

最高法院

民事判例匯刊

鄧衛編輯  
周定枚校

上海法學書局出版

第八期



# 最高法院民事判例匯刊目次 第八期

(一) 訴訟當事人之適格.....	一
(二) 第二審之舉證.....	三
(三) 提起反訴之限制.....	五
(四) 假執行與假扣押之異點.....	八
(五) 已廢判決之拘束力.....	一〇
(六) 當事人未聲明事項之判決.....	一二
(七) 判例與習慣適用之先後.....	一四
(八) 法官之迴避.....	一六
(九) 得獨立上訴之中間判決.....	一七
(一〇) 再審條件之適用.....	一九
(一一) 債務之抵銷.....	二〇
(一二) 賠償損害之責任.....	二三

- (一三) 契約用語之認定……………二五
- (一四) 債權之主體及代理權之對抗……………三〇
- (一五) 先買權之效力……………三六
- (一六) 鋪底權之適用……………三八
- (一七) 妾之脫離家長……………四一
- (一八) 家長之令妾脫離……………四三
- (一九) 解除婚約之損害……………四五
- (二〇) 離婚事實及筆錄之效力……………四七
- (二一) 依舊法之立嗣……………四九
- (二二) 立嗣之確認……………五三
- (二三) 商標近似之解釋……………五五
- (二四) 新證據之限制……………五七
- (二五) 上訴名稱之誤用……………五七
- (二六) 立證責任及新事證之主張……………六一

(二七)	事實真偽之如何斷定及登記之效力	六三
(二八)	本人到場之解釋	六六
(二九)	附帶上訴及組織不合法	六八
(三〇)	訴訟救助之聲請	七一
(三一)	證函之效力	七二
(三二)	救助之限制	七四
(三三)	新法前已確定之裁判	七五
(三四)	第一審訴訟行爲之效力	七七
(三五)	中止程序之職權	七九
(三六)	假處分之准許	八〇
(三七)	契約之效力	八二
(三八)	檢索抗辯之拋棄	八四
(三九)	訴訟外和解之成立	八六
(四〇)	土地所有權之行使及第一審之勸諭	八九

- (四一) 移轉不動產之要件……………九二
- (四二) 守志婦之擇繼權……………九六
- (四三) 扶養之無效……………九九
- (四四) 代訂婚約之無效……………一〇一
- (四五) 繼承權之拋棄……………一〇三
- (四六) 對於他人立繼之告爭……………一〇五
- (四七) 立嗣之要件……………一〇七
- (四八) 立嗣之不容干涉……………一〇九
- (四九) 票據追索權之行使……………一一一
- (五〇) 舉證之責任……………一一四

## 要旨分類一覽第八期

### 關於民法總則

(三七) 契約之效力——(一) 當事人以違背法令禁止之規定為標的之契約當然無效其因此所生之權利義務即屬不能存在販賣鴉片煙既為現行法令所厲禁則關於此種契約上之債權債務關係自亦不能認其成立(二) 私人契約之文字除就文理考究外尚應由法院調查立約當時之情形互相參較始能獲得立約人之真意而予以正當之解釋(二十一年七月四日民事上字第一三〇九號)……………八一

### 關於民法債編

(一一) 債務之抵銷——二人互負債務其給付種類相同得互相抵銷以均屆清償期者為限(二十一年五月十九日民事上字第一一四六號)……………二〇  
(一二) 賠償損害之責任——因故意或過失侵害他人之權利而不法者加害人對於因侵害所生之損害始應負賠償之責(二十一年五月十九日民



事上字第一一八七號).....二三

(一三) 契約用語之認定——約載文字習慣上可認為普通用語者係因該文字與事實相反且與當事人真意不符在立約當時即有視為具文不令生效之意此種情形既為意思與表示應當一致之例外易使契約本旨趨於混淆故法院於契約文字究係普通用語抑係真意表示發生爭執時應綜核全部事實是否適於習慣為合理之解釋(二十一年六月八日民事上字第一

〇七四號).....二五

(十四) 債務之主體及代理權之對抗——(一) 債權乃特定人對於特定人之權利故關於借款之契約無論其用途如何而債權債務之主體仍應以該契約所載之特定人為準據(二) 公司董事之代表權及公司經理之經理權若加以限制除有法定之情形外固不得對抗善意第三人然所謂代表權經理權者乃就其公司之一切事務為該公司之董事或經理依法而有代表或經理之權者而言若其所代表或經理之事務非公司之一切事務即屬無權代表或經理即不問第三人是否善意非經公司之特別委任或追認自

- 不能對於公司發生效力（三）法院獨立行使其審判權絕不受任何機關任何言論之干涉（二十一年六月三十日民事上字第一四八六號）……三〇
- （三八）檢索抗辯之拋棄——債權人未就主債務人之財產爲強制執行保證人固得拒絕清償惟保證人若拋棄此權利即不得對於債權人爲此主張（二十一年八月二十五日民事上字第一七六三號）……八四
- （三九）訴訟外和解之成立——和解本不以訂立書據爲必要而契約之成立亦並不以當面協商爲限苟由調處人兩方接洽而雙方意思已歸一致自應認爲和解成立（二十一年九月十日民事上字第一八〇七號）……八六

### 關於民法物權

- （四〇）土地所有權之行使及第一審之勘驗——（一）土地所有人行使其權利固應注意防免鄰地之損害惟土地所有人雖行使其權利而隣地之損害若仍可避免則除鄰地所有人爲圖一己之利益或便宜曾與土地所有人設定制限其權利行使之權利外自不得以恐有損害爲藉口而妄加干涉（二）第一審勘驗之事項若足以爲訟爭關係之闡明第二審法院即無再

- 行勘驗之必要（二十一年八月十八日民事上字第一七二六號）……………八九
- （四一）移轉不動產之要件——不動產之移轉以訂立書據爲要件（二十一年七月四日民事上字第一三〇八號）……………九二

### 關於民法物權編施行法

- （一五）先買權之效力——不動產之承租人基於習慣而生之先買權民法物權編本無規定若其發生在民法物權編施行以前依該施行法第一條之規定雖得依當時法例辦理然按之當時法例其得認先買權之習慣爲有效者以租期較長或無期者爲限先買權人又必須有願照時價留買之意思表示若未經表示或希圖措價卽不得於原業主與第三人買賣成交之後再以先買權告爭（二十一年六月十三日民事上字第一一四三號）……………三六
- （一六）鋪底權之適用——民法物權編雖無鋪底權之規定但事實發生在民法物權編施行以前依該編施行法第一條之規定應依當時法例辦理按當時法例係認鋪底權爲物權之一種於所有權與其他物權歸屬於一人時其他物權因混同而消滅在民法施行前亦爲條理之所認如房屋所有權與

鋪底權同歸一人所有則鋪底權即因混同而消滅（二十一年六月三十日  
民事上字第一二七五號）……………三八

### 關於民法親屬

- （一七）妾之脫離家長——家長令妾脫離關係須有正當理由與妾之對於  
家長得自由離異者不同（二十一年六月六日民事上字第一〇九七號）四一
- （一八）家長之令妾脫離——爲人妾者不願爲妾時准其自由離異係基於  
男女平等原則俾向處不平等地位之女子得脫離其繼續爲妾之拘束至若  
家長欲與其妾脫離關係則仍須有正當理由方能准許（二十一年六月六  
日民事上字第一〇九八號）……………四三
- （一九）解除婚約之損害——女子出嫁原不必購置粧奩惟女子一方因已  
訂婚而購置粧奩他方若違反婚約致將婚約解除則其購置粧奩所受實際  
上之損害究不得謂非因他方與之訂婚所受之損害（二十一年六月三十  
日民事上字第一四三九號）……………四五
- （四三）扶養之程度——扶養之程度應按負扶養義務者之經濟能力及身

分定之苟非負扶養義務者有負擔家庭生活費用之資力而故意不肯給付要不得謂爲遺棄（二十一年八月十七日民事上字第一六二七號）……九九

（四四）代訂婚約之無效——婚約應由男女當事人自行訂定爲民法所明定此種規定依民法親屬編施行法第四條卽民法施行前所訂之婚約亦適用之是依舊習慣凡男女未成年時由其父母或伯叔代爲訂立之婚約除子女成年後予以追認外自不能對於子女發生效力（二十一年九月十日民事上字第一八〇二號）……一〇一

### 關於民法親屬編施行法

（二〇）離婚事實及筆錄之效力——（一）民法親屬編施行前所發生之事實而依民法親屬編之規定得爲離婚者依民法親屬編施行法第七條之規定得請求離婚（二）法院依法製成之筆錄爲公文書之一種非有確據證明其記載爲不足憑信不容竟言指爲錯誤（二十一年六月三十日民事上字第一四四零號）……四七

（四三）守志婦之擇繼權——宗祧繼承雖爲民法繼承編所不採惟繼承開

始在民法繼承編施行以前除民法繼承編施行法有特別規定外不適用繼承編之規定應依其當時之法例辦理按當時法例夫亡無子除夫生前業已自行擇繼外立繼之權在於守志之婦夫之直系尊親屬苟爲其夫立嗣未經守志婦表示情願者不生效力（二十一年七月十一日民事上字第一五二九號）……………九六

### 關於民法繼承編施行法

- (二一) 依舊法之立嗣——(一) 繼承開始在民法繼承編施行以前依當時之法律而有其他繼承人者依民法繼承編施行法第一條第八條規定不適用民法繼承編之規定(二) 民法繼承編施行前之法律無子立嗣惟被繼承人及守志之婦俱已亡故時親族會始有權代爲議立若被繼承人雖已亡故而尙有守志之婦存在則擇繼之權屬於守志之婦斷非族人所得擅爲議立(二十一年六月二日民事上字第一二三四號)……………四九
- (二三) 立嗣之確認——(一) 在繼承編施行前繼承雖未開始苟已立有嗣子女如對其繼嗣關係而有訟爭者無論其在繼承編施行前抑在施行後

法院自應依其當時法例爲之確認俾於繼承開始時得依繼承編所定婚生子女之繼承順序及應繼分而爲繼承（二）無子立嗣其擇立賢能及所親愛者若於昭穆倫序不失依當時法例不許宗族以次序告爭（二十一年六月二十七日民事上字第一四三四號）……………五三

（四五）繼承權之拋棄——繼承開始在民法繼承編施行以前除民法繼承編施行法有特別規定外不適用民法繼承編之規定應依其當時法例辦理按當時法例自己或其直系卑屬有承繼權而業經拋棄者不得再行告爭（二十一年七月四日民事上字第一四九〇號）……………一〇三

（四六）對於他人立繼之告爭——宗祧繼承雖爲民法繼承編所不採惟繼承開始在民法繼承編施行以前除民法繼承編施行法有特別規定外不適用繼承編之規定應依其當時之法例辦理按當時法例自己或其直系卑屬并無繼承權之人對於他人立繼之當否不能告爭（二十一年七月七日民事上字第一四九五號）……………一〇五

（四七）立嗣之要件——宗祧繼承雖爲民法所不採惟繼承開始在民法繼

承編施行以前依該編施行法第一條規定應適用當時之法例辦理按當時法例立嗣以昭穆相當而現尙生存之人爲要件（二十一年八月十一日民事上字第一二〇七號）……………一〇七

（四八）立嗣之不容干涉——宗祧繼承爲民法繼承編所不採但繼承開始在該編施行以前依該編施行法第一條規定應適用當時之法例辦理按當時法例守志之婦有爲夫行使擇繼之權非族人所得干涉（二十一年八月八日民事上字第一六九九號）……………一〇九

### 關於票據法

（四九）票據追索權之行使——依票據法之規定匯票到期不獲付款時執票人對於背書人固得行使其追索權然其票據背面如未蓋有轉讓之商號圖記足認爲由該號之以背書轉讓卽難憑空對於該號行使追索權（二十一年七月七日民事上字第一四〇九號）……………一一一

### 關於商標法

（二三）商標近似之解釋——商標註冊取得專用權之後本有禁止他人再

行使用相同或近似商標於同一商品之權所謂近似係指具有普通知識經驗之商品購買人於購買時施以普通所用之注意猶不免有混同誤認之虞者而言縱令將商標並置一處細爲比對實有差別而異時異地分別觀察在倉卒之間難於辨識仍不得謂非近似（二十一年六月八日民事上字第一〇七三號）……………三五

### 關於民事訴訟法

- （一）訴訟當事人之適格——訴權之存在以當事人適格爲要件所謂當事人適格者即指特定事件之當事人就其訴訟標的有實行訴訟之權能者而言故在受訴訟者并有爲訴訟之責任即有法律上之必要始爲適格（二十一年五月十二日民事上字第一〇〇三號）……………一
- （二）第二審之舉證——證據之憑信力審理事實之法院有衡情認定之權至當事人在控告審提出新證據本爲法所許可故控告法院認當事人在控告審提出之新證據爲可採不得指爲違法（二十一年五月九日民事上字第八四〇號）……………一三

(三) 提起反訴之限制——反訴之提起應由被告對於原告爲之不能因與原告代理人有私權之爭遽爾提起反訴(二十一年五月十八日民事上字第九五〇號)……………五

(四) 假執行與假扣押之異點——假執行之宣示與保全程序之假扣押不同假扣押之執行祇須就假扣押之標的實施扣押而假執行之執行則應依照宣示假執行之裁判主旨強制債務人遵判履行非債務人提供擔保所可免其義務(二十一年六月十五日民事抗字第四九九號)……………八

(五) 已廢判決之拘束力——民事訴訟係採直接審理主義故推事必與於爲判決基礎之辯論者始得與於判決若非與於爲判決基礎辯論之推事而與於判決經上訴審廢棄該判決發回更爲審判則該法院自應本其更新辯論之結果而爲判決不受已廢棄判決之拘束(二十一年五月十六日民事上字第一〇二四號)……………一〇

(六) 當事人未聲明事項之判決——法院不得就當事人未聲明之事項爲判決爲訴訟法上之定則(二十一年六月四日民事上字第一〇三二號)一二

(七) 判例與習慣適用之先後——判例之內容須屬於解釋法規者始能優先於習慣而適用否則僅爲一種條理其適用順序在習慣之後(二十一年五月三十日民事上字第一〇一三號)……………一四

(八) 法官之迴避——(一) 審判官於當事人之一造或其親屬有親交或嫌怨或就訴訟目的有利害關係者當事人得聲請迴避(二) 縣知事應迴避之民事案件高等法院得依聲請移轉於距離最近之法院(二十一年五月十九日民事抗字第五〇七號)……………一六

(九) 得獨立上訴之中間判決——對於中間判決獨立提起第二審上訴者以視作終局判決之中間判決爲限至關於管轄爭議之中間判決民事訴訟條例並未視作中間判決許其獨立提起第二審上訴當事人如有不服祇能於終局判決後提起第二審上訴時併受第二審法院之審判(二十一年五月九日民事上字第八四三號)……………一七

(一〇) 再審條件之適用——民訴條例第五六八條第十二款所謂當事人發見未經斟酌之證據係指當事人於前訴訟程序之第二審言詞辯論終結

- 前未經提出之證據而言(二十一年五月二十六日民事上字第九八五號)一九
- (二四)新證據之限制——發見在裁判上可受利益之新證據固得爲請求再審之原因惟其證物若在前訴訟程序事實審之言詞辯論終結前尙未存在者不得據以爲再審之原因(二十一年五月二十三日民事抗字第五一四號)……………五七
- (二五)上訴名稱之誤用——對於法院所爲之決定聲明不服者應以抗告程序爲之若對於決定聲明不服而狀內竟稱爲上訴者因法律上名稱本有一定自可毋庸問其是否誤認仍應以抗告論(二十一年六月二日民事抗字第五二五號)……………五九
- (二六)立證責任及新事證之主張——(一)當事人主張事實應負立證責任(二)上告審中爲新事實新證據之主張爲法所不許(二十一年五月十九日民事上字第一一四七號)……………六一
- (二七)事實真僞之如何斷定及登記之效力——(一)事實之真僞法院應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果或已明瞭之他事實斷定之(二)

在施行不動產登記條例之區域內依該條例第三條所定應行登記之事項業經登記固得對抗第三人惟所謂應行登記之事項必須實有此事實而為登記始能發生登記之效力（二十一年五月十九日民事上字第一一四八號）……………六

（二八）本人到場之解釋——民事訴訟原許委任代理人代為訴訟行為法院認為必要時雖有命當事人本人到場之職權然不命本人到場而為裁判不能即謂其裁判為違背法律又法院命當事人本人到場與否屬於訴訟指揮之事項不得獨立聲明不服（二十一年六月三十日民事抗字第五三六號）……………六六

（二九）附帶上訴及組織不合法——（一）附帶上訴乃對於上訴人所上訴之判決聲明不服之方法（二）判決法院之組織不合法係指無推事資格之人參與辯論或裁判又參與辯論或裁判之推事不足法定員數或未參與言詞辯論之推事參與裁判而言（二十一年六月三十日民事上字第一二七九號）……………六七

(三〇) 訴訟救助之聲請——聲請訴訟救助應釋明請求救助之事由(二十一年六月九日民事聲字第四三一號)……………七一

(三一) 證函之效力——審理事實之法院採用證言應以直接訊問爲原則若證人避不到場僅以呈詞函件代當庭之陳述依法不得採爲認定事實之根據(二十一年六月一日民事上字第一〇〇九號)……………七二

(三二) 救助之限制——聲請救助係以無資力支出訴訟費用而其訴訟尙有勝訴之望者爲限又聲請救助之事由應釋明之(二十一年六月二十九日民事聲字第四六號)……………七四

(三三) 新法前已確定之裁判——當事人對於抗告法院之裁定以違背法令爲理由提起再抗告在民事訴訟法施行前抗告法院認抗告爲無理由而予駁回之決定或裁決已經送達者因依當時適用之民事訴訟法規關於此項規定應解釋爲不得再抗告即應認該決定或裁決爲已經確定斷無因以後施行之民事訴訟法規不同而仍許再抗告之理(二十一年七月十三日民事抗字第六二一號)……………七五

- (三四) 第一審訴訟行爲之效力——在第一審所爲之訴訟行爲除別有規定外於第二審亦有效力(二十一年七月七日民事上字第一四八八號)七七
- (三五) 中止程序之職權——民事訴訟中若有犯罪嫌疑牽涉其裁判者在刑事訴訟終結前法院固得命將訴訟程序中止惟應命中止與否本屬法院之職權非當然中止法院自可斟酌情形定之(二十一年八月四日民事上字第七八七號)……………七九
- (三六) 假處分之准許——假處分除因爭執物之現狀變更日後不能爲強制執行或恐難執行或應在外國執行者外關於爭執之法律關係爲避重大損害起見有定暫時狀態之必要者亦准爲之(二十一年八月二十五日民事抗字第八二九號)……………八〇
- (五〇) 舉證之責任——當事人主張有利於己之事實應負舉證之責如不能舉證或其所舉證據並不能證明其所主張事實之存在即應將其請求予以駁回(二十一年八月八日民事上字第一六九八號)……………一一四

# 最高法院民事判例匯刊 第八期

(一) 訴訟當事人之適格 二十一年五月十二日民事  
上字第一〇〇三號

## 要 旨

訴權之存在。以當事人適格爲要件。所謂當事人適格者。卽指特定事件之當事人。就其訴訟標的。有實行訴訟之權能者而言。故在受訴訟者。并有爲訴訟之責任。卽有法律上之必要。始爲適格。

上告人陳細佛住閩侯洋頭口

林三妹住閩侯洋中亭

楊天本住閩侯洋中亭

被上告人陳福利住閩侯洋中亭福利板行

右兩造爲確認所有權並回復原狀涉訟一案。上告人等不服福建高等法院民國二十年四月二十三日第二審判決。提起上告。本院判決如左。

主文

原判決廢棄

被上告人之控告駁回

控告審及上告審訴訟費用由被上告人擔負

理由

按訴權之存在以當事人適格爲要件所謂當事人適格者卽指特定事件之當事人就其訴訟標的有實行訴訟之權能者而言故在受訴訟者並有爲訴訟之責任卽有法律上之必要始爲適格本件被上告人在第一審起訴係主張自己所有之池地東至上告人陳細佛所有之鄒林地墜爲界現該東至爲被上告人侵害建築公路訴求確認築路之地爲上告人所有并令上告人回復該地之原狀上告人等則以現在水利局填築之路係屬公路由鄉衆呈請派工修理並無侵害被上告人之地界等情爲抗辯本院接抗告人等此種抗辯無非辯明該路之修築係鄉衆呈請行政官署所爲伊等不負何種責任之意旨未嘗爭執築路之地爲上告人等所有第一審判決認該路係建設廳據林振熠之呈請批飭水利局修築與上告人等無何等關係被上告人所稱上告人等勾串修築該路等情純係空言上告人等並無侵權行爲不負回復原

狀之義務其認定事實之論據原審既未能指摘其爲不當則無論築路之地是否被上告人所有被上告人亦惟有對於呈請修路及與有關係之人另案提起確認所有權之訴在法律上始有實益即於法律上始有必要上告人等自無受訴之責原審乃謂上告人等對於此項訴訟當然有受訴之責任遽將第一審判決廢棄發回更審其法律上之見解不無錯誤上告論旨非無理由

據上論結本件上告爲有理由依修正民事訴訟律第五百八十一條第五百八十三條第一款第一百十四條判決如主文

(二)第二審之舉證<sup>二十一年五月九日民事</sup>  
上字第八四〇號

要 旨

證據之憑信力。審理事實之法院。有衡情認定之權。至當事人在控告審提出之新證據。本爲法所許可。故控告法院認當事人在控告審提出之新證據爲可採。不得指爲違法。

上告人黃 幹住廣州市河南岐興北五十八號

馮 球住廣州市河南歧興北五十八號

訴訟代理人姚鵬飛律師

被告上告人俊德號

訴訟代理人何常五住廣州市長壽東街三十號

右兩造因貨款涉訟一案上告人不服廣東高等法院民國二十年二月十四日第一  
審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

按證據之憑信力審理事實之法院有衡情認定之權至當事人在控告審提出新證據本爲民事訴訟律第五百四十四條之所許故控告法院認當事人在控告審提出之新證據爲可採不得卽指爲違法本件原審據證人鄧相舟杜少棠之證言認定上告人爲合隆號執行業務之合夥員自屬事實審應有之職權上告人徒以被上告人

在控告審始舉以爲證指摘原審之探證爲違法顯非有理况查閱原卷被上告人在第一審卽已供稱由經紀鄧伯舟做中介紹黃幹等買貨等語尤不容上告人就此任意指摘至上告人所援用之商業牌照無論未據提出且事實上恆有合夥之商店祇由合夥員中一人出名領取牌照者自不足爲上告人非合隆號合夥員之證上告人所呈黃沛安函件是否真正既未據證明卽無何等證據力之可言上告人所舉證人梁國麥卿臣均稱不知合隆號股東爲何人原審認其證言爲不可採亦不得謂爲違法又上告人謂黃沛安經手向俊德號賒取煤炭原有黃沛安簽收簿記爲憑今上告人將簿埋沒匿不交驗云云查閱被上告人所呈交貨簿祇有合隆號蓋章並未經黃沛安簽收若謂另有簽收簿記則未據上告人依民事訴訟律第四百二十三條之規定於言詞辯論時聲請原院命被上告人提出今於上告審始行主張自非適法上告人聲明廢棄原判決不能認爲有理由

據上論給應依民事訴訟律第五百八十條第一項第一百二十四條第一項判決如主文

### (三) 提起反訴之限制

二十一年五月十八日民事  
上字第九五〇號

要 反訴之提起。應由被告對於原告爲之。不能因與原告代理人有私  
旨 權之爭。遽爾提起反訴。

上告人洪有常住巴縣蔡家場

被上告人洪儀生

右法定代理人洪叔燦住巴縣蔡家場

右兩造因欠款涉訟一案上告人不服四川高等法院第一分院中華民國二十年五月二十七日第二審判決提起上告被上告人亦提起附帶上告本院判決如左

主文

上告及附帶上告均駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

本件係由被上告人代理人以四房公共堂名洪儀生經理人之資格對於上告人提起訴訟主張上告人負欠洪儀生款項未還請求清償而上告人則謂除欠洪儀生款

項有款可以抵銷外尚有存怡生合銀三百兩鄧姓退堆店銀一百兩冉姓會銀一百兩陳伯樞會銀一千兩又該上告人之母存銀二百兩均由被上告人代理人取去保存應行追償據以提起反訴茲經原審判決認定上告人負欠被上告人銀七百六十九兩四錢四分有被上告人應還上告人二百一十七兩零一分可以扣抵應由上告人償還被上告人五百五十二兩四錢三分上告人其餘上訴及被上告人上訴均駁斥上告人對於駁斥其餘上訴卽維持第一審判決駁斥上告人反訴之部分提起上告到院本院查反訴之提起應由被告對於原告爲之不能因與原告代理人有私權之爭遽爾提起反訴本件原告爲洪儀生其經理人洪叔粲不過處於代理人之地位上告人與洪儀生之賬目既經於民國十八年九月十九日憑親族清算應由上告人償還被上告人五百餘兩爲上告人所不爭其就反訴所主張之債權有銀一千七百兩由洪叔粲取去保存不在十八年清算之列縱使屬實亦係上告人與洪叔粲之關係與被上告人無干乃就被上告人所提起之本訴對於被上告人代理人提起反訴自不能認爲合法原判維持第一審判決予以駁斥其裁判主旨殊無不合本件上告自非有理至被上告人之附帶上告主張上告人對於憑親族清算之款延不償還應

即重行清算上告人不應再享受因清算讓免債務之利益等情查清算賬目讓免債務係由四房同意簽字雖上告人就其應還之款延不清償在被上告人於同意簽字時既未附有條件即不足動搖讓免之效力原一二審駁斥被上告人此項之訴自屬允當附帶上告亦不能認為有理由

據上論結應依修正民事訴訟律第五百八十條第一項第一百二十四條第一項判決如主文

(四)假執行與假扣押之異點

二十一年六月十五日民事  
抗字第四九九號

要	旨
假執行之宣示與保全程序之假扣押不同。假扣押之執行。祇須就假扣押之標的實施扣押。而假執行之執行。則應依照宣示假執行之裁判主旨。強制債務人遵判履行。非債務人提供擔保所可免其義務。	

再抗告人漆張純欽年二十四歲住巴縣余家巷

右再抗告人因與漆張氏執行事件對於中華民國二十年八月二十八日四川高等

法院第一分院裁決提起再抗告本院裁定如左

主文

原裁決廢棄發回四川高等法院第一分院更爲裁判

理由

按假執行之宣示與保全程序之假扣押不同假扣押之執行祇須就假扣押之標的實施扣押而假執行之執行則應依照宣示假執行之裁判主旨強制債務人遵判履行非債務人提供擔保所可免其義務至原裁決所引用之民事訴訟條例第四百六十四條第二項關於法院得依債務人之聲請宣示准債務人預供擔保或將請求之標的提存而免假執行之規定係指法院爲假執行之判決時得依債務人之聲請同時准免假執行之宣示並非謂對於未爲此種宣示之假執行判決亦可因提供擔保而免其執行本件再抗告人與漆張氏因債務涉訟既經巴縣地方法院判令漆張氏退還再抗告人七百元應行假執行並未爲債務人提供擔保准免假執行之宣示該院院長本於再抗告人之聲請批示候飭執行處諭令該被告等呈繳現金可也等語自無不合乃原裁決引用上開法條以爲漆張氏既已提供遠東藥房七百元之憑票

即毋庸繳納現金殊屬誤解本件再抗告自應認爲有理由  
據上論結本件再抗告爲有理由依民事訴訟法第四百五十九條第二項裁定如主  
文

(五)已廢 決之拘束力 二十一年五月十六日民  
事上字第一〇二號

要 旨

民事訴訟係採直接審理主義。故推事必與於爲判決基礎之辯論者。始得與於判決。若非與於爲判決基礎辯論之推事。而與於判決。經上訴審廢棄該判決發回更爲審判。則該法院自應本其更新辯論之結果而爲判決。不受已廢棄判決之拘束。

上告人邵鳳賓住啓東縣匯龍鎮北

邵希文係邵惠根之受繼訴訟人住啓東縣匯龍鎮北

被告入施沈氏住啓東縣匯龍鎮

右兩造爲請求撤佃付租及補地涉訟一案上告人等不服江蘇高等法院民國十八年十月八日第二審更審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人等擔負

理由

按民事訴訟係採直接審理主義故推事必與於爲判決基礎之辯論者始得與於判決若非與於爲判決基礎辯論之推事而與於判決經上訴審廢棄該判決發回更爲審判則該法院自應本其更新辯論之結果而爲判決不受已廢棄判決之拘束查本件上告人與被上告人因請求撤佃付租及補地涉訟原法院於十七年四月七日所爲之第二審判決因有未經參與判決基礎辯論之推事參與判決本院前次判決予以廢棄發回原法院更爲審判依上說明原法院自應依其更審辯論之結果另爲判決上告人乃以原審於更正違背之訴訟程序外並爲返還沙地及駁斥上告人等訴請補地之判決等情指爲違背修正民事訴訟律第五百八十二條之規定殊屬誤會又查上告人呈出光緒三十年之寫例摺既載明攬種之地爲壹萬步正則所攬佃者當然僅祇此數雖該摺附注有每千步二十三元五角字樣而其所收之洋則爲四百

元原審認此四百元並非純然爲地價有上告人提出比較地價之陳步釐寫例摺載明每千步英洋二十元外加領界脚把耕生分漿水經攬等每千步五元七角足資參證自不容上告人等空言否認上告論旨均無可採

據上論結本件上告爲無理由依修正民事訴訟第五百八十條第一項第一百二十四條第一項判決如主文

(六)當事人未聲明事項之判決

二十一年六月四日民事  
上字第一〇三二號

要旨

法院不得就當事人未聲明之事項爲判決。爲訴訟法上之定則。

上訴人蒙景明年二十一歲住義甯縣楊梅村

被上訴人廖弟弟年二十二歲住義甯縣祥田村

右當事人間請求返還妝奩及賠償損害事件上訴人對於中華民國二十年十月十五日廣西高等法院第一分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

## 上訴駁回

### 第二審訴訟費用由上訴人負擔

#### 理由

查本件當事人間請求離異事件經第一審判決離異後兩造並無不服茲爭執之點所應解決者即原判廢棄第一審判決關於令被上訴人給付上訴人小洋一百二十元及令兩造分擔訟費之部分改判被上訴人現存妝奩准其攜去第一二審訴訟費用由上訴人負擔上訴人聲明不服能否認爲有理是已檢閱全卷本案係由被上訴人起訴請求離異而上訴人祇以不願離異爲抗辯並未就因離異所生之損害請求賠償提起反訴按法院不得就當事人未聲明之事項爲判決爲訴訟法上之定則第一審判決於爲離異之判斷而外竟就未聲明之事項判令被上訴人賠償上訴人小洋一百二十元本非合法原判依據被上訴人之上訴予以廢棄自屬允當雖其裁判理由並非本於上述之見解但其裁判主旨既無違誤應仍予以維持至妝奩部分查離婚後之妝奩應聽離婚之婦攜去裁判上久有成例訴訟費用應由敗訴人負擔民訴法上更有明文規定原判准由被上訴人攜回妝奩並依民訴法判令敗訴之上訴

人負擔訟費均無不合本件上訴自不能認為有理由

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

(七)判例與習慣適用之先後

二十一年五月十日民事  
上字第一〇一三號

<p><b>要旨</b> 判例之內容須屬於解釋法規者始能優先於習慣而適用否則僅為一種條理其適用順序在習慣之後</p>
--

上訴人聞鴻源年五十六歲住杭州市西河坊巷永裕錢莊

被上訴人項墨莊年二十八歲住新登西門外恆裕錢莊

右當事人間請求結付債款事件上訴人對於中華民國二十年五月十五日浙江高等法院第二審判決提起上訴被上訴人亦提起附帶上訴本院判決如左

主文

原判決關於上訴人之部分廢棄發回浙江高等法院更為審判

附帶上訴駁回

## 理由

本件怡濟錢莊所欠被上訴人恆裕錢莊債款原判認上訴人應負按股分償責任係以本院判例（合夥員之退夥必使合夥債權人可信其有退夥之行爲始對於退夥後之合夥後債務不負分擔責任）而上訴人之退夥並未舉行必與方式如登報或其他通告之類自不足以對抗被上訴人等理由爲其論斷根據但按判例之內容須屬於解釋法規者始能優先於習慣而適用否則僅爲一種條理（即法理）其適用順序應在習慣之後上開判例其內容並非解釋法規至爲明瞭而上訴人主張該地退夥習慣一經退夥屬實不問退夥前後所生之債務在退夥人均不負償還之責並無須登報通告等手續商人遵行已久有商會錢業公會可查等情業據其訴訟代理人在原法院迭次陳述乃原法院就上訴人主張之習慣並未調查其是否屬實率援本院屬於條理性質之判例論斷自屬難昭折服上訴人聲明廢棄關於上訴人部分之原判決不得謂無理由至被上訴人附帶上訴係攻擊原判（一）不應推翻連合分擔責任（二）不應脫漏遲延利息查原判所稱負按股分償責任本即連合分擔責任而第一審判決關於遲延利息部分原判並未予以廢棄尤不生脫漏問題附帶

上訴論旨均係誤會

據上論結本件上訴有理由附帶上訴無理由依民事訴訟法第四百四十四條第一項第四百四十五條第一項第四百四十八條第四百一十五條判決如主文

(八)法官之迴避

二十一年五月十九日民事  
抗字第五〇七號

要	旨
(一) 審判官於當事人之一造或其親屬有親交或嫌怨。或就訴訟目的有利害關係者。當事人得聲請迴避。(二) 縣知事應迴避之民事案件。高等法院得依聲請移轉於距離最近之法院。	

抗告人梁子元住威縣遠東大街

右抗告人與曾炳興等因求償債務涉訟聲請移轉管轄事件不服四川高等法院民國二十年九月十日裁決提起抗告本院決定如左

主文

原裁決廢棄發回四川高等更為裁判

理由

按審判官於當事人之一造或其親屬有親交或嫌怨或就訴訟目的有害關係者當事人得聲請迴避又按縣知事應迴避之民事案件依暫准援用之縣知事審理訴訟暫行章程第六條之規定高等法院得依聲請移轉於於距離最近之法院查本件抗告人向原審聲請移轉管轄係以（一）該縣之承審員曾匿名同其對造當事人曾炳興之弟兄貿易河炭（二）監算員李化三抄給該抗告人之呈稿與該抗告人向鈔錄處鈔閱之呈文兩歧經其指告該縣長與承審員均置若罔聞（三）該縣承審員傅弼五退庭後即與收發秦昌弼同到其對造當事人曾炳興之族弟曾榮陞家吃酒吃烟等情謂有偏頗之虞爲其聲請之理由查閱原卷原審就此均未注意及之且據該縣長據曾炳興一造呈請暫免提卷未予調取原卷查核即將抗告人之聲請予以駁斥殊難以昭折服抗告論旨非無理由

據上論結本件抗告爲有理由應依修正民事訴訟律六百條決定如主文

（九）得獨立上訴之中間判決

二十一年五月九日民事  
上字第八四三號

要

對於中間判決得獨立提起第二審上訴者以視作終局判決之中間判決爲限。至關於管轄爭議之中間判決。民事訴訟條例並未視

**旨** 作中間判決許其獨立提起第二審上訴。當事人如有不服。祇能於終局判決後。提起第二審上訴時。併受第二審法院之審判。

上告人別臻裕住巴縣陝西街

被告上告人段香浦住江北沙坪鎮

右兩造因債務涉訟一案。上告人不服四川高等法院第一分院中華民國二十年十一月二十六日第二審判決。提起上告。本院判決如左。

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

按對於中間判決得獨立提起第二審上訴者。以視作終局判決之中間判決爲限。至於關於管轄爭議之中間判決。該省沿用之民事訴訟條例並未視作中間判決計其獨立提起第二審上訴。當事人如有不服。依同條例第四百九十六條。祇能於終局判決後。提起第二審上訴時。併受第二審法院之審判。本件上告人就第一審關於管轄爭

議之中間判決提起上訴顯非合法原審認爲無理由予以駁斥雖有未洽而其結果並無不合應予維持

據上論結本件上告爲無理由應依修正民事訴訟律第五百八十一條第一項第一、二百二十四條第一項判決如主文

(十)再審條件之適用

二十一年五月二十六日民事  
上字第九八五號

要 旨
民訴條例第五六八條第十二款所謂當事人發見未經斟酌之證據。係指當事人於前訴訟程序之第二審言詞辯論終結前。未經提出之證據而言。

上訴人李國慶年齡未詳住天津北營門外萬新斗店

被上訴人全善堂

訴訟代理人張鶴廷年四十六歲住天津慈惠寺北十四號

石當事人間請求解除合夥契約并清算賬目償還租金再審事件上訴人對於中華民國二十年八月三十一日河北高等法院判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人擔負

理由

按該省當時沿用之民事訴訟條例第五百六十八條第十二款所謂當事人發見未經斟酌之證據係指當事人於前訴訟程序之第二審言詞辯論終結前未經提出之證據而言本件上訴人提起再審之訴雖以發見民國二十年三月二十一日天津市財政局布告爲理由然查該布告係成立於前第二審言詞辯論終結之後無論其能否受較有利益之裁判要不得謂爲發見未經斟酌之證據原法院認該再審之訴爲不合法予以駁斥委無不當上訴論旨非有理由

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

十一

債務之抵銷

二十一年五月十九日民事  
上字第一一四六號

要 二人互負債務。其給付種類相同。得互相抵銷。以均屆清償期者爲  
旨 限。

上告人興康錢莊設甯波宮後

被上告人姜根發住甯波姜山後姜

姜永發

姜永潮住甯波五鄉襍

姜永源

右兩造因求償欠款涉訟一案。上告人不服浙江高等法院民國二十年六月十八日  
第二審判決。提起上告。本院判決如左

主文

原判決廢棄。發回浙江高等法院更爲審判

理由

本件被上告人等開設之文華泰號。欠上告人興康莊英洋一千元。立有憑票爲被上

告人等所不爭被上告人等提出上告人一千元憑票一紙主張互相抵銷據上告人主張興康莊於民國十八年廢歷十二月底倒閉被上告人等所提出之憑單及聲明書係被上告人勾結該莊經理人於民國十九年該莊倒閉時所立不能生效且被上告人姜永源係該莊放帳人該憑單及聲明書雖係何錦良親筆而其所蓋之書柬則係姜永源所私蓋等情以爲抗辯本院查被上告人提出何錦良立給憑票及聲明書均係民國十九年三月所立雖據原審認定尙在該莊收帳期內而何錦良在此收帳期內是否尙有代該興康莊立此憑票之權原審既未注意及之且姜永源係在興康莊先充雜務後改司帳（見原審二十年六月十三日姜永源供）如果姜博蘭房存款上告人等不願於十七年改組時改作股本何以當時不提異議而於十八年十二月該莊閉歇之後始由何錦良立出憑票及聲明書亦足滋疑該憑票及聲明書上所蓋之興康莊書柬雖據原中王廷祥證稱姜根發向何錦良要求蓋章何錦良允其回甬再蓋然依王廷祥之陳述該憑票於成立時究亦未曾蓋章究竟該書柬何時補蓋何錦良於立票時何以不卽蓋章於上告人代理人在原審所稱當初被上告人實係入股後因曉得他（指何錦良）虧空太大不能收拾所以不承認入股與何錦良勾串

纔出聲明書及憑票（見二十年六月十三日嚴彭齡陳述中）等情尙非無關不無審究之餘地原審亦未注意及之又按二人互負債務其給付種類相同得互相抵銷以均屆清償期者爲限民法第三百三十四條定有明文本件被告上告人提出何錦良所立興康莊憑票係民國二十年六月底屆期距原審辯論終結日卽民國二十年六月十三日雖爲日相差無幾究未屆清償期原審遽認爲非不能主張抵銷於法亦屬無據上告論旨非無理由

據上論結本件上告爲有理由依修正民事訴訟律第五百八十一條第一項第五百八十二條判決如主文

（十二）賠償損害之責任

二十一年五月十九日民事上字第一八七號

要	因故意或過失侵害他人之權利而不法者。加害人對於因侵害所
旨	生之損害。始應負賠償之責。

上告人鄭開利住汕頭新馬路瑞安里三十二號

被上訴人沈梅仙住汕頭永興街九十六號

右兩造因請求損害賠償涉訟一案上告人不服廣東高等法院民國十八年十二月二十七日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

按因故意或過失侵害他人之權利而不法者加害人對於因侵害所生之損害始應負賠償之責本院查閱卷宗據上告人在第一審起訴狀內略稱沈梅仙（即被上告人）乘法院執行交地時自帶多人將民房屋全行拆毀當場執行官一任沈梅仙之所爲等語復經第一審訊問上告人之代理人林卓然「當往拆時本院推事有在場否」而據其答稱「有在場」（見民國十七年三月三十一日筆錄）并依證人林通之供述亦復相符且依據執行交地卷內之執行情形記亦係由執行推事着被上告人僱匠拆卸該上告人乃謂上告人於執行官吏回署後拆毀牆垣廠屋樓棚共有七處與其起訴狀之聲敘及代理人林卓然之供述顯不相符自難憑信原審依據上

情形以上告人所稱之損失實與被上告人無涉將上告人之控告判予駁回於法并無不合上告論旨均無足採

據上論結本件上告爲無理由依修正民事訴訟律第五百八十條第一項及第一百二十四條第一項判決如主文

(十三) 契約用語之認定

二十一年六月八日民事  
上字第一〇七四號

要	旨
約載文字。習慣上可認爲普通用語者。係因該文字與事實相反。且與當事人真意不符。在立約當時卽有視爲具文不令生效之意。此種情形。既爲意思與表示應當一致之例外。易使契約本旨趨於混淆。故法院於契約文字究係普通用語抑係真意表示。發生爭執時。應綜核全部事實是否適於習慣爲合理之解釋。	

上 訴 人 劉 知 本 堂

右訴訟代理人劉爾敬年歲未詳住南昌市傅家坡磨巷一號

劉石麓年歲未詳住南昌市傅家坡磨巷一號

劉介安年歲未詳住南昌市傅家坡磨巷一號

劉少庭年歲未詳住南昌市傅家坡磨巷一號

劉少泉年歲未詳住南昌市傅家坡磨巷一號

劉芹芳年歲未詳住南昌市傅家坡磨巷一號

被 上 訴 人楊汝坤住南昌市中山路如如照相館

右當事人間確認契約有效及裝修碼頭頂腳權事件上訴人對於中華民國二十年六月十五日江西高等法院更審判決提起上訴本院判決如左

主 文

原判決廢棄發回江西高等法院更爲審判

理 由

本件兩造爭執關於議約效力之部分早經判決確定茲所應予審究者惟在被上訴人承租上訴人房屋有無裝修頂腳碼頭權之部分而已查被上訴人主張有此權利係提出舊租戶李協記立給之脫約爲憑該脫約關於訂立之時期僅載爲民國十七年戊辰年並未載明爲何月何日依卷載論旨觀察當在兩造於十七年四月間訂立

建還房屋議約之後又同年七月間訂立租約之前假定原租房屋與普通適於創設碼頭權之店屋相同而議約與租約均無反對記載一經出立脫約之舊租戶及列名中人到案證明脫約屬實固未嘗不可依據該地習慣認上訴人應有碼頭權之存在但查所租房屋原爲試館住屋既與普通適於創設碼頭權之店屋顯然不同兼以脫約前之議約明載『此屋內外上下絕無裝修等可言日後房客遷移等事須向房東退租將原業交還房東自理不得出頂轉租以及分租如有此情任憑業主清業無阻』又脫約後之租約復載有『此屋原係試館住屋並無裝修頂脚碼頭日後無得異說』各等語是於創設碼頭已一再爲反對之表示原法院前次判決未加深究遽以上開約文均係普通用語不足對抗執有脫約之被上訴人未免臆斷故本院前次判決廢棄原判發回更審茲查更審判決除泛論該地有創設碼頭權之習慣及頂字（指脫約）可爲有力之證據外關於上訴人所舉議約租約反對創設碼頭權之記載仍引用前江西高等審判廳民國九年派員調查店屋租賃習慣之報告認爲普通用語本院按約載文字習慣上可認爲普通用語者係因該文字與事實相反且與當事人真意不符在立約當時卽有視爲具文不令生效之意此種情形既爲意思與表示

應當一致之例外易使契約本旨趨於混淆故法院於契約文字究係普通用語抑係眞意表示發生爭執時應綜核全部事實及是否適於習慣爲合理之解釋上訴人所舉之議約租約所載反對創設碼頭權之字如此其多就中如該館住屋一語既明明表示該屋與普通店屋性質不同根本上不能創設碼頭之意則其他用語能否依據租賃店屋習慣之報告亦卽不無疑問且查該報告後段載稱『業主於舊式記載方法難於區別特於租字內爲較詳之記載者然較之舊式記載不過詳略之分並非性質之異』等語是習慣上反對創設碼頭之記載是否爲普通用語雖不以文字詳略定其標準而記載事項之性質如有異點則不在普通用語之列固爲該報告所明認若謂上訴人之屋原爲住屋迨租與李協記營業之後卽與普通店屋無殊但李協記原未頂有碼頭權苟非上訴人有設定行爲其碼頭權無自發生而立與被上訴人之脫約於法不應生效更不待論原判於上述各點概未注意徒以被上告人持有脫約之故卽依該地習慣認定上訴人所持議約租約凡與脫約相反之記載均屬普通用語殊難謂當又原判理由摘敘議約第三款所載二房東（指李協記）一方面歸如如照相館（被上訴人所開）自行向其接洽取消二房東一層轉折等語謂上訴人有

令被上訴人出資向李協記承頂碼頭權之意思此項見解尤屬無據蓋被上訴人由李協記手承租上訴人之房屋因認李協記爲二房東其租金亦不直接交與上訴人自該處擴修馬路被上訴人誤將房屋多拆一部始有建屋歸還之議約依卷載經過事實所可知者僅止於此至議約內所謂向李協記接洽取消二房東一節究屬何義卷內無可參考上訴人主張係令被上訴人嗣後直接向自己交租以免仍多轉折之意以通常情形而論既非全不合理被上訴人如主張接洽取消即指出資承頂碼頭權而言自須另有證明方法始能置信原判關於此點並未採取何種證據徒以推測之詞謂上訴人如無令被上訴人出資承頂碼頭權之意其取消二房東可自爲之不必委之於被上訴人因而斷定被上訴人出資承頂係得上訴人之同意無論取消二房東與取消碼頭權顯屬兩議約文內無取消碼頭權之記載不應有反於約文之推測而推測之結果即據爲裁判基礎亦屬法所不許茲據上訴人聲明不服應認本件仍有發回更審之原因

據上論結本件上訴爲有理由依民事訴訟法第四百四十條第一項第四百四十五條第二項判決如主文

(十四) 債權之主體及代理權之對抗 二十一年四月三十日民事  
上字第一四八六號

要	旨
<p>(一) 債權乃特定人對於特定人之權利。故關於借款之契約。無論其用途如何。而債權債務之主體仍應以該契約所載之特定人爲準據。(二) 公司董事之代表權及公司經理之經理權。若加以限制。除有法定之情形外。固不得對抗善意第三人。然所謂代表權經理權者。乃就其公司之一切事務爲該公司之董事或經理依法而有代表或經理之權者而言。若其所代表或經理之事務非公司之一切事務。即屬無權代表或經理。即不問第三人是否善意。非經公司之特別委任或追認。自不能對於公司發生效力。(三) 法院獨立行使其審判權。絕不受任何機關任何言論之干涉。</p>	

上訴人香川正一年四十二歲住天津法租界二號路六九號東洋拓殖株式會

社號津出張所經理

訴訟代理人吉田謙住青島德平路十四號

牟紹周住青島觀海二路二十五號律師

被上訴人濟南電話股份有限公司設濟南商埠地普利門鳳凰街

訴訟代理人韓純一濟南商埠地普利門鳳凰街濟南電話公司總理

右當事人間請求償還借款事件上訴人對於中華民國二十年六月二十二日山東高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本院按債權乃特定人對於特定人之權利故關於借款之契約無論其用途如何而債權債務之主體仍應以該契約所載之特定人爲準據查本件上訴人提出之東洋拓殖株式會社青島支店所執之民國十年三月借用日金四萬圓證書及民國十年七月借用日金四十萬圓證書關於借款用途雖一載爲電氣事業資金及土地經營資金之用一載爲擴張電話公司事業資金及購買電話機械器具之用惟該借款證

書一則載明借主馬官和一則載明借主濟南商埠馬官和並無表明馬官和係代表被上訴人即濟南電話公司爲借主之字樣其所提出之副證書差入證及東洋拓殖株式會社青島支店長呈濟南總領事館之認證願亦均載明借主馬官和或馬官和借用及借給馬官和等字樣馬官和亦曾函向被上訴人公司聲明「該款公司並未用絕於公司及各董事無涉將來關於東拓訴訟及清理完全由其個人負責」原函在卷可據原審認此借款爲馬官和個人借款顯非無據茲上訴人乃以原審不根據證據而強以馬官和個人資格爲本件之主債務人斷定爲馬官和個人之借款等情指摘原判決爲不足當殊不採況查關於該借款是否爲被上訴人電氣等事業之用曾經原審令兩造各盡舉證之責並各就其所舉出之證據互相辯論（見十九年十二月十九日二十七日二十年三月四日四月六日二十八日筆錄）依其調查之結果以被上訴人提出之賬簿爲可憑認定被上訴人並無收受該借款以擴充其業務之用上訴人在原審雖攻擊被上訴人提出之賬簿爲改造並舉隆慶雲爲證但上訴人指該賬簿之改造爲全部與其所舉之證人隆慶雲所供該賬簿之改造爲一部既不相符（見二十年六月十六日筆錄）且迄未能就其所主張之賬簿改造及該借

款確爲被上訴人使用之事實提出何種合法佐證或爲其他確切之釋明足爲可信其主張爲真實之資料原審不予採信按之採證法則並無不合本院覆加審核被上訴人提出之賬簿於民國十年後係改用新式簿記並有民國十四年會計師謝霖之審核報告足供核對確無瑕疵可指且據馬官和東洋拓殖株式會社青島支店締結之四十萬元借款契約證書第十條所載該會社因達到該契約第一條『所載目的（即第一條所載借款須爲擴展濟南電話公司事業資本充作購買電話機械器具之用）無論何時可要求對於該公司各種賬簿等調查』如果該借款確爲被上訴人公司所用其契約確可對於被上訴人發生效力則上訴人原可隨時調查該賬簿被上訴人亦絕無得以改造之機會茲上訴人乃憑空以原審採證偏頗並強謂被上訴人之賬簿於繼續記載處筆勢衰敗明係臨時急造亦不足採又公司董事之代表權及公司經理之經理權若加以限制除有法定之情形外固不得對抗善意第三人然所謂代表權經理權者乃就其公司之一切事務爲該公司之董事或經理依法而有代表或經理之權者而言若其所代表或經理之事務非公司之一切事務即屬無權代表或經理即不問第三人是否善意非經公司之特別委任或追認自不能對於

公司發生效力本件被上訴人公司係以電話爲營業馬官和於與東洋拓殖株式會社青島支店締結借款契約之時雖爲被上訴人公司之總理而於該借款契約內擅以其總理名義列被上訴人公司爲保證人此項保證事務並非被上訴人公司之一切事務未得被上訴人公司之特別委任或追認自不能對被上訴人公司發生效力況四十萬圓借款證書內所列之董事莊鈺等均聲明不知其事並稱該證書上所蓋圖章非其使用之圖章（見十九年十二月二十七日二十年三月四日筆錄）經原審當庭核對該證書上莊鈺等署名之筆跡與上訴人在原審提出之馬官和親筆繕致安善普粟田及東洋拓殖會社各函之筆跡相符而與莊鈺等當庭所繕之筆跡不符而該圖章亦未能證明爲莊鈺等所親蓋原審因認該保證契約對於被上訴人不能發生效力亦非無據至以被上訴人之地契等項爲該借款之担保品及以被上訴人名義支付利息及違約金等均係馬官和於其充任被上訴人公司總經理任內所爲之擅權行爲對於被上訴人自亦不能生效被上訴人因地契一事既曾向馬官和質問馬官和以屢經查尋終未檢出想係失落爲詞答復有馬官和之親筆復函在卷可據被上訴人於馬官和卸任總理後查知有此借款之事卽有異議並未會支付利息

及違約金等項有外交部山東交涉署之卷可按上訴人補呈上告理由書之殘部內亦曾敘及乃上訴人之續陳理由書竟以繼續馬官和充任被上訴人公司總理之安善普及被上訴人公司之監察人何以八九年之久不問及地照房契亦不聲明異議爲詞謂被上訴人已經默示承認殊屬無據馬官和擅立之保證契約並非被上訴人公司之一切事務未經被上訴人公司特別委任或追認對於被上訴人公司不能發生效力已如上述上訴人乃因原判決理由中有被上訴人對於係爭保證契約亦未追認之語而謂原審未解追認法理尤屬誤會又查民國十年七月二十六日之差入證雖載有承認之董事莊鈺安善普等五人但莊鈺等既均否認其事而莊鈺安善普等署名之筆跡及所蓋之圖章又核與上述四十萬元借款證書內莊鈺安善普等署名之筆跡及所蓋之圖章相同自亦非董事莊鈺安善普等所立詎得據此謂被上訴人公司之董事等已經明白表示承認又按法院獨立行使其審判權絕不受任何機關任何言論之干涉上訴人於補呈上告理由之殘部內竟拉雜當時當地各界之呈文及各報館之記載等而遽謂原判決乃因軍部行政官黨部工會等之干涉壓迫而來殊屬妄加推測上訴人之上告理由均不成立

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條等八十一條判決如主文

(十五)先買權之效力

二十一年六月十三日民事  
上字第一一四三號

要

不動產之承租人基於習慣而生之先買權。民法物權編本無規定。若其發生在民法物權編施行以前。依該施行法第一條之規定。雖得依當時法例辦理。然按之當時法例。其得認先買權之習慣爲有效者。以租期較長或無期者爲限。先買權人又必須有願照時價留買之意思表示。若未經表示。或希圖措價。卽不得於原業主與第三人買賣成交之後。再以先買權告爭。

旨

上訴人張靄庭年五十三歲住天津市侯家後四合軒胡同華勝軍衣莊  
訴訟代理人郭炳勳律師

被上訴人李典臣年三十四歲住天津特一區三義莊南李家花園

右當事人間請求留買房屋并給付修繕費賠償損害事件對於中華民國二十年四

月二十八日河北高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決除留買房屋之部分外廢棄發回河北高等法院更爲審判  
其他上訴駁回

理由

按不動產之承租人基於習慣而生之先買權民法物權編本無規定若其發生在民法物權編施行以前依該施行法第一條之規定雖得依當時法例辦理然按之當時法例其得認先買權之習慣爲有效者以租期較長或無期者爲限先買權人又必須有願照時價留買之意思表示若未經表示或希圖指價卽不得於原業主與第三人買賣成交之後再以先買權告爭本件上訴人承租被上訴人房屋開設華勝軍衣莊雖據稱依當時該地習慣應由其先買然查民國十一年原租摺內載『自租之後租主不願再住早爲知會業主業主不租亦須預爲知照租主均須在期限前一月彼此通知』等字樣是此項租約隨時可以終止與上述租期較長或無期者顯屬有別縱該地確有此習慣已不得據爲先買權之主張况上訴人出賣該房屋曾於民國十七

年十一月四日及十八年十月三十一日登報聲明上訴人亦謂十八年二月間被上訴人之催租人劉姓曾向伊說被上訴人要賣此房價洋五千元你如要留買可先設法不然恐爲他人買去云云（見第一審卷十九年四月九日起訴狀同月二十一日筆錄）是上訴人果有願照時價留買意思并非無表示之機會乃遲延自誤直至被上訴人與李榮善堂於十八年十一月八日買賣成交之後始出而告爭殊有未合雖據稱事前曾出價洋五千元然經原審就此詰問又稱并無憑據（見二十年四月二十四日筆錄）自難置信原判維持第一審關於此部之判決駁斥上訴人之上訴并無不當至上訴人請求給付修繕費及賠償損失各部分雖經原審併予駁回而其駁回之理由未予說明於法殊屬不合應予發回更審上訴論旨此點不得謂無理由據上論結本件上訴一部爲有理由一部爲無理由依民事訴訟法第四百四十四條第一項第四百四十五條第一項第四百四十八條第四百四十五條判決如主文

（十六）鋪底權之適用

二十一年六月三十日民事  
上字第一二七五號

要	<p>民法物權編雖無鋪底權之規定。但事實發生在民法物權編施行以前。依該編施行法第一條之規定。應依當時法例辦理。按當時法例係認鋪底權爲物權之一種。於所有權與其他物權歸屬於一人時。其他物權因混同而消滅。在民法施行前。爲條理之所認。如房屋所有權與鋪底權同歸一人所有。則鋪底權即因混同而消滅。</p>
旨	

上訴人顧華甫年六十七歲住北平宣武門外爛縵趙同二十四號

訴訟代理人翁鳴理律師住北平前百戶廟甲二十一號

林尊鼎律師住辛寺胡同

被上訴人趙澤生年二十八歲住北平崇文門外南官園二十三號

王功兆年三十五歲住北平宣武門外車子營四十一號

右當事人間確認無鋪底權事件上訴人對於中華民國二十年七月二十七日河北高等法院第一分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件上訴人以爛縵胡同九十一九十二九十三等號房屋向被上訴人趙澤生押借洋二千元前經判令上訴人如數償還確定執行將抵押房屋查封拍賣迭經減價至二千零四十元由趙澤生留買旋據上訴人聲請伊對於該房屋尚有鋪底權存在遂由趙澤生及被上訴人王功兆提起本件確認無鋪底權之訴查上訴人主張鋪底權存在之理由係謂民國十四年價買王功兆房屋計房價洋二千七百五十元鋪底價洋一千八百五十元因錢款不足書立八百元借字與王功兆並將王功兆以鋪底抵借靳雲和一千一百元之款項歸伊承認故以上兩筆借款應由鋪底項下償還趙澤生之借款二千元應由鋪房項下償還不能謂無鋪底權等語按民法物權編雖無鋪底權之規定但本件事實發生在民法物權編施行以前依該編施行法第一條之規定應依當時法例辦理按當時法例係認鋪底權爲物權之一種於所有權與其他物權歸屬於一人時其他物權因混同而消滅在民法施行前亦爲條理之所認本件

房屋所有權與鋪底權早已同歸王功兆一人所有當時卽已因混同而消滅上訴人向王功兆價買房屋時雖由王功兆另立有出倒鋪底字據然該鋪底權在法律上既因混同而消滅祇能視爲所有權之全部移轉不能認爲鋪底之另行出倒雖九十三號鋪底字據因上訴人對於靳雲和曾有借款已交與靳雲和但該借字內載明隨帶鋪底字據只作信用不作抵押等字樣則第三人靳雲和亦無法律上利益之可言上訴人援引民法第七百六十二條但書謂尙所有人及第三人之利益存在不無失當第一審認上訴人對於該房屋無鋪底權原審予以維持均無不合至上訴人謂鋪底權可自由處分有登記稅契等手續爲一種獨立物權卽異於民法上其他物權等情無論上訴人主張之鋪底權並未登記而鋪底權係限制鋪房所有權之一種權利其性質當然屬於其他物權上訴人謂不因其與所有權混同消滅尤不免誤會上訴論旨非有理由

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

(十七) 姜之脫離家長

二十一年六月六日民事  
上字第一〇九七號

**要旨** 家長令妾脫離關係須有正當理由。與妾之對於家長得自由離異者不同。

上訴人王巨卿年五十歲住天津河北四馬路詩經村

被上訴人張氏年四十四歲住天津西站

右當事人間請求脫離關係事件上訴人對於中華民國二十年二月十六日河北高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件被上訴人已與上訴人同居多年歷經上訴人挈往就事處所並曾同歸上訴人原籍景縣居住是爲原審基於上訴人之自認合法確定之事實是被上訴人縱令非上訴人之妻亦必有妾之身分迥非姘度者可比家長令妾脫離關係須有正當理由

與妾之對於家長得自由離異者不同上訴人對於原判決認其主張與被上訴人脫離關係之理由爲非正當既不能指明違法之處則無論原判決認定被上訴人爲上訴人之妻是否有據而其駁回上訴人脫離關係之請求於法要無不合上訴人雖又稱被上訴人在第一審供明與民脫離未爲不可又在第二審供恐民將其置之死地亦不願再與民同度了是脫離一層雙方均主張一致而原審竟將雙方合意之主張駁斥顯係不符律令等情以爲不服理由然查閱原卷被上訴人在第一審供稱我與他同居我也害怕只有請求他給我錢我自己過活等語是不過有請求贍養費而別居之意思並未認諾上訴人脫離關係之主張其在原審則稱我是非從他不可的我願意到他家裏過日子去我若是不跟他叫我依靠誰呢等語並無如上訴人所稱之供述故此項上訴論旨亦不能認爲有理由

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

(十八)家長之令妾脫離

二十一年六月六日民事  
上字第一〇九八號

要旨

爲人妾者。不願爲妾時。准其自由離異。係基於男女平等原則。俾向處不平等地位之女子得脫離其繼續爲妾之拘束。至若家長欲與其妾脫離關係。則仍須有正當理由。方能准許。

上訴人高惠貞年二十三歲住天津英租界黃家花園天隆里一六八號

被告上告人嚴友生年五十二歲住天津日租界旭日街南洋銅床公司

右當事人間請求脫離家屬關係事件上訴人對於中華民國二十年八月三十一日河北高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決廢棄發回河北高等法院更爲審判

理由

按爲人妾者不願爲妾時准其自由離異係基於男女平等原則俾向處不平等地位之女子得離脫其繼續爲妾之拘束至若家長欲與其妾脫離關係則仍須有正當理由方能准許本件第一審判決謂家長亦得任意令其妾離異於法殊有未合原判決

雖以上訴人稱日後與被上告人總是脫離又稱第一審判令脫離關係其結果並無錯誤遂未就第一審所持法律上之見解是否正當及被上訴人請求脫離有無正當理由予以置議逕將上訴人之上訴駁回然查閱原卷上訴人第一審述稱我現在不能與他離須俟那兩案解決後再離又在原審述稱要等重婚罪判決結果證明身分再與他談脫離又原審審判長問上訴人云第一審判決結果究竟錯不錯據答稱錯是不錯的但總須成立重婚罪名纔好根據此項事實請求賠償損害又據上訴人之訴訟代理人何維湘在原審述稱將來雙方總是脫離但須脫離責任應歸誰負如果重婚罪成立當然是嚴友生負責各等語是上告人雖有將來與被上訴人離異之意思究未認諾被上訴人立即脫離關係之主張原判決摘取上訴人之一二語認爲已有認諾據以駁回上訴人之上訴未免違法上訴人聲明廢棄原判決不得謂無理由

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

(十九)解除婚約之損害

二十一年六月三十日民事  
上字第一四三九號

<p><b>要旨</b></p> <p>女子出嫁原不必購置粧奩。惟女子一方因已訂婚而購置粧奩。他方若違反婚約。致將婚約解除。則其購置粧奩所受實際上之損害。究不得謂非因他方與之訂婚所受之損害。</p>
---

上訴人羅劍影年二十七歲住廣州河南溪峽興隆里二十四號

被上訴人梁燕芳年二十歲住廣州下九甫馬路長壽里口大昌餅店內

訴訟代理人門安朝律師

右當事人間解除婚約及請求賠償損失事件上訴人對於中華民國二十年七月二十八日廣東高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按女子出嫁原不必購置粧奩惟女子一方因已訂婚而購置粧奩他方若違反婚約

致將婚約解除則其因購置粧奩所受之實際上損害究不得謂非因他方與之訂婚所受之損害查本件兩造於民國十九年訂婚時約明是年十月（廢歷）結婚旋復由上訴人求將結婚之期改爲二十年正月（廢歷）迨改期既屆上訴人忽又以願被上訴人學一種藝術爲詞故違結婚期約兩造之婚約遂因此解除被上訴人據上情形請求賠償購置粧奩所受之財產上損害及非財產上之損害（見被上告人二十年六月十三日狀）於法自無不合原審斟酌情形認上訴人應賠償被上訴人購置粧奩所費之定銀一百八十元及非財產上之損害三百二十元亦無不合茲上訴人乃云購置粧奩非女子出嫁要件上訴人未提出非財產上之損害違反不告不理之原則等情請求廢棄原判決殊非有理

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

（二十）離婚事實及筆錄之效力

二十一年六月三十日民事  
上字第一四四〇號

要（一）民法親屬編施行前所發生之事實而依民法親屬編之規

定得爲離婚者。依民法親屬編施行法第七條之規定。得請求離婚。  
(二) 法院依法製成之筆錄。爲公文書之一種。非有確據證明其  
記載爲不足憑信。不容空言指爲錯誤。

旨

上訴人陶興選年二十三歲住贛榆縣洋河市

被上訴人陶孫氏年二十二歲住贛榆縣羊耳莊

右當事人間請求離婚事件對於中華民國二十年五月二十一日江蘇高等法院第一分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按民法親屬編施行前所發生之事實而依民法親屬編之規定得爲離婚者依民法親屬編施行法第七條之規定固得請求離婚惟查本件上訴人請求與被上訴人離

婚其所主張之理由如『被上訴人以剪刀來向伊百般辱侮』等情即使屬實是否已達民法親屬編第一千零五十二條第三款所列不堪同居虐待之程度及有無該條第六款所列意圖殺害他方之情形尚非無研究之餘地況經原審傳訊證人陶永升陶興烈均稱『殺他的意思是沒有的』又稱『沒有聽見說過』陶興烈並謂『祇吵過一次兩次』（以上均見十九年十二月四日筆錄）則原審認上訴人主張爲不實於法尙無不合至稱被上訴人好賭浪費各點即使屬實亦不構成離婚之原因原審廢棄第一審判決將上訴人在第一審之訴駁斥委非不當又按法院依法製成之筆錄爲公文書之一種非有確據證明其記載爲不足憑信不容空言指爲錯誤檢閱原審筆錄係依法製成並經書記官於法庭向關係人朗讀當事人均承認無異有該筆錄之附記可證上訴人指摘該筆錄爲有錯誤並未照章朗讀等情均屬空言殊不足採

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

（二十一）依舊法之立嗣

二十一年六月二日民事  
上字第一二三四號

要 旨

(一) 繼承開始在民法繼承編施行以前。依當時之法律而有其他繼承人者。依民法繼承編施行法第一條第八條規定。不適用民法繼承編之規定。(二) 民法繼承編施行前之法律。無子立嗣。惟被繼承人及守志之婦。俱已亡故時。親族會始有權代為議立。若被繼承人雖已亡故。而尚有守志之婦存在。則擇繼之權屬於守志之婦。斷非族人所得擅為議立。

上訴人陳書秀年四十六年住邳縣陳圩

陳采華年二十三歲住邳縣陳圩

被上訴人陳采馨年三十二歲住邳縣陳圩

花陳氏年六十二歲住邳縣貓兒窩

竇陳氏年四十五歲住邳縣大橋拐

馬陳氏年五十八歲住宿遷瓦窰

盧陳氏年五十四歲住宿遷盧圩

孫陳氏年四十九歲住邳縣大孫莊

右當事人確認立嗣不成立事件上訴人等對於中華民國二十年三月三十一日江蘇高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人等負擔

理由

按繼承開始在民法繼承編施行以前依當時之法律而有其他繼承人者依民法繼承編施行法第一條第八條規定不適用民法繼承編之規定又按民法繼承編施行前之法律無子立嗣惟被繼承人及守志之婦俱已亡故時親族會始有權代為議立若被繼承人雖已亡故而尚有守志之婦生存則擇繼之權屬於守志之婦斷非族人所得擅為議立本件上訴人等主張民國十九年舊歷五月初六日經親族會議決立上訴人陳書秀之子即上訴人陳采華為已故陳書元嗣子縱係屬實但彼時陳書元之守志婦陳臧氏尙存且開親族會議為陳臧氏所不知又為上訴人明認之事實（

見二十年三月二十八日原審筆錄）其議立上訴人陳采華爲嗣依上說明顯非合法又查上訴人陳書秀既在原審供稱『我父親因爲陳書元死沒有承嗣那個時候他有個抱養子因爲不要抱養子承嗣打過官司的』『是陳臧氏原告』等語證人臧從新供稱我姑母臧氏不要采華做兒子因爲他有打官司的仇恨云云（均見同上年月日筆錄）而該守志婦臧氏生存時曾表示擇立被上訴人陳采馨之事實則證人孫玉軒等之證言與被上訴人花陳氏等五人所供無異是被上訴人花陳氏等主張伊母臧氏生存時曾表示要立上訴人陳采馨爲嗣及因與上訴人家積有訟嫌所以不要上訴人陳采華承嗣等情自屬可信上訴人陳采華雖合於繼承之順位但既因有訟嫌喪失其應繼之資格守志婦陳臧氏生存又表示擇立被上訴人陳采馨爲嗣上訴人自無藉詞爭執之餘地關於光緒十六年與守志婦陳臧氏涉訟之事實原審筆錄記載上訴人陳書秀對於審判長先後之詰問述答甚詳不容空言否認既經明白自認卽無更行調查該案卷宗之必要上訴人陳采華既非合法取得嗣子之身分則關於被承繼人之遺產上訴人父子卽屬無權干涉所稱被上訴人陳采馨爲收取遺產地租擊死老婦孫氏一節於其合法承繼之身分不生何等影響上訴論旨

均非可採

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

(二十一)立嗣之確認

二十一年六月二十七日民事  
上字第一四三四號

要	旨
(一)在繼承編施行前繼承雖未開始。苟已立有嗣子女。如對其繼嗣關係而有訟爭者。無論其在繼承編施行前。抑在施行後。法院自應依其當時法例爲之確認。俾於繼承開始時得依繼承編所定婚生子女之繼承順序及應繼分。而爲繼承。(二)無子立嗣。其擇立賢能及所親愛者。若於昭穆倫序不失。依當時法例不許宗族以次序告爭。	

上訴人吳喜殺年二十七歲住丹江縣甕足寨

被上訴人吳剪慶年六十五歲住丹江縣甕足寨

右當事人間請求確認立嗣成立事件上訴人對於中華民國二十年三月二十七日

貴州高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按在民法繼承編施行前立有嗣子女者雖其繼承開始係在民法繼承編施行以後其嗣子女繼承順序及應繼分應與婚生子女同民法繼承編施行法第七條定有明文則在繼承編施行前繼承雖未開始苟已立有嗣子女如對其繼承關係而有訟爭者無論其在民法繼承編施行前抑在施行後法院自應依其當時法例爲之確認俾於繼承開始時得依繼承編所定婚生子女之繼承順序及應繼分而爲繼承又按無子立嗣其擇立賢能及所親愛者若於昭穆倫序不失依當時法例不許宗族以次序告爭本件被上告人擇立吳炳文爲嗣係在民國十九年廢歷二月即在民法繼承編施行以前依當時法例自有擇立之權非上訴人得以次序告爭原審駁斥上訴人之上訴依上說明並無不合至稱被上訴人於上訴人之父在時曾經約定以上訴人承

繼一節毫無合法佐證以爲證明自難置信其所稱吳炳文係屬同姓不宗被上訴人受種種壓迫等情亦屬空言不足採取上訴論旨均無理由

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十四條第四百十五條第八十一條判決如主文

(二十二)商標近似之解釋

二十一年六月八日民事  
上字第一〇七三號

要	旨
商標註冊取得專用權之後。本有禁止他人再行使用相同或近似商標於同一商品之權。所謂近似。係指具有普通知識經驗之商品。購買人於購買時施以普通所用之注意。猶不免有混同誤認之虞者而言。縱令將商標並置一處。細爲比對。實有差別。而異時異地分別觀察。在倉卒之間。難於辨識。仍不得謂非近似。	

上訴人鄒敏之三十七歲住武昌察院坡華興昌

被上訴人上海義和織襪廠

右訴訟代理人王仲稽五十五歲住武昌撫院街二十九號

右當人間請求禁止印售商標事件上訴人對於中華民國二十年八月二十九日湖北高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

本件被上訴人曾用墨龍記號爲其所製線襪之商標呈請註冊取得專有權爲不爭之事實現所爭執者卽上訴人印售之墨龍牌商標是否侵害被上訴人之專用權而已查商標註冊取得專用權之後本有禁止他人再行使用相同或近似商標於同一商品之權此依商標法第二條第九款所載之旨趣可以引伸而明上訴人印售之墨龍牌商標與被上訴人已註冊之墨龍牌商標相較雖一無飛熊一有飛熊一則龍之全身畢露一則有首無尾其附載中西交字亦互有差異固不能謂爲完全相同然上訴人印製之商標既係售與襪販小商人作商標之用則在市場上與被上訴人已註冊之商標容易混同誤認卽難謂非近似蓋所謂近似者係指具有普通知識經驗之

商品購買人於購買時施以普通所用之注意尤不免有混同誤認之虞者而言縱令將商標並置一處細爲比對實有差別而異時異地分別觀察在倉卒之間難於辨識仍不得謂非近似上訴人印售之墨龍牌商標與被上訴人已註冊之商標相近似依前開說明自在被禁止使用之列第一審判令上訴人不得再行印售原判決予以維持甚屬允當上訴論旨仍以所印售之墨龍牌商標會呈報公安局有案及非完全相符等語嘵嘵爭辯殊不能謂有理由

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

(二十四)新證據之限制

二十一年五月二十三日民事  
抗字第五一四號

要	旨
發見在裁判上可受利益之新證物固得爲請求再審之原因。惟其證物若在前訴訟程序事實審之言詞辯論終結前尙未存在者。不得據以爲再審之原因。	

抗告人馮己千年四十九歲住觀瀾新橫街

右抗告人因與錢袞庸（卽朱三姑之承受訴訟人）爲交契事件對於中華民國二十年八月二十一日廣東高等法院駁回再審之訴提起抗告本院裁定如左

主文

抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人負擔

理由

按發見在裁判上可受利益之新證物固得爲請求再審之原因惟其證物若在前訴訟程序事實審之言詞辯論終結前尙未存在者卽不得據以爲再審之原因查閱卷宗本件抗告人與錢袞庸（卽朱三姑之承受訴訟人）因交契涉訟經本院於民國十九年九月九日判決確定茲抗告人乃以發見廣東高等法院民國二十年三月二十三日之刑事判決爲原因向原法院提起再審之訴原法院認爲與當時適用之修正民事訴訟律第六百零五條第十一款規定不合決定予以駁回依上說明委非不當抗告論旨殊無理由

據上論結本件抗告爲無理由依民事訴訟法第五百五十九條第一項第九十六條

第八十一條裁定如主文

(二十五)上訴名稱之誤用

二十一年六月二日民事  
抗字第五二五號

要

對於法院所爲之決定聲明不服者。應以抗告程序爲之。若對於決定聲明不服。而狀內竟稱爲上訴者。因法律上名稱本有一定。自可毋庸問其是否誤認。仍應以抗告論。

旨

抗告人黃炳安年七十四歲住中山隆鎮港頭鄉

右抗告人與黃帝喜因請求補還股款再審事件對於中華民國二十年十月二十四日廣東高等法院決定提起抗告本院裁定如左

主文

抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人負擔

理由

按對於法院所爲之決定聲明不服者應以抗告程序爲之若對於決定聲明不服而

狀內竟稱爲上訴者因法律上名稱本有一定自可毋庸問其是否誤認仍應以抗告論本件抗告人係對於廣東高等法院就其與黃帝喜請求補還股款再審事件所爲之決定聲明不服依上說明自應以抗告程序爲之乃竟稱爲上訴本院自可不問其是否誤認仍應以抗告論又查抗告人係以發見黃帝喜簽收之數簿爲可受利益裁判之新證於民國二十年四月三日在原审法院提起再審之訴而該數簿則係抗告人已於民國十九年舊歷十月間尋出則無論依提起再審之訴時適用之修正民事訴訟律所定之二十日再審不變期間或依現已施行之民事訴訟法所定之三十日再審不變期間均已逾期本件再審之訴顯非合法該簿既係抗告人記數簿且自認於十九年舊歷十月間尋出自不能以不識字爲詞謂於民國二十年四月三日始據以提起再審之訴爲未逾法定不變期間本件再審之訴既因逾法定不變期間應予駁回則原法院就該數簿之簽收筆迹與黃帝喜之筆迹核對認爲不符一節無論是否正確卽無更行爭執之餘地

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

(二十六)立證責任及新事證之主張

二十一年五月十九日民事  
上字第一一四七號

要

(一)當事人主張事實。應負立證責任。(二)上告審中爲新事  
旨 實新證據之主張。爲法所不許。

上告人大五龍村在安次縣第九區

訴訟代理人趙廷珍等六人詳卷

錢匯源律師

被上告人三留犢村在安次縣第九區

訴訟代理人沈長智等五人詳卷

右兩造因請求禁止阻撓勘丈地畝及返還樹價涉訟一案上告人不服河北高等法  
院第一分院民國二十年三月二十六日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

按當事人主張事實應負立證責任查本件訟爭地畝係被上告人三留犢村甯國寺之產爲兩造不爭之事實惟據上告人主張甯國寺爲上告人大五龍村水月寺之下院該地畝爲甯國寺僧人所自置民國七年由僧人佛寬贈與大五龍村學校充作經費本院檢閱原卷上告人就其所主張之甯國寺爲水月寺之下院及訟爭地畝爲甯國僧人自置之事實毫無提出合法佐證爲其利己主張之證明自難認其主張爲真實原審斟酌僧人佛寬及曹永和等之供述認甯國寺爲三留犢村公廟訟爭地畝爲該寺之公產非佛寬所得私擅贈與並調閱民國七年大五龍村司事墨文林等稟請學堂案卷內佛寬所具呈狀並未表明訟爭地畝在內及佛寬所陳述該地畝契據係民國十五年遺失與民國七年並未將此契據交付學校之事實認定上告人所主張贈與爲不實因將上告人關於禁止被上告人阻撓勘丈地畝及返還樹價之請求駁斥於法殊無不合至稱被上告人勾結佛寬作出偽證及安次縣署有佛寬交糧之存根足爲該地畝係僧人自置之根據甯國寺爲水月寺下院有縣志及左近各村之年歲高者可證民國七年後該地畝之租係上告人村學校直接收取有校役王玉山謝

鳳山等可證該村學校並曾對於地租增過兩次等情均係在上告審中爲新事實新證據之主張顯爲法所不許且該地畝向由佛寬管理有佛寬及曹永和等之供述可據安次縣署縱有佛寬交糧之存根亦不足爲該地畝係屬僧人自置之論據又甯國寺爲水月寺下院並沒證據爲上告人代理人趙廷珍所自述（見原審第一次言詞辯論筆錄）民國七年以後之租由甯國寺僧人及張姓老道收取該地之租雖曾加增承租該地人曹永和等並無供稱由學校增加亦有佛寬及承租該地人曹永和等之供述可據（見原審第二次第三次言詞辯論筆錄）原卷具在可按亦足徵上告人所主張之新事實新證據爲不足採上告論旨均無理由

據上論結本件上告爲無理由依修正民事訴訟律第五百八十條第一項第一百二十四條第一項判決如主文

（二十七）事實眞僞之如何斷定及登記之效力

二十一年五月十九日民事上字第一一四八號

### 要

（一）事實之眞僞。法院應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果。或已明瞭之他事實。斷定之。（二）在施行不動產登記條例之區域內。依該條例第三條所定應行登記之事項。業經登記。固得對抗

旨 第三人。惟所謂應行登記之事項。必須實有此事實而爲登記。始能發生登記之效力。

上告人張玉齡住天津日租界須磨街二四號

張香齡住同上

張俊齡住同上

右法定代理人張懷芝住同上

被上告人張尹氏住天津河東糧店後街二八號

右兩造因上告駁回聲明異議涉訟一案上告人不服河北高等法院民國二十年四月二十四日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

按事實之真僞法院應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果或已明瞭之他事實斷

定之又按在施行不動產登記條例之區域內依該條例第三條所定應行登記之事項業經登記固得對抗第三人惟所謂應行登記之事項必須實有此事項而爲登記始能發生登記之效力查本件被上告人因與張懷芝請求養贍涉訟案聲請扣押之天津南市明圍澡堂及特別二區同和興貨棧房地租金據上告人等主張該房地已由其父張懷芝分給上告人三人作爲教養之費提出張懷芝所立字據及聲請備案收條登記證書爲證查閱原卷上告人等提出之張懷芝所立字據雖載民國十八年三月二十三日立惟此字據究係張懷芝邀集親友所自立聲請備案收條及登記證書爲官吏公吏於職務上依法所製文件固有完全證據力但其聲請日期一爲十九年七月二十一日一爲十九年八月二十日均在天津地方法院開始執行之後（被上告人與張懷芝請求養贍案天津地方法院於十九年七月五日宣告判決七月十九日送執行處執行見該法院執行卷宗）被上告人攻擊該字據爲捏造謂係張懷芝倒填日期意圖抵抗執行顯非無因上告人等於上述證據外在事實更審中未曾提出其他足供參酌之合法佐證爲其利己之證明原審依其調查證據之結果更斟酌上告人等均未達成年尙無管理財產能力（據上告人等十九年九月二十二

日之起訴狀載張玉齡十五歲張香齡十歲張俊齡四歲若以張懷芝立給之字據所載日期推算張玉齡爲十四歲張香齡爲九歲張俊齡則僅三歲）及王世芳與張懷芝請求養贍一案在執行中張懷芝之子亦出而主張權利與本件情形前後一轍等事實認上告人等所主張爲不足置信按之探證法則尙無不合上告人所登記之事項既難認爲真實已如上述雖經登記自不能生登記之效力原審駁斥上告人之上訴並無不當上告人乃以原審無故限制其父張懷芝所有權並蔑視登記之效力等空言指摘原判決爲不當殊不足採

據上論結本件上告人爲無理由依修正民事訴訟律第五百八十條第一項第一百二十四條第一項判決如主文

（二十八）本人到場之解釋

二十一年六月三十日民事  
抗字第五三六號

要

旨

民事訴訟原許委任代理人代爲訴訟行爲。法院認爲必要時。雖有命當事人本人到場之職權。然不命本人到場而爲裁判。不能卽謂其裁判爲違背法律。又法院命當事人本人到場與否。屬於訴訟指

揮之事項。不得獨立聲明不服。

再抗告人李張氏年五十三歲住成都西御街

右再抗告人因與李樵離婚事件對於中華民國二十年八月二十六日四川高等法院判決提起再抗告本院裁定如左

主文

再抗告駁回

再抗告訴訟費用由再抗告人負擔

理由

按民事訴訟原許委任代理人代為訴訟行為法院認為必要時雖有命當事人本人到場之職權然不命本人到場而為裁判不能即謂其裁判為違背法律又法院命當事人本人到場與否屬於訴訟指揮之事項不得獨立聲明不服本件再抗告人之夫李樵對抗告人提起離婚之訴委任李秉璋為訴訟代理人代為訴訟行為第一審予以核准於法並無不合再抗告人雖請傳李樵本人到場然第一審因李樵聲明有病

不能到場即不待其到場而爲判決乃屬於訴訟進行之指揮事項依法不能獨立聲明不服再抗告人對之提起抗告根本即非合法第一審不待抗告法院裁判仍爲本案之進行亦不能謂爲不當原法院認抗告爲不合法予以駁斥核甚允洽再抗告人聲明廢棄原裁決不能認爲有理由

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

(二十九)附帶上訴及組織不合法

二十一年六月三十日民事  
上字第一二七九號

要 旨

- (一) 附帶上訴。乃對於上訴人所上訴之判決聲明不服之方法。
- (二) 判決法院之組織不合法。係指無推事資格之人參與辯論或裁判。又參與辯論或裁判之推事不足法定員數。或未參與言詞辯論之推事參與裁判而言。

上訴人胡王氏四十歲住崇慶縣

胡子安三十七歲住崇慶縣

被上訴人胡鄭氏五十七歲住崇慶縣

胡瑞生三十五歲住四川省城三桂街大德店

右當事人間請求返還藥材及清償票款事件上訴人對於中華民國二十年一月十九日四川高等法院第二審判決提起一部上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人等負擔

理由

查同盛公藥鋪爲上訴人胡子安所開被上訴人胡瑞生乃其僱用之經理迭經上訴人明白自認已屬無可爭執被上訴人胡鄭氏提出民國十七年紅票三張計洋二千六百元均由胡瑞生經手蓋有同盛公圖章至民國十八年四月十五日內有被上訴人之子胡人經千元紅票一張及其女胡月情六百元紅票一張因到期分別付利七十二元及四十三元二角同盛公之銀錢流水簿亦經一一載明此項紅票自難憑空謂非真實雖同年八月流水賬內載有義順公去借票三張每張一千元又去借票一

張計一千元旁註四奶奶手（捐胡鄭氏）係逼書子安瑞生同夥二人之名等字樣。然此乃另一事件與十七年之紅票不生影響。况胡瑞生爲此不利於胡鄭氏之記載。更難謂該二人有串謀情事。至搬運藥材被上訴人謂係抵還票款。姑無論其主張是否真實。藥材既經返還票款。自應如數清償。不得因有搬運藥材情事而指其票款不實。原審判令償還二千六百元。照約給付利息。委無不當。又查上訴人在第一審起訴主張其所開之同盛公藥鋪存有藥材。可值六七千元。經胡瑞生串同被上訴人於十六年八月底。晝夜將可值四千餘元之淮廣藥材搬往被上訴人所開之義順公藏匿。請求追究返還經第一審查明。同盛公之總簿被上訴人所搬之藥材。僅值洋一千一百餘元。被上訴人所執同盛公之紅單記載亦同。因判令被上訴人照單退貨。上訴人提起附帶上訴。空言主張其藥材可值四千餘元。請求追還其餘藥材。原審判決駁斥。亦無不當。又查附帶上訴乃對於上訴人所上訴之判決聲明不服之方法。本件上訴人在原審附帶上訴。請求返還同盛公帳簿上所載。胡人經去銀五千兩。及義順公另購各貨之銀兩。均係未經第一審裁判之事項。關此部分之附帶上訴。顯不合法。原判一併駁斥。其裁判之結果。尙無不合。又查民訴通例所謂判決法院之組織不合法。係

指無推事資格之人參與辯論或裁判又參與辯論或裁判之推事不足法定員數或未參與言詞辯論之推事參與裁判而言若參與辯論裁判之推事爲該法院之推事而又合法定員數且亦無未參與辯論之推事參與裁判情事卽不得指爲組織不合上訴論旨殊無可採

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

(三十) 訴訟救助之聲請

二十一年六月九日民事  
聲字四三一號

### 要 旨

聲請訴訟救助應釋明請求救助之事由。

聲請人胡梅村卽胡梅記年四十三歲住漢口洪益巷四七號

若聲請人因與蔡兆泰等請求償還票款上訴事件聲請訴訟救助本院裁定如左

主文

聲請駁回

聲請訴訟費用由聲請人負擔

理由

按聲請訴訟救助應釋明請求救助之事由本件聲請人因與蔡兆泰等請求償還票款上訴事件聲請訴訟救助不但未據舉出憑證爲求救助事由之釋明且經本院囑託湖北高等法院查明聲請人所開之漢口洪益巷正街六十號之胡梅記現尙照常營業尤不能謂無支出六十元審判費之資力按之訴訟救助之法定條約亦顯有未合

據上論結本件聲請應予駁回并依民事訴訟法第九十六條第八十一條命聲請人負擔聲請訴訟費用裁定如主文

(三十一) 證函之效力 二十一年六月一日民事  
上字第一〇〇九號

**要旨** 審理事實之法院採用證言應以直接訊問爲原則。若證人避不到場僅以呈詞函件代當庭之陳述。依法不得採爲認定事實之根據。

上訴人王磚娘年二十七歲住南靖西門街

被上訴人戴年三十三歲住南靖墨場社

右當事人間請求離婚事件上訴人對於中華民國二十年三月七日福建高等法院第一分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決廢棄發回福建高等法院第一分院更爲審判

理由

按審理事實之法採用證言應以直接訊問爲原則若證人避不到場僅以呈詞函件代當庭之陳述依法不得採爲認定事實之根據至證人受合法傳喚無正當理由而不到場者法院得以裁定科以罰鍰並得拘提如確有不能得受訴法院之原因或如到受訴法院須多費時間及費用者法院得使命推事或受託推事訊問之此在民訴法上亦有明文規定本件前本院判決發回更爲審判認爲應行傳訊之要證戴國楨雖由被上訴人提出該證人所具之函件載明爲兩造調處之事並由龍溪地方法院呈明准龍溪縣商會公函轉據該會祕書戴國楨面稱現轉任陸軍第四十九師祕書剋日出發未能到庭供述等情復由龍溪地方法院查明戴國楨隨巖軍出發不在龍

溪無從傳喚但該證人既在龍巖軍中服務依照上開說明尚不難依法傳拘或使受命推事受託推事訊取證言乃原法院不此之務遽依戴國楨之函件認定上訴人所稱當時調處聽憑改嫁之語不足憑信其探證自非適法即本件應仍認有發回更審之原因

據上論結本件上訴爲有理由依民事訴訟法第四百四十四條第一項第四百四十五第一項判決如主文

(三十二) 救助之限制

二十一年六月二十九日民事  
聲字第四六號

**要旨** 聲請救助係以無資力支出訴訟費用而其訴訟尙有勝訴之望者爲限。又聲請救助之事由應解釋之。

聲請人張良安年五十二歲住上海八仙橋德順里五號

右聲請人因與楊義文等確認地畝所有權上訴事件聲請訴訟救助本院裁定如左

主文

聲請駁回

聲請訴訟費用由聲請人負擔

理由

按當事人聲請救助係以無資力支出訴訟費用而其訴訟尙有勝訴之望者爲限又聲請救助之事由應釋明之此在民事訴訟法第一百零七條第一百零九條定有明文本件聲請人不服原審判決上訴到院其應行繳納之第三審審判費用經本院審判長命令補正後雖據稱滬上戰事發生後生計艱難籌款乏術應請救助等情但是否確無資力未據釋明已難置信且查原審判決駁斥聲請人第二審之上訴卽因其未繳訟費經命令補正後仍未遵行故以不合程式爲駁斥之理由聲請人對此判決提起上訴既未指明關於程式之見解有何錯誤縱使准予救助亦顯無勝訴之望按之前開規定顯難謂合應將聲請駁回並依民事訴訟法第九十六條第八十一條裁定如主文

(三十三)新法前已確定之裁判

二十一年七月十三日民事  
抗字第六二一號

要	旨
當事人對於抗告法院之裁定。以違背法令爲理由提起再抗告。在	民事訴訟法施行前。抗告法院認抗告爲無理由而予駁回之決定。或裁決已經送達者。因依當時適用之民事訴訟法規。關於此項規定應解釋爲不得再抗告。卽應認該決定或裁決爲已經確定。斷無因以後施行之民事訴訟法規不同而仍許再抗告之理。

再抗告人湯王光賢年三十二歲住長安縣內呂祖廟街一號

右再抗告人因與湯福慶請求分給家產事件對於中華民國二十一年五月十三日山東高等院裁決提起再抗告本院裁定如左

主文

再抗告駁回

再抗告訴訟費用由抗告人負擔

理由

按當事人對於抗告法院之裁定以違背法令爲理由提起再抗告依民事訴訟法第

第四百五十二條之規定雖應准許但在民事訴訟法施行前抗告法院認抗告爲無理由而予駁回之決定或裁決已經送達者因依當時適用之民事訴訟律或民事訴訟條例關於此項規定應解釋爲不得再抗告即應認該決定或裁決爲已經確定斷無因以後施行之民事訴訟法規定不同而仍許再抗告之理本件再抗告人不服長清縣法院就其聲請救助所爲之裁決提起抗告既經原法院認爲無理由裁決駁回並於民事訴訟法施行之前二日即本年五月十八日依法送達按照上開說明自在不得再抗告之列茲復向本院提起再抗告無論其理由如何要難認爲合法據上論結本件再抗告爲不合法依民事訴訟法第四百五十九條第一項第九十六條第八十一條裁定如主文

(二十四)第一審訴訟行爲之效力

二十一年七月七日民事  
上字第一四八八號

### 要旨

在第一審所爲之訴訟行爲除別有規定外於第二審亦有效力。

上訴人李善卿年四十五歲住建陽中山街

訴訟代理人陳騰律師

被上訴人李國芳年五十四歲住建陽李同盛棧

右當事人間求償欠款事件上訴人對於中華民國二十年十月十三日福建高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按在第一審所爲之訴訟行爲除別有規定外於第二審亦有效力本件上訴人在第一審供稱（在建甌城內開設安吉貞沒有夥股李濟記李芳記均是在建甌城內開店那芳記濟記都是做米生意）同時被上訴人亦稱『李善卿在建甌開設棧房』（見十八年十月十九日供單）是安吉貞棧爲上訴人所開設原爲兩造在第一審所供認上訴人之代理人李助在原審變更主張謂安吉貞棧尙有夥股希圖消滅上訴人在第一審供認之效力自難憑信又安吉貞棧倒閉之後雖在建甌地方法院聲

請破產但未正式宣告破產本件訴訟程序即不能謂爲關於破產財團之訴訟程序殊無中斷之必要原判決維持第一審判決認安吉貞棧積欠被上訴人大洋二千四百五十九元有寄應由上訴人償還於法委無不當上訴人猶以安吉貞棧爲股東夥開及曾經聲請破產爲詞請求廢棄原判另爲判決非有理由據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(三十五)中止程序之職權

二十一年八月四日民事  
抗字第七八七號

要 旨

民事訴訟中若有犯罪嫌疑牽涉其裁判者。在刑事訴訟終結前。法院固得命將訴訟程序中止。惟應命中止與否。本屬法院之職權。非當然中止。法院自可斟酌情形定之。

抗告人湖南財政廳管理處

右抗告人與胡三接堂因請求回復所有權涉訟聲請中止訴訟程序事件對於中華民國二十一年六月二十二日湖北高等法院裁定提起抗告本院裁定如左

主文

### 抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人負擔

#### 理由

按民事訴訟中若有犯罪嫌疑牽涉其裁決者在刑事訴訟終結前法院固得命將訴訟程序中止惟應命中止與否本屬法院之職權非當然中止法院自可斟酌情形定之本件抗告人與胡二接堂因請求回復所有權涉訟於提起第二審上訴後雖以胡三接堂提出之印照係屬偽造向漢口地方法院檢察處告訴惟經檢察處偵查之結果認犯罪嫌疑不足為不起訴之處分在案則關於犯罪嫌疑之刑事部分已經終結況抗告人對於該檢處處分聲請再議又經該省高等法院檢察官駁回原法院認本件民事訴訟程序無中止之必要將抗告人之聲請駁回於法並無不合茲徒以抗告人就刑事犯罪嫌疑又聲請再議尙未解決等情聲明不服不能請有理由

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

(三十六)假處分之准許

二十一年八月二十五日民事  
抗字第八二九號

要 旨

假處分除因爭執物之現狀變更日後不能爲強制執行。或恐難執行。或應在外國執行者外。關於爭執之法律關係爲避重大損害起見。有定暫時狀態之必要者。亦准爲之。

抗告人耕虞堂

陳 光年五十一歲住江門市常安路保太和

陳 苑年四十一歲住江門市常安路保太和

右抗告人等與謝捷元等因請求交鋪及追租聲請假處分事件對於中華民國二十一年七月十一日廣東高等法院決定提起抗告本院裁定如左

主 文

原決定廢棄由廣東高等法院更爲裁定

理 由

按假處分除因爭執物之現狀變更日後不能爲強制執行或恐難執行或應在外國執行者關於爭執之法律關係爲避重大損害起見有定暫時狀態之必要者亦准爲

之本件抗告人等爲與謝捷元等請求交鋪及追租涉訟以在訴訟中謝捷元有私訂轉賃租約等請謂爲將鋪交回抗告人等管業之假處分固不能謂合於假處分之要件惟所稱訴爭之鋪自拆闢馬路後牆危險前江門市政府已迭催促建復等情是否屬實及是否非卽令謝捷元等將鋪交還抗告人等亟予建復不能避免危險發生卽其爭執之法律關係有無定暫時狀態之必要不無審究之餘地原審未注意及之抗告人之抗告論旨非全無理由

據上論結本件抗告爲有理由依民事訴訟法第四百五十九條第二項裁定如主文

(三十七) 契約之效力

二十一年七月四日民事  
上字第一三〇九號

要	旨
(一) 當事人以違背法令禁止之規定爲標的之契約當然無效。其因此所生之權利義務卽屬不能存在。販賣鴉片煙既爲現行法令所厲禁。則關於此種契約上之債權債務關係自亦不能認其成立。	(二) 私人契約之文字。除就文理考究外。尙應由法院調查立約當時之情形。互相參較。始能獲得立約人之真意。而予以正當之解釋。

上訴人王永山四十一歲住永嘉東門內瓦帝殿巷

訴訟代理人張翥律師住杭州上荷花池頭

被上訴人丁文藻四十歲住永嘉東門外新馬道

右當事人間請求返還股款事件上訴人對於中華民國二十年三月二十四日浙江高等法院第一分院更審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決廢棄發回浙江高等法院第一分院更爲審判

理由

按當事人以違背法令禁止之規定爲標的之契約當然無效其因此所生之權利義務即屬不能存在販賣鴉片烟既爲現行法所厲禁則關於此種契約上之債權債務關係自亦不能認其成立本件被上訴人對於上訴人請求返還股款八千元係根據兩造及青田代表於民國十六年合股設立永順藥品公賣所所訂立之草約查其草約第一條雖標明爲藥品公賣所而其附載之建幫條件第一條則定有賣烟人員第四條又載有閩船進口烟土字樣其管倉之王佩蘭在第一審會稱買來鴉片烟一百

多斤建幫代表翁維卿亦稱這種鴉片烟生意恐怕靠不住不敢做的各云云並當事人兩造之陳述亦多涉及鴉片煙之語（參照民國十八年二月二十一日八月二十三日十九年十月三日第一審筆錄十九年十二月六日更審筆錄及被上訴人迭次所具訴狀）則其締約之時是否假公賣藥品之名行販賣鴉片煙之實即與其契約之標的是否違法有關而為本件訟爭之先決要點何能置而不論又查私人契約之文字除就文理考究外尚應由法院調查立約當時之情形互相參較始能獲得立約人之真意而予以正當之解釋本件當事人所訂上開草約如非販賣鴉片煙有違法令禁止之規定則其爭執之草約第九條所載「公賣如無成效」一語究應如何解釋亦非傳集發起人及參與立約之青田代表金次真到場就其立約情形詳事推求不足以明真相原審對於以上各節均未注意其裁判自難予以維持仍應認為有發回更審之原因

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

（三十八）檢索抗辯之拋棄

二十一年八月二十五日民事  
上字第一七六三號

**要旨** 債權人未就主債務人之財產爲強制執行。保證人固得拒絕清償。惟保證人若拋棄此權利卽不得對於債權人爲此主張。

上訴人陳家蘭年六十三歲住定海縣西街

被上告人益昌木行設定海縣道頭

訴訟代理人許玖梅該行經理

複代理人張吟梅該行經理

右當事人間請求履行保證債務事件上訴人不服中華民國二十年十一月十四日浙江高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按債權人未就主債務人之財產爲強制執行保證人固得拒絕清償惟保證人拋棄

此權利即不得對於債權人爲此主張查本件上訴人於鄭夢漁充被上訴人行內影友時曾具保信內稱『敝親鄭夢漁蒙尊行錄用不勝銘感之至如有抖收影戲等情憑小號是問可也』等語據此保信所載上訴人對於鄭夢漁有抖收影戲情事顯爲直接負責之表示原審認上訴人已拋棄上述之保證人先訴抗辯權殊非無據茲上訴人乃謂該保信內所謂憑小號是問者係謂鄭夢漁之作弊一旦敗露不能自行賠償即就主債務人之財產強制執行而無效果時始由上訴人負責代償殊屬牽強又查上訴人所具之保信係對於被上訴人益昌行負責保證之責有該保信在卷可按被上訴人之牌號並未更改鄭夢漁於該行之韓姓股東退夥後仍舊任職上訴人並未聲明退保自應仍舊負責茲乃以韓姓等退夥爲詞而謂該保信業已失效尤不足採上訴人論旨均無理由

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

(三十九) 訴訟外和解之成立

二十一年九月十日民事  
字第一八〇七號

要旨

和解不以訂立書據爲必要。而契約之成立亦並不以當面協商爲限。苟由調處人兩方接洽。而雙方意思已歸一致。自應認爲和解成立。

上訴人張 訪年未詳住蔚縣東上碾頭

張傑卿年四十二歲住蔚縣泉家莊

被上訴人馮憲章年五十六歲住蔚縣泉家莊

右當事人間請求償還債務事件上訴人對於中華民國二十年十月十三日察哈爾高等法院第二審判決提起一部上訴本院判決如左

主文

原判決除駁斥被上訴人其餘附帶上訴部分外廢棄發回察哈爾高等法院更爲審判

理由

爭執要點在兩造審判外之和解是否成立有效查閱全卷兩造因債務涉訟由

第一審法院囑託第六區區長將兩造及原調停人邵會金吏張玉孫哲等邀集秉公調處嗣據區長呈復略稱招集原調停人邵會等數人並邀集第五區喬區長確商數次按以原有債款四萬二千吊錢核算結果着張傑卿出錢二萬八千串清還此款兩家完事分三期歸還第一期六月內還一萬吊七月內九千吊八月內九千吊共計三期雙方情願兩不翻悔等語而上訴人已依照和解將二萬八千吊如數清償亦爲被上訴人所不爭雖上訴人未能依照六七八三個月之限期延至十一月始行還清並據喬區長呈稱以八月爲限如交不清事歸原案候官廳解決但被上訴人始終主張和解並未成立並未主張和解成立後因上訴人未遵期履行應卽失效此係各別問題不容牽混就和解已否成立言之按和解本不以訂立書據爲必要而契約之成立亦並不以當面協商爲限苟由調處人兩方接洽而雙方意思已歸一致自應認爲和解成立原判以兩造始終未見一面爲否認和解成立之理由固屬難昭折服且和解苟未成立上訴人豈肯於訴訟尙未判決以前先爲二萬八千吊債務之履行按之常情亦滋疑義應就參與和解之調停人董區長喬區長邵會金吏孫哲張玉等詳加訊問以資認定至和解成立後能否因上訴人履行遲延而失效當視當時是否附有此

項條件爲斷如未附有此項條件祇可責令上訴人對於履行和解契約負遲延責任不能謂和解爲無效況金吏部會等在原審供稱當時對於遲誤履行期怎樣辦法並沒談及核與喬區長之呈文亦有未符原判並就喬區長呈文內關於和解成立後如履行遲延應生如何效果之陳述認爲和解僅有端緒並未成立亦難謂爲允當自應認有發回更審之原因卽本件上訴應認有理由

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

(四十) 土地所有權之行使及第一審之勘驗

二十一年八月十八日民事  
上字第一七二六號

要	旨
(一) 土地所有人行使其權利。固應注意防免鄰地之損害。惟土地所有人雖行使其權利。而鄰地之損害若仍可避免。則除鄰地所有人爲圖一己之利益或便宜。曾與土地所有人設定制限其權利行使之權利外。自不得以恐有損害爲藉口而妄加干涉。(二) 第一審勘驗之事項若足以爲訟爭關係之闡明。第二審法院卽無再行勘驗之必要。	

上訴人吳光明年二十四歲住閩候北門溪墩鄉

被上訴人王道秋年三十五歲住閩候北門外西庄鄉

王道成年五十二歲住閩候北門外西庄鄉

右當事人間阻止建築房屋事件上訴人對於中華民國二十年十月二十八日福建高等法院等二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按土地所有人行使其權利固應注意防免鄰地之損害惟土地所有人雖行使其權利而鄰地之損害若仍可避免則除隣地所有人爲圖一己之利益或便宜曾與土地所有人設定制限其權利行使之權利外隣地所有人自不得以恐有損害爲藉口而妄加干涉查本件被上訴人王道成於其所買被上訴人王道秋之地建築房屋雖據上訴人主張該地原爲園地在上訴人之房屋對面溪水大時水勢泛溢須有該地以

排洩之若任憑被上訴人建築房屋則上訴人之房屋必受其害被上訴人王道秋之先人於嘉慶年間向上訴人之先人立有永不起蓋房屋之議約請求阻止被上訴人建築房屋以除去其妨害惟查閱原卷上訴人所持出清嘉慶年間被上訴人王道秋先人所立之議約被上訴人王道秋既否認其事且被上訴人在第一審起訴後係稱該議約被駐兵住在屋內散失而於第一審最後言嗣辯論中又將該議約提出云係由其二房吳施氏處找着（見二十年四月十一日五月二十八日筆錄）該議約所載之立約人僅有王友二字中缺一字上訴人在第一審供稱年代已久不知詳細而在第二審中又由上訴人之代理人林修聲明爲王宗友（見二十年五年二十八日十月二十三日筆錄）被上訴人王道秋不認其先人有此名字而上訴人亦迄未提出王宗友係被上訴人王道秋何代先人之佐證復經一二兩審核閱該議約墨色新鮮係屬僞造此項書證自不得爲上訴人有利之證據原審捨棄不採按之證據法則並無不合又查被上訴人建築房屋之地雖在上訴人建屋之對向但經第一審履勘中間隔有一路東西寬北邊計有一丈八尺五寸南邊計有九尺溪水大時足資排洩且溪水大時可由路上流去又有王德勝之證言可資參證（見二十年十月二十二

日筆錄）是被上訴人建築房屋而上訴人所主張之水害縱使屬實仍可避免依上說明上訴人自不得妄加干涉原審駁回上訴人之控告仍維持第一審原判決將上訴人之請求駁回於法亦無不合又按第一審勘驗之事項若足以爲訟爭關係之闡明第二審法院卽無再行勘驗之必要本件第一審履勘之結果已足爲本件訟爭關係之闡明且履勘之筆錄及所附之圖說經兩造當場看明承認無誤有該筆錄在卷可按證人吳敦和亦在原審證明履勘之圖並無不對（見二十年十月二十三日筆錄）原審自毋庸再行履勘又查民法第七百九十條乃關於土地所有人得禁止他人侵入其地內之規定與本件爭執之事件無關上訴人乃據以攻擊原判爲不當亦無足採上訴人之上訴論旨均非有理

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

（四十一）移轉不動產之要件

二十一年七月四日民事  
上字第一三〇八號

要旨

不動產之移轉以訂立書據爲要件。

上訴人程靄翔五十三歲住南昌磁器街二十九號

訴訟代理人劉兆瑜律師

被上訴人余兆鵬年齡未詳住浮梁景德鎮

吳裕源住浮梁景德鎮

汪仁和住浮梁景德鎮

安記住浮梁景德鎮

余英涇年齡未詳住浮梁景德鎮

馮國忠年齡未詳住浮梁景德鎮

何廣有住浮梁景德鎮

永利住浮梁景德鎮

順康住浮梁景德鎮

慶泰典住浮梁景德鎮

劉慶昌銜住浮梁景德鎮

余協盛盛住浮梁景德鎮

陳友記住浮梁景德鎮

信 成住浮梁景德鎮

劉文興（答辯狀列劉義興）住浮梁景德鎮

王新發住浮梁景德鎮

李集記住浮梁景德鎮

恆茂泰住浮梁景德鎮

益 康住浮梁景德鎮

恆茂興住浮梁景德鎮

右當事人間執行異議事件上訴人等對於中華民國二十年五月二十六日江西高等法院更審判決提起上訴本院判決如左

主文

## 上訴駁回

### 第三審訴訟費用由上訴人擔負

#### 理由

本件上訴人對於被上訴人等請求查封之恆大房屋二重主張其有抵押權曾提出押契一張買契三張爲證查所提買契二張一爲宣統二年恆大買受祥集衛房屋之契一爲同年恆大永貞合買庫當衛房屋之契一爲光緒三十三年裕記買受汪家坦房屋之契其所載房屋均列入上訴人所執民國十二年押契之內而押契出名之人則爲潘積遺堂之潘國良等雖上訴人指稱上開房屋三重原來均爲恆大所有由恆大於民國六年移轉潘積遺堂故潘積遺堂有權抵押有恆大之賬簿及其股東潘幼良經理張啓東可證然查不動產之移轉以訂立書據爲要件上訴人既始終不能提出恆大讓與潘積遺堂之買賣契據以證明其移轉所有權之事實而庫當衛之房屋依其提出之買契所載又於民國八年始經永貞歸併於恆大所有謂於民國六年卽已連同其他房屋由恆大移轉潘積遺堂亦顯與事實相背此固無論恆大之賬簿如何記載其股東經理到場如何陳述要難認上訴人之主張爲正當至祥集衛房屋雖

又據提出租戶傅義銓租單證明其曾經轉租然租戶之租金單不能認爲出租人取得所有權之確切憑證原判闡述甚明亦屬無可爭執上訴人不服原審駁斥其訴之判決提起上訴其論旨均無可採

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

(四十二) 守志婦之擇繼權 二十一年七月十一日  
民事上字第一五二

要旨
宗祧繼承雖爲民法繼承編所不採。惟繼承開始在民法繼承編施行以前。除民法繼承編施行法有特別規定外。不適用繼承編之規定。應依其當時之法例辦理。按當時法例夫亡無子。除夫生前業已自行擇繼外。立繼之權在於守志之婦。夫之直系尊親屬苟爲其夫立嗣。未經守志婦表示情願者。不生效力。

上訴人姜薛氏年四十七歲住煙台南大道公勝利

被上訴人姜張氏年八十二歲住煙台南大道德順棧

姜兆麟年齡住址未詳

蔣姜氏年齡住址未詳

孫姜氏年齡住址未詳

孫姜氏年齡住址未詳

姜雪女年齡住址未詳

右兩造因請求確認立嗣事件上訴人對於中華民國二十年十月十七日山東高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決廢棄發回山東高等法院更爲審判

理由

按宗祧繼承雖爲民法繼承編所不採惟繼承開始在民法繼承編施行以前除民法繼承編施行法有特別規定外依民法繼承編施行法第一條規定不適用繼承編之規定本件上訴人故夫姜星五無子其繼承開始在民法繼承編施行以前自不適用繼承編之規定應依其當時之法例以爲辦理又按當時法例夫亡無子除夫生前業

已自行擇繼外立繼之權在於守志婦夫之直系尊親屬苟爲其夫立嗣未經守志婦表示情願者不生效力本件上訴人之夫姜星五死時被上訴人姜張氏擇立姜星五胞姪姜兆麟爲嗣據姜張氏起訴時狀（二十年六月五日）稱（上略）爲自己養生計爲死者香煙計故特邀同親族張長貴姜新由姜餘芹等擇立胞姪姜星南之長子姜兆麟爲嗣以續宗支云云又證人姜餘芹在第一審供稱過繼是老太太（指姜張氏）擇定的後來邀請多人到場張長貴供稱這是我姑姑（指姜張氏）的意思其餘不知（以上均見二十年六月十五日筆錄）但被上訴人姜張氏在第二審二次庭訊時則又稱去年（指十九年）六月十五日我照我繼子姜星五遺言過繼兆麟頂喪送殯同日被上訴人姜雪女（姜星五前妻所生之子女）亦供稱我父親病重時他（指姜星五）說過繼姜兆麟我姊妹們都聽見（以上均見二十年六月二十九日筆錄）究竟被上訴人姜張氏擇立姜兆麟爲嗣是否依照姜星五生前遺囑非無審究之餘地再查上訴人主張伊夫故時伊尙身懷有孕未知是男是女伊對於被上訴人姜兆麟僅係一種臨時辦法並非着其永久爲嗣當時伊曾立有字據一紙載明給地二畝以後不准爭繼等語交與姜兆麟父子收執原審未將姜兆麟父子傳

案令其提出此項字據職權上之能事顯有未盡等情查被上訴人姜雪女在第一審供稱臨危要立繼單姜潼後來說我母親身懷有胎等生下來再立繼單就起了爭執同日被上訴人姜兆麟亦供稱彼時未立繼單姜潼造謠說我伯母腹內有喜繼單暫從緩立後來就起了爭執（以上均見二十年六月二十九日筆錄）究竟上訴人當時是否有胎及有無給地二畝與姜兆麟約明以後不准爭繼於姜張氏擇立姜兆麟爲嗣上訴人曾否表示同意亦不無足資審究之處原審未注意及之亦不足以昭折服上訴人請求廢棄原判決非無理由

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

（四十二）扶養之無效

二十一年八月十七日民事  
上字第一六二七號

要	旨
扶養之程度應接負扶養義務者之經濟能力及身分定之苟非負扶養義務者有負擔家庭生活費用之資力而故意不肯給付要不得謂爲遺棄。	

上訴人李秀根十九歲住南昌西大街

被上訴人辜朝萬三十歲住南昌射步亭四號

右當事人間請求離婚事件上訴人對於中華民國二十年十一月三十日江西高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

卷查上訴人在第一審起訴請求與被上訴人離婚其主張之理由有三（一）嫁賣（二）虐待（三）遺棄查所稱嫁賣僅謂被上訴人有此揚言並無何種事實關於虐待一層上訴人雖謂被上訴人曾經毆打但經南昌地方法院檢察處驗明據僅被上訴人當庭指稱上訴人曾將伊胸部咬傷而上訴人是否被被上訴人毆傷達於不堪同居之程度並無證明方法至所稱遺棄無非謂被上訴人看相營生無力供給家庭衣食殊不知扶養之程度應按負扶養義務者之經濟能力及身分定之苟非負扶

養義務者有負擔家庭生活費用之資力而故意不肯給付要不得謂爲遺棄今被上訴人雖因看相營生不免於家庭生活費用給付減少然查被上訴人並非確有扶養之資力而故意不肯給付則所稱遺棄自屬不能成立原審變更第一審判決將上訴人之訴駁斥委無不合上訴論旨仍以空言指摘原判之不當殊難認爲有理由據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(四十四)代訂婚約之無效

二十一年九月十日民事  
上字第一九〇二號

要

婚約應由男女當事人自行訂定。爲民法所明定。此種規定依民法親屬編施行法第四條。卽民法施行前所訂之婚約亦適用之。是依舊習慣凡子女未成年時由其父母或伯叔代爲訂立之婚約除子女成年後予以追認外。自不能對於子女發生效力。

旨

上訴人陳翰娟二十歲住紹興清涼橋燕家弄

法定代理人陳夏氏住紹興清涼橋燕家弄

被上訴人李恆荃二十歲住紹興中正街

法定代理人李培初住紹興中正街

右當事人間確認婚約無效事件上訴人對於中華民國二十年十一月十一日浙江高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

查婚約應由男女當事人自行訂定爲民法第九百七十二條所明定此種規定依民法親屬編施行法第四條卽民法施行前所訂之婚約亦適用之是依舊習慣凡子女未成年時由其父母或伯叔代爲訂立之婚約除子女成年後予以追認外自不能對於子女發生效力本件兩造間之婚約係上訴人之父與被上訴人之叔於兩造十三歲時代爲締定乃不爭之事實上訴人主張被上訴人於十六歲時曾爲追認又無何種確切憑證足資認定則該婚約卽無可以拘束兩造之餘地被上訴人在第一審訴

請自由擇配不外確認婚約對於本人無效之旨趣第一審判令解除其用語雖有未當而其認定被上訴人不受該婚約之拘束於法尙無不合原判決亦係本此旨趣予以維持自屬允洽上訴論旨不能謂有理由

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

(四十五)繼承權之拋棄

二十一年七月四日民事  
上字第一四九〇號

<p><b>旨</b> 繼承開始在民法繼承編施行以前。除民法繼承編施行法有特別規定外。不適用民法繼承編之規定。應依其當時法例辦理。按當時</p> <p><b>要</b> 法例自己或其直系卑屬有承繼權而業經拋棄者。不得再行告爭。</p>
---

上訴人陶俊榮住玉田縣半壁店

被上訴人陶俊成住玉田縣半壁店

陶俊隆住玉田縣半壁店

石當事人間請求立嗣及分析遺產事件上訴人對於中華民國十九年十二月二十

七日河北高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按繼承開始在民法繼承編施行以前除民法繼承編施行法有特別規定外不適用民法繼承編之規定民法繼承編施行法第一條定有明文本件上訴人之兄陶俊峯係在民法親屬編施行以前死亡即其繼承開始係在民法繼承編施行以前自不適用民法繼承編之規定應仍依其當時法例辦理又據當時法例自己或其直系卑屬有承繼權而業經拋棄者不得再行告爭查本件上訴人主張伊子秉惠於陶俊峯與李姓合葬時曾爲執旛姑無論被上訴人否認其事及其所主張秉惠是上訴人獨子是否屬實上訴人所稱執旛卽爲承繼之成立是否可信而上訴人既於民國十四年廢歷正月同被上訴人等立有執旛不承嗣字據卽已表示拋棄承繼權依上說明上訴人自不得於立據後又行告爭茲上訴論旨雖稱該字據係脅迫寫立純屬空言殊

難置信原審將上訴人在第一審之訴駁斥於法並無不合上訴論旨均無足採據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

(四十六)對於他人立繼之告爭

二十一年七月七日民事  
上字第一四九五號

要

宗祧繼承雖爲民法繼承編所不採。惟繼承開始在民法繼承編施行以前。除民法繼承編施行法有特別規定外。不適用繼承編之規定。應依其當時之法例辦理。按當時法例。自己或其直系卑屬并無繼承權之人。對於他人立繼之當否。不能告爭。

旨

上訴人劉白氏年四十二歲住甯津縣劉家閣

被上訴人劉宋氏年七十五歲住甯津縣劉家閣

劉崔氏年三十三歲住甯津縣劉家閣

右當事人間請求立嗣及交付遺產事件上訴人對於中華民國二十年四月四日河北高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按宗祧繼承雖爲民法繼承編所不採惟繼承開始在民法繼承編施行以前除民法繼承編施行法有特別規定外依民法繼承編施行法第一條規定不適用繼承編之規定本件上訴人請求爲其夫劉慶雲之翁叔劉九香及服祖劉先貴立嗣其繼承開始均在民法繼承編施用以前自不適用繼承編之規定應依其當時之法例辦理又按當時法例自己或其直系卑屬並無承繼權之人對於他人立繼之當否不能告爭查上訴人之夫劉慶雲係屬獨子依當時法例不得出繼他房卽無繼承權被上訴人劉宋氏之第三子已立爲劉九香嗣子不問是否合法殊非上訴人所得告爭至稱被上訴人劉宋氏之第三子並無承繼劉九香之事純屬空言主張顯難置信又查劉先貴有子九如在外有九如之舅牟書奎之證言可據上訴人謂已死亡毫無提出相當佐證亦難認爲真實原法院駁斥上訴人之上訴於法尙無不合上告論旨均無足採

據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十四條第四百四十五條第八十一條判決如主文

(四十七)立嗣之要件

二十一年八月十一日民事  
上字第一二〇七號

**要** 宗祧繼承雖爲民法所不採。惟繼承開始在民法繼承編施行以前。依該編施行法第一條規定應適用當時之法例辦理。按當時法例

**旨**

立嗣以昭穆相當而現尙生存之人爲要件。

上訴人陳周氏年六十四歲住霍邱縣西吳集保

訴訟代理人陳保興住霍邱縣西吳集保

被上訴人陳永興卽陳效堂年四十一歲住霍邱縣西衆興集

右當事人間請求依法立嗣及分析遺產事件上訴人對於中華民國二十年十月十二日安徽高等法院第一分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

### 第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按宗祧繼承雖爲民法所不採惟繼承開始在民法繼承編施行以前依民法繼承編第一條規定應適用當時之法律例辦理又查繼承編施行前之法律例立嗣以昭穆相當而現尙生存之人爲要件本件上訴人之子係被承繼人陳璉之姪孫輩於昭穆倫序顯不相當上訴人之夫則爲業已身故之人依上說明對於陳璉之立嗣均不能告爭况據上訴人在第一審起訴係主張長二兩門之繼應歸氏三門之子承祧五六兩門之繼應歸四門（卽被上訴人一門）子接續有十九年五月十七日之起訴狀可資考證乃在上訴審又變更其主張而爭第六門陳璉之繼尤屬矛盾原審予以駁斥委無不合又系爭之產既係向歸被上訴人家執業閱數十年之久據被上訴人提出光緒三十年之清楚字及宣統三年之買契宣統二年之當契又均足爲上訴人故翁陳瓏兄弟六門早經分財異居之確證自不容上訴人空言主張爲六門所共有請求分析各該字據均係已故之吳佑齋代筆其中宣統三年之買契且經投稅豈臨時所能僞造關於此部之上訴亦非有理

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

(四十八)立嗣之不容干涉

二十一年八月八日民事  
上字第一六九九號

要

宗祧繼承爲民法繼承編所不採。但繼承開始在該編施行以前。依該編施行法第一條規定應適用當時之法律例辦理。按當時法律例守

旨

志之婦有爲夫行使擇繼之權。非族人所得干涉。

上訴人王玉德年五十歲住黃縣第五區七奔王家村

王玉樸年四十六歲住黃縣第五區七奔王家村

被上訴人王傳氏年五十五歲住黃縣江格莊

王振德卽王鴻寬

右當事人間請求確認立嗣不成立事件上訴人對於中華民國二十年十一月二十日山東高等法院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

## 上訴駁回

### 第三審訴訟費用由上訴人負擔

#### 理由

按宗祧繼承爲民法繼承編所不採但繼承開始在民法繼承編施行以前除民法繼承編施行法有特別規定外依民法繼承編施行法第一條規定不適用繼承編之規定本件被上訴人王傅氏故夫王玉田無子其繼承開始在民法繼承編施行以前自不適用繼承編之規定應依其當時之法例辦理又按當時法例守志之婦有爲夫行使擇繼之權非族人所得干涉被上訴人王傅氏係已故王玉田之守志婦擇立被上訴人王振德卽王鴻寬爲其夫嗣依上說明既非上訴人所能干涉且上訴人等係王玉田之兄弟均無直卑系親屬其本支裏沒有可繼之人經上訴人王玉德在原審供明有原審二十一年十一月十九日筆錄可據依當時法例上訴人等亦無告爭之權原審駁斥上訴人等在第一審之請求並無不合又查被上訴人王傅氏並無改嫁原審認爲守志之婦亦無不合上訴人所稱被上訴人奸淫一節無合法佐證以資證明亦難置信上訴論旨均無足採

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

(四十九) 票據追索權之行使 二十一年七月七日民事  
字第一四〇九號

<p><b>要旨</b></p> <p>依票據法之規定。匯票到期不獲付款時。執票人對於背書人固得行使其追索權。然其票據背面如未蓋有轉讓之商號圖記。足認爲由該號之以背書轉讓。卽難憑空對於該號行使追索權。</p>
--

上訴人任寶三四十三歲住涪陵縣城區

余笏誠四十二歲住涪陵縣城區

蘇鵬程四十一歲住涪陵縣城區

葉茂林(原判載葉茂森)五十四歲住涪陵縣城區

恆益四十三歲住涪陵縣城區

被上訴人廖輝廷三十二歲住渝城接聖街

廖冰青年齡未詳住渝城接聖街

至德記年齡未詳住渝城接聖街

林有餘年齡未詳住渝城接聖街

張春山年齡未詳住渝城接聖街

陳善百年齡未詳住渝城接聖街

右當事人間求償票款事件上訴人等對於中華民國二十年四月二十二日四川高等法院第一分院第二審判決提起上訴被上訴人亦提起附帶上訴本院判決如左

主文

上訴及附帶上訴均駁回

第三審訴訟費用由兩造各自負擔

理由

本件先就上訴部分說明於下按票據法第二十七條第一項載匯票依背面而轉讓又同法第八十二條第一項載匯票到期不獲付款時執票人於行使或保全匯票上權利之行爲後對於背書人發票人及匯票上其他債務人得行使追索權等語本件上訴人等提出民國十九年四月匯卷六張（內有一張未呈案）請求被上訴人等

夥開之裕厚長付款六千兩查其呈案之匯券五張有三張爲萬莊安記所出兩張爲宜昌匯通所出均與裕厚長無涉雖上訴人等主張該票爲裕厚長之經理張積五所轉讓到期不獲付款應由該號負責然其票據背面並未蓋有該號圖記足認爲由該號之以背書轉讓卽難憑空對於該號行使追索權又查裕厚長向係經營鹽糖生意爲不爭之事實如其經理有買賣匯票之事顯非業務範圍內之行爲則非證明受有特別委任其行爲之效力固不及於裕厚長至上訴人等所指裕厚長之匯兌總錄被上訴人等極端否認爲該號所有又經向巨良供明確爲張積五之日記簿子該簿雖載有票據往來賬目然僅係私人記載何能以此卽援爲上開匯券應由該號負擔之理由此固無論被上訴人所稱匯券爲張積五向巨良等多人販賣煙土欠款一節是否真實要難認上訴人等之主張爲正當原判廢棄第一審判決駁斥其對於被上訴人等該部分之請求殊無不當上訴非有理由再論附帶上訴部分按附帶上訴須由被上訴人對於上訴人提起在通常共同訴訟非經共同訴訟人全體提起上訴者對於未提起上訴之人不得提起附帶上訴本件上訴人等係對於匯票部分提起上訴其因請求給付執照銀款在原審爲共同被上訴人之況國興劉恆昇張沛霖等並未

列名爲上訴人。被上訴人就該部分聲明不服。提起附帶上訴。顯非法所准許。

據上論結。本件上訴無理由。附帶上訴不合法。依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第四百零九條第一項第八十一條判決如主文。

(五十)舉證之責任。二十一年八月八日民事  
上字第一六九八號

要旨	當事人主張有利於己之事實。應負舉證之責。如不能舉證。或其所舉證據並不能證明其所主張事實之存在。即應將其請求予以駁回。
----	--

上訴人江海宗年六十四歲住巴縣守備街二十八號

被上訴人李聚泉年五十二歲住巴縣石橋鄉

右當人問請求清算合夥賬目事件。上訴人對於中華民國十九年十一月二十五日四川高等法院第一分院第二審判決。提起上訴。本院判決如左。

主文

上訴駁回

### 第二審訴訟費用由上訴人負擔

#### 理由

按原告主張有利於己之事實應負舉證之責若原告不能舉證或其所舉證並不能證明其所主張事實之存在即應將原告之訴予以駁回本件上訴人在第一審起訴主張伊於民國十五年春間由周恆章介紹與被上訴人夥買榮記山貨藥材立有榮記牌名係專以做用爲宗旨用錢四六分配賺折對派現被上訴人匿賬不算請求責令被上訴人繳出榮記之賬核算判結等情提出榮記與各號來往之手摺及收貨單爲證而據被上訴人則稱上訴人係由周恆章介紹在被上訴人所謂之鎰豐榮號充任掛秤（卽上街做用錢）并無薪資所做用錢四六分用其經手買賣貨必須打記以示區別售出之貨則賺折對派上訴人所謂榮記原係上訴人私人所打之記其經手所打榮記各賬均在鎰豐榮賬簿之內并無獨立之榮記牌名及賬簿并提出鎰豐榮之賬簿爲證本院查上訴人所主張與被上訴人夥買榮記藥材曾立有榮記牌名之事實業經第一審查據重慶藥材同業公會覆稱據山南棧幫執行委員張茂修稱該幫并無榮記牌名且經原介紹人周恆章在原審證稱江海宗（卽上訴人）到鎰豐

表 期 刊 書 供

榮掛秤做用錢是民介紹的榮記是江海宗經手的就寫榮記并無招牌及簿子（見民國十九年六月十日及七月二日筆錄）各等語是上訴人僅以其與各號來往之手摺及收貨單載有榮記字樣而謂爲係與被上訴人夥買榮記藥材自不足資爲確證況查第一審並經派員協同兩造前往與上訴人來往之各商號查核簿據均與被上訴人所繳之鎰豐榮賬簿記載相符且上訴人在第一審亦已請求將被上訴人所交案之賬簿澈底清算（據民國十八年六月二十七日上訴人供）嗣因重慶總商會清算結果於上訴人有所不利乃復謂被上訴人之賬簿係屬偽造殊非有理本件原判仍維持第一審判決將上訴人之上訴予以駁回委無不當上訴論旨雖臚列多端要不外謂上訴人與被上訴人確係夥買榮記藥材有榮記原帳簿被上訴人匿不交出而被上訴人所繳之賬簿均係偽造及周恆章之證言爲不足信等詞均非可採據上論結本件上訴爲無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百四十五條第八十一條判決如主文



民國二十三年十一月出版



最高法院民事判例匯刊 第八期

定價大洋六角

著者 郭衛

周定枚

印刷者 上海法學書局

發行者 上海法學書局

總發行所

上海三馬路  
雲南路東首

上海法學書局

