

天虛我生編輯

司法指南
大理院
刑判例
乙編

中華圖書館印行

上海图书馆藏书



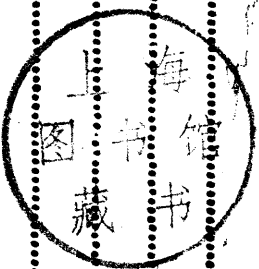
A541 212 0016 3055B



司法指南 大理院刑判決例編乙 目次

- 自然人不能沒收價賣……………一
- 覆判并非不許直接調查……………三
- 無強暴脅迫事實不能構成強盜罪……………四
- 因赦令免訴者不得再行管押……………六
- 殺人與傷害人致死以犯罪人有無故意為區別不在被害人之是否即時身死……………八
- 犯罪要件具備不問其遠因如何……………一〇
- 新刑律一八六條第六款規定之多衆會集以現有為要件……………一三
- 犯罪情節足以證明對於其事實有一般之認識豫見者即為故意……………一四
- 外至事情未至不能抗拒不能為自由意思喪失……………一六
- 貪儲值為人挑送烟土非現行犯……………一九
- 控告審認定事實與判決牴牾即屬違法……………二一

大理院判決例 刑事二 目錄



1522723

- 科刑不得比照加重……………二四
- 判決後及未命具結均不能爲證人又不陳述不能爲僞證……………二六
- 官吏行竊不能特別加重……………二八
- 口角後氣忿自盡不能認有因果關係……………三〇
- 鴉片烟罪應依刑律處斷不得適用各省自定禁烟條例……………三二
- 官員僕役私變賣其經管衣物不得爲侵占公務上或業務上之管有物……………三五
- 和誘罪以被和誘人脫離於其支配之下爲儘了時期……………三七
- 新刑律頒行後各省禁烟條例無效親屬湮滅證據不得處刑……………三九
- 刑律頒行後之犯罪不得援用舊律更無累犯加重可言……………四二
- 應處徒刑者非傳訊被告人不得爲有罪之判決……………四四
- 違禁結社入社應依治安警察法處斷不得適用前清集會結社律……………四七
- 犯罪在赦令前又在除免之列不得科刑……………四九
- 擅離職守期內人犯越獄不能成立便利脫逃罪……………五一

● 刑事判決未經宣示不能遞送覆判.....	五十四
● 三人共同詐財應依三八五條處斷販賣鴉片罪應併科罰金.....	五六
● 三四九條之和誘罪不能終身褫奪公權.....	五九
● 共犯須證明方能科罪妻無證人資格偽證及誣告罪亦不成立.....	六一
● 四等有期徒刑不能定為三年.....	六四
● 吸食鴉片犯不能處徒刑一年.....	六六
● 大赦前犯罪不得為再犯之基礎.....	六八
● 夫非妻之尊屬和姦罪應在赦免之列.....	七一
● 五等有期徒刑不能滿一年準正犯以幫助實施為要件.....	七三
● 拘役罰金以上之罪不得為闕席判決.....	七六
● 三六七條之竊盜罪不能褫奪公權全部終身.....	七九
● 殺人無故意或過失者無罪被告未到庭不得遽行判決.....	八一
● 犯人逃逸不能罪及其子.....	八四

- 犯罪之責任必以本人所能豫見者為限……………八七
- 三六七條之竊盜罪不能終身褫奪公權……………八九
- 非常業之故買贖物罪不能褫奪終身全部公權……………九一
- 三四九條之和誘罪須告訴乃論……………九四
- 私和人命捏稱溺死當構成一五三條之罪……………九六
- 從犯幫助行為與正犯無直接影響者不為罪……………九八
- 傷害致死罪與殺人罪應以有無殺意為區別……………一〇一
- 他人自盡出於意外不負何等責任沒收物亦應以動產為限……………一〇四
- 論罪科刑應明示依據法律處斷……………一〇七
- 典當地畝糾葛不生刑事責任……………一〇九
- 被和誘人律無處罰之條……………一一三
- 侵入第宅之竊盜罪非單純竊盜罪……………一一五
- 竊盜罪之既遂時期應以財物移於犯人之手為限……………一二七

● 法律未設處罰法人規定應仍以自然人為犯罪主體	一一〇
● 意圖營利之略誘和誘應依俱發罪處斷並適用加重條文	一一二
● 內亂罪不在不准除免之列	一二七
● 重婚罪以有配偶者為要件	一二九
● 累犯罪以已受徒刑之執行為要件	一三一
● 擅處罰金應以恐嚇取財論答責被告人應以強暴凌虐論其傷害人等罪應以人格法益計算	一三四
● 侮辱公署罪應以公然為特別要件	一三九
● 共同犯罪當共同擔負俱發罪責任	一四二
● 補充條例之和姦罪須尊親屬告訴乃論	一四五
● 叔母不能認為尊親屬	一四六
● 犯罪不能證明者應諭知無罪	一五〇
● 傷人致死衅由互毆者本無防衛之可言	一五三
● 刑事判決未傳原告者應補行宣示	一五六

大理院判決例 刑事二 目錄

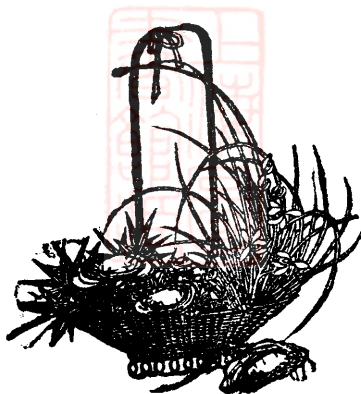
六

- 罰金罪逾六月不起訴者其公訴權已消滅……………一五九
- 二八九條之和姦罪須本夫告訴乃論……………一六一
- 妨害法庭執務不能認為侮辱官吏罪……………一六四
- 販賣鴉片烟罪應併科徒刑與罰金……………一六六
- 連續犯應以一罪論……………一六八
- 販賣鴉片煙罪不得僅處徒刑並不得易以笞刑……………一七二
- 車馬布疋等件非直接供竊盜之用者不能沒收……………一七五
- 幫助強暴脅迫之所為不得以較輕之刑處斷……………一七七
- 傷害人致死不能處以輕微傷害罪之刑……………一八〇
- 選擇刑應就各種主刑酌科其一……………一八三
- 因姦釀成他罪係指姦夫姦婦而言……………一八六
- 干預團錢把持公務刑律上無處罰正條……………一八九
- 事前幫助者為從犯……………一九一

●竊盜結夥三人以上應依三六八條處斷.....	一九四
●一六八條之罪係指已經逮捕監禁後脫逃者而言.....	一九六
●騙物毆人應併科傷害與侵占兩罪.....	一九九



大理院判決例 刑事二 目錄



司法指南 大理院刑判決例 二編

① 自然人不能沒收價賣

●大理院判決劉高氏等和誘案（三年非字第一號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 劉高氏 白開印

右被告人和誘一案。經山西五臺縣於中華民國二年七月十五日判決。總檢察廳檢察長。以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

公訴駁回。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

（一）查和誘須告訴乃論。此案劉德聚既非劉高氏之本夫。又非劉高氏之法定代理人。其告訴應作無效。原判處白開印以和誘罪。實屬錯誤。（二）查新刑律第四十八條第三款。係指物而言。劉高氏本自然人。原判誤以為

物沒收價賣亦屬違法。據以上理由。應請將原判撤銷。

總檢察廳檢察官祁耀川之意見

查夫亡改嫁。法所不禁。此案劉高氏本夫劉和治身故。由該氏自由意思。改嫁與白開印爲妻。既立有婚書。則婚姻關係完全成立。白開印之和誘罪。實無自而生。乃原判白開印。依新刑律第三百四十九條處徒刑二年。劉高氏依第四十八條沒收。實屬謬誤。應將原判全部撤銷。白開印劉高氏宣告無罪。

判決之理由

本案山西五臺縣認定事實。劉高氏爲劉和治之妻。劉和治身故。劉高氏自願改嫁白開印爲妻。立有婚書爲憑。經劉和治之兄劉德聚。以和誘罪起訴。

據以上認定事實。白開印與劉高氏之結婚行爲。純出於兩方之情願。已無和誘之可言。即使果有和誘情事。而本罪必俟親告乃論。亦應由其本夫劉和治或劉高氏本人。與白開印離婚後。出而告訴。始行論罪。今劉和治既已身死。而劉高氏亦未與白開印離婚自行告訴。劉德聚爲和治兄。既非劉高氏之本夫。又非法定代理人。乃擅行告訴。爲無權之行爲。原判不察。牽引新刑律第三百四十九條。處白開印以徒刑。已爲違法。而又將備有人格之劉高氏。誤認爲物。按照第四十八條。與以沒收。尤屬謬誤。總檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。

自係合法。總檢察廳檢察官之意見亦屬允當。應將劉高氏白開印之原判撤消。並將公訴駁回。特爲判決如右。

●覆判並非不許直接調查。

●大理院判決鄂小柱轟斃人命案（二年上字第八十四號）

上告人 鄂小柱 選定辯護人 熊 垓

右上告人對於中華民國二年六月六日奉天高等審判廳就上告人轟斃傅文發案件所爲第二審判決聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤消。

本件發還奉天高等審判廳更爲審理。

●理由

上告人上告意旨稱伊背負洋槍。原擬赴山尋打野雞。是洋槍本非爲供犯罪之用。亦無先存傷害他人之心。傅文發向索前欠。告以將其母原借銀元相抵。亦屬正當辦法。不謂因口角而衝突。傅文發即拾木棒。死力相向。伊一時情急。爲防衛自身起見。不得已嚇放洋槍。冀其驚走。不料傅文發中槍身死。乃原判不察。遽處民以無期徒刑。

刑按之刑律十五條。出於正當防衛。得減本刑一等至二等之規定。似亦稍重等語。選定辯護人追加旨。稱本案事實。屢經第一審再三審訊。認定鄂小柱因傳文發索欠口角。傳忿極。順拾木棒。向鄂小柱死力奔毆。鄂不得已。嚇放一槍。不料傳即中彈氣絕。第一審因以認定鄂為無意殺人。申詳提法使。嗣因提法使頗注重有無故殺之一點。第一審乃復訊。然仍論定如前。第二審又覆核無異。據此。則鄂之放槍。實無侵害傳文之意。已甚明了等語。準此事實。謂鄂小柱之行為。為正當防衛。查原判認定事實。既稱因口角。而傳拾木棒向毆。鄂情急嚇放一槍云云。乃引律又不依正當防衛本條處斷。此事實與理由牴牾之點一。槍乃致命之凶器。以槍向人轟擊。只生殺人問題。不生傷害致死問題。原判引用三百七十三條傷害致死律處斷。此事實與理由牴牾之點二。原判既依三百一十三條。三百三十一條。四十七條處斷。而宣告徒刑。為終身褫奪公權。亦屬違法。又查閱訴訟記錄。第一審認定事實。所採證據。概不明晰。如鄂小柱之鎗。既為嚇放。何至傷及右乳。當時口角。既無人在旁。何以知其為情急。何以知其為嚇放。又傳文發所拾之木棒。亦始終未調查其有無及形式。第二審覆判。亦僅據書面審理。依覆判章程。覆判并非不許直接調查。此等事實。關係罪名。出入甚鉅。若不調查明晰。何能為判決之基礎。應由本院撤銷原判。發還原審判衙門。更為審理。特為判決如右。

無強暴脅迫事實不能構成強盜罪

●大理院判決許殿令結夥強劫一案（二年非字第五十四號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 許殿令即許魁武

右列被上告人結夥強劫之所爲。經吉林高等審判廳判決。總檢察廳檢察長以擬律錯誤。依法提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於許殿令共同強取之所爲。處刑部分全部撤銷。許殿令免訴。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查許殿令雖攜持槍械。起意搶劫。然未見諸實施行爲。自未便以強盜論。其行抵亮甲山時。見趙德興家牧放馬匹。適幼童睡熟。幫同劉景春等盜去馬匹。並未施強暴行爲。僅係犯竊盜罪。原判照強盜罪處斷。殊屬違法。本檢察長爲被告人利益起見。應照章提起非常上告。

總檢察廳檢察官梁恣之意見

（一）關於主刑之部分。按強盜罪以強暴脅迫爲構成之要素。刑律第三百七十條規定甚明。今被告乘牧童睡熟。將馬驟牽去。係單純之竊盜罪。與三百六十七條相當。原判依三百七十四條科斷。實屬錯誤。（二）關於徒刑

之部分。原判既誤認被告犯三百七十四條之強盜罪。遂援引二百八十條。科以終身褫奪公權全部。茲查被告所犯。僅與三百六十七條相當。所科褫奪公權。應有一定之期限。據以上理由。應請撤銷原判。更爲適當之判決。

判決之理由

此案據吉林高等審判廳認定事實。謂殿令於前清宣統二年六月十二日。與逸犯劉景春道及貧難。劉景春起意搶劫。許殿令允從。由劉景春添邀安姓。一共三人。分持槍砲。偕抵亮甲山後地方。適趙德興家放馬幼童。睡臥未醒。劉景春與安姓上前。將雜色馬三匹。騾子二頭。趕走。許殿令幫拉劉景春等。牽去變賣。尙未分贓。經巡警查獲送案。

據以上事實。許殿令之所爲。不應以強盜罪論。原審判廳依暫行新刑律第三百七十四條第一款處一等有期徒刑十年。實屬錯誤。總檢察廳檢察長依法提起非常上告。總檢察廳檢察官意見。以科斷錯誤。請撤銷原判。均屬正當。應由本院撤銷原判。自爲判決。查許殿令之所爲。係暫行新刑律第三百六十八條之竊盜罪。所犯在中國。華民國元年三月初十日大總統赦令以前。不在赦令條款不准除免之列。應行免訴。特爲判決如右。

●因赦令免訴者不得再行管押

●大理院判決安輯五誘拐一案(二年上字第八十號)

上告人 安輯五 張王氏 選定辯護人 鄧鎔

右列上告人對於中華民國二年六月二十五日奉天高等審判廳就安輯五張王氏誘拐張高氏一案所爲第二審之判決聲明不服。提起上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判安輯五張王氏押候檢察廳追出張高氏再行保釋之一部撤銷。

●事實

張王氏與張財同居。安輯五常赴張王氏家閒走。張財童養媳張高氏時至張王氏處。與安輯五習見不避。前清宣統三年七月間。安輯五商允張王氏爲之說合。與張高氏通姦。以後遇便續姦。不記次數。張財夫婦均不知情。安輯五戀姦情熱。起意將張高氏拐逃。當向張王氏央爲設法。許以酬謝。張王氏卽向張高氏商允。遂於九月十三日。張高氏私自逃出。安輯五卽將張高氏拐走。張財查找其媳無着。因張王氏情有可疑。將該氏控經承德地方廳訊悉前情。遂獲同安輯五依法起訴。

●理由

大理院判決例 刑事二

查該上告人等上告意旨均以並無誘拐事實受人誣陷爲詞係屬事實上之辯論並無法律論點本院職權專以審判違法之點爲限本案犯罪事實既經該高等廳認定自無干涉之餘地唯原判既引赦令准予免訴而又以張高氏未經追回判令暫押俟檢察廳將張高氏追出再行保釋則在張高氏未能發現以前該上告人等雖受免訴之判決而身仍久羈囹圄與處徒刑無異無由收准予免訴之效於法實有未合原判暫與羈押之一部應予撤銷故特爲判決如右

●殺人與傷害人致死以犯罪人有無故意爲區別不在被害人之是
否即時身死

●大理院判決鄧萬寶殺人一案(二年上字第八十八號)

上告人 鄧萬寶 選定辯護人 曾澤霖

右列上告人對於中華民國二年六月二十一日奉天高等審判廳就上告人殺人一案所爲覆判判決聲明上告經本院審理判決如左

●主文

原判從刑之部分撤銷。鄧萬寶褫奪公權全部三十年。其他部分之上告駁回。

●事實

鄧萬寶與李德祥之妻李包氏通姦。時常供給錢物。李德祥知情縱容。嗣鄧萬寶無錢資助。被李德祥斥逐。鄧萬寶因此懷恨。起意致死。於中華民國二年九月初八日晚。趁李德祥用布遮掩窗戶。趕至窗外。用劈刀將李德祥小腹札傷。至十二日。李德祥傷重殞命。經巡警拿獲送案。

●理由

上告人上告狀第一論點。以法律由事實發生。事實既與原情不符。不得不將事實辨明。萬寶與李包氏和姦。係與李德祥商量。資助錢財。李德祥並無斥逐情事。後因陳洛大用錢謀姦。一時氣忿。持槍恐嚇。致誤傷李德祥身死。原文謂無錢資助。被李德祥斥逐等情。與犯罪事實不符等語。查本院審理上告案件。以違法之點為限。關於事實各點。原審判衙門既經依法認定。本院即無調查之職權。上告人所陳李德祥並非斥逐等情。不足為上告理由。第二論點。以人民為國家分子。除殺傷尊親屬外。於社會非有重大之損害。不能處以極刑。萬寶之所為。與殺傷尊親屬非同一例等語。查原審判衙門宣告刑。在暫行新刑律第三百十一條法定刑範圍之內。並未違

不足爲上告理由。第三論點以誤傷李德祥只能構成傷害致死罪。因李德祥於九月初八日被札至十二日據專因傷身死可見實非有心致死等語。查殺人與傷害人致死之區別不在被害之是否即時身死而在犯罪人之有無故意。無致死之故意者爲傷害罪。有致死之故意者卽爲殺人罪。本案據上告人在第一審審判衙門自白係屬起意致死已構成第三百十一條之罪。原審判衙門適用該條實爲正當。上告理由不能成立。選定辯護人追加上告意旨第一論點以此中事實難保無不實之點。歷舉各項事實請傳訊研究等語。查取舍證據爲第一審第二審審判衙門之職權。辯護人所舉各事實與本案多屬無關。原審判衙門既就他項證據證明殺人之行爲此種事實自無調查之必要。何足爲上告理由。第二論點以鄧萬寶之殺李德祥由李德祥縱包氏與第二人通姦應依暫行新刑律第五十四條減輕。又對於李德祥不過傷害並無殺人行爲等語。查暫行新刑律第五十四條之酌減。審判官有自由酌量之權。處刑未出法定範圍。上告審卽不能加以干涉。上告理由不能成立。至謂上告人之行爲爲傷害致死罪一節已於上告人上告意旨第三論點詳論之不再說明。

據以上理由。上告應行駁回。惟原判關於從刑之部分未依現行新刑律第四十七條宣告一定期限。實屬違法。應予撤銷。由本院自爲判決如右。

●犯罪要件具備不問其遠因如何

●大理院判決劉卜功等強盜案（三年上字第十七號）

上告人 劉卜功 劉卜耀 選定辯護人 鄧 鎔

右列上告人等對於中華民國二年九月十三日湖北高等審判廳就劉卜功等強盜案件所為第二審之判決聲明不服。提起上告。經本院審理判決如左。

●主文

上告駁回。

●事實

劉卜功劉卜耀劉卜多與已死劉卜壁係分居之同胞兄弟。劉卜洛與劉卜壁等為嫡堂兄弟。劉國彥劉華彥劉邦彥胞兄弟三人為劉卜壁等之族姪。均住孝感縣雙橋鎮。國彥等素有蓄積。卜壁兄弟俱極貧寒。民國元年二月初三日北兵至雙橋鎮搶劫劉國彥家。並焚燒房屋二棟。劉卜壁卜功卜耀等乘北兵去後。緝縛國彥家看守人劉務道。夥搶棉花米糧等物。寄存劉卜洛家。國彥疑北兵之來為卜壁兄弟所勾引。當赴駐紮孝感縣小河溪之鄂軍第一混成協步隊第一營管帶姚金華處呈報。該管帶即派該營隊長洪歧山督率兵士。逕至劉卜壁家搜出馬刀槍支子彈等件。將卜壁卜功卜耀兄弟捕獲。並將奮勇軍混成支隊第二營右隊二排第一棚

請假回籍之下士劉興漢。卽卜壁弟卜多。一併拿解到營。將卜壁梟首示衆。卜功卜耀卜多等三名。移送孝感縣知事訊辦。縣知事延未判決。劉國彥劉卜功等。俱迭次上訴。經本院發交武昌地方廳審判。

●理由

按上告人上告意旨。謂劉華彥等以民等勾引北兵燒搶。爲本案正題。故姚管帶會稟請擊獲。認民兄卜壁爲首謀。以軍法從事。及閱高等廳判詞。則不以勾引北兵燒搶爲判決之基礎。然則民兄實無可殺之據。不僅宜坐華彥等冤殺之罪。更宜處姚管帶以擅殺之處分。不意高等廳竟忘冤殺。專究誣搶一節。而北兵去後行搶一語。果以何爲證據。證人劉務道劉卜新等在庭。並未供述等語。查犯罪行爲。以具備普通要件。與特別要件。卽爲完全成立。至構成犯罪要件以外之事實。及其犯罪之遠因如何。法律上皆所不問。本案劉卜功等夥搶劉華彥家之行爲。與勾引北兵之行爲。本屬截然兩事。而勾引北兵與否。與強盜罪之構成。毫不相涉。該上告人等搶劫劉華彥家棉花米糧等。迭經第一審控告審。於劉務道劉卜新之證言外。有調查報告爲據。復證以劉卜洛僞造帳簿之筆迹。認爲結夥三人以上。侵入他人第宅之加重強盜罪。事實已極明確。本院職司終審。對於原判合法認定之事實。既無干涉之職權。則該上告人卽不能爭辯事實。以圖狡卸。而勾引北兵與否問題。更不足爲上告之理由也。選定辯護人鄧鎔。追加上告意旨。謂該上告人等強盜之事實。已無可辯論。惟第一審判決主文。所稱劉卜

功劉卜耀等。應照新刑律第三百七十條及第三百七十三條各處二等有期徒刑八年。是否二人各別分擔兩條之罪。抑二人同時併科。殊覺曖昧。然證以判決理田。所稱該劉卜功等侵入現有人居住之第宅。而以強暴脅迫強取他人財物云云。則主文係屬併科之意義。顯然可見。該犯等既非俱發罪。第一審即不得於援引第三百七十三條之外。復引第三百七十條處斷。原判又未撤銷另予更正。實屬違法等語。查第一審判決理由。所稱侵入現有人之第宅。而以強暴脅迫強取他人財物一語。并不足以證明併科之意義。不過判決主文。兼引第三百七十條。於形式上不無疵點。然其實質上並無違背法律。與判決內容無涉。自毋庸另行改判。依以上論據。本院認原判適用法律。並無錯誤。該上告人等之上告無理由。應予駁回。特爲判決如右。

●新刑律一八六條第六款規定之多衆會集以現有爲要件

●大理院判決謝科放火未遂案（二年上字第九十五號）

上告人 謝科 選定辯護人 孫潤宇

右列上告人對於中華民國二年五月二十九日廣東高等審判廳就上告人放火未遂一案。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。

本件發還廣東高等審判廳更爲審判。

●理由

上告人上告意旨。以與同盟分會無嫌。韓福非至愚。決不至甘受放火之巨罪。祇得警差之小益。且在人叢。教唆放火。尤爲無理。原審判廳所認事實。多係羅織等語。查本院審理上告事件。以違法之點爲限。凡屬事實問題。原審判廳既經依法認定。本院卽無調查之職權。上告人所陳。不足爲上告理由。惟檢閱本案全卷。據原審判廳認定事實。適用法律。亦有未盡適當之處。查暫行新刑律第一百八十六條第六款規定。多衆集會之寺院。戲場。旅店及其他建築物。以現有爲要件。市橋同盟分會。雖常爲集會之處所。并非現有多衆集會。謝科所犯。自不能構成第一百八十六條第六款之罪。

據以上論結。原判應行撤銷。惟該同盟分會。是否係第一百八十六條第一款所定。人烟稠密處所。抑係第一百八十七條之建築物。本院無從懸揣。應發還原審判廳。更爲審判。特爲判決如右。

●犯罪情節。足以證明對於其事實。有一般之認識。預見者。卽爲故意。

●大理院判決王福得殺人案（二年上字第一百三號）

上告人 王福得 選定辯護人 孫潤宇

右上告人對於中華民國二年八月初四日奉天高等審判廳就上告人殺人一案所為覆判判決聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

上告駁回。

●事實

王福得家有祖遺地二畝平房五間。先與其胞弟王福勝均分。王福勝因事逃往哈爾濱。其父王芝將其房地變賣。中華民國元年夏間。王福勝回家。七月十一日。王福勝以前賣房地。令王福得包賠。因此口角。是夜王福得憶及前情。即於鷄鳴時。踹開屋門。見王福勝睡臥。取旁放鐵鎚。向王福勝頭上很毆。將王福勝顛門毆傷。至十二日午。因傷斃命。由巡警獲案。

●理由

上告人上告意旨。以因氣忿。欲將王福勝毆打。於鷄鳴時起來。順取鐵鎚。照臥處打去。因天尙未明。又無燈火。致

傷王福勝顛門。因傷斃命。其實并無致死之心等語。選定辯護人。亦主張原判。適用法律錯誤。應依現行新刑律第三百十三條第一款處斷等語。查殺人與傷害致死之區別。以犯罪人之有無殺死故意為斷。所謂故意者。不須犯罪人之自認。為有意思。審判官就其犯罪情節。足以證明對於其事實有一般之認識。豫見者。其故意即屬成立。本案王福得取鐵鎚。向福勝頭上很毆。其足以致王福勝於死。不得謂為無豫見。原審判衙門依暫行新刑律第三百十一條處斷。並無錯誤。上告理由。不能成立。應行駁回。特為判決如右。

●外至事情未至。不能抗拒。不能為自由意思喪失。

●大理院判決林步雲殺人案（二年上字第九十七號）

上告人 林步雲 上告人輔佐人 林層層 選定辯護人 鄧 鎔

右列上告人。對於中華民國二年六月六日福建高等審判廳。就上告人殺人一案。所為第二審判決。聲明上告。經本院審理。判決如左。

●主文

上告駁回。

●事實

林步雲在福建防衛軍。充當兵丁。緣彭壽松因蔣筠反對閩省旅閩議員專額事。起意謀殺。密囑防衛軍司令官張煊。囑使翁慶安率同林步雲等。於民國元年四月二十七日二十八日二十九日。在玉山湖一帶。偵殺蔣筠。二十九日上午十時。蔣筠乘轎至玉山湖河沿。林步雲突將蔣筠轎簾掀開。同黃福勝亂刀刺死。經閩侯地方檢察廳起訴送案。

●理由

上告人上告意旨。第一論點。以自由意思之行為。當不爲罪也。控訴審以翁什長有命令。總是要遵。做不做由汝二語。斷定雲有自由裁量之餘地。然命令既要遵。何得不做。不做即不遵。二語已自相矛盾。翁供顯係虛捏。不足證明。且雲與筠素無蓄嫌。人所共曉。身爲兵丁。職司殺敵。筠之反對彭總監。即彭總監之敵也。演說激烈。傾動全城。擾亂治安。厥罪不小。政府之敵也。况有命令。遵之則有重賞。不遵必有重罰。威尊命賤。何得意思之自由。則其行爲直等於器械等語。(上告人輔佐人上告意旨第一論點同)查在刑法上。因喪失自由意思。而不負刑事上之責任者。必其外至之事情。足使人喪失其自由意思。至不能抗拒之程度者。其行爲始無責任。若外至之事情。其程度尙未至於不能抗拒。即不能爲自由意思喪失。本案彭壽松。使上告人實施殺人行爲。並無何種之強

制。該上告人實有自由酌量之餘地。不得謂無意思之自由。上告理由不能成立。第二論點。以服從命令之行為。當不爲罪也。控訴審所下命令二字之定義。乃指一般官吏而言。是根據於官吏服務法者也。若夫兵丁。乃軍人之最下級者。目且不得觀正式之命令。自無審查其違法與否之權限。但聞口號。卽當絕對服從。且訓令第五條云。重服從。不容有抵抗之行為。服從又申之曰重。抵抗又申之曰不容。是無論如何之命令。皆當絕對服從等語。查服從長官之命令。必其命令在職務權限之內。始生服從之義務。至藉私仇殺人之行為。不在職務權限之內。在稍有知識者。莫不皆知。該上告人雖爲下級軍人。對於此種命令。不能謂其無辨別之能力。乃明知其不在職務權限之內。而聽從實施。自應負殺人之刑責。上告理由不能成立。上告人輔佐人上告意旨。以司法警察報告首兇。係黃福勝。則掀開轎簾。實非步雲。原應以此列於蔣案證據之內。應可爲證。又黃福勝供掀開轎簾者。似是西瓜。似字不實不虛。不能定爲確證。此案勝係首兇。情節甚重。指云掀開轎簾。係屬避重就輕等語。查取舍證據。爲原審判廳固有之職權。既經適法認定。本院不能加以干涉。不足爲上告理由。第三論點。以步雲冤遭不白。邁父年已耄耄。不惟侍奉無依。而且宗支誰續。依新刑律第十四條處斷等語。查暫行新刑律無留養之規定。林步雪所犯。非依法令之行為。當然不能依暫行新刑律第十四條處斷。上告人輔佐人所陳。不足爲上告理由。據以上論結。上告應行駁回。特爲判決如右。

●貪備值爲人挑送烟土非現行犯

●大理院判決秦錫三等收藏烟土案（二年上字第九十九號）

上告人 秦錫三 蘇學成 秦樟保 選定辯護人 熊 垓

右上告人等對於中華民國二年六月二十四日廣西高等審判廳就上告人等收藏烟土一案所爲第二審判決聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於秦錫三秦樟保蘇學成處刑部分全部撤銷。

秦錫三詐欺取財之所爲處三等有期徒刑三年。褫奪公權全部六年。

秦樟保詐欺取財之所爲處四等有期徒刑二年。褫奪公權全部四年。

蘇學成竊盜之所爲處四等有期徒刑二年。褫奪公權全部四年。

●事實

秦錫三係甘堂渡小學堂教員。於民國元年六月八日辰刻。在對門鄒寶琳店見蕭遠香挑出米一擔。情形可疑。

當即率同秦樟保趕至對河老街搜查見木下藏有烟土當時點明共十一餅勒令挑夫挑轉挑至蘇學成門口秦樟保蘇學成等各乘機取去一餅秦錫三自取五餅經廣州靈川縣獲案。

●理由

秦錫三上告意旨第一論點以李新賜蔣常訓蔣美館莫永興等之言不足爲證第二論點以原判所敘事實抵牾第三論點以原審判廳調查證據不盡確鑿等語蘇學成秦樟保上告意旨均以搶土之事實係秦錫三誣告李新賜等一面之詞不足爲憑等語查本院審理上告以違法之點爲限若係事實及證據問題原審判衙門既經適法認定本院卽無權調查本案上告人等所主張均係就事實調查不確及證言不足爲憑立論不足爲上告理由選定辯護人追加上告意旨以第二審引律頗多不合緣第二百六十六條以意圖販賣爲條件是適用此條必須注重此條件乃第二審因秦錫三自不吸烟因而斷定爲意圖販賣實於證據定罪主義不合卽謂秦賤生之言屬實亦爲藏烟後之行爲與意圖販賣而收藏之條件相背應請撤銷原判改判第三百九十三條之刑又秦樟保蘇學成亦不應按鴉片罪處斷因秦蘇雖有竊盜之行爲實無意圖販賣之證據應按竊盜罪處斷等語查秦錫三犯罪行爲是否構成侵占罪或收藏烟土罪抑係構成他罪應以蕭遠香之挑送烟土是否爲現行犯爲斷檢閱本案訴訟記錄蕭遠香係賃圖儲值代人運送並非如通常法例之所謂現行犯秦錫三在途攔

截搜查。藉此獲取烟土。係意圖爲自己所有。其攔截搜查。不過欺罔恐喝。使人交付財物手續之一種。實構成新刑律第三百八十二條之罪。秦樟保幫同實施。係屬共同正犯。蘇學成於秦錫三搜取之後。乘機竊取。係犯第三百六十七條之罪。原審判廳誤以犯罪結果之所必至。定該上告人等爲暫行新刑律第二百六十六條之罪。實屬錯誤。選定辯護人主張蘇學成應按竊盜罪處斷。自爲正當。

據以上論結。原判應行撤銷。由本院自爲改判。秦錫三秦樟保之所爲。應依暫行新刑律第三百八十二條。第三百八十九條。第四十六條。第四十七條。第二十九條處斷。蘇學成之所爲。應依暫行新刑律第三百六十七條。第三百八十條。第四十六條。第四十七條處斷。特爲判決如右。

●控告審認定事實與判決抵牾卽屬違法

●大理院林炳年等聚賭案(上年上字第九十四號)

上告人 林炳年 李際昌 黃鳳文 黃煥庭 辯護人 鄧鎔

右列上告人。對於中華民國二年四月十九日廣西高等審判廳。就林炳年等聚衆開設賭場營利案件。所爲第一審之判決。聲明上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤消。

林炳年李際昌黃鳳文吳瀟賜聚衆開設賭場營利及幫助之所爲。發還廣西高等審判廳更爲審理。

黃煥庭公訴駁回。

●理由

按本院審理上告。應以違法之理由爲限。至於實體的事實問題。本無干涉之職權。惟於控告審所認定之事實。若認爲與判決有牴牾者。仍得按照現行訴訟法例。認爲違法。以判決發還原控告審。更爲明確之調查。此案林炳年聚衆開設賭場營利之所爲。若就抽收賭規充練勇經費一節而論。於暫行新刑律第二百七十八條所列特別構成要件。並未完全具備。而包賭收規。律無處罰正條。其犯罪卽不能認爲成立。然查核訴訟記錄。載有平樂府團紳章世邦等。聯合多數商號。向廣西高等檢察廳呈遞訴狀。內稱林炳年恃其團長。倡議大開攤場。違法賣賭。藉口養練。於是攤館林立。沿街約百餘台。炳年第一胞弟月樵。開攤一臺。名勝利。第三胞弟植廷。開攤一臺。名公益。又嫡堂弟少康。開攤一臺。名安利。每日規項二十餘元。此項非伊許可。無論何人。不得支取。又復貪婪不足。特自開攤一場。招牌曰廣舞臺。工人係屈少生等語。是林炳年李際昌等犯罪之成立與否。應以林炳年是

否開設廣舞臺攤。李際昌等曾否共同實施爲斷。若該訴狀所陳事實果屬明確，似證以證據簿冊所列勝利公益安利廣舞臺等名稱，則林炳年於新刑律第二百七十八條之特別構成要件已經具備。其犯罪又當然完全成立。李際昌黃鳳文吳濼賜如果有共同實施或幫助之行為，其成立共同正犯亦毫無疑義。惟查控告審判決理由書僅稱林炳年於該處賭風甚熾之時藉名添招義勇收規濟餉。雖提出該團進支簿證明並未入己。且稱自該府知事禁賭以後團上並未再收。謂爲不犯刑律。然此種藉名歛錢之舉已爲法令所不容。兼以賭博一項桂省獨立之初曾由本省都督宣布禁令不得以該府知事未經禁賭以前卽爲不犯刑律。又況調查該處收規簿據該府知事禁賭以後林炳年仍收至五月底止。質之代收賭規人犯吳濼賜黃煥廷供詞相符。林炳年顯犯刑律第二百七十八條之罪云云。而於該條特別構成要件開設廣舞臺攤一事果否確實并非詳細調查。李際昌黃鳳文吳濼賜是否於開設賭場爲共同實施之人。屈少生果係林炳年雇爲經理與否亦無相當證明。徒斷於抽收賭規停止之期日問題不知聚衆開設賭場營利之行為自民國元年三月初十日暫行新刑律頒行後其犯罪卽完全成立。原不得以平樂府禁賭期限之先後爲犯罪成立與否之標準。控告審於判決基礎之事實既屬未盡明確而於援用法條其間亦實有牴牾。至黃煥廷一名在第一審並未提起公訴且未經第一審審判控告審遽行宣告罪刑亦屬違法。

據以上論據。本院認爲應將原判撤銷。關於林炳年李際昌黃鳳文聚衆開設賭場營利之所爲。發還原審判衙門。更爲詳密調查。其吳瀾賜一名。雖未經聲明上告。然按現行規例。凡共同被告人中。有一人經上告。審認爲原審判衙門。對於該上告人之判決違法。不能不撤銷時。則凡未上告之共同被告人。亦受利益之影響。自當一併撤銷。發還審理。關於黃煥庭幫助聚衆開設賭場之所爲。駁回公訴。所有上告人等。上告意旨。及辯護人鄧鎔追加意旨。自毋庸議。惟辯護人追加意旨第三論點。所稱林炳年未經第一審起訴。及判決控告審。不發交第一審審判。竟自爲判決。非徒違法。抑又越權云云。查平樂府知事呈復廣西司法司文內。曾經聲明。將林炳年質證說明等語。惟並無正式宣告林炳年無罪之判決正本。形式上實屬疏滿。本案既經發還。亦可無庸置議。特爲判決如右。

科刑不得比照加重

●大理院判決董二王仔傷害罪一案（四年非字第七號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 董二王仔

右被告人傷害劉昶之所爲。經山西渾源縣於民國元年十月判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上

告經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

董二王仔傷害劉昶致廢疾之所爲處三等有期徒刑四年褫奪公權全部六年。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查審判官審理刑事案件酌定罪刑係限於刑律各條法定主刑範圍內自有裁量之權。本案董二王仔因挾剪髮之嫌用鐵火蓋將劉昶頭部毆傷致廢業三十日以上該縣知事既認爲犯新刑律第三百十三條第二款之罪自應於同條同款所定主刑範圍內酌量處斷方與案情相合乃竟比照該條加重處被告人以無期徒刑顯係違法。

總檢察廳檢察官麥鼎華之意見

查本案董二王仔因挾剪髮之嫌用鐵火蓋將劉昶頭部毆傷致廢業三十日以上該縣知事既認爲犯新刑律第三百十三條第二款之罪自應於同條同款之法定主刑一等至三等有期徒刑範圍內酌量處斷始爲合法該縣知事竟比照該條加重擅處該被告人以無期徒刑實屬異常違法。

●理由

劉昶曾充民國哨長。強迫董二王仔剪去髮辮。董二王仔因此懷恨。民國元年十月初四日晚。劉昶在東關瑞義祥閑坐。董二王仔隨後進來。並沒言語。拿起鋪內鐵火蓋。向劉昶頭上猛擊一下。劉昶當即流血倒地。昏迷不省。回家後養病廢業在三十日以上。由其族弟劉經報驗起訴。據以上事實。董二王仔傷害劉昶致廢疾之所為。應依刑律第三百十三條第二款法定主刑一等至三等有期徒刑範圍內酌量處斷。乃該知事竟超出法定範圍加重。擅處被告人以無期徒刑。實屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。總檢察廳檢察官陳述意見均甚正當。應即將原判撤銷。由本院另為改判。董二王仔傷害劉昶致廢疾之所為。應依刑律第三百十三條第二款及第三百三十一條處斷。特為判決如右。

●判決後及未命具結均不能為證人。又不陳述不能為偽證。

●大理院判決黃維棟偽證罪一案（四年非字第十號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

黃維棟（宜城縣人年七十歲住黃家灣農業）

右被告人偽證之所為。經湖北宜城縣於中華民國三年七月四日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非

常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

黃維棟無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查偽證罪之構成。以依法令於司法或行政公署爲證人。而爲虛僞之陳述者。爲本罪之成立要件。此案該縣知事查獲被告爲王家珍拘殺黃大啓案之證人。實在該案已經判決之後。又未命其具結。卽行訊問。是被告之在法律上。已不能解爲證人。且其狡不供認。不過係不陳述所知之事實。尙非爲虛僞之陳述。其所爲應不爲罪。原判認爲偽證。照刑律第一百八十一條論罪科刑。殊屬違法。

總檢察廳檢察官汪祖澤之意見

此案該縣知事傳獲被告爲王家珍捉殺黃大啓案之證人。未經命其具結。卽爲訊問。且被告係不將所知之事實陳述。並非陳述虛僞之事實。自不能爲偽證罪之構成。原判論以偽證罪。依刑律第一百八十一條。處以四等有期徒刑一年零一月。殊屬引律錯誤。應請撤銷原判。將被告人宣告無罪。

判決之理由

黃維棟與王家珍有世戚關係。鍾海山等謀殺黃大啓。係在王家珍家。黃維棟當時雖未知該案詳細情形。但黃大啓之被牽往南坑。則已有所聞。一日乘馬過石板坡。適與孫得奎等因清明掃墓相遇。彼此問答。談及該案。後黃維棟自悔失言。故每經傳訊。延不到庭。嗣王家珍案判決。黃維棟始敢出現。旋被黃馮氏稟縣拿獲。屢經傳訊。堅不肯供。與孫得奎等對質。亦不置一詞。據以上事實。原審傳訊該被告人黃維棟時。已在王案判決以後。且原審於訊問時。又並未命其具結。在法律上。自不能認為適法之證言。即無負擔僞證罪責任之理。况堅不供實。亦與構成僞證罪要件之虛僞陳述。迥然不同。乃原審遽依刑律第一百八十一條處斷。實屬違法。總檢察廳檢察長於判決決定後。提起非常上告。總檢察廳檢察官陳述。均屬正當。應將原判撤銷。宣告黃維棟無罪。特為判決如右。

●官吏行竊不能特別加重

●大理院判決胡春林竊盜俱發罪一案(四年非字第十一號)

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

胡春林(江蘇嘉定縣人年二十四歲)

右被告人竊盜俱發一案經江蘇嘉定縣於中華民國三年八月二十日判決總檢察長以原判違法提起非常上告經本院審理判決如左

●主文

原判關於胡春林罪刑之部分撤銷

胡春林竊取朱時孚財物之所爲處四等有期徒刑二年竊取楊鄂元財物之所爲處四等有期徒刑二年應執行徒刑三年並褫奪公權全部六年

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案被告人身充巡警於查烟時竊取楊鄂元銀表朱時孚戒指實犯刑律第三百六十七條之俱發罪然依據該條僅應處三等至五等有期徒刑原判竟以巡警故加重二等處以一等有期徒刑殊屬違法案經確定爲被告人利益起見應即提起非常上告

總檢察廳檢察官汪祖澤之意見

查刑律關於竊盜罪各條並無因身分關係得以加重明文此案被告人身充巡警於查煙時竊取楊鄂元銀表朱時孚戒指原判認爲竊盜罪俱發按照刑律第三百六十七條第二十三條處斷尙無不合惟以身分關係加

重二等科刑。則屬違法。應請將原判科刑之部分撤銷。另爲適當之判決。

判決之理由

案據嘉定縣認定事實。胡春林前充巡警時。於民國三年七月十一日。至西門張華卿家查烟。竊去其同居朱時孚金戒指一隻。又於是年八月十八日。到北門楊鄂元家查烟。竊去楊鄂元銀錶一個。後經楊鄂元查知。將胡春林扭交警務所。訊得前後兩次竊盜情節。解送審判。

據以上事實。胡春林兩次行竊之行為。實犯竊盜俱發罪。惟官吏行竊律。無加重科刑明文。乃原判竟以身分關係。特加二等處斷。顯屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。爲被告人利益起見。提起非常上告。自屬合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院將原判關於胡春林罪刑之部分撤銷。另爲判決。胡春林兩次行竊之所爲。應依刑律第二十三條。第三百六十七條。及第三百八十條。第四十七條。第四十六條處斷。特爲判決如右。

●口角後氣忿自盡不能認有因果關係

●大理院判決范祖仁過失致人自殺一案（四年非字第十三號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 范祖仁（福建莆田縣人）

右被告人過失致人死之所爲經福建莆田縣於中華民國二年四月二十二日判決總檢察廳檢察長以判決違法提起非常上告經本院審理判決如左

●主文

原判撤銷

范祖仁無罪

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案原判認定事實范祖仁因其姪媳林秀英所蓄猪隻觸翻烟鍋向其索賠口角秀英氣忿自縊斃命是此案秀英之死與范祖仁之口角其間並無因果聯絡關係原判認爲威逼致死查照刑律第三百二十四條因過失致人死者科斷殊屬引律錯誤案經判決確定爲被告人利益起見應即提起非常上告請將原判關於被告人罪刑之部分撤銷另爲判決

總檢察廳檢察官汪祖澤之意見

查過失殺人罪之構成其行爲與結果之間必要有因果關係之聯絡此案范祖仁因其姪媳林秀英所蓄猪隻

觸翻烟鍋向其索賠。秀英氣忿自縊斃命。核其情節。范祖仁之行爲。實不能生殺人之結果。既無因果聯絡關係。存在其過失殺人罪自不成立。原判論以過失致人死。查照刑律第三百二十四條第一款處被告人罰金四百元。改折拘禁四百日。殊屬引律錯誤。應請將原判被告人之罪刑撤銷。宣告無罪。

判決之理由

莆田縣認定事實。已死范林氏爲范祖仁胞姪五十雞之妻。民國二年一月十二日。即陰歷十二月初六日。范祖仁因煮烟膏。被范林氏所飼之豬撞倒。勒令賠償。范林氏情急。無奈自縊身死。

據以上事實。范林氏之死。係由自戕。並非被告人過失所致。原判依新刑律第三百二十四條第一款。處以罰金四百元。更依第四十五條第二款。改折監禁四百日。均屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。自屬合法。總檢察廳檢察官之意見。亦甚正當。應由本院將原判撤銷。范祖仁宣告無罪。特爲判決如右。

●鴉片煙罪應依刑律處斷不得適用各省自定禁煙條例

●大理院判決劉祿祿等開設烟館吸食鴉片一案（四年非字第十四號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 劉祿祿 陳走馬燈 林三妹

右被告人劉祿祿、陳走馬燈、林三妹等開設烟館吸食鴉片之所爲。經福建省長樂縣知事於民國元年八月二十八日判決。總檢察廳檢察長以原判引律錯誤。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

劉祿祿開設館舍。供人吸食鴉片之所爲。處四等有期徒刑二年十一個月。併科罰金三十元。
陳走馬燈、林三妹吸食鴉片烟之所爲。各處五等有期徒刑六個月。烟鍋一口。內貯烟膏一兩零。外烟膏五包。烟盒三個。烟缸二個。戥子烟扒各一件。烟渣一斤。沒收之。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查暫行新刑律公布以後。關於刑事鴉片烟罪各省自定之條例。自屬無效。此案劉祿祿開設烟館。應依新刑律第二百六十九條論罪科刑。原判乃依閩省禁烟條例。處以一等有期徒刑十二年。陳走馬燈、林三妹吸食鴉片。應依新刑律第二百七十一條處斷。原判亦依該省禁煙條例。處陳走馬燈以五等有期徒刑十個月。處林三妹以五等有期徒刑六個月。均屬違法。案經判決確定。爲被告人利益起見。應即提起非常上告。以資救濟。

總檢察廳檢察官麥鼎華之意見

查此案劉祿祿開設烟館。陳走馬燈林三妹吸食鴉片。事犯在元年三月。暫行新刑律頒行以後。依該刑律第一條之規定。自應按照刑律處斷。乃原判竟據閩省禁烟條例分別論罪科刑。殊屬違法。應請將原判撤銷。對於劉祿祿改依新刑律第二百六十九條。對於陳走馬燈及林三妹改依第二百七十一條另為適當之判決。

判決之理由

此案據長樂縣知事認定事實。緣民國元年八月二十八日。劉祿祿在邑城東隅僻處芝閣廟內秘密開燈售烟。陳走馬燈林三妹先後前往吸食。經該縣知事訪聞。會同禁烟分所人員。督同差勇拿獲。并起出烟具多件。

查現行之暫行新刑律。係於中華民國元年三月初十日公佈。據該律第一條第一項。第二條第一項。凡本律頒行以後。於凡在中華民國內犯罪者。不問何人。皆適用之。本案犯罪。已在暫行刑律頒布以後。自應依照該律處斷。乃原判竟據該省禁烟條例。分別科處罪刑。實屬違法。總檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院撤銷原判。另予改判。劉祿祿開設館舍。供人吸食鴉片之所。為應依暫行刑律第二百六十九條。陳走馬燈林三妹吸食鴉片之所。為各依同律第二百七十一條分別處斷。烟鍋一口。內貯烟膏一兩零。又烟膏五包。烟槍一把。烟燈兩盞。烟盒三個。烟缸二個。戩子烟扒各一件。烟渣一斤。應依同

律第四十八條第一款第二款沒收劉祿祿應繳罰金如逾期不能完納得依暫行刑律第四十五條辦理特爲判決如右。

●官員僕役私變賣其經管衣物不得爲侵占公務上或業務上之管有物。

●大理院判決劉升侵占管有物一案（非字第十五號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

劉升（湖北人年二十一歲）

右被告人侵占管有物之所爲經黑龍江龍江地方審判廳於中華民國三年三月三十一日判決總檢察廳檢察長以原判引律錯誤提起非常上告經本院審理判決如右。

●主文

原判關於劉升處刑之部分撤銷。

劉升侵占之所爲處四等有期徒刑二年褫奪公權全部十年。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

大理院判決例 刑事二

三五

查刑律第三百九十二條之罪。應以侵占公務上或業務上之管有財物。爲其成立要件。此案被告人在黑龍江內務司王科員處充當僕役。私將王科員衣服。攜出典賣。顯係第三百九十一條之侵占罪。原判援照第三百九十二條科斷。自係被告所犯。本有相當罪刑。而原判失之過重。案經判決確定。爲被告人利益起見。應即提起非常上告。請將原判關於被告人科刑之部分撤銷。另爲判決。

總檢察廳檢察官汪祖澤之意見

查構成刑律第三百九十二條之罪。應以在公務上業務上者所犯爲前提。此案被告人在王科員處充當僕役。並無特種公務業務可言。其私將管衣物變賣。自屬第三百九十一條之侵占。原判認爲侵占公務業務上之管有物。援照第三百九十二條處以二等有期徒刑五年零六月。殊屬引律錯誤。應請撤銷原判。另爲判決。

判決之理由

龍江地方審判廳認定事實。緣劉升在內務司科員處充當使役。業經數載。主僕相得。嫌怨毫無。凡王科員所有衣物。均交伊看管。深信不疑。本年二月二十一號。劉升因債務逼迫。無力清償。竟將王科員禮服一件。禮帽一頂。洋皮襖一件。洋毯一條。並洋禮服一套。擅自攜出典賣。共獲江錢二百三十九吊。經行政公署警衛隊長查獲。將該犯交由警察廳。片送同級檢察廳起訴。

據以上事實。該被告人劉升在王科員處充當僕役。本屬僱傭之關係。爲之經管衣服。亦係依契約上之管有。並無特種公務業務可言。其私將經管衣物變賣。自係觸犯刑律第三百九十一條之侵占罪。原判認爲侵占公務上業務上之管有物。援據刑律第三百九十二條處斷。引律殊屬錯誤。總檢察廳檢察長於判決確定之後。據此理由。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬正當。應由本院撤銷原判。另行改判。劉升侵占之所爲。應依刑律第三百九十一條處斷。並依同律第三百九十五條。宣告從刑。特爲判決如右。

●和誘罪以被和誘人脫離於其支配之下爲終了時期

●大理院判決沈應發和誘熊祝氏一案（四年非字第十六號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

沈應發（湖北鄂城縣人年四十歲）

右被告人營利和誘之所爲。經湖北高等審判廳於中華民國三年九月三十日覆判判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判及第一審判決撤銷

沈應發營利和誘之所爲應予免訴

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

奉司法部飭本案沈應發誘拐熊祝氏事犯在赦令以前不在赦令條款不准除免之列第一審依刑律第三百五十一條宣告其刑覆判審爲更正之判決均屬錯誤案經判決確定爲被告人利益起見應依法提起非常上告等因相應提起非常上告

總檢察廳檢察官麥鼎華之意見

查元年三月十日赦令條款凡犯罪在赦令以前不在赦令條款不准除免之列者一概免除此案沈應發誘拐熊祝氏犯在前清宣統三年七月初十日係在赦令以前又不在赦令條款不准除免之列自應查照該條款准予除免乃第一審依新刑律第三百五十一條第二項處以三等有期徒刑三年覆判審爲更正之判決均屬違法應請將原判及第一審判決撤銷另爲判決

判決之理由

本案據原判認定事實熊傳發之妻熊祝氏於前清宣統三年七月八日因與其夫反目私逃出外覓食路遇沈應發道及貧苦沈應發當允薦往傭工迄初十日沈應發即偕同該氏至彭雲山家中詭認該氏爲伊亡弟孀婦

稱沈高氏隱瞞該氏真姓並央彭雲山作媒出嫁與郝玉堂爲妻由沈應發親立婚書得財禮錢七十五串又民國二年十二月經熊傳發查知訴由鄂城縣知事先後傳集一千人證訊悉前情認爲確定事實

查和誘罪應以被和誘人脫離於其支配之下爲終了之時期其被和誘人受他人支配與否則非所問本案被告沈應發於宣統三年七月初十日將熊傳發之妻熊祝氏和賣與郝玉堂爲妻嗣經熊傳發查知遂於民國三年十二月赴縣告訴是本案發覺雖在赦後而事犯實在赦前自應查照赦令條款予以免訴乃鄂城縣仍依暫行刑律第三百五十一條第二項判處三等有期徒刑原審竟予核准並附加褫奪公權全部終身均屬違法總檢察廳檢察長於判決確定後據此理由提起非常上告自係合法總檢察廳檢察官之意見亦屬允當應由本院將原判及第一審判決撤銷予以免訴特爲判決如右

●新刑律頒行後各省禁煙條例無效親屬湮滅證樣不得處刑

●大理院刑事判決鄭番番開設烟館鄭基基湮滅罪證一案(民國四年非字第十七號)

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

鄭番番(福建長樂縣人)

鄭基基(福建長樂縣人)

右被告人鄭番番開設烟館供人吸食鴉片鄭基基湮滅罪證之所爲經福建長樂縣知事於民國元年九月三

十日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

鄭番番開設館舍供人吸食鴉片烟之所。爲處四等有期徒刑二年十一個月。併科罰金三十元。褫奪公權全部五年。烟槍二枝。烟燈一盞。烟針一條。烟盤一個。烟膏一兩。沒收之。

鄭基基湮滅罪證之所。爲免除其刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查暫行新刑律第一條載。本律於凡犯罪在本律頒行以後者適用之。此案鄭番番開設鴉片烟館事犯在元年三月。暫行新刑律頒行以後。自應查照刑律處斷。乃原判輒據閩省禁烟條例處鄭番番以一等有期徒刑十二年。又鄭基基於拿烟之際。將烟具膏料藏匿。係欲湮滅犯罪證據。而基基係番番親兄。依新刑律第一百八十條規定。應免除其刑。原判亦依該省禁烟條例處以四等有期徒刑二年又六個月。均屬違法。案經判決確定。爲被告入利益起見。應即提起非常上告。

總檢察廳檢察官麥鼎華之意見

查暫行新刑律公布以後。關於刑事鴉片烟罪各省自定之條例。自屬無效。此案鄭番番開設鴉片烟館。顯係觸犯暫行新刑律第二百六十九條之規定。自應依同條處斷。原判乃依閩省禁烟條例處以一等有期徒刑十二年。鄭番番之兄基基。於鄉人拿烟之際。將番番之烟具煙膏藏匿。其意係欲掩匿其胞弟之犯罪行為。雖觸犯第一百七十八條之規定。惟依第一百八十條應免除其刑。原判仍依同省禁烟條例處以四等有期刑一年又六個月。均屬違法。應請將原判撤銷。另為適當之判決。

判決理由

此案據長樂縣知事認定事實。緣鄭番番鄭基基係同胞兄弟。平昔不安本分。鄭番番素習雕花工藝。旋即歇業。在感恩村開設烟館。秘密售賣。鄭基基為鄭番番胞兄。平日不能責誠。於鄉人拿烟之際。猶將烟具烟料代為藏匿。經南區自治調查員前往破獲。起出烟鎗二枝。烟燈一盞。烟針一條。烟盤一個。烟膏一兩餘。

查現行之暫行新刑律。係於中華民國元年三月初十日公布。據該律第一條第一項。第二條第一項。凡本律頒布以後。於凡在中華民國內犯罪者。皆適用之。本案犯罪已在該暫行刑律頒行以後。自應依照該律處斷。乃原判竟據該省禁烟條例。分別科處罪刑。實屬違法。總檢察長於判決確定後。提起非常上訴。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院撤銷原判。另予改判。鄭番番開設館舍供人吸食鴉片烟之所。為應依暫行

新刑律第二百六十九條處斷。並依同律第二百七十五條。第四十六條。第四十七條。第四十八條第一第二兩款。定其從刑。鄭基基湮滅關係鄭番。番刑事告被事件證據之所爲。應依同律第一百八十條免除其刑。鄭番番應繳罰金。如逾期不能完納。得依同律第四十五條辦理。特爲判決如右。

●刑律頒行後之犯罪不得援用舊律更無累犯加重可言。

●大理院刑事判決遲奎開場聚賭案（民國四年非字第十八號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

遲奎（雲南彝良縣人年四十八歲）

右被告人開場聚賭之所爲。經雲南彝良縣於中華民國元年九月三十日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

遲奎開設賭場之所爲。處四等有期徒刑二年十個月。併科罰金十元。褫奪公權全部終身。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查暫行新刑律第一條第一項內載本律於凡犯罪在本律頒行以後者適用之等語。此案遲奎犯罪係在民國元年六月。而彝良縣判決。亦在同年九月。均係在暫行新刑律頒行以後。自應查照新刑律處斷。乃原判仍援用舊律。已於新刑律第一條第一項之規定不合。因援用舊律而加等治罪。尤與新刑律第十九條上半段。及第二十三條第三款之規定不符。前雲南司法司核覆此案時。雖經按照新刑律施行細則改處二等有期徒刑六年。惟查遲奎之犯罪行為。係觸犯新刑律第二百七十八條之規定。應依同條處斷。而同條最重主刑。僅為三等有期徒刑。刑期自不能逾五年。乃竟處以二等有期徒刑六年。自不能不謂為違法。案經判決確定。為被告人利益起見。應即提起非常上告。

總檢察廳檢察官麥鼎華之意見

查此案遲奎犯罪。係在民國元年三月。暫行新刑律頒布以後。依該刑律第一條第一項之規定。自應按照新刑律處斷。乃原判竟援引舊律加等治罪。已屬錯誤。核遲奎之犯罪行為。係觸犯新刑律第二百七十八條之規定。依該條處斷其最重主刑為三等有期徒刑。刑期自不得逾五年。而竟處以六年之工作。尤屬違法。應請將原判科刑之部分撤銷。改依新刑律第二百七十八條。另為適當之判決。

判決之理由

雲南彝良縣知事詳開事實。遲奎係前清宣統元年四月。據縣民楊紹恆以蠹役詐贖等情控經嚴拿。在逃未獲之犯。聞赦潛回。輒敢不知悔改。在城廂內聚集無賴王德周等。經旬累月。聚賭抽頭。合依例擬徒三年。查該犯係遇赦復犯。應加等治罪之犯。應請於滿徒罪上加一等。擬流二千里。改發工作六年。限滿詳釋。以示懲儆等語。據此則被告人開場聚賭。已任暫行新刑律頒行以後。自應適用本律處斷。又其詐贖被控事在赦前。亦應免訴。更無累犯加重之可言。該縣擬律實多錯誤。總檢察長於判決確定後。為被告人利益起見。提起非常上告。自屬合法。總檢察廳檢察官意見亦甚允當。應予撤銷原判。另行改判。查上告人曾充縣役。素行無賴。輒又聚賭抽頭。累月不歇。固宜盡法懲治。惟查被禁以來。於監犯越獄。首先喊報。並不敢隨同逃逸。似屬尙知悛悔。應依刑律第二百零八十八條。酌處四等有期徒刑二年十個月。併科罰金十元。並依第二百零八十二條第四十六條。定其從刑。特為判決如右。

●應處徒刑者非傳訊被告人不得為有罪之判決

●大理院判決蔣楚藩等和誘一案（四年非字第十九號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

蔣楚藩

王張氏

黃玉盛

右被告人和誘等罪案件。經廣西永福縣知事於中華民國四年二月初八日判決。總檢察廳檢察長。以判決違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於蔣楚藩、王張氏、黃玉盛罪刑之部分撤銷。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查現行規例。刑事訴訟探直接審理主義。非經口頭辯論。不判決科刑。此案被告人蔣楚藩、王張氏及黃玉盛均未拘致到庭。詳加審訊。遽與即時判決。處蔣楚藩兩個四等有期徒刑。各二年。併定期刑三年。褫奪公權全部。五年。處王張氏以五等有期徒刑十月。處黃玉盛以五等有期徒刑五月。已屬違法。况查原審訴訟記錄。據告訴人王玉宣狀稱。伊妻張氏於辛亥年十二月二十二日逃走出外。蔣義泰亦稱我兒子獨立那年在桂林討的等語。王玉宣雖於民國三年七月十八日始行告訴。然事實發生。顯在民國元年三月初十日赦令以前。依貴院解釋。凡和誘重婚罪。以被誘及結婚當時為既遂時期。如被誘及結婚。當時係在赦令前者。即應予除免之列。原審對於蔣楚藩、王張氏在大赦令以前之犯罪。遽下缺席判決。宣告罪刑。適用法律尤屬錯誤。案既判決確定。為被告人利益起見。應即提起非常上告。以資救濟。

總檢察廳檢察官麥鼎善之意見

查現行訴訟規則係采實體的真實發見主義。被告人不出庭。不得開公判。此案被告人蔣楚藩王張氏及黃玉盛均在逃未獲。原審不俟查獲到案。詳加審訊。遽與即時判決。各處以徒刑。顯係違法。况查原審訴訟記錄。王張氏及蔣楚藩所犯各罪。均在民國元年三月初十日赦令以前。復不在不准免除之列。自應援赦除免。原審竟以缺席判決。宣告罪刑。適用法律。尤屬錯誤。應請將原判關於被告人等科刑之部分撤消。對於蔣楚藩王張氏宣告免訴。黃玉盛俟緝獲到案後。再行訊辦。

判決之理由

永福縣認定事實。王玉宣與周純卿素識。玉宣之妻張氏。於宣統三年十二月二十二日背夫潛逃。玉宣四出花紅。久尋不獲。嗣經周純卿查知。王張氏係被蔣義泰之子楚藩誘匿為妾。因與蔣義泰係屬同鄉。不便舉發。遂與李玉合蕭佑生黃玉盛等與蔣義泰商允。於民國三年七月十二日。即陰歷閏五月二十日。約王玉宣書寫退婚書。王玉宣書寫至半。復將字據收回。赴縣告訴。

查縣知事審理訴訟暫行章程第三十二條第三款載。刑事應處拘役罰金刑之被告人。經傳喚不到者。得為缺席判決等語。是缺席判決。應以拘役罰金為限。其徒刑案件。非經言詞辯論。不得判決科刑。本案被告人蔣楚藩

等所犯和誘等罪。均係應處徒刑。自非將被告人傳喚到廳。詳加審訊。不能遽爲有罪之判決。乃該縣因被告人等在逃未獲。遂均用缺席判決。各處刑是對於徒刑案件而爲缺席判決。顯係違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦其正當。應由本院將原判關於蔣楚藩王張氏黃玉盛罪刑之部分。即予撤消。特爲判決如右。

●違禁結社入社應依治安警察法處斷不得適用前清集會結社律

●大理院判決楊泰平等違禁結社一案（四年非字第二十號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

楊泰平即楊泰年（四川綿陽縣人年三十二歲）

張

正心即張正興（四川綿陽縣人年三十四歲）

右被告人等。違禁結社之所爲。經四川廣元縣判決後。由高等審判廳於中華民國四年一月二十七日。覆判核准。總檢察廳檢察長。以原判引律錯誤。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判關於楊泰平違禁結社。張正心違禁入社之罪刑撤銷。

楊泰平違禁結社之所爲。處徒刑一年。與原判販賣鴉片罪合。並應執行徒刑三年十個月。張正心違禁入社之所爲。處徒刑八個月。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案原判。認定楊泰平係哥老會會首。懷挾公口布票名片。四處聯絡結盟。並販賣烟土。張正心因遇楊泰平。結合入盟。亦帶有公口名片布票。是被告人等秘密結社入社之所爲。應依治安警察法第九條第二十八條。處以一年以下有期徒刑。乃初判不適用該法。而照前清結社律處斷。顯屬引律錯誤。覆判審不爲糾正。逕予核准。自屬不合。案經確定。爲被告人利益起見。應即提起非常上告。

總檢察廳檢察官汪祖澤之意見

查治安警察法。既於民國三年三月三日公布。則前清集會結社律。自應失其效力。本案楊太平秘密結社。張正心被誘入社。均觸犯治安警察法第九條第二十八條之罪。應處以一年以下徒刑。乃原判不適用新法。而照舊律處被告人等監禁二年半。實屬違法。應請將原判關於被告人等秘密結社之部分撤銷。另爲判決。

判決之理由

據原判認定事實。楊太平爲哥老會會首。民國二年冬月。藉販布爲名。懷挾公口布票名片。在甘肅四處聯絡結

盟並販賣烟土。張正心因到陝西貿易。會遇楊太平結合入盟。亦帶有公口名片布票。三年六月。同到四川廣元縣被獲。

依以上事實。楊太平違禁結社。張正心違禁加入。均係繼續行爲。既在民國三年三月三日治安警察法公布後。方行發覺。其時前清集會結社律。已失效力。自應援據治安警察法處斷。乃原判誤引集會結社律科刑。自屬違誤。總檢察長於判決確定後。爲被告人利益起見。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允協。應由本院將原判關於楊泰平違禁結社。張正心違禁入社之罪刑撤消。楊泰平張正心之所爲。係違反治安警察法第九條規定。應依該法第二十八條處斷。楊泰平並應依刑律第二十三條第三款。定其應執行之刑期。特爲判決如右。

●犯罪在赦令前又在除免之列不得科刑

●大理院判決李育材和誘一案（民國四年非字第二十二號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 李育材（五華縣人年六十五歲） 曾魏氏（五華縣人年五十九歲）

右被告人李育材和誘婦女及被告人曾魏氏收受被和誘人之所爲。經廣東五華縣於中華民國四年二月七日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判關於李育材曾魏氏處刑之部分撤銷。

李育材曾魏氏免訴。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案李育材於前清宣統三年六月間將魏阿添之妻魏李氏交由曾魏氏媒合賣於張丙二爲妻。身價一百元。固屬均觸犯刑律第三百五十一條第二項之罪。惟查事在民國元年三月初十日。敕令以前所犯。又不在敕令條款不准免除之列。自應諭知免訴。乃原判仍爲分別按律科刑。殊屬違法。案經判決確定。爲被告人利益起見。應即提起非常上告。請將原判關於被告人等科刑之部分撤銷。宣告免訴。

總檢察廳檢察官汪祖澤之意見

廣東五華縣知事判決李育材曾魏氏和誘一案。經本廳對於被告人等科刑之部分。提起非常上告。查刑事被告事件。經大赦而非赦令條款不准免除者。應諭知免訴。此案被告人等共同營利和誘魏李氏之所爲。事犯在

民國元年三月初十日赦令以前。依赦令條款所犯不在不准免除之列。乃原判不予免訴。竟爲引律科刑。殊屬違法。應請將原判李育材魏李氏科刑之部分撤銷。諭知免訴。

判決之理由

廣東五華縣知事認定事實。魏李氏係魏阿添之妻。因前清宣統三年六月間。魏李兩家械鬪。被李育材誘匿。并由李育材交會魏氏媒合。賣於張丙二爲妻。身價洋一百元。後李姓人令原夫魏阿添備價贖回。魏姓不願。始於民國三年呈控到縣。

據以上事實。被告人李育材會魏氏共同營利。和誘魏李氏之所爲。事犯在民國元年三月初十日赦令以前。依據赦令條款。所犯營利和誘之罪。不在不准免除之列。乃原判不予免訴。竟爲引律科刑。實屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。爲被告人利益起見。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院將原判關於李育材會魏氏處刑之部分撤銷。援照赦款條例。予以免訴。特爲判決如右。

擅離職守期內人犯越獄不能成立便利脫逃罪

●大理院刑事判決陳演生擅離職守案（民國四年非字第三十號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

陳演生（廣東海豐縣人年三十九歲）
被職長樂縣知事

右被告人不候交卸。擅離職守之所爲。經廣東高等審判廳於中華民國四年六月三日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

陳演生無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第一百七十一條之罪。須以人犯脫逃之目的而爲便利脫逃之行爲。始得成立。此案陳演生不候交卸。擅行回籍。實爲一己便利起見。至回籍期內。人犯越獄。則非意料所及。廣州地方審判廳。遽照該條論罪科刑。殊屬違法。原判未予糾正。亦屬不合。

總檢察廳檢察官李杭文之意見

此案陳演生。能否構成刑律第一百七十一條之罪。須視其擅離職守。潛行回籍之意思。是否使人犯脫逃以爲斷。查閱訴訟記錄。陳演生不候交代。擅行回籍者。不過意圖一人便利。並無便於人犯脫逃之意。該人犯等於其

回籍期內越獄之事。殊非意料所及。陳演生就此雖應負責任。然屬於懲戒範圍。不能成立犯罪。廣州地審廳援引該條論罪科刑。原判不予糾正。均屬錯誤。

判決之理由

廣東高等審判廳認定事實。陳演生於民國二年三月間。奉委廣東長樂縣知事。是年十月奉文調省。不候交卸。潛回海豐原籍。時新舊獄官正在交卸。監所又毀壞已久。署內游擊隊僅敷防護之用。陳演生乃一率而去。致於潛逃後。監犯亦越獄脫逃。案經前廣東民政長以陳演生挾款帶鎗潛逃等情。呈請交付懲戒。由文官高等懲戒委員會議決。陳演生褫職。並因捲攜公款潛逃。應提交法院審訊。由廣東巡按使飭高等審判廳轉交廣州地方檢察廳提起公訴。

據以上事實。並查閱記錄。廣東巡按使飭文內開。據財政廳以該員任內交代。已分別抵支移交。並無糾葛未清。開列清單送核。復據五華縣覆稱。核閱前後移交槍械清冊數目相符。並無短少。該員實無挾帶情事等語。是該被告人經文官高等懲戒委員會議決。提交法庭之捲攜公款行爲。業經查無實據。己不在巡按使飭令起訴範圍之內。乃廣州地方檢察廳以不候交卸。潛逃回籍。致監犯越獄。認爲係便利監禁人脫逃。第一審遂依刑律第一百七十一條。處以五等有期徒刑十月。原判未予糾正。實屬引律錯誤。查該條之罪。以有便利脫逃之故意與

行爲爲成立要件。該被告不候交卸。擅離職守。祇能爲受懲戒之理由。業經懲戒委員會議決褫職在案。既不能證其有便利脫逃之故意。則此等行爲。卽不能謂係便利脫逃之所爲。當然不能構成犯罪。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。自應由本院依刑事訴訟律草案第四編第四百六十二條第一款規定。撤銷原判。宣告無罪。特爲判決如右。

●刑事判決未經宣示不能遽送覆判

●大理院刑事判決祝凱濫用職權及詐欺取財等罪一案（四年非字第三十五號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

祝

凱（湖北首陽縣人年二十六歲警佐）

右被告人濫用職權。私擅逮捕。及詐欺取財未遂之所爲。經山西高等審判廳於民國四年八月七日判決。總檢察廳檢察長以原案違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判關於祝凱之部分撤銷

祝凱發還山西平定縣補行宣示之程序

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案經山西平定縣知事審訊後於本年七月初六日造成初判書並未照章宣示同月十日詳送山西高等檢察廳轉送覆判經山西高等審判廳於八月七日覆判判決由高等檢察廳飭發該縣知事諭知該縣知事於八月廿二日連同初判書同時宣示並於初判書末尾註明宣示日期被告人祝凱具狀聲明不服由該高等檢察廳詳送來廳查此案初判書未經宣示逕送覆判核與縣知事審理訴訟章程第三十一條第一項之規定不符山西高等審判廳遽爲覆判判決亦屬違法即應提起非常上告以資救濟應請將本案山西高等審判廳所爲判決撤銷發還平定縣知事補行宣示之程序

總檢察廳檢察官梁宓之意見

查縣知事審理訴訟章程第三十一條第一項內開刑事判決須提傳原告訴人及被告人於法庭宣示之日始發生效力等語此案該縣知事判決後並未宣示逕送覆判於訴訟程序顯有違反高等審判廳受理覆判亦屬不合應請將原判撤銷發還平定縣補行宣示之程序

判決之理由

查縣知事審理訴訟章程第三十一條第一項規定刑事判決須提傳原告訴人及被告人於法庭宣示之日始

發生效力等語。是縣知事審理訴訟案件對於刑事判決必須提傳被告人到庭當庭宣示判詞始為合法。本案經山西平定縣知事審訊後於本年七月六日造成初判書並未照章宣示於同月十日又未經過上訴期間即詳送山西高等檢察廳轉送覆判實與該章程第三十一條第一項及修正覆判章程第一條第一項之規定不符。山西高等審判廳未予查明糾正遽為覆判判決亦屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後提起非常上告自屬合法。總檢察廳檢察官之意見亦屬允當。應由本院將原判關於祝凱之部分撤銷發還山西平定縣補行宣示之程序。被告人仍得依法上訴。特為判決如右。

●三人共同詐財應依三八五條處斷販賣鴉片罪應併科罰金。

●大理院刑事判決吳文達等詐欺取財及吸食鴉片一案（民國四年非字第三十七號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 吳文達（山西定襄縣人年四十五歲住北關代書）

趙順意（山西定襄縣人年四十六歲住北關無業） 常滿堂（山西忻縣人年三十八歲住定襄縣城

無業） 趙高氏（山西定襄縣人年四十二歲住本城）

右被告人吳文達等詐欺取財吸食鴉片。趙高氏販賣鴉片烟之所為。經山西定襄縣知事於中華民國四年九

月二十八日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判詐欺取財之部分撤銷。

吳文達趙順意常滿堂三人共同詐欺取財之所爲。應依刑律第三百八十五條處斷。但仍維持原判之刑。
趙高氏販賣鴉片之所爲。應併科罰金。但仍維持原判之刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

此案據原判認定事實。趙順意常滿堂聽從吳文達教唆。以買土爲名。騙取趙高氏烟土七兩。三人分煮吸食。事後索錢。竟不承認。是該被告人等實犯暫行新刑律第三百八十五條及第二百七十一條之俱發罪。原判於三人共同詐財之所爲。仍依第三百八十二條處斷。實屬引律錯誤。又趙高氏販賣烟土。原判依第三百六十六條處以五等。有期徒刑二個月。原無不合。惟未依司條後半段之規定。併科罰金。亦未免違法。

總檢察廳檢察官麥鼎華之意見

暫行新刑律第三百八十二條之罪。凡三人以上共犯之者。依第三百八十五條處斷。本案吳文達趙順意常滿堂三人。共同詐取趙高氏烟土七兩。分煮吸食。顯係犯新刑律第三百八十五條及第二百七十一條之俱發罪。

其詐財之所爲。應依第三百八十五條處以二等或三等有期徒刑。原判乃依第三百八十二條處以五等有期徒刑八個月。殊屬錯誤。又犯新刑律第二百六十六條之罪者。於科處徒刑之外。應併科五百元以下罰金。本案趙高氏販賣烟土。原判既依同條處斷。自應併科罰金。乃僅科以五等有期徒刑二個月。亦未免違法。

判決之理由

山西定襄縣知事。認定事實。趙三保向在陝西府谷縣打鐵。帶回烟土七兩餘。不敢變賣。旋又赴陝西營業。其妻趙高氏因家况窘迫。意欲變賣烟土。取給衣食。爲其夫之堂弟趙順意所知。遂與吳文達常滿堂共謀詐欺騙買。八月十三日。趙順意引常滿堂同往趙高氏家買烟土。趙高氏以趙順意所介紹。亦深信不疑。遂當面言定每兩烟土價錢四吊四百文。趙順意擔保常滿堂等將烟土袖至吳文達代書室。三人均分裝吸。嗣趙高氏向趙順意索取烟土錢。趙順意翻眼不認。併聲稱常某爲誰。趙高氏見其居心刁騙。又知事干例禁。未敢聲張。八月二十二日。署內聽差人王義。在吳文達代書室扣獲。常滿堂身帶鴉片烟泡。遂將吳文達趙順意趙高氏一併帶案訊辦。據以上事實。吳文達趙順意常滿堂三人共同詐欺取財吸食鴉片之所爲。應依暫行刑律第三百八十五條第二百零七十一條第二十三條及第三百八十九條處斷。趙高氏販賣烟土之所爲。應依第二百零六十六條後半段之規定。併科罰金。方爲合法。原判於吳文達等三人共犯詐欺取財罪。僅依第三百八十二條處刑。於趙高氏販

賣鴉片。僅處五等有期徒刑二個月。併未併科罰金。實屬違法。總檢察廳檢察長據此理由。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款。將原判詐欺取財之部分撤銷。吳文達趙順意常滿堂詐欺取財三人共犯之所為。應依刑律第三百八十五條處斷。趙高氏販賣鴉片之所為。應依刑律第二百六十六條後半段併科罰金。但依刑事訴訟律草案再理編第四百六十三條之規定。本案原判決之刑。既非不利益於被告人。則本院撤銷原判之效力。當然不及於被告人。故均應維持原判之刑。特為判決如右。

●三四九條之和誘罪不能終身褫奪公權

●大理院刑事判決蔣發元和誘一案（四年非字第三十八號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 蔣發元（雲南羅次縣人年二十三歲）

右被告人和誘之所為。經雲南安寧縣於民國三年四月八日判決。總檢察廳檢察長以原判從刑違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於從刑之部分撤銷。

蔣發元褫奪公權全部四年。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查新刑律第三百五十六條規定。凡意圖營利犯本章之罪者。褫奪公權。其餘得褫奪之。又第四十七條內載。於分則有得褫奪公權之規定者。得褫奪現在之地位。或於一定期限內褫奪前條所列資格之全部或一部各等語。本案蔣發元和誘楊范氏之女。意在成婚。並非意圖營利。業經原判認定依刑律第三百四十九條第二項處斷。則科從刑。自應依第三百五十六條後半段及第四十七條之規定。於一定期限內褫奪公權。乃原判竟褫奪其公權全部終身。殊屬違法。案經確定。為被告人利益起見。應即提起非常上告。

總檢察廳檢察官麥鼎華之意見

查刑律第三百五十六條規定。凡意圖營利犯賂誘及和誘罪者。固應依第四十六條之規定褫奪公權。其非意圖營利者。則只得依第四十七條於一定期限內褫奪之。本案據原判認定事實。蔣發元和誘楊范氏之女。原係欲與成婚。并非意圖營利。原判既依第三百四十九條第二項處斷。則科從刑。自應照第四十七條於一定期限內褫奪公權。始與第三百五十六條後半段之規定相合。乃竟褫奪公權全部終身。顯屬違法。應請將原判關於從

刑之部分撤銷。另爲判決。

判決之理由

雲南安寧縣認定事實。蔣發元爲楊安安家傭工。民國三年三月間。乘間誘去楊安安未婚妻。卽楊范氏之女。送往二泊縣侯家箐何姓家中寄住。圖娶爲室。并告楊范氏願奉養之。楊范氏不允。報由警署將蔣發元拿獲送縣訊辦。

據以上事實。原審既認蔣發元係犯刑律第三百四十九條第二項之和誘罪。依該條處蔣發元以四等有期徒刑二年。則按照第三百五十六條及第四十七條規定褫奪公權。自應有一定之期間。原判乃褫奪該被告人全部公權終身。顯屬違法。總檢察長於判決確定後。提起非常上告。與現行刑事訴訟草案再理編第四百五十九條至第四百六十一條所規定。尙無不合。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允協。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款後半段之規定。將原判關於從刑之部分撤銷。按照刑律第三百五十六條第四十七條。第四百六十六條褫奪其公權全部四年。特爲判決如右。

●共犯須證明方能科罪。妻無證人資格。僞證及誣告罪亦不成立。

●大理院刑事判決葉李氏詐財誣告一案(四年非字第三十九號)

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 葉李氏(湖北武昌人年三十六歲)

右被告人詐財及誣告案件經湖北武昌地方審判廳於中華民國四年二月二十六日判決總檢察廳檢察長就該被告人科刑之部分提起非常上告本院審理判決如左

●主文

原判關於葉李氏科刑之部分撤銷

葉李氏詐欺取財之所爲處五等有期徒刑四個月

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查本案葉應管改名李進臣將妻葉李氏捏稱弟婦孀居無靠托鄭宏國等作媒嫁給錢志富爲妻因以詐取財物會婆是否知情同謀未據傳訊屬實遽認爲三人以上共犯刑律第三百八十二條之罪照第三百八十五條論罪科刑違法一葉李氏與其夫誣告鄭宏國錢志富誘拐等情原以達詐財之目的依刑律第二十六條應比較誣告罪與詐財罪之輕重從重處斷原判引二十三條之例併科違法二案經判決確定相應依據刑訴草案第四百五十九條第四百六十條第四百六十一條提起非常上告請撤銷原判另爲適法之判決

總檢察廳檢察官李杭文之意見

查刑律第二百八十五條係爲二人以上共同犯詐財罪者而設之加重規定。本案葉李氏與葉應管共同詐財。會婆是否知情同謀。原判未經證明。遽適用該條論罪科刑。未免失入。且其誣告鄭宏國等誘拐之目的。原爲詐欺取財。應依刑律第二十六條從重處斷。原判就該被告人所犯詐財罪及誣告罪併予科刑。亦屬錯誤。應請撤銷原判。另爲適法之判決。

判決之理由

緣葉李氏爲葉應管之妻。民國三年陰歷十月間。葉應管改名李進臣。託會婆將葉李氏引至鄭宏國家。由鄭宏國鄭崑山董子青等輾轉媒嫁與錢志富爲室。議定財禮九十八串。葉應管由鄭宏國手收到七十六串。其餘由鄭宏國分給各人作媒費。錢志富於十一月初一日。遂將葉李氏帶至家中成婚。初三日。葉應管先遣其女胡葉氏往錢家省視。初八日。忽令其侄葉福勝向錢家索妻。錢志富因尋鄭宏國理論。始知爲葉應管所欺。乃葉應管先發制人。竟於是月十一日。以鄭宏國錢志富誘拐朋毆等情。捏向武昌地方檢察廳告訴。案經提訊。葉李供同前情。併案起訴。審判廳將葉應管葉李氏各依刑律第三百八十五條第三百八十二條第一百八十二條第二十三條。定執行刑期爲三年六月。並依律褫奪公權全部終身。其詐得之財物。追還給主。總檢察廳檢察長就葉

李氏科刑之部分提起非常上告到院

查閱訴訟記錄該被告人聽其夫葉應管支使改嫁錢志富爲妻詐得財禮九十八串律以詐財之罪其又奚辭惟共同被告之曾婆迄未逮案是否知情同謀尙屬無從遙揣原判遽認三人詐財依刑律第三百八十五條科斷自有未合至葉應管誣告錢志富鄭宏國誘拐等情固爲詐財之結果該被告人到庭爲虛偽之陳述本屬不合惟該被告人爲葉應管之妻本無證人資格亦未便執第一百八十一條第一項之律以相繩原判認爲共同誣告科以第一百八十二條之刑亦屬引律錯誤總檢察廳檢察長於判決確定後提起非常上告自係合法應由本院將原判關於葉李氏科刑之部分撤銷予以改判葉李氏詐欺取財之所爲應依刑律第三百八十二條第一項處以五等有期徒刑四個月特爲判決如右

●四等有期徒刑不能定爲三年

●大理院刑事判決鍾雷發栽種罌粟一案(民國四年非字第四十號)

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

鍾雷發(江西贛州人年五十六歲)

右被告人栽種罌粟之所爲經福建邵武縣於民國三年三月十日判決總檢察廳檢察長以原判違法提起非

常上告經本院審理判決如左

●主文

原判關於鍾雷發主刑之部分撤銷

鍾雷發栽種罌粟之所爲處四等有期徒刑二年

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案被告鍾雷發栽種罌粟經原判據證認定依刑律第二百七十條處以四等有期徒刑引律本無不合惟按諸刑律第三十七條規定四等有期徒刑係三年未滿一年以上原判主文處鍾雷發三年徒刑實屬錯誤應請將原判所科主刑部分撤銷另爲適當之判決

總檢察廳檢察官梁忠之意見

查刑律第二百七十條凡意圖製造鴉片烟而種罌粟者處四等以下有期徒刑又同律第三十七條第二項第四款載四等有期徒刑爲三年未滿一年以上等語此案原判對於鍾雷發栽種罌粟之所爲適用同律第二百七十條科以四等有期徒刑乃定刑期爲三年實屬錯誤且查被告人係貧老農民所犯情形亦非甚重應請改判

判決之理由

福建邵武縣認定事實鍾雷發在所住陳坡鄉私種烟苗經知事聞知派警前往查拿當經查得鍾雷發栽種烟苗之處乃將鍾雷發拿獲送縣訊辦

據以上事實原審認定鍾雷發係犯刑律第二百七十條栽種罌粟意圖製造鴉片烟之罪依據該條處以四等有期徒刑尙無不合惟按照第三十七條第二項第四款規定四等有期徒刑之刑期乃一年以上三年未滿原審竟處被告人以三年徒刑顯屬違法總檢察廳檢察長於判決確定後提起非常上告與現行刑事訴訟律草案再理編第四百五十九條至第四百六十一條規定相合總檢察廳檢察官之意見亦屬允當應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款後半段之規定將原判關於主刑之部分撤銷按照刑律同條第三十七條第二項第四款處鍾雷發以四等有期徒刑二年特爲判決如右

吸食鴉片犯不能處徒刑一年

●大理院刑事判決熊務本等吸食鴉片一案(四年非字第四十二號)

非常上告人

總檢察廳檢察長

被告人

熊務本(邵武縣人年四十八歲)

洪玉春(邵

武縣人年四十二歲)

右被告人吸食鴉片之所爲。經福建邵武縣知事於中華民國三年八月十四日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於熊務本洪玉春科刑之部分撤銷。

熊務本洪玉春吸食鴉片之所爲。各處五等有期徒刑十一月。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第二百七十一條吸食鴉片烟者。處五等有期徒刑。拘役。或一千元以下罰金。此案熊務本洪玉春吸食鴉片。係觸犯第二百七十一條之罪。若科以五等有期徒刑。自應依第三十七條第二項第三款第五號之規定。於二月以上。一年未滿之範圍內定其刑期。乃原判竟處以徒刑一年。已逾法定刑期之限度。殊屬違法。案經判決確定。依刑律訴訟律草案第四百五十九條第四百六十條第四百六十一條。自應提起非常上告。請將原判撤銷。另爲適當之判決。

總檢察廳檢察官汪祖澤之意見

大理院判決例 刑事二

查此案熊務本洪玉春吸食鴉片。係觸犯刑律第二百七十一條之罪。依律應處五等有期徒刑。拘役或一千元以下罰金。原判處被告人等徒刑一年。既不聲明何等有期徒刑。若揆諸法定。五等有期徒刑。則已違反一年未滿之規定。自屬違法。應請將原判關於被告人科刑之部分撤銷。改處熊務本洪玉春五等有期徒刑十一個月。

判決之理由

福建邵武縣知事認定事實。稱熊務本洪玉春向有烟癮。於民國三年八月六日在東門外賣烟。楊茂家私自吸食。被警備隊什長陳冠巡街查獲。並搜出烟燈一盞。烟斗一個。烟布一塊。烟碗二個。連同送案等情。據以上事實。熊務本洪玉春實犯刑律第二百七十一條之罪。惟該條最高主刑。為五等有期徒刑。依第三十七條第二項第三款第五號之規定。五等有期徒刑。其刑期為一年未滿。二月以上。原判各處熊務本洪玉春徒刑一年。顯係違法。總檢察廳檢察長據此理由。依律提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬正當。應即由本院將原判關於熊務本洪玉春處刑之部分撤銷。熊務本洪玉春吸食鴉片之所為。應各依刑律第二百七十一條處斷。特為判決如右。

●大赦前犯罪不得為再犯之基礎。

●大理院刑事判決房豬竊盜一案(四年非字第三十四號)

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 房豬(直隸東光縣人年二十一歲)

右被告人因竊盜案件。經直隸東光縣於中華民國四年九月二十八日判決。總檢察廳檢察長以引律錯誤。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於主刑之部分撤銷。

房豬入室行竊四罪。各處三等有期徒刑三年。應執行有期徒刑六年。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查房豬於前清宣統三年九月二十三日夜。偷竊孫淇源家存放辦團鎗藥二百餘斤。又於十一月十六日夜偷竊韓文魁家衣物。於十七日獲案。經東光縣起獲原贓。將被告人杖責拘押。至民國元年大赦以後。復於同年九月二十九日。十月二十四日。十一月十六日。十二月初九日。前後竊取周玉恆王良弼馬濂序及孫毓藻王慶榮等衣物牛隻等件。據此則該被告人既已受刑於前。復又行竊於後。本與累犯之條件相符。但初次所犯。既在赦令以前。而其罪又不在不准免除之列。雖已受徒刑之執行。究不能成爲竊盜之累犯。原判以房豬元年所犯之

竊盜罪。係侵入現有人居住之宅第。各依刑律第三百八十六條處斷。於法並無不合。惟牽涉已經赦免之罪刑。認該被告人爲累犯。按刑律第十九條及徒刑改遣條例第一條第二款第十一號之規定。加等科刑。並宣告改遣。引律實屬錯誤。現判決業經確定。自應提起非常上告。以資救濟。請將原判撤銷。另爲判決。

總檢察廳檢察官之意見

查暫行新刑律第十九條載。已受徒刑之執行。更犯徒刑以上之罪者。爲再犯。加本刑一等等語。本案被告人房豬於前清宣統三年行竊二次。被押數月。本可與已受徒刑之執行者相提並論。但既經大赦。卽應與未犯罪者一律同觀。原判根據已經赦免之刑。適用累犯加重之例。引律殊屬錯誤。應請撤銷原判。更爲判決。

判決之理由

緣房豬於前清於宣統末年。因兩犯竊盜罪。經東光縣杖責拘押。民國元年。遇赦出獄。復於是年十一月八日。卽陰歷九月二十九日。侵入周玉恆家竊取銀元等物。又於十二月初二日。卽陰歷十月二十四日。侵入王良弼家。竊取衣服等物。又於十二月二十四日。卽陰歷十一月十六日。侵入馬濼序家竊取衣服等物。又於民國二年一月十五日。卽陰歷十二月初九日。夥同朱丑侵入孫毓藻家竊取耕牛。旋被獲送案。經東光縣審依刑律第三百六十八條第一款第十九條。第二十三條各處二等有期徒刑八年。並定執行刑期爲十八年。未決期內羈押日

數。准予折抵。褫奪公權全部終身。總檢察廳檢察長以引律錯誤。提起非常上告到院。

查大赦爲刑罰權銷滅之原因。無論已未執行。均不得爲再犯之基礎。本案被告人房豬前犯之竊盜二罪。既已因赦免除。則其後犯之竊盜四罪。自不能適用再犯加重之例。乃原判就房豬後犯之竊盜四罪。各依刑律第十九條之例。加等科刑。殊屬引律錯誤。總檢察廳檢察長據此理由。提起非常上告。自係合法。檢察官之意見。亦屬允當。應由本院將原判關於主刑之部分撤銷。予以改判。房豬入室行竊四罪。均依刑律第三百六十八條第一款科斷。並依第二十三條定其執行之刑。特爲判決如右。

●夫非妻之尊屬和姦罪應在赦免之列

●大理院刑事判決王李氏殺人一案（民國四年非字第四十一號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

王李氏（察哈爾獨石縣人年三十九歲）

右被告人殺人之所爲。經察哈爾都統署審判處。於中華民國四年八月十日覆判。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

王李氏殺人之所爲處無期徒刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案王李氏與田興江共同謀殺其夫王滿庫身死。係犯刑律第三百十一條之罪。初判認爲傷害尊親屬。固屬不合。覆判改依第三百十二條處斷。是仍誤認夫爲妻之尊親屬。且其相姦一罪。事在民國元年三月初十日。大赦以前。又不在不准免除之列。原判不爲援赦免除。仍查照暫行刑律補充條例第七條論罪科刑。均屬錯誤。案經判決確定。依刑事訴訟律草案第四百五十九條第四百六十條第四百六十一條之規定。應即提起非常上告。請將原判違法之部分撤銷。另爲適當之判決。

總檢察廳檢察官汪祖澤之意見

查刑律所稱尊親屬。以同律第八十二條所列舉者爲限。本案王李氏謀殺其夫王滿庫身死。顯係觸犯第三百十一條之罪。原判誤認夫爲妻之尊親屬。援照第三百十二條處斷。殊屬引律錯誤。又王李氏與田興江相姦一罪。事在前清光緒三十二年九月以前。依赦條款。應予免除。原判仍適用新刑律補充條例第七條各科其刑。亦屬違法。應請將原判違法之部分撤銷。改照刑律第三百十一條處以無期徒刑。

判決之理由

察哈爾都統署審判處認定事實。稱王李氏與田興江素相姦好。因本夫王滿庫時加斥罵。王李氏田興江起意。將王滿庫殺死。於前清光緒三十二年九月初一日夜間。王李氏田興江共同將王滿庫殺死。藏屍山藥窩內。用土掩蓋滅跡。均各逃逸。經汎獲案送審。由獨石縣判依刑律第三百十四條處王李氏無期徒刑。並依刑律補充條例併科姦罪。定執行無期徒刑。案經覆判。於王李氏殺人之所爲。改用刑律第三百十二條。仍定執行無期徒刑。總檢察廳檢察長提起非常上告。

據以上事實。王李氏實爲殺死王滿庫之共犯。依刑律第二十九條第一項。王李氏應依同律第三百十一條科斷。其和姦之所爲。事犯在民國元年三月初十日赦令以前。依照赦令條款。應在免除之列。乃原判誤認夫爲妻之尊屬。依刑律第三百十二條科斷。因與同律第八十二條第一項各款所規定者不合。將已經赦免之和姦罪。仍予科處。亦與赦令條款不符。均屬違法。總檢察廳檢察長依法提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官汪祖澤之意見。亦屬允當。應即由本院將原判撤銷。王李氏殺人之所爲。應依刑律第二十九條第一項第三百十一條處斷。特爲判決如右。

●五等有期徒刑不能滿一年。準正犯以幫助實施爲要件。

大理院判決例 刑事二

七四

●大理院吳冬生等傷害毆人一案(民國四年非字第四十八號)

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 吳冬生 吳兆盛

右被告人吳冬生傷害人及吳兆盛毆人之所爲。經江西宜黃縣於民國四年八月二十五日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於吳冬生吳兆盛傷害罪之部分撤銷。

吳冬生輕微傷害吳游氏之所爲。處五等有期徒刑十個月。與原判和姦二罪合併。應執行有期徒刑二年六個月。

吳兆盛無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第三十七條第二項第三款載。五等有期徒刑一年未滿二年以上等語。本案原判對於吳冬生輕微傷害一罪。處以五等有期徒刑。雖屬正當。然量定期期一年。實與第三十七條規定不合。顯屬違法。又查刑律第二十九條第二項規定。於實施犯罪行爲之際。幫助正犯者。爲准正犯。本案查核原卷。被害人吳游氏。雖受有竹片

傷痕。然經吳克璜當庭證明。係吳冬生用竹片毆打所致。自與吳兆盛無涉。雖吳兆盛供稱曾掌責吳游氏。亦與吳冬生之傷害行為毫無聯絡關係。原審認定事實。又不能證明因掌責發生何等傷害。是吳游氏之傷痕。顯係吳冬生一人所爲。原判誤引第二十九條第二項規定。認吳兆盛爲傷害共犯。亦屬錯誤。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查審判官論罪科刑。在法定範圍內。雖得自由裁量。然於法定刑等之期間。斷不容任意增減。本案吳冬生輕微傷害吳游氏之所爲。原判處以五等有期徒刑。原無不合。惟量定期期。乃逾越刑律第三十七條所規定五等有期徒刑以上。顯違法定刑等之期間。又此案據原卷載勘驗傷單。被害人吳游氏所受傷害係竹器傷。既據吳克璜供詞。足以證明實係吳冬生一人所爲。則吳兆盛雖有掌責吳游氏之事實。然與吳冬生之犯罪行為。絕無共同關係。况吳游氏之傷。除驗明兩肋竹器傷以外。並無其他傷痕。亦不能認吳兆盛成獨立之傷害罪。乃原判誤引刑律第二十九條第二項認爲實施幫助行為。處以五等有期徒刑八月。亦係違法。

判決之理由

據宜黃縣認定事實。吳冬生乃吳兆盛之族姪。與吳兆盛之妻吳游氏有姦。爲吳兆盛察覺。曾禁吳冬生復至伊家。乃吳冬生於本年八月十日。又潛到吳游氏處。且與吳游氏因事口角。用竹片毆傷吳游氏。適吳兆盛自外回

家遇見。怒攔吳游氏兩掌。詎吳游氏竟於是晚自縊身死。

據以上事實。原判於吳冬生和姦及輕微殺害人行爲。依刑律第二百九十四條第二款。第二百八十九條。第三百十三條第三款分別科罪。固無不合。惟按照第三十七條五等有期徒刑之刑期。乃二個月以上一年未滿。原判於吳冬生輕微傷害吳游氏一罪。竟處以五等有期徒刑一年。殊屬錯誤。又刑律第二十九條第二項之準正犯。以與正犯共同之認識。而幫助實施爲要件。當日吳冬生加害吳游氏。既非吳兆盛意料所及。並無共同認識。而吳兆盛掌責吳游氏。與吳冬生之加害。又屬相事。並非幫助行爲。顯非共犯。原判乃依第二十九條第二項亦處吳兆盛以傷害罪。亦屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。與現在刑事訴訟草案再理編第四百五十九條。第四百六十一條規定相合。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院依該編第四百六十二條第一款後半段之規定。將原判關於吳冬生吳兆盛傷害罪之部分撤銷。吳冬生傷害吳游氏之所爲。依刑律第三百十三條第三款。第三十七條第二項第三款第五號。改處五等有期徒刑十個月。並依第二十三條第三款與原判和姦二罪合併。定其應執行之刑期。爲二年六個月。吳兆盛掌責吳游氏之所爲。並未觸犯刑律。應宣告無罪。特爲判決如右。

●拘役罰金以上之罪不得爲闕席判決

●大理院刑事判決蕭邱氏傷害一案（四年非字第四十九號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 蕭邱氏

右被告人蕭邱氏因傷害案件。經福建泰寧縣於中華民國四年十月十一日判決。總檢察廳檢察長就蕭邱氏罪刑之部分。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判關於蕭邱氏罪刑之部分撤銷。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑事訴訟原則。採用直接審理主義。雖縣知事審理訴訟暫行章程。有得為闕席判決之規定。然要以應處拘役罰金之被告人。傳喚不到案者為限。此案被告人蕭邱氏。經原審認定確有輕微傷害之事實。然依刑律第三百十三條第三款規定。其應科主刑。均在拘役罰金以上。乃原判竟以蕭羽儀求免傳訴伊妻為詞。對於蕭邱氏遽為闕席判決。實屬違法。應請貴院撤銷原判。另行判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

此案據原判認定事實。謂蕭楊氏舊傷是誰所毆。在楊志程固無切證可指。詰之蕭羽儀父子。則供蕭邱氏所毆。

亦不得概置無論。蕭邱氏本應傳案質訊。惟據蕭羽儀供稱。既蒙判令刑期五個月。無容傳訊。應予闕席判決等語。是原判認定本案事實。已屬含混。又未傳喚被告人到庭質訊。遽宣告該被告人以刑律第三百十三條第三款之罪刑。不獨於直接審理之原則。顯有違背。核諸縣知事審理訴訟暫行章程第三十二條第二款之規定。亦有未合。應請貴院撤銷原判。另行判決。

判決之理由

本案據秦甯縣認定事實。稱蕭邱氏爲蕭羽儀之妻。其子明德娶楊志程之妹爲室。素來不睦。本年九月二十九日。即陰歷八月二十一日。蕭楊氏因與蕭羽儀之幼女爭拾破布。互相口角。蕭邱氏袒護其女。用家用之竹棒相毆。實未成傷。蕭楊氏忿向翁夫泣訴。又遭斥罵。遂於是月三十日。潛赴山上採服毒草。蕭羽儀等施救無效。越日毒發生死。因循鄉例。即行掩埋。楊志程不服。遂以父子凌虐毒斃等情。指訴蕭羽儀等。即經臨檢啓棺洗驗。委係服毒身死。其已經平復之舊傷。是誰所毆。在楊志程固無切證可指。蕭羽儀之父子。則供係蕭邱氏所毆。亦不得概置無論。蕭邱氏本應傳案質訊。惟據蕭羽儀供。既蒙判令刑期五個月。無容傳訊。應予闕席判決等語。據以上事實。蕭邱氏用竹棒將蕭楊氏毆打。既未成傷。其平復之舊傷。遍查蕭羽儀蕭明德供詞。亦未認係蕭邱氏所毆。遽科以刑律第三百十三條第三款之罪。已屬不合。又因蕭羽儀請免予傳訊。遂行闕席判決。宣告五等

徒刑五月。不惟與直接審理之原則顯有違背。且與縣知事審理訴訟章程第三十二條第三款之規定。亦有未符。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。自係合法。檢察官之意見。亦甚正當。應由本院將原判關於蕭邱氏罪刑之部分撤銷。特爲判決如右。

●三六七條之竊盜罪不能褫奪公權全部終身。

●大理院刑事判決楊老金竊盜一案（四年非字第五十號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

楊老金 雲南平彝縣人年二十八歲

右被告人竊盜之所爲。經雲南平彝縣於中華民國三年四月十一日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於楊老金從刑之部分撤銷。

楊老金褫奪公權全部六年。

總檢察長提起非常上告之理由

大理院判決例 刑事二

查刑律第三百八十條載。犯第三百六十八條至第三百七十六條之罪者。褫奪公權。其餘得褫奪之等語。此案楊老金竊盜之所爲。既經雲南平彝縣認定事實。依刑律第三百六十七條處以四等有期徒刑。自應依第四十七條。於一定期間內褫奪第四十六條所列公權全部或一部。方爲合法。乃原判竟褫奪公權全部終身。顯違第三百八十條之規定。應請將原判關於該被告人從刑之部分撤銷。另爲適當之判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查犯暫行新刑律第三百六十七條之罪者。依第三百八十條及四十七條之規定。僅得於一定期限內褫奪公權全部或一部。此案楊老金竊取司馬耀南衣物。原判既援用第三百六十七條處斷。乃不依第三百八十條第四十七條之規定。竟褫奪該被告人公權全部終身。自屬違法。應請撤銷原判從刑之部分。另爲判決。

判決之理由

雲南平彝縣認定事實。司馬耀南於民國二年十二月在磧子窰地方。雇楊老金幫同背負衣箱。行至平彝縣勝境關地方。楊老金乘間將衣箱竊去。經該縣緝獲楊老金。并搜獲衣物等件。楊老金供認竊盜不諱。

據以上事實。楊老金竊盜之所爲。係犯刑律第三百六十七條之罪。原判處以四等有期徒刑四年又六個月。尙無不合。惟依第三百八十條之規定。其從刑係褫奪公權。應依第四十七條於一定期間內褫奪。第四十六條所

刑公權全部或一部。方爲合法。原判竟宣告褫奪公權全部終身。顯屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官意見。亦甚允當。應由本院撤銷原判。關於楊老金從刑之部分。依第三百八十條第四十七條第四十六條之規定改判。特爲判決如右。

●殺人無故意或過失者無罪被告未到庭不得遽行判決

●大理院刑事判決李紫庭等殺人一案（四年非字第五十一號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

李紫庭（籍貫年齡不明）

朱建泰（籍貫年齡不明）

右被告人李紫庭殺人。朱建泰不受理刑事告訴。案經福建福州府地方審判廳。於中華民國元年三月三十一日判決。總檢察廳檢察長。以原判關於李紫庭朱建泰罪刑之部分。認爲違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於李紫庭朱建泰罪刑之部分。均予撤銷。
李紫庭無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

甲 關於李紫庭之部分。

查此案據原判認定事實。謂被害人謝學屏。因伊兄謝學器被逮。追問理由。鄉衆聞悉。亦咸抱不平。隨同謝學屏進行塘頭鄉地方。被告人李紫庭。見伊等窮迫不已。飭令親勇朝天開鎗。致將謝學屏擊斃等語。該被告人既係。喝令朝天開鎗。顯無殺人故意。按諸刑律第三百十一條規定。實有不符。原判認爲故意殺人罪。不免錯誤。

乙 關於朱建泰之部分。

查此案據被告人朱建泰。於謝黃氏喊驗時。批斥不准。無論應否構成刑律上之瀆職罪。原審既未傳訊。依刑事訴訟通例。原不得爲闕席判決。乃原判竟以尙未委員接代。未便傳訊爲詞。遽爾宣告罪刑。顯係被告人未出庭而行審判。實屬違法。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

一 對於李紫庭一部。適用法律之意見。

查刑律第三百十一條之殺人罪。必以故意爲成立要件。其能證明非出於犯罪之故意者。應分別有無過失。依律科斷。方爲合法。此案李紫庭喝令親勇開鎗。因致謝學屏斃命。據原判認定事實。已明明認該被告人係喝令

朝天開鎗。且犯罪原因。又由於謝學屏及鄉衆等窮追不已。尤足見朝天開鎗。不過意在恐嚇。并不能證明有殺人之故意。該被告人所犯。實與刑律第三百二十四條第一款相當。惟其犯罪行爲。係在民國元年三月初十日。赦令以前。按諸赦令條款。不在不准免除之列。應請撤銷原判。關於李紫庭之部分。宣告免訴。

二對於朱建泰一部。宣告罪刑之意見。

查現行訴訟規例。採用直接審理主義。被告人如未到庭。不得開始公判。此案朱建泰於謝黃氏喊驗時。亟應受理。乃批斥不准。雖據原判認定事實。認爲罪證鑿確。應構成刑律第一百四十六條之罪。惟被告既未到庭。原審竟不待傳案集訊。遽用闕席判決。處以罰金一百元。實屬違法。應請將原判關於朱建泰之部分撤銷。

判決之理由

福建福州府地方審判廳認定事實。稱朱建泰爲福清縣知事。民國元年二月二日在東張行署。飭令門丁張月美。什長李紫庭。親勇陳寶棠。張少元。潘得勝。吳義順。鄭仲仁。康調安。施得春。邵大椿。陳錫恩。差林騰。王茂。倪忠里。差翁祥。卽林鳴頭等。前往大埔村催糧。翁祥帶同入村各散。翁祥到謝學器店內索茶。談及催糧。彼此衝突。遂以學器強族抗糧。嗾使親勇陳寶棠。張少元。邵大椿入店。擒拿器母及妻。并伊弟學屏。因學器被捕。追問理由。鄉衆聞悉。咸抱不平。差勇押解學器先行。張月美隨卽登輿同去。學屏氣忿跟追。鄉衆隨同觀看。至塘頭鄉地方。什長

李紫庭見其窮追不已。飭令勇朝大開鎗。張月美在籬內並不阻止。亦囑朝大開放。當時各勇均有開銃。不知何人命。竟將謝學屏擊斃。原判以李紫庭囑令親勇朝天開鎗。擊斃謝學屏一名。處無期徒刑。朱建泰於謝黃氏喊驗時。亟應受理。乃批斥不准。實屬瀆職。因未委員接代。未便傳訊。應即闕席判決。處以一百元罰金。并免現職。案經確定判決。總檢察廳檢察長提起非常上告到院。

據以上事實。李紫庭當大埔村民率衆追逐之際。一時情急。囑令巡勇朝天開鎗。不過欲示威恐嚇。使大衆畏而却退。並不能謂有殺人之故意。縱謝學屏有中鎗墮命之事實。如於下手者能證明其有故意或過失之行為。自屬罪有攸歸。而李紫庭不應負其責任。原判謂囑令朝天開鎗。即屬不確定之故意論。爲間接正犯。處以無期徒刑。實有未合。又朱建泰既據原判稱其於刑事告訴案件。不爲審理。則應構成刑律第一百四十六條之罪。乃不待被告人出庭。而爲闕席判決。處以罰金一百元。亦屬違法。茲經總檢察廳檢察長因判決確定。提起非常上告。總檢察廳檢察官陳述意見。應由本院將原判所處李紫庭朱建泰罪刑之部分撤銷。李紫庭並依刑律第十三條第一項之規定。宣告無罪。持爲判決如右。

● 犯人逃逸不能罪及其子。

●大理院刑事判決李何卿之父販賣煙土一案（四年非字第四十三號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告 李何卿（湖南岳陽縣人歲二十歲業儒）

右被告人因其父販賣煙土一案。經湖南岳陽縣知事。於中華民國四年四月十七日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

李何卿無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

據原判認定事實。被告人李何卿關於賣煙之所為。於事前並未證有幫助情形。於犯罪當時。亦無共同行為之可指。既不能認為共犯。自不應受刑罰之制裁。原判因李何卿知情逃匿。乃罪及其子。罰及無辜。顯係違法。現判決業經確定。自應提起非常上告。以資救濟。請撤銷原判。將該被告人宣告無罪。

總檢察廳檢察官張祥麟之意見

按國家設刑之目的。不外制裁犯罪。其用刑之權限。當然祇能及於犯罪之主體。本案犯罪主體。為李何卿。原審

因李价卿知情逃匿。乃罪坐其子李何卿。依刑律第二百六十六條處以五等有期徒刑二月。并科罰金三十元。殊屬違法。應請撤銷原判。將被告人宣告無罪。

判決之理由

湖南岳陽縣知事。認定本案事實。及判決理由。緣李何卿之父李价卿私賣煙土。於本年四月十二日下午。經報口報由岳陽縣飭查緝員當場查出煙土及包土等項。李价卿知情逃逸。查緝員即將李何卿帶案。該縣以李价卿販賣煙土獲利養家。今既破案逃匿。自應罪坐其子。合依刑律第二百六十六條處斷李何卿以五等有期徒刑二月。併罰金三十元。

據以上事實。本案犯罪主體。為李价卿。則應受刑罰之制裁。亦為李价卿。伊子李何卿。既未證明其有共犯之行為。即當然不能使之負刑事責任。乃原判竟以李价卿販賣煙土獲利養家。破案逃匿。自應罪坐其子。遂援用刑律第二百六十六條科以五等有期徒刑二月。併科罰金三十元。是對於不能證明有犯罪行為之人。為有罪之判決。實屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款後半段規定。撤銷原判。宣告無罪。特為判決如右。

●犯罪之責任必以本人所能豫見者爲限。

●大理院刑事判決胡抓柱則竊盜一案（四年非字第四十四號）

上告人 總檢察官檢察長 被告人 胡抓柱則（山西平遙縣人年二十二歲）

右被告人因竊盜案件經山西高等審判廳於民國四年十一月六日覆判核准平遙縣初判判決總檢察廳檢察長以原判引律錯誤提起非常上告經本院審理判決如左

●主文

原判關於胡抓柱則主刑之部分撤銷

胡抓柱則結夥三人以上侵入人家行竊之所爲處二等有期徒刑六年

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案被告人胡抓柱則因聽從劉三狗仔等糾邀同往高林村行竊劉三狗仔等入室行劫胡抓柱則在外把風接贖共分得銀錢二十千經平遙縣迭次訊供無異是該被告人事前被衆糾邀只知行竊實施犯罪時又係在外把風并未共行強暴至劉三狗仔等臨時行強既非該被告人所能豫見依刑律第十三條第三項第一款

規定應適用第三百六十八條處斷、乃原判援引第三百七十三條、科該被告人以強盜罪、覆審判又未予糾正、竟爲核准之決定、均屬違法。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查刑律第十三條第三項第一款載所犯重於犯人所知、或相等者、從其所知、誠以犯罪之責任、必以犯罪者本人所能豫見者爲限、其不能豫見者、縱使共犯中他人實施較重之犯罪行爲、亦無共同負責之理、本案據原判認定事實、被告人胡抓柱則聽從劉三狗仔等糾邀行竊、及至事主雷象恆家、共犯張二旦則及魁兒架梯後牆、由屋下院撬窗入室、劉三狗仔在屋上接贖、胡抓柱則在外把風、是其犯罪事實、顯係糾竊、并不能認爲強盜、雖據事主訴稱羣盜入室、曾以強暴脅迫嚇禁聲張等語、然該被告人既係在外把風、對於其他共犯在內行強、當然不能預見、乃原判竟處該被告人以刑律第三百七十三條之罪、實屬錯誤、覆判審又未糾正、遽以決定核准、亦屬不合、應請撤銷原判、依刑律第十三條第三項第一款規定、適用第三百六十八條處以相當之刑。

判決之理由

據平遙縣認定事實、胡抓柱則於民國三年九月二十八日與素識在逃之劉三狗仔張二旦則並不知姓名之魁兒、在途遇見彼此談及窮困、劉三狗仔因知高林村雷姓家、尙充裕、遂起行竊、胡抓柱則等均各允從、卽於

是夜各携棍械同至雷姓門首時已三更張二旦則魁兒二架梯事主後牆由屋下院撬開窗門入內行竊劉三狗仔在屋上接贖胡抓柱則在門外把風屋內諸人劫得銀錢衣飾等物開門逃逸隨將贖物典當得錢分用經事主報由該縣緝獲胡抓柱則歸案訊辦據以上事實原判固認劉三狗仔胡抓柱則等當日本擬前往雷家行竊實施時胡抓柱則又係在外把風則入室之張二旦則魁兒等縱有強取財物行爲而於胡抓住則既未證明其有共同行劫之認識依據刑律第十三條第三項第一款所犯重於犯人所知者從其所知處斷之規定胡抓柱則僅得科以所知之竊盜罪乃初判處以強盜罪覆判亦竟核准未予糾正均屬違法總檢察長於判決確定後提起非常上告與現行刑事訴訟律草案再理編第四百五十九條至第四百六十一條相合應由本院依該編第四百六十二條第一款後半段規定將原判關於胡抓柱則主刑之部分撤銷另爲判決胡抓柱則結夥三人侵入人家行竊之所爲應依刑律第十三條第三項第一款及第三百六十八條處斷特爲判決如右

●三六七條之竊盜罪不能終身褫奪公權

●大理院刑事判決馬雙喜竊盜一案(民國四年非字第四十五號)

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

馬雙喜(雲南阿迷縣人年二十三歲)

右被告人竊盜案件。經雲南阿迷縣於民國三年十二月十四日判決。總檢察廳檢察長以從刑違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於從刑之部分撤銷。

馬雙喜褫奪公權全部三年。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第三百八十條載。犯第三百六十八條至第三百七十六條之罪者。褫奪公權。其餘得褫奪之等語。此案馬雙喜竊盜之所為。既經雲南阿迷縣認定事實。依刑律第三百六十七條處以四等有期徒刑。自應依第四十七條於一定期間。褫奪第四十六條所列公權全部或一部。方為合法。乃原判竟褫奪公權全部終身。顯違第三百八十條之規定。應請將原判關於該被告人從刑之部分撤銷。另為適當之判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查犯暫行新刑律第三百六十七條之罪者。依第三百八十條及四十七條之規定。僅得於一定期限內褫奪公權全部或一部。此案馬雙喜竊取姚雲貴馬匹。原判既援用第三百六十七條處斷。乃不依第三百八十條第四

十七條之規定。竟褫奪該被告人公權全部終身。自屬違法。應請撤銷原判從刑之部分。另予判決。

判決之理由

緣馬雙喜籍隸阿迷縣。住大莊街。民國三年十二月十日。即陰歷十月二十五日。往馬者哨街買物。翌晨回家。在路上竊得騾一頭。經失主姚雲貴追獲送案。阿迷縣審依刑律第三百六十七條判處四等有期徒刑二年。並褫奪公權全部終身。總檢察廳檢察長就從刑之部分。提起非常上告到院。

查刑律第三百八十條載。犯第三百六十八條至第七十六條之罪者。褫奪公權。其餘得褫奪之等語。原判既依第三百六十七條判處四等有期徒刑。則褫奪公權。應有一定之年限。乃竟予褫奪終身。顯係違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬正當。應由本院將原判從刑之部分撤銷。依第三百八十條第四十七條第四十六條。改判褫奪公權全部三年。持為判決如右。

非常業之故買贓物罪不能褫奪終身全部公權

●大理院刑事判決石老爛故賣贖物一案（四年非字第四十六號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

石老爛（永綏縣人年三十六歲）

右被告人因故買贓物案。經湖南永綏縣於中華民國四年九月十三日判決。總檢察廳檢察長認爲違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於石老爛之部分撤銷。

石老爛故買贓物之所爲。處三等有期徒刑三年。褫奪公權全部五年。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第四百條載以三百九十七條第二項之罪爲常業者。褫奪公權。其餘犯本章之罪者。得褫奪之等語。此案石老爛故買贓物之所爲。雖經湖南永綏縣認定事實。依刑律第三百九十七條第二項之規定處斷。然該被告入並非以此爲常業。自應依第四十七條於一定期間內。褫奪第四十六條所列公權之全部或一部。方爲合法。乃原判竟褫奪公權全部終身。與第四百條之規定。顯有違背。又原判處該被告人以三等有期徒刑三年。而主文則稱處三等以下有期徒刑云云。形式上亦屬不合。應請貴院將原判關於被告人處刑之部分撤銷。另爲判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查舊暫行新刑律第三百九十七條第二項之罪者。依第四百條規定。苟非以此爲常業。僅得援用第四十七條於一定期限內褫公權全部或一部。此案石老爛故買贓物。原審認定事實。既不能認明爲常業犯。則宣告從刑。自應依第四十七條之規定處斷。乃原判竟依第四十六條褫奪該被告人終身全部公權。實屬違法。又原判主文稱處以三等以下有期徒刑。三年云云。於宣告之刑等。並未明確指定。亦屬不合。應請撤銷原判。另予判決。

判決之理由

本案據湖南永綏縣認定事實。稱石老爛與麻大漢彭四素常認識。陰歷四月二十五夜。麻大漢彭四侵入鐘南山寺女尼晏緣宅內。竊取耕牛二隻。密賣與知情之石老爛。後經冥緣報警起獲。解送到案等語。

據以上事實。石老爛實犯故買贓物之罪。原判依刑律第三百九十七條第二項科處。尙無不合。惟依第四百條規定。凡以第三百九十七條第二項之罪爲常業者。褫奪公權。其餘犯本章之罪者。在得褫奪之列。本案石老爛故買贓物。並非常業犯。原判依照該條前段。終身褫奪其公權全部。實屬違法。又原判主文稱石老爛處三等以下有期徒刑二年云云。並未將所處刑等。明確指定。亦屬不合。總檢察廳檢察長據此理由。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院將原判關於石老爛之部分撤銷。石老爛故買贓物之所爲。應依刑律第三百九十七條第二項科斷。並依第四百條後段第四十七條第四十六條。定其從刑。特爲判決如右。

●三四九條之和誘罪須告訴乃論

●大理院刑事判決傳泰俊和誘及扎打嗎啡一案(四年非字第五十七號)

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 傳泰俊(德平縣人年三十一歲)

右被告人和誘及扎打嗎啡之所爲。經山東德平縣於中華民國四年七月二十九日判決。總檢察廳檢察長以原判關於和誘罪一部分。判決違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於傳泰俊和誘罪。及執行刑期之部分。均予撤銷。
傳泰俊和誘之所爲駁回公訴。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案被告人傳泰俊和誘李張氏之所爲。雖經原審認爲應構成刑律第三百四十九條第二項之罪。惟依第三百五十五條第一項規定。須告訴乃論。核閱原卷。本案係由被誘人之翁張立堂提起告訴。然張李氏既係有夫之婦。其告訴權。當然屬於本人。或該氏之本夫。不應屬於張立堂。則張立堂之告訴。實未能認爲合於第三百

五十五條第一項之訴追條件。原判竟依第三百四十九條第二項。宣告罪刑。實屬違法。應請貴院撤銷原判。關於和誘罪之一部分。另行判決。

總檢察廳檢察官孝移之意見

查刑律第三百四十九條第二項之和誘罪。依第三百五十五條第一項規定。須告訴乃論。至告訴權之屬於何人。雖無法文明定。然依訴訟通例。除被害者本人。當然有告訴權外。其法定代理人或其夫。亦得獨立告訴。本案被告人傅泰俊和誘張李氏一罪。依律須經親告始能提起公訴。該被告人係有夫之婦。既未經本人及其本夫告訴。僅由其翁張立堂及其該氏堂兄李駿顏行使告訴權。於法不能受理。乃原判對於該被告人和誘一罪。遽爾宣告罪刑。實屬違法。應請貴院將原判關於和誘罪之部分。駁回公訴。

判決之理由

山東德平縣認定事實。稱傅泰俊素常扎打嗎啡。於中華民國四年四月十八日。在張立堂門口徘徊。十九日復乘間與張立堂兒婦張李氏接談。被張立堂瞥見。即行避去。是夜傅泰俊即將張李氏拐走。經張立堂報由防營在傅泰俊家地洞內搜出。張李氏之紅棉褲一條。據情喊訴到縣。傅泰俊旋即就獲。並經該縣審有扎打嗎啡情事。隨即合併審判。傅泰俊和誘張李氏之所為。處五等有期徒刑十一個月二十日。扎打嗎啡之所為。處五等有

期徒刑四個月十五日。執行徒刑一年二個月十日。案經確定判決。總檢察長認爲一部分違法。提起非常上告。到院。據以上事實。傳秦俊除犯施打嗎啡罪外。實犯刑律第三百四十九條第二項之和誘罪。惟依第三百五十五條第一項之規定。犯第三百四十九條之罪者。須告訴乃論。此項告訴權。應屬何人。雖無明文規定。然依訴訟通例。除被害者本人當然有告訴權外。其得獨立告訴者。乃其法定代理人。或其本夫。本案被和誘人張李氏。係有夫之婦。既未經本人或其本夫依法告訴。僅由張李氏之夫翁張立堂行使告訴權。實欠缺訴訟條件。於法不能受理。原判遽處傳秦俊以和誘罪。實係違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起一部分之非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官張孝移之意見。亦屬正當。除原判關於施打嗎啡一罪。處五等有期徒刑四個月十五日。自屬合法外。即應由本院將原判關於傳秦俊和誘罪。及執刑期之部分撤銷。傳秦俊和誘之所爲。既係親告罪。無人告訴。應即駁回公訴。特爲判決如右。

●私和人命。捏稱溺死。當構成一五三條之罪。

●大理院刑事判決吳金達濶減罪證一案（本年非字第三號）一月二十日

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

吳金達（蓋平縣人年三十二歲）

右列被告人湮滅罪證之所爲。經奉天蓋平縣於民國四年十月十一日判決。總檢察廳檢察長以原判決。提起非常上告。本院審理判決如左。

● 主文

原判撤銷。

吳金達意圖使官員爲一定之處分。而施詐術之所爲。處五等有期徒刑六月。

○ 總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案被告人吳重達私和人命重案。逕向蓋平縣捏報伊兄吳金利溺水身死。懇准領屍備卷。其目的即在欲使官廳爲許可之處分。而以捏報爲實施詐術之手段。該被告人犯罪行爲。當構成刑律第一百五十三條第二項之罪。乃原判誤引第一百七十八條處斷。實屬錯誤。應請將原判關於吳金達之部分撤銷。另爲適法之判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查刑律第一百七十八條湮滅罪證罪。必以實行湮滅行爲而成立。若因其他行爲。致使關係他人之刑事證據。自然消滅者。則其構成犯罪之要素。實未能具備。更何湮沒之可言。本案被告人吳金達之兄吳金利。被劉忠海李東福毆傷身死。棄屍河內。經王鳳林等說和。匿不報案。該被告人允許。并由該被告人報縣。捏稱伊兄被水溺

死。懇請領屍備卷。核其犯罪事實。該被告人關係。以詐術使官員爲一定之處分。依法應構成刑律第一百五十三條第二項之罪。雖吳金利屍身被水沖去。無從尋覓。然其原因。係由河水漲發。該被告人並未實施湮滅行爲。原判竟科以第三百七十八條之罪刑。引律實屬錯誤。應請撤銷原判。依第一百五十三條第二項處斷。

判決之理由

蓋平縣認定事實。稱吳金達有堂弟吳金利。因與劉忠海之女。即李東福之姪媳李劉氏姦好。被劉忠海李東福拘出毆斃。棄屍河內。吳金達得錢四百四十元。允與私和。向蓋平縣捏報吳金利落水身死。懇請領埋等情。比經蒞驗。不見屍身。經縣研審得實。依刑律第一百七十八條判處吳金達五等有期徒刑六月在案。

據以上事實。吳金達明知伊堂弟吳金利。係被劉忠海李東福等共毆致死。乃竟妄捏吳金利係落水身死等情。稟請領埋。顯係施用詐術。欲使官爲允准領埋之處分。係犯刑律第一百五十三條第二項之罪。原判誤依第一百五十八條科處。實屬引律錯誤。總檢察廳檢察長據此理由。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬正當。應由本院撤銷原判。吳金達意圖官員爲一定之處分。而施詐術之行爲。應依刑律第一百五十三條第二項科處。特爲判決如右。

●從犯幫助行爲與正犯無直接影響者不爲罪

●大理院刑事判決姚滿崗因子傷人一案（本年非字第五號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

姚滿崗（武川縣人年六十八歲）

右被告人因呂拴小子被殺一案。經綏遠都統署審判處。於中華民國四年八月十日覆判判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

姚滿崗無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第三十一條規定。於實施犯罪以前。幫助正犯者。為從犯。然其幫助行為。必與正犯所實施之犯罪。有直接之影響。始能成立。本案被告人於呂拴小子上門尋衅之時。既未在家。則姚福岐之殺人行為。該被告人無由得知。又何從實施幫助。原審以該上告人。曾經率同伊子等至呂拴小子場內。欲收麥糧。竟依據毫無關係之行為。斷為事前幫助殺人罪。顯與從犯之規定不合。應請撤銷原判。宣告無罪。

總檢察廳檢察長張孝移之意見

大理院判決例

刑事二

九九

此案據原審認定事實。被告人姚滿崗於呂拴小子上門尋衅之時。先已出外。既無由得知呂拴小子再來尋鬧。又安知其子姚福岐傷人致死。雖該被告人曾率領伊子到呂拴小子場內。欲取麥糧。然與姚福岐傷人致死之行爲。絕無因果聯絡。乃原判理由。竟稱該被告人。雖未到場助勢。而於伊子實施犯罪以前。實有幫助行爲。遽科該被告以殺人從犯之刑。實屬違法。應請撤銷原判。宣告無罪。

判決之理由

綏遠都統署審判處認定事實。姚滿崗之地。賣給樊五白。價未付清。樊五白將該地之一部分。轉賣與呂拴小子。民國二年九月。姚滿崗向樊五白索討短欠地價。並聲言如樊五白不交欠價。即收割地中禾稼。經原中人白智說合未完。十月六日。姚滿崗率同其子姚福岐、姚福喜。及王老總、李姓、韓二等。至呂拴小子場內。要收麥糧。呂拴小子向姚滿崗父子理論。彼此口角。經人勸散。到天氣向晚時。呂拴小子同伊父呂高娃到姚滿崗等所住白智家。向姚姓父子尋衅辱罵。正值姚滿崗外出。到張姓家探友。姚福岐聞罵。一響。呂拴小子持有木棒。敲打門窗。叫罵不休。姚福岐憤極。抽出爐火鐵錘。開門扎傷呂拴小子咽喉。並致傷呂高娃及呂拴小子之妻呂羅氏數處。姚滿崗聞知返回。各自歇散。不料呂拴小子傷重。移時身死。經武川縣逮捕姚福岐、姚滿崗訊究。判處姚福岐無期徒刑。姚滿崗二等有期徒刑六年。又五個月。詳送覆判。姚福岐在押病故。原審以姚滿崗率領伊子到呂拴小子

場內欲收麥糧。以致呂拴小子同伊父持棒尋衅。被姚福岐扎傷身死。姚滿崗雖未在场助勢。於伊子實施犯罪行為以前。實有幫助行為。改依刑律第三十一條及第五十四條。處四等有期徒刑二年。並依第八十條未決羈押日數以二日折一日抵算。褫奪公權全部。

據以上事實。姚滿崗率領姚福岐等到呂拴小子場內欲收麥糧。既經人勸散。則無論其行為之是否正當。要與嗣後他人犯罪之事實無關。呂拴小子持棒尋衅。姚滿崗既未在家。則姚福岐實施犯罪行為之前。姚滿崗且不知呂拴小子之來向尋衅。更何有事前幫助行為之可言。原審誤以呂拴小子持棒尋衅之原因。為姚滿崗事前幫助姚福岐便利犯罪之行為。殊於因果關係。未免誤認。姚滿崗對於姚福岐之犯罪行為。既絕無共犯之關係。即應宣告無罪。原審認為從刑。判處四等有期徒刑二年。並褫奪公權全部六年。實屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款後段規定。撤銷原判。宣告無罪。特為判決如右。

●傷害致死罪與殺人罪應以有無殺意為區別

●大理院刑事判決楊拾子等因傷害致人死一案（本年非字第六號）

上告人 總檢察廳檢察長

被告人

楊捨子（山東歷城縣人年四十三歲）

楊思倫（山

東歷城縣人年七十八歲）

右被告人等因傷害致人死一案。經山東濟南地方審判廳於中華民國四年十一月十八日判決。總檢察廳檢察長以判決違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判關於楊捨子楊思倫傷害致人死之部分。應予更正。

楊捨子楊思倫均改處殺人罪。仍執行原刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查傷害致死罪與殺人罪。應以有無殺意為區別。若事實上明明可以證實殺人之意思。自應成立刑律第三百十一條之罪。不得依第三百十三條第一款科斷。本案被告人楊捨子楊思倫。因與楊岱祥口角。楊思倫扭住楊岱祥髮辮。楊捨子用刀扎傷楊岱祥咽喉。近上斃命。兇刀足以致人於死。咽喉又為致命要害。是楊捨子楊思倫均應構成故意殺人罪。已無疑義。乃原判分別科以傷害致人死罪之刑。實屬違法。應請撤銷原判。另予判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查原判認定本案犯罪事實。謂楊岱祥因楊捨子竊取伊所種豆莢。乘怒到楊捨子家理較。楊捨子與其父楊思倫均不甘服。致相口角。楊思倫扭住楊岱祥髮辮。楊捨子用刀扎傷楊岱祥咽喉。近上斃命。并由楊近祥遙見其弟被楊捨子使刀扎傷身死等語。是楊捨子於所持兇器及加害部分。斷不能無死亡之預見。其為故意殺人。情節極為顯著。原判認楊捨子為傷害致人死罪。認楊思倫為幫助行為。依刑律第三百十三條第一款規定。分別科刑。自屬引律錯誤。應請將原判關於楊捨子傷害致死罪。及楊思倫併罪刑之部分。適用刑律第三百十一條處斷。

判決之理由

濟南地方審判廳認定事實。稱楊捨子楊思倫與楊岱祥同莊居住。素無嫌隙。本年陰歷八月初六日早晨。楊捨子將楊岱祥所種之豆莢。潛摘一籃。是晚楊岱祥查知係被楊捨子所竊取。即乘怒到楊捨子家理較。楊捨子與其父楊思倫均不甘服。致相口角。楊思倫扭住楊岱祥髮辮。楊捨子用刀扎傷楊岱祥咽喉。近上斃命。案經審依刑律第三百十三條第一款。楊捨子處二等有期徒刑六年。楊思倫減處四等有期徒刑一年。並宣告緩刑三年。原判確定後。提起非常上告到院。

據以上事實。楊思倫將楊岱祥髮辮扭住。楊捨子用刀將楊岱祥咽喉近上扎傷身死。兇刀足以致人於死。而咽

喉又爲致命部位。此等加害行爲。自不能謂無死亡之預見。其爲故意殺人。情節最爲顯著。原判依刑律第三百十三條第一款科斷。顯有未合。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。自係合法。檢察官之意見。亦甚正當。應由本院將原判關於楊捨子楊思倫傷害致人死之部分撤銷。更爲判決。惟查暫行刑事訴訟律第四百六十三條載。非常上告之判決。除前條第一款。但書情形外。其效力不及於被告人等語。楊捨子楊思倫均應依刑律第三百一十一條第二十九條第一項。改爲殺人罪。仍執行原刑。以免受不利益之影響。特爲判決如右。

●他人自盡出於意外不負何等責任沒收物亦應以動產爲限。

●大理院刑事判決李樹保賭博一案（本年非字第七號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 李樹保

右列被告人賭博及脅迫之所爲。經雲南昭通縣於中華民國三年七月十三日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判關於李樹保科主刑及沒收之部分撤銷。

李樹保聚衆開設賭場以營利之所爲處五等有期徒刑十月併科罰金四十元。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第二十三條第三款規定科多數之有期徒刑者於各刑合併之刑期以下其中最長之刑期以上定其刑期等語。原判認被告人爲兩罪俱發各科五等有期徒刑乃於各刑合併刑期以下其中最長刑期以上合併處以四等有期徒刑。是自定义刑等違法一。被告人向李忠有逼索賭債李忠有無法償還愁急自盡殊非被告人意料所及應不負何等責任且索債之時並未以加害生命等事相脅迫亦與刑律第三百五十七條規定情形不類。原判謂被告人加害生命輒照該條論罪科刑違法二。又刑律可得沒收之物以動產爲限加以本案被告人所得陳小姑娘地畝原經陳小姑娘當給被告人後因賭博輸負遂加價杜賣以償博負。是此項地畝不得謂爲因犯罪直接所得之物。除被告人在此地上正當取得之權利不受影響外其所有權仍應判還陳小姑娘方屬正當。原判竟行沒收違法三。案經判決確定不應爲被告人利益起見相應提起非常上告請予糾正。

總檢察廳檢察官李杭文之意見

一關於主刑之部分。本案據原判認定事實李樹保邀約李忠有等赴陳興有家賭博李忠有共輸錢四十千文。

李樹保共贏錢三十千文。李樹保向李忠有索取賭項。李忠有除將耕牛土地等項合錢二十二千文。下欠錢八千。央求緩付。李樹保不允。逼令書字。限期還清。李忠有因無錢償還。愁急莫釋。即於午後乘妻出外。獨在房內自盡等情。是李樹保向李忠有索討賭債。雖甚急切。然未嘗以加害生命等事相脅迫。核其情節。與刑律第三百五十七條規定。絕然不符。而李忠有之自盡。又出李樹保意料之外。李樹保對之。應不負何等責任。原判認李樹保爲加害生命。依該條論罪科刑。殊屬違法。又原判認李樹保二罪俱發。各處五等有期徒刑。乃合併處以四等有期徒刑。亦與刑律第二十三條第三款之規定。顯相背謬。二關於從刑之部分。查閱訴訟記錄。陳小姑娘與李樹保擲骰賭博。輸銀十三兩。遂將前經當與李樹保之地。加所輸之數。共二十六兩。立字杜賣。以償賭負。是此項地畝。並非直接因犯罪所得之物。且刑律可得沒收之物。以動產爲限。此項不動產。即令全爲犯罪所得。亦在不得沒收之列。原判竟予沒收。實屬錯誤。

判決之理由

雲南昭通縣認定事實。李樹保素無正業。於民國二年六月初六日。邀約已故之李忠有。及陳小姑娘等多人。在家擲骰賭博。並抽取頭錢。陳小姑娘輸銀十三兩。遂作爲找款。將從前押與李樹保之土地。杜賣與李樹保。至三年三月初九日夜。李樹保復邀約李忠有等。至陳興有家賭博。仍歸李樹保抽取頭錢。李忠有共輸錢四十千文。

李樹保連頭錢共贏錢三十千文。約定三日內兌清。十一日上午李樹保往向李忠有索取賭項。李忠有當以耕牛土地等抵錢二十二千文。餘欠央求緩付。李樹保不允。逼令書寫字據。李忠有因愁急莫釋。自縊身死。據上開事實。李樹保僅係犯刑律第二百七十八條之罪。其李忠有之自盡。並非由李樹保脅迫所致。李樹保亦無刑律第三百五十七條脅迫情形。原判依該條科處。已屬不合。而其所定執行刑期。誤定刑等。亦與刑律第二十三條之規定不符。至刑律所得沒收之物。以動產爲限。原判沒收之土地。卽與刑律第四十八條相當。亦不得沒收。况此項土地。原係陳小姑娘從前當押之物。後因賭博輸負。遂加價杜賣。以償賭款。是此項買賣行爲。本屬無效。除李樹保正當取得之抵當權。仍無影響外。其所有權。仍應屬之陳小姑娘。原判竟予沒收。實屬違法。應由本院將原判關於主刑及沒收之部分撤銷。李樹保聚衆開設賭場。以營利之所爲。應依刑律第二百七十八條處斷。特爲判決如右。

●論罪科刑應明示依據法律處斷

大理院謝洪先等附從強盜一案（本年非字第八號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

謝洪先（雲南景谷縣人年四十四歲業農）

張正清

(雲南景谷縣人年五十一歲業農)

右被告人因強盜從犯之所爲。經雲南景谷縣於民國三年十二月十二日判決。總檢察廳檢察長以原判引律錯誤。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

謝洪先張正清受人贈與贓物之所爲。各處四等有期徒刑二年又六月。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

此案原判認定被告人謝洪先張正清并未與匪首羅芝祥同去搶劫。僅分獲鄭廷章家搶剩殘餘零物。是被告人等受人贈與贓物之所爲。自係觸犯刑律第三百九十七條之罪。依律應處四等以下有期徒刑拘役。或三百元以下之罰金。原判未經適用法律。遽予論罪科刑。固屬違法。且處以四等有期徒刑。而定刑期爲三年。亦屬違反三年未滿之規定。案經判決確定。爲被告人利益起見。自應提起非常上告。請將原判撤銷。另爲適當之判決。

總檢察廳檢察官汪祖澤之意見

判決不適用法律。係屬違法。又四等有期徒刑依刑律第三十七條第二項第三款第四目之規定。其刑期爲三

年未滿一年以上。此案原判認定被告人謝洪先張正清等並未與匪首羅芝祥同去搶劫。僅聚住鄭廷章家分獲其搶劫殘餘零物。自應按律問擬。乃原判科刑並不明示。依據刑律某條。且所處四等有期徒刑三年。又逾法定刑罰之數。均屬違法。

判決之理由

雲南景谷縣認定事實。謝洪先張正清均係鄭廷章佃戶。因匪首羅芝祥約攏百十人聚住鄭廷章家搶劫。並去搶永興學堂。該二犯並未同去。僅分獲鄭廷章家搶剩殘餘零物。訊據供認前情是實。

據以上事實。謝洪先張正清受人贈與贓物之所為。自應依刑律第三百九十七條。處以四等以下有期徒刑拘役。或三百元以下罰金。更依第三十七條第二項第三款第四號第五號。及第四款規定。於三年未滿一年以上之期間。定其刑期。方為正當。乃原判並未依據法律條文。遽予判決。而處刑又逾法定最重主刑期間。實屬違法。總檢察廳檢察長據此理由。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官陳述意見。亦屬允當。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款後半段規定。將原判撤銷。另有判決。謝洪先張正清受人贈與贓物之所為。應各依刑律第三百九十七條處斷。特為判決如右。

● 典當地畝糾葛不生刑事責任

大理院判決例 刑事二

一一〇

●大理院刑事判決時悅等偽造私文書并詐欺取財一案(本年非字第九號)

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

時

悅(黑龍江巴彥縣人年四十七歲)

劉書紳

(黑龍江巴彥縣人年四十七歲)

王錫九(黑龍江巴彥縣人年四十二歲)

遼殿璽(黑龍江巴

彥縣人年三十八歲)

右被告人因偽造私文書詐欺取財一案。經黑龍江巴彥縣於民國三年七月三十日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

時悅劉書紳王錫九遼殿璽均無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

此案被告人時悅與呂文發。因典當地畝涉訟。經中人劉書紳王錫九遼殿璽等說合。由呂文發與時悅當場復立續當文契一紙。此項契約。既係雙方合意。自應認為適法行為。更何有於偽造。雖時悅於未能取贖以前。即將該地賣與金廣業。所有權既屬時悅。則其賣買行為。不得即謂為欺罔。原判認為偽造文書。及詐欺取財二罪。依

第二十六條處時悅以五等有期徒刑六個月。處呂文發劉書紳王錫九遂殿璽五等有期徒刑三個月。實屬違法。除呂文發一名已由控告審撤銷原判。宣告無罪外。本廳應對於時悅劉書紳王錫九遂殿璽等四人。應行提起非常上告。以資救濟。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查刑律第二百四十三條及第三百八十二條之罪。必係偽造關係他人權利義務事實之文書。而藉以欺罔他人。取得財物。始能成立。本案被告時悅與呂文發。因典當地畝糾葛。在巴彥縣涉訟。經共同被告人劉書紳王錫九遂殿璽等說合。由時悅呂文發當場訂立續當文約。是否呂文發與時悅所立契約。實由於雙方合意。且與他人之權利義務事實無關。在法律上並無違法。何得謂爲偽造。至時悅於既經抵當之土地。尙未贖回以前。即將該地賣與金廣業。亦屬土地所有權者之自由處分。非法律上所能干涉。雖賣主於嗣後不能依照契約本旨履行。然亦僅能認爲民法上之非法行爲。得由相對人要求賠償損害。斷無負刑事上責任之理由。原判認時悅構成偽造私文書及詐欺取財罪之正犯。劉書紳王錫九遂殿璽爲準正犯。援用刑律第二百四十三條第三百八十二條。並依第二十六條規定。分別宣告罪刑。實屬違法。應請撤銷原判。對於時悅劉書紳王錫九遂殿璽宣告無罪。

判決之理由

時悅先典地與呂文發。後將該地賣與金廣業。已經立約交價。時悅向呂文發贖地。因銀價爭執。在巴彥縣涉訟。業經該縣判令照銀元時價贖地。時悅因銀價受有損失。後悔賣地價額太低。復由劉書紳王錫九遂殿璽等說合。與呂文發定立贖典契約。增加典價。而時悅之姪時常保。仍以地經賣出。請求回贖。對於呂文發提起民事訴訟。金廣業亦參加訴訟。巴彥縣訊悉呂文發與時悅定立贖典契約時。雙方均明知該地已經出售。認時悅等犯偽造私文書。並詐欺取財罪。傳案究辦。

據以上事實。時悅等贖立典地契約之時。明係雙方合意之契約。其明知地經出賣。仍復贖典之行爲。在時悅一方。不過藉此表示。無價所值。以冀翻悔與金廣業所立買賣契約。呂文發一方。則爲明知時悅對於該地之所有權。已經移轉。而仍續出典價。以冀該地由其占有。既已有撥賬付價。及寫立借字之事實。即不能謂該典契爲虛偽之契約。縱使時悅與呂文發所立續典字據。係雙方合謀之虛僞意思表示。其權利關係。既不涉及第三人。即不能構成偽造私文書之罪。况續典之事實。能否對抗金廣業之買賣契約。乃民事上問題。對於金廣業並不能持爲詐欺要挾地步。時悅等又未舉此種事實。向第三人有所請求。尤不能認爲有若何之犯行。時悅在該縣且不敢承認續典之事。則本案在巴彥縣。因明係純粹之民事訴訟。該縣無端認爲刑事犯罪。其引律科刑。實屬違

法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦甚允當。應由本院依刑事訴訟律草案。再理編第四百六十二條第一款後半段規定。將原判撤銷。時悅劉書紳王錫九遂殿璽。均宣告無罪。特爲判決如右。

●被和誘人律無處罰之條

●大理院刑事判決覃覃氏和誘及和姦俱發一案（本年非字第十號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

覃覃氏（廣西維容縣人年二十二歲）

右被告人因和姦及和誘俱發罪一案。經廣西維容縣於中華民國四年七月一日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於覃覃氏相誘罪處刑。及依俱發例定執行刑期之部分撤銷。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查律無正條之行爲。不得爲罪。律有明文規定。本案被告人覃覃氏被張亞請和誘同逃。則該被告人實處於被

誘人地位。暫行新刑律第三十章規定。并無關罰被誘人之正條。原判竟認該被告人成立和誘罪。依第三百四十九條第二項處以四等有期徒刑二年。實屬違法。應請將原判關於該被原人和誘罪處刑之部分撤銷。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查此案覃覃氏係被和誘人。新刑律既無處罰被和誘人之正條。則該氏當然不能成立第三百四十九條第二項之罪。原判依據該條處斷。與所犯之和姦罪。併執行徒刑二年又三月。顯與第十條之規定相背馳。應請撤銷原判關於和誘罪宣告罪刑之部分。以資救濟。

判決之理由

廣西雜容縣認定事實。覃覃氏與同村張亞請調笑成姦。民國三年陰歷九月內。張亞請家屬遷往永福縣八見村居住。覃覃氏戀姦情熟。商允張亞請。於是年十月十九日一同逃至八見村。以圖長聚。案經本夫覃政穩告訴。審依和姦一罪。適用刑律第二百八十九條。處五等有期徒刑五個月外。又依第三百四十九條。處四等有期徒刑二年。定執行徒刑二年三個月。判決確定後。關於覃覃氏一部分。提起非常上告到院。

據以上事實。覃覃氏於私同逃走一事。本係被誘人。查刑律第三百四十九條。乃規定誘拐人之罪。而於被誘人。則無處罰正條。依第十條之規定。應不為罪。原判乃將覃覃氏依刑律第三百四十九條第二項處斷。與所犯之

和姦罪。定爲執行徒刑二年。又三月。實屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自屬合法。總檢察廳檢察官之意見。亦甚正當。應將原判關於覃覃氏和誘罪處刑。及依俱發例定執行刑期之部分。予以撤銷。特爲判決如右。

●侵入第宅之竊盜罪。非單純竊盜罪。

●大理院刑事判決李拴小竊盜一案（本年非字第十二號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

李拴小（山西神池縣人年四十七歲住八角堡無職業）

右被告人竊盜之所爲。經山西神池縣於中華民國四年十月二十四日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

李拴小侵入家宅竊盜之所爲。應依刑律第三百六十八條第三百八十條處斷。但仍維持原判之刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第三百六十八條規定。竊盜有左列行爲之一者。處二等或三等有期徒刑。一侵入兇有人居住或看守之第宅建築物礦坑船艦內者各等語。此案被告人李拴小。躡入義德店竊去布疋一捆。其犯罪事實。核與該條第一款要件相符。乃原判適用第三百六十七條處斷。顯係引律錯誤。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查侵入第宅之竊盜罪。律有專條規定。本案據原判認定事實。謂李拴小趁黃昏時候。躡入義德店空房內。乘人睡熟。將住客祁六所脫布疋竊去一捆等語。是該被告人犯罪行爲。實係侵入有人居住之第宅。竊取財物。自應依刑律第三百六十八條第一款處斷。并據第三百八十四條第四十六條褫奪其公權全部或一部。方爲合法。乃原判竟適用第三百六十七條規定。處該被告人以四等有期徒刑一年六個月。并褫奪其爲選舉人入軍籍之資格五年。均屬引律錯誤。

判決之理由

山西神池縣認定事實。李拴小向住神池縣八角堡。素無正業。陰歷四月二十八日。因謀食來城。趁黃昏時候。躡入南關義德店空房內。乘人睡熟。將過境住客祁六所脫布疋。偷去一捆。迨天明知覺。逃逸無蹤。報縣追緝無獲。當經履勘。委係由大門走出。迭經比捕偵查。始據在八角一帶訪問李拴小貧窮無依。有沿村賣布情事。遂即緝

獲當出其家內起出白布兩疋。鞫訊屬實。

據以上事實。該被告人實係侵入有人居住第宅。竊取財物。自應依刑律第三百六十八條第一款及第三百八十條方爲合法。乃原判竟依刑律第三百六十七條。處該被告人以四等有期徒刑一年六月。并褫奪其爲選舉人入軍籍之資格五年。實屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款。將原判撤銷。李控小侵入家宅竊盜之所爲。應依刑律第三百六十八條及第三百八十條處斷。但依刑事訴訟律草案再理編第四百六十三條之規定。本案原判。既非不利益於被告人。則本院撤銷原判之効力。當然不及於被告人。故應維持原判之効力。特爲判決如右。

●竊盜罪之既遂時期應以財物移於犯人之手爲限。

●大理院刑事判決李玉堂竊盜一案（五年非字第十三號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

李玉堂（河南洧川縣人年四十九歲賣菜）

右被告人竊盜之所爲。經河南洧川縣於中華民國四年十一月二十五日判決。總檢察廳檢察長以原判引律

錯誤。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

李玉堂侵入家宅竊盜之所爲。應依刑律第三百六十八條第三百八十條處斷。但仍維持原判之刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

侵入第宅之竊盜。律有專條規定。本案被告人李玉堂於夜間侵入劉玉文家竊取小米衣服。尙未出門。卽被事主捉獲送案。是該被告人明係侵入現有人居住之第宅。且既竊取衣米。自應成立刑律第三百六十八條第一款之既遂罪。原判誤引第三百六十七條處斷。已屬錯誤。又以該被告人雖已竊物。尙未出門。遽認爲未遂罪。尤屬不合。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

竊盜罪之既遂時期。應以被竊取之財物移置於犯人之手爲斷。至犯罪人是否能完全取得其物之占有權。法律上皆所不問。此案被告人李玉堂在原審既經供明。夜赴劉玉文家竊取小米衣服。尙未出門。卽被事主捉獲等語。則該被告人固已移置其目的物於自己之手。其爲侵入第宅之竊盜既遂。已無疑義。乃原判認爲通常竊

盜未遂。適用刑律第三百六十七條第十七條處以五等有期徒刑九月。實屬違法。又於判決理由中載稱。刑期內褫奪公權。而主文並未宣告。亦未指明被褫奪公權之部分。均屬不合。

判決之理由

河南洧川縣認定事實。李玉堂尙以賣菜爲生。後因無事貧苦。難以度日。於民國四年三月八日夜二更。剩劉玉文已睡。入室行竊。劉玉文聽得屋內響動。料是有賊。起來查看。見李玉堂正在屋內竊取衣服小米。當即拿獲解送洧川縣究辦。

據以上事實。該被告人實係侵入現有人居住之第宅。且已竊取衣米在手。自不能認爲未遂。原判不依刑律第三百六十八條第一款處斷。而遽依第三百六十七條第十七條處以五等有期徒刑九月。又判決理由內。既稱刑期內褫奪公權。而主文中則並未宣告。且未指明褫奪公權之部分。均屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款。將原判撤銷。李玉堂侵入家宅竊盜之所爲。應依刑律第三百六十八條及第三百八十條處斷。但依刑事訴訟律草案再理編第四百六十三條之規定。本案原判之刑。既非不利益於被告人。則本院撤銷原判之效力。當然不及於被告人。故應維持原判之效力。特爲判決如右。

●法律未設處罰法人規定應仍以自然人爲犯罪主體

●大理院刑事判決見義公司玩忽業務上之注意致人死傷一案（五年非字第二十三號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

見義公司

右列被告人因玩忽業務上之注意致人死傷案件。經江西湖口縣於中華民國四年九月五日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本件公訴駁回。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查法人能否具備犯罪能力。應以法律上有無明文爲斷。暫行刑律。既未設有法人犯罪之規定。則其犯罪主體。自以自然人爲限。本案被告人見義輪船公司。因航行遇風。於搭客由民船爭過輪船之際。並不注意。即將拖繩。陳劉氏陳萬氏落水身死。其犯罪責任。應由割斷拖繩之自然人負擔。始與法律相合。乃原判竟對於該

公司認爲構成玩忽業務上必要注意。殺人死傷之罪。依刑律第三百二十六條處以五等有期徒刑十一月。并依第四十四條規定。易以罰金。按法律毫無根據。自係違法判決。應請將原判撤銷。以資救濟。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查法人犯罪。刑律上苟無明文規定。其犯罪行爲。自應分別情形。由實施之自然人負責。即於其他特別法令認法人爲犯罪主體。然其所受制裁。性質上亦斷不能科以自由刑。本案被告人見義公司。係屬法人。依照刑律。絕對無犯罪能力。原判於實施犯罪者之爲何人。并未加以研訊。竟認該公司爲構成刑律第三百二十六條之罪。處以五等有期徒刑。並依律折易罰金。不獨在法律上無所依據。且與自由刑之性質。絕不相容。又誤解刑律第三百四十四條易科罰金之本旨。種種誤認。違法實甚。應請將原判宣告罪刑之部分撤銷。

判決之理由

本案據湖口縣認定事實。稱見義公司長安輪船於民國四年三月二十一日。由南昌開往九江。拖帶幫船六隻。駛至白澗塘地方。因風浪甚大。由水手招呼幫船搭客過船。陳劉氏劉萬氏方經出艙。即有人將幫船繩索斬斷。以致該氏等失足淹斃等語。案經湖口縣審依刑律第二百四十條第三項判處。見義公司罰金一千二百元。送經覆判審撤銷原判。發還更審。該縣仍依第三百二十六條判處見義公司五等有期徒刑十一月十日。並依第

四十四條折易罰金。總檢察廳檢察長認爲違法。提起非常上告到院。

本院按暫行刑律之規定。犯罪主體。以自然人爲限。法人非有明文規定。不能有犯罪能力。故普通刑律上之罪。刑不適用之。本案見義公司所屬之長安輪船管帶單三啓等。於陳劉氏劉萬氏過船之際。並不注意。遽令斬斷幫船繩索。致該氏等落水淹斃。是本案犯罪主體。明明爲輪船執務之自然人。而非見義公司。已無疑義。况依上開說明。本案被告人見義公司。係屬法人。除該公司對於使用人之不法行爲。在私法上應完全負擔損害賠償之責（原判對於賠償事主錢二百五十千文。仍屬有效）外。自不能受普通刑律上之制裁。此外更無特別法令。有規定法人處罰之明文。則對於該公司之訴追條件。已有欠缺。乃原審衙門並不審明實施犯罪之人。依法科處。遽認該公司爲被告人。依刑律第三百二十六條判處徒刑。並依第四十四條折易罰金。顯屬違法。本案應否將犯罪之自然人。另案訴追。係屬別一問題。而總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。對於原判以見義公司（法人）爲被告人。認爲違法。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬正當。應由本院將原判撤銷。本件公訴。既不合。法。應予駁回。特爲判決如右。

●意圖營利之略誘和誘應依俱發罪處斷並適用加重條文。

●大理院判決陸宗貽等圖利賂誘和誘一案（五年非字第十八號）

上告人 總檢察廳檢察長

被告人 陸宗貽（福建屏南縣人年五十六歲）

孫芳笑（福建

甯德縣人年三十一歲）

右被告人意圖營利和誘及賂誘俱發之所爲。經福建屏南縣知事於中華民國元年六月十四日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

陸宗貽意圖營利和誘陳清菊之所爲。處三等有期徒刑三年。意圖營利賂誘黃清鸞之所爲。處二等有期徒刑五年。應執行有期徒刑六年。褫奪公權全部終身。

孫芳笑意圖營利賂誘黃清鸞之所爲。處二等有期徒刑五年。褫奪公權全部終身。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑事訴訟採直接審理主義。故論罪科刑。非經調查證據。直接審訊。不得認爲適法。本案被告人陸宗貽孫芳笑誘拐陳清菊黃清鸞二名。曾經原審認爲和誘罪。分別擬處三四等有期徒刑。已與事實不盡相符。又據差勇

聲稱先在縣署衙門外見陸宗貽之子儒珍及孫芳笑之瓜葛兄阿福耳語馳去。是日阿福遂糾黨在途攔劫等語。遽推定阿福等將陳清菊黃清鸞劫去。係被告人等在監教唆所致。既未提案研鞫。又未拘傳正犯訊明。含糊認定。實與直接審理主義相背。違法一。又查原審認定事實。及所載各供。孫芳笑誘拐黃清鸞一罪。陸宗貽實有共犯關係。原判對於陸宗貽一犯。並未依俱發罪規定。分別科斷。違法二。且原判既科該被告人等以二等有期徒刑。乃不能依刑律第二十七條第一項第三款之規定。竟量定期刑為十年。違法三。依上違法各點。應請撤銷原判。另予判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

此案查核原審認定事實。及關係人各供述。原判違法之點頗多。(一)被告人陸宗貽除誘拐陳清菊一罪。係由該被告人獨立實施犯罪行為。應成立和誘罪外。其於孫芳笑誘拐黃清鸞一罪。陸宗貽亦有共同關係。據孫芳笑黃清鸞供詞可證。况黃清鸞曾供稱前供均係陸宗貽等威脅誑認。是陸宗貽實施誘拐。顯有脅迫情形。原審初判一律認為和誘。已屬錯誤。又於陸宗貽之二罪俱發。並未各科其刑。尤為違法。(二)陳清菊黃清鸞於解送中途。被人劫去。原審僅據差勇聲稱。曾見陸儒珍與阿福在縣署前耳語。遂推定為該被告人等所教唆。不獨正犯未曾獲案。並對於該被告人等亦未加以審訊。遽使該被告人等於毫無證明之事實。負刑事上之責任。亦屬

不合(三)刑等期間。刑律第三十七條。設有明文。斷不容審判官任意增減。依該條第一項第三款規定。二等有期徒刑十年未滿。五年以上。原判既已宣告該被告人二等有期徒刑。而量定期刑。乃逾越該款所規定範圍以外。顯屬違法。依以上理由。應請撤銷原判。另爲適法之判決。

判決之理由

屏南縣認定事實。陸宗貽知陳清菊因其夫無賴。自願改嫁。乘間誘令同行。携往他處價賣。又與孫芳笑及黃清鸞之兄佬槌同謀。由佬槌孫芳笑在採茶地方。將黃清鸞拖入轎中。到陸宗貽處。帶往他處價賣。經屏南縣知事偵悉。在高安地方將陸宗貽孫芳笑。及破拐婦人陳清菊黃清鸞一同緝獲。判處陸宗貽二等有期徒刑四年。處孫芳笑四等有期徒刑二年。旋由該縣將陳清菊黃清鸞解回原籍。行至猴羊村地方。被孫芳笑之兄阿福糾黨在途攔劫。將陳清菊黃清鸞劫去。該縣認係陸宗貽等教唆。改判陸宗貽孫芳笑各二等有期徒刑十年。

據以上事實。陸宗貽意圖營利和誘陳清菊之所爲。係犯刑律第三百五十一條第二項之罪。又與孫芳笑意圖營利略誘黃清鸞。雖於拖入中轎之時。並未在場。而事前同謀。事後收受。同行之所爲。仍係犯刑律第三百五十一條第一項之俱發罪。孫芳笑意圖營利。略誘黃清鸞之所爲。係犯刑律第三百五十二條第一項之罪。雖營利之目的未經達到。而陸宗貽孫芳笑陳清菊黃清鸞等在該縣之供詞。固無不有身價。或轉賣之陳述。自非普通

之和誘略誘該縣認為和誘分別判處三四等有期徒刑。並未聲明所引律文已屬不合。然該判決已於民國元年五月二十九日。李寧德縣文內聲稱。陸宗貽係老慣誘帶販賣科以三等有期徒刑四年。孫芳笑科四等有期徒刑二年。業將陸宗貽孫芳笑收禁。呈報司法司分別懲辦在案云云。則此項判決。早經宣布。下能由該縣自行更改。乃該縣於已經判決之後。因發生孫阿福中途劫去陳清菊黃清鸞之事。並未偵查確實。另案處斷。遽推定為陸宗貽等之教唆。就後犯之罪。併合前罪。改為從重科斷各處二等有期徒刑十年。程序上極為謬誤。其所引刑律第三百三十一條。並非關於合誘罪之規定。惟所稱以強暴脅迫。或偽計拐取婦女云云。係指刑律第三百四十九條之律文。而訛誤詐術字樣為偽計。然該縣判決對於陸宗貽。既未就所侵害之法益。分別和誘略誘依俱發罪處斷。復未就意圖營利之加重條件。適用加重條文。均屬違誤。又於所定二等有期徒刑之刑等期間。擅自逾越刑律第三十七條之規定。量定期期為十年。尤為謬誤。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。甚為允當。應由本院依刑事訴訟律再理編第四百六十二條第一款後段規定。撤銷原判。陸宗貽意圖營利和誘陳清菊及意圖營利略誘黃清鸞之所為。應依刑律第三百五十一條第二項第三百五十一條第一項。第二十三條第三款第三百五十六條分別處斷。孫芳笑意圖營利略誘黃清鸞之所為。應依刑律第三百五十一條第一項第三百五十六條處斷。特判決如右。

●內亂罪不在不准除免之列。

●大理院刑事判決何玉成附和內亂一案（五年非字第二十一號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 何玉成（四川人年四十二歲）

右被告人附和內亂之所爲。經甘肅合水縣於民國四年十二月四日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

何玉成免訴。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查民國元年三月初十日大赦令。除真正人命及強盜罪外。其餘犯罪。不論已發覺未發覺。已結未結。正一律免除。雖本案被告人何玉成於前清宣統三年十月三日隨同匪首彭四海等攻陷合水縣城。其犯罪行爲。無論是否合於內亂之要件。然既在民國元年赦令以前。雖內亂亦不在不准除免之列。則其罪刑早已銷滅。乃原判竟

適用刑律第一百零一條第二項。並依第一項第三款。認為內亂之附和隨行者。處以四等有期徒刑二年。實屬違法。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

此案據原審認定事實。謂反正時有匪首彭四海任崑山等。率衆來攻合水縣城。約何玉成隨行。於十月三日攻陷縣城。十三日援兵一到。何玉成仍隨同逃去各等語。是該被告人之犯罪。究竟是否出於紊亂國憲之目的。並未證明。則能否成立內亂罪。已不無疑義。况實施犯罪。係在反正之時。據原判所載。該被告人供詞。曾稱並未傷害人命。亦未搶掠財物等語。並經原判認為確定事實。自亦不能認為成立殺人或強盜罪。既非真正人命強盜。無論其內亂罪是否成立。按諸民國元年三月初十日大赦令。皆非不准除免之列。則其犯罪行為之公訴權。固已早經消滅。乃原判於民國四年。仍復宣告罪刑。自係違法。

判決之理由

甘肅合水縣認定事實。何玉成業獸醫。往來合水有年。人多識之。反正時。有彭四海任崑山等率衆來攻合水縣城。約何玉成同行。何玉成當即應允隨行。於十月三日攻陷縣城。何玉成住紮自立成商號。十三日援兵一到。何玉成同隨逃跑。以後屢緝未獲。民國三年五月白家老庄團總金興成稟稱。因伊帶團捉獲搶犯李天鵬等送縣。

正法。李天鵬等原係何玉成同會弟兄。何玉成迭次揚言。後必糾衆報復。請備案追緝等情。後該縣知事於十月分巡視鄰合交界一帶。拿獲何玉成。帶回縣署。隨傳金興成質訊。據何玉成供稱。報復金興成之心。本有。因見金興成每次提團甚速。恐爲所獲。遂中止未果。至攻破合城一節。實係彭四海等脅從。但城破後。我並未傷害人命。亦未搶掠財物各等語。再三研訊。矢口不移。

據以上事實。該被告人之事。在前清時代。無論其內亂罪成立與否。即使成立。而既非真正人命強盜。依民國元年三月初十日赦令。原不在不准免除之列。公訴權已早經消滅。乃原判仍依刑律第一百零一條第二項。並依第一項第三款處以四等有期徒刑二年。實屬不合。總檢察廳檢察長。據此理由。提起非常上告。總檢察廳檢察官陳述意見。均甚允當。應由本院依刑事訴訟草案再理編第四百六十二條第一款後半段。將原判撤銷。何玉成應依赦令條款免訴。特爲判決如右。

●重婚罪以有配偶者爲要件。

●大理院刑事判決陳世兒悔婚一案（五年非字第二十二號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

陳世兒

右被告人因悔婚之所爲。經甘肅涇川縣知事於民國四年十月十九日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判關於陳世兒罪刑之部分撤銷。

陳世兒無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第二百九十一條犯罪之成立。必以婚姻之成立與否爲前提。至已字而未成婚之女。既未能認爲婚姻業經成立。自無由構成重婚罪。此案陳世兒以已字熬姓之女。於未成婚以前。復改適郭元祥爲妻。雖似有教唆重婚之情形。然其行爲與該條所稱有配偶之要件不符。原判援用刑律第二百九十一條科斷。實屬違法。應請撤銷原判。以資救濟。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查婚姻之成立。必須具備形式上之要件。即以舉行相當禮式之日作爲婚姻成立。貴院統字第十六號解釋。極爲明晰。此案被告人陳世兒之女。雖已字熬姓。然未成婚。在法律上自不能爲有配偶者。則陳世兒以之改適郭

姓。雖屬不當。只能負民事上之責任。不能發生刑事犯罪問題。乃原判誤引刑律第二百九十一條。處該被告人以重婚罪之刑。實屬違法。

判決之理由

甘肅涇川縣認定事實。陳世兒之女。原許敖奎郎之子爲婚。嗣因陳世兒意存悔賴。敖奎郎具控到縣。經前任知事判令敖奎郎再出財禮錢十吊。趕緊完婚。兩造遵依具結在案。詎陳世兒竟將其女領赴鎮原。另許鎮民郭元祥爲妻。即時成婚。敖奎郎復控到縣。據以上事實。陳世兒之女。既已許敖奎郎之子爲妻。又經該縣知事斷令速行完婚。乃陳世兒復令其女改嫁郭元祥爲室。自屬不合。惟重婚罪之成立。以有配偶而重爲婚姻者爲要件。陳世兒之女。與敖奎郎之子。尙未成婚。自與重婚罪條件不符。陳世兒之女。且未構成犯罪。何得率科陳世兒以罪刑。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦甚允當。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款後半段。將原判關於陳世兒罪刑之部分撤銷。陳世兒宣告無罪。特爲判決如右。

●累犯罪以已受徒刑之執行爲要件。

●大理院刑事判決謝永春竊盜一案(五年非字第二十六號)

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 謝永春(雲南嵩明縣人二十五歲)

右被告人因竊盜一案。經雲南嵩明縣知事於中華民國三年二月二十四日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

謝永春改處侵入現有人居住第宅內之竊盜罪。仍執行原判。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查累犯罪必以已受徒刑之執行爲加重要件。此案被告人謝永春。雖據原判載稱屢犯竊案。責懲開釋。然并未執行徒刑。自與刑律第十九條第二十條之要件。未能符合。原判認爲三犯以上。已屬錯誤。且既係加重二等。又不依第五十六條以下之規定。按等加減。而於六個月徒刑上加二等處四等有期徒刑二年。於法定加減例亦有不合。況該被告人既係侵入蘇國祥鋪內。乘間竊取被蓋等物。原判又不依第三百六十八條第一項處斷。而處以第三百六十七條之罪刑。均屬違法。

總檢察廳檢察官張孝移之意

查此案被告人謝永春行竊蘇國祥鋪內被蓋等物。其犯罪事實顯係侵入宅第之加重竊盜罪。原判不依刑律第三百六十八條第一款處斷。已屬引律錯誤。且該犯雖事前曾累犯竊盜。然均係經官責懲開釋。並未執行徒刑。與刑律第十九條之要件亦不相符。亦無從成立累犯罪。乃原判竟適用第三百六十七條規定。並依第二十条認爲三犯以上。加重二等科刑。又未援據第五十六條規定。按等加減。任意判斷。實屬違法。

判決之理由

雲南嵩明縣知事認定事實。稱謝永春平素無業。屢犯竊盜。曾經到官懲辦開釋。民國三年二月十九日。又往蘇國祥鋪內見鋪無人。乘間偷竊被蓋等物。案經審依刑律第三百六十七條判處五等有期徒刑六個月。復於六個月上。依第二十條之例。加等處以四等有期徒刑二年。褫奪公權全部五年。判決確定後。提起非常上告到院。據以上事實。被告人行竊。乃係侵入蘇國祥鋪內。雖未經見人。然所竊者。既係被蓋。則該鋪爲現有人居住。已無疑義。原判乃依刑律第三百六十七條處斷。殊屬引律錯誤。復查該被告人雖曾屢次竊盜。然僅由官廳懲責。迄未受徒刑執行。自不合刑律第十九條第二十條加等之例。且加等刑辦法。於本條有二種以上。刑者。依刑律第五十七條之規定。應先將法定本刑按等加重。再於所得刑之範圍內酌量處斷。乃爲適法。而原判於被告

人竟認爲累犯。且於處刑後始加等處刑。尤屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦甚允當。應由本院依頒行有效之刑事訴訟律草案第四百六十二條第一款。將原判撤銷。謝永春侵入現有人居住第宅內竊盜之所爲。應依刑律第三百六十八條第三百八十條及第四十六條處斷。惟刑事訴訟律草案第四百六十三條載。非常上告之判決。除前條第一款但書情形外。其效力不及於被告人等語。則本院自應以原判引律錯誤爲理由。予以更正。其所處之刑。既非不利益於被告人。故仍以維持毋庸改判。特爲判決如右。

●擅處罰金。應以恐喝取財論。答責被告人。應以強暴凌虐論。其傷害人等罪。應以人格法益計算。

●大理院判決謝福申侵占瀆職及傷人一案（五年非字第二十九號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 謝福申（雲南騰越縣人年三十五歲） 葉華春（四川

建昌縣人年三十七歲）

右被告人等因侵占瀆職及傷害人一案。經雲南昭通縣知事於中華民國二年十二月七日判決。總檢察廳檢

察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於謝福申葉華春罪刑之部分撤銷。

謝福申答責戴蘭軒之所爲。改處凌虐嫌疑人之罪。仍執行原刑。恐喝取財之所爲。處四等有期徒刑二年。併執行之。

葉華春改處輕微傷害人三罪。凌虐嫌疑人二罪。仍執行原刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

(甲)關於謝福申之部分。查刑律第三百九十二條之侵占公務上管有物罪。必犯罪人先有合法管理之職權。始能成立。若以不法手段取得他人財物者。只能成立其他犯罪。而與侵占罪無涉。本案被告人謝福申侵蝕罰款一罪。就該被告人職權而論。對於行使僞幣人犯。依法應送縣署審判。何得擅自擬處罰金。則其侵蝕行爲。顯與第三百八十二條之恐喝取財罪要件相合。原判誤引三百九十二條處斷。自屬違法。其答責戴蘭軒一罪。係對於被告人施以強暴凌虐之行爲。與刑律第一百四十四條規定相符。乃原判誤引第一百四十八條認爲濫用職權。使人行無義務之事。處以罰金一百元。已屬錯誤。又以罰金易刑之監禁。誤認爲徒刑。與侵占罪之徒刑。

合併執行。亦與第四十五條第六項規定不合。實爲違法。(乙)關於葉華春之部。查被告人葉華春因陳明芝將謝福申毆傷。帶警前往緝捕。誤認歐子雲爲陳用芝。違喊令丁維彬等用警棍將歐子雲。歐子林。歐子高等三人毆打。均受輕微傷害。除丁維彬據原審認爲毆打歐子雲成立一傷害罪。其葉華春之教唆傷害罪。以人格法益論。自應成立三個傷害罪。原判誤認爲連續犯。以一罪論。揆諸法理。實有未合。又該被告人答責黃可。應呂朝金二人之所爲。亦應構成一百四十四條之二個強暴凌虐罪。原判誤引一百四十八條。且認爲一罪處斷。亦屬違法。依以上論結。應撤銷原判。關於謝福申葉華春宣告罪刑之部分。另爲適法判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

(甲)對於謝福申一部罪刑之意見。此案被告人謝福申對於行使僞幣之陳用芝。不送縣署審判。擅處罪刑。復將所處罰款五十元。侵吞入己。核其犯罪。係不應受理而受理。且利用警察職權。以爲恐喝取財之手段。自應成立刑律第一百四十六條及第三百八十二條之犯罪。原判依第一百四十六條及第三百九十二條處斷。自屬不合。又第一百四十八條。乃關於濫用職權使人行無義務之事。或妨害人行使權利之規定。該被告人答責戴蘭軒之所爲。乃對於刑事嫌疑人加以強暴凌虐。按諸第一百四十四條之成立要件。無不相符。且并無使人行無義務之事。及妨害人行使權利之事實。原判誤引一百四十八條科斷。亦屬違法。(乙)對於葉華春一部罪刑

之意見。查傷害罪。必以人格法益定一罪數罪之標準。此案葉華春教唆他人毆傷歐子雲等三人。既經原判認定確有喝令巡警之事實。是其犯罪行為。自應成立三個教唆輕微傷害罪。其答責黃可應呂朝金之所為。亦應依刑律第一百四十四條成立二個強暴凌虐罪。始與法律相合。乃原判認為教唆輕微傷害一罪。及濫用職權一罪。不惟與人格法益主義不符。且對於強暴凌虐被告人之罪。誤引第一百四十八條處斷。均屬違法。應請撤銷原判。關於謝福申葉華春宣告罪刑之部分。對於謝福申適用第一百四十六條第三百八十二條第一百四十四條。依第二十六條第二十三條第三條處斷。並據第三百八十九條第一百五十條。宣告從刑。對於葉華春適用第一百四十四條第三百十三條第三款。依第二十三條第三款處斷。並據第一百五十條第三百三十一條宣告從刑。均仍執行原判所定之刑期。

判決之理由

雲南昭通縣知事認定事實。稱謝福申於代理區長任內。因陳用芝將偽幣半元借與黃可應呂朝金行使。被警查獲解案。適值有他項公務。由巡長葉華春代訊。即將黃可應呂朝金各答責數百。拘留五日。旋將陳用芝傳案。經謝福申訊實。處罰銀幣五十元。拘留六日。先後予釋。罰金並未結票出榜呈報。又因戴蘭軒常至王永錫家與王雷氏閑坐。街隣謂其有姦。報警緝案。將戴蘭軒答責數百。拘留多日。嗣陳用芝戴蘭軒與謝福申在街相遇。質

問情由。將其毆傷。謝福申卽往警局。由葉華春帶警追出。永合公堆店警見。分局巡目將該店號東歐子雲扭住。疑係陳用芝。卽喊由丁維彬李九章等。將歐子雲及在場救護人歐子林歐子高均有輕微傷。案經審實。將謝福申依刑律第三百九十二條判處有期徒刑三年。依第一百四十八條判處罰金一百元。易以徒刑一百日。用二十三條之例執行之。併依律褫奪公權。併免現職。將葉華春依刑律第一百四十四條判處有期徒刑一年。依第二十八條及第三百十三條第三款判處有期徒刑二年。依第一百四十八條判處有期徒刑二月。用第二十三條之例。定爲執行徒刑二年零八個月。並依律褫奪公權。併免現職。判決確定後。提起非常上告到院。據以上事實。謝福申於陳用芝一案。不解送縣署審判。擅行訊斷處罰。使其交付銀幣入己。顯係不應受理而受理。並利用職權以恐喝取財。原判乃依刑律第三百九十二條處斷。實屬引律錯誤。又將戴蘭軒答責數百。實犯凌虐嫌疑人之罪。原判乃依第一百四十八條處斷。亦嫌錯誤。復查刑律第四十五條所規定之監禁處分。雖應於監獄內附設之監禁所內執行。而在法律上除脫逃罪外。仍以受罰金之執行論。原判乃於易科之監禁。誤爲徒刑。尤屬不合。至葉華春喝令巡警毆傷歐子雲等三人。及答責黃可應等二人。以人格法益計之。應成立傷害人三罪。凌虐嫌疑人二罪。原判乃依刑律第一百四十四條第三款。及第三百十三條第三款。及第一百四十八條處以三罪。更屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦甚正當。應

由本院依頒行有效之刑事訴訟律草案第四百六十二條第一款將原判關於謝福申葉華春罪刑之部分撤銷。謝福申勒交幣之所爲應依刑律第一百四十六條第三百八十二條及第二十六條處斷。其凌虐嫌疑人之所爲應依第一百四十四條第一項第一百五十條處斷。並用第二十三條之例。定其應執行之刑。葉華春輕微傷害人三罪。應依刑律第三百十三條第三款分別處斷。凌虐嫌疑人二罪。應依第一百四十四條第一項第一百五十條分別處斷。並用第二十三條之例。定其應執行之刑。惟刑事訴訟律草案第四百六十三條載。非常上告之判決。除前條第一款但書情形外。其效力不及於被告人等語。除謝福申勒交銀幣一部。原判決之刑。不利益於被告人。應由本院依律另爲判決外。其答責人一部。及葉華春科刑之全部。均係獲有利益。則本院自應以原判違法爲理由。予以更正。將謝福申答責人一部之原刑。無關於恐喝取財罪所處之刑。依律併執行之。葉華春仍維持原刑。無庸改判。特爲判決如右。

●侮辱公署罪應以公然爲特別要件

●大理院判決胡舜卿等侮辱公署一案（五年非字第三十一號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 胡舜卿即胡訓卿一名胡金林（鄭城人年六十六歲）

右被告人因侮辱官署案件。經湖北高等審判廳於中華民國四年十二月十一日判決。總檢察廳檢察長以判決違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判及第一二審判決均予撤銷。

胡舜卿無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第一百五十五條所謂公然侮辱者。必須侮辱行為。在事實上有予人以共見共聞之狀況。例如刊行之文章圖畫。當衆告布。又如用演說法。對於不特定之多數人。以言語形容之類。是本案據原判認定之事實。因戴雲才連續具狀檢察廳內。有大廳莫法利令智昏。及新官新例。烏天黑地各等語。說明狀係被告人所作。謂爲實犯侮辱官署罪。按向本官署投遞白稟。既與公然侮辱之條件不符。自不能構成本罪。第一審適用刑律第一百五十五條第二項。判處四等有期徒刑一年。並依第一百五十七條宣告從刑。控訴上告。審又將上訴駁回。均屬違法。案經確定。應行提起非常上告。以資救濟。請將原判第一二審判決。併予撤銷。另判。

總檢察廳檢察官邵修文之意見

查刑律侮辱官署罪。以公然爲要件。公然云者。卽秘密之反對語。必其加害行爲爲衆人所共聞見。如用文章圖畫或口頭演說等爲犯罪之方法之類。若僅向本官署投遞白稟。既不能謂爲公然侮辱。自與刑律第一百五十五條第二項規定不符。貴院刑字第二八四六號解釋。極爲明瞭。本案被告人卅戴雲才作狀投遞檢察廳內。有大廳莫法利令智昏。及新官新例。烏天黑地等語。核與本罪條件。顯有欠缺。第一審竟依一百五十五條第二項論罪。控訴及上告審。又將上訴駁回。適用法律。均屬錯誤。應請一併撤銷。另予判決。

判決之理由

據湖北高等審判廳認定事實。稱胡舜卿向以代人作稟爲業。民國四年七月間。有目不識丁之戴雲才及其妻湯氏。以戴漢生強姦伊媳等情。向武昌地方檢察廳告訴。經該廳偵查不實。將戴雲才等依誣告律起訴。是月二十六日及二十七日。戴雲才連續具狀檢察廳內。有大廳莫法利令智昏。烏天黑地各等語。當由該廳票傳戴雲才到案質訊。據稱向不識字。此狀係胡舜卿所作。內說甚麼話。實不深悉等語。旋傳訊胡舜卿。並派員搜索其家。得狀稿二十餘件。因以侮辱官署罪提起公訴等語。案經武昌地方審判廳將胡舜卿依刑律第一百五十五條第二項。判處四等有期徒刑一年。並褫奪公權全部三年。胡舜卿不服上訴。控告審及上告審。均予駁回。總檢察廳檢察長以判決違法。提起非常上告到院。

查刑律第一百五十五條第二項稱其對於公署公然侮辱者亦同等語。是侮辱公署罪之構成應以公然爲特別之要件。本案被告人代人作稟向本官署投遞。既不能謂爲公然。縱其中多輕蔑之詞。亦不能構成本罪。乃原審及第一二審因其意含譏刺。並科以刑律第一百五十五條第二項之刑。實有未合。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。自係合法。檢察官之意見亦屬正當。應由本院將原判及第一二審判決撤銷。依刑律第十條宣告無罪。特爲判決如右。

●共同犯罪當共同擔負俱發罪責任。

●大理院刑事判決羅貴春等輕微傷害人一案（五年非字第三十二號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

羅貴春（江西安福縣人年三十五歲）

羅矢痞即羅

步青（江西安福縣人年二十六歲）

右被告人等因輕微傷害人一案。經江西高等審判廳於中華民國四年十二月二十五日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

羅貴春改處輕微傷害人三罪仍執行原刑。
羅矢痞改處輕微傷害人三罪仍執行原刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第三百十六條規定。專指同時犯而言。若多數被告人以共同犯意爲共同犯行。又其侵害法益人數在二人以上者。自應適用刑律第二十九條第一項。及第二十三條之例。依所犯本罪條款分別科刑。方爲合法。本案王羅兩姓因砍伐松枝起衅。該被告人羅貴春羅矢痞率領族衆將王廷瑞王豫章王讓寬毆打成傷。經縣驗明王廷瑞頂心偏右。有木担攢傷一處。右後臀有木器傷一處。王豫章臍肚偏右有木器挫傷一處。左肋有木器挫傷一處。王讓寬頂心偏左有木器傷一處。胸膛偏右有木器挫傷兩處。右膝上有刀傷一處。填單附卷。並經被害人等指控該被告人等共同在場毆打屬實。由羅姓族人將該被告人等依限交出。送案研鞫。兩審均認爲確有加害行爲。是其共同犯罪之事實。已毫無可掩。第一審僅依第三百十三條第三款各判處四等有期徒刑一年二月。並未依發罪條文科斷判決。已有不合。原判未予糾正。又復援用第三百十六條第三項規定論爲一罪。均屬引律錯誤。案經確定。非提起非常上告。不起以資救濟。應請撤銷原判。另行判決。

總檢察廳檢察官邵修文之意見

按新刑律關於傷害罪取重現結果主義。故第三百十六條規定。係指同時犯而言。若通常犯第三百十三條之罪。其加害行為出於共同意思之聯絡。又因共同行為而侵犯多數法益者。仍應適用同律第二十九條第一項及第二十三條之例處斷。本案被害人羅貴春羅矢痞率領多人。將王廷瑞王豫章王讓寬等毆打成傷。經縣驗明傷痕填單附卷。並經該羅姓族衆將被告人等交出研訊確實。兩審既均認為有共同犯罪行為。即當使共同擔負俱發罪責任無疑。乃原判與第一審俱論為一罪。並未援引第二十九條及第二十三條各規定。其判決實屬違法。應請撤銷原判。另予判決。

判決之理由

江西高等審判廳認定事實。稱羅貴春羅矢痞與王廷瑞王豫章王讓寬鄰村居住。素無嫌怨。民國三年陰歷八月初六日。王廷瑞王豫章王讓寬在村邊山上砍茅。適值王羅錢姓因砍伐松枝起釁。羅姓族人暨羅貴春羅矢痞等多人。將王廷瑞王豫章王讓寬毆打成傷。案經安福縣將羅貴春羅矢痞各審依刑律第三百十三條第三款處斷。羅貴春等不服上訴。經控告審撤銷原判。關於羅貴春羅矢痞罪刑之部分。改依刑律第三百十六條第二項第三項及第三百十三條第三款。將羅貴春羅矢痞各判處五等有期徒刑四月。未決期內。羈押日數。均依

律准其折抵。判決確定後。提起非常上告到院。

據以上事實。被告人等既以共同意思實施犯罪行為。而傷害者。又係三人。依刑律第二十九條之規定。應各成立傷害人三罪。與第三百十六條所規定之同時犯。（各犯罪人本無共同關係。祇其犯罪之時相同者。為同時犯。）迥不相同。原判乃依第三百十六條各論以輕微傷害人一罪。殊屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦甚正當。應由本院依頒行有效之刑事訴訟律草案第四百六十二條第一款。將原判撤銷。羅貴春羅矢痞共同輕微傷害王廷瑞王豫章王讓寬三人之所為。各應依刑律第二十九條第一項第三百十三條第三款分別處斷。並用第二十三條之例。定其應執行之刑。惟查刑事訴訟律草案第四百六十三條載非常上告之判決。除前條第一款但書情形外。其效力不及於被告人等語。則本院自應以原判引律錯誤為理由。予以更正。其所處之刑。既非不利益於被告人。故仍予維持。毋庸改判。特為判決如右。

● 補充條例之和姦罪。須尊親屬告訴。乃論。

● 大理院刑事判決咸張氏等和姦一案（民國五年非字第三十三號）

上告人 總檢察廳檢察長

被告人

咸張氏（山東長山縣人年四十六歲）

張玉秀（山

東長山縣人年五十五歲農業）

右列被告人和姦之所爲。經山東長山縣於民國四年十月十八日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於咸張氏張玉秀罪刑之部分撤銷。

咸張氏張玉秀之公訴駁回。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查暫行刑律補充條例第六條之和姦罪。依該條第二項規定。須相姦者之尊親屬告訴。乃論。此案告訴人咸張氏係咸張氏夫兄之妻。並非尊親屬。依法不能有告訴權。則本案自係欠缺告訴條件。該縣遽行提起公訴。對於被告人等分別判處罪刑。實屬違法。應請撤銷原判。駁回公訴。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查此案被告人張玉秀和姦無夫婦女之所爲。與相姦之咸張氏。雖均構成刑律補充條例第六條第一項之犯

罪。惟依該條第二項規定。須相姦者之尊親屬告訴。乃論本案係由咸張氏夫兄之妻咸李氏提起告訴。與該項規定不合。自不得認為合於法定訴追條件。原判竟依補充條例科斷。實係違法。雖張玉秀於刑期中業經保釋在外。咸張氏亦經宣告緩刑。然原判既屬違法。且張玉秀之罪刑。與第十九條成立累犯罪之要件有關。應請撤銷原判。駁回公訴。

判決之理由

山東長山縣認定事實。咸李氏之夫兄弟五人。氏夫咸振東生有二子。次子咸伯仔。自幼過於咸振東之胞弟咸振山為嗣子。張玉秀係咸伯仔祖母之娘姪。咸振山在日。由齊東娶得咸張氏為妻。民國四年正月間。咸伯仔家因為伊祖母立碑。故張玉秀來伊家寫碑。遂與咸張氏苟且。自正月至三月二十五日。與該氏晝夜盤踞。嗣因吵議沸騰。張玉秀不便久住。遂與張氏同往鄒平居住。至七月一日。咸李氏與姪媳尹氏同往張玉秀家追問。張玉秀仍舊把持。咸李氏與之口角。遂以欺伯抵盜等情赴縣告訴。

據以上事實。本案張玉秀和姦無夫婦女及相姦之咸張氏。雖均觸犯刑律補充條例第六條第一項之罪。惟查該條例第二項之規定。前項之罪。須相姦者之尊親屬告訴。乃論此案告訴人咸李氏係咸張氏夫兄之妻。並非尊親屬於法不能有告訴權。實與該項規定不合。自係欠缺訴追條件。乃長山縣知事遽行提起公訴。按照補充

條例處斷。殊屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由提起非常上告。自屬適法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第二款之規定。將原判撤銷。駁回公訴。特為判決如右。

●叔母不能認為尊親屬。

●大理院刑事判決楊方禎與叔母口角一案（民國五年非字第三十四號）

上告人 總檢察廳檢察長

被告人

楊方禎（山東長山縣人年三十五歲）

右被告人與親屬口角之所為。經山東長山縣知事於民國四年五月三十日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

楊方禎無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第三百十七條之規定。乃以對於尊親屬施強暴行爲而未致傷害爲其成立要件。而尊親屬之範圍。必以法律規定爲根據。本案被害人楊賀氏。係被告人楊方禎之叔母。依刑律第八十二條規定。不能認爲尊親屬。則該被告人之所爲。僅應負違警責任。原審依刑律科斷。實屬違法。應請撤銷原判。以資救濟。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查此案據原審認定事實。被告人楊方禎因地畝糾葛。對於有服叔母。施強暴行爲。未致傷害。依刑律第八十二條規定。叔母非尊親屬。則其強暴行爲與刑律第三百十七條之成立要件。顯有未合。原審援用該條科斷。自係違法。雖該被告人於民國四年五月業經保釋在外。然原判既屬違法。且係宣告徒刑。與刑律第十九條成立累犯罪有關。應請撤銷原判。宣告無罪。

判決之理由

山東長山縣認定本案事實。楊方禎之嫡母楊賀氏。有墳地三分。業已典出。尙未贖回。該氏因過度維艱。欲將此地價賣。遂託中人李秀生等說妥。賣給本庄李姓。言明賣價京錢一百二十吊。楊方禎等因此地係屬公田。且有伊墳墓在內。故不欲該氏賣出。遂口稱有遠年字據爲憑。楊賀氏不能單獨價賣云云。楊賀氏聞知。尋向楊方禎追詢原由。楊方禎以字據在手。并不相讓。致生口角。該氏因地不能賣。過度愈艱。一時婦女無知。思尋短見。卽於

陰歷正月初十日晚間尋至楊方禎之兄楊方祿宅外棗樹上自縊身死。氏子楊方有報懇驗究。喊控前來。楊方祿亦以黑冤難明。辯訴在案。

據以上事實。原判認被告人楊方禎因墮地與叔母口角。本不能構成刑事責任。縱令會施行強暴。而既未致傷害。依刑律第八十二條之規定。楊賀氏係楊方禎之叔母。當然不能認爲尊親屬。則該被告人之所爲。亦僅應使之負違警責任。與刑律第三百十七條之對於尊親屬施行強暴罪成立條件。顯有未合。况原判並未證明其有強暴行爲。乃竟適用該條論罪。實屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦甚允當。由本院依據刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款之後半段規定。將原判撤銷。宣告楊方禎無罪。特爲判決如右。

●●●**犯罪不能證明者應諭知無罪**

●大理院刑事判決熊大林等幫助殺人一案（五年非字第四十二號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 熊大林（廣東人年五十八歲） 梁松亭（廣東人年

三十九歲） 胡朗軒（廣東人年五十三歲）

右列被告人因幫助殺人案件。經湖北高等審判廳於民國二年十二月二十五日覆判判決。總檢察廳檢察長認爲違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判關於熊大林梁松亭胡朗軒罪刑之部分撤銷。

熊大林梁松亭胡朗軒均無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律上之犯罪。必具備犯罪意思。及犯罪行爲而後成立。苟於事實上並未實施犯行。卽令隱有贊同犯罪之惡意。法律上亦無由認爲成立犯罪。而科以刑罰。此案被告人熊大林等對於周連瑞謀殺謝彩林父子之事實。雖據原審認爲事前幫助。應成立殺人從犯。然周連瑞既係有責任人。則對於周連瑞之犯罪行爲。本無防止之義務。其消極行爲之事前幫助。已無由成立。而積極行爲之幫助。原判所載事實。又毫未認定。况詳核原案。據證人周先錦供稱熊大林確無督令周連瑞殺謝彩林情事等語。則熊大林等亦無教唆殺人之嫌疑。其幫助行爲。不過以事前知情一語爲斷定之根據。是原審認定該被告人等之爲殺人從犯分別科刑。顯與無犯行不爲罪之原則相背。自係違法。應請撤銷原判。關於熊大林梁松亭胡朗軒罪刑之部分。宣告無罪。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查此案據原判理由。其認定該被告人熊大林等殺人從犯之證明。僅據正犯周連瑞供稱小的殺謝彩林父子。熊大林與胡朗軒梁松亭是知道的。又云如果熊大林等均不知情。又何必邀我一個粗人去呢。各等語。爲斷案之基礎。卽第一審判決。亦不過以該被告人等於周連瑞表示殺人犯意時。並未阻攔。遂認爲默示幫助之意。不知犯罪之成立。必以實施犯罪行爲爲普通構成要件。卽令該被告人於周連瑞之犯意。果係知情。然事前既無通謀。及助幫之證明。又無教唆之實據。(警士周先錦供詞可證)且對於有責任人之實施犯罪。亦無防止義務。則該被告人等之幫助殺人行爲。無論積極消極方面。皆無由成立。乃原審及第一審竟以該被告人預知犯罪。及並未攔阻等情。爲幫助殺人之根據。適用刑律第三百一十一條第三十一條。第三百二十七條。第十七條。第二十三條科斷。并依第三百三十一條第四十六條第四十七條宣告從刑。實屬違法。應請撤銷原判。關於熊大林梁松亭胡朗軒罪刑之部分。宣告無罪。

判決之理由

據湖北高等審判廳認定事實。稱熊大林周連瑞因謝彩林與子謝維訓。向管廣東幫會館賬務。多所吞沒。周連瑞有心謀殺。已向熊大林說過。民國二年六月間。熊大林等以霸佔公產等情。具控批飭會同幫商清算。七月八

日熊大林邀同周連瑞梁松亭胡朗軒等同往。被謝彩林拒絕。周連瑞即用身帶灰包。將謝彩林謝維訓之目眯住。並用刀將謝彩林謝維訓戳傷。熊大林梁松亭胡朗軒等均各驚散。謝彩林奔出喊險。周連瑞從後追殺斃命等語。案經宜都縣將熊大林梁松亭胡朗軒分別審依刑律第三十一條第三百十一條科處。覆判審改依刑律第三百十一條第三十一條第三百二十七條第十七條第五十四條第二十三條。各處執行徒刑三年六月。並依律褫奪公權。總檢察廳檢察長認爲違法。提起非常上告到院。

據以上事實。周連瑞下手殺人之際。熊大林梁松亭胡朗軒等。卽已驚散。並無共同行爲。縱周連瑞供稱事前曾向熊大林說及要殺謝彩林。然並無通謀實據。至周連瑞殺傷謝維訓。更係臨時起意。與被告人等毫無干涉。乃原判竟科以幫助傷人之罪。一則認爲既遂。一則認爲未遂。而於犯罪事實。毫無證明。殊有未合。依現行規例。犯罪不能證明者。應諭知無罪。總檢察廳檢察長本此理由。於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官張孝移之意見。亦甚允洽。應將原判撤銷。諭知無罪。特爲判決如右。

●傷人致死。衅由互毆者。本無防衛之可言。

●大理院刑事判決謝恩哇傷害致死一案（五年非字第三十五號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 謝恩哇(武岡縣人年四十一歲)

右列被告人因傷害致人死案件。經湖南高等審判廳於中華民國五年二月十六日覆判。所為核准之決定。總檢察廳檢察長認為違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原決定及初審判決均予撤銷。

謝恩哇傷害致人死之所為。應依刑律第三百十三條第一款科斷。仍執行原刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查行使正當防衛權。必以現在不正之侵害為其成立要件。此案被告人謝恩哇。因謝文甲謝仁迪被謝長哇謝虞旦砍傷。見勢力不敵。遂取身旁所携柴刀還刺。致傷謝仁輔斃命。是該被告人之犯罪行為。明係對於他人互毆之際。實施幫助行為。致謝仁輔受傷身死。惟該被告人有無殺人故意。事實上無從證明。然與正當防衛之要件未合。則毫無疑義。原判依據刑律第十五條於第三百十三條第一款主刑上減等處斷。實屬錯誤。應請撤銷。原判依法糾正。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查本案被告人謝恩哇於謝唐額與謝長明等爭毆之時。因謝文甲謝仁迪被謝長哇謝虞旦等砍傷。該被告人見勢不敵。將身旁所帶柴刀取出。向謝虞旦砍去。適謝仁輔迎面走來。受傷身死。核其犯罪事實。係於鬪毆之際。從旁加功。致誤傷謝仁輔斃命。與刑律第十五條所稱對現在不正之侵害。行使防衛權者。其情形迥不相符。乃原判對於該被告人認爲防衛過當。適用刑律第三百十三條第一款。依第十五條但書規定。減輕其刑一等。處以二等有期徒刑。引律實係錯誤。應請撤銷原判。另爲適當判決。并依刑訴草案第四百六十三條。仍執行原刑。

判決之理由

湖南高等審判廳認定事實。稱謝恩哇與謝仁輔素無嫌怨。前清宣統二年二月二十四日。謝長明因欠賭錢被同賂人捉去。其母呼衆往救。謝恩哇方砍柴回家。卽隨謝文甲謝仁迪前往爭奪。因見謝文甲謝仁迪被謝長哇謝虞旦等殺傷。遂順取其帶柴刀。向謝虞旦砍去。謝虞旦躲避。致將迎面走來之謝仁輔砍傷。越五日。因風身死。案經武岡縣審依刑律第三百十三條第一款第十五條。減處二等有期徒刑五年。未決羈押日數。准予折抵。詳送覆判審核准後。提起非常上告到院。

據以上事實。該被告人因見謝虞旦刺傷謝仁迪。遂用柴刀向謝虞旦砍去。致將謝仁輔砍傷。是衅由互毆。本無防衛之可言。初判輒依刑律第十五條後段減等科處。實屬違法。原審未予糾正。亦有未合。總檢察廳檢察長於

裁判確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦甚正當。自應由本院依刑訴草案第四百六十二條第一款。將初判及覆判審之核准決定。均予撤銷。謝恩哇傷害致人死之所爲。應依刑律第三百十三條第一款科處。惟查刑訴律草案第四百六十三條載非常上告之判決。除前條第一款但書情形外。其效力不及於被告人等語。則本院自應以原判引律錯誤爲理由。予以更正。其應行改處之刑。既不能有益於被告人。故仍維持原判。以符法意。特爲判決如右。

●刑事判決未傳原告者應補行宣示

●大理院刑事判決張雙因傷害致人死一案（五年非字第三十六號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 張雙即張方（河南商邱縣人年十八歲）

右被告人因傷害致人死案件。經河南高等審判廳於中華民國四年七月十日覆判。總檢察廳檢察長以程序違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原決定撤銷。

本案發還河南商邱縣補行宣示之程序。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查本案經河南商邱縣於民國四年六月五日判決。同日提被告人張雙宣示後。即將判決要旨。以牌示諭知。並未傳原告訴人侯友竹到庭。七月三日繕具判決書。連同原卷詳請河南高等檢察廳。轉送覆判。七月十日。經覆判審衙門決定核准。十月二十三日原告訴人侯友竹以隱蔽延期。懇請查卷雪冤等情。上訴河南高等檢察廳。經該廳批駁。十一月十九日。復以事實錯誤。判決失平。狀訴本廳。本廳當即飭行河南高等檢察廳查覆。據稱此案確已牌示。惟未提原告訴人當庭宣示判詞。核與定章不符。並檢同縣巷詳請核辦前來。查縣知事審理訴訟章程第三十一條第一項。刑事判決。以牌示。又提傳原告訴人及被告人於法庭宣示之日。始發生效力。但其案內。無原告訴人及原告訴人屆期不到庭時。只提被告人宣示之等語。是縣知事審理刑事案件。除該章程於三十一條第一項但書情形外。必須將原告訴人及被告人一併提傳宣示。方為合法。此案宣示時。只提被告人張雙到庭。顯與該條項規定不符。覆判審衙門。未予查明糾正。遽為覆判核准。亦屬違法。亟宜提起非常上告。以資救濟。應請撤銷原判。發還商邱縣。補行提傳原告訴人。宣示程序。以符定章。

總檢察廳檢察官邵修文之意見

查縣知事審理訴訟暫行章程。刑事原告訴人亦得有獨立上訴權。故關於縣知事判決刑事案件。除牌示外。又以提傳原告訴人及被告人到庭。當庭宣示判詞。爲必須履行之程序。該章程第三十一條第一項規定。極爲明瞭。若只提被告人宣示。而不傳原告訴人到庭者。必以原告訴人有該條項但書情形爲限。此案商邱縣知事於民國四年六月五日判決。并未傳原告訴人侯友竹到庭宣示。即於七月三日詳請覆判。經覆審衙門核准。原告訴人侯友竹呈訴不服。當由本廳飭行河南高等檢察廳查明屬實。是該知事辦理此案。與訴訟程序。顯有違反。應請撤銷原判。發還商邱縣補行宣示。以符程序。

判決之理由

查縣知事審理訴訟章程第三十一條第一項內載。刑事判決以牌示。又提傳原告訴人及被告人於法庭宣示之日始。發生效力。但其案內無告訴人及原告訴人屆期不到庭時。止提被告人宣示之等語。詳釋律意。又字應作並字解釋。除但書所列情形外。非將原告訴人傳喚到庭。不能謂爲合法之宣示。本案商邱縣於民國四年六月五日判決。并未傳原告訴人侯友竹到庭宣示。即於七月三日詳送覆判。原審竟予核准。均有未合。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。自係合法。檢察官之意見。亦甚正當。應由本院將原決定撤銷。發還商邱縣補行宣告之程序。特爲判決如右。

●罰金罪逾六月不起訴者其公訴權已消滅

●大理院刑事判決樊喜仿賭博一案（五年非字第三十七號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

樊喜仿

右被告人因賭博一案經浙江蘭谿縣署於中華民國十四年十一月十九日判決總檢察廳檢察長以原判違法提起非常上告經本院審理判決如左

●主文

原判撤銷

樊喜仿免訴

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律中應處罰金刑之罪依第六十九條第一項第六款及第二項規定提起公訴權之時效為六月逾期不起訴者其公訴權消滅本案被告人樊喜仿雖據原審認定事實應成立刑律第二百七十六條之賭博罪惟其犯罪行為就該被告人自白係在民國三年正月二月間而本案發覺則在四年六月計算期間已逾一年以上其

公訴權早經消滅。乃原審對於該被告人仍復提起公訴。宣告罪刑實屬違法。應請撤銷原判。宣告免訴。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查刑律第六十九條第一項第六款規定。五等有期徒刑或拘役罰金之罪。其提起公訴權之時效爲六月。而第二百七十六條之賭博罪。係應處罰金之罪。自應遵照上述期限辦理。本案被告上告人樊喜仂賭博財物行爲。據該被告人四年九月十三日在原縣供詞。其犯罪事實係在民國三年正二月間。而案情發覺已在四年六月。事隔一年數月之久。國家對於本案之訴追權早經消滅。原縣竟違背刑律第六十九條第一項第六款規定。判處罪刑。實屬違法。應請撤銷原判。宣告免訴。

判決之理由

浙江蘭谿縣署認定事實。樊喜仂與徐寶琛素識。同賭牌九紙牌麻雀大者輸贏百餘金。小者亦有一二十元。案經審依刑律第二百七十六條。將樊喜仂判處罰金八十元。判決確定後。提起非常上告到院。

據以上事實。樊喜仂與徐寶琛共賭。依律應處罰金。惟查刑律第六十九條規定。關於罰金刑提起公訴權之時效爲六月。本案樊喜仂賭博。據稱係在民國三年正二月間。而發覺則在四年六月。是起訴權之時效早經期滿。按照訴訟通例。應予免訴。乃原審仍將樊喜仂宣告罪刑。殊屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常

上告自係合法。總檢察廳檢察官之意見亦甚正當。應將原判撤銷。樊喜仍賭博之所爲。予以免訴。特爲判決如右。

●二八九條之和姦罪。須本夫告訴乃論。

●大理院刑事判決陳楊氏相姦一案（民國五年非字第三十八號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 陳楊氏（安徽廣德縣人年二十五歲）

右被告人相姦之所爲。經廣德縣知事於中華民國四年十二月十二日判決。總檢察廳檢察長以判決違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

本件公訴駁回。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查新刑律第二百八十九條之罪。依第二百九十四條第二項規定。須本夫告訴乃論。此案被告人陳楊氏於其

本夫陳榮春生存時與房老五姦通事實雖屬明確然陳榮春死亡以前並未親告則本案明係欠缺訴追條件無由提起公訴即補充條例第七條有不待告訴亦能論罪之規定然亦必以因姦釀成他罪者爲限原審對於陳榮春之死亡原因既明白認定自亦無適用該條例處斷之理乃原審竟以陳楊氏之夫兄陳榮宗爲告訴人科陳楊氏以五等有期徒刑十月實屬違法應請撤銷原判駁回公訴

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查此案被告人陳楊氏與房老五姦通其犯罪事實雖應構成新刑律第二百八十九條之罪惟依第二百九十四條第二項規定須本夫告訴乃論該被告人之夫陳榮春既已死亡其生前並未提起告訴而陳榮宗又係該被告人之夫兄依法不得有告訴權是本案已欠缺訴追條件不得再行提起公訴乃原判竟認陳榮宗之告訴爲合法遽予受理處該被告人以刑律第二百八十九條之罪刑顯與第二百九十四條第二項之規定不合自屬違法應請撤銷原判對於該被告人駁回公訴

判決之理由

據廣德縣認定事實稱陳楊氏係陳榮春之妻夫妻和睦民國二年陰歷正月十五日陳楊氏與已死之房老五通姦一次後經陳榮春知覺將陳楊氏斥罵是年七月初二日陳楊氏在門口塘內洗衣陳榮春立在門口房老

五與謝老大挑灰麪從塘邊經過。陳榮春看見，即將陳楊氏打罵。陳楊氏回家後，房老五謝老大與陳榮春打架。又過幾天，陳楊氏出外洗衣，遇見房老五謝老大金矮子三人，向陳楊氏以伊等與陳榮春賭錢有仇，要將陳榮春害死之言，相告。陳楊氏亦即向陳榮春告知。二十日，陳榮春囑陳楊氏往向外甥女兒討取借穿衣服。陳楊氏即至陳榮春之兄陳榮宗家向討。適其外甥女放牛外出，陳榮宗之妻令陳楊氏吃過晚飯，再行回家。隨後陳榮春亦至，陳楊氏即在陳榮宗家吃過晚飯，起身回家。二十一日清晨，陳榮宗至陳榮春村中買菜，行至中途，在路邊塘內看見陳榮春屍身，告知陳楊氏，趕往看視，哭泣。陳榮宗投保報縣，而陳楊氏亦同來案。經凌前知事詣驗。陳榮春受傷身死屬實，提起房老五與陳楊氏研訊。多次房老五等供認通姦一次是實。至陳榮春究被何人致死，伊等委不知情。當經凌任將房老五、陳楊氏分別管押，延未詳辦。交卸以後，陳任厚植陸任士奎，迭次提訊，供各如前。嗣房老五於民國三年十二月十三日在陸任內因病取保身故。陸任亦未核辦卸事。知事抵任後，傳到屍兄陳榮宗，提同陳楊氏切實研鞫。該氏仍供與房老五通姦一次有之。其於陳榮春究因何事被何人致死，堅稱不知。再三究詰，矢口不移等語。案經該縣知事將陳楊氏依刑律第二百八十九條判處五等有期徒刑。總檢察廳檢察長以判決違法，提起非常上告到院。

據以上事實，被告人陳楊氏所犯姦非罪。既未經本夫陳榮春告訴於前，亦非因姦釀成他罪。按照刑律第二百

九十四條第二項刑律補充條例第七條均在不論罪之例乃原審仍以相姦論罪判處徒刑實有未合總檢察廳檢察長於判決確定後提起非常上告自係合法檢察官之意見亦屬允當應由本院將原判撤銷駁回公訴特爲判決如右

●妨害法庭執務不能認爲侮辱官吏罪

●大理院刑事判決孫德懷妨害法庭執務一案(民國五年非字第三十九號)

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

孫德懷

右被告人妨害法庭執務之所爲經安徽廬江縣於中華民國五年一月十八日判決總檢察廳檢察長以原判違法提起非常上告經本院審理判決如左

●主文

原判撤銷

孫德懷無罪

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案原判認定事實。僅稱孫德懷竟以焚香發誓爲詞。當庭橫鬧等語。卽爲認定侮辱官員罪之根據。而於該被告人會否實施侮辱行爲。以及合於刑律第一百五十五條之成立要件與否。則毫未敘及。是據原判事實而論。該被告人孫德懷之所爲。不過達於妨害法庭秩序程度。與法院編制法第六十一條之規定相當。並無侮辱行爲。自無由成立第一百五十五條之侮辱官員罪。乃原審遽依該條科斷。殊屬違法。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查刑律第一百五十五條之罪。必於官員執行職務時。當場侮辱。或雖非當場侮辱。而對其職務。公然侮辱。始能成立。是侮辱行爲。實爲構成本罪上斷不可缺之要件。本案被告人孫德懷。因與李大廷款項。夥葛。李大廷不肯認繳。該被告人於執行時。竟以焚香發誓爲詞。當庭橫鬧。而對於執行職務官員。並未加以侮辱。亦無對其職務公然侮辱之舉動。則該被告人之行爲。僅屬妨害法庭執務。得予以法院編制法第六十一條之制裁。與侮辱官員罪之要件。顯有未合。乃原判竟依刑律第一百五十五條規定。科以六十一元罰金。實屬違法。應請撤銷原判。宣告無罪。

判決之理由

本案據安徽廬江縣認定事實。僅稱孫德懷竟以焚香發誓爲詞。當庭橫鬧。實屬欺侮等語。是該被告人之行爲。

係屬妨害法庭執務并非侮辱官員應依法院編制法第六十一條予以相當之制裁乃原審認為侮辱官員罪
違依刑律第一百五十五條科以六十一元罰金實屬引律錯誤總檢察廳檢察長於判決確定後提起非常上
告自係合法總檢察廳檢察官之意見亦屬允當應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一
款後半段規定將原判撤銷宣告孫德懷無罪特為判決如右

販賣鴉片煙罪應併科徒刑與罰金

●大理院刑事判決李公益私販烟土一案(民國五年非字第四十號)

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

李公益(湖北江陵縣人年二十一歲)

右被告人私販烟土之所為經湖北江陵縣於中華民國五年一月二十一日判決總檢察廳檢察長以判決違
法提起非常上告經本院審理判決如左

●主文

原判撤銷

李公益私販煙土之所為依刑律第二百六十六條處斷仍執行原刑

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第二百六十六條規定。販賣鴉片罪應處三等至五等有期徒刑。併科五百元以下罰金。是法律上處罰本罪。於自由刑之外。更須處以財產刑。非於二種刑罰中與審判官以自由選擇之權也。本案被告人李公益販賣鴉片烟一罪。既經原審認定事實。乃不依律予以相當處分。僅宣告罰金十五元。顯與第二百六十六條法定刑罰不合。且於未決期內。羈押日數以一日折算一元。亦違背第八十條之規定。判詞中又未援引法律正條。違爾宣告罪刑。均屬違法。應請撤銷原判。依刑律第二百六十六條。更爲適當之判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查論罪科刑審判官於處刑之輕重雖得因犯罪之情節。自由裁量。然於法定刑罰之範圍。斷不容任意增減。本案被告人李公益販賣鴉片烟一罪。依刑律第二百六十六條規定。應處以三等至五等有期徒刑。併科以五百元以下罰金。乃原判對於該被告人宣告罪刑。並未援用律文。僅處以罰金十五元。而置該條所規定徒刑於不問。與法律上併科之規定。顯有未合。其未決期內羈押日數。亦未依第八十條規定。以二日折算一元。竟以羈押五日。准折五元罰金。均屬違法。應請撤銷原判。依法糾正。

判決之理由

緣李公益原係觀音寺李隆昌店夥。民國五年一月十三日由沙市潛帶煙土三兩。意圖私販。行至峇灣。彼警抓獲。解送到案。經江陵縣判處罰金十五元。未決期內羈押五日。准折五元。總檢察廳檢察長以判決違法。提起非常上告到院。

查刑律第二百六十六條載。製造鴉片煙或販賣或意圖販賣而收藏。或自外國販運者。處三等至五等有期徒刑。併科五百元以下罰金等語。本案原判既認被告人李公益私販煙土。自應於徒刑之外。併科罰金。不能於徒刑罰金之中選擇其一。乃原判僅處以罰金十五元。已屬不合。又查第八十條載。未決期內羈押日數。得以二日抵徒刑拘役一日。或抵罰金一元等語。是未決期內羈押日數。應以二日抵一元。乃原判竟以一日抵一元。亦屬非是。總檢察廳檢察長於判決確定後。据此理由。提起非常上告。自係合法。檢察官之意見。亦屬允當。應由本院將原判撤銷。予以改判。惟查暫行刑事訴訟律草案第四百六十三條載。非常上告之判決。除前條第一款但書情形外。其效力不及於被告人等語。李公益私販煙土之所為。應依刑律第二百六十六條處斷。仍執行原判。以免受不利益之影響。特為判決如右。

●連續犯應以一罪論

●大理院刑事判決柴小驢等竊盜一案（民國五年非字第四十一號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 柴小驢（山西沁水縣人年三十四歲） 陳雙喜（山

東歷城縣人年三十三歲） 劉科頭（山西沁水縣人年二十二歲）

右被告人等竊盜之所爲。經山西沁水縣於民國四年二月十三日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於柴小驢陳雙喜兩次行竊續長吉財物處刑之部分及劉科頭從刑之部分撤銷。

柴小驢竊取續長吉家財物之所爲。處三等有期徒刑三年六月。與原判所科其他罪刑合併計算。應執行徒刑四年。並應褫奪公權全部終身。仍執行原判之從刑。

陳雙喜竊取續長吉家財物之所爲。處三等有期徒刑三年。與原判所科其他罪刑合併計算。應執行徒刑三年。並應褫奪公權全部終身。仍執行原判之從刑。

劉科頭應褫奪公權全部終身。仍執行原判之從刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案被告人柴小驢陳雙喜同日兩次侵入續長吉家竊取羊隻衣服等物。其犯罪行為實具有連續犯之性質。依新刑律第二十八條規定。應以一罪論。原判於此一部。按照俱發罪分別科斷。實屬違法。又柴小驢陳雙喜劉科頭等結夥三人以上。共同行竊。續長吉家之所為。既應成立刑律第三百六十八條之加重竊盜罪。依第三百八十條規定。應終身褫奪公權。原判宣告從刑。各設有一定期限。與第三百八十條及第四十六條規定。亦有未合。應請撤銷原判。關於被告人等兩次行竊。續長吉家及從刑之部分。另為適法判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查刑律第二十八條規定。連續犯罪者以一罪論。故於事實上雖有數次犯罪行為。然苟認為有連續犯之性質。自不得以行為之數為成立犯罪之標準。此案被告人柴小驢陳雙喜兩次竊取續長吉家羊隻衣物。既係同日行竊。即足以證明犯罪意思實有連續之關係。且被害法益及侵害之手段。又復相同。是其行為之性質。應依該條規定。以一竊盜罪論。乃原判對於該被告等人兩次行竊。續長吉家得贓之所為。竟認為俱發罪。各科其刑。顯與第二十八條規定相背馳。又於柴小驢陳雙喜劉科頭等結夥三人以上。侵入第宅行竊一罪。不依第三百八十條及四十六條規定。各褫奪公權終身。竟於一定期間內褫奪公權。其從刑部分。亦屬違法。應請撤銷原判違法部分。依法糾正。

判決之理由

山西沁水縣認定事實。柴小驢與鐵匠陳雙喜及劉科頭並不知名韓姓。在王山庄劉小狗家聚會。大家說起寒苦。由柴小驢起意行竊。續長吉羊隻衣服。都各允從。上年陰歷十二月二十四日晚。柴小驢陳雙喜劉科頭合夥行至東溝。續長吉羊窰內行竊。劉科頭在外瞭望。柴小驢陳雙喜二人進窰竊得花白羊二隻。一同行至河灘。破窰內將羊殺死。剝皮刮肉。被事主查知。追趕。大家驚避。劉科頭畏懼逃回家中。柴小驢陳雙喜將羊皮背負放在山坡。韓姓續到。是日後半夜。柴小驢又至東溝。續家行竊。陳雙喜韓姓在村外等候。柴小驢侵入續長吉家宅。由窰進內。偷得男竹布大衫一件。洋緞領褂一件。女藍布袂襖一件。女黑布袂襖一件。女月白布衫二件。女藍布衫二件。紅布褲一條。藍布大小二塊。男藍布大袂襖衣片一件。男藍布小衫一件。鞋一雙。襪一雙。出到村外。合韓姓分拿贓物。逃至王山庄。陳雙喜先到。柴小驢給了劉科頭布衫二件。鞋一雙。柴小驢陳雙喜韓姓次日天明。逃至蘇庄領地方。與韓姓贓物十餘件分手。餘贓與陳雙喜分拿。羊皮二張。裝在毛連內。行至縣城北關。被獲。隨將劉科頭拘獲到案。柴小驢陳雙喜劉科頭俱各供認前情不諱。並據柴小驢陳雙喜供稱。三年七八月間。二人合夥曾在後河竊過不知姓名家糧食四次。又在王寨會竊過毛連內糧食一次。都糶錢花用。又陳雙喜供稱。此外伊又合鄭家溝人王順。在地內竊過秋禾一次。

據以上事實。本案被告人柴小驢陳雙喜於上年陰歷十二月二十四日晚間竊取續長吉家羊隻。經事主追趕逃逸。旋於是日夜半復往續長吉家竊取衣服多件。核其犯罪行為。雖係先後兩次。然其同日行竊。復侵害同一法益。實足以證明犯罪意思。確有連續之關係。自應依刑律第二十八條以一罪處斷。方為合法。原判認以俱發罪論斷。殊屬違法。至柴小驢陳雙喜劉科頭等結夥三人以上共同行竊之所為。既係觸犯刑律第三百六十八條之罪。又應依刑律第三百八十條及第四十六條宣告從刑。始為允當。原判乃於一定期間內褫奪公權全部。亦屬引律錯誤。總檢察廳檢察長據此理由。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院依照刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款。將原判關於柴小驢陳雙喜兩人行竊續長吉家財物科刑之部分撤銷。按照刑律第三百六十八條第三十八條處斷。並依刑律第二十三條與原判所科其他罪刑。合併計算。定其應執行之刑期。又將該被告人等從刑之部分撤銷。依刑律三百八十條第四十六條處斷。惟改判之刑。係不利於被告。依刑事訴訟律再理編第四百六十三條之規定。其效力不及於被告人。故仍執行原判從刑。特為判決如右。

販賣鴉片煙罪。不得僅處徒刑。並不得易以笞刑。

●大理院刑事判決廖海雲販賣鴉片一案（民國五年非字第四十三號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 廖海雲（四川人）

右列被告人因販賣鴉片烟案件。經湖北江陵縣於中華民國五年一月二十日判決。總檢察廳檢察長認為違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

廖海雲販賣鴉片烟之所為。應依刑律第二百六十六條處斷。仍執行原刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第二百六十六條規定販賣鴉片烟罪。應處三等至五等有期徒刑。併科五百元以下罰金。是法律上處罰本罪。必於自由刑之外。更處以罰金。非於二種刑罰中與審判官以自由選擇之權也。本案被告人廖海雲販賣鴉片烟一罪。既經原審認為確定事實。乃不依律予以併科之處分。僅宣告徒刑三月。實屬違法。又查易答條例第一條規定。其得以笞刑易徒刑或監禁者。應以該條各款所列犯罪為限。而販賣鴉片烟罪。則并未列入。原審對於該被告人所判罪名。竟以徒刑一日折笞刑二。顯與該條例規定不合。亦屬違法。應請撤銷原判。依刑律

第二百六十六條。更爲適法判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查論罪科刑審判官於處刑之輕重。雖得因犯罪情節。自由裁量。然於法律上所必科之刑罰。亦不能任意輕減。本案被告人廖海雲販賣鴉片烟一罪。依新刑律第二百六十六條規定。應處以三等至五等有期徒刑。併科五百元以下罰金。乃原判對於該被告人宣告罪刑。并未援用律文。僅處以徒刑三月。而置該條所規定併科之罰金刑於不問。與法律上併科之規定。顯有未合。又以販賣鴉片烟罪所處徒刑折易笞刑。與易笞條例第一條各款及增訂易笞條例之規定。亦不相符。均屬違法。應請撤銷原判。依法糾正。

判決之理由

據江陵縣認定事實。稱廖海雲販有烟土一包。懷藏身上。雇乘賀南軒划船。於民國五年一月十九日開過江陵江面。被水警緝獲解送前來等語。經該縣審依刑律第二百六十六條判處廖海雲五等有期徒刑三月。折易笞刑。總檢察廳檢察長認爲違法。提起非常上告到院。

據以上事實。廖海雲販賣煙土。應依刑律第二百六十六條於科處徒刑之外。併科罰金。原判僅科徒刑。已屬不合。而其折易笞刑。亦與易笞條例第一條之規定不符。總檢察廳檢察長本此理由。於判決確定之後。提起非常

上告。自屬合法。總檢察廳檢察官張孝移之意見。亦屬正當。應依刑訴草案第四百六十二條第一款。將原判撤銷。廖海雲應依刑律第二百六十六條處斷。但據刑訴律草案第四百六十三條載。非常上告之判決。除前條第一款。但書情形外。其效力不及於被告人等語。則本院自應以原判引律錯誤為理由。予以更正。至其所處之刑。既非不利益於被告人。故仍予維持。毋庸改判。特為判決如右。

●車馬布疋等件。非直接供竊盜之用者。不能沒收。

●大理院刑事判決張財等竊盜一案（民國五年非字第四十六號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

張財（直隸東光縣人年三十一歲農業）

張祿

（海倫縣人年三十一歲農業）

右被告人竊盜之所為。經黑龍江嫩江縣於中華民國四年七月二十二日判決。總檢察廳檢察長以原判從刑違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於沒收紅瞎馬。大輪車。鐵杓。小刀。藍布。各一件。江錢三十吊之部分撤銷。各物發還原主具領。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第四十八條第二款規定。供犯罪預備及所用之物。依法在應行沒收之列。惟其物品。必須證明於實施犯罪。有直接之關係者。始與該款規定相合。解釋上本毫無疑義。此案被告人張財張祿共同竊盜之所為。雖據原審認定事實。謂其向無正業。共趕大輪車一輛。來歷亦不明晰等語。然並未認定該被告人。以車馬為實施竊盜之具。且車馬及布疋錢物等件。性質上亦斷無供實施竊盜所用之理。原審又未證明其物為行竊所得。則按諸該條各款規定。皆無從處以沒收之刑。乃原判遽依該條第二款處斷。實屬違法。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

此案被告人張財等共同行竊吳大毛馬匹。及蔣同順牛隻。原審認為成立刑律第三百六十八條。侵入第宅之竊盜俱發罪。於律原無不合。惟該被告人等所有紅瞎馬一匹。大輪車一輛。鐵杓剃刀藍布各一件。江錢三十吊。於實施竊盜行為。並無直接關係。雖原審認為來歷不明。然是否為行竊所得。亦屬毫無根據。且此等物件之性質。既不能直接供竊盜之用。而認定事實。又無供犯罪所用之證明。乃原判竟依刑律第四十八條第二項規定。遽予沒收。自係違法。應請撤銷原判。關於沒收之部分。以資救濟。

判決之理由

黑龍江嫩江縣認定事實。張財張祿向無正業。共趕大輪車一輛。本年陰歷二月二十日夜。共同侵入吳大毛院內。竊出黃驃一匹。遂即遠颺。於陰歷四月二十九夜。復共同侵入蔣同順院內。竊出乳牛一條。因張祿翌日有病。不便牽去。即住於梁明來家。由張財張祿將牛宰殺。嗣經蔣同順尋至南氣嶺屯東。偕同該屯屯長。將張祿拿獲。至梁明來家。張財亦由外回。遂即一併拏獲。案經該縣訊辦。

據以上事實。該被告人竊盜俱發之所為。經原審依律論罪。分別處斷。並無不合。惟紅瞎馬大輪車鐵杓小刀藍布各一件。江錢三十吊。既不能註明其為贓物。又非供其犯罪所用。而竟依刑律第四十八條第二款。遽予沒收。殊屬違法。總檢察廳檢察長。據此理由。提起非常上告。總檢察廳檢察官之意見。均甚允當。應即由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款後段。將原判關於沒收紅瞎馬大輪車鐵杓小刀藍布江錢之部分撤銷。各物發還原主。領特為判決如右。

●幫助強暴脅迫之所為。不得以較輕之刑處斷。

●大理院判決李大福幫助脅迫一案（民國五年非字第四十七號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

李大福（湖北枝江縣人年四十一歲）

右被告人幫助脅迫之所爲。經湖北枝江縣知事於中華民國五年二月十八日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判關於李大福罪刑之部分撤銷。

李大福幫助脅迫之所爲。應依刑律第三百五十八條第二十九條第二項處斷。但仍維持原判之刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第三百五十七條之脅迫罪。必係對人以加害生命身體名譽自由財產之事。而爲脅迫行爲。始能成立。此案被告人李大福。於李正柱強令王廣忠立約買屋之際。既據原審認定係由該被告人作中。則該被告人之犯罪行爲。應依第三百五十八條及第二十九條第二項處斷。方爲合法。乃原判以其情節較輕。認爲第三百五十七條之脅迫罪。顯係引律錯誤。應請撤銷原判。關於李大福罪刑之部分。另爲適法判決。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查此案據原審認定事實。李正柱因賭博輸錢。強將自己房屋賣與王廣忠。由李大謙李大福等出頭作中。王廣忠心不願買。被李大謙等纏擾。勉強還價。又稱李正柱就請王廣忠立時寫約。先付定錢各等語。是該被告人李

大福於李正柱以強暴脅迫。使人行無義務之事之際。從旁幫助其犯罪事實。固與李大謙毫無差異。亦應適用刑律第三百五十八條及第二十九條第二項處斷。與第三百五十七條脅迫罪之特別構成要件。實不相符。乃原判竟以情節較輕。遽引該條科罪。顯屬違法。應請將原判關於李大福罪刑之部分撤銷。依第三百五十八條並適用第二十九條第二項科斷。仍執行原判之刑期。

判決之理由

湖北枝江縣認定事實。李正柱與王廣忠同甲居住。民國四年十二月。李正柱因賭博輸錢。將自己房屋出賣。由李大謙李大福等出頭作中。至王廣忠家議價。一百六十串文。王廣忠心不願買。被李大謙等纏擾。勉強還價。王廣忠之妻婁氏。決意不肯買李姓屋。當由王廣忠設席請何秀全何桂林等從旁轉圜。願出錢二十串不要屋。而李正柱李大謙李大福李大海等四人適至。當時李正柱就迫令王廣忠立時寫約。先付定錢。王婁氏在外。見勢不佳。婦人性急。即短見自刎身死。由王廣忠赴縣告訴。經驗明王婁氏自刎屬實。逮捕王廣忠等。依脅迫罪處斷。據以上事實。李正柱脅迫王廣忠立約買屋之際。李大福以作中人之資格。在場助勢。依刑律第二十九條第二項。李大福亦應成立同律第三百五十八條之罪。縱令情節較輕。儘可於律文所定主刑內。量處較輕之刑。不容強引別條主刑較輕之律文處斷。原審於同爲作中之李大謙。已適用第三百五十八條處四等有期徒刑一年。

乃以李大福情節較輕。別依主刑較輕之第三百五十七條處斷。實屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬允當。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款。將原判關於李大福罪刑之部分撤銷。李大福幫助脅迫之所為。應依刑律第三百五十八條處斷。但依刑事訴訟律草案再理編第四百六十三條之規定。本案原判既非不利益於被告人。則本院撤銷原判之效力。當然不及於被告人。故應維持原判之效力。特為判決如右。

●傷害人致死不能處以輕微傷害罪之刑

●大理院刑事判決志郭子等傷害及和姦一案(民國五年非字第四十九號)

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

老郭子(福建上杭縣人年二十六歲)

梁洪古(福

建上杭縣人年三十二歲)

右被告人等因傷害及和姦案件。經福建上杭縣於中華民國五年二月二十六日判決。總檢察廳檢察長以判決違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於老郭子致人輕微傷害之部分撤銷。老郭子改處傷人致死罪。仍執行原判。原判關於梁洪古罪刑之部分撤銷。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查傷害致死罪。卽以實施傷害行爲之原因而成。雖致死之結果。由於其他自然力原因之助成。然本罪之因果關係。並不能發生何等影響。本案被告人老郭子毆打何馮氏受傷後。冒風身死。既經原審驗明。並認爲確定事實。該被告人卽應負刑律第三百十三條第一款犯罪之責任。乃原判誤解法理。認致死之結果。係中冒風所致。與傷害行爲無關。竟處該被告人以該條第三款輕微傷害罪之刑。實屬引律錯誤。又查縣知事審理訴訟章程第三十二條規定。刑事案件。得爲缺席判決者。以應處拘役罰金刑之被告人。經傳喚不到案者爲限。又第三十一條規定。刑事判決。須以牌示。又提傳原告訴人及被告人於法庭宣示之日。始發生效力。原審審理本案。對被告人梁洪古。雖曾傳喚到庭略訊。旋即交保。嗣後卽未到案。於該被告人姦通罪之嫌疑。並未勒傳質訊。遽宣告以刑律補充條例第六條之罪刑。又未得傳喚到庭宣示。顯與該條章程第三十二條第三款第三十一條第一項規定未合。亦屬違法。應請撤銷原判。依法糾正。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

此案據原審認定事實。被害人馮何氏。雖係傷後冒風身死。然被告人老郭子對於本案傷害罪之因果關係。斷不能以冒風之原因而中斷。蓋自然力對於結果之影響。法理上原無關於犯罪之成立也。乃原審既認定馮何氏死亡之原因。係由傷後冒風身死。而於該被告人。則處以輕微傷害罪之刑。顯與自然力不能中斷因果關係之法理相反。至梁洪古之犯罪嫌疑。原審既未直接審訊明確。嗣後亦未傳質。乃遽科以補充條例第六條之和姦罪。又未依法宣示。不獨於直接審理之原則不合。且與縣知事審理訴訟章程第三十二條第三款及第三十一條第一項。亦屬違背。應請撤銷原判。關於老郭子輕微傷害罪。及梁洪古和姦罪之部分。對於老郭子傷害致人死罪。依刑律第三百一十一條第一款。斷仍執行原判之刑期。

判決之理由

據上杭縣知事認定事實。稱已死馮何氏。夫故來杭傭工。與老郭子同居。遂相姦好。約爲夫婦。嗣因老郭子另娶郭何氏爲妻。馮何氏遂遷往梁洪古家居住。老郭子妬姦情切。尋至梁洪古家與之互毆。刃傷馮何氏額角。越日因傷冒風身死等語。案經上杭縣將老郭子依刑律第三百十三條第三款。及刑律補充條例第六條第七條分別處以四等及五等有期徒刑。並依第二十三條第三款定其執行刑期爲一年一月。更依律褫奪公權全部二年。梁洪古依刑律補充條例第六條第七條處五等有期徒刑三月。總檢察廳檢察長就老郭子致人輕微傷害。

及梁洪古罪刑之部分。提起非常上告到院。據以上事實。被告人老郭子將馮何氏額角。毆傷冒風身死。傷害既爲死亡之原因。卽應科以傷人致死之罪。縱所傷係屬輕微。並因自然力助成其結果。亦於本罪之構成。不生影響。乃原判因其傷屬輕微。遂依刑律第三百十三條第三款科處。顯係引律錯誤。又查縣知事審理訴訟章程第三十二條規定。刑事案件。得爲缺席判決者。以應處拘役罰金之被告人。經傳喚不到案者爲限。本案被告人梁洪古雖曾傳喚到庭。略加訊問。旋即交保。而辯論終結之時。亦未到案。遽以缺席判決。宣告徒刑。尤與法定程序不合。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。自係合法。檢察官之意見。亦甚正當。應由本院將原判關於老郭子致人輕微傷害之部分。撤銷。更爲判決。老郭子傷人致死之所爲。應依刑律第三百十三條第一款處斷。並依暫行刑律草案第四百六十三條之規定。仍予執行原刑。以免受不利益之影響。原判關於梁洪古罪刑之部分。亦應併予撤銷。以符法例。特爲判決如右。

●選擇刑應就各種主刑酌科其一。

◎大理院判決蕭王氏吸食鴉片一案（民國五年非字第五十號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 蕭王氏

右被告人因吸食鴉片烟一案。經江西吉安縣於中華民國五年一月十三日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判關於蕭王氏處刑之部分撤銷。

蕭王氏吸食鴉片烟之所為。處罰金一百二十元。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第二百七十一條規定。吸食鴉片烟者。處五等有期徒刑。或一千元以下罰金。各等語。其立法本意。乃於三種主刑之中。予審判官以自由選擇權。蓋法文中既無併科規定。即斷不能處以二種以上之主刑也。本案被告人蕭王氏吸食鴉片烟一罪。雖經原審認定事實。然原判對於該被告人所科刑罰。竟於五等有期徒刑以外。併科拘役十日。顯係誤解法意。實屬違法。又於詳報江西高等審檢廳文內聲明。將拘役刑撤銷。其程序尤為不合。應請撤銷原判關於蕭王氏拘役刑之一部。以資救濟。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查刑律對於一定犯罪行為所設徒刑拘役或罰金之規定。原係各爲一刑。第三十七條各款。列舉甚爲明晰。故除有明文規定併科罰金刑者外。斷無對於兩種自由刑同時併科之理。本案被告人蕭王氏吸食鴉片烟一罪。依第二百七十一條規定。只能於五等有期徒刑拘役或一千元以下罰金三種主刑中擇一科斷。始與該條法意相合。乃原審竟誤解律文。對該被告人併科徒刑拘役兩種主刑。實屬違法。且此種違法判決。亦應依法定程序另行救濟。乃該縣又於詳報江西高等審檢廳文內聲稱。蕭王氏原擬徒刑外。撤銷所處拘役十日。在同一審級中。擅將確定之判決。任意撤銷。尤爲不合。應請將原判關於蕭王氏處刑之部分撤銷。另予糾正。

判決之理由

江西吉安縣認定事實。蕭王氏因病吸食鴉片烟。於民國四年十一月十日。找向羅唐氏購買烟土。經警查獲送案。審依刑律第二百七十一條判處五等有期徒刑五個月。拘役十日。依第四十四條易以罰金。未決期內羈押日數。並依律准抵。判決確定後。提起非常上告到院。

查刑律分則各條定有二種以上主刑者。除關於併科有特別明文。應從其規定外。而關於選擇刑則應就各種主刑酌科其一。本案蕭王氏所犯者爲刑律第二百七十一條之罪。依該條規定。自應就三種主刑選擇其一。以爲科斷。乃原判竟以徒刑拘役併科。殊屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢

察廳檢察官之意見亦甚正當。應將原判關於蕭王氏處刑之部分予以撤銷。蕭王氏吸食鴉片烟之所為。應依刑律第二百七十一條處斷。特為判決如右。

●因姦釀成他罪。係指姦夫姦婦而言。

●大理院刑事判決陳混娃和姦一案（民國五年非字第五十二號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

陳混娃（河南舞陽縣人年十八歲）

右被告人因相姦案。經舞陽縣判決。河南高等審判廳核准。總檢察廳檢察長認為違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原決定及第一審判決關於陳混娃罪刑之部分均予撤銷。

本件公訴駁回。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律補充條例第六條之和姦罪。依該條第二項規定。須相姦者之尊親屬告訴。乃論。雖該條例第七條有因

姦釀成他罪。雖未經告訴亦應論罪之特別規定。然其犯罪主體解釋上應以姦夫姦婦爲限。始與立法本旨相合。不能以坐人犯罪遠因。由於姦通一律認爲因姦釀成他罪也。本案被告人陳混娃與其族兄陳貞姦通。陳性陳彬陳富等。因心懷憤忿。致將陳貞扎傷身死。實施犯罪之人。既非姦夫。而陳貞又屬於被害人。乃原判竟誤解法意。依該條例第七條第六條規定。處陳混娃以五等者期徒刑兩月。雖經宣告緩刑。然適用法律錯誤。自屬違法。依以上理由。應請撤銷原判。以資救濟。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

此案陳混娃因與族兄陳貞姦通。陳性陳彬陳富等因將陳貞扎傷身死。雖陳性等殺人遠因。係由該被告人姦通所致。然陳性等並未觸犯姦罪。其姦夫陳貞又係本案之被害人。該被告人本人亦未犯有其他犯罪。解釋上當然不得爲合於認刑律補充條例第七條之特別條件。蓋該條立法本旨。必係姦夫或姦婦本人。因姦釀成他罪。始能適用。不待告訴亦應論罪之規定也。該被告人之尊親屬對於姦罪既未提起告訴。又與該條例之特別條件不合。原判竟誤解法意。適用該條例處陳混娃以五等有期徒刑。並宣告緩刑三年。均屬違法。依以上論據。應請撤銷原判。關於陳混娃罪刑之部分。宣告無罪。

判決之理由

據河南高等審判廳認定事實稱陳彬陳富陳性均與已死陳貞及受傷之陳混娃同族一村居住陳貞與無服處女陳混娃相姦爲陳性所知陳性氣忿邀同陳彬陳富前往捉姦民國四年八月八日陳性拿刀兩把以其一分給陳彬惟陳富空手一同走至陳混娃門首陳性越牆開門陳彬陳富進內陳富在院拾得木棍一根聽見陳貞與陳混娃在屋內說笑留外把守陳性踢開屋內同陳彬携刀入屋陳貞驚起躲避床下陳性照頭砍去一刀陳彬相繼動手登時倒地陳混娃上前救護拉住陳彬衣服被陳性刀傷偏右仍未放鬆陳彬情急用刀恐嚇致傷陳混娃右手中指陳貞傷重身死陳混娃傷痕於三十日內平復等語案經舞陽縣依刑律補充條例第六條第七條將陳混娃判處五等有期徒刑兩月并依刑律第六十三條宣告緩刑三年詳送覆判經河南高等審判廳核准總檢察廳檢察長認爲違法提起非常上告到院

據以上事實被告人陳混娃實犯刑律補充條例第六條第一項姦之罪惟既未經其父陳繼宗告訴而該條例第七條所稱因姦釀成他罪又係指姦夫姦婦因姦更犯他罪者而言本案犯殺傷罪者既係姦夫姦婦以外之人自不能以因姦釀成他罪論原審及第一審遽予論罪科刑自有未合總檢察廳檢察長於判決確定後據此理由提起非常上告自係合法檢察官之意見亦屬允當應由本院將原決定及第一審判決均予撤銷更爲判決陳混娃相姦之所爲既未經尊親屬告訴應將公訴即予駁回特爲判決如右

●干預團錢把持公務刑律上無處罰正條

●大理院刑事判決李克讓干預公務一案（民國五年非字第五十三號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

李克讓

右被告人干預公務之所爲。經山東臨沂縣知事於民國四年十一月二十日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

李克讓無罪。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

此案據臨沂縣原判內稱。李克讓出頭干預伊保所派團錢。又據邱應平稱。李克讓在鄉歷年均未出本保應派之錢。其把持公事屬實各等語。無論該被告人把持公事一點。在刑律上並無處罰正條。即令證明確有干預團錢等事。亦與刑律第一百五十四條之法定要件。全不相符。乃原判竟依該條規定。科以四等有期徒刑二年。並

褫奪公權全部五年實屬違法。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

按刑律第一百五十四條之罪。其成立情形有二。(一)對於官員所施之封印或查封標示有損壞除去或污穢之行爲。(二)故意違背其效力之行爲。斷不能於法定要件以外。認本罪之成立。此案原判謂該被告人李克讓在鄉。歷年均未攤本保應派之錢。其把持公事屬實云云。是其事實。不獨與該條要件毫不相涉。即按諸妨害公務罪各條。及其他犯罪。亦無相當正條。可以援據。乃原判不問是否合於犯罪成立要件。遽認爲妨害公務罪。誤引該條科斷。自係違法。應請撤銷原判。對於該被告人宣告無罪。

判決之理由

界閱原判謂李克讓出頭干預伊保所派團錢。並把持公務。應依刑律第一百五十四條處斷等語。按刑律第一百五十四條。固載明損壞除去污穢官員所施之封印。及查封之標示。或爲違背其效力之行爲者云云。李克讓當日縱有把持公務及干預伊保所派團錢之事實。然非損壞官員所施封印及查封標示。或有違背其效力之行爲。實與該條不合。此外亦無相當正條可以援用。乃原判率依第一百五十四條處李克讓以四等有期徒刑二年。並褫奪其公權全部五年。顯屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。與現行刑事訴訟律

草案再理編第四百五十九條至第四百六十一條規定相合。總檢察廳檢察官之意見亦屬允協。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款後半段之規定。將原判撤銷。宣告無罪。特爲判決如右。

●事前幫助者爲從犯。

●大理院刑事判決陶本善強盜一案（民國五年非字第五十六號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

陶本善（湖北棗陽縣人年二十三歲）

右被告人因強盜案。經湖北襄陽縣於中華民國五年一月二日判決。總檢察廳檢察長以判決違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

原判撤銷。

陶本善改處強盜罪仍執行原判。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第三十一條規定。於實施犯罪行為以前幫助正犯者。爲從犯等語。此案被告人陶本善。既經供稱伊姪

陶惠及陳全志梁五太等。時常在外行搶拉票。是該被告人對於陶惠等之犯罪事實。已具有完全預見。乃始則爲之浸造油捻。繼又容留所拉娃子歇宿。陶惠等並搶有衣服被臥等件。雖陶惠等是否構成擄人勒贖一罪。事實上稍欠明晰。然該被告人之犯罪行爲。應屬於結夥三人以上強盜罪之事前幫助。其成立刑律第三百七十三條第二款之從犯。已無疑義。乃原判竟援引刑律第三百五十三條第二項第一款之規定。論罪科刑。實屬錯誤。應請撤銷原判。另予糾正。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查此案被告人陶本善在原審供稱。伊姪陶惠等平日行搶拉票。并稱四年八月二十五日又到小民家。叫小民打油。替他們打油捻子。造畢。他們就走。未幾拉了一個娃子回來。並有衣服被臥等件各等語。是該被告人對於陶惠導之前往強劫。於事前實施幫助行爲。已極明瞭。雖陶惠等擄人勒贖行爲。就原判認定事實。不免稍涉含糊。然該被告人之成立強盜從犯。應依刑律第三百七十三條第二款處斷。自屬確實。乃原判竟誤引第三百五十三條第二項第一款之規定。實係違法。

判決之理由

據襄陽縣認定事實。稱案奉襄陽鎮守使黎飭開。照得本師軍隊獲匪陳志全等發審。分別訊擬。詳請懲辦一案。

茲於本月十四日奉彰武上將軍行署批開。詳供均悉。該犯陳全志迭糾行搶擄人勒贖。得贖分用。既經該師趙團長督飭拿獲解。經由所屬執法官訊據。供認不諱。並當場起獲槍枝等件。實屬積慣匪徒。證供確鑿。應即准如所擬。按照懲治盜匪法第三條第五項及第四條第三項。將該犯陳全志一名處以死刑。用昭炯戒。陶本善一名。勾結匪類。代匪窩贓。情節較陳全志爲輕。亦准如擬。交由襄陽縣按律科以徒刑。以示懲戒。仰即遵照辦理具報。仍飭嚴緝。供出各逸犯務獲究辦。毋任漏網。此批供存等因奉此。除將該犯陳全志提驗正身。押赴犯事地方。執行死刑。用昭炯戒。詳覆外。茲將陶本善一名。連同供詞。行交貴知事。希即查照訊擬詳辦等因奉此。知事當即提訊。據該犯陶本善供稱。年三十三歲。棗陽縣屬觀音寺人。家有女人。生有二女一子。自種地四十多畝。陶惠是姪子。與陳全志梁五太梁二歪子們。時常在外行搶拉票。今年八月十六日。姪子陶惠。糾領張老三陳全志們到小民家中。強叫小民與他們做飯吃。小民無奈應允。吃畢又到小民屋前。用皮紙造油捻。小民問他們何往。言說上船去的話。至八月二十五日挨晚時。姪子陶惠又同梁五太胡浩們到小民家。叫小民打油。替他們造油捻。造畢之後。他們走了。天亮時。轉到小民家。小民見他們拉了一個娃子。約有十多歲。並攜有幾件衣服被臥。在小民家看守稼禾草棚內吸食洋煙。食畢把所拉娃子。帶上船去了。不料軍隊往拿。姪子陶惠們逃跑。致把小民連陳全志一併拿獲的。所有軍隊起獲之槍刀。本是在小民草棚內起出的是實。求恩典等供不諱。應予判決等語。案經

襄陽縣依刑律第三百五十三條第二項第一款。將陶本善判處五等有期徒刑九個月。總檢察廳檢察長以判決違法。提起非常上告到院。

據以上事實。被告人陶本善明知陶惠林出太胡浩等共同上盜。猶復爲浸造油捻。實犯刑律第三百七十三條第二項第三十一條第一項之罪。原判僅依第三百五十三條第二項第一款科處。自有未合。總檢察廳檢察長於判決確定後。據此理由。提起非常上告。自係合法。檢察官之意見。亦屬允當。應由本院將原判撤銷。更爲判決。陶本善事前幫助強盜之所爲。應依刑律第三百七十三條第二款第三十一條第一項處斷。並參用現行刑事訴訟律草案第四百六十三條之律意。仍予執行原刑。以免受不利益之影響。特爲判決如右。

●竊盜結夥三人以上。應依三六八條處斷。

●大理院刑事判決吳刀仔竊盜一案（民國五年非字第五十七號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 吳刀仔

右被告人吳刀仔竊盜之所爲。經福建閩清縣於中華民國五年二月二十五日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

決判撤銷。

吳刀仔竊盜之所爲。應依刑律第三百六十八條處斷。仍執行原刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查結夥三人以上之竊盜罪。依刑律第三百六十八條第二款規定。應加重科刑。此案據原判內稱。該被告人吳刀仔曾供明與在逃未獲之彭拔生及苗仔。竊得余姓耕牛一條等語。並經原判採爲確定事實。是該被告人結夥三人以上。共同行竊。已屬確鑿。乃原判不適用刑律第三百六十八條第二款規定。仍依第三百六十七條處斷。實係引律錯誤。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

查此案。被告人吳刀仔糾同彭拔生及不識姓名之苗仔偷竊余姓耕牛。變賣得價分用各等情。業由該被告人當庭自白。並經原判認定。是該被告人之所爲。實與刑律第三百六十八條第二款之加重竊盜罪法定要件相符。乃原判遽依第三百六十七條。處以四等有期徒刑二年八個月。實屬錯誤。

判決之理由

福建閩清縣認定事實。民國四年十二月十七日閩清縣第七團團總余憲周。在該縣稟送團戶毛浩才盜犯吳刀仔。並稱民國三年思清家失去耕牛一條。即係該犯竊去。請求懲辦。當經質訊。吳刀仔供稱民國三年八九月間。曾夥同任逃之吳拔生苗仔在余姓竊去耕牛一條。共賣洋二十二元。伊分八元。吳拔生苗仔各分七元。現在所分業已花用罄存。並稱毛浩才家被盜。伊不知情等語。

據以上事實。該被告人之犯罪行為。實與刑律第三百六十八條第二款之規定相符。自應依該條處斷。乃原判據依第三百六十七條科刑。實屬引律錯誤。總檢察廳檢察長據此理由。提起非常上告。總檢察廳檢察官之意見。均甚允當。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款。將原判撤銷。依刑律第三百六十八條第二款處斷。惟改判之刑。係不利於被告。依刑事訴訟律草案再理編第四百六十三條之規定。其效力不及於被告人。故仍執行原判之刑。特為判決如右。

●一六八條之罪。係指已經逮捕監禁後脫逃者而言。

●大理院刑事判決馮玉臣聚賭營利一案（民國五年非字第五十八號）

上告人

總檢察廳檢察長

被告人

馮玉臣（吉林德惠縣人年二十八歲油房為業）

右被告人因聚賭營利及脫逃罪一案。經吉林德惠縣於民國五年五月十一日判決。總檢察廳檢察長以原判違法。提起非常上告。本院審理判決如左。

●主文

原判馮玉臣脫逃罪之部分撤銷。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查一百六十八條之脫逃罪。係指已經逮捕監禁後脫逃者而言。若尙未逮捕。僅於搜索中逃遁者。自不得以脫逃罪論。本案據原審認定事實。謂該被告人馮玉臣邀集賭犯多名。賭耍寶局。經警捕拿。該犯聞風脫逃。嗣復潛行回家等語。是該被告人顯係於未經逮捕以前。在逃未獲。與脫逃罪所稱逮捕監禁人之定法要件。絕不相符。乃原審於開賭營利罪以外。復科該被告人以脫逃罪之刑。依俱發罪處斷。實屬違法。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

此案被告人馮玉臣因積債無償起意。聚賭抽頭。於本年二月間邀集賭犯多名。賭耍寶局各等情。經原審認定依刑律第二百七十八條及第二百八十二條。處以四等有期徒刑一年又五月。併科罰金六十元。褫奪其爲選舉人之資格終身。自屬正當。惟該被告人係於逮捕以前。聞風脫逃。嗣復被獲送案。與刑律第一百六十八條所

稱逮捕監禁人之法定要件不合。依法不能成立脫逃罪。原判遽引該條。按俱發判分別科刑。殊屬錯誤。應請將原判關於脫逃罪之一部撤銷。

判決之理由

吉林德惠縣縣定事實。馮玉臣籍隸德惠縣開設油房營生。因債務纍纍。一時無錢清償。遂起意設賭抽頭償債。即於民國五年二月二十三日。囑託已到案之姚景增代邀賭客。借屋聚賭寶局。詎被第二警區長警巡羅查知。進屋逮捕。馮玉臣已先聞風脫逃。經過二月。馮玉臣潛行回家。以爲無事。適被警兵查獲。解縣開庭辯論。馮玉臣始不供認。旋傳已到案之賭客馮殿三等當庭指證。馮玉臣無可狡展。直認不諱。

據以上事實。本案被告人馮玉臣邀集賭犯聚賭營利。經警捕拿。該被告人已聞風遠颺。嗣復潛行回家。始被拘獲。是該被告人顯係於未經逮捕以前。先行逃逸。與刑律第一百六十八條所稱逮捕監禁之法定要件不合。蓋刑律第一百六十八條之脫逃罪。係指已經逮捕監禁後脫逃者而言。若未經逮捕先行逃避。自不能以脫逃罪論。乃原判於開賭營利以外。復科該被告人以脫逃罪之刑。依刑律第二十三條以俱發罪處斷。殊屬違法。總檢察廳檢察長本此理由。於判決確定後提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦屬正當。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款。將原判脫逃罪之部分撤銷。特爲判決如右。

●騙物毆人應併科傷害與侵占兩罪

●大理院刑事判決趙永進傷害一案（民國五年非字第五十九號）

上告人 總檢察廳檢察長 被告人 趙永進

右被告人傷害人之所為。經陝西柞水縣於中華民國五年五月十一日判決。總檢察廳檢察長以判決違法。提起非常上告。經本院審理判決如左。

●主文

趙永進侵占之所為。應依刑律第三百九十一條處斷。與原判傷害罪依第二十三條併科。仍維持原刑。

總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查刑律第三百九十一條規定。自己因契約照料他人事務之共有物而侵占之者。仍應成立侵占罪。此案被告人趙永進與廖登雲夥套麝包三個。均存伊家。嗣因家貧。將麝包私自變賣。花用各等情。據原審堂諭及該被告人等供詞。其侵占事實。已屬確鑿無疑。原判僅對於該被告人傷害一罪。科以刑律第三百二十三條第三款之刑。而置侵占罪於不問。與認定事實。顯有不符。自係違法。

總檢察廳檢察官張孝移之意見

此案據原判認定事實。該被告人趙永進除輕微傷害罪外。又侵占依契約管有他人之共有麝包三個。迭經該被告人供認不諱。是該被告人之犯罪行為。係觸犯刑律第三百九十一條第一項。及第三百十三條第三款之俱發罪。原判對於侵占行為。並不依律宣告罪刑。僅依第三百十三條第三款處以五等有期徒刑三月。適用法律。顯有錯誤。

決判之理由

陝西柞水縣認定事實。趙永進於民國四年陰歷九月間。與廖登雲夥套麝包三個。均吾趙永進家。民國五年三月二十日下午。廖登雲向趙永進索分麝包。趙永進因將麝包私賣花用。詐說業已分給。廖登雲斥其狡騙。兩相爭鬧。廖登雲撲毆趙永進。力不能敵。順取鐵斧向其胃砍。廖登雲受傷回跑。令散。經廖登雲之兄廖登林。將其送驗。飭醫填單。隨將趙永進弋獲送案。

據以上事實。該被告人實犯傷害與侵占兩罪。原判僅依刑律第三百十三條第三款。處該上告人以五等有期徒刑三個月。而置侵占罪於不問。實屬疏漏。總檢察廳檢察長於判決確定後。提起非常上告。自係合法。總檢察廳檢察官之意見。亦甚允甚。應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款補正。趙永進輕微

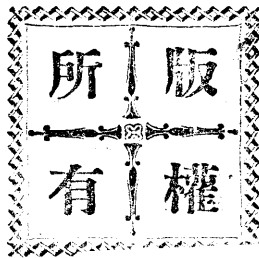
傷害人及侵佔自己共有物之所爲。應依刑律第三百九十一條處斷。與原判傷害罪之刑依第二十三條併科。唯改判係不利於被告人。應依該再理編第四百六十三條。仍維持原判之刑。特爲判決如右。



大理院判決例 刑事二



民國六年十月再版



上海圖書館藏書



A541 212 0016 3055B

編輯者

天虛我生

發行者

中華圖書館

印刷者

上海新開路中華圖書館印刷所

發行所

上海盤龍街中華圖書館發行所

分售處

本埠各大書局

大理院刑事判決例編乙

定價洋四角

