

高德明編著

# 家庭法律常識

中華書局印行

中華書局編輯部樣書  
第24號  
38年2月15日出版

上海图书馆藏

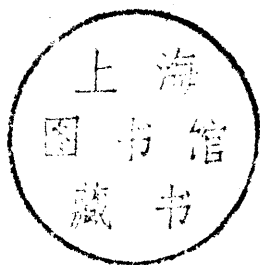


A541 212 0014 0967B

高德明編著

家  
庭  
法  
律  
常  
識

中華書局印行



~~1523254~~

## 自序

家庭爲國家之基本組織，係由各人民之親屬分別結合而成，政府爲保障並增進各家庭之生活與安全起見，不能不頒訂種種法律，關於此種法律之內容，無論任何家庭，均宜深切注意，庶可使每一家庭內之一切行爲，皆不致軼出法律所規定之範圍。

惟查有關家庭之法律範圍頗廣，有公法，有私法，有實體法，有程序法，亦有屬於民法及刑法者，種類繁多。倘欲每一家庭之組成份子，事前先遍覽諸種法律，然後遵章而行，殆屬不可能之事。然實際上吾人對於家庭事務之處理，又在在須求其合乎法令，否則，即將遭受違法之制裁，處此兩難之際，自應亟謀解決之道，著者編述本書之動機，亦可謂實由於此。

本書編撰目的，既在灌輸一般家庭法律知識，故凡屬家庭中日常應用之各項法規，無不擇要蒐采，並酌分章節，藉使眉目清晰，系統井然。敘述則力求淺顯，俾易推廣。倘因本書之出，得使家庭間之糾紛及違法事件日漸減少，此誠著者所深切期望者也。是爲序。

三十七年春高德明書於首都





# 家庭法律常識目次

## 自序

### 第一章 家庭

第一節 舊法上的家

第二節 現行法上的家

第三節 家長

第四節 家屬

第五節 廣義家庭

第六節 狹義家庭

第七節 家庭居住和遷徙之自由

第八節 家庭被侵害之保障

### 第二章 婚姻

目次

一

一  
一  
二  
二  
二  
四  
五  
六  
六  
七  
二二

第一節	婚約	一二
第二節	結婚	一五
第三節	婚姻之無效	二二
第四節	婚姻之撤銷	二三
第五節	婚姻之效力	二四
第六節	離婚	二六
第七節	重婚	三四
第八節	詐婚	三六
第九節	通姦	三七
第三章	夫妻財產制	四〇
第一節	財產制總說	四〇
第二節	夫妻財產契約	四二
第三節	約定財產制	四四
第四節	法定財產制	四九

第四章 親屬……………五三

第一節 親屬制度……………五三

第二節 親屬種類……………五五

第三節 親系……………五七

第四節 親等……………五八

第五節 親屬關係之發生……………六二

第六節 親屬關係之消滅……………六四

第七節 親屬會議……………六五

第五章 父母子女……………六九

第一節 父母子女關係之種類……………六九

第二節 婚生子女……………七一

第三節 非婚生子女……………七二

第四節 擬制的父母子女……………七六

第五節 父母子女關係之內容……………七九

第六章 扶養……………八二

第一節 扶養制度……………八二

第二節 扶養權利義務之發生和免除……………八三

第三節 扶養當事人之範圍和順序……………八四

第四節 扶養之程度和方法……………八五

第五節 不負扶養義務之制裁……………八六

第七章 監護……………八九

第一節 監護制度……………八九

第二節 監護開始……………九〇

第三節 監護機關……………九一

第四節 監護終止……………九六

第八章 繼承……………九八

第一節 過去時代的繼承……………九八

第二節 現行法律的繼承……………九九

第三節 遺產繼承和遺囑……………一〇一

第四節 法律規定之遺囑……………一〇二

第九章 遺產繼承人……………一〇五

第一節 繼承人之範圍……………一〇五

第二節 繼承人之順序……………一〇九

第三節 繼承人之應繼分……………一一一

第四節 繼承人之繼承權……………一一六

第十章 遺產繼承……………一二三

第一節 遺產繼承之效力……………一二三

第二節	限定之繼承	一二七
第三節	遺產之分割	一三五
第四節	繼承之拋棄	一四五
第五節	無人承認的繼承	一四八

第十一章 遺囑……………一五三

第一節	遺囑能力	一五三
第二節	遺囑之內容	一五六
第三節	遺囑方式	一六一
第四節	遺囑之效力	一七〇
第五節	遺囑之執行	一七九
第六節	遺囑之撤銷	一八五
第七節	特留分	一八七

第十二章 遺產稅……………一九六



- (或受遺贈人) 要求報告遺產狀況之請求書 (8)
- 自書遺囑 (9)
- 公證遺囑
- (10) 密封遺囑
- (11) 代筆遺囑
- (12) 口授遺囑
- (13) 表示拋棄遺贈之書面
- (14) 利害關係人請求改選遺囑執行人之請求書
- (15) 繳納遺產稅報告書



# 家庭法律常識

## 第一章 家庭

### 第一節 舊法上的家

家庭係一種家屬團體，由同居親屬結合而成。在舊法時代的家，含有兩種意義：一為實質意義的家，一為形式意義的家。實質意義的家又可分為二種：（一）基本的家族，凡同一祖或父所出的宗族和他的妻妾，合為一家，其家族人數，雖逐漸減少，祇剩一人，仍稱為家，必宗統歸於斷絕，始稱「絕家」。（二）附屬的家族，即其家中之人，不以本宗為限，凡招婿、義子、妻前夫隨母歸來之子、本宗婦女的私生子，皆包括在內；但此種人非一家之必要人口，或有或無，均不影響其稱「家」，必至本宗宗統斷絕，家始廢絕。其附屬家族，如無家可歸，自可另立新家。形式意義的家，係以戶籍為單位，一戶為一家，因當時賦稅挨戶徵收，同籍之家人，在實際上不必一定同居，分居當較寬容。舊法時代家之成立和消滅，皆隨本宗之身分而定，所有一切，悉決於家族之身分，故稱此制度為身分制。

## 第二節 現行法上的家

現在民法上所規定家的制度，已傾向於契約方面，家之成立和解散，均可依契約爲之，此制度可稱爲契約制。契約制的家，以永久共同生活爲目的而同居的親屬團體（民法第一千一百二十二條），分居而同籍的家，即爲法所不認，因法律所稱的家，必爲現實的共同生活團體；且須具有永久的性質。所謂「永久」一語，係指其共同的生活，和有婚姻關係的共同生活，一樣以永久爲目的，無此目的，則不能成立家庭；然成立以後，亦非絕對不能解散，惟在成立之初，必須具有此項目的。至於同居之親屬團體，內中包括兩種人，一爲除家長外之家屬（民法第一千一百二十三條第二項），一爲非親屬而以永久共同生活爲目的同居一家，視爲家屬之準家屬（民法第一千一百二十三條第三項）。

### 第三節 家長

在一個家庭中，應設置家長一人，其餘之人，皆爲家屬（民法第一千一百二十三條第一項第二項）。家長之種類有三：一爲推定家長，此種家長係由同居親屬團體推定，爲法律所提倡而列於第一位，此乃根據契約而定者。推定之家長，不受輩分和年齡的限制；輩分尊和

年齡長者，固得被推爲家長，卽輩分低和年齡幼者，亦得被推爲家長；不過未曾結婚之人，在年齡方面，須已達於成年，未成年之人，當然不能被推爲家長。二爲法定家長，無推定家長時，由家中最尊輩者爲之，尊輩同者，以年長者爲之，總以輩最尊而年最長者，始得充任家長；如家中輩最尊者爲父，應以父爲家長，若父之兄亦同居一家，應以伯父爲家長；如在伯父之上，尙有祖父或祖母在，應以祖父或祖母爲家長。三爲代理家長，法定家長不能或不願管理家務時，可由其指定家屬一人代理之（民法第一千一百二十四條）。

家長之職務，係管理一家之家務，凡家內所有日常一切事務，皆由家長一人管理，如收入支出之統籌支配，柴米油鹽之採購存儲，以及家具之添置，屋宇之修繕，無不屬於家務範圍。但家長因事務過繁，亦得以一部分的家務，委託其家內之家屬處理，不必概由家長親自爲之（民法第一千一百二十五條）。蓋家長之管理家務，並非基於家長之固有權力，乃係對於親屬團體之一種勞務。因此家長處理家務，必須顧及其家屬全體之利益（民法第一千一百二十六條），和舊法上以家長對家屬的關係爲權力關係者，大不相同；因新法上之家庭，乃爲民主之家庭，家長除對於未成年人和禁治產人，本其權力實施監督抑制外，其餘純爲家庭操勞一切，亦無多大之權力可言。

#### 第四節 家屬

家庭中除家長外，所有同家之人，無論人數多寡，皆稱之為家屬。家屬之種類有二：一為同居親屬，即為同居親屬團體中之非家長。換言之，即在家庭之中，除家長外，凡為此親屬團體之人，不分男女老幼，既和家長同居一處，皆為此家庭中之家屬。二為同居非親屬，即為同居一家，以永久共同生活為目的之非親屬。換言之，即在家庭之中，除同居親屬外，凡與家長或家屬同居一處，與有婚姻關係者一般的以永久共同生活為目的之非親屬，如舊法時代屬於妾一類之人物，皆為家屬中的所謂非親屬（民法第一千一百二十三條第二項第三項）。

現行民法對於家的制度，既採契約制，故准許家屬和家長得以自由分離，然家長亦得令其家屬由家分離。凡分離之家屬，必須已達成年，或雖未成年而已結婚者，如未具備此項條件，在家屬固不得請求分離，在家長亦不得命令離家，以其尚在保護期內。由家屬請求由家分離，無須有出現表面之原因，其請求權即可自由行使，家長不得予以駁斥（民法第一千一百二十七條）。若由家長命令分離，在家長雖有此權，但行使此權，必須有正當理由，否則，即屬不得行使（民法第一千一百二十八條）。法律之所以如此規定，無非為保護不請求

分離之家屬，使其不致遭受家長權力的抑制。

## 第五節 廣義家庭

廣義家庭爲狹義家庭的對待名詞，其家庭中的家屬人數較多，不但有家長之配偶和未成年的男女，而且已成年和未成年已結婚之家屬，亦不請求分離，家長對於如許家屬，又不行使分離命令權，此種如舊法時代所謂三世同堂、五世同堂的大家庭，就名之曰廣義家庭。廣義家庭之家長，如係法定的，大都爲祖父母，曾祖父母，或伯叔祖父母等的尊輩。若係推定的，也許爲父輩的伯叔，或子輩的子姪。代理家長，亦屬如是，一經家長指定，卽能行使職務，亦不問其輩分如何？年齡如何？祇須家長認爲可代理者卽是。廣義家庭中對於內外一切事務，均由家長主持，惟對家內未成年之家屬，其監督權並非完全屬於家長，因於家長之外，尚有行親權之父母、養父母、或監護人，亦得行使之（民法第一千零八十四條至第一千一百零九條）。此種監督權之行使，其開始確係在廣義家庭之中，但經推行以後，往往達於家庭以外，卽未成年人雖不在家庭內，亦屬於其家庭或監督權人之範圍，藉以保護未成年人的利益。

## 第六節 狹義家庭

狹義家庭爲家庭中之範圍最小者，其家庭中祇有夫妻二人，非如廣義家庭內有多數家屬存在。此種家庭之成立，往往由其自己向家長請求分離，或由家長命令離家，故家庭中除家長外，僅有家屬一人。狹義家庭之家長，不問推定法定，其內部家務極爲簡單，對於外部，本應由家長主持，惟法律爲維持男女平等之原則起見，特規定夫妻於日常家務，互爲代理人（民法第一千零零三條第一項），此代理權爲法律所特予，祇限於夫妻之間，不必由家長指定，其性質完全和代理家長不同。代理家長之代理權，由家長授予，其權不受限制，夫妻間的代理則不然，如一方濫用此項代理權，他方即得限制之（民法第一千零零三條第二項前段）。至狹義家庭中因生育子女或收養養子女而家屬人數增加，即成爲上述之廣義家庭，不得再稱爲狹義家庭。

## 第七章 家庭居住和遷徙之自由

凡合法成立之家庭，無論爲廣義或狹義，其居住和遷徙，均得自由，不受任何限制（憲法第十條）。其在出生地之原住所居住，固無問題；即欲遷往他處，法律亦聽任居住人之自

由，並不加以干涉。惟爲求遷入地和遷出地之戶口真實起見，應於遷出之前及遷入之後的十天以內，向戶籍登記機關（各該鄉鎮轄區內之保辦公處或警察局附設之戶政人員）填報，作遷出遷入之登記。此非政府干涉人民之居住遷徙自由，亦非居住遷徙之自由受有限制，其性質與出生認領收養結婚離婚死亡等身份登記相同，蓋無非欲保存戶口之真實耳！如因另在他處建築房屋而欲遷移，或請求原家庭之家長由家分離他徙，或經家長有正當理由命令分離遷出，亦應分向各該轄區之戶政人員登記（戶籍法第六章各條）；各種聲請登記之表格，戶籍登記機關，均印好備用，茲不附贅。此種手續，純爲便於政府作戶籍之統計，與行政之便利，故辦理登記之機關及人員，概不得有批斥不准及苛索之舉。可見家庭之居住和遷徙，向係任人民之自由，其所不同者，過去並無法律規定，民國成立以後，初見於臨時約法，近則更以明文定諸憲法，則家庭在法律上之保障，益見增強，較前亦益見完善。

### 第八節 家庭被侵害之保障

關於家庭被人侵害，法律上規定兩種情形：其一，和誘、略誘和移送、收藏之行爲，其二，侵入住宅、建築物 and 隱匿其內而不退去之行爲；此兩種行爲，均與家庭監督權有關。茲分別說明如次：

(一)和誘未滿二十歲人脫離家庭 未滿二十歲之人，無論男女，均為未成年人，未成年人無行為能力，應受家庭和監督權人之監督。所謂滿者，指滿足而言，即其年齡已滿足二十歲。換言之，必須到達二十一歲之生日的那一天，方算滿足二十歲。如有人以不正當的方法，得未成年人之同意，將其誘拐至自己實力支配之下，而離去其家庭，稱為和誘未滿二十歲人脫離家庭，和誘之人即屬侵害他人之家庭監督權。因未成年男女，其知識能力尙未發達，仍處於廣義家庭之監督範圍以內，故直接被侵害之法益，為家庭之監督權，法律為維護家庭之安全，特規定此種犯罪為妨害家庭罪（刑法第二百四十條第一項）。若和誘的意思在於營利，或使被誘人為猥褻行為或姦淫，情節較重，應成立加重之和誘罪（刑法第二百四十條第三項）。倘被誘之男女，年齡未滿十六歲，即屬在幼稚時代，不但無相當知識，抑且無反抗能力，其誘拐雖係得被誘人之同意，但乘人無反抗力而實施和誘，已和詐術或強迫之行為相差無幾，故法律特規定以略誘論（刑法第二百四十一條第三項）。

(二)和誘有配偶人脫離家庭 有配偶人係指此人已因結婚而有配偶者言，換言之，即包括有夫之婦和有婦之夫，其未結婚者自不包括在內，至年齡是否滿二十歲，均無關係。因滿二十歲已屬成年（民法第十二條），有行為能力，不再處於家庭監督權之下，縱和誘之，不能認為脫離廣義家庭。如滿二十歲而已結婚，或已結婚之未滿二十歲人，均因具有行為能力



（未成年人已結婚者視爲有行爲能力，見民法第十三條），不屬於廣義家庭之監督，但因被誘而脫離配偶人之狹義家庭，使配偶間之一人不能成爲家庭，卽俗諺所謂有「破家」情事發生，是以法律特予保障，規定和誘有配偶人脫離家庭之罪（刑法第二百四十條第二項），藉以處罰。此種犯罪之被誘人，究係配偶間之男性，抑爲女性，在法律上未加規定，當然包括男女兩性在內，和誘其妻，固應成立本罪，和誘其夫，亦何嘗不成立本罪？惟妾則不認爲有夫之婦，被人和誘以後，自不成立犯罪。倘和誘人的和誘意思在於營利，或使被誘人爲猥褻之行爲或姦淫，情節又較單純和誘者爲重，亦應成立加重和誘罪（刑法第二百四十條第三項）。和誘有配偶人脫離家庭，爲告訴乃論之親告罪，非配偶不得告訴（刑法第二百四十五條第一項及刑事訴訟法第二百十三條第三項）。

（三）略誘未滿二十歲人脫離家庭 略誘和和誘同屬誘拐之一種，所不同者，爲誘拐之手段耳。和誘係得被誘人之同意，略誘則反乎被誘人之意思，且用強暴脅迫或詐術等手段；故凡以強暴脅迫或詐術等手段，反乎被誘人之意思，使未滿二十歲之男女，脫離其廣義家庭監督權，而誘至自己實力支配之下者，稱爲略誘未滿二十歲人脫離家庭，略誘之人卽屬侵害他人之家庭監督權，應成立妨害家庭罪中之略誘罪（刑法第二百四十條第一項）。至於被誘人之年齡，仍以未滿二十歲之男女爲限，如滿二十歲，或未滿二十歲而已結婚者，縱應成立犯

罪，亦不屬於妨害家庭罪之範圍。倘略誘人之誘拐意思在於營利，或使被誘人爲猥褻之行爲或姦淫，情節當然較重，應依加重略誘罪予以處罰（刑法第二百四十條第三項）。

（四）移送被誘人出民國領域 移送被和誘或略誘之人，出於中華民國領域之外，祇須有移送出國之行爲，卽成立犯罪（刑法第二百四十二條）；至其方法如何？意思如何？均可不問。此種犯罪，係侵害家庭或監督權人之監督權，極難回復，且使被誘人拋棄骨肉，遠出國境，其行爲之不人道，無過於此，故法律規定應科之刑，較加重之和誘罪略誘罪爲尤重。

（五）收受藏匿被誘人或使之隱避 收受藏匿或隱避被和略誘之人，皆爲不利於被誘人之行爲，於被誘人不利，卽屬侵害被誘人家庭或有監督權人之監督權。其已明知爲被誘之人，而竟爲之收受藏匿，或使之隱避，且於收藏或使隱避之時，復具有營利，或使被誘人爲猥褻行爲或姦淫之意思，心術尤壞，故法律亦規定處罰（刑法第二百四十三條）。惟收藏和使隱避的行爲，並不限於承受由和誘人或略誘人所直接交付者，卽輾轉承受，亦屬於收藏和使隱避之行爲，以其能使被誘人之家庭不易發見，直接和間接，並無何等差異。

（六）侵入住宅建築物或隱匿其內而不退去 人民住宅，非依法律不得侵入，所以保護其家庭居住之安寧，建築物 and 附連圍繞之土地，大都係供家庭居住之用，卽不爲人住家，亦係由他人以自由之意思支配或管理之，屬於他人權利範圍，均不得無故侵入。侵入二字，係指

未經有權人許可而擅自進入之行爲言，無故二字，應釋爲無正當理由，如無正當理由而又未經有權人之許可，擅入他人住宅、建築物，或附連圍繞之土地，不但侵害他人家庭居住之安寧，抑且妨害他人管理和支配之自由權，故法律規定成立犯罪（刑法第二百零六條第一項）。若無故隱匿其內，或於進入以後，受有權人要求退去，而仍滯留在已進入之住宅、建築物，或附連圍繞土地之內，其處罰亦和侵入住宅……者相同（刑法第三百零六條第二項）。

## 第二章 婚姻

### 第一節 婚約

舊法上之婚約，名曰定婚，在男方曰聘，女方曰許嫁。定婚由主婚人訂立，此為原則，亦有由男女本人自行訂立者，則屬例外。民國成立以後，大理院判例漸趨重於男女本人之意思。定婚由於主婚權人之意思，須得男女本人之同意；由於男女本人之意思，亦須得主婚人之同意。在前之制度，屬於家族主義，在後之制度，已漸進於個人主義。現行法律則更進一步，將婚約改為應由男女當事人自行訂定（民法第九百七十二條），不再由雙方家長主持。法律上所定之「當事人」三字，係指當其事之人而言，換言之，即指訂婚之男女本人言，不涉他人之事，亦無須他人參加意見。

惟男女自行訂婚，須對婚約之意義有瞭解之能力方可，如無瞭解能力，自行訂立，反屬不美。故法律規定訂婚年齡，男方為滿十七歲，女方為滿十五歲，其未達此年齡者，即不得訂定婚約（民法第九百七十三條）。倘違法而訂定婚約，其婚約不生效力。至男女雙方已達訂婚年齡，均屬尚未成年，法律以其意思能力未臻健全，特規定應得法定代理人之同意（民

法第九百七十四條），否則，法定代理人得撤銷其婚約。法律上所定之法定代理人，係指依法能代理當事人之人而言，即爲雙方訂婚人之父母。婚約訂定後，其所發生之義務，係道德上之義務，如一造延不履行，他造不得強制履行（民法第九百七十五條）。亦有在婚約中訂入不履行婚約，應繳違約金之附款，此種附款在解釋上應爲無效。

婚約既得由男女雙方之自由意思訂定，若遇有不能履行之情形，當然亦得由男女當事人隨時將婚約解除，並不受婚約之拘束，致喪失其自由意思。不過婚約係善意的契約，經訂定以後，雙方自應互相信賴相對人（即對方）終必履行，故法律雖規定不得強制履行，但仍予當事人以救濟之途徑。此救濟之途徑，可分有重大事由之解約和無重大事由之解約兩種，說明如次：

（一）有重大事由之解約 法律在當事人之一方發生重大事由時，使他方得自由解除其婚約，不負破壞婚約之責任。關於此種事由之規定，法律採例示主義，其事由可分爲九：（1）婚約訂定後，再和他人訂立婚約或結婚者；（2）故意違背結婚期約者；（3）生死不明已滿一年者；（4）有重大不治之疾病者；（5）有花柳病或其他惡疾者；（6）婚約訂定後成爲廢疾者；（7）婚約訂定後和人通姦者；（8）婚約訂立後受徒刑之宣告者；（9）有除上列情形以外其他之重大事由者（民法第九百七十六條第一項）。上列各種情形之中，（1）（2）（5）（7）（8）

五種·係由於當事人一方之過失；(3)(4)(6)三種，則非由於過失。第九種之其他重大事由，有由於過失者，亦有由於非過失者。凡一方有過失行爲，致令他方有不得不出於解約時，在無過失之一方（即他方），得向有過失之一方，請求賠償因信賴婚約所受之損害（民法第九百九十九條）。惟解除婚約，應以意思表示爲之，不能有此意思而不表示。但解約之相對人如因生死不明已滿一年時，無從接受解約人之意思表示，則解約人無須爲意思表示，即自解約人得爲解約意思表示之時起，不受所訂婚約之拘束（民法第九百七十六條第二項）。

(二)無重大事由之解約 婚約當事人的一方，如無上述九種重大事由，而有違反婚約之行爲，在他方仍得解除婚約。但解約人對於相對人一方因信賴婚約所受之損害，應負賠償責任（民法第九百七十八條），因解除婚約之原因，不在對方而在自己方面，且又無可解除婚約之理由，故應令其賠償。至應賠償之損害，不僅以財產上之損害爲限，即其他非財產上之損害，如屬於身體或健康等精神方面之損害，受害人亦得請求賠償相當金額，此即所謂慰籍金是已。惟慰籍金之請求，在受害人方面，須自己對損害之發生毫無過失（民法第九百七十九條第一項），倘亦有過失，即不能請求賠償。關於精神方面之損害，在戰前之德國民法規定極爲具體，若純潔女子允許訂婚相對人同居，相對人破約後，當可請求非財產的衡平賠償。又慰籍金之請求權，專屬於受害人本人，不得讓與或繼承，但受害人已經起訴，或相對

人已依契約承諾，此請求權即變爲財產上之債權，自得讓與繼承，不受限制（民法第九百七十九條第二項）。如婚約不成立或已解除之時，當事人依照婚約所交換的贈與物或紀念物，如金鐲戒指等，解釋上應各予歸還。

## 第二節 結婚

結婚須具備二種要件：其一，形式上之要件，其二，實質上之要件；如不具備此二要件，婚姻即不成立。茲將此二要件說明如下：

（一）形式上之要件 此要件又可分爲二種：一爲宗教婚法律婚和事實婚，二爲現行民法上的結婚形式。關於第一種形式，在確定婚制發達以後，結婚必有一定之禮節和儀式，其用意不外公示婚姻成立於社會。歐洲中古時期，基督教會認結婚爲聖典，必須由教會主持，此屬宗教婚時代。迨法蘭西大革命後，一七九一年憲法，宣布婚姻爲民事契約。此後各國多用法律規定婚姻形式，由戶籍吏主持其事，此屬法律婚時代。我國婚禮，雖富於宗教性，但其所謂宗教，乃一種尊祖的教，由宗子或家長掌理之。中古以還，佛道教雖更迭鼎盛，但皆彼此標榜「出世」，未嘗干涉婚姻之事。因此我國在過去時代，以「合卺」和「盟饋」或「奠菜」爲成妻成婦之禮節，甚且規定於官定之禮典，惟既非由官吏主持其事，終不能稱之爲法

律婚，祇能稱之爲事實婚時代。至於第二種形式，在歷來判例上即以舉行相當儀式之日爲婚姻成立之日。現行民法稍加變更，規定結婚，應有公開的儀式，和二人以上之證人（民法第九百八十二條）。如不具備公開儀式，和二人以上之證人，縱令同居一處，在事實上已和結婚無異，且以永久共同生活爲目的，除得認爲同居親屬團體中非親屬之準家屬外（民法第一千一百二十三條第三項），亦不能認爲成立婚姻關係。近代我國婚姻事件，各地均有由地方政府主持其事者，如各市縣的集團結婚，關於儀式的公開，和市縣長或社會局局長社會科科長等爲之證婚，形式的要件極爲完備，此種婚姻，雖無法律婚之名義，然形式的合乎法定條件，已屬毫無問題，婚姻當然成立。即其中非集團結婚之形式，而於舉行儀式時，往往請地方或中央之公務員在場證婚，最近並有請法院公證推事蒞場證婚者，其制度實較舊制爲佳。

又凡有婚娶或出嫁者，應由雙方當事人或其家長向鄉鎮公所爲結婚之登記。

(二)實質上之要件 此要件又可分析爲九：一爲當事人之同意，二爲當事人之異性和人道能力，三爲婚姻適齡，四爲法定代理人之同意，五爲並非近親，六爲無監護關係，七爲並非重婚，八爲非相姦人，九爲再婚之限制期間。備此九種要件，婚姻始稱完全，不能請求撤銷。茲依次說明之：

(1)當事人之同意 婚約既須由男女當事人自行訂定（民法第九百七十二條），結婚自



不能不得男女當事人之同意。當事人倘無結婚之意思，結婚契約當然不成立。其結婚之意思如有瑕疵，例如被詐欺而結婚，被脅迫而結婚之類，均不能不認為有瑕疵，對於此種結婚，得於發見詐欺或脅迫終止後六個月以內，當事人得請求撤銷之（民法第九百九十七條）。當事人之一方，若在精神錯亂中結婚，得於常態恢復後六個月以內，向法院請求撤銷之（民法第九百九十六條）。禁治產人在心神恢復中所爲之承諾有效，且無須得監護人之同意，此爲前大理院判例所承認者（大理院民國十一年上字第一二七七號判例）。

（2）當事人異性和人道能力 婚姻係一男一女合法之結合，故二人必須異性，不能同性結婚，因法律上不承認有同性婚之存在。當事人於結婚時必須有人道能力，如有一方不能人道而又無法醫治者，他方得向法院請求撤銷。但於知悉對方無法醫治之時起，已經過三年期間者，即不得請求撤銷（民法第九百九十五條）。

（3）婚姻適齡 合於婚姻所規定之年齡，謂之婚姻適齡。法律規定結婚年齡，男滿十八歲，女滿十六歲，未達此法定年齡，如男未滿十八歲，女未滿十六歲，即不得結婚（民法第九百八十九條）。倘當事人之一方，未屆法定年齡而已結婚，對造當事人或其法定代理人，得請求法院撤銷，但未屆適齡之當事人，至此時已達結婚年齡，或已懷胎者，即不得請求撤銷（民法第九百八十九條）。至已滿足結婚年齡，在當時並不結婚，以後舉行婚禮，即不受年

齡限制，不問經過若干年，均可結婚，因法律上祇限制其最低年齡，對於最高年齡，並未設有限制，當然隨時皆可結婚。

(4) 法定代理人之同意 我國在舊律時代，男女為婚，須有人為之主持，不問當事人是否已屆成年。現行法律則規定依通常法律行為之例，由男女自行為之；祇未成年入結婚，應先得法定代理人之同意（民法第九百八十一條）。如不得法定代理人之同意而擅自結婚，法定代理人得向法院請求撤銷；但自知悉其事實起，已逾六個月，或結婚已逾一年，或已懷胎者，即不得請求撤銷（民法第九百九十條）。至已成年之結婚，則應由當事人自主，不必徵得法定代理人之同意；其已得同意者，在法律上固無影響，如不能得法定代理人之同意，於法亦屬無礙。

(5) 並非近親 我國舊制，同宗同姓，均禁為婚，外姻和其他親屬或非親屬而尊卑倫次不侔者亦同，惟中表為婚，至清末時始開禁令。現行法律對於宗族和外親之分類，已予廢除，所以「同姓不婚」之禁，不復適用。法律對於血親，除直系外，予以八親等之限制。八親等外之旁系血親，雖同宗同姓，亦可通婚。八親等之旁系血親，縱一律禁婚，但中表則不在禁止之列。至直系姻親固不得為婚，旁系姻親中，除五親等內之輩分不同者禁婚外，其餘均不禁為婚，如五親等內之輩分相同，及五親等外之輩分不相同者，皆可自由為婚（民法第

九百八十三條第一項）。所謂親等者，即指親屬親疏之等第而言，計算親等之制度，有羅馬法主義和寺院法主義兩種，我國舊法採寺院法主義，在過去暫行新刑律和舊刑法上之親屬範圍，即屬於此。現行法律則採羅馬法主義（參看第四章第四節親等圖），其計算的方法，直系血親，從已身上下數，以一世爲一親等。旁系血親，從已身數至同源之直系血親，再由同源之直系血親數至與欲計算親等之血親，以其總世數爲親等之數（民法第九百六十八條）。姻親之親等計算亦同，應從已身或配偶方面起數，數至同源之直系血親，再由同源之直系血親，數至與欲計算親等之血親之配偶，或配偶之血親，或配偶血親之配偶，仍以一世爲一親等（民法第九百七十條）。凡上述禁婚之姻親，即有離婚改嫁之事實發生，致姻親關係消滅，亦仍禁止通婚，不得自由爲婚（民法第九百八十三條）。總之，可爲婚者，皆非近親，因爲近親在法律上係絕對禁止通婚，自不能不注意及之。

（6）無監護關係 監護人和受監護人之間，因有監護權關係之存在，所以監護人對於受監護人易施不正當的影響，使之同意結婚。如在監護關係存續之中，法律亦禁止自由爲婚。但其結婚已經由受監護人之父母予以同意，法律即不加以干涉。換言之，即可不受禁止爲婚之限制（民法第九百八十四條）。倘未經受監護人父母之同意而結婚，受監護人或其最近親屬得向法院請求撤銷。但結婚已經過一年而不撤銷者，即不得再行請求（民法第九百九十一

條)。

(7)並非重婚 法律爲保障一夫一妻的制度，絕對禁止有配偶之人重爲婚姻(民法第九百八十五條)。如有配偶而重婚者，除重婚者之一方，應成立刑法第二百三十七條之妨害婚姻罪外，前婚得請求離異(民法第一千零五十二條第一款)，後婚亦得由利害關係人向法院請求撤銷(請求書見附式一)。但在前婚姻關係消滅之後，即不得請求撤銷(民法第九百九十二條)，因此必須並非重婚，才能成爲結婚之要件。不過配偶之一方，生死不明，已經過三年，他方本可請求離婚(民法第一千零五十二條第九款)，若經過十年而仍生死不明，亦不知其所在，已成爲失蹤人，失蹤滿十年後，得向法院聲請爲死亡之宣告(民法第八條第一項)，法院判決宣告死亡(民事訴訟法第六百二十一條)，並於判決內確定死亡之時(民法訴訟法第六百二十九條)，法律上視失蹤人爲已死亡，其婚姻關係因而消滅，他方即得再婚(民法第九百七十一條)。即失蹤人在事實上並未死亡，於宣告死亡後竟生還而提起撤銷死亡宣告之訴(民事訴訟法第六百三十一條)，經法院判決撤銷者，其配偶之再婚，在解釋上並不因撤銷死亡宣告而失效。惟失蹤人本人不能再婚，再婚即屬重婚，因其配偶尙未死亡，婚姻關係當然存在。倘對方於失蹤人生死不明逾三年時，已向法院提起離婚之訴(民事訴訟法第五百六十四條)經判決離異確定者，其婚姻關係亦屬消滅，當然可以再婚(民法第九百

七十一條），此種再婚，自不得認爲重婚。

(8) 非相姦人 寺院法會禁止通姦人之再婚，後改爲相姦人不得結婚，我國法律，亦規定不得和相姦人結婚；但其規定不得結婚，尙須具備下列兩個條件之一，其一，因姦判決離婚，其二，因姦而受刑之宣告（民法第九百八十六條）。如具備其一，即不得和相姦人結婚。倘離婚由於雙方協議，並未經過訴訟，由法院判決；或未因姦而經法院判決宣告罪刑，縱有通姦之事實，而仍和相姦之人結婚，則不在禁止爲婚之列。法律之所以如此規定者，意在維持社會之善良風俗。因爲通姦人既由法院以民事或刑事之判決宣告於社會，而又以公開之儀式宣告其與相姦人之結婚於社會，實屬有礙社會之善良風俗。故此種因姦而結合之婚姻，前配偶得向法院請求撤銷；但結婚已逾一年者，即不得請求撤銷（民法第九百九十三條）。

(9) 再婚之限制期間 舊律禁止命婦再婚，禁妻於居夫喪期內再婚，現行法律對於此種禁婚，概予廢止。惟欲使血統不致紊亂，女子自婚姻關係消滅後，非經過六個月，不得再行結婚。但有下列六種情形之一，當不受六個月期間之限制。其一，前婚因夫生死不明已逾三年而離婚者；其二，前夫因宣告死亡而消滅者；其三，前婚因夫被處三年以上之徒刑而離婚者；其四，前婚因夫無人道能力而撤銷者；其五，前婚因夫有重大不治之病而離婚，且其病顯爲不能生殖者；其六，六個月內已分娩者；具有此六種情形之一，即令和人再行結婚，亦

不致發生有紊亂血統情事，故不必受等待六個月之限制，即可和人再婚（民法第九百八十七條）。如無此六種情形之一，而在六個月限制期間以內，和人再婚，前夫或其直系血親得向法院請求撤銷；但自前婚姻關係消滅後已滿足六個月，或已在再婚後懷胎者，即不得請求撤銷（民法第九百九十四條）。

### 第三節 婚姻之無效

婚姻無效之原因，法律上規定二種：其一，不具備結婚之方式，此方式即為公開之儀式，和二人以上之證人，純粹一種外形上之關係，不具備此外形方式，其婚姻即不生法律上之效力。其二，違反法律所限制的近親結婚，此限制之近親，即上述結婚的實質要件之第五要件，如和所限制之近親結婚，外形上雖屬婚姻成立，但實際上則違反法律，就法律立場言，此種違法婚姻，當然無效（民法第九百八十八條）。

關於婚姻無效，應否以訴主張，在各國立法例上，可分為二：其一，須以訴主張者，如瑞士之民法是。其二，無須以訴主張者，如英法日等國之民法是。我國現行民法，是採用第二種立法例，就是婚姻無效，無須以訴主張，故民法上並無明文加以規定。如因此而發生爭執，在法律上並不禁止其不主張，仍得向法院提起無效之訴（民事訴訟法第五百六十四條）。

婚姻無效和婚姻成立不成立之訴，爲人事訴訟中屬於婚姻事件程序，應依民事訴訟法第九編第一章之程序進行，此訴爲確認之訴，以其係確認婚姻無效和確認婚姻成立不成立之訴訟。婚姻無效之訴的判決，對第三人亦有效力（民事訴訟法第五百七十八條第一項）。婚姻一經宣告無效，自始即不發生婚姻上之效力。婚姻宣告無效，當事人之一方受有損害者，得向他方請求財產上和非財產上之賠償，但相對人無過失者，則不得請求賠償（民法第九百九十九條）。

#### 第四節 婚姻之撤銷

婚姻撤銷之原因有九：（一）當事人未達結婚年齡（民法第九百八十九條）；（二）未成年入結婚，未得法定代理人之同意（民法第九百九十條）；（三）監護人和受監護人結婚（民法第九百九十一條）；（四）重婚（民法第九百九十二條）；（五）相姦人結婚（民法第九百九十三條）；（六）女子未滿再婚禁止期限之結婚（民法第九百九十四條）；（七）當事人無人道能力（民法第九百九十五條）；（八）無意識或精神錯亂中之結婚（民法第九百九十六條）；（九）因被脅迫或詐欺之結婚（民法第九百九十七條）；有此九種原因之一，其婚姻即得撤銷。婚姻撤銷權之行使，依法律規定，亦有三種限制：其一，撤銷權行使之人，以其中最

關係者爲限，如當事人、法定代理人、監護人、最近親屬、利害關係人、前配偶、前夫和直系血親等均是。其二，撤銷權行使期間，大抵不久長，普通者爲六個月，或一年，最久者亦僅三年。其三，撤銷權之行使，常有特殊之限制，如當事人已懷胎者，其婚姻即不得撤銷（民法第九百八十九條至第九百九十一條，及第九百九十三條至第九百九十七條）。婚姻之撤銷，須以訴爲之，和無效之無須以訴來主張，大不相同（民法第九百八十九條至第九百九十七條）。此訴爲形成之訴，因其判決使有效婚姻喪失效力。其訴之程序，應依人事訴訟中婚姻事件程序進行之（民事訴訟法第九編第一章）。撤銷婚姻之訴判決的效力，對於第三人亦非無效（民事訴訟法第五百七十八條第一項），此點和婚姻無效之訴的判決相同。惟結婚撤銷之效力，不溯及既往（民法第九百九十八條），此點和無效之訴的判決宣告婚姻無效，自始即不發生婚姻上之效力者不同。婚姻被撤銷，當事人之一方受有損害者，得向他方請求財產上和財產上之賠償，但相對人無過失者，即不得請求賠償（民法第九百九十九條），此點又和宣告無效時受損害之情形相同。

## 第五節 婚姻之效力

婚姻之普通效力，係指夫妻之身分關係而言；其身分關係，可分內外兩部分，屬於內部



分者，稱爲夫妻內部關係，屬於外部分者，稱爲夫妻外部關係。就夫妻內部關係言，妻之地位，漸由隸屬而趨於獨立，就夫妻外部關係言，夫妻乃屬一體。原來妻之地位，在家長本位的家族制度之下，幾與奴婢無異。卽母之地位，在最初時代，亦並不崇高，及至唐宋以後，始逐漸提高。現行法律對於夫妻，雖傾向於平等的原則，但於身分關係之規定，仍留有過去遺跡。

夫妻對外既屬一體，則關於姓之問題，自應有同一必要。現行法律規定妻以本姓冠以夫姓，贅夫以本姓冠以妻姓，以本姓冠以夫妻姓爲原則，這仍屬保留過去遺跡。但此僅爲原則，其在但書中又定爲「當事人另有規定者，不在此限」（民法第一千條）。所謂另有規定者，卽當事人於結婚時另定有一婚姻姓，爲結婚以後之姓氏，不隨夫姓，亦不隨妻姓，一若外國人之父子不同姓者然，此制未始不佳，不過我國爲素重血統國家，似不甚相宜。其餘如另有相反訂定，或夫以本姓冠以妻姓，贅夫亦隨妻姓而不用本姓，於法均無不可，並非必須受原則之限制。

夫妻應互負同居義務，不能別居，若就原則而言，別居固非法律所許；但亦有例外，例外之規定，爲有不能同居之理由者，不在此限（民法第一千零零一條），可見別居亦非絕對不可者。關於同居之處所，法律規定妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所（民法第

一千零零二條），此亦爲過去之遺跡。至不能同居之正當理由，係指相對不確定之原因而言；如夫無相當住所，或有不堪同居之事實，在判例上均認爲係正當之理由。夫妻因同居而涉訟，稱爲同居之訴，此訴爲給付之訴，因爲是要求對方爲同居之給付。其訴訟之程序，亦應依人事訴訟中之婚姻事件程序進行之（民事訴訟法第九編第一章）。但此訴訟判決同居確定以後，依歷來解釋例，不得強制執行。

依家庭之組織，夫妻係以永久共同生活爲目的而同居之親屬團體，所有共同生活之事務，應由何人主持？在過去時代，夫對外，妻主內，爲社會所公認，故夫妻間有內外子之稱；且在妻一方，亦有稱之曰內助者。彼時爲妻者專服勞於內，則其對內所生之權利義務，夫亦承認。觀於瑞法德日的民法，均定有妻於日常生活事務，有代表其夫之權。我國現行法律改爲互相平等，使夫妻於日常生活，互爲代理人而有代理權。如夫妻之一方，濫用此項代理權時，他方得限制之，但不得對抗善意之第三人（民法第一千零零三條）。

## 第六節 離婚

離婚爲消滅夫妻間婚姻關係之原因，和夫妻一造死亡之情形相類。惟一造死亡，僅消滅夫妻本人之婚姻關係，其他因婚姻所生之一切關係，並不因之消滅。如妻和夫家之家屬關

係，以及一方和他方血族之姻親關係，均應繼續存在，和一造未死亡時並無差異。至於離婚，則所有因結婚而生之一切關係，均應消滅，故在法律上認爲極關重要。我國從前離婚制度，屬於家族主義之離婚制，其權完全操於家族方面，如犯「七出」之條，非出不可。所謂「七出」者，卽無子、淫佚、不事舅姑、多言、盜竊、妒嫉、惡疾等七種。其後又有所謂「三不去」者，凡有與更三年之喪，前貧後富貴，有所娶無所歸之情形，卽不得任意出妻。唐代除著三不去爲律外，又著「義絕應離」之條，其「義絕」二字，係指於夫有義絕之狀而言。宋元明清，對於此律，相沿不變，所以清律有「凡妻於七出無應出之條及於夫無義絕之狀而擅出之者，處罰，雖犯七出有三不去而出之者，減二等，追還完娶」之條，於是出妻須具備法律上之一定條件，苟和條件不合，卽不得擅去。按彼時出妻，固須受有限制，但離婚之權，仍屬於夫之一方，妻則無離婚之權。妻若離夫，除贅夫外，稱爲「背夫在逃」，法律定有處罰之條。

民國成立以後，前大理院解釋當時之現行律，演成兩願離婚制度，此後夫妻兩願離婚，卽可離異。其離婚無一定的方式，無論作「休書」或立契贖身，或僅言詞聲明，而無書面，均無不可。惟在事實上已有離婚之協議，並有確據者，皆爲有效。至離婚後子女之監護問題，如有協定，卽從其協定。現行民法之兩願離婚稍有不同，其第一點注重者爲離婚之兩造

是否成年，如已成年，均得自行離婚，未成年人則須得法定代理人之同意（民法第一千零四十九條）。第二點注重者方爲方式，所謂方式，應有一定之書面，不能僅憑言詞聲明，該書面之形式，法律上並未規定，即用休書，用贖身契約，亦無不可。不過既稱兩願離婚，其離異須出於夫妻之兩願，夫妻兩願離異者，則應由兩造出面而成立書面，應用離書或離婚契約或離婚證書等名義較爲適當，不能用單方面休妻和贖身等名義之契據，致留有專制遺毒。况離婚書面，除由兩造簽名外，尤須有二人以上證人之簽名（民法第一千零五十條），其程序和結婚大致相同；所異者，一則須有公開之儀式，一則不規定有如何之儀式。如欲舉行公開儀式，或宴請賓客，在法律上並不禁止。離婚如無子女，自不發生子女之監護問題，其有子女而離異者，關於子女之監護，應由夫負其責任；但另有約定者，應從其約定（民法第一千零五十一條）。如約定歸夫，由夫任責，約定歸妻，由妻任責之類是。

兩願離婚的規定，在民法上祇有上述第一千零四十九條至第一千零五十一條的三條法文，其餘所規定的，均爲裁判上的離婚。兩願離婚，不必提出離婚原因，其原因祇離婚之兩造自知，並不出現於表面，故兩願離婚亦稱無因離婚。至裁判上之離婚，無論在舊法上或新法上，均須提出離婚原因，無原因的離婚，則非法律所許，此裁判上之離婚所以又稱爲有因離婚。有因離婚必須具有法律上所定十種原因之一，有此原因者，始得向法院請求離婚（民

法第一千零五十二條），無原因並非不能請求，即請求亦不能獲得勝訴，以其欠缺離婚原因，要難認其所主張者為有理由。關於離婚之請求人，在夫妻之任何一方，均無不可，非如過去時代的專屬於夫之一方，今則為妻者亦能請求離婚。茲將法定之十種離婚原因，依次說明於後：

(一)重婚者 清律載「有妻更娶者，後娶之妻離異」等語，民國成立後，大理院判例仍沿用之，迨民法公布時，即以之列為離婚的第一原因。凡夫妻之一方重婚者，他方得請求離婚（民法第一千零五十二條）。如他方於事前同意，或事後宥恕，或知悉重婚後已逾六月，或自重婚情事發生後已逾二年者，均不得請求離婚（民法第一千零五十三條）。

(二)與人通姦者 舊律對於與人通姦，苛責於妻而寬容於夫，民法頒行，始有平等之規定。但事實上妻有通姦情事，夫提出離婚請求者，為數不少，而夫有通姦情事，妻提出離婚請求者，所見不多，此係大都女子無法律常識的原因。其實夫妻之一方與人通姦，他方得請求離婚，已早為我民法所規定（民法第一千零五十二條第二款），並非在妻之一方不能行使請求權。如他方事前同意，或事後宥恕，或知悉後已逾六月，或自其情事發生後已逾二年者，亦在不得請求之列（民法第一千零五十三條）。

(三)夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者 夫妻之間，應相敬如賓，不得有虐待情事。但在過去時代，虐待之事，常有所聞，不過均係為夫者虐待其妻，而為妻者虐待其夫，除贅

夫外，則絕無所聞。此蓋由於相沿過久之舊習造成，所謂妻處於奴婢地位，安敢對夫有虐待之行爲？至虐待而達於不堪同居之程度，係一種不確定之原因，究應至如何程度始稱不堪同居，在法律上並未明白規定，應由法院於裁判時加以認定。惟徵諸前判例，如一方一時氣忿，將他方致傷而事屬輕微者，不得爲不堪同居之虐待。足見不堪同居之虐待，標準極難確定，大抵須常加傷害而情節較重者，或常不予衣食而使之凍餓者，不能不認爲非不堪同居之虐待。如夫妻之一方，以他方有此虐待情事，自得向法院請求離婚（民法第一千零五十二條第三款）。

（四）妻對於夫之直系尊親屬爲虐待或受夫之直系尊親屬之虐待而不堪爲共同生活者 在家族制度的時代，夫和妻之直系尊親屬，往往與之爲共同生活，而今則尙有存在。在都市中因住屋問題，此種多數人共同生活之家庭，已漸漸減少，而鄉村中仍復如故，故法律特依實際情形予以規定。凡爲妻而對於夫之直系尊親屬爲共同生活者，除無虐待情形者外，如有虐待情形，非妻虐待夫之直系尊親屬，即被夫之直系尊親屬所虐待，法律爲顧慮周密起見，始將其列爲離婚原因之一。至虐待而達於不堪爲共同生活之程度，亦係一種不確定之原因，應由法院於裁判時予以認定。如夫妻之一方，以他方有此種虐待情形，亦得請求離婚（民法第一千零五十二條第四款）。

(五) 夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中者 遺棄爲脫離其生存上所必要之保護，凡行爲之類於此者，均稱遺棄。如違背夫妻間扶養之義務、違背同居之義務等皆是。至於惡意遺棄，必具有如何之意思始稱惡意，在法律上亦無明文規定，仍有待於法院之認定。但其遺棄之行爲係出於不得已或不可抗者，如一時無力盡扶養或同居之義務，以及不能通過封鎖線而盡同居義務；或因彼此不通匯兌，不能匯款扶養；均不能認一方之脫離行爲含有惡意，而具備惡意遺棄之條件。不過遺棄之行爲，在刑法上係屬構成犯罪，構成犯罪之行爲，當然具有惡意，無惡意之脫離行爲，稱爲遺棄，似欠允當。依拙見最妥將「遺棄」二字，改爲「脫離」，或將「以惡意」三字刪去，而仍用遺棄字樣，庶幾民刑得以一貫，而在文字上亦不致使人發生疑問。如用「夫妻之一方，以惡意脫離他方在繼續狀態中者」，或用「夫妻之一方，遺棄他方在繼續狀態中者」，均較用「以惡意遺棄」爲妥。茲無論用何文句，在夫妻之一方，若有此種行爲，即得請求離婚（民法第一千零五十二條第五款）。

(六) 夫妻之一方意圖殺害他方者 舊律以夫妻雙方相殺爲「義絕」，「義絕」爲離婚原因。現行法律規定夫妻之一方，意圖殺害他方者，他方得向法院請求離婚（民法第一千零五十二條第六款）。所謂意圖殺害之「意圖」二字，所謂有殺害之意圖，並未實行殺害之事實，此意圖如能證明，即能爲離婚原因，不必待其有行爲之實行。如已達於殺害之實行，他方於

被殺而未至死亡，當然亦得請求離婚。惟此項請求權之行使期限，爲知悉其事起一年內，或自殺害之事情發生後五年內，經過一年和五年之期限，即不得請求離婚（民法第一千零五十四條）。

（七）有不治之惡疾者 舊律七出之條，其最後者爲惡疾，彼「惡疾」二字之意義，係指致妻不能參與鬼神祭祀之惡疾而言。現行法律上所定有不治之惡疾者，此「惡疾」二字，則指花柳病等歸責於患者一方的不治之疾病而言。如夫妻之一方有此種惡疾，他方在生理上和精神上，感受有不堪同居之痛苦者，亦得以此而請求離婚（民法第一千零五十二條第七款）。

（八）有重大不治之精神病者 目的主義之立法，以精神病爲離婚之原因。其理由謂夫妻間因一方有重大不治之精神病，使雙方精神上共同生活爲不可能，故得請求離婚，我現行民法即係依此規定（民法第一千零五十二條第八款）。惟法律對於精神病之診斷，和離婚後精神病人之扶養或賠償，並無明文加以規定，如精神病人有因此而陷於生活困難之情形時，亦不妨適用一般之規定，由他方給與相當之贍養費（民法第一千零五十七條）。

（九）生死不明已逾三年者 舊律有夫逃亡三年，妻得告官別嫁之規定，現行法律本其法意，改爲男女相互平等，不限於夫之一方，就是妻之一方，因出走而生死不明，已經過三年，亦得爲離婚原因而據以向法院請求（民法第一千零五十二條第九款）。



(一〇) 被判處三年以上之徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者 夫妻之一方，有被處三年以上之徒刑，或因犯不名譽之罪，致被判處徒刑者，皆有妨礙夫妻之共同生活，故得據以請求離婚（民法第一千零五十二條第十款）。此項請求權之行使，其期限自請求權人知悉後一年，或其情事發生後五年，如逾此期限而不行使，即不得再行請求（民法第一千零五十四條）。

上述十種原因之中，有過半數係根據舊律而來，而舊律中義絕應離之條，經前大理院解釋之下，幾成爲廣泛的相對原因；凡一方有過失而破壞共同生活之重大事由，大都可認爲義絕，准許他方請求離婚。現行法律對於此種廣泛的相對原因未加規定，即足使共同生活不能繼續的客觀事由，得請求離婚的客觀相對原因，亦未定有明文。故除前列十款之外，夫妻共同生活若由於歸責或不能歸責於一方之重大事由，他方即不得據以請求離婚。

具備離婚原因經判決離異後，關於子女之監護，原則上由夫任之（民法第一千零五十一條），但其夫不適於擔任監護者，法院爲子女之利益，得酌定監護人（民法第一千零五十五條）。倘判決離婚由於夫妻之一方有過失事由時，他方財產上或精神上因此所受之損害，得向其請求賠償（民法第一千零五十六條第一項）。所謂過失的事由，即上述第一至第七及第十之八種原因均是，其第八第九兩種，則不得爲有過失的事由。但精神上所受之損害，祇限

於受害人無過失者，方得請求賠償相當之金額（民法第一千零五十六條第二項）。此項請求權，專屬於受害人，故不得讓與或繼承。但如已依契約承諾或已起訴者，得不受其限制而移轉之（民法第一千零五十六條第三項）。苟判決離婚由於夫妻之一方無過失事由時，他方即不得請求損害賠償。如因上述第八九兩種原因離婚，均不得謂之有過失，就是第四種原因，亦可有此情形，例如夫之父母虐待妻，夫和妻皆無過失。以無過失的事由請求離婚，即屬無損失之可言，自不能請求賠償。但無過失之一方，如因離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，法律仍規定應給與相當之贍養費（民法第一千零五十七條）。夫妻離婚時，無論其原來所採用之夫妻財產制屬於何種，應各取回其固有之財產，如有短少，由夫負擔。但其短少非由於可歸責於夫之事由而生者，夫不必負補償之責（民法第一千零五十八條）。

### 第七節 重婚

重婚係指有配偶而重為婚姻，或同時和二以上之人結婚者而言；有配偶，謂已正式結婚而成為夫妻關係之人尙屬存在，並非訂婚未結，亦非結婚又離，更非人已死亡。如訂婚未結，或結婚已離，或其一方已死，原有婚姻，即已消滅，當然不能稱為有配偶。重為婚姻，指配偶尙屬存在，而又和他人正式結婚者言，以其有婚重結，為二重的正式婚姻，故稱重

婚。若未正式結婚，僅由男女雙方爲事實上之同居，無論其行爲是否成立犯罪，要不能認其同居行爲即爲結婚，而成立重婚之罪名（刑法第二百三十七條前段之一）。有配偶而重爲婚姻，其結婚並非同時舉行，必有一先一後，所以稱之曰有配偶。倘同時和二以上之人結婚，無論人數若干，其最多數並無限制，最少數即爲二人，和二人同時結婚，亦爲有二重之婚姻，惟其二重婚姻係同時舉行，並非原來已有配偶；縱其罪名同爲重婚，而實際情形究與有配偶而再結婚者不同（刑法第二百三十七條前段之二）。但此二種重婚，均係違背一夫一妻之立法原則，於婚姻制度大有妨礙，法律爲維持婚姻制度之被侵害起見，特規定重婚行爲成立犯罪。至其重爲婚姻和同時結婚之原因如何？重婚一方之人爲男爲女，均與犯罪成立無關，自可置之不問。

法律對於重婚之人，規定處五年以下之徒刑，自應就法定刑之範圍，酌量科處，其最高度之刑爲五年，最低度即爲二月，以其無最低度之限制，當然以徒刑之最低度，爲其最低度之科處標準。不過重婚之人既須論罪，而和重婚者結婚之相對人，亦因相婚而妨害婚姻之關係，成立相婚罪名（刑法第二百三十七條後段）。其成立犯罪之相婚行爲，祇以和重婚者之相婚爲限，因之重婚者之有配偶而重爲婚姻，或和二以上之人結婚，均可以之對照成象，而爲相婚者構成犯罪之事實。但相婚者之成立犯罪，對於此種構成犯罪之事實，應以有明知或

預見爲必要；如對於對方之有配偶，或同時和他人又舉行婚禮，並不明知或無預見，對方固應成立犯罪，而在此方之行爲，即屬並非出於故意，當無處罰之可言（刑法第十條第一項）。至重婚相婚間之同居行爲，爲婚姻間之性交行爲，不另成立通姦和相姦之罪。

## 第八節 詐婚

詐婚係指以詐欺之方法，使相與爲婚之人陷於錯誤，而和實施詐欺之人締結婚姻而言；其以詐術而締結之婚姻，含有無效或撤銷之原因在內。無效之婚姻，即其婚姻在法律上不生效力，如不具備結婚方式（民法第九百八十二條），和違反法律上近親結婚之限制（民法第九百八十三條）等均是。得撤銷之婚姻，謂其婚姻雖能有效，但在法律上得以撤銷，如當事人未達結婚年齡（民法第九百八十九條），和未成年人結婚，未得法定代理人之同意（民法第九百九十條）等均是。婚姻無效和得撤銷之原因不同，已詳婚姻之無效和婚姻之撤銷兩節之中（民法第九百八十八條至第九百九十七條），茲不複贅。但以詐術締結此種無效或得撤銷之婚姻，其婚姻竟因此經裁判宣告無效或撤銷而確定者，就實施詐術者一方面言，係以詐術結婚，明知其應歸無效或得撤銷，而不使他方知悉，與之成立婚姻，實係單方面妨害對方之婚姻問題，和上述重婚之雙方妨害婚姻情形不同。若就受欺者一方言，其在結婚之時，於

錯誤觀念之下，認其婚姻毫無瑕疵，倘因被詐而致無效或撤銷之裁判確定，豈非婚姻被其妨害？故法律規定處詐婚者三年以下之徒刑（刑法第二百三十八條）。至詐婚者一方之爲男爲女，並非構成犯罪之要件，可置不問。

法律對於詐婚之人規定處罰，因對方不知被詐欺爲條件。如對方亦明知其所締結之婚姻確係無效，或得撤銷，而願與結婚，則其所施之行爲，即不能認爲詐術，以對方在實際上並未受欺，在實施締結婚姻之人，當然不能成立犯罪。此種婚姻，雖得宣告無效或裁判撤銷，但既已成爲事實，其在事實之持續中，能彼此相安，並不請求法院裁判，法律爲避免苛擾起見，亦無取乎過事吹求，所以在條文上規定犯罪，必以因而致婚姻無效之裁判，或撤銷婚姻之裁判確定爲構成要件。倘未經請求裁判，或經裁判而尙未確定，均屬欠缺犯罪要件，不能成立詐婚之罪。至此等犯罪人與受欺人實施同居，爲婚姻中之必要行爲，不另成立犯罪。

## 第九節 通姦

通姦指男女間生殖器官交接之行爲言，但有此行爲未必一定構成通姦之罪，因法律上規定通姦罪，尙須具備有配偶之條件。有配偶，謂男女間因結婚而發生身分關係，於其關係存續中，而尙生存者。故「將有配偶」和「曾有配偶」，均非此所謂有配偶之條件。惟配偶之

身分，必正式結婚而後成立，如僅在事實上有同居關係，而不具備結婚之方式，即不得謂之有配偶。具備有配偶條件之人，和他人有通姦之行爲，是妨害其配偶之婚姻，法律爲保護其配偶之婚姻被妨害，特規定處一年以下之徒刑（刑法第二百三十九條前段）。至配偶係包括男女兩方面而言，因之和人通姦之罪，不問男性女性，均得犯之。

法律對於有配偶之人，規定處罰，其無配偶者，無論是否犯罪，均不能認爲成立通姦罪名，以其尙欠缺有配偶條件之故。惟有配偶通姦之人，既應成立犯罪，而與其相姦之相對人，亦以其對象上具備上述條件爲構成犯罪之事實，故相姦人對於此種事實，以明知或預見爲必要。已明知或預見通姦人爲有配偶，而仍與之相姦，應與通姦之人同罰（刑法第二十三十九條後段），否則，在相姦人既不明知或能預見，即屬非故意之行爲；除僅科通姦人一方之罪外，當然不能處罰相姦人。但此種犯罪，須由有配偶之配偶告訴，乃能論罪，不告訴不得處罰。如配偶對之，有縱容或宥恕之情形，即屬不得告訴（刑法第二百四十五條及刑事訴訟法第二百三十三條第二項）。告訴乃論之罪，其告訴應自得爲告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內爲之（刑事訴訟法第二百十六條第一項）。且經告訴以後，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴（刑事訴訟法第二百十七條第一項）。通常告訴乃論之罪，對於共犯之一人撤回告訴者，其效力及於其他共犯，惟通姦罪對於配偶撤回告訴，其效力不及於相姦

人（刑事訴訟法第二百十八條）。撤回告訴之人，對於已撤回之告訴，不得再行告訴（刑事訴訟法第二百十七條第二項）。此種犯罪，設未經告訴人告訴，或其告訴經撤回，或已逾告訴期間者，縱經起訴，亦應諭知不受理之判決（刑事訴訟法第二百九十五條第三款）。

### 第三章 夫妻財產制

#### 第一節 財產制總說

在家長本位家族制度之下，不但夫妻爲一體，而并夫妻之一體，又淪於家族組織之中。子尙無私蓄，無私財，不私與，不私假，遑論妻婦？故習慣上雖有家產和私房之分，在實際上則無所謂獨成一體之夫妻財產制。其後家族主義漸趨消滅，而夫妻財產制之規定，自有必要。因夫妻之內部常有抗爭，雙方之財產，由統一漸趨分立，夫妻之外部，復影響於第三人；在財富流通過程中，二人因結婚而所生財產關係之變動，實非由法律予以明文規定不可。

此種足以影響於財富流通過程之夫妻財產制，有隨家族主義向個人主義轉變之趨勢，且有種種形式。一爲夫妻結婚後，二人財產併合爲一體之制度，此係屬於保守派之主張。一爲夫妻結婚後，二人財產，一若未結婚以前分離獨立之制度，此乃屬於急進派之主張。一爲嫁奩財產歸夫之制度，此係折衷上述兩派而爲第三派之主張。茲將三種制度，略述如左：

(一) 婚後雙方財產併合之制度 此制度可分二種：其一，財產共同制，其二，統一財產



制。財產共同制係夫妻結婚後，雙方財產，由二人共有，共有財產之管理權歸夫，債務亦由共有財產清償。此制度又可分爲四種：（1）共同財產制，夫妻雙方之財產，全屬共有制度，爲荷蘭葡萄牙等國所採用；（2）動產共同制，夫妻個人之財產，各自保有，僅動產屬於共有之制度；（3）所得共同制，夫妻雙方在婚姻中所得之財產，屬於共有之制度，爲西班牙瑞士等國所採用；（4）動產所得共同制，夫妻雙方在婚姻中，以動產和所得財產屬於共有之制度，爲法蘭西比利時丹麥瑞典那威等國所採用。統一財產制係夫妻結婚後，雙方財產，合併而屬於夫，妻離婚時，得要求相當價額之償還。

（二）婚後雙方財產分立之制度 此制度可分二種：其一，分別財產制，其二，聯合財產制。分別財產制財產之所有權，占有、管理、處分權，皆屬於雙方，所得亦歸於所得人，夫對妻之財產無特權。共同生活費用，由雙方分擔之，此制爲英國所採用。聯合財產制之財產，雙方分離獨立，但占有、管理、處分和使用、收益之權，均屬於夫、妻之財產收益，亦屬於夫。婚姻消滅後，妻產歸妻，此制爲戰前之德意志及意大利等國所採用。

（三）嫁奩財產制 妻或第三人爲減輕婚姻生活費用而爲夫設定嫁奩財產，嫁奩財產歸夫，近於上述之統一財產制。此外雙方財產，仍分屬各人，又類似分別財產制；此制爲瑞士國所採用。

我國現行法律，以聯合財產制爲法定財產制（民法第一千零十六條至第一千零三十條），而以共同財產制包括所得共同制稱爲共同財產制（民法第一千零三十一條至第一千零四十一條），和統一財產制（民法第一千零四十二條第一千零四十三條），分別財產制（民法第一千零四十四條至第一千零四十八條）合成三種，列爲約定財產制。夫妻於結婚前或結婚後，得以契約就此三種約定財產制中，擇取一種爲其夫妻財產制（民法第一千零零四條）。如夫妻未選定財產制，以契約訂定爲其夫妻財產制者，除法律另有規定外，則以法定財產制爲其兩人間之夫妻財產制（民法第一千零零五條）。

## 第二節 夫妻財產契約

我國在舊法時代，夫妻財產關係，係淪沒於家族財產關係之中，並無獨立地位。即強欲就夫妻財產關係分別而言，亦不外一種極端的統一制。妻之財產淪沒於夫之家產或私房特有財產之內，夫妻兩人不能以自己之意思變更之。現行法律於夫妻財產制，有契約訂立者，從其所訂之契約財產制，無契約訂立者，從聯合財產制，即雙方財產分立之制度。故由舊制向新制之變遷，即屬由身分制向契約制之變遷。身分制爲人和人之關係，決定於人之地位，不決定於人之意思；契約制則以人之意思，決定其生活關係，與人之地位無關。

夫妻財產制契約係一種債權契約，其訂立、變更和廢止，均得由夫妻雙方之自由，實與一般債權契約無異，此種屬於債權契約之夫妻財產制契約，爲結婚契約之附屬契約。雖其訂立可在結婚之前，或結婚之後（民法第一千零零四條），但其有效、無效或撤銷，則完全以其結婚爲標準。換言之，即結婚有效，其所附帶之夫妻財產制契約有效，如結婚無效或撤銷，則其附屬之夫妻財產制契約，亦歸於無效或撤銷。

夫妻財產制契約之訂立，固屬婚姻當事人之自由，但其契約內容之規定，則以法律所定之三種爲限，不能超出三種之外，而另行訂立。故約定財產制雖得自由爲之，亦非無一定之限制；其在三種財產制範圍以內，自可盡量自由選擇，如越出範圍，即非爲法所許可，當然無自由可言（民法第一千零零四條）。

訂立夫妻財產契約，在通常之人，自可任當事人之自由，惟未成年人和禁治產人之夫妻財產制契約，其訂立、變更或廢止，應與其他債權契約相同，須得法定代理人之同意（民法第一千零零六條）。至對於財產之處分，仍應得法定代理人之同意，亦屬當然之解釋，毋庸法律再以明文規定。夫妻財產制契約之訂立、變更或廢止，影響夫妻雙方之財產甚鉅，法律爲使其明確計，故規定應以書面爲之（民法第一千零零七條）。但是項契約的訂立、變更或廢止，於第三人並非毫無影響，如欲以之向第三人主張，非先向第三人公示不可，以免

其受意外之損失。法律爲保護第三人起見，特規定訂立、變更或廢止夫妻財產制契約，非經登記，不得以之對抗第三人，其登記則依規定關於人事關係登記之法律（民法第一千零零八條）。

夫妻財產制契約一經訂立以後，如當事人主觀之意思或客觀之情形有所變更，則其所約定之財產制，除當事人之一方，不得任意解除、變更或廢止外，在當事人雙方婚姻關係存續中，得以書面契約廢止其財產契約，或改用他種約定財產制（民法第一千零十二條）。倘夫妻之一方受破產宣告時，其夫妻財產制，當然成爲分別財產制（民法第一千零九條）。若債權人對於夫妻一方之財產，已爲扣押，而未得受清償時，法院因債權人之聲請，得宣告改用分別財產制（民法第一千零十一條）。其餘因當事人一方之請求，法院應宣告改用分別財產制之情形，尙有下列三種：（1）夫妻之一方，依法應給付家庭生活費用而不給付時；（2）夫妻一方之財產，或雙方之總財產，不足清償債務時；（3）夫妻之一方，爲財產之處分，依法應得他方之同意，而他方無正當理由拒絕同意時（民法第一千零十條）。

### 第三節 約定財產制

約定財產制可分爲共同財產制、統一財產制和分別財產制三種，而共同財產制之中，又

包含共同財產和所得共同兩制，除各制之特點，已於總說上說明外，茲仍分爲四制，述之於後：

（一）共同財產制 此制爲原有之共同財產制，指未與所得共同制併合者而言；經現行法律列爲約定財產制中共同財產制之一部分。關於共同財產之構成和性質，依法律之規定，夫妻之財產和所得，除（1）專供夫或妻個人使用之物；（2）夫或妻職業上必需之物；（3）夫或妻所受之贈物，經贈與人聲明爲其特有財產者；（4）妻因勞力所得之報酬（民法第一千零十三條）；（5）夫妻間以契約訂定以一定之財產爲特有財產（民法第一千零十四條）等特有財產外，均爲共同財產之構成分，屬於夫妻共同共有（民法第一千零三十一條第一項）。特有財產，應適用關於分別財產制之規定（民法第一千零十五條）。至共同財產雖爲夫妻二人所共同共有，但各共同共有人對於共同共有物，不得處分其應有部分，以保護共同共有之權利（民法第一千零三十一條第二項）。

共同財產之管理權屬於夫，應由夫負責管理，其因管理所需之費用，由共同財產負擔（民法第一千零三十二條）。惟共同財產，依共同共有之原則，非經夫妻雙方之同意，夫妻之一方，不得處分，但爲管理上所必要之處分不得同意，並非不能處分（民法第一千零三十三條第一項）。如非爲管理所必要，或非由管理者一方，未得他方同意而處分共有財產者，

其處分在夫妻之內部固屬無效，於第三人，則不能以無效與之對抗。若第三人已知或可得而知其欠缺同意，或依情形可認為該財產屬於共同財產者，則不受「不得對抗第三人」之限制（民法第一千零三十三條第二項）。

關於家庭生活費用，由共同財產負擔。如共同財產不足負擔時，夫固應負責，即妻個人，亦應負責（民法第一千零三十七條）。至夫妻債務之清償，其債務可分三種：其一，由夫個人負責，而共同財產亦同負擔者，計有四種：（1）夫於結婚前所負之債務；（2）夫於婚姻關係存續中所負之債務；（3）妻因日常家務所為代理行為而生之債務；（4）此外妻於婚姻關係存續中，以其有財產為負擔之債務（民法第一千零三十四條）。其二，由妻個人負責，而共同財產亦同負擔者，亦有四種：（1）妻於結婚前所負之債務；（2）妻因職務或營業所生之債務；（3）妻因繼承財產所負之債務；（4）妻因侵權行為所生之債務（民法第一千零三十五條）。其三，妻就特有財產負責者，計有二種：（1）妻就特有財產所負擔之債務；（2）妻逾越日常家務代理權的行為所生之債務（民法第一千零三十六條）。

共同財產所負之債務，以共有財產清償時，夫妻之間，不生補償請求權（民法第一千零三十八條第一項）。例如夫以共同財產清償妻在結婚前所生之債務時，夫不得請求妻由其特有財產補償。但共同財產之債務，而以特有財產清償，或特有財產之債務，而以共同財產清

償者，有補償請求權。雖在婚姻關係存續中，此項補償請求權，亦得行使（民法第一千零三十八條第二項）。例如夫以特有財產清償妻在結婚前所負之債務，夫得向妻請求補償；夫以共同財產清償妻就其特有財產所負擔之債務時，夫仍得請求補償。

共同財產之分割，計有二種情形：其一，夫妻之一方死亡時，法律依夫妻之情義關係，採平等分割主義，以半數歸死者之繼承人，以半數歸生存之他方（民法第一千零三十九條第一項）。但夫仍以契約約定共同財產分割之比例或辦法者，從其約定（民法第一千零三十九條第二項）。生存之一方，依法不得爲繼承人，如喪失其繼承權時（參照民法第一千一百四十五條），其對於共同財產得請求之數額，不得超過離婚時所應得之數額（民法第一千零三十九條第三項）。換言之，祇得取回其固有財產（參照民法第一千零五十八條）。其二，共同財產關係消滅時，法律亦採平等分割主義，使夫妻各得其共有財產半數。若共同財產之關係消滅由於離婚，則須取回其固有財產，不足時由夫負擔，其不足係由非可歸責於夫之事由而發生者，不得由夫負擔（民法第一千零五十八條）。倘由於夫妻之契約，則依其契約（民法第一千零四十條）。

（二）所得共同制 夫妻得以契約訂定，以所得共同制爲其二人間財產關係之準則（民法第一千零四十一條第一項）。在此制之下，夫妻之間，可有三種財產之存在：（1）特有財

產，仍各保其所有（民法第一千零十三條第一千零十四條）；（2）原有財產，在婚姻關係存續中，適用關於法定財產制之規定（民法第一千零四十一條第三項）；（3）共同財產，在婚姻關係存續中，夫妻因勞力之所得，和夫妻原有財產上所得之孳息兩種，此兩種所得，構成夫妻共同財產，適用關於共同財產制之規定（民法第一千零四十一條第二項）。

（三）統一財產制 夫妻得以契約訂定，將妻之財產，除特有財產外，完全移歸於夫，歸夫所有；妻所保持者，不過為該財產所估定之價額和依估定價額之返還請求權而已（民法第一千零四十二條）。法律對於統一財產，除將妻所有財產（特有財產除外）移轉所有權於夫外，準用關於法定財產之規定（民法第一千零四十三條）。

（四）分別財產制 在分別財產制之下，夫妻之財產，仍各保持其所有權、管理權和使用收益權（民法第一千零四十四條）。如妻以原有財產之管理權付於夫者，推定夫得以其財產之收益，供家庭生活費用；而妻亦得隨時取回該財產之管理權。此項取回權，不得拋棄（民法第一千零五十四條）。

家庭生活費用，由夫負擔，但夫亦得請求妻為相當之分擔（民法第一千零四十八條）。夫妻之財產既全分立，則夫妻之債務，應各分別清償，故一方結婚前和婚姻關係存續中之債務，均由雙方自己負擔（民法第一千零四十六條第一二兩款及第一千零四十七條第一項），



所成問題者，惟有因日常家務代理行為和家庭生活費用所生之債務，法律規定由夫負擔，但夫無支付能力時，由妻負擔（民法第一千零四十六條第三款及第一千零四十七條第二項）。

#### 第四節 法定財產制

夫妻之間，無約定財產制之契約，法律規定聯合財產制爲其財產關係之準則。在聯合財產制之下，夫妻所有財產，除妻之特有財產，不在聯合財產之內外，餘如雙方結婚時屬於夫妻之財產，和婚姻關係存續中，夫妻所取得之財產，均爲聯合財產之構成分，統稱爲聯合財產（民法第一千零十六條）。聯合財產，和統一財產共同財產之制度不同，其構成該財產之各種財產，並非夫妻之共有物，因之所有權亦不屬於共有。如夫妻結婚時所有之財產，仍各歸本人所有（民法第一千零十七條第一二兩項），其在婚姻關係中所取得之財產，若爲妻因繼承或其他無償取得者，爲妻之原有財產，由妻保有其所有權（民法第一千零十七條第一項）；妻原有財產中所生之孳息，其所有權歸屬於夫（民法第一千零十七條第三項）；不屬於妻原有財產之部分，皆歸於夫所有（民法第一千零十七條第二項）。

聯合財產之所有權，雖分屬夫妻二人，但和分別財產制，確又不同；其管理使用收益和處分之權，夫皆有之。茲分三種爲之說明：（1）管理權，聯合財產之管理權屬於夫，其管理

費用，由夫負擔（民法第一千零十八條）。（2）使用收益權，聯合財產之使用收益權屬於夫，即妻之原有財產，夫亦有使用收益之權（民法第一千零十九條）。（3）處分權，聯合財產之處分權屬於夫，但對妻之原有財產爲處分時，應得妻之同意（民法第一千零二十條第一項前段）。如夫未經妻之同意，而處分妻之原有財產時，其處分得撤銷之，故除第三人已知或可得而知未經同意，或依情形可認爲該財產屬於妻者外，不得對抗第三人（民法第一千零二十條第二項）。倘夫之處分爲管理上所必要者，則不受得妻同意之限制（民法第一千零二十條第一項後段）。妻對於聯合財產，於日常事務代理權限內，亦得處分之（民法第一千零二十一條）。夫對於妻之原有財產，既有種種權利，法律爲保護妻之利益計，特定有請求其夫隨時報告狀況之權，夫因其請求，即有報告義務（民法第一千零二十二條），不得延不履行。

此制之家庭生活費用，由夫負擔。夫無支付能力時，由妻就其財產之全部負擔之（民法第一千零二十六條）。至夫妻債務的清償，在此制之下，其債務亦可分爲三種：其一，由夫負責清償者，計有三種：（1）夫於結婚前所負之債務；（2）夫於婚姻關係存續中所負之債務；（3）妻因日常家務所爲代理行爲而生之債務（民法第一千零二十三條）。其二，由妻以全部財產負責清償者，計有四種：（1）妻於結婚前所負之債務；（2）妻因職務或業務所生之

債務；(3)妻因繼承財產所負之債務；(4)妻因侵權行為所生之債務（民法第一千零四十二條）。其三，由妻以特有財產負責清償者，計有二種：(1)妻就其特有財產設定之債務；(2)妻逾越日常家務代理權限之行為所生之債務（民法第一千零二十五條）。

聯合財產中之夫妻財產，法律爲求其有無勾通起見，不問雙方是否均有財產，特規定爲妻之原有財產所負債務，而以夫之財產清償，或夫之債務，而以妻之原有財產清償者，夫或妻雖有補償請求權，但在聯合財產關係尙存續而未消滅之前，不得請求補償（民法第一千零二十七條第一項），以此權一經行使，則聯合財產即陷於分裂之狀況，故對補償請求權不得不加以限制。惟以聯合財產和妻之特有財產相互償債時則不盡同，妻之特有財產所負債務，而以聯合財產清償，或聯合財產所負債務，而以妻之特有財產清償者，雖在婚姻關係存續之中，夫妻均得行使補償請求權，爲補償之請求（民法第一千零二十七條第二項）。

聯合財產之分割，計有二種情形：其一，夫妻間一方之死亡，非爲夫死，即爲妻死，在此場合中，如妻死亡，妻之原有財產，歸屬於妻之繼承人，倘有短少，而其短少係因可歸責於夫之事由所生者，夫應補償之，否則，不必補償（民法第一千零二十八條）。如夫死亡，妻取回其原有財產，倘有短少，妻可向夫之繼承人行使請求權，請求補償（民法第一千零二十九條）。其二，聯合財產關係之消滅，在此情形之下，原則上由妻取回其原有財產，如有

短少，而其短少非由可歸責於妻之事由所生者，由夫或其繼承人負擔，否則，即不負擔其短少之責任（民法第一千零三十條）。但聯合財產關係之消滅，係由於離婚者，夫妻各取回其原有財產，若有短少，而其短少係因可歸責於夫之事由所生者，由夫負擔，不然則否（民法第一千零五十八條）。

## 第四章 親屬

### 第五節 親屬制度

法律上規定人類之親屬，和自然界生物學上之親屬不同，生物學上之親屬，凡有血統和兩性結合之連鎖者，皆爲親屬，法律上之親屬，並不如此計算；有血統關係不認爲親屬者有之，如未經認領之私生子；無血統關係認爲親屬者亦有之，如養子女。故親屬關係在法律上有一定之範圍，並非毫無限制，當然不能和生物學上之親屬相提並論。生物學上之親屬，除有繁殖力外，不生何種效果，法律上之親屬，即發生法律上之效果；且自過去迄今，已成爲有歷史性之親屬制度。

當原始時代，親屬制爲雙系，即男女兩個系統並無分別之制度，其後社會進化，私有制度漸起萌芽，雙系之親屬制，漸發展爲氏族制。氏族制係爲單系，母系氏族，祇以女系親爲構成員，父系氏族，則以男系親爲構成員。最初氏族，包含女系親爲親屬，於是父子不同族，子女隨母而居於母之村落。我國古代，留有此種氏族痕跡者不少；如周族崇拜始祖姜嫄，秦族崇拜始祖妣女修，皆爲母系氏族之遺跡。迨私有制度漸漸發達，氏族制度亦隨之進化

而成爲家族，此時妻隸於夫，子隸於父，氏族之內，遂包含男系親爲親屬。女系親之親屬，至此乃告結束。

其後氏族進爲家族，家族和同宗家族之間，雖有強固之社會關係，但實際上共同生活團體，則爲以家長爲至尊之家，所以清律輯注上有「家事統於一尊」之語。此至尊之家長以下，有五口或八口之家屬，卽孟子所謂「數口之家」和「八口之家」之情形。惟在權貴豪門之家，除同族家族外，尙有多數奴婢、門客，或部曲、家兵、奴客同爲家族中的構成分子，爲兩漢時代所常有，門客部曲列爲家族，爲兩晉南北朝之事蹟。東漢以還，又有累世同居風氣，人口較繁之家，竟至集合數代同宗之人於一處，此種制度稱爲父權家族制。雖每家人口有多少之別，而其同爲隸屬於家長之下，則各家並無差異。此種家族制度，在我國存留之時代，最爲悠久；凡交通不便，和風氣較爲閉塞之處，至今尙有不少村落，保存此種大家庭之家族制度。

父權家族制，亦屬單系之組織，因一家之中，不論人口多少，皆以乃祖乃父所傳之男系親爲基本。此宗統如果斷絕，應擇定同宗昭穆相當之近親，爲之立後，以延續其宗統，卽所謂宗祧繼承制度。倘宗統斷而不爲復續，則其家雖屬另有他人，亦爲絕戶；絕戶之財產歸公，不復爲其家之他人所有，此在清例上曾著有明文。自國府成立以後，都市工商業和自由

業日趨發達，家族制度亦因之而染有歐風，夫婦制之家族制度，遂成爲現社會之新家族制。此種家族縱有大多數尙不能脫離原有宗統之觀念，但在各都市中，則已漸漸改爲夫婦制之家族制。近年此制漸次發達，現行法律卽本其趨勢而爲立法。

## 第二節 親屬種類

在舊制時代，親屬之分類，受宗統和宗法之影響，故始終主張「長幼有序」「男女有別」和「尊尊」等論調，乃將有血統連絡之親屬，分爲宗族和外姻兩類。宗族指男系親言，外姻指女系親言；其依婚姻而連絡者，夫族和妻黨又不同類。如清律喪服圖中的「本宗九族五服正服圖」，就是表示宗族之關係；外親服圖，則限於女系親，妻親服圖，無非表示夫對於妻黨之喪服而已。民律草案，卽係依此而分親屬爲四類：一爲宗親，二爲外親，三爲妻親，四爲夫妻。其所謂宗親者，係指宗族而言，外親卽係指外姻言，妻親謂妻黨之親，夫妻因結婚而始有此稱謂。此種親屬之分類，和上述自然界生物學上親屬之分類，其相差之遠，當可不言而喻。

現行法律分親屬之種類爲三，一變過去之宗族制度，以配偶列爲第一，血親列爲第二，姻親列爲第三。其以婚姻而連絡之男女本人，稱爲配偶，配偶包括夫妻兩人，卽夫爲妻之配

偶，妻爲夫之配偶，並非指夫妻間之一人而言。依血統而連絡之親屬，均稱血親，包括過去之宗族和外姻兩種在內。配偶之雙方血親，彼此之間，皆爲姻親，包括過去之夫族和妻黨兩種在內。此三種親屬之中，除配偶爲夫妻，自可毋庸加以說明外，其血親和姻親，均非漫無限制，且皆有種類可分，應再爲分類而略述之。關於血親之分類，可分爲直系血親和旁系血親兩種；直系血親又分爲二：（1）己身所從出之血親，即自己身體由其所出之血親；如父母、祖父母、外祖父母等皆是。（2）從己身所出之血親，即由自己身體所出之血親；如子女、孫男女、外孫男女等皆是（民法第九百六十七條第一項）。旁系血親指除直系外之血親而言，即和己身出於同源之血親；如兄弟姊妹，係和己身出於同一源流之父母；伯叔姑舅姨，係和己身出於同一源流之祖父母與外祖父母（民法第九百六十七條第二項）。至於姻親，亦可分爲三類：（1）血親之配偶，指血親之妻或夫而言；如兄弟之妻，伯叔之妻，姑或姊妹之夫，舅甥之妻等皆是。（2）配偶之血親，指配偶所從出之血親言；如夫之父母、兄弟、姊妹，或妻之父母、兄弟、姊妹等皆是。（3）配偶血親之配偶，指夫妻間血親之夫妻而言；如夫之伯叔母、姑夫、兄弟妻（即妯娌）、或妻之兄弟妻（舅嫂）、姑夫、姊妹夫（連襟）等皆是（民法第九百六十九條）。



## 第二節 親系

依血統而連絡之血親，其血統間所連繫者，謂之親系；親系分男女兩系，男系屬於男子一方，女系屬於女子一方；和男子方面發生連繫者稱爲男系親，和女子方面發生連繫者稱爲女系親。法律於此兩者同等相視，並無差別，此爲與舊律不同之處。血親無論屬於男系，屬於女系，均有直系旁系之分；屬於直系者爲直系親，屬於旁系者爲旁系親。

直系者，從上溯爲己身所從出，從下溯爲己身所出之親系；旁系者，由己身所從出親系中分衍之親系。己身所從出和己身所出之血親，謂之直系血親，其間有男系親，亦有女系親。如父母、祖父母、子女、孫男女等，固爲男女雙方之直系血親，因男女各有父母子女，而翁之父母則爲男系之直系血親，母之父母則爲女系之直系血親。和己身出於同源之血親，謂之旁系血親，其間亦有男系親和女系親。如和己身同出於祖父母之伯叔和堂兄弟姊妹，因爲男女雙方之旁系血親，而翁父母除翁外之子女，與和夫同輩之堂兄弟，則爲男系之旁系血親，母父母除母外之子女，與和己同輩之中表兄弟姊妹，則爲女系之旁系血親（民法第九百六十七條）。

此外尚有尊親屬和卑親屬之區別，尊親屬指和父母同輩或父母再上之輩而言，其間又有

男系親和女系親。如父母、祖父母、伯叔父母、姑母，固為男女雙方之尊親屬，而和翁同輩之伯叔父母、姑母，則為男系之尊親屬，和母同輩之舅父、姨母，則為女系之尊親屬。卑親屬指和子女同輩或子女再下之輩而言，其間復有男系親和女系親。如子女、姪男女，固為男女雙方之卑親屬，而夫之姪男女、姪孫男女，則為男系之卑親屬，母兄弟之子女，和妻之姪男女，則為女系之卑親屬。

#### 第四節 親等

親等為測量親屬疏遠近之工具，用以計算親屬間相隔之尺度，其計算親疏遠近，純以相隔世數之多少作為標準。此種計算親等之制度，稱為世數親等制。世數親等制之計算方法，可分兩種：

(一) 羅馬法主義 此為羅馬法計算親等之方法，直系血親以一世為一親等，旁系血親從己身數至同源之直系血親，再由同源之直系血親數至所指之親屬，以其總數為親等之數。

(二) 寺院法主義 此為日耳曼法計算親等之方法，為寺院法所採用，故稱寺院法主義。其方法直系血親以一世為一親等，旁系血親從己身數至同源之直系血親，再從同源之直系血親，數至所指之親屬，世數相同者，即用一方之世數，世數不同者，即從其多者，以為親等



就喪服，尙不能知其和世數相隔之遠近，此喪服圖所以仍不能作爲計算親等之標準。

我國對於親等之計算，亦非絕對不能明其世數，第須加以推算，方能得其真義。禮有之曰：「四世而總，服之窮也。」此言喪服至總卽終止，總之下不再有服，凡總皆屬四世，族兄弟服總，故爲四世。溯其昭穆相同而反推之，則再從兄弟爲三世，堂兄弟爲二世，兄弟爲一世。但子亦爲一世，溯其昭穆相同而遞推之，則姪爲二世，堂姪爲三世，再從姪爲四世。按喪服圖再從姪服總，由是卽可推定三世服小功，二世服大功，一世服期服，並非無一定之配合者。惟宗法對於「尊尊」和「男女有別」的關係，將喪服加重減輕，以致不易推算其世數之誰屬。如子爲一世，而對於父母之喪服斬衰，妻和夫同爲一體，而對於夫喪亦服斬衰，此無他，不外受宗法上「尊尊」之義，和「男女有別」之故，而致加重其服制至此。

誠然，我國素稱禮教之邦，「尊尊」禮所當然，而尤以上數第一世爲父母，所謂「養我畜我，教我育我」，服三年斬衰，原無絲毫問題。不過因「男女有別」之故，而以妻對夫服三年斬衰，非特有背「男女平等」之義，抑且與新思潮亦不相合，自非另行頒行，不足以資適用。好在服制尙非親屬上之問題，姑附述一二，以備參考。

我國現行法律規定親等之計算法，分血親親等計算法和姻親親等計算法兩種，茲分別說明於後：

(一) 血親親等計算法 親等之計算法，在舊刑法第十一條至第十六條之規定，係採用寺院法主義，現行法律則以羅馬法主義計算親等，因之彼此計算大不相同。血親親等之計算，直系血親，從己身上下數，以一世爲一親等（民法第九百六十八條第一項）。旁系血親，從己身數至同源之直系血親，再由同源之直系血親，數至與之計算親等之血親，以其總世數爲親等之數（民法第九百六十八條第二項）。譬如欲知堂伯叔祖父之親等，從己身上數至同源的高祖父爲四世，即四親等，再從高祖父數至堂伯叔祖父爲二世，即二親等，以其總數六世爲親等之數，即稱爲六親等。若欲知堂姨母之親等，從己身上數至同源之外曾祖父爲三世，即三親等，再從外曾祖父數至堂姨母爲二世，即二親等，總共稱爲五親等，照此計算，此兩例中之高祖父和外曾祖父，一爲四親等之直系血親，一爲三親等之直系血親，堂伯叔祖父和堂姨母，一爲六親等的旁系血親，一爲五親等的旁系血親。

(二) 姻親親等計算法 姻親是基於婚姻連絡之親屬，其間原無血統之可言，親等之計算，亦不能不依婚姻之連絡關係作爲標準。如姻親和我之間，欲計算其親等，不外兩種，一爲依配偶和我之親等來定，一爲依其和我配偶之親等來定，故法律即據此分別規定爲三種：

(1) 血親之配偶，從其配偶之親系和親等（民法第九百七十條第一款）。譬如兄弟之妻和我爲姻親，其親系親等，依兄弟之親系親等，即旁系二親等。若堂舅母和我之姻親，其親

系親等，以堂舅父爲標準，即旁系五親等。

(2) 配偶之血親，從其配偶之親系和親等（民法第九百七十條第二款）。譬如妻之姪，依其和妻之親系親等，即旁系三親等。若夫之曾祖父母，依其和夫之親系親等，即直系三親等。

(3) 配偶血親之配偶，從其與配偶之親系親等（民法第九百七十條第三款）。譬如夫兄弟之妻，依其與夫之親系親等，而其和夫之親系親等，又以夫兄弟和夫之親系親等爲標準，即旁系二親等。若內姪女之夫，依其與妻之親系親等，而其和妻之親系親等，又以內姪女和妻之親系親等爲標準，即旁系三親等。

### 第五節 親屬關係之發生

親屬關係之發生，具有兩種原因，一爲事實之存在，一爲法律之擬制；有此二原因之一，而親屬關係始能發生。試分述之：

(一) 事實之存在 親屬關係，雖不僅由於事實所發生，但究以事實所發生者爲多。若無發生之事實，則無所謂親屬關係。上述之親系親等，多由親屬關係而來，而親屬關係之發生，亦必有可爲發生原因之事實；此事實實現，即發生親屬關係。茲推求其發生親屬關係之

事實，又可分爲二種：(1) 出生，謂血親關係由於出生而發生。凡人出生於某一親屬團體內，對於該團體即發生血親之親屬關係，不問出生者爲男爲女，亦不問爲子女爲弟妹，一經出生，當爲該團體中屬於血親之親屬，而親屬團體之人數，亦因之增加一員。此增加一員親屬之人數，卽有增加之事實存在，故稱該原因爲事實存在之原因。(2) 結婚，謂姻親關係由於結婚而發生。人於結婚以後，對於相婚之親屬團體，因聯姻之結果，卽發生姻親之親屬關係，不問爲妻媳爲嫁女，亦不問爲出閣爲入贅，一經結婚，當爲該團體中屬於姻親之親屬，而親屬團體之人數，又因之而增加。此增加親屬團體之人數，亦有增加之事實存在，所以又稱該原因爲事實存在之原因。以上二種原因所發生之親屬關係，一爲血親，一爲姻親；一有血統關係，一祇聯姻關係；二者原因不同，致結果亦有差異。惟以親屬而論，則血親姻親，皆爲親屬，不能不認爲非親屬之一員。

(二) 法律之擬制 親屬關係，由於事實所發生者固多，但除事實上之生育和結婚外，亦非絕對不能發生親屬關係。如有人願爲他人之養子女者，該收養養子女之人，在名義上爲養子女之養父母，養父母對於養子女，豈非因收養而發生親屬關係？縱其親屬關係之發生，並無生育和結婚之事實，而收養之初，既以子女比擬，自己復又處於父母之地位；此種父母子女，係爲法律上擬制之父母子女，並無由其生育之事實，故對於此種親屬關係發生之原因，

特稱爲法律上之擬制，以其不具有出生結婚等事實之存在，當然不能和上述之二種原因並立爲三。

## 第六節 親屬關係之消滅

親屬關係之消滅，具有三種原因，一爲死亡，一爲離婚，一爲終止；有此三種原因之一，而親屬關係始能消滅。茲分述之：

(一)死亡 親屬間之關係，不問血親姻親，均因死亡而關係消滅。但所消滅者，僅以死亡之人爲限，其他未死亡之親屬，並不因有一人死亡，而卽消滅血親和姻親之親屬關係。譬如夫死，妻對於夫族之姻親關係，並不因夫死而消滅。父母死亡，對於同爲父母所出之兄弟姊妹之血親關係，亦並不因父母死亡而消滅。

(二)離婚 姻親因結婚而發生親屬關係，已如上述；而消滅則不外乎離婚，和夫死妻再婚，或妻死贅夫再婚之三種原因。此三種原因之中，離婚能消滅姻親關係，人所盡知，以其親屬關係既由婚姻之締結而發生，當然亦因婚姻之離異而消滅，無待贅述。其他兩原因，夫死和妻死，本不發生消滅姻親關係之問題，所消滅者，無非死者一人而已，已說明於第一原因中。不過此所謂消滅者，其原因不在已死之夫和妻，而在未死一方妻和夫之再婚。未死之



一方，經再婚以後，已與他人因結婚而發生姻親關係，在前之姻親關係當然消滅，不能因結婚而有兩重姻親關係之存在，反與法理不合（民法第九百七十一條）。其實在事實上，此種關係，往往存在，除夫死妻再婚，在習慣上認爲可恥，夫族不予往來外，其妻死而再婚之男子，無論是否贅婿，大多數均和前妻妻黨往來，而前妻之父母，亦恆認其婿再婚之妻爲女，不但不消滅姻親關係，且因婿之再婚而又發生一種親屬關係，此爲法律習慣不符之一大缺陷。如欲補救其缺陷，祇有在其婿再婚訂定婚約之時，先行收養爲養女，或於結婚後同時收養爲養子女（民法第一千零七十二條第一千零七十四條），則親屬關係又復發生，不過身分不同，而關係亦因之而異。且養子女之收養者，尙須具備長於被收養者二十歲以上之條件（民法第一千零七十三條），若所長之年齡未達二十歲，亦爲法所不許。

（三）終止 親屬關係中之收養關係，其發生之原因既由收養，但依法亦得將其關係終止（民法第一千零八十條）。終止養父母和養子女之關係以後，其關係不復存在，所有因收養而發生之親屬關係，當然因終止而消滅。

## 第七節 親屬會議

在我國古代，有族飮以「講大事，成文章」者，見國語周語。因族人會議，爲氏族的最

高權力機關。女真和蒙古族，在未入中原以前，皆以族人會議爲最高權力機關，和周代相同。女真之族人會議，見大金國志。蒙古族會名庫勒畢台，凡君主之設立，和軍事計劃之決定，均由此會議爲之，見元史諸本紀。迨國家發達以後，在公務方面，族依流爲朝議；在私事方面，族長之權力，仍能支配族人，直至於今，族有族規，有族譜之譜例，仍爲一族之自治法。且族有族長，其收入作爲一族公共事務之費用；所以族長之權力，係高於一切，而族人會議之權力，更可想見。惟其在歐洲方面，羅馬法以國君爲最高保護機關，亦有我國「天子爲天下之大宗」之意。法蘭西革命時期，自由主義者欲限制政府之權力於最小限度以內，遂廢國家爲最高監護之制，而代以親屬會議。日本民法因之，我國民法亦因之，且將權限擴大。

關於親屬會議之人數，在我國現行民法中，規定親屬會議，以會員五人組織之（民法第一千一百三十條）。此五人應就未成年人、禁治產人，或被繼承人之下列親屬和順序定之：（一）直系血親尊親屬；（二）三親等內旁系血親尊親屬；（三）四親等內之同輩血親（民法第一千一百三十一條第一項）。親屬會議之所以必須以此等人之三種親屬爲會員者，以該會議重要職務，爲未成年人、禁治產人監督事務之監督，以及被繼承人繼承事務之干預，自非由此等親屬出席不可；既須由此等親屬出席，不妨將其明定爲親屬會議之會員。惟親屬中同一順

序之人，往往不止一人，如不止一人，應以親等近者爲先，其親等同者，應以父系之親屬爲先，同系而親等同者，應以年長者爲先（民法第一千一百三十一條第二項）。此項順序規定以後，在組織親屬會議時，不致因會員而發生爭執，卽有爭執，亦可依此順序爲之解決。倘欲會議而無此等親屬，或有此等親屬而不足法定人數時，法院得因有召集權人之聲請，於其他親屬中指定之（民法第一千一百三十二條）。但在將爲親屬會議會員之親屬範圍內，若有監護人、未成年人和禁治產人，仍不得爲親屬會議之會員（民法第一千一百三十三條）。

親屬間欲開親屬會議，得由有召集權人召集之。有召集權之人，在法律上規定三種：（一）當事人；（二）當事人之法定代理人；（三）其他利害關係人（民法第一千一百二十九條）。如非此三種人，卽無召集之權。因親屬會議之召開，必有應解決之事項，其待解決之親屬，卽爲當事人，非當事人與其利益無關，當然不得召集。但當事人之法定代理人，和其他之利害關係人，雖非當事人，一爲依法應爲當事人之代理人，一爲與當事人並非無利害關係，故法律均定爲親屬會議有召集權之人。

至親屬會議中依法應爲會員之人，如須辭職，非有正當理由，不得爲之（民法第一千一百三十四條），此係強行規定，以免無正當理由者之濫行辭職，致會議延不舉行，而於當事人有所不利。親屬會議雖以會員五人組織之，但開會之時，未必五人同時出席。其同時出席

者固無問題，若不能五人同時出席，至少須有三人以上之人數，不滿三人之出席，即不得開會，以符過半數的會議程序。倘滿足三人以上之法定人數，而實行開會，其決議非有出席會員過半數之同意不可，不能有過半數之同意，即不得爲決議，此亦爲會議中決議之一定程序（民法第一千一百三十五條）。親屬會議之會員，於所議事件有個人利害關係者，不得加入決議（民法第一千一百三十六條），以杜流弊。以親屬會議會員中人數不多，如僅三人，而其一人爲有個人之利害關係者，苟以之加入決議，則其加入以後，必有利其個人，致失却會議之持平性。親屬會議決議之後，有召集權之人，對其決議如有不服，得於三個月內向法院聲訴（民法第一千一百三十七條）。其不於三個月內聲訴者，即應依照親屬會議之決議辦理，不得於事後再行向法院聲訴。

## 第五章 父母子女

### 第一節 父母子女關係之種類

父母對於子女之關係，原爲親屬關係之一種，本可歸納於親屬章內。因父母和子女，不僅具有通常之親屬關係而已，除有親屬關係之外，尤有教養和監護之權利義務，故特另列專章。

關於父母子女之關係，在父權家族制度時代，其關係之種類極爲繁複。所謂三父八母，卽爲其父母之種類。其實父母之種類，尙不止此，而三父八母，與實際相差尙遠，茲略予分別敘述：

(一)關於父的方面 父之種類，在過去時代，可分五種：(1)爲通常意義之父，卽普通人所稱之父；(2)過繼他房爲子之子，對其本生之父稱爲生父，對其承繼之父稱爲嗣父；(3)同宗之子經收養者，稱其收養之父爲養父；(4)異姓義子稱其養父爲義父；(5)隨母再嫁之子，稱母之後夫爲繼父。

(二)關於母的方面 母之種類，在過去時代，較父爲多，約而計之，可分十種：(1)爲

通常意義之母，即普通一般人所稱之母；(2)過繼他房爲子之子，對其本生之母稱爲生母，對其承繼之母稱爲嗣母；(3)同宗之子經收養者，稱其收養之母爲養母；(4)異姓義子稱其養母爲義母；(5)子女稱父再婚之妻爲繼母；(6)父妾之子，對父之正妻稱爲嫡母；正妻之子，對父妾之有子女者稱爲庶母；(7)子女對受父命養育自己者稱爲慈母；(8)子女對於以乳乳己者稱爲乳母；(9)子女對於父離棄之母稱爲出母；(10)父死後母再嫁者稱爲嫁母。

至於子女方面，種類亦屬不少，其間以子之種類爲尤多，以其當時重男輕女，且有宗祧繼承關係，故女之種類，不能與子相比擬；茲姑就子之方面而說明其種類。按子之種類，在過去可分七種：(1)爲通常意義之子，即普通一般人所稱之子，不過有時有嫡子庶子之分；(2)過繼他房之子者稱爲嗣子；(3)收養同宗之子者稱爲養子；(4)異姓義子稱爲義子；(5)收領被人拋棄三歲以下之小兒稱爲領子；(6)和人通姦而生者稱爲姦生子；(7)妻前夫之子稱爲繼子。

總之，過去律例上之父母子女，有血統的和擬制的兩大類，血統的尙不過多，而擬制的父母子女關係，爲數之多，至爲可驚。惟今後之父母子女關係，當不致有如此之複雜者，良以現行法律對於父母子女關係之規定，種類極簡，卽就子女言，亦不外婚生子女、非婚生子女和養子女三種而已。婚生子女，可分爲二：(1)由婚姻關係受胎而生之子女；(2)生母之

於私生子女。非婚生子女亦可分爲二：(1)本非婚生，而因父母結婚，準婚生子女論者；(2)因姦生而經父認領者。養子女無非收養關係，既非婚生，又非非婚生，其關係重在養，並非重在生，不能將其和該二種混爲一談。

## 第二節 婚生子女

婚生子女，謂由婚姻關係受胎而生之子女(民法第一千零六十一條)。此種子女之出生，須父母間有婚姻關係之存在，且爲母受胎而爲其父所生，始足稱之。因一夫一妻制度之確立，必須排斥婚外之性交。故婚外所生之子女，不得與婚生子女同論。婚生子女，在原則上須由其母受胎，而受胎之期間，又須在婚姻關係之中，且須爲其父所生。如有夫之婦和他人結合受胎所生之子女，仍非婚生子女。至子女是否爲父所生，法律上設有一種推定，所謂推定其所生子女爲婚生子女(民法第一千零六十三條第一項)。

惟於此應加說明者，計有四點：(1)婚前受胎而在結婚後出生者，爲準婚生子女。但其出生在父母結婚後一百八十一日以後，則推定其受胎係在婚姻關係中。(2)婚姻關係中受胎，而在婚姻消滅後出生者，仍爲婚生子女。(3)婚前受胎，而在婚姻消滅後出生者，依(1)點定之。若其出生在婚姻消滅後三百零二日以前，亦推定其受胎係在婚姻關係中。(4)

婚前受胎，而在婚前出生者，爲準婚生子女（民法第一千零六十二條第一項）。

子女是否爲婚姻關係中所受之胎，依法律所設之推定，妻之受胎，係在婚姻關係存續之中，推定爲婚生子女（民法第一千零六十三條第一項）。如夫能證明其在受胎期間以內，未曾與妻同居者，得以訴否認所生之子爲婚生子女。此訴爲形成之訴，以其所請求之判決，將變更婚生子女之身分爲非婚生子女之身分。但此訴之提起，須於夫知悉子女出生後，一年之內爲之（民法第一千零六十三條第二項），俾子女之身分得以早日確定。婚生子女受胎之期間，法律上定爲子女出生前一百八十一日至三百零二日，故條文上定明從子女出生日回溯第一百八十一日起，至第三百零二日止，爲受胎期間（民法第一千零六十二條第一項）。如子女出生前之三百零二日以前，其父母不生婚姻關係，卽不能推定爲婚生子女。在此情形之下，母或子女能證明其受胎確在三百零二日以前，始可主張其爲婚生子女（民法第一千零六十二條第二項）。

### 第三節 非婚生子女

凡非在婚姻關係中而在婚姻關係外受胎之子女，爲非婚生子女。非婚生子女，可分二種：（1）本無婚姻關係之男女結合所生之子女；（2）爲有婚姻關係而在婚姻關係外和第三人



結合所生之子女。妾之子女，在現行法律中不認爲婚生子女，以妾制業經廢除，且非正式婚姻，其子女當然不能以婚生子女論。惟無婚姻關係之男女結合所生之子女，於出生之後，雖爲非婚生子女，但其生父與生母結婚者，法律視此子女爲婚生子女（民法第一千零六十四條）。所謂視爲婚生子女，即非婚生子女而因父母結婚之關係，準用婚生子女之規定之一種準婚生子女。於此情形之下，尙有兩點應加說明：（1）子女之應得婚生子女之身分，無須其父有認領之行爲，以其子女因父母的結婚，而當然取得婚生子女之身分，不必再有其他之行爲爲意思之表示。（2）非婚生子女出生前，其父母結婚，固爲取得婚生子女身分當然之事，即父母結婚在子女既死之後，其已死之子女，亦當然取得婚生之身分。

非婚生子女和其父母之父母子女關係，在立法例上之主義有三：（1）宣言主義，非婚生子女依出生而與父母有父母子女關係，父之認領行爲，無非在既成關係中之一種宣言，戰前之德國民法即採此主義（德民法第一千零五十七條）。（2）創設主義，非婚生子女和其父母之間，非經過認領之行爲，無父母子女之關係，法國民法採此主義（法民法第三百三十四條以下各條）。（3）折衷主義，母對於非婚生子女無須認領，即有母子或母女之關係，其父須經認領以後，始生父子或父女之關係，瑞士民法採此主義。我國現行民法，亦係依此主義規定，非婚生子女和其生母之關係，視爲婚生子女，毋須認領；生父非經認領，不得認爲婚生

子女，其經生父撫育者，即可視為認領（民法第一千零六十五條）。

非婚生子女和其父母之血族間，是否有血族關係？各國立法例亦不一致，有認為有者，有認為無者，亦有不加規定者。如戰前之德國民法認為無血族關係，我國民法亦不加規定，惟解釋上認為有血族關係。其關係之開始時期，生母方面和生父方面不同；在生母方面自子女出生之時開始，在生父方面自認領之時開始。故和生母已發生血族關係，和生父未必即能發生，以其和生父發生血族關係，須在認領以後，如未經認領或不認領，則不發生關係，非如在生母方面之一經出生，即能發生母子或母女之血族關係。非婚生子女和其父母發生血族關係以後，其關係與婚生子女同。至非婚生子女在法律上所處之地位，在立法例上可分兩種：（1）冷遇主義，即非婚生子女之權利，較婚生子女始終減低，不能和婚生子女平等待遇，多數各國之民法均採此主義。（2）平等主義，即非婚生子女有和婚生子女相同的權利，大革命後之法國和大革命後之俄國，均係採此主義。我國民法，舊法與新法不同，舊法採冷遇主義，故規定姦生子女責付姦夫收養，不得繼承宗祧。新法採平等主義，規定經生父認領者，視為婚生子女（民法第一千零六十五條）。

認領非婚生子女之行爲，係單方面之行爲，毋須得被受領人方面之同意，即能生效。此種單方面之行爲，目的在承認自己爲非婚生子女之父，並非爲要式行爲。惟認領行爲之要件

有二：(1)認領者爲非婚生子女之父，如認領者爲限制行爲能力人，須得法定代理人之同意；如爲無行爲能力人，須由法定代理人爲之。(2)被認領者須爲非婚生子女，無論其由通姦所生，或因其他關係所生，均得由其生父認領而爲被認領者，即未出生之胎兒，亦得爲被認領之主體。雖非婚生子女非經認領之後，和其生父不發生父子或父女之關係，但其子女如已受生父之撫養者，其撫養行爲，即可視爲認領，不必再有其他之認領行爲，而子女當可視爲婚生子女(民法第一千零六十六條)。認領行爲在原則上固爲單方面之行爲，無須得被認領人方面之同意，然當生父認領之時，被認領人或其生母並非不能否認(民法第一千零六十六條)。如不否認，自可不必得其同意，若對認領而加以否認，即不得由其認領，縱經認領，亦不發生效力。法律之所以如此規定者，係保護被認領人之利益，而特予否認之權，並無其他之惡意存在。至於認領之效力，在法律上規定兩種：(1)效力之發生，溯及於非婚生子女出生之時，但第三人已得之權利，不因認領效力之溯及而受影響(民法第一千零六十九條)。(2)效力之內容，爲父子或父女關係之成立，法律爲使其關係確定不移起見，所以又規定生父認領非婚生子後，對於認領行爲，即不得加以撤銷(民法第一千零七十條)。

關於非婚生子女之認領，我國民法上採「父之追尋」制度，使非婚生子女得於其父不認領時，強制其認領之。此種強制認領之條件，計有四種：(1)受胎時期，生父與生母有同居

之事實者；(2)由生父所作之文書，可證明其為生父者；(3)生母為生父強姦或略誘成姦者；(4)生母因生父濫用威勢成姦者。具有此四條件之一，即有強制認領之請求權，由非婚生子女之生母，或其法定代理人行使之（民法第一千零六十七條第一項），無須提起訴訟。如非起訴不可，自可適用人事訴訟程序中之親子關係事件程序為之（民事訴訟法第九編第二章）。強制認領之請求權，法律定有一定不變之行使期間，此項期間為子女出生後五年內，逾五年而不行使，其請求權即屬消滅（民法第一千零六十七條第二項）。如生母於受胎期間內，曾和他人通姦，或為放蕩之生活者，不得請求生父認領（民法第一千零六十八條）。此項規定，在表面上觀之，似甚合理，但細釋其意，實係保護有權勢者蹂躪貧困女子，殊失男女平等之義。設有一權勢者，見有小家碧玉而威迫成姦，於受胎後即行拋棄，該女子因受社會之唾棄而無以為生，勢不得不度其放蕩生活以求自存，因之此無辜之非婚生子女，即不能追尋其父，於理豈可謂通？茲法律既定有此項明文，故生母於產生非婚生子女後，對於請求產蓐和贍養費用，祇得向一男子為之，不得同時請求二人以上分擔，以免對方藉口不貞，反使非婚生子女不得請求強制認領。

#### 第四節 擬制的父母子女

法律上規定擬制的父母子女關係，可分二種：（1）爲指定繼承人和被繼承人之關係，此種關係，除法律另有規定者外，與婚生子女同（民法第一千零七十一條）。其所以定其與婚生子女同者，因繼承法已廢止宗祧繼承制度，而習慣上對於宗祧仍屬重視，立嗣之事，並不減少往昔，特定此以濟其窮。（2）爲養父母和養子女之關係，此種關係，爲收養者和被收養者間所發生之養父、養母和養子、養女之關係，凡收養他人之子女爲子女者，在收養者方面，爲養父或養母，在被收養者方面，爲養子或養女（民法第一千零七十二條）。

惟養父母對於養子女之行爲，須具備實質和形式的兩要件：（一）實質要件，此要件又可分而爲三：（1）關於收養者方面，收養者之年齡，須長於被收養者二十歲以上（民法第一千零七十三條）；如有配偶者，於收養時，須與其配偶共同收養之（民法第一千零七十四條）。（2）關於被收養者方面，被收養者有配偶時，須得其配偶之同意（民法第一千零七十六條）；被收養者一人，不得同時爲二人之養子女（民法第一千零七十五條）。（3）關於收養者和被收養者雙方面，成年人被收養者，須自爲同意；自幼撫養者，被收養者無同意能力，須得其法定代理人之同意。此皆爲當然之解釋，故法律上並無明文加以規定。收養子女，須在養父母生前爲之，死後收養，爲法律所不許，與舊法所定死後立嗣者完全不同。在養子女方面，亦須於出生後方得收養，未出生前之收養，法律亦不許可，以舊法之虛位繼承，業經廢止，

自不能再許收養未出生之子女爲養子女。(二)形式要件，此要件專注重收養子女之形式，不涉及內容，凡收養子女者，在形式上應以書面爲之，無書面者不能生效，但自幼撫養爲子女者，不必再受「用書面」之限制(民法第一千零七十九條)。至其書面內容所記載之文字和條件，均屬實質上之問題，與形式要件無關。

關於收養子女之效力，可分爲五：(1)被收養者和收養者間之關係，除法律另有規定外，使之和婚生子女發生相同之效力(民法第一千零七十七條)。(2)被收養者應從收養者之姓(民法第一千零七十八條)，使之和婚生子女相同。(3)被收養者經收養後，須脫離本生父母之關係(參照民法第一千零八十三條)，其子女之效力，僅及於收養者一方。(4)被收養者之住所，應以收養者之住所爲住所，即應入於收養者之家，俾和婚生子女相同。(5)被收養者對於收養者的繼承順序，和婚生子女同，亦有遺產繼承權(民法第一千一百四十二條)。然養父母對於養子女又得終止其收養關係，其終止須由雙方同意，且須以書面爲之(民法第一千零八十四條)。此種終止收養，可稱爲同意終止。如養父母和養子女之一方，有下列六種情形之一者，在他方亦得請求法院終止其收養關係，不必得對方之同意，以其含有強制性，故學說上稱爲強制終止。(1)對於他方爲虐待或重大侮辱時；(2)惡意遺棄他方時；(3)養子女被處二年以上之徒刑時；(4)養子女有浪費財產之情形時；(5)養子女生死

不明已逾三年時；（6）有其他重大事由時（民法第一千零八十一條）。此種強制終止之請求，應向法院提起訴訟，其訴爲形成之訴，適用人事訴訟程序中之親子關係事件訴訟程序（民事訴訟法第九編第二章）。法院判決收養關係終止時，無過失之一方，因收養關係終止而陷於生活困難者，得請求他方給與相當之贍養金（民法第一千零八十二條）。收養關係經雙方合意，或法院判決而終止後，養子女即於此時回復其本姓，並回復其和本生父母之關係，但第三人已取得之權利，並不因其回復而受有何種影響（民法第一千零八十三條）。

## 第五節 父母子女關係之內容

子女出生以後，應從父姓，贅夫之子女，因其父贅婚母家，應從母姓；但另有約定者，從其約定（民法第一千零五十九條），即不受從父姓或母姓之限制。爲父母盡教養監護義務之便利起見，父母有指定子女住所之權。父母之住所，由父定之，故未成年的子女，應以父之住所爲住所。贅婚之父，以母之住所爲住所，因之贅夫之子女，以母之住所爲住所（民法第一千零六十條）。於父母之住所以外，父母亦得指定其子女之住所。如子女求學，或爲商店工廠學徒，爲便利計，父母即得指定該學校、商店或工廠爲其子女之住所。如子女違背其父母所指定之住所住居，父母得以訴請求履行，但經判決後不得強制執行。第三人若從其父

母所指定之住所奪取或誘拐而去，即屬和誘或略誘未滿二十歲之男女脫離家庭，或和誘未滿十六歲之男女，均係觸犯妨害家庭之罪（刑法第二百四十條第一項第二百四十一條第一項第三項），其父母得向法院告訴，並得依民事訴訟程序請求返還其子女。惟此項民事上之請求權，並不以第三人構成妨害家庭罪中之和略誘罪爲必要，即第三人並無犯罪之故意，其行爲若於父母教養監護之職能有礙，亦得行使之。

父母對於未成年之子女，有保護教育之權利義務（民法第一千零八十四條）。其權利義務之性質有三：其一，權利義務爲一體而不可分；其二，此一體之權利義務，包含積極和消極兩面；其三，此權利義務，當適應父母之身分和能力而行使，並無客觀絕對限度。由此一體的權利義務所發生之職能，可分爲二，述之如左：

（一）對於身體上之權利義務 此權利又可分爲二種：（1）懲戒權。父母得於必要範圍內，懲戒其子女（民法第一千零八十五條）。此所謂必要範圍，在幼年時代，可由父母自由認定，以不妨害其身體爲限。若年已漸長，對於普通之責罰不能見效，其範圍可由法院認定，且父母亦得以懲戒權請求法院代行。（2）法定代理權。父母爲其未成年子女之法定代理人（民法第一千零八十六條），既爲法定代理人，當然有代理之權，此權稱爲法定代理權。

（二）對於財產上之權利義務 未成年子女因繼承、贈與或其他無償取得之財產，爲其



特有財產（民法第一千零八十七條）。子女之特有財產，由父管理，父不能管理時，由母管理。父母對於子女之特有財產，除管理外，並有使用收益之權（民法第一千零八十八條）。至於處分，須以子女之利益為限，如於子女無利益者，則不得行使其處分權。

父母對於子女一體之權義，應由何人行使負擔？在古代我國和歐洲各國，均由父行使親權；在現行法律所規定者，除法律另有規定外，此項權義之行使負擔者，可分為五：（1）由父母共同行使或負擔之；（2）父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之；（3）父母之一方不能行使時，由他方行使之；（4）父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之（民法第一千零八十九條）；（5）養父母和本生父母同時存在時，由養父母行使負擔之，以其既以養父母之住所為住所，且從養父母之姓，此權義當然由養父母行使負擔。如父母對於子女之權利濫用時，其最近親屬或親屬會議，得糾正之。糾正無效時，得請求法院宣告停止其權利之全部或一部（民法第一千零九十條）。

## 第六章 扶養

### 第一節 扶養制度

曩昔氏族社會之中，人無私有財產，財富由族人依身分而均分。在此時期，氏族擔負其族人生活。自氏族制度分解爲家長本位之家族制度，家族間互爲扶養，全賴家產爲其基礎。嗣後政府對人民之救貧制度，亦係由氏族對族人之扶養制度蛻化而來。

迨至莊園制度建立以後，主人和客戶之間，又發生扶養之關係。然此爲公共制度，並非爲私法範圍內之民法所能概括，自不屬家庭法律常識之範圍，本編不擬研討。由此再演進至個人主義之時代，政府和莊主之扶養制度，流變爲公法上之國家賑濟；氏族家族之互爲扶養制度，流變爲私法上親屬之扶養。本編所應敘明者，乃係指私法上之親屬扶養而言。惟社會漸次進化，其最高理想，爲社會保障個人生活之時期，如能達此時期，則私法上之扶養制度，自無存在可能。

扶養制度亦有所謂權利義務，其權利義務係依親屬之關係而發生，爲身分上之權利義務，又爲財產上之權利義務。扶養之權利義務，既爲身分上之權利義務，其應受此項權利，

和應盡此項義務，純係根據身分上之關係，並非無身分關係均得受扶養之權利，或應盡扶養之義務，故此項權利義務爲專屬之權利義務，不得轉讓他人，亦不許任意拋棄。

## 第二節 扶養權利義務之發生和免除

扶養和給養之意義不同，性質亦異；扶養爲親屬間救貧制度，給養不問被給養者是否貧困，在給養者方面均屬有此義務。關於親屬中有給養之權利義務者，爲夫妻父母子女等，故夫妻父母子女，卽不陷於貧困，在他方亦不能不負贍養義務，非如親屬救貧制度之有時可以發生，有時可以免除。

在扶養制度中能受扶養權利者，以不能維持生活而無謀生能力者爲限（民法第一千一百十七條第一項）。但法律上又設一例外之規定，卽無謀生能力之限制，於直系血親尊親屬不適用之（民法第一千一百十七條第二項）。其所以規定此不適用之例外者，因直系血親尊親屬不能維持生活，縱有謀生能力，亦應有受扶養之權利。換言之，直系血親卑親屬既爲其所生之子孫，對有謀生能力而不能維持生活之父母祖父母，安可以其有謀生能力而不盡扶養之義務？且父母之贍養，尤爲其給養範圍內應盡之義務，當然不受無謀生能力之限制。

惟因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，免除其義務（民法第一千一百十八條）。扶

養既爲親屬間救貧之制度，對於應負義務者自己之貧困，亦不能不顧，所謂不能舍己之田而耘人之田；法律對於此點，特加規定，意在不強制貧者使扶養貧者，故無力負扶養義務之人，即免除其扶養義務。

### 第三節 扶養當事人之範圍和順序

親屬之中，何種人應有扶養之權利或義務，固不能毫無限制；法律爲確定其範圍起見，特規定四種親屬互負扶養義務：（1）直系血親相互間；（2）夫妻之一方，和他方之父母同居者，其相互間；（3）兄弟姊妹相互間；（4）家長家屬相互間（民法第一千一百十四條）。

負扶養義務之人，在親屬中應有一定之順序，如負義務者有數人時，應依下列順序定其履行義務之人：（1）直系血親卑親屬；（2）直系血親尊親屬；（3）家長；（4）兄弟姊妹；（5）家屬；（6）子婦女婿；（7）夫妻之父母（民法第一千一百十五條第一項）。同係直系尊親屬或直系卑親屬者，以親等近者爲先（民法第一千一百十五條第二項）。如直系尊親屬有父有祖父，父應先於祖父，直系卑親屬有子有孫，子應先於其孫；以父之親等較祖父爲近，子之親等較孫爲近，故應列於順序之先，負扶養義務者有數人，而其親等同一時，應各依其經濟能力，分擔義務（民法第一千一百十五條第三項）。如有子女數人，此數人應各依其能

力，分擔其扶養父母之義務。

受扶養權利之人，在親屬中亦有一定之順序，如受扶養權利者有數人，負扶養義務者之經濟能力，不足扶養其全體時，依下列順序定其受扶養之人：(1)直系血親尊親屬；(2)直系血親卑親屬；(3)家屬；(4)兄弟姊妹；(5)家長；(6)夫妻之父母；(7)子婦女婿（民法第一千一百十六條第一項）。同係直系尊親屬或直系卑親屬者，以親等近者爲先（民法第一千一百十六條第二項）。此情形與上段所述者相同，自可參照上段說明，毋庸贅述。受扶養權利者有數人而其親等相同時，應按其需要之狀況，酌爲扶養（民法第一千一百十六條第三項）。如有子女數人，在此數人中應按其各人所需要之狀況，而酌予扶養，其應受之權利，當然不能充分，此因負義務者困於經濟所致，亦屬無可如何之事，諺所謂家貧連子苦者，其情形卽屬於此。倘逾相當時期而經濟充裕，則受扶養權利者，決不致受此「酌予扶養」之限制。

#### 第四節 扶養之程度和方法

扶養之程度，在法律上定有相當之標準，此標準係兼顧受扶養權利者和負扶養義務者雙方之情形而爲規定，寓人情於法律之中，頗稱得體。其標準：(1)爲受扶養者之需要和身

分；(2)爲負扶養義務者之經濟能力和身分(民法第一千一百十九條)。以此二標準定扶養之程度，在雙方即不致發生爭議。

扶養之程度，既如上述，而扶養之方法，即可由當事人自行協議，經協議成立者，固無問題；如不能協議時，由親屬會議定之(民法第一千一百二十條)。扶養之程度和方法，遇有情事變更時，當事人得因其情事之變更，請求變更之(民法第一千一百二十一條)。

### 第五節 不負扶養義務之制裁

在法律上有扶養義務之人，對於無謀生能力之老弱殘廢，不盡其依法令所規定之扶養義務，其行爲謂之遺棄，應成立刑法上之犯罪。遺棄罪因遺棄無自救能力之人而成立，有專限於有保護義務之人，有不限於有保護義務之人；我國法律，係折衷此二者而爲規定。但無保護義務之遺棄罪，不屬本編扶養章之範圍，自可不必加以敘述，茲所應說明者，爲有保護義務之遺棄罪，即所謂有扶養義務而不負扶養義務之一種罪名。

對於無自救能力之人，依法令……應扶助養育或保護而遺棄之，或不爲生存上所必要之扶助養育或保護者，處六月以上，五年以下有期徒刑(刑法第二百九十四條第一項)。所謂無自救能力，即指無謀生能力之人而言；而依法令應負扶助養育或保護之義務，謂有法令所

規定的扶養義務，如直系血親卑親屬、兄弟姊妹、家屬、子婦女婿、夫妻之父母等均是。凡對此種無謀生能力之親屬，依法令應負扶養義務而不負此義務，將其遺棄，或不爲生存上所必要之扶養者，均應成立此罪，應處五年至六月間之徒刑。惟因不負扶養義務而致人於死者，處無期徒刑，或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上，十年以下有期徒刑（刑法第二百九十四條第二項）。負扶養義務之人，因不負扶養義務，而致受扶養權利者於死或致重傷，其死亡或重傷之原因，即係由於受扶養義務者不爲扶養或不負此項義務所致，情節較重，故其處罰亦重。

如對直系血親尊親屬而不負扶養義務，或不爲生存上所必要之扶養者，加重其刑至二分之一（刑法第二百九十五條）。以直系血親尊親屬爲負扶養義務人所從出，具有特別之身分關係，其有不扶養之行爲，自應重罰，藉以儆戒一般爲直系血親卑親屬者戒。所加重之標準，照上述遺棄罪之刑，加重至二分之一爲止，加重二分之一爲最重，其輕者，加三分之一、四分之一、五分之一，均無不可。所謂幾分之幾，以上述之法定刑爲標準，應加若干分之幾者，將法定刑分爲若干分，而將其中之幾分，和原有之法定刑相加，作爲應科之範圍，就該範圍酌量科處即可。

關於此點，爲求明瞭起見，特再舉一例以爲說明。如原法定刑爲六月以上，五年以下有

期徒刑，欲加重其刑二分之一，將其最高度和最低度同加（刑法第六十七條）。即其最低度六月之二分之一爲三月，最高度五年之二分之一爲二年六月，將此數和原有法定刑相加，成爲九月以上，七年六月以下有期徒刑，在此範圍之內，酌予科處即可。又如無期徒刑，或七年以上有期徒刑，和三年以上，十年以下有期徒刑，欲加重其刑二分之一，其最高度之無期徒刑，依法不得加重（刑法第六十五條）。七年以上有期徒刑，七年即爲最低度刑，除最高度無期徒刑外，而有期徒刑之最高度未加規定，依刑法之常例言，其最高度爲十五年，遇加重時，加至二十年（刑法第三十三條第三款）。以七年以上，十五年以下有期徒刑之範圍，最高度和最低度同加二分之一，成爲十年六月以上，二十二年六月以下一個範圍，但遇加重之時，祇能加至二十年爲止，不能超出二十年之外，其超出者，當然不得計算。於是無期徒刑或七年以上有期徒刑之法定刑，經加重二分之一後，成爲無期徒刑，或十年六月以上，二十年以下有期徒刑之科刑範圍，自可就該範圍酌予科處。至三年以上，十年以下之有期徒刑，加二分之一，爲四年六月以上，十五年以下有期徒刑，其計算之方法，與上述相同，不再贅述。



## 第七章 監護

### 第一節 監護制度

在氏族和家族時代，族人和家人之監護者，爲族長和家長；故非族長家長之族人家人，縱父母俱喪，亦不發生監護問題。倘族長或家長未達一定之年齡，或有重大之疾病時，方能爲其族人或家人設定監護人。羅馬法和日耳曼法所定之監護，均以不服親權之幼年男子爲限，其意即在於此。我國之託孤，最顯著者爲君主垂死之時，對於繼承君位之後主，往往設有攝政或輔政之人，清末之宣統，卽其一例。私人託孤，亦多在父死子幼，而無親近尊長之時，此爲家長家族制度必然之結果，該時期可稱監護制度最早之時期。

家長之家族制度初弛，家長權和父權夫權分而爲三，於是家屬從家長，妻從夫，而子女則從其父。在個人主義之社會組織之下，任何未成年人或禁治產人而無父母，均發生何人爲其監護人而繼續行使家長權和父權之問題，此時期可稱監護制度之第二時期。

迨家族制度之遺跡完全消滅後，監護人之監護權祇限於財產管理。凡未成年人或禁治產人之財產，悉由監護人爲之管理，而監護人形成未成年人或禁治產人之財產管理人，除管理

財產之外，不復再有如從前之代行家長權和父權之形式，此時期可稱監護制度之第三時期。及至以社會爲本位之社會時代應運而生，所有各家庭之子女，其教養監護權，漸漸由家庭中劃出，改屬於國家，而監護幼年人之職權，完全由國家行使，監護法已公法化，和前三時期之屬於家庭者不同，此時期可稱監護制度之第四時期。

監護制度之演變，約分上述四個時期，除前三時期所演變之情形，仍屬家族內之演化，無論變至如何程度，要不能脫離家庭之範圍，故監護法完全屬於私法，不具公法性質。至第四時期，竟將私法上之監護制度，演成公法化，將來之監護制度，必由私法而進於公法，恐不屬於家庭研究。不過我國現行法律上之監護制度，尙在第二三期演化之間，未達於公法化之程度，而法律仍認監護人爲親權人之延長，惟其職能已與過去不同，僅偏重於財產之管理一方。

## 第二節 監護開始

監護於設置監護人爲開始時期，但其監護開始，非有相當之原因不可，無原因則不能設置監護人，不設置監護人而監護即無從開始，故監護之開始，最重要爲設置監護人之原因。設置監護人之原因，依法律之規定，不外二種：（1）未成年無父母，或父母均不能行使負

擔對於其未成年子女之權利義務（即親權）時，得爲應設置監護人之原因，應爲其未成年子女設置監護人，而開始行使其監護權。但未成年之子女已結婚者，在法律上認爲有行爲能力，即無設置監護人之原因，自可不必設置（民法第一千零九十一條第三項）。（2）成年人受禁治產之宣告，已成爲禁治產人，禁治產人因有精神病之關係，在法律上認爲無行爲能力（民法第十五條），縱其年齡已達成年，而精神狀況尙不及未成年人，有此種病狀，亦得爲應設置監護人之原因，故法律上規定禁治產人應設置監護人（民法第一千一百十條），以便由監護人爲之管理財產。

### 第三節 監護機關

監護機關有二：其一，監護人，其二，親屬會議。監護人爲執行應監護事務之機關，親屬會議爲監護人之監督機關，制度極爲優美。惟實際上事務之處理，均屬監護人之責任，故監護人人選問題，在法律上極關重要，茲分述未成年人和禁治產人之監護人如次：

（一）未成年人之監護人 此種監護人有指定和法定兩種：（1）指定監護人，由其父母所指定，其情形不外生前委託和遺囑指定；由父母生前委託者，其父母對於未成年之子女，得因特定事項，於一定期限內，委託他人行使監護之職務（民法第一千零九十二條）。由於

父母遺囑指定者，後死之父或母，得以遺囑爲其未成年之子女指定監護人（民法第一千零九十三條）。（2）法定監護人，父母均不得行使負擔對於未成年子女之權利義務（即親權），或父母死亡而無遺囑指定監護人時，監護事務，由法定監護人行使。法定監護人有一定之順序：一，與未成年人同居之祖父母；二，家長；三，不與未成年人同居之祖父母；四，伯父或叔父；五，由親屬會議選定之人（民法第一千零九十四條）。

（二）禁治產人之監護人 此種監護人有法定和選定兩種：（1）法定監護人，禁治產人之法定監護人，亦有一定之順序，惟和未成年人之法定監護人不同，其順序爲：一，配偶；二，父母；三，與禁治產人同居之祖父母；四，家長；五，後死之父或母以遺囑指定之人（民法第一千一百十一條第一項）。（2）選定監護人，不能依法定順序定監護人時，由法院徵求親屬會議之意見選定之（民法第一千一百十一條第二項）。

法定監護人之辭職，須具有正當之理由，始得爲之；如無正當理由者，不得辭其職務（民法第一千零九十五條第一千一百十三條第一項）。以其職務爲法律所畀予，不能由其任意辭職，致未成年人和禁治產人依庇失所。未成年人和禁治產人不得爲監護人（民法第一千零九十六條第一千零十三條第一項），因其本身尚須有監護人爲之監護，安能再任他人之監護人？破產人，褫奪公權人，和受徒刑以上刑罰之人，雖未經法律明定爲不能任監護人，但

和受監護人曾因案件而進行訴訟者，爲受監護人管理財產，實非所宜。故爲受監護人利益起見，是以解釋爲不得任監護人較爲允當。

監護人於其監護範圍內所應爲之事務，除民法第一千零九十二條所定父母生前委託之監護人，祇能在其所指定之期間內，行使所指定之特種職務外，其職務和行親權人相同，能行使行親權人之職能。惟法律爲防止監護人濫用權力，特加以嚴重之干涉，茲分述如左：

(一) 監護人之職務範圍 監護人於保護增進受監護人利益之範圍內，行使負擔父母對於未成年子女之權利義務；但由父母暫行委託者，以所受委託之職務爲限（民法第一千零九十七條第一千一百十三條第一項）。

(二) 監護人之法定代理權 監護人對於未成年人之權利義務，既爲其行使負擔，則關於受監護人之一切行爲，均應有代理之權，故法律特規定監護人爲受監護人之法定代理人（民法第一千零九十八條第一千一百十三條第一項）。

(三) 關於受監護人財產之權利義務 監護人關於受監護人財產之權利義務，法律極爲重視，故法律上特予多定若干法條，以期保護。試分述之：

(1) 財產清冊之開具 法律對於同居祖父母爲未成年人之監護人，和父母或同居祖父母爲禁治產人之監護人，信任其爲受監護人處理財產，並無不利於受監護人之情形，不

適用開具財產清冊之規定（民法第一千一百零五條第一千一百十三條第一二兩項）。其餘之監護人，於監護開始時，應會同親屬會議所指定之人，就受監護人之財產，開具財產清冊（民法第一千零九十九條第一千一百十三條第一項）。

（2）財產管理費之負擔 監護人管理受監護人之財產，應和處理自己事務為同一之注意，不得彼此有所歧視。受監護人之財產，既由其管理，所有應支出之管理費用，亦應由監護人自己之財產負擔之，不能令受監護人負擔（民法第一千一百條第一千一百十三條第一項）。

（3）財產使用和處分之限制 法律對於同居祖父母為未成年人之監護人，和父母或同居祖父母為禁治產人之監護人，認為有和行親權時之管理財產，有同等之使用處分權，不適用限制之規定（民法第一千一百零五條第一千一百十三條第一二兩項）。其餘之監護人，對於受監護人之財產，非為受監護人之利益，不得使用或處分；為不動產之處分時，不但須顧及受監護人之利益，並應得親屬會議之允許（民法第一千一百零一條第一千一百十三條第一項）。其未經允許者，即不得擅自處分。

（4）財產受讓之禁止 對於受監護人財產之受讓，除未成年人之同居祖父母為其監護人，和禁治產人之父母或同居祖父母為其監護人，不加禁止外，其餘之人為監護人，均不

得受讓受監護人之財產（民法第一千一百零二條第一千一百零五條及第一千一百十三條）。

（5）財產狀況之報告 對於受監護人之財產狀況，除未成年人以同居祖父母爲其監護人，和禁治產人以父母或同居祖父母爲其監護人，不向親屬會議報告外，其餘之人爲監護人，應將受監護人之財產狀況，向親屬會議每年至少詳細報告一次（民法第一千一百零三條第一千一百零五條及第一千一百十三條）。

（6）報酬之請求權 法律對於同居祖父母爲未成年之監護人，和父母或同居祖父母爲禁治產人之監護人，規定不適用請求報酬外，其餘之人爲監護人，得請求報酬；其數額由親屬會議按其勞力和受監護人財產收益之狀況酌定之（民法第一千一百零四條第一千一百零五條及第一千一百十三條）。

（四）對禁治產人之特殊職務 監護人之職務，除以上所述外，禁治產人之監護人，尙有一種特殊職務，卽應爲受監護人之利益，按其財產狀況，護養療治其身體（民法第一千一百十二條第一項）。如須送往精神病院或監禁於私宅，除監護人爲禁治產人之父母或同居祖父母外，應得親屬會議之同意（民法第一千一百十二條第二項）。

#### 第四節 監護終止

監護有開始之時期，亦有終止之時期；開始須有開始之原因，終止亦有終止之原因。開始之原因，不外兩種，已如上述；終止之原因，又可分為兩種，述之如次：

(一)絕對終止之原因 此原因由於受監護人無須再受監護，故絕對予以終止，其情形有下列五種：(1)未成年人已達成年時期者；(2)未成年人雖未成年，而因結婚視為成年人（民法第一千零九十一條但書）；(3)未成年人之行使親權人能行使親權者；(4)禁治產人之禁治產宣告撤銷者；(5)受監護人死亡或宣告死亡者。

(二)相對終止之原因 此原因由於特定之監護職務終止，於受監護人方面並無關係，在受監護人非無受監護之必要，與絕對終止之原因完全不同，其情形有下列四種：(1)監護人死亡者；(2)監護人辭職者；(3)監護人失權者；(4)監護人經親屬會議撤退者。經親屬會議撤退之監護人，必須具有相當原因，如無原因，親屬會議亦不得任意撤退。所謂相當之原因，依法律所定，計有三種：一，違反法定義務時；二，無支付能力時；三，由親屬會議選定之監護人，違反親屬會議之指示時（民法第一千一百零六條第一千一百十三條第一項）。

監護終止時，監護人應執行之職務，可分兩種：(1)會同親屬會議所指定之人，為財產之清算；(2)如因辭職或因其他原因去職時，應將財產移交於新監護人，如受監護人已成年，或結婚，或撤銷禁治產宣告時，應交還於受監護人，如受監護人死亡時，應交還於其繼



承人，如行親權人能行親權時，應交還其能行親權之人（民法第一千一百零七條第一項第一千一百十三條第一項）。如監護人死亡時，所有清算事務，由其繼承人爲之（民法第一千一百零八條第一千一百十三條第一項）。至監護人應負之責任，須待親屬會議承認其清算之結果時，始能解除，其在未承認以前，即不能免除責任（民法第一千一百零七條第二項第一千一百十三條第一項）。監護人對於受監護人之財產，如有損害，應負賠償責任。其賠償請求權，自親屬會議拒絕承認其清算結果之時起，二年內行使之。倘逾期而不行使，其請求權即行消滅（民法第一千一百零九條第一千一百十三條第一項），不得再向監護人請求賠償損害。

## 第八章 繼承

### 第一節 過去時代的繼承

曩昔繼承制度，重在宗祧，和現在情形不同。宗祧繼承，原屬封建時代之遺物，自不適於現代社會。蓋古代之時，封建思想極濃，凡諸侯之嫡長子，可於諸侯死後，繼承其身分。次子以下之子，無論嫡子庶子，皆爲公子；因欲和嫡長子有別，故稱爲別子。別子乃卿大夫，分受諸侯領地；此卿大夫之身分，和領地之產權，由別子的嫡長子孫，世世繼承，是爲大宗，而別子則永久受此嫡長子之祭祀。至於嫡長子孫以外之子孫，僅有士之身分，分受耕地，是爲小宗，此子孫祇受其五世以內子孫之祭祀。無論在祭祀方面，身分方面，大宗係不斷絕者，而小宗則不然，斷絕亦屬無妨。

惟大宗既屬於別子之嫡長子孫，倘遇有嫡長子而不肖，或有嫡子而非長子，或僅有庶子而無嫡子，或嫡子庶子俱無之時，其將何以立嫡？在當時之辦法係屬如此：有多數嫡子時，應立長子，長子之賢和不肖，可以不問；如有嫡子而又有庶子時，應立嫡子，嫡子爲長爲次，亦可不問；若所有之子，均屬庶子之時，可用問卜方法，以定應立之庶子；倘無嫡子而

又無庶子，則立嗣子，嗣子必須次子以下之子，此爲一般所述封建時代宗祧繼承之大概情形。

降及近代，所謂宗祧繼承，已盡失原意，封建政制，早經廢止；社會組織，亦以家爲單位，而不以宗族爲單位；祖先之祭祀，又早由各家分別舉行；卽令有合族舉行之祭祀，亦僅由族長主持，而所謂族長，並非必屬宗子。關於無子立嗣，則又不問長房次房，皆可適用，其實長房是否屬於大宗，尙有疑問，次房和其以下之各房，則更無論矣。

此外尙有一種兼祧辦法，兼祧係一子兼兩房之祭祀，有長房無子，由次房之子兼爲長房之嗣子者，亦有次房無子，由長房之子兼爲次房之嗣子者。可知古代宗祧繼承所由成立之原因，已歸消滅，其意義和辦法，亦逐漸喪失，此種徒有虛名而失却真義之宗祧繼承，實無繼續採取之價值和必要。況宗祧繼承，僅及於男子一方，女子並不包括在內，此爲重男輕女之一種制度，顯屬違反男女平等原則，是以現行法律不予採用。

## 第二節 現行法律的繼承

現行法律所規定之繼承，和往時不同，過去爲宗祧繼承，而現時則爲遺產繼承。對於遺產繼承之立法，主張反對者甚多，約而計之，可分三說：第一說謂：無論何種利益，須以勞

心勞力所得者，方屬正當；而在遺產繼承上，繼承人承受被繼承人之財產，僅憑親屬關係，即可不費心力，獲得財產，既不用其腦力，又不勞其手足；和使用腦力和手足所得報酬之人相差甚遠，所以此種繼承遺產制度，不能認為正當。第二說謂：凡人均應為社會謀取福利而盡力，有財產之人，應將其財產用於有益社會之事業，使事業日臻發達，而羣衆亦蒙受其利益；而在遺產繼承上，則將各人所積聚之財產，專為遺留給其子孫，因而社會經濟之流通和發展，反遭受莫大影響，非特無益社會，抑且增加障礙；倘其子孫不肖，一味期望取得遺產，實足以養成依賴之心。一旦遺產取得，則又恣意揮霍，甚至無惡不作，反而貽害他人，此種遺產繼承制度，實屬有害無益。第三說謂：同具五官四肢之人，生活皆應有所保障；而遺產繼承之效果，僅足使社會財富集中於少數人之手，在繼承之人，固可無須勞動，度其奢侈豪華生活，而一般平民，即令胼手胝足，亦不能獲得溫飽，此種造成貧富懸殊現象之遺產繼承制度，確難認為無害於社會。

以上所述，均係反對派之主張，故其立論多偏一方。而主張以遺產繼承立法者，其論旨又復不同。彼等所持理由，謂：繼承人和被繼承人之間，不僅有血統關係，且有親愛之感情，因此，前者承受後者之財產，不能謂係絕對不當。蓋在今日社會組織之下，財產既許私有，而各人幸福，又各自追求，其生其死，不為旁人所關切，則基於保存自身和遺族之天

性，將財產遺給子孫，亦屬理所當然。況使自己和其子孫私有財產，乃人類所同具之慾望；一般人爲滿足此項慾望，方願克勤克儉努力奮鬥；結果於社會全體，當屬有益。倘一旦廢止「遺產繼承」，則各人除僅圖滿足其自身生活外，類皆不願盡其全力以奮鬥，是以廢止遺產繼承制度，並非即係社會之福。

總之，遺產繼承，決非僅有害而無益；尤其現今社會猶未步入完善境界之時，人類生活，尙難獲得充分保障，則遺產繼承之存在，不能謂全無價值；現行法律將其訂於法典，正適合現實國情，至將來是否適合，係屬另一問題，暫不討論。

### 第三節 遺產繼承和遺囑

遺產繼承之範圍，雖僅限於遺產，並不及於宗祧，但在名義上仍屬繼承，未曾越出繼承範圍之外，故以繼承名之，並無不符，惟究不能不認爲係繼承之一種。至於遺囑，原非一定和繼承有關，更非一定和遺產繼承有關，但亦不能謂其毫無關係。就其無關係方面而言，如定祭祀方法之遺囑，定處世方針之遺囑，發表政見之遺囑，表示懺悔之遺囑，……在實際上固各含有重大意義，而在法律上則不發生如何拘束力，其和遺產繼承無關，顯無疑問。即其遺囑之內容，係屬指定監護人之類者，在法律上雖可發生效力，但其效力亦不及於遺產繼承

承，因其和遺產繼承並無直接關係。就其有關係方面而言，指定監護人之遺囑，係以監督保護未成年子女身體上和財產上之利益爲目的，其在未成年人身體上之監護，固無關係，而在財產上之監護，則不能謂爲毫無關係，故關於此種遺囑，可認其和遺產繼承有間接關係。其他如指定繼承人，指定遺產分割方法，禁止分割遺產，以及處分財產等類之遺囑，不僅限於繼承人對於財產之自由處理，而并減少繼承人對於遺產之承受數額，此皆爲與遺產繼承有直接關係者。法律之所以將遺囑規定於繼承方面，純係因其和繼承具有直接之關係。

#### 第四節 法律規定之遺囑

人類在社會之中，其壽命雖屬有限，但願望無窮，任何人皆欲延長生命，希望能在生前多所作爲，同時又欲在生前預行表示意見，並願死後可以實現。關於將來親屬間之處世、作爲、生活、以及財產之處置，均在生前早爲籌劃，務求其達到無遺憾爲滿足，遺囑卽爲滿足此項願望之唯一方法。況遺囑乃遺囑人最後之意思表示，而人類最後之意思表示，大半係真誠而值得重視者，所謂「人之將死，其言也善，」因之，事實上遺囑人之親屬，往往基於天然之情感，將遺囑視爲非常神聖，不敢悖而不遵。法律以其在精神方面不無可採，故特以明文爲之規定。

加以今日之社會組織，係容許個人私有財產；而在私有財產制度之下，財產所有人處分財產，自不能不賦予自由之權；既有自由之權，此種處分，當然不能僅限於生前，即死後亦應有效。因事實上往往死後之財產處分，較生前處分爲便利和合宜，故遺囑之方式，始終爲人所採用。雖遺囑之內容，並不限於財產之死後處分，但世人往往以之作爲實行財產死後處分之一種工具；試觀一般遺囑人所爲遺囑之內容，大都屬於此類。法律以其在物質方面亦不無可採，因而確定其規定法文之信念。

然而法律規定遺囑之效力，並非毫無限制；而遺囑之內容，必須不背強行法規，不害公共秩序和善良風俗，在法律上始能認爲有效，否則，即非法所容許。譬如遺囑人在遺囑上命人違法作惡，或處分財產，反乎社會所保障之利益；或命令子女殺人圖財，或將自己所有全部財產，贈與平時毫無關係，且無惡不作之第三人，此種情形，在法律上均不能認爲有效。故法律上規定之遺囑，必須具有遺囑能力之人，以死後發生效力爲目的，就某種事項，按照一定之方式，所作成單獨自爲之一種意思表示。所謂單獨自爲，係屬兩事，不能混爲一談，單獨自爲之意思表示，係指單獨的意思表示和自爲的意思表示而言。意思表示，有單獨的，有非單獨的；有自爲的，有非自爲的；單獨的意思表示，乃不依賴其他的意思表示而成立者，祇須自己一方面之意思表示即可，不必經對方再有承諾的意思表示，非單獨者則非經對

方有承諾的意思表示不可。自爲的意思表示，卽作成遺囑，須出於遺囑人本人爲必要，其意思完全出於自己，不能委託他人辦理，亦不能參酌他人之意思爲之。如託人辦理或參酌他人之意思，卽不能謂係自爲的意思表示。扼要言之，遺囑人之作成遺囑，除自己表示一方的意思和本人自爲外，不必依賴其他的意思表示，和託人辦理或參酌他人的意思者，故稱爲單獨自爲的意思表示。



## 第九章 遺產繼承人

### 第一節 繼承人之範圍

原有財產上權利義務之人，一旦死亡，其權利義務，由有一定親屬關係之人承受，此之爲遺產繼承。遺產繼承，限於自然人，不以已出生者爲限；即懷孕期中之胎兒，如將來非死者，在法律上亦視爲已經出生（民法第七條），和已出生者具有同樣繼承人之資格。繼承人必須和被繼承人有親屬關係，且爲自然人，此屬當然。但親屬之範圍極廣，究以何者爲合乎規定，茲就法定繼承人和指定繼承人分述於後：

（一）法定繼承人 此種繼承人係爲法律所規定，無須被繼承人表示意思，當然具有繼承資格者。其種類可分爲六：

（1）配偶 配偶有相互繼承權，夫死，妻爲其遺產繼承人，妻死，夫爲其遺產繼承人；惟其相互繼承遺產，須於一方死亡前，和他方未脫離婚姻關係爲限（民法第一千一百三十八條）。

（2）直系血親卑親屬 此係指被繼承人所出之血親而言，不論男性女性，親等之遠

近，和出於男系女系，均包括在內；凡被繼承人之子女，孫男女，和經認領撫養或後結婚之非婚生子女，以及子之子女、孫男女，女之子女、孫男女，皆屬被繼承人直系血親卑親屬，均得爲其遺產繼承人，而承受被繼承人之遺產。惟出養他人爲養子女之子女，在收養關係未消滅前，不復爲本生父母和其他直系血親尊親屬之遺產繼承人（民法第一千一百三十八條第一款）。

(3) 養子女 此係指被繼承人依法收養他人子女爲子女而尙未終止收養關係者而言，其在法律上之地位，和婚生子女同，對於養父母爲一種擬制的直系血親卑親屬，當然亦得爲被繼承人之遺產繼承人。惟繼承開始時收養關係已經終止，養子女之身分亦已消滅，即不得爲被繼承人之遺產繼承人（民法第一千一百四十二條第一項）。

(4) 父母 此係指被繼承人所從出之一親等直系血親尊親屬而言，惟僅生父生母，始得爲被繼承人之遺產繼承人。不論父母是否合法結婚，和已否離婚，或曾予被繼承人以認領或撫養者，均得爲被繼承人之遺產繼承人。如被繼承人經出養而未終止收養關係，縱爲生父生母，則不能爲其子女之遺產繼承人（民法第一千一百三十八條第二款）。

(5) 兄弟姊妹 此係指和被繼承人同一父母所生之兄弟姊妹而言，所謂同一父母，不一定同父同母，即其中有一相同，如同父異母，或同母異父等均是。因同父同母係全血

緣兄弟姊妹，同父異母或同母異父係半血緣之兄弟姊妹，皆不失爲同胞兄弟姊妹，故均得爲被繼承人之遺產繼承人（民法第一千一百三十八條第三款）。

（6）祖父母 此係指被繼承人所從出之二親等直系血親尊親屬而言，凡父之父母和母之父母，均包括之。法文上雖祇規定祖父母，並無外祖父母字樣，但衡諸男女平等之立法原則，外祖父母當然包括在內，此係毫無疑問，故祖父母和外祖父母均得爲被繼承人孫男女和外孫男女之遺產繼承人（民法第一千一百三十八條第四款）。

依上述種類而言，法定繼承人之範圍，除無所謂親等之配偶外，直系血親卑親屬，不受親等限制，直系血親尊親屬，以二親等爲限，旁系血親以兄弟姊妹爲限，其餘無論直系、血親以及姻親，均不在繼承人範圍之內，此因親屬關係較疏之故。

（二）指定繼承人 此種繼承人係由被繼承人生前指定，因被繼承人無直系血親卑親屬，而就財產之全部或一部，以遺囑指定繼承人承受。被指定之繼承人，無性別、親屬和人數之限制。指定男性固可，指定女性亦可；指定親屬固可，指定非親屬亦可；指定一人固可，指定數人亦無不可。不過指定繼承人，須具備一定之條件，在法律上始能生效（民法第一千一百四十三條）。茲將應具備之條件分述如左：

（1）被繼承人須無直系血親卑親屬 此言被繼承人本身確無子女和孫男女以下之直系

血親卑親屬，如有一人，即不能再行指定，不問現有之直系血親卑親屬爲男爲女。世有僅有女子或外孫男女而謂無直系血親卑親屬者，其主張純屬錯誤，倘因此而指定繼承人，在法律上不生效力。所謂無直系血親卑親屬，專就直系血親卑親屬一部分言，此外法定繼承人之有無，與其無關，有者固可指定，無者更無問題。如經指定而死亡時，復有直系血親卑親屬出生，或未出生而爲將來非死產之胎兒，如遺腹子女等，則其指定之效力，應歸消滅。

(2) 被繼承人須以遺囑指定 遺囑爲單獨自爲之行爲，繼承人之指定，亦應由被繼承人單獨自爲，不能由他人代爲，故必須以遺囑的方法行之。惟遺囑須合於法定要件，不合法之遺囑，在法律上不生效力。且遺囑可以隨時撤銷，如遺囑人將其遺囑之全部或一部撤銷，其所指定之繼承人，亦因撤銷而歸於消滅。

(3) 被繼承人須不違反關於特留分之規定 此言被繼承人雖得就其財產之全部或一部指定繼承人，但不得因此侵害法定繼承人之特留分。如因此而侵害法定繼承人之特留分，固非當然無效，而應得特留分之法定繼承人，可按其不足之數，主張其侵害部分應歸失效。

依上述條件而言，指定繼承人和養子女之情形相同，在法律上亦和被繼承人之婚生子女

無異，乃被繼承人之一種擬制直系血親卑親屬。不過兩者之間，並非完全相同，指定繼承人係單獨行爲，必須無直系血親卑親屬者，並可因被繼承人之撤銷遺囑而消滅；至收養子女，須雙方行爲，不能單獨行之，收養關係可以同意終止，不能由收養者一方撤銷，養子女不問自己已有無直系血親卑親屬，卽有，亦可收養；此爲二者間所不同最顯著之三點。

## 第二節 繼承人之順序

法定繼承人既有六種，其繼承開始時，應如何繼承，在法律上規定除配偶外，有一定之順序，計分四種，其順序在前者，應優先於在後之繼承人（民法第一千一百三十八條）。

第一順序 被繼承人之直系血親卑親屬，列爲第一順序，以其係被繼承人之骨肉所遺，給予財產，以安定其生活，按之人情和以往習慣，並無不當（民法第一千一百三十八條第一款）。凡子女、孫男女、曾孫男女、玄孫男女等等，皆爲第一順序之人，同爲有先於其他各順序繼承人而爲繼承之權，但同一順序各人之間，應有繼承順序，以親等近者爲先，遠者在後；如子女之親等較孫男女爲近，當以子女爲先（民法第一千一百三十九條）。

養子女雖非被繼承人所親生之子女，却和被繼承人之婚生子女相同，在遺產方面，當有應繼權，且其繼承順序，和婚生子女同列於第一順序，較其孫男女爲先（民法第一千一百四

十二條第一項)。

第二順序 被繼承人之父母，列爲第二順序，以其爲被繼承人所從出，用以報答扶養之恩，意亦甚善。如被繼承人無直系血親卑親屬而又無養子女，父母即優先於其他繼承人而承受被繼承人之遺產（民法第一千一百三十八條第二款）。

第三順序 被繼承人之兄弟姊妹，列於第三順序，以其爲被繼承人同一父母所出，而有手足之情，故亦有遺產繼承人之資格。如被繼承人無直系血親卑親屬、養子女和父母，則兄弟姊妹即得繼承被繼承人之遺產（民法第一千一百三十八條第三款）。

第四順序 被繼承人之祖父母，列爲第四順序，此爲最後之順序，依親等之遠近推算，該順序應列爲被繼承人之祖父母。祖父母繼承孫男女之遺產，應於被繼承人無第一第二第三順序之繼承人方可，否則，即不能由其爲繼承人（民法第一千一百三十八條第四款）。

上述四順序中並無配偶之順序，而法律又規定配偶爲繼承人之一，此爲配偶特殊之處。以配偶之繼承，和其他各順序同爲繼承，不論在何種順序中之人應繼，配偶不能除外，如四順序中均無應繼之人，其遺產由配偶一人承受，法律所以將配偶除外，不列於各順序之中，其意即在於此（民法第一千一百三十八條）。

## 第三節 繼承人之應繼分

法律對於遺產繼承，規定極詳，除規定繼承人之範圍和順序之外，又規定繼承人之應繼分。應繼分即係應繼遺產之成數，此成數應如何分配，如依法律規定者，稱為法定應繼分，若由被繼承人用遺囑指定者，即稱指定應繼分。指定應繼分雖無法律規定，但有司法解釋可資依據，並非空言主張。茲將配偶、配偶以外、養子女和代位繼承人四部分之應繼分說明於後：

(一) 配偶之應繼分 配偶和其他順序之應繼人同為繼承時，其享有之應繼分，可和繼承人平均，或為遺產二分之一，或為遺產三分之二，全視同為繼承之他繼承人列於何種順序而定（民法第一千一百四十四條）。試分述之：

(1) 和第一順序繼承人同為繼承時，配偶之應繼分，和他繼承人平均，以直系血親卑親屬之人數作為標準，其應繼分和各直系血親卑親屬相等。如有子女或養子女各一，配偶應得三分之一，子女或養子女各得三分之一。倘有子女而又有養子女，則配偶之應繼分，就不和養子女相等。有代位繼承人時，和代位繼承人之應繼分，亦不一定相等。此兩點容在各人應繼分部分內再加說明，可參照（民法第一千一百四十四條第一款）。

(2) 和第二順序或第三順序繼承人同為繼承時，配偶之應繼分為遺產之二分之一，無論和被繼承人之父母或兄弟姊妹同為繼承，其應繼分為遺產全部之半數（民法第一千一百四十四條第二款）。

(3) 和第四順序繼承人同為繼承時，配偶之應繼分為遺產三分之二，其祖母應得三分之一（民法第一千一百四十四條第三款）。

(4) 被繼承人之繼承人，除配偶之外，既無直系血親卑親屬和父母，又無兄弟姊妹或祖父母，在四順序中並無一人，配偶之應繼分，為遺產之全部（民法第一千一百四十四條第四款）。

(一) 配偶以外繼承人之應繼分 配偶以外法定繼承人之應繼分，須視其繼承順序、人數之多寡和有無配偶同為繼承而定（民法第一千一百四十一條第一千一百四十四條）。

(1) 祇有一人而無配偶同為繼承者，此人之應繼分，不問其列於何種繼承順序，皆屬承受遺產之全部。即此人為直系血親卑親屬或養子女，固由其一人承受，若無直系血親卑親屬，而僅有父或母一人，其遺產應由父或母得。倘直系血親卑親屬、養子女、父母、兄弟姊妹均無，而僅有祖父或祖母一人，其遺產則歸祖父或祖母一人繼承。

(2) 祇有一人而有配偶同為繼承者，此人之應繼分，為遺產除去配偶應繼分外之餘剩



部分。配偶之應繼分，已如上述，應視同爲繼承之人屬於何種順序而有多寡，故此人應繼分之多寡，亦應視其列於何種順序而定爲二分之一，或三分之一。

(3) 有多人而無配偶同爲繼承者，此多數人不問爲三人爲五人，亦不問同列於何種繼承順序，皆係合得遺產之全部。因同一順序中有數人時，應各按人數平均繼承，各人之應繼分，均屬相等（民法第一千零四十一條）。不過此項規定，對於有直系血親卑親屬而又有養子女者，雖屬於同一順序之繼承人，則不能適用。以養子女和婚生子女間之應繼分並不相等，而代位繼承人和其他繼承人之間，亦非一定相等，此二者應讓諸各該人之應繼分中再爲說明。

(4) 有多人而有配偶同爲繼承者，此多數人之應繼分，係合得遺產中除去配偶應繼分外之餘剩部分。至此多數人合得之應繼分，究屬若干，以及相互間之應繼分是否相等，參閱(2)(3)兩段，當可明瞭。

(三) 養子女之應繼分 養子女之繼承順序，原和婚生子女同，如有養子女而無直系血親卑親屬，僅有配偶，應以養子女之人數和配偶平均繼承遺產，如無配偶，由養子女數人合併承受，以人數平均分配，如僅一人，由其一人全部承受。倘被繼承人有直系血親卑親屬和養子女同爲繼承時，養子女之應繼分，即不能和婚生子女相同，僅有婚生子女之二分之一（民

法第一千一百四十二條第二項)。所謂二分之一者，爲婚生子女一人之二分之一，並非婚生子女全數人之二分之一。譬如被繼承人有一萬二千圓之遺產，可爲各繼承人承受，其繼承人中有配偶一人，子女各一人，養子女各一人，共計五人，配偶之應繼分和婚生子女平均，養子女之應繼分，則各爲婚生子女之二分之一，結果也成爲配偶之二分之一，依此計算，配偶和婚生子女三人之應繼分，各爲三千圓，養子女二人之應繼分，各爲一千五百圓。如繼承人中無配偶，婚生子女二人各得四千圓，養子女二人，各得二千圓。於此應注意者，所謂養子女之應繼分，爲婚生子女二分之一，祇以有直系血親卑親屬同爲繼承爲條件，不以有婚生子女同爲繼承爲必要。如被繼承人有養子一人，婚生子女甲乙二人，甲乙均先死亡，甲有婚生子女丙丁二人，乙有婚生女戊一人，倘無配偶，則以前例之一萬二千圓遺產，按人數計算應繼分，丙丁二人代位繼承甲之應繼分，應各得二千四百圓，戊代位繼承乙之應繼分，應得四千八百圓，養子亦得二千四百圓。總之，代位繼承之人數不論多寡，祇能代位繼承被代位人應繼分之一部分，僅能以被代位人之一分計算，養子女不然，有一人則算一人，不過爲婚生子女一人之二分之一卽是。依此立論，則此例之一萬二千圓遺產，分給一養子和丙丁戊三代位繼承人，可得遺產分爲五分，養子和丙丁各得一分，戊得二分卽可。即使被繼承人尚有配偶，配偶之應繼分，既和直系血親卑親屬平均，自可加上二分，作七分計算，於是配偶和戊

各得二分，養子和丙丁各得一分，就和法律所規定之應繼分相符。

(四)代位繼承人之應繼分 凡為被繼承人所出之血親，均屬被繼承人之直系血親卑親屬，亦係被繼承人第一順序之繼承人，同為優先於其他各順序之繼承人。不過直系血親卑親屬相互間之繼承順序，係以親等較近者為先，親等較遠者居後，親等較遠者不能和親等較近者同為繼承，此乃法律上之一大原則。在有代位繼承之情事發生時，親等較遠者亦可和親等較近者同為繼承。雖親等較遠之直系血親卑親屬，原有繼承之權，但不能和親等較近之直系血親卑親屬同為繼承，此亦為法律上繼承順序之問題。惟代位繼承之能和親等不同者同為繼承，以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者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分（民法第一千一百四十條）。故代位繼承，必須具備一定之條件。不具備條件者，當然不能有代位繼承權。茲將條件述後：

(1)須被代位人在繼承開始前死亡或喪失繼承權，如其人在繼承開始前並未死亡或喪失繼承權，即不發生代位繼承問題，縱有死亡或喪失繼承權，但其發生在繼承開始以後，亦不發生代位繼承問題，以其事實發生在後，而已依法繼承遺產，其直系血親卑親屬於其繼承後再行繼承其遺產，謂之通常繼承，不能認為代位繼承。

(2)須被代位人為被繼承人之直系血親卑親屬，如死亡或喪失繼承權之人，並非被繼

承人之直系血親卑親屬，而爲其他順序之繼承人，即無所謂代位繼承，以代位繼承之事實，祇限於直系血親卑親屬，其他順序之繼承人，既無代位繼承之規定，當不發生此種問題。雖代位繼承僅以被繼承人之直系血親卑親屬爲限，但對於親等之遠近，未加限制，故被代位人並不一定爲被繼承人之子女，即孫男女、外孫男女亦可爲其被代位人。

(3) 須代位人爲被代位人之直系血親卑親屬，如非爲被代位人之直系血親卑親屬，無論爲配偶，父母，兄弟姊妹，均不能爲代位人。至直系血親卑親屬爲被代位人之子女，抑爲其孫男女，在法律並未限制，倘無子女之時，其孫男女當可爲代位人。

至代位人代位繼承之應繼分，以被代位人所應繼者爲標準，不能一定和其他各繼承人相同，如代位人祇一人時，其應繼分係和其他繼承人毫無區別，其他繼承人承受若干，彼亦承受若干。倘代位人在二人以上，則數人合承被代位人之應繼分，人數愈多，則各人承受之數額愈少，此爲代位繼承應有之結果，和通常繼承當然不同。

#### 第四節 繼承人之繼承權

繼承人之繼承權，在法律上可分二種：一爲現實的繼承權，一爲期待的繼承權；現實的繼承權係指被繼承人死亡時，已確定得爲遺產繼承人所現實享有之權利而言。如在被繼承人

死亡時，祇有父母，並無直系血親卑親屬，又無養子女，因而父母適合順序，確定得爲遺產之繼承，而享有繼承權。期待的繼承權係指被繼承人死亡前，未確定得爲遺產繼承之繼承人，所希望享有之權利而言。如被繼承人死亡前之某一時期，雖僅有父母，並無直系血親卑親屬和養子女，但父母對於繼承之遺產，僅有一種希望，因日後被繼承人生育子女或收養養子女時，被繼承人死亡後，父母即不得適合順序，而不能爲遺產之繼承；其在被繼承人死亡前所享有之繼承權，稱爲期待的繼承權。茲分繼承權之喪失和繼承權之回復兩部分說明之：

(一)繼承權之喪失 凡有繼承權者，不論爲法定繼承人或指定繼承人，因有冒犯被繼承人自由、信譽、意志，或竟危害其生命等不法行爲，如其行爲合於下列五種情形之一，對於被繼承人之遺產，即喪失繼承權，不得再行繼承（民法第一千一百四十五條第一項）。

(1)故意致被繼承人或應繼承人於死，或雖未致死因而受刑之宣告者。如有繼承權之人，對於被繼承人或應繼承人之生命，有加以危害之故意，而結果又卒致死亡，行爲極爲兇惡，法律上因而剝奪其繼承權。倘其行爲係出於過失而非故意，或雖故意而尙未致被繼承人或應繼承人於死，均不得喪失其繼承權。惟對於故意未致被繼承人或應繼承人於死，尤須視其繼承權人有無因而受刑之宣告，其未受刑之宣告者，固不喪失其繼承權，若已受有刑罰之宣告，無論其爲犯罪未遂（刑法第二十五條至第二十七條），正當防衛過當（刑

法第二十三條後段），緊急避難過當（刑法第二十四條第一項後段），未滿十八歲人之行為（刑法第十八條第二項），精神耗弱人之行為（刑法第十九條第二項），瘖啞人之行為（刑法第二十條），科刑判決一經確定，繼承權應即喪失（民法第一千一百四十五條第一項第一款）。至其刑罰之是否宣告緩刑（刑法第七十四條），或因其他原因而不執行，皆非所問，以法律上祇規定受刑之宣告，而未規定須受刑之執行，其執行與否，即非喪失繼承權之必要條件，當置之不問。

(2) 以詐欺或脅迫，使被繼承人爲關於繼承之遺囑，或使其撤銷或變更者。如有繼承權之人，故意表示虛僞事實，使被繼承人陷於錯誤，或表示將以危害相加，使之發生恐怖，而訂立作廢或更改關於繼承之遺囑，致遺囑之正確意識被其蒙蔽，自由意志受其妨礙，行爲極爲險詐，自應剝奪其繼承權。惟此應注意者，即被繼承人因被詐欺或脅迫而所爲關於繼承遺囑之行爲，雖非根本無效，但可予以撤銷。如果被繼承人於事後將此遺囑行爲撤銷，此遺囑行爲即不能在被繼承人死亡後發生效力。其結果有繼承權人之詐欺或脅迫終於未能成功，詐欺脅迫雖未成功，而被其以此等行爲使爲關於遺囑行爲之事實即已發生，無論被繼承人對於此遺囑行爲是否事後撤銷，但其詐欺脅迫既已實施，其繼承權即不得不歸於消滅。若被繼承人對於有繼承權人所實施之詐欺脅迫加以宥恕，雖其因詐欺脅迫

所爲之遺囑行爲未經被繼承人撤銷，而繼承權仍不喪失（民法第一千一百四十五條第一項第二款及同條第二項）。

(3) 以詐術或脅迫，妨害被繼承人爲關於繼承之遺囑，或妨害其撤銷或變更之者。如有繼承權之人，故意以詐欺或脅迫之手段，使被繼承人陷於錯誤或恐怖，而訂立不爲作廢或變更關於繼承之遺囑，致遺囑仍受妨害，其行爲亦極險詐，繼承即不能不在剝奪之列。此種行爲，和上段適屬相反。上段之目的，在用詐欺或脅迫，使被繼承人關於繼承之遺囑，爲訂立作廢或變更之行爲，而此則使被繼承人關於繼承之遺囑，不爲訂立作廢或變更之行爲；一爲不欲作爲而使其作爲，一爲欲作爲而使其不作爲。惟被繼承人對其所實施之詐欺脅迫加以宥恕，其繼承權仍可免於喪失（民法第一千一百四十五條第一項第三款及同條二項）。

(4) 偽造、變造、隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者。如有繼承權之人，冒用被繼承人之名義而訂遺囑，或將其所作成之遺囑而擅自更改，或將遺囑藏匿，或將遺囑毀壞，即屬妨害被繼承人關於繼承遺囑之意旨或效用，其行爲之不法，較上述者尤甚；以此種行爲，均係祕密實施，往往不易發覺，法律以喪失繼承權爲之制裁，洵屬正當。惟被繼承人對其行爲加以宥恕，其繼承權亦不喪失（民法第一千一百四十五條第一項第四款及同

## 條第二項)。

(3) 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。如有繼承權人對於被繼承人，加以苛酷之待遇，惡意之指摘，使其身體、精神、人格、信譽，受有重大之損害，其行為之不德不義，已達極點，被繼承人因深惡痛恨，而有不得繼承之意思表示，其繼承權當然喪失。惟此應注意者，計有兩點，一為重大之虐待或侮辱，一為經被繼承人表示不得繼承，其重大二字，原無一定標準，應視被繼承人在社會之地位，以一般人之觀念為之決定，並非人人盡同，如在此人可認為重大，而在另一人則不能認為重大，事實上所見並不過少，此無他，以其地位每因人而有不同之故。至表示不得繼承，在條文中既為要件之一，是非有如此之表示不可，如無此項表示，縱令虐待重大，侮辱重大，亦不能剝奪其繼承權（民法第一千一百四十五條第一項第五款）。

上述五種情形，均為喪失繼承權之原因，如無此原因者，無論有繼承權人之行動如何不軌，被繼承人如何表示不得繼承，在法律上均不生效力。縱令有繼承權人確有上述五種情形之一，而喪失繼承權亦祇其自己個人，並不及於其他之有繼承權人，且其自己喪失繼承權，其直系血親卑親屬亦不受何等影響，仍得行使代位繼承權。

(二) 繼承權之回復，回復二字，係指回復原有之繼承權而言，如本無繼承權，或有繼承



權而未被侵害，自不發生回復之問題。故在未述繼承權回復之前，先將繼承權被侵害之情形加以說明。所謂繼承權被侵害，即應繼承遺產之人，未繼承遺產，而應歸繼承之遺產，被不應繼承之人繼承，在應繼承人本身，即屬繼承權被侵害。此所謂應繼承之人，非泛指一切有繼承權之繼承人言，乃指被繼承人死亡時，遺產之全部或一部所應歸屬之繼承人而言；因遺產所應歸屬之繼承人，固為有繼承權之繼承人，但有繼承權之繼承人，並不一定為遺產所應歸屬之繼承人。如繼承權被侵害之事實發生，不問其被侵害之原因，為不知被繼承人死亡，為自己誤認為無繼承權，為遺產被人佔據，為被其他繼承人合併繼承，而實際上應受繼承之遺產，已被不應繼承遺產之人繼承。不應繼承之人，對於不應繼承之遺產而繼承，非為意圖侵占，即屬誤信歸於自己，而應繼承人之繼承權，豈非無端被人侵占？

應繼承人之繼承權被侵害後，倘願意拋棄，自不發生回復問題，如欲救濟繼承權被侵害之權利，此即繼承權回復之請求權，請求確認繼承權，收回應繼承之遺產。關於繼承權回復之請求權，得由應繼承遺產而實際上未曾繼承之人行使，此人在法律上稱為被害人，以其權利已被侵害，故稱被害。倘被害人本人係未成年人，或為禁治產人，在法律上屬於無行為能力或限制行為能力，當然不得行使其請求權，如果被受害者方面為未出生之胎兒，則更不能行使請求權了。故未成年、禁治產人和胎兒之繼承權被侵害時，可由其法定代理人代替行使

請求權（請求書格式可仿照附式一），請求回復應繼承之遺產（民法第一千一百四十六條第一項）。

繼承權回復之請求權，固得由被害人或其法定代理人行使，但法律並不強制，行使與否，悉聽當事人之自由。惟行使此項權利，在法律上定有一定之期間，於一定期間內不行使，其請求權即行消滅，不得再行請求，而權義亦得確定。此一定之期間，在法律上規定兩種：（1）自知悉被害之時起二年內；（2）自繼承開始時起十年內。無論其適用何種期間，總以不超過始得請求，如已超過，不問期間長短，即超過一日，亦應歸於消滅（民法第一千一百四十六條第二項）。

## 第十章 遺產繼承

### 第一節 遺產繼承之效力

繼承因被繼承人死亡而開始（民法第一千一百四十七條），所謂死亡，包括兩種情形，一為實際上人已死亡，即已達於心臟鼓動停止之程度；一為推定其人已死亡，即由法院為死亡宣告之人。繼承既因被繼承人死亡而開始，則繼承之開始，必在被繼承人死亡之時，如被繼承人未死，即不能開始繼承。習俗上每有父母於生前將財產分給子女者，在法律上祇能認為贈與，不能作為遺產之繼承。因為繼承不以財產之分給而開始，而其唯一原因，乃在被繼承人之死亡。故除被繼承人死亡之外，均不能為開始繼承之原因，過去有以被繼承人出家為僧，而認為開始繼承之原因，其見解因不合法定條件，現已不能適用。至於遺產繼承之效力，即繼承之開始，對於各關係人財產上繼承義務之效果，如權義之移轉，遺產之酌給，繼承之費用，遺產之公有，遺債之負擔等均是。茲分述之：

（一）權義之移轉 繼承人自繼承開始，承受被繼承人財產上之一切權利義務。此權利義務係財產上之權利義務，非身分上之權利義務，凡因人之身分而享有之繼承，或負擔之義務

務，均不能作為繼承標的，如父母之權義，家長之權義皆是。其關於財產上之一切權利義務，不問性質如何，權源如何，義務多於權利，或權利多於義務，均須由繼承人作為整個繼承標的而承受之。通常權利義務之移轉，須有一定之意思表示，有時尤須履行一定之方式，或完成一定之程序，而在遺產繼承上權利義務之移轉，則不以此為必要條件。且繼承人承受被繼承人財產之權利義務，自繼承開始時確定，其範圍既以繼承開始時為標準，而移轉亦以繼承開始時發生效力，故繼承人對此權利之行使，義務之履行，雖不自繼承開始時起，而其享有和負擔，即起於繼承開始之時。

繼承人自繼承開始時，承受被繼承人財產上之一切權利義務，此為繼承法之原則，但法律亦有另行規定之例外，有例外即不能適用原則，如繼承人喪失繼承權，拋棄繼承權，或該權利義務專屬於被繼承人本身者，均屬不能承受。前二種因喪失拋棄而不能承受，後一種因被繼承人為僱用人或承攬人，均以個人技能為契約之要素，其權利義務不能作繼承標的，故不能由繼承人承受（民法第一千一百四十八條）。

（二）遺產之酌給 對於被繼承人生前扶養之人，應酌量給與遺產。以須被繼承人扶養之人，不但自己不能維持生活，抑且和被繼承人在身分上或情誼上具有相當之關係，無論其是否有繼承權或繼承不合順序，在被繼承人生前非偶然給予生活資料和已停止給予者，均屬被

繼承人生前繼續扶養之人，自應尊重被繼承人生前之意旨而酌量給予遺產。

至遺產之酌給標準，應視其所受扶養之程度和其他關係而定。所受扶養之程度，以被繼承人生前給予生活資料之厚薄和受扶養人所需生活資料之多寡爲標準，而其他關係，則以被繼承人生前與其親誼情感之疏密深淺，和遺產總額之數量爲衡，俾其和繼承人雙方不致受虧。惟酌給遺產之事務，爲求平允和免爭議起見，應由親屬會議辦理，不能由繼承人自行酌給，以避嫌疑（民法第一千一百四十九條）。

（三）繼承之費用 繼承開始以後，關於遺產之管理，需要種種費用，如修理費、登記費、保管費、飼養費，和行使遺產上債權，履行遺產上債務之費用，因遺產發生爭執等之訴訟費用，以及遺產之分割、遺囑之執行、遺囑執行人之指定等費用，均由遺產中支付之。以此種費用，皆由於遺產之繼承而發生，取償於遺產，極爲允當。但支付此項費用，因繼承人有過失，致發生有不必要之支付時，應由繼承人於其固有之財產支付之，不能再適用遺產負擔之原則（民法第一千一百五十條）。

（四）遺產之公有 遺產繼承人僅祇一人，所有遺產，當由其一人承受，不發生分割和公同共有之關係。如繼承人有數人時，雖遺產可以分割，然分割尙須時日，並非於繼承開始時即能實現，無論爲時之久暫，總須經過一相當時期，在此時期之內，遺產承受部分未曾確

定，不能不將遺產之全部屬於共同共有。所謂共同共有，即各繼承人就遺產之全部而享有所有權，並非就應繼部分或某部遺產而享有所有權，故對於處分使用收益之權，在共同共有關係存在之時，應依民法物權編共有之規定，除使用收益得按其應有部分行使外，其處分共有物，應得共有全體之同意（民法第一千一百五十一條及第八百十八條第八百十九條）。

各繼承人共同共有之遺產，得由繼承人中互推一人管理之（民法第一千一百五十二條）。此因繼承人中往往有不便或不能管理遺產者，而遺產之性質，亦往往有不容多數繼承人共同管理者，於此情形之下，不妨由繼承人中互推一人管理。但此互推之遺產管理人，法律縱有規定，亦屬無強制性；如各繼承人認為共管合宜，仍得共同管理。倘認為須另託繼承人以外之人管理，或將遺產分為幾部分，而由不同之人分別管理，亦屬可能之事，法律並不禁止。

（五）遺債之負擔 被繼承人所遺之債務，於一人繼承遺產時，當然由其一人單獨負擔，不發生各繼承人相互間如何負擔，和對債權人如何負擔之問題。如繼承人有數人時，各繼承人對於被繼承人之債務，負連帶責任；至繼承人相互間，對於被繼承人之債務，除另有約定外，按其應繼分比例負擔（民法第一千一百五十三條）。所謂各繼承人負連帶責任，係對債權人負連帶之責任，換言之，即債權人對於被繼承人所負債務，可向全體繼承人或其中之任何一人，請求全部清償，無論債權人之請求方法如何，各繼承人均不得以自己應繼分之多

寡，或自己相互間約定之辦法，作為抗辯之理由。倘遺產分割後未經清償之遺債，移歸一定之人承受，或劃歸各繼承人分擔，已得債權人之同意，各繼承人即能免除連帶負擔責任。至各繼承人之連帶責任，自遺產分割時起，經過五年而免除，遺債清償期在遺產分割後者，自清償屆期時起，經過五年而免除。

他若各繼承人相互間對於被繼承人之遺債，按應繼分而比例負擔，即各繼承人之內部，對於遺債，應各人分擔一部分，其分擔部分，以應繼分之多寡而定。應繼分各人平均，遺債之分擔部分各人平均，應繼分為二分之一，或三分之二，遺債之分擔部分，亦應如此，此即所謂合乎比例。但此種比例，係因各繼承人相互間在未另有約定之辦法時，始適用之，如有約定之辦法，依其約定辦法辦理，不必再適用按應繼分比例負擔。

## 第二節 限定之繼承

被繼承人財產上之權利義務，概括由繼承人承受，已如上述。此項繼承，如遺債多於遺產，或有遺債而無遺產時，在繼承人對於遺債，係負有無限之責任，損失未免過鉅。繼承人有固有財產者，在其本身已受遺債之累，如無固有財產，而其能力僅足謀生，其將何以負擔？故法律為避免此種無限責任起見，特設有限定繼承之方法，此種方法，即繼承人須以所

得遺產爲限，而爲清償遺債之方法。如是，則遺債多於遺產，繼承人卽無須就其差額，以固有財產爲之清償。但限定繼承，並不以遺債多於遺產爲必要條件，卽遺產等於遺債或多於遺債時，繼承人仍得爲限定之繼承。惟限定繼承，並非強制規定，應否爲限定之繼承，悉聽繼承人自由決定，限定固可，不固定亦無不可（民法第一千一百五十四條第一項）。關於限定繼承，有方式、期限、效果、遺產清算和利益之喪失五種，試說明之：

（一）限定繼承之方式 繼承人爲限定繼承時，應具備一定之方式，此方式爲限定繼承之要式行爲。其方式有二：（1）開具遺產清冊，此所謂遺產，包括遺債在內，凡被繼承人財產上之各種資產債務，可作爲繼承之標的者，均應用一簿冊，詳爲記載，便成爲遺產清冊；簿冊之形式和記載之方法，法律並無規定，可由繼承人自由決定。惟記載必須正確，不能虛僞，俾得着手辦理清算手續，和審核遺產有無被侵占等情事。（2）呈報法院，繼承人爲限定繼承，於開具遺產清冊後，應將限定繼承之意思，連同遺產清冊，呈報法院。所以必須有此種意思表示者，是欲使事態臻於明確，以杜絕無謂之爭執（民法第一千一百五十六條第一項）。

（二）限定繼承之期限 辦理限定繼承之方式，須在繼承開始以後，繼承開始前辦理，在法律上不生效力。惟辦理期間，不能過於短促，因調查遺產尙須相當時期，遺產調查完畢，



始能爲開具遺產清冊和呈報法院之手續；但亦不能過長，使權義狀態久不確定，反有證據散失，無從查考之弊。故法律斟酌情形，規定此項期限，於繼承開始之時起，三個月內辦理之（民法第一千一百五十六條第一項）。如逾越此項期限，無論遲誤之原因如何，即不能發生爲限定繼承之效力，仍應概括的承受一切遺產遺債。不過此三個月之期間，並非不變期間，可由法院爲之延展；延展有一定之條件：（1）須基於繼承人之聲請，繼承人不聲請，法院無權爲之延展；（2）須在三個月期間內聲請，逾期即不能再行聲請；（3）須法院認爲必要，方得予以延展，否則，其聲請即被駁回。至延展期間之長短，法律上並未規定，應由法院酌量情形予以裁定（民法第一千一百五十六條第二項）。

（三）限定繼承之效果 限定繼承之效果有三：（1）繼承人祇須以遺產償還遺債，此爲繼承人負有限責任之效果。債權人如就其固有財產請求爲遺債之清償，繼承人可加拒絕，此係繼承人對於超過遺產限度之遺債，不負清償責任，並非超過遺產限度之債權，因限定繼承而消滅。故在以繼承人或繼承人以外之人所有不動產抵押，供作擔保等情形之下，債權人對於超過遺產之債權，仍可就此不動產賣得價金，受全部之清償，繼承人或繼承人以外之人，不能主張超過遺產之部分，不受抵押不動產之擔保（民法第一千一百五十四條第一項）。（2）多數繼承人中，有一人爲限定之繼承時，其他各人，視爲同爲限定之繼承，此係全體繼承人

同負有限責任之效果，不問其是否甘願，和有無意思表示，均應視為同一，俾得劃一繼承程序，以免關係複雜而引起糾紛（民法第一千一百五十四條第二項）。（3）繼承人對於被繼承人之權利義務，不因繼承而消滅，此為權利不相混同之效果。故為限定繼承之繼承人，對於被繼承人所享有之權利，仍可行使，對於被繼承人所負擔之義務，亦可履行；以不行使權利，結果和以自己固有財產充償債務無異，不履行義務，結果等於減少遺產，使債權人和受遺贈人等反受不利，如是，則繼承人對於被繼承人之權利義務，當然不能因繼承而消滅（民法第一千一百五十四條第三項）。

（四）遺產之清算 繼承人為限定繼承，而開具遺產清冊呈報法院之後，為實行以遺產為限而償還遺債起見，遺產清算之程序，自不可缺。其中較重要者，當推如何使債權人報明債權，如何清償債務交付遺贈等程序，可分四點予以說明：

第一點，對於債權人之公示催告。就遺產限度償還遺債，須先查明遺債數額，使各債權人報明債權，債權人之債權，雖有遺產清冊可以查考，然終不免有所遺漏，不如使債權人報明為是。欲使債權人報明債權，本可用通信或登報等方法為之，惟法律為鄭重起見，特規定繼承人呈報法院為限定繼承時，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。此項公示催告程序，法院應依職權進行，不必須俟繼承人之聲請（民法第

一千一百五十七條第一項)。所謂報明債權之一定期限，不得在三個月以下，其至短之期爲三個月，最長並無限制，究應定爲三月，或三月以上，全由法院酌量定之，非繼承人所得過問。其所謂必須定此期限者，以免過長恐拖延時日，過短恐債權人不知其事，定爲三個月以上，和繼承人呈報法院之期限相等，不致有過長過短之弊（民法第一千一百五十七條第二項）。

第二點，清償債務和交付遺贈物之時期。本來清償債務，並不一定限於時期，因繼承人欲爲限定繼承，呈報法院公告催告債權人於一定限定期內報明債權，故非至期限屆滿，不得對被繼承人之任何債權人，先行分配遺產，償還債務。因催告未屆滿期，債權人固可隨時申報，但至最後一日申報，於法並無不合，且爲事實上所常有，如未屆期即行分配，即不免有獲得意外利益和受有意外損失之弊。縱在此限定期內已屆清償時期，繼承人亦不得予以清償（民法第一千一百五十八條）。至被繼承人在遺囑上訂明贈送受遺贈人財產上利益之遺贈，繼承人亦不得於繼承開始後，即交付受遺贈人，以限定繼承須以償還債務爲重，迨債務償還以後，始有遺贈之可言，此點和通常繼承之情形大不相同（民法第一千一百六十條）。

第三點，清償債務和交付遺贈之順序。在報明債權期滿之後，繼承人就應清償債務和交付遺贈，但有下列之四順序，應依次爲之。

(1) 有優先權之債權，應儘先以遺產清償，如抵押權、質權、留置權等債權，均為有優先受償之債權，其效力較強於普通債權，應先受滿足之清償，不受限定繼承之影響；即不在一定期限內向法院報明債權，亦不喪失其受優先清償之利益。但有優先權之債權，未必全部遺產皆有優先權，如僅一部分有優先權，應就一部分之價金先受清償，苟有不足，其不足之數，祇能和普通債權同等受償，此為第一順序（民法第一千一百五十九條）。

(2) 普通債權和繼承人所知而未於期限內報明之債權，應先就遺產清償有優先權之債權外，如無餘剩，該債權當然無從受償，倘有餘剩，各該債權始能就所餘之遺產受償；若有優先權之債權已不存在，或無優先權之債權，各該債權可就全部遺產受償。其遺產總額能超過或等於債權總額，各該債權可受滿足之清償，否則，各該債權應按其數額，比例計算，以遺產照成數分別償還，此為第二順序（民法第一千一百五十九條）。

(3) 遺贈不能於清償債權前交付，已如上述，而其理由，大都以債權人對於被繼承人之債權，在繼承開始前已早發生，而遺贈須在繼承開始時發生效力；且債權人對於被繼承人享有債權，往往給與被繼承人以相當之對價，遺贈祇能說被繼承人賜予受遺贈人之恩惠。兩者相較，自以債權人之利益為重，故清償債權和交付遺贈，在順序上不得不分先後。倘遺贈之交付，可先於債權之清償，或和其列於同一順序，不但債權人受虧太甚，

而且負債之被繼承人，亦必將以鉅額之財產，作爲死後之遺贈，其流弊不可設想，法律規定其順序在償還債務以後，其理由卽在於此，此爲第三順序（民法第一千一百六十條）。

（4）未經於限期內報明而又爲繼承人所不知之債權，並非絕對不能受償，惟其受償，須在第一第二兩順序之債權清償，和第三順序之遺贈交付以後。此種債權之受償，須遺產除償債和遺贈外，尚有餘剩始可，否則，卽不能有受償之權利，以其自己怠於行使，且又爲繼承人所不知而不爲預留，當然無遺產可以償還。但其債權並非不當，如尚有餘剩遺產，法律仍加保護，許其就餘剩之遺產，行使其權利，此爲第四順序（民法第一千一百六十二條）。

第四點，受害債務人之請求權。繼承人在法院所定報明債權之期限內，對被繼承人之任何債權人，以遺產償還債務，或於期限屆滿後，對於期限內報明之債權，或未報明而爲其所已知之債權，不按其數額，比例計算，以遺產分別清償，或於未清償債權之後，對受遺贈人交付遺贈，以致債權人受損害時，就發生兩種結果：一爲繼承人對於此種損害，應負賠償之責，債權人自得向繼承人請求賠償（民法第一千一百六十一條第一項）；二爲受害之債權人，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（民法第一千一百六十一條第二項）。至受害債權人之請求權，必須具備三種條件，始能發生：一爲繼承人違反民法

第一千一百五十八條至第一千一百六十條各規定之任何一種；二爲債權人受有損害；三爲繼承人違反上述各條規定和債權人所受損害，有相當之因果關係。條件具備，對繼承人和不當受領之債權人或受遺贈人均有請求權，一方是請求賠償，一方是請求返還，此二種權利可同時或先後行使，以其有相互之關係，如一方無力清償或給付不足時，可由他方償還或補足之。

(五) 限定繼承利益之喪失 繼承人中有下列三種情形之一者，不得主張限定繼承之利益。(1) 隱匿遺產，此係指將遺產全部或一部藏於秘密處所，或偽造契據，將遺產作爲己產等之情形而言，無論其實行之時，在向法院表示限定繼承意思之前或後，均應喪失限定繼承之利益(民法第一千一百六十三條第一款)。(2) 在遺產清冊爲虛僞之記載，此係指繼承人在遺產清冊上爲不實之記載，如以少報多，或以多報少之行爲而言，無論其呈報之時如何虛僞，和作弊之大小，均應喪失限定繼承之利益(民法第一千一百六十三條第二款)。(3) 意圖詐害債權人之權利，而爲遺產之處分，此係指繼承人意圖詐害債權人之權利，而特將遺產之全部或一部出賣贈與，或設定質權或抵押權之行爲而言，無論其處分之時，在向法院表示限定繼承意思之前或後，均應喪失限定繼承之利益(民法第一千一百六十三條第三款)。如其處分遺產並無詐害債權人權利之意圖，即屬欠缺意思要件，仍能享受限定繼承之利益。

限定繼承，原爲以全部遺產清償全部遺債爲目的之一種辦法，其結果使債權人往往不能得到滿足之清償，甚至無絲毫之清償可望，如繼承人猶有此種情形發生，在債權人方面，損失未免過鉅，故法律特規定不得主張限定繼承之利益，以示制裁。惟此應注意者，其爲此種行爲，必須出於故意，始能受「不得主張限定繼承利益」之制裁，倘因過失或不可抗力而實施此種行爲，則仍不受法律之制裁。若數繼承人中僅有一人爲此行爲，除此一人應受制裁外，其餘各人，均得主張限定繼承之利益，不受該制裁之影響。

## 第 二 節 遺產之分割

遺產在繼承開始以後，尙未分割以前，爲各繼承人共同共有。然在共同共有之時，各繼承人對於該遺產，各有其應繼分，此應繼分爲分割遺產之抽象標準，至遺產分割時，即按此標準以確定遺產中之某一部分，歸某繼承人繼承。遺產至分割以後，其原有共同共有之關係因而消滅，以其已實現確定遺產各部分，分別歸屬於各繼承人之程序，此後即無所謂共同共有。惟分割有時期、方法、效力三種，應予分別說明。

(一) 分割之時期 遺產之分割，依法律之規定，並無一定時期，在繼承開始以後，繼承人得隨時請求分割（請求書格式見附式二及附式三），無論何時均可有請求權。惟隨時請求分

制遺產，爲法律所定之原則，除原則之外，尙有例外，在法律另有規定，或契約另有訂定者，應依其規定或訂定之內容，即不能適用隨時請求分割之原則（民法第一千一百六十四條）。所謂法律另有規定和契約另有訂定者，不外由被繼承人所立遺囑禁止分割，和各繼承人訂立契約禁止分割之兩種，茲再分述於後：

（1）遺囑禁止分割 被繼承人對於遺產，認爲有不能分割之情形，得用訂立合法遺囑之方法以表示，如在遺囑中載明該遺產在某年以前不許分割，或至某年以後始許分割，或永遠不得分割，均無不可，繼承人對之，在一定之期間內，即應遵守，以其已發生法律上之效力。但遺產久不分割，往往發生流弊，所以法律對於遺產分割禁止之效力，規定以二十年爲限（民法第一千一百六十五條第二項）。若遺囑禁止遺產之分割，其期間在二十年以下者，繼承人在期間內不得請求分割，超過二十年者，繼承人在二十年內不得請求分割，滿二十年後即能請求，不受遺囑之限制。

（2）契約禁止分割 遺產急急分割，有時反屬不利，故繼承人間恆用契約訂定，禁止分割。然契約爲當事人意思表示一致而成立，各人均應受其拘束，不得任意違反。如經合意而訂立禁止遺產分割之契約，即應由各繼承人共同遵守，非屆禁止期滿之時，不得行使遺產分割之請求權，其餘與遺囑禁止分割情形無異。



凡遺產在遺囑或契約禁止分割之期間內，繼承人即不得請求分割，如有人提出請求，其他各繼承人自可拒絕。但不得請求和拒絕請求，係各繼承人內部之關係，並非絕對不能變更。以年限過久，環境或須變遷，在立遺囑或訂契約時，認為以不分割為有益，於事過境遷以後，或由繼承人中一人或一部分人復認分割為有益，經全體繼承人之同意提早分割，法律亦非絕對禁止，惟須具有相當之理由耳。倘遺產已屆分割之期，各繼承人不願分割，並無一人提出請求，使遺產超過二十年而仍公同共有，法律亦並不強制其分割，因我國有數世不分炊而同財共居之舊習，此種家庭，迄今尚有存在，自不能認其不分割即屬違法。良以法律上規定二十年禁止分割之期間，原為無原因不能分割之期間，無原因而請求分割，自非屆期不可。倘有原因請求分割，並徵得各繼承人之同意，則不屆期固無不可，即屆期而不願分割，亦為法律所不禁，以此項規定，並無強制性，要不能和強行法等量齊觀。

(二)分割之方法 遺產分割之方法，通常由各繼承人協商決定，有保存遺產而將原物分成若干份數各承一份者，有將原物變賣分價金為若干份數各承一份者。無論採用何種分割方法，祇須各繼承人合意商定，在法律上均屬有效。關於遺產分割之方法，在法律上定有四條，皆為繼承人所應遵守者，茲分三部分述之如次：

(1)分割方法之指定。被繼承人對於遺產之全部或一部，得以遺囑自定或委託他人代

定分割之方法，無論自定或委託他人代定，均屬於分割方法之指定，經指定方法後，繼承人實行分割時，應遵從之（民法第一千一百六十五條第一項）。自定或託人代定之分割方法，係出於被繼承人之本意，各繼承人爲尊重被繼承人之遺旨起見，自應絕對遵從，不得有所爭執。惟此項遺囑，應合法作成，在法律上方生效力，否則，即不能使繼承人絕對遵從。如被繼承人在遺囑上僅就遺產之一部分指定分割方法，除指定部分依其指定外，其餘部分之分割方法，仍可由各繼承人協商決定。倘被繼承人所託代定人，屆時不爲代定，各繼承人亦得協商決定。

（2）胎兒應繼分之保留。胎兒有繼承能力，得爲其直系血親尊親屬或兄弟之遺產繼承人，前已敘述，故被繼承人爲胎兒之直系血親尊親屬或兄弟時，胎兒亦有繼承遺產之權。胎兒之應繼分，在其他繼承人分割遺產時，如未出生，應予保留，否則，其他繼承人即不得分割遺產（民法第一千一百六十六條第一項）。倘其他繼承人不予保留而竟各自分割，不但其分割之行爲在法律上無效，且侵害胎兒之繼承權，在胎兒出生以後，當可行使繼承權回復之請求權。惟胎兒承受遺產，以將來非死產爲限。非死產始能享受保留部分，死產則該部分仍應由其他繼承人承受。胎兒在未出生以前，將來是否死產，實難預料，法律規定「保留」二字，用意極爲深長。胎兒在未出生以前，關於遺產之分割，當然需要代理

人，此代理人法律規定爲胎兒之母（民法第一千二百六十六條第二項）。其所以規定爲母，而不規定父母者，並非父不能爲胎兒之代理人，因胎兒之有繼承權，往往在父母死亡之後，即有父母未死亡之時，亦祇有其父母喪失繼承權而代位繼承其應繼分之場合，爲代位繼承時固無問題，若父母死亡，則非有代理人不可。好在胎兒存在之時，其母當亦存在，父之存在與否，並無一定，法律規定以母爲代理人，確係經過多方考慮，故施行以來，在事實上並不發生困難，則「父」字在法文上，自非必要。

（3）債務之扣還和贈與之扣除。繼承人對於被繼承人，如負有債務，應於繼承人分割遺產時，將所負債務之數額，算入遺產總額，作爲應繼財產，由該繼承人於應繼分內扣還（民法第一千一百七十二條）。不但債務如此，即繼承人從被繼承人方面所受之贈與，亦應計算其價額，加入遺產之中，作爲應繼財產之一部分，於分配時扣除，使受贈與之繼承人，不致得有意外利益，而未受贈與之繼承人，不致蒙受損失，法意極爲公允。且繼承人在被繼承人生前，因婚姻，分居，或營業上之關係，已無償領受被繼承人之財產者，如女出嫁時所給與之奩產，子分居時所分授之房屋，或子女經商時所付與之資本等，均應計算價額，加入繼承開始時被繼承人所有之財產中，爲應繼遺產。此種被繼承人於生前所分授和給與的財產，即屬贈與之一種，亦可推定其爲死後遺產之預付，故應一併予以算入（民

法第一千一百七十三條第一項前段)。惟須充作繼承財產之贈與物，不必原物交還，祇須計算其價額，以原物或須毀滅和移轉於人，在事實上恐不易交還，因之法律祇規定為贈與之價額。至該價額之計算，應以贈與時之價值為標準，不以繼承開始或遺產分割時之價值為標準，此點亦為法律所明定，受贈之繼承人和其他繼承人均不得表示異議（民法第一千一百七十三條第三項）。繼承人分割遺產時，如負有被繼承人之債務，或受有贈與，應將其數額或價額併入遺產，作為應繼財產，然後再按各人之應繼分，就遺產總額算定各人應得之遺產數額，負債務或受贈與之繼承人，須在應得繼承數額中，扣還其債務之數額，和扣除其贈與之價額，其經扣還扣除餘剩之數額，方為繼承人實得之遺產數額（民法第一千一百七十二條第一千一百七十三條第二項）。所應注意者，即贈與價額之扣除，若被繼承人於贈與時對此已有反對之意思表示，則贈與價額即不得加入遺產，作為應繼財產，分割時亦不得再行扣除，此所以尊重被繼承人人生前之意思（民法第一千一百七十三條第一項後段）。

(三)分割之效力 遺產分割之效力，及於繼承人自己，和各繼承人相互間，以及被繼承人之債權人，在分割上實為極重要之問題，試分述之：

(1)分割效力之開始時期，遺產在未分割以前，雖屬於各繼承人共同共有，然其共同

共有，和普通一般之公同共有不同，普通一般之公同共有，各公同有人對於公同共有物之權利，及於公同共有物之全部，其中之任何一部，並不專屬於其中公同共有者之一人，從分割之時起，各公同有人始取得共有物一部分之專屬權，其餘部分之權利，即因之而喪失。故公同共有物分割之效力，在普通一般應自分割之時起始能發生，而遺產分割之效力則不然，不從分割時發生，而溯及繼承開始時發生（民法第一千一百六十七條）。以其係承受被繼承人財產上之權利義務，並非繼承人相互間權利之互相移轉，其發生效力之時期當然不同。況遺產在未分割前之公同共有，無非一時之關係，無論爲時久暫，一經分割，其所現實承受之一部分遺產，可認爲在繼承開始時已專屬於其人，而以前之公同共有關係，亦應認爲自始不曾存在，所有分割之手續，不過爲遺產專屬權之一種確定方法，並非因分割而始能承受遺產，故其效力可溯及繼承開始之時，實極合遺產繼承之本義。

(2) 繼承人相互間之責任。遺產分割以後，繼承人相互間本無所謂責任；惟繼承人承受之遺產中，其物或財產權有瑕疵，或其債權之債務人無支付能力，則承受該部分遺產之繼承人，所獲即較少於應繼之分，係不合於遺產繼承公允之原則。法律爲使其公允起見，特規定遺產分割後，各繼承人對於他繼承人因分割而得之遺產，負和出賣人同一之擔保責任（民法第一千一百六十八條），對他繼承人因分割而得之債權，就債務人之支付能力，

負擔保責任（民法第一千一百六十九條第一項）。所謂物或財產權有瑕疵，負和出賣人同一之擔保責任，即謂出賣人將物或財產權讓與買受人，須擔保其物或財產權無不存在，且無第三人主張權利，亦無減少或滅失價值、效用和品質等各種瑕疵。如有此種瑕疵，買受人得行使解除契約，減少價金，或損害賠償之請求權，而在遺產分割之後，各繼承人對於他繼承人所得遺產中之物或財產權，亦應和出賣人同一擔保無瑕疵之責任。倘分割後發見有此種瑕疵，該繼承人即得遵照解除契約，減少價金，或賠償損害等辦法，向他繼承人要求補償其損失（請求書式樣見附式四）。然此僅以基於當時事由而生之瑕疵，由各繼承人相互負擔保責任，倘由於以後事由所生之瑕疵，則應由各繼承人分別自行負責，他繼承人即不再負責任，既與繼承公允之原則不相違背，又能使繼承人間對於遺產之相互關係，不致無結束之期限。

所謂就債務人之支付能力，負擔保責任，即謂各繼承人對於他繼承人因分割遺產而得之債權，須保證其債務有清償之資力。如事實上債務人無此資力，以致該繼承人受有損失，各繼承人即應負責補償。惟各繼承人互負債務人資力之責任，以債務人何時之資力作爲標準，則應視其債權之性質如何方能決定。依照法律，凡債權附有停止條件（如於房屋建築完成後，願津貼建築費一十萬元之類是），或定有清償期間，而其條件或清償期，在

遺產分割時，尙未成就，或未屆期，各繼承人須就條件成就，或清償期屆時，債務人之清償資力，互負擔保責任，其他債權，則各繼承人應就遺產分割時債務人之清償資力，互負擔保之責（民法第一千一百六十九條第二項第一款）。附有條件或定有期間之債權，繼承人因分割遺產而承受，既不能提早行使其權利，固應由各繼承人互負擔保責任。但至條件成就，或清償期屆之時，該繼承人遲遲不行使其債權，致債務人方面之資力喪失或減少，而債權有不能清償，或償不足數之情形，其過失在該繼承人自己，所有損失，應由自己承受，不能再由各繼承人互負其責。其餘普通債權，亦復如此，自己怠於行使，其損失即不能歸責於其他繼承人。

在此種互負擔保責任之繼承人中，如有人對其分擔額，無償還之資力，則該繼承人不能償還之部分，應由有請求權之繼承人，和其他繼承人，按其所得部分，比例分擔。但此種比例分擔辦法，以該繼承人之不能償還，非由於有請求權人之過失所致者爲限，始能適用。如果該繼承人之不能償還，係由於有請求權人之過失所致，則其所有不能償還之部分，祇能全部由有請求權人個人負擔，不能再要求其他繼承人分擔（民法第一千一百七十七條）。

(3) 繼承人對於債權人之責任。繼承人有數人時，各繼承人就被繼承人之債務，對債

權人應負連帶責任，此債務如在遺產分割前已經清償，其所負之連帶責任當然消滅，毫無疑問。倘該債務在遺產分割時尚未清償，在實行清償以前，此種連帶責任，因遺產分割之關係，可由債權人之同意，或經過一定期間而免除。所謂由債權人之同意而免除，原來繼承人於遺產分割時，對於未清償之遺債，除即時清償外，通常之處置方法，即將債務之全部或一部移歸一定之人承受，或劃歸各繼承人分擔，此種處置，可變更各繼承人相互間所負之責任。如能經債權人之同意，則債務移歸一定之人承受，祇此一定之人負清償債務之責，債務劃歸各繼承人分擔，各繼承人應各按分擔額而負清償之責，對於他人所不能清償之部分，即可免除其連帶責任，債權人不能再向其求償他人部分（民法第一千一百七十一條第一項）。

所謂經過一定期間而免除，即繼承人之連帶責任，可從遺產分割時起，經過五年而免除。但債權之清償期在遺產分割後者，則連帶責任，須從清償期屆滿時起，經過五年而免除。五年非短促之時期，債權人在遺產分割或清償期屆滿時，原可即時行使其債權，如於彼時起經過五年，仍不行使其債權，此不得謂非債權人之過失，各繼承人自得因此不再負連帶清償責任（民法第一千一百七十一條第二項）。



## 第四節 繼承之拋棄

權利可由權利人拋棄，此爲法律上之大原則，繼承權亦爲權利之一種，當然亦可由繼承人拋棄，故法律規定繼承人得拋棄其繼承權（民法第一千一百七十四條第一項）。拋棄繼承權，即對於被繼承人財產上之權利義務，完全不願承受，並有一定之意思表示，如不願表示意思，即不得認爲拋棄。且繼承權之拋棄，並不須具有一定之條件，無論在何種情形之下，繼承人均得主張拋棄。不過拋棄繼承權，有一定之方式和期限，並非任意主張即有效力，亦非無一定之期限，隨時可以拋棄。

關於繼承權拋棄之方式，即繼承人不願繼承遺產之一種意思表示，此意思表示須向法院親屬會議和其他繼承人爲之，並須用書面表示，此爲拋棄繼承權之要式爲行，無此行爲，在法律上即不發生效力（民法第一千一百七十四條第二項）。因拋棄繼承權，係通常繼承之一種例外，除拋棄繼承人本人之外，對於其他繼承人和被繼承人之債權人，均有特殊之效果，自不能不有一種意思表示，使事態臻於確定，庶可避免無謂之爭執。故法律對於通常繼承並不規定意思表示，而對於拋棄繼承權特以明文規定，其表示並須用書面（附式五）爲之，蓋認爲此項方式的必要。

拋棄繼承權，須在繼承開始後爲之，不能在繼承未開始以前，如在繼承未開始前預爲表示其拋棄之意思，無論其是否具備方式，在法律上不生效力。但在繼承開始以後，亦非無一定之期限，繼承人不能隨時表示拋棄意思。依法律規定，此項限期爲二個月，自知悉其得爲繼承之時起（民法第一千一百七十四條第二項），既不能在事前預爲表示，亦不能超過自知悉得爲繼承起算之二個月期限而再表示，如超逾此項期限，亦不發生效力。

拋棄繼承權之期限，雖法律規定爲二個月內，但其起算時期，係在知悉得爲繼承之時；自知悉回溯至繼承開始之時，無論爲時久暫，亦必有一相當之時期。經過此相當時期和二個月之限定期間，而於二個月期限之末日表示意思，如具備一定方式，其表示當然有效。惟表示之行爲發生效力以後，其拋棄繼承權之效力，即追溯至繼承開始之時，不問爲時之長短，凡遺產所生之權利義務，均不歸繼承人享有和負擔（民法第一千一百七十五條），並非在表示意思之時始發生此拋棄之效力。繼承人拋棄繼承權後，即自始不承受被繼承人財產上一切之權利義務，故對於被繼承人之債權人，固無須履行債務，即對於被繼承人之債務人，亦不得行使權利。倘該繼承人個人對於被繼承人曾有債權債務關係，仍得對遺產行使，或對遺產履行，並不因拋棄繼承權而消滅。

繼承人有數人時，其中一人或一部分人拋棄繼承權，並不影響其他之繼承人，因一人拋

棄不能全體拋棄，如全體拋棄，須全體繼承人在法定期限內，均履行其法定方式始可，自非一人所能影響。關於繼承權之拋棄，法定繼承人和指定繼承人不同，茲分述之：

(1) 法定繼承人拋棄繼承權時，其拋棄繼承權之效果，因同一順序繼承人是否全體拋棄繼承權而不同。如果繼承人中僅祇一人或一部分人拋棄繼承權，則其應繼分歸屬於其他同一順序之繼承人，其同一順序有四人時，各人之應繼分爲四分之一，有一人拋棄，則除拋棄之人外，成爲每人三分之一，二人拋棄，成爲二分之一，三人拋棄，則遺產之全部，歸未拋棄者一人承受。倘四人全拋棄繼承權，在同一順序中已無繼承之人，應準用關於無人承認繼承之規定（民法第一千一百七十六條第一項）。所謂準用關於無人承認繼承之規定，即法律關於搜求繼承人，遺產移交繼承人，和清償債權，交付遺贈，餘剩遺產，歸屬國庫等之規定，於無人承認繼承時，皆可準用。

(2) 指定繼承人拋棄繼承權時，指定繼承人原以被繼承人無直系血親卑親屬爲要件。如有直系血親卑親屬，當然不能指定，故指定繼承人拋棄繼承權，其指定之應繼部分，歸屬於法定繼承人（民法第一千一百七十六條第二項）。此所謂法定繼承人，必非第一順序之直系血親卑親屬，當然指配偶和第二順序以下之父母、兄弟姊妹，或祖父母而言，其應繼分即歸屬配偶和父母等。

## 第五節 無人承認的繼承

無人承認之繼承，係由於繼承開始時，繼承人有無不明而構成（民法第一千一百七十七條前段）。如果繼承開始之時，無繼承人之事實已屬明確，或有繼承人而不明所在，或該繼承人未表示承認繼承意思，均不得構成無人承認之繼承。對於被繼承人之遺產應如何處置，其人欠人之權利應如何行使和清償，遺贈應如何交付，繼承人有無應如何確定，均屬應待解決之問題。法律對於此種問題，均設有相當之規定，以期保護關係人之利益，而安定社會之經濟。

（一）遺產管理人之選定 遺產既因繼承人有無不明，無從即時由繼承人承受，亦不能任繼承人以外之人取得，為防止毀損滅失起見，即不能不為適當之管理。惟管理須有負責之人，此責任即加諸管理人身上，故法律規定由親屬會議選定遺產管理人以負擔其責任（民法第一千一百七十七條後段）。親屬會議選定管理人以後，應將繼承開始和選定管理人之事由呈報法院（民法第一千一百七十八條第一項前段）。遺產管理人選定後，即開始擔任其管理之職務，其職務中最重要者，計有六種：（1）編製遺產清冊；（2）為保存遺產必要之處置；（3）對被繼承人之債權人和受遺贈人為通知，並聲請法院公告，命其報告債權，和為願受遺

贈與否之聲明；(4)清償債權和交付遺贈物；(5)移交遺產(民法第一千一百七十九條第一項)；(6)報告或說明遺產狀況(民法第一千一百八十條)。

遺產管理人擔任此種職務，除願不受酬外，如欲報酬，自有請求之權。一經請求(請求書見附式六)，其報酬之數額，依下列二種標準酌定：(1)按其所費勞力為標準而酌定，報酬為勞力之代價，報酬之厚薄，以勞力之多寡為酌定之標準，此為最公允之辦法。(2)按其和被繼承人之關係為標準而酌定，我國舊習，大都重情誼而輕報酬，報酬之厚薄，以情誼之親疏為酌定之標準，亦為最合人情之辦法。用此種標準酌定報酬之權利，屬於親屬會議之事，因遺產管理人由其選定，而該管理人所費勞力之多寡，以及其和被繼承人情誼之親疏，當較他人知之為詳，故法律規定應由親屬會議酌定(民法第一千一百八十三條)。

(二)繼承人之搜求 法院接受親屬會議所呈報選定之遺產管理人，被繼承人繼承之開始，應實行為繼承人之搜求。其搜求之方法，依公示催告程序，公告繼承人，命其於一定期限內承認繼承，此項一定期限，應在一年以上，不得過短(民法第一千一百七十八條第一項後段及第二項)。關於公示催告程序，依民事訴訟法之規定，應由法院辦理(民法訴訟法第八編)，其搜求之程序，法院當依職權進行，以其既經親屬會議呈報，即無須再有聲請之人，法院可根據呈報自動辦理公示催告程序。至承認繼承之一定期限，究需若干時日，亦應依法

院酌定，他人無過問之權。

(三)遺產之處理 無人承認繼承之遺產，既有遺產管理人選定，遺產管理人即應處理下列事宜：(1)遺產清冊之編製，將被繼承人之資產和債務，造具清冊，一一載明(民法第一千一百七十九條第一項第一款)。其造具清冊，不能過於遲延，限定於就職後三月內完成(民法第一千一百七十九條第二項)。(2)保存遺產之必要處置，以保存遺產為目的之處置，不以維護遺產現狀為限，如為保存上所必要者，無論改良、利用、處分，均無不可，惟不能有怠忽之情事(民法第一千一百七十九條第一項第二款)。(3)對於債權人受遺贈人之公告通知，被繼承人之債務或遺贈，自應早為清償或交付，惟債務之性質如何？數額如何？受遺贈人是否願受？均未明確之時，自不能不有一種催告，此種催告，應由遺產管理人聲請法院依公示催告程序，限定一年以上之期間，公告債權人和受遺贈人，命其於該期間內，報明債權和為願受遺贈與否之聲明。此項公示催告程序，非由法院職權進行，應由遺產管理人聲請之(民法第一千一百七十九條第一項第三款)。(4)債權之清償和遺贈之交付，被繼承人之債權人非於法院所限定之期間屆滿後，不得請求清償債權(民法第一千一百八十一條)，因期間未屆滿時，祇能報明債權，債權究有若干，一時不能預料，自須俟屆期各債權報齊後，始能將一切報明之債權，按其數額，比例計算，以遺產分別清償(民法第一千一百七十九條第

一項第四款)。否則，隨報隨償，遺產多於或等於債務，固無問題，萬一所負債務多於遺產，則同一債權，豈非因報明之先後，而受有不公平之待遇？此法律所以特予規定期滿清償。至於遺贈，不但在期間未屆滿之前，受遺贈人不得請求交付（民法第一千一百八十一條），即期間屆滿而在報明之債權未清償以前，亦復不得交付（民法第一千一百七十九條第二項）。故遺贈之交付，須在報明債權全數清償後，遺產如有餘剩，方能按其數額比例計算，以餘剩遺產分別交付（民法第一千一百七十九條第一項第四款）。如債權人未在法院限定之期間內報明債權，和受遺贈人未在期間內聲明願受遺贈，亦僅得就遺產餘剩部分行使權利（民法第一千一百八十二條）。惟清償債權和交付遺贈，於比例計算及其他用途時，往往有籌措現金之必要，倘因籌措現金而變賣遺產，遺產管理人不能逕自辦理，應取得親屬會議之同意（民法第一千一百七十九條第二項）。（5）遺產狀況之報告或說明，遺產管理人處理遺產，除編製遺產清冊外，關於遺產之狀況，應負報告或說明之義務。此種義務，非對任何人均應負擔，乃係專就親屬會議債權人和受遺贈人所負擔者，並須在親屬會議債權人和受遺贈人請求時始履行之（請求書格式見附式七），亦非任何時皆須履行此項義務（民法第一千一百八十條）。

（四）遺產之歸屬 遺產原應歸屬於繼承人，但因繼承人一時尚有無不明，以致事實上不

能由繼承人承受。故有繼承人承認繼承時，即使債權尙未清償，遺贈尙未交付，應即時由遺產管理人將遺產移交於繼承人，此所謂遺產應歸屬於繼承人。無論繼承人之出而承認繼承，是否因法院公告搜求之結果，但必須在法院搜求之期限內，出而承認者始能移交，否則，搜求期限屆滿，即使出而繼承，其遺產應歸屬國庫，不能再歸屬於繼承人（民法第一千一百七十九條第一項第五項）。如遺產移交於繼承人後，遺產管理人之職務，即告結束，所有以往之行爲，祇須在職務上應爲之行爲，均視爲繼承人之代理，既不必由繼承人追認，亦不能由繼承人否認，此法律所以特以明文予以規定（民法第一千一百八十四條）。倘法院公告搜求之期限屆滿，其遺產仍無人出而承認繼承，法律爲結束此無所歸屬之遺產計，於搜求期限屆滿後，即確定爲無遺產繼承人，除將其遺產應清償債權並交付遺贈外，若有餘剩，應由遺產管理人移交國庫，歸屬國庫所有（民法第一千一百八十五條）。惟國庫並非遺產之繼承人，僅享有取得餘剩遺產之權利，不須負擔被繼承人財產上之義務，其餘剩財產一經歸屬國庫以後，被繼承人之債權人等，縱有正當權利，亦不能對國庫行使請求權。



## 第十一章 遺囑

### 第一節 遺囑能力

訂立遺囑，必須具有遺囑能力之人，無遺囑能力人即無此資格訂立遺囑，縱有遺囑訂立，在法律上亦屬無效，以其識別力太薄弱，精神狀態不健全，所立遺囑內容，不免有影響關係人之利害得失，故凡識別力太薄弱，或精神狀態不健全之人，即無遺囑能力，其遺囑爲不資格。惟其人識別力是否太薄弱，精神狀態是否不健全，倘就各個人加以察斷，既費時日，亦多困難；法律爲明確而劃一起見，特規定未滿十六歲人和禁治產人爲無遺囑能力，不得爲遺囑（民法第一千一百八十六條）。

未滿十六歲人無遺囑能力，以其識別力過於薄弱之故。本來人之識別力，與年俱進；未滿七歲之人，識別力之薄弱，可毋庸多述，且此種人在法律上係無行爲能力人（民法第十三條第一項），絕對不能爲法律行爲，而享受權利或負擔義務，彼等所有之意思表示，在法律上根本無效。訂立遺囑，既屬意思表示之一種，當然不能有效。至七歲以上未滿十六歲之人，其識別力較未滿七歲之人爲佳，但仍屬薄弱，在法律上係認爲限制行爲能力（民法第十

三條第二項)：原則上亦不能獨立為法律行為，而享受權利或負擔義務，彼等所為單獨行為之遺囑，亦屬不能認為有效。所應說明者計有三點，分述於後：

(一)未滿七歲之無行為能力人，和七歲以上，未滿十六歲之限制行為能力人，雖絕對的或原則上不能獨立為法律行為，但在通常情形之中，可由其法定代理人代為法律行為。惟對訂立遺囑之事，因限制不許他人代理，則此項辦法，自不能適用於訂立遺囑。故未滿十六歲之人，不但自己不能訂立遺囑，即由法定代理人代為訂立，亦為法所不許。

(二)七歲以上未滿十六歲之限制行為能力人，在原則上雖不能獨立為單獨行為，但在通常情形之中，亦可得其法定代理人之允許，獨立為單獨行為。惟對訂立遺囑之事，因限制必須本人有遺囑能力，則此項辦法仍不能適用於訂立遺囑。故七歲以上未滿十六歲之人，即使得其法定代理人之允許，亦不能為單獨意思表示之訂立遺囑行為。

(三)七歲以上未滿二十歲之人，均為限制行為能力人，並不以未滿十六歲為限，即在十六歲以上未滿二十歲之期間內，亦何嘗非限制行為能力人（民法第十三條第二項及第十二條）？凡屬限制行為能力人，在原則上均不得獨立為法律行為；但法律對此種限制行為能力人，竟將其遺囑能力擴大，認為滿十六歲即得單獨訂立遺囑，且無須得法定代理人之允許（民法第一千一百八十六條第二項）。惟此種無須得法定代理人允許之法律行為，祇限於訂立

遺囑，而在通常一般情形之下，則又不能適用，因其尙欠缺得法定代理人允許之條件。

至禁治產人無遺囑能力，以其精神狀態不健全之故。本來人之精神狀態，至成年時期，無不健全；禁治產人之年齡已達於成年，因精神作用發生障礙，致不能處理自己事務，法院就心神喪失或精神耗弱之情形宣告其禁治產，和上述識別能力薄弱之人不同，但在法律上亦認爲無行爲能力人（民法第十四條第一項及第十五條），絕對不能獨立爲法律行爲，而享受權利或負擔義務，彼等所有之意思表示，係和未滿七歲之人相同，亦屬根本無效。在七歲以上未滿十六歲之限制行爲能力人，尙且無行爲能力，則和未滿七歲人同爲無行爲能力之禁治產人，自更不能有遺囑能力。惟茲有應說明者三點：

（一）禁治產人既和未滿七歲之無行爲能力人相同，其在法律上所處之地位，較七歲以上未滿十六歲之限制行爲能力人爲低，在限制行爲能力人中，除滿十六歲者外，尙不能自己訂立遺囑和由其法定代理人代爲訂立，則其和未滿七歲人相同之無行爲能力人，尤不得爲遺囑之訂立（民法第一千一百八十六條第一項）。

（二）禁治產人心神喪失或精神耗弱之狀態，並非無間斷的，有時精神作用毫無障礙，和常人一般，在彼時原不妨使其有遺囑能力。惟爲避免證明之困難起見，法律對於此種情形，不另設例外之規定，卽禁治產人在精神作用無障礙之時，亦無遺囑能力。非但如此，卽禁治

產人確已達於精神狀態健全之時，禁治產原因固已消滅，但在法院未經撤銷禁治產宣告以前，仍爲禁治產人，亦不能有遺囑能力。

(三)心神喪失或精神耗弱，致不能處理自己事務之人，須經法院宣告其禁治產，始成爲禁治產人，其在法院未宣告以前，縱精神狀態發生障礙，亦不能認爲禁治產人；故禁治產人非經法院宣告不得成立。在未經宣告禁治產之人，無論其心神喪失或精神耗弱之程度，已否達於不能處理自己之事務，在法律上仍不能謂其無遺囑能力。惟此種人於無意識或精神錯亂中所爲之意思表示，在法律上不能認爲有效；雖其遺囑能力非不具有，但其所作成之遺囑，如在心神喪失或精神耗弱之時，仍應認爲無效。

總之，訂立遺囑，必須在具有遺囑能力之時，非具有遺囑能力時所爲之遺囑，在法律上概不生效；故在未滿十六歲或宣告禁治產時所訂遺囑，於死亡時已滿十六歲或撤銷禁治產之宣告，其遺囑並不因其日後取得能力而變爲有效，以其訂立係在無遺囑能力時期之故。反之，如遺囑訂立係在有能力之時，縱其後因精神障礙而宣告禁治產，亦不因其日後喪失能力而歸於無效，蓋其訂立尙在有能力之時期，當然不能認爲歸屬於禁治產人之行爲。

## 第二節 遺囑之內容

遺囑之內容。雖得由遺囑人自由表示意思，然其在法律上之效力，祇以有法律規定者爲限，其無法律規定者，無論是否違背法律，在法律上均無效力可言。如其意思表示中和強行法規或公共秩序善良風俗相抵觸，非但不能發生法律上之效力，抑且爲法律所不容。故訂立遺囑，非合於法律之規定不可，而合於法律者，大都不外遺產和遺贈二種而已。惟法律規定遺囑之內容，遺贈較遺產之處分爲詳，茲分述之：

(一)遺產之自由處分 被繼承人和繼承人係有密切之親屬關係，故對於繼承人之一切，無不關心，其以財產遺給繼承人，無非希望其生活得以維持，身心得以發展，志向可能成就，不致有淪於貧困，陷於頹廢，和趨於墮落之狀況。果能遂其願望，不但繼承人方面能受有利益，卽社會方面，亦有良好之影響。因其生活既不貧困，身心亦不頹廢，志向當然不致墮落，在形式上似與社會無關，但實際上無害社會，卽屬有利於社會之安全。然繼承人並非人人均能如此，其中亦有不肖之徒，如希望取得遺產而不知奮發有爲，或因取得遺產而胡作胡爲，往往爲被繼承人所不願遺給財產。倘遇此等人而仍強給遺產，非但違反被繼承人之願望，抑且因此而害及繼承人和社會。法律爲雙方兼顧，使財產所有人於財產遺給繼承人之外，復容許其財產之一部分得以遺囑自由處分，如遺贈和供作造福社會事業之用等等，均無不可，既不強其全部財產遺給繼承人，又不容許全部財產均以遺囑自由處分，特規定遺囑人

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（民法第一千一百八十七條）。

所謂特留分，依上段所述，即可知其為財產中必須遺給繼承人之一部分，但除該部分外固可遺給繼承人，不遺給亦無不可。如不遺給繼承人而自由處分，應在遺囑內訂明，其不訂明於遺囑，或雖訂明而其遺囑有不合方式之情形者，在法律上即不發生效力。處分遺產之方式，可別為二類，一為遺贈，一為遺贈以外之處分。無論屬於何種處分，而實際上受有利益之人，不外二種，一為財產所有人之繼承人，一為繼承人以外之第三人。倘受利益之人為第三人，則繼承人所得承受之遺產，當然須少於原可取得之應繼分。若受利益之人為繼承人中之一人或一部分人，即有二種結果發生之可能；（1）受利益之繼承人所承受之遺產，必多於原可取得之應繼分，而其他繼承人承受之遺產，必少於其原可取得之應繼分，以其中已提出一部分為受利益之人所得，故二人所得之結果不能相同。（2）受利益之繼承人，原為不合順序之繼承人，却也能和適合順序之人，一同取得遺產，以其提出一部分為受利益之人所得，故其人雖非適合順序，亦能取得遺產，其結果致適合順序之人反而少得，不合順序之人因而獲得遺產，豈非亦受有不同之影響？

（二）遺贈 遺贈為自由處分方式之一，已如上述，而遺贈有其特殊之點，和其他方式之遺產處分不同。因遺贈係財產所有人以遺囑對於特定之人，無償給與財產上之利益，此特定

之人，稱爲受遺贈人，並不因接受遺贈而和財產所有人發生親屬關係；而其他方式之遺產處分，則不一定於遺囑作成時，已有特定人爲其受利益之人，而受利益之人亦不一定稱爲受遺贈人。如財產所有人就財產之一部指定某人繼承，非但須以無直系血親卑親屬爲其條件，抑且該指定之某人，在法律上稱爲指定繼承人，視爲財產所有人之婚生子女。倘財產所有人欲於死後設一貧民教養院，而捐助財產之一部爲其基金，在遺囑作成之時，所謂貧民教養院尙未設立，當然無所謂特定人爲其受利益之人。且遺贈與贈與又不相同。遺贈爲要式行爲，必須訂明遺囑；贈與則非要式行爲，無論用言詞用書面，均無不可。遺贈爲單獨之意思表示，不必取得受遺贈人之同意；贈與則否，必須經受贈與人之允諾始可。遺贈之效力，必須於遺贈人死亡後方可發生，而贈與則在雙方意思一致時即能生效。故遺贈之性質，與贈與和其他方式之財產處分均不一致，自不能混爲一談。至其類別和受遺贈能力如何，應分別說明如下：

(1) 遺贈之類別 遺產爲無償給與財產上之利益，而其利益並不以積極爲限，即消極之利益，亦包括之，故可分爲積極利益之遺贈和消極利益之遺贈兩種。積極利益之遺贈，如房屋給與所有權，消極利益之遺贈，如寄存物免於返還等均足。然將遺產依其他之標準，亦可分爲數個類別：其一，特定物之遺贈和不定物之遺贈，凡指定物之種類和一定

處所於遺囑之內的遺贈，謂之特定物之遺贈，祇指定物之種類而不指定處所的遺贈，謂之不特定物之遺贈。其二，所有權之遺贈和用益權之遺贈，凡其遺囑內訂明將物之所有權移轉而不必返還之遺贈，謂之所有權之遺贈，僅訂明有使用或收益之權，而不移轉所有權之遺贈，謂之用益權之遺贈。其三，附停止條件之遺贈和不附停止條件之遺贈，凡在遺囑內訂明須畢業、就業、或結婚、生子等條件後，給與某物之遺贈，謂之附停止條件之遺贈，不附有此等停止條件，而於遺贈人死亡時即發生給與效力之遺贈，謂之不附停止條件之遺贈。其四，附義務之遺贈和不附義務之遺贈，凡在遺囑內訂明以某物給與其繼承人之一人，要求其代為指定遺產分割方法之遺贈，謂之附義務之遺贈，其不附有此種要求而僅訂明以某物給與之遺贈，謂之不附義務之遺贈。其五，物權之遺贈和債權之遺贈，凡在遺囑上訂明以不動產為其設定地上權之遺贈，謂之物權之遺贈，而僅訂明某處借款若干元由其收取之遺贈，謂之債權之遺贈。

(2) 受遺贈能力 此能力指資格而言，受遺贈能力，乃謂得為受遺贈人之資格。凡人均有為受遺贈人之資格，無論為自然人為法人，或為未出生之胎兒，如將來非為死產，均得為受遺贈人。倘受遺贈人為自然人或胎兒，其資格和繼承人無異，不過繼承人以和被繼承人有親屬關係者為限，而受遺贈人則不以和遺贈人有親戚關係為必要。惟此應注意者，



此種受遺贈人之資格，遇有特殊情形時，亦應歸於喪失，故法律特明定關於繼承人喪失繼承權之規定，於受遺贈人準用之（民法第一千一百八十八條）。其所謂準用者，即準用其喪失爲受遺贈人之資格。關於喪失爲受遺贈人之資格，計有五種情形：其一，受遺贈人故意致遺贈人、應繼承人、或應受遺贈人於死，或未致死因而受刑之宣告者。其二，以詐欺或脅迫，使遺贈人爲關於遺贈之遺囑，或使其撤銷或變更之者；但經遺贈人有恕者，則其爲受遺贈人之資格不喪失。其三，以詐欺或脅迫，妨害遺贈人爲關於遺贈之遺囑，或妨害其撤銷或變更之者；但經遺贈人有恕者，其爲受遺贈人之資格不喪失。其四，偽造、變造、隱匿、或湮滅遺贈人關於遺贈之遺囑者；但經遺贈人有恕者，其爲受遺贈人之資格不喪失。其五，對於遺贈人有重大之虐待或侮辱情事，經遺贈人表示其不得受遺贈者。此五種喪失資格之原因，其理由可參照遺產繼承人章中繼承人之繼承權節內，茲不多贅。但此和繼承人喪失繼承權所不同者，即繼承人係直系血親卑親屬，而喪失繼承權時，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分，受遺贈人喪失資格時，其原可取得之遺贈，不得由其直系血親卑親屬代爲取得。

### 第三節 遺囑方式

遺囑之功用，在使遺囑人生前之意旨，能在死後實現。而遺囑之效力，既可使人獲得利益，又可使人受有損害；故其內容，必須真實明確，始能實現遺囑人之意旨，而免關係人之爭執。且遺囑爲要式行爲，須依一定之方式作成，在法律上方能有效。所謂遺囑之方式，除防止其內容不真實不明確之外，尤須顧及程序之簡便，費用之節省，和易於保守祕密各點，故法律對於方式，特規定多種，使遺囑人得酌量情形，任意選擇應用。至各種方式之名稱，一爲自書遺囑，二爲公證遺囑，三爲密封遺囑，四爲代草遺囑，五爲口授遺囑（民法第一千一百八十九條）。此五種方式之中，前四種稱爲普通方式，後一種稱爲特別方式。在普通方式之中，無論屬於何種方式，均得由遺囑人任意採用一種，其遺囑卽屬合法。

普通方式中之第一種爲自書遺囑（附式八），須具備四個要件：（1）須自書遺囑全文。遺囑之全文，無論字數多寡，均須親自書寫，不得託人代書，亦不得用打字和機器印刷。至其內容之文句託人修改，或由人代爲起草，則爲法所不禁。（2）須記明年月日。既不能僅記年月而不記日期，又不能僅記月日而不記年份，應年月日一併記載，非如普通之立契約和寫信者然，此年月日爲作成之年月日，因記明後即可斷定其作成遺囑時有無遺囑能力。（3）須親自簽名。遺囑必須簽名，此項簽名，須由遺囑人親自爲之，不能託人代簽，簽名地位，法律雖無規定，但通常多在遺囑全文之後，自可在該處簽寫，當不能反乎常例而簽於他處。

(4) 增減塗改須註明並簽名。書寫遺囑全文，字數較多，不免有遺漏錯誤之處，或臨時變更意思，當有增減塗改之字，其增減塗改字數，及在某行中有幾字，均應數明，註於全文之後，註畢，再行簽名，以防他人變更遺囑內容。至增減塗改處應否蓋章，法律亦未規定，悉聽遺囑人之自由。總之，自書遺囑，重在自己書寫，易於保守秘密，無須他人參與，故在此種遺囑上不規定有見證人，以其不一定要有見證人在場，和其他方式遺囑中必須有見證人參與者不同，此為自書遺囑之特點（民法第一千一百九十條）。

第二種為公證遺囑（附式九），須具備六個要件：（1）須指定二人以上之見證人。公證遺囑，必須有見證人，如無見證人，或有而僅止一人，其遺囑即不合方式，不能生效。指定見證人之權，屬於遺囑人本人，非他人所能指定。此遺囑必須見證人，意在表明真實，並防止公證人之舞弊。（2）須在公證人前口述遺囑意旨。遺囑人須將應作成遺囑之意旨用口敘述，不能用筆書寫，如恐忘却，用筆摘錄，但至訂遺囑時仍須口述。且口述須在公證人前為之，不能用電話或託人向公證人申述。（3）須由公證人筆記宣讀講解。公證人聽取遺囑人之口述，將遺囑意旨，用筆記下，並將筆記向遺囑人誦讀解釋，以期和遺囑人口述相合。無論遺囑人識字與否，此項宣讀和講解程序，不能省略。（4）須經遺囑人認可。公證人之筆記，即無錯誤，亦須於宣讀講解後，經遺囑人表示認可之意思方可，如有錯誤，經公證人修改

後，將修改部分再行宣讀講解，無論修改幾次，均須照此辦理，至遺囑人認可爲止。(5)記明年月日。此和自書遺囑相同，惟記明年月日，須由公證人爲之。(6)須由公證人、見證人和遺囑人同行簽名。即同簽名於筆記年月日之後，先後無關重要，但須即時簽寫，不能預簽補簽。如遺囑人或見證人中有不諳書寫或患手疾而不能簽名者，方許其不簽名。惟不簽名之事由，須由公證人記明後，令其捺指印以代簽名(民法第一千一百九十一條第一項)。作成公證遺囑之公證人，原屬一種公務員，現時法院內之公證推事，即可任此職務。惟法院現尙未普遍設立，公證處設置亦未完全，如在無公證人之地區，可由法院(包括縣政府兼理司法及縣司法處在內)書記官行之。其僑居外國之人民，在中華民國駐有領事之地方，訂立遺囑時，可由領事行之(民法第一千一百九十一條第二項)。

其第三種爲密封遺囑(附式十)，須具備六個要件：(1)須在遺囑上簽名。遺囑必須由遺囑人親自簽名，此點和自書遺囑相同；惟密封遺囑之全部或一部，可託人代寫，年月日亦可不一定記明，增減塗改之處和字數，又可另行簽名，此爲密書遺囑之特點。(2)須將遺囑密封。並於密封處簽名，密封遺囑，以密封爲目的，故遺囑必須由遺囑人嚴密封緘，並在封緘合縫處簽名，使人不易拆看。(3)須指定二人以上之見證人。此和公證遺囑相同。(4)須向公證人提出，並爲陳述。遺囑人將遺囑封緘後，應偕同見證人親自向公證人提出，並陳

述所提出之遺囑，係其自己之遺囑。遺囑全文或一部分託人代寫者，除陳述遺囑之外，並須將繕寫人之姓名住所，一併向公證人陳述。(5)須由公證人在書面記明。凡遺囑提出時之年月日，及所爲之陳述，均應由公證人在遺囑封緘面上記明。在各種方式之遺囑上均須記明年月日，而此種之年月日並非不必記明，須由公證人記明在書面上，且記明之年月日，不一定卽爲作成之年月日，乃爲提出於公證人之年月日，此和其他遺囑不同，而和公證遺囑却相類似。(6)須由公證人遺囑人和見證人同行簽名。公證人遺囑人和見證人之簽名，均在遺囑之書面上，並非在遺囑之內，和公證遺囑稍有不同，而遺囑人亦不能用指印代替簽名。總計遺囑人簽名，先後共計三次，一在遺囑上簽名，二在封緘上簽名，三在提出並陳述後在書面上簽名，此亦爲密封遺囑之特點（民法第一千一百九十二條第一項）。密封遺囑，非有公證人參與，不能作成，此係和公證遺囑相同，故法律對於公證遺囑所規定法院書記官或領事代行公證人職務之補充辦法，對於密封遺囑，可準用之（民法第一千一百九十二條第二項）。密封遺囑之程序，可分兩個階段，遺囑人在遺囑上簽名前之程序，爲第一階段，將遺囑密封後之程序，爲第二階段。在第一階段完成後，如該遺囑全文爲其自書，記明年月日，和註明增減塗改處之字數，並另行簽名，無論第二階段之程序是否完成，在法律上均屬有效。因兩階段之程序皆已完成，已合密封遺囑之方式，在法律上固不發生問題，卽第二階段之程序尙有

欠缺，就其第一階段之程序而論，亦屬適合自書遺囑，應認為有自書遺囑之效力，亦不能以其不具備密封遺囑之方式而遽認為無效（民法第一千一百九十三條）。

至第四種為代筆遺囑（附式十一），亦須具備六個要件：（1）須由遺囑人指定三人以上之見證人。此項遺囑之見證人，須指定三人以上，較其他之遺囑為多，以其無公證人參與，且又無口授遺囑在特殊情形下作成之情形，故應多加一人。（2）須由遺囑人口述遺囑意旨。此和公證遺囑相同，所異者，公證遺囑之遺囑人口述，須在公證人之前，而此不在公證人之前。（3）須由見證人之一人筆記宣讀講解。此亦和公證遺囑相同，在公證遺囑上此項筆記宣讀講解為公證人之職務，在此則為見證人之職務。（4）須經遺囑人認可。此和公證遺囑完全相同。（5）記明年月日和代筆人之姓名。作筆記之見證人，在筆記上須記明年月日，並須記明自己之姓名，關於記明年月日，亦和公證遺囑相同，不過須由代筆之見證人記明而已。（6）須由見證人全體和遺囑人同行簽名。見證人全體，係包括代筆之見證人在內，凡屬見證人，均須和遺囑人一同在遺囑上簽名，無論人數多少，皆應履行簽名程序。如遺囑人不能簽名，應按指印代之。惟無須記明事由，與公證遺囑稍有差異（民法第一千一百九十四條）。

特別方式中僅有口授遺囑（附式十二）一種，口授遺囑和上述情形不同，非平時所能訂立，因平日有普通遺囑方式之四種可以選用，無須用此特別方式；必在特殊情形之下，如生

命已至危急之時，選用其他遺囑，均不可能，法律為顧全此種人訂立遺囑起見，另定一種簡略特別方式之口授遺囑。適用口授遺囑之時期，必須具備兩種條件：（1）須遺囑人生命危急或有其他特別情形。所謂生命危急，如患重病或受重傷等均是。所謂其他特別情形，如流落荒島或作戰疆場等均是。（2）須遺囑人因而不能依其他方式訂立遺囑。在其疾病或其他特別情形之下，不能用普通方式中之各方式以訂立遺囑，且其不能採用其他方式之困難情形，確係由於生命危急或其他特別情形所致，始能用此方式訂立，否則，其遺囑即不能有效成立（民法第一千一百九十五條第一項）。

口授遺囑，雖不能不從簡略，但其應具備之要件，亦有五個：（1）須由遺囑人指定二人以上之見證人。既無公證人在場，而見證人又不增加，仍指定為二人，其方式似較簡略。（2）須口授遺囑其旨。此和代筆遺囑相同，和公證遺囑稍有差異。（3）須由見證人中之一人據實作成筆記。在見證人之一人擔任筆記，須將口授之意旨切實記錄，其筆記之情形和代筆遺囑相同，但無須宣讀講解和經遺囑人之認可，因情形特殊，不能不從簡略。（4）須記明年月日。此亦和代筆遺囑相同，惟不記明代筆人之姓名，以期簡略。（5）須由見證人同行簽名。此係指代筆見證人和其他見證人一同簽名而言，而遺囑人則無須簽名，亦為簡略之一種（民法第一千一百九十五條第二項）。

口授遺囑之方式，原爲應付特殊情形之辦法，方式既簡，內容又恐不實，非遺囑人因時問急迫或心神恍惚致失真意，卽見證人筆記記載錯誤或故意作弊，凡此種種，均屬疑問。故法律對口授遺囑，另定二種糾正辦法：（1）失却效力。口授遺囑，從遺囑人能照其他方式訂立遺囑之時起，經過一個月而失其效力（民法第一千一百九十六條）。原來訂立口授遺囑，係因遺囑人生命危急，或其他特別情形，不能依普通方式訂立遺囑所致，如果日後遺囑人之生命不復危急，或其他特別情形不復存在，已能依普通方式訂立遺囑，其作成口授遺囑之原因，已不存在，自此時起經過一個月，無論實際上遺囑人是否依普通方式訂立遺囑，其效力卽應失却。（2）提請確認。口授遺囑，應由見證人中之一人，或利害關係人，在遺囑人死亡後三個月內，提經親屬會議認定其真偽，對於親屬會議之認定，如有異議，得聲請法院判定之（民法第一千一百九十七條）。口授遺囑之真偽，親屬會議知之較詳，是以經親屬會議認定爲當。其提出確認之人，不外兩種，一爲見證人中之任何一人，不問是否代筆，祇須在遺囑上簽名者卽可。一爲利害關係人，卽因遺囑而受有利益或損害之人，非爲受遺贈人，亦必爲繼承人。其提請認定之期間，須在遺囑人死亡後三個月內，逾期卽不得請求確認。對於親屬會議之認定，如認爲有徇情挾嫌之情弊，不妨提出異議，請法院判斷，藉以救濟。此種辦法，專適用於口授遺囑，其他遺囑，皆無適用理由，不可將此程序誤用。



上述各種遺囑，除自書遺囑外，均須以見證人參與爲要件。故見證人在遺囑上，實負有重大之使命，其知識程度、精神狀態、所處地位，和遺囑有莫大之關係，法律亦顧及此，特規定五種人不能爲遺囑見證人：(1) 未成年人。此種未滿二十歲之人，知識淺薄，不能瞭解見證之意義，當然不得爲見證人（民法第一千一百九十八條第一款）。(2) 禁治產人。此種精神不健全且經法院宣告禁治產之人，其精神狀態已達於不能處理自己事務之程度，當然不得爲見證人（民法第一千一百九十八條第二款）。(3) 繼承人和其配偶或其直系血親。此種有繼承遺產資格和繼承人之配偶，或其直系血親等人，均與遺囑有直接或間接之利害關係，以之爲見證人，恐發生圖謀私利之弊，故在禁止之列（民法第一千一百九十八條第三款）。(4) 受遺贈人和其配偶或其直系血親。此種有受遺贈資格和受遺贈人之配偶，或其直系血親等人，亦與遺囑有直接或間接之利害關係，依據(3)之理由，仍應禁止爲見證人（民法第一千一百九十八條第四款）。(5) 公證人或代行公證職務人之同居人助理人或受雇人，此種和公證人或代行公證職務人同居，或幫助處理事務及受雇之人，均處於公證人或代行公證職務人勢力之下，不免有仰承意旨之弊，故亦禁止爲見證人（民法第一千一百九十八條第五款）。上列五種人，依法均不得爲遺囑之見證人，如已參與見證，除此人不合格之外，其餘見證之人，已足法定人數，仍無礙於遺囑之有效成立；否則，卽屬不合方式，其遺囑當然無成立之

效力。

#### 第四節 遺囑之效力

遺囑在法律上爲意思表示之一種，當然有所發生之效力，故法律特予規定。然遺囑之內容，極爲複雜，其記載亦不限於一事，固有以一事爲內容之遺囑，亦有以數事爲內容之遺囑；其以一事爲內容者，所謂遺囑之效力，當然及於遺囑之全部，自不發生何等問題。如以數事爲內容之遺囑，則遺囑關於一事之效力，卽未必和其關於別事之效力同一，因而遺囑一部分之效力，亦卽未必和他部分之效力同一；其中有有效者，有無效者，卽使同爲有效，而其間因性質不同，其效力亦因之而不同。關於遺囑之效力，可分遺囑發生效力之時期，和遺贈之效力，爲兩部分，予以說明：

(一)遺囑發生效力之時期 遺囑自遺囑人死亡時發生效力(民法第一千一百九十九條)。

死亡包括人之自然死亡和法院宣告之推定死亡兩種在內，所謂自遺囑人死亡時發生效力，係含有兩種意義：(1)遺囑雖在訂立時已成立，而其效力則須至遺囑人死亡時始能發生；(2)遺囑有須執行者，其執行時雖距遺囑人死亡有一相當時期，而其效力則在遺囑人死亡時卽已發生。此二意義，爲遺囑發生效力之一個原則；但遺囑關於某些事項，不妨附有停止條件或

始期，如果附有停止條件或始期，則遺囑之效力，即不限定在遺囑人死亡時發生。關於附有停止條件之遺囑，除其條件在遺囑人死亡前已經成就，該遺囑仍自遺囑人死亡時發生效力外，其未成就者，應自條件成就時發生效力。至遺囑附有始期者，除其期限在遺囑人死亡前已經到達，該遺囑仍自遺囑人死亡時發生效力外，其未屆期者，應自期限到達時發生效力。

(二)遺贈之效力 遺贈之內容，並不以遺贈爲限，然法律對於遺贈之效力，規定特詳，故不能不加說明。關於遺贈發生效力之時期，原和遺囑基於同一時期，換言之，即遺贈自遺贈人死亡時發生效力，但遺贈附有停止條件，而其條件在遺贈人死亡時尙未成就者，自條件成就時發生效力（民法第一千二百條）。於此應附帶說明者，即遺贈亦可附有始期，雖法律並未規定，然在事實上並非絕無，而其附有始期，亦不違背法律，故應認爲有效。其附有始期之遺贈，而遺贈之期限在遺贈人死亡時尙未到達，應俟期限到達時發生效力。茲姑舉一例言之，如在遺囑上訂明某某於某年某月某日應以某處房屋一所贈與某人，除遺贈人死亡於所定年月日以後，其遺贈自死亡時即發生效力外，若死亡未逾所定之年月日，非至該期限到達時不發生效力。

至於遺贈之一般效力，受遺贈人在遺贈尙未發生效力之前，僅取得遺贈標之物之希望，必須達於遺贈發生效力以後，始有取得遺贈標之物之實質權利。但此權利大都僅有債權之性

質，換言之，遺贈發生效力之時，其標的物通常並不即時移轉於受遺贈人，受遺贈人祇有請求交付標的物之權利。而在某種情形之下，此請求權更有不能隨時行使之限制，和行使而不能滿足之結果。如在無人承認之繼承，在法院公告所定期間尙未屆滿以前，受遺贈人不得請求交付遺贈標的物，倘遇遺贈侵害繼承人之特留分而爲繼承人所扣減時，受遺贈人亦不能取得遺贈物之全部。至無效或失效之遺贈，和遺贈業經拋棄者，自又當別論。

(1) 特定物遺贈之效力 特定物遺贈，乃標的物在遺囑中業經具體指明；在通常情形之下，此種遺贈一旦發生效力，受遺贈人即可請求交付該項具體指明之標的物，如果繼承人或其他關係人另以他物交付，即使價值相當，亦可拒絕受領。但在一定條件之下，又可變爲債權之遺贈或其他之遺贈。所謂一定條件，即遺贈人因遺贈標的物滅失、毀損、變造、或喪失物之占有，而對於他人取得權利，遇有此種情形時，法律卽定其取得之權利作爲遺贈（民法第一千二百零三條前段）。此種情形，非舉例不足以明之，茲以坐落某處之房屋一所作爲遺贈之標的物，該屋曾投保火險，因被火焚燒，全部滅失，遺贈人對於保險人取得給付保險金額之請求權時，法律卽推定其以此請求權爲遺贈之標的物。若該房屋縱未被燒，而遺贈人已將其設定典權之結果，一面雖喪失占有，一面却取得備價回贖之請求權，此時法律卽推定以此請求權爲遺贈之標的物。此外遺贈人以遺贈標的物和他物附合或

混合，而對於所附合或混合之物取得權利時，法律亦推定以其取得之權利作爲遺贈（民法第一千二百零三條後段）。所謂附合或混合，卽一人之物和他人之物結合，雖能識別而非經毀損不能分離，或分離需費過鉅者，稱爲附合，如二種木料相合而成之房屋或用具。至一人之物和他人之物混和，不能識別，或識別需費過鉅者，稱爲混合，如金銅混和之飾物。在此情形之下，凡動產和不動產附合時，不動產所有人取得動產所有權，動產所有人僅取得價金請求權；動產和動產附合時，或動產和動產混合時，各動產所有人對於合成物有共有權，但附合或混合之動產，有可視爲主物者，主物所有人取得合成物之所有權，從物所有人僅取得價金請求權。由是以言，原定之遺贈標的物，和他物附合或混合時，受遺贈人有時可取得他物之所有權或價金請求權等，此權利應推定作爲遺贈，以代替原定之標的物。

(2) 用益權遺贈之效力 用益權爲使用收益之權，不能爲其所有，如以此權利作爲遺贈之標的物，受遺贈人日後仍須返還，並非永遠歸於受遺贈人。惟其返還應在何時？可分三種情形說明：其一，依遺囑所訂明之時爲返還期限，如遺囑上訂明某處房屋由某某住居或收租五年，則某某於住居或收租滿五年時，卽須將房屋返還，不得繼續住居或收取租金。其二，依遺贈性質定返還期限，如遺贈訂明某種古畫由某某借去製版印賣，則某某於

版製就後，即應將古畫返還，不得故意遲延。其二，依受遺贈人終身定返還期限，如遺囑上訂明以某處房屋由某某住居，並未訂明返還期限，而又不能依其性質決定定期限時，即以受遺贈人之終身為其房屋之期限，至受遺贈人死亡時為返還日期（民法第一千二百零四條）。

(3) 附義務遺贈之效力 附義務之遺贈，即受遺贈人一面取得遺贈之利益，一面須負擔一定義務，不能純得財產上之利益。惟此所謂義務，和停止條件不同，附有停止條件之遺贈，須俟條件成就時始發生效力，而此則不必待履行義務時即能生效，縱不履行義務，效力仍屬發生，不過繼承人和其他利害關係人得要求其履行或賠償損害。附義務遺贈之受遺贈人，負有應履行義務之責任，但履行義務而受之損失，超過其因受遺贈所受之利益時，祇能以其所受利益為限度，而負其履行之責任（民法第一千二百零五條）。譬如遺囑訂明以某處房屋之租金，由某某收取三年，但須每月以現金一百二十圓給付其外孫作為學膳零用等費，其實該屋每月僅能租一百圓，即有人租住，每月所得利潤，亦僅一百圓，如果月須給付其外孫一百二十圓，豈非月須損失二十圓，依照法律，該受遺贈人每月僅須給付一百圓。蓋遺贈之性質，係欲使受遺贈人取得財產上之利益，雖不妨使其負擔一定之義務，但不能使其因履行義務之結果，反而得不償失。關於此種遺贈，如受遺贈人不能取得

遺贈之利益，或其利益有增減時，受遺贈人應履行之義務，亦可因而免除，或增至足額，或再減少，此乃當然之理。

(4) 遺贈之無效 特定物遺贈之標的物，在遺贈人死亡時已不屬於遺產者，其遺贈爲無效。因遺贈之標的物既已具體指明，則該標的物，在遺贈人死亡時已不屬於遺產，當然應認其爲無效，不能再責令繼承人或其他關係人履行交付該標的物之義務。至標的物在遺贈人死亡時所以不屬於遺產，或係由於作成遺囑時雖屬於遺贈人所有，而其後爲遺贈人出賣或遺失，或係作成遺囑時原不屬於遺贈人所有，而遺贈人誤信爲自己所有，原因不一而足，但其結果爲遺囑無效，則彼此並無差別。惟標的物是否屬於遺產，既以遺贈人死亡爲準，則遺囑作成時雖尙未屬於遺產，而在遺贈人死亡時已屬於遺產者，其遺贈仍不爲無效，當然可由受遺贈人行使標的物交付之請求權。在同一情形之下，凡物在遺贈人死亡時尙屬遺產，至交付之前因有侵權行爲等事由而滅失者，其遺贈亦不爲無效，仍可由受遺贈人行使損害賠償之請求權。倘標的物在遺贈人死亡時，僅有一部分不屬於遺產，則關於該部分之遺贈固屬無效，但其餘部分，亦可由受遺贈人請求交付。此外遺贈人另有意思表示，而其意思表示在遺囑上訂明者，應從其意思。如遺囑訂明以某處房屋之典權贈與某某，但日後出典人贖回該處房屋時，即以典價給與某某。訂有此項意思之遺囑，在遺贈人

死亡時典權仍然存在，某某當然對該房屋可以請求行使用益權，即令典權已因出典人回贖而歸於消滅，亦可就該屋之原典價請求交付（民法第一千二百零二條）。

(5) 遺贈之失效 受遺贈人在遺囑發生效力前死亡者，其遺贈不生效力（民法第一千二百零一條）。此項規定，係指普通一般之遺贈而言，如附有停止條件或始期之遺贈，則不以其死亡在遺贈人死亡之前為條件，而以其死亡在條件成就或期限到達之前為條件。受遺贈人和繼承人之情形不同，繼承人如係直系血親卑親屬，其先於被繼承人而死亡，應繼承分可由其直系血親卑親屬代位繼承，而受遺贈人在遺囑發生效力前死亡，其遺贈之效力即歸消失，不能由其直系血親卑親屬代位取得。即令遺贈在遺囑內訂明由其直系血親卑親屬代為取得，亦非不生效力。然代位取得之名詞，在法律上毫無根據，究不能視同代位繼承一般。

(6) 遺贈之拋棄 遺贈雖係一種單獨之意思表示，不必得受遺贈人之同意，但受遺贈人不願接受時，亦不得強制其接受，倘該遺贈在受遺贈人認為於彼不利，則更不能強制其接受。惟遺贈之效力，通常以受遺贈人接受為要件，不以受遺贈人表示承認之意思為要件，故受遺贈人拋棄遺贈，雖須表示意思，不必限於當時，以免權利義務永陷於不確定之狀態。然則此種意思究應何時表示？向何人表示？以及如何表示？均有說明必要。其一，



拋棄遺贈之意思應於何時表示。依法律之規定，繼承人拋棄繼承之意思表示，須在知悉其得爲繼承人之時起二個月內（民法第一千一百七十四條第二項），而於遺贈之拋棄，則規定受遺贈人在遺贈人死亡後，得拋棄遺贈，並無時期之限制（民法第一千二百零六條第二項）。不過在遺贈人之繼承人全體拋棄繼承，或無人承認繼承等情形之下，受遺贈人須在法院公告或遺產管理人通知所定期間內，表示其拋棄遺贈之意思。此外繼承人或其他利害關係人定一相當期限，催告受遺贈人承認遺贈與否之表示時，受遺贈人如有拋棄意思，即可在此相當期限內表示。其二，拋棄遺贈之意思應向何人表示，通常應向繼承人表示，以其負有交付遺贈標之物之義務，在繼承人全體拋棄繼承權之時，應向遺產管理人表示。其三，拋棄遺贈之意思應如何表示，繼承人拋棄繼承權，應以書面表示意思（民法第一千一百七十四條第二項），遺贈之拋棄，並非要式行爲，用書面（附式十三）固可，用言詞亦無不可。

表示拋棄遺贈之意思，法律雖未規定相當時期，但其承認或拋棄之狀態，不能久不確定，反使繼承人或其他關係人之利害得失，受有影響，故法律規定繼承人或其他利害關係人，得定相當期限，請求受遺贈人在期限內，爲承認遺贈或拋棄遺贈之意思表示。所謂相當期限，不必過長，亦不能過短，使受遺贈人有答覆和考慮之時間爲限。如果受遺贈人不

願受領，應在該期限內表示意思，倘期限屆滿，尙無表示，即視爲承認遺贈（民法第一千二百零七條）。受遺贈人表示拋棄遺贈意思後，其效力之發生，溯及遺贈人死亡之時（民法第一千二百零六條第二項），即認該遺贈自始不發生效力，所有關於遺贈之一切權利義務，均不歸其享有和負擔。

（7）遺贈無效、失效和拋棄之效果 遺贈無效或失效之原因甚多，如上述在遺贈人死亡時特定物遺贈之標的物，全部或一部不屬於遺產者，其遺贈爲全部或一部無效；受贈遺人死亡在遺贈效力發生前者，其遺贈失效。此外尙有遺贈人不依遺囑方式而作之遺贈，無遺囑能力人所作之遺贈，違反強行法規之遺贈，違背公序良俗之遺贈，和受遺贈人喪失資格，或拋棄遺贈等等，均屬無效和失效之原因。即遺贈侵害特留分之部分，經繼承人行使扣減權時，其效力亦何嘗不歸於消滅？凡有遺贈無效和失效之情形，除受遺贈人先遺贈人而死亡者外，當然不得請求遺贈標的物之交付。拋棄遺贈，亦不受領遺贈標的物，則該遺贈標的物，已屬無人接受，仍應歸屬遺產（民法第一千二百零八條）。雖法文中並未規定失效，然失效之遺贈標的物，亦應屬於遺產，此則毋待煩述。至於歸屬遺產，是否即係歸屬繼承人，並無一定，有繼承人固可就遺產各人分配，無繼承人或有繼承人而全體拋棄繼承權時，即將歸屬國庫。

## 第五節 遺囑之執行

實行遺囑內容之處置，稱爲遺囑之執行。遺囑執行，和繼承人、受遺贈人及其他利害關係人之權利義務，極有關係，故其人選和執行順序，極關重要，茲先就遺囑執行人選予以說明。執行遺囑，非具有處事能力和忠於任務之人不可，如不具備此二條件，則不宜使其充當遺囑執行人。關於遺囑執行人之產生，有由遺囑人自行指定者，亦有由遺囑人委託他人指定者；有由親屬會議選定者，亦有由法院指定者。現行法律之規定，大都不外此四種，茲分述於後：

(一)由遺囑人自行指定者 遺囑人對於其將來執行遺囑之人，何人最爲妥善，當有成竹在胸，法律爲尊重遺囑人之意思起見，特規定遺囑人得以遺囑指定遺囑執行人（民法第一千二百零九條第一項）。此指定爲要式行爲之一種，故必須訂明遺囑，但此訂明，不必訂明於需要執行之同一遺囑，即另訂一遺囑，亦無不可。

(二)由遺囑人委託他人指定者 遺囑人如因一時無相當之人可以指定，或因其他事由而不能自行指定，亦得委託他人代爲指定。但委託之人，亦須在遺囑內訂明，法律爲尊重遺囑人之意思起見，也規定遺囑人得以遺囑委託他人指定（民法第一千二百零九條第一項）。惟

受託之人，對於所委託之指定遺囑執行人，並非必須接受，如接受者，應即時實行指定，以免妨礙執行程序之進行，一面並應將指定之事實，通知繼承人，使其知悉遺囑將由何人執行（民法第一千二百零九條第二項）。

（三）由親屬會議選定者 遺囑人如在遺囑中並未自行指定遺囑執行人，亦未委託他人代行指定；或雖自行指定而受指定之人不願擔任，或不能擔任；或雖委託他人代為指定而受託人不願或不能代為指定；或雖代為指定而受指定人不願或不能擔任；祇得由親屬會議為之選定，以免有無人執行之虞（民法第一千二百一十一條前段）。

（四）由法院指定者 應由親屬會議選定遺囑執行人之時，如因親屬離散不能召集，或各會員意見不一，不能決議時，可由利害關係人聲請法院指定（民法第一千二百一十一條後段）。於此應注意者，遺囑執行人之指定或選定，並不以一人為限，亦不必須利害關係人以外之人充任，即指定或選定數人，而在指定或選定人之中，有繼承人或受遺贈人，或被繼承人之債權債務等利害關係人，均非法律所不許。惟其利害切己，恐不免有利己損人之情事發生，故無論在指定或選定時，非特別慎重不可。

遺囑之執行，任務極為重要，故在指定選定之時，尤應注意其資格。所謂資格，指有充任遺囑執行人之資格而言，如識別力薄弱之未成年人，精神狀態有障礙之禁治產人，均為無

執行遺囑資格之人，所以法律規定此種人不得爲遺囑執行人（民法第一千二百十條）。惟有無遺囑執行人之資格，應以執行時爲標準，不以指定或選定時爲標準；倘在指定或選定時尙未成年或爲禁治產人，而至執行遺囑時已成年，或撤銷禁治產之宣告，當然能爲遺囑之執行人。反之，成年之非禁治產人於指定或選定後，至執行時忽被宣告禁治產，卽喪失其爲遺囑執行人之資格，不得再爲遺囑執行人。

遺囑執行開始以後，如遺囑執行人無處理事務之能力，或不忠於其職務，於利害關係人之關係極大，法律亦顧慮及此，故特定遺囑執行人怠於執行職務，或有其他重大事由時，利害關係人得請求親屬會議改選他人（請求書格式見附式十四），其由法院指定者，得聲請法院另行指定（請求書仿照附式一）（民法第一千一百十八條），此爲遺囑執行人之更換。條文中所謂其他重大事由，係指遺囑執行人身患重病，精神狀態發生障礙，和有侵占遺產等情形而言，遇有此種情形，或怠於編製遺產清冊，和應交付而不交付等情事，均得爲更換之原因，利害關係人自得據以請求。

遺囑執行人選問題之重要，已如上述，茲續須說明者，爲遺囑執行之程序。所謂遺囑執行之程序，卽執行遺囑事務之進行方法，遺囑人死亡以後，其遺囑應如何執行，於此可分三種情形：

(一)遺囑之提示和開視 遺囑之提示和開視，爲遺囑執行之準備程序；提示係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見遺囑者，亦同（民法第一千二百十二條）。遺囑有由利害關係人收執者，亦有由無利害關係人保存者，無論屬於何種人收執或保存，在法律上均認爲遺囑保管人，皆有提示遺囑之義務。如遺囑人將遺囑自行藏放，或因其他事由而無保管人者，應由繼承人於發見時負提示之義務。應提示之遺囑，不限於何種方式，均應提示，而提示之處所，祇限於親屬會議。開視對於密封遺囑所爲之程序。密封遺囑，非在親屬會議當場，不得開視（民法第一千二百十三條）。因密封遺囑，本屬祕密封存者，且有遺囑人在封緘封縫處簽名，公證人之簽名、年月日之記載等等，均在封面上注明。此種要件是否具備，以及有無偽造變造情弊，祇須在書面上加以觀察，即可斷定，故須在親屬會議查閱以後，當衆開視，以免發生爭執。遺囑之提示和開視，並非執行的有效條件，故未提示於親屬會議，或不在親屬會議開視，並非無效，惟在程序上究嫌欠缺。況提示開視之須在親屬會議，無非予親屬會議以認識之機會，並非供其評斷，不在該處亦非不可，惟法律上既有此項規定，自應依法履行，俾親屬會議得以明瞭其遺囑之存在和內容。

(二)遺囑執行人之職務 遺囑執行人經指定或選定，允諾就職後，即應着手處理職務，

此着手處理之行爲，即遺囑執行之開始程序；遺囑執行開始以後，第一步應編製遺囑清冊並交付繼承人。限定繼承，應由繼承人開具遺產清冊，無人承認之繼承，應由遺產管理人編製遺產清冊，遺產清冊必須編製，此在前文中均曾提及。此處所謂遺產清冊，須由遺囑執行人編製，其所編製者，不外於遺囑有關之財產，且以必要時爲限。如果全部遺產，均與遺囑有關，則爲明瞭遺產總額和遺贈實數起見，遺產清冊即須就全部遺產爲之編製；倘僅一部分遺產與遺囑有關，即將有關部分之遺產編製即可，不必全部列入。總之，遺囑清冊之應否編製，須以遺囑內容、遺產狀況和其他相關情形而定，不能以遺囑執行人個人之見解爲標準。若有編製之必要，於遺產清冊編製完成以後，應由遺囑執行人交付繼承人，供其審閱，以繼承人對於遺囑人之一切遺產，有完全承受之權，關於遺囑所定之遺贈和分割方法，與繼承人有深切之利害關係，自不能不使其有審閱之機會（民法第一千二百十四條）。其第二步程序，爲管理遺產和爲執行上必要行爲之職務。遺囑執行人所管理之遺產，祇以與遺囑有關之遺產爲限，並非定屬遺產全部；因遺囑執行人之所以必須管理遺產者，爲求達執行遺囑之目的起見，與遺囑無關之遺產，既無須由其執行，當然不必由其管理。遺囑執行人除管理遺產之外，並應爲執行上必要之行爲；所謂執行上之必要者，係指在遺囑執行上之必要行爲而言，如依遺囑所訂爲遺贈之某種財產，交付於受贈人等行爲均是。但將此種財產變賣，而以

價金存放銀行生息，無論有無圖得利息之情形，均非執行上之所謂必要行爲（民法第一千二百十五條第一項）。

遺囑執行人之指定或選定，如遇數人時，其處理職務，應如何取決？在法律上亦有相當之規定。遺囑執行人有數人時，其執行職務，以過半數決之（民法第一千二百十七條前段）。所謂以過半數決之，即係取得過半數人之同意，無過半數人之同意者，不得以之爲處理之標準。但遺囑人另有意思表示訂明於遺囑，謂須得遺囑人全體之同意，或須依照某某之主張，應依遺囑人所表示之意思辦理，不適用取得過半數人同意之規定（民法第一千二百十七條後段）。至遺囑執行人所執行之職務，無論爲管理遺產，或爲其他執行上必要之行爲，均非爲自己處理事務，而以代理人之地位代理繼承人處理一切，故雖非由繼承人處理，而法律則視其職務上所爲之行爲，爲繼承人之代理（民法第一千二百十五條第二項），既無須經繼承人之追認，又不容其任意否認，此完全由法律所規定之代理性質，不能由繼承人有所主張。

（三）繼承人行爲之限制 繼承人於遺囑執行人執行職務中，不得處分和遺囑有關之遺產，並不得妨礙其職務之執行（民法第一千二百十六條）。和遺囑有關之遺產，乃遺囑執行人藉以執行爲目的之遺產，當然不得由繼承人任意處分，如果由繼承人將其變賣或抵押，則遺囑執行人將無從爲交付或分割之執行，故法律絕對加以限制。且遺囑執行人欲達執行之目



的，須使其執行之職務，順序進行，不能有所妨礙。若繼承人對於和遺囑有關之遺產抗不交出，或另行隱藏，使其無從管理，無從交付，致其職務不能進行，亦爲法所不許。

## 第六節 遺囑之撤銷

已合法成立之遺囑，由遺囑人將其作廢，使將來不發生效力而歸於消滅，稱爲遺囑之撤銷。遺囑撤銷之方法，可分爲四種，茲分述之：

(一) 遺囑人可隨時照遺囑方式，撤銷遺囑之全部或一部（民法第一千二百二十九條）。遺囑在遺囑人死亡之前，尙未發生效力，當然不能由遺囑人受其拘束。如果遺囑作成之後，情勢有所變遷，而遺囑人之意思，亦不能一定不變。若有變動，其已作成之遺囑，即可因之撤銷。故撤銷遺囑，在法律上並不禁止，即其時期，亦不加以限制。惟撤銷須照方式爲之，所謂方式，即依照遺囑方式另立新遺囑，將撤銷前遺囑之意旨，記載明白，撤銷一部，或撤銷全部。其撤銷一部者，尤須將應撤銷之部分爲何部分，詳行聲敘，以免誤會。至新遺囑之方式，和舊遺囑不必同一，但同一亦無妨礙。

(二) 前後遺囑有牴觸者，其牴觸之部分，前遺囑視爲撤銷（民法第一千二百二十條）。遺囑人前後所作成之二個或二個以上之遺囑，如內容不相牴觸，至遺囑人死亡後，前後遺

囑，均發生效力；倘內容互相牴觸，以最後之遺囑為準，所有以前之遺囑，均視爲撤銷；若牴觸一部分，則牴觸部分之前遺囑視爲撤銷，其餘部分，當然不能視爲撤銷。遺囑人在前遺囑作成之後，又訂立後遺囑，固有以後遺囑而撤銷前遺囑者，但亦有因忘却前遺囑而再行訂立者，無論其訂立之原因如何，其內容有撤銷前遺囑之情形記載，或雖未載明而二個以上之遺囑發生牴觸，除最後之遺囑外，皆應視爲撤銷。

(三)遺囑人於爲遺囑所爲之行爲，和遺囑有相牴觸者，其牴觸部分，遺囑視爲撤銷（民法第一千二百二十一條）。遺囑人於遺囑作成後，復又就遺囑內之財產，爲贈與或買賣等之處分行爲，致與遺囑內容相牴觸，其牴觸部分之遺囑，應視爲撤銷。以其在遺囑後所爲之贈與或買賣行爲，係在遺囑人生前發生效力，而遺囑須俟其死後發生效力，其行爲當然優於作成在前之遺囑，故法律規定該牴觸部分之遺囑，應視爲撤銷。

(四)遺囑人故意破毀或塗銷遺囑，或在遺囑上記明廢棄之意思者，其遺囑視爲撤銷（民法第一千二百二十二條）。遺囑人在遺囑上記明有廢棄之意思，或將該遺囑破毀塗銷，此種行爲，如係出於故意，在遺囑人即表示不願有此遺囑，故應視爲撤銷。惟撤銷之部分，究爲全部，抑爲一部，應視其內容，及破毀塗銷之範圍，始能斷定，不能一定視爲全部撤銷或一部撤銷者。倘其記明意思或破毀塗銷，係出於遺囑人之精神障礙。或偶然過失，或被人以強

力脅迫，均屬無不願此遺囑之意思，其遺囑即不能視為撤銷。

## 第七節 特留分

特留分係在遺產價額中特別保留之一部分，此部分係特別留給法定繼承人承受，不因被繼承人以遺囑處分而受侵害。法律規定特留分之意義，一方面承認財產所有人以遺囑自由處分財產，一方面顧全繼承人應承受之權利，實具有雙方兼顧之意。如果財產所有人不能以遺囑處分自己所有之財產，自使其自由權太受拘束，且亦不能有利於社會，使社會公益事業無從發展，此非特違反財產所有人固有之意思，抑且易於養成其繼承人之墮落。倘對財產所有人之以遺囑處分財產不加限制，則繼承人或因此而無以成就其志願，無以發展其心身，或竟至無以維持其生活，於是作奸犯科，反使社會受其影響，且於親屬關係之情誼上言，亦不可通，故法律特予保留，不使繼承人過於受虧。

關於特留分之數額，應以各繼承人之應繼分作為計算之標準；凡直系血親卑親屬，父母，和配偶之特留分，均為應繼分之二分之一，兄弟姊妹和祖父母之特留分，均為其應繼分之三分之一（民法第一千二百二十三條）。應繼分之計算明瞭，特留分即不難推算。茲就各繼承人之特留分，舉例分別說明於後：

(一)繼承人僅有一人時 假定遺產共有九百萬圓，如果此人係直系血親卑親屬，或父母，或配偶，其應繼分爲九百萬圓，即爲全部遺產，特留分爲其應繼分之二分之一，即全部遺產之二分之一，爲四百五十萬圓。倘此人爲被繼承人之兄弟姊妹，或祖父母，其應繼分爲九百萬圓，特留分爲其應繼分之三分之一，即全部遺產之三分之一，爲三百萬圓。

(二)無配偶而有其他繼承人多人時 假定遺產共計九百萬圓，如果繼承人係直系血親卑親屬或父母，人數有二人時，每人應繼分爲四百五十萬圓，即爲全部遺產之二分之一，特留分爲其應繼分之二分之一，即全部遺產之四分之一，每人爲二百二十五萬圓。倘其人數有三人時，每人應繼分爲三百萬圓，即爲全部遺產之三分之一，特留分爲其應繼分之二分之一，即全部遺產六分之一，每人爲一百五十萬圓。如果繼承人爲被繼承人之兄弟姊妹或祖父母，有二人時，每人應繼分爲四百五十萬圓，即爲全部遺產之二分之一，特留分爲其應繼分之三分之一，即全部遺產六分之一，每人爲一百五十萬圓。有三人時，每人應繼分爲三百萬圓，即爲全部遺產之三分之一，特留分爲其應繼分之三分之一，即全部遺產九分之一，每人爲一百萬圓。

(三)有配偶而有其他繼承人一人時 假定遺產共計九百萬圓，如果其他繼承人之一人爲直系血親卑親屬或父母，配偶和此一人之應繼分，各爲四百五十萬圓，即爲全部遺產之二分

之一，特留分各爲其應繼分之二分之一，即全部遺產之四分之一，每人爲二百二十五萬圓。倘此一人係兄弟姊妹，配偶和此一人之應繼分，各爲四百五十萬圓，即爲全部遺產之二分之一，特留分因各人之關係不同，彼此互異，配偶爲其應繼分之二分之一，即全部遺產之四分之一，爲二百二十五萬圓，此一人爲其應繼分之三分之一，即全部遺產之六分之一，爲一百五十萬元。如果此一人係祖父母，配偶之應繼分爲六百萬圓，即爲全部遺產之三分之一，特留分爲其應繼分之二分之一，即全部遺產之三分之一，爲三百萬圓。此一人之應繼分爲三百萬圓，即爲全部遺產之三分之一，特留分爲其應繼分之三分之一，即全部遺產之九分之一，爲一百萬圓。

(四)有配偶而有其他繼承人多人時 假定遺產共計九百萬圓，如果繼承人係直系血親卑親屬，人數有二人時，配偶和此二人之應繼分，各爲三百萬圓，即爲全部遺產之三分之一；特留分各爲其應繼分之二分之一，亦即全部遺產之六分之一，每人爲一百五十萬圓。倘其人數有三人時，配偶和此三人之應繼分，各爲二百二十五萬圓，即爲全部遺產之四分之一；特留分各爲其應繼分之二分之一，亦即全部遺產之八分之一，每人爲一百十二萬五千圓。若此繼承人係父母，配偶之應繼分爲四百五十萬圓，即爲全部遺產之二分之一，特留分爲其應繼分之二分之一，亦即全部遺產之四分之一，爲二百二十五萬圓；父母之應繼分，各爲二百

二十五萬圓，即爲全部遺產之四分之一，特留分爲應繼分之二分之一，即全部遺產之八分之一，各爲一百十二萬五千圓。設此繼承人係兄弟姊妹，人數有二人時，配偶之應繼分爲四百五十萬圓，即爲全部遺產之二分之一，特留分爲其應繼分之二分之一，亦即全部遺產之四分之一，仍爲二百二十五萬圓；此二人之應繼分，各爲二百二十五萬圓，即爲全部遺產之四分之一，特留分爲其應繼分之三分之一，亦即全部遺產之十二分之一，各爲七十五萬圓。苟其人數有三人時，配偶之應繼分仍爲四百五十萬圓，特留分仍爲二百二十五萬圓，並不以其他繼承人人數之多寡有所變動，此三人之應繼分，各爲一百五十萬圓，即爲全部遺產之六分之一，特留分爲其應繼分之三分之一，亦即全部遺產之十八分之一，各爲五十萬圓。如果此繼承人係祖父母，配偶之應繼分爲六百萬圓，即爲全部遺產之三分之二，特留分爲其應繼分之三分之一，亦即全部遺產之三分之一，爲三百萬圓；祖父母之應繼分，各爲一百五十萬圓，即爲全部遺產之六分之一，特留分爲其應繼分之三分之一，亦即全部遺產之十八分之一，各爲五十萬圓。

特留分數額之推算，已如上述，則特留分爲遺產價值之一部分，於此已可斷定。故被繼承人以遺囑處分財產時，遺給繼承人之財物，不必遺產中之某種特定物，無論其種類如何，性質如何，祇須價值相當於繼承人特留分之數額，即不得認爲侵害繼承人之特留分。茲再舉

一例以說明之，譬如被繼承人有財產四百億元，其中二百億元爲田產，一百億元爲房屋，一百億元爲現金，假如繼承人僅爲其子一人，欲將房屋和現金給子承受，而將田產遺贈他人，固非侵害其子之特留分，若欲將田產遺給其子承受，而將房屋現金遺贈他人，亦非侵害其子之特留分；此因其子之特留分，僅占全部遺產價值之二分之一，亦即二百億元，不必一定爲房屋現金，亦不必一定爲田產。如被繼承人僅以遺囑遺贈他人房屋或現金，而將其餘之田產和房屋或現金遺給其子承受，則更不得論以侵害特留分。所謂侵害特留分者，指遺贈他人之遺產價值，超過於應繼分之二分之一或三分之一者而言，若未超出此標準者，當然不得謂之侵害。

特留分既爲遺產價值之一部分，但遺產價值之總額，必須除去債務額之差數，不能僅就遺產之價值計算，而置債務於不顧。故稱遺產價額者，即指除債務外之純粹遺產價額而言，特留分之數額，亦應就純粹之遺產價額而算定。惟欲明瞭純粹之遺產價額，須先算定應繼財產除去債務額之差數。

被繼承人死亡時所有一切財產，無論爲現金，爲動產不動產，爲著作權專利權，爲優先債權或普通債權，均爲應繼財產，即被繼承人所欲贈與之財產，亦在應繼財產範圍之內。此外如繼承人中有在繼承開始前，因結婚分居或營業，已由被繼承人處受有財產之贈與者，在

被繼承人於贈與時並無反對之意思表示，亦應依照贈與時之價值，計算其價額，而充作應繼財產。但其中亦有不能作為應繼財產者，如被繼承人生前對繼承人以外之人之贈與，不問贈與時和被繼承人死亡時，相距期間之長短，一律不能作為應繼財產，即被繼承人生前對繼承人之贈與，其贈與之原因，並非為繼承人結婚分居或營業者，亦一律不能作為應繼財產。

所謂債務，係指被繼承人所負之債務而言，凡原來應由被繼承人履行，因其死亡而應歸繼承人承受之債務，無論債權人為誰？其債務之性質如何？原因如何？一律包括在內。此種債務，加以給付金錢為標的，即可以其金額為債務額，如非以給付金錢為標的，則應估定其價值而計算債務額。被繼承人在遺囑內所定之遺贈，原為應歸繼承人負擔之債務，但此種遺贈，應列入應繼財產之中，不能算為被繼承人所負之債務。

應繼財產和債務額之情形，既已說明，特留分即可根據此種應繼財產除去債務額之差數而算定。譬如被繼承人祇有妻子各一，其死亡時所有之財產，為價額五百五十億元，加以生前因子營業而為之贈與五十億元，共計六百億元，除去所負債務二百億元，尚餘四百億元，妻子二人之特留分，各為遺產價額之四分之一，即各為一百億元。如果僅有應繼財產而無債務，特留分即可根據應繼財產而算定。倘僅有債務而無應繼財產，或有應繼財產，而其價額等於或少於債務額，該繼承人即無所謂應留之特留分，此時繼承人為免受不利益起見，可拋



棄繼承或爲限定繼承（民法第一千二百二十四條）。

被繼承人以遺囑處分財產，其方式不僅遺贈一種，如被繼承人無直系血親卑親屬，而以遺囑指定繼承人，亦屬以遺囑處分財產之一種方式；由是以言，有侵害特留分之可能者，非祇遺贈一種，然法律爲保全特留分而給與繼承人之所謂扣減權，却祇對於遺贈而定，並未涉及遺贈以外之處分。所謂扣減權，即繼承人因被繼承人所爲之遺贈，使其應得之特留分不足，而就遺贈財產，扣減相當數額，以填補其不足之權利（民法第一千二百二十五條前段）。惟扣減權之發生，以遺贈侵害特留分爲要件，其發生之時間，須在被繼承人死亡以後，被繼承人尙未死亡，繼承亦未開始，當然不能有所謂扣減權。扣減權得由應得特留分之繼承人行使，其行使與否，悉任應得特留分之繼承人之自由，法律雖容許其行使，但不加以強制，行使固可，不行使亦無不可。且扣減權可以移轉，並不一定須由應得特留分之繼承人行使，即受讓人亦得行使。至行使扣減權之相對人，則爲受遺贈人或受遺贈人之繼承人，此爲當然之事，無待贅述。

行使扣減權，係以保全特留分爲目的，所以就遺贈財產爲扣減之時，應以填補不足之數爲之。如受遺贈人僅有一人，則特留分不足之數額，當然祇得就此一人之遺贈財產而爲扣減，倘受遺贈人有數人時，則特留分不足之數額，應就各該人所得之遺贈財產，按其價額而

爲比例之扣減（民法第一千二百二十五條後段）。惟扣減之數額，祇以特留分不足之數爲限，不能超出特留分不足之數而外。譬如被繼承人遺產價額爲五億元，繼承人祇妻一人，應得特留分爲二億五千萬元，但被繼承人曾用遺囑以三億元遺贈其弟，一億元遺贈其甥，遺贈總數已達四億元，因而妻之特留分短少一億五千萬元，此時在遺贈其弟和其甥之四億元中，得由其妻扣減之數額，總計爲一億五千萬元，在遺贈總數中，遺贈其弟之數額佔四分之三，遺贈其甥之數額佔四分之一，故在其弟之遺贈中應扣減一億五千萬元之四分之三，爲一億一千二百五十萬元，在其甥之遺贈中應扣減一億五千萬元之四分之一，爲三千七百五十萬元。除此數額之外，不得再行多扣，以其業已扣足特留分之數額。

遺贈不因侵害特留分而全部無效，卽侵害特留分之部分，亦不絕對失效，須視應得特留分之人是否行使扣減權而定。如行使扣減權，其效力歸於消滅，不行使則其效力仍屬存在。至應得特留分之人爲遺贈之扣減時，在遺贈物爲金錢以外之財物者，祇須由受遺贈人補償相當之價額，而保留遺贈物或請求交付遺贈物。原來特留分爲遺產價額中之一部分，不必爲遺產中之特定財物，而應得特留分之人，因其特留分受侵害而就遺贈行使扣減權，亦祇以補填其特留分不足之數額爲度。故受遺贈人保留遺贈物或請求交付遺贈物而補償相當之價額，對於應得特留分之人，實無何種損失。況被遺贈人之意思，既欲以遺贈物歸受遺贈人享有，尤

應尊重被繼承人之意思交付遺贈物，不能有拒絕之情事，如已交付，亦不得請求返還，以其目的祇在補償不足額之特留分數額，倘能將不足之額補償足額，其侵害已經回復，自不必再有其他行爲。苟受遺贈人願將遺贈物歸應得特留分之人享有，亦非法所不許，如其價額超過特留分不足額之部分，其超過部分，應即交還受遺贈人，其有不交還之情形，除受遺贈人自願拋棄外，仍有請求交付之權。

## 第十二章 遺產稅

### 第一節 應徵稅的遺產

我國對於人民遺產，向採放任主義，並不徵收稅款。於抗戰勝利之第二年即於民國三十五年四月十六日，始有遺產稅法之頒行。該法內中所定應徵稅之遺產，包括物權債權，並包括本國人和外國人；外國人在國內所遺之財產，於死亡時固須徵稅，本國人在國外所有財產，如於死亡之時，在本國領域內仍有住所，亦應就其在國外之遺產依法徵稅（遺產稅法第一條）。此種立法，係採屬地主義而兼屬人主義。不過本國人民，於死亡時在本國領域內已無住所者，無論在國外遺有若干財產，均不得向其徵稅。

所謂遺產，指被繼承人於死亡時所遺之財產而言，凡人於死亡時在本國領域內遺有財產，和本國人在本國有住所，而遺有財產於國外者皆屬之。其種類不分動產不動產以及其他一切有財產價值的權利，均屬於所謂遺產範圍之內（遺產稅法第二條）。故在物權上所規定之所有權、抵押權、質權、典權和準物權之著作權、專利權，以及債權上之優先債權、普通債權等等，無一而非遺產，與繼承法之遺產範圍大致相同。其所不同者，即遺產中不包括純

粹之債務在內，純粹之債務，指僅有債務而無權利之遺產言。如有債務亦有權利，且其權利超過債務額以上者，仍屬於遺產。惟應償債務之部分，可於遺產總額中扣除，而不計算稅款（遺產稅法第十四條第二款）。

遺產稅法之遺產，亦包括遺贈財物，此點又和繼承法之規定相同。故納稅義務人，不祇限於遺產繼承人，即受遺贈人亦為納稅義務人（遺產稅法第三條）。凡承受遺產和受領遺贈物之人，均係接受被繼承人財產上之權利，自應同為遺產稅納稅之義務人，以其既享權利，亦應盡相當之義務，所謂權利與義務應屬平衡。上述純粹債務之所以不列入遺產，其理由亦即在此。因遺產稅法和遺產繼承法之性質不同，遺產繼承法專就遺產而言，不問其遺產為權利為義務，既屬遺產之一，即應一併計算。而遺產稅法則旨在徵稅，有權利而後有稅可徵，無權利即無所謂稅，無稅可徵之遺產，固不能不認為遺產，但在稅法上即不能加以規定，以其與稅收無關也。

遺產稅法和繼承法非無不同之處，在遺產稅法之一種「準遺產」，在繼承法上即無規定。此種「準遺產」之財產，係被繼承人生前所為之處分行爲，不過距死亡時期尚不過遠，按照「遺」之字義而言，其性質純不相類，實不能稱之爲遺產。但法律以「視為遺產」之用語規定，不妨稱爲「準遺產」以符法意。準遺產之範圍並不過廣，僅以被繼承人死亡前五年內分析

或贈與之財產爲限，其在此期間內分析贈與之財產，應視爲遺產之一部分，一律徵稅（遺產稅法第八條）。若其分析或贈與之期間，已超過被繼承人死亡前五年之外，不問分析或贈與財產之多寡，亦不問分析與遺贈之次數，均不得向之徵收稅款。倘在多次分析或贈與之時，有一次或二次在被繼承人死亡前五年內，則此一次或二次即應徵稅，其餘超過期間之次數，當然不得再行追溯及之。

凡應徵遺產稅之動產不動產和其他一切有關財產權之遺產，繼承人於未經繳納稅款而欲爲處分或分割時，應先向遺產稅稽徵機關提供其應納遺產稅之同等金額或確定之擔保（遺產稅法第九條）。應納稅之遺產，於承受遺產時即應繳納稅款，但承受時未經繳納，本不得對遺產處分或分割，如欲處分分割，非先行繳納稅款不可。若因一時無力繳納，亦應於處分或分割之時，向遺產稅稽徵機關先行提供其應納稅款之同等金額，或確定之擔保，俟處分或分割後再行繳納。

## 第二節 應免稅和減稅的遺產

遺產固須徵稅，但亦有應免納遺產稅者，亦有應減輕其遺產稅之稅額者。茲分兩部分予以說明：

(一)應免稅之遺產 免納遺產稅之遺產，計有八種：(1)遺產總額未滿遺產稅法所規定之起徵點者(遺產稅法第四條第一款)。現行遺產稅法之起徵點，按改革幣制後所公布之「整理財政補充辦法」改訂為金圓貳萬元。(2)陸海空軍官佐士兵和公務員，戰時陣亡，或因戰地服務受傷致死者之遺產，未超過金圓肆萬元者(遺產稅法第四條第二款)。(3)遺產中有關於文化、歷史、美術之圖書物品，經繼承人向遺產稅稽徵機關聲明保存登記者。此種遺產，經繼承人認為有保存之必要，已向遺產稅稽徵機關為保存之聲明，並依法登記，無論其價值在幾千百萬元以上，為保存文化、美術和歷史性起見，自不能不予免稅(遺產稅法第四條第三款前段)。但繼承人於保存若干時期後，欲轉讓他人，並不為繼續之保存者，即已失却原來聲明和登記之意義，仍應令其補行納稅，以杜取巧(遺產稅法第四條第三款後段)。(4)捐助各級政府機關之財產。遺產稅為國家稅收之一種，與國家之整個財政有關，當然不得遺漏；惟被繼承人如以遺囑自由處分其財產之一部，在不侵害特留分之範圍內，捐助於任何一級之政府機關，即屬將財產貢獻於政府，無論其價值若干，均不得不予免稅，以資鼓勵。但如捐助於非政府之機關，仍應依法納稅，不能適用免稅之規定(遺產稅法第四條第四款)。(5)捐贈非政府機關之學校、醫院、圖書館之財產，雖亦有免稅之規定，然其財產在數額上已定有限制，免稅之財產數額，至多以金圓一萬元為限，如超過此數額以上者，亦不能獲得

免稅（遺產稅法第四條第五款）。（6）被繼承人之著作權，和關於學術發明之專利權，或自己創作之美術品，不問收益若干，爲獎勵著作和發明學術起見，均一律予以免稅（遺產稅法第四條第六款）。（7）被繼承人死亡時，遺有未成年，或正在教育之子女，每一子女，准在遺產總額中，減除其遺產總值百分之五之遺產額，免其納稅；每人減除之總額以金圓二千圓爲度，不得超過，其超過部份仍應納稅。此項免稅辦法，祇限於遺有未成年子女和正在受教育之子女兩種，不問人數多寡，均可按人計算。其子女在未成年時代，並不一定須受教育，若在受教育之時期，亦不一定爲未成年人；故未成年而不受教育，或正受教育而已成年，均得爲免納遺產總值百分之五遺產額之遺產稅（遺產稅法第五條）。其不具備此二要件之一者，卽不遺有未成年或正在教育之子女，當然不得免納遺產稅，（8）已納遺產稅之遺產，總額未超過金圓二十萬圓，於三年內再有繼承開始情事者，其已納遺產稅之遺產價格，免再徵稅。此其原因有二種：一爲遺產總額在二十萬金圓以下，爲數尚不過鉅；一爲已納稅未滿三年，而又有繼承開始之情事發生，期間既不過長，徵稅未免過重，故特豁免，以示體恤（遺產稅法第六條第一項前段及第二項）。

（二）應減稅之遺產 上述（8）之遺產，如再有繼承開始情事發生，雖其納稅之期間，已超過三年，但未逾越五年，如免于徵收稅款，有礙國家財政，如仍再行徵收，又嫌失之過



苛；法律爲保持持平計，特規定已納遺產稅之遺產，在三年以上五年以內，再有繼承開始情事者，在不超過二十萬金圓限度以內，予以減半徵稅（遺產稅法第六條第一項後段）。若其遺產總額超出此項限度，數額既較鉅，在承受遺產之人，固不因此項稅款而窘於生活，在國家方面亦得有相當之收入，自不適用免稅減稅之規定（遺產稅法第六條第二項）。被繼承人遺給繼承人遺產中之土地，如向由繼承人耕種，於承受後復繼續自耕，並不招人代耕，爲獎勵自耕農起見，其自耕土地部分應負擔之遺產稅，特予減少徵收，其減少之數額，可爲原稅額之二分之一（遺產稅法第七條）。

### 第三節 遺產稅之計算

遺產稅之徵收，係按遺產總額之多寡計算（遺產稅法第十一條），遺產總額愈多，則其加徵之稅率亦愈高。此項稅率遺產稅法中原分爲十八級，最低爲百分之一，最高則爲百分之六十，均係就其超過之數額按級加徵（遺產稅法第十條）。幣制改革後，改訂爲十一級，其稅率與級距如下：遺產總額在金圓二萬圓以上者，一律徵稅百分之一，遺產總額超過金圓四萬圓者，就其超過額，依左列稅率，按級計算加徵之：

- 一、超過四萬金圓者，徵百分之二；

- 二、超過八萬金圓者，徵百分之四；
- 三、超過十二萬金圓者，徵百分之六；
- 四、超過十八萬金圓者，徵百分之八；
- 五、超過廿四萬金圓者，徵百分之十六；
- 六、超過卅五萬金圓者，徵百分之廿二；
- 七、超過五十萬金圓者，徵百分之三十；
- 八、超過八十萬金圓者，徵百分之四十；
- 九、超過一百五十萬金圓者，徵百分之五十；
- 十、超過金圓二百萬圓以上者，就其超過額，徵收百分之六十。

被繼承人所遺之財產，如不在同一區域之內，其近者如隔鄉隔鎮，遠者如隔縣隔省，無論其相隔之遠近，均應合併計算其總額（遺產稅法第十二條）。遺產價值之計算，不能以原來之價值為標準，亦不能以承受和分割時之價值為標準，應以被繼承人死亡、繼承開始時之價值為準。至以後價值縱有漲落，亦不生影響。因其遺產之繼承，既於繼承開始時發生效力，則其價值之計算，亦應以發生效力之時為準，自極合理（遺產稅法第十三條）。所遺財產，如為土地房屋等不動產，事實上不能依繼承開始時之市價估價時，應就租金依週息百分

之十二還原計算其價額（遺產稅法施行細則第十一條）。如爲器具用具，可依被繼承人死亡日買賣或構造之價值估定，其使用已滿一年者，酌量折算其價額（同法施行細則第十三條）。票據依票面之值額評定之，有利息者，並應將被繼承人死亡日止應得之利息加入計算（同法施行細則第十五條）。證券物品，其可在交易所買賣者，依繼承開始日最高及最低價之平均估定之，如當日無買賣之價額者，依繼承開始日前後一日之市價平均價估定之，其價額有劇烈變動者，則依其繼承開始日前一個月內正常最高最低之平均價估定之（同法施行細則第十六條）。其不在交易所買賣之證券物品，或該區內無交易所者，依被繼承人死亡日通常之市價估定之，如無市價者，得酌量估定之（同法施行細則第十七條）。股票依公司之資產純值估定之（同法施行細則第十八條）。承佃權價額之計算，均以一年應納佃租額之五倍爲標準，抵押權則依其所擔保債權之數額估定之，典權則以典價爲其價額（同法施行細則第二十二條至二十二條）。

計算被繼承人遺產總額時，不能專就權利方面計算，如應負之義務，以及各種必需費用、工作用具等，均應一併予以扣除計算。其應扣除之事項，計有六種：（一）依法應繳納之稅捐及罰金罰鍰，（二）被繼承人死亡前未償之債務，（三）喪葬所需之必要費用（原規定不得超過一百萬元，幣制改革後改訂爲金圓二千圓），（四）管理遺產及執行遺囑之必要費用，

(五)農業用具及從事其他各業之工作用具(原規定以法幣十萬元爲限，幣制改革後改訂爲金圓二千圓)，(六)依法不得採伐或未達採伐年齡之樹木(遺產稅法第十四條)。

被繼承人之配偶和其子女，如各有特有財產，其特有財產已經登記，或雖未登記而有確實之證明者，即不能認爲被繼承人之遺產，當然不能歸入遺產總額之內計算徵稅(遺產稅法第十五條)。特有財產登記之手續，在現時履行者極少，大多數均未登記，故法律特於登記之外，再增定「有確實證明」之條件，俾未履行登記程序之特有財產，不致喪失權利。倘未經登記而又無確實之證明者，其應歸入被繼承人之遺產總額內計算徵稅，亦屬當然之事，無待申述。

#### 第四節 遺產稅之申報

被繼承人死亡遺有財產，依法應徵稅者，納稅義務人(包括繼承人及受遺贈人)，遺產管理人，或遺囑執行人應於繼承開始之日兩個月內，填具「被繼承人死亡事實暨財產狀況報告表」(表由稽征機關印備)，連同應提出之證明文件，向所在地遺產稅稽徵機關報告(遺產稅法第十六條及同法施行細則第三十七條)。如被繼承人爲受死亡宣告者，應自判決宣告之日起，計算其報告期間，倘被繼承人死亡時，納稅義務人並不在其死亡所在地，則其報告期

間可自知悉其死亡之日起算，並於報告時聲明所以遲延之理由，以免受逾期報告之科罰（遺產稅法施行細則第三十六條）。

遺產稅稽徵機關於接受上項報告後，應於一個月內進行應調查之事務，估計決定應繳納之遺產稅稅額，並填發「遺產稅查定通知書」，通知有納稅義務之繼承人或受遺贈人，令其於通知書到達日起一個月內如數繳納，不得逾期（遺產稅法第十七條）。

遺產稅稽徵機關所估計決定之稅額，納稅義務人或利害關係人對之，如有不服，得於接受決定稅額通知書之日起，十五日之不變期間內，向遺產稅稽徵機關申請復為調查，該機關接受是項復查之申請書後，應於十五日之期間內再為調查，重行決定稅額（遺產稅法第十八條）。迨該機關復查決定後，納稅義務人或利害關係人對之，仍有不服，應於接到復查決定書之日起，十五日內，先繳納應納稅款之三分之一後，再向遺產稅審查委員會申請審查。遺產稅審查委員會於接到申請審查書後，亦應於接到之日起十五日內，為之審查決定，於決定書內決定其應納之稅額（遺產稅法第十九條第一項）。倘納稅義務人對於遺產稅稽徵機關之復查決定，於表示不服後，雖已申請審查，而並未於限期內繳納稅款三分之一，其中申請審查權即歸於消滅，遺產稅審查委員會應以決定駁回申請（遺產稅法第十九條第二項）。

納稅義務人或利害關係人於申請審查後，對於遺產稅審查委員會之審查決定，認為仍有

不服之處，得依訴願法向其直接上級機關提起訴願，所有一切程序，均應依訴願法之規定辦理（遺產稅法第二十條）。惟在復查審查或訴願之程序中，無論進行至如何階段，而遺產稅徵收之執行程序，仍繼續進行，並不因而停止；但經復查審查或訴願之結果，其最後決定之數額有所變更，自應多退少補；在退還之稅款，稱爲退稅，補繳之稅款，稱爲補稅（遺產稅法第二十一條）。

關於遺產稅之繳納，應由納稅義務人一次繳足，在原則上不得分期爲之；但有不能一次繳足之正當理由，如因窘於生活而有急須處分遺產之情形者，經遺產稅稽徵機關核准以後，亦有分期繳納之但書規定，並非絕對不許分期繳納（遺產稅法第二十二條）。惟納稅義務人繳納稅款時，應掣取收據，並於完清稅額時，填具報告（附式十五）聲請遺產稅稽徵機關填給繳納遺產稅之證書，如遺產繼承人有二人以上時，繳納遺產稅之證書，應按其應繼分，分別發給（遺產稅法施行細則第四十二條）。此項納稅證書應注意取回，不可遺忘；因證書係用以證明納稅，如未將其取回，將來發生疑義，反受科處罰鍰或扣押標賣其財產之損失；或於三年內五年內再有繼承開始等情事，而不能享受免稅或減稅之權利，此不可不加注意。

## 第五節 違反遺產稅法之科罰

遺產稅法爲強行法規之一種，納稅義務人不得違反不納，如有不納稅或其他情弊，法律卽予科罰，以維稅收。其科罰之情形，可分三種，說明於後：

(一)納稅義務人、遺產管理人或遺囑執行人於被繼承人死亡遺有財產時，不於繼承開始日起兩個月內，將死亡事實和遺產清冊，向所在地遺產稅稽徵機關報告，經遺產稅稽徵機關查悉，得送請管轄法院，以裁定科處罰鍰。此項科罰，雖屬行政性質，但法律規定應由法院宣示，且對科罰裁定，准許向該管上級法院抗告，其期間爲五日；惟對抗告法院所爲之裁定，不得再行抗告（遺產稅法第二十四條第一第三第四第五各項）。

(二)納稅義務人意圖減免稅額，而爲隱避和藏匿其遺產之行爲者，除未報或少報之稅額應令補足外，並將其隱匿遺產之情形，送請管轄法院，以裁定科處所隱稅額一倍至三倍之罰鍰。此項裁定，亦應由法院宣示，並得於五日內向該管上級法院抗告，至抗告法院裁定後，卽屬確定，無論有無理由，均不得再行抗告（遺產稅法第二十四條第二項至第五項）。

(三)納稅義務人逾越所限令之期間，不完清稅額，或照補稅額者，遺產稅稽徵機關應申請法院扣押其財產，如扣押而仍不完清或照補，或除扣押財產外已無納稅之資力，法院得標賣其財產之一部，以清償稅額，並自逾越限期之日起，至納稅之日止，依其應納稅額計算利息繳納國庫，此卽民法上之所謂遲延利息（遺產稅法第二十五條第一項）。至是項利息之計

算，應依民法第二百零三條之規定，認為未經約定利率，而又無法律可據，為週年利率百分之五（遺產稅法第二十五條第二項）。



## 第十三章 兵役

兵役爲國家經常制度，百年大計，無論戰時平時，均須實行，尤其在建國階段中，建軍是第一件刻不容緩的事。而在建軍之始，樹立優良征兵制度，更爲使國家現代化的要圖。因爲一個國家的存在，必須鞏固國防，有國家必有國防，無國防即無國家，所以國防爲建國的保障，建軍爲國防的起點。總統在國府主席任內有云：「建國必先建軍」，由此可知建軍是爲了國防，國防是爲了建國，二者相需相求，互爲因果，正如身之使臂，臂之使指，其關係之密切重要，已不言可喻。軍隊是代表國家權威，且爲國防組織的骨幹，爲了保障國家的安全，維持世界的和平，決不能沒有相當必要和精良的武裝力量，使成一個有自衛能力的現代國家，平時足以保障和平，戰時足以反抗侵略，因此凡屬國民，均有爲國家依法服役之義務（憲法第二十條）。在平時輪流征訓，輪流退伍，政府以少數的財力，儲大量的兵員，人民負擔可以減輕，一旦對外有事，或國內發生變亂，即可動員多數在鄉軍人，參加作戰，不致臨事倉皇，所謂「兵可百年不用，而不可一日不備。」現代各強國，如英、美、蘇聯等於第二次世界大戰後，莫不保持相當強大之軍備，用以保障勝利，防止侵略，且一面實施國民軍訓來儲備國防力量。我國在抗戰以前，是採用募兵制，在抗戰中是採用征兵制，此種征

兵制度，在抗戰中已著有極大的成效，自應切實推行，以建立國防上極精良之部隊，俾得安內攘外，而國家亦得向現代化之大道邁進。

因爲兵役的實施，在在均與家庭具有密切關係，故特列專章，附載編末，以供參攷。

## 第一節 役種與服役

現行兵役法所稱「兵役」，係包括軍官佐役、軍士役、兵卒役等，與舊法「僅明定兵卒役，并只限於陸軍」相較，在範圍上自有廣狹之殊（兵役法第二條）。

至於兵役役種，可分常備兵役、補充兵役、國民兵役三種，而常備兵役與補充兵役，又可分現役及預備役兩種。常備兵現役以男子滿二十歲之翌年，經徵兵檢查合格，徵集入營者服之，爲期二年，但步兵之軍士及特種兵、特業兵爲期三年。補充兵現役，係就適合常備兵現役之超額男子，視國防需要，每年徵集一部入營，由常備師或管區，施以四個月至六個月之訓練。至於預備役，無論爲常備兵或補充兵均以現役期滿退伍者充服之，直至屆滿四十五歲爲止除役（兵役法第六條至第八條）。

國民兵役可分三種：（一）初期國民兵役，以男子年滿十八歲者服之，爲期二年，得就所在地施以軍事預備教育；（二）甲種國民兵役，以初期國民兵役期滿，適合於常備兵及補充兵現

役所需之超額者服之，及齡之年，由縣市政府施以兩個月至三個月之集中軍事訓練；（三）乙種國民兵役，以初期國民兵役期滿，而未服常備兵役、補充兵役及甲種國民兵役者服之，施以相當之軍事訓練。甲乙兩種國民兵役之期限，均至屆滿四十五歲止除役（兵役法第九條）。常備兵係在戰時依年次召集，擔任捍衛國家之作戰任務，補充兵則視戰事需要，依年次召集參加作戰，并得臨時施以補習教育（兵役法第十條第十一條）。

國民兵平時受規定之軍事教育，戰時或非常事變時，得召集服下列勤務：（一）輔助作戰勤務，必要時得參加作戰；（二）維持地方治安；（三）擔任當地之防空勤務（兵役法第十一條）。現役中身體疾病，不堪行動，在六個月內無健康之望者，予以停役，至健康恢復時回役（兵役法第十三條）。現役中有下列情形之一者，得延長其服役期間：（一）戰時或非常事變之際；（二）航海中或在國外勤務時；（三）重要演習或特別校閱時；（四）因天災或其他不可避免之事故時（兵役法第十四條）。

## 第二節 徵集程序

凡家庭中之男子，年屆服國民兵役（即滿十八歲），或常備兵役（即滿二十歲之翌年），補充兵役之現役及齡，經政府公告後，其本人或戶長（即家長）應依據公告，聽候身家調查，

如有下列情形之一，得於公告後半月內檢具有關證件，呈請鄉鎮公所轉呈核辦：（一）對現役及齡男子有漏列或誤列者，（二）自願服現役者，（三）公告所註籍別、年齡、身份、職業等項不符者（徵兵處理規則第十三條）。

經身家調查確爲現役及齡之男子，應受體格檢查，倘該男子患病非三個月內可望痊愈者，得由其本人或戶長（卽家長）填具申請書並附具政府註冊醫生之證明書申請延期，於次年補行檢查（徵兵處理規則第十九條）。

倘體格檢查結果認爲合格，應卽參加抽籤，抽籤以直接爲原則，卽由現役及齡男子親自到場抽籤（兵役法第二十二條第二項），如情況不許可時，得呈由政府核准採行間接抽籤（徵兵處理規則第三十條）。

現役及齡男子一經中籤，縣市政府卽於徵集日期以前之適當時間，填發徵集票，家庭中如已接獲上項徵集票，該及齡男子應照指定日期，自行前往縣市徵集所報到，必要時得由鄉鎮公所派員率領（徵兵處理規則第三十九條）。

徵集入營前如有下列情形之一時，該及齡男子得填具延期入營申請書，呈由甲保長遞呈團管區司令部核准，延期入營，但以不逾一個月爲限：（一）本人病重；（二）本人之住宅遭受水、火、風災或其他重災，非本人無善後者；（三）其他重大變故時（徵兵處理規則第四十

條)。

### 第三節 免禁緩役的申請

凡家庭中有現役及齡之男子，依兵役法皆有服役之義務，但如有免役、禁役、緩徵、緩召之情形，依法仍得申請免緩服役，申請書可向鄉鎮公所索填，茲分述如次：

(一)免役——即免服兵役，凡身體畸形殘廢，或有痼疾不堪服役者(兵役法第四條)，可由其家長或本人，填具免役申請書並繳附當地縣市衛生機關或註冊醫院檢驗屬實證明書，申請免役。

(二)禁役——即禁服兵役，凡曾判處七年以上有期徒刑以上之刑者(兵役法第五條)，可由家長或本人填具禁役呈報書檢附原判決書之副本或照片，申請禁役。

(三)緩徵——即延期徵集，緩徵原因，計有下列三種：(1)因公出國者，可由其家長或本人填具緩徵申請書，檢附出國護照之抄本或照片，申請緩徵；(2)高中以上學生未畢業者，可由其家長或本人填具緩徵申請書，檢附本期肄業學校出具之證明書，申請緩徵；(3)犯最重本刑為有期徒刑以上之刑之罪在追訴中者，可由其家長或本人填具緩徵申請書，檢附原審理機關之證明文件，申請緩徵。惟(1)(3)兩款緩徵原因消滅時，仍須受徵集；(2)款

之學生，於畢業後，須徵集入營，完成預備幹部教育（兵役法第二十四條）。

（四）緩召——即預備役及國民兵延緩勳員召集。緩召原因計有下列五種：（1）現任有關國防工業之專門技術員工經審查核定者，可由其家長或本人填具緩召申請書，檢附專門學校畢業證書，及機關場廠服務技術職務證書，或技工檢定書，申請緩召；（2）曾在教育部認可之師範學校畢業現任小學教師一年以上經審查者，可由家長或本人，填具緩召申請書，檢附現任合格小學教師登記證及聘書或照片申請緩召；（3）患病經證明不堪服作戰任務者，可由其家長或本人，填具緩召申請書，檢附當地衛生機關或註冊醫院檢驗屬實之證明書，申請緩召；（4）獨負家庭生計責任，而無同胞兄弟者，或有同胞兄弟而均已應召，或均未滿十八歲者，可由其家長或本人填具緩召申請書，檢附原籍或現居地所隸保甲長調查屬實後出具之證明書，申請緩召；（5）犯最重本刑為有期徒刑以上之刑之罪在追訴中，或犯罪處徒刑在執行中者，可由家長或本人填具緩召申請書，檢附原判決書之副本或照片，犯罪在追訴中者，附審理機關之證明，申請緩召，但上項緩召原因消滅時，仍須接受召集（兵役法第二十六條）。

## 附錄式例

### (附式一) 普通請求書格式

具請求書人(某某)年齡( )籍貫( )住所( )職業( )

爲請求(撤銷婚姻)事，查(某某原於前年娶△△爲妻，已產有一女，詎意本年△月△日某某又與某姓女子在△處舉行結婚)顯屬違反民法第(九百八十五)條(「有配偶者不得重婚」)之規定，茲特依同法第(九百九十二)條之規定，請求  
鑒核，准將上項(違法婚姻)予以(撤銷)，至爲德感！

謹呈

某某法院

中華民國 年 月 日

具請求書人(某某)(簽名蓋章)

(附註) 如係由法定代理人代爲請求者，末端應由法定代理人具名

(附式二) 要求分割遺產之請求書  
或另行託人管理

余等弟兄姊妹數人，於本年△月 先父（或母）見背後，所有喪葬諸事，均經辦竣，原遺全部財產，曾由弟兄姊妹等公推余管理，茲因遺債亟須清償，遺贈又須交付，而由余暫行管理之遺產，又因欲就業他處而無法續管，擬將該遺產實行分割（或另行託人管理）以清手續。除分函要求各弟兄姊妹外，用特函請督照，希於接到此書三日內見復爲荷！此致  
某某哥（或某某弟）

某某手啓 年 月 日

### （附式三） 繼承人要求分割遺產之請求書

余等於 先父（或母）棄養後，曾遵照遺囑所定（或由兄弟姊妹間契約訂定）之禁止分割期限，現已屆滿（或未滿而已超過法定期間二十年）（或在現時情形之下，以實行分割爲有利），自以實行（或提早）分割爲宜。除分函各弟兄姊妹外，用特函請督照並希見復爲荷！  
此致

某某  
弟兄  
姊妹

某某啓 年 月 日

### （附式四） 繼承人要求其他繼承人補償損失之請求書

余等自遺產分割以後，所承受之遺產中（其物或財產權已不存在，或有第三人主張權



利，或其債權之債務人無支付能力），依法自應由各繼承人相互間負補償損失之責，除分函各承受遺產之弟兄姊妹外，特此函請查照，並希共同補償，以示平允。此致

某某弟兄姊妹

某某手啓 年 月 日

(附式五) 表示拋棄繼承權之書面

本年△月△日接奉先父<sup>母</sup>逝世之噩耗，因職務（或時局）關係，不克匍匐奔喪，此種遺恨，實屬百身莫贖。關於遺產繼承，雖已早經開始，但噩耗傳來，迄今尙未逾兩月。茲願將本人應承受之遺產，表示拋棄，除向法院具狀聲請外，即希查照。並煩轉達各弟兄姊妹，是爲至盼！此致

某某鄉某姓親屬會議

某某弟兄姊妹

某某敬啓 年 月 日

(附式六) 遺產管理人要求報酬之請求書

逕啓者：前經貴會議指定△△爲某某君遺產管理人，遵即開始擔任職務，所有遺產清冊之編製，法院公示催告之聲請，各關係人之通知，以及保存遺產所必要之處置，均經分別

辦理。惟△△爲辦理上項事務，所費精神時間不少，擬請酌定相當報酬，俾維生計，無任感荷！此致

某姓親屬會議

某某謹啓 年 月 日

(附註) 如係法院指定之遺產管理人，應依普通聲請書之程式向法院聲請。

### (附式七) 債權人(或受遺贈人)要求報告遺產狀況之請求書

逕啓者：關於某某君之遺產，業經法院(或某姓親屬會議)選定 執事爲遺產管理人，自開始擔任職務以來，迄已數月，其遺產處理之經過及狀況，尙望隨時報告，或加以說明，俾明真相，至所盼荷！此致

某某君遺產管理人

某某敬啓 年 月 日

(附註) 如請求法院公示催告，應依普通聲請書之程式。

### (附式八) 自書遺囑

余置有中華門五貴里四號五開間樓房一幢，川康銀行存款××圓，現因年事過高，妻又雙目失明，除經招領養子女各一人外，並無其他親屬，所有財產應按照左列辦法分配。

(1) 原置房屋一幢，仍由余妻暨養子女等三人繼續居住，共同所有。

(2) 川康銀行存款××圓，余妻應獨得××圓，養子女各得××圓。

上項分配辦法，業經委託高之江律師代為執行，是所至囑。

中華民國 年 月 日

立遺囑人某某(親自簽名)

(附註) 本遺囑共增減幾字，塗改幾字，在某行中增幾字或減幾字，在某行中塗幾字或改幾字。某某(亦應親自簽名)

### (附式九) 公證遺囑

余早喪父母，家中一無所有，惟出嫁之姊是賴，稍長，即從姊婿經商，奔走滬廣南洋，平時不辭勞苦，省吃儉用，於中年成婚後，將所有積蓄，隨時在滬杭一帶陸續購買房屋田產，並置備衣服器具，書籍字畫，旋將所生子女五人，養子女二人，次第扶養長成，婚嫁事務，均已辦竣，現余年已老，體力大衰，凡我子女，仍應克勤克儉，以繼余志！

余置各產中，除由南洋購得之鑽戒一枚，及由上海購得之唐伯虎畫一幅，分別贈與吾姊所生之子女二人，各人一件外，其餘財物中，再將一部分之文學書籍，捐助浙江省立圖書館，中央銀行存款××圓，捐助某某學校作為基金，及我原住坐落杭州西湖淨慈寺旁之住宅一所，給與吾妻某某繼續居住，所有新市場迎紫路之市樓房十二幢，仁和路住宅屋三所，上

海四川路橋之房屋五幢，海寧路之某某商店連房屋，四川北路之某某百貨行連房屋，以及坐落杭州艮山門外之稻田八十畝，紹興柯橋鎮之稻田一百畝，暨各商店之生財貨物資本，及住宅所有之用具書籍字畫，中央銀行保險庫所存之金飾古玩，無論良莠盈虧，均應由吾妻及子女五人，養子女二人，依法承受。如在開始繼承之時，各繼承人及受贈人中有遠在他處，未能及時趕回而承受財產者，應由內弟某某暫為管理財產，並將來實行本遺囑內容，亦應由其執行，以盡財產管理人及遺囑執行人之責任。而子女養子女七人中因婚姻及營業所需之費用均不必於實行財產分割時扣除，此囑。

中華民國 年 月 日

立遺囑人 某某

見證人 某某

某某

公證人 某某

(名簽自親人各須均)

(其有添註塗改及不能簽名原因，均應分別註明並簽名)

(附式十) 密封遺囑

余妻早亡，有子女四人，長子△△嗜吸鴉片，不務正業，次子△△正肄讀某某大學，長

女××已適胡姓，家境尚佳，次女××尚未出嫁，茲將余存放某某公司運用之資金××圓，勻分爲六股，長子長女各得一股，次子次女各得兩股，至余原住坐落南京山西路住宅一所，給予次子次女繼續居住，此囑。

立遺囑人某 某 親自簽名

(附式十一) 代筆遺囑

本人疾病纏綿，藥石罔效，近來益覺體力不支，恐難久延人世，關於遺產，在上海西康路有房屋三幢，南京八卦洲有沙田六十畝，桑園竹林計有六處，此項遺產除由八卦洲桑園竹林內提出三處給予妾張素雲外，餘房屋三幢，沙田六十畝，及桑園竹林三處，由妻王淑貞，長子澤國，次子澤民，自行平均分配。茲特邀請余文惠、李厚仁、胡大宗三先生見證，并請胡大宗先生代筆記錄，此囑

中華民國 年 月 日

立遺囑人 吳文剛

見證人 余文惠

見證人 李厚仁

並見代筆人 胡大宗

(各應親自簽名，如有不能簽者，應按指紋)

(附式十二) 口授遺囑

近來傷勢益劇，恐無生望，所有余故鄉房屋田地及央行存款等全部資產，一律按照四股均分，吾妻應獨得兩股，長子國樑及次女淑華各得一股，並託內弟王子清為遺囑執行人，妥為處理一切，此囑。

中華民國 年 月 日

見證人 某某

某某

(均須親自簽名，祇記明見證即可，不必記明代筆。)

(附式十三) 表示拋棄遺贈之書面

本年△月△日接奉 令尊(或某某先生)仙逝之訃告，曷勝悲悼，惟以交通關係，未能趨弔，抱歉萬分！除謹具菲儀若干，煩為購備燭箔，藉表微忱外，承 遺贈物品多件，實不敢拜領，用特備函聲明，即希 查照。並望 轉達賢昆仲(或各繼承人)為荷！此致  
某某先生(或某某君遺產管理人)

某某敬啟 年 月 日

(附式十四) 利害關係人請求改選遺囑執行人之請求書

逕啓者：前經 貴會議選定某某君爲 先父（或母或某某先生）之遺囑執行人（或由某某先生於遺囑中自行指定某某君爲遺囑執行人），自任職以來，對於處理事務，並無相當能力，（或不忠於職務，而侵占遺產）（或現患重病，不能執行職務）（或其精神狀態發生障礙，無法進行其任務），深恐長此以往，於△△之權利義務難免不無影響，用特函請貴會議迅予改選賢能，俾免意外損失，無任感荷！此致

某姓親屬會議

某某敬啓 年 月 日

(附註) 如係法院指定，應依普通聲請書之程式向法院聲請

(附式十五)

繳納遺產稅報告書

竊民△△△繼承被繼承人△△△遺產計總值

圓經奉

鈞局核定應納遺產稅

圓上項稅款業遵於

年 月 日向

銀行繳楚理合填具繳稅報告書連同

銀行

字第 號繳稅收據一紙一併

賚呈

鑒核准予發給繳納遺產稅證書實爲公便

謹呈

△△區直接稅局△△分局

附： 字第 號繳稅收據一紙

納稅義務人(簽名蓋章)

中 華 民 國 年 月 日

(完)

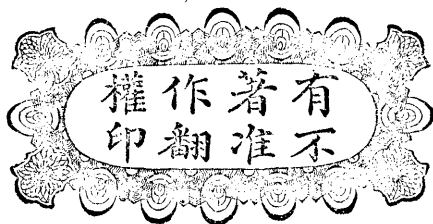


民國三十七年十月發行  
民國三十七年十月初版

家庭法律常識 (全一冊)

◎ 定價國幣四元五角

(郵運匯費另加)



編著者 高德明

發行人 李廣杰

印刷者 上海澳門路八九號  
中華書局永寧印刷廠

發行處 各埠中華書局

上海图书馆藏书



A541 212 0014 0967B

375-



(14150)