

文筆犀利
辯駁名著

最新刀筆彙海

上海春明書店印行

著名駁辯、利犀筆文

最 新 刀 筆 彙 海

吳 瑞 書 編 著

上 海 春 明 書 店 印 行

中華民國三十六年八月出版

文筆犀利 最新刀筆彙海

全書一册

外埠酌加郵匯費

版權所有
翻印必究

編著者 吳瑞書

校閱者 沈立寬

發行人 陳冠英
春明書店代表人

出版者 春明書店

總發行所 上海四馬路中
寶錦里口 春明書店

分發行所 長沙南關街 春明書店

分發行所 南京狀元境 聚珍書局

特約發行 廣州光復中路二二八號 東方書局

序

偶過書肆，見有題名刀筆者，取而閱之，其意義之奇詭，文詞之汪洋，令人驚怕若河漢而無極，信妙文也！然而用於清季而前則可，而移諸今日，則不特無益，反滋害焉。何哉？清代而前，重情而不重法，純爲人治，故一切案牘，悉由法院自由裁量，而當事人且不許引律；若在今日法治時代，則一律以法爲衡，而又首重證據，其所採爲判決基礎者，決非空言；故今之訟牘，首在論法，次則舉證，故除辯論法理外，一切皆爲蕪詞；假使昔之善訟者而生於今日，其操觚撰狀，決不如是也。因採最新訴狀，戰必勝攻必克者，理而董之，成斯一冊；蓋正今日最適用之刀筆，可以無往不利焉。書旣成，爲之序，且名之曰刀筆彙海。

中華民國三十六年八月

日吳瑞書序於海上寓廬

編輯大意

一 本書所採訴狀，皆爲最近半年內者；故所引法條，悉爲現行有效之法令。其不適用者，概從割愛。

一 本書所採訴狀，皆採錄最精警一節，或闡述法理，或抨擊原狀，爲本案辯論之中心點；其枝節而無關宏旨者，概予刪略，以節篇幅。

一 本書於每一訴狀前，必敘其事由，述其結果，而於訴狀中致力之處，更爲提出，使閱者頭頭是道，不唯對本案可窮原究委，且得舉一反三。

一 本書所錄訴狀，雖多至數百篇，然其佈置結構，實無一相同者，或批亢擣虛，或單刀直入，或盤馬彎弓，或偏師制勝，或出以堂堂之鼓，正正之旗；而要其歸均氣盛言宜，無往不利；撰狀者苟反覆玩索，定得益不少。

一 本書初編時，原擬搜羅若干法院判決書，與訴狀同列；嗣以體裁不甚相稱，因於着手後割愛。又初編時本將撰狀律師姓名載明，後恐引起誤會，迹涉標榜，故於付印時悉爲刪除，僅書某名律師；非敢掠美實具苦心。

一 本書雖經一再校勘，而誤字仍在所不免，還希指示，於再版時改正。

舌劍脣槍
辨駁精華

最新刀筆彙海目次

敘言.....一

第一章 民事訴訟案之刀筆

第一節 從實體上駁詰者

甲 民法總則編

習慣與法律.....	四
使用文字.....	五
權利能力.....	六
樹木與土地.....	八
法律行為之效力.....	九
戲謔行為之意思表示.....	一〇
意思表示效力之發生日期.....	一一
終期與履行期限.....	一二
代理之意義.....	一四

目次

乙 民法債編

期日及期間.....	一五
------------	----

沉默與默示.....	一六
約定方式未完成前之契約效力.....	一八
不許代理之代理行為.....	一九
無因管理.....	二〇
不法原因之給付.....	二一
利率之請求權.....	二三
利息滾入原本再生利息.....	二四
過失責任.....	二五
契約解除與物權移轉.....	二六
連帶債務與債權混合.....	二七
定清償期之事實不能發生時之清償.....	二八
不動產買賣之危險負擔.....	三〇

一

存款之增加給付……………三
終止保證契約與登報公告……………三

丙 民法物權編

所有權移轉與買價支付……………三五
共有物之返還請求權……………三六
地上權與土地租賃權……………三八
永佃權之出典……………三九
設定抵押權第三人之責任……………四〇
典物出讓時典權人之權利……………四一
定期典權之回贖期限……………四三
占有與盜賊……………四四

丁 民法親族編

繼母對前妻子之關係……………四六
否認婚約效力與損害賠償……………五〇
解除婚約之時期……………五一
結婚儀式……………五二
夫妻互相代理與夫妻財產……………五五
未成年人之兩願離婚……………五七
離婚請求權之除斥期間……………五九

夫死亡後妻收養子女之效力……………六一
外祖父母之監護權……………六二
寡媳之扶養權利……………六四

戊 民法繼承編

養子與代位繼承權……………六五
贈與與應繼財產……………六六
口授遺囑之方式……………六七
贈與與特留分……………六八

己 土地法編

租賃房屋期滿後之租賃關係……………七〇
放棄耕作權利……………七二

庚 公司法編

無限公司股東兼營同類營業……………七三
股東會召集程序與決議效力……………七五

辛 商業登記法編

冒用商號……………七六
商號轉讓與承擔債務……………七八

壬 票據法編

票據之性質……………八〇

惡意取得票據……………八五

第二節 從程序上駁詰者……………八五

甲 民事訴訟法編

不動產涉訟與管轄權……………八七

當事人地位與指定管轄……………八九

執行職務偏頗與推事迴避……………八九

當事人能力……………九一

當事人之適格與訴權……………九二

訴訟之法定代理權……………九三

本生父對出嗣子之法定代理權……………九四

無訴訟能力人暫為訴訟行為之效力……………九五

聲請選任特別代理人……………九七

共同訴訟……………九八

告知參考訴訟……………一〇〇

訴訟費用之擔保……………一〇一

送達之效力……………一〇二

補充送達……………一〇四

公示送達……………一〇六

訴訟進行中當事人死亡之效果……………一〇八

目次

事件之點呼與遲誤日期……………一〇九

當事人未提出之事實不得斟酌……………一一〇

確認之訴成立之要件……………一一一

就審期間……………一一三

同一事件之訴訟……………一一四

變更訴訟……………一一五

提起反訴之限制……………一二五

未即讀調查證據筆錄之瑕疵……………一二七

上訴期間……………一二八

上訴程式……………一二九

發現新證人與再審理由……………一三〇

證物之使用與再審之訴……………一三一

住所之意義……………一三三

撤銷婚姻之訴與中止訴訟程序……………一三五

乙 強制執行法編

強制執行力之範圍……………一三六

強制執行之範圍……………一三七

連帶債務之強制執行……………一三八

強制執行之聲請權……………一四〇

債權人之分配額……………一三

丙 破產法編

破產財團之訴訟當事人……………一三

財團費用……………一四

拍賣程序……………一六

第二章 刑事訴訟案之刀筆

第一節 從實體上駁詰者

甲 刑法總則編

犯罪之意義……………一六

行爲時法律與裁判時法律……………一九

狀態繼續犯與大赦……………二一

毀敗一肢以上之機能……………二二

故意之要件……………二四

過失責任……………二五

消極行爲之犯罪……………二六

因果關係與預見……………二六

上級命令……………二五

正當防衛行爲……………二五

錯覺防衛……………一五

犯罪之着手……………一五

不能發生犯罪結果之未遂犯……………一七

共犯……………一六

教唆犯之構成要件……………一五

不確定教唆之未遂……………一六

沒收……………一六

累犯與大赦……………一六

連續犯之要件……………一六

連續犯之犯罪行爲……………一六

出生月日之推定……………一七

時效之開始……………一六

時效之停止……………一六

乙 刑法分則編

扯毀友邦國旗……………一七

損壞法院傳票……………一七

違背查封效力……………一七

遊戲文章與侮辱職務……………一七

誘惑人不行使投票權……………一七

漁利之意義	一七
冒用公務員服章	一七
取保後之脫逃	一七
犯人之意義	一七
偽證之要件	一八
誣告罪之要件	一八
誣告之間接正犯與告訴乃論罪	一八
放火罪之輕重	一八
消極行爲之放火	一八
通謀偽造	一八
捏名文書	一八
不能抗拒	一八
姦淫未滿十六歲女子	一九
利用權勢姦淫	一九
容留良家婦女姦宿	一九
重婚與結婚儀式	一九
重婚後一方死亡之效果	一九
詐欺結婚	一九
出奔與姦淫之先後	一九

留養迷途幼兒與略誘	一九
發掘墳墓之要件	一九
平除墳墓與發掘墳墓	一九
商品之虛僞表示	一九
聚衆賭博之要件	一九
義憤殺人	一九
業務殺人	一九
傷害致死之因果關係	一九
傳染花柳病	一九
妨害自然發育	一九
扶養義務與遺棄	一九
無自救力人之意義	一九
妨害自由	一九
先私禁後奉令	一九
扣留財產與強制罪	一九
私閱信件	一九
不法買取他人共有物	一九
搶奪之意思要件	一九
侵占之意義	一九

背信罪之要件	二一九
重利罪之要件	二二〇
修補房屋與毀棄損壞	二二三
隱匿執行財產	二三四
丙 懲治漢奸條例編	
通謀敵國之意義	二三五
藏匿漢奸之要件	二三六
收買漢奸財產	二三七
丁 懲治貪污條例編	
不正利益	二三八
侵占公有財物	二三九
不羈發貪污罪	二四〇
戊 妨害兵役治罪條例編	
強迫兵役	二四二
頂替兵役	二四三
妨害兵役	二四四
己 妨害國幣懲治條例編	
偽造幣券之要件	二四五
代替幣券發行籌碼	二四七

庚 禁煙禁毒治罪條例編

吸食鴉片	二四八
持有戒煙藥品	二四九
專供器具之意義	二五〇
辛 懲治盜匪條例編	
擄人與勒贖	二四一
強盜罪之要件	二四二
藏匿盜匪與親屬關係	二四四
第二節 從程序上駁詰者	
甲 刑事訴訟法編	
法院管轄權之爭執	二四五
審判難期公平與移轉管轄	二四六
推事迴避案件	二四七
殺人案未指定辯護人之審判效果	二四八
證據之證明與審判筆錄	二四九
法院組織	二五一
送達之效力	二五一
病重與過失	二五二
合法傳喚	二五四

現行犯	二五
勘驗之義務	二七
拋棄告訴權與告訴	二八
告訴人之年齡	二九
知悉犯人之時	二六〇
非親告罪之告訴期間	二六一
告訴權之獨立行使	二六三
撤回告訴之效力	二六四
再起訴之限制	二六五
傳喚證人之必要	二六六
不存在之證據	二六七
證據之調查程序	二六八
其二	二七〇
被害人之意義	二七一
自訴之限制	二七二
其二	二七三
非親告罪與告訴不可分	二七四
自訴之時期	二七五
自訴案件之就審期間	二七六

第三章 行政訴訟案之刀筆

甲 違警罰法編	二六四
深夜開放留聲機	二六四
賭博	二六五
邪術治病	二六六
隨地吐痰	二六七
使人服過分勞役	二六七
釘棺	二六八
乙 訴訟法及行政訴訟法編	
斷屠	二六九
停止報紙發行	二七一
結論	二九三
上訴之限制	二七〇
其二	二七〇
自訴人撤回上訴之限制	二七九
乙 特種刑事條件訴訟條例編	
告訴人之聲請覆判權	二八〇
聲請再審權	二八二

脣槍舌劍
辨駁精華

最新刀筆彙海

編纂者 海虞吳瑞書

敘言

人不能離羣而孤立。然有羣卽有爭，或爲財產，或爲意氣，卽小之如睚眦之怨，乾讎之愆，亦往往釀成絕大爭執，不得其直不止。然而雙方俱欲得直，是雙方之爭執卽永無已時，非兩敗俱傷，卽一方以絕對之力壓倒他方；然如此其爭仍無已，敗者雖一時屈服，其忿懣之心愈盛，勢必日夜淬礪，以求報復；故欲平其爭，必須有一至公至正之物以衡量之，使強者不敢逞其強，曲者自知其曲而斂手以退；此法律之所由生，而爭執者之最後歸宿，在法而不在力也。然而法律縱至精至細，無一遺漏，而人事日繁，其細微曲折，有非法律條文所能一一包括靡遺者；亦有驟視之似若不合於法，而細爲推敲，實無悖於法者；更有在表面上無悖於法，而一按其內容，實不爲法所許可者。不僅此也，常人遇事，輒言情理，然情與理並非混然一體，情則出自道德，出自習慣，而理則有超出於道德及習慣而外，不與道德及情理相混者；因此往往有情可原而理不可通者，亦有情無可愆而理實可行者。凡此種種，一旦遇有爭執，勢必各是其所是，而斷斷不休；使不明辨法律，則其結果必有一敗塗地而噬臍無及者。且也卽或理直氣壯，於法無悖；而以未諳法律故，應言者不言，

應辯者不辯，應爲者不爲，應避者不避；而於是以一言之失，一事之誤，而反直爲曲，反勝爲敗。故欲立身處世，明哲保身，非於法律有所研究，熟其意義，明其程序，決難爲功。蓋我固自信決不與人爭，然不能必人之不與我爭，一旦橫逆相加，忍無可忍，則爲自衛計，即非起而抵禦不可；而一起抵禦，雙方之爭執即起，自又非訴諸法律不可；而一訴諸法律，苟於法律茫無所知，不曉其意義，不習其程序，應言者不言，應辯者不辯，應爲者不爲，應避者不避；則對方勢必乘隙抵瑕，百端攻擊，甚至欺我無知，故設陷阱；則直者變曲，勝者變敗，雖欲追悔，已無及矣。本書之作，蓋即在指示人民以一般法律知識，而使之熟其意義，諳其程序，如何應言，如何應辯，如何應爲，如何應避，使直者終於得直，不至以一言之失，一事之誤，而貽事後之悔。故雖未敢以「保障人權」自詡，然善良者得此一冊，玩索而研究之，其生命、身體、財產，或亦可以保障矣。

今日法律，汗牛充棟，欲一一爲之說明，決不可能；無已，只有將人民日常應用者，如民法、刑法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法、違警罰法、訴願法、行政訴訟法，爲人民所時時接觸，不可須臾離者，扼其要，擇其精，一一舉而出之，將各種訴狀，依次羅列，使閱之者得按圖索驥，一覽了然，不至發生迷罔，應言者不言，應辯者不辯，應爲者不爲，應避者不避，致直者爲曲，勝者爲敗。諺曰：「一字入公門，九牛拔不出。」全局之勝負，往往只繫於一言一字之差，例如「屢戰屢敗」，當然爲貽誤戎機，畏葸無能，而一改爲「屢敗屢戰」，則聲勢頓壯，表示其不畏疆禦，至死不屈；又如「逸馬傷人」，當然爲飼馬者之溺職，即無傷人之意圖，亦必有傷人之認識，而一改爲「馬逸傷人」，則情形頓變，咎全在馬，而不在飼馬之人，至多不過有傷人之過失，僅負民事上責任，而不至涉及刑事。故勝負之關鍵，全在訴狀，苟訴狀無懈可擊，頭頭是

道，入情入理，應言者言，應辯者辯，應爲者爲，應避者避；則其結果縱不能以曲爲直，而至低限度，必不至勝者爲敗。本書之作，蓋爲此也。倘國人能熟習乎此，善爲體察，細爲研求，玩其立意，味其措詞，舉一隅能以三隅反，則人將不敢攫其鋒，卽有健訟者，亦退避三舍，莫能肆其巧以橫逆加之矣。是實著本書者之用意所在，以爲一般善良人民之生命、身體、財產保障也。「別人懷寶劍，我有筆如刀」，故鈇鉞有弊，筆鋒益強，刀筆之銛利，有時或遠勝於鈇鉞也。

最後更有一言者：清季而前，雖有法律，而究之審判者並不悉依據法律，往往偏重於情，故有「王道不外人情」之語；卽情與法有時發生矛盾之處，亦必舍法而用情，不惜舞文弄法，曲爲遷就；唯其然，故刀筆之吏，得以上下其手。且清季而前，一切稟牘，只許敘述事實，不准引用法律，故除舞文而外，亦無由見其精彩，苟欲求取勝利，必須專用心於筆墨上，蓋舍此亦末由也。而今則不然矣，只論法，不論情，而人民訴狀，亦儘量可在法律點上肆其攻擊防禦，與清季而前，截然不同；故以夙昔刀筆之方法，而施之於今日之訴狀，幾百分之百必告失敗，必須專從法律點上馳騁，開門見山，單刀直入，將法律點層層闡述，節節駁詰，若者適法，若者違法，儘極複雜錯綜，決不許離其宗；夫然後始可取勝。以是本書之編纂，專擇當今最新之各地名律師訴狀，專從法律點以肆其縱橫無礙之手筆，具七擒七縱之才，獲九戰九勝之果。此實當今最新之刀筆，遠非從前之所謂惡訟師所得比肩。編纂之初，原意每一訟案，將雙方訴狀並立，以見其相生相剋之所由，然篇幅有限，因將對方訴狀要點，摘錄於「事實」之中，以明其究竟，而所錄訴狀，亦只摘述其精華之所在，而略去其上下；如是則閱之者亦可一覽了然，洞其意義，悉其究竟，而其針鋒相對之處，亦躍然現於紙上，無一毫之含糊。此實現時代之刀筆，而非三十年前人所夢見者也。

第一章 民事訴訟案之刀筆

第一節 從實體上駁詰者

甲 民法總則編

習慣與法律

〔事實〕有某甲向乙購買土地一方，依當地習慣，例須將老契一併移轉，方為有效。乃甲以未悉此種習慣，除由乙出一紙賣契外，並未向乙取得老契。因是乙意圖不良，否認買賣成立，發生爭執，竟至成訟。甲因請某名律師代撰一狀，提出答辯，根據民法第一條規定，將乙痛駁。結果甲獲勝訴。其狀如左：

（上略）查民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，從習慣。」是習慣之適用，必限於民法所未經規定者，如民法已有明文規定，即無適用習慣之餘地。否則何以不曰「習慣所未有者從民法」，而曰「民法未規定者從習慣」？是可見習慣之效力，還在法律之下，其適用必限於民法未有規定時，苟民法有所規定，習慣即失其適用之效力。土地買賣，民法第七六〇條設有明文規定：「不動產物權之移轉或設定，應以書面為之。」是出賣人苟有書面將土地出賣，依法即已成立，無須再交付老契；在當地習慣上，買賣土地，誠須除出賣人寫立賣契外，更附交老契；然既在民法上無

此明文，只規定「應以書面爲之。」是只須出賣人寫立賣契，即已畢事，無須再依習慣，於賣契而外更交出老契之理。故原告縱未將老契交出，被告縱未將老契取得，而依民法第七六〇條規定，其買賣當然成立，絕無再根據習慣，以動搖合法成立之買賣行爲。以是原告藉口於當地習慣上買賣土地必須交付老契，以否認其親手書寫之買賣契約，依民法第一條及第七六〇條規定，根本不能成立。蓋其所稱之習慣，已因民法第一條之規定，失其效力，絕無再適用之可能也。（下略）

使用文字

〔事實〕甲向乙告貸一百萬元，約十日爲期，以彼此熟識，且爲期甚短，故未立票據。不意事後甲忽否認，且以未立票據，反振振有詞，對乙行使債權，反誣爲意圖詐財。因是發生訴訟，久久不決。後乙請某名律師代撰一狀，根據民法第三條「使用文字」之規定，將甲層層駁責，蓋借貸契約，根本不須使用文字也。結果乙獲勝訴，判甲如數清償。其狀如左：

（上略）原告所訴被告不理債務，被告總以未立筆據爲言，百般狡賴。查借貸契約，本爲要物契約，而非要式契約；既爲要物契約而非要式契約，則借貸之成立，只須依民法第四七四條及第四七五條規定而即成立，根本無須書而契約。蓋民法上固無「應以字據訂立」之規定也。民法第三條規定：「依法律之規定，有使用文字之必要者。」是凡契約之應使用文字，必限於法律之規定，苟法律上未有必須使用文字之規定者，即根本不須用文字。試問：消費借貸，民法上何條何項，會規定有使用文字之必要？既無使用文字之必要，儘管未立筆據，亦無害其成立；而其成立又完全爲

合法行爲，未可以其未立筆據而即可否認。故依民法第三條規定，苟法律上並無使用文字必要之規定者，根本不必要筆據；筆據之有無，全不影響於契約，有固不增重其量，無亦不減輕其值；被告何得以未立筆據爲言，而抹煞借貸契約之成立（下略）

權利能力

〔事實〕甲死，遺產三萬萬，子一，女一，寡媳一；而寡媳適有孕。依法，寡媳所生之子或女，有代位繼承權，在分割甲遺產時，應爲之保留三分之一，計一萬萬元。嗣寡媳生子後，未三日即夭折；甲之子女，因擬將保留之一萬萬元瓜分；蓋以寡媳所生之子已死也。寡媳不服，遂起爭執，竟至成訟。後寡媳轉請某名律師撰狀起訴，根據民法第六條及第七條規定，力陳甲子女之不法，細細解析，層層闡述；結果得到勝訴，將一萬萬元由寡媳全部繼承。其訴狀如左：

（上略）查民法第六條規定：「人之權利能力，始於出生。」是人苟呱呱墮地，能與母體脫離，營其獨立呼吸，依法即享有權利能力；故其在何日墮地者，即於何日獲有權利能力。凡在法律上應得之權利，不問爲人身權，爲財產權，一體均可享受。而猶恐或有所誤解，故於同法第七條又爲之明白規定胎兒之地位：「胎兒，以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生。」是胎兒雖尙未成爲人，尙無人之權利能力，然苟並未死產，只須安全出生，在其個人利益之範圍內，即與已出生者同，亦同樣有權利能力，同樣有人身權及財產權之享受。故不問後日如何，只須一旦爲人，即依法取得法律上所應有之權利，任何人不得侵犯。原告故夫某某，與被告同爲被繼承人某某直屬血

統卑親屬，對於某某遺產，有同一繼承權利，乃不幸先於被繼承人而死亡，然既原告懷胎在身，則此胎兒，即為故夫某某之直系血統卑親屬，依法當然有代位繼承權，則對於被繼承人之遺產，苟非死產，當然由胎兒出生後與被告等三分平均繼承，在法律上絕無疑義。夫此皆為被告所承認，係雙方不爭之事實，可不必詳陳。今所爭執者：即此胎兒不幸於生產後三日即夭，在法律上果否應取得代位繼承權？如應取得，則胎兒不幸夭折後，其所取得之權利，又果應如何處置？然苟一查民法規定，則固全無爭執，而被告亦絕無法律上理由可以妄為爭執者。胎兒既非死產，安然於某月某日出生，脫離其母體，獨立自營呼吸，則依民法第六條及第七條規定，當然已成為人，有權利能力，取得同法第一一四〇條之代位繼承權；且此權利之取得，更應溯及被繼承人死亡時，視為當時既已出生，即於被繼承人死亡之時，為此兒取得繼承權利之時。以是被繼承人遺產三萬萬元中三分之一計一萬萬元，已於此兒安然出生之時，追溯及於被繼承人死亡之時，完全依法取得。既經由其依法取得，則此一萬萬元，當然為此新生兒之所有，而非復為被繼承人之所有；質言之，此一萬萬元，即已為此新生兒之財產，而非復為被繼承人之遺產。蓋既經繼承人依法繼承，取得其權利，即已由被繼承人合法移轉於繼承人，絕對為繼承人之財產矣。夫既為繼承人之財產，則此繼承人苟不幸死亡，當然再由死亡之合法繼承人繼承，不能再以之歸還於從前之被繼承人，再行算入從前被繼承人之遺產內，由從前被繼承人之繼承人再為繼承，致侵害現今死亡者繼承人之權利。此觀於民法第一一四七條及第一一四八條規定，而即可見。故此一萬萬元之財產，於此胎兒安全出生之日，即已合法取得其權利，由被繼承人某某之遺產，一轉而為此新生兒之財產；蓋已有人之能力，享受此權利矣。既為此新生兒之財產，則今日此新生兒不

幸於取得財產後三日夭折，依民法第一一三八條規定，當然由原告以第二順序繼承人之身分，取得繼承權，絕不能由依法並無繼承權之被告所可妄思侵害。故統觀民法規定，此一萬萬元之財產，先由不幸夭折之新生兒於安全墮地時代位繼承，依法取得；不幸新生兒死亡，則應由原告依法繼承，取得其權利；被告從任何條文解釋，絕無取得之權利，而亦根本無爭執之可言。（下略）

樹木與土地

〔事實〕甲有土地一方，連房屋同出售於乙。房屋後方有桃樹二，本連於土地者。乃甲於賣契上，漏未列入，僅書土地若干丈，房屋若干間，一切房屋裝修及廢井等等，雖均載明，而獨缺此桃樹二株。事後，甲忽起不良，於桃樹結果時，竟以「只賣土地房屋未賣樹木」為言，前往將果實採取。乙當然出而阻止，雙方遂起爭執，至於成訟。甲為先發制人計，竟對乙起訴，根據契約，請求確認桃樹二株為其所有。乙因請某名律師根據民法第六六條第二項規定，撰狀答辯，力駁甲所訴無理；結果竟獲勝訴，確認樹為乙所有。其狀如左：

（上略）凡物之構成部分，除法律別有規定外，不得單獨為物權之標的物，故未與土地分離之樹木，只可附屬於土地，為土地之構成部分，不得為土地外獨立之一物。民法第六六條第二項對此明白規定：「不動產之出產物，尚未分離者，為該不動產之部分。」是可見凡土地上之物，除定着物外，不問為何種物品，苟未與土地分離者，只為土地構成之一部，不得單獨為物權之標的物。原告所請求確認之樹木，完全在出售於被告之土地範圍內，與土地尚未分離，既未分離，則此樹木即為土地之一部；土地既由原告出售於被告，則此土地一部之樹木，當然亦隨土地而為被告所有，

決不能單獨保留，強與土地分離。原告出售土地之契約上，誠未有桃樹二株之記載；然依法根本無須記載者，蓋既為土地之構成部分，當然即包括於土地之中，不須再為畫蛇添足之記載。房屋為定著物，當然在土地外為獨立之不動產；而附着於土地上之樹木，完全為土地之一部，絕無可單獨成為物權標的物之理。故被告須取得此土地之所有權，則凡此土地之任何構成部分，亦皆為被告所有，無須記載於契約之上。原告以契約上未有此項樹木記載，即謂不在出售之列，妄思侵害被告之所有權，實與民法第六六條第二項之規定完全相背。（下略）

法律行為之效力

〔事實〕甲傾心一女，欲娶為妻，百般設法，無由接近，嗣探知女與乙極相得，因託乙為之撮合，並允許事成報酬二百萬元，且立有筆據。乙歛於厚利，代甲多方設計，竟達目的。事後，甲忽不甘出此報酬，因否認此約，雙方遂至涉訟。甲被訴後，特託某名律師設法；某名律師因根據民法第七一條及第五七三條規定，撰狀投向法院，否認報酬契約效力；結果甲竟勝訴，將乙請求駁回。其狀如左：

（上略）報酬筆據，誠為被告所訂立，被告並不否認；然依民法第七一條規定，此種契約，實為無效之契約，在法律上全不能作據者。民法第五七三條規定：「因婚姻居間而約定報酬者，其約定無效。」是凡為男女雙方作伐而約定所取得之報酬，其約定完全無效，受約者固無權以索取報酬，而在立約者亦根本不受其拘束，絕無給付之義務。此項規定，為強制規定，任何人不得違反；即或違反，而其所為之法律行為，亦為無效；故民法第七一條明白規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。」是即可見凡違反法律上強制或禁止規定之任何法律行為，皆無效力，立約人絕

對不受其拘束。試問：被告所立於原告之筆據，果爲何種筆據？原告今日向被告所請求之報酬，果爲何種報酬？婚姻居間，依法絕對不許約定報酬者，故卽有約定，亦爲無效；既爲無效，受報酬者當然無法可以根據，妄向立約人有此請求；而立約人亦全然無履行此約定之義務，而依約定給付。契約之有拘束力，首爲合法；若爲不合法之契約，依法爲無效者，當然無拘束當事人之效力，不得妄爲根據，向對方有所請求。（下略）

戲謔行爲之意思表示

〔事實〕甲有皮大衣一件，新由市肆購得，出價五千元，一日與乙同餐，乙一再稱羨其大衣之美，甲因戲謂：「足下如有意於此者，我願以五百萬出售於足下。」此本戲謔之言，乃乙竟以五百萬元向甲購買，且堅欲錢貨兩交。甲當然不允，力爲拒絕。因是乙遂以甲違反契約爲言，對甲起訴，必欲甲將皮大衣給付。甲不得已請某名律師撰狀答辯，根據民法第八六條但書規定，力駁原訴之非法。結果甲竟獲勝，將乙之請求駁回。其狀如左：

（上略）原訴但知根據民法第八六條規定：「表意人無欲爲其意思表示所拘束之意，而爲意思表示者，其意思表示，不因之無效；」而竟忘却該條尙有但書之規定：「但其情形爲相對人所明知者，不在此限。」民法第八六條規定之意義，本含有心裏保留及戲謔行爲二者；前者或爲相對人所不及明知，誤以其心裏保留爲正常之意思表示，故有時不能不認爲有效；而後者則純爲戲謔行爲，任何人固一聽而知其爲並無爲其意思表示所拘束之意，意思與其表示，並非一致，故特規定爲無效。故心裏保留，相對人或尙有所不知，有時雙方不免發生爭執；而戲謔行爲，則其情形固爲相對人所明知者，不能以其曾有此表示，而卽使表意人受其拘束，負表意之義務。本案係爭執皮大衣一襲，由被告

新以五十萬元輾轉託人赴關外購得者，且爲原告所知悉，實爲被告唯一心愛之物；既爲唯一心愛之物，且爲原告所明知，安有無故貶價至十分之一，以五百萬元出售於原告之理？此固當然爲一種戲謔之表示，隨便談話，隨說隨忘，根本無爲其意思表示所拘束之意，而亦爲原告所明知其爲一種戲謔表示，全不受其拘束者。否則，有何理由，而甘心以五十萬元購入之唯一心愛物，立談之間，遽以十分之一之價五百萬元出售？藉曰爲表示友朋間好意起見，效法古人之「願車馬，衣輕裘，與朋友共，敝之而無恨」，則何不竟慨然贈與，而欲取得其原價十分之一之五百萬元？是即可見被告當日之爲此表示，完全爲一種戲謔之表示，而且爲原告所明知者。夫既爲原告所明知，爲被告當時之一種戲謔行爲，則依民法第八六條但書規定，被告自然不受其拘束，無履行之義務。原告何所根據，而竟抹煞事實之真相，妄起爭執？其爲意存不法取得，無理取鬧，實至顯然！（下略）

意思表示效力之發生日期

〔事實〕甲致函乙，託購棉花五十萬斤，於元月十二日發信，言明如有貨出售者，請於十日內示覆，過此卽另向他處採購。乙與甲相距五百里，火車一日夜可達，尋常郵政局掛號信，約四日到達，故甲十二日發信後，乙十六日收到。乙多方尋覓，至二十七日覆函於甲，謂已如數購到。但甲自致函乙後，至二十八日見無回音，卽另向他處收購；及乙信於三十一日到達甲處，時已不及，因卽去函阻止。乙大駭，以貨已代爲購齊，未便反汗，與甲遂起交涉，致成訟事。甲不獲已託某名律師撰狀答辯，否認乙之請求，力引民法第九五條及第一五八條並第一六〇條規定，詳細申述，結果甲竟勝訴，將原告乙之訴駁回。其狀如左：

(上略)查民法第九五條規定：「非對話而為意思表示者，其意思表示以通知到達相對人時，發生效力。」是凡意思表示效力之發生，不在表意人之發信，而在相對人之受信，蓋取受信主義，不取發信主義也。要約之意思表示如是，承諾之意思表示亦如是；不能謂要約取受信主義，而承諾則獨取發信主義也。夫既如是，則原告之所請求者，實全無理由，對於被告之意思表示，則依民法第九五條為言，取受信主義，不以被告元月十二日之發信日為準，而以原告元月十六日之受信日為準；乃對於原告自己之意思表示，則完全將民法第九五條抹煞，不以被告元月三十一日之受信日為準，而以原告自身元月二十七日之發信日為準；天下有是理乎？而民法上又有此規定乎？被告信中所定之承諾期限，計為十日；以原告之受信日為準，則自元月十六日之次日計算，十日之期限，計自十七日起，應至二十六日止，苟過此十日之期限，即過元月二十六日者，依民法第一五八條規定，當然即失其拘束力，被告絕不再受其拘束，應另向他處收購。被告雖於三十一日收到原告之承諾，而既已過十日之期，依民法第一六〇條，只可視為新要約，不能再視為承諾；既為新要約，則被告依法當然可以拒絕，絕無必須承諾之義務，更不受從前要約之拘束。姑無論原告覆信之日為元月二十七日，已超過十日之期，即提前一二日發信，尚在十日之期限以內，而受信之期，既為三十一日，超過十日之期限，則依據民法第九五條規定，意思表示效力之發生，既受信主義，亦已超過約定期限四日，失其承諾之效力；而况原告發信之日，為元月二十七日，亦已過期，任如何無從藉口，對被告妄有所請求。(下略)

終期與履行期限

〔事實〕甲乙訂立買賣布匹契約，載明甲應於三十五年十二月底交貨；不意甲因事未能交出，遲至三十六

年元月十五日始行交貨。乙認甲交貨逾期，拒不收受，且依據民法第一〇二條第二項爲言，認所定之交貨期爲終期，既經終期，契約即應失其效力，無再履行契約之義務，儘可不必收受。甲因請某名律師對乙起訴，力述民法第一〇二條第二項所定終期之意義，請求判令甲履行契約上之義務，如數收受；且根據同法第二三二條及第二五四條並第二五五條規定，從事反詰。結果甲獲勝訴，判乙依契約履行。其狀詞如左：

（上略）民法第一〇二條第二項所謂終期者，乃指在契約上約明期限屆滿時當然失其效力者而言；即契約上載明到期不付即失效力等字句而言。如並未有此約定，即契約上並未有此記載，僅約定於某日交貨，則不過定明應爲履行之期限，而非第一〇二條第二項所稱之終期。故終期二字之意義，甚爲嚴格，決非尋常之履行期限。履行期限，乃爲確定契約義務人履行之日期，恰與始期相當，凡此期限屆至，負義務人即應履行，倘不爲履行者，相對人即可依法請求其履行，與終期二字，不特絕非一物，更完全相反。若果認履行期限即爲終期，一經屆滿，即失效力，則凡延不履行之債務人，悉可藉口於終期，而將契約推翻，不認爲有效矣。有是理乎？故終期自終期，履行期限自履行期限，二者絕不能混爲一談。原告與被告所訂立之買賣布匹契約，訂定於三十五年十二月三十一日交貨，是爲被告之履行期限，並非民法第一〇二條第二項所規定之終期；既爲履行期限而非終期，則原告縱因事故而未及如期履行，延至三十六年元月十五日履行，相差十五日，被告亦絕不能妄謂契約已失其效力，而拒不收受。蓋原告在法律上縱負遲延責任，而在買賣布匹之契約上，根本不受其影響，而有所動搖也。故被告以終期爲言，認契約業已失效，拒絕原告之給付，實爲不法。雖然，被告於此，或將援引民法第二三二條及第二五五條規定，再強詞奪理，妄言解除契約，拒絕受領；然依法

規定，其得如此者，必限於給付於債權人無利益，或者當時曾有表示非於一定時期給付不能達其目的，今試問被告原告遲延至今日給付，果於被告無利益乎？抑被告於事前曾有表示，非如期交付，即不能達其訂契之目的乎？此二者俱無，則被告之拒絕受領，破毀契約，實無法可以根據，而民法第二三二條及第二五五條，亦決非被告所可藉口。且依同法第二五四條規定，被告即以原告未能如期交貨故，欲解除契約，然亦應先行催告之程序，必催告後仍不履行，始可解除契約；法律規定至明，任何人不得否認。被告既未催告，則解除契約，根本即無從發生；更不能於法律規定外，對原告依法提出之給付，妄引拒絕。故不問從民法第一〇二條第二項為言，或從第二三二條及第二五五條為言，被告所為，皆為法所不許。（下略）

代理之意義

〔事實〕甲與乙兩願離婚，已彼此決議成立，乃於簽訂離婚之日，乙忽患病不能到場，因託丙持乙名章前往證人處代為蓋用。事後，甲忽翻悔，謂兩願離婚，為不許代理之法律行為，乙當時不親自到場，委丙代理，實為法所不許；因起爭執，遷至成訟。乙因請某名律師撰狀答辯，根據民法上代理之意義，對原告甲大肆抨擊。訴訟結果，乙竟獲勝，認丙之行爲，並非代理。其狀如左：

（上略）兩願離婚，本為不許代理之法律行為，故非當事人親自為之不可；然所謂代理，必須代理本人所應為之一切行爲，更爲代理本人決定一切，凡本人所得為之行爲，所可決定之意思，代理人在其代理權限內，均可自由代理本人為之；夫然後為之代理，而在兩願離婚中，即不許如是。若根本並無代理人，完全由雙方當事人自行決定一切，不過

臨時以被告抱病故，不能到場，將名章交於第三人某某前往，蓋用一章，是在法律上不成其為代理，不過以其人為被告之意思表示機關，並無代理之可言。兩願離婚，誠為不許代理者，然其人根本未有代理權，既未代理本人決定一切，亦未代理本人欲何種法律行為，僅於簽訂契約時代為蓋用一本人名章，是無所謂代理，亦未嘗為法律所禁止。原告何所根據，而可認為代理？而可事後否認離婚之效力？須知某某之代為蓋用本人名章，在法律上僅為本人意思之表示機關，而非為本人之代理人；二者固絕非一物，決不能併為一談，而妄以意思表示機關為代理行為，遽推翻離婚之效力也。例如結婚，當然不許代理者，然新郎新娘之章，例由男女嬪相代蓋，決無新郎新娘自蓋者，如是而亦可謂為代理，遽將結婚之效力予以否認乎？事同一體，原告所訴，實無根據。（下略）

期日及期間

〔事實〕甲向乙借手鈔之古書李義山詩集三冊，借之日為五月十一日，約定十日歸還。不意至二十一日之夜，乙鄰居失慎，波及乙家，將所借甲之手鈔書付之一炬。甲以心血所在，向乙交涉，竟至成訟，援引民法第二三一條第一項，要求乙損害賠償。乙因請某名律師代為撰狀，對甲答辯，力引民法第一二〇條第二項及第一二二條並第二二五條第一項，一再申述。結果乙竟獲勝，將甲之原訴駁回。其狀如左：

（上略）查本案之給付物，為原告手鈔之古本李義山詩集，依法為特定物給付；既為特定物給付，依民法第二二五條第一項規定，既不幸為火災所燬，無法給付，當然免其義務；蓋法律上固明白規定：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務」也。原告亦明知如此，且又無法證明其不能給付，可以歸責於被告，故又強引民

法第二三一條第一項規定，妄指被告爲遲延給付，應負遲延責任，請求損害賠償；此又大謬特誤，全然不合於法被告之給付日期，原訂十日，自五月十一日起，應至二十日屆滿；且依民法第一二〇條第二項規定：「以日、星期、月或年度期間者，其始日不算入。」是又應從十二日起算，至二十一日爲給付期，在二十一日以前，不能謂爲遲延。又查二十一日爲星期日，依同法第一二二條規定：「於一定日期或期間內應爲意思表示或給付者，其期日或間期之末日爲星期日、紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之。」是二十一日既爲星期，應延至次日二十二日，在二十二日終止以前，不能謂爲遲延。此次被火將給付之標的物燬滅，致給付不能，乃在五月二十一日之夜，正在給付期間尙未屆至之時；既尙在給付期間尙未屆至之時，根本卽無遲延之可言；既無遲延可言，則原告所根據之民法第二三一條，完全無從成立，而在被告亦絕無損害賠償之義務，應依同法第二二五條第一項規定，免給付義務。須知十日之期，依法應自五月十二日起算，而最後一日既爲星期，又應至二十二日爲期間屆至，在二十二日期限屆至前，全不生遲延問題；原告以遲延爲言，實全然違反民法第一二〇條第一項及第一二二條規定，斷難成立。（下略）

乙 民法債編

沉默與默示

〔事實〕甲有宋代古玩一件，標價五千元出售。乙欲得之，先還以四千元，甲不允，再還以四千二百萬，亦未允，最後還以四千五百萬，甲雖未允，亦未拒絕。因是乙以甲爲已默示承諾，至次日卽以四千五百萬元向之購買。不意甲仍不允許，堅言非五千元不可，且否認不拒絕爲默示承諾。結果致成訴訟，乙以甲既經默認，卽成立契

約，今不履行，實非適法請求甲依法給付。乙因請某名律師撰狀答辯，將沉默與默示之區別點力為闡述，否認沉默。即為民法第一五三條第一項之所謂默示，將乙之原訴抨擊無遺。結果甲竟獲勝，判乙敗訴。其狀如左：

（上略）被告對於原告四千五百萬元之賣價，始終未曾允許；既未允許，買賣契約，即無從成立；蓋依民法第一五三條規定，契約之成立，固必須當事人互相表示意思一致也。原告亦知被告未曾允許，因藉口於被告之未為明白拒絕，即以默示為言，強以被告之沉默未言為民法上之默示行為，妄起請求，堅主契約業已成立；此實全然未明民法第一五三條所規定默示二字之意義，妄將沉默與默示混為一談。民法第一五三條所謂之默示，係指依表意人之舉動或其他情事，足以間接推知其效果意思者而言；即在客觀上可以知其已有承諾之意思表示，不過未有明顯之表示而已。若僅僅未曾明示拒絕，為單純之沉默，在客觀上決不能遽推定其已有承諾之意思表示，則其沉默決不能謂為默示之意思表示。須知沉默與默示，顯有區別，決不得妄以他人之沉默無表示，而即強認為默示之意思表示；蓋民法上默示二字之意義，決不如此其簡單而可濫用也。被告出賣之標的物，定價為五千萬元，原告初允出價四千萬元，未允繼又願出價四千二百萬，又未允，最後願出價四千五百萬；被告以其無理取鬧，一再嘵嘵不已，因即置之不理，願左右言他；此種舉動，當然為拒絕之表示，而非承諾之表示；是固任何人可一望而知，而在客觀上亦當然不能強指為默示而承諾者。夫既在客觀上不能認為默示承諾，原告何所根據，而可以被告同意為言，妄肆其無理之要求？如以單純之沉默，而可謂為合於民法第一五三條之所謂默示，則苟不明示反對者，皆將受其拘束，相對人悉可以契約成立為言，強迫其履行矣。恐默示二字之意義，正不如是也。（下略）

約定方式未完成前之契約效力

〔事實〕甲向乙預購米糧五千石，每石五萬元，約定至秋季交貨；後甲以日期過久，恐有反覆，致函於乙，要求更於口頭契約外，再訂立一書面契約，以防不測；乙亦覆函承諾，且約定再招一第三人出為見證。不意正在進行中，米價突然飛漲，乙以原價太低，但約定後又不便增加，因藉口於民法第一六六條規定，謂在書面契約未完成前，其事前所訂之口頭契約，應不成立，完全否認有訂約情事。甲大駭，遂起爭執；但法律上既有此規定，甲實無詞可以獲勝，因與某名律師商酌，某名律師遂為撰狀對乙起訴，將民法第一六二條規定，詳細闡述，否認乙之主張，確認契約為有效。訴訟後，法院認甲之主張為有理由，竟判甲勝訴。其狀如左：

（上略）契約當事人約定其契約須用一定方式者，在所定之方式未完成前，依民法第一六六條規定，誠推定其為不成立；是即被告根據原告與其約定訂結書面契約，而遽否認所訂口頭契約之唯一理由。然而當事人約定其契約須用一定方式，其意義有二：其一為表示契約須待方式完成後始行成立，又其一為以一定方式為保全其契約之證據；意在前者，則方式未經完成，其契約當然不成立，即或約定之意義不盡如此，而一時無法證明其真意何在，在方式未完成前，亦只得推定其為不成立；此即民法第一六六條規定之本意，不欲以當事人意思不明之情形，遽強認其契約為成立，使當事人受其拘束。故該條之所謂推定，不過就當事人意思不明之情形，無從強為之斷，因以推定其契約為不成立耳；故不直截曰「其契約不成立」，而曰「推定其契約不成立」。由是可見苟當事人之意思已明，不過為慎重起見，更約定用一定方式，以保全契約之證據，則契約明明已經成立，縱一定方式未經完成，亦絕無影響，全不能

適用民法第一六六條規定「推定其契約不成立」之餘地。原告與被告所訂之預購米糧契約，早於某日成立，其所以在事後約定再用書面者，並非以從前之口頭契約爲無效，不過恐時日過久，彼此或有不測，爲保全契約之證據，於口頭契約成立後，再訂一書面契約；是約定用書面者，意思原在用以爲保全契約之證據，並非用爲契約成立之要件；觀乎雙方約定之信函，即可見其意義至明極顯，且可見契約早經成立，並不以有無書面而有所變更。夫既契約早經成立，其於事後更約定補加書面，是意在保全契約之證據；則被告之突然反悔，否認契約成立，全無理由；而其所援引之民法第一六六條規定，亦全不能適用，根本爲強詞奪理，無一適法。（下略）

不許代理之代理行爲

〔事實〕甲男與乙女訂婚，甲男固自行作主，而乙女則全由其家長代理，事後，甲忽另有所圖，即藉口民法第九七二條「應由男女當事人自行訂定」之規定，認乙女之家長代理爲無效，致函乙方，謂所訂婚約無效。乙方不允，即以民法第一七〇條規定，謂已得乙女本人承認，不能謂爲無效。雙方爭執不已，竟至成訟，由乙起訴，請求確認婚約爲有效。甲商諸當地某名律師，撰狀答辯，根據訂婚不許代理之法意，對乙痛駁。結果甲竟獲勝訴，宣告婚約無效；蓋不許代理之法律行爲，縱經本人事後承認，亦不能生效也。其狀詞如左：

（上略）查民法第九七二條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」是婚約之訂立，決不能由任何人代理；故訂結婚約，爲不許代理之法律行爲。夫此亦爲原告所承認，且亦承認與被告之訂結婚約，非爲原告本人自行訂立，而由其父某某代理者。以法律明明規定不許代理之訂婚，而竟不由當事人本身作主，由其父出而代理，在法律上如何

可以成立？又如何可認為有效？然此亦爲原告所熟知，因又援引同法第一七〇條規定，謂已得本人承認，應即發生效力；蓋該條項既規定：「非經本人承認，對於本人不生效力。」則凡經本人承認者，當然即發生效力也。然此又大誤，該條項規定，乃爲無代理權人以代理人名義所爲之法律行爲，即依法允許可以代理之法律行爲，而其代理人實爲無權代理者，故一經本人承認，即生效力；若訂婚，則爲不許代理之法律行爲，既爲不許代理之法律行爲，則任何人爲之代理，均爲無效者，名雖訂婚，實即未嘗訂婚；既根本無效，名雖訂婚，而實未嘗訂婚，則縱經本人事後承認，亦絕無效力可言，不能因本人之事後承認，而發生效力。故民法第一七〇條第一項規定，乃指得爲代理之法律行爲，並非根本無效者，故一經本人承認，即生效力；若爲不許代理之法律行爲，則其所爲之法律行爲，依法實爲無效者，不能以該條項妄爲比附援引。故原告所訴，全屬依法無據，不足一顧。（下略）

無因管理

〔事實〕甲有房屋一所，傢具若干，因犯案出亡，其妻子亦相繼而去，不知所之。其鄰居乙見甲久無音信，因念舊日隣誼，伏爲出租於丙，將每月所入房金，用甲名義存入當地銀行。忽有丁者，自稱爲甲之弟，竟將甲房屋及傢具用甲之名義出買於人，經乙阻止，遂起爭執。結果竟至涉訟，丁對乙提起訴訟，謂乙既未受甲委託，又非甲之血親或姻親，不過隣居關係，今竟乘甲全家出亡之時，強將甲之房屋及傢具霸佔。乙受訴後，商諸某名律師，因以民法第一七三條規定，撰狀答辯。審理後，乙竟獲勝，將丁所訴駁回。其狀如左：

（上略）被告與某某，誠無血親或姻親關係，而某某全家因犯案出亡時，誠亦未嘗委任被告代爲管理；然被告

與某某世代隣居，素稱莫逆，本諸友誼，實無坐視之理，因民法第一七三條規定，代爲管理。該條規定：「未受委任，並無義務，而爲他人管理事務者，其管理應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法爲之。」是無因管理，本爲法律之所許可，而爲一種正當之法律行爲，決不能妄謂爲霸佔，而藉此以營其私圖。本案原告，姑無論未必卽爲某某之弟，卽或真爲某某之弟，亦並未受有某某之委任，絕無權利可將某某之房屋及傢具出賣，更無權利可代理某某處分其財產，而亦無權利可以對被告起訴。原告既未受有某某之委任，且根本不知某某現日果居何處，顯見原告與某某亦久不見面，久未通信，而其兩人間之關係，當然亦極疎遠，絕非可以共財者。夫既關係極爲疎遠，則原告據將某某之房屋及傢具出賣，當然不合於某某本人之意思，而爲某某本人所反對。被告既爲之無因管理於前，代爲出租，代爲修理，代將所收租金專款存儲；則在某某本人未有出賣意思表示以前，自得對於原告之出賣行爲，推定爲某某本人所不願，依法予以阻止；蓋原告之出賣行爲，明明妨害某某之權利，被告以無因管理人之身分，當然得出而干涉，依本人之意思，而爲有利於本人方法之行爲。乃原告不自知其違法，反以被告合法之無因管理爲霸佔，妄事興訟，此實爲被告所不能承認，不得不從事抗辯者。（下略）

不法原因之給付

〔事實〕甲貧甚，以其女出賣於乙爲媳，得價五百萬元。後乙忽爲人告發，以刑法第二九六條妨害自由罪判處五年有期徒刑，甲女由甲領回。乙以女既領回，則以前購買時所付之身價五百萬元，理應取回，因向乙交涉；乙以款已用罄，無可償還，因卽拒絕。甲大憤，卽對乙起訴，要求如數清償，並須加給利息。乙無奈，特託某名律師代爲

撰狀答辯，即根據民法第一八〇條第四款規定，對甲大肆駁詰。結果乙果勝訴，將甲之原訴駁回。其狀如左：

（上略）查民法第一八〇條規定：「給付有左列情形之一者，不得請求返還，」其第四款項定：「因不法之原因而為給付者，」是可見不法原因之給付，不問如何，除不法原因僅於受領人一方存在時外，給付之一造，對於受領給付之一造，絕對無請求返還權。人為權利之主體，非權利之客體，故依法不得為買賣之標的物，苟違是者，刑法定有明文，完全為不法行為。原告前因購買被告生女某某為媳，付有身價五百萬元，將某某當場領去，嗣為第三者某某依法告發，謂為刑法第二九六條妨害自由罪，審理結果，判處原告五年有期徒刑，被告生女某某交由被告領回。是原告以前給付於被告之身價五百萬元，依法當然為不法原因之給付；既為不法原因之給付，依民法第一八〇條第四款規定，原告對被告絕無請求返還之權。（下略）

利率之請求權

〔事實〕甲欠乙五千萬，半年為期，約定月利百分之三十，合週年利率百分之三十六。期滿後，甲應付乙本銀共五千九百萬。然依據民法第二〇五條規定，至多利率為週年百分之二十，半年期間，應為百分之十，只須乙二千五百萬元，與原來約定，相差四百萬元。甲以之付乙，乙不允，遂起交涉，甲堅主民法規定，不允給付，蓋根本否認乙有此請求權也。乙遂對甲起訴，根據民國三十五年二月十八日政府所頒行之銀行存放款利率管理條例，痛駁甲之主張。甲因商請某名律師，出為答辯，否認適用管理條例。結果甲得勝訴，將乙原訴駁回，其狀如左：（上略）被告應付原告本息，依約雖然共為五千九百萬元，然依民法第二〇五條規定，應付原告只須五千五百萬

元，民法第二〇五條。固規定「約定利率超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權」也。原告乃以國民政府於三十五年二月十八日頒行銀行存放款利率管理條例爲言，竟謂民法第二〇五條，已失其效力；且謂特別法優於普通法，民法爲普通法，而此銀行存放款利率管理條例爲特別法，既頒行特別法，一切當依別特法規定，普通法不復能發生效力。管理條例所定之利率最高限度，規定由當地銀錢業同業公會斟酌金融市場情形，逐日擬訂；則約定之借貸利率，苟未超過當地銀錢業同業公會所擬訂之最高利率限度，即在有效之列，縱已越過週年利率百分之二十，而依管理條例解釋，債權人當然有請求權，並不再受民法第二〇五條之拘束。被告與原告所訂之借貸契約，其利率約定每月爲百分之三十，以五千萬元計，爲每月一百五十萬元，以三十日分析之，則每日爲五萬元，如以千元計，每日實爲一元，而當地銀錢業同業公會依據管理條例所訂定之放款日拆，每千元須爲一元五角；是原告向被告所收取之利息，尙在最高限度以下，被告何得藉口於暫時停止適用之民法第二〇五條規定，而否認原告對超過年利百分之二十部分之請求權？此實原告之大誤。管理條例專對銀行放款而設，通常借貸，不在此例，仍須依民法第二〇五條規定；否則何以不曰「存放款利率管理條例」，而曰「銀行存放款利率管理條例」？既曰「銀行存放款利率管理條例」，則可見只限銀行適用，銀行而外，絕對無適用之餘地。否則於法令上又何必冠以「銀行」兩字？既冠以「銀行」二字，除銀行外，即無從適用。被告與原告所訂定之借貸契約，明明爲通常之借貸契約，原告固非銀行，被告亦非銀行，彼此既均非銀行，則原告何得將正常之民法不言，而妄謂應適用於銀行之管理條例？法律之效力有三：一爲地之效力，一爲人之效力，一爲時之效力；三者缺一不可；今日之銀行存放款利率管理條例，其人之效力，

只及於銀行，而在銀行以外，全不發生效力；原告既非銀行，被告亦非銀行；原告何得妄以對原被告均不生效力者爲藉口，意圖不當得利，行使其法所不許之請求權？須知銀行存放款利率管理條例，其效力專限於銀行，私人間絕對無適用之餘地，不能謂適用於銀行者，亦即可適用於私人。故在銀行可不受民法第_{二〇五}條拘束，對超過部分利息亦有請求權，而在原告則絕對受民法第_{二〇五}條之限制，在年利百分之二十以外者，全無請求權。（下略）

利息滾入原本再生利息

〔事實〕甲欠乙五千萬，利率甚輕，約定月利千分之十五，但須按月結算，如不給付，即將利息滾入原本中再生利息。半年後，甲忽停止付利，又半年，甲如數清償，計本金五千萬，利金四十五萬元，兩共五千萬零四十五萬元。乙不承認，謂六個月利息，以未曾按月清付，須滾入原本，再生利息，不能僅以四十五萬元計算。於是發生爭執，遂致訴訟，先由乙對甲起訴，要求如約給付，除已付出外，不足之數，應再補找。甲不服，特請某名律師撰狀答辯，援引民法第_{二〇七}條規定，對乙痛駁。結果判乙敗訴，將乙原訴駁回，甲大獲勝利。其狀如左：

（上略）「利息不得滾入原本，再生利息。」此爲民法第_{二〇七}條第一項所明白規定，且爲強制規定，任何人不得違反，即當事人間另有約定者，除依該條項但書規定外，亦屬無效。此次被告向原告所借貸之款，雖約定利金須按月清付，如有遲延，滾入原本，再生利；然實違反民法第_{二〇七}條第一項規定，依法絕對不生效力。夫既依法不生效力，則被告固無受其拘束之義務，而在原告亦不得妄爲請求；故被告於某月某日清償時，依法給付原告本金五千萬，六個月利金四十五萬元。乃原告竟違反民法規定，妄執絕無效力之契約，於應得之利金外，再追索不應取得之複

利，甚至妄事興訟，以冀取得不法之利益；是實被告所絕對不能承認，且依法不應給付者。原告所訴，實非適法。（下略）

過失責任

〔事實〕甲因事出門，以學校畢業證書一紙寄託於乙，並囑其妥爲保管，且給以報酬五十萬元。不意三個月後，乙家忽遭火災，將甲寄存之證書燒燬。因是甲對乙要求損害賠償，凡一切因被火遺失而呈請補給之費用，約計五百萬元，均須由乙賠出。乙不允，且援引民法第二二五條第一項規定，與甲爭執。後甲商諸某名律師，因根據民法第二二〇條及第二二六條並第五九〇條規定，撰狀對乙起訴，力述責任問題，請求乙如數賠償。審理結果，甲竟獲勝，判令乙照數給付甲五百萬元。其狀如左：

（上略）被告之受寄原告學校證書，同時曾受有原告五十萬元之報酬，依民法第五九〇條規定：「受寄人保管寄託物，應與處理自己事務爲同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意爲之。」是被告之對於原告寄託物，應爲善良管理人之注意，縝密保管，切實珍藏，較處理自己事務，更須注意。此次被告突患火災，致將原告之寄託物毀失；是誠出於不可抗力，未可遽歸責於被告。然被告於失火之際，儘可將原告寄託之學校畢業證書取出，並非不可爲力者；蓋既爲善良管理人之注意，一切應盡其最大努力之責任，苟發生不測，即須劍及履及，首爲注意；故民法第二二〇條第一項特爲規定：「債務人就其故意或過失之行爲，應負責任。」被告之火災，雖非出於故意，然可以取出而不爲取出，實爲過失；既爲過失，依法即應負其責任，不能藉口於不可抗力，而竟冀逃避其責任。使被告能盡其善良管理人之注意，於起火之初，即爲取出，何至竟遭毀失？故此畢業證書之毀失，非毀失於火，盡毀失於被告之未盡其注意之

責任；既未盡其責任，則依法自爲一種過失，應有損害賠償之責任，未能妄以民法第二二五條第一項爲解脫；蓋該條項明明規定「不可歸責於債務人」也。既可歸責於債務人，則不幸毀失，原告自應依同法第二二六條第一項規定，請求被告賠償損害；該條項固明白規定：「因可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人得請求賠償損害」也。即以人情而論，受人之託，亦應忠人之事，故即未受報酬，亦應與處理自己事務爲同一之注意，依民法第二二三條規定：如有重大過失，仍應負責；而况更受有原告報酬，依法即應爲善良管理人之注意，對於有過失之行爲，依同法第二二〇條第一項規定，應負其責任乎？故被告之火災，誠爲不可抗力，而應注意而不爲注意，應取出而不爲取出，致將寄託物毀失，不能謂無過失，亦即不能謂爲不可歸責；而既可歸責，自應依法賠償原告一切損害。（下略）

契約解除與物權移轉

〔事實〕甲向乙購買汽車一輛，計五千萬，先付一千萬，餘四千萬，約定一個月清償。不意甲到期後，未能付出，乙因致函催告，須一星期內清償；甲又不應，到期未還。因是乙根據民法第二二四條規定，要求解除契約，將汽車收回；甲又不應，謂民法第二二四條之所謂解除契約，乃解除債權契約而言，買賣業已成立，物權亦早移轉，債權人只可請求給付，不能再解除契約，民法規定，絕無許解除物權契約者。乙最後商諸某名律師，對甲起訴，狀中除援引民法第二二四條外，更證以同法第二二五九條，將甲之主張，大加抨擊。結果乙得獲勝，判甲將汽車退還。其狀如左：

（上略）查民法第二二四條規定：「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人約定相當期限催告其履行，如於

期限內不履行時，得解除其契約。」原告以被告所應給付之汽車費四千元到期不為履行，先於某月某日發函催告，且限期一星期內如數給付；乃被告仍置不理，杳無着落，因不得已請求解除契約，將汽車收回。此固情並理當，適合於上開民法第二五四條之規定。乃被告堅不承認，謂該條規定，只為解除債權契約，而非解除物權契約，買賣早經成立，物權亦早移轉，根本無適用該條之可言。該條規定，誠指解除債權契約而言，物權契約，不在其列；然本於債權契約之成立而將物權移轉後，苟事後發生解除契約之原因，此債權契約，仍得解除，固不以其已有物權之移轉，而禁止其解除；物權契約，誠無解除之規定，然民法上亦未曾禁止物權移轉後債權契約之解除；民法第二五四條，固未有例外規定也。夫既債權契約仍得解除，則本於債權契約而將物權移轉者，即應因債權契約之解除，而依同法第二五九條之規定，由受物權移轉之一方當事人，負退還其物於他方當事人之義務，以回復原狀；不得謂物權一經移轉，債權契約即不得解除也。否則民法第二五九條所規定之回復原狀，退還由他方所受領之給付物，果作何解？（下略）

連帶債務與債權混合

〔事實〕甲乙丙丁戊五人，合夥開設一店，後以周轉不靈，由合夥向甲借貸一萬萬元，以資周轉。不料數月後，合夥竟不能維持，遂致倒閉。清理後，不足五千萬萬元。甲以合夥中丙獨富有，可償此債，因根據民法第六八一條規定，認乙丙丁戊應負連帶責任，而又援引同法第二七三條規定，對丙起訴，要求將五千萬元欠款如數清償。丙接得通知及訴狀副本後，請當地某名律師撰狀答辯，根據民法第二七四條並第二八一條及第三四四條各規定，將原訴力予駁擊，祇承認清償一千萬元。結果丙獲勝訴，判令丙清償一千萬元。其狀詞如左：

(上略)被告誠爲某某店合夥員之一，依民法第二八一條規定，苟合夥財產不足清償債務時，誠應負連帶責任；然原告亦爲合夥員之一，絕不能爲此主張，對被告有此請求。原告一方爲合夥之債權人，而同時又爲合夥員之一，債權債務，同集於一人之身，依民法第三四四條規定，其與某某店合夥所有之債之關係，實已因混同而消滅；既因混同而將債之關係消滅，則依同法第二七四條規定，其他債務人亦同免其責任。故被告對於原告之連帶責任，依法已因原告之混同而歸於消滅，原告決不能再根據同法第二七三條之規定，妄向被告爲全部給付之請求。某某店合夥員計爲五人，以欠款五十萬元計，每一合夥員應負責清償五分之一，計各爲一十萬元；是被告對於原告所應負責清償者，亦僅有此一十萬元，舍此即非被告所應負責，而非原告所得向被告求償；此固明定於民法第二八一條，非原告所能否認。乃原告抹煞一切，竟忘卻其自身亦爲合夥員之一，以被告爲可欺，欲將其他各合夥員所有之責任，一體集於被告一身，請求被告爲全部清償；是實違反民法第二七四條並第二八一條及第三四四條等各規定，被告實未能承認。(下略)

定清償期之事實不能發生時之清償

【事實】甲開設汽車行，以資本不充，向乙告貸二萬萬元，約定於汽車開始營業後兩個月內如數清償。不意正欲開始營業，特被當地政府禁止，不准營業。因是乙即往向甲追索，要求將二萬萬元歸還。甲不允，以雙方合約定於汽車開始營業後兩個月內清償，今既遭當局禁止，無從營業，即無從返還；且以民法第三一六條所規定，爲言，力主在未營業前無清償之義務，債權人無權可以請求。乙大駭，因請某名律師撰狀起訴，力違民法第三一五

條及第三一六條規定清償期之意義，請求甲如數清償。結果乙獲勝訴，由法院判甲償還本金二萬萬元，並附加利息。其狀如左：

(上略)民法第三一五條及第三一六條所規定之清償期，本包含有期及無期二者，而於有期之中，又包含確定期及不確定期二者；然不問如何，均有清償期屆至之時日；此清償期屆至之時日，亦即債務人應為履行之日，而亦債權人得以請求之日。本案被告與原告所訂之清償期，依法為不確定者，即以此不確定事實之發生時為債務之清償期。在原告固認為如此，而在被告亦同樣認為如此，彼此並無異議。但此種約定，以某事實之發生時為債務之清償期者，除依約以該事實發生時為清償期之屆至外，又應認該事實已確定不能發生時亦同為清償期之屆至，並非如停止條件之必須以條件成就時為效力發生時也。被告前因開設某某汽車行，於某月某日向原告借貸國幣二萬萬元，約定俟汽車開始營業後兩個月內清償；是以汽車營業為債務之清償期。但今既被當地政府禁止，不能營業；是被告之汽車，已永不能營業；實言之，是營業之事實，已確定不能發生；既不能發生，依民法第三一五條及第三一六之當然解釋，其所約定之清償期，應於被告汽車確定不能營業之時，即為清償期之屆至，正與開始營業，事相反而情適相同，不得以此而猶謂為清償期尚未屆至，在被告無清償之義務，在原告為無權請求。蓋雙方雖約定於汽車營業後清償，今既被當局禁止，永無營業之日，則於當局禁止，確定不能營業之日，即為被告債務之清償期。蓋契約訂立之日，顯係預期被告之汽車行將來必有營業之一日，而以營業事實之發生，為二萬萬元債務之清償期，並非以之為發生債務之停止條件。乃被告汽車既不幸而遭當局禁止，此後已無復有營業之可能，亦即其營業之事實永不能發生，則依法律

上之當然解釋，即應以其確定營業事實不能發生時，為債務清償期屆至之時。以故在被告應如約清償，而在原告亦即有權請求，無所謂「不能於期前請求清償」也。若在此情況之下，而猶拘泥於字句，必欲以汽車營業為清償期，是今後將永無清償之一日；民法第二一八條所謂「行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法」者，又尙何在？被告汽車被禁營業之日，即為本案二萬萬元債務清償之期。（下略）

不動產買賣之危險負擔

〔事實〕甲向乙出價五萬萬元，購得房屋一所，並依法登記；但屋中乙尙居住，未能即讓，因約定立約後一個月出屋。不意未及數日，因鄰居失慎，竟遭波及，將房屋付之一炬，立成一片瓦礫場。甲收屋不得，因要求乙賠償損害，否則解除契約，退還屋價五萬萬元，且援引民法第二二六條及第三五四條各規定為言，力主滅失之責任，應歸於乙，蓋乙對於房屋，在未交付前，實負有危險擔保之責任，即曰不可歸責，而對於所受領之對待給付，亦應依不當得利之規定，如數退還。乙不允，爭執不已，甲遂依法對乙起訴。乙訪某名律師代為答辯，即根據民法第三七五條規定，對乙之請求，痛加抨擊，且否認乙之五萬萬元，為一種對待給付。結果，甲竟勝訴，將乙之請求駁回。其狀如左：

（上略）買賣標之物之危險負擔，誠如原訴所主張，應以交付為準，民法第三五四條，著有明文，然此規定，專指動產而言，動產物權之讓與，以交付而發生效力，在未經交付前，縱已訂立買賣契約，而物權尙未移轉，一旦發生危險，當然由出賣人負其責任。而不動產則絕不如此，不以交付為準，而以登記為準，買賣標之物縱未交付，而一經登記，物權即

已移轉，既經移轉，故出賣人縱因或種事故，未即將標的物交付，而危險負擔，已因物權之移轉而亦同時移轉於買受人。故民法第三七五條，有一標的物之危險，於交付前已應由買受人負擔」之規定。原訴所援引之民法第三五四條規定，全不適用於不動產。不動產之危險負擔，既依法應於登記時即物權移轉時同樣移轉於買受人，則一旦發生不幸，致遭滅失，亦應由買受人負擔其損害，不能再歸責於出賣人；縱尚未交付，仍在出賣人之手，然在法律上為另一問題，不能混為一談，而將危險負擔，強加諸出賣人。出賣人既不負此危險擔保，依民法第三七五條規定，其危險應由買受人負擔；則原告何所根據，而可請求被告賠償其損害？且物權早經移轉，由被告之所有，經登記而改為原告所有；則原告又有何辭，而可請求被告退還其買價五萬萬元？至原訴所援引之民法第二六六條，對於本案，亦同樣不能適用，與其所援引之第三五四條相同。蓋此五萬萬元，誠為購買房屋之對待給付；然房屋為不動產，其物權之移轉，不在交付，而在登記，既經登記，其物權已早由被告而移入於原告；是登記之日，即為被告將房屋給付於原告之日，在原告給付被告五萬萬元，在被告給付原告房屋，兩相清訖，絕無糾葛。既兩相清訖，一方給付買價，又一方給付標的物；此日原告何所根據，而可妄引民法第二二六條規定，請求被告退還？至被告此日之暫為居住，未能遷讓，在民法上為一種使用借貸行為，與買賣行為，截然兩事；夫既為使用借貸行為，與買賣無涉；則原訴所謂對待給付，根本不能成立。且既為使用借貸，一切自應依使用借貸規定，而此次借用物之不幸被毀，既為不可抗力之火災，而此火災又發自鄰居，非出於使用人之過失；依民法第二二五條第一項規定，被告當然免給付義務，原告絕不能藉口於任何事故，而對被告妄有所請求。（下略）

存款之增加給付

〔事實〕甲於民國二十六年，以一萬元存於乙公司中，定期十年。現屆期滿，計算本利不足三萬元。於此幣值日下之際，從前三萬元，可購米三千石而今則不過半石，受損殊甚；因請求乙公司增加給付，以一萬元在存款時所應購得之米，作為今日償還時之標準，計在當日一萬元可購米一千石，則以今日米價七萬元一石計，應償還七千萬元。乙公司不允，斤斤以民法第四七四條為言，遂致爭執，歷時數月，迄無結果。甲因請某名律師對乙公司提起訴訟，依據政府頒行之復員後辦理民事訴訟補充條例第一二條，要求增加給付，力駁乙之主張。訴訟結果，甲獲勝利，判乙公司依當地生活指數標準，償還甲六千六百萬元。其狀如左：

（上略）民法第四七四條，誠有「他方以種類、品質、數量相同之物返還」之規定；然此指平時而言，若借貸物之本身，其價值發生特殊漲落，如依法規定，不特使一方之當事人大受損失，更於情理上顯失公平，違反法律上「應依誠實及信用方法」者，當然應為情事變更法則之處置，不容使一方當事人受到不測之損害；以故政府於三十四年十二月十八日頒行之復員後辦理民事訴訟補充條例中，曾於第一二條明白規定：「法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由，致情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，法院應公平裁量，為增減給付或變更其他有效果之判決。」此種規定，則法律上即所謂情事變更法則；蓋依當時之情況，使再拘泥於法律上之規定或契約上之訂定，必致顯失公平，故不得不為此情事變更法則之規定，以濟法律之窮，使雙方得歸於平。原告存款於被告一萬元時，為民國二十六年五月，是時物價甚平，米每石不過十元，故一萬元可購米一千石；今因幣值日下，昔日之一

元可抵今日一萬元以上，使以物價指數量衡，則今日之一萬元，或尙不及以前之一元；原告不爲已甚，故對被告請求，以最普通之米價爲標準，且全部利息免除，只以本金一萬元計算；以前一萬元，既可購米一千石，則此時清償，應以一千石米價計算，今日市價爲每石七萬元，合應清償七千萬。此種請求，在原告自謂已不惜犧牲，既免去全部利息，又以最低廉之米價爲標準。乃被告竟斤斤以民法第四七四條爲言，否認增加給付，僅允照原數一萬元清償。是不特顯失公平，故意犧牲原告之利益，而又蔑視政府新頒復員後辦理民事訴訟補充條例第一二條之規定。被告在當日借去一萬元，購買任何一物，存至今日，均已超過七千萬元之值；原告以七千萬元計算，在被告已獲利不資，除清償外，尙有盈餘；今乃並此而猶不允，是誠貪得無厭，在原告絕難承認。須知民法規定，乃指平時，今既有復員後辦理民事訴訟補充條例第一二條規定，民法第四七四條，無形中已失其效用，不能再以此爲抵抗。故原告對被告增加給付之請求，合於情，合於法，在被告絕無躲避抗辯之餘地。（下略）

終止保證契約與登報公告

【事實】甲爲人作保證甚衆，對當地商店中夥友及學徒作保證書，更不下數十人。甲嗣以年老，登報公告，自民國三十六年起，不再爲人作保，即以前已作保者，亦自登報日起，一律終止。曾有乙者，在丙商店爲夥友，由甲作保，不意於三十六年六月間，竟侵佔店中款項一萬萬元；因是牽及保證人，由丙商店函甲請求賠償。甲以業已退保，不允負責，覆函丙商店否認保證責任。丙因商諸某名律師，根據民法第七五四條規定，否認甲登報公告之效力，對甲起訴。結果丙獲勝利，判令甲如數賠償。其狀詞如左：

(上略)本案第一被告之入店服務，爲第二被告所保，其在保證書上，除載明完全負責外，又拋棄先訴抗辯權及檢索抗辯權；此固爲第二被告所承認，而亦爲雙方不爭之事實。今第一被告既發生侵佔行爲，盜用公款一萬萬元；則第二被告應負保證責任，如數賠償。乃原告致函第二被告後，竟謂已於本年元月一日起登報公告，聲明退保，不復負有責任，對保證人應負之賠償責任，完全脫卸。查民法第七五四條第一項規定：「就連續發生之債務爲保證，而未定有期間者，保證人得隨時通知債權人終止保證契約。」是第二被告之中途退保，原爲法之所許，並非一經保證，即須終身負責。然退保程序，法律規定應爲通知，故通知實爲退保之惟一程序，苟未經通知者，即不生退保之效力，且亦不得認爲退保；故該條第二項又明白規定：「前項情形，保證人對於通知到達債權人後所發生主債權人之債務，不負保證責任。」是又可見退保之效力，必須在保證人通知退保而後，且必在通知到達債權人後，始生退保之效力；若未經通知，或通知而未經到達債權人，其保證責任，仍應存在。試問：第二被告之所謂退保，果曾通知原告乎？又何日有通知到達於原告乎？既根本未經通知，僅僅登報公告，按民法第七五四條規定，實不生退保之效力。既不能發生退保之效力，則今日第一被告所爲之侵佔行爲，第二被告實不容狡賴，否認其保證人應負之責任。蓋既未有通知發出於原告，其保證人之責任，即無從脫卸，不能以報上數行廣告，而即脫卸其保證人之地位與責任。故原告今日，仍有權根據第二被告所立之保證書，要求其負責賠償；第二被告決不能藉口於登報公告，而否認其責任；民法第七五四條，固對此有相詳贍之規定，不容通融也。(下略)

所有權移轉與買價支付

〔事實〕甲以土地一方出售於乙，雙方訂立書面契約，並依法登記；但甲乙本屬摯友，故買價未曾支付，約定一個月內交款。乙買價爲三千元，買得後即轉售於丙，得價七千元；一轉手間，獲得四千元。因是甲頓起悔意，以乙未付買價爲由，出而阻止，否認乙有權出賣此土地，同時對乙提起訴訟，認爲侵權。乙接受法院通知後，託某名律師撰狀答辯，根據民法第七五八條及第七六〇條並第七六五條規定，將甲原訴痛駁。結果乙獲勝訴，將甲之原訴駁回。其狀詞如左：

（上略）不動產所有權之所得，依民法第七五八條規定，以登記爲要件；而不動產物權之移轉，依同法第七六〇條規定，以書面契約爲要件；故苟具備該兩條之要件者，即因移轉而取得他人不動產之所有權。所有權既經依法取得，依同法第七六五條規定，所有權人即有權自由使用、收益、處分其所有物。被告之取得原告所有之土地，法律上之要件具備，先於某月某日由原告與被告訂立書面契約，將該土地移轉，繼之於某日即依法登記，取得其所有權；既經合法移轉，合法取得，則被告對此土地，當然本於法律上所有權之作用，而自由處分此所有物，出賣於某某。原告何所根據，而可出爲阻止，甚至妄以侵權行爲對被告起訴？被告於購買此土地時，誠未將價金支付；然未付價金，不能阻却物權移轉之效力；價金縱未支付，苟物權移轉已具備法定要件，亦無害物權移轉之效力。民法上固未嘗以支付價金爲物權移轉之要件也。故價金之支付與否，與物權移轉之效力全無關係；原告不能以價金未付，而遽否認物權移轉之效力，更不能以此而侵害被告之所有權。再查民法第三六八條規定：「買賣標的物與其價金之交付，除法律

另有規定或契約另有訂定或另有習慣外，應同時爲之。一。是更可見價金之支付，苟契約上另有訂定者，不必與買賣標的物同時交付；而不同時交付，亦無害物權移轉之效力，不能因此而謂被告未曾取得此土地之所有權。（下略）

共有物之返還請求權

〔事實〕甲乙丙三人因事出國，將共有之古畫清明上河圖一幅託交於丁，並言明此爲共有之物，異日非三人共同在場，不得交還。事隔數年後，甲因事回國，而乙丙二人則以戰事故行蹤不明，且生死存亡，亦無從確知；因是甲卽單獨向丁交涉，索回古畫。丁不允，根據契約上訂定，非甲乙丙三人共同在場，不得交還；同時又依據民法第八二一條但書規定，對甲請求，嚴詞拒絕。最後甲商諸某名律師，撰狀對丁提起訴訟，以民法第八二一條規定，力駁丁之主張。結果甲獲勝利，判決丁敗訴，承認甲對共有物清明上河圖有返還請求權。其狀如左：

（上略）此標的物清明上河圖，誠爲原告與某某及某某等三人之共有物，而非爲原告一人之所有；而此標的物交託被告保管時，固亦言明非原告及某某等三人共同在場，不得交還；然此本爲聲明此標的物清明上河圖所有權之誰屬，使被告明瞭一切，不至發生意外糾葛；且由此又可防止共有人中一人或二人與被告發生勾串情事，以妨害其他共有權人之權利。是一方爲保護原告等共有人之共有權利，而同時亦屬保護被告之受寄權；蓋一方固爲防止共有人中或與被告勾串，以妨害其他共有人之權利，而同時亦防止共有人與共有人勾串，以妨害被告；爲防止弊竇計，故爲此訂定，非共有人全體在場，不得交還。然而事有出諸意外，不能再拘泥於契約上之字句，而反妨害共有人正當之權利，同時更因此使被告永久負受寄責任，不得卸除；故必須探求真意，且嚴格依據法律規定，一方保護原告

之共有權同時更保護某某等二人之共有權，且使被告卸除此受寄責任，不再發生何種意外糾紛。因是，民法第八二一條之規定，即適用於本案，被告決不能再藉口於任何事故，而拒絕原告之請求，更否認原告對此標的物清明上河圖有返還請求權。民法第八二一條規定：「各共有人對於第三人，得就共有物之全部，為本於所有權之請求；但回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之。」原告對此標的物之清明上河圖，既為共有人之一，且曾親手交付被告寄託者，則今日當然可本於所有權之請求，單獨向被告提起返還請求，無須與某某等共同行使，共同提起。雖法律上所謂本於所有權之請求，係專指合於民法第七六七條所規定之各種請求，即所謂物權之請求，而此返還寄託物請求，為債權之請求，不在其內；然返還寄託物，亦不失為返還所有物，同一為返還之請求，既於債權上法無明文規定，實可類推解釋，比附於物權上之請求而適用。物權上之請求，既不限於共有人全體共同行使，而以此為標的之訴訟，又不必共有人全體共同提起，儘可為共有人中之一人出而行使，出而提起；則原告對於本案之請求，當然亦有權單獨行使，單獨提起，不必與某某等共同為之。且也某某等二人，自出國以後，因戰事關係，久以音信杳然，存亡莫卜，萬一此二人不幸罹於燬火，玉石俱焚，則此寄託於被告之清明上河圖，即可永永為被告佔有，而不予返還乎？蓋永永不能依照契約，三人共同在場矣。此在情理上為必無之事，而在法律上亦不能專拘泥於字句，故必探求當事人訂約之真意，依誠實及信用方法履行；若必如被告所言，非三人共同在場，決不交還，則被告今後正可以此為藉口，永永佔有其物，而不予返還。在被告固屬得計，而在原告則無端妨害共有權，而亦即無端妨害所有權；恐法律未必允許被告如是，致妨礙原告權利，且即由是而妨礙某某等二人之權利。况原告請求返還，並非專為個人，而實為共有人

全體之利益，亦正合於民法第八二一條但書之規定；被告拒絕原告請求，否認原告有返還請求權，實為無理。而以情事之變更，原訂契約「非三人共同在場不得交還」，在事實上更已失其效用，無再藉口之理；而一探求當時訂約之用意，在今日情勢下，亦根本不再適用。故不問依事實、依情理、依法律，被告對於原告之請求，實無否認之餘地。（下略）

地上權與土地租賃權

〔事實〕甲向乙租賃土地一方，建造房屋，訂租二十年。嗣甲因事將土地轉租於丙，獲利頗厚。乙聞之，大不謂然，即根據土地法第一〇三條第三款規定，對甲終止租賃契約。甲當然不服，遂致涉訟。乙訴狀中力述土地法第一〇三條第三款規定，振振有詞；甲無可抵禦，因商請某名律師，以民法地上權為言，根據土地法第一〇二條規定，並民法土地上權性質，依八三八條規定，對乙原訴大肆抨擊；蓋不承認對丙之轉租為土地法上一種轉租行為，而為民法上之一種權利讓與行為。訴訟結果，甲竟獲勝，對乙請求終止租賃之請求駁回。其狀如左：

（上略）查地上權與土地租賃權，本異其性質：一為物權關係，由土地所有人向地上權人設定；一為債權關係，係租賃人向土地所有人租賃；然自土地法施行後，依土地法第一〇二條規定，則凡租賃之土地，亦一律依民法為地上權之登記；是土地租賃，在起初雖屬債權關係，並無地上權存在，而一經依法登記，是已變更其性質，由土地租賃人取得地上權。此非被告之空言防禦，而按諸土地法第一〇二條規定，即可悅然。况被告自租得此土地後，即於二個月內，依法向地政局實行登記，取得民法物權上之地上權；是被告對此土地，依法當然除債權上之租賃權外，更有物權上之地上權。夫既依法取得物權上之地上權，依民法第八三八條規定，當然可自由將權利讓與他人，原告絕無禁止或阻

當之理，蓋以租賃之土地轉租於人，固為土地法所禁止，且亦為民法所禁止；至以地上權而讓與他人，則為民法之所許，而在土地法上亦絕無禁止之明文。被告取得此地上權後，以他故將此地上權讓與於某某，且於讓與後依法為設定之登記；是被告之所為，完全為合法之行爲，非原告所得而阻止。乃原告妄以被告之讓與地上權為一種轉租，出而阻止，甚且以終止契約相恫嚇；是實無理取鬧，為被告所不能承認。須知土地法第一〇三條第三款所言，只限於轉租，而地上權之轉讓，全不在此範圍，不能妄以地上權之轉讓而認為轉租，竟藉口於土地法第一〇三條第三款之規定，而妨礙被告之正當權利。被告對此土地，已依法取得地上權，既有地上權，即有權可以自由讓與；原告請求，實為越出範圍，在法律上全無根據。（下略）

永佃權之出典

〔事實〕甲有田二十畝，為乙之產業，而由甲永佃者；本一向平安無事，業佃間感情亦甚融洽。乃甲因事忽將永佃之田出典於丙，約期五年回贖；乙聞悉其事，大為反對，且以法律規定，永佃權無出典明文，因依民法第八四五條規定，認甲之行爲為轉租行爲，請求撤佃。再四交涉，竟致成訟，乙不得已特商某名律師，撰狀辯訴，對甲主張竭力攻擊，一方否認轉租，同時又否認出典，以民法第八四三條及第三七九條為根據，力駁甲之請求。結果乙獲勝訴，將甲之請求駁回。其狀如左：

（上略）查原告起訴之理由，為被告將永佃之田出租於某某，認為違犯民法第八四五條規定，故特予撤佃；而其提出轉租之證據，則為被告立於某某之出典契約，認為永佃權只可讓與或抵押，不能為出典之標的物，既經出

典，即爲違法，核其性質，明明爲一種出租，不過出租則按年收取地租，而此則僅收押租，將押租一盡收取，以便存放生息，而將所收之息抵付地租；故出典其名，而出租其實，細釋原告此種理由，無一可以成立，半爲穿鑿傅會之談，半爲文致周內之詞，而一按法理，絕對不能成立。其一，永佃權誠依法不得爲典權之標的物，只可讓與或抵押，不能出典；然所謂出典者，不過當地一種慣用名詞，核其意義，並非民法上之出典，乃爲一種買賣行爲，不過附有買回條件，即所謂活買；故此種出典契約，在民法上實爲一種買賣契約，而於契約上訂明出賣人得於出賣後經過五年返還其所受領之價金，而將此永佃權買回。永佃權依法誠不能出典，然固可買賣，且可隨意買回，民法第八四三條規定甚明，而同法第三七九條，對買回更有詳細之規定；何嫌何疑，而原告可以撤回？且根據何法，而可爲此主張？其二，永佃權之田，誠然不許出租；然出租，自有出租之條件，出租之法律關係，在民法上又規定甚詳；被告將永佃權活賣於某某，完全爲讓與之行爲，其在契約上雖標明出典字樣，並未明書買回，然依當地慣例，本屬如此，出典與活賣，一而二，二而一；原告又何所根據，而傳會到出租，竟謂出典即屬出租？租之與典，一爲價的關係，一爲物的關係，一爲債權，一爲物權，性質固絕不一致，而條件亦大相逕庭；原告文致周內，竟謂出典即屬出租，究竟有何證據？有何證明？永佃權可以讓與，明定於民法第八四三條，而原告亦無詞可以攻擊；乃明知無可攻擊，而故布疑陣，藉口於出典之字樣，而將當事人之真意抹煞，更妄謂變相出租，意圖撤回；是誠全無法律上根據，爲被告所萬難承認者。（下略）

設定抵押權第三人之責任

〔事實〕有甲向乙借一千萬元，以丙之房屋一所作抵押，不意未及期而甲死，遺產一無所有；同時抵押之屋，又

突遭焚如，悉付一炬；因此乙此項債權，一無着落，遂改變方針，向丙追索，竟至成訟。丙被訴後，因託某名律師出而答辯，根據民法第八七八條，反覆闡述，將乙原訴痛駁無遺。結果丙獲勝訴，法院判決將乙原訴駁回。其狀如左：

（上略）債權在法律上為對人權，即非對特定之債務人，不得行使；故債權人行使債權，必限於一定之債務人。今原告行使債權，其債務人果為誰？債務人明明為某某，今其人雖故，而其繼承人尚在；被告固非債務人，更非債務人之繼承人，而對於債務，亦未嘗為之作中作保；原告何所根據，而可對於非債務人且與債務人渺不相涉之被告，行使其債權。若曰抵押之物，為被告之物，則依據民法第八七八條規定，已因抵押物之滅失而消滅，抵押物既毀於火，根本失其存在，其所取得之抵押權，亦當然為之消滅，不復存在。且依民法第八七九條規定，凡為債務人設定抵押權之第三人，雖於代償債務或抵押物因抵押權人行使其抵押權致失去其所有權後，得依關於保證之規定，對於債務人有求償權；然絕無第三人代償債務之責任，而債權人亦不得強令第三人代償債務；蓋第三人並非債務人之保證人，第八七九條所規定，乃為第三人對債務人之權利，而非第三人對債權人之義務；完全為第三人與債務人間之權義關係，而非第三人與債權人間之權義關係。原告何所依據，而可強令被告負保證責任。況抵押權之作用，為物的保證，即以抵押物為債權之保證；既以抵押物為保證，則抵押物一旦滅失，即失其抵押上之權利，決不能於抵押物外，更妄向既非債務人亦非保證人之第三人有何主張。原告以抵押物屬被告所有，遽認被告為保證人；被告徧查民法，實未見是項規定；原告果何所依據，而可向第三人之被告行使其債權（下略）

典物出讓時典權人之權利

【事實】甲有房屋一所，出典於乙，後甲又將此房屋出賣於丙；當時乙曾依民法第九一九條規定，提出聲明，願以同樣價格購買；乃甲不為同意，竟出售於丙。乙大憤，不承認甲與丙之所為，且不承認丙有出典人之權利，典期屆滿時，丙向之回贖，乙竟拒絕。因是大起爭執，由丙商同當地某名律師，依民法第九一八條規定，對乙提起訴訟。結果乙竟敗訴，判令丙對此典物有回贖權。其狀如左：

（上略）原告購買某某房屋一所，本屬合法之行爲，只須權原並無瑕疵，其實賣標的確爲某某所有，即非任何人所得藉口於任何事情，而妄爲阻撓。被告對於此屋，誠有典權，然依民法第九一八條規定：「出典人於典權設定後，得將典物之所有權讓與他人；」是典權人雖取得典權，而對於出典人之出賣典物，絕無過問之權利，更無否認之餘地。雖依同法第九一九條規定：「出典人將典物之所有權讓與他人時，如典權人聲明提出同一之價額留買者，出典人非有正當理由，不得拒絕；」當出典人某某將此房屋出賣於原告之時，被告誠有權可以提出同一之價額留買，且確會向出典人某某提出同一之價額，聲明留買；然此只爲被告與某某之關係，於原告絕對無與。原告出價向某某購買此房屋，只知握有此房屋之所有權；既握有此所有權，則被告之典權期限一經屆滿，原告當然即有向之備原典價回贖之權利，被告絕無反抗之餘地，被告縱有何種理由，亦只與某某間發生關係，向之交涉，甚至請求損害賠償，而對於原告，絕不能有何藉口，而否認原告之所有權。某某對於被告提出同一價額請求留買之時，某某誠不應予以拒絕，另出售於原告，且未違反民法第九一九條規定；然被告只可向某某交涉，絕不能因此竟否認原告之購買，更否認原告之所有權。被告既無權否認原告之所有權，則原告今日依據民法第九二三條第一項規定，

以原典價向之回贖典物，被告絕無抗辯之餘地，不能以某某之不應拒絕而拒絕，遷怒及於原告，而妄將原告依法取得之回贖權予以妨礙。（下略）

定期典權之回贖期限

〔事實〕甲向乙典屋一所，定期十五年，滿期後，又續展十五年，續展期再滿，乙未即取贖，甲即據為乙有，作為所有，正擬大興土木，從事修葺，然一年而後，乙突然備價往贖，甲不允，根據民法第九二四條規定，與乙爭論，蓋以甲典此屋後，已逾三十年，乙經過三十年不回贖，典權人例可取得典物所有權，乙無再有回贖之權利。爭執不已，乙因延某名律師對甲提起訴訟，否認甲之主張，且依民法第九二三條第二項為攻擊之資，並痛駁甲主張民法第九二四條之不當。結果乙得勝利，判決乙有權回贖，甲依法未能取得典物所有權。其狀如左：

（上略）典權定有期限者，一經滿期，出典人當然有回贖之權利，固不問其時間之為久為暫也；經過二年而出典人放棄其回贖之權利，不為取贖者，典權人即取得其典物之所有權，固亦不問其期間之為久為暫也。原告有坐落某某路第某號房屋一所，於民國六年一月，出典於被告，約定十五年為期，滿期而後，又續訂新約，延期十五年，至民國三十五年一月滿期，滿期至今，尚未逾越二年，依民法第九二三條第二項規定，則苟滿期後尚未逾越二年者，被告即不能取得此典物之所有權，而原告亦隨時可備價回贖；此非原告之空言主張，法律規定，固如是也。乃被告意圖將典物劃歸其所有，而又全無法律根據，因據拾民法第二九四條但書為言，妄謂出典人經過三十年不回贖者，典權人即取得典物所有權；不知本條但書規定，乃指未定期限者而言，凡典權未定期限者，出典人得隨時取得其典物，如出典

後經過三十年而不回贖者，即放棄其回贖權，由典權人取得典物之所有權；此觀於第九二四條規定，任何人即知其意義。而本案原告之出典房屋於被告，乃為定有期限者；既定有期限，當然依民法第九二三條規定辦理，在期限未屆滿前，出典人固無權回贖，而期滿後非經二年，典權人亦不得遽將典物取為所有。今原告與被告訂立之典契，固為有期限者，既有期限，自應適用民法第九二三條之規定，全無適用第九二四條之餘地；蓋一為有期限之典權，一為無期限之典權，二者絕對不能相混也。被告以民法第九二四條為言，否認原告有回贖權，實為誤解法律，忘却同法第九二三條第二項規定，致妨害原告之所有權。（下略）

占有與盜賊

〔事實〕甲向乙購買手錶一只，此本善意行為，不知乙並非己有，而盜之他人者。乃一年而後，突然為丙所見，認為丙之所有，堅欲無條件索回；且謂此錶係於一年前失竊者，當時曾報警有案。依法規定，應可無條件取回。甲當然不允，且根據民法第九四八條規定，以善意受讓動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律之保護；且依據同法第九五〇條規定，以善意買得者，非倍還其支出之價金，不得回復其物；故至低限度，丙必須償還其支出之價，否則絕對不能取回。雙方爭執不已，丙特延當地某名律師，撰狀對甲起訴，要求無條件將錶歸還，將甲所主張，層層駁詰，節節進攻。審理結果，丙果勝訴，由法院判令甲將丙被盜之手錶，無條件由丙取回，其狀如左：

（上略）民法關於盜賊之規定，第九四九條會有明文：「占有物如係盜賊或遺失物，其被害人或遺失人自被盜或

遺失之時起，二年以內，得向占有人請求回復其物。』是苟被盜人能確實證明在二年內被盜者，不問占有人爲惡意或爲善意，均有權向占有人取回其物。不過再依同法第九五〇條規定，使占有人占有之盜贖，而向拍賣場所或公共市場或販賣與其物同種之物之商人以善意購買者，被盜人如須回復其物，必須付還占有人所支出之價金。尋釋此二條意義，可以見凡占有盜贖者，縱爲善意占有，並無絲毫惡意，在二年以來，被盜人皆可向之取回；不過如占有人之取得，係在拍賣場所或公共市場或販賣與其物同種之物之商人處購買者，被盜人取回其物，應償還其購賣時支出之價金；否則不問其購自何處，出價若干，被盜人皆可無償取回。今被告所占之手錶，爲原告之所有，於去歲五月十五日爲竊賊所竊，當時曾告當地警察局，且通知各當舖及各鋪銀行，且曾往各舊貨肆搜索，歷歷在案，一查即得；今既發現爲被告占有，且其取得，係在一不相識之人手中，並非拍賣市場或公共市場，更非販賣手錶商人，是原告依據民法第九四九條規定，當然有權向之取回，且無償取回。乃被告堅執不允，妄引民法第九四八條及第九五〇條爲言，要求償還其支出之價金；是真荒謬之談，全無理由，在法律上不值一顧。查民法第九四八條，乃爲保護善意占有人者，然既有第九四九條及第九五〇條對於盜贖及遺失物之特別規定，顯見第九四八條所規定：「其佔有仍受法律之保護」者，完全不含盜贖及遺失物在內；否則既有第九四八條規定，不必再有第九四九條及第九五〇條之規定。既有第九四九條及第九五〇條規定，盜贖與遺失物，顯見不在第九四八條所規定之範圍，而第九四八條所規定：「占有仍受法律保護」者，當然不含盜贖及遺失物。被告以此爲言，否認原告主張，自謂其占有應受法律之保護，實爲誤解民法第九四八條之真意，並將第九四九條及第九五〇條完全抹煞，於法理上全不可通。蓋使盜贖之占有，果

同樣受法律之保護，則第九四九條所規定二年以內被害人得請求回復其物者，又果作何解？然而被告亦未嘗不知其理之曲，於法不可通，因又退一步要求原告償還其支出之價金，且以民法第九五〇條爲言；然被告此言，在法理上更爲不通。何則？第九五〇條規定，乃只限於占有人向拍賣或公共市場或販賣與其物同種之商人手中購得者，若不在此範圍內購買，而向一不相識之人購買，則占有人縱爲善意，亦不在此條規定範圍，應依第九四九條規定，由被盜人無償取回。今試問：被告占有此手錶，果向何處得來？嚴格以求，被告之購買此手錶，實犯刑法第三四九條之贓物罪，原告於民訴外，更可提起刑訴；只以被告亦一體面之人，未必果爲惡意，故略述原情，只主張民法上之權利，向被告無條件取回；乃被告猶不自悟，竟越出範圍，爲此無理之請求；實使原告忍無可忍。須知被告之占有此手錶，縱如其所言，純出善意，然既不購自拍賣或公共市場或鐘錶商行，則第九五〇條之規定，絕對不能適用，而第九四八條之所謂占有仍受法律之保護者，更無適用於盜賊之理；以故原告依據同法第九四九條規定，實有權向被告無償取回此手錶，被告絕無反抗之餘地。（下略）

丁 民法親族編

繼母對前妻子之關係

〔事實〕甲娶乙爲妻，生子丙，未幾，甲乙離婚，丙經決議由甲監護。一年後，甲再娶丁爲妻，而乙亦改嫁戊，雙方遂不相往來。後甲死，有遺產甚豐，依法當然由丁及丙平均繼承；但是時丙尙未成年，丙之生母乙，即以監護爲藉口，要求丙由彼領歸接養，不承認丁有監護權。丁不允，遂起爭執，最後竟至成訟，由乙投牒法院，對丁起訴，其理由

有三：第一，依民法第九六九條規定，前妻之子與繼母，只有婚親關係，而無血親關係，以故民法上所規定之母，專指生身之母，而非繼母所得冒濫。第二，依民法第一〇九一條及第一〇九四條規定，未成年人之設置監護人，必限於未成人無父母或雖有父母而均不能行使或負擔對於未成年子女之權利義務時；今丙雖已喪父，而母則固健在，根本無須另設監護人，應即由其母行使其親權。第三，依民法第一〇八九條規定，對於未成年子女之權利義務，應由父母公同行使負擔，但父母意思不一致時，由父行使，而父母之一方有不能行使者，由他方行使之；昔日之專由父行使，乃基於父母意見之不一，故一切由父行使，今父既不在，不能再行使其權利，當然由母行使，決不能於母而外更立非血親之繼母為監護人。此狀投入後，丙即商同當地某名律師撰狀答辯，將原訴層層駁斥，力主離婚之母，依法絕對無監護權。審理結果，丙獲勝訴，將乙之請求全部駁回。其狀如左：

（上略）民法上所規定之母，當然專指生身之母及養母，不包含繼母在內，而繼母與前妻之子，亦誠為姻親而非血親，依民法第九六九條及第九七〇條規定，為直系姻親；然本條之爭執，不在血親與姻親之關係，而在未成人某某之監護權應屬原告抑應屬被告之問題。原告誠為某某之生母，為直系血親尊親屬，然既於昔日離婚之際，協定某某歸父撫養，不再過問，則原告對於某某，雖仍保有血親關係，雖仍不失為母子身分，然其所得行使之親權，已早自行拋棄。且被告自離婚而後，即脫離此間，再嫁於某姓為妻，是原告今已為某姓之人，為某姓之家屬，與某某名雖母子，實已脫離一切關係，非復一家之人；既非一家之人，原告自姓某，某某自姓某，何得再自託於母子身分，而橫加干涉，妄將久已拋棄之親權，重為行使？不惟於事不順，即於理亦不相合。我國素重家族制，故苟非同一家族之人，縱有血親關係，縱

有父母子女身分，而亦無法行使其權利，幾與路人相等；例如爲人養子，因改入養父母之家，爲養父母家屬之一員，故其本生父母，雖仍保持血親關係，雖仍不失爲父母子女身分，然已非同一家族故，絕對不能再能行使其親權；離婚後之母子，其關係亦屬如是，因非同一家族故，縱有血親關係，縱有母子身分，亦不能再能行使其親權。蓋爲人養子，則因其改入養父母家而致其父母喪失親權；離婚之母，則因其改入他家而致其自身喪失其對子女之親權；二者情事相反，而其喪失親權則一。故觀於所生父母對於爲人養子之喪失親權，即可明白離婚之母之對於子女之喪失親權，蓋同爲非同一家族之人，故不容其再有親權之存在也。原告所提出之理由三點，均昧於此理，故其所依據之民法第一〇八九條、第一〇九一條及第一〇九條，均爲似是而非之論，全不足一顧；即其所依據之民法第九六九條，雖與事實無忤，然與本案絕無關係，不足申其主張。其一，原告第一點，依據民法第九六九條規定，否認被告與某某有血親關係，母子身分，從而即否認有監護之權；不知被告之取得監護權，並非基於血親關係，母子身分，係依據民法第一〇九四條第二款家長身分而來，某某既無父親，而其生身之母即本案原告，又早已拋棄其親權，且已早入某家，而爲某家之家屬，依法不能再行使，而第一順序之同居祖父母，又早已亡故；被告忝爲家長，當然義不容辭，有爲其監護之義務。夫既以家長身分而任監護，且依法又爲義不容辭者，則與血親關係，母子身分，全無關係；原告所言，實屬無的放矢，於本案全無關係。其二，原告第二點，又依據民法第一〇九一條及第一〇九四條，否認某某須另設監護人；不知某某雖尙有生身之母，即本案原告，然既早早離婚而去，爲另一家屬之一員，且於離婚時又拋棄親權，是以監護責任歸之於父，是正合於民法第一〇九一條及第一〇九四條所規定：「父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務；」既父母

均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務，則依法當然應另設監護人，而被告以家長之身分，又正合於民法第一〇九四條之規定，應任監護之責；故原告所引以為據者，不特不足自圓其說，更可堅強被告之主張，以見被告之任某某監護，確有法律根據，而非任何人所可否認。其三，原告第三點，又依據民法第一〇八九條規定，謂父之一方既因死亡而不能行使其權利，當然由他方行使；不知民法第一〇八九條規定，乃指父母均得行使親權者而言，使有特殊情事，當然不在其列，故條文開首，即有「除法律另有規定」一語，顯見如有特殊情事者，應另依法律規定，不在本條規定範圍；所謂「法律另有規定」者，當然指第一〇五一條及第一〇五五條而言，蓋舍此並無其他之法律規定也；既指第一〇五一條及第一〇五五條，則明明規定「關於子女之監護，由夫任之」，離婚之妻，除另有約定外，絕對拋棄其親權，既經將親權拋棄，則原告所引之民法第一〇八九條種種規定，皆無與其事；故原告不言民法第一〇八九條則已，既引此以興訟，則正有利於被告，不利於原告；蓋原告既經離婚而去，依法應在「另有規定」之列，不在本條規定之範圍，而所謂另有規定，即為離婚之母喪失其親權之規定；故原告以之為據點，又全不成理由。要之，原告所依據之三點，一經解析，實無一是處，因之其所請求者，亦全不合法，被告絕對不能承認。况依民法第一〇九五條規定，監護本非權利，故非有正當理由，不得辭其職務；被告忝為某某之家長，而某某又未成年，在在需人扶養；依法規定，除被告外，更有何人可勝此任？而被告職責所在，又何以依法應予監護之人，而竟託於一已嫁入他家為他家家屬之一員之原告？原告與某某，雖分屬母子，然今日原告又果為何家之家屬？與某某又是否同在一家？且是否可共同生活？既非為一家之人，而又不能共同生活，且依法早已拋棄其親權；則此日之嘵嘵不已，全為別有作用，被告為撐持門戶計，

爲不負故去計，爲不負此小兒計，皆未便承認。（下略）

否認婚約效力與損害賠償

〔事實〕甲於幼小時，曾由父母之命，與乙訂婚，成年後，甲堅決否認，而甲之父又因病去世，因默不作聲，即與丙另訂婚約，且即舉行結婚。乙大駭，即投狀法院，根據民法第九七六條第一項第一款及第九七七條各規定，要求甲損害賠償，且以甲此種行爲，爲故意違反婚約，依同法第九七八條及第九七九條規定，更要求賠償精神上損害。甲不得已商請某名律師，代爲投狀辯訴，將乙之要求，駁斥無遺；蓋根據民法第九七二條規定，根本否認婚約爲有效，既不認婚約爲有效，則根本無須解除，亦無所謂違反，而乙所引之各條規定，全失其根據，無所謂婚約當事人也。訴訟結果，甲告勝利，對乙所訴，全部駁回；蓋婚約既屬無效，凡因婚約而所生之請求權，當然無一可成立也。其狀如左：

（上略）原告所提出之請求，細釋訴狀，均根據婚約而來，故其所援引之民法第九七二條，第九七七條，第九七八條，第九七九條，無一不明白規定「婚約當事人」；蓋婚約當事人，應受此羈束，負一切婚約責任也。若被告與原告，根本未訂婚約，未有婚約當事人之地位；既未訂有婚約，既未取得婚約當事人之地位；則原告之所請求者，全爲無的放矢，被告全不負其責任。民法第九七二條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定」；是婚約之訂立，必出於雙方當事人，任何人不得越俎代庖；試問：被告與原告，果會訂有婚約乎？既未訂有婚約，則原告之所請求者，又根據何種法律？須知被告與原告，既無婚約訂立，即非婚約之當事人；既非婚約當事人，則民法第九七六條至第九七九條所規定者，全不

能加於被告，而被告亦全不受其羈束；蓋被告根本非婚約當事人也。在原告之意，或以爲彼此幼小時，曾由父母之命，代訂婚約；然此爲無效之行爲，依法不能成立，且依法不成其爲婚約者。民法第九七二條規定，爲強制規定，父母代訂，完全違反此條規定者，依同法第七一條規定，則凡違反強制規定者，應爲無效；無效之法律行爲，自始即屬無效，無須當事人出而主張，出而解除，出而撤銷；質言之，無效之法律行爲，與未曾有此行爲相等。父母代訂之婚約，既違反民法第九七二條規定，依法應爲無效者；既爲無效，則根本不成其爲婚約；既不成其爲婚約，則凡法律上羈束婚約當事人者，全無所附麗，而雙方亦全不受其羈束，與未有婚約等。故被告之與某某訂婚及結婚，皆爲合法行爲，並未抵觸民法第九七六條第一項第一款規定；蓋被告根本未與原告訂有婚約，並非婚約當事人也。被告既非婚約當事人，根本未有婚約，則原告所請求之種種損害賠償，皆非被告所應負責，而原告亦未便向不應負責之被告請求，即曰原告會因此而受損失，然亦咎由自取，充其極亦只可依民法第一一三條規定，向當時代爲訂約之雙方當事人間責，決不能向未預問其事之被告問責；嚴格以求，被告固亦一受害人也。故原告之所請求，不問持何理由，在被告皆不負其責，且亦無一可羈束被告。（下略）

解除婚約之時期

【事實】甲乙訂結婚約後，忽聞乙有與人通姦情事，正思調查清晰，俾便處置，而所定結婚期已近，因含忍未發。不料結婚之夕，竟發見乙果非處女，詰責之下，始悉在結婚前確有與丙通姦情事。因此大起交涉，甲即要求離婚，並須賠償相當損害；乙不允，遂致成訟，甲除依據民法第一〇五二條第二款規定外，又依民法第九七六條第

一項第七款規定，對乙提起訴訟，乙商諸某名律師，因即代為撰狀辯訴，將甲之請求，力為駁詰，不特其所引之民法第一〇五二條全然不能適用，即其所引之第九七六條，亦根本不能成立，請求將甲之原訴駁回。審判結果，甲竟敗訴，將甲之請求全部駁回。其狀如左：

（上略）與人通姦，誠為構成離婚條件之一，此觀於民法第一〇五二條第二款之規定可見；但此必須在婚姻關係存續中與人通姦，始構成離婚條件，若在婚姻關係發生前與人通姦，即不在此例；故民法第一〇五二條第二款規定，係專指結婚後與人通姦而言，若其通姦在結婚前，即不在此第一〇五二條所規定之範圍，未能以此而遽提起離婚之訴。然原告亦深知第一〇五二條之未能適用，故又以第九七六條第七款為言，即「婚約訂定後與人通姦者」，然此更不適用，蓋民法第九七六條，只為解除婚約之規定，而非為離婚之規定，只可適用於未婚夫妻，決不能適用於已婚夫妻；已婚夫妻，只可離婚，決不能以結婚前有解除婚約之理由，再行解除婚約，將婚姻關係消滅。須知婚約之效力，在於結婚，一經結婚，婚約即失其作用，絕無存在之餘地；故在結婚前縱有解除婚約之法定條件，依法得以解除婚約者，而一經結婚，即全部改觀，不復適用；蓋既經結婚，雙方已發生婚姻關係，非復婚約時期，不能再回復到未結婚前情狀，而適用解除婚約之條件。故原告所引民法第一〇五二條，要求與被告離婚，固為大謬；而所引民法第九七六條，要求與被告解除婚約，更為大謬。被告苟在結婚而後，不復有與人通姦情事，原告即無從置喙，來干涉被告未結婚前之行動。故所請求，依法全屬無據。（下略）

結婚儀式

〔事實〕甲與乙訂婚後，即由父母之命，將乙童養甲家；此因鄉間恆有之習慣，不足為異也。青梅竹馬，兩小無猜，未免有情，遂生繾綣；况鄉間習慣，本重訂婚而不重結婚，一經訂婚，即視同夫妻，故雖同居一室，亦毫不為嫌。後甲出門服務，忽另有所歡，與丙女正式結婚，對於乙竟棄之如遺，不復一顧；乙大憤，向法院提起訴訟，然依據民法，未婚夫妻，不能取得夫妻身分，雖同居已久，既未履行民法第九八二條所規定之結婚儀式，絕不能取得夫妻名分，而丙反可居妻之身分，以否認乙之地位；故至多只可依據民法第九七六條第一項第一款規定，向甲要求解除婚約，且依第九七七條至第九七九條規定，請求損害賠償。然此仍未得快心，且正中甲丙之計；蓋甲丙此日，惟恐乙之仍居未婚妻名義，亦亟願解除婚約，免為後日之累，而損害賠償，則數亦有限，甲與丙固皆積資壘壘，不惜此區區也。後與某名律師商酌，細詢端詳，乃知甲當父去世之日，甲母曾徧告親友，令甲乙即在甲父靈前成禮，雖僅香一股，燭一對，未曾舉行若何儀式，然在鄉間習慣上，確多以此為結婚儀式者，即所謂「童養媳併親」。甲母之所以出此，一則可省一筆費用，二則可令乙同服三年之喪。某名律師詢得此情後，大喜過望，謂既會舉行是儀式，且為衆所周知，則已具備民法第九八二條之方式，依法取得夫妻身分；既取得夫妻身分，則甲之與丙結婚，完全違反民法第九八五條規定，依同法第九八二條，自得向法院提起撤銷婚姻之訴，將甲丙間之婚姻關係予以撤銷。結果投狀法院後，由法院判決將甲與丙之婚姻關係撤銷，更判令甲依民法第一〇〇一條規定，與乙同居。其狀如左：

（上略）一夫一妻制度，為今日我國法律所規定，故重婚者，除刑法有處罪之明文規定外，在民法上更許利害關係

人起而撤銷，使重婚之婚姻關係，無從成立，以回復於一夫一妻之制度。原告與本案第一被告，訂婚於某某年某月某日，由某某及某某作伐，因雙方便利計，於某某年某月某某日童養過門，至某某年某月某某日，舉行正式結婚。是原告與第一被告，早為合法之夫妻，在原告固負與第一被告同居之義務，而在第一被告亦不得藉口於任何事故，而為重婚及與人通姦行為，不意第一被告自某某年某月某某日服務出門後，漸見異思遷，初尙每三月回家一次，繼竟延至六月，及今竟一年未返；而信札亦由密而疏，本為三日一信者，今竟一月一信，甚至兩月三月無信；原告情知有異，四出探聽，知第一被告竟在某某地與第二被告於某某年某月某某日私自結婚。第一被告，早於某某年某月某某日與原告結婚，何得再與第二被告結婚？是明明違反民法第九八五條所規定，原告依法當然得起而聲請將第一被告與第二被告之重婚撤銷，且依法當然得要求第一被告應與原告同居之義務。原告為顧念夫妻情誼計，不欲為已甚之舉，故當聞悉其與第二被告結婚消息後，即馳書提出警告，意令第一被告自知違法，自動將重婚撤銷，或馳歸故宅，或挈領原告同往，庶一場禍事，化之為烏有，免得驚官動府，致傷夫妻間和睦；乃第一被告為色所迷，竟悍然不顧，甚且反誣指原告為其未婚妻，未曾舉行結婚方式；是真使原告悲痛欲絕，忍無可忍，不得不對簿公庭，一申積忿也。查結婚方式，依民法第九八二條規定，為「應有公開之儀式及二人以上之證人」，所謂公開儀式者，政府尙無劃一之禮制頒行，只有依各地之習慣以為準，依從前最高法院解釋，則對於舊習之拜堂儀式乃新式之結婚儀式，一體認為合法之結婚儀式，易言之，即不問其儀式若何，亦不問其有無結婚證書，只須曾舉行一種儀式，而其儀式或在習慣上或在容觀上均一望而知為結婚者，即為民法第九八二條之公開儀式。原告與第一被告結婚，係根據當地習慣，用舊式

拜堂儀式者，故並無結婚證書，亦未有結婚照相；然此種拜堂儀式，固爲邑中舊式結婚之習慣，十人中例有九人以上如是，並不足異；而最高法院，亦曾確認此種舊式拜堂爲合於民法第九八三條所規定之公開儀式；故第一被告而果以此爲言，否認結婚，則凡邑中之以舊式結婚者，皆將以無結婚證書及結婚照相故，而喪失其夫妻身分矣。其荒謬竟一至於斯！至言二人以上之證人，則不僅作伐之某某及某某，可爲作證，即第一被告之母，亦可作證，而第一被告之伯叔舅，諸姑兄弟，亦無一不可作證；所謂證人，依法本不限於列名於結婚證書上之證人，亦不限於主婚人及媒人，只須在法律上有行爲能力人，皆可作證，而況可以爲本案證人者，不下數十人，且皆爲第一被告之血親或姻親。是民法第九八二條所規定之結婚方式，在原告與第一被告結婚時，均已具備，既有公開儀式，又有二人以上之證人；第一被告何所根據，而可否認其事，竟以原告爲未取得夫妻身分？若曰未有結婚證書及結婚照相，則凡本邑之以舊式拜堂結婚者，皆無結婚證書及結婚照相，以是而可否認結婚，本邑中至少有百分之八十以上夫妻，皆將失其夫妻身分，而變爲未婚夫妻；衡以法律，決不如是！故原告與第一被告在某某年某月某某日所舉行之拜堂，確爲民法第九八二條之所謂結婚儀式，因是原告已依法取得與第一被告之夫妻身分；既經合法結婚，既經依法取得夫妻身分，則今日第一被告與第二被告之結婚，當然爲重婚行爲，依民法第九九二條規定，原告當然得請求法院將其婚姻關係宣告撤銷，並得依同法第一〇〇一條規定，要求第一被告負同居義務。（下略）

夫妻互相代理與夫妻財產

〔事實〕甲因事出外，家中一切事務，概由其妻乙代理。一日乙以甲歸鄉在即，在此數月內，不再寄錢歸家，一

時無可開支，向丙借款五百萬元，由乙出名，立借票一支，約定一月歸還；因預計甲可於月內歸家也。不意甲回家後，丙往催索，甲竟不理，堅謂妻所借之債，非夫所應償還，而夫亦無代妻償債之義務。丙雖再四申說，甲迄不理。丙最後商諸某名律師，因根據民法第一〇〇三條「夫妻於日常家務互為代理人」之規定，向法院投狀，對甲及乙共同起訴，結果丙獲勝訴，判令甲如數償還，且附給遲延利息。其狀如左：

（上略）夫妻債務，依民法規定，誠如第一被告所言：夫自夫，妻自妻，妻所負之債務，非夫所應代償，而夫亦無為妻代償之義務。然第二被告所借之債務，果為第二被告自身應需用乎？抑因第一被告兩個月未有錢寄回，家中開支不給，而故借此債以贖其家用乎？如為前者，則第一被告誠無代償之義務，然依民法第一〇二四條規定，亦應以第二被告之全部財產為抵償；而所謂全部財產，不僅為第二被告之特有財產，即其原有財產，亦在抵償之列；質言之，即應將第一被告及第二被告所有之聯合財產，用為抵償之資。若第二被告之借此款，為開支其日常家用，則其借貸行為，並非為第二被告自身之行為，而為代理第一被告之行為；民法第一〇〇三條第一項規定：「夫妻於日常家務，互為代理人；」第一被告既服務異鄉，不在家中，則一切日常事務，當然由第二被告全權代理，姑無論借款用途，為開支日常家用，即真相並不如是，而既以開支家用為藉口，代第一被告借得此款，依民法第一〇二三條第三款規定，亦應由第一被告負責清償。妻之債務，誠然由妻自負其責，債權人不能向非債務人妄行追索；然此項債務，名雖為第二被告所借，而實際則代理第一被告所為者；既為代理第一被告之所為，而民法第一〇二三條第三款，又明白規定「由夫負責償之責」，則第一被告當然負責清償之責任，而原告亦有權可向第一被告行使其債權。第一被告服務在外，家中一切

事務當然由第二被告代理，且此種代理，爲民法第一〇〇三條所明定，無須得第一被告之委任，而其所爲之代理行爲，亦無須得第一被告之承認，當然直接對第一被告發生效力，夫既如是，則原告對第二被告所有之債權，當然可直接向第一被告行使，第一被告無從否認。（下略）

未成年人之兩願離婚

〔事實〕甲乙結婚後，未滿一年，意見忽起不洽，而甲乙皆年僅十八歲，少年血氣方剛，不免感情衝動，因以一言之不合，卽不顧一切，毅然離婚，當場簽立字據，並請由丙丁二人作證簽名。一年後，甲又準備與戊結婚，意氣揚揚，而乙則因離婚故，不免受各方刺激，心中十分鬱抑，其情況適與甲相反，自甲續娶有日，更如晴天霹靂，因商諸某名律師，擬向甲要求一筆贍養費，以爲生活之資，蓋不甘當時無條件離婚，致分文無着也。某名律師細閱離婚證書後，以甲乙二人，年皆僅十八歲，依民法第一〇四九條但書規定，應各得法定代理人之同意，今既未得法定代理人同意，舉行協議離婚，於法實爲無效，蓋既完全違反強制規定，依民法第七一條規定，實不能不認爲無效之行爲。既爲無效之行爲，則夫妻身分，依然存在，不能以一紙無效之離婚證書，而卽可認爲發生離婚之效力。因卽撰狀對甲起訴，請求確認離婚無效，並請求甲依民法第一〇〇一條規定，與乙同居。審判結果，乙竟勝訴，確認離婚爲無效，甲與乙仍不失夫妻身分，應負同居之義務。其狀如左：

（上略）夫妻兩願離婚，誠由於夫妻當事人間之自由決定，然依民法第一〇四九條但書規定，則凡當事人而尙未成年者，應得法定代理人之同意，不得以自己之意思行之。此種規定，爲強制規定，既爲強制規定，則苟違反此規定，而

爲兩願離婚者，不能不因其要件之未備，而依民法第七一條規定，認爲無效之行爲。原告與被告，結婚在某年某月某某日，時雙方皆爲十七歲，其結婚曾各得家長之同意，然未及一載，竟因片語之齟齬，遽起感情衝動，發生兩願離婚，然離婚之時，爲某年某月某某日，雙方皆僅十八歲，尙未過成年之時，卽依法應得法定代理人同意者。然而雙方因一時之忿懣，皆未曾考慮及此，立書離婚筆據，且以依法須由二人作證，因馳往請某某及某某二人簽名於其上，以符法定程式。此種行爲，實似兒戲，按情按理，皆無成立之可能，而况又未經法定代理人同意，缺乏要件，依法更不能認爲有效。夫既不能認爲有效，則此一紙無效之離婚證書，全不發生法律上之作用，原告與被告，仍爲夫妻身分，一日未經合法之離婚程序，卽一日不脫夫妻關係；是被告依據民法第一〇〇一條規定，對於原告，實應負同居義務，不能藉口於一紙之無效證書，而遽認爲已脫離夫妻關係。要之，依法規定，凡未成年人兩願離婚，必須得法定代理人同意，倘違反此項規定，未曾得法定代理人同意者，卽爲欠缺要件，依法應予無效。既爲無效，則離婚一事，根本不能成立，原告與被告，仍未失夫妻身分，其所立之離婚據，在法律上全不能發生作用。（下略）

離婚請求權之除斥期間

〔事實〕甲與乙結婚後，又私自在外納妾，被妻乙知悉後，向甲大興問罪之師，甲初則否認，繼因事實具在，無可狡賴，因允與妾脫離。不料半年而後，甲故態又萌，仍時往妾處，且有住三五日不回家一次者；因是乙忍無可忍，決計依民法第一〇五二條第二款規定，向甲提起離婚之訴，更依同法第一〇五六條及第一〇五八條規定，請求甲損害賠償及退還乙原有財產。然甲對此，並不示弱，揚言乙自知悉甲納妾至今，已歷一年有奇，依民法第一

○五三條規定，對於第一○五二條第二款之離婚請求權，其除斥期間，只爲六個月，今既一年有奇，超過六個月之數，即根本失其離婚權。甲爲此揚言，蓋含有對乙警告及恫嚇之意義，使其知難而退也。乙因商諸當地某名律師，仍依據民法第一○五二條等規定，投狀法院，請求離婚，且對除斥期間一節，先反覆說明，表示並未過六個月期間，使甲無從申說，無從狡辯。結果乙獲勝訴，判決准予離婚，且由甲賠償乙損害五千元。其狀如左：

（上略）被告既娶原告爲妻，本不應再與人通姦，又納某某爲妾；迨某年某月某某日經原告查悉後，被告初雖狡賴，矢口否認，然究千虛難逃一實，經原告示以確切證據，始俯首無辭，允今後痛改前非，與某某斷絕往來，不復繼續通姦；原告雖心知其未必能如是決絕，竟一刀兩斷，不再發生瓜葛，然既信誓旦旦，聲淚俱下，亦不必爲已甚之舉，迫人太過，故亦即置之，未予窮究。乃未及一年，於最近一月來，故態猶作，初則夜半更深，始施施歸來，而今則竟隔日或三日一歸，詢以行蹤，則支吾其詞，近且悍然不顧，公然承認住宿某某處，且謂既納爲妾，當然有同居之事實；甚且以原告爲不應干涉，公然聲言，已過民法第一○五三條所定除斥期間，不復能有何種行動，亦不復能請求離婚。原告細繹民法第一○五三條規定，凡夫妻之一造，因對造有與人通姦行爲，而提起離婚請求者，應自知悉後六個月內爲之；此即法律上所規定之離婚請求權除斥期間，一過此除斥期間，其請求權即歸消滅。但此除斥期間，應自知悉之日起算，而非自通姦之日起算；而所謂知悉者，固應自知悉其通姦之時日開始起算，然連續通姦，則又不可以此爲限，故只須不超過通姦發生後二年之期間，而知悉其最後之通姦情事後又未出六個月，任何時皆有離婚請求權，不能以其知悉以前之通姦情事後，已逾六個月，而即認爲超過法律上之除斥期間。被告納某某爲妾，與之發生通姦行爲，在原告

當時絕未知悉，直至某某年某月某日，始行知悉，當時即會向被告詰責，依法起訴，惟因被告再四哀求，且一再悔過，指天誓日，決不再行來往，故即未予追究，使被告而果停止與某某通姦行爲，則自知悉至今，已有十個月餘，律以民法第一〇五三條規定，當然已過除斥期間，不得再有離婚請求權。然而被告與某某之通姦行爲，果即此而止乎？抑於某某年某月某日後，仍有連續通姦之行爲乎？既有連續通姦行爲，則原告對於被告因與人通姦而發生之離婚請求權，亦當然隨其通姦行爲之連續而亦連續發生，隨時可以提起，不能以原告知悉在前，而竟喪失其請求權；蓋前日所知悉者，爲被告前日之通姦行爲，而今日所知悉否，又爲被告今日之連續通姦行爲；被告前日之通姦，固違反民法第一〇五二條第二款之規定，原告得提起離婚請求權；而今日之連續通姦，亦同樣違反民法第一〇五二條第二款之規定，原告亦同樣有權提起離婚請求；只須原告知悉被告有連續通姦情事後，未逾六個月，即不得謂爲已逾越民法第一〇五三條所規定之除斥期間。故被告以此爲阻止原告之離婚請求，實非適法，且誤解民法第一〇五三條所規定離婚請求權除斥期間之意義。况原告第一次知悉被告有與人通姦行爲後，被告已聲明從今決與相姦人某某斷絕來往，不再爲通姦行爲；是被告前日之通姦行爲，已於原告知悉後而終止，而此後之連續通姦行爲，又爲別一情事，原告知悉至今，尙未及一個月；在此知悉後一個月內而依法提起離婚請求，正在法定期間而內；被告遵何法律，而竟謂原告已逾越六個月之除斥期間，不復可以干涉其行動，亦不復有離婚請求權；其爲荒謬，不言可知。夫既尙在法定期間以內，則原告今日投狀請求與被告離婚，向被告請求賠償損害，請求返還原有財產，皆合於民法上規定，爲第一〇五二條及第一〇五六條並第一〇五八條所許可；被告絕無否認之餘地，更無狡辯之可能。（下略）

夫死亡後妻收養子女之效力

〔事實〕甲乙結婚十數載，未有子女，甲死，乙以無可依靠，收養丙之子丁爲子。但甲尚有胞妹戊一人，早經出嫁，以甲死亡後，並無子女，因依民法第一一三八條規定，要求繼承甲之遺產，且依第一一四四條規定，與乙平均各取二分之一。乙不允，謂甲雖未生有子女，而養子之地位，實與婚生子同，依一一四二條規定，實有繼承甲遺產之權，戊未便過問。爭執不已，戊因委任當地某名律師，代爲撰狀起訴，根本否認丁有爲甲養子之身分，因而否認丁有繼承甲遺產之權利；蓋收養子女，必須本人爲之，乙之收養丁，既在甲死亡而後，當然爲乙之行爲，只可爲乙之養子，不得爲甲之養子；既非甲之養子，即無繼承甲遺產之權利。訴訟結果，戊竟獲勝，甲之遺產，由戊與乙各得二分之一，而丁只爲乙之養子，不得爲甲之養子，悉如原告所請判決。其狀如左：

（上略）死者某某，爲原告之胞兄，依民法規定，實爲二親等之旁系血親；今某某不幸死亡，既無直系血親卑親屬，又無父母，是原告實處於民法第一一三八條之第三順序，當然爲唯一之繼承人。然此皆爲不爭之事實，而亦爲被告所不能否認者。今所爭執者，即爲某某果否能取得死者某某養子之身分一點？如可取得，則被告所言爲正，死者某某所有遺產，依民法第一一四二條規定，當然由養子某某繼承，非原告所得覬覦，妄行告爭；如不能取得，則原告之所請求者，絕對合法，應與被告各繼承二分之一；蓋死者某某既無第一順序之繼承人直系血親卑親屬，又無第二順序之繼承人父母，而某某又絕不能取得養子身分，則原告應以第三順序繼承人之身分，出而繼承。故本案爭執之焦點，不在繼承，而在某某之身分；苟身分確定，則繼承問題，自迎刃而解。查民法規定，收養子女，本無條件，只須收養者

之年齡長於被收養者二十歲以上，而有配偶者收養子女時，應與其配偶共同爲之，且除自幼撫養外，必須訂立書面。此外本無任何條件，然有一至要之問題：即收養子女，必須本人爲之，決不能由他人代理，更不能於死亡後由他人代爲之收養。今某某之被收養，在死者某某死亡而後，單獨由被告爲之；依法只可爲被告之養子，不能爲死者某某之養子；夫既只可爲被告之養子，而不能爲死者某某之養子，則死者某某之遺產，即應由原告與被告繼承，絕不容某某出而非法爭奪。須知某某誠爲被告所收養，然只可爲被告個人之養子，絕不能爲死者某某之養子；死者某某固未曾收養某某爲其養子也。原告不反對被告收養某某爲子，且亦無權反對；然不能超出法律之外，強認爲死者某某之養子，以侵害原告應有之繼承權利。須知收養他人之子女爲其子女，必限於本人，決不能死後由他人越俎代庖；即如被告之所謂，代其已死之丈夫收養子女，依法亦絕對無效，毫不能取得養子女身分。（下略）

外祖父母之監護權

〔事實〕甲妻早死，遺一子乙，年僅八歲；未幾，甲亦死，僅遺未成年之子乙一人，孑孑孑立，形影相弔。但甲遺產甚多，因是甲之岳母丙及甲之胞兄丁，均欲爲乙之監護人，俾可保全乙之財產，免被人侵蝕吞沒。當甲死時，並未立遺囑，不過丙適在場，因恐發生問題，故於甲死後，立時遷入甲家，實行對乙監護。丁對此大爲不服，於甲喪事過後，即以伯父身分，召集親屬會議，主張領乙歸至丁家，實行監護。丙亦親屬會議會員之一，首先提出反對，堅欲歸丙監護。雙方爭辯甚力，未得結果，親屬出而調解，亦均無效；最後遂至成訟，由丁投狀法院，對丙起訴，且以民法第一〇九四條爲言，力主乙應由丁監護。丙被訴後，由某名律師出爲辯訴，將民法第一〇九四條中所規定之祖父

母，解釋爲包括母系在內，故所謂祖父母，實兼外祖父母在內；故外祖母之監護權，實先於伯父或叔父；因之，被告之監護權，實先於原告。審判結果，認丙之辯訴爲有理由，將丁之請求駁回，判令乙由被告丙任監護人之職。其狀如左：

（上略）被監護人之爲被告直系血親卑親屬，爲雙方不爭之事實，而原告之爲被監護人三親等旁系血親卑親屬，亦爲雙方不爭之事實；而被監護人年僅九歲，依法必須有一監護，更爲雙方所不爭；而被監護人後死之父未定以遺囑指定監護人，又爲雙方所不爭；故雙方對於本案事實，殆皆一致，全無爭執之點。而雙方所爭者，卽爲監護人應屬原告抑應屬被告一問題。依民法第一〇九四條規定，凡後死之父或母未有遺囑指定監護人者，其順序：第一爲同居之祖父母，第二爲家長，第三爲不同居之祖父母，第四爲伯父或叔父，第五爲由親屬會議選定之人；此固規定於民法，任何人不能違反，而且爲本案原告及被告雙方所共同提出，以謀解決者。在原告之意，則以身爲被監護人伯父，被監護人既無第一順位同居之祖父母，又無第二順位之家長，更無第三順位之不同居祖父母，則原告當然以第四順位之身分，出任監護之職；而對於被告，認爲外親，不在民法第一〇九四條所定順序之列。不知此實大誤，完全囿於舊日宗法時代之觀念，偏重男系，忘却女系，偏重父系，忘却母系；故只知宗親，而將外親拋擲九霄之外。今日民法，已採取男女平等制度，故對舊日之所謂宗親外親等區別一掃而光，而只分血親與姻親二者；而所謂血親，更不分父系與母系，故父系血親與母系血親，實居同一地位，絕無分別，不過親等相同者，當然以父系爲先，然如親等不相同者，則仍以親等近者爲先，固無分父系與母系；此固立法者之精神所在，而亦時時散見於各條文中。因是，則民法第一〇九四條第一

款及第三款所稱之祖父母，不僅指父系而言，更兼母系在內；父之父母，固爲祖父母，而母之父母，亦不失爲祖父母；此非被告之獨創，依民法精神，固屬如是，不以父系與母系而有何區別。夫既民法第一〇八四條第一款及第三款所稱之祖父母，實兼指母之父母，則被告對於被監護人之監護順序，應居第三順位，較原告之第四順位爲前；今被監護人既無第一順位之同居祖父母，又無第二順位之家長，則被告當然以第三順位之身分，出任監護之責，原告絕無反對之餘地，且亦無反對之根據。在原告固並無惡意，不過誤解民法第一〇九四條之所謂祖父母三字，以爲祖父母只限於父之父母，而被告則爲被監護人之母之父母，即在習慣上稱爲外祖父母者，故根本否認被告有對被監護人監護之權，然一爲解釋，則原告實屬大誤特誤，被告確有監護之權，且依法在第三順位，較原告之居第四順位者爲前。故原告請求，依法全屬無據。（下略）

寡媳之扶養權利

〔事實〕甲有一子乙，娶丙爲妻；丙於結婚時，即聲言須組織小家庭，與翁姑脫離，不能同居；故自乙丙結婚後，即在外另組家庭。不料未及三年，乙忽病故，丙無力謀生，因向甲要求扶養，每月貼以一百萬元。甲不允，謂丙已早脫離其家庭，既非同居，又不能附於家屬之列，實無要求扶養之權利，而甲亦依法無扶養之義務。况丙年富力強，更不能認爲無謀生能力。丙以甲不允扶養，即進一步向甲起訴，其理由：（一）自身爲一女子，非男子可比，當然不能有謀生能力；（二）雖非同居一處，然與甲不失爲家長家屬身分，既爲家長家屬，依法家長即有扶養之義務。甲被訴後，大憤，即委託當地某名律師代爲答辯，對丙所提兩點理由，痛加抨擊，體無完膚。結果甲獲勝訴，將丙

之請求，全部駁回。其狀如左：

（上略）民法規定，凡夫妻之一方與他方父母間，其有受扶養之權利及負扶養之義務者，必限於同居；此固明定於第一一四條第二款，任何人不容否認者也。至言家長家屬，法文上誠未有同居之限制，然依同法第一一二條及第一二三條規定，則家長家屬間之成立，亦必限於同居。苟一旦脫離其家庭而另組織家庭者，即失其家長家屬之身分，以故家長家屬，亦必以同居爲要件，苟並不同居，即無從成立家長家屬之身分。原告雖爲被告之子媳，爲直系卑親，然既早早由家分離，各居一方，各營生計，爾自爾，我自我，則依據民法規定，絕無相互扶養可言。蓋以子媳身分言，既不同居，即無扶養之權義；而以家長家屬言，既早由家分離，各自成家，亦即無家長家屬之身分存在，更無扶養之權義可言。以故不問從任何方面言，原告對於被告，絕無要求扶養之權利，而被告對於原告，亦絕無扶養之義務。至原告之有無謀生能力，則爲另一問題，縱如其所言，確無謀生能力，然被告依法既無扶養義務，原告亦即無從因此而向被告要求扶養；有謀生能力，固未便請求，即確無謀生能力，亦同樣未便請求。蓋本案癥結，固在彼而不在此也。而况原告雖屬女子，而年輕力強，亦不能認爲無謀生能力；男女既號稱平等，女子地位，與男子同，則更未便以女子之故，而抹煞一切，推諉爲無謀生能力之人。以故原告所言，依法規定，無一足以成立，更無一可以自圓其說。（下略）

戊 民法繼承編

養子與代位繼承權

【事實】甲僅生一女乙，無子，因收養丙爲養子；後乙嫁丁爲妻，無子女，因收養戊爲子；而丙娶妻後，即生一子

己；其後乙及丙均先甲逝世。最近甲因病逝世，戊與己皆出而爭奪繼承，先由戊投狀，對己起訴侵害繼承權；蓋甲之遺產，悉在己掌握中也。戊起訴意旨，以戊之母乙，為甲之直系血親卑親屬，而己之父丙，則為甲之養子；依民法第一一四二條規定，乙應繼承三分之二，而丙僅得繼承三分之一；因此，依民法第一一四二條規定，戊應代位繼承其母乙之應繼分，為甲遺產三分之二，而已只可代位繼承其父丙之應繼分，為甲遺產三分之一。已被訴後，特委任某名律師撰狀答辯，根據民法第一一四〇條規定「由其直系血親卑親屬代位繼承」一語，否認戊有代位繼承權；蓋戊為乙之養子，並非乙之親生子，既非親生子，即非直系血親卑親屬；既非直系血親卑親屬，依法即無代位繼承權。法院審理結果，已獲勝訴，戊之請求，全部駁回；蓋完全否認己有代位繼承權也。其狀如左：

（上略）查民法第一一四〇條規定：「第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人，有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。」是本案要件：第一必須被代者為第一順序之繼承人，倘為第二順序以下之繼承人，即不許有代位繼承；第二有代位繼承權人，必限於直系血親卑親屬，舍此，即無代位繼承之權。本案原告之養母，係本案被繼承人之生女，依法為民法第一一三八條所定第一順序之繼承人；既為第一順序之繼承人，則因不幸而先被繼承人死亡，苟有直系血親卑親屬，自可依法代位繼承其應繼分。然而原告是否為其母之直系血親卑親屬？是否依法有權代位繼承其養母之應繼分？民法第一一四〇條既明白規定「由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分」，則原告並非已死某某之直系血親卑親屬，不過為一養子，即絕不能代位繼承，亦即根本無代位繼承權。被繼承人生有一女，即原告養母某某；而又收養一子，即為被告生父，蓋即被告之直系血親尊親屬；

使原告養母及被告生父至今皆尚健在，則誠如原告所言，依民法第一一四二條第二項規定，由原告養母繼承三分之一，被告生父繼承三分之一，而不幸二人皆先被繼承人而死，則依民法第一一四〇條規定，原告養母之應繼分，因無直系血親卑親屬代為繼承，即歸於消滅，視為未有繼承，而被繼承人所有之遺產，悉由被告本於民法第一一四〇條規定，以直系血親卑親屬之身分，代位生父而繼承。生父雖為被繼承人之養子，而被告則為生父之直系血親卑親屬；原告之養母某某雖為被繼承人之生女，然原告則為某某之養子；直系血親卑親屬，依法固可代位繼承，而養子則絕無此權利。以故被繼承人之全部遺產，依法應由被告繼承，原告絕無告爭之餘地。其所請求，全於法無據，被告萬難承認。（下略）

贈與與應繼財產

〔事實〕甲先生子乙，再生女丙，繼又生子丁，計為兩子一女；但甲為舊社會人士，平時頗不以女子有繼承權為然，故於未死前即預為佈置，不使女所得與子平均。因是先將其財產之半，贈與其長子乙，再將其財產之半，贈與其次子丁，而自身則酌留極少數之資產，以為身後喪葬之用。後甲逝世，計其遺產，僅足敷喪葬費用，在乙丁兩子，固早如願以償，而在丙女，則絲毫無得；因是向乙丁兩人要求，須將故父甲從前贈與於乙丁之財產，依據民法第一一七三條規定，加入被繼承人之財產中，作為應繼財產，由三人均分。乙丁不允，謂此種贈與，並非因結婚、分居或營業事由而來，是在使受贈人得到特受利益，不在民法第一一七三條所規定之範圍，依法亦即無加入被繼承人財產中作為應繼財產之理；且贈與與遺贈不同，遺贈不得妨礙特留分之規定，而贈與則不在其例，與特

留分截然無涉；故對丙請求，完全拒絕。丙女大憤，因特委當地某名律師代為撰狀，向法院對乙丁起訴，力陳甲昔日之贈與，完全因分居而起，雖贈與之時，並非即為分居之時，然贈與而後，即各事炊爨，不再同食，顯然贈與由分居而起，無分居即無贈與；既由分居而贈與，當然應依民法第一一七三條規定，算入應繼財產，由三人平分；且援引遺產稅法第八條規定，即此贈與不因分居，既在被繼承人死亡前五年內，亦作為遺產之一部，不能由受贈與人獨享其利。結果，丙果獲勝，由法院判令乙丁兩被告將昔日所受甲之贈與，以當時價值，算入應繼財產，由乙丙丁三人平均繼承分割。其狀如左：

（上略）原告與第一被告及第二被告，均為被繼承人某某某之直系血親卑親屬，依民法第一一三八條所定之繼承順位，為同一之第一順位人。被繼承人人生前經營商業，克儉克勤，頗有積蓄，雖未必十分富厚，然平生居積，亦不下一萬萬之譜；此非原告之故甚其詞，凡屬至親密友，苟與被繼承人往來有素者，幾無一不知其大概。前歲春間，第一被告突然分居，雖與被繼承人仍處一室，而炊爨各別，蓋為共居而不同財；去歲春間，第二被告亦復如是。分居二字，在法律上之意義，不重在分地而處，而重在分門別戶，即各自炊爨，不再同財；故所謂同居，係指同財共居，若僅共居而不同財，即不得謂之為同居，且以其分門別戶故，反名之曰分居；故第一被告及第二被告雖與被繼承人共居一處，而既分門別戶，異財析爨，當然合於民法上分居二字之意義。當其先後分居之際，被繼承人以其無可謀生，即各贈與以五千萬元之資產，雖其贈與之期日，未必即為分居之期日，然相差不遠，贈與之日，約前於分居之日一二月間；蓋贈與在前，分居在後，依情依理，皆應如是；否則一切無着，即無從分居。故從任何方面觀察，此種贈與，當然由分居而起，決非無緣無

故而爲此贈與。夫既由分居而贈與，依民法第一一七三條規定，苟被繼承人無反對之表示者，即應於繼承開始時加入被繼承人之遺產中，作爲應繼財產，由繼承人繼承；此第一被告及第二被告先後所受被繼承人之贈與，既由於分居，而被繼承人又無反對之表示，則此日應即依法加入被繼承人之遺產中，作爲應繼財產，由原告與第一被告及第二被告按數均分；即以一萬萬元計，原告亦應得三分之一，計可繼承三千三百萬元餘；而况從實估計，尚不止此數。乃原告依法請求，而被告竟置不理，且否認分居，否認由分居而獲得被繼承人之贈與；試問：彼此既分門別戶，各自炊爨，不再同共財產，如何而尙可謂爲非分居？此而尙不曰分居，又如何而可謂之爲分居？被繼承人之贈與，雖不與分居同日，然相距之期日極近，贈與後不過二月，即行分居，第一被告如是，第二被告亦然；試問：如是情狀，其贈與如何可云與分居無關？且果與分居無關者，又何以不先不後，贈與後不出二月，而即分居？且何以第一被告與第二被告均屬如是？且其贈與既不爲分居，又爲何事故不問從任何方面觀察，皆可斷言第一被告及第二被告之先後受到被繼承人贈與，皆由於分居；而既由於分居，即應依民法第一一七三條規定，將此受贈之數額加入此日被繼承人之財產中，作爲應繼財產。不僅此也，此贈與之財產，雖已爲受贈之被告所有，然本爲被繼承人所有之財產，依法應於此日始可繼承者，不過爲被繼承人在生前減少管理計，故先交付於繼承人中之一人或二人爲之管領；故依民法第一一七三條規定，此日仍應視爲應繼財產，而依遺產稅法第八條規定，亦仍視爲遺產之一部，不以其贈與在前，而承認爲受贈人之所有。夫既仍視爲遺產之一部，不承認其爲受贈人之所有；則與民法第一一七三條規定之應加入被繼承人財產而作爲應繼財產，正若合符節，更非被告等所得藉口於受贈在前，而竟據爲己有，意圖獨吞，以侵害原告應得之繼承權。

利。(下略)

口授遺囑之方式

〔事實〕甲乙兄弟二人，本不甚和睦，故甲雖在家，而乙則終年在外，另圖謀生。但甲乙尚有一老父丙，擁有財產甚多，與兩子甲乙，均不同居。後丙患病甚劇，自知不起，且知甲乙兩子必難相安，析產時或致發生鬭牆之釁；因爲預防計，特招集丁戊己三人作證，邀庚代筆，立一遺囑，由丙口述，由庚筆記；不意口述甫畢，尙未簽名，而丙已一命嗚呼。至五七後，乙正向甲要求析產，甲卽往招丁戊己庚四人前來，將丙之遺囑宣示；乙細閱之下，認疑點甚多，不承認有此事，因卽投狀法院，請求確認遺囑無效，其理由：(一)未有遺囑人簽名蓋章，(二)在五七前何以各方絕無一言，並消息亦絕未透露，(三)丁戊己庚四人，並非親房族長，決無資格作證，在情理上實爲不應有。甲被訴後，特商諸某名律師，撰狀答辯，將乙所述三點，力予抨擊，不留餘地。結果，甲竟得直，確認遺囑有效，將乙之原訴全部駁回。其狀如左：

(上略)查遺囑之效力：第一在是否真偽？第二在是否依法定方式作成？如確爲被繼承人之真意，而又完全依法定方式作成，則任如何決不能認爲無效，而妄圖推翻。此次被繼承人卽原告與被告之故父於病篤中所作之遺囑，在原告遠在千里外之某某省，既病未曾視，喻未曾臨，直至蓋棺後七日始行回家，當然不知其詳；而在被告，則固親視湯藥，目擊其狀況者。乃原告不察究竟，不問內容，竟藉口於三大理由，而妄圖將故父於病篤時諄諄告誡之遺囑，一筆抹煞；姑無論作證之某某等及代筆之某某四人未肯承認，無端蒙一作僞之冤，卽在被告亦未肯違反故父臨終時之意志，而

亦隨聲附和，悍然不顧一切，將故父之遺囑推翻，作爲無效。且原告所提理由三點，在法律上全無根據，完全軼出法令之外，而以個人之意思爲上下。其一：原訴謂遺囑上未有遺囑人簽名蓋章，查故父此種遺囑，作於疾病臨危之時，亦正民法第一一九五條所謂生命危急之時；既爲生命危急之時所作成，依民法第一一九五條規定，當然爲一種口授遺囑；既爲口授遺囑，則依法只須有二人以上之見證人，由見證人與代筆人共同簽名，本無須遺囑人自行簽名蓋章；是遺囑人之未簽名蓋章於其上，並無害於口授遺囑之作成。民法第七三條規定：「法律行爲不依法定方式者，無效。」是可反證已依法定方式，當然即在有效之列。今故父之口授遺囑，果有何處未依民法第一一九五條所定之方式乎？既依法定方式，則本人之簽名蓋章與否，在法律上全不成問題，未能以此而遽可妄圖推翻，認爲無效。其二：原訴謂既故父臨終時有此遺囑，應早日說明，乃遲至五七而後，始行宣布，而在事前更無一語透露。查口授遺囑，依民法第一一九七條規定，本應於遺囑人死亡後三個月內，經見證人或利害關係人提出親屬會議，良以在死亡之初，不僅喪事中心事務繁多，未暇及此，而人子遭此大故，躑躅哀號，百身莫贖，亦無心問及此事，且亦不忍談及此事；以故法律斟酌理定爲三個月之期間，今此遺囑之提出，恰在五七以後，正喪事暫告一小結束之際，距被繼承人之死亡，只四十天，尙未逾三個月之期，依裔依理依法，均無所悖。試問：在五七以前，經營喪事，日不暇給，對內對外，竟無片刻之暇，尙有何心，可問此事而某某等雖欲急急將此遺囑提出，亦胡可能？使果提出，人且以不識時機誚之，即在原告，恐亦怫然不悅，而囑其稍安無躁；然則在此五七以後提出，正合其時，在法律上固絕無過遲之嫌，而在事實上亦恰到好處，原訴以此而意圖推翻，認爲無效，更屬不當！其三：原訴謂某某等四人，並非親房族長，決無資格作證，在情理上應爲不應有。查原訴

此節，更屬奇談；某某等四人，誠非親房族長，然與故父皆為莫逆之交，而如某某及某某，更年高德邵，為地方上所羣推祭酒人物，以之為見證人，正故父之深心處，而亦見故父雖在生命臨危之候，其識見仍高人一等，決不肯稍有隨便。且依民法第一一九八條規定，遺囑見證人，本不限於親房族長，只須無消極資格者，皆可作證；今原訴謂某某等四人無見證資格，根本違反法律，且蔑視某某等四人之人格；是又荒謬之尤，根本於法無據者。此三點既無一足成理由，而提出以後，親族會議又絕未有任何疑義，認為有不盡真實之處，則原告所訴，全屬無理取鬧，僅憑個人之主觀意見，而妄圖推翻故父親自口授之遺囑，律以人子之義，固無一是處，即在法言法，亦無一可以成立。（下略）

贈與與特留分

〔事實〕甲有財產五十萬萬，無子，只生一女乙，患病後數日，以女乙不甚盡孝，而其婿丙又非可恃之人，不願將此一生心血，付諸異姓；因急召其胞姪丁前來，將一切財產全部贈與，一文不留；及女乙知悉其事，而已無及。丁亦有心計者，知此事不甚可靠，因於受贈後，即全部依法占有，不動產約四分之一，固於當日即依法登記，取得其所有權，而四分之三之公司股票，銀行存摺，商店合夥，亦全部改正戶名，使甲無從追悔。一月後，甲果逝世，乙以故父一生心血，為其直系血親卑親屬之生女，竟分文無着，未免太冤；因對甲在病中對丁之贈與，認為一種遺贈，依據民法第一二二三條至第一二二五條規定，向丁要求退還半數；蓋依法乙為甲之直系血親卑親屬，至少應得甲遺產之半數，不能全部由丁受贈。丁不允，否認甲之贈與為遺贈。雙方爭執結果，竟致成訟，由乙以侵害繼承權為名，向丁提起訴訟，要求依民法特留分規定，退還半數。丁被訴後，商諸某名律師，撰狀答辯，力駁乙之主張，將贈

與與遺贈，層層解析，節節分辨。結果丁竟勝訴，將乙之原訴全部駁回。其狀如左：

(上略) 細繹原訴意旨，無非根據民法第一二二五條規定，以被告所得被繼承人之遺贈，妨礙原告之特留分利益，致其應得之繼承財產，分文無着，因請求判令被告退還二分之一，以符法紀。使被繼承人之所贈與於被告者，而果如原訴所言，為一種遺贈，則被告不待今日，已早依法將原告應得之特留分退還於原告，不必俟諸公庭對簿，而毋奈被繼承人之所贈與於被告者，乃為一種生前贈與，而非為死後之遺贈。遺贈，誠須不妨礙特留分，如因被繼承人所為之遺贈，致繼承人應得之數不足，特留分者，得按其不足之數，由遺贈中扣除；但為生前之一種尋常贈與，絲毫無遺贈性質者，則與特留分渺不相涉，無論贈與若干，絕對不受關於特留分之限制。民法只規定繼承人因所得特留分之數不足，得在遺贈中扣除，而並無規定繼承人因所得特留分之數不足，得向從前之受贈與人索還。遺贈與贈與，截然二事，未可混淆。遺贈，乃被繼承人以遺囑贈與，於被繼承人死亡後始發生效力者，故遺贈人一日存在，其效力即一日不發生；因此，故被繼承人之遺產，此時亦已經確定，而繼承人所得若干，是否因遺贈故而致不足，其應得特留分之數，亦完全可以計算。若贈與，則為一種普通行為，一經表示，即生效力，故何日贈與者，即於何日發生效力，不必待至贈與人死亡而後；而因之與繼承人之繼承，全無關係，而與法律上所規定之特留分，亦毫不相牽涉。今被告所受原告被繼承人之贈與，雖為上月某某日之事，距原告被繼承人之死亡，不足一個月；然依據當日情形，則完全為贈與而非遺贈，故一經贈與，即發生贈與之效力，不動產則立向地政機關登記過戶，由被告取得其所有權，而動產則亦立時交付，移轉其占有，凡昔之用原告被繼承人名義者，悉改用被告名義，移轉為被告所有。試問：果為遺贈，果可如是乎？贈與之人尚健

全無恙，果即可發生效力乎？既尙未發生效力，果可登記過戶及移轉其占有乎？是可見完全爲贈與而非遺贈，故能於一經贈與後，卽生贈與之效力。夫既爲贈與而非遺贈，則全不受民法第一二二五條之拘束，原告被繼承人於死亡時究有遺產若干？原告應得之特留分究有若干？皆非被告所應問，而原告亦絕對無權可向被告問責，以索回其被繼承人生前之贈與。且也法律上特留分之性質，依一、二、四條規定，乃爲被繼承人遺產中所算得之數額，例如遺產應有一萬萬者，其特留分應爲若干？故特留分之多寡，全由遺產之多寡而定，而遺產，則爲被繼承人死亡時所遺下之財產，故在被繼承人未死亡時，絕無遺產之可言，更無特留分之可算。特留分，既爲繼承開始後之事，因遺產而算定，則在被繼承人未死亡前，根本無所謂遺產，亦無所謂特留分；而因是原告被繼承人前生所爲之贈與行爲，不問多寡，均非原告所得而過問；而在原告之被繼承人，在未死而前，對於其自己之財產，亦有絕對自由處分之權，無須顧到遺產及特留分之規定。因是原告對於被告之請求，根本於法無據，被告絕對不能承認。（下略）

己 土地法編

租賃房屋期滿後之租賃關係

〔事實〕甲向乙租賃房屋一所，訂明三年爲期，期滿，乙向之收回，甲不允，遂起爭執，蓋乙擬於收回後，以高價另租於丙，而在甲則以時值房荒，一時不易覓屋，雙方利害相反，因發生是爭執也。乙以甲不允遷讓，卽根據民法第四五〇條規定，向甲提起訴訟，要求甲立時出屋，蓋依法規定：「租賃定有期限者，其租賃關係，於期限屆滿時消滅」也；今甲乙間期間既經滿期，其租賃關係當然終止。甲被訴後，商諸當地名某律師，因爲之撰狀答辯，根據

土地法第一〇〇條規定，力駁原訴，蓋依特別法優於普通法法理，既有土地法，民法中關於房屋及土地一部分，已失其效力；而土地法第一〇〇條規定終止租賃關係，又並無期限屆滿一項，則原訴以期限屆滿爲言，實不合；將原訴抨擊無遺。結果，甲果勝訴，認甲乙間之租賃關係，並不終止。其狀如左：

（上略）查原告所請求之理由，其唯一根據點，爲民法第四五〇條，然在土地法未經頒行前，此民法第四五〇條，誠爲解決租賃關係之適用法條，而在此土地法頒行後，則依特別法優於普通法之法理，凡關係土地房屋上一切糾紛，應悉依土地法規定而爲解決，民法上關於土地房屋上一切規定，皆已因土地法而暫失其效力，停止適用。故原告依民法第四五〇條而向被告起訴，請求終止租賃關係，將出租之房屋予以收回，實爲違法之訴，被告絕對不能承認。房屋租賃關係之終止，今既頒行土地法，則凡一切條件，當然依土地法規定，舍此無適用之餘地；而土地法第一〇〇條規定，則固極明極詳，且其條件爲列舉者，是凡在列舉而外，不問任何事故，皆不在終止租賃關係之列。此非被告之強詞，依法規定，固應如是，在原告絕無閃避之餘地也。查土地法第一〇〇條規定：「出租人非因左列之一，不得收回房屋；」其所謂左列各款者，並無租賃期限屆滿；是可見租賃期限縱屬屆滿，絕不在終止租賃關係之列，出租人亦絕不能以租賃期限屆滿，而妄向承租人收回房屋。原訴亦明知其所訴之難於成立，因又先爲之地，妄謂租賃期限屆滿，租賃關係當然消滅，無所謂終止，更無須立法以爲之規定。聽其所言，固若甚辯，古人所謂言之有故，持之成理；然一按土地法第一〇三條及第一〇九條兩規定，則原訴所言，又根本不能成立；蓋在第一〇三條，固明明規定土地租賃，於契約年限屆滿時，出租人得以收回；而在第一〇九條，則又規定耕地租賃，於契約年限屆滿時，出租人僅得收回自耕；是

可見房屋租賃，非有土地法第一〇〇條所列各款情形，出租人決不能妄行收回，縱契約年限屆滿，亦不構成收回之條件。若果如原訴所言：「租賃期限屆滿，租賃關係當然消滅。」則何解於土地法之第一〇三條及第一〇九條各規定？是可見租賃期限屆滿，其租賃關係，仍屬存在，並不因而消滅。原告初則忘卻特別法優於普通法之法理，誤將暫時停止適用之民法爲藉口，繼又忘卻土地法第一〇三條對於土地租賃及第九條對於耕地租賃之規定，誤以租賃期限屆滿爲租賃關係當然消滅；而因之對於唯一適用之土地法第一〇〇條，竟熟視無睹，出此違法之請求，妄欲將出租之房屋收回；依情依法，被告實無承認之義務。須知被告所向原告租賃者，爲房屋而非土地，土地租賃，土地法固明白規定出租人可於契約年限屆滿時收回，而房屋租賃，土地法上並無契約年限屆滿時出租人可以收回之規定；而依第一〇〇條之反對解釋，更在不許收回之列；原告何得指鹿爲馬，妄向被告出此無理之請求（下略）

放棄耕作權利

〔事實〕甲永佃乙土地十二畝，已歷數十年。最近乙因甲將該地放棄不用，突然將該地收回，對甲予以撤佃；蓋根據土地法第一一四條第二款及第一一五條規定也。甲不服，以土地法規定，乃對不定期限租用土地者，而甲之於乙，乃爲永佃，永佃關係，不問在民法上，在土地法上，均無因放棄耕作而可撤佃者。因是大起爭執，遂致涉訟。乙被訴後，特商諸當地某名律師，撰狀答辯，援引土地法施行法第三〇條規定，對甲原訴大肆駁詰。結果乙獲勝訴，將甲之原訴予以駁回。其狀如左：

（上略）原訴所言，雖似甚辯，一則曰「土地法第一一四條及第一一五條規定，只限適用於不定期限租用耕地，」

再則曰「永佃權之撤回，不問爲民法，爲土地法，皆無放棄耕作權利一條件。」然被告之所以對原告撤回，完全有法律上之根據，並非如原訴所言：「妄以土地法上對不定期限之租用耕地，移諸不應撤回之永佃權。」土地法第一一四條及第一一五條，固專適用於不定期限之租用土地，然依土地法施行法第三〇條規定，則永佃關係，亦準用之。土地法施行法既明定得準用於永佃關係，則原告無故放棄耕作權利，被告依法當然可以將其撤回，絕無不適用之可言。須知土地法第一一四條及第一一五條，誠未規定適用於永佃，而土地法第三〇條，則固明明規定「土地法第一一五條……之規定，於有永佃權之土地準用之。」是被告之將原告撤回，實爲合法之行爲，在原告絕無抗辯之餘地，對被告妄有所請求。（下略）

庚 公司法編

無限公司股東兼營同類營業

〔事實〕甲本營紙業，開設一紙號，後由乙丙丁等三人，亦有志經營紙業，擬設立一公司，因資本不足，邀甲加入，訂立合同，共設立一紙業無限公司，本可相安無事，不意乙與甲忽生意見，因藉口於公司法第四八條規定，認甲於經營無限公司外兼營自己開設之紙號，爲違犯公司法，召集丙丁等，決議依據公司法第四八條第二項規定，將甲自營之紙號，爲公司之所爲，所有盈餘，均歸公司所有。甲不服，起而爭執，竟至成訟，蓋乙等已準備周密，合力對甲攻擊，不達目的不止也。甲知事已決裂，萬難和平解決，因商諸某名律師，先發制人，對乙丙丁決議，提起訴訟，確認無效，且將公司法第四八條規定反覆解說，力斥乙丙丁決議之違法。結果甲獲勝訴，判決乙丙丁決議無

效。其狀如左：

(上略)查本案被告某某等三股東之決議，乃根據公司法第四八條第二項，而此第二項規定，實由本條第一項而來，即「股東非經其他股東全體之同意，不得爲自己或他人爲與公司同類營業之行爲」是也；故第二項規定「股東違反前項規定時，其他股東得以過半數之決議，將其爲自己或他人所爲之行爲，認爲爲公司所爲。」是第二項之成立，必先成立第一項；使第一項根本不能成立，第二項即無從說起。而第一項成立之要件，不僅「爲自己或他人爲與公司同類營業之行爲」更須「非經其他股東全體之同意」；使其他股東全體同意者，縱或「爲自己或他人爲與公司同類營業之所爲」亦並不能發生第二項「認爲爲公司所爲」之問題。此非原告個人之私言，按諸公司法第四八條規定，固當然是解釋也。本案原告之經營某某紙號，誠與某某紙業無限公司爲同類營業；然原告之經營某某紙號在前，與被告某某等三股東經營某某紙業無限公司在後；是被告等與原告合資創設某某紙業無限公司之時，已早同意原告之經營某某紙號；使不然者，何以甘心與原告共同創設？且又何以不禁止原告經營某某紙號？是顯見原告之經營某某紙號，是經被告等同意。既經同意在前，則公司法第四八條所規定，對於原告全不適用。既全不適用，則被告等三人此次所爲之決議，依法實爲無效，絕不能對原告有何主張。須知被告等三人之決議，係認原告違反公司法第四八條第一項規定，而原告之經營某某紙號，實早於與被告等合資創設某某紙業無限公司，完全得被告等同意，並無違反公司法第四八條第一項之可言；既無違反，則被告等三人對原告經營某某紙號之決議，於法實無根據，未能生效。(下略)

股東會召集程序與決議效力

〔事實〕甲公司因事召開股東臨時會。依公司法規定，應於開會十五日前通知，二十日前公告，而在通知及公告中，更應載明召集事由。但甲公司以事涉緊急，且以股東均在一地，而又不滿三十人，彼此朝夕相見，故並未公告，即發出通知，亦在開會之前二日，通告中亦未載明召集事由，蓋彼此在口頭上已早說明，似可不必拘泥於形式也。不意開會而後，突有乙股東者，以決議案中對彼有不甚便利之處，而又無法推翻，因藉口於召集程序之不當，否認此決議案為有效，而對於公司因決議案所應履行之義務，亦延不履行；如此相持，幾及半年而上。因是甲公司延請當地某名律師對乙撰狀起訴，以乙一再否認決議案，故狀中力述決議案為有效；蓋決議案果有效，一切自迎刃而解也。結果甲公司獲勝，確認公司決議案為有效。其狀如左：

（上略）公司股東會之決議案，一經成立，任何股東，均受其拘束，有服從之義務，決不能藉口於任何事故，而獨持異議，以妨礙公司事務之進行。原告於某月某日因某某事召開臨時股東會議，決議某案；此本公司之緊急措置，非此不足以應付當前環境，且不足以發展公司將來業務；故在股東方面，目下誠不免稍有虧損，而兩害相權，實非此不可。况當日開會時，各股東以事關緊急，全體出席，一再斟酌，一再商討，始忍痛為此決議，而被告亦曾出席，亦曾發言，最後付表決時，亦舉手贊成；是被告對於公司股東會之決議，實無反對之餘地。乃事隔數月，突然翻悔，而又無詞可假，因節外生枝，謂此次臨時股東會之召集，未合公司法第一八〇條第二項規定，既未於二十日前發出公告，又未於十五日前發出通知，而於通知內更未載明召集事由，實為違法之召集；召集既屬違法，則因而所決議之事理，亦當然隨而違

法，不能認爲有效。查被告此說，在不知者誠爲動聽，而一按究竟，則大謬不然。公告之發，乃對無記名股東者，而本公司則並無無記名股東；而通知之必須在十五日前召集，立法用意，乃在防止疏漏，而本公司股東總計不滿三十人，且又同居一地，朝夕相見；故在事實上實無必須十五日前發出通知之必要；且本公司召集開會之通知，雖僅在開會前二日發出，而開會之時，各股東無一缺席；是又可見通知時日之先後，在本公司實無問題，而在本案更無問題。被告何得於此而事後獨持異議，擬以一手推翻全體股東一致之決議案。且此果爲違法，被告何以當日又居然出席，且居然亦在決議之列？既出席矣，既在決議之列矣；乃於履行決議案時，突然翻悔，思以當日之召集開會爲違法；是誠矛盾之極，全無理由可言！然原告不妨再退下幾百步承認被告所言，悉屬正當，召集開會之程序，違反公司法第一八〇條規定，因之其所決議之決議案，亦爲違法之決議案；然被告既未依同法第一八三條規定，在開會後一個月內，聲請法院宣告其決議爲無效；則其所爲之決議，仍爲絕對有效者。既仍爲絕對有效，被告即應受其拘束，有履行之義務，決不能再以此爲藉口，而妄有所主張；蓋此決議案固未曾受法院無效之宣告也。（下略）

辛 商業登記法編

冒用商號

〔事實〕有甲者，素開設一糕糰鋪，取名萬大盛，因所製甚精，生意極佳，迄今已二十餘年。有乙者，本爲萬大盛夥友，因事被萬大盛所辭，懷恨於心，因鳩集資本，在甲之萬大盛相近處，亦開設一糕糰鋪，亦取名萬大盛，且用迅雷不及掩耳手段，急向當地縣政府登記，使甲無可置詞。登記而後，乙心猶未足，反以甲妨害其商號權利爲言，

依據商業登記法第二二條規定，對甲提起訴訟，要求停止使用，並請求損害賠償。甲大憤，特延當地某名律師代為撰狀答辯，力引商業登記法施行細則第三四條為證，將乙原訴痛駁。結果，甲獲勝訴，將乙之原訴駁回。其狀如左：

（上略）查被告之開設萬大盛糕糰鋪，已歷三十餘年，尙創始於民國二年，此不特為當地人士所共知，且有歷年帳冊可證，即在原告亦所深悉。原告初本在被告萬大盛糕糰鋪中執業，自民國三十一年六月入店，至民國三十五年年底因故辭歇，此固為當地人士所周知，而亦原告所不能否認者。乃原告因被被告將其辭歇故，懷恨於心，竟鳩集多人，即在被告本街上亦開設糕糰鋪一所，且亦同樣取名萬大盛，開設之期，為本年二月二十二日，較被告開設之時，相差三十三年。是萬大盛糕糰鋪之商號名稱，究竟為原告冒用被告，抑係被告冒用原告？被告之萬大盛糕糰鋪，較原告之萬大盛糕糰鋪，早開三十三年，被告不責原告冒用，乃原告反誣陷被告，謂有冒用原告商號之嫌，要求停止使用，並要求損害賠償；揆情度理，天下果有如此之事乎？在原告或尙詭謂自得，故敢貿然援引商業登記法第二二條規定，對被告妄肆其無理之請求，而不知商業登記法施行細則第三四條早有明文規定，對於被告，全不受商業登記法第二二條之限制。商業登記法施行細則第三四條規定：「他人登記前業經使用之商號，不受本法第二十一條，第二十二條之限制。」原告所開設萬大盛糕糰鋪之登記，迄今尙未滿一個月，即其開設至今，亦未滿一百日，而被告所開設萬大盛糕糰鋪，尙在民國二年，至今已歷三十五年之久，以事實言，實為原告冒用被告商號，為一種不正當之競爭，而以法律言，依上述商業登記法施行細則第三四條規定，亦全不在冒用之列，原告所訴，依法實無成立之餘地，所請停止使

用，所請損害賠償，全然不足一顧。（下略）

商號轉讓與承擔債務

〔事實〕甲開設宏文筆墨莊，已歷十餘年，後以無意經營，出讓於乙，除彼此出立推盤受盤據外，更登報聲明，凡在民國三十六年三月底前一切人欠欠人，由甲了理，而自四月一日起，則歸乙負責；此固商業上之通常習慣，而亦為盤店者所數見不鮮者也。不料未及一年，有丙者突然向乙起訴，謂宏文於三年前曾欠彼款項二百萬元，今乙既承受宏文營業，例應同時承受宏文債務，且援引民法第三〇五條。乙大駭，當延某名律師撰狀答辯，一面以商業登記法第二五條規定，力述無代甲償債義務，同時又將民法第三〇五條予以詳細之解釋，力駁甲所述之不當。結果，乙獲勝利，將丙之原訴駁回。其狀如左：

（上略）原訴所引民法第三〇五條，於本案全不適用，該條規定，乃為概括承受其資產及負債者，唯其資產及負債同時承受，故生承擔債務之效力，有代他人償債之義務，然亦必須向債權人通知或公告後，始有效力發生。今被告之受盤某某所開設之宏文筆墨莊，則固僅承受其營業，而未嘗承受其債務者，故於受盤之際，即曾登報公告，凡某某其手內所有一切人欠欠人，概歸某某料理，於被告無涉，必自三十六年四月一日由被告受盤之日起，始由被告負責；是某某主持時凡宏文筆墨莊所負之債務，全下涉於被告，在被告固無代償之義務，而在債權人之原告，亦無向債務人某某以外之被告有求償之權利。原告以民法第三〇五條為言，實為未明事實，且亦誤解法律；蓋被告未曾概括承受某某所主持宏文筆墨莊之債務，而亦未嘗通知或公告承擔宏文所負之債務也。被告既未曾概括承受，

且未有承擔債務之通知或公告，則原告何所根據，而可妄向被告追索？須知被告之受盤宏文筆墨莊，僅承受其營業，固未嘗承擔其債務，並不發生概括承受之義務，而亦絕無承擔債務之效力。試問：被告於受盤某某之宏文筆墨莊後，果否有概括承受之公告？更果否有承擔債務之通知？且相反有人欠人悉歸某某負責料理之廣告。是原告果憑何證據，憑何法律，而可妄向非債務人之被告行使其債權？不僅此也，依據商業登記法第二五條規定：「僅受讓他人之商號者，對讓與人於轉讓前用該商號所負之債務，不負轉讓契約所定以外之責任。」被告受讓某某所主持之宏文筆墨莊，契約上固訂明在某某期內，即自民國三十六年三月三十一日以前，宏文所有一切之人欠人，概歸某某料理，於被告無涉；而又登報公告，俾衆周知，則原告對宏文之債權，依法只可向某某行使，絕不能及於被告。姑無論原告所援引之民法第三〇五條，全爲曲解，絕對不能適用於被告；即舍此不談，而一按商業登記法第二五條規定，亦可悅然原告之所請求，絕不足以成立；從任何方面解釋，被告絕無承認之理由。（下略）

壬 票據法編

票據之性質

〔事實〕甲向乙購米五千擔，每擔十萬元，合計應五萬萬元，除先付一半外，餘二萬五千萬元，則出立支票一紙，期爲五月十五日；蓋乙在當日，亦未能將五千擔米悉數交付，僅交付三分之一，餘須至五月十四日付齊也。不意至五月十四日，乙竟不能將米悉數交付，於是十五日晨，甲即以乙不交付米爲理由，通知銀行止付。但乙收受甲支票後，又交付於丙，丙再交付於丁，丁屆期領款無着，即向甲交涉。甲不允，謂此項支票，乃交付於乙，向之購買

米者，米既無着，當然止付，民法第二六四條規定甚詳，「於他方當事人未爲對待給付前，得拒絕自己之給付。」至乙之付丙，丙之付丁，於甲無涉，丁只可向丙問責，丙再向乙問責，固不能越過丙與乙，而直接向甲追索。丁再四向甲詰責，甲始終如一，堅不承認，因是丁卽商諸某名律師，撰狀對甲提起訴訟，援引票據法第二條及第一〇條並第八二條規定，闡述票據之性質，將甲大肆攻擊，並力述甲援引民法第二六四條之不當。審理結果，丁獲勝訴，判決甲如數清償丁二萬五千元，更加付遲延利息，其狀如左：

（上略）支票，爲票據法上所定票據之一，而票據之在法律上，則爲無因流通有價證券；所謂流通，卽任何人可以轉輾流通，甲付於乙，乙付於丙，丙付於丁，丁付於戊，其間絕無限制所謂無因，卽不問其發票之原因何若，轉讓之原因何若，只須執票人之取得票據，非出於惡意或有重大過失，不問其原因何在，一體可取得票面上所載之權利。惟其然，故票據法第二條及第一〇條確切規定其意義，使票據之信用益彰，票據之效力益顯。其第二條規定：「在票據上簽名者，依票上所載文義負責。」其第一〇條規定：「票據債務人，不得以自己與發票人或執票人之前手間所存抗辯之事由，對抗執票人。」是卽可見苟一經簽名於票據之上，不問其發出票據之原因何在，卽須負責票面上所載文義之責，而對於執票人之前手間縱有何種抗辯事由，依法可以不爲給付者，亦不得對抗執票人，仍須負其票據上之責任。蓋必如此而後票據得以在市場上流通無阻，不至發生阻力，而執有票據者，苟其取得並非出於惡意或詐欺，亦可安心享有票據上所載之權利。本案係爭之票據，雖非由被告直接交付於原告，然被告既爲票據之發出人，於票據上簽名，依法卽負其責任；卽或與原告之前手間有何抗辯事由，亦不能以之對抗原告，而狡卸其履行票據上之義務。且此票雖

由某某付下，而發票人則爲被告，依票據法第八二條規定，當然有權可直接向被告行使其追索權，被告固不得藉口於任何原因，而向原告對抗，以不負其付款之責任。故被告之止付，實爲違法，原告有權可向之追索，而依民法第二三三條第一項規定，更有權向之請求給付遲延利息。乃原告一再向之要求，竟置之不理，妄以民法第二六四條爲言，以對抗原告。姑無論原告並無待付給付，被告不能以之爲對抗之理由，以爲不履行票據債務之藉口，即果有對待給付，而亦非票據上之對待給付，不能以之爲搪塞。蓋票據爲一種有價證券，與現款無二，根本並無對待給付可言，在未出此支票前，固可援用民法第二六四條，而一經將支票發出，即應履行其給付，無再有援用民法第二六四條之理由。故被告今日，只有履行其票據上之義務，絕無其他可言；被告以此爲言，實爲違法之尤，全然未明票據之性質。而况原告對於被告，根本無其他糾葛，只知享有此支票上之權利，不知其他。若果如被告所言，可以止付，則票據法第二條，第一〇條，第八二條，皆無所用，而票據亦不復成爲無因流通之有價證券，全然失其票據之性質。故原告對被告之請求，依法絕對成立，被告無絲毫狡辯之餘地。（下略）

惡意取得票據

〔事實〕甲與乙素善，甲因事向乙借款二千萬，乙未允，甲一再要求，改借支票一紙，以半個月爲期。時爲四月二十六日，支票期則爲五月十日，約定在五月九日前，甲必須將票款交付於乙，否則乙即可止付。但支票爲無因流通證券，一經發出，即負其責任，對於乙固可對抗，而對於乙以外之任何執票人，即無此權利；因與某名律師商酌，擬逃避此責任；蓋明知甲不甚可靠，屆期未必能如數付款，而此票拒絕不借，又未免有傷情誼；故不得不預設

一穩妥方法，對甲可維持友誼，而對任何人可不負票據上之責任。某名律師固工於心計，而又熟諳法律者，囑乙用擡頭支票，且書明禁止轉讓，所謂擡頭支票者，即於支票上載明受款人之姓名，非其人不能向銀行取款也；而禁止轉讓，更非受款人以外之第三人所得享有票據上權利，而發票人除對受款人外，亦不負何種票據上之義務。支票借出後，甲果到期杳然，乙亦依約止付，絕未損失。半月而後，乙忽接得法院傳票，係丙訴乙不履行票據上債務，蓋甲將支票借到後，即轉付於丙也。乙受訴後，立延某名律師撰狀答辯，依據票據法第一〇條及第一一條並第二七條等各規定，對丙大肆攻擊，否認負此義務。審理結果，乙果得勝訴，判決將丙之原訴駁回。其狀如左：

（上略）支票本為無因流通證券，故任何人執有票據者，即取得票據上之權利，而發票人一經將票發出，亦必須負票據上之義務，不得藉口於與執票人前手間所存抗辯之事由，以對付執票人。此固原告對被告攻擊之言詞，而亦認為唯一對被告請求清償之理由，在原告認為振振有詞者也。然依據票據法第一〇條但書規定及第一一條規定，則凡執票人以惡意、詐欺或重大過失取得票據者，不得享有票據上之權利，而發票人或其他票據債務人亦可與執票人前手間所存抗辯之事由，向之對抗。蓋非此無以保護票據債務人，而凡以惡意、詐欺或重大過失取得票據者，皆將可如願以償，以為所欲為矣。被告發出此支票，係專交付於某某某者，不僅於票面上載明受款人某某某之姓名，更載明禁止轉讓，依據票據法第二七條規定：「匯票依背書而轉讓，但發票人有禁止轉讓之記載者，不在此限。」而依同法第一三八條規定，此第二七條關於匯票之規定，亦同樣用於支票。是支票上苟有禁止轉讓之記載者，亦當然在不得轉讓之列，即或轉讓，受讓人亦不得享有票據上之權利，只可依尋常債之關係，向直接轉讓人問責，絕不能對發票人

或轉讓人之前手行使其票據上之權利。本案被告所發出之支票，係載明受款人姓名者，是除受款人以外，任何人不得享此票據上之權利。而又由被告於發出此支票時，在背面載明「禁止轉讓」字樣，是除受款人某某而外，更不許任何人執有此票據。被告之向銀行通知止付，係與受款人某某間發生事由，依法本可對抗者。原告雖為執票人，然其取得此票據，縱非出於惡意或詐欺，亦至少為重大過失。蓋票據上明明載明「禁止轉讓」字樣，依票據法第二七條及第一三八條規定，某某當然不得轉讓也。既為依法不許轉讓之票據，而原告竟不察究竟，不問真義，竟貿然將此票據受讓，姑無論其受讓之原因何在，是否含有惡意或詐欺，即盡如原訴所言，全然為善意受讓，而背面既由被告載有「禁止轉讓」字樣，原告當然非不識字者，又非不諳商情者，何以依然受讓，不予考慮？是至低限度，亦為一種重大過失。既為重大過失，依票據法第一一條規定，即不得享受票據上之權利。質言之，即無權可向被告行使其追索權。故本案依法可享有票據上之權利者，只為票據上載明受款人之某某，舍此皆無此權利。而被告對於某某，自有對抗之理由，且依法可以止付者，而非原告所可越俎過問。故被告對於原告之請求，絕無承認之餘地，而依法被告亦不應承認者。（下略）

第二節 從程序上駁詰者

甲 民事訴訟法編

不動產涉訟與管轄權

〔事實〕甲與乙土地毗連，發生爭執；然甲與乙之住所，均在子縣，而土地則在丑縣，子丑兩縣間，相差有三百餘里，且交通不便，往返需時，故發生爭執後，甲爲便利計，即在子縣對甲起訴。原告甲之土地，計有三十七畝，因甲久不同鄉，被乙侵佔約四畝之譜；但乙亦非無理由者，據謂此四畝之土地，一向爲乙所有，八年前因他事暫掛用甲之名義，並非眞爲甲之所有。甲對此，矢口否認，因即撰狀對乙起訴，請求確認此四畝土地爲甲之所有權。按狀而後，乙提出答辯，不從本案事實上攻擊，先從程序上否認子縣地方法院有本案管轄權；蓋以民事訴訟法第一〇條爲言，「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄。」本案爲經界糾葛，應專屬不動產所在地之丑縣法院管轄，子縣地方法院絕無管轄權。甲於此，進退維谷，陷於啼笑兩難；因商諸某名律師，撰狀對乙抨擊，否認本案爲經界糾葛。結果卒依甲訴主張，由子縣地方法院審判，乙之抗辯，全然失敗。其狀如左：

（上略）查經界糾葛，誠爲專屬管轄，除不動產所在地之法院外，絕無他法院可以管轄；此固明定於民事訴訟法第一〇條，而亦爲原告所明知，不待被告提出者。然本案並非經界糾葛，乃爲請求確認不動產所有權之訴；經界糾葛，乃指不動產經界之訴，即定不動產界線或設置界標之訴；凡此訴訟，依民事訴訟法第一〇條規定，當然爲專屬管轄。今本案則爲確認係爭田地四畝所有權之訴，完全與經界之訴異其性質；既與經界之訴異其性質，爲一種確認之訴，自與民事訴訟法第一〇條規定不涉，當然應依同法第一條規定，由被告住所地之法院管轄；被告之住所地在本案，則原告之向鈞院起訴，正合於民事訴訟法第一條之規定。被告自知對本案無從攻擊，無從狡辯，於是顧左右而言他，

橫生枝節，妄以確認土地所有權之訴爲經界之訴，竟否認鈞院有本案管轄權；窺其用意，是全是借此拖延訴訟時間，以爲他日延緩給付之計；蓋本案性質，不特非經界之訴，嚴格言之，亦非確認土地所有權之訴，更爲給付之訴；而給付之訴，更與民事訴訟法第一〇條規定渺不相涉，完全應依同法第一條規定，由被告住所地之法院管轄。故原告之向鈞院起訴，在法律上全無錯誤；鈞院對此，絕對有管轄權。（下略）

當事人地位與指定管轄

〔事實〕甲任子縣縣長，與乙因房屋糾葛，發生訴訟；甲投狀當地地方法院，對乙起訴。乙商諸當地某名律師，以甲既任縣長，與法院院長及推事等，平日常有往來，未免或有審判不公之處；因即依據民事訴訟法第二三條規定，向地方法院聲請指定管轄。結果，地方法院准如所請，請求高等法院將本案指定丑縣地方法院審理。其狀如左：

（上略）查本案原告，爲本縣縣長，雖與鈞院並非同一機關，然以公私各關係，與鈞院職員，不無周旋進接之處；在鈞院各職員縱執法如山，大公無私，而人言籍籍，難保不以小人之心度人；而况人爲富有感情之動物，既彼此朝夕相見，公私往還，更難保不先入爲主，有所偏頗。故本案在法律上言，鈞院當然可行使審判職權，而以事實上言，實多所窒礙，不能行使其審判權；况人言可畏，在鈞院亦不得不多所顧慮。爲此依據民事訴訟法第二三條規定，認鈞院在事實上不能行審判權之情勢，應聲請直接上級法院將本案指定其他法院管轄。（下略）

執行職務偏頗與推事迴避

〔事實〕甲與乙因繼承一案，起訴法院，法院指定推事丙審理，開庭兩次後，乙以推事丙事事對甲迴護，頗滋疑竇，四出探聽，始知丙與甲實有師生關係，乙自知勢力不敵，特商諸當地某名律師，因依據民事訴訟法第三三條第一項第二款所定理由，向法院聲請推事丙迴避。結果，竟達目的，由法院裁定，改派推事丁審理。其狀如左：

（上略）本案已開庭訊問二次，凡原告所陳述者，縱漏洞百出，前後矛盾，推事某某亦不予以駁斥，予以詰責，且或予以暗示，曲為迴護；而對於聲請人，則無處不吹毛求疵，尋癢索垢。聲請人於第一次開庭時，雖已駭異，尙不疑有他，以為審判者或抱先入為主之成見，故對於原告多方迴護，而對於被告多方責難；不意二次開庭，亦屬如此，且有變本加厲之勢。因此疑竇叢生，百感交集，多方探聽，始悉推事某某其實與原告有師生關係存在；蓋推事某某於民國某某年至某某年任某某大學校教授，而原告某某適在某某某大學肄業，彼此固極相熟識，一師一生也。既彼此有師生關係，故處處為之迴護，名為審判官，其在事實上無異一原告之辯護人。查民事訴訟法第三三條第一項規定：「遇有左列各款事項，當事人得聲請迴避；」而其第二款，即規定「推事有前條所定以外之情形，足認其執行職務有偏頗之處者，」所謂前條所定以外之情形，即指第三二條所列各款以外之情形；而所謂執行職務有偏頗之處者，即指在審判上有未能十分公正之處，使某方之當事人特別受到不利。本案原告某某，既為審判本案推事某某之高足弟子，素所熟識，則雖非民事訴訟法第三二條所列各款之情形，在應行迴避之列，然核以第三三條第一項第二款規定，當事人實可依法聲請推事迴避，以免執行職務偏頗，使受到意外之損害。但於此又有須聲明者：本案雖已開庭兩次，聲請人已就該訴訟有所聲明，有所陳述，核以同條第二項「當事人如已就該訴訟有所聲明或為陳述後，不得依

前項第二款聲請推事迴避」之規定，似乎聲請已遲，在不得聲請之列；然同項但書，又明白規定：「但迴避之原因發生在後或知悉在後者，不在此限；」聲請人之知悉推事某某與原告有師生之誼，實已在二次開庭以後，實以推事對於原告，儘量迴護，形於辭色，故不免疑竇叢生，四出探聽，多方追問，始悉彼此有師生關係；是對訴訟本案之有所聲明或為陳述在前，而知悉其為師生關係在後。既經知悉在後，則依第三三條第二項但書規定，聲請人此日之聲請推事迴避，實為法律所許可。（下略）

當事人能力

〔事實〕甲開設一店鋪，以資本不足，與乙合夥，時乙尚不足十八歲；二年後，甲乙間忽生爭執，發生涉訟。乙對甲起訴後，甲即延請某名律師撰狀答辯，嗣查悉原告乙尚未成年，名雖二十歲，而實足年齡，只有十八歲五個月。某名律師因即依據民事訴訟法第四五條規定，認乙尚無訴訟能力，不得為訴訟之當事人。結果，法院認為有理，由，依同法第二四九條第一項第三款規定，將原告所訴，以裁定駁回。其狀如左：

（上略）訴訟之要件，第一為當事人必須有訴訟能力，苟當事人依法無訴訟能力者，即無當事人能力，不得為訴訟行為；蓋依法不得為訴訟當事人也。民事訴訟法第四五條規定：「能獨立以法律行為負義務者，有訴訟能力。」所謂「能獨立以法律行為負義務」者，即依民法第一二條及第一三條第二項規定，或已滿二十歲，或雖未滿二十歲而已結婚；故凡未滿二十歲而又未曾結婚者，即為無行為能力人或限制行為能力人；此無行為能力人或限制行為能力人所為之法律行為，除法律允許者外，皆不得單獨為法律行為，而依民事訴訟法規定，亦即無訴訟能力。本案原告

名雖二十歲，似已成年，然以實足年齡計算，尚不足二十歲，只有十八歲五個月；此有戶口冊爲證，非可狡辯者。原告既尙未成年，而又未曾結婚，則依民法第一三條第一項規定，尙未成年，僅爲限制行爲能力人；既尙未成年，僅爲限制行爲能力人，則依民事訴訟法第四五條規定之反對解釋，即無訴訟能力；既無訴訟能力，即無當事人能力，不能居當事人之地位，妄向被告提起訴訟。故民事訴訟法又於第二四九條第一項第三款明白爲之規定，法院應以裁定駁回其訴。（下略）

當事人之適格與訴權

〔事實〕有甲者，富而無子，臨終，突以遺囑指定乙爲財產繼承人，承繼甲全部遺產。乃甲尙有一贅婿丙，對此心有不甘，起而對乙提起訴訟，否認甲遺囑爲有效，欲以贅婿身分，繼承甲之遺產。乙商諸某名律師，因即撰狀答辯，否認丙有訴權，蓋以丙之當事人爲不適格也。審理結果，法院認乙所言爲有理由，將丙之原訴予以駁回，乙占全勝；蓋認丙之當事人確非適格也。其狀詞如左：

（上略）當事人之適格，爲訴權存在要件之一，故不問爲原告或被告，苟就訴訟標的之法律關係無實施訴訟權者，其當事人即非適格，其訴權存在之要件，亦即不能認爲具備，其所訴內容不問如何，皆爲無理由。本案原告，爲被繼承人之贅婿，依民法繼承編規定，不在繼承人之列，蓋贅婿雖以其本姓冠以妻姓，雖以妻之住所爲其住所，然此純爲婚姻上之關係，與繼承無涉，猶之妻雖冠以夫姓，以夫之住所爲住所，而依繼承法規定，絕無繼承翁姑財產之權利。故備視繼承編各規定，贅婿絕無爲岳父母繼承人之權。蓋贅婿與非贅婿之區別，只爲婚姻上之關係，純爲夫妻間之關係，

其與岳父母間，全無差異，非贅壻固無繼承權，即贅壻亦同樣無繼承權。贅壻既依法並無繼承權，則對於本案被繼承人之遺產，依法即絕無法律上之關係，任憑被繼承人如何將其遺產處分，於原告純無關係，而在訴訟上，亦即絕無實施訴訟之權。原告既無實施訴訟之權，亦即無權可以起訴，其為訴訟當事人，即非適格；因之，其訴權存在之要件，亦不能認爲具備，而其所訴，亦即爲毫無理由。（下略）

訴訟之法定代理權

〔事實〕甲早喪父母，遺產甚富，由甲父之胞妹乙爲其監護人。數年而後，甲之外祖父丙忽發現乙有虐待甲情事，且將甲之財產，據爲乙有，任意揮霍；因用甲之代理人名義，對乙提起訴訟，請求撤銷乙對甲之監護權，且清算歷年來代甲管理之財產情形。乙受訴後，延請當地某名律師撰狀答辯，因即依據民法第一〇九四條，第一〇九八條及第一一〇六條各規定，否認丙有爲甲法定代理人之資格，未能代理甲爲訴訟行爲。法院據狀後，認乙理由極充分，即以裁定將丙之原訴駁回，謂丙無法定代理權可對乙起訴。其狀如左：

（上略）查民法第一〇九四條規定，未成年人須監護者，除由父母死亡時曾指定監護人而外，第一順序，爲與未成人同居之祖父母，次之爲家長；被告與原告之父，爲同胞兄弟，並未分居，尙屬共產，原告之父尙在，當然由原告之父爲家長，原告之父不在去世，當然一家中唯被告爲一家之長，既爲一家之長，而原告又無同居之祖父母，依法定順序，當然由被告以家長之身分，爲原告之監護人；既爲監護人，依同法第一〇九八條規定，亦當然爲原告之唯一法定代理人。本案起訴之原告，爲被告之受監護人某某，某某尙未成年，並無訴訟能力，則爲其訴訟行爲，應由被告爲其

法定代理人，絕無第二人可越俎代庖，以侵害被告之身分。即或如原訴所言，被告有虐待原告之事，有侵害原告權利之事，依同法第一一〇六條規定，亦只親屬會議，可有權將被告之監護人身分撤銷，而於撤銷後認爲有損害原告財產行爲，須向被告提起訴訟，請求賠償者，亦只有由新監護人爲原告之法定代理人。此非被告之故作是言，以圖拖延訴訟，民法上固明明規定如此，非任何人所得而動搖。今本案之原告，爲被告之受監護人某某某，而爲其法定代理人者，乃爲無權代理之某某某；某某某雖爲原告之外祖父，有血親關係，且爲直系血親，然依民事訴訟法第四七條規定，則固無權可以代理原告爲任何訴訟行爲。既依法無權可以代理，在民事訴訟法上，即爲法定代理權之欠缺。既其法定代理權有所欠缺，則本案訴訟，即無由成立，姑無論在事實上全屬空言攻擊，全非真相，即句句是實，無一虛構，亦以法定代理權之欠缺，根本不能成立，依法應予以駁回，根本無成立之可能。（下略）

本生父對出嗣子之法定代理權

〔事實〕甲死後，僅有一妻乙，以結婚未及二載，故未有子女，但遺產甚多；甲臨終時，曾指定其兄丙之子丁爲繼承人，時丁亦僅周歲，尙未離襁褓，故成服而後，即仍舊至本生父丙家中，除歲時伏臘一至乙處外，絕不一往。乙以寡居無聊，出外就學，所有甲之遺產，逐漸消耗，甚至將田地房屋，亦私自變賣。因是丙即以丁之名義，對乙起訴，而由丙爲其法定代理人，要求分割遺產，並請求假處分，凡甲所有遺產，在未經分割前，乙不許出賣。乙受訴後，延請某名律師撰狀答辯，因根據民事訴訟法第四七條規定，否認丙有爲丁法定代理人之資格。法院據狀後，認乙爲有理由，即依同法第二四九條第一項第五款規定，以裁定將丁之原訴駁回。其狀如左：

(上略)查本案之原告爲某某，然某某年只二齡，依法爲無行爲能力人，根本無訴訟能力；而某某既爲被告，故夫之指定繼承人，依民法第一〇七一條規定，亦卽爲被告之子，而依同法第一〇八六條規定，是被告實爲原告唯一之法定代理人。本案原訴上所列之法定代理人某某，雖爲原告之本生父，且至今仍由其撫養，然既爲被告之繼承人，被告實居母之地位，有母之身分，原告某某與其本生父某某，在法律上實已失去父子關係；蓋爲人後者，例以被繼承人爲其父母，而與所生者反較疏也。故民法第一〇七一條爲之明白規定：「依第一一四三條之規定指定繼承人者，其繼承人與被繼承人之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同。」是卽可見爲人後者，應以所後之親爲親。夫既如是，則原告某某之法定代理人，實爲被告，而非其本生父某某所得越俎代庖，以侵害被告之法定代理權。某某既依民法規定，不得爲原告之法定代理人，則依民事訴訟法第四七條規定，亦卽不得爲本案之訴訟代理人。以無訴訟代理權之人而妄爲訴訟代理人，依民事訴訟法第二四九條第一項第五款規定，應予駁回其訴；蓋其訴訟代理權有欠缺，無從進行訴訟也。至原告之仍由其本生父撫養，乃爲被告之所委託，因被告出外求學，既不能兩地照顧，而又不便挈之而去，故從權暫委託其本生父照料；要不能遽以此爲藉口，而竟取得法定代理權，以剝奪被告對原告某某之應有權利。故本案原訴，實不合法，被告絕無應訴之義務。(下略)

無訴訟能力人暫爲訴訟行爲之效力

〔事實〕甲因其兄乙侵害其繼承權，對乙提起訴訟，但甲尙未成年，依法並無訴訟能力，而甲之法定代理人，亦卽爲乙，因之又無從有法定代理人。當甲起訴之時，卽聲明此點，因之卽請求依民事訴訟法第四九條規定，許

其暫爲訴訟行爲。法院准許其請，立即定期審理，結果判決甲勝訴，由乙交出被繼承人丙遺產之半數，並負擔本案訴訟費用。乙不服，商諸當地某名律師，因即提起上訴，對甲之暫爲訴訟行爲，竭力抨擊，將民事訴訟法第四九條規定，層層解釋，並引證同法第二〇九條第一項第四款，力駁原審判決之違法。上訴結果，乙果獲勝訴，將原判決廢棄，蓋認甲無訴訟能力，於當事人之適格有所欠缺，其所爲之訴訟行爲，在民事訴訟法上，實難認爲有效也。其狀如左：

（上略）本案被上訴人，年尚十八，依法爲未成年人，實無訴訟能力；既無訴訟能力，則其於訴訟當事人之資格，實未適合，其所爲之訴訟行爲，依法絕對不能生效。蓋當事人之訴訟能力既有所欠缺，則其訴權存在之要件，亦即不能認爲具備，其訴訟即根本無由成立；而因之一切訴訟行爲，亦皆不能生效；蓋當事人之訴訟能力，實爲訴權存在之一個要件也。乃原判既明明承認本案被上訴人之訴訟能力，有所欠缺，依法不能進行訴訟行爲，乃竟誤解民事訴訟法第四九條規定，許其暫爲訴訟行爲，而又不命其補正欠缺，逕爲實體上之審判；是實違反民事訴訟法第二四九條第一項第四款之規定。在原審法院，固亦明知被上訴人之訴訟能力有所欠缺，然竟根據民事訴訟法第四九條之規定，認爲法院有職權可命其暫爲訴訟行爲，進行實體上之審判；而不知民事訴訟法第四九條之規定，固不如是其用意也。該條規定：「法院於能力、法定代理權或爲訴訟所必要之允許，認爲有欠缺而可以補正者，應定期間命其補正，如恐久延致當事人受損害時，得許其暫爲訴訟行爲。」是其要件：第一必須其欠缺可以補正，且已依法命其補正者；第二其訴訟行爲，爲暫時之訴訟行爲，必須依法將欠缺補正後，始爲有效，若欠缺不爲補正，即失其暫之意義，其暫爲之訴

訟行爲，即屬無效，不能遽爲實體上之審判。此非上訴人之故作此言，依據條文規定，當然如是也。本案被上訴人之提起訴訟，明明訴訟能力有所欠缺，且並無法定代理人可爲之代理，是依法實無從補正者，即或命其補正，亦根本無法補正者；蓋上訴人既爲其法定代理人，非經親屬會議依法將上訴人之監護人身分撤退另選新監護人後，實無第二人可爲其法定代理人也。既欠缺無從補正，即不能命其補正；既不能命其補正，則民事訴訟法第四九條所規定「認爲有欠缺而可以補正」者，即無由發生，而因之所謂「得許其暫爲訴訟行爲」者，亦即無由成立。且即法院或認爲可以補正，亦應依法定期間命其補正；自始至終，原審法院迄無令其補正，遽進行實體上之審判，一時許其暫爲訴訟行爲後，竟杳無下文，遽認其起訴爲合法，進而爲本案實體上之判決；是實爲違法之判決，無論判決之內容如何，在程序實皆爲不合法者，未能使上訴人甘服。要之，依民事訴訟法第四九條規定，許無訴訟能力人暫爲訴訟行爲者，必須於其訴訟能力之欠缺，可以補正，且已命其補正，若根本不能補正，或雖可補正而未命其補正；即無從許其暫爲訴訟行爲；即或法院誤解法律上之規定，許其暫爲訴訟行爲，依法亦屬無效。故上訴人對於原審法院之判決，不能不認爲違法之判決，在上級法院應予以廢棄者。（下略）

聲請選任特別代理人

〔事實〕甲早喪父母，由其胞叔乙撫養，甲所承受之遺產甚多，亦交由乙管理。但乙對甲，不甚慈愛，且將甲財產，任意揮霍，依據實際情狀，甲財產上之收入，除供甲衣食住行及教育外，尚有半數可盈餘，然乙不僅一無盈餘，且反託言不足，濫以甲之財產，向人抵押，而對之衣食住行，又極吝嗇。因是，甲之母舅丙大爲不服，屢次召集親屬

會議，出而干涉。但親屬均偏護乙者，明知丙所持之理由甚正，而礙於情面，每託故不肯出席，以故連召集三次，三次均無人出席，而因之乙更無忌憚，竟欲將甲之財產出賣。丙以事情急迫，非即設法，不易挽救，即商請當地某名律師，一面用甲之名義，對乙起訴，同時丙即以民事訴訟法第五一條第二項為言，向法院聲請選任特別代理人，為之代理訴訟。結果，法院准如所請，選任丁為甲之特別代理人，對乙為訴訟行為。其狀如左：

（上略）本案原告某某某，年尚幼小，並未成年，一切由被告某某某以胞叔父之身分，為之監護。乃數年而還，被告對於原告，雖不至若何虐待，然亦絕少慈愛，衣食住行，均未盡相當之注意；不僅如此，原告握有遺產甚衆，其每年孳息收入，約計有某某元，以之供原告衣食住行及教育等等費用，不特無虞不足，且更有二分之一可以贏餘。蓋總計原告每年一切用度，至多不過某某元，兩兩相抵，足可贏餘某某元。乃數年而還，被告既於受任監護時，並未依照民法第一〇九九條規定，開具財產清冊，而於受任為監護人後，更未依照同法第一一〇三條規定，將受監護人之財產狀況向親屬會議報告；甚且託言所入不敷所出，頻頻將原告之財產妄為抵押，抑且變本加厲，竟四出將原告之財產兜售。聲請人為本案原告之母舅，依民法規定，實為三親等之旁系血親，依親等計算，與被告相同，不過一為父子，一為母子；聲請人視此情狀，義難坐視，曾依民法第一一三一條規定，召開親屬會議，擬依民法第一一〇六條規定，將被告之監護人撤退，另選監護人；乃各親屬徂於情面，竟託故不至，蓋所應出席者，皆為被告之兄或弟，與被告較親，與聲請人較疎，故三次均未召開。現被告竟將原告之財產公然出售，使不再為阻止，確認其所為之行爲無效，則不出數年，甲之財產，將一無所存，其結果有不堪設想者。且與其事後挽救，焦頭爛額，還不如事前防止，為曲突徙薪之謀。但原告尚無

訴訟能力，而其法定代理人，又適為被告，不能行使其代理權。因是，聲請人以親屬之身分，依據民事訴訟法第一條第二項規定，聲請鈞院為本案原告某某選任特別代理人，為本案訴訟行為。否則在原告既欠缺訴訟能力，而其法定代理人又即為本案被告，不能行使本案之代理權；而依法又不能由第三人出而為之代理，勢必一任被告為所欲為，將本案原告財產侵害，致遭不堪設想之結局。民事訴訟法第五一條聲請特別代理人之規定，蓋亦為此而設，具見立法者用意周到。（下略）

共同訴訟

〔事實〕甲有房屋一所，因全家服官出外，無人管理，託乙代為經租，不意三年後，乙見甲不返，竟利令智昏，私賣於丙，而丙即舊日向甲租住此房屋內者。甲得悉後，即對乙提起訴訟，請求確認乙與丙之買賣房屋行為無效。乙受訴後，明知訴訟必敗，因商諸當地某名律師，設法答辯，以冀稍緩時日，託人出而和解，免得訟則終凶，一敗塗地。某名律師因依據民事訴訟法第五三條及第五六條共同訴訟之規定，認原告僅對乙一人起訴，不列同一行為同一利害關係之丙為共同被告，實與法相悖，為欠缺當事人之資格；並將共同訴訟之種類及其意義，詳為闡述，否認甲所訴為合法。結果，法院果將甲原訴駁回，謂為當事人之資格有所欠缺，未能成立；蓋乙之辯訴，完全佔優勝也。其狀詞如左：

（上略）細閱原告訴狀，乃為請求確認被告與某某某之買賣房屋行為無效者。其所陳事實如何；其所述理由如何，姑不共論；然既請確認被告與某某某之買賣房屋行為無效，則依民事訴訟法第五三條規定，應為共同訴訟；蓋

被告與某某所爲之買賣房屋行爲，非爲被告之單獨行爲，而爲被告與某某之雙方行爲；且在本案中，被告與某某實爲同一行爲，同一利害關係，勝則俱勝，敗則俱敗，不特合於民事訴訟法第一條規定，被告與某某應一同被訴，而依同法第五三條規定，且爲必須合一確定者。共同訴訟，本有固有必要共同訴訟及類似必要共同訴訟二者；前者依法律之規定，必須數人一同起訴或一同被訴，而後當事人之適格，始無欠缺，倘有一人遺漏，未一同起訴或一同被訴，即屬當事人之適格有欠缺，其訴訟不能成立；後者依法律規定，共同訴訟人，各有獨立實施訴訟之權能，不必數人一同起訴或一同被訴，不過其中一人起訴或一人被訴，所受本案之判決，其效力亦及於其他未曾起訴或未曾被訴之人。以故在類似必要共同訴訟中，固不妨由共同訴訟人中之一人單獨起訴或單獨被訴，而在固有必要共同訴訟中，必須共同訴訟之數人一同起訴或一同被訴，否則即爲當事人適格有欠缺。本案原告之訴，既爲請求確認被告與某某買賣房屋行爲無效，則依法規定，實爲固有必要共同訴訟，非將被告與某某一同被訴，即欠缺當事人之適格，依民事訴訟法規定，絕對不能認爲合法。蓋買賣行爲，爲被告與某某之雙方行爲，行爲當事人，不僅爲被告一人，既兩人均爲行爲當事人，而所訴又爲確認行爲無效，則依法規定，必須一同被訴；今既僅對被告起訴，而不及某某，顯見當事人之適格有欠缺，本案訴訟，絕對不能成立。（下略）

告知參加訴訟

〔事實〕甲向乙租得房屋一幢，月付租金十萬元，已有多時，乃忽有丙者，出而向甲收回房屋，謂此屋係丙之所有，而非乙所得出租。甲當然不服，遂致訟爭。甲雖一再向乙通知，而乙終不一覆。甲因商諸某名律師，共同商討，

某名律師因即根據民事訴訟法第六五條規定，聲請法院對乙告知參加訴訟，以便乙參加後，可以得到一個水落石出，且日後免得再受乙之糾葛；蓋甲之租屋據，固明明在乙手中，乙他日又可向甲責難也，聲請狀投入後，法院果准如所請，對乙告知參加，其狀如左：

（上略）本案係爭之標的物，由聲請人於民國某某年某月某某日向某某租賃者，數年以來，按月由某某來收取房租，且曾立有租契。今既突遭原告起訴，否認此屋爲出租人某某所有，迫令聲請人遷移，且索取歷年來房租；是聲請人而果不幸訴訟失敗，此房屋將爲原告所有，即或仍得居住，亦勢必更易租賃契約，將今後房租交付於原告；是某某在法律上，實有重大之利害關係。今本案已審問二次，聲請人用本民事訴訟法第六五條規定，並依同法第六六條，聲請將本案告知與有本案重大利害關係之某某，速即參加訴訟，以便水落石出，不至真相不明，後日重起糾葛。（下略）

訴訟費用之擔保

〔事實〕甲向乙轉租房屋一所，已有五年，此屋本爲乙向丙租賃者，後乙以經商折閱，將此屋轉租於甲，並會取得頂屋費甚巨；但此種事件，例爲屋主所反對，因此對於屋主，未曾更換租約，仍用乙之名義。自是而後，乙即全家遷出，信息杳然。不意最近乙忽回來，向甲索回房屋，交涉之下，竟至涉訟。甲受訴後，即往商當地某名律師，以此事在事實上，甲固居不敗之地，而在法律上，則租戶既未更換租約，更換戶名，此屋當然仍爲乙之租賃人，而甲與乙間，又未有若何契約，殊難操必勝之權。且乙來無蹤，去無跡，即使甲獲到勝訴，而乙又一走了事，一切損失，無從

追償。因之，某名律師即從民事訴訟法上入手，依據第九六條第一項規定，先請乙提供訴訟費用擔保。結果，法院准如所請，命乙提供訴訟費用擔保五萬萬元，乙以無款可籌，未能如期提出，因即由法院依民事訴訟法第一〇一條規定，將乙之原訴駁回，甲大獲全勝。其狀如左：

（上略）本案純為被聲請人之無理取鬧，其所租之房屋，即現日聲請人所居之房屋，早於六年而前，即中華民國某年某月轉租於聲請人，且取得聲請人頂費國幣某某元。至今事隔二年，凡左右鄰居，均可作證。且被聲請人為一行縱無定之人，從前因經營商業，虧折疊疊，故不得已將其所租房屋出頂於聲請人，挈全家遠走高飛，一去六年，存亡莫卜；今日突然回來，又無一定之住址，而其家人，亦不知其何在，其在訴狀上雖填有地址，然亦為臨時寄寓之地，既非住所，又非事務所或營業所，隨時可以搬移。訴訟結果，被聲請人宣告敗訴，又將一走了之，無從責問，聲請人如因此而向之請求損害賠償，以免無故耗去一切訴訟費用，其勢又將不可能。查民事訴訟法第九六條第一項規定：「原告於中華民國無住所，事務所及營業所者，法院應依被告聲請，以裁定命原告供訴訟費用之擔保。」今被聲請人雖為中華民國人民，但行蹤無定，且亦無由知其底蘊，既無確切不易之住所，又無事務所或營業所，來此無理取鬧，訴訟而勝，固然得利，訴訟而敗，又蹈從前故轍，一去無蹤，聲請人不得不思患預防，依民事訴訟法規定，請求命令被聲請人提出相當之擔保，以供被聲請人敗訴後賠償聲請人訴訟費用之損害。（下略）

送達之效力

〔事實〕甲乙二人共同對丙起訴，要求遷讓房屋，損害賠償。結果，法院判決將原告之訴駁回，訴訟費用，由原

告負擔；此判決書之送達，理應分別送於甲乙二人，乃僅送甲一人收受，未曾送達於乙，其實甲收受後，固轉送於乙，且與乙共同商議挽救方法，以謀上訴也。不意在此期內，甲忽喪父，急於治喪，對於訴訟，當然不遑治理，及過終七，喪事辦竣，而上訴之期早過，欲上訴而亦無從矣。後商諸某名律師，以乙始終未受到判決書合法之送達，依法以未送達論，既未送達，儘可以此為理由，請予回復原狀，而一經回復原狀，自可於上訴中求得救濟；蓋法院之判決書，雖曾送達於甲，而對乙依法無送達之效力，乙儘可起而抗辯，否認其送達也。因是即投狀地方法院，聲請回復原狀，並聲明上訴，提出上訴狀。法院視狀大駭，而一查卷宗，果未有乙之送達證書，既未便駁詰，只得准如所請，依民事訴訟法第一六四條至第一六六條規定，准予回復原狀，送請上級法院裁判。其狀如左：

（上略）聲請人與某某共同對被聲請人某某起訴遷移房屋及賠償損害一案，已於某月某某日宣示判決在案。乃遲至今日，已逾兩月，尙未奉到送達，致本案延擱至今，無從進行。聲請人對鈞院所宣示之判決，心有未甘，早早準備上訴，但既未接到判決書，一時莫明其理由之何在，故遲遲至今，未能上訴，其過失不在於己。然查民事訴訟法第二二八條及第二二九條規定，法院應於宣示判決之日起，在五日以內以判決原本交付書記官，而書記官於接受判決原本之日起，於十日內送達當事人；今距宣示判決之日，已有兩月，何以鈞院書記官尙未將判決正本送達於聲請人？聲請人既為本案共同訴訟人，列入當事人之一，何以不為送達？民事訴訟法第一三六條明為規定，應送達於應受送達人，故凡應受送達人有數人時，應分別對數人送達，不能僅以文書一通交付於其中之一人。本案之應受送達人，一為聲請人，一為與聲請人共同起訴之某某某，一為被聲請人；而依法其判決正本之送達，亦應分別送達於三人，決不能

僅送達於二人，而使一人不受合法之送達。上訴人猶疑莫釋，因委任律師某某前來閱卷，始悉鈞院已早送達於被聲請人及與聲請人共同起訴之某某某，使果若是，則被聲請人及與聲請人共同起訴之某某某，固已受到合法之送達，而在聲請人，卻並未受到合法之送達；既未受到合法之送達，則聲請人之未即上訴，致遲誤不變期間，其過失全在鈞院，而不在于聲請人，依民事訴訟法第一六四條規定，應可聲請回復原狀，提起上訴。現聲請人對於本案之上訴，已提出書狀，用是聲請回復原狀，俾便進行；否則多延一日，即多受一日之拖延，而亦多受一日之有形無形損失；在聲請人固不便冒稱已受到合法之送達，而在鈞院亦不能以未經合法送達者強認為業已送達。姑無論聲請人並未遷居，自有應送達之處所，即已經失蹤，一時無從送達，亦應依民事訴訟法第一三八條規定為補充送達；乃既未曾有此，僅送達於共同訴訟人及被聲請人，置聲請人於不理，聲請人實未能認為已有合法之送達，而自拋棄民事訴訟法上所賦予當事人之一切權利。要之，本案判決正本之未向聲請人為合法之送達，其原因如何，聲請人概不之知，亦不必知，但聲請人始終未受到合法之送達，則為事實；既未受到合法之送達，當然有權得聲請回復原狀，提起上訴。至知悉已有送達之日期，則為某月某日某某律師之調閱卷宗，至今尚未過十日。（下略）

補充送達

〔事實〕甲起訴乙不理欠款，開庭一過後，乙忽由子衙遷移至丑衙，因即向法院聲明變更送達處所；乃法院二次開庭之傳示，仍送至子衙，且以乙本人不在，依民事訴訟法第一三八條規定，為補充送達。然而乙既遷居，當然不知此事，未能如期到庭辯論；一次如此，二次又如是，法院亦不問情由，遽依民事訴訟法第三八五條規定，認

爲再傳仍不到場，遽依職權由一造辯論而爲判決乙大駭，委任某名律師，撰狀提起上訴。某名律師調閱卷宗後，即依據民事訴訟法送達之規定，對原法院大肆抨擊，且力述民事訴訟法第一三八條規定之意義。結果，上訴法院以原法院違背程序，依同法第四四八條第一項規定，判決將原判決廢棄，發回原法院重行審判。其狀詞如左：

（上略）本案原審判決之內容是否合法，姑不具論，即以程序言，已極違法，全然不能成立。上訴人原住某某街第某號，於某月某日，遷移至某某街第某號居住，曾於某月某日第一次開庭辯論時，即當場向審判長陳述，聲明變更住所，且由書記書當場載明筆錄在案。夫既變更住所，則以後傳票之送達，應送達於新住所，始爲合法；蓋唯新住所乃爲民事訴訟法上規定應爲送達之處所也。乃原審法院竟未注意及此，仍以傳票送達於舊處所，且以上訴人不在，竟依民事訴訟法第一三八條規定，爲補充之送達，而受其補充送達之自治機關亦未曾轉行對上訴人通知，後兩次開庭，上訴人均未知悉，均未到場；而原審法院亦不明白調查，遽依民事訴訟法第三八五條規定，依職權由一造辯論而爲判決。不知第三八五條所謂當事人不到場者，乃指當事人受合法之傳喚而不到場而言，若並未受到合法之傳喚，則根本無從到場；既根本無從到場，何得遽認爲不到場而爲判決？傳票之送達，依民事訴訟法規定，必須送達於應受送達之人，必應受送到之人不在或拒絕收領而又無法律上理由，則以送達文書置於送達處所；而所謂送達處所者，即依法應受送達之處所。上訴人既於第一次開庭之日，面陳應受送達處所，且由書記官記明於筆錄，則上訴人從前之原住所，已爲他人之住所，亦即非再爲應受送達之處所；既非應受送達之處所，則原審法院何得再向此處送達？更何得再依民事訴訟法第一三八條規定而向非應受送達之處所爲補充送達？民事訴訟法第一三八條，固明明規

定「送達地，今應受送達人」既非送達地及應受送達人，則對之爲送達，即不得認爲已有合法之送達，亦即未有合法之傳喚；既未曾有合法之傳喚，則根本上訴人無從逾期到場；而民事訴訟法第三八五條之規定，即無從適用。是原審法院之判決，實於訴訟程序上有重大之瑕疵，根本不能生效。（下略）

公示送達

〔事實〕甲對乙提起民事訴訟，甲在子縣，乙在丑縣；甲利用乙之遠在丑縣，託爲乙之住所不明，聲請對乙爲公示送達。原來甲、乙本同住居於子縣，彼此往來甚密，曾訂有婚約，後乙因事遷移丑縣，而甲又別有所眷，擬與乙解除婚約，另與他人訂婚，但無從藉口，因乘乙遠在丑縣故，即以乙行蹤莫卜爲言，與丙結婚，又恐事後乙對之起訴，因先發制人，竟向法院提起訴訟，請求損害賠償，又知事屬虛偽，不能得直，更請法院對乙公示送達，以便由一造辯論而爲判決，可以一無顧忌。最後甲果如願以償，乙遠在丑縣，全未知悉，法院由一造辯論而爲判決，由乙對甲賠償國幣某某元。不意事隔半年後，乙轉輾得悉其事，大憤，急請某名律師，以甲明知乙之住址而指爲所在不明，妄請公示送達，依民事訴訟法第四九二條第一項第四款，對甲提起再審之訴，且同時否認解除婚約，反訴甲訂婚後另與他人結婚，且請求損害賠償。法院審理結果，全案推翻，一切如乙所請，判決將原審判決廢棄，判甲賠償乙損害某某元。其狀如左：

（上略）查公示送達，依民事訴訟法第一四九條規定，其條例有三，而其第一款，則爲應爲送達之處所不明，此即被聲請人妄稱聲請人行蹤不明，存亡莫卜，對鈞院聲請爲公示送達者。聲請人向住某某縣某某街第某某號，不特爲被

聲請人所明知，且時時通信，即在起訴後聲請公示送達之時，亦尙彼此有信相通；是所謂「應爲送達之處所不明」者，全非事實，而被聲請人以之爲公示送達之聲請，實爲重大違法。蓋被聲請人明知一提及聲請人有確實之住所，不特未能爲所欲爲，而訂婚後無故與他人結婚，更違反民法第九七六條第一項第一款之規定，應受民事上相當之制裁；故出此狡計，一面既可掩飾其破壞婚約之過，而同時又可藉此以爲異日對付聲請人之藉口。被聲請人明知聲請人遠在某某縣，與此地交通少便，消息難通，而聲請人又無親友在此，故爲此匪夷所思，竟誣稱聲請人行蹤無定，一面藉此解除婚約，另與他人結婚，而同時又對聲請人爲損害賠償之請求，更聲請對聲請人公示送達，俾便爲所欲爲。蓋名雖公示送達，實際等於不送達；聲請人係一弱女子，僻處數百里外，既無人通知，又無人傳說，則雖日日爲公示送達，牌示處粘貼滿壁，聲請人亦無從而知；故公示送達，即等於不送達。猶幸天網恢恢，最近適有某某來此訪友，無意中發現是事，急歸告知，始恍然一切；然猶恐傳言或不盡真實，或者同一姓名，故卽來此急向鈞院書記處閱卷，因得備悉顛末。此案雖經判決確定，然依民事訴訟法第四九二條第一項第四款規定：「當事人知他造之住居所，指爲所在不明而與涉訟者，」實爲聲請再審之一；今被聲請人明知聲請人之住居所，而捏詞妄稱聲請人所在不明，既以此爲起訴之理由，又以此爲公示送達，使遠居異地之聲請人根本莫由知悉其事，致遭不利之判決，依法規定，實有聲請再審之理由。用是依據同法第四九五條及第四九六條各規定，聲請再審，並依民法第九六七條第九七六條第一款及第九七七條至第九七九條規定，請求被聲請人賠償聲請人所受之財產上損害及非財產上損害國幣某某元。（下略）

訴訟進行中當事人死亡之效果

〔事實〕甲對乙起訴，否認乙爲甲父丙之養子；蓋據甲陳述，乙早年雖曾由甲父所收養，而不多日後，即被丙驅逐，且登報聲明與乙斷絕養父養子關係；而乙則堅決否認已終止收養，蓋以片面登報聲明爲不足據，違反民法第一〇八〇條第二次之強制規定，依民法第七一條規定，應爲無效。雙方正在訴訟中，而乙突然死亡，卽由乙之妻丁依據民事訴訟法第一六八條及第一七五條至第一七六條各規定，向法院聲明承受訴訟。本案訴訟標的，依嚴格言，乙之理由，實爲正當；蓋終止收養，實爲要式行爲，非有書面，不能成立；故甲之所訴，實少充分理由。然甲商諸當地某名律師後，認丁之承受訴訟，在程序上實有重大瑕疵，依法不能成立；因卽投狀法院，否認丁有承受訴訟權。法院受狀後，果認甲之聲請爲正當，依民事訴訟法第一七七條第二項規定，將丁之聲請承受訴訟以裁定駁回。其狀如左：

（上略）查民事訴訟法第一六八條所規定之「當事人死亡者，訴訟程序，在有繼承人遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人承受其訴訟以前中斷」者，乃指其爲訴訟標的之法律關係，依法得由其繼承人繼承者而言，法律爲便宜計，故爲此訴訟程序中斷之規定，使其繼承人承受訴訟，以免另行開始訴訟，而將已行之訴訟程序作廢；並非任何訴訟，當事人死亡後，可由其繼承人承受也。故繼承人之能否承受訴訟，全以其爲訴訟標的之法律關係是否得由繼承人繼承以爲斷。本案之訴訟標的，爲確認身分，而身分依法爲專屬於本身之權利義務，依民法第一一四八條，但書之規定，當然在不得繼承之列；既依法不在繼承之列，爲專屬於本人之權利義務，則當事人而在訴訟進行中死

亡者其訴訟即當然終結，不許其繼承人承受。即或其繼承人亦與有利害關係，而其關係又必基於此死亡之當事人身分，然亦爲別一法律關係，只可另求法律上之救濟，不得以之而承受本案之訴訟。（下略）

事件之點呼與遲誤日期

【事實】甲訴乙不履行給付，定期傳審後，甲因事未會到場，而乙適亦未到，於是法院即依據民事訴訟法第一九一條規定，視爲休止訴訟。甲以事情急迫，不能守候，乃即續行訴訟，請求定期審判；法院又依據民事訴訟法第一九〇條規定，以裁定駁回。甲不得已謀諸當地某名律師，希圖挽救。某名律師一閱卷宗，乃知當日並未開庭，蓋當開庭之時，執達員亦往報告，謂原被告兩造均未到場，因即休止訴訟；於是根據民事訴訟法第一五八條規定，提起抗告，認爲違法；蓋既未點呼，即尙未有開庭程序，而既未開庭，即無從發生當事人到場問題，亦即不能依據民事訴訟法第一九一條規定，而認爲休止訴訟。抗告提出後，上級法院認爲有理由，將原裁定廢棄，准予續行訴訟，竟如願以償。其狀如左：

（上略）鈞院依民事訴訟法第一九〇條第一項規定，以休止訴訟後，在一個月內不得續行訴訟，因將抗告人之聲請續行開庭，以裁定駁回。查休止訴訟，依法規定，非當事人自行陳明，即爲當事人兩造遲誤言詞辯論期日，非此不得休止訴訟；本案之休止訴訟，在當事人固絕對未曾爲此聲明，而亦未曾遲誤言詞辯論期日；然則所謂休止訴訟者，竟根據何種法律？在鈞院固自謂依據民事訴訟法第一九一條規定，認當事人兩造遲誤言詞辯論期日；然所謂遲誤言詞辯論日期，係指同法第一五八條事件經點呼後兩造當事人均未到場而言；本案之開庭，始終未經點呼，既未經點

呼，即尚未開庭，民事訴訟法第一五八條明明規定：「期日，以該事件之點呼爲始；」是必須經點呼程序後，始爲期日之開始，未經點呼，即未曾開始。本案雖定某月某日上午某時開庭，然調閱卷宗，是日是時，並無點呼程序，依據執達員報告兩造當事人均未到庭，即於點名簿上註未到字樣，作爲當事人兩造均遲誤言詞辯論日期，既無筆錄，又未經審判長及書記官簽名，依法當然不能謂爲開庭；既未開庭，則所謂遲誤者，何所根據？而既無遲誤，則所謂休止訴訟者，又果依據何法何條？既未休止訴訟，則所謂不得續行訴訟者，又何法何條可以根據？故在民事訴訟上，全不能認鈞院之裁定爲有堅強之理由！（下略）

當事人未提出之事實不得斟酌

〔事實〕甲起訴乙不履行契約，請求損害賠償二十萬元，其提出之證據，則爲契約三紙；然在言詞辯論中，甲忽始終只對契約一紙爭執，對其他二紙，絕口不提，然結果竟判甲勝訴。乙固不服，然在實體上又不易攻擊，因商諸某名律師，從程序上對原法院大肆抨擊，根據民事訴訟法第一九三條第一項及第二二一條第一項，提起上訴，力述原審法院之判決爲不合法。結果，將原判決廢棄，由高等法院另爲判決。其狀如左：

（上略）法院之判決，依民事訴訟法規定，必根據於當事人之言詞辯論，故凡當事人在言詞辯論中所未經提出者，法院不得斟酌，採爲判決之資料。民事訴訟法第一九三條第一項規定：「當事人應就訴訟關係爲事實上及法律上之陳述；」本案意義，一面是在訓示當事人應就事實及法律關係儘量陳述，而同時又所以限制法院之斟酌事實；故任何事實，苟當事人未及在言詞辯論中提出者，除民事訴訟法另有規定外，法院概不得斟酌之；即或在訴狀中曾經

提及，而在言詞辯論中始終未爲提出者，法院亦不得而斟酌之，以爲判決之資料。本案被上訴人在起訴狀中，雖曾提出契約三紙，然自是而後，屢開辯論，被上訴人所斤斤爭執者，只限於某某一契約，而對於其他所提出之某某及某某兩契約，始終未爲陳述，亦未經辯論，而對於此兩契約取得之基礎事實，尤根本無一語道及；是依法絕對不許法院斟酌，採爲判決之資料。乃原法院竟罔顧民事訴訟上各規定，以此爲根據，判決上訴人敗訴。是在程序上實有極顯著之瑕疵，不能認爲適法。須知民事訴訟法第二二一條第一項之規定，其用意固極明白，凡判決資料之提供，必限於言詞辯論，蓋以言詞主義爲原則，以此當事人所爲之聲明及陳述，以提供判決資料爲目的者，除別有規定外，必須在言詞辯論中曾以言詞爲之者，始爲有效；若僅記載於書狀上，並未再以言詞提出者，法院即無從斟酌，不得以之爲判決之基礎。故本案之原法院判決，實違反民事訴訟法之規定，妄以當事人在言詞辯論中所未經提出之事實，採以爲判決之資；上訴人實未能折服，認爲有廢棄之必要。（下略）

確認之訴成立之要件

〔事實〕甲富有資產，以無子故，以乙爲其嗣子；此在法律上誠無規定，既不合於收養子女，又不合於指定繼承人；蓋甲爲一鄉愚，仍狃於昔日宗祧繼承之例，以爲非立嗣以繼宗祧不可，而不知在現行民法上，固只有財產繼承，而無宗祧繼承，不爲法所許可也。立嗣而後，其族中之近房親屬丙，以乙爲甲之遠房，不應過繼，且在現行民法下，又並無立嗣之規定，因即向法院對甲乙提起訴訟，請求確認甲乙之立繼爲無效。甲乙受訴後，謀諸當地某名律師，撰狀答辯；但此事在實體上無可駁擊，因從程序上設法挽救，根據民事訴訟法第二四七條規定，力述丙

對於本案，並無法律上利害關係，縱或丙如願以償，確認立繼不能成立，然於丙自身亦不能受到確認判決之法律上利益，依法實未能提起。審理結果，甲乙果獲到勝利，將丙之原訴駁回；蓋法院認甲乙之答辯為極有理由也。其狀如左：

（上略）民事訴訟法第二四七條規定：「確認法律關係成立或不成立之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。」於此可見凡在民事上提起確認之訴，必須限於因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位，有受到侵害之危險，而此項危險，又得以被告之確認判決除去，故許其提起；若法律關係之存否已極明確，或者雖不明確而原告在私法上之地位並不因此而受到侵害之危險，或者雖在私法上有受到侵害之危險，而非以對被告之確認判決所得除去；依民事訴訟法第二四七條規定，皆在不得提起之列。蓋原告並不能因此而受到確認判決之法律上利益，其提起確認之訴之要件，根本欠缺，未能成立也。本案原告對被告等提起確認之訴，實違反民事訴訟法第二四七條規定，根本缺乏提起確認之訴之要件，實為不得提起者。被告等之立繼為嗣，無論在現行民法上並無禁止之規定，為一種放任事件，即或依法為無效行為，亦於原告無法律上利害關係，原告決不能謂因此而使原告在私法上之地位，將受到何種侵害之危險，而亦因此不能認原告有即受確認判決之法律上利益。蓋即使如原告之願，確認被告等之立繼為父子無效，而在原告，亦絕無法律上之利益。原告既不因之而受有利益，依據民事訴訟法規定，即在「不得提起」之列，依法實應予以駁回。（下略）

〔事實〕甲對乙起訴不履行債務，法院受狀後，即送達於乙，並附傳票一紙，定期二十八日開庭辯論。此傳票發出之日，雖為十七日，然送達至乙處，則已遲至二十二日，與辯論日期，相距只有六日。乙因準備不及，未能及期到場；且謂第一次不為辯論，不妨留待下次開庭時陳述，而時間從容，又可多所準備。不料開庭之日，法院竟因甲之聲請，依民事訴訟法第三八五條第一項規定，由一造辯論而為判決，致乙大受損害。乙憤極，求教於某名律師，請求上訴。某名律師以此案無可責難，但法院開庭言詞辯論期日，既為二十八日，其傳票之送達，不應遲至二十二日，距就審期間，只有二日；因依據民事訴訟法第二五一條第二項規定，對程序上力肆抨擊，否認受到合法傳喚，更不應認為不到場而遽予缺席判決。上訴結果，悉如乙意旨，認原法院判決違背程序，不能成立，予以廢棄。其狀詞如左：

（上略）法院送達傳票，定期辯論，而當事人無故不到場者，法院當然可依據民事訴訟法第三八五條規定，由一造辯論而為判決；若當事人並未受到合法之傳喚，則法院縱開庭辯論，當事人實無到場之義務，而法院亦不能以其未經到場，即依民事訴訟法第三八五條規定而由一造辯論判決。本案由被上訴人起訴後，原審法院即定期四月二十八日開庭辯論；夫既定期四月二十八日開庭辯論，則依民事訴訟法第二五一條第二項規定，其傳票之送達，至遲不得在四月十七日以後；蓋法律固明明規定「應有十日為就審期間」也。乃原審法院之傳票，雖標明發出日期為四月十七日，然至送達於上訴人處，則已為四月二十二日，其與四月二十八日之開庭日期，相距僅有六日，顯違民事訴訟法第二五一條第二項之規定，不特上訴人無從辯論，更無從依同法第二六六條第二項規定，於未逾就審期間二

分之一前提出答辯。以故此種傳喚，在法律上實為不合法。既為不合法，則上訴人明明未受到合法之傳喚。上訴人既未受到原審法院之合法傳喚，則屆期不為到場，在法律上實為應有之事，且當然無以到場；既無以到場，原審法院何得遽依同法第三八五條第一項之規定，對上訴人竟為缺席之判決？是其判決，在程序上實有重大之瑕疵，根本不能成立，應予廢棄。（下略）

同一事件之訴訟

〔事實〕甲對乙提起訴訟，請求確認與乙之買賣房屋行為無效。法院發出傳票後，未及開庭，乙忽對甲提起反訴，請求確認與甲買賣房屋為有效。甲委任當地某名律師撰狀答辯，因依民事訴訟法第二五三條規定，否認乙之反訴，蓋認乙不得提起反訴也。法院據狀後，認甲之理由極為正當，依同法第二四九條第七款規定，認乙之反訴，違背同法第二五三條規定，以裁定駁回。其狀如左：

（上略）反訴被告即本訴原告提起確認買賣房屋無效之訴後，反訴原告即本訴被告果理直氣壯，正不妨據理直陳，提出答辯，乃異想天開，竟提起反訴，主張本案買賣房屋之行為有效，請求為積極確認之判決，實為違法。民事訴訟法第二五三條規定：「當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中更行起訴。」本案之係爭事件，為消極確認之訴，即請求確認反訴被告與反訴原告於某某年某月某日所訂之買賣房屋為無效；反訴原告果如其所意，認為買賣有效，理應於本案中辯論，提出有力證據，來攻擊或防禦，乃舍此不為，竟以同一起訴事件，提起反訴；此實顯然違背民事訴訟法第二五三條之規定，依民事訴訟法第二四九條第七款規定，實應以裁定駁回其反訴。蓋此項反訴，完全就

乙起訴之事件，在訴訟繫屬中再爲起訴也。（下略）

變更訴訟

〔事實〕甲對乙起訴欠付房租，正在審理中，原告忽又續投書狀，請求終止租賃契約，蓋乙於辯論時，乙承認將欠款繳付，而甲則另有所圖，擬將房屋收回，另以重價出頂於他人也。乙至此，大爲駭異，急與某名律師商酌，某名律師固老於訴訟者，因依民事訴訟法第二五五條第一項規定，提出異議，請求法院駁回其請求。結果如願以償，法院判決將甲之請求終止租賃駁回。其狀如左：

（上略）本案原告前既以欠付房租爲起訴之標的，已開庭辯論，又投訴狀，將原訴擅行變更，竟請終止租賃契約。請付給付房租，爲原告起訴之標的，今日續行投訴，請求終止租賃契約，又爲一標的，三者不能併爲一談，依法完全爲變更原訴；蓋原訴爲請求給付房租，而非請求終止租賃契約也。民事訴訟法第二五五條第一項規定：「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加原訴。」是原告之變更原訴，請求終止租賃契約，完全爲民事訴訟法所禁止。所謂訴之變更者，即將訴訟之當事人或標的予以變更，即或並不變更訴訟之當事人或標的，而將訴之聲明變更者，亦爲變更；一經變更，除經被告同意或不甚礙及被告之防禦及訴訟之終結者外，皆爲不合法之變更；而此不合法之變更，依法絕對不能成立；蓋訴狀一經送達於被告後，原告理不得變更也。（下略）

提起反訴之限制

〔事實〕甲與其妻乙不睦，時時反目，甲性本凶悍，對乙極其苛酷，竟不可與一日居。乙不得已，特向法院訴請

別居，且請每月給付扶養費，以免時遭甲之虐待。甲因此即提起反訴，請求離婚。蓋依民法第一〇〇一條規定，夫妻本有同居之義務，乙既不願同居，夫妻各處一方，反不如根本解決，完全離婚。然乙雖請求別居，卻並無離婚之意，不過思以此暫戢其凶愆，使之反省覺悟，苟一旦憬然悔悟，即不難破鏡重圓，復歸於好；故甲突然提起離婚反訴後，大爲悲憤。不過甲之意，固亦未嘗甘願與乙離婚，擬借此爲要挾之具，將乙請求別居之訴打銷。甲見反訴狀後，急謀諸某名律師，既欲駁倒反訴，又不礙本訴之成立，務使暫時得告別居。某名律師以本案實體上不易爲力，因從程序上攻擊反訴之不當，以民事訴訟法第二六〇條第二項規定，對乙痛駁。蓋甲之原訴，爲通常訴訟程序之訴，而乙之離婚反訴，爲人事訴訟程序之訴，並非得行同種訴訟程序者，故依法不得提起。法院審理結果，以甲之理由極正，將乙之反訴駁回，甲如願以償。其狀詞如左：

（上略）查民事訴訟法第六〇條第二項規定：「反訴非與本訴得行同種之訴訟程序者，不得提起。」是反訴之提起，必限於與本訴行同種之訴訟程序。本案原訴，爲請求別居及給付扶養費，依訴之事件，爲一種通常訴訟，應用民事訴訟法上之通常訴訟程序；而今反訴原告即本訴被告所提起之反訴，乃爲請求離婚，請求離婚，依民事訴訟法規定，乃爲一種人事訴訟，應依人事訴訟程序進行。本訴爲通常訴訟，應用通常訴訟程序，而反訴則爲人事訴訟，應用人事訴訟程序；明明爲兩種訴訟程序，並非行同一之訴訟程序；則反訴原告何所根據，而可妄爲提起？依民事訴訟法第二六〇條所明明禁止者，而反訴原告竟敢公然提出，即可見反訴原告平日之處心行事，目無法紀，反訴被告實難與之一日居；而反訴之依法不應成立，應予駁回，更屬毫無疑義！（下略）

〔事實〕甲乙間發生經界糾葛，因而甲對乙起訴，法院當即派受命推事前赴爭執地調查證據，勘驗丈量，無微不至，其所得至為豐富；後日開庭辯論，甲乙固已皆明瞭調查證據之情事，未再陳述，而審判長亦以兩造均已明瞭，為節省時間起見，未命書記官朗讀調查證據筆錄。辯論一過後，審判長以雙方事實均極明瞭，證據亦甚充足，因即命令辯論終止，予以判決。判決而後，甲提起上訴，且委任某名律師代理。某名律師研究一過後，以法院於開始言詞辯論時，未曾履行民事訴訟法第二九七條第二項規定之程序，因即從此攻擊，力述審判長之違法，因而其所判決，即有法律上之瑕疵，未能成立，應予廢棄。上訴結果，果如所願，將原判決予以廢棄，蓋認上訴狀所言為極有理由也。其狀如左：

（上略）原審判決之基礎，即在調查所得之證據，憑此調查所得之證據，用供判決之資料；然此調查，乃於受訴法院外調查者，其所得之證據，依民事訴訟法第二九七條第二項「於受訴法院外調查證據者，當事人應於言詞辯論時陳述其結果，但審判長得令庭員或書記官朗讀調查證據筆錄代之」之規定，是法院在命當事人言詞辯論之前，應先履行此項所定之程序，不能欠缺，致當事人對於受命推事調查所得之證據，未能悉行明瞭，因而未能盡其攻擊防禦之能事，無故受到相當損害。本案於開始言詞辯論時，審判長既未命當事人陳述其調查之結果，又未命庭員或書記官朗讀調查證據筆錄，是全然違反民事訴訟法第二九七條第二項之規定，對於訴訟程序，有所欠缺，而又以此調查之結果，用為判決之基礎，其判決即為有法律上之瑕疵，應予廢棄。（下略）

上訴期間

〔事實〕甲訴乙不理票款一萬萬五千元，地方法院審理後，判決將原訴駁回，判決書送達後，依法應於二十日之不變期間內提起上訴，乃判決書上忘未蓋用法院印章，亦未由書記官簽名，因誤爲草本，置之不理；其後因判決正本久久不至，乃向法院書記官詢問，得悉其底蘊，急急提起上訴。地方法院認爲上訴期間已過，遽以裁定將上訴駁回。甲因委託某名律師設法，依據民事訴訟法第二三〇條規定，提起上訴，蓋否認未蓋法院印章及未由書記官簽名在判決正本上之送達爲合法也。抗告結果，果將原裁定廢棄，准予上訴。其狀如左：

（上略）民事訴訟法第四三七條規定：「提起上訴，應於第一審判決送達後二十日之不變期間內爲之。」是上訴期間，應爲第一審判決送達後之二十日內。然此所謂送達者，必爲合法之送達，而所謂判決者，又必爲合法之判決書；依同法第二三〇條規定：「判決之正本或節本，應分別記明之，由法院書記官簽名，並蓋法院印；」是送達之判決書上，並未蓋用法院印信，而又未經書記官簽名，依法即不成其爲判決書，而亦全無判決書之效力；蓋爲一種不合法之判決書，當事人固絕不能認爲有判決書之效力，亦不能認爲有判決書合法之送達也。既未有有效之判決書，而亦未有合法之送達，是上訴期間，即無從進行；上訴期間，既無從進行，依法自無上訴期間經過之可言。乃鈞院遽以裁定駁回抗告人之上訴，謂已超過民事訴訟法第四三七條規定之上訴期間；是實令抗告人百思而不得其解。若果如鈞院意旨，則凡未蓋鈞院印信之一切文書，只須用鈞院名義者，均可認爲有效，想鈞院亦必不許也。公文書之所以爲公文書，即在印信，姑無論民事訴訟法第二三〇條明白規定，即無此規定，而以公文程式條例言，則於判決書上既未蓋用

鈞院印信，即非有效者；而況民事訴訟法上又明明有此規定，更無認為合法有效之理。故上訴期間，根本無從開始進行，亦即無所謂經過與否，蓋依法尙未合法送達判決也。（下略）

上訴程式

〔事實〕甲對乙起訴欠租不付，地方法院判決乙對甲清償租金八百萬元，原告其餘之訴駁回，訴訟費用，由原告負擔三分之一，被告負擔三分之二。乙不服法院判決，提起上訴，但因無力委任律師，即自撰訴狀，狀中對於第一審判決不服之程度及應如何廢棄或變更之聲明，未詳細敘述，僅言「除對於駁回原告其餘部分之訴部分甘服外，對於其他部分，實難甘服」，而依民事訴訟法第四三八條第一項第三款規定，並依照慣例，實不應如此，應詳細聲明「對於第一審判決上訴人給付被上訴人租金八百萬元及負擔訴訟費用三分之二，實不甘服，提起上訴，應請將此上訴部分，予以廢棄，另為判決，將被上訴人在第一審所請求上訴人給付之訴，全部駁回，並令負擔一二兩審全部訴訟費用。」今乙以未諳此程式，僅為簡括之陳述，高等法院因依據民事訴訟法第四四一條第一項規定，即認為不合程式，以裁定將其上訴駁回。乙大忿，因與當地某名律師商酌，即提起抗告，將民事訴訟法第四三八條第一項第三款力為闡述，抗辯並未違反此種規定。抗告結果，果如願以償，由最高法院將原裁定予以廢棄，准予上訴。其狀如左：

（上略）原上訴狀雖未曾詳細載明一切，然民事訴訟法第四三八條第一項第三款所規定：「對於第一審判決不服之程度及應如何廢棄或變更之聲明，」則固未曾忽略，於狀中完全表明。原上訴狀於敘述原判決內容而後，即連

續表明對原判決不服之程度及應爲廢棄之聲明，所謂「除對於駁回原告其餘之訴部分甘服外，對於其他部分，實難甘服。」卽合於民事訴訟法第四三八條第一項第三款之規定；蓋明明已聲明對於原審判決，除對於駁回原告其餘之訴部分外，其所判決之給付被告房租八百萬元及由抗告人負擔訴訟費用三分之二部分，全然不服；此非抗告人之曲爲解釋，其意義固極分明，卽在文字上亦絕無晦澀之處。夫既對此聲明不服，提起上訴，當然請求將上訴之部分，予以廢棄；此又極顯而易見，並無絲毫可以指摘者。故狀中雖未載明原審判決應如何變更，而就抗告人在第一審請求駁回原告之訴及在第二審提起上訴之意旨，一爲尋繹，可以明知抗告人之上訴，在請求廢棄原判決關於給付房租八百萬元及負擔訴訟費用三分之二之部分，而代以駁回被告請求租金之訴並命被告負擔第一二兩審之全部訴訟費用之判決。文理極爲分明，意義亦極顯著，正合於民事訴訟法第四三八條第一項第三款之規定。民事訴訟法第四三八條第一項第三款，固僅規定「對於第一審判決不服之程度及應如何廢棄或變更之聲明」，並無應爲如何之文字。乃鈞院遽以此而依同法第四四一條第一項規定，認爲不合程式，將抗告人提出之上訴，以裁定駁回，實爲誤解民事訴訟法第四三八條第一項第三款之意義，並未明瞭抗告人原上訴狀之文字，實難使抗告人折服。（下略）

發現新證人與再審理由

〔事實〕甲訴乙不付定貨，發生糾葛，遂致涉訟；結果，甲以證據不足，法院將原訴駁回。甲忿忿於心，三個月後，忽憶及有丙曾爲此事證人，可用以立證，因依民事訴訟法第四九二條第一項第一款規定，提起再審之訴。乙

受訴後，商諸某名律師，擬將再審之訴根本打銷，因否認證人爲證物，依同法第四二八條規定，力爲闡述證人與證物並非同一性質，否認甲有提起再審之訴之權。審理結果，法院認乙爲有理由，判決將甲之再審之訴駁回，乙如願以償。其狀如左：

（上略）再審之訴之提起，必限於民事訴訟法第四九二條第一項第一款中各款所規定之事項及第四九三條所定之事項，非此即不得提起。今再審原告所提出者，果根據何條何項何款？在原訴中固自謂依第四九二條第一項第一款，然查該款規定，乃爲「當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物者」；是其所提起再審之訴之理由，必限於發現未經斟酌之證物或得使用之證物；今再審原告所提出者，果爲何種證物？其所提起再審之訴之唯一理由，爲發現新證人某某某；姑無論某某某有無證人之資格，尙待研究，就退下幾百步，承認某某某確有證人之資格，可爲本案之證人，然證人並非即證物，證人自證人，證物自證物，絕不能混而爲一，此觀於民事訴訟法第四二八條規定，將證物與證人對稱自明；該條規定：「應記載當事人務於期日攜帶所用證物及偕同所舉證人到場」將證人與證物分而爲二；是民事訴訟法上所稱證物者，絕不包含證人在內。證物既不包含證人，則民事訴訟法第四九二條第一項第一款所稱之證物，當然只限於證物，並不能擴張而至證人；證人既不在內，則再審原告以發現新證人而提起再審之訴，顯然爲不合法，決難因此而容許其提起再審之訴；蓋民事訴訟法根本不許以發現新證人而可提起再審之訴也。（下略）

證物之使用與再審之訴

〔事實〕甲訴乙不理欠款，乙否認，謂已於某月某日早經清償，提出各種帳冊爲證，且謂當時曾收到甲清償證書，蓋甲當時曾言原借票或已遺失，一時檢尋不獲，未能歸還，故另立清償證書一紙，載明「原借票業已遺失，後日如或發現，作爲廢紙」，當時以彼此相交有素，故亦不疑有他，因此亦未爲注意，一時隨手放置，檢尋無着，但既有各種帳冊存在，亦可爲憑，且此帳冊，係按日所記，亦無從事後僞造。然審理結果，實以借票尙在甲手中，而乙所稱之清償證書，又未提出，因判乙敗訴，如數清償。上訴而後，亦以同樣理由駁回。事隔數月後，乙忽在無意中發現甲之清償證書，因即依據民事訴訟法第四九二條第一項第一款提起再審之訴。不意法院根據民事訴訟法第四九二條第一項但書規定，認乙在上訴中已曾主張其事由，竟以裁定駁回。乙大忿，商諸某名律師，因提起抗告，力述法院裁定駁回之違背法令，並辯明知有證物而不得使用與知有證物得使用而不爲使用之區別點，對原裁定大肆攻擊。結果，如願以償，將原裁定廢棄，准予再審。其狀如左：

（上略）民事訴訟法第四九二條第一項第一款所謂「未經斟酌之證物」者，是明明指當事人所發現之新證物，在原审中未經法院斟酌，故凡當事人已將證物提出而未經法院斟酌，或根本未曾經當事人提出，法院無從斟酌，一體屬之。本案抗告人在原审中，雖曾將其事由提出，且曾經法院之斟酌，但以該項證物一時遺失，檢尋不獲，故始終未能提出，而法院亦無從以之斟酌，僅以空言無據，將原訴駁回，是抗告人在提起再審之訴中所提出之新證物，即被抗告人給付於抗告人之清償證書一紙，在原审始終未經提出，既未提出，法院當然無從斟酌，既未斟酌，當然得依據民事訴訟法第四九二條第一項第一款規定，提起再審之訴。乃鈞院竟依該條項但書規定，謂抗告人已在上訴中主

張其事由，不得再行提出，以裁定駁回。不知抗告人雖在原审中主張其事由，而以空言無據，予以判決，將原訴駁回，是根本未曾有此證物提出，更無從由法院斟酌，在法律上實爲未曾主張其事由。第一審法院，認抗告人空言無據，判決抗告人敗訴，上訴而後，鈞院又以抗告人爲空言無據，將上訴駁回，是其判決所採用資料，實以被抗告人有證據提出，而抗告人並無證據，今既發現此證物，予以提出，證明並非空言，則依據民事訴訟法第四九二條第一項第一款規定，當然在准許提起再審之訴之列，與該項但書規定，渺不相涉。蓋原訴既以空言無據駁回，是根本未斟酌此項證物，而在抗告人雖曾有此表示，而亦未曾提出證物，今既發現此證物，當然可以提出，爲聲請再審之理由。抑又言者：知有證物而不得使用，與知有證物得使用而不使用，絕非一致；前者即屬民事訴訟法第四九二條第一項第一款所謂「未經斟酌之證物」，後者始爲該項但書所規定：「依上訴主張其事由或不爲主張」；前者爲提起再審之訴條件之一，而後者則爲不許再審者。本案所提出之證物，即被抗告人給付於抗告人之清償證書，在原审中雖已提出其事實，而以此證物一時遺失，無從檢尋，致未能使用，是爲知有證物而不得使用；雖在當時無從檢尋時，未免爲一種過失，未曾盡其注意，然此爲別一問題，不能以此而阻卻其提起再審之訴之條件，更非可援用第四九二條但書之規定，以駁回再審之訴；蓋並非得使用而不得使用，亦非在原审已經提出而遭原審法院駁回也。以故抗告人以此而提起再審之訴，實有充分之法律上理由，鈞院遽以裁定駁回，實未免誤解法律，未能使抗告人甘服。（下略）

住所之意義

〔事實〕甲爲子縣人，但因經營關係，久已挈家赴丑縣居住，垂三十年。子縣雖尙有房屋，然早出租他人居住，

不過在名片上仍書子縣籍貫，而在戶口冊上，亦載明爲子縣人而已，實則與子縣已毫無關係，只一年一度一回來，遇清明寒食一爲掃墓祭祖而已。後其妻乙因事對之提起離婚訴訟，蓋以甲又另所有歡，被乙雙雙捉獲，因依民法第一〇五二條第二款規定，對甲提起離婚之訴也。甲受訴後，知此事定遭敗訴，無可挽救，因與某名律師商酌，即依民事訴訟法第五二四條第一項規定，否認丑縣法院有管轄權，大肆抨擊。結果，丑縣法院認爲有理由，確無管轄權，即依民事訴訟法第二八條規定，以裁定將該案移送子縣。但子丑兩縣，相隔千里，而交通又不甚便，而甲又爲丑縣之人，在子縣人地生疏，無從進行，因是乙可從中設法，將本案打銷，大佔便宜。其狀如左：

（上略）被告在本縣雖有居所，然僅爲營業上之關係，暫時寄居，並無久住之意思，故不特在一切表冊上及名片上，均載明某某縣字樣，即在可爲最有證據之戶口冊上，亦始終載明某某縣人，對於本縣，則填明寄籍二字，是可見被告之住所，實爲某某縣而非本縣。被告之住所既爲某某縣，則依民事訴訟法第五六四條第一項規定，應爲專屬於某某縣之管轄，非其他法院所得審判；蓋此爲專屬管轄，不能妄援同法第一條第二項規定，以居所視爲住所也。既被告之居所所在本縣，而原住所房屋尚存，且每年必回家一次，且與原告常雙雙回去，是又不能謂爲「夫在中華民國無住所或住所不明」；故原告之向鈞院提起離婚之訴，實爲違法，而鈞院亦應依照同法第二八條第一項規定，以裁定將本案移送於專屬管轄之某某縣法院審判。須知民法第二〇條第一項，對住所之意義，解釋甚詳，必須以久住之意思，住於一定地域者，始爲住所，否則縱歷時多年，苟無久住之意思，亦僅可認爲居所，而不能認爲住所；既僅可認爲居所而不能認爲住所，住所另在某縣，本案即當然專屬於某某縣法院管轄，絕不能向無管轄權之鈞院提起離婚之訴。

(下略)

撤銷婚姻之訴與中止訴訟程序

〔事實〕甲結婚後，忽發現不能人道，與妻乙雖同居三個月，竟不能同夢；因是乙向法院提起訴訟，要求撤銷婚姻，蓋依民法第九九五條規定，當然有權提起此訴訟也。法院開庭辯論後，認甲之不能人道，或有治愈之可能，且據醫師鑑定，認為非無治愈之望，苟連續注射藥劑，並用物理療法，在半年內或可治愈；因命中止訴訟程序六個月。但乙已另有所愛，急於與甲脫離，好進行與他人婚事；且甲之疾病，據云在結婚前已治療五年之久，始終未有起色，決無在六個月內可以治愈之理，更覺夜長夢多。因之謀諸當地某名律師，即從程序法上對法院大肆攻擊，提起抗告，請求廢棄原裁定，進行辯論。結果，法院認為理由甚充分，准如所請，即重開辯論。其狀如左：

(上略)鈞院命令中止訴訟程序六個月，抗告人誠愚昧，繞室旁皇，不解其意旨；且不特抗告人不知，而以此質詢許多知法之士，亦皆瞠目無以對。蓋鈞院之為此裁定，係根據民事訴訟法第五七四條之規定，認為被抗告人果可治愈，不至不能人道，雙方即可和諧，不至於決裂，因為此六個月中止訴訟程序之命令。而不知民事訴訟法第五七四條所規定得於六個月以下之期間內命中止訴訟程序者，明明規定專限於離婚之訴及夫妻同居之訴，凡在此離婚之訴及夫妻同居之訴以外夫妻間之任何訴訟，皆不許為之；蓋該案固明白規定「離婚之訴及夫妻同居之訴」也。本案抗告人對被抗告人所提起之訴，既非離婚之訴，亦非同居之訴，乃為撤銷婚姻之訴；既為撤銷婚姻之訴，即不在民事訴訟法第五七四條所規定之範圍，可由法院命於六個月以內中止訴訟程序。故鈞院之為此裁定，在法律上實有瑕

疵，完全爲民事訴訟法所不容許者。在鈞院固自有其苦心，以爲被抗告人在六個月以內或有治愈之望，不至決裂，因爲此中止訴訟程序六個月之命令；不知民事訴訟法固未會有此規定，在情理上言，抗告人固極知鈞院一番善意，而在法律上言，則固不能不謂爲違法，抗告人絕對難以甘服。須知情是情，法是法，情雖許可，苟法律上不之許可，固無從爲之補救，不能以一時之情感，而置法律於不顧。（下略）

乙 強制執行法編

強制執行力之範圍

〔事實〕甲曾以土地十畝出租於乙，十年爲期，不意乙利令智昏，於承租五年後，乘甲出門經商，私將此土地出賣於丙。十年期滿，甲向乙取贖，而乙已盜賣於丙，因是甲即對乙起訴，由法院判決乙返還甲土地十畝。但法院雖爲此判決，而土地則在丙手中，乙無從將此土地返還於甲；因是甲即請求法院強制執行，以土地十畝交還於甲。丙以無端受此損失，特商諸某名律師，即依民事訴訟法第四〇〇條第一項及強制執行法第四條第一款並第一五條各規定，提起異議之訴，否認法院判決對第三人得發生效力；蓋以確定判決執行力之範圍，僅及於民事訴訟法第四〇〇條第一項所規定之人，舍此不生效力也。提起異議後，法院認丙之異議爲有理由，審理結果，將強制執行撤銷，其狀如左：

（上略）強制執行法第四條第一款，誠明定爲「確定之終局判決」，故凡終局判決確定者，即可以其名義，對敗訴人強制執行。但此判決執行力之範圍，依民事訴訟法第四〇〇條第一項規定，固僅限於當事人及對於訴訟繫屬後

爲當事人之繼承人及爲當事人或其繼承人占有請求之標的者，除此而外，均不受判決之效力，而判決之效力，亦無從及之。本案被告與某某發生訴訟，結果經鈞院判決某某敗訴，應返還被告土地十畝，此固僅爲被告與某某二人間之關係，鈞院之判決力，亦只對於某某有之，在某某而外，絕無效力可言，更不能用此名義，隨便強制執行。乃最近被告忽請求將原告在五年前購買之土地十畝，予以強制執行，是實超出確定判決執行力之範圍，無故侵害原告之權利。蓋此受強制執行之十畝土地，乃爲原告之所有，而非某某之所有；鈞院之確定判決執行力，只及於某某，而不能及於原告；原告之購買此土地，尙在五年而前，爲民國某某年某月某日，質言之，是尙遠在被告起訴某某某而前；在訴訟繫屬前已將請求標的物之所有權移轉於第三人者，其情事與在訴訟繫屬後移轉者不同，民事訴訟法第四〇條第一項，明明只規定「對於訴訟繫屬後」，顯見在訴訟繫屬前者，判決之效力，即不能及之；既不能及之，是根本未受到確定之終局判決，即不得對之而爲強制執行。蓋被告與某某之訴訟，始終未管牽及原告，而原告對於該案之判決，亦絕無關係；故鈞院今日實未便以確定之終局判決名義，對原告所有之土地十畝，予以強制執行；蓋此確定之終局判決，不能對原告發生效力也。因此依強制執行法第一五條規定，對鈞院之強制執行，提起異議之訴，請求將強制執行予以撤銷。（下略）

強制執行之範圍

〔事實〕甲乙間因定貨糾葛，發生爭執，甲因對乙起訴，請求確認買賣契約爲有效；審判結果，甲獲勝訴，判決確認甲乙間買賣契約有效。判決確定後，甲即進一步請求對乙強制執行，蓋買賣契約雖經確定有效，而因此所

應得之買賣標的物，則仍一無着落也。乙對此知難挽回，只得任其所之，聽候查封；然心仍不甘，因謀請某名律師，以強制執行法第四條第一款爲言，起而聲明異議，否認本案有執行力。法院受狀後，認乙之理由甚爲充分，即依強制執行法第一三條規定，將原處分撤銷，不予執行。其狀如左：

（上略）查確定之終局判決，依強制執行法第四條第一款規定，誠有強制執行力，可以其名義對受判決人強制執行；然確定判決之有執行力者，只限於給付之訴，若其外確認之訴及形成之訴，其確定之終局判決，均無執行力。本案之訴，爲被聲明人請求確認買賣行爲有效，依法實爲確認之訴，而非給付之訴，其訴訟之標的，爲確定買賣行爲有效，舍此皆非訴訟之標的。既非給付之訴，則其確定判決，爲確認買賣行爲有效之判決，其效力僅及買賣行爲有效而止，依法絕無執行力，雖今日被聲明人之請求，爲因買賣行爲成立而所生之貨物給付，然應另行起訴，請求判決，不能遽以確認之訴之判決，來聲請執行貨物之給付；蓋確認買賣行爲有效爲一事，而因此請求給付因買賣行爲有效而所生之貨物給付又爲一事，二者固異其性質，不能混爲一談也。須知本案之判決，爲確認買賣行爲有效，而非給付被聲明人之貨物，不能以確認買賣行爲有效之確定判決名義，來強制執行未經起訴未經確定判決之給付貨物。故被聲明人之聲請強制執行，實爲非法，聲明人依強制執行法第一二條規定，得聲明異議，鈞院應即依同法第一三條規定，將強制執行處分予以撤銷。（下略）

連帶債務之強制執行

〔事實〕甲欠乙五萬萬元，死後，有子丙丁二人，丙在故鄉，丁在異地。乙以丙等對甲所欠之債務不爲清償，即

提起訴訟，但只對丙一人起訴，並未及丁；蓋因丁遠在異地，種種不便，故只對丙一人發生訴訟；結果，判決丙如數清償。確定判決後，乙即聲請強制執行；但丙一無所有，無從執行，而是時丁適挈眷歸來，極為富有，計其財產，遠過十萬萬而上；乙即聲請將丁之財產執行；蓋丁亦為甲之繼承人，與丙身分相同，應負連帶債務責任，依法乙當然可向之請求也。丁大駭，急商諸某名律師，即對乙抨擊，根據民法第二七五條及強制執行法第四條第一款規定，聲明異議。結果，准如所請，認乙之聲請執行為不當，予以撤銷，不予執行。其狀如左：

（上略）聲明人故父對被聲明人所負之債務，依民法第一一四八條及第一一五三條規定，聲明人誠應負責，且與某某負連帶責任；然被聲明人只可對聲明人請求給付，不能遽執行聲明人之財產；蓋既未請求，亦未起訴，更未有確定之終局判決，毫無執行名義，可以聲請執行。被聲明人誠對某某起訴，且已經有確定之終局判決，並已予以強制執行；然對於聲明人，則絕未有此，故其確定判決，只判決某某如數給付，而並未判決聲明人如數給付；因之，此判決之效力，亦只及於某某，可以此為執行名義，向之強制執行，而對於聲明人，則絕無判決之效力，更無此名義以為強制執行。試問：判決書上，果判決聲明人如數給付乎？判決書上既未判決聲明人如數給付，又試問：被聲明人執行名義，而可聲請對聲明人強制執行？若曰聲明人與某某同為債務人之繼承人，依法應負連帶責任，對某某之訴訟行為，亦即同於對聲明人之訴訟行為；然民法第二七五條，固不如是規定，該條規定：「連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益，亦生效力。」若果如被聲明人所為，該條應更易其詞：「為他債務人之不利益，亦生效力。」今民法既僅規定利益及於他債務人，而無不利益亦及於他債務人，則凡

被聲明人可對某某所爲者，不能移而對聲明人。強制執行，必須有執行名義，而執行名義，不出強制執行法第四條所列之六款，而其第一款所謂「確定之終局判決」者，又必限於對受判決之當事人及依民法第四〇〇條第一項所規定之人，今聲明人並未受有判決，而其判決之效力，依法亦絕不及於聲明人，被聲明人何所根據，而可抹煞民法第二七五條規定，妄對不受執行名義之聲明人，竟聲請強制執行，其爲違法，不言可喻。用是依法提出異議，請予撤銷。

(下略)

強制執行之聲請權

〔事實〕甲訴乙丙丁三人欠款不理，結果判決乙丙丁三人如數清償；蓋乙丙丁三人爲合夥員，合夥開設一子店，對甲欠款六萬萬元，依民法第六八一條規定，乙丙丁固對甲負連帶債務責任，甲固有權對之共同起訴，而法院亦當然判決三人共同負給付責任也。判決確定後，仍不清償，甲因聲請將乙之財產強制執行，凡乙之所有，幾悉遭查封拍賣。乙大忿，以丙丁二人，應一同負擔，乃今日乙自身獨受其害，而丙丁反安然無事，且袖手旁觀，因投狀法院，聲請對丙丁一同執行。丙丁同商請某名律師，出而抗辯，當即依據強制執行法第五條規定，認乙並無聲請強制執行權，且依民法第二八一條規定，認乙只可向丙丁另行起訴，不能遽聲請執行。法院受狀後，認乙之聲請爲無理由，對丙丁不予執行。其狀如左：

(上略)查強制執行，依強制執行法第五條規定，必須由債權人之聲請爲之，非債權人即絕無此聲請權。本案聲明人所欠某某某共同債務，誠已遭鈞院判決，命如數清償；然欲予以執行，必須由債權人某某某以執行名義，向鈞院依

法聲請，不能由被聲明人即非債權人可以有此聲請權，妄向鈞院聲請執行聲明人之財產。本案雖已確定判決，且判決聲明人清償，然除債權人某某外，絕無執行名義，更無聲請執行權。今被聲明人忽以同一債務人名義，起而聲請執行，實爲違法，聲明人當然依法提出異議，請予撤銷。藉曰聲明人依法亦有清償之義務，不能獨令被聲明人一人受累，以一人而負擔三人之債務清償，然依民法第二八一條規定，亦只可另向聲明人起訴，請求償還其各自分擔之部分，不得於未經起訴，未經確定判決前，即取得執行名義，聲請對聲明人之財產執行；否則民法第二八一條，何以不規定「得向他債務人聲請執行」，而曰「得向他債務人請求」？又何以強制執行法第五條不加以「因已受執行之其他債務人聲請」之規定，而僅規定「因債權人之聲請」？可見被聲明人對於聲明人之聲請執行，全爲不合法之聲請，絕無成立之可言（下略）

債權人之分配額

〔事實〕甲有房屋一所，時值二萬萬元，但因經商不利，東挪西移，負債亦相等此數。初尙可以周轉，繼竟一籌莫展，且債務愈積愈多，超過其所有之資產。因是漸失信用，由債權人乙出面起訴，請求清償債務。經過審判後，由法院判決甲如數清償，然甲除一所房屋可供抵償外，絕無其他財產；於是乙聲請對此房屋強制執行。正在查封時，經其他債權人得悉，即依照強制執行法第三四條第二項規定，聲請法院參加分配。計甲應清償乙二萬萬元，而清償丙須四萬萬元；然房屋只值二萬萬元，應由法院分配，乙得三分之一，丙得三分之二，乙大忿，以丙不勞而獲，既未起訴，亦未判決，今安坐而得，反可多收三分之一，而自身疲精勞神，費幾個月之心力，東奔西走，舌敝唇焦，

結果反只得三分之一；揆諸情理，實太不公平；因向法院申明異議，請求更正分配額。丙起而反對。乙因依強制執行法第四一條規定，對丙提起訴訟。丙不得已委任某名律師撰狀抗辯，根據強制執行法第三八條規定，對乙大肆攻擊。審理結果，認丙之理由正當，判決將乙之原訴駁回，丙如願以償，卒得三分之二之分配額。其狀如左：

（上略）本案為執行某某房屋糾葛，雖由原告一人單獨提起訴訟，受到判決，以執行名義，聲請將某某房屋予以執行，然被告亦為某某債權人之一，雖未經起訴，未經判決，未經取得執行名義，而依強制執行法第三二條及第三四條第二項規定，被告亦當然有權可請求參與分配，以免受到損害。但此為雙方不爭之事實，在原告已承認被告有參與分配權，不過認為分配額不公平；然既原告承認被告同為某某之債權人，應有參與分配之權利，則依同法第三八條規定，當然各依債權額數平均分配，原告債權額為二萬萬元，被告債權額為四萬萬元，合計六萬萬元，而執行所得之金額，僅有二萬萬元，以六萬萬元分配此二萬萬元，當然原告應受分配三分之一，被告應受分配額三分之二；此固明定於強制執行法第三八條，原告無從提出異議，認為分配不公平。原告對某某之債權，為普通債權，並無優先權；被告亦然，同為普通債權，同無優先權；既彼此處於同一地位，彼此皆為普通債權，皆無優先權，則執行所得之金額二萬萬元，依法當然按原告及被告之債權數額平均分配；原告何得以先行起訴及先受判決故，而可取得優先之地位，以破壞強制執行法第三八條之規定，以損害被告之債權？（下略）

丙 破產法編

破產財團之訴訟當事人

〔事實〕甲以經營金業及股票，大大失利，負債竟超過所有資產五倍；因是依破產法規定，由法院宣告甲破產。所有甲經營之事業，全部停業，而其所有之資產，由法院依破產法規定，選任破產管理人，構成破產財團。未半月，甲父去世，甲取得遺產不少，依法亦當然歸入破產財團中，交破產管理人管理。時有乙者，忽對甲提起訴訟，謂甲父在生時曾負有債務一萬萬元，未予清償，因請求甲如數給付。甲父遺產，本不在破產財團之列，但既甲承受，取其所有，當然亦併入破產財團中；乙對甲起訴後，甲委託某名律師投狀答辯，否認當事人適格。結果，法院判決將原告之訴駁回，應另行對破產管理人起訴。其狀如左：

（上略）被告已於某月某某日不幸破產，由鈞院依破產法規定，選任某某為破產管理人，所有被告之資產，亦經由破產管理人管理。又不幸於某月某某日先父逝世，所有先父遺產，除喪葬中開支一切費用外，尚餘某某元，由被告全部繼承；既由被告繼承，當然即為被告所有之財產，應與原有財產併入，依破產法第八二條第一項第二款規定，與被告之原有財產，同構成破產財團。既經構成破產財團，依同法第七五條規定，被告完全喪失其管理及處分權，由破產管理人管理。被告既喪失其管理權及處分權，則關於破產財團之訴訟，即無訴訟實施權，應由破產管理人為之。因此，原告對之提起訴訟，請求給付，亦為破產管理人而非被告；蓋被告已無訴訟實施權，於當事人之適格，有所欠缺也。誠然原告此項債權，為對先父遺產之債權，不在被告破產債權之列，自不得與其他破產債權人受同一之程序；但債務人即被告先父之遺產，既已由被告繼承取得後，依法併入被告之破產財團中，則此日原告追索，應向管理破產財團之破產管理人為之，被告已無權管理及處分，而因之原告提起訴訟，亦自應以破產管理人某某為被告，當事

人始爲適格。今原告含有當事人適格之破產管理人不問，而竟對當事人不適格之被告起訴，實爲不適法，被告絕對未能受訴。（下略）

財團費用

〔事實〕甲有財產約二萬萬元，因投機失敗，負債有十六萬萬之鉅，相差不足十四萬萬元，因由債權人聲請法院對甲宣告破產，並將甲之所有，一併歸入破產財團，由法院選任破產管理人乙管理。經破產管理人將甲財產檢查一過後，其中十之六爲債權，而債務人已均赤貧如洗，無可追索，蓋完全爲一種呆帳，無從取償者；而十分之二，則爲名人書畫，又非可依平價之時變價者，且其中不少爲贗品，根本無甚價值；只十分之二，可以變價，然亦須貶值；故名雖有二萬萬，實際可算成資產者，不過四千萬元。破產管理人正在計畫分配中，而甲之父忽死，提去喪葬費二萬萬元；未半月而甲母亦死，又提去二萬萬元；同時甲之兩子入學，又提去學費五十萬元，而相距十日，甲又患腹膜炎，送入醫院，開刀診治，又須提五百萬元，破產管理人以爲數太鉅，不允其請，然又不能坐視其死，因送入最廉價之貧民診療所，然亦非三百五十萬元不可，計共用去八百萬元，所餘只爲一千二百萬元。然又不止於此，管理費用及審判費用以及管理人報酬，未及二月，亦已用去一千萬元；因之對於十六萬萬之債權，竟一無着落；不得已依據破產法第一四八條規定，聲請法院宣告破產終止。債權人大忿，因對破產管理人乙提起訴訟，謂不應任破產人甲提去八百萬元，致妨害債權人之權利，請求損害賠償。乙受訴後，即委任當地某名律師撰狀答辯，根據破產法第九五條第二項及第九七條各規定，力爲抗辯。審判結果，法院認乙理由充分，將債權人原訴

予以駁回其狀如左：

(上略)破產法第九五條第二項規定：「破產人及其家屬之必要生活費及喪葬費，視為財團費用。」而同法第九七條規定：「財團費用及財團債務，應先於破產債權，隨時由破產財團清償之。」是依法規定，凡在宣告破產後，破產終結前，破產人及其家屬之必要生活費，應與其他財團費用及財團債務，先破產債權隨時清償。質言之，即破產財團財產之分配順序，財團費用第一，財團債務第二，而破產債權屬於第三；今第一順序之財團費用，既有所需，當然不問破產財團之財產是否足供破產債權之用，而要不能不依法給付，以違反破產法第九七條之規定。破產人及其家屬之必要生活費及喪葬費，既依法屬於財團費用之列，應先於破產債權而為隨時清償，則本案破產人某某之喪父費用、喪母費用、兒子入小學受義務教育費用以及診治疾病費用，被告當然依法隨時給付，無從拒絕。喪父費用二百萬元及喪母費用二百萬元，固為喪葬費，不得不隨時清償，即其兒子入小學受義務教育之費用五十萬元及疾病診治費用三百五十萬元，亦為必要生活費用，被告依法不能不為清償者。況此費用之數額，又為最低限度，且有帳單可憑者；而如疾病診治費用三百五十萬元，又為幾經與醫院磋商者，依原有數額，至少須五百萬元，後經被告以其為數太鉅，一再拒絕，始轉送入貧民診療所，然亦須四百萬元，後又再四商酌，舌敝唇焦，始減至三百五十萬元，是被告已竭盡種種心思，為原告等設法，以免少受損害。故被告任兩個月破產管理人職務，對原告等各債權人之利益，實已多方設法，勞心焦思，自問無負各債權人；故當歷次召開債權人會議之際，對於一切經過，靡不詳細報告，即平時亦與監查人商酌進行，以期使各債權人減少損害；然而此種開支，實為依法不得不開支者，雖欲避免，而事實所在，無可避免；蓋

法律規定如此，應由破產財團首先負擔，而亦應由破產財團首先給付者也。乃原告以此爲言，否認此項支出，謂有意損害各債權人之債權，實爲誤解法律。蓋所謂喪葬費用，固包括破產人家屬之喪葬費用，而非專指破產人死亡之喪葬費用；而所謂必要生活費，又不只限於衣食住行，而兒子之應受義務教育費及疾病治療費，亦當然包括在必要生活費之列；原告固無可否認，而謂爲有損及其債權也。（下略）

拍賣程序

〔事實〕甲因經營失利，被告破產，由法院選任乙爲破產管理人，對甲之資產，經債權人會議，除一部分不動產按市值變售於某公司外，動產悉依拍賣方法行之；因之破產管理人乙即將物件送至當地拍賣處，與監查人商同價格，悉數拍賣。不意拍賣後分配價金時，債權人丙認拍賣方法未合強制執行法規定程序，對破產管理人乙提起訴訟，力肆抨擊。乙因商諸某名律師，根據破產法第一三八條及強制執行法第四條各規定，層層辯駁，節節闡述，否認丙之起訴理由。結果，法院認乙之理由爲正當，將丙之原訴駁回。其狀如左：

（上略）拍賣方法有二：一爲依強制執行法規定之拍賣程序，一爲強制執行法規定以外之通常拍賣程序；前者之程序較繁，凡以強制執行法第四條各款所規定之執行名義而行拍賣者，不問價額多寡，概須依照強制執行法規定程序辦理，否則卽爲違法；而後者則不必如是，只須以通常程序爲之，或交由當地拍賣行拍賣，或用其他拍賣方式拍賣，不限於依強制執行法所定拍賣程序辦理。被告此次任某某破產管理人，對破產財團中所有之不動產，依債權人會議之決議，依照市價變售於某某公司，此固無爭執者；而其所有之動產，亦依債權人會議之決議，依破產法第一

三八條之規定，用拍賣方法行之。但此破產法第一三八條所規定之拍賣，並非用強制執行法第四條各款所列之執行名義行之，實爲一種通常之拍賣；既爲通常之拍賣，自可依通常之拍賣行之，無須依強制執行法所規定拍賣之程序。故被告苟不違背破產法第九二條規定，曾經監查人同意，用任何拍賣方式，皆爲合法之拍賣，原告絕無爭執之理由。拍賣程序，本非一者，有強制執行法上之拍賣，有通常拍賣；原告只狃於強制執行法上之拍賣程序，以爲凡屬拍賣，均應依照強制執行法所定程序辦理，否則卽爲違法；此實大誤，蓋破產法上之所謂拍賣，並非以執行名義行之，實爲一種通常之拍賣，自可以通常之拍賣方式爲之。原告何所依據，而可武斷被告之拍賣方式爲違法，而遽對被告提起訴訟，請求認爲無效？（下略）

第二章 刑事訴訟案之刀筆

第一節 從實體上駁詰者

甲 刑法總則編

犯罪之意義

〔事實〕甲專以買賣黃金爲業，賤之徵貴，貴之徵賤，因是一年而還，獲利頗豐。最近被人告密，謂爲觸犯政府頒行之取締黃金投機辦法。經當地警察局前往搜查，果搜獲金條十二根，更抄出帳冊一本，均記載平時黃金買賣之收付者，計自去歲一月二十日起，至本年二月十六日止，現存金條十二根。警局搜得後，即解送法院檢察處，依法偵查。甲因委任當地某名律師代爲撰狀答辯，以刑法第一條爲言，力述犯罪之意義，請依刑事訴訟法第二三一條第八款規定，予以不起訴處分；某名律師不特熟於法律，且爲能文之士，狀中極嬉笑怒罵之能事，對本案反覆詰責，使人無懈可擊。偵查結果，竟如其願，宣告不起訴。其狀如左：

（上略）被告素守法安分，雖未一爲公務員，亦未一爲律師，然對於法律，亦會稍稍研究，苟法之所禁者，絕不欲爲，而所爲者，必爲法律之不禁，故自信平生未嘗一爲犯法之行爲。即以本案買賣黃金論，被告始終未曾有違法之處，根本

無犯罪可言。黃金之禁止買賣，爲二月十七日政府所頒行之取締黃金投機買賣辦法，此辦法依第十條規定，爲「本辦法自公布之日施行」，是黃金買賣之禁止，乃爲二月十七日之事，在二月十六日以前，固絕對不禁止者；被告之買賣黃金，果在何日？如在二月十七日以後，固爲犯罪行爲，若在二月十六日前，則爲正當合法之行爲；何得以正當合法之行爲，而誣陷爲犯罪行爲？中央銀行，爲國家銀行，當然守法者；何以二月十六日，仍爲黃金之買賣？如曰犯罪，則中央銀行之總裁，應首先犯罪；何以不搜查中央銀行，不逮捕中央銀行總裁，而獨對於被告謂有犯罪行爲？帳冊具在，一按即得，被告之買賣黃金，果在何日？若曰藏有黃金，卽爲犯罪；則依取締黃金投機買賣辦法，只禁止買賣，並未禁止黃金持有；既並未禁止黃金持有，姑無論被告只有金條十二根，卽有一百二十根，一千二百根，一萬二千根，亦在合法之列，並不能認爲犯罪。刑法第一條規定：「行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限」；被告使在二月十七日後買賣黃金，當然有罪；而在二月十六日前爲此行爲，國家尙無禁止之規定，法律並無認爲有罪之明文。所謂犯罪者，卽觸犯法律上所定之罪也；行爲時既尙無此法律，上而國家銀行，下而一介細民，皆可公開將黃金買賣；然則所謂犯罪者，果犯何罪？被告誠愚闇，鈞處固代表國家行使追訴權者，當必熟諳法律；試問被告之行爲，果犯何罪？既爲無罪，應請依刑事訴訟法第二三一條第八款規定，予以不起訴處分，以免無故受此訟累。（下略）

行爲時法律與裁判時法律

〔事實〕甲於民國三十五年十月十三日，因犯公然侮辱人罪，經法院判決處三萬元罰金；蓋依刑法規定，爲處三百元以下罰金，而依十月十四日政府頒行之罰金罰鍰提高標準條例第一條規定，就刑法所定應處之罰

金，提高至一百倍，故原處三百元者，應提高至三萬元也。此本極尋常之事，無爭辯之餘地，且在此物價高漲之時，區區三萬元，亦僅足供一餐之資，富有者固全不計較，即貧乏者亦未必計算於此。但甲之辯護律師，固為當時之某名律師，對於經辦之案，一字不肯放過，對此即代甲撰狀提起上訴，依據刑法第二條第一項但書規定，力駁原審法院引用提高標準條例之不當。高等法院受狀後，以上訴人所持理由甚為充足，審判後，將原判決撤銷，改判罰金一萬五千元。其狀如左：

（上略）上訴人對公然侮辱告訴人某某，誠自知不當，依法應予處罰；故對於原判所認定之事實及判決處罰之理由，均無不服。但其最後援引罰金罰鍰提高標準條例，依刑法所處罰金三百元提高至一百倍，處罰三萬元，實有未服，且認為違背刑法第二條第一項但書之規定，不得不提起上訴，請求予以糾正者。查罰金罰鍰提高標準條例，政府頒布於民國三十五年十月十四日，自頒布之日施行，應自十月十四日開始有效；其在未頒行前，即十月十三日前，當然不適用本條例規定，只可依戰時罰金罰鍰提高標準條例規定處斷。本案被告之犯罪行為時日，為民國三十五年十月十三日，依當時之法律，則為戰時罰金罰鍰提高標準條例，並非今日之罰金罰鍰提高標準條例；蓋犯罪行為發生之時，此罰金罰鍰提高標準條例，尚未頒布施行也。依刑法第二條規定，雖行為後法律有變更者，適用裁判時之法律，然但書明明規定：「但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」是被告在原審判決之時，雖已應適用罰金罰鍰提高標準條例，就刑法原定數額提高至一百倍，然以與裁判前所施行之戰時罰金罰鍰提高標準條例相較，則戰時罰金罰鍰提高標準條例僅提高至五十倍，實為有利於行為人之法律；刑法第二條但書，既有

「適用最有利於行爲人之法律」之規定，原判決之處罰被告三萬元，實爲違法兩者相去，本只一萬五千元，在今日物價之下，此一萬五千元之數正極微薄，不足供一餐之資，卽此日提起上訴，其所需之一切直接間接費用，亦必超過此一萬五千元之訴，甚至十倍於此，費用至十五萬元；例如審判一次，被告由住所地乘火車轉公共汽車至鈞院所在地，至少住宿旅館一宵，再回至住所，合計車費及一切旅費，卽須七萬元而上，而判決所得，只爲一萬五千元，明知得不償失；然爲糾正原審法院之法律上錯誤計，爲遵守國家神聖之法律計，固不敢計算及此也。（下略）

狀態繼續犯與大赦

〔事實〕甲爲乙管理銀錢，至三十六年二月總結帳時，乙發現甲曾於三十五年十月八日侵佔乙帳款五百萬元，因以侵佔罪自訴甲於地方法院。自訴狀中除證明甲侵佔行爲及侵佔數額後，更謂侵佔行爲之時，雖在民國三十六年元旦大赦令頒布之前，可以赦免其罪，而此所侵佔之款項，至今仍在乙手，不爲交出，則顯然爲一種繼續犯；既爲繼續犯，則此繼續時期，已延至今日，在大赦令發布而後，依大赦令所稱，則凡在大赦令發布而後仍有犯罪者，卽不在赦免之列；蓋實繼續至大赦令發布而後，仍在侵佔中也。甲被訴後，卽商諸當地某名律師，撰狀答辯，以刑法第二條規定，力擊原訴，謂應適用民國三十六年元旦之國民政府大赦令，依刑事訴訟法第二九四條第三款規定，應予免訴。審理結果，認甲之理由充分，果判決免訴。其狀如左：

（上略）本案一切事實，暫可不辯，卽盡如自訴人所言，被告犯刑法上之侵佔行爲，然其時日，尙在民國三十五年十月八日，卽在三十六年元旦國民政府頒布大赦令之前；大赦令稱：「凡犯罪在中華民國三十五年十二月三十一日

以前，其最重本刑爲有期徒刑者，均赦免之。」是凡犯罪行爲，在民國三十五年十二月三十一日前，苟其最重之刑爲有期徒刑者，均在赦免之列。本案之犯罪行爲，既在三十五年十月八日，而依刑法第三三五條之侵佔罪，其最重本刑又爲五年以下有期徒刑；則衡以國民政府之大赦令，依刑事訴訟法第二九四條第三款規定，應在免刑之列，無處罪之可言。在自訴人亦未嘗不知有此，因以繼續犯爲言，妄思故入人罪；不知繼續犯有二：一爲行爲繼續，一爲狀態繼續。行爲繼續，是一日在繼續實施中，其行爲卽一日未終了，應以繼續實施終止之時，爲行爲完成之時；而狀態繼續，不過爲狀態之繼續，其行爲早經完成；侵佔罪之行爲完成，在易持有爲所有，一旦將持有之物而變爲所有，其於易成所有之時，卽爲侵佔行爲完成之時，其後日之霸佔不交，不過爲犯罪結果存續之狀態，並非仍爲犯罪行爲。以故本案被告犯罪行爲之日，於三十五年十月八日將持有變易爲所有時，卽已完成；既犯罪行爲完成於三十五年十月八日，則核以大赦令所稱，當然在赦免範圍，不能以其後之存續狀態，而妄謂尙有犯罪行爲。刑法第二條規定：「核爲後法律有變更者，適用裁判時之法律；」大赦令雖非法律變更，然其效力，亦屬阻卻處罰之一種行爲，與變更法律無殊；以故本案從法律上言，被告應予免刑。（下略）

毀敗一肢以上之機能

〔事實〕甲與乙鬪毆，甲一時性起，竟用切菜刀砍落乙左手大指、食指及中指，經起訴後，法院認爲尙未達刑法第一〇條第四項第四款所稱「毀敗一肢以上機能」之程度，處甲以刑法第二七七條第一項處斷，判甲二年有期徒刑。乙不服，特聘某名律師撰狀上訴，反覆闡述，將原判抨擊無遺，正是其筆如刀，鋒利無匹。結果，將原判

決撤銷，改依刑法第二七八條第一項處斷，判甲七年有期徒刑，蓋認乙之上訴爲極有理由也。其狀如左：

（上略）原判所最錯誤，而爲上訴人極所不解，無從甘服者，卽不以重傷論，而以尋常之傷害論。上訴人提起自訴，因力請依刑法第二七八條第一項處斷，而在檢驗時，原法院亦會驗明上訴人被砍落左手大指食指及中指三節，乃判決中尙謂未達於刑法第一〇條第四項第四款所稱之「毀敗一肢以上機能」之程度，只能認爲傷害，不能認爲重傷，實不能不認原判爲誤解法律，一時失出。查刑法第一〇條第四項第四款所稱之「毀敗一肢以上機能」，乃重在機能二字，所謂機能者，卽其效用也，手之效用，全在於指，而五指之中，尤以大指食指及中指爲最有效，與足趾全然不同；此非上訴人之虛言，以生理言，固是如此也。今被上訴人將上訴人左手之大指食指及中指全然砍落，僅餘一無所用之無名指及小指，既不能再有一切作用，寫字不可，作工不可，卽尋常吃飯穿衣亦不可，是已一無效用，其機能全然喪失；左手之機能，既因大指食指中指之被砍落而一無效用，當已達於刑法第一〇條第四項第四款所稱之「毀敗一肢以上之機能」。此而猶可謂爲尙屬尋常之傷害，尙未爲重傷，試問必如何而可成爲重傷？蓋大指食指及中指既失，其手已一無能爲，任何事均不可做，完全已達於「毀敗一肢以上機能」之程度，不能謂爲尙有無名指及小指殘存，仍保存其手之機能也。否則刑法第一〇條第四項第四款應規定爲「毀敗一肢以上」或「毀敗一肢以上之肢體」。今既曰「毀敗一肢以上之機能」，則顯見重在機能，不重在肢體；既重在機能而不重在肢體，是苟肢體尙在，只須失去其機能，亦卽構成重傷之要件，而况砍落大指食指及中指，其機能固全然喪失，而其肢體亦遭毀敗乎！以此而原判猶曰「只可認爲尋常之傷害，不能認爲重傷」，是真令上訴人爲之不解，不得不提起上訴，以糾正其錯

誤。(下略)

故意之要件

〔事實〕甲欠乙帳款一萬萬元，屢索不還，乙憤極，前往甲家，將其最心愛之古畫一幅奪之而去，聲言非將款項清償，決不歸還；但甲奪取之時，未為細察，竟誤將甲同居一室丙之一幅古畫取去；蓋甲見乙來勢不善，且已預有所知，故當乙爭奪時已暗易之也。事後，丙即以搶奪罪訴乙於法院，請依刑法第三二五條第一項，處乙以五年以下有期徒刑。乙大恐，商諸某名律師，撰狀辯護，依據刑法第一二條規定，否認有故意行爲，且力述同法第一三條及第三二五條第一項規定之意義，極縱橫之能事。法院審理結果，認乙所述甚爲正當，頗有理由，因判決乙無罪。其狀詞如左：

(上略)查犯罪之成立要件，首爲故意，故刑法第一二條第一項規定：「行爲非出於故意或過失者，不罰。」其第二項規定：「過失行爲之處罰，以有特定規定者爲限；」是其犯罪行爲，苟非出於當事人之故意行爲或過失行爲者，即失卻犯罪之要件，不能成立。本案自訴人所訴被告犯刑法第三二五條第一項搶奪罪，被告依據刑法第一二條規定，實未能承認搶奪罪之成立要件，爲意圖爲自己或第三人不法之所有，故必行爲人自知對於此項財物，並無法律上正當權原可以取得，而竟以搶奪之手段，取爲自己所有或第三人所有，始行構成；若根本並無此種取爲己有或他人所有之意圖，不過借此以爲要求清償之資，仍須歸還原所有人，即不合刑法搶奪罪之要件，不成立搶奪罪。自訴人之同住人某某，欠被告債款一萬萬元，延期再三，迄未清償，而某某，又非貧無立錐者，顯見意圖拖宕，甘心食言，因之

不得已將其所有古畫一幅，取以爲抵，故一再聲言，必須將欠款償還，始可取回此畫。統觀前後情形，被告人對於此畫，始終實無意圖爲自己或第三人不法之所有，完全欠缺刑法第三二五條第一項搶奪罪之特別要件；蓋完全缺乏犯罪之故意也。至此物是否爲自訴人所有，抑爲某某其所有？姑尙待證明，未便以自訴人片面之言詞，而卽確認；且縱使確爲自訴人所有，依刑法第一二條論斷，亦欠缺犯意，卽與搶奪罪之意思要件不合，不能認爲犯罪。何則？依刑法第一三條規定，故意之構成，必爲認識，所謂認識者，或者明知並有意使其發生，或者預見其發生，而其發生並不違背本意；被告之奪取古畫，乃一時認識爲某某之物，收藏之處，固在某某書室中，而某某又自始至終未言此物爲其同住人之所有；是被告之誤取，爲一種認識錯誤，並非明知爲自訴人之所有，且使早知爲自訴人之所有，而非某某之所有，被告亦決不願意取以爲抵債之用；蓋自訴人並未對被告欠有債務，取之亦於被告全無利益也。既爲認識錯誤，並非明知故犯，且並無本意使其發生，則依法當然欠缺犯意，卽刑法第一二條所謂「行爲非出於故意」；既非出於故意，卽在不罰之列，不能構成犯罪。若曰「按其情節應注意而不爲注意，縱非故意，亦屬過失」，則搶奪罪無處罰過失之條，依刑法第一二條規定，亦不成爲犯罪，不能處罰；而况核其情節，本可無須注意，而又並非意圖爲自己或第三人不法之所有，根本欠缺犯罪要件乎！（下略）

過失責任

〔事實〕甲書室臨河，因河水甚淺，故舟楫不通，絕無船隻來往，而因之甲書室中遺棄之物，多隨手向河拋擲。一日甲以舊墨匣一拋擲河中，以爲無事，不意河中適有一挖河泥人乙在，遽中其頭顱，鮮血淋漓，急大聲呼救，由

巡警救起，共同送入附近縣立醫院。事後，乙以本案雖經警察局移文法院檢察處，依法偵查在案，然未必能遽行審判，特請當地某名律師撰狀自訴甲過失傷害人，並於刑法第一四條第一項規定過失之意義，反覆闡明。結果，法院判處甲五個月有期徒刑。其狀如左：

(上略) 本案傷害情形與夫傷害經過，前已由本縣警察局及縣立醫院分別報告檢察處偵查在案，無庸贅述；茲再依據刑事訴訟法第三一一條規定，提起自訴，以便程序。查本案被告之爲過失傷害人，應犯刑法第二八四條之罪，無可置辯，但被告在檢察處偵查中，竭力否認過失責任，謂河中素無舟楫往來，故不必注意；此實被告之故爲狡辯，根本不成立理由者。查該河雖極淺澗，不能通舟楫，然唯不能通舟楫，故挖河泥人，隔數月必一往撈取河泥，且順便撈取河底拋棄物；此非一日，已歷有數年。被告居住此地，亦有數載，對此當無不知之理；既知河中時有挖河泥者在內，則按其情形，凡拋擲物件於河中，應予注意；河中有無人在，尋常細碎物件，不足致人於傷害者，尙得諉謂可不必注意，然按其情節，或有不能預見之意外事故發生，亦應注意；而況此爲墨匣，足以致人於傷害！乃被告竟漫不經心，應注意，能注意，而不爲注意，致墨匣拋下，擊中自訴人頭顱，一時鮮血淋漓，幾至暈倒，幸尙能呼救，且引起對河崗警注意，故得及時送入縣立醫院，然已出血過多，幾瀕於危。是被告從任何方面狡辯，不能卸其過失傷害人之責任。刑法第一四條第一項規定：「行爲人雖非故意，但按其情節，應注意並能注意而不注意者，爲過失。」所謂「應注意」者，即或恐發生意外事故，應於行爲之前，先爲注意；所謂能注意者，即行爲人之能力，可以注意。被告拋擲墨匣於河中，墨匣爲沉重之物，中人可以致人於傷害，而中及要害，更可致死；河中雖舟楫不通，並無往來船隻往來，然亦時有挖河泥人存在；在此情節之

下，試問被告應否注意？而被告又非患病在床之人，能行能走，試問被告又是否能注意？按其情節，既應注意並能注意，而竟不為注意，試問依刑法第一四條第一項規定，又是否構成過失？既為過失，則對於自訴人之傷害，當然負刑法第二八四條第一項之罪責，實無可狡辯，無可脫卸！（下略）

消極行為之犯罪

〔事實〕甲因事訪乙，擬同往浴室洗浴；乙因更換衣服，將隨身手槍一枝，暫放桌上，甲取而閱視，忽墜內子彈飛出，竟將屋內之丙擊斃。經丙之家屬丁馳報警察局，將全案移送檢察處，並將甲拘押，認為犯刑法第二七六條第一項之罪。偵查而後，正擬向法院對甲提起公訴，而丙之家屬丁以手槍為乙之所有，乙所不能無過失，因與某名律師商酌，擬向檢察官處續行投狀，要求處乙以同等之罪；某名律師因援刑法第一五條規定，力述消極行為與積極行為，全無二致，甲固有罪，乙亦未能逍遙法外。檢察官接狀後，認丁所訴為有理由，再行偵查後，將甲乙二人共同起訴，結果甲乙兩人各處有期徒刑一年六個月，丁如願以償；蓋甲貧而乙富，乙既判罪，丁得向之提起民事訴訟，依民法第一九〇條規定，請求乙賠償相當之金額也；故丁之對乙提起告訴，其用意實在賠償上，故雖只對乙判刑一日，其目的亦已達。其狀如左：

（上略）告訴人故父被某某甲及某某乙過失致死一案，已由鈞處一再偵查在案，不日當可偵查終結，提起公訴。但告訴人竊有不解者：即鈞處屢次偵查，何以獨注意於某某甲，而不及於某某乙？而警察局之報告，固僅言某某甲過失殺人，而未將某某乙共同列入，即鈞處屢次偵查，亦對某某乙多所忽略，宛若本案之證人而非被告；此誠不得不令告

訴人多所惶惑，必欲請鈞處注意者也。刑法第一五條規定：「對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同；因自己行為致有發生一定結果之危險者，負防止其發生之義務。」是凡消極行為之犯罪，其與積極行為之犯罪，在法律上有同一之效果，積極行為為固屬犯罪，消極行為亦同樣犯罪，不能以其並無積極行為故，而可予以末減。此次某某甲因玩弄某某乙之手槍，彈子出膛，將告訴人之父致死，積極行為固在於某某甲，而乙之所為，實為消極行為，應與某某甲同負過失致人於死之罪責。蓋某某甲所玩弄某某乙之手槍，某某甲既事前裝有子彈在內，一觸即發，易於肇禍，則於某某甲閱視之初，即應予以警告，阻止某某乙弄看，或者囑其注意；如是自可防止危險，不至發生此事。乃某某乙當某某甲閱視手槍之時，竟一言不發，既不阻止其弄看，又不告以膛內裝有子彈，明明自己應有防止發生危險之義務，而竟不為防止，核以刑法第一五條規定，當然與積極行為之某某甲，負共同過失殺人之罪責。在某某甲取視手槍之時，固應嚴密注意，其應注意並能注意而不注意，固負過失責任；而某某乙在法律上應有防止之義務，能防止而不為防止，致發生一定結果之危險，亦當然負過失責任；雖一為積極行為，一為消極行為，而共同犯刑法第二七六條之過失殺死告訴人之父則一，不能獨責某某甲之積極行為，而舍消極行為之某某乙於不問。且退一步言，使某某乙於應為防止之際，予以防止，或禁止某某甲之玩弄，或警告以危險，不唯告訴人之故父可以免於不幸，即某某乙亦不至犯此過失殺人之責任，致受此訟獄；是某某乙之消極行為，其罪應更重於積極行為之某某甲，決不能任其逍遙法外，致刑法第一五條成爲具文。（下略）

〔事實〕甲性情極爲頑劣，而又好戲弄他人，其友乙結婚，甲因往道賀，忽發奇想，與之玩耍，暗將巴豆一大把，煮湯二大碗，冒稱和合湯，令乙與其新娘各一飲而盡；蓋甲以巴豆爲容易放屁之物，使之大放其屁，以博新郎新娘一哄之資；而乙不疑其有他，竟與新娘各一飲而盡。不意巴豆爲一種極猛烈之瀉藥，乙與新娘服後，二人竟大瀉不止，且由腹瀉轉成腸炎，再轉傷寒，因腸出血斃命。事後，被乙之父丙得悉，對甲提起告訴，請求依刑法第二七七條第二項之傷害致死罪；檢察官偵查後，亦以此提起公訴。甲以事出意外，商諸某名律師，投狀辯訴，因依刑法第一七七條爲根據，只承認刑法第二七七條第一項傷害罪，不承認第二項之傷害致死罪；蓋其加重之結果，在事前固無從預見也。審理結果，法院認甲辯訴爲有理由，判處甲有期徒刑二年。其狀如左：

（上略）告訴人子及媳之死，乃死於傷寒之腸出血，而非死於飲巴豆湯之腹瀉，縱曰其間有因果關係，因服被告之巴豆湯而腹瀉，因腹瀉而轉腸炎，因腸炎而再轉傷寒，以至於腸出血斃命，其間不免有因果關係，致發生不幸之結果；然此種一再轉變，殊出意外，事前無從預見。夫既在事前無從預見，依刑法第一七七條之規定，即不能加重其刑。該條規定：「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行爲人不能預見其發生時，不適用之。」刑法第二七七條第二項之因傷致死，乃爲第一項傷害之加重，被告於爲犯罪行爲之時，即以巴豆湯飲告訴人之子及媳時，其用意僅在戲弄，使飲後大放其屁，以博新夫婦之一哄，固不能預見其發生此結果也。姑無論巴豆湯與腸出血，不能認爲有因果關係之連絡，其於中間介入不少其他因素，其腹瀉或由於飲食油膩過多，或由於新婚后其他原因，而轉爲腸炎，轉爲傷寒，更其道甚多，或由於藥餌之不慎，或由於看護之失當，甚至或由於新婚后之其他事故，與飲巴豆湯毫無因

果關係，即鍛鍊周內，文致其罪，將中間介入之一切因素不談，專歸獄於飲巴豆湯所致，然亦爲被告所事前不能預見者，既不能預見，依刑法第一七條規定，亦無從加重其刑，只可處被告以刑法第二七七條第一項之傷害罪，不能處以同條第二項之因傷致死罪。巴豆爲物，在本章上並非爲一種毒物，只稱易於放屁，且謂有去除腸垢之功，是其作用，不特無害，反而有益，縱因其功能去除腸垢之故，或發生腹瀉，亦決不至轉成腸炎，此非被告之故爲曲說，即質諸當地任何名醫，亦皆如是，固無從預見其發生此意外之結果。故即告訴人子及媳二人之死，確因於腹瀉，而腹瀉又爲被告飲以巴豆湯所致；然時間相距五十日，病症變換三次，決非任何人所能在事前預見者。告訴人固抹煞刑法第一七條規定，妄思加重被告之刑，以傷害致死告訴，而檢察官亦不爲細察，遽以告訴人所告訴者向鈞院提起公訴，縱非故意陷人於重罪，亦未免誤解法律，抹煞刑法第一七條之規定。要之，謂被告犯有傷害行爲，已屬過甚，若以任何人不能預見之結果，而強令被告忍受，加重其刑，則被告斷斷不能承認，而揆諸法律，亦有不能適合者。（下略）

上級命令

〔事實〕甲本一無賴，時糾合多人搶劫過客，已犯案甚多；一日，被當地聯保主任乙及其衛隊丙所獲，乙以甲積案疊疊，一鄉皆恨，立命丙將其槍決。事後，甲之子丁向地方法院檢察處告訴，偵查結果，認乙犯殺人罪，而丙則以刑法第二一條第二項爲言，謂丙之所爲，係奉上級長官命令，宣告不起訴處分。丁以丙雖奉上級長官命令，然是項但書規定：「但明知命令違法者，不在此限；」聯保主任乙無審判及槍決人犯之權，丙當然明知。既屬明知其命令違法，而竟將甲槍決，亦無所逃罪，即向高等法院首席檢察官依刑事訴訟法第二三五條規定，聲請再議。

結果，認爲再議有理由，即將原交處撤銷，命令地方法院檢察官對丙依刑法第二七一條提起公訴。其狀如左：

(上略) 刑法第二二條第二項所稱「依所屬上級公務員之職務行爲」者，乃指上級公務員以合法之命令，下級公務員爲其職務範圍內所爲之行爲而言。在上級公務員既有合法之命令，在下級公務員又爲其職務範圍內應爲之行爲，故依下級服從上級命令言，一切行爲，當然由發命令之上級公務員負其責任，而於服從命令之下級公務員無涉；至命令內容如何，是否合法，下級公務員無考量之餘地，只須在形式上合法，即已足事。然使上級公務員在職權上根本不能發此命令，而下級公務員在職務上又絕不執行此職務，則上級公務員之命令，不問其內容如何，均爲違法之命令，而下級公務員即無服從之義務，不得藉口於「職務上行爲」而強爲脫卸其責任。故該項但書，即直接以「但明知命令違法者，不在此限」是可見凡依刑法第二二條第二項規定而可不罰者，必限於上級公務員合法之命令，即在職權上可以發此命令，且其下級公務員在職務範圍內亦應接受此命令者；若上級越出權限，發出在職權上不應發出之命令，即爲違法命令，下級公務員絕不能接受，倘果接受，應同負其責。本案第二被告某某，爲第一被告某某之衛隊，而第一被告，僅任聯保主任，聯保主任之職務，在辦理地方自治，絕無司法上之職權，即或聲請人之故父果爲土匪，然被告等除在聲請人故父實施搶劫之時，得依刑事訴訟法第八八條規定予以拘捕外，絕無權可將聲請人故父拘捕；拘捕尙爲非法，而况予以槍決。聯保主任既絕無司法上之職權，將聲請人故父逮捕及槍決，則第二被告某某雖爲其衛隊，亦絕無奉行其命令，將聲請人故父槍決之理。第二被告爲第一被告衛隊有年，且久在軍界服務，當明知第一被告某某所任之職務，且明知第一被告任聯保主任絕無槍決人民之權；而第一被告此項命令，

既爲違法，不在其職權範圍，而其命令第二被告爲此，又絕非屬於第二被告職務上之行爲；彼此既均無此職權，自不得藉口於「職務上之行爲」而免予罪責。乃原檢察官竟誤解法條，對第二被告爲不起訴處分，實爲非法。蓋第二被告明知第一被告不應發此命令，竟越出職務，任意將聲請人故父槍決，實合於刑法第二一條第二項但書之規定，不能強以第二項爲根據，而予以不起訴之處分。（下略）

正當防衛行爲

〔事實〕甲與其妹乙同行，在山路中，忽遇丙突然將其妹乙堅抱不放，意圖非禮；甲一時皇急，適執有一斧，因上前將丙右臂上一刀，砍爲兩段，丙痛極，卽爲釋手。事後，丙卽以重傷罪對甲起訴，請求治以刑法第二七八條之罪。甲商諸某名律師，卽援引刑法第二三條規定，撰狀答辯。結果，法院認甲之理由極爲正當，判決甲無罪。其狀如左：

（上略）被告此事，自信實出刑法第二三條之正當防衛，實爲實施防衛權之一種作用，絕無犯罪之可言。刑法第二三條規定：「對於現在不法之侵害，而出防衛自己或他人權利之行爲，不罰，但防衛行爲過當者，得減輕或免除其刑。」是防衛權之作用，第一爲對於他人不法之侵害，第二爲防衛自己或他人之權利。被告與胞妹某某在山徑中與自訴人狹路相逢，自訴人突然前來將某某堅抱不放，固無論意圖非禮，卽此行爲，已爲一種不法之侵害；而當時自訴人將某某堅抱不放，形同瘋人，無可理喻，被告爲防衛某某之權利故，在此間不容髮之際，除將自訴人打擊，使之不能忍受，非卽釋手不可外，亦絕無他道可尋。故被告之猛力用斧砍其手臂，實爲防衛某某之一種正當行爲，所

以排除自訴人對某某之不法侵害，以達到防衛之程度。防衛權之實施，不限於爲自己權利，卽爲第三人權利，亦得爲之；故刑法第二三條規定，於「防衛自己」下，更緊接以「或他人」三字；被告因胞妹某某遭自訴人不法之侵害，情勢緊急，遂用斧猛砍其手，是實爲防衛他人身體權之行爲，蓋爲排除危害應取之手段，全不構成犯罪行爲也。若曰防衛過當，一則赤手，一則用斧，程度之輕重不一；則又非法律上之說，在法律上決不如是。法律上所謂過當者，是指防衛行爲超越其必要之程度而言，並非指侵害行爲與防衛行爲之大小及輕重而言，苟在防衛之必要程度內，絕未超越，縱侵害者極小極輕，而防衛之行爲極大極重，亦全不在過當之列；故刑法上之防衛行爲，只以基於排除不法之侵害，而不超越防衛上之必要程度；至其情形之是否相等，侵害者一拳，防衛者亦一拳，侵害者一刀，防衛者亦一刀，概不之問。當自訴人用手將被告胞妹某某堅抱不放之際，正是危險萬分，被告用斧力砍其臂，使之不得不釋手，乃正在防衛之必要程度以內，絕無超越之處；蓋不如是，自訴人決不釋手，某某究被害至如何程度，正未易遽擬；卽用其他方法，來排除其侵害，且使之不能再侵害，一時亦屬無從下手，故必用此突擊手段，將其手臂猛砍，受到極度之痛苦，而後可將不法之侵害排除，且使之不能再侵害；故縱將其手臂砍落，亦未嘗超越防衛之必要程度，亦卽未嘗過當。且從法律言，正當防衛，絕不以不得已之行爲爲要件，更不與逃避義務相關連；故卽其防衛行爲縱非出於不得已，更在當時除實施防衛外，尙可逃避，苟爲防衛行爲，只須不超越必要程度，亦不得謂爲過當；而况在當時被告用斧猛砍，實爲不得已之行爲，且除此而外，被害人某某亦無逃避可能；是又何得謂爲過當，而妄入人罪（下略）

錯覺防衛

〔事實〕甲任聯保處壯丁，奉命緝拿土匪乙，正在向乙盤詰，擬着手拘捕，忽見乙伸手入袋，疑為取槍抗拒，因先發制人，遂開槍將乙擊斃。乙之子丙大忿，以甲擅行殺人，特向檢察處投狀告訴，為父伸冤。審判結果，法院認甲為正當防衛，雖不免有過當情形，已超越必要程度，然仍得免除其刑，依刑事訴訟法第二九一條但書規定，諭知免刑之判決。丙接到判決後，益為痛心，商諸某名律師，撰狀向檢察處陳述意見，聲請上訴。檢察官收狀後，認丙所陳理由極足，法院判決，實為失當，因即提起上訴，結果，撤銷原判決，改處乙以過失殺人罪。其狀如左：

（上略）本案被告之殺人行為，在法律上根本不能認為防衛，乃法院竟援引刑法第二三條但書，予以免刑之判決，實非適法。刑法第二三條之所謂防衛，乃對於現在不法之侵害，為防衛自己或他人權利之行為，即所謂防衛權；必以此防衛權，而後始生防衛過當與否之問題，若根本並無防衛權，即其行為與防衛之要件不合，無從可能認為防衛；既無防衛可言，當然不再生是否過當問題。被告之開槍擊斃聲請人故父，完全為一種殺人行為，應依刑法第二七一條處斷，處以死刑，無期徒刑或十年以上有期徒刑，絕無防衛之可言。防衛之要件：一為對現在不法之侵害，一為防衛自己或他人之權利；試問：被告之開槍射擊，在當時聲請人故父是否對被告有不法之侵害？而被告又防衛何人之權利？聲請人故父既未曾對被告有何種不法之侵害，則被告之防衛權，又何自而生？既根本並無防衛權，則所謂防衛過當，予以免刑之判決者，又何從而成立。原判理由，謂被告在盤詰之際，因見被害人伸手撈衣，即誤疑為取槍抗拒，因即為正當防衛計，先發制人，開槍射擊；姑無論案情未必如是，聲請人故父未必有此伸手撈衣行為，即果如所云，亦為被告一種錯覺防衛，不能認為有防衛權。錯覺防衛，並非即法律上所允許之防衛，法律上既不認錯覺防衛為有防衛權，則

所謂防衛，所謂防衛過當，皆無從成立。蓋錯覺防衛，根本在法律上不承認其爲有防衛權也。再退一步言，被告之開槍射擊，係出於錯覺防衛，並無殺人之故意，但被告在目擊聲請人故父伸手撈衣之時，應即注意其是否爲取槍抗拒，抑僅至撈衣而止；此正應注意而並能注意者；况撈衣之手勢，與持槍抗拒之手勢不同，被告老於捕盜，素有經驗，稍予注意，當非不能觀察所及者；乃竟漫不注意，遽開槍將聲請人故父擊斃，至少亦不失爲過失殺人，犯刑法第二七六條第一項之罪。原判誤解法條，竟予以免判之判決，實是死者含冤，生者茹痛，使再不提起上訴，於情於理，固均有未當，而按諸刑法規定，亦實有不合。故謂被告之殺人出於過失，尚可勉強，若認爲出於刑法第二三條之防衛權，則大誤特誤，全不成立。（下略）

犯罪之着手

〔事實〕甲素垂涎鄰女乙，百般挑引，終難目成；蓋乙雖小家碧玉，而性極貞潔，固非路柳牆花可比也。甲心猶未戢，一日，探得乙之父母均因事赴鄉，只得乙一人在家，因於夜半撬門入內，直入乙之臥室，擬登其床上，實行強姦；正在此際，忽聞門外有脚步声，蓋適有人經過門外也。甲一時心慌，恐事發覺，即潛身退出，而乙亦已被驚醒，因大聲呼救，共將甲在門外拘捕，送入警局，轉解法院檢察處，提起公訴，結果以刑法第二二一條第三項之強姦未遂罪處斷，判甲有期徒刑四年。甲商諸某名律師，擬再設法減輕，因根據刑法第二五條規定，提起上訴，否認未遂，蓋是時尙無強姦之事實，不能認爲已着手於犯罪之實行，原法院遽以強姦未遂罪論斷，實誤解法文請求撤銷原判決，另爲審判。高等法院審理後，以原判實非適當，因將原判決撤銷，改依刑法第三〇六條第一項，處甲六個

月有期徒刑。其狀如左：

(上略)上訴人最不解者：原審法院何所據而斷定上訴人之入內爲強姦？豈以上訴人身懷犯具，即以此斷定上訴人之入內爲強姦乎？刑法第二五條第一項規定：「已着手於犯罪行爲之實行而不遂者，爲未遂犯。」是所稱強姦未遂，即刑法第二二一條第三項之罪，必須已着手於對婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或其他法，至使不能抗拒，而爲姦淫之行爲，而在此着手以後，突然因他故而未發生結果者，始謂之爲強姦未遂。若尙未着手，僅僅擣門入內，入其臥室，則既未有強暴之行爲，亦未有脅迫之行爲，更未用藥劑或催眠術或其他方法，而亦始終未曾使某某有不能抗拒之情形；則所謂強姦者，其證據何在？擣門入內，直入臥室，未必卽爲強姦；且何所據而必認其爲強姦？縱曰有強姦之意圖，依法律言之，亦不過在一種預備之階段，尙未達着手之程度；預備與着手不同，預備者，在尙未着手而前，先爲一種預備行爲，以便乘機着手；而着手者，則已經過預備程度，進一步而着手於犯罪行爲之實施。今上訴人所爲者，至多不過爲強姦之一種預備行爲，尙未至着手實行之階段；既尙在預備行爲中，未至着手階段，則依法卽不得謂爲未遂。蓋刑法第二五條第一項對於未遂犯之規定，固明明爲「已着手於犯罪行爲之實行」也。預備之處罰者，刑法規定，只限於內亂罪、外患罪、公共危險罪及殺人罪，而強姦一罪，只處罰未遂，不處罰預備。刑法上既無處罰預備強姦之行爲，則上訴人縱有預備強姦之行爲，擣門入內，直入臥室，既尙未經着手，卽不能以強姦未遂處斷，令上訴人負此罪責，須知犯強姦罪之強暴或脅迫等方法，必須以見諸客觀事實者爲限，卽或犯罪人主觀上有此行強之犯意，而在預備階段中，卽在尙未着手於強暴或脅迫等方法以前，而因他種事故，致未及實施，卽不能妄以強姦未遂論科。原法院竟誤

解刑法第二五條第一項之法實，更妄以預備與着手混爲一說，誤認預備即着手，判處上訴人以刑法第二二一條第三項之罪，實爲違法。（下略）

不能發生犯罪結果之未遂犯

〔事實〕甲婦與其姑乙不睦，時起勃谿；蓋姑性既悍，而其婦乙亦缺乏孝道也。一日，婦甲忽異想天開，學得一種厭勝之術，竟暗將其姑乙之年庚八字，書於木牌位上，埋伏在地下三尺許，每夜朝天上北斗星焚香禮拜，謂經過四十九日，其姑即可殞命；此蓋一種巫蠱之術，在當地頗有人相信，認爲一種殺人方法也。不料事有不密，被其姑所悉，全部搜獲，馳報當地警察局，轉送法院檢察處，偵查一過，認爲犯刑法殺人未遂罪。甲大驚，急商諸某名律師，因以刑法第二六條但書規定爲言，撰狀檢察處，請依刑事訴訟法第二三一條第九款規定，爲不起訴之處分。檢察官接狀後，以甲所言，亦有相當理由，且鄉愚無知，情尙可憫，果如其意，爲不起訴處分。其狀如左：

（上略）被告之爲此，是否意在殺害告訴人，姑不具論；即使盡如所言，確爲殺害告訴人，然殺害之方法至多，且同居一處，或用刀，或用斧，或用毒藥，或用其他方法，皆可實施，正不必用此不足憑信之迷信手段，無損告訴人之毫末，而自已反擔負殺人之罪名。此種方術，姑無論在此科學昌明時代，形同兒戲，全屬虛妄，即在鄉愚者，亦且認爲不足生效，徒耗心力。卽且退下百步，謂此種方術，爲巫蠱術之一種，卽所謂厭勝法，在鄉間甚爲流行，認爲殺人之一種方法；然以科學分析，則全屬虛幻，卽刑法第二六條但書所謂「其行爲不能發生犯罪之結果，又無危險。」既不能發生犯罪之結果，又無危險，則依法應在減輕或免除其刑之列，不能科以通常之殺人未遂罪。試問：寫一年庚八字於木牌位上，伏在

地下三尺，如何可以殺人？人亦何從而致死？所寫者爲人之年庚八字，所埋伏在地下三尺者，爲一個木牌位，試問：如是行爲，又與生人何與？若每夜對北斗星禮拜，更與此無關，又根本不能殺人。倘果此種行爲而可殺人，則殺人亦太容易，而與外國開戰，亦不必用大礮飛機，只須將敵國人全體年庚八字，寫在許多小木牌位上，埋伏地下三尺，而後每夜向北斗星禮拜，不過四十九日，即可將敵人殺盡；果有是理乎？殺人既不可能，而又絕無危險可言，縱將舉世人之年庚八字，悉寫在木牌位上，埋伏地下三尺，每夜向北斗星禮拜，亦始終無害於人，任如何決不能發生犯罪之結果，則依刑法第二六條但書規定，當然減輕或免除其刑；而按其情節，亦只有情狀憫恕之可言，而無懲罰之必要，智識程度既淺，犯罪之手段尤可憐，當然可免除其刑，不必再入人罪。應請鈞處慎顧刑法第二六條但書之意義，又審酌被告之愚闇可憐，依刑事訴訟法第二三一條第九款規定，逕對被告爲不起訴之處分。（下略）

共犯

〔事實〕甲男強姦乙女，以乙女力大如牛，非甲一人所能成事，因請丙女設法先入，將酒灌乙女至醉，而後放甲入內，又恐乙臨時喊叫，又於實施強姦時，令丙女用手將丙女之口按住。事後，乙女對甲男與丙女提起自訴，法院判決甲男犯刑法第二二一條第一項之強姦罪，處十年有期徒刑；丙女則爲幫助行爲，爲刑法第二二一條第一項之從犯，依刑法第三〇條第二項，處五年有期徒刑。乙女商請某名律師，以丙女處刑太輕，且核其行爲，實爲甲男之共同實施正犯，而非從犯；因提起上訴，請求將判決丙女部分撤銷，更爲判決。結果，認上訴爲有理由，將原判決丙女部分撤銷，處丙女亦十年有期徒刑。其狀如左：

(上略)刑法第三〇條所謂「幫助他人犯罪」者，乃爲一種幫助行爲，即自身並未實施犯罪行爲，不過以幫助他人犯罪故，在事前或實施中予以精神上或物質上之幫助，予正犯以實施犯罪之便利；若再進一步，超出幫助之範圍，與正犯共同實施構成犯罪要件之行爲，即不得謂爲幫助犯，自應成立共同正犯。刑法第二八條規定「二人以上共同實施犯罪之行爲者，皆爲正犯」是即可見苟幫助犯罪之人，其行爲已達於實施構成犯罪要件之行爲，即爲共同正犯，不再能以從犯目之。本案第二被告某某，在事前強灌上訴人以酒，使上訴人爛醉如泥，不能動彈，尙可謂爲幫助第一被告強姦行爲，可依刑法第三〇條論科；若在第一被告實施強姦行爲之際，猶恐上訴人或有知覺，大聲喊叫，竟以手用力按住上訴人之口，使喊叫無從，則已超越刑法第三〇條第一項之幫助階段，實施構成強姦要件之行爲，應依刑法第二八條規定，處以共同正犯之刑。乃原審法院昧於此理，竟認第二被告某某之行爲，爲第一被告某某之強姦幫助行爲，處以從犯之刑，實違反刑法上之規定，未免失出。蓋其灌酒行爲，誠可認爲強姦之幫助行爲，而其於強姦實施中用手將上訴人之口按住，使之不能喊叫，實已爲共同實施犯罪之行爲，而非復幫助之行爲。既爲共同實施犯罪之行爲，依法即爲共同正犯，不能再處以從犯之刑。原審判決第二被告爲從犯，實爲違法之判決，應予撤銷。

(下略)

教唆犯之構成要件

〔事實〕甲乙因事涉訟，甲舉丙爲證人，但丙爲乙之五親等內血親，不願作證，因商之於丁，丁教以虛偽陳述，作模稜兩可之詞，爲不着邊際之說；丙卽服從其言，到庭後，雖具結不作僞證，然仍發種種不負責任之言。後被甲

知悉，即向檢察處對丙丁二人告訴偽證；蓋丙爲實施偽證行爲犯，而丁則爲教唆犯也。丁大恐，商諸某名律師，撰狀答辯，對甲之告訴，痛加抨擊，否認有教唆偽證罪責，請求爲不起訴處分。檢察官偵查後，認丁所言極有理由，因依刑事訴訟法第二三一條第一〇款規定，爲不起訴處分，丁安然無事。其狀如左：

（上略）刑法第二九條規定：「教唆他人犯罪者，爲教唆犯。」是教唆犯之構成要件，必爲教唆他人犯罪；若他人並不因而犯罪，根本無犯罪行爲，則教唆之者，當然亦不成其爲教唆犯；蓋雖有教唆他人之行爲，而所教唆者，並非爲犯罪行爲也。教唆他人犯罪，固構成教唆犯，若並非教唆他人犯罪，則根本並非教唆犯；故教唆他人犯罪固不可，而教唆他人不犯罪，則未嘗不可，不能處以教唆犯之罪也。否則刑法第二九條，何以不曰「教唆他人」，而曰「教唆他人犯罪」？可見教唆犯之構成，其要件必爲教唆他人犯罪。本案第一被告某某，即所謂被教唆人，爲原案當事人某某某之五親等血親，依刑事訴訟法第一七三條第一項第四款規定，本爲不得令其具結之證人，亦即爲無作證義務之人，雖法院會令其具結，然對於法律規定不應具結之人，而令其具結作證，依法不發生具結之效力；既依法無具結之效力，則縱於其結後爲虛偽之陳述，亦不具備刑法第一六八條偽證罪之要件，蓋刑法第一六八條所規定之偽證罪，必對依法有作證之人，而於其結前後爲虛偽陳述，始得治以罪；若本無作證義務之人，且不應令其具結作證者，即根本不發生偽證問題，而亦無從處以偽證之罪責。既實施偽證之人依法本不負偽證之罪責，則從而教唆其爲虛偽之陳述者，亦並非教唆他人犯罪，不能使之有教唆偽證罪責。該條第二項規定：「教唆犯，依其所教唆之罪處罰之；」被教唆人既無罪，不負犯罪責任，則教唆者亦當然如是，不能使之負何罪責；蓋與「教唆犯依其所教唆之罪處罰之」條

件不合也。故告訴人所告訴者，實未解刑法第一六八條之意義，而且根本忘却刑事訴訟法第一七三條之規定，從而告訴第一被告某某之不已，又告訴及於並未「教唆他人犯罪」之被告，妄冀入人於罪，以快其私慾。（下略）

不確定教唆之未遂

〔事實〕甲與乙之妻丙通姦，爲乙破獲，投訴法院，後乙因丙之母家再四說項，因將對丙之告訴撤回，獨告訴甲一人，結果判甲八個月有期徒刑。甲於入獄時，曾聲言出獄後此仇必報，因之乙時有戒心，曾謀諸丁，丁於甲將出獄前，致函於乙，謂可乘此日甲尚未出獄之際，先下手爲強，或對之提起民事訴訟，請求賠償損害，或竟設法予以毒藥。其後乙未實行，而此信反落入乙手中，爲丙所見，於甲出獄後，暗以丁函送甲，囑爲注意。甲因此商諸當地某名律師，即以教唆殺人罪對丁自訴，請依刑法第二九條及第二七一條第二項處斷。結果，法院處丁三年半有期徒刑，甲心大快。其狀如左：

（上略）自訴人與被告素無仇隙，乃被告竟教唆某某將自訴人毒斃於獄中；此種行爲，依刑法第二九條第一項規定，當然構成教唆罪；蓋教唆他人犯罪也。其所教唆之事，又爲殺人，則依同條第二項規定，亦即構成同法第二七一條之殺人罪；不過某某受被告教唆後，未曾實施，僅提起民事訴訟，請求損害賠償，是被教唆人雖未至犯罪，而依同法第二九條第三項論，被告亦構成同法第二七一條第二項之殺人未遂罪，處以相當之刑。被告教唆某某，誠有或提起民事訴訟請求損害賠償，或竟設法予以毒斃，並未專教唆殺人；然使被教唆人不提起民事訴訟，而出於毒斃自訴人之一途，亦並不違背被告之意旨，卽不能不認爲有教唆殺人之行爲。被告教唆某某對自訴人提起民事訴訟，

誠非爲違法之行爲，故某某雖聽從其言，實施起訴，自訴人亦不能對之有所嫌怨；然於教唆民事起訴而外，更教唆某某將自訴人毒斃獄中，則觸犯刑法第二八條之所規定，縱某某並未聽從其言，將自訴人毒斃，而被告教唆殺人未遂之犯罪行爲，則固無從脫卸。（下略）

沒收

〔事實〕甲有手槍一枝，係依法取得護照者。一日，其友乙乘甲因事出門，私行竊去，將丙殺死，經法院審判後，除處乙罪刑外，更依刑法第三八條第一項規定，予以沒收，且援同條第二項規定，謂手槍雖非犯人所有之物，然亦爲違禁物，應予以沒收。案定後，甲始回來，知悉其事，因商諸某名律師，依刑事訴訟法第四七七條規定，聲請檢察官發還，並力陳刑法第三八條第一款第二款及其第二項之意義，痛駁法院判決之不當。結果，甲竟如願以償，予以發還。其狀如左：

（上略）某某殺人所用之手槍，爲聲請人之所有物，因聲請人因事出門，被其竊去；是此枝手槍，並非犯罪人某某之物，依刑法第三八條第三項規定「以屬於犯人者爲限」，則此枝手槍，既非爲犯罪人某某所有，即不應在沒收之列。司審判之審判官亦明知不能沒收，因於判決書中又援用同條第二項規定，謂爲違禁物，違禁物，誠不問是否屬於犯罪人所有，皆在應予沒收之列，然所謂違禁物者，必爲依法令規定，爲不應持有之物，若已經國家許可，頒發護照，許其持有，則已非爲違禁物。故違禁物之爲違禁物，不以其物體之本身論，而以持有之人之持有此物是否違禁爲斷，縱其物體之本身爲違禁物，然苟依法持有，則在他人誠爲違禁物，而在依法持有之人即不爲違禁；既不爲違禁，即不

能再認爲違禁物，既不爲違禁物，即不在刑法第三八條第二項範圍，不應予以沒收。蓋凡物之不問屬於犯罪人與否，皆應沒收，必其物爲違禁物，若依法令允許，准其持有，即不能再認爲違禁物，苟非爲犯罪人所有，即無從予以沒收。譬請人之手槍，即某某竊去用以殺害某某之手槍，既早於某某年某月某日取得護照，即爲依法令允許持有者，既依法令允許持有，何得再認爲違禁物？既非違禁物，又非爲犯罪人所有，則依刑事訴訟法規定，未便沒收，當然予以發還。（下略）

累犯與大赦

〔事實〕甲於民國三十五年一月，曾犯竊盜罪，判處有期徒刑二年，後因民國三十六年元旦國民政府發布大赦令，將甲赦免釋放。不意甲甫出獄三日，又犯竊盜，經審理結果，認爲累犯，加重本刑二分之一，處刑八年。甲不服，商諸某名律師，撰狀提起上訴，否認略犯，並力述大赦與刑法第四七條所謂赦免之意義不同。上訴結果，將原判決撤銷，改處甲有期徒刑四年。其狀如左：

（上略）刑法第四七條規定：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑之一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之刑者，爲略犯，加重本刑至二分之一。」是所謂赦免者，指特赦或免刑而言，赦爲特赦，免爲免刑；因特赦與免刑，只免其刑之執行，而非根本消滅其罪，故刑罰雖免，而其所犯之罪，則仍存在；因此故在五年而內再犯有期徒刑之罪者，認爲略犯，加重其刑至二分之一。若大赦之意義，則在與民更始，不但免除其刑之執行，更根本將其罪消滅，故不特免除其刑之執行，更不認爲犯罪。此非上訴人之曲爲此說，而揆諸大赦之意義，當然如是。故刑法

第四七條中之所謂赦免，完全不包含大赦在內，專指特赦或免刑而言。上訴人前誠犯罪，且誠判處有期徒刑，更曾執行刑之一部；然既經國民政府頒布大赦，則上訴人從前所犯之案，不但應執行之刑予以消滅，不能再為執行，即所犯之罪，亦根本消滅，不能再認為犯罪；既不能再認為犯罪，即與未曾犯罪等；既未曾犯罪，何來累犯之可言？乃原審法院不明大赦之意義，誤認刑法第四七條中所謂之赦免，妄認上訴人為累犯，處以八年之有期徒刑；實不能不認為違法之判決，而提起上訴，請予撤銷。（下略）

連續犯之要件

〔事實〕甲意圖姦淫乙之未滿二十歲之女丙，和誘出外，雙雙同居，儼如伉儷。事後，被乙知悉，對甲告訴，檢察官偵查一過後，即以刑法第二四〇條第三項提起公訴，且認為連續犯，援引同法第五六條；蓋謂姦淫已不止一次也。甲被訴後，委任某名律師撰狀辯訴，對連續一節，層層駁詰，力述刑法第五六條規定連續之意義。結果，法院認甲所辯為有理由，只處以一年四個月有期徒刑。其狀如左：

（上略）被告對告訴人告訴意圖姦淫而和誘未滿二十歲之女子，依刑法第二四〇條第三項，請求處被以罪刑；被告固無詞可辯，且亦不必強辯。然檢察官於起訴書中，又引刑法第五六條規定，認被告為連續犯，則不得不提出抗辯，且不得不認檢察官為誤解法律，故入人罪。刑法第二四〇條第三項，為同條第一項之加重者，包含單純和誘及姦淫二者，故姦淫一行為，已吸收於和誘之中；且被和誘人某某尚無配偶，姦淫無配偶之女子，亦非犯罪行為；故本條項之要件，為因意圖姦淫而實施和誘。因此，其犯罪行為，僅在和誘，不在姦淫。夫既為懲治和誘而設，則根本無連續之可

言，縱和誘後其所爲之姦淫行爲，已不止一次，時歷月餘，然在法律只可謂爲繼續，不能謂爲連續；繼續犯，誠依刑法第五六條規定，得加重其刑至二分之一；而繼續犯，則根本僅有一個犯罪行爲，不過狀態繼續，法律上並無加重其刑之規定。被告之和誘某某，當然爲事實；和誘後與之同居，發生姦淫行爲，亦爲事實；然並無在法律上所謂連續之行爲，卽或姦淫不止一次，亦爲和誘後存在之繼續狀態，根本不能認爲連續。檢察官以此起訴，實非適法，被告斷難承認。

(下略)

連續犯之犯罪行爲

〔事實〕甲居近海濱，以販賣私鹽爲生，然並非正式販賣，不過將他人拋棄遺落之鹽，囊積多量，肩挑至市，以最廉之價出售於人；故其數量，多則三十斤，少則數斤。一日，被警察拘獲，解送當地鹽政機關，以甲連續爲此，已有五月，以每日二十斤計，合五月之時日；亦在三千斤之數，除將當日所賣之鹽沒收外，更依鹽政條例第二九條第二項規定，解送法院檢察處，請予提起公訴，處以五年以下有期徒刑。甲因商諸當地某名律師，撰狀向檢察官辯訴，力駁鹽政機關之誤解法律。結果，檢察官認甲所辯極有理由，卽依刑事訴訟法第二三一條第八款規定，予不起訴處分。其狀如左：

(上略)查鹽政條例對於販賣私鹽之規定，依第二九條第二項，爲私鹽量在五百市斤以上，而其第一項但書，更規定肩挑負販，其數量在五十市斤以下，情節輕微者，免處罰鍰；是可見販賣之量，苟不及五十市斤者，卽在免於罰鍰之列。罰鍰，爲行政處分，係極輕微者；此極輕微之行政處分，尙在免除之列，而况重大之五年以下有期徒刑，當然更無由

加諸其身。被告住居海濱，與鹽場密邇，每日下午，在場之近旁，掃集他人拋棄遺落之鹽屑，多則四五斤，少則不足一斤，集腋成裘，約數日可得二三十斤，因以之肩挑至市，出售於人，以此養活一家。此種行爲，既無害於鹽政，亦並不違背法令，而亦照章無須徵稅，故從嚴格上言，根本不在私鹽之列。即或如鹽政機關所言，認爲私鹽，然既未超過五十市斤，亦只可依照鹽政條例第二九條但書規定，只沒收其鹽，而不能予以任何罰則。乃竟認爲連續犯，且以五個月來每次販賣之數量，合而計算，謂已達三千斤之多，依鹽政條例第二九條第二項規定，送請鈞處偵查，是其誤解法律，不僅不合鹽政條例第二九條第二項規定，更不合刑法第五六條所謂連續犯之意義。被告五個月來連續販賣食鹽，固爲事實，然每次均在五十市斤以下，並未達於鹽政條例第二九條第二項所規定之數量，既未達此數量，即根本不爲犯罪行爲，姑無論連續至若干次，若干時，均不得謂爲連續犯。蓋連續則有之，連續犯則不成立也。既只有連續行爲，而無連續犯罪行爲，鹽政機關根據何種法律，而可妄以此告訴？更妄以被告犯鹽政條例第二九條第二項之行爲，欲處被告以五年以下有期徒刑，即或退下一步，謂連續販賣私鹽，雖未至觸犯刑事，然既在沒收之列，亦不失爲違法行爲，然此仍不能認爲被告應受鹽政條例第二九條第二項之懲罰，謂數量已達五十市斤而上。蓋所謂「在五十市斤以上」者，乃指一次販賣之私鹽量而言，並不指每次販賣私鹽量之總和，總和之數，不問已否超過五百市斤，甚至即超過一千市斤，五千市斤，苟每次販賣之數量，無一超過此五百市斤，即不能以鹽政條例第二九條第二項相繩。故鹽政機關竟以被告五個月來每次販運之極少數量，予以合併計算，就其所得之總額，提起告訴，實爲非法。要之，被告所販賣之鹽，根本不能成爲私鹽，即強認爲私鹽，亦在不罰之列，決不能妄予以罪責，而強以每次之數量合併計算。（下略）

出生月日之推定

〔事實〕甲在乙店中爲學徒，屢受乙及乙家屬之欺，食不飽，衣不暖，而終日奔走，竟無暇晷，稍一不慎，鞭朴立至，其慘酷無人道，實所罕見。因之甲懷恨於心，一夕，乘乙及家人皆爛醉如泥，竟起惡念，將乙全家大小四口，盡行殺死。後經警局發覺，將甲拘捕，解送檢察處，提起公訴，處甲以無期徒刑。蓋甲之行爲雖狠，而按其情狀，乙及其家人亦有自招其咎之處，故僅判以無期徒刑。適甲之親戚丙因事來此，探知其事，擬爲甲上訴，謀諸當地某名律師，細閱案卷，發覺甲尙未滿十八歲，因援刑法第二三條第一項規定，提起上訴，請求減輕其刑。上訴結果，將原判決撤銷，減處十年有期徒刑。其狀如左：

（上略）刑法第六三條第一項規定：「未滿十八歲人或滿八十歲人犯罪者，不得處死刑或無期徒刑；本刑爲死刑或無期徒刑者，減輕其刑。」上訴人在警察局及檢察處，原審法院所供，雖均爲十九歲，然此係我國舊習相傳之歷年計算，而非民法第一二四條第一項規定之周年計算法；故依歷年計算法，雖已十九歲，而依周年計算法，則爲十八歲，且尙未滿十八歲。此非上訴人之飾詞，有戶口冊可證，在戶口冊上，固載明年十七歲也。今日一切法令上所定之年歲，既悉須依民法規定，即採用周年計算法，則刑法第六三條所謂「未滿十八歲」者，亦當然指出生後尙未滿足十八歲而言；上訴人依周年計算法，既只有十七歲，則依同條規定，決無判處無期徒刑之理由。且也上訴人早喪父母，故只知出生之年，而不知出生之月日，即在戶口冊上，亦始終只填年歲，而未填出生之月日；蓋根本不知生自何月，生自何日也。夫既不知出生之月日，依民法第一二四條第二項規定，應推定爲七月一日；是必須至本年六月三十日，始滿足

十八歲；而上訴人之殺人行爲，則在本年六月十四日，依法計算，只有十七歲十一月半，尙未滿十八歲；既尙未滿十八歲，原審法院何得不顧及刑法第六三條第一項規定，判處上訴人以無期徒刑？此顯然爲違背法令之判決，不能使上訴人甘服。（下略）

時效之開始

〔事實〕甲於民國二十六年四月十八日，因藏匿犯人，被人告發，時爲民國二十六年五月五日；甲被訴後，卽與被藏匿人共同變更姓名，逃避遠處，直至民國三十五年八月十九日，始行雙雙拘獲。地方法院審理後，以甲之藏匿犯人，固在二十六年四月，卽被人告發，亦在二十六年五月；而藏匿犯人之罪，依刑法第一六四條第一項規定，其最重本刑爲二年以下有期徒刑，而依同法第八〇條第一項第三款規定，追訴權時效，只有五年；自民國二十六年至今，已早過五年之數，已無追訴權，卽依刑事訴訟法第二九四條第二款，對甲諭知免訴。檢察官接到判決書後，大爲不服，卽依刑法第八〇條第二項規定，痛駁原判決失當，提起上訴；結果，卒將原判決撤銷，處甲以一年六個月有期徒刑。其狀如左：

（上略）本案被告之藏匿犯人某某，雖尙遠在民國二十六年四月十八日，卽被人告發之期，亦爲同年五月五日，去今已過十年之遙，其時效早經完成；然而藏匿犯人之行爲，有繼續狀態，其狀態一日存在，卽其行爲一日未終了；故其犯罪行爲之開始，雖在實施藏匿之時，而其行爲之終了，必須在藏匿狀態不存在之時，苟犯人一日被所藏匿，其藏匿之行爲，卽一日存在，仍在繼續中。被告自民國二十六年四月十八日將某某藏匿後，直至民國三十五年八月十

九日，始行脫去藏匿狀態，在此悠久之時日中，某某固終被被告藏匿，未曾有一日脫卸其狀態。夫既至民國三十五年八月十九日藏匿狀態終了，則其犯罪行為之終了，亦當然在民國三十五年八月十九日，依刑法第八〇條第二項「自行爲終了之日起算」之但書規定，則被告追訴權時效之開始，不應在民國二十六年四月十八日行爲開始之時，亦不在同年五月五日被人告發之時，應在民國三十五年八月十九日行爲終了之時。時效既應自民國三十五年八月十九日開始，則在原审法院判決之時，相距不足一年，其時效尙未完成；原判何得以此爲言，而竟判決免訴？果如原判所言，則刑法第八〇條但書規定之「自行爲終了之日起算」，果作何解？藏匿犯人，其行爲有繼續性，並非一經藏匿，其犯罪行爲即爲終了，故必須至脫去藏匿狀態，被藏匿人脫離其藏匿之所，非復爲藏匿人所藏匿，而後其行爲爲終了；今被藏匿人某某，果於何時脫離其藏匿？原審不於推求，竟以藏匿開始之時，即爲藏匿行爲終了之時，實爲誤解法律，抹煞刑法第八〇條但書之規定。（下略）

時效之停止

〔事實〕甲犯公共危險罪，被法院判處有期徒刑三年，時爲民國二十年三月十三日。十八日送達於甲，甲未提上訴，至同月二十八日判決確定。檢察官於四月十日接到卷宗後，就發出傳票，傳甲到案，不料甲早已聞風遠颺，鴻飛冥冥，無處可尋，於是改發拘票，最後竟呈報高等法院檢察官通緝；然而甲遠走高飛改名爲乙，避居他處，迄抗戰發生，更無從弋獲，直至三十五年十一月二日，始行拘獲；蓋甲自恃自民國二十年三月二十八日判決確定後，至此已經過十五年，依刑法第八四條第一項第二款規定，已完成其時效也。甲被拘後，即由檢察官執行。

不服向法院聲明異議，根據刑法上行刑權時效之規定，聲明檢察官執行不當，法院閱狀後，認其聲明為有理由，竟以裁定將檢察官之執行命令撤銷。檢察官固久任法曹，對法律極有理解，因即提起抗告，力駁法院裁定之違法，將刑法第八九條及第八五條，層層剖析，字字解釋。結果，法院亦認檢察官所陳有充分理由，將原裁定撤銷，將甲入獄執行。其狀如左：

（上略）刑法上行刑權之時效，誠應以裁判確定之日起算，而被告所處之刑，為三年有期徒刑，依法其時效為十五年，故自民國二十年三月二十八日判決確定時起，至今已逾十五年之時期，應予消滅。然而細按刑法規定，對於本案被告某某，則其時效尚不在完成之列，行刑權依然存在，並未消滅，不能以其已經過十五年而即不為執行。其一：刑法第八四條，固規定「因左列期間不行使而消滅」，是其消滅，必限於行刑權之能行使而不行使，所謂不行使者，即有執行權之人對之不為行使是也，例如本案被告之處刑，於民國二十年三月十八日確定判決，經過確定判決後，檢察官不為行使，一任其逍遙法外，則一至民國三十五年三月十八日，即滿十五年，其行刑因時效而消滅；若檢察官業經於四月十日發出傳票，且繼發拘票，再呈請通緝，是明明已為行使，且自始至終，無日不在行使之中，則所謂「因不行使而消滅」者，實情形未合，而既非不行使，則刑法第八四條第一項之規定，即不適用於本案被告。其二：檢察官既無日不在行使之中，則與所謂「不行使」者有別，而行刑權時效之進行，又既以不行使為法定條件，則既以被告逃匿無蹤，無從行使，正與同法第八五條第一項所規定「依法律之規定不能開始或繼續執行」相當，而在此時間，其時效應停止進行，再依同條第二項及第三項各規定，則應將時效停止進行中之期間扣除，即扣除自行使時起至十五

年之四分之一之三年九個月時間，質言之，即自民國二十年四月十日起至二十四年元月十日止之三年九個月扣除，不在時效進行之列；故本案被告某某之行刑權時效，應自民國二十年三月十九日起至同年四月十日，再自民國二十三年元月十日起，算至前後兩期間滿十五年爲止，易言之，即應自民國二十年三月十九日起，算至民國三十五年三月十八日，再加停止進行中之三年九個月，至民國三十八年十二月十八日，始消滅其行刑權。今上訴人之執行被告，爲民國二十五年十一月二日，其時效尙未完成，不在行刑權消滅之列。行刑權時效尙未消滅，依法抗告人當然應予以執行，不得故縱。乃被告竟提出異議，而鈞院又不爲考量，遽予裁定，將執行撤銷，實爲違法，抗告人未能折服。

(下略)

乙 刑法分則編

批毀友邦國旗

〔事實〕甲至某國飯店午餐，因雙方算帳錯誤，發生爭執，由是而破口，由是而揮拳，竟將牆壁上懸掛之某國旗扯毀。於是飯店主人即小題大做，報告領事，轉報公使，行文外交部，要求處甲以刑法第一一八條之妨害國交罪。外交部未暇細察，即行文司法行政部命令檢察官偵查。甲至是大恐，謀諸當地某名律師，撰狀辯護，力駁某國政府請求之不當，請依刑事訴訟法第二三一條第一〇款規定，對被告爲不起訴處分。結果達到目的，果爲不起訴處分，甲安然無事。其狀如左：

(上略)被告扯毀某國國旗，誠爲事實，然此不過於彼此鬪毆時未及注意，一時過失，將身旁牆壁上懸掛之某國國

旗弄破，實爲一種過失行爲，並無其他意圖；此徵諸當場彼此爭執之情形，即可瞭然。夫既出之於過失，並無其他意圖，即不在犯罪之列。乃被害人某某借此爲雪忿計，竟小題大做，遇事生風，捏造事實，呈報該國領事，而該國領事又不察細情，不免抱先入爲主之見，即以此呈報該國公使館，而該國公使館又不察情僞，遽以片面之詞，行文外交部，轉咨司法行政部訓令鈞處偵查。查刑法第一一八條規定：「意圖侮辱外國，而公然損壞除去或污辱外國之國旗國章者」是構成該條犯罪之要件，除扯毀國旗外，尚須「意圖侮辱」，今被告之損毀某國國旗，完全爲雙方發生鬪毆，一時不及注意，誤將身旁牆壁上所懸掛之國旗弄破，並非有侮辱該國之意圖；既無侮辱該國之意圖，則對於刑法第一一八條所規定之要件不符，即有損毀該國國旗之事實，亦絕不構成刑法第一一八條之罪。故鈞處對於該國之請求，應依刑事訴訟法第二三一條第一〇款規定，對被告予以不起訴處分；蓋被告之損毀某國國旗，純出於雙方鬪毆中一時過失，絕無侮辱某國之意圖，不成立刑法第一一八條之罪也。（下略）

損壞法院傳票

〔事實〕甲與乙心中不睦，一日，甲赴乙處，見有法院執達員持傳票一紙前來，因乙適被丙所訴，定期傳審，執達員送傳票來也。甲因此即對乙備極嘲笑，冷言冷語，令人難堪，乙一時感情衝動，不顧一切，於收受而後，即將傳票扯毀，表示一種傲慢不屑之意。不意甲認爲有機可乘，即依刑事訴訟法告發規定，向檢察處告發乙犯刑法第一三八條之罪。檢察官偵查，即對乙提起公訴。乙商諸某名律師，撰狀答辯，力言並不犯法。審判結果，認乙所陳確有相當理由，卒判決乙無罪。其狀如左：

(上略) 扯毀傳票，誠有其事，且誠為被告之所為。然而僅僅扯毀傳票，在法律上果犯何罪？據告發人告發，檢察官起訴，均認被告犯刑法第一四八條之罪，即「毀棄損壞或隱匿公務員職務上掌管或委託第三人掌管之文書圖畫物品或致令不堪用者」。然本案之構成要件，第一必須為毀棄損壞或隱匿，第二必須為被毀棄損壞之物件，為公務員與職務上所掌管或委託第三人掌管之文書圖畫或物品；使二者中而缺其一，即不能構成犯本條之罪責。今被告所損毀者，果為何物？所謂傳票，本為送達於當事人收執者，一經送達於當事人，由當事人依法收受，則已脫離公務員之掌管，其效用已畢，非復為公務員在職務上所掌管之文書；既非為公務員職務上所掌管之文書，縱被扯毀，亦全不構成刑法第一三八條之犯罪行為；何所根據，而告發人以是為告發，檢察官以此為起訴？(下略)

違背查封效力

〔事實〕甲有房屋一所，抵押於乙，因到期不能清償，由乙起訴法院，將房屋執行，且依強制執行法第九四條規定，將房屋交乙承受，並對乙發出權利證明書。不料甲狡滑異常，竟於乙承受而後，率其妻子遷移入內居住，初則託詞無屋可住，暫留一月，繼則偽云覓屋無着，再留一月，最後竟盤據不去。乙以一無所得，忿極，因以甲犯刑法第一三九條之罪，向甲提起自訴；蓋以甲此種行為，為違背法院查封之效力也。甲被訴後，知情理均有欠缺，因商諸某名律師，撰狀辯護，否認犯刑法第一三九條之罪，力斥原訴所引法條為不當。結果，竟如所願，宣誓不為罪。其狀如左：

(上略) 被告現所住之房屋，誠經鈞院民事執行庭予以查封，不特禁止被告居住，更禁止被告管理；然在查封之際，

被告始終遵守法律，從未敢爲破壞查封效力之行爲，及執行已畢，並交自訴人後，被告始於次日得自訴人同意，遷入居住。是被告之遷入居住是屋，已取得自訴人之同意，在民法上爲一種使用借貸，即或借用之期間已滿，應予遷讓，而以一時無屋可覓，暫爲居住不去，亦不過爲民事上之借貸糾葛，根本不涉刑事。自訴人不依民法規定，對被告提起民事訴訟，竟借用刑法第一三九條，提起自訴，實爲自訴人利用自訴程序恫嚇被告，以遂其計。蓋本案明明爲使用借貸上之糾葛，自訴人至多只可依民法第四七〇條規定，向被告請求返還借用物，提起給付之訴，決無理由可以刑法第一三九條之罪自訴，借刑事以爲恫嚇。刑法第一三九條規定：「損壞除去或污穢公務員所施之封印或查封之標示，或爲違背其效力之行爲；」自訴人所訴，即謂被告之遷入居住，爲違背查封效力；查封效力，自查封時起，至執行終了時止，在執行終了而後，已將查封物交給債權人，由債權人依法收執，是所施查封之效力，已不再存在，完全終止；查封之效力既經終止，不再存在，則被告之遷入居住，已不在查封之時期，根本無所謂違背查封之效力。查封之效力，是在執行，一旦執行已畢，其效力亦即完成；既經完成，尙有何違背之可言？被告之遷入居住，完全得自訴人同意，而被告又未嘗否認此屋已移轉於自訴人，故此種行爲，完全爲民法上之使用借貸行爲，並非強占不去，亦非無故侵入，更根本講不到違背查封效力。（下略）

遊戲文章與侮辱職務

〔事實〕甲性好弄筆墨，而又喜計人陰私，一日，探悉縣長乙近曾爲某事受內賄賂，因戲草「楊震謝王密贈金函」一文，刊登了報上，表面是一種遊戲文章，與時事不涉，且與縣長乙受賄事渺不相涉，而實則語語有骨，字

字含刺，皆隱罵縣長乙者。乙見後，大怒，即向檢察處告訴，謂爲公然侮辱其依法執行之職務，請處以刑法第一四〇條第一項之罪。甲被訴後，即請當地某名律師撰狀辯訴，否認有犯罪行爲。檢察官偵查結果，認甲所言極有理由，即依刑事訴訟法對甲宣告不起訴處分。其狀如左：

（上略）被告在某某報副刊上載「楊震謝王密贈金函」一文，乃一時興之所至，並無對任何人有所指摘，有何影射；況我邑公務員，皆束身守法之人，清白乃心，一介不取，即如告訴人某某某，身任縣長，聲絕風清，從無有人敢贈以賄賂；被告之作，係一種遊戲筆墨，刊登報上，用博閱者一笑；古人亦往往有之，並非被告一人首創此也。乃不意引起告訴人之誤會，指爲影射，竟依刑法第一四〇條第一項規定之「對於其依法執行之職務公然侮辱」，提起告訴；實爲被告所百思而不得其解者。所謂「對公務員依法執行之職務公然侮辱」，其構成要件，第一必須侮辱，第二必須公然侮辱，第三必須對公務員所依法執行之職務；今被告此文，果有一合此要件否？既無侮辱之行爲，亦無公然侮辱之行爲，更無對告訴人依法執行之職務有所侮辱；三者均無，何得據以告訴，故意陷被告於罪？刑法上所謂侮辱者，必指摘事實，足以害及被侮辱者之名譽或信用；公然侮辱，必須侮辱行爲，在事實上予人共見共聞；今果有此乎？而被告在此一文中，又果有對告訴人依法執行之職務，有所指摘乎？三者既無可證明，又如何能構成刑法第一四〇條第一項之犯罪行爲？（下略）

誘惑人不行使投票權

〔事實〕甲開設工廠，工人計有五百餘名，實爲全縣唯一大工廠。時舉行縣參議員選舉，工人當然亦有投票

權，前往投票；乃甲以無端犧牲半日工作，而是時廠中適又營業極盛，出品極急，工作極忙，若停止工作半日，其損失將甚鉅；因異想天開，出一布告，凡是日自朝至暮全日工作者，每人增加半工，以一工半計算；例如九十萬元一月者，按例每日三萬元，而是日可得四萬五千元。工人見是布告，相率大悅，竟放棄投票權，悉往工作。有乙者，與甲不睦，見是情狀，大爲忿怒，因商諸某名律師，援引刑法第一四六條之罪，向法院檢察處撰狀告發，謂甲以生計上之利害，誘惑投票人不行使其投票權。檢察官偵查結果後，認乙之告發爲有理由，提起公訴，法院審理後，判甲以三年八個月有期徒刑，其狀如左：

（上略）刑法第一四五條規定：「以生計上之利害，誘惑投票人不行使其投票權，或爲一定之行使者，處三年以下有期徒刑。」所謂以生計上之利害者，不必爲終身之生計，卽一日之生計，一時之生計，亦包含在內；而所謂利害者，其利害不必多，卽小之一元之微，亦包含在內；故凡以生計上之利害，卽以金錢上之關係，來誘惑投票人不行使其投票權，或誘惑其爲一定之行使者，皆構成刑法第一四五條之犯罪行爲。又所謂誘惑者，不必用直接誘惑方法，卽用其他方法，間接誘惑者，亦不失爲誘惑行爲。準是以言，則被告某某之於縣參議員選舉之日，無故對廠中工人加給半日工資，誘惑工人貪此利益，不行使投票權，實已構成該條之罪責。蓋所加者雖只半日工資，不過萬餘元，然此萬餘元，在收入微薄之工人中，於生計上亦不無小補，當然歛於此萬餘元之利益，盡放棄其對縣參議員之投票權，不出廠門一步矣。不然，被告何爲而出此？且何以日日不如是，而獨於某某日投票選舉參議員之日而出此？被告布告中，雖未涉及投票一事，然任何人固一望而知其爲妨害投票。故被告廠中工人五百餘，並無一人請假外出，赴投票場所投票。其

爲以生計上之利害，誘惑投票人不行使其投票權，彰彰明甚！（下略）

漁利之意義

〔事實〕甲在鄉中，曾以細故，與丙不睦，屢欲得而甘心，然終以無隙可乘，廢然而止。一日，乙與丙發生經界爭執，甲認爲報仇之時機已至，即挑唆乙對丙起訴，且謂可代撰訴狀，代委律師，只須取得若干報酬，不意事有巧合，甲與丙談後，即發寒疾，未能與乙相晤，因致書於乙，力陳訴訟必可得直，且所費甚少，勸其毋稍畏意，毋稍猶豫。乙固無知者，因中其計，即委以撰狀，對丙提起訴訟，後丙探知其事，即向法院檢察處告發甲觸犯刑法第一五七條之罪。檢察官偵查結果，對甲即提起訴訟，由法院判處甲八個月有期徒刑。其狀如左：

（上略）刑法第一五七條規定：「意圖漁利，挑唆或包攬他人訴訟者，處一年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。」是凡意圖漁利，而挑唆他人訴訟或包攬他人訴訟者，均在犯法之列；至是否因而得利，則在所不問；蓋其要件只爲「意圖漁利」而非「得利」也。告發人與某某某因經界問題，發生糾葛，此本尋常細故，不難和平解決，即或雙方齟齬，苟有親友出而調處，亦不難和平處理，圓滿解決；乃被告竟百般挑唆，使之成訟，口頭挑唆之不足，又繼之以信札，必欲使之涉訟而後已；且不僅挑唆，更進一步包攬其事，代爲撰狀，代爲委任律師，而又公開要索報酬，抽取佣金；雖尙未成爲事實，只代爲撰一訴狀，然已構成刑法第一五七條之犯罪要件，無從逃避。蓋既有漁利之意圖，又有挑唆訴訟之事實，刑法第一五七條之犯罪要件，已完全構成，無須於實行得利後，始成立該條犯罪行爲也。（下略）

冒用公務員服章

〔事實〕甲虛榮心極富，遇事常過分鋪張，且好以政界人員自居，對外自稱任某院某某職。一日，甲爲其子結婚，爲眩耀親戚友朋計，竟穿簡任官禮服，且胸懸大綬章，而於燈籠上更大書某某院某某部字樣，以爲光寵。有乙者，與甲不睦，深知甲底蘊，因於甲肆筵設席之際，突向法院檢察處告發，訴甲以刑法第一五九條之罪。偵查結果，提起公訴，判處甲四萬元罰金。其狀如左：

（上略）公務員，依法令爲國家執行職務之人，自有一定之身分，非尋常人所得冒充；否則無以示公務員之體制，亦無以保護國家之體制。故刑法第一五九條，對此特爲明白規定：「公然冒用公務員服飾、徽章或官銜者，處五百元以下罰金。」蓋非此不足以保持公務員之體制，即從而毀壞國家之體制。乃被告以一介平民，從未一入仕途，竟於某某日爲其子某某結婚，居然身穿簡任官之禮服，且胸懸大綬章，更於燈籠上大書某某院某某部，得意洋洋，不可一世。以平民而冒穿公務員之禮服，冒綴公務員之徽章，冒稱公務員之官銜，實已構成刑法第一五九條之犯罪行爲，應處以罪責；不然任何人皆可如此，冒稱公務員，以招搖過市；公務員之體制，固無以保持，而國家之體制，亦爲其所墮；刑法第一五九條，尙復何用？况是日爲其子結婚之日，親朋雲集，少長咸蒞，被告此種行爲，實予人以共見共聞，縱並無其他不法之意圖，而即此已具備該條之要件；此而不懲，公務員之身分，將爲之喪失，而刑法之尊嚴，亦爲之失墜。告發人對被告並無嫌隙，爲保持公務員體制計，爲保持國家體制計，義之所在，不敢避嫌。（下略）

取保後之脫逃

〔事實〕甲因犯失火案，被檢察官偵查，命其保在外候訊；不意甲取保後，即逃避無蹤，至兩月之久，始行獲案。

法院審判結果，除依刑法第一七四條第三項後段處以四個月有期徒刑外，又依同法第一六一條第一項處以十個月有期徒刑，更依同法第五一條合併執行一年有期徒刑。甲謀諸某名律師，撰狀上訴，否認犯刑法第一六一條第一項之罪，力辯不構成脫逃罪之行爲。上訴結果，認甲所訴爲有理由，將原判撤銷，僅處失火罪有期徒刑四月。其狀如左：

（上略）上訴人犯刑法第一七四條第三項後段失火燒燬自己所有物，致生公共危險，原審法院判處有期徒刑四月；上訴人俯首無辭，情甘服罪。但原審法院忽又節外生枝，認上訴人有犯刑法第一六一條第一項之脫逃罪，判處有期徒刑十個月；上訴人實未能甘服，認爲違法。該條項規定：「依法逮捕拘禁之人脫逃者，處一年以下有期徒刑；」是其構成要件，必爲在依法逮捕或拘禁之中，不受逮捕或拘禁，而私自脫逃，以脫離公之拘束力；若並未逮捕，並未拘禁，完全爲自由身體之人，則東西南北，無往不可，根本不構成該條項之犯罪行爲。上訴人誠於某月某某日因失火案被傳到案，然即取保令上訴人在外候審；是已因法院合法之允許，許上訴人自由，並不存有何種拘束；既未受拘束，根本即無逮捕或拘禁之可言；既未有逮捕或拘禁，根本即無刑法第一六一條第一項脫逃罪之可構成，即或因事離鄉，未能到案，亦與脫逃罪之條件不合。原審法院竟誤解法文，陷人人罪，實非適法之判決，應請予以撤銷。（下略）

犯人之意義

〔事實〕甲之妻乙，素以符咒爲人治病，被當地警局知悉，認爲觸犯違警罰法第六八條第一項第五款規定，因依同法第三八條，派警持通知單往傳，定期訊問。甲知妻乙到案後必須受罰，即囑其隱避，不爲到案。事爲警局

所悉，以甲有觸犯刑法第一六四條第一項「使犯人隱避」之罪嫌，即以司法警察官資格，將甲逮捕，解送法院檢察處，提起公訴。甲謀諸當地某名律師，撰狀辯訴，否認有犯罪行為。法院審理後，以甲所辯極有理由，因判決甲無罪。其狀如左：

（上略）刑法第一六四條第一項之罪，為「藏匿犯人，或依法逮捕拘禁之脫逃人，或使之隱避」；被告誠無似，然始終不知檢察官及警察局果何所根據，而認被告有此犯罪行為？被告之妻某某氏，既非犯人，亦非依法逮捕拘禁之脫逃人，即因以符咒治病，警察局認為有觸犯違警罰法第六八條第一項第五款之違警嫌疑，曾發出通知單，定期訊問，而某某氏即故意歸寧母家，至今未曾到案，謂被告有使之隱避行為；然亦絕不構成刑法第一六四條第一項之犯罪行為，不能故入人罪。某某氏之離家，完全因其母患病，母女天倫，急於歸寧，與被訴違警一案無涉，與被告更無涉；縱或盡如警察局及檢察官所言，謂某某氏之歸寧，全由於被訴違警一案，而由被告主使；然亦不構成刑法第一六四條第一項之罪。何則？該條項之構成要件，必為使之隱避者，須為犯人，或依法逮捕或拘禁之脫逃人；今某某氏果為犯人，抑為依法逮捕或拘禁之脫逃人，某某氏所觸犯者，為違警罰法，而違警罰法，依法為一種行政執行法，並非刑事法；既非刑事法而為行政執行法，姑無論某某氏並未確定有違警行為，即或確定為有違警行為，亦並非刑法第一六四條第一項所稱之犯人；須知該條項之所謂犯人，係專指犯刑事法之人，違警行為人，絕不能謂為犯人。且依違警罰法第三八條規定：「逾時不到案者，將逕行裁決之。」是即違警行為人，不到案，警察局亦可予以裁決，並無違警行為人，必須到案，而在違警行為人，亦自無必須到案之義務；是又不能認為依法逮捕或拘禁之人，姑無論某某氏之不能遵期

到案，完全爲歸寧其病母，即使果知警察局及檢察官之推測，謂出於隱避，且其隱避而出於被告主使，而依法研究，亦全不構成刑法第一六四條第一項之犯罪行爲，不能處以罪責。（下略）

偽證之要件

〔事實〕甲被乙所訴，引丙爲證人，共傳訊三次，丙曲意袒甲，因未肯據實陳述，所供半屬虛偽，但最後一次，法院因須令其具結，知此次不能再有虛偽陳述，始一一將事實真相供出，但於無甚重要處，仍極意對甲偏袒，具結中載明「本日所供，悉爲據實陳實，並無匿飾增減。」事後，甲以之收訴，因怨丙不應不顧友情，毫不爲之隱諱，特對丙提起訴訟，告發丙有偽證嫌疑，第一點，指最初二庭所供，悉屬虛偽，無一真實；第二點，指最後一庭所供，雖屬真實，而於某某數點，仍爲虛偽。檢察官據甲告發後，即開始偵查，果有其事，因向法院提起公訴，請處丙以刑法第一六八條之罪。丙被訴後，大恐，因委任某名律師撰狀答辯；某名律師固極諳法律者，且極能文，因代爲撰狀，力駁檢察官起訴書，謂檢察官誤解法條，被告全不犯罪。法院審理後，以丙所辯極有理由，檢察官所訴，確屬依法無據，即判決丙無罪。其狀如左：

（上略）檢察官起訴書所列之事，係根據告發人某某某所告發者，在告發人固一介平民，不諳法律，且以被告未能爲之隱飾，致遭收訴，不免有所忿憤，而檢察官則深明法律者，對於法條，當不致誤解，乃亦人云亦云，遽以之對被告提起公訴，實所不解。起訴書中所列被告之事：一爲前二次審問時，所述事情，悉屬虛偽；二爲最後具結一次，在重要處雖無虛偽而於其他部分，仍未據實陳述，因謂有觸犯刑法第一六八條罪嫌疑。然細釋刑法第一六八條法意，被告所爲，

固全無抵觸，絕不構成犯罪行為。其一：該條規定：「供前或供後具結，而為虛偽陳述者。」是可見該條之犯罪要件，必須具結，苟未經具結，縱為虛偽陳述，亦於法無咎，不構成該條之犯罪行為。蓋偽證責任之發生，必繫於具結，因其結而後可課以責任。被告曾遭鈞院三次傳訊，具結者僅為最後一次，而於結文中更載明「本日陳述」字樣；是其具結之範圍，只在最後一次，對於以前二次之證言，並未具結表示。據實陳述，並無匿飾增減；「既未曾具結，未曾表示」據實陳述，並無匿飾增減，「則自不能令負具結前另一日期之偽證責任，而陷入人罪。須知偽證罪與具結，有不可分離之關係，既未具結，無論虛偽陳述至何種程度，皆不構成刑事責任。其二：該條要件，除具結而外，更有「於案情有重要關係之事項」，是其虛偽陳述之事項，必須為「於案情有重要關係之事項」，否則即不在偽證罪之列。所謂「於案情有重要關係之事項」，係指該事項之有無或真偽，足以影響於裁判之結果，蓋證人以有作無，或以偽作真，而為虛偽陳述，易使裁判陷於錯誤，故以之為偽證罪，而科以刑罰；若其虛偽陳述之事項，於案情絕無重要關係，與裁判之結果無關，則縱有虛偽陳述，亦不構成犯罪行為。被告在最後一次所供，雖其中如某某及某某兩點，並未據實陳述，然皆與本案絕不生關係者，與裁判之結果更無關；是檢諸該條「於案情有重要關係之事項」要件，絕不能認為犯罪。兩者既均不能構成犯罪行為，則告發人之告發，檢察官之起訴，在法律上皆屬無據；蓋一則欠缺具結之要件，一則又欠缺重要事項之要件也。（下略）

誣告罪之要件

〔事實〕甲曾任區長，乙因事屢受甲申斥，且予以相當制裁；蓋乙本行止不檢，在地方上頗橫行焉。甲卸職後，

乙貪緣謀得一縣參議員，頗與官場相聯絡，因藉端向縣政府告訴甲爲地方劣紳，包攬詞訟，犯刑法第一五七條第二項之罪；結果全無證據，含糊了事。甲大忿，即以刑法第一六九條向法院對乙提起自訴，謂乙犯誣告罪，法院審理後，以該條要件爲「向該管公務員誣告」，縣政府爲地方行政官署，並無審判犯人之權，向之誣告，並不合「向該管公務員誣告」要件，因宣告乙無罪。甲益忿，商諸某名律師，撰狀上訴，力駁原法院判決之不當，且以刑事訴訟法第二〇八條及第二二一條爲證；蓋某名律師固於法律極熟，一步不肯放過也。上訴結果，認甲所言爲極有理由，將原判決撤銷，處乙以五年有期徒刑，一時人心大快。其狀如左：

（上略）上訴人自訴被告人犯刑法第一六九條第一項之罪一案，原審法院以縣政府爲地方行政公署，對之告訴他人刑事案件，雖合誣告罪「意圖他人受刑事處分」之要件，而縣政府非該管官署，不受理刑事案件者，與誣告罪「向該管公務員」之要件不合，竟判決被告無罪。此實全然未明縣長之職務，只知縣長爲地方行政公務員，而忘却縣長依刑事訴訟法第二〇八條規定，尙兼司法警察官職務。刑事訴訟法明白規定，縣長於其管轄區域內爲司法警察官，有協助檢察官偵查犯罪之職權；是縣長在其所管轄之縣境內，當然爲司法警察官之一；既爲司法警察官，則被告向之對上訴人提起告訴，其告訴當然成立，而誣告之罪，亦即成立。刑事訴訟法第二二一條規定：「告訴告發，應以書狀或言詞向檢察官或司法警察官爲之」；被告之向某某縣政府告訴上訴人犯罪，其告訴正合於刑事訴訟法之規定，其程序並不違背，而刑法第一六九條第一項所謂「向該管公務員誣告」者，其要件亦即構成。縣長既依刑事訴訟法爲該管公務員，則被告對之提起誣告，當然成立誣告罪。原審法院何所根據，而竟一筆抹煞，只認爲地方行政

官，而否認爲司法警察官，謂爲非向該管公務員誣告，不成立刑法上之誣告罪（下略）。

誣告之間接正犯與告訴乃論罪

〔事實〕甲與乙不睦，思中傷之，一日忽異想天開，唆使鄰女丙出首向當地警察局告訴，謂遭甲強姦；蓋丙女年尙十二，依刑法第二二一條第二項規定：「姦淫未滿十四歲之女子，以強姦論」也。檢察官偵查後，認丙女所訴，完全虛偽，係甲之唆使，意圖陷乙於罪，即依職權將甲偵查，而同時乙亦洞悉其事，以誣告罪對甲提起自訴。乃法院審理後，竟宣判乙無罪，蓋以刑法第二二一條第二項，係告訴乃論之罪，甲對於本案，依法並無告訴權，以無告訴權人而誣告他人告訴乃論之罪，依法不構成誣告罪；蓋無告訴權人而誣告他人告訴乃論之罪，被誣告者不能受刑事處分，與刑法第一六九條第一項之要件不合也。甲大忿，委任某名律師撰狀上訴，將原判竭力抨擊，謂爲判決不適於法，層層闡述，節節進攻。結果認甲上訴爲有理由，將原判決撤銷，判處乙有期，徒刑五年八個月。其狀如左：

（上略）被告唆使十二歲之幼女，即利用無責任能力之人，對上訴人實施誣告，提起告訴，謂犯刑法第二二一條第二項之罪；在實施誣告之某某，雖以其年尙十二，未具刑事責任能力，依刑法第一八條規定，應在不罰之列；而被告利用某某之不自負刑事責任能力，對上訴人爲誣告行爲，依法實爲間接正犯。蓋實施誣告者，固無刑事責任能力，而在被告，則已有刑事責任能力也。以有刑事責任能力之人，唆使他人爲誣告行爲，即唆使他人爲犯罪行爲，當然爲間接正犯，應依刑法第一六九條第一項規定，處以應得之刑，不能有所曲解，而謂爲可不爲罪也。乃原判認被告爲依法

無告訴權之人以依法無告訴權之人，而誣告他人犯告訴乃論之罪，不構成誣告要件，竟宣判被告無罪，不知被告雖為無告訴權人，然既利用有告訴權人實施誣告，其誣告罪即為成立，而况被利用者又為一無刑事責任能力之十二歲幼女，則不問被告對於刑法第二二一條第二項有無告訴權，而其為誣告罪之間接正犯，當然成立。蓋被告對於刑法第二二一條第二項之強姦罪，誠無告訴權，使被告自身實施誣告，固得以該條項為告訴乃論之罪，可不構成誣告行為；而今既不自行誣告，利用有告訴權人且為無刑事責任能力之人某某出而誣告，則已非被告之有無告訴權問題，而為是否間接正犯問題；唯其然，故被告縱無告訴權，其誣告之罪，亦已構成。原判誤解法律，竟以被告為無告訴權人，曲為開脫，宣告無罪，實非允當，應予撤銷。（下略）

放火罪之輕重

〔事實〕甲窮極無聊，憤鬱累，忽異想天開，竟將自己所住房屋，放火燒燬；事前先囑令妻子外出，且暗將貴重物件搬至他處，然後付以一炬，事發，警察局將甲逮捕，解送法院檢察處，即以刑法第一七三條第一項之罪，向法院提起公訴。甲大窘，因委任某名律師撰狀答辯，力駁檢察官起訴書，否認犯該條項之罪，只認犯同法第一七四條第二項之罪。法院審理結果，認甲所辯理由極正當，即變更檢察官起訴書所引法條，依刑法第一七四條第二項，判處甲以一年六個月有期徒刑。其狀如左：

（上略）檢察官起訴書，認被告犯放火罪嫌疑，然放失罪亦有輕重，重者刑法第一七三條第一項，可處無期徒刑或七年以上有期徒刑，而輕者如同法第一七四條第二項，僅處六月以上五年以下有期徒刑；被告固犯放火罪，然為至

輕者，即刑法第一七四條第二項之放火燒燬現非供人使用之自己所有物，而非至重之放火燒燬現供人使用之住宅。乃檢察官不明第一七三條第一項「供人使用」之「人」字涵義，竟以被告放火燒燬之房屋，爲現供人使用之住宅，以至重之刑法第一七三條第一項起訴，實爲不洽於法，陷人於重罪。查該條項之所謂「人」字，乃指放火人犯以外之人而言，放火人犯自己，並不包含於其中；蓋因有他人在內使用此房屋，而突然將房屋放火，不免因放火之結果，而致意外危險，將在內之人焚斃或灼傷；故刑法特爲保護他人生命安全起見，於第一七三條第一項加重其刑，不與第一七四條相同。故該條項所訴之人，決非即指放火之人，或與其有關係而事前先行走避之人。被告所放火燒燬之房屋，雖有人使用，然其人即爲被告及其家屬，當放火之前，即已遷避他處，房屋中無一人存在，是放火之結果，任如何決不致遭到意外之危險，而有焚斃人命或灼傷人身體之處；自應依同法第一七四條第二項論斷，決不能科以第一七三條第一項之罪刑。蓋本案放火之時，人已遠避，被害之客體，並非爲「現供人使用之住宅」，而爲「現非供人使用之自己所有物」矣。檢察官以刑法第一七三條第一項起訴，實非合法，完全誤解該條項中「人」字之涵義。（下略）

消極行爲之放火

〔事實〕甲租乙房屋居住，因與乙不睦，另遷他處，然房屋仍不肯交還於乙，將雜物堆積在內，表示不肯遷讓；乙亦無如之何。一日，甲購進大批粗製石灰，堆積於屋內空場上，爲乙所悉，因與某名律師談及，且痛詆甲之不當；某名律師固熟諳法律，而又工於心計，善於文辭，因即代乙撰狀向法院告訴，謂甲有觸犯刑法第一七四條第四項之罪，請予法辦。結果，認乙所訴有理，提起公訴，判處甲二年有期徒刑，乙心大快。其狀如左：

(上略)查刑法上各種犯罪，不限於積極行爲，即消極行爲，亦同樣爲犯罪行爲，且與積極行爲同其處刑。此次被告購買大量粗製石灰，堆放屋內空場上，在不知者視之，固不過爲一種儲藏物品行爲，並無犯罪可言，而一按其內容，則已構成刑法第十一章之放火罪。粗製石灰，在化學上由一種碳酸鈣加熱而成，中含炭氣與氧化鈣，一經遇水，即化合而發熱爆裂，倘近旁放有易於燃燒之物，更易引起火災。此次被告無故購進大量粗製石灰，堆積空場上，其意何居？被告非經營石灰業者，根本不需要此，而囤積居奇，亦從無囤積此石灰者，然則被告之爲此，顯見意在放火，謀將告訴人所有之房屋燒燬，以快其心。今幸爲告訴人所發覺，及早依法馳報當地警察局，趕令被告將此堆積之大量粗製石灰除去，始未有事，若未能發覺，一旦大雨，則雨水滴入此大量之粗製石灰中，必發熱而爆裂，而近旁之窗戶棟樑，又皆爲易於燃燒之物，必至一發而不可收拾。查此屋爲告訴人所有，出租於被告居住，本年某月，期間已滿，故被告亦即遷移至某某處，然時至於今，已有某月，告訴人雖一再向之收回，而被告竟不之理，雖早經遷移，無人居住，而猶堆積許多廢物在內，將屋空閉，告訴人一再與之理論，而被告堅不允許交還，且肆其無理之要求，告訴人正欲提起民事訴訟，責令其將房屋交出，而被告遽有此堆積大量粗製石灰之行爲，是一核前後情迹，顯見爲一種放火之行爲，縱不能證明其有積極行爲，而明知容易發火，不爲防止，亦純爲一種放火之消極行爲；而况故意出此，更有放火之積極行爲。今雖爲告訴人及早發覺，未肇巨禍，然已着手於犯罪之實行，一旦遇雨，即遂其計。刑法第一七四條第一項規定：「放火現非供人使用之他人所有住宅……處三年以上十年以下有期徒刑。」而其第四項規定：「第一項之未遂犯罪之」今被告明知粗製石灰遇雨可以燃燒，而故意大批購進，堆積場上，以待發火，是已構成放火之行爲，且已不失爲放火之

積極行爲，雖未成放火之事實，而亦不失爲未遂；蓋已着手於犯罪之實行，不止預備而已也。（下略）

通謀偽造

〔事實〕甲年事已高，欲將遺產分析於二子二女，因圖逃避遺產稅，與二子乙丙及二女丁戊串通，改爲買賣。蓋依遺產稅法第八條規定：「被繼承人死亡前五年內分析或贈與之財產，應視爲遺產之一部份，一律徵稅」也。事爲甲之仇己所悉，因即以偽造文書對甲等告發，否認甲等所有買賣行爲。甲大恐，求救於當地某名律師，撰狀向檢察處答辯，否認偽造罪，且於刑法第二一〇條上「偽造」之意義力爲闡述。結果，檢察官認甲等所言極爲理由，依刑事訴訟法規定，對甲等宣告不起訴處分，安然無事。其狀如左：

（上略）姑無論被告等之買賣，確爲事實，並無假借；即果如告發人所指摘，謂並無買賣事實，完全虛構，其所立之買賣契約，爲臨事偽造；然核以刑法第二一〇條之規定，亦只不構成偽造文書罪。何哉？刑法第二一〇條所謂「偽造」者，乃偽造他人之文書，即以他人之名義，偽造文書是也；若並非假用他人名義，而用自己之名義，亦不成其爲偽造之行爲；故以自己名義作成之文書，縱並無此事實，另有其他用意，而亦不具備偽造他人私文書之要件，即不能論以刑法第二一〇條之偽造私文書罪。偽造私文書罪，除刑法第二一五條規定：「從事業務之人，明知爲不實之事項，而登載於其業務上作成之文書」外，必須以偽造他人之私文書爲構成要件；若以自己之名義製作之私文書，雙方串通，以記載虛偽之事實，在民法上誠或依第八七條規定，認其文書所載之內容爲無效，而在刑法上則絕對不構成第二

一〇條之偽造私文書罪。而况被告等之買賣，確有其事，根本並無虛偽乎！（下略）

捏名文書

〔事實〕甲素營西藥品，專以販運西藥品爲業，但以一時生意清淡，無可銷售，因假造各種名人介紹書，往各商舖兜售，然又恐事被發覺，因不用名人簽名，捏造一虛名，或稱某某地醫學博士，或稱某某地醫院院長。有乙者，明知其隱，即商諸當地某名律師，撰狀向檢察處告發，訴甲犯刑法第二一二條之偽造介紹書罪。檢察官偵查結果，提起公訴，由法院判處甲八個月有期徒刑。其狀如左：

（上略）刑法第二一二條規定：「偽造變造護照、旅券、允許證、特許證及關於品行、能力、服務或其他相類之證書介紹書，足以生損害於公衆或他人者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」是凡偽造介紹書，以向人兜售其物品者，當然構成該條之犯罪行爲，應處以相當之刑。被告經營各種西藥，以無人過問，竟異想天開，捏造許多人名，作成介紹書，到處兜售，核諸刑法，顯然犯第二一二條之罪。原來所謂偽造者，即他人本未有此文書，而偽造其名義，以作成此文書是也；故其構成之要件，即爲偽造他人名義之文書，而此所謂他人名義，即非自己名義之謂。而所謂偽造，即非眞者而言；以是苟非自己名義，不問所偽造之他人名義，實際上縱無其人，亦屬成立偽造文書之罪，非謂被偽造人之名義，必須眞實有其人也。縱使所被偽造者，並無眞實其人，由偽造人隨便捏用一人名，苟足以使人誤信其爲眞正，受其損害，則雖並無其人，其名義係出虛捏，亦無妨於偽造罪之成立。被告所偽造之介紹書，其所用之人名，固爲子虛烏有，並非眞實有其人，然既使人誤信其爲眞，即已構成刑法第二一二條之罪，無從狡辯。（下略）

不能抗拒

〔事實〕甲垂涎鄰女乙，屢屢設法引誘，奈乙賦情堅貞，甲縱多方誘惑，乙總冷如冰霜，全不理會。甲心猶未已，一夕，乘乙女由親眷家回來，候在半途，冒充警察制服，冒稱搜查，令其解去衣服，借搜查爲名，實行探手摸索其下體，幸有鄉人四五途過，始免於厄。乙女忿極，幾欲自裁。有某名律師者，素以保障人權爲己任，聞悉其事，大爲不平，因代撰狀向法院對甲提起自訴，請處以刑法第二二四條第一項之強制猥褻行爲罪。法院審理結果，以乙女所陳極爲有理，核諸刑法，情真罪當，判處甲以八年有期徒刑，人心大快。其狀如左：

（上略）刑法第二二五條第一項規定：「對於婦女以強暴脅迫藥劑催眠術或他法，至使不能抗拒，而爲猥褻之行爲者，處七年以下有期徒刑。」被告對自訴人所爲，實已達到本條程度，構成該條項之犯罪行爲。在被告或曰並無凶器，縱有強暴脅迫等行爲，尙不至使自訴人不能抗拒，以卸其罪責；然該條項所謂不能抗拒者，不必縛其手，縛其足，至使無力抗拒也，祇須犯人所用之強制手段，足使被告人心生恐懼，而抑制其抗拒作用，即已足矣，不必在事實上縛其手，縛其足，至使不能抗拒也。故被害人即或尙有抗拒能力，苟一時被所劫持，不敢抗拒，亦不失爲不能抗拒。自訴人當黑夜單身回家之際，突遇被告，身穿警察制服，口稱搜索，自訴人一介女流，當然不敢抗拒，任其搜查；乃一經解衣，被告即以搜索爲名，擅行探手摸索自訴人下體，且聲勢洶洶，不許自訴人開口，不許自訴人抗拒；在此情狀之下，自訴人縱未失去抗拒能力，而亦懼於警察之尊嚴，搜查之法令，恐怕已極，不敢稍有抗拒。故自訴人至此，完全魂飛膽落，其抗拒作用，已無法發出；蓋被告之聲勢，實至使自訴人不能抗拒，而不料其一切皆假，既非警察，亦非奉令搜索，根本無權力可令自訴人解衣受其搜索也。既有此使自訴人不能抗拒之情形，則刑法第二二四條第一項之強制猥褻罪，被

告實已構成，縱有百口，無從狡卸。（下略）

姦淫未滿十六歲女子

〔事實〕甲路過某地，遇一弱女，問其年，據云爲十五，窺其貌，頗有姿色，與其語，更婉轉遷就，且秋波頻送，媚態百出；甲本好色之徒，因即借附近旅舍苟合。後探知此女本倚門賣笑者，閱人已多，固不止甲一人而已也。因是愛其綢繆，隔數夕必相約幽會一次，已達三月。不意女父乙以此爲餌者，以對甲所求不遂，特以刑法第二二七條第一項提起告訴；檢察官偵查後，以該女本非良家婦女，素以賣淫爲生者，認甲之所爲，不構成該條項之罪，予以不起訴處分。乙以所謀失敗，急商諸當地某名律師，代爲撰狀，依刑事訴訟法第二三五條規定，聲請再議。再議結果，將原處分撤銷，即提起公訴，判甲一年四個月有期徒刑；蓋某名律師固長於詞訟，有筆如刀也。其狀如左：

（上略）刑法第二二七條第一項規定：「姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子者，處一年以上七年以下有期徒刑。」是構成之要件，只有二者：一爲有姦淫行爲，二爲被害之客體爲十四歲以上未滿十六歲之女子；苟二者均無誤，即構成該條項之罪。本案事實，不特聲請人於告訴狀中述明，即被告在鈞處偵查中，亦一一自認不諱；核諸該條項規定，其要件已具備，無稍疑問也。乃鈞處忽以告訴人之女非良家婦女爲言，予以不起訴處分；實未免誤解該條項之意義，於上述之二要件外，更插入一被害客體之身分。查該條項所稱之女子，係包涵一切女子而言，姑無論被姦淫之某某某，確屬良家女子，特以年幼無知，意志薄弱，一時爲被告甘言蜜語所誘惑，以致失身，並非賣笑者流，即被告所言而實，確非良家女子，而被告既有姦淫之行爲，而被害人年又未滿十六歲，亦已構成刑法第二二七條第一項之犯罪行爲，無

所逃避；蓋該條項只規定「十四歲以上未滿十六歲之女子」而未更規定爲良家女子，與同法第二三一條第一項之規定「良家婦女」者，完全不同也。以此而對被告爲不起訴處分，實於法無據，不免有故意失出之處。（下略）

利用權勢姦淫

〔事實〕甲任某校校長，與女教員乙發生關係，爲乙父丙知悉，大怒，撰狀法院檢察處，對甲告訴，乃偵查結果，以乙已過十六歲，尙無配偶，依法應不爲罪，宣告對甲不起訴。丙大憤，謀諸當地某名律師，援引刑事訴訟法聲請再議之規定，撰狀聲請再議，請以刑法第二二八條利用權勢姦淫罪提起公訴。聲請再議後，檢察官認爲極有理，由，即提起公訴，結果處甲三年二個月有期徒刑。其狀如左：

（上略）被害人某某氏，年誠已逾十六歲，不能責被告以刑法第二二七條第一項之罪；而被告尙無配偶，被害人亦小姑居處，雙方均屬無配偶者，不能責以刑法第二三九條之罪。然聲請人之告訴者，均非此二條，乃爲刑法第二二八條之利用權勢姦淫罪。被告身爲某某校校長，而被害人則爲其所聘任之教員，在身分上言，被害人實有服從被告監督之義務，故被告與被害人之關係，即該條所稱「業務關係服從自己監督之人」；既有此關係，則被告利用其校長之權勢，將被害人姦淫，已構成該條之要件。該條明明規定：「對於因親屬、監護、教養、救濟、公務或業務關係服從自己監督之人，利用權勢而姦淫或爲猥褻之行爲者」，則以校長之身分，而姦淫其在業務上服從其監督之教員，不問被姦淫者之年齡已否逾十六歲，又不問被姦淫者有無配偶，實已構成犯罪行爲；蓋該條要件，只爲「服從自己監督」並無年齡等等之限制也。乃鈞處對於該條未及注意，竟援引同法第二二七條第一項及第二三九條，謂被告均不構

成犯罪，予以不起訴處分，實未免誤解告訴人告訴之意義，使犯罪人幸脫法網。要之，被告所犯之罪，本非刑法第二二七條第一項及第二三九條之罪，乃爲同法第二二八條之罪，鈞處予以不起訴處分，實未盡其偵查之能事，於法殊有未合。（下略）

容留良家婦女姦宿

〔事實〕甲女本以賣笑爲生者，與乙相諗，乙亦時往宿夜，後甲從良，謝絕舊業，而乙因與相熟，念念不忘，因仍私行往來，且以丙住宅爲幽會之所，每次酬丙若干元，由丙供給一切。事發，被人告發，丙犯刑法第二三一條第一項之罪。檢察官偵查後，提起公訴，審理結果，法院以甲女本非良家婦女，且丙雖容留其與人姦宿，尙無引誘情事，不構成該條項之罪，因宣判丙無罪。檢察官大不謂然，提起上訴，將該條項中良家婦女四字，力爲闡述，將原判痛加抨擊，上訴結果，高等法院認上訴爲有理由，將原判撤銷，處丙以二年有期徒刑。其狀如左：

（上略）被告犯刑法第二三一條第一項一案，原審以被姦人某某氏本賣笑爲生之人，並非良家婦女，且以被告雖有容留行爲，尙無引誘情形，不構成該條項之罪責，宣告無罪。上訴人細釋此判決理由，實有不能甘服，認爲未盡適法者。其一，該條項所稱「良家婦女」，乃指被姦淫時之身分而言，苟被姦時確屬爲良家婦女，即構成該條項之要件，其以後如何，固無人能擔保，即以前如何，亦概不追問，故所謂良家婦女，專指當時之身分而言，不問其以前是否爲良家婦女也。本案被姦淫人某某氏，一年而前，固以賣笑爲生，並非良家婦女，然於去歲某月某某日從良而後，即謝絕舊日生涯，脫離其賣笑生活，是其身分，已完全爲良家婦女，不得以其從前之非良家婦女，而抹煞其從良之事實，謂爲非良

家婦女。夫既爲良家婦女，則被告容留其與人姦宿，顯然觸犯刑法第二三一條第一項之規定，毫無疑義。其二該條項規定，爲「引誘或容留」是引誘爲一事，容留爲一事，二者中苟有其一，即構成該條項之犯罪要件，不必二者具備，而後構成。所謂容留者，即以館舍供給姦淫者姦宿，此外有無其他行爲，概不之問。被告以住宅供某某與某某氏爲其姦淫場所，每次得利某某元，是其行爲，已構成「容留」之要件，不必再有其他情事。故被告既貪圖報酬，以住宅供某某氏姦淫之所，而某某氏又已從良，並非再操賣笑生涯，完全具備刑法第二三一條第一項之罪；原審予以無罪之判決，實爲違法，應請予以撤銷，更爲合法之判決。（下略）

重婚與結婚儀式

〔事實〕甲男與乙女訂婚後，迎娶有日，不意結婚前一日，甲忽發盲腸炎，轉輾床褥，不能成禮，而又諸事具備，未能改期，因於鼓樂花轎迎來後，未行婚禮，即入洞房。此本可相安無事者；不意甲於二年後，出外經營，突與丙女發生戀愛，與之結婚。乙知悉後，即以刑法第二三七條重婚罪對甲丙二人告訴，請治以應得之罪。甲大恐，謀請某名律師，撰狀答辯，否認曾與乙結婚。檢察官偵查結果，認甲辯訴爲有理由，不成立重婚罪，宣告不起訴處分。其狀如左：

（上略）被告與告訴人並無婚姻關係，雖曾訂有婚約，且會同居二年，然既未曾舉行結婚之公開儀式，依民法第九八二條及第九八八條第一項規定，其婚姻關係，應爲無效；既無婚姻關係存在，當然只有訂婚及同居關係，今日被告與某某結婚，根本不發生重婚問題。刑法第二三八條之重婚罪構成要件，乃爲「有配偶而重爲婚姻」，配偶之身

分，由婚姻關係而來，而婚姻關係，由結婚而取得；被告與告訴人既未曾有民法第九八二條規定之公開儀式，則根本未曾結婚，既未結婚，即無從發生婚姻關係，取得配偶身分；既無配偶，則被告之與某某結婚，絕無重婚可言，全不構成刑法第二三八條之犯罪行為。即曾訂有婚約，被告不為履行，另與他人結婚，依法亦屬民事問題，全不能牽涉到刑事。告訴人告訴狀中，一則曰曾鼓樂迎娶，再則曰以花轎迎來；此誠事實，然所謂鼓樂，所謂花轎，均為結婚前之一種迎娶儀式，而非即結婚儀式，民法第九八二條所稱「結婚應有公開之儀式」者，完全專指舉行結婚之儀式而言，不問用舊式之拜堂儀式，或用新式之簽字證書儀式，要必有習慣通行之結婚儀式，而為人一見即知為舉行結婚儀式者，然後始為結婚，發生婚姻關係，取得配偶身分。被告與告訴人既未曾舉行結婚儀式，雖曾用鼓樂花轎迎娶，亦只為結婚前之儀式，而非結婚儀式，既非結婚儀式，則根本未曾結婚；既未結婚，此日何來重婚？告訴人所訴被告犯重婚罪一案，實於法無據，被告未能承認。（下略）

重婚後一方死亡之效果

〔事實〕甲與乙結婚後，未一年，因乙病篤，不能理家務，再與丙結婚；為丁所知，向檢察官提起告發；蓋丁與甲素有仇隙也。正在審理中，而乙即因病亡故，法院因乙已死，認為重婚已不存在，宣告甲無罪。檢察官以重婚罪為即成犯，配偶事後死亡，不能阻卻重婚罪之成立，認法院判決失當，提起上訴。結果將原判決撤銷，處甲丙各有期徒刑一年四個月，其狀如左：

（上略）查刑法第二三七條之重婚罪，在法律上為一種即成犯，苟已有配偶而再與他人結婚者，一經結婚儀式舉

行，在民法上發生婚姻之效力，其重婚罪即行構成；至重婚後有無其他情事發生，與刑法第二三七條概不之涉。本案被告等於某月某日結婚，是時第一被告之配偶某某氏尚在，並未脫離婚姻關係；是被告等舉行結婚儀式之時，即爲犯重婚罪成立之時，縱事後原配偶某某氏病逝，因死亡而婚姻關係消滅，亦絕不能阻卻被告等犯罪之成立。蓋被告等重婚在前，而第一被告與原配偶之婚姻關係消滅在後，不能以犯罪後之婚姻關係消滅，而阻卻婚姻關係未消滅前之重婚行爲。乃原審法院誤解法律，竟以第一被告原配偶某某氏之事後亡故，而謂重婚之事實已不存在，遽判決被告無罪，核諸刑法規定，殊未適當。（下略）

詐欺結婚

〔事實〕甲男與乙女訂婚後，以無力結婚，因以乙爲某省人，未知甲地之風俗習慣，且愚闇而不曉世事，因騙以甲地習慣，其結婚儀式，與各地稍異，不必迎娶，不必宴客，只須月明之夜，由新郎往坤宅，背負其妻至家，雙雙閉門同向竈神一拜，卽爲成婚；蓋欺乙女爲異地人，可欺以方也。又恐乙女或不之信，因又化名撰文一篇，題爲「某地結婚風俗」，刊登某小報上，以示乙之家長親屬。乙等見報載如是，因信爲真，卽依其所言，於中秋夜由甲負至家中。一俟後，甲忽另有所歡，與之結婚。乙大怒，訴甲重婚罪。甲提出辯訴，謂與乙並未有公開之儀式，不生結婚之效力，只有同居關係；法院審理後，竟判乙敗訴；且判決而前，因身分關係，經過民事訴訟，判決確認甲乙結婚爲無效。乙至是大痛，屢思自裁，時有某名律師見而不平，特義務爲乙申冤，以刑法第二三八條對甲提起自訴。法院審理後，以甲實構成該條犯罪行爲，判決甲處二年八個月有期徒刑，一時人心大快。其狀如左：

(上略)我國今日，尙未有禮制訂定，故結婚儀式，各地每多殊異，大概都市多從西式，而在鄉間則仍用拜堂；但所謂拜堂者，其儀式亦不一律，每隨習俗而異，故苟非同一地方，每多隔閡。自訴人爲本縣人，而被告則爲某某省人，地隔千里，習俗當然不盡相同，故被告與自訴人訂婚而後，即得用其詐術與自訴人爲無效之結婚。且其行此詐術，不僅宜之於口，更化名在某某報上刊登一文，題爲「某地結婚風俗」，以欺騙自訴人及自訴人家屬。一切經過，早在鈞院審理，確認婚姻無效一案及重婚罪一案中雙方詳細敘述，案牘尙在，亦無庸贅述。但自訴人經被告詐欺而後，又另結新歡，將自訴人遺棄不顧，雖一再涉訟，鈞院均以無效之結婚，不能在法律上取得婚姻關係，民事刑事，皆告敗訴；至今回思，痛不欲生。查刑法第二三八條規定：「以詐術締結無效或得撤銷之婚姻，因而致婚姻之無效裁判或撤銷婚姻之裁判確定者，處三年以下有期徒刑。」被告既用詐術與自訴人結婚，而某月某日又遭鈞院民事第某某號判決，確認結婚無效，是被告實已構成該條之犯罪行爲，應予法辦。自訴人一介女流，本不諳世事，被告即利用此弱點，假造彼地之結婚習俗，以詐騙自訴人，甚且化名撰文，刊登報紙，使人深信不疑；所謂君子可欺以方，姑無論自訴人一介女流，即知書達理之士，苟未悉其陰謀者，亦將爲其所欺，即如某某報主筆，不能謂爲不知書達理者，而亦上厥大當，誤爲刊載，是被告之肆用詐術，已無可疑，而其已構成刑法第二三八條之罪，亦顯然無疑。(下略)

出奔與姦淫之先後

〔事實〕甲女不堪其繼母之虐待，私自脫離家庭，東飄西泊，已歷月餘，後與乙相遇，即賦同居。兩月而後，被甲父丙尋獲，以甲女尙未滿二十歲，即以刑法第二四〇條第三項，向法院檢察處告訴。乙以事出意外，急謀諸當地

某名律師，撰狀答辯，否認有和誘嫌疑。偵查結果，認乙所陳尚屬合理，不構成犯罪行爲，即宣告不起訴處分。其狀如左：

（上略）刑法第二四〇條第三項之和誘罪，其構成要件，除被和誘人之脫離家庭或其他有監督權人係得被和誘人同意外，更須被和誘人之脫離其家庭或其他有監督權之人，並非出於被和誘人之自動，而爲和誘人所引誘；若被和誘人之脫離其家庭或其他有監督權之人，而出於自己之主動，並非由於他人之和誘，不過脫離而後，始相熟識，容留在家，發生姦淫，則根本不發生和誘問題，而亦無刑事罪責可加。某某某之脫離家庭，尚遠在某月某某日，而與被告相識，則已在某月某某日，距其脫離家庭之日，已有一月餘；告訴人何能以出事後一月餘之被告與其姦淫，而追溯及於未認識前一月餘之某某某脫離家庭行爲，使負刑事上和誘之罪責？某某某脫離家庭之時，與被告尚未認識；何從而發生和誘？更何從而構成刑法第一四〇條第三項之和誘罪？（下略）

留養迷途幼兒與略誘

〔事實〕甲在途中，遇一衣衫襤褸之幼童，年約七八歲，哭泣不已；問之，只言姓黃，名阿二；其父母及住址何在，則以年齡尚幼，竟不知之；且云隨母外出，中途相失，欲歸不得。甲一時爲之心惻，竟挈之歸家，予以食宿，俟訪問其家屬後，再行送還。不意甲之鄰人乙，素與甲不睦，探知其事，即以刑法第二四一條之略誘罪對甲告發。甲被檢察官偵查後，即商諸某名律師撰狀答辯，詳述留養該兒，全出於慈善心思，並無惡意之私圖與不正之手段，不能構成刑法上之略誘罪責。偵查結果，認甲所辯爲有理由，宣告不起訴處分。其狀如左：

(上略)刑法第二四一條所規定之略誘罪，必須實施略誘人有惡意之私圖，不正之手段將被略誘人置於自己實力之下，以脫離其父母或監護人之監護權。今被告之留養該兒，乃本於一時慈善之心思，不特無誘拐之意，使之脫離其所監護之人，更將四出訪問，求得其監護人，將該兒送回，使之骨肉團聚，不至脫離其監護權。姑無論在事實上被告並無用不正之手段，將該兒誘拐，而在心理上亦根本無惡意之私圖，按諸「無犯意即無犯行」，絕不能成立刑法第二四一條之略誘罪。當被告於某某日在某某街行走之際，突見該兒在途哭泣，狀極悲痛；此某某街既無住宅，又以僻徑故絕少行人；被告見其情可憐，上前詢問，據云黃姓，名阿二，年只八齡，隨其母出外，中道失散，而叩以父之名字與職業並其住家何所，則以年幼故均不能答；時天將黑暗，被告以其狀極可憐，一時頓生惻隱之心，挈之返家，予以飲食，且留其居住。是被告之挈該兒歸來，並無絲毫惡意之私圖與不正之手段，與刑法第二四一條所稱之略誘，完全不符。次日，且爲之四出探聽其父母所在，並曾挈同該兒往某某街附近一帶詢問，以便送還其家，俾可骨肉團聚，乃連訪數日，竟不得其家之所在，而里中亦全無遺失小兒之事；正在躊躇，而鈞處已發出傳票，定期偵查；是又可見被告不特無略誘該兒脫離其家庭之意思，且相反有使之骨肉團聚，回復其家庭之意思。告發人何所根據，而認被告犯有刑法第二四一條之略誘罪？被告自問平日安分守法，有生以來，從未犯法，身有常業，家有恆產，乃以慈善之心思，反博得略誘之罪嫌，正所不解。(下略)

發掘墳墓之要件

〔事實〕甲葬母於子田內，年餘將子田出售於乙，改建房屋；買賣子田時，甲立有筆據，聲明兩月內將棺柩遷

葬，以便乙動工建築。不意兩月而後，甲竟不履行，乙以甲違背該約，竟雇人將甲母墳墓發掘，起出棺槨，葬入甲近房之丑田內。甲遂以刑法第二四八條第一項之罪，對乙提起告訴，檢察官偵查後，提起公訴。乙委任某名律師出為辯護，撰狀向法院投遞，否認犯刑法第二四八條第一項之罪責。審理結果，認乙所辯尚有理由，判決無罪，乙得安然無事，其狀如左：

（上略）刑法第二四八條第一項之發掘墳墓罪，其用意在於保護墳墓，故發掘墳墓，雖構成刑法第二四八條第一項之罪，然使發掘墳墓而並不違背保護墳墓之立法本旨，即不在犯罪之列，不能在事實上有發掘墳墓之行爲，即認爲構成刑法第二四八條第一項之犯罪行爲。此實發掘墳墓之免責要件，而亦依法不爲罪者也。被告之發掘告訴人故母墳墓，誠爲事實；然發掘之用意何在？發掘後之處置又何若？而其行爲又是否免責要件？實不能不詳爲研究，未可遽以被告有發掘墳墓之事實，而不問一切，以刑法第二四八條第一項之刑相加。告訴人葬母於田內，當其出賣此田於被告之時，固約定在兩月內必將母棺遷葬，口頭允諾之不足，更出立書面筆據，而被告亦曾再三囑咐，必須於兩月內將棺柩遷葬，以便動工建築房屋；乃事歷三月，被告再四前往催促，而告訴人總置之不理，以爲被告無如之何；以致被告動工無日，損失浩大；因是不得已，自行雇工將告訴人之母棺起出，遷葬於告訴人附近之田內。被告此種行爲，在情理上固自問已仁至義盡，並無對告訴人不法侵害之意圖，而按諸法律，既爲之設法遷葬，亦毫不違背保護墳墓之立法本旨。發掘墳墓，固似有罪，然既爲之遷葬，不過由此處移之彼處，墳墓依然無恙；則揆諸保護墳墓之立法本旨，全然無忤，當然具備免責要件，不復能認爲構成犯罪行爲。若以此而猶認爲犯罪，則凡遷葬者，皆將縲絏入獄；想立法者

不如是其用意也。（下略）

平除墳墓與發掘墳墓

〔事實〕甲鄰近有荒田一方，久無人耕種，田中葬有墳墓一所，爲三十五里外乙之所有，除每歲清明來祭掃一次外，別無人問。甲後探知乙又身故，因覬覦此田，擬從事耕植，先將墳墓平除，變成一片平原。但乙雖死，而家中尚有丙在，知悉其事，即投狀法院檢察處，提起告訴，請處甲以刑法第二四八條第一項之罪。甲大恐，謀諸當地某名律師，代爲撰狀答辯，否認構成該條項之罪。偵查結果，認甲所辯尚有理由，因變更告訴人所訴法條，以同法第二四六條侮辱墳墓罪提起公訴，結果判甲四個月有期徒刑，其狀如左：

（上略）發掘墳墓之構成要件，爲將墳墓發掘，即將墳墓掘開，露出其所葬之棺柩或屍體或遺骨，若並非發掘，不過將其高出地上之壙剷平，則尙未達發掘之程度，亦即不構成刑法第二四八條第一項之發掘墳墓罪要件。發掘，必須自上而下，將墳墓掘開；而被告之所爲，根本未有此行爲，不過將其墳頂即高出於地面上之壙平除。發掘墳墓，刑法誠有規定，應處以刑，而平除墳頂，則刑法上並無處刑之條文；依刑法第一條規定：「行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限；」被告之平除墳頂，既法無明文規定，核以第一條之規定，即不在犯罪之列。告訴人何所根據，而遽以平除墳墓爲發掘墳墓，鍛鍊周內，以故入人於罪？豈告訴人不懂文義，誤解刑法上之「發掘」二字乎？抑根據何種字典，而可以平除墳頂，解作發掘墳墓乎？被告對告訴人所葬先人之墓，平除則有之，發掘則全無此事。（下略）

商品之虛僞表示

〔事實〕近來商業道德，日趨墮落，有甲者，製造一種藥品出售，恐無人過問，因託言某國出品，且於裝包紙上，冒書某國某某藥房製發字樣。事被乙所知，而乙本為當地名律師，以甲如此存心，實屬不堪，非予以懲戒，將見效尤者紛起，勢必害人，因撰狀向法院檢察處告發，結果，由檢察處偵查屬實，提起公訴，以刑法第二五五條第一項處甲以九萬元罰金。其狀如左：

（上略）被告以自製之藥品，冒稱為某國某某藥廠出品，刊諸廣告，印諸包裝紙，以欺騙商人，不特含有詐欺性質，且明明觸犯刑法第二五五條第一項之妨害農工商罪。該條項規定：「意圖欺騙他人，而就商品之原產國或品質，為虛偽之標記或其他表示者，處一年以下有期徒刑，役或一千元以下罰金。」立法用意，一方固為懲治詐欺，而同時又為保護正常商人，倘不予以懲辦，一經此輩逍遙法外，則今後從事正當商業之人，反將無立足之地，勢必羣起效尤，將我國固有之商業道德，墮落殆盡。况藥品一物，關係尤重，配合苟一不當，救人者即足以殺人，故依法令規定，凡發明之藥品，必須送請主管機關化驗，俟核准而後，始可發賣，否則即予禁止；良以一有不合，即足以害人，小之為害一人一家，大之更害及民族健康。今被告所製之某某等藥品，即冒充為某國某某藥廠出品者，其成分如何？其功效如何？正有待於研究；乃居然冒用名義，廣事兜售，是更違法之至，非予以嚴懲不可。（下略）

聚眾賭博之要件

〔事實〕甲為子乙結婚，賓朋來道賀者，數至百餘，晚膳後無事，相與作竹林之遊，計與賭者有七十餘人，分成十餘桌，竹牌之聲，達於戶外。事被警察局探悉，前往捉拿，解送檢察處，偵查一過，以刑法第二六八條聚眾賭博罪

提起公訴；至其餘賭徒，則以其並不在公共場所或公眾得出入之場所賭博，尙不至構成犯罪行爲，一律宣告不起訴處分。甲以禍來意外，特委任某名律師出爲辯護，撰狀向法院辯訴，力駁檢察官起訴之不當，將刑法第二六八條層層闡述。審理結果，法院認甲所辯爲有理由，宣告無罪。其狀如左：

（上略）查刑法第二六八條之構成要件：一爲意圖營利，一爲供給賭博場所或聚衆賭博；而本案檢察官起訴書，則認被告有聚衆賭博嫌疑。然被告之所爲，果具備刑法第二六八條之要件乎？在意思要件上，固無營利之意圖，乃爲兒子完婚故，承許多親朋不棄，前來道賀，晚膳後無所遣遺，臨時發起，借竹林爲消磨長夜之資，被告於此，當然不便阻止。且只有供給燈燭及飲食之義務，絕無絲毫利益之可享；故意要件，全然欠缺，根本無利可營，且亦根本無營利之意圖。意思要件既有欠缺，則刑法第二六八條之罪，卽無從構成。再以聚衆賭博言，亦全然未合；蓋所謂聚衆者，非指聚集衆多之特定人而言，乃指聚集衆多不特定之人，隨時可增，隨時可減，且愈聚愈衆，可彼此不相識，彼此不相謀；而被告之所聚者，乃爲前來道賀結婚之親朋，爲特定之人，而非不特定之人，只可減少，不能增多；是固不能稱爲「聚衆」，而刑法上所稱「聚衆」之意義，亦並不指是。是則檢察官所認被告爲聚衆賭博者，又全不構成。此兩要件既全不構成，依法當然無犯罪行爲可言；况賭博之人，均已因無罪而宣告不起訴處分，則並不構成犯罪之被告，亦當然無罪之可言。（下略）

義憤殺人

〔事實〕甲妻乙與丙通姦，一夕，爲甲瞥見，一時氣憤填膺，竟順手將廚下所藏菜刀，將妻乙殺死。丙逃出大呼

救命，四鄰畢集，將甲擒獲，以人命攸關，扭入警察局，轉解法院檢察處。甲父商諸當地名律師出爲辯護，撰狀投入。自認爲義憤殺人，請求依刑法第二七三條第一項從輕處斷。結果，法院對甲僅判有期徒刑八個月。其狀如左：

（上略）被告之殺死妻某某氏，固爲事實，然非出於預謀，實以一時氣憤填膺，感情上無可制止，而身旁廚下，又適有菜刀一柄，因是肇此巨禍。被害人某某氏，爲被告配偶，平常感情甚篤，某月某日即曠事之日，被告由寓中回家，見大門虛掩未閉，推門入內，聞臥室內發出異聲，初尙不疑有事，迨一入臥室，見被害人赤身裸體，與某某某同臥一床，交頸擁抱，狀極淫媾；被告猝覩此狀，忿不可遏，頓有使人置身無地之情形，其所受之刺激，一時有萬難容忍者。因是怒火中燒，急不暇擇，瞥見近旁廚下藏有菜刀一柄，即順手拾起，上前猛砍，竟將妻某某氏一刀斃命，而共犯某某某見狀驚起，不及穿衣，裸體躍出，大呼救命，四鄰畢集，將被告扭住。是時被告又羞又憤，又急又怒，其感情之衝動，已達極度，竟有莫知其然而然者。查刑法第二七三條第一項規定：「當場激於義憤而殺人者，處七年以下有期徒刑。」所謂當場激於義憤，卽一時受到意外之刺激，感情上之衝動，無可制止，竟無暇審計利害，孰權得失，爲雪憤計，遽出此殺人之行爲；故其迹雖同於尋常之殺人，而其情實有可原者，固不與尋常殺人罪同科，處以七年以下有期徒刑，聊作薄懲。被告之殺死妻某某氏，亦具備此刑法第二七三條第一項之要件，決不能與尋常殺人罪同論。（下略）

業務殺人

〔事實〕甲素習汽車司機，但尙未向當地主管機關領得司機執照，然已暗自執行其業務。一日開車出外，不意汽車上煞車機件，已有損壞，在某某地處，適有人越過，竟致相撞，甲急欲煞車，而機件已壞，無從制止，當將越過

者撞斃。事後，死者之父提起告訴，法院審理結果，以甲雖駕駛汽車，而並無司機照會，不能認為業務過失殺人，只可依刑法第二七六條第一項處斷，且此事咎在汽車之煞車機件損壞，而檢查機件，又為機匠之任務，並非司機之職責，故並過失罪而亦欠缺要件，蓋非其應注意者也；因宣告甲無罪，安然無事。死者之父大痛，謀諸當地某名律師，依刑事訴訟法規定，撰狀檢察處請提起上訴，狀中力駁原判不當，於業務範圍及注意範圍二點，闡述無遺，竭力翻騰。聲請結果，檢察官認所陳理由，極為正當，即提起上訴，由高等法院將原判決撤銷，依刑法第二七六條第二項，判甲四年六個月有期徒刑；此皆某名律師一狀之力也。其狀如左：

（上略）聲請人告訴某某業務過失殺人一案，法院竟判決被告無罪，細詳判決理由，實有不勝駭異者。雖法律上之見解，各有不同，未敢輕謂審判者明知法律而故為出入，然以尋常目光視之，亦不免有失出之感。以如此重大錯誤之判決，諒鈞處亦必本於公正之立場，代表國家之地位，提起上訴，不煩聲請人之陳述意見；然刑事訴訟法第三〇六條第二項後段既許告訴人得向檢察官陳述意思，用特開具理由，陳述如下：其一，原判謂被告雖司開車業務，然並未領得執照，欠缺形式上之要件，不能認為司機業務。查刑法上所稱業務，原指以此為其生活之職業而言，其執行此項業務，縱未經領得執照，受國家合法之允許，在形式上不免缺乏要件；然此為行政上之問題，既經以此為業，朝於斯，夕於斯，每日從事於此，即不得不謂為業務。故被告之已否領得司機執照為一事，而實行從事此司機業務又為一事，不得以被告尚未領得執照，而抹煞其每日駕駛汽車之業務；蓋既從事於此，朝於斯，夕於斯，以此為其職業，當然以司機為其業務，縱欠缺形式上之要件，仍不得謂其開駛汽車非其業務。開駛汽車既為其業務，則因此而致人於死，當然構

成刑法第二七六條第二項之罪。其二：刑法上所稱過失，乃指應注意能注意而不為注意；被告既開駛汽車，則對於其業務範圍內應行注意之所，應時時注意；汽車上之煞車機件，為車上重要之部分，與駕駛關係甚重，且為駕駛範圍所及，其是否靈敏，有無損壞，與行車安全，極有關係，故修理之責，雖屬於機匠，而注意之責，則仍在司機。被告既駕駛汽車，則於開駛而前，對車上各種重要機件，應先為注意，以防駕駛時發生危險；乃漫不經心，一至肇禍，始諉其責於煞車機件之損壞；是又顯見被告之應注意能注意而不為注意，無解於過失殺人之責任。故原判所為被告開脫責任之兩點理由，於法律上皆屬無據，無一能自圓其說。（下略）

傷害致死之因果關係

〔事實〕甲將乙毆傷，因營養不良，傷口未收，淹滯床褥，終日呻吟，且以此不能工作，以至於乏食，營養更形不良；如此情狀，竟延至一月餘斃命。乙妻丙憤極，特以刑法第二七七條第二項傷害人致死罪對甲告訴，由當地某名律師代為撰狀；某名律師精熟法意，而又長於文墨，狀中將傷害與死之因果關係，闡敘極詳。結果，認丙所稱為有理由，檢察官偵查後，即提起公訴，判處甲十二年有期徒刑；蓋依傷害人致死罪論科也。其狀如左：

（上略）告訴人故夫某某，已於本月某某日因傷致死；蓋於某月某某日受被告毆傷後，一病至今，未曾起床，延至本月某某日不幸逝世。當受傷之初，本即依法告訴，只以被告屢屢遣人來說，願負擔一切費用，請勿致訟；告訴人故夫又忠厚性成，不為己甚，而在告訴人亦不料其傷至於死；以故未及告訴，寧抱息事寧人主義。不意故夫受傷過重，而又以受傷之故，不能工作，淹臥床褥，營養不良，因此傷口不收，病日危篤，竟至喪命。被告對此，為狡卸其刑事責任計，或否

認告訴人故夫之死，由於被告之傷害，且或謂傷害在一月以前，死亡在一月而後，已缺乏因果聯絡關係，甚至謂傷極輕微，不足以致死，難保不有其他之事實獨立介入，不能歸責於傷害；在被告今日，固尚未曾爲此明白之表示，然當告訴人故夫死亡之後，派人前往通知，聞已有此暗示，表示告訴人故夫之死，於彼無干。查告訴人故夫以裁縫爲業，一日不工作，卽一日不得食，而平時又無儲蓄，受被告毆傷而後，卽不能起床，以致生活頓絕，被告雖一口應允負擔醫藥費用，然一月以來，只陸續付出某某元，以之爲治療及醫藥之用，尙虞不足，以致營養不良，傷口不收，每日有血水滲出，而因此不能工作，收入全無，更無營養可言，最近數日，竟至乏食。告訴人雖一再向被告理論，被告忍心害理，竟託詞推諉，不爲給付。故統觀情狀，告訴人故夫之死，實由遭被告傷害而起，因傷害而不能工作，因不能工作而無法營養，因無法營養而傷口不收，因傷口不收而頻頻出血，因頻頻出血而身體益損，因身體益損而至於死；同時又因不能工作而無法維持生計，因無法維持生計而致乏食，因乏食而無從營養，益促傷口之潰爛以至於死；因果分明，脈絡貫通，絕無其他獨立之事項介入。故告訴人故夫之死，全由於被告之毆傷所致，其因果關係，極爲顯然。（下略）

傳染花柳病

〔事實〕甲患有花柳病，隱不告人，因傳染於其妻乙，乙本對甲懷有去志，因藉此爲名，援引刑法第二八五條規定，對甲告訴。甲自知錯誤，屢託人向乙說項，請撤回告訴；乙不允。甲不得已，因託某名律師撰狀答辯；某名律師心細如髮，卽根據該條規定，否認觸犯該條之罪，力駁告訴之不當。結果，檢察官認甲所辯，在法律上確有根據，因宣告對甲爲不起訴處分，安然無事。其狀如左：

(上略)刑法第二八五條規定：「明知自己有花柳病或麻瘋，隱瞞而與他人為猥褻之行爲或姦淫，致傳染於人者」其構成要件：一爲明知自己有花柳病或麻瘋，二爲隱瞞而與他人為猥褻之行爲或姦淫，三爲傳染於人，此三者具備而後構成犯罪行爲受該條之懲罰。被告誠有花柳病，誠曾對告訴人隱瞞，誠因此而傳染於告訴人，具有該條之前後二要件，然其中一要件，即與人為猥褻之行爲或姦淫，則始終欠缺。既有欠缺，即不具備該條之要件，無從成立犯罪行爲。告訴人為被告之配偶，配偶有同居之義務，其同居，因婚姻關係而取得，名正言順，並非姦淫；既非為姦淫，則該條規定，即為不符，不能以堂堂正正之婚姻關係，而誣之為姦淫，刑法上所稱姦淫者，乃指在法律上並無婚姻關係之男女，而發生同居之行爲；若因婚姻關係而取得配偶身分，實行同居，即不能認為姦淫。既不為姦淫，則該條所規定「與他人為猥褻行爲或姦淫」者，其要件根本無從構成。蓋姦淫為一事，而夫妻同居又為一事，不能混為一談，誤婚姻關係為姦淫關係。且觀同法第二九八條，同一略誘，而結婚自結婚，姦淫自姦淫，分別規定，不相混淆；是可見第二八五條之罪，只加於「與他人為猥褻之行爲或姦淫」而不及於婚姻關係。告訴人以之為告訴，在法律上殊欠根據，不成認為有理由。(下略)

妨害自然發育

〔事實〕甲無子，以他人之女乙收養為義女，初甚鍾愛，而甲妻丙性極凶悍，對乙時加虐待，後竟變本加厲，食不使飽，衣不使暖，面黃肌瘦，憔悴無人形；雖非朝打夕敵，日施鞭責，而使之凍餓，其凌虐更甚於敲扑。有某名律師，與之鄰居，見而大憤，即以告發人名義，向法院檢察處投狀，告甲及其妻丙以刑法第二八六條之無形傷害罪。檢

察官偵查結果，認爲成立，提起公訴，判甲及丙各處有期徒刑一年八個月；女乙交慈善機關，從此女乙得見天日，不致再忍飢受凍矣。其狀如左：

（上略）查刑法於第二七七條規定有形之傷害罪外，更於第二八六條規定無形傷害罪，其處罰且較有形之傷害罪爲重；蓋有形之傷害易見，無形之傷害難知；有形之傷害，其受害較淺，不過及於肌肉筋骨，爲全身之一部分，而無形之傷害，其受害較深，及於全身，更及於將來；故立法者於第二七七條有形之傷害罪外，更爲第二八六條之無形傷害罪規定。具見立法者之目光遠大，而亦見立法者保護人身體之至意，不使狡黠者因而逃其罪刑。告發人鄰居某某及其妻某某氏，對於收養之義女某某，雖未朝打夕敲，日肆鞭扑，而食不使之飽，衣不使之暖，鷄鳴而起，三更始眠；以一未滿十六歲之弱女，而使之任壯夫所不易堪之工作，灑掃洗濯，縫紉烹飪之事，都責之於一人之身，其工作之煩重勞苦，有非情理所能想象；而又食不飽，衣不暖，營養不足；以營養不足之身，使任壯夫所不易堪之工作，以致面黃飢瘦，憔悴無人形。此種行爲，實已具備刑法第二八六條之要件，應處以相當之懲罰。該女年僅十四歲，以日受無形傷害故，竟望之不似人形，全無活潑氣象，亦無光潤面目，瘦骨支離，搖搖欲墮；見者酸鼻，聞者傷心。而被告等猶全無人心，在此情狀之下，不特不爲之醫治，且加重其工作；是已達於「施以凌虐」之程度，且達於「妨害其身體之自然發育」程度，應構成犯罪行爲。（下略）

扶養義務與遺棄

〔事實〕甲婦老而悍，夫固早死，子亦亡故，只與寡媳乙同居，賴乙十指爲活，苦不堪言。但甲不念寡媳乙之困

苦，反百般誅求；乙無奈，即拒絕供養，與之分爨。甲受人唆使，即以刑法第二九四條第一項之罪，對乙提起自訴。乙大恐，與某名律師商酌；某名律師細問情由，知甲尙有一弟一妹，家頗殷實，因即根據民法第一一五條及第一一八條各規定，撰狀爲乙答辯，否認構成遺棄罪。法院審理結果，認乙所訴爲有理由，判決乙無罪。其狀如左：

（上略）被告對於自訴人，依法令誠有扶養義務；然被告之不爲扶養，與之分爨者，非敢遺棄也，一則被告自身尙無維持生活之能力，二則自訴人除被告外尙有依民法扶養義務順序較先之人；以故被告之不扶養自訴人，並不構成刑法第二九四條第一項之罪。其一：刑法第二九四條第一項之遺棄罪，其要件當然爲依法令或契約應負扶養義務而不爲扶養，故其犯罪主體，則爲負扶養義務人對於受扶養權利人之扶養義務，依法令或契約已經屆至，而不爲扶養除契約特別訂定外，所謂依法令者，當然依民法第一一五條第一項各款及第二項所定之順序以爲衡。被告對於自訴人，爲子婦對於姑，依民法第一一五條第一項各款，應居第六順序，即以同居一家，有家長家屬之關係，亦居第五順序；是被告對自訴人之扶養義務，應在第五位。而自訴人尙有一同胞弟某某及同胞妹某某氏，依民法第一一五條第一項所列各款順序，應爲第四位，其所對自訴人之扶養義務，較被告爲先，且此二人皆富有資產，非無扶養能力；是自訴人依法所應受扶養者，應先爲其胞弟及胞妹，而後再及於被告。夫既尙有負扶養義務順序在先之人，姑無論被告確無扶養能力，即或果有扶養能力，不爲扶養，在刑法上亦不構成遺棄之罪；蓋被告對於自訴人之扶養義務，依法定順序，尙未屆至也。二則被告一介女流，只賴十指度日，終日所得，只堪一飽，即不扶養自訴人，亦異常拮据，朝饔夕飧，時處不足，若再扶養自訴人，則自己生活，更無從維持，依民法第一一八條規定，實在免除扶養義務之列。

法令上既免除扶養義務，則刑法第二九四條第一項之「依法令」要件，即已免除，不復存在。既依法令免除其義務，缺乏要件，則刑法第二九四條第一項之罪，即不能加於被告；蓋被告固未曾有此犯罪行為也。故自訴人之自訴，依法實無從成立。（下略）

無自救力人之意義

〔事實〕甲有一寡媳乙，因素性不順，甲甚惡之，不為扶養。乙受人唆使，以刑法第二九四條第一項之遺棄罪，對甲提起告訴。甲因商諸某名律師，撰狀答辯，以乙年事尚輕，體力甚壯，不能謂為無自救力，痛駁原訴。檢察官偵查後，認甲所言為有理由，不構成犯罪行為，即宣告不起訴處分；乙之計劃，全歸失敗。其狀如左：

（上略）細釋告訴人告訴意旨，以被告對告訴人依法令有扶養之義務，而不為扶養，應構成刑法第二九四條第一項之罪責。查該條項規定，其第一要件，為「對於無自救力之人」，故必受扶養者為無自救力之人，其不為扶養，應受刑法之制裁；若受扶養人而非為無自救力之人，則不為扶養，在刑法上全無若何明文。告訴人為被告之子婦，依民法第一一四條規定，被告誠對之負有扶養義務，然告訴人並非無自救力之人，年事尚輕，體力甚健，恃其十指，儘多謀生之途，不能以其無特種技能及未受教育，即認為無自救力。今之人未能有特種技能者多矣，未受相當教育者亦多矣；若以此而為無自救力之藉口，則天下人之須受人扶養者亦太多矣！故告訴人縱未有特種技能，縱未受教育，決不能認為無自救力之人，故其本身，實非無維持生活所必要之能力。告訴人既儘有維持生活所必要之能力，則被告不為扶養，全不構成刑法第二九四條第一項之罪。（下略）

妨害自由

〔事實〕甲妻乙與丙通姦，後竟雙雙私遁，甲將乙尋獲後，恐其再行私逃，竟用鎖將乙鎖閉室內，不使越雷池一步。乙固一籌莫展，事聞於丙，即商諸某名律師，撰狀用丁之名義，對甲告發，請處甲以刑法第三〇二條第一項之罪。檢察官偵查後，以丁所告非虛，提起公訴，結果，判甲十個月有期徒刑。其狀如左：

（上略）刑法第三〇二條第一項規定：「私行拘禁或以其他方法剝奪人之行動自由者，處五年以下有期徒刑，拘役或三百元以下罰金。」良以人身自由，最為重要，一旦失去自由，即無異喪失其靈魂，其痛苦之狀，有非可言語形容者；故非依法律，任何人皆有其自由，不得將其剝奪，苟剝奪之者，刑法第三〇二條即予以相當之刑罰。本案被告將其妻某某氏閉鎖房中，不令出外一步，將某某氏在法律上應有之自由，全部剝奪，終日蜷處臥室，不見天日；雖某某氏曾犯有背夫私逃之罪，然被告只可依法提起告訴，以國家之法律制裁之，決不能以此非法方法，將其鎖閉，剝奪其行動自由。被告此種行為，不問其動機何在，實無解於違法，具備刑法第三〇二條第一項之犯罪要件。（下略）

先私禁後奉令

〔事實〕甲任子縣聯保主任，以境內乙有借區署命義向人敲詐嫌疑，且聞乙已有潛逃準備，即用迅雷不及掩耳手段，將其拘捕，然祇是風聞，未有實據，因一面先行拘禁，然後行文區署，請求辦理，轉輾往返，至十餘日始奉到命令，移送法院檢察處；檢察官偵查後，以乙毫無實據，予不起訴處分，同時更以甲不應將乙無故拘捕，且聯保主任，除對現行犯及盜匪外，均無拘捕之權，且拘捕而後，又不於二十四小時內移送檢察官，實犯刑法第三〇

二條第一項之罪，即予以偵查，向法院提起公訴。法院審理結果，認檢察官所訴，實有理由，判處甲三年八個月有期徒刑，其狀如左：

（上略）查聯保主任職務，依法令僅有在管轄區域內對於現行犯及盜匪有逮捕之權，此外對於其他犯罪嫌疑人，絕無拘捕或禁押之權。此次被告以風聞被害人某某某有冒用區署名義向人敲詐，認爲有犯罪嫌疑，理應依法告發，或者報告區署，乃又以風聞某某某有準備潛逃情事，逕將某某某拘捕，且私禁至十餘日之久，實已構成刑法第三〇二條第一項之罪責。即前後曾報告區署，奉到命令，然在將某某某拘捕而後，仍無解於刑法第三〇二條第一項之犯罪嫌疑；蓋一經拘禁，其非法剝奪人之行動自由行爲，即已完成，而刑法第三〇二條第一項之妨害自由罪，亦即成立。事後縱有區署命令，亦不能阻卻犯罪之成立。被告在偵查中一再辯稱：其施行拘禁，並無惡意，特以風聞被告有潛逃準備，且事已呈報上峯，未便擅爲釋放，且在拘禁中，並未以犯罪嫌疑人看待，一切任其自由，非非法拘禁可比。姑無論所言未必盡確，即使所言而確，亦不過爲拘禁動機及其目的如何之問題，只在量刑上或有考慮，而於犯罪之本質，絕不相干。刑法第三〇二條第一項之罪，固不以動機或目的不法爲其別特構成要件；故動機縱極正當，目的亦無惡意，仍不能爲其阻卻犯罪之一種事由，依然不得不認爲有犯罪嫌疑；而况其所言者又未必若是。（下略）

扣留財產與強制罪

〔事實〕甲欠賦稅甚欠，由其族弟乙代爲完納，完納後向甲追索，竟無着落；因是乙大憤，將丙所應付於甲之租賦，所有米十五石，予以扣留，封存家嗣中，以俟清算，抵償代付之賦稅。甲因以刑法第三〇四條第一項之罪，自

訴甲妨害人行使權利。乙商諸當地某名律師，撰狀答辯，力爲否認有犯罪行爲。法院審理結果，認乙之辯訴極有理由，因將甲之自訴駁回，宣告乙無罪。其狀如左：

（上略）查刑法第三〇四條第一項之構成要件：其一，必須用強暴或脅迫之手段；其二，必須使人行無義務之事或妨害人行使權利；二者具備，其犯罪行爲始爲成立。本案自訴人所诉被告犯刑法第三〇四條第一項之妨害人行使權利罪，核諸事由，全不相侔。自訴人欠賦纍纍，計有某某元之鉅，以自訴人因事遠出，未能如期完納，經縣公署催提，欲將其田地查封拍賣；被告與有同族之誼，且與之同住，因代爲繳付，免予查封拍賣；是實被告對自訴人之親親之誼，大有造於自訴人者也。乃自訴人還家而後，被告向之歸還，竟一味延宕，不之理會，再四催索，卒無歸還之意，因是不得已將某某應繳付於自訴人之田租米十五石，予以扣留，即安放家祠之內，一面通知自訴人，囑來清算，抵償墊款。是被告根本無強暴或脅迫之行爲，而亦未嘗妨害自訴人行使權利。米至今存在家祠之中，未少顆粒，且並無據爲所有，不許自訴人行使其權利；只須自訴人出而清算，將所欠被告代償之田糧某某元如數歸還，此封存之米十五石，即可由自訴人如數取去。自訴人所訴強暴脅迫者何在？所訴妨害其行使權利者又何在？况賦從租出，租與賦實有不可分離之關係，被告既爲自訴人代繳賦稅，久欠不爲歸償，則以和平手段，將其所收某某應繳於自訴人之田租扣留，與之清算，亦正在情理之中，全不構成刑法第三〇四條第一項之要件。（下略）

私閱信件

〔事實〕甲致乙密函一件，乙拆閱後，即呈桌上，入廁解手，適丙來訪，見有信函，即私自抽出閱看，乙解手完畢

入內，見是情狀，不禁大怒，將丙扭送警察局，以刑法第三一五條對丙告訴。丙委任某名律師出為辯護，撰狀辯白，對原訴竭力否認，予以抨擊。檢察官偵查後，認丙所言尚有理由，依刑事訴訟法第二三一條第八款規定宣告對丙不起訴處分。其狀如左：

（上略）本案事實，已極顯明，即被告入告訴人室內，告訴人適往廁所，而桌上置有某某致告訴人一函，業已開拆，被告一時無聊，將此業經開拆之信抽出閱看是也。被告與告訴人固為同學，即與發信人某某亦屬同學，彼此過從，已由同學而進為密友，故見桌上放置某某與告訴人信函一件，認為無關重要，即取而閱視；且此信業經告訴人拆閱，使果祕密，早應密藏，既不為密藏，任意安放桌上，又顯見為極普通之信件，故即予以閱看。是被告之所為，根本無妨密祕之故意，而亦並無如刑法第三一五條所稱「開拆」或「隱匿」之行爲。且所取閱者，亦為業經告訴人自己開拆閱看後任意放置桌上之信函，而非如刑法同條所稱之「封緘信函」。信函既未封緘，而又並無開拆或隱匿之情形，則告訴人以此告訴，果何所根據？（下略）

不法買取他人共有物

〔事實〕甲以祠堂內木材磚瓦，出賣於乙；乙買受後，前往拆取，正在裝運間，突然甲之族人丙瞥見，報告當地警察局，將乙扣留；同時丙即以刑法第三二〇條第一項之竊盜案，對乙提起自訴。法院審理結果，以乙正當買受，並不構成竊盜行爲，且此物之所有，雖屬於甲之全族，非甲一人所能擅賣，然丙無從知悉，應不能認為竊盜；竟判乙無罪。丙大怒，商諸某名律師，代為撰狀上訴，將原判竭力抨擊，請予撤銷原判決。上訴後結果，高等法院認丙之

上訴爲有理由，撤銷原判，處乙以罰金四萬五千元。其狀如左：

（上略）被告所買受之物，爲上訴人家祠中之木材磚瓦，此木材磚瓦，並非另行堆存之物，爲某某所有，乃爲附屬於家祠之建築物上，即爲家祠之一部分。此項事實，在原審中業已認定，且爲雙方所不爭者。夫既爲家祠之一部，則家祠之爲闔族所共有，而非爲某某一人所有，某某一人實無權出賣，已極顯然。被告雖未受高等教育，然亦問世有年，對於家祠之非一人所能私賣，當極明瞭，決不至並此最普通之知識，而亦茫然。夫既明知此物爲家祠之一部分，而家祠又爲闔族所共有，非某某一人所得而私賣，則向之買受，自屬爲意圖爲自己不法之所有。既意圖爲自己不法之所有，則核以刑法第三二〇條第一項之竊盜罪，其意思要件，即已構成，不復能何有曲原之理。以故出賣之某某某，誠犯該條項之罪，而被告亦爲共犯，不能託詞於不知情，而阻卻犯罪之成立。被告非不識字者，門外明明標明「某姓家祠」，當然即知此祠屋，爲一姓一族所共有，而非某某一人所得處分。而因之拆卸木材，搬取磚瓦，其行爲純然爲刑法第三一五條第一項竊盜之行爲。原判曲爲開脫，謂被告無從知悉，實於事實之認定，大相刺謬。（下略）

搶奪之意思要件

〔事實〕甲負債纍纍，被索甚急，因與妻子密商，將重要財產，全部隱匿，意圖逃往他鄉。事被債權人乙知悉，因出甲不意，直入甲家，將甲首飾箱一只搶出，並即交付當地縣銀行保管，一面更聲請法院，將首飾箱施行假扣押。甲於乙搶出首飾箱而後，亦即馳報當地警察局，訴乙以刑法第三一五條第一項之罪，請求法辦。警察局傳訊一過，即以事關刑事案件，轉解法院檢察處。乙之爲此，固在前先與某名律師策劃，早早料及甲必有此一舉，故當搶

取而後，即着着布置，一方提交銀行，同時聲請假扣押蓋在未去搶取之前，即已準備，故未及半小時，即已從容畢事。甲告訴刑事後，某名律師即爲乙撰狀辯訴，依民法第一五一條及第一五二條爲根據，否認構成刑法搶奪罪之意思要件，振振有辭，理直氣壯。檢察官偵查結果，認乙之辯訴爲極有理由，因即對乙宣告不起訴處分，乙安然無事。其狀如左：

（上略）查刑法第三一五條第一項之所謂搶奪罪，其構成要件，必爲「意圖爲自己或他人不法之所有；」今被告之搶取告訴人首飾箱一只，又果有此意圖乎？不特提交縣銀行爲之管保，更立時聲請法院予以假扣押，是明明並不爲「意圖爲自己或他人不法之所有；」既並無爲自己或他人不法所有之意圖，則該條之意思要件，即已欠缺，無從構成；故即使在形式上有似乎搶奪，而既與意思要件不符，即不能謂爲有犯刑法第二一五條第一項之罪責。被告之搶取告訴人首飾箱，並非無故，乃以告訴人對被告負有債務，屢索不償，近且有隱匿財產，準備出亡之說，故爲保全債權計，不得不爲此權利之行使。再查民法第一五一條規定：「爲保護自己權利，對於他人之自由或財產，施以拘束、扣押或毀損者，不負損害賠償之責；但以不及受官署援助，並非於其時爲之則請求權不得行使或其實行顯有困難者爲限。」又其第一五二條第一項：「依前條之規定，拘束他人自由或押收他人財產者，須即時向官署聲請援助。」告訴人既隱匿財產，準備潛逃，則事機已迫，被告使再不爲權利之行使，將其首飾箱搶下，則一旦鴻飛冥冥，被告之債權，即將無從行使，即或行使，亦必萬分困難；故爲保全債權計，不得不出此斷然處置，以免受損；而處置以後，立即提交銀行保管，聲請法院實施假扣押，是又顯示並無不法所有之意圖，而爲民法第一五一條之所許可。故被告之搶奪告訴

人首飾箱，完全爲合法之行爲，並不構成刑法第三一五條第一項之意思要件。試問：被告如再猶豫，不爲此處置，則告訴人此時已早將首飾箱隱匿，甚且不知去向，被告將何以行使其債權？保全其債權？此固出諸情勢上之萬不獲已，完全爲民法所許可。（下略）

侵占之意義

【事實】甲託乙裝運土布五千匹由子縣至丑縣，當時訂明契約，中途如有損失，由乙如數賠償。乙運至中途，忽發奇想，將布二千匹出質於丙，及到達丑縣，只有三千匹。收布人丁見數目不符，囑令全數交出，爭執不已，遂至涉訟，即以刑法第三三六條第二項對乙提起自訴。乙力爲辯白，否認侵占，謂所缺之布，因沿途費用之絕，出質於丙，準備回贖，歸還原主，並無意圖爲自己不法之所有；且運送契約又載明損失賠償等語，是明明已允許其在中途得隨意處分，只須如數賠償，以故更不生刑法上侵占問題。丁見其振振有辭，因特與某名律師商酌，再根據刑法上侵占之意義，投狀法院，力駁乙之主張。審理結果，以丁所訴確有充分理由，即判乙處有期徒刑三年八個月。其狀如左：

（上略）被告對於業務上所持有之布匹，實施侵占，實構成刑法第三三六條第二項之罪，無可逃避。乃被告猶嗷嗷其辭，百般狡辯，一則曰「暫爲作質，準備取贖，並無不法取爲己有之意圖」；再則曰「約上載有損失賠償等語，顯見託運人已允許被告得自由處分，只須如數賠償，全無侵占可言」等語。查被告所陳，皆不合於法，且亦不合於理，實無解於刑法第三三六條第二項之罪責。其一：運送人對於運送物，只有運送之義務，而無處分之權利；且除依民法第六

三四條但書規定外，決不能藉口於任何事故，而將運送物喪失；被告運至中途，擅將運送之布二千匹出質於他人，完全爲一種處分之行爲，不屬於運送人之權利，蓋唯有物之所有權人，得自由處分其物，而在無所有權之持有人，即無此權利。今以持有人而將持有物擅爲出質，明明已構成業務上侵占之罪責，任如何不能輕卸。姑無論被告所言出質，未必事實，果如所言，暫時出質，準備贖回，而既實施處分，亦已爲不法之意圖，不法之行爲；姑無論被告今日尙未賠償，即已如數賠償，而亦不能解脫其侵占之行爲。使果以此爲解，則被告於持有而後，不妨悉數處分，將金錢貸放，獲取利息，一至自訴人追索，再爲賠償，根本可不須運送；且可更進一步，在布價高貴時，私行賣出，獲取厚利，至價跌時重行買回，以交付告訴人。故被告所辯，在法律上全無根據，苟經處分，即以持有而變爲所有，無解於刑法上業務上侵占之責。其二：契約上之載明損失賠償，乃根據民法第六三四條之前段而來，爲被告當然之責任，係防止運送中途發生意外事故而言，進一步且防止被告侵占行爲而來；此爲普通之例，不能以此而謂託運人有允許被告隨時處分之意。如被告所辯，則凡一有此契約，被告即可爲所欲爲，隨意出質，隨意出賣；試問有是理否？故被告之所爲，從任何一點觀察，其於刑法第三三六條第二項之業務上侵占罪，完全成立，任何狡辯，皆不足取。（下略）

背信罪之要件

〔事實〕甲委託乙辦理一事，及完成後，乙以甲生性鄙吝，未必有如何鉅大報酬，因浮開經手用款，令甲償還。甲固老於世故者，知所報不實，遂私行調查，盡得乙詐騙情狀，因以刑法第三四二條第一項之罪，向法院對乙提起自訴；蓋以乙犯有背信圖利之罪也。乙被訴後，轉託當地某名律師撰狀辯訴，然事實具在，證據確鑿，無可否認。

因根據刑法規定，只認未遂，不認已遂。法院審理結果，以乙所陳尚有相當理由，因按同條第二項規定，且依同法第二六條，僅處乙三萬元罰金。其狀如左：

（上略）被告爲自訴人處理某某一事，自問自始無終，皆爲自訴人兢兢業業，矢勤矢忠，苟有利於自訴人者，罔不竭蹶以赴，而有損於自訴人者，罔不努力避免，以期不負所委託。奔走月餘，幸不辱命，一切爲之辦妥，可謂處處皆滿足自訴人之意思。乃於事成而後，被告向之索取經手用款，自訴人不特不付，竟反臉無情，謂被告浮報帳目，意圖爲自己得不法之利益，損害其本人之財產，實構成刑法第三四二條第一項之背信罪。查刑法第二四二條第一項規定，其構成要件，必爲違背其任務，而致生損害於本人之財產或其利益；試問：被告所爲自訴人處理之某某一事，果會違背其任務乎？又果使告訴人受有損害乎？姑無論經手帳目，未曾浮開，不過或零碎支出，或時隔已久，一切帳單，未能齊備，有似乎浮開；卽果如自訴人所指，確有浮開情事，而自訴人既尙未支付，根本並無損害；故充其極，亦不過有此行爲，尙未達既遂之程度，而況在事實上並無此種背信之行爲，不能遽以刑法第二四二條第一項之罪相加。被告爲自訴人處理此事，苦心焦思，夜以繼日，應付策劃，困難重重，今事甫成功，而自訴人遽以此橫加污蔑，以怨報德；人心不古，竟至於此！要之，被告爲自訴人處理某某一事，全無違背任務行爲，卽所開經手款項不實，以少報多，亦不過記憶之偶錯，決非有何不法之意圖；而況自訴人尙未支付，在事實上亦全無損害可言；故卽欲加之罪，亦只屬於未遂，決不能負刑法第二四二條第一項之罪責。（下略）

〔事實〕甲略有積蓄，專以高利貸爲生，兩年以來，獲利頗豐，而一般投機商賈，尤趨之若鶩，紛紛向之告貸，蓋投機之利，尤過於高利貸也。有乙者，向甲告貸，爲甲拒絕，唧恨於懷，因百般設法，搜得甲高利貸證據，突然向檢察處告發，請處以刑法第三四五條之罪。甲被訴後，商諸某名律師，撰狀辯護，以證據已在甲手，不易否認，因專從法律方面着想，大爲辯駁，力擊乙告發之不當，反覆闡述，辯才無礙。檢察官偵查後，以甲雖有高利貸之事實，然尙不構成刑法上之重利罪，認甲所辯爲有理由，對甲宣告不起訴處分。其狀如左：

（上略）刑法第三四五條，乃爲第三四四條之加重罪，而刑法第三四四條規定，乃爲「乘他人急迫、輕率或無經驗，以金錢或其他物品，而取得與原本顯不相當之重利」，是該條構成之要件，第一必須爲乘人之急迫、輕率或無經驗，其二必須取得與原本顯不相當之重利，二者具備，乃爲成立重利罪，使此要件而有欠缺，卽不能以重利罪處之。此固法條之規定如是，非任何人所得而意爲輕重者也。被告之高利貸，誠爲事實，然以目前銀錢界所定之日拆而言，亦未必與原本不相當，不過較一般銀錢業之日拆，稍稍高出若干，而衡以物價之日升月盛，又正嫌其低，未嘗與原本有何不相當。今日銀錢業日拆，爲每千元五元，是一個月每千元須爲一百五十元，合月利百分之十五；銀行爲國家所設立，卽商業銀行及錢莊，亦爲國家所特許設立，其存放拆息，皆須經國家之許可，而銀錢業職務，又在調劑金融，周轉市場，扶助工商業發展，而其放款之拆息，竟至月利百分之十五；則私人間之貸款，爲月利百分之二十，亦未嘗不相當。然則謂被告所取於人之利息，爲與原本顯不相當之重利，未免誤解。且以物價而論，以物價指數表，則每月至少須平均高漲二成以上，有時竟及一倍左右或一倍以上，卽以米言，每月高漲之數，往往超過五成；則放款拆息之爲月利百

分之二，不特不得謂爲高利，抑且低而又低，假定上月底貸出一萬萬元，使購買米或其他物件，至本月底可售出一萬萬五千萬元，今以之放款於人，反只取得一萬萬二千萬元，相差三千萬元；如此情形，則放款人不特無厚利可獲，且反受無形損失。故謂被告以月利百分之二十貸款於人爲高利貸，謂取得與原本顯不相當之重利，皆屬皮相之談，在法律上顯然未能成立。不僅此也，刑法第三四四條之構成要件，除「取得與原本顯不相當之重利」外，更須「乘他人急迫、輕率或無經驗」；今被告所放於款項之人，皆爲商場人老於經營之人，而且多爲身家殷實之人，既無急迫情形，亦無輕率情形，更非無經驗；而借得款項，又多用以經營商業，深思熟慮，謀而後動，絕無「急迫、輕率或無經驗」可言。既無此種「急迫、輕率或無經驗」情形，則被告貸款於彼，縱或取得與原本顯不相當之重利，亦不具備刑法第三四四條要件，未能構成犯罪行爲；而况其所取之利息，不過較銀錢業日拆較高百分之五，根本不能謂爲重利乎！刑法第三四四條之罪，既無從構成，則更說不到同法第三四五條。（下略）

修補房屋與毀棄損壞

〔事實〕甲租賃乙房屋一所，年久失修，雨淋日炙，幾至不可居住，甲不得已自行修葺，且爲便利故，竟將乙原屋後進柴間拆去，改建一臥室，且本爲平房者，於上又加蓋一樓面。乙本與甲不睦，覩此情形，即以刑法第三五三條第一項，對甲提起自訴。甲被訴後，商諸當地某名律師，撰狀答辯，對乙之自訴，痛加抨擊，否認構成刑法第三五三條第一項之罪，且旁證民法第四三〇條及第四三一條各規定，以證明其所爲並不犯罪。法院審理結果，認甲所辯尙有相當理由，並不構成犯罪，即依刑事訴訟法規定，對甲爲諭知無罪之判決。其狀如左：

(上略)查刑法第三五三條第一項所謂毀壞建築物之罪，其構成要件，除形式上實施毀壞而外，必須更喪失其效用；若毀壞而後，不特其效用未曾喪失，且反加增其效用，擴大其效用，是全無毀壞之可言，絕不能認為有該條項之犯罪行為。被告租賃自訴人房屋而後，以年久失修，東坍西倒，雨淋日炙，不特不能供居住之用，即以之為堆置物件之用，亦所不堪；被告依民法第四三〇條前段規定，屢向自訴人請求修繕，計四個月來，連發五信，良以民法第四二三條及第四二四條各規定，出租人對於出租之房屋，在租賃繼續關係中，應保持其合於所約定之使用或收益，更不得危及承租人或其同居人之安全或健康；今既雨淋日炙，全失其房屋之效用，致危及被告闔家之安全，則依法當然催告自訴人修繕；而自訴人既充耳不聞，不為修繕，則被告自得依同法第四三〇條後段規定，雇工自行修繕；而房屋既如此其破壞不堪，東倒西坍，則不為修繕則已，如經修繕，更非將原有之破屋拆除重建不可。是被告之將舊有柴間拆毀，實用以為重建之資，只可謂為重建，不得謂為毀壞。又以既經重建，與其為平房，不如改為樓面，不特可加增其原來之效用，更可擴大其原來之效用，雖支出較鉅，費用浩大，然為有益支出，於租賃關係終止時，儘可依民法第四三一條規定，向自訴人取回；是增加樓面，正有益於房屋，更不能反謂為毀壞。刑法第三五三條第一項之所謂毀壞，乃指毀壞其物件，而又喪失其效用；故苟並不喪失效用，縱有毀壞之形式存在，亦不得謂之毀壞；况被告之拆除柴房，正以柴房年久失修，不特已全無效用，更有危及被告闔家安全之虞，而在未拆除前，又依民法規定，一再通知自訴人令其修繕，直至數個月之久，自訴人杳無答覆，被告始依據民法規定，予以拆除重建，且為擴大效用計，更加蓋一層樓面；是被告所為，完全為民法所許可，根本不涉及於刑法，而刑法上所定之毀壞建築物罪，亦全不能加於被告。毀壞者，剷去之謂也，若

劃去後重爲建築，以無用爲有用，美輪美奐，煥然一新；則何所謂「毀壞」？刑法第三五三條第一項之規定，其立法精神，固決不如是也。自訴人亦明知其然，特以脫避其民事上償還被告修建費用之責任，故爲此反噬之計，以自訴刑事爲恫嚇；是尤足令被告爲之憤然。（下略）

隱匿執行財產

〔事實〕甲負債甚多，爲債權人起訴，判決強制執行；甲自知財產將受執行，因私將一部銀行存款，與乙串通，更換乙之戶名，以翼逃避執行。後爲債權等人所悉，謀諸某名律師，除對甲又提起刑事訴訟外，更以乙爲同謀，依刑法第三五六條及第三一條第一項，對乙亦撰狀提起自訴。結果，認債權人等所訴爲有理由，判處乙以一年兩個月有期徒刑。其狀如左：

（上略）查某某之隱匿財產，係於將受強制執行之際，意圖損害債權人之債權，應構成刑法第三五六條之罪；被告雖非債務人，而乃與某某串同，將某某所存在本地某某商業銀行之定期存款國幣某某元，活期存款國幣某某元，私過被告戶名，作爲被告之所有，致損害及於自訴人等之債權；是依刑法第三一條第一項規定，被告實與某某某爲同法第三五六條之共同正犯。蓋某某之將其存款私過被告戶名，其用意完全在損害債權人債權，將此財產隱匿；而被告既允其過戶，冒稱爲被告之財產，以逃避法院之強制執行，是明明與某某共同實施；被告雖無債務人身分，而依刑法第三一條第二項規定，既與債務人身分之某某共同實施，將財產隱匿，以損害債權人，當然亦應與某某同罪，處以刑法第三五六條第一項規定之二年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金，不能以其非債務人，

而適可使之幸逃法網，逍遙法外。（下略）

丙 懲治漢奸條例編

通謀敵國之意義

〔事實〕甲在敵僞時，曾創辦一報，自任社長兼總編輯，爲獻媚敵人計，每日撰文詆毀中央政府，並反對國家抗戰建國政策。勝利後，甲自知罪有應得，潛逃僻地，化名爲某某，從事商業。事爲乙所知，依處理漢奸案件條例第二條第七款，出向地方法院檢察處檢舉，請處以極刑。甲在檢察官偵查中，力爲辯護，雖證據確鑿，無可爲諱，然猶抵死掙扎，謂依懲治漢奸條例規定，以通謀敵國爲唯一要件，故無論觸犯該條例第二條十四款中任何一款，皆必須以通謀敵國爲前提，若未曾通謀敵國，縱有十四款中各款所列情形，亦以缺乏通謀敵國之要件故，不能構成懲治漢奸條例之罪。又謂本人與敵人不特並無通謀，且根本從未一見敵人之面，面尙未見，當然說不上通謀。乙於此，特往商諸某名律師，再撰狀力闢其謬，將條例中通謀敵國四字意義，闡發無遺，使甲頓然啞口無詞。審理結果，判處甲十四年有期徒刑，其判決理由中關係通敵部分，多採用乙原訴狀詞。其狀如左：

（上略）查懲治漢奸條例第二條所稱通謀敵國，非僅指個人之通謀敵國而言，即個人並未通謀敵國，甚至始終未與敵人一面，未與敵人一言，苟在僞組織集團即漢奸集團中擔任事務者，即爲通謀敵國；蓋通謀敵國，爲僞組織之集體行動，其所作所爲，悉爲有利於敵國或不利於本國或人民之行爲；而其所爲有利於敵國或不利於本國或人民之行爲，又爲敵人之欲所爲者，故即未見敵人一面，未與敵人一言，苟在此通謀敵國之僞組織集體中爲有利於敵國或

不利於本國或人民之行爲者，皆在懲治漢奸條例第二條所稱通謀敵國之列，不以直接或間接爲限，亦不以個人之行爲爲限。故個人而曾直接通謀敵國，固構成懲治漢奸條例第二條之通謀敵國罪，即個人並未直接通謀敵國，苟參加此通謀敵國之偽組織集體中，亦當然爲通謀敵國；蓋其所作所爲，無一而非爲通謀敵國之行爲也。果被告而未通謀敵國，則對於通謀敵國之偽組織集團，又何爲而加入其內？既加入其內，則當然亦爲通謀敵國之一，以此而猶可狡賴，並無通謀敵國行爲，則僞組織中除擔任僞外交官或最占少數之一部分僞特任官外，皆不構成懲治漢奸條例第二條通謀敵國之罪矣；有是理乎？故被告縱未曾見敵人一面，與敵人一語，亦依然構成通謀敵國之罪，依懲治漢奸條例第二條規定，處以極刑。（下略）

藏匿漢奸之要件

〔事實〕甲曾爲漢奸，勝利後，化名逃至遠地，租賃乙屋居住；乙固不知其爲漢奸也。約一年，爲當局所拘獲，以乙亦犯懲治漢奸條例第六條之藏匿漢奸罪，一併檢舉，解送法院檢察處偵查。乙以無故遭此橫禍，特委任當地某名律師代爲辯護，撰狀申訴，對條例中第六條詳爲闡述，竭力否認有犯罪行爲。檢察官偵查後，以乙所陳尙有相當理由，認爲並無犯罪之意思要件，即依據刑事訴訟法規定，對乙宣告不起訴處分。其狀如左：

（上略）漢奸嫌疑犯某某租住被告屋內，誠爲事實，然其來此租賃之時，固化名爲某某某，自云從前從事商業，以頻年所得，略有積蓄，不願再跋涉奔走，故乘此國家勝利，天下承平，將商業囑咐後輩，而自身則與其妻扶杖優遊，以婆娑歲月，愛此地山水勝景，風俗淳朴，故暫住此間數月，略享清閒之福等語。被告不知其有隱情，且房屋本欲出租，已屢

貼招租廣告，故慨然出租於其居住。不意至某月某日，某某突遭當地警察局拘捕以去，被告尙不知其由，正爲之探求真相，而警察局又將被告逮捕，謂有犯懲治漢奸條例第六條之罪，轉送鈞處偵查。查該條規定，爲「明知爲漢奸而藏匿不報，或有包庇或縱容之行爲」；被告對於某某，固無包庇或縱容之行爲，然即藏匿行爲，亦不成立；蓋條文明明固規定「明知爲漢奸」，若未嘗明知其爲漢奸，則縱有藏匿行爲，亦缺乏該條意思要件，無從構成。某某爲某縣人，從未一至本地；被告爲某某縣人，亦從未認識某某；君子可欺以方，試問被告果何從而知其爲漢奸？更何從而明知其爲漢奸？既不知其爲漢奸，而出租於其居住；試問被告又何從而構成該條「明知爲漢奸而藏匿不報」之犯罪行爲？且僅僅將房屋出租於其居住。又是否即構成「藏匿」之行爲？既非明知爲漢奸，又無藏匿行爲，則被告當然爲無罪之人，不能以述近嫌疑，而陷人於罪。（下略）

收買漢奸財產

〔事實〕甲素貪小利，當勝利之時，其鄰居乙適爲漢奸，已被人檢舉，解入軍事機關；即乘機向乙妻丙以廉價購進乙之財物不少，計有萬萬元之譜。不意事爲丁所悉，因託某名律師撰狀向檢察處對甲告發，請處甲以懲治漢奸條例第一二條之罪。檢察官接狀後，從事偵查，結果認甲確有犯罪嫌疑，提起公訴，審理後，判甲三年四個月有期徒刑，並科二十五萬元罰金，所收買之物全部沒收。此實甲平日貪小利之報。其狀如左：

（上略）某某在敵僞時期，身任僞職，勝利而後，已被人以漢奸罪檢舉，遭軍事當局逮捕；是某某之漢奸罪雖尙未判決確定，而其所犯之罪證，已極確實；蓋某某身任僞職，依處理漢奸案件條例第二條規定，固在漢奸之列也。某

某某夫既依法在漢奸之列，而又身被逮捕，則其所有之財產，當然須依懲治漢奸條例第八條規定沒收；故雖未宣告沒收，而已盡人而知其爲將受沒收。乃被告乘此時機，即以極低之代價，私向某某之妻某某氏設計購進某某將受沒收之大批財物，例如依市價應爲十萬元者，被告只出二萬或三萬，以從中取利。此種行爲，顯犯懲治漢奸條例第八條之收買漢奸將受沒收之財產罪，依法應處以五年以下有期徒刑，拘役或科或併科三千元以下罰金。被告與某某某爲鄰居，非素不相識者；而某某某之以漢奸罪被捕，又爲衆所周知者；而漢奸財產之應沒收，亦爲衆所周知者；被告對於某某某之財物，固構成「明知爲漢奸將受沒收或查封之財產」，因之以低價向其妻收買，當然又構成「收買」之犯罪行爲。故被告實已具備懲治漢奸條例第八條之要件，絕無可恕。（下略）

丁 懲治貪污條例編

不正利益

〔事實〕甲任警察局長，有乙者適犯違警案件，事固極輕微，而於體面上卻極難堪；蓋乙自命爲地方紳士，感赫一時也。乙於傳訊而前，託丙疏通，肆筵設席，以當地極豐盛之肴饌，請甲宴會，席間即微露乙意，請求設法；甲至是情不可卻，慨然允諾，因將乙之違警案件不了了之。事聞於丁，大爲憤怒，即與摯友某名律師商酌，以懲治貪污條例第二條第七款之收受不正利益罪，出向地方法院檢察處告發；訴狀中對不正利益四字，闡述極詳，聲勢咄咄，宛如老吏斷獄。檢察官偵查後，認丁所訴爲理由，提起公訴，審理後，處甲以八年有期徒刑。其狀如左：

（上略）查懲治貪污條例第二條第七款規定：「對於違背職務上之行爲，要求期約或收受賄賂或其他不正利益

者」所謂「不正利益」即不當得之利益，不問名義若何，數額若何，公務員苟有此不當得之利益收入，而於其職務上之行為有關，且違背其任務者，即構成懲治貪污條例上之犯罪行為。被告身任警察局長，因某某違警一案，竟受某某之招待，將該案以不了了之；雖此外有無收受其他賄賂，或更有要求或期約情事，然即此一席宴會，在法律上已構成收受不正利益之犯罪行為，不必問其再有無其他貪污行為。公務員不許與地方人士酬應，政府已三令五申，蓋即防止不肖公務員藉酬應以肆其貪污，互相勾結，互相作弊，故一再下令禁止；被告身任一縣之警察局長，竟敢蔑視命令，與地方人士酬應，其心目中已無法紀存在；而况又事涉職務上之行為，竟利令智昏，大膽至此，以口腹之慾，將堂堂違警案不了了之，既不訊問，亦不處罰；是顯然已違背職務上之行為，收受不正利益，毫無狡辯之餘地。勿謂一飲一啄之微，不能構成貪污罪；須知法律規定至嚴，彰明昭著之賄賂，固不許收受，即其他不正利益，即依法不應得而得之利益，亦同樣不許收受，故雖一飲一啄，亦在不正利益之列；且所謂收受者，不限於有形之收受，即大烹大嚼，亦在收受之列。被告雖未嘗明目張膽，取得某某其他賄賂，而即此亦已構成收受不正利益之罪。若果以此為無關重要，可不為罪，則懲治貪污條例第二條第七款「其他不正利益」六字，又何必特為規定？且果如是，則公務員正不妨藉此職務上之行為，東家一食，西家一餐，終日沉醉於酒肆飯館之中，自己不必再辦伙食矣！而人民苟犯有事故，亦可放膽無忌，只須賄以一餐，即可無事。故被告即受人一餐，未有其他賄賂，亦當然為犯罪行為，應受懲治貪污條例第二條第七款之懲罰，蓋明明為違背職務上之行為，收受不正利益，法有明文也。（下略）

侵占公有財物

〔事實〕甲任某縣長，未及一月，因上峯更易，甲亦去職；甲到任未滿一月，收入絕無，而開支不資，計須賠累千萬以外，因異想天開，將到任時所購置之一切公物，盡入私囊，以爲取償。事爲乙所知，大不謂然，而乙又爲當地名律師，長於詞訟，因根據懲治貪污條例第三條第二款，向法院檢察處告發；言簡意賅，短小精悍，使甲辯無可辯。檢察官偵查後，認乙告發屬實，提起公訴，結果，判甲十年有期徒刑。其狀如左。

（上略）查公有之物，爲國家所有，主管長官只有使用之權，而無處分之權，且使用公有之物，更應以善良管理人之注意，保管其物，故苟無故損壞毀棄，使用者應負賠償責任，若竟擅爲己有，以公爲私，則懲治貪污條例，更有明文處罰。本案被告身任某縣長，於交卸之時，竟將公有物某某等，計值市價某某元，改爲私有，藉飽己囊；此種行爲，明明構成懲治貪污條例第三條第二款之侵占公有物行爲，應處以死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑。再查被告未任縣長之時，此各種物件，早已由縣政府購置，存在縣政府中應用，其款項亦出自公家，由縣政府開支項下支出，且前任縣長某某移交時，早列入移交清冊中；是被告從任何方面解釋，決不能認爲被告私人之物，而擅爲己有。故被告不將此項公有物移交後任，以持公爲所有，顯犯懲治貪污條例第三條第二款之罪，無可置辯。（下略）

不舉發貪污罪

〔事實〕甲爲某縣政府庶務，以職務上之關係，向商家索取回扣，同時且對於應發各職員之各種款項，又多故意延宕，從中私放高利貸；事爲乙所知，報告縣長丙。丙與甲爲表弟兄，認爲事迹尙輕，未予處分，僅暗囑甲稍稍留意，勿再受人攻擊。乙本與丙不睦，因與某名律師商酌，除對甲向法院檢察處告發其犯懲治貪污條例罪外，又

撰狀告發丙爲共犯，以同條例第八條爲言；蓋某名律師素疾惡如仇，而對甲丙兩人之行爲亦極不滿意也。告發而後，經審問結果，甲固處十二年有期徒刑，丙亦處八年有期徒刑；一時縣中各職員均大快，而縣民亦對某名律師稱頌不已。其狀如左：

（上略）查懲治貪污條例第八條規定：「直屬長官明知屬員貪污有據，予以庇護，或不爲舉發者，以共犯論。」被告身爲某某縣長，對於直屬之庶務員某某某向各商家索取回扣，且對於應發各職員之款項扣留不發，私放生息；經告發人等報告後，證據確鑿，而猶不爲告發，僅囑其以後留意；是明明已構成該條例第八條之罪。某某某身爲縣公署庶務，凡所經手購買之公用物件，索取回扣一成或一成半不等，是已構成該條例第三條第五款「利用職務上之機會，詐取財物」；而對於每月底應發給各職員之墊款，藉故扣留不發，私放生息，暗中取利，又已明明構成該條例第三條第一款「扣留不發職務上應行發給之財物」。告發人等探悉此事，據實向被告報告，而被告身爲直屬長官，竟默不作聲，只囑其以後留意，是顯然構成該條例第八條共犯之罪。在被告或可藉口某某某之貪污，並無確實有據，不能只憑片面之詞，予人以罪；然告發人等既曾報告，且曾提出相當事實，而於被告召喚某某某前來之際，經告發人等詰責後，又俯首無辭；是某某某之貪污，已屬有據；既屬「有據」，則被告之不爲告發，已顯然構成該條例第八條之犯罪行爲。且所謂「有據」者，不必證據確鑿，只須事實不謬，確有嫌疑，即爲有據；否則檢察官亦不必再事偵查，法院亦不必再事審問；故只須有是事實，且有相當之證明，認爲已構成犯罪嫌疑者，直屬長官即負舉發之責任，不能再有所徇隱。某某某之取用商家回扣及扣留職務上應發之財物不發，已經告發人等指陳事實，詳爲報告，而某某某於對證時，

又俯首無辭，承認其事，則已明明貪污有據。被告身為直屬長官，此而尙不舉發，則其用心之所在，不言可喻，縱無共同實施行爲，而依懲治貪污條例第八條規定，亦無逃於共犯之罪責（下略）

戊 妨害兵役治罪條例編

強迫兵役

〔事實〕甲任某保長，與乙不睦，適徵兵令下，甲即借保長地位，強拉乙入役；其實乙年尙十七，不在服兵役之列，且依兵役法規定，常備兵役，須滿二十歲，且須經過身家調查，體格檢查及抽籤等種種程序，而甲對於乙，均未有是。乙之父本爲名律師，大憤，即依據妨害兵役治罪條例第六條第一項強迫兵役罪，對甲撰狀提起告訴。檢察官偵查後，認乙所訴確有法律上根據，因即提起公訴，處甲有期徒刑十二年。其狀如左：

（上略）查役政關係國家民族之捍衛責任，與國家強弱，有不可分離者，故國家十分慎重，特頒兵役法以處理其事，而猶恐不肖者夤緣爲姦，故又特訂妨害兵役治罪條例，用以懲罰違反兵役法之人；法至精，意至良，防微杜漸，可云無微不至。被告身任保長，竟敢上下其手，從中舞弊，將尙未屆服役年齡之人，強迫使之入役，其心目中殆已不復有法紀存在，借徵募兵役來作私人報復恩怨之計。查兵役法第三條規定：「男子自年滿十八歲之翌年一月一日起役；」其第十九條規定：「男子年滿十八歲者，爲國民兵役及齡，年滿二十歲者，爲常備兵役，補充兵役之現役及齡；」是未滿十八歲者，任如何不能使之服兵役，即已滿十八歲而未滿二十歲者，亦不能使之服常備兵役及補充兵役。且依同條規定，凡徵募兵役，在徵集之前，尙須經過三種程序：一爲身家調查，二爲體格檢查，三爲抽籤；而此三層程序，皆有一定

之時，先後順序，不可混亂。今被告奉令徵集，全未舉行何種程序，對他人固未詳知，而對於告訴人之子某某，則固全無何種程序，既未有身家調查，亦未有體格檢查，更未見抽籤之舉，擅行徵人，形同拉夫。告訴人兒子某某，生於民國某年某月某日，至今日為止，尚未滿十七歲，只有十六歲某個月。被告既未依兵役法履行一切程序，詳予調查，而又強將未及服役年齡者用強迫手段，送入團管區受訓；如此大膽不法，不特蹂躪人權，抑且摧殘役政。故被告實有兵役法第三一條第一項第四款之情形，應構成妨害兵役治罪條例第六條第一項「強迫不應徵集之壯丁使服兵役」之犯罪行為，無可逃避。（下略）

頂替兵役

〔事實〕甲素無恆產，又無恆業，本一地方無賴子，近因國家徵集兵役，即四出兜攪，願為應徵者頂替；有乙者，在應募之列，憚於服役，即與之談判，願出代價某某元，按月給付其家屬，由甲頂替乙名應徵。不意正欲徵集之際，而乙忽急病身死，依法本可除名，但甲以貪得報酬故，不願脫身，且仍向乙家要索酬報；乙家不允，以乙已身故，無須再由甲頂替；因此大起爭哄，事聞全邑。有丙者聞知其事，與甲不睦，因以甲如此行為，有妨役政，即以妨害兵役治罪條例第一五條後段規定，對甲告發；但此時尚未徵集，無從發生頂替問題，不能以甲乙間有此計劃，而即坐實其有頂替行為，况乙已身故，更無從證實；因商諸當地某名律師，囑為設法。某名律師心細如髮，而又工於詞訟，因即為之撰狀，以體格檢查及抽籤為據，對甲告發。檢察官偵查後，即提起公訴，結果判甲十二年有期徒刑，其狀如左：

（上略）查妨害兵役治罪條例第一五條規定：「使人頂替兵役者，處死刑，無期徒刑或七年以上有期徒刑；頂替或介紹頂替者亦同。」是苟依兵役法應予服役，而故意逃避，使他人頂替，或依法不應服役，而不依法令冒名頂替者，皆構成該條要件，應受該條之懲治。蓋不問使人頂替者或爲人頂替者，皆爲妨害役政之行為，足以破壞兵役制度，使國家之徵兵制度不能貫徹；故必嚴治其罪，以示儆戒。被告本不在應徵之列，即或有志從戎，爲國効力，亦應依兵役法第三二條規定，另行具志願書申請服役，乃竟貪圖徵服役某某之厚利報酬，竟冒用某某名義，爲之頂替，一頂替於體格檢查時，再頂替於舉行抽籤時，今雖尙未徵集入營，而既頂替二次，顯已構成頂替之要件，不能以尙未徵集故，而可寬其罪。頂替罪之構成，以頂替爲要件，而所謂頂替者，又不限於最後之徵集，即在徵集前之體格檢查及抽籤，苟有頂替行爲者，亦即構成頂替之犯罪行爲。蓋徵集由抽籤而來，不經抽籤，無從徵集；而抽籤又從體格檢查而來，不經體格檢查，無從抽籤；故被告雖尙未受徵集命令，頂替入伍，而業已爲某某一再頂替，初之以體格檢查，繼之以抽籤，則妨害兵役治罪條例第一五條後段之罪，即應成立，無從逃避。（下略）

妨害兵役

〔事實〕甲與乙有隙，一日甲在茶肆中，與人說及兵役時，大發議論，謂服役時如何如何受苦，幾幾食不飽，衣不暖，有死無生；且竭力反對徵兵制度，將國家所定之兵役法大事抨擊。乙聞之，大爲憤怒，以現正實施役政之際，團管區正在舉行體格檢查，乃甲膽敢如此大言炎炎，顯犯妨害兵役治罪條例第二〇條之規定；因商諸某名律師，撰狀向檢察處告發。偵查後，認乙所訴有理，即提起公訴，結果判處甲六年六個月有期徒刑。其狀如左。

(上略) 役政關係國家之安危，民族之存亡，故凡為國民者，皆有依兵役法為國家服兵役之義務，苟有破壞者，國法必予以重懲。被告在此國家依法徵集兵役之時，正舉行體格檢查，不日檢查完畢，從事抽籤，準備徵集，乃竟敢於公衆聚集之茶肆中，造謠惑衆，力詆役政此種行為，實為意圖破壞役政，構成妨害兵役治罪條例第二〇條之規定。該條規定：「意圖妨害兵役而造謠惑衆者，處三年以上十年以下有期徒刑。」所謂妨害兵役者，兵役法上著有明文，凡故意違反兵役法而使役政不能順利進行者，不問鉅細，一體屬之。被告當衆詆諆役政，且妄造不根之言，使人心沮喪，畏避兵役，明明已構成妨害兵役之行為，其備妨害兵役治罪條例第二〇條之要件。苟此而不嚴予法辦，則人將起而效尤，將役政全部破壞，徵兵前途，將為之不堪設想。(下略)

己 妨害國幣懲治條例編

偽造幣券之要件

〔事實〕甲曾業印刷，有印刷機一架，以窮極無聊，忽異想天開，偽造某銀行鈔票數萬萬元；但全國銀行中，根本並無某某銀行者，甲印就後，擬用以欺騙一般鄉愚，不意甫及印就，尙未行使，即為人告密，經警察局破獲，解送檢察處，提起公訴，以妨害國幣懲治條例第三條第一項判處甲十二年有期徒刑。甲謀諸當地名律師擬設法減輕罪刑；其名律師因撰狀為甲上訴，力駁原法院判決不當，將妨害國幣懲治條例第三條第一項意義，痛予闡陳，且旁證博引，否認構成該條項並其他刑法上之罪。上訴結果，高等法院認所陳為有理由，將原判撤銷，並判甲無罪；此皆某名律師一狀之力，得以旋乾轉坤，挽回局勢也。其狀如左：

(上略) 原判以上訴人犯妨害國幣懲治條例第三條之罪，判處上訴人十二年有期徒刑；上訴人細核判決理由，認上訴人私印某某銀行鈔票，實構成妨害國幣懲治條例偽造幣券之罪。查該條例所稱幣券者，專指國家銀行所發行之紙幣及國家允准私立銀行所發行之銀行券，故其所保護之客體，計為紙幣及銀行券二種，舍此，即不在該條項所稱幣券之列。某某銀行，既非國家銀行，亦非經政府允許設立之銀行，根本為子虛烏有者；夫既為子虛烏有者，則其所印之銀行券，依法即無銀行券之效力，且不得稱為銀行券；蓋以國家准許開設之銀行，其發行銀行券，尚須得國家之允許，否則國家在法律上不承認其有銀行券之效用；而况某某銀行向未經國家核准設立，且根本未有此銀行開設，其所印行之券，縱形式上與銀行券相似，而在事實上及法律上皆不成其為銀行券，且亦絕對不能代銀行券使用。夫既不成其為紙幣，不成其為銀行券，則被告將其印製，在法律上並不構成妨害國幣懲治條例第三條偽造幣券之要件。刑事法令，取嚴格解釋，妨害國幣懲治條例第三條要件，明明規定為偽造幣券；既非幣，亦非券，原判如何而可認為觸犯該條之罪，處上訴人以十二年有期徒刑？故從該條立言，上訴人實無犯罪之可言。試問：某某銀行之券，果為紙幣？抑為銀行券？而上訴人所為，又果犯偽造紙幣之罪？抑為偽造銀行券之罪？既不偽造紙幣，亦不偽造銀行券，則上訴人根本無罪。且上訴人對於本案，亦曾再三付度，對於原判所認定之觸犯妨害國幣懲治條例第三條，固完全錯誤，即其他罪名，亦不成立。蓋使謂為偽造文書，則以損害公眾或他人為要件，而上訴人印製此某某銀行之券，尚未有足以損害公眾或他人之事實證明；使謂為詐欺，則以詐騙他人為要件，而上訴人又全未有以此某某銀行之券向任何人詐騙之事實；故不懂妨害國幣懲治條例中未有處罰上訴人明文，即在全部刑法上亦未有對上訴人印製某某銀行券

有處罰明文。依刑法第一條規定，上訴人實爲一無罪之人，原判故入人罪，完全違法。（下略）

代替幣券發行籌碼

〔事實〕甲在子鄉開設綢布莊，每日收買布匹甚多，以鈔票不便取攜，且一時難於檢點，而當地又缺乏銀行錢莊，因發行籌碼代替幣券，以竹籤烙印數額及店號，持有者可隨時持向甲處取款。其初發行時，不過爲專供甲店買賣之用，範圍甚狹，後因信用極著，攜取極便，更廣用於全鄉，其後則毗連子鄉之丑寅等鄉，亦樂於使用；其發行額亦即因是逐逐推廣，至數十萬萬元。有乙者，與甲不睦，因與某名律師談及，而某名律師亦曾因事與甲有嫌隙者，商議之下，撰狀向檢察處告發，以妨害國幣懲治條例第六條爲言。結果，由檢察官偵查起訴，判處甲五年六個月有期徒刑，併科甲罰金八十萬萬元。其狀如左：

（上略）幣券之發行權，必限於國家，除國家外，任何公私機關，絕對不得發行，故即銀行發行銀行券，亦必經國家特許，否則即爲違法；良以製幣之權，操在國家，發行之權，亦操在國家，國家審察人口之多寡，市面之榮枯，人民購買力之厚薄，酌濟盈虛，隨時調節，庶國家財政，得以整理，而民族經濟，亦趨於安定，倘不操於國家，任由私人得以隨便發行，則幣券將不成其爲幣券，不特經濟體制，爲所紊亂，而國家亦將不成其爲國家。因是國家特訂妨害國幣懲治條例，不特對於僞造或變造者絕對禁止，施以極嚴重之刑事制裁，苟一時以其他類似幣券之紙票或以金屬竹木等物代替幣券者，亦一體治罪，不稍寬假；蓋非此無以保護幣制，安定民生，繁榮經濟，確立財政也。今被告公然發出大量籌碼，以竹籤烙印店號及數額，在市上行使，用代幣券；核其所爲，顯犯妨害國幣懲治條例第六條之罪，不特應科以一年以上七

年以下有期徒刑，更得併罰以所發代替物所表示之幣額全數十倍以下罰金；而所發出之代替物，即號稱籌碼者，應即依同條例第七條後段嚴令期限，勒令全數收兌，以免持有人受其詐欺，發生損害。（下略）

庚 禁烟禁毒治罪條例編

吸食鴉片

【事實】甲本吸食鴉片，當政府實施肅清煙毒時，曾往縣立醫院施行戒除，經二月餘始行戒絕，因呈報當局，且經調驗，認為無癮。不意最近甲因發生赤痢，竟又吸食，以資治療。事為警察局所悉，派警突往捉捕，訊問一過，即移送法院，以禁煙禁毒治罪條例第八條第三項後段，判處甲以無期徒刑；蓋認為戒禁後又復吸食也。甲不服，商諸某名律師，依特種刑事事件訴訟條例第七條第一項但書及第一〇條至第一二條各規定，撰狀向高等法院聲請覆判，力駁原審法院誤用法條。聲請覆判後，高等法院認甲聲請為有理由，將原判決撤銷，改判甲二年六個月有期徒刑。其狀如左：

（上略）查原審法院判處聲請人以無期徒刑，認聲請人構成禁煙禁毒治罪條例第八條第三項後段規定；此實誤引法條，曲解法意，實近於故入人罪。該項後段規定：「經勒令禁戒斷癮後，復行施打或吸用者，處死刑或無期徒刑。」是依法意，凡構成此犯罪要件者，必須在勒令禁戒斷癮後，再行吸食，始為構成；若自始並無勒令戒禁之事實，自動前往醫院禁戒者，無論禁戒之動機何在，其禁戒至如何程度，均不在該項所稱勒令禁戒之列。既從前之禁戒，出於自動，並非由於法院之勒令，則禁戒斷癮後縱再吸食，亦只可以該條第二項處斷，全不涉及第三項後段問題；蓋只有吸食

鴉片之行爲，並無勒令禁戒之事實也。再查該條第三項後段規定，乃爲懲治累犯者，初次發覺而後，勒令禁戒，乃於禁戒斷癮後再爲吸食，是惡性已深，一再故犯，故加重其刑，處以死刑或無期徒刑，聲請人則尙爲初次犯罪，並無經官廳勒令禁戒之事實，決不能令所犯之該條第二項不問，而遽科以第三項後段加重之刑。原審法院昧於事實，竟以聲請人之自動禁戒，誤爲官廳之勒令禁戒，判處聲請人以無期徒刑，實不能不認爲違法。（下略）

持有戒煙藥品

〔事實〕甲故父乙本吸食鴉片，然已戒絕，只吞食丸藥，死後，已有二十餘年，剩下有戒煙藥約二百餘片，久置閣上，已淡然忘之，且家中人除甲及其妻內外，亦無人知悉，有丁者，與甲不睦，但與甲父爲老友，故深知此事，因託某名律師代爲撰狀，以禁煙禁毒治罪條例第一〇條第一項對甲告發，謂持有煙毒，結果，檢察官以持有屬實，提起公訴，由法院判處甲以八個月有期徒刑，其狀如左：

（上略）查國家煙禁，至爲嚴厲，故除刑法第二十章特定鴉片罪外，猶恐不足以盡其制裁之意義，或有人玩法吸食，故再特訂禁煙禁毒治罪條例之特別法，以示儆戒，苟有違此者，予以較普通法更重之刑。禁煙禁毒治罪條例第十條第一項規定：「持有煙毒者，處五年以上有期徒刑。」所謂煙者，依同條例第一條前段規定，指鴉片、罌粟、罌粟種子及大麻煙或其配合之抵癮丸藥。是抵癮丸藥，卽所謂戒煙藥品者，依法亦在煙之列，而持有此煙，不問意在販運或意在吸食，均構成該條例第十條第一項之罪，無從狡卸其刑事責任。被告室中閣上，既置有戒煙丸藥二百餘片，是不必問此戒煙丸藥是否爲被告所用，更不必問是否意圖吸食甚至販運，依禁煙禁毒治罪條例規定，當然爲持有煙毒，應受五

年以下有期徒刑之制裁。且細核該條規定，其構成要件，其行爲只須爲持有，其持有之客體，只須爲煙或毒，並無其他意思要件存在；今被告既藏於室中，則其行爲已構成持有之要件，而所持有者又既爲該條例第一條前段所稱煙之範圍，則已具備該條例第十條第一項持有煙毒之要件，絕無疑義。（下略）

專供器具之意義

〔事實〕甲素性無賴，專以敲詐爲生，故一鄉之人，皆避之若浼。一日，偶見乙以煙杆一支，剔去香煙嘴中積垢，卽計從心來，以禁煙禁毒治罪條例第一〇條第二項之持有煙具罪，向檢察處告發；蓋用以爲對乙敲詐之資，且所以示威於鄉人，表示其權勢赫赫也。乙被告發後，以禍從天降，商諸當地某名律師，撰狀答辯，力辯無罪，對原告發狀中所引禁煙禁毒治罪條例第一〇條第二項規定，大事闡述。檢察官偵查結果，認乙所辯爲有理由，因卽依特種刑事案件訴訟條例第一項後段及刑事訴訟法第二三一條第一〇款規定，對乙爲不起訴處分；甲意大沮，其狀如左：

（上略）查禁煙禁毒治罪條例第一〇條第二項規定：「持有專供製造鴉片毒品或吸食鴉片或吸用毒品之器具者」是其構成要件，必須所持有之器具，爲專供製造鴉片毒品或吸食鴉片或吸用毒品之器具；倘其器具尙可供其他之用，而非專供製造煙毒或吸食煙毒之用者，縱爲持有，亦不在該條項治罪之列；故「專供」二字，實爲必要，使果不以專用爲限，則任何一物，苟可用於製造煙毒或吸食煙毒者，皆將受該條之制裁矣；天下固無是理也。卽以煮飯之鍋子論，亦未嘗不可用以熬製鴉片，尋常所點之油燈，亦未嘗不可用以吸食鴉片；然而並不認爲犯罪者，以非專供，故

不爲罪也。被告所持之小鐵杆，乃用以洗剔香煙嘴中之積垢，從前在吸食皮絲煙或水煙時，每一煙袋中，亦必有此一具，不過在吸食鴉片時，此鐵杆亦爲不可缺之物，是明明用途甚廣，並非專供吸食鴉片之用者。夫既並非專供吸食鴉片之用，用途甚廣，則被告儘可持有，並不構成禁煙禁毒治罪條例第一〇條第二項之犯罪要件。否則條文中所謂「專供」者，果作何解？告發人不明法律，曲意解釋，一見此鐵杆可供吸食鴉片之用，竟據以告發；而不知中國在未有鴉片以前，水煙袋中固已早有此物，其用途甚廣，並非專供吸食鴉片之用；而在被告使用此鐵杆時，亦爲洗剔香煙嘴中積垢，與吸食鴉片渺不相涉。告發人何所根據，而可妄以禁煙禁毒治罪條例第一〇條第二項相告發？（下略）

辛 懲治盜匪條例編

擄人與勒贖

〔事實〕甲有四歲幼子，爲乙突然搶抱而去；甲以乙當衆強搶，應構成擄人勒贖行爲，蓋必意圖勒贖，而後將其擄去，否則彼此無仇，而男孩又非女孩可比，無從價贖，必意在勒贖，因即以懲治盜匪條例第二條第一項第九款對乙告訴。乙搶劫甲子後，即遭破獲，由警察局訊問一過後，解送檢察處，認乙確有觸犯懲治盜匪條例第二條第一項第九款罪嫌，提起公訴。乙委任某名律師辯護，撰狀辯訴，否認犯擄人勒贖罪，對告訴人訴狀及檢察官起訴書，力事抨擊，認爲不當。法院審理結果，認乙所辯爲有理由，變更檢察官起訴法條，依刑法第二四一條第一項略誘罪，處甲以五年有期徒刑，蓋依懲治盜匪條例規定，擄人勒贖，應處唯一之死刑也。其狀如左：

（上略）本案告訴人之告訴，檢察官之起訴，其所引法條，皆爲懲治盜匪條例第二條第一項第九款之「意圖勒贖

而擄人」罪。查該款構成要件，計爲二者：其一爲擄人，其二爲意圖勒贖；必二者具備，乃可構成。被告之強搶告訴人四歲幼孩某某，乃以其雪白可愛，且酷似被告已死之兒某某，見虎賁而思中郎，一時情不自禁，擬竄取之爲己之子；蓋被告所生一子，三歲夭折，其面貌與告訴人之子某某相似，因痛子情深，故一見卽感情不能自抑，妄爲攫取。是強搶之初機及目的，根本與意圖勒贖者絕殊，且被告根本未有此勒贖之意圖。故被告所犯之罪，至多亦不過成立刑法第二四一條第一項之略誘罪，全不能故入人罪，使負懲治盜匪條例第二條第一項第九款之擄人勒贖罪。且被告自抱回告訴人之子後，直至遭警察局破獲，始終未曾對告訴人有直接或間接之勒贖行爲，且愛如己出，寒則爲之添衣，飢則爲之饌食，不特並無因此圖利之意思，反提攜抱負，在精神上物質上均受相當損失。此如情狀，所謂「意圖勒贖」者，果何根據？姑無論被告自始至終，未嘗有絲毫勒贖行爲，而一核來蹤去跡，亦可顯見全無勒贖之意圖。被告身有常業，出世以來，安分守己，從未稍撻法網；而告訴人雖身家殷實，然尙未具被人綁票之資格；乃檢察官不細察事實，不詳爲調查，遽聽告訴人片面之詞，亦認爲構成懲治盜匪條例第二條第一項第九款之罪嫌；是未免文致周內，陷人於大辟。試問：意圖勒贖之證據何在？勒贖之行爲又何在？以此一無證據而又絕無此行爲之事，以莫須有三字，致人於死地，是豈持法之平（下略）

強盜罪之要件

〔事實〕甲素營商業，頗有積蓄，有乙者垂涎其富，謀有以劫奪之；一日，直入甲家，見甲家僕從如雲，自知難以下手，而亦不甘空手而回，見甲桌上置有古玩甚多，因卽攫之而逃，甲命僕從追拿，當場擒獲。甲忿極，卽以懲治盜

匪條例第五條第一項第一款對乙告訴，請治以強盜之罪。乙由警察局移送檢察處後，向法院提起公訴，以乙並未選任律師，由法院指定辯護人代為辯護。指定辯護人一核案情，認乙並不構成強盜罪，特代乙撰狀向法院辯訴，力駁告訴人訴狀及檢察官所引用法條之不適法。法院審理結果，認乙所辯確有相當理由，因變更檢察官起訴書所引法條，改依刑法第三二五條第一項之搶奪罪，判處乙以二年六個月有期徒刑。其狀如左：

（上略）本案被告所犯之罪，固極為簡單，即刑法第三二五條第一項之搶奪罪；乃告訴人之告訴，檢察官之起訴，竟誤引法條，認被告犯懲治盜匪條例第五條第一項之罪，欲處以強盜之罪刑；是實於法無據，不免誤人入罪。查懲治盜匪條例第五條第一項之構成要件，除犯罪人所實施之強暴或脅迫等行為外，更必須使被害人不能抗拒，而強取其物。若僅乘人不備，或乘人之不及抗拒，而猝其不意，突然搶奪其物，以為己有，只構成刑法第三二五條第一項之搶奪罪，與懲治盜匪條例第五條第一項之強盜罪，全不相涉。蓋法律規定，搶奪自搶奪，強盜自強盜，截然為二，不能併為一談。被告直入告訴人家中，乘告訴人不及備，將其桌上所置古玩某某等擡之而逃，告訴人即命其家人追出，甫及門外，即被擒獲。事實極為明顯，完全為刑法上之搶奪罪，決不涉及及懲治盜匪條例上之強盜罪。強盜罪之構成，必須使人有不能抗拒之情形，其手段或用強搶，或用脅迫，或用藥劑，或用催眠術，或用其他方法，要必在此情勢之下，使被害人不能抗拒；今被告之搶奪告訴人古玩某某等，果曾用何種強暴或脅迫等手段，至使告訴人及其家人不能抗拒乎？既未用任何強暴或脅迫等手段，亦未至使告訴人及其家人不能抗拒；則所謂被告觸犯懲治盜匪條例第五條第一項者，有何根據？若曰猝然而進，不及抗拒；則完全為搶奪之所為，而非強盜之所為；須知不能抗拒與不及抗拒，二者固

情形大異，不能誤以「不及」而爲「不能」，故入人罪也。（下略）

藏匿盜匪與親屬關係

〔事實〕 甲爲盜，劫案疊疊，一日，爲警局緝捕，因逃往其表兄乙家中，伏而不出；乙雖心非甲之爲人，然以表弟兄故，未便拒絕；蓋甲之母與乙之母爲同胞姊妹也。兩月後，爲人告密，將甲拘捕，而乙亦以藏匿盜匪，爲警察局逮送檢察處，謂犯懲治盜匪條例第五條第一項第三款之罪。檢察官偵查後，即提起公訴。乙因委任某名律師出爲辯護，撰狀辯訴，援引懲治盜匪條例第九條及刑法第一六七條各規定，請求免除其刑。法院審理後，以乙所辯，尙在情理之中，因依刑事訴訟法第二九一條但書規定，對乙爲免刑之判決，幸得無事。其狀如左：

（上略）被告之藏匿某某，誠爲事實，亦不必辯；但被告素極安分，以經營商業爲事，與某某素不往來，且亦極不滿其所爲，屢欲與之斷絕關係，其所以此次仍爲藏匿者，實非本心，不過出於親戚之誼。被告之母與某某之母，爲同胞姊妹，而被告又早喪母親，提攜教養，均出某某母之手，對於被告，宛如己出，愛護唯恐不至；被告爲報德起見，且顧及親戚之誼，故當某某窮而來歸之時，雖心惡其爲人，亦不得不予以容留。大義滅親，古誠有之，然史冊所載，能有幾人？立法者亦深知是義，且知情之難卻，故於刑法第一六七條明爲規定：「配偶、五親等內之血親或三親等內之姻親圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，而犯第一百六十四條或第一百六十五條之罪者，減輕或免除其刑。」蓋爲顧及人情計，不得不立此條文，以順適人情，且以獎勵世風，俾免落阱下石者有藉口。卽如藏匿盜匪，本爲犯罪行爲，依懲治盜匪第五條第一項第三款規定，應受相當之刑事制裁，然立法者亦知親戚之情之不可廢，故於同條例第九條

明爲規定「刑法總則及刑法分則第一百六十七條、第三百四十七條第五項之規定，於盜匪案件，仍適用之。」是即可見法律不外人情，不以盜匪故而有所異。被告與某某，爲同一外祖父母，依民法規定，尙爲四親等之血親，既爲四親等之血親，則依懲治盜匪條例第九條及刑法第一六七條規定，對於被告，可免除其刑。今者世風日下，往往骨肉路人，而一旦有事，縱利害如毛髮者，亦不肯一援手，甚且落阱下石；故士君子論及此事，每多慨然歎息，認國事之日非，半出於人情之日薄，世風之日偷，而欲行以糾正之；被告所爲，雖未免蹈犯法之嫌，而在人心世風上，正亦可原，而況法律亦特予曲想，有懲治盜匪條例第九條及刑法第一六七條各規定，即在法律上亦特許免除其刑乎！（下略）

第二節 從程序上駁詰者

甲 刑事訴訟法編

法院管轄權之爭執

〔事實〕甲與乙同住子省丑縣，其地與丙省丁縣，僅相隔一小溪。一日，兩人在丙省丁縣境內，發生爭執，甲竟將木棍將乙擊傷，血流如注，幾致昏厥，卽由崗警到來，解入警察局，移送地方法院檢察處；但乙受傷後，不及隨崗警前往，卽由熟識者伴送回家，立命其子馳向子省丑縣地方法院檢察處告訴，請由檢察官前來檢驗傷痕，依法偵查。因是同一案件，在犯罪地之丙省丁縣，既由警察局移送丁縣法院辦理，而在被告住所地之子省丑縣，亦由被害人出而向丑縣法院告訴，兩法院檢察官且均着手偵查，一則將犯罪人已訊問一過，一則亦已從事偵查，因

此各行其是，爭執管轄。甲在此雙方爭執管轄之下，不勝其疲，今日丑縣檢察處傳訊，明日丁縣檢察處偵查，後商諸某名律師，擬求及早解決管轄權，俾可一意進行。某名律師因根據刑事訴訟法第九條及第一一條規定，直接聲請最高級法院指定管轄。結果，由最高法院裁定，指定犯罪地之丙省丁縣法院管轄。其狀如左：

（上略）本案經過事實，已如上開事實欄所述，以行為地論，應由某某省某某縣法院管轄，而以被告住所地言，某某省某某縣亦不妨管轄；蓋依刑事訴訟法第六條第一項規定，固皆有管轄權也。然一案不能分數管轄，現乙丙兩縣法院檢察官既各爭執管轄，從事偵查，姑無論聲請人無所適從，不勝其奔走，而萬一偵查及審判結果，雙方發生差異，又將若何？查刑事訴訟法第九條第一項規定：「有左列情形之一者，由直接上級法院以裁定指定該案件之管轄法院：」其第一款規定：「數法院於管轄權有爭議者。」而依同法第一一條規定，指定管轄，可由當事人以書狀敘理述由聲請；是聲請人以當事人身份，處此兩法院爭執管轄權不決之際，依法得聲請直接上級法院以裁定指定管轄。本案管轄法院，一為某某省某某縣地方法院，一為某某省某某縣地方法院；其直接上級機關，並非兩法院共同之直接上級機關，一為某某省高等法院，一為某某省高等法院，其裁定皆無直接拘束兩法院之權；因此，依據同法第九條第二項規定，直接請求鈞院指定本案之管轄法院。（下略）

審判難期公平與移轉管轄

〔事實〕甲因細故將乙毆傷，而乙適為當地地方法院院長；當毆打之時，甲固不知其為法院院長也。毆打而後，即由崗警到來，將雙方送入警察局，訊問一過，即移送檢察處偵查；至是，甲始知所毆者，即為當地之法院院長，

大恐，即商諸某名律師，代為設法；某名律師因即依據刑事訴訟法第一〇條及第一一條規定，向高等法院聲請移轉管轄，以保持審判上之公平。結果，高等法院認甲所訴為有理由，以裁定移轉於鄰近他縣之地方法院管轄。其狀如左。

（上略）法律極為尊嚴，而司法尤期公平；故苟有難期公平者，國家為防微杜漸計，特於刑事訴訟法第一〇條第二項為之規定，苟因特別情形由有管轄權之法院難期公平者，由直接上級法院以裁定將案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之他法院；而於第一一條更規定得由當事人聲請。本案聲請人被告訴人某某某告訴傷害一案，告訴人即為本縣地方法院院長，雖司法獨立，不受任何人干涉，而司法官亦極公正廉明，未必以告訴人為地方法院院長故而曲意偏袒一方，然人情之所不能免者，亦未必能絕對禁抑，而先入為主之成見，更未必能絕對掃除；告訴人身任地方法法院長，對於審判之庭長推事，朝夕相見，且有直接指揮之權，以屬員而審判其直屬長官，在事實上亦不免為難。因此聲請人為期審判昭示確實公平計，依據刑事訴訟法第一〇條及第一一條規定，聲請移轉管轄。（下略）

推事迴避案件

〔事實〕甲因教唆乙誣告丙，於法院刑庭訊問乙丙案時，被庭上審判官發覺，因請移送同院檢察處，由檢察官丁實施偵查；結果，認甲確有教唆誣告嫌疑，因即將甲羈押。正欲提起公訴，而丁檢察官奉命調充同法院推事；而甲之教唆乙誣告一案，由其他檢察官承辦。迨提起公訴後，丁又適為承審是案之推事，於審問時，對甲詰責甚厲。甲自知情勢不妙，因與某名律師商酌，即依據刑事訴訟法第一七條第七款及第一八條第一款、第一九條第

一項各規定，擬狀向法院聲請了迴避。法院受狀後，以甲所陳極有理由，因以裁定命了迴避，更調其他推事審問。其狀如左：

（上略）查刑事訴訟法第一七條規定：「推事於該案件有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務；」其第七款規定：「推事曾執行檢察官或司法警察官之職務者。」是凡審判之推事苟於其審判案件曾執行檢察官或司法警察官職務者，為避免先入為主之成見，應即自行迴避；否則既曾為原告官，現又為審判官，不待細鞫，而已爰書可定。故推事而苟不自行迴避者，依同法第一八條第一款及第一九條第一項規定，當事人在訴訟程序中，悉得隨時聲請該推事迴避。本案因某某自訴某某一案而起，當鈞院審判之時，庭上審判官忽發覺自訴人有誣告嫌疑，且以聲請人為教唆人，即移送檢察處實施偵查；一至檢察處後，即由檢察官某某即本案承審之推事偵查，偵查一過，即將聲請人羈押，正在進行中，而某某忽奉命調充推事，由其他檢察官偵查起訴，即由最近調充之原檢察官某某審判。依照刑事訴訟法規定，某某實應自行聲請迴避；乃不自迴避，公然審判，是在訴訟程序上實有未合。雖起訴之檢察官，已為另一檢察官，然某某既經偵查於前，又將聲請人羈押於後，則已顯然執行檢察官之職務，對於本案，當然迴避。（下略）

殺人案未指定辯護人之審判效果

〔事實〕甲持刀殺乙，未中，即為乙所擒，扭送警察局，轉送檢察處，以刑法第二七一條第二項殺人未遂罪起訴。甲本一貧如洗，無力選任律師，而法院審判官以甲雖有殺人行為，而既未命中，亦無傷害，且情極可憫，因未為

之指定辯護人辯護，判處甲三年有期徒刑。判決而後，甲妻丙有所不服，轉聘某名律師撰狀上訴；某名律師細閱案卷，以實體上無可指摘，因從程序上攻擊，以刑事訴訟法第三一條第一項爲言，力指原審程序違背法令。上訴結果，認甲所指摘者爲有理由，將原審法院之審判程序撤銷。其狀如左：

（上略）刑事訴訟法第三一條第一項規定：「最輕本刑爲五年以上有期徒刑……之案件，未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人爲其辯護。」是凡被告所犯之罪，其最輕本刑爲五年以上之有期徒刑者，除被告自行選任辯護外，審判官必須爲之指定辯護人，以爲之辯護。上訴人被原審法院檢察官認爲犯有刑法第二七一條第二項殺人未遂罪嫌疑，向原審法院提起公訴。上訴人一貧如洗，無力選任辯護人辯護，而又不諳法律，不長口才，一任檢察官之滔滔陳詞，呆若木雞，瞠目無對，審判官雖一再發問，而上訴人一以心煩意亂，一以不諳程序，有口難開，有意難宣，竟被判處有期徒刑三年；果使上訴人選任律師出爲辯護者，必可根據法律肆其雄辯，不至若是。不過上訴人雖未選任律師，而依刑事訴訟法規定，審判長實應指定辯護人爲上訴人辯護；蓋檢察官提起公訴中所引用之法條，爲刑法第二七一條，而依該條規定，其最輕本刑，實爲十年以上有期徒刑，雖未遂罪依同法第二六條規定，得按既遂犯之刑減輕，然是否減輕，在審判時尙不可知，故依法仍非有辯護人爲之依法辯護不可，卽所謂強制辯護，今原審未曾依刑事訴訟法規定，竟不爲上訴人指定公設辯護人辯護，逕行判決，其審判上之程序，實不能不認爲違法。（下略）

證據之證明與審判筆錄

〔事實〕甲自訴乙傷害罪，由法院審判後，當庭檢驗傷痕，結果以證據屬實，判處乙有期徒刑一年。乙商諸某

名律師，意圖上訴。某名律師調閱全案卷宗，以審判筆錄上並未有此記載，因即撰狀上訴，以此對原判大肆攻擊，蓋以訴訟法明明規定勘驗應制作筆錄，而訴訟程序又專以審判筆錄為證，且犯罪事實，又必依證據認定，今既未將勘驗記入於筆錄，則一切均屬無效，不能用以為判決之資料。上訴後，高等法院認上訴為有理由，將原判決撤銷，蓋是時甲之傷痕業已消滅，無從再證其有傷害之情形也。其狀如左：

（上略）刑事訴訟，採取直接審判主義，故犯罪事實，必須以證據認定，而此認定之證據，尤必顯出於審判庭，即記載於審判筆錄，而後始可採為判決基礎；苟法院調查所得之證據，未經顯出於審判庭，於審判筆錄中絕無記載，則不生證據之效力，絕不能用以為判決基礎。此觀於刑事訴訟法第四二條、第四四條、第四七條、及第二六八條各規定而可見。上訴人被訴人某某自訴傷害一案，在審判時，自訴人雖曾當庭請求審判長勘驗傷痕，然勘驗結果，並未記載於審判筆錄；是即可見勘驗後並無所得，故審判長認為無記載之必要，未予記載；使果有傷痕者，且其傷痕確為上訴人所致者，則事極重要，審判長當然命書記官依刑事訴訟法第四四條第一項第一〇款記載於審判筆錄之上；今既於審判筆錄上未為記載，顯見並無傷痕。乃原審判決，竟以此為上訴人犯罪屬實，判處有期徒刑一年，是實違反刑事訴訟法第二六八條之規定。且即退一步言，勘驗時自訴人確有傷痕，而此傷痕又確為上訴人所致；然既未曾將其記載於筆錄，則依刑事訴訟法第四七條規定，亦不能作為證據，而亦絕無證據之效力。既不成其為證據，絕無證據之效力，則依刑事訴訟法第二六八條規定，當然不能認為犯罪事實，而據以判罪；蓋根本無罪犯證據，不能將無作有，以陷人於罪也。故原審認上訴人有傷害自訴人行為，判處罪刑，實於法無據。（下略）

法院組織

〔事實〕甲被訴偽造公文書罪，經地方法院審理後，認為犯罪證據確實，判處三年六個月有期徒刑。甲不服，委任某名律師撰狀上訴；某名律師詳閱卷宗，發現歷次審判筆錄，並未記載出庭推事姓名，且僅由推事一人簽名，亦未記明事由，而判決書上卻列有審判長一人及推事二人之姓名；因即以此為攻擊點，依據刑事訴訟法第四六條及第四七條，力指原審違法。上訴結果，以甲上訴為有理由，將原判決違法程序撤銷。其狀如左：

（上略）查刑事訴訟法第四六條規定：「審判筆錄，應由審判長簽名，審判長有事故時，由資深陪席推事簽名……並分別附記其事由；」其第四七條規定：「審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證；」上訴人在原審中三次開庭，雖出席之推事，共有三人，一為審判長，二為推事，然在審判筆錄中，卻始終未記載出席推事之姓名，而審判長亦未依法簽名於審判筆錄，只由推事某某一人簽名，亦未記明「審判長有事故，由資深陪席推事簽名」之理由；且既本案依法為應開合議庭者，應由一審判長及兩推事出庭審判，乃出庭審判之審判長及推事，其姓名始終未記載於審判筆錄之上，是顯然違背刑事訴訟法第四四條第一項第二款之規定，刑事訴訟法第三七一條規定：「有左列情形之一者，其判決當然為違背法令；」其第一款規定：「法院之組織不合法者；」是凡法院之組織不合法者，不問其判決之內容何若，皆為違背法令；而此違背法令之判決，雖非當然無效，亦為違法之判決，未能得裁判之正。（下略）

送達之效力

〔事實〕甲被乙自訴過失傷害罪，同時甲又因他案自訴丙妨害自由，更有丁者，亦自訴甲妨害農工商罪，但

甲住居鄉間，並不在法院所在地之城中，故於自訴內妨害自由一案及被丁自訴妨害農工商罪一案，均聲明以住居法院附近之戊爲送達代收人。法院送達甲被乙自訴過失傷害罪一案，以往返鄉間不便，而同時又有兩傳票送至附近送達代收人戊處，爲便利計，因即將乙自訴甲一案傳票，亦一併交戊代收，以省跋涉。不意審判之日，甲竟不到庭，法院因依照刑事訴訟法第二九八條，認甲無正當理由不到庭，即以刑法第二八四條第一項前段，判甲五萬元罰金。甲不服，商諸當地名律師提起上訴，某名律師以甲之不到庭，由於法院送達之錯誤，甲本人並未接到傳票之送達，故未能準期到庭，因根據刑事訴訟法第五條第一項前段規定，力駁原審判決所引同法第二九八條之違法。上訴後，法院以上訴所陳，極有理由，因將原判決撤銷。其狀如左：

（上略）查法院之文書送達，除當事人本人依法陳明指定他人爲送達代收人，得不送交當事人本人外，必須送交於當事人在狀中所陳明之住居所或事務所，否則即爲未經送達，無送達之效力，即在法律上所謂本人送達本案自訴人在自訴狀中及上訴人在辯訴狀中，均載明住所在某某區第某保第某甲某戶，並無其他地址，則法院依法送達，應即送達至上訴人住所。乃原審法院不將傳票送達於上訴人所，而送達於本案訴狀中絕無隻字提及之某某街第某某號之某某處，致上訴人未能接到，遲誤辯論期日；而原審法院又不根究其所以，竟依據刑事訴訟法第二九八條規定，認上訴人無正當理由不到庭，遽判處上訴人以五萬元罰金。刑事訴訟法第二九八條規定，乃爲「被告經合法傳喚，無正當理由不到庭」者，所謂「合法傳喚」，必須依同法第五條規定之傳喚；試問：原審法院對上訴人之傳喚，是否依同法第五條之規定？上訴人在訴狀中載明住所在某某區第某保第某甲某戶，而傳票乃移送至在訴

狀中雖無隻字提及之某某街第某某號某某處；試問：如此送達，果否合法？上訴人與他人訴訟，誠曾指定以某某街第某某號某某為送達代收人，而於本案，則並未有此陳明；既未有此陳明，則某某並非本案上訴人之送達代收人，將傳票送彼代收，在法律上根本不生送達之效力；夫既不生送達效力，試問：又何所謂「經合法傳喚」？依法明明未經合法傳喚，又如之何可適用刑事訴訟法第二九八條，而遽予判決？其為違法，不言可喻。（下略）

病重與過失

〔事實〕甲自訴乙妨害自由一案，判決乙無罪，甲不服，提起上訴。不意正在此際，甲突患腦膜炎，不省人事，送入縣立醫院，及病體痊愈，而十日之上訴期間已過，因依刑事訴訟法第六七條第一項規定，聲請回復原狀。法院以患病不能使人代行，因此而遲誤上訴期間，不得不謂為自己過失；因以裁定駁回，不許聲請回復原狀。甲至是一籌莫展，因商諸某名律師，代為撰狀，提出抗告，力駁原裁定之不當。結果，法院認抗告為有理由，撤銷原裁定，准予回復原狀。其狀如左：

（上略）上訴期間，誠為不變期間，不許遲誤，故依刑事訴訟法第六七條第一項規定，必限於非因自己過失而遲誤者，始得聲請回復原狀。所謂自己過失，包括一切過失而言，故其遲誤之原因，苟自己有任何方法可以補救，而竟未為補救者，即以過失論，不許回復。然如自己確無法補救，縱用任何方法，不能以自己之意思踐行訴訟上必要之行為者，即不得以自己過失論；而既非由於自己過失致遲誤其期間者，依法自可聲請回復原狀。抗告人於某月某日接到鈞院三十五年某字第某某號判決書正本後，於次日即突患腦膜炎，人事不省，急送縣立醫院，經醫師注射後，再服藥

劑，直至本月某日，始脫離危險時期，抗告人在病重不省人事之中，固知覺全失，即人事稍省，而在危險時期中，醫師亦力戒親屬不許至病室，內外完全隔絕，故縱有一切意思，亦無從表示；直至某日脫離危險時期後，始可與家人接洽，因即於五日內即本月某日，依據刑事訴訟法第六七條第一項及第六八條各規定，向鈞院聲請回復原狀，且將醫院診斷書及證明書等一體附呈，以供證明。乃鈞院竟以裁定駁回，謂刑事上訴，非不許請人代行者，不能以自己有病為詞，而認為非由於自己之過失。不知刑事上訴，誠可請人代行，毋須自行投狀；然既重病醫院，初則人事不省，繼則內外隔離，不許與人交接，不許親屬探問；試問：在此狀況之下，如何可以請人代行，又如何可以本人之意思表示於人？上訴狀誠不必自己撰述，自己投遞，然其所上訴之意思，與夫所上訴之理由，則必自己表示於代行之人，而後代行之人得以依樣葫蘆；試問：抗告人在此人事不省之中，內外隔離之際，又如何可以為此行爲？是顯見抗告人之遲誤上訴期間，出於意外事故，而此事故又爲無法補救者，絕非由於自己之過失。（下略）

合法傳喚

〔事實〕甲與乙丙丁三人共同在公衆場所賭博，被警察局破獲，解送地方法院檢察處，偵查一過，即提起公訴。法院定期審判，以四人姓名，合寫在一傳票上，送達甲一人收受。及期，除甲一人不得不到外，乙等均不到庭。法院審問一過，除判甲罰金八萬元外，對乙丙丁三人亦依刑事訴訟法第二九八條規定，判各罰金十萬元。乙等不服，商諸當地某名律師，以刑事訴訟法第七一條規定，對原判決大肆詰責，請求撤銷原判決。上訴結果，認上訴爲有理由，果將原判予以撤銷。其狀如左：

(上略)被告之傳喚，依刑事訴訟法第七一條規定，必須用傳票，而傳票之送達，依同法第五條第一項規定，除陳明有送達代收人外，必須送至被告之住居所或事務所；如是，方為合法之傳喚，苟無正當理由而不到者，除拘提外，又得依同法第二九八條規定，逕行判決。今上訴人等既未受到傳票，是原審法院根本未有傳喚；既未傳喚，無所謂到庭與不到庭，而亦無從發生刑事訴訟法第二九八條之規定，得逕予以判決。上訴人等經檢察官偵查後，即提起公訴，公訴而後，即杳無消息，僅有本案第一被告某某曾被傳審；上訴人等方自疑異，乃於某月某某日忽接到原審法院判決書，以未經傳喚，未經言詞辯論，而遽予以判決，且認為有罪；試問：原審法院果根據何種法律？在原審判決理由中，固曾引及刑事訴訟法第二九八條，然該條要件，首在「被告經合法傳喚」，既未傳喚，根本無從發生該條之作用；試問：原審法院對上訴人等之傳喚，果否依刑事訴訟法第七一條規定？其傳喚上訴人等之傳票又何在？須知上訴人等雖與某某為共同被告，然傳票仍應分別作成，分別送達，一一送至被傳喚者之住居所，始為合法傳喚；如只向其中之一人發出傳票，只對一人送達，縱傳票上載有多數人姓名，其對未受送達之人，並不發生送達之效力，而亦不生「合法傳喚」之效力。既未合法傳喚，則原審以之而為判決，妄引刑事訴訟法第二九八條，實為違法。(下略)

現行犯

【事實】甲與乙不睦，屢思中傷之，一日聞乙宿在某妓院中，與妓女丙姦宿，因即入門將乙及妓女丙雙雙拘住，一面馳報乙妻丁，一面又鳴警到來，將乙及妓女丙帶入警察局內。時妓院中莫知所措，而警察亦莫悉甲為何人；迨至警察局後，始悉情由，而乙妻丁亦趕至，聲言不願追問此事；因是一場風波，頓告平息。事後，乙即以甲妨

害自由對甲提起自訴，請求懲治。甲因委任當地某名律師出為辯護，因事實確鑿，無可設法，因援引刑事訴訟法第八八條第一項及第二項為言，力辯無罪。審判結果，法院以甲所辯尚有相當理由，因即宣告甲無罪，甲得安然無事。其狀如左：

（上略）妨害自由之要件，必須施用非法方法，將人自由剝奪；此觀乎刑法第三〇二條之規定而可見。若並未用任何非法方法，而以合法之行為，將人自由剝奪者，則為法所許，刑法上並無犯罪明文。本案被告之逮捕自訴人，乃以自訴人觸犯刑法第二三九條之規定，即有配偶而與人通姦。被告與自訴人固極相識，而與自訴人之配偶某某氏亦極熟悉，觀此情狀，因時間緊急，稍縱即逝，故逕入犯罪場所，予以逮捕，且恐陷於非法，故一面報告警察，將犯罪人立時交付，同時又因該條為告訴乃論，故又馳報有告訴權人之自訴人配偶某某氏到來。被告於此，以責任已盡，當即置身事外，不復過問；至某某氏之告訴與否，則為某某氏之權，依法告訴固可，即顧念平日夫妻之情，予以寬恕，不復告訴，亦無不可；然皆無與於被告之事，亦不影響於被告之逮捕。查刑事訴訟法第八八條第一項規定：「現行犯，不問何人，得逕行逮捕之；」其第二項規定：「犯罪在實施中或實施後即被發覺者，為現行犯。」是不問犯罪者為何人，又不問所犯者為何罪，苟在犯罪之實施中者，任何人都有逮捕之權。查自訴人為有配偶者，其姦宿妓女某某，在刑法上當然構成第二三九條之通姦罪，既在姦宿之際，當然為實施犯罪行為之中，依上述刑事訴訟法第八八條第二項規定，應為現行犯；既為現行犯，則依同條第一項規定，被告雖無告訴權，亦得逕行予以逮捕，為法律所許可，絲毫不構成妨害自由罪。否則刑事訴訟法第八八條第一項之所謂「不問何人，」果作何解？故自訴人絕不能以有告訴權人之予以有

恕，不爲告訴，而遽認被告之逮捕自訴人，有觸犯刑法之嫌（下略）

勘驗之義務

〔事實〕甲父乙被丙丁毒斃，甲告訴到法院檢察處後，即將丙拘獲，到案後，丙一口承認將乙毒斃，丁則逃之夭夭，無從弋獲。檢察官偵查後，一併提起公訴，法院判處丙有期徒刑八年，丁獲案日另審。事經數月，丁被拘獲，除極口否認有毒斃乙行爲外，並認丙之供詞不實。法院以種種證明，認丁確屬凶犯，判處十五年有期徒刑。丁不服，提起上訴，仍維持原判。丁益不服，委託當地某名律師代爲撰狀，提起第三審上訴。某名律師細閱卷宗，以法院及檢察官對乙之屍體，未經勘驗，即援引刑事訴訟法第一五四條，第一五五條第三款及第一六〇條等各規定，對原審法院大肆攻訐。上訴結果，最高法院認所訴爲有理由，撤銷原判，發回更審。其狀如左：

（上略）認定犯罪，首重證據，故犯罪事實，必依證據認定；而調查證據，必須用種種方法，若爲命案，更應勘驗，不能僅憑被告之供詞，而即認定爲事實。細釋刑事訴訟法，對此曾一再明白規定，如第二六八條規定：「犯罪事實，應依證據認定之；」其第二七〇條第二項規定：「被告雖經自白，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符；」其外關於調查證據者尙多，故其第三〇二條第二款規定，凡有罪之判決書，必須於理由內記載其認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。今第一審及原審，其所認定上訴人犯罪之證據，只爲共同被告某某一人之供詞，餘皆無有，甚至對於被害人屍體，在調查證據中應予檢驗者，亦始終未爲檢驗，此尤顯違刑事訴訟法第一五四條及第一五五條第三款之規定。雖是否必須檢驗屍體，法院及檢察官有自由裁量之權，條文中規定「得實施勘驗」，然依同法第

一六〇條規定，人命案件，則爲必須勘驗者，且此勘驗，實爲檢察官之義務，不能藉口於同法第一五四條中之「得」字，而即認爲可由檢察官自由裁量，而法院亦遂不爲過問，不事調查，以陷人於罪。該條規定：「遇有非病死或可疑爲非病死者，該管檢察官應速相驗，如發現有犯罪嫌疑，應繼續爲必要之勘驗。」是人命案件，檢察官在偵查中，實負相驗屍體之義務，既未經相驗，違反此項義務，法院於審判中即應從事相驗，以盡其調查之能事。乃檢察官誤於前，第一審法院及原審法院誤於後，以羌無故實之共同被告數語自白，即認爲上訴人唯一之犯罪證據，實非適法。（下略）

拋棄告訴權與告訴

〔事實〕甲竊取其胞妹乙物件，甲將乙扭送至警察局，中途遇丙，爲之勸解，甲礙於丙之情面，又顧及親親之誼，因即折回，未予扭送。事隔一月，乙因他事又得罪甲，甲大憤，即舊事重提，以竊盜罪對乙告訴。檢察官偵查後，以甲前既中途經丙勸告，將乙釋回，已表示將告訴權撤回，未便再行告訴，因予以不起訴處分。甲不服，商諸某名律師，撰狀聲請再議，痛駁原處分之不當。結果，原檢察官認爲有理由，將原處分予以撤銷，提起公訴，判處乙以四個月有期徒刑。其狀如左：

（上略）查刑法告訴乃論之罪，在刑法上除第二四五條第二項規定外，在刑事訴訟上，只有第二一七條第二項規定「撤回告訴之人，不得再行告訴」，並無「拋棄告訴權人不得再行告訴」之規定。以故除依刑法第二四五條第二項配偶對同法第二三九條之罪業經表示有恕者，不得再行告訴外，其他任何告訴乃論之罪，均無類此規定，原訴人縱曾明示拋棄告訴權，而於事後仍可依法告訴，並不受何種之限制；蓋在刑事訴訟法上，並無拋棄告訴權之規定，

而亦並無拋棄告訴權後不得再行告訴之規定也。而况告訴人之中途將被告釋放，並非明示拋棄告訴權。且追紅某接向檢察某證明其事後，被告之犯罪事實，業經有確定之人證，不必當場扭送警察局，不妨在法定之六個月告訴期間內，直察處告訴，以免警察局轉輾移解之煩，故在事實上，絕對不能認為拋棄告訴權。且即確實表示拋棄告訴權，而在刑法及刑事訴訟法上，亦全不生何種效力，依法仍可告訴。故以告訴人業經拋棄告訴權，遽誤認為類於刑事訴訟法上之撤回告訴，予以不起處分，實為不適法者。撤回告訴，乃告訴後又予以撤回，為告訴後之事，豈有尙未告訴，而遽將告訴撤回之理？故在事前告訴人縱有類似拋棄告訴權之舉，而與今日之告訴，全無影響。且告訴權定自刑事訴訟法，為國家法律所賦予，任何人不得拋棄，而亦任何人無權拋棄。（下略）

告訴人之年齡

〔事實〕甲年僅十六，被乙傷害，提起告訴。甲告訴後，檢察官即開始偵查，結果認甲所告屬實，即提起公訴，乃法院審判後，以甲年尙十六，依民法規定，尙無行為能力，而依民事訴訟法規定，亦無訴訟能力，本案為告訴乃論之罪，非經告訴，不能論罪，則告訴人尙無行為能力，其告訴應屬無效，應視為未經告訴；特依刑事訴訟法第二九五條第三款，宣告本案不受理。檢察官固熟於法律者，對此大為不服，提起上訴，力駁原判之不當。高等法院受狀後，認檢察官上訴為有理由，將原判撤銷，發回地方法院重行審判；結果，判乙處有期徒刑一年。其狀如左：

（上略）民事訴訟法，誠有訴訟人年齡之限制，凡依民法無行為能力者，亦即無訴訟能力，不得為原告或被告；而刑事訴訟法，除自訴受限制外，對於公訴，絕無年齡之限制；同法第二一一條規定：「犯罪之被害人，得為告訴。」是不問

被害人年齡若何，有無行為能力，苟為犯罪之被害人，即有告訴之權利。本案告訴人某某，年雖只有十六，依民法規
定，尚無行為能力，然有無行為能力，絕不影響及於告訴權之有無，有行為能力，固可告訴，即並無行為能力，亦儘可告
訴，不以其行為能力之有無而發生差異。否則，刑事訴訟法第二一一條何以不加一但書：「但以有行為能力者為限？」
自訴有此但書規定，故非有行為能力者不得自訴，而告訴則無此明文，只須犯罪被害人，即有告訴權。原審法院竟誤
以刑事訴訟法對於自訴之限制，兼及於告訴乃論罪之告訴，將告訴與自訴，併為一談，以告訴人未有行為能力，認為
告訴無效，予以不受理之判決，未免違法。（下略）

知悉犯人之時

〔事實〕甲以經商出門，久不回來，其妻乙與丙發生通姦情事；甲歸來後，見妻態度大變，因疑有別情，但未獲
得證據，不敢聲張，雖四出探詢，知悉其事，而以妻戒備極嚴，無從得其破綻。一年而後，乙與丙以情勢較鬆，防備
不免稍弛，竟被甲破獲，立向法院告訴，請治妻乙及相姦人丙以刑法第二三九條之罪。甲固不諳法律者，於告訴
狀中，一再聲述其妻之不貞行為，早在一年前即已知悉，即與相姦人丙之來蹤去跡，亦於八個月前探聽明白；因
是乙丙即以刑事訴訟法第二一六條第一項為抗辯，謂甲既一年前早經知悉，且於八個月前探悉相姦人，則應
於知悉後六個月內告訴，今既時逾八月，已顯逾告訴期間，不復有告訴權，其告訴為不合法。甲至此，大窘，因謀諸
當地某名律師，囑為設法。某名律師固極熟法律，而又工於文詞者，因即向檢察處再投一狀，力駁乙丙等之抗辯。
檢察官偵查結果，認甲所陳為有理由，即提起公訴，結果判處乙丙各有期徒刑十個月。其狀如左：

(上略)查刑事訴訟法第二一六條第一項規定：「告訴乃論之罪，其告訴應自得爲告訴之人知悉犯人之時起，六個月內爲之。」是告訴權之存在，爲自知悉犯人之時起六個月，苟逾此六個月之期而不爲告訴者，即喪失其告訴權。被告在上次偵查庭中，一再以此爲抗辯，認告訴人已無告訴權；蓋已逾此六個月之告訴期間也。但所謂知悉者，必須爲確實知悉，即明白知悉，不須探悉其事，且經得有相當證據，始得謂爲知悉；若僅據風聞，毫無證據，則縱已知悉，在法律上亦不得謂爲知悉；蓋此時尙在疑似之際，未能確得其有如何犯罪行爲之證據也。告訴人對於第一被告之不真，在一年前甫自某某縣經商回來後，即已發現，然究竟相姦者何人？其來蹤去跡又如何？未能得悉，因四出探詢，直至四個月後，始稍得其蹤跡，知相姦人爲第二被告；然此不過爲一種傳聞之詞，毫無故實，刑事案件，首重證據，決不能以風聞之詞，即行告訴，不特徒煩官廳之偵查審判，而一有不幸，更受誣告及妨害人名譽之罪責；因是慎之又慎，以窮其究竟，晝夜探查，冀獲真相；直至本月某某日始發見第一被告與第二被告之通姦行爲及其確實證據，因即依法告訴。是告訴人之知悉，依法只可謂爲在本月某某日，而從前之所謂知悉，不過爲一種傳聞，一種疑似，不能謂之爲知悉；夫既知悉在本月某某日，則告訴人之告訴，根本不涉及刑事訴訟法第二一六條第一項；被告以之爲抗辯，實無理由。不僅此也：通姦爲繼續犯，即告訴人以前已探查明白，確知其事，而遲遲不告，直至今日破獲其姦情後，變雙擒獲，始行告訴，亦於法仍無所妨；蓋應自知悉其最後犯罪之時起算也。而况告訴人從前根本只有疑似，尙無知悉乎！故從任何方面解釋，被告之以刑事訴訟法第二一六條第一項爲抗辯，於法全無根據。(下略)

非親告罪之告訴期間

〔事實〕甲與乙結婚後，未幾，又與丙重婚。乙聞悉後，大爲憤怒，即欲告訴，甲知不妙，急挽人出而勸解，而甲自身亦卑躬屈膝，甜言蜜語，向乙當面疏通，往返磋商，乙始允許。不意未及一年，甲竟一改故態，露其本來面目，對乙時加虐待；於是乙忍無可忍，向法院檢察處對甲及丙提起告訴。檢察官偵查後，以乙之告訴時期，已逾六個月，依刑事訴訟法第二一六條第一項規定，在不得告訴之列；當即依同法第二三一條第五款規定，對甲丙爲不起訴處分。乙雖大憤，無如之何，因遍告親友，以洩其憤。時有某名律師者，與乙爲表親，聞知其事，大表同情，因代乙撰狀聲請再議，請求撤銷原處分，提起公訴。聲請再議後，檢察官認爲有理由，即將原處分撤銷，提起公訴，審理後判處甲丙各三年有期徒刑。其狀如左：

（上略）告訴人之告訴期間，依刑事訴訟法第二一六條第一項規定，誠爲六個月，過此不爲告訴者，即喪失其告訴權，不得再爲告訴；然此乃專限於告訴乃論之罪，故其條文，開首即明白規定「告訴乃論之罪」；是可見刑事訴訟法第二一六條第一項所規定之告訴期間，其範圍只及於告訴乃論之罪，不及其他。故凡刑法上規定告訴乃論之罪，依刑事訴訟法規定有告訴權人之告訴，必須受告訴期間之限制，一過此六個月之告訴期間，即不得告訴；若刑法上並非規定告訴乃論之罪，則犯罪之被害人或其他有告訴權人，得隨時告訴，絕不受告訴期間之拘束。本案聲請人所告訴者，爲刑法第二三七條之罪，而依同法第二四五條規定，並非爲告訴乃論之罪；既非告訴乃論之罪，則告訴人任何時得以告訴，與刑事訴訟法第二一六條第一項全無抵觸。乃竟以非告訴乃論之罪，誤與告訴乃論之罪併爲一談，謂爲已逾告訴期間，予以不起訴處分；未免違法。（下略）

告訴權之獨立行使

〔事實〕甲對乙及其妻丙屢屢侮辱，乙大怒，即以刑法第三〇九條第一項對甲告訴；經檢察官偵查後，立提起公訴。在法院審判中，乙因受各方面之勸戒，一時礙於情面，將告訴撤回，由法院依刑事訴訟法第二九五條第三款規定，爲諭知不受理之判決。乃甲以法院已經判決，故態又萌，對從前所允許之一切道歉等條件，均不履行。乙大憤，又欲告訴，但依法撤回告訴之人，不得再行告訴，甲雖不履行諾言，乙固無如之何。後商諸某名律師，因用乙之妻丙名義，撰狀對甲提起告訴，蓋丙固亦曾遭甲侮辱，前此未經告訴也。狀中於刑事訴訟法第二一七條第二項規定，反覆陳述，預防甲以此爲藉口。投狀告訴後，檢察官認爲有理由，偵查一過，提起公訴，結果判處甲以二萬六千元罰金，並令將判決書全部登報三日。其狀如左：

（上略）被告於某月某日公然對告訴人及告訴人丈夫某某侮辱一案，前由某某依法提起告訴，正在審判中，經親友多方調處，始於某月某日將告訴撤回，由鈞院刑事庭於某月某日依法爲諭知不受理之判決在案，但被告當日所侮辱者，不僅告訴人丈夫某某一人，告訴人亦在被侮辱之列，口講指劃，醜詞惡語，不特使人難堪，且涉及私人名譽信用。當某某投狀向鈞處告訴之際，告訴人本亦同時提起告訴，只以衆親友出而調處，被告允服禮賠罪，故未即提起；乃至今已將數月，被告竟不履行，衆親友亦知被告無理可喻，凶悍成性，故亦謝絕調停，不再與聞。因此於刑事訴訟法第二一六條第一項所定告訴期間內提起告訴。近聞被告於調停人謝絕調停時，在外揚言，謂告訴業經撤回，依法已不得告訴，即告訴亦無效力，聲勢洶洶，不可一世。查某某之告訴，雖經撤回，依刑事訴訟法第二一七

條第二項規定，誠不得再行告訴；且某某既經撤回告訴於前，此時當然無再告訴之理。但告訴人同一為犯罪之被害人，前此既未告訴，在此告訴期間以內，當然可以告訴，全不受某某撤回告訴之拘束。蓋告訴人亦為被害人之一，當然可分別行使其告訴權，予以告訴，對於同一被害人之所為，全無影響。該條項規定：「撤回告訴之人，不得再行告訴。」其效力固只可拘束撤回告訴之人，而於其他有告訴權人之告訴，全不受其拘束，儘可獨立行使其告訴權。故某某雖已撤回告訴，而在告訴人則仍可告訴，彼此並無不可分之關係也。（下略）

撤回告訴之效力

〔事實〕甲攔同乙丙兩人，共入丁家，對丁實施強姦；事後，丁即對甲乙丙三人告訴，已由檢察官偵查，提起公訴。甲極工心計，知難免罪，因乙丙二人與丁有舊，且乙丙之父與丁父亦極相熟，因密囑乙丙之父向丁進言，謂此事禍首，全由甲一人，乙丙二人實上其當，故正名定罪，應以甲為首；並同時一再懇商，將乙丙二人之告訴撤回，專告甲一人；又用甜言蜜語，向丁父女陳說，允將乙丙二人告訴撤回後，可幫同丁供述，證實甲之強姦罪行。丁一時不察，竟將乙丙二人告訴撤回。甲見事已成功，因請某名律師撰狀辯訴，以告訴不可分，援引刑事訴訟法第二一八條前段規定，請求法院不受理。法院受狀後，以甲所訴屬實，即對甲一併宣告不受理；丁雖事後大悔，然已無及，莫可挽救矣。其狀如左：

（上略）告訴不可分，此為刑事訴訟之大原則，故對共同犯中一人告訴或撤回告訴者，其效力及於共犯之全體，除依刑事訴訟法第二一八條但書為例外之規定外，其前段固明白規定「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤

回告訴者，其效力及於其他共犯，」是即可見。本案告訴人某某氏所告訴被告等三人者，爲觸犯刑法第二二一條第一項之強姦罪，而依同法第二三六條規定，爲告訴乃論之罪；夫既爲告訴之罪，則告訴人之告訴及撤回告訴，其效力應及於共犯全體，不能單對共犯中某一一人告訴，某一一人撤回告訴也。今告訴人對本案其他被告某某及某某二人，已正式撤回告訴；依刑事訴訟法第二一八條前段規定，其所指名撤回告訴者，雖只有其他被告某某及某某二人，而其效力之所及，則被告固亦未能獨異，當然一併在內也。故告訴人對本案共同被告某某及某某既經撤回告訴，對於被告，亦當然在撤回之列，不能單獨告訴。（下略）

再起訴之限制

〔事實〕甲犯偽證罪，經人告發，檢察官偵查結果，認爲犯罪嫌疑不足，對甲爲不起訴處分。告發人心不甘，遍地呼籲，向各級公署申訴；此本不合法者，不足發生效力，乃高等法院首席檢察官見此後，認地方法院檢察官之不起訴處分，實有未當，因本於上級公務員監督權之作用，遽命令地方法院檢察官重行偵查；檢察官雖明知告發人所陳非實，然既奉有命令，不得不再事偵查，提起公訴。甲因委任某名律師出爲辯護，撰狀向法院答辯，對檢察官之起訴，大肆攻擊，援引刑事訴訟法第二三九條，反覆陳說。結果，法院認甲所辯爲有理由，判決不予受理。其狀如左：

（上略）本案於某月某某日，已經檢察處發出某字第某某號不起訴處分書在案。本案並無告訴人，只有某某某告發，告發人依法無聲請再議權，故不起訴處分書一經送達，卽生確定之效力。不起訴處分既經確定，則依刑事條件一

事不再理原則，故除依刑事訴訟法第二三九條第一及第二兩款情事外，不得再行起訴。今檢察官所起訴者，果於不起訴處分後，對被告犯罪嫌疑，發現有該條第一款規定之新事實或新證據乎？抑發現有該條第二款規定之得為再審原因之情形乎？二者既均欠缺，一無發現，則依該條規定，即「不得對於同一案件再行起訴。」再釋此次起訴書，謂此次起訴，係受上級法院檢察官之命令，查上級法院之檢察官，雖對下級法院之檢察官有監督權，然其作用，不能及於訴訟之當事人，故除依刑事訴訟法第二三七條規定，因本於合法之聲請再議而將下級檢察官之不起訴處分撤銷外，絕不能於不起訴處分確定後而可重行命令偵查起訴，須知不起訴處分確定後，除有刑事訴訟法第二三九條所列兩款情由外，任何人均無權命令對同一案件再行起訴也。（下略）

傳喚證人之必要

〔事實〕甲告訴乙殺人，經起訴後，乙極口否認，且請求傳喚丙丁二人到庭作證；蓋甲訴乙殺人之時日，據乙自供在丙丁二人家中賭博也。法院據供，立傳喚丙丁二人到庭作證，不意前後發出傳票兩次，竟未到庭，據云，丙已就業子省，丁已往某地經商，無從到案；法院因不待丙丁作證，認乙確有犯罪行為，判處有期徒刑十二年；其實乙明知丙丁二人業已出門，無從傳案，故為此請求，以冀延宕，而不虞法院之遽予判決也。乙聞判後，不服，委由某名律師撰狀上訴，即以此一點為攻擊。上訴後，高等法院認為有理由，將原判決撤銷。其狀如左：

（上略）犯罪事實之認定，首重證據，故法院為被告有罪之判決，必基於犯罪事實之證據，且須於判決理由內載明證據之認定及其認定之理由；而法院於未經判決後，更須調查證據。其在當事人方面，於法院審判中，更可提出證據

及聲請法院爲傳喚證人之處分，以便有利於被告，不至偏聽一面之訴詞，寃沉海底。當事人此種聲請，法院雖未嘗不可認爲不必要而予以駁回，然既別無充分證據，爲認定被告有無犯罪行爲計，爲被告利益並獲得事實真象計，實不能遽予以駁回；若又未經駁回，允許當事人之聲請，發出傳票，傳喚證人，則非俟證人到庭作證，決不能隨便判決。本案在原審法院審判中，上訴人極口否認有殺害某某行爲，且舉出某某及某某二人作證；蓋某某被殺害之日，上訴人遠在某某二人家中，根本無此殺人之行爲也。乃原審法院既亦認爲有傳喚某某二人到庭作證之必要，而以兩次被傳不到故，逕不待其到庭作證予以判決；是不特未盡調查之能事，而於刑事訴訟程序上亦有未合，此種判決，實不能不認爲違法之判決。蓋證人既尙未到庭，何能遽認爲並非事實？使可如是率性判決，則刑事訴訟法上所規定之種種調查證據程序，亦爲多餘矣。故原審判決，於法實有未合。（下略）

不存在之證據

〔事實〕甲搶奪乙田中所收穀子一斗餘，經乙自訴，法院以甲堅不承認，調查證據，派員赴鄉，分別覓得丙丁戊三人供詞，然皆並未目覩，只稱「據聞傳說」；而乙所稱之甲事前曾有一信給乙，聲言須奪其穀子，亦始終未會提出；不過甲在審問時，曾言及乙曾欠彼穀子一斗，久索不還，故於乙收取田中收成時予以奪回；然亦未載明於審判筆錄。結果，法院認甲之搶奪行爲，確已成立，因即依刑法第三二五條第一項，處甲以八個月有期徒刑。甲不服，謀諸當地某名律師，撰狀上訴，於調查證據方面，依據刑事訴訟法第二六八條，對原判大肆攻擊，反覆陳述，理直氣壯。上訴結果，高等法院認上訴爲有理由，撤銷原判，改判甲無罪。其狀如左：

(上略) 刑事訴訟，首重證據，故苟被告無積極之犯罪證據者，即不能證明被告有犯罪行為，依法應為無罪之判決；若為有罪之判決，必須先證明被告有犯罪行為，而此證明，又必須有事實之認定，尤必須有認定之證據，決非空言所可認定。此非上訴人之私言，刑事訴訟法疊有明文規定，除第二六七條、第二九三條第一項及第三〇二條第一款等外，其第二六八條，更明白規定：「犯罪事實，應依證據認定之；」即此可見苟無積極證據，足以認定被告犯罪者，應即為無罪之判決，不能捕風捉影，文致周內也。原審法院判處上訴人罪刑，其所認定之證據果何在？自訴人雖一再聲述事，前上訴人曾有信給彼，聲言搶奪其穀子，然絕無證據，始終未將信件交出，是已不能認為證據；判決書內雖載有上訴人供辭，謂自訴人因欠有穀子一斗，久索不還，故於收取時予以奪回，然此語迄未載明在審判筆錄上，又根本不能作為證據，完全憑空；至某某等三人所具切結，雖謂上訴人有搶奪情事，但亦皆謂得諸傳說，並未目覩。是原判所認定上訴人犯罪之證據，在法律上無一有證據之價值，全非證據。既非證據，原判更何所據而認上訴人確有犯罪行為？刑事訴訟，以直接審理為原則，故必須經過調查證據，而所得之證據，又必須確實存在，始得採為判決基礎；故認定犯罪之證據，必須為足以認定被告犯罪行為之積極證據，且須顯出於審判庭；如不然者，即無合法證據之效力，即不能證明為有犯罪行為。原審所認定上訴人之各種犯罪證據，果否可認為積極證據？其證據既不存在，又如何可認上訴人為有罪，而予以有罪之判決？(下略)

證據之調查程序

〔事實〕甲曾在縣警察局呈告警察乙，經調查後，不特並無其事，且查悉甲為故意誣告，因即依法移送檢察

處，偵查結果，以刑法第一六九條第一項提起公訴。法院審問時，審判長草草了事，僅問以是否在縣警察局投遞呈狀，告訴警察乙，並未將呈狀提示甲閱看，亦未將呈狀內容告知。法院審理後，即判處甲有期徒刑三年，甲不服，提起上訴，又維持原判。甲因請某名律師設法，撰狀向最高法院提出第三審上訴，某名律師細閱全卷，發現此事，因即根據刑事訴訟法第二七一條及第二七二條第一項各規定，從訴訟程序上對原判力予指摘，謂為違法。上訴後，最高法院認為有理由，將原判撤銷，發回更審。其狀如左：

（上略）犯罪事實之認定，必須有確切不移之證據，而此所認定之證據，又必須認被告確有犯罪行為之積極證據，且此證據，於調查所得後，更必提示於被告，令其辨認，如為文書者，又須向被告朗讀或告以要旨，不能只憑告訴人、檢察官及法院之片面認定。刑事訴訟法第二六七條及第二六八條，固規定「審判長應調查證據」，「犯罪事實，應依證據認定」，而於第二七一條，更明白規定其程序：「證物應示被告，令其辨認，如係文書，而被告不解其意義者，應告以要旨」；其第二七二條第二款，又為之規定：「卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，應向被告宣讀，或告以要旨」。是即可見認定犯罪事實之證物，必須使被告辨認，更須將其內容宣示於被告，以明真偽。本案某某縣警察局之移送檢察官之起訴，均以上訴人會向某某縣警察局投遞一呈，誣告警察某某為唯一犯罪證據，然此證據，在第一審某某地方法院審判中，固絕未提示上訴人，使上訴人辨認真偽；而於呈詞之內容，亦絕未向被告宣讀或告以要旨；嗣上訴人不服第一審判，向原審法院上訴，原審法院亦未注意及此，審問一過，即予判決；是實違反刑事訴訟法第二七一條及第二七二條第一項之規定，未曾踐行訴訟中調查證據之程序。上訴人確誠向某某縣警察局投遞一呈，呈中又

確爲告警察某某者；然其內容，並不如判決書中所援引者；故上訴人之是否犯誣告罪，尙有待於審究，而上訴人亦儘多辯護之餘地；故縣警察局所移送之原呈，是否卽爲上訴人之所呈？正大有研究之餘地，不能置而不問。乃兩審均未注意及此，草草了事，是顯然違背刑事訴訟法第二七一條及第二七二條第一項規定，不踐行調查證據之程序；其爲不適法，不言可喻。此非上訴人之狡辯，有審判筆錄可資證明。（下略）

其二

〔事實〕甲被訴殺人一案，檢察官提起公訴後，先由法院受命推事詳爲訊問，且將實行調查之證據，全部調查；迨開庭審判，審判長以受命推事在訊問中業已調查詳細，卽開辯論，匆匆一過，遽宣告辯論終結，判處甲以十二年有期徒刑。甲不服，商諸某名律師撰狀上訴，對原判從訴訟程序上攻擊，反覆陳述，援引至詳。上訴結果，認甲上訴爲有理由，將原判予以撤銷。其狀如左：

（上略）查刑事訴訟法第二六七條規定：「訊問被告後，審判長應調查證據；」是犯罪之有無，必須經審判長將證據予以調查，決不能僅憑檢察官偵查所得或受命推事調查所得，卽認爲真實，而予以忽略。行合議審判之案件，爲準備審判起見，依刑事訴訟法規定，固得於審判期日前，派庭員一人爲受命推事，訊問被告並蒐集或調查各項證據，以爲審判之準備；但於審判期日，審判長於訊問被告後，仍應踐行刑事訴訟法第二六七條所規定之調查證據程序，不以受命推事曾經調查與否而有異。縱或受命推事在審判期日前調查業已詳細，記明於筆錄，無再調查之必要，然亦必須依同法第二七二條規定，將卷宗內之筆錄及其他各書之可爲證據者，向被告宣讀或告以要旨，不能默爾而息。

致被告無從辯護。本案上訴人犯刑法殺人罪嫌疑，雖曾經原審法院受命推事訊問及調查證據，然審判期日，法院審判長並未依法再調查證據，對於刑事訴訟法第二六七條之規定，顯然有違，曰受命推事已曾調查，然亦未曾踐行同法第二七二條之規定，將受命推事調查所得之證據，向上訴人宣讀或告以要旨；是其審判，實根本違法，全未依法定程序。既未依此種程序，則其所用以認定上訴人犯罪，且採爲判決基礎者，即因而動搖，未能成爲信讞。刑事訴訟，取直接審理主義，而犯罪之有無，又全憑證據，至證據之是否確實，更須賴法院之合法調查；今既顯違此種程序，則所以採爲判決基礎，認定上訴人犯殺人罪者，實屬根本無據！（下略）

被害人之意義

〔事實〕甲存入乙商店款項一十萬元，由丙經手，丙卽爲乙商店職員，因將款項私行吞沒，但仍用乙商店名義出立收據，完全無誤；蓋丙既爲乙商店職員，自有方法出立此收據也。到期而後，甲前往收取，發生問題，因悉此款爲丙侵占，因依刑事訴訟法第三一一條第一項，以刑法第三三五條，對丙提起自訴。丙以事實具在，無可挽救，因商諸某名律師代爲設法；某名律師細核案情，即撰狀辯訴，否認丙爲被害人，依法不得自訴。法院審理後，認丙所辯是實，因將甲之自訴駁回，諭知不受理。其狀如左：

（上略）刑事訴訟法第三一一條規定，凡得提起自訴者，必須爲犯罪之被害人，舍此卽無自訴權。本案自訴人某某某所訴之內容，固非事實，被告根本未嘗有吞沒自訴人存款之事實，完全交付某某店中，出立收據；今日發生糾葛，乃由某某商店與被告個人之內部糾紛，與自訴人無與；卽或盡如自訴人所言，此款爲被告吞沒，然既由某某商店出立

收據，自訴人亦可直接以債權人名義，向某某商店行使其債權，而受害人只爲某某商店，並非自訴人。蓋即如所言，被告之所侵占者，亦只爲某某商店之款，而非自訴人之款；自訴人既經取得某某商店之收據，是已一無損害，儘可依民法規定，對某某商店行使其債權，不以被告之從中侵占而阻卻其債權之成立。是自訴人全非被害人，不得以被害人名義，對被告提起自訴。姑無論被告並未侵占，即屬侵占，亦侵占某某商店之款，受害者爲某某商店，於自訴人全無關係。（下略）

自訴之限制

〔事實〕甲毆傷乙，時乙年尚十二，因由乙之父丙以乙之法定代理人名義，出向甲提起自訴，甲委任某名律師出爲辯護，因根據刑事訴訟法第三一一條規定，對原訴力肆抨擊，否認丙有代理自訴權。法院審理結果，認甲所辯極有理由，因依刑事訴訟法第三二六條規定，諭知不予受理。其狀如左：

（上略）刑事訴訟，與民事訴訟不同；民事訴訟，凡當事人無行爲能力者，得由其法定代理人代理；而刑事訴訟，則當事人苟無行爲能力者，除犯罪之被告外，即無當事人之資格，不得爲當事人。此觀於刑事訴訟法第三一一條第一項但書規定，即可見無行爲能力者，即不得提起自訴，爲刑事訴訟之當事人。且刑事訴訟，本探國家追訴主義，被害人除自訴外，更可告訴，如非告訴乃論之罪，即第三人亦得告發，以檢察官爲當事人，固不限於自訴也。因之，苟被害人而果無行爲能力者，即不許自訴，且並無任何條件，可以通融，在民事訴訟法上，規定「有權利能力者，有當事人能力」，故即並無行爲能力人，亦可爲民事訴訟之當事人，不過依民法規定，由法定代理人爲之代理；若在刑事訴訟法上，根本

無此規定且限定提起自訴，必須有行為能力人始可；則本案自訴人年僅十二，依法尚無行為能力，即無權可提起自訴，縱有法定代理人為之代理，依法亦屬無效；蓋刑事訴訟法並無允許無行為能力人得由法定代理人提起自訴或代為提起之規定，自應依據同法第三二六條規定，應不受理。（下略）

其二

〔事實〕甲妻乙與丙通姦，為甲破獲，當即向丙提起自訴，對乙則不願深究。丙被訴後，商諸某名律師，因依告訴不可分及配偶不得自訴之原則，起而辯訴，引述刑事訴訟法第三一三條規定，否認甲對丙有自訴權。法院受狀後，以丙所辯為有理由，因為不受理之判決。其狀如左：

（上略）配偶不得自訴，刑事訴訟法第三一三條有明文規定，故犯罪之被害人即為犯罪人之配偶者，只可告訴，不得自訴；縱犯罪人除配偶而外，倘有其他得為自訴之人，依告訴不可分之原則，亦不得自訴。蓋同一案件，其性質不可分，不能以一部向檢察官告訴，另一部又向法院提起自訴，致同一案件，而由法院異其程序審判也。本案自訴人自訴被告，謂與其妻某某氏通姦，構成刑法第二三九條之罪，故對被告提起自訴；然刑法該條之罪，乃為有配偶而與人姦淫及姦淫有配偶人之必要共犯罪，既經依法追訴，依告訴不可分之原則，不問對全體共犯共同追訴，或只對共犯中一人追訴，其效力相同。夫既效力相同，則共犯中之一人某某氏既為自訴人之配偶，依法不得提起自訴，則對於其他共犯之被告，依告訴不可分之原則，亦當然不得提起自訴。且此為告訴乃論之罪，非可與非告訴乃論罪之得由被害人隨意選擇，對某一一人追訴，對某一一人不追訴。雖依刑事訴訟法第二一八條但書規定，對於配偶，不妨單獨撤回告訴；

然亦必於踐行告訴程序後爲之，不能在未告訴前，即單獨向相姦者一人提起。以故自訴人對被告之提起自訴，實爲非法。（下略）

非親告罪與告訴不可分

〔事實〕甲之夫乙與丙重婚，甲大憤，欲向法院告訴，後以各親族之調處，對乙顧及夫妻情誼，允予和平了結，唯對丙氣憤益深，即向法院提起自訴。不意遭法院判決不予受理，謂告訴不可分，既對丙自訴，其效力亦即及於乙；對乙既依法不得自訴，則對丙亦不得自訴。甲聞判後，計無所施，因謀諸某名律師，撰狀上訴，力駁原判違法，洋洋灑灑，攻擊甚力。上訴後，高等法院認爲有理由，即撤銷原判，處丙以有期徒刑一年六個月。其狀如左：

（上略）查刑事訴訟法上所規定告訴不可分者，乃只限於刑法上告訴乃論之罪，若非告訴乃論之罪，即不在此例；此觀於該法第二一八條之規定「告訴乃論之罪」一語而可見。蓋必告訴乃論之罪，而後告訴不可分，對於共犯中之一人告訴者，其效力及於全體共犯，使共犯中而有一人爲被害人之配偶，依刑事訴訟法第三一三條規定，不得對之提起自訴，則因告訴不可分之原則，對於其他非配偶之共犯，亦不得提起自訴；蓋自訴一人，即與自訴全體共犯無異。本案上訴人所訴者，爲被告犯刑法第二三七條之重婚罪，即並非告訴乃論之罪，既爲非告訴乃論之罪，即不受刑事訴訟法第二一八條告訴不可分之限制，縱數人共犯一罪，亦不過爲一種相牽連案件，不妨由上訴人自由選擇其中一人單獨提起自訴。本案被告所犯之罪，誠與自訴人之配偶某某氏爲共犯，而某某又爲自訴人之配偶，依法不得提起自訴者，然對於被告，並非不可單獨提起自訴，與刑事訴訟法第二一八條告訴不可分，全無關係；蓋爲非告訴

乃論之罪，不得與告訴乃論罪併爲一談也。乃原審法院昧於此理，竟認爲不得自訴，諭知不受理，實爲違法之判決，未能使上訴人甘服。（下略）

自訴之時期

〔事實〕甲告訴乙侵佔，經檢察官偵查後，認乙犯罪嫌疑不足，爲不起訴處分。事後，甲又發現新證據，以檢察官既經不起訴處分，此次再行告訴，或恐檢察官預有成見，未必起訴，因改向法院提起自訴。乙受訴後，即商諸某名律師，撰狀答辯，根據刑事訴訟法第三一五條第一項，力駁甲自訴之不合訴訟程序。結果，法院認乙所陳爲有理由，諭知不受理。其狀如左：

（上略）本案前曾由自訴人以告訴人名義，於某月某日向檢察處告訴，經偵查後，於某月某日由檢察處發出某字第某某號處分書，對本案宣告不起訴處分，而自訴人亦未以告訴人名義聲請再議，即於某某日確定。乃自訴人近又以發現新證據爲言，向鈞院提起自訴，必欲陷被告於罪。查刑事訴訟法第三一五條第一項規定：「同一案件，經檢察官終結偵查者，不得再行自訴。」姑無論本案業經檢察官不起訴處分確定，即或尙未確定，苟在某月某日檢察官發出不起訴處分書，表示終結偵查而後，自訴人即無自訴之權；而況不起訴處分又業經確定，自訴人更無再行提起自訴之理。訴訟案件，不問刑事或民事，皆一事不再理，故被害人於被害之時，誠可告訴或自訴，自行隨意選擇一途，然既告訴而後，且已經檢察官偵查終結，依法即不得對同一案件，再行提起自訴。故自訴人之自訴，實爲違背刑事訴訟法第三一五條第一項規定，爲不應自訴而自訴。若曰發現新證據，姑無論此項證據，未足爲認定被告犯罪行爲

之積極證據，大有考量之餘地，即退下數百步，暫不妨認爲本案之新證據；然依刑事訴訟法第二三九條第一款規定，亦只檢察官得據之再行起訴，不能適用於自訴人。蓋其第三九條規定，乃爲國家賦予檢察官之一種特權，故只適用於檢察官，非自訴人所得藉口。故刑事訴訟法第三三五條關於自訴程序準用公訴之規定，將第一章第一節偵查程序除外，自可明瞭；蓋不以第二三九條之再行起訴權，賦予自訴人也。自訴人既無此權，則本案自訴人之對被告提起自訴，顯然違法！（下略）

自訴案件之就審期間

〔事實〕甲自訴乙侵占業務上持有物，於八月十日發出傳票，定十二日開審；甲至期因事未往，以爲第一次審理，尙須調查證據，決不至即告辯論終結，不妨俟二次審理日前往；不意法院審問一過後，即依刑事訴訟法第三二三條第一項後段，逕予判決，對乙宣告無罪。甲接到判決書後，正是哭笑不得，因商諸某名律師，撰狀提起上訴；某名律師細閱卷宗，發現傳票與審判日期，只有二日，認爲違法，即從此點抨擊原判決違法。上訴結果，高等法院認爲有理由，將原判決撤銷，其狀如左：

（上略）刑事訴訟法第三二三條第一項規定，其要件乃爲「自訴人經合法傳喚，無正當理由不到庭」，所謂合法傳喚，必須法院對自訴人之傳喚，依刑事訴訟法之規定，並無錯誤之處；若傳喚未盡合法，即不得認爲合法傳喚，而亦不生傳喚之效力。本案原審法院之審判期日，爲本年八月十二日，而本案又爲犯刑法第三三六條第二項之罪，不在刑法第六一條所列各罪之內；是依刑事訴訟法第三五一條規定，法院發出傳票，至遲應爲八月九日；公訴如是，而自

訴亦屬如是。蓋依同法第三三五條規定，應準用公訴程序也。乃原審法院發出上訴人傳票，已爲八月十日，距十二日之審判期日，其就審期間，只有二日；是其傳喚，實違背法律上之規定，未能認爲合法。既未合法，則其傳喚，在法律上實無傳喚之效力。上訴人之不遵期到案，不能認爲無理由。既未有合法之傳喚，而上訴人因之而不到庭，卽非無理由。原審法院何得據之而逕予判決？是明明爲違法之判決，不能不提起上訴，以求救濟。在上訴人個人受輕猶小，而因此影響及於其他當事人，致刑事訴訟法失其威信，則所關匪細。（下略）

上訴之限制

〔事實〕甲自訴乙傷害罪，經法院依刑法第二七七條第一項，判決乙處有期徒刑一年十個月，不意甫經判決，而甲傷重身死；甲之妻丙因以乙處罪太輕，特向高等法院提起上訴，請求另爲判決。乙因委任某名律師出而辯護，代爲撰狀；某名律師以從實體上爭辯，頗自圓其說，因從程序上攻擊，力陳甲妻丙依法無當事人資格，不得提起上訴。結果，高等法院以乙答辯爲有理由，卽認丙之上訴爲違法，將上訴駁回。其狀如左：

（上略）上訴之權，依刑事訴訟法規定，只限於當事人，此外則爲被告之法定代理人及配偶；此觀於該法第三三六條及第三三七條而可見。本案之當事人，除被告外，爲自訴人某某，依法規定，只被告與某某有上訴權，此外只檢察官得依同法第三三九條規定，不妨提起上訴。若於此三者而外，任如何無上訴之權利。乃細閱上訴狀，其上訴人爲自訴人之妻某某氏。某某氏並非本案當事人，究何根據，而可提起上訴？自訴，只限於犯罪之被害人，被害人而外，任何人絕無自訴權，故卽自訴人而不幸在訴訟程序進行中而死亡者，亦只可由檢察官擔當訴訟，絕不許自訴人之任何

親屬或配偶承受訴訟；承受訴訟，尙屬不許，而况提起上訴！依刑事訴訟法第三條規定：「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告。」而依同法第三三六條規定，則有權上訴者，只限於當事人；本案上訴人某某氏，並非本案之當事人，依法規定，即無上訴之權，其上訴實爲違法。若以第三三七條爲言，則配偶之得以上訴，亦只限於被告之配偶，且必爲被告之利益；而本案上訴人某某氏，則爲自訴人之配偶，而非被告之配偶，在刑事訴訟法上並未賦予以上訴之權，當然不得獨立上訴，亦不得以代理人或承當訴訟人名義，而爲上訴。（下略）

其二

〔事實〕甲自訴乙犯刑法第二四〇條第三項意圖營利而和誘未滿二十歲之人脫離家庭罪，法院審理時，甲忽無故不到，因是法院即通知檢察官擔當訴訟。審理而後，以乙犯罪嫌疑不足，判乙無罪。甲聞判後，以原判決不當，具狀向高等法院提起上訴。乙因商諸當地某名律師，撰狀答辯，痛駁甲已無上訴權，其上訴爲違法，請求予以駁回。高等法院受狀後，以乙所辯爲有理由，即將甲上訴駁回，其狀如左：

（上略）本案在第一審初審時，誠爲自訴案件，上訴人居於當事人之地位，但原審法院審判後，因上訴人經合法傳喚而無故不到，已通知檢察官擔當訴訟；既由檢察官擔當訴訟，則訴訟程序，已由自訴而變更爲公訴，原告人已由上訴人之自訴人而變更爲檢察官，其可爲本案之當事人者，亦只有檢察官與被告，而非復爲上訴人。以故自檢察官擔當訴訟後，一切訴訟程序，皆依照公訴程序進行，上訴人完全退出當事人之地位。上訴人既已退出當事人之地位，則依刑事訴訟法第三三六條第一項規定，上訴之權，只檢察官與被告，上訴人絕無上訴權；蓋上訴人已非當事人，而非

當事人則固無權可以上訴也。既無權上訴而上訴，依刑事訴訟法第三六〇條規定，應以判決將其上訴駁回，絕無審問實體之餘地。（下略）

自訴人撤回上訴之限制

〔事實〕甲自訴乙強姦罪，因地方法院第一審判決乙無罪，認為未盡調查之能事，特向高等法院提起上訴。高等法院以案情複雜，特於審判期日前，先指定受命推事從事訊問；在訊問中，甲因種種事故，突受刺激，忽聲言撤回上訴，不願多受刺激；因是高等法院即依法將上訴駁回。乙自上訴駁回後，得意洋洋，不可一世；甲大憤，商諸某名律師，擬對乙另圖辦法，予以懲儆；某名律師細閱卷宗，計從心來，因根據刑事訴訟法第三四八條及第三五〇條第一項規定，撰狀再向最高法院提起第三審上訴，力駁原審判決違法。上訴結果，最高法院認為有理由，將原審判決撤銷，將本案發回高等法院更為審判。其狀如左：

（上略）本案上訴人之上訴於原審法院，雖在受命推事調查中因一時受到刺激，聲言撤回上訴，不願多受刺激；然並未曾依刑事訴訟法第三五〇條第一項規定，既未用此狀聲請撤回，亦未嘗用言詞在審判期日聲請撤回；是所謂撤回上訴者，根本於法無據，依法不生撤回上訴之效力。且依同法第二四八條規定：「自訴人上訴者，非得檢察官之同意，不得撤回。」是上訴人果合法撤回，亦必須得到檢察官同意後，始有撤回之效力。今原審法院根本未徵求檢察官之同意，姑無論上訴人在受命推事前所為之陳述，於法無據，不生撤回之效力，即退下一步，認為可以生效，而既未得到檢察官同意，亦不能認為撤回上訴。須知第二審與第一審不同，在第一審中，依刑事訴訟法第三一七條第二項

規定：「於審判期日或受訊問時，得以言詞爲之；」而在第二審，則截然不同，只規定「於審判期日，得以言詞爲之，」特將「或受訊問時」五字刪去；是可見在第二審之受命推事訊問中，上訴人縱撤回上訴，亦全無法律上之效力，仍應定期審判，乃原審法院昧於此理，竟遽以此爲駁回上訴之判決，認上訴人已撤回上訴，實不得不認爲其判決違背法令。（下略）

乙 特種刑事事件訴訟條例編

告訴人之聲請覆判權

〔事實〕甲在敵僞時代，曾受乙敲詐，時乙擔任僞組織下保長，憑藉敵僞勢力，指甲有抗敵行爲，百般恫嚇，詐去僞中儲券一十萬元，金鐲兩只。勝利後，甲即向高等法院告訴，指乙犯懲治漢奸條例第三條之罪；法院審理後，判乙一年四個月有期徒刑。甲不服，以乙如此行爲，處刑只一年四個月，罪與刑未免不相當；因商諸某名律師，意圖呈訴，但依照特種刑事事件訴訟條例，並無自訴之規定，而告訴人非當事人，更無聲請覆判權；因根據該條例第一條第一項「本條例未規定者，仍適用刑事訴訟法及其他有關之法令」規定，且依第一〇條「聲請覆判，得由依刑事訴訟法有上訴權之人……爲之」規定，再依刑事訴訟法第三〇六條第二項規定，陳訴檢察處，請爲聲請覆判。檢察官接狀後，以甲所陳理由尙屬正當，因即依法聲請覆判；結果，認聲請爲有理由，將原判撤銷，改處甲五年有期徒刑。其狀如左：

（上略）罪疑惟輕，誠爲我國之治術，而刑故無小，亦爲執法者所應凜遵；本案被告某某，於敵僞時代，不以國家民

族爲重，甘心阿附叛逆，在敵人槍刺卵翼之下，公然竄緣僞保長職務，而又不思補過，爲人民解除一分痛苦，反憑藉敵僞勢力，到處敲詐，誅求無已，凡地方上稍有聲望或身家稍殷實者，卽以抗日爲名，百般恫嚇，予取予求；如聲請人卽爲被害人之一，此中詳情，前已呈訴，無再贅述。以如此全無心肝之人，依法科刑，重則置之大辟，輕亦應終身禁錮，以洩民憤，以儆叛逆，乃原審法院竟認爲情迹輕微，予以減輕，而又認爲受敵人壓迫，其動機出於不得已，曲爲之原，一減再減，只處以一年四個月。當地方淪陷之時，受敵人壓迫者，不止萬萬人，卽以本地方言，亦不下萬數，何以他人皆不附逆，而獨被告一人附逆？豈被告一人獨受壓迫，而其他萬餘人民皆不受壓迫乎？且如對聲請人敲索一事，明明爲遷藉敵僞勢力，魚肉良民，尙何「受敵人壓迫，其動機出於不得已」之有？故卽舍棄漢奸一事不談，卽其敲詐一事，亦構成恐嚇詐財罪，不止處刑一年四個月；而况應處大辟之漢奸行爲，豈可反一減再減，失出至此？依特種刑事案件訴訟條例，被害人告訴而後，誠無不服判決聲請覆判權，然其第一條第一項既有「本案例未規定者，仍適用刑事訴訟法」之規定，則依刑事訴訟法第三〇六條第二項規定，告訴人如對原判有所不服，當然得於聲請覆判期間內，提出意見，聲請上訴；而依特種刑事案件訴訟條例第十條規定，檢察官當然有上訴權。以如此量刑出失之判決，使再不聲請覆判，則何以勵民族氣節？何以洩人民公憤？且何以對一般忠貞不貳之志士仁人聲請人固虎口餘生，在敵僞時代備受侮辱，早準備以一死報國家，對此亦不願再有何種希冀，卽將被告宣告無罪，亦一笑置之；不過事關國家民族，觀聽所繫，足以墮志士之心，長凶人之德，而代表國家之檢察官，更不能默爾而息，一任叛逆逍遙得志。須知罪疑固不妨從輕，而刑故實亦不容稍寬；不能博忠厚之名，而長凶惡之氣，致良民吞聲，正士飲泣也。（下略）

聲請再審權

〔事實〕甲告發乙貪污，結果以證據不足，法院將乙宣告無罪。兩月後，甲從各處搜集乙貪污證據，發現乙有親筆書信一封，因依特種刑事案件訴訟條例第二八條第一項，向原判決之地方法院聲請再審。乙以證據鑿實，無可減輕，不覺大恐，因委任當地某名律師出為辯護；某名律師固心思極細，而又於法律極為熟練，一字不肯放過者，知在實體上無可辯護，因專從程序上攻擊，力駁聲請再審之違法，不應受理，應予駁回；對法院核准再審之裁定，提起抗告，請求撤銷。蓋依特種刑事案件訴訟條例第一條第一項規定，應適用刑事訴訟法，而刑事訴訟法第四二一條規定，只檢察官及自訴人有此權，而告發人則不得為再審之聲請也。乙提出此抗告狀後，法院認為極有理由，因即將核准甲再審聲請之裁定撤銷，乙得安然無事。其狀如左：

（上略）查特種刑事案件訴訟條例第二八條第一項規定，雖與刑事訴訟法上規定之再審條件不同，然除該條規定外，其他關於再審之一切程序，均未有規定，依同法第一條第一項「適用刑事訴訟法」之規定，當然一切依照刑事訴訟法規定辦理，不容有異。刑事訴訟法第四二一條規定：「為受判決人之不利聲請再審，得由管轄法院之檢察官及自訴人為之。」是特種刑事案件之聲請再審，雖其條件應依特種刑事案件訴訟條例第二八條規定，而無聲請再審權，在特種刑事案件訴訟條例中既無明文，即應依刑事訴訟法第四二一條規定。刑事訴訟法第四二一條既規定只限於管轄法院之檢察官，則凡檢察官及自訴人而外，縱有確實之新證據發現，亦無權可以聲請再審。本案聲請某某，固非檢察官，亦非自訴人，在原案不過一告發人，告發人固絕對無聲請再審之權，即或盡如所言，獲得

確實之新證據，亦無權可以使用；而況所謂新證據者，亦未必確實。若以告發人而可以隨便聲請再審，將確定之判決動搖，則刑事訴訟法第四二一條，尙有何用？而該條又何必規定只限於管轄法院之檢察官及自訴人，其爲違背聲請再審程序規定，毫無疑義！（下略）

第三章 行政訴訟案之刀筆

甲 違警罰法編

深夜開放留聲機

〔事實〕甲與乙同居而居，素有嫌隙，甲屢欲令乙遷徙，而難於啓齒。適乙新購一留聲機，終夜開放，甲遂予以禁止，不許開放；乙不服，開放如故；因即投狀警察局，以違警罰法第五六條第一項第九款請求將乙懲處。警察局偵訊結果，判處乙八百元罰鍰，且依同法第二二條規定，將留聲機予以沒入。其狀如左：

（上略）查深夜喧嘩，不特妨害同住人及鄰近人之安寧，更妨害及於公衆之安寧，良以尋常情況之下，不問農工商學，均日出而起，日入而息，白晝治事，夜間休息，苟非有特殊事故，決無深夜治事者，而况深夜喧嘩，更易起人民之驚擾，足以引起公共秩序之不安。被告某某置有留聲機一具，每於夜半十二時左右，從事開放，聲徹四鄰，均爲不安；告訴人與之同住一屋，初以爲被告興之所至，偶一爲之，而不料半月以來，竟每夜如是，非過夜半一時後不休；告訴人初則向之警告，置若罔聞，後正言禁止，更老羞成怒，四鄰羣起煩言，舉室爲之皇皇。查違警罰法第五五條第一項第九款規定：「深夜喧嘩，或開放播音機之留聲機或其他發音器，妨害公衆安寧，不聽禁止者，」是被告此種行爲，實觸犯該條款之規定，應予以懲處；而依同法第二二條規定，更應即其供違警用之留聲機予以沒入。蓋被告此種行爲，實妨害公

衆之安寧，依情依理依法，均不得不予以懲處以儆效尤。（下略）

賭博

〔事實〕甲與乙不睦。乙別無所好，只好雀戰，每遇星期日或休假日，必邀集友朋來家雀戰，甚至卜晝不足，更以卜夜。乙固極諳法律者，以爲刑法上賭博罪，必限於在公共場所或公衆得出入之所，或者爲意圖營利供賭博場所或聚衆賭博，偶爾聚集數人，作竹林之戲，不在犯罪之列，固亦無所畏懼，坦然置之。不意甲卽以此爲隙，根據違警罰法第六四條第一項第八款，向當地警察局告訴。結果，判乙處五日拘留，並將賭具收入。其狀如左：

（上略）傷風敗俗，莫甚於賭，作奸犯科，每多萌於賭，故賭博之爲害，小之足以傾家蕩產，大之更可引起盜心，而廢時失業，尤爲彰彰者。刑法對於賭博罪之處罰，雖只限於公共場所及公衆得出入之所，然以賭博爲常業或聚衆賭博者，亦法有專條，蓋所以維風化，防盜匪，不使之公然無忌，以紊亂社會風俗，破壞社會秩序也。被告某某，酷嗜賭博，家藏賭具，不止一副，每逢休息之日，卽呼朋引類，相與雀戰，甚至白晝不足，又繼以夜；且往往借此邀集多數同類，相與聚觀，呼盧喝雉之聲，達於戶外，而四鄰之嗜賭者，亦遂以此入室，男女雜沓，履舄交錯，其情狀竟有令人不敢正視者。被告此種行爲，雖未構成刑法上之賭博罪，然已觸犯違警罰法第六四條第一項第八款之違警行爲。蓋雖非公共場所或公衆得出入之所，而其賭博財物，則已爲不可逃避之事，使再一任其自然，不予懲治，則其害之所及，將有不可勝言者矣！况聚賭者雖僅四人或八人，而因之觀客紛集，男女無別，更難免不發生其他意外，故更不得不及早懲治，以事防範。

（下略）

邪術治病

〔事實〕甲素惡迷信，而又極崇拜科學，故凡事之不科學者，必併力排斥之，絕不留情。一日，路過子街，見有一道裝老人，以符水爲人治病，一時聚觀者固衆，而求其符水者亦不少。甲一見大怒，卽回家撰一呈狀，特向當地警察局，請以違警罰法第六八條第一項第五款，治以應得之罰。警察局受呈後，偵訊一過，卽判處道裝老人以五日拘留。其狀如左：

（上略）醫學不特有關人命，且涉及民族之健康，國家之盛衰，故文明各國，對於從事醫業者，取締極嚴，非受有相當之醫學教育，不許登記爲醫，而又非經國家主管機關核准登記，不許開業。蓋非此無以保民族之健康，措國家於強盛，更不至等人命於草芥。卽在我國，亦疊頒條例，對醫藥兩途，極端慎重，苟有未經國家主管機關允許而私行爲人治病或售賣藥品者，一體禁止；蓋所以重人命，而亦所以保民族之健康，謀措國家於強盛，不使永貽東亞病夫之誚也。乃近有住居治下某某街第某號之某某者，既未聲請核准開業，爲正式醫生，又未經主管機關核准，允許其出售藥品；乃竟公然出售符水，爲人治病，身服道裝，滿口胡言，託迷信以斂財，造妖言以惑衆；而蚩蚩者氓，罔知利害，竟趨之若鶩，爭先恐後。姑無論以此治病，病日加深，其所出售之符水，微菌聚集，有礙衛生；卽幸不至此，而患病者因以延誤時日，致不及診治，本輕症者變而爲重症，本易診治者變而爲不治，其貽禍於病人者，正不知其幾。查違警罰法第六八條第一項第五款，對以邪術或其他不正當方法治病者，應處七日以下拘留或五十元以下罰金；某某此種行爲，實構成該條款之違警罰，蓋以符水爲人治病，完全爲一種邪術，無可逃避也。（下略）

隨地吐痰

〔事實〕甲開設茶鋪，飲者紛至，甲爲招攬主顧計，室中布置極爲華麗。有乙者，恆往品茗，因他故發生嫌隙。蓋乙性喜隨地吐痰，爲甲所惡，而亦爲衆茶客所厭，甲前往禁止，遂生意見也。然乙性仍不改，甲因根據違警罰法第七一條第一款規定，向警察局呈訴。警察局偵訊後，判處乙八百元罰鍰。其狀如左：

（上略）查違警罰法第七一條第一款規定，凡在公共場所任意吐痰，不聽禁止者，處以罰鍰。良以吐痰雖屬小事，然其害之所及，足以損及全國民族之健康，甚至殺盡全國人民之生命。蓋一痰之中，含有微菌無數，而此微菌，又大部爲肺結核菌，一遇日光蒸晒，將痰中所含水分晒乾後，其菌即混入塵埃之中，隨風飛揚，一入人呼吸器管中，即孳生繁殖，發作其毒素，以損害人之健身；故凡肺結核之發生，百分之百由於此。故欲防止肺結核之蔓延，必先從事清潔，而禁止隨地吐痰，實爲釜底抽薪之要圖；否則任何良藥，無以濟事。告訴人開設某某茶館，供衆人品茗，因防止微菌傳染故，竭力從事於清潔；以故賓至如歸，營業日盛。乃被告某某不聽禁止，任意隨地吐痰，每來品茗一次，其座之四週，竟有令人見而作惡心者；告訴人疊加禁止，置若罔聞，因此衆茶客爲之不憚，視爲畏途。被告此種行爲，實構成違警罰法第七一條第一款之違警行爲；蓋茶館明明爲公衆場所，任何人均可出入，非其他店鋪可比也。今被告如此不顧公德，不顧公衆衛生，任意吐痰地上，其微菌散播之所及，正足禍盡蒼生，一人傳染，害及全家，一家傳染，害及全市；懸想至此，正堪不寒而慄。（下略）

使人服過分勞役

〔事實〕甲畜一養女，年尚八歲，然不甚鐘愛，雖未有任何虐待，而終日役使，曾無片刻之休息。有乙者，與之鄰居，嘗以薄物細故，發生爭執，因借其役使養女爲過分之勞動事，特以違警罰法第七六條第三款，對甲向警察局告發，請處以應得之懲罰。警察局受呈後，予以偵訊，果得其狀，因判處甲五日拘留。其狀如左：

（上略）告發人鄰居某某，有養女某某一名，年只八歲，其身體正在發育之際，依生理言，此時應施以正當之養育，一面善其營養，同時健全其心理，而就教育言，更應使之受國民義務教育，以灌輸其智識。乃被告不特不予以營養，授以教育，終日役使，凡尋常人所不易勝任之重事，亦使此年只八歲之養女擔負，每晨黎明即起，至夜半始許安睡，一日工作，幾在十六小時而上。被告此種行爲，雖未至刑法第二八六條凌虐程度，然已構成違警罰法第七六條第三款之使服過分勞動，應受七日以下拘留或五十元以下罰鍰之懲處。工廠出資雇用童工，國家頒訂工廠法，尙對童工爲種種之保護，不許使操成年工人之工作；而被告對此年只八齡之養女，竟使之役成人不易勝任之工作；其忍心害理，一至於斯！告發人與被告，鄰居已久，素無恩怨，實不忍見此零丁孤苦之弱女，在身體發育之時，受此磨折，終日如馬如牛，不堪疲乏，故爲主持人道計，爲愛護兒童計，不得不依法告發。誰無子女，能不同情？（下略）

釘梢

〔事實〕甲女年甫二十，頗有姿色，一日，由親串處回家，路過子街，忽遇惡少乙，對之亦步亦趨，跟追不舍，直至丑街寅街，總不離去。甲女知其非懷好意，至卯街適遇女友丙，因放膽向乙詰問，且阻止其跟追，不意乙嬉皮笑臉，反口出胡言，雖不至正式調戲，然態度極度輕薄。甲丙二人無如之何。後至辰街，遇有巡警巡邏，因即共同將乙跟

追情形報告，拘入警察局；而甲丙返家後，又正式投呈，對乙告訴，請治以違警罰法第七七條第一款之違警罰。警察局偵訊一過，事果非虛，即判處乙五日拘留。其狀如左：

（上略）被告與告訴人等素不相識，告訴人某某從親申某某室中回家，路過某某街，忽與被告邂逅；此本來往通衢，在被告固不能禁止告訴人之行走，而在告訴人亦當然未能禁止被告之行走也。且一路所遇見者，不止被告一人，雖非往來如織，而亦不乏其人，然皆各自行走，爾爲爾，我爲我，彼此無涉，而被告則態度獨異，對告訴人亦步亦趨，跟追不舍，告訴人左，而被告亦左，告訴人右，而被告亦右，告訴人行走較速，而被告亦較速，告訴人行走稍緩，而被告亦稍緩，告訴人停足佇立，而被告亦停足佇立，彼此相距，始終不出二尺之外。是被告之故意跟追，心有異圖，已極顯然，決非偶然之事。迨至某某街，適遇告訴人某某，因以二人同行，緩急可以相助，因向被告阻止，且詰問其所以；乃被告以告訴人等皆爲弱女，更放膽無忌，以極放浪之態度，極輕薄之口吻，對告訴人等嬉皮笑臉，百般譁弄，同時跟追益緊，本僅追隨背後者，反突前並肩而行，一路由某某街直至某某街，始終不離一步。幸一路行人不絕，被告尙未敢有何越軌行動，使在人靜冷落之區，恐有不堪設想者。告訴人等正進退兩難，幸遇鈞局巡邏隊，當即據實告訴，將被告扭獲，一切經過，當已洞鑿，無再贅述。查無故跟追他人致阻止不聽者，違警罰法第七七條第一款明爲規定；被告此種行爲，實已構成違警要件，無可逃避。（下略）

乙 訴訟法及行政訴訟法編

斷屠

〔事實〕甲曾因賦稅事，爲縣長乙所窘辱，啣恨於心，意圖報復。未幾，當地大旱，鄉民望雨甚切，縣長乙因徇俗例，命斷屠三日，三日不雨，更至七日；卽在此時期內，勒令屠宰業一律停業三日或七日，不准營業也。甲爲當地屠宰業公會會長，因思乘機報復，對縣長乙斷屠處分，認爲違法，特撰狀向省政府提起訴願。祈雨斷屠，本屬迷信之舉，但數百年來已有此習慣，故一逢大旱，卽視爲照例文章，故縣長乙亦循例爲之，而不虞甲之反對，提起訴願也。省政府接受此訴願後，明知甲故意與縣長乙爲難，然無理可將甲之訴願駁回，猶幸斷屠之期間已過，其事實已成明日黃花，因就決定將縣長乙之原處分撤銷；蓋在甲亦明知無補於事，不過藉此用以削弱縣長之威信，使之有所忌憚，不至再有此違法之處分也。其狀如左：

（上略）久旱不雨，與屠宰何干？斷屠三日或七日，又與天雨何關？又何以能因此而卽致雨？天旱之原因，並非一端，而求雨之降，在科學上亦有種種方法，近世氣象學家及農業學家，對於天時久旱及所以防旱致雨之道，言之甚詳；然獨未聞與屠宰有何關係，而可以斷屠三日或七日來救旱致雨。訴願人等職業屠宰，以售肉爲生，在法律上亦屬正當商業，除依法登記外，更按日繳納賦稅；乃某月某日，突然遭被訴願人某某縣長某某違法命令，以天旱不雨，斷屠三日，三日不雨，更至七日；且謂如敢違抗私屠，立予懲處；蓋卽勒令停業三日或七日也。訴願人等惶駭莫名，不知被訴願人此種處分，果根據何種法令？訴願人等固從事商業，未嘗熟諳法律，然會問諸當地法學專家，遍翻一切公報，從未見有因旱不得屠宰之法令，亦未見有祈雨中屠宰有須懲辦之規條；然則被訴願人出此，明明爲違法行爲，故意損害訴願人等之正當經營商業權。商店遭受官府勒令停業數日之處分，依違警罰法規定，必須商店有違法行爲；試問：訴願

人等此項之遭受被訴願人勒令停業之處分，訴願人等果犯何事？豈天之久旱不雨，由訴願人等屠宰所召致賊？被訴願人身任一縣行政首長，並此常識而不知，竟無故處分訴願人等停業數日，實顯見被訴願人故意違背法令，損害訴願人等之商業權利。（下略）

停止報紙發行

〔事實〕甲創辦一報，已發行有年，其編輯人乙因事辭職，由甲更聘丙擔任；此本習見之事，毫不足異。乃縣長丁與甲丙不睦，認為違反出版法第十條規定，依同法第二六條第二項規定，勒令停止發行。甲不服，提起訴願，以該法第十條規定，應於變更七日內聲請變更登記，今尚未滿七日，並不能認為違法，遽受停止發行之處分。不料訴願而後，竟遭駁回；提起再訴願亦然。甲大憤，委託當地某名律師，依行政訴訟法第一條規定，撰狀向行政院提起訴訟，力駁原處分及兩次訴願決定之違法。結果，行政院認甲之所訴為有理由，將原處分及原決定予以撤銷。其狀如左：

（上略）出版法第一〇條第一項明明規定：「第九條所定應聲請登記之事項有變更者，其發行人應於變更後七日內，按照登記之程序，聲請變更登記。」是聲請變更登記之期間，依法應為變更後之七日以內，在七日以內而未為變更登記之聲請者，即不在違法之列，必須經過七日後而仍不聲請變更登記者，始為違法，應受同法第二六條第二項之停止發行處分。同法第二六條第二項規定：「不為第十條之聲請變更登記，而發行新聞紙或雜誌者，得於其為合法之聲請登記前，停止該新聞紙或雜誌之發行。」是顯見因不聲請登記而停止其發行，必須已超越同法第一〇

條所規定之登記期間，使在此第一〇條所規定之七日以內，則正在猶豫期間中，並不能遽認為「不為第一〇條之聲請變更登記」；既不能認為「不為第一〇條之聲請變更登記」，即不得遽施以第二六條之停止發行處分。原告所辦之某某報，編輯人本為某某某，早經登記在案，本年五月十六日，某某某因事辭職，即改聘某某某繼任；依出版法第一〇條規定，得遲至同月二十三日聲請登記，在同月二十三日以前，依法為猶豫期間，本不受同法第二六條第二項之處分。乃被告誤解法意，竟於尙未屆滿七日之五月二十三日，突然發出命令，停止某某報發行；此真違法之尤，故意損害原告之權利。原告依法提起訴願，竟遭駁回，提起再訴願，又遭駁回，其所持之理由，謂依出版法第一〇條規定，應在變更後之七日內聲請變更登記，即從變更之日起算，應為六日，今既超過一日，仍未合法聲請登記，即應受同法第二六條第二項之處分。不知依民法規定，凡以日計算者，均自翌日起計算；某某報編輯人之變更，為五月十六日，則自十七日起算，其七日之期間，應至二十三日；蓋所謂「七日內」者，依任何法令，俱連本數計數也。既至五月二十三日屆滿，則被告在五月二十三日即發令停止發行，實非合法，而兩次訴願決定，亦為全無理由，根本不適於法。（下略）

結 論

本書共分三章，係擇最新最近之民刑訴狀及行政訴狀，實爲最近代之刀筆。若昔之所謂刀筆，大多以文辭見長，將其事實顛倒，以朱爲黑，以假爲真；昔日訴狀，例不許引律，故撰狀者只可用全力於字句之中，將事實真相顛倒錯亂，使治獄者目迷五色，一時無從得其癥結；因是訟師遂爲國家之蠹，人民之賊，爲律所必懲。而今則不然矣，在事實方面，專重證據，苟證據與所陳事實不符，不特無以制勝，且易引起誣告、偽證或妨害名譽等等問題；而司法者之調查證據，更無微不至，人證不足，更重物證，如有偽造或變造，又須受國家刑法之制裁。而在程序方面，則專重法律，凡法律之所規定者，一步不能苟且，必腳踏實地，按步就班，而後始可無事，否則即易爲人攻擊，先處於失敗之地位。以故凡昔日所稱之刀筆，至今日而全失其效力，稍一不當，反有受刑罰之虞；而教唆供詞，假造事實，更爲刑法之所必罰。因是，愈精於詞訟者，其訴狀愈無懈可擊，可攻擊者儘量攻擊，可防禦者儘量防禦，不偽造事實，不曲解法意，在法律範圍內肆其攻擊防禦之能事；如是而後戰必勝，攻必克。時代不同，刀筆亦異；若狃於昔日之所謂刀筆，以移川於今日，不特無以取勝，且將鐓鑕入獄，飽受鐵窗風味。是則訟爭者所必須注意之事，不可昧於時勢，而生今之世，反古之道，以自貽伊戚焉。

本書着手之初，原擬將從前著名之所謂刀筆者，擇錄其一二，以供閱者茶餘酒後，瓜棚豆架之談資；且以供今人撰狀者之對照；然資料雖搜集甚衆，而可用者實寡，或則爲空中樓閣，捏造事實，假撰證據，一經審究，立時失敗；或則爲

故設陷穽，巧布羅網，傷天理，害人心，而一經鞠訊，亦全部失敗；欲求一可以供現日爭訟人借鏡者，竟云絕無。因是爲推行法治計，整飭風俗計，端正人心計，全部放棄，必以坡新最近，而訟必得直者，選其精，拔其尤，依次編纂。蓋必如是，而後始符刀筆二字，而亦今日真正之刀筆。閱之者，亦可知所取法，而不至爲從前之所謂刀筆所誤也。

