

大學叢書

中國民法繼承論

胡長清著

商務印書館發行

中華民國三十五年九月初版

(38978-124)

大學叢書
(教本)

中國民法繼承論 一册

每册定價國幣肆元捌角

印刷加裝外書

版權所
翻印必究

著者

胡長清

發行人

王雲五

印刷所

商務印書館

發行所

商務印書館

目錄

緒論 三六

第一章 繼承法之地位 一

第二章 繼承法之編制 三

第三章 繼承法之立法原則 五

第四章 繼承法之特色 七

第一 宗祧繼承之廢止——第二 男女平等繼承權之確立

本論

第一章 概說 一

第一節 繼承之概念 一

第一 繼承爲法的處分——第二 繼承爲發生承受非專屬於被繼承人本身財產上權利義務之法的處分——第三 繼承爲依

法定原因而開始之法律事件——第四 繼承爲權利義務之包括的移轉方法

第二節 繼承之分類 一四

第一 宗祧繼承與遺產繼承——第二 家督繼承與遺產繼承——第三 均分繼承與一子繼承

目 錄

第三節 法定繼承之根據

第一 概說——第二 遺囑說——第三 本分說——第四 共分說——第五 意圖說

一八

第四節 遺產繼承之存廢

第二章 遺產繼承人

第一節 繼承人之類別

第一款 概說

第二款 法定繼承人

第一 概說——第二 法定繼承人之範圍……一 各國法律所定之範圍……二 我國法律上所定之範圍……(一) 配偶……

(二) 直系血親卑親屬……(三) 父母祖父母……(四) 兄弟姊妹

第三款 遺囑繼承人

第一 概說——第二 指定繼承人之要件……一 指定人……二 受指定人……三 得為指定之情形……四 指定之效力……

……五 違反特種分之禁止……第三 指定繼承與立嗣之區別

第二節 繼承人之順序

第一 概說——第二 配偶之繼承順序——第三 其他繼承人之繼承順序……一 直系血親卑親屬……二 父母……三

兄弟姊妹……四 祖父母

三六

第三節 繼承分

凡繼承人與遺囑受託人

第一條 繼承人與遺囑受託人..... 四〇

第一條 繼承人與遺囑受託人..... 四一

第二條 繼承人與遺囑受託人..... 四二

第三條 繼承人與遺囑受託人..... 四三

第四條 繼承人與遺囑受託人..... 四四

第五條 繼承人與遺囑受託人..... 四五

指定應繼分

第一條 繼承人與遺囑受託人..... 四六

第二條 繼承人與遺囑受託人..... 四七

第三條 繼承人與遺囑受託人..... 四七

第四條 繼承人與遺囑受託人..... 四七

第五條 繼承人與遺囑受託人..... 四九

第六條 繼承人與遺囑受託人..... 四九

一 條四——第二元 繼承人應受遺產之宣告……一 被宣告繼承人於死後雖未改訂而更別……
後方……
……二 以……
……三 以……

……
……
……
……

……
……
……
……

……
……
……
……

……
……
……
……

……
……
……
……

……
……
……
……

代位繼承與轉繼承

第三章 遺產之繼承

第一節 遺產繼承之效力

第一節 繼承之效力

第三節 遺產繼承之效力

第一款 繼承之開始

第二款 繼承開始之時期

第三款 繼承之標的

第四款 繼承之共同

第五款 繼承之費用

第六款 繼承之共同

第七款 繼承之共同

第八款 繼承之共同

第九款 繼承之共同

第十款 繼承之共同

第十一款 繼承之共同

第十二款 繼承之共同

第十三款 繼承之共同

第十四款 繼承之共同

第十五款 繼承之共同

第十六款 繼承之共同

第十七款 繼承之共同

第十八款 繼承之共同

第十九款 繼承之共同

第二十款 繼承之共同

第二十一款 繼承之共同

第二十二款 繼承之共同

第二十三款 繼承之共同

第二十四款 繼承之共同

第二十五款 繼承之共同

第二十六款 繼承之共同

第二十七款 繼承之共同

第二十八款 繼承之共同

第一 應受贈給之人——第二 贈給之行使——第三 贈給之標準

第四款

第二節 限定之繼承

第一 應受繼承人——第二 公同共有財產之繼承——第三 繼承人債權之行使——第四 繼承人債權之消滅

第四款

第一 繼承人定額繼承——第二 遺產之扣用及其歸屬——第三 承認及拋棄之性質——一 承認及拋棄為無相對人之

單行行為——二 承認及拋棄須單純無條件——三 承認及拋棄性質上為不可分——四 承認及拋棄不得撤銷——第四

承認及拋棄之效力

第一款 承認人與受贈人

第二款 單純承認

第一款 概說——第二款 一般單純承認——第三款 決定單純承認——一 未於法定期間內為限定承認及拋棄繼承時——二

繼承人有不正行為時——甲 隱匿遺產——乙 在遺產清算為虛偽之記載——丙 意圖侵害被繼承人之債權人之權利而

為遺產之處分——第四款 單純承認之效果——第一款 否認與特留權——第二款 否認與特留權——第三款 否認與特留權

第三款 繼承承認

第一款 概說

第一款 繼承承認之期限——第二款 多數繼承人之限定承認——第三款 繼承承認之效果

第三款 繼承承認之效果

第一款 限制繼承之效果——第二款 財產分割之效果

第四項 確定承讓之期間及方式

第一 得為限定承讓之期間——第二 既定期滿之方式……一 應具書狀……二 呈報法院

第五項 遺產之管理

第一 遺產應由何人管理——第二 應以何種注意管理遺產——第三 管理遺產費用之清則

第六項 遺產之清算

第一目 概說

第二目 對繼承債權人及受遺贈人之公告

第一 立法理由——第二 公告程序——第三 公告期間

第三目 遺債債權交付還贈之時期

第四目 遺債債權交付還贈之順序

第一 對於債權之清償……一 對於有優先權之債權——二 對於普通債權之清償——第二 對於遺贈之交付——

第三 債權未受證明及受遺贈人所不知之損失

第五目 繼承人之賠償責任及受寄人之求償權

第一 繼承人之賠償責任——第二 繼承人未盡義務之賠償——第三 賠償責任繼承人負擔之範圍

第三節 遺產之分割

目次

一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第一、繼承人繼承遺產之範圍……一五九

第五節 無人承認之繼承

第一款 概論

第一 無人承認之遺囑——第二 無人承認繼承時其遺產之狀態

第二款 繼承人之推定

第三款 遺產管理人之職務

第一 管理人之職務——管理人之職務——一 調查遺產清冊……二 保存遺產必要之處置……三 對於繼承債權……

人及受遺贈人之存在與否……一 清償債權及交付遺贈……甲 清償債權交付遺贈之時期……乙 清償債權交付遺贈

之順序……二 交付遺贈之順序……丙 遺產之移交……丁 遺產管理人之職務……

第四款 遺產之歸屬

第一 各國立法例——第一款 繼承法上之規定

第四章 遺囑

第一節 概念

第一 遺囑之概論——第二 遺囑之自由主義之原則——第三 遺囑之法律方式——第四 遺囑以死後發生效力

力為目的——第五 遺囑之內容不取於特種法律行為

第三節 通則

第一款 公證遺囑之方式... 須指定二人以上之見證人... 二 須在公證人前口述遺囑之旨... 三 須

由公證人筆記或錄解經遺囑人認可... 四 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一款 公證遺囑之方式... 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名... 第三 公證人職務之代用

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑之效力
第三項 繼承人繼承之時期
第四項 繼承人繼承之時期
二〇九

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二一〇

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二一一

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二一二

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二一三

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二一四

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二一五

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二一六

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二一七

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二一八

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二一九

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二二〇

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二二一

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二二二

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二二三

第一項 遺囑之效力
第二項 遺囑附有條件或期限時
第三項 遺囑
二二四

第一條 繼承人須為被繼承人之直系血親或其直系血親之直系血親
..... 二二〇

第二條 繼承人須為被繼承人遺留財產之繼承人
..... 二二〇

第三條 繼承人須為被繼承人遺留財產之繼承人
..... 二二〇

第五節 執行
..... 二二五

第一款 遺囑之效力及開闢
..... 二二五

第二款 遺囑之提示及開闢
..... 二二六

第三款 遺囑之繼承人
..... 二二七

第四款 遺囑執行人之指定
..... 二二八

第五款 遺囑執行人之資格
..... 二二九

第六款 遺囑執行人之指定
..... 二三〇

第七款 遺囑執行人之資格
..... 二三一

第八款 遺囑執行人之指定
..... 二三二

第九款 遺囑執行人之資格
..... 二三三

第十款 遺囑執行人之指定
..... 二三四

第十一款 遺囑執行人之資格
..... 二三五

第十二款 遺囑執行人之指定
..... 二三六

中央政治委員會公署執行人之專權

繼承法典之修訂

附錄

第一款 概說

第二款 總論

第三款 繼承人

第四款 繼承權之消滅

第五款 繼承之開始

第六款 遺產之管理

第七款 遺產之分配

第八款 遺囑

第九款 遺囑之效力

第十款 遺囑之執行

第十一款 遺囑之廢止

第十二款 遺囑之繼承

附錄 遺囑繼承

第七節 特留分

第一 特留分之概念

第一 特留分及特留分權之概念 特留分制度之由來 第五 關於特留分之主義

第一 特留分之種類 特留分權之行使 特留分權之消滅

第一 各國立法例 第一 德國 第二 法國 第三 日本 第四 蘇俄 第五 英美法系 第六 其他各國

第一 特留分之計算 特留分之計算 特留分之計算

第三款 特留分之計算

第一 計算之標準 第一 財產之種類 第二 財產之價值 第三 計算之方式

第一 特留分之消滅 特留分權之消滅 特留分權之消滅

第四款 遺囑之扣減

第一 扣減遺囑之要件 第二 扣減之範圍 第三 扣減權利限制 第四 扣減權之行使

附錄

繼承法先議各機關查意見書

附中央政治會議公報

民法繼承編施行法

附錄二
民法繼承論

論宗祧繼承

二七一

論代位繼承

二七九

附司法院院字第七五四號解釋

二八二

第一章 繼承法之地位

中國民法繼承論

胡長清著

弁言

一 著者曩在中央政治學校講授民法，曾就此項講稿，參爲中國繼承法論（本書於民國二十一年由法律評論社發行，現已絕版）。本書即由中國繼承法論修改而成。

二 本書分緒論及本論兩部分，除緒論及本論第一章外，其餘各章概以民法繼承編之編制爲主，俾讀者得以瞭然於現行民法繼承之體裁及精神。

三 本書與拙著中國民法總論中國民法債編總論及中國民法親屬論同一體系，而親屬繼承係屬同一部門，讀者如能與中國民法親屬論合讀，尤所欣幸。

四 著者於前國民政府法制局及立法院民法起草委員會起草繼承法時，均曾列席參加，本書理論方面及資料方面，以法制局及委員會之啓示及供給爲最多，用誌一言，藉申謝意。

五 本書援引現行法律各國法例及各家學說，往往參以己見，評其得失，末學淺識，極知僭妄，第以講學辨疑，例固宜然，明達君子，尙乞諒之。

六 本書係利用從政餘曷，於漏夜寫成，雖會一再斟酌，然謬誤疏漏，仍所不免，尙乞海內宏達不吝指教。

著者識於浙江省蘭谿區行政督察專員公署

中國民法繼承論

緒論

第一章 繼承法之地位

繼承法之地位，自古以來，即以規定繼承之主要條是。蓋所謂繼承者，原為身分繼承，與遺囑繼承之別。近世各國法律，因家族制度之崩潰，已舍身分繼承而採遺囑繼承。其後採身分繼承及遺囑繼承者，惟東亞日本而已。我國繼承法，因家族制度之崩潰，亦已舍身分繼承而採遺囑繼承。不認身分繼承，故在民法第五編所稱繼承，自係專指遺囑繼承而言。近代各國法律，雖然繼承法固係規定關於繼承之法律，然有既規定繼承者，亦有除關於繼承外，兼規定關於繼承人地位之法律。如英領印度之現行繼承法，即係如此。

關於繼承法之地位，各國法律所採之主義有二：其一，特別法主義；其二，法典主義。特別法主義，係將繼承事件定為特別法，不列於民法法典之內。其規定之法，又可分為二：有採包括的特別法主義者，如英領印度之現行繼承法；有採分別的特別法主義者，如一九二五年以前之英國本國法是。

承法 (The Indian Succession Act, 1925) 是有採包括的特別法主義者，如一九二五年以前之英國本國法是。

法典主義，係將繼承法列於民法法典之內。雖在民法法典中，居於如何地位，各國法律，殊有不同。如法典主義，係將繼承法列於民法法典之內，其地位如何，各國法律，殊有不同。如法典主義，係將繼承法列於民法法典之內，其地位如何，各國法律，殊有不同。

有以繼承為物權編之一部者，如奧地利民法及德國民法是。有以繼承為親屬編之一部者，如捷克斯拉夫之民法是。有以繼承為債權編之一部者，如法蘭西民法及日本舊民法是。有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。

有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。

有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。

有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。有以繼承為總論編之一部者，如瑞士民法是。

（註一）法國民法及日本民法均規定繼承人須於財產取得時中規定繼承而後始與並列為一輩，並受繼承財產之遺囑。

之繼承人關於遺產繼承有受遺贈人並不得繼承遺產之受遺贈人其繼承財產之權利行為應受遺贈人受遺贈人

承領第三章第一條遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

承領遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

承領遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

承領遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

承領遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

承領遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

承領遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

承領遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

承領遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

承領遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

承領遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

承領遺產繼承人應受遺產人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑繼承人立有遺囑

第二章 繼承法

第二章 繼承法之立法原則

考繼承法之立法原則有三：一曰強制保存 (Conservation force)；二曰強制分割 (Partage force)；三曰遺囑自由 (Testamentary freedom)。法律上規定一家財產應由家族中之一人 (多為長子) 繼承者，謂之強制保存之原則。此種原則，其利有二：一在政治上足以維持貴族之地位；二在經濟上足以助成資本之集中。然與社會進化趨勢及自由平等原則，顯相背馳。故在近代各國法律採此原則者，除瑞典、挪威而外，已不多見。其次，法律上規定一家財產應由各個家族平均繼承者，謂之強制分割之原則。此種原則，與社會進化趨勢及自由平等原則，固相合無間，然其流弊所及，亦有二端：足使家族分化，甚且釀成互相爭奪之漸，一也；足使資本分散，尤其農地分割過甚，足以減少大農之生產力，二也。以此，除法國曾於十七世紀會一度奉行此制外，近代各國法律已無復採此原則者。復次，一家財產究歸屬於何人，應由被繼承人以遺囑自由定之者，謂之遺囑自由之原則。此種原則，純為個人主義之結晶，故自十九世紀以還，各國法律多採此原則，甚有以無限制之遺囑繼承 (Succession ex testamento) 為遺產繼承之本則者。顧自社會公益及現代法律思潮言之，此種原則已與所有權之絕對自由同屬可議，固不能謂良善之立法也。至在我國舊律，因奉行宗祧繼承制度，故關於遺產繼承亦即以強制保存為原則，現行民法既廢止宗祧繼承，專採遺產繼承，即此強制保存原則亦摒而不取。第就原則上採取法定繼承 (Succession ab intestato) 或遺囑繼承 (Succession testamento) 之區別，固非法律上之真問題，然於法律上之區別，固非法律上之真問題，然於法律上之區別，固非法律上之真問題。

第四章 繼承法之特色

一、宗法起其繼承法之權。二、宗法下各點疑問。三、宗法中央政治會議確切之解釋。四、宗法繼承法之特色。五、宗法繼承法之特色。六、宗法繼承法之特色。七、宗法繼承法之特色。八、宗法繼承法之特色。九、宗法繼承法之特色。十、宗法繼承法之特色。十一、宗法繼承法之特色。十二、宗法繼承法之特色。十三、宗法繼承法之特色。十四、宗法繼承法之特色。十五、宗法繼承法之特色。十六、宗法繼承法之特色。十七、宗法繼承法之特色。十八、宗法繼承法之特色。十九、宗法繼承法之特色。二十、宗法繼承法之特色。二十一、宗法繼承法之特色。二十二、宗法繼承法之特色。二十三、宗法繼承法之特色。二十四、宗法繼承法之特色。二十五、宗法繼承法之特色。二十六、宗法繼承法之特色。二十七、宗法繼承法之特色。二十八、宗法繼承法之特色。二十九、宗法繼承法之特色。三十、宗法繼承法之特色。三十一、宗法繼承法之特色。三十二、宗法繼承法之特色。三十三、宗法繼承法之特色。三十四、宗法繼承法之特色。三十五、宗法繼承法之特色。三十六、宗法繼承法之特色。三十七、宗法繼承法之特色。三十八、宗法繼承法之特色。三十九、宗法繼承法之特色。四十、宗法繼承法之特色。四十一、宗法繼承法之特色。四十二、宗法繼承法之特色。四十三、宗法繼承法之特色。四十四、宗法繼承法之特色。四十五、宗法繼承法之特色。四十六、宗法繼承法之特色。四十七、宗法繼承法之特色。四十八、宗法繼承法之特色。四十九、宗法繼承法之特色。五十、宗法繼承法之特色。五十一、宗法繼承法之特色。五十二、宗法繼承法之特色。五十三、宗法繼承法之特色。五十四、宗法繼承法之特色。五十五、宗法繼承法之特色。五十六、宗法繼承法之特色。五十七、宗法繼承法之特色。五十八、宗法繼承法之特色。五十九、宗法繼承法之特色。六十、宗法繼承法之特色。六十一、宗法繼承法之特色。六十二、宗法繼承法之特色。六十三、宗法繼承法之特色。六十四、宗法繼承法之特色。六十五、宗法繼承法之特色。六十六、宗法繼承法之特色。六十七、宗法繼承法之特色。六十八、宗法繼承法之特色。六十九、宗法繼承法之特色。七十、宗法繼承法之特色。七十一、宗法繼承法之特色。七十二、宗法繼承法之特色。七十三、宗法繼承法之特色。七十四、宗法繼承法之特色。七十五、宗法繼承法之特色。七十六、宗法繼承法之特色。七十七、宗法繼承法之特色。七十八、宗法繼承法之特色。七十九、宗法繼承法之特色。八十、宗法繼承法之特色。八十一、宗法繼承法之特色。八十二、宗法繼承法之特色。八十三、宗法繼承法之特色。八十四、宗法繼承法之特色。八十五、宗法繼承法之特色。八十六、宗法繼承法之特色。八十七、宗法繼承法之特色。八十八、宗法繼承法之特色。八十九、宗法繼承法之特色。九十、宗法繼承法之特色。九十一、宗法繼承法之特色。九十二、宗法繼承法之特色。九十三、宗法繼承法之特色。九十四、宗法繼承法之特色。九十五、宗法繼承法之特色。九十六、宗法繼承法之特色。九十七、宗法繼承法之特色。九十八、宗法繼承法之特色。九十九、宗法繼承法之特色。一百、宗法繼承法之特色。

第一節 宗法繼承之廢止

宗法之制，詳於周禮，有所謂大宗，小宗之別，大宗之廟百世不遷者謂之宗，小宗之廟五世則遷者謂之祧，此即宗祧二字之本義。宗廟之祭，大宗主之，世守其職，不可以無後，故小宗可絕而大宗不可絕，此即立後制度所由始。此種制度，於其成世之始，非無若干之異議，第因時勢之演進，在制度上，名義上及男女平等上，已無從存在之理由。

(一) 由制度上言之，自封建廢而宗法亡，社會之組織以家為本位，而不以宗為本位，禮樂之制，雖存而不行，不白統於一，其有合族而祭者，則族長主之，非必宗子，宗子主祭之制，不廢而廢，大宗小宗之各已無所附麗，固為天宗立於一，其有合族而祭者，則族長主之，非必宗子，宗子主祭之制，不廢而廢，大宗小宗之各已無所附麗，固為天宗立於一。

兩願書之同意。(十七年解字第九二號) 上開解釋與婦女運動決議之精神不符。高麗川氏認繼承人及不侵者先發其注

律解釋為文版之(法評第二八六期)高者女子財產繼承權限制問題第二八七期)都著女子繼承權問題及第二九三號)關於女

子財產繼承權參照)

(二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

二十一年) 二十一年中法第四十號) 置國高野村超上級國第一重加風女權十條決議案(日本

第四 繼承法之地位與種類

本論

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

繼承法之地位與種類

關於此點，因各國繼承法所採之主義而不同。在採個人主義之國家，其繼承法上之所謂繼承，僅為被繼承人死亡後處分遺產之方法。反之，在採家族主義之國家，其繼承法上之所謂繼承，則不僅為被繼承人死亡後處分遺產之方法，而其主要目的，則在於身分之繼承。我民法既採個人主義，故所謂繼承者，僅為發生承受被繼承人財產上（Patrimoine）權利義務之法的處分，而非對於被繼承人之身分（État de famille）之繼承。繼承固為發生承受被繼承人財產上權利義務之效力，然依法律規定或當事人之意思表示，專屬於被繼承人本身財產上之權利義務，仍不生移轉之效力。其詳俟於遺產繼承之標的中述之，茲不贅。

第三 繼承為依法定原因而開始之法的處分

繼承為法的處分，因繼承開始被繼承人財產上之權利義務，即當然移轉於繼承人，但繼承開始必有一定之原因。其原因如何，則因各種繼承法所採之主義而不同。在採個人主義之國家，其繼承法上之所謂繼承，既不外其為處分遺產之方法，故以被繼承人之死亡為繼承開始惟一之原因。反之，在採家族主義之國家，其繼承法上之所謂繼承，既以身分繼承為主要目的，則除以被繼承人之死亡為繼承開始之原因外，舉凡前戶主喪失戶主權之事，均為繼承開始之原因。我民法係採個人主義，開始繼承之法定原因（Causes légales），自以被繼承人之死亡為限。此即羅馬法所謂「無論何人不得為生存者之繼承人」（Nemoest heres viventis）是也。此點俟於繼承開始之原因中述之，茲不贅。

第四 繼承為權利義務之包括的移轉方法

關於此點常因羅馬法及日耳曼法而不同，即在羅馬法係採取包括繼承主義 (Universal Succession) 日耳曼法則採取個別繼承主義 (Particular Succession) 以非專屬於被繼承人財產上之一切權利義務認為包括的一體，而以之移轉於繼承人者謂之包括的繼承主義。此主義為多數國法律所採用。 (註一) 非以遺產認為包括的一體繼承人僅就被繼承人之積極財產中扣除其債務之賸餘財產而為繼承者謂之個別繼承主義。近世法律之採此主義者惟英國一國而已。就此兩主義比較觀察，前之主義偏於保護債權人後之主義則偏於保護繼承人。其得失奚如，殊難遽定。顯在我民法則以包括繼承為原則，但設有有限定繼承之例外，嚴格言之蓋又採取折衷辦法者也。其詳俟於遺產繼承之標的中述之茲不贅。

於此尚有一問題即繼承是否以無償為其要素是也。余所信應取否定說。即不問其為法定繼承或指定繼承，承人在法律上均無須對債權人負義務。其為無償實無疑義。雖然在採合意繼承 (Succession Contractualis) 之國家，非無約定反對債權人者 (德民第二二七條以下，瑞民第四八一條以下) 然在我民法係以繼承為絕對的法的處分而不認合意繼承之觀念，解釋上自難相同。

(註一) 茲舉歐國為例，法國民法於其第七三二條規定不問遺產之性質如何，皆以其為包括的一體，比利時、荷蘭、意大利等國民法從之，但意大利民法第七三二條設有若干之例外。西班牙民法第六五九條亦明定繼承包含一切之財產與權利義務，但因死亡而消滅之權利義務不在此限。南美諸國之法律亦認繼承之單一性，如智利民法其著例也。德國民法第一九二條亦規定被繼承人死亡時，其遺產應歸於一人或數人之繼承人，惟對於債務財產有制定特別法變之者。

繼承之種類

繼承因各國法律之規定不同得為種種之分類茲僅述其學界大者如左其餘如法定繼承與指定繼承單獨繼承與共同繼承本位繼承與代位繼承強制繼承與任意繼承等則於各該場合分別說明之

第一 宗祧繼承與遺產繼承

此種分類為我國所通行而宗祧繼承尤為我國之特制良以我國古重宗法大宗為一尊之統大宗無後族人應以支子後大宗所以敬宗收族延宗祀也中也以降封建廢世祿絕乃宗無大小凡無子者皆可擇立嗣子以承宗祧即所謂立嗣制度者是也立嗣制度至為嚴密非於法有深切之認識不克猝辦也者此種制度已成往跡姑就舊律及前大理院判例述其梗概藉供參考其一得為嗣父者須具備一定之要件即(一)非成年人不

得為嗣父(二)如死亡之人而具有下列情形之一者是為例外(甲)已婚而故(乙)已聘未婚而故其妻能以女身守志(丙)未娶而出兵陣亡(丁)獨子死亡族中實無昭穆相當之人可為其父立繼(戊)獨子死亡

族中可為其父立繼之人與其父或母素有嫌隙是(二)非男子不得為嗣父此要件係指(三)若已婚之男子不得為嗣父但死亡之人具有下列情形之一者是為例外即(甲)已聘未婚而故其妻能以女身守志

(乙)出兵陣亡(丙)年逾十六歲以上而身故(丁)獨子死亡族中實無昭穆相當之人可為其父立繼

(戊)獨子死亡族中可為其父立繼之人與其父或母素有嫌隙是(四)非無子者不得為嗣父但立嗣後生

子者仍得立嗣

子者仍得立嗣

子或失亡子也。返者不在此限。其二得為嗣子者亦須具備一定之要件。即（一）非同宗不得為嗣子。此要件為絕對的。（二）非親族中輩分相當之人不得為嗣子。此要件為絕對的。（三）非男子不得為嗣子。此要件亦為絕對的。（四）非有兄弟者不得為嗣子。但具備要件而遺棄者，是為例外。所謂要件要件，即（甲）可繼之人為獨子。（乙）可繼之人為同父同親。（丙）被繼承人與繼承人無感情，但被繼承人死亡時，不在此限。（丁）取妻喪偶者，由法律以親代之是。而於立繼承之地位，僅有一定之順序。即（一）被繼承人（二）守志之婦（三）直系尊親屬（四）親屬會議。前三種之人，在昭穆相當範圍內，擇賢擇愛，聽其自便。屬會議，則無得選擇受之自由。若夫遺產繼承，則能以宗祧繼承為前提，換言之，即惟有宗祧繼承者，始有遺產繼承權。宗祧繼承，向之繼承者之血食為重者，今則完全以被繼承人財產之有無多寡為衡，無子者之財產愈多，斯族人之覬覦者愈衆，在生之日毫無善感可言者，死後則競相為之披麻帶孝，甘以棘人自居，乖情背禮，莫此為甚。此識者所以主張廢止宗祧繼承藉以斷絕親族間之紛爭也。（國民政府法制局繼承法草案總說明書）

第二 家督繼承與遺產繼承

此種分類，惟日本有之。日本社會組織與我國同，迄今仍未脫離家族主義之時代，故其法律亦有家制之規定。其要則如下：（一）日本因家與宗會，故戶主亦但為承家之人，且為繼承之人，身分地位，社會尊重，有財產，且不得無繼承之人，以維持一家之存在，是為家督繼承。考家督繼承開始之原因，有（一）戶主之死亡，（二）戶主因婚姻或養子緣組之撤銷而去其家，（三）女戶主為丈夫遺棄，（四）丈夫之無故而遺棄，承家之繼承人，（一）新式家督繼承人（二）新式家督繼承人（三）新式家督繼承人

及意大利、西班牙、葡萄牙等國均打破封建餘習之世襲財產制度，而採均分繼承制度。迄於今日，遂成爲歐洲繼

承制度之原則。（法民第七四五條第八二六條第八二七條第九一三條，意民第七二〇條第七三六條，西民第

六五八條第九三一條第九三二條，葡民第一七三五條第一九八六條第一九八八條）若夫一子繼承係以直

系卑親屬中之一人繼承不動產之全部，對於其他繼承人則依不動產之價格（買賣價格或收益價格）算定

其應繼分，以補償之。而此繼承人通常必爲長子，故又稱爲長子繼承。英國一八三三年之法律即採此制。一九二

六年之新繼承法亦然。均分繼承制與一子繼承制之優劣如何，頗難遽斷。學者有謂應視其國之農業制度以爲

決定，即在大農制度之國家宜採一子繼承制，小農制度之國家宜採均分繼承制者，其言殊可玩味也。（註二）

（註一）英國之繼承法子繼承制度，其故有四：一爲維持中世紀以來土地政策之制度，蓋英國土地歸大地主所有，無小地主之存在，一般

與論又以大地主制度適合土地產之利後，故不願有分繼承以免產生小地主。科林斯氏謂均分繼承制度，其故有三：一爲維持中世紀

紀遺物之遺子繼承制度，在於農業，且因法國大革命之反動，而持之益堅。四爲社會結果之良好，蓋長子富有，極易通達事，故在家庭

中守祖先之遺業，大男以下亦不使賴長子，出外另謀自且，且長子一面盡維持家人之責任，一面以其餘裕改良實業經營公益（例

如學校醫院等）英國遺傳事業之發達，爲各國冠者，即此制度之所賜也。其繼承人又謂均分繼承制度，其故有三：一爲維持中世紀

（註二）方爾哥氏從農學政策社會政策等點，主張「遺產繼承，固當採取養子均分主義，但不滿其數量之土地（譬如不滿二十畝者）一應

足供一人以體力耕作，應專使養子之一子繼承，若有爭執，則歸長子承受，餘子得依繼承分評價取價。」（法律評論第三四五期）

第三節 法定繼承之根據

繼承依繼承權歸屬之主體是否直接基於法律之規定，可分為遺囑繼承與非遺囑繼承。遺囑繼承者，指受遺贈人（Beneficiary）而言。非遺囑繼承者，指繼承人（Heir）而言。法定繼承（Intestate Succession）者，指繼承人得任意以遺囑指定繼承之範圍及繼承人之謂也。非遺囑繼承（Intestate Succession）者，指繼承人依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註一）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註二）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註三）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註四）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註五）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註六）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註七）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註八）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註九）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註十）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註十一）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

（註十二）被繼承人之遺產，指其遺留之財產而言。其範圍及繼承人，依法律之規定定之之謂也。學者稱此為法定繼承（Intestate Succession, Legato）。

第二 遺傳說

第... 其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

其分說 (Theoria de Participatio) 謂...

產繼承產權由日一繼承於其出發點，即反於社會之利益，自嚴格的正義言之，實不應採用。夫勤勞之次，故之產均

之人固應多所取得，然此乃因各人狀況所生之不公平，於理尚無不合，反之由繼承而生之不公平，則於理於情均

不可想。一又 Guente 氏之言曰「遺產繼承，吾人期在必廢，何則，蓋凡人對於其所生產之物，應於其生存中處分

之，一旦死亡，則應將其勤勞之結果返還於其同體，據言之，即因生存所需之物，祇能於生存中取得，及其既死，則無

此必要，應以之返還於一般之社會。關於廢止遺產繼承，蘇俄曾於一九一八年之法律一處行之，嗣於一九二二

年明令恢復。其七之遺產繼承，應行廢止之理由也。如上述然，所以迄今不廢或廢而復活者，蓋有其存在之理由在

其理由維何，即遺產繼承與所有權制度有密切關係是蓋就所有權制度之沿革言之，原由團體的所有權進而為

家族的所有權，再進而為個人的所有權，凡人之盡量勞動，盡量生產者，即因有此個人的所有權也。個人的所有權

既為所有權制度之本旨，則確立此個人的所有權，除承認遺產繼承無他法。假使如社會主義者所云，吾人一旦死

亡，則遺產繼承，歸於社會之公有，則無益於人，恐稍有積蓄，即非流於極端之浪費不止。個人的所有權既不能確

立，則遺產繼承，亦將受其影響，其於社會，其於法律，所無益，抑此遺產繼承，蓋以此也。雖然，如絕對廢止遺產繼承，則

財產更趨於貧乏，即一為救救遺產繼承稅，一為限制遺產繼承之數額。前者為近世英法德意諸國所採，前者橫

此財產繼承之趨勢，即一為救救遺產繼承稅，一為限制遺產繼承之數額。前者為近世英法德意諸國所採，前者橫

此財產繼承之趨勢，即一為救救遺產繼承稅，一為限制遺產繼承之數額。前者為近世英法德意諸國所採，前者橫

除法律時著各國遺產稅制度遺產稅問題參照，後者則為蘇俄一九二二年之民法所採之立制，其第四六

條規定曰：「繼承，於扣除死亡者之債務，其遺產總額未逾一萬盧布之範圍，依以下規定，許其爲法定繼承及遺囑繼承。」此種規定，雖已於一九二六年二月二十八日明令廢止，然要不失爲限制遺產繼承方法之一種。我前國民政府法制局所擬之繼承法草案，即採蘇俄限制繼承之辦法，立法院起草民法之始，亦有主張對於遺產繼承應設一定數額之限制者（註二），但末爲現行民法所採用，蓋有鑒於蘇俄限制繼承之數額，不足以收豫期之效果，故留以待於將來另定重率之遺產累進稅也。（註三）

（註二）蘇俄曾於一九一八年四月二十七日公布繼承制度廢止令，一九一八年九月十六日公布之婚姻親子及監護法第一六〇條亦規定子女對於父母之財產無任何之權利，但一九一九年五月二日之命令，已准許遺留下一萬盧布以下之遺產，及一九二二年五月二十二日公布基本財產令，則承認遺產繼承，但以一萬元爲限。一九二二年十月三十一日公布之民法亦參（第四一六條至第四三五條），一九二六年二月二十八日公布新條例，重此一萬元盧布之限制而亦撤銷之。

（註三）法制局繼承法第五六條第二項：「被繼承人所遺留於其直系親屬及配偶之財產，不因何人均逾萬元時，得不受前項之限制，並分其財產。」三五法學社對於民法編次各點之意見第六：「特留財產之限制，依左列規定，但繼承人應繼分已各逾二萬元者，得不受限制，自由處置其財產。」陳長街氏對於民法規程繼承兩編原則上應先決各要點第四甲：「遺產繼承的最高數額，應以國幣十萬元爲限。（子女在四個以上者，得就每一子女增加高額一萬元，但總計不得超過十五萬元。）其超過最高額之一部分歸於應歸國家及地方公有，其未盡最高額之一部分，仍應依法徵收遺產稅。但遺產未超過二萬元者，應完全免稅。」

（註三）蘇俄限制繼承之數額，發生下列三弊：（一）人民無更多從事企業努力以期增加財產之興味。（二）人民盡將現金收藏，以冀可於不動產動產中更留得價值一萬盧布之財產。（三）外國人之在蘇俄者，不願投資，並設法將資本運出。因之蘇俄全俄中央執行

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

中華民國民法繼承編

性養子，收養三歲以下遺棄小兒及相為依倚之女婿。(註二)(註三)第一草案以遺棄小兒及收養三歲以下遺棄小兒及相為依倚之女婿，配偶直系尊親屬、親兄弟、家長及親女為法定遺產承受人，收養三歲以下遺棄小兒及相為依倚之女婿，配偶直系尊親屬、親兄弟、家長及親女為法定遺產承受人。(一草案第七條、第九條第一項及第十條)第二次草案從之。(二草案第四〇條、第四一條第一項、第四二條)第三次草案則打破遺產繼承以宗祧繼承為前提之因襲，而以配偶、直系尊親屬、父母兄弟姊妹、祖父母間為法定遺產繼承人。(一草案第八條、第十條、第十一條)第四次草案從之。(四草案第四一條、第四二條)現行民法即從之。(第四草案草案之規定)又計謂遺產繼承法之繼承人，應以血親為限，故應將收養三歲以下遺棄小兒及收養三歲以下遺棄小兒及相為依倚之女婿，配偶直系尊親屬、親兄弟、家長及親女，均列為繼承人，以資保障。(註三)現行律月後門立嫡子違法條例一著……女婿為所後之親喜悅者聽其相為依倚不許繼子並生父母用計追送仍酌分給財產

若繼子之繼承人實屬自願。

第二 法定繼承人之範圍

一 各國法律所定之範圍

各國法律關於法定繼承人之範圍，其廣狹頗不相同，有以配偶、卑親屬、父母及其卑親屬、祖父母及其卑親屬、會祖、世孫、其卑親屬、遺棄嬰兒及其卑親屬為法定繼承人者，如德國民法第一九二四條至第一九二六條、第一九二八條及第一九二九條之規定是。有以直系卑親屬、父母系尊親屬、兄弟姊妹及其卑親屬、配偶為法

血親卑親屬是否包含養子女在內，不無疑問。余以為就我民法第一一四二條第一項及同條第二項但書之用語例觀之，固應採消極說，然自整個立法精神解釋，仍以採積極說為適當。蓋次子又出為他人之養子女者，對於其本生父母之遺產有無繼承權，亦有時應隨處踴躍，唯民法律有明定「不喪失其繼承權」生父母之繼承權」者（瑞民第二六八條），（就我民法第一〇八二條之規定以為解釋則應認為非回復其與本生父母之關係不得享有繼承權）而瑞士法則謂「夫與妻之一項財產併成遺產者，其遺產亦歸於妻」

(三) 父母與父母之繼承

德國法律直系尊親屬無繼承權，直系卑親屬遺產之繼承人，亦以直系尊親屬為限。此項法律，其目的在保護直系尊親屬之遺產，而不使遺產流於旁系親屬。故現行民法明認父母祖父母有繼承其直系卑親屬遺產之權利，但在外國法律有一切直系尊親屬皆得為其直系卑親屬之繼承人者，例如德國、法國及日本民法是。有僅及於祖父母為止者，例如瑞士民法是。我則從瑞士民法之立法例，蓋再推則其情已疏遠，故不多及也。至所謂父母是否包含養母在內，不無疑問。依余所信，就我親屬法立法精神解釋，應取否定說。（註一〇）又所謂祖父母是否包含母之父母在內，亦一疑問。依余所信，以採肯定說為是。關於此點，司法院著有解釋，可供參考（二二年院字第八九八號解釋）。

(四) 兄弟姊妹

（註九）大理院九年上字第三四一號判例：「死亡人之遺產無直系卑屬承受而有直系尊屬者應由直系尊屬承受之」

（註一〇）嫡母庶母等同非此之所謂父母，但依司法院解釋，生母仍為所生之子之母。二〇年院字第五八五號解釋：「妾在現行法中雖係屬妾，但對於已身所生之子女，應與生母同視。」

（註一一）兄弟姊妹，就情誼及理論言之，均應以其為遺產繼承人。日本民法未設規定，被國學者頗批評其不當。——柳川勝二氏日本相續法

註釋上卷五二一頁，牧野菊之助氏日本相續法論一八六頁，關西法律學校講義民法相續編一三六頁參照。

（註一二）關於半血緣兄弟姊妹，各國法律多認其有繼承權，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

二人間，按一均等繼承，惟其應得份則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母

第一 概說

第三款 指定繼承人

繼承人之指定者，被繼承人於無直系血親卑親屬時，以遺囑就其遺產之全部或一部，於不違反特留分範圍內，指定繼承其遺產之人之單獨行為也。指定繼承 (Erbnennung, Institution d'heritier, appointment of heir) 之制度，起源於羅馬法，現代各國多採此制，但其範圍則殊廣泛，例如：(一) 不限於無法定繼承人時；(二) 被指定者不限於一人；(三) 不問其為親屬非親屬；(四) 對於財產之繼承或為全部，或為一部，均無不可。是蓋重死者之意思也。(法民第九六七條，瑞民第四八三條，德民第二〇八七條以下，日民第九七九條以下參照)。

繼承人兩種。一於無直系卑親屬時，得就財產之全部或若干分之幾指定繼承人。二（民法親屬立法原則第三參照）現行民法即本此原則以爲規定者也。（民法第一一四三條）

第二 指定繼承之要件

一 指定人

何人得爲指定人，我民法無明文規定，依余所信，繼承人之指定既得以遺囑爲之，解釋上凡無遺囑能力者，自不得爲繼承人之指定人。

二 被指定人

何人得爲被指定人，我民法亦無明文規定，解釋上固不應有何種之限制，惟依民法第一〇七一條規定，被指定人與指定人關係原則止與婚生子女同，從而被指定人與指定人如爲同宗同姓，是否限於姪輩，如爲其他親屬，是否限於輩分相當之人，實屬疑問。關於此點，我國學者之見解頗不一致，有謂第一〇七一條所謂與婚生子女同，乃謂其權利義務關係與婚生子女同，非身分與婚生子女同，故不生輩分問題者（註一）；有謂既與婚生子女同，則被指定之人，即當視同婚生子女，故父母配偶伯叔或其他輩分不相當之親屬，自不得爲被指定人者（註二）；亦有謂被指定人其輩分自不得較被繼承人爲低，然不限於輩分相當之親屬者（註三）；依余所信，依法文用語，解釋，自以第二說爲適當。即被指定人與指定人如爲同宗同姓，應限於姪輩，其親屬亦以輩分相當爲必要。至第一〇七一條之規定是否必要，則屬另一問題，此點已於論著中國民法親

三 得為指定之情形

依我民法規定，繼承人之指定，以無直系血親卑親屬為限。其以指定繼承人，原在於遺產之繼承，故其繼承人，已有子女或其他直系血親卑親屬，即無指定繼承人之必要。此之所謂直系血親卑親屬，是否包含養子女在內，頗屬疑問。依余所信，應取肯定說。又有無直系血親卑親屬，應依立遺囑時定之，抑應依遺囑發生效力時定之，亦屬問題。依余所信，應依遺囑發生效力時定之，故如遺囑發生效力時而有直系血親卑親屬，則其指定行為為無效。（參見川氏前揭上卷三四一頁參照）

四 指定之效力

依我民法規定，繼承人之指定，應以遺囑為之。他國法律則多無此限制。我民法所以囑為之者，因遺囑為被繼承人其終之意願表示，較之生前行為為可憑信也。遺囑係以使法律行為於死後發生效力為目的，依法定方式所為之自主法律行為，遺囑既為單行行為，則被遺囑所為之被繼承人之指定，不但無須得被指定人之同意，即被指定人不知指定之事實，或竟違反被指定人之意思而為指定，亦屬有效。不過被指定人，不欲繼承其遺產時，自得為繼承之拋棄耳。又繼承人之指定，既須以遺囑為之，則被繼承人縱有指定繼承人之意思而未定有遺囑，或並此指定繼承人之意思而亦無之，一旦死亡，他人假死者之名，代為指定遺產繼承人，則其指定，應屬無效。繼承人之指定，能否附加停止條件，學說上頗有爭論。依余所信，應取肯定說，但其條件須不違

第一 (注) 雖神祇祇嗣 (上略) 被指定之人其身分自不不得不被繼承人爲限。惟亦不必以身分相當者爲限。(中略) 民法第一一四條不曰無子女者而曰無直系血親卑親屬者得指定繼承人與舊律所云無子者許合同宗昭穆相當之姪及孫祇祇相當用語迥

差無異。得或與同則有無關於民法第一一四條所規定之適格指定繼承人相當之程度。似爲成敗。其詳見前章。蓋我國繼承

一頭繼承。不區分遺產繼承。大抵本國繼承。其大體。與舊律無異。惟其與舊律不同者。在於其繼承人。不以身分相當者爲限。而

繼承人。法律另有規定外。與發生子女同。故解釋上頗感困難。則自立法上之見地言之。民法第一一四條之規定。應否予以相當修正。或

第二 遺囑之指定繼承人 (羅氏前編三三頁)

第三 遺囑之指定繼承與立嗣之區別

我國舊例。無子者死亡。除尋常天亡未婚之人外。概須爲之立嗣。此種制度。既隨宗祧繼承之廢止而消滅。然立法

者。猶恐積重難返。於是於親法屬上擴充養子之制度。而於繼承法上復認指定繼承人之辦法。凡此皆欲藉以補

救立嗣制度之窮者也。就中指定繼承人之規定。與立嗣制度甚屬相似。顧夷考其實。則有下列各點之不同。(一)

立嗣在於繼承宗祧。指定繼承則在繼承遺產。此其一。(二) 立嗣之嗣父及嗣子均以男子爲限。指定繼承之指

定人及被指定人則無復性別之差別。(民法親屬立法原則第三參照) 此其二。(三) 立嗣得以生前行爲爲

之。且得於死亡後由他狀立。指定繼承則限於遺囑爲之。且他人不得於其死亡後代爲指定。此其三。(四)

立嗣之嗣子必限於同宗。指定繼承之被指定人則是否親屬在所不問。此其四。(五) 立嗣其嗣子通常爲一。而

指定繼承其被指定人總得二個以上。亦無不可。此其五。(六) 立嗣其嗣子通常爲一。而指定繼承則未

問其爲否。即此其一。此其二。此其三。此其四。此其五。此其六。此其七。此其八。此其九。此其十。此其十一。此其十二。此其十三。此其十四。此其十五。此其十六。此其十七。此其十八。此其十九。此其二十。此其二十一。此其二十二。此其二十三。此其二十四。此其二十五。此其二十六。此其二十七。此其二十八。此其二十九。此其三十。此其三十一。此其三十二。此其三十三。此其三十四。此其三十五。此其三十六。此其三十七。此其三十八。此其三十九。此其四十。此其四十一。此其四十二。此其四十三。此其四十四。此其四十五。此其四十六。此其四十七。此其四十八。此其四十九。此其五十。此其五十一。此其五十二。此其五十三。此其五十四。此其五十五。此其五十六。此其五十七。此其五十八。此其五十九。此其六十。此其六十一。此其六十二。此其六十三。此其六十四。此其六十五。此其六十六。此其六十七。此其六十八。此其六十九。此其七十。此其七十一。此其七十二。此其七十三。此其七十四。此其七十五。此其七十六。此其七十七。此其七十八。此其七十九。此其八十。此其八十一。此其八十二。此其八十三。此其八十四。此其八十五。此其八十六。此其八十七。此其八十八。此其八十九。此其九十。此其九十一。此其九十二。此其九十三。此其九十四。此其九十五。此其九十六。此其九十七。此其九十八。此其九十九。此其一百。

本報且 第二卷 繼承繼承人

(註) 德國法對於法定繼承有所批評，略謂：「依余見解，民法此等限制之缺點（即民法第一一四三條之缺點）有六：（一）被繼承人不能繼承子女之遺產自由指定遺產。（二）倘以遺贈方式轉給遺產於某子或他人，與指定繼承人同一結果，仍按繼承人同順位。（三）遺贈指定繼承人供與遺產。（四）倘遺贈遺產於繼承人以外之人，則被繼承人遺產繼承人同順位。（五）如遺贈遺產於繼承人以外之人，則被繼承人遺產繼承人同順位。（六）如遺贈遺產於繼承人以外之人，則被繼承人遺產繼承人同順位。（七）如遺贈遺產於繼承人以外之人，則被繼承人遺產繼承人同順位。（八）如遺贈遺產於繼承人以外之人，則被繼承人遺產繼承人同順位。（九）如遺贈遺產於繼承人以外之人，則被繼承人遺產繼承人同順位。（十）如遺贈遺產於繼承人以外之人，則被繼承人遺產繼承人同順位。」

第二節 繼承人之順序

第一 概說

以法律定繼承人之順序，各國法律無不備載，但亦有其一致之點，此點雖何，即依繼承人與被繼承人間之關係親疏，而直系卑親，以爲最親，繼承人順位之標準，是民法亦然，茲分配偶之繼承順序及其他繼承人之繼承順序說明之。

第二 配偶之繼承順序

繼承人爲配偶時，其順序如何，各國法律大別爲二類，有以配偶列於一定之順序者，有無一定之順序，而與任何一類均得同階爲繼承人者。日本民法屬於第一類，配偶居第二順序，如有第一順序之直系卑親同時配耦，即毫無所得，如無直系卑親同時，配偶即得遺產之全部，此種辦法，偏枯不平，誠者病之（註）。

德國、瑞士等國屬於第二類，權衡調劑，較爲折衷（繼承法先決各點審查意見書第三說明參照），故中央政治會議立法原則明定

第二類，權衡調劑，較爲折衷（繼承法先決各點審查意見書第三說明參照），故中央政治會議立法原則明定

配偶繼承不限於一定之順序，現行民法從之。雖然，彼日本民法所以列配偶於第二順序者，因子女對於其父母依法應負扶養之義務，縱使被繼承人之遺產全爲其直系卑親屬所繼承，被繼承人之配偶亦不至失所，憑依也。此種理論，非不甚是，第就實際言之，配偶乃生前經營共同生活之人，其關係之切，無以復加，且所有財產，得力於相互之補助者甚大，乃一旦一方死亡，他方之生活費用，即須完全仰給於其子女之供，給衛壽人情，實有未安，此我民法所以毅然採取德、瑞民法之立法例者也。

(註一) 日本民法相續編改正要綱，對於現行民法已有所改正，依要綱第六遺產相續人之範圍及相續分載：「一、遺產相續，以配偶與直系卑親屬同一順位之相續人，其相續分與在家庭之嫡出直系卑親屬同一。」

第三 其他繼承人之繼承順序

一 直系血親卑親屬

依我民法規定，直系血親卑親屬爲第一順序之繼承人（民法第一一三八條第一款），此爲各國法律之所同。此之所謂直系血親卑親屬，包含女子在內，已如前述。又所謂直系血親卑親屬，原有自然的與擬制的之別，前者即婚生子女，具備一定要件之非婚生子女是（民法第一〇六一條、第一〇六四條、第一〇六五條），後者即養子女是（民法第一〇七七條），無論自然的與擬制的直系血親卑親屬，應屬同一繼承順序，是爲當然。我民法第一一四二條第一項所謂「養子女之順序與婚生子女同」，應解爲一種注意的規定。（註二）雖然，直系血親卑親屬有親等相同者，有親等不同者，親等相同者固得同爲繼承人，親等不同者，我民法第一

一三八條則明定其以親等近者為先。故如被繼承人有子女時，應先由其子女繼承，必無子女，始由其孫子女繼承。其餘類推。查子女之於父母為一等親，孫子女之於祖父母為二等親，前者之親等較後者為近故也。至若指定繼承人，依我民法第一千〇七一條，其與被繼承人之關係雖與婚生子女同，但其繼承順序則位於第一順序與第二順序之間，即必無第一順序之直系血親卑親屬時始得繼承遺產之全部或一部。此就民法第一千〇六九條及第一千〇七〇條解釋無可疑義者也。

二 父母

依我民法規定，父母為第二順序之繼承人（民法第一千三八條第二款），即父母必於無第一順序之直系血親卑親屬及指定繼承人時，始得為遺產繼承人。關於此點，各國法律不盡相同，有以父母置於第二順序者，例如德國、法國及瑞士民法是。有以父母置於第三順序者，例如日本民法是。我民法則從前者之立法例，蓋就情道以言，被繼承人除配偶及直系血親卑親屬外，通常以父母為較親切也。

三 兄弟姊妹

依我民法規定，兄弟姊妹為第三順序之繼承人（民法第一千三八條第三款），即兄弟姊妹必於無第一順序之直系血親卑親屬及第二順序之父母時，始得為遺產繼承人。關於此點，各國法律亦不盡相同，有以兄弟姊妹置於第二順序者，例如瑞士及德國民法是。有以兄弟姊妹置於第三順序者，例如法國民法是。我則從法國民法，以兄弟姊妹次於父母之後，蓋不但兄弟姊妹之親等較父母為遠，即就情道言之，亦通常較父母為疏。

也。

四 祖父母

依我民法規定，祖父母為第四順序之繼承人（民法第一一三八條第四款），即祖父母必於無第一順序之直系血親卑親屬，第二順序之父母及第三順序之兄弟姊妹時，始得為遺產繼承人。關於此點，各國法律亦殊不一致，有以祖父母置於第二順序者，例如法國民法是。有以祖父母置於第三順序者，例如德國、瑞士及日本民法是。我民法則以祖父母雖為被繼承人之直系血親尊親屬，然通常究不若兄弟姊妹關係之親切，故斟酌情禮以之次於兄弟姊妹之後（註三）。

（註三）繼承法先決各點要旨見第三點之三載：「非婚生子女經推定為婚生子女者，其繼承財產與婚生子女同。」此為之說明曰：「直系卑親屬，原係指婚生之子女及私生子女而言，非婚生之子女也。然於子女中，倘有存者，私生子女亦應見，我國法律於此子應與婚生視之，即仍之。至於私生子女，在舊律則概規定依子中分，然私生子女者，經認領，在法律上應認爲子女，關於繼承財產與婚生子女同，亦最近立法之趨勢，故特予揭明。如親屬範圍內對庶子女及經認領之私生子女，概指定爲在法律上與婚生子女無異，則關於繼承自無特別規定之必要。」可爲本案解說上之參考。

（註三）關於遺產之繼承，各國民法均設有繼承順序之規定，但繼承法並無規定繼承人應於第四順序繼承人，其繼承財產應與婚生子女同，亦最近立法之趨勢，故特予揭明。如親屬範圍內對庶子女及經認領之私生子女，概指定爲在法律上與婚生子女無異，則關於繼承自無特別規定之必要。」可爲本案解說上之參考。

第三節 應繼分

（資遺者爲限）別無關於繼承順序之明文。

第二條

應繼分 (Part héritaire) 者，各繼承人對於遺產上之一切權利義務之比率也。在繼承人為一人時，被繼承人所有遺產上之權利義務，應由其全部繼承，固無問題，然如繼承人而有數人，則其權利義務，應由各個繼承人共同繼承，此時自不能不有一分配之比率，以資準據。此項比率，即民法上所謂應繼分。關於應繼分之規定，各國法律頗不相同，顯亦有其一致之點，此點維何，即依繼承人與被繼承人間之關係親疏及情誼厚薄，以為決定是。我民法亦然。茲分法定應繼分及指定應繼分兩款說明之。

第三款 法定應繼分

第一 概說

共同繼承人所得繼承遺產之比率，解釋上固得由被繼承人以遺囑指定，然在無遺囑指定時，則須由法律規定之。此種法定之比率，即所謂法定應繼分。顧所謂無遺囑指定，就一般情形言之，不外下列之四種：(一) 被繼承人未以遺囑為應繼分之指定時；(二) 指定應繼分之遺囑無效或被撤銷時；(三) 受應繼分指定委託之第三人未為指定時；(四) 被繼承人未就共同繼承人之全部以遺囑指定應繼分時。如有上述情形之一，即應適用法律規定，以定其應繼分。

第二 配偶之應繼分

配偶之繼承順序，已如前述，其有一定順序者，於無前順序之繼承人時，應由其繼承遺產之全部無餘矣；反之在

親屬與父子... 繼承人... 其直系卑親屬應繼分二分之一。又如法國民法第

七五九條，私生子於父母有嫡子時，為嫡子應繼分三分之一。無嫡子或其直系卑親屬而有尊親屬及兄弟姊妹

時，為其二分之一。無尊親屬卑親屬及兄弟姊妹時，為其四分之一。三無一切之親屬時，為其全部。又如日本民法第

一〇〇〇條，私生子於父母有嫡子時，為嫡子應繼分之三分之一。無嫡子或其直系卑親屬而有尊親屬及兄弟姊妹

時，為其四分之一。無尊親屬卑親屬及兄弟姊妹時，為其全部。又如日本民法第

一〇〇〇條，私生子於父母有嫡子時，為嫡子應繼分之三分之一。無嫡子或其直系卑親屬而有尊親屬及兄弟姊妹

時，為其四分之一。無尊親屬卑親屬及兄弟姊妹時，為其全部。又如日本民法第

一〇〇〇條，私生子於父母有嫡子時，為嫡子應繼分之三分之一。無嫡子或其直系卑親屬而有尊親屬及兄弟姊妹

時，為其四分之一。無尊親屬卑親屬及兄弟姊妹時，為其全部。又如日本民法第

一〇〇〇條，私生子於父母有嫡子時，為嫡子應繼分之三分之一。無嫡子或其直系卑親屬而有尊親屬及兄弟姊妹

時，為其四分之一。無尊親屬卑親屬及兄弟姊妹時，為其全部。又如日本民法第

一〇〇〇條，私生子於父母有嫡子時，為嫡子應繼分之三分之一。無嫡子或其直系卑親屬而有尊親屬及兄弟姊妹

時，為其四分之一。無尊親屬卑親屬及兄弟姊妹時，為其全部。又如日本民法第

一〇〇〇條，私生子於父母有嫡子時，為嫡子應繼分之三分之一。無嫡子或其直系卑親屬而有尊親屬及兄弟姊妹

時，為其四分之一。無尊親屬卑親屬及兄弟姊妹時，為其全部。又如日本民法第

一〇〇〇條，私生子於父母有嫡子時，為嫡子應繼分之三分之一。無嫡子或其直系卑親屬而有尊親屬及兄弟姊妹

我國舊律所謂養子，有同宗之養子，異姓之養子，不知其姓之養子（現行律戶役門立嫡子違法律參照）。

繼承法

第... (一) 關於此國羅仲銘氏與本國兒嗣有與略說一語...

第... (二) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (三) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (四) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (五) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (六) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (七) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (八) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (九) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (十) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (十一) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (十二) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (十三) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (十四) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (十五) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

第... (十六) 遺囑之效力以昭昭實非可假等語...

所成則頂格之繼承人，縱使殺害，尚不能謂其有圖謀遺產繼承之意思也。但係第一一〇條居世位繼承之地位者，如有本條第一款之情形，應否喪失繼承權，則屬疑問。余以為為世位繼承人如無繼承人，係依其繼承人代為他人之地位而為繼承，並非直接繼承被繼承人，從而於此問題，自以採取否定說為適當。

二 以詐欺或脅迫使被繼承人為關於繼承之遺囑，或使其遺囑無效，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑。

三 以詐欺或脅迫妨害被繼承人為關於繼承之遺囑，或妨害其遺囑，或變更之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑。

第二、三款均包含下列三種情形，即（一）以詐欺或脅迫使被繼承人為關於繼承之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑。

詐欺或脅迫使被繼承人為關於繼承之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑。

繼承之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑。

消極的妨害被繼承人為關於繼承之遺囑，殊有背於遺囑應以被繼承人之意思為基礎之旨趣也。其有無圖

利而自害其繼承人，或使其繼承人喪失繼承權，或使其繼承人喪失繼承權，或使其繼承人喪失繼承權。

第一、二款均包含下列三種情形，即（一）以詐欺或脅迫使被繼承人為關於繼承之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑。

之原因，但何種情形對於繼承之遺囑，實際上頗難分辨，余意關於此種遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑。

不盡。關於繼承之遺囑，即其他遺囑而在發生繼承禁止之效果者，如非發生繼承人之繼承人，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑。

之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑，或使其遺囑無效之遺囑。

定方款之遺囑，以及違背公序良俗之遺囑，則無妨害之可能。總長第二三三九條第... 總長第二三三九條第...

定方款之遺囑，以及違背公序良俗之遺囑，則無妨害之可能。總長第二三三九條第... 總長第二三三九條第...

以詐欺或脅迫為手段。故意表示虛偽之事實使人陷於錯誤者，謂之詐欺。故意通知不正之危害使人發生恐懼者，謂之脅迫。其非出於詐欺或脅迫之手段者，固不得為喪失繼承權之原因。即使外形上為詐欺或脅迫而非出於故意，例如出於過失或戲謔等，亦不得為喪失繼承權之原因。又我民法祇規定詐欺，其與詐欺異其性質之欺罔，自不包含在內。又我民法雖祇規定脅迫，其比脅迫程度更重之強暴，自應包含在內。(三)須係使或妨害其為撤銷或變更關於繼承之遺囑，係積極的違反被繼承人之意思，俾其為撤銷或變更繼承遺囑之行為。行為雖異，結果則一，故之行為。妨害，係積極的違反被繼承人之意思，阻止其為撤銷或變更繼承遺囑之行為。行為雖異，結果則一，故我民法均以其為喪失繼承權之原因。又此所謂撤銷實即撤回之意，蓋在被繼承人未死亡以前，遺囑尙未發生效力，無所用其撤銷也。

四 偽造、變造、隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者

本款有應注意者二：(一)須為關於繼承之遺囑，此點已於上述，茲不贅。(二)須係偽造變造隱匿或湮滅，即不法摹擬之謂。變造，即就真正文書擅加變更之謂。隱匿，即使人難於發見或不能發見之謂。湮滅，則包含甚廣，舉凡毀損滅失以及其他妨害證據效力之行為皆屬之。我民法之以此等情事為喪失繼承權之原因者，蓋因繼承人對於繼承遺囑而有不正之行為也。其有無關利己或他人，或妨害其繼承人權利之事實，以及行使之意思與否，則非所問。(註六)

五 對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者。

本款有應注意者：(一)須對於被繼承人有重大虐待或侮辱情事；侮辱，係毀損人格價值之行為。虐待，則為對於身體精神予以痛苦之行為。侮辱虐待以重大為必要。是否重大，應依繼承人與被繼承人社會上之地位、道德上之通念等決之。侮辱虐待，均為不德行為，與第一款之情事同，故我民法以其為喪失繼承權之原因。(二)須經被繼承人表示其不得繼承表示，不以明示為限，默示亦可。其以表示不得繼承為必要者，蓋侮辱虐待是否重大，固應就當事人間社會上之地位及道德上之通念等決之，然如依被繼承人主觀之見解認為並非重大，或雖認為重大而甘願忍受，法律無須加以干涉故也。

我民法關於喪失繼承權之原因，以此五款為限，解釋上不許類推適用，蓋由列舉情事而生之缺格，具有制裁之性質，故不能不從嚴解釋，以示限制。又以上五款情事，有絕對喪失與相對喪失之別，第一款與第五款為絕對喪失，第二款至第四款為相對喪失。所謂相對喪失，即依本條第二項規定，如經被繼承人宥恕，即不喪失繼承權是也。(註七)宥恕，乃已為某行為後，對於其行為之責任付於不問之意思表示，其方法之為明示默示，在所不問。至喪失繼承權，應否以訴主張之，學說上頗有爭論，余則以為就我民法解釋，應取否定說，即一有上述五款情事，即當然喪失其繼承權，無須法院之宣告。(註八)但如當事人之一方請求法院為失權之認定，自非所禁。

(註二)關於喪失繼承權之原因，各國法律頗不相同，法國民法除我第一款外，以知被繼承人被殺害而不告發及隱匿被繼承人為喪失繼承權之原因。(法民第七二七條)德國民法及瑞士民法與我民法大體相同，而尤以德國民法為詳。(德民第二三三九條)瑞士

第四〇條)日本民法以知被繼承人被殺害而不告發為喪失繼承權之原因，但無我民法第五款之規定。(日民第九九九條)。

西班牙民法以遺棄子女，使子女賣淫或受其他有害貞操之行為，因與遺棄人之妻姦淫或受刑罰等，為喪失繼承權之原因。(西民第

四九九條)

七五六條)葡國牙民法以遺囑執行人辭任或撤選為喪失繼承權之原因(葡民第一七八〇條)奧國民法以遺囑執行人辭任或撤選為喪失繼承權之原因(奧民第五〇〇條)

(註三)我國舊律亦有關於喪失繼承權之規定,例如現行律戶役門立嫡子違法條例:「因爭繼嗣或人命者,凡爭繼嗣及扶同相爭之房分,均不准其繼嗣,應歸戶族另行公議承立。」

(註四)幫助他人殺被繼承人於死是否為喪失繼承權之原因,在日本學者間有肯定、否定二說。柳川、宮田兩氏主肯定說(柳川氏前掲上卷一七八頁、宮田氏早稻岡大學講義餘相續法四二頁)。木書從前說。即肯被繼承人是否為喪失繼承權之原因亦有肯定、否定二說。牧野氏主肯定說(牧野氏前掲上卷一七八頁)。柳川氏主否定說(柳川氏前掲上卷一七八頁)。木書從後說。

(註五)劉錫英氏謂:「本款包括四種情事:(一)故意殺被繼承人於死,(二)故意殺繼承人於死,(三)雖未殺被繼承人於死而已受刑之宣告,(四)雖未殺繼承人於死而已受刑之宣告。關於(一)(二)兩種,祇須有致死之故意及被害人因而致死之事實,即為構成。其致死之手段如何與否,受刑之宣告,皆可不問。關於(三)(四)兩種,亦須有致死之故意,但被害人尚未因而致死,必須已受刑之宣告,始能構成。若未受刑之宣告,則不能視為本款之適用。」(劉錫英氏前掲上卷一七八頁)實則受刑之宣告一節,無論何種殺害被繼承人,均須受刑之宣告,此就母法日民第九六九條第一款觀之,實無可疑。

(註六)劉錫英氏謂:「凡為此種行為者,實際上無非以圖利自己或他人或妨害其他繼承人之權利為目的,然法文上則並未揭明,且於條文遺囑之遺囑,並不同其遺囑而行使,適用上殊為滋疑,鄙意為此種行為者,若並無目的,或就其偽造遺囑之遺囑無意行使,則僅屬一種廢除遺囑之行為,不應視為本款情事之構成。」(劉氏前掲上卷一七八頁)與木書見解有異。

(註七)外國法律亦多設有類之規定,例如德民第二三四三條、意民第七二六條、日民第七五七條、瑞民第五四〇條是,但法、德、日、瑞民法及日本民法則無明文規定。

(註八)關於此點,在日本學者間頗有爭執,柳川、宮田、宮田兩氏與木書間一異議(柳川氏前掲上卷一八七頁、宮田氏前掲四九頁、宮田氏前掲二九頁)。奧國民法則與木書見解相異(奧國民法相續法論三三頁)。劉錫英氏亦謂舊律法以廢除宣告之,劉君謂:

「繼承權喪失者，關係至為重大，須經法院判決始生效力。自不待言。惟此種判決，究應適用通常訴訟程序，抑應適用特別訴訟程序，（中略）現行修正民法，於現已公布尚未施行之民法，則並未將繼承事件列入特別訴訟程序中，蓋繼承法既規定遺產繼承，並不涉及宗祧繼承之身分問題，即已無庸行特別訴訟程序之理由矣。繼承權喪失與否之訴訟，自亦祇應適用通常訴訟程序。」

（劉氏前編十六頁）

第三 喪失繼承權之效力

喪失繼承權之效力如何，我民法無明文規定，茲依據法理分下列三點述之如左：

一 對於繼承人身份上之效力

繼承人一有第一一四五條第一項各款之情事，即喪失其繼承權，換言之，即喪失其為繼承人之地位。惟是否可以代位繼承，則各國法律不同，有說明文規定許其直系卑親屬為代位繼承者，如瑞士民法、日本民法及奧國民法是（瑞民第五四一條、日民第九七四條、奧民第五四一條）。有雖未說明文規定解釋上歸屬於其繼承人者，如德國民法是（德民第二三、四四條）。我民法則從前之立法例於第一一四〇條規定第一一三八條所定第一順序之繼承人有於繼承開始前喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承，此應繼承分。其關係於次節代位繼承中述之，茲不贅。

二 對於繼承人財產上之效力

繼承人喪失其繼承權時，其因繼承取得之遺產，應行返還，並應返還繼承開始以後由其遺產所生之孳息（民法第九五八條）。但繼承人所返還者係屬因繼承取得之遺產及孳息，其於繼承開始前從被繼承人所

受之贈與，則不應因喪失繼承權而返還。蓋以其非由繼承之效力所取得故也。不獨在民法，要請以有遺贈之
之術為斷，而填填承繼承人得撤銷其贈與，是不可以不注意耳。（民法第四百六條、第四百七條）至關於其
遺贈，我民法第百零八條也設有準用喪失繼承權之規定，於此場合，應剝奪其受遺贈之資格，自不待言。

三、對於第三人之撤銷行為，不可因繼承人與該第三人間有債權債務關係而發生，無特於法說以撤銷遺贈已業滿為理由。
喪失繼承權之撤銷，因前條第一項第一款之規定，無特於法說以撤銷遺贈已業滿為理由。
使請法院撤銷判決，亦非於裁判確定之時發生效力，而係於前述各款情事發生之時發生效力。（註九）

準此以解，則繼承人對於第三人所為遺產之處分，自屬當然無效。如此解釋，對於善意第三人之保護，固不無
遺憾，然此乃繼承無效當然之結果，苟非法律特設明文，吾人殊難解為對於善意第三人亦不生效力也。應請法
律特設明文，如民法第七五八條及第五五九條所定不動產之讓與以及第八〇一條所定動產之善意取
得是。

（註九）奧田氏謂：「關於缺格，於法院宣告以前，視為繼承人，縱其繼承權被除斥，然不生溯及既往之效力，故於缺格裁判宣告前，就遺產已
為承讓之權利，依然保有其效力。」（奧田氏編八四頁）殊非正解。日本大審院判決及柳川、宮田兩氏與本書見解相同（大正三
年十二月一日日本大審院判決柳川氏前掲上卷一九二頁、宮田氏前掲二九頁）。羅仲銘氏則謂：「關於第三人，應以取得權利
之事實為準，倘合於實際之需要，僅若第三人明知繼承權喪失之原因事實者，則不在此限。」（羅氏編五七頁）蓋其事實者，

第三款 繼承權之回復

第二章 遺產繼承人

第一 概說

依我民法第一一四六條第一項規定，繼承權被侵害者，得請求回復，所謂繼承權之被侵害，例如繼承人不知繼承開始之事實，而己為他人所繼承，或雖知繼承開始之事實，而誤信自己無繼承權，致為他人所繼承是。於此情形，正當繼承人不但對於占有其繼承標的者得提起所有權回復之訴，且得基於被繼承人之權利提起繼承人之訴，以回復其標的物，然僅認此各個之請求權，殊不足以保護正當繼承人之利益，故自羅馬法以來，各國法律多認正當繼承人有回復繼承權之一般的請求權。(註一)我民法從之。

(註一)關於回復繼承權之一般的請求權，各國法律之特設規定者，為德國民法第二〇一八條至第二〇三一號，瑞士民法第五九八條至第六〇一條，日本民法第九六六條，荷蘭民法第八八一條，第八八二條，奧國民法第八二三條，第八二四條，智利民法第一二六四條至第一二六九條，及匈牙利民法草案第二〇四〇條至第二〇四三條。法國民法及屬於羅馬法系之意大利、葡萄牙、西班牙等國民法，則無明文規定。

第二 繼承回復請求權之性質

繼承回復請求權者，正當繼承人於其繼承權被侵害時，裁判上或裁判外請求其回復之權利也。(牧野氏請揭九一頁參照)。此項請求權，不但為繼承人對於相對人請求確認其法律上之地位，且在基於此地位請求其繼承標的之回復。準此以解，此項請求權雖屬單一，實則具有人的請求權及物的請求權之混合性質。即對於相對人請求確認其繼承資格之點，為人的請求權；對於相對人請求回復其繼承標的之點，為物的請求權。(註二)此項請求權既為請求確認繼承資格及請求回復繼承標的之權利，自得於裁判上或裁判外主張之。如於裁判上

主張之，其故之性質如何，則有審議。係否原係，均須詳論。雖屬爲給付之訴，而非確認之訴或形成之訴。（註三）又

雖爲給付之訴，然非該債權獨立給付之訴之併合，而爲單一給付之請求，其標的在於包括的一體。

（註二）關於此點，學者之意見頗不一致，有謂繼承回復請求權爲請求承認繼承事實之人的請求權者，有謂此權利爲請求回復繼承標的

之物的請求權者，亦有謂繼承回復請求之事項如何或爲人的請求權，或爲物的請求權者。此等學說，皆由於誤認繼承回復請求權爲人的請求權與物的請求權集合之所致，殊不足採。

（註三）詳見澤田氏前掲上卷一二九頁，牧野氏前掲九二頁，仁井田氏前掲三九四頁，宮田氏前掲八二頁，反對說詳見澤田氏前掲一八頁，日本

法律新聞五〇五號東京控訴院民事第三庭判決。

三 請求權人及其相對人

一 請求權人

依我民法第一一四六條第一項規定，請求權人爲被害人及其法定代理人。（一）被害人：此所謂被害人，即

在繼承順位之繼承人，其非在於繼承順位之繼承人，則無此權。此請求權，乃被害人基於自己固有之權利主

張之，而非主張被繼承人之權利，此理至明，無待深論。又此請求權，乃專屬於繼承人一身之權利，如被害人來

主張其權利而死亡，其繼承人不得繼承其權利，在訴訟進行中死亡者亦然。但被害人之繼承人不妨本於繼

承關係，對其繼承人主張其權利。（二）被害人：之法定代理人：被害人如爲無行為能力人或胎兒，其回復

繼承之請求，由法定代理人爲之。法定代理人之行使其權利，乃依法定代理人之資格爲之，而非基於法定代

理人自己之權利，此與未成年人之非婚生子女，其法定代理人基於其資格爲認領之請求同（民法第一〇

六七條) 請時典與未領事人之非領事子女其若欲升職人者其若欲領事之高等國(注)第一〇

二 請求權之相對人

何者為請求權之相對人即被請求人我民法無明文規定依余所信自應以繼承人爭執繼承資格之事實

繼承人爭執繼承資格之相對人其由表見繼承人取得遺產權利之第三人不能謂為請求權之相對人何則查因

以爭執與繼承人爭執繼承資格故也(註四)依此理由其惟就標的物不屬於遺產發生爭執者以依一般規

定據起所有權回復之訴為已足亦不得以其為請求權之相對人(註五)若謂其爭執自占國古文謂其

其爭執者謂一四六號第一頁其說亦對人爭執自占國古文謂其(註四)仁井田氏與本書同一見解略謂一正當繼承人於欲回復其財產時不得對於由表見繼承人取得遺產權利之第三人主張繼承回

復請求權此時以本於自己取得遺產之事實主張表見繼承人所為之處分無效為已足(仁井田氏前揭三九五頁)柳川島田

謂亦謂表見繼承人與繼承人相反(柳川島田前揭上卷一三三頁島田氏前揭二五〇頁)

第四 繼承人復請求權之效力

繼承人復請求權之效力如何我民法無明文規定茲依德法法理分下列二點述之如左

一 對於表見繼承人之效力

繼承權之回復係回復未受侵奪時之權利狀態表見繼承人因繼承取得之遺產應行返還並應返還其孳息

如表見繼承人不能返還則應依不當得利之規定以定其義務此等之點德國民法第二〇二〇條第二〇二

主要條設有明文規定我民法無之余以為解釋上應屬相同

二 對於第三人之效力

繼承權之回復，其對於第三人之效力如何，學者間頗有爭論。有謂應區別第三人之為善意惡意，始為善意，則對於將來發生效力，如為惡意，則溯及既往發生效力者。有謂應區別其行為之為有債無債，如為有債，則屬有效，如為無債，則屬無效者。(註五) 依余所信，應與前述喪失繼承權時同，發見繼承人之處分行為除法律設有特別規定外，應認其為無效。(註六) 其為有債無債，與夫第三人之為善意惡意，均非所關。但如因死亡宣告表

見繼承人為繼承人時，則應適用民事訴訟法第六三六條之規定。

(註五) 劉錫英氏即區別善意惡意以定效力，其說明有云：「查加害者之事實如為第三人所不知，則第三人所取得之權利出於善意，不應使

其無不測之損害，反是若第三人明知加害者之事實，或共謀加害，則其取得權利，顯係惡意，自不應受法律之保護也。」(劉錫英氏說)

其財庫，乃以他人之權利為行為之標的，故依民法第五五九條第五六〇條之規定，其行為為有效。蓋見繼承人實為取得其權利

移轉於相對人之義務，反之，如其行為為無債，則無效。」(法典實踐問答第四編相續一三〇頁川名氏之解答)

(註六) 陳仲純氏亦與本書之見解有異，略謂：「在交易頻繁之今日，保護財產動態的安全之必要，實在保護其靜態的安全之上，如侵害繼

繼承權者，其效力應以不溯及既往為原則，但若第三人為惡意時，則其不受法律之保護，自不待言。」(陳仲純氏說)

相同(沈氏前揭七八頁)

第五 繼承回復請求權之時效

第五 繼承回復請求權之時效

繼承人於繼承權被侵害時，得請求回復圓滿，然如以不行使其權利，則權利狀態永不確定，殊有害於交易之安

本論 第二章 遺產繼承人

全故我民法特於第一一四六條第二項設有短期消滅時效之規定，茲述如左：(註七)

一 時效期間

一般時效期間通常為較長，此則為較短，且設兩重期間 (die doppelte Frist) 之規定，即知悉繼承權被侵害之事實者為二年，不知悉繼承權被侵害之事實者為十年。至是否知悉繼承權被侵害之事實，則屬事實問題，應依訴訟法上之證據法則以為決定，自不待言。

二 時效期間之起算

一般時效期間通常自可得行使其權利之時起算，此則因情形而異，即期間為二年者，自知悉繼承權被侵害之時起算；期間為十年者，則自繼承開始時起算。知悉而怠於行使權利，乃權利人之過失，故法律無須予以較長之期間；反之，則無從行使權利，而非權利人之過失，故法律特予以較長之期間。惟此二年之時效期間，似覺過短，但其期間係自知悉被侵害之時起算，足以救短期時效之弊。又此十年之時效期間，似覺過長，但其期間係自繼承開始時起算，足以救此長期時效之窮。時效期間與其起算點互為折衷，立法者固有深意存乎其間者也。

(註七) 我民法第一一四六條第二項，究為消滅時效，抑為除斥期間，不無疑問。依余所信，應解為消滅時效。其理由：(一)就本項之用語觀之，應解為消滅時效，而非除斥期間。(但亦有表面上與消滅時效同一用語，而實為除斥期間者，如民法第九〇條之規定是。)(二)如解為除斥期間，則民法繼承編施行法第四條關於消滅時效期間計算之規定，等於虛設。蓋除第一一四六條第二項固外，繼承編無復消滅時效之法條故也。司法院院字第六一〇號解釋以其為消滅時效，實屬允當。

第五節 代位繼承

第一 概說

我民法第一一四〇條規定代位繼承(代位繼承 Succession per representation)者，被繼承人之直系血親卑親屬有於繼承開始前死亡或喪失繼承權時，由其直系血親卑親屬與之同一順序繼承其應繼分之法的擬制也。代位繼承，為各國通行之制度(但蘇俄民法不認代位繼承)，我民法從之。(註一)代位繼承，究係代位繼承人代替他人之地位而為繼承，抑係本於自己固有之地位而為繼承，學說上頗有爭論。在德、瑞民法學者解釋彼國民法，多採前說。在日本民法學者解釋彼國民法，則多採後說。我國民法民法學者亦多採後說。(註二)司法院解釋，則先採後說，繼採前說，依余所信，應以前說為是。(註三)其詳已於拙著論代位繼承中(本書附錄二參照)述之，茲不贅。

(註一)代位繼承與舊律之嫡孫承祖類相似，第一為宗祧繼承，一為遺產繼承，究不相同。又在我國舊律有所謂「虛名待繼」，亦限於宗祧繼承有其適用，今則已成過去。——現行律戶役門立嫡子違法條律：「若支屬內實無嫡孫可為其子立繼之人，而其父又無別子者，應為其父立繼待生孫以嗣應為立後之子。」

(註二)羅仲銘氏謂：「我民法之解釋上似以採取後說為宜，依民法第一一四四條第一款之規定，配偶得與直系血親卑親屬於同一順序為繼承人，而有代位繼承權者，則以直系血親卑親屬為限，而不及於配偶，豈以被代位繼承人之配偶，以本身之資格，對於被繼承人，原不得享有繼承財產之權，故亦不合其有代位繼承之權在我民法之解釋上，代位繼承人係本於自己固有之地位而為繼承，從可

知矣。(羅氏前揭六二頁) 范錫氏之見解與羅氏同(范氏前揭四四頁)。

(註三) 范錫氏對於司法院解釋有所批評，時謂：「已嫁女子若於繼承開始前死亡或失權者，其所應繼承遺產得由其子女代位繼承，自無待論。然司法院近復為偏枯解釋，謂已嫁女子死亡時，依當時之法律實無繼承權，則其繼承開始時之法律雖許女子有繼承權，而已死亡之女子究無從享受此權利，其直系卑親屬自不得代位繼承。代為繼承乃法定之前果，而非代喪先人權利而為繼承，已如右述。司法院之解釋竟未貫徹男女平等之原則，論者非之。」(范氏前揭四五頁)

第二 代位繼承之要件

一 代位繼承之事由須為死亡或失權

關於此點，各國法律不同，有僅以死亡為限得為代位繼承者，有死亡及失權皆得為代位繼承者，前者法國民法採之。(民法第七四四條) 後者則係一般通行之立法例，我民法從之。(註四) 所謂死亡，兼指自然的死亡及推定的死亡。(民法第九條第一項) 二者如有其一，即得為代位繼承。失權則指放民法第一一四五條喪失其繼承權者而言，其詳已於前述，茲不贅。

二 死亡或失權須在繼承開始前

此點為我民法所明定，良以死亡或失權如在繼承開始以後，則被繼承人之直系血親卑親屬已取得其繼承權，從而其直系血親卑親屬得依當然之順序繼承其應繼分，殊無規定本條之必要。惟於此有一問題，即被繼承人之直系血親卑親屬致被繼承人或應繼承人於死，而於受刑罰宣告以後判決確定以前開始繼承，是否適用本條是關於此點，有消極積極兩說，依余所信，應以積極說為是。何則，蓋喪失繼承權之事由雖確定於繼

第三章 遺產之繼承

第一節 繼承之效力

第一款 繼承之開始

第一 繼承開始之原因

關於繼承開始之原因，各國法律多限於被繼承人死亡之一事，獨日本民法則因家督繼承與遺產繼承具其原因，後者亦如一般立法通例以被繼承人之死亡為繼承開始之原因，其在前者則以（一）戶主之死亡隱居或喪失國籍；（二）戶主因婚姻或養子縁組之遺節而去其家；（三）女戶主之入夫婚姻或入夫之離婚，為繼承開始之原因（日民法第九六四條、第九九二條）。日本民法之不限於以被繼承人之死亡為繼承開始之原因者，蓋因家督繼承係以繼承戶主之地位為標的，故舉凡喪失戶主身分之事由，皆得為繼承開始之原因。我民法之所稱繼承，既限於遺產繼承，故惟以被繼承人之死亡為繼承開始之原因（第一一四七條）。蓋遺產繼承係以繼承遺產為標的，故必被繼承人不能為財產上權利義務之主體時，始得為繼承開始之原因。所謂死亡，其情形有二：（一）自然死亡何謂死亡其說不一，余以為應採取通說以吾人之心臟停止鼓動為死亡是否死亡乃事

第五三八條) 俄民法無明文規定，除以為解釋上應屬相同。則以被繼承人之財產繼承開始之時，以於調查被繼承人遺產之遺產關係甚為便利也。至於關於遺產繼承之訴訟，我舊民事訴訟法並未規定特別審判籍現

行民事訴訟法則從民事訴訟法例(根斯條例第六八九條參照)於第一八條第一項明定「得由繼承開始時被繼承人住所之法院管轄」。此種立法精神，尤為顯然。即如田字家遺產繼承法亦係繼承人於其住所管轄之法院

第二款 繼承之標的

第一 各國立法例 (一) 關於繼承之標的，各國所採之立法例不同，茲分述之如左

一 遺產繼承之標的 (一) 英國若將因遺產繼承而具其繼承權之遺產 (英若將 *Forfeiture*)

繼承之標的，統稱遺產，抑為身分，各國法律頗不一致，在以家族為組織單位之國家，採複本位制，而以戶主之身分為繼承之標的，一面以遺產為繼承之標的，反之在以個人為組織單位之國家，則採單本位制，僅以遺產為繼承之標的，無復所謂身分之繼承。前者如日本民法，後者則為各國法律之所同。我國舊律與日本民法相同(註一)，現行民法則改從各國通行之立法例。

二 遺產繼承與消極遺產

同以遺產為繼承之標的，立法例中，有不問其為積極遺產(權利)消極遺產(義務)，概為繼承之標的者，有於積極遺產中除去消極遺產，以其餘遺產為繼承之標的者。後者為英國法律所採之立法例，前者為大

德國所採之立法例我國及現行民法則皆從前諸國所謂繼承之標的為權利義務包括的一體(已詳前章)中今法自應以現行民法為準(註二)

而及(註三)者是也(註二) 而及(註三)者是也(註二) 而及(註三)者是也(註二)

三 差別移轉與非差別移轉

所謂包括的一體，即繼承標的之權利義務不可分割的歸屬於繼承人之謂。此雖為現代多數國家所採之立法例，然非無遺產之性質或由來不同而異其歸屬者。就中情形頗為複雜，茲分自然財產與人為財產說明之。

一 遺產繼承與不動產 英國法律即因遺產之為動產不動產而異其歸屬，即在動產(其法稱 Personal Property) 則必為被繼承人之嫡長(Primogeniture) 繼承之。而不動產(其法稱 Real Property) 則必為被繼承人之嫡長(Primogeniture) 繼承之。

二 土地與耕地 古代日耳曼法即因宅地與耕地而異其歸屬，斯干底拉維亞法制亦有此區別，近惟(註四) 即家產田宅為家督之子所繼承，此外之物，則歸領之子繼承。

三 其他 遺產繼承與不動產 英國法律即因遺產之為動產不動產而異其歸屬，即在動產(其法稱 Personal Property) 則必為被繼承人之嫡長(Primogeniture) 繼承之。而不動產(其法稱 Real Property) 則必為被繼承人之嫡長(Primogeniture) 繼承之。

四 其他 遺產繼承與不動產 英國法律即因遺產之為動產不動產而異其歸屬，即在動產(其法稱 Personal Property) 則必為被繼承人之嫡長(Primogeniture) 繼承之。而不動產(其法稱 Real Property) 則必為被繼承人之嫡長(Primogeniture) 繼承之。

五 其他 遺產繼承與不動產 英國法律即因遺產之為動產不動產而異其歸屬，即在動產(其法稱 Personal Property) 則必為被繼承人之嫡長(Primogeniture) 繼承之。而不動產(其法稱 Real Property) 則必為被繼承人之嫡長(Primogeniture) 繼承之。

六 其他 遺產繼承與不動產 英國法律即因遺產之為動產不動產而異其歸屬，即在動產(其法稱 Personal Property) 則必為被繼承人之嫡長(Primogeniture) 繼承之。而不動產(其法稱 Real Property) 則必為被繼承人之嫡長(Primogeniture) 繼承之。

長繼嗣繼承人... 繼承人不得處分此項財產

人與世襲忠臣... 此種土地由英格蘭及蘇格蘭

出讓額均占三分之一 (Dower, 1. 2. 3.) (b) 此之所謂家產有世襲財產 (Mortgage) 與執照

一 繼承人... 繼承人不得處分此項財產

義務... 此制起源於西班牙意大利奧大利及德意志從之日本現亦

對其採取此制... 狹義家產則為美國創始之制度即依法律規定以某種財產為一

家產... 且不得為強制執行之標的除美國外如奧大利

塞爾維亞羅馬尼亞及英領東印度均採取此制瑞士民法亦有近似此制之家族不可侵地 (Vulgarfructuaria)

Family... 乃被繼承人或其繼承人繼承財產之範圍

(B) 繼承財產與獲得財產... 繼承財產 (Inheritance) 乃被繼承人或其繼承人繼承財產之範圍

由於父系傳來者為父系財產... 獲得財產 (Acquisition) 則係被繼承人以

自己之勞動或其繼承人繼承財產之遺產... 近代法律之因財產由來不同而區別繼承人

Neuchâtel... 繼承遺產之屬於父系者歸屬於父系之繼承人繼承遺產

母系之財產... 如俄國舊法被繼承人無血系繼承人時其繼承

財產之屬於父系者歸屬於父系之繼承人... 歸屬於母系者歸屬於母系之繼承人

屬於父系男女之旁系親屬之特權

(註一) 關於遺產繼承法第三條第三項之規定，其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。

見於我國法律之解釋，除該法第三條之規定外，尚有其他法律之規定，其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。

(註二) 前次遺產繼承法第二六九條之規定，其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。

(註三) 前次遺產繼承法第二六九條之規定，其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。

(註四) 前次遺產繼承法第二六九條之規定，其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。

(註五) 前次遺產繼承法第二六九條之規定，其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。

第二 我國民法之規定

依我國民法第一一四八條之規定，繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利義務。

義務，但權利義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。在分析說明如下：(一) 繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利義務。

一 繼承人原則上承受被繼承人財產上之一切權利義務。此項規定，其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。

此項規定，其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。

人財產上之一切權利義務，其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。

分歸此。此項規定，其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。其目的在於保護繼承人財產之安全，故其規定應予維持。

第三 合夥之問題

人之權利而不承受其義務，亦非如少數國法制依財產之性質或由來之不同而異其歸屬，此其二。顧所謂被繼承人財產上之權利義務，係指被繼承人私法上之權利義務而言。我民法雖未明言，但民法既規定關於私法之法律關係，自應包括繼承人在內。且繼承人繼承被繼承人財產，其權利義務亦應包括私法上之權利義務。如前所說，權利義務之繼承，應以私法上之權利義務為限。此其一。度既屬於私法，則應以私法上之權利義務為限。此其一。

限。所謂繼承人如係生存，依法尚應歸屬於被繼承人之權利義務，亦應為繼承人所繼承。例如被繼承人生前所負之債務，如係私法上之權利義務，亦應為繼承人所繼承。此其一。度既屬於私法，則應以私法上之權利義務為限。此其一。

第一 繼承人如係生存，依法尚應歸屬於被繼承人之權利義務，亦應為繼承人所繼承。例如被繼承人生前所負之債務，如係私法上之權利義務，亦應為繼承人所繼承。此其一。度既屬於私法，則應以私法上之權利義務為限。此其一。

第二 繼承人如係生存，依法尚應歸屬於被繼承人之權利義務，亦應為繼承人所繼承。例如被繼承人生前所負之債務，如係私法上之權利義務，亦應為繼承人所繼承。此其一。度既屬於私法，則應以私法上之權利義務為限。此其一。

第三 繼承人如係生存，依法尚應歸屬於被繼承人之權利義務，亦應為繼承人所繼承。例如被繼承人生前所負之債務，如係私法上之權利義務，亦應為繼承人所繼承。此其一。度既屬於私法，則應以私法上之權利義務為限。此其一。

第四 繼承人如係生存，依法尚應歸屬於被繼承人之權利義務，亦應為繼承人所繼承。例如被繼承人生前所負之債務，如係私法上之權利義務，亦應為繼承人所繼承。此其一。度既屬於私法，則應以私法上之權利義務為限。此其一。

第五 繼承人如係生存，依法尚應歸屬於被繼承人之權利義務，亦應為繼承人所繼承。例如被繼承人生前所負之債務，如係私法上之權利義務，亦應為繼承人所繼承。此其一。度既屬於私法，則應以私法上之權利義務為限。此其一。

第六 繼承人如係生存，依法尚應歸屬於被繼承人之權利義務，亦應為繼承人所繼承。例如被繼承人生前所負之債務，如係私法上之權利義務，亦應為繼承人所繼承。此其一。度既屬於私法，則應以私法上之權利義務為限。此其一。

效力之遺贈或其他由死亡而生之喪事價值之義務則繼承人原則上以繼承財產履行其義務而已此其

二、又此所謂專屬於被繼承人本身之義務指以其為契約之效力及被繼承人應為履行之義務而言如已由專

屬義務者為普通義務例如如因不履行或不完全履行以及侵權責任合夥等契約而生之損害賠償義務(反

之權利時亦然)仍應由繼承人負責清償之在此一節深應注意其意

三、繼承人自繼承開始時承受被繼承人財產上之權利義務

此為我民法所明定所謂「自繼承開始時」其意義有二(一)被繼承人財產上之權利義務依其繼承開

始時之狀態歸屬於繼承人換言之即繼承之事實及其標的之範圍依繼承開始而確定故縱繼承人承認繼

承在繼承開始以後亦溯及於繼承開始時發生效力(二)一旦繼承開始則被繼承人財產上之權利義務

即依法律規定當然歸屬於繼承人自無須為關於不動產之登記關於動產之交付關於指名債權之承認或

通知不遇我民法第七五條規定因繼承於登記前已取得不動產物權者非經登記不得處分其權利耳

則繼承人成對生草對尚應繼續承人之財產義務亦應繼續承人之財產

債務之履行亦應繼續承人之財產債務之履行亦應繼續承人之財產

債務之履行亦應繼續承人之財產債務之履行亦應繼續承人之財產

債務之履行亦應繼續承人之財產債務之履行亦應繼續承人之財產

債務之履行亦應繼續承人之財產債務之履行亦應繼續承人之財產

左列各種之權利義務，應否為繼承之標的，學說上頗有爭論，茲就鄙見解答如左：

一 被繼承人之屍體及遺骨

被繼承人之屍體及遺骨，應否為繼承之標的，學說上頗有爭論。依余所信，應取否定說。即被繼承人之屍體及遺骨，非我民法上之所謂物，自不能成立所有權，從而即不能為繼承之標的。（註五）

二 占有

所有權及其他之物權，得為繼承之標的，固矣，但占有應否為繼承之標的，則學說上頗有爭論。依余所信，我民法既認占有為事實而非權利，自不能謂占有當然為繼承之標的（但在法德等國民法均明定占有亦得繼承）。法民第七二四條、德民第八五七條、瑞民第五六〇條，不過占有人之繼承人對於占有物取得事實上管領力時，得就自己之占有，或非自己之占有，有與其被繼承人之占有合併而為主張耳。（民法第九四七條參照）（註六）

三 無體財產權

智識的所有權，例如專賣、特許權、著作權等，及其他無體財產權，例如商號專用權、商標專用權等，非專屬於權利人本身之權利，其得為繼承之標的，殆無異論。不過此種權利，其享有期間多設有限制，苟經過法定期間，則繼承人即喪失其繼承之權利，是不待言（著作權法第四條參照）。

四 慰撫金請求權

基於使權行為而生之慰撫金請求權，應否為繼承之標的，學說上亦多爭論，依余所信，就我民法解釋，應取否定說。此因慰撫金請求權係專屬於權利人本身之權利，如被害人於未行使權利以前即已死亡，自不能為繼承人所繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾，或已起訴者，則已由專屬權利變為普通之金錢債權，自得為繼承人所繼承。民法第一九五條第二項、第九九九條第二項、第一〇五六條第三項參照。(註七)

五 完納罰金之義務

被繼承人完納罰金之義務，應否移轉於繼承人，學說及立法例頗不一致。就刑止一身之原則言之，不應移轉於繼承人。但依我刑事訴訟法第四七四條第三項規定，罰金得就受刑人之遺產執行，是又採肯定說者也。

(註八)

(註五) 岡野宮井氏民法學論一卷二六六頁，平沼氏民法總論三八〇頁，中島氏民法講義二卷三六七頁，京都法學會雜誌五卷八號市村

光憲氏論文，吳說：柳川氏日本相續法註釋上卷四三〇頁，川名氏日本民法總論一三四頁，松岡氏民法論叢期三四九頁，法學實錄

國民法總則之部二〇九頁，仁井田氏解答。

(註六) 同說大正四年十二月二十八日大審院民事第二庭判決，松岡氏民法論叢期二二八頁，吳說明治三十九年四月十六日大審院判

事第二庭判決，柳川氏日本相續法註釋上卷四三〇頁，仁井田氏親族法相續法論四三九頁，法律評論五卷一號橋岡秀雄氏論文。

(註七) 依我民法第一九四條規定，不法侵害他人致死者，被害人之父母、子女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。本條

規定乃其固有權利，而與此之所謂繼承人者無關，此時其繼承人得為二重之請求，自不待言。

(註八) 德國刑法第三十條規定，宣告罰金之判決，非於被告人死亡前確定時，不得對於繼承人徵收之。奧大利民法第五四八條亦明定

罰金刑確定時，應由繼承人負擔之。日本法律無明文規定，明治四十五年五月十四日大審院刑事第一庭判決則與奧法採取同

第三款 繼承之費用

我民法第一一五〇條規定：「關於遺產管理分割及執行遺囑之費用，由遺產中支付之。但因繼承人之過失而支付者，不在此限。」（日民第一一二三條）依此規定，即關於繼承之費用，原則上應由遺產負擔之，茲分析說明如左：

第一 關於繼承之費用

依我民法第一一五〇條規定，應由遺產負擔之繼承費用，假指下列三種費用而言：（一）管理遺產之費用，例如遺產之保管、納稅、清算及清償等費用。（二）分割遺產之費用，例如分配現物、丈量土地及設置界標等費用。（三）執行遺囑之費用，例如召集親屬會議、選定執行人，或由執行人編製遺產清冊交付繼承人等費用。實則由繼承而生之費用，尚不祇此，舉其著者言之，如：（一）限定繼承時之清算費及清償債權交付遺贈等之費用；（二）無人承認繼承時之清算費及清償債權交付遺贈等之費用；（三）因遺產而生之訴訟費用等，莫不皆是我民法備為列舉規定，殊欠稟括。故余以為我民法第一一五〇條應從廣義解釋，舉凡關於繼承之費用皆屬之。

第二 原則上由遺產負擔

關於遺產管理、分割、執行遺囑及其他由繼承而生之費用，係屬一種共益費，雖其受益主體不盡相同，然究不能

使任何人單獨負擔，故我民法明定其由遺產中支付之。雖然，被繼承人之遺產既為繼承人所承受，則其繼承費用，無論由繼承人負擔，由遺產負擔，其結果均屬相同，似無明定其由繼承人負擔，或由遺產負擔之必要。實則不然，蓋如不明定其由遺產負擔，則繼承人於為限定繼承或拋棄繼承時，仍須以其固有財產負擔關於繼承之費用，不但於理不合，且足以損害繼承人之債權人之利益故也。然此僅屬原則，如其費用係由繼承人之過失而生，則無由遺產負擔之理由，故我民法第一一五〇條但書以之定為例外。所謂因繼承人之過失而支付之費用，例如因繼承人欠缺管理上之注意，致遺產毀損，因為修繕所支出之修繕費用是。又如繼承人因遺產涉訟，縱使勝訴，然依民事訴訟法第八一條、第八二條應為負擔之訴訟費用是。此等費用，既由繼承人之過失而生，自應由繼承人之固有財產負責其責任，俾被繼承人之債權人不要因此受不測之損害焉。

第四款 繼承之共同

第一 遺產之共同共有

被繼承人財產上之權利，因繼承開始歸屬於繼承人，已為我民法所明定（民法第一一四七條及第一一四八條），故在繼承人為一人時，自繼承開始，即即時取得遺產全部之單獨所有權，固無問題；然如繼承人而有數人，各繼承人既各有其應繼分而非取得遺產之全部，且其遺產又常非於繼承開始之時即可分割（民法第一一六五條），則自繼承開始後以迄於遺產分割前，各繼承人對於遺產之使用收益及處分權限如何，如法無明文，則極易發生爭執。故我民法特從一般立法通例，於第一一五一條規定：「繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼

承人對於遺產全部為公同共有。(德民第二〇三二條第一項、日民第二〇〇二條)

(註一) 此之所稱公同共有，即我民法第八〇七條第一項所謂依法律規定成一公同關係之數人，基於其公同關係而共有一物是。其詳已於前論中國民法物權精義中述之，茲不贅。又所謂公同共有，係包含全部遺產而言，非指各個財產之公同共有，我民法明示「對遺產全部為公同共有」，即此意也。惟既為公同共有，除本法另有規定外，應適用民法第八二七條、第八二八條及第八三一一條等關於公同共有之規定，自不待言。

(註二) 劉鍾英氏對於民法第一一五二條有所批評，略謂：「國遺產為公同共有，足使全體繼承人之權利及於遺產全部，且使各繼承人不得自由處分其應繼分，並不得於公同關係存續中請求分割，從保存遺產之點觀察，洵不為無利，惟有時使個人生活陷於困難，社會經濟失其活動，亦不得謂為毫無流弊。」(劉氏前揭二四頁) 余則以為我民法雖一面規定為公同共有，一面於第一一六四條明定繼承人得隨時請求遺產之分割，劉氏此說未足以為民法第一一五二條之非難。

第二 公同共有遺產之管理

關於公同共有遺產之管理，德國民法明定其由繼承人共同為之。(德民第二〇三八條第一項) 就我民法解釋，關於公同共有物之管理亦然。何則？蓋關於公同共有物之管理，我民法第八二七條至第八三一一條並無特別規定，自應適用普通共有之管理方法，即依民法第八二〇條共有物原則上由其有人共同管理之故也。惟是共同管理適用於公同共有之遺產，甚為不便，故在瑞士民法有「主管官署，基於共同繼承一人之請求，得於遺產分割前指定共同繼承人」之規定。(瑞民第六〇二條第三項) 我民法師承其意，亦於第一一五二條明定：「前條公同共有之遺產，得由繼承人中互推一人管理之。」惟此互推一人管理之

意，亦於第一一五二條明定：「前條公同共有之遺產，得由繼承人中互推一人管理之。」惟此互推一人管理之

意，亦於第一一五二條明定：「前條公同共有之遺產，得由繼承人中互推一人管理之。」惟此互推一人管理之

規定，並非強行法規，此就本條之「得」字觀之而自明，故如各繼承人並未互推管理人，對於管理方法亦未另以契約訂定，仍應依第八二〇條第一項由各繼承人共同管理，自不待言（註二）。至遺產管理人之權限，就我民法解釋，應從最狹義，即遺產管理人祇能對於遺產為利用行為及保存行為，改良行為則非經共有人過半數應有部分合計已過半數者之同意，不得為之（民法第二八〇條第二項、第三項參照）（註三）。

（註二）債權法主張於此場合，得由家長管理，略謂：「推本條法意，首為分割財產時管理情形而設，其遺產由兄弟繼承人繼承，若兄弟繼承人府共居，未定分析之期限者，則家務全體且為家長之所管理（第一二五條、第一二六條），若在家長權範圍以內，即就公同共有遺產，亦有其限度之管理權，故兄弟間未有遺產管理人之特別規定者，其限度內，得由家長者管理之。」（范氏前編八六頁）

（註三）管理字樣就我民法解釋，其範圍廣狹，頗不相同。範圍最廣者，如無因管理之管理，此之所謂管理，包含處分行為在內（拙著中）

債權法論一〇九頁參照）。範圍較狹者，如聯合財產之管理，此之所為管理，兼指利用行為、保存行為、改良行為，但處分行為不在內，通常所謂管理，即指此種管理而言（拙著中國婚姻法論二〇八頁參照）。最狹義之管理，則為共有財產之管理，此之所為管理，（嚴格言之，應稱為保管，我民法亦常用保管字樣，例如第五八九條是），不但未包含處分行為在內，即改良行為亦受其限制（拙著中國民法物權編第五〇頁參照）。

第三 各繼承人對於債務之責任

一 外部關係

繼承人有數人時，對於被繼承人所負之責任如何，各國法律不同，約言之，有下列三種之立法例：（一）共同主義，即各繼承人對於被繼承人之債務按其應繼分負擔清償責任主義，採此主義者，為法國民法（第

一二三〇條）及日本民法（第一〇〇三條）。（二）連帶責任主義，即各繼承人對於被繼承人之債務全部

本人經對遺產之債務共同共有（德意志民法二〇三條）。

負擔清償責任之主義，採此主義者，爲德國民法（第二〇五八條）及瑞士民法（第六〇三條）。（三）折衷主義，即分割以前採連帶責任主義，分割以後採分擔責任主義之主義，採此主義者，爲荷蘭民法（第一一四七條）及葡萄牙民法（第二二一五條）（註四）。自保護繼承人言之，固應採分擔責任主義，反之自保護被繼承人之債權人言之，則應採連帶責任主義。我民法以此兩種主義均失之過偏，故特從折衷主義，一面於第一一五三條第一項規定「繼承人對於被繼承人之債務負連帶責任」，一面於第一一七一條規定遺產分割後解除其連帶責任之辦法（註五）（註六）。各繼承人對於被繼承人之債務，於遺產未分割以前既應負連帶責任，自應適用民法第二七二條至第二八二條關於連帶債務之規定，是不待言。

二 內部關係

繼承人對於被繼承人之債務，對外固應負連帶責任，至其內部關係如何，如無明文規定，難免不生疑義。故我民法於第一一五三條第二項規定曰：「繼承人相互間對於被繼承人之債務，除另有約定外，按其應繼分比例負擔之。」此在權利義務對等之理念上，實應如此（民法第二八〇條參照）。各繼承人既惟按其應繼分比例分擔之責，則繼承人中之一人，因清償或其他行爲致他繼承人同負責任時，得向他繼承人請求償還其各自分擔之部分，是爲當然（民法第二八一條參照）。但此係就通常情形而言，如繼承人相互間另有約定，對於被繼承人之債務，不必按其應繼分比例負擔，則無加以限制之理由，故我民法特設除外規定，以明示之。

遺產。(註二)今者養子親女均有遺產繼承權，已不成問題，如酌給財產僅限於女婿，未免過狹，故我民法擴張其
意，凡被繼承人生前繼續扶養之人，皆為應受遺產酌給之人。扶養即贍養之義，通說多從扶養二字着眼，謂須被
繼承人依法負有扶養義務之人，始為應受遺產酌給之人者。(註三)其說殊難贊同。何則，蓋如取此狹義解釋，則
不但不足以充分發揮本條之社會的意義，且若如通說所云，則我民法應定為「被繼承人生前依法扶養之人」，
而不必明定為「被繼承人生前繼續扶養之人」。本條立法確係從蘇俄民法而來，其與俄民不同者，不過改「一
年以上」為「繼續」而已。如謂從寬解釋足以發生流弊，余意不妨從繼續二字着眼，以為補救，初無慮其「將
使被繼承人生前戶外姘識之人，亦得用為爭給遺產之具」(引范著語)或「過於優待貧窮戚友或疏遠族
人」(引羅著語)也。此外，在蘇俄民法尚以不能維持生活且無謀生能力為必要，我則無此限制，自難為同一
之解釋。至我民法之所以以被繼承人生前繼續扶養之人為應受遺產酌給之人者，蓋因被繼承人與被扶養之
人，多有相當之情誼，乃被繼承人一旦死亡，即令其未所憑依，不但與被繼承人之意思不合，且觀圖養老御風之
諺風美俗亦屬相背故也。

(註一)在德、瑞民法僅對於同居家屬與以三十日內之衣食供給權，如德民第一九六九條第一項規定：「繼承人對於在被繼承人死亡
當時與其同居且受衣食住供給之家屬，須於繼承開始後三十日內，與被繼承人所供給者同一範圍，承諾衣食之供給，住居及家
財之使用。但被繼承人得以移意處分，為與此相反之指示。」瑞民第六〇六條大致相同。

(註二)詳大理院三年上字第六六九號判例：「現行律載養男女婿為所後之親喜悅者，聽其相為依倚，不許繼承遺產，並生父產財歸屬，仍
酌及給財產等語，是妻男女婿為所後之親喜悅者，聽其相為依倚，不許繼承遺產，並生父產財歸屬，仍酌及給財產等語，是妻男女婿為所後之親喜悅者，聽其相為依倚，不許繼承遺產，並生父產財歸屬，仍
酌及給財產等語，是妻男女婿為所後之親喜悅者，聽其相為依倚，不許繼承遺產，並生父產財歸屬，仍酌及給財產等語，是妻男女婿為所後之親喜悅者，聽其相為依倚，不許繼承遺產，並生父產財歸屬，仍酌及給財產等語。」

又七年上字第七六一號判例：「親女爲親所喜悅者，其母於父死之後，得以遺產酌給。」

（註三）我國學者劉璣、羅仲銘及范滄請氏均主此說，劉君謂「本條所謂酌給遺產之人，須有繼承人對其在法律上實有扶養關係者方是」。范君且列舉四種理由，以爲證明（劉氏前揭二二頁，范氏前揭八九頁）。羅君則謂：「民法第一二四九條之規定，蓋爲此等」

（按即指家長家屬及與其同居之配偶父母子婦及女婿）雖於繼承人生活前繼承受其扶養而後法律無繼承權，或因繼承順序在後而未得繼承之人而設」（羅氏前揭七頁）。

第二 酌給權之行使

酌給權之行使，理論上自應屬於被繼承人，故如被繼承人立有酌給遺產之遺囑者，應從其遺囑，是爲當然。如未立有酌給遺囑而由繼承人行使酌給之權，則往往因繼承人與應受遺產酌給人利害相反，難期絕對之公平。故我民法以酌給權之行使昇諸親屬會議，良以親屬會議係由一定員數之被繼承人之親屬組織而成，且開會及決議均有一定之限制，實際上較爲公平也。對於親屬會議之決議如有不服，自得依民法第一一三七條之規定，於三個月向法院聲訴，以謀救濟。至關於親屬會議之組織召集及決議，已於拙著中國民法親屬論中述之，茲不贅。

第三 酌給之標準

關於酌給之標準，我民法明定其依應受酌給遺產人所受扶養之程度及其他關係決之，所謂其他關係，包含甚廣，舉凡遺產之多寡，應受酌給遺產人與被繼承人之感情等凡足以爲酌給遺產之標準者，均應加以適當之斟酌。至酌給之最高限度如何，我民法無明文規定，適用上不無疑義。依前大理院判例，不得超過繼承人之應繼分

(註四)第四次親屬法草案亦明定其不得逾任何繼承人應繼分之二分之一(第十二條但書)余則以為我民法既未說明文親屬會議以不違反特留分之規定為限自不妨依上述標準自由定其酌給遺產之數額(註五)

(註四)前大理院七年上字第六六一號判例：「養男女婿為所後之繼承人者，則例本有分受遺產之權，惟須較少於應分人數均分之額」

又三年上字第六六九號判例，四年上字第一五三號判例，七年上字第二八五號判例參照。羅仲英氏亦注此說(羅氏前揭七九頁)。

(註五)前大理院八年上字第七〇五號判例：「酌給養子財產，於不害親子應承財產之限度內，實有裁量之自由(準略)若養親生前並未表示其酌給之準據，由審判衙門酌定數額時，則應究明遺產總數若干，酌酌其養親喜悅之程度，於不害親子應承財產之限度內，以為判斷」。

第二節 限定之繼承

第一款 概說

第一 繼承人之選擇權

繼承一旦開始，非專屬於被繼承人本身之財產上權利義務，固應當然移轉於繼承人，但繼承人對於此項權利義務是否無條件承受，則有問題。關於此點，自來有日耳曼法主義及羅馬法主義之不同，即在日耳曼法主義，為無條件承受，反之，在羅馬法主義，則以繼承人之承認為必要。第此二者均失之偏，故在近世一般立法，則以關於繼承之權利，與其他之權利同，不能強人以取得，關於繼承之義務，原與其權利相對待，既許拋棄其權利，亦無強

令負擔其債務之理由。是即所謂繼承人之選擇權。雖然，此種選擇權之範圍如何，各國法律尚非一致。有認單純承認限定承認及拋棄繼承者，如日本民法。有認單純承認及拋棄繼承而不認限定承認，但許對於遺產管理宣告破產以限制其債務之負擔者，如德國民法。有（第一九七五條）有不認限定承認但許請求為公之清算（Amicable Liquidation）以限制其債務之負擔，即依公之清算之承認者，如瑞士民法。有（第五九三條）第五九四條）亦有不認限定承認，但許編製遺產清冊以限制其債務之負擔，即依遺產清冊之承認（Acceptation sous bénéfice d'inventaire）者，如法國民法（第七九三條）意大利民法（第九五五條）及西班牙民法（第一〇一六條）是（註一）我國舊律對於此點無明文規定，但在習慣上則有父債子還之說，於是前大理院創為判例，今最高法院從之（註二）。此種判例，有下列兩種之不管：（一）依民法原理，供債權之擔保者，僅以債務人之財產總額為限，如責債務人之繼承人以無限之負擔，與上述原理顯相背馳，此其一。（二）如責繼承人以無限之負擔，則在繼承人之生活能力僅足自給，或甚困難時，往往因受債務之壓迫，以至桎梏終身，無由自拔，此其

二。準斯二者，故現行民法特推溯父債子還之習慣，亦一如各國立法通例，明認繼承人之選擇權（註三）。

（註一）此外，在舊律日本民法為使繼承人及受遺贈人得以充分受債起見，許其請求財產分離（Separation des Patrimoines）俾其繼承人之固有財產與遺產相混同（法民第八七八條以下）日本民法（一〇三條以下）此種立法未為我民法所採用。

（註二）最高法院解釋字第三三〇號解釋：「查父債子還，其遺產與繼承人財產應否分離，尚無法律根據，惟中國既無限定承認及拋棄承認之習慣，則法律須用新法以前仍應以舊法為是。」此項解釋，顯屬不當——法律評論第三〇五期拙著論父債子還之不當也。

第二 選擇權之作用及其得失

如上所述，關於選擇權之範圍，各國法律至爲紛歧，我民法則大體從日本立法例，明認單純承認，限定承認及拋棄繼承之三種。若夫瑞士等國民法所定之聲請宣告破產，請求公之清算，及編製遺產清冊，不但程序煩重，且需相當費用，在諸般制度尙未完備及經濟落後之我國，殊不相宜，故不爲我民法所採。我與德法兩國，雖承認限定承認及拋棄繼承，則繼承人於繼承開始之際，即有選擇其自由，是亦待其自便，所謂單純承認，即繼承人不附何種限制，承認其繼承之意思義務，限定承認，則繼承人不爲繼承主體，即立於與繼承無關保地位之意思，表人之債務，承認其繼承之意思義務，拋棄繼承，則繼承人不爲繼承主體，即立於與繼承無關保地位之意思，表示。此三者，因遺產狀況不同而得失各異，即在限定承認，如遺產狀況保屬中平，則對於繼承人頗爲有利，何則，查依此方法，繼承人絕無受損失之危險故也。但在單純承認，如遺產狀況並非不佳，則較之限定承認，殆又過之，何則，蓋單純承認，無須開具遺產清冊呈報法院，可以省程序及費用故也。反之，如遺產狀況不佳，則限定承認，不若拋棄繼承，何則，蓋限定承認，不但有開具遺產清冊呈報法院之煩，且往後因管理遺產欠債，注意不能免於損害賠償之責任故也。不寧惟是，在繼承人爲多數人時，其中一人如爲限定承認，則其他繼承人亦須爲限定承認，反之拋棄繼承，則無此連帶關係，自不至因拋棄繼承而致他方之利益。

(註三) 被繼承人能否以特別意思表示使其繼承人承認繼承或拋棄繼承，學說頗不一致，自遺囑立論，蓋繼承人之承認意思表示，但應隨其爲有效，但自法理立論，則繼承之承認及拋棄，乃法律對於繼承人付與之權利，被繼承人以意思表示左右其間，則所不許。以故奧大利民法（第八〇三條）意大利民法（第九五六條）特設明文規定，不許被繼承人強制繼承人承認其繼承或拋棄其繼承。

民法雖無明文解釋上應屬相同。

遺棄及拋棄性質上為不可廢

一關於此點，德國民法（第一九五〇條）、葡萄牙民法（第二〇二二條）及西班牙民法（第九九〇條）設

有明文規定，我民法雖未舉以為解釋上應屬相同。蓋非如此解釋，即不足以充分保護債權人及受遺贈人之

利益。所謂不可廢，即繼承人承認繼承或拋棄繼承，不可不選擇其一以為意思表示之謂。故在繼承人有數人

時，各繼承人應就其應繼分全體為包括的一體之決意，承認其一部，或拋棄其一部，則所不許承認及拋棄固

為不可分，然如為分別的承認或拋棄，究應認為全部承認，抑應認為全部拋棄，則屬疑問。依余所信，應以分別

所遺留遺產為限，倘無效之意思表示與無效表示等，有關於法定期間內為適當之意思表示，自以認為有效

而承認為適當。關於此點，德國民法（第一九五〇條）設有明文，可資參考。

四承認及拋棄不得撤銷。繼承人關於其應繼分，得於繼承開始後，隨時承認或拋棄。其承認及拋棄，

承關於此點，德國民法（第一九五〇條）設有明文規定，我民法無之，余以為解釋上應屬相同。蓋因繼

承四承人，為承認或拋棄，則繼承上之地位即屬確定故也。但此係指完全之承認及拋棄而言，如繼承人之為承

認或拋棄而有民法上所謂所得為撤銷之情事，其得為撤銷，自不待言。關於此點，德國民法（第一九五〇條）

法國民法（第九八二條）及日本民法（第一〇二二條第二項）設有明文可資參考。至撤銷之方法及其

期間，德、日民法設有明文規定，我民法無之，自難為同一之解釋。故依余所信，單純承認之意思表示既無須方

式，或為撤銷，自以表示其意思於外部為已足，反之在限定承認及拋棄繼承我民法既規定其為要式行為，其

為撤銷，自須遵守法定之方式。至撤銷期間，則解釋上應適用各該條之規定。是亦得謂之為要式行為。其

(註四)關於撤銷期間，羅仲鈺氏有所批評，略謂：「關於撤銷之期間，親屬編既別無規定，自亦不得不適用總則關於除斥期間之規定，而撤銷法

第九三條之規定，則因被詐欺或被脅迫而為之意思表示，其撤銷應於發見詐欺或脅迫終止後一年內為之，但自意思表示後經過十年，不得撤銷。繼承上之地位久不確定，並有害於各關係人之利益，因適用民法總則規定之除斥期間，表示後十年以內始得

撤銷，殊非所宜。我民法未就此而特定期短之撤銷期間，不能不謂為規定有欠周密也。」(註四)又謂：「我國民法(第一二四條)

第四 承認及拋棄之效力

承認及拋棄之效力，應溯及繼承開始時發生效力。故在承認繼承時，其人自繼承開始時即為繼承人，反在拋棄繼承時，則其自繼承開始時即不為繼承人。關於此點，我民法惟於第一一七五條規定曰：「繼承之拋棄，溯及於繼承

開始時發生效力。」而於繼承之承認無明文規定，依余所信，解釋上應屬相同。蓋繼承一旦開始，被繼承人之權利義務即當然歸屬於繼承人，所謂承認，不過是否以遺產為限償還被繼承人債務之意思表示，初非影響於繼承開始之效力也。關於此點，法國民法曾明定承認繼承溯及於繼承開始時發生效力，可為上述解釋上之參考。

(法民第七七七條)又繼承之承認及拋棄有絕對的效力，所謂絕對的效力，即不但對於繼承人有效，且得對之以對抗一切之第三人。亦人承認繼承後，倘能證明其不承認繼承，一旦發覺其承認之錯誤，得對第三人主張人

第二款 單純承認 以遺產為限償還被繼承人債務之意思表示，其效力及於承認繼承人及受遺贈人及

第一 概說 繼承(heredation pure at simple)為本則，為各國法律之所同，我民法亦然。雖然，通常所

遺產繼承，以單純承認(heredation pure at simple)為本則，為各國法律之所同，我民法亦然。雖然，通常所

簡單承認，其情形有二：有本於繼承人，其意思係繼承遺產，其承認之法律效果，即依其承認之法律，其承認之法律，即依其承認之法律，其承認之法律，即依其承認之法律。

第二 一般單純承認

關於遺產繼承，在通常情形，以一般單純承認為最多。所謂單純承認，如前所述，即繼承人不附何種限制，承認其繼承之意思表示，從而此種意思表示，其法律效果，即依其承認之法律，其承認之法律，即依其承認之法律。

及拋棄繼承，則其必須一定之方式，則解釋上，其法律效果，即依其承認之法律，其承認之法律，即依其承認之法律。

在外國法律非無明定其必以書面表示者（法民第七七九條參照），其立法理由以為如許繼承人以言詞承認，則證明困難，易生爭議，不知此係證據問題，而非效力問題，殊難遽以為必須書面表示之理由。又此意思表示，乃無相對人之意思表示，故祇以表示其意思於外部為已足，其為明示默示，在所不問。所謂默示承認，例如對於被繼承人之債務人請求清償，對於被繼承人之債權人請求清償，或請求清償，或請求清償，或請求清償，或請求清償。

或一部之處分，舉凡為非為單純承認之意思，即不在此限，其法律效果，即依其承認之法律，其承認之法律，即依其承認之法律。

第三 法定單純承認

所謂法定單純承認，就我民法解釋，其情形有二：在左：一、未於法定期間內為限定承認及拋棄繼承時，其法律效果，即依其承認之法律，其承認之法律，即依其承認之法律。

依我民法第一一五六條第一項規定，其法律效果，即依其承認之法律，其承認之法律，即依其承認之法律。

第九二條 繼承法第五七一條 日法第一〇三〇四條 在遺產清冊為虛偽之記載，通常為

隱匿遺產之手續，然隱匿遺產之手段並不在此，而在遺產清冊為虛偽之記載又不僅以隱匿財產為限，前

者例如偽造書據，主觀遺產之某部分為自己所有是，後者例如將繼承人已無償還之債務仍列入遺產

清冊是。二者情形既不相同，故民法將兩者區別規定之。但無論其為隱匿遺產及虛偽記載，均以繼承人

出於故意為必要，始係出於錯誤或過失，則無剝奪其主張限定承認利益之理由。又隱匿遺產及虛偽記載，

以有此行為及故意為已足，是否有利自己或他人，或加害他人之意思，以及是否隱匿，均非所問。蓋在前者，

我民法無此項意圖之要求，其在後者，則又不應因不正行為之已否遂行，而變更其制裁之性質也。不但如

是，隱匿遺產及虛偽記載，究在繼承開始前為之，抑在繼承開始後為之，與夫繼承人曾否為限定承認之意

思表示，均無礙於本條之適用。此等之點，我民法雖無明文規定，然在解釋上則屬當然，毋庸贅具者。

丙 意圖詐害被繼承人定債權人之權利而為遺產處分。繼承人在法定期間以內，未為表示承認或拋

棄以前，對於遺產不過有單純之管理權，乃對於遺產而為出賣、贈與清償債務，設定負擔，或加以變更等處

分行為，則繼承人有為單純承認之意，甚為顯然，相應以意圖詐害被繼承人之債權人之權利為之，其不

應使其專受限定承認之利益，尤無可疑。此我民法所以從一般立法特為本款之規定也。所謂處分，以繼承

人知其為遺產，且有詐害之意圖為必要，故如繼承人不知其為遺產而為處分，或知其為遺產，然因為保存

行為而為適當之處分，或其處分，依一般見解不能認為有詐害繼承債權人權利之意思，即無剝奪其享受

限定承認利益之理由。又所謂處分，以有處分行為為已足，其行為之是否有效，在所不問。故其行為純屬無效或可得撤銷，亦無礙於本條之適用。何則，蓋法律係着眼於行為性質足以暗示繼承人有為單純承認之意，初非計及行為之運命也。又繼承人所處分者，固以遺產為限，但遺產之華息，解釋上應屬於遺產之範圍，故處分華息亦與處分遺產同，不過有時因價額甚微，縱為處分，尙難謂其即有單純承認之意耳。其註

二。

我民法第一一六三條僅開有上述三種情事之，不得主張限定承認之利益，依余所信，對於拋棄繼承，亦應類推適用。申言之，即拋棄繼承而有第一一六五條所定之情事，亦應認為單純承認，而不應認為拋棄繼承。蓋非如此解釋，則不足以貫徹立法之旨趣也。其註。此外尚有兩種問題，即（一）與第一一五四條第二項之關係：依本項規定數繼承人中有一人主張限定承認，其他繼承人應為限定承認，其繼承人拋棄繼承後，在減少法律上之糾紛，今者數繼承人中一人因有第一一六三條所定之情事認為單純承認，他繼承人縱為限定承認，自無不可，此可解為第一一五四條第二項之例外。（二）與他人既得權利之關係：繼承人拋棄繼承後，其應繼分歸屬於他繼承人，已為他繼承人所承認時，前繼承人所為之拋棄，是否保有其效力，頗屬疑問。於此問題，外國法律有明定仍屬有效者，蓋其效力係因法律之規定，而非因承認人之承認，故其效力應與承認人相同。蓋不為承認人承認，仍對於承認人有效，初不為承認人承認，其效力亦應與承認人相同。蓋其效力係因法律之規定，而非因承認人之承認，故其效力應與承認人相同。

（註一）關於繼承人與日本相繼法之關係，參見下頁。又野澤清日本民法學注（三）四頁，對於此項問題，亦有詳盡之說明。

氏親族法相續法論五〇三頁。馬田氏明治大學講義續編一八六頁。日本以無附字一年三月九日大會議決。...

(註二) 於此有一問題，即此種不正情事，是否須出於得為限定承認之法定期間以內？關於此點，范揚氏有所聲明。...

出於得為限定承認之法定期間以內，未為限定承認以前，固無待論；即出於已為限定承認後，亦應負其行為責任。...

行為，除第二款外，即在既為限定承認之後，亦有發生可能，而足以損害被繼承人之債權人之利益也。...

(註三) 關於此點，范仲錦氏有嚴批評。謂：「此種情事，於繼承人拋棄繼承之場合，亦復可以復生。...

點點，未有規定，似嫌疏陋。」(編氏前揭八五頁)。

第四 單純承認之效果

無論其為一般單純承認及法定單純承認，繼承一旦開始，則被繼承人財產上之一切權利義務，除專屬於其本身者外，即當然歸屬於繼承人。從而在單純承認足以發生下列三種之結果：(一) 繼承人對於被繼承人之權利義務，因洗刷而消滅，此款係法第三四四條之適用及第一一五四條第三項之反面解釋，最為當然。除在遺產多於被繼承人之債務，或被繼承人全無債務時，則繼承人受其剩餘。(二) 遺產少於被繼承人之債務，則被繼承人全無遺產時，則繼承人應以其固有財產，償還被繼承人之債務。(三) 三點，就單純承認之性質解釋，自係如此。

第三款 限定承認

第一項 概說

限定承認 (Acceptation à titre restreint) 者，繼承人以因繼承所得之遺產為限償還被繼承人之債務，承認其繼承之意思表示也。限定承認，係保護繼承人之利益而設之制度，此制度始於 Justinianus 帝之 Sabinus 法典。據學者考索，茲此以前不認所謂限定承認，惟於遺產不足償還債務時，繼承人得與被繼承人之債權人訂立協諸契約，限制其債務之負擔。法典之限定承認，即濫觴於此。此制嗣為法國成文法地方所採用，法國現行民法從之。繼受法國民法之意大利民法及日本民法均採此制。其他大陸諸國雖不認所謂限定承認，然亦多設限制其債務負擔之辦法。我民法則從法日立法例採取限定承認制度。此種制度，如前所述，固在保護繼承人之利益，惟有時對於被繼承人之債權人或繼承人之債權人亦屬有利。何則，蓋繼承人如為單純承認，則遺產與其固有財產發生混同，繼承人如須以其全部財產擔保全部債務，從而如遺產為負，固有財產為正，則繼承人固屬不利，即繼承人之債權人向視繼承人之固有財產而與之交易者，亦蒙不測之損害；反之，如遺產為正，固有財產為負，繼承人及繼承人之債權人固所樂意，而被繼承人之債權人向視其繼承財產與之交易者，則陷於不利之地位。上述兩種情形，厥失維均，此我民法所以特設法日立法例採取限定承認之制度也。

第二項 多數繼承人之限定承認

限定承認，在繼承人為一人時，祇須其人為限定承認之主張，即應依限定承認辦理，自屬不生問題。但在繼承人為數人時，如其中一人主張限定承認，他之繼承人或則表示單純承認，或則表示拋棄繼承，則其辦法如何，頗屬疑問。關於此點，各國法律不同，有繼承人一人主張限定承認，其他繼承人即視為同為限定承認者，有繼承人一人

之債務，其意即謂以因繼承所得之遺產償還被繼承人之債務，縱有不足，被繼承人之債權人，無論根據何種理由，亦不得對於繼承人之固有財產為清償債務之請求，此理至明，無待深論。雖然，繼承人縱惟以因繼承所得之遺產為限，償還被繼承人之債務，然仍係以承認繼承為前提，不能因此否認對於被繼承人之權利義務未為何種之繼承，故（一）繼承人二為限定承認，即與單獨承認，當然為遺產全部之繼承，所有火。但在事實上，債權被繼承人之債務，應使固有財產與遺產絕對分離，且須不為法定之不再行為，以免受民法第一一六三條不得主張限定承認之限制。其繼承人二為限定承認，即繼承遺產之全部，縱於遺產不足償還被繼承人等之債務時，而以固有財產供清償債務之用，亦不得以非債清償為理由請求返還（民法第一八〇條第三款參照），且不得對於遺產行使代位權（民法第三二二條參照）。

（一）於此應注意者，第一五四條第一項係有限制繼承人對於被繼承人之債務之責任，限於遺產本身，亦在並無影響。故如前所論，其人之債務，如有在遺產範圍內者，應由遺產清償，其有在遺產範圍外者，則由繼承人自行清償。此項規定，其目的在於保護繼承人之利益，使其不致因繼承而負擔過重之債務。其人之債務，如有在遺產範圍內者，應由遺產清償，其有在遺產範圍外者，則由繼承人自行清償。此項規定，其目的在於保護繼承人之利益，使其不致因繼承而負擔過重之債務。

第二、財產分離之效果

此為我民法第一一五四條第三項所規定，即為限定承認之繼承人，其對於被繼承人之權利義務，不因繼承而消滅。是為一般權利義務因混同而消滅之例外（民法第三三四條參照）。故如繼承人對於被繼承人享有權利時，得請求清償，對於被繼承人負擔義務時，即應為履行。我民法之所以設此規定者，蓋非使固有財產與因

繼承而得之遺產絕對分離，則繼承人有時將藉口限定承認侵害被繼承人之債權人之權利，或致使繼承人以固有財產爲清償債務之負擔。繼承人之固有財產與因繼承而得之遺產既應分離，則其結果：(一)繼承人對於遺產得享有新權利。(二)債權人不得以對抗被繼承人之事由對抗繼承人。限定承認之利益既如此其大，故我民法時於第一一六三條規定不得主張限定承認利益之制裁，藉以保護被繼承人之債權人。

第四項 限定承認之期間及方式

依我民法第一一五六條規定，限定承認須於一定期間爲之，且爲要式行爲之一種。此爲各國法律之所同。(法民第七九三條、德民第一九四六條、瑞民第五六七條、日民第一二六條)法律之所以限於一定期間，且以其爲要式行爲者，蓋因限定承認係以因繼承所得之遺產爲限，償還被繼承人之債務，對於被繼承人之債權人影響極大，故繼承人爲限定承認不可不於一定期間爲之，且須依據一定方式以爲表示，以期迅速及確實。茲述我民法第一一五六條所定之期間及方式如左：

第一 得爲限定承認之期間

繼承人爲限定承認之意思表示，應於繼承開始後爲之，在繼承開始前所爲之意思表示，不生效力。關於此點，法國民法設有明文規定(第七九一條)，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。蓋在繼承開始以前，繼承尙未發生效力，無爲限定承認之必要故也。限定承認應在繼承開始後何時爲之，各國法律頗不一致，有定爲三個月內者，如法國民法(第七九五條第一項)、瑞士民法(第五六七條第一項)及日本民法(第一〇一七條第一

項)是有原則定為三星期,如被繼承人或繼承人係在外國則為三個月者,如德國民法(第一九四四條第一項第四項)是。我民法則以既許繼承人得自由選擇為限定之繼承,自非與以相當期間使其充分考慮不能發揮選擇權之效用,然如期間過長,則被繼承人之債權人其權利狀態久不確定,亦非所宜,故特從法、瑞等國民法定為三個月。雖然,得為限定承認之期間應自何時起算,各國法律亦不相同,有自繼承開始時起算者,如法國民法(第七九五條第一項)是。有自繼承人知悉其得繼承之時起算者,如德國民法(第一九四四條第二項)瑞士民法(第五六七條第二項)及日本民法(第一〇一七條第一項)是。自理論言之,應以德、日立法例為合理,但我民法則以限定承認,係屬繼承之變例,故特從法國立法例,藉以縮短得為限定承認之期間,以期減少限定承認之適用。又此得為限定承認之期間能否變通延長,各國法律亦有差異,有以其為不變期間,但得準用關於時效不完成之規定者,如德國民法(第一九四四條第三項)是。有許其聲請延長者,如法國民法(第七九五條第二項)瑞士民法(第五七六條)及日本民法(第一〇一七條但書)是。我民法則從後之立法例,於第一一五六條第二項規定「前項三個月期限,法院因繼承人之聲請得延長之。」我民法所以許其延長者,蓋恐繼承人遠在他方不能決定承認與否之態度,或遺產過多決非三個月內可以調查釐事,故不能不予以通融也。惟既明定因繼承人之聲請,則法院於繼承人未為合法聲請以前,不得以職權為之。又繼承人已為合法聲請以後,應否許其延長,法院有職權裁量之自由,此我民法所以明定於認為必要時得為延長也。有無必要,係屬事實問題,應由法院就具體情形決之。至延展之期間,外國法律有定為四十日者(法民第七九五條第二項),

我民法無此限制，自難爲同一之解釋，要在由法院以職權自由定之。惟聲請延展，解釋止應在三個月期間尙未屆滿以前，反是一旦屆滿，則應認爲單純承認。關於此點，德國、瑞士及日本民法設有明文規定，可供參考。（德民第一九五六條、瑞民第五七一條第一項、日民第一〇二四條第二款）

第二 限定承認之方式

關於限定承認，依我民法規定，須開具遺產清冊及呈報法院爲之，是爲限定承認之法定方式，茲述如左：（一）
一 開具遺產清冊

爲限定之承認者，須就遺產開具清冊。所謂遺產清冊，即記載非屬於被繼承人本身之財產上一切權利義務之簿據。惟通常所謂遺產，兼指積極財產及消極財產而言，屬於積極方面者，謂之資產，即民法上所謂權利。屬於消極方面者，謂之債務，即民法上所謂義務。限定承認之必開具遺產清冊，其故有二：（一）限定承認係以因繼承所得之資產爲限，償還被繼承人之債務，故被繼承人之積極財產與消極財產如何，不可不有明確之記載，以憑稽核，此其一。（二）繼承人之爲限定承認，多於遺產狀況不甚明悉，或被繼承人之債務多於資產之時爲之，既已開具清冊，即足以證明繼承人之爲限定承認，並非出於輕率或疏虞，此其二。但開具遺產清冊，並無一定之方式，解釋上自以記載事實及記載完全爲已足。記載事實，即記載非出於虛偽之謂，記載完全，即記載非出於脫漏之謂。至記載如非忠實及完全，能否補正，學說上頗有爭論。依余所信，如在法定期間未經過以前，且非有第一一六三條所定之情事，應解爲可以補正。何則，蓋開具遺產清冊，固須忠實及完全，然其完全

與否，則無限於必在開具當時之理由故也。(註二)

二 呈報法院

爲限定之承認者，於開具遺產清冊後，須呈報法院陳述限定承認之意思。關於此點，我民法雖祇規定呈報法院，然在解釋上自須陳述限定承認之意思。限定承認之意思表示各國法律多明定其應對於法院爲之，我民法亦然。其須對於法院爲之者，蓋因法院對於遺產之清算較爲公平也。(法民第七九三條、德民第一九四五條第一項、瑞民第五七〇條第一項、日民第一〇二六條)。此之所謂法院，究指何處法院而言，我民法無明文規定，依民事訴訟法第十八條解釋，應爲繼承開始時被繼承人住所地之法院。似無可疑。顧在外國法律有以之規定於非訟事件程序法者(例如日本)，自理論言之，自以此種立法例爲合理。不過我國非訟事件法尙未頒行，將來是否以之定入該法，尙未可必耳。至繼承人爲數人時，其呈報法院陳述限定承認之意思，是否須各別爲之，學說上頗有爭論。余以爲依我民法第一一五四條第二項規定，繼承人一人爲限定承認時，其他繼承人既視爲同爲限定承認，故縱使共同爲之，亦無虞其一人之意思受他人意思之影響。但在各別陳述限定承認時，以利用共同繼承人中開具之遺產清冊爲已足，無須分別開具，以省手續。(註三)

(註一) 限定承認既爲要式行為，不依法律方式，依我民法第七三條屬無效。自不待言。但在法國民法，因未成年入禁治產人，除限定承認

外，不得承認繼承，故紅欠款限定承認之方式，亦非無效。

(註二) 司法院二三年院字第一〇五四號解釋：「繼承人因爲限定之繼承，既於繼承開始時起三個月內開具遺產清冊，呈報法院，原不得爲駁回之裁定，惟承人既重開遺產清冊，更爲確切之統計，法院應即爲之公示催告，不受前裁定之拘束。」

(註三)於茲有一問題，即繼承人於未爲限定承認以前死亡時，其繼承人是否得爲承認或拋棄是。於此問題，我民法無明文規定，依余所信，就民法第一一四〇條解釋，其繼承人得爲承認或拋棄，是爲當然。何則，蓋如合於第一一四〇條之情事，其繼承人原得代位繼承其應繼分故也。惟其繼承人之爲承認或拋棄，係代死亡者行使其選擇權乎？抑本於其固有地位行使其選擇權乎？學說及立法例頗不一致。德國民法（第一九五二條）及瑞士民法（第五六九條）採取前說，日本民法（第一〇一八條）則採取後說。我民法關於此點無明文規定，依余所信，應以前者爲當。此因繼承之選擇權係本於繼承權之作用而生，苟非代位繼承其應繼分，即無行使其選擇權之餘地。

第五項 遺產之管理

第一 遺產應由何人管理乎

繼承開始以後，繼承人未爲限定承認以前，及已爲限定承認以後，未爲債權之消償及遺贈之交付以前，其遺產應由何人管理，我民法無明文規定，解釋上頗屬疑問。依余所信，應與日本民法第一〇二二條第一項及第一〇二八條第一項取同一解釋，由繼承人負責管理之責。其理由有二：（一）限定承認，係爲繼承人之利益而設之制度，故應使享受此利益之繼承人負責管理遺產之義務，此其一。（二）遺產於清償債務及交付遺贈後，如有賸餘，仍應歸屬於繼承人，繼承人既處於利害關係之地位，故事實上以繼承人管理遺產爲相當，此其二。（註一）然此係指一般情形而言，如繼承人不能爲遺產之管理，或管理遺產顯有不當，外國法律有由法院選定遺產管理人者，請求而爲保存遺產之必要處分者（例如日本民法第一〇二二條第二項），我民法無明文規定，余以爲解釋上應屬相同。蓋不如此，則遺產將因無人管理或管理不當而生毀損滅失，致損害被繼承人之債權人及受遺贈人之

利益也。至法院之選任管理人應適用何種規定，亦屬疑問。余以為遺產之管理應與失踪人財產繼承受託死亡宣告其財產之管理同用非訟事件法關於失踪人財產管理之規定（日民第一〇二一條第三項）解釋上應

第一項。由法院選任管理人。其管理之範圍，應依遺產管理之規定。其管理之費用，應由遺產中支付。其管理之期限，應由法院酌定。其管理之報告，應向法院提出。其管理之終止，應由法院裁定。

遺產應由為限定承認之繼承人負管理之責，已如上述。願繼承人之管理遺產，應以債權人利益為目的。故

此問題，外國法律有明定其應與處理自己事務為同一之注意者。日民第一〇二一條原意應為（日民第一〇二一條）

第二項。我民法無之，余以為解釋上應屬相同。蓋繼承人如不為限定承認而為單純承認，即遺產與其所有財產混同，其管理應與處理自己事務為同一之注意。且在遺產清償債權及交付遺贈後如有賸餘，應歸屬於繼承人。

故如實以與處理自己職務應屬同一之注意，殊屬過苛。（註二）所謂與處理自己事務為同一之注意，即繼承人已為注意與否，應以繼承人本身為準，主觀的決之。準是以言，則繼承人惟就具體的輕過失負其責任，不

過繼承人顯係不注意時，依我民法第二二三條解釋，尚難免於重大過失之責任。其責任之範圍，應以遺產為限。

（註二）關於此點，羅氏與劉氏與水會見解有異。羅氏謂：「（前略）有主張應以善良管理人之注意為之者，似以債權人為重。」

蓋我民法認包括繼承人為繼承之本則，繼承人對於被繼承人之債務，原應不同遺產之足敷清償與否負無限之責任。繼承人承認遺產

繼承人之利益而假之特別繼承人無須以其固有財產供清償被繼承人之債務之用，其所得享受之利益較如此其大，則對其管理

第一目 概說

繼承人爲限定承認以後，應即實行清算，其清算程序，首應由法院於一定期間內，公告權利人，使其爲權利之報明；在報明權利尚未繼續以前，即不應對於任何權利人先爲清償，以資保護於報明權利繼續以後，繼承人固應爲債務之履行，然因權利性質不同，則又不能不有一定之順序，以示差別焉。繼承人如能遵守上述程序，實行清算，繼承權人固無虞其發生不測之損害，否則自應責令繼承人賠償損害，且許被害人得對於不當受領權利人而有求償權。凡此皆所以使繼承權利人權利之得以公平清償也。茲分目說明如左：

第二目 對繼承債權人及受遺贈人之公告

依我民法第一一五七條規定：「繼承人依前條規定呈報法院時，法院應依公示催告程序公告，命被繼承人之債權人於一定期限內報明其債權。前項一定期限，不得在三個月以下。」是爲對於繼承債權人之公告。茲分析說明如左：

第一 立法理由

遺產之清算，第一步即爲由法院依公告程序，命被繼承人之債權人於一定期限內報明其債權。其立法理由，蓋以限定承認係以因繼承所得之遺產爲限，償還被繼承人之債務，從而何人爲被繼承人之債權人及其債權數額如何，不可不依一定程序，以期明確。且被繼承人之債權人於繼承開始及繼承人爲限定承認與否，多屬無從知悉，爲使其不致遺棄也，現尤難予以報明債權之機會，不可故也。雖繼承人依法應定其應償債務，命被

繼承人之債權人於一定期限內報明其債權，而於受遺贈人則付闕如，解釋上頗有問題。余以為就第一一七九條第一項第三款之規定觀之，我民法關於此點，顯係遺漏，應解為第一一五七條對於受遺贈人亦有其適用，即應由法院依公告程序，命受遺贈人於一定期限內為願受遺贈與否之聲明。

第二 公告程序

依我民法規定，對於繼承債權人及受遺贈人之公告，應由法院於繼承人為限定承認之呈報時，依公示催告程序為之。關於此點，各國法律不同，有依通常之公告為已足者，例如日本民法是（第一〇二九條）。有須依公示催告程序為之者，例如德國民法（第一九七〇條）及瑞士民法（第五八二條第一項）是。我民法則以由法院依公示催告程序為之公告，較為正確，故特從德國民法之規定。公示催告程序，屬於民事訴訟法上特別程序之一種，依民事訴訟法之規定，其種類有二：一為申報權利之公示催告，一為宣示證券無效之公示催告。前者係公示催告之普通程序，後者係公示催告之特別程序。我民法所謂依公示催告程序公告，則指前者之公示催告程序而言。其詳可參照民事訴訟法第五三五條至第五五一條之規定（除權利消滅部分自應除外），茲不贅。

第二 公告期間

公告通常須定一申報權利之期間，我民事訴訟法第五三九條定為二個月以上，日本民法第一〇二九條第一項但書定為不得在二個月以下，瑞士民法第五八二條第二項定為至少須為二個月，我民法則以公告期間如過於短促，不足以充分保護繼承債權人及受遺贈人之利益，故於第一一五七條第二項規定：「前項一定期限，

不得在三個月以下。所謂不得在三個月以下，即至少須為三個月之意。此項期間應自何時起算，我民法無明文規定，依余所信，應一如民事訴訟法第五三九條自最後登載公報或新聞紙之日起計算其期間關於此點外，國法律有明定自最初公告之日起計算其期間者（瑞民第五八二條第三項）於解釋我民法自應採用（註一）

（註一）於此有一問題，即被繼承人之債權人及受遺贈人爲繼承人所已知者，應否分別通知是關於此點，外國法律有明文規定應爲分別通知者（日民第一〇二九條第二項），我國法律之，余以爲解釋上自應一致，但並不分別通知，亦於繼承債權人及受遺贈人之利益無礙，蓋依第一一五九條繼承人所已知之債權及遺贈，亦應按其數額比例計算，以遺產爲限，故也。

第三目 清償債務交付遺贈之時期

限定承認之繼承人，依第一一五九條規定，有對於被繼承人之債權人公平清償其債務之義務，在第一一五七條所定之一定期間未屆滿以前，債權之總額如何尙不得而知。如許繼承人得先向債權人中一人或數人爲債務之清償，則其他債權人難免不受不測之損害，故我民法第一一五八條規定：「繼承人在前條所定之一定期限內，不得對於被繼承人之任何債權人償還債務」。然此係就通常情形而言，如繼承人雖料遺產足以清償全部之債務，縱於期間屆滿以前對於繼承債權人先爲清償亦無不可，不過有時不能免於第一一六一條第一項之賠償責任耳。又在本條僅係規定清償債務之時期，對於交付遺贈則付闕如，是否有其適用，頗屬疑問。余以爲就第一一八一條之規定觀之，我民法關於此點，顯係遺漏，故解釋上應認爲第一一五八條對於交付遺贈亦有其適用，以期允洽。又不得清償債務交付遺贈，因以第一一五七條所定之一定期間內爲限，一旦期間屆滿能否以遺產或債務

數類等尙未確定爲理由拒絕清償或交付，亦一疑問。於此問題，有就第一一五八條反面解釋，謂繼承人無論何理由概不得拒絕清償或交付者（日本大正四年三月六日大審院判決），余則以爲不然。蓋第一一五八條祇規定於一定期間內不得清償債務交付遺贈，初非一旦期間屆滿即不得拒絕清償或交付。且據第一一五九條繼承人應按債權數額比例償還，否則即依第一一六一條第一項應負損害賠償之責，如不得拒絕清償或交付，則是強繼承人爲法所不認之行爲也。（註二）

（註二）關於此點，羅仲銘氏與本會見解有異，略謂：「期限一屆屆滿，能否以遺贈或債務數額尙未確定爲理由，拒絕清償或交付，不無疑問。即意依第一一六二條之規定，未於公告所定期限內聲明其債權，而又爲繼承人所不知者，僅得就股餘財產行使其權利，關於遺贈自亦應適用同一之原則。今中略之，自應認爲繼承人應於第一一五六條公告所定期限之屆滿時，聲明其債權，至少逾六個月以上，則如其債權在繼承開始時即已屆清償期者，已因繼承人之爲限定承認，而於原清償期屆滿後業已經過六個月，事實上尙未得受清償，其喪失期限上之利益既如此其大，此際而猶令繼承人得以拒絕清償，似對於被繼承人之債權人，保護殊嫌不周。故關於此點，解釋上似以採消極說爲宜也。」（羅氏前揭一〇一頁）

第四目 清償債務交付遺贈之順序

依我民法規定，債務之清償先於遺贈之交付，且有優先權之債權先於普通債權而受清償，未於一定期間內報明債權又爲繼承人所不知者，僅就股餘財產行使權利，是爲清償債務交付遺贈之順序，茲分述如左：

第一 對於債務之清償

有優先權之債權是否先於普通債權而受清償，各國法律不同，有優先權之債權先於普通債權而受清償者，

如日本民法（第一〇三條但書）是。有普通債權人爲停止清償之請求時，限定承認人應依法院所定之方法，先清償有優先權之債權。從清償普通債權人是無停止清償之請求。則限定承認人應依債權人請求之先後順次以爲清償者。如法國民法（第八〇七條）及意大利民法（第七七六條）是。我國法律以法意立法例，不足以保障債權人間之公平，故特從日本民法之規定，茲述其內容如左：

一 對於有優先權之債權之清償

我民法第一一五九條但書所謂不得害及有優先權人之利益，卽有優先權之債權應先於普通債權而受清償之意。有優先權之債權，例如有抵押權、質權、留置權等之債權是。此等債權應先於普通債權而受清償者，蓋優先權之效力原在優先於普通債權而獨受滿足之清償故也。於此尚有二端：（一）有優先權之債權，常以一定之物或權利供擔保之用，其權義關係，甚爲顯然，自無須於第一一五七條所定之一定期限內報明其債權，此其一。（二）供擔保之物或權利，不足清償其債務時，其不足之額應與普通債權競合而受清償，無復優先受償之權利，此其二。

二 對於普通債權之清償

我民法第一一五九條規定：「在第一一五七條所定之一定期限屆滿後，繼承人對於在該一定期限內報明之債權及繼承人所已知之債權，均應按其數額比例計算，以遺產分別償還。」依此規定，繼承人對於普通債權，僅以債權人已於一定期間內報明，或縱未於一定期間內報明而爲繼承人所已知者爲限，始負清償之義務。

務。否則債權人惟能依第一一六二條行使其權利，其詳俟後述之。茲不贅述。遺產足以清償全部之債權，固無問題。如不能清償全部之債權，則應按其數額比例計算以遺產分別償還。例如遺產價值四千元，而債權已達一萬二千元，則各債權人祇能各受三分之一之償還。惟我民法祇規定按其數額比例清償，而於遺產不足清償與否未設明文，良以繼承人爲限定承認時，以遺產不足清償債務爲居多，故我民法特豫想此種通常情形爲之規定。(註一)(註二)

限定承認人應依上述規定清償債務固矣，然如債權尙未到清償期，應否依上述規定而爲清償則屬疑問。夫自理論言之，遺產非破產財團，限定承認人自不因限定承認當然喪失期報之利益，故如無特別規定，則限定承認人對於未到清償期之債權，無爲清償之義務。惟是此種辦法足以影響遺產清算程序之進行，故在外國法律有明定債權雖未至清償期，亦應爲清償者(日民法第一〇三二條第二項)，我民法無之，就法理以言，除繼承人自願拋棄期限之利益外，殊難強其先期清償之理由。(註三)又條附債權與普通債權期間不確定之債權，在條件未成就期間未確定以前，依同理，限定承認人等爲清償之義務，惟是場權辦法亦足以影響遺產清算程序之進行，故在外國法律有明定應依法院選任鑑定人所爲之評價以爲清償者(日民法第一〇三二條第二項)我民法無之，就法理以言，應解爲由限定承認人與債權人之協議決定之，如協議不諧，則不妨請求法院爲之決定焉。(註四)

(註一)我民法第一一五九條所謂債權，當係指有金錢的價值的財產上請求權而言，蓋限定承認人僅以因繼承所得之遺產爲限償還債權，繼承人之債務，故非有金錢的價值的債權，則不得以遺產爲之清償。準是以言，如係以作爲不爲標的之債權，即不得以遺產供

清償之用。但縱為作為不作為之債權，如已因債務之不履行，發生損害賠償請求權時，則或為財產上請求權，自應以該債權清償之。

(註二) 限定承認人如得債權人之同意，能否代物清償，原有肯定及否定之二說。依余所信，應以肯定說為是。何則？蓋在代物清償時，債權人與債務人，均得自由約定其清償方法之一種。(第三一九條) 斷無禁止明文自無否定之理由故也。

(註三) 關於此點，應詳見前條。若外國法律有規定債權應受清償額者，應依該國法律。債權人得依其國法律，以不使債權人之遺產與繼承人之固有財產混合為一為其本則。今設令繼承人得主張親屬上之利益，則此二者之混合為一勢所難免。將發生至為錯綜之關係，不合於限定承認之目的故也。(羅氏前揭一〇四頁)

(註四) 債權人已聲明之債權或已為繼承人所知之債權，而有爭執時，因聲使和解或既以為解決，但在未解決以前，是否將此等債權歸入清算，以覓發生不公平之結果。關於此點，劉誠英與本書見解相同。(羅氏前揭一〇四頁)

第二 對於遺贈之交付

依我民法第一一六〇條規定：「繼承人非依前條規定償還債務後，不得對受遺贈人交付遺贈。遺贈之交付所以後於債務之清償者，因遺贈係遺贈人之恩惠處分，自必於清償自己之債務後，尚有剩餘始有對於他人施以恩惠之可能，且債權人通常係有債取得其權利，而受遺贈人則否，尤非交付遺贈後於清償債權，不足以示差別也。」(註五)

雖然受遺贈人而有數人，其遺產不足交付全部遺贈時，其辦法如何，頗屬疑問。有謂此時當然適用第一一五九條關於比例償還之規定者。(仁井田氏前揭五一二頁，梅氏前揭一八八頁以下) 余則以為不然。何則？蓋我民法對於清償債務交付遺贈多係分別列舉，第一一五九條既云債務而無遺贈字樣，則此時祇能解為類推適用第一一五九條關於比例償還之規定，而不能謂第一一五九條即當然包含遺贈在內。又我民法

解為類推適用第一一五九條關於比例償還之規定，初不能謂第一一五九條即當然包含遺贈在內。又我民法

第一一六〇條既規定遺贈對於贈與是否有其適用，亦一問題。有謂贈與與遺贈性質相同，故贈與亦應後於債
務而爲交付者，余則以爲我民法既未對於贈與特設明文，解釋上自應以受贈人爲通常債權人，先與遺贈而受
與之交付。蓋遺贈惟能對於除去生前贈與價額之遺產請求交付，此種解釋，徵諸理論固甚允當也。但在學者
有謂贈與不得隨時撤銷，遺贈則得隨時撤銷，故贈與之交付應先於遺贈之交付者，不知縱在遺贈，如已發生效
力亦不得以一方之意思自由撤銷，故余於此說未敢贊同。又在清償期未到來之債權，條件附之債權，清償期未
確定之債權未受清償時，是否必俟清償期到來確定，或條件成就始交付遺贈，亦屬疑問。余以爲不妨就上述債
權之數額比例計算予以保存後，逕爲遺贈之交付。蓋不如此解釋，則受遺贈人之權利將長此虛懸，殊爲不利，故
也。(註六)

(註五) 劉耀英氏說明交付遺贈後於清償債務之理由曰：「遺贈雖被繼承人死後發生效力之行為，與生前已經存在之債務關係顯屬不
同，故償還債務須在親明債權期限屆滿以後，而交付遺贈又須在償還債務以後。蓋不如此，則被繼承人若任意爲遺贈之遺贈，繼承
人須爲交付，必有害債權人之利益也。」(國民前編三一頁) 李校氏之見解與劉氏同。(李氏前編四七頁) 殊非確論。

(註六) 於此有一問題，即限定承認人因爲債權之清償及遺贈之交付，有無遺產換價債務之權是也。關於遺產之換價，我民法於第一一七
九條第二項對於無人承認之繼承設有規定，而於限定承認無之。顯係遺漏，自有待於判決及解釋之補充。關於此點，日本民法設有
規定，可供參考。日民第一〇三四條：「依前三條之規定而爲清償，以遺產之出賣爲必要時，限定承認人應付之拍賣，但得依法院所
選任之鑑定人之評價，以遺產全部或一部之價額中止其拍賣。」又第一〇三五條：「以承繼人及受遺贈人得自己之費用，
參加遺產之拍賣或鑑定。於此情形，準用第二六〇條第二項之規定。」

第三 債權未爲報明及爲繼承人所不知之損失

第一 繼承人之賠償責任

依第一一六一條第一項規定，繼承人違反第一一五七條至第一一六〇條之規定，致被繼承人之債權人受

有損害者，負賠償之責。是為繼承人之賠償責任。第一一五八條規定於一定期間內清償債務交付遺贈之禁

止，第一一五九條及第一一六〇條規定清償債務交付遺贈之順序，繼承人如有違反，致被繼承人之債權人受

有損害，應負賠償之責，固屬當然。惟第一一五七條係規定法院對於債權人及受遺贈人之公告，不生繼承人違

反與否之問題，乃法院如有違反致被繼承人之債權人受有損害，亦令繼承人負賠償之責，殊屬違背。事者有謂

其不此係將繼承人對於法院之公示催告方法及所定期限，限於注意而言者，此種解釋，有未詳法文條文之嫌，未敢

附贊同。(註二)所謂因違反致受損害，指違反與債權人存在，且有因果關係者而言，故雖有違反而無損害者，

損害而無違反，或違反與損害並無因果關係，皆無適用本條之餘地。雖然，本條之適用，以違反與損害有因果關

係為已足，繼承人有無過失，在所不問，此種責任，即結果責任之一種。又本條僅就被繼承人之債權人受有損害

立論，受遺贈人受有損害，應否適用本條，不無疑義。惟依所傳，對於受遺贈人無排除其適用之理由，解釋上自應

類推適用本條之規定焉。

(註一) 劉錕英師主此說，謂「關於第一一五七條者，特將前定違反此條之規定，應由繼承人負責，繼承人應認自己責任計，請於

法院之公示催告方法及所定期限，即更有特別注意並聲明補正之義務。違反此義務致被繼承人之債權人受有損害，能不謂非繼

承人之過失。(劉氏書稿三二頁)查日本民法第一〇三六條第一項雖有有限定繼承人處於第一〇三九條所定之公告或催
告，致債權人受遺贈人受有損害，應負賠償責任之規定，但在日民第一〇二九條之公告或催告，係由法院定繼承人受有損害第一
本論 第三章 遺產之繼承 一一七

一五七條既從債權民法改由法院爲之自無從日民第一〇三六條之理由，立法者未克注意及此，顯係疏誤，吾人解釋亦應兼顧法律之統一與和諧之必要。范揚氏則謂第一一六一條所謂「繼承人違反第一一五七條至第一一六〇條之規定」，係第一一五八條至第一一六〇條之條之條（權氏前揭一一二頁）。

（註二）我民法第一一五六條規定繼承人呈報法院之義務，劉純英氏以爲繼承人如有違反致債權人受有損害，反無賠償責任之規定，殊爲不當，爰爲之解釋曰：「關於第一千一百五十六條者，繼承人違反此條，致被繼承人之債權人受有損害，該債權人雖不能以違反此條爲理由請求賠償，仍得根據普通侵權行爲之原則請求賠償。」（劉氏前揭三二頁）余以爲第一一五六條無普通侵權行爲之規定，債權人如不於法定期間內爲限定承認之舉，則應認爲普通侵權行爲也。

第二 被害人之求償權

依我民法第一一六一條第二項規定：「前項受有損害之人，對於不當受償之債權人或受遺贈人得請求返還其不當受償之數額」是爲被害人^{未定}之求償權。此種求償權之根據如何，學說上頗有爭論，有謂其基於不當得利者，然被繼承人之債權人及受遺贈人，與不當得利人^{未定}之法律上之原因，固受有利益，到他人受償者，固不相同。（民法第一七九條）此說之不足取，甚爲顯然。有謂其基於遺贈歸還權者，但遺贈歸還權係繼承人所有，加害行爲，且須聲請法院以爲撤銷（民法第二四四條）此之所謂求償權，則不如是，吾人對於此說亦難贊同。通說則謂其基於侵權行爲，余亦謂然。何則，查債權人及受遺贈人明知其不應受領而竟受領，致害及他之債權人及受遺贈人之權利，與侵權行爲無異故也（民法第一八四條）。（註三）關於明知一層，外國法律有說明文規定者（日民法第一〇三六條第二項），我民法無之，余以爲債權人及受遺贈人如非明知，即無使其負返還

義務之理由，解釋上自應相同。又如前所述，本條既對於受遺贈人受有損害時亦有其適用，受遺贈人自應有請求求償權。惟此求償權，解釋上應對於受遺贈人行使，而不能對遺贈債權人行使。此項求償權，應於受遺贈人受有損害時始得行使之精神。

(註三) 范、羅兩氏與本書見解異，范、羅氏謂：「此項權利既非損害賠償請求權，亦非不當得利返還請求權，而屬於特別之範疇。」(范氏前揭一一二頁) 羅仲氏謂：「此在以明知為求償權成立之要件者，固可作如斯之說明，然我民法並未以明知為其成立要件，則凡有受領其不當受領之事實者，縱非明知，亦不能免除返還之義務，即雖認此為侵權行為之結果，吾人以為此項求償權之發生，毋寧直接基於本條第二項之規定。」(羅氏前揭一一〇頁) 本書所採之見解在日本法學界為多數說，柳川氏日本相續法註釋下卷一二六頁以下，牧野氏日本相續法註釋三二頁以下，楊氏遺囑繼承五卷一九八頁，島田氏遺囑繼承註釋二四三頁，七卷附錄，關於相續法論五一七頁，初佛法律學校講義論若槻氏民法相續二五〇頁參照。

第三 賠償責任與求償權之關係

繼承人之賠償責任與被害人請求求償權其關係如何，頗有問題。就第一一六一條表面觀察，一若被害人於繼承人喪失資力不能達其請求之目的時，始許對於債權人及受遺贈人請求返還其不當受領之數額，以益臻保護之周到。實則繼承人之賠償責任即被害人對於繼承人之損害賠償請求權與被害人對於債權人等之返還請求權，立於選擇之地位。換言之，即二者以選擇其一為已足，非必同時行使，或先為賠償之請求，如有不足，再為返還之請求。(註四) 又如前所述，求償權既以侵權行為為原因，則求償之結果，自應歸屬於為此請求之被害人，而不歸屬於遺產，即不歸屬於未行使求償權之其他債權人及受遺贈人。

(註四)關於此點，潘錫良與朱希真均有其著書謂「此二重權利處於若何關係，解釋上亦有問題以余觀之，二者居於補充地位，以通常情形而論，限定繼承人有依公平見地償還債務義務，反此義務而與一部分債權人以不當之損失時，兩重其賠償之責任。然繼承人縱有責任而實力不足，或全無實力，則其賠償制度終不濟事。於賠償責任人無實力時，受損失之債權人固可償付遺產請求權，乃得對於不當受領之債權人或受遺贈人直接請求返還不當受領之額以資救濟。(中略)如此二者互為補充」。(沈氏前揭一)

第三節 遺產之分割

第一款 概說

第一 遺產分割之概念

遺產分割 (Partage de la succession) 者，共同遺產繼承人，以消滅遺產之公同共有關係為目的之行為也。繼承人如為一人，不發生遺產分割之問題，反之，繼承人如有數人，各繼承人對於遺產全部既為公同共有，(民法第一一五一條)，自不能不有消滅此共有關係之方法，此方法為分割，即分割是也。

第二 遺產分割在法典上之位置

遺產分割，在法典上之位置如何，各國法律不同，有以一般財產之共有及其分割，與遺產之共有及其分割同視者，如法國民法是，有將一般財產之共有及其分割規定於物權編，而以遺產之共有及其分割規定於繼承編者，如德國民法、意大利民法、瑞士民法、西班牙民法及日本民法是。前之立法例，於規定單一之點，是其所長，

第遺產之共有及其分割與一般財產之共有及其分割，類不相同以之適用同一之規定，殊為不當，故多數民法均採後之立法例，我民法從之。所謂二者頗不相同，即（一）遺產之分割實屬於被繼承人之意思；（二）遺產分割則係於繼承開始時發生效力是。上述兩點，俟後述之，茲不贅。

第三 遺產分割以應繼分為標準

遺產分割應以應繼分為標準，此在解釋上毫無疑義，從而於遺產分割之際，自非共同繼承人之地位及其應繼分財產業已確定，不能着手（德民第二〇四三條第二項）。雖然，關於此點，學者之意見尚未一致，有謂共同繼承人之一人或數人存否縱屬不明，或縱未經過行使選擇權之期間，亦不妨為遺產之分割者（仁井田氏前揭四七二頁）。余以為應繼分如未確定，究不能以分割定其權利之範圍，對於此說，殊非贊同。

第四 遺產分割請求權之性質

如前所述，遺產分割係以消滅遺產之共有關係為目的，故其請求權，性質上自為純然之財產權，既為純然之財產權，則不但請求權人之繼承人得行使其權利，即受讓應繼分之第三人亦得行使其權利，又不但繼承人及第三人得行使其權利，即共同繼承人之債權人亦得依第二四二條代位行使其權利。

第二款 分割之時期

關於遺產之分割，如前所述，我民法大體採取強制分割主義，從而關於遺產分割之時期，自以自由為原則，禁止為例外，此種立法，是否允當，固屬問題。然我民法既係採取強制分割主義，依法言法，固不容有所不為。

曲解也。茲就我民法第一一六四條、第一一六五條第二項及第一一六六條所定之遺產分割時期分述如左：

第一 分割之自由

繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部既為共同共有（民法第一一五一條），依據共同共有之法理，各繼承人自不得於共同關係存續中請求為遺產之分割（民法第八二九條）。然如絕對遵從此種理論，不但不足以獎勵經濟之流通，且非所以貫徹法律以遺產為共有之精神。何則？蓋遺產之共同共有與一般財產之共同共有性質不同，即一般財產之共同共有，係以共同關係為前提，分割為結論，反之，遺產之共同共有，則以分割為前提，共有為結論，故在前者於共同關係存續中不得請求為共有物之分割，後者則得隨時請求為遺產之分割。此我民法所以從一般立法通例，於第一一六四條明定：「繼承人得隨時請求分割遺產。但法律另有規定或契約另有訂定者，不在此限」者也。（法民第八一五條、巴西民法第一七七二條、德民第二〇四二條、西班牙民法第一〇五一條、瑞民第六〇四條）。所謂法律另有規定，就我民法解釋，當係指第一一六五條第二項及第一一六六條之規定而言，而與民法第八二九條之規定無關。蓋第一一六四條係第八二九條之特別規定，不能解為第八二九條與第一一六四條但書所屬另有規定相當，以致陷於循環論結之誤謬。（註二）至所謂契約另有訂定，舉凡契約之不違反強制規定禁止規定及公共秩序善良風俗，皆應認為有效，固不待言（民法第七一條、第七二條），但應否遵守民法第八二三條第二項：「契約所定不分割之期限，不得逾五年，逾五年者，縮短為五年」之規定，則屬疑問。依余所信，從經濟流通及遺產共有之精神着想，應解為第八二三條第二項亦有

其適用，以期貫徹。(註三)

(註一) 范揚氏謂：「實查個近強制分割主義，以繼承人原則上得隨時請求分割遺產(第一六六條)。(中略) 推立法用意，似不啻一

家數子，將其遺產為共同保存者也。採取強制分割主義，其結果易使大家爭持，實慮牙訟，故特由大憲小令，令各處應注意，實事上

地均不能集中於一人之手，尤為產主之財產，實宜立法保障，原無大礙。惟事實相悖，實難盡善，而國家經濟亦有妨礙，故為共同

保存之必要。(下略) (范揚氏稿一八頁)

(註二) 關於此點，劉鍾英氏與本會見解相同，謂：「本條但書所謂法律另有規定，應係指不得隨時請求分割之法律而言，但上開民

法第八二九條，不得視為本條但書之範圍。蓋本條隨時請求分割之原則，應係指法律之特別規定，若本條但書又認該條為另有規定，

則互為循環，等於並無特別規定也。(劉氏稿三六頁)

(註三) 關於此點，范揚氏與本會見解有異，范氏謂：「論者多謂約定不可分割之期限，應係指共同繼承人全體而言，不

能五年。蓋短為五年(第八二三條第二項) 予蓋不然，五年期間過短，其實際社會生活，不容相執，與前法繼承人全體

止滿二十年不許分割者相較，亦顯失平衡。民法第八三〇條雖有「共同共有物分割之方法……應依關於共有物分割之規定」

但依本條解釋，應於共有物分割之規定，可適用於共同共有物之分割，惟因第八二四條為限，第八二三條並未包含在內，故正

義解釋，亦決不能引用。(范氏稿一二一頁)

第二 分割之限制

依我民法第七條規定：「胎兒，以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」準此以解，則胎

兒得為繼承人，是為當然。但在胎兒尚未出生以前，他之繼承人能否請求為遺產之分割，則屬問題。關於此點，其

國法律有明定胎兒尚未出生以前，其他繼承人不得請求為遺產之分割者，如德國民法(第二〇四三條)及

項(是亦有規定應延展至於胎兒出生以後，始得為遺產之分割者，如瑞士民法(第六〇五條第一項)是此

繼承人有數人按人數平均繼承。今獨使彼有之胎兒全無所得。夫豈情法之平。不知此問題在舊律可以發生在本法期決不發生也。蓋於被繼承人爲父時。母再婚所有之胎兒。絕對非被繼承人之直系血親。此胎兒在新舊法律皆無繼承權。如被繼承人爲父時。父再婚所有之胎兒。在舊律雖同爲被繼承人之卑親屬。而在本法則亦非被繼承人之直系血親。卑親屬矣。亦不得享有繼承權。故曰此問題在本法決不發生也。(劉氏前揭三八頁)其說可供參考。

第三 分割之禁止

依第一一六條規定繼承人固得隨時請求分割遺產。但若被繼承人隱存情形。應各繼承人對於遺產以暫不分割爲宜。而以遺囑禁止其分割時。自應尊重其意思。關於此點。我民法雖未設明文。但就第一一六五條第二項之規定解釋。實無疑義。(德民第二〇四四條。意民第九八四條。日民第一〇一一條)所謂隱存情形以暫不分割爲宜。例如遺產係屬土地。此種土地現供某種企業之用。如遽爲分割。則共同繼承人皆屬不利。是又如繼承人中之一人尙未成年。且無適當爲其監護之人。如遽爲分割。則此繼承人將屬不利。是。被繼承人以遺囑暫時禁止遺產之分割。固不必限於上述之事。由於被繼承人大都因情事情形認爲以暫不分割爲宜。始得分割之禁止。則可斷言者也。被繼承人固得禁止遺產之分割。但有方式上之要件及禁止期間之限制。申言之即(一)分割之禁止。須以遺囑爲之。此就我民法第一一六五條第二項之規定解釋。實無疑義。其必須以遺囑爲之者。蓋所以保障被繼承人意思之確實。及防止共同繼承人間之異議也。(二)禁止分割之效力。以二十年爲限。此爲民法第一一六五條第一項所明定。我民法之所以特設禁止期間之限制者。蓋恐禁止期間永遠存續。足以阻礙經濟之流通。及遺產自身之保存。及改良故也。惟此二十年之期間。似覺過長。立法上是否當否。不無問題耳。(註七)

要禁止期間在二十年以上，是否全然無效，亦一疑問。於此問題解釋不一，有謂其全然無效者，有謂惟超過之期間為無效者，余以為自立法上論之，固應以後說為合理。但自解釋上論之，則又以前說為適當。何則？蓋法律上容許其於一定期間內為某行為，如無特別規定，自須嚴格遵守，苟違反之，則其意思表示應為無效。且就文理解釋，本條並無第四四九條第一項及第九一三條期間不得逾若干年，超過若干年以上者，縮短為若干年之明文。尤難與第四四九條等為同一之解釋也。由是觀之，又此分割之禁止，對於共同繼承人之債權人，是否有效，頗有爭論。余以為債權人不能行使非屬於債務人之權利，共同繼承人（債務人）既禁止分割遺產，則共同繼承人之債權人亦應為其禁止所拘束，自以取肯定說為適當。（註九）

（註六）關於禁止分割之期間，各國法律不同。德國民法定為三十年（第二〇四四條第二項），日本民法定為五年（第一〇一一條），意大利民法定為共同繼承人為未成人時，自其最年長者達於成年之時起一年（第九八四條），瑞士民法第六五〇條之規定，解釋為十年。我民法則定為二十年，蓋在遺產繼承人中，一人為膺時，經過三十年，即屬成年，於其未成年以前，禁止遺產之分割，

（註七）關於此點，范揚氏與本書見解有異。范著略謂：「或以禁止分割遺產至二十年期間過長，有礙經濟的流通與保存或改良，固屬本段立法上之非難者。然此非為不可伸縮之法定期間，於此限度之內，被繼承人儘得自由制斷，況其分割禁止，乃為繼承人之利益設想，苟利多弊少，則稍長亦有何礙。一面揆之我國俗習，兄弟同財共居，繼承者二十餘年，亦所在多有也。」（范氏前揭一〇〇頁）

（註八）關於何氏日本相續法註釋下卷六五一頁，牧野氏日本相續法論二四〇頁，仁井田氏親族法相續法論四七二頁，和佛法律學校講義錄若槻氏民法相續一八五頁，但自立法上言之，應以一部有效說為是。若被繼承人於二十年以上之期間禁止分割，至少有二十年內不得為遺產分割之意，如其全部為無效，則與被繼承人之意思顯有不符。范著中略謂：「若其一部有效，則其全部亦有效。」

代為指定繼承人代為指定之理由，與前遺委託繼承人代為指定應繼承遺產及負擔債務之理由，繼承人自為指定或委託第三人代為指定有不應不遵守之要件，即（一）須以遺囑為之，此為我民法第一六一條第一項所明定，其理由與前述應繼分之指定同。（二）須不違反關於特留分之規定，此在解釋上毫無疑義，其理由亦與前述應繼分之指定同。如不具備第一種之要件，則不同其為被繼承人之指定，抑為第三人之指定，皆屬無效，是為當然。此時自應由共同繼承人以協議行之，不能協議，則應請法院決定之，如不具備第三種之要件，如係被繼承人自為指定，則與無遺囑同。反之，如係第三人代為指定，則得請求第三人再為適當之指定，如係第三人拒絕指定，則屬遺囑之執行不能，自應依通常規定以定其分割之方法。關於分割方法之指定及委託，以其備上述兩種要件為已足，此外則別無何種之限制。故其選擇之方法，解釋上與共同繼承人自為指定無殊，繼承人亦不得聲明不服。（註一）

（註一）關於此點，英美法與本邦見解相同，劉者略謂：「遺囑或委託所定之方法，顯失公平，則如之何？僅失公平，仍不能不從其所定，惟違反強行法規，則其違反之部分於有合法爭執時，不能認為有效存在。蓋顯失公平，不過一事實問題，不能阻礙法律明文之適用，即強行法規，則被繼承人同負遵守之義務也。」（劉氏前編三六頁）

第二

被繼承人無遺囑時

關於遺產分割之方法，如被繼承人未以遺囑指定或委託他人指定，解釋上自應與一般共有物之分割同，依共同繼承人協議之方法行之，或為遺產之形體的分割，或依各人之好惡而為適當之分配，或依買賣互易等方法

以達分割之目的或依抽籤抽籤等法以定財產之歸屬，或須各繼承人同意即生效力。民法第八二四條第

一項，但在外國法律，有繼承人爲未成年或治產人等無行為能力時，應由法院定其分割之方法。法

民第八二二條。我民法無此限制，自應爲否定之解答。至分割遺產是否須親臨現場作證及作契等法，無明

文，不無疑問。余以爲分割遺產究須用何種方式，民法上既無明文規定，自無解釋其爲要式行爲之理由。關於此

點，前大理院著有判例，可供參考。要之二分割之方法不能備詳，定解釋上則由法院依繼承人之聲請，斟酌地

區方習慣，共同繼承人之地位，多數繼承人之希望，以及其他之情形，依下列辦法而爲分配。一以原物分配於

各繼承人。二變賣共有物，以價金分配於各共有人。其以原物爲分配時，繼承人中有不能按其應繼分受分

配者，則以金錢補償，以期公平。民法第八二四條第二項、第三項。聲請法院分割，究爲訴訟事件，抑爲非訟事

實，各國法律不同，有以其爲非訟事件者，如德國。是，有以其爲訴訟事件者，如法國。是。自理論言之，應以其爲非訟

事件。蓋分割遺產分割，非關於權利之權利，故不適用於分割之權利。故不適用於分割之權利。故不適用於分割之權利。

其分割遺產，其應以其爲訴訟事件。民法第十八條。是否允當，尙屬問題。既爲訴訟事件，其爲創設之訴，自不

宜於分割。又應以問其爲訴訟事件。民法第十八條。是否允當，尙屬問題。既爲訴訟事件，其爲創設之訴，自不

宜於分割。又應以問其爲訴訟事件。民法第十八條。是否允當，尙屬問題。既爲訴訟事件，其爲創設之訴，自不

宜於分割。又應以問其爲訴訟事件。民法第十八條。是否允當，尙屬問題。既爲訴訟事件，其爲創設之訴，自不

宜於分割。又應以問其爲訴訟事件。民法第十八條。是否允當，尙屬問題。既爲訴訟事件，其爲創設之訴，自不

者德國民法(第二〇四條) 葡荷才德西(德五五大條) 及西班牙德法人(第一〇六八條) 採之。後者

法國民法(第八八三條) 荷蘭民法(第一〇五九條) 意大利民法(第一〇三四條) 及日本民法(第一

〇一二條) 採之。後之主義，拙於理論，即如依此主義，則是對於遺產自始即有數個完全所有權存在，於共有之

法理殊不可通。反之，前之主義，則拙於實際，即如依此主義，則繼承人及其繼承有數個部分設定抵押權時，將因遺產之

分割，而抵押權分別及於遺產之各部，其在實際上甚為不便。主論刊於其後其間一〇五九條第一三〇頁(余以爲此

第二 我民法之規定

我民法關於一般財產之分割，就第八二五條之規定觀之，係採移轉主義。反之，關於遺產之分割，就第八一六七

條之規定觀之，則採認定主義。蓋第一一六七條明定「遺產之分割，繼承人開始時發生效力」故也。(註一)

(註二) 夫自保護第三人之利益言之，固應以採移轉主義爲合理。然自保護繼承人之利益言之，則又應以採認

定主義爲適當。(註三) 我民法關於遺產之分割所以採認定主義者，蓋(一) 就繼承人方面言之，其間繼承人

多屬一定之親屬，如採移轉主義，難免不因利害衝突，發生糾紛，故我民法採認定主義，以期分割之公平。(二)

就第三人方面言之，第三人既與共同繼承人設定抵押權，自係有願受此種不利利益之覺悟，縱採認定主義，亦

不至害及第三人之利益。準是以言，我民法之採認定主義，實不外一種之斟酌。但若有共同繼承人，在遺產

未分割以前，僅爲遺產之條件附所有人，而非確定的所有人，即因分割，就歸屬於自己之遺產爲停止條件附所

遺產人，就歸屬於他人之遺產爲停止條件附所有人者，此說頗有可議。然則共同繼承人採認定主義，則關於遺

產之分割，如為不聯產時，以為分割之登記，自應自負，自無須為移轉之登記，不過依民法第七百九條規定，非經登記，不得為處分耳。

(註一) 認定主義，係法國中世紀封建時代，為避免繼承財產移轉稅而生之一種學說。先是法國中世紀，買賣土地，須有君主之許可，且須繳納財產移轉稅。如以共有之分割為移轉行為，自非繳納財產移轉稅，不生分割之效力。惟時法國盛行家子共同繼承主義，此種財產移轉稅實為極大之財源，人民苦之，於是學者創為認定主義。主張共有之分割，非財產之移轉，不過為財產關係之認定，藉以避免繳納財產移轉稅。

(註二) 德國法律從我國習慣，認取認定主義之影響。唯其(一)上時，故令繼承人隨時得將遺產分割，實際上則一人數子將遺產共同保存相當之久，及其久後分割之日，仍溯及繼承開始之時發生效力，視為自始所分割者，其效力發生雖於後，故曰「往之事實何」。(范氏前揭一九頁) 最後主張「對於我民法解釋，在即時分割場合，固可將分割前之公同共有，自為過渡狀態，或假設狀態，而至分割成立之時，依法所定，溯及繼承開始時起發生效力。反之，其在久後分割場合，則不若依其關係，溯及繼承開始時發生效力，即為分割時，溯及繼承開始時發生效力。其後，其效力溯及繼承開始時發生效力。」(范氏前揭二二頁) 此種解釋，在事實上或有必要，然於法無據，未敢贊同。

(註三) 范氏與本書見解有異，略謂：「吾意在我民法之下，即自保護繼承人之利益觀察，亦未必認為移轉主義病。」復舉兩點，說明其所以主張之理由。末謂：「總之，自保護繼承人之利益觀察，則移轉主義，其利益定優劣於其間。」(范氏前揭一三〇頁) 余以為移轉主義，其利益定優劣於其間，固屬事實，然其利益定優劣於其間，固屬事實，然其利益定優劣於其間，固屬事實。

第三 (一) 差額清償問題。按之主義，其目的在使繼承人得自其財產中，得取相當之利益，以資其生活。其目的在使繼承人得自其財產中，得取相當之利益，以資其生活。其目的在使繼承人得自其財產中，得取相當之利益，以資其生活。

關於遺產之分割，我民法採認定主義，其但依差額清償之主義，固屬其利，有無認定之效力，則屬疑問。其目的在使繼承人得自其財產中，得取相當之利益，以資其生活。其目的在使繼承人得自其財產中，得取相當之利益，以資其生活。其目的在使繼承人得自其財產中，得取相當之利益，以資其生活。

差額清償之方法，而為分割，例如遺產為一房五之不動產，五夫五之動產，共同繼承人協議之結果，由其一人繼承一房五之不動產，其餘四人繼承五夫五之動產，其目的在使繼承人得自其財產中，得取相當之利益，以資其生活。其目的在使繼承人得自其財產中，得取相當之利益，以資其生活。其目的在使繼承人得自其財產中，得取相當之利益，以資其生活。

得不動產，他之一人取得動產，而以金錢補償其二千五百元之差額是。其補償額（*compensation*）有無認定之效力，有肯定及否定之二說。依余所信，應取否定說。即認定之效力，僅對於遺產之分割認之，而對於非遺產之物，則無認此效力之必要。且如依肯定說，則拍賣其遺產，以價金分配於各共有人時，亦須對於價金之歸屬與以認定之效力，尤不可通。

第三項 特別之效力

第一目 各繼承人間之效力

第一 對於遺產之瑕疵之擔保責任

一 立法理由

我民法第一一六八條規定各繼承人對於他繼承人因分割而得之遺產之擔保責任，此為法國民法（第八四條）德國民法（第七五七條）瑞士民法（第六三七條）及（項）葡萄牙民法（第二五九條）及日本民法（第一〇一三條）之所同。未採移轉主義之國家，各繼承人應負擔保責任，固屬當然，乃我民法採認定主義，而亦規定各繼承人應互負擔保之責，理論上似欠一貫。雖然，我民法之設此規定，蓋亦有故。即（一）所以對於分割之公平。我民法關於遺產之分割所以採認定主義者，原所以期分割之公平，如各繼承人對於他繼承人因分割而得之遺產不負理商擔保之責，則分割之公平不可得而期，使其互負擔保責任，即所以期分割之公平。（二）所以貫徹法定應繼分之規定。我民法之所以設法定應繼分之規定，原在斟酌被繼

承人與繼承人間之情誼，以定其遺產之歸屬，今如各繼承人對於他繼承人因分割而得之遺產不負瑕疵擔保之責，則法定應繼分之規定無由貫徹，使其互負擔保責任，即所以貫徹法定應繼分之精神。

二 擔保責任之要件

此處所謂擔保責任，依民法第一一五八條規定，指出賣人之瑕疵擔保責任。關於出賣人之瑕疵擔保責任，其種類有二：一曰權利的瑕疵擔保責任，一曰物質的瑕疵擔保責任。前者於民法第三四九條、第三五〇條規定之，後者於民法第三五〇條規定之。其詳應於民法債編中述之，茲不贅。各繼承人對於他繼承人因分割遺產之遺產，固應與出賣人負同一之擔保責任，但請求擔保解釋上尚須具備下述之要件：(一)須現實發見其有瑕疵，故僅將來有發生瑕疵之虞，不得以其為請求擔保之理由。(二)須其瑕疵非因繼承人之過失而生，故其瑕疵如因繼承人自己之過失而生，則無對於其他繼承人請求擔保之理由。(三)須瑕疵之發生，係於繼承開始以前之事，由關於此點，日本民法設有明文規定，我民法無之，余以為我民法對於遺產之分割，既採認定主義，則基於繼承開始以後所生之瑕疵，無使其他繼承人負擔保責任之理由，在解釋上自應與日本民法同。(註一)(註二)(註三)(註四)

三 擔保責任之效果

具備上述各種要件，各繼承人固應相互負擔擔保責任，但依民法第三五三條、第三五九條規定，賣受人於出賣人履行擔保責任時，得依情形，而解除契約，或請求減少價金，請請求擔保賠償。民法第三五五條、第三五

九條。凡此三者，對於遺產之分割，非必皆能適用，所能適用者，惟請求損害賠償之一種。蓋我民法關於遺產之分割，既不採移轉主義，自無所謂契約，更無所謂價金故也。（註五）負損害賠償責任者，原則上固應回復他方損害發生前之原狀，但在例外以金錢賠償損害時（民法第二一三條以下），其算定賠償額之標準如何，則屬疑問。於此問題，其說不一，有謂應以分割當時之價格為標準者，有謂應以請求擔保時之價格為標準者，余以為法律所以使各繼承人有負現狀擔保責任，原在維持分割之公平，故從此點着眼，自應以分割當時之價格為算定賠償額之標準。

四 擔保責任之限度

各繼承人間之現狀擔保責任，究為可分責任乎？抑為連帶責任乎？如無明文，易生疑問。但就我民法第六八條解釋，既明定各繼承人按其所得部分負擔保責任，自應解為可分責任，而非連帶責任。所謂按其所得部分負擔保責任，例如甲分得之遺產，其現狀為三千元，設甲乙之應繼分為遺產四分之一，丙之應繼分為遺產四分之一，則甲乙各應負擔七百五十元，丙應負擔一千五百元。是我民法之採可分責任主義，亦不外維持分割之公平。

（註一）關於此點，范陽氏與本書見解有異，略謂：「（上略）然關於遺產分割後之擔保責任，立法原則為採移轉主義，有知前述，今就遺產

如有欠缺之發生時期，更無從為例外，限於繼承開始以前之遺囑，非惟無其必要，且與移轉主義，使各繼承人分擔繼承開始以後發生遺產上之欠缺，且將破壞分割之公平矣。（中略）說文遂關於其力擔保之規定，亦以「就遺產分割時債務人之支付

能力，負擔保之責，而不謂繼承開始時債務人之資力，可知其對於此項遺產繼承，亦應以繼承開始時遺產上發生之權利，亦亦可作同一之解釋也。」(范氏前揭一三四頁)余以為對於例外規定，不宜擴張解釋，且舊民法之規定(日本民法)既說明

(註一) 說債以繼承開始以前之欠缺為限，由各繼承人負擔，對於繼承開始之後，債務之發生，應由各繼承人負擔，此項規定，應以繼承開始時之狀態為準。

(註二) 共同繼承人之擔保責任，不但對於協議上之分割有其適用，即對於裁判上之分割亦有其適用，蓋在裁判上之分割，亦有發生繼承

之可能。(同說：中島氏民法釋義物權編上卷四七四頁，吳說：羅仲銘氏前揭一二五頁)又被繼承人以遺囑指定分割之方法，或委

託他人指定，亦同。

(註三) 共同繼承人之擔保責任，能否以合意排除，頗屬疑問，余以為如得以合意排除，則與分割之目的不能成立，故在解釋上，應以否

定或受遺贈，但對於已發生之瑕疵，以特約排除其適用，即拋棄其損害賠償請求權，則無不可。

共同繼承人，應負共同繼承人之過失而生，他之繼承人固不負擔保之責，但如共同繼承人於受領其因分割而得之遺產時，明知

其遺產有瑕疵，而仍行分割，除本條之適用，不無疑問，俟余所信，應取肯定說，此說民法第五條及第三五條第一項之規定，而自明。

(註五) 關於此點，羅仲銘氏與本條見解有異，略謂：「有關於遺產分割之效力，既採宣言主義，自不能認為有契約之成立，從而契約解除

之方法性質，不能準用於遺產分割之場合者。然分割之實現，勢須各繼承人有關於分割之合意，將此合意視為契約，似亦無所不

可。蓋契約解除之解除時，立於買受人地位之繼承人，當可為撤銷原分割，更為分割之請求。」並謂減少價金之方法，於此

場合似亦有其適用。(羅氏前揭一二四頁、二三三頁)

第二 關於債務人之資力之擔保責任

一 立法理由

我國民法第一二六條規定各繼承人對於他繼承人因分割而得之債權，應負擔保之責，其理由在於：(一) 共同繼承人，因分割而得之債權，其性質與共同繼承人，因分割而得之遺產，無異，故應負擔保之責。(二) 共同繼承人，因分割而得之債權，其性質與共同繼承人，因分割而得之遺產，無異，故應負擔保之責。(三) 共同繼承人，因分割而得之債權，其性質與共同繼承人，因分割而得之遺產，無異，故應負擔保之責。

我民法第一二六條規定各繼承人對於他繼承人因分割而得之債權，應負擔保之責，其理由在於：(一) 共同繼承人，因分割而得之債權，其性質與共同繼承人，因分割而得之遺產，無異，故應負擔保之責。(二) 共同繼承人，因分割而得之債權，其性質與共同繼承人，因分割而得之遺產，無異，故應負擔保之責。(三) 共同繼承人，因分割而得之債權，其性質與共同繼承人，因分割而得之遺產，無異，故應負擔保之責。

瑞士民法(第六三條)第二項、葡萄牙民法(第二六〇條)及日本民法(第一〇一四條)之所同依

我民法第一一六八條規定各繼承人對於他繼承人因分割而得之遺產既與出賣人負同一之擔保責任則
依據一般法理如係債權各繼承人以擔保其權利確係存在為已足非契約另有訂定對於債務人其對能
力自不負擔保之責（民法第三五〇條第三三五二條）然如絕對貫徹此種理論則分得債權之繼承人如債
務人無支付能力勢將無從受償此不但與分割公平之原則不合且非所以貫徹法定應繼分之精神此我民
法所以明定其無須特約當然對於債務人之支付能力負擔擔保責任也

二 擔保責任之時期

各繼承人固應對於債務人之支付能力負擔擔保責任但此擔保責任之時期如何則因情形而異有幾種應分
割時債務人之支付能力負擔擔保責任者一為普通債權第一一六九條第二項所稱之債權是此種債權當係指
未附停止條件之債權已屆清償期之債權及不定期限之債權而言蓋未附停止條件及已屆清償期之債權
原可即時行使不定期限之債權一經債權人催告債務人即應履行各繼承人分得此等債權皆不難於於分
割後立即行使其權利也其次有就應清償時債務人之支付能力負擔擔保責任者此為我民法第一一六九條
第二項所定附有停止條件之債權及未屆清償期之債權是此等債權必俟條件成就清償期到來始能請求
債務人為債務之履行故各繼承人就應清償時債務人之支付能力負擔擔保之責以期允當（註六）（註七）至
擔保責任之限度我民法第一一六九條明定按其所得部分定之關於此點與第一一六八條之規定同已於
前述茲不贅述

三 繼承人對於遺產之繼承

中 國 民 法 第 三 章 遺 產 之 繼 承

三 擔保責任之性質

各繼承人應就遺產分割時，或應清償時債務人之支付能力，負擔擔保責任，已如上述，此種擔保責任，係由法律規定而生，自應解為法定保證債務之一種。既解為法定保證債務，自應準用民法第七三九條以下關於保證債務之規定。故如分得債權之繼承人對於債務人表示免除債務之意思時，各繼承人即不負擔保之責。何則？蓋主債務既已失其存在，則保證債務當然隨之而消滅故也。又債務人於遺產分割時，或應清償時，尚有支付能力，而分得債權之繼承人依債務人之要求延期清償者，依我民法第七五五條解釋，除各繼承人對於其延期已為同意外，自不負擔保之責。

(註七) 未屆清償期之債權，各繼承人即就應清償時債務人之支付能力負擔擔保責任。即各期清償之債權，亦不無就其應清償時之支付能力負擔擔保責任。例如按月按年清償之債權，應就每月每年各清償期債務人之支付能力負擔擔保責任。

第三 擔保責任人無資力時之分擔

各繼承人對於遺產之瑕疵，及債務人之支付能力，互負擔保責任。已如上述，故在負擔保責任之繼承人，其資力足以償還所負擔保之損失，固無問題。反之，如其中有資力不足，或全無資力，不能償還其分擔額時，其不能償還之部分，應由何人負擔，則屬疑問。依我民法第一一七〇條規定，係由有請求權之繼承人與他繼承人按其所得部分比例分擔之。此與第二八二條第一項關於連帶債務之規定，同蓋所以維持分割之公平及貫徹法定應繼

依我民法第一一七條第一項規定：「遺產分割後，其未清償之被繼承人債務，移歸一定之人承受，或割歸各

繼承人分擔，如經債權人同意者，各繼承人免除連帶責任。」是為因債務主體之變動免除連帶責任之規定。

繼承人分擔，如經債權人同意者，各繼承人免除連帶責任。原在保護被繼承人之債權人之利益，債權人既同意於其債務移歸

一人對於被繼承人之債務應負連帶責任，原在保護被繼承人之債權人之利益，債權人既同意於其債務移歸

一定之人承受，或割歸各繼承人分擔，則有拋棄其連帶責任利益之意思，甚為顯然，故我民法明定各繼承人免

除連帶責任。此點與債務之承擔，如經債權人承認，對於債權人發生效力正屬相同（民法第三〇一條）（註一）

所謂同意，以繼承人已為分割之通知，債權人與以承認而後可，故分割後未經通知，或雖經通知而債權人未為

承認，或逕為反對之意，表示則無適用本項規定之餘地（註二）又所謂免除連帶責任，其數務是否根本消滅，

應依情形而不同。其以債務移歸一定之人承受時，該繼承人不得免除連帶責任，且其債務亦根本消滅。蓋債務

主體已由多數債務人變更為一定之債務人，自應適用關於債務之承擔故也。反之，債務移歸各繼承人分擔時，

則各繼承人僅免除連帶責任，而其債務並非根本消滅。此就法律解釋而言，固屬無疑。然就實際而言，則

（註一）前大理院四年上字第一一五五號判例：「第三人承任債務人之債務，而經債權人同意者，應對於債權人發生效力，嗣後該債務人

（註二）前大理院四年上字第一一五五號判例：「第三人承任債務人之債務，而經債權人同意者，應對於債權人發生效力，嗣後該債務人

第二、一定期間之經過。依我民法第一一七條第二項規定：「繼承人之連帶責任，自遺產分割時起，如債權清償期在遺產分割後者，

依我民法第一一七條第二項規定：「繼承人之連帶責任，自遺產分割時起，如債權清償期在遺產分割後者，

自清償期屆滿時起經過五年而免除。是為因一定期間之經過免除連帶責任之規定。夫遺產既已分割且已屆清償期則債權人自應即時為清償之請求乃竟歷五年之久而不請求清償非怠於為權利之行使即對於債

權人應負一定之責任。受或割歸各繼承人分擔。已有相當之默契。故我民法特設短期消滅時效排除連帶責任之

適用。顧此五年期間之起算應因情形而不同。即於遺產分割時已屆清償期之債務應自遺產分割時起算於遺

產分割後始屆清償期之債務則應自清償期屆滿時起算。所謂消滅時效之起算應依其債務之性質而定。亦

應依債權種類而定。受或割歸各繼承人分擔。已有相當之默契。故我民法特設短期消滅時效排除連帶責任之

適用。顧此五年期間之起算應因情形而不同。即於遺產分割時已屆清償期之債務應自遺產分割時起算於遺

產分割後始屆清償期之債務則應自清償期屆滿時起算。所謂消滅時效之起算應依其債務之性質而定。亦

應依債權種類而定。受或割歸各繼承人分擔。已有相當之默契。故我民法特設短期消滅時效排除連帶責任之

適用。顧此五年期間之起算應因情形而不同。即於遺產分割時已屆清償期之債務應自遺產分割時起算於遺

產分割後始屆清償期之債務則應自清償期屆滿時起算。所謂消滅時效之起算應依其債務之性質而定。亦

應依債權種類而定。受或割歸各繼承人分擔。已有相當之默契。故我民法特設短期消滅時效排除連帶責任之

適用。顧此五年期間之起算應因情形而不同。即於遺產分割時已屆清償期之債務應自遺產分割時起算於遺

產分割後始屆清償期之債務則應自清償期屆滿時起算。所謂消滅時效之起算應依其債務之性質而定。亦

應依債權種類而定。受或割歸各繼承人分擔。已有相當之默契。故我民法特設短期消滅時效排除連帶責任之

適用。顧此五年期間之起算應因情形而不同。即於遺產分割時已屆清償期之債務應自遺產分割時起算於遺

產分割後始屆清償期之債務則應自清償期屆滿時起算。所謂消滅時效之起算應依其債務之性質而定。亦

應依債權種類而定。受或割歸各繼承人分擔。已有相當之默契。故我民法特設短期消滅時效排除連帶責任之

適用。顧此五年期間之起算應因情形而不同。即於遺產分割時已屆清償期之債務應自遺產分割時起算於遺

產分割後始屆清償期之債務則應自清償期屆滿時起算。所謂消滅時效之起算應依其債務之性質而定。亦

應依債權種類而定。受或割歸各繼承人分擔。已有相當之默契。故我民法特設短期消滅時效排除連帶責任之

適用。顧此五年期間之起算應因情形而不同。即於遺產分割時已屆清償期之債務應自遺產分割時起算於遺

產分割後始屆清償期之債務則應自清償期屆滿時起算。所謂消滅時效之起算應依其債務之性質而定。亦

應依債權種類而定。受或割歸各繼承人分擔。已有相當之默契。故我民法特設短期消滅時效排除連帶責任之

有債務之繼承人，將不免因此發生損害從而遺產分割之公平亦不可得而期故我民法第一一七二條規定「繼承人中如對於被繼承人負有債務者於遺產分割時應按其債務數額由該繼承人之應繼分內扣還」(瑞民第

六一四條)依此規定其算定之程序有如下述(一)先確定繼承開始時被繼承人所有財產之價額(二)次

以繼承人對於被繼承人所負之債務額加入繼承開始時被繼承人所有財產中為應繼遺產(三)再其次則依

第一一四一條第一一四二條及第一一四四條算出各繼承人之應繼分(四)然後由此算出之應繼分中扣還

對於被繼承人之債務之數額以其餘額為該繼承人之確定應繼分茲舉例以明之設被繼承人有一妻一子於繼

承開始時其現實遺產價額為二萬元但其子對於被繼承人負有五千元之債務以之加入現實遺產中應為一萬

五千元其妻與其子之應繼分相等各應分得一萬二千五百元其子之應繼分內須扣還五千元其確定應繼分為

七千五百元是然此係就債務額少於應繼分而言如債務額等於應繼分則繼承人之確定應繼分直多於無如債

務額多於應繼分則繼承人應清償其未經扣還之債務額以期分割之公平關於此點我民法雖無明文規定余以

為解釋上實無疑義又我民法僅規定繼承人中對於被繼承人負有債務時應為扣還反之如享有債權能否請求

清償則無從定其面上似覺疏濶實則不然蓋關於被繼承人之債務我民法第一一五三條已設有明文規定在解

釋上該條所謂債務被繼承人對於繼承人所負之債務亦應包含在內故也(註一)設前賦朝姦將網製書貴云云

(註一)關於此點羅仲錫氏為之說明曰「對於被繼承人享有債權時能否請求清償則無所規定似有所疏漏而實則不應盡債務人負

有清償債務之義務而債權人則只有行使債權之權利並不負必須行債之義務故繼承人自願拋棄其對於被繼承人之債權法

於贈與財產為現實之遺還。反之，依後之主義，則受贈人僅確定所有權人，以返還贈與財產之價值為已。且於贈與財產多於應繼分時，不必為應繼分以上之返還。前之主義，足以保持繼承人間之公平，但須現物返還，殊有害於交易之安全。後之主義，則與前之主義正相反對。法國民法採前之主義，德國民法（第二〇五六條）與大和民法（第七九三條）、瑞士民法（第六二九條）、日本民法（第一〇〇七條第二項、第三項）採後之主義。我民法從之。

第二 扣除之方法

德國法為維持繼承人間之公平起見，係採扣除主義，且係採充當計算主義。已如前述。其算定之方法，與前述對被繼承人負有債務之扣還同即（一）先確定繼承開始時被繼承人所有財產之價額；（二）次確定繼承人從繼承人承受之贈與，以之加入繼承開始時被繼承人所有財產中為應繼遺產；（三）再其次則依第一一四一條、第一一四二條及第一一四四條算出各繼承人之應繼分；（四）然後由此算出之應繼分中扣還從被繼承人所受之贈與，以其餘額為該繼承人之應繼分。茲舉例以明之：設被繼承人有妻子及養子各一，於繼承開始時，其現存遺產為三萬元，但其子從被繼承人受得一萬元之贈與，以之加入現實遺產中，應為四萬元。其妻與養子之應繼分相等。養子為其子之應繼分二分之一，即其妻與其子各應分得一萬六千元。養子應分得八千元，其子之應繼分內應扣除一萬元，而以六千元為其確定應繼分。然此係就贈與額少於應繼分而言，如贈與額多於應繼分，則繼承人應受遺產總額以上之遺產，不無疑問。是以我民法既採充當計算主義，性質上自不

得為應繼分以上之返還，於此問題似以採否定說為適當。(註一)

(註一) 劉錫英氏與本書見解有異，對者略謂：「若贈與和於應繼分時應否由該繼承人補出法律並無明文，依本條第一項贈與價額

同者，應加入繼承開始時被繼承人所有財產中計算，而為應繼遺產，則超過應繼分之贈與價額，若不由該繼承人補出，他繼承人之應繼

額，應由該繼承人補出為宜。」(劉氏前揭四六頁)

(註二) 羅仲幹氏與劉氏之主張相異，所據理由則為：「羅氏前揭一三六頁一三七頁。」

第三節 扣除義務人

扣除義務人，為承認繼承之繼承人(不問其為單獨繼承或限定承認)。拋棄繼承之繼承人，則不包含在內。蓋拋

棄繼承之人，與繼承立於無關係之地位，從而其繼承後繼承人受有贈與，苟非使受贈繼承人之特留分，即不應

負何種扣除之義務。學者有謂此種贈與，應解為應繼分之前付拋棄繼承人不能不負扣除之義務者，余則以為

此種理論，頗屬牽強，殊不足採。(註二) 又扣除義務人，應以共同繼承人為限，故雖為共同繼承人，而非自己從被

繼承人受有贈與，乃自己之直系血親卑親屬受有贈與，自無扣除義務之可言。惟由自己之直系血親尊親屬受

有贈與，依代位繼承繼承其應繼分時，有無扣除之義務，則屬疑問。於此問題，各國法律不同，有代位繼承人不能

取得被代位繼承人所有權利以上之權利，故於此時代位繼承人應負扣除之義務者，如法國民法及德國民法

是。有代位繼承人係以自己之地位而為繼承，故其扣除僅以從自己之被繼承人所受之贈與額為限者，如日本

民法是。就我民法言之，應與德國民法取同一解釋，其詳已於前述，茲不贅。

(註二) 關於此點，羅仲幹氏與本書見解有異，略謂：「應與德國民法取同一解釋，其詳已於前述，茲不贅。」

(註二)

之拋棄而免除其返還之責任。有主張拋棄繼承之人從被繼承人受有遺與，僅於因其遺與而發生繼承人之特留分時，其返還之責任，吾人對於其主張理論上固甚表贊同，然就現行民法而為解釋，則因其對於贈與一概不許行扣減之權，如以侵害繼承人之特留

又將繼承人應盡之義務，如遺產管理費等，在繼承人受有遺與時，亦不許解解為贈與額多於應繼分時，一律應負返還之責。是亦乃於繼承人應盡之義務，如遺產管理費等，在繼承人受有遺與時，亦不許解解為贈與額多於應繼分時，一律應負返還之責。

第四節 扣除權利人

繼承人中有從被繼承人受有贈與者，應由其應繼分中扣除贈與額，係為維持繼承人間之公平而設之規定。故

惟共同繼承人始得為扣除之權利人。苟非共同繼承人，例如拋棄繼承人，則無此權利。蓋拋棄繼承人非共同繼承人故也。受遺贈人亦無此權利，蓋受遺贈人惟能就繼承開始時被繼承人之財產行使權利故也。至繼承人之債權人有無此權利，屬疑問。於此問題，外國法律有設有規定者，如法第七八八條，我民法未設明文，余以為被繼承人之債權人既非共同繼承人，自難為同一之解釋。但如有第二種之規定，則不該依該條行使權利，此屬當然，無待明定。又扣除之權利以各繼承人按其應繼分之不足部分單獨行使為限，不以共同繼承人共同行使為必要。至關於扣除之規定，既係維持共同繼承人間之公平而設，自與公益無關，從而共

同繼承人之一人，或數人，得拋棄其扣除權利，又不受其限制。其詳見前註一三六頁一三三頁。

第五節 應扣除之贈與

何者為應扣除之贈與，各國法律不同，有以因結婚或營業之贈與為限者，如奧大利民法（第七八八條）至第七九〇條）是有以因結婚收受家產絕家再與或以其為生計資本所為之贈與為限者，如日本民法（第一〇

第五節 應扣除之贈與

何者為應扣除之贈與，各國法律不同，有以因結婚或營業之贈與為限者，如奧大利民法（第七八八條）至第七九〇條）是有以因結婚收受家產絕家再與或以其為生計資本所為之贈與為限者，如日本民法（第一〇

何者為應扣除之贈與，各國法律不同，有以因結婚或營業之贈與為限者，如奧大利民法（第七八八條）至第七九〇條）是有以因結婚收受家產絕家再與或以其為生計資本所為之贈與為限者，如日本民法（第一〇

何者為應扣除之贈與，各國法律不同，有以因結婚或營業之贈與為限者，如奧大利民法（第七八八條）至第七九〇條）是有以因結婚收受家產絕家再與或以其為生計資本所為之贈與為限者，如日本民法（第一〇

何者為應扣除之贈與，各國法律不同，有以因結婚或營業之贈與為限者，如奧大利民法（第七八八條）至第七九〇條）是有以因結婚收受家產絕家再與或以其為生計資本所為之贈與為限者，如日本民法（第一〇

何者為應扣除之贈與，各國法律不同，有以因結婚或營業之贈與為限者，如奧大利民法（第七八八條）至第七九〇條）是有以因結婚收受家產絕家再與或以其為生計資本所為之贈與為限者，如日本民法（第一〇

○七條)是有除如日本所列舉之贈與外,普通生在中之贈與亦為扣除之標的者如法國民法(第八四三條
第卅五條)葡荷牙民法(第卅九條)第二〇七條)意大利民法(第一〇〇一條)第卅〇七條)
西德牙民法(第一〇三五條)及瑞士民法(第六三六條)是有不問其為何種之贈與苟非超過被繼承人
之財產關係之遺產總額者不認爲贈與之贈與者始認爲贈與(第二〇五〇條)第一六二四條)是我民法
贈與之情形以因結婚分居或營業所受之贈與爲限,爲扣除之標的,此外不問何種贈與,皆不在扣除之列。

(註四)我民法之所以限於結婚分居或營業所受之贈與者,非因是等之贈與較諸他種贈與常爲多額,蓋
如以其爲多額之故即須扣除則普通之贈與如爲多額亦須扣除矣依余所信因上述三種事由所爲之贈與被
繼承人不過便宜上爲應繼承之前付而非以利益於受贈人之意思爲之故推測被繼承人之意思以在該繼承人
之應繼分中扣除贈與價額爲適當(註五)至應扣除之贈與是否以原本爲限亦屬疑問於此問題外國法律有
明定繼承開始時之遺產無須扣除者(法國民法第五六條)德國民法第一〇一三條)西民第一〇四九條)葡民法二一
六條)我民法雖無明文規定,余以爲解釋上應屬相同,否則如須溯及既往扣除其收益之全部,則不但加重

受贈人之負擔,且於被繼承人遺囑前付之意思焉,復種種不便,故應以原本爲限,應爲扣除,又不待言。

(註三)范揚氏對於此點有所疑,謂「現行民法則僅以特種贈與爲限始加入計算即以對於繼承人因結婚分居或營業而爲之贈

與爲限,應加入於遺產中計算,而對於他種贈與乃至對於第三人之贈與,不更設以限制,是則被繼承人儘可以生前贈與任意處分

其財產,以侵奪繼承人之特留分使特留分制度之精神終歸貫徹,關於此點,立法上應宜再思有以補救之」(范氏前揭六三頁)

(註四)關於子女之教育費費用,外國法律有明定其爲扣除之義務者(法民八五二條)亦有規定是等之費用超過被繼承人之財產狀

本論 遺產繼承 遺產之繼承 附錄 附錄六三二一(一) 附錄七 附錄八 附錄九 附錄十 附錄十一 附錄十二 附錄十三 附錄十四 附錄十五 附錄十六 附錄十七 附錄十八 附錄十九 附錄二十 附錄二十一 附錄二十二 附錄二十三 附錄二十四 附錄二十五 附錄二十六 附錄二十七 附錄二十八 附錄二十九 附錄三十 附錄三十一 附錄三十二 附錄三十三 附錄三十四 附錄三十五 附錄三十六 附錄三十七 附錄三十八 附錄三十九 附錄四十 附錄四十一 附錄四十二 附錄四十三 附錄四十四 附錄四十五 附錄四十六 附錄四十七 附錄四十八 附錄四十九 附錄五十 附錄五十一 附錄五十二 附錄五十三 附錄五十四 附錄五十五 附錄五十六 附錄五十七 附錄五十八 附錄五十九 附錄六十 附錄六十一 附錄六十二 附錄六十三 附錄六十四 附錄六十五 附錄六十六 附錄六十七 附錄六十八 附錄六十九 附錄七十 附錄七十一 附錄七十二 附錄七十三 附錄七十四 附錄七十五 附錄七十六 附錄七十七 附錄七十八 附錄七十九 附錄八十 附錄八十一 附錄八十二 附錄八十三 附錄八十四 附錄八十五 附錄八十六 附錄八十七 附錄八十八 附錄八十九 附錄九十 附錄九十一 附錄九十二 附錄九十三 附錄九十四 附錄九十五 附錄九十六 附錄九十七 附錄九十八 附錄九十九 附錄一百

如羅馬法，有不動產依繼承開始當時之價值以爲計算，動產則依贈與時之價值以爲計算者。如法國民法

(第八六一條、第八六八條)與大利民法(第七九四條)及意大利民法(第一〇一七條、第一〇二四條)

是。在探現物返還主義者，多採第二種主義。即依此主義，贈與物之所有權僅條件附移轉於受贈人，何時爲其現

物之返還，殊不可知，故應依繼承開始當時之價值以計算贈與之價額。反之，如採充當計算主義，則多採第一種

主義。即依此主義，贈與物之所有權已確定的移轉於受贈人，嗣後贈與物價額之增減，應由受贈人負擔，故應依

贈與時之價值以計算贈與之價額。我民法第一一七三條第三項規定：「贈與價額，依贈與時之價值計算。」此

爲採充當計算主義當然之結果。(註六)

(註六)於此有一疑問，即贈與物如有毀損滅失情事，受贈人之責任如何。是於此問題，亦因採取現物返還主義與充當計算主義而不同。即

依現物返還主義，受贈人負擔特定物給付之義務，故其物如非因可歸責於己之事由以致毀損滅失，則受贈人免除返還之義務。反

之，依充當計算主義，則受贈人已取得贈與物之確定的所有權，故其物雖因天災地變等不可抗力以致毀損滅失，受贈人亦不能免

於返還之義務。

第八 扣除之免除

繼承人中有從被繼承人受有本條之贈與時，應由應繼分中扣除固矣，但此指被繼承人無免除之意思表示者

而言，如不該繼承人於贈與時有反對之意思表示，則無須以其贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有之

財產中爲應繼遺產，再由該繼承人之應繼分中扣除贈與之價額。(民法第一一七三條第一項但書)我民法

之所以設此例外者，蓋本條之設，原在推測被繼承人有以贈與爲應繼分前付之意思，今被繼承人既有反對之

意思表示，則此推測自屬無由成立也。扣除之免除，通常固與贈與核同一行爲爲之，然此非屬必要，縱以另一行爲爲之，亦無不可。又通常多以明示爲之，然此亦非必要，縱以默示爲之，亦無不可。默示之免除，例如對於繼承人中之一人已爲本條第一項之贈與，同時或嗣後再以遺囑指定他繼承人之應繼分，而其應繼分適相當於已扣除贈與價額之餘額是。

第六款 遺產分割相關之問題

第一 對於遺產有貢獻之繼承人能否請求報價

我國習慣有所謂功勞繼承，勞力類者，即於遺產分割之際，對於增進遺產有功之人特別給與之財產也。此種習慣已由前大理院判例承認爲有效，（註一）外國法律亦不乏相同之規定。（註二）以是立法院起草繼承法之始，即以之列爲先決要點之一。嗣經中央政治會議決議：「對於遺產有貢獻之繼承人，毋庸規定報價。」遂作罷論。查中央政治會議所持之理由曰：「瑞士採用要求報價之制度，以成年子女在共同生活中，以勞力或資本爲貢獻者爲限，然在我國，凡同居共財者，有共維家產之責，固無論矣，即使異居分財而親屬間通力合作彼此互助亦屬爲應盡之義務，如以法律明文許其於繼承遺產時要求報價，轉足以啓糾紛之端，故認爲毋庸規定。」（繼承法先決各點審查意見書第七點說明）此種理論，非不甚是，第以避免糾紛之故，糾察對於遺產有貢獻之繼承人之報價請求權，不但與我國固有習慣不合，且恐今後爲繼承人者，亦不復對於遺產爲特別之勤勞也。

別動勞力增加者，則當分析之際，自可酌量情形，對於其人從優分給。」

(註二) 瑞民法第六三三條：「與親終共同生活，對於親給特勞務或救急之成年之子，其親之遺產分給，應與他親共同繼承人明白拋棄其繼承者，不在此限。」

第二 各繼承人在遺產分割前能否處分其應繼分

各繼承人在遺產未分割以前，能否處分其應繼分，各國法律不同。有採禁止主義者，如瑞士民法（第六五三條）及葡萄牙民法（第二〇一五條第二〇一六條）是有採許可主義者，如德國民法（第二三七一條）及大利民法（第八二九條）及日本民法（第一〇〇九條）是。而於許可主義之中，有採先買主義者，如德國民法及奧大利民法是有採贖回主義者，如日本民法是。在採禁止主義者，優恐第三人加入遺產之分割，致妨礙繼承人間之和平。在採許可主義者，則因如不許繼承人處分其應繼分，足以妨礙經濟之流通。我民法關於此點無明文規定，就第一一五一條繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為公共共有之說，不發生處分其應繼分之問題。蓋公共共有所以異於一般共有即分別共有者，即公共共有無所謂應有部分，而一般共有則有其應有部分，故一發生處分應有部分之問題，一不發生處分應有部分之問題。然各繼承人原有其應繼分即應有部分，依此解釋，顯為不當，故依余所信，我民法雖明定其為公共共有，亦不能遽謂其係採禁止主義。（註三）至謂第三人加入遺產之分割，足以妨礙繼承人間之和平，亦不足慮。蓋遺產之分割，原可由繼承人委託第三人以代理人之資格為之，不能謂第三人加入遺產之分割，即足以妨礙繼承人間之和平。就我民法解釋既

採許可主義，但究應採先買主義贖回主義，亦一疑問。先買主義，足以妨礙經濟之流通，我國舊律及大理院判例均認為無效，其不足採，無待煩言。(註四)故余以為應採贖回主義，我第一大民法草案，即從日本民法採此主義者也。(繼承編第二二條)

(註三)劉鍾英氏謂：「本法既尚未採用，則繼承人於遺產分割前能否處分其應繼分，惟查照關於共有之規定可也。」(劉氏前揭第七頁)查劉氏之說，實將到達於禁止主義之結論。范揚氏謂：「我國無是俗習，而容許其得為讓與之外國民法，同時必認他繼承人有優先贖回之權，民法未認他繼承人有此優先贖回權利，其反面未可斷定即許各繼承人為單獨之讓與，應繼分單獨讓與及優先贖回制度，弊多利少，在財產漸趨向於價值化之今日，已無存在之必要，最近立法新例，已有將分割前繼承人之單獨讓與實行禁止。」(瑞氏第六五三條第三項)故就民法解釋，在分割前各繼承人實不得將應繼分單獨讓與。(范氏前揭七三〇頁)查劉氏則與本書見解相同，謂在「解釋上應認為繼承人得於遺產分割前將應繼分於第三人」，但應認此等行為，係屬繼承人之債權人之利益起見，主張「於實行分割時，其有到場參加，與遺產之繼承人」(范氏前揭七三〇頁)。(註四)前大理院六年上字第一〇一四號判例：「親屬遺產之習慣，既經現行律明示禁止，且僅足見親屬承特許物之風，於社會實益，自難認其有法之效力。」又現行律田宅典賣田宅條例參考。

第四節 繼承之拋棄

第一 拋棄繼承之意義

繼承之拋棄 (Repudiation) 者，繼承人與繼承立於無關係之地位之意思表示也。由是所遺，繼承係屬法的處分，一旦繼承開始，固當然發生承受被繼承人之權利義務之效力，然如繼承人表示不欲為其繼承主體之意思，

則無不可。是即所謂繼承之拋棄是也。雖然繼承之拋棄乃外來之法制，我國舊律並無所謂繼承拋棄之說。蓋我國舊制係以宗祧繼承為主，如許任意拋棄繼承，則祖宗之血食自我而斬，為所不許故也。（註一）現行民法所謂繼承，既專指遺產繼承，則繼承權自無不許其拋棄之理由。此我民法所以於第一一七四條第一項明定「繼承人得拋棄其繼承權」者也。關於拋棄之性質，已於本論第二章第二節第一款述之，茲不贅。

（註一）前大理院八年上字第一〇七一號判例：「繼承之人未立嗣而歿，其財產雖有可立之人，而已於繼承權取得時，被其情形，實與可立之人者相同，所有遺產，依被繼承人遺囑繼承人承受，其已於繼承權取得時，即不發生繼承。此種情形，實與繼承人得拋棄其繼承權之明證。故繼承人得拋棄其繼承權之明證。」

第二 拋棄繼承之期間及方式

依我民法第一一七四條第二項規定，拋棄繼承須於一定期間為之，且為要式行為之一種。此為各國法律之所同。（海民第七八四條，德民第一九四六條，瑞民第五七〇條，日民第一〇三八條。）法律之所以限於一定期間，且以其為要式行為者，蓋繼承一旦開始，即當然對於繼承人發生效力，繼承人既欲否認其效力，自不能不於一定期間為之，且須依據一定方式以為表示，以期迅速及確實故也。（註二）茲述我民法第一一七四條第二項所定之期間及方式如左：

一 得為繼承之期間

繼承人得拋棄繼承之意思表示，解釋上固應於繼承開始以後為之，與限定承繼同，但應於繼承開始後行時

爲之，則與限定承認有異。即在限定承認，係於繼承開始時起三個月內爲之。拋棄繼承則係於知悉其得繼承之時起二個月內爲之。繼承人非知悉其繼承業已開始，不能決定自己對於繼承之態度。故我民法以知悉其得繼承之時爲期間之起算點。註三（註四）（註五）對於繼承開始之事實是否知悉，固應就繼承人決之，但如繼承人爲無行爲能力人或限制行爲能力人，則應就其法定代理人決之。關於此點，外國法律有設明文規定者。（日民第一〇一九條）我民法無之余，以爲解釋上應屬相同。（註六）

二 拋棄繼承之方式

拋棄繼承依我民法規定須以書面向法院親屬會議或其他繼承人爲之。此項規定承認之根據向法律推定之者，亦不相同。既須以書面爲之，如繼承人以言詞表示拋棄繼承之意思，自不發生拋棄之效力。（瑞民第五七條第一項得以言詞爲之）其得向親屬會議或其他繼承人爲之者，蓋因前者係法定之合議機關，後者爲拋棄繼承之利害關係人，向之表示拋棄繼承之意思，比向法院表示較爲便利也。惟如前所述，拋棄繼承既爲單獨行爲，自向法院親屬會議或其他繼承人表示意思，即生效力，初不待法院之允准。親屬會議之決議，其他繼承人之承諾，是不待言。至拋棄繼承，是否一如限定承認須開具遺產清冊，法無明文，不無疑問。余以爲拋棄繼承，在使繼承人立於與繼承無關係之地位，殊無開具遺產清冊之必要。但由法院選任遺產管理人，由管理人開具遺產清冊，則屬另一問題。

（註七）瑞士民法設有推定拋棄繼承之規定，其第五五六條第二項規定曰：「被繼承人屬支付能力，於其死亡之際已無遺產，其遺產由法院選任遺產管理人，由管理人開具遺產清冊，則屬另一問題。」

點爲各國法律之所同（法民第七八五條德民第一〇三九條西民第九八九條日民第一〇三九條）我民法從之。繼承之拋棄，既溯及繼承開始時發生效力，則其人自繼承開始時即不爲繼承人，從而拋棄繼承人既未取得被繼承人之權利，自不負擔被繼承人之債務。又拋棄繼承人之固有財產應與遺產相對分離，不生混同。故拋棄繼承人對於被繼承人之權利，應對於遺產以爲行使；對於被繼承人之義務，應對於遺產以爲履行。又拋棄繼承人既與繼承人立於無關係之地位，則在繼承開始前縱因結婚分居或營業已從被繼承人受有贈與，亦不得以其贈與價額加入繼承開始時被繼承人之財產中，此點已於遺產分割之計算中述之，茲不贅。（註七）

（註七）劉錫英氏設爲下列之例示曰：「惟繼承開始後，有拋棄繼承人不知繼承已開始，曾向被繼承人之債權人清償債務，或已知繼承開始而未決定拋棄前，曾清償債務，能否於拋棄繼承後主張溯及效力，將已清償之債款收回，此問題頗費研究。（中略）鄙以爲不知繼承開始而爲債務之清償者，並非本於繼承人之資格之行為，知繼承開始而爲債務之清償者，雖係本於繼承人資格之行為，然皆應解爲對於被繼承人之債權人已爲債務之承擔，而其所爲清償，即係已履行其承擔債務之義務，與本條之溯及效力並不相妨，故不復復將已償之債款收回。」（國氏與錫四九頁）余則以爲知繼承開始而爲清償，則已無復拋棄繼承之可能，其清償自屬有效。反之不知繼承開始而爲清償，則因拋棄繼承溯及繼承開始時發生效力，其清償爲無效。

二 對於其他繼承人之效力

繼承之拋棄，對於其他繼承人之效力如何，各國法律頗不一致，有視爲未開始繼承，根本上不發生應繼分之繼承者（德民第一九五三條）有直系卑親屬拋棄繼承權時，其應繼分歸屬於生存之配偶，前順序之繼承人拋棄繼承權時，其應繼分歸屬於次順序之繼承人（法民第五七四條及第五七五條）亦有祇規定一

繼承人拋棄繼承權時，其應繼分歸屬於他繼承人者（日民第一〇三九條第一項）
人與指定繼承人，以定其應繼分之歸屬。

甲 法定繼承人拋棄繼承權時 依我民法第一一七六條第一項規定：「法定繼承人中，有拋棄繼承權者，其應繼分歸屬於其他同一順序之繼承人。同一順序之繼承人均拋棄其繼承權時，準用關於無人承認繼承之規定。」所謂應繼分歸屬於同一順序之繼承人，例如第一順序之法定繼承人計有三人，就中一人拋棄繼承權時，其應繼分應歸屬於其他之兩繼承人及被繼承人之配偶是。其他順序之法定繼承人拋棄繼承權時亦然。學者有謂此際配偶之應繼分已確定為遺產二分之一或三分之二，不因同為繼承人者人數之多寡而有所影響者，其說拘於文義，未敢贊同。（註八）至若同一順序之繼承人均拋棄繼承權時，則準用關於無人承認繼承之規定，而不歸屬於次順序之繼承人，蓋所以避免法律關係之複雜也。所謂準用關於無人承認繼承之規定，有謂關於無人承認繼承全部之規定皆在適用之列者，余則以為當係指其遺產於清償債權並交付遺贈後，如有賸餘，歸屬國庫而言（民法第一一八五條），非謂關於無人承認繼承全部之規定皆可適用。（註九）同一順序之繼承人均拋棄繼承權時，固準用關於無人承認繼承之規定，如並同一順序之繼承人而亦無之，其應準用關於無人承認繼承之規定，更不待言。

乙 指定繼承人拋棄繼承權時 依我民法第一一七六條第二項規定：「指定繼承人拋棄繼承權者，其指定繼承部分歸屬於法定繼承人。」例如被繼承人因無直系血親卑親屬，指定其夫為繼承人，其人拋棄繼承

承權時，即以指定繼承部分歸屬於第二順序之法定繼承人，即被繼承人之父母、兄弟、姊妹、子女、孫子女、曾孫子女、其人之遺孀、繼承人拋棄繼承權時，其應繼分之歸屬，乃本於法律之規定而生，換言之，即歸屬人基於自己固有之權利，嗣及於繼承開始時取得其應繼分，而非繼承人拋棄繼承人之權利。準是，則發生下列兩種之結果：(一)拋棄繼承人之應繼分，不但歸屬於現尚生存之繼承人，且歸屬於業已死亡之繼承人，從而其人有繼承人時，自得代位繼承其應繼分。(二)拋棄繼承人之應繼分與繼承人固有之應繼分為不可分，從而拋棄其固有之應繼分時，此應繼分亦同時拋棄，承認其固有之應繼分時，此應繼分亦同時承認。(註一)

(註八) 羅仲鈺氏亦主此說，略謂：「在第一一三八條第二三四各款之人與配偶同為繼承人而有人拋棄繼承權時，則因拋棄者之為配偶與否而歸屬之情形略有不同。(中略)何則，依第一一四四條第二款與第三款之規定，此際配偶之應繼分已確定為遺產二分之一或三分之一，不因同為繼承人者人數之多寡而有所影響，且配偶得與任何順序之繼承人同為繼承人，即不能視為有一定之應繼分格之旨之，自不合於所謂同一順序之條件故也。」(羅氏前揭一四六頁)

(註九) 劉鏡英氏解釋準用關於無人承認繼承之規定與本書見解有異，略謂：「於同一順序之繼承人拋棄其繼承權時，即準屬於無人承認繼承之規定，立法上不免疏漏。雖準用此規定，法院依公示催告程序公告時，次位繼承人即可出而承認繼承，然編纂會議之人召集遺產管理人選定，及呈報法院之公告，已在費無益之時間經濟勞力矣。」(劉氏前揭五〇頁) 羅錫氏與劉氏之見解相異，並列三點理由，以為其說之根據。(羅氏前揭一一六頁)

(註一〇) 繼承人拋棄繼承權時，其直系血親卑親屬不發生代位繼承之問題。蓋代位繼承，以繼承開始時繼承人之死亡為要件，繼承人拋棄繼承權，不但係在繼承開始以後為之，且拋棄繼承人亦非因此為喪失繼承權之人故也。

(註一一) 劉鏡英氏主張一部拋棄對於第一一七六條亦有其適用，略謂：「本條所謂拋棄繼承權，係指全部拋棄而言。(中略)苟法定繼承人既拋棄其應繼分之一部，指定繼承人亦拋棄其指定繼承部分之一部。(中略)可否受本條之適用，按諸權利保護係屬權利

人之自由之原則，自無不許一繼承之遺。本國所定繼承方法，亦得一律適用。〔劉氏前揭五一頁〕此說未敢贊同，因一部拋棄繼承性質所不許。

第四 相關之問題

一 遺產之管理

繼承人拋棄繼承，溯及於繼承開始當時即非繼承人，已如前述。從而繼承人在決意未定以前對於遺產房產之管理義務，自與拋棄同時消滅。然如絕對貫徹此旨，則此遺產在拋棄繼承人拋棄繼承以後，債權繼承人者，得繼承以前，將陷於無人管理之狀態。故在外國法律有明定「拋棄繼承人，於因其拋棄而為繼承人之人，得開始遺產管理以前，應以與自己之財產為同一之注意，繼續其財產之管理」者（日民第一〇四〇條第一項），我民法未設明文，尙有賴於判解之補充。

二 債權人之權利

繼承人一旦拋棄繼承，即不能取得其遺產，繼承人固有之債權人因此喪失對於遺產請求清償之利益，是為當然。但在外國法律有明定繼承人固有之債權人得為繼承人行使承認繼承之權利者（法民第七八八條），我民法無明文規定，自難為同一之解釋。蓋在我繼承法，繼承之承認拋棄，乃專屬於繼承人本身之權利，無適用民法第二四二條之餘地。故也。又按法國民法，因繼承人拋棄繼承，致害及債權人之權利時，債權人得於其債權之限度內，聲請法院撤銷。我民法無明文規定，亦難為同一之解釋。蓋繼承之拋棄，應據廢繼承之效。

無關係之地位，換言之，即以繼承權自體之消長為標的，而非以財產權之喪失為標的，故不

無人承認之繼承

第一款 概說

無人承認之繼承，指繼承開始時，繼承人之有無不明而言，日本民法稱為繼承人之暇缺（*Succession vacante*）。

既惟繼承人之有無不明，始謂之無人承認之繼承，從而有為繼承之人，不過所在不明，或有為繼承之人，不過承認繼承人未定，固非此之所謂無人承認之繼承，即無繼承人業已確定，亦非此之所謂無人承認之繼承。何則？蓋繼承人之所在不明，其遺產，依民法第十條，應適用非訟事件程序為管理，繼承人之承認繼承與否尚屬未定，其遺產，依民法第一一四八條，當然歸屬於該繼承人，無繼承人業已確定，則其遺產，成爲無主之財產，或歸屬於國庫，或歸屬於爲先占之人，固不難於解決故也。（註二）（註三）雖然，如繼承人在於有無不明之狀態，固不能期其必有，然亦未能期其必無，如置其遺產於無管理之狀態，則毀損滅失，在所不免，不但非所以保護繼承人之利益，且在繼承債權人受遺贈人等，如亦因繼承人有無不明，停止其權利之行使，亦非所宜。此我民法所以一方爲探察繼承人之規定，一方爲管理其遺產之規定者也。

(註一) 以繼承人之有部不明，為無人承認之繼承，為多數學者所見。——御川氏日本相續法註釋下卷二一八頁收野氏日本相續法二七五頁仁井田氏親族法相續法論五六四頁。惟德波氏謂戶主推舉繼承人為無人承認之繼承。(德波氏大憲一二七頁至一二九頁) 殊難贊同。

(註二) 我國著作有所謂遺產，其繼承人須由親屬無人承認之繼承。——現行律戶役門卑幼私擅用財條例：「戶絕財產，其無同宗繼承之人，所有親女承受。無女者，鄰地方官詳明上納酌撥充公。」又前大理院三年上字第三八六號判例：「系無繼嗣可立，則戶絕財產應由親女承受。如無親女，則應歸國庫。」但司法部二年院字第八二五號解釋則謂：「戶絕財產，即民法繼承編第五節所謂無人承認之遺產。」其見解頗有疑義。

第二 無人承認繼承時其遺產之狀態

無人承認之繼承，其遺產之狀態如何，各國法律不同。在歐洲各國多採非法人主義，但在日本則採法人主義。日本民法之所以採法人主義者，蓋因無人承認之繼承，不能不為其遺產設置管理人，既須設置遺產管理人，此管理人既係代表何人而為遺產之管理，苟非以遺產為法人，殊難自圓其說故也。(註三) 反之，在採非法人主義者，則謂無人承認之繼承，如嗣後有繼承人出而承認，其遺產即由該繼承人繼承，如始終無繼承人出而承認，則以之歸屬於國庫，其為繼承人所繼承時，依照繼承法理，係溯及於繼承開始時發生效力，實無以遺產為法人之必要。以上二種主義，以後之主義為合理，故我民法從之。(註四) 於第一一八四條規定：「第一一七八條所定之期限內，有繼承人承認繼承時，遺產管理人在繼承人承認繼承前所為之職務，上行為視為繼承人之代理。」其視為繼承人之代理者，蓋即所以貫徹繼承溯及於繼承開始時發生效力之法理也。既視為繼承人之代理，則管理

人在繼承人承認繼承前所為之行為直接對於本人發生效力（民法第一〇三條）此點已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。雖然，所視為代理者，僅以職務上之行為為限，此與「代理權限」相當，苟非職務上之行為，則與管理人自為者無異，非當然對於繼承人發生效力，自無可疑。又此種代理，係由法律規定而生，自為法定代理之種類，且在解釋上應因繼承人承認繼承而消滅，關於此點，日本民法第一〇五六條第一項設有明文規定，河原博考。

（註三）日本民法對於無人承認之繼承，既採法人主義，於是發生問題，即遺產人將因繼承人承認繼承而消滅，若然，則遺產管理人所為職務上之行為，應屬根本無效，是為當然。日本民法為救濟此項缺點起見，特於第一〇三五條設有規定，即遺產管理人所為職務上之行為，雖屬根本無效，仍得視為有效。此項規定，實為繼承人承認繼承前所為之行為，應屬有效之根據。

第二、特種繼承權。據德法採之主義，有所批評，略謂：「民法特予二者之別，一方以國庫為繼承財產之歸屬人，而非真正之繼承人，一方廢棄法人主義，以遺產管理人為繼承人之代理（第一一八四條）其務求切實明瞭之立法趣旨，未始無見也。然依第一一八四條規定，若以本會所定繼承人內有繼承人承認繼承者為限，其管理人所為職務上之行為，得視為繼承人之代理。若期限內無繼承人出而承認，則以庫既非繼承人，而繼承人又不存在，其前此所為行為，將為誰人之代理，畢竟其間管理人所為職務上之行為，可以代理，而遺產上權利義務亦無主體可以歸屬，因之在學理上自難自圓其說，而立立法體例上尤覺屬為非也。」（陳氏書稿一四四頁）

第三款 繼承人之搜索

繼承開始時，繼承人之有無不明者，依我民法第一一七七條規定，應由親屬會議選定遺產管理人，以免遺產之散失，於選定管理人為遺產之管理後，則不可不從事於繼承人之搜索，俾遺產之歸屬不至久不確定。搜索繼承

報法院，法院應依公示催告程序公告繼承人，命其於一定期限內承認繼承。其須呈由法院為繼承人之搜索者，查所以期正確也。何謂公示催告程序，已有限定承認中述之，茲不贅。至公示催告之期間，依我民法規定，在一年以上（同條第二項）查悉過於短促，不足以達搜索繼承人之目的也。此項期間，應自最後登載公報或新聞紙之日起算，已於前述，茲不贅。關於繼承人之搜索，我民法係從日本民法而設之規定，但其程序則與日本民法頗不相同。即在日本民法，係由法院先為管理人選定之公告（日民第一〇五二條第一項）；於此公告後，二個月內，繼承人仍不分明時，再由管理人對於繼承人及受遺贈人，於至少二個月之期間內，為繼承人仍不分明時，再行公告（日民第一〇五七條第四項）；於此公告期滿後，繼承人仍不分明時，然後始依管理人等之聲請，對於繼承人，於至少一年之期間內，為承認繼承之公告（日民第一〇五八條）。日民之所設，彼此實有之關係，其在繼承人及繼承遺產人受遺贈人之利益，我民法則較我繼承人之利益，而於繼承遺產人及受遺贈人之利益，幾於同時為之，且其公告期間之最低限度均為一年，凡此皆欲期無人承認繼承之狀態，得以早日確定，以定其遺產之歸屬。（註一）

（五）我民法關於召集親屬會議，選定管理人，呈報法院等，均無期間之限制，似有未當，劉誠英氏為之批評曰：「惟不能無疑義者，則本條與前條皆未定有期限，繼承開始後，應於何時召集親屬會議，親屬會議選定管理人後，應於何時呈報法院。法院接收呈報後，又應於何時公告繼承人，法律均未加以期限之限制，如親屬會議與法院皆懈怠進行，則遺產遺囑之狀態，無期延長，不但有妨礙關係人，無人承認繼承，且其遺產之歸屬，亦不能早日確定，實非立法上之善舉。」（劉誠英氏遺囑繼承法）

第三章 遺產之管理及清算

本條關於遺產之繼承

第一 管理人之選定

無人承認遺產之遺產，應由何人管理，各國法律不同。有原則上由遺產法隨為之管理者，如德國民法（第一九

六〇條）是有法院依利害關係人或檢察官之請求選任遺產管理人者，如法國民法（第八一二條）及日本

民法（第一一五五條）等。我民法則仍守私法自治之原則，以此等事件，由親屬會議全權處理為宜。故於第一

章之遺產條規，是以繼承開始時，繼承人之有無不明者，由親屬會議選定遺產管理人。（註一）親屬會議之召集，

然應由利害關係人為之。（民法第一一五九條）此之所謂利害關係人，通常為被繼承人之債權人受遺贈人，但

請求以此為限，舉凡被繼承人之共有人，合夥人，以及其他得對於遺產主張權利之人皆屬之。關於親屬會議之組

成，親屬會議之召集及議決，我民法第一一三〇條以下設有明文規定，已於拙著中國民法親屬論述之，茲不贅

述。親屬會議是否為選定遺產管理人不無疑問。要則以為親屬會議應否選定遺產管理人，以是否為無人承

二親之繼承，以及有無法定遺產管理人之必要視之。非言權利利害關係人之關係。親屬會議即須選定遺產管理

人，實與親屬會議得選定遺產管理人之必要視之。非言權利利害關係人之關係。親屬會議即須選定遺產管理

人，實與親屬會議得選定遺產管理人之必要視之。非言權利利害關係人之關係。親屬會議即須選定遺產管理

人，實與親屬會議得選定遺產管理人之必要視之。非言權利利害關係人之關係。親屬會議即須選定遺產管理

人，實與親屬會議得選定遺產管理人之必要視之。非言權利利害關係人之關係。親屬會議即須選定遺產管理

人，實與親屬會議得選定遺產管理人之必要視之。非言權利利害關係人之關係。親屬會議即須選定遺產管理

(註二) 唐大業院四年上字第一四五七號判例

第二 管理人之職務

關於遺產管理人之職務，依我民法第一一七九條至第一一八二條之規定，有如左述：

一 編製遺產清冊

此為我民法第一一七九條第一項第一款所明定，此之所謂編製遺產清冊，與第一一五六條所謂開具遺產清冊意義相同。不過一由限定承認人開具，一由遺產管理人開具，一除明確記載被繼承人之積極財產外，財產以憑稽核外，尚以證明限定承認人之為限定承認非出於輕率或疏忽為目的。一則僅以明確記載遺產狀況以憑稽核為目的。至何謂遺產清冊，以及遺產清冊之方式如何，已於前述，茲不贅。又遺產清冊依同條第二項規定，管理人應於就職後三個月內編製之。其設此編製期間之限制者，蓋恐管理人延不編製，妨礙管理職務之進行也。此項期間，究為編製開始之期間，抑或編製完成之期間，解釋上頗有問題。余以為為編製開始之期間，則何時編製完竣，殊屬難言。製開始之期間，則何時編製完竣，殊屬難言。故在解釋上，應以其解為編製完竣之期間，較為妥洽。

二 保存遺產必要之處置

法律上之所謂管理，其範圍廣狹，頗不一致，已於前述。茲之所謂管理，則從廣義，管理人對於遺產除得為保存行為，改良行為，利用行為外，並得為保存遺產必要之處置。此就我民法第一一七九條第一項第二款之規定觀之，蓋為明瞭。茲之所謂處置，即處分之意。所謂保存遺產必要之處置，即對於遺產，為防止其毀損滅失所為

之事實上或法律上之處分。關於此點，外國法律有須得法院之許可而後爲之者（日民法第一〇五三條），我民法無此限制，管理人自得判斷爲之。（註三）不過管理人如處理不當，解釋上不但親屬會議得爲適當之干涉，即對於被繼承人之債權人及受遺贈人亦不能免於損害賠償之責任耳。

三、對於繼承債權人及受遺贈人之公告及通知

關於無人承認之繼承，我民法係一面爲繼承人之搜索，一面卽爲遺產之管理及清算，已如前述。遺產之清算，則以對於繼承債權人及受遺贈人之公告及通知爲着手。按我民法第一一七九條第一項第三款前段規定，管理人應「聲請法院依公示催告程序，限定一年以上之期限，公告被繼承人之債權人及受遺贈人，命其於該期間內報明債權，及爲願受遺贈與否之聲明。」此與第一一五七條之規定相同，惟一則其期間不得在三個月以下，一則其期間爲一年以上，稍有差別而已。又同款後段規定：「被繼承人之債權人及受遺贈人爲管理人所已知者，應分別通知之。」此爲第一一五七條規定之所無。在限定承認，縱不分別通知，亦於繼承債權人及受遺贈人之利益無害，此點已於前論，茲不贅。其爲管理人所已知之繼承債權人及受遺贈人，應分別通知者，蓋欲期繼承債權人及受遺贈人能爲報明或聲明，俾免於爲清償或交付之時有所遺漏也。

四、清償債權及交付遺贈

甲、清償債務交付遺贈之時期

我民法第一一八一條規定：「被繼承人之債權人或受遺贈人，非於第一一七九條第一項第三款所定期

立論，一由繼承債權人及受遺贈人方面立論，稍有不同而已。此種立法技術，是否妥當，頗有問題。（註四）

數民法所以用定清償債務交付遺贈之聲明者，蓋所以期清償債務交付遺贈之公平也。其詳已於前章論及，不贅。

乙 清償債務交付遺贈之順序

我民法第一一七九條第二項中段規定：「第四款所定債權之清償，應先於遺贈物之交付。」是為清償債務交付遺贈之順序。債務之清償所以先於遺贈之交付者，以其一為恩惠處分，一非恩惠處分，一為無償行為，一為有償行為也。又同一債權，其受清償，則受遺贈之債權應先於普通債權而受滿足之清償。明文（民法第一一五九條但書參照）亦以為優先權之效力，即在優先於普通債權而受滿足之清償。此在解釋上最為當然。雖然，凡此條指受遺贈人之債權人或受遺贈人於第一一七九條第一項第三款所定期間內為債權之報明及願受遺贈之聲明者而言，如不於上述期間內為報明或聲明則其無行使權利之意思，甚為顯然，故我民法第一一八二條規定，僅得就賸餘遺產行使其權利。遺產除清償已報明之債權及受遺贈人已聲明之遺贈而外，如尚有賸餘，固屬不成問題，否則不能不歸於債權人或受遺贈人之損失。至我民法所以不及於管理人所已知之債權及遺贈者（民法第一一五九條第一一六二條參照）無他，蓋為管理人所已知之債權或遺贈，依第一一七九條第一項第三款之規定，管理人應分別通知，既已分別通知，

而不於一定期間內為報明或聲明，無效其保留遺產之全部或一部以爲他日清償或交付之理由。申啟池。
 (註五)(註六)又清償債權(交付遺贈亦同)依第一一五九條規定應按其數額比例計算分別償還。此
 處雖無明文，爲維持清償或交付之公平起見，應爲同一解釋，是不待言。

丙 遺產之換價處分

清償債務及交付遺贈，既爲管理人職務之一，則管理人自不可不作成清償債務及交付遺贈之財源。此與
 民法所以特定管理人對於遺產之換價處分者也。即依第一一七九條第二項後段：「爲清償債權或交付
 遺贈物之必要，管理人經親屬會議之同意，得變賣遺產。」變賣與拍賣不同，依我民法債編施行法第十四
 條規定，變賣係照市價爲之，以經法院公證人警察官署商會或自治機關之證明爲已足，初不必履行何種
 法定之程序。外國法律有必須以拍賣爲之者(日本第一〇五七條第二項)我民法以其手續頗重，未能
 採用。雖然，管理人應否爲遺產之換價處分，依有無換價之必要決之。有無必要，係屬事實問題，舉例以言，如
 遺產爲物品，而債務之清償及遺贈之交付則須以金錢爲之，或經可以物品爲之，而物品之價值不能適與
 債權或遺贈之數額相當之類是。我民法爲昭慎重起見，且以同意變賣之權昇諸親屬會議，良以遺產之換
 價處分，與爲保存遺產之必要處分不同，一爲管理遺產範圍內之處分，一爲管理遺產範圍外之處分，故一得獨
 立爲之，一則須經一定機關之同意。(註七)

五 遺產之移交

遺產之移交，係指遺產管理人將遺產交付繼承人而言。其程序，依我民法繼承編第一一八八條之規定，由繼承人向遺產管理人請求移交。其程序，依我民法繼承編第一一八八條之規定，由繼承人向遺產管理人請求移交。其程序，依我民法繼承編第一一八八條之規定，由繼承人向遺產管理人請求移交。

我民法第一一七條第一項第五款規定：「有繼承人承認繼承，或遺產歸屬國庫時，為遺產之移轉。」依此規定，其遺產之移交因情形而異，即於第一一七條所定之期間屆滿前，有繼承人承認繼承時，以其遺產移交於繼承人。一有繼承人承認繼承，即須為遺產之移交，債權之已否清償及遺贈之已否交付在所不問，此因清償債權及交付遺贈，本係繼承人之義務，管理人不過因繼承人有無不明，代為履行其義務耳。如於第一一七八條所定之期間屆滿後，無繼承人承認繼承時，則其遺產除清償債權及交付遺贈外，以其股餘移交於國庫。關於此點，後述之惟於此有問題者，即管理人為遺產之移交時，應對於何人為管理之計算是（廿八）於此問題，外國法律有明定移交於繼承人時，應對於繼承人為管理之計算，移交於國庫時，應對於國庫為管理之計算者（日民第一〇五六條第二項第一〇五九條第二項）我民法未說明文，余以為解釋上應屬相同。又在第一一七八條所定期限內無繼承人承認繼承，以其遺產清償債務及交付遺贈後，如無賸餘，應對於繼承人管理之清算，則屬特別。於此問題，外國法律亦多明定其意，余以為我國應會對於遺產管理人，應有委任解任及監責之權限，管理之計算，則應對於親屬會議為之。

六 遺產狀況之報告或說明

我民法第一一八〇條規定：「遺產管理人，因親屬會議推選繼承人之債權人或受遺贈人之請求，應報告遺產之狀況。一應為管理人報告或說明遺產狀況之義務。親屬會議，繼承債權人或受遺贈人一為請求，管理人即非報告或說明不可。否則管理人應負債務不履行之責。管理應履行其責，應負何等之責，應於法律中明定。

大之不利。查本免主之遺產。依在荷蘭法律有明定。管理人不得將其已知之債權人除外。即如本條規定。○五七條。上項之規定。是故解釋上似可認為第一一八二條之規定。對於為管理人所已知之債權或受遺贈人無其適用也。○羅氏前揭一六〇頁。

羅氏與羅氏之見解同（羅氏前揭一四八頁）

（註七）關於限定承認。我民法於第一一六一條設有下例之規定曰：「繼承人違反第一一五七條至第一一六〇條之規定。致被繼承人之債權人受有損害者。應負賠償之責。前項受有損害之人。對於不當受領之債權人或受遺贈人得請求返還其不當受領之數額。」而於無人承認繼承中無此相同之規定。固不妨用類推適用之法以爲補救。然於立法技術。究欠周洽。余意關於遺產之管理及清算。似應於限定承認中設一詳明之規定。而於無人承認繼承中明定其準用某某條之規定爲已足。

（註八）李氏似將遺產之移交與管理之計算混而爲一。略謂：「而其所謂移交。亦不限於實地爲遺產之交付。即該遺產已因清償債權或交付遺贈物而無餘餘。僅爲管理期內收支帳目之報告。亦移交之一種也。」（李氏前揭七六頁）

第五 管理人之報酬

如上所述。遺產管理人之職務既如此其煩重。苟非與以報酬。不但管理人之勞務等於虛擲。恐世人不復願爲此有義務而無權利之管理人。求我民法第一一八三條前段規定：「遺產管理人得請求報酬。」既得請求報酬。則管理人之請求報酬與否。自應依其自由意思定之。此項報酬。係關於管理遺產所生之費用。依法應由遺產中支付。又不待言。至報酬之數額如何。依同條後段規定：「其數額。由親屬會議按其勞力及其與被繼承人之關係酌定之。」依此規定。酌定報酬數額之機關。當爲親屬會議。管理人係親屬會議所選定。勞力與報酬必如何而後期於公平。親屬會議知之最悉。故親屬會議以酌定權。其次酌定報酬數額之標準有二：一按其勞力定之。即勞力多寡。始報酬勞力少則應少給報酬。一按其與被繼承人之關係定之。即管理人員與被繼承人至無關係或

關係較淺應多給報酬反之關係較深則少給報酬應給報酬而不給報酬或所給之報酬而不適當得聲請法院決定又不待言。(註九)

(註九)於此有一事應明即管理人之注意義務。於此問題如前一般法律言之受有報酬者應為善良管理人之注意反之受有報酬者則僅為與處理自己事務為同一之注意其間注意程度頗有分別。遺產管理人之注意義務自應較其受有報酬者以為決定。

第四款 遺產之歸屬

第一 各國立法例

關於無人承認之繼承承人之搜索期間經過後無繼承人承認繼承時其遺產之歸屬如何各國法律不同約可分為三種主義(一)歸屬於國庫之主義此主義德國法國及其他屬於羅馬法系之諸國採之。(二)歸屬於王權之主義此主義英國法制採之。(三)歸屬於地方團體之主義此主義瑞士民法採之(第四六六條)而於第一種主義中又可細分為二有限制其用途者如西班牙民法其遺產應使用於下列之事項(一)死者住所之慈善公塔組合及結社學校(二)死者所屬地之慈善公塔組合及慈善學校(三)以公益為目的之慈善公塔組合及慈善學校(第九五六條)是有限制其用途者此為法國德國比利時荷蘭及意大利等國之所同。

第二 我民法上之規定

各國立法例已如上述我民法則採第一種立法例中後之立法例而於第一一八五條規定第一二七八條所

第四章 遺囑

第十節 概念 遺囑係指遺囑人於死後發生效力為目的依法定方式所為之自主的單獨

遺囑 (Testament Last Act) 者，以使法律行為於死後發生效力為目的依法定方式所為之自主的單獨行為也。茲依此定義分析說明如左：

第一 遺囑為單獨行為

遺囑，依遺囑人一方之意思表示而成，不以受遺囑人之同意為必要，故遺囑為單獨行為。且遺囑無須對於受遺囑人為之，此即所謂無相對人之單獨行為。但在通常所謂共同遺囑，一若一方之遺囑其發生效力與否須得他方之同意，實則不然，蓋在共同遺囑，乃一方之遺囑，以他方之遺囑發生效力為條件，初非一方之遺囑須得他方之同意始能發生效力也。

第二 遺囑為自主的單獨行為

遺囑，須基於遺囑人之自由意思為之，無須他人之介在，故遺囑為自主的單獨行為。遺囑既為自主的單獨行為，故凡有遺囑表示能力之人，無論上皆得為之，不過法律為期其意思表示之適當起見，設有一定年齡之限制耳。

又遺囑係基於遺囑人之自由意思爲之故遺囑人於其遺囑未發生效力以前無論何時皆得撤銷或變更之
是謂遺囑之撤銷可能性 (revocability) 遺囑於遺囑人死亡發生效力後已屬不能撤銷或變更此學者所以稱

其爲終極之行為 (testo de dernière volonté, Testament, Testament, Testament) 蓋遺囑之效力出於遺囑人之自由意思

第三 遺囑須依法定方式爲之

依我民法規定遺囑須依法定方式爲之蓋所以確保遺囑意思之正確也但遺囑是否依法定方式爲之應依遺囑當時以爲決定遺囑執行之際是否與法定方式相合則非所問故已作成之遺囑如因遺囑人不知之事變或第三人之惡意以致毀損滅失亦非當然喪失其效力惟於此時利害關係人如欲主張其遺囑之存在自不可不負舉證之責任耳至證據方法則毫無限制故無論書證人證及其他之證據皆可爲判斷之資料

第四 遺囑以死後發生效力爲目的

遺囑係於遺囑人死亡後發生效力與繼承同遺囑既須於遺囑人死亡後發生效力則在遺囑人未死亡以前受遺囑人不過有於遺囑人死亡後取得權利之期待初非遺囑成立之時其權利即現實移轉於受遺囑人雖然遺囑固於遺囑人死亡之時發生效力但遺囑之成立則在遺囑人爲其遺囑之時與遺囑人死亡否無關此遺囑能力所以以遺囑成立之時爲準而決其有無也

第五 遺囑之內容不限於特定法律行爲

我民法明定法律行爲得以遺囑爲之者爲下列之數種即(一)監護人之指定(第一〇九三條)(二)繼

承人之指定（第一一四三條）（三）遺產分割方法之指定（第一一六五條第一項）（四）遺產分割之禁止（第一一六五條第二項）（五）遺贈（第一二〇〇條）及（六）遺囑執行人之指定是（第一二〇九條）雖然遺囑之內容是否以此類者為限則有問題。有謂凡人之意思不能離其人格而存在，遺囑人之意思表示，其不能獨外是為當然，但法律之所以使遺囑人之意思表示於死亡後發生效力不外一種之攝制，故遺囑之內容，應限於特定法律行為，不能任意擴張，但余則以為就法律是認遺囑制度之精神立論，應為擴張解釋，即凡生前所能為之法律行為皆不妨以遺囑為之，惟遺囑既為法律行為，解釋上自不能違反強制規定禁止規氣及公序良俗耳（民法第七一條第七二條）（註二）（註三）

（註一）關於此點，范揚氏之見解與本書稍有不同，略謂「學者多謂遺囑為法律行為而多數遺囑亦自成法律行為，但構成法律行為一部分之意思表示，亦得為遺囑之內容，如在遺囑收養以遺囑所為收養之契約，僅為構成收養契約之一方的意思表示，其意思表示雖亦因遺囑人之死亡而發生要約之效力，而收養行為須待被收養人之承諾，始能完全成立（申略）故謂遺囑為完全之法律行為，實未正確」（范氏前揭一五九頁）此種例示，誠如范氏原者所云「實際或不通行」，余意仍以通說為是。

（註二）鄭憲澤氏即從狹義解釋略謂「遺囑為法律行為之一而法律行為以意思表示為要素，然意思非能離為主體之人而存在，即人既死亡，其意思決無獨存之理，故吾人生前發喪之意思，於死後而能生效者，不外法律之一種攝制耳。因之法律應特加限制，以杜濫等，於法律規定之範圍外，不得認遺囑之效力，雖以遺囑為屬於法律行為之行為，並非一切之行為皆可以遺囑出之也」（鄭氏前揭一五〇頁）

（註三）關於此點，在日本民法學界亦有爭論，與本書同說者，為牧野氏日本相續法論四〇五頁，島田氏明治大學講義相續法二六〇頁，其說為柳川氏日本相續法論註釋下卷二六三頁，仁井氏親族法相續法論五七六頁，植植氏相續法大意一三九頁。

第二節 通則

第一款 遺囑能力

第一 無行為能力人

依我民法第一一八六條第一項規定：「無行為能力人，不得為遺囑。」所謂無行為能力人，就我民法解釋，即未滿七歲之未成年者（第一一三條第一項）及禁治產人（第一一五條）。此兩類之人，固不得自為遺囑，然其遺囑不妨由其法定代理人為之（第七六條）。此所謂不得為遺囑，則為上述原則之例外，蓋因遺囑為自主的法律行為，性質上不能適用代理之規定故也（註一）。未滿七歲之未成年者，所以不得為遺囑者，固因其年齡幼稚，不足以辨識遺囑之內容，但在禁治產人，其精神固復原狀之手，并非完全不能辨識遺囑之內容，能否自為遺囑，頗屬疑問。於此問題，各國法律不同，有認其有遺囑能力者，如瑞士民法（第四六七條）、奧地利民法（第五六七條）、西班牙民法（第六六五條）及日本民法（第一〇六二條）是有絕對不認其有遺囑能力者，如法國民法（第五〇二條）及德國民法（第一〇四條、第一〇五條、第二二二九條）是。我民法為避免舉證困難起見，則從法德民法之立法例，絕對不認禁治產人有為遺囑之能力（註二）。又我民法所謂禁治產人，包含精神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務之人而言，但在外國法律，固有不禁止精神耗弱人自為遺囑者（註三）。若夫弱者、弱者、浪費人等，就我民法解釋，苟非已受禁治產之宣告，仍有自為遺囑之能力，自不待言（註四）。

民法第一一八條第一項有所批評，得謂「我民法第七五條已明定「無行為能力人之意思表示無效」，這既

係由一方之意思表示而成立之法律行為，即所謂單行行為，則無行為能力人不得為之，自屬當然之理。惟在普通法律行為無行為

能力人得由法定代理人代為之（中略）而該囑則須為該囑之本人自為意思表示，性質上無適用代理制度之餘地。此實為其與

法律行為特異之點。就此別設規定，以明其不得適用民法代理制度之一般之規定，既屬必要。而民法第七五條之規定，既屬當然之理，

則其別設規定，實屬多餘。且其規定，對於法律行為之效力，反有不利。此則其規定，實屬多餘。且其規定，對於法律行為之效力，反有不利。

（註四）張者，唯者在羅馬皇帝時代全無這囑能力。但在現代法制則不盡然。例如法法民法車納之囑者，固不能為公正遺囑，然如為自遺

囑或密封遺囑，則屬無礙。意大利民法亦同。其者，不辨囑之黑白，固不能為自遺囑或密封遺囑，然不妨為口授遺囑。外國法律有明

示，其得每日復遺囑者，如羅馬法與德法，均為八個囑。其遺囑人，有無遺囑能力，各國法律不同。無遺囑能力者，如羅馬法與德法，

均非如此。羅馬法與德法，均非如此。羅馬法與德法，均非如此。羅馬法與德法，均非如此。羅馬法與德法，均非如此。羅馬法與德法，均非如此。

第一 未滿七歲之未成年

未滿七歲之未成年，無遺囑能力。已如上述，然如絕對貫徹此旨，凡已滿七歲之未成年，人皆有遺囑能力，則書

給遺囑，實屬未周。難免不生流弊。故我民法一面規定限制行為能力人無須經法定代理人之允許得為遺囑，一

面規定但未滿十六歲者不在此限。就前者言之，是為限制行為能力人未得法定代理人允許所為單獨行為無

效。就後者言之，是為限制行為能力人未得法定代理人允許所為單獨行為無效。就前者言之，是為限制行為能力人未得法定代理人允許所為單獨行為無

效。就後者言之，是為限制行為能力人未得法定代理人允許所為單獨行為無效。就前者言之，是為限制行為能力人未得法定代理人允許所為單獨行為無

效之例外（民法第七八條）就復者言之則又甚於成人年齡婚年及身體精神發育之程度以類遺囑之健全也。雖然關於遺囑年齡各國法律尙未一致，有定爲十四歲者，如奧大利國、波牙及葡萄牙，有定爲十五歲者，如日本，有定爲十六歲者，如法國、德國、匈牙利、比利時及羅馬尼亞，有定爲十八歲者，如瑞士及意大利，有定爲十六歲以上十八歲以下者，如美國多數之州，是我民法則從法德民法定爲十六歲，良以在一般情形無論男女如已滿十六歲其身體精神大體已臻健全，且以十六歲爲遺囑年齡與女子之結婚最低年齡（民法第九八〇條）亦屬相合故也。於已滿一定年齡以後，具有遺囑能力固矣，但在各國法律尙多限制，有就財產之種類加以限制者，如瑞典惟能處分自己所獲得之財產，是有就財產之限度加以限制者，如法國、比利時及羅馬尼亞祇能處分其財產之半額，有獲得遺產人其同意始得爲財產之處分者，如瑞典各州之法律，是有非依遺囑之方式不能處分財產之全部者，如奧大利國須依口授遺囑之方式，他國須依自書遺囑之方式，有無條件得使其遺囑之權利者，如西班牙及日本是我民法從之。

第三 決定遺囑能力之時期

遺囑能力之有無應依遺囑人爲遺囑時以爲決定，抑應依遺囑人死亡時以爲決定，頗屬疑問。就遺囑須於遺囑人死亡時發生效力之點言之，似應採後說，但遺囑係遺囑人於遺囑當時所爲之意思表示，其有無遺囑能力則又應依其爲意思表示之當時，卽爲遺囑時決之。關於此點外國法律有明定其依遺囑當時決之者，如葡萄牙、西班牙、智利及日本是我民法未設明文，依余所信解釋上應屬相同。遺囑能力之有無既依爲遺囑之時決之，故在

為遺囑當時有遺囑能力者，不因嗣後喪失遺囑能力而無效。反之，在為遺囑當時無遺囑能力者，縱嗣後回復其能力，亦非因追認當然發生效力焉。（註五）依同理，遺囑人於聲請宣告禁治產以後，未為宣告以前所為之遺囑，不因禁治產之宣告而受何種之影響。但在外國法律有定遺囑當時，如有宣告禁治產之原因，得撤銷其遺囑者，法民第五〇三條、荷民第五〇〇條、第五〇一條。此在解釋上是為當然，無待明定。蓋如遺囑當時遺囑人有精神上之障礙，自得由主張遺囑無效之人，負舉證之責，撤銷其遺囑。

（註五）按國學者之說，遺囑之有效，不但須遺囑人於遺囑當時有遺囑能力，且須遺囑生效之時亦有遺囑能力。此在解釋法國民法或無大礙。蓋依法國刑法受重刑刑之宣告者，對於其遺囑能力，故縱係刑罰以前所為之遺囑，尚非使其喪失效力，即不足以達制裁之目的。

第二款 遺囑對於遺產之處分

第一 處分遺產之範圍

如前所述，遺囑之內容，不以特定法律行為為限，從而，不問其為遺產上之行為，或遺產外之行為，皆得為遺囑之內容。惟在實際遺囑之內容，以關於遺產之行為為最多。故我民法特從一般立法通例，於第一一八七條設處分遺產之範圍曰：「遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。」（法民第八九三條、德民第一九三九條、瑞民第四八一條、日民第一〇六四條）所謂以遺囑處分遺產，當不外應繼分之指定及遺贈。關於應繼分之指定，已於前述，茲不贅。關於遺贈（Vermaechtnis, Legat, bequest），則其情形有二：一、遺

產之全部或一部為包括的處分者，通常稱為包括遺贈 (Legs universel) 或包括名義之遺贈 (Legs à titre universel)。此種遺贈，受遺贈人不僅有權利之取得，並有與其相為對應之義務之負擔。以特定遺產為特別酌處分者，通常稱為特定遺贈 (Legs particulier) 或特定名義之遺贈 (Legs à titre particulier)。此種遺贈，受遺贈人僅有權利之取得，而無與其相為對應之義務之負擔。又前之遺贈，有以其為繼承人之設定 (Beneficium dictionis)，即指定繼承人者，如羅馬法及其他多數歐陸之法律是。有以其為遺贈之一種者，如法國及日本之法律是。我民法則從羅馬法以來之立法例，關於指定繼承人，已於第一一四三條規定之。茲之所謂遺贈，自係專指特定遺贈即特定名義之遺贈 (註一)。以遺贈為遺贈，須不違反關於特留分之規定者，蓋特留分係維持公益而設之制度，如許違反則法律規定特留分之旨趣，將由實設也。但如遺贈違反關於特留分之規定，是否當然無效，則屬疑問。於此問題，就我民法第一二二五條解釋，不遺繼承人有請求抵減之權，自非當然無效 (註二)。此則與法第七一條但書所謂但其規定並不以之為無效之一例 (註三)。

(註一) 我民法關於包括遺贈未設明文，其承認與否，頗有問題。范揚氏曾為下述之主張曰：「依余觀之，包括遺贈亦有權利之虞，如遺贈人有遺產如兩事公司者一項，但無法定繼承人，並不欲依第一一四三條而為繼承人之指定，此時欲將遺產全部遺贈他人，自以包括的方法為之，使之尚得繼續經營，較為便利。而依第一一八七條遺贈自由之原則觀之，此種遺贈處分，自亦為法律之所允許也。」(范氏前揭一八六頁)。

(註二) 劉國英氏主張違反特留分規定之部分為無效，略謂：「違反特留分之規定之遺贈，該遺贈即全部無效。據德法之繼承法，特留分係為保護特留分權利人而設，既須回復其權利，即與特留分之規定已不違反，故應解為僅違反之部分無效。該遺贈並非全部無效。」

（註二）劉氏前揭六三頁。李模氏與劉氏見解相同（李氏前揭八二頁）。
 （註三）於此應注意者，即被繼承人如為遺贈，其遺產則因之而減少，但其繼承人並非承受遺贈以外之遺產，實則於繼承開始當時，其遺產之全部已為繼承人所承受（民法第一一四八條），不過於有遺贈時，因受遺贈人之請求，有交付遺贈標的之義務耳。

第二 遺贈與贈與之差別

遺贈係於遺囑人死亡後發生效力之無償行為，就其為無償行為之點言之，與生存中之贈與相似，但有下開數點之不同：（一）生存中之贈與，於其成立之時，即發生效力；遺贈則非遺囑人之死亡不生效力。（二）生存中之贈與為雙方行為，即契約；遺贈則為一方行為，即單獨行為。（三）生存中之贈與，原則上遺與人不得任意撤銷；遺贈則遺贈人於其未發生效力以前，隨時得撤銷。（四）生存中之贈與，無須何種之方式；遺贈則必須一定之方式。

第三 遺贈與死因贈與之差別

死因贈與 (Fornition à cause de mort) 乃贈與人以其死亡為期所為之贈與，就其因死後始發生其效力之點言之，與遺贈無異，故在外國法律有明定死因贈與準用關於遺贈之規定者（日民第五五四條）我民法無之，余以為解釋上應屬相同。雖然，二者亦有其不同之點：（一）遺贈為一方行為，即單獨行為；死因贈與則為雙方行為，即契約。（二）遺贈之撤銷權不能拋棄，死因贈與之撤銷權則可以拋棄。（三）遺贈，為要式行為，死因贈與則屬非要式行為。

死因贈與 (Fornition à cause de mort) 乃贈與人以其死亡為期所為之贈與，就其因死後始發生其效力之點言之，與遺贈無異，故在外國法律有明定死因贈與準用關於遺贈之規定者（日民第五五四條）我民法無之，余以為解釋上應屬相同。雖然，二者亦有其不同之點：（一）遺贈為一方行為，即單獨行為；死因贈與則為雙方行為，即契約。（二）遺贈之撤銷權不能拋棄，死因贈與之撤銷權則可以拋棄。（三）遺贈，為要式行為，死因贈與則屬非要式行為。

第三款 受遺贈能力

第一一四五條之準用

依我民法第一一八八條規定「第一一四五條喪失繼承權之規定，於受遺贈人準用之。」即受遺贈人如有第一一四五條喪失繼承權原因之一，即喪失其受遺贈之能力。第一一四五條所謂應繼承人，應解為遺囑人，所謂應繼承人，應解為應受遺贈人，所謂關於繼承之遺囑，應解為關於遺贈之遺囑。而於第一一四五條各款所定之情事，應用於遺贈之可能。註我民法所以設此準用之規定者，蓋受遺贈人如有第一一四五條各款所定之情事，應使其不得享受遺贈之利益，以為之制裁也。雖然關於此點，各國法律尚未一致，有繼承權除外之規定準用於遺贈者，如德國、奧大利、瑞士、意大利、西班牙及日本是。有繼承權除外之規定非準用於遺贈，但得以受遺贈人忘恩為理由，為遺贈之撤銷者，如法國民法及比利時民法是。自立法技術立論以論之，立法例為合理，蓋繼承與遺贈同為由被繼承人或遺贈人而受一定之利益，乃一則如有一定之情事，當然喪失其繼承能力，一則倘有待於遺贈人之撤銷，倘未為撤銷，則受遺贈人依然保有其所受之遺贈，不但損失均備，且有獲益者，良以俗情也。

(註)關於此點，羅仲銘氏與本書見解有異，略謂所謂應繼承人，雖似應解為應受遺贈人，然在法理上，繼承人與受遺贈人，其受遺贈之順序，且其受遺贈之原因，又以此按人數平均繼承為原則，故其利益當相衝突，若在接受遺贈人相互間，則本條所謂順序，彼此之利益衝突，應為發生，應屬於繼承人之一部分，無準用之可能。且謂該條第一項第五款所謂表示其不得繼承者，於此亦不見有準用之必要。

羅氏前揭「七七頁」余則以為受遺贈人雖與繼承人不同，並無一定順序或依人數多寡異其應繼分，然在接受遺贈人間關於受遺贈之扣除等，亦非無發生利害衝突之可能。又遺贈人不以遺囑撤銷遺贈，而依該條第一項第五款表示其不得受遺贈，亦無不

第二 其他問題

（一）胎兒之受遺贈能力 查之問史及...

一 胎兒之受遺贈能力

依我民法第七條規定一胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。胎兒之有受遺贈能力，是不待言。惟在遺囑人死亡之時，倘未懷胎，有無受遺贈能力，則屬疑問。於此問題，各國法律頗不相同。同有遺囑人死亡之時，縱未懷胎，亦有受遺贈能力者，如德國民法（第二一七條）、意大利民法（第一一七條）及奧地利民法（第一一七條）及奧地利民法。亦有遺囑人死亡之時，如未懷胎，即無受遺贈能力者，如法國民法（第九〇六條）、荷蘭民法（第九四六條）、瑞士民法（第五四五條）及日本民法（第一〇五五條）六五條。是我民法未設明文，依余所信，應以前之立法例為合理，此點已於前述，茲不贅。

二 非婚生子女之受遺贈能力

關於非婚生子女之受遺贈能力，各國法律不同，有不設何種之限制者，如德國、奧地利、葡萄牙、西班牙、瑞士及日本等國。法律是有加以限制者，如法國一八九六年之法律，對於非婚生子女之遺贈，有繼承人可繼承者，得超過其應繼分之最少額，又如意大利民法（第七六八條）、荷蘭民法（第九五五條）及比利時民法。查對於非婚生子女之遺贈，不得超過其法定應繼分是。彼法、意等國所以限制非婚生子女之受遺贈能力者，蓋因非婚生子女其應繼分常少於婚生子女，誠恐被繼承人多為遺贈，致失權衡也。就我民法解釋，則無此限。

制，祇須不違反關於特留分之規定，任爲遺贈，自屬無礙。

三 監護人之受遺贈能力

關於監護人之受遺贈能力，外國法律有根本加以否認者，如法國民法（第九〇七條）、意大利民法（第七

六九條）及日本民法（第一〇六六條）是。蓋因被監護人處於監護人監督保護之下，其爲遺贈，恐不免於

誘惑或壓迫也。我民法亦常因監護關係而異其法律上之規定，例如關於時效之不完備（第一四二條）關

於結婚（第九八四條）及關於讓與財產（第一〇一七條）是。而於遺贈，則村田和實謂遺贈亦係信託

加以限制爲適當。

法人之受遺贈能力

通常所謂法人，有公法人與私法人之別。公法人不同其爲普通公共團體，特別公共團體，得於其目的範圍內

而受遺贈。學說上殆無異論。又私法人中，以公益爲目的之社團，得於其目的範圍內而受遺贈，亦爲學說之所

同。就中最有問題者，則爲將來設立之財團，有無受遺贈能力。是於此問題，法國學者多採肯定說，德國學者多

採否定說，余則以爲依我民法第六〇條設立財團，固不妨以遺囑捐助爲之，但捐助行爲與遺贈究不相同，即

捐助行爲不外財團之設立行爲，原可對於將來設立之財團爲之，遺贈則依一般法理，不得對於將來設立之

財團爲之，故在解釋上，以採否定說爲適當。

此外外國法律有否認醫生對於病人，僧侶對於信徒，教員對於學生之受遺贈能力者（如法民第九〇九條）其

立法理由與前述監護人對於被監護人同。但近代多數國法律不設此限制，我民法亦然，自不能與法國民法為

同一之解釋。

第三節 方式

第一款 概說

第一 遺囑為要式行為

遺囑為要式行為，為各國法律之所同，我民法從之（第一一八九條）。遺囑之所以為要式行為者，蓋遺囑為遺囑人最終之意思，固極神聖，然因遺囑人受制於環境，為反於其真意之遺囑，實所常見，遺囑人一旦死亡，則此項遺囑是否出於遺囑人之真意，殊屬無從考證，故法律對於遺囑規定足以保障其出於真意之方式，以期遺囑之真實（註一）（註二）。遺囑既為要式行為，從而（一）關於遺囑之事實，不能依證人之證言以為認定。（二）關於遺囑之條項，不適用民事訴訟法上之自由及認諾。（三）審判官欲探究遺囑人之意思，須依遺囑之自體為之，不得斟酌遺囑以外之事實及其他之情事。

（註一）前大理院判例，以遺囑為非要式行為，四年上半年第一七九一號判例：「遺囑成立之形式，現行法上無何等之限制。」四年上半年第一七九二號判例：「遺囑之作成，在現行法並不須一定之方式，故以言詞或書面，皆無不可。但無論用何種方式，必其內容出於遺囑人之真意。」

（註二）前大理院判例，以遺囑為非要式行為，四年上半年第一七九一號判例：「遺囑成立之形式，現行法上無何等之限制。」四年上半年第一七九二號判例：「遺囑之作成，在現行法並不須一定之方式，故以言詞或書面，皆無不可。但無論用何種方式，必其內容出於遺囑人之真意。」

（註三）前大理院判例，以遺囑為非要式行為，四年上半年第一七九一號判例：「遺囑成立之形式，現行法上無何等之限制。」四年上半年第一七九二號判例：「遺囑之作成，在現行法並不須一定之方式，故以言詞或書面，皆無不可。但無論用何種方式，必其內容出於遺囑人之真意。」

第二 自書遺囑之方式

我民法第一九〇條規定「自書遺囑者應自書遺囑全文記明年月日並親自簽名如有增減塗改應註明增減塗改之處所及字數另行簽名」是為自書遺囑之方式茲分析說明如左

一 須自書遺囑全文

自書遺囑須遺囑人自書遺囑全文遺囑全文既須由遺囑人自書故不得由第三人為之不但如是即少數之文句如由第三人記入其遺囑全體亦屬無效蓋非如此解釋不足以貫徹自書遺囑之立法旨趣也(註一)遺囑之用語殊無限制以本國文字為之外國文字為之均無不可又遺囑之用紙及其式樣如何與夫用以書寫之文具如何(例如毛筆鋼筆鉛筆)均與遺囑之成立無關不過遺囑全文須出於手寫如以鉛印石印等機器為之尚難謂其為有效耳至紙數在二頁以上應否於騎縫處簽名蓋印學說上頗有爭論依余所信應取否

說但以遺囑分載於二以上之斷片時則應於各斷片簽名蓋印以資辨認

二 須記明年月日

自書遺囑須遺囑人記明年月日其所以必須記明年月日者蓋不但可以藉此知悉遺囑人於為遺囑當時有無遺囑能力且於有二以上之遺囑時並可以藉此知悉何者為最後之遺囑也自書遺囑既須記明年月日期其記載之年月日自須出於正確而後可反是如出於虛偽是否有效則屬疑問於此問題應依情形決之即年

月日之虛偽由於遺囑人之過失或錯誤者，其遺囑爲有效，反是由於遺囑人之故意者，則其遺囑爲無效。蓋在遺囑者，是以推定遺囑人有希望其遺囑不成立之意思，或至少足以斷定其遺囑非出於真意故也。又遺囑年月日之虛偽，如依遺囑自體極爲顯然，其遺囑是否有效，亦一問題。余以爲亦應依情形而異，即此外別無何種之遺囑時，可認定其遺囑係於遺囑人之生存時所成立，反是尙有他種之遺囑時，如不能斷定其成立之先後，則其遺囑爲無效。雖然，自書遺囑，以記明年月日爲已足，記明時刻，並非法律所要求之方式，從而已否記明時刻，自與遺囑之成立無關。

三 須親自簽名

自書遺囑，須遺囑人親自簽名，且在解釋上不得以印章指印十字或其他符號以爲替代（民法第三條第二項第三項）。其必須親自簽名者，蓋不但可以藉此知悉遺囑人之爲何人，且足以藉此知悉筆致之特徵，以防止遺囑之偽造或變造。蓋簽名指姓名之記載而言，姓名乃戶籍上所以示區別於他人之名稱，但此之所謂姓名，以保遺囑人所慣用，通常足以識別其人爲已足，是否與戶籍上之名稱一致，則非所問。又在外國法律，有於簽名之外，尙須蓋章者（日民第一〇六八條），我民法無此規定，自難爲同一之解釋。至簽名應於何處爲之，則學者之解釋頗不一致，有謂應於遺囑之終了處爲之，否則遺囑爲無效者，有謂如非於遺囑之終了處爲之，則惟簽名以前之文句爲有效者。余則以爲簽名固通常於遺囑之終了處爲之，但以認證其遺囑之記載而爲簽名爲已足，究係於何處爲之，與遺囑之成立無關。

遺囑之註明及簽名

德民法第一一九〇條後段規定：「如有增減塗改，應註明增減塗改之處所及字數，另行簽名。」依此規定，自應註明如有增減塗改之處所及字數，如云某行增減字數幾字或幾款幾字是。

(二) 另行簽名：其須另行簽名者，蓋所以保障遺囑之記載係出於遺囑人之真意也。外國法律亦有規定遺囑是否遺囑人之筆跡無由明瞭，祇許增減而不許塗改者。日民法第一〇六八條：「我民法無此限制，不過為避免疑慮起見，似應於塗改處留存字跡，俾資辨認耳。」(民法第一〇八條) 又在一般情形，多於增減塗改處，加蓋印章，以資認證，此雖與遺囑之成立無關，然於決定遺囑之效力，不無裨益。至註明增減塗改及簽名，通常固多於遺囑之終了處為之，但我民法並無限制，縱於欄外記入，亦屬無礙。

(註一) 關於此點，德法法例，與我國民法無異，但在意大利遺囑法中，則係第三人記載之部分為無效。德國則係訂成，雖不一致，有謂如第三人記載之部分關係重要，應屬無效者，亦有謂不同其關係重要與否，皆屬無效者。

第三 處所問題

自書遺囑，如其情上述方式，應屬有效，固不待言。惟其外應否記載遺囑之處所，則屬疑問。關於此點，各國法律不同，有必須記載為遺囑之處所，否則其遺囑為無效者，如瑞士民法(第五〇五條第一項) 德國民法(第二二二二條第二款) 是有無須記載為遺囑之處所者，如法國民法(第九七〇條) 意大利民法(第七七五條) 及日本民法(第一〇六八條) 是。就國際私法之適用上，應據遺囑作成之處所，對於決

規定由公證人將其不能簽名之事由記明，使遺囑人按指印代之。此所謂遺囑人不能簽名，須出於真實之事由，如不能簽名之事由顯係出於虛偽，應認為遺囑人有拒絕簽名之意思，從而其遺囑為無效。(註三)

(註一) 在公證遺囑既須遺囑人口述遺囑意思，在不能口述遺囑意思之情形，則應以文字或其他之符號表示其意思，如不能書寫其不能書寫公證遺囑，是為無效，雖非啞者，而不能書寫者亦同。又在簽署遺囑時，遺囑人應有真實意思，然於公證人之法律關係，遺囑人應有真實意思，非因強迫或受欺騙，其不能簽名之方式，以為遺囑，又不符。

(註二) 遺囑人口述之遺囑意思，公證人固須逐一筆記，但如遺囑人係屬遠居或曾於公序良俗，是否亦須筆記，則屬疑問。於此問題，外國法律有明定不得為之作成證書，否則應付懲戒者(日本公證人法第二六條、第七九條、第八〇條)。我國法律無明文規定，余以為應同上。應屬相同，故如遺囑人口述之遺囑意思，應由公證人筆記，公證人有保其注意之義務，如遺囑人不為筆記，自應拒絕筆記。其對遺囑人應有注意之義務，使法重無欺，故遺囑人有拒絕筆記之權利，公證人應尊重其權利，不得強迫其筆記。

於遺囑人手以忠實，則屬職務上所當為。其本人自當與公證人簽名，或由公證人簽名，則屬職務上所當為。其本人自當與公證人簽名，或由公證人簽名，則屬職務上所當為。

(註三) 於此四點之外，外國法律尚有明定，公證人須附記其遺囑係依一定方式所作成，並為簽名蓋印(看法國、德國、意大利及日本)。其立法意旨，在欲藉此保障遺囑之有效，且以表明公證人之責任。我國法律無此規定，自應為同一之解釋。

第三 公證人職務之代用

公證人依法有依當事人或其他利害關係人之囑託，就法律行為或其他關於私權之事實，作成公證書，及對於私證書與以認證之權限。此種制度，亟待創設，但在尚未創設，或創設尙難期其普遍之時，則不可不謀職務之代用。故我民法第一一九一條第二項規定：「前項所定公證人之職務，在無公證人之地，得由法院書記官行之。」其由法院書記官代行公證人之職務者，蓋因書記官係屬國家之公務員，必能勝任愉快故也。又僑民之在外國

爲遺囑者，依法應依遺囑成立時遺囑人之本國法（法律適用條例第二一條），如遺囑人爲公證遺囑而我國之公證人既不能在外國執行職務，自不可不謀其職務之代用。故同項後段規定「僑民在中華民國領事駐在地方爲遺囑時，得由領事行之一僑民所在地無領事駐在時，自不妨由其附近地之領事代行公證人之職務」。

第三項 密封遺囑

第三編 第一節 概說

密封遺囑 (testament mystique) 有強固之證據力，與公證遺囑相似，且如係本人自書，足以保持絕對之秘密。較之自書遺囑及公證遺囑均屬過之。即非本人自書，然與公證遺囑之必由公證人參與遺囑之內容，亦固有別。其於公證遺囑，應爲書寫遺囑方式。此種遺囑，德國及其他多數國法律均之，我國法律亦無不承認。遺囑者，如英國是，亦有以密封遺囑爲公證遺囑之一種者，如德國、奧地利及瑞士是。

第二節 密封遺囑之方式

我民法第一一九二條第一項規定：「密封遺囑，應於遺囑上簽名後，將其密封於封緘處，簽名指定二人以上之見證人，向公證人提出陳述其爲自己之遺囑，如非本人自寫，並陳述繕寫人之姓名住所，由公證人於封面記明該遺囑提出之年月日及遺囑人所爲之陳述與遺囑人及見證人同行簽名。」是爲密封遺囑之方式。在分析說明如左：

須於遺囑上簽名

須於遺囑上簽名，此項規定，係指遺囑人而言，並非指公證人而言。蓋遺囑人須於遺囑上簽名，始能生效。若遺囑人未簽名，則遺囑無效。此項規定，旨在確保遺囑之真實性與秘密性。遺囑人簽名後，應將其密封於封緘處，並指定二人以上之見證人，向公證人提出陳述。此種方式，旨在防止他人竊取或篡改遺囑內容，並確保遺囑人意思表示之真實。

密封遺囑有遺囑人之自寫者，有非遺囑人之自寫者，不問其為何人所寫，均須由遺囑人於遺囑上簽名，而非能簽名之人，自不能為密封遺囑。雖然，遺囑人於遺囑上簽名為已足，無須記明成立遺囑之年、月、日，其年月日應以向公證人提出之時為準，由公證人記載之。此點俟後述之，茲不贅。

二 須將其密封於封總處簽名

遺囑須由遺囑人將其密封，其須密封者，蓋非破壞封緘不能知悉遺囑之內容，正所以防止遺囑內容之洩漏也。遺囑人於為密封以後，並須於封總處簽名，以示密封者為何人，並以確保遺囑之秘密。但遺囑人於密封以後，並須於封總處簽名者，如法國民法及比利時民法，均無此種立法，不能充分達到上述之目的。故為我民法所不採用焉。

三 須指定見證人向公證人提出並為陳述

遺囑人於為密封簽名後，須指定二人以上之見證人，向公證人提出，其須向公證人提出者，蓋在求公證人之附記，其須指定二人以上之見證人者，蓋又所以防止公證人之濫用職權也。遺囑係遺囑人所自寫者，應向公證人陳述其為自己之遺囑，其非遺囑人所自寫者，除向公證人陳述其為自己之遺囑外，並應陳述其為何人之姓名住所，俾公證人於遺囑封面為適當之附記。

四 須公證人於封面附記並同行簽名

公證人於遺囑人提出遺囑並為陳述以後，應於封面附記遺囑提出之年、月、日及遺囑人應為之陳述，其遺

賜人及見證人同行簽名，其須如此者，蓋所以公證其遺囑為遺囑人之遺囑也。公證人據遺囑封置於附記，固不失為公證書，但此種附記並非證明其遺囑之內容，故其遺囑仍屬私證書，不過因為附記，足以證明其遺囑為遺囑人之遺囑，利害關係人如欲否認，不可不為反對之舉證耳。

密封遺囑，既須公證人之公證，則在無公證人時，自不能不設公證人職務之代用，故我民法於第一一九二條第二項規定：「前條第二項之規定，於前項情形準用之。」此點已於前述，茲不贅述。
第三 密封遺囑與自書遺囑之代用

各種遺囑各有其特殊之方式，原則上不許代用，故在自書遺囑欠缺其方式時，不得以其為公證遺囑，公證遺囑欠缺其方式時，不得以其為密封遺囑。但此僅屬原則，我民法於第一一九三條設有例外，即「密封遺囑，不具備前條所定之方式，而具備第一一九〇條所定自書遺囑之方式者，有自書遺囑之效力。」此因密封遺囑原係分為兩部觀察，即公證人封面之附記，與遺囑內容之記載，其遺囑內容如出於遺囑人之自書，不但與自書遺囑完全相同，且許其為自書遺囑之代用，與遺囑人之真意亦屬相符，非徒然也。

第四 代筆遺囑

我民法第一一九四條規定曰：「代筆遺囑由遺囑人指定三人以上之見證人，由遺囑人口述遺囑，宣旨，使見證人中之一人筆記宣讀，詳解，經遺囑人認可，隨即年月日及傳單，應為之姓名，由見證人簽名，及遺囑人同時簽名，遺囑人不能簽名者，應捺指印代之。」是為代筆遺囑之方式，此種代筆遺囑之要點如下：(一)代筆遺囑

不遺囑人，因生命危險或其他特殊情形，不能依其他方式為遺囑者，得為口授遺囑。口授遺囑之程序，應依下列各款之規定：(一)第一項之口授遺囑，須由二人以上，在遺囑人面前，因生命危險或其他特殊情形，而生命陷於急迫是。所謂其他情形，如因傳染病，在旅行或處分阻斷交通之處，所為遺囑，從軍中之軍人，軍屬為遺囑，船中之船員，旅客為遺囑，亦屬之。

(一)註：各國法律多就此數者分別設有規定，其屬於在交通阻斷處所為遺囑者，如法民第九八五條至第九九七條，德民第二二五〇條，意民第五〇六條，日法第一〇七七條。其屬於在從軍中為遺囑者，如法民第九八一條至第九八四條及第一八九三年六月八日之法律，德民第五〇六條至第五〇八條，日法第一〇七八條。其屬於在航海中為遺囑者，如法民第九八八條至第九九六條及一八九三年六月八日之法律，德民第五〇六條，意民第五〇七條，日法第一〇七八條。其屬於在航空中為遺囑者，如法民第九八八條至第九九六條及一八九三年六月八日之法律，德民第五〇六條，意民第五〇七條，日法第一〇七八條。其屬於在陸地中為遺囑者，如法民第九八八條至第九九六條及一八九三年六月八日之法律，德民第五〇六條，意民第五〇七條，日法第一〇七八條。

第二 口授遺囑之方式

我民法第一一九五條第一項規定：口授遺囑，應由遺囑人指定二人以上，在遺囑人面前，因生命危險或其他特殊情形，而生命陷於急迫是。所謂其他情形，如因傳染病，在旅行或處分阻斷交通之處，所為遺囑，從軍中之軍人，軍屬為遺囑，船中之船員，旅客為遺囑，亦屬之。

口授遺囑之方式，應依下列各款之規定：(一)遺囑人須在遺囑人面前，因生命危險或其他特殊情形，而生命陷於急迫是。所謂其他情形，如因傳染病，在旅行或處分阻斷交通之處，所為遺囑，從軍中之軍人，軍屬為遺囑，船中之船員，旅客為遺囑，亦屬之。(二)遺囑人須指定二人以上，在遺囑人面前，因生命危險或其他特殊情形，而生命陷於急迫是。所謂其他情形，如因傳染病，在旅行或處分阻斷交通之處，所為遺囑，從軍中之軍人，軍屬為遺囑，船中之船員，旅客為遺囑，亦屬之。

口授遺囑之方式，應依下列各款之規定：(一)遺囑人須在遺囑人面前，因生命危險或其他特殊情形，而生命陷於急迫是。所謂其他情形，如因傳染病，在旅行或處分阻斷交通之處，所為遺囑，從軍中之軍人，軍屬為遺囑，船中之船員，旅客為遺囑，亦屬之。(二)遺囑人須指定二人以上，在遺囑人面前，因生命危險或其他特殊情形，而生命陷於急迫是。所謂其他情形，如因傳染病，在旅行或處分阻斷交通之處，所為遺囑，從軍中之軍人，軍屬為遺囑，船中之船員，旅客為遺囑，亦屬之。

口授遺囑，須由遺囑人對於見證人口授遺囑意旨，遺囑意旨既須口授，則在遺囑人不能口授意旨者，自不能
口授遺囑。又由遺囑人自書草稿交由公證人謄正，亦不能謂其具備口授遺囑之方式。此點已於前述，茲不
贅。但如遺囑人自寫筆記，具備自書遺囑之方式，應認為自書遺囑，以期符合遺囑人之真意。

三、遺囑見證人，附之一人筆記

口授遺囑，於遺囑人口授遺囑意旨後，須由見證人中之一人將該遺囑意旨據實作成筆記。所謂據實作成筆記，即筆記之文句須與口授意旨相合之意，非必依其所口授者信筆直書。但在外國法律有須宣讀解釋，俾遺囑人有隨時更正或消滅之機會者，我民法既無此規定，自以據實作成筆記為已足，解釋上無須宣讀解釋。

四、須記明年月日同行簽名

口授遺囑，既無須宣讀解釋，自無須遺囑人之認可，故於見證人據實作成筆記後，祇須記明年月日，與其他見證人同行簽名即可。其須見證人全體簽名者，蓋所以確保遺囑之真實也。又口授遺囑，既為遺囑人不能自書，遺囑時之格式遺囑，則遺囑人自無親自簽名之餘裕，故我民法不以遺囑人簽名為口授遺囑之要件。
(註二)

(註一) 德國法對於此點有所批評，謂：「口授遺囑既不須經過遺囑人之認可，又不須其親自簽名，故被指印在遺囑書上，祇無遺囑人之真實證據，其易出於偽造固較代筆遺囑為尤甚。」(范氏前揭一七七頁) 羅馬亦有同樣之批評。(羅氏前揭一九七頁)

第三、口授遺囑之有效期間

口授遺囑，其遺囑之方式，已而用之於其正確之法律，故自羅馬法以來，各國法律多有規定。

本論 第四章 遺囑

口 期間之規定。但其期間，頗不一致，有定為十日者，如瑞士民法是（瑞士民法第五〇八條）；有定為三個月者，如德

國民法是（德民法第二二五二條）；有定為六個月者，如法國民法及日本民法是（法民法第九八四條，第九八六

條及第九九四條，日民法第一〇八五條）；我民法則折衷其間，定為一個月，即依第一一九六條規定：「口授遺囑，

自遺囑人能以其他方法為遺囑之時起，經過一個月，而失其效力。」所謂遺囑人能以其他方法為遺囑，係指事

實問題，例如因疾病為口授遺囑者，其疾病業已平愈，因交通阻斷為口授遺囑者，其交通業已回復，因從軍為口

授遺囑者，其戰時勤務業已解除，因航海為口授遺囑者，其船隻業已歸還於內地是。以上種種，均為遺囑人不諱自書

第四 口授遺囑之提經認定。自無庸置喙，人之遺囑，始見於人死之時，非由遺囑人親筆書寫，則其遺囑，

口授遺囑，如具備上述各款之方式，固屬有效成立，然此種遺囑，究係於急迫之際，猝然成立，往往因本人筆跡，稍

神已亂，其言非出於本意者，有之；因他人誘惑，無記不盡，可憑，或他人乘機圖利，確記無遺者，亦有之；故各國

法律，為確保遺囑之真實，多設提經法院認定之規定。我民法則以認定之權，界諸親屬會議，即依第一九七條

前段規定：「口授遺囑，應由親屬會議中之一人或數人，將關係人於為遺囑人亡後，在一個月內，親屬會議認定

其真偽。」其理由，親屬會議認定者，蓋因家庭之事，以委由親屬會議處理較為適當故也。遺囑之提經認定，與遺

囑之提經認定，固屬有別，非於兩前段遺囑，係由親屬會議認定之真偽，以故，不得為遺囑人真偽之認定，自不待

言明於此點，外國法律，亦有親屬會議認定之規定，如德民法第一〇七六條，第三項，我民法無之，亦非其理由相同，是經認

定，類由見證人或利害關係人於遺囑人亡後，在一個月內為之，如始不為提經認定，或提經認定，非由法律之

第四節 效力

第一款 概說

遺囑之大部分，為關於遺贈之規定，我民法為便宜起見，網羅其效力之全部，以之規定於本節，其內容如何，俟次款以下說明之，茲不贅。惟於此有應說明者，即遺贈是否自遺贈人死亡之時，其所有權當然歸屬於受遺贈人，言之，即此時所發生之效力，為所有權之移轉，此點在日本民法中，因係繼承法第一七六條所規定，權利之設定及移轉，依當事人意思表示而生效力，對於遺贈既無特別規定，因適用一般原則之結果，故多認遺贈效力說。但就我民法解釋，余以為應以探償權效力說為適當，查我民法第七五八條規定，受遺贈人依法律行為而取得設定喪失及變更者，非經登記不生效力，又依第七六一條第一項規定，動產物權之讓與，原物上亦無產權產交付，不生效力，對於遺贈既無特別規定，自應適用此一般原則，就受遺財產而有收權之取得，係屬於法律行為交付，又在外國法律有包括受遺贈人於無應繼分之繼承人時，當然取得受遺財產之占有者，我民法第一〇六條，我民法並未說明文自難為同一之解釋，如上所述，受遺贈人既受遺贈財產，其權利應歸受遺贈人，於登記或交付於受遺贈人下列三種結果：(一)受遺贈人不能以私力取得受遺財產之占有，此其一。(二)受遺贈人非於得為登記或交付以前，不能取得受遺財產之專惠，此其二。(三)非得為登記或交付之受遺贈人，不能對於第三所持人或第三債務人為關於受遺財產之請求，此其三。

力，然繼承人依照遺囑而為遺囑之交付，則其效力應溯及於遺囑發生效力之時，是為當然推定。在繼承人未受遺贈人固得對於該繼承人為交付之請求，如繼承人有無不明，依法應設遺產管理人，此時自應對於管理人請求為受遺財產之交付，但遺囑執行人，不違委任遺囑人意思之交付，而非違遺囑人，不能對之為交付受遺財產之請求，是不待言。

(註一)關於遺囑之交付，其本會見前，唯遺囑之交付，其效力應溯及於遺囑發生效力之時，是為當然推定。在繼承人未受遺贈人固得對於該繼承人為交付之請求，如繼承人有無不明，依法應設遺產管理人，此時自應對於管理人請求為受遺財產之交付，但遺囑執行人，不違委任遺囑人意思之交付，而非違遺囑人，不能對之為交付受遺財產之請求，是不待言。

力，嗣後財產中有不動產者，未經登記，其效力始未完成耳。(此處前稱一承之承，其效力又或遺囑人死時始發生效力之交付，其在無繼承人場合，並無遺囑執行人存在，更不發生交付問題。故如遺囑財產與遺囑繼承人無涉，常有遺囑執行人，嗣後財產中有不動產者，未經登記，其效力始未完成耳。)

第二款 遺囑生效之時期

第一款 遺囑於遺囑人死亡時發生效力

我民法第一一九九條規定遺囑發生效力之時期，即「遺囑自遺囑人死亡時發生效力」。其於遺囑人死亡時發生效力者，蓋遺囑為死者最終之意思，故遺囑自遺囑人死亡時發生效力。其於遺囑人死亡以前，發生效力者，蓋遺囑為將來取得權利之希望，而非現時取得何種之權利。故遺囑人於其未死亡以前，如撤銷其遺囑，則受遺囑人既有將來取得權利之希望，而非現時取得何種之權利。故遺囑人於其未死亡以前，如撤銷其遺囑，則受遺囑人之此種希望，歸於泡影，是不待言。但遺囑一旦發生效力以後，則此種希望，於遺囑人死亡之時間，即具有法律上確定權之性質。從而即屬自己之權利，受遺囑人得自為處分，於其死亡之時，其繼承人得為繼承同時，債權人得以其為屬於債務人之權利而對之。

(一) 於此有一問題，即以遺囑為捐助者，在遺囑人死亡當時，財團法人尚未成立，自無享受權利之能力，從而依照一般法理，其財產歸屬之效力，自應自該財團法人向主管官署登記之日起，始得發生，然如此解釋，則往往與遺囑人之本意不符，故在外國法律有明定「以遺囑為捐助者，其捐助之財產，視為自遺囑發生效力時歸屬於法人」者（日民第四二條第二項）或民法雖無此例外規定，亦以為實質上「遺囑自遺囑人死亡時發生效力」之原則起見，解釋上應屬相同。此點已於拙著中國民法論中述之。

第二 遺囑附有條件或期限時

遺囑能否附加條件或期限，各國法律不同，在普羅馬法，遺囑不得附加期限，從而禁止其解除條件附之遺囑，蓋恐因此發生繼承死者地位之中斷也。但在近世各國法律，原則上雖不許附加條件或期限者，不過就中存暗示或暗示之遺囑，按暗示規定者，如法國民法是。其探明示規定者，如奧大利民法、意大利民法及日本民法是。我民法固探明示規定者，惟三條所謂期限，有始期與終期之別，遺囑發生效力之時期，自亦因之而異。即遺囑之附有始期者，則遺囑人死亡於期限到來以前，則其遺囑於期限到來之時發生效力。反之如遺囑人死亡於期限到來以後，則其遺囑與未附期限無異，於遺囑人死亡之時發生效力。遺囑之附有終期者，如遺囑人死亡於期限到來以前，則其遺囑於期限到來之時發生效力。而於期限到來以後，其遺囑歸於消滅。反之如遺囑人死亡於期限到來以後，則與未為遺囑無異，不因遺囑人之死亡發生效力。又所謂條件，有停止條件與解除條件之分。遺囑發生效力之時期，自亦因之而不同。即遺囑之附有停止條件者，如遺囑人死亡於條件成就以前，則其遺囑於條件成就之時發生效力。反之，如遺囑人死亡於條件成就以後，則其遺囑與未附條件無異，於遺囑人死亡之時發生效力。遺囑之附有解除條件者，如遺囑人死亡於條件成就以前，則其遺囑於遺囑人死亡之時發生效力。反之，如遺囑人死亡於條件成就以後，則其遺囑與未附條件無異，於遺囑人死亡之時發生效力。

按我民法第一千〇二條規定遺贈之失效，即「受遺贈人於遺囑發生效力前死亡者，其遺贈不生效力」。換言之，即受遺贈人非於遺囑發生效力，即遺囑人死亡時係屬生存不可，此即所謂「同時存在之原則」。我民法所以設此規定者，蓋因遺贈不外着眼於受遺贈人之人的關係所為之贈與故也。遺贈固因受遺贈人先於遺贈人死而歸於無效，但其繼承人能否代為受遺贈人之地位請求遺贈之履行，則各國法律不同，有明定受遺贈人之繼承人得為代位者，如德國民法（第一〇六九條）與大和民法（第七七九條）及意大利民法（第八九〇條）是也。法律上雖設明文，一般通說認為不許代位者，如法國民法及法國法系之民法是。我民法關於此點，亦未設明文規定，余以為如前所述，代位繼承係由於法律之擬制，我民法對於遺贈既未設明文規定，即不能謂其當然得准代位。故在解釋上應以從否定說為適當。但遺贈人如於遺囑中明示，受遺贈人如先於遺贈人死亡，即以其繼承人為受遺贈人者，則應附有停止條件之遺贈，與代位請求遺贈係屬另一問題。

第二 遺贈附有條件或期限時

我民法第一二〇一條係想像單純遺贈而為之規定。如遺贈附有條件或期限時，則遺贈是否因受遺贈人先於遺贈人死亡而失效，則因情形而不同。遺贈之附有始期者，如受遺贈人於期限到來前死，則其遺贈於期限到來時發生效力。又如受遺贈人於期限到來後先於遺贈人而死亡，則其遺贈與未附期限無異，但因受遺贈人先於遺贈人死亡而失效。反之，如受遺贈人於期限到來後後於遺贈人而死亡，則其遺贈與未附期限無異，於遺贈人死亡時發生效力。

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

贈之贈有終期者如受贈人於終期到前死亡則其遺贈不生效力

本國民法

受遺贈人如先於遺贈人而死亡，其遺贈不生效力。固矣。但於此有一問題，即在以胎兒為受遺贈人者，如至遺贈人死亡之時尚未降生，其遺贈是否有效？此點各國法律規定不同。有遺贈人死亡之時，始胎其遺贈亦不因此失其效力者，如德國民法、義大利民法、意大利民法及荷蘭民法。是。有遺贈人死亡之時，始未懷胎，其遺贈即因此失其效力者，如法國民法、荷蘭民法、瑞士民法及日本民法。是。就我民法第一二〇一條所定「同時存在之原則」言之，於此情形，其遺贈自應因之而失效。然為適合遺贈人之意思起見，則解釋上應以認為有效為適當。從而此項受遺贈人於其出生之後，自得向繼承人為請求遺贈之交付焉。夫其於受遺贈人

第二項 遺贈之無效

第一 一定財產之遺贈，因不屬於遺產而無效。

以特定物為遺贈，以其發生效力當時之狀態交付於受遺贈人，為已足。故我民法第一二〇一條規定「遺贈人以一定之財產為遺贈，而其財產在繼承開始時有一部分不屬於遺產者，其一部分遺贈無效。全部不屬於遺產者，其全部遺贈無效。」所謂「以一定財產為遺贈」者，指其遺贈之標的，已於遺贈時，確指其財產而言。如遺贈人於遺贈時，不屬於遺產財產者，亦有遺贈財產，而不屬於遺產財產者，亦在遺贈人所有遺產內，其所有權在遺贈時，始歸於受遺贈人，始時不屬於遺產財產者，亦有遺贈財產，而不屬於遺產財產者，亦在遺贈人所有遺產內，其所有權在遺贈時，始歸於受遺贈人。

之適用以遺贈財產於繼承開始時不屬於遺產者已足其理由如何在不屬繼承各法律有條...

人明知遺贈財產不屬於自己所有為有效反是為無效者如奧大利民法(第六六二條)意大利民法(第八三

九條)及西班牙民法(第八六一條第八二條)是有不問遺贈人知與不知皆屬無效者如德國民法(第

二〇六九條第二〇七〇條)及日本民法(第一〇九八條)是如依前之立法例不但知與不知認定困難且

即使遺贈人知其遺贈財產不屬於自己所有亦不能謂其為有效蓋如上述第二例遺贈人常有如不能取得遺

贈財產之所有權即不為遺贈之意思故也自理論言之自以後之立法例為合理此因特定物之遺贈於遺贈發

生效力同時即應發生權利轉移之效果從而其遺贈財產如於遺贈人死亡當時不屬於遺產則其遺贈不生效

力是為當然我民法即從此立法例者也

第二 遺囑另有意思表示時

以上所述係就原則而言但如遺贈人另有意思表示則無強其以為無效之理由故我民法第一二〇二條但書

規定「但遺囑另有意思表示者從其意思」所謂遺囑另有意思表示例如遺贈人表示余欲以屬於某甲之物

遺贈某乙余之繼承人應由某甲買受某物以遺為贈又如遺贈人表示余以某物遺贈某甲如其物不屬於余之

財產則余之繼承人應以相當其價額之金錢遺贈於某甲是但在外國法律有推測遺贈人之意思即遺贈財產

縱不屬於遺產如可認為有以其為遺贈標的之意思即屬有效者(日民第一〇九八條但書)我民法以其過

於寬泛不為採用以不屬於遺產之財產為遺贈如依第一二〇二條之但書規定應為有效則遺贈義務人總負

定以其權利為遺贈。一推定以其權利為遺贈者，蓋在通常情形，遺贈人以某物為遺贈時，如其物不能交付，當有以他物代替之意思故也。但既屬推定，應許反證，自不待言。對於他人取得權利，有因第三人之侵權行為取得權利者，亦有因保險契約上之關係取得權利者，其求債權之發生原因如何，則非所問。又我民法係規定以其權利為遺贈，並非因法律規定，以受遺贈人為代位權人，故受遺贈人仍不外以其為自己之權利，對於第三人行使之。

第二、遺贈標的與他物附合混合時

我民法第一二〇三條後段規定：「因遺贈物與他物附合或混合而對於所附合或混合之物取得權利亦同一。」

亦如同條前段所定推定以其權利為遺贈是也。其立法理由與上述同。因附合或混合而取得權利之情形，我民法第八一一條至第八一三條規定頗詳，即（一）動產因附合而為不動產之重要成分者，由不動產所有人

取得所有權。（二）動產與他人之動產附合，非毀損不能分離，或分離需費過鉅者，由各動產所有人按其動產附合時之價值共有合成物。附合之動產有可視為主物者，則該主物所有人取得合成物之所有權。（三）動產

與他人之動產混合不能識別，或識別需費過鉅者，則由各動產所有人按其動產混合之價值共有混合物，或

則由主物所有人取得混合物之所有權。其詳已於拙著民法物權精義中述之，茲不贅。惟依我民法第八一六條

規定，因附合或混合喪失權利而受損害者，得依關於不當得利之規定，請求償金受遺贈人有無負擔償金之義務，則屬疑問。於此問題，德日民法亦無明文規定，依余所信，應取否定說。即除遺贈人特別表示由受遺贈人負擔

外，受遺贈人無負擔償金之義務。何則？蓋遺贈標的之價值，應由遺贈人或其繼承人

人負擔是不待言

第二項 遺贈標的之返還

通常所謂遺贈與贈與同係以財產之所有權而為遺贈但在事實上非無以遺產之使用收益而為遺贈並不轉移其遺贈標的之所有權者於此情形受遺贈人於為使用收益以後應將遺贈標的返還於遺贈人之繼承人是為當然雖然受遺贈人之返還遺贈標的應於何時為之各國法律鮮設規定我民法則從巴西民法第一五八八條於第一二〇四條明定「以遺產之使用收益為遺贈而遺贈未定返還期限並不能依遺贈之性質定其期限者以受遺贈人之終身為其期限」依此規定遺贈標的之返還期限應如下述（一）遺贈定有返還期限者應從其期限例如某甲以某物遺贈某乙使用收益於遺贈定明以三年為期則應於三年期限屆滿之時返還是（二）遺贈未定期限能依遺贈之性質定其期限者應依遺贈性質以定返還期限例如某甲以某物遺贈某乙收益雖未定期限返還期限然如依其性質係以其收益供留學之用則應於學或歸國之時返還是（三）遺贈未定期限又不能依遺贈性質定其期限者應以受遺贈人之終身為其期限例如某甲以某物遺贈某乙使用既未定期限返還期限又不能依遺贈性質定其期限則以某乙死亡之時為其返還之日是此乃推究遺贈人之意思而設之規定與民法第七三一條之立法旨趣殆屬相同（註一）（註二）

（註一）關於遺贈之標的，我民法僅此兩條，此外尚有種種問題，亟待解決，如遺贈標的之物或權利於遺贈人死亡時，為第三人權利之標的，受遺贈人對於遺贈義務人能否請求消滅其權利，即其一例，此問題，各國法律不同，有得請求消滅其權利者，如西班牙民法是也。

不得請求消滅其權利者。如法國民法（第一〇〇條）德國民法（第二〇七條）及日本民法（第一〇二條）是我國民法無明文規定，依余所信應以後之立法例為合理。蓋以特定物為遺贈之標的時，依照法理，以遺囑發生效力當時之狀態移轉於受遺贈人，為已足敷也。

贈人亦已足敷也。

又以債權為遺贈之標的，我民法亦未說明文，所謂以債權為遺贈之標的，其情形有三：（一）遺贈人以對於受遺贈人之債權為遺贈之標的，（二）遺贈人對於負擔債務之債權人，以自已對之所有之債權為遺贈之標的，（三）遺贈人以對於第三人之債權為遺贈之標的。以上三種情形，有據為規定者，如奧大利民法（第六六二條至第六六八條）及意大利民法（第八四四條及第六四五條）是。有祇規定第二種情形者，如法國民法（第一〇二二條）是。有祇規定第三種情形者，如德國民法（第七三三條）是。及日本民法（第一〇三條）是。如適用上發生疑問，上述法條，可供參考。

第五款 負擔附遺贈

第一 負擔附遺贈之概念
負擔附遺贈（Legs avec charge）者，遺贈人為本身及其繼承人或第三人利益，對於受遺贈人課以履行某種義務之負擔所為之遺贈也。負擔附遺贈，就遺贈人對於受遺贈人課以負擔之點言之，固與單純遺贈不同，然非因此變更遺贈之性質，故在單純遺贈為單獨行為，負擔附遺贈亦為單獨行為，無償行為。雖然，負擔附遺贈，就遺贈與負擔彼此牽連之點言之，似又與條件附遺贈無異，實則不同。蓋條件附遺贈，非條件成就，其遺贈不發生效力，負擔附遺贈則惟負擔義務，與遺贈發生效力與否並無關係故也。遺贈之於負擔既有牽連關係，故在外國法律有明定受遺贈人非自己得請求遺贈之標的，無履行負擔之義務者（德民第二一八六條）我國民法雖無明文規定，然就法理言之，事屬當然，毋庸疑義。（註一）

故在外國法律有明定受遺贈人非自己得請求遺贈之標的，無履行負擔之義務者（德民第二一八六條）我國民法雖無明文規定，然就法理言之，事屬當然，毋庸疑義。（註一）

故在外國法律有明定受遺贈人非自己得請求遺贈之標的，無履行負擔之義務者（德民第二一八六條）我國民法雖無明文規定，然就法理言之，事屬當然，毋庸疑義。（註一）

(五) 在國包括遺贈之國家，就受遺贈人負擔義務之點，與負擔附遺贈甚屬相似，但在前者受遺贈人之義務，係由遺贈固有之性質而生，使受遺贈人之義務，則為遺贈人所附加，並非由遺贈固有之性質而生，二者之性質究不相同。就我民法解釋，不認所附加之遺贈，已於前述，故此之所謂遺贈，專指特定遺贈而言，不生包括遺贈與負擔附遺贈似是而不同之問題。此種立法，係從瑞士民法而來，國民第四八三條及第四八四條，可供參考。

第二 負擔之內容

負擔之內容，不問其為積極的消極的，亦不問其為遺贈人之利益，抑為第三人之利益，此為一般通說，固不待論。惟是否以有財產價格為必要，則有爭執。有謂應以有財產價格為必要，否則受遺贈人將與遺囑執行人無所區別者，如 *Danbous, Bring* 諸氏是。有謂不以有財產價格為必要者，如 *Windscheid, Jhering* 諸氏是。依余所信，就我民法解釋，應以後說為是。故縱以執行遺囑為負擔之內容，亦無不可。又負擔之自身如為有效固屬不成問題，如為無效，則其效果如何，學說及立法例頗不一致。有惟負擔為無效者，如奧大利民法是（第七〇九條）；有遺贈亦為無效者，如法國之特例是。有遺贈並非無效，但如非附負擔即不為遺贈，則為無效者，如德國民法是（第一九五條）。我民法無明文規定，依余所信，應以德國民法為合理。

第三 履行負擔人及請求負擔人

受遺贈人履行負擔人，在解釋上固無爭論，惟受遺贈人之繼承人能否為履行負擔人，則屢經問於此問題。因各國法律之規定而不同，在許代位承受遺贈之國家，如受遺贈人未承認遺贈而死亡，其繼承人如為遺贈之承認，自應於其應繼分範圍內，負履行負擔之義務。反之，在不許代位承受遺贈之國家，則惟受遺贈人於承認遺

贈以後未為履行以前死亡時其繼承人負履行負擔之義務否則無責任之可言就我民法解釋自以從後說為
是至何人為請求負擔人外國法律有說明文規定者如德國民法（第二一九四條）及意大利民法草案（第

一八三七條）是此外法國民法與大民法日本民法均無明文規定學說上頗有爭論我民法亦未說明文依
余所信何人為請求負擔人應依情形而異即負擔關係私益時應以遺贈人之繼承人及受益人為請求負擔人

反之負擔關係公益時則應以主管官署為請求負擔人關於我民法第四一二條第二項之規定可供參考

第四 負擔附遺贈負擔之限度

負擔附遺贈負擔義務人負擔之限度如何各國法律鮮有明文規定我民法則從德國民法立法例於第四一〇

五條明定「遺贈附有義務者受遺贈人以其所受利益為限負擔履行之責」（德民第二一八七條）日民第一〇

〇四條）此與第四一三條關於負擔附贈與之規定同蓋所以期於當事人之意願且無損於負擔義務人自

利益也負擔義務人負責之限度既以其所受利益為限則請求負擔人自不得逾越其所受利益之限度請求負

擔之履行又負擔附遺贈其標的價額因扣減請求而致減少時（民法第一二二五條）受遺贈人自應按照減

減少之比例免除負擔之義務關於此點日本民法設有明文規定（日民第一一〇五條）我民法無之余以為

就第一二〇五條之規定解釋蓋屬當然

第六款 遺贈之承認或拋棄人前所賦或遺贈人前所賦之對價而坐二者之對價不附時則其對價不屬附時

第七款 遺贈之承認或拋棄人前所賦或遺贈人前所賦之對價而坐二者之對價不附時則其對價不屬附時

第一條

遺贈，雖為贈與人單獨之意思表示，不開受遺贈人之意思如何當然發生效力，然無論對於何人不能反為其意。應強制其取得何種之權利，故在外國法律有明定受遺贈人得拋棄遺贈者（德民第二一八〇條）西班牙民法

第八八九條）日民第一〇八八條）我民法從之。但除德日及西班牙民法外，各國法律則以其事屬當然，無待明

定。

條上則無異同

第二條 拋棄遺贈之時期

受遺贈人應於何時拋棄遺贈，我國法設有明文規定，即須於遺贈人死亡後為之。其須於遺贈人死亡後為之者，蓋在遺贈人未死亡以前，受遺贈人尚未取得何種之權利，無為拋棄之必要故也。但在德國民法因認合意繼承之結果，自許受遺贈人於遺贈人死亡前拋棄遺贈，以之解釋我民法殊難相同。至拋棄遺贈應在遺贈人死亡後何時為之，我民法未設限制，此與拋棄繼承須於知悉其得繼承之時起二個月內為之，迥不相同（民法第一一七四條第二項）。我民法之所以設此差別者，蓋因拋棄繼承與次位繼承人之利害關係重大，不能不從速確定其地位，反之拋棄遺贈僅關係於繼承人及其他遺贈義務人之利害，故無從速確定其地位之必要。但在特定場

合（如指定承認繼承人全體拋棄繼承及無人承認繼承等）受遺贈人須於公告所定期間內為之。受遺贈人須於公告所定期間內為之聲明及依第一二〇七條規定，須於繼承人或其他利害關係人催告所定期間內為承認與否之表示耳。又遺贈人能否定其拋棄遺贈之期間，學說上頗有爭論。余以為依我民法第一二〇七條解釋，應取肯定說，即遺贈

人須於公告所定期間內為之聲明及依第一二〇七條規定，須於繼承人或其他利害關係人催告所定期間內為承認與否之表示耳。又遺贈人能否定其拋棄遺贈之期間，學說上頗有爭論。余以為依我民法第一二〇七條解釋，應取肯定說，即遺贈

人須於公告所定期間內為之聲明及依第一二〇七條規定，須於繼承人或其他利害關係人催告所定期間內為承認與否之表示耳。又遺贈人能否定其拋棄遺贈之期間，學說上頗有爭論。余以為依我民法第一二〇七條解釋，應取肯定說，即遺贈

人須於公告所定期間內為之聲明及依第一二〇七條規定，須於繼承人或其他利害關係人催告所定期間內為承認與否之表示耳。又遺贈人能否定其拋棄遺贈之期間，學說上頗有爭論。余以為依我民法第一二〇七條解釋，應取肯定說，即遺贈

人須於公告所定期間內為之聲明及依第一二〇七條規定，須於繼承人或其他利害關係人催告所定期間內為承認與否之表示耳。又遺贈人能否定其拋棄遺贈之期間，學說上頗有爭論。余以為依我民法第一二〇七條解釋，應取肯定說，即遺贈

人須於公告所定期間內為之聲明及依第一二〇七條規定，須於繼承人或其他利害關係人催告所定期間內為承認與否之表示耳。又遺贈人能否定其拋棄遺贈之期間，學說上頗有爭論。余以為依我民法第一二〇七條解釋，應取肯定說，即遺贈

人須於公告所定期間內為之聲明及依第一二〇七條規定，須於繼承人或其他利害關係人催告所定期間內為承認與否之表示耳。又遺贈人能否定其拋棄遺贈之期間，學說上頗有爭論。余以為依我民法第一二〇七條解釋，應取肯定說，即遺贈

人須於公告所定期間內為之聲明及依第一二〇七條規定，須於繼承人或其他利害關係人催告所定期間內為承認與否之表示耳。又遺贈人能否定其拋棄遺贈之期間，學說上頗有爭論。余以為依我民法第一二〇七條解釋，應取肯定說，即遺贈

人得以遺囑定拋棄遺贈之期間。

第三 拋棄遺贈及表示

拋棄遺贈，就我民法解釋，以受遺贈人對於遺贈義務人表示拋棄之意思為已足，無須何種之方式從而以言詞表示，以書面表示，均無不可。此與拋棄繼承又不相同。拋棄遺贈，一般通說均謂其應對於遺贈義務人為之，惟能否對於遺囑執行人為之，則學說紛紜，尙未一致。余以為遺囑執行人非遺贈義務人，在解釋上應以從否定說為適當。但在繼承人全體拋棄繼承或無人承認繼承時，其遺產全部依法應由管理人處理，此時其承認與否之意思表示須對於管理人為之，自不待言。又拋棄遺贈，能否附條件或期限，頗有疑問。於此問題，外國法律有明定其不許附條件或期限者（德民第二一八〇條），我民法無之，余以為解釋上應屬相同。又遺贈之拋棄能否附條件一問題，外國法律有明定其不得撤銷者（德民第二一八〇條，日民第一〇九一條），我民法無之，余以為解釋上應屬相同。

第二項 承認遺贈之催告

第一 概說

遺贈人承認遺贈之承認及拋棄我民法並未設期間之限制於遺贈人死亡後無論何時為之均無不可。若無如受遺贈人承認或拋棄之意思表示則影響於繼承人及其他遺贈義務人之利益殊非淺鮮故我民法特從日本民法及智利民法於第一二〇七條前段規定：「繼承人或其他利害關係人，得定相當期限，請求受遺贈人

於期限內爲承認與否之表示（日民第一〇八九條）此項催告與一般之催告同應定相當期間爲之期間是否相當係屬事實問題應就客觀標準以爲決定自不待言

第二 表示承認與否之相對人

承認遺贈與否之催告依我民法第一二〇七條規定固應由繼承人或其他利害關係人爲之但應以何人爲表示承認遺贈與否之相對人則無明文規定依一般通說應以遺贈義務人爲表示承認遺贈與否之相對人亦當然遺贈義務人指對於受遺贈人履行其遺贈之人而言通常固爲繼承人（繼承人有數人時則此數人皆爲遺贈義務人）但非必繼承人即爲遺贈義務人良以雖同爲繼承人亦未必皆課以負擔遺贈之義務故也又對於他自不得對於遺囑執行人爲承認遺贈與否之表示又受遺贈人所爲之表示無須明示縱爲默示亦無不可默示應依各種情事具體推定之

第三 承認遺贈之擬制

受遺贈人於上述催告期間內已爲承認或拋棄遺贈之表示固無問題如於上述催告期間屆滿以後並無何種表示則不能不有解決之辦法關於此點日本民法設有擬制承認之規定（日民第一〇八九條但書）我民法從之於第一二〇七條後段明定「期限屆滿尙無表示者視爲承認遺贈」其所以視爲承認而不視爲拋棄者蓋受遺贈人原得爲拋棄乃不爲確實與其推定爲有拋棄之意思毋寧從有利方面推定其有承認之意思較爲

公管也

第三項 拋棄遺贈之效力

第一 拋棄遺贈效力之溯及

我民法第一二〇六條第二項規定「遺贈之拋棄溯及遺贈人死亡時發生效力」是為關於拋棄遺贈效力之溯及及我民法之所以認拋棄遺贈有溯及效力者蓋非認其有溯及效力則於遺贈人死亡以後受遺贈人未為拋棄以前所有之權利向應歸屬於受遺贈人與受遺贈人之意思殊相違背也既認拋棄遺贈有溯及效力則一經拋棄受遺贈人即與自始未受遺贈同

第二 拋棄遺贈其遺贈財產之歸屬

我民法第一二〇八條規定「遺贈無效或拋棄時其遺贈之財產仍屬於繼承人」是為遺贈無效及拋棄之效果於此有應注意者二事(一)本條所謂無效似指第一二〇二條而言實則不然蓋依第一二〇二條規定遺贈人於一定財產為遺贈而其財產在繼承開始時如不屬於遺產其遺贈為無效於此場合不發生遺贈財產歸屬之問題故依本條之所稱無效係指受遺贈人於遺贈發生效力前死亡其遺贈不生效力言之其遺贈之財產仍歸屬於繼承人者蓋因遺贈之財產原屬於遺產之一部故也(二)遺贈無效或拋棄時其遺贈財產固仍屬於繼承人但在遺贈附有負擔時繼承人應否履行其負擔則屬疑問於此問題外國法律有以受負擔利

據。民法無明文規定，余以爲解釋上應屬相同。此因負擔與遺贈有牽連關係，享受遺贈之人，即履行負擔之人，是爲當然也。（同說：羅氏前揭二二八頁。吳說：范氏前揭二〇三頁。）

第五節 執行

第一款 遺囑之提示及開庭

第一 遺囑之提示

我民法第一二二二條規定：「遺囑保管人知有繼承開始之事實時，應即將遺囑提示於親屬會議。無保管人而由繼承人發現遺囑者，亦同。」依此規定，遺囑非於遺囑人死亡後即能執行，而於未爲執行以前，尚須一度之提示，蓋藉以確認遺囑之有無也。遺囑之提示，與口授遺囑之認定不同（民法第一一九七條），提示僅藉以確認遺囑之有無認定則在藉以確認遺囑之真偽，故提示僅爲執行要件而非有效要件，從而遺囑縱不經提示逕爲執行，亦非當然無效，不過因未經提示程序，不能免於欠缺適正保障之危險耳。依同理，如對於遺囑之真偽及其他關於效力之問題有所爭執，亦不因遺囑之已經提示程序，而受任何之拘束焉。提示應由何人爲之，各國法律有不同，有須向主管官署提示者，如瑞士民法（第五五六條第一項）是有須向遺產法院提示者，如德國民法（第二二五九條第一項）是有須向法院提示者，如法國民法（第一〇〇七條第一項）及日本民法（第一一〇六條第一項）是。我民法則明定其提示於親屬會議，其立法理由，與口授遺囑之認定同。又在外國法律有

如屬公證遺囑，即無須提示者（日民第一一〇六條第二項）。我民法則不同，何種遺囑皆須提示，且其提示之法，同（德民第二二五九條第二項、瑞民第五五六條第二項）。提示固應於遺囑保管人知有繼承開始之事實後，或繼承人發現遺囑後為之，但究應於知悉或發現之日起若干日內為之，法無明文，殊嫌遺漏。關於此點，外國法雖不設期間之限制，但有如遺囑保管人等怠於提示，則科以一定罰鍰之制裁者（日民第一一〇七條），此種立法，足補不設提示期間之失，可資參考。

第二 遺囑之開視

遺囑應由保管人或繼承人提示於親屬會議，已如上述，但如為密封遺囑，則依我民法第一二二、三條規定，非在親屬會議當場，不得開視。蓋密封遺囑，由遺囑人密封簽名後，並須見證人及公證人為之簽名等嚴重方式，在未經提示公開認證以前，如許保管人或繼承人私自開視，則其方式是否具備及遺囑內容是否真實，均難於查

考。故法律亦為密封遺囑之執行要件而非有效要件，故縱未在親屬會議當場開視，亦不過欠缺適正之保障，遺囑本身並非當然無效。又遺囑之開視，外國法律不以密封遺囑為限，凡遺囑之有封緘者皆是我民法則範圍較狹。至遺囑之開視，是否須關係人到場，各國法律不同，有以通知關係人為已足，無須到場者，如法國民法

（第一〇〇八條）是有須傳喚關係人到場者，如德國民法（第二二六〇條）及瑞士民法（第五五七條）
（第一〇〇六條第二項）是我民法既無此限制，余以為無為同

遺囑之開視，如日本民法（第一一〇六條第二項）是。我民法既無此限制，余以為無為同

而替委託人承辦遺囑之執行。若委託人未將原領遺囑之印信或當之入以背許計
第廿條 委託人如委託他人執行遺囑，或以聲明附託而委託他人，不於其領遺囑之日以前聲明委託人許或
委託人如委託他人執行遺囑，或以聲明附託而委託他人，不於其領遺囑之日以前聲明委託人許或
委託人如委託他人執行遺囑，或以聲明附託而委託他人，不於其領遺囑之日以前聲明委託人許或
一致，有全無不備者，應以委託人遺囑為準。有以其為遺產之清算作用，必須能盡遺囑執行者，如英國
法是有僅以其為補助的任務，指定遺囑執行人與否，依遺囑人之意思如何以為決定者。如德國民法（第二一
九七條以下）、奧地利民法（第八六六條以下）、瑞士民法（第五一七條以下）、法國民法（第一〇二五條以下）、
西班牙民法（第一二五四條以下）、蘇俄民法（第四二七條）及日本民法（第一一〇八條以下）是。我民法從之。

第二 遺囑人之自給指定或委託指定

我民法第一二〇九條第一項規定：「遺囑人得以遺囑指定遺囑執行人，或委託他人指定之。」遺囑執行人對
於執行遺囑能否勝任，惟遺囑人知之最詳，故遺囑人得以遺囑指定遺囑執行人（Executor testamentarius）。
遺囑人既得自行指定遺囑執行人，故如遺囑執行人一時不為其備，或無遺囑之人可以指定，自不妨委託他人
指定，以期便於實施。遺囑人之指定遺囑執行人及指定之委託，均須以遺囑為之，為各國法律之所同。我民法亦
然。但以遺囑為之為已足，無須以同樣遺囑方式為之，且無須於同一遺囑中為之，此在解釋上實無疑義。此之所
謂他人，自係指遺囑人以外之人而言，故縱受遺贈人，亦得為此受委託之人。惟繼承人通常與遺囑之執行有重

大判書關係解釋上不能為此受委託之人而已。(註二)又受指定為遺囑執行人者，是否以自然人為限，亦一同題。關於此點外國法律明定法人即信託公司得為遺囑之執行者。(日本信託法第五條)我國雖尚無類似之法律，將來信託業務日就發達，似有採取同一見解之必要。指定之委託，係遺囑人之單獨行為，固無須受委託人之同意，即生效力，但受委託人之受委託是否仍屬自由，故在外國法律有明定受委託人不欲受其委託，須即時通知繼承人者。(日民第二一〇八條第三項)我民法雖無明文規定，余以為解釋上自應相同。至若受委託人願受指定之委託，則依我民法第二二〇九條第二項規定，應即指定遺囑執行人，並通知繼承人。其遺囑知繼承人者，蓋因繼承人立於重大利害關係之地位也。又受委託人之指定遺囑執行人，以有指定之意思表示為已足，無須如德國民法須向法院為之。(德民第二一九八條)自不待言。

(註一)關於此點，雖仲銘氏與本書見解有異，謂：「或謂使第一二二五條第二項之規定，僅指執行人願為繼承人之代理人，即立於前者之本意係以繼承人以外之人為遺囑執行人，至為明顯。若採以上之解釋，不見有違背法律之意。不知第一二二五條第二項之規定，係指繼承人以外之人為遺囑執行人之場合而為規定，若繼承人自為遺囑執行人時，自無該項規定之適用。似不應執此而違背法律之真意。」(國氏前編三二九頁)

第三 遺囑會議選定或法院指定

由前所述，遺囑執行人，並非執行遺囑之必要機關，但有時遺囑之執行，而非被遺囑執行人不可，而遺囑人並未以遺囑指定或委託他人指定，或已以遺囑指定，而被指定人不欲就職，或不能就職，或已以遺囑委託他人指定，而被委託人不欲就職，或不能就職，或指定，而被指定人不欲就職或不能就職，則不可無適當之人，以當執行

繼承之在。故我民法第二二二條規定「遺囑未指定遺囑執行人，並未委託他人辦理者，由親屬會議選定之。不能由親屬會議選定時，由利害關係人聲請法院指定之。」凡此皆所以補指定遺囑執行人制度之窮者也。關於遺囑之執行，如有指定遺囑執行人之必要，而遺囑人並未自行指定或委託他人指定，則一經召集或聲請，固非選定或指定不可。但如無此必要，縱遺囑人以遺囑表示願指定遺囑執行人，並未自行指定或委託他人指定，親屬會議及法院自有自由裁量之權。此我民法所以明定其為得選定或指定者也。所謂不能由親屬會議選定，如親屬會議不能依法成立，或難於選定適當之人是。由親屬會議或法院選定或指定之人，外國法律有明定，非有正當理由，不得拒絕就職者（日民第一二二條第二項），我民法無此限制解釋上自應相同（註三）。

（註三）遺囑執行人之就職與否，原屬自由，惟如永不表示就職與否之意思，則遺囑之執行陷於停頓，故在德、日民法均設有催告其承辦就職與否之規定，惟其效果，則不相同，即在德國民法如遺囑執行人於催告期間內不為回答，視為拒絕就職，日本民法則視為承辦就職（德民第二二〇二條第二項，日民第一二二〇條）。

第三款 遺囑執行人之性質及資格

第一項 遺囑執行人之性質

第二 一般之學說

關於遺囑執行人之性質如何，自來學說頗不一致，要而言之約可分為下列之五說：（一）專用說（*Spécialités*）
（二）代理說（*Procurat*）
（三）管理說（*Administration*）
（四）監督說（*Tutelle*）
（五）保護說（*Curatelle*）
此說又可分為下列之三說：（甲）監督人說（*Theorie de la tutelle*）此說殊難探

用蓋監護人制度係由公益而生，遺囑執行人制度則與公益無關，故不能謂遺囑執行人即為監護人。(乙)委任代理人說 (Théorie du mandat) 此說亦難贊同，蓋委任因委任人之死亡而消滅，遺囑執行人之任務則因

遺囑人之死亡而開始，此其一。基於委任之代理人，無須為有行為能力人，遺囑執行人則必為有行為能力人，此

其二。委任為契約關係，遺囑執行人與遺囑人則無契約關係，此其三。委任非要式行為，遺囑執行人則必以遺囑

指定，此其四。委任可以隨時解除，遺囑執行人則不得自由解職，此其五。(丙)仲裁人說 (Théorie voyant dans

l'exécuteur un arbitre) 此說亦未見其當，蓋仲裁非遺囑執行人主要之職務，不過因遺囑執行人執行其職務而

生仲裁之結果故也。(二)代理說 (Théorie de la représentation) 此說又可分為下列之三說：(甲)形式

的代理說 (Théorie de la représentation formelle) 此說空泛，無採用之價值。(乙)遺囑人代理說

(Théorie de la représentation du testateur) 此說殊不足採，蓋代理人除屬於本人之權利外不得行使遺

囑執行人則非行使屬於遺囑人之權利，可見遺囑執行人非遺囑人之代理人。(丙)繼承人代理說 (Théorie de

la représentation des héritiers) 此說僅有一面之真理，蓋就其點言之，遺囑執行人固不誤為繼承人代理

人，然有時遺囑執行人之為遺囑受益人為一定之行為，不但非以繼承人之名義執行之，且對以其行為對繼承

人，故謂其為繼承人之代理人，殊不可通。(三)受遺贈人說 (Théorie des légataires) 此說亦難贊同，蓋受遺贈

人係指因遺囑為財產處分而受利益之人，遺囑執行人則僅有執行遺囑之義務，而不受遺贈人

上之受益人目之，故遺囑執行人並非受遺贈人。(四)準契約說 (Système du quasi-contrat) 此說亦難首

肯何則，蓋遺囑執行人之執行遺囑乃基於法律之規定，而非由於準契約故也。(五)固有權說 (Theorie der Drohtpore) 此說以為遺囑執行人之執行遺囑，乃本於其固有之職權為之，既非專為受益人之利益為之，亦非純為繼承代理人。德國最高法院判決即採此說，依余所見，應以此說為是。

第二 我民法上之規定

關於遺囑執行人之性質，學說紛紜，既如上述。法國民法、德國民法及奧大利民法因無明文規定，一般通說均謂遺囑執行人為遺囑人之委任代理人，但在索遜民法（第二二四四條）及日本民法（第一一七條）則明定遺囑執行人為繼承人之代理人。我民法從之，於第一二一五條第二項規定：「遺囑執行人因前項職務所為之行為，視為繼承人之代理。」此種規定，理論上非必正確，蓋遺囑執行人一面固須保護繼承人之利益，一面則須保護遺囑受益人之利益，此與破產管財人一面須保護破產債權人之利益，一面須保護破產人之利益，正屬相同。僅着眼繼承人方面，尚不能謂其已喪性質之全豹。雖然，我民法之所以明定為繼承人之代理人者，蓋因遺囑之執行，通常以遺產為標的，而遺產則因繼承之開始歸屬於繼承人，故遺囑執行人所為之行為，不啻為繼承人為之，從而以其為繼承人之代理人。之實際，較為適切也。惟是遺囑執行人究非基於繼承人之委任而生正當言之，尚不能以其為繼承人之代理人。我民法明定其視為繼承人之代理人者，以此。又依此規定，遺囑執行人係基於法律規定為繼承人之代理人，其為法定代理人，自不待言。

第二項 遺囑執行人之資格

未成年及禁治產人

遺囑執行人如後所述有管理遺產並為執行上必要行為之職務，自非精神身體健全之人，不克勝任，故我民法

從一類之法通例於第一二一〇條規定「未成年及禁治產人不得為遺囑執行人」(法民第一二一八條)

德民第二二〇一條西民第八九三條日民第一一一一條)本條係屬列舉規定，除未成年及禁治產人而外

其他一切之人皆得為遺囑執行人是不待言外國法律有妻非得夫之同意不得為遺囑執行人者(法民第一

〇二九條)亦有破產人不得為遺囑執行人者(日民第一一一一條)以之解釋我國民法自應相同又本條

係屬強行規定不但指定遺囑人時違背本條之規定為無效即在就職以後遺囑執行人而有宣告禁治產之舉

由發生禁治產喪失其資格焉

第二 繼承人

繼承人能否為遺囑執行人各國法律鮮設禁止規定且有明定其得為遺囑執行人者如英國法律及蘇俄民法

(第四二七條)是關於此點我民法未說明文余以為繼承人與遺囑有重大利害關係如以之為遺囑執行人

則受遺贈人之利害常為繼承人所左右不足以貫徹遺囑之目的在解釋上應以從否定說為是

第四款 遺囑執行人之職務

第一 編製遺產清冊

執行人之職務其最切要者莫過於編製遺產清冊(五)固不辭也(Treasure an

依我民法第一二二四條規定「遺囑執行人就職後於遺囑有關之財產如有編製清冊之必要時應即編製遺

則僅於第一二五一條第一項設概括的規定曰「遺囑執行人有管理遺產並為執行上必要行為之職務」管理遺產，以遺囑關於遺產之為限。如非關於遺產，自無管理之可言。遺囑執行人既有管理遺產之權，則遺產之在繼承人占有中者，遺囑執行人當然有請求移轉占有之權利。此遺囑執行人之占有取得，對於第三人，亦有同一之效力。所謂執行上必要行為，例如清償被繼承人之債務，交付遺贈，依被繼承人之指定分割遺產，因清償交付分割而為遺產之換價處分是（瑞民第五一八條第二項）遺囑執行人之職權，原在於遺囑之執行，為達執行之目的，此等權利義務，當然。惟是此等職務，能否由遺囑人以遺囑限制，則屬疑問。關於此點，外國法律有明定其得以遺囑限制者（德民第二二〇八條至第二二二〇條），我民法無明文規定，余以為遺囑執行人原應依遺囑人之意思以為執行，在解釋上應屬相同。又遺囑執行人之主要職務，不但在監督遺囑人最終意思之執行，且在於保障其執行之實現。故遺囑執行人之執行遺囑，無庸先告知繼承人之必要。繼承人如妨害其執行，自得訴請排除之（註一）。

（註一）關於遺囑執行人與繼承人間之法律關係，我民法僅就此一項，在外國法律有明定其準用關於委任之規定者，如德民第二二八條第一項及日民第一一四條第二項之規定是。可為我民法適用上之參考。

三 繼承人權利之限制

依我民法第一一四八條規定，被繼承人財產上之權利義務，自繼承開始時，即歸屬於繼承人。從而繼承人對於遺產為一定之處分，自無不可。惟在有遺囑執行人時，遺囑執行人依此有管理遺產，及為其他執行上必要行為

之職務（民法第百二十五條第二項）繼承人處分其遺產，雖免不免執行遺囑之職務，得發生債務
我國民法為貫徹遺囑人之意思起見，不得中斷遺囑之執行，故第百二十五條第二項規定，繼承人於遺囑
執行人執行職務中，不得處分其遺產，若有妨礙其職務之執行，此之所謂處分，以遺囑有關於
遺產為限，為民法所限定，從而繼承人處分其一己之應繼分，自屬無礙。此處分，須為實質處分，故如為條件
附處分，則無不可。條件附處分，例如以將來取得完全所有權為條件，而為遺產之贈與是。至繼承人違反本條規
定所為之行為，其效果如何，學說上頗有爭論。有謂本條係為保護遺囑受益人而設，如有違反，祇不得對抗遺囑
受益人者，亦有謂本條在貫徹遺囑人之意思，如有違反，其行為不生效力者。依余所信，應以後說為是。所謂不得
妨礙其職務之行為，則包含甚廣，舉凡積極的行為消極的行為皆屬之。前者例如繼承人對於遺囑執行人執行
職務故為阻擾是。後者例如繼承人匿不交出其所持有之遺產管業憑證，以致遺囑執行人無法執行其職務是。
繼承人而有此等妨礙執行職務之行為，遺囑執行人得以訴排斥，是不待言。至於執行遺產之職務，（註二）

第四、執行人執行職務之方法，依文法（繼承法第百二十二條）或依日法（繼承法第百二十一條）或依地法
遺囑執行人，非必以其為之，以繼承人無不可。關於此點，外國法律多有明文。法民第一〇二五條，
民第一〇九七條第一項，瑞民第五二五條，日民第一一〇八條第一項，我民法之就第百二十七條之遺囑
解釋，亦屬相同。惟遺囑執行人有數人時，其執行職務之方法如何，各國法律不一，有原則者，如德、法、
德、瑞、獨為之者，如法國民法（第一〇三三條）、德國民法（第一二二四條第一項）、西班牙民法（第八九五

條)及瑞士民法(第五二八條)是有單獨行之者。而英國法律是有相對多數決之責。第百一十條法律第五

一九條第一項)是。第一種立法例。本便於實際。第二種立法例。雖有關於實際。但執行天簡。故折衷盡善者。惟第三種立法例。我法從之。於第二二七條規定。遺囑執行人得數大時。其執行職務

不免。故折衷盡善者。惟第三種立法例。我法從之。於第二二七條規定。遺囑執行人得數大時。其執行職務

以過半數決之。但遺囑共有意思者。從其意思。而得但得多數。其所以尊重遺囑人之意思也。關於保存

行為。外國法律有時得單獨行之者(德民第二二二〇條第二項。日民第一一九條第二項)。我民法無

此。全以爲解釋上之權。應保保存行為。須依過半數決之。往往不能達保存行為之目的故也。(註二)

註二) 遺囑執行人之職。應保保存行為。須依過半數決之。往往不能達保存行為之目的故也。(註二)

原公例外者。如葡萄牙民法(第一八九二條)。西班牙民法(第九〇八條)及日本民法(第一一三〇條)是有得請求

爲原則。不得請求報酬爲例外者。如德國民法(第二二二一條)及瑞士民法(第五一七條第三項)是。依余所信。以前之立法

例爲後理。第五二七條遺囑執行人之解職。第百一十條本對利益者。對遺囑執行人而對其言。其不於其對遺囑

我民法第一二二八條規定。遺囑執行人之解職。其遺囑執行人。其於執行職務。或有其遺囑執行人。其於執行職務

關係人得請求遺囑執行人。其由法院指定者。得聲請法院。其執行職務。其遺囑執行人。其於執行職務

二二七條。葡民第一九〇九條。日民第一二二二條。西民民法第九二〇條)法國民法及瑞士民法。其於執行職務

但在通說則認爲可以解職。我民法之以爲於執行職務。其其他遺囑執行人。其於執行職務。其遺囑執行人。其於執行職務

處。遺定。係以人的信用爲其基礎也。所謂意於執行職務。即不依第二二四條及第二二五條第一項之所定。而

極的履行其職務之意。所謂其他重大事由，則包含甚廣，舉凡不能執行職務或執行職務顯有不當之事由皆屬之。其出於遺囑執行人之故意過失與否，在所不問。解職，雖由利害關係人請求，遺囑執行人為遺囑人或第三人所指
定及親屬會議所選定者，由親屬會議為之，為法院所指定者，則由法院為之。所謂利害關係人，如繼承人受遺贈人
及其他因遺囑而受利益之人皆是。遺囑執行人得被動的解職，固矣，但能否自動的辭職，則法無明文，殊屬疑問。關
於此點，外國法律有明定。如有正當事由，得為辭職，如德國民法（第二二二六條）及日本民法（第一二二一
條）是。有餘有正當事由外，尚須法院之審查者，如葡萄牙民法（第一八九一條）及西班牙民法（第八九九
條）是。我民法無之，余以為解釋上應與德日民法同。

第六節 撤銷

第一款 概說

第二 遺囑撤銷之意義

遺囑之撤銷（*Widerruf* *Revocation*）者，基於遺囑人之意思，以使其所為有效遺囑，對於將來不生效力為
目的之行為也。遺囑為遺囑人之意思表示，其為遺囑與否，固屬遺囑人之自由，已為之遺囑，使其不發生效力，亦
屬遺囑人之自由。蓋遺囑乃遺囑人最終意思之表示（*Letzwillige Verfügung*），故於有數個遺囑時，僅其
最後之遺囑為有效力。彼禁止共同遺囑者，亦不外貫徹遺囑撤銷之可能性。雖然，此之所謂撤銷，係使遺囑對於

銷係基於遺囑人之獨立意思及其意思之確實也。雖然，關於此點，各國法律尙未一致。有須依同一之方式爲之者，如羅馬法之規定是。有以遺囑之方式爲已足，無須依同一之方式爲之者，如德國民法（第二二五條）、西班牙民法（第七三八條）、瑞士民法（第五〇九條）、奧大利民法（第七一七條）及日本民法（第一一四條）是。我民法則從後之立法例，蓋所以期遺囑之便利也。又在身關，關於遺囑之撤銷，有得於公證人前爲之者（民法第一〇三五條、意民第九一七條），我民法無之，自難爲同一之解釋。遺囑之撤銷，既須以遺囑之方式爲之，如以言詞爲之，自屬不生撤銷之效力。又雖係以公正證書爲之，如不具備公證遺囑之方式，亦屬不生撤銷之效力。

第二 遺囑得撤銷其全部或一部

遺囑得撤銷其全部或一部，此爲我民法所明定。遺囑人以遺囑明確表示撤銷其全部或一部無論矣，如遺囑人之意思表示不甚明確，自應由法院推測當事人之意思以爲決定。法院推測當事人之意思，亦非漫無標準，依余所信，應依遺囑內容之可分與否，異其結論。即在遺囑內容爲可分者，以撤銷其得撤銷之部分爲已足，反之，如遺囑內容爲不可分，則應撤銷遺囑之全部。至在前者，究以撤銷某部分爲宜，則屬遺囑人意思之解釋問題，自不外由法院依自由心證判斷之。

第三 遺囑得隨時撤銷

依我民法規定，遺囑得隨時撤銷。所謂得隨時撤銷，即遺囑無時間上之限制，無論何時，皆得爲之。又其撤銷，完全

解之部分，依然併有其效力。我民法即從此規定者也。但在前遺囑與後遺囑全部抵觸時，其全部視為撤銷，自不
律。

第二項 行為與遺囑抵觸時

我民法第一二二二條規定：「遺囑人於為遺囑後所為之行為與遺囑有相抵觸者，其抵觸部分遺囑視為撤銷。」此亦法定推定之一種。茲分析說明如左：

第一 概說

遺囑為遺囑人最終之意思，已累如前述，故如遺囑人於為遺囑後，而有與其遺囑相抵觸之行為，則有使其遺囑
不生效力之意思，不難推見。故我民法從一般立法通例，以其抵觸部分視為撤銷（法民第一〇三八條、瑞民第
五十一條第二項、日民第一一二五條第二項）。

第二 行為之意義

此之所謂行為，係指生前處分及其他之法律行為而言。生前處分者，以喪失遺囑標的之權利為目的之行為也。
全部處分既須以喪失遺囑標的之權利為目的，故遺囑人就遺囑標的設定抵押權或其他之權利時，其遺囑尚
不能視為撤銷。何則？蓋因此等設定行為，不過限制所有權之行使故也。雖然，惟在以抵押權、質權等所擔保之債
權不能受清償之價值時，即受遺囑人自不免於遺囑標的之權利。所謂其他法律行為，則指前項處分外之行為及
遺囑於財產之一切法律行為。前項處分以外之行為，例如遺囑人以遺囑為某甲就遺囑標的設定租賃權以後，

繼承人於其乙以生前行為就同一標的於死後繼續之意思而遺贈其遺產是特關於財產之法律行為例如遺贈人以遺贈指定其遺產繼承人以後繼又收養其乙為其養子時亦謂其所欲特行聲明許諾即與全於乙之繼承人

第三 不得廢除之贈定

依我民法規定遺贈後之行為與遺贈相抵觸者其抵觸部分遺贈視為撤銷行為與遺贈是否抵觸應屬廢除遺贈人之意思以為決定與前述同故在出賣消滅標的物者如遺贈人有以其價金充實遺贈人之意思即行為之遺贈廢除後雖不能視為撤銷又遺贈後之行為與遺贈抵觸其抵觸部分遺贈視為撤銷乃推測遺贈人之意思而設之規定故在處分或其他法律行為而非基於遺贈人之意思時其遺贈亦難認為撤銷所謂處分及其他法律行為非遺贈人之意思例如遺贈人以遺贈財產為抵押或遺贈財產為擔保之權利在遺贈人本人或其繼承人

第四 抵觸部分之撤銷

依我民法規定遺贈後之行為與遺贈相抵觸時其視為撤銷者僅以抵觸部分之遺贈為限並非遺贈全部當然為無效此點與前後遺贈無異

第四款 物之撤銷

依我民法第一二二二條規定「遺贈人故意破毀或塗銷遺贈或在遺贈上記明廢棄之意旨者其遺贈視為撤銷」

第一 遺囑之廢棄

此之所謂廢棄，指下列三種情形而言：(一)遺囑之破毀，(二)遺囑之塗銷，(三)在遺囑上記明廢棄之意。此種條文，見於德意志民法第二二五條第三項，而瑞士民法亦有此種規定。其為廢棄者（瑞士第五七〇條第一項、日耳曼第二二〇條）較諸我國民法之規定為嚴格。又此之所謂遺囑，指遺囑書而言，與瑞士第五一九條至第二二二條所謂遺囑（遺囑內容）不相符。蓋遺囑標之定義，應否視為遺囑，解者上有所疑。關於此點，外國法律有明定者，如日耳曼第二二〇條、大德律、我國海峽殖民地法律，均以推測遺囑人有無廢棄其遺囑之意思，故如係遺贈，應依第二二〇二條之規定以為解決，如非遺贈，則應與遺囑之廢棄同。

第二 遺囑廢棄之故意

遺囑之廢棄，須出於遺囑人之故意，此為我民法所明定。從而遺囑之廢棄，非出於遺囑人之故意，而由於過失或錯誤，不生撤銷遺囑之效力。雖然，關於此點，學說尚未一致，有謂遺囑之廢棄，如已至於不能辨別其內容之程度，縱係由於遺囑人之過失或錯誤，亦不能使其有效者，亦有謂遺囑之廢棄，苟係由於遺囑人之過失或錯誤，已至於不能辨別其內容之程度，亦不能視為撤銷者。依余所信，我民法既明定其須出於故意，自以後說為適。不過於此場合，如主張遺囑之存在，舉證上甚為困難耳。又遺囑，係因第三人之行為，或天災地變，不可抗力，歸於廢棄，是否喪失效力，亦一疑問。關於此點，外國法律有明定者，如其廢棄已至於不能精密確識其內容之程度，其遺

爲之撤銷回復其效力，頗屬疑問。關於此點，各國法律不同，有已撤銷或視爲撤銷之遺囑，因撤銷行爲之撤銷回復其效力者，謂之復活主義。此主義德國民法採取之（第二二五七條、第二二五八條），有不因撤銷行爲之撤銷回復其效力者，謂之非復活主義。此主義意大利民法（第九一九條）及日本民法（第九一七條）採取之。民法未設明文，余以爲撤銷行爲縱經撤銷，不但不能謂遺囑人即有回復其效力之意思，且如其爲遺囑人之意思，解釋問題，則利害關係人間將不免發生種種之爭議，故在解釋上應以從日意立法例爲合理。於此問題，我第二次民法草案設有規定，可供參考。（註一）

（註一）第一次民法草案第八一條：「撤銷行爲復經撤銷時，遺囑人應視爲仍用原遺囑之效力。」第二次民法草案第八一條：「撤銷行爲復經撤銷時，遺囑人應視爲仍用原遺囑之效力。」

第七節 特留分

第一款 概說

第一 特留分及特留分權

遺產係被繼承人之所有，所有人既得自由處分其財產，被繼承人之得自由處分其遺產，是爲當然。雖然，如被繼承人處分遺產之權毫無限制，衡諸道義人情，殊有未協。故大體上多設特留分之規定。特留分（Pflichtteil, Reserve, Compulsory or statutory share）者爲遺產繼承人之無償處分而被剝奪之遺產。

部分也。此不可疑奪之遺產部分之權利。謂之特留分。此項權利如被侵害則得於其被害之限度請求扣減以填補之。惟特留分權既屬權利則繼承人自得任意拋棄。且於其權利被侵害時縱不請求扣減亦無不可。繼承人處分遺產之限制僅以無償處分為限。如屬有償處分縱令因侵害繼承人之特留分繼承人亦無請求扣減之權。關於此點我民法雖未設明文。此就第一二二五條之規定及立法精神解釋實無疑義。

第二 特留分制度之由來

考特留分制度起源於羅馬法。即在羅馬法初期一家之家長有無償處分其財產之權利嗣後則對於家長之自由處分權加以限制而與繼承人以限制遺囑及贈與之訴權 (Quarta inofficiosa) 但依當時判例繼承人之請求權亦有一定界限。即凡依遺囑已承受其法定應繼分四分之一者即不得有所異議焉。及至優帝之世遂以法律明定凡正統繼承人未承受遺產之一定數額者得提起補充法定數額之訴訟其法定數額於正統繼承人在四人以下時為法定應繼分三分之一在四人以上時為法定應繼分二分之一。此即特留分制度之權輿。近世大陸法系諸國多採取特留分制度但其規定方式頗不相同有從被繼承人名義而立法者如德國繼承人所得自由處分之產額者 (Freibetrag des Nachlassverwalters) 如德法系諸國是。有從繼承人名義而立法者如德法系諸國是。我民法則從後之立法例者也。至特留分制度之效用在於調劑遺囑處分之自由已於本書緒論中述之茲不贅。

第三 關於特留分之主義

關於特留分之主義。各國判例不同。其主義亦不一。蓋特留分制度之實施因繼承人所得自由處分之產額而不同。故其主義亦不一。茲將各國判例之不同。分述於後。

業員實業火權歸則參照) 且特留分之性質如何有三種立法主義(一)第一種主義法國民法(第九條)及
特留分爲權利之一種已於前述此種權利之性質如何有三種立法主義(一)第一種主義法國民法(第九條)及
三條第三項第九)四條第二項第九一五條)荷蘭民法(第九六〇條)意大利民法(第八二六條)及
西班牙民法(第八二一條)採之此主義以特留分爲遺產之一部非繼承人則不付與特留分(二)第二種
主義德國民法(第二三〇三條以下第二三〇五條第二三二七條)及奧大利民法(第七六二條第七六三
條)採之此主義以特留分權爲特留分權利人對於繼承人(特留分權利人自身爲繼承人時對於共同繼承
人)可得行使其債權惟對於一定範圍內之親屬特留分(三)第三種主義羅馬法採之此主義係第一
第二兩種主義之折衷於其以特留分權爲特留分權利人對於繼承人之債權以第二種主義於其非繼承人則
不付與特留分似第一種主義上述三種主義以折衷主義爲合理蓋如依第一種主義以特留分爲遺產之一部
則一切利害關係人皆得妨礙遺產之清算又如依第二種主義繼承人非必皆與以特留分則與平均繼承之立
法精神殊相背馳故也至我民法採何種主義頗欠明瞭就全體觀察似採折衷主義

第二款 特留分之比例

第一 各國立法例

關於特留分計算之標準其立法主義可大別爲二(一)全體特留主義依此主義其特留之部分係爲列舉之
繼承人全體保留而其計算標準係就遺產若干分之幾而爲規定採此主義者爲法國及日本例如法國民法規
定直系卑屬爲一人時被繼承人得自由處分之數額爲遺產二分之一直系卑屬爲二人時爲遺產三分之一爲

三人以上時不問其人數如何爲遺產四分之一又直系尊屬有兩系時不問其人數如何爲遺產四分之一
系時爲遺產四分之三（第九一三條第九一四條）是又如日本民法規定直系卑屬之特留分爲遺產二分之一
配偶及直系尊屬之特留分爲遺產三分之一（第一一三一條）是（二）各別特留主義依此主義其特留

之部分係爲列舉之繼承人各別保留而其計算標準係就各繼承人應繼分若干分之幾而爲規定採此主義者
爲德國及瑞士例如德國民法規定不問親等之遠近被繼承人之子女父母及配偶其特留分爲應繼分二分之

一（第二三〇三條）是又如瑞士民法規定直系卑屬爲一人時特留分爲其應繼分四分之三父母爲其應繼
分二分之一兄弟姊妹各爲其應繼分四分之一配偶與法定繼承人競合時爲其應繼分之全部他自己爲繼承

人時爲其應繼分二分之一（第四七一條）是上述兩種主義其結果頗不相同例如享有特留分之繼承人中
有一人喪失繼承權時依第一種主義其特留分即歸其他享有特留分之繼承人反之如依第二種主義則其特

留分即算入自由處分部分與其他享有特留分之繼承人並無干涉其著者也此兩種主義應以第二種主義
爲合理即特留分原係自由處分部分繼承人中之一人喪失繼承權時即以特留分算入自由處分部分
當然焉

第二 我民法之規定

我民法關於特留分係採各別特留主義此就第一二二三條之規定觀之甚爲顯然（民法繼承先決各點審查
意見書第九點說明參照）但特留分之比例亦如德國民法因繼承人與被繼承人情誼之親疏而不同茲分述

如左

一 直系血親卑親屬父母及配偶為其應繼分三分之二

例如遺產為十二萬元有配偶及子女各一人依第一一四一條及第一一四四條第一款之規定其應繼分各

為四萬元而其特留分為該四萬元二分之一即各為二萬元是又依上例如無直系血親卑親屬而有配偶及

父母時依第一一四一條及第一一四四條第二款之規定配偶應繼分為六萬元父母應繼分各為三萬元而

其特留分則配偶為該六萬元二分之一即三萬元父母各為該三萬元二分之一即一萬五千元是其餘可以

類推

二 兄弟姊妹及祖父母之特留分為其應繼分三分之一

例如遺產為十二萬元無直系血親卑親屬父母及配偶僅有兄弟姊妹各一人依第一一四一條之規定其應

繼分各為三萬元而其特留分為該三萬元三分之一即一萬元是又依上例如並無兄弟姊妹僅有祖父母依

第一一四一條之規定其應繼分各為六萬元而其特留分為該六萬元三分之一即二萬元是其餘可以類推

第三款 特留分之計算

第一 計算之順序

我民法第一二二四條規定「特留分由依第一一七三條繼承遺產財產中除去債務額算定之」此種規定

為各國法律之所同（法民第九二二條德民第二三二五條日民第一一三二條）依此規定

本論 第四卷 遺囑

特留分計算之順序有如在述

一 繼承開始時遺產之計算

繼承開始時被繼承人所有之財產爲計算特留分之基礎，故首應爲此項財產之計算。繼承開始時被繼承人所有之財產包含甚廣，舉凡非專屬於被繼承人本身之有體的無體的財產皆屬之。又遺贈於人之財產亦爲繼承開始時被繼承人之財產，其應算入，自不待言。此外，被繼承人於繼承開始前有贈與之意思而未履行之財產，被繼承人對於繼承人所有之債權（註一）以及遺產之孳息等，解釋上亦均應算入。又在被繼承人之權利附有條件或期限時，如爲解除條件或終期附之權利固不必算入，反之如爲停止條件或始期附之權利則非算入不可。惟停止條件附權利或存續期間不確定之權利，應依何種標準以爲計算，我民法無明文規定，關於此點外國法律有明定依法院選定之鑑定人之評價以定其價額者（日民第一一三二條第二項），可爲我民法適用上之參考。

二 贈與價額之加入

繼承人中有在繼承開始前因結婚分居或營業已從被繼承人受有財產之贈與者，應將該贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有之財產中，此爲依第一一七三條算定應繼遺產所當然。雖然關於贈與價額之加入各國法律殊不一致，有不問何種贈與皆應加入者，此爲法國、德國、瑞士及日本民法之立法例，在一定期間以前之贈與即不加入者，此爲德國、瑞士及日本民法立法例。（註二）我民法則僅以因結婚分居或營業所受之

贈與爲限，亦無復想問之限制。依此規定，則被繼承人得爲無限制之贈與，藉以避免特留分規定之適用。其立法當否，實屬問題。(註三)又贈與價額之加入，以被繼承人於贈與時無反對意思表示者爲限。如有反對意思表示，則不得加入。蓋所以尊重被繼承人之意思也。至贈與價額依何時之價值以爲計算，各國法律不同，有依繼承開始時之價值計算者，如日本民法(第一一四六條)是。有依贈與時之價值計算者，如德國民法(第二三二五條第二項)是。我國從德國民法之規定。此點已於前述，茲不贅述。

三 債務額之除去 人負債務，其財產而得與債權人共其財產，其財產之減少，亦不問其減少之原因，均應認爲債務額之減少。此之所謂債務額，不問其爲對於普通債權人之債務，抑對於有優先權之債權人之債務，亦不同。其爲對於繼承人之債務，抑對於第三人之債務，亦凡屬於被繼承人負擔之債務，或應以全體繼承人之債務，皆應於應繼遺產中除去之，以作成純粹之遺產。雖然，法律上應由遺產負擔之債務(民法第一一五〇條)，則非此之所謂債務，不應於應繼遺產中除去之。惟被繼承人之埋葬費用，是否爲被繼承人之債務，則學說及立法例殊不一致，有明定埋葬費用

應由遺產中除去者，如瑞士民法(第四七五條)是。我民法既未說明文，自難爲同一之解釋。且其理由，亦未明。其理由，不外(註一)此種債權，於繼承人承認繼承時，因因混同而消滅，但關於遺產之數額，則應算入，係屬另一問題。且其理由，亦未明。其理由，不外(註二)應認爲第三二二五條第三項「自贈與物之給付以迄於繼承開始經過十年者，其贈與不受影響。其贈與時，贈與人已死亡，其贈與物，應認爲繼承人所有。其贈與時，贈與人已死亡，其贈與物，應認爲繼承人所有。其贈與時，贈與人已死亡，其贈與物，應認爲繼承人所有。」

(註三)應認爲第三二二五條第三項「自贈與物之給付以迄於繼承開始經過十年者，其贈與不受影響。其贈與時，贈與人已死亡，其贈與物，應認爲繼承人所有。其贈與時，贈與人已死亡，其贈與物，應認爲繼承人所有。其贈與時，贈與人已死亡，其贈與物，應認爲繼承人所有。」

本論 第四章 遺囑 二五三

現存財產 50,000 + 贈與財產 50,000 = 100,000
債務 50,000 = 應繼財產 50,000

三 義務之價額超過權利之價額時

今設繼承開始時被繼承人之財產中，屬於權利者五萬元，屬於義務者十萬元，繼承開始前贈與於繼承人者五萬元，而其繼承人爲配偶及一直系血親卑親屬時，其特留分計算之方式如左：

現存財產 50,000 + 贈與財產 50,000 = 100,000
債務 100,000

依右表所示遺產既等於零，則繼承人無受特留分之餘地。雖然於此場合，被繼承人之債務人享受非其所豫期之利益，顯爲不當。於是法國學者對於該國民法第 917 條爲下列之便宜之解釋。日本條之規定，惟於被繼承人之債務少於其資產，或至少債務與資產二者相等時，始有其適用。反之如債務多於資產，則應先除去債務，次加入贈與，以其所得之結果爲算定特留分之基礎。此種解釋，與法律規定特留分計算之順序顯相違背。殊難贊同。余則以爲債權人依據法理不能超過債權之數，請求清償。今被繼承人之現存財產既祇五萬元，除其贈與有第二四四條第一項情形，得聲請法院撤銷外，債權人祇能就現存財產請求清償。是爲當然。是十萬元之債務，祇能受五萬元之清償。而以其餘之五萬元計算特留分。

第四款 遺贈之扣減

依前款所述特留分算定之結果，如被繼承人遺贈財產，其遺贈財產自由處分之範圍，應爲遺贈。被繼承人不能保

全特留分時有無特留分遺產不足以其遺產繼承人應得之數而遺贈之數不足者得按其不足之數由遺贈定遺贈之扣減曰一應得特留分之人如因被繼承人所為之遺贈致其應得之數不足者得按其不足之數由遺贈財產扣減之受遺贈人有數人時應按其所得遺贈價額比例扣減之(法民第九二〇條德民第二三一八條瑞民第四八六條巴民第一七二七條西民第八一七條日民第一一三四條)從可知遺贈縱違反關於特留分之規定不過應得特留分人有請求扣減之權其遺贈自體並非當然為無效茲就請求扣減說明如左

第一 扣減之標的

關於扣減之標的各國法律多不限於遺贈一切之贈與均在扣減之列且其扣減多以遺贈為第一位贈與為第

二位而贈與之扣減則又以後之贈與為先先之贈與為後(法民第九二三條第九三五條瑞民第五三二條荷民第九七一條意民第九二三條第一九一三條日民第一一三六條第一一三八條)我則扣減之標的僅以遺贈為限繼承人中有在繼承開始前因結婚分居或營業已從被繼承人受有財產上之贈與者其贈與價額雖應於遺產分割時由該繼承人之應繼分中扣除(法民第一一七三條)然此乃另一問題與此之扣減無關此種立法是否妥當實屬問題遺贈不問對於繼承人否之對於第三人為之皆是惟死因贈與是否遺贈學說上不無爭論余則以為死因贈與就其於贈與人死亡時發生效力之點雖與遺贈無異然此種贈與究不失為生前行為與一般贈與同一般贈與既無扣減明文死因贈與之不得扣減自不待言(註一)

(註一)關於此點羅仲餘氏與本書見解有異謂「死因贈與係屬生前行為與遺贈有別然就其於贈與人死亡時發生效力之點觀

我，我僅繼承人有之，即繼承人之一般或特定之繼承人，亦得此權利。關於此點，外國法律有權證明文者（日民法第一一五三條），我民法無之，余以為解釋上應屬相同。所謂繼承人之一般繼承人，即繼承人之繼承人是。所謂繼承人者，特定繼承人，如繼承人之受遺贈人是。但此權利，繼承人之固有債權人，能否依民法第二四二條代位繼承權利，學說上頗有爭論。倘余所信，應取肯定說。查扣減權，乃應得特留分人基於其繼承權，請求他人返還繼承財產之權利，與專屬其本身之繼承權，既屬有別故也。至被繼承人之受遺贈人及債權人有無此權，亦屬問題。查國法律有明定其無此權者（法民第九二一條），我民法無之，余以為解釋上應屬相同。

第四節 扣減權之行使

遺贈扣減權，與一般之權利同，其行使與否，係屬自由固不待言。但扣減請求權行使之時期如何，我民法無明文規定。依余所信，應於繼承開始後行使之。而在繼承開始前，應得特留分人，不過有將來得行使此權利之希望，故繼承繼承人所為之遺贈，致其應得之數不足，亦不得豫先行使扣減權，或因保全權利請求為何種之處分。又此權利，非權利人承認繼承以後，不得有之。此之所謂承認，固不限於單純承認，限定承認，然如拋棄繼承，則無行使扣減權利之可言。至扣減請求權行使之方法如何，各國法律不同，有以對於受遺贈人表示扣減之意思為已足者，此為大多數法律之所同，有必須以訴為之者，此為法、瑞民法所採之立法例（法民第九二一條，瑞民第五二二條）。我民法則從前之立法例，行使扣減權，祇須以意思表示為之，如對於受遺贈財產之交付，而受遺贈人拒絕返還，則應得特留分人自不始是遺贈繼承之訴，或給付之訴，或確認之訴，及給付之訴，以解決之。

(註二) 我民法關於遺贈扣減之規定，甚爲簡單，尙有種種問題未能解決，舉其著者，如(一)遺贈之孳息應否返還，應自何時起算於此問題各國法律不同，有於繼承開始後一年以內爲扣減之請求時，則應返還自繼承開始以後之孳息，否則不必返還者，如法國民法(第九二八條)是。有請求扣減之日以後之孳息應爲返還者，如葡萄牙民法(第一五〇五條)及日本民法(第一一三九條)是。依余所信，以後之立法例爲合理。(二)應受扣減之受遺贈人如無實力，其損害應由何人負擔，於此問題，各國法律亦不一致，有由應受特留分人與其他受遺贈人分擔者，如葡萄牙民法是。有由其他受遺贈人負擔者，如比利時民法草案是。有由應受特留分人負擔者，如日本民法是。自貫徹扣減遺贈之立法精神立論，以第二種立法例爲合理。(三)扣減權之消滅時效期間如何，於此問題，各國法律多設有明文，有定爲一年或十年者，如瑞士民法(第五三三條)及日本民法(第一一四五條)是。有定爲三年或三十年者，如德國民法(第二三三三條)是。我民法未特設明文，解釋上自應適用第一二五條普通消滅時效之規定。但期間過長，似不知以另定消滅時效期間爲宜。

繼承法先決各點審查意見書

第一點 宗祧繼承應否規定

宗祧繼承，毋庸規定。

(說明) 宗祧之制，詳於周禮，為封建時代之遺物，有所謂大宗、小宗之別。大綱之廟百世不遷者謂之宗，小宗之廟五世則遷者謂之祧。此宗祧二字之本義也。宗廟之祭，大宗主之，世守其職，不可以無後，故小宗可絕而大宗不可絕。此立後制度之所從來也。自封建制度廢亡，社會之組織以家為本位，而不以宗為本位，祖先之祭祀，家各主之，不統於一，其有合族而祭者，則族長主之，非必宗子也。宗子主祭之制不廢而廢，大宗、小宗之名已無所附麗，而為大宗立後之取久成虛語。此就制度上宗祧繼承無繼續存在之理由一也。查例不同其房次房身輩並後，今之所謂長房，固未必盡屬大宗，違倫次房，且同父異親復有兼祧之例，因之長房之子在事實上亦有兼為次房之後者，與古人小宗可絕之義遠矣。已甚，徒聽其名而無其實，此就名義上宗祧繼承無繼續存在之理由二也。宗祧重在祭祀，故立後者惟限於男子，而女子無立後之權，為人後者亦限於男子，而女子亦無為後之權。重男輕女，於此可見，顯與現代潮流不能相容。此就男女平等上宗祧繼承無繼續存在之理由三也。基於上述理由，故認為宗祧繼承毋庸規定。至於選立嗣子，原屬當事人之自由，亦毋庸加以禁止，更不分男女均得選立及被選立耳。

第二點 遺產繼承是否以宗祧繼承為前提

遺產繼承，不以宗祧繼承為前提。

(說明)我國舊律遺產之繼承惟限於直系卑屬之男子，蓋以宗祧繼承為前提也。因之無子者，必立嗣子，其親女無繼承遺產之權。守志之婦，雖得暫承夫分，仍須盡族長立嗣，是妻亦無繼承遺產之權也。凡此男女間不平等之制度，至於今日已盡人知其不可行。至於直系尊屬，因舊律有子孫別籍異財之禁，故尊屬若在其子孫即無遺產之可言，今則情勢變遷，卑幼私財之禁，已漸廢弛，如其死而無後，必仍為之立遺產繼承，而不許父母若祖享有此權，亦殊得於事理，故居今日而言遺產繼承，自不應以宗祧繼承為前提也。

第三點 繼承人之範圍順序及其應繼分

一、繼承人，分法定繼承人及指定繼承人兩種。

二、法定繼承人，除配偶外，依左列順序定之：

- 一、直系卑親屬
 - 二、父母
 - 三、兄弟姊妹
 - 宗祧繼承人 祖父母
 - 三、非婚生子女，經撫育或認領者，於繼承財產與婚生子女同。
 - 四、第一順序之法定繼承人，不問性別，以親等近者為先。
 - 五、第一順序之法定繼承人中，有於開始繼承前死亡或喪失繼承權者，由其直系卑親屬繼承其應繼分。
 - 六、法定繼承人不祇一人時，不問性別平均繼承，但有特別規定者不在此限。
- 前子女之繼承順序，與親子女同，但應繼分為親子女之二分之一。

八、於無直系卑親屬時，得就財產之全部或若干分之數指定繼承人。
九、繼承人及被指定人，均不問性別。

(說明) 繼承財產，以直系卑親屬之男子為限，是狹於宗祧繼承之說，而以繼承宗祧為繼承財產之前提也。故無子者，須立嗣繼承，始相當之人以為之繼，惟究其詳，雖親如父母祖父母及孫兄弟姊妹甚至所生之子女，均不得預於繼承之列，換諸人情，未免拂戾。茲除關於女子之繼承財產權，已經第二次全國代表大會議決有案，應即定入原則外，特於直系卑親屬之外，並規定其他親屬之亦得於繼承人者，庶與現時趨勢相符。

各國於直系卑親屬之外(配偶另詳)，所定其他繼承人之範圍及順序，殊不一致。茲就直系卑親屬及配偶以外之繼承人略述於下：(一)德國規定：父母及其卑親屬，祖父母及其卑親屬，曾祖父母及其卑親屬，遠祖及其卑親屬，均為法定繼承人，而就中順序以父母及其卑親屬次之，以上遞推。(二)瑞士則規定：父母(死亡在前者，由其直系卑親屬代表繼承)及祖父母(死亡在前者，由其直系卑親屬代表繼承)均為法定繼承人，而就中順序以父母為先。(三)巴西則規定：直系卑親屬及六親等內之旁系親屬(死亡在前者，由其卑親代表繼承)均有詳細之規定。(四)日本則規定：直系卑親屬均為繼承人，而順序以親等最近者為先，後依親等之遠近，及於同親等者，依其親屬之親疏，及於同親等及同親疏者，依其親屬之長幼，及於同親等、同親疏、同長幼者，依其親屬之數，而酌外國成規，為父母及兄弟姊妹並祖父母均得繼承財產。

各法定繼承人之順序，所以列直系卑親屬為第一順序者，蓋法多受人情，而亦世界各國之所同也。父母先於兄弟姊妹，兄弟姊妹先於祖父母者，雖非各國之所同，然以其情於我國之人情，被繼承人親屬之至親，法定繼承人被至親父母而止者，情得盡則情已就緒，故不多及此外，尚應說明者：(一)同一順序，以親等最近者為繼承人，始為繼承之通例，若其中者有在繼承人前而無子者，或喪失繼承權者，其人應繼分擬定其直系卑親屬繼承。(二)直系卑親屬，原限於婚生者，若庶子女及私生子女，若非婚生之子女也，然庶子女於今尚有存者，私生子女亦難免。我國舊律，於庶子並無歧視，擬即仍之。至於私生子，在舊律則祇規定依

子若干分，然私生子女若經認領，在法律上應視為子女，與於繼承財產與婚生子女同，亦應按立法之趨勢，改稱子女，如前所稱內對於庶子女及經認領之私生子女，概括定為在法律上與婚生子女無異，則關於繼承，自無特別規定之必要。(三)妻子女無繼承權，人生前視同子女者，舊律定為酌予財產，未免漫無標準。茲擬尊重被繼承人生前之感情，而定為與婚生子女同，惟其繼承分公親生子女應繼分之二分之一。又宜歐美各國，於法定繼承人外，多有許指定繼承人者，其制度實深於羅馬法，而各國多效之，且其範圍甚廣。例如(一)不限於無法定繼承人時；(二)被指定者不限於一人；(三)不同其為親屬非親屬；(四)對於財產之繼承，或為全部，或為一部，均無不可。蓋尊重死者之意思也。茲按照我國社會情形，似宜採用此種制度，故擬酌予採用而加以變通，定為於無直系卑親屬時，始得指定繼承人繼承其財產之全部或一部，而指定及被指定者，均不問性別。此外所應注意者，法定繼承人之順序及應繼分，在被繼承人對於遺產無特別處分時適用之，但特留分，仍不受其影響也。

第四點 配偶應否繼承遺產

配偶，應有相互繼承遺產之權。

(說明)我國舊律，妻對於夫無繼承遺產之權，所謂無子守志得承夫分者，不過暫行管理而已。而夫對於妻，雖歸明文規定，然習慣上妻之財產與夫之財產不分，妻亡之後，其遺產即為夫之所有。前北京大理院判例且明謂妻亡無子者，夫得繼承遺產矣。此關於夫權制度不合於現代思想者一也。我國舊律，惟繼承宗統者，始得繼承遺產，二者不能分離，故配偶無遺產繼承之權。由今觀之，宗統繼承為奉祀之權，遺產繼承為財產權之移轉問題，命意不同，旁屬牽混。此關於宗統制度不合於現代思想者二也。今就原則言，男女既屬平等繼承遺產，又不以繼承宗統為前提，則以配偶間利害關係之深，自應認其有相互繼承遺產之權。

第五點 配偶繼承順序及應繼分

配偶繼承不限於一定之順序，其應繼分，依左列各款定之：

- 一、有第一順序之繼承人時，與各繼承人平均分配。

與第二順序或第三順序之繼承人同繼承時，其應繼分爲遺產二分之一。

三、與第四順序之繼承人同繼承時，其應繼分爲遺產三分之二。

四、無第一順序至第四順序之繼承人時，其應繼分爲遺產全部。

(說明)各國民法，對此問題之規定，大別爲二類：(一)列配俱於一定之順序者；(二)無一定之順序，而與任何一順序均得同時爲繼承人，其應繼分有差別者。日本民法屬於第一類，配俱屬第二順序，如有第一順序之直系卑親屬時，配俱即毫無所得，如無直系卑親屬時，配俱即得遺產之全部，未免偏枯不平。德國、瑞士等國屬於第二類，惟德國則較爲折衷，可以採用，惟其對於應繼分之規定過於繁瑣，均無取也。今酌定配俱之繼承，或與其他繼承人平均分配，或得遺產二分之一，或得遺產三分之二，或得遺產全部，蓋亦顧其與同繼承人者之順序而定其應繼分之多寡也。

第六點 繼承開始前贈與之財產應如何計算

法定繼承人，在繼承開始前，因結婚分居或營業等原因，已從被繼承人受有財產之贈與者，於繼承開始時，應將其受贈財產併入遺產計算，但被繼承人於贈與時有相反意思之表示者，不在此限。

(說明)法定繼承人之繼承財產，既各有其應繼分，則繼承人受贈財產，應與受贈財產之種類者，如不併入遺產計算，則繼承財產之外，多有所得，顯與繼承人同平均繼承之本旨不符。各國民法對於併入計算問題，雖條文詳略互殊，而原則大致相同，故擬酌予採用，惟如贈與人於贈與之際，曾表示意思不必併入遺產計算者，爲尊重當事人之自由意思起見，自應定爲例外。

第七點 對於遺產有貢獻之繼承人，應否規定報償

對於遺產有貢獻之繼承人，毋庸規定報償。

(說明)瑞士採用要求報償之制度，以成年子女遺棄其生計者，其遺棄者得要求報償，然在報償凡同居共財者，有共維家產之責，固

(說明) 繼承人應依其應繼分而繼承遺產，而親屬間通力合作，彼助互助，亦視為應繼之義務，如以法律明文許其於繼承遺產時要求報償，應足以償還。

第八點 特留財產應否規定

特留財產應加親疏

(說明) 各國關於共同繼承之法律，有采個人自由處分之主義者，如英美兩國有采特留財產之主義者，如德法瑞士日本等國。其特留財產之範圍，依其親疏之別而異，完全予以自由處分者，不加限制。采第二主義者，則個人得自由處分，而法律規定親屬所享有之特留財產，絕對不使其影響，兩者相較，自以第二主義為合情理，經採用之。示亦不以此類。

第九點 特留財產之範圍

特留財產之範圍 依其親疏之別而異

- 一、各直系卑親屬及配偶之特留分，為其應繼分二分之一。
- 二、父母之特留分，為其應繼分二分之一。
- 三、兄弟姊妹之特留分，為其應繼分三分之一。
- 四、祖父母之特留分，為其應繼分三分之一。

(說明) 各國關於特留財產之規定，其意義及計算方法，可大別為二：(一) 全額特留辦法；(二) 各別特留辦法。前者為法國法系所採。

三、用，其遺產之全部，均為列繼承人受繼承，而其計算遺產，係就遺產若干分之數而定之。後者為德國法系所採用，其特留之部

分，係指列繼承人其別特留，而其計算遺產，係就各繼承人應繼分若干分之數而定之。兩者結果不同，例如享有特留分之繼承人中有一人喪失繼承權時，依第一辦法，其特留分即歸其他享有特留分之繼承人，依第二辦法，則其特留分即算入自由處分之部

民法繼承編施行法

民國二十年一月二十四日國民政府公布同年五月五日施行

第一條 繼承在民法繼承編施行前開始者，除本施行法有特別規定外，不適用民法繼承編之規定。

第二條 繼承開始，雖在民法繼承編施行前，而在左列日期後者，女子對於其直系血親尊親屬之遺產，亦有繼承權。

一、中國國民黨第二次全國代表大會，關於婦女運動決議案，經前司法行政委員會民國十五年十月通告各

審到達之日。

二、通告之日，尚未隸屬國民政府各省其隸屬之日。

第三條 民法繼承編公布前，已歸女子依前條之規定，應繼承之遺產，而已經其他繼承人分割，或經確定判決不

歸其有繼承權者，不得請求回復繼承。

第四條 民法繼承編施行前，依民法繼承編之規定，消滅時效業已完成，或其時效期間尚有殘餘，不足一年者，得

於施行之日起，一年內行使請求權，但自其時效完成後，至民法繼承編施行時，已逾民法繼承編所定時效期間

二分之一者，不在此限。

第五條 前條之規定，於民法繼承編所定無時效性質之請求期間準用之，但其法定期間不滿一年者，如在施行

時向未屆滿其期間，自施行之日起算。

第六條 民法繼承編關於喪失繼承權之規定，於施行前所發生之事實，亦適用之。

第七條 民法繼承編施行前，所立之嗣子女，對於施行後開始之繼承，其繼承順序及應繼分與婚生子女同。

第八條 繼承開始在舊法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律，亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定，定其繼承人。

第九條 民法繼承編施行前所設置之遺產管理人，其權利義務自施行之日起，適用民法繼承編之規定。

第十條 民法繼承編關於特留分之規定，於施行前，所立之遺囑而發生效力在施行後者，亦適用之。

第十一條 本施行法自民法繼承編施行之日施行。

民法繼承編施行法

民國十五年一月二十日國民政府公布
民國十五年五月五日施行

第一條 繼承在民法繼承編施行法前開始者除本法施行法有特別規定外不適用民法繼承編之規定

第二條 繼承人於繼承開始時在民法繼承編施行法前而在左列各情形者其繼承之遺產亦有繼承人

一 中國國民在第二次全國代表大會開會前在民法繼承編施行法前由該委員會民國十五年一月頒布各

事到連之日

可及我國國民政府公布其繼承之具

而遺產繼承人分別或繼承之判決不

而遺產繼承人分別或繼承之判決不

繼承人

第五條

繼承人日此列列其繼承人繼承人其

第六條 繼承人日此列列其繼承人繼承人其

第七條 繼承人日此列列其繼承人繼承人其

第八條 繼承人日此列列其繼承人繼承人其

第九條

第十條 繼承人日此列列其繼承人繼承人其

附錄二

論宗祧繼承

○小宗 國書局
○小宗 陽春里
○小宗 陽春里

○小宗 宗之
○小宗 宗之
○小宗 宗之

序說

○小宗 宗之
○小宗 宗之
○小宗 宗之

我國以男系為中心的宗法制度，數千年來，不可被宗祧繼承之弊制，即由此而生。世之論宗祧繼承之存廢者，莫不歸結於宗法之存廢。宗法之應否存廢，論者紛然，又不自今日始。宋張橫渠開「宗法不立，既死族散，其家不傳，宗祧者，人又各知來處，國家大有裨益。今驟得富貴者，止能為三四十年的計，造宅一區，及其既死，則棄子分裂，遺棄遺棄，則家不存。」
「國體變遷，亦明教令，所不能始者，宗子能謂之。故論者，而宗子近也。父兄所不能教者，宗子能教之。父兄多從寬，而宗子可從嚴也。宗法實能彌乎教令，父兄之隙者也。」
「對於宗法，獨特疑議者，為五禮通考，其說略謂：「古者有井田，有世祿，井田法行，則人無兼並，世祿不絕，則宗無削奪。若後世，則族之人，或父貴而子貧，或祖貴而孫貧，或嫡親而庶貴，貴者可以為別子，貧者同宗，則人皆以人而別，非若舊制之族，而不可易也。望於兼並勢成，人皆自食其力，勤儉者致富，惰侈者困乏，即一家之中，有父富而子貧，兄貴而弟富，嫡貴而庶富，又以人之勤惰貧儉而分，非若舊制之大宗，有世祿之可守。如是而貴大宗之收族，其勢必不能。」
收族既不可能，宗之為宗，尚何立耶？」

宗法之存廢

宗法之存廢

實其果以爲人種之標識。惟承之公承而養于公固公起而不公其然也而養于公欲然也而養于公不似

五 總論 宗法之義 宗法之義 宗法之義 宗法之義 宗法之義 宗法之義 宗法之義 宗法之義 宗法之義 宗法之義

宗法乃周人用以保持政治地位之妙法，故周雖東遷，王綱解紐，而政治地位，猶能維繫於不墮，有周保持政治

地位之法，尚不難也。一曰宗法，二曰同姓不婚。宗能大傳，一聚之以姓，……雖百世所不相通者，知通於宗，一國人

自履行此制，於是異族相和而融成一體，天子對於諸侯，一曰同姓謂之伯父，異姓謂之伯舅，其能保持政治

地位至於八百年之久者，非由於是。周社雖廢，然此兩大法，創以儲君及歷代帝王之力，猶殘留以迄於今。我長雖新

以能養而傳者，固不同姓不婚之制，然由宗法遞變而來之宗祧繼承，則因封建制度，僅殘形骸，精習和治，遂解

滋生。吾人觀立法，當見其難者大者，豈其制而善，我國雖無是種習慣，亦當努力創設，其制而不善，我國雖有是

種習慣，亦應根本廢除，以同姓不婚及宗祧繼承兩事爲例，前者應爲相當的保持後者則應根本廢除。若徒拘今泥

古，又何濟乎。是法律哉，然世有謂：總理官主張由宗族主義擴充至國族主義，再由國族主義擴充至民族主義，

以爲不能廢止宗祧繼承之論證者，竊以爲宗族主義爲一事，宗祧繼承又爲一事，總理之所謂宗族主義，乃在宗

族主義之精神，而不存宗祧主義之形骸，如謂廢止宗祧繼承，則宗族解體，然則專制男系以立之宗，庸詎知不與

總理訂之禁內歐律（其法律上）……確認男女平等之原則，大相刺擊乎。且總理雖言及宗族，而宗法實

以法律學之規定，吾人之研究，總理遺教者，亦惟善盡總理遺教之精意，以求其一以貫之而已。……

……

何二

主

出

出

出

出

出

出

出

出

出

出

出

出

出

出

出

出

注

注

注

注

注

注

注

注

注

注

注

注

注

注

注

注

注

注

承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑屬代位繼承其應繼分，是以繼承開始前死亡之已嫁女子，如果於未死亡之前法律已許其有繼承財產權者，則該女子之直系卑屬自可依法代位繼承其應繼分，此固已見院字第四〇五號及四二四號解釋在案。惟已嫁女子生前之法律，若並未許其有繼承財產權，而於死亡之後法律乃許女子有繼承財產權，而繼承之開始又在其後，則該女子之直系血親卑屬，可否主張代位繼承，不無疑義。（甲）說謂女子死亡之時，法律雖尚未許其有繼承財產權，但於被繼承人死亡之時（即繼承開始之時）法律已許女子有此權利，則當實遵男女平等之原則起見，自應許該女子之直系卑屬得以代位繼承之。（乙）說謂依院字第四〇五號及四二四號解釋，對於女子之直系卑屬得以代位繼承者，均以該女子依法有繼承財產權者為限，若女子生前之法律，並未許其應繼財產之權，是該女子於生前本無此權利，則其死後之法律，雖許女子有繼承財產權，而早已死亡之女子，究難從享受此權利，故其後繼承開始之時，該女子即無所謂其應繼分，而其直系卑屬亦不得主張代位繼承云云。以上二說，均持之有故，職院恆有受理關於此項案件，理合電請貴院，查核法律院院長梅光羲即佳印。



Vertical text or markings on the right edge of the page, possibly a page number or a small inscription.