

最高法院判例彙編



上海法學編譯社出版
會文堂新記書局經售

第十集

中華民國二十二年三月出版

有 著
作 權

最高法院判例彙編
第十集
全書
一册

定價大洋六角

外埠加郵費

編輯者 郭 衛 元 覺

出版者 上海法學編譯社

印刷者 上海會文堂新記書局

發行者 上海會文堂新記書局

總發行所

上海
河南路
三馬路
北首

會文堂新記書局

分發行所

北平
漢口
廣州
交通
永漢
北
路
路
路
路

會文堂新記書局

目次

- (一) 刑律免刑規定之適用(刑法)上告人本院檢察署檢察長被告鄭齊因竊盜上告案……………一
- (二) 已婚婦女之行為能力(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告平錦榮等因營利賂誘上訴案……………四
- (三) 不能適用刑律之事項(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告黎廷助因殺人上訴案……………七
- (四) 正當防衛之適用(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告杜榮銀因傷害致死上訴案……………一〇
- (五) 預謀殺人之認定(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告李八寶子因殺人上訴案……………一三
- (六) 洩忿殺人之責任(刑法及刑訴)上訴人本院檢察署檢察長被告李喜因殺人上訴案……………一五
- (七) 折抵之不一致(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告吳金培等因賭博上訴案……………一九
- (八) 重婚罪之不能成立(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告石劉氏等因重婚上訴案……………二一
- (九) 竊盜罪之誤認(刑律)上訴人本院檢察署檢察長被告張松林因竊盜上訴案……………二四

- (十) 偽造自己文書之不論罪(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告張鳳林因變造文書上訴案……………二六
- (十一) 援用刑法之錯誤(刑法及禁烟法)上訴人本院檢察署檢察長被告吳金福因販賣鴉片上訴案……………二九
- (十二) 強盜之重科(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告王錦章因強盜上訴案……………三二
- (十三) 適用刑律之限制及殺人與毀屍之關係(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告王德升殺人上訴案……………三四
- (十四) 販賣鴉片之另科與減輕之限制(禁烟法及刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告李立庭以館舍供人吸用鴉片上訴案……………四〇
- (十五) 瀆職罪之構成(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告趙中奎等因瀆職上訴案……………四三
- (十六) 強盜罪之認定(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告任世根等因竊盜上訴案……………四六
- (十七) 從一重處斷與更審中之錯誤(刑法及刑訴)上訴人本院檢察署檢察長被告林來庭

因殺人上訴案……………四九

(十八)搶奪與強盜之認辯(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告楊流煥因搶奪上訴案……………五二

(十九)槍砲取締條例之適用與從犯之認定(槍砲取締條例及刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告吳汝奎等因持有子彈上訴案……………五三

(二十)侵入之誤認與褫權執行之錯誤(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告馬二虎因侵入住宅竊盜一案……………五五

(二十一)不知犯罪事實之無罪(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告楊汝璽因搶奪他人所有物上訴案……………六一

(二十二)牙保贓物罪之論科(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告鄧自遠因贓物上訴案……………六五

(二十三)褫權與本刑(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告楊乾元等因詐術使人交付所有物上訴案……………六七

(二十四)防衛權之誤認(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告張福山因傷害致死上訴案……………七〇

- (二十五)故意之解釋(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告王少龍因過失致人死上訴案……七三
- (二十六)殺旁系尊親屬之重科(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告朱順發因殺人上訴案……七六
- (二十七)強盜事實之欠明瞭(刑法及刑訴)上訴人本院檢察署檢察長被告楊恆魁因強盜上訴案……七八
- (二十八)上訴審理之範圍與減輕之限制(刑訴及刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告楊貞節等因竊盜上訴案……八〇
- (二十九)覆判之核准與初判事實(刑事訴訟法)上訴人本院檢察署檢察長被告黃安全等因盜匪上訴案……八四
- (三十)填塞口鼻與殘忍行爲(刑法)上訴人本院檢察署檢察長被告胡存禮因殺人上訴案……八八
- (三十一)代定婚約之解除(民法親屬)上告人孫科開被告劉女子因解除婚約上告案……九一
- (三十二)婚姻之締結(民法親屬)上告人王趙氏被告李牛崽等因婚姻涉訟上告案……九三

(三十三) 親族會議之組織(民法親屬)上告人盧正敬被告盧正彬因承繼涉訟上告案	九五
(三十四) 清償之緩期或分期(民法債)上告人陳茂丞被告林鮑氏等因存款涉訟上告案	九七
(三十五) 共訴代理之欠款(民事訴訟法)上告人焦松坡等被告陳獻箴等因確認共有牧廠涉訟上告案	九九
(三十六) 不服附帶民訴之程序(民事訴訟法)上告人潘仰漁被告潘鈍鈞因侵佔附帶民事訴訟上告案	一〇二
(三十七) 上告之限制(民事訴訟律)上告人戴陳氏等被告張會球等因請求履行婚約涉訟上告案	一〇四
(三十八) 抗告之限制(民事訴訟法)陳桂馨與丁子碩因求償債務涉訟抗告案	一〇六
(三十九) 上訴之限制(刑事訴訟法)上訴人王鳳山等傷害上訴案	一〇七
(四十) 同案起訴之限制(刑事訴訟法)上訴人陳維新略誘婦女上訴案	一一〇
(四十一) 自白之條件(刑事訴訟法)上訴人馬克乎等因殺人上訴案	一一二

(四十二) 抗告之限制(刑事訴訟法)孟繼舜因綁匪抗告案……………一四

(四十三) 繼承之開始(民法繼承)上告人余樹舜被告余碧霞等因否認屋業繼承權涉訟上

告案……………一五

(四十四) 養子之入譜(民法親屬)上告人阮清璧被告阮五芳因登譜涉訟上告案……………一七

(四十五) 登記之效力(不動產登記條例)王曰智等與王漢臣因確認買賣無效涉訟上告案一二〇

(四十六) 優先受償權與登記(不動產登記條例)上告人穆德成被告王子承因執行異議涉

訟上告案……………一二一

(四十七) 誤用上訴程序之效力(民事訴訟法)上告人周萬全被告郭品儒因求還借款涉訟

上告案……………一二五

(四十八) 抵押權之標的(民法物權)上告人殷漢泉被告胡希崖等因確認抵押權涉訟上告

案……………一二七

(四十九) 一造辯論與依聲請(民事訴訟法)上告人張子方被告楊明權因給付債款涉訟上

告案……………一二九

(五十)中間判決之控告(民事訴訟法)曾雲山等與亞細亞洋行因債務涉訟控告案……………一三〇

最高法院判例彙編

第十集

目次

七

最高法院判例彙編

第十集

目次

提要

○關於民法債

(三十四)清償之緩期或分期——民法三一八條一項但書之規定不過規定法院有斟酌債務人境況許其緩期清償之職權並非認無資力人有要求緩期清償之權利故法院認為不應許其緩期清償時債務人無聲明不服之餘地(二十一年一月十一日上字第四二號)……………九七

○關於民法物

(四十八)抵押權之標的——抵押權之設定對於不動產始得為之動產及其他之營業權利不能為抵押權之標的(二十一年一月十六日上字第八六號)……………一二七

○關於民法親屬

(三十一)代定婚約之解除——父母為未成年子女所訂婚約苟其子女成年後有一方不

同意時許其訴請解約(二十一年一月二日上字第一二號).....九一

(三十二)婚姻之締結——已成年人締結婚姻無須法定代理人同意(二十一年一月二

日上字第一六號).....九三

(三十三)親族會議之組織——親族會議之組織必由各族長房長或多數族人推出總代

表與被繼承人較為切近之人公同議決取決多數於法始能有效(二十一年一月九日

上字第三五號).....九五

(四十四)養子之入譜——族譜載有異姓不得亂宗之例者係以當時法律不認收養異姓

之子與養父母間有親子關係為前提自民法施行後養子與養父母之關係除法律另有

規定外與婚生子同婚生子既應入譜法律上視同婚生子之養子自不得更援譜例拒絕

入譜惟養子在法律上之地位於另有規定時亦非與婚生子全然同一故養子入譜應依

其譜例之本旨載明養子字樣以別於真正之婚生子(二十一年一月十四日上字第五

七號).....一一七

○關於民法繼承

(四十二)繼承之開始——繼承開始係在被繼承人死亡之時雖繼承開始後其應繼財產
在被侵害中未能由繼承人實行享受要不能因此遂謂該財產之繼承尚未開始(二十
一年一月十四日上字第五五號)……………一一五

○關於刑法

(一)刑律免刑規定之適用——犯罪時之法律較裁判時之法律定刑較輕自應適用犯罪
時之法律直系親屬犯竊盜罪既在刑律尚未失效期間自應適用刑律免除其刑之規定
處斷(二十年四月十四日非字第五九號)……………一

(二)已婚婦女之行爲能力——婦女被誘之時雖未滿二十歲然既經與人結婚法律上即
非無行爲能力之人是營利略誘行爲僅屬侵被害人之自由殊與刑法第二百五十七條
第二項構成要件不合(二十年四月十七日非字第六〇號)……………四

(三)不能適用刑律之事項——刑法第二條但書之特別規定既係以刑爲限則依新法施

行舊法廢止之原則刑以外之事項當然不能適用刑律至爲明顯（二十年四月二十九日非字第六一號）……………七

（四）正當防衛之適用——本夫見其妻與人姦宿迫於一時之義憤因將其人毆傷致死此係排除現時不法之侵害實與刑法第三十六條前半對於現在不法侵害而出於防衛權利行爲之規定相當自應依法不罰（二十年五月七日非字第六五號）……………一〇

（五）預謀殺人之認定——殺人既係出於事前預定計劃即係預謀殺人不能適用普通殺人罪處斷（二十年五月十二日非字第七〇號）……………一三

（六）洩忿殺人之責任——殺人在於洩忿與意圖便利犯他罪者情形不同當無適用刑法第二百八十五條第一項第一款之餘地至乘被害人熟睡之際潛入其臥室開槍殺害有無預謀及侵入住宅情形又犯人褲上之血跡未經合法鑑定事實均屬不明不得謂無更審之原因（二十年四月二十三日非字第七一號）……………一五

（七）折抵之不一致——被告無力完納罰金各准以二元折易監禁一日乃於其裁判確定

前之羈押日數不依前項判定標準折抵竟以一元折抵一日核與刑法第六十四條後段顯屬不合(二十年五月十一日非字第七三號)……………一九

(八)重婚罪之不能成立——既無媒妁及婚書又未舉行相當之儀式自與重婚罪之以正式婚姻爲前提有所未合不能成立重婚罪名(二十年四月十六日非字第七四號)……………二一

(十)僞造自己文書之不論罪——關於僞造文書除公務員所掌之公文書與醫師所提出之證書外若於自己之文書雖爲不實之登載無論是否足生損害於他人刑法上既無處罰明文自無論罪之餘地(二十年五月十二日非字第七六號)……………二六

(十一)援用刑法之錯誤——販賣鴉片之累犯既適用刑法第六十六條第二項於禁烟法第六條所定之本刑上加重處斷自不必再贅引該項第九款又查獲之鴉片及其代用品不問屬於他人與否均沒收焚燬之禁烟法既有特別規定自無再適用刑法之餘地(二十年五月十四日非字第七七號)……………二九

(十二)強盜之重科——夜間攜帶兇器侵入他人住宅劫取財物其犯罪情形適合於刑法

第三百二十八條第一項第一三兩款之規定應科以同法第三百四十八條之有期徒刑

(二十年五月十八日非字第七八號).....

三二

(十三)適用刑律之限制及殺人與毀屍之關係——刑法第二條但書所謂適用較輕之刑者專以科處主刑爲限而關於罪名仍應依刑法論之自不得適用刑律之規定又殺人與損壞屍體之二個行爲究竟有無牽連關係應予併爲裁定自不應將損壞屍體一罪置而不論(二十年五月十三日非字第七九號).....

三四

(十四)販賣鴉片之另科與減輕之限制——既開燈供人吸食鴉片又有販賣之行爲自應適用禁烟法第六條第十條之規定而從一重處斷如其情節尙堪憫恕祇能就該法第十條所定五年以下一年以上之範圍內定其刑期當不能軼出最低限度之外(二十年五月四日非字第八〇號).....

四〇

(十五)瀆職罪之構成——按瀆職罪之成立以公務員身分及就其職務上而爲賄賂等行爲爲要件若既非公務員又非就其職務上而爲取得賄賂之行爲當然不能成立瀆職罪

(二十年六月八日非字第八一號)……………四三

(十六)強盜罪之認定——結夥三人以上竊取他人財物經事主追捕復將其毆傷顯係於行竊時因脫免逮捕而當場施以強暴自應論以刑法第三百四十八條之強盜罪不能認為構成竊盜與傷害兩罪(二十年五月十八日非字第八一號)……………四六

(十七)從一重處斷與更審中之錯誤——二罪之犯意犯行各自獨立並不發生方法與結果之牽連關係自應適用併合論罪之例分別科刑不能從一重處斷再查修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項所定之發交更審並非以有土地管轄之法院為限而發交更審之判決主文已載明原判決撤銷者則更審判決時即無更為撤銷宣告之可能(二十年六月十二日非字第八三號)……………四九

(十八)搶奪與強盜之認辨——刑法上之搶奪罪其為奪取他人所有物雖與強盜罪無殊但搶奪行為僅指乘人不及抗拒而為奪取者而言如果施用強暴脅迫使人不能抗拒而為奪取即應成立強盜之罪至所謂強暴脅迫手段祇須抑壓被害人之抗拒足以喪失其

意思自由爲已足縱令被害人實際並無抗拒行爲仍與強盜罪之成立無關（二十年六月九日非字第八四號）……………五三

（十九）槍炮取締條例之適用與從犯之認定——未受允准持有軍用子彈既係事犯在軍用槍炮取締條例施行以後依特別法優於普通法之原則自應適用該條例處斷又查刑法上所謂從犯係指對於正犯所犯事實有認識而加助力者而言若僅尾隨其後雖明知其犯罪但並未加以何種助力當然不發生共犯之關係（二十年六月十八日非字第八五號）……………五六

（二十）侵入之誤認與褫權執行之錯誤——刑法上所謂侵入係指違反本人意思而擅入其住宅者而言若幫同守靈當係取得本人之同意則其乘人熟睡之際將屋內財物竊取而去尙不發生侵入問題又查宣告多數褫奪公權者祇應執行其中最長期之褫奪公權（二十年六月十一日非字第八七號）……………五九

（二十一）不知犯罪事實之無罪——於已因執行債務而歸屬於他人之不動產所有權則

該不動產內之出產物既未與土地分離又未經當時約定自應認為不動產之部分而同時移轉惟因誤認其出產物仍屬自己所有於成熟時前往割取顯係不知構成犯罪之事實應予諭知無罪（二十年五月二十八日非字第八八號）……………六二

（二十二）牙保贓物罪之論科——為竊盜銷售竊贓顯係構成牙保贓物罪且以概括的犯意兩次為銷贓之行爲既具有連續性質自應以一罪論科不能遽爲併合論罪（二十年五月二十八日非字第八九號）……………六五

（二十三）褫權與本刑——查併合論罪案件如數罪或其中之一罪認為須褫奪公權者自應於判決主文中各該罪主刑下宣告之方爲合法否則於所定主刑執行刑期下綴以褫奪公權究竟此項褫奪公權屬於何罪殊不明瞭（二十年六月十二日非字第九一號）……………六七

（二十四）防衛權之誤認——防衛行爲以對於現在不法之侵害爲必要條件故如彼此互毆不能指明何方爲不法之侵害自不得僅以下手之較後而主張防衛權（二十年六月九日非字第九三號）……………七〇

(二十五)故意之解釋——犯人對於構成犯罪之事實明知並有意使其發生者為故意其對於構成犯罪之事實預見其發生並不違背犯人本意者亦以故意論(二十年五月二十九日非字第九四號)……………七三

(二十六)殺旁系尊親屬之重科——胞兄為旁系尊親屬則殺死胞兄者依其身分之關係其殺人之行為應構成刑法第二百八十三條第二項之罪(二十年六月二十七日非字第九五號)……………七六

(二十七)強盜事實之欠明瞭——既有強暴脅迫情形又曾攜有槍械則犯罪之事實不能謂非犯強盜罪惟其強暴脅迫情形究達如何程度所攜槍械初判與覆判所載又各不相同事實尚欠明瞭自應認為有發回更審之必要(二十年六月二十二日非字第九六號)七八

(二十八)上訴審理之範圍與減輕之限制——上訴法院就下級訴訟案件所得審理者除有關係及特別規定外以上訴人不服之部分為限又遇有犯罪之狀況可憫恕者雖得依法酌減然至多不得超過二分之一(二十年六月十一日非字第九八號)……………八一

(三十)填塞口鼻與殘忍行爲——刑法所謂殘忍行爲係指與支解折割相類之情形而言若殺人後復用黃沙將其口鼻填滿此不過意在防其復活尙難謂爲殘忍之行爲(二十年七月二十五日非字第一〇〇號)……………八八

○關於刑律

(九)竊盜罪之誤認——以僱傭關係而變賣其保管之他人所有物依據當時有效之刑律應成立第三百九十一條第一項之侵占罪不能以竊盜罪論科(二十年五月四日非字第七五號)……………二四

○關於民事訴訟法

(三十五)共訴代理之欠缺——共有人就共有權利之全部爲訴訟者應由共有人全體共同起訴其代表出名起訴者苟非代表共同全體固不能謂非代理權尙有欠缺惟此種欠缺儘可定期命其補正非俟欠缺補正或補期滿後不得爲終局判決(二十一年一月四日)上字第五一號)……………九九

(三十六)不服附帶民訴之程序——僅對於附帶民事訴訟之判決聲明不服者依法既應由民事法院受理其訴訟程序自應準用民事訴訟法規(二十一年一月一日上字第一號)……………一〇二

(三十八)抗告之限制——審判長命令當事人繳納審判費用係屬指揮訴訟之範圍當事人不得以抗告方法聲明不服(二十一年一月五日抗字第一八號)……………一〇六

(四十七)誤用上訴程序之效力——對於原法院第二審駁斥其上訴之判決竟依再抗告程序聲明不服其用語雖稍涉誤會惟既聲明係不服原法院之判決仍應以上告論(二十一年一月八日上字第七六號)……………一二五

(四十九)一造辯論與依聲請——言詞辯論日期一造不到場而到場之當事人並未聲請由其一造辯論而為判決者法院不得以職權為一造辯論之判決(二十一年一月十八日上字第八八號)……………一二九

(五十)中間判決之控告——關於管轄爭議之中間判決當事人如有不服應俟將來對於

終局判決提起控告時一併受控告法院之審判(二十一年一月七日抗字第二五號)一三〇
(三十七)上告之限制——對於財產上請求之控告審判決若因上告所應受之利益不逾
二百元者不得上告(二十一年一月十五日上字第一〇五號)……………一〇四

○關於刑事訴訟法

(六)洩忿殺人之責任——殺人在於洩忿與意圖便利犯他罪者情形不同當無適用刑法
第二百八十五條第一項第一款之餘地至乘被害人熟睡之際潛入其臥室開槍殺害有
無預謀及侵入住宅情形又犯人禰上之血跡未經合法鑑定事實均屬不明不得謂無更
審之原因(二十年四月二十三日非字第七一號)……………一五

(十七)從一重處斷與更審中之錯誤——二罪之犯意犯行各自獨立並不發生方法與結
果之牽連關係自應適用併合論罪之例分別科刑不能從一重處斷再查修正縣知事審
理訴訟暫行章程第三十六條第二項所定之發交更審並非以有土地管轄之法院為限
而發交更審之判決主文已載明原判決撤銷者則更審判決時即無更為撤銷宣告之可

能(二十年六月十三日非字第八三號).....四九

(二十七)強盜事實之欠明瞭——既有強暴脅迫情形又曾攜有槍械則犯罪之事實不能

謂非犯強盜罪惟其強暴脅迫情形究達如何程度所攜槍械初判與覆判所載又各不相

同事實尚欠明瞭自應認為有發回更審之必要(二十年六月二十二日非字第九六號)七九

(二十八)上訴審理之範圍與減輕之限制——上訴法院就下級訴訟案件所得審理在除

有關係及特別規定外以上訴人不服之部分為限又遇有犯罪之情狀可憫恕者雖得依

法酌減然至多不得超過二分之一(二十年六月十一日非字第九八號).....八〇

(二十九)覆判之核准與初判事實——查覆判審核核准初判之判決應以初判認定事實為

根據如其所述事實與初判不符自不得遽予核准(二十年七月十一日非字第九九號)八四

(二十九)上訴之限制——被告上訴係就科刑之判決為求自己利益之救濟方法既未經

原判決論罪科刑即於上訴人無不利之處無可為上訴之餘地(二十一年一月五日上

字第一號).....一〇七

- (四十) 同案起訴之限制——檢察官對於同一案件經不起訴處分確定後再行起訴者以發見新事實或新證據爲條件否則卽屬起訴程序違背法規法院應爲不受理之判決 (二十一年一月八日上字第三號) 一一〇
- (四十一) 自白之條件——被告之自白雖得認爲證據但以出於被告之自由陳述且與事實相符者爲限 (二十一年一月八日上字第一號) 一一二
- (四十二) 抗告之限制——法院判決前關於管轄之裁定不得抗告 (二十一年一月五日抗字第一號) 一一四

○關於禁烟法

- (十一) 援用刑法之錯誤——販賣鴉片之累犯既適用刑法第六十六條第二項於禁烟法第六條所定之本刑上加重處斷自不必再贅引該項第九款又查獲之鴉片及其代用品不問屬於他人與否均沒收焚燬之禁烟法既有特別規定自無再適用刑法之餘地 (二十年五月十四日非字第七七號) 一二九

(十四)販賣鴉片之另科與減輕之限制——既開燈供人吸食鴉片又有販賣之行爲自應適用禁烟法第六條第十條之規定而從一重處斷如其情節尙堪憫恕祇能就該法第十條所定五年以下一年以上之範圍內定其刑期當不能軼出最低限度之外(二十年五月四日非字第八〇號)……………四〇

○關於不動產登記條例

(四十五)登記之效力——不動產所在地如已施行不動產登記其買賣行爲非經登記不得對抗第三人(二十一年一月十三日上字第六五號)……………一一〇

(四十六)優先受償權與登記——抵押紅契既未於第二審辯論終結以前爲抵押權設定之登記則第二審法院認爲不得對於爲第三人之被告上告人主張優先受償權以駁斥上告人之上訴於法並無不當(二十一年一月八日上字第七五號)……………一二三

○關於槍砲取締條例

(十九)槍砲取締條例之適用與從犯之認定——未受允准持有軍用子彈既係事犯在軍

用槍砲取締條例施行以後依特別法優於普通法之原則自應適用該條例處斷又查刑
法上所謂從犯係指對於正犯所犯事實有認識而加助力者而言若僅尾隨其後雖明知
其犯罪但並未加以何種助力當然不發生共犯之關係（二十年六月十八日非字第八
五號）……………五六

最高法院判例彙編

第十集

提要

一八

國民政府
最高法院判例彙編 第十集

(一) 刑律免刑規定之適用(關於刑法)二十年四月十四日(非字第五九號)

犯罪時之法律較裁判時之法律定刑較輕。自應適用犯罪時之法律。直系親屬犯竊盜罪。既在刑律尙未失效期間。自應適用刑律免除其刑之規定處斷。

照錄鄭齊竊盜一案判決書

上告人本院檢察署檢察長

被告鄭齊男年二十九歲長安縣人住盧進士巷

右上訴人因被告竊盜案件對於長安地方法院民國十七年十一月十九日第一審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於竊取鄭福田財物部分及刑之執行部分均撤銷

鄭齊竊取鄭福田財物部分免訴

理由

上訴人提起非常上訴意旨略謂查於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯竊盜之罪者得免除其刑爲刑法第三百四十一條第一項所明定故在適用刑法時期本得因其情形而爲科刑之判決但其犯罪若在刑法施行以前則因刑律第三百八十一條第一項特設免除其刑之規定自比較刑法爲輕依刑法第二條但書對於刑之較輕者尙能適用而於輕至極點之免除其刑更無不能適用之理本件被告鄭齊於民國十七年舊曆正月間私將其父鄭福田錢櫃啓開竊去大洋三十元七月二十四日（即國歷九月七日）又竊取其父夥開之自新成號手槍套兩個爲原判認定之事實依此事實該被告兩次行竊因均係觸犯刑法第三百三十七條第一項之罪惟查其第一次行竊時刑法尙未施行刑律猶屬有效刑法上第三百三十七條第一項之罪既核與刑律第三百六十七條之罪相當則依上開說明關於該被告竊取其父洋元一罪自應適用刑律第三百八十一條第一項免除其刑始爲適當原判決乃處以有期徒刑二月並基此與竊取手槍套罪定其執行刑期顯係違法合依刑事訴訟法第四百

三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請援用同法第四百三十九條第一款將原判違法部分撤銷另行判決等語

原審認定事實略謂被告於民國十七年陰歷正月私將其父鄭福田錢櫃啓開竊去大洋三十元七月間(查係七月二十四日)又竊取其父夥開之自新成號手槍套兩個由其父鄭福田告訴云云

查犯罪時之法律與裁判時之法律遇有變更者固應依裁判時之法律處斷但犯罪時法律之刑較輕者適用較輕之刑法第二條已有明文則凡犯罪在新法施行以前其犯罪時之法律關於刑之規定如較裁判時法律之刑為輕者應從其輕者處斷實無容疑本件被告於民國十七年陰歷正月竊取其父鄭福田財物尚在刑法施行以前刑律猶屬有效徵論刑律第三百六十七條之刑較刑法第三百三十七條第一項之刑為輕且被告為鄭福田之子具有直系親屬之身分刑律第三百八十一條第一項復有免除其刑之規定兩相比較自應以犯罪時法律所定之刑為較輕之刑原判決不依上述法條適用舊法關於刑之規定免除其刑仍依刑法第三百三十七條第一項處以有期徒刑二月並基此與竊取手槍套罪定其執行之刑顯屬於法有違上訴人據以提起非常上訴其理由洵屬正當應由本院撤

銷改判

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款刑法第三百三十七條第一項第二條但書刑律第三百六十七條第三百八十一條第一項刑事訴訟法第三百十七條第二款判決如主文

(二)已婚婦女之行為能力(關於刑法)二十年四月十七日(非字第八〇號)
婦女被誘之時。雖未滿二十歲。然既經與人結婚。法律上即非無行為能力之人。是營利略誘行為。僅屬侵害被害人之自由。殊與刑法第二百五十七條第二項構成要件不合。

照錄平錦榮等營利略誘一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告平錦榮男年四十六歲住安昌業工

謝雲祥男年三十四歲住偏門外業商

右上訴人因被告等營利略誘一案對於蕭山縣法院民國十九年三月十日第一審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於適用法則違法之部分撤銷

理由

非常上訴理由略稱查民法總則第十三條第三項規定未成年人已結婚者有行爲能力則自民法總則施行後卽不得視夫爲妻之保佐人故有略誘已結婚之夫成年婦女者應依刑法分則第二十五章論科業經司法院院字第三〇四號解釋在案本件據原認事實略稱高阿常有女曰牛姑已嫁孫錦寶爲妻嗣因家貧願爲女傭以自給被告平錦榮乃設計將其誘至謝雲祥家中復串通謝雲祥及其母謝王氏等以二百六十元身價賣與嚴阿法爲妾云云如果所認非虛高牛姑雖經訊明在被誘之時其年尙未滿二十歲然依上開解釋實不生脫離享有親權人等之問題原判不依刑法第三百十五條第二項論科竟引同法第二百五十七條第二項處斷顯係違法合依法提起非常上訴應請糾正等語

原判決認定事實略稱高牛姑嫁武康孫錦寶爲妻民國十八年十月間（即舊歷八月間）至紹興安昌探親因貧願爲人傭平錦榮遂乘機以託人薦工爲詞將高牛姑誘至紹興偏門外謝雲祥家中並與謝雲祥及謝雲祥之母王氏（該氏向爲人代薦女傭）串通於同年九月九日（即舊歷九月初七日）將高牛姑賣與帽山嚴阿法爲妾取得身價洋二百六十元由平錦榮僞充高牛姑之母舅寫立字據等語

本院按未成年婦女已結婚者即有行爲能力自無親權人監護人保佐人之可言其略誘此項婦女者應視其是否單純略誘抑具備特定目的分別依刑法第三百十五條第一項論科不得援用刑法第二百五十七條處斷因刑法第二百五十七條第一第二兩項之罪均以使被誘人脫離親權人監護人或保佐人之範圍爲構成要件故也本件據原判決認定事實被誘人高牛姑被誘之時雖未滿二十歲然既經與人結婚法律上即非無行爲能力之人被告等營利略誘行爲僅屬侵被誘人之自由殊與刑法第二百五十七條第二項構成要件不合原判決不依刑法第三百十五條第二項處斷自屬適用法則不當本件非常上訴應認爲有理由惟原判決尙非不利於被告毋庸另行判決應祇將其適用法則違法部分撤銷以資糾正

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款判決如主文

(三)不能適用刑律之事項(關於刑法)

二十年四月二十九日(非字第六一號)

刑法第二條但書之特別規定。既係以刑爲限。則依新法施行。舊法廢止之原則。刑以外之事項。當然不能適用刑律。至爲明顯。

照錄黎廷勛殺人一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告黎廷勛男年三十六歲懷集縣人住井波村

右上訴人因被告殺人案件對於廣西高等法院民國十七年十一月三日第二審判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於適用法則及程序之違法部分撤銷

最高法院判例彙編

第十集

理由

非常上訴意旨略稱查犯罪在新刑法施行以前而裁判在後者如果舊法之刑較輕於新法之刑固應適用舊法科刑而論罪則不問如何情形概以新法爲根據觀於刑法第二條之規定至爲明晰本件被告黎廷勛因其父被李欽光擊斃憤恨異常久思報復至民國十六年舊歷九月十一日始偵知李欽光須擔銅仙經過石矮橋地方乃持槍先往該處等候伺李欽光行過即從後開槍將其擊斃此爲原判認定之事實據此事實固得認爲有可減輕之情形原判依據刑法施行條例第三條所定比較重輕之法則以認定刑律之刑爲輕雖屬無誤然於適用刑律之刑外並依刑律論罪已有未合況就上述事而論該被告蓄志已久與殺意起於臨時者不同原判不論以刑法第二百八十四條第一項第一款預謀殺人罪之罪而認爲普通殺人尤爲違法又查刑法第二條但書係以刑爲限則刑以外之事項自無適用刑律之餘地原判竟引刑律第八十條諭知羈押日數折抵徒刑之標準而於第一審諭被告負擔訟費之判決雖經予以撤銷但未予判決書內記載其理由又未列檢察官爲上訴人均不得謂非違誤合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請依法糾正云云

原判決認定之事實略稱緣黎廷勛因父黎遺積被李欽光擄去在途槍斃久思報仇於民國十六年舊歷九月十一早偵知李欽光擔銅仙經過石矮橋地方乃持槍前往該處守候伺其行過卽從後開槍轟擊立時斃命等語

據右事實被告黎廷勛之偵蹤伺殺李欽光斃命顯係出於預謀構成刑法第二百八十四條第一項第一款之罪雖事犯在民國十七年九月一日刑法施行以前依刑法第二條後半段但書規定比較其刑應適用刑律第三百十一條較輕之刑並意在報復其父被李欽光擄去槍斃之仇致罹法網極可憫恕原判決依刑法施行條例第三條刑律第五十四條第三百十一條適用刑律較輕之刑尙無不合然刑法第二條但書之特別規定既係以刑爲限則依新法施行舊法廢止之原則刑以外之事項當然不能適用刑律至爲明顯原判決乃並依刑律第三百十一條論罪而不依刑法第二條前半段規定論以刑法第二百八十四條第一項第一款之預謀殺人罪及諭知裁判前羈押日數抵徒刑之標準依刑律第八十條而不依刑法第六十四條均不得謂非違法其適用刑律較輕之刑漏未引用刑法第二條及告訴人呈訴不服未依修正縣知事審理訴訟暫行章程第二十五條第二項列檢察官爲上訴人亦均不

得謂非違誤本件非常上訴自不能謂無理由惟查原判決於被告尙非不利祇應將其適用法則及程序之違法部分撤銷

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條判決如主文

(四)正當防衛之適用(關於刑法)二十年五月七日(非字第六五號)

本夫見其妻與人姦宿。迫於一時之義憤。因將其人毆傷致死。此係排除現時不法之侵害。實與刑法第三十六條前半對於現在不法侵害而出於防衛權利行爲之規定相當。自應依法不罰。

照錄杜榮銀傷害致死一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告杜榮銀男年三十五歲住東陽下宅口業農

右上訴人因被告傷害人致死案件對於浙江東陽縣法院民國十九年三月二十八日第一審確定判

決提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於罪刑部分撤銷

杜榮銀無罪

理由

上訴人提起非常上訴意旨稱查閱原判既以被告杜榮銀毆傷陳章爐致死係出於當時之義憤援引刑法第二百九十七條處斷而理由欄內又謂爲法無正條一若此種傷害致死情形不包括於上述法條之內已不得謂非矛盾況查刑法上所謂當場激於義憤而傷害人者雖與正當防衛之行爲頗屬近似但前者係以加害爲目的與後者之目的僅在於防衛權利者究有不同故刑法第二百九十七條必須於不得主張防衛權時始能適用此當然之解釋本件被告杜榮銀因陳章爐與其妻任氏姦宿被其撞見乃本於夫權之作用（夫權是否存在民法上固有問題但從刑法上觀察既對於有夫之婦與人通姦者定有處罰明文卽不能不認夫權之存在）用拳向陳章爐毆擊將其逐出顯係爲排除侵害

起見而出於防衛權利之行為自應依據刑法第三十六條前項之規定不予處罰始爲適當原判乃引同法第二百九十七條論科殊屬違法合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請援用司法第四百三十九條第一款將原判關於杜榮銀罪刑部分撤銷另行判決云云

查原判決事實欄內略稱二月九日下午陳章爐乘被告往岳家迎燈卽於是夜復與任氏姦宿次晨被告回家撞見床上常用拳毆逐出章爐體弱遭此驚毆成疾延至十九日身死等語此項認定事實已合於排除現時侵害之情形實與刑法第三十六條前半對於現在不法侵害而出於防衛權利行爲之規定相當自應依法不罰乃原判決處以同法第二百九十七條之刑其理由內雖謂衡情酌理處斷不免於違法本件非常上訴爲有理由

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款刑法第三十六條前半判決如主文

(五)預謀殺人之認定(關於刑法)二十年五月十二日(非字第七〇號)

殺人既係出於事前預定計劃。卽係預謀殺人。不能適用普通殺人罪處斷。

照錄李八寶子殺人一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告李八寶子男年四十二歲皋蘭縣人住新城無業

右上訴人因被告共同殺人案件對於皋蘭地方法院民國十八年六月二十七日第一審確定判決認為違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於李八寶子之適用法則違法部分撤銷

理由

非常上訴理由略稱原判既認定李八寶子聽從劉金虎子邀約共同將劉金虎子之父劉兆鏞謀殺身死並棄屍附近河內以圖滅跡是關於殺人一罪不得謂無預謀情形原判以棄屍行為係殺人之結果適用刑法第七十四條從一重處斷雖屬無誤然對於被告李八寶子不引刑法第二百八十四條第一項第一款而引同法第二百八十二條第一項為處斷之根據顯係違法自應依法提起非常上訴以資

救濟等語原判決認定事實略稱李八寶子與劉金虎子素識劉金虎子及其母曾氏均爲其父劉兆鏞所不悅曾將其逐出另度迨復回就養劉兆鏞仍不肯給予食用劉金虎子及曾氏遂找向李八寶子商議謀害劉兆鏞洩恨並許事後給予錢物李八寶子允從卽於民國十八年五月十七日齊入劉兆鏞臥室乘劉兆鏞晝寢不備由曾氏上坑壓其下身劉金虎子壓其腰部李八寶子按其頭部劉兆鏞驚醒正欲喊嚷李八寶子急用衣堵塞其口遂由劉金虎子李八寶子共同下手捏住脖項登時氣絕旋於次夜將屍體抬至附近河中拋棄等語

本院按殺人出於預謀者刑法第二百八十四條第一項第一款已有特別規定原判決所敘事實既明認被告與劉金虎子共同殺害劉兆鏞出於事前預定計畫卽係觸犯刑法第二百八十四條第一項第一款之罪甚爲明瞭乃原判決舍正當法條於不用反援引刑法第二百八十二條第一項通常殺人罪處斷殊屬違法本件非常上訴爲有理由惟原判決尙非不利於被告應祇將其適用法則違法部分撤銷以資糾正

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款判決如主文

(六)洩忿殺人之責任(關於刑法及刑訴)二十年四月二十三日(非字第
七一號)

殺人在於洩忿。與意圖便利犯他罪者情形不同。當無適用刑法第二百八十五條第一項第一款之餘地。至乘被害人熟睡之際。潛入其臥室。開槍殺害。有無預謀及侵入住宅情形。又犯人褲上之血跡。未經合法鑑定。事實均屬不明。不得謂無更審之原因。

照錄李喜殺人一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告李喜男年二十七歲南召縣人住水牛冲莊業農

右上訴人因被告殺人案件對於河南高等法院第一分院民國十九年四月三日覆判審確定判決認為違法提起非常上訴本院判決如左

主文

最高法院判例彙編 第十集

原判決撤銷發交河南高等法院第一分院更爲審判

理由

上訴人提起非常上訴意旨略稱查閱初判敍列事實略稱已死周有於十八年陰歷九月十二日至楊老二（老字係勞字之誤）家索債是晚楊七周有同宿磨室內爲時未久楊七聞院中牛警起視見李喜釀立於辛楊氏住屋門外意欲向辛楊氏行姦楊七詰其何爲叱之而去周有亦惡言相責並稱明日定與不依等語該李喜挾周有斥責之恨及欲避免犯罪之處罰頓起殺機乃乘周有熟睡之際潛進屋內向周有射擊並用刀刺身死云云覆判判決亦核准上述事實無異是該被告之殺人其意在於洩忿與意圖便利犯他罪者情形不同已無適用刑法第二百八十五條第一項第一款之餘地況遍查縣卷周有於李喜走後雖曾囑楊七不要聲張將於明早問他是偷牛或是綁票（見十八年十月十八日楊七供詞）但其對於李喜本人究無如何不依之表示乃初判竟據以認爲李喜殺人之又一原因謂其確有避免處罰之意思於援引刑法第二百八十五條第一項第一款外並引同條項第二款處斷顯有未合原覆判審不予糾正逕爲核准之判決殊屬違法自應依法提起非常上訴以資救濟惟查本案係縣

判未經上訴亦未提審之件依修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項之規定如認為有更審原因者得發交更審本案殺人動機是否盡如初判所認定尚有疑問已如上述而李喜於開門走後復潛入周有臥室乘其熟睡開槍射擊有無預謀及侵入住宅情形又李喜褲上血跡未經合法鑑定是否人血事實均屬不明不得謂無更審原因應請援用刑事訴訟法第四百三十九條第一款將覆判審判決撤銷發交河南高等法院第一分院更為審判云云

查閱卷宗已死周有即周明魁仰面致命左太陽有土炮轟傷一處圍圓四分深由右太陽透出圍圓六分焦黑色不致命左脅肋有刃扎傷二處斜長均一寸二分寬均三分深由骨縫透內皮捲血污委係因傷身死業經南召縣政府驗明填單附卷並據楊七述稱周有於本月（即民國十八年九月）十二日赴民家要錢民父進城未歸晚上民與周有同睡磨房屋內李喜於是晚在民家閒坐說話後走去到半夜時李喜越牆進院民聽牛叫驚動起來李喜躲在民二姐（辛楊氏）住屋門外民當時看見就問是誰他無言聲民撈着他看是李喜周有亦起來向李喜問道你方才在此坐了又來爲吓李喜說不弄吓自開柵欄門走了周有說我你用言聲明早我去問他或是起我票子或是偷你牛隻他走後民兄弟與周有

睡在磨屋周有蓋着被子仍行脫睡後來民聽見槍響兩聲民的兄弟害怕用被子蒙着頭睡了後聞將周有撈到院內用打杵打有十幾下周喊叫本莊人聽說都起來了民起來點燈往看周有已受傷身死又稱法警帶民與李喜來案時走到路上有局夫向李喜說你說那褲上不是血嗎李喜即叫法警行個權便更換褲子法警不敢走到小莊廟上李喜大便因民與他係一根繩拴着民跟着看見李喜將褲子翻過來了等語質之帶案法警李運田供述亦符據此參證則原判認定李喜有殺人事實自不能謂爲無據惟查其殺人動機僅係基於挾周有斥責之恨原判認其尚有意圖便利犯他罪之情形已嫌臆斷至原判所稱明日定與不依一語究其詞意固難認爲即係欲處罰犯罪且卷查周有當時對於李喜本人並無如何不依之聲言雖楊七供詞有周有我你不用言聲明早我去問他或是起我票子或是偷你牛隻等語然亦說在李開門走去之後（見十八年十二月十日楊七供詞）此外又無何種證據可以證明確爲李喜所聞致起殺意初判竟依刑法第二百八十五條第一項第一第二兩款論罪原審不予糾正覆判核准自不得謂非違法再查李喜褲子上血跡據其初供稱係紅薯汁後又稱係伊剝牲口沾染之血究竟是否人血未經合法鑑定以及李喜於開門走後復潛入周有臥室開槍射擊究竟有無預謀

及侵入住宅情形亦未詳加審究。綜上所述，本件事實既未臻於明瞭，即無從爲法律上之判斷。本件非常上訴請求發交更審，應認爲有理由。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項判決如主文。

(七)折抵之不一致(關於刑法)二十年五月十一日(非字第七三號)

被告無力完納罰金。各准以二元折易監禁一日。乃於其裁判確定前之羈押日數。不依前項判定標準折抵。竟以一元折抵一日。核與刑法第六十四條後段顯屬不合。

照錄吳金培等賭博一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告吳金培男年三十九歲永康人

呂仁水男年三十二歲永康人

右上訴人因被告賭博案件對於浙江東陽縣法院民國十九年六月十二日第一審確定判決認為違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於吳金培呂仁水之抵刑部分撤銷

吳金培呂仁水裁判確定前羈押日數均以一日抵罰金二元

理由

非常上訴理由略稱查科罰金之判決如准其折抵羈押自應依其易科監禁所定罰金額數爲折抵之標準觀於刑法第六十四條後段規定至爲明晰本件原判對於被告等共同賭博一罪各處以罰金二十元其主文既載明各准以罰金二元折易監禁一日則關於裁判確定前之羈押日數亦應以一日折抵罰金二元始爲適法原判乃各以一日抵罰金一元殊難謂非違誤惟原判實不利於被告合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請援用同法第四百三十九條第一款將

原判關於被告吳金培呂仁水二人抵刑部分撤銷另行改判等語查原確定判決主文對於被告吳金培呂仁水二人之賭博罪各處罰金二十元並已宣告吳金培呂仁水二人如無力完納罰金各准以二元折易監禁一日乃於其裁判確定前之羈押日數不依前項判定標準折抵竟以一元折抵一日核與刑法第六十四條後段顯屬不合非常上訴意旨指爲違法自應謂爲有理由又該抵刑部分既與被告不利自應由本院將該部分撤銷另行改判

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款刑法第六十四條判決如主文

(八)重婚罪之不能成立(關於刑法)二十年四月十六日(非字第七四號)

既無媒妁及婚書。又未舉行相當之儀式。自與重婚罪之以正式婚姻爲前提有所未合。不能成立重婚罪名。

照錄石劉氏等重婚一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告石劉氏女年二十四歲長安縣人住八卦樓巷縫衣

李春福卽李老大男年二十九歲長安縣人住江村鞋匠

右上訴人因被告等重婚案件對於長安地方法院民國十七年十一月二十六日第一審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決撤銷

石劉氏李春福無罪

理由

上訴人非常上訴意旨謂查重婚罪之構成要件應以婚姻成立爲前提而何者始謂之婚姻成立若專就刑法上解釋自以舉行相當之儀式爲其成立時期本件被告李春福因知石劉氏之夫石俊鑫出外未歸乃於民國十七年舊歷二月間乘石劉氏下鄉上墳之際商得該氏同意自由成爲夫婦爲原判認定之事實如果所認非虛該被告等在事實上固已發生夫婦之關係然據卷內筆錄所載既無媒證且

未舉行相當之儀式究與正式婚姻顯有不同按之上開說明自不得論以重婚之罪原判竟依刑法第二百零五十四條處斷又未注意犯罪時期致其適用之刑復違反刑法第二條但書之規定殊難認為適法合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請援用同法第四百三十九條第一款將原判決撤銷另行判決等語

原判決認定事實略謂李春福與石劉氏原係親戚民國十七年陰歷二月間李春福知石劉氏之夫石俊鑫出外未歸遂商同石劉氏自由成爲夫婦被石俊鑫之堂兄石俊英查知訴請究辦等語

據右事實被告等乘石俊鑫出外自由成爲夫婦既無媒妁及婚書又未舉行相當之儀式自與重婚罪之以正式婚姻爲前提有所未合不能成立重婚罪名乃原判決不察竟依刑法第二百零五十四條判處被告等罪刑不得謂非違法上訴人於判決確定後據以提起非常上訴應認爲有理由

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款第四百條第三百十六條判決如主文

(九)竊盜罪之誤認(關於刑律)二十年五月四日(非字第七五號)

以僱傭關係而變賣其保管之他人所有物。依據當時有效之刑律。應成立第三百九十一條第一項之侵占罪。不能以竊盜罪論科。

照錄張松林竊盜一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告張松林男年二十六歲長安縣人住新築鎮業農

右上訴人因被告竊盜案件對於長安地方法院民國十七年五月八日第一審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於適用法則違法之部分撤銷

理由

非常上訴意旨謂原判敘列事實賂稱被告張松林與在逃之車夫王發正素來相識本年（十七年）陰歷六月二十一日有肩車客人向趙金海雇車經趙金海車夫王發正送客到灞橋卸車遇被告張松林

幫助將車驟趕至渭南交西鎮分別變賣得財逃匿等語依此事實該在逃之王發正雖係以趕車爲業然其對於送客車驟所負保管之責任係基於僱傭契約而發生與以保管爲業務者不同在刑律有效時期本應構成該律第三百九十一條第一項之罪該被告張松林既據原判認爲有幫助情形自應適用共犯之例援引上述條項處斷始爲適當乃原判竟依刑律第三百六十七條論斷殊難謂非違法合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請依法糾正

原判決認定事實略稱張松林與王發正素識王發正向在趙金海家爲車夫於民國十七年三月十二日（即舊歷二月二十一日）送客至灞橋後與張松林相遇張松林幫其趕車至伊家住宿兩夜旋又同至河北交西鎮將車驟分賣與陳景張石頭得財化用張松林分得二元等語

據右事實被告張松林幫同車夫王發正將其雇主之車驟變賣得財共同分用依據當時有效之法律王發正以僱傭關係而變賣其保管之他人所有物應成立刑律第三百九十一條第一項之侵占罪被告幫同王發正變賣車驟得財分用依當時有效之刑律第三十三條第一項應論以共犯之罪乃原判決竟認爲成立竊盜罪依據刑律第三百六十七條處斷其適用法律顯係錯誤上訴人認爲違法提起

非常上訴自屬正當惟查原判決尙非不利益於被告故祇應將其適用法則違法之部分撤銷據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款判決如主文

(十)偽造自己文書之不論罪(關於刑法)二十年五月十二日(非字第七六號)

關於偽造文書。除公務員所掌之公文書與醫師所提出之證書外。若於自己之文書。雖爲不實之登載。無論是否足生損害於他人。刑法上既無處罰明文。自無論罪之餘地。

照錄張鳳林變造文書一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告張鳳林男年六十四歲東陽縣人住托塘

右上訴人因被告變造文書案件對於東陽縣法院民國十九年五月二十七日第一審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決撤銷

張鳳林無罪

理由

上訴人提起非常上訴意旨略謂查於自己私文書圖樣爲虛僞之登載足以證明他人權利義務事實者學說上謂之無形僞造刑律第二百四十四條固定有處罰專條然在刑法上則祇限於公務員所掌之公文書與醫師提出之證書有不實之登載者始以僞造論（見刑法第二百三十條第二百三十二條）而對於其他之無形僞造概無處罰明文自不能予以論罪（參閱本院十九年非字第一一三號判例）本件被告張鳳林與張士元因墳墓糾葛涉訟苦無證據乃於張姓民國庚申年續修之宗譜內德音夫婦名下添載合葬二都後溪六字德音名下添載二都後溪五字提出於東陽縣法院民庭以證明其權利爲原判認定之事實依此事實其變造宗譜所生之影響固不得謂無損害於他人但刑法上對於此種行爲既無明文科以刑罰自應依據刑事訴訟法第三百十六條論知無罪之判決原判乃依

刑法第二百三十三條第一項就同法第二百二十四條處以有期徒刑二月顯係違法合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請援用同法第四百三十九條第一款將原判撤銷另行判決等語

本院按刑法第二百二十四條偽造文書罪係指偽造他人之文書而言若於自己之文書爲不實之登載祇屬虛妄行爲尙不能構成偽造文書之罪此觀於同法第二百三十條第二百三十二條登載不實之事實於職務上所掌之公文書或提出證書之特別規定自明其在上述特別規定情形之外於自己之文書雖爲不實之登載無論是否足生損害於他人刑法上既無處罰明文自無論罪之餘地業經本院著爲判例本件被告因墳墓糾葛與張士元涉訟乃於其本族之宗譜內爲不實之添載提出原審法院民庭以爲主張權利之根據其行爲固屬虛妄但依上開說明刑法上對於此種行爲無處罰明文即不能予以論罪原判決不依刑事訴訟法第三百十六條諭知無罪而依刑法第二百三十三條第一項就同法第二百二十四條處以有期徒刑二月顯屬違法上訴人據以提起非常上訴自應認爲有理由據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款第三百十六條判決如主文

(十一) 援用刑法之錯誤(關於刑法及禁烟法) 二十年五月十日四、非字第七七號

販賣鴉片之累犯。既適用刑法第六十六條第二項。於禁烟法第六條所定之本刑上加重處斷。自不必再贅引該項第九款。又查獲之鴉片及其代用品。不問屬於他人與否。均沒收焚燬之。禁烟法既有特別規定。自無再適用刑法之餘地。

照錄吳金福販賣鴉片一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告吳金福男年二十三歲義烏縣人住壽昌城東門業商

右上訴人因販賣鴉片案件對於浙江金華地方法院第二審確定判決認為違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於適用法則違法部分撤銷

理由

上訴人提起非常上訴意旨謂被告吳金福果於十七歲時（民國十四年）因犯販賣鴉片罪被處徒刑六月如原判所認定則該被告復於十八年間夥同在逃之曹招福販賣鴉片自與刑法上累犯之要件相符原判於其所犯禁煙法第六條本刑上加重二分之一處以有期徒刑一年六月併科罰金四百元雖無不合然核其情形並非累犯刑法第六十六條所列同款之罪原判於援引該條第二項外復贅引第九款顯非適法又查禁煙法第十四條載明凡查獲之鴉片及其代用品（中略）不問屬於他人與否均沒收焚燬之等語是關於沒收已有特別規定原判對於獲案之紅丸一萬四千粒不引上述法條而引刑法第六十條第一款為沒收之根據亦屬不當合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請依法糾正云云

原判決認定事實略謂吳金福前因販賣鴉片經究辦有案事後復夥同在逃之曹招福販賣鴉片由原縣派警將吳金福拿獲當場搜出紅丸一萬四千粒一併帶案等語

查被告前因販賣鴉片受有期徒刑之執行完畢後五年內再犯販賣鴉片之罪係屬刑法第六十六條第二項同一罪之累犯原判於其所犯禁煙法第六條本刑上加重二分之一處以有期徒刑一年六月並科罰金四百元固無不合然於援引該條第二項外復引第九款顯非適法又查獲之鴉片及其代用品(中略)不問屬於他人與否均沒收焚燬之此禁煙法第十四條已有特別規定原判對於獲案之紅丸一萬四千粒不引上述法條而引刑法第六十條第一款沒收亦自不當上訴人於判決確定後就此提起非常上訴洵屬有理由惟原判決既非不利於被告應祇將其適用法則之違法部分撤銷以資糾正

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款判決如主文

(十二)強盜之重科(關於刑法)二十年五月十八日(非字第七八號)

夜間攜帶兇器侵入他人住宅。劫取財物。其犯罪情形。適合於刑法第三百二十八條第一項第一三兩款之規定。應科以同法第三百四十八條之有期徒刑

照錄王錦章強盜一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告王錦章卽陳竹興男年三十歲麗水縣人住處州無業

右上訴人因被告強盜案件對於浙江高等法院民國十九年七月十八日第二審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於適用法則違法之部分撤銷

理由

上訴人提起非常上訴意旨謂原判敍列事實略稱王錦章前在姜山公安分局充當臨時警察去職後無以謀生於本年(十九年)一月二十八日夜間攜帶手槍及尖刀等至黃錦裳家行劫當用手槍對黃錦裳胸口迫令交洋百元黃錦裳無法抗拒將身邊所存鈔洋拾元交出王錦章接而納入衣袋中黃錦

裳遂乘機上前將其抱住經人幫助始將王錦章捕獲嗣因看守不慎又被逃逸（下略）等語第一審認定事實亦同是該被告於夜間侵入住宅行劫得財並攜有兇器已核與刑法三百三十八條第一項第一、第三兩款之規定相當自應依據同法第三百四十八條第一項處斷始屬無誤乃第一審判決竟引同法第三百四十六條第一項論科原判不爲糾正遽將上訴駁回均不得謂非違法合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請援用同法第四百三十九條第一款將原判及第一審判決關於適用法則違法之部分併予撤銷以資糾正

原判決認定事實略稱王錦章於民國十九年一月二十八日夜間攜帶手槍尖刀至黃錦裳家行劫當用手槍威嚇黃錦裳交出財物黃錦裳無法抗拒將身邊所存鈔票十元交與王錦章等語

據右事實被告王錦章於夜間攜帶兇器侵入黃錦裳住宅劫取財物其犯罪情形適合於刑法第三百三十八條第一項第一款第三款之規定乃原審不依同法第三百四十八條第一項處斷仍依第一審之判決論以第三百四十六條第一項之罪顯屬違法上訴人於判決確定後提起非常上訴應認爲有理由惟原判決尚非不利於被告故祇應將其關於適用法律違法之部分撤銷

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款判決如主文

(十二)適用刑律之限制及殺人與毀屍之關係(關於刑法)二十

年五月十三日(非字第七九號)

刑法第二條但書所謂適用較輕之刑者專以科處主刑爲限。而關於罪名仍應依刑法論之。自不得適用刑律之規定。又殺人與損壞屍體之二個行爲。究竟有無牽連關係。應予併爲裁定。自不應將損壞屍體一罪置而不論。

照錄王德升殺人一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告王德升男年三十六歲遼陽縣人住寶靖五區木匠

右上訴人因被告殺人等罪案件對於吉林高等法院第一分院民國十九年八月二十四日覆判審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於王德升之部分撤銷發交吉林高等法院第一分院更爲審判

理由

上訴人提起非常上訴意旨謂查犯罪在新法施行以前而裁判在後者如果舊法之刑較新法之刑爲輕固應適用舊法科刑而論罪則概以新法爲斷觀於刑法第二條之規定至爲明晰本件被告王德升與葛王氏通姦有年久視該氏之夫葛珍爲眼中釘乃暗商該氏將葛珍殺害以圖永好該氏亦未聲張至民國十七年十月二十一日即舊歷九月初九日傍晚葛珍與王德升趕車赴地拉砵稼王德升出其不意用斧將葛珍砍死事後又爲消滅罪跡起見用火油將其屍體焚燬此爲初判認定之事實覆判審判決所載事實略同是該被告之殺人顯有預謀情形按之上開說明自應依據刑法第二百八十四條第一項第一款論罪適用刑律第三百十一條較輕之罪(因犯罪時期該省尚未適用刑法)始爲適當乃初判竟依刑律第三百十一條論科不得謂非失出原覆判審不爲覆審之裁定遽認初判爲無不合並因其他部分之關係將初判予以更正又未於判決理由內載明其所適用之法條殊屬違誤又查被

告犯數罪時其一罪應受重刑之判決檢察官認爲他罪雖經起訴於應執行之刑無重大關係者得不起訴刑事訴訟法第二百六十一條固定有明文但檢察官認爲有必要情形乃得併予起訴亦不生違法問題本件既經吉林寶清縣長以檢察職權對於該被告損壞屍體之行爲予以訴追並以其行爲爲殺人應有之結果認爲應比較兩罪輕重從一重處斷其法律上之見解本屬無誤惟不引刑法第二百六十二條第一項第七十四條而引刑律第二百五十八條第一項第二十六條爲處斷之根據實有未合原覆判審不指明上述錯誤併予發回覆審竟誤解刑事訴訟法第二百六十一條第一項之法意將損壞屍體一罪置之不論亦難謂爲適法應即依法提起非常上訴以資救濟惟查本案係經縣判未上訴亦未提審之件依修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項之規定如認爲有更審原因者得發交更審本案被告之殺人事前如何謀議臨時如何實施以及殺人後已將屍體殮埋何以事隔多日忽將屍體掘出用火焚燬是否別有用意或僅在於滅跡事實均屬不明似非再予詳查不足以成信獻應請援用刑事訴訟法第四百三十九條第一款將覆判審判決關於王德升罪刑部分撤銷發交吉林高等法院第一分院更爲審判等語

原覆判審更正判決認定事實略稱王德升係葛珍之姊夫與葛珍之妻葛王氏姦通嗣因戀姦情熱暗商葛王氏擬將葛珍殺死以圖永好該氏未經聲張民國十七年舊歷九月九日王德升與葛珍同車拉運禾稼王德升用斧先將葛珍砍倒復將車由葛珍身上軋過當時軋死嗣於埋葬後王德升恐事發露復將葛珍屍體掘出焚燬葛珍之弟葛祥疑有別情訴經寶清縣政府訊辦等語

查刑法第二條但書所謂適用較輕之刑者專以科處主刑爲限（關於從刑應參照刑法施行條例第六條第二項）而關於罪名仍應依刑法論之自不得適用刑律之規定本件初判既認被告王德升因與葛王氏戀姦情熱欲將葛王氏之夫葛珍殺害以圖永好嗣與葛珍趕車赴地拉租稼王德升出其不意用斧將葛珍頭部砍傷斃命事後爲消滅罪跡起見用火油將其屍體焚燬是該被告之殺人顯有出於預謀情形按照上開說明自應依刑法第二百八十四條第一項第一款論罪適用刑律第三百十一條較輕之刑乃竟以其犯罪在刑法施行以前完全依刑律第三百十一條論科不得謂非罪有失出覆判審未予釋明并爲覆審之裁定遽認初判爲無不合並因其他部分之關係爲更正之判決已屬錯誤又查刑事訴訟法第二百六十一條第一項檢察官於他罪得不起訴之規定既曰『得』則起訴與否檢

察官原有斟酌之自由該縣縣長既兼有檢察職權對於被告殺人行爲之一罪外其損壞屍體行爲即屬他罪並無不得起訴之制限則其併予審判本無不合但既以其損壞屍體行爲爲殺人之結果應從一重處斷乃不適用刑法第二百六十二條第一項第七十四條而援引刑律各本條論處固有未洽覆判審並未就其殺人與損壞屍體之二個行爲究竟有無牽連關係之點併予裁定覆審乃誤解刑事訴訟法第二百六十一條第一項以此種犯罪爲應不起訴將損壞屍體一罪置而不論亦非適法惟詳核案情已死葛珍據驗斷書所載該屍燒化成灰零星小骨並有二尺餘長燒剩之屍體均黏合灰土外觀呈爲土灰之一長圓物認不出某處爲某部位實係無憑驗斷則初判斷定其爲砍傷斃命決非車驚被軋所致是否與真正事實相符已不能謂無疑問再就初判認定事實而論不外以被告之妻王葛氏及葛王氏之陳述爲最有力之證據據王葛氏始稱葛珍是我兄弟他死了純係王德升與葛王氏有姦想永久度日將他謀害死的旋又稱我跑到地內看見葛珍滿臉是血頭全腫了車在肩膀上壓過去的頭臉何能有血由此考查一定是他(指被告)打的無疑等語究屬推測之詞於當時被害情形並未目見葛王氏雖稱王德升早先與我商量過要我將男人害死咱們此後可以永久過日子我說那是我的本

夫況有多少孩子那能忍心竟出此事吾沒同意等語然於葛珍之身死是否確係該被告所加害亦並未有所指證又王葛氏呈案之洋斧究係如何尋獲有無血跡是否即係殺人所用之物均屬不明至損壞屍體部分經初審向葛祥訊以你哥哥(指葛珍)死了嗣後怎麼將屍體燒了呢述稱那是在九月裏死了以後經王德升與燒的訊以因為什麼燒的你不知道嗎述稱王德升他說我哥哥不是好死的是橫死的將他燒了地面潔淨省得鬧事質之被告則稱葛祥燒的我同他去的真假各等語固不免有誘卸之嫌然究係何人所為是否僅係意在滅跡抑或另有別情亦不無審究餘地案關人命出入匪輕宜如何切實調查以期發見真實若如初審審理之所得實於調查職責殊有未盡乃覆判審既不注意於法條之正確適用又未將事實再求明確足資以正確適用法條遽為更正之判決更屬於法有違上訴人於判決確定後本此理由提起非常上訴自屬正當而事實既有更審之原因其案件又係未經上訴及覆判審提審而判決確定應即將原判決關於該被告部分撤銷發交更審

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項判決如主文

(十四)販賣鴉片之另科與減輕之限制(關於禁烟法及刑法)二十

年五月四日(非字第八〇號)

既開燈供人吸食鴉片。又有販賣之行爲。自應適用禁烟法第六條第十條之規定而從一重處斷。如其情節尙堪憫恕。祇能就該法第十條所定五年以下一年以上之範圍內定其刑期。當不能軼出最低限度之外。

照錄李立庭以館舍供人吸用鴉片一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告李立庭男年五十歲東陽縣人住東街無業

右上訴人因被告以館舍供人吸用鴉片等罪案件對於東陽縣法院民國十九年六月十二日第一審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於李立庭以館舍供人吸用鴉片適用法則違法之部分撤銷

理由

上訴意旨略謂查以館舍供人吸食鴉片或其代用品者並不包括販賣行爲在內此當然之解釋本件被告李立庭果係開燈售煙如原判所認定自應構成禁煙法第十條及第六條之罪原判不引上述法條適用刑法第七十四條從一重處斷僅依禁煙法第十條論科已屬不合況查刑法第七十七條所謂酌減本刑至多僅能減輕二分之一業經本院解釋有案本件原判以被告開燈售煙係爲生計所迫認爲情有可憫援用刑法第七十七條酌予減輕不能指爲違法然查禁煙法第十條之罪其最輕自由刑爲一年有期徒刑減輕二分之一自以六月有期徒刑爲其最低限度乃原判決竟處以徒刑三月並基此與吸食紅丸罪定其執行刑尤非適法應提起非常上訴請將原判關於李立庭適用法則違法部分撤銷以資糾正云云

原判決認定事實略謂被告李立庭吸食紅丸又因生計艱難開燈兼售鴉片民國十九年六月間被警察破獲並搜出煙具多件送案等語

本院查禁煙法第十條所謂以館舍供人吃用鴉片者係指單純供給館舍並無售賣鴉片之情事而言徵之明文規定至爲明顯本案原判決認被告開燈供人吸食並兼售鴉片既有販賣之行爲自應適用禁煙法第六條第十條依刑法第七十四條之例處斷方爲合法原判決不引上述各法條單獨引用禁煙法第十條論科已屬不合復查犯罪之情狀尙堪憫恕者雖得依刑法第七十七條酌減其刑然依本院解釋其最低限度只能減至二分之一就令被告爲貧所迫情節可原亦祇能就禁煙法第十條所定五年以下一年以上徒刑之範圍減至六月有期徒刑乃原判決竟減處被告徒刑三月並基此與吸食紅丸罪定其應執行之徒刑尤爲違法上訴意旨攻擊原判決不當應認爲有理由惟原判決尙非不利於被告故本院祇能將其違法部分撤銷以資糾正

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款第四百四十條判決如主文

(十五) 瀆職罪之構成 (關於刑法) 二十年六月八日 (非字第八一號)

按瀆職罪之成立。以公務員身分及就其職務上而爲賄賂等行爲爲要件。若

既非公務員。又非就其職務上而爲取得賄賂之行爲。當然不能成立瀆職罪。

照錄趙中奎等瀆職一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告人趙中奎男年五十九歲南和縣人住張村前充司法警察

趙金海男年二十九歲南和縣人住張村業農

右上訴人因被告等瀆職案件對於河北高等法院第二分院民國十八年十二月十三日第二審確定判決提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決及第一審判決關於趙中奎部分均撤銷

趙金海恐嚇使人交付所有物處有期徒刑一年併科罰金一百元褫奪公權五年裁判確定前羈押日數以二日抵徒刑一日罰金無力完納以二元折算一日易科監禁

趙中奎無罪

理由

上訴人提起非常上訴意旨稱查閱原判敘列事實略稱被告趙中奎向在南和縣充當司法警察民國十八年二月間以傳案事繁乃囑令其子趙金海代替下鄉赴北師村傳喚程胡氏訴李儂的一案適因言語衝突與李儂的發生嫌隙即將李儂的拘至城內在同義飯舖叫飯用洋五元飯後復將李儂的帶回家中拘鎖經管事人師彬李丹名等調處由李儂的償還飯賬五元了事等語依此事實該被告趙中奎以其職務上應執行之事項囑令其子趙金海代替執行於法本屬無據即退一步言姑認其行為爲合法然對於奉令傳喚之被告擅予拘捕已非其職務上之行為則其因此而取得之財亦不得謂之賄賂原判不論以私禁及恐嚇之罪適用刑法第七十四條從一重處斷竟引同法第一百二十八條第一項及第一百四十一條處趙金海以主從各刑顯係違法又據上述事實被告趙中奎於其子拘禁李儂的時有無共同實施或教唆幫助之行爲未經明白認定能否使負刑責尤有問題第一審判決亦以瀆職論罪原判不爲糾正竟認其判決爲無不合予以維持均非適法合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請依法糾正

按瀆職罪之成立以公務員身分及就其職務上而爲賄賂等行爲爲要件本件被告趙金海本非司法警察其將李儂的拘鎖於家並令償還飯賬洋五元尤非就司法警察職務上而爲取得賄賂之行爲可比原判決認定事實既如上訴意旨書所敘述即係觸犯刑法上私禁及恐嚇罪名自應依該法第七十四條而從第三百七十條第一項處斷乃竟適用同法第四十五條第一項第一百二十八條第一項第一百四十一條處該被告以主從各刑自屬違法至被告趙中奎在原判決事實內並未認定其與趙金海共同爲私禁恐嚇等行爲雖第一審判決事實內有趙金海將李儂的拘留於趙中奎住所一語究不能以此遽謂該被告即屬共犯乃第一審既與趙金海一併誤判瀆職罪刑原判予以維持亦不免於違法又原判決既均於各該被告不利即應由本院另予改判本件非常上訴爲有理由

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款刑法第七十四條第三百七十條第一項第三百七十五條第五十七條第五項第六十四條判決如主文

(十六)強盜罪之認定(關於刑法)二十年五月十八日(非字第八二號)

結夥三人以上。竊取他人財物。經事主追捕。復將其毆傷。顯係於行竊時因脫免逮捕而當場施以強暴。自應論以刑法第三百四十八條之強盜罪。不能認為構成竊盜與傷害兩罪。

照錄任世根竊盜一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告任世根男年三十五歲東陽縣人住犁壁山脚石匠

任 火男年三十一歲東陽縣人住同上

右上訴人因被告等竊盜等罪案件對於東陽縣法院民國十九年三月十一日第一審確定判決認為違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於適用法則違法之部分撤銷

任世根任火裁判確定前羈押日數均以二日抵徒刑一日

理由

上訴人提起非常上訴意旨謂查刑法第七十七條所謂酌減本刑者至多減至本刑二分之一不適用同法第八十四條所定減輕之限度業經本院解字第二〇四號解釋有案本件原判對於被告等所犯竊盜一罪既認爲情有可憫援引刑法第七十七條予以酌減自應查照上述解釋辦理始屬無誤乃原判竟依刑法第八十四條減輕本刑四分之一而於被告等在裁判確定前之羈押日數既未諭知准其折抵又未載明不予折抵之理由已屬不合況查竊盜因防護贓物脫免逮捕或湮滅罪證而當場施強暴脅迫者以強盜論刑法第三百四十七條定有明文被告任世根任火夥同在逃之任金福何根等四人於十九年二月十七日夜在樓裏莊住戶陳本照門外竊取毛柴各一擔正在挑運之際事主聞聲追趕該被告等復將事主毆傷爲原判認定之事實核其情形顯係因竊行強結夥在三人以上按之上述規定自應論以刑法第三百四十八條第一項之罪原判乃引同法第三百二十八條第一項第四款(原判誤爲第四項)及第二百九十三條第一項適用併合論罪之例各科其刑並基此以定其執行刑尤爲違法惟原判尙非不利於被告合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常

上訴應請依法糾正等語原判決認定事實略謂任世根任火夥同在逃之任金福何根等於民國十七年二月十七日夜四更時在陳本照家門口竊取毛柴各一擔正挑運間陳本照聞聲追趕被任世根等毆傷腦後右邊及右臀等處經陳本照喊集多人將任世根任火等抓獲送由東陽縣公安局解案等語據右事實被告等結夥三人以上竊取陳本照毛柴後因陳本照追捕復將其毆傷顯係於行竊時因脫免逮捕而當場施以強暴依刑法第三百四十七條第三百三十八條第一項第四款各規定自應論以同法第三百四十八條第一項之罪乃原判決以被告等之臨時行強應構成竊盜與傷人兩罪因而依據同法第三百三十八條第一項第四款第二百九十三條第一項論罪科刑並依併合之例定其執行刑自係顯然違法復查被告等犯情可憫依法僅能適用刑法第七十七條減輕本刑二分之一并無援引刑法第八十四條之餘地迭經本院解釋並著爲判例關於裁判確定前羈押日數其准予折抵者應於判決主文內記載其標準不予折抵者應於理由內記載其理由刑事訴訟法第三百二十三條第四款第三百二十四條第四款亦有明文乃原判決於酌減部分除引用刑法第七十七條外復依據刑法第八十四條減輕本刑四分之三爲科刑之標準於羈押部分既未諭知折抵又未釋明其理由於法均

有未合上訴人於判決確定後提起非常上訴自有理由。惟查原判決於被告有利與不利之分。故應由本院撤銷原判決。違法部分並爲之補判。

據上論結。應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款。刑法第六十四條判決。如主文。

(十七)從一重處斷與更審中之錯誤(關於刑法及刑訴)二十年六月

十三日(非字第八三號)

二罪之犯意犯行。各自獨立。並不發生方法與結果之牽連關係。自應適用併合論罪之例。分別科刑。不能從一重處斷。再查修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項所定之發交更審。並非以有土地管轄之法院爲限。而發交更審之判決主文。已載明原判決撤銷者。則更審判決時。卽無更爲撤銷宣告之可能。

照錄林來庭殺人一案判決書

最高法院判例彙編 第十集

四九

上訴人本院檢察署檢察長

被告林來庭

右上訴人因被告殺人等罪案件對於河北高等法院第二分院民國十九年八月三十日更審判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於適用法則及訴訟程序之違法部分撤銷

理由

非常上訴意旨稱查修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項發交更審之案件並不以原繫屬之法院爲限本件第一審管轄權係屬於河北清豐縣政府以通常程序而論固應以河北高等法院第二分院爲直接上級法院然本案既經本案於十九年一月七日判決主文上載明發交河北高等法院第一分院更爲審判等語按之上開說明本無不合該第一分院即應受其拘束爲更審之判決乃該第一分院徒以清豐縣非其管轄範圍遂疑本院判決主文係屬繕印錯誤將該案送由河北高等法

院第二分院審判已不免於誤會況查原判所載事實既認定被告林來庭於教唆略誘後復臨時起意將被略誘之林同霖擲井淹斃以杜後患是其殺人動機在於避免犯罪之處罰與其略誘行爲並不發生方法與結果之牽連關係原判不引刑法第二百五十七條第二項及第二百八十五條第一項第二款適用併合論罪之例分別科刑逕依刑法第七十四條從其較重之普通殺人罪處斷尤屬違法又查原覆審判決本院於發交更審時業予撤銷則更審判決祇須諭知被告之罪刑爲已足乃原判主文對於已不存在之覆審判決更爲撤銷之宣告亦係不當合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請依法糾正云云

原判決認定之事實略稱林來庭於民國十七年二月十四日即廢歷正月二十三日命其子林法元將同村林金秀六歲幼子林同霖抱至楊萬新家窩藏旋爲林金秀(原判決誤寫林來庭)探知跟蹤至楊萬新家查找楊萬新恐生禍端即囑林來庭趕將林同霖送回林來庭乘夜抱去行至姜略婁村迤南菜園井邊臨時起意滅口以杜後患將林同霖擲於井內淹斃等語

據右事實被告林來庭教唆其子林法元將同村林金秀六歲幼子林同霖抱至楊萬新家窩藏既經原

判決於理由內斷定係意圖價賣營利則楊萬新因林金秀跟蹤查找囑林來庭將林同霖乘夜抱去是林來庭已由教唆而參加實施自係觸犯刑法第二百五十七條第二項之罪其於抱去後在途復臨時起意將林同霖擲井淹斃以圖滅口而杜後患其殺人之動機又係顯在圖免犯罪之處罰觸犯同法第二百五十八條第一項第二款之罪二罪之犯意犯行各自獨立並不發生方法與結果之牽連關係自應適用併合論罪之例分別科刑原判決竟依刑法第七十四條從一重僅以普通殺人罪處斷洵屬違法再查修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項所定之發交更審並非以有土地管轄之法院爲限而發交更審之判決主文已載明原判決撤銷者則更審判決時即無更爲撤銷宣告之可能本案原覆審判決前經本院判決既於主文內載明撤銷發交河北高等法院第一分院更爲審判該分院自應受其拘束乃以第一審係屬河北清豐縣政府管轄逕依通常程序誤送原法院更爲審判而原法院更審判決又誤將本院前已撤銷之覆審判決重爲撤銷之宣告均不得謂非失當案經確定上訴人據以提起非常上訴自不能謂無理由惟原判決於被告尙非不利祇應由本院將其適用法則及訴訟程序之違法部分撤銷毋庸自爲判決

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條判決如主文

(十八)搶奪與強盜之認辨(關於刑法)二十年六月九日(非字第八四號)

刑法上之搶奪罪。其爲奪取他人所有物。雖與強盜罪無殊。但搶奪行爲。僅指乘人不及抗拒而爲奪取者而言。如果施用強暴脅迫。使人不能抗拒而爲奪取。卽應成立強盜之罪。至所謂強暴脅迫手段。祇須抑壓被害人之抗拒。足以喪失其意思自由爲已足。縱令被害人實際並無抗拒行爲。仍與強盜罪之成立無關。

照錄楊流煥搶奪一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告楊流煥卽楊流漢男年三十四歲沅陵人住羊毛坪業商

右上訴人因被告搶奪案件對於湖南高等法院第一分院附設沅陵地方分庭民國十九年六月二十

日第一審確定判決認為違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於楊流煥搶奪部分適用法則違法之部分撤銷

理由

上訴人提起非常上訴意旨內稱查閱卷宗被告楊流煥於十九年五月二十五日半夜率同米販二十餘人往楊遠玉所管羊毛坪莊屋用鋤頭將倉鎖撬濫搶去倉谷一十六碩八斗是已具有刑法第三百三十八條第一項第一第三第四各款所列情形縱如原判所認定應構成搶奪之罪亦應依據刑法第三百四十四條第一項處斷原判乃引同法第三百四十三條第一項論科已屬不合況查刑法上所謂搶奪係指乘人不備而掠取之行為而言若以強暴脅迫使人失其抵抗之能力者即應構成強盜之罪本案被告率領多人入室行劫縱令楊遠玉之佃戶楊源盛未加阻止乃係迫於被告之威力有不敢抗拒之勢原判竟據以認定被告無強迫行為僅論以搶奪之罪尤為違法惟原判尚非不利於被告合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請援用同法第四百三十九條第一

款將原判關於適用法則違法之部分撤銷以資糾正云云

原判認定事實略謂楊流煥因從堂叔楊遠玉先年借磚未還及爭路糾葛提起民事訴訟無錢繳納審判費用於本年（即十九年）五月二十五日半夜時分率米販二十餘人往楊遠玉所管羊毛坪莊屋用鋤頭將倉鎖撬開搶奪倉谷十六擔八斗售與同來米販楊遠玉之佃戶楊源盛未加攔阻僅報知鄰居王天祺楊長盛蒞視旋被楊遠玉聞知報案等語

查刑法上之搶奪罪其爲奪取他人所有物雖與強盜罪無殊但搶奪行爲僅指乘人不及抗拒而爲奪取者而言如果施用強暴脅迫使人不能抗拒而爲奪取即應成立強盜之罪至所謂強暴脅迫手段祇須抑壓被害人之抗拒足以喪失其意思自由爲已足縱令被害人實際並無抗拒行爲仍與強盜罪之成立無關此按諸刑法第三百四十六條之規定至爲明瞭本案被告於夜間率同二十餘人侵入楊遠玉所管莊屋用鋤撬開倉鎖奪去倉谷多石雖佃戶楊源盛未加阻止但當時所用手段既爲抑壓他人之抗拒已達於足使喪失自由之程度即與單純之搶奪情形迥然不同核其所爲係犯強盜罪具有刑法第三百三十八條第一項第三第四各款情形自應適用同法第三百四十八條第一項處斷乃原審

竟認爲單純搶奪援用刑法第三百四十三條第一項科處罪刑顯屬違法上訴人於判決確定後提起非常上訴自屬正當惟原判決尙非不利於被告應僅由本院將其適用法則違法之部分撤銷毋庸另行判決

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款判決如主文

(十九) 槍炮取締條例之適用與從犯之認定(關於槍炮取締條例)

例及刑法)二十年六月十八日(非字第八五號)

未受允准持有軍用子彈。既係事犯在軍用槍炮取締條例施行以後。依特別法優於普通法之原則。自應適用該條例處斷。又查刑法上所謂從犯。係指對於正犯所犯事實有認識而加助力者而言。若僅尾隨其後。雖明知其犯罪。但並未加以何種助力。當然不發生共犯之關係。

照錄吳汝奎等持有子彈一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告吳汝奎男年三十三歲仙居縣人住高棧莊業泥水

吳萬興男年三十五歲仙居縣人住高棧莊業炭

右上訴人因被告等持有子彈案件對於浙江東陽縣法院民國十九年五月三日第一審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於適用法則違法部分及吳萬興罪刑均撤銷

吳萬興無罪

理由

上訴人提起非常上訴意旨謂查閱原判敘列事實略稱上年(十八年)十一月十八日被告吳汝奎麻袋內裝尖頭七九快槍子彈五十二排圓頭七九快槍子彈四十七排被告吳萬興尾隨其後行抵本邑南鄉橫店附近爲公安局長警查獲送縣等語依此事實該被告吳汝奎未受允准持有軍用子彈既係

事犯在軍用槍砲取締條例施行以後依特別法優於普通法之原則自應適用該條例第二條第二項處斷始爲合法原判乃引刑法第二百零一條（漏揭第一項）論科已不得謂非違誤況查刑法上所謂從犯係指對於正犯所犯事實有認識而加助力者而言本案被告吳萬興於吳汝奎挑送子彈之際尾隨其後雖據述稱明知他（指吳汝奎）所挑的係子彈但並未加以何種助力而不發生共犯關係原判乃以其分屬叔姪遠道同行遽認爲直接幫助亦處以刑法第二百零一條第一項之罪刑尤屬違法合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴云云

原判決認定事實稱上年（十八年）十一月十八日被告吳汝奎肩挑麻袋內裝尖頭七九快槍子彈五十二排圓頭七九快槍子彈四十七排吳萬興尾隨其後等語

據右事實被告吳汝奎持有軍用子彈係民國十八年十一月十八日已在軍用槍砲取締條例施行以後自應適用該條例第二條第一項處斷乃原判仍依刑法第二百零一條論科顯屬違誤惟尙非不利於被告祇應由本院將其違法部分撤銷以資糾正至被告吳萬興僅於吳汝奎肩挑子彈之際尾隨其後既未敘明有如何共同關係卽不成犯罪縱謂該被告明知吳汝奎所挑者爲子彈要亦不能以知情

同行違謂爲幫助原判關於此點亦屬不合本件非常上訴應認爲有理由

依上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款第三百十六條判決如主文

(二十)侵入之誤認與褫權執行之錯誤(關於刑法) 二十年六月十一

日(非字第八七號)

刑法上所謂侵入。係指違反本人意思而擅入其住宅者而言。若幫同守靈。當係取得本人之同意。則其乘人熟睡之際。將屋內財物竊取而去。尙不發生侵入問題。又查宣告多數褫奪公權者。祇應執行其中最長期之褫奪公權。

照錄馬二虎侵入住宅竊盜一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告馬二虎男年二十九歲寧晉縣人住北魚台村

右上訴人因被告侵入住宅竊盜案件對於寧晉縣政府民國十八年十二月二十一日第二審覆審確

定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於竊取馬道士財物罪刑及刑之執行部分撤銷

馬二虎竊取馬道士財物處有期徒刑一年褫奪公權一年合以原判決竊盜二罪處刑執行徒刑三年二月褫奪公權三年裁判確定前羈押日數以二日抵徒刑一日

理由

上訴人提起非常上訴意旨謂查刑法上所謂侵入係指違反本人意思而擅入其住宅者而言本件被告馬二虎於十七年舊歷十一月十三日夜在馬道士家幫同守靈當係取得馬道士之同意則其乘人熟睡之際將屋內小米粉條等物竊取而去尙不發生侵入問題原判不依刑法第三十七條第一項處斷竟引同法第三百三十八條第一項第一款論科並基此與其他侵入竊盜兩罪定執行刑顯係違法又查宣告多數褫奪公權者祇應執行其中最長期之褫奪公權此爲刑法第七十條第六款所明定本件原判既認被告爲併合罪於每罪之下各予褫奪公權三年則依上述條款之法意亦祇應依其一罪

定執行褫奪公權之期限始爲合法原判乃執行褫奪公權六年亦屬不當合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請援用同法第四百三十九條第一款將原判違法部分撤銷另行判決等語

原判決認定事實略謂馬二虎於民國十七年舊歷十一月十三日夜在馬道士家守靈竊去小米粉條等物云云

據右事實被告因在馬道士家守靈時起意行竊並非因竊盜而侵入馬道士家自係犯刑法第三百三十七條第一項之罪原判決未加注意違依刑法第三百三十八條第一款論科並基此而與他之侵入竊盜罪定其執行之刑實屬顯然違法關於褫奪公權部分查宣告多數之有期褫奪公權者止執行其中最長期之褫奪公權刑法第七十條第六款亦有明文規定本案原判決因被告先後犯竊盜三罪處以三個褫奪公權三年則執行褫奪公權當不得逾越三年之範圍乃原判決對於被告竟定爲執行褫奪公權六年亦與上述法條不符上訴人於判決確定後據以提起非常上訴自有理由

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款刑法第三百三十七條第一項第三百四十二條

第五十七條第五項第七十條第三款第六款第六十四條判決如主文

(二十一)不知犯罪事實之無罪(關於刑法)

二十年五月二十八日(非字第八八號)

於已因執行債務而歸屬於他人之不動產所有權。則該不動產內之出產物。既未與土地分離。又未經當時約定。自應認為不動產之部分而同時移轉。惟因誤認其出產物仍屬自己所有。於成熟時前往割取。顯係不知構成犯罪之事實。應予諭知無罪。

照錄楊安璽搶奪他人所有物一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告楊安璽男年四十六歲長安縣人住余家坡業農

右上訴人因被告搶奪他人所有物案件對於長安地方法院民國十八年六月十三日第一審確定判決認為違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於公訴部分撤銷

楊安璽無罪

理由

上訴人提起非常上訴意旨謂原判敘述事實略稱被告楊安璽因欠黃松亭債務於(本年十八年)三月間經強制執行將被告水地三畝一分旱地八畝六分撥給黃松亭管業隨將水地一畝六分租給趙金鳳耕種乃被告將(原判誤爲於)去年九月間在趙金鳳租種地內栽種大小麥搶割淨盡等語依此事實該被告所有地畝既因執行移轉於人則該地內出產物在未分離以前應視爲不動產之部分而同時移轉(參閱民法總則第六十六條第二項)如果該被告確係乘人不備取爲己有固應構成搶奪之罪惟查犯罪之成立除法律上明定有過失責任外要以行爲出於故意者始得處罰該被告既係誤認該地內自種之麥仍屬自己所有乃本諸行使權利之觀念將其割去一經質訊卽自知錯誤聲明願負賠償之責(見原審公判筆錄)是其欠缺犯罪之故意已屬無疑原判不依刑法第二十四條諭知無

罪竟引同法第三百四十三條第一項及第三百五十五條第五十七條第五十六條宣告主從各刑實難謂非違法合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請依法糾正

原判決認定事實略稱楊安璽因欠黃松亭債務經判決確定於民國十八年三月間強制執行將楊安璽之水地三畝一分及旱地八畝六分撥給黃松亭管業黃松亭旋將水地一畝六分並旱地八畝租與趙金鳳耕種其一畝六分內之大小麥係楊安璽於先年九月間所栽種迨成熟時前往搶割淨盡等語據右事實被告楊安璽之水地一畝六分其所有權既因執行債務而歸屬於黃松亭關於該地內之出產物當時又未經約定仍歸被告收取則在該出產物未與土地分離前自應認爲不動產之部分而同時移轉乃被告於物權已屬他人後以爲此項水地至民國十八年三月間始因執行債務而移轉其地內之大小麥係被告於先年九月間所栽種因此誤認自種之麥仍屬自己所有於成熟時前往割取顯係不知構成犯罪之事實依刑法第二十四條應予諭知無罪原審未注意及此遽依同法第三百四十三條判處有期徒刑八月並諭知從刑顯有未合上訴人認爲違法提起非常上訴難謂無理由

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款刑法第二十六條第二十四條刑事訴訟法第三

百十六條判決如主文

(二十二)牙保贓物罪之論科(關於刑法)二十年五月二十八日(非字第
八九號)

爲竊盜銷售竊贓。顯係構成牙保贓物罪。且以概括的犯意。兩次爲銷贓之行
爲。既具有連續性質。自應以一罪論科。不能遽爲併合論罪。

照錄鄧自遠贓物一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告鄧自遠男年五十一歲秀山縣人住沅陵城醫生

右上訴人因被告贓物案件對於湖南高等法院第一分院附設沅陵地方分庭民國十九年四月十一
日第一審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於適用法則違法之部分撤銷

最高法院判例彙編 第十集

理由

上訴人非常上訴意旨略稱查閱原判既認定陳光華田德清先後向楊玉泰店及高大豐店竊來之鹽油等物均係送交被告鄧自遠發賣自與事後分得竊賊者情節不同原判不論以刑法第三百七十六條第二項牙保贓物之罪竟依同條第一項處斷已屬違誤況就被告之犯意觀察其兩次代賊銷贓不得謂非出於同一之意思依刑法第七十五條自應以一罪論原判乃適用併合論罪之例分別科刑並基此以定其執行刑亦有未合爲此提起非常上訴請依法糾正等語

原判決認定事實略稱陳光華田德清於民國十九年二月二十六日侵入楊玉泰店內竊得食鹽紙烟等物旋於三月二日復侵入高大豐店內竊得油鹽等物先後將油鹽送交鄧自遠發賣經高大豐等查悉報由該管公安局將被告等緝獲解案等語

據右事實被告鄧自遠爲陳光華等銷售竊贓顯係構成刑法第三百七十六條第二項之牙保贓物罪原判誤依同條第一項論科已有未合且鄧自遠以概括的犯意兩次爲陳光華等銷贓其犯罪行爲既具有連續性質自應依刑法第七十五條以一罪論原判遽爲併合論罪亦屬違法上訴人於判決確定

後提起非常上訴應認爲有理由

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款判決如主文

(二十三)褫權與本刑(關於刑法)二十年六月十二日(非字第九一號)

查併合論罪案件。如數罪或其中之一罪。認爲須褫奪公權者。自應於判決主文中各該罪主刑下宣告之。方爲合法。否則於所定主刑執行刑期下綴以褫奪公權。究竟此項褫奪公權。屬於何罪。殊不明瞭。

照錄楊乾元等以詐術使人交付所有物一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告楊乾元男年二十五歲邯鄲縣人住梨林堡

葛慶榮男年三十歲餘同上

右上訴人因被告等以詐術使人交付所有物案件對於河北高等法院第二分院民國十九年二月十

一日覆判確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於詐取楊輔周財物罪刑暨刑之執行並奪權部分均撤銷發交河北高等法院第二分院更爲審判

理由

上訴人提起非常上訴之理由略稱本案關於詐取楊輔周銀洋部分據初判所載事實顯係觸犯私禁及恐嚇罪名初判不依刑法第三百十六條第一項第三百七十條第一項適用第七十四條處斷竟依同法第三百六十三條（漏揭第一項）處楊乾元有期徒刑三年葛慶榮有期徒刑二年並基此與各該被告另犯之詐取槍枝罪定其執行刑期殊有未合又犯罪在二個以上如認爲須褫奪公權其判決主文應於各罪主刑下分別宣告始爲適法初判僅於執行中綴以褫奪公權十年一語亦嫌失當覆判審未予糾正遽爲核准之判決自難謂非違法合依法提起非常上訴應請糾正等語

初判認定事實略稱民國十八年舊曆四月十九日楊乾元葛慶榮率領駐邯陸軍第一百九十八團團

部馬弁四人將村長楊輔周抓至新華澡堂扣留一夜嗣經龐作彬胡立業等管說交洋二百元始行釋
出等情

本院查併合論罪案件如數罪或其中之一罪認爲須褫奪公權者自應於判決主文中各該罪主刑下
宣告之方爲合法本件初判於詐取財物及詐取槍枝兩罪主刑下並未宣告褫奪公權乃於所定主刑執行
刑期下綴以褫奪公權十年究竟此項褫奪屬於何罪殊不明瞭顯屬失當至刑法第三百六十三條第
一項之罪以施用詐術爲其構成要件之一本件被告等率領陸軍馬弁將村長楊輔周抓至新華澡堂
扣留嗣經人管說得財釋放雖爲初判所認定然其間被告等如何施用詐術被害人如何陷於錯誤而
交付財物毫未敘明則其應否成立以詐術使人交付所有物之罪已難率斷況被告等將楊輔周抓去
是否最初卽以得財爲目的抑或不在得財別有原因僅係事後經人調停得財了事殊應予以辨別如
果抓去時卽預蓄得財之意思則其將楊輔周扣留顯已拘束人身體有形之自由是否僅只施用恐嚇
手段及其恐嚇情形如何抑或已達於強暴脅迫使被害人喪失意思自由之程度尤滋疑義凡此各點
均非從事實方面研求明晰無從得適用法則之準繩乃初判含糊判處詐財罪刑覆判亦未注意率予

核准均屬不合本件非常上訴自難謂爲無理由惟本件既因事實不明致本院難爲法律上之判斷且係未經上訴或覆判審提審而確定核與修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項發交更審之條件相符應由本院發交更審以期得用法之根據再本院審理非常上訴案件應受刑事訴訟法第四百三十九條第一款之制限不能爲不利被告之改判則受發交之法院於更審判決時亦應間接受其拘束合併說明

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款前段及修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項判決如主文

(二十四)防衛權之誤認(關於刑法)二十年六月九日(非字第九三號)

防衛行爲。以對於現在不法之侵害爲必要條件。故如彼此互毆。不能指明何方爲不法之侵害。自不得僅以下手之較後而主張防衛權。

照錄張福山傷害致死一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告張福山男年五十八歲甯晉縣人住胡岳村

右上訴人因被告傷害人致死案件對於河北高等法院第二分院民國十九年二月八日覆判確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決及初判判決關於適用法則違法之部分撤銷

理由

上訴人提起非常上訴意旨略謂查互毆案件如果彼此均有傷人之意思其下手在後者亦不得主張正當防衛此當然之解釋本件被告張福山與已死之張洛胖素好無嫌民國十八年舊歷六月二十日因本村黃姓家修築房屋二人同執挑水之役適是時張福山又奉村長命令派往求雨爲張洛胖所不知及張福山事畢歸來張洛胖疑其畏暑偷閑互相口角繼則各持水擔相打致將張洛胖頂心偏左打傷兩處逾時身死爲初判認定之事實如果所認非虛則被告張福山持械毆人卽不得謂無傷害之故

意與僅以防衛爲目的者顯有不同初判論以傷害人致死之罪雖屬無誤然竟因其下手在後遂認爲防衛行爲過當援引刑法第三十六條但書減輕科刑究係失出原覆判審不爲覆審之裁定遽依覆判暫行條例第四條第一項第一款之規定予以核准殊屬違法惟原判尙非不利於被告合依刑事訴訟法第四百三十三條提起非常上訴應請援用同法第四百三十九條第一款將初判及覆判判決關於適用法則違法之部分撤銷以資糾正云云

原審認定事實略稱張福山與張洛胖同村居住素無嫌隙民國十八年廢歷六月二十日因同村黃姓建築房屋張福山與張洛胖幫同挑水適譏場村到胡岳村求雨張福山又奉村長使派往接送張洛胖並不知情及張福山同工時張洛胖誤認張福山畏暑偷閑彼此口角互毆張福山用扁擔傷害張洛胖頂心移時身死等語

本院按刑法第三十六條之防衛行爲以對於現在不法之侵害爲必要條件故如彼此互毆不能指明何方爲不法之侵害自不得僅以下手之較後而主張防衛權本件據原審認定事實被告與張洛胖彼此口角互毆既不得謂無傷害人之故意卽無從分別何方爲不法之侵害實無主張防衛權之餘地初

判論以傷害人致死罪又以其下手在後依刑法第三十六條但書減輕刑顯係失出原覆判審不爲覆審之裁定遽予核准實屬於法有違上訴人基此理由提起非常上訴洵屬正當惟查本院認非常上訴有理由得以另行判決者以原審判決不利於被告者爲限本件原判決尙非不利於被告應將原判決及初判判決關於適用法則違法之部分撤銷

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款判決如主文

(二十五)故意之解釋(關於刑法)二十年五月二十九日(非字第九四號)

犯人對於構成犯罪之事實。明知並有意使其發生者爲故意。其對於構成犯罪之事實。預見其發生並不違背犯人本意者。亦以故意論。

照錄王少龍過失致人死一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告王少龍男年四十四歲豐潤縣人住橫沽莊業農

右上訴人因被告過失致人死案件對於河北高等法院民國十九年三月六日第二審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決及第一審判決關於適用法則違法之部分撤銷

理由

上訴人提起非常上訴意旨內稱查刑法上之過失犯係指犯人對於構成犯罪之事實並非有意使其發生或不能預見其發生者而言本件被告王少龍因聞村犬亂吠疑有匪警且於隱約中見有三人入村遂取自衛手槍開放在意在禦匪不圖誤將其族叔王慶印擊斃爲原判認定之事實第一審認定事實略同是該被告所擊殺之人雖有錯誤而開槍向人射擊其足以發生殺人之結果不得謂無預見第一審判決不論以故意殺人之罪竟依刑法第二百九十一條第一項處斷自屬不合原判不爲糾正遽將上訴駁回亦難謂非違法惟其判決尚非不利於被告合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請援用同法第四百三十九條第一款將原判暨第一審判決關於適用法則違

法之部分撤銷以資糾正云云

據原判決認定事實略謂王慶印於十八年舊歷九月二十一日晚八點鐘後挑擔由王蘭莊趕集歸來王少龍正在榔頭與李瑞德王慶瑞談話適聞村犬亂吠以爲村有匪警且於隱約中見有三人遂取自衛手槍開放意在禦匪不圖誤將王慶印擊斃等語

查犯人對於構成犯罪之事實明知並有意使其發生者爲故意其對於構成犯罪之事實預見其發生並不違背犯人本意者亦以故意論在刑法第二十六條著有明文據原審認定之事實被告因聽聞村犬亂吠疑有匪警並於隱約中見有三人遂取手槍開放意圖禦匪以致王慶印中槍殞命是該被告雖原無殺死王慶印之認識但當時既誤認爲匪開槍射擊其足以發生死亡之結果究爲本人所預見而此種結果之發生亦與其開槍之本意初無違背按照上開規定卽仍不得謂非故意殺人自應適用刑法第二百八十二條第一項處斷第一審誤引刑法第二百九十一條第一項科以過失致死罪刑原審未予糾正竟爲駁回上訴之判決顯屬違法上訴意旨就此點攻擊提起非常上訴洵屬正當惟原判決既非不利於被告自應由本院將兩審判決適用法則違法之部分撤銷毋庸另行判決

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款判決如主文

(二十六)殺旁系尊親屬之重科(關於刑法)二十年六月二十七日(非字第九五號)

胞兄爲旁系尊親屬。則殺死胞兄者。依其身分之關係。其殺人之行爲。應構成刑法第二百八十三條第二項之罪。

照錄朱順發殺人一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告朱順發男年三十歲桐城縣人住演武亭保江莊

右上訴人因被告殺人等罪案件對於安徽桐城縣法院民國十九年八月十一日第一審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於朱順發適用法則違法之部分撤銷

理由

上訴人提起非常上訴意旨稱查原判認定事實略稱已死朱順義係被告朱順發二胞兄朱順發因與朱順義之妻朱王氏通姦被朱順義察覺聲言將朱順發殺死至十八年舊歷九月初二日朱順義往稻場看守稻穀適朱順發經過其地遂乘其不備用鐵鋤將朱順義挖死央求朱王氏共同將屍抬至棉地掩埋等語核其情形是該被告殺死胞兄在刑法上已有因身分而加重其刑之規定原判以其棄屍行為係殺人行爲應有之結果認爲應比較兩罪重輕從一重處斷雖屬無誤然不引刑法第二百八十三條第二項而引同法第二百八十二條第一項爲處斷之根據究不得謂非違法惟原判尙非不利於被告合依刑事訴訟法第四百三十五條提起非常上訴應請援用同法第四百三十九條第一款將原判關於朱順發適用法則違法之部分撤銷以資糾正云云

查胞兄爲旁系尊親屬刑法第十五條第三款已設有明文本案被告殺斃朱順義並遺棄屍體原判依照刑法第七十四條從一重處斷本無不合惟朱順義係被告之胞兄依其身分之關係其殺人之行爲應構成刑法第二百八十三條第二項之罪原判乃依同法第二百八十二條第一項論科顯屬違法上

訴人於判決確定後本此理由提起非常上訴洵屬正當惟原判既非不利於被告應祇將其適用法則違法之部分撤銷以資糾正

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款判決如主文

(二十七)強盜事實之欠明瞭(關於刑法及刑訴)二十年六月二十二日
(非字第九六號)

既有強暴脅迫情形。又曾攜有槍械。則犯罪之事實。不能謂非犯強盜罪。惟其強暴脅迫情形。究達如何程度。所攜槍械。初判與覆判所載又各不相同。事實尙欠明瞭。自應認爲有發回更審之必要。

照錄楊恆魁強盜一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告楊恆魁男年三十八歲甯晉縣人住東馬家莊

右上訴人因被告強盜案件不服河北高等法院第二分院民國十九年一月九日覆判審確定判決提

起非常上訴本院判決如左

主文

原判決撤銷發交河北高等法院第二分院更爲審判

理由

上訴人提起非常上訴意旨謂查閱覆判判決核准初判認定之事實略稱被告於民國十七年七月間夥同耿同海執械在小河莊途上劫得趕集人銅元四千枚又夥同郭二麻子在石爺廟後邊劫得賣薑人大洋二十四元先後俵分逃逸等語如果所認非虛自應論以強盜之罪乃初判竟引刑法第三百四十三條第三百四十四條分別處斷而於奪權部分不明白揭示於各罪主刑之下僅於執行刑中綴以褫奪公權七年一語均不得謂非違法應即依法提起非常上訴以資救濟惟查本案係縣判未上訴亦未提審之件依修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項之規定如認爲有更審原因者得發交更審本案被告等之行劫其當時強暴脅迫情形究係達於如何程度事實既屬不明而其兩步行劫中之攜有槍械者初判與覆判判決所載事實又屬不同自應認爲有更審之原因云云原判決認定

事實略稱楊恆魁於民國十七年七月間夥同耿同海等執械在小河莊途上行劫趕集人銅元四千枚俵分復夥同郭二麻子在石爺廟後邊截劫賣薑人大洋二十四元俵分等語

據右事實被告之行爲不能謂非犯強盜罪初判引刑法第三百四十三條（漏引第一項）第三百四十四條（漏引第一項）第三百二十八條第三款分別處斷又褫奪公權亦未先行宣告遵定其執行之刑均屬錯誤原審乃爲核准之判決顯非合法惟上開事實原審憑何認定未經敘明即其當時劫取情形究已達至如何程度尙欠明瞭且兩次行劫中之一次攜有槍械者初判與覆判所載事實及理由又各不同自不能不認爲有發回更審之原因再案經發交更審應按照覆判暫行條例第四條第一項第三款第七款第二款以裁定提審併予指明

依上論結依刑事訴訟法第四百三十九條第一款修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項判決如主文

（二十八）上訴審理之範圍與減輕之限制（關於刑訴及刑法）二十

上訴法院就下級訴訟案件所得審理者。除有關係及特別規定外。以上訴人不服之部分爲限。又遇有犯罪之情狀可憫恕者。雖得依法酌減。然至多不得超過二分之一。

照錄楊貞節等竊盜一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告楊貞節卽楊正節男年二十八歲清豐縣人住城內業農

蘭喜芳男年二十七歲清豐縣人住北街業賣油餅

姚存良男年二十六歲清豐縣人住西後街業農

王張柱男年二十八歲清豐縣人住唐家衝業賣花生

右上訴人因被告等結夥三人以上竊盜案件對於河北高等法院第二分院民國十八年十二月三日第二審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

最高法院判例彙編

第十集

原判決關於楊貞節處刑適用法則違法及關於蘭喜芳姚存良王張柱審判程序違法各部分撤銷

理由

上訴意旨略謂查閱卷宗本案被告僅有楊貞節一人提起上訴該分院檢察官亦未於接受卷宗後十日內有何不服之表示則原審所得審判者祇能以該被告上訴之部分爲限其未受請求之事項自不容其過問縱依覆判暫行條例第三條第一項之規定一案中有多數被告僅由少數被告上訴時本得爲便利起見就其全部合併審理然原審未依同項但書分別予以判決其程序已屬不合又查被告楊貞節所犯竊盜二罪既係結夥三人以上且有夜間侵入情形自應構成刑法第三百三十八條第一項第一款第四款之罪原判因其情節可原援用同法第七十七條酌予減科雖不得認爲違誤惟查上述罪名其本刑爲一年以上七年以下有期徒刑依本院解字第二〇四號解釋僅能減本刑二分之一則其最低度之刑期自不得軼出六月以下原判乃處以有期徒刑四月並基此定其執行刑爲五月其違背實體上之法則亦屬無可諱言應提起非常上訴請依法糾正云云

原判決認定事實楊貞節於民國十八年四月五日(即舊歷二月二十六日)夜間夥同蘭喜芳傅五竊

取華洋醫院銀洋衣物蘭喜芳傅五又於六月二十一日夜間竊取聚盛永雜貨店鹹麵燒餅等件同月十二日夜間楊貞節又夥同姚存良王張柱竊取同興玉腳踏車豆腐乳等物俵分等語

查上訴法院就下級訴訟案件所得審理者除有關係及特別規定外以上訴人不服之部分爲限本件被告楊貞節因竊盜罪不服第一審判決提起上訴其未上訴之蘭喜芳姚存良王張柱各部分不在原審審理範圍之內毫無疑義乃原審竟將該部分一併審判實屬違法縱依覆判暫行條例第三條第一項規定得就該案全部合併審理但原審未依該條項但書分別判決究屬違背程序又查刑法第七十七條規定犯罪之狀況可憫恕者得酌減本刑云云雖未明定應減之範圍然經本院第二百零四號解釋酌減本刑最多以減至二分之一爲限原判決既認被告楊貞節結夥三人以上夜間侵入住宅竊盜果其情節可原亦祇能就刑法第三百三十八條所定一年以上七年以下徒刑之範圍減至六月有期徒刑爲最低限度而原審乃減處楊貞節四月徒刑尤爲不合上訴意旨就此攻擊原判決不當應認爲有理由

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條判決如主文

(二十九)覆判之核准與初判事實(關於刑事訴訟)(二十年七月十一日
(非字第九九號))

查覆判審核准初判之判決。應以初判認定事實爲根據。如其所述事實與初判不符。自不得遽予核准。

照錄黃安全盜匪一案判決書

上訴人本院檢察署檢察長

被告黃安全男年三十一歲鄖西縣人

王青山男年二十七歲鎮安縣人

陳敦學男年三十二歲鄖西縣人

右上訴人因被告盜匪案件對於湖北高等法院第二分院民國十九年四月一日覆判審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決撤銷發交湖北高等法院第二分院更爲審判

理由

上訴人提起非常上訴意旨稱查覆判審核准初判之判決應以初判認定事實爲根據如其所述事實與初判不符自不得遽予核准此當然之解釋本件犯罪事實據初判載稱黃安全結合大幫肆行搶劫王青山運槍收藏意圖起事擾害公安陳敦學在白河入大刀會嘯聚匪衆與官兵轉戰多處等語如果所認非虛固應依據懲治盜匪暫行條例第一條第九款第三款第五款分別處斷覆判審既以初判爲無不合核准其判決而何以事實欄內則僅載王青山確爲慣匪陳敦學行踪詭異且於黃安全如何犯罪情形並無一語道及是該被告等是否如初判所認定應分別論以上述條款之罪尙屬疑問原覆判審不爲覆審之裁定遽依覆判暫行條例第四條第一項第一款予以核准已非適法況就該被告等在保衛團及縣公署供述而論黃安全所稱夥劫情形是否達於結合大幫之程度（參閱本院解字第三二號解釋）王青山收藏槍枝是否附有子彈及有無圖擾公安之意均屬事實不明而關於陳敦學抗拒官兵一節究係何項軍隊與之接觸及其接觸之地點時期與次數亦未詳予調查殊不足以昭覈實

是不特用法上苦無依據且可認爲有更審之原因合依刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴應請援用引同法第四百三十九條第一款撤銷覆判審判決並依修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項發交湖北高等法院第二分院更爲審判云云

原覆判審核准初判事實略稱鄖西縣第五區保衛團據第一保保董拿獲黃安全於民國十八年四月三十日轉解行政公署復據偵探報稱有外來之大刀會匪王青山確爲慣匪大黃保會匪陳敦學行踪詭異等語當即飭隊拿獲於民國十八年五月十日轉告行政公署嗣後經行政公署移送司法公署審訊判決送請覆判等語

據右事實僅係述明獲解被告等情形對於被告等犯罪事實並未述明核與初判事實所稱黃安全結合大幫肆行搶劫王青山運槍收藏意圖起事擾害公安陳敦學在白河入大刀會嘯聚匪衆與官軍轉戰多處等語顯有未符卽就初判事實而論所稱肆行搶劫是否有團體之組織合於大幫結合之程度所稱運槍收藏是否附有子彈雖據王青山供稱有十九排子彈如果非虛何以並未認定則所指爲意圖起事擾害公安究有何種事實足資證明又據陳敦學供稱「上前年四月入大刀會老師黃司令在

白街前年下年爲在竹山竹谿敗歸洵陽西安鎮安平利游一蹕回一連人與康華堂余來喜一氣打敗在白河同七師打開過三回火三十五師開一回』等語如果屬實究竟如何嘯聚山澤如何抗拒官兵其接觸地點犯罪日期以及詳細情形尙非無調查之餘地原審未將事實推求明確合法認定率爲核准之判決尤屬違法本案係未經上訴及覆判審提審而判決確定上訴人本此理由提起非常上訴主張發交更審自屬正當

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項判決如主文

(三十) 填塞口鼻與殘忍行爲(關於刑法)

二十年七月二十五日(非字第一〇〇號)

刑法所謂殘忍行爲。係指與支解折割相類之情形而言。若殺人後。復用黃沙將其口鼻填滿。此不過意在防其復活。尙難謂爲殘忍之行爲。

上訴人本院檢察署檢察長

照錄胡存禮殺人一案判決書

被告胡存禮男年三十二歲高台縣人住敦煌巴彥希喇傭工

右上訴人因被告殺人案件對於甘肅高等法院第四分院民國十九年八月十一日覆判審確定判決認爲違法提起非常上訴本院判決如左

主文

原判決關於胡存禮部分撤銷發交甘肅高等法院第四分院更爲審判

理由

上訴人提起非常上訴意旨稱查刑法第二百八十四條第一項第二款所謂殘忍行爲係指與支解折割相類之情形而言此當然之解釋本件被告胡存禮用鋤頭擊傷車載文顛門等處登時倒地氣絕其後復用黃沙將其口鼻填滿此不過意在防其復活尙難謂爲殘忍之行爲初判援引刑法第二百八十四條處斷固屬錯誤原覆判判決僅以初判未揭明該條何項何款爲不合仍依該條第一項第二款爲更正之判決亦非適法自應依據刑事訴訟法第四百三十三條第四百三十五條提起非常上訴以資

救濟惟查原判所載事實既以車載文於被擊後卽倒地氣絕而又謂被黃沙填滿口鼻令其窒息以死既以被告殺害車載文係臨時觸動前嫌始起殺意而又謂其蓄意謀殺已肇端於被車載文詈罵之時是不特與事實兩歧不足爲判決之基礎而該被告應否負謀殺責任尤有問題至原判所認被告於車載文死後卽拉赴沙梁之下掩埋有無棄屍情形亦不足研究之餘地應請將原判關於胡存禮罪刑部分撤銷並依修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第二項發交甘肅高等法院第四分院更爲審判等語

原覆判審更正初判認定事實略稱胡存禮與車載文同鄉素識時常往來遂乘間與車載文之妻調戲成姦被車載文聞知其事卽罵胡存禮不是人類並囑其拒絕存禮若再來時便可罵他出門倘若被我碰見定要碰壞他的腿部等語車王氏隨將車載文之語告知存禮令其勿再前來胡存禮聞悉之下便卽憤恨而去並謂看誰碰壞誰腿是其蓄意謀害載文已肇端於此十九年一月二日晨早車載文忽又約同存禮赴沙梁砍柴胡存禮頓前嫌遂在途起意將車載文打死便可搬車王氏回高台因車載文行走在前胡存禮在後乘其不備卽用出門攜帶之鐵頭照車載文腦後猛擊適中傷其左頰車載文同

頭看時又照顛門打一鐵頭並傷左肘車載文登時倒地氣絕胡存禮猶恐未死遂用黃沙填滿口鼻令其窒息以死卽拉赴沙梁之下掩埋致擦傷載文左右兩手胡存禮旋即潛返莊內等語

據右事實既以被告蓄意謀殺已肇端於被車載文詈罵之時又稱被告頓觸前嫌始在途起意將車載文打死既認車載文被擊後登時倒地氣絕又謂被告用黃沙填滿口鼻令其窒息以死顯屬自相矛盾究竟被告殺人行爲係臨時起意抑係出於預謀就原審審理之所得尙屬事實未明已不能謂無更審之原因復查敦煌縣驗斷書內載已死車載文致命顛門鐵傷一處圍圓一寸五分皮未破紫紅色不致命左頰鐵傷一片圍圓一寸八分紫紅色不致命左肘傷一處均紫紅色不致命左右手指各有擦傷一道皮破血流黃沙填口鼻準右斜委係生前受傷身死云云就此種驗斷情形觀察尙不能謂被告殺人有殘忍之行爲原審乃依刑法第二百八十四條第一項第二款處斷於被告將屍身拉赴沙梁之下掩埋致擦傷載文兩手是否遺棄或損壞屍體情形復未研究均不得謂非違法本案係未經上訴及覆判審提審而判決確定上訴人本此理由提起非常上訴主張發交更審自屬正當

據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款修正縣知事審理訴訟暫行章程第三十六條第

二項判決如主文

(三十一)代定婚約之解除(關於民法親屬)二十一年一月二日(上字第一二號)

父母爲未成年子女所訂婚約。苟其子女成年後有一方不同意時。許其訴請解約。

照錄孫科開與劉女子因解除婚約上告一案判決書

上告人孫科開住阜甯縣板湖鎮

被上告人劉女子住阜甯縣南劉莊

右兩造因解除婚約涉訟一案上告人不服江蘇高等法院第一分院中華民國十九年六月十六日第二審更審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

最高法院判例彙編 第十集

九一

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

查婚約應由男女當事人自行訂定爲民法親屬編第九百七十二條所明定至父母爲未成年子女所定之婚約苟其子女成年後有一方不同意者許其訴請解約亦經本院著有成例本件兩造間之婚約係於髫齡時由父母代爲訂定爲兩造所不爭茲由被上告人以對於婚約不願同意及上告人久病不愈爲理由訴請解約前經原審維持第一審准予解約之判決上告人不服提起上告當經本院判決以被上告人於成年後對於婚約似已承認及上告人是否患羊癩病尙不無審究餘地發回更審茲查更審卷宗雖據上告人主張該民十九歲生病時被上告人曾送二十元作醫病費用以爲被上告人對於婚約業已追認之證明方法但訊據被上告人稱該款係由伊母送去伊不知道此不特已由媒人孫壽庵之子孫少康到案爲被上告人有益之證明且其時被上告人爲一年輕之舊式女子於其母尙在之時公然送錢與未婚夫爲治病之用按之常情當不至此原判業就此詳加闡明認定上告人主張由被上告人送錢之說爲不足信其見解殊非無據至被上告人起訴狀載女因父亡母孀別無兄弟託媒

催孫親迎及其十七年九月五日在第一審之供詞謂父母年紀全大了是我自己作主的各等語無論被上告人父早死亡爲上告人所不爭所謂父母年紀全大了之供詞顯與事實不符被上告人在原審否認有此供詞不爲無據卽就上述狀詞而言亦無非謂曾有催孫迎親之事既不能謂催孫迎親係出於被上告人本人之所爲與上述送錢醫病之說之不足採同一事理亦卽不能謂被上告人對於婚約果已追認茲據被上告人在原一二審堅決主張無論上告人疾病能否治愈婚約終應解除原判因此仍予維持第一審准予解除婚約之判決對於疾病一節遂卽不予審究按之上述法例尙無不合本件上告不能認爲有理由

據上論結應依修正民事訴訟律第五百八十條第一項第一百二十四條第一項判決如主文

(三十二) 婚姻之締結(關於民法親屬)二十一年一月二日(上字第一六號)
已成年人締結婚姻。無須法定代理人同意。

照錄王趙氏與李牛崽等因婚姻涉訟一案判決書

上告人王趙氏住江華縣城外偏岩村

被上告人李牛崽住江華縣偏岩村

王喜嫦住江華縣偏岩村

右訴訟代理人陳英律師

右兩造因婚姻涉訟一案上告人不服湖南高等法院第二分院民國二十年五月十三日第二審判決提起上告經本院檢察署檢察官張元通陳述意見本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

檢閱原卷上告人在第一審提起撤銷婚姻之訴主張被上告人李牛崽與伊女王喜嫦係因誘拐成婚並未得其同意應請准予撤銷等情嗣據原審調查上告人之女王喜嫦年已四十餘上告人迄不許其

出嫁王喜嫦因聞李牛患斷絃待續卽自行央託黃聲作作媒並經張羽通知上告人於十九年七月間成立婚約同年八月二十九日用轎接往成婚卽由黃聲作及張羽之子蒞場證婚業經原審傳訊黃聲作張羽到案證明屬實無論其無誘拐情事且王喜嫦年逾四十亦非未成年人依現在結婚自由之原則除未成人締結婚姻須經法定代理人同意外若已成年卽無同意權之可言茲上告人對於已成年人之親女王喜嫦與李牛患締結婚姻竟以未經上告人之同意爲詞主張撤銷顯非正當原審廢棄第一審關於婚姻部分之判決駁回上告人請求卽屬允協本件上告應認爲無理由

據上論結應依民事訴訟律第五百八十條第一項第一百二十四條第一項判決如主文

(三十三)親族會議之組織(關於民法親屬)(二十一年一月九日(上字第三五號))

親族會議之組織。必由各族長房長或多數族人推出總代表。與被繼承人較爲切近之人公同議決取決多數。於法始能有效。

照錄盧正敬與盧正彬因承繼涉訟上告一案判決書

上告人盧正敬住東陽縣桐樸村

被上告人盧正彬住東陽縣後周

右兩造因承繼涉訟一案上告人不服浙江高等法院第二分院民國十九年八月七日第二審判決提起上告經本院檢察署檢察官薛光鵬陳述意見本院判決如左

主文

原判決廢棄發回浙江高等法院第二分院更爲審判

理由

檢閱原卷上告人弟盧正教身故無子上告人雖謂其係天亡不應立繼有喪簿可證然查閱盧氏家乘明明載稱生於光緒己丑年卒於光緒甲辰顯已成年卽上告人在第一審最初言詞辯論時亦稱正教十六歲死的原審據此認定其非天亡應爲立繼固屬正當惟此次親族會議擇立被上告人之子念蕙爲正教嗣子而上告人在原審力稱此項親族會議極不合法究竟該會議是否合法自應先予審查覈親族會議之組織必由各族長房長或多數族人推出總代表與被承繼人較爲切近之人公同會議取

決多數於法始能有效而核閱原審筆錄據盧雅齋供述盧氏本有族長七人房長六人乃此次到場會議署名畫押於繼書者僅有族長升岳一人芝香雖亦為族長並未簽押其於該會議占重要地位之上告人亦未到場雖據被上告人辯稱當時曾通知上告人而上告人不肯到會等語即使屬實但該族內既有房族長十餘人乃不邀集到場而僅由一二族長及其他數人會議擇立究難謂為合法乃原審並未於此注意遽駁斥上告人之上訴自不足資折服故本件應認為有發還更審之原因

據上論結本件上告為有理由應依民事訴訟律第五百八十一條第一項第五百八十二條判決如主文

(三十四)清償之緩期或分期(關於民法債)

二十一年一月十一日(上字第四二號)

民法三一八條一項但書之規定。不過規定法院有斟酌債務人境況許其緩期清償之職權。並非認無資力人有要求緩期清償之權利。故法院認為不應許其緩期清償時。債務人無聲明不服之餘地。

照錄陳茂丞與林鮑氏等因存款涉訟上告一案判決書

上告人陳茂丞住蕭山縣西河下北藥橋二號

被上告人林鮑氏送達處杭州市新民路四二七號

林興發送達處杭州市新民路四二七號

林景祥送達處杭州市新民路四二七號

右兩造因存款涉訟一案上告人不服浙江高等法院民國二十年五月二十六日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

本件上告人對於原判決認定存款債務之存在及其數額已無爭執茲所爭者即此項債務應否緩期

清償是已。查民法第三百十八條第一項但書雖規定法院得斟酌債務人之境況許其於無甚害於債權人利益之相當期限內分期給付或緩期清償。然此不過規定法院有斟酌債務人境況許其緩期清償之職權。並非認無資力之債務人有要求緩期清償之權利。故法院斟酌債務人境況之結果認爲不應許其緩期清償時。債務人無向上告法院聲明不服之餘地。上告人徒以原審未許緩期清償爲上告論旨殊難認爲有理由。

據上論結。應依民事訴訟律第五百八十條第一項第一百二十四條第一項判決如主文。

(三十五)共訴代理之欠缺(關於民事訴訟法)

二十一年一月四日(上字第五一號)

共有人就共有權利之全部爲訴訟者。應由共有人全體共同起訴。其代表出名起訴者。苟非代表共同全體。固不能謂非代理權尙有欠缺。惟此種欠缺儘可定期命其補正。非俟欠缺補正或補期滿後。不得爲終局判決。

照錄焦松坡等與陳獻箴等因確認共有牧廠涉訟上告一案判決書

最高法院判例彙編 第十集

100

上告人焦松坡住懷甯柘澗保

金璧如住懷甯柘澗保

陳長青住懷甯柘澗保

王佐平住懷甯柘澗保

葉芬住懷甯柘澗保

何蔭鴻住懷甯柘澗保

金約之住懷甯柘澗保

盧甸青住懷甯柘澗保

錢發之住懷甯柘澗保

張賓貴住懷甯柘澗保

訴訟代理人吳穎奇律師

被上告人陳獻箴住懷甯阜東圩

陳菊如住懷甯阜東圩

右兩造爲確認共有牧廠涉訟一案上告人等不服安徽高等法院民國二十年五月二十七日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄發回安徽高等法院更爲審判

理由

按共有人就共有權利之全部爲訴訟者固爲固有之必要共同訴訟應由共有人全體共同起訴其代表出名起訴者苟非代表共有全體固不能謂非代理權尙有欠缺惟此種欠缺儘可定期命其補正非俟欠缺補正或補正期限已滿後不得遽爲終局判決本件上告人等在第一審起訴主張認爭牧廠係柘澗保民衆一千四百餘戶所共有被上告人等不得在該地開墾自係共有人就共有權利之全部爲訴訟不能謂非固有之必要共同訴訟茲上告人等十人代表出名起訴據稱係由民衆之公推提出民國十八年議約爲證而該約列名者僅五十人並據供僅能代表五百戶自屬代理權欠缺惟此種代理

權之欠缺儘可限期命爲補正雖此一千四百餘戶中之耿姓潮姓二十餘戶上告人等謂與有訟仇不能代表惟認爭牧廠既與耿姓潮姓有相同之利害關係其是否因曾有訟仇即不能更爲補正尙難率予推定原審並未限期命爲補正俟其欠缺補正或補正期限已滿而逕認其不能補正將上訴駁斥自難以昭折服上告論旨非無理由

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

(三十六)不服附帶民訴之程序(關於民事訴訟法)

(二十一年一月一日
上字第一號)

僅對於附帶民事訴訟之判決聲明不服者。依法既應由民事法院受理。其訴訟程序自應準用民事訴訟法規。

照錄潘仰漁與潘鈍鈞因被告侵占附帶民事訴訟上告一案判決書

上告人潘仰漁住江蘇青浦縣珠家閣

被上告人潘鈍鈞住江蘇青浦縣珠家閣

右原告人因被告侵占附帶民事訴訟一案不服江蘇高等法院民國二十年五月二十三日第二審判決提起上告本院決定如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

按當事人僅對於附帶民事訴訟之判決聲明不服者依法既應由民事法院受理其訴訟程序自應準用民事訴訟法規而民事上告應預繳審判費用並於合法所定期間內提出上告理由書否則認爲不合法以決定駁回之此在修正民事費用規則第五條修正民事訴訟律第五百七十四條第五百七十六條定有明文本件上告人因被告侵占附帶民事訴訟一案不服江蘇高等法院判決提起上告到院未據繳納審判費用亦未提出上告理由書本院審判長爲當事人利益起見伸長修正民事訴訟律第五百七十四條所定期間命令上告人於收受命令後二十日內提出上告理由書並繳納審判費上告

人已於二十年八月三十日收受送達乃逾期多日迄未遵行依上說明其上告顯難認為合法據上論結本件上告為不合法依修正民事訴訟律第五百七十六條第二項第一百二十四條第一項決定如主文

(三十七)上告之限制(關於民事訴訟律) 二十一年一月十五日(上字第一〇五號)

對於財產上請求之控告審判決。若因上告所應受之利益不逾一百元者。不得上告。

照錄戴陳氏等與張曾球等因請求覆行婚約涉訟上告一案判決書

上告人戴陳氏住南昌市西萬宜巷第十五號

戴木秀即戴陳氏之女

被上告人張曾球住南昌市馬家地第五十三號

張元異即張曾球之子

右兩造因請求履行婚約涉訟一案上告人等不服江西高等法院民國二十年十一月六日第二審判決提起一部上告本院決定如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

按對於財產上請求之控告審判決若因上告所應受之利益不逾二百元者不得上告此在修正民事訴訟律第三百六十六條第一項有明文規定本件兩造因請求履行婚約涉訟經原法院判決除駁斥被告上告人控告仍維持第一審斷令張會球爲其子張元異與戴木秀締結之婚約准予解除之判決外惟以被告上告人曾經交付禮金種種判明上告人應賠償被告上告人洋二百元茲上告人僅對於賠償部分提起上告核其訟爭金額既尙未逾二百元按之上示規定自不得聲明不服而上告人乃更向本院提起上告殊難認爲合法

據上論結本件上告爲不合法依修正民事訴訟律第五百七十六條第二項第一百二十四條第一項決定如主文

(三十八) 抗告之限制 (關於民事訴訟法) 二十一年一月五日 (抗字第一八號)

審判長命令當事人繳納審判費用。係屬指揮訴訟之範圍。當事人不得以抗告方法聲明不服。

照錄陳桂馨與丁子碩因求償債務涉訟抗告一案判決書

抗告人陳桂馨住江蘇南通縣白蒲妙綠鄉

右抗告人與丁子碩因求償債務訴訟一案不服江蘇高等法院民國二十年十月二十一日裁決提起抗告本院決定如左

主文

抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人擔負

理由

按審判長命令當事人繳納審判費用係屬訴訟指揮之範圍當事人不得以抗告方法聲明不服本件抗告人因不服第一審駁斥其聲請回復原狀之判決向原法院提起第二審上訴依修正民事訴訟費用規則第七條第二款所載聲請回復原狀應徵收審判費一元其因不服該項判決提起上訴所應繳納之第二審訟費雖得按其在第一審聲請回復原狀之數額比例徵收但抗告人對於原法院命其繳費之裁決如果以其數額爲有錯誤祇能具狀於原法院請求更正或俟該院判決後有所不服一併於上告審主張爲其不服之理由要不得獨立僅就此點聲明不服乃抗告人竟對於該裁決來院提起抗告顯難認爲合法據上論結本件抗告爲不合法應依修正民事訴訟律第五百九十九條第二項第一百二十四條第一項決定如主文

(三十九)上訴之限制(關於刑事訴訟法)二十一年一月五日(上字第一號)

被告上訴係就科刑之判決爲求自己利益之救濟方法。既未經原判決論罪科刑。卽於上訴人無不利之處。無可爲上訴之餘地。

照錄王鳳山等傷害上訴一案判決書

上訴人王鳳山男年五十四歲豐潤縣人住大茹莊業農

張近臣男年三十七歲同上

右上訴人等因傷害案件不服河北高等法院民國十九年十月二十八日第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

王鳳山緩刑三年

事實

王鳳山與王世顯因辦理村務積有嫌怨民國十八年十二月二十七日(卽舊歷十一月二十七日)王

鳳山與王世顯在街中撞遇相罵致起衝突王鳳山將王世顯頭部等處毆傷由王世顯之弟世芬赴該管警區報告王世顯亦在豐潤縣政府陳訴

理由

本件上訴人王鳳山雖堅不承認有傷害王世顯情事然查王世顯所受各傷均經第一審驗明填單附卷王世顯所指上訴人用木棍毆打尤與傷單所載脊背近左木器傷三處相符該上訴人所舉反證並不能證明確無傷人情事亦經原審詳予釋明原判決依刑法第三百零二條第二百九十三條第一項第六十四條處有期徒刑三月並諭知羈押日數折抵之標準尙無不合上訴爲無理由惟查該上訴人合於刑法第九十條第一款之條件並予宣告緩刑又查被告上訴係就科刑之判決爲求自己利益之救濟方法本案上訴人王鳳山誣告及上訴人張近臣傷害人各部分既未經原判決論罪科刑卽於上訴人等無不利之處按之訴訟法理實無可爲上訴之餘地上訴人等仍對之提起上訴自屬誤會據上論結應依刑事訴訟法第四百零八條第四百零七條刑法第九十條判決如主文

(四十)同案起訴之限制(關於刑事訴訟法)二十一年一月八日(上字第三號)

檢察官對於同一案件經不起訴處分確定後再行起訴者以發見新事實或新證據為條件。否則即屬起訴程序違背法規。法院應為不受理之判決。

照錄陳維新略誘婦女上訴一案判決書

上訴人陳維新男年四十三歲諸暨縣人住陡塢業農

右上訴人因略誘婦女案件不服浙江高等法院民國十九年九月二十五日第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決撤銷發回浙江高等法院更為審判

理由

查檢察官對於同一案件經不起訴處分確定後再行起訴者以發見新事實或新證據為條件如未具

備此項條件再行起訴即屬起訴程序違背規定法院應爲不受理之判決此按諸刑事訴訟法第二百五十二條及第三百十八條第一款之規定至爲瞭然本件上訴人之寡嫂陳張氏再嫁於吳子傳爲妻是否上訴人所略賣抑出於陳張氏所自願姑勿具論惟諸暨縣法院檢察官對於此案業於民國十九年三月三十一日以被告犯罪嫌疑不足爲理由依刑事訴訟法第二百四十四條第二款不起訴有不起訴處分書可考乃於同年五月二十四日復對該案依刑事訴訟法第二百五十三條第一項再行起訴究竟有無新事實或新證據之發見自屬起訴合法與否之前提乃兩審均未注意調查遽爲實體上之審判於法自屬未洽是原審受理訴訟之當否既尚有疑問自非發回更爲調查不足以符法意因之原判決內容如何自可暫勿置議

據上論結應依刑事訴訟法第四百零九條第二項第四百十三條判決如主文

(四十一)自白之條件(關於刑事訴訟法)二十一年一月八日(上字第一一號)

被告之自白。雖得認爲證據。但以出於被告之自由陳述。且與事實相符者爲

限。

照錄馬克乎子等殺人上訴一案判決書

上訴人馬克乎子即馬桂泰男年三十二歲靈武縣人住中北村業工

麻賴瓜子即楊連吉男年三十歲靈武縣人住中北村業工

馬六羔即馬六哥男年三十歲靈武縣人住右營業工

右上訴人等因殺人案件不服甯夏高等法院民國十九年十月三十日第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決除關於訟費部分外撤銷發回甯夏高等法院更爲審判

理由

查已死白琮屍身經第一審靈武縣政府驗明咽喉刃傷一處食氣管斷肚腹鐵矛傷一處深透過右手背木器傷一處左腹脅肋木器傷一處委係因傷身死填具驗斷書附卷上訴人馬克乎子麻賴瓜子在

第一審亦均自認與馬六羔楊一哈四人將白琮做死的所稱麻賴瓜子用鐵矛把肚腹戳傷馬六羔用刀把咽喉抹斷楊一哈用木棒把胳膊打傷尤與驗斷書填載各傷相符上訴人等提出反證又經原審調查不實則上訴人等犯罪嫌疑誠屬重大惟查刑事訴訟被告有最後辯論權宣告辯論終結前應訊問被告有無陳述爲刑事訴訟法第三百零一條及第三百零二條所明定查閱原審民國十九年十月二十三日審判筆錄於檢察官陳述意見後即宣告辯論終結並未訊問上訴人等有無陳述與以最後辯論之機會俾得充分行使防禦之權能按之上述規定顯有未合又查被告之白雖得認爲證據但以出於被告之自由陳述且與事實相符者爲限上訴人等以第一審述詞由於刑迫固屬空言然據告訴人白天喜民國十九年十月二十三日在原審述稱馬克乎子一點都不冤枉他縣長問他同夥幾人不說打了他一頓他又供出馬六羔云云是就馬克乎子追問同夥之時不免有強暴脅迫之情形則其全部供詞暨麻賴瓜子所述各節有無如上所述情事是否出於上訴人等自由陳述能否認爲論罪之證據尙非詳予考究無從斷定又據上訴人馬克乎子等在第一審供認於殺死白琮後仍由麻賴瓜子楊一哈馬喜羔子抬埋是殺人之後即行掩埋滅跡然查尹冀湯民國十九年八月二十七日在原審述

稱當我看去的那時節還未埋過同日楊金保述屍體旁邊堆些新土也沒掩埋後頭由區董吩咐纔埋的似掩埋屍身又在區董看過以後既與上訴人等所述不盡相符則其自白是否合於事實毫無疑問原審未予詳為推究遽行認定尙難謂已盡調查之能事自足為發回更審之原因據上論結應依刑事訴訟法第四百零九條第一項第四百十三條判決如主文

(四十二) 抗告之限制(關於刑事訴訟法)二十一年一月五日(抗字第一號)
法院判決前關於管轄之裁定不得抗告。

照錄孟繼舜綁匪抗告一案判決書

抗告人孟繼舜男年二十五歲杞縣人

右抗告人因綁匪案件不服河南高等法院民國二十年十月二十二日駁回聲請移轉管轄之裁定提起抗告本院裁定如左

主文

抗告駁回

理由

查法院判決前關於管轄之裁定不得抗告。刑事訴訟法第四百十五條已有明文。本件抗告人因綁匪嫌疑在杞縣政府審理中，聲請移轉管轄。經原法院裁定駁回。依上開說明，自在不得抗告之列。應認本件抗告程序違背規定。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百二十二條裁定如主文。

(四十三) 繼承之開始 (關於民法繼承) 二十一年一月十四日 (上字第五五號)

繼承開始係在被繼承人死亡之時。雖繼承開始後其應繼財產在被侵害中。未能由繼承人實行享受。要不能因此遂謂該財產之繼承尙未開始。

照錄余樹舜與余碧霞等因否認屋業繼承權涉訟上告一案判決書

上告人余樹舜住廣州市昌興街祥發坊二號

右訴訟代理人馬超常律師

被告上告人余碧霞住廣州市廠後街十七號三樓

余碧犀住廣州市廠後街十七號三樓

右兩造因否認屋業繼承權涉訟一案上告人不服廣東高等法院中華民國十九年七月二十九日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄發回廣東高等法院更爲審判

理由

本件被告上告人等雖爲被繼承人余欽唐之親女但余欽唐係民國四年亡故依當時法律女子尙無財產繼承權上告人主張認爭屋業被告上告人等無權繼承除如被告上告人等所抗辯上告人不能證明自身爲余欽唐之子或雖爲余欽唐之子而已經出繼外卽難謂上告人之主張爲不正當原判雖謂另案余陳氏與被告上告人等因認爭屋業涉訟十八年九月始判決確定關於該屋業之繼承開始應在另案

判決確定以後據爲駁回上告人主張之理由然另案判決上告人並非該案當事人依法不受拘束而繼承開始係在被繼承人死亡之時新舊法例均屬一致雖繼承開始後其應繼財產在被侵害中未能由繼承人實行享受要不能因此遂謂該財產之繼承尙未開始原判此點見解顯涉錯誤上告人聲明廢棄原判決不能謂無理由

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

(四十四) 養子之入譜 (關於民法親屬)

二十一年一月十四日 (上字第五七號)

族譜載有異姓不得亂宗之例者。係以當時法律不認收養異姓之子與養父母間有親子關係爲前提。自民法施行後。養子與養父母之關係。除法律另有規定外。與婚生子同。婚生子既應入譜。法律上視同婚生子之養子自不得更援譜例拒絕入譜。惟養子在法律上之地位於另有規定時。亦非與婚生子全

然同一。故養子入譜應依其譜例之本旨載明養子字樣。以別於真正之婚生子。

照錄阮清璧與阮五芳因登譜涉訟上告一案判決書

上告人阮清璧住無爲縣襄一汛

訴訟代理人黃宗憲律師

被告上告人阮五芳住無爲縣襄三區鳳凰嶺

右兩造因登譜涉訟一案上告人不服安徽高等法院民國二十年八月八日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄發還安徽高等法院更爲審判

理由

按族譜載有異姓不得亂宗之例者固應解爲收養異姓之子不得登入族譜但此項譜例係以當時法

律不認收養異姓之子與養父母間有親子關係爲前提自民國二十年五月五日民法親屬編施行後依其施行法第十一條及民法第一千零七十七條之規定養子與養父母之關係除法律另有規定外與婚生子同婚生子既應登入族譜法律上視同婚生子之養子自不得更援前項譜例拒絕登入惟養子之視爲婚生子不過爲法律上之擬制且其法律上之地位於另有規定時亦非與婚生子全然同一故養子登入族譜應依其譜例之本旨載明養子字樣以別於真正之婚生子本件被上告人以充當阮姓修譜總理之上告人主張其婚生子阮道隆爲收養異姓之子拒絕登入族譜訴請判令登入原判決適用民法第一千零七十七條及民法親屬編施行法第十一條之規定謂阮道隆縱爲被上告人收養異姓之子上告人亦不得拒絕登譜其法律上之見解固無不當惟阮道隆如果爲被上告人收養異姓之子則其登入族譜應載明養子字樣不能作爲真正婚生子登入故兩造關於阮道隆究爲養子抑爲婚生子之爭執仍應予以審認關於此點原審雖據被上告人弟婦阮汪氏之證言並以上告人並無證據方法足以證明阮道隆確爲養子認上告人之主張爲不可信然查閱原卷上告人曾在原審一再聲明被上告人之妻從未生產可以鑑定原審於此項證據聲明恕置不問遽採阮汪氏之證言以爲判決

基礎殊與原院適用之民事訴訟條例第三百二十七條之規定有所未合上告人聲明廢棄原判決不得謂爲無理由

據上論結應依民事訴訟律第五百八十一條第一項第五百八十二條判決如主文

(四十五)登記之效力(關於不動產登記條例)

二十一年一月十三日(上字第六五號)

不動產所在地如已施行不動產登記。其買賣行爲非經登記不得對抗第三人。

照錄王曰智等與王漢臣因確認買賣無效涉訟上告一案判決書

上告人王曰智住天津英界華蔭南里二百二十號

同興利鐵廠

右代理人張春華住天津特別一區芝罘路同興利廠

王振修律師

被上告人王漢臣住天津英界子孟莊二號

右訴訟代理人金殿選律師

右兩造因確認買賣無效涉訟一案上告人不服河北高等法院中華民國二十年二月四日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄發回河北高等法院更爲審判

理由

本件上告人王曰智於民國十五年經審判上和將訟爭地畝撥爲被上告人所有旋又憑中訂立和解實行辦法載明舊德租界空地皮（卽訟爭地畝）業照和解歸王漢臣所有云云是王曰智業經出立字據以移轉其不動產之所有權依法本應完全生效原審認定訟爭地畝之所有權已合法移轉於被上告人尙非無見王曰智上告論旨斤斤以未另立字據不生物權得喪之效力相爭辯殊不足採惟訟爭地畝所在之天津係施行不動產登記法令之區域依不動產登記條例第五條凡應行登記之事項

非經登記不得對抗第三人。被上告人縱已取得訟爭地之所有權，如果未經登記，即不得以之對抗第三人。換言之，即第三人仍可認訟爭地畝之所有權屬於王曰智，而向之買受也。原審未注意此種法例，率認上告人等之買賣行為無效，自不足以昭折服。應認上告為有理由，究竟被上告人已否依法登記，原審未經合法認定，本院自無從為法律上之判斷。故認為有發回更審之必要。

據上論結，應依修正民事訴訟律第五百八十一條第一項、第五百八十二條判決如主文。

(四十六) 優先受償權與登記 (關於不動產登記條例) 二十一年一月

八日 (上字第七五號)

抵押紅契既未於第二審辯論終結以前為抵押權設定之登記，則第二審法院認為不得對於為第三人之被上告人主張優先受償權，以駁斥上告人之上訴，於法並無不當。

照錄穆德成與王子承因執行異議涉訟上告一案判決書

上告人穆德成住河北天津縣天齊廟村

被告上告人王子承住河北天津縣北營門外萬春斗店

右兩造因執行異議涉訟一案上告人不服河北高等法院民國二十年五月二十八日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

按本件被上告人因其債務人穆文林依另件確定判決應償還其債款故請經法院將穆文林自置坐落天齊廟村警局胡同一〇一號房地五分六厘四毫並磚瓦房十三間查封備抵上告人遂對之提起異議之訴主張該房及地係於民國十七年間穆文林向上告人借銀二千元曾以之抵押立有契據應請撤銷該項查封命令判認上告人有優先受償權並呈出紅契及登記證書各一紙爲證本院查抵押

權之設定依不動產登記條例第三條第六款係屬應行登記之事項而依同條例第五條之規定不動產應行登記之事項非經登記不得對抗第三人本件上告人主張之抵押權僅據呈出該房地所有權保存登記證書原難認為合法之設定縱令上告人所持穆文林立給之借約及抵押紅契均屬真實但既未於第二審辯論終結以前為抵押權設定之登記則原法院認其不得對於為第三人之被上告人主張優先受償之權利即難據以請求撤銷該項查封命令因以駁斥上告人之上訴於法並無不當上告人乃不自補行登記之程序而徒肆意攻擊原判之不當殊無可取再本件係異議之訴受訴法院祇以審究上告人能就訟爭查封標的物主張優先受償權為已足其關於上告人對於穆文林之債權是否真實以及其應如何受償原可不問乃原判決理由竟議及此固有未合惟與判決主文尚無影響故特併予說明

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

(四十七) 誤用上訴程序之效力 (關於民事訴訟法) 二十一年一月八日
(上字第七六號)

對於原法院第二審駁斥其上訴之判決。竟依再抗告程序聲明不服。其用語雖稍涉誤會。惟既聲明係不服原法院之判決。仍應以上告論。

照錄周萬全與郭品儒因求還借款涉訟上告一案判決書

上告人周萬全住北平前門外糧食店源盛店

被上告人郭品儒住河北武清縣本城

右兩造因求還借款涉訟一案上告人不服河北高等法院第一分院民國二十年五月七日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

最高法院判例彙編 第十集

一三五

理由

本件上告人對於原法院第二審駁斥其上訴之判決竟依再抗告程序聲明不服其用語雖稍涉誤會惟既聲明係不服原院之判決仍應以上告論特先說明於此復查兩造因求償借款涉訟經第一審判決後上告人對之聲請回復原狀雖以本件訴訟之時上告人在包頭謀事未回致遲誤言詞辯論日期爲理由殊不知上告人在第一審提出之辯訴狀既就被上告人所訴原因準備陳述並未聲明上告人在包頭未回等情該辯狀後面已經上告人署名捺印指摹（第一審卷十九年六月十九日周萬全辯狀）則上告論旨所謂因在包頭不知被訴歷經具狀陳明云云顯屬捏飾第一審指定十九年六月二十一日言詞辯論日期之傳票以及第一審之判決其送達回證均經上告人之姪周雲山於該收件欄內註明代收字樣該周雲山曾經上告人委任爲代人並聲明係與上告人同住（見原卷二十年四月十三日周萬全訴狀）則該傳票及判決均已經合法之送達上告人縱果有滯留包頭情事而既未於言詞辯論日期委任代理人到場而於十九年七月十七日已收受第一審判決竟遲至是年十一月三日始爲回復原狀之聲請於法均有未合第一審法院認上告人回复原狀之聲請與該省現准緩

用之民事訴訟條例第二百零五條規定不合以判決駁斥之原法院仍予維持均無不當上告人之上告不能謂有理由

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

(四十八) 抵押權之標的 (關於民法物權)

二十一年一月十六日 (上字第八六號)

抵押權之設定。對於不動產始得爲之。動產及其他之營業權利不能爲抵押權之標的。

照錄殷漢泉與胡希崖等因確認抵押權涉訟上告一案判決書

上告人殷漢泉住南昌蓼洲街元昌紙行

右訴訟代理人殷坤慶律師

被上告人胡希崖住南昌蓼洲街和濟商號

其餘被上告人萬如九等五名詳卷

右兩造因確認抵押權涉訟一案上告人不服江西高等法院中華民國二十年六月二日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

本件上告人對於訟爭之店底傢業碼頭器皿等能否主張抵押權爲兩造之唯一爭點查上告人提出劉楷臣所立之押店底字約雖載明將訟爭之店底等向上告人押借銀五千元字樣並另舉證人李青雲在原审到場證明惟查抵押權之設定須對於不動產始得爲之（民法八百六十條參照）本件訟爭之店底傢業碼頭器皿等係一種包含多數動產及其他之營業權利顯與不動產有別（民法六十六條參照）依法自不能以之爲抵押權之標的質言之縱令劉楷臣爲上告人設定抵押權屬實亦因物

權不許自由創設之法例不發生何等效力故上告人所主張之抵押權無論是否與劉楷臣串通詐害其他債權人或劉楷臣有無陷於破產狀態而依前說明既屬根本無效即無審議之餘地原審變更第一審判決駁回上告人確認抵押權之訴洵屬正當上告論旨不能謂有理由

據上論結應依修正民事訴訟律第五百八十條第一項第一百二十四條第一項判決如主文

(四十九) 一造辯論與依聲請(關於民事訴訟法) 二十一年一月十八日
(上字第八八號)

言詞辯論日期一造不到場。而到場之當事人並未聲請由其一造辯論而爲判決者。法院不得以職權爲一造辯論之判決。

照錄張子方與楊明權因給付債款涉訟上告一案判決書

上告人張子方住富順縣清和園

被上告人楊明權住富順縣城內桂花街

右兩造因給付債款涉訟一案上告人不服四川高等法院第三分院中華民國十九年一月四日第二

審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄發回四川高等法院第三分院更爲審判

理由

按法院據一造辯論而爲判決應依到場當事人之聲請爲之該省援用之民事訴訟條例第四百五十七條有明文規定本件兩造於原法院迭次指定之言詞辯論日期固各有任意不到場之情形惟查民國十八年十二月二十六日最後言詞辯論日期上告人及其委任之訴訟代理人楊郁文雖均未到場而到場之被上告人並未聲請由其一造辯論而爲判決是日筆錄記載甚明原法院乃逕以職權爲一造辯論之判決按之上開法條顯有違誤殊屬無可維持上告人聲請廢棄原判決不得謂無理由據上論結本件上告爲有理由應依修正民事訴訟律第五百八十一條第五百八十二條判決如主文

(五十)中間判決之控告(關於民事訴訟法)

二十一年一月七日(抗字第二五號)

關於管轄爭議之中間判決。當事人如有不服。應俟將來對於終局判決提起控告時。一併受控告法院之審判。

照錄曾雲山與亞細亞洋行因債務涉訟抗告一案判決書

抗告人曾雲山住常德東門外三鋪街三十八號代收送達處漢口德潤里四十一號

會長庚住常德東門外三鋪街三十八號代收送達處漢口德潤里四十一號

曾懋昭住常德東門外三鋪街三十八號代收送達處漢口德潤里四十一號

曾元璋住常德東門外三鋪街三十八號代收送達處漢口德潤里四十一號

曾元勳住常德東門外三鋪街三十八號代收送達處漢口德潤里四十一號

右抗告人等與亞細亞洋行因債務涉訟一案不服湖北高等法院中華民國二十年十月二十日決定提起抗告本院決定如左

主文

抗告駁回

抗告訴訟費用由抗告人等擔負

理由

按對於中間判決得獨立提起控告者以修正民事訴訟律定有視作終局判決之明文者爲限至關於管轄爭議之中間判決修正民事訴訟律並未視作終局判決許其獨立提起控告當事人如有不服依同律第五百二十九條應俟將來對於終局判決提起控告時一併受控告法院之審判本件抗告人等就第一審關於管轄爭議之中間判決提起控告原法院認爲不合法以決定駁回之於法自無不合抗告論旨非有理由

據上論結本件抗告應予駁回並依修正民事訴訟律第一百二十四條第一項決定如主文

