源性與規範理論	101
二、大理院司法過程中的立法契機	105
三、大理院判決（例）的風格及其評價	110
伍、結語	122
【附錄】民初大理院司法檔案及相關史料一覽表	125
第四章 大理院民事審判法源探蹟	135
壹、前言	136
貳、晚清「民刑分立」的立法濫觴與司法實踐	138
一、立法開端	139
二、司法轉型	142
參、大理院民事紛爭解決的法源順序	145
一、法律	148
二、習慣法	150
三、條理	154
肆、大理院判例在法學方法上的運用	159