

最高法院

民事判例匯刊

鄧
周定
衛
放
編輯

上海法學書局出版

第九期



最高法院民事判例匯刊目次 第九期

(一) 訴訟救助之準許	一
(二) 遲誤追復之限制	三
(三) 事實真偽之判斷及立嗣之要件	四
(四) 訴訟程序之中止	六
(五) 和解之效力	八
(六) 訴訟程序之中止	九
(七) 推事迴避之原因	一一
(八) 異議之訴與提起期間	一三
(九) 定金之返還	一六
(一〇) 退夥前所負債務之責任	一八
(一一) 受任人之義務	二一
(一二) 遲延責任之負擔	二四

(一三) 轉讓合夥股分之對抗力	二六
(一四) 租金之得請求	三〇
(一五) 承租人所設工作物之所屬	三二
(一六) 權利質權之求償及合夥損害之分配與默示承諾之解釋	三五
(一七) 父母離婚後之母子關係	四一
(一八) 不堪同居之解釋	四三
(一九) 受胎時期之推定	四六
(二〇) 特有財產之解釋	四八
(二一) 擇嗣之權限	五〇
(二二) 立嗣之權限	五一
(二三) 不動產登記條例之適用	五五
(二四) 訴訟程序之中止	六一
(二五) 遲誤言辭辯論之救濟	六二
(二六) 未逾三百元之利益上訴	六三

(二七)	訴訟程序之中止	六六
(二八)	不服和解之程序	六八
(二九)	合併裁判之限制	六九
(三〇)	不服和解之程序	七三
(三一)	因定暫時情狀之假處分	七五
(三二)	事實之認定與證據之憑信力	七七
(三三)	追復遲誤之限制	七九
(三四)	執行異議與停止執行	八一
(三五)	拍賣財產與債權額	八三
(三六)	再審與停止執行	八五
(三七)	誤用上訴程序之效力	八六
(三八)	非本名報領官地之效力	八八
(三九)	習慣法之成立及調查錄之効力	九〇
(四〇)	新民法前精神病人行爲之效力	九三

(四一) 遲延責任之擔負·····	九六
(四二) 債務之更新·····	九八
(四三) 僱用人對於受僱人侵權之責任·····	一〇〇
(四四) 賣契成立之要件·····	一〇四
(四五) 婚約訂定之權·····	一〇五
(四六) 兼祧者之嗣子·····	一〇六
(四七) 守志婦之所指·····	一〇八
(四八) 立嗣權之行使·····	一一〇
(四九) 親屬會之立繼·····	一一二
(五〇) 婚姻關係之成立·····	一一四

要旨分類一覽第九期

關於民法總則

(三九) 習慣法之成立及調查錄之效力——(一) 習慣法成立以習慣事實為基礎習慣事實之調查依訴訟法則與審查爭執事實同其程序應據當事人依法提出之證據或法院調查之結果而為認定(二) 當事人應就其所主張之利己事實盡舉證之責若所舉證據不足為利己主張之證明則相對人即無舉出反證之必要至部刊之民商習慣調查錄所載習慣係據縣承審員個人之報告祇足以供參考有無法之效力自應另為審認(二十一年上字第二一三一號)……………九〇

關於民法總則施行法

(四〇) 新民法前精神病人行為之效力——契約締結於民法總則施行前依民法總則施行法第一條規定民法總則第七十九條關於限制行為能力人訂立契約須得法定代理人允許或承認之規定不能適用而依民法總則



施行前適用之法例心神喪失或精神耗弱者僅爲限制行爲能力人其所爲之法律行爲未得法定代理人允許或承認者僅足據爲撤銷之原因請求撤銷而非自初不生效力（二十一年上字第二一六一號）……………九三

關於民法債編

- （九）定金之返還——訂約當事人之一方付有定金者倘其契約因可歸責於付金當事人之事由而不能履行其付定金之當事人不得請求返還定金（二十一年上字第一九〇六號）……………一六
- （一〇）退夥前所負債務之責任——合夥人退夥後就其合夥前所負之債務仍有清償之責此在民法債編第六百九十條固有明文規定而該民法債編施行前亦爲適當之條理迭經採爲判例（二十一年上字第一九八七號）一八
- （一一）受任人之義務——受任人應將委任事務進行之狀況報告於委任人商業經理人既係受其主人委任管理商號事務自有應主人之請求而報告其清算賬目之義務（二十一年上字第一九九二號）……………二一
- （一二）遲延責任之負擔——債務因不可歸責之債務人之事由致未給付

- 者債務人不負遲延之責（二十一年上字第一九九六號）……………二四
- （一三）轉讓合夥股分之對抗力——合夥人將自己之股分轉讓於他人時雖已將自己應分擔之損失交付受讓人并約明以前合夥所負之債務由受讓人清償亦僅於受讓人間有其效力即對於受讓人雖得請求其向債權人清償俾自己免其責任而對於債權人則非依債務承擔之法則經其承認不得以此對抗之惟轉讓後合夥所負之債務如受讓人為他合夥人或雖非他合夥人而其轉讓已得他合夥人全體之同意者應由繼承該合夥人地位之受讓人負責（二十一年上字第一六七九號）……………二六
- （一四）租金之得請求——請求給付租金須有合法成立之租賃契約而承租人又確有欠租事實其請求始能成立（二十一年上字第一六八四號）三〇
- （一五）承租人所設工作物之所屬——租主對於承租人就租賃物所增設之工作物不得於終止契約時主張無償留用（二十一年上字第一六九二號）……………三二
- （四一）遲延責任之擔負——給付有確定期限者債務人自期限屆滿時起

當然負遲延責任其因不可歸責於債務人之事由致未給付者債務人雖不負遲延責任但不可歸於債務人之事由應由債務人負舉證之責（二十一年上字第一九五六號）……………九六

（四二）債務之更新——債務一經更改即發生一種新債務上訴人常時既已將滾利之債權一併開立兌條另爲分期歸還之約定自應就所約定之新債務負清償責任（二十一年上字第二〇二九號）……………九八

（四三）僱用人對於受僱人侵權之責任——受僱人因執行職務不法侵害他人權利者僱用人須對於選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者始可不負損害賠償之責任（二十一年上字第二一五二號）……………一〇〇

（四四）賣契成立之要件——買賣契約祇須當事人雙方表示意思一致即爲成立其買賣田產之老契分關已否交付並有無賣主族人到場作中均與契約之成立無關（二十一年上字第二二八一號）……………一〇四

關於民法物權

(一六) 權利質權之求償及合夥損害之分配與默示承諾之解釋——(一) 爲債務人設定權利質權之第三人因質權人實行質權致失其權利時對於債務人固有求償權但所謂求償者係請求償還所失權利之當時價額及其時以後之利息非請求回復所失權利之謂故第三人以對於質權人之外國貨幣金額債權爲債務人設定質權時若經質權人實行質權致失其權利則雖其外國貨幣之市價增漲亦僅得按當時市價請求償還中國貨幣不得就外國貨幣之原額請求償還(二) 合夥人間分配損益之成數以按合夥出資額之比例定之爲原則其曾經約定分配損益之成數者固當從其約定惟主張有此約定者應負舉證之責(三) 民法上所謂默示之承諾必依要約受領人之舉動或其他情事足以間接推知其有承諾之意思者始得認之若單純之沈默則除依交易上之慣例或特定人間之特別情事足認爲承諾者外不得認爲承諾(二十一年上字第一五九八號)……………三五

關於民法親屬

(一七) 父母離婚後之母子關係——母雖與父脫離關係而其所生之子究

無絕母之義故母子間之關係依法自屬仍舊存在（二十一年上字第一九八二號）……………四一

（一八）不堪同居之解釋——夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者得向法院請求離婚其事實發生在民法親屬編施行前者亦得請求離婚所謂不堪同居之虐待者即其虐待之情形達於不堪同居之程度爲已足若慣行毆打致不堪同居自亦可認爲不堪同居之虐待不以毆打成傷爲限（二十一年上字第一九九七號）……………四三

（一九）受胎時期之推定——受胎期間至少應從子女出生之日回溯至第一百八十一日（二十一年上字第一五九七號）……………四六

（五〇）婚姻關係之存立——婚姻成立之要件欠缺縱令有同居事實及因感情作用而有與夫妻相同待遇及意思表示仍不得謂爲婚姻關係（二十一年上字第二〇六七號）……………一一四

關於民法親屬編施行

（四五）婚約訂定之權——婚約應由男女當事人自行訂定此在民法親屬

編施行前亦爲婚姻自由原則所生之當然結果（二十一年上字第一八九

三號）……………一〇五

（四六）兼祧者之嗣子——民法親屬編施行前之法例兼祧兩房之人無子

立嗣除擇立時別有分別承繼之表示外當然由一嗣子承祧（二十一年上

字第一八九號）……………一〇六

（四七）守志婦之所指——民法親屬編施行前當時有效法例婦人夫亡無

子守志者合承夫分應憑族長擇昭穆相當之人繼嗣此守志之婦當然專指

正妻而言（二十一年上字第一九三四號）……………一〇八

（四八）立嗣權之行使——查舊法時代關於宗祧繼承之法例被繼承人死

亡若並無守志之婦或直系尊親時立繼權之行使應屬於親屬會議未經親

屬會議擇立之人法院不得逕以裁判代爲擇立（二十一年上字第一九五

四號）……………一一〇

（四九）親屬會之立繼——民法繼承編施行前之法例親屬會議立繼固須

依法定程序擇立位次最先之人惟位次在先者有數人時親屬會議在此數

人中自有公同議立之權（二十一年上字第二〇〇四號）……………一一二

關於民法繼承

（二〇）特有財產之解釋——分家前以自己名義所得之財產自爲特有財產非得當事人同意不能指爲公產而強其分析（二十一年上字第190一號）……………四八

關於民法繼承編施行法

（二一）擇嗣之權限——繼承在民法繼承編施行前開始者除民法繼承編施行法有特別規定外依該施行法第一條所定不適用民法繼承編之規定自應仍適用當時之法例予以判斷又按當時法例婦人夫亡無子守志者其擇嗣之權專在於守志之婦且在未經立嗣以前其所有遺產并應由其管理而直系尊親屬及親屬會議均不能代爲擇嗣（二十一年上字第192〇號）……………五〇

（二二）立嗣之權限——繼承開始在民法繼承編施行前應依當時法例辦理惟按當時法例被繼承人死亡無子應由守志之婦立繼若守志之婦亦已

死亡而其家尙有直系尊親屬者則立繼之權應由該尊親屬行之（二十一年上字等一六八五號）……………五二

關於民事訴訟法

（一）訴訟救助之准許——當事人聲請訴訟救助若其訴訟顯無勝訴之望者固屬不應准許惟所謂顯無勝訴之望者乃其提起之訴訟或上訴就其顯著事實於法律上本無勝訴之希望者而言否則應就請聲人有無資力而爲准許與否之標準（二十一年抗字第八七二號）……………一

（二）遲誤追復之限制——追復遲誤之訟訴行爲以當事人或代理人因天災或其他不歸責於己之事由而遲誤不變期間者爲限若因遲誤裁定期間而受駁回上訴之裁判自不在准許追復之列（二十一年聲字第六二二號）……………三

（三）事實真僞之判斷及立嗣之要件——（一）事實之真僞法院得斟酌辯論意旨及調查證據之結果依其自由心證判斷之苟其確定事實並不違背法律不許當事人以空言指摘（二）無子立嗣不以立有遺囑或繼書爲要件確認民法親屬編繼承編施行前之立嗣爲成立不因各該編之施行而

受影響（二十一年上字第一四〇六號）……………四

（四）訴訟程序之中止——訴訟全部或一部之裁判以他項法律關係應由行政公署確定其是否成立為據者法院雖得命在該法律關係確定前中止訴訟程序然如認法律關係是否確定可於訴訟進行中自行調查無庸中止訴訟程序者自可仍為訴訟之進行（二十一年抗字第五四八號）……………六

（五）和解之效力——審判上之和解有終結訴訟之效力當事人不得任意翻悔亦不得對於和解筆錄依抗告程序聲明不服（二十一年抗字第六二八號）……………八

（六）訟訴程序之中止——訟訴全部或一部之裁判以他項訟訴之法律關係是否成立為據者法院固得命在他訟終結以前中止訟訴程序但所謂他項訟訴係指為本件訟訴先決問題之法律關係另為訟標的尚未終結者而言若其先決問題之法律關係即為本件訟訴之一部且此一部之訟訴業因上訴結果而先經判決確定則其他部分之裁判已得有相當根據并無彼此矛盾之虞即或當事人對於該一部之確定判決已提起再審之訴亦不

足爲中止訴訟程序之原因（二十一年抗字第六四一號）……………

（七）推事迴避之原因——法院之推事因全體迴避不能行使審判權時依民訴法第二二條第一款之規定固得向直接上級法院聲請指定管轄惟同法第三三條第二款所謂有偏頗之情形指該推事於當事人之一造或其親屬有親交或嫌怨或就訴訟標的有利害關係者而言若僅爲同署辦公之僚友又未據釋明有何密切交誼則其參與審判尙難遽認其有偏頗之虞至行政監督與審判獨立本屬兩事縱令一造有代行司法行政長官職務情事要不得謂推事之審判權亦將受其影響而構成全體迴避之原因（二十一年聲字第四七六號）……………

（二四）訴訟程序之中止——訴訟中有犯罪嫌疑牽涉其裁判者法院固得命其於刑事訴訟終結前中止訴訟程序但法院認爲無中止之必要者自可毋庸中止（二十一年抗字第六六四號）……………

（二五）遲誤言詞辯論之救濟——遲誤之訴訟行爲得以追復者以不變期間爲限至遲誤言詞辯論日期並無追復之明文除於判決後得以並無遲誤

爲理由聲明上訴外別無救濟方法（二十一年抗字第七五二號）……………六二

（二六）未逾三百元之利益上訴——在民訴法施行前提起上訴其因上訴

所得受之利益雖未逾三百元但依當時適用之民訴律係得以上訴之件故

第三審法院仍應就實體上予以審判（二十一年上字第一八一二號）……………六三

（二七）訴訟程序之中止——民事訴訟中有犯罪嫌疑牽涉該訴訟之裁判

法院得命其中止訴訟程序者係指該犯罪成立與否足爲民事裁判之根據

而言（二十一年抗字第八六五號）……………六六

（二八）不服和解之程序——民訴法施行前當事人對於訴訟上之和解有

所不服者如係適用民訴條例之省分準用再審程序之規定本得提起再審

之訴迨民訴法施行後再審之訴雖已不得提起但仍可向受訴法院聲請指

定言詞辯論期日爲和解無效或撤銷之主張由該法院予以審判要不得逕

以上訴方法請求救濟（二十一年抗字第八七四號）……………六八

（二九）合併裁判之限制——合併辯論之數宗訴訟其得合併裁判者以當

事人兩造相同者爲限（二十一年上字第一九九九號）……………六九

(三〇)不服和解之程序——上訴或抗告係對於法院裁判聲明不服之方法。法院書記官作成之和解筆錄并非法院之裁判，自不能對之提起上訴或抗告。如當事人對於訴訟上之和解主張未經合法成立，本可向試行和解之法院聲請繼續審判。該法院認為和解實未合法成立時，應以中間判決宣示其旨。就該事件繼續審判或逕就該事件繼續審判而於終局判決理由中宣示其旨。反之，該法院認和解已合法成立時，應以終局判決宣示訴訟已因和解而終結。此項終局判決當事人既得依上訴方法聲明不服，即無許其對於和解筆錄聲明不服之必要。(二十一年抗字第七〇九號)……………七三

(三一)因定暫時情狀之假處分——民事訴訟法施行前適用之民事訴訟律第六百六十九條第一項所謂爭執之法律關係有定暫時情狀之必要者，係指因避重大之損害或因其他情事有就爭執之法律關係定暫時情狀之必要者而言。此種情事即為假處分之原因。依同條第二項同律第六百六十六條第六百五十五條第三百四十四條之規定，應由聲請假處分之人提出能即時調查之證據以聲敘之。苟無此種情事，則雖在訴訟進行中亦不得

即認爲有就爭執之法律關係定暫時情狀之必要（二十一年抗字第七九七號）……………七七五

（三二）事實之認定與證據之憑信力——事實之認定須憑證據而證據之憑信力如何則審理事實之法院於法律所許範圍內有衡情認定之權（二十一年上字第一六〇一號）……………七七

（三三）追復遲誤之限制——追復遲誤之訴訟行爲依民事訴訟法第一百六十五條第一項規定以當事人或代理人因天災或其他不應歸責於己之事由而遲誤不變期間者爲限若因遲誤裁定期間而受駁回上訴之裁判自不許爲此聲請（二十一年聲字第七一三號）……………七九

（三七）誤用上訴程序之效力——當事人對於第二審之判決聲明不服雖其訴狀誤用抗告字樣仍應以上訴於第三審論（二十一年聲字第七九八號）……………八六

關於民事訴訟執行規則

（八）異議之訴與提起期間——提起異議之訴依法祇須在執行終結前爲

之並無所謂期間之限制（二十一年上字第一三二九號）……………一三

（三四）執行異議與停止執行——第三人主張對於強制執行之不動產有權利提起異議之訴在審判未確定以前法院雖得酌量情形停止查封拍賣管理或限制之然應否停止或限制自應由受訴法院予以裁判非謂第三人

一有異議之訴即當然停止執行（二十一年抗字第八七八號）……………八一

（三五）拍賣財產與債權額——民事案件於判決確定後其實施強制執行時雖得對於債務人之一切財產予以查封拍賣但執行之範圍以該確定判決之內容為準除其財產有不可分之外應以債務人之財產足以抵償有執行名義之債權為範圍如債務人財產之一部已足抵償自無查封拍賣全部財產之必要（二十一年抗字第九〇九號）……………八三

（三六）再審與停止執行——當事人對於確定判決之執行若以該案業經聲請再審為理由請求停止者除經再審法院認為有必要情形命當事人提出確定相當保證另以裁判准許外執行法院毋庸遽予停止執行（二十一年抗字第八九六號）……………八五

關於不動產登記條例

(二三) 不動產登記條例之適用——(一) 不動產登記條例適用之範圍因條例本身並無除外之規定而國內其他法令以及與外國訂立之約章又均於登記制度未加限制則凡因不動產抵押權之爭執在已實行登記制度區域內中國法院涉訟者無論其為中國人抑為外國人亦無論其抵押物在中國界抑在外國租界中國法院於其抵押權之對抗力當然適用該條例以爲判斷(二) 不動產登記條例第二條規定縣公署管轄登記衙門係指登記制度實行時該地尙未設立地方審判廳之縣公署而言若已設立則管轄登記之事卽不屬於縣公署(二十一年上字第一八一三號)……………五五

關於報領官地

(三八) 非本名報領官地之效力——領地人以他項名義出名報領官地苟確有合法領地之事實卽不能因非自己姓名致失報領之效力(二十一年上字第一九二九號)……………八八

最高法院民事判例匯刊 第九期

(一) 訴訟救助之准許 二十一年八月二十九日民事
抗字第八二七號

要 旨

當事人聲請訴訟救助。若其訴訟顯無勝訴之望者。固屬不應准許。惟所謂顯無勝訴之望者。乃其提起之訴訟或上訴就其顯著事實於法律上本無勝訴之希望者而言。否則應就聲請人有無資力而為准許與否之標準。

抗告人毛雲卿年三十三歲住下坡

右抗告人與恆豐錢莊因求償欠款聲請訴訟救助事件對於中華民國二十一年七月十四日安徽高等法院裁定提起抗告本院裁定如左

主文

原裁定廢棄發回安徽高等法院更為裁定

理由

最高法院民事判例匯刊 第九期

按當事人聲請訴訟救助若其訴訟顯無勝訴之望者依民事訴訟法第一百零七條之規定固屬不應准許惟所謂顯無勝訴之望者乃其提起之訴訟或上訴就其顯著事實於法律上本無勝訴之希望者而言否則應就聲請人有無資力而爲准許與否之標準查本件抗告人與恆豐錢莊因求償欠款涉訟不服安徽懷甯地方法院第一審判決向原審提起上訴並聲請訴訟救助其上訴狀內雖載有欠債還錢本無異詞惟時局弄人無力抵抗亦當曲諒等語但就其本年七月十一日補呈上訴理由計列四項（甲）業經聲明退夥應將恆豐錢莊應償還之股本准予抵銷第一審遽判令不准抵銷（乙）未到期之款第一審判令先期歸還（丙）期前利息滾入原本數目不符第一審未予注意（丁）第一審抹殺商事公斷處章程未先委託商事公斷處調處等情查其所列四項縱未必盡屬正當但審理事實之法院未予當事人以辯論機會究難遽認其事實顯著無勝訴希望原審僅摘取抗告人上訴狀內所載之上述各語而未注意其補呈之上訴理由遽謂抗告人顯無勝訴之望將其聲請駁回殊難以昭折服抗告論旨非無理由

據上論結本件抗告爲有理由依民事訴訟法第四百五十九條第二項裁定如主文

(二) 遲誤追復之限制 二十一年八月十一日民事
聲字第六二二號

要	旨
追復遲誤之訴訟行爲。以當事人或代理人因天災或其他不歸責於已之事由而遲誤不變期間者爲限。若因遲誤裁定期間而受駁回上訴之裁判。自不在准許追復之列。	

聲請人葛傑臣年三十三歲住上海北京路四十五號益中拍賣行

右聲請人因與趙炳彥票款涉訟事件對於中華民國二十一年五月七日本院決定聲請追復原狀本院裁定如左

主文

聲請駁回

聲請訴訟費用由聲請人負擔

理由

按追復遲誤之訴訟行爲依民事訴訟法第一百六十五條第一項規定以當事人或代理人因天災或其他不歸責於已之事由而遲誤不變期間者爲限若因遲誤裁定

期間而受駁回上訴之裁判自不在准許追復之列本件聲請人前向本院提起上告未遵章繳納訟費及提出理由書由本院審判長限期補正後延數月之久迄未遵行經本院決定駁回上告在案茲聲請人以受上海戰事影響為理由聲請追復其遲誤之訴訟行為無論所稱是否屬實依上說明殊有未合

據上論結本件聲請為不合法應予駁回並依民事訴訟法第九十六條第八十一條命聲請人負擔聲請訴訟費用裁定如主文

(三)事實真偽之判斷及立嗣之要件

二十一年七月七日民事上字第一四〇六號

<p>要 (一)事實之真偽。法院得斟酌辯論意旨及調查證據之結果。依其自由心證判斷之。苟其確定事實並不違背法律。不許當事人以空言指摘。(二)無子立嗣。不以立有遺囑或繼書為要件。確認民法親屬編繼承編施行前之立嗣為成立。不因各該編之施行而受影響。</p>	<p>旨</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------

上訴人孫立山年六十一歲住武邑縣查結村

孫 鵬年四十一歲住武邑縣查結村

被上訴人孫興周年四十八歲住武邑縣查結村

右當事人間確認立嗣成立事件上訴人等對於中華民國二十年四月二十八日河北高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按事實之真偽法院得斟酌辯論意旨及調查證據之結果依其自由心證判斷之苟其確定事實並不違背法律不許當事人以空言指摘本件原審斟酌兩造辯論意旨及證人白洛普李慶懷李清波李洛升等證言認定被上訴人之子九妮業經親屬會議立爲己故孫廣有嗣子上訴人並不能指證其如何違背法律徒以空言指摘其認定爲不當殊難認爲有理由至張孫氏之證言原審已以張孫氏之子張平與被上訴人有訟嫌等心證理由予以捨棄不容上訴人更行援用上訴狀所舉族人名查據

原卷上訴人並未依法爲證據聲明不得指原審未傳訊爲違法又無子立嗣不以立有遺囑或繼書爲要件確認民法親屬編繼承編施行前之立嗣爲成立不因民法親屬編繼承編之施行而受影響均經本院判例說明在案上訴人就以上各點斤斤爭辯聲明廢棄原判決不能認爲有理由

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(四) 訴訟程序之中止

二十一年七月四日民事
抗字第五四八號

要	旨
訴訟全部或一部之裁判。以他項法律關係應由行政公署確定其是否成立爲據者。法院雖得命在該法律關係確定前中止訴訟程序。然如認法律關係是否確定可於訴訟進行中自行調查。無庸中止訴訟程序者。自可仍爲訴訟之進行。	

抗告人姚德年四十二歲住廣州東山寺右鄉

右抗告人因與趙士北請求損害賠償聲請中止訴訟程序事件對於中華民國二十

年九月三十日廣東高等法院提起抗告本院裁判如左

主文

抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人負擔

理由

按訴訟全部或一部之裁判以他項法律關係應由行政公署確定其是否成立爲據者法院雖得命在該法律關係確定前中止訴訟程序然如認該法律關係是否確定可於訴訟進行中自行調查無庸中止訴訟程序者自可仍爲訴訟之進行本件趙士北對抗告人提起損害賠償之訴主張其所領訟爭地因抗告人之侵權行爲阻止不能交易由此所受損害應由抗告人賠償抗告人則謂該地係伊私產迭向前官產處財政廳民產保證局呈驗契據證明確係私產經財政廳批令抗告人照常管業並經民產保證局呈請市廳轉令財政局撤銷趙士北承領原案祇因財政局遲延未辦致該產主權尙未確定茲抗告人自向市財政局聲請催辦應將訴訟程序暫行中止云云是抗告人所舉各行政公署經過情形本可由法院於訴訟進行中自行調查之

事項原決定未予調查率斷爲已經確定所見固不免失當但訴訟進行中既尙可行使調查職權則其認爲無庸中止訴訟程序並不能指爲違法抗告人聲明廢棄原決定不能認爲有理由

據上論結本件抗告爲無理由依民事訴訟法第四百五十九條第一項第九十六條第八十一條裁定如主文

(五)和解之效力

二十一年七月十一日民事
抗字第六二八號

要

審判上之和解有終結訴訟之效力。當事人不得任意翻悔。亦不得

旨

對於和解筆錄依抗告程序聲明不服。

抗告人李鴻興卽李六年三十二歲任開封城內中州旅社

右抗告人因與李運來確認繼承事件對於中華民國二十一年二十七日河南高等法院和解筆錄提起抗告本院裁定如左

主文

抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人負擔

理由

按審判上之和解有終結訴訟之效力當事人不得任意翻悔亦不得對於和解筆錄依抗告程序聲明不服本件抗告人與李運來確認繼承事件經原法院審判長當場和解製成和解筆錄合法送達在卷抗告人事後以不願和解為詞仍請進行訊判顯係任意翻悔乃以原法院不予繼續審判率向本院提起抗告於法殊屬不合所有抗告論旨應即不予置議

據上論結本件抗告為不合法依民事訴訟法第四百五十九第一項第九十六條第八十一條裁定如主文

(六) 訴訟程序之中止

二十一年七月十四日民事
抗字第六四一號

要

訴訟全部或一部之裁判。以他項訴訟之法律關係是否成立為據者。法院固得命在他訴訟終結以前中止訴訟程序。但所謂他項訴訟。係指為本件訴訟先決問題之法律關係另為訴訟標的尚未終

結者而言。若其先決問題之法律關係即爲本件訴訟之一部。且此一部之訴訟業因上訴結果而先經判決確定。則其他部分之裁判已得有相當根據。并無彼此矛盾之虞。即或當事人對於該一部之確定判決已提起再審之訴。亦不足爲中止訴訟程序之原因。

抗告人楊子修年四十五歲住天津英租界六十號路一經里十三號

右抗告人因與寶認煤礦公司請求解約并賠償損害事件對於中華民國二十年八月二十六日河北高等法院裁決提起抗告本院裁定如左

主文

抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人負擔

理由

按訴訟全部或一部之裁判以他項訴訟之法律關係是否成立爲據者法院固得命在他訴訟終結以前中止訴訟程序但所謂他項訴訟係指爲本件訴訟先決問題之

法律關係另爲訴訟標的尙未終結者而言若其先決問題之法律關係卽爲本件訴訟之一部且此一部之訴訟業因上訴結果而先經判決確定則其他部分之裁判已得有相當根據并無彼此矛盾之虞卽或當事人對於該一部之確定判決已提起再審之訴亦不足爲中止訴訟程序之原因本件抗告人與寶成煤礦公司訂立之包銷煤斤契約應予解除及抗告人應負解約責任業經三審判決確定現應審究者僅在賠償數額之一點是就賠償數額而論雖應以解約責任爲先決問題然該部分已有確定判決可據則其訴訟程序卽屬毋庸中止乃抗告人以對於確定判決提起再審之訴爲詞聲請中止訴訟程序核與上開說明顯有合原裁決將其聲請駁斥并無不當抗告論旨殊無可採

據上論結本件抗告爲無理由依民事訴訟法第四百五十九條第一項第九十六條第八十一條裁定如主文

(七)推事迴避之原因

二十一年七月十一日民事
聲字第四七六號

法院之推事因全體迴避不能行使審判權時依民訴法第二二條第一款之規定固得向直接上級法院聲請指定管轄惟同法第二

要

三條第二款所謂有偏頗之情形。指該推事於當事人之一造或其親屬有親交或嫌怨。或就訴訟標的有利害關係者而言。若僅爲同署辦公之僚友。又未據釋明有何密切交誼。則其參與審判尙難遽認其有偏頗之虞。至行政監督與審判獨立本屬兩事。縱令一造有代行司法行政長官職務情事。要不得謂推事之審判權亦將受其影響。而構成全體迴避之原因。

旨

聲請人江西省財政廳

訴訟代理人盧涵三

右聲請人因與曹尙德堂確認土地所有權事件聲請推事迴避并指定管轄本院裁定如左

主文

聲請駁回

聲請訴訟費用由聲請人負擔

理由

按法院之推事因全體迴避不能行使審判權時依民事訴訟法第二十二條第一款之規定得向直接上級法院聲請指定管轄惟同法第三十三條第二款所謂有偏頗之情形係指該推事於當事人之一造或其親屬有親交或嫌怨或就訴訟標的有利害關係者而言若僅爲同署辦公之僚友又未據釋明有何密切交誼則其參與審判尙難遽認其有偏頗之虞至行政監督與審判獨立本屬兩事縱令一造有代行司法行政長官職務情事要不得謂推事之審判權亦將受其影響而構成全體迴避之原因本件聲請人主張曹尙德堂卽曹俊所用堂名曹俊歷任江西高等法院民刑庭長并迭代院務所有全院推事均其寅好且曾受其監督權之支配等情縱係屬實依上說明亦不足資爲全體迴避之論據其所爲聲請礙難照准據上論結本件聲請爲無理由應卽駁回并依民事訴訟法第九十六條第八十一條裁定如主文

(八)異議之訴與提起期間

二十一年七月上字
第一三二九號

要旨 提起異議之訴。依法祇須在執行終結前爲之。並無所謂期間之限制。

上訴人馬姜淑薰年三十八歲住武昌芝蔴嶺十二號

被上訴人漢口商業儲蓄銀行設漢口西貢街一百十二號

訴訟代理人趙典之年歲未詳漢口西貢街一百十一號

彼上訴人馬淨修年歲未詳住漢口西貢街一百十一號

右當事人間執行異議事件上訴人對於中華民國二十年七月二十日湖北高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件上訴論旨最重要者卽爲上訴人請准假處分之基地房產並非被上訴人馬黃

淨修所有馬黃淨修以夫主馬宙伯名義與被上訴人漢口商業儲蓄銀行所訂之抵押契約係串通捏造並不生權利關係第一審依該被上訴人等異議之訴判認假處分無效顯屬錯誤原判予以維持自亦不合云云查被上訴人所呈民國十九年四月八日由武昌地方法院填發之不動產所有權登記證明書及設定抵押權登記證明書各一紙其中所載基地房屋與上訴人請准假處分之基地房屋完全相符並付有房地紅契而登記年月又在民國十九年十一月二十七日上訴人聲請假處分之前固不得謂抵押契約係出於事後捏造至該房地究爲馬黃淨修所有抑爲馬宙伯所有因伊等爲夫妻關係苟無一方否認登記要非爲其子媳之上訴人所得否認前項論旨殊無足採復查被上訴人漢口商業儲蓄銀行雖未備銀行成立要件而依普通商號之資格放款於法並非無效又提起異議之訴依法祇須在執行終結前爲之並無所謂期間之限制上訴人對此兩點之上訴論旨顯有誤會此外如所稱第二審指定言詞辯論之日上訴人曾於上午十時餘投到僅時間稍遲不應依一造之言詞辯論以爲判決云云查閱原卷原法院末次之言詞辯論係指定於民國二十年七月十七日上午八時開始縱使十時餘上訴人有到院之事因此時已在辯論終結以後其

遲誤時間之結果仍與遲誤日期無異以此指摘原判尤屬無謂

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百四十五條第八十一條判決如主文

(九)定金之返還<sub>二十一年九月五日民事
上字第一九〇六號</sub>

要旨 訂約當事人之一方付有定金者。倘其契約因可歸責於付金當事人之事由而不能履行。其付定金之當事人不得請求返還定金。

上訴人衛瑞卿年四十八歲住漢口存仁巷八十三號

被上訴人雷卓球年四十歲住武昌水陸前街四十二號

右當事人間請求返還定金事件上訴人對於中華民國二十一年一月二十六日湖北高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按訂約當事人之一方付有定金者倘其契約因可歸責於付定金當事人之事由而不能履行其付定金之當事人不得請求返還定金查本件上訴人向被告上訴人定壓磚茶五千箱賣給德華洋行於十九年十一月立有定單當時付給被告上訴人現款五百元期票一千五百元約定自開壓之日起限六十天如數交清其所付之二千元係屬定金爲上訴人不爭之事實立定單後上訴人因雨雪阻隔於二十年廢歷正月半始派人入山購茶一千四百多擔其餘買就尙未進手德華洋行於是月底電限上訴人六十天歷完否則改做包茶上訴人恐誤限期改造包茶致本件定約不能履行依上說明上訴人所付之定金自不得請求返還況查上訴人改造包茶後曾由吳菊池調解與被告上訴人解約被告上訴人承認兌清未兌足之定金二千元並陸續支取修理煙函費數十元作爲補助有吳菊池信函可據且該一千五百元之期票上訴人於吳菊池調解後亦已兌足上訴人尤無翻異之餘地茲乃向被告上訴人爲返還定金之請求第一審將上訴人之請求駁回原審予以維持駁回上訴人之控告均無不合被告上訴人所提出吳菊池信函經原審以上訴人交案之吳菊池信函互相核對筆跡相符

本院復加覆核筆跡顯屬一致上訴人乃憑空指爲筆畫文氣天然兩別尤不足採又按約定之違約金額過高者依民法第二百五十二條之規定固得由法院減至相當之數額本件係屬定金既非違約金且被上訴人因準備壓茶所受之損失已逾二千元有被上訴人呈案之賬籍可據殊非上訴人得以空言妄指爲僞造縱使本件非屬定金而係違約金上訴人亦不得援據該條所定請求核減上告論旨均不足採據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百四十五條第八十一條判決如主文

(十) 退夥前所負債務之責任

二十一年九月二十七日民事
上字第一九八七號

要	旨
合夥人退夥後。就其合夥前所負之債務。仍有清償之責。此在民法債編第六百九十條固有明文規定。而該民法債編施行前亦爲適當之條理。迭經採爲判例。	

上訴人張華亭年五十二歲文件由上海寧波路四十號魏文翰律師收轉

吳家楣住址同上年齡未詳

喬廣和同上

被上訴人許文貴年二十六歲住上海百老匯路七十四號係益利汽水公司經理

右當事人間求償債務事件上訴人等對於中華民國二十年五月十三日江蘇高等法院第二分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人等負擔

理由

查本件上訴人張華亭於民國十九年三月間代表其夥開之瀛華公司與被上訴人所經理之益利汽水公司訂立合同承銷該益利公司汽水結至是年六月十五日止計欠益利公司水款瓶款共銀一萬九千五百六十一元三角四分三厘就中有一千七百七十六元五角爲是年五月五日以前欠款均據被上訴人提出益利公司商業賬簿等經原審核明無誤而上訴人張華亭就此欠數亦已不爭所抗辯者無非謂伊

已經退夥對於瀛華所欠益利之款不能負責而已本院按合夥人退夥後就其合夥前所負之債務仍有清償之責此在民法債編第六百九十條固有明文規定而該民法債編施行前本院亦認爲適當之條理迭經採爲判例者也卷查上訴人張華亭在第一二審主張退夥一層除據稱於十九年七月二十一日登報聲明外其提出作證之同年六月二十日分割據略稱前承孫倬雲舉爲經理茲以種種困難華亭不克負此重任爰邀雙方磋商結果所有瀛華以前以後一切對內對外責任均歸孫倬雲負責經理與華亭絲毫無關其華亭所認股份候結賬時清算各情據孫倬雲稱當時上訴人不過（原筆錄誤書爲果字）以經理責任讓把我股東仍存在的（見原審卷第七五頁）是無論該上訴人之退夥與否在該合夥人內部間尙非無爭執茲即認該上訴人當時退夥是實而據其報紙及分割據之聲明亦尙係十九年六月二十日之事上述欠款既係在其合夥關係存續中所負之債務豈能以其嗣後退夥爲藉口而拒絕清償原判決本此見解並以該欠款除在十九年五月五日以前所欠之一千七百七十六元五角爲民法債編施行前之債務依該債編施行法第一條仍適用連合分擔法例爲斷其餘一萬七千七百餘元之欠款則應依民法債編第六百八十一

條規定由該合夥人負連帶清償責任洵屬允洽乃上訴人張華亭仍以已經退夥爲其不服論旨殊非有理復查該瀛華公司承銷益利公司汽水除另由天和堂劉開生與開設同志盜社之張競韓具有有二千兩或二千元之保單外上訴人吳家楣與上訴人喬廣和所立之保單均載倘瀛華有不履行所訂定之條件時惟本保人是問又一切賬目及空瓶木箱如有拖欠不清亦由本保人負完全賠償之責該保單之爲真正上訴人吳家楣喬廣和既亦不爭則其對瀛華公司因承銷益利汽水所發生之債務係負全部保證責任自至明顯縱據主張該益利曾致瀛華函件要求換保但嗣後作保之顧安伯與顧殿梁係加保性質既已據該孫倬雲及其代理人在原審一再供述明晰而上訴人吳家楣等保單亦迄未得債權人同意作廢自無准予免除保證責任之理原判決關於該上訴人等部分亦爲允洽吳家楣等上訴論旨亦均非有理由據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(十一)受任人之義務

二十一年九月二十七日民事
上字第一九九二號

要 旨

受人應將委任事務進行之狀況報告於委任人。商業經理人既係受其主人委任管理商號事務。自有應人之請求而報告其清算賬目之義務。

上訴人李敬泉年七十四歲住廣州市四牌樓一百九十號

陳鎰卿年五十一歲住廣州市四牌樓一百九十號

陳俊生年八十二歲住廣東韶關風度路

被上訴人關禮元年五十六歲住廣東南海縣屬九江圩石馬街中興衣店

關宜海年四十五歲住廣東南海縣屬九江圩石馬街中興衣店

關宜錦年四十四歲住廣東南海縣屬九江圩石馬街中興衣店

陳次乾年五十四歲住廣東南海縣屬九江圩石馬街中興衣店

陳德稱年五十三歲住廣東南海縣屬九江圩石馬街中興衣店

右當事人間請求清算事件上訴人對於中華民國十九年十月二十四日廣東高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按受人應將委任事務進行之狀況報告於委任人商業經理人既係受其主人委任管理商號事務自有應主人之請求而報告其清算賬目之義務本件上訴人李敬泉所經理之萬安號故衣店及上訴人陳鎰卿陳俊生所經理之永安號均係被上訴人等關陳兩姓所開設爲兩造不爭之事實則被上訴人等以商業主人資格向上訴人請求清算賬目該上訴人自不得拒絕報告上訴人雖稱該項賬簿已經提交曲江商務分會核算又經被上訴人關禮元再爲核算認爲數目清楚並在簿末親簽檢查兩字是已經一算再算毋庸履算然經原審調查李敬泉狀供只謂交三年數簿陳鎰卿供只謂交出總簿一本有數十篇之多是當日交與商會並非歷年簿據之全數何從明瞭全部賬目其賬後所批檢查兩字僅關禮元一人不足以阻其他股東之請求清算且當日關禮元所批之檢查二字是否僅檢查數簿之形式抑已將該賬簿之內

容核算清楚兩造亦尙有爭執至上訴人謂該上訴人李敬泉自民國十二年起始由各股東推任爲萬安司理彼時曾會同各股東請理店內所存貨物所值及所存現款以比對外揭債項實不敷抵償七千餘兩是萬安號生意盈虧數目在民國十一年末月止已總清結一次以前數目概歸前經理負責與民無涉云云如果屬實一經調閱簿據自易明瞭茲乃匿簿不交拒絕清算自難避免容有情弊之嫌第一審判令被告卽上訴人將歷年賬簿繳案清算原審仍予維持均無不合上訴論旨不能認爲有理由

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(十二) 遲延責任之負擔

二十一年九月十二日民事
上字第一九九六號

要旨 債務因不可歸責之債務人之事由致未結付者債務人不負遲延之責。

上訴人何紹泉年四十五歲住臨淮關

王雨農年五十四歲任臨淮關

訴訟代理人林鴻藻律師

被上訴人狄克生年四十八歲住本京薩家灣

右當事人間請求償還欠款事件上訴人對於中華民國二十年七月二十九日江蘇高等法院第二審判決提起上訴被上訴人亦提起附帶上訴本院判決如左

主文

上訴及附帶上訴均駁回

第三審訴訟費用兩造各自負擔

理由

本件上訴人代銷被上訴人油燭等項在十七年八月四日以前除各項所准津貼外淨欠洋二萬二千六百六十八元三角一分有上訴人何紹泉於是日所覆之信件足資證實此項淨欠數額既係就各項所准津貼扣除清楚所餘淨欠之數目不能謂在前尚有應扣津貼燈油費花紅等項尚未扣除上訴人一方覆信既明認淨欠此數被上訴人又不否認自無更履行算賬程序之必要此外上訴人雖又主張另有應扣之

洋八千六百餘元指爲民國十六年兵災損失之數惟此款上訴人既表示自願每月竭力交還洋一千元則縱令所稱曾受兵災損失屬實要無藉詞翻異之餘地上訴人之上訴不能謂有理由又按債務因不可歸責於債務人之事由致未給付者債務人不負遲延之責上訴人等所欠款項雖應於兩造解除契約時清償惟其未予清償既因另有應行抵銷之款被上訴人爭執未允之故自不能謂非本於不應歸責於上訴人等之事由依上說明上訴人等不應負遲延責任被上訴人就此聲請附帶上訴亦非有理

據上論結本件上訴及附帶上訴均無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百四十五條第八十一條判決如主文

(十二)轉讓合夥股分之對抗力

二十一年八月二十五日民事
上字第一六七九號

要

合夥人將自己之股分輕讓於他人時雖已將自己應分擔之損失交付受讓人并約明以前合夥所負之債務由受讓人清償亦僅於受讓人間有其效力即對放受讓人雖得請求其向債權人清償俾

旨

自己免其責任。而對於債權人則非依債務承擔之法則經其承認。不得以此對抗之。惟轉讓後合夥所負之債務。如受讓人爲他合夥人。或雖非他合夥人。而其轉讓已得他合夥人全體之同意者。應由繼承該合夥人地位之受讓人負責。

上訴人蕭子衡年五十八歲住沙市十九鋪三十二號

蕭伯溫年三十八歲住沙市十九鋪三十二號

訴訟代理人雷銓衡律師住武昌烏魚池十二號

被上訴人永豐號等十五家號名住所詳卷

訴訟代理人陳慶堯律師

右當事人間請求償還欠款事件上訴人等對於中華民國二十年一月十七日湖北高等法院第二審判決提起一部上訴本院判決如左

主文

原判決命上訴人等清償新順長典及長興典所欠被上訴人等款項並訴訟費用部

分廢棄發回湖北高等法院更爲審判

理由

按合夥人將自己之股分轉讓於他人時雖已將自己應分擔之損失交付受讓人並約明以前合夥所負之債務由受讓人清償亦僅於受讓人間有其效力卽對於受讓人雖得請求其向債權人清償俾自己免其責任而對於債權人則非依債務承擔之法則經其承認不得以此對抗之惟轉讓後合夥所負之債務如受讓人爲他合夥人或雖非他合夥人而其轉讓已得他合夥人全體之同意者應由繼承該合夥人地位之受讓人負責本件上訴人等所呈民國十七年廢歷冬月初四日新順長典經理人王厚卿立給伊等之項受股分字雖載明上訴人等之師儉堂所入新順長典股分四股半由厚卿頂受該堂股分所虧沙銀五萬兩如數交由厚卿收訖此後新順長典盈虧以及內該外欠此四股半歸厚卿負責與該堂無涉等情然上訴人等將其轉讓股分前新順長典所負債務約明由王厚卿負責既未依債務承擔之法則經被上訴人等債權人之承認卽不得以自己應分擔之損失已交由王厚卿收訖對抗被上訴人等惟上訴人等之股分如已合法轉讓則轉讓後新順長典所負債務自應由王厚卿

負責無更由上訴人等負責之理原審以上訴人等對內對外並無退夥之合法表示遂認其於新順長典夥產不足清償債務時應按股分十股半中之四股半負清償之責並未就上訴人等之股分曾否合法轉讓被上訴人等之債權係於何時發生予以審認於法殊有未合又原審查據長興典之股本底簿及沙市商會通告之典業公會連環保一覽表並王厚卿在第一審之陳述認定新順長典在長興典出資七千兩佔有股分二十分之七固不得謂爲無據不容上訴人等更以空言爭執惟上訴人等在新順長典之股分如已合法轉讓於王厚卿則轉讓後長興典所負之債務亦無更由上訴人等負責之理原審以上訴人等在新順長典未合法退夥遂認其就新順長典應分擔之長興典債務二十分之七應按其所佔新順長典股分十股半中之四股半負清償責任並未就上訴人等對於新順長典之股分曾否合法轉讓被上訴人等對於長興典之債權係於何時發生予以審認於法亦有未合上訴人等聲明廢棄原判決之一部不得謂爲無理由

據上論結本件上訴爲有理由依民事訴訟法第四百四十四條第一項第四百四十五條第一項判決如主文

(十四)租金之得請求

二十一年八月二十九日民事
上字第一六八四號

要旨 請求給付租金須有合法成立之租賃契約。而承租人又確有欠租事實。其請求始能成立。

上訴人張學田年四十七歲張家口邊路街復盛香房

被上訴人德馨玉號事務所設張家口武城街

訴訟代理人阮重威年三十六歲住址同上

右當事人間請求給付房租事件上訴人對於中華民國二十年十月二十四日察哈爾高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按請求給付租金須有合法成立之租賃契約而承租人又確有欠租事實其請求始

能成立本件上訴人所有橋西路北房屋並未與被上訴人成立租賃契約向爲上訴人所不爭自無從發生欠租問題乃憑空向被上訴人請求自民國十六年買房時起至十九年九月二十六日止之房租洋五千三百餘元以抵補上訴人所欠被上訴人之利息殊屬毫無根據上訴人雖謂該房係代被上訴人買作南棧之用並舉趙樹聲所開清單內列橋西房產一項及所致上訴人函內有南棧工竣一語又援引被上訴人退股財東賈俊臣及買房說合人喬聚生之供述爲證然查上訴人充任被上訴人經理於民國十九年九月二十二日辭退出號時就民國二年以來一切賬目均已挽結憑中高濟清喬雲甫李仰峯立有字約爲據上訴人隨於同月二十六日自稱將該房收歸已有嗣又憑同商會將所欠被上訴人之款約明分期清償並經上訴人爲一部分之履行則假定該房係代被上訴人購買屬實而上訴人既已情願收歸已有亦不能復以代買爲詞任意翻悔況該房買主明載永祿堂與上訴人另一自買之房載明買主爲永祿堂張字樣者互相對照顯見永祿堂爲上訴人所用堂名何能以有無張字之故遂狡稱此永祿堂爲被上訴人堂名是賈俊臣喬聚生之證言實屬不足採信至趙樹聲之清單及函件皆係上訴人出號前承上訴人意旨所何爲足爲上訴人

利益之證明上訴人所爲代買之主張既不可信則所借用被上訴人之買價及修繕費九千餘元被上訴人要求附加利息乃爲法律上應得之利益有何盤剝之可言且高濟清等與商會兩次調處上訴人均已承認具如上述又何能復生異議乃上訴人空言謂當時係被包圍並又精神恍惚委屬強詞爭辯至謂被上訴人曾佔用該房存放茶紙及木料等情姑無論爲被上訴人所否認上訴人不能有所證明縱令存放屬實既未訂有租賃契約亦不過無償之使用借貸於法亦不能爲租金給付之請求一二兩審駁回上訴人之訴及上訴毫無不當上訴人聲明廢棄原判決不能認爲有理由

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(十五) 承租人所設工作物之所屬

二十一年九月一日民事
上字第一六九二號

要旨 租主對於承租人就租賃物所增設之工作物不得於終止契約時主張無償留用。

上訴人羅雁文六十七歲住仰忠街十二號

代理人許穀生律師

被上訴人敬德堂

代理人區遠泉十七歲住廣州惠愛東路一一六號

朱 杰律師

被上訴人梁炯天三十八歲住豪賢街一二二號

右當事人間求交租地及圍躉事件上訴人對於中華民國二十年二月十六日廣東高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第二審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件上訴人係對於請求交還圍躉部分提起上訴其論旨略稱民羅秀野堂有地一段坐落順德碧江土名岡北圍同治六年被上訴人等之兩宜棧永安棧樂豐棧及其

他年豐棧中和棧廣益棧等合用同義堂名義租建薑棧上蓋有批約訂明六十年期滿之日所有建築之薑棧上蓋俱歸羅秀野堂管業原審不採共同被告何子兼之證物證言又不命梁炯天提出隱匿之總批對於敬德堂之前業主簡慈峯及其家人亦未傳訊遽謂被上訴人等不應交出圍薑實難甘服云云本院按租主對於承租人就租賃物所增設之工作物不得於終止契約時主張無償留用上訴人雖謂其出租時訂有特約而徒託空言無從憑信至共同被告何子兼之代理人朱毅甫在第一審所爲六間字號用同一堂名總批租地之陳述就何子兼及梁炯天所呈之印契互相參究該兩契所載租賃開始之時期一爲同治十年一爲同治六年彼此相距四年之久是其所述顯與事實不符自難採信上訴人據此並謂同義堂代總批爲被上訴人梁炯天所隱匿應認其關於該證書之主張爲真實其非正留更不待言又被上訴人敬德堂之上業主簡黃氏簡陳氏早於光緒三十四年將圍薑上蓋賣與敬德堂執業所交自建房屋印契批載甚明其業權移轉已久毫無牽涉則該二人縱令傳喚到案亦於上訴人之主張不能有所證明原判殊無不當上訴論旨均無可採

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八

十一條判決如主文

(十六) 權利質權之求償及合夥損害之分配與默示承諾之解釋

二十一年八月十五日民事上字第一五九八號

要

(一) 爲債務人設定權利質權之第三人。因質權人實行質權。致失其權利時。對於債務人固有求償權。但所謂求償者。係請求償還所失權利之當時價額及其時以後之利息。非請求回復所失權利之謂。故第三人以對於質權人之外國貨幣金額債權爲債務人設定質權時。若經質權人實行質權。致失其權利。則雖其後外國貨幣之市價增漲。亦僅得按當時市價請求償還中國貨幣。不得就外國貨幣之原額請求償還。(二) 合夥人間分配損益之成數。以按合夥人出資額之比例定之爲原則。其曾經約定分配損益之成數者。固當從其約定。惟主張有此約定者。應負舉證之責。(三) 民法上所謂默示之承諾。必依要約受領人之舉動或其他情事足以間接

旨

推知其有承諾之意思者。始得認之。若單純之沈默。則除依交易上之慣例或特定人間之特別情事。足認為承諾者外。不得認為承諾。

上訴人阿琴台立年四十六歲住上海南京路十五號

訴訟代理人許理律師

婁敦律師

被上訴人阿琴台立司年齡未詳住上海四川路七十一號

訴訟代理人陸祖聰律師

何百謙律師

右當事人間請求清算夥帳事件上訴人對於中華民國二十年六月五日江蘇高等法院第二分院更審判決提起一部上訴被上訴人亦提起一部附帶上訴本院判決如左

主文

原判決廢棄發回江蘇高等法院第二分院更為審判

關於麥加利銀行扣抵被上訴人款項部分之附帶上訴駁回

理由

本件上訴人與被上訴人於民國十三年六月合夥開設合衆煙公司前因清算夥帳發生爭執除已經判決確定部分尙有應行審究者三項茲分別論斷如左

(一) 麥加利銀行扣抵被上訴人款項部分 查合衆煙公司於民國十五年曾向麥利銀行行透支規銀一千六百兩當時得被上訴人同意將其所存該銀行之英金作爲担保嗣因合衆煙公司迄未履行經該銀行將作質之英金一百八十九磅十三先令按當時市價實行扣抵爲兩造不爭之事實茲所爭者卽對於被上訴人究應償還英金抑應償還規銀是已按爲債務人設定權利質權之第三人因質權人實行質權致失其權利時對於債務人固有求償權但所謂求償者係請求償還所失權利之當時價額及其時以後之利息非請求回復所失權利之謂故第三人以對於質權人之外國貨幣金額債權爲債務人設定質權時若經質權人實行質權致失其權利則雖其後外國貨幣之市價增漲亦僅得按當時市價請求償還中國貨幣不得就外國貨幣之原額請求償還原判決雖以被上訴人所存英金之被扣抵實係上訴人故意

不爲設法清償所釀成被上訴人當然可依其所受損害程度要求爲相當之賠償爲理由判令償還英金一百八十九磅十三先令然被上訴人如於被扣抵後立即按當時市價實行其償還規銀之請求權則如額相償本無何等之損害若因上訴人延不償還致被上訴人受有利息以外之損害則是因遲延而生損害之另一問題被上訴人如能證明（例如證明當時若即受規銀之償還必已另買英金存於銀行其後英金市價增漲時）固未嘗不可請求賠償要不得僅以上訴人不早向麥加利銀行履行債務致被實行質權遂判令償還英金原判決關於此點於法殊有未合此點上訴論旨不得謂爲無理由至被上訴人對於第一審判令上訴人以合衆煙公司款項償還被上訴人英金一百八十九磅十三先令之補充判決並未在原審提起上訴亦未就此爲擴張聲明茲乃以原審不判令上訴人以私資償還及未判令償還利息及匯兌價提起附帶上訴自難認爲合法

（二）薪金部分 按被上訴人於民國十八年四月終自歐回滬以後如果已與上訴人在合衆煙公司共同工作上訴人固不得再行單獨支領薪金惟查閱原卷被上訴人主張回滬以後上訴人不許伊入公司上訴人則謂被上訴人回滬後屢至公司

滋擾是以請求給諭禁止究竟被上訴人回滬以後是否已入公司與上訴人共同工作顯有疑義如其未入該公司共同工作非因歸責於上訴人之事由則被上訴人雖已回滬亦與未回滬等原審未注意及此僅以其已經回滬即認其已入公司共同工作殊嫌率斷上訴人關於此點之上訴不得謂爲無理由又被上訴人自民國十七年十一月赴歐就醫後至民國十八年四月終回滬時止如該公司事務確由上訴人獨任其勞依本院前次判決之所示上訴人固得支領薪金惟查閱原卷被上訴人主張離滬回國就醫後仍爲公司經營商業提出西文函件數紙爲證原審於此種函件是否可採絕未予以審認於法已有未合且據被上訴人主張離滬回國就醫後係由伊妹代理事務如果屬實則被上訴人離滬之後公司內事務之應由被上訴人執行者業已有人代爲執行顯非上訴人獨任其勞在從前兩造共同執行合夥事務時既均不支領薪金上訴人何得於被上訴人離滬後有人代爲執行合夥事務之期間單獨支領薪金原判決謂祇能由被上訴人之妹要求酬勞不得據以主張上訴人不能支領薪金其見解尤屬失當被上訴人關於此點之附帶上訴不能謂爲無理由

(三) 分配紅利標準部分 按合夥人間分配損益之成數以按各合夥人出資額

之比例定之爲原則其曾經約定分配損益之成數者固當從其約定惟主張有此約定者應負舉證之責本件兩造在合衆煙公司所出之資上訴人爲百分之三十二被上訴人爲百分之六十八已爲兩造不爭之事實則上訴人主張有平分紅利之特約自應由上訴人負舉證之責上訴人雖以伊作成之貸借對照表載明紅利平均分配上訴人收受該表後久未提出異議爲證明方法然所謂默示之承諾必依要約受領人之舉動或其他情事足以間接推知其有承諾之意思者始得認之若單純之沉默則除依交易上之慣例或特定人間之特別情事足認爲承諾者外不得認爲承諾上訴人作成之貸借對照表被上訴人已於民國十七年四月二十八日以書面提出異議苟其前被上訴人尙未按該表實行分受紅利亦無其他情事足以推知其對於該表所載分紅數額業已同意則雖未積極表示反對亦不過爲單純之沉默原審以被上訴人不早表示反對遽認兩造間已成立平分紅利之特約於法殊有未合關於此點之附帶上訴不得謂爲無理由

據上論結本件上訴爲有理由附帶上訴除一部爲不合法應予駁回外亦爲有理由依民事訴訟法第四百四十四條第一項第四百四十五條第一項判決如主文

(十七) 父母離婚後之母子關係 二十一年九月二十七日民事
上字第一九八二號

要旨 母雖與父脫離關係。而其所生之子究無絕母之義。故母子間之關係依法自屬仍舊存在。

上訴人張周氏即周妙英年三十八歲住上海同孚路永利坊十五號
訴訟代理人吳經熊律師住上海威海衛路靜安別墅一百二十一號

張志讓律師住所同上

袁仰安律師住上海北京路六十四號

被上訴人張瞿盒年二十一歲住上海福建路新昌里

張徐氏年四十九歲住所同上

右當事人間確認母子關係事件上訴人對於中華民國二十一年九月九日江蘇高等
法院第二分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決及第一審判決均廢棄

確認上訴人與被上訴人張瞿盒仍有親生母子關係

各級審訴訟費用由被上訴人等負擔

理由

本件被上訴人張瞿盒原係上訴人爲張石銘側室時所生之子茲據上訴人以伊生瞿盒後石銘續娶被上訴人張徐氏爲繼室備施虐待不容同居迨石銘於民國十六年逝世徐氏竟包圍瞿盒不許與上訴人往來迨後並爲瞿盒訂婚亦不讓上訴人知悉等情訴請確認上訴人與瞿盒之親生母子關係本院按蘇省前准援引之民事訴訟條例第二百八十七條規定提起確認法律關係成立或不成立（中略）之訴非原告卽受確認判決有法律上之利益不得爲之等語（民事訴訟法第二百二十八條第一項規定亦略同）此種確認之訴原係以該法律關係之存否不明確爲第一要件本件被上訴人張瞿盒事實上爲上訴人所親生之子既爲其不否認按母雖與父脫離關係而其所生之子究無絕母之義故母子間之關係依法自屬仍舊存在乃被上訴人在第一審抗辯一再聲稱上訴人早與石銘脫離家屬關係並於民國十七年合意訂立協議字據給洋四萬元已爲下堂之生母一切關係取銷自更無關係之

可言等語迨至原審經上訴人之代理人詰以實際上之母子你承認否張瞿盒未答有該筆錄載明可證（見原卷六九頁）是被上訴人張瞿盒對於上訴人母子之關係應否繼續存在明明尚有爭執並非明確自不能謂上訴人無提起確認之訴之必要乃原法院徒以被上訴人並不根本否認上訴人爲母遽認其母子關係已臻明確駁回上訴人第二審之上訴仍維持第一審駁斥其訴之判決其法律上見解殊難謂合又上訴人起訴併列被上訴人張徐氏爲被告謂張瞿盒之不認上訴人爲母委由該氏所欺蔽云云究其所稱是否屬實姑且勿論然要不能謂其所訴爲不合法原判此點亦屬誤會上訴人請求廢棄第一二審判決另爲改判不能謂無理由據上論結本件上訴爲有理由依民事訴訟法第四百四十四條第一項第四百四十六條第一款第八十一條判決如主文

（十八）不堪同居之解釋

二十一年九月十二日民事
上字第一九九七號

要

夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者得向法院請求離婚其事
實發生在民法親屬編施行前者亦得請求離婚所謂不堪同居之

旨

虐待者。即其虐待之情形達於不堪同居之程度爲已足。若慣行毆打致不堪同居。自亦可認爲不堪同居之虐待。不以毆打成傷爲限。

上訴人陳徐妹年二十六歲住上虞縣石溪

被上訴人謝南規即謝南桂年二十五歲住上虞縣章家埠

右當事人間請求離婚賠償損害事件上訴人對於中華民國二十年十二月二十八日浙江高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決廢棄發回浙江高等法院更爲審判

理由

按夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者依民法親屬編第一千零五十二條之規定得向法院請求離婚其事實發生在民法親屬編施行前者依民法親屬編施行法第七條之規定亦得請求離婚所謂不堪同居之虐待者即其虐待之情形達於不堪同居之程度爲已足若慣行毆打致不堪同居自亦可認爲不堪同居之虐待不以毆打成傷爲限查本件據上訴人在第一審起訴狀（二十年九月七日）稱被上訴人

本年（指二十年）廢歷五月間打氏徧體鱗傷痛苦難忍逃回娘家由丁雲峯調停復回夫家不料居未一旬被上訴人故態復萌廢歷六月七日氏又遭痛打不得已赴申傭工又由丁雲峯許蔚襄二人出與理論一面函招氏回夫家同居至八月三十一日被上訴人又肆兇毆將棕繩緊束項下幾乎斃命一面復拳敲脚踢氏求三區區長從事調停被上訴人不從區長諭令致無結果五月一日求援於婦女協會經該會傳集雙方勸導被上訴人一味狡賴氏因身體精神兩受痛苦除由婦女協會移送卷宗並附具維生醫院診斷書外狀請准予離異並責令賠償損害等語又查上虞縣婦女協會卷附之維生醫院負傷診斷書負傷部位及其情形欄內載右眼下色成青紫隱痛又右手灣處受傷亦青紫頭部微腫均係拳傷頸部繩痕一長約四英寸又右手中指用鐵剪刀挫傷微出血少許等字樣則上訴人所訴是否屬實及是否已達不堪同居虐待之程度自應就其所訴各情詳爲訊究以資斷定乃原審併未就上訴人所舉之證人等傳集質訊或爲其他相當之處置僅以上訴人未向縣政府請驗傷痕及謝陳氏等證稱未見上訴人曾有如何傷痕即將上訴人之訴駁斥自難以昭折服再查夫妻之一方因判決離婚而受有損害者得向有過失之他方請求賠償如果原法院

更審結果認爲兩造應准離婚關於上訴人請求賠償損害之部分應併審究及之上
訴論旨非無理由

據上論結本件上訴爲有理由依民事訴訟法第四百四十四條第一項第四百四十
五條第一項判決如主文

(十九)受胎時期之推定

二十一年八月十五日民事
上字第一五九七號

要旨

受胎期間至少應從子女出生之日回溯至第一百八十一日。

上訴人孫學保年三十九歲住都昌顯灣村

被上訴人查士昂年四十三歲住鄱陽三龍坂村

右當事人間子之認領事件上訴人對於中華民國二十年九月三十日江西高等法
院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件上訴人請求認領之子三妹係被上訴人前妻余圓香於民國七年（戊午）舊歷三月十九日產生其時余圓香與被上訴人尙在婚姻關係存續中既爲不爭之事實法律上卽應推定三妹爲被上訴人之婚生子在上訴人不以確證證明爲伊之非婚生子時被上訴人自得免立證責任查上訴人主張三妹爲伊之非婚生子係謂余圓香民國六年二月卽已逃至吳城與上訴人姘識同居次年三月生子三妹有近鄰黃衡甫及胡姓剃頭店主婦可證十三年上訴人攜三妹回里余圓香亦攜其在查姓所生長子回歸母家旋又改嫁于山茂六七年來上訴人帶同三妹在鄉傭工地方周知被上訴人從未過問而被上訴人與余圓香則堅謂上訴人拐誘余圓香至吳城姘度係始於民國七年十月間生有二子金生金鳳均已夭亡三妹確在查家所生有接生婆可證語各云云按受胎期間至少應從子女出生之日回溯至第一百八十一日本件三妹之出生爲民國七年舊歷三月十九日已如前述則上訴人至少須證明余圓香於民國六年舊歷九月十九日以前已與上訴人姘識同居始能主張三妹爲上

訴人之非婚生子查上訴人所謂余圓香於民國六年三月卽已逃至吳城與上訴人姘識同居全係空言主張黃衡甫在第一審之供述謂我祇曉得係學保民國七年搬在剃頭店隔壁生了兒子剃頭主婦胡葉氏亦僅謂孫學保係先年搬進那店內第二年生兒子是民國七年的事各等語而於余圓香於民國六年舊曆九月十九日以前已否與上訴人姘識同居則毫不能有所證明至上訴人民國十三年攜同三妹回里在鄉傭工等事實縱令非虛亦不能據此證明上訴人與三妹有親子關係上訴人起訴之主張既屬不能證明則三妹之出生地點究在何處及被上訴人何以久不過問卽已與本件解決要鍵無涉原判見解雖有未當而其駁回上訴人之訴則並無不合上訴人聲明廢棄原判決不能認爲有理由

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百一十五條第八十一條判決如主文

(二十)特有財產之解釋

二十一年九月五日民事
上字第一九〇一號

要 分家前以自己名義所得之財產。自爲特有財產。非得當事人同意。

旨 不能指爲公產。而強其分析。

上訴人向平成年四十一歲住漢口熊家巷一百二十號

被上訴人向立齋年四十七歲住蕪湖寺馬路林記廣貨店

右當事人間請求分產事件上訴人對於中華民國二十年九月十一日湖北高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按分家前以自己名義所得之財產自爲特有財產非得當事人同意不能指爲公產而強其分析本件系爭之林記廣貨店生意係被上訴人自己出資與龔焜山夥開爲其特有之產既有合同可證復經上訴人之父到案證證明屬實上訴人主張爲伊家共有之財產不但空言無據且資以開設該店資本之來源上訴人所供與其代理人

向劉氏（係上訴人之妻）所供亦相矛盾尤難置信何得以該廣貨店爲其父母在世兩造未分家時所開而謂應屬共有而強求分析至上訴人在九江阜昌洋行月得薪金是否寄回父母收受乃另爲一事不能因此卽謂上訴人私有之廣貨店生意應作爲共有財產又上訴人所稱林記廣貨店之資本係在八千元以上謂被上訴人提出之合同內載被上訴人與龔焜山各出資本四百串爲可疑一節係在第三審主張新事實殊非法之所許原判決並無不合上訴論旨均無可採

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百四十五條第八十一條判決如主文

（二十一）擇嗣之權限

二十一年九月八日民事
上字第一九二〇號

要

繼承在民法繼承編施行前開始者除民法繼承編施行法有特別規定外依該施行法第一條所定不適用民法繼承編之規定自應仍適用當時之法例予以判斷又按當時法例婦人夫亡無子守志者其擇嗣之權專在於守志之婦且在未經立嗣以前其所有遺產

旨 并應由其管理而直系尊親屬及親屬會議均不能代爲擇嗣

上訴人楊李氏年七十三歲住新田縣西門中正街

被上訴人楊溫氏年二十七歲住新田縣內西門

右當事人間請求確認立嗣有效及管理遺產事件上訴人對於中華民國二十年八月二十一日湖南高等法院第二分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按繼承在民法繼承編施行前開始者除民法繼承編施行法有特別規定外依該施行法第一條所定不適用民法繼承編之規定自應仍適用當時之法例予以判斷又按當時法例婦人夫亡無子守志者其擇嗣之權專在於守志之婦且在未經立嗣以前其所有遺產并應由其管理而直系尊親屬及親屬會議均不能代爲擇嗣本件被

上訴人係楊伯海之守志婦楊伯海於民國十四年身故無子僅有一女麗粧現在尙未成年依照上開法條則爲楊伯海擇立嗣子之權自應屬於被上訴人而其在立繼未定以前被上訴人并有管理遺產之權該上訴人係楊伯海之庶祖母匪特不能認爲伯海之直系尊親屬且其在第一審供謂「將我的曾孫承繼與他」(指被上訴人)(據民國二十年四月二十五日上訴人供)及在本審復狀稱已召集親屬會議議決以潤海兼祧牖雲(楊伯海之父)等詞前後供狀既不相符依上說明亦均難謂合本件原判洵無不當上訴論旨殊無足採

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第十一條判決如主文

(二十一)立嗣之權限

二十一年八月二十九日
民事上字第一六八五號

要旨

繼承開始在民法繼承編施行前應依當時法例辦理惟按當時法例被繼承人死亡無子應由守志之婦立繼若守志之婦亦已死亡而其家尙有直系尊親屬者則立繼之權應由該尊親屬行之

上訴人杜慶元年三十七歲住濟甯北鄉房葛鋪地方杜家莊

杜玉振年二十二歲係杜慶元之子

杜玉美年三十歲住濟甯北鄉房葛鋪地方杜家莊

杜承堂年十一歲係杜玉美之子

被上訴人杜季氏年三十九歲住濟甯北鄉房葛鋪地方杜家莊

右當事人間立繼事件上訴人等對於中華民國二十年五月二十三日山東高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人等負擔

理由

本件繼承開始在民法繼承編施行前應依當時法例辦理惟按當時法例被繼承人死亡無子應由守志之婦立繼若守志之婦亦已死亡而其家尙有直系尊親屬者則立繼之權應由該尊親屬行之本件查閱卷宗上告人杜慶元主張其子杜玉振過繼

杜李氏故夫杜慶華爲嗣杜玉美主張其子杜承堂過繼杜慶華故子杜玉善爲嗣係以繼單及神主訃聞爲證無論杜慶華既有子杜玉善成年已婚後始行亡故又有遺腹子杜成文無再立繼之必要且杜李氏對於杜慶華爲守志之婦對於杜玉善爲直系尊親屬依上說明此二人之立繼均應由杜李氏主持乃杜慶元杜玉美提出之繼單均係杜雲嶺名義所立杜李氏并未列名簽押自難認爲有效况據杜雲嶺在第一審供稱此事沒有從場不過聽見說過列名繼單上之親友程吉亮程吉昌或稱這事聽說是旁人勉強弄成的或稱這事聽說沒有得杜李氏同意是此項繼單係杜慶元等所私造并非出於杜李氏之意思尤極顯然縱杜德魁程吉昌等在原審有杜李氏自己願意立繼之陳述然繼單內既無杜李氏列名簽押表示同意而程吉昌證言又屬前後矛盾顯係臨時勾串何足採信至杜慶華神主早由杜慶元等在杜李氏家私行取去不難隨時改造訃聞係杜慶信自辦更易任意刊刻均難爲杜玉振杜承堂分別承繼之有力證據原判認杜慶元杜玉美之主張爲不成立并無不合再查遺產繼承依當時法例應以宗祧繼承爲先決問題杜慶元杜玉美主張立繼之事既不成立其對於杜慶華之遺產無權承繼自無可疑至稱爲杜慶華發喪用去利濟票七千餘

串一節係縱屬實亦祇能提出確切證據向杜李氏請求償還要不得擅自處分遺產况據杜慶元所述當時利濟票價值按七千餘串計算僅合現洋一百餘元而按之趙長元程吉昌所供則地畝價值遠逾此數（均見原審卷二十年五月十九日筆錄）更何能概行變賣充爲該項喪費之用原審認爲虛捏判令交還亦無不當上訴人又謂程吉昌徐貴哲等在原審會供繼單寫好唸給杜李氏聽過云云查原審筆錄并無此記載豈容飾詞爭執上訴論旨殊無可採

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

（二十二）不動產登記條例之適用

二十一年九月十四日民事
上字第一八一三號

要

（一）不動產登記條例適用之範圍。因條例本身並無除外之規定。而國內其他法令以及與外國訂立之約章。又均於登記制度未加限制。則凡因不動產抵押權之爭執。在已實行登記制度區域內之中國法院涉訟者。無論其爲中國人抑爲外國人。亦無論其抵押

旨

物在中國界抑在外國租界。中國法院於其抵押權之對抗力當然適用該條例以爲判斷。(二)不動產登記條例第二條規定。縣公署爲管轄登記衙門。係指登記制度實行時該地尙未設立地方審判廳之縣公署而言。若已設立。則管轄登記之事卽不屬於縣公署。

上訴人華義銀行設天津法租界九十一號

法定代理人格老天津法租界九十一號

訴訟代理人孫啓濂住天津英租界輝華里九十四號

被上訴人卽附帶上訴人王作哲(卽孫淦破產管財人)住天津河北二馬路

樹德里

右當事人間請求償還債務事件上訴人對於中華民國二十年十月十九日河北高等法院更審判決提起上訴被上訴人亦提起附帶上訴本院判決如左

主文

上訴附帶上訴均駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件上訴人上訴論旨應分左列兩部審究之

(一) 抵押權部分。查不動產抵押權之設定非經登記不能對抗第三人爲我國現行之不動產登記條例第三條及第五條所明定該條其適用之範圍因條例本身並無除外之規定而國內其他法令以及與外國訂立之約章又均於登記制度未加限制則凡因不動產抵押權之爭執在已實行登記制度區域內之中國法院涉訟者無論其爲中國人抑爲外國人亦無論其抵押物在中國界抑在外國租界中國法院於其抵押權之對抗力當然適用該條例以爲判斷本件查閱原卷孫淦因在上訴人銀行充買辦以其坐落天津東馬路南斜街第八號門牌及義租界五馬路第十八號門牌房屋兩所載入合同作爲擔保是孫淦有就該房屋與上訴人設定抵押權之事實固甚明瞭惟上訴人於訂立合同後並未向天津地方法院爲抵押權設定之登記迨孫淦破產時忽於追償債務之訴訟中主張自己對於孫淦之債權應較其他債權人受優先之清償因而並爲抵押權確認之請求是一直以未經登記之抵押權對抗同

有債權之被上訴人依照前開說明顯屬無據第一審認其有抵押權本屬錯誤原判廢棄第一審判決駁斥該部分原告之訴委無不合上訴論旨雖謂受抵兩所房屋中關於東馬路之一所除已請求交涉公署註冊及由交涉公署飭令天津縣公署爲必要之手續外並已向天津地方法院爲登記之聲請關於義租界之一所亦已在領事館註冊等情但交涉公署或領事館註冊不能與登記同論僅有登記之聲請不能與已經登記同論此在本院前次判決發回更審之論旨內已經明白敘述該上訴人果欲使抵押權發生效力在更審程序終結前仍非無補行登記之機會乃猶堅持有治外法權（按即領事裁判權）國家之人民依據條約應有特殊權利之見解謂向例祇須註冊卽生效力至登記制度實行後亦無向法院補行登記之必要而所謂特別權利究何所指及限制中國法院不能適用登記條例以裁判外國人爲原告之訴訟究根據何種約章亦始終不能指出空言爭執殊無足採又登記條例第二條規定不動產登記以不動產所在地之地方審判廳或縣公署爲管轄登記衙門此所謂縣公署者係指登記制度實行時該地尙未設立地方審判廳之縣公署而言若已設立則管轄登記之事卽不屬於縣公署故使上訴人確有於民國十二年就東馬路房屋之抵

押權請由交涉公署飭令天津縣公署爲註冊或立案之手續因彼時天津已設有地方審判廳該地方之登記事務自始亦卽由天津地方審判廳管轄其不能以天津縣公署之註冊或立案視爲已經登記自不待論至東馬路房屋抵與上訴人者依上訴人所持契據祇有乙十一間其餘房屋仍在孫淦所持契據之內原判認該所房屋之抵押係以二十一間爲限本非無據且此項抵押權不能對抗被上訴人既如上述上訴人尤就二十一間以外之房屋主張抵押權尤屬無謂此部分之上訴論旨應認爲全無理由

(二)一萬兩賬款之部分 查上訴人主張孫淦爲上訴人銀行介紹貸與協和貿易公司銀一萬兩於該公司倒閉後應負代償責任係根據買賣辦合同第四條之約定而該條中段所載『凡經買辦介紹與華人方面之一切交易買辦亦應負責如有票據曾經買辦簽字係買辦確切擔保之證明但是未經買辦簽字或遺漏簽字者該買辦亦不能卸責』等語所謂應負責究應負何種之責任合同內並未載明本院前次判決關於此點之解釋以上文之保證責任既限於買辦之簽字其下文未簽字之責任並非當然與保證責任相同孫淦於此一萬兩之貨款未經簽字苟非上訴人別有

孫淦應負保證責任之證據則孫淦除因怠於善良管理人之注意應負賠償責任外不應負保證責任此項見解亦曾於發回更審之論旨內明白敘述乃更審結果上訴人於合同記載之外毫無關於保證責任之立證方法即於協和貿易公司未倒閉以前孫淦有何怠於注意之點亦無一詞涉及原判廢棄此部分之第一審判決改判駁斥原告之訴係屬正當此部分之上訴論旨亦無理由

又被上訴人附帶上訴係對於原判維持第一審判決令孫淦應償還期票銀三萬兩之部分聲明不服

查此款係中原實業銀行之期票由孫淦介紹收買並於期票背面蓋用華賬房圖章依合同記載應負保證責任本為被上訴人所不爭中原實業銀行倒閉後該票到期無從兌現縱使如被上訴人所稱該銀行股東尚有鉅資可償外債而因出票之銀行已不存在即不能謂保證人應負之代償責任仍未發生被上訴人以上訴人應向銀行股東索償為附帶上訴之理由殊非正當

據上論結本件上訴及附帶上訴均無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(二十四) 訴訟程序之中止

二十一年七月二十一日民事
抗字第六六四號

要旨 訴訟中有犯罪嫌疑牽涉其裁判者。法院固得命其於刑事訴訟終結前中止訴訟程序。但法院認爲無中止之必要者。自可毋庸中止。

抗告人譚碗文年四十六歲住秉政街十七號

右抗告人因與余簡中請求清償債務事件對於中華民國二十一年三月七日廣東高等法院決定提起抗告本院裁定如左

主文

抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人負擔

理由

按訴訟中有犯罪嫌疑牽涉其裁判者法院固得命於刑事訴訟終結前中止訴訟程序但法院認爲無中止之必要者自可毋庸中止本件抗告人雖以訴訟中發見余簡中有與則安號股東雷耀墀共同侵占則安號所置鋪屋串同偽造數單詐財嫌疑業

經則安號債權人李耀堂向廣州地方法院檢察處告訴並附帶民事訴訟有案實與本件訴訟之審判相牽涉等情聲請中止訴訟程序原院則說明種種理由認爲無中止之必要將其聲請駁回於法自無不合抗告人聲明廢棄原決定殊難認爲有理由據上論結本件抗告爲無理由依民事訴訟法第四百五十九條第一項第九十六條第八十一條裁定如主文

(二十五) 遲誤言詞辯論之救濟

二十一年八月十七日民事
抗字第七五二號

要
遲誤之訴訟行爲得以追復者。以不變期間爲限。至遲誤言詞辯論日期。並無追復之明文。除於判決後得以並無遲誤爲理由聲明上訴外。別無救濟方法。

抗告人盛仲夫四十歲收送達處上海北河南路十一號

右抗告人因與郭俊三請求償還貨款事件對於中華民國二十一年六月十五日江蘇高等法院第二分院裁定提起抗告本院裁定如左

主文

抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人負擔

理由

按遲誤之訴訟行爲得以追復者以不變期間爲限至遲誤言詞辯論日期並無追復之明文除於判決後得以並無遲誤爲理由聲明上訴外別無救濟方法本件抗告人與郭俊三因請求償還貨款事件不服第一審判決向原法院提起上訴原法院定期傳訊因抗告人於言詞辯論日期並未到場卽予判決抗告人遂以滬戰發生共同訴訟人及訴訟代理人均避難他適並未合法收受傳票以致誤庭期等詞向原法院聲請追復其訴訟行爲此種請求無論是否屬實而在民事訴訟法施行後既無追復之明文則其不服之方法祇能以並無遲誤爲理由提起上訴以資救濟乃竟向原法院聲請回復原狀顯不適法原法院予以駁回並無不合本件抗告不能認爲有理由據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百五十九條第一項第九十六條第八十一條裁定如主文

(二十六)未逾三百元之利益上訴

二十一年九月十四日民事
上字第一八一號

要
在民訴法施行前提起上訴。其因上訴所得受之利益雖未逾三百元。但依當時適用之民訴律係得以上訴之件。故第三審法院仍應就實體上予以審判。

上訴人呂恩詔年五十五歲住陵縣迎仙橋外西順棧

被上訴人董華堂年齡未詳住陵縣趙家油坊

其餘被上訴人等詳卷

訴訟代理人郭子昌年五十三歲住濟南驛館街泰和棧

蕭庭修年四十六歲住濟南驛館街泰和棧

王聘之律師

右當事人間請求返還公款事件上訴人對於中華民國二十年四月三日山東高等法院更審判決提起一部上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件係在民事訴訟法施行前提起上訴其因上訴所得受之利益雖未逾三百元但依當時適用之民事訴訟律係得以上訴之件故本院仍應就實體上予以審判查據原卷本件經原審更審判決後上訴人對於浮報兩個月團費及浮開店費部分提起上訴其上訴論旨不外謂該團係民國十六年陰歷四月二十七日成立至翌年二月初十始行解散前後共計確爲十個月零十天並無浮報兩個月團費情事又董事因團事赴縣城辦公者食宿等費應歸團內負擔不得爲浮報卽不得責令上訴人個人負責返還云云查團費一項業據該團教練張文會及團丁馬和元供稱該團自十六年陰歷四月二十七日成立至臘月底卽已解散團丁僅支八個月餉銀並未開支至十個月之多等語乃上訴人竟按十個月計算自係浮報兩個月團費毫無疑義至店費一項上訴人自十六年八月起既領有辦公費就令因公赴縣屬實亦不應再支膳宿費則自八月以後所支日陞店之飯賬十二元三角六分四釐又借洋二元自應由上訴人負返還之責上訴論旨不能謂有理由

據上論結本件上訴爲無理由應依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(二十七) 訴訟程序之中止 二十一年九月十日民事
抗字第八六五號

要旨 民事訴訟中有犯罪嫌疑牽涉該訴訟之裁判。法院得命其中止訴訟程序者。係指該犯罪成立與否足爲民事裁判之根據而言。

再抗告人李啓壽（卽李大眼）住南昌柴巷口二十六號

楊鎮三（卽楊發亮）住南昌柴巷口二十六號

宋立健住南昌柴巷口二十六號

張飯桶住南昌柴巷口二十六號

徐蟬頭住南昌柴巷口二十六號

徐禾嵐住南昌柴巷口二十六號

右再抗告人等與余建屏（卽慶昌成號經理）請求賠償損失事件對於中華民國二十一年一月十五日江西高等法院決定提起再抗告本院裁定如左

主文

再抗告駁回

再抗告訴訟費用由再抗告人等負擔

理由

按民事訴訟中有犯罪嫌疑牽涉該訴訟之裁判法院得命其中止訴訟程序者係指該犯罪成立與否爲民事裁判之根據而言本件查閱原卷再抗告人等應否向余建屏賠償運致之損失所應解決者惟在此項損失是否由於再抗告人等故意或過失所致之一點至余建屏將再抗告人李啓壽送交水上公安局拘押是否爲詐財之犯罪行爲尙須俟民事訴訟終結後始能斷定更無俟刑事終結再進行民事訴訟之理第一審依再抗告人等之聲請決定中止訴訟程序本屬錯誤原法院依余建屏之抗告廢棄第一審決定發回更爲裁判委無不合再抗告論旨所列各點均係民事中應行審究之事項與應否中止訴訟程序毫無關係卽難認其再抗告爲有理由據上論結本件再抗告爲無理由依民事訴訟法第四百五十九條第一項第九十六條第八十一條裁定如主文

(二十八)不服和解之程序

二十一年九月十四日民事
抗字第八七四號

要	旨
民訴法施行前當事人對於訴訟上之和解有所不服者如係適用民訴條例之省分準用再審程序之規定本得提起再審之訴迨民訴法施行後再審之訴雖已不得提起但仍向受訴法院聲請指定言詞辯論期日爲和解無效或撤銷之主張由該法院予以審判要不得逕以上訴方法請求救濟	

抗告人丁劍荷年二十五歲住灌雲縣城內

右抗告人與應念祖請求償還債務事件對於中華民國二十一年六月十日江蘇高等法院第一分院批示提起抗告本院裁定如左

主文

抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人負擔

理由

按民事訴訟法施行前當事人對於訴訟上之和解有所不服者如係適用民事訴訟條例之省分依該條例第五百八十二條準用再審程序之規定本得提起再審之訴迨民事訴訟法施行後再審之訴雖已不得提起但仍可向受訴法院聲請指定言詞辯論期日爲和解無效或撤銷之主張由該法院予以審判要不得逕以上訴方法請求救濟本件查閱原卷抗告人與應念祖於本年四月二十七日在灌雲縣政府成立和解經該縣於同月三十日送達和解筆錄在案如果該筆錄確有無效或應行撤銷之原因在五月二十日民事訴訟法施行以前儘可提起再審之訴抗告人乃於五月五日狀請原縣送交高等法院核辦經批示照准尙未送卷復於同月三十日逕向原法院具狀聲明上訴按之新舊法律均難准許原法院於新法施行後所爲批示仍謂可向原縣提起再審之訴又對於應用裁決之事項以批示行之雖亦不免違誤而其駁回抗告人之上訴要無不合抗告論旨不能認爲有理由

據上論結本件抗告爲無理由依民事訴訟法第四百五十九條第一項第九十六條第八十一條裁定如主文

(二十一) 合併裁判之限制

二十一年九月十二日民事
上字第一九九九號

要旨。合併辯論之數宗訴訟。其得合併裁判者。以當事人兩造相同者爲限。

上訴人吳世駿年齡未詳住北平市東城西堂子胡同二十號

訴訟代理人林行規律師

被上訴人衡亮生年齡未詳住北平市汪家胡同二號

訴訟代理人謝道仁律師

被上訴人泉通銀行設在北平市施家胡同十五號

訴訟代理人胡錫安泉通銀行經理住北平市施家胡同十五號泉通銀行

被上訴人泉通銀行董事長李贊侯即李思浩住天津英租界十五號路二十六號

右當事人間執行異議確認優先受償權事件上訴人對於中華民國十九年十二月二十九日河北高等法院第一分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按合併辯論之數宗訴訟其得合併裁判者以當事人兩造相同者爲限民事訴訟法第一百九十七條第二項定有明文原法院判決本案當時所沿用之民事訴訟條例第二百四十八條第二項所定亦同本件上訴人就被上訴人衡亮生等與被上訴人泉通銀行假扣押執行案所查封泉通銀行之房屋主張其抵押在先提起異議之訴請求確認其有優先受償之權利而撤銷衡亮生等假扣押案之查封處分此屬於異議之訴之請求雖可以被上訴人衡亮生等與泉通銀行爲共同被告惟其於同一起訴狀內又請求判令泉通銀行就其債權擔保物之賣價償還其本銀三萬元及自民國十七年一月二十二日起至清償日止之約定利息此乃對於債務人泉通銀行等之請求乃另一給付之訴而不屬於執行異議之訴之範圍不得以被上訴人衡亮生與中華懋業銀行爲共同被告按諸民事訴訟法第二百三十九條及第一審受理本案時所沿用之民事訴訟條例第二百八十八條之規定均在不得合併提起合併裁

判之列乃上訴人合併提起第一審及原審竟予合併判決於法均屬不合本院應予糾正

本件上訴人所提起異議之訴其對於被上訴人衡亮生與中華懋業銀行所請求查封之泉通銀行房屋主張其抵押在先請求確認其對於該房屋之賣價有優先受償之權利而撤銷其查封係以泉通銀行擔保李思浩所立借字及吳恆蓀以英文簽名所開華比銀行二萬七千三百元之支票一紙爲證明方法查閱訴訟卷宗泉通銀行日記賬內其民國十六年七月二十三日雖有收入二萬七千三百元之記載然其所收入者乃記明爲遵記之暫記存款按諸上訴人所稱該款係泉通銀行經理胡錫安爲該行所借由李思浩以董事長資格出名之說事實上已不相符又依上訴人提出泉通銀行擔保李思浩所立之借字內載以施家胡同十五號泉通銀行房屋全部爲抵押品云云其立借字之年月日爲十六年七月二十二日則其交付該抵押品之契據應亦爲同年月日乃據該行保管簿所記載其十六年之六字既係從旁添註而其原有之字則以濃墨塗改使人不可辨認其原來究係何字是其原有之字決非六字可以斷言原審據以認定上訴人所提出之抵押借字爲不足信駁回上訴人對於該

案第一審判決之上訴其於調查證據之法則並無不合上訴論旨猶復斷斷爭執殊屬難予採用

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百四十五條及第八十一條判決如主文

(三十)不服和解之程序

二十一年八月八日民事
抗字第七〇九號

要	旨
上訴或抗告係對於法院裁判聲明不服之方法。法院書記官作成之和解筆錄。并非法院之裁判。自不能對之提起上訴或抗告。如當事人對於訴訟上之和解主張未經合法成立。本可向試行和解之法院聲請繼續審判。該法院認爲和解實未合法成立時。應以中間判決宣示其旨。就該事件繼續審判。或逕就該事件繼續審判。而於終局判決理由中宣示其旨。反之。該法院認和解已合法成立時。應以終局判決宣示訴訟已因和解而終結。此項終局判決當事人既	

得依上訴方法聲明不服。即無許其對於和解筆錄聲明不服之必要。

再抗告人冷正邦年三十四歲住上高縣凌家祠又省住甲戌坊元吉客棧

冷家邦年齡不詳住上高縣凌家祠又省住甲戌坊元吉客棧

右再抗告人等因與冷接興等請求確認祭田所有權事件對於中華民國十九年十二月八日江西高等法院決定提起再抗告本院裁定如左

主文

再抗告駁回

再抗告訴訟費用由再抗告人等負擔

理由

按上訴或抗告係對於法院裁判聲明不服之方法法院書記官作成之和解筆錄並非法院之裁判自不能對之提起上訴或抗告如當事人對於訴訟上之和解主張未經合法成立本可向試行和解之法院聲請繼續審判該法院認為和解實未合法成

立時應以中間判決宣示其旨就該事件繼續審判或逕就該事件繼續審判而於終局判決理由中宣示其旨反之該法院認和解已合法成立時應以終局判決宣示訴訟已因和解而終結此項終局判決當事人既得依上訴方法聲明不服即無許其對於和解筆錄聲明不服之必要本件再抗告人對於兼理司法之上高縣政府送達之和解筆錄向原法院聲明不服無論其爲上訴或抗告依上開說明皆不合法原法院認抗告爲無理由固不無錯誤而其以決定駁回再抗告人所爲不服之聲明則並無不合再抗告人聲明廢棄原決定不能認有理由

據上論結本件再抗告爲無理由依民事訴訟法第四百五十九條第九十六條第八十一條裁定如主文

(三十一) 因定暫時情狀之假處分

二十一年九月一日民事
抗字第七九七號

要

民事訴訟法施行前適用之民事訴訟律第六百六十九條第一項所謂爭執之法律關係有定暫時情狀之必要者係指因避重大之損害或因其他情事有就爭之法律關係定暫時情狀之必要者而

旨

言此種情事即爲假處分之原因。依同條第二項同律第六百六十六條第六百五十五條第三百四十四條之規定。應由聲請假處分之人提出能即時調查之證據以聲敘之。苟無此種情事。則雖在訴訟進行中亦不得即認爲有就爭執之法律關係定暫時情狀之必要。

抗告人李永隆年五十六歲住廣州市蓬萊正街六十四號

右抗告人因潘鶴坡聲請假處分事件對於中華民國二十年十月二十六日決定提起抗告本院決定如左

主文

原決定廢棄應由廣東高等法院更爲裁判

理由

按民事訴訟法施行前適用之民事訴訟律第六百六十九條第一項所謂爭執之法律關係有定暫時情狀之必要者係指因避重大之損害或因其他情事有就爭執之

法律關係定暫時情狀之必要者而言此種情事即爲假處分之原因依同條第二項同律第六百六十六條第六百五十五條第三百四十四條之規定應由聲請假處分之人提出能即時調查之證據以聲敘之苟無此種情事則雖在訴訟進行中亦不得即認爲有就爭執之法律關係定暫時情狀之必要本件原決定據潘鶴坡之聲請援用第六百六十九條禁止抗告人就係爭舖業發批無非謂在訴訟進行中有定暫時情狀之必要惟並未說明因何具體情事有此必要於法殊有未合本件抗告不得謂無理由

據上論結本件抗告爲有理由依民事訴訟法第四百五十九條第二項裁定如主文
(三十二)事實之認定與證據之憑信力

二十一年八月十五民事
上字第一六一號

要旨 事實之認定須憑證據而證據之憑信力如何則審理事實之法院於法律所許範圍內有衡情認定之權。

上訴人韓慶龍四十二歲住蕭山一都韓

被上訴人韓慶銓三十七歲住蕭山一都韓

右當事人間確認蕩魚所有權事件上訴人對於中華民國二十年六月五日浙江高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按事實之認定須憑證據而證據之憑信力如何則審理事實之法院於法律所許範圍內有衡情認定之權本件上訴人起訴主張毓秀橋東被上訴人所租河蕩內之魚爲上訴人於民國十八年三月間所養提出協盛及公興盛兩魚行之發票並證人蔡祥雲陳阿富作證原審以兩造前次因賃此項蕩魚涉訟被上訴人於十八年六月起訴卽主張係爭蕩內之魚秧爲其所養並因上訴人拆毀箔舍搗散魚秧請求賠償損失如果魚秧爲上訴人所蓄養不得謂非該案最有力之抗辯論據何至始終不就此點爭執茲於該案敗訴之後提出上開發票及人證主張蕩內之魚爲其所養原審因謂此項證據不難串通作僞自非無見且查上訴人在該案第一審所具辯訴狀略稱

橋東魚蕩曾由其故父於民國十三年讓與陳傳森蓄養五年至十八年清明捕捉淨盡爲止等語則在十八年清明以前固無上訴人所養之魚又據上訴人於十九年五月二十三日在第二審到庭經訊以你租到十七年年底麼據答稱我要十八年清明以後魚捕完爲止其要求終止契約之期限仍係依據前約以十八年清明魚捕完爲止則十八年清明以後上訴人未在該蕩放有魚秧亦極明顯是前項證據之不足憑信尤無疑義又該案訟爭之範圍原自毓秀橋起涉及衆順橋外而判歸被上訴人承租之蕩則以毓秀橋東至高念姆爲限高念姆以東之東京錢河蕩仍認爲上訴人租自錢姓之河蕩前此被上訴人爲更換魚箔聲請假處分之裁決內所載訟爭蕩內舊築魚箔所有被拆除之處韓慶龍業已另行建築旣爲聲請人所同認內中所養蕩魚據韓慶龍供稱亦爲其所放養該聲請人自無須代爲更換魚箔之必要云云均係指東京錢河蕩之魚及魚箔而言參照十九年五月二日該案履勘報告及同月二十三日第二審筆錄極爲明瞭則此項裁決何能援爲證明上訴人於判歸被上訴人承租蕩內之放有魚秧至兩蕩分界之處縱如上訴人之主張無魚箔作界魚可往來但彼此既混淆不清更無從認定被上訴人魚內之魚爲上訴人所養原審因上訴人所提

之證據不足以證明其主張對於第一審駁斥其訴之判決予以維持委無不當上訴論旨雖臚列多端均無可採

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(三十三)追復遲誤之限制

二十一年九月十五日
民事聲字第七一三號

要

追復遲誤之訴訟行爲依民事訴訟法第一百六十五條第一項規定以當事人或代理人因天災或其他不應歸責於己之事由而遲誤不變期間者爲限。若因遲誤裁定期間而受駁回上訴之裁判。自不許爲此聲請。

旨

聲請人朱懋卿年四十五歲住上海岳州路陶家灣二五二號

右聲請人因與韋鵬飛借款糾葛涉訟上訴事件延遲補正期限於本院裁定駁回後聲請回復原狀本院裁定如左

主文

聲請駁回

聲請訴訟費用由聲請人負擔

理由

按追復遲誤之訴訟行爲依民事訴訟法第一百六十五條第一項規定以當事人或代理人因天災或其他不應歸責於己之事由而遲誤不變期間者爲限若因遲誤裁定期間而受駁回上訴之裁判自不許爲此聲請本件聲請人與韋鵬飛因求還借款事件不服江蘇高等法院第二審判決向本院提起上訴未表明上訴理由亦未繳納上訴審判費經本院限期補正該聲請人於合法送達後迄未遵行致將上訴駁回茲雖據聲請人請求回復原狀（卽追復遲誤之訴訟行爲）惟本院命令補正之期間乃審判長裁定之期間非不變期間上訴人果有得以延展期間之重大理由儘可於命令限定之期間內依民事訴訟法第一百六十四條之規定聲請延展由法院訊問他造後裁定之自不適用民事訴訟法第一百六十五條之規定本件聲請顯難准許據上論結本件聲請爲不合法依民事訴訟法第九十六條第八十一條裁定如主文

（三十四）執行異議與停止執行

二十一年九月十七日
民事抗字第八七八號

要	旨
第三人主張對於強制執行之不動產有權利。提起異議之訴。在審判未確定以前。法院雖得酌量情形停止查封拍賣管理或限制之。然應否停止或限制。自應由受訴法院予以裁判。非謂第三人一有異議之訴即當然停止執行。	

再抗告人譚暖年未詳住廣州泮塘三聖社

右再抗告人與梁恕因交房執行事件對於中華民國二十一年五月三十日廣東高等法院決定提起再抗告本院裁定如左

主文

再抗告駁回

再抗告訴訟費用由再抗告人負擔

理由

按第三人主張對於強制執行之不動產有權利提起異議之訴在審判未確定以前法院雖得依民事訴訟執行規則第五十四條酌量情形停止查封拍賣管理或限制

之然應否停止或限制自應由受訴法院予以裁判非謂第三人一有異議之訴即當然停止執行本件再抗告人藉口所租梁恕房產業經譚厚德堂認為有鋪底權另行提起異議之訴因而主張交房應予停止執行姑無論實際上無停止執行之必要而既未經受訴法院以裁判諭知停止則執行法院仍照原判令再抗告人具限交房自無不合原法院本此旨趣駁回再抗告人之抗告於法並無違背再抗告論旨不能謂有理由

據上論結本件再抗告為無理由應依民事訴訟法第四百五十九條第一項第九十六條第八十一條裁定如主文

(三十五) 拍賣財產與債權額

二十一年九月二十一日
民事抗字第九〇九號

要	旨
民事案件於判決確定後。其實施強制執行時。雖得對於債務人之一切財產予以查封拍賣。但執行之範圍應以該確定判決之內容為準。除其財產有不可分之外。應以債務人之財產足以抵償有執行名義之債權為範圍。如債務人財產之一部已足抵償。自無	

查封拍賣全部財產之必要

再抗告人陶星階年六十二歲住奉節縣走馬街

右再抗告人與張靜齋因債務執行對於中華民國二十一年六月二十七日四川高等法院第一分院裁定提起抗告本院裁定如左

主文

再抗告駁回

再抗告訴訟費用由再抗告人負擔

理由

查民事案件於判決確定後其實施強制執行時雖得於債務人之一切財產予以查封拍賣但執行之範圍應以該確定判決之內容爲準除其財產有不可分之情形外應以債務人之財產足以抵償有執行名義之債權爲範圍如債務人財產之一部已足抵償自無查封拍賣全部財產之必要本件再抗告人對於張靜齋（即張敬齋）應有之債權依確定判決係爲押佃銀一千六百六十六元合併利息計算亦不過二千餘元奉節縣政府依判執行拍賣張靜齋郭家溝田產固不能謂爲不合惟據張靜

齋稱該田產全業值洋七千元卽區長胡羽豐估價亦云值洋四千元左右張靜齋謂拍賣一部分田產足以抵償再抗告人之債務自非無據該縣政府既未查明有無不可分割拍賣之情形遽行牌示拍賣全部自有未合原裁決廢棄該牌示令原縣依法執行卽無不當再抗告論旨不能謂有理由

據上論結本件再抗告爲無理由應依民事訴訟法第四百五十九條第一項第九十六條第八十一條裁定如主文

(三十六)再審與停止執行

二十一年九月五日民事
抗字第八九六號

<p>要</p> <p>當事人對於確定判決之執行。若以該案業經聲請再審爲理由請求停止者。除經再審法院認爲有必要情形。命當事人提出確定相當保證。另以裁判准許外。執行法院毋庸遽予停止執行。</p>	<p>旨</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------

抗告人張恆盛年五十歲住成都梓潼橋西街二十二號

右抗告人因與張大明伐樹涉訟事件對於中華民國二十年十二月二十九日四川高等法院批諭提起抗告本院裁定如左

主文

抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人負擔

理由

按當事人對於確定判決之執行若以該案業經聲請再審為理由請求停止者除經再審法院認為有必要情形命當事人提出確定相當保證另以裁判准許外執行法院毋庸遽予停止執行本件抗告人與張大明因伐樹涉訟事件業經本院終審判決在案執行法院依照確定判決執行不因抗告人在原審提起再審之訴遽予停止於法尚無不合抗告人請求原審令行執行法院暫予停止執行原審不予准許尚非不當抗告論旨殊無足採

據上論結本件抗告為無理由依民事訴訟法第四百五十九條第一項第九十六條第八十一條裁定如主文

(三十七)誤用上訴程序之效力

二十一年九月二十六日民事
聲字第七九八號

要

當事人對於第二審之判決聲明不服雖其訴狀誤用抗告字樣仍

旨 應以上訴於第三審論

聲請人王巨川年齡未詳住藥王廟大巷一號

右聲請人與雙合盛號等因請求償還債務事件對於中華民國二十年六月十九日本院之判決聲請更正本院裁定如左

主文

聲請駁回

聲請訴訟費用由聲請人負擔

理由

按當事人對於第二審之判決聲明不服雖其訴狀誤用抗告字樣仍應以上訴於第三審（卽上告）論本件聲請人因與雙合盛號等請求償還債務涉訟對於第二審法院所爲駁回空礙之闕席判決聲明不服雖其訴狀誤用抗告字樣業經本院認爲應以上訴於第三審（卽上告）論於中華民國二十年六月十九日予以判決在案茲聲請人復向本院聲請仍就於聲請人之抗告更爲裁定顯難謂合應予駁回並依

民事訴訟法第九十六條第八十一條令聲請人負擔聲請訴訟費用特爲裁定如主文

(三十八)非本領報官地之效力

二十一年九月二十日民事
上字第一九二九號

要領地人以他項名義出名報領官地。苟確有合法領地之事實。卽不能因非自己姓名致失報領之效力。

上訴人方惟一年六十五歲住崑山東門馬路公司

王亦文年六十二歲住崑山東門馬路公司

被上訴人董雲岫年六十五歲住崑山大東旅社

右當事人間請求交還地產事件上訴人等對於中華民國二十年十一月十日江蘇高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第二審訴訟費用由上訴人等負擔

理由

本件上訴人等以馬路公司名義報領之官地雖據稱與被上訴人報領在先之營地並非一處然查被上訴人於民國十三年以其報領名義朱景德呈控前馬路公司經理陳劍剛冒領營地案內曾由江蘇督軍公署訓令崑山縣知事台營官地總局清理吳常江崑四縣官產事務所會同嚴勘結果認定馬路公司報領之地確即被上訴人所領之營產飭由崑山縣知事取消馬路公司冒領執照拔除所立界石在案此等經過事實有原案卷牘可稽豈上訴人等所能空言否認且照兩造載四至皆係北至張姓地訟爭地即顯在張姓地之南據張姓民國四年執照所載南至裏城河則訟爭地爲裏城河舊址殊無可疑上訴人等既承認裏城河爲營產又否認訟爭地爲被上訴人所領營產委非至當至倉潭河地點經原法院查據張姓執照所載東至倉潭河認係由南至北成一直綫而兩造執照所載城坡地與漕倉河基之不同不過江蘇督軍公署執照與財政部執照填載之歧異不足爲非同一地點之藉口所見自非不合又被上訴人所持執照之名義一爲朱景德一爲胡崇善據稱朱景德係其妻名胡崇善亦已合法移轉此等主張無論是否可信而領地人以他項名義出名報領苟確有合

法領地之事實即不能因非自己姓名致失報領之效力上訴人就此所爲指摘核係毫無實益又查上訴人等所持執照載坐落爲地區五圖被上訴人所持執照載坐落地內五圖彼此皆無字圩號坵上訴人等乃以此爲被上訴人執照之瑕疵亦非有據至原判命上訴人交還之地爲三畝三分三厘三毫係按上訴人等執照所載之額而言被上訴人其餘之額既非上訴人等所冒領自不負交還之責業於判決理由加以說明上訴論旨乃以此爲原判失當之論據尤不足採上訴人等聲明廢棄原判決不能認爲有理由

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第法四百四十八條第四百一十五條第八十一條判決如主文

(二十九)習慣法之成立及查錄之效力

二十一年九月十九日民事
上字第二二三一號

要

(一)習慣法成立以習慣事實爲基礎。習慣事實之調查依訴訟法則與審查爭執事實同其程序。應據當事人依法提出之證據或法院調查之結果而爲認定。(二)當事人應就其所主張之利己

事實盡舉證之責。若所舉證據不足爲利己主張之證明。則相對人即無舉出反證之必要。至部刊之民商習慣調查錄所載習慣。係據
旨 縣承審員個人之報告。祇足以供參考。有無法之效力。自應另爲審
認。

上訴人林良玉年三十八歲住福清海口

程墾墾

被上訴人俞肇浦年二十七歲住福清梧嶼村

俞肇興

俞汝銘

右當事人間請求解除和約事件上訴人對於中華民國二十年五月二十日福建高等法院更審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按習慣法之成立以習慣事實爲基礎習慣事實之調查依訴訟法則與審查爭執事實同其程序應據當事人依法提出之證據或法院調查之結果而爲認定又按當事人應就其所主張之利己事實盡舉證之責若其所舉證據不足爲其利己主張之證明則相對人卽無舉出反證之必要查本件上訴人等向被告上訴人租賃鋪屋營業歷四十餘年據上訴人主張該縣有不欠租不召佃之習慣一二兩審雖均據該縣習慣而爲判斷本院查閱一二兩審所據之該縣商會函覆文件前後所述既相矛盾且未舉何事例足資認定本院發回原法院更爲審判茲據更審結果該縣商會仍無舉出事例可爲習慣事實存在之認定上訴人亦未能提出何種證據爲習慣事實存在之證明原法院因否認上訴人主張爲真實判令上訴人等應卽搬離將店屋交還被告上訴人管業於法並無不合茲上訴人反以被告上訴人等未就其無此習慣之主張盡其舉證責任攻擊原判決爲不當殊非有理又查民商事習慣調查錄所載之福清縣習慣僅據該縣鄧承審員個人之報告祇足以供參考其所報告之習慣有無法之效力自應另爲審認上訴人乃據此調查錄指摘原判決爲不當尤無足採上訴論旨均非

有理

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(四十) 新民法前精神病人行爲之效力

二十一年九月二十六日民事上字第二一六一號

要	旨
契約締結於民法總則施行前。依民法總則施行法第一條規定。民法總則第七十九條關於限制行爲能力人訂立契約須得法定代理人允許或承認之規定。不能適用。而依民法總則施行前適用之。法例心神喪失或精神耗弱者僅爲限制行爲能力人。其所爲之法律行爲未得法定代理人允許或承認者。僅足據爲撤銷之原因。請求撤銷而非自初不生效力。	

上訴人溫化民住北平西華門內天慶宮六號

訴訟代理人陳瑾昆律師

被上訴人繼恆住房山縣城內西街趙家胡同

訴訟代理人繼葛氏繼恆之妻住房山縣城內西街趙家胡同

被上訴人壽孫氏住房山縣城內三元井

右當事人間求還債務事件上訴人對於中華民國二十年八月三十一日河北高等法院第一分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決除駁回上訴人關於壽孫氏之上訴部分外廢棄發回河北高等法院第一分院更爲審判上訴人對於壽孫氏部分之上訴駁回

理由

本件被上訴人繼恆以其祖遺之園寢地畝憑中保人押借上訴人之款立有字據經其自行書名蓋章畫押爲原判合法認定之事實而原判決就此字據所以認爲無效者則因被上訴人與石萬亨欠款涉訟之另案該院曾經選任鑑定人鑑定該被上訴人係精神耗弱之人認其行爲能力應受限制非得照管人之允許或承認其所爲之法律行爲不生效力等因有案故援爲本件判決之根據查本件訟爭之押借契約締結於民國十六年係在民法總則施行以前依民法總則施行法第一條規定民法總則第七十九條關於限制行爲能力人訂立契約須得法定代理人允許或承認之規

定尙於本件不能適用而依民法總則施行前適用之法例心神喪失或精神耗弱者僅爲限制行爲能力人所爲之法律行爲未得法定代理人之允許或承認者僅足據爲撤銷之原因請求撤銷而非自初不生效力是則被上訴人繼恆縱使如原判所認定果係精神耗弱之人但於其所爲之借貸行爲遽認爲不生效力其法律上之見解已屬未免錯誤况據第一審二十年六月十四日筆錄及同年八月二十五日第二審筆錄該被上訴人迭次之供詞是否精神耗弱之狀況不難一目了然且據被上訴人壽孫氏民國二十年五月十八日在第一審之供詞及同月二十八日所具訴狀均稱該項押款由繼恆向其商定而後借不料繼恆得款之後乃與其妻繼葛氏相繼背氏而去等情而原審核對筆跡亦認定該借字確係繼恆所立乃以另案曾認其爲精神耗弱之人而對其明明立有借約借用他人之款竟認其行爲不生效力使其爲不當之得利殊不足昭折服上訴人對於繼恆之上訴關於償還本利之部分不得謂無理由惟所欠利息究係自何時起依法按周年百分之二十計算共應若干未據原審合法認定尙難予以改判應卽一併發回更審至上訴人以壽孫氏與繼恆爲共同被告請求償還該款而據上訴人所呈借字乃繼恆一人所立並無壽孫氏之名是壽孫

氏顯非債務名義上之債務人上訴人對於非債務人而請求履行債務殊非合法原
判駁回上訴人此部分之上訴自無不當

據上論結本件上訴一部有理由一部無理由依民事訴訟法第四百四十四條第一
項第四百四十五條第一項前段及第四百四十八條第四百十五條判決如主文

(四十一) 遲延責任之擔負

二十一年九月二十六日民事
字第一九五六號

要 旨

給付有確定期限者。債務人自期限屆滿時起。當然負遲延責任。其
因不可歸責於債務人之事由致未給付者。債務人雖不負遲延責
任。但不可歸於債務人之事由應由債務人負舉證之責。

上訴人馬志松年三十一年歲住溧陽縣仁安鄉

被上訴人諸漢文年四十五歲住溧陽縣南門外

右當事人間請求損害賠償事件上訴人對於中華民國二十年八月十一日江蘇高
等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決廢棄發回江蘇高等法院更爲審判

理由

按給付有確定期限者債務人自期限屆滿時起當然負遲延責任其因不可歸責於債務人之事由致未爲給付者債務人雖不負遲延責任但不可歸責於債務人之事由應由債務人負舉證之責本件被上訴人爲上訴人包造房屋三間訂明民國十八年廢歷四月底完工嗣後工作並未如期完成爲兩造不爭之事實則被上訴人主張因上訴人不付工料價銀致工作未能完成自應由被上訴人負舉證之責查約定之工料價銀三千三百六十圓雖經原審認定應按工作程度陸續給付上訴人就此亦無爭議然查上訴人於民國十八年三月十八日以前已陸續付被上訴人銀二千三百元爲被上訴人之所自認究竟其時工作程度是否已超過上訴人所付銀數被上訴人則未就此舉證原審雖認定六月十二日被上訴人已將上下大料全部架就上訴人仍未給付分文其給付之工料價銀核與工作程度相差尙鉅然上下大料全部架就原審究依何種根據認定工作程度已超過上訴人所付銀數甚鉅未據說明已屬理由未備且卽使工作程度已超過上訴人所付銀數甚鉅而上訴人給付工料價

銀之債務係無確定期限自必被上訴人證明其時曾向上訴人催告給付而上訴人仍不給付然後被上訴人之不完成工作始可認為自催告起即屬不可歸責於被上訴人之事由原審就此未予審究遽認工作之未完成係因不可歸責於被上訴人之事由亦屬牽斷復查上訴人主張因房屋未依期完工所受不能供育蠶等用之損害數額雖未能為確切之證明然房屋造成後必有其依通常情形可得預期之利益自可命為鑑定以定其所失利益之數額原審乃謂縱令因可歸責於被上訴人之事由致房屋尚未造成上訴人亦未實受損害尤屬違法上訴人聲明廢棄原判決不得謂為無理由

據上論結本件上訴為有理由依民事訴訟法第四百四十四條第一項第四百四十五條第一項判決如主文

(四十二)債務之更新

二十一年九月二十八日民事
上字第二〇二九號

要旨
債務一經更改。即發生一種新債務。上訴人常時既已將滾利之債權一併開立兌條。另為分期歸還之約定。自應就所約定之新債務負清償責任。

上訴人方裕美六十二歲住蘭谿游埠方豫豐號

被上訴人張嘉榮五十三歲住蘭谿水門大街瑞亨號

訴訟代理人姜恂如律師

其餘被上訴人唐舜廷等五名詳卷

右當事人間請求償還債務事件上訴人對於中華民國二十年三月三十一日浙江高等法院第二分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件上訴人對於被上訴人等六家主張之債權數額並無爭執其上訴理由不外謂此項債務應以所抵押之田產充償其滾入之利息並應讓免一部不得於期限之外計算遲延利息而已查上訴人積欠被上訴人等債款共爲一萬二千元約定分期歸還並以田產四十二石三斗五升作押爲兩造不爭之事實雖押田字據內載有倘逾

期不能清償任憑將該田產估價變賣過戶管業之語然不過以特約允許債權人有變賣抵押物之權利決不能因此即謂債權人有變賣或受買抵押物之義務被上訴人等對於已到期之債權訴請清償自無何種不合上訴人徒以抵押被上訴人等之田產足以抵償債務為理由因而拒絕給付現款殊無可採至讓免利息一節上訴人雖以被上訴人等交易有年滾利過多為藉口不知債務一經更改即發生一種新債務上訴人當時既已將滾利之債權一併開立兌條另為分期歸還之約定自應就所約定之新債務負清償責任不容任意翻悔於遲延利息部分查上訴人所立與被上訴人等之兌條均定有清償期限依民法第二百二十九條第一項應於期限屆滿時起負遲延責任上訴人乃以此項債務既有田產抵償即不應再給付遲延利息尤屬毫無理由

據上論結本件上訴為無理由應依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(四十三) 僱用人對於受僱人侵權之責任

二十一年九月二十二日民事
上第二一五二號

要旨

受僱人因執行職務不法侵害他人權利者。僱用人須對於選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意。或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者。始可不負損害賠償之責任。

上訴人劉仁燮年齡未詳江西公路處長住公路處

楊得任年齡未詳江西公路處專務科長住公路處

黎良成年三十五歲南昌連塘站長住公路處

被上訴人蕭陳氏年四十一歲住南昌書院街二號

右訴訟代理人彭學際律師

右當事人間請求損害賠償事件上訴人等對於中華民國二十年十月三十一日江西高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人等負擔

理由

按受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者僱用人須對於選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者始可不負損害賠償之責任此在民法債編第一百八十八條第一項定有明文本件被上訴人之夫蕭化龍乘坐江西公路處之汽車因跌傷致死業經南昌地方法院刑庭認司機人黃森元應注意而不注意判處罪刑確定在案惟江西公路處對於被上訴人應否負損害賠償之責自應以選任受僱人黃森元及監督其職務之執行已否盡相當之注意爲斷本院查該公路處主管人員於黃森元報告乘車人蕭化龍受傷後不特不急予救護復絕不詰問司機人黃森元當時何致發生事端並責令其迅速施以救護方法顯屬不合姑無論其選任黃森元是否已出於慎重將事第據上述情形自不能謂該公路處對於監督其職務之執行盡相當之注意則對於被上訴人即不能不負損害賠償之責該公路處既應負賠償責任則被上訴人請求於加害人之葬埋費外尙應賠償被上訴人養贍之費尙無不當原審以上訴人等不能援引汽車傷人處理規程及駕駛汽車規程並司機服務規則以爲免除責任之根據而仍維持第一

審判定賠償之金額將上訴人等之上訴予以駁回。法委無不合上訴論旨均無可採。據上論結本件上訴爲無理由。依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文。

(四十四) 賣契成立之要件 二十一年十一月二日民事
上字第二二八一號

要	旨
買賣契約祇須當事人雙方表示意思一致。卽爲成立。其買賣田產之老契分關已否交付。並有無賣主族人到場作中。均與契約之成立無關。	

上訴人劉王氏年未詳住璧山縣西段

劉成均四十歲住璧山縣西段

被上訴人曾養志四十四歲住璧山縣馬蠡街

訴訟代理人曾有爲住璧山縣馬蠡街

右當事人間確認買賣田產無效事件上訴人等對於中華民國二十年六月二十九日四川高等法院第一分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件上訴人等以自己所有坐落劉家小灣田產賣與被上訴人當憑中書立契據爲不爭之事實此次上訴人等主張買賣無效無非謂與被上訴人代理人曾有爲成立賣契時係約定爲假裝行爲以便藉向劉姓族人賣得高價不料曾有爲哄契到手卽以假作真且未交付老契及分關又未經族人到場更不應認爲有效等情爲理由不知買賣契約祇須當事人雙方表示意思一致卽爲成立其老契分關之已否交付並有無賣主族人到場作中均與契約之成立無關此點上訴論旨毫無足採至所云約定假裝行爲如果屬實則爲虛僞意思之表示依法雖可主張無效但上訴人既未提出相當證據以資證明自難置倍上訴論旨徒以空言爭執殊無可取第一審確認認認爭買賣契約爲有效原判決予以維持尙無不當上訴人請求廢棄原判決不能謂有理由據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條

第八十一條判決如主文

(四十五) 婚約訂定之權

二十一年九月十九日民事
上字第一八九三號

要旨 婚約應由男女當事人自行訂定。此在民法親屬編施行前亦為婚
姻自由原則所生之當然結果。

上訴人趙中順年三十歲住泰安縣東良莊

被上訴人陳炳禮年二十歲住泰安縣良莊

右當事人間確認婚約不成立事件上訴人對於中華民國二十年八月十七日山東
高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按婚約應由男女當事人自行訂定此在民法親屬編施行前亦為婚姻自由原則所

生之當然結果本件被上訴人經其叔祖母陳程氏陳趙氏於民國二十年二月間許與上訴人爲妻自不能認爲兩造間已成立合法之婚約雖據上訴人稱當時已得被上訴人之同意然查閱原卷上訴人絕不能就此爲相當之舉證至陳程氏及陳趙氏在第一審爲共同被告與被上訴人立於利害相反之地位其言當然不能採用原審認上訴人之主張爲不可信於法並無不合上訴人聲明廢棄原判決不能認爲有理由據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(四十六)兼祧者之嗣子

二十一年九月十九日民事
上字第一八九八號

要 民法親屬編施行前之法例兼祧兩房之人無子立嗣除擇立時別

旨 有分別承繼之表示外當然由一嗣子承祧

上訴人張恆高二十七歲住東鄉姚家橋張家巷

被上訴人張恆遠二十三歲住東鄉姚家橋張家巷

右當事人間確認立嗣成立事件上訴人對於中華民國二十年六月十日江蘇高等

法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

卷查上訴人在第一審起訴略稱光緒十四年民大伯祖茂章去世無子遂由二伯祖之子盛潤兼祧故譜牒第十四册茂章名下下載明兼繼胞弟茂芝之子盛潤爲嗣線譜亦同但盛潤於光緒十九年亡故年僅十九歲尙未授室生子大二兩伯祖支下均已絕嗣遂由三伯祖茂槐支下盛連之長子恆遠入繼大伯祖茂章爲嗣孫故譜牒第十五册茂章嗣子盛潤名下載有入繼堂弟盛連長子恆遠爲嗣一語足徵恆遠久已入繼茂章爲嗣孫毫無疑義等語是被上訴人爲盛潤嗣子而盛潤原係兼祧茂章茂芝兩房已爲上訴人所明認按民法親屬編施行前之例例兼祧兩房之人無子立嗣除擇立時別有分別承繼之表示外當然由一嗣子承祧本件被上訴人既係入繼兼祧茂章茂芝兩房之盛潤爲嗣子上訴人憑空主張其僅能承繼茂章一支顯有未合

雖謂該族譜牒茂芝名下並無以被上訴人爲嗣孫之刊載但經原審查明其譜牒上所載兼祧子之子僅在一房掛線者不一而足固不能因此推定被上訴人祇繼一房復查茂芝遺產早歸被上訴人管業無異且有另案判決可據則其入繼之始確係兼祧茂芝之一房尤無疑義該族重行議立上訴人爲盛潤嗣子以另繼茂芝自不能認爲能有效原判廢棄第一審判決將上訴人之訴駁斥委無不當上訴論旨雖臚列多端均無可採

據上論結本件上訴無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(四十七)守志婦之所指

二十一年九月二十二日民事
上字第一九三四號

要	旨
民法親屬編施行前當時有效法例婦人夫亡無子守志者合承夫分應憑族長擇昭穆相當之人繼嗣時守志之婦當然專指正妻而言。	

上訴人林繼才年二十一歲住廣西平南縣上渡頭

被上訴人林梁氏年四十八歲住廣西平南縣上渡頭通訊處平南縣裕興隆號
右當事人間繼承及遺產爭執事件上訴人對於中華民國二十年五月二十九日廣
東高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件被上訴人之夫林步雲卽才榮於民國十二年廢歷三月間病故據被上訴人主
張是年四月已憑族人擇立昭穆相當之族姪連開爲嗣乃夫妾林蒙氏於民國十六
年忽以不同族之林繼才（卽上訴人）入繼爲子實難承認等語並提出繼書爲
憑按當時有效法例婦人夫亡無子守志者合承夫分應憑族長擇昭穆相當之人繼
嗣此守志之婦當然專指正妻而言林蒙氏爲林步雲之妾業有原審訊明其代爲家
長林步雲立繼顯非適法雖上訴人提出之繼書列有被上人訴之姑林何氏之名然
尊長未得守志婦同意亦不能代爲擇嗣况被上訴人早經擇立連開尤非林蒙氏所

能否認上訴人由林蒙氏擇立入繼既屬不合當然無遺產管理權原判以上訴人不得爲林步雲嗣子應將遺產交由被上訴人管理自不得謂非正當至所稱被上訴人曾經離異改嫁純係空言爭辯又原審據被上訴人稱連開等尙未成年遠在廣東原籍因而未予傳訊亦不得謂爲違法上訴人就此指摘原判不當更無可採上訴論旨非有理由

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百四十五條第八十一條判決如主文

(四十八)立嗣權之行使

二十一年九月二十六日民事
上字第一九五四號

要	旨
查舊法時代關於宗祧繼承之法律。被繼承人死亡。若並無守志之婦。或直系尊親時。立繼權之行使。應屬於親屬會議。未經親屬會議	擇立之人。法院不得逕以裁判代爲擇立。

上訴人李黃氏年五十五歲住北流縣大理村

李秀枝年二十七歲住北流縣大理村

訴訟代理人王輝圖律師住中府街

被上訴人李崇本年六十一歲住北流縣大理村

李承名年二十六歲住北流縣大理村

右當事人間請求確認繼承事件上訴人等對於中華民國二十年七月十八日廣西高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決廢棄發回廣西高等法院更爲審判

理由

本件上訴人李黃氏主張伊故夫承緒已兼祧被繼承人崇智爲嗣故承緒之兼祧卽上訴人李秀芝當然爲崇智兼祧之孫查承緒兼祧崇智之事實爲被上訴人等所否認上訴人等始終未能提出證據方法證明其主張爲真正自屬無從置信原法院認上訴人所爲確認繼承之訴不能成立固非無見惟被繼承人崇智之繼承開始遠在光緒戊戌年被上訴人李承名出生亦已二十餘年崇智遺產既向歸上訴人等管理則上訴人等對於李承名之入繼崇智是否合法卽屬有權過問查舊法時代關於宗

祧繼承之例被繼承人死亡若並無守志之婦或直系尊親時立繼權之行使應屬於親屬會議未經親屬會議擇立之人法院不得徑以裁判代為擇立本件被上訴人等對於入嗣崇智之繼承權歷年久遠並未主張是否已經拋棄固尚屬不明之事實即已否經由合法之親屬議擇立取得繼承人身分及曾否以反訴請求確認原法院亦均未審究乃率維持第一審所為創設立繼之判決於法殊有未合蓋被上訴人李承名如尚未合法取得為崇智嗣子之身分或未以反訴請求確認則法院祇應駁斥上訴人等確認之訴而不得更為崇智立嗣之裁判原判此點殊屬無可維持上訴人等聲明廢棄原判決尚非毫無理由

據上論結本件上訴為有理由依民事訴訟法第四百四十四條第一項第四百四十五條第一項判決如主文

(四十九)親屬會之立繼

二十一年九月十五日民事
上字第二〇〇四號

要	旨
民法繼承編施行前之法律親屬會議立繼固須依法定程序擇立	
位次最先之人。惟位次在先者有數人時。親屬會議在此數人中自	
有公同議立之權。	

上訴人王元章年五十二歲住許昌泰鏡莊

被上訴人王建章年三十四歲住許昌泰鏡莊

右當事人間請求確立嗣事件上訴人對於中華民國二十年七月三十一日河南高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

查本件繼承開始在民法繼承編施行以前依繼承編施行法第一條規定不適用繼承編之規定按民法繼承編施行前之法例親屬會議立繼固須依法定程序擇立位次最先之人惟位次在先者有數人時親屬會議在此數人中自有公同議立之權本件上訴人主張其叔王三合生前曾帖請族親立其為嗣被上訴人既否認其事而上訴人於民國十二年五月與王鑑爭繼涉訟其狀內所述與上述之主張又不相符合前大理院認為不足徵信維持一二兩審原判決令親族會議為王三合立嗣確定在

案茲上訴人尙以王三合生前曾擇立其爲嗣指摘原判決爲不當殊無足採又查王三合之嗣經親族會議因上訴人與被上訴人之位次相同依該縣習慣從大挨下論門分排不論應繼人年歲大小以被承繼人王三合爲三門被上訴人爲四門認應由被上訴人承繼依上說明本無不合而該會議徒爲調和親族間和平起見因上訴人與被上訴人涉訟多年變通辦理以上訴人與被上訴人共同承繼王三合爲嗣被上訴人原得依法訴爭而被上訴人對於親族會議既無聲明異議於一二兩審維持該會議之議決亦無聲明不服於上訴人已無不利乃上訴人猶提起上訴尤非有理據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四四四四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(五十) 婚姻關係之成立

二十一年十月一日民事
上字第二〇六七號

要旨 婚姻成立之要件欠缺。縱令有同居事實及因感情作用而有與夫妻相同待遇及意思表示。仍不得謂爲婚姻關係。

上訴人裘王氏年六十二歲住鄞縣准芳里

訴訟代理人忻壹律師

丁步松律師

被上訴人王崔氏年四十九歲住鄞縣芳嘉橋

王徐氏年三十五歲住鄞縣淮芳里

右當事人間請求確認身分事件上訴人對於中華民國二十一年四月二十九日浙江高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件上訴人主張爲已故王懷芳之妻其理由略謂前於光緒三十年四月上訴人與王懷芳在鄞縣天沙泥街張姓宅內結婚係由王從財主婚立有婚帖爲證并於結婚後同往鄉下辦酒族人咸知且民國五年王懷芳所造之壽域墓碑文內載有賢德配 裘孺人及民國十六年王懷芳立交與上訴人之筆據亦載有元配裘氏等字樣足徵

上訴人確爲王懷芳之妻等語本院查上訴人於民國十七年與被上訴人王徐氏爲爭管財產涉訟王徐氏曾極力攻擊上訴人爲王懷芳之姪頭上訴人若果持有婚帖何以不於此時提出以爲防禦之方法乃至該案判決認上訴人爲王懷芳姪頭之事實確定已久忽又提出婚帖以爲告爭身分之張本則原一二審以此項婚帖爲不足信於採證法則尙無違背至稱結婚後往鄉下辦酒純係空言主張殊難徵信且查爭管財產原案上訴人曾在第一審自認「未成婚過」已有筆錄可稽雖據上訴人辯稱指爲書記官錄供之錯誤然查該項筆錄內已記明經當庭朗誦無異上訴人若果陳述錯誤何以不於當時聲請更正此項依法作成之公文書苟無其他反證足以證明其確有錯誤卽非不可爲本案之參考其關於壽域碑文及筆據等件雖載有德配及元配裘氏等字樣但被上訴人絕端否認並稱王懷芳壽域係上訴人私自建造其所呈筆據亦非王懷芳之親筆在上訴人并不能更爲證明可使法院信爲真實而其結婚時又未舉行公開儀式已如上述則婚姻成立之要件卽屬欠缺縱令有同居之事實及因感情作用而有與夫妻相同之待遇及意思表示仍不得謂爲婚姻關係原審認定上訴人確非王懷芳之妻駁斥上訴人之上訴委無不當上訴論旨非有理由據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條

十一條判決如主文



第八

民國二十三年十一月出版



最高法院民事判例匯刊

第九期

定價大洋六角

著作

郭 衛
周 定 枚

印刷

上海法學書局

出版

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

