

犁齋法制史料叢編之二

景印

大理院民事判例百選

黃源盛 纂輯

犁齋法制史料叢編之二

印  
景  
大理院民事判例百選

黃源盛  
纂輯

國家圖書館出版品預行編目資料

景印大理院民事判例百選 / 黃源盛編撰, 一初版.

—臺北市：五南, 2009.04

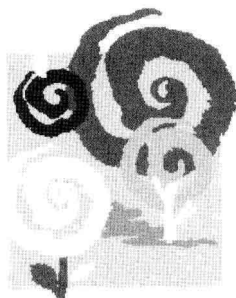
面：公分.

I S B N: 978-957-11-5050-5 (精裝)

1.民事審判 2.民事法 3.判例彙編

584

96023643



1Q87

## 景印大理院民事判例百選

編著者 — 黃源盛(303.1)

發行人 — 楊榮川

總編輯 — 龐君豪

主編 — 劉靜芬 林振煌

責任編輯 — 黃琴唐 李奇羣 張慧茵

封面設計 — 童安安

出版者 — 五南圖書出版股份有限公司

地址：106 台北市大安區和平東路二段 339 號 4 樓

電話：(02)2705-5066 傳真：(02)2706-6100

網址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：[wunan@wunan.com.tw](mailto:wunan@wunan.com.tw)

劃撥帳號：01068953

戶名：五南圖書出版股份有限公司

台中市駐區辦公室 / 台中市中區中山路 6 號

電話：(04)2223-0891 傳真：(04)2223-3549

高雄市駐區辦公室 / 高雄市新興區中山一路 290 號

電話：(07)2358-702 傳真：(07)2350-236

法律顧問 元貞聯合法律事務所 張澤平律師

出版日期 2009 年 4 月初版一刷

定價 新臺幣 5000 元



## 黃源盛教授纂輯民初大理院民事判例真跡景印百選序

\*黃靜嘉

大理院之存續在民國初年之北洋政府時期，期間為一九一二至一九二八年，約達十七年之久。國民政府定都南京，該大理院之功能，即由新設的最高法院所取代。按我國第一部現代化民法典各編，係於一九二九及三〇年間，由國民政府立法院在南京所制定，並於一九二九、一九三〇年及一九三一年五月先後施行。故自斯時起始，最高法院審理民事案件，已有該民法典可資準據。惟在大理院存立的十七年間，就民事案件，其所適用的制定法源（Statutory Law），限於《大清現行刑律》中的民事有效部分與少數特別民事法規。大理院於其適用各該制定法源之過程中，並行使了篩選、取捨及修正之權。又大理院就其適用之條理法源，則多採擇歷次之民律草案之相關規定，不啻賦與「準民法」法典之地位。回顧此後歷史，大理院可謂曾以其判決為日後國府新民法之過渡，或為之完成了若干先期工作。

由於上述之原因，為研究瞭解我國現代化的民事法制之演進，大理院之民事判例，誠為不可或少的參考資料。多年來，坊間僅有郭衛先生編輯之《大理院判決例全書》（台北：成文出版社，一九七

\* 作者曾任中國法制史學會理事長，現任聯合法律事務所所長。

二年台一版)。該書所收民事判例，約占全書近一半篇幅。惟該全書所收入者並非各該原判例之全文，而僅為抽離案情事實之「判決要旨」，亦無從窺知作成判決之法曹，於達成其結論前其推理之依據及論辯過程，誠為莫大憾事。幸經黃源盛教授自南京「中國第二歷史檔案館」取得現存大理院判例之全文，並經整編就緒，預期繼本書首選之百例之後，所有現存判決例之全文「標點版」亦期盼能在短期內得以問世，以慰學人之渴望。

本書係就現存大理院全部判決真跡，選出其中百案予以景印，俾法學者得快先睹。當日此種判決之原文，均係以楷書工筆繕寫，一字不苟。邏輯推理及文字表達，亦具相當水準。更正之處，並經相關人員加蓋名章，以示負責。凡此，均可看出當日該院法曹及吏員之敬業及嚴謹。其相關人員之楷書，顯出一種美感與水準。此於當日或不足為奇，且為那時官署依常規處事之定型作品。茲值二十世紀之初葉，身為迭經鉅大世變之子遺，觸摸並檢視八十餘年前大理院法曹及吏員之案牘舊跡。回想昔日國事蝸蟻，京華煙雲，瀰漫不確定之感，且常有欠薪之事，法曹及吏員在生計上常朝不保夕。他們仍兢兢業業，黽勉從事。心念法制之締造及提升，為長期累積努力之成果。今日之司法雖仍多令人詬病之處，然仍可謂規模粗具，而充分法治的公民社會，尚非遙不可及。回顧來時路，仍不能不對這些前人，由衷感到一些敬意也。

二〇〇七年除夕 新加坡凱悅酒店旅次 時年八十又三

# 代序

## ——民初大理院民事審判法源

· 黃源盛

### 一、緒說

在長達兩千多年的傳統中國法制長廊裡，儘管王朝遞嬗，立法頻仍，但始終未曾出現過一部獨立的「民法典」。觀乎歷朝歷代所頒布的法典，從李悝的《法經》（西元前四〇六年）到清末的《大清現行刑律》（一九一〇年），以當今的法律分類概念，基本上，性質均屬「刑法典」；祇不過，這些法典的內容往往涵蓋了有關民事、訴訟和行政等方面的規範事項，並且大都以刑罰制裁作為其法律效果，因而有被稱為「諸法合體，民刑不分」者。實際上，傳統中國法制究竟有無「民法」？如果有，是「民刑不分」？還是「民刑有分」？抑或「不分之中又有分」？說法並不一致。

\* 本書纂輯者，現任國立政治大學法律學系教授、中央研究院歷史語言研究所兼任研究員。

— 關於此類問題的論述，楊鴻烈謂：「如以中國上下幾千年長久的歷史和幾百種的成文法典而論，公法典佔絕大的部分，純粹的私法典簡直找不出一部，在現時應該算是私法典規定的事項也包含在這些公法典裡面，從來沒有以為是特種法典而獨立編纂的。……」詳參氏著，《中國法律思想史》，（台北：台灣商務，民國八十二年三月版），頁

從法制歷史的發展面看來，在任何國家的法史學研究中，對於「法的淵源」之探討都是不可或缺的，甚至是首要的課題；可以說，法制史的研究是從對「法的淵源」論述開始的。關於「法的淵源」，一般習稱為「法源」，其含義有廣有狹，有哲學性意義的法源、歷史性意義的法源以及形式性意義的法源等說，本文指的是裁判官所據以為判決的審判依據，亦即法規範的存在形式。而有關「法源」的解析，有著一條必經的途徑，就是要著眼於現實的訴訟場景，透過裁判案例，來揭示什麼是被當作審判的依據？

四〇〇—四〇三。張晉藩曾指出：「在豐富而又悠久的中國古代法律史中，雖無現代民法的概念，但卻存在著財產關係與人身關係和相應的法律調整……有人甚至斷言，中國古代沒有民法，只有刑法，顯然這是不符合中國法律歷史的實際的。」詳參張氏著，《清代民法綜論》（北京：中國政法大學出版社，一九九八年二月），頁一。此外，日本學者寺田浩明研究清代司法制度，認為雖不存在現代所謂「民事審判程序」與「刑事審判程序」之類程序性質上的區分，但事實上仍有以民事案件和微罪案件為主要對象，州縣地方官就擁有最終處理權限的「州縣自理」審判，和以較重大的犯罪案件為對象，程序上採取「必要的覆審制」，在州縣以上的不同級別分配最終處理權限的「命盜重案」審判，而從清代的訴訟檔案也可發現，當事人的狀紙上分別加蓋有「刑」或「錢」字樣。凡上種種，似可證明，傳統法制有類似於「民事」或「刑事」的區分。以上詳參寺田浩明，《清代司法制度研究における法的位置付けについて》載日本，《思想》，第七百九十二號，（東京：岩波，一九九〇年六月），頁一七九—一九六。另參閱田濤、許傳璽、王宏治編，《黃岩訴訟檔案與調查報告》（上卷，黃岩訴訟檔案）（北京：法律出版社，二〇〇四年十一月），頁二七六、二七八、二八一、二八二、二八三、二八七、二八八、二八九、二九〇、二九二、二九三、二九四等。

二 參閱滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，其中第四，〈民事的法源の概括的検討——情・理・法〉，頁二六三—三〇四。（東京：創文社，昭和五十九年（一九八四）十二月）。大村敦志，《法源・解釈・民法学》，頁二—七（東京：有斐閣，一九九五年十二月）。另參閱張正學，《法院判斷民事案件適用之法則》，載《法律評論》，第

帝制中國時期，並無一部當代意義的正式「民法典」，這已是不爭之論，問題是，沒有「民法典」是一回事，有無「民事規範」又是一回事；即使有「民事規範」，其間有無所謂「權利與義務」的內涵呢？如果有，那是什麼？如果沒有，那又是為什麼？及至晚清變法修律期間（一九〇二—一九一一年），在法理派「參考古今，博稽中外」的強力主導下，引進西方近代法典編纂技術，舶來「六法」區分的概念，清政府才於一九一一年九月完稿《大清民律草案》，這是中國法制史上首部民事實體法，但也未及頒布，清廷已傾。不禁想問：當時審判官員在面對具體案件時，到底是如何理解所謂「理之曲直」或「罪之有無」的民·刑界限？有關這些問題，深刻論述不多，見解也很多樣<sup>三</sup>。

之前，我曾以民初北洋政府時期（一九一二—一九二八年）的最高審判機關「大理院」為例，作過些初探的工作<sup>四</sup>。循著這個脈絡，本文對於傳統中國法制中有無「民法」一事，囿於主題，不擬論列。僅想針對清末司法新制，如何從「民刑混沌」到「民刑分立」的嚆矢與轉化作扼要的敘述；而最主要者，想針對民初大理院民事裁判的「法源性」再做進一步的闡明。尤其，要對下列幾個問題作一些精進的思考：在立法功能不彰及成文法闕如的年代，大理院如何去探尋民事規範的法源？當法源相

二四九—二五〇期，（民國十七年四月八日及十五日）。

三 關於這一課題的綜合分析，請參閱徐忠明，〈關於中國古代「民法」問題借題發揮〉，收於氏著，《思考與批評：解讀中國法律文化》，頁一〇五—一三四，（北京：法律出版社，二〇〇〇年十月）。

四 詳參黃源盛，〈民初大理院司法檔案的典藏整理與研究〉，載台北，《政大法學評論》，第五十九期，一九九八年六月。再參〈民初大理院〉，載台北，《政大法學評論》，第六〇期，一九九八年十二月。另參〈民初大理院關於民事習慣判例之研究〉，載台北，《政大法學評論》，第六十三期，二〇〇〇年六月。



互衝突時，規範間的效力高下又該如何解決？在民國初期，帝制中國的最後一部傳統刑法典《大清現行刑律》，如何改頭換面，變成民事裁判的法源依據？大理院時期「判例要旨」的性質是否屬英美法系中的判例法（Case law）？民國正式的「民法典」尚未出世前，曾有《大清民律草案》的編纂，該部民律草案的性質及地位究竟該如何看待？此外，大理院的民事判決先例在法學方法上的運用，究竟留給世人哪些值得省思的課題？

## 二、晚清「民刑分立」的立法濫觴與司法實踐

有清末季，沈家本（一八四〇—一九一三年）膺命修律後，考慮到新刑典的制定，非旦夕所能完成，也洞察到推行新律的社會條件並未成熟，禮教派人士對草擬中的《大清新刑律》尤橫加阻撓，而舊有的《大清律例》又未合時用。在「新律之頒布，尚須時日，則舊律之刪訂，萬難再緩」的前提下；光緒三十四年（一九〇八年）正月二十九日，修訂法律大臣沈家本、俞廉三等奏請重新進行以前因更改官制、人員調動而中止的對《大清律例》的全面改造工作，期能完成修改、修併、移併及續纂等項。奏云：

家本上年進呈刑律，專以折衝樽俎，模範列強為宗旨。惟是刑罰與教育互為盈胸，如教育未能普及，驟行輕典，似難收弼教之功。且審判之人才、警察之規程、監獄之制度，在在與刑法相維繫，雖經漸次培養設立，究未悉臻完善。論壇遞之理，新律固為後日所必行，而實施之期，殊非

急迫可以從事。考日本未行新刑法以前，折衷我國刑律，頒行《新律綱領》，一洗幕府武健嚴酷之風，繼復酌採歐制，頒行《改定律例》三百餘條，以補綱領所未備，維持於新舊之間，成效昭著。<sup>五</sup>

至此，沈氏乃師法鄰國日本往例，將局部修改《大清律例》的原初計畫，提昇為綜核現在通行章程，而對舊有律例做全盤性的大翻修。同時，為使《大清律例》能貫徹其為刑事法典的單純本務，乃定名為《現行刑律》<sup>六</sup>，企圖以漸進方式，立推行新律基礎。

<sup>五</sup> 參閱故宮博物院明清檔案部編，《清末籌備立憲檔案史料》下冊，頁八五一，（北京：中華書局，一九七九年七月）。光緒三十四年正月二十九日〈修訂法律大臣沈家本等奏請編定現行刑律以立推行新律基礎摺〉。

<sup>六</sup> 《現行刑律》的編定，名目上係指光緒三十四年正月二十九日，修訂法律大臣沈家本、俞廉三奏請編定。惟實際上此項編訂已開始於初訂律奏進之前，即光緒三十一年三月十三等日，以〈修訂法律大臣奏請先將例內應刪各條分次開單進呈摺〉，分三次奏准，共刪三百四十四條，再光緒三十三年十二月初七日，又以〈修訂法律大臣奏遵議滿漢通行刑律摺〉，奏准刪改四十九條，經此兩次刪改之律例文，因其已經奏准之故，除非被修復，當時即已確定失效，或被變更，詳參《大清法規大全》（三）卷一，〈法律部〉，頁一六七九—一七四四。另參，戴炎輝，〈清現行刑律之編定〉，（上）（續），載於台北，《法學叢刊》第七十七、七十八期，（民國六十四年一、四月）。又中國歷代刑律，均泛名為「律」，從無正名為「刑律」者，《大清律例》沿《明律》之舊，於〈名例律〉之外，分為〈吏律〉、〈戶律〉、〈禮律〉、〈兵律〉、〈刑律〉、〈工律〉六門，一似〈刑律〉之外，吏、戶、禮、兵、工五律均非刑事法者。光緒三十四年，修訂法律大臣奏請編訂《現行刑律》，經憲政編查館會法部議准，《現行刑律》之名始出現，宣統二年四月初七日奉上諭頒行，其名始正。

## (一) 立法開端

光緒三十四年五月十八日，憲政編查館奕劻（一八三八—一九一七年）與法部奉旨議奏沈家本等奏摺，對其修法旨趣與所採行方法表示贊同，宣統元年（一九〇九年）正月十一日，時任京師高等檢察廳檢察長的徐謙（一八七一—一九四〇年）奏請「將現行刑律參照新刑律妥為覈訂」，提出新法未實行舊律未遽廢之時，宜編定過渡法典予以調和，並提出五點具體建議：（一）分別民刑。（二）重罪減輕、輕罪加重。（三）停止贖刑。（四）婦女有罪，應與男犯同一處罰。（五）次第停止秋審<sup>七</sup>。同年十二月十四日，憲政編查館奏請「飭修訂法律大臣另編重訂現行律片」，重申以修訂舊律為主的漸進方式之同時，也肯定徐謙所列舉五端，請旨飭下修訂法律大臣按照徐氏所奏，再行考核中外制度，參酌本國情形，詳加討論，悉心審訂，另定體例，編《重訂現行律》。在此《重訂現行律》未頒布以前，《現行刑律》戶役內承繼、分產以及男女婚姻、典賣田宅、錢債違約各條，應屬民事者，自應遵照「奏定章程」，毋庸再科罪刑。宣統二年（一九一〇年）四月七日，法律館、憲政編查館會奏《呈進現行刑律黃冊定本請旨頒行摺》，《欽定大清現行刑律》頒行，律三八九條，條例一三二七條，附《禁煙條例》二〇〇條，《秋審條款》一六五條。在該奏摺中，奕劻特別強調：

<sup>七</sup> 詳參清史館，《大清宣統政紀實錄》，第二十六卷五、六，宣統元年正月十一日。（台北：華文書局，一九六八年。），另參陳新宇，〈「分別民刑考」——以《大清現行刑律》之編纂為中心〉，載《法制史研究》，第十期，頁二五三—二八四（台北：中國法制史學會、中央研究院歷史語言研究所主編，二〇〇六年十二月）。

《現行律》戶役內承繼、分產、婚姻、田宅、錢債各條，應屬民事者，毋再科刑，仰蒙俞允，通行在案。此本為折衷新舊，係指純粹之屬於民事者言之，若婚姻內之搶奪、姦佔及背於禮教違律嫁娶，田宅內之盜賣、強佔，錢債內之費用受寄，雖隸於戶役，揆諸新律俱屬刑事範圍之內，凡此之類均照《現行刑律》科罪，不得諉為民事案件，致涉輕縱。

可以看出，上述徐謙所奏，獲得憲政編查館的支持，尤其是其中的「分別民刑」一項。而憲政編查館所說的「奏定章程」，即是光緒三十三年（一九〇七年）十一月二十九日清廷所頒行的《各級審判廳試辦章程》<sup>八</sup>，該章程第一條規定：「凡審理案件分刑事、民事二項，其區別如左：一、刑事案件，凡因訴訟而審定罪之有無者，屬刑事案件。二、民事案件，凡因訴訟而審定理之曲直者，屬民事案件。」<sup>九</sup>。之後，《上海地方審判廳收理民刑訴訟案件辦法通告》乃明確指出：「凡關於戶婚、田土、錢債、契約、買賣糾葛，但分理之曲直者，為民事。凡關於命盜、雜案一切違犯法律行為，定罪之輕重者，為刑事。」<sup>九</sup>從此，清末籌辦地方各級審判廳，分有民事專科，必須明確區分民事案件與刑事

<sup>八</sup> 宣統元年（一九〇九）十二月二十八日清廷再頒布《法院編制法》，《各級審判廳試辦章程》與《法院編制法》是清末諸省各級審判廳設立的主要法源依據，依《各級審判廳試辦章程》第一一九條規定，該章程的施行期間為自各級審判廳開辦之日起至《法院編制法》和《民事刑事訴訟法》頒行止，然由於清廷未能及時頒行正式的訴訟法，故該章程在晚清始終有效，惟與《法院編制法》牴觸的具體條文失其效力。

<sup>九</sup> 其他例如《各級審判廳試辦章程》第十四條規定：「刑事廳票如左：一、傳票傳訊原被告及其他訴訟關係人等用之。二、拘票拘致犯徒罪以上之被告及抗傳不到或逃匿者用之。三、搜查票搜查罪人及證據用之。第十五條則規定民事廳

案件。

仔細翻閱《大清現行刑律》條文，其中確實存在著若干關於民事方面的規定，且就條文的結構形式看，也不再附予刑罰制裁的法律效果，而是獨立作為純粹的「民事」規範。當然，這樣的立法構造也並非從《大清現行刑律》才開始出現，在《大清律例》的律條中已曾有過，祇不過這一次擴大了這種趨勢<sup>10</sup>。例如〈戶役門〉·「立嫡子違法」條例：

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為嗣。若立嗣之後，卻生子，其家產與原立子均分。並不許乞養異姓為嗣，以亂宗族。立同姓者，亦不得尊卑失序，以亂昭穆。

再如〈婚姻門〉·「男女婚姻」條例：

嫁娶皆由祖父母、父母主婚，祖父母、父母俱無者，從餘親主婚。其夫亡，攜女適人者，其女從母主婚。若已定婚，未及成親，而男女或有身故者，不追財禮。

票如左：一、傳票同前條第一項。二、搜查票因查封時遇有隱匿財產者用之。<sup>11</sup>又如第三十八條規定了判決書不同的格式與內容。詳參鑄新公司編譯所編纂，《各級審判廳試辦章程》，（蘇州：編纂者刊，一九一三年四月）。

<sup>10</sup>參閱《欽定大清現行刑律·戶役》「立嫡子違法」條例；以及〈婚姻〉「男女婚姻」條例，宣統二年（一九一〇）四月。



又如〈田宅門〉·「典賣田宅」條例：

告爭家財田產，但係五年以上，並雖未及五年，驗有親族寫立分書，已定出賣文約是實者，斷令照舊管業，不許重分再贖，告詞立案不行。

## (二) 司法轉型

清宣統年間（一九〇九—一九一一年）各行省省會，商埠審檢兩廳，已依次成立，行政司法逐漸劃分，而前面提過，終清之世，清廷始終未曾頒布過獨立的民事法典，《大清現行刑律》無論就形式結構或實質內容，主要還是刑事制裁的性質。民、刑案件究竟如何區隔？在傳統中國法制與新式歐陸法學分類交替的情境中，對於這組「民刑分立」概念的認知，各級審判廳是否能確切地掌握？

以當年留存下來少量的裁判史料《各省審判廳判牘》<sup>二</sup>來作觀察的據點，或許有助於釐清上開疑

二 《各省審判廳判牘》又名《新刑案彙編》，是民國初年，上海法學研究社主人汪慶祺聯合社員將各省審判廳已發現之批詞、判牘、公牘之類，廣為搜羅，在一九一一年冬季編纂，一九一二年春成書。該書發行的目的，為供各省審判、檢察廳人員，與注意司法者檢閱參考之用，其內容分為〈批詞〉、〈判牘〉、〈公牘〉、〈章程〉、〈規則〉、及〈附刊〉等六門，舉凡與司法有關的資料，大部分都收錄其中。至於所錄判牘，當時實際上究是在「民事庭」或「刑事庭」中審理？無從確悉。該書原稿係由筆者影印自日本，東京大學東洋文化研究所圖書室。

義。「判牘」即判決書，是審判廳或推事對於進入訴訟程序的各類案件認定事實及適用法律，所做出的意思決定。《各省審判廳判牘》輯入清末高等及初級審判廳的一百九十五則案件，依照《大清現行刑律》的體例列置，計編成〈戶婚〉、〈田宅〉、〈錢債〉、〈人命〉、〈族制〉、〈市廛〉、〈盜竊〉、〈鬥毆〉、〈訴訟〉、〈贓私〉、〈詐偽〉、〈姦拐〉、〈雜犯〉、〈禁煙〉等十四門，限於篇幅，僅舉該書判牘六，〈市廛門〉「局騙工資」一案為例：

### 【事實】

緣楊榮聲、周輔臣均籍隸巴縣，宣統二年正月間，楊榮聲承認法商吉利洋行做豬毛包工，立有合同，係由周輔臣擔保。殊楊榮聲僅做月餘，無銀墊辦，憑原證轉交周輔臣接包，領銀摺據當交周輔臣手執，伊幫周輔臣經理，每年工資銀壹百廿兩，生意賺折與伊無涉，書有幫工字約。至年底工竣結算，楊榮聲尚過用資銀二百兩零，推緩退還，後見周輔臣獲利甚多，自悔失計，捏稱伊認洋行包工，周輔臣係與管帳，彼此爭執投理，眾勸周輔臣給楊榮聲銀貳百兩了事，楊榮聲不休，遂以做吉利洋行包工工資及賺項共柒千餘金，均由周輔臣串通該行經理人蘭澤安、陳樹勳等局騙等情赴廳起訴。經本廳牒請關道照會領事，查明該行工資實已付楚，所稱周輔臣等吞騙，應與該行無涉，覆請查照。本廳當即傳集察訊，旋因楊榮聲與周輔臣帳目糾葛，不能不澈查明晰，特移請商會查算，嗣准商會覆稱：楊榮聲承認包工，實係轉交周輔臣接包，所幫周輔臣工資業多用二百餘金，勸令周輔臣再行從厚給息，彼此未允等由前來。本廳傳案集證，覆訊明確，應即據理判決。

### 【判決理由】

查此案楊榮聲承包吉利洋行洗扎豬毛，原係周輔臣擔保，嗣因無銀墊辦，仍憑原證轉交周輔臣接包，此等輾轉承包在商場已成習慣，當即質之原日證人，均稱實有其事，自屬非虛。若如楊榮聲所稱周輔臣係與管帳，

當在洋行上貨取銀，楊榮聲理應親身赴領，何以領銀摺據轉在周輔臣之手？其為轉交接包，毫無疑義。況幫工周輔臣又經立約畫字，本廳當庭查對筆跡，其畫押實係楊榮聲親筆，自非周輔臣偽造，楊榮聲何得於多用工銀外，反復捏情妄控？推原其故，雖由周輔臣得利過豐，艷羨生心，捏詞妄控，其情殊屬不合。惟周輔臣接包之後獲利較優，飲水思源，楊榮聲稍向分潤，亦未為過情之舉，判令周輔臣從厚幫給，以酬其情。著再幫給銀五百兩，限閏六月內繳案具領，俾斷葛藤，遵依各結完案。合同字約二紙塗銷附卷，訟費銀拾兩由楊榮聲、周輔臣分繳，此判。（民）

### 【評析】

本案，重慶地方審判廳在判決理由中謂：「楊榮聲承包吉利洋行洗扎豬毛，原係周輔臣擔保，嗣因無銀墊辦，仍憑原證轉交周輔臣接包，此等輾轉承包在商場已成習慣，當即質之原日證人，均稱實有其事，自屬非虛。」此為本案證據調查部分，查證此事屬實，又進一步肯認「輾轉承包」是屬民間習慣。依據民事習慣，周輔臣包工的地位既獲得確認，然而，審判廳一方面認為楊榮聲「理直」，周輔臣「理直」。同時又云：「周輔臣接包之後，獲利較優，飲水思源，楊榮聲稍向分潤，亦未為過情之舉，判令周輔臣從厚幫給，以酬其情。」此種論證方式，是非曲直雖已判明，卻未必真正反映出權利義務的法律責任歸屬。

從上述案例看來，分明是原告楊榮聲「反復捏情妄控」被告周輔臣，目的是求財，誣告之事項包括被告「串通」洋行經理人進行「吞騙」等，如此嚴重之誣陷，究屬刑事案件或民事案件？從其判決結果言，似被歸為「民事類」，這或與本案是在「民事庭」提出有關。其實，晚清關於律例中的〈婚

姻、(田土)、(錢債)、(市廛)等類案件究屬民事案件乎？刑事案件乎？具體實踐時，很難掌握明確的標準，全賴審判推事的自由裁量，此或因清末設立新式審判廳尚在幼稚時期，其據以審判之法源依據仍繼續援用《大清現行刑律》有以致之。可以說，清末雖然在各級審判廳的審理機制內區隔了民、刑案件的分類作法，但是絕大多數的審判官員，對於這套舶來的民刑區分概念，往往只是作望文生義的理解，尚無法運作自如，例如，當年主導設立天津各級審判廳的袁世凱（一八五九—一九一六年）就說：

各國訴訟，民刑二事，辦法迥乎不同，蓋民事只錢債細故，立法不妨從寬；刑事繫社會安危，推鞠不可不慎。一二

就連法部大臣在奏《酌擬各級審判廳試辦章程》時也道：

閭閻之罅隙，每因薄物細故而生，苟民事之判決咸宜，則刑事之消弭不少。惟向來辦理民事案件，僅限於刑法之制裁，今審判各廳既分民事為專科，自宜酌乎情理之平，以求盡乎保護治安之責。

三 參閱袁世凱，〈保定府知府凌福彭卓異引見臚陳政績片〉，載《袁世凱奏議》，卷四十二，（天津，天津古籍出版社，一九八七）。