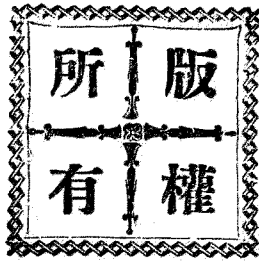


天虛我生編輯

司法
指南
大理院
民事判決例
編已

中華圖書館印行

民國七年六月再版



編輯者 天 虛 我 生

校勘者 陳 慶 雯

發行者 中 華 圖 書 館

印刷者 上 海 新 開 路 中 華 圖 書 館 印 刷 所
電 話 一 三 三 三

發行所 上 海 棋 盤 街 中 華 圖 書 館 發 行 所
電 話 二 四 五 九

分售處 本 埠 各 大 書 局

大理院民事判決例 編已
定價洋四角

司法
指南 **大理院民事判決例目次**

- 繼承既已確定其後更無廢繼之事實則何有擇賢擇愛之可言……………一
- 當事人應就有利益於己之事實主張並負舉證之責任……………四
- 已逾上訴期間之上訴上訴審衙門不為駁回而受理即屬違法……………六
- 地畝爭執不能以遠年舊契偶有一二地名相同而遽藉為影射……………八
- 當事人在審判衙門宣判時所具不願纏訟之甘結按照現行法例無論是否出自本人情願法律上當然認為無何等之效力……………一〇
- 兼祧須具備一定之要件……………一三
- 止為訟爭之目的非純粹親族嗣繼問題無庸檢察官蒞庭……………一七
- 法例凡對於現時占有有人告爭所有權者自應由告爭人提出確實憑證以證明其主張之為口爭人不能為均當之證據則現在占有有人自無須提出何等之反證而仍應維持現狀歸現業……………一九

●上告非以第二審判決違背法令爲理由者不得爲之……………二一

●依照現行民商法理留置權之行使必須具備要件……………二三

●附帶私訴之件其進程序及上訴權之存在與否不受公訴之拘束又其事件有一部屬於行政處分者亦應指令另案訴願於該管上級機關以資救濟司法衙門無受理之權……………二五

●依照債權法則契約因當事者雙方意思表示之合致爲有效成立若一方爲非真實之表意而爲相對人所不知或不可得而知之則表意人所表示者雖非真實之意思則已發生效力不能對相對人復主張其無效……………二八

●共有財產分析之訴與承繼問題無關係者按照現例毋庸檢察官蒞庭……………三〇

●不動產之物權關係在現行法上自當以契據爲重要之證據而契據之能否對於抗他人則應視其有無瑕疵不能遽以會否投稅爲斷又抵當債權者對於抵當物有優先權……………三四

●以廟產不應充公及管理人有侵蝕情弊爲理由而提起訴訟唯向來經理此項廟產之人始可出面主張……………三六

●原審據以爲判決基礎之事實與其審理所得證據之結果顯有抵觸且對於重要證據置而不顧於職

權能事實有未盡·····	三九
●當事人於自己有益之事實上主張應負立證責任·····	四〇
●證據未予調查遽以揣測之詞以為判斷於法未合·····	四二
●人民相爾間之租借契約因行政行為變更而為國家與人民之租借關係則人民相互間之租借關係成立而銷滅·····	四六
●法律行為非要素不具備者不能作為無效·····	四八
●匿名合夥則其債務應由各合夥員分擔之·····	五一
●原審遺漏未判之部分應發回更為審判·····	五三
●所有者對於所有物行使處分權時第三人不得加以干涉·····	五六
●收欠還存乃各該錢店之義務不得即認為權利·····	五八
●期票所持人請求支付債務人如無何等立證方法證明其取得原因為不法即不能僅以空言拒絕支付·····	六〇
●夫婦離婚時得以協議定子女之監護方法如並未議及則應議歸其父任監護之責而其去家之母即	

毋庸兼顧不過其親生母子之關係並不因而消滅……………六四

●同一物上有數宗擔保物權者其受清償之次序應以記定先後為斷……………六七

●事實之認定應憑證據……………七一

●一省之特別法令非他省所能援用……………七三

●相對人之供辭前後矛盾其中有無別情審判衙門因為釋明不能遽為判決……………七八

●領地之四至既與地照相符相對人自不能徒藉地形之微有出入據以為上告之理由……………七九

●證據自身尚有疑問審判衙門未予釋明遽謂並無可疑殊於職權上應盡之能事不無欠缺……………八二

●審判衙門僅憑當事人之供述及其呈驗之契紙為事理之推定而於真正事實關係尚未十分剖釋殊於職權上應盡之能事有所未盡……………八五

●不動產所有權之爭執應憑證據證明不能僅以租簿為所有權之主張……………八七

●受第二次之闕席判決者得於上訴期間內聲明上訴不許再行聲明窒礙……………八九

●商人間係爭事件審判衙門使商務總理為一定之陳述此種陳述是否可信自應該審判衙門衡情定

之……………九一

●民事訴訟審判衙門應以當事人所訴求者為審理判決之範圍未訴事項及未訴之人當然不能予以審判……………九四

●依照現行判例保證人於債務人不償還債務時有任償還之責而債權人關於原本利息及損害賠償皆得而保證人請求支付又若主債務人踪跡不明保證人不得主張先訴抗辯又擔保債務之保證人有數人而係出於先後各就全額以為擔保者各保證人皆負全部清償之義務故債權者無論對於何人(指保證人)皆得請求清償……………九六

●私證書之真偽若當事人間有爭執者應由舉證人更證明其真實……………一〇三

●凡在幫審員辦事暫行章程及縣知事審理訴訟暫行章程頒布前縣知事署判決確定之案件經當事人再訴復經原縣受理不能以民事一事不再理之原則謂為違法……………一〇六

●解釋當事人訂立賣約當時之意思應以過去事實及一切之證憑為斷不能拘拘於契據之文字……………一〇八

●親族會不能概援立繼之例而行使廢繼之權……………一一一

●空言主張迫寫字據始終未能證明有強迫之事實及證據此種主張應認為無效……………一二三

- 原審於證據未詳予調查實於職權上應盡能事有所未盡……………一一五
- 於係爭事實之證據審判衙門未予審究於手續上不無缺漏……………一一八
- 分單爲析產之重要證據又上告審中不能提出新請求……………一二一
- 第三者代債務人向債權人借款借據上須有債務人簽名畫押始足證明債務人應負此項債務清償之責……………一二四
- 同一事件後立契約成立則前立契約應失其效力……………一二六
- 審判衙門於有成文法可適用而捨置之引用條理卽屬於法不合……………一二八
- 合夥所負債務債權人不能對於合夥員之一人無故請求償還全部債務……………一三一
- 當事人不同一之二案件不能合一判決……………一三四
- 關於分界涉訟案件審判衙門應以事實測不能含糊測度……………一三五
- 審判衙門於調驗證據後未經公開辯論亦未宣告終結而判決者其判決爲違法……………一四三
- 報領荒地應照定章歸先報領之人管業……………一四五
- 民事案件應以當事人之意思表示爲判決之基礎……………一四七

- 繼承如經有擇繼權人特別表示者應從其表示不必盡歸承繼人承受……………一五〇
- 守志之婦死亡無後應即時爲之立嗣其立繼順序即以死亡時爲根據……………一五二
- 對於係爭地畝應將證據先行調查並傳訊證人始可證明其事實之真僞……………一五六
- 審判衙門對於當事人提出之證據雖可衡情取捨但非調查不能明瞭者不能任意取捨……………一五八
- 認定事實應將證據適法調查明確……………一六一
- 義子雖無承繼之權然得視其侍養所後之親及其勞力酌分財產……………一六五
- 審判衙門對於證據之取捨應於理由中細加釋明……………一七三
- 夫亡守志之婦繼承人有應養贍之義務且不得加以過當之限制……………一七五
- 支付費用數額雖無契約提出亦得就其昔日所收付之額推定之……………一七八
- 對於當事人之主張顯然無須更爲傳證調查者得逕行判決……………一七九
- 以地產入夥者除有證據足以表明所有權歸於合夥者外其所有權應仍屬於業主……………一八二
- 義子如與其先祖爲同姓族人則承繼自應有效……………一八七

司法指南 大理院 民事判決例 六編

●繼承既已確定。其後更無廢繼之事實。則何有擇賢擇愛之可言。

●大理院判決張毓和因承繼家產涉訟上告一案（民國三年上字第二百四十四號）

上告人 張毓和 被上告人 張德正

右開上告人對於中華民國二年八月二十三日吉林高等審判廳。就該上告人與張德正因承繼家產涉訟一案。所為第二審判決。聲明上告。經總檢察廳檢察官熊兆周陳述意見。本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

上告意旨。略謂原判內稱張毓傑。係於同治八年過繼於張克惠。並有嗣單為據。張毓和於光緒十四年由錦來吉經張克惠教以管業。為之完婚。安得藉娶妻之名。為立嗣之證一節。不知張德正之父張毓傑。雖繼與張克惠為嗣。而張毓傑不安本分。張克惠將其逐出。遂函令上告人來雙奉養。擇賢擇愛。聽人自由。且張毓傑被逐後。即

全家搬至距家八十五里之杏山堡。十餘年並未回家。享相續之權利。而不盡相續之義務。天下寧有是理。當毓傑被逐之時。卽毓和相續之始。原審不查事實。不按條理。遽謂上告人無分產之理由。此不服者一。又原判內稱大興泉之存銀。與邵廣福之欠債。皆爲張克惠之財產。屬被上告人承受部分之內。籍云此項銀地。爲被上告人祖母所遺贈。然伊祖母早已物故。既無據字可查。片面言詞。何足昭信一節。不知大興泉之存銀。經張克惠之妻自己取出。贈與上告人。有該號賬目可查。其天興順生意股分。乃係張克惠之妻。親令該號執事人。以五釐注上告人紅賬。以五釐注德正紅賬。有該號賬目可查。並執事人可證。至房七間。地十五垧。係張克惠之妻。邀同親族張振祿等。將文契交給上告人。並聲明與被上告人無干。現在張振祿可證。乃原審於上述一切物證。並未調查一切人證。並未傳質。遽謂上告人無分產之理由。此其不服者二云云。

答辯意旨。對於上告人第一論點云云。查被上告人之父毓傑故後。上告人始來暫住。故父若果被逐。被上告人母子豈能歸家奉養。况被上告人生來起居飲食。未嘗離住所一步。對於上告人第二論點云云。被上告人之商號。在雙城甚多。卽就廣興泉一號言。當祖父克惠生時。贈與上告人空身份五釐。卽足證明此外股金。盡爲被上告人所有。至如大興泉已呈有清單在案。註明某銀係上告人使用。一覽可知。贈與行爲。果如是乎。天心順入股。在祖父死後。乘祖母未知。上告人入自己股分五釐。亦何得自名爲贈與。又房七間。並無文契在上告人手。被上

告人却有原買房基底契在手。地十五垧。係邵廣福抵還債務。上告人私捏己名。顯然侵佔。至於張振祿與上告人爲兒女姻親。焉有證人資格。請求駁回云云。

總檢察廳檢察官對於本案之意見。稱查上告意旨約有二點。(一)謂張德正之父張毓傑。雖嗣與張克惠爲嗣。而張毓傑不安本分。張克惠將其逐出。遂令毓和來雙奉養。擇賢擇愛。聽人自由等語。查承繼一事。雖不以繼單爲法律上之條件。而一般習慣。莫不以此爲承繼之有力證據。張克惠果逐毓傑而嗣毓和。則當然廢除毓傑之繼單。而予毓和以憑證。本案不獨張德正之父張毓傑之繼單無恙。而毓和所謂擇賢擇愛者。又不能舉出何等證物以明之。且毓和在高等廳供稱。光緒十八年可惠(卽克惠)與錦州父親去信要過我。我父不依。則毓和未嘗承繼克惠。更彰明較著矣。(二)謂大興泉之存銀。經張克惠之妻自己取出。贈與毓和。有該號賬目可查。其天與順生意股分。乃係張克惠之妻。親令該號執事人以五釐註毓和紅賬。以五釐註德正紅賬。有該號賬目可查。並執事人可證。至房七間地十五垧。係張克惠之妻。邀同親族張振祿等。將文契交給毓和。並聲明與張德正無干。現有張振祿可證等語。此點純從事實上立論。不能成爲上告之理由。且被上告人答辯書內。已就其所舉之證物證人。一一揭破。亦無調查之必要。基上理由。請將上告駁回云云。

本院查本案承繼問題。既經原審合法認定。被上告人之父毓傑過繼克惠。有繼單可憑。其後更無廢繼之事實。

則何有擇賢擇愛之可言。關於此點。自無論爭之餘地。至於舖股房地。均由上告人多年經營克惠遺產。私以自己名義侵挪所致。亦經原審就被上告人呈出大興泉賬目清單房基執照等件。爲之證明。遂認定天心順股分五釐。及地十五垧房七間。上告人所稱被上告人祖母贈與之事實。爲不存在。判令如數退還。於法本無不合。乃上告意旨。猶以原審不爲傳訊證人爲詞。查審判衙門於顯然不能得豫期之結果。或於釋明事實關係。已無必要。及與所證明之事實。毫無關係者。均毋庸傳喚證人。本案事實關係。原審已得充分之釋明。自無再傳訊證人之必要。况上告人於原審並未請求。至上告審始指張振祿等爲證。尤不合法。

據以上論結。本案上告爲無理由。應即駁回。至本件上告係以空言攻擊原審認定事實之不當。及關於訴訟法則上見解之件。與本院現行書面審理之條件相符。故用書面審理。特爲判決如右。

●當事人應就有利於己之事實主張並負舉證之責任

●大理院判決賀慶昇因地畝糾葛涉訟上告一案（民國三年上字第二百四十五號）

上告人 賀慶昇 被上告人 吳萬全

右開上告人對於中華民國二年五月十日奉天高等審判廳就該上告人與吳萬全因地畝涉訟一案。所爲第

二審判決聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

按訴訟通例。除審判衙門因釋明事實關係。應負相當義務外。各當事人。應就其主張有利於己之事實。負舉證之責任。所謂舉證責任分擔是也。至係爭事實之認定。必該當事人提出之事實。已有合法證明。審判衙門始得認定其為真正。故如主張事實者所舉之證。本難據為真正事實之認定者。則雖相對人否認之。而就其反對事實。固已無反證之必要。即該相對人不能提出反證。或提出而不足證明。以及審判衙門採用反證之有瑕疵。均非所問。此證據法上一定之原則也。查本案上告人在原第一審。始稱先祖永海永玉原領永陵撥補兵地一段。計地一百二十畝。嗣又改稱先祖賀永學於乾隆五十九年。在本城正紅旂承領兵地一段。自行開墾。其地原領六十畝。向經該旂征收租項。光緒初年。改歸永陵收租。遂增為按一百二十畝交納等語。按照正紅旂造報和氣堡屯地冊。賀永學承領何崩額名下。隨缺官荒六十畝。永海等八人領名升科地六十二畝三分。核其領名與四至。係各別地段。上告人所稱領名及畝數。已不免先後歧異。又查上告人在第一審。已主張在前清宣統三年正

月二十七日。經趙鐵匠武廷臣等。用恆升號期條三百吊。向被上告人贖回田地。並執有原典契紙爲證。察閱該契紙。固有永海出名。而據開原城守尉移復該縣文稱。查職旂存貯戶口冊載開散。永海實屬姓王云云。則該上告人所稱祖遺田畝。又未脗合。且趙鐵匠武廷臣等於偕同上告人至被上告家贖田情事。俱各否認。復經原審囑託調查。卽據恆升號主黃秉權供明武廷臣所開錢條。被何人使去。因父親生前未曾注賬。小的並不知情等語。亦不能爲何等之證明。由是以言。上告人主張有利事實之證據全係不能成立。原判遂斷定上告人對於係爭地畝。並無何種權利之可言。按之證據法則。自無不合。上告意旨。不能認爲有理由。據以上論結。本案上告。應予駁回。至本件上告。純係以空言攻擊原審認定事實之不當。終應駁回之件。與現行書面審理之條件相符。故用書面審理。特爲判決如右。

●已逾上訴期間之上訴。上訴審衙門不爲駁回而受理。卽屬違法。

●大理院判決王海印因債務糾葛上告一案（民國三年上字第二百四十六號）

上告人 王海印 右代理人 王耀卿 被上告人 苗子誠

右上告人對於中華民國二年五月十日。河南高等審判廳就該上告人與苗子誠因債務糾葛一案。所爲第二

審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。本案維持第一審原判之效力。

訴訟費用。仍由上告人負擔。

●理由

本院按現行規例。審判衙門審理案件。應傳集兩造。經其言詞辯論。於事實有十分之說明。並有相當之證明後。始能為適法之判決。本案原審僅查閱訴狀及西平縣第一審訴訟記錄。並據上告人一方之陳述。不予傳訊相對人及證人。依法審訊。即行駁回控告。按之法例。自屬不合。惟查本案西平縣於民國元年十二月二十七日最後斷結。上告人遲至民國二年三月十一日。始向原審提起控告。即除去在途之日。亦已逾法定期間。是原判早經確定。原審不察。遽予受理。亦屬違法。姑無論上告人所稱各節。有無理由。然第一審原判既經確定。本案自難再行違法受理。至稱上告人息借被上告人錢二千吊。立約之後。被上告人祇給現錢一千七百吊。餘三百吊。開給存條。嗣因不便使用。即將存條退交劉慶蘭更換。劉慶蘭自行使用。並不轉交等語。如果屬實。上告人徑自向劉慶蘭另案起訴可也。

據以上理由。本案上告雖無理由。原判亦應撤銷。仍維持第一審原判之效力。至本件係原判違法受理控告之件。故依本院現行書面審理事例。本判決即以書面審理行之。特爲判決如右。

●地畝爭執不能以遠年舊契偶有一二地名相同而遽藉爲影射。

●大理院判決周崇光因贖地糾葛上告一案（民國三年上字第二百四十七號）

上告人 周宗堯 被告上告人 袁國恩

右開上告人對於中華民國二年八月二十七日。直隸高等審判廳就該上告人與被告上告人因贖地糾葛一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

查本案所爭之點有二。（一）上告人承當地畝。是否在被告上告人承買胡永錫之地畝以內。（二）被告上告人轉當胡永錫之地畝。上告人是否係其原業主是也。就第一點言之。被告上告人承買胡永錫地六頃八十畝。兩造本無

爭執。惟據上告人稱伊承當之地。在此項地畝以外。而被上告人則謂即在其內。查胡永錫所立賣契。載明弓口四至。地賬分明。而隨帶之何姓賣於胡永錫之老印契。亦載地段下落弓口四至。開列地賬。則被上告人所買地畝。其坐落弓口四至等。自應以地賬爲憑。地賬內所載大南河地蕭家地長行地等。既與上告人承當之各該地畝數相符。則上告人承當之地。卽爲被上告人承買之地。已無可疑。况該地於光緒二十八年以前。既早經胡當於上告人家。則其後胡永錫豈能復以之當於被上告人。而被上告人苟非承買此地。又豈能向上告人找價換契。尤屬顯著之理。至地契地賬。無論業經原中人等證明確係當時原物。且地契早經於光緒年間投稅。地賬亦均蓋有滄州州印。自係確鑿可憑。上告人稱被上告人所捏造。顯然空言爭執。更就第二點言之。被上告人承當胡永錫之地。據其所呈隨帶之各老契當內。祇有十四畝一契。原業主係周姓。而上告人則謂所當各地。均係伊家原業。查胡永錫所立當契載明。一頃四十畝。而上告人則稱從前當出二頃二十三畝。胡永錫則忽謂當於被上告人一頃八十畝。忽謂一頃八十七畝。忽又謂連所賣之六頃八十畝。共八頃八十畝。其數目既前後不符。而上告人在原審雖稱從前由周姓當於申姓朱姓。由申朱而何。而張。輾轉當於胡永錫家。而在第一審及在原審控告之始。均稱由依家當於胡永錫家。且謂同治年間。曾向胡姓找價。其陳述又顯相矛盾。而被上告人之當契。則既經原中人等證明屬實。且與賣契係同日所立。確係出於一人之手。賣契既屬可憑。當契卽屬無從捏造。至

各老契中申張各姓均無轉當字樣。上告人所稱由周姓輾轉當出之說。既不足憑。即周姓十四畝一契。原業主係名周世昌。而上告人在原審供稱地係祖父周象乾所當。(二年八月四日)姓名亦屬不符。則該地亦不能謂爲係其舊業。是此項地畝。與上告人實屬毫無關係。豈能因遠年舊契。偶有一二地名相同。而遽藉爲影射之地。由是言之。上告人承當之地。既確在被上告人承買範圍以內。則被上告人自可向之回贖。而被上告人承當各地上告人既非原業主。則斷無回贖之權。原審認定事實。及適用法律。均無錯誤。據以上論結。本案上告認爲無理。由。應即駁回。仍照原判辦理。再本案上告。係以空言攻擊原審認定事實之不當。終應駁回之件。核與本院現行書面審理之條件相合。故以書面審理。特爲判決如右。

●當事人在審判衙門宣判時。所具不願纏訟之甘結。按照現行法例。無論是否出自本人情願。法律上當然認爲無何等之效力。

●大理院判決劉潤田地畝糾葛涉訟上告一案(民國三年上字第二百四十八號)

上告人 劉潤田 被上告人 劉獻廷 劉全福

右上告人對於中華民國二年十月三日奉天高等審判廳就上告人與劉獻廷等因地畝糾葛涉訟一案。所爲

第二審判決聲明上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。本案發還奉天高等審判廳迅予更爲審判。

●理由

本案上告論旨。略稱上告人原有地三段。早年兌與被上告人者。係中段之六十畝一分。暨由西段之地撥出五十九畝九分。合成一百二十畝。本案訴爭浮多之地。係在東段五十八畝二分。業經上告人遵章首報。原審未查明事實。遽謂上告人河西無地。不得隔河爭領。殊屬錯誤。至劉硯田之甘結。係因被上告人挖河洩水。侵及劉心田地段。經中調處。所立究與上告人無涉。又上告人在海龍審檢所所具甘結。係由審檢所持空紙勸印指押。所寫何詞實係不知。尤不足爲憑等語。

被上告人答辯意旨。略稱。上告人弟兄管業之地。均在河西。河東實無一壠。至被上告人買契四至。載有西至劉姓者。實係劉福春之地。與上告人無涉。且該地段之地。係東西成壠。被上告人之地。係南北成壠。界址封堆。原文契在在足徵。前經兩次勘丈。劉福春亦具有甘結。况與劉福春毗連之處。南北僅三百餘弓。如果有包套情形。劉福春等豈肯退讓等語。

本院查本案上告人胞兄劉硯田於光緒三十三年由所置地畝中分一百二十畝賣與被上告人是爲兩造不爭之事實其所爭執者即兩造爭領之浮多地畝究在被上告人買得地內抑在上告人稱置買關連凱五十八畝二分一段之內是也查原審第一審判決認定此項浮多地畝在該被上告人界內其基礎證憑有四一劉硯田等立給被上告人甘結有河東歸劉全福河西歸劉硯田劉新田等語可知河東並無上告人之地二經海龍縣勘丈報告上告人之地與被上告人之地並不相連三地隣劉福春所具甘結稱浮多地畝在被上告人地內并無包套情事四上告人在第一審衙門具有不願纒訟甘結然查劉硯田所立訴外甘結僅係指定沿岸地之界限而本案上告人所主張置買關連凱之地畝則現在賣給被上告人地畝之東距河尙遠不得遽視爲河東無地之根據至海龍縣第一次調查原圖該地東界註明爲上告人地而其第二次調查之圖則又註明劉福春地前後兩圖互相矛盾究係何故又查該圖註明劉福春地之北爲王眷德地而上告人所呈五十八畝二分之戶管亦載明西至劉姓北至王姓白姓字樣是其地界與第二次調查之圖又似有相符之處不過戶管中所稱劉姓究係何指則不明瞭原審關於此項戶管未加審究又未傳訊劉福春令其呈驗戶管及他種確爲業主之證憑僅據第二次調查之圖及劉福春不合法之甘結遽認定上告人無有與被上告人所買地相毗連之地不特於剖釋事實職權上應盡之能事有所未盡亦於證據法則不能適合又上告人在第一審宣判時所具不

願纏訟之甘結。按照現行法例。無論是否出自本人情願。法律上當然認爲無何等之效力。原審採爲裁判基礎。殊屬不當。至上告人如果於河東離河較遠之處。有與被上告人所買地相毗連之地。則本案訟爭浮多地畝。究應由何人承領。自不得不先認定上告人之地。係於何處立界。又被上告人與上告人間。買賣地畝時。曾否丈量界址。亦當審究。如當買賣之時。業已指定疆界。或雖未指定。而依舊有界址。及其他向來之事實。可認爲當事人間之地。已有一定疆界者。則其所買賣者。本爲特定土地。無論界內畝數。是否與買契上所表明者相符。仍應以疆界爲準。查明浮多地畝。在何人界內。予以判斷。

據以上論結。本件上告爲有理由。原判應即撤銷。發還原審衙門。迅予更爲審判。至本案上告。係原審違反證據法則。及未能盡職權上。應盡能事。終應發還更審之件。依本院現行事例。得爲書面審理。故本判決以書面審理行之。特爲判決如右。

●兼祧須具備一定之要件。

●大理院判決李汀蓀因繼嗣涉訟上告一案(三年上字第二百四十九號)

上告人

李汀蓀

被上告人

李黃氏

李宗模

代理人

傅念特

律師

右上告人對於中華民國二年八月二十五日湖南高等審判廳就該上告人與李黃氏等因繼嗣涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經總檢察廳檢察官熊兆周陳述意見。本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

上告理由略稱先大父復初公。生現故伯父澍寰。暨先父德生二人。澍寰無子。則宗親中親等最近兄弟之子。得立爲嗣子者。必須先儘上告人。今李黃氏立宗模爲嗣子。核與繼承原則不符。此不服之理由一。伯父要我兼祧。我以祖父有遺言。當應允。伯父又說今氏有遺腹。故未卽行。後伯母兼祧。我亦應允。乃檢察官以爲非兩相情願。此不服之理由二。又檢察官引民律擇立親能或親愛爲嗣子之律文。然必澍寰伯無遺言。黃氏伯母有擇立權。則可。而黃氏違夫憑族衆命兼祧之遺言。在伯母能爲合義歟。此不服之理由三。憑衆示知之遺腹。旣確憑衆所囑兼祧之遺言。何以不足爲據。人證在庭。則不使發言。具書面參加不察。而族衆未到庭者。請來庭質證。亦不准。但謂遺言無確實之證據。此不服之理由四。伯母黃氏之要民帶子承繼原因。李子秋賄李宇安所教唆。而李氏子秋。遂乘隙爲其子宗模闖繼地步。觀判決書載。李宇安勸民帶子兼祧之供。不待辯而明矣。乃判決宗模之子。

爲嗣孫。其意何居。此不服之理由五如斯種種不平。實未敢遵判云云。

答辯理由。略稱本年二月二十一日。氏夫澍寰身歿無子。氏以汀孫係屬胞姪。央族戚等先儘問汀孫渠不承認。越三日開親族會。汀孫仍持前說。言詞決絕。氏見其意已堅。因繼擱喪。情有不甘。爰集親戚決擇夫嫡堂弟大澄之子宗模爲嗣。立有出繼承繼證書。確驗成服之日。汀孫已從胞姪例服齊衰。並無異言。乃過後聽人唆使與訟。此次汀孫不允繼不送喪。復覬覦財產。干犯名義。出頭與訟。其爲恩斷義絕。較之習慣例所謂嫌隙。殆有甚焉。例載應繼之人。先有嫌隙。則於昭穆相當親族內擇賢擇愛。聽從其便。此上告理由不能成立者一。汀孫誑稱氏翁立有遺囑。試問何年所立。何人所書。何人爲證。又誑稱氏夫亦有遺言。不知汀孫自反正後。携眷回湘。氏夫屬續之際。汀孫並未在前。何處得聞遺命。此上告理由不能成立者二。汀孫於本房獨子。其不應出繼。於律當然。卽例外亦許兼祧。然已憑親族會議決。擇立宗模爲嗣。已有完全相續人。當然無獨子兼祧之必要。此上告理由不能成立者三。宗模爲嫡堂夫弟大澄之子。昭穆相當。倫序均屬相當。氏擇立爲嗣。自有完全親權。乃李月樓李匯濤等一二疏遠族人。屢次出頭幫扛。僞造議案。爭訟不休。實爲親族所共憤。法律所不容。此上告理由不能成立者四。請求駁回上告云云。

總檢察廳檢察官對於本案之意見。略稱現民律尙未頒行。前清現行律關於民事各條例。當然有效。查例載兼

祧之條件有四。(一)兼承兩祧之人。實係昭穆相當之獨子。(二)須同父周親。(三)兩相情願。(四)取其闔族甘結。缺一要件。即無兼祧之餘地。上告人與李黃氏不獨黃氏狀稱恩義斷絕。已無兩相情願之可言。而查閱該性宗圖。上告人雖屬澍寰之胞姪。但澍寰昭穆相當可繼之姪。要不僅上告人一人。縱上告人有若祖及其伯父之遺言。亦因限於法定條件。而失其效力。至謂宗模闔繼一節。亦不能謂有正當理由。查例載婦人失亡無子守志者。合承夫分。須憑族長擇昭穆相當之人繼嗣。又擇立賢能。及所親愛者。若無昭穆倫序不失。不許宗族指以次序告爭等語。李宗模之嗣。澍寰既不失昭穆倫序。又憑李春恂等承認。上告人無故告爭。殊屬不合云云。

查閱本案訴訟記錄。被上告人之夫李澍寰於民國二年二月二十一日。即陰歷正月十六日病故。經戚族與上告人磋商承繼事。雙方均不同意。始於陽歷二月二十六日。即陰歷正月二十日。立宗模爲嗣子。據上告人所主張。以爲兼祧早已應允。然其在第二審供稱。今氏有遺腹。我以相續人有產生之希望。故未即行帶子爲已殤子立後。我亦未允。被上告人李黃氏在第二審供。我要帶子兼祧。並不是爲殤子立後。是當時雙方磋商之未妥協可知。按現行律以兩相情願爲兼祧之條件。上告人既因磋商未協。不肯爲澍寰成服。與兩相情願之兼祧條件顯然不符。其主張應有承繼權之理由。實難成立。至謂其祖及伯父有遺囑遺言。當然可以兼祧。然上告人在第一審訴狀。既稱祖在時親書遺囑。以民兼祧。則自應提出親書之遺囑。以爲證明。乃在第一審第二審始終不

能提出遺囑。而其伯父遺言一節。亦無合法證明。經原審認定為遺言筆記。均無確實證據。此項事實關係。本院實無變更之餘地。按照現行律。被上告人李黃氏應有擇繼之權。所立從姪宗模。既於昭穆倫序不失。上告入所告爭。於法自屬不合。

據以上理由。應將本案上告。即予駁回。至本件上告係實體法上見解。故依本院現行事例。以書面審理。持為判決如右。

●因充當莊正為訟爭之目的非純粹親族嗣繼問題無庸檢察官蒞庭。

●大理院判決周毓濤等因義莊輪莊涉訟上告一案（民國三年上字第二百五〇號）

上告人 周毓濤 周毓鏞 代理人 黃宗炎 律師 被上告人 周毓鑫 周

毓彬

右上告人等對於中華民國二年六月十二日江蘇高等審判廳就該上告人等與周毓鑫等因義莊輪當涉訟一案。所為第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

查本案以充當莊正。是否應屬建莊嫡裔。爲先決問題。該義莊如係上告人高祖懷仁一人所創建。定有莊正。應由建莊嫡裔承充之規約。則上告人所主張。自屬正當。據錄呈同治年間增訂莊規一紙。中有莊裔嫡派子孫。接理莊正字樣。然查訴訟記錄。上告人在第一第二審。並未提出此項莊規。按照現行訴訟法例。在上告審提出新證據。不能認爲合法。上告人所主張嫡裔。應允莊正。既無他項合法根據。而事實上毓崧彥侗皆非懷仁嫡裔。相繼承充莊正。當時族人並無異詞。且據上告人所呈乾隆年間執帖。載明周諄撥田二千畝。命姪懷仁經理。是懷仁爲承命經理。而非獨力創建之人明矣。設令莊正必屬建莊嫡支。何以周諄之直系子孫。至今並無一人承充莊正。則上告人所主張。不特無合法證明。卽按之事實。亦欠符合。至謂光緒三十四年長洲縣業經批准上告人毓鏞加入。然四人輪值之章程。既已遵行二十餘年。又經長洲縣迭次批定。循舊輪當在案。卽光緒三十四年之批准。亦謂以觀後效。而當時族議未協。嗣又經吳縣民政長查核規復舊制。從前批准。自不能作爲根據。是上告人主張變更四人輪值之辦法。實無成立之餘地。又上告狀稱此案原審不待檢察官蒞庭判決。應作爲無效。查

本案係以充當莊正爲訟爭之目的。非純粹親族嗣繼問題。原審未請檢察官蒞庭尙無違法之處。上告人所主張。應認爲無理由。

據以上論結。應即本案上告即予駁回。至本件上告。係證據法上見解。故依現行事例。以書面審理。特爲判決如右。

●按照現行法例。凡對於現時占有人告爭所有權者。自應由告爭人提出確實憑證。以證明其主張之爲真實。如果告爭人不能爲均當之證據。則現在占有人自無須提出何等之反證。而仍應維持現狀歸現時占有人管業。

●大理院判決孟海梁因山場糾葛上告一案（民國三年上字第二百五十一號）

上告人 孟海梁 被上告人 谷振有

右上告人對於中華民國二年九月十四日直隸高等審判廳。就該上告人與谷振有因山場糾葛一案。所爲第一審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

查本案上告論旨。共有四點。一魯家山場。係孟姓宗祠公產。有碑文糧串可證。被上告人既無文契。僅有繼單內魯家溝山一語。何得據爲判斷。二碑文係確實可信。而繼單則難保無重名僞造情事。原審僅以先後爲斷。而不就其證據力之大小爲斷。殊難甘服。三該山場被上告人從前僅偷小樹。並非占有。茲既有正當權利人出爲主張。何得更許其霸佔。四原第一審斷令給錢。被上告人並未聲明上訴。乃第二審并給錢之部分。亦予撤銷。於法實爲未合云云。本院按係爭山場歷久。由被上告人爲平隱公然之占有者。乃顯著之事實。即證之上告人在第二審所供。已占有五十多年等語。亦已無可更爲爭執。查現行法例。凡對於現在占有人告爭所有權者。自應由告爭人提出確實憑證。以證明其主張之爲真實。如果告爭人不能爲切當之證明。則現在占有人。自無須提出何等之反證。而仍應維持現狀。歸其管業。本案上告人主張該山場屬孟家公產。無非以碑文及糧串爲證。檢閱所呈糧串。僅有徵收銀數。及完納人孟祠等字樣。是否該山場之糧串。無從臆度。礙難引爲證據。原審未予採用。自無不合。至碑文內孟喬榮入鴉家溝山一處字樣。其字義簡約本。難解釋假。合此項字樣。卽表示孟喬榮將

魯家溝山一處。捐入祠堂之義。然事在遠年。嗣後依法轉讓與。亦事理之所常有。茲被上告人既歷久爲平穩公然之占有。則僅依此占有之事實。已足以證明其爲合法讓受。較之遠年無可稽考之碑文。實爲可信。原審據斷繼單爲認定事實之基礎。而未能釋明繼單較碑文證據力強大之理由。誠不無欠缺。但依上開說明。上告人既告爭所有權。而未能爲切當之證明。則世須被上告人更行提出反證。本於占有之事實。即應予以駁斥。是故繼單證據力之強弱。已毋庸審究。而上告人對於原判認定事實不服之各論旨。即難認爲有理由。至本案盧龍縣堂斷除認上告人所呈證據。不足爲憑之部分。應認終局判決外。至所批著谷振有給海梁東錢二百千。限三日交清。即行結案等語。既非就當事人所爭之山場爲裁判。自無判決之性質。在該縣原爲息事寧人。修見。量予解和。而被告人亦希早離訟累。故即願遵斷。茲上告人既在高等審判廳對於該縣所爲終局判決。聲明控告。則該縣所爲和解命令。當然失效。本母待上告人之聲明。不服原判。爲防止疑義起見。予以撤銷。實非就上告人未聲明不服之部分。以職權爲之裁判。揆之現行法例。自無不合。故此點之上告論旨。亦非正當。據以上論結。應認上告爲無理由。即予駁回。至本案上告。係關於訴訟法之見解。依本院現行事例。得用書面審理。故本判決。即以書面審理行之。特爲判決如右。

●上告非以第二審判決違背法令爲理由者不得爲之

大理院判決例 民事六

二二

●大理院判決解錫祿因買地糾葛上告一案（民國三年上字第二百五十二號）

上告人 解錫祿 被上告人 王治田

右上告人對於中華民國二年十月九日京師高等審判廳就該上告人與王治田因買地糾葛一案所為第二審判決聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

查上告非以第二審判決違背法令為理由者。不得為之。故第二審判決。苟已將事實適法認定。而斷定權利關係。復不與成文或習慣法則相背。當事人即不能濫指原判為不當。以為上告理由。本案上告人稱。爭執地畝。係劉琛欲賣於王起玉。而被上告人從中阻撓。被上告人復不買。而由上告人承買。毫無不合。原審維持縣知事原斷。係受朦混等語。查核訴訟記錄。劉琛曾否儘被上告人先買此地。第一審曾傳訊原中郭慶元張永元供稱。實不知情。而該處賣田。先儘典主承買之習慣。亦經原審傳訊村正鄉董等鑑定明確。是其於認定事實。適用法則。二者均無錯誤。至謂縣知事無審判職權。不能擅改專審員判決一節。如果屬實。則原審自應審究。唯經本院函

謝京師高等審判廳。據該廳覆稱。東安縣幫審員。雖經前直隸司法籌備處長委充有人。未及執行職務。即行取銷。該縣知事後亦並未遴員請任等語。是該縣既未依法派有幫審員。則其審判事務。自仍依舊由縣知事兼理。茲上告人乃以縣知事適法受理之案件。一再控言攻擊。亦屬不合。

據以上論結。認本案上告爲無理由。應予駁回。再本案上告。係空言攻擊原判。毫無法律上理由之件。依本院現行事例。得爲書面審理。故本判決以書面審理行之。特爲判決如右。

依照現行民商法理留置權之行使必須具備要件

●大理院判決段鳳儀因存貨糾葛上告一案（民國三年上字第二百五十三號）

上告人 段鳳儀 被上告人 李芳年 段香齋

右上告人對於中華民國二年十月六日京師高等審判廳。就上告人與李芳年等因存貨糾葛一案。所爲第二審判決。聲明上告經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案豐元棧即現存之德元棧所存上告人之烟葉八包。應由李芳年現存之七包交出。其由段香齋取去之一

包。應由段香齋依照原物品質賠償。

訴訟費用。由被上告人等平均分担。

●理由

本案應解決問題有二。(一)上告人存放豐元棧之烟葉。被告李芳年能否留置。(二)上告人託被上告人段香齋存放之烟葉。是否祇能向段香齋請求追還是也。本院按民商法理。普通民事留置權之行使。必須具備二要件。一其物須為債務人之所有物。二須關於其物所生之債權是也。商事留置權。雖較之民事稍寬。然債權人得留置之物。亦非債務人之所有物。不可使其物為第三人所有。縱債權人一時誤認為債務人之所有物。而留置之。至真權利人出而主張。自不容再允其留置之理。此本院認為一定不易之理也。本案豐元棧存放之烟葉。原審既經認定為上告人所有。乃以其經手存放之人段香齋。對於李芳年負債未償。判令上告人之烟葉。得由李芳年留置。依照上開說明。實屬不合。又按寄託人本於其寄託契約。對於受託人固得請求其寄託物之還歸。而所有人本於其所有權之追及力。對於現占有其物之人。亦得為占有返還之請求。固無庸疑。本案豐元棧存放之烟葉。原審既經認定上告人託被上告人段香齋所存放。則上告人本於其寄託契約。向段香齋要求歸還。固屬理之當然。原審關於此點之判斷。委無不合。惟上告人本於其所有權之追及力。向被上告人李芳

年請求占有之追還亦實至當之條理。乃原審以李芳年之占有係屬善意而否認其請求實屬誤解蓋動產占有人於其物上行使權利推定其為適法者。乃未發見該物真正權力人時之規定。已發見真正權利人之後則其推定當然不能存在。是固不待言者也。

據上論結認上告為有理由。應予撤銷原判改判。至本案係原審適用法則錯誤。應行改判之件。依本院現行事例得用書面審理。故本判決即以書面審理行之。特為判決如右。

●附帶私訴之件其進程序及上訴權之存在與否不受公訴之拘束。又其事件有一部屬於行政處分者亦應指令另案訴願於該管上級機關以資救濟。司法衙門無受理之權。

●大理院判決段指南因損壞建築物不服私訴判決上告一案（民國三年上字第二百五十四號）

私訴上告人 段指南 被上告人 卽附帶上告人 王承陞 朱家霖 鄧錫齡

右上告人對於中華民國二年七月二十三日河南高等審判廳就該上告人損壞小行宮建築物一案所為私訴第二審之判決聲明一部上告。被上告人亦聲明一部附帶上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於私訴之部分撤銷。

被上告人等移校之請求。原高等審判廳。不應認為私訴受理。

上告人之上告駁回。

已拆之小行宮平臺。應由上告人回復原狀。

●理由

本院按現行規例。凡附帶私訴之件。其進行程序。及上訴權之存在與否。不受公訴之拘束。故有刑事被告人受無罪之宣告。而私訴仍得繼續進行。惟此等獨立私訴之上告期間。準用刑事規例。若經認為合法。即由本院刑庭移歸民庭。準用民事程序審判。本案關於刑事之判決。早經確定。上告人關於私訴聲明上告。其期間既係合法。本院自應受理。

查普通法院。祇能受理民事及刑事。其事件之純屬於行政處分者。固非普通法院所有受理。即當事人請求之一部分。有關於行政處分者。亦應指令另案。訴願於該管上級行政機關。或依法起訴於平政院。以資救濟。而不得併予受理。本案據原審合法認定事實。上告人在小行宮開辦女學校。曾呈由該省教育司轉奉都督批准。嗣

因上告人拆去平臺。經被上告人等以損壞建築等情。告訴於開封地方檢察廳。勘驗屬實。提起公訴。是本案。通法院所得而受理者。自應以該公訴及被上告人等請求損害賠償之附帶私訴爲限。上告人在小行宮開辦女校。既係該管行政機關批准。則該校應否移出。卽屬行政處分問題。乃開封地方審判廳。因被上告人等聲稱都督業將原案取銷。請飭該校速行移出等語。遂判令限一月內移出。原高等審判廳則以既已訟爭。無論原案取消與否。仍應從速遷移爲理由。而維持第一審關於此部分之判決。夫使原案業經該管行政機關取消。上告人已無在廟內續辦女校之餘地。卽可逕請行政執行。若猶未也。被上告人等不依訴願及行政訴訟之方法。以謀救濟。乃於普通法院附帶請求。原高等審判廳亦沿第一審之誤認爲私訴併予受理。殊有未合。自應由本院將原判關於移校之部分撤銷。該部分既不應受理。則上告人上告論旨。請將小行宮收回公家。作爲女校地址。應卽予以駁回。至被上告人等附帶上告。除公訴早經確定。不得更爲主張外。其請原狀回覆一節。查原判內開上告人將小行宮平臺拆去。該看守道人李宗鎮前往報告。廣慶會代表王承陞等主張。小行宮爲該會所有。是小行宮向有道人看守。迥非無主物可比。就令上告人誤認爲公產。亦何得不經管理人之同意。卽將平臺拆去。况明明有廣慶會。主張所有權。其爲侵權行爲。毫無疑義。乃原審於法律上之見解。竟認爲善意占有。免其賠償義務。實非允當。關於此點之附帶上告。自不得謂爲無理由。

據以上論結。應將原判關於私訴之部分撤銷。並由本院改判。責令上告人將所拆平臺回復原狀。再本件係私訴上告。故依本院現行事例。以書面審理行之。特爲判決如右。

●依照債權法則契約因當事者雙方意思表示之合致爲有效成立。若一方爲非真實之表意而爲相對人所不知或不可得而知之。則表意人所表示者雖非真實之意思。則已發生效力。不能對相對人復主張其無效。

●大理院判決左鼎臣因債務糾葛上告一案（民國三年上字第二百五十五號）

上告人 左鼎臣 被上告人 卽附帶上告人 孫萊氏

右開上告人對於中華民國二年十一月二十四日奉天高等審判廳就該上告人與孫萊氏因債務糾葛一案。所爲第二審判決。聲明一部上告。被上告人亦提起附帶上告。本院審理判決如左。

●主文

原判關於上告人清還利息之部分撤銷。上告人毋庸還給利息錢七百六十吊。被上告人之附帶上告駁回。訴訟費用歸被上告人負擔。

●理由

上告意旨略謂。原判以房作抵契約。斷爲有效。頗見公允。惟仍令清償利息。不知契約註明將本作價字樣。其經中說允利息讓却之意。寓於其中。而况還利之語。同中既已明言。並非將本作價之外。尙須還利等語。本院查閱上告人於民國二年七月二十三日所立字約。載明煩中說允。願將自有瓦耳房兩間。甘心抵還此債。經中人論明讓去利息。將本作價。市錢二千八百吊。抵銷債目。而吉慶堂憐恤從權。亦願接受等語。該約既可認爲有效成立。參照下開說明。則從文義解釋。被上告人已一併允讓利息。自屬明瞭。原判認爲房屋僅能抵作原本。仍應照付利錢。未免有所誤會。上告人之主張。似應認爲正當。至被上告人附帶上告意旨。大意致請因債據難求假意應承。以破房指抵巨款。與之立約。不過爲取立債據之證。惟已蒙第二審斷還利錢七百六十吊。曷敢不遵。乃上告人狡狴不望。今亦甘心不要倒坍房屋。只求判給原本二千八百吊云云。按債權法則。凡契約因當事者雙方意思表示之合致爲有效成立。若表意人與相對人間通謀爲虛偽之表意。則當事人間之行為。固屬無效。反是。

表意人故意爲非真實之表意。而爲相對人不之知。並不可得而知之者。則表意人所表示者。雖非真實之意思。而就其表示之意思。則已發生效力。不能對相對人復主張其無效。此民事法上至當之條理也。本案被告上告人與上告人立有字據。對於該項債權。既已表明許讓利息。將房兩間抵還原本。事經中人調處。即上告人亦無由知其爲僞諾。則是契約效力。早已發生。當事人間。即應各負法律上之責任。何能有被告上告人獨自翻悔之餘地。惟該上告人所立字約。有指房押錢。及不拘年限。錢到收回。仍歸前議等語。則上告人力能抽贖時。被告上告人仍照原價二千八百吊。催令回贖。此爲又一問題。而附帶上告意旨。則不能認爲正當。

據以上論結。本件上告爲有理由。原判關於清還利息之部分。應即撤銷。上告人無庸補給利息。附帶上告爲無理由。應予駁回。訴訟費用。照現行法例。應由敗訴之被告上告人負擔。至本件上告係關於實體法上見解之件。與本院現行書面審理之條件相符。故用書面審理。特爲判決如右。

●共有財產分析之訴與承繼問題無關係者按照現例毋庸檢察官

蒞庭

●大理院判決劉鴻綱因家產糾葛涉訟上告一案（民國三年上字第二百五十六號）

上告人 劉鴻綱 代理人 劉蕃 律師 袁本貴 律師 被上告人 鍾瀚

春 代理人 韓玉辰 律師

右開上告人對於中華民國二年七月二十九日山東高等審判廳就該上告人與被上告人因家產糾葛一案所爲第二審判決聲明上告。本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

查本案係爭田產已否分析。其可資以判斷及兩所引爲重要之根據者。惟冀州舊卷核閱該州卷內如(一)光緒三十二年二月三十日。劉鍾麟粘呈之三十一年七月間。與劉鍾駟所立分單。(二)三十二年四月初五日堂訊時。劉鍾麟所呈之家產清單。(三)三十三年二月十二日。劉鍾麟劉東山(卽鍾駟)呈請銷案。稟(四)三十二年十月十三日黏呈之財產單等。直接間接。均有足以印證之處。討就其正當之解釋申言之。(一)分單內載所分產業。不拘拘於三股。亦不必執於兩支。卽以所有產業。生意等項。認其長次之。(長次二字原文並列)與三支擇選。(下略)下文又開列某某等處生意。分與鍾麟鴻綱自行經理。某某等處生意。分與鍾駟自行經理。是當時

分產之始。除於總財產中分出一部分。歸於三支鍾駟外。餘即爲長次兩支所共有。既未按三股分析。而長次兩支所分各處生意。但言歸鍾麟鴻綱自行經理。並未指明某歸鍾麟。某歸鴻綱。則長次兩支。並未分析可知。如謂分單內既稱長次兩支。並同歸夥。則其先必已分家。然上告人在第一審已迭稱伊等分產。應以標發繼單爲憑。老三支分單。係涉訟前所立。其所載長次兩支。並同歸夥等語。自然消滅等語。（據民國元年十二月三日及九日呈）上告人既欲排斥此項證據。則其已明認此二語爲並未分析之意義。殆無可疑。（一）劉鍾麟所開清單。前稱計開長次兩支。分得家產買賣。後稱計三支分得家產買賣。仍以長次支與三支對舉。則長次兩支。並未分析可知。（二）劉鍾麟劉東山銷案稟內。稱長支遺產。豪堂斷鴻綱得六成。鴻頒得四成。但去歲析產之時。某屬長支。某屬次支。並未指實云云。則其未經分析。更已明白聲明。毫無可疑。惟據（四）劉東山所呈財產單。則已指明何者爲長支財產。何者爲次支財產。又似業經分析也者。然劉東山粘呈此項財產單時。尙在光緒三十二年十月。如果當時長次兩支。業經分析。則其後三十三年二月十二日。劉鍾麟劉東山呈請銷案稟內。不應復有並未指實之言。則劉東山所稱。某屬長支。某屬次支。不過擬議之詞。蓋因當時雖經縣斷伊子鴻頒。應得長支財產四成。而長次兩支。既尙未分析。則四成六成。即絕無標準。故先將兩支財產分別擬定。而後就長支所分中更擬定六成四成耳。否則。如已分析在前。則只須開列長支所得財產。就其中擬定六成四成。何必更將次支之財產。一

併開列。况三十二年十一月九日。因該縣將上告人頂帽摘去。經高俊澎等八人呈請發還。之數人者。劉東山所稱爲扛帮插認。偏袒上告人者。而其稟內亦有伊等分家。雖係三支。所分產業。並未指出某屬長支。某屬次支等語。與其後劉鍾麟等之銷案稟所稱。正復相同。如謂銷案稟內所謂長者。乃三支對次支之稱謂。故亦不妨自稱爲次。然無論其時長次支與三支財產。早經分析清楚。即無所謂並未指實。而同一稟內。下文尙別有三支字該。則亦斷不能如此曲解。况正惟以長支次支產。未指實。四成六成無從核定。故下文又有商允將地七十七畝宅兩所撥給鴻頒所有之語。而並未嘗確指其爲四成。由此言之。則本案自應以呈遞在後之銷案稟爲據。而按稟所稱。則長次兩支之尙未分析。已屬顯然。斷非空言所能爭執。至上告人於冀州舊卷外。在原審所舉書證。又有三種。(一)光緒三十三年二月十二日當堂標發之機單。(二)劉東山給崔鳳嶺之信件。(三)劉東山給與上告人之字據。查(一)分單內僅載以地七十七畝宅兩所撥給鴻頒。而以何者撥歸上告人。作爲長支六成之財產。則並未提明。適與銷案稟有互相證明之用。(二)劉東山函內所稱前者訂立合同。及添入人力股四釐等語。所訂究係何種合同。給與人力股四釐。究係何事。別無證明。上告人果無所據。而謂即係帮同霸產之報酬。(三)劉東山所給字據內稱。灘縣德景隆一號。係分於長支劉鴻綱字鉅卿名下云云。似足該號業已指定分與長支之證。然該字據內稱。劉鍾麟爲考東君稱上告人爲劉鴻綱。並加字鉅卿字樣。絕不似劉東山對於上告人之語。

氣。况字據內。既稱此節。並無分單。冀州存有案卷。而州卷中。不惟絕無此據。且適多與反對之證憑。已如上文所述。則此項字據。自不能認其確切之證明力。而予以採用。總以上。告人與被上告人。以同父兄弟之故。上告人雖已承繼長房。而兩支財產。既由其父劉鍾麟一人經理。上告人又已久客山西。不親商業。劉氏所有各處商號。頻年又大半虧折。惟恃濰縣一號。以爲彌縫。在劉鍾麟在日。通籌全局。酌盈劑虛。亦未必遽以該號撥歸長支。是揆之恆情。當日既不能分析之勢。徵之舊卷。從前又有未經分析之據。原審採證及其認定之事實。自屬正當。應予維持。惟因家產涉訟。不過爲共有財產分析之訴。苟與承繼問題別無關係。按照現例。毋庸檢察官蒞庭原審。所欠程序。殊有未合。然原判結果。無直接關係。故原判仍應予以維持。

據以上論結本案。上告認爲無理由。應即駁回。再本案上告係攻擊原審採證及其認定事實之不當。而於法律上並無正當理由。終應駁回之件。核與本院現行書面審理之條件相合。故以書面審理。特爲判決如右。

●不動產之物權關係。在現行法上。自當以契據爲重要之證。憑而契據之能否對於抗他人。則應視其有無瑕疵。不能遽以曾否投稅爲斷。又抵當債權者對於抵當物有優先權。

●大理院判決朱何氏因揭款糾葛上告一案（民國三年上字第二百五十七號）

上告人 朱何氏 被上告人 林黃氏

右開上告人對於中華民國二年五月二十八日廣東高等審判廳就該上告人與被上告人因揭款糾葛一案所為第二審判決聲明一部上告。本院審理判決如左。

●主文

原判令上告人與郭羅氏黃怡怡堂暨黃大姑等就黃耀南屋價按欠勻攤之部分撤銷。上告人得按約於屋價內先將本利如數收還。俟有餘方由郭羅氏黃怡怡堂黃大姑等平均攤收。訴訟費用由被上告人負擔。

●理由

本院按民國現尙無登記制度。故不動產之物權關係。在現行法上。自當以契據爲重要之證憑。而契據之能否對抗他人。則應視其有無瑕疵。不當遽以曾否投稅爲斷。蓋現行法上於典買田宅而不投稅者。雖有一定之制裁。然係爲國課起見。非如登記制度之爲對抗要件者可比。故如以不動產之抵押。而設定擔保物權者。果其契據確鑿。則雖未經投稅者。而就抵當目的物。亦應有優先受償之權利。本案被上告人林黃氏之弟黃耀南。用何德成堂名義。以所置河南龍翔里二十號住屋。作按憑中。揭到朱恆遠堂。卽上告人銀五百兩。月息二分。一年爲

期約內載明。倘或逾期未能交清。朱恆遠堂有標貼發賣之權。並將該屋紅契交朱恆遠堂收執。是上告人對於此屋確已設定有抵押物權。如屆期不能償還。自可依約標貼發賣。收還本利。如有贏餘。始得由其他債權人收受。乃原判因上告人並未將按約投稅。遽令退處於普通債權之地位。於現行法上。未免無所根據。至郭羅氏黃怡堂對於該屋所設定之兩抵押權。姑無論郭羅氏約內祇載屆期不還。任由郭羅氏居住。或租賃別人。蔣租抵息。而黃怡堂約內。又載紅契已經遺失。與上告人之契內。載有標貼發賣之權。而又執有紅契者。其效力是否相等。已屬不能無疑。而郭羅氏及黃怡堂。在第一審及原審。既自願與其他普通債權人。按欠勻攤。亦正向本院聲明上告。是已明明有捨棄優先權之意思表示。而關於該部分之原判。亦已早經確定。自應毋庸置議。據以上論結。本案上告認為有理由。合將原判令上告人與郭羅氏黃怡堂暨黃大姑等。就黃耀南屋價按欠勻攤之部分撤銷。上告人得按約於屋價內。先將本利如數收還。俟有餘。再由郭羅氏黃怡堂黃大姑等平均攤收。至原判其他部分。兩造均無不服。自屬早經確定。訴訟費用。按照現行規例。應由被上告人負擔。再本案上告純係關於實體法上之論爭。核與本院現行書面審理之條件相合。故以書面審理之。特為判決如右。

●以廟產不應充公及管理人有侵蝕情弊為理由而提起訴訟唯向

來經理此項廟產之人始可出而主張

●大理院判決王之均因廟產糾葛上告一案(民國三年上字第二百五十八號)

上告人 王之均 代理人 王山 被告上告人 王樸

右開上告人對於中華民國二年九月八日直隸高等審判廳就該上告人與被告上告人因廟產糾葛一案所爲第二審判決聲明上告本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

查上告意旨無非以廟產不應充公及被告上告人有侵蝕情弊爲理由。姑無論是否屬實亦惟向來經理此項廟產之人始可出而主張。據上告人稱該庄延壽菴係於前清乾隆二年經伊先祖王澤所創立。咸豐年由其父王寧經理。自光緒十年至今則由伊繼續經理。然查閱訴訟記錄。上告人於民國元年八月十六日及十一月初二日在第一審所遞呈詞均稱伊係看廟人承種廟地十畝。而二年一月十九日呈內並稱廟內香火地向係王樸王之道王俊經理。二年三月五日經該縣判決後猶呈稱此廟懇仍歸伊看守。俾免飢寒。是廟產向係被告上告人

及王之遂等經理而上告人則不過在廟看守種地納租而已。即在控告之始。上告人亦僅稱廟係王姓創立。後歸王姓經理。乃其後竟稱伊祖王澤創立。伊父王宁經理。顯然虛捏。豈能憑信。原判尙非不當。况廟租撥助學款。係始於光緒三十四年。本非自涉。訟後始。然該縣亦無以之充公之判斷。至被上告人等開支學款。該縣堂諭內。已有另立賬目。分兩季張貼清單。如有抗租及浮冒開支之事。加十賠究罰等語。如果有侵蝕浮冒等情。自應由該管行政機關。依法監督。亦與該上告人毫無關涉。所稱各節。殊難認爲正當。

據以上論結。本案爲無理由。應即駁回。仍照原判辦理。至本案上告係關於實體法上之論爭。並無法律上正當理由。終應駁回之件。核與本院現行書面審理之條件相合。故依書面審理特爲判決如右。

●原審據以爲判決基礎之事實。與其審理所得證據之結果。顯有抵觸。且對於重要證據置而不顧。於職權能事實。有未盡。

●大理院判決林瀚洲因公產債務糾葛涉訟上告一案。(民國三年上字第二百五十九號)

上告人

林瀚洲

林達初

被上告人

即附帶上告人

林德儉

被上告人

梁

繼南

右開上告人對於中華民國二年七月三十一日廣東高等審判廳。就該上告人等因公共債務涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。被上告人亦聲明附帶上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還廣東高等審判廳。迅予更爲審判。

●理由

查本案係爭之點。自當以英和房屋上設定之抵押債權。已否消滅爲先決問題。原審採以爲判決基礎之事實。與其審理所得證據之結果。顯有抵觸之處。據上告人在原審呈出林立潤親筆登記之各項總計草簿一本。內載同治六年入英和按銀三百兩。又自同治七年至十三年。福泰店支付義源息銀。又光緒三年二月二十九日。代福泰店交梁慶二（梁賢光堂之二子）銀三百兩。又光緒四年入英和租銀三十四兩四錢五分六厘。上告人指立潤賬中所欠英和款項。並未登入公嘗數部。且書明在店支息。代店還本。顯然藉福泰名義。以公嘗產業（英和鋪房）私揭私還之證。又以三年福泰還慶二銀三百兩。始有四年英和來租之事。更可爲此項債權已經消滅。梁姓所執債券係屬廢約之證。而核之被上告人林德儉在原審供詞。有義源卽係梁賢光堂開的。林達初

等所繳各項總計草簿簿內各字。係民父立潤手寫等語。是此項草簿。附帶上告人亦已明白自認。不可謂非重要之證據。苟能證明梁姓債權。早已消滅。則抵押問題。自不發生。乃原審不求根本解決。對於本案重要之物。置而不顧。於職權上能事。實有未盡。況即原審所持法律上之見解言之。查英和鋪房係林氏嘗產。並非林立潤私有。其是否可以福泰名義。向梁賢光堂按抵銀三百兩。亦頗有審查之必要。原判遽斷以英和賣得金償還抵款。而令上告人別為求償。亦有未是。

據以上論結上告意旨。認為有理由。應即將原判撤銷。發還廣東高等審判廳依法迅予更為審判。至被上告人林德儉附帶上告意旨。案經發還更審。應毋庸議。再本件上告。係原審顯然未盡職權上應盡能事。終應發還更審之件。依本院現行事例。得為書面審理。故本判決。以書面審理行之。特為判決如右。

●當事人於自己有益之事實。上主張。應負立證責任。

●大理院判決劉季東因股票押借糾葛上告一案。三年五月上字第二六〇號

上告人 劉季東 被上告人 高笏年 胡懋龍 譚鼎豐 胡長興

右上告人對於中華民國二年十一月六日。湖南高等審判廳。就上告人與高笏年等因股票押借糾葛一案。所

爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判除確認上告人應返還。被上告人高笏年本息錢三百三十五串外。撤銷發還湖南高等審判廳。迅予更爲審判。

●理由

上告人上告論旨略稱。上告人於壬子年寄寓譚鼎豐棧。是年五月初九日。將五百元鐵路股票押借胡懋龍錢文。至期取贖。詎料胡譚二人互相籠延。至癸丑年二月。上告人始呈請鐵路公司飭胡懋龍收款退票。胡懋龍又着伊叔胡長興從中勸和。迫令上告人呈請銷案。並立給未繳收條字據。旋訴經原審判決。令高笏年還上告人錢二百吊。查此項股票。照現在市價約計八百五十千之譜。除本年外。去年尙存息銀三十元。被胡懋龍等籠卡年餘。僅蒙判給此數。實難甘服等語。被上告人並未依式呈遞答辯書狀。本院按以質權擔保之債權。債務人於清償有遲滯者。應聽憑質權人按照時價將質物變賣。以供清償。如有餘額。卽以返還質物所有人。此定則也。本案質權人是否爲高笏年。及上告人於清償債務有無遲滯。在上告人雖猶有爭執。然按現行訴訟法。例當事人於自己有益之事實上主張。應負立證責任。查閱原審訴訟記錄。本案自起訴以來。不惟胡懋龍等指高笏年爲

質權人。即高笏年亦且出而自承。上告人雖稱高笏年之自承。係由胡懋龍等串出搪塞。然徒以空言攻擊。並無立證方法。至於押借款項。上告人未能如期清償之原因。雖據稱係由於胡懋龍等之互相推諉。而亦未能立證。是原審認定高笏年爲質權人。及上告人有遲滯情事。於法並無不合。惟依前述法例。高笏年變賣股票所得價額。如果與時價相當。自應以所得賣價先清償其債權。而以其餘額返還上告人。如賣得價額。因故意過失。致低於時價。自不得不以時價爲標準。而定其返還之限度。至於債務人之遲滯。與質物賣價之低昂。並無關係。不得遽以清償遲滯爲分擔損失之根據。原審關於該股票之賣得價額。及其時價。未予調查。遽以上告人未能如期清償。判令分擔變賣股票之損失。於法殊有未合。又查該股票於變賣以前。有無紅息。該紅息是否已由高笏年等領取。及應否返還一層。原審衙門。未予審理。亦不免疏漏。是本案上告。不得謂爲全無理由。依上論結。本案原高等審判廳。關於高笏年返還質物賣價餘額之部分。既未能將事實關係剖釋明晰。本院自難據爲法律上之判斷。應將原判一部撤銷。發回原高等審判廳依法迅予審理。至本案上告。係關於證據法則及實體法則之意見。並原審未盡職權上應盡能事。終應發回更審之件。依本院現行事例。得爲書面審理。故本判決。即以書面審理行之。特爲判決如右。

●證據未予調查。遽以揣測之詞。以爲判斷。於法未合。

●大理院判決董慶餘因款項糾葛上告一案。三年上字第二六一號

上告人 董華齋 董慶餘 被上告人即附帶上告人 何超然 右代理人 何秉書

何樹生

右上告人對於中華民國二年三月二十四日四川重慶高等審判分廳。就上告人與何超然款項糾葛一案。所為第二審判決。聲明一部上告。被上告人亦聲明附帶上告。經本院理判決如左。

●主文

原判除確認被上告人未收債款為二百三十兩之部分外。悉予撤銷。發還四川重慶高等審判分廳。迅予更為審判。

被上告人之附帶上告駁回。

●理由

上告人上告論旨。略稱上告人與被上告人等。經營協興合炭坪生理。停止貿易時。在江北廳涉訟。經堂判外帳船戶。有人可望收者。尙有九百九十七兩零。如收銀一百兩。各歸一半。口食費用公派。上告人於判決後。陸續收得銀款。已分一半給被上告人。共計二百六十餘兩。並無怠慢侵吞情事。所有船戶外帳。均係廿餘年夥買來往。

十成之中。已收六成。餘賬雖未收入。尚有各戶借券可查。皆係江北廳堂判。指爲可收之債。查觀粘單姓名年月。虛實可以立辯。今欲以之繳付。被上告人都云不可作數。實所難甘等語。

被上告人答辯論旨。及附帶上告論旨略稱。被上告人與上告人在江北廳涉訟。經堂判後。三年之久。上告人竟置之不問。查被上告人係由上告人逼令退夥。始赴江北控案。照王旭丹退夥之例。應將本息如數結楚。原判僅令上告人繳銀二百兩。不惟紅息盡歸烏有。卽本銀尙且不敷。所受損失。不堪設想。案經三審。上告人猶聲明上訴。則被上告人不惟權利難保。反受拖累於無窮。且退夥非歇業可比。而上告人竟欲以外債抵塞。尤屬不合等語。

本院按被上告人雖稱本案業經三審。不得復行上訴。然檢閱全案兩造。因協寶合炭坪本息糾葛。在江北廳涉訟一案。該廳所爲判決。業已確定。而本案訴訟。乃上告人已否踐行該判決所命義務之爭執。顯係兩案。不得謂爲業經三審論。故本院仍認該上告爲合法。予以受理。

又按協興合煤坪外帳。依江北廳確定判決。可收之債。九百九十七兩有零。應由上告人經收。每收一百兩。被上告人分五十兩。所有收帳口食費。核實公派。是此項債款。就令完全收還。被上告人亦僅能分得半數。而收帳口食。尙須由被上告人分擔一部。乃被上告人猶援退夥爲詞。主張應由上告人償還所有本息。不得謂爲有理由。

至上告人已收之款。依原審認定事實。被上告人業已分得二百六十餘兩。被上告人雖亦聲明不服。然查原審記錄。上告人於分款一事。有帳簿可證。被上告人關於此項帳簿。並無何等攻擊。又經王錫五等五人呈遞公證狀。聲稱自庚戌迄今三載。所收各船流帳。亦憑五等派分等語。原審依此等證據。認定業已分給。於認定事實。並無違反法則之處。况民國二年三月二十一日。上告人在原審衙門所遞狀內。亦稱查伊賬應還民本息六百兩。不虛。除用去外。民實應歸銀三百六十餘兩。地方廳長（中略）押令繳銀三百六十餘兩。是援法判斷無偏頗等語。是其業經分給。尤屬顯然。被上告人僅以空言謂上告人置之不問。亦不得謂為有理由。是被上告人之附帶上告。自應予以駁回。

又按協興合可望收回之外帳。依江北廳確定判決。上告人僅負收取分派之責。故除上告人怠於收取。或隱匿不分外。被上告人不得請求其賠償。查閱江北廳原卷可收之款。均於帳單內過硃表明。上告人在原審衙門。又經聲明未收之款。有借券可證。是上告人於收取外帳。有無隱匿怠慢情事。倘將借券帳單逐一核對。更傳訊各債戶。不難水落石出。原審於此等證據。未予調查。遽以揣測之詞。認定上告人有隱匿怠慢情事。於法殊有未合。上告論旨。不得謂為無理由。原審關於此部分。既未將事實關係剖釋明晰。碍難據為法律上之判斷。自應將此部分之判決撤銷。發回原審衙門。依法迅予審判。

本案上告及附帶上告均係關於實體法則及證據法則之見解。依本院現行事例。得爲書面審理。故本判決以書面審理行之。

●人民相互間之租借契約。因行政行爲變更而爲國家與人民之租借關係。則人民相互間之租借關係。卽因此國家與人民之租借關係成立而銷滅。

●大理院判決陳李氏因引岸涉訟上告一案。三年上字第二六二號

上告人 陳李氏 被上告人 陳秉璋 右代理人 陳希武

右開上告人對於中華民國二年十月十六日直隸高等審判廳。就該上告人與陳秉璋因引岸涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

本院按非立憲之國家。立法司法行政三權。原不分立。故關於吾人之私權。國家亦可以不待裁判。而直以行政行為創設變更。或銷滅之。此等創設變更或銷滅私權之行政行為。原爲國家強力之行動。故不待權利人之同意。亦無須義務人之認可。卽得爲之。其不能與普通私法上之行為。相提並論。是固不待言也。本案上告人故夫。將臨城縣引岸相與被上告人代辦課運。立有合同。性質自屬私法上之租借契約。毫無疑義。然其後因被上告人虧欠官款洋債。運司將其所點引岸。收歸官租。並延長租期。發給領租執據。是卽以行政行為變更被上告人與上告人之從來租款契約。而爲國家與上告人之租借關係。被上告人與上告人之租借關係。卽因此國家與上告人之租借關係成立而消滅。此種情形。自與普通私法上之租權讓與之契約有別。蓋國家對於上告人所。有之租借權。雖爲承認被上告人之租借權。但其租借權移轉之原因。乃國家一方之行動。非國家與被上告人雙方之同意。且其行動。又無須待義務人認可。是姑勿論。上告人於該引岸收歸官租時。曾經出名具結。既當時無此等認可之意思表示。而國家所爲之租權移轉行為。仍依然有效。不能搖動。故上告人今忽否認其對於國家之關係。而仍主張其與被上告人之原約有效。以租期已滿。向被上告人要求租約上之利益。並爲續約增租之請求。實屬不合。蓋依照上開說明。被上告人與上告人早已完全脫離租借關係。上告人如欲解約或續約增

租自可向爲國家之代表之運司爲請願。而不能再向被上告人爲請求。至關於騾馬傢具一節。兩造租借關係。旣因運司收歸官辦。而斷絕。則此項借用各物。當亦認爲國家所借用。原審判令上告人於租期滿後。逕向運司收回。亦無不合。

據以上理由。本案上告認爲無理。由。應予駁回。至本案上告係實體法上之見解。故依本院書面審理之事例。本判決以書面審理行之。特爲判決如右。

●法律行爲非要素不具備者不能作爲無效。

●大理院判決季海泉因款項糾葛上告一案。三年上字第二六三號

上告人 季海泉 右代理人 劉嵩(律師) 被上告人 李寅輝

右上告人對於中華民國元年十一月十日山東高等審判廳。就上告人與李寅輝款項糾葛一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。本案發回山東高等審判廳。迅予更爲審理。

●理由

上告狀稱。上告人本欠被上告人灰價錢四千四百吊。陸續還剩錢三千六百吊。民國二年五月間。被上告人央中於錢峯等。與上告人代被上告人還德祥棧債務一千吊。餘欠二千六百吊。將轉賃房屋五年餘租金計錢一千吊。劃歸被上告人支取。另立六百吊期票。交上告人收執。作爲灰價清訖。上告人當即應允。取有被上告人手書字據爲憑。是與被上告人已爲債務約束。彼此不得翻變。乃被上告人事後忽萌悔意。藉詞提起訴訟。高等審判廳竟不憑證言。指字據爲無效。期票二紙。憑被上告人一面之辭。謂爲烏有。此種判決實屬違法。上告人難以甘服。應請撤銷改判云云。

上告人答辯書略稱。上告人對於債務數額。既認無錯誤。則執無效之草據。主張債務免除。自屬不合。且此項債款。在宣統年間。已讓去三百餘吊。復以五年房租作爲收現。被上告人對於上告人之債務。已屬格外通融。其未還部分。當然應由上告人償還云云。

本案兩造論爭。在上告人以爲被上告人既出清帳字條。則除期票六百吊外。債權債務足證業已清結。償還欠款。應以六百吊爲限。右被上告人則謂收房租作現。已屬格外通融。字據乃被上告人搶去之草據。不生效力。償還欠款。應以實欠爲準。是字據之有效無效。及字據內所稱期票記載數額之多寡。皆爲本案之先決問題。查訴

訟記錄。被上告人在第一審供稱。中人於錢峯等向我處說季海泉所欠本係兩千七百餘吊。令其兩月內交錢一千六百吊。下有伊每年應得之房租二百吊。立一五年爲滿契紙。合錢一千吊。交我收納。過期交還季海泉收去。我已應允。擬定草稿。他又反復了其在抗告審供述。稱除租價外。再立一千六百吊之期票兩張。而其抗告狀內。又稱中人處說租金以外。再行給立期票兩張。以陰歷六月七日爲限。每月繳京錢三百吊。共一千六百吊作訖。我未應允（關於此點。中人謂其已允。且已收過契條）。先後數說互有出入。到底字據內所稱期票。究係有無。其錢數究係若干。卽爲解決本案之主要關鍵。查字據係被上告人親筆。及收租作現二點。同爲中人處說之結果。而亦爲兩造不爭之事實。何以收租作現一節。兩造皆已遵勸履行。而獨於親筆所書字據。被上告人忽然否認。是否被上告人藏匿期票。故爲翻悔。此中殊有疑竇。總之。此案兩造字據之爭。既不在於真僞。其是否可作爲無效。應依證人證言及賬目期票之內容而定。不能以字據內有無款額爲斷。案普通法理。審理事實之審判衙門。應令當事人於自己之事實上主張。隨時提出有利益之證據。而其爲空言爭執。不能據以認定事實之真相者。卽不能採爲判決資料。又案法律行爲。非要素不具備者。不能作爲無效。本案論爭字據。其內容既具備法律行爲之要素。不能卽指爲無效。而字據上最關緊要之期票。上告人及證人均稱契條兩交。被上告人又未能舉出確未收受之證明。則按之上開釋明。原審果斷字據爲無效。亦當於被上告人供述外。另求確實之證據。僅以

字據上無款額記載。即認為無效。似於釋明事實關係理由。尙嫌薄弱。本案上告不能謂無理由。據以上論結認本案上告爲有理由。應將原判撤銷。發還原高等審判廳更爲審理。又本案上告係原審未將事實適法認定。終應發還之件。依本院事例。得以書面審理。故本判決即以書面審理行之。特爲判決如右。

●匿名合夥所負之債務債權者得向出名營業者請求爲全部之履行。普通合夥則其債務應由各合夥員分担之。

●大理院判決叢兆丹因債務糾葛上告一案（民國三年上字第二百六十四號）

上告人 叢兆丹 被上告人 施祿 右代理人 段坤慶 律師

右上告人對於中華民國二年十月二十九日京師高等審判廳就該上告人與施祿因債務糾葛一案所爲第二審判決聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

本院按民商法理。凡普通合夥與匿名合夥。不能無別。而其應區別之點大要有三。(一)匿名合夥員本爲出名營業者而出資。故其資財。以後應視爲僅屬於出名營業之人。而普通合夥之財產。則認爲總合夥之共有。(二)匿名合夥之營業。爲出名營業者所獨占。合夥員並不協同營業。而普通合夥。則其事業屬於總合夥員之共同營業。(三)對於第三者之權利義務關係。匿名合夥。則爲出名營業者。及依法應負連帶責任之人。於他合夥員。無何等之關係。而普通合夥。則總合夥員俱爲權利義務之主體。由此區別言之。故匿名合夥所負之債務。債權者。雖得向出名營業者請求爲全部之履行。而普通合夥。則其債務應由各合夥員分擔之。至於普通合夥員中。若因無資力不能償還債務者。則爲保護債權人起見。應由各股東依同一標準。分任償還之。此本院認爲至當之條理也。現在民商法典。尙未頒布。關於此點之習慣法。則既未明瞭。則惟有依據條理以爲判斷之標準。本案上告人與劉幼輔夥合琦寶齋古玩鋪。於宣統三年三月。由上告人經手。以該鋪琦寶齋之名義。向被上告人息借京平足銀八千兩。以本東天裕金店紅契一套。天盛布店紅契接連十三號爲抵押。立有借券。及取利摺一扣。其息銀已付十一個月。嗣因壬子兵變被搶。遂停支利。由上告人陸續還過本銀一百另八兩。又洋一千另二十三元。折銀七百四十七兩之譜。除外尙欠原本銀七千一百四十五兩。爲原審認定之事實。今欲解決之問題。即劉幼輔對於琦寶齋究係匿名合夥。抑係普通合夥。是也。如劉幼輔係匿名合夥。則琦寶齋所負之債務。債權者

(被上告人)得向出名營業者(上告人)請求爲全部之履行。如係普通合夥。則其債務應由各合夥員分擔之。查上告人與劉幼輔夥開之琦寶齋。其合同載明叢兆丹劉幼輔各入京平松江銀一千一百兩。無論劉幼輔究係何人。而琦寶齋既係合股開設。則其非匿名合夥。而係普通合夥。毫無疑義。琦寶齋既已認爲合夥營業。則其所負之債務。自應由上告人與劉幼輔按照合同所欠股分分擔。惟劉幼輔業已病故。(民國二年六月五日上告人代理人在京師地方廳供稱劉己身故其子年幼家中景况尤苦)自應認爲無資力。則依照普通合夥條理。上告人自不能不負償還之責任。原審據上告人與劉幼輔二人所立之合同。認琦寶齋爲匿名合夥之組織。判令上告人負完全之責任。所見固屬不當。而按現行訴訟法例。上告理由雖屬不當。而據其他理由。係屬正當者。原判自應仍予維持。至原判以被搶爲理由。判令上告人分期償還。而被上告人並無異議。亦自應予以維持。據以上理由。本案上告應予駁回。至本案上告。純係實體法上之論爭。故依本院現行書面審理事例。本判決以書面審理行之。特爲判決如右。

●原審遺漏未判之部分應發回更爲審判

●大理院判決趙鶴年因股款糾葛上告一案(民國三年上字第二百六十五號)

大理院判決例 民事六

五四

上告人 趙鶴年 被上告人 劉紫辰

右上告人對於中華民國二年九月八日吉林高等審判廳。就該上告人與劉紫辰因股款糾葛涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

關於趙鶴年所爲返還墊款之請求。應由吉林高等審判廳。迅予審理。更爲補充判決。

●理由

查本案訟爭據上告人主張。當初被上告人原與伊約定夥修慶昇茶園。伊陸續共入錢五千五百二十吊。並擔任賒欠木瓦石灰桐油鐵料等錢二千七百餘吊。卽作爲股本。俟工竣後。核定股分多寡。不料被上告人翻悔。夥被上告人則主張慶昇茶園。並非伊與上告人夥修。上告人不過係包修瓦工。代墊過錢等語。是本案爭執。當就上告當事人間有無夥修契約。詳予審究。以爲先決問題。核閱訴訟記錄。上告人主張夥修。係引徐華圃王致忠于升江等各證言。及賬簿爲證。而被上告人主張並非夥修。則引用岳陳氏借券各項交易合同收條。及李慶祥等證言爲憑。原審否認王致忠徐華圃于升江等證。而以岳陳氏借券各項交易合同。均載明被上告人一人

名義。因據爲裁判上之基礎。認定該園並非夥修。按之現行證據法則自無不合。蓋證言之取捨。依法應由審理事實之裁判衙門酌情酌定。今王致忠等既係上告人一造所介紹之債主。而于升江所呈合同。又有由上告人事後添寫姓名之事情。則其證言之不足徵信。實已顯著。是原審之不爲採用。委無不當。地主之證據。有何可供參證。上告人在原審始終未能指明。則未予調查審究。豈得謂爲欠缺職權上之能事。是上告人對於原判主張不服之論旨。俱難認爲有理由。至上告人因修造該園所墊出款項。除岳陳氏一千五百吊。經原審認爲由被上告人出名承借。並非上告人之墊款。而上告人亦已無異議外。茲上告主張墊共四千二十吊。而被上告人則主張上告人雖曾代墊款。並無此數是墊款之事實。已爲兩造所不爭。而所爭執者。惟在所墊數目之多寡。查上告人最初起訴狀內。是否單純請求將該墊款算作股分。抑同時請求返還墊款。雖未有明確之聲明。但在控告審時所遞辯訴內。則載明但將身所入錢項四千二十吊押追給領。身情願退股等語。而其當庭供述。亦稱我出的錢。歸他還我。感恩不盡等語。是上告人返還墊款之請求。在原審已聲明。乃原審僅就代賒各項判令被上人獨自償彼。彼此清算。而於上告人所爲返還墊款之請求。遺漏未予判決。自難謂爲適法。按之訴訟通例。即應由原審迅予更爲補充判決。又上告人所代負債務。既經原審判令由被上告人償還。而兩造均無不服。自屬早已確定。亦應毋庸置議。

據上述論結。應認上告爲無理由。卽予駁回。惟關於所墊款項。原審遺漏未予判決。應由原高等審判廳迅予更爲審判。至本案上告係攻擊原審認定事實。薄弱證據法則之不當。而上告理由。並非正當。終應駁回之件。故本判決卽依現行本院事例用書面審理行之。特爲判決如右。

●所有者對於所有物行使處分權時第三人不得加以干涉。

●大理院判決張林等因地畝涉訟上告一案（民國三年上字第二百六十六號）

上告人 張林 張仁壽 被上告人 于龍會

右上告人對於中華民國二年八月二十八日奉天高等審判廳就該上告人與于龍會因地畝涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

查現行法例。不動產所有之移轉。自當事人表示意思時。卽生效力。而訂立契據。爲表示意思最確實之方法。又

凡所有者對於所有物行使處分權時。第三人不得加以干涉。此定則也。本案上告人之上告理由。稱在西安縣領借地一段（與族姪張仁壽合領各照）是該地所有權。實爲上告人所享有。又稱前清宣統三年秋。向被上告人借洋一千五百元。以地照作抵。是上告人自認對於所有物。會爲處分行爲。惟此處分權行使之結果。是否移轉所有權（買賣關係）抑僅爲抵當權之設定。實爲兩造爭關鍵之點。據被上告人答辯狀稱。用價洋五千五百元。買得上告人荒地一段。經中立契。並無異說。而上告人則謂捏寫僞契。非其手押。是買賣行爲。爲上告人所不承認。然查訴訟記錄。田委員在第一審查復。稱去冬張林賣地與于明州。又云于明州所交價洋。優加利錢。而于不允云云。西安縣判詞。則認爲曾經立契。是該地所有權。已由上告人移轉於被上告人。非僅爲抵當權之設定也。再據上告人在第一審具結。自認因賣給于姓地畝。立契時未通知張仁壽。以致控案。又云甘願遵斷。給予姓倒價等語。是賣地立契。供認明白。當時控案。實因上告人未將賣地事通知張仁壽所致。據上告理由。稱欠張仁壽洋百元。又以此地與伊毘連包套。商量將地賣伊名下等語。上告人與張仁壽之關係。不過欠洋百元。領地毘連。而上告人所領地之所有權。仍完全存在。雖事實上於賣地等情。容有通知張仁壽之必要。而在法律上。張仁壽對於上告人之處分行爲。實無干涉之權。至於被上告人之買賣行爲。更不受契約當事者以外第三人之干涉。上告人謂契係僞造。亦未畫押。然賣地立契。既有前供。而契上畫押。又與上告人在第二審當庭另畫之筆

跡相符。其初稱描押。繼稱勒押。均未能舉出切實證明。乃以千百家之未到場。及其他中人之未到庭。欲否認其有效之契約。自不能認爲正當。

據以上理由。應將本案上告。卽予駁回。至本件上告。係實法上見解。故依本院現行事件。以書面審理。特爲判決如右。

●收欠還存乃各該錢店之義務不得卽認爲權利。

●大理院判決邱秀峯因債務涉訟上告一案（民國三年上字第二百六十七號）

上告人 邱秀峯 右代理人 邱益三 被上告人 盛春生

右上告人對於中華民國二年十月二十日湖北高等審判廳。就該上告人與盛春生因債務涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

此案被告入存款於天吉祥錢店。其債權額本屬兩造所不爭。所爭者錢業會館章程關於收欠還存之規定。是否有拘束存戶之效力。查該章程第十七條。同業理結存款。應將收獲欠款隨時儘數攤還。是收欠還存。乃各該錢店之義務。而不得即認爲權利。該條純從同業立論。初無強令存戶遵守之意思。上告人徒以該章程經湖北民政長批准立案。其示諭中有錢業設會宗旨。注意收欠還存。收欠無效。則還存無着。自是一定之理等語。遂謂存戶與欠戶均應受此項行政命令之拘束。不知該示諭實以催收爲唯一宗旨。觀其後段。此示仰各欠戶一體知悉云云。其拘束力當然以欠戶爲限。而存戶不與焉。還存無着云者。明收欠之刻不容緩。非即爲各該錢店巧留延宕之地步也。况民政長出示。事在民國元年九月。該章程第八條所定六個月限期。就令展緩。從是月起算。於早逾限。該上告人實無主張收欠還存之餘地。原審予以駁斥。自非不法。惟上告人既不能爲此項主張。應即隨時清償債務。原判以六個月爲期。雖係準用該章程第八條。而於法律上本無根據。現在已逾原定清償之期。自毋庸更予展限。至上告人所稱天吉祥歇業以後。並無改牌元和之事一節。意在否認其爲有力之家。惟本案爭點。係在被上告人對於收欠還存之規定。應否受其拘束。其於上告人是否有有力之家。毫無關係。原審關於此點之調查。無論有無錯誤。應即毋庸置議。

據以上論結。應認該上告爲無理。由即予駁回。再本件上告係攻擊原判法律上及事實上之錯誤。而並無正當

理由。終應駁回之件。故依本院現行事例。以書面審理行之。特爲判決如右。

●期票所持人請求支付債務人如無何等立證方法證明其取得原因爲不法。卽不能僅以空言拒絕支付。

●大理院判決孫寶樞因期票涉訟上告一案（民國三年上字第二百六十八號）

上告人 孫寶樞 右代理人 方忠源（律師） 被上告人卽附帶上告人 盛朝

右代理人 張 達（律師）

右。上告人對於中華民國二年十一月十二日湖北高等審判廳就上告人與盛朝因期票涉訟所爲第二審判決聲明一部上告。被上告人亦聲明附帶上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判除確認本立典發與晉泰恆期兌券銀二千兩。應向孫寶樞支付之部分外。悉予撤銷。

鄭晉孚欠本立典銀三百十四兩。應否由券面銀兩扣抵。及晉泰恆存款應否支付利息。應由湖北高等審判廳迅予更爲審判。

被上告人之附帶上告駁回。

●理由

上告人上告論旨第一點稱。原判既已認定匯券記名之晉記。爲晉泰恆略稱。而非鄭晉夫略稱。又認定上告人爲晉記之債權人。則鄭晉夫私人所欠本立典之款。卽不應由匯券金額內扣除。而原審僅判令年內償還下欠銀一千餘兩。不免理由衝突。第二點稱。匯券金額本有月息九厘。被上告人自宣統三年五月起。分文未付。疊經要求原審竟置不理。上告人亦難甘服等語。

被上告人答辯論旨略稱。匯券晉記本係鄭晉夫之略稱。而非晉泰恆之略稱。原審認爲晉泰恆之款。已屬錯誤。至上告人是否爲晉泰恆。或鄭晉孚之債權人。未經鄭晉孚向被上告人說明。被上告人自無從得知。當然不能聽片面之詞。遽爾允其請求支付。上告人既無請求支付之權。則利息一層。卽可無庸辯論等語。

被上告人附帶上告論旨略稱。本立典與楊悅所開晉泰恆錢店。向有往來。庚戌八月。該店收歇。所有款項業已算結清楚。毫無帶欠。詎晉泰恆執事鄭晉孚。於辛亥正月交銀二千兩存典生息。言定四月底交還。抬頭係書晉記。旋經晉孚陸續支銀一千一百二十餘兩。每次支數。均於券面書明。迨至四月底。突來素不相識之孫寶樞。聲稱持有本立典匯券兌銀。究始終未見匯券。詢其存款來歷。又復茫然。查匯券抬頭係書晉記。卽爲晉孚之略號。

又係晉孚經手與上告人何涉。如謂係晉泰恆之款。豈有牌名三字。割裂一字之理。且上告人亦非晉泰恆股東。又與伊何涉。如謂上告人以自己之銀。交晉孚存放。是視晉孚爲心腹可知。如謂晉孚爲該店執事。故以銀與之。豈有取銀時。不令其謀面之理。如謂晉孚遠颺無蹤。何不問諸保薦之人。乃上告人置晉孚與匯券於度外。而另央錢幫七家及張子林等作證。及錢幫不肯作證。張子林等不肯具結。原審又不以證據爲前提。僅取晉泰恆收歇無用之賬簿。無根之印信。爲判決基礎。祇予扣除晉孚前支錢四百八十吊銀五十兩。不公孰甚。至晉孚支取之款。從前被上告人所報數目。雖然較少。實因晉孚取用時有登入暫記及流水者。年終彙集。始知實數。不得以前後所報數目不符。謂爲被上告人之破綻等語。

上告人對於附帶上告之答辯論旨。略稱被上告人事實上之主張。重要者即在本立典與晉泰恆結算之時。日一層。查結算時。日實在庚戌冬月。而期條係臘月所開。證以被上告人之辯訴狀。與晉泰恆堆金流水各賬。及本立典摺據。本極明確。被上告人雖指捏摺據呈驗。僞賬。然既經原審衙門認其僞賬爲不足憑信。而依據被上告人所呈賬簿合同書信圖章。認定結賬在庚戌冬月。本立典實欠晉泰恆銀二千兩。上告人爲晉泰恆代理人。即匯券所持人。是關於事實。業經合法認定。已無辯論餘地。則其餘主張。更無庸辯論等語。

本案爭執之點有三。一本立典發出暫記期兌券。應否向上告人支付。二鄭晉孚欠本立典之款。應否抵銷。三兌

券金紙。應否附以利息是也。查晉記兌券。被上告人附帶上告論旨。雖稱始終未見。然查閱原審筆錄。第一審衙門。依據被上告人從前所遞辯訴狀。認定上告人請求支付。實為該券所持人。於認定事實。並無違反法則之處。上告人於請求支付時。係該券所持人。則無論該券是否由鄭晉孚受領。被上告人既無何等立證方法。足證明其取得原因為不法。即不能僅以空言拒絕支付。况上告人係晉泰恆股東兼經理人。業經原審衙門。依據賬簿合同為合法之認定。則其所持晉記兌券。自應認為晉泰恆所受領。現在該券雖經附券遺失。然上告人於請求支付時。既持有該券。則行使票據權利之要件。已無欠缺。自不得因附券遺失。使上告人喪失票據上之權利。是原判確認本立典應付上告人兌券金額二千兩之部分。並無不合。被上告人僅以空言攻擊。不得謂為有理由。又查本案經第一審判決後。上告人關於存款利息。及扣除鄭晉孚之部分。曾於民國二年五月十八日。聲明附帶控告。此項附帶控告。雖已逾法定上訴期間。然按現行訴訟事例。被控告人於控告期滿後所為附帶控告。非因控告不合法而駁回。或控告人撤回控告者。不失效力。本案原審衙門。並未就上告人附帶控告之請求。詳予審究。遽為判斷。於法實有未合。是上告人上告論旨。不得謂為無理由。

依以上論結。自應駁回被上告人之附帶上告。並將原判一部撤銷。發還原審衙門。迅予審判。至本案上告。係關於實體法及證據法之見解。並原審踐行訴訟程序不盡合法之件。依本院事例。得為書面審理。故本判決以書

面審理行之特爲判結如右。

●夫婦離婚時。得以協議定子女之監護方法。如並未議及。則應議歸其父任監護之責。而其去家之母。卽毋庸兼顧。不過其親生母子之關係。並不因而消滅。

●大理院判決存福因身分關係子女監護涉訟上告一案。(民國三年上字第二百六十九號)

上告人 存福 代理人 李御堃(律師) 被上告人 存高氏

右上告人對於中華民國二年九月十六日京師高等審判廳就上告人與存高氏因身分關係及子女監護糾葛一案。爲第二審判決。聲明一部上告。經總檢察廳檢察官汪祖澤陳述意見。本院審理判決如左。

●主文

原判關於存高氏所生子女二人。仍歸存高氏監護。著存福月給養贍費用之部分撤銷。存高氏所生子女二人。除仍應認該氏爲親生出母外。改歸存福妥爲監護。存福每月卽毋庸給存高氏以養贍子女費用。訴訟費用歸

被上告人負擔。

●理由

上告意旨略稱。被上告人素性悍惡。既與上告人斷絕關係。上告人之子女。已與伊無涉。應歸上告人監護。若仍令該氏監護。必將染其惡習。且該氏現已妍識有人。携帶子女前往。難免不受虐待。子女年將成童。業經法庭認定爲上告人之子女。則他日被上告人必藉嫁娶。惡索多端。上告人何堪其擾。又上告人尙有正妻在室。監護有人。實際上並無種種不便。即使被上告人不允交子女與上告人。不外以虐待爲藉口。則請分送學堂工廠。由上告人給以養贍。若將養贍給與被上告人。則雖月給一文。亦所不甘。爲此請求變更原判之一部云云。

答辯意旨略稱。原審衙門。將被上告人與上告人存福判離。夫復何言。子女二人。係其骨血。二十年夫婦。何其薄情。若此之甚。存福雖願離異。經法庭判離。被上告人誓守子女。絕無他志。惟被上告人望原審衙門判令上告人月給養贍。以度朝夕。請求傳喚存福到庭。飭其遭判履行云云。

總檢察廳檢察官對於本院意見。略稱此案存高氏與存福業經離異。關係即已斷絕。所生子女。既認定爲存福之子女。自應由存福爲之監護教育。原判令由存高氏監護。其理由甚屬薄弱。(一)我國習慣。母出得行親權者。限於無父或父之不能行親權時。此案其父並非不能行使親權。而母又爲已出之母。自不得以離異後同居過

度爲理由。遽判歸其出母監護。(一)離異字據內。雖未載有子女應歸何人監護。惟存福既爲應行使親權者。並經迭次請求領回。自無不判歸其監護之理。(二)存福既有監護教育其子女之權利義務。自當善爲撫養。所謂如歸存家監護。實際上有種種不便。亦不成爲理由。查此案第一審判語甚屬正當。第二審所判。皆推定之詞。自不能認爲正當。應請撤銷原判。另爲判決云。

本院按本案事實關係。業經明瞭。被告存高氏之爲原告存福之妾。已經原審合法證明。(據其親蓋摺印之離據) 國民民法法典。雖尙未頒行。然卽以離婚論。據民事正當條理。夫婦離婚時。得以協議定子女之監護方法。如並未議及。則應歸其父任監護之責。而其去家之母。卽毋庸兼顧。不過其親生母子之關係。仍然存在。並不因而消滅。至於妾生子女。當妾被廢去其父家時。除其父仍委令監護者外。當然應由其父監護。則更毋庸論及矣。本案存高氏係土告人已出之妾。原字據初未聲明監護子女一層。則關於監護。卽應由其父存福任責。苟非另有虐待歧視之事。該存高氏何能再有異言。惟存高氏雖已被廢去家。其與子女間之關係。仍當無所變更。所有親生母(出母)子之關係。固不能認爲全絕。卽上告人亦斷不能無故加以禁阻。令其永遠弗能過問之理。原判認定存高氏所生子女。實爲存福子女。而以監護權責仍歸之被告存高氏。並由上告人每月給以贍養費用。其見解殊有未當。關於此點。上告意旨非無理由。卽據所稱將來分送學堂工廠給予膳費。自可照辦。

又原判其他部分未經聲明上告。即屬早經確定。自無庸議。

據以上論斷。本案上告為有理由。合將原判該部分撤銷改判。訴訟費用。依現行法例。應由被上告人負擔。至本件係原判關於實體法上見解之件。核與本院現行事例。書面審理條件相合。即以書面審理之。特為判決如右。

●同一物上有數宗擔保物權者。其受清償之次序。應以記定先後為斷。

●大理院判決鄭慶林因債務涉訟上告一案（民國三年上字第二百七〇號）

上告人 鄭慶林 代理人 賈升 唐寶鏐（律師） 被上告人 王輔卿 吉小

軒 康國璋 王採芹

右上告人對於中華民國二年十一月六日直隸高等審判廳。就上告人與王輔卿等因債務涉訟一案。所為第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

康國璋欠王輔卿銀四百元。應以繫爭房產內東房兩間之賣價。儘先清償。其欠吉小軒銀二千五百元。欠鄭慶林銀一千三百八十兩。應以該房產他部分賣價。及東房兩間賣價有餘額時。按數攤還。鄭慶林對於王採芹之上告駁回。

認訴費用。上告人擔負十分之四。被告吉小軒擔負十分之五。王輔卿擔負十分之一。

●理由

本案上告人與被告王輔卿等之認爭。在上告人與王輔卿吉小軒三人。於康國璋所有房屋上。有無典當權。與抵押權。及其受清償之次序如何是也。

關於王輔卿之典當。據上告人稱王輔卿典契立於光緒二十八年。以三年為限。歷年已久。未聞涉訟。直至上告人與吉小軒對康國璋起訴後。又經二年。始加入訴訟。可見其典契與康國璋申通捏造。且於康國璋契內。未註明出典趣旨。即不能證明其典當。又未經印契。尤不能對抗善意之第三人等語。而被上告人王輔卿。則稱被告上告人對於康國璋出典之房。有優先權。是為物權關係。上告人不得加以侵害等語。以為答辯。本院檢閱原審訴訟記錄。王輔卿典得該房之一部。既有典契可證。而該部分房屋。又係王輔卿所居住。是康國璋契內。雖未將出典趣旨註明。而王輔卿之典當關係。則極為顯著。上告人在原審衙門。對於該典字並未爭執。乃於上告審始主

張爲串通捏造。於法實有未合。卽所稱歷年已久。未曾涉訟等情。亦不足爲串通捏造之證。至稅契乃國家課稅之方法。而非私法關係成立及對抗第三人之要件。故課稅官吏於職務上所作成之印契。在訴訟上雖有公證證書之效力。而不得以有無印契。判定私法關係之效力。上告人以王輔卿之典契。未經印稅。謂其不能對抗第三人。殊非正當。

關於吉小軒之典當。據上告人稱按照法理。設定不動產質權。須將質物交付債權人。始能成立。質權人不得使設定質權人代自己占有質物。吉小軒與康國璋房屋。雖經印契。而所典之屋。并未移轉。依吉小軒之自認。康國璋之辯訴。吉榮軒之證言。可知其質權自始卽未成立。吉小軒雖稱質權成立後。仍交康國璋租住。因欠租立有借據。聲明到期不還。將房騰出。作價三千元。立杜絕契。足爲質權之證。然吉小軒既未占有質物。則其設立租摺。重立借據。亦爲債權關係。不能爲質權之證明。且其租摺。既係一時寫成。而借據上杜絕契字樣。亦係隨後新添。均屬串通捏造。不足以對抗善意第三人。加以吉小軒與康國璋之借據。其日期在上告人債權成立之後。尤不得對上告人主張等語。而被上告人吉小軒。則稱不動產質權人於不動產賣得金額。應較他債權人先受清償。卽就吾國習慣言之。質權人於取得質權之不動產上有使用收益及轉質之權利。非經設定質權人備價回贖。他債權人不得於其不動產上主張權利。被上告人質得康國璋之房。係用官印契紙寫立契據。並有紅契跟

贖是已完全取得質權。上告人豈得更於該房上主張權利等語。以爲答辯。本院按不動產質權人固不得設定質權人代理自己占有質物。然僅不得使爲單純之代理。占有而已。如設定質權人本於特別法律關係。占有權利者。雖不交付質物。亦於質權之成立。并無妨害。如田宅所有人。於典出後。向典主另定租賃契約。繼續占有使用。本爲法律所許。吉小軒既典得該房。立有契據。則雖仍租給康國璋居住。律以質權之條理。不得謂爲尙未成立。况該借據租摺。上告人在原審衙門。並未表示爭執之意思。尤不得於上告審更爲主張。至吉小軒典得該房。查閱原審記錄。係在光緒三十三年。實先於上告人之抵押。上告人以欠租借據。係宣統元年所立。遽謂在上告人之後。未免誤會。

復按上告人之抵押權。原判雖以并未交付貼身契。否認其成立。然依現行法例。田宅之典當抵押。惟須訂立字據。并不以交付貼身契爲法律上成立要件。康國璋所交付與上告人者。雖係上手老契。而所立字據。業經聲明以該房作押。是其抵押權利。卽以有效成立。原判因未交付貼身契。認爲自始無效。不免失當。

至於受清償之次序。上告人雖主張王輔卿之質權。不能對抗第三人。吉小軒之質權。自始卽未成立。惟上告人有受優先清償之權利等語。然該二人之典當。既依前述理由。認爲完全成立。則此項主張。自非正當。依現行法例。同一物上。有數宗擔保物權者。其受清償之次序。應以設定先後爲斷。惟次序在後之權利人。如確係善意。並

無過失。而不知其物上已有他項擔保權者。則爲調和各債權人利益起見。許其受平等清償。本案依原審合法認定事實。上告人押得該房時。其中一部已先爲王輔卿所占。有上告人苟稍加注意。自無不可察知之理。今雖藉口不知。實不能不任其咎。〔即係善意亦有過失〕。關於此點。殊難令與王輔卿受同等之清償。惟王輔卿之質權。僅存於該房一部。亦不得就全部賣價有先受清償之權利。至就上告人與吉小軒之關係而論。康國璋於設定抵押權時。既以福慶堂老契交付上告人。吉小軒始終未占有該房。是吉小軒之典當關係。上告人誠不易知覺。原判使王輔卿吉小軒均就全部賣價。先於上告人受清償。洵有未當。是關於此點之上告意旨。不得謂爲無理由。

又查上告人與王採芹因保證糾葛涉訟之部分。原第一審及第二審。均未予判決。此項訴訟現尙繫屬於第一審衙門。自應由上告人催論。迅予審判。茲上告人逕行提起上告。於法卽屬不合。

據以上理由。除駁回對於王採芹之上告外。自應將原判撤銷。依法改判。至本件上告。係關於實體法則。及程序法則上之意見。本院依現行事例。得爲書面審理。故本判決。以書面審理行之。特爲判決如右。

●事實之認定應憑證據●

●大理院判決會慶南因債務糾葛上告一案（民國三年上字第二百七十一號）

上告人 會慶南 代理人 會生庸 被上告人 張興隆

右開上告人對於中華民國二年十二月二十三日湖北高等審判廳就該上告人與張興隆債務糾葛一案所為第二審判決聲明上告本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還湖北高等審判廳迅予更為審判。

●理由

查現行訴訟規例事實之認定應憑證據而證據之提出除審判衙門因釋明事實關係應負相當義務外各當事人均應就其主張有利於己之事實負舉證之責任查閱訴訟記錄被上告人在第一審為原告呈出流水細賬及總賬以為上告人結欠原本銀八百五十六兩利息銀一百五十三兩之證而上告人則否認此項債務據民國二年三月十五日供詞有前年結算不過欠五十二兩八月十五日還他五十串他一定要五十二兩銀子等語如果上告人所稱屬實摺據雖云遺失此外應尚有相當之人證書證可以證明乃第一審既未令其舉出

反證，而至原審，亦不以職權調查。祇因上告人不呈摺據指為隱匿，遂推定被告主張之債權額數為真實。而因被告承認讓免利息折扣還本，僅令上告人繳銀四百兩了清債務。實則本案債權額數之爭點，尚未依證據方法為確當之證明。則於訴訟法則上應踐之呈序，有所未盡，不能不認其有發還更審之原因。據以上論結，本案原判應即撤銷，發還湖北高等審判廳，迅予依法更為審判。至本件上告係原審於釋明義務有所未盡之件，與本院現行書面審理之條件相符，故用書面審理，特為判決如右。

●一省之特別法令非他省所能援用

●大理院判決修雨聲因贖房糾葛上告一案（民國三年上字第二百七十二號）

上告人 修雨聲 代理人 諸克聽（律師） 被告上告人 武炳章

右開上告人對於中華民國二年十二月十日吉林高等審判廳就該上告人與武炳章贖房糾葛一案，所為第二審判決，聲明上告。本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

上告意旨稱此項房產當上告人典給源昇慶之時因被俄兵蹂躪房瓦滲漏山牆崩裂若不修補勢必頽圮原典戶四合永既遠颺無蹤源昇慶恐傷母財又不肯無償修補於是上告人以無修補義務之人遂不得不有修補費五千吊之訂定源昇慶始出資修補用去錢款均有賬目可查該房所以能有今日者皆修補費五千吊之力也此案應論被上告人已居於第三者地位對於此項房產不能主張所有權也卽使令被上告人對於此項房產尙能主張所有權其墊修費五千吊亦應責令如數賠償原判謂上告人之典契因不能將修補之程度證明其特加之五千吊固不能責被上告人以負擔云云已欠公允况以法律論被上告人對於此項房產其不能抽贖之理由有二(一)就時效言武炳章對於此項房產絕對不能抽贖也武炳章之祖武振鑑將房典給四合永之時契內註明十年爲期錢到抽贖此十年爲期者乃解除契約之條件非中斷時效之原因如謂必除去此十年以爲時效之起點則設有二十年方准抽贖之契約必再加二十年共四十年時效方爲完成既有害經濟之發達且易啓人民之怠惰無論何國法律皆不能有此長期之時效民國二年十二月政府公報載大理院復奉天高等審判廳電內稱田房稅契典當逾二十年不贖者卽作絕賣自應以時效原理解釋凡找價在二十年內者認爲時效中斷找價在二十年外者無中斷效力時仍爲完成惟推察事實當有找價在二十年內而當事

人意思有確證可以認定其即為賣絕者。應即以賣絕論等語。亦即此意。蓋時效制度。關於公益。當事人不能自由伸縮。大理院有統一解釋法令之權。尤非下級法官所能以意為去取。原判明知大理院有過二十年不准抽贖之解釋。此項契約自光緒十四年起算。迄今已逾二十年。中間又無時效中斷。而猶曰查原立契約有十年期滿。始准抽贖之條件。此十年內。原業主不能主張抽贖者。實為條件之拘束。並無懈怠拋棄之意思。自當以十年期滿為時效起點等語。不知時效既定為二十年。則除找價在二十年內。可認為時效中斷之原因外。時效仍為完成。至當事者於二十年時效範圍內。定有抽贖期間。不過解除契約之條件。無論當事者受其拘束與否。且無論其有懈怠拋棄之意思與否。既非時效之中斷。烏得變更統一解釋。遷就當事者之條件。此不服者一也。(二)就契約言。被上告人對於此項房產。絕對不能抽贖也。契約為雙方法律行為。以雙方合意而締結。即應以雙方合意而解除。此法律上一定手續。若以締結契約以外之人。間接為解除契約之事。宇內紛擾。甯有已時。原判稱此案之房屋。既證明為被上告人所有。雖無原典戶四合永之主人在場。亦可向現典戶源昇。抽贖等語。不知被上告人對於此項房產。是否原所有者。是否典給四合永典價一萬一千吊。自非四合永主人到案。無從證明。四合永主人。既不在場。何能據被上告人片面之主張。遽認此項房產為武炳章所有。上告人於清光緒十四年與四合永締結典當契約。迄今二十餘年。並無異說。今被上告人以締結契約以外之人之資格。向源昇慶

爲解除契約之行爲。間接又間接。此而可行。法律甯非虛設。至原判又稱四合永早已荒閉。無從查傳。若必據一定之手續。則此房屋終恐無抽贖之日等語。不知四合永爲最初典受此項房屋之人。卽爲證明被上告人是否原所有者之人。豈得以四合永無從查傳。遽認爲被上告人有利益之證據。此不服者又一也。云云。

答辯意旨。稱上告第一理由云云。(中略)蓋契約上既有十年期滿。方准抽贖之條件。則此十年內原業主之不得抽贖者。實被條件所拘束。並無懈怠拋棄之意思。此起算點。應從十年後計算也。如果不從十年後起算。設有典當契約以定二十年爲抽贖之期。二十年內。絕對無抽贖權。二十年外。又以時效完成。消滅其所有權。原業之損害。豈不太甚。第二理由云云。(中略)夫締結契約以外之人。不能解除契約。此說似極平穩。當然研究契約係何種契約。契約以外之人。對於契約之目的物。有無關係。若甲以他人之所有物。與乙結賣買契約。而謂他人不能出頭解除。於理通乎。請求駁回上告云云。

本院查奉省關於田房稅契典當於二十年不贖者。有卽作絕賣之成例。此係該省特別法令。斷非吉省所可援用。本案被上告人之祖武振鑑於前清光緒十四年四月十四日。將房產一所典給四合永管業。其契據中載明十年有期。到期方准錢到回贖字樣。扣至光緒二十四年四月十四日。卽爲十年回贖之期。被上告人則於民國二年七月二十八日。已在吉林地方廳起訴。主張抽贖。距期滿之日。本尙未逾二十年。上告人斤斤以時效爲言。

既認引奉省成例。復於本院解釋電文牽強附會殊屬不成理由。又查原審訴訟記錄。據楊在林呈出典契三紙。第一契書明昱昇成東家武振鑑（被上告人之祖父）將自己置到北街東胡同路南房院一所。情願典與四合永承占。共作典價錢一萬一千吊等語。第二契書明四合永執事人曹裕德。今將前典昱昇成房院一所。情願轉典與滿州正藍旗常青佐領下貢生慶山（即上告人）名下等語。第三契書明立轉當契慶山將前當四合永房屋一所。情願轉當於一順堂等語。原審據此證明被上告人爲該房屋之原業主。自係合法認定事實。已無否認之餘地。則被上告人對於該房屋主張按原契約定實行回贖。即以消滅質權之方法。而爲所有權之回復。純係物權法上對物關係。而非僅債權法上對人關係之可比。至於轉典契約如其範圍逸出原典約外。或加入原典約所不存在之條件。均不能對於原立典契人而爲主張。即原立典契人。可仍照原立典約回收其所典之物。上告第二論旨。其法律上之見解。亦屬不合。又本案慶昇源由上告人轉典該項房屋。所有保管中修理各費。自可按照善意占有之條理。承認此項費用。上告人亦無代被上告人償付之理。既據原審調查。實費添築瓦房二間。共錢一千二百六十吊。板兩搭六間。共錢三百吊。被上告人亦無異詞。上告所稱各節。於法尤爲無據。據以上論結。本案上告爲無理由。應予駁回。再本件上告。係關於實體法上論爭之件。核者本院現行書面審理之條件相符。故用書面審理。特爲判決如右。

●相對人之供辭前後矛盾其中有無別情審判衙門因爲釋明不能遽爲判決

●大理院判決吳商氏因贖地涉訟上告一案（民國三年上字第二百七十三號）

上告人 吳商氏 被上告人 楊永漢

右上告人對於中華民國二年十月一日奉天高等審判廳就該上告人與楊永漢因贖地涉訟一案所爲第二審判決聲明上告經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還奉天高等審判廳迅予更爲審判。

●理由

查本案係爭地畝據上告人上告狀稱由伊故夫吳豐年於前清光緒十六年典與姜桂林後經姜桂林轉典給被上告人。被上告人則稱係於前清光緒十五年由吳豐年將該地賣與姜萬林。被上告人即自姜萬林手中買

得兩方係爭之點。不僅典賣之不同。卽典賣之人名亦異。查閱訴訟記錄。吳豐年將地典賣之人。卽據被上告人父子供詞。已屬各異。或言買自姜萬林。（楊水漢第一審供詞。楊秉衡第二審訴呈。）或言買自姜桂林。（楊秉衡第二審供詞。）中人冷永吉供詞。亦前後互異。或言該地係典給姜桂林。或言係賣給姜萬林。（在第一審四月九日同日異供。）在第二審又言係賣給姜文林。（是否萬林誤筆。）中人吳廣太則供稱該地係典給蔣萬林。（是否姜萬林誤筆。）姜振中則自稱其祖爲桂林。（六月五日）至第二審並未再予質訊。又據記錄內附存文契三紙。內有地方廳註明廢契一紙。係寫明由姜萬林賣給楊永漢云云。總之。本案係爭之地。被上告人係自何人取得。卽據被上告人父子供稱已不一致。各關係人證之言。亦復恟恍迷離。究屬何故。實難遽予確信。又字據中。中人姜桂林及冷永吉畫押。亦不相符。此雖爲事所恆有。而究否另有別情。殊不能釋然無疑。是原審於此等重要事實。尙未予以釋明。實於應盡能事。不得謂爲已盡。本院礙難遽爲法律上之判斷。

據以上論結。本件上告不能謂毫無理由。應將原判撤銷。發還原審衙門依法迅予更爲審判。至本件係原審未經依法認定事實。終應發還更審之件。核與本院現行事例書面審理條件相合。卽以書面審理之。特爲判決如右。

●領地之四至既與地照相符。相對人自不能徒藉地形之微有出入。

據以爲上告之理由

●大理院判決裴士珍因地畝糾葛上告一案（民國三年上字第二百七十四號）

上告人 裴士珍 被上告人 周廷訓

右上告人對於中華民國二年九月二十五日奉天高等審判廳就該上告人與周廷訓因地畝糾葛一案所爲第二審判決聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

理由

上告人上告論旨第一點略稱清賦卷內明載牧養原荒坐落東山下河套則非會地。在山根下可知。畜牧養地天然界限東至遼河西至山所包畝數甚多。會地何在。應由會於此中指定。况被上告人地照中明明有南至會地字樣耶。第二點謂中地地照內南北二至實爲被上告人所捏。填苟非捏。填則領照時南北地鄰何以不具切結附卷等三點謂法庫東二鄉議事會呈覆不足以供裁判上之參考。因周廷訓爲該議事會議長之故。第四點

謂會賬係會地鐵證。查賬內載有墾戶二十九人。可見會地並非閑荒。係爭地當然爲會地。第五點謂原審所傳訊證人非被告人戚屬。卽曾在官署有案之人。所供之詞不足憑信。第六點謂會首張殿廷係退地經手之人。己將此案關係在原廳陳述。其供詞何以採棄不用。第七點謂被告上告人佔種會地。至將自己地畝爲南北二鄰。侵佔不然。何以中地地照內所載地形與現勘情形不合。原判於以上七點皆有錯誤。故請改正。將係爭地判歸會有云云。

被告上告人答辯旨。第一點謂係爭地是否淤荒。是否應由會中指留。一查上告人所書公會切結。卽知究竟。第二點謂地照內四至之填寫係村長經手。且光緒三十三年卷內分明有馬李二人切結。足可證明。如謂被告上告人可以捏填地照。又何不將東西二至一併改註。答辯意旨。第三第四第五第六第七點從略。

查本院民國元年判決第二號文內說明解決本案兩造論爭。須以丈量畝數。查明三至傳訊證人墾戶爲入手方法。檢核覆審卷內繪附地圖。兩造所稱上地實勘得三百六十七畝有奇。被告上告人所稱中地在溝東實不足一百三十七畝之數。被告上告人所稱下地實勘亦不足地照內應有之數。會地向稱三百六十畝。唯綜合圖內各項畝數計算。亦必大有虧短。而原審勘丈悉照照內及舊時界址。次第不紊。是於丈量畝數尙無不明之處。又中地地照內明載南至馬力地。北至李成金地。西至水溝。原審傳訊地鄰。確認係爭地南西北三至。確與地照符合。

而上告人又不能舉出會中地照以爲反證。原審因認被上告人照址管業。確非移邱換段。亦不能謂於查考三至有所未盡。有牧養地而后淤漲之地。爲浮多淤漲。次序自西及東。牧養地必在山根之下。證人張殿祥周廷增等稱。被上告人並未誤指地段。亦可與會地坐落相爲發明。職是數端。原審於考求本案事實關係。確已盡職權內應爲之能事。上告論旨第一第二等點。對於原審循例踐行程序。而爲攻擊。自不成理由。至謂會賬可證明會地之非荒。及證言彼此衝突。引用有偏等語。查會賬係光緒三十年所立。被上告人等領地。在光緒三十三年。賬中所指之地。不能卽斷爲被上告人等報領之地。證言雖彼此不同。然法庭本可衡情取捨。以此爲不服原判之點。亦屬空言指摘。况上告人於第二審內。已當庭承認勘丈無誤。被上告人領地之四至。既與地照相符。自不得徒藉地形之微有出入。據以爲上告。上告論旨第三點以下理由。亦不正當。

據以上論結。認本案上告爲無理由。應予駁回。再本案上告。係以空言攻擊原判。毫無法律上理由。終應駁回之件。故依本院現行事例。以書面審理。特爲判決如右。

●證據自身尙有疑問。審判衙門未予釋明。遽謂並無可疑。殊於職權上應盡之能事。不無欠缺。

●大理院判決徐相金因債務涉訟上告一案（民國三年上字第二百七十五號）

上告人 徐相金 右代理人 關慶銘（律師） 被告 黃慶福

右上告人對於中華民國二年八月九日山東高等審判廳就該上告人與黃慶福因債務涉訟一案所為第二審判決聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還山東高等審判廳迅予更為審判。

●理由

查本案訴訟記錄。原審之認定當事人間債權債務關係之存在。其根據有四。曰借帖。曰賬簿。曰證人。曰清單。惟借帖二紙。均未經上告人簽押。被上告人保借之吉有堂錢三百吊。據被上告人所開萬盛和字號。與上告人來往賬上收款中。註有此筆。原審謂係撥還被上告人欠款。似屬可信。所不能無疑者。該款既復由被上告人代將本利墊還。何以萬盛和賬簿內吉有堂名下。僅支錢三百千。則又似吉有堂並未支取利息。被上告人所稱代還本利。即不免自相矛盾。又億萬成借款三百吊。據被上告人在原審供稱。億萬成係叔父生理。萬盛和賬簿內亦

載有億萬成來往各賬。是被上告人與其叔父商號各別。該款既借自億萬成。何以被上告人之叔。不出而主張債權。證人馬陳氏供稱。伊夫馬伯傑因欲擋被上告人之叔的眼目。故假寫此字據等語。其擋眼目。究出何意。雖未陳述明晰。而證以借據之書億萬成。則其所供。似亦不無研究之餘地。該被上告人所持借帖二紙。疑點頗多。原審並未詳予研鞫。遽憑王鳳剛孫瑞軒之證言。認定此項借帖為真實。按之證據法則。殊有未合。至萬盛和賬簿。雖不能遽指為可疑。然查原審記錄。馬陳氏呈驗清單一紙。及伊夫收支被上告人銀錢賬款。經原審查明清單。與萬盛和賬簿相符。惟開端並未寫明給何人。被上告人稱係給與上告人。其名字被伊撕去。而上告人及馬陳氏則否認之。又審判長查賬畢。詰問上告人所欠萬盛和錢。何以在馬伯傑賬上。被上告人答這賬即是馬伯傑做破生意。徐相金又接做生意的賬。而上告人及馬陳氏對於入夥事實。則亦均不承認。由是觀之。清單既不能確定為給何人。馬伯傑賬簿。又不啻為上告人無責任之證明。自非將上告人是否入夥問題。先為解決。則被上告人能否向上告人主張債權。實屬疑問。即萬盛和賬簿之證明力。不免為之動搖。乃原審關於此點。未予釋明。遽謂上告人之賬簿。並無可疑。殊於職權上應盡之能事。不無欠缺。本院更難為法律上之判斷。是上告人上告論旨。不得謂為無理由。

據以上論結。應認該上告為有理由。即將原判撤銷。發還原高等審判廳更為審判。再本件上告。係原審認定事

實不甚明瞭。應發還更審之件。故依本院現行事例。以書面審理行之。特爲判決如右。

●審判衙門。僅憑當事人之供述。及其呈驗之契紙。爲事理之推定。而於真正事實關係。尙未十分剖釋。殊於職權上。應盡之能事。有所未盡。

●大理院判決陳景和因地畝涉訟上告一案（民國三年上字第二百七十六號）

上告人 陳景和 被上告人 陳景福

右上告人對於中華民國二年八月五日奉天高等審判廳。就該上告人與陳景福因地畝涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還奉天高等審判廳。迅予更爲審判。

●理由

大理院判決例 民事六

查本案兩造對於係爭之地情詞各執。上告人則稱該地係伊祖陳復興領名坐落鄰屯大台村。經伊先人陳萬福與於周德發。周曰廉彭廣福等。均有典契為據等語。被上告人則稱伊祖陳復興陳復俊等之地。先後領名均在內倉納糧。各報各領。道光二十四年。伊家人繁析居。當立分單為據。上告人應分陳復俊領名地十六田。被上告人應分陳復興領名地十五田。於道光二十六年。經伊父陳興凱與周德發等。亦均有典契為據等語。是本案係爭之地。關於事實之點。尙有未甚明瞭之處。其最關切要者。厥有三點。(一)上告人與被上告人是否出於一祖。核閱兩造譜單。各有殊異。上告人之譜單。載上告人之祖。先係陳復興陳萬福陳興安等。被上告人之祖。先係陳復俊陳萬祥陳興凱等。而被上告人在原審並未提出譜單。然據屢次供稱。上告人之祖。先係陳復俊。被上告人之祖。先係陳復興。父係陳興凱等語。被上告人提出之譜單。陳萬福為復興之後人。陳興凱並非復興之後人。反之。依被上告人之供詞。則陳興凱又為復興之後人。究竟孰是孰非。其親族中必有知者。自可取其證言。或調其譜冊。以為證明事實之資料。(二)道光二十四年析居時。是否上告人分得陳復俊領名地十六田。被上告人分得陳復興領名地十五田。分書中必有註明。倉務局亦必有存案。試為調查。不難知其實事。(三)該地究在西三鄉管界大台村。抑如被上告人所稱。被上告人應分陳復興領名地。在大台村。上告人應分陳復俊領名地。在紅布大台。則自可派吏前往各該地調查。原審對於以上三端。僅憑當事人之供述。及其呈驗之契紙。為事理

之推定。而於真正事實關係。尙未十分剖釋。殊於職權上應盡之能事。有所未盡。事實既未明確認定。本院自難驟爲法律上之判斷。合將原判撤銷。發還原高等審判廳更爲審判。至本案上告。純係原審於調查事實證據。未能周詳。終應發回更審之件。故依本院現行書面審理事例。本判決以書面審理行之。特爲判決如右。

●不動產所有權之爭執。應憑證據證明。不能僅以租簿爲所有權之主張。

●大理院判決徐安因地畝糾葛上告一案（民國三年上字第二百七十七號）

上告人 徐安 右代理人 彭解（律師） 被上告人 洪桂林

右開上告人對於中華民國二年十月二十一日京師高等審判廳就該上告人與洪桂林因地畝糾葛一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

大理院判決例 民事六

上告人上告意旨略稱(一)內務府文所謂園頭徐權者乃與上告人同族徐權所種之地即係繼承上告人遠祖分給之地不過耕種畝數較上告人爲多每年應繳錢糧由上告人交與徐權彙總交納內務府此項地畝之所有權固與內務府徐權無涉因此項地畝係清皇室賞給上告人家承領例歸清皇室內務府徵收錢糧即據內務府來文乃述徵收錢糧之手續亦未指定該地非上告人之所有權原判並無他項之證明何以知其並非恩賞此不服者(二)李姓之地交出字據乃係來收上告人之產業及上告人阻詰持以爲證遂取而收存在李姓當時固謂此項地畝確爲被上告人所有並不知被上告人有私賣情事是以交驗不疑原審未盡調查之能事何以知其不實此不服者(三)上告人之請求係爲被上告人私賣地畝並非爲增租問題祇以被上告人私典盜賣於上告人之土地足生永久損害之變更被上告人行爲不法原審何漫不加察此不服者三應請撤銷原判改判云云

被上告人並未依式提出答辯意旨書

查本案應解決之問題有二(一)係爭之地是否由清皇室賞給上告人先人查上告人在第一審供稱小的充當掌禮司園頭等語又查內務府復原審文稱此項地畝係園頭徐權名下承領官地之內分給親丁徐安耕種每年交納徐權租錢由徐權彙總交納本府掌禮司等語由此觀之該地非由清皇室賞給已可斷言上告人對

於該地既無證明方法。則自不能僅以租簿爲所有權之主張。原審以上告人除賬簿外。不能提出何種證據。就憑內務府之復文。認上告人爲佃戶。委無不合。(二)被上告人有否將該地私賣情事。如被上告人果將該地十二畝。私行賣於李姓。則以普通買賣習慣而論。李姓(買者)自應以字據向被上告人(賣者)索取產業。斷無向毫無買賣關係之第三者(上告人)請求爲契約之履行。上告人所稱李姓之交出字據。乃係來收上告人之產業。殊難認爲正當。况上告人於宣統三年。查出該字據。何以當時並不與被上告人交涉。及至民國二年。被上告人在昌平縣控上告人增租奪佃。始行題出主張。於理亦屬不合。原審否認其主張。亦無不當。

據上論結。本案上告認爲無理由。應予駁回。至本案上告。純係空言攻擊。原審認定事實之不適法。毫無法律上之理由。故依本院現行書面審理事例。本判決以書面審理行之。特爲判決如右。

●受第二次之闕席判決者得於上訴期間內聲明上訴不許再行聲明窒碍。

●大理院判決莊景福因債務涉訟上告一案(民國三年上字第二百七十八號)

上告人 莊景福 被上告人 曹奕山

大理院判決例 民事六

八九

右上告人對於中華民國二年六月三十日江蘇第二高等審判分廳。就該上告人與曹奕山因債務涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案應由該管第一審衙門。迅予更爲審判。

●理由

查現行訴訟規例。凡闕席判決。除不許聲明窒礙者（第二次闕席判決）爲貫徹此項法制之本旨。保全當事人之利益起見。應以並未滯滯日期爲限。許其聲明上訴外。其非不許聲明窒礙者。則受諭知之當事人。祇可於一定期間內。向原審衙門聲明窒礙。如屬合法。應回復闕席以前之訴訟程度。仍由原審衙門重開審理。於法毋庸許其有上訴權。本案據第一審記錄。民國二年二月十五日。雖經原審衙門宣告辯論終結。而上告人於三月五日。以僞據未驗等情續訴。批候再傳集據中訊結。旋稟傳當事人。於是月十五日重開辯論。屆期僅被上告人及證人到庭陳述。該上告人並未到庭。即於二十日宣告判決。原判雖未經註明闕席字樣。核其性質。實爲闕席判決。該上告人受此判決之送達。並不向原審聲明窒礙。逕赴原高等審判廳聲明控告。而該廳亦並未依法以職

權調查。竟予受理判決。實有未合。至聲明窒礙之期間。依現行規例。準用民事上訴期間。缺席當事人。苟於期間內。向原審或上訴審聲明有不服原判之旨者。按之條理。爲當事人便利計。仍得認爲期間內已有合法之聲明。本案上告人向原高等審判廳聲明控告。既在合法期間內。自應以已有合法之聲明窒礙論。

據以上理由。原判應即撤銷。本案應由該管第一審衙門。回復闕席前之程度。依法更爲審判。至本件係原控告。審關於訴訟法上之見解。不免錯誤。應予發交第一審之件。故依本院現行事例。以書面審理行之。特爲判決如右。

●商人間係爭事件。審判衙門使商務總理爲一定之陳述。此種陳述。是否可信。自應該審判衙門衡情定之。

●大理院判決呂釋如等因債務糾葛上告一案（民國三年上字第二百七十九號）

上告人 呂釋如 呂貫之 右代理人 錢 璜（律師） 被上告人 呂榮生

右上告人對於中華民國二年十一月二十六日。江蘇第一高等審判分廳。就該上告人與呂榮生因債務涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

查本案爭點有二。一久昌米店是否呂瑞生與被上告人所夥。二久昌欠德本莊錢款會否由被上告人擔任償還。關於第二爭點。上告人既主張擔任之事實。而不能爲何等之證明。是其主張在法律上已無成立之餘地。即證之在控告審。上告人之代理人呈出前商會總理報告。亦謂瑞生故後。榮生到圩一次。即行躲避云云。是則原審之認定被上告人未擔任該款。並非無據。茲上告人乃謂呂見伯出爲擔保。實與被上告人無異。以爲攻擊。殊不知被上告人之未出爲擔任。既有前商會總理報告可證。豈容以呂星伯爲影射。上告人空言狡執。殊難謂爲有理由。至第一點是否夥有之爭執。當就被上告人兄弟間會否分產以爲斷。據被上告人主張伊兄弟分家。在前清光緒二十四年。伊弟瑞生開設久昌米店在後。故該店並非夥有。引用分書仁大土店合同。久昌賃房租字。及上告人所書函件。呂瑞生生前所書函件爲證。原審認定事實。除依上列各證據外。並調查十二圩商會據覆函稱。呂霽雲即瑞生。在圩開設久昌礮坊。歷十數年等語。因認定被上告人兄弟業已分產。而久昌係瑞生獨有之營業。其於現行認證法則。自不得謂爲不合。茲上告人雖主張各項證據。及商會總理覆函。均難憑信。然查

該分書內所列中人之簽押已經原審自由心證鑑識其無僞。而又有他項證據可以推定其爲真實。則最初辯訴狀內雖漏未聲叙。豈容臆度。指爲僞造。若共產兄弟。因爲法律行爲就普通情形而論。所立書據。大都兄弟連署。雖有以長兄一人代表其弟。而以弟代表兄者。實所罕見。本案土店合同。及米店租字。一以被上告人出名。一以瑞生出名。已隱然表示其兄弟分別產業之情形。原審據以推定分書之非膺物。其衡情認證。自無不當。至瑞生生前函件。其筆跡是否真實。原審未經核對。無從懸斷。姑不置議。若上告人所書函件。則爲兩造所不爭。細釋函內文句。對於久昌欠款。並未提及隻字。在當時德本莊已拮据萬狀。如果被上告人實係久昌夥東。豈得絕無索償之表示。茲上告人乃謂該函係照商場習慣。托被上告人向生和莊擔保通融。被上告人因負有久昌債務。故肯爲擔保云云。殊不知上告人與被上告人爲同祖兄弟。誼屬至親。何須負有債務。始肯擔保。上告人以意妄行攻擊。尤應駁斥。至商會總理覆函。是否可信。自應由審理事實之審判衙門衡情認定。原審就商人間係爭事件。使商務總理爲一定之陳述。據以判斷。於法自無不合。茲上告人雖謂前總理於商會被焚後。尙有報告。而該總理乃匿不叙明。竟稱文牘俱已焚燬。顯見偏袒云云。然該總理之報告。稱此項卷宗。同歸一炬。不過就大體情形而言。上告人所稱被焚後。前總理續報各節。即使屬實。亦不能爲被上告人確未分產之證。是故上告論旨各點。俱難認爲有理由。

據上述論結。應認上告爲無理由。即予駁回。至本案上告。絕無正當法律上之主張。係終應駁回之件。故本判決。即依現行本院事例。用書面審理行之。特爲判決如右。

●民事訴訟審判衙門。應以當事人所訴求者爲審理判決之範圍。未訴事項及未訴之人。當然不能予以審判。

●大理院判決張新因訴求分產上告一案（民國三年上字第二百八〇號）

上告人 張新 代理人 熊垓（律師） 被上告人 張明

右上告人對於中華民國二年八月十二日。奉天高等審判廳。就上告人與張明因繼爲兄嗣請求分產一案。所爲第二審判決。聲明上告。經總檢察廳檢察官李杭文陳述意見。本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

本院查現在民律。尙未頒布。前清之現行律。除制裁部分。及與國體牴觸者外。當然繼續有效。立嫡子違法律載。

無子者。許令同宗昭穆相當之姪承繼。先儘同父周親。次及大功小功總麻。如俱無。方許擇立遠房及同姓爲嗣。又載凡乞養異姓義子。有情願歸宗者。不許將分得財產。携回本宗。其收養三歲以下遺棄之小兒。仍依律卽從其姓。但不得以無子遂立爲嗣。仍酌分給財產各等語。尋釋律義。是異姓亂宗。本爲厲禁。又查民事訴訟。審判衙門。應以當事人所訴求者爲審理判決之範圍。未訴事項。及未訴之人。當然不能予以審判。此所謂不告不理。實爲民事訴訟法上根本之大原則。卽在審判衙門。應以職權調查之事項（如牽涉強行法規之事項）亦應遵守。斷不能以其爲職權調查事項之故。遽以職權爲不告而理之處置。本案據原審訴訟筆錄。張新供稱。張永富是我舅父。我過繼舅父。有過繼單的等語。是上告人爲張永富之外甥。本無疑義。則依上開現行律例之強行規定。上告人主張過繼之事實。無論是否真實存在。法律上已無成立之餘地。其主張分產一節。當然不能認爲有理。至於被上告人據原審訴訟記錄。亦係以內姪身分。入繼張永貴爲嗣。更名張明（原名蔡禿）按之上開規定。似亦在根本無效之列。惟本案訴訟。係上告人主張過繼張永貴之兄。請求分產之訴。上告人在第一審。始終並不得認爲有訴之變更。或另件起訴。則本案審判衙門所應審理判決之範圍。亦當然以上告人所訴求者爲限。卽不能爲不告而理之處置。上告人在本院雖主張被上告人承繼。亦非適法。然於本案訴之目的。仍屬毫無關係。原判說明理由。雖不無適當之處。而對於上告人判斷其無主張分產之權。對於被上告人之承繼。並不爲何等

之審判於法尙非不當。

據以上論結。本案上告爲無理。由應即駁回。至本件上告係關於實體法上見解之件。核與本院現行書面審理事例相符。故即以書面審理行之。特爲判決如右。

●依照現行判例。保證人於債務人不償還債務時。有任償還之責。而債權人關於原本利息及損害賠償。皆得而保證人請求支付。又若主債務人踪跡不明。保證人不得主張先訴抗辯。又担保債務之保證人有數人。而係出於先後。各就全額以爲担保者。各保證人皆負全部清償之義務。故債權者無論對於何人（指保證人）皆得請求清償。

●大理院判決柏倫納因保證債務涉訟上告一案（民國三年上字第百八十一號）

上告人

柏倫納

代理人

段坤慶（律師）

被上告人

三益和

代理人

楊培

元 李得春

右開上告人對於中華民國二年十二月十七日京師高等審判廳就該上告人與三益和因保證債務涉訟一案所爲第二審判決聲明上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。被上告人應即對上告人償還柳大年所收之運酬費洋二千五百元。其餘利息及損害賠償等之請求發還京師高等審判廳迅予更爲審判。

●理由

上告意旨稱(一)北京習慣祇開有鋪保之說。至於鋪證之說實未之前聞。此項約載爲證云者當然作保證解釋。原判認爲證明解釋未免有所錯誤。(二)向來鋪戶牌號祇有爲保證之資格。實爲證明之辦法。夫證明云者原以個人之視能聽能證明其事。實非若金錢擔負可以無視能聽能之鋪戶牌號爲之也。故法律上有證人而無證鋪習慣上有鋪保而無鋪證。原判於此項約載爲證字樣遽認作證明解釋未免法律上習慣上兩無所根據。(三)法律名詞所謂保證人保證契約保證債務云者係保證二字原有相聯屬相概括之意義。否則言保不言證可也。保證云云者豈不病其贅疣乎。足見證之一字原有證明保證兩種解釋。此項約載爲證字樣揆諸當

日情事。及社會習慣。當然作保證解釋。原判作爲證明解釋。似於名詞上保證字義。欠於研究。(四)柏倫納係外國工程師。不諳中國文義。惟素聞北京習慣。注重鋪保水印。故與柳大年訂立填款契約。取有三益和鋪保水印。並親往該鋪對照。又經該鋪掌櫃楊培元承認。給與名片爲憑。至於約載爲證字樣。有何情僞。彼實不解。迨柳大年逃逸。該鋪遂乘文字之隙。而生狡賴之計。試問北京習慣。於鋪保水印之外。抑有所謂鋪證水印者乎。此等行爲。若非事後狡賴。卽係事前串騙。倘聽其脫卸責任。未免長欺詐而害善良。(五)此項填款。當初本有復成染坊鋪保水印。後因柏倫納不深信。該染坊鋪保柳大年乃更託三益和金店作保。若謂三益和係證明其事。實非保證其債務。則柳大年立有親筆字據。簽名蓋章。足可爲證。而何取乎三益和之證明爲也。原判於此等情節。均未推勘。(六)此項契約。係復成染坊及三益和金店兩家鋪保擔任。並有柳大年信函可證明之。則該兩商家對於此項填款。本有連帶之責任。原判既不追問三益和。又不追問復成染坊。似非保護債權之道。(七)我國社會情形。向來保證人擔負責任。類皆深信債務者必無騙逃情事。乃肯一力擔任。且向債權者譽揚債務者之爲人。及其事業之可靠。迨一旦債務者無力還債。或有心騙債而逃之。則不得已而爲之代還。設其先逆知其如此。必不肯擔任之而譽揚之。三益和金店楊培元。對於此項填款。加蓋水印後。柏倫納親往照保。楊培元慨然承認。猶恐柏倫納未肯深信。且申之以慰勉之詞。以堅柏倫納信用之心。其後楊培元欲騙脫此項保證責任。乃祇認彼時

慰勉之詞。至於承認保證各語。忽否認之。夫彼時楊培元果不承認保證責任。則譽揚柳大年以慰勉柏倫納者。果屬何心。謂爲有心串騙。亦不爲過。現時柏倫納既不願科。楊培元以詐欺之罪。而原判乃認爲閒談。以開脫保證之關係。此等主張未免失平。(八)柏倫納親往三益和金店對照。其意中於柳大年一方面。早有將信將疑之慮。忽得三益和鋪掌楊培元慨然承諾。又申之以柳大年將爲宣撫使等言詞。乃信而不疑。今原審官謂此等言詞爲閒談。試問此種閒談。爲言論自由之閒談歟。抑爲有意串騙之閒談歟。稍有知覺者。必能洞燭其真相。據以上理由論斷。原判對於此案。不免有事實錯誤。及不適法之處。應請提案審理。撤銷原判。更爲適法之判斷等語。本院按國際私法。凡審判寄居內國之外國人民相互間。或與內國人民間所生之民事訴訟。應適用何地之法律。因訴訟事件之性質。及各國之立法例。而不能盡同。其因保證債務契約所生之債權。則立法例及學說。約有四種。有以訴訟地法爲準據者。有以債務者之本國法或住址地法爲準據者。有以履行地法爲準據者。有以契約地法爲準據者。其第四種主義。在條理上較爲允當。爲多數國所採用。現在民國關於國際私法之條規。尙未頒行。自應由審判衙門擇用至當之條理。以爲適用法律之準據。本案上告人柏倫納。向民國京師地方審判廳起訴。被上告人保債不還等情。其訴訟關係。自屬保證契約所生債權之一種。請求之目的。既在保證人清償債務。而其契約地。又在民國領土以內。則審判本案。自應適用民國法律。惟現在民國關於本案應用之詳細規典。

尙未頒行。應依法律無明文者。適用習慣法則。及條理之公例。由本院擇取於我國至當之條理判斷之。

本院復按解當事人契約當時之意思。應以過去事實及其他一切證據資料爲斷定之標準。斷不能拘泥語言字句。致失真解。故據契約當時之事實。及其他之證據資料。確知當事人真意所在時。卽不問其契據文字之普通用法何如。而必從其真意以爲判斷。此民事法上一定之法則。而本院判決。已經明認者也。又查本院現時判例。凡控告審原判所得證憑。如其業已充足。而因解釋契據文字錯誤之結果。至捨正當之證憑而不用者。本院得根據原審所得證憑。徑予糾正。而爲正當之解釋。本此解釋。卽行改判。本案上告人在原審呈出攬工合同收銀字條。及復成染坊鋪保水印字據。三益和水印作證字據。柳大年信函等證物。主張被上告人完全擔保債務。而原判理由。則以三益和水印之字據上。僅載敝總理准九月至十月十六日前。同柏工程師往湖南看工所用往返川資。歸柏自行墊辦。如不能開工。一切來往川資及前運酬之費。均歸柳照數交還。外加利息。均有三益和爲證等語。遂謂就文字上解釋。被上告人不過處證明之地位。而非有保證之責任。至於各種證憑。則均認爲合法成立。未予採用。且據原審所得證據。得知其過去事實。如柳大年於民國二年四月十一日與上告人訂立合同。卽時交付洋二千五百元。其列名合同者。有馮家邇於鎮江張繼曾。又中證楊紹青陳受益樊麗泉等。頗不乏人。何待外求見證。且一般見證。例須在場。方能爲之。何以三益和至九月十九日。始追加作證。於理已屬不順。卽

謂其所證者。係因不能開工。柳有賠償及返還之責。爲又一事。則前乎此者。已有復成染坊之鋪保。豈鋪保不足恃。而轉有取乎空言之證明。又爲事之所必無。况證明者。竟不能問何等之責任。則柳大年之央求作證。意果安在。而此字據。卽以根本上失其存在。今姑無論蓋用水印爲一般鋪保必然之條件。又上告人於收受三益和水印之字據後。親往對保。經該店承認。亦於鋪保之程序。均已完全踐行。卽以該字據文字而論。其所稱前運酬費云者。卽屬上告人所交之二千五百元。被上告人豈有絕不詢明。而貿然蓋印之理。自不得以該字據未載款項數目。謂未經表示程度。卽可諉卸。况楊培元在原審供詞。有他給過柏工程師的條子。他找我說時。說他的事很不得了。叫我擔任的等語。則柳大年求作擔保之事。已屬明知。縱使被上告人並非與柳大年串通欺詐。而係誤信其真有辦路之事。亦不免受其愚弄。實於保證之成立。不能有何等之影響。凡此諸點。均就原審證憑。當然應有之斷定。而原判乃亦拘泥於字據上文字之普通用法。併皆屏棄不顧。夫以三益和作證字據中。作證二字。依普通用法。誠有證明及保證二義。然據上開說明。立約當時當事人間之真意。已顯然爲保證。決非見證。則按照前述解釋當事人意思之大原則。自應卽解釋爲保證之義。原判於此原則。不能適用。殊有未合。按民法條理。及現行判例。保證人於債務人不償還債務時。有任償還之責。而其責任之範圍。凡原本利息及損害賠償。皆得請求之。若主債務人踪跡不明。并不得主張先訴抗辯之權利。應卽踐行保證義務。又按擔保債務之保證人。雖

有數人而係出於先後。各就全額以爲擔保者。則屬連帶性質。各保證人皆有全部清償之義務。故無論債權人對於何人。皆可請求。不過保證人中之一人。如已清償債務全額時。除得向債務人本人請求完全之償還外。並得對他保證人就平等負擔之額。爲返還之請求。(仍不得重受償還)此又民事法上至當之條理也。本案據原審訴訟記錄。上告人請求全額雖係三千一百元。而原審所得證憑確足以證明之者。僅運酬費二千五百元。柳大年業已藏匿。無從尋覓。自應由保證人任償還之責。其餘之請求。按照上開說明。固亦應由被上告人擔任償還之責。惟利息及損害賠償之實賠。究應交付若干。原審因誤於法律上之見解。並未調查有何等合法之證憑。則本院上告審自不能按照上開改判之判例。予以改判。仍應認爲有發還更審之原因。又查原審所得證憑有柳大年之信函。及復成染坊之保證水印。是此項鋪保。不止三益和一家。然依上開說明。被上告人既受債權人之請求。即不能不負完全賠償之責。其被上告人應如何向債務人。或他保證人分別求償之處。與本案上告人無涉。係屬另一問題。自應毋庸置議。

據以上論結。本案上告爲有理由。應將原判撤銷。本院本於原判所得證憑之結果。依解釋原則。解釋當事人立約當時之真意。關於運酬費之部分。即予改判。其餘之請求。依法應予發還更審。至訴訟費用。依現行法例。應由原高等審判廳於更爲判決時。并予裁判之。特爲判決如右。

●私證書之真偽。若當事人間有爭執者。應由舉證人更證明其真實。

●大理院判決劉萬發因寄存物件涉訟上告一案（民國三年上字第二百八十二號）

上告人 劉萬發即鳳山 被上告人 黃岳氏

右上告人對於中華民國二年十二月六日湖北高等審判廳就上告人與被上告人黃岳氏為寄存物件涉訟一案。所為第二審判決。聲明上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還湖北高等審判廳迅予更為審判。

●理由

本案上告論旨。略稱本案問題有三。一證據。二證人。三調查虛實之別。應以證據為前提。證據實。證人自實。無待調查。證據虛。證人自虛。而調查者無非求事實之真象。以為結果之鐵案。查原判理由。抹煞虛偽證據。伸張偏私證言。顛倒是非。若有成見。不然何以對於被上告人所呈證據。第云鈐有劉萬發圖記足徵。而并未究出足徵之

標準。反謂寫字何人。鈐章何人。皆無追訊之必要。可見明知爲僞。而強以爲真。又查調查報告。本爲第一審判決之標準。乃竟謂於本案無何等關係。而故爲抹煞。至於覆查報告。雖稱有保安會副會長劉紹峯認字據上所蓋。係上告人之圖記。然上告人曾於審後次日。詢於劉紹峯。劉紹峯并不承認此項覆查報告。亦僅當庭宣示。大概屢求鈔閱而不得。更不知是何羅織等語。

被上告人答辯論旨。略稱保存字據。被上告人雖不能指出寫字何人。鈐章何人。然此字據之交付於被上告人。實有王黃氏等親見。發出者本爲上告人夫婦。則何人寫字鈐章。亦僅有上告人得知。被上告人自無從指出。若謂該字據形式不備。亦係上告人故意爲此。以爲欺人之具。不能據爲上告人理由。證人爲本案判決基礎。上告人不能對於證人舉出何種不服理由。僅以申誣一語。概括主張。顯見證言確定。無可抗辯之餘地。至所謂調查不實者。乃上告人於審判衙門審查後。始邀集多人。向受調查之人質問。則受調查者。自不能對上告人直言不諱。尤不得據爲上告理由等語。

本院按現行訴訟法例。私證書之真僞。若當事人間有爭執者。應由舉證人更證明其真實。審判衙門因釋明事實關係。亦應負相當之義務。查本案被上告人呈驗保存字據。既爲上告人所爭執。而所以證明之者。不外岳綬庭鄭陳氏（即岳陳氏）與王黃氏之證言。然檢閱本案訴訟記錄。該券係民國元年三月二十五日所立。被上告

人二年八月十八日在第一審供稱。那年正是反正後。均在鄉下住的甚多。到冬月間。我叫鄭陳氏一同來漢。娘家裏事。福姑對他說。東西多把北兵搶了去。(中略)福姑他總叫我別着急。并說書一字。限三年還我。教我一路在榮華去照像等語。八月二十六日供稱。臘月間我就敦陳氏來漢口問信。陳氏到他家就問東西。他說都失了。陳氏向我說。後首我說同陳氏一路來漢。到潘家問首飾。(中略)潘氏那天就邀我去照像。字是潘氏拿出來。把王黃氏手上轉交與我的。十一月五日在控告審供稱。去年清明。約鄭陳氏同往等語。而王黃氏供詞。則稱去年二月時。潘氏接我同去。與他母親上坟。他就同我說。叫我去勸解岳氏。(中略)字是潘氏把我手上。我也不知那個寫的。他門都去照像時。我走人家去了等語。依被上告人第一審第二次與在控告審供述。及王黃氏證言。則立據照像。雖似在元年二月以後。而依被上告人在第一審第一次供稱。則又似在宣統三年冬間。是王黃氏之證言。已與被上告人所陳述。不無抵觸。而被上告人前後自爲之陳述。又復不能一致。究係何故。至於岳綬庭與鄭陳氏與彼上告人爲同族。其所陳述。已難保毫無偏袒。而檢閱訴訟記錄。岳綬庭二月十八日在第一審供稱。我并問有憑據沒有。他說沒有。我說這時候。要憑良心就好。我到劉家來問他。就不承認了等語。及鄭陳氏供稱。字是劉萬發寫的。在他賬房拿出來。遞與潘氏等語。亦復與被上告人及其他證人之陳述。互有異同。原審於此。並未爲相當之釋明。究於剖晰事實關係。未盡職權上應盡能事。又關於保存字據。劉萬發圖記一層。原審僅

令書記官向劉紹峯等爲不合法之調查。並未直接傳喚劉紹峯到庭。正式作證。亦與訴訟法則。不無違背。自有未合。

據以上理由。本案上告。不得謂爲無理由。合將原判撤銷。發還原審衙門。依法迅予更爲審判。至本案係原審未盡職權上。應盡能事。終應發回更審之件。故依本院現行事例。以書面審理行之。特爲判決如右。

●凡在幫審員辦事暫行章程及縣知事審理訴訟暫行章程頒布前。縣知事署判決確定之案件。經當事人再訴。復經原縣受理。不能以民事一事不再理之原則。謂爲違法。

●大理院判決程廣有因地畝涉訟上告一案（民國三年上字第二百八十三號）

上告人 程廣有 被上告人 程廣文

右上告人對於中華民國六年七月三十日奉天高等審判廳。就上告人與程廣文因地畝涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還奉天高等審判廳迅予更爲審判。

●理由

本院查一事不許再理。本爲訴訟上不可易之大原則。惟從前州縣衙門判斷案件。因當事人之呈請。或上級長官之批飭。於判決後重開審訊。該案遂復係屬於原判決衙門者。事所恆有。查照當時法令。亦毫無禁止明文。則當然認一事不再理之原則。於當時不能適用。惟自民國二年二月二十八日司法部定各縣幫審員辦事暫行章程頒布以來。審檢各廳所適用之法令。各該縣幫審員一律適用。則已設有幫審員之地方。審判民事案件。即應受上開原則之拘束。若在該章程頒布以後。而該地方幫審員制未施行時。則又應查照三年四月五日頒行之縣知事審理訴訟暫行章程三十一條之規定。自該章程施行於該地方之日始。一律受上開原則之拘束。至各規則雖已施行。而案件已復係屬於該縣者。則爲已合法受理之件。依照一般法律不遡及之理。仍應由該衙門依新法程序終結裁判。此至當之解釋。而本院亦已採行者也。本案於中華民國元年七月二十一日經前復州（現爲復縣）陳知事判決在案。至二年一月二十五日。該上告人爲向新任知事呈訴。同年二月四日經該知

事批准傳案訊判。至同年三月二十七日乃於更爲審理之後。再爲判決。查各縣幫審員辦事暫行章程。先於縣知事審理訴訟暫行章程實行。而該章程。又係於民國二年二月二十八日始經頒布。依照公報條例施行之日。猶在其後。本案則於同年二月四日已經該前縣知事批准傳訊。即在該章程未頒布以前。復行受理該案。又係屬於原判衙門。依照上開說明第二次知事續審判決。自不得視爲違法。原判見解。卽有未合。上告意旨。不能謂爲全無理由。其他上告意旨。案經發還。應毋庸議。

據以上論結。本案上告。尙非全無理由。應將原判撤銷。發還原審衙門。迅予更爲本案第二審審判。又本案係原審顯然違背訴訟法則。終應發還更審之件。核與本院書面審理條件相符。卽以書面審理行之。特爲判決如右。

●**解釋當事人訂立賣約當時之意思。應以過去事實及一切之證據爲斷。不能拘拘於契據之文字。**

●大理院判決陳永芳因續地糾葛上告一案（民國三年上字第二百八十四號）

上告人

陳永芳

被上告人

陳學利

代理人

陳榮

右上告人對於中華民國二年八月二十八日吉林高等審判廳就上告人與陳學利因贖地糾葛一案。所爲第

二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案所爭地畝。准由上告人備價抽贖管業。

訴訟費用。由被上告人負擔。

●理由

查本案係爭熟地十二响八畝。上告人是否可以回贖。應先根究當事人間於契約當時所有之意思如何。以爲斷。至解釋當事人之意思。又應以過去事實。及一切之證憑爲資料。斷不能拘拘於契據之文字。故據當時事實及證憑。知契據文字。並非表示真正之意思時。即應依其真意思以爲權利斷定之標準。此民事法上至當之條理。而本院判例已採行者也。本案據第一審訴訟記錄。被上告人供我用一千三百吊錢。在德春手典的。他不能直接向我抽地。又稱我願退地得價等語。原典人德春供稱前清光緒二十四年。陳永芳借使我錢一千三百吊。無錢償還。二十五年以地典給我。抵還前欠。二十六年。陳永芳合他父親陳英說地值錢甚多。把地又轉典給陳學利。交錢一千四百吊。下欠一百六十吊。陳學利後給典契交陳學利手等語。契約代書人李文明亦供稱。是我

寫的典契。陳永芳地在官地界內。有他們陳姓六大家。外人誰也不敢跳買。他因用錢孔亟。遂將典契假寫賣契。欲喚出買主。並非真賣與陳學利的等語。是契約上雖係賣字。而其內容。則為典契。已經原典人德春及代書人李文明等供證。本可無疑。况被上告人自己亦已為明示之自認。並有情願退地得價等語（承認）又據原審訴訟筆錄。二年八月十二日庭訊時。審判長對代理人有依契論斷理由是充分二層理由（語意不明）則論理上是充分。實際不甚充分。何也。蓋德春於地方廳已到過堂。並未說實是賣。况其真實。安肯又有甘結。即此亦可證明其未真賣與陳永芳。即未真賣與德春。德春安能轉賣等語。綜合原審所有證憑。及其初所得之心證。皆足斷定所爭土地。本係典之性質。上告人即應有抽贖之權。而原判決。乃忽專以契據為依據。棄置一切證憑而不用者。當係以契據既明明稱為賣絕。不能為典。即於上開解釋當事人真正意思之大原則。全然忘卻。本院自應本於向來之判例（即原判解釋契據文字。未能合法。因而認定事實者。本院得經糾正解釋。予以改判之判例）為相當之糾正。况據被上告人在第一審業已自認是向德春轉典。並有自願退地得價之承認。則於訴訟上當然發生效力。不得隨意撤銷。被上告代理人至控訴時。雖反前供。且謂伊父年近古稀。並有精神病。以一時昏贖。遂准其抽贖等語。似此空言無憑。本難盡信。原判不當。益覺顯然。上告論旨。自不得謂為無理由。

據以上論結。本案上告認為有理由。應將原判撤銷。依法予以改判。再依現行法例。訴訟費用。應歸被上告人負

擔。至本案上告。係原判適用訴訟法上解釋當事人意思原則。不免錯誤之件。核與本院現行書面審理事例相符。故即以書面審理行之。特爲判決如右。

●親族會不能概援立繼之例而行使廢繼之權。

●大理院判決劉成德因廢繼涉訟上告一案（民國三年上字第二百八十五號）

上告人 劉成德 被上告人 耿劉氏 劉李氏 劉文德

右上告人對於中華民國二年八月二十九日山東高等審判廳。就該上告人與耿劉氏因廢繼涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經總檢察廳檢察官李杭文陳述意見。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還山東審判廳迅予更爲審判。

●理由

上告論旨。略謂被上告人等受周代成之教唆。離間骨肉。趁隙圖謀。始則以數畝田地。手足爭執。繼則摘奸陷害。

賄買稱戶。誣人硬行毀嗣。一味謀產。竊念上告人出繼之後。本宗田產已分同胞弟兄。今僅餘地七畝。何能維持生活。且誣稱犯上名譽大損。奇冤莫雪。將不齒於人類。原審含糊判決。心實難甘。應請撤銷原判。改判云云。被上告人等並未依式提出答辯書。

總檢察廳檢察官對於本案之意見。(一)嗣子與嗣父之妾通姦。是否得為強制廢繼之原因。應視通姦時之法律。是否認妾為親屬而定。此案劉成德與其嗣父之妾劉李氏通姦。係在民國元年以前。正法律認妾為親屬時代。故當然認為廢繼原因。(二)嗣子於所後之親故後。發生廢繼原因。應由何人主持。以親族會有立繼之權。推之。則廢繼之權。亦應歸之親族。此案劉永和李景邦等。既係族長公親。不得謂為無此權利。原判尙無不合。

本院查例載繼子不得於其所後之親。聽其告官別立。是廢繼之原因。在現行法上本取概括主義。其原因之有無。必經裁判上之審定。而並不以其所後之親之主持。為己足。至其所後之親故後。廢繼原因發生。應否由親族會主持。現行法上並無明文。似不能概援立繼之例。而行使廢繼之權。然果有重大廢繼原因。如其所後之親尙在。亦必從事於廢繼者。條理上自應認親族會能代為請求。審判衙門以裁判宣告廢繼。審判衙門審查此項請求。若認為不當。仍應予以駁回。此於立法精神。尙無違背。本院所認為至當之解釋者也。本案據訴訟記錄。劉永盛故後。由其妻擇立上告人及被上告人劉文德為嗣。遺產均分。厥後劉永盛之妻。亦故。妾劉李氏。由兩家輪養。

民國元年劉李氏私生一子遺抱。劉文德在萊陽縣訴稱。係因上告人姦生。請求廢繼。劉永盛之女耿劉氏亦同時投呈。並由親族劉永和等議將上告人繼事作廢。夫使上告人之姦父妾。事果屬實。自非尋常不得於其所後之親者比。其可認爲重大廢繼原因。毫無疑義。惟查劉永和李景邦在縣供稱。劉李氏產生一子。是知道的。究與何人通姦。並不知情。又查秦俊李萃英在縣呈稱。耿劉氏劉文德同劉李氏以與劉成德有姦具控。此種虛實。身等不知各等語。是參預廢繼之人。均未爲廢繼原因之證明。卽耿劉氏劉文德亦僅以劉李氏之曾自認爲口實。而劉李氏則先後供述不同。第一審始因劉李氏之自認。飭押上告人繼因劉李氏之翻供。並懲責該氏。而對於上告人反對之主張。毫未根究。卽含糊判決。實屬不合。原高等審判廳亦不詳予研鞠。確認廢繼原因之是否成立。據判令仍照縣判辦理。殊於職權上應盡之能事。有所欠缺。本院更難爲法律上之判斷。上告人上告論旨。不得謂爲毫無理由。

據以上論結。應將原判撤銷。發還原高等審判廳更爲審判。再本件上告係原審未能合法認定事實。終應發還更審之件。故依本院現行事例。以書面審理行之。特爲判決如右。

●空言主張。迫寫字據。始終未能證明有強迫之事實。及證據。此種主

張應認爲無效

●大理院判決施得林因租倒糾葛上告一案（民國三年上字第二百六十六號）

上告人 施得林 被上告人 張鴻海

右上告人對於中華民國二年八月一日京師高等審判廳就該上告人與張鴻海因租倒糾葛一案所謂第二審判決聲明上告經本院審理判決如左

●主文

本案上告駁回

●理由

本案上告人寫給被上告人之倒字。是否出於強迫。實爲先決之問題。查閱原審訴訟記錄。上告人雖屢次主張此項倒字。係被上告人誘伊至被上告人家逼寫。而始終未能立證。按之證據法則。自難遽認其有強迫之事實。即證諸中保人等。在原審之供詞。侯召卿供先租時。是我代筆寫的。後他出倒時。又找我說。叫我給作中人。我說前我既然代筆。可以作中。王振海供字據在恆益隆茶館寫的。出倒時續付他二百六十六元。錢並給他九吊銅

元折爲二百兩。他說他妻要瞧，後將字據交他拿回去看。鄭益亭等供是我們給作的中各等語。亦可知其主張之非真正。果如上告人所言。被上告人逼令上告人寫立倒字。則該倒字斷不能在上告人之手。原審以上告人不能發見強迫之證據。認該倒字爲有效。於法並無不合。

據上論結。本案上告認爲無理。由應予駁回。至本案上告純係證據法上之見解。故依本院現行書面審理事例。本判決以書面審理行之。特爲判決如右。

●原審於證據未詳予調查實於職權上應盡能事有所未盡

●大理院判決姚友蘭因解約爭執上告一案（民國三年上字第二百八十七號）

上告人 姚友蘭 代理人 馬國文（律師） 被上告人 徐渭侶

右上告人對於中于民國二年六月三日江蘇高等審判廳。就該上告人與徐渭侶因解約爭執一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還江蘇高等審判廳。迅予更爲審判。

●理由

上告人上告論旨約分四點。(一)原判謂上告人經銷洋燭。不及合同上定數之半。指爲違反合同之證。不知合同上雖增定千箱。然事後被上告人方面。曾函托上告人照原定之數銷售。有葉蔚彝之信可證。則上告人并未違約可知。(二)原判謂訂約不及一年。欠款在三千以上云云。不知上告人與被上告人。乃代賣代收關係。並非直接賣買。故無所謂欠款。無所謂違約。(三)原判以保人解除擔保。爲解除原約之證明。不知保證債務。乃從債務。主債務存在。則從債務自無不存在。今原約并未解除。是保證萬無解除之理。(四)原判指被上告人信中結清後。再做往來一語。爲解除契約。已由被上告人知照之確證。不知解除與停止不同。原判所言。以爲契約停止效力之證明。則可指爲契約已經解除。則不可。所判確有未當。應請撤銷原判。令被上告人負擔訟費賠償損害云云。

被上告人并未具正式答辯書狀。

本案兩造論爭應行解決之問題。有二。(一)依經銷合同一方面之知照。是否即生契約解除之效力。(二)被上告人曾否知照上告人解除契約。及上告人曾否接受此項知照是也。茲就第一問題而言。查經銷合同第二條

內載明彼此實有不便。欲取銷合同。須預先知照。即將款項趕速清結。以便交換取銷等語。尋釋文義上稱彼此實有未便。下稱須預先知照。而更不加協議同意等字樣。當然契約之解除。依一造以不便為通知。即生效力。其無須確舉不便之證明。以待相對人表示同意。辭義極為明顯。故被上告人以減銷貨色。積欠貨款。為不便之理由。而上告人對之為爭執。原審縱未詳予審究。亦無不合。惟關於第二問題。即被上告人曾否函知上告人。告以解除契約。實為本案最重要之關鍵。據原審訴訟記錄上告人供稱。三月間社中姓葉的約我到上海商量。仍舊聯絡。又云四月十三日社中邀證人來說要我墊款一千五百兩。在外貨款歸我。以前合同一律取銷。另立新合同等語。雖足證被上告人對於上告人已有預備解除契約之意思。然不能以此即認為已有解除契約之表示。且查被上告人在原審供稱。知照詳約之信。係二月間所發。由郵局保險的。保險單忘記帶來。原審自應據其聲明。令其於續開辯論時提出發信收據。以資考證。乃並未飭令提出。遽以上告人所呈出之信。中有清結後再做往來一語。即認為其已有解除契約之通知。而於此信是否即被上告人主張二月所發之信。及其後究竟有無明瞭之解除函件。均未詳予調查。實於職權上應盡之能事。有所未盡。原審認定事實。既不明確。本院自難據為法律上之判斷。

據上論結。本案上告認為有理由。應予撤銷原判。發還原高等審判廳。迅予更為審判。再本案上告係於認定事

實。未能適法。依本院事例。得爲書面審理。故本判決以書面審理行之。特爲判決如右。

●於係爭事實之證據。審判衙門未予審究。於手續上不無缺漏。

●大理院判決劉復興因租地涉訟上告一案（民國三年上字第二百八十八號）

上告人 劉復興 被上告人 李迺錫

右開上告人對於中華民國二年十月三十日。湖北高等審判廳。就該上告人與李迺錫因租地涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理如左。

●主文

原判除關於計算租期部分外撤銷。

本案發還湖北高等審判廳。迅予更爲審判。

●理由

上告人上告意旨。略稱（一）查原審既以租地實有若干爲前提。故將第一審判決撤銷。乃合租字。而從證據證供。歷舉租地三十石。已被馬路佔壓多石。可以儘就證供。有地三十石概括定斷。而不就證供地被佔壓實地

調查定斷租溢於地。不服者一。(二)被上告人先後實共收上告人租錢三百一十串。故將憑中黃少堂經手還錢六十串。向茂齋經手還錢四十串。兩筆拍口不認。向己當庭抵質。而不究黃並修函證明。而不理。且又不傳黃訊問。或派吏就地訊問。案既取證。而不根究確切証據。不服者二。(三)上告人由宣統元年下季承租。始至民國二年上季退租。終按每年上下兩季扣算。幾歷時八季。除開墾荒地一季無租。起義兵衝一季免租。只應繳租六季。原審誤判七季。不服者三。應請撤銷原判改判云云。

被上告人答辯意旨。略稱(一)姑無論租字原載四十石。即據中人程勛臣向茂齋所供稱有三十餘石。則其不止三十石可知。原審將零數抹除。僅以三十石為準。上告人不惟不格外感戴。反謂三十石出諸中人之口。判詞俱存。豈可欺飾。至謂被馬路估壓多石。查馬路係宋偉臣等議開商場。劃定馬路。如是計議並未成路。上告人歷年照常耕種無異。果被估壓。何起訴之初。竟無一詞道及。(二)查收錢必以收字爲憑。使無收據。僅憑人証。則凡還債者將又賄人作證。即能了過。其弊尙堪問耶。(三)查租字成立於宣統元年三月。乃上季也。被上告人起訴。在民國二年六月。上季已過。照租字自宣統元年上季起。至民國二年上季止。歷年五載。除宣統三年八月起義不計外。尙有四年半。原審僅以三年半計算。被上告人已受累過鉅。應請駁回上告云云。

查本案爭執問題有三。即(一)上告人承租被上告人之地。究有若干。(二)租錢。被上告人究竟收過若干。(三)

上告人應繳租錢。究以若干季計算是也。茲就第一問題而論。查閱訴訟記錄。上告人稱原定租地四十石。實銀得二十四石。其餘十六石。被前佃王家永張回子等領種未交。且二十四石地。又被馬路佔壓多石。中人程助臣稱先本是說的四十石。後有兩個戶頭未撥。依我門算。有三十石零些。中人向茂齋在原第一審稱租字寫四十石。別人種十六石。未播動。我教改租字。他說夏季播把他。日後就放下了。馬路壓了幾方。所以二十四石都不足。被上告人稱就他門所說的畝數。我已算出來也有三十餘石。至謂被馬路佔壓多石。查馬路係宋偉臣等議開商場。劃定馬路。如是計議。並未成路。又王家永所種之地。係王自己所賣。上告人何得牽入在內。即使被上告人之地不足。僅可照地書立租字。何必預四十石各等語。是上告人承種之地。究係二十四石。抑係三十石零。抑係三十餘石。有否被馬路佔壓。王家永等所種之地。是否在上告人承租四十石之內。原審自可派吏實地調查。自不難得其真象。其關於第二問題。上告人稱有四十串由向茂齋引送去的。他沒有收賬。交於他姪兒手。又六十串憑中黃少堂經手。有信可憑。他沒收賬。中人向茂齋稱頭次送四十串。是同一我送到廣榮興。日後我未經手。被上告人稱共祇收到租錢一百九十串。一面發有收條。一面登簿備查。各等語。是上告人所稱已付之租錢。亦尚有調查之餘地。原審對於上告人主張之被上告人之姪兒。及黃少堂等與夫黃少堂之信。自可傳訊調驗。以資考證。乃原審對於以上兩端。均未詳加審究。於調查事實。不無缺漏。上告人之第一第二論點。不得謂為全無理。

由。至關於第三問題。查兩造書立租字。在前清宣統元年三月一日。被上告人起訴。在民國二年六月十三日。租字既載有夏季起租。五八兩季交付字樣。則宣統元年夏季租錢。自應計算在內。毫無疑義。故計算租期。應自宣統元年上半年起。至民國二年上半年止。其中除兩季免租外。實共三年有半（計七季）。原判關於此點。委無不當。上告人之第三論點。不能認為有理由。

據上論結。本案上告應認為有理由。合將原判除關於計算租期之部分外。撤銷。發還原高等審判廳。更為審判。至本案上告。係原審於調查事實。未能詳密。終應發還更審之件。故依本院現行書面審理事例。本判決。以書面審理行之。特為判決如右。

●分單為析產之重要證據。又上告審中不能提出新請求。

●大理院判決陸建國因田產糾葛涉訟上告一案（民國三年上字第二百八十九號）

上告人 陸建國 被上告人 陸建三 陸建芳 陸建元 陸建發 陸建章

陸榮 陸琴 陸林 陸維學 陸海 陸庫 陸凌 陸建廣 陸

建慶 陸祿

右上告人對於中華民國二年八月十九日奉天高等審判廳就上告人與睦建三等因田產糾葛涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。被告。亦聲明一部附帶上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還奉天高等審判廳迅予更爲審判。

被告上告人之附帶上告駁回。

●理由

上告人上告意旨略稱。上告人有祖遺冊地二畝。後報浮多五畝。耕種數十年。有戶管地照可查。宣統二年。上告人以此租與族兄弟睦建慶。賴地不還。涉訟有案。乃復申同被告。人等指稱地係夥產。考其所爲夥產之證據。一在墳墓。一在納糧票名。一在被告。人睦建發有輪流經管之事實。夫夥產有夥產之所在。不能因夥產內有墳墓。夥產與上告人地毘連。遂并上告人之地。上告人之墳墓。概稱爲夥產。至於糧票名一層。睦剛雖同爲上告人。被告。人曾祖。然該地業由上告人管領數十年。原審於夥產與私產之爲一爲二。並未查明云云。被告。人答辯意旨。則稱睦剛遺有夥地五畝。因不堪耕種。各支分析之時。此地並未均分。議歸闍族輪流管埋。詎意上

告人俟紅契等到手之後。即稱爲已產。被告入可明其爲確係夥產。而非私產者。其證據有四。(一)係爭地老契。有睦建忠睦建發睦治睦君等按戶收存可行傳訊。(二)地內有同族葬墳九塚。(三)同族十五家。與上告人涉訟。何無一人助之者。(四)租帖在城偷寫。此四點足爲上告人並未分受此地之證據。上告人於數年內收有地租四五百千。應令吐出。歸爲公有云云。查本案係爭之地。係屬夥產。抑係上告人所私有。自以析產時該地有無分析爲斷。夫析產自以有分單爲常。但無分單。亦不能即否認其析產之事實。故析產縱無分單。然依種種情狀。足證其業已分析者。自應仍認爲業已分析。本案係爭地是否分析。自以分單爲最有力之證據。但按諸習慣。分單凡分受者。各執一紙。睦剛既爲兩造會祖。其分單之有無。兩造立於同等地位。審判衙門爲釋明事實起見。自應飭令其兩造提出分單。以資證明。原審於審問時既未飭令兩造各自提出分單。而於理由中。乃忽以上告人未提出分單。遙斷上告人並未分受此產。實屬不當。又查被告入主張該地內有同族葬墳九塚。足證其地爲公有。而上告人答辯。則稱係爭地內。有上告人先人墳墓五塚。相聯公地二十餘丈。始有同族叢葬。原審就於此點。若詳予調查。亦可證明其地已否分析。乃均未予審究。殊於職權上應盡之能事。有所未盡。至該地上有房屋數間。會由上告人租與被告入睦建慶立有租契。而契內明載族兄睦建。國移居城裏空下墳邊園地房間一段。特煩中說妥。租與身名下等語。睦建慶與上告人爲叔伯兄弟。而租契內直認此園地房間皆爲上告人所

有。其中亦有可疑之處。原審關於此種事實。亦未詳細調查。予以釋明。尤屬不合。上告論旨。不得謂爲無理由。至本案彼上告人等租錢返還之請求。查第一審第二審內。皆未主張及此。上告審中。不得提出新請求。是被上告人等之附帶上告。自應認爲不合法。予以駁斥。

據以上論結。認上告爲有理由。應將原判撤銷。本案發還原高等審判廳。更爲審判。被上告人之附帶上告。駁回。再本案上告。係原判未將事實適法認定。終應發還更審之件。故本判決。依本院書面審理事例。以書面審理行之。特爲判決如右。

●**第三者代債務人向債權人借款借據上須有債務人簽名畫押始足證明債務人應負此項債務清償之責。**

●大理院判決張式曾因債務涉訟上告一案(民國三年上字第二百九十號)

上告人 張式曾 被上告人 汪任氏 吳汪氏

右上告人對於中華民國二年九月二十六日河南高等審判廳。就該上告人與汪任氏等因債務涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

查本案訟爭。據上告人主張。前清光緒三十二年。被上告人家指房借劉明義銀二百兩。由被上告人之婿吳再耘承管。伊作中人。嗣本利停給。吳又外出未歸。劉追討無着。強迫伊代償。伊受其逼迫。因出銀償清。應令被上告人返還云云。引用借據劉明義夫婦證言。及百摺裙銅盆爲證。被上告人主張指房借銀事。概不知情。亦並無付息之事。想係吳再耘冒名私借云云。是本案借貸之事實。是否吳再耘受被上告人之委任。而代爲借貸。抑爲吳再耘盜用名義。詐財肥己。是爲應行審究之點。上告人雖引用文契證言。及百摺裙銅盆爲證。然文契內。既無被上告人簽名畫押。自不足證明其應負此項債務。而百摺裙等物證。據劉王氏吳汪氏之陳述。咸稱由吳汪氏給劉王氏當錢使用。地方廳四月十四日供。是亦不足爲被上告人承認該款之證。至劉王氏雖供稱汪太太給利回數少。亦曾給過錢文等語。然查劉明義最初呈狀內稱。字據息摺。原係張鏡如所立。年餘利錢。亦經張鏡如手交。地方廳宣統三年六月二十九日狀。並供稱借銀經張鏡如手。銀子交給張姓。三十二年汪姓房子。叫小的當。小的未允。吳姓頂名先用過小的錢各等語。宣統三年閏六月初七日供。是該款始終劉明義未與被上

告人直接辦理。兩相對照。則劉王氏所稱由汪太太會給過利銀之語。亦非可信。原判謂該款由誰使用。即應由誰負責。其立言雖未盡洽。但細譯原判詞旨。實因認定文契內汪寶善堂名義。委係吳再耘所盜用。故判令被告人不負償還責任。按之現行法例。自屬正當。茲上告論旨。第一第二兩點。猶復引用文契。空言狡爭。殊難謂為有理由。至吳再耘盜名詐財之行為。乃刑事上之犯罪行為。茲既未成立刑事訴訟。姑免置議。僅就民事上侵權行為人之責任以言。則對於受害人自應有賠償損害之義務。惟此項賠償義務。僅吳再耘一人所負擔。現在吳再耘既未亡故。苟能探悉其所在。自可依法訴追。若其妻吳汪氏。則當時既不知情。現又寄居母家。並未占有其夫財產。按之法律。徵諸習慣。均不能令其有以其私財。代夫負擔還之責。則是原審判令吳汪氏代為清償。本非適法。惟吳汪氏並未聲明不服。故原判自應仍予維持。乃上告人猶以為不足。更欲令吳汪氏即時代償全額。實屬不當。故第三第四兩點。上告論旨。亦不得為有理由。

據上述論結。應認上告為無理由。即予駁回。至本案上告。係關於訴訟法實體法之見解。依本院現行事例。得用書面審理。故本判決即以書面審理行之。特為判決如右。

●同一事件。後立契約成立。則前立契約應失其效力。

●大理院判決李少泉因家產涉訟上告一案(民國三年上字第二百九十一號)

上告人 李少泉 被上告人 李鐵梅

右上告人對於中華民國二年七月五日江蘇第一高等審判分廳。就該上告人與李鐵梅因家產涉訟一案。所為第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於上告人津貼被上告人五百元之部分撤銷。

上告人每月應津貼被上告人洋三元。

訴訟費用由兩造分擔。

●理由

查閱本案訴訟記錄。上告人與被上告人於前清光緒二十七年。立有分書。載明所有祖遺上元興武營村清水塘田二十一畝。母親存日。租歸母收。今母故。此田應我兩兄弟均分。惟長孫派得田五畝。餘田十六畝。各得八畝。至李家苑住房。係少泉隨母同置。今歸少泉執受。少泉貼出手條英洋二百元。付兄添補買置房屋。其母遺首飾衣服一應器具。兄弟眼同分受。並無高下。自分析之後。各聽天命。各無怨尤。兄之資財。亦不得分與弟承執。即弟

產業亦不能分與兄執受。再弟少泉以府署官書爲業。所入進款。乃人力得來。兄亦不得過問等語。是兩造祖遺產業。早經分析。上告人官書所入進款。亦約明被上告人不得過問。乃被上告人於事經多年之後。忽以霸佔房屋起訴。並執光緒十年代書合同。請求分配進款。對於手自簽押之分書。則指爲串勒筆據。（被上告人在原審辯訴狀內稱。少泉願先還前充代書用費現洋二百元。並俾生添買住房之用。其時生欲就募他方。信手照稿寫成。不料彼預存斬斷葛藤之計。串勒筆據。伊卽作爲分書云云。）對於分書內列名之舅氏王正安。姑丈劉松山等。則指爲一二私人。種種主張。均無合法根據。第一審既稱被上告人訴弟吞產串勒各節。所言未可盡信。原審亦謂是項分書。當然視爲有力證據。前立合同。應失效力。該被上告人於家產上問題。已無爭執之餘地。而復認第一審判令上告人津貼被上告人銀洋五百元。尙無不合。然查本案認爭目的。原屬家產問題。至於津貼一節。被上告人並未請求。第一審所爲津貼五百元之判決。實屬案外之裁判。自非適法。原審亦未予以糾正。委屬不當。惟上告人自願按月津貼三元。以終被上告人之身。自可依照所請。量爲改判。

據以上理由。本案原判關於李少泉津貼李鐵梅洋五百元之部分。應予撤銷改判。至本件上告。係證據法上見解。故依本院現行事例。以書面審理。特爲判決如右。

●審判衙門於有成本法可適用而捨置之引用條理卽屬於法不合

●大理院判決周鴻生因藏銀糾葛上告一案（民國三年上字第二百九十二號）

上告人 周鴻生 代理人 阮性言（律師） 被上告人 祝堯齡

右上告人對於中華民國二年六月四日江蘇第一高等審判分廳。就上告人與祝堯齡因藏銀糾葛一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還江蘇高等審判廳迅予更爲審判。

●理由

查閱本案訴訟記錄，上告人於民國二年六月二十五日收受原審判廳所送達判決書。即於七月二日具狀呈由同級檢察廳聲明上告。旋經該廳分行如臯縣審檢所飭知上告人遵照本院通告。改狀投遞。上告人於十月二十四日接受通知書。十二月五日。向原審判廳呈遞上告狀。此項上告是否合法。被上告人所爭執之照。查本院現行民事上告程序。雖經以特字第十號及十二號通告公布在案。然各級審判廳試辦章程第六十一條規定。未經修正以前。向本院聲明上告。若仍得一體準用。爲本院歷年判例所認許。本案上告人既於合法期間

內。呈由原審同級檢察廳聲明上告。自應認爲合法。予以受理。

查本案事實上之認爭。在上告人是否獲得藏銀三十九錠一點。檢閱原審訴訟記錄。關於上告人得銀數目。各證人所陳述。雖互有不同。然證據之憑信力。應由審理事實之審判衙門衡情判定。周尙林踐有杜許文所供上告人得銀三十九錠之語。雖係得諸傳聞。然證以許文郭三所供。裝了兩篋奩箕之語。及郭三所供見有小半纏約二十餘錠之語。此項證言。究非不足憑信。上告人既無反證方法。則原審據以認定事實。於法並無違反。惟上告人所得藏銀。應否交出。則不得不審究被上告人有無受領該銀之權利。以爲先決問題。本院按判斷民事案件。應先適用成文法。無成文法者。依習慣。無習慣者。依條理。通例所在。不容假借。查現行律得遺失物門規定。凡拾得遺失之物。限五日內送官。若係私物。應召人認領。於內一半給予得物人充賞。一半給還失物人。如三十日內無人認領者。全給。若於官私地內掘得埋藏無主之物者。并聽收用等語。此項規定。依木院歷來判例。自應繼續適用。是故本案藏銀。若係埋藏無主之物。被上告人既未在场發見。自係無權受領。若果被上告人先人所奪。而一時滅失所在。則現在既經上告人與許文等發見。自不得不準用遺失物規定。予以判斷。檢閱原審訴訟記錄。上告人之叔周根。四月二十五日在檢察廳供詞。有祝家有信到。小的轉請楊栢爹照管。他門拆牆。怕地下窖了銀子等語。五月二十八日在地方審判廳供詞。有立契時。祝家說拆到堂屋。要喊他家看了拆等語。是被上

告人所稱該銀。係其先人所窖藏之語。未必毫無根據。按現行訴訟事例。審判衙門不惟應就當事人所聲明之證據。予以調查。並應命當事人提出必要之證據。以爲釋明事實之資料。原審關於周根之證言。未予審究。又未命被告上告人提出該銀。爲其先人所窖藏之證據。遽以推理之結果。認定該銀非被告上告人所有。並捨置成文法。引用條理。以爲裁判。是於審理事實。適用法律。均有未合。又按現行訴訟事例。審判衙門應就當事人所聲明之事項。予以裁判。本院既係上告人及許文等與被告上告人之訟爭。則許文等與上告人之關係如何。自不在應行裁判之列。原審衙門。竟判令許文與上告人均分該藏銀之一半。周有等不得分配。於法亦有未合。據上論結。本案上告。認爲有理由。應將原判撤銷。發回原高等審判廳迅予更爲審理。本案上告。係關於實體法。則及訴訟法則之意見。並原審未盡職權上應盡能事。終應發回更審之件。依本院現行事例。得以書面審理。故本判決以書面審理行之。特爲判決如右。

●合夥所負債務債權人不能對於合夥員之一人無故請求償還全部債務。

●大理院判決鄭有恆因合夥爭執上告一案（民國三年上字第二百九十三號）

大理院判決例 民事六

一三二

上告人 鄭有恆 代理人 司徒宜 律師 被告 林建柱

右開上告人對於中華民國二年七月三十一日直隸高等審判廳就該上告人與林廷柱因合夥爭執一案。所為第二審判決聲明上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還直隸高等審判廳迅予更為審判。

●理由

查閱訴訟記錄。上告人與董作雲王樹屏因債務涉訟。於宣統元年屢次狀稱與林姓夥開元勝號。勝裕恆二鋪。拖欠之款。理宜按股攤還。與被告各半清償等情。宣統二年十一月。被告亦已具狀應訴。是上告人與被告。因合夥所生之損失負擔。顯然係屬另一訴訟關係。第一審及原審。係與董作雲王樹屏與被告。之訴訟關係。合併審判。惟本院查照現行規例。當事人兩造不同。不能合一判決。故特分別判決之。

本院按民律現未頒行。凡合夥員對於外部所負之債務。應負如何責任。尙無明文規定。惟查民事法條理。及本稅判例。凡合夥員對於合夥之債權人。皆就所有股分。負按股分擔之責。如合夥員中有無力清償債務者。查明

屬實。卽由其他合夥員按照股分分任償還。債權人決不能對於合夥員之一人無故請求償還全部債務。此所謂連合分擔之制。而決非負有連帶責任。至合夥員脫退後。對於非其合夥。則之債務。更不負分擔之責任。此又不待言者也。又查商店經理人。經主人委任爲營業上之代理。若有背忠實義務。欠缺善良管理者之注意。而損害及於主人者。自應負賠償之責。其合夥員之執行合夥業務者。對於他合夥員之義務亦同。本案原判所持法律上之見解。誠有不合。而其爭點。卽在上告人與被告上告人林廷柱對於元勝及勝裕恆兩號之債務。應如何負責是也。上告人在原審主張該兩號既與林姓夥開。自應各半分攤。上告人於清償自己債務後。尙有六千餘吊。應請返還。而被上告人林廷柱不認分擔之責。其抗辯理由。(一)勝裕恆已經折夥。林應找進銀七百五十兩。已交三百兩。下欠四百餘兩。該店經上告人改爲豐裕恆。卽與之無涉。(二)元勝號林有存款。在山海關對賬。有存現銀四千兩。會銀二千兩。(三)元勝號之賣買。因上告人所搗私把(卽賣買空盤)被累。實未預聞其事。(四)已將地約交案幫上告人湊還。破家蕩產。別無他款可指。以上各點。被告上告人所主張之事實。於判斷本案適用法律。皆有絕大之關鍵。究竟是否上告人應獨負清償之責任。或尙應將債務定分配償還之標準。原審既未釋明。實於職權上應行調查之能事。猶有未盡。則本案是實既未臻於明確。本院無從爲法律上之判斷。

據以上論結。本案上告爲有理由。應予撤銷原判。上告人與被告上告人林廷柱間係爭事實。發還直隸高等審判

應迅予更爲審判。特爲判決如右。

●當事人不同一之二案件不能合一判決。

●大理院判決鄭有恆因債務糾葛上告一案（民國三年上字第二百九十四號）

上告人 鄭有恆 代理人 司徒宣 律師 被上告人 董作雲 王樹屏

右開上告人對於中華民國二年七月十一日直隸高等審判廳就該上告人與董作雲等債務涉訟一案所爲第二審判決。聲明上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還直隸高等審判廳迅予更爲審判。

●理由

本院按本案訴訟關係。與上告人與林廷柱合夥爭執之訴訟關係。認爲不能合一判決之件。（當事人不同一）故特分別判決之。

查閱訴訟記錄。上告人夥開之元勝號欠永成順東錢一萬一千九百八十三吊。一百四十文。又欠順東錢三萬四千四百七十二吊零七十文。又夥開之勝裕恆欠永成順東錢四萬七千八百五十三吊二百六十文。除已扣去上告人在永成裕玉成順之存款外。尚欠四萬餘吊。經撫甯縣斷令六成折還。再交二萬四千吊了結。此項債務。被上告人等在原審已經明晰承認。是當事人間對於類數已成不爭之事實。而斷定此項債務應歸何人負擔。並該債務契約之有無瑕疵。則於職權上尚有應行調查之點。(一)元勝及勝裕恆二號上告人與林廷柱間之合夥關係是否始終毫無變更。如果審理明確。林廷柱亦應負責。又是否有力償還。亦應併予審究。以定償還義務最後之歸宿。(二)該二號對於被上告人之債務中有無摺把等情。為無效契約之原因。原審因誤於法律上之見解。於採為判決基礎之重要事實。尚不免有未盡釋明之處。(詳見鄭有恆與林廷柱涉訟之判決)不能不認為有發還更審之原因。

據以上論結。該件上告為有理由。原判應予撤銷。本案發還直隸高等審判廳依法迅予更為審判。特為判決如右。

●關於分界涉訟案件。審判衙門。應以事實測不能含糊測度。

●大理院判決王海山因脚行界址涉訟上告一案(民國三年上字第二百九十五號)

上告人 王海山 右代理人 江天鐸 律師 被告 楊春華 代理人

林樹榛(律師) 李潤蘭 律師

右上告人對於中華民國二年十月十五日直隸高等審判廳。就該上告人與被告上告人因脚行界址涉訟一案。所為第二審判決。聲明上告。被告上告人亦聲明附帶上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。本案發還直隸高等審判廳。迅予更為審判。

●理由

上告意旨。稱利成板廠。坐落北面基址東西長共五十五弓一尺。由該廠大門該計弓口向東佔十九弓。向西佔十六弓一尺。南面永增聚和育源三號。與利成板廠相對。其基址東西長共五十一弓。利成板廠大門與永增軍衣莊大門正對。東西相離三弓一尺。聚和棧大門偏西斜對相離十五弓三尺。育源棧大門與利成板廠大門偏西斜對相離十五弓三尺。育源棧大門與利成板廠大門偏東斜對相離十七弓。利成板廠東邊有陸公館房屋。其實坐在利成板廠院內。不過前面有陸公館房屋遮蔽。後面仍是利成板廠院落基址。是利成板廠東至之界。

與育源東至之界。緊緊相對。判詞謂支應局東半之對面。並飲利成板廠。利成板廠祇對支應局舊址之西面。略半等語。已將利成板廠五十五弓餘之基址截去一半。而實地調查者如是耶。判詞又謂驗得利成在街北其大門遙對街南之聚和永增間云云。並未言明永增偏東僅三弓一尺。聚和偏西乃係十五弓三尺。判詞竟載一間字。即將弓口遠近含混不言。謂非偏袒孰能信之。此不服者一。判詞又謂地方廳原判其意旨。似以利成支應局中間爲所至之分界。以至西脚行並未開有言云云。查利成板廠西脚行承辦十七天。東脚行承辦十三天。歷有年所。楊春華亦供認不諱。永增大門與利成大門東西僅相距三弓餘。是乃緊相對。西脚行既以東西分界。上告人何能捨應得之權利。甘讓與楊春華獨理之理。故每年貨物由東脚行津貼銅子二枚。在事實法理上有的確之證據。蓋既津貼上告人自無可言。乃判詞謂津貼查係空說無憑等語。殊不知據何證據而言。輒思將津貼一節。作爲取銷。爲東脚行佔理地步。此不服者二。縣署公示大王廟脚行之西北至利成板廠支應局。既曰至。卽是至該處爲限之意。由此推求。徵論永增育源等應歸上告人獨辦。卽利成板廠亦應歸上告人獨辦。方合法理。故廳基一喻。實有牢不可破之鐵據。而楊春華自知分辨利成永增貨物爲越界。故將公示至支應局下句之西字。連讀歸上句。希冀朦混。果如何以利成板廠上告人多承辦二日。又何以允增每件津貼銅子二枚。豈不自相矛盾。在楊春華本係愚民。不明文理。因利令智昏。妄改句讀。殊不足怪。乃判詞反附會爲之解釋。殊不知愈解

釋。愈見其左袒之私心。蓋上文既有南至馬號。又曰南至御河。斷無是理。况上文有東南字樣。該西南字樣。實與東南並舉。判詞謂告示不云東至馬號。而云南至馬號。豈未見上文已有東至賈姓柴廠之句。且所謂西南至御河沿。蓋實指刷子廟對過胡同而言。緣該胡同口外。卽是河沿之故。卽如判詞加以迤東二字。猶是在大王廟之西。此理豈不甚明。前此或調查未確。未能持平判理。今有此解釋。直欲以文字句讀間。強詞奪理。其中有無情弊。自難掩明哲人之目。此不服者三。爲此請撤銷原判。以昭公允云。

上告代理人提出追加論旨理由有三。(一)謂縣示既有四至。則權利之界限已定。萬無可以移易。由法院曲解而自由變更者也。查縣示西北至利成板廠支應局一語。被上告人素所主張。雖其前或曾主張西北至支應局西。以後自知其謬。而放棄之。是則西北面一至其利成板廠支應局止。非至利成板廠支應局西向止。絕毋庸疑。且以理論之。亦萬無至利成板廠支應局西之理。何則。西字意義。毫無界限。且連之於支應局之下。尤屬不解。使西字果應連屬上文。則下文已成南至御河沿。豈非與上文南發馬號之語重出。四至之中。決無有兩南至之理。則西字當然連貫於下。爲西南之御河沿。決無疑義。且西南一至。有上文東南一至爲之反證。則示中所謂西南至御河沿。正與上文東南至三太爺廟牌坊之語並舉。基爲明晰。原判謂以地形言無重出可嫌。殊不可解。上既說明西字應聯屬下文。則其上文。當然爲西北至利成板廠支應局。既西北至利成板廠支應局。則利成板廠支

應局爲其西北一至相連之抵界。非將利成板廠支應局包含於其界至之內明矣。利成板廠支應局既不能包含於其界至之內。則自利成板廠支應局起。當然屬於上告人營業之界址。而非被上告人營業之界址。(一)原判謂西北一至。如照上告人之解釋。則永增育源兩號。應盡歸上告人承辦。何以永增育源相繼開設。均歸被上告人楊春華獨辦。上告人並未聞有言云云。不知此係事實問題。不能用爲四至之解釋。蓋上告人自開設西脚行以來。利成板廠起卸貨物。卽由西脚行承辦十七天。東脚行承辦十三天。及後支應局改設永增軍衣莊時。雖由東脚行卸貨。然每件貼回西脚行銅子二枚。足徵西脚行對於支應局改設之永增衣莊。本有營業之權利。不過西脚行以支應局爲兩行營業相連之區。既有貼回。遂未與較。此乃西脚行對於同業之通融辦法。非捨棄其權利也。當縣示未有以前。其權利應屬何人。尙可不與之較。既有縣示。則當以縣示爲準。蓋縣示爲公證書。自當依證據方法爲之解釋。萬不能以現在通融辦理之事實。遂認爲東脚行權利確定事實。更不能因其有此事實。遂可置縣示於不顧。原判附合牽強。實與證據主義。大相違背。至謂廳基一喻。於本案事實。恐不盡然。此則全以推定一詞。抹煞證據。本案係爭界址。以證據而論。當然屬於上告人之營業範圍。(二)查中國向來習慣。凡書券內所開四至。有一定之用例。不容曲解。例如有宅地一段。稱東至甲宅。西至乙宅者。其宅地之東西二至。當然以甲乙兩宅爲分界地點。決非以甲乙兩宅包含於其宅地內也。以此言之。足徵四至之至字。乃分界語。非跨聯語。

此爲一定之解釋。此不特宅地爲然。卽坟田地畝。以及其他有四至可憑者。莫不皆然。至字之義。既如上所述。則本案所謂西北至利成板廠支應局者。當然以利成板廠支應局爲界限。被上告人既不能以利成板廠支應局爲其西北一至之內之地。則自利成板廠支應局起。當然爲上告人營業之地。原判誤解縣示之四至。致生此種錯誤。應卽請求改判。將利成板廠及育源棧永增軍衣莊聚和棉花棧之卸貨權。判歸上告人。以保私權云云。答辯及附帶上告意旨。據稱被上告人有天津縣發給告示爲據。在卷可查。告示指明被上告人等所理之脚行。西北至利成板廠。南至支應局。今原判僅據王海山等一面之詞。捏稱利成板廠伊分辦十餘天。遂令上告人分辦十三天。無憑判斷。實難甘服云云。

代理人追加意旨。據稱天津高等審判廳。於本年十月十五日判決楊春華等與王海山等脚行糾葛一案。其所持之理由。謂天津縣告示。既未將利成板廠十數天返歸於東脚行。則今日之聚合棧。亦只按照利成分辦等語。查此案兩造之爭點。係在利成板廠前天津縣發給東脚行楊春華之告示。指明楊春華等所辦之脚行。西北至利成板廠。當然在楊春華等所辦脚行範圍以內。與西脚行王海山等毫無干涉。王海山等毫無證據。可以證明伊應辦脚行之界址。其所稱十七天十三天之說。全屬子虛。烏足以爲定讞。高等廳不按照告示以爲判斷。乃於告示所指楊春華等應辦之脚行範圍以內。所謂利成板廠與前支應局新改之聚和棧。均斷於王海山等分辦

十三天。核與民事訴訟律第四百十五條官吏於職務上作製之文件。有完全之證據力。律義不符。自係違法。故本律師主張利成聚和向歸東脚行楊春華等獨辦。應仍斷令楊春華等獨辦。以符定章。而免紛擾云云。

本院查本案解決要點在解釋縣判所稱西北至利成板廠支應局者果屬何義。解釋既定。即可以確認權利之歸屬。而欲就此語爲公平之解釋。自不能不審酌當事人自縣判以來之事實。蓋當事人雙方如已就此點爲一定之解釋。或有可爲解釋之標準者。即應本於此項承認。予以正當之解決。該縣判西北至利成板廠支應局一語。如謂係將利成板廠支應局均歸西脚行。即指所至僅至利成支應局之東邊而言。則就支應局地基開設之永增育源兩家。及利成板脚全案。似應全歸西脚行承辦。而何以歷年永增育源向均由被上告人獨辦。利成板廠亦仍與被上告人分辦。如謂該語係將利成板廠支應局均歸東脚行。即指所至指利成支應局之西邊而言。則永增育源兩號而外。利成板廠亦應全歸被上告人承辦。而何以利成板廠則仍與上告人分辦。是當事人間之意思。早已就該語於此二種解釋外。另有公平之解釋。即或不然。亦可認爲已有一定解釋之標準。其標準安在。即當事人於利成板廠至今仍以每月十三與十七日之標準。分辦其事。而於支應局原址。則永增育源向均歸被上告人獨辦是也。由是觀之。當事人之意思。永增育源所占之地位。本劃入東脚行權利範圍以內。而於利成板廠。則係屬分辦。其成板廠對過支應局原址。已劃入東脚行權利範圍者不計外。亦當然應以利成板

廠成例爲標準。不過利成板廠如非與聚和棧地點正對。卽應測量弓尺。由其兩端取直線。倘聚和棧係偏西。與利成板廠相對。而其地點實溢出利成板廠西直線外若干弓尺者。則西脚行應於利成廠標準之外。更依比例法。多承辦日數。倘聚和棧地點雖係偏西。與利成廠相對。而其爭點實在利成廠直線以內。亦應實測其比較在利成板廠全體偏西之弓尺。以西脚行因居西首之故。在利成板廠占有十七天權利之標準爲比例。令西脚行多得權利。蓋如此。庶與當事人間暗默中存在意思之標準相合。而判斷爲得其平矣。乃原審檢證結果。概屬含糊測度之詞。並未從事實測。於利成板廠與支應局聚和棧相對之步位。未能明確斷定。而於判歸東脚行承辦十七天。西脚行承辦十三天之理由。亦覺太無根據。洵不足以資折服。至於上告人主張永增每件貼西脚行銅元二枚一層。如果屬實。則本院所述上開標準。自亦不能不有所影響。應審酌當事人之真意。酌加西脚行之權利。而原判關於此點。僅於理由中。註有查係空說無憑數字。究竟當事人舉證。及原審因職權上必要處置。所爲調查之情形如何。卽關於基礎證據之理由。毫未說及。亦屬理由未備。上告意旨。雖非全然正當。附帶上告意旨。則不能不認爲爲無理由。

據以上論斷。本件上告。非全無理由。合將原判撤銷。發還直隸高等審判廳。迅予更爲審判。至附帶上告。爲無理由。卽予駁回。又本件上告。係原審衙門。顯然未合法認定事實。終應發還更審之件。核與本院現行事法書面審

理條件相合。即以書面審理行之。特爲判決如右。

●審判衙門于調驗證據後。未經公開辯論。亦未宣告終結。而判決者。其判決爲違法。

●大理院判決張王氏因地畝涉訟上告一案（民國三年上字第二百九十六號）

上告人 張王門 被上告人 孫黃氏 代理人 孫大智

右開上告人對於民國二年十二月九日奉天高等審判廳。就該上告人與孫黃氏因地畝涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還奉天審判廳。迅予更爲審判。

●理由

查閱訴訟記錄。本案被上告人於民國二年四月二十九日在第一審。以轉與張化鵬之地未能贖回。竟被投稅。

等情。具狀呈訴。自可認爲與上告人控孫大智等不允增租一案。係屬另件訴訟。不過第一審合併審理。卽第一審原判亦一再聲明。分別判斷。孫大智等未聲明控告。該部分判決。不可謂非確定。而被上告人則已以孫大智爲代理人。另行提起控告。是在控告。審惟上告人與被上告人爲該案之當事人而已。絕無訴之原因變更之間題。可以發生也。上告意旨第四論點。自有未洽。至本案係爭事實。被上告人主張先人孫清端等。於光緒元年將冊地一百四十三日出典於張化鵬。當立騎縫典契各執五紙。原典價連歷年找價共錢六萬餘千。至光緒三十年十一月。向張蔭棠（化鵬子）說允退地六日半。下餘一百三十六日。復找價一萬吊有奇。仍立騎縫典契。各執五紙。彼時追要元年典契批廢。蔭棠託詞押出。及寄存在外。支塘不交。不意至宣統元年三月。並不通知被上告人。遂以無效之陳契過稅等情。並舉出書證。有光緒三十年典與張蔭棠名下新契五紙。人證則有中保並代字人張仲甲郭振卿楊鴻勛等。復經張仲甲等到庭陳述。確有找價搖契之事實。而上告人則主張孫清瑞於光緒元年。將孫世傑等領名冊地一百四十三日。出典於上告人故翁張化鵬名下。立典契五紙。至光緒三年間找價一次。及光緒三十年。孫香閣需錢。曾托出于文奎王尊三張仲甲等。向張家借錢三千吊。孫香閣恐其族人攔阻。向典契上填寫。先行註賬。至宣統元年。上告人故夫張蔭棠煩出崔子雲向孫向閣及被上告人孫黃氏等說允。出市錢一千吊。並將孫姓早年所欠張姓之賬一萬餘吊。一併不要。孫姓始將糧領獻出。張姓遂遵章投稅等情。

亦經崔子雲于文魁願出作證。否認其有另立新契之事實。是兩造之主張。極端趨於反對。而解決本案之最要關鍵。即在光緒三十年找價換契（更新典約）事實之有無。原判於上告人一方所舉之人證。崔子雲于文魁等。不予傳訊取供。亦不爲他項有利證憑之調查。僅憑張仲甲等一面之供述。以爲認定事實之基礎。實於訴訟法則。審判衙門無盡職權上之義務。有所未盡。即就民事訴訟應顧全當事人雙方利益之原則言之。亦有不合。且核閱言辭辯論筆錄。原審於調驗契據後。並未開庭辯論。令當事人盡其攻擊防禦之能事。亦未依法宣告辯論終結。遽於十二月九日。突然宣告判決。致當事人失其攻擊防禦之機會。殊屬重大之違法。是上告意旨第二第三論點。不能不認爲有理由。

據以上論結。本件上告爲有理由。應將原判撤銷。本案發還奉天高等審判廳。迅予依法更爲審判。至本件上告。係原審顯然違反訴訟法則。及未盡職權上應盡能事之件。依本院現行事例。得爲書面審理。故以書面審理行之。特爲判決如右。

●報領荒地應照定章歸先報領之人管業

●大理院判決金德慶因係爭荒地上告一案（民國三年上字第二百九十七號）

大理院判決例 民事六

一四六

上告人 金德慶 被告入 賈振奎 賈振富 賈振海

右開上告人對於中華民國二年七月十九日奉天高等審判廳就上告人與被告入等因領地糾葛一案。所爲第二審判決。聲明上告。本院審理判決如左。

●主文

原判係爭荒地歸被告入等按照管業之部分撤銷。發還奉天高等審判廳迅予更爲審判。

上告人其他部分之上告駁回。

●理由

查原審時係爭荒地。仍歸被告入等按照管業。係以被告入等首先呈報爲唯一之根據。然查閱奉天府統計科原卷。上告人呈報金家林子餘荒。雖始終未經勘丈給領。而呈報確在前清宣統三年七月十一日。被告入等之呈報。其所具互給。係是年十二月十九日。由鄉董轉呈奉天府。則係是月二十二日。大照所墊日期。亦係十二月十九日。是上告人明知呈報在先。如果所報係同一地畝。則按之定章。自應歸上告人承領。原判乃謂被告入等首先呈報。似與此項卷宗顯然抵觸。惟被告入所報領者。祇五十畝零七分。上告人所報則係一百餘畝。是否各報各地。四至是否相同。抑被告入所報實卽上告人所報地中之一部分。原判因前題既誤。遂未

調查及此關於此點之事實，尙未明確。本院自不能遽爲法律上之判斷。至上告人所稱被上告人藉金仲保之領名報領該地，並將典伊之冊地兩繩賴去一節，核閱訴訟記錄，本案涉訟之始，上告人僅稱被上告人私墾伊所報之荒地，並無賴伊冊地之說，亦未謂被上告人有承典伊家冊地兩繩之事。其後雖謂被上告人藉領影射，而並不能舉出何種證據，即原審訊以出典年月，亦不能明確指出。其謂空言爭執，已屬顯然。斷難憑信。惟原判將係爭荒地，與上告人所稱之出典冊地混爲一談，亦屬誤會。

據一上論給。本案上告認爲一部有理。由合將原判係爭荒地，歸被上告人等管業之說分撤銷。發還原高等審判。應迅予更爲審判。再本案上告，係原判一部分理由未備，終應發還更審。而其他部分，則係當事人空言攻擊，其不當終應駁回之件。核與本案現行書面審理之條件相合。故以書面審理，特爲判決如右。

●民事案件應以當事人之意思表示爲判決之基礎

●大理院判決張多文因山荒糾葛上告一案（民國三年上字第二百九十八號）

上告人 張多文 被上告人 葛台有

右上告人對於中華民國二年九月二十二日吉林高等審判廳就該上告人與葛台有因山荒糾葛一案，所爲

第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還吉林高等審判廳迅予更爲審判。

●理由

查本案當事人間。報領之田。各執有前清宣統二年十一月二十一日吉林行省衙門執照爲憑。據二紙執照所開四至。上告人東北隅領田。與被上告人西隅領田。互相侵越。兩造遂以藉照包套等情。在吉林地方審判廳涉訟。第一審以上告人執照號碼。係一千一百零一號。被上告人執照號碼係一千五百四十號。認上告人領照在先。判令應以上告人執照所開四至爲準。第二審於調查執照外。復查得前清光緒二十五年吉林正黃旗檔冊。載有被上告人領墾山荒一段。其所開四至。核與執照所列符合。遂斷定應先照被上告人執照所開四至管業。惟檢閱原審訴訟記錄。被告告人（即上告人）代理人於九月二日供稱。張多文祖遺之田。亦報過旂下有檔冊可查。容找張多文去查等語。九月十一日上告人亦向原審具狀聲稱。此段地於嘉慶年間。已在水師營填註檔冊。因水師營於光緒二十八年被焚。將舊冊焚去。故令各戶補報云云。究竟上告人領照之前。曾否在該營旂署

填註檔冊。及該上告人所稱該冊因火被毀一節。是否屬實。原控告審爲釋明本案事實關係起見。自應以職權調查及之。乃原審並未爲此項必須之處置。又查第一審記錄。證人宋永昌等四人供稱。係爭之田。原係官荒。他們祖遺地與官荒毘連。在該荒各葬有墳。光緒二十八年。張瑪二姓。都在荒務局報領此荒。那時屯鄰都不知道云云。又第一審勘丈委員報告書內。稱兩造間經宋等提議。自張姓墳北小溝上至山頂下至山根劃綫。綫南之地。歸張姓。綫北之地歸葛姓。調停未洽等語。又五月十五日庭訊記錄。審判長問葛台有去年張多文與張玉山涉訟。張多文將本案係爭之田。指爲他地界綫之內。派員勘丈四至時。你亦到場。何以並無異議云云。被上告人卽供稱。求照四個說合人。給我們分的地界等語。姑無論上開供證。與本案認定之基礎事實。是否有直接關係。卽據被上告人在第一審所爲一部承認之意思表示。（卽願遵說合人調停等語）係爭之地。縱經確切證明係被上告人之田。原審亦應本於當事人之請求。以被上告人所爲裁判上一部之承認爲基礎。而爲判決。乃原審於以上各節。亦未審酌及之。尤有不合。

據以上論結。本案上告不能認爲全無理由。合將原判撤銷。發還吉林高等審判廳依法迅予更爲審判。又本件上告。係原判顯然未盡職權上應盡能事。終應發還更審之件。核與本院現行書面審理事例。得爲書面審理。故本判決。卽以書面審理。特爲判決如右。

●繼產如經有擇繼權人特別表示者應從其表示不必盡歸承繼人承受。

●大理院判決姚慧生因繼承財產涉訟上告一案（民國三年上字第二百九十九號）

上告人 姚慧生 被上告人 姚日章

右上告人對於中華民國二年六月二日雲南高等審判廳就該上告人與姚日章因繼承及繼產涉訟一案所為第二審判決聲明上告。經總檢察廳檢察官李杭文陳述意見。本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

上告理由略稱。前清同治十年上告人嗣父姚慶原配尹氏身故後。當同親族議定以上告人承嗣。後嗣父身故。被上告人串同嗣父繼室孔氏。改立渠為嗣孫。央請親族巧立合同。並書嗣父財產兩股均分。時上告人幼稚。尚無查知之能力。竊思被上告人乘人幼稚。立惡意合同。既不能立嗣。即不應享有財產。雖經高等廳判令歸上告

人承嗣。惟於被承繼人財產。則又維持惡意合同均分之言。揆之人情習慣。實有不合云云。

答辯理由。略稱被上告人於光緒辛巳年。當憑族衆承繼嗣祖父慶諱下兼祧爲孫。及孔氏嗣祖妣身故。復經憑親族公立合同分關。並遵例呈報丁憂。上告人謂被上告人央求親族巧立合同。欺其幼稚無查知之能力。查上告人係生於同治辛未年。立約之時年已二十。娶妻生子。且其母與兄當衆畫押。此項合同。實出自雙方合意。被上告人三十餘年。服行嗣孫義務。謹遵合同。未嘗以財產平分。強與上告人爭執。今上告人以高等審判廳許其承嗣。遂欲取得財產全額。實於情理不合云云。

總檢察廳檢察官。對於本案之意見。略稱現行律例無子立嗣。須擇昭穆相當之人。而兼祧兩房。則以可繼之人。係獨子爲第一條件。此案無論姚日章外。尙有可爲姚慶承繼之人。以之兼祧。不合法定條件。且以孫繼祖。亦失昭穆倫序。原判改令昭穆相當之姪姚慧生承繼姚慶。甚屬正當。至遺產均分。既係當事人及兩方親族合意。且早經按股分析。茲卽不容爭議云云。

查現行律例無子者。許令同宗昭穆相當之姪承繼。又例載兼祧條件。(一)可繼之人爲獨子。(二)可繼之人須爲同父同親。(三)兩相情願。(四)取具闔族甘結。本案上告人姚慧生爲姚慶胞姪。核與法定承繼順序相合。而被上告人姚日章。則係長支嫡孫。且屬單傳。雖經兩相情願。一子雙祧。(清光緒十六年十月十二日立有合同)

然以孫承祖。失昭穆倫次。與例顯相抵觸。原審衙門。判令改歸上告人承繼。實屬允當。又查宗祧承繼與遺產承繼。是否分而爲二。現行律例雖無明文規定。然自立嗣後。卻生子。其家產與原立子均分。及義男女婿得酌分給財產等條觀之。則立法之意。宗祧承繼。非必即承繼遺產之全部。亦可想見。故依論理上之解釋。宗祧承繼開始之時。如被承繼人或其他有擇繼權之人。關於遺產無特別意思表示者。自應由其宗祧承繼人。卽爲其遺產全部之承繼。如有特別意思表示者。則仍應從其意思。此本院認爲至當不易之解釋也。本案祧慶所遺財產。由上告人與被上告人於光緒二十二年憑親友族衆將四房遺產。每人各半分清立有分關爲據。其時承繼祧慶之宗祧者。爲被上告人。（據光緒十六年合同及原審認定事實）而承繼祧慶之遺產者。則爲上告人及被上告人二人。是當時闔族公意。已將宗祧承繼與遺產承繼。區爲兩事。上告人所稱被上告人既不能立嗣。卽不應享有財產等語。依照上開說明。實屬不合。况現行律例載明。告爭家財。但係五年之上。並雖未及五年。驗有親族寫立分書已定者。斷令照舊管業。不許重分。是原審關於分受遺產一節。所判亦無不合。上告人所主張。應認爲無理由。

據以上理由。應將上告駁回。至本件上告。係實體法上見解。故依本院現行事例。以書面審理。特爲判決如右。

●守志之婦死亡無後應卽時爲之立嗣其立繼順序卽以死亡時爲

根據

◎大理院判決宋懋祿因嗣續涉訟上告一案(民國三年上字第三百號)

上告人 宋懋祿 被上告人 宋志深

右上告人對於中華民國二年九月十日山東高等審判廳就該上告人與宋志深因嗣續涉訟一案所為第二審判決聲明上告。經總檢察廳檢察官祁耀川陳述意見。本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

關於宋懋祿所為管理嗣產之請求。應由諸城縣更為補充判決。

●理由

上告意旨略謂(一)原審駁照縣判辦理。係據被上告人擇愛之空言。認為有效。實屬不合。(二)為上告人之子。宋志深立繼。上告人當然有選擇之特權。縣長委之於親族人等。被上告人從中把持。並不令上告人出為處置。反捏稱立伊子誠珠為嗣。係與上告人公議。原判亦云調查所立繼單。上告人業經畫押。殊非是實。(三)原判

謂上告人與志淮別居多年。究竟分居之年月日。以何爲標準。又謂誠珠支配嗣產。與本案無關。不知誠珠既爲志淮嗣子。將來敎養純係上告人之責任。自應由上告人管理嗣產。與其本生毫無關係。今被上告人據爲已有。萬一消費無存。答將誰歸。此係本案重要問題。豈能置之度外。應請撤銷原判改判云云。

答辯意旨略謂。(一)誠珠出繼。確係原被親族當堂酌議。按照宗圖應繼之繼。並非本於擇愛理由。况擇愛之說。乃宋秦氏之父秦鍾文當堂所供。謂爲被上告人捏造。殊屬誣枉。(二)上告人自放棄特權。謂被上告人從中把持。有何確據。至立誠珠爲嗣。係原被親族公議於法庭之下。使上告人初不認可。何由結案。既經結案。何復翻悔。况於初次結案之後。上告人又捏控搶掠。該訴狀內有議繼誠珠。爲志淮之嗣。無不順從等語。足爲認可之明證。(三)上告人三子。於前清光緒二十六年三十二年先後分居。並出上告人將養產分給三子。飭令每人每年納租五石有奇。爲養老資。各注分券。縣長當堂飭被上告人暫代嗣子管業。俟其成立。卽行交割。自非妄行干涉者比。應請將該上告駁回云云。

總檢察廳檢察官對於本案之意見。略謂例載無子者。許令同宗昭穆相當之姪承繼。先儘同父周親。次及大功小功總麻等語。詳察例意。立嗣意在相續開始之時。此案宋志淮夫婦先後死亡。其同父周親。志清志瀛。亦均無子。諸城縣判令親族議立昭穆相當之人。遂以志淮從兄志深之子誠珠爲嗣。上告人爲志淮之父。只能行使擇

繼權。究不能於相續開始之時。不爲之立後。誠珠既屬昭穆相當。復經上告人一再具結。自無翻悔之餘地云云。本院查現行律例。對於被立繼人之立繼權。應於何時行使。並無明文規定。則在被承繼人固有絕對之自由。及其死亡。由守志之婦行使立繼權。法文則有須憑族長之語。是雖無時期（如被承繼人死亡時）之限制。要不得由其婦之任意延宕。則無可疑。至守志之婦亦亡。而以被承繼人之直係尊屬或親族會議行使立繼權。則用當然解釋。不許任意延宕。更無可疑。且尤有進者。婦在尙有承夫分之人。婦亡則遺產無所歸屬。於此立繼。應於守志之婦故後。即時爲之。始可杜絕各種弊端。而保全宗祧之不斬。故一切立繼順序。及當否問題。皆意以守志之婦死亡時爲根據。而解決之。此本院認爲至當條理。信其可爲裁判之標準者也。本案原審認定事實。上告人之第三子志淮病故無子。未幾其妻秦氏仰藥以殉。宋秦氏之父秦鍾文。請先立繼。志淮之兄志清志瀛均尙無子。上告人不允。即時爲志淮立繼。以致涉訟。經諸城縣判令親族酌議昭穆相當之人。遂以被上告人之子誠珠爲嗣。書立繼單。原被親族均親畫押。是承繼開始之時。並無同父周親可爲宋志淮繼嗣之人。依法定次序擇立被上告人之子。毫無不合。上告人業於繼單上畫押。並在該縣一再具結。已足爲承認之明證。况上告人於立繼後。因與被上告人爭管嗣產。迭次呈訴。其對於誠珠入嗣一層。確有無不順從之語。斷不容有翻悔之餘地。原審駁照縣判辦理。自屬允當。惟查請求管理嗣產一節。既經上告人在第一審聲明。應即依法判決。乃第二審僅判令

仍遵前斷。同歸於好。其嗣產應歸何人管理。縣判並未言及。不無疎漏。上告人所稱堂諭代管。殊難置信。原判理由中。雖就上告人及其嗣孫之關係立論。亦與維持縣判之主張無涉。關於此項請求。自應由第一審更為補充判決。

據以上理由。應即分別駁回發交。再本件上告純係實體法及訴訟法之見解。故依本院現行事例。以書面審理行之。特為判決如右。

●對於係爭地畝。應將證據先行調查。並傳訊證人。始可證明其事實之真偽。

●大理院判決壽岳因地畝涉訟上告一案（民國三年上字第三百〇一號）

上告人 壽岳 被上告人 德英氏

右上告人對於中華民國二年七月十二日奉天高等審判廳就該上告人與德英氏因地畝涉訟一案。所為第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還奉天高等審判廳迅予更爲審判。

●理由

查原審判詞事實內載。被上告人之翁壽山與上告人及壽嶷等兄弟五人分居各度。有祖遺膏地三十日。經壽山早年出典。被上告人於前清宣統元年。曾向典主找價一次。有上告人等作中。壽嶷在第一審供稱。此地實爲被上告人應分之產等語。是本案係爭地畝。被上告人稱係私產。不特有壽嶷之證言。卽上告人爲找典價作中。亦不啻承認其爲私產。上告狀謂作中之事。出於道德觀念。壽嶷實係僞證云云。固不能遽認爲真實之主張。惟其所稱分單載有祭田冊地。並領種餘地。永歸長門壽山經理一節。核與被上告人在原審所稱壽嶷分單內註明之語相符。究竟永歸經理是否完全取得所有權。抑係僅能經營料理。此項分單是否尙有瑕疵。壽嶷之證言。卽使不足憑信。何以除上告人外。其他兩房亦無人過問。據上告人聲稱析居事在光緒二十三年。爲時並非久遠。親族曾經參與其事者。當不乏人。果經傳訊。則本案真相未始不可藉以證明。乃原審僅以上告人之作中。及壽嶷之證言。遽認係爭地畝爲被上告人所有。殊於職權上應盡之能事。不無欠缺。本院更難爲法律上之判斷。上告論旨。卽不得謂爲毫無理由。

據以上論結。應將原判撤銷。發還原高等審判廳更爲審判。再本件上告係原審認定事不甚明瞭。終應發還更審之件。故依本院現行事例。以書面審理行之。特爲判決如右。

●審判衙門對於當事人提出之證據。雖可衡情取捨。但非調查不能明瞭者。不能任意取捨。

●大理院判決張孫氏因錢債糾葛上告一案（民國三年上字第三百〇二號）

上告人 張孫氏 被上告人 張淑慎

右上告人對於中華民國二年七月四日奉天高等審判廳就上告人與張淑慎因錢債糾葛一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還奉天高等審判廳迅予更爲審判。

●理由

上告人上告論旨。略稱上告人夫張丹墀於光緒二十六年冬季。託開原縣戶承韓世侯代稅房契。韓世侯因拖欠官款。偷將房契押於百忍堂。（卽被上告人堂號）息借市錢八千吊。丹墀並不知情。二十七年春季。丹墀向韓世侯追討。世侯言明前情。並與劉永春說明。由劉永春接辦戶承缺底銀內。扣款代贖房契。嗣由劉永春陸續交過息錢三千吊。丹墀屢向劉永春追契。伊竟一味支吾。至光緒三十一年。劉永春遂與百忍堂至戚明咸（卽銘羨一）私捏丹墀寫立借帖。借到百忍堂張淑慎名下錢八千吊。並以房契作押等語。向上告人追討。訴經原審判決。查原審於本案最關重要之韓世侯。未經傳喚到庭。劉永春亦未傳到。僅憑伊子劉畔池之言。遽予判決。上告人實難甘服等語。被上告人答辯意旨。則稱上告人故夫張丹墀。因虧欠官款。於光緒二十七年託中人劉粘春銘羨一以房契押借被上告人家錢八千吊。月息三分。八個月歸還。劉永春爲承還保人。銘羨一爲中證。立有借據。屆期上告人向劉永春索還。僅由劉永春代還利錢一千餘吊。嗣後屢赴上告人家催索。又由劉永春收到利錢三千餘吊。張丹墀死後。又屢向其子張世良追討。竟一味支吾。宣統三年被上告人始赴開原縣起訴。借券房契。一並呈案。詎因匪亂將券契焚失。現經判決。上告人猶不肯承認。查上告人稱韓世侯偷契抵押等語。全係無根之浮言。若果有此事。當時何不聲明。况上告人與韓世侯係至親。微論並無此事。卽使有之。亦係上告人與韓世侯之關係。不能害及第三人。又况被上告人借與張丹墀之款。有借帖紅契可憑。豈有肯將真券取銷。重立

假券之理。至韓世侯本係案外之人。縱令到案。亦不能代上告人履行債務。劉永春因事遠出。其子到庭證明。亦無不合等語。

查本案係爭債款。究係貸與上告人故夫張丹墀。抑係貸與韓世侯。由韓世侯兌與劉永春。爲兩造爭執之點。被上告人在原審衙門。就此爭執。以借券房契及銘羨一劉畔池之證言。證明爲貸與張丹墀。而上告人則請求傳訊韓世侯。以爲貸予韓世侯。由韓世侯兌與劉永春之證。本院按現行訴訟法例。審判衙門於審理事實。對於當事人提出之證據。固可衡情取捨。但其證據。應認爲最重要之證據。若不予以調查。則其事實終不能明瞭者。自仍不容任意棄置。本案被上告人之債款。係以上告人故夫之房契作押。並以其名義寫立借券。本爲上告人所不爭。而上告人之所爭執者。厥爲該借款非上告人故夫張丹墀所借。乃韓世侯所借。私以上告人故夫之房契爲抵押。後又將債務兌予劉永春。是本案最有關係者。卽爲韓世侯與劉永春二人。查閱訴訟記錄。劉永春並未親自到案。僅傳訊其子劉畔池。而其所供亦不甚明瞭。且依被上告人及劉畔池之陳述。劉吊春不過一中保人。何以十餘年來。代上告人付利至數千吊之多。而事前既未受其委托。事後又未索取欠據。論其情節。不無可疑。原審關於此點。未經詢究。於釋明事實關係。實未盡職權。上應盡能事。又查各級審判廳試辦章程。證人無故不傳。遵票期限到庭者。應仍發傳票勒令到庭。上告人聲請傳訊之韓世侯。雖屢次關傳。迄未到庭。而原審衙門並

未依法更發傳票勒令到庭。遽予捨棄。於法亦有未合。

據上論結。應認上告爲有理由。將原判撤銷。發回原高等審判廳。迅予更爲審判。至本案係原審於認定事實。未盡職權。上應盡能事。終應發回更審之件。故依本院現行事例。以書面審理行之。特爲判決如右。

●認定事實。應將證據適法調查明確。

●大理院判決郭岫巖租款糾葛上告一案（民國三年上字第三百〇三號）

上告人

郭岫巖

被上告人即附帶上告人

郝邨氏

代理人

范鍾麟

律師

右上告人對於中華民國二年十月二十九日奉天高等審判廳就該上告人與郝邨氏因租款糾葛一案。所爲第二審判決。聲明一部上告。被上告人亦聲明一部附帶上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判除確認光緒二十五年以前同慶東租金。已由被上告人故夫郝煥章收領之部分外。撤銷。本案發還奉天高等審判廳。迅予更爲審判。

●理由

大理院判決例 民事六

上告人上告論旨。略稱上告人於光緒二十年前欠被上告人故夫郝煥章錢三千五百吊。以朝陽鎮街市房一所作抵。後因到期未付。經人調處議妥。以該房租金每年錢一千八百吊。歸郝盛記即郝煥章支取。自光緒二十二年六月至光緒二十八年臘月七年期滿。由郝盛記將典契交還。作為本利兩訖。如屆時郝姓無人在寬。有中保玉昌棧代領。此廢契當日三面言明。並立字蓋章作證。詎至二十八年限滿債清。向取典契。而郝已回原籍。致典契仍留被上告人之手。生今日訟端。唯典契雖未收回。而租金確已按期清繳。上告人對於被上告人債務。已經濟結。典契之未能取回。由於事實上障礙。原審何得更謂上告人放棄權利。令上告人賠償被上告人洋五百元云云。

被上告人答辯及附帶上告意旨略稱。上告人確未將七年房租悉數交納。故典契及以外彼此字據。均未交換取銷。依約應令上告人將已交之租金作息。另將本錢悉數返還。方符條理。乃第一第二審不將事實適法認定。即棄却附帶上告人請求。實為未當。試臚列各點如下。(一)郭岫巖所提出之賬簿。係同慶東一本。義升永三本。均係方賬。並非流水。查同慶東於光緒二十六年閉歇。何來二十七八年之賬。義升永於光緒二十九年開業。又何來二十七八年之賬。原審據偽造之賬。謂上告人債務業經清楚。不服。(二)原典契存於玉茗齋有二次契約可證。如上告人確將債務履行清楚。何不向玉茗齋領取。上告人所謂事實上障礙。顯屬子虛。原審不傳玉茗

齋訊問。不服二。(三)錢數交足斷無不收回典契之理。原審所據謂錢數已經交足者。謂同慶東有光緒二十五年之支單耳。夫二十五年之支單。僅可證明二十五年以前者繳納租金之事實。二十五年以後。曾否更納租金。不能強率斷定。不服三。據上三點。應請撤銷原判改判云云。

本院按民事訴訟僅關於公益之事件。當用干涉審理。若純粹財產上之爭執。審判衙門依不告不理主義。判斷權利關係。當悉本於當事人之請求。決不容以職權參雜其間。查本案訴訟係屬上告人與被上告人典契取贖之爭執。被上告人在第一審第二審請求。僅有令上告人照約履行一點。此外津貼問題。既未據被上告人適法主張。是無論其訴訟上受有若何損害。即屬不應審理。乃原審既認被上告人請求為不當。而復令上告人賠償洋五百元。按之訴訟法理。實有未合。上告人關於此點之上告。不得謂為無理由。

又查本案係爭典產。應否由上告人取贖。在上告人以為租金繳納。有租戶賬目記載。又郝煥章已將倚租敵賃據交出。足證欠項已經清償。典契當然作廢。在被上告人則以為典契既不收回。欠項必未清償。賬目字據皆不足恃。兩造皆依證據立言。審理事實之審判衙門。苟於兩造提出之租據外。更無何種方法足以辨別事實之真偽。則衙門。取其。原屬職權內應為之事。本案原審認定事實。除確認光緒二十五年前租金已由郝煥章收取一端。根據被上告人提出同慶東支單以為證明。係屬正確外。其辨明欠項曾否清結。則可疑之點尚多。(一)

管德儒與上告人之函稱。光緒二十六年八月間。同慶東至酌擬可耳等語。該函辭意雖不甚明瞭。然細釋其前後語氣。義升永於二十六年以後之租。並未照數繳納。可以推知。第一審雖經調取義升永方賬。而於其所交租金之數目及從何處過付。均未詳予釋明。自不能據以斷定上告人對於被上告人之債務業已清結。原審亦未調取義升永之方賬。詳予審究。僅以上告人原稱被上告人只交二十三四年之租。而所呈出之支單。又爲二十五年十二月初二日所發出者。遂推定其債務已清。自屬不合。(一)查被上告人夫郝煥章。立給上告人之字據。是典契原存玉茗齋。租金清楚。後玉昌棧可爲上告人代領。若上告人當日果將租金繳納齊全。典契自無不由玉昌棧取出之理。上告人在第一審雖曾稱伊到玉茗齋索當帖。該號屢與郝姓去信。郝姓並未答復。亦不交契云云。然原審並未予以傳詢玉茗齋。藉以釋明事實。以爲裁判之基礎。而遽爲上告人債務已清之斷定。於職權上應盡之能事。亦實有所欠缺。夫所謂審判衙門之自由心證者。原指證據調查後所爲之心證而言。若審判衙門本未爲相當之證據調查。則心證之根據。已失所爲。法律上之判斷。決不能保其無誤。本案兩造既以典契何以不收回。租金會否清訖爲爭。應行調查之點。即在於是。至於兌契入於上告人之手。乃上告人向管錫臣之妻取得。爲第一審所認定之事實。郝煥章收取租金。多託人代爲經理。則上告人由管錫臣之妻取得。自不能遽斷爲係郝煥章因租金清訖而爲交付。乃原審於種種事實。均未詳爲審究。僅據此兌契。遽謂租金業已清

訖。是本案事實。尙未適法認定。本院自不能爲法律上之判斷。附帶上告。不能謂毫無理由。據上論結。應認本案上告及附帶上告均有理由。卽予撤銷。原判一部發還原審衙門。迅予更爲審判。又本案上告。係原審誤用法則及認定事實未能明瞭。終應撤銷發還之件。故本判決。依本院事例。以書面審理行之。特爲判決如右。

●**義子雖無承繼之權。然得視其侍養所後之親及其勞力酌分財產。**

●大理院判決鄭邦傑因繼嗣涉訟上告一案（民國三年上字第三百〇四號）

上告人 鄭邦傑 被上告人 鄭唐氏

右上告人對於中華民國二年六月十八日廣西高等審判書就上告人與鄭唐氏因繼嗣涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。經總檢察廳檢察官汪祖澤陳述意見。本院審理判決如左。

●主文

原判令上告人歸宗及酌給銀二百兩之部分撤銷。上告人毋庸歸其本宗。並得就鄭寅寶遺產全部。領受十分之四。其如何調查分析之處。發還廣西審判廳。迅予更爲審判。上告人其他部分之上告。均予駁回。

●理由

上告意旨據稱原判適用之法律爲前清現行刑律原審衙門審理民事而用已廢之刑律此不服者一。家族主義過重有妨社會之進化爲一般法律家所昌言至於宗法則陳腐尤其。清現行律所謂宗者大宗也宗法之餘波也。民律草案理由所謂我國舊制不能實行故民律草案僅有同宗歸宗字樣而無亂宗用語誠以今之所謂宗香指同姓而言與向之所謂大宗不同大宗既無有何有於亂此種法理非憑空杜撰細釋清律條例卽可以證明清律所謂乞養異姓義子以亂宗族者指大宗而言故標題爲立嫡子違法至條例所定乞養異姓義子歸宗與否能任本人之情願情願歸宗時不許將分得財產攜回本宗易一方面言之設異姓義子非情願歸宗卽仍享有其財產而歸宗與否悉任本人之情願更不待論矣至收養三歲以下迷失小兒例文且有卽從其姓不必歸宗之明文由是而知歸宗之宗姓也亂宗之宗大宗也是知異姓亂宗者指亂其大宗而言非謂姓其姓也如謂姓其姓卽爲亂宗胡以未歸之義子與收養遺棄小兒不科以亂宗之罰乎。原判不明亂宗之義解輒予人以亂宗之罪名違背法律不服之點此其二。承繼爲取得財產之一權原至財產之由他權原取得初與承繼問題無何等之關係。溯上告人自光緒六年入於鄭宗寶之家戮力治產以所有之意思和平公然占有鄭宗寶之不動產動產且以爲自己之意思和平並公然行使其所有權以外之財產權者。邇來三十五年矣永久存續之

狀態孰逾於是此而不能維持其既得權。交易之安全。社會之秩序。尙安能望其確保。此上告人取得鄺寅寶之財產。其權原由於時效者一也。况鄺寅寶立上告人爲嗣子之時。年逾而立。精力日就衰微。而上告人則正在壯年。支持門戶。生產作業。胥上告人是賴。然則今之財產。上告人豈絲毫無分。如平樂所置之舖二間。均係民手所置之產。有契可據。卽此一端。已可想見。是上告人現今之財產。其權原由於共有者又一也。原判謂鄺邦傑是否有承繼鄺寅寶財產之權。應以鄺邦傑是否有承繼鄺寅寶爲嗣之資格爲斷。是祇知承繼爲取得財產之原因。而不知民之財產權原。得自時效與共有。爲法之所必行保護。初與承繼問題無關。祇知其一。不知其二。法律錯誤。莫此爲甚。不服之點。此其三。民律草案規定爲無子而死亡者。立嗣子。若死亡者。有妻由其妻行之。無妻由其直系尊屬或家長或親族會行之。若非由此者。其立嗣行爲爲無效。鄺寅寶死亡無妻。無直系尊屬。無家長。得爲之立嗣者。獨一親屬會耳。原判亦既徵引及此。而改親屬會之會字爲合字。已屬錯誤。至查民律草案親屬會之章程。有招集親屬會之權者。惟一審判廳。有選定親屬會會員之權者。亦惟一審判廳。蓋選定招集等事。一任親屬等之自由。則親屬中有意圖謀私利者。皆集合便於自己之人而會議之。其會議決。無公平之望。而於設立親屬會之目的。亦終不能達本案理由。於此三致意焉。而其他要件。如會員之額數。至少不得在三人以下。至多不得在七人以上。會員一時不能到會。審判衙門須選定臨時會員。以及議決之程序。不服議決之辦法。皆有嚴密

之規定。今原判爲鄺唐氏既招集族長親屬。共同立會。並有立會書據。經衆畫押爲據。其立嗣行爲。自應認爲有效。不知唐氏已非裁判所。焉能生法律上之效力。原判不引用民律草案則已。既引用民律草案之一條。而於別條之互相爲用者。竟致遺漏。並其立法之重要精神。亦忽不加察。適用法律之不當。孰有逾於是者。至謂鄺思齊爲鄺寅寶之小功堂姪。無論宗譜未載。僞托昭然。且其根據引證者。乃爲前清現行律。其適用之法規。亦既錯誤。故其判斷。乃絕無是處。至所謂族長云云。族長已非家長。並無立嗣之權。隔地一緘。亦非到會可比。原判據民法草案之法理。以認定唐氏立鄺思齊爲鄺寅寶嗣子之行爲爲有效。而不知其錯誤已甚。於法理實扞格而不可通。不服之點此其四。所謂獨子。指僅生一子而言。若生二子。以其一出繼。而其未繼之子。旋即死亡。是其出繼之子。爲獨子乎。抑非獨子乎。以常識論。當不待辨而知其非獨子矣。上告人出嗣鄺家。年裁二齡。無知赤子。能知養母乎。能知覬覦資財。爭爲人後乎。理由牴牾莫斯爲甚。上告人入嗣鄺家。生父莫尙歧親立出嗣子字據。交上告人嗣父鄺寅寶收執。縱使要件有不具備。各在上告人之生父。被上告人何涉原判。乃痛詆上告人爲人心風俗之害者。其理由果何所據。不服之點此其五。親族在場。族長認可。立繼書據。即可斷爲有效。未諗根據何項法律。抑且以非法律爲法律。違法判決。不服之點此其六。上告人之財產。上告人所固有也。何用酌給。不服之點此其七。總之本案是民事。非刑事。則當適用民律。而不當適用刑律。爲本案之第一關鍵。而民事判斷。有成法依成法。

無成法依習慣。按條理。上告人之承繼鄺寅寶爲嗣也。既無成文民法可證。若審按廣西之習慣。參攷日本之成規。實不能不認爲有效成立。即繩以民律草案。既未經過法定撤銷之手續。亦無認爲無效之理。若再以條理言之。則是父是子。三十餘年。子又生子。子之子。且又出爲嗣子。親子關係久已確定。一旦翻然改變。不惟生者立錫無地。亦恐死者鬼其餒。而至上告人之所有財產。其權原既基於時效與共有。豈能無端攘奪。以與他人。况唐氏立鄺思齊爲嗣子。其行爲按諸法律。絕對無效。原判乃奪上告人所有之財產。以畀之。情何以甘。祇得依法上告。懇請鈞院改判云云。

答辯意旨據稱。上告人故夫鄺寅寶。原籍廣東。向在廣西陽朔縣經商。娶原配劉氏久不育。即納被上告人爲妾。生二女俱幼待字。先有縣屬伏荔墟莫狗仔拜劉氏爲契母。狗仔見愛於劉氏。因更名鄺邦傑。並爲娶妻。先夫以其異姓。不足以承宗祧。遺言立堂弟志仁之次子爲後。且有致族叔鄺彥芳之函爲據。是以先夫去世時。所有祭產事件。思齊均親視含殮葬。事畢被上告人遵先夫遺囑。即憑族長鄺聖傳暨親族鄺明新鄺錦新同意。立志仁之次子思齊爲嗣。且立囑書。並經同鄉父老蒲同昌等在場畫押爲證。歷年無異。不料莫狗仔貪心不死。希圖產業。竟欲以莠亂苗。以紫亂朱。假稱伊二齡時。已入繼鄺氏爲嗣。所有產業契據。悉被盜罄。將有強霸之勢。經父老勸伊繳契。囑被上告人酌分財產。仍復執迷不悟。迫由縣起訴。並蒙縣將伊押候飭令繳還契據。伊終怙惡不悛。

被上告人往高等廳上訴蒙高等廳以此案爲親子關係訴訟事件。於公益有關。採取職權干涉主義。請檢察蒞庭公開審判。將朔縣原判撤銷。令鄭邦傑歸宗。鄭思齊入繼。鄭寅寶爲嗣。由鄭思齊從遺產中分給銀二百兩與鄭邦傑收領各等語。並列舉關於法律之五點爲判決之根據。乃莫狗仔貪心不死。又復砌詞上告。謹就其不服之七點。逐層辯訴。查上告人呈稱現行律已經廢止。不能適用於民國。本案爲民事。不能適用刑律等語。毫無理由。蓋異姓亂宗。乃爲古今法律所禁。原審衙門。仰明現行律。乃證明鄭寅寶不能違法收養異姓子爲嗣耳。該上告人遂認爲引律錯誤。其利令智昏。莫此爲甚。又謂異姓亂宗。爲亂大宗之宗。非亂其姓。究何所據而云然。其味良貪財。更可概見。蓋異姓亂宗四字。明明係指亂姓而言。乃不許異姓而亂其宗支也。該狗仔謂爲大宗之宗。希圖牽扯。其文理不通。可謂甚矣。又謂承繼爲取得財產之權原。與承繼問題無關。並舉時效經過與支持門戶爲取得財產權。置承繼問題於不顧。其味良貪產。概可想見。蓋先人遺產。應歸承繼人取得。中外皆然。上告人不顧承繼問題。祇圖取得財產。其貪心忘本。更可知矣。至謂時效經過。乃喜劉氏喜悅契子而爲之娶妻。並非立爲嗣也。至支持門戶。更是違心之論。上告人幼齡到鄭家。十餘歲卽染嗜好。嫖賭吃喝。無所不至。不倒閉門戶。亦云幸矣。安望更支持門戶乎。又謂被上告人非裁判所。無招集親屬會之權。其行爲不能生法律上之效力。更屬無理。被上告人違夫遺囑。並根據先夫致鄭彥芳設法立嗣之函。講求族長開親屬會。爲夫立後。並有同鄉在場。理由

極爲正當。上告人竟謂不能生法律效力。豈非顛乎。被上告人遵屬立後。乃家族關係。並無裁判行爲。又安用裁判所乎。又謂獨子出嗣。非人心風俗之害。不知伊如何良心。伊生母現在陽朔縣伏荔墟。無依無靠。猶復貪人財產。不願歸宗。置生母於凍餒。非人心風俗之害而何。至被上告人遵夫屬立後。族長主持親屬會認可。衆同鄉在場立繼書。法理人情。本無不合。上告人稱爲違法。又謂被上告人財產全部。爲其固有。毋庸酌給。試問爲人契子。遂可以佔有人之財產全部乎。上告人種種誣謬。無非爲貪財起見。誠無辯駁之價值。爲將先夫有關立嗣函件五紙。並親屬所立繼書。一扣黏呈察核。懇將全案卷呈送鈞院公判云。

總檢察廳檢察官對於本案之意見。略稱現在民法草案尙未頒行。其前清現行律與民國國體不抵觸各條。自可暫行援用。此案原判。援照立嫡子違法等條處斷。並無不合。該上告人上告意旨。主張各點。均不得認爲有正當理由。應請維持原判。駁回上告云。

本院案。民國民法法典尙未頒布。前清之現行律。除制裁部分及與國體有抵觸者外。當然繼續有效。至前清現行律。雖名爲現行刑律。而除普通刑事部分外。關於特別刑法。民商事及行政法之規定。仍屬不少。自不能以名稱爲刑律之故。卽誤會其已廢。查該律立嫡子違法條載。無子者。許令同宗昭穆相當之姪承繼。先儘同父周親。次及大功小功總麻。如具無方。許擇立遠房及同姓爲嗣。又載如義男女爲所後之親。喜悅者。聽其相爲依倚。不

許繼子。並本生父母用計逼逐。仍酌分財產。又載凡乞養異姓義子。有情願歸宗者。不許將分得財產携回本宗。其收養三歲以下遺棄小兒。仍依律即從其姓。不得以無子遂立爲嗣。仍酌分財產。俱不必勒令歸宗各等語。尋釋律義。是異姓亂宗。本爲厲禁。然對於所養異姓義男。雖不能立以爲嗣。而無論是否三歲以下。即予收養。不得勒令歸宗。不過以自己意思情願歸宗之養子。除法律有禁止專條外。尙有不得携所分財產歸宗之禁令。至酌分財產。凡收養三歲以下遺棄之小兒。固得有領受之權利。其爲所後之親喜悅者。無論所後之親或存或亡。亦得領受之。又分給財產之標準。雖無一定。當然以其侍養所後之親。及盡力於所養之家之實在情形爲標準。當事人間若有爭執。審判衙門要當爲公平之判斷。本案上告人既係莫尙歧之子。自幼養於鄺家。是上告人非鄺姓之子。已無疑義。依上開現行律例之強行規定。上告人主張有承繼之權。在法律上當然無成立之餘地。關於此點之上告意旨。殊多誤解。惟就歸宗言。查照上開現行律例。上告人無論是否三歲以下。即被收養。當然在不應歸宗之列。原判關於此點。亦有未合。又關於分給財產不服一層。原審既認上告人侍養所後之親多年。且盡力於鄺氏家者甚屬勤勞。而僅斷給銀兩二百金。未免不當。自應由本院本於公平之標準。予以改判。惟鄺氏遺產細數不明。關於此點。應認爲有發還更審之原因。

據以上理由。本件上告爲一部有理由。原判令上告人歸宗及分給銀二百兩之部分撤銷。上告人毋庸歸宗。原

高等審判廳。應即以十分之四分給上告人爲標準。就鄭氏遺產更爲詳細分析。迅予判決。至其餘財產。統作爲繼產。由合法承繼人繼受。上告人所持各該契據等件。應即交出。不得措留。至上告人其他部分之上告。均予駁回。又本件上告。係實體法上爭論之件。依本院現行書面審理條件相符。即以書面審理行之。特爲判決如右。

●審判衙門對於證據之取捨應於理由中詳加釋明。

●大理院判決馬蔭堂因地畝糾葛上告一案（民國三年上字第三百〇四號）

上告人 馬蔭堂 被上告人 徐日東

右上告人對於中華民國二年八月五日奉天高等審判廳就上告人與徐日東因地畝糾葛一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還奉天高等審判廳迅予更爲審判。

●理由

大理院判決例 民事六

查事實之認定。應憑證據。而證據之採用。除當事人爲自己之利益。應各就其主張。負舉證之責任外。審判衙門。爲釋明事實關係。於職務上亦負相當之義務。此現行法所明認。而本院判例亦屢屢說明者也。查本案兩造對於係爭地畝。情詞各執。上告人則謂所賣之田係自己升科。按年納租。因負欠官款之累。以此變賣抵款。被上告人不過有承租權。已無永佃權。應令交出。而被上告人則稱承種之田。盡係莊田。上告人之升科地。在莊田之西。與莊田地毘連。被上告人本有永佃權。亦無交出義務等語。是本案係爭之點。第一應解決者。卽係爭地畝是否官田。抑係私田。如爲官田。則出賣已屬不能。自無交地之可言。如爲私田。則當調查者。卽被上告人之永佃權。是否已歸消滅。而現在不過有無期限承租之權。僅能對抗上告人本人（債權性質）一經出賣。對於新買主。卽不能有所主張也。查閱本案訴訟記錄。莊河廳警務長報告丈量呈文內稱。將巴爾虎地段清冊。一一詳解。村長徐德豐始知馬升堂所賣抵款田畝。確係己田。非係官田升科。又稱徐日東以馬升堂冊地出典本屯田德福各情。次日隨約副議長劉同年王振璽率領繩書。會同二委員持冊按照冊載馬升堂冊地。逐段丈量。均屬相符。恐衆疑未釋。又將官地丈量。畝數仍然不差等語。原判乃以奉省清查莊地章程。有地段東西長者。以東爲原額。以西爲浮多之地。及官田占有在先。私田報領在後。故在東首偏高之地。應爲官田之推理。認定上告人升科之地。另在西面。不得移坵換段。冒認科升。究竟奉省清查莊地章程。在何年月施行。而當時報領允准之地。是否證明

確在偏西，第一審檢證報告是否一無可採，原判於此並未詳加釋明。似於職權上應盡能事，不得謂爲已盡。至被上告人對於上告人之地，本有永佃之權（兩造不爭事實），上告人則主張繳還押租後，有收條爲證，已變爲現租。應於上告人出賣地畝，同時銷滅。查現行法例，永佃權本係物權性質，無論業主更換何人，當然永久存在，不受影響。現租則係債權性質，僅對於原業主得以主張。如新業主並未允佃，當然無強求之權。本案被上告人與上告人所有永佃關係，是否當時卽已聲明繳還押租，卽變現租，抑該省確有此種習慣法則，原審關於此項重要之點，亦並未依法調查。殊有未合。至上告人其他之主張，案經發還，自當依法辦理。應毋庸置議。據以上論結，本案上告爲有理由，應卽撤銷原判，發還原高等審判廳，依法迅予更爲審判。至本案上告，係原判未盡職權上應盡能事，致事實關係未臻明確，終應發還更審之件。核與本院現行書面審理事例相符，故卽以書面審理行之，特爲判決如右。

●夫亡守志之婦繼承人有應養贍之義務且不得加以過當之限制

●大理院判決羅許氏等因家產涉訟上告一案（民國三年上字第三百〇六號）

上告人 羅許氏 代理人 許天輔 被上告人 羅有兒

大理院判決例 民事六

一七五

右開上告人對於中華民國三年一月十五日山西高等審判廳就該上告人與羅有兒因家產涉訟一案。所爲第二審判決。聲明上告。本院審理判決如左。

●主文

原判關於強制上告人仍在羅家居住之部分撤銷。上告人如確係守志。應由被上告人按照原判所定費額。及分期辦法。交給養贍費於上告人。

上告人其他之上告。及新請求駁回。

訴訟費用。仍由上告及被上告人平均負擔。

●理由

按上告審以糾正控告審即第二審判決之違背法令爲主旨。如當事人在下級審並未依法起訴。經其審判。而在上告審始主張新原因爲新請求者。即屬不應受理。自可徑予駁回。本案上告意旨。有謂既係被上告人等之繼母。有監督及教育之權。又有管理財產之權。請求將家中財產權悉歸上告人管理等語。查閱訴訟記錄。上告人在下級審。一則謂比不得親生兒子。好歹那能擔承。倘有疏失。氏罪難逃。萬不敢與他們同居。再則謂迫氏無奈。纔起訴請求與他們另度。又云云稱實不能在伊家同度。經理瑣事。恐誤我將來進步云云。則本案訴訟之目

的。在請求分給故夫財產。自擇居處。乃至上告審。忽復主張親權。請求管理財產。無論此項主張。是否合理。上告人在上告審變更訴之原因。主張新事實爲新請求。顯係受人唆使。姑爲嘗試。實屬不應許可。復查凡養贍義務。自事實上有贍養必要時。卽已發生。斷非義務人得而擅加制限。亦不容其有間斷之時。特其養贍之程度。應以養贍義務人之身分財力。及養贍權利人日常生活必要需用以定標準。至養贍方法。自可隨時協定。或請求裁判上之斷定。又養贍義務。至其須養贍之原因消滅時。亦卽終止。此皆至當之條理。而本院條例亦已採行者也。本案第一審判令被上告人出銀八百兩。作爲十二年養贍。限二十日交案。固有不合。而原審則因被上告人提起控告。另予改判。每年給上告人銀一百兩。分二期交付。並限令須在被上告人家居處。按照上開條理。原判所定養贍額。及分期辦法。尙屬允協。惟強令上告人須在羅家居住。一則似不免使養贍權利人受養贍義務人過當之限制。於法究有未洽。該上告人如係始終守志。並自願在被上告人家居住。固屬甚善。卽或一時寄居母家。而真不能守志不渝。則被上告人之養贍義務。並不能因而受何等之影響。反是上告人如一旦不能守志。則其養贍原因。卽已終止。被上告人復何有養贍義務之可言。上告人對於原判。既屬全部不服。則關於此點。原判自屬無可維持。至謂上告人另有衣物。爲被上告人所竊去。已經原審合法調查。認爲無此事實。自應毋庸置議。據以上論結。本件上告非全無理。由合將原判強制上告人居住被上告人家之部分撤銷。依法改判。上告人其

他之上告。及請求駁回訴訟費用。依現行法例。應由上告人及被上告人平均負擔。至本件上告。係關於訴訟法。則及實體法則見解之件。核與本院現行書面審理之條件相符。故用書面審理。又上告意旨。雖涉及行使親權。係顯然不合法之新請求。依法不能受理。自無庸總檢察廳檢察官陳述意見。特爲判決如右。

●支付費用數額雖無契約提出亦得就其昔日所收付之額推定之

●大理院判決趙榮因車租糾葛上告一案（民國三年上字第三百〇七號）

上告人 趙 榮 被上告人 周 鼎

右開上告人。對於中華民國二年二月十九日。廣東高等審判廳該就上告人與被上告人因車租糾葛一案。所爲第二審判決。聲明上告。本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

查本案上告人承領元興公司車輛。應否交納按櫃息銀。及巡攔工食。自應以上告人於承領之時。曾否承認爲

斷核閱榮合交銀簿。上告人於每日每輛交車租等銀三毫五仙以外。又每日每輛另交銀一毫。適合按櫃息銀及巡攔工食。各五仙之數。繼續交納者。既經三月。決非偶然之事。則其始早經承認。已絕無可疑。即在第一審時。上告人已迭次供認。自承車日起。至起訴日止。願補回巡攔費。起訴以後。每輛每日照納四毫。(民國元年十一月二十五日及十二月七日供詞)更已顯然。爲裁判上之承認。則其後尙有何翻異之餘地。况第一審既令將按櫃息銀及起訴以前之巡攔工食減半交納。而第二審於民國二年二月十九日判決。僅將上告人所欠車租計至一月三十一日爲止。二月以後均未列入。雖非合法。而體郵實屬周至。被上告人既無附帶上告。自應毋庸置議。乃上告人猶復空言爭執。殊有未合。

據以上論結。本案上告認爲無理由。應即駁回。仍照原判辦理。再本案係以空言攻擊。原審認定事實之不當。終應駁回之件。核與本院現行書面審理之條件相符。故以書面審理。特爲判決如右。

●對於當事人之主張顯然無須更爲傳證調查者得逕行判決。

●大理院判決郭同發因貸款糾葛上告一案(民國三年上字第三百〇八號)

上告人 郭同發 被上告人 劉祥盛

大理院判決例 民事六

右上告人對於中華民國二年五月二十一日湖北高等審判廳就該上告人與劉祥盛因貨款糾葛一案。所爲第二審判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

本案上告駁回。

●理由

據上告意旨。稱上告人於革命後。將所開綢緞店收歇。議定將存貨歸店夥王明記頂盤。訂定盤價銀六千五百六十四兩。忽有妻弟劉祥盛挽出陳炳春作保。再三央求。願照原盤價訂盤。上告人念與被上告人誼屬至戚。故從其請。當即將貨交清。並立賬簿二本。各執一本。不料事隔數月。分文未交。經上告人迭次催促。被上告人始遣其夥計嚴俊三以核算賬目爲名。將上告人所執賬簿借去。數月始行給還。以後照賬冊核算貨款。祇得銀三千餘兩。上告人不知被矇。亦卽出立全收字據。交被上告人。迨後被上告人夥計朱春廷告知上告人。言被上告人於借到上告人賬簿後。扯去五頁。上告人始恍然知悟。所以少算之故。遂啓爭訟。原高等廳僅依據被上告人一面證人之證言。而於上告人請求傳喚之證人。悉擯不予傳實。屬偏袒等語。本院查原判以被上告人一份賬簿。既係完全無缺。且在上告人不應於驗收賬本後。歷時許久。始知有撕賬情事。而在當事人間。已起爭執之後。又

經調停人胡源茂等核算賬目。由上告人出立完全收字據事。至上告人主張賬冊被扯之後。復由該當事人投商會請求評斷。(商事公斷)經該會評定撕改賬目。實與被上告人無涉。此項事實。曾於民國二年五月十四日錄取調停人胡源茂等及商會議員鄭鴻鈞等之證言。遂認定係爭賬據。實出於上告人自改自撕。至上告人所稱原審不予傳訊證人一節。按照現行訴訟規例。當事人請求傳喚證人。其有顯然不能得預期之結果。或於釋明事實關係已顯然無必要及與所證明之事實確係毫無關係者。審判衙門自可駁回其聲請。據本案記錄。上告人在第一審於二月十四日狀稱。商促劉還債。持賬赴劉店核算。祇有銀三千餘。莫知其所以然。比經秘密查詢得悉被撕。旋投界鄰胡源茂等理論。均不肯公言等語。又於三月五日狀稱。民持賬至伊家。因一時猝難算清。深信伊夥嚴俊三可恃。故囑嚴過細復算。迨晚復赴伊家。問以復算如何。據答計算五千餘兩。民以薈數不錯。故未翻驗賬冊。坐談之下。携賬而歸等語。該上告人於五月十四日在原高等廳供稱。正月間向他要錢。他說賬沒有算。就叫朱春庭嚴俊三等三人把我賬誑去。至二月初纔來還。他只算了四千多點銀子。我就問我的先生說算的不錯。又請別人算。也說不錯等語。綜核上告人數次之供陳。情節支離。殊滋疑竇。原審復參照上開證言。認為所得心證。已足解決當事人間係爭之事實。故對於上告人之主張。顯然無更為傳證調查之必要。在本案情節所見。尚非不當。上告意旨。未免誤會。

據以上論斷。本案上告。應認爲無理由。即予駁回。又本案上告。係關於訴訟法上見解。及以空言攻擊原判認定事實不當之件。核與本院現行書面審理事例相符。故本判決即以書面審理。特爲判決如右。

●以地產入夥者。除有證據足以表明所有權歸於合夥者外。其所有權。應仍屬於原業主。

●大理院判決鄭玉田因賣產糾葛上告一案（民國三年上字第三百〇九號）

上告人 鄭玉田 代理人 趙世賢 律師 被告上告人 周秉銓

右上告人對於中華民國二年七月二十九日。吉林高等審判廳就上告人與周秉銓因賣房糾葛涉訟一案。所爲第二審覆審之判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

主文

本案上告駁回。

●理由

上被意旨及追加理由書略稱：（一）周運貴以房屋出兌公櫃。係屬入股。與普通賣買手續不同。商人以房屋入

股。原係常有之事。一經入股。載明賬冊。將契照引渡之後。該入股房屋。即爲商鋪之所有物。如普通債務。必須立有契券。商鋪債務。僅止恃有賬冊。此其明證。周運貴以房屋入股萬金。賬既經登寫。不待小批註載。已足證明爲公櫃之所有物。(二)地基執照。被上告人在光緒三十年。呈伯都納副都統時。有小的祖父以房屋傢俱作股八厘。因將官照存放在櫃。又云杜承順在櫃經理。遂暗與鄭起祥勾串於光緒十五年間。偷赴官中換照。幸被小的胞兄廷翰知覺。赴官中呈明。蒙將偷換之照繳銷。小的祖父之名請照發給等語。此被上告人所自呈。當然爲確實之事。其入股房屋地基執照。既經引渡於公櫃。則此不動產之所有權。因之移轉於公櫃可知。至周秉銓現在所持以爲證之房屋契照。原係於光緒十五年經官中發給。並非公櫃收執之原契照。焉能有證據之力。(三)被上告人前於光緒十三年以後。陸續將股提出淨盡。立有退股字樣。當日以房作股。在被上告人之意。以爲係屬出典。僅予公櫃以質權。然退股時。應即退還房屋。自不能後先歧異。何以被上告人退股時。於房屋一層並無一言。(四)換照係屬民間普通賣買。周運貴之房屋。乃係以房作股行爲。既有對內對外之不同。復有普通特別慣例之差異。且係爭物。既以地基契照萬金賬證明爲公櫃之所有物。則不換執照。僅將違背章程受相當之處罰。萬不能以未換照。而謂此物權引渡之行爲爲失效力云云。

答辯意旨略稱。賣買產業以契照爲憑。以中人過付爲證。上告人既無接買之契照。又無見證之中人。僅恃鴻賬

內小批與流水賬目。此項鴻賬。向上告人一方面存放。伊得以任意填注。又查上告人之父鄭起祥。當被上告人之兄周秉鈞起訴後。自知非理。央求息訟。允將民之房股。每賬期仍按光緒十三年抽房加租錢七百吊。原議交納。有賬可查。又上告人所稱前清道光二十四年同合福合夥萬金賬內載明。被上告人祖父周運貴名下。原係以房屋傢俱作股八厘。房股與錢股不同。如可當錢股。則前清道光二十四年。同合福公櫃合夥之初。何不即以房屋傢俱六十四宗作價八百吊。直寫錢股八厘。豈不直捷了當。何必在前清道光二十九年賬期獲利分金倍股之時。始有此旁註小批。其私捏謀產。顯而易見云云。本院按本案係爭房屋。上告人則謂已於前清道光二十九年出兌於同合福公櫃。有萬金賬之旁批小註為證。被上告人則謂房屋傢具等雖作股八百吊。合開同福福木號。而房屋並未出兌。不過存放於公櫃。自己持有地基執照為憑。兩造情詞各執。房屋之所有權。究應屬於被上告人。抑或屬於同合福木號。當以道光二十九以前被上告人之祖周運貴曾否將房屋出兌於公櫃為先決問題。查上告人所稱房屋已經出兌於公櫃之證據。除萬金賬旁批小註及流水賬簿外。別無確實證明方法。惟上告人在本院主張商事慣例。以房屋作股入賬。即為所有權移轉之說。然該地方究竟有無此項商事慣例。習慣法仍不可不先證明其事實之存在。而上告人此項主張。在下級事實審實衙門。並未得合法之證明。即自民商事條理言之。凡以地產入夥者。如表明係以所有權歸諸合夥。則其所有權自應歸屬於合夥。即為合夥

員公同之產業。反是如僅以使用收益之權。屬於合夥者。則其所有權。當然仍屬之原業主。要視其合夥當時及其後意思表示之如何。以為斷。此項意思表示。如不明顯。致生爭執。則亦惟證憑是賴。而決非可為架空之推定也。本案被上告人先人入夥。當時是否已將所爭房屋歸合夥所有。既已爭執成訟。則欲合法認定事實。自不得不根據過去之經歷。及他種較確之證據。查（一）被上告人之祖於道光二十四年與上告人之祖。及劉李二姓同開同合福木號。以房屋作八百吊為一股時。並未聲明。將房歸合夥公有。至道光二十九年賬期。該號獲利已有一千二百吊有零（被上告人之祖名下）其時雖增至二千吊為一股。被上告人之祖。以原有之房屋股八百吊。加獲利之一千二百吊。適如所增二千吊之股數。如謂被上告人之祖於道光二十九年將房兌歸合夥公有。則其合夥初年。即未兌出可知。（合夥當時僅以使用收益之權歸之合夥。即此可見。）然至道光二十九年。何以臨時有出兌該房屋之必要。既無確切證明事理。即屬可疑。（二）原卷光緒二十八年四月。上告人在伯都納廳呈稱小的祖父鄭福興。於咸豐年間。在新城南門設立同和福木局生理。租周姓房屋。劉祥李姓二家。周姓亦將房價值價八百五十吊入股等語。核之原審訴訟筆錄。則稱公櫃買周運貴房傢具。不止萬金賬有旁小批小註。道光二十九年流水賬上。三月二十三日。有入周運貴本錢八百吊。出買房屋傢具八百吊。可證等語。姑無論前後所稱作價。已不一致。豈有入股時房屋作股八百五十吊。而獲利之後。反作八百吊出兌之理。（三）前清宣

統元年新城府呈復原高等廳文內稱。道光二十四年。該號合資原立紅賬與傢具賬內。周運貴名下有旁註有小字一行。係添寫道光二十九年賬期。周運貴將房屋傢具兌歸公櫃字樣。添寫之處。均未蓋印本號圖記。且無周運貴立給兌契執據。原領此房基地官照。仍係周運貴姓名。迄今在周秉銓手內存執。又查光緒十三年。該號賬內收周運貴錢七百吊。未指何項。訊據周秉銓指稱。即係應得房租錢文。公櫃未付。故收伊賬復經飭令新城公議會紳商集議。切實調查稟復相符等語。是被上告人出兌於公櫃。並無出兌契據。上告人主張毋庸出兌契據之商習慣。亦未合法證實。其萬金賬旁批小註出兌字樣。無論能否發生賣買行為之效力。而旁批小註。亦未蓋印圖記。且在光緒十三年被上告人退股之時。所收周運貴錢七百吊。又未注明原由。而與被上告人所稱應得房租之數。適相符合。則上告人主張之非是。益有可見。(四)上告人在原審衙門先稱周姓房屋。於道光二十九年。乘東倍股時賣給櫃上。忽又稱緣於光緒十三年間。因周姓長支乘東公議將周姓房子歸公櫃管業。下周姓股本七厘等語。(宣統三年八月二十九日供)亦屬可異。綜合以上數點而觀。則上告人所主張之事實。難以憑信。自可斷言。原判認定上告人對於道南房院。不能有所有權。於法並無不合。至上告人所稱被上告人於光緒三十年呈已有自白一層。查被上告人三十年四月呈內稱。小的祖父以房屋傢具作股八厘。因將官照存放在櫃。至二十九年賬期獲利倍股。前後兩次倍成三千吊。亦作股一分。皆有紅賬可查。迨小的祖父去世。伊等欺

小的伯父兄弟幼弱。竟將在櫃存放之官照。私添兌與公櫃字樣。詐稱爲官中所批紅賬。亦旁批小字。希圖謀賴。小的伯父等知伊陰謀。欲將房屋抽出。退清生理。伊等託言生意尙作。推延不交。甘願於每賬外。加添房租錢七百吊。及小的伯父等去世。生理關閉。四家雖同立退約。因外債未還。劉俊留伊親杜永順在櫃經理。遂暗與鄭起祥勾串。於光緒十五年間。偷赴官中換照。幸被小的胞兄廷翰知覺。赴官中呈明。蒙將偷換之照繳銷。仍以小的祖父之名注照發給等語。是被上告人所稱僅能表明入夥之初。即將官照存放號中。究竟是何意思。或賣或否。仍不能顯然。然則據以上說明理由。認定被上告人祖並未將房屋出兌。自屬毫無抵觸。上告人又稱吉林定例。典房地。逾三十年不准贖取。被上告人縱稱房產。係典非賣。已經六十餘年。當然爲上告人取得一節。查所稱吉林定例。並無此項定章。若謂有此習慣法。則上告人在下級審理事實衙門。從未主張。經其調查。顯係空言爭執。並不能認爲合法。碍難採用。惟上告人贖回房屋用款及修理等一切用費。既經原判判令兩造另行算結。自可毋庸置議。

據以上論結。本案上告爲無理由。應予駁回。又本案上告係以空言攻。擊原判認定事實之不當。核與本院現行書面審理事例相符。故即以書面審理行之。特爲判決如右。

●義子如與其先祖爲同姓族人則承繼自應有效。

●大理院判決樊學智因嗣續涉訟上告一案(民國三年上字三百十一號)

上告人 樊學智 被上告人 樊張氏 樊蘭修

右上告人對於中華民國二年十月九日山東高等審判廳就該上告人與樊張氏等因嗣續涉訟一案所為第二審判決聲明上告。經總檢察廳檢察官李杭文陳述意見。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本案發還山東高等審判廳。迅予更為審判。

●理由

上告意旨略謂不服原判之點有四(一)誤認樊張氏之供詞。即以張蘭修為其嗣孫。強令異姓亂宗。置律例於不顧。(二)不認樊氏宗譜之證物。不信族長樊隨玉之證人。並不許上告人以理辯論。剝奪各種權利。(三)不證明樊張氏之字據是否偽造。庄長侯應祥之人證。可否充當。是非攪混不明。(四)准張蘭修承繼。未舉出正當理由。應請撤銷原判。改判云云。

答辯意旨略謂先人樊清子。即係范姓。為樊姓義子。以蘭修承繼。名為義子。實係族人。原審據侯應祥等之證言。

樊庄向無往來。蘭修實能孝養。判承繼爲有效。並無不合。應請將該上告駁回云云。

總檢察廳檢察官對於本案之意見。查現行律例。無子立嗣。須以同宗同姓爲限。若異姓義子。雖許相依分產。不得承繼宗祧。此案范允中既係樊學禮之異姓義子。其子蘭修。不能爲樊學禮之嗣孫。亦猶之樊允中不能爲樊學禮之嗣子。荷澤縣判令不准承繼。另由樊族擇立昭穆相當之人爲樊張氏嗣子。並以蘭修爲樊張氏所喜悅。聽其相爲依倚。仍准分給財產。甚屬允當。原判改以蘭修承繼樊張氏爲有效。殊屬違法。應請撤銷。更維持第一審判決之效力。

本院查例載義男女婿。爲所後之親喜悅者。聽其相爲依倚。又收養三歲以下遺棄之小兒。依律卽從其姓。但不得以無子遂立爲嗣。仍酌分給財產。不必勒令歸宗各等語。是在現行法上。非同宗同姓。不得承繼宗祧。其異姓義子。僅得於一定條件下。從所後之親之姓。相依分產。定例綦明。毫無假借。本案據原審認定事實。被上告人樊張氏之夫樊學禮無子。認延津縣范允中爲義子。允中故後。遺子蘭修。侍奉樊張氏。甚得歡心。立爲嗣孫。上告人欲改立樊莊族人爲伊兄樊學禮後。樊張氏不允。夫使樊學禮先世。本與樊庄樊姓同族。自應擇立該族之人。又使樊學禮之先人樊清于。雖如樊張氏所稱。係樊姓義子。而其本宗。並非范姓。則亦無立蘭修爲嗣孫之理。原審據其所認定之事實。而判蘭修承繼爲有效。誠有如總檢察廳檢察官之意見。其判決爲違法。故蘭修生長於樊

學禮家。卽從其姓。雖不必如第一審判令其於樊張氏故後。帶其原給之地歸宗。而亦必另由樊族擇立昭穆相當之人繼嗣。乃合法意。惟查第一審記錄。樊張氏於民國元年十一月呈稱伊支高祖樊清子。係南樊庄之義子。逃至玉皇廟居住。苦力耕種。治有產業。迄今百餘年。並無來往。又於二年四月呈稱。樊允中雖係樊門義子。實與高祖同姓各等語。是名爲義子。實與族人之說。樊張氏在第一審業經主張。如果屬實。則蘭修承繼。自應有效。乃第一審並未質訊明確。原高等審判廳亦不根究。所呈驗字據四紙之真僞。徒以調查疏漏之故。遂謂此種事實。第一審既未主張。當然不能憑信。按之訴訟法則。不無違背。故玉皇廟庄樊姓與南樊庄樊姓之關係。以及樊學禮先世之是否范姓。苟不先爲解決。實難爲法律上之判斷。本案原判雖屬違法。而本院要不能遽予改判。據以上論結。應將原判撤銷。發還原高等審判廳更爲審判。再本件上告係原審未能合法認定事實。終應發還更審之件。故依本院現行事例。以書面審理行之。特爲判決如右。

