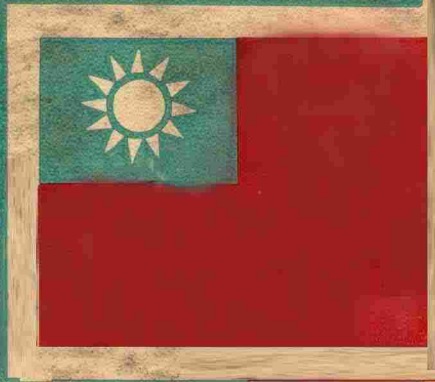


最高法院判例彙編



上海法學編譯社出版
會文堂新記書局經售

第三集

中華民國二十二年一月四版

版權

總發行所
分發行所

上海
北平
廣州
三馬路
河南北首
琉璃廠
交通路口
永漢北路

會文堂新記書局
會文堂新記書局

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

最高法院判例彙編

第三集

全書
一册

定價大洋六角

外埠
加郵費

公開辯論之證明(民事訴訟)湖南封域與曾約仁等因賠償損害涉訟上告案	五五
追索權之行使(民法債權)廣東鄧文浩與鄧樹文因票款涉訟上告案	五六
夫妻之扶養(民法親屬)江西盧咸英與曾焱春因離婚涉訟上告案	五九
舉證之責任(民事訴訟)福建黃裕記號東僑與袁秉貴因請求損害賠償涉訟上告案	六二
婚約涉訟之性質(民事訴訟)廣西周六妹與何步陞等因請求履行婚約涉訟上告案	六五
同父周親之解釋(民法親屬)浙江張臣鑑與張臣銑因確認立嗣成立涉訟上告案	六八
承繼權之拋棄(民法繼承)福建劉繩承與劉錫朋因立嗣涉訟上告案	七〇
契約文字之表明(民法債權)浙江夏豫孫等與郭定森因確承公費數額並請求給付涉訟	
上告案	七三
墳地訴訟之性質(民事訴訟)湖南謝培成等與皮戩毅等因確認園地墳塋所有權涉訟上	
告案	七六
審級之維持(民事訴訟)湖南謝培成等與皮戩毅等因確認園地墳塋所有權涉訟上告案	七七
合意之管轄(民事訴訟)四川賴熾富等與劉達澗等因確認車水權涉訟抗告案	七八

中間判決之上訴(民事訴訟)廣東潘鄧氏等與楊李氏因確認房屋業權涉訟抗告案	八一
上訴權之捨棄(刑事訴訟)鄧自強姦及略誘罪上訴案	八二
傷害與因果之關係(刑法)姚玉發等傷害人上訴案	八四
處刑之解釋(刑事訴訟)江蘇余健如結夥在途行劫俱發上訴案	八八
竊盜既遂之標準(刑法)浙江鍾祝氏等結夥竊盜上訴案	九一
營利略誘既遂之標準(刑法)湖北呂劉氏意圖營利略誘上訴案	九四
管轄錯誤之救濟(刑事訴訟)江西郭政基損壞他人所有物非常上訴案	九八
上訴之效力(刑事訴訟)陳達爲因誣告案不服駁回上告之決定抗告案	一〇〇
因自白所提之再審(刑事訴訟)劉志剛因誣告案不服駁斥再審裁決抗告案	一〇二
對於裁定之抗告(刑事訴訟)鄭紹周因詐財案不服駁回聲請之決定抗告案	一〇四
扣除在途日期之限制(刑事訴訟)鄭紹周因詐財案不服駁回聲請之決定抗告案	一〇四

提要

○關於民法總則

意思表示之解釋——解釋當事人之意思表示應就表示時一切情形爲全體之觀察（十七年民事上字第六七七號）……………四

習慣之効力——習慣法則應以一般人所共信并不害公益爲要件否則雖係舊有習慣亦難認爲有法的効力（十七年民事上字第六九一號）……………七

○關於民法物權

墳塋之所有權——墳塋所有權與墳塋以外之山地所有權原屬各別獨立（十七年民事上字第七三一號）……………一三

○關於民法債權

本息之清償——對於債權人欠有本息而爲給付者如未得債權者特別同意自應以之先充利息之清償（十七年民事上字第六七七號）……………三

回贖之特約——買賣當事人訂立移轉物權之契約外另訂限期回贖之約依契約自由之原則本非法所不許苟無無効或撤銷之原因買主即應受其拘束故買主於回贖期限內非催告賣主回贖或經賣主拋棄其回贖權利自不能任意將該業出賣於第三人（十七年民事上字第八三零號）……………二七

債務之標的——債務人將清償之標的物提存後債權人應擔負其物滅失損毀或落價之危險惟所謂標的物者自指當事人之約定者而言如約定以現金給付為標的債務人強欲以業經落價之紙幣或有價證券為給付而又不肯按市價折合現金者則在債權人自得拒絕受領雖經債務人將該項紙幣或有價證券提存嗣後更行落價亦非債權人延遲所致自不能令其擔負由此所生之損失（十七年民事上字第八三三號）……………三〇

共有營業之分歸——析產時將共有營業分歸某房獨自繼續經理則其對外應否就原有商號加以某記或登報以示區別尤應視當地商業有無此項慣例為斷（十七年民事上字

第八五一號）……………三三

貨物之滅失——不特定物之買賣主縱已將貨預備而於尚未交付或合法提供前滅失

其危險負擔仍不屬於債權人（十七年民事上字第一零零一號）……………四七

賣價之交付——不動產買賣契約為雙務契約移轉所有權與交付賣價原則上應同時履

行（十七年民事上字第九零一號）……………五〇

追索權之行使——執票人於未經承兌或支付之匯票金額時已將不能承兌或支付之事

由通知其直接前手自得向其行使追索權而要求清償（十七年民事上字第九二一號）……………五七

契約文字之表明——契約文字已表明當事人真意無須別事探求者不得更為曲解（十

七年民事上字第一一八號）……………七三

○關於民法親屬

離婚之條件——夫妻之一造就他造重大侮辱者應許其請求離異又所謂重大侮辱者指

一造之言語行動足使他造喪失社會上之人格其侮辱之程度致不能忍受者而言（十七

年民事上字第五七零號）……………一

請求離婚者所負之義務——請求離異之一造如離異之原因不能歸責於他一造者對他

造應負撫慰之義務(十七年民事上字第七〇八號)……………一〇

立繼會議之會員——親族會議立繼應以親族中與被承繼人比較切近之人爲會員令其

到場與議(十七年民事上字第七六三號)……………一九

婚約之解除——父母本於主婚權之作用爲其幼小子女訂立婚姻豫約雖爲吾國舊律所

容許然與婚姻自由之原則顯相違反在現行婚姻自由之制度下根本不能容其存在故在

子女尙未成年時締約之一造請求解除豫約不論所持理由如何應認爲法律上解除之正

當行使他造不得任意反對(十七年民事上字第八二九號)……………二五

招贅之關係——招贅係一種婚姻關係可依當事人之自由意思定之(十七年民事上字

第九二六號)……………四二

招贅之限制——招贅并不限於父母無子孫之時(十七年民事上字第九二六號)……………四三

婚約之効力——父母本於主婚權之作用爲其幼小子女訂立婚姻豫約雖爲吾國舊律所

容許然與婚姻自由之原則顯相違反在現行婚姻自由之制度下根本上不能存在故子女之一造如於成年後不願履行該婚約自可訴請解除(十七年民事上字第九六七號)……四五
夫妻之扶養——夫妻均需要扶養又均缺乏扶養能力即不能以一方不給扶養他方遂持為遺棄之論據(十七年民事上字第九一四號)……五九

同父週親之解釋——按兼祧以同父週親為要件若經出繼則出繼人對於本宗同胞兄弟須依所繼地位論其服之遠近不得更以同胞稱即難以同父週親論(十七年民事上字第一〇六八號)……六九

◎關於民法繼承

立繼之告爭——立繼事件惟同宗而有承繼權者始得告爭(十七年民事上字第九〇八號)……五三

承繼權之拋棄——有權立嗣者所立之嗣雖屬違法亦非當然無効倘有告爭權人對於違法立嗣未經提起確認無効或撤銷之訴得有確定判決者即應認為承繼權已經拋棄不得

再行告爭(十七年民事上字第一〇一五號).....七〇

○關於刑法

傷害與因果之關係——傷害以後因自然力之參入內助成其致死之結果則其致死與傷害行為仍有因果聯絡之關係即不能解除傷害致死之責任(十七年刑事上字第四五七號).....八五

竊盜既遂之標準——竊盜罪既遂與未遂之區別應以所竊之物已否移入自己權力支配之下為標準若已將他人財物移歸自己所持即應成立竊盜既遂罪至其後將已竊得之物遺棄逃逸與罪之成立無關(十七年刑事上字第五零九號).....九一

營利略誘既遂之標準——意圖營利略誘罪之成立本以被害人入於自己監督範圍以內時為既遂至略誘後之價賣行為乃營利略誘行為之繼續縱使未經參與價賣之事仍不得謂非共犯(十七年刑事上字第六六三號).....九四

○關於民事訴訟

附帶控告之期間——附帶控告不受不變期間之限制(十七年民事上字第七三一號)……	一二
關於婚姻訴訟之標的——撤銷婚姻預約之訴(第三人亦可提起)與確認婚姻不成立之訴其訴訟標的各殊不能混爲一談(十七年民事上字第七五三號)……	一六
委任之權限——民訴律第九八條所謂特別委任須當事人有特別之意思表示如概言依法委任或泛稱全權代理應解爲當然未受特別委任(十七年民事上字第七七八號)……	二二
缺席之裁判——言詞辯論延期或續行日期當事人有不到場者亦與初次言詞辯論日期不到場同應爲缺席判決以本律不認言詞辯論一體法則(十七年民事上字第八五七號)……	三七
上訴之撤回——第二審撤回上訴上訴權因而喪失第一審判決即因撤回上訴而確定(十七年民事上字第八七七號)……	四〇
公開辯論之證明——判決必本於當事人之言詞辯論爲之而言詞辯論已否依式公開又專以筆錄證之不許適用其他證據方法(十七年民事上字第九一八號)……	五五

- 舉證之責任——被告之免責要件不得以通常情形比擬斤斤以原告之舉證責任先於被告爲爭執(十七年民事上字第九七四號)……………六二
- 婚約涉訟之性質——履行婚約之訴根本上即非修正民事訴訟律第七六八條所定之婚姻訴訟其辯論且無庸檢察官蒞場陳述意見復何得更由檢察官爲當事人出而起訴或提起上訴(十七年民事上字第一〇七號)……………六五
- 墳地訴訟之性質——關於墳地之訴訟雖有涉及坟內之屍體然現行法上無認爲人事訴訟之根據(十七年民事上字第八五八號)……………七六
- 審級之維持——經地方法院爲第一第二審合法之審判依現行審級制上告非本院所應受理(十七年民事上字第八五八號)……………七七
- 合意之管轄——合意管轄固以第一審法院爲限但第一審若爲縣政府按之現行法制初級及地方事件均歸其管轄其管轄錯誤之抗辯無從表現則當俟其提起第二審上訴時決之若一方提起上訴他方不抗辯其無管轄權逕就本案爲言詞辯論者仍可推定其現第一

審已有合意(十七年民事抗字第二四三號)……………七八

中間判決之上訴——若係普通中間判決除與終局判決有牽率關係得依修正民事訴訟

律第五百二十九條本文俟第一審終局判決後一併陳明不服之旨外不得獨立提起上訴

(十七年民事抗字第二三六號)……………八一

○關於刑事訴訟

上訴權之捨棄——當事人之捨棄上訴權必須其能了解一經捨棄即生喪失上訴權之効

果而仍自願為捨棄之明確表示始能認為捨棄上訴權倘僅有遵服一語尚難認為自願捨

棄上訴權之明確表示(十七年刑事上字第六〇一號)……………八二

處刑之解釋——修正覆判章程第七條第三款所稱處刑兼指主刑及從刑而言(十七年

刑事上字第四一一號)……………八八

管轄錯誤之救濟——凡應屬下級法院管轄之案件若上級法院誤為受理一經開始審判

最高法院判例彙編 第三集 提要

一〇

即應繼續進行不得再行移送下級法院轉於當事人有害而無益（十七年刑事非字第

二一號）……………九八

上訴之効力——上訴書狀未敘述不服之理由者其上訴亦有効力（十七年刑事抗字

第一一三號）……………一〇〇

因自白所提之再審——自白犯罪事實得以提起再審者乃為受刑人或被告不利益而

設必限於管轄法院之檢察官或自訴人始得提起（十七年刑事抗字第一二二號）……………一〇二

對於裁定之抗告——關於管轄或訴訟程序之裁定原則上不得抗告至駁回聲請推事

迴避之裁定雖得提起抗告但應於五日內為之（十七年刑事抗字第一零八號）……………一〇四

扣除在途日期之限制——在途程期為實施訴訟行為之當事人或其代理人在途而設

現既不自赴法院所在地為其訴訟行為僅將抗告狀由郵局寄呈法院自不得扣除在途

程期（十七年刑事抗字第一零八號）……………一〇四

國民政府
最高法院判例彙編 第三集

◎民法親屬

四川楊張氏與楊榮卿因離婚上告案

判例提要

離婚之條件

夫婦之一造受他造重大侮辱者。應許其請求離異。又所謂重大侮辱者。指一造之言語行動足使他造喪失社會上之人格。其侮辱之程度至不能忍受者而言。（見十七年六月十五日民事一庭判決上字第五七零號）

上告人

楊張氏 住四川巴縣學院街

被上告人

楊榮卿 住址同上

右兩造因離婚涉訟一案上告人不服前四川第一高等審判分廳於中華民國十六年九月二十七日所爲第二審之判決提起上告經檢察官邱珍陳述意見見本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

按夫婦之一造因受他造重大侮辱而提起離婚之訴者苟經查明屬實自應准其離異至所謂重大侮辱自指一造之言語行動足使其他造喪失社會上之人格其所受侮辱之程度至不能忍受者而言此屬當然之理本件上告人於民國十五年十月向巴縣地方檢察廳遞狀指被上告人與胞妹六姑同床燒烟有曖昧行為經伊察覺並在江巴衛戍司令部所遞狀詞亦同是原判決以上告人所指係侮辱被上告人足使其在社會上喪失人格令人不堪忍受故認被上告人之請求離婚為正當按之上述說明洵非無見被上告論旨徒謂前項狀辭所指尚不能予多數不特定人以共見共聞之狀況未達於公然侮辱之程度不足為請求離婚之原因未免強辨難認為正當又兩造因迭次反目難於相安曾在民國十四年陰歷四月八日兩次立字彼此別居為被上告人所不爭原判以上告人不遵勸諭堅決不願與

被上告人同居恩斷義絕所論固不免過刻惟被上告人請求離異如上述說明已另有正當之理由則上告就此攻擊原判亦殊無益至所爭生活費用兩造既經原審合法判離而離婚之原因又卽爲上告人所構成自無許其要求之理如謂係作養贍則上告人既已失其爲妻之地位亦不容更向被上告人過事要求原判此點卽無不當

據上論結上告爲無理由依修正民事訴訟律第五百八十條第一百二十四條第一項特爲判決如右

◎◎民法債權 ◎◎民法總則

四川李仙芹與牟南章因債務涉訟上告案

判例提要

本息之清償

對於債權人欠有本息而爲給付者如未得債權者特別同意自應以之先充利息之清償（十七年七月二十四日民事一庭判決上字第六七七號）

意思表示之解釋

解釋當事人之意思表示應就表示時一切情形爲全體之觀察（十七年七月二十四日民事一庭判決上字第六七七號）

上告人 李仙芹住四川巴縣界石場

被上告人 牟南章住四川巴縣石馬場

右兩造因債務涉訟一案上告人不服前四川第一高等審判分廳中華民國十六年十二月三十一日所爲更審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

本案據原審認定事實被上告人之父牟漸達於民國六年以積榮堂名義存放萃豐乾號內本銀一千

六百兩月息一分至民國八年萃豐乾停業此項債務撥歸上告人之父李福全承任迨李福全物故復由上告人於民國九年償還被上告人銀一千二百零一兩九錢三分上告人均承認無異茲所應審究者卽（一）上告人償還之款應否作爲全數還本（二）被上告人曾自願誼讓利銀二百六十餘兩此種意思表示有無拘束本人之效力是已按民事條理債務人對於債權人欠有本息而爲給付者如未得債權人特別之同意自應以之先充利息之清償不能主張係屬還本此項債務據萃豐乾簿載係（己未）（民國八年）八月十二日撥歸上告人之父承任原審本於前上告審發還更審之見解關於所欠利息自承任債務之日（卽八年八月十二日）起計始由上告人負責償還並經傳集清算由八年八月十二日起至九年八月十二日止應付利息共銀一百九十二兩（原審據咸亨帳簿載上告人償還之款由九年八月分期給付故算利截至八月十二日止並有監算報告書及帳單附卷）因而核定上告人償還之款除利息銀一百九十二兩外尙餘銀一千〇九兩九錢三分卽作爲還本揆之上述條理自無不合上告人既已還本一千〇九兩九錢三分實尙欠本銀五百九十兩〇七分原審判令上告人將餘欠償還被上告人而餘欠之利息則自八月十三日起計亦核與更審意旨並無違背乃上告人竟謂

依法不應先償利息後償元本又謂原審所爲判斷違反更審旨趣實屬毫無理由至被上告人雖在第二審曾有誼讓利銀二百六十餘兩之表示惟查閱原卷被上告人固已在前第二審及上告審具狀呈明計算錯誤請求更正且查現行法例解釋當事人之意思表示應就其表示當時之一切情形爲全體之通觀被上告人在前主張從民國六年（丁巳）五月底起至民國九年十月底止共應給付利銀六百五十六兩除經付一年利銀一百九十二兩外實欠利銀四百六十四兩是其讓利之表示係以上告人担負承任債務前之利息爲前提茲既核定上告人償還利息應從承任債務之日起計復經清算明確上告人應付利銀僅一百九十二兩尙不足二百六十兩之數則被上告人表意之當時與現在情形已不相符自不發生何等拘束力原審法律上見解並無錯誤上告人關於此點之上告亦不能謂爲正當

據上論結本件上告爲無理由依修正民事訴訟律第五百八十一條第一項第一百二十四條第一項判決如主文

●民法總則

江西符治銓與陳志增等因道教壇門涉訟上告案

判例提要

習慣之效力

習慣法則應以一般人所共信並不害公益爲要件。否則雖係舊有習慣。亦難認爲有法的效力。
(十七年七月二十七日民事一庭判決上字第六九一號)

上告人

符治銓住江西南昌馬王廟聚珍齋

被上告人

陳志增住江西新建太平鄉

陳聯慶住址同上

陳定鐸住址同上

陳志揚住址同上

陳志詳住址同上

陳志艾住址同上

陳志良住址同上

右兩造因道教壇門涉訟一案上告人不服江西高等法院中華民國十七年三月九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

按習慣法則應以一般人所共信任不害公益爲要件否則縱屬舊有習慣亦難認爲有法的效力本案上告要旨不外謂江西省各縣道士向有壇門習慣不得自由雇請故凡某地之廟宇由某道士主持者該地方卽屬該道士之壇門上告人先曾祖符玉粒於前清道光三年起爲陳族之萬壽宮主持雖陳族請帖未載壇門字樣然既有主持廟宇義務卽應享受壇門權利原審捨棄習慣不予維持實不甘服云

云查閱原卷被上告人主張上告人看守萬壽宮廟宇有收取廟產租息之權利卽上告人亦承認無異（均見本年三月八日供）尙何得云只盡義務且道館修齋建醮係屬一種迷信上告人乃等諸營業專利強人遵守亦不能認爲正當又查被上告人陳志增建醮時曾先商諸上告人因其索價八十千文未成故由陳定鐸以五十千文承辦上告人在第一審亦已供認（見第一審卷十六年十二月二十四日供詞）是其所謂壇門習慣無非挾持雇主需索齋費此種壟斷行爲不特妨礙公益且不能使人人共信而均受其拘束按之上開說明自難認爲有法的效力原審不予維持並無不合

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

●民法親屬

浙江曾水珍與蕭禮順因離婚涉訟上告案

判例提要

請求離婚者所負之義務

最高法院判例彙編 第三集

請求離異之一造。如離異之原因不能歸責於他一造者。對他造應負撫慰之義務。（十七年七月三十一日民事一庭判決上字第七零八號）

上告人

曾水珍 住浙江杭州三橋直街二十四號

上告人

蕭禮順 住浙江杭州華光巷七號

右上告人等因離婚涉訟一案不服浙江高等法院中華民國十七年二月二十七日第二審判決先後提起上告經本院檢察官康文辰陳述意見本院判決如左

主文

兩造上告均駁回

上告審訴訟費用兩造各自擔負

理由

本案上告人蕭禮順對於離異部分提起上告上告人曾水珍對於撫慰費部分提起上告茲分別論究如次

(甲)離異部分 被上告人曾水珍提起離異之訴其指摘上告人蕭禮順虐待及侮辱各節雖據原審審理結果殊無確鑿證明然查兩造早經發生齟齬被上告人亦已久返母家爲上告人所承認且被上告人所稱曾經吞金求死有浙江病院診斷書證明卽上告人亦認其在母家吞金情事雖被上告人吞金原因不能謂爲出於虐待所致然其必欲離異故以求死表示其決心自屬顯然無疑况本案起訴以後疊經原審及第一審試行和解惟被上告人誓死不願繼續婚姻關係上告人仍必強以復合非特無以維持家室之和平抑亦徒增雙方之痛苦原審准予離異尙無不合上告人提起上告不能認爲適當

(乙)撫慰費部分 按民事條理請求離異之一造如離異原因不能歸責於他一造者對於他一造應負撫慰之義務上告人曾水珍請求離異因雙方情義乖離故不願繼續婚姻關係然被上告人蕭禮順既未加以何等虐待及侮辱且迭經表示自願擔負養贍費用暫爲別居始終不願離婚是本案離異原因被上告人自不任其責上告人卽應負有撫慰義務原審以上告人代理人在訴訟上曾有貼還財禮一百五十元之陳述又據孫茂發(兩造締婚時媒妁)供稱被上告人結婚時約用去四百元因而衡

情酌定上告人應貼還財理一百五十元其餘卽以未取回之粧奩作抵按之上開說明自認可爲撫慰費之一種上告論旨謂離婚之婦無論由何原因粧奩應聽攜去惟上告人既應給付撫慰費則原審判令以粧奩作抵實含有代物抵償性質要無不服之餘地原審無此項判斷雖未盡洽然其判決結果究無不當依修正民事訴訟律第五百八十條第二項之規定本件上告仍應予以駁回

據上論結本件兩造上告均無理由依修正民事訴訟律第五百八十四條第一項判決如主文

◎民事訴訟 ◎民法物權

浙江童樟銀等與朱中芳等因確認坟上所有權涉訟上告案

判例提要

附帶控告之期間

附帶控告不受不變期間之限制。(十七年八月四日民事二庭判決上字第七三一號)

墳塋之所有權

墳塋所有權與墳塋以外之山地所有權原屬各別獨立。(十七年八月四日民事二庭判決上

字第七三一號)

上告人

童樟銀住義烏縣西門

童錫鴻住同上

被上告人

朱中芳住義烏縣官俞莊

朱中昌住同上

毛植芳住義烏縣上楊

毛植林住同上

右
代理人

陳濟時律師

右兩造因確認墳山所有權涉訟一案上告人等不服浙江高等法院第二分院中華民國十六年十一月十九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等擔負

理由

查修正民事訴訟律第五百六十一條被告於控告期間已滿或捨棄控告撤回控告後仍得爲附帶控告（民事訴訟條例第五百二十七條第二項規定同）是附帶控告本可在第二審辯理終結前隨時爲之並不受不變期間之限制本件原判以上告人等提起附帶控告已逾第一審判決送達後二十日之不變期間據爲駁斥理由於法固有未合惟查上告人等在原審之附帶控告係主張認爭山地之所有權應屬於上告人等原審已就兩造互爭該山地所有權之證據分別調查始認上告人等之主張不成立則上告人等所爲附帶控告已在被上告人等所爲控告部分內同時論斷至爲明瞭故仍應祇問上告人等之實體上主張有無理由以資解決按墳塋所有權與墳塋以外之山地所有權原屬各別獨立本件查據原審囑託勘圖認爭山地內被上告人等墳塋之南葬有上告人等童姓墳塋已爲被上告人等所不爭而上告人等主張童姓墳塋以外之山地亦爲其所有係以童氏宗譜所載瑛三十八

及繼配季氏瑞九十及配黃氏葬二十八都官俞色麗（一作里）坑等字樣及官俞墓圖並民國五年重肇三糧冊爲其證明方法無論告爭墳山不能僅以碑譜爲憑現行律民事有效部分本有明文規定即以上告人等提出之宗譜論其世表所紀亦祇能證明在該地葬有墳塋墓圖內雖載民山四分字樣然該瑛三十八與瑞九十夫婦之墳既係葬於明末或清初則所謂民山四分被上告人等如能證明嗣後已經買受上告人等卽不能以一姓宗譜與之對抗至童肇三糧冊所載二十八都錫裏坑掛斗形映字一千三百十七號民山一畝又民山六分云云既與宗譜墓圖所載民山四分不符又與世表所載無掛斗形字樣者兩歧自亦不足爲據是上告人等所爲山地所有權之主張委屬未能證明復查上告人朱姓主張已買受訟爭山地據其提出嘉慶二十一年童瑞法賣契經原審囑託勘明契載四至尙與地形相符該契雖未投稅而紙墨旣形陳舊且於道光十三年經朱姓族人自己轉賣業有稅印紅契可據並自咸豐迄今歷年糧冊均載明映字一千三百十七號民山四分復核與上告人等墓圖所載映字一千三百十七號民山四分之字號畝數均無差異原審據此認被上告人等主張買受該山地屬實卽按契內所載「其山內只留墳穴祭掃並無餘山」等語斷定被上告人等營葬之生熟墳墳無庸移下六尺

於法自屬正當上告人等雖以嘉慶二十一年之契爲偽造且童瑞法並無其人縱令官俞卽肇二派下或有此人其出賣上告人等肇三派下之地亦屬無權處分不能有效等情攻擊原判不當童瑞法嘉慶二十一年所立賣契依上開說明已有相當佐證證明爲真實自非上告人等所能否認至謂童瑞法並無其人或係無權處分乃係以年代久遠之事實空言爭辯尙無足採

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

◎民事訴訟

湖北劉細女等與熊鍾元等因撤銷婚約涉訟上告案

判例提要

關於婚姻訴訟之標的

撤銷婚姻預約之訴(第三人亦可提起)與確認婚姻不成立之訴。其訴訟標的各殊。不能混爲一談。(十七年八月十一日民事二庭判決上字第七五三號)

上告人

劉細女住武昌斗級營德昌棧又漢口西關帝廟魁斗巷第三號

劉范氏住同上

被上告人

熊鍾元住武昌漢陽門熊家茶樓卽新發樓

熊世炳住同上

右兩造因撤銷婚約涉訟一案上告人等不服湖北高等法院中華民國十七年三月二十八日第二審判決提起上告經檢察官康文辰陳述意見本院判決如左

主文

原判決廢棄發回湖北高等法院更爲審判

理由

查閱原卷本件原係劉范氏（劉細女之母）起訴以熊世炳（熊鍾元之父）爲被告請求撤銷劉細女與熊鍾元之婚姻預約而該婚姻預約核係劉范氏與熊世炳爲契約當事人而訂立者則劉范氏與熊世炳除各代理其子女訴訟外本得自爲訴訟當事人原判僅認爲訴訟代理人不免誤會應予糾正

復按撤銷婚姻預約之訴（第三人亦可提起）與確認婚姻不成立之訴訟其訴訟標的各殊不能混爲一談本件上告人劉范氏提起之訴本係請求撤銷婚姻預約並非就細女與鍾元之婚姻是否有效爲爭執嗣後上告人劉細女加入爲訴訟當事人亦仍係請求撤銷婚姻預約被上告人熊鍾元復未以反訴請求確認婚姻成立（祇抗辯婚姻預約已成立不能撤銷）第一審乃判認兩造締之婚姻爲有效不免逾越訴訟標的原審不爲糾正自屬錯誤原理由雖僅以婚姻預約已經成立並未合法解除爲駁回上告人等控告之論據其真意似亦祇認婚姻預約有效然既未糾正第一審逾越訟標之判決主文終屬無可維持至上告人劉范氏主張撤銷婚姻預約其所持理由關於攻擊被上告人熊鍾元非初次議婚時所見之人委有冒妄及庚書財禮已經退還各節固均屬未能證明但劉范氏爲細女與鍾元訂立婚姻預約時細女尙未成年爲不爭之事實劉細女既於成年後亦請撤銷婚姻預約依婚姻自由之原則則該預約能否命上告人劉細女履行自應以細女已否追認爲斷查被上告人熊鍾元在刑事案內曾供稱「民七月二十二日上街看見細女他對我說他母不準日子不認親他自己願與民一路到民家去次日民上街叫他坐船到我家裏他要坐轎子是以叫轎子抬回二十八日過的喜事」

而上告人劉細女則謂「被他強搶決不跟他」兩詞各執所稱孰爲有據實爲上告人劉細女已否認婚姻預約之解決要鍵卽細女訴請撤銷有無理由不難因此斷定原審就此並未審明被上告人熊鍾元能否立證（上告人劉細女依法得請求撤銷婚姻預約不待立證故應由被上告人等證明細女有追認事實）率行定斷於職權上應盡之能事卽屬尙形欠缺應認爲有發回更審之原因

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

◎民法親屬

浙江牧清濂等與牧王氏因承繼涉訟上告案

判例提要

立繼會議之會員

親族會議立繼應以親族中與被承繼人比較切近之人爲會員。令其到場與議。（十七年八月十四日民事一庭判決上字第七六三號）

上告人

牧清濂住浙江富陽沈塢

牧清芳住址同上

代理人 鮑 湛律師

被上告人 牧王氏住浙江富陽溪西

右兩造因承繼涉訟一案上告人不服浙江高等法院中華民國十七年三月三十一日第二審判決提起上告經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

本院按親族會議立繼應以親族中與被承繼人比較切近之人為該會重要之員令其到場與議此當然之條理被承繼人之父妾是否為比較切近應就當時親族中之情形定之苟無比較更親之人自不能不認其關係較他人為切近從而親族會議立繼亦應令其到場與議本件被承繼人牧清源身故無

子妻又改嫁僅有其父之妾卽被上告人存在則就其與被承繼人之關係言之自較他人爲切近原判決以被上告人於親族會議立繼時應爲該會重要之一員而上告人所提出之繼書及與牧許氏所立之合同議據均未使被上告人與聞因認其親族會議之組織爲不合法判上告人之子朝宗朝統過繼清源爲無效自無不當上告論旨不外爲被上告人僅爲被承繼人之父妾而非被承繼人之妾不能謂有密切之利害關係卽不得於親族會議中占重要地位以爲不服殊難爲合况上告人與清源本曾結有訟嫌其邀同親族議繼其子朝宗朝統並據被上告人呈訴上告人事前曾勾串匪徒將伊擄藏他鄉以妨礙其與議之權利而近族之中如牧永祥亦且未能從場是該親族會議顯係上告人之私意召集不欲與被承繼人切近之人到場亦屬無可掩飾上告乃謂親族會議之後已以立繼之事通知被上告人經其同意不得更爲翻悔云云亦屬空言爭執不能爲有理由

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

●民事訴訟

江蘇朱陳氏等與朱樹雲因確認承繼涉訟上告一案

判例提要

委任之權限

民訴律第九八條所謂特別委任。須當事人有特別之意思表示。如概言依法委任。或泛稱全權代理。應解爲當然未受特別委任。(十七年八月十五日民事二庭判決上字第七七八號)

上告人

朱陳氏 住靖江縣西門外

朱庭熙 住同上

被上告人

朱樹雲 住靖江縣北門外

右兩造因確認承繼涉訟一案上告人等不服江蘇高等法院中華民國十七年三月十日再審判決提起上告經檢察官康文展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等擔負

理由

按修正民事訴訟律第九十八條（民事訴訟條例第八十五條之規定略同）後段所謂非受特別委任不得爲之係就該條前段所定關於訴訟案件有爲一切行爲之權加以限制自須當事人有特別之意思表示顯明其特別委任之事項（但書列舉事項中委任一二項均無不可）故委任書狀如僅概言依法委任或泛稱全權代理（卽爲一切行爲）等字樣卽應解爲當然未受特別委任而不待另有除外之語句本件上告人等委任費廷璜律師代理訴訟之書狀既僅言「依法委任」卽當然祇能爲普通一切訴訟行爲而不能代理上告人等爲和解原判謂該委任書狀未將應受特別委任之權限除外卽代理和解之權限已包括在內其法律上見解固不免錯誤但在前審成立和解時上告人朱庭熙係本人親身到場表示願照所商條件和解完案並自行簽押於和解筆錄則該和解本係朱庭熙自爲之行爲其代理人有無和解權限實與和解之成立毫無影響如謂上告人朱陳氏（卽朱庭熙之母）當時未經到場該代理律師費廷璜在和解筆錄之簽押卽爲朱陳氏之無權代理則核查和解內容係朱庭熙將其兼祧蔭祖一支之承繼權讓與被上告人並於蔭祖遺產內讓田十畝此等行爲原屬朱庭熙可以獨立

自主之行爲無庸得朱陳氏之同意。上告人等以此爲理由。主張和解無效。亦屬不當。至謂朱庭熙當時表示意思亦有錯誤等情。查朱庭熙行年三十有六。未據主張有精神上何等障礙。本有完全之自由意思。而所稱表意錯誤。亦屬徒託空言。何足置信。至上告人等所敘關於承繼之實體上理由。已因和解成立。不能主張應不予置議。原判駁回上告人等再審之訴。自屬正當。上告論旨。委無可採。據上論結。本件上告爲無理由。依修正民事訴訟律第五百八十條第一百二十四條第一項判決。如主文。

◎民法親屬

江西曾志生與譚義甫因解除婚姻豫約涉訟上告案

判例提要

婚約之解除

父母本於主婚權之作用。爲其幼小子女訂立婚姻豫約。雖爲吾國舊律所容許。然與婚姻自由之原則顯相違反。在現行婚姻自由之度制下。根本不能容其存在。故在子女尙未成年時締約。

之一造請求解除該豫約。不論所持理由如何。應認爲法律上解除權之正當行使。他造不得任意反對。(十七年九月一日民事二庭判決上字第八二九號)

上告人 曾志生住高安縣潯溪

被上告人 譚義甫住塘陸上六十三號

右兩造因解除婚姻豫約涉訟一案上告人不服江西高等法院中華民國十七年四月三日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄

被上告人之控告駁回

上告審及控告審訴訟費用由被上告人擔負

理由

按父母本於主婚權之作用爲其幼小子女訂立婚姻豫約雖爲吾國舊律所容許然與婚姻自由之原

則顯相違反在現行婚姻自由之制度下根本不能容其存在故在子女尙未成年時締約之一造請求解除該豫約不論所持理由如何應認爲法律上解除權之正當行使他造不得任意反對本件上告人爲其子曾德忠被上告人爲其女譙木英於民國九年憑媒訂立婚姻豫約當時德忠木英年僅四五歲現在亦均未成年既爲不爭之事實則上告人請求解除該豫約依上開說明卽屬法律上解除權之正當行使無論上告人所稱兩造因債務涉訟怨仇已深勢將影響於將來男女之圓滿生活各情是否可採要不容被上告人以定婚時並無詐欺冒妄之理由任意反對况被上告人主張曾要求上告人過足財禮上告人不允則原審認該豫約確已成立亦非正確第一審照准上告人之請求核甚允洽原審率予改判其法律上見解不得謂非錯誤上告人聲明廢棄原判決應認爲有理由

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五百八十三條第一項第一百十四條判決如主文

◎民法債權

四川胡金成與胡國澄等因贖取田業及撤銷買賣契約涉訟上告案

判例提要

回贖之特約

買賣當事人訂立移轉物權之契約外，另訂限期回贖之約。依契約自由之原則。本非法所不許。苟無無效或撤銷之原因。買主即應受其拘束。故買主於回贖期限內非催告賣主回贖或經賣主拋棄其回贖權利。自不能任意將該業出賣於第三人。（十七年九月一日民事二庭判決上字第八三零號）

上告人

胡金成住富順縣趙化鎮

被上告人

胡國澄住下東雙鹿鋪

鍾琴攏住趙化鎮

右兩造因贖取田業及撤銷買賣契約涉訟一案上告人不服四川高等法院第三分院中華民國十七年三月十七日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄發回四川高等法院第三分院更爲審判

理由

查閱原卷上告人係以胡國澄爲被告請求履行回贖契約嗣復追加鍾琴攄爲被告請求撤銷胡國澄與鍾琴攄所立買賣契約兩造當事人本極分明原判乃因鍾琴攄提起控告反將上告人與被上告人胡國澄列爲一造實不免原被錯亂之嫌應先予糾正又查原判認訟爭田業應由被上告人鍾琴攄照契管業並認上告人與被上告人胡國澄締結之贖取田業契約無效係謂胡國澄立給鍾琴攄之賣契及上告人立給胡國澄之賣契並未載明贖業字樣上告人與胡國澄所立限期贖回之約又未註明月日胡國澄既否認贖約有效上告人自不能向鍾琴攄強爭贖取等理由爲據按買賣當事人訂立移轉物權之契約外另訂限期回贖之約依契約自由之原則本非非法所不許該回贖契約苟無無效或撤銷之原因買主即應受其拘束故買主於回贖期限內非催告賣主回贖或經買主拋棄其回贖權利自不能任意將該業出賣於第三人本件訟爭之李子灣田地全業係上告人於民國十五年正月二十三日出賣與胡國澄民國十六年二月十六日即由胡國澄出賣與鍾琴攄兩次賣契內雖均未載明回贖字

樣但上告人提出民國十五年與胡國澄（即胡敦厚堂）所立限期贖取合同明載「比日議明時價書立成交賣約外另立贖取合同二張各執一紙爲據其贖取辦法以五年爲限自立契日起至庚午年底止如我金成能在限期內贖取原業所有敦厚堂稅契紅銀該我金成償還萬不有誤如限滿不能贖取則此合同作爲故紙無用」等語胡國澄對於該合同並不否認且自行提出同樣之合同核其內容尾符均屬相符不過謂上告人當時商立贖約係爲掩飾外人之計並非真欲贖取云云所謂並非真欲贖取既顯與合同內容相反即須另有確實證明豈能以片面空言推翻書面證據至該合同雖未載明寫立月日然依上述內容之記載既曰「比日」（即立賣契之日）於五年期限又表明「自立契日起」（即立賣契日起）至庚午年底止」則寫立月日之漏落殊與該契約之成立不生影響胡國澄既未主張別有無效或撤銷之原因原審亦認定胡國澄賣業未曾問過上告人則如非上告人有拋棄回贖權利之表示胡國澄即應受契約拘束根本不能任意出賣與鍾琴據其賣契內是否載明贖業字樣即與本件解決無涉乃原審因誤於法律上之見解不審明上告人曾否拋棄贖取權利率判令應由鍾琴據管業不准上告人贖取自屬失常上告人聲明廢棄原判決即非無理由

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

●民法債權

湖北李少軒與漢口鹽業銀行等四行儲蓄會因債務涉訟上告案

判例提要

債務之標的

債務人將清價之標的物提存後。債權人應擔負其物滅失損毀或落價之危險。惟所謂標的物者。自指當事人之約定者而言。如約定以現金給付爲標的。債務人強欲以業經落價之紙幣或有價證券爲給付。而又不肯按市價折合現金者。則在債權人自得拒絕受領。雖經債務人將該項紙幣或有價證券提存。嗣後更行落價。亦非債權人延遲所致。自不能令其擔負由此所生之損失。(十七年九月四日民事一庭判決上字第八三三號)

上告人

李少軒住漢口法租界長清里二十五號

右代理人 陳 琢律師

被上告人 漢口鹽業金城中南大陸四行儲蓄會

右兩造爲請求履行債務訴訟一案上告人不服湖北高等法院中華民國十七年三月十九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

按債務人將清償之標的物提存後債權人應擔負其物滅失損毀或落價之危險惟所謂標的物者自指當事人之約定而言如約定以現金給付爲標的債務人強欲以業經落價之紙幣或有價證券爲給付而又不肯按市價折合現金者在債權人自得拒絕受領雖經債務人將該紙幣或有價證券提存嗣後更行落價亦非債權人延遲所致自不能令其負擔由此所生之損失本案上告人應償被上告

人四行儲蓄會借款龍洋壹萬叁千五百元在十六年一月卅一日即已債約滿期上告人於是年八月間委託律師梅寶瑜攜帶國庫券壹萬叁千五百元向被告上告人履行債務被告上告人不肯受領遂將該項庫券提存中央銀行爲兩造不爭之事實既經原審查明上告人當日實欲依庫券額面履行債務不肯照市價折合而當日庫券市價確有日見低落情形又據上告人及其在原審委任之代理人於一二審迭次承認（見原卷民國十七年一月五日上告人狀詞又第一審卷民國十六年九月八日及十月十九日上告人代理人梅寶瑜律師遞詞）且其時市場上現洋與庫券之問題已經財政部規定辦法凡庫券發行後發生之債務可以庫券交付若發行前之債務用何種貨幣清付應由雙方協議同意方生效力不能由一方強迫收受是庫券與龍洋市價相差甚鉅本無疑義上告人因被告上告人不欲收受價格低落之庫券故出於提存以冀卸責更因嗣後市價益落謂其損失應由被告上告人負擔自屬無理妄爭縱據主張被告上告人當日拒不受領並未表示應照市價折合現金之意無論辭出一造礙難憑信况上告人果肯依市價折合何以提存庫券額面適與借款龍洋壹萬叁千五百元之數相符而被告上告人果能依照市價折合自己已無所損甯肯拒絕受領轉貽訟累由此以論是原審認上告人之主張爲

不當判令上告人按被上告人收受日之市價將庫券折合現洋即無不合上告論旨不能謂爲有理由據上論結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

◎民法債權

浙江鴻裕錢莊號東等與林郁氏等因請求共償債務涉訟上告案

判例提要

共有營業之分歸

析產時將共有營業分歸某房獨自繼續經理。則其對外應否就原有商號加以某記或登報以示區別。尤應視當地商業有無此項慣例爲斷。(十七年九月七日民事一庭判決上字第八五一號)

上告人

鴻餘錢莊號東開設浙江鄞縣江廈宮前

泰生錢莊號東全上

慎大錢莊號東全上

通源錢莊號東全上

迎輝社東全上

被上告人

林郁氏 住浙江鄞縣東坵橋頭

林莊氏全上

林芥芳全上

林華芳全上

右兩造請求共償債務涉訟一案上告人不服浙江高等法院中華民國十七年四月十四日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

卷查被上告人之父前所開設之豫泰坤記木行欠上告人鴻裕錢莊洋壹千壹百捌十壹元捌角五分泰生錢莊洋壹千零陸拾壹元五角柒分柒釐慎大錢莊洋玖百柒拾壹元捌角玖分捌釐通源錢莊洋壹千零陸拾壹元五角柒分柒釐迎輝社洋叁拾五元九角四分二厘被上告人等應否與林萃芳共同負責償還自以被上告人等與林萃芳民國十三年(甲子年)分析家產將豫泰坤記木行營業分歸林萃芳獨自繼續經理是否真確如果真確則該木行對外應否就其原有商號加以某記或登報以示區別尤應視當地商彙有無此項慣例爲斷查閱卷附被上告人提出分書已將該木行營業分歸林萃芳自行經理業據在第一審與上告人同爲原告之慎康慎成元大仁記等號於被上告人等分家當時由各該號經理或協理帳房等分送禮物並經豐和振豐同益泰諸號與被上告人等因債務涉訟有第一審判決後復同慎康慎成元大仁記等號與被上告人等及林萃芳成立和解契約承認該木行係林萃芳個人分授之產與被上告人等無涉(見原審卷宗)其分家事實之真確已無可疑因而被上告人等因分家而脫離該木行營業關係亦即可以認定上告人與慎康慎成元大仁記等號立於同一利害關

係近在咫尺決不容諉爲不知無論其債權是否成立在分家之前或後而由林萃芳單獨負責償之責已足徵明上告人業經承認斷不容事後有所翻異雖上告人又以當地商業慣例凡共同營業之商號因分家而脫離關係者必須登報或加記方能生效爲言殊不知當地商業關於獨資營業之商號由其父分授其子某人繼續經理時卽由某人負代表該號全權責任並無必須登報或加記之必要已據甯波總商會按照被上告人等列舉當地藥業商如寶盛藥行彙源藥行乾一順記北號又木業商如廣和木行大慎木行其他如保慎錢莊永大錢莊匯源錢莊寶和當店敦和米店振源振隆兩甯莊應玉佩傘店丁永明眼鏡店等均自分家後繼續營業並未登報或加記各情形查明屬實（見原卷民國十七年二月十九日浙江甯波總商會公函）姑無論各該號於其各自分家之當時是否因無外欠卽不生登報或加記問題然其繼續營業究不以登報或加記爲要件亦可就此認定又况上告人對於被上告人主張分家之事從無指其確有串同陷害債權情事抑得更令被上告人等就訟爭債務與林萃芳共同償還原審將第一審判決關於被上告人等應負共同償還責任及擔負訟費部分變更改判不能謂爲不合上告論旨請求廢棄原判決自非有理由

據上論結本案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

◎民事訴訟

江西張述職等與葉正福等因確認洲地所有權界限涉訟上告案

判例提要

缺席之裁判

言詞辯論延期或續行日期當事人有不到場者亦與初次言詞辯論日期不到場同應爲缺席判決以本律不認言詞辯論一體法則（十七年九月十一日民事一庭判決上字第八五七號）

上告人

張述職住九江張家洲

張述鏞住址同上

被上告人

葉正福住黃梅縣興屯洲

王友富住址同上

楊榮炯住址同上

費任鐸住址同上

右兩造因確認洲地所有權界限涉訟一案上告人不服江西高等法院中華民國十七年四月十九日判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄發回江西高等法院更爲審判

理由

查修正民事訴訟律第四百九十四條規定第四百九十二條第四百九十三條規定於言詞辯論延期或續行之日日期當事人不到場者準用之等語而第四百九十二條係規定原告不到場應爲缺席判決第四百九十三條係規定被告不到場應爲缺席判決此項規定既準用於言詞辯論之延期或續行日期是言詞辯論延期或續行日期當事人有不到場者亦與初次言詞辯論日期不到場同應爲缺席判決以本律不認言詞辯論一體法則（學者稱謂單一性主義亦稱法國主義我國從前適用之民事訴

訟條例第四五七條則係採用單一性主義以爲規定。當事人於延期或續行之辯論日期不到場，與第一次辯論日期缺席同故當事人從前已爲之辯論材料均係不得利用仍不可不對之爲缺席判決。此雖爲第一審程序之規定但依同律第五百三十二條所定當事人在控告審中於續行或延期之辯論日期不到場應如何辦理既無特別規定當然準用第一審程序行之而第一審程序依上說明當事人延期或續行辯論日期不到場仍與第一次不到場同則在第二審中當事人於延期或續行辯論日期不到場亦應分別依同律第五百五十二條或第五百五十三條爲第二審缺席判決。查本案上告人與被上告人因確認洲地所有權界限涉訟對於第一審判決提起控告自原法院成立後初由受命推事劉向鬪訊問一次是日兩造均到場厥後開合議庭僅被控告人到場控告人卽上告人未到原審場卽予宣告辯論終結依法應予缺席判決俾得聲明望礙以保持其審級之利益乃原審偏不依缺席程序辦理竟就已取得之訴訟材料而爲通常判決與上述法文否認言詞辯論一體之意旨適相違背適用法則既有不當應認爲有廢棄原因上告以此攻擊原判決之違法不得謂無理由。

據上論結本案上告爲有理由依修正民事訴訟律第五百八十一條及第五百八十二條判決如主文。

◎民事訴訟

廣東陳輝才與陳吳氏因繼承涉訟上告案

判例提要

上訴之撤回

第二審撤回上訴。上訴權因而喪失。第一審判決即因撤回上訴而確定。（十七年九月十四日
民事一庭判決上字第八七七號）

上告人

陳輝才住廣東新興縣內東街現寓廣州市城隍廟側色色號

被上告人

陳吳氏住同上現寓廣州市高第街中約麗新號

代理人

姚鵬飛律師

右兩造因繼承涉訟一案上告人不服廣東高等法院中華民國十七年三月五日第二審判決提起上告經本院檢察官張元通陳述意見見本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

本件上告人之父陳紀熾前以被上告人之子陳子楨亡故乏嗣曾於殯葬時由上告人代爲執杖遂於民國元年與被上告人涉訟主張上告人業已入繼子楨常經新興縣專審員判決認定上告人並無入繼陳子楨之事實因判令被上告人擇孫入繼任其自由前交陳紀熾一百元卽爲執杖金嗣後被上告人家產陳紀熾不得干與陳紀熾對於該判決雖曾聲明上訴嗣經在前廣東高等審判廳當庭撤回並具結銷案詎上告人忽以前案尙未判決被上告人不能奪繼私立等情向新興縣法院起訴該法院復判將被上告人立繼行爲廢止被上告人不服提起控告原審以前案久經確定不得再行告爭因而撤銷第一審判決駁回上告人在第一審之訴委無不合茲據上告論旨(一)謂訴訟撤回依法應記明於訴訟筆錄既無筆錄可據卽足證確無撤回之事實原審僅憑高檢廳公函中所謂當庭將上訴案取下一語視作將訴撤回殊難甘服(二)謂訴之撤回視與未起訴同撤回後仍得復行提起爲民訴律三一

七條所明定是本案雖經上告人之父撤回於前仍得由上告人另行起訴於後原審認為一事不再理顯屬謬解云云查前案上告人之父陳紀熾提起上訴於前廣東高審廳後隨於民國二年二月二十六日當庭供稱「但求將執杖利市斷還則無論何人入繼民亦不問」並於同日具結內載「現陳吳氏願再補回民子執杖利市銀五十元民亦情願將所控案內繼承一方面請求取下嗣後關於陳子楨擇繼諸事悉由陳吳氏自己主張民不再干預」等字樣原判決雖未予敘及僅引用前高檢廳公函以為判斷然此項筆錄及結文既均附卷可攷是上告人以案未撤回上訴為言顯不足採至上訴撤回與訴之撤回本有不同如原告將訴撤回即回復未起訴前之狀態故仍得復行提起反之上訴人撤回上訴上訴權即已喪失而第一審判決亦因撤回上訴而確定上告人之父陳紀熾於前案上訴後復行撤回既如上述則前案之第一審判決即已確定茲上告人竟於事歷多年再行告爭自不能認為正當本件上告即不得謂有理由

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

◎民法親屬

江蘇史沈氏等與史四娜因招贅涉訟上告案

判例要提

招贅之關係

招贅係一種婚姻關係。可依當事人之自由意思定之。（十七年九月二十六日民事二庭判決上字第九二六號）

招贅之限制

招贅並不限於父母無子孫之時。（十七年九月二十六日民事二庭判決上字第九二六號）

上告人

史沈氏住吳江縣橫扇鎮

史濟春住同上

史濟雲住同上

被上告人

史四娜住同上

右兩造因招贅涉訟一案上告人等不服江蘇高等法院中華民國十七年三月五日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄發回江蘇高等法院更爲審判

理由

按江蘇省適用之民事訴訟條例第五百五十七條第一項雖規定言詞辯論日期當事人之一造不到場者依到場當事人之聲請由其一造辯論而爲判決但不到場之當事人未於相當時期受合法之傳喚者即應駁斥到場當事人之聲請並延展辯論日期在同條例第四百五十八條第一項第一款定有明文而所謂相當時期依同條例第二百九十一條傳票送達與言詞辯論日期之間除有急迫情形外至少應留十日之就審期間本件原法院指定本年三月一日爲言詞辯論日期上告人等於二月二十六日始在原籍吳江橫扇鎮受傳票之送達除去吳江縣至原法院之在途期間三日次日即爲三月一日可謂並未留有就審期間即不能謂上告人等已受合法之傳喚乃原法院率於三月一日依被上告

人之聲請由其一造辯論而爲判決所踐訴訟程序殊有未合至招贅本係一種婚姻關係被上告人原可依其自由意思定之伊兄史可鑑遺囑之真偽尙非本件解決要鍵又招贅並不限於父母無子孫之時故被上告人兄子啓生是否親生亦與被上告人之應否招贅無涉惟上告人等主張被上告人指招之贅夫係屬獨子如果屬實依獨子不得出贅之現行法例則被上告人之招贅卽有未合上告人史沈氏本於其利害關係自非無權過問原法院既未予上告人等以辯論機會應認爲有發回更審之原因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

●民法親屬

浙江劉有清與黃顯秀因解除婚姻豫約涉訟上告案

判例提要

婚約之效力

父母本於主婚權之作用爲其幼小子女訂立婚姻豫約。雖爲吾國舊律所容許。然與婚姻自由之原則顯相違反。在現行婚姻自由之制度下。根本上不能容其存在。故子女之一造如於成年

後不願履行該婚約。自可訴請解除。

上告人 劉有清住龍泉縣城南

被上告人 黃顯秀住同上

右兩造因解除婚姻豫約涉訟一案上告人不服浙江高等法院第一分院中華民國十七年四月十四日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

按父母本於主婚權之作用爲其幼小子女訂立婚姻豫約雖爲吾國舊律所容許然與婚姻自由之原則顯相違反在現行婚姻自由之制度下根本上不能容其存在故子女之一造如於成年後不願履行該婚約自可訴請解除本件兩造婚約係年方二歲時由其父母訂結旣爲不爭之事實則被上告人於

成年後不願履行該婚約訴請解除核與婚姻須本諸當事人自由意思之旨尙相符合自不能謂非正當一二兩審判准解除卽屬合法上告論旨乃謂婚姻自由係爲良善女子而設並援引父母訂婚之習慣及關於離婚之判例主張不服不知女子良善與否係屬個人道德問題並不因此喪失其婚姻之自由父母訂婚之習慣反於婚姻自由之原則於男女本人不同意時不能認爲有法之效力又離婚係就已經成立之婚姻請求離異而解除婚約則係就尙未成立之婚姻使其不得成立關於離婚之判例自不能適用於解除婚約之訴訟上告人以上列各理由聲明廢棄原判決殊無足採據上論結本件上告爲無理由依修正民事訴訟律第五百八十條第一項第一百二十四條第一項判決如主文

◎民法債權

江西吳雪崖等與張瑞庭因給付米石涉訟上告案

判例提要

貨物之滅失

不特定物之買賣。賣主縱已將貨預備。而於尚未交付或合法提供前滅失。其危險負擔仍不屬於債權人。(十七年十月十七日民事二庭判決上字第一零零一號)

上告人 吳雪崖住南昌楊家廠六號

王水齋住同上

被告上告人 張瑞庭住章江門外硝皮廠厚豐祥號

右兩造因給付米石涉訟一案上告人等不服江西高等法院中華民國十七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等擔負

理由

本件上告人吳雪崖所設之吳恆昌號於民國十五年八月初六日賣給被告上告人所設之厚豐祥號雙

機早米五百担米價當卽收訖約明是月二十日將米交清立有議單爲憑經上告人王木齋於議單上蓋用所設福隆字號圖章嗣後曾交米一百石下欠米四百石未交皆爲不爭之事實此欠被上告人訴請交米上告人吳雪崖之抗辯爲當年八月十二三日卽已預備此米被上告人延不來取後被兵槍該上告人不能負責賠償上告人王木齋之抗辯則謂蓋章於議單不過證明吳恆昌已收受米價並非擔保交米各云云本院查閱原卷上告人吳雪崖主張米已預備係以梅文卿吳敬伯等爲證據梅文卿在原審供稱從初八九起我天天到他舖裏他說沒有米我說你要趕快籌備不料軍事發生他就沒有交米吳敬伯雖稱吳恆昌在伊處碾米二百多石預備交厚豐祥的然與所訂五百石之數相差甚遠此等證言自難爲該上告人利益之證明况卽假定米已預備被兵搶去該上告人既尙未交付或合法提供則不特定物之滅失其危險負擔仍不能卽屬之債權人該上告人以此爲理由主張免責殊無法律上正當根據至謂所得米價係江省鈔票一節查該米價英洋七千四百元係該上告人於立議單時按當時市價收訖何得又於事後據爲拒絕交米之理由上告人吳雪崖之上告論旨無可採用用再查議單所蓋福隆字號之圖章其上雖未特標保證等字然其地位卽在末尾立議單字人之下形式上係與吳

恆昌號處於同等地位證以吳恆昌號致厚豐祥之信所稱「至於米事一切可向福隆接洽」則上告人王本齋之負有保證責任殊無可疑該上告人主張僅負證明之責自難置信其上告論旨亦非有理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

●民法債權

江西張華廷與許魯孫等因給付租金債款及贖典涉訟上告案

判例提要

賣價之交付

不動產買賣契約爲雙務契約。移轉所有權與交付賣價。原則上應同時履行。(十七年九月十九日民事二庭判決上字第九零一號)

上告人 張華廷住九江二馬路華盛里

被上告人 許魯孫住九江縣巷

李澤民住同上

右兩造因給付租金債款及贖典涉訟一案上告人不服前江西控訴法院中華民國十六年十一月八日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄發回江西高等法院更爲審判

理由

本件上告人先租被上告人等基地自行建造房屋爲開設浴堂之用嗣因建屋發生爭執經中人劉樵樵等調處由上告人出價六千四百元收買基地卽以上告人所造房屋之一部出典與被上告人等議定典價爲六千四百元用充賣價之清償一面由上告人寫立租據向被上告人等將房租回訂明月租八十三元二角並約明如拖欠房租逾三月聽被上告人等隨時收取營業收入上告人不得阻攔同時又另有手續費洋三百五十八元亦經上告人承認出立期票無異約成之後上告人未曾付過房租期票復未照兌皆爲上告人所不爭上告人惟謂劉樵樵等之調處係出於計誘及強迫不能認爲有效並

以地基賣價過高典價未曾實付及被上告人等未履行另許借給洋三千六百元之條件亦未將基地執照更名過割等情爲其抗辯論據查卷附房屋典契及租約期票迭經上告人供認爲真實而所稱被中人計誘強迫係徒託空言並不能有所證明至地基賣價過高與否既不能證明調處時有被計誘或強迫之情形卽已經過上告人之自由決定自不能於事後據以藉口典價本係用充賣價之清償尤不生實付與否之問題所謂被上告人等曾另許借給洋三千六百元上告人亦未能證明其主張真實殊屬無從徵信上開各點抗辯及上告論旨委屬無理惟上告人出典並租回之房屋卽建於所買被上告人等基地之上所出期票亦與基地之用途有關上告人主張被上告人等約明將該基地執照更名過割爲典契成立之交換條件雖屬無據然不動產之買賣契約本係雙務契約卽一方交付價金一方爲所有權之移轉原則上本應同時履行故賣主於所有權移轉所應履行之事項如未履行買主卽得拒絕付價本件上告人原以典價六千四百元充賣價之清償既如上述上告人卽早以履行交價義務此時被上告人等要求贖典如果被上告人等所執基地執照尙未合法移轉與上告人卽應認上告人上開主張係同時履行之抗辯其抗辯有無理由法院自應調審認原審未就此注意率行駁回上告人之

控告尙屬難昭折服上告人聲明廢棄原判決非全無理

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

●民法繼承

江蘇張瑤先等與姚克紹因承繼涉訟上告案

判例提要

立繼之告爭

立繼事件惟同宗而有承繼權者始得告爭。(十七年九月廿一日民事一庭判決上字第九零八號)
上告人 張瑤先住江蘇如皋縣北廂

張紹平住址同上

被上告人 姚克紹即張天保住如皋縣北門花子街

右兩造因承繼涉訟一案上告人不服江蘇高等法院中華民國十七年四月二十三日第二審判決提

起上告經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

按立繼事件惟同宗而有承繼權者始得告爭本件上告人已故姑母姚張氏無子僅有養女招贅張煥災爲養老之塔生子卽被上告人久已相爲依倚茲上告人以姚張氏爲伊姑母有血統關係請求立伊爲嗣子不知上告人與其姑夫姚星葉既非同宗卽無血統可言依上說明實無告爭承繼之餘地至姚張氏曾有遺言所舉見證又屬已故之胞伯顯屬空言難於取信則原判決將第一審判決廢棄駁回上告人之請求自無不當上告不能爲有理由

據上論結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

●民事訴訟

湖南封域與曾約仁等因賠償損害訟涉上告案

判例提要

公開辯論之證明

判決必本於當事人之言詞辯論爲之而言詞辯論已否依式公開又專以筆錄證之不許適用其他證據方法(十七年九月二十五日民事一庭判決上字第九一八號)

上告人

封 域住益陽三堡

被上告人

曾約仁住益陽十七里

曾獻廷住同上

右兩造因賠償損害涉訟一案上告人不服前湖南高等審判廳中華民國九年十二月十八日第二審更審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄發回湖南高等法院更爲審判

理由

按修正民事訴訟律第二百九十二條言詞辯論程式之遵守得專以筆錄證之第二百九十六條第一項判決法院本於當事人之言詞辯論爲之各等語是判決必本於當事人之言詞辯論爲之而言辯論已否依式公開又專以筆錄證之不許適用其他證據方法均有明文規定上告人與被上告人因請求損害賠償涉訟經前湖南高等審判廳查明該案卷宗因當事人提起上告送由前廣東大理院核辦適值軍事發生卷證悉遭損失旋經粵廳懸賞搜集無着等情既無從證明第二審已經言詞辯論卽不得不認原判決有廢棄原因案經前北京大理院裁判因未開始執行不認爲有效經前湖南控訴法院送由本院更新裁判應認本件上告爲有理由

據上論結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

● 民法債權

廣東鄧文浩與鄧樹文因票款涉訟上告案

判例提要

追索權之行使

執票人於未經承兌或支付之匯票金額時已將不能承兌或支付之事由通知其直接前手。自得向其行使追索權而要求清償。(十七年九月二十五日民事一庭判決上字第九二一號)

上告人

鄧文浩住廣州市太華坊八號

右代理人

梁鵬翥律師

被上告人

鄧樹人住台山縣冲婁仁洲里

右兩造爲求償票款涉訟一案上告人不服廣東高等法院中華民國十七年三月二十六日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

上告審訴訟費用由上告人擔負

理由

按執票人於未經承兌或支付之匯票金額時已將不能承兌或支付之事由通知其直接前手自得向其行使追索權而要求清償本件上告人於民國十三年間將借欠被上告人美金一千二百五十元折合港洋二千四百一十元交由駐美華商銀行發出一千元匯票二紙四百一十元匯票一紙寄由安仁藥房於是年夏歷五月初二日轉交被上告人復由被上告人於同月初四日將該匯票讓與安仁藥房經該藥房於同月初六日持票往香港華商銀行兌取而該銀行僅支付四百一十元匯票其餘一千元匯票二紙則以未曾接信爲詞拒絕支付至十一日復往兌取而該銀行已經倒閉當由該藥房將未經兌付之一千元匯票二紙交還被上告人寄回美國廣興昌店轉交上告人收回爲兩造不爭之事實是上告人固非發票人但發出該匯票之華商銀行則確係由上告人向其支出該匯票寄由被上告人執票往兌以資清償上告人自不得謂非發出該票之直接前手其對於被上告人以香港華商銀行不能支付之事由所爲之通知既非因執票人有違約定期限之情形而核其自收到該匯票之日起至該銀行拒絕支付之日止尙未過五日要自不得歸咎於執票人延不往兌卽與讓受該匯票之安仁藥房亦

屬無關何得主張被上告人於收到該匯票後不問其能否獲兌而認爲原有債務已經清償茲被上告人就所執未獲支付之一千元匯票二紙於通知上告人並退還該匯票後向上告人行使追索權要求清償按之上開說明上告人卽屬無可免責原法院以第一審法院認被上告人不應更向上告人求償爲不當予以廢棄改判不能謂爲不合上告論旨非有理由

據上論結本案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

●民法親屬

江西盧咸英與曾綏春因離婚涉訟上告案

判例提要

夫妻之扶養

夫妻均需要扶養。又均缺乏扶養能力。卽不能以一方不給扶養他方遂持爲遺棄之論據。(十七年九月二十二日民事二庭判決上字第九一四號)

上告人

盧咸英住贛縣誠信街

被上告人

曾焱春住贛縣大壩前

右兩造因離婚涉訟一案上告人不服前江西第一高等審判分廳中華民國十四年十一月三十日第二審判決提起上告經檢察官狄侃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担負

理由

上告論旨(一)謂原判對於事實未盡調查之責被上告人自民國二年往信豐縣充當護兵已十餘載銀信俱無回贛亦不見上告人之面有意遺棄鄰友週知經濟困難固屬有之決無十餘載竟無一錢之理其供稱願盡扶養之責一語係臨訟狡賴實則專與信豐胖婆子終久戀愛永不思家(二)謂原判對於法律殊多錯誤之點夫婦有共同生活共同扶養之義務違反此種義務即不能成爲夫婦被上告人

現在本城仍無半文給養此種遺棄甚於法律上之虐待原判不應以禮教二字爲判詞不准離在此青天白日旗幟之下男女俱屬平等婚姻均可自由更不能強迫爲婚云云查上告人起訴請求離婚係在被上告人已由信豐回贛以後上告人既承認被上告人在信豐時經濟困難固屬有之則縱如上告人所主張在信豐時全未寄錢亦不能歸責於被上告人况被上告人就上告人此等主張尚行否認而又供認嗣後願盡扶養之責上告人自不應追朔不能歸責於被上告人之事實據爲請離原因所謂被上告人供認願盡扶養之責一語係屬臨訟狡賴乃出於上告人之理想推測自難採用至謂與信豐肥婆子終久戀愛未據提出絲毫證據尙難置信上告論旨第一點不能謂有理由又查夫妻間之扶養係一種相互關係故妻需要扶養而夫有扶養能力時夫固負扶養義務若夫需要扶養而妻有扶養能力時則妻亦負扶養義務倘夫妻均需要扶養又均缺乏扶養能力卽不能以一方不給扶養他方遂持爲遺棄之論據此乃法律上至當之條理亦適合於男女平等之精神本件上告人現居之盧成盛雜貨店雖據稱係外家所有伊弟咸昇屢欲取回其需要扶養之程度如何本尙不明惟被上告人從前缺乏扶養能力(卽經濟困難)已成顯著之事實殊難以不給扶養指爲遺棄至謂現在本城仍無半文給養則在

上告人未能證明被告上告人已有扶養能力以前亦仍難持爲遺棄論據上告論既別無應行離婚之正當理由乃徒藉口自由自由攻擊原判適用法律不當實涉誤解上告論旨第二點亦非有理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一百二十四條第一項判決如主文

●民事訴訟

福建黃裕記號東梯梯與袁秉貴因請求損害賠償涉訟上告案

判例提要

舉證之職任

被告之免責要件不得以通常情形比擬。斤斤以原告之舉證責任先於被告爲爭執。(十七年十月十六日民事一庭判決上字第九七四號)

上告人 黃裕記號東梯梯住倉前山

被上告人 袁秉貴

右兩造因請求損害賠償涉訟一案上告人不服福建高等法院中華民國十七年六月十四日第二審

判決提起上告本院判決如左

主文

原判決關於損害賠償數額及訟費之部分廢棄上告人應賠償被上告人台伏三百元正

其他上告駁回

訴訟費用由上告人擔負十分之七被上告人擔負十分之三

理由

本案上告人租用被上告人泛船浦店屋一所已經判決確定收房茲因該屋後面廚房與四柱掛壁材料無存由被上告人(原告)向上告人(被告)請求賠償雖據上告人主張該廚房與四柱掛壁係連前面房屋同時倒塌所有材料已由被上告人收回然此屋原爲上告人所承租如果廚房掛壁係與他屋同時倒塌則上告人應通知房東到場勘明點交已倒之材料始稱合理且此事實依法應由上告人負舉證之責蓋此爲上告人(被告)之免責要件所在不得以通常情形比擬斤斤以原告之舉證責任先於被告爲爭執茲閱卷宗上告人既不能就此爲切當之證明即無從認廚房掛壁材料業已交回况經

上告人所自認之原法院受命推事余高堅履勘筆錄內載窺其空地而積漬其新鋸樑頭此項廚房及四柱挂壁顯係上告人將原屋拆卸改建非係倒塌原審選任木匠葉向榮鑑定亦謂有孔二十餘個可見係起蓋拆去等語是訟爭之廚房挂壁爲上告人所拆去尤屬有據上告人復憑空言誘爲屋係倒塌料已搬回顯非事實原判決維持第一審判決認上告人應負賠償責任尙無不當上告人就此上告殊不得認爲有理惟原判決既依受命推事履勘筆錄認上告人有賠償原因則該筆錄後段所載賠償數額問題亦自不能不予採用據該筆錄後段載稱據木匠估價廚房四柱挂壁拆卸木料約值四百元此屋因一二兩進未行重建以致倒塌其餘廚房等處設非黃裕記（上告人）再行修整亦恐同時倒塌現黃裕記將木料拆回袁秉貴（被上告人）欲向素償亦不應悉數賠足擬令袁秉貴減收一百元作爲三百元了結等語明因上告人對於該房曾加修整不無損失應予折抵一部遂卽斟酌雙方利益核定賠償額爲台伏三百元爲貫徹其履勘意旨起見自應併爲酌及原審恕置不問自有未當故關於賠償數額問題應認爲有改判之必要上告人就此上告非無理由至上告人以反訴請求賠償之橫夾截堵房框等件原判決以上告人既不能認明爲其所建而據木匠陳坦坦又稱截堵房框卽係上下橫夾橫夾

載在租約原爲房東所有上告人有何請求賠償之餘地此點上告又非有理據上論結本案上告一部爲有理由一部爲無理由依修正民事訴訟律第五百八十一條第一項第五百八十三條第一項第一款及第一百五十五條判決如主文

●民事訴訟

廣西周六妹與何步陞等因請求履行婚約涉訟上告案

判例提要

婚約涉訟之性質

履行婚約之訴根本上卽非修正民事訴訟律第七百六十八條所定之婚姻訴訟。其辯論且無庸檢察官蒞場陳述意見。復何得更由檢察官爲當事人出而起訴或提起上訴。(十七年十一月六日民事一庭判決上字第一零七號)

上告人 前廣西第一高等檢察分廳檢察官胡家人

周六妹住富川縣城永興坊

被上告人 何步陞住富川縣安定圖莊坊

何輔堂住同上

右兩造因請求履行婚約涉訟一案上告人不服前廣西高等審判分廳中華民國十四年十二月二十一日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

前廣西第一高等檢察分廳檢察官胡家人之上告駁回

原判決廢棄發回廣西高等法院第一分院更爲審判

理由

本院按檢察官對於婚姻事件得爲當事人提起訴訟或上訴者原應依民法及民事訴訟法之規定行之迄今民法未經施行究竟某種訴訟得由檢察官爲當事人雖難遽斷要之履行婚約之訴根本上即非修正民事訴訟律第七百六十八條所定之婚姻訴訟其辯論且無庸檢察官蒞場陳述意見復何得更由檢察官爲當事人出而起訴或提起上訴本件被上告人何步陞起訴請求上告人周六妹之父周

步新履行原定婚約將周六妹出嫁於伊子何輔堂爲妻周步新對於被上告人等主張之婚約並無爭執惟以何輔堂已經另娶且生有子女周六妹不願與之爲婚等情爲該婚約不能履行之抗辯並未以反訴請求撤銷婚約則依上開說明顯非婚姻事件前廣西第一高等檢察分廳檢察官胡家人對之提起上告卽難認爲合法又查第一二兩審判決雖均未列上告人周六妹及被上告人何輔堂爲訴訟當事人然該二人既爲婚姻當事人第一審判決主文又明謂周步新應履行婚約將伊女周六妹嫁與何步陞之子何輔堂爲妻不得翻悔云云對於周六妹亦已經判決及之第二審仍予維持則周六妹自得對其裁判提起上訴核閱周六妹訴狀既已對於第二審判決聲明不服自應認有上告予以受理又按修正民事訴訟律第四百六十六條判決非參與該訴訟言詞辯論之推事不得爲之檢閱本件原卷民國十四年九月十八日同年十月二十二日兩次言詞辯論皆係推事楊貞粹朱炳奎余嘉謨出席參與辯論而參與判決之推事則又爲梁鈞楊貞粹朱炳奎其梁鈞一員明明未參與辯論乃遽參與判決顯屬違法又按修正民事訴訟律第二百九十六條第一項判決法院本於當事人之言詞辯論爲之第二項判決應諭知之第四百六十七條諭知判決應於言詞辯論終結之日或其終結後指定之日爲之但

其日期自言詞辯論終結之日始不得逾七日檢閱原卷原審於民國十四年十月二十二日爲第二次言詞辯論時並未諭知言詞辯論終結亦未指定日期踐行諭知判決程序忽於同年十二月二十一日作成判決書送達於當事人亦顯有不合依修正民事訴訟律第五百五十一條第一審訴訟程序若有重要疵累控告審法院得將第一審判決及程序中疵累之部分廢棄之將該事件發回第一審法院按之條理此項規定上告審亦應準用原判決既有上述之重大疵累卽不得不認爲有發回更審之原因此案已經前大理院裁判因發還卷宗在隸屬於國民政府領域之後經原法院依新法制施行條例第七條送由本院更新裁判本院特予裁判之

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及第五百八十二條判決如主文

●民法親屬

浙江張臣鑑與張臣銑因確認立嗣成立涉訟上告案

判例提要

同父周親之解釋

按兼祧以同父周親爲要件。若經出繼。則出繼人對於本宗同胞兄弟須依所繼地位論其服之遠近。不得更以同胞稱。卽難以同父周親論。（十七年十一月十六日民事一庭判決上字第一零六八號）

上告人

張臣鑑住龍泉縣李山頭村

被上告人

張臣銚住同上

右兩造因確認立嗣成立涉訟一案上告人不服浙江高等法院第一分院中華民國十六年七月二十日第二審判決提起上告經本院檢察官狄侃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

按兼祧以同父周親爲要件若經出繼則出繼人對於本宗同胞兄弟須依所繼地位論其服之遠近不得更以同胞稱卽難以同父周親論本件上告人原與已故無嗣之臣鎬爲同胞兄弟但臣鎬已繼於三房君陳爲嗣(上告人爲二房)依上說明已不得更以同胞稱則上告人之獨子時雲對之已非同父周親顯與兼祧條件不備不能主張兼祧原審駁回上告人獨子時雲兼祧之主張尙無不合無論時雲是否曾爲臣鎬披麻戴孝捧靈旣爲強行法所不許法院要難違法許其兼祧臣鎬無嗣應由親族會爲其擇立亦不能逕以裁判代行立繼權上告人請求廢棄原判決殊屬毫無理由

據上論結本件上告爲無理由依修正民事訴訟律第五百八十條第一項及第一百廿四條判決如主文

●民法繼承

福建劉繩承與劉錫朋因立嗣涉訟上告案

判例提要

承繼權之拋棄

有權立嗣者所立之嗣雖屬違法亦非當然無效尙有告爭權人對於違法立嗣未經提起確認

無效或撤銷之訴得有確定判決者。即應認爲承繼權已經拋棄。不得再行告爭。（十七年十月二十六日民事一庭判決上字第一零一五號）

上告人

劉繩承 住福安縣賓賢鋪

被上告人即
附帶上告人

劉錫朋 住同上

右兩造爲請求確認立嗣成立涉訟一案上告人不服福建高等法院中華民國十七年四月二十日第二審判決提起上告經本院檢察官康文辰陳述意見本院判決如左

主文

原判決駁斥上告人主張劉啓光過繼劉平章及訟費之部分廢棄

被上告人關於上開廢棄部分之控告及附帶上告均駁回

上告審及控告審訴訟費用由被上告人擔負

理由

按有權立嗣者所立之嗣雖屬違法亦非當然無效倘有告爭權人對於違法立嗣未經提起確認無效

或撤銷之訴得有確定判決者即應認為承繼權已經拋棄不得再行告爭本案上告人請求確認已故劉平章業已承嗣劉自沛名下並以伊子劉啓光遞繼劉平章舉出劉自沛生前所立嗣書及光緒戊申年族譜爲證被上告人雖謂該嗣書非劉自沛親筆然族譜既載明劉平章繼劉自沛爲子業經纂修該族譜之劉師章在兩審證明屬實爲被上告人所不爭則是劉平章確爲劉自沛生前擇立其繼承關係自屬早經成立要非被上告人所得以目不識丁不知刊入族譜爲其抗辯論據因而該嗣書之爲劉自沛生前意思所立亦卽可以斷定雖嗣書內所定上告人日後生子應先爲平章承繼固與虛位待繼條件不符不能謂非違法但被上告人對劉平章承繼劉自沛比時並未告爭應認爲承繼權早經拋棄非惟不能主張自己過繼劉自沛且當時亦未據被上告人請求保留對於平章之承繼權應俟其日後生子再爲平章承繼其對平章嗣續照上開說明比時亦屬無權過問故關於劉平章是否未婚夭亡自可無庸審究原判認被告人對劉平章過繼劉自沛不得更行告爭將被上告人關於該部分之控告駁回尙無不合而以上告人之子啓光承繼平章爲違法將第一審法院關於該部分之判決撤銷其於法律上之見解顯然錯誤自難予以維持上告論旨請求廢棄原判決關於啓光承繼平章部分另爲判決非

無理由而被上告人之附帶上告論旨即屬不能成立

據上論結本案上告爲有理由附帶上告爲無理由依修正民事訴訟律第五百八十一條第一項第五百八十三條第一款第五百八十條第一項第一百十四條判決如主文

●民法債權

浙江夏豫孫等與郭定森因確認公費數額並請求給付涉訟上告案

判例提要

契約文字之表明

契約文字已表明當事人真意無須別事探求者不得更爲曲解。(十七年十一月二十八日民事二庭判決上字第一一八號)

上告人

夏豫孫住杭縣皮市巷一百二十號

右
代理人

徐思宗律師

上告人

高子毅住杭縣雙城巷

右訴
代理人 夏 藝律師

被上告人 郭定森住南京旱西門堂子街一百二十四號

右兩造因確認公費數額并請求給付涉訟一案上告人等不服浙江高等法院中華民國十七年五月二十九日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決廢棄發回浙江高等法院更爲審判

理由

按解釋契約固須探求當事人立約時之真意不能拘泥於契約之文字但契約文字業已表明當事人真意無須別事探求者即不得反舍契約文字而更爲曲解本件兩造不爭之委任書內載「立委任書夏豫孫今因費莫愛新覺羅氏(即文宅)訴施鳳翔等遺產一案敬聘貴大律師(指被上告人)爲本案法律顧問即以委任人所得本案公費四分之一爲顧問公費」等語是被上告人所應得之公費明爲上告人夏豫孫所得本案公費四分之一其意思表示可謂毫無含混自不須別事探求原審就所謂四

分之一解爲係指文宅總酬金四分之一而言雖係根據高子毅致被上告人函稱「至利益一層在文宅方面爲包辦性質其希望數目爲十萬元以二成作酬與陳惠農立有契約本約與弟各半加以文博（卽夏豫孫）剖而爲三令擬作爲四分公亦得其一」夏豫孫致被上告人函稱「至利益一層擬以文宅酬金總數四分之一爲先生所得未知肯屈教否」等語爲其論斷資料姑無論文宅總酬金高子毅既與陳惠農立有各得半數之契約高子毅夏豫孫豈能不待陳惠農之同意忽自由剖而爲三析而爲四在有法律眼光之被上告人觀察應一見而知爲不可縱被上告人對於高子毅與陳惠農之契約可不過問但上開各函顯係事前片面之擬議既與委任書內明白之意思表示歧異而被上告人接收委任書後對於「卽以委任人所得本案公費四分之一爲顧問公費」一語復未致疑於何以與前函不符則各該函事前片面之擬議是否於委任契約成立時經雙方合意變更卽綽有審究餘地原審遽據各該函件曲解委任書殊有未合至夏豫孫所得公費據其提出恩埒（卽文宅）之委任契約雖載爲五百元然該約不但並未附抄與被上告人且有另一附抄之約明與五百元契約之內容不同原審認該約爲非真實自屬正當查據證人陳則民卽惠農供稱夏豫孫實得銀六千元而依文宅支付總酬金二萬

元之事實除以二千元歸還高子穀墊款外據高子穀剖而爲三之說其數亦與陳則民所供相符夏豫孫主張其所得祇有五百元委不足信又兩造所爭爲顧問公費並非律師代理當事人訴訟之報酬夏豫孫所援律師章程及律師公會會則亦於本件不能適用惟原審就夏豫孫所得之數究爲若干尙未合法認定卽被上告人所應得之四分之一爲數若干自屬無法核算應認爲有發回更審之原因據上論結本件上告人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

●民事訴訟

湖南謝培成等與皮戩穀等因確認園地墳塋所有權涉訟上告案

判例提要

墳地訴訟之性質

關於墳地之訴訟雖有時涉及坟內之屍體。然在現行法上無認爲人事訴訟之根據。(十七年九月十一日民事一庭判決上字第八五八號)

審級之維持

經地方法院爲第一第二審合法之審判。依現行審級制上告非本院所應受理。（十七年九月十一日民事一庭判決上字第八五八號）

上告人

謝培成住湖南攸縣檀山

其他上告人五人住址同上

代理人

余冕律師

被上告人

皮戩毅住湖南攸縣潭三塘

其他被上告人六人住同縣皮家垌

右上告人與被上告人因確認園地墳塋所有權涉訟不服前湖南長沙地方審判廳中華民國十四年十二月八日第二審判決提起上告一案經前湖南控訴法院裁決移送本院裁判本院決定如左

主文

原裁決廢棄本件第三審應屬湖南高等法院管轄

理由

按現行司法制度係沿用四次三審之制凡屬於地方法院合法爲第二審審判而當事人不服者應由高等法院受理上告爲終審之判決本件兩造因請求確定園地及墳塋所有權涉訟經前攸縣知事公署及前長沙地方審判廳爲第一第二審判決上告人不服向前湖南控訴法院提起上告雖經該院認爲係人事訴訟以裁決移送本院核辦然關於墳地之訴訟卽有時涉及墳內之屍身而在現行法上究無認爲人事訴訟之根據况案經前攸縣知事公署及前長沙地方審判廳爲第一第二審合法之審判依照上開審級制本件上告尤非本院所應受理應由本院逕予廢棄原裁決命原法院更爲上告之審判以維審級決定如主文

◎民事訴訟

四川賴熾富等與劉達淵等因確認車水權涉訟抗告案

判例提要

合意之管轄

合意管轄固以第一審法院爲限。但第一審若爲縣政府。按之現行法制。初級及地方事件均歸其管轄。其管轄錯誤之抗辯無從表現。則當俟其提起第二審上訴時決之。若一方提起上訴。他方不抗辯其無管轄權。選就本案爲言詞辯論者。仍可推定其現第一審已有合意。（十七年十一月九日民事一庭判決抗字第二四三號）

抗告人

賴熾富住四區定子溝

賴熾金住址同上

右抗告人與劉達淵等因確認車水權涉訟一案不服四川高等法院中華民國十七年六月三十日批示提起抗告本院決定如左

主文

原批示廢棄發回四川高等法院更爲裁判

理由

按原法院適用之民事訴訟條例第四十條第二項被告不抗辯法院無管轄權而爲本案之言詞辯論

者以有管轄之合意論等語是一方起訴一方應訴不爲無管轄權之抗辯苟與同條例第四十一條所定相合即得適用此項擬制之規定而認該法院有管轄權又合意管轄固以第一審法院爲限但第一審若爲縣政府按之現行法制初級及地方事件均歸其管轄其管轄錯誤之抗辯無從表現則當俟其提起第二審上訴時決之若一方提起上訴他方不抗辯其無管轄權逕就本案爲言詞辯論者仍可推定其在第一審已有合意本件抗告人與劉達淵等因確認車水權涉訟原係財產權上之訴此種訴訟在民事訴訟條例上亦未定有專屬管轄依同條例第四十一條正可適用合意管轄迄今訴訟繫屬在第二審並經迭次言詞辯論苟係本案辯論劉達淵等亦無管轄錯誤之抗辯即應由原法院繼續爲第二審審判原審未予審酌及此即以批示將抗告人之第二審上訴移送於成都地方法院管轄委有未合抗告人之抗告不得爲無理由依修正民事訴訟律第六百條決定如主文

◎民事訴訟

廣東潘鄧氏等與楊李氏因確認房屋業權涉訟抗告案

判例提要

中間判決之上訴

若係普通中間判決。除與終局判決有牽率關係，得依修正民事訴訟律第五百二十九條本文後第一審終局判決後一併陳明不服之旨外。不得獨立提起上訴。（十七年十一月六日民事一庭決定抗字第二三六號）

抗告人 潘鄧氏住小石街三十五號

楊叔懷

有抗告人與楊李氏應確認房屋業權涉訟一案不服前廣東高等審判廳中華民國十五年九月三十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擔負

理由

按提起控告以對於第一審終局判決或視作終局判決之中間判決始得爲之若係普通中間判決除與終局判決有牽率關係得依修正民事訴訟律第五百二十九條本文俟第一審終局判決後一併陳明不服之旨外不得獨立提起上訴本件抗告人與楊李氏因確認房屋業權涉訟原法院以第一審所爲准許回復原狀之判決係一種普通中間判決不得獨立提起上訴法律上之見解尙無不當卽令抗告人對於第一審准許回復原狀之判決有所不服亦應俟終局判決後一併陳明其旨茲乃獨立提起控告實非合法原決定駁回抗告人之控告委無不合本件抗告爲無理由依修正民事訴訟律第一百二十四條決定如主文

●刑事訴訟

鄧自強姦及略誘罪上訴案

判例提要

上訴權之捨棄

當事人之捨棄上訴權必須其能了解一經捨棄卽生喪失上訴權之效果。而仍自願爲捨棄之

明確表示。始能認為捨棄上訴權。倘僅有遵服一語。尙難認為自願捨棄上訴權之明確表示。

十七年十月二十五日刑一庭判決上字第六零一號)

上訴人

鄧

自男年三十六歲東莞縣人住城內南門業工

右指定
辯護人

廖慎修律師

右上訴人因強姦及略誘案不服廣東高等法院民國十七年三月十六日第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決撤銷發回廣東高等法院更爲審判

理由

查當事人之捨棄上訴權必須其能了解一經捨棄卽生喪失上訴權之效果而仍自願爲捨棄之明確表示。例如表示不願上訴請速執行之類始能認爲捨棄上訴權。本案上訴人於第一審宣判時係因審判長當庭問以遵服與否始據答稱遵服是其雖有遵服一語尙難認爲自願捨棄上訴權之明確表示。

即不能謂其上訴權業已喪失則上訴人仍向原審提起上訴並無不合原審乃遽謂其已捨棄上訴因而認上訴人之控告爲不合法予以駁斥顯有未當又核閱原卷上訴人營利略誘部分迭經被害人陳熊氏在一二兩審述稱如何被鄧自帶往大汾鄉如何經吳阿霞說合賣與吳輝爲妻歷歷指攻上訴人亦無詞辯解則其營利略誘之罪責固難解免惟強姦部分上訴人究竟有無強暴脅迫或使用丸藥致被害人不能抗拒而爲不法行爲此與上訴人罪名成立極有關係據上訴人在原審辯稱當時實係和姦並無強暴脅迫或使用丸藥情事如果屬實則應審究被害人陳熊氏被姦之當時年齡已否滿十六歲始足以定上訴人應負之責任如被害人年齡已在十六歲以上即應調查被害人之身分究係陳姓之妻抑爲陳姓之妾如係人妾則犯和姦者法無處罰明文若係人妻依法非經本夫告訴亦不能遽予論罪原審關於上述各點均未盡調查能事顯有未合故本案應認爲有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

● 刑法

姚玉發等傷害人上訴案

判例提要

傷害與因果之關係

傷害以後因自然力之參入內助成其致死之結果。則其致死與傷害行為仍有因果聯絡之關係。即不能解除傷害致死之責任。(十七年八月二十八日刑一庭判決上字第四五七號)

上告人

姚玉發年二十歲四川江津縣人團丁

戴福海年二十一歲住址同上

右上告人等因傷害人致輕微傷害案不服前四川第一高等審判分廳中華民國十六年四月二十五日第二審判決提起上告本院判決如左

主文

原判決撤銷發回四川高等法院第一分院更爲審判

理由

卷查被害人楊正憲右手心一傷斜長六分寬五分青紅色係竹器傷腦後近右一傷尖圓一寸二分紅

色係跌磕傷右臂膊一連二傷各斜長六分寬四分俱紅色均係竹器傷右肘肘去粗皮一片紅色係跌擦傷右臂近上去粗皮一點紅色係擦傷實係生前受傷後患病身死業經原江津縣驗明填單在卷據屍父楊伯先述稱「民子正憲經地方團甲挑選充當第三團九哨預備壯丁至臘月初八日正憲完娶之期因請假七日回家成婚十三日到操不料該哨中士姚玉發班長戴福海謂正憲逾限就拳打足踢民子身受重傷還家延醫不效二十五日就死了」已直指係上告人等所加害復據證人劉金祥稱「臘月二十三日民送厘票到姚玉發家得晤玉發與民間談說他處罰楊正憲婚期逾限開憑團甲驗傷究應如何設法方好此係姚玉發對民說的」一則上告人姚玉發亦曾自認有責罰楊正憲之事參以漆紹成周煥章刁銘元等在原縣述詞一則謂見楊正憲臥床呻吟問其何病據說被姚玉發他們將伊打傷一則謂因邀往診病詢據楊伯先父子說是被姚玉發打傷並看有傷痕屬實綜是以觀上告人等犯罪嫌疑誠極重大惟據團總陳雨膏等原呈所稱「當即驗明楊正憲全身多現紫黑色傷痕頗多」漆紹成所稱「民視其傷痕頗重」是均指楊正憲身體確係受傷後旋即死亡即約往醫治之周煥章刁銘元亦稱「民等看脈開單楊伯先父子說是被姚玉發打傷的並將楊正憲所受之傷指民看過實在是有

傷痕的」並未言及楊正憲別有何種病狀况查原檢驗單所斷定其致死原因亦祇謂受傷後患病身死原審既未認定其患何病則其是否因傷致病抑受傷後另因他病身死殊未明晰如果楊正憲之死係因其他疾病與受傷無關則上告人等固可僅依刑律第三百十三條第三款論斷如果傷害以後因自然力之參入以助成其致死之結果則其致死與上告人等傷害行為仍有因果聯絡之關係即不能解除傷害致死之責任蓋手心臂膊等傷固不足以致命而其腦後近右跌磕之傷是否與上告人之傷害有所關連原審於此點乃未詳予審究遽認爲傷害人致輕微傷害已嫌率斷又劉金祥漆紹成周煥章刁銘元等證言雖轉述上告人姚玉發告知處罰楊正憲婚期逾限及被害人楊正憲指攻姚玉發責打等詞極爲明確然亦祇能證明姚玉發確有加害行為而於上告人戴福海似尙未涉及原判決併引爲戴福海論罪之根據亦嫌推測至據楊伯先同居之劉紹卿刁品初十六年四月二十七日狀稱「民由場回家經墳山路邊眼見楊正憲持有竹棍與楊春娃戲弄被楊春娃奪過毆打正憲跑跳跌躄民刁品初由趕場轉身路過眼見亦然當聞啼哭聲楊伯先聞知措回抱病」云云按之檢驗單所載腦後近右及右肘肘右臀各處跌磕擦等傷痕似不能謂屬無因究竟楊正憲是否經上告人等責打後復另因

嬉戲自行跌傷致死亦不無推求餘地原審於調查職責猶有未盡上告意旨就探證上攻擊不能謂其全無理由

據上論結應依修正刑事訴訟律第四百十條第一項第四百十四條判決如主文

◎刑事訴訟

江蘇余健如結夥在途行劫俱發上訴案

判例提要

處刑之解釋

修正覆判章程第七條第三款所稱處刑兼指主刑及從刑而言。(十七年八月二十一日刑事上字第四一一號)

上告人

余健如年三十歲丹徒縣人住泰興縣九里溝業工

指
定
辯
護
人

羅家衡律師

右上告人因結夥三人以上在途行劫俱發案不服江蘇高等法院民國十七年四月二十八日第二審

提審判決提起上告本院判決如左

主文

上告駁回

事實

余健如與周雲程梁羣陳宏訓周長生及在逃之周寬周永祥殷之平等於民國十六年十月十七日身
着軍服僞充軍人由泰興縣偕往上海路經泰興縣屬余家莊與向以賣蛋爲業之薛長山周昌秀相遇
余健如等忽藉搜查煙土爲名喝令停車將薛長山所帶三十六元又周昌秀所帶四十元一併搜去周
寬周永祥殷之平三人攜賊先逸薛長山周昌秀跟蹤入城報告該縣公安局將余健如等護解泰興縣
政府訊辦

理由

按修正覆判章程第七條第三款覆判審提審之案其處刑重於初判時被告人得上訴於第三審法院
同章程第十一條第二項已有明文規定至該條所稱處刑兼指主刑及從刑而言本案原審所處主刑

其刑期雖與初審判決相等但其從刑褫奪公權部分則較初判爲重上告人提起上告應認爲合法復查上告人僞允軍人藉搜查煙土爲名在途行劫不特被害人薛長山周昌秀在兩審言之歷歷卽共同被告人梁羣陳宏訓周長生等在原縣亦指供上告人有劫取薛長山等銀錢情事據周長生稱「他（指上告人）與走掉的姓周的在路上遇到這兩輛車子（指薛長山周昌秀）他們就借搜查私貨爲名將這兩人身邊的洋錢搶下來」又陳宏訓稱「我們共八個人來的這件事是已走的三個人在路上借查煙土爲名將這兩個蛋客身上的洋錢搶下來的也有余健如動手搶的退兩塊錢把蛋客做盤費就是余健如退的洋錢已把姓周的姓般的帶走了」又梁羣稱「我們由船上下來共八個人這件事是周寬般之平周永祥三個人動手做的余健如跟他們三個人一起走的」於事前如何與薛長山等相遇臨時如何劫取財物及事後如何將搶得之銀元交由周寬等先行攜逸言之甚詳是上告人在途行劫已甚明顯更查本案經過情形上告人與薛長山等在余家莊相遇一係南往上海一係北赴秦縣並不同途上告人與同行人等均身着軍服果未藉搜查爲名劫取其所帶銀元薛長山等何故尾追其後轉向南行且何敢以不實之事報告該縣公安局加害他人况周長生陳宏訓梁羣等與上告人同係僞充西

北軍之職員該上告人果無行劫行爲決不致以虛僞之詞誣報上告人在內據是以觀周長生等所述各節自可爲上告人犯罪之證明原審認定上告人與周寬等共同在途劫取薛長山周昌秀二人財物依刑律第二十九條第一項各犯兩個刑律第三百七十四條第一款之罪並以情節當輕均各依同律第五十四條減處二等有期徒刑五年並依第三百八十四條第四十六條均各褫奪公權全部終身適用同律第二十三條第三款第七款執行徒刑六年褫奪公權全部終身未決期內羈押日數依第八十條規定准予折抵於法尙無違背上告意旨徒以空言攻擊原判決不當殊難認爲有理由據上論結應依修正刑事訴訟律第四百零九條第二款判決如主文

● 刑法

浙江鍾祝氏等結夥竊盜上訴案

判例提要

竊盜既遂之標準

竊盜罪既遂與未遂之區別應以所竊之物已否移入自己權力支配之下爲標準。若已將他人

財物移歸自己所持。卽應成立竊盜既遂罪。至其後將已竊得之物遺棄逃逸。與罪之成立無關。
(十七年九月二十二日刑事上字第五零九號)

上訴人

鍾祝氏 女年三十七歲武義縣人住宏閣業農

鍾鳳祥 卽鍾鳳樟男年三十八歲武義縣人住宏閣業農

右上訴人等因結夥三人以上竊盜案不服浙江高等法院第二分院民國十七年三月八日第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決及第一審判決均撤銷

鍾祝氏教唆竊盜處有期徒刑六月緩刑二年

鍾鳳祥竊盜處有期徒刑六月緩刑二年

事實

鍾祝氏係鍾發寶之繼母已與鍾發寶分產析居其夫鍾正謙在武義縣政府提起離婚之訴判決尙未

確定鍾祝氏忽於民國十七年八月十日即舊歷七月十三日夜間雇用鍾鳳祥鍾仕昌鍾樟元鍾海方等令其在鍾發寶所種田內偷割稻穀甫割一擔即經鍾發寶發覺呼集村衆前往阻止鍾鳳祥等聞聲逃匿所遺割稻器具及已割稻穀均由鍾發寶攜回訴經武義縣政府究辦

理由

本案上訴人鍾祝氏雇用上訴人鍾鳳祥鍾仕昌鍾樟元鍾海方等令其在鍾發寶所種田內偷割稻穀經鍾發寶發覺前往阻止鍾鳳祥等相率逃匿鍾發寶將其所遺稻穀及割稻器具悉數攜回等情業經上訴人鍾祝氏鍾鳳祥在一二兩審先後自承不諱上訴人鍾祝氏雖辯稱該田係伊自種稻穀應歸伊有並非偷割鍾發寶之物云云然查該田現由鍾發寶承種納租不但田鄰鍾正春到案言之歷歷即業主李嘉芳亦已到案迭次證明查上訴人鍾鳳祥等割取稻穀時稻穀尙未完全成熟果係上訴人鍾祝氏自種之田應歸上訴人所有至於夜深無人之際雇用鍾鳳祥等將未經成熟之果實倉皇割去其爲飾詞狡辯實屬顯然惟查鍾祝氏於鍾鳳祥等偷割稻穀時並未隨同前往依法應負教唆竊盜之責原審及第一審均依共同正犯之例論科已有未合又查竊盜罪既遂與未遂之區別應以所竊之物已

否·移·入·自·己·權·力·支·配·之·下·爲·標·準·若·已·將·他·人·財·物·移·歸·自·己·所·持·即·應·成·立·竊·盜·既·遂·罪·至·其·後·將·已·竊·得·之·物·遺·棄·逃·逸·與·罪·之·成·立·無·關·本·案·上·訴·人·鍾·鳳·祥·等·竊·取·稻·穀·已·割·一·擔·始·經·鍾·發·寶·發·覺·棄·稻·潛·逃·審·核·事·實·自·應·論·以·竊·盜·既·遂·罪·原·審·及·第·一·審·均·依·竊·盜·未·遂·罪·處·斷·亦·屬·錯·誤·但·上·訴·人·鍾·祝·氏·究·係·鍾·發·寶·之·繼·母·現·在·鍾·發·寶·之·父·鍾·正·謙·雖·已·與·鍾·祝·氏·提·起·離·婚·之·訴·而·在·犯·罪·當·時·母·子·之·身·分·尚·未·消·滅·以·其·平·日·關·係·及·犯·罪·情·節·論·該·上·訴·人·鍾·祝·氏·應·依·刑·法·第·七·十·七·條·之·規·定·酌·科·至·上·訴·人·鍾·鳳·祥·乃·鍾·祝·氏·之·雇·工·竊·盜·非·其·本·意·核·其·情·狀·亦·堪·憫·恕·且·鍾·祝·氏·及·鍾·鳳·祥·均·合·於·刑·法·第·九·十·條·緩·刑·之·要·件·爰·依·職·權·將·原·判·決·撤·銷·改·判·並·予·諭·知·緩·刑

據上論結應依刑事訴訟法第四百零九條第二項第四百十條第一項第一款第三款刑法第四十三條第四十二條第三百三十八條第一項第四款第七十七條第九十條判決如主文

● 刑法

湖北呂劉氏意圖營利略誘上訴案

判例提要

營利略誘既遂之標準

意圖營利略誘罪之成立。本以被害人入於自己監督範圍以內時爲既遂。至略誘後之價賣行爲。乃營利略誘行爲之繼續。縱使未經參與價賣之事。仍不得謂非共犯。（十七年十一月二十三日刑事上字第六六三號）

上訴人

呂劉氏 女年四十三歲黃陂縣人住漢寶善堂業工

右上訴人因意圖營利略誘案不服湖北高等法院民國十七年四月十七日第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決及第一審關於呂劉氏罪刑部分之判決均撤銷

呂劉氏意圖營利略誘婦女處有期徒刑一年六月褫奪公權三年裁判確定前羈押日數以二日抵徒刑一日

事實

呂劉氏向住漢口與錢姓家之傭婦夏吳氏相識民國十四年五月三十日呂劉氏僞稱有一張姓每月所出工資較多伊可代爲介紹將夏吳氏誘至李蘭英家由李蘭英帶往漢川縣麻河渡經陳宗善唐芝洪等爲媒賣與鄭昌義爲妻得價四百五十串共同分用是年七月二十一日鄭昌義及夏吳氏同至漢口該氏意欲逃走鄭昌義將伊扭送警察署轉解前夏口地方檢察廳涉訟適爲其夫夏福臣聞知投案呈訴當經該廳檢察官於偵查後移送預審裁決起訴

理由

查上訴人呂劉氏於民國十四年五月三十日以介紹傭工爲名將夏吳氏誘至李蘭英家由李蘭英將該氏帶往漢川縣賣與鄭昌義爲妻得錢四百五十串不獨被害人夏吳氏言之歷歷卽上訴人亦供認將該氏送至李蘭英家不諱該上訴人雖辯稱李蘭英價賣夏吳氏伊於事前並不知情然查李蘭英與其姘夫蔡瘋子素有拐賣人口之事已據其母李鄒氏到案述明上訴人既與李蘭英素有往來其平日行動不能諉爲不知且李蘭英並非張姓上訴人於介紹時何以不直述其姓氏而捏稱李蘭英爲張姓並以多得工資爲餌其係施用詐術引誘夏吳氏以遂其營利誘拐之目的已可概見復查本案經過事

實第一審法警余華山帶同夏吳氏前往查傳李蘭英時行至觀音閣上首與上訴人相遇上訴人即驚懼逃走比經余華山追至馬路外始行拿獲如果上訴人僅係介紹傭工其後李蘭英價賣夏吳氏伊毫不知情何以一見夏吳氏即欲躲避其有同謀略誘之情形尤屬顯然查意圖營利略誘罪之成立本以被害人入於自己監督範圍以內時爲既遂至略誘後之價賣行爲乃營利略誘行爲之繼續縱使未經參與價賣之事仍不得謂非共犯本案上訴人意圖營利將夏吳氏拐至李蘭英家其意圖營利略誘之罪已達既遂之程度雖其後李蘭英將該氏帶往漢川縣賣與鄭昌義爲妻上訴人并未隨同前往仍係營利略誘罪之共同正犯原審以第一審認定上訴人共犯刑律第三百五十一條第一項之營利略誘罪並以其情節尚輕依律判決尚無不合駁斥上訴於當時有效之法令並無違背上訴意旨空言飾辯殊無理由惟查刑律現經廢止所引條文已不適用仍應由本院依法改正

據上論結應依修正刑事訴訟法第四百零九條第二項第四百十條第一項第一款第三款刑法第四十二條第三百十五條第二項第七十七條第三百二十三條第五十七條第四項第六十四條判決如主文

●刑事訴訟

江西郭政基損壞他人所有物非常上訴案

判例提要

管轄錯誤之救濟

凡應屬下級法院管轄之案件。若上級法院誤為受理。一經開始審判。即應繼續進行。不得再行移送下級法院。轉於當事人有害而無益。(十七年九月五日刑事非字第二一號)

上訴人 本院首席檢察官

被告 郭政基男年五十一歲上猶縣人住油石業商

右上訴人因被告損壞他人所有物案不服江西高等法院第一分院民國十七年四月二十日第二審確定判決提起非常上訴本院判決如左

主文

非常上訴駁回

理由

上訴人提起非常上訴意旨謂被告人郭政基因運放木筏致將鍾培源等灌溉田畝之蓄水陂頭撞壞數天第一審認爲觸犯暫行刑律第一百九十五條第三項之罪原審以該陂頭雖經損壞然其水仍由陂頭流入河身兩岸高至五尺並無橫溢之患安得認爲有該條第一二兩款損害之危險卽與決水之條件不合改引同律第四百零六條第一款科斷本無不合惟查暫行刑律第一百九十五條第三項與第四百零六條依修正刑事訴訟律第二條第一二兩款之規定均係初級管轄案件原審受理控告不以之屬於附設之地方合議庭而逕以該分院刑庭行使審判權縱令於實體法上之罪刑並無錯誤而程序法規之審級制限不免凌亂失當應卽依據修正刑事訴訟律第四百五十九條第四百六十一條提起非常上訴請爲第四百六十二條第二款之判決以資糾正

原判決認定事實略謂郭政基於民國十五年三月初七日編木成排沿溪下行至塘壩嶺地方將該處蓄水陂頭衝毀嗣由鍾培源訴經上猶縣公署判決後郭政基不服上訴於江西高等法院第一分院等語據右事實本案被告郭政基運送木排衝毀蓄水陂頭犯刑律第四百零六條第一款之罪其第一審

雖屬初級法院管轄惟查修正縣知事審理訴訟暫行章程第一條凡地方法院得以審判之第一審刑事案件縣知事公署亦有審判之權本案經上猶縣公署受理後其判決是否以初級法院資格爲之本難爲明確定認之復查刑事訴訟法第二百零八條凡應屬下級法院管轄之案件若下級法院誤爲受理一旦開始審判即應繼續進行不得再行移送下級法院轉於當事人有害而無益（參照同法第三百七十九條及修正刑事訴訟律第三百八十七條第三百四十七條）且當事人對於下級法院之審判不得以該案件應屬下級法院管轄爲理由而上訴在刑事訴訟法第三百七十六條亦有規定之明文依該條及第二百零八條之立法意旨一二兩審審判固不得視違法本案非常上訴尙難謂有理由據上論結應依刑事訴訟法第四百三十八條裁定如主文

●刑事訴訟

陳達爲因誣告案不服駁回上告之決定抗告案

判例提要

上訴之效力

上訴書狀未敘述不服之理由者。其上訴亦有效力。(十七年九月二十七日刑一庭裁決抗字第一一三號)

抗告人 陳達爲男年二十八歲中山縣人住小北洪橋新利民店業工

右抗告人因誣告案不服廣東高等法院民國十七年六月十九日駁回上告之決定提起抗告本院裁定如左

主文

原決定撤銷

陳達爲十七年五月二十八日之上告有效

理由

按上訴書狀未敘述不服之理由者。其上訴亦有效力。此刑事訴訟法第三百六十四條但書規定甚明。原審法院依同法第三百九十四條雖應命其依限提出理由書。然上訴人不於期內提出亦無何項制裁之規定。則其上訴理由書之提出與否實非必要。原審法院自不能以此駁回上訴毫無疑義。本件陳

違爲因誣告一案對於原法院第二審判決聲明上告後未於期限內提出理由書原審依當時適用之修正刑事訴訟律將其上告駁回原非不當惟現在刑事訴訟法既已施行舊律即應失效依上開說明原決定自難予以維持本件抗告應認爲有理由

據上論結應依刑事訴訟法第四百二十四條裁定如主文

◎刑事訴訟

劉志剛因誣告案不服駁斥再審裁決抗告案

判例提要

因自白所提之再審

自白犯罪事實得以提起再審者。乃爲受刑人或被告不利益而設。必限於管轄法院之檢察官或自訴人始得提起。(十七年十月十五日刑一庭裁定抗字第一二二號)

抗告人

劉志剛男年二十歲懷甯縣人住狀元府業儒

右抗告人因誣告案不服安徽高等法院民國十七年七月三十一日駁斥再審之裁決提起抗告本院

裁定如左

主文

抗告駁回

理由

按刑事案件於科刑之判決確定後爲受刑人利益起見提起再審者必以具備法定條件爲限此刑事訴訟法第四百四十一條規定至明本件抗告人誣告一案於判決確定後乃以劉椅文（卽抗告人之父）曾經自白上訴審已原情酌減及證人李文蘭足以證明本案事實等情向原審提起再審惟查被告於法院或法院外自白其犯罪事實得以提起再審者乃爲受刑人或被告不利益而設故提起此項不利益之再審限於管轄法院之檢察官或自訴人始得爲之抗告人與劉椅文既均爲原案之受刑人而又爲自己利益提起再審自與刑事訴訟法第四百四十二條第二款及第四百四十七條之規定不合（該省當時適用之刑事訴訟條例第四百五十九條第一款及第四百六十四條之規定亦同）至發見證人李文蘭一節證人既不能視爲確實亦證據亦與刑事訴訟法第四百四十一條第四款情形

不符原審認抗告人提起再審不合法定條件予以駁斥並無不當抗告意旨猶執此攻擊原裁決之不當顯難謂爲理由

據上論結應依刑事訴訟法第四百二十三條裁定如主文

◎刑事訴訟

鄭紹周因詐財案不服駁回聲請之決定抗告案

判例提要

對於裁定之抗告

關於管轄或訴訟程序之裁定。原則上不得抗告。至駁回聲請推事迴避之裁定。雖得提起抗告。但應於五日內爲之。(十七年九月二十四日刑事一庭裁定抗字第一零八號)

扣除在途日期之限制

在途程期爲實施訴訟行爲之當事人或其代理人在途而設。現既不自赴法院所在地爲其訴訟行爲。僅將抗告狀由郵局寄呈。法院自不得扣除在途程期。(十七年九月二十四日刑事一

庭裁定抗字第一零八號

抗告人

鄭紹周男年五十五歲浦城縣人住城前街充縣署糧總

右抗告人因詐財案不服福建高等法院民國十七年五月十四日駁回聲請之決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或訴訟程序之裁定於原則上不得抗告（參看刑事訴訟律第四百十七條第一款）至駁回聲請推事迴避（即聲請拒却）之裁定雖得提起抗告但應於五日內爲之此刑事訴訟法第四百十五條第三十一條規定至明即在本法施行以前適用修正刑事訴訟律之省份當事人不服法院駁斥聲請拒却之決定其抗告期亦祇爲十日日本件抗告人詐財一案於第一審訴訟進行中抗告人以原告訴人梅良佐曾充糧書及吳全儒陳謨等富有資財浦城縣公署不予拘傳顯有偏頗等

情向原審聲請移轉管轄原審以該縣正在查傳審理抗告人並不能證明其有偏頗之虞因而認抗告人移轉管轄之聲請爲無理由予以駁斥則抗告人對於法院所爲管轄之決定自不許提起抗告即使抗告人之聲請移轉管轄係以原縣偏頗爲理由可認爲聲請拒却然依當時有效之刑事訴訟律不服法院駁回聲請拒却之決定提起抗告亦應於十日內爲之原審既於民國十七年六月四日將該決定送達於抗告人收受（有送達證書附卷）則自收受送達之翌日起扣至同月十四日止抗告期間卽已屆滿乃抗告人不於期間內聲明抗告遲至十七日始將抗告狀交付郵局寄呈原審法院顯已逾越法定期間雖居住外縣之當事人於上訴或抗告時得以扣除在途程期惟此項程期乃爲實施訴訟行爲之當事人或其代理人在途而設現抗告人既不自赴法院所在地爲其訴訟行爲卽無在途之可言自不得扣除在途程限本件抗告應認爲不合法

據上論結應依刑事訴訟法第四百二十二條裁定如主文

