

大 學 用 書

最高法院判例研究

上 冊

民 事 判 決 評 釋

刁 榮 華 主 編

內部參考

大 學 用 書

最高法院判例研究

上 冊

民 事 判 決 評 釋

刁 榮 華 主 編

東 亞 法 律 叢 書



版 權 所 有 • 翻 印 必 究

東 亞 法 律 叢 書 刀 榮 華 主 編

最高法院判例研究

基本定價：平裝陸圓
精裝捌圓

主編兼
發行人 刁

榮 華

出版者 漢 林 出 版 社

臺北市重慶南路一段63號909室
電話 三七一 一九八七五
郵政劃撥一〇八八三二號

經銷處 各 大 書 局

印刷者 吉 豐 印 刷 公 司

中華民國六十六年六月初版
中華民國七十二年六月修正再版
新聞局局版業字第一四九三號

林序

刁榮華教授主編最高法院判決評釋既成，徵序於予，予粗閱其內容，至爲欣喜。蓋法治爲立國之大經，法學又爲宏揚法治之基礎，是爲識者所公認。現國家多故，法治猶待加強，法學更須厚植基礎，而有裨於法治之加強，其道固多，研究法學者，由法條之望文生義，進而爲深入詳密之研究，由理論之推敲，進而爲實務之研究，當屬要圖。近年來評釋最高法院判決之作頗多，惜少彙集成編者，致鮮倡導之效。刁君熱心法學文化，頗多述作。今復就有關最高法院判決評釋，廣蒐精選，類集成編，其有利於研究法學者之參考，並可爲新型研究之倡導，當可斷言。雖拙作亦濫竽其列，深爲惶愧，然瑕不掩瑜，諒無損於全書之光采也。

中華民國六十五年十二月十六日

沐紀東謹序於臺北念萱書室

洪序

法律之真實價值，在於實用，法院之判決，即係實用法律之具體表現；是故法院之判決——尤其具有決定性之最高法院判決，更具有權威性與重要性，下級法院往往受其拘束，感其影響。判例為研究法學之重要資料，尤其是判例之創立，是否妥當、適切，於正義之伸張，社會秩序之保全，公共福祉之建立，與夫促進法律之進步影響極大，不容忽視。

吾人研究判例之方法及態度，不應僅限於以法典為基礎所展開之批評，而應着重於富有深發性之研究，以探求正確之理論與途徑，俾便法律之運用，能適應社會之需要。刁榮華教授，有見及此，曾就現任司法官、律師及大學教授中共同致力於此部門所發表之精作，加以選訂，彙集付梓，俾便研究，藉以昌明法學、宏揚法治，其志可嘉，故樂為之序。

中華民國六十六年元月五日

洪福增序於台北寓舍

序例

一、編者從事審判實務暨執教大學有年，雖於法律適用與法學著述不無心得，惟限於學殖淺陋、魄力乏創見，而每讀當代師儒名著，輒興敬慕之心，乃萌輯印光大之思，此本書之緣起，用能昌導法學，恢弘法治。

二、本書之作者，多係現任司法官、律師及大學教授，其對法學具有精湛研究，除編者濫等其間外，均爲當代名家，所撰最高法院判決之評釋，曾在國內著名雜誌刊出，一致公認係最具參考價值之文獻。

三、全書分上下兩冊，上册民事判決部份，由錢國成、歐陽經宇、游開亨、開正懷、孫森焱、王安仁、林榮輝、李模、黃茂榮、馬元樞、陳榮宗、張龍文、鄭玉波、潘維和、陳棋炎、姚瑞光、刁榮華、楊建華、駱永家、莊柏林、陳世榮、楊與齡、李肇偉諸先生執筆。下册刑事判決部份，由林紀東、洪福增、刁榮華、蔡敏銘、陳模生、范衡生、陳煥生、周治平、周以文、王建今、吳正順、林誠一、朱石炎、洪力生、趙琛、詹世元、孫德耕、高仰止、鄭健才、李在琦諸先生執筆。

四、各文順序，先民事法而後刑事法，先實體法而後程序法，先普通法而後特別法，以法條次第排列，全書凡八十篇，都五十五萬言，各篇範圍，容有交錯，論旨或有出入，悉由作者各抒所見，俾相互參證，蓋學術討論，辯難析疑，例固宜然。

五、本書所選各文，類多精心偉構，謹向作者致感佩之忱。凡文內有引用法條或參考其他法令，而在印刷時因法令修改致有變動者，俟再版時修正。

六、本書之編成，承林大法官紀東，洪教授福增之指導與鼓勵，中國文化學院潘院長維和，台灣大學蔡教授敏銘審閱並提示意見，併此誌謝。

七、本書因倉卒付梓，疏漏之處，當所不免，尚祈海內外賢達，不吝指教。

八、本書列爲「東亞法律叢書」八十種之一，并分印單行本，以饗讀者。

中華民國六十六年元月十一日司法節

刁榮華識於台北安華書室

最高法院判決評釋目錄

上冊（民事判決評釋）

一	消滅時效問題	錢國成	一
二	民間合會契約與人事保證契約	歐陽經宇	五
三	國家侵權行為責任問題	游開亨	一四
四	與婦孺遺棄對夫之侵害	游開亨	二〇
五	共同侵權行為法例之變更	游開亨	二五
六	給付不能之效力	孫森焱	三一
七	債權人之代位權及撤銷權	錢國成	三七
八	代位權人受領清償之權限	孫森焱	四二
九	信用狀之交付應先於貨物之裝運	王仁宏	四九
一〇	利息債權之請求	錢國成	五七
一一	金錢債務與違約金	林榮耀	六二
一二	連帶債務人間之共同訴訟關係	李模	七三

三	登記請求權之代位行使·····	孫森焱	九〇
一四	他人之物的買賣·····	黃茂榮	九六
一五	租賃契約之存續期限·····	錢國成	一〇九
一六	多數出租人的續租反對表示·····	孫森焱	一一五
一七	合夥人向經理人聲明退夥之效力·····	錢國成	一二〇
一八	所有權之塗銷·····	馬元權	一二六
一九	相鄰地必要通行權·····	陳榮宗	一二九
二〇	抵押權之實施與租賃關係·····	張龍文	一四一
二一	抵押權與其所擔保之債權關係·····	鄭玉波	一四六
二二	典權人之轉典·····	錢國成	一六一
二三	回贖權之行使其限制·····	潘維和	一七二
二四	設定典權後能否設定抵押權·····	林榮耀	一八四
二五	共有家產之分割·····	李 模	一九三
二六	夫妻法定財產制下之妻特有財產及原有財產·····	陳棋炎	二〇二
二七	父債子還與繼承權之拋棄·····	林榮耀	二一一
二八	公司董事對於第三人之責任·····	張龍文	二二二
二九	分公司何以有當事人能力·····	姚瑞光	二二七

三〇	記名股票之背書轉讓與請求辦理過戶	張龍文	二三〇
三一	租賃房屋或基地可否任意附解除條件	開正懷	二三四
三二	基地拍賣時房屋所有權人有無優先購買權問題	刁榮華	二三九
三三	確認之訴是否以法律關係爲訴訟之標的	姚瑞光	二六〇
三四	訴訟上和解之請求繼續審判	楊建華	二六三
三五	情事變更之原則	林榮耀	二七三
三六	既判力執行力與繼承受入	駱永家	二九〇
三七	強制執行之競合及其效力	莊柏林	三〇四
三八	查封與標的物移轉登記之先後問題	陳世榮	三一五
三九	拍賣抵押物裁定與抵押關係之爭執	楊與齡	三二四
四〇	調協經認可後應否終結破產程序	李肇偉	三三四

上冊 民事判決評釋

一 消滅時效問題

錢國成

【判決理由】

債務人於時效完成後所爲之承認，固無中斷時效之可言，惟民法第一百四十七條僅就時效利益之預先拋棄，加以禁止，則於時效完成後拋棄時效之利益，顯非法之所禁，債務人知時效完成之事實而爲承認者，其承認自可認爲拋棄時效利益之默示意思表示，時效完成之利益一經拋棄，即回復時效完成前之狀態，債務人不得再以時效業經完成拒絕給付（最高法院二十六年渝上字第三五三號民事判決，原文載於最高法院判例要旨上冊第四七頁）。

【評釋】

時效者，因一定之期間永續行使其權利，或不行使其權利，而生權利得失之法律事實也。因此法律事實而取得權利者，爲取得時效。因此法律事實而喪失權利者，爲消滅時效。我民法採德國立法例，將取得時效規定於物權編，而總則編則僅規定消滅時效。蓋以取得時效，因其完成即取得權利之本身，而消滅時效之完成，僅使債務人有阻止債權人行使其權利之抗辯權，權利本身，依然存在。非若日

本民法之規定消滅時效完成權利本身即行喪失，係與取得時效同其性質，可同規定於總則一編也。

何種權利得爲消滅時效之客體，各國立法例頗不一致。日本民法以債權及其他除所有權外之財產權爲消滅時效之客體，德國民法及瑞士債務法則以請求權爲消滅時效之客體，我民法係從德瑞立法例，此由於第一百二十五條至第一百二十八條規定中揭明請求權字樣，已可知其旨趣所在；歷來判解，亦闡釋甚明。故民法就形成權所設類乎消滅時效之期間的規定，其期間均屬除斥期間而非消滅時效（註①）。惟所謂請求權，不以債權的請求權爲限，物權的請求權亦包括在內，故物上請求權（即物權的請求權）。亦應適用消滅時效之規定（註②）。其他因身分權、人格權而生之請求權，如屬財產權性質（例如繼承權回復請求權）。自亦有關於消滅時效規定之適用（註③）。至共有物分割請求權，則字面上雖稱請求權，但實例上認其係分割共有物之權利而非請求他人共有物分割行爲之權利，以其性質爲形成權而非請求權，故不適用關於消滅時效之規定（註④）。

關於消滅時效之效力，各國立法例有權利消滅主義、訴權消滅主義及抗辯權發生主義三種。依我民法第一百二十五條至第一百二十七條之規定觀之，原可解爲消滅時效完成則請求權歸於消滅；第一百四十四條第一項雖規定謂「時效完成後，債務人得拒絕給付」，但第二項復有「請求權已經時效消滅」之語，而該項原立法理由，亦說明「時效完成後，債務人得爲拒絕給付，此屬當然之事。至加於權利人之限制，則僅使喪失其請求權耳，而其權利之自身，固依然存在也」等語。故學者多認爲我民法關於消滅時效之效力，係採請求權消滅主義，謂第一百四十四條第一項僅屬一種注意規定。但實例上則認我民法係採抗辯權發生主義，以爲消滅時效完成之效力，僅發生債務人拒絕給付之抗辯權，並

非使請求權當然消滅。債務人若未以消滅時效之完成爲拒絕給付之抗辯，法院不得以消滅時效業已完成，即認請求權已歸消滅。歷來判解，於此均採同一見解（註⑤）。

債務人依民法第一百四十四條第一項而行使抗辯權，以拒絕給付者，必須主張以消滅時效完成爲理由，始足認其已有此項抗辯權之行使。蓋債務人拒絕給付之抗辯權，不止因消滅時效一端而發生，他如民法第一百九十八條、第二百六十四條、第二百六十五條及第七百四十五條，亦皆認之。若非主張以消滅時效完成爲理由，不足以明其係行使第一百四十四條第一項所規定之抗辯權也。惟其主張消滅時效完成，不必用消滅時效完成字樣，亦不必引用規定消滅時效之法條，其拒絕給付係以請求權因時之經過而不得再爲行使爲理由者，即可認爲已有此項抗辯權之行使。蓋以當事人非必熟諳法條用語，不宜苛求，故司法院解釋，於此亦特致意焉（註⑥）。依當事人之書狀記載或其他情事，可認當事人有提出消滅時效抗辯之意思者，在言詞辯論時，依民事訴訟法第一百九十九條第二項規定，審判長固應向該當事人發問或曉諭，令其爲提出與否之陳述；但若無何種情事足認當事人有提出消滅時效抗辯之意思者，則審判長不得援用上開規定爲此發問或曉諭（註⑦）。因攻擊防禦方法之應用，應由當事人自擇，不屬審判長闡明權之範圍也。

消滅時效之利益，不得預先拋棄，爲民法第一百四十七條後段所明定，但於時效完成後拋棄時效之利益，則非法律所禁。故首開實例認爲債務人知時效完成之事實而爲承認權利之行爲者，雖因其於時效業已完成之後，無中斷時效之可言。但可認該項承認爲拋棄時效利益之默示意思表示。時效完成之利益一經拋棄，即回復時效完成前之狀態，債務人即不得更以時效業經完成爲理由，行使其拒絕給付

之抗辯權。因而本件判決，頗足稱道。

【附註】

① 參看最高法院二十二年上字第七一六號及二十四年上字第四三一六號判例，司法院院字第二六二七號解釋。

② 參看司法院院字第一八三三號、院字第二一四五號及院字第二五六二號解釋，最高法院二十四年上字第四三一六號、二十八年上字第二三〇一號、四十年臺上字第二五八號及四十二年臺上字第七八六號判例。

③ 參看最高法院二十九年上字第八六七號判例。

④ 最高法院二十九年上字第一五二九號判例。

⑤ 最高法院二十九年上字第一九五號、同年上字第八六七號及三十二年上字第一九九二號判例、司法院院字第二四二四號解釋。

⑥ 參看司法院院字第二四三七號解釋。

⑦ 參看司法院院字第二七〇八號解釋。

二 民間合會契約與人事保證契約

歐陽經宇

【判決理由】

其一：臺灣合會性質，乃會員與會首間締結之契約，會員相互間，除有特約外，不發生債權債務關係（最高法院四十九年臺上字第一六三五號民事判決，原文載於最高法院判例要旨第六二頁）。

其二：本件契約係屬權保證性質，與一般之金錢債務保證不同，其保證書所載「保證擔任職務期間操行廉潔，恪遵法令暨貴公司各種規章，倘有違背情事或侵蝕公款財物及其他危害公司行為，保證人願放棄先訴抗辯權，並負責指交被保人及照數賠償之責」字樣，如係對於被保證人職務行為致損害於被上訴人時，負賠償責任之意思，即為獨立負擔之損害賠償義務，非無民法第二百十七條之適用（最高法院四十九年臺上字第二六三七號民事判決，原文載於最高法院判例要旨上冊第一〇四頁）。

【評釋】

民法關於債之規定，多為任意法，除有涉及公共利益部份，特設強制規定外（例如第二百零四條第三項，第二百零五條至第二百零七條），苟不違反公秩良俗，即得以法律行為，自由成立，此與物權法不得創設之原則（民法第七百五十七條）大有不同。因之，當事人於民法債編所定二十四種典型之債外，創設別種以發生債之關係為目的之債，自非法所不許。多年來民間流行之合會契約，與人事保證契約，均為民法所未規定，但其契約本旨，或為調濟物資融通，或為加強人事制度，與公共秩序

善良風俗，並無違反。在最高法院判例，均認許此等契約之存在。

一、合會契約

(一)合會契約之意義

合會契約者，當事人間約定，由會首募集會員若干人，以共同出資爲目的，定期以投標或其他方法得會，而分期清償之契約也。開始邀會之人，稱爲會首或首會，被邀之人，稱爲會員或子會，會資多以金錢充之，其以金錢以外之物品爲出資標的者，亦無妨於合會之成立。第一次會資，由會首獨得，無須投標。以後定期集會，由得會之會員獲得會資。得會方法，多以投標決定之由出標最高額之會員得會，未得會之各會員，就預定金額內，扣除得會者所標金額，將其餘額支付於會首，再由會首彙集連同自己應付之數，交付於得會之會員，以後已得會之會員，每期均須按預定金額，交付會資，至完會爲止。此外亦有以擲骰方法決定得會者，即以擲得點數最多之會員，獲得會資。又有預先約定某人爲第幾會，依次得會者。已得會之人，稱爲死會或熟會，未得會之人，稱爲活會或生會，凡屬會員，均有得會一次之機會，集腋成裘，利於資金之融通與週轉，不失爲一合作之良法。惟會首責任重大，既應就自己出資負責，尤應就會員出資，負其責任。實務所見，會首爲增進會員信任，立會之初，即央請第三人擔任保證人，或提出物品保證，以堅信用者，往往有之，至得會員，應否對會首提出保證，悉依契約之所定。

(二)合會契約之種類

合會契約之種類，頗不一致，一般合會，會員人數不拘，金額不拘，惟金額約定後，均應依其標準出資，得會方法，概以投標決定，所出標金，即變相之利息，惟事實上不受週年百分之二十之限制。以擲骰方法決定得會者，謂之搖會，各憑運氣，不得爭議，有玩樂性質，會員人數，不如一般合會人數之多。在四川省境內，有一種合會稱為田園會，以若干田畝之價值爲出資標的，規模大者，會員中另有組合，推出一人對會首負責，會首與會員，均須提出相當田產，作爲保證。又賴南一帶，有所謂七子會者，包括會首一人會員六人，亦由會首邀集，誰擔任第幾會，預先確定，其出資金額並不一致，例如一百元會，第一次會金，二會須付二十元，其餘八十元，由三至七會五人分擔，惟數目多寡不等，依得會之先後，以次遞減六人湊足一百元爲準，每年集會一次，集會時例須由得會者設宴款待，飯後交金不調，各會金額，亦多寡不等，計算極爲精細。

(三)合會契約之性質

合會契約因會首與各會員雙方意思表示一致而成立，爲諾成契約。惟契約成立後，例須由會首製成會單，交付各會員收執，作爲憑證以昭信守。會員之出資，以得會爲目的，故爲有償契約。又因合會在民法上並無規定，依其內容，有認爲係消費借貸契約者；有認爲係消費借貸與保證之混合契約者；有係認爲合夥契約者，然合會之種類既有不同，內容亦不一致，會首與會員間，會員相互間，發生何種效力，悉依其契約之所定，不在典型契約之列，屬於無名契約之一種，不能概以某種典型契約認定之。

(四)合會契約之效力