

曹傑著

民法判解研究

上海法學書局印行

民國二十三年九月出版



民法判解研究

全書
一冊

定價大洋柒角

著作者

曹

傑

印刷者

上海法學書局

發行者

上海法學書局

總發行所

上海三馬路
雲南路東首

上海法學書局

民法判解研究目錄

敘言

第一章 判決例與解釋例之意義……………一

第二章 判決例與解釋例研究之重要……………四

第三章 判決例與解釋例研究之範圍……………六

第四章 判決例與解釋例研究之方法……………八

本論

第一篇 民法總則

第一章 法例……………一〇

第二章 人……………一三

第三章 物……………一四

第四章 法律行爲……………一七

第七章 權利之行使……………一二

第一篇 債

第一章 通則……………二四

第二章 各種之債……………四七

第二篇 物權

第一章 通則……………六九

第二章 所有權……………七二

第三章 地上權……………七七

第四章 永佃權……………七九

第六章 抵押權……………八一

第七章 質權……………八四

第八章 典權……………八七

第四篇 親屬

第二章 婚姻……………九一

第三章 父母子女……………一〇八

第四章 監護……………一一七

第六章 家……………一一八

第五篇 繼承

第一章 遺產繼承人……………一二〇

第二章 遺產之繼承……………一二九

民法判解研究 目錄

民法判解研究

皖南曹傑編

敘言

第一章 判決例與解釋例之意義

判決例與解釋例之意義，可就實質的方面與形式的方面觀察之；在實質方面言，均爲關於法理上之推求，若以此點立論，則二者之意義，似乎相同，然解釋法律，乃依據成文法之規定，參酌立法所得之原理，固不能超脫成文法之範圍；反是在判決例，則僅爲審判官對於法律上之一種見解，縱其見解，亦不容與法律明文顯相牴觸，然其所爲之判斷意見，有時固出於法律規定以外者，其中尤以民事關係之判斷爲甚，良以法院對於民事案件，不能以法無明文，拒絕裁判（法民第四條明定此旨）若法律無明文規定，習慣又無準據時，即不得不用適當法理以資解決，因而依據成例爲

裁判，相沿既久，判決例之效力尙矣，此就實質方面言，二者區別之大意也。從形式方面言，其不同之點，則較顯著。蓋一國之最高司法機關有統一解釋法令之權，所謂有權解釋，即對於法令有質疑之處，一經解釋，法律之意義，即屬確定。非依一定程序變更解釋外，不能更解爲他義，故又稱強制解釋。至統一解釋法令之會議，亦有一定之程序，（參閱司法院組織法及司法院統一解釋法令及變更判例規則）非如判決例係出諸審判官個人之見解者。因是，解釋例生拘束之效力，而判決例在成文法之國家，僅足爲法官裁判與學者研究參考之資，（註）不能認爲有當然拘束力。又適用判例，究以其爲習慣乎？抑以其爲法理乎？吾國民法學者余戟門氏主前說，（余著民法要論總則編第六頁）胡長清氏主後說，（胡著民法總論第三三頁）愚以後說爲當。總之，法律有一種原理即所謂法理，此法理二字，應解爲從法律普遍性所生之原理而言。

（註）法編法第四十五條規定：『大理院及分院發交下級審判廳之條件

，下級審判廳對於該案，不得違背該院法令上之意見。『此種法律上意見，容亦爲一種解釋，然法條既曰『對於該案云云……』則對於其他同一性質之案件，並不生若何之拘束力可知。民訴法第四四五條第二項規定：『受發回或發交之法院，應以前項廢棄理由之法律上判斷，爲其判決之基礎。』所謂前項云者，乃指第三審法院廢棄原判決而將該事件發回原審法院或其他同級法院而言，自亦與法編法第四十五條取同樣解說，即僅限於該案件，須受其拘束，而其他各下級法院對於其他與判決例同一情節之案件，固不必依樣葫蘆，從其見解而爲判決也。徵之司法院院字第九三一號之解釋：『第三審所表示對於法律上之判斷，下級法院固應受其拘束，惟其見解如與法律明文顯相牴觸，即非法律上之判斷，自不在民訴法第四四五條第二項所示範圍之內。』尤可見判決例僅有補充法之效力，即就該案件而言，有時亦可不受其拘束

也。

第二章 判決例與解釋例研究之重要

英美法，以判例著，蓋英法多屬不成文法，而不成文法多淵源於判例也。考英國法官之引用成案，始於十三世紀，其初不過備訴訟上之參考，從違與出，一任審判官之自由裁量，繼而成案日多，引用日廣，遂發生一定之拘束力，儼然有與成文法同等之地位，所以彼邦人士有『法官造法』之稱也。反之，在德法日諸國，其上級法院所爲之判決，下級法院僅以之與學者之意見或理論同視，而爲法律上之參考資料而已。但自理論方面言，上級法院既就法律中之缺漏與疑義，以判決爲之補苴，人民之對此判決，自宜引其尊信心理，人民既重視判決例，甚或依據判決例所示之法律行爲而形，權利義務，若法院自身反不知尊重，任意取捨，不時變更，殊有碍安全，所以大陸法學諸國近亦有注重判例法之傾向。况

成文法縱欲網羅萬象而爲詳密之規定，實則條文簡括，事變無窮，往往窒礙叢生，難於應付，若有判決成例可援，除其顯然無當於事理者外，卽不致無所遵循，是法院因襲成例形成此趨向者，亦無足怪。故判例在成文法之國家，形式上雖無拘束力之可言，然在實質上究不容忽視也。至於解釋例，其產生之方法與機關，既不相同，前已述及。依吾國司法院組織法第三條第一項之規定，司法院既有統一解釋法令之權，誠以法律之意義，有時曖昧不明，有時先後牴觸，縱係以法律專家從事立法事業，然於實地應用之際，亦不免有種種之疑義發生，爲闡明法律意義，乃有待於解釋，況社會爲流動的，法律爲固定的，以固定之法條適用於流動之社會，不有解釋，將無以濟法律之窮，而應社會之變。夫解釋法律，既由一國之最高司法機關專司其事，則一經解釋，卽生形式之拘束力明矣。固解釋之機關，對於法律意義，亦不能謂其全然精確者，於是私家之解釋（卽學說）尙有重視之必要，果私家之解釋精當，成爲有權威之學說，亦可影響於有權者之

解釋。由是以觀，解釋法律與創作判例均不脫法理之範疇，而法理實爲解釋與判決例之根源，吾人研究斯學，亦依其在法理上之價值以探求之可也。

第三章 判決例與解釋例研究之範圍

溯自民國肇興，法制未備，當時制定各種法律草案，遲遲未能頒行，所可據爲成文法者僅大清律例中與國體不相牴觸之民事部分而已。前大理院乃採取法理，著爲判例，以隱示各級法院之矩矱，於是無形中形成大理院之判決而有實質的拘束力之權威。其歷年判決曾刊爲判例要旨匯覽正續兩編共五卷，海內傳觀，奉爲珍品，大有紙貴洛陽之勢，雖謂吾國自民元迄今，爲判例法時代，亦無不可。自國民政府成立後，陸續頒行民刑法典，向之判決例固多有失效者，然考當時所著之判例，其內容多係依據已制定而未頒行之草案理由，（此以民事關係之判例較多，至刑事判例，則因

當時已頒行新刑律，故判例之內容，均爲適用該律之結果。考草案之條文與現行法亦有相同之處，尙不能謂爲全部失效。自新法頒行後，最高法院所著之判例，猶未編輯成書，其散見於公報者，亦不在少，惟新舊各種判例，瑕瑜互見，要在慎所選擇，庶不至無所適從耳。至於前大理院解釋法律文件，十餘年來，達二千餘號。國民政府成立後，因頒行法令甚多，民間驟觀此多數之法令，條文浩繁，不免疑義叢生，故五六年間，經司法院解釋之例，已達一千餘號，其中有因襲前大理院解釋成例者，亦有因時代思潮之變遷，予以變更者，要在吾人知所選擇，故本書研究之範圍，不限於最近之判解，乃依據現行法典之章節次序，摘其與法條有重要關係者，分別門類，以供討論，第判決例與解釋例，爲日已久，積聚愈多，卷帙浩繁，不可勝紀，當然不能一一臚列，尙望有志之士，能本此書之研究方法，隨時檢查比對，庶幾增進智益不少。

第四章 判決例與解釋例研究之方法

近時英美學者頗有注重法典主義之傾向，而大陸諸國學者反注意於判例之研究，此其故何耶？蓋成文法與判例法各有其短長也。成文法條文簡約，絕不網羅社會生活現象而無遺，欲求固定之法條，與社會實際生活相適應，大有賴於判例法之補充，即解釋法律，亦不外欲達此目的而已。蓋法律為社會實際生活之反映，社會實際生活為法律之內涵，彼法蘭西民法所以能維持生命至百餘年，猶能與彼邦人民之實際生活相吻合而無障礙者，端賴司法官之能適應時代與社會，洞察民隱，更新其對於法律上之見解也。判例法之縝密，似可運用自若矣，有一判決，即有一成例，無論對於何事，均可依其經驗之法則，以為判斷之資，故不至有如成文法簡略不備之虞，然英美之判例法，既有其固定性，而生絕對之拘束力，其結果亦殊大有碍審判官之自由裁量，殆與成文法生同一之流弊矣，况判例過繁，數

量愈多，於檢查及援用上極感不便。由斯以觀，英美法學與大陸法學或有趨於適中制度之一日，亦未可知。總之，法律有其一般之原理原則，此種原理原則，包含各時代之文化觀經濟觀而形成，無論爲成文法或判例解釋，均不能與法律之原理原則相違背，則可斷言。斯則研究判例解釋之法，與研究法理學之方法，殆無二致。所謂研究法理學方法，學派衆多，愚則深信分析的研究法，歷史的研究法，社會學的研究法，均未可遍廢者也。

日本學者近來研究判解之刊物甚夥，其研究之法，大體首先摘出某號判決或解釋要旨，次則舉其相關之法條，而殿以論斷。本書於形式方面，爰師此例，至某號應爲分析的方法爲允當，某號應爲社會學的方法爲允當，則於論斷以內，敘述理由，讀者又細心體會，蓋吾國爲成文法國家，絕不能屏棄法條於不顧，此則與英美判例集研究方法較異之處也。

本論

第一編 民法總則

第一章 法例

(判決要旨)判例之內容須屬於解釋法規者，始能優先於習慣而適用，否則僅爲一種條理，其適用順序在習慣之後。(二十一年上字

第一〇一三號)

(參考法條)民法第一條：『民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。』

(論斷)本判例之要旨，即確定判例法之效力是也。吾國學者對於判例之效力，主張不一：有謂『法院依其本來之性質，原祇能適用

法律，不能制定法律，故其判決亦祇能拘束該一定事件，不能拘束他事件；但實際上往往一判決例既定之後，其後遇同樣之事件發生，如無特別反對之理由，必仍下同樣之判決，同一判決，屢經援用之時，人民之間遂生信念而成爲習慣，此卽所謂判例法也。故判例法仍廣義習慣法之一，其所以與一般習慣法異者，蓋一般之習慣法，淵源於一般人民自己所爲之慣行，而判例法者，乃淵源於法院之判決者也。『余載門氏民法要論總則第二八頁』有謂『判例固有時足以促社會之注意，供立法之參考，而爲成文法或習慣法之資料，然審判官究非立法者，如謂其所爲之判斷卽有補充法律之效力，則未見其當。』（陳克生氏民法通義總則第一七頁一八頁）亦有謂『法院判例，在吾國現行民法之下，不妨以其爲法理援用之，而有補充成文法及習慣法之效力者也。』（胡長清氏民法總論三六頁）以上三說，第一說