

法學叢書之一

# 民法繼承論

羅鼎重 著

戰後重刊

上海法學編譯社

會文堂新記書記局發行

書

論承繼

---

天

著 民重 鼎 羅

中華民國三十五年十一月(新)一版

民法繼承論

全書  
一册

著作人

羅鼎重  
上海法學編譯社

發行人

王秋泉  
上海河南中路三二五號

印刷所

會文堂新記書局  
上海河南中路三二五號

有著作權

總發行所

上海  
河南路  
中馬路  
三北首

會文堂新記書局

分發行所

北平  
琉璃廠

會文堂新記書局

# 民法繼承論目錄

## 緒論

## 本論

### 第一章 概論

#### 第一節 繼承之概念

#### 第二節 繼承之根據

### 第二章 遺產繼承人

#### 第一節 繼承人之範圍

#### 第一款 法定繼承人

## 目錄

一  
一  
一  
一六  
一  
一  
一  
一

第二款 指定繼承人·····	二八
第二節 繼承人之順序·····	三三
第三節 應繼分·····	三六
第一款 法定應繼分·····	三六
第二款 指定應繼分·····	四一
第四節 繼承權·····	四五
第一款 繼承權之意義·····	四五
第二款 繼承權之喪失·····	四七
第三款 繼承權之回復·····	五八
第五節 代位繼承·····	六二
第二章 遺產之繼承·····	六五
第一節 繼承之效力·····	六五

第一款	繼承之開始	六五
第二款	繼承之標的	六七
第三款	繼承之費用	七〇
第四款	繼承之共同	七二
第五款	遺產之酌給	七六
第二節	限定之繼承	七九
第一款	概說	七九
第二款	單純承認	八三
第三款	限定承認	八八
第一項	限定承認之性質	八八
第二項	限定承認之方式	九二
第三項	遺產之管理	九六

民法繼承論

四

第四項 遺產之請算·····	九七
第一目 對被繼承人之債權人及受遺贈人之公告·····	九七
第二目 清償債務交付遺贈之時期·····	九九
第三目 清償債務交付遺贈之順序·····	一〇一
第四目 繼承人之賠償責任及受害人之求償權·····	一〇八
第三節 遺產之分割·····	一一〇
第一款 概說·····	一一〇
第二款 分割之時期·····	一一一
第三款 分割之方法·····	一一七
第四款 分割之效力·····	一二一
第五款 繼承人相互間之擔保責任·····	一二二
第六款 分割之計算·····	一二三

第一項	對被繼承人負有債務之扣還	一三二
第二項	從被繼承人受有贈與之扣除	一三四
第四節	繼承之拋棄	一四二
第五節	無人承認之繼承	一五〇
第一款	概說	一五〇
第二款	繼承人之搜索	一五二
第三款	遺產之管理及清算	一五四
第四款	遺產之歸屬	一六四
第四章	遺囑	一六六
第一節	遺囑之概念	一六六
第二節	通則	一七〇
第一款	遺囑能力	一七〇



第二款	遺囑對於遺產之處分	一七四
第三款	受遺贈能力	一七六
第三節	方式	一七九
第一款	概說	一七九
第二款	普通方式	一八一
第一項	自書遺囑	一八一
第二項	公證遺囑	一八五
第三項	密封遺囑	一八九
第四項	代筆遺囑	一九三
第三款	特別方式	一九五
第四款	見證人之資格	二〇〇
第四節	效力	二〇一

第一款	遺囑發生效力之時期	二〇二
第二款	遺贈之失效與無效	二〇七
第一項	遺贈之失效	二〇七
第二項	遺贈之無效	二一〇
第三款	遺贈之標的	二一二
第一項	遺贈標的之變更	二一二
第二項	遺贈標的之返還	二一四
第四款	附有義務之遺贈	二一五
第五款	遺贈之承認及拋棄	二一八
第一項	拋棄遺贈之時期及效力	二一八
第二項	承贈遺贈之催告	二二一
第三項	拋棄遺贈之效果	二二二

第五節 執行	二二四
第一款 遺囑之提示及開視	二二四
第二款 遺囑執行人之指定	二二七
第三款 遺囑執行人之性質及資格	二三二
第一項 遺囑執行人之性質	二三二
第二項 遺囑執行人之資格	二三四
第四款 遺囑執行人之職務	二三四
第五款 遺囑執行人之解職	二三九
第六節 撤銷	二四一
第一款 概說	二四一
第二款 遺囑撤銷之方法	二四四
第三款 遺囑撤銷之效力	二四八

第七節 特留分	二五一
第一款 概說	二五一
第二款 特留分之比例	二五六
第三款 特留分之計算	二六〇
第四款 遺贈之扣減	二六五
第五款 扣減之效力	二七一
附錄	二七五
民法繼承編施行法	二七五

# 民法繼承論

羅 鼎 著

## 緒 論

繼承法性質上，屬於一種廣義的人事法。我民法列爲第五編。就繼承與遺囑之二者詳加規定焉。考繼承制度，各國不一其揆。類多注重於其特殊之國情與固有之習慣。有於財產繼承之外，並承認身分權繼承之制者。如日本有所謂『家督相續』者是。有不承認特留分之制，而許被繼承人得以遺囑處分其遺產之全部者，如英美等國是。有僅限於一定金額以內，許配偶及直系血親卑親屬得爲繼承者，如蘇俄以一萬金盧布爲限度許爲法定繼承或依遺囑之繼承是。故關於民法債編之規定，各國類皆大同小異，有逐漸趨於統一之傾向。而後之立法者大都博採他國之精華以爲己有。卽以推翻舊制不顧一切，著聞於世之蘇俄立法，而其債務法之規定仍多採自德國，可見一斑。而繼承法規則不能與此相提並論，因彼此社會組織，倫理觀念，

經濟政策，民族心理等等之攸殊，勢難舍己以從人，贅外觀之美麗而忽視現實之需要。其必有特殊之點未容強爲從同者蓋以此耳。

我國舊有宗祧繼承之制。沿襲甚久。其對於一般社會似仍具有根深蒂固之勢力。觀於舊大理院刊行之判例要旨匯覽，自民國三年以迄民國七年，在此五年間，關於宗祧繼承之著爲判例者已達一百四十餘事。此類訴訟案件之爲數非微，從可想見。吾人對於此制之不無弊害，固與一般唱立法改革者同其見解。而究不能否認其爲社會上現實存在之制度。據中央政治會議之見解，則以爲宗祧繼承，在繼承法中無庸規定。『其理由有三：一、宗祧之制詳於周禮。爲封建時代之遺物。有所謂大宗小宗之別。大宗之廟百世不遷者謂之宗。小宗之廟五世則遷者謂之祧。此宗祧二字之本義也。宗廟之祭，大宗主之。世守其職不可以無後。故小宗可絕而大宗不可絕。此立後制度之所從來也。自封建廢而宗法亡，社會之組織以家爲本位。而不以宗爲本位，祖先之祭祀家各主之不統於一。其有合族而祭者則族長主之，非必宗子也。宗子主祭之制不廢而廢。大宗小宗之名，已無所附麗。而爲大宗立後之說久成虛語。此就制度

上宗祧繼承無繼續存在之理由一也。舊例不問長房次房均應立後。今之所謂長房固不必盡屬大宗，遑論次房？且同父周親復有兼祧之例。因之長房之子在事實上亦有兼爲次房之後者。與古人小宗可絕之義遠失已甚。徒襲其名而無其實。此就名義上，宗祧繼承無繼續存在之理由二也。宗祧重在祭祀。故立後者惟限於男子。而女子無立後之權。爲人後者亦限於男子。而女子亦無爲後之權。重男輕女，於此可見。顯與現代潮流不能相容。此就男女平等上，宗祧繼承無繼續存在之理由三也。至於選立嗣子，原屬當事人之自由，亦無庸加以禁止。要當不分男女均得選立及被選立耳。』云云，宗祧繼承之制，經二千餘年間之演進轉變，已全失其原來之面目。誠如上引理由（一）（二）所云。而得承繼宗祧者以男子爲限。顯背男女平等之原則亦無置辯之餘地，惟國人以無後爲不孝，已成牢不可破之思想。而孝稱百行之先，舊有之倫理觀念幾完全以孝爲其本源。此種倫理觀念是否具有普遍之妥當性？是否違背現代之潮流？自屬另一問題。而其深入民間由來甚久則爲不容否認之事實。今遽易絃而更張，不認無子立後之制，與一般民衆心理是否相合？且在現時，農民占國民之最大多數。此輩農民類皆

父子兄弟通力合作，以維持其僅有之遺產。我民法既爲杜絕糾紛起見，不認對於遺產有特別貢獻之人有要求報償之權。（見中央政治會議繼承法先決各點審查意見書第七點）則在被繼承人關於遺產處分別無遺囑之時，其子女不問對於遺產曾否有所貢獻，不問在室與否，其所得之數額完全均等。不忍遠離父母，自願招贅夫婿以便晨昏侍養者，與離家遠適，累歲不一歸甯之若姊或妹，對於遺產所得主張之權利，無所軒輊。揆諸情理，甯得謂爲公平？而此項遺產概以不動產如田土房屋等項爲主。分割過微，大足減損其利用上之效能。在諸子間，採絕對均分主義，從國民經濟之見地言之，是否得策？已屬疑問。今更增進其分割之程度，並已未出嫁之女子亦參預於遺產之平均分配。產愈析而愈微，利用上之效能，能否不隨之而愈減？而彼既已出嫁之女子，能否因在母家分得薄田數畝茅屋數椽，遽舍其夫君與子女而歸耕故里，以充分利用其所分得之財產？故於不背男女平等之原則下，承認宗祧繼承之制，藉以緩和遺產絕對均分制度之弊害，似亦不失爲一策之宜者。中央政治會議毅然決然廢止宗祧繼承，吾人固甚佩其勇。至其實際上之利害得失如何，猶有待於將來事實上之證明也。不過如上



引意見書所云『選立嗣子原屬當事人之自由，亦無庸加以禁止。』而民法第一千一百四十三條規定『無直系血親卑親屬者得以遺囑就其財產之全部或一部指定繼承人。但以不違反關於特留分之規定爲限。』而在親屬編中，復有關於收養子女之規定，承認養子制度。則無子立後，如係出於被繼承人本人之意志。原爲民法之所認許。亦惟出於被繼承人本人之意志。無子立後之制度始有予以承認之必要。在此限度以內，至少，國民心理上對於廢止宗祧繼承之阻力可以大形減少。此吾人所應予以承認者也。

遺囑者以於死後發生效力爲目的，就一定事項所爲之要式的意思表示也。遺囑之爲要式行爲，在民法第一千一百八十九條規定甚明。亦爲各國立法例之所大體從同。自有其強固之立法理由。然我中華民族，關於遺囑制度之利用，似尙乏充分之認識。恆有於臨終之際，始就其身後諸事之處置，吐露其真意於子女或其他近親者。此時若求其合乎法定之遺囑方式，將因事實上種種之關係，例如除民法第一千一百九十八條第三款及第四款所定之人外，無其他人證之在場而陷於不可能。若即因其不合法定方式，遂否認其遺囑之存在，又殊背死者之本意

。而在大多數純樸之家庭，對於父母此種遺命恆奉行維謹，不敢稍有違背。此蓋吾國淳風美俗之一端。爲適合吾國特殊之國情計，對於此種善良習慣予以承認，未始非策之得者。舊大理院判例認遺囑之作成不須一定之方式。而謂其「以言詞或書面皆無不可。但無論用何種方式，必其內容出於遺囑人之真意。是爲遺囑有效之要件」云云。「四年上字第八二七號判例」不能謂爲無特殊之見地也。遺囑之內容，卽其意思表示中所包含之事項，不以繼承人之指定，遺產分割方法之指定，遺產分割之禁止等，關於繼承之事項爲限。如監護人之指定，非婚生子女之認領「親屬編中雖無明文規定得以遺囑爲認領，然解釋上非採積極說，恐於事實上諸多不便。」等，凡屬得以一方的意思表示而爲之者，均得爲遺囑之內容。故嚴格的言之，殊難認遺囑應屬於繼承法範圍之內。然遺囑通常以與繼承有關者占大多數。而其關繫人之死後處分，頗多類似繼承之點。且以遺囑處分遺產，不得侵害繼承人之特留分權。則遺贈與繼承尤多互相關連之處。我民法將關於遺囑之規定，置於繼承編之末章，蓋亦以此故也。及繼承制度之嬗遞演進，與社會組織之變動推移，有至爲密切之關係。故身分權繼承之制恆

先於財產繼承制而確立。繼則兩者相輔而成。終則財產繼承制巍然獨存。且進而對於斯制之弊害，謀所以緩和節制之方矣。

蓋在古代之社會，概以一族或一家爲其組織之單位。因血統上之連繫，構成一堅固之團體。而於族長或家長統制之下，共營其生活。此時族長或家長之權力，至爲強大。對外代表其全族或全家，處理各項事務，締結各種契約，對內則統率其一族或一家爲各種之活動，並管理其所有財產之全部。故一族或一家之權力與財產，皆集中於此族長或家長之一身。族長或家長之身分爲各種權利之所歸宿。財產權不過伴隨於其身分之一種附屬品已耳。至於族人或家屬個人之權利則尙未爲一般之所承認。故族長或家長設因死亡或其他原因而喪失其身分者固有繼承之必要。餘人之死亡，僅減少其族中或家中之一員，不及影響於身分權或財產權之消長。繼承問題自不因而發生。故斯時之繼承以族長或家長之身分權爲其惟一之標的。財產權隨之俱爲移轉，不過其一種附隨之結果已耳。吾國之宗祧繼承，其起源或亦如此。宗祧繼承最初之方式，不外有子立嫡與無子立後已耳。立嫡之法，稍涉複雜。概言之，有子

皆嫡，則立嫡以長。有嫡有庶，則立子以貴。有子皆庶，則卜所以爲後。有嫡已死，則有主立弟者，卽質家親親先立弟之說是也。有主立孫者，卽文家尊尊先立孫之說是也。至無子立後，所後者須爲大宗。而爲人後者則爲支子。卽儀禮喪服傳所謂『爲人後者孰後？後大宗也。曷爲後大宗？……大宗者，尊之後也。大宗者，收族者也。不可以絕。故族人以支子後大宗。』立後者以大宗爲限。大宗負有收族之責，自當享有特殊之權力。非此無以履行其義務也。詩曰『君之宗之。』君與宗並列。則其任務之重要可知。宗祧繼承係以身分權之繼承爲主可見一斑。而迄於清代，其律例猶有『祖父母父母在者，子孫不許分財異居。』及『凡同居卑幼，不由尊長，私擅用本家財物者處罰。』之規定，則最初財產權之集中於家長，亦難想像之矣。

族長或家長專制之權力，隨時代之進展，逐漸衰減。勢不得不對於族人或家屬之人格漸予以承認。其有建立功助受政府之賞賜，或戰時鹵獲之所得，或經營工商業依自己個人之勞力取得財產者，認爲其個人之特有財產，許其自由管理自由處分，無須聽命於族長或家長也。此

等特有財產之所有人一朝死亡，繼承問題不得不隨之而起矣。此於身分權繼承之外財產繼承之制之所由起也。迨人文愈益發達，血緣關係不復爲人類團體生活惟一之基礎。而大規模工商業發展之結果，人之離鄉別井出而謀生者日益加衆。家族生活遂漸失其重要性。馴至人人皆以獨立，自營生計爲本則，自得各自享有財產。斯爲個人主義之時期。以族長或家長爲其中心之血緣的結合於以崩潰。僅未達成年不能獨立自營生計者尙受父母或其他監護人之保護。至此，家長權僅以親權之方式保持其餘命，社會組織之單位，爲個人而非家族。在此個人主義的制度之下，自分權繼承之制自無復存在之餘地，僅餘財產繼承之問題已耳。此實社會進化之趨勢所必然的發生之結果也。

資本主義的生產發達之極致，釀成資本集中之現象。貧富之懸隔愈益顯著。貧者無立錐之地。雖終歲勤勞，而衣食不能自贍者，比比皆是也。富者則不僅田連阡陌，而且邸宅如雲，徧於國中。甚至舉國之經濟資源操於三四豪強之手，國人皆仰其鼻息。此輩衣租食稅，席厚履豐，雖迄於數十百代後之子孫，猶可坐享其成，錦衣玉食以度其豪奢之生活也。此種因財產

繼承而發生不平等之現象，殊失事理之平。社會主義者聖西蒙 St. Simon 之言曰，『繼承，於其出發點，即反於社會之利益。自嚴格的正義言之，實不應採用。夫勤勞之人，較之怠惰之人，固應多所取得。然此乃因各人狀況所生之不平等，於理尚無不合。反之，由繼承而生之不平等，則於理於情均不可恕。』又華地 Guado 之言曰『遺產繼承，吾人期在必廢。何則，蓋凡人對於其所生產之物，應於其生存中處分之。一朝死亡，則應將其勤勞之結果返還於其同體。易詞言之，即因生存所需之物，只能於生存中取得。及其既死，則無此必要，應以之返還於一般之社會。』其言實含有一面之真理。以故近代各國對於遺產之繼承，類皆適用累進稅率，重徵其稅。如英，法，德，意，西班牙，葡萄牙，荷蘭，比利時，奧大利，匈牙利，丹麥，瑞典，那威，日本及美國各邦，皆其例也。蓋求所以緩和或救濟斯制之弊害也。而蘇俄曾以明文規定，限於一萬金盧布之範圍內，許為法定繼承或依遺囑之繼承。前已言之。

# 本論

## 第一章 概說

### 第一節 繼承之概念

繼承 Succession 者謂在有一定親屬關係者之間，因一方之死亡而他方承襲其法律上之地位也。析言之如左。

第一、繼承因被繼承人死亡而開始。故在西歐，有『無論何人不得爲生存者之繼承人。』  
Nemo est Heres Viventis 之格言。此在採取個人主義，僅認財產繼承制之國家，蓋爲當然之結論。若在現尚採取家族主義之國家，則其繼承法上之所謂繼承，既以身分權之繼承爲主要目的。除以被繼承人之死亡爲繼承開始之原因外，舉凡前家長喪失家長權之事由，如

隱居，喪失國籍等，皆為繼承開始之原因。自不待言。

第二、繼承人與被繼承人間以有一定親屬關係為原則。於通常之情形，得為遺產繼承人者，依民法第一千一百三十八條之規定，除被繼承人之配偶外，以其直系血親卑親屬，父母，兄弟姊妹或祖父母為限。限於被繼承人無直系血親卑親屬時，始得以遺囑就其財產之全部或一部指定繼承人。（民法第一千一百四十三條）此項指定繼承人，法律上並未就其範圍，為何等之限制，則被繼承人儘可自由指定。縱被指定者與其原無任何親屬關係，亦自無妨。然依民法第一千零七十一條之規定，此項指定繼承人與被繼承人之關係，除法律別有規定外，與婚生子女同。即與民法第一千零七十七條所定養子女與養父母之關係完全一致。養子女與養父母，雖本無血統聯絡之關係。然因法律上之擬制，可視為與血統上之血親有同一之地位，即無妨稱之為準血親。準此以觀，則此與養子女在法律上有同一地位之指定繼承人，亦似無妨認為被繼承人之準血親。而此許被繼承人以遺囑指定繼承人之制度，似與許其生前收養子女出於同一用意。立法者蓋欲以此二者代替舊有之立嗣制度，而矯正其弊害耳。



依清律，則爲嗣子者須與嗣父同宗而輩分相當。其第一順位爲同父周親。無同父周親，或雖有同父周親而無可以出繼之人，以次及於大功，再次爲小功，又其次爲總麻。大功，小功，總麻均無可繼之人，則遞推至於遠房。遠房無人可繼，則遞推至於同姓。其置重於男系方面血統關係之親疏，至爲明顯。此種過度之限制，衡以今日之社會通念，固覺其不合。然在其立制之初未始非基於被繼承人意思之推定。蓋親其兄之子遠過於親其隣之赤子，爲人之恆情。則被繼承人之指定，先儘最切近之親屬，由親而疏，或其常態歟。

第三、學者認繼承爲『權利義務之包括的移轉』者蓋居多數。所謂『包括的權利義務』*Unitas iuris*者，乃以一定時期屬於某一人格者之權利義務作爲整個的而觀察之也。權利義務之包括的移轉，初不限於繼承，即在營業讓渡或公司合併時，亦可以發生。以包括的權利義務爲繼承之標的，始自羅馬法。羅馬法認此爲一種『無形之物』。權利之分量較義務之分量爲多者，稱爲『利益的繼承物』*Hereditas Luorativa*。反之，若義務之分量較權利之分量爲多者。稱爲『損失的繼承物』*Hereditas Damnosa*。奧國民法繼受其思想，而認繼

承權爲一種物權焉。『無形物權主義』爲近代法律思想所不取。故現代各國之立法概採『包括繼承主義』*Universal Succession*。惟德意志固有法以爲多數之權利義務不能因同屬於一人之偶然的事實而遂認爲一體，繼承財產不過各個財產之集合繼承者不外將此各個之權利義務同時移轉之耳。斯爲『個別繼承主義』*Singularsuccession*。今日之英美法從之。此二主義雖異其觀察點，而結果則殆近似。自現代的純法律的觀念言之。或以個別繼承主義較合於論理。然包括繼承主義實適合於繼承制度之精神，而其認繼承人對於被繼承人債務之責任以保護債權人之利益，似亦較爲明確。此其優點也。更進一步言之，則在觀念上認繼承爲承襲被繼承人法律上之地位，無甯較一般所採之『權利義務包括移轉』說，更爲妥當。承襲他人法律上之地位，在通常債之關係中亦不乏其例。如民法第四百二十五條規定：出租人於租賃物交付後，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約對於受讓人仍繼續存在。此時即不外由受讓人承襲出租人法律上之地位。而在被繼承人爲人所殺即時死亡之場合，繼承人對於其先人生命權所受之侵害能否請求損害賠償？若偏重形式上之論理，則因被殺

者即時死亡，就其本人言之，時間上無發生損害賠償請求權之餘裕。即不得不謂爲繼承人無從爲權利之繼受。其結論之不合，至爲明顯。說者乃謂縱云卽死，而在其受傷與死亡之間總有若干秒間之間隔。故無妨認損害賠償請求權歸屬於被殺者後再移轉於其繼承人云。此其說明頗涉牽強。設認繼承人係承襲被繼承人法律上之地位，則此原應就被繼承人發生之損害賠償請求權可原始的就繼承人而發生。於說明此種現象當更形便利矣。又就占有權之繼承言之，如採權利移轉說，則在被繼承人與繼承人住所不同之時，而謂繼承人於繼承開始之際已具備占有權取得所必要之『心素』及『體素』，殊嫌牽強。然設認爲繼承人係承襲被繼承人法律上之地位，則在別無占有權消滅之事由時，被繼承人原有之占有權自應歸屬於繼承人而繼續存在。誠然，法律上地位承襲之結果，斯有權利義務之包括的移轉；然並不以原有權利義務之包括的移轉爲限。有時原應歸屬於被繼承人而事實上從未歸屬之權利義務就繼承人而從新發生，亦屬事之可能者也。

## 第二節 繼承之根據

關於繼承制度存在之理由，從來學者頗多爭論。十八世紀自然法學派之學者，以權利依其主體而存在，主體消滅，斯權利不得不隨而消滅；而否認當然之繼承權者蓋居多數。然他方從尊重個人意思自由之見地，承認得以遺囑將遺產傳於其子或子以外之人者有之，主張個人之意思不能支配死後之事者亦有之。而在自然法學派影響之下所制定之法國民法及其他各國之立法，概以『依遺囑之繼承』為繼承之常軌。惟被繼承人未以遺囑決定以何人繼承而遂死亡者，即在所謂『無遺囑繼承』*Intestate Succession*之場合，始補充的以法律規定繼承人焉。即在此等法制之下，法定繼承，不外推定被繼承人之意思而補充之耳。又如上所述，繼承制度大受社會主義者，共產主義者之攻擊反對。蓋以不勞而獲，莫甚於此，而資本集中之弊害之釀成，此亦為其重要原因之一也。又有以其足為廢止私有財產制之先聲而主張廢止繼承制度者。蘇俄曾於一九一八年四月頒『廢止繼承制度令』，定為法定繼承及『依遺囑之繼承』，

一律廢止，死者之財產全歸屬於國庫。更於一九一八年九月公布之親屬法，重申其旨，其第一百六十條曰：子對於其父母之財產無任何之權利。蓋以私有財產制度之廢止須以漸推行，故第一步先以國家爲各人之遺產繼承人，使私產得漸變爲公產。然依上述之兩種法令，如遺族中有需要扶養者須將各該遺產分別保管，其遺族之扶養費用即從該遺產中支取。則就爲額無多之遺產言之，管理上頗嫌繁瑣而不合於經濟之原則。故遺產之價額在一萬金盧布以下者仍由各該遺族直接管理。蘇俄此項廢止繼承制度之政策，未免收預期之效果。故於一九二二年五月所頒之『基本財產令』，宣布以價額一萬金盧布爲限度，承認財產繼承之制。更於同年十月頒布之民法就繼承制度有所規定焉。

繼承制度之不容廢止，徵諸蘇俄之廢止未久而復活，從可知矣。而使一切繼承皆決定於遺囑，不惟爲事實所不許，尤不合於事理。故法定繼承之規定不容或缺。惟是法定繼承之根據何在？則學說紛紜殊不一致。舉其重要者言之，約有四說。

第一、先占說 此說欲以無主物先占之法理說明繼承之根據。謂一切權利義務悉隨主體之

消滅而消滅。故財產亦因其權利主體即所有人之死亡而成爲無主之物。對於無主之物，無論何人，得以先占而取得其所有權。而遺產爲無主之物，得爲先占之標的。其最先取得者，斯取得其權利。死者最切親之親屬實居於應最先取得此項無主物之地位。各國法律令死者之親屬繼承遺產以此故耳。

第二、遺志說 此說以被繼承人之遺志爲繼承之根據。謂凡財產之所有人有將其自由處分之權。此不獨於其生前有之，即在死後亦復相同。繼承者不外被繼承人使繼承人於其死後取得其財產。故被繼承人曾以遺囑明白表示其意思者固應從其意思。若並無明白之表示，則應推測其意思。務求適合於其真正之願望。各國法制斟酌與被繼承人親屬關係之親疏或情愛之厚薄以定繼承之順序，使被繼承人最切近最親愛之親屬爲繼承人者，不外尊重被繼承人之意思耳。

第三、共有說 此說以繼承爲基於共有權之行使。謂親屬相互間在生活上有同甘共苦之關係。權利義務之屬於共同或連帶者甚多。而就財產言之，應有共同之關係，此一人得後

於其他一人而享有其權利。繼承者蓋即基於此種關係而令親屬取得死者之財產也。

第四、公益說 此說以繼承制度之確立爲基於公益上之必要。謂設因人之死亡而其遺產成爲無主之物，得爲先占之標的，使最先取得之者取得其權利，勢將到處釀成掠奪爭鬥之慘劇，弱者常爲強者之所壓制，重返於野蠻未開之狀態。如此而欲保持社會之安甯秩序，又烏可得？國家爲防遏此等弊害維持公共秩序之必要，爰設繼承之制，以法律使一定人取得死者之遺產，藉杜糾紛云。

以上各種說明雖各有見地，要皆係片面之真理。繼承制度之所由起，蓋基於人類種族保存之念。而其今後繼續存在之理由不外於滿足人類共同生活之心理的經濟的必要。人類之共同生活有橫的與縱的之二方面。與同時代之人相爲倚依以遂其生者，橫的共同生活也。由祖先以迄於子孫，統緒相傳垂諸久遠者，縱的共同生活也。繼承者此種縱的共同生活之重要的表現方式也。而況人類縱有範圍大小之別，要與其親屬共同生活，一家之中休戚與共，則繼承制度，在精神上亦有其重要之意義。質言之，繼承之主觀的根據不外親子之情愛，而認其爲一

種社會制度之客觀的根據則爲人類共同生活上之必要也。

繼承制度之存在既在滿足社會生活之必要。則爲社會生活上之必要而予以相當之限制亦屬事理之所當然。西歐諸國，於其繼承法規，曾採『親屬無限繼承主義』 *Unbeschränkte Verwandschaftsrecht*。即依親屬關係之親疏以定繼承之順序。如無更近之親屬時，縱屬素日不相往來者只須與被繼承人有血緣上之關連，亦有法定之繼承權。然與其使此等漠不相關之人因偶然之機會而獲取遺產。無甯使被繼承人住居地之地方自治團體或其所屬國家取得遺產所有權之爲愈。蓋以吾人財產之增殖得力於國家或社會之協助者至爲鉅大故也。此種限制私人繼承，擴充公家繼承權利之主張漸見採用於各國最近之立法，一九〇七年之瑞士民法（第四百五十七條至第四百六十六條）及自一九二六年一月一日施行之英國新繼承法 *The Administration of Estates Act, 1925* 均限定繼承人之範圍，以直系卑親屬，配偶，直系尊親屬，兄弟姊妹及其子孫，伯叔父及其子孫爲限。一九二二年之蘇俄民法則更進一步僅認配偶及直系卑親屬有繼承權。我民法第一千一百三十八條對於繼承人之範圍亦示有限制之意。至繼承稅之設在目的亦在限制繼承



，前已略言之矣。

## 第二章 遺產繼承人

### 第一節 繼承人之範圍

#### 第一款 法定繼承人

舊律遺產繼承以宗祧繼承爲前提。限於直系血親卑親屬之男子始有繼承遺產之權。但無子者得擇立嗣子以繼承其遺產。至親女，須係戶絕財產無同宗應繼之人方得承受，乞養異姓義子收養三歲以下遺棄小兒及相爲依倚之女婿僅得酌量分給財產耳。第一次民法草案大體沿襲之，而以直系血親卑親屬及嗣子爲遺產繼承人，配偶，直系尊親屬，親兄弟，家長及親女爲法定遺產承受人。乞養義子，收養三歲以下遺棄小兒及贅婿爲酌定遺產承受人。第二次草案從

之。第三次草案則打破遺產繼承以宗祧繼承爲前提之因襲，而以配偶，直系卑親屬，父母，兄弟姊妹，祖父母同爲遺產繼承人。現行民法從之。

各國法律，關於法定繼承人之範圍，廣狹不一。其範圍最廣者有如德國，以卑親屬，父母及其卑親屬，祖父母及其卑親屬，曾祖父母及其卑親屬，依次而至遠祖父母及其卑親屬與配偶爲法定繼承人。次則巴西，亦遠及於六親等內之旁系親屬。至範圍最狹者當推蘇俄。僅以直系卑親屬及配偶爲法定繼承人。介乎其間者爲英，法，瑞士，日本等國。

中央政治會議關於法定繼承人範圍之決定曰：『法定繼承人，除配偶外依左列順序定之：一、直系卑親屬，二、父母，三、兄弟姊妹，四、祖父母。』（繼承法先決各點審查意見書第三點第二，）此項原則表現於民法第一千一百三十八條。其特點有二。不問享有遺產繼承之權利者爲死者之卑親，尊親或輩分相同之親屬，均稱爲繼承人。廢止遺產繼承人與遺產承受人之區別。其一也。貫徹男女平等之主張。不惟夫妻互有繼承遺產之權。卽姊妹不問在室與否，亦得與兄弟以同一之順序與於遺產之繼承。而直系血親卑親屬，不問性別，其所享受之

權利完全均等，更無待言。

### 一 配偶

配偶應有相互繼承遺產之權，為中央政治會議決定之原則。其關於此點之說明曰：「我國舊律，妻對於夫，無繼承遺產之權。所謂無子守志得承夫分者，不過暫行管理而已。而夫對於妻，雖無明文規定，然習慣上妻之財產與夫之財產不分，妻亡之後其遺產即為夫之所有。前北京大理院判例且明認妻亡無子者夫得繼承遺產矣。此關於夫權制度，不合於現代思想者一也。我國舊例，惟繼承宗祧者始得繼承遺產，二者不能分離。故配偶無繼承遺產之權。由今觀之，宗祧繼承，為奉祀權之嗣續問題，遺產繼承為財產權之移轉問題，命意不同，無庸牽混。此關於宗祧繼承，不合於現代思想者二也。今就原則言，男女既屬平等，繼承遺產又不以繼承宗祧為前提，則以配偶間利害關係之深，自應認其有相互繼承遺產之權。」其立論之根據，與其謂為着重於實際生活上之需要，無寧偏重於原則之抽象的論理的演繹。夫死而妻守志撫孤，使其得繼承亡夫遺產之一部，固於情於理均甚允協。若在

日情感不篤，以致夫骨未寒而即置遺子於不顧，下堂求去者，殊無分給亡夫遺產供其奩資之必要。或謂以再婚與否爲妻有無繼承權之條件，將使繼承關係日久不能確定，是甚不可。然此非無救濟之方。或令妻對於亡夫之遺產僅享有用益權，而於再爲婚姻時中止其權利。或認妻無特留分權，僅於夫未以遺囑爲相反之意思表示時許其繼承遺產。似均無不可。至於妻死而遺有子女者，其遺產自以歸屬於其子女，爲最合於被繼承人之意思。尤無令夫繼承其一部分之必要。但若被繼承人無直系血親卑親屬時，則其情形大不相同。配偶之與民法第一千一百三十八條所定第二順序，第三順序或第四順序之繼承人同爲法定繼承人，洵屬事理之所當然。不過以給與完全之所有權，抑僅給與以用益權爲宜，則尙有商討之餘地也。

#### 一 直系血親卑親屬

直系血親卑親屬，即民法第九百六十七條所謂從己身所出之血親。凡與己身有血統關係者皆屬之。故男統之子孫遞傳與女統之子孫遞傳，均在直系血親卑親屬之範圍。此種繼承人

屬於第一順序，殆爲各國立法例之所從同。我民法亦從之。惟出爲他人之養子女者對於其本生父母及其他本生直系尊親屬之遺產有無繼承權？解釋上不無疑問。依民法第一千零八十三條之規定，則養子女於收養關係終止後始得回復其與本生父母之關係，且不得以此而影響於第三人所已取得之權利。似以認爲無繼承權合於民法全體之精神。但在他國之立法例，不無採取相反之見解者。如瑞士民法第二百六十八條規定：『養子對於收養人取得繼承權。但仍不失其對於本生父母之繼承權。』其一例也。次則此處所謂直系血親卑親屬者是否包括擬制上之血親而言？亦有疑問，如採積極說，則第一千一百四十二條第一項『養子女之繼承順序與婚生子女同』之規定，無何等之必要，且同條第二項但書，明言養父母無直系血親卑親屬爲繼承人云云，其不認養子女爲民法第一千一百三十八條所定之直系血親卑親屬，用語例上尤至爲明顯。故解釋上似以採消極說爲宜。擬制上之直系血親卑親屬，非法律上別有明文之規定，不得享有繼承權也。

### 三 父母祖父母

我國舊律，直系尊親屬無繼承遺產之權。前大理院判例謂：『死亡人之遺產無直系卑屬承受而有直系尊親者，應由直系尊親承受之。』（九年上半年第三四一號判例）亦云承受遺產，以示與繼承有別也。父母祖父母與其子孫，其情誼相等。子孫既可為父母祖父母之繼承人，則使父母祖父母得為子孫之繼承人，於情於理自無不合。故現行民法明定父母祖父母有繼承遺產之權。但在外國法律，有定為一切直系尊親屬，不問親等之遠近，均有繼承遺產權者，例如德國，法國及日本之民法是。有僅及於祖父母為止者，例如瑞士民法是。若如我民法所採立法上之方式，各該款所規定者僅為該直系尊親屬本身而不及於其人之卑親屬（德民法所採方式即與此不同，第二順位之繼承人為被繼承人之父母及其卑親屬，第三順位之繼承人為被繼承人之祖父母及其卑親屬，第四順位之繼承人為被繼承人之曾祖父母及其卑親屬，餘倣此。）則就實際上之適用言之，此二者之區別殆無足置重。惟從理論上言之，法定繼承人之範圍不宜過於擴張，曾祖父母以上之直系尊親屬，情已疏渺，不應令其有繼承遺產權也。至所謂父母，應指己身所從出之父母而言。故如舊制之嫡母，庶母，繼

母等與被繼承人並無血統上之關係，自不包含在內。又所謂祖父母者，母之父母包含在內。此由民法關於血親，純置重於血統上之關係，不認有宗親外親之別之一事可以推知之。

#### 四 兄弟姊妹

我國舊律及前大理院判決，均不認兄弟姊妹有互爲繼承之權利。現行民法則以兄弟姊妹雖屬旁系血親，然情誼之深無殊手足，故使其得互爲繼承人。外國法律亦有明定兄弟姊妹得互爲繼承人者，例如德國及法國之民法是。亦有不認其有遺產繼承權者，例如日本之民法是。茲之所謂兄弟姊妹者自以親兄弟姊妹爲限。如認爲堂兄弟姊妹及姑表兄弟姊妹等亦包括在內，則以親等之遠近言之，伯叔父與姑母舅父等，均爲三親等之旁系血親，猶無繼承遺產之權。而此親等較遠卽四親等之旁系血親反有繼承之權利，未免有失權衡。而就繼承之順序言之，則此等諸人不過出於同祖之親耳。同祖之親，孰愈於與其祖之親？而其繼承順序反在祖父母之前，寧得謂爲平允耶！至所謂半血緣之兄弟姊妹，是否包含在內？解釋上固不無疑問，似以採取消極說較合於事理。

## 第二款 指定繼承人

繼承人之指定者，被繼承人於無直系血親卑親屬時，以遺囑就其遺產之全部或一部，於不違反特留分範圍內指定其繼承人之行為也。指定繼承人之制，導源於羅馬。而各國多效之。且其範圍頗為廣泛。例如（一）不限於無法定繼承人時，（二）被指定者不限於一人，（三）不問其為親屬，非親屬，（四）對於財產之繼承，或為全部，或為一部，均無不可。蓋尊重死者之意思也。中央政治會議以此種制度足以救濟廢止立嗣制度之窮，故定為下列之原則曰：『繼承人分法定繼承人及指定繼承人兩種。於無直系卑親屬時，得就財產全部或若干分之幾指定繼承人。』（繼承法先決各點審查意見書第三點之「一」及「八」）現行民法第一千一百四十三條之規定，即係以此為其依據者也。

何人得為指定人？繼承人之指定，須以遺囑為之。則無遺囑能力者不得為繼承人之指定人，自為當然之解釋。至何人得為被指定人，民法上固未以明文為何等之限制。然依第一千零七



十一條之規定，被指定人與指定人之關係，原則上與婚生子女同。苟被指定之人原係被繼承人之親屬，當以輩分相當或較低者爲限耳。民法採取指定繼承人之制度，蓋爲尊重從來之慣習，對於擇立嗣子之制度，於相當之範圍內予以承認也。中央政治會議，於繼承法先決各點審查意見書第一點（宗祧繼承無庸規定）之說明有云：『至於選立嗣子，原屬當事人之自由。亦無庸加以禁止。要當不分男女，均得選立及被選立耳』云云。其對於此制予以相當承認，態度至爲鮮明。依據舊律之規定，立嗣須擇昭穆相當之人，卽以同宗或同姓之姪輩爲限。關於同宗或同姓之限制，不復爲現行民法所採取，無置疑之餘地。惟若爲同宗同姓，是否限於姪輩，若爲其他親屬，是否限於輩分相當之人？則關於民法第一千零七十一條之解釋，學者間之意見不盡相同。有謂該條所謂『與婚生子女同』，乃謂其權利義務之關係與婚生子女同，非身分與婚生子女同也。故不生輩分問題。被指定人縱屬父母，配偶或伯叔，亦無妨礙。有謂既云『與婚生子女同』則被指定之人，卽當視同婚生子女。故父母，配偶，伯叔或其他親屬之輩分不相當者當然不得爲被指定人。兩說均有相當之理由。鄙意子女對於父母之關

係，依民法之所規定，舉其重要者言之，不外繼承權之享有，扶養義務之履行或其權利之享受，以其姓爲姓，相互間及與其一定親屬之結婚之禁止，如爲未成年者，由父母爲其法定代理人，服從其懲戒權，及受其保護及教養之權利與義務耳。其最後一部分亦可統稱之曰受親權之支配。依民法第一千零八十九條之規定，親權，原則上，由父母共同行使，父母之一方不能行使者由他方行使之。則設被指定之人輩分較被繼承人爲高而尙未成年者，勢須受指定人配偶之親權之支配，不惟紊亂親屬關係之秩序，且於理論上亦不可通，而其不合國情，有乖民俗，更不待言。故被指定之人其輩分自不得不較被繼承人爲低。惟亦不必以輩分相當者爲限。何則，父母均不能行使親權者，得以祖父母爲監護人，行使親權人之權利，徵諸民法第一千零九十四條之規定而無庸置疑。則親權，在性質上，初不必限於父母自身，始得行使。而民法第一千一百四十三條不曰無子女者而曰無直系血親卑親屬者得指定繼承人。與舊律所云『無子者許令同宗昭穆相當之姪承繼。』兩相對照，用語顯有異同。則苟無礙於民法第一千零七十一條規定之適用，指定輩分不相當之親屬似爲法所不禁。而子女對於父母之關係

，除關於親權部分，上已約略說明外，其他如關於繼承，扶養之權利義務，結婚之禁止及姓氏等，固不問輩分之是否相當，均無礙於被指定人對指定人之關係上，適用其規定也。

繼承人之指定，須以遺囑爲之。則指定行爲自屬單獨行爲。不但無須得被指定人之同意，即被指定人不知指定之事實，或竟違反被指定人之意思而爲指定，亦屬有效。不過如上所述，被指定人對於指定人，依法律所定，發生與婚生子女相同之關係，對於被指定人之身分上財產上所及影響至爲鉅大，自應許其拋棄，民法於一千一百七十六條第二項，並有明文之規定。繼承人之指定，以無直系血親卑親屬爲限。以制之採用，既在補救立嗣制度之窮，則法律將設此種限制。原爲理所當然。其有無直系血親卑親屬應依遺囑發生效力時定之。蓋在遺囑發生效力時已有直系血親卑親屬，則指定繼承人之必要即不復存在，其指定行爲應歸於無效。依民法之規定，被繼承人固得就其財產之全部或一部，指定繼承人。但須不違反關於特留分之規定。蓋以特留分之制度係爲維持公益而設，自不許當事人以一己之行爲，變更或減縮其規定之效力。但如被繼承人違反特留分之規定而爲處分者，其處分非即因之而當然無效，惟

應得特留分之人，得按其不足之數請求扣減。蓋於此情形，法律既別無規定，條理上當以準用民法第一千二百二十五條之規定解決之爲宜故也。又茲所謂特留分，係專指被繼承人配偶之特留分而言，解釋上蓋無疑義。

學者對於我民法所採指定繼承人之制，間有加以非難者。其重要論點，以爲（一）遺囑指定繼承人，依民法第一千零七十一條，視爲婚生子女。係擇立嗣子之變相。不應於繼承法中規定。（二）如指定之繼承人係被繼承人同輩親友，何能視爲婚生子女？（三）親屬法中既有養子規定，無須再立贅條。所論頗有見地。吾人以爲指定繼承人之制度，原不必與養子制度，完全同其作用。則此二者在法律上之地位亦無強求其從同之必要。養子女須入於收養者之家，與其共營家族生活，故養子女與收養者即養父母之關係，非認其與婚生子女同，無以達其收養之目的。若指定繼承人，則其地位之取得完全基於被繼承人以遺囑所爲之一方的意思表示。故其指定之效力，待被繼承人之死亡而始發生。既不因之而與被繼承人生前發生任何關係。即在被繼承人死亡後，除關於遺產繼承已別有相當規定無準用其他條文之必要外，就其他各

點觀之，亦殊無視同婚生子女之必要。且指定繼承人之制，所着重者，不外尊重被繼承人之意思以定遺產之歸屬。故設被繼承人因曾相為倚倚或其他情事，於自己無直系血親卑親屬時就同輩或輩分較高之親屬中指定一人為其遺產全部或一部之繼承人，於情於理似均不應予以禁止。今因法律上視同婚生子女而使其指定在實際上為不可能，尤難謂為允當。要之，指定繼承人與被繼承人之關係，與養子女與養父母之關係迥不相同，殊難以此例彼。民法均規定為『除法律另有規定外與婚生子女同。』故解釋上頗感困難。則自立法上之見地言之，民法第一千零七十一條之規定應否予以相當修正或逕予刪除，似不無商討之餘地也。

## 第二節 繼承人之順序

### 第一 配偶之繼承順序

關於配偶之繼承順序，各國法律所規定者，可大別為二類。有以配偶列於一定之順序者，有無一定之順序而與任何一順序均得同時為繼承人者。日本民法屬於第一類，配偶居第二

順序。如有第一順序之直系卑親屬時，配偶毫無所得。如無直系卑親屬時，配偶可得遺產之一部。德國瑞士等國則屬於第二類。配偶之應繼分，因所與同為繼承者順序之先後，而多寡不同。中央政治會議立法原則明定配偶繼承不限於一定之順序。蓋從第二類之立法例者也。民法從之。

## 第二 其他繼承人之繼承順序

### 一 直系血親卑親屬

依民法規定，直系血親卑親屬為第一順序之繼承人。此之所謂直系血親卑親屬，包含女子在內，自不待言。又所謂直系血親卑親屬，不以婚生子女為限。非婚生子女而經生父認領或撫育或其生父與生母結婚者亦屬之。然直系血親卑親屬有親等相同者，有親等不同者。親等相同者，固得同為繼承人。親等不同者，我民法第一千一百三十九條則明定以其親等近者為先。故如被繼承人有子女時，應先由其子女繼承，必無子女。始由其孫子女及外孫子女繼承。其餘仿此。蓋子女之於父母為一等親，孫子女之於祖父母外孫子

女之於外祖父母均爲二等親，前者之親等較後者爲近故也。

## 二 父母

依民法規定，父母爲第二順序之繼承人。即父母必於無第一順序之直系血親卑親屬時始得爲遺產繼承人。此爲各國民法之所大體從同。不過規定方法不盡一致。有概括的置直系血親尊親屬之一款，而在親等不同者之間，則以親等近者爲先，即父母先於祖父母是。日本民法其一例也。有就親等不同之直系血親尊親屬連同其所屬卑親屬分別規定者。如以父母及其卑親屬爲第二順位，祖父母及其卑親屬爲第三順位是。德國瑞士等民法，即其例也。我民法蓋折衷於此二者之間者也。

## 三 兄弟姊妹

依民法規定，兄弟姊妹爲第三順序之繼承人。即兄弟姊妹必於無第一順序之直系血親卑親屬及第二順序之父母時始得爲遺產繼承人。兄弟姊妹爲旁系血親中之親等最近者。故各國民法大都承認其於一定順序有繼承遺產之權。有以兄弟姊妹置於第二順序者，例如

德國及瑞士民法是。有以兄弟姊妹置於第三順序者，例如法國民法是。惟日本民法則認祖父母及親等更遠之直系血親尊親屬有繼承遺產之權，而對於兄弟姊妹反付闕如。彼國學者多以為非是，故近有修正之議。我民法以兄弟姊妹次於父母之後。蓋以其親等較父母為遠，且就情誼言之，亦常較父母為疏遯故也。

#### 四 祖父母

依民法規定，祖父母為第四順序之繼承人。即祖父母必於無第一順序之直系血親卑親屬第二順序之父母及第三順序之兄弟姊妹時始得為遺產繼承人。此蓋為條理之所當然。何則，祖父母雖為被繼承人之直系血親尊親屬，通常寧不若兄弟姊妹關係之親切故也。

### 第三節 應繼分

#### 第一款 法定應繼分



## 第一 配偶之應繼分

配偶之應繼分，規定於民法第一千一百四十四條。茲爲說明於左。

- 一 與第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人同爲繼承時，其應繼分與他繼承人平均。即配偶與直系血親卑親屬同爲繼承時，其應繼分與他繼承人同。例如被繼承人之遺產爲十二萬元，若有子女各一人，則配偶與子女各得遺產三分之一，即各得四萬元，若有子女共九人，則配偶與子女各得遺產十分之一，即各得一萬二千元是。又在解釋上，被繼承人於無直系血親卑親屬時而以遺囑就其財產之全部或一部指定繼承人者，則此指定繼承人視同婚生子女，故配偶之應繼分應與其相同。惟設如上例，被繼承人之遺產爲十二萬元，而以遺囑就其財產四分之一指定一繼承人。則在此際，關於配偶之應繼分將發生繁難而不易解決之問題。就此點言之，民法第一千零七十一條規定之失當，似亦顯而易見。

- 二 與第一千一百三十八條所定第二順序或第三順序之繼承人同爲繼承時，其應繼分爲遺

產二分之一。即配偶與父母或兄弟姊妹同為繼承時其應繼分為二分之一。例如被繼承人有遺產十二萬元，並無直系血親卑親屬，僅有父母，或並無父母僅有兄弟姊妹，則配偶應得遺產二分之一，即六萬元。其餘六萬元，則由被繼承人之父母平均繼承，無父母時則由其兄弟姊妹平均繼承是。

三 與第一千一百三十八條所定第四順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產三分之二。即配偶與祖父母同為繼承時其應繼分為三分之二。例如被繼承人有遺產十二萬元，並無直系血親卑親屬，父母及兄弟姊妹，僅有祖父母時，則配偶應得遺產三分之二，即八萬元。其餘四萬元，則由被繼承人之祖父母平均繼承是。

四 無第一千一百三十八條所定第一順序至第四順序之繼承人時，其應繼分為遺產全部。即被繼承人既無直系血親卑親屬，又無父母，兄弟姊妹及祖父母時。則其遺產全部為配偶所繼承。如前例所示，其遺產十二萬元完全為配偶所獨得是。

第二 同一順序繼承人之應繼分

均分繼承制度，爲多數國家之所採取。我國舊制，凡屬男子，亦不問嫡庶，一律享受均等繼承財產之權。舊律戶役門卑幼私擅用財條例第一所謂『分析家財田產，不問妻妾所生，只以子數均分。』是也。但各國法律對於私生子仍多設差別待遇。例如瑞士民法第四百六十一條第二項規定：已認領或由法院認定之私生子及其直系卑親屬，與父之嫡子或其直系卑親屬同爲繼承人時，其應繼分爲嫡子或其直系卑親屬應繼分二分之一。又如法國民法第七百五十九條規定：私生子於父母有嫡子時爲嫡子應繼分三分之一；無嫡子或其直系卑親屬而有尊親屬或兄弟姊妹時爲其二分之一；無尊親屬卑親屬及兄弟姊妹時爲其四分之三；無一切之親屬時爲其全部。又如日本民法第一千零四條但書規定：直系卑親屬有數人時，庶子及私生子之應繼分爲嫡子應繼分二分之一。我舊律戶役門私擅用財條例第一亦云『姦生之子依子量與半分。若別無子，立應繼之人爲嗣，與姦生子均分。無應繼之人方許承繼全分。』其待遇與嫡庶子男，顯分厚薄。現行民法則以『私生子女若經認領，在法律上應認爲子女。關於繼承財產與婚生子女同，亦爲最近立法之趨勢。』（見繼承法先決各點審查

意見書第三點說明，) 特於第一千一百四十一條規定：『同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承。』例如甲有婚生子女乙丙二人，非婚生子女丁戊二人，其應分給子女之遺產為十二萬元。乙丙丁戊既為同一順序之繼承人，則按照人數平均繼承各應得遺產三萬元。此又不僅第一順序之繼承人為然，第二順序以至第四順序，其同一順序之繼承人，通常不止於一人。此時應依本條按照人數平均繼承，自不待言。我民法之所以採均分繼承者，蓋因繼承人既屬同一順序，被繼承人之情愛通常無甚差異故也。但此屬原則，如法律另有規定，自不在此限。

### 第三 養子女之應繼分

我國舊律所謂養子，有同宗之養子，異姓之養子，不知其姓之養子。第一種養子，得立以為嗣，其得繼承遺產，自無問題。第二種及第三種養子則不得立以為嗣，只能酌給財產，俾其承受。現行民法則以養子女係被繼承人生前視同子女之人，舊律定為酌給財產漫無標準，故明定其繼承順序與婚生子女同。但其應繼分則因被繼承人之有無直系血親卑親屬而

有差別。即：

一 養父母有直系血親卑親屬爲繼承人時，其應繼分爲婚生子女二分之一。例如被繼承人之遺產爲十二萬元，僅有婚生子及養子各一人。則婚生子之應繼分爲養子之二倍，應得八萬元，養子之應繼分爲婚生子二分之一，應得四萬元是。我民法所以設此差別者，蓋養子女在法律上之地位雖與婚生子女同，但實際上究與婚生子女之出自親生者有異，自以略予軒輊爲宜故耳。

二 養父母無直系血親卑親屬爲繼承人時，其應繼分與婚生子女同。例如被繼承人之遺產爲十二萬元，並無直系血親卑親屬而有配偶及養子一人，則養子與配偶平均繼承各得遺產六萬元是。其無須上述之差別待遇者，蓋被繼承人既無直系血親卑親屬，縱使養子女與配偶平均繼承亦無損於配偶之利益故也。

## 第二款 指定應繼分

民法第一千一百四十一條，第一千一百四十二條第二項及第一千一百四十四條所規定者，係關於應繼分之準則，是爲法定應繼分。法定繼承分，能否以被繼承人之意思，自由變更？我民法無明文規定，解釋上不無疑問。然遺產繼承，就其性質言之，不外財產之死後處分。被繼承人生前既得自由處分其所有之財產，當無不得指定其死後繼承人所得繼承之額數即應繼分之理。被繼承人或因其男孩已能自立，而欲給其女兒以較多之財產。或因其長子兒女成羣，教養費用負擔特重，而欲給以較多之財產以資調劑。此亦人情之常，法律上自無加以禁阻之必要。至法定應繼分，不外法律斟酌被繼承人與繼承人親等之遠近，情誼之親疏，推測被繼承人之意思以爲規定。如被繼承人另有意思表示，自以從其意思表示爲宜。故我民法縱無明文規定，仍應解釋爲被繼承人得以自由意思指定繼承人之應繼分也。雖然，被繼承人之指定應繼分，亦非漫無限制。茲述其可生疑義者如左。

第一 被繼承人得委託第三人指定應繼分乎？

被繼承人自身得以自由意思指定應繼分，爲各國法律之所從同。我民法應爲同一解釋，固

無疑問。惟被繼承能否委託第三人指定應繼分？則各國法律規定不同。有許委託第三人指定應繼分者，如德國，日本等民法是。（德國民法第二千零四十八條日本民法第一千零六條）有不許委託第三人指定應繼分者，如法國，瑞士等民法是。（法國民法第一千零七十五條瑞士民法第六百零八條）鄙意法無明文規定，不宜過爲擴張之解釋。指定應繼分，事關重大，似應由被繼承人親自爲之，方足以昭鄭重，非可假手於第三人也。

## 第二 指定應繼分必須以遺囑爲之乎？

應繼分之指定，是否須以遺囑爲之？各國法律，規定不同。有必須以遺囑爲之者，如日本民法（第一千零六條）是。有得以遺囑或生前行爲爲之者，如法國民法（第七千零七十六條）是。有得以遺囑或繼承契約爲之者，如德國民法（第二千零四十六條）瑞士民法（第六百零八條）是。繼承契約制度爲我民法所不採。則被繼承人不得以繼承契約爲之，自不待言。至以生前行爲爲之，恐啓親屬間之失和不睦，非所以保持親誼之道，應以遺囑爲之爲宜。且遺囑爲嚴格的要式行爲，足資憑信，亦其一長處也。

第三 指定應繼分，應遵守特留分之規定乎？

關於此點，法國，德國及瑞士民法均無規定。獨日本民法明定指定應繼分不得違反關於特留分之規定（日本民法第一千零六條）。就我民法解釋，是為當然。蓋特留分係為維持公益而設之制度，如許違反，則法律規定特留分之旨趣無由貫徹。且依民法第一千一百四十三條之規定，被繼承人就其財產之全部或一部指定繼承人，亦須不違反關於特留分之規定，自不難為同一之解釋故也。被繼承人之指定應繼分，違反特留分之規定，其指定非即因之而無效，僅應得特留分之人得按其不足之數，為扣減之請求已耳。

繼承分之指定，當以就繼承人之全體為之，為其常態。然設被繼承人僅就繼承人中之一人或數人，指定其應繼分，則其他未經指定者之應繼分應如何決定之耶？於此情形，若因被繼承人之指定應繼分僅及於一部分之繼承人，而即使其所為之意思表示完全不生效力，既難認為允當。而在他方，若使繼承分未經指定之繼承人亦有同一之應繼分，或以此數個應繼分之平均比率為準定其應繼分，不惟無所依據，亦且為事實之所不許。故條理上應認為此種指定完



全有效，其應繼分未經指定之繼承人，應依第一千一百四十一條，第一千一百四十二條第二項及第一千一百四十四條之規定定其應繼分。例如被繼承人有子女甲，乙，丙三人，而以遺囑指定甲應繼承其遺產二分之一，則乙，丙二人應各繼承遺產四分之一，又設丙為養子，則乙應繼承遺產三分之一，丙應繼承遺產六分之一是。

## 第四節 繼承權

### 第一款 繼承權之意義

繼承權一語，在我民法之用語例上，有二種不同之意義。第一千一百四十條所云「繼承人有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者」云云，其所謂繼承權者，係指繼承開始前之權利而言，至為明顯。至第一千一百四十六條則係關於回復繼承之規定，非在繼承開始後，無發生回復問題之餘地，故該條所謂繼承權者乃指繼承開始後之權利而言。第一種意義之繼承權，是否

真正之權利，抑僅係一種希望，不無疑問。蓋在採自由遺贈主義之國家，縱已有合法之繼承人，而被繼承人仍得以遺囑將其全部遺產給予他人。此際不能謂繼承人在繼承開始前已有一種確定之權利，實僅係一種將來或能取得財產之希望已耳。故英語繼承人 *Heir* 一語僅於繼承開始後用之。若在繼承開始前則稱之為推定繼承人 *Heir Apparent or Presumptive Heir*。蓋亦有見於此也。惟我民法對於一切法定繼承人均設有特留分之規定。故繼承人之地位，在繼承開始前即已受有法律之保障。自可認為已有一種權利之存在。此種權利，性質上，既非屬於『已得之權利』，亦非屬於債權的性質之請求權，蓋為『期待權』之一種。在繼承開始原因發生之前，繼承人不得為繼承之請求，固無待言。而原因既已發生，即繼承當然隨之而開始；不容何等意思表示或請求之介入。又繼承開始前之權利不屬於所謂『已得之權利』。故民法第一千零六十九條但書及第一千零八十三條但書所云『第三人已得之權利』非指繼承開始前之繼承權而言，蓋無疑義。

繼承人在繼承開始後之地位，稱之為繼承權，實屬至當。蓋其地位至此而完全確定，不許他

人之侵害。設被侵害時得爲回復之請求。然繼承權本身非屬於債權的請求權，已略述於前。繼承權無寧具有物權的性質，如承認『無形物權』之觀念，則認其爲一種物權，亦非全無理由。奧國民法蓋即採此見解，其第五百三十二條曰：『取得 in Besitz Nehmen 遺產全部或對於全部之一定成數之排他的權利 Das Ausschliessende Recht 稱爲繼承權。繼承權爲物權 Ein Dingliches Recht，對於侵害遺產之任何人有其效力。』云云是矣。

## 第一款 繼承權之喪失

### 第一 概說

民法第一千一百四十五條所謂『喪失其繼承權』者，蓋謂有該條各款所定情事之一者不得爲該被繼承人之繼承人，亦即繼承人之消極資格也。有此等情事者當然不得享有繼承權。就無繼承權之點言之，頗與所謂無繼承能力相似。然無繼承能力，乃絕對的不得爲繼承權之主體，例如法人，在性質上不許享有繼承權，故無論對於何人皆不得爲繼承是。若茲所

定之消極資格則屬相對的，即對於被繼承人有悖德或不正當之行爲時僅喪失對於該被繼承人之繼承權，若對於他人而爲繼承則屬無礙。此其不同之點也。

## 第二 喪失繼承權之情事

關於喪失繼承權之原因，各國法律所規定者類多注重於繼承人對於被繼承人有無悖德或不正當之行爲。我民法亦然。蓋以繼承人如爲法定繼承人，固與被繼承人爲關係最密切之親屬，如爲指定繼承人亦必爲被繼承人平日所最期望之人。乃竟對於被繼承人而有悖德或不正當之行爲，或對其生命身體自由等加以危害，或妨害其他應繼人之權利。非但爲人類道徳之所不許，法律亦必予以相當之制裁始足維護社會之安全。除刑事上之制裁規定於刑法外，民事上即以喪失繼承權爲其制裁方法故也。但各國法律亦不無以繼承人污損名譽之行爲爲喪失繼承權之原因者。如西班牙以使子女賣淫或爲其他有害貞操之行爲（西班牙民法第七百五十六條），奧國以脫營人，姦通或其他從事破廉恥行爲人（奧大利民法第五百條）爲喪失繼承權之原因。我民法第一千一百四十五條所定喪失繼承權之情事如左。

一 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。繼承人而有此種行爲，可謂罪大惡極。其敢冒大不韙而爲之者，蓋希冀繼承之早日實現，或圖謀侵占財產耳。設使如斯心事卑劣之徒竟得繼承遺產，殊違背被繼承人之本意。況以法律明認其有繼承權，不幾等於間接以法律獎勵犯罪乎！故民法定爲喪失繼承權之事由之一。茲分析說明之如左。

甲 須致被繼承人或應繼承人於死或未致死。所謂應繼承人者包括繼承順序在前及同一順序之繼承人而言。繼承須依法定之順序。順序在後者不得超越其順序而爲繼承。又在同一順序者之間以平均繼承爲原則。故繼承人數之多寡即影響於各自所得繼承之數額。凡致此等繼承人於死或未致死者，均不無謀奪家財之嫌，自應使其喪失繼承權。

。 所謂致死或未致死者，係分別指既遂犯及未遂犯而言。謀殺，故殺等殺人行爲包含在內，自不待言。然設因逮捕監禁而致人於死，其奪人生命與殺人無異。苟行爲人自始

即企圖其結果之發生，自亦可認爲有致死之故意。但因被害人偶爾受傷遂引起死亡之結果，或因過失而致人於死者，則當除外。至繼承人意圖被繼承人或應繼承人受死刑之宣告而爲誣告，應否認爲有致死之故意？不無疑問。因誣告與死刑之間並無必然之關係，故應採否定說。

繼承人親自下手爲殺人之行爲，自不生問題。其教唆他人使之實施殺人之行爲者則如何？我刑法對於教唆犯對以正犯之刑，則應視同正犯，自無問題。其教唆被繼承人或應繼承人使之自殺者亦同。至幫助他人實施殺人行爲之場合則有肯定否定兩說。採否定說者，以爲幫助他人實施殺人行爲者，其情節究較正犯爲輕，不應即認爲有致死之故意。採肯定說者，則以幫助他人實施殺人行爲者，係預知可以發生致死之結果而爲幫助之行爲，自可認爲有致死之故意。兩說相較或以後說爲妥當。

乙 須有致死之故意。茲所謂故意者即明知其爲被繼承人或應繼承人而致之於死也。故設在行爲時不知其爲被繼承人或應繼承人，則縱於日後知悉其事亦不得認爲有合於

本款所定之情事。因人之誤認而殺害被繼承人或應繼承人者非可認爲具備故意之條件。

丙 須已受刑之宣告。茲所謂已受刑之宣告，指諭知科刑之判決業經確定者而言。苟

因殺人等行爲致人於死或其未遂犯而受刑之宣告者，縱因其犯罪之情狀可以憫恕而經酌減本刑，亦當然合於本款所定之條件。已否受刑之執行，則在所不問。故不因受緩刑之宣告而生何等影響，固不待論。即緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷，該受宣告人仍應喪失其繼承權。蓋於此情形，依刑法之規定，其刑之宣告雖視爲無效。然以此而使他繼承人已得之權利受意外之影響，殊非法所應許故也。

二 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之者。

三 以詐欺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。

詐欺云者以語言文字或舉動使人陷於錯誤，而爲意思表示之謂。脅逼云者以語言文字或舉動使人發生恐怖，而爲意思表示之謂。此種意思表示非出於表意人之真意。故法律許其得爲撤銷（民法第九十二條）遺囑爲遺囑人最終之意思表示，使於其死後發生效力。所關至重

。故法律爲保持其神聖，特嚴格的規定其方式。設使關於繼承之遺囑而出於被詐欺或被脅逼之結果，將何以保持其神聖，而貫徹遺囑人之意旨？而遺囑之撤銷或變更，自應基於遺囑人自由意思之發動。設因受詐欺或脅逼，致非出其本意，亦殊有損於其本身之利益。繼承人而有此等侵害被繼承人關於遺產繼承之遺囑自由之行爲，縱剝奪其繼承權，又有何不可。

第二三兩款包含下列三種情事。即（一）以詐欺或脅迫使被繼承人或妨害被繼承人爲關於繼承之遺囑；（二）以詐欺或脅逼使被繼承人或妨害被繼承人撤銷關於繼承之遺囑；（三）以詐欺或脅逼使被繼承人或妨害被繼承人變更關於繼承之遺囑。而在妨害爲遺囑之場合，非其遺囑，設無妨害即得有效成立者不可。『妨害遺囑之撤銷或變更，』亦以有效之遺囑業已存在爲其前提。設其遺囑不合法定方式，或以法律上不可能之事項爲其內容，則其遺囑本不能有效成立。故縱妨害其爲此項遺囑，或妨害其撤銷或變更，亦不能認爲合於本款所定之情事。使『爲遺囑或使其撤銷或變更，』亦以遺囑之有效爲其前提。以



詐欺或脅逼使爲無效之遺囑，並無損於被繼承人之利益。尙無予以嚴重制裁剝奪其繼承權之必要。惟是遺囑之撤銷，依民法第一千二百一十九條之規定，須依遺囑之方式爲之。則其撤銷自身，亦復爲一種遺囑。故云『使爲遺囑或妨害爲遺囑，』未始不可解釋爲『使其撤銷遺囑或妨害其撤銷遺囑，即已包括在內。而遺囑之變更亦似無妨認爲前遺囑之一部撤銷。至第二款所云撤銷或變更亦以該行爲之有效爲前提，無待多言。要之，其制裁蓋對於妨害被繼承人之遺囑自由者而設也。

所謂關於繼承之遺囑，果何所指。關於指定繼承人，或應繼分，或遺產分割之遺囑，其爲關於繼承之遺囑，事至明顯。關於此等事項，繼承人而以詐欺或脅逼，使爲有利於己之遺囑，或使撤銷不利於己之遺囑，或因其結果不利於己而妨害遺囑之變更，自應對其行爲課以喪失繼承權之制裁。然亦不當以此爲限。苟其他遺囑而企圖發生繼承法上之效果者，如非婚生子女之認領等，固亦不失其爲關於繼承之遺囑也。

遺囑爲一方的意思表示，遺囑人得隨時撤銷之。不問詐欺已否發見，或脅逼已否終止，

均無礙於遺囑全部或一部之撤銷。因被詐欺或脅逼所爲之遺囑縱經撤銷，而該施詐欺或脅逼之繼承人仍應喪失其繼承權。蓋繼承權之喪失係對於詐欺或脅逼行爲之制裁，至其行爲所生不常之結果已否及時排除，固不生若何影響也。

#### 四 偽造變造，隱匿，或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者。

本款所列舉者均爲毀損遺囑之真實性或其效用之行爲。爲此等行爲者道義上，公益上，均不應使其有繼承權。蓋本無遺囑，而不法摹擬，制作形式上或實質上可以冒充有效之遺囑，或改竄遺囑之字句使其內容有所變更，破毀，滅失或匿藏有效成立之遺囑使其執行陷於不可能，概屬遺囑成立以後之行爲。雖與第二第三兩款之所定者容有事前事後之別，而其有損遺囑之神聖則完全一致。且事前行爲之詐欺脅逼容有發見終止之時，不乏救濟之機會。而變造，隱匿，湮滅等事後行爲則發見非易，其爲害之劇烈，固此甚於彼也。至何爲關於繼承之遺囑？言已言之，茲不復贅。

#### 五 對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事經被繼承人表示其不得繼承者。

本款包括兩種情事：（一）對於被繼承人有重大之虐待，（二）對於被繼承人有重大之侮辱。侮辱，係毀損人格價值之行爲。虐待則爲對於身體精神予以痛苦之行爲。此二者均爲對於被繼承人之悖德行爲。故定爲喪失繼承權之原因。惟其原因爲相對的而非絕對的。須經被繼承人表示該繼承人不得繼承，其效力發生之條件始行完備。表示不以明示爲限，默示亦可。其以表示不得繼承爲必要者，蓋虐待侮辱是否重大，通常固應從客觀定之。若依被繼承人主觀之見解認爲並非重大，或雖認爲重大而甘願忍受，法律自無庸加以干涉也。

我民法關於喪失繼承權之原因，以此五款爲限。解釋上不許類推適用。蓋以此種制裁至爲嚴重，就其適用之範圍，自不能不採嚴格之解釋故也。又以上五款情事，有絕對的喪失與相對的喪失之別。第五款之屬於相對的喪失，前已言之。第二款至第四款，亦爲相對的喪失。即依本條第二項規定，如經被繼承人有恕，即不喪失繼承權是也。宥恕，乃已爲某行爲後，對其行爲之責任付於不問之意思表示，其方法之爲明示默示在所不問。

至第一款則爲絕對的喪失，既無須被繼承人爲何等之意思表示，亦不發生宥恕與否之問題。又繼承權之喪失應否以訴主張之？學說上頗有爭論。就民法親屬繼承兩編全體之精神觀察之，似以採否定說爲宜。蓋民法關於親屬間之事項在可能範圍內，務採避免法院干涉之方針故也。

### 第三 喪失繼承權之效力

喪失繼承權之效力，我民法無明文規定。依據法理剖釋可分爲左列三點。

#### 一 對於繼承權喪失者自身之效力

繼承權之喪失，如上所述，雖不必經法院裁判之宣告。然第一款所定原因，須受刑之宣告，則在諭知科刑之判決未確定前，繼承業已開始時，當然仍不失其繼承人之資格。又就遺囑之偽造變造言之，事實之認定有待於刑事法院之判決。卽就其他原因言之，其事實有於繼承開始前卽已確定者，有至繼承開始後而始確定者。有就原因事實之有無發生爭執者。故在事實上，此種情事經法院之判決者不在少數。於此情形，繼承權喪失之效

力，究從裁判確定時發生，抑溯及既往？係一問題。然喪失繼承權者性質上本不得有繼承權。故其效力自應溯及於繼承開始時而發生。因此遂生左列結果。

甲 已因繼承取得之遺產應行返還，並應返還繼承開始以後由其遺產所生之孳息（民法第九百五

十八）條）。

乙 因繼承已被繼承人之債務為清償時，得向因繼承權喪失受利益之人請求返還。

丙 因繼承生混同之結果，致特種權利被消滅者，仍回復其混同前之狀態。

## 二 對於第三人之效力

繼承權喪失之效力，原則上雖應溯及於繼承開始時而發生。然對於第三人若概使生溯及效力，則第三人已取得之權利無端受莫測之損害，殊非保護交易安全之道。故對於第三人之效力以從裁判宣告後發生為合於實際之需要。但若第三人明知繼承權喪失之原因事實者則不在此限。

## 三 對於其子女之效力

繼承人爲被繼承人之直系血親卑親屬，因有第一千一百四十五條各款所定情事致喪失其繼承權者是否可以代位繼承？各國法律規定不同。有設明文規定許其直系卑親屬爲代位繼承者，如瑞士民法（瑞士民法第五百四十一條）日本民法（日本民法第九百九十五條）及奧國民法（奧國民法第五百四十一條）是。有雖未設明文規定解釋上歸屬於其繼承人者，如德國民法是。蓋以繼承權喪失者所爲之悖德或不正當之行爲，僅應由渠自身負其責任。其無過失之子女本於固有之資格，處於適當之順位，若亦因此使其喪失繼承權，實屬無辜受累故也。我民法爰於第一千一百四十條明行規定『第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。』以祛疑義。

### 第二款 繼承權之回復

依民法第一千一百四十六條第一項規定，繼承權被侵害者得請求回復。蓋凡私權被侵害者，皆得請求排除侵害，回復原狀。繼承權亦私權之一種。如被侵害，自應許其有回復請求權。

所謂繼承權被侵害者，乃應繼承而未得繼承也。其情形蓋有種種。例如不知繼承開始之事實而已爲他人所繼承，或雖知繼承開始之事實而誤信自己無繼承權，致爲他人所繼承是。於此情形，正當繼承人不但對於占有其繼承標的者得提起所有權回復之訴，且得基於被繼承人之權利提起對人之訴以回復其標的物。然僅認此各個之請求權尙不足以充分保護正當繼承人之利益。故自羅馬法以來各國法律多認正當繼承人有回復繼承之一般的請求權。我民法從之。回復繼承之請求，不但對於相對人請求確認其法律上之地位，且在基於此地位請求其繼承標的之回復。故此項請求權雖屬單一，實具有人的請求權及物的請求權之混合性質。即對於相對人請求確認其繼承資格之點，爲人的請求權；對於相對人請求回復其繼承標的之點，爲物的請求權。此項請求權得於裁判上或裁判外主張之。如於裁判上主張之，其訴之性質屬於給付之訴。然並非數個獨立給付之訴之併合，而爲單一給付之請求，其標的在於包括的一體。得行使回復繼承請求權者，依民法第一千一百四十六條第一項之規定，爲被害人或其法定代理人。此所謂被害人，即在繼承順位而未得繼承之繼承人。若僅爲利害關係人則不得有此項

請求權，自無待論。但被害人之繼承人本於繼承關係亦得請求。如被害人為未成年人，禁治產人或胎兒，則因自己不能行使回復請求權非由其法定代理人代為行使，無從保護其利益。民法所以明定被害人之法定代理人亦得請求回復者蓋以此也。

回復繼承之請求應以何人為相對人，法無明文規定。條理上應以與繼承人爭執繼承資格之表見繼承人為其相對人。故由表見繼承人取得遺產之第三人，不得對之提起回復繼承之訴。以其非與繼承人爭執繼承資格故也。

繼承回復之效力如何，我民法無明文規定。依據法理剖釋，可分為左列二點。

第一 對於表見繼承人之效力。繼承之回復，係回復未被侵害時之權利狀態。表見繼承人因繼承取得之遺產應行返還，並應返還其孳息。如表見繼承人不能返還，則應依不當得利之規定以定其義務。

第二 對於第三人之效力。從純理的見地言之，表見繼承人對於遺產所為之處分行為當然自始無效。故不問其為有償無償，與第三人為善意惡意，均無發生效力之可能。然在交



易頻繁之今日，保護財產動態的安全之必要實在保護其靜態的安全之上。如侵害繼承權之事實爲第三人所不知，卽其權利之取得出於善意，而亦認爲無效，使其蒙不測之損害，殊非保護交易安全之道。故對於第三人之效力應以不溯及既往爲原則。但若第三人爲惡意時則其不應受法律之保護，自不待言。

繼承權被侵害者，雖得請求回復。然若久不行使其權利，則權利狀態永不確定，殊有害於交易之安全。故我民法特於第一千一百四十六條第二項規定左列之消滅時效。

甲 自知悉被侵害之時起二年間不行使而消滅。此卽民法第一百二十五條但書所謂『法律所定期間較短者。』何時知悉被侵害，純屬事實問題。應依訴訟法上之證據法則定之。此特定其起算點及期間耳。

乙 自繼承開始時起逾十年不行使而消滅。知悉被侵害者與不知被侵害者，情形迥不相同。知悉而怠於行使請求權，乃權利人自己之過失。法律自無庸待以較長之期間。不知則無從行使請求權，初非有怠於行使之過失。法律自應寬假其期間。故一則自知悉時起，定爲

二年，一則自繼承開始時起，定爲逾十年。倘逾十年始知悉被侵害，固不能更據二年之期間爲請求，即自知悉時起未逾二年而自繼承開始時起已逾十年，其請求權仍爲消滅。

## 第五節 代位繼承

我民法第一千一百四十條規定代位繼承。代位繼承云者被繼承人之直系血親卑親屬有於繼承開始前死亡或喪失繼承權時由其直系血親卑親屬與之同一順序繼承其應繼分之謂也。代位繼承，究係代位繼承人代替他人之地位而爲繼承，抑係本於自己固有之地位而爲繼承，學說上頗有爭論。我民法之解釋上似以採取後說爲宜。依民法第一千一百四十四條第一款之規定，配偶，得與直系血親卑親屬，於同一順序，爲繼承人。而有代位繼承權者則以直系血親卑親屬爲限，而不及於配偶。蓋以被代位繼承人之配偶，以其本身之資格，對於被繼承人，原不得享有繼承財產之權。故亦不令其有代位繼承之權。在我民法之解釋上，代位繼承人係本於自己固有之地位而爲繼承，從可知矣。

代位繼承之要件有四。茲分別說明於左。

一 代位繼承之事由須爲死亡或失權。

關於此點，各國法律規定不同。有僅以死亡爲限，得爲代位繼承者。有死亡及失權皆得爲代位繼承者。前者法國民法採之（法國民法第七百四十四條）。後者則係一般通行之立法例。我民法從之。所謂死亡，兼指自然的死亡及推定的死亡（民法第九條第一項）。失權，則指依民法第一千一百四十五條喪失其繼承權者而言。前已詳述之。

二 死亡或失權須在繼承開始前。

死亡或失權如在繼承開始以後，則被繼承人之直系血親卑親屬已取得其繼承權，從而其直系血親卑親屬得依當然之順序繼承其應繼分。代位繼承之問題無從發生。惟設被繼承人之直系血親卑親屬致被繼承人或應繼承人於死，而於受刑之宣告以後判決確定以前開始繼承，是否有本條之適用？於此情形，喪失繼承權之事由雖確定於繼承開始之後，而其效力自應溯及於繼承開始時而發生。故仍應適用本條，其喪失繼承權人視爲未曾繼承，而由其直

系血親卑親屬代位繼承其應繼分。

三 被代位繼承人須爲被繼承人之直系血親卑親屬

我民法第一千一百四十四條明定爲『第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人。』故被代位繼承人須爲被繼承人之直系血親卑親屬，被繼承人之其他繼承人無本條之適用。但被代位繼承人以被繼承人之直系血親卑親屬爲已足，其代位繼承則得無限行之。故如被繼承人之子孫相繼死亡或失權時得由其曾孫代位繼承其應繼分是。

四 代位繼承人須爲死亡或失權者之直系血親卑親屬。

此爲我民法之所明定，苟非被代位繼承人之直系血親卑親屬即無代位繼承權。代位繼承人是否須於其直系血親尊親屬死亡或失權時係屬生存？關於此點，似以採消極說爲宜。即代位繼承人以繼承開始時生存爲已足，不以其直系血親尊親屬死亡或失權時生存爲必要。蓋繼承權之有無應依繼承開始時而決定，代位繼承人之有無亦應以繼承開始時爲準決定之故也。

如具備上述四種之要件，則代位繼承人代位繼承其應繼分。從可知應繼分之多寡係依被代位繼承人而定，而非依代位繼承人而定。故如被代位繼承人之應繼分爲遺產三分之一，代位繼承人雖有數人，亦只能繼承其三分之一。至此數人之代位繼承人應依何種標準定其應繼分，外國法律有說明文規定者（例如日本民法第一千零五條），我民法無之。解釋上自應依第一千一百四十一條及第一千一百四十二條第二項以定其應繼分。

## 第三章 遺產之繼承

### 第一節 繼承之效力

#### 第一款 繼承之開始

##### 第一 繼承開始之原因

本論 第三章 遺產之繼承

我民法第一千一百四十七條規定：『繼承因被繼承人死亡而開始。』即以被繼承人之死亡為惟一之繼承開始原因。舊大理院判例認出家為僧得為繼承開始之原因。在現行法制下自為不容採取之見解。所謂死亡指（一）自然死亡：自然死亡乃事實問題。如有疑問，應由法院斟酌目觀者之證言，醫生之鑑定及其他各種證據，依其心證，自由定之；不應為死亡呈報所拘束。（二）宣告死亡：依我民法第八條規定，失蹤人失蹤滿一定年限後，法院得因利害關係人之聲請為死亡之宣告。又依第九條第一項規定，以判決內所確定之時推定其為死亡。則宣告死亡得為繼承開始之原因，自無可疑。惟於依民事訴訟法第五百九十七條撤銷其死亡宣告時，因死亡宣告而為之繼承人者自不免於民事訴訟法第六百條歸還財產之責任耳。

## 第二 繼承開始之時期

關於繼承開始之時期，我民法別無明文規定。依第一千一百四十七條解釋應以被繼承人死亡之瞬間為繼承開始之時期，自無可疑。故父母於其生存之際縱分析其財產之全部或一部

使其子女各別取得其分析部分之所有權或用益權，亦只能認爲贈與，不可遽目爲遺產之繼承。繼承開始時期之確定足爲解決各種問題之資助者，不少。如（一）確定繼承能力之有無，（二）計算回復請求權之時效期間，（三）確定繼承標的之範圍，（四）決定限定繼承之標準，（五）算定應繼分及特留分等皆是也。

### 第三 繼承開始之處所

關於繼承開始之處所，外國法律有明定其於被繼承人之住所地開始者，（例如日本民法第九百五條瑞士民法第五百三十八條），我民法無明文規定，解釋上當可得同一之結果。蓋以被繼承人之住所地爲繼承開始之處所，於調查被繼承人之遺產關係甚爲便利，法律既別無規定，自應作如此之解釋故也。

## 第二款 繼承之標的

關於繼承之標的，各國法律所採主義不盡相同。有不問其爲積極財產（權利）消極財產（義務）

均爲繼承之標的者。有於積極財產中除去消極財產以其賸餘爲繼承之標的者。前者大陸諸國採之，而認繼承之標的係權利義務包括的一體。後者英國採之。又有因財產之性質或由來不同而異其歸屬者。如在英國，關於動產 *Personal Property* 雖採平均繼承制，而不動產 *Real Property* 則必爲被繼承人之嫡長男子 *Primogeniture* 所繼承。如在俄國舊法，被繼承人無直系卑親屬時，其繼承財產之屬於父系者歸屬於父系之旁系親屬，屬於母系者歸屬於母系之旁系親屬，獲得財產之繼承則屬於父系男子之旁系親屬之特權。瑞士之 *Neuchatel* 及 *Schaffhausen* 兩州，繼承財產之屬於父系者，歸屬於父系之卑親屬，屬於母系者歸屬於母系之卑親屬，獲得財產則依法定順序以定其歸屬。皆其例也。

我民法第一千一百四十八條規定，「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利義務。但權利義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。」茲就其意義分析說明之於左。

一 繼承人原則上承受被繼承人財產上之一切權利義務。此就我民法所云「除本法另有規



定外』云云而自明。所謂『承受被繼承人財產上之一切權利義務，』一以明所承受者僅爲被繼承人之遺產，而與被繼承人之身分無涉。二以明所謂繼承乃以被繼承人之權利義務爲包括的一體，非如英國法律僅承受被繼承人之權利而不承受其義務，亦非如少數國法制依財產之性質或由來之不同而異其歸屬。然包括的繼承僅屬原則，如法律另有規定，則從其規定。所謂法律另有規定，即我民法第一千一百五十四條關於限定繼承之規定，第一千一百七十四條關於拋棄繼承之規定等是。後當詳述之。

二 財產上之權利義務專屬於被繼承人本身者仍不得繼承。繼承人雖得承受被繼承人財產上之一切權利義務。但依我民法第一千一百四十八條但書之規定，其專屬於被繼承人本身之財產上權利義務仍不得繼承。何者爲專屬於被繼承人本身之權利義務？應依權利義務之性質決之。依僱傭契約，委任契約，合夥契約等而生之權利義務與被繼承人之人格相終始，故性質上應專屬於被繼承人。關於扶養之權利義務，以有親屬法上之一定身分爲其前提，故亦有專屬之性質。惟茲有應注意者，所謂專屬於被繼承人本身之義務，指本於契約自

身之效力被繼承人應為履行之義務而言。其由契約而既已發生之各個義務，例如因不履行或不完全履行雇傭委任合夥等契約而生之損害賠償義務，仍應由繼承人承受。其因契約而既已發生之各個權利亦同。

三 繼承人自繼承開始時承受被繼承人財產上之權利義務。此為我民法之所明定。所謂「自繼承開始時」其涵義有二。(一)被繼承人財產上之權利義務，依其繼承開始時之狀態歸屬於繼承人。即繼承之事實及其標的之範圍依繼承開始而確定。故縱繼承人承認繼承在繼承開始以後，亦溯及於繼承開始時發生效力。(二)繼承一朝開始，則被繼承人財產上之權利義務即依法律規定，當然歸屬於繼承人。無須更為何等之意思表示或踐行何等之手續是

### 第三款 繼承之費用

我民法第一千一百五十條規定：『關於遺產管理，分割及執行遺囑之費用由遺產中支付之。』

但因繼承人之過失而支付者不在此限。』則應由遺產負擔之繼承費用，似以（一）管理遺產之費用，例如關於遺產之修繕，保險，登記等費用，（二）分割遺產之費用，例如分配現物，丈量土地，設置界標等費用，（三）執行遺囑之費用，例如召集親屬會議選定執行人，或由執行人編製遺產清冊交付繼承人等費用之三者為限。實則關於繼承之費用，種類綦繁。除上述三種外，如（一）限定繼承時之清算及清償債權交付遺贈等費用，（二）無人承認繼承時之清算及清償債權交付遺贈等費用，（三）因遺產而生之訴訟費用等莫不皆是。法律既許繼承人得拋棄繼承或為限定之繼承，而於此情形，猶令其以自己固有之財產負擔遺產之清算，及清償債權交付遺贈等費用，非惟對於繼承人失之嚴酷，亦且無以貫徹此等制度之精神。故民法第一千一百五十條所列舉之各項費用應解為例示的而非限制的規定，舉凡關於繼承之一切費用，原則上均以由遺產負擔為宜。然因繼承人怠於注意致支付非必要之費用，例如因欠缺管理上之注意致遺產毀損而支出之修繕費用，若仍許由遺產中支付，則遺產將蒙不測之損害，殊有損於被繼承人之債權人之利益。此該條但書之所由設也。

## 第四款 繼承之共同

### 第一 遺產之共同共有

被繼承人財產上之權利，因繼承開始而當然歸屬於繼承人。故繼承人爲一人時，自繼承開始，即時取得遺產全部之單純所有權，固無疑義。苟繼承人有數人，則各人只有一應繼分，該應繼分之物質須由遺產中分出始能確定爲何人所有。而遺產之分割又勢難於繼承開始之頃即時爲之。其有遺囑禁止分割者，法律且於二十年內承認其效力，（民法第一千一百六十五條第二項）則

自繼承開始後以迄遺產分割之時爲止，其間之權利性質，非法有明文，必易生爭執。我民法於第一千一百五十一條規定：『繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部爲共同共有。』卽爲確定其權利之性質也。茲所謂共同共有，卽我民法第八百二十七條第一項所謂依法律規定成一公同關係之數人基於其公同關係而共有一物是。基於共同共有所生之法律效果，民法第八百二十七條第二項第八百二十八條及第八百三十一條等規定頗

詳。除繼承法另有規定外，自應適用之。

## 第二 共同共有遺產之管理

關於共同共有遺產之管理，民法第八百二十七條至第八百三十一條並無特別規定，自仍適用普通共有之管理方法。即民法第八百二十條所定『共有物，除契約另有訂定外，由共有  
人共同管理之。』是也。民法第一千一百五十二條規定共同共有之遺產，得由繼承人中互  
推一人管理。蓋欲於共同管理方法之外，圖事實之便利，更定一簡便之方法。然該條之性  
質僅為一種注意的規定，實可包括於民法第八百二十條所謂『契約另有訂定』範圍之內。  
且此互推一人管理之規定，並非強行法規。如各繼承人自願適用共同管理之方法，或以契  
約另訂他項管理方法，自均無不可。至遺產管理人之權限，依共同共有及普通公有各規定  
只能為保存行為。若改良行為非經共有人過半數並其應用部分合計已過半數者之同意不得  
為之。至處分及其他之權利行使則非得共有人全體之同意不得為之。

## 第三 各繼承人對於債務之關係

繼承人有數人時對於被繼承人所負債務之責任如何？各國法律規定不同。有採分擔責任主義者，即各繼承人對於負被繼承人所負債務，按其應繼分，負擔清償之責任，如法國民法（第一千二百條）日本民法（第一千零三條）是。有採連帶責任主義者，即各繼承人對於被繼承人所負債務之全部，連帶負擔清償之責任。如德國民法（第五十八條）瑞士民法（第六百零三條）是。有採折衷主義者，即各繼承人在遺產分割以前連帶負擔清償之責任，分割以後則依其所繼部分負擔清償之責任。如荷蘭民法（第一千一百四十七條）葡萄牙民法（第一千二百一十五條）是。自保護繼承人之點言之，固應採分擔責任主義。然因債務人方面情形之變動而使債權人受意外之損失殊難認為公允。且我民法從他國之立法例不許被繼承人之債權人有請求分離遺產與繼承人自有財產之權。則設繼承人自有之財產不足清償債務時，被繼承人之債權人即不無不能受滿足清償之虞。故為保護其正當之利益起見，不得不令各繼承人負擔連帶償還之責任。我民法於第一千一百五十三條第一項規定『繼承人對於被繼承人之債務負連帶責任』。蓋以此也。惟於分割遺產時，被繼承人之債權人對於該債務之移歸一定之人承受或劃歸各繼承人分擔，既

已表示同意，自無令連帶責任仍行繼續存在之理。此民法第一千一百七十一條第一項規定之所由設也。又如該條第二項之所規定，自遺產分割時起，或自該債權之清償期屆滿時起，已逾五年，則縱免除各繼承人之連帶責任，亦殊無損於被繼承人之債權人之利益。故法以明文許其得以免除該項責任焉。

繼承人對於被繼承人之債務負連帶責任，既如上述。而繼承人相互間之關係若何？如無特別規定，自須適用民法第八百二十條之規定，以平均分擔為原則。然此不合於權利義務兩相對等之原則。以各繼承人之應繼分不必相同故也。故我民法於第一千一百五十三條第二項規定『繼承人相互間，對於被繼承人之債務，除另有約定外，按其應繼分比例負擔之』。洵為事理之所當然。各繼承人既惟按其應繼分比例分擔之責，則繼承人中之一人因清償或其他行為致他繼承人同免責任時得向他繼承人請求償還其各自分擔之部分，自不待言。但若繼承人相互間另有約定者，則不在此限耳。

### 第五款 遺產之酌給

我民法第一千一百四十九條規定，「被繼承人生前繼續扶養之人，應由親屬會議依其所受扶養之程度及其他關係酌給遺產。」是應受遺產之酌給者以被繼承人生前所繼續扶養之人爲限。所謂繼續扶養者只須有繼續瞻養卽不斷的給予以生活之資之事實爲已足，抑須以法律上負有扶養義務之人因履行其義務而爲之者爲限？學者間之解釋未趨一致。鄙意我民法關於扶養義務之範圍，所定較寬。如英，法，德等國以配偶，直系血親，及一等親之直系姻親相互之間爲止，而我則擴充至於兄弟姊妹及家長家屬相互之間。故所謂繼續扶養者似無妨以法律上負有扶養義務爲其前提。被繼承人仁厚爲懷，對於其貧寒戚友或疏遠族人，生前既不斷的給予以生活之資，如慮其於自己身故之後失所憑依，未始不可以遺囑贈以相當之財產而預爲之地。今並無此項遺囑而使繼承人負分給遺產之義務，是過於優待此等貧窮戚友或疏遠族人矣。我國舊律義男女婿爲所後之親所喜悅者，及收養三歲以下遺棄小兒卽從其姓者均許酌給遺



產。前大理院判決更類推解釋，認爲親女爲父母所喜悅，亦得酌給遺產。今養子親女均有遺產繼承權，已不成問題。如酌給遺產僅限於女婿，殊嫌過狹。似足爲主張探擴充解釋者強有力之論據。然舊律之酌給遺產以喜悅或收養年齡爲條件，民法則以繼續受扶養爲條件，二者全異其作用，自難執此以例彼。而被繼承人負有扶養義務之人有依法不得爲遺產繼承人者，如家屬，家長，及與其同居之配偶，父母，子婦，女婿是。有雖於一定順序得爲遺產繼承人而因有順序在先者之存在未能繼承遺產者。如直系血親尊親屬及兄弟姊妹是。我國舊有納妾之制，妾對於其主人之關係視與家屬對於家長之關係同。我民法不許有妾之存在，固無疑問。然在民法施行前所既已成立之夫妻關係，如當事人未爲解除之意思表示，卽不能不認爲事實上仍行存在。事實上現尙存在之關係，法律上不得已而予以斟酌，亦殊未可厚非。爲人妾者如夫死守志亦不許其對於遺產有爲任何主張之權。似亦有失平允。民法第一千一百四十九條之規定，蓋爲此等雖於被繼承人生前繼續受其扶養而依法無繼承權或因繼承順序在後而未得繼承之人而設。故非『得酌給遺產』而曰『應酌給遺產』。如爲平常受被繼承人周濟之貧寒

戚友或疏遠族人而設，殊無爲如此強性的規定之必要也。

依民法第一千一百一十七條之規定，受扶養權利者以不能維持生活者爲限，且除直系血親尊親屬外，並須自己無謀生之能力。受遺產之酌給者既以被繼承人生前繼續扶養之人爲限，則其應受此等條件之限制自無待論。其受扶養須爲繼續。故被繼承人生前曾經扶養，而繼承開始前之最近期間已失其繼續狀態者，即不得享有此種權利，蓋爲當然之解釋。

酌給之決定權不宜畀諸繼承人，事至明顯，蓋繼承人與應受遺產酌給人實立於利害相反之地位。若決定之權操於繼承人之手，不惟易起爭執，且難期得公平之結果。故我民法委其事於親屬會議。親屬會議爲此項決定時其應依據之標準如何？我民法明定其應行斟酌者爲該應受酌給遺產人所受扶養之程度及其他關係。所謂其他關係包含甚廣，舉凡遺產之多寡，應受酌給遺產人與被繼承人情感之厚薄，對於遺產有無貢獻等，均屬之。至酌給之最高限度如何？依前大理院之判例，應少於繼承人之應繼分〔前大理院七年上字第六百一十一號判決〕。第四次繼承法草案亦明定其不得逾任何繼承人應繼分之二分之一。我民法雖無明文規定，解釋上

自不得較任何繼承人之應繼分爲高。蓋設許酌給之最高限度得超過繼承人之應繼分，不啻承認親屬會議有變更繼承人繼承順序或任意擴充繼承人範圍之權限。如斯廣大之權限，非親屬會議之所應有。縱讓一步言之，亦須法有明文之規定而後可也。

## 第二節 限定之繼承

### 第一款 概說

繼承一朝開始，非專屬於被繼承人本身之財產上權利義務即當然移轉於繼承人，惟是關於繼承之權利，與其他之權利同，不得強人以取得。關於繼承之義務，原與其權利相爲對待；既許拋棄其權利，斯無強令負擔其義務之理。於是有所謂繼承人之選擇權。關於此點，各國法律規定不一。有認單純承認，限定承認及拋棄繼承者，如日本民法是。有認單純承認及拋棄繼承而不認限定承認，但許對於遺產聲請宣告破產以限制其債務之負擔者，如德國民法是。

有不認限定承認，但許請求爲公之清算以限制其債務之負擔者，如瑞士民法是。亦有不認限定承認，但許編製遺產清冊以限制其債務之負擔者，如法國民法，意大利民法，西班牙民法等是。我國舊律對於此點無明文規定，但在習慣上則有父債子還之說。於是前大理院創爲判例，最高法院從之，認爲繼承人不得爲限定之承認或拒絕承認，姑無論父債子還之習慣，是否適合於今日一般社會之倫理觀念；我民法既採『遺產繼承不以宗祧繼承爲前提』之原則，則繼承遺產者原不以直系血親卑親屬爲限。法定繼承人之範圍既大加擴充，而令其一律不得拋棄繼承或爲限定之繼定，卽衡以舊日所謂『子欠債父不知』之觀念，亦覺其有欠妥當。故畀予繼承人以選擇權，實屬必要。而況（一）依民法原理，供債權之擔保者，僅以債務人之財產總額爲限。如責債務人之繼承人以無限之負擔，實使債權人受過分之保護，殊非所宜。（二）如責繼承人以無限之負擔，則在繼承人之生活能力僅足自贍，或經濟狀態本無餘裕時，往往因受債務之累，以至終生勤勞而衣食不得溫飽，詎社會政策上之所宜出？我民法對於相甚沿久之『父債子還』之習慣一舉而推翻淨盡，吾人固甚佩其勇也。

我民法既於單純承認之外，許爲限定承認及拋棄繼承。則繼承人於繼承開始之後得就此三者之中選擇其一，自無待言。所謂單純承認，即繼承人不附何種限制承認其繼承之意思表示。限定承認，即繼承人限定以因繼承所得之遺產爲限償還被繼承人之債務而承認其繼承之意思表示。拋棄繼承，則屬繼承人不爲繼承主體即立於與繼承無關係地位之意思表示。此三者因遺產狀況之不同而各有其得失。如遺產狀況並無不佳時，自以單純承認爲有利於繼承人。蓋單純承認無須開具遺產清冊呈報法院，可以省却程序及費用故也。如遺產狀況屬於中等時則以限定繼承爲宜。蓋依此方法則繼承人絕無受損失之虞故也。至遺產狀態至爲不良，即資產少而債務多，顯相懸殊時，則限定承認又不若拋棄繼承。何則，蓋限定承認不惟有開具遺產清冊呈報法院之煩勞，且往往因管理遺產欠缺注意，不能免於損害賠償之責任故也。

承認及拋棄均爲法律行爲。既爲法律行爲，自須具備行爲能力之要件。故在無行爲能力人或限制行爲能力人，其爲承認或拋棄，自須由其法定代理人爲之，或應得其法定代理人之允許。此因我民法繼承編關於此等各點別無規定，自應適用總則編之規定故也。又承認及拋棄，

只須繼承人或其法定代理人一方的意思表示，即生效力，且此意思表示無須對於特定相對人爲之，故其性質屬於無相對人之單獨行爲。至限定承認及拋棄繼承，如後所述，須依法定之方式爲之，其爲要式行爲，自不待言。

承認及拋棄能否附以條件或期限？關於此點，解釋上應採消極說。蓋繼承之效力應從繼承開始時發生。如於繼承之承認或拋棄而附以條件或期限，不但有以個人意思左右法律規定之嫌，且足以影響於次順序繼承人之利益。故其承認及拋棄須爲單純無條件。如對於拋棄繼承或限定承認而附以條件或期限，則其所爲之意思表示應屬於無效，而回復繼承之本則。即視爲單純承認，而應由繼承人包括的承受被繼承人之權利義務是。

承認及拋棄是否得以撤銷？關於此點，日本民法設有明文規定。認爲除依總則編及親屬編之規定得爲撤銷者外不得撤銷。我民法雖無此項規定，解釋上當可得類似之結果。蓋繼承人一爲承認或拋棄以後，繼承上之地位即屬確定，不容復以一己之意思將其自由變更故也。但此係指效力完全之承認及拋棄而言，如繼承人之爲承認或拋棄而有民法總則編所定得爲撤銷之

情事，自仍得爲撤銷。但關於撤銷之期間，親屬編既別無規定，自亦不得不適用總則編各該條之規定。而依民法第九十三條之規定，則因被詐欺或被脅逼而爲之意思表示，其撤銷應於發見詐欺或脅逼終止後一年內爲之。但自意思表示後經過十年，不得撤銷。繼承上之地位久不確定，甚有害於各關係人之利益。今因適用民法總則編規定之結果，意思表示後十年以內猶得撤銷，殊非所宜。我民法未就此而特定較短之撤銷期間，不能不謂爲規定有欠周密也。我民法第一千一百七十五條規定：『繼承之拋棄溯及於繼承開始時發生效力。』則一朝而於法定期間內依法定方式拋棄繼承，即應認爲其人自繼承開始時即不爲繼承人。此種溯及效力，是否於爲限定承認時亦同樣發生？關於此點，民法雖並無明文規定，要不容爲消極的解釋。蓋繼承一朝開始，被繼承人在法律上之地位即當然爲繼承人所承襲。所謂承認，不過是否以遺產爲限償還被繼承人債務之意思表示，初非影響於繼承開始之效力故也。

## 第二款 單純承認

被繼承人在法律上之地位由繼承人承襲，實基於法律之規定，初無待於繼承人更爲承認之意思表示。然法既畀予繼承人以選擇權，而繼承上地位之及早確定，又爲法律之所期望。則繼承人之如何行使其選擇權不得不希望其及早確定，而在其未特別有何表示時不得不爲相當之擬制。此單純承認制度之所由採用也。單純承認乃繼承人單純的承認其繼承之意思表示，一有單純承認，則被繼承人財產上之一切權利義務，除專屬於其本身者外，悉歸屬於繼承人。此即繼承之本則，發生如下之結果：（一）繼承人對於被繼承人之權利義務因混同而消滅。（二）遺產多於被繼承人之債務，或被繼承人全無債務時，則繼承人受其利益。（三）遺產少於被繼承人之債務，或被繼承人全無遺產時，則繼承人應以其固有財產償還被繼承人之債務。單純承認之表示不須具備一定方式，且不以明示爲限。故如對於被繼承人之債務人請求清償，對於被繼承人之債權人請求展期清償，或請求爲遺產之分割，或逕爲遺產全部或一部之處分，舉凡爲非有爲單純承認之意思即不爲之行爲，或非有繼承人之資格即不爲之行爲，均無妨認爲單純承認之默示的表示。



依我民法第一千一百五十六條第一項規定，『爲限定承認者，應於繼承開始時起三個月內開具遺產清冊呈報法院。』又依第一千一百七十四條第二項規定，繼承權之『拋棄應於知悉其得繼承之時起二個月內以書面向法院親屬會議或其他繼承人爲之。』未於上述法定期間內爲限定承認及拋棄繼承之表示者，縱其未爲表示由於繼承人之怠忽，並無單純承認之意，而在法律上仍視爲已有單純承認之表示，對於被繼承人之債務應無限制的負債還之責。此蓋由於法律上之擬制也。

我民法於第一千一百六十三條規定繼承人中有（一）隱匿遺產，（二）在遺產清冊爲虛偽之記載，（三）意圖詐害被繼承人之債權人之權利而爲遺產之處分情事者，不得主張第一千一百五十四條之利益。故有此種情事者即視爲單純承認，不得更主張限定承認之利益。然此種情事，於繼承人拋棄繼承之場合，亦復可以發生。例如於拋棄繼承後而隱匿遺產之一部，或私擅將其處分，致其害於被繼承人之債權人之利益等行爲是。此際如仍許其拋棄繼承，殊無以貫徹立法之精神。我民法關於此點未有規定，似嫌疏漏。應以解釋補充之。茲就民法第一千一百

六十三條各款所定情事約略說明如左。

一 隱匿遺產。

二 在遺產清冊爲虛偽之記載。

繼承人而有隱匿遺產全部或一部，或於遺產清冊爲虛偽記載之行爲，其爲不正至爲明顯。此種不正行爲，固常構成刑事上之犯罪或爲發生民事上損害賠償責任之原因。然使其得反乎其所以預期之結果，亦不失爲制裁之一方。此我民法所以明定其不得主張限定承認之利益也。所謂隱匿遺產及虛偽記載以出於惡意爲必要。如係出於錯誤或過失，則無剝奪其利益之理由。又在遺產清冊爲虛偽之記載，似不過爲隱匿財產之一種手段，一二兩款不無重複之嫌。然隱匿遺產之手段甚多，不限於在遺產清冊爲虛偽之記載。例如偽造書據，主張遺產之某部分爲自己或第三人所有，亦其一手段也。至在遺產清冊爲虛偽記載，若僅以多報少，固不過爲隱匿遺產手段之一種。但所謂虛偽記載並不以此爲限，舉凡一切不實不盡之記載，悉包括之。例如浮開遺產之價額，或將被繼承人已經償還之債務仍行列入等是。故

此兩款情形各別，仍以分別規定爲宜。

### 三 意圖詐害被繼承人之債權人之權利，而爲遺產之處分。

繼承人在法定期間以內，未爲承認或拋棄之意思表示以前，對於遺產僅有管理之權。乃對於遺產而爲出賣，贈與，清償債務，設定負擔，或加以變更等處分行爲，即無妨推定其有爲單純承認之意思。況復意圖詐害被繼承人之債權人之權利而爲此等處分行爲，其不應使其享受限定承認之利益尤無可疑。此本款規定之所由設也。所謂處分，以繼承人知其爲遺產，且有詐害之意圖爲必要。故如繼承人不知其爲遺產而爲處分，或知其爲遺產，然因爲保存行爲而爲適當之處分，或其處分依一般之見解不能認爲有圖害債權人權利之意思者，即無因其曾爲處分行爲而不許其享受限定承認之利益之理。又所謂處分以有處分行爲爲已足，其行爲之是否有效在所不問。故其行爲縱屬無效或可得撤銷，亦無礙於本條之適用。蓋本款之所注重者係其行爲之動機而非其行爲之結果，觀法條之用語而自明故也。又繼承人所處分者固以遺產爲限。但遺產之孳息，解釋上應屬於遺產之範圍。故處分孳息與處分

遺產同。不過如其價額至微，則雖爲處分，不容遽剝奪其限定承認之利益耳。

### 第三款 限定承認

#### 第一項 限定承認之性質

限定承認者，繼承人以因繼承所得之遺產爲限償還被繼承人之債務，承認其繼承之意思表示也。如採英制，從屬於遺產之積極財產中除去消極財產以其賸餘爲繼承之標的，則自無發生單純承認或限定承認問題之餘地。然此與我國從來所採之絕對的包括繼承主義大相徑庭，在此家庭主義與個人主義，在事實上不得不並認其存在之轉變時期，不許於立法上遽爲此種急劇之改革事至明顯。更就另一方面言之，如我國從來之慣習，認父債子還爲不可移易之原則，父雖於死後，除巨額之負債外毫無所遺，而爲之子者必須以其特有財產或以一己血汗換來之所得，無限制的盡代爲償還之責任，不惟不盡符合現代法理上之觀念，亦且違背事理，有扞格難行之弊。此我民法特從法日等國民法之先例，採取限定承認制度之理由也。

限定承認，在繼承人爲一人時，只須其人爲限定承認之主張，即應依限定承認辦理，自屬不生問題。但在繼承人有數人時，如其中一人主張限定承認，他之繼承人或則表示單純承認，或則表示拋棄繼承，則其辦法如何，頗屬疑問。關於此點，各國法律規定不同，有繼承人中之一人主張限定承認，其他繼承人即視爲同爲限定承認者，例如法國民法（第七百八十二條）是。有繼承人中之一人主張限定承認，其他繼承人或爲單純承認，或爲拋棄繼承，並不因之發生影響者，例如意大利民法（第九百四十條）是。日本民法，蓋亦採取後之主義者也。我民法則從法國民法之先例。自理論上言之，自以意大利之規定爲合理。蓋繼承人之選擇權自得各別單獨行使，即無因其中一人主張限定承認，而視爲其他繼承人同爲限定承認之理。然就實際上之利害言之，限定承認之制，原爲保護繼承人之利益而設。而繼承人之爲限定承認，大抵於遺產不足清償債務或遺產狀況不甚有利於繼承人之時爲之。故視爲同爲限定承認，無礙於其他繼承人之利益。且設不視爲同爲限定承認，則同一繼承關係須適用各種不同之條文，事實上尤感不便。我民法所以從法國民法之先例者，蓋爲圖事實上之利便也。

依我民法規定，限定承認之效果有二。一爲繼承人惟以因繼承所得之遺產償還被繼承人之債務，一爲繼承人對於被繼承人之權利義務不因繼承而消滅。前者係限定承認之目的，後者則爲貫徹此目的之一種手段。茲說明於左。

一 限制負擔之效果

此爲我民法第一千一百五十四條第一項所明定，即限定承認之繼承人僅以因繼承所得之遺產爲限償還被繼承人之債務。易言之，即以因繼承所得之遺產償還被繼承人之債務，縱有不足，被繼承人之債權人亦不得就繼承人之固有財產爲清償債務之請求。然茲有應注意者，法律許繼承人以因繼承所得之遺產爲限償還被繼承人之債務，係以限制繼承人對於被繼承人之債務之責任，而其債務本身之存在則仍不受影響。故如就被繼承人之債務訂有保證契約者仍須對於其所保證之債務全部負其責任。不能因主債務人之繼承人因限定承認之結果僅須對於該債務之一部負償還責任，而主張自己就其餘部分之保證責任亦應歸於消滅。而在繼承人方面亦一爲限定承認即繼承遺產之全部。縱於遺產不足償還被繼承人之債務時

而以其固有財產供清償債務之用，亦不得以非償清償爲理由而請求返還（民法第一百八十一條第三款參照）。

其不得對於遺產行使代位權，更無待論。

## 二 財產分離之效果

此爲我民法第一千一百五十四條第三項所明定，卽爲限定承認之繼承人其對於被繼承人之權利義務不因繼承而消滅。是爲一般權利義務因混同而消滅之例外。故如繼承人對被繼承人有債權，得主張就遺產與其他債權人同受清償。又如繼承人買受被繼承人所有物，賣價未及交付繼承卽已開始，仍應將賣價提出，充被繼承人債務之清償。我民法之所以設此規定者，蓋苟非使固有財產與因繼承而得之遺產絕對分離，則繼承人有時將利用限定承認之名義侵害被繼承人之債權人之權利，或致使繼承人以固有財產供清償被繼承人之債務之用故也。繼承人之固有財產與因繼承而得之遺產既應分離，其結果（一）繼承人對於遺產得享有新權利，（二）債權人不得以對抗被繼承人之事由對抗繼承人。限定承認對於繼承人之利益如此其大。故我民法特於第一千一百六十三條對於繼承人之有不正行爲者，規定其不得

主張限定承認之利益。藉以保護被繼承人之債權人。

## 第二項 限定承認之方式

依我民法第一千一百五十六條規定，限定承認爲要式行爲之一種。此爲各國法律之所從同。法律所以定爲要式行爲者。蓋因限定承認係以因繼承所得之遺產爲限償還被繼承人之債務，對於被繼承人之債權人影響甚大。故繼承人欲爲限定承認，不可不依據一定方式以爲表示以期明確。茲述我民法第一千一百五十六條所定之方式如左。

### 第一 得爲限定承認之時期

繼承人爲限定承認之意思表示，應於繼承開始後爲之。在繼承開始前所爲之意思表示不生效力。蓋在繼承開始以前，繼承尚未發生效力，無爲限定承認之必要故也。限定承認應在繼承開始後何時爲之？各國法律規定不同，有定爲三個月內者如法國民法，瑞士民法，日本民法是。有原則上定爲三星期，如被繼承人或繼承人在外國則爲三個月者，如德國民法是。我民法則從前之立法例定爲三個月。得爲限定承認之時期應自何時起算？各國法律規



定亦不相同。有自繼承開始時起算者，如法國民法是。有自繼承人知悉其得繼承之時起算者，如德國民法，瑞士民法，日本民法是。自理論言之，似以後之立法例爲合理，但我民法則從前之立法例。限定承認係屬繼承之變例，而期間過長足使被繼承人之債權人及受遺贈人之權利久陷於不確定之狀態，自非所宜。然繼承人於繼承開始後須調查遺產狀況，開具清冊，並決定爲限定承認與否，須加考慮。若不予以相當之猶豫期間，亦必甚感不便。我民法定爲自繼承開始時起三個月內，尙屬適當。又此得爲限定承認之期間能否聲請延長？各國法律規定亦不一致。有以爲不變期間者，如德國民法是。有許其聲請延長者，如法國民法，瑞士民法，日本民法是。我民法則從後之立法例：於第一千一百五十六條第二項規定，『前項三個月期限，法院因繼承人之聲請，認爲必要時，得延長之。』蓋恐繼承人或因遠在他方或其他正當情事不克從速決定承認與否之態度，或遺產過多，調查需時，非三個月內所能告竣，故不能不斟酌情形予以延展也。此項期限之延展須因繼承人之聲請，故法院不得依職權爲之，自不待言。又繼承人雖已有合法之聲請，而法院依其裁量認爲無延

展之必要者仍得予以駁斥。至有無必要純屬事實問題，應就各個場合之具體情形決定之。關於延展之期間法律未設若何限制，應由法院斟酌實際之需要，依職權定之。惟聲請延展，應於三個月期限尙未屆滿以前爲之。若期限屆滿則應認爲單純承認，解釋上蓋無疑義。

## 第二 開具遺產清冊。

遺產清冊即記載非專屬於被繼承人本身之財產上一切權利義務之簿冊。通常所謂遺產兼指積極財產與消極財產。屬於積極方面者謂之資產，即民法所謂權利。屬於消極方面者謂之債務，即民法所謂義務，限定承認既限定以因繼承所得之資產償還被繼承人之債務，則遺產狀況如何？能否使被繼承人之債權人得滿足之清償，受遺贈人得滿足之交付？及繼承人是否有第一千一百六十三條所列各款情弊？並第三人有無侵害遺產？皆非先有遺產清冊無憑稽核。而負開具遺產清冊之義務者自爲此爲限定承認之人。蓋被繼承人之債權人與受遺贈人雖於遺產狀況如何有直接利害關係，然對於遺產狀況通常皆不如繼承人之明瞭。而因限定承認受益者又爲繼承人故也。開具遺產清冊並無一定之方式，解釋上自以記載忠實

及記載完全爲已足。記載忠實，卽記載非出於虛僞之謂。記載完全，卽記載非有所脫漏之謂。記載如非忠實及完全而有第一千一百六十三條第一二兩款所定情事者不得享受限定承認之利益，則遺產清冊旣已提出於法院之後，似應解釋爲不得重行補正者也。

### 第三 呈報法院

爲限定之承認者，於開具遺產清冊後，須呈報法院，陳述限定承認之意思。關於此點，我民法雖只規定呈報法院，然並須陳述限定承認之意思，解釋上自無問題。限定承認之意思表示，各國法律概明定其應對於法院爲之。我民法亦然。其須對於法院爲之者，蓋以期手續之鄭重與表示之明確耳。此種事件性質上屬於非訟事件，蓋無可疑。在我國非訟事件法尙未頒行，限定承認應向何處法院爲之，法律上尙無明文可資依據。然條理上自應向繼承開始時被繼承人普通審判籍所在地之法院爲之。至繼承人爲數人時，其呈報法院陳述限定承認之意思，是否須各別爲之？解釋上似無妨採消極說。蓋依我民法第一千一百五十四條第二項規定，繼承人中一人爲限定承認時，其他繼承人視爲同爲限定承認。縱使共同爲

之，亦無虞其一人意思之決定爲他人意思之所左右故也。

### 第三項 遺產之管理

繼承人爲限定承認時在已爲限定承認以後未爲債權之清償及遺贈之交付以前，該遺產應由何人管理？我民法雖無明文規定，就繼承編第二章第二節全體條文之精神解釋之，似原則上應由繼承人負管理之責。蓋第一千一百五十八條至第一千一百六十條各條規定，均以遺產在繼承人管理之下爲其前提故也。且限定承認係爲繼承人之利益而設之制度，自應使享受此利益之繼承人負擔管理遺產之義務。而遺產於清償債務及交付遺贈後，如尚有賸餘，仍應歸屬於繼承人。繼承人既處於利害關係之地位，由其管理遺產，事實上亦屬相宜。然設繼承人事實上不能爲遺產之管理，或其管理顯屬失當時，則如之何？此際似應許利害關係人聲請法院選任管理人或爲其他保存遺產之必要處分。蓋非如此則遺產將因無人管理或管理失當而生毀損滅失，致損害被繼承人之債權人及受遺贈人之利益故也。

如上所述，遺產應由爲限定承認之繼承人負管理之責。而其管理遺產究應以何種注意爲之？

學者間之意見不盡一致。有主張僅應與處理自己事務爲同一之注意者，有主張應以善良管理人之注意爲之者。似以後說較爲妥當。蓋我民法認包括繼承爲繼承之本則，繼承人對於被繼承人之債務，原應不問遺產之足敷清償與否，負無限之責任。限定承認乃爲繼承人之利益而設之特例，繼承人無須以其固有財產供清償被繼承人之債務之用。其所得享受之利益既如此其大，則對其管理遺產課以較高度之注意義務，亦不能謂爲苛酷也。

#### 第四項 遺產之清算

##### 第一目 對被繼承人之債權人及受遺贈人之公告

依我民法第一千一百五十七條規定，『繼承人依前條規定呈報法院時，法院應依公示催告程序公告，命被繼承人之債權人於一定期限內報明其債權。前項一定期限，不得在三個月以下。』是爲對於被繼承人之債權人及受遺贈人之公告。茲爲說明於左。

我民法只規定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。而於受遺贈人之願受遺贈與否，則不命其有所聲明。以與第一千一百七十九條第一項第三款

之規定比較觀之，顯有出入，而受遺贈人之願受遺贈與否，與遺贈之應否交付有關，自以命其於一定期限內聲明爲宜。故第一千一百五十七條之規定應解釋爲對於受遺贈人之公告亦有其適用也。法院須依公示催告程序公告，命被繼承人之債權人及受遺贈人於一定期限內報明債權及爲願受遺贈與否之聲明者，蓋以限定承認係以因繼承所得之資產爲限，清償被繼承人之債務及交付遺贈，故被繼承人之債權人及受遺贈人有若干人，及其債權之數額各爲幾何，不可不依一定程序以期其明確，而非予此等人以報明債權及聲明願受遺贈與否之機會，亦難保其不受損害故也。

對於被繼承人之債權人及受遺贈人之公告應依何種程序爲之？各國法律規定不同。有以依通常之公告爲已足者，例如日本民法是。有須依公示催告程序爲之者，例如德國民法，瑞士民法是。我民法則從後之立法例。蓋以法院依公示催告程序所爲之公告較爲正確故也。惟程序費用或不免因此而有所增加耳。公示催告程序，屬於民事訴訟法上特別程序之一種。依民事訴訟法之規定，其種類有二。一爲申報權利之公示催告，一爲宣示證券無效之公示催告。前

者係公示催告之普通程序，後者係公示催告之特別程序。茲所謂依公示催告程序公告者係指前者之公示催告程序而言，自不待論。民事訴訟法於第五百零五條至第五百二十二條規定甚詳，可資參攷。惟關於除權判決部分之規定，事實上無其適用，蓋無可疑。

公告，通常須定一中報權利之期間。我民事訴訟法第五百一十條定為二個月以上。日本民法第一千零二十九條第一項但書定為不得在二個月以下。瑞士民法第五百八十二條第二項定為至少須為二個月。我民法則於第一千一百五十七條第二項規定『前項一定期限不得在三個月以下。即至少須為三個月。如所定期限而為二個月又二十九日則為違法。此項期限，其最短期者，究應以二個月或三個月為宜，純屬比較上之問題，無絕對之標準。不過為保護被繼承人之債權人及受遺贈人之利益起見而予以較長之申報權利期間，尚無不可耳。此項期間應自何時起算？我民法既別無明文規定，自應適用民事訴訟法第五百一十條之規定，自公示催告最後登載公報或新聞紙之日起，計算其期間。

## 第二目 清償債務交付遺贈之時期

限定承認之繼承人既以因繼承所得之資產爲限償還被繼承人之債務，則對於被繼承人之債權人自應負公平清償其債務之義務。在第一千一百五十七條所定之一定期限未屆滿以前，債權之總額如何尙不得而知。如許繼承人得任意先向債權人中一人或數人爲債務之清償，則其他債權人將受不測之損害。非所以維持債權人間待遇均平之道。故我民法於第一千一百五十八條規定，『繼承人在前條所定之一定期限內，不得對於被繼承人之任何債權人償還債務。』惟本條僅規定其不得償還債務，至於能否在該項期限內交付遺贈則無所規定，似解釋上不無疑問。然依第一千一百六十條之規定，則對受遺贈人交付遺贈須在已經償還債務之後。在第一千一百五十七條所定之一定期限內對於被繼承人之任何債權人償還債務且在所不許，其不得對受遺贈人交付遺贈，或可認爲論理上當然之結果，無待別以明文爲之規定。不過在『無人承認繼承』之場合，『債權之清償應先於遺贈物之交付』已於第一千一百七十九條第二項明行規定，而於第一千一百八十一條則復規定爲『不得請求清償債權或交付遺贈物』，二者並舉，無所區別。以與第一千一百五十八條之規定兩相比較，微嫌其規定方法前後不無歧殊耳。又



不得清償債務交付遺贈，固以第一千一百五十七條所定之一定期限內爲限。期限一朝屆滿，能否以遺產或債務數額等尚未確定爲理由，拒絕清償或交付？不無疑問。鄙意依第一千一百六十二條之規定，未於公告所定期限內報明其債權而又爲繼承人所不知者，僅得就賸餘遺產行使其權利。關於遺贈自亦應適用同一之原則。則如其債權或遺贈本身無何問題者，縱令繼承人於此項期限屆滿後即負清償或交付之責，亦無害於繼承人之利益。且自繼承開始以迄於第一千一百五十六條公告所定期限之屆滿，時期之相距至少在六個月以上。則如其債權在繼承開始時即已屆清償期者，已因繼承人之爲限定承認而於原清償期屆滿後業已經過六個月事實上猶未得受清償。其喪失期限上之利益既如此其大，此際而猶令繼承人得以拒絕清償，似對於被繼承人之債權人，保護殊嫌不周。故關於此點，解釋上似以採消極說爲宜也。

### 第三目 清償債務交付遺贈之順序

依我民法規定，債務之清償先於遺贈之交付，且有優先權之債權先於普通債權而受清償，未於一定期間內報明債權，又爲繼承人所不知者僅得就賸餘財產行使權利。是爲清償債務交付

遺贈之順序。茲分述於左。

第一 對於債務之清償

我民法第一千一百五十九條但書所謂不得害及有優先權人之利益，即有優先權之債權應先於普通債權而受清償之意。有優先權之債權例如有抵押權，質權，留置權等之債權是。此等債權應先於普通債權而受清償者，以優先權之效力原在優先於普通債權而獨受滿足之清償故也。惟若供擔保之物或權利不足清償其債務時，則其不足之額應與普通債權競合而受清償，無復優先受償之權利耳。

我民法第一千一百五十九條規定『在第一千一百五十七條所定之一定期限屆滿後，繼承人對於在該一定期限內報明之債權及繼承人所已知之債權均應按其數額比例計算，以遺產分別償還』。依此規定，繼承人對於普通債權，僅以債權人已於一定期間內報明，或縱未報明而為繼承人所已知者為限，始負清償之義務。否則債權人惟能依第一千一百六十二條行使其權利。遺產足以清償全部之債權固無問題。如不敷清償全部之債權。則應按其數額比

例計算，以遺產分別償還。例如遺產僅值六千元，而債權已達三萬元，則各債權人只能各受五分之一之償還是。但此係就毫無疑問之債權而言。若報明之債權有爲繼承人或其他債權人所否認，或繼承人所已知之債權而爲他債權人所否認。應如何辦理？繼承法中既別無規定，則除依和解或訴解決之，別無他法。在未解決前其已無疑問之債權究暫停止償還，抑仍先行償還？不無疑問。惟因此等發生爭執之債權而使其他不爭之債權亦同受其影響而不得早受清償，殊非所宜。故不應停止清償，惟須將此尙未解決之債權數額亦一併加入計算耳。又報明之債權及繼承人所已知之債權，其中如有附期限或附條件之債權，是否亦即按其數額比例償還？實爲一重大問題，且在實際上亦復易於發生。民法關於此等各點，規疏略。似應參攷他國立法例及破產法理以補充之。夫自理論言之，遺產非破產財團，限定殊嫌承認人不因限定承認而當然喪失期限之利益。似對於未到清償期之債權，無爲清償之義務。惟是此種辦法足以妨害清算程序之進行。故在外國法律有明定債權縱未至清償期亦應爲清償者（例如日本民法第一千零三十二條第一項）。我民法雖無此項規定，似無妨爲同一之解釋。蓋限定

承認要以不使被繼承人之遺產與繼承人之固有財產混合爲一爲其本則。今設令繼承人得主張期限上之利益，則此二者之混合爲一，勢所難免，將發生至爲錯綜之關係，不合於限定承認之目的故也。惟使清償期尚未到來之債權人獨受利益，亦有背於債權人相互間之公平待遇。似應從其債額中有約定利率者依約定利率，無約定利率者依法定利率，扣除自償還日起至清償期日前之利息，以其餘額作爲實際之債額，然後按照比例償還之也。又附有條件之債權與存續期間不確定之債權，在條件未成就，期間未確定以前，自理論言之，限定承認人自非當然有爲清償之義務。然設待條件成就或期間確定後方爲清償，亦足以妨害遺產清算程序之進行。故在外國法律有明定應依法院所選任之鑑定人所爲評價以爲清償者（例如日本民法第一千零三十二條第二項）。

我民法無之。如限定承認人與債權人能依協議定之，而其他債權人復無異議者，自可依其協議以解決之。藉非然者，除請求法院爲之選任鑑定人評定其價額外，恐無其他更爲妥善之解決方法也。

## 第二 對於遺贈之交付

依我民法第一千一百六十條規定，「繼承人非依前條規定償還債務後不得對受遺贈人交付遺贈。」遺贈之交付所以後於債務之清償者，以不可因遺贈而因債權受不利益之影響故也。蓋遺贈因被繼承人之死亡而生效力，故至繼承開始時始行確定，被繼承人之債權人之權利則於繼承開始以前早經發生，且已確定。且遺贈概屬無償行為，受遺贈人僅為利益之享受，債權之發生則以基因於有償行為者居大多數。設使債權人僅得與受遺贈人立於同一之順序以主張其權利，則其既得權將大受侵害而蒙不測之損失。而在被繼承人為鉅額之遺贈時為尤然。而繼承人之為限定承認概在遺產內之消極財產多於積極財產之時。如使交付遺贈得與清償債務同時行之，債權人之將受損害蓋為至明顯之事實。被繼承人得以一己之意思左右債權人之運命，揆之情理均欠允協。此本條規定之所由設也。受遺贈人如有數人，而遺產不敷交付全部遺贈時，應如何辦理？法無明文規定，不無疑問。然遺贈之交付亦應以公平為原則，與債務之清償初無二致。於此情形，自應準用第一千一百五十九條關於比例償還之規定，採按其數額比例分配之主義。又我民法第一千一百六十條只規定遺贈，對

於贈與是否適用？亦一問題。有謂贈與與遺贈性質相同，故贈與亦應後於債務而為交付者。然我民法既未對於贈與別設規定，則解釋上自應以受贈人為通常債權人，先於遺贈而受贈與之交付。

限定承認人於清償債務交付遺贈時，如該債權人或受遺贈人之權利係以遺產中之其一特定物為其標的，固得逕行交付其物以為給付。設不能以現物為給付者斯有變賣遺產以其變得金履行義務之必要。限定承認人既以因繼承所得之遺產為限，負債還被繼承人債務之責任。則其變賣所得之價款是否相當，繼承人有無與買受人串同作弊等情事，影響於被繼承人之債權人及受遺贈人之利益者至為鉅大。故其變賣應否以拍賣或其他公開之方式行之？被繼承人之債權人及受遺贈人有無到場參加之權利？似均應有相當之規定，以期周密。我民法關於此等各點，規定均付闕如，實際適用上恐不無困難。此有待於學理或判例之為之補充者也。

第三 債權未為報明及為繼承人所不知之損失

依我民法第一千一百六十二條規定，『被繼承人之債權人，不於第一千一百五十七條所定之一定期限內報明其債權而又為繼承人所不知者，僅得就賸餘遺產行使其權利。』其僅得就賸餘遺產行使其權利者，蓋被繼承人之債權人既不於公告所定之一定期間內報明其權利，即無妨推定其無行使權利之意思，如其債權又為繼承人所不知，自不得強其保留遺產之一部以供他日之清償故也。所謂賸餘遺產指除清償債務及交付遺贈外現實所餘之遺產而言。故如遺產無復賸餘，債權人自無從對繼承人行使其權利。於此情形，外國法律有明定其得對於受遺贈人行使求償權（法國民法第八百零九條第一項）以期貫徹債權必先於遺贈之主義者。然如此辦理，不僅使受遺贈人之既得權全失其保障，且與法律規定須依公示催告程序為公告之精神亦顯相抵觸。故不為我民法之所採取。又本條僅為關於債權之規定，對於遺贈是否亦可適用？不無疑問。然在『無人承認繼承』之場合，第一千一百八十二條明定受遺贈人不於公告所定期間內為願受遺贈之聲明者僅得就賸餘遺產行使其權利。本條所定情形大致相同，似應解釋為對於遺贈亦有其適用也。

#### 第四目 繼承人之賠償責任及受害人之求償權

依我民法第一千一百六十一條第一項規定，『繼承人違反第一千一百五十七條至第一千一百六十條之規定，致被繼承人之債權人受有損害者，應負賠償之責。』第一千一百五十八條規定於一定期間內清償債務交付遺贈之禁止，第一千一百五十九條規定清償債務之順序及方法，第一千一百六十條規定交付遺贈之順序，均屬強行規定，繼承人如有違反，致被繼承人之債權人受有損害，自應負賠償之責。至第一千一百五十七條係規定法院對於債權人及受遺贈人之公告，不生繼承人違反與否之問題。且法院縱有違反，亦只發生其程序是否合法之問題，在現行法制之下似尚無發生損害賠償問題之餘地。我民法乃規定因違反該條致被繼承人之債權人受有損害，由繼承人負賠償之責，其為錯誤蓋屬顯然，所謂因違反致受損害，指違反與損害並存，且有因果關係者而言。故如僅有違反特定法條情事而並未受有損害，或雖受有損害而並非由於違反特定法條所發生，皆不能受本條之適用。例如因繼承人管理失當遺產散失，致被繼承人之債權人受有損害，此損害並非由於違反第一千一百五十八條至第一千一百



六十條之規定所發生，只能根據侵權行為之原則請求賠償不能根據本條請求賠償。又如被繼承人之債權人主張繼承人違反第一千一百五十八條規定而於公告期內償還他人債務，而問其自己受有損失與否，則應之曰無，此際即應根據無利益者無訴權之原則予以駁斥是。又本條僅就被繼承人之債權人受有損害而為規定，受遺贈人受有損害時是否亦可適用本條以求救濟？不無疑問。債權人之利益，雖常先於受遺贈人而受保護，然法律對於受遺贈人之利益亦無全行漠視之理。故應解釋為本條對於受遺贈人亦可類推適用之也。

依我民法第一千一百六十一條第二項規定，「前項受有損害之人，對於不當受領之債權人或受遺贈人，得請求返還其不得受領之數額。」是為被害人之求償權。求償權之根據何在？學者不一其說。有謂基於不當得利者，然被繼承人之債權人或受遺贈人，其受領清償或交付係基於法律上之原因，自不能認為不當得利人。故斯說顯難採取。有謂基於侵權行為者，蓋以債權人或受遺贈人明知其不應受領而竟受領，致侵害他之債權人或受遺贈人之權利，即與侵權行為無異故也。此在以明知為求償權成立之要件者固可作如斯之說明。然我民法並未以明

知爲其成立要件，則凡有受領其所不當受領之事實者，縱非明知，亦不能免除返還之義務，即難認此爲侵權行爲之結果。吾人以爲此項求償權之發生無甯直接基於本條第二項之規定。而法律之所以爲此規定者，則純爲保持債權人間或受遺贈人間分配之公平。故於受有損害之人向繼承人請求賠償，而因其已無資力不能達請求之目的時許其對於不當受領之債權人或受遺贈人請求返還不當受領之數額，以期無所偏枯也。

### 第三節 遺產之分割

#### 第一款 概說

遺產分割者共同遺產繼承人以消滅遺產之共同共有關係爲目的之行爲也。繼承人如爲一人，不發生遺產分割之問題。若繼承人而有二人以上，則依我民法第一千一百五十一條之規定，各繼承人對於遺產全部既爲共同共有，自不能不有消滅此共同共有關係之方法。此即所謂遺

產之分割是矣。

遺產分割應以應繼分爲標準，解釋上蓋無疑義。故非其時共同繼承人之地位及其應繼分業已確定，不得着手於遺產之分割。有謂共同繼承人之一人或數人存否縱屬不明，或縱未經過行使選擇權之期間，亦不妨爲遺產之分割者。其說之不可採取，無待多言。

## 第二款 分割之時期

繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部既爲共同共有，則適用我民法第八百二十九條規定之結果，即不得於共同關係存續中請求爲遺產之分割。此不僅妨礙經濟之流通，且與法律以遺產爲共同共有之精神亦顯相違背。蓋法認遺產在未分割前爲各繼承人之所共同共有，不過爲圖一時之利便而非其終局之目的。繼承人承受被繼承人之權利應以不失其權利之同一性爲原則。今若使繼承人之所承受者永遠爲對於遺產之共同共有權，則其所有之權利與原屬於被繼承人之權利全異其性質，殊不合於繼承制度之本質。故非分割遺產勢將無

以貫徹繼承之目的。然於繼承開始之當時即爲遺產之分割，又大都爲事實之所不許。蓋分配各個財產以定其歸屬於繼承人中之何人，事非單簡，自非咄嗟所能立辦。而以性質上不可分之財產占遺產之大部分時爲尤然。此法所以於一定期間許遺產爲各繼承人<sup>等</sup>之所共同共有也。故公同共有純屬一時之變態，自應許繼承人隨時請求分割以返於正常之狀態。我民法於第一千一百六十四條明定『繼承人得隨時請求分割遺產。但法律另有規定或契約另有訂定者不在此限』。以排除民法第八百二十九條規定之適用，蓋以此也。所謂法律另有規定，當係指我民法第一千一百六十五條第二項之規定而言。至所謂契約另有訂定，如其契約而不違反強行法規及公共秩序善良風俗固均應認爲有效。但應否受民法第八百二十三條第二項所定『契約所定不分割之期限不得逾五年，逾五年者縮短爲五年。』之限制？不無疑問。就民法第八百二十三條與第八百二十九條之關係觀之，似第八百二十三條第二項之規定不能適用於共同共有之場合。然遺產之公同共有，如上所述，係屬一時之變態，則爲注重經濟之流通與期望變態之及早結束起見，似應認爲民法第八百二十三條第二項之規定於此時亦有其適用也。

依我民法第七條之規定，『胎兒，以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生。』則胎兒之得爲繼承人無待多言。但在胎兒尚未出生以前，他之繼承人能否請求爲遺產之分割？則屬疑問。外國法律有明定胎兒尚未出生以前，其他繼承人不得請求爲遺產之分割者，如德國民法（第二百零四十一條第一項）是。亦有規定應延展至於胎兒出生以後始得爲遺產之分割者，如瑞士民法（第六百零五條第一項）是。此於胎兒利益之保護，固至周密。然他之繼承人須待至胎兒出生之後始得請求分割遺產，有時或將大感不便。我民法斟酌各方面之利益及事實上之需要，特於第一千一百六十六條第一項規定，『胎兒爲繼承人時，非保留其應繼分，他繼承人不得分割遺產。』許於保留胎兒應繼分之條件下分割遺產，在其他繼承人固甚感利便，而在胎兒亦不至因此而蒙不測之損害。誠不失爲一適當之辦法。惟法文明定非保留胎兒之應繼分不得分割遺產，則設分割遺產而未保留胎兒之應繼分，斯其分割因違反禁止之規定而無效，所不待言者也。胎兒未出生以前既得因保留其應繼分而爲遺產之分割，斯不得不有代表其利益而爲法律行爲之人。故我民法第一千一百六十六條第二項規定，『胎兒關於遺產之分割，

以其母爲代理人。』然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業經明文規定，則胎兒之父母得爲胎兒之代理人，似可推論得之，無待於另設明文之規定。且本條第二項規定僅言『母』而不及『父』，殆以胎兒爲繼承人時必以其父爲被繼承人，故父已無代理之可能。然胎兒爲繼承人之場合並不限於其父爲被繼承人之一種。例如胎兒之兄姊未婚死亡，其父母均拋棄繼承權時，胎兒即適當法定繼承人之順序而爲繼承人矣，關於此點之立法，似不免有所疏漏。又與本條所定情形相關連而可發生問題者二事：（一）繼承開始時並無胎兒，迨他繼承人分割遺產時已有胎兒者，此時應否爲胎兒保留應繼分？（二）繼承開始時胎兒之有無不明，迨他繼承人分割遺產後始知當時已有胎兒者，此時將如何救濟？關於第一點，似應解釋爲不應爲胎兒保留應繼分，而得逕爲遺產之分割。蓋繼承權之有無應以繼承開始時爲準定之，繼承開始時並無胎兒，遺產分割之時始有胎兒，當然不能據以取得繼承之地位故也。關於第二點，應認爲有本條之適用，即未經保留胎兒之應繼分而爲之分割應歸於無效，胎兒之法定代理人得依第一千一百四十六條之規定請求回復其繼承以資救濟。

依第一千一百六十四條之規定，繼承人固得隨時請求分割遺產。但若被繼承人以遺囑禁止其分割時則應尊重被繼承人之意思，而於一定期間內不爲分割。被繼承人所以禁止遺產之分割者，或因考慮財產利用上之效率而認爲不宜於即行分割，例如遺產係屬土地，該土地現供造林之用，以大規模經營爲宜之類是。或因斟酌各繼承人間之利害關係而認爲以暫不分割爲宜，例如繼承人中之一人尚未成年且無適當爲其監護之人，如遽行分割將不利於該繼承人之類是。無論其出於如何之動機，被繼承人既有明顯之意思表示自以從其意思爲宜。但被繼承人固得禁止遺產之分割，然若漫無限制，亦非所宜。故法律設有二重限制。(一)爲意思表示方式上之限制。即分割之禁止須以遺囑爲之。此就我民法第一千一百六十五條第二項之規定解釋，無容置疑。其必須以遺囑爲之者蓋爲保障被繼承人意思之確實也。(二)爲禁止期間之限制。即禁止分割之效力以二十年爲限。此爲我民法第一千一百六十五條第二項之所明定。我民法之所以特設禁止期間之限制者蓋恐禁止期間過長，足以阻礙經濟之流通及遺產自身之改良故也。此二十年之期間是否適當？不無疑問。如上所述，當事人間以契約訂定不分割之期

限者其期限不得逾五年，逾五年者縮短爲五年。而此則許禁止分割之效力延續至二十年之久。兩相權衡，是否相稱？如係預想繼承人中之一人爲胎兒，須經二十年方達成年，於其未成年前禁止遺產之分割以資保護。則因一繼承人之故而令其他繼承人受長期間之束縛，似有乖公平保護之義。而況我採結婚成年之制，初非一定須滿二十歲始得認爲成年乎？至遺囑所定禁止期間在二十年以上者，究係其禁止完全無效，抑僅其超過之期間爲無效？學者不一其見解。鄙意第一千一百六十五條第二項明言，『遺囑禁止遺產之分割者，其禁止之效力以二十年爲限。』其所著重者純屬效力之存續期間，而非禁止期間之本身，顯而易見。故即以遺囑永遠禁止遺產之分割，或其所定之禁止分割期間遠在二十年以上，仍僅得於繼承開始後二十年内保持其禁止之效力。非其禁止即應視爲自始完全無效也。且被繼承人於二十年以上之期間禁止分割，至少有於二十年内不得爲遺產分割之意思，今如認其禁止全部爲無效，其不合於被繼承人之意思尤至爲明顯。解釋上自以採後之超過期間無效說爲宜也。



### 第二款 分割之方法

遺產分割之方法，包括（一）按應繼分分配之方法，（二）分配後各繼承人取得其應繼分之方法而言。前者例如將某處不動產與某項動產配置爲一份，某處商店之營業與若干金錢又配置爲一份之類是。後者例如指定某人得某份，或以抽籤定之之類是。此等方法通常皆由各繼承人協議而定。如不能協議或協議不諧，則請求法院決定之。然如被繼承人特以遺囑指定分割之方法或委託他人代定者，自應尊重其意思。故我民法於第一千一百六十五條第一項規定，『被繼承人之遺囑定有分割遺產之方法或託他人代定者，從其所定。』依此規定，分割遺產之方法，被繼承人不僅得以遺囑自爲指定，且得以遺囑委託第三人代爲指定。其被委託之人必爲被繼承人所最信用之人。故繼承人對於該第三人所爲指定，亦有遵從之義務。但不問被繼承人自爲指定或委託第三人代爲指定，均不得不遵守下述之二要件。即（一）須以遺囑爲之。此爲我民法第一千一百六十五條第一項當然之解釋。其如此者，蓋爲保障被繼承人意思之確

實也。倘非以遺囑爲之，則被繼承人所爲之指定或委託，即歸於無效，其分割遺產之方法，仍應由各繼承人以協議定之。(二)須不違反關於特留分之規定。蓋特留分制度純爲維持公益而設，自不許被繼承人或受其委託之第三人得以一己之意思任意排除其規定之適用。如被繼承人自爲指定，而其指定有違反關於特留分之規定者，其違反該規定之部分應爲無效。如受委託之第三人代爲指定而其指定有違反關於特留分之規定者，得請求其更爲適當之指定。如第三人拒絕指定，則屬遺囑之執行不能，自應依通常規定以定其分割之方法。關於分割方法之指定及委託，以具備上述兩種要件爲已足。此外更無何種之限制。故其內容縱欠妥當，亦不得聲明不服。

關於遺產分割之方法，如被繼承人未以遺囑指定或委託第三人指定，自應由各繼承人以協議定之。或爲遺產之形體的分割，或依各人之好惡而爲適當之分配，或依買賣互易等方法以達分割之目的，或依抽籤拈鬮等方法以定財產之歸屬，只須各繼承人合意，即生效力。但在外國法律有定爲繼承人爲未成年人，禁治產人等無行爲能力人時，應由法院定其分割之方法者

（法國民法第  
八百十二條）

。此固不失為保護無行為能力人利益之一方。然我民法既無如斯之明文規定，自難認為須受此種之限制。分割之方法不能由各繼承人協議決定者，得聲請法院決定之。法院斟酌實際情形及多數繼承人之需要，或命以原物分配於各繼承人，或將財產變賣而以價金分配於各繼承人，均無不可。其以原物為分配時，繼承人中有不能按其應繼分受分配者，則以金錢補償之以期公平（參照民法第八百二十四條關於共有物分割之規定）。

繼承人能否於遺產分割前處分其應繼分？各國法律規定不一，有絕對禁止共同繼承人將其應繼分轉讓於第三人者，有雖許轉讓於第三人，但認其他繼承人有先買權，得優先於第三人而承買該項出讓之應繼分者，有承認共同繼承人得於遺產分割前以有償或無償轉讓其應繼分於第三人，但他繼承人得於一定期間內償還其價額及費用以回贖之者。我民法關於此點無所規定，解釋上頗滋疑義。有謂在遺產分割前各繼承人對於遺產全部既為共同共有，則應適用民法第八百二十八條第二項之規定，非得其他繼承人全體之同意不能就之為任何處分，故應繼分之轉讓在事實上殆屬於不可能者。然公同共有物本身之處分與應繼分之處分觀念上判然有

別，殊難據民法第八百二十八條第二項之規定，遽斷定應繼分之轉讓亦須得其他繼承人全體之同意。況我民法不僅許各繼承人得以契約訂定禁止分割之期間，並認被繼承人得以遺囑禁止遺產之分割，且得保持其效力至二十年之久。在如斯之長期間，不許繼承人就其應繼分爲何等之處分。不惟阻礙經濟之流動，抑且對於繼承人殊嫌過酷。故解釋上應認爲繼承人得於遺產分割前轉讓其應繼分於第三人。繼承人既得於遺產分割前轉讓其應繼分於第三人，而如後所述，我民法關於遺產分割之效力，又採溯及主義，則分割結果之若何，影響於第三人之利益者有時至爲鉅大。爲保護此等第三人或各個繼承人之債權人之利益起見，似應於實行分割時令其有到場參加，陳述意見之機會。我民法關於此點，無所規定，對於第三人之保護殊嫌有所不同。日本民法第二百六十條規定，對於共有物享有權利之人及各共有人之債權人得以自己之費用參加於共有物之分割。依前項規定已爲參加之請求而不待其參加逕行分割者，不得以其分割對抗該請求參加人。其兼顧第三人利益之一點或可供吾人之參攷。

#### 第四款 分割之效力

依我民法第一千一百六十七條之規定，『遺產之分割，溯及繼承開始時，發生效力。』故與通常共有物之分割全異其效力。通常共有物之分割其效力自分割時起，向以後而發生，易言之，即其所發生者爲移轉之效力。例如將共有物分割爲子，丑，寅之三部分，而以子歸屬於甲，丑歸屬於乙，寅歸屬於丙時，認爲係以乙丙就『子』所有之應有部分移轉於甲，甲丙就『丑』所有之應有部分移轉於乙，甲乙就『寅』所有之應有部分移轉於丙，而使甲乙丙對於子，丑，寅各自取得獨立完全之權利。故甲乙丙三人彼此相互立於權利繼承人之地位。至遺產繼承則不然。各繼承人既依繼承之本質直接承受被繼承人之權利義務，自不能復認爲他繼承人之權利繼承人。故法認遺產分割之效力僅有宣示之性質。即在上例，甲乙丙三繼承人雖在遺產分割前爲對於『子』，『丑』，『寅』之共有人，而一經分割，即自繼承開始時起，各自對於子，丑，寅爲其惟一之權利人視與共有關係從未發生者同。此之謂宣示主義，以與

移轉主義相比較，則其結果有利於繼承人，而對於第三人甚爲不利。今設繼承人甲以其對於遺產中某項不動產之應有部分爲抵押向債權人借有債款，若遺產分割之結果該不動產歸屬於甲，其抵押權固仍行存續，設該不動產而歸屬於他繼承人乙，則甲視爲自始對該不動產無何等之權利，該項抵押權卽係無權利人之所設定，不得不隨遺產之分割而歸於無效。法律關係之安定大受動搖矣。而遺產之分割原無必須於繼承開始後若干年內爲之之限制。設於二十年後或三十年後爲之，而令其效力追溯於繼承開始之時，其攪亂法律關係幾莫知其所底止。亦且不合於繼承人等之本意。故若遺產之共有爲迄於分割時爲止之暫時狀態，則其分割之效力固溯及於繼承開始時而發生。設共同繼承人以共同利用經營之意思而繼續其共有之狀態，則其共有應自此時起成爲通常之共有關係，其後雖有遺產之分割，應不受我民法第一千一百六十七條規定之適用。解釋上或以採此種見解較爲適宜。

## 第五款 繼承人相互間之擔保責任

關於遺產分割之效力，我民法採宣示主義而不採移轉主義，已述於前。既採宣示主義，則各繼承人非互相立於權利繼承人之地位，乃使其對於他繼承人因分割而得之遺產負與出賣人同一之擔保責任，理論上不無矛盾。然其所以如此規定者蓋基於事實上之需要，欲實現公平分配之原則使各繼承人間無偏枯不均之情弊，實非課各繼承人以相互擔保之責無由達到其目的也。

第一、『遺產分割後，各繼承人按其所得部分，對於他繼承人因分割而得之遺產負與出賣人同一之擔保責任。』爲我民法第一千一百六十八條之所明定。出賣人之擔保責任，我民法規定於第三百四十九條至第三百六十六條，分爲追奪擔保與瑕疵擔保之兩種。此等規定，於遺產分割之場合應如何準用？不無發生疑問之餘地。民法關於通常共有物分割後之擔保責任，僅置有第八百二十五條之一條。規定各共有人對於他共有人因分割而得之物，按其應有部分，負與出賣人同一之擔保責任。故應如何準用此等規定之問題，於此情形，亦復發生。倘民法關於通常共有物分割後之擔保責任設有較爲完密之規定，則以之準用於遺

產之分割，事當更便，解釋上種種之疑問或可不至發生。今試敷陳準用出賣人擔保責任規定之結果於左。

甲 實現出賣人擔保責任之方法，首爲損害之賠償。其在遺產分割時之準用則如何？例如被繼承人除有每匹值一千元之馬共三匹外他無所有，其子甲乙丙三人因遺產分割之結果而各得馬一匹。然丙分得之馬因發現其於繼承開始前已有隱病，故實值不過四百元。此時丙原應繼承而未得繼承之差額六百元，應由甲乙各自按其應繼分，盡分擔之責。卽在此時，甲乙丙之應繼分既均爲三分之一，甲乙非各出二百元以給與丙不可。而不足之數尙有二百元，則須由丙自身忍受之。

乙 次則減少價金之方法，於此場合似亦有其適用，例如遺產之全部爲土地，其時值爲九千元，而有甲乙丙三繼承人，甲以補償金各三千元給與乙丙，而獨自取得其土地之全部，則以六千元無妨視爲土地之價金。設此土地之三分之一原非屬於被繼承人之所有，因而爲第三人之所追奪，甲得請求乙丙各返還一千元之補償金。



丙 實現出賣人擔保責任最有效之方法，當爲契約之解除。能否準用關於遺產分割之場合？頗有問題。有謂關於遺產分割之效力既採宣示主義，自不能認爲有契約之成立，從而契約解除之方法性質上不能準用於遺產分割之場合者。然分割之實現勢須各繼承人有關於分割之合意。將此合意視爲契約，似亦無所不可。故於買受人得爲契約之解除時，立於買受人地位之繼承人當可爲撤銷原分割，更爲分割之請求。例如被繼承人有地九十畝，由其子甲乙丙三人繼承，遺產分割之結果各得地三十畝時，設甲所分得之土地全部被追奪者，則在買賣之場合買受人原得爲契約之解除，此際應解釋爲甲得爲更爲分割之請求以資救濟。如繼承人間協議不調時，得向法院爲分割遺產之請求。

丁 遺產之分割由法院以判決行之者，如其判給繼承人中一人之財產有瑕疵或其全部或一部被追奪時，該繼承人能否對於他繼承人爲償還或更爲分割之請求？實爲一至難解決之問題。如認對於法院爲遺產分割之請求係屬非訟事件，則法院就此所爲之裁判不生既判力之問題，如有上述情事，似無妨爲償還或更爲分割之請求。然就我民事訴訟法第十六

條之規定觀之，則在現行法制之下此種事件似不得不認爲訴訟事件，法院就此所爲之判決當然有既判力之發生。故於此情形不得爲更爲判決之請求自不待論，卽爲利益償還之請求亦似在所不許。要之關於繼承人相互間擔保責任之規定，似僅能於依協議爲遺產之分割時，有其適用也。

戊 繼承人相互間須負擔保責任者，是否以其瑕疵之發生基於繼承開始以前之事由者爲限？換言之，卽就基於繼承開始後遺產分割前之事由而發生之瑕疵是否亦負擔保責任？關於此點，日本民法設有明文規定，僅就繼承開始前之事由負擔保責任（日本民法第一千零十三條）。

蓋以關於遺產分割之效力既採宣示主義，則基於繼承開始以後事由所發生之瑕疵自不應使他繼承人負擔保之責任。此在理論上未始無相當之見地，其不合於實際之需要則事至明顯。就（甲）項所設之例言之，丙所分得之馬因有隱病而減損其價值者同，如其隱病在繼承開始前卽已存在，則得請求甲乙分擔其損失，如其隱病在繼承開始後始行發生，則須獨自忍受其損失，殆不易說明事實上必須加以區別之理由。且既採宣示主義則繼承人

相互間本非立於權利繼承人之地位，即就繼承開始前之事由亦無令他繼承人負擔保責任之理。其所以令他繼承人負擔保責任者純爲維持各繼承人間分配之公平。則爲實現同一之目的起見，何妨更進一步，就繼承開始後遺產分割前之事由亦令各繼承人相互負擔保之責任？且依第一千一百六十九條之規定，對於債權所擔保者，既爲遺產分割時債務人之支付能力，則在本條情形，使就分割時財產之價值負擔保之責任，更無不可之理。我民法不從日本之立法例，對於瑕疵之發生不以基於繼承開始以前之事由者爲限，良有以也。

第二、依我民法第一千一百六十九條第一項之規定『遺產分割後，各繼承人按其所得部分對於他繼承人因分割而得之債權，就遺產分割時債務人之支付能力負擔保之責。』蓋以各繼承人均有按其應繼分繼承遺產之權，此項權利在法律上應爲平等。若所分得者一爲現實之財產而毫無瑕疵之存在，一爲對於無資力者之債權，無從行使其權利，則將何以保持相互間之公平？此本項擔保責任之所由規定也。茲所謂債權係指（一）未附停止條件之債權

(二)已屆清償期之債權及(三)不定期限之債權，與本條第二項一相比較而可知。關於未附停止條件及已屆清償期者，其債權即時可以行使。關於不定期限者，一經債權人催告，債務人即應履行。各繼承人分得此等債權皆可於分割後立即實行其權利。故各繼承只應就遺產分割時債務人之支付能力，相互負擔保之責任。至「債權附有停止條件或未屆清償期者」其債權雖屬存在，然皆不能立即實行其權利。須待條件成就或清償期到來其權利應能實行。此債權人能實行其權利之時亦即債務人應為清償之時。自應令「各繼承人就應清償時債務人之支付能力負擔保之責。」此民法第一千一百六十九條第二項規定之所由設也。在通常買賣債權之場合，出賣人以擔保其權利確係存在為已足。非契約另有訂定，對於債務人之支付能力，不負擔保責任，如就債務人之支付能力負擔保責任者推定其擔保債權移轉時債務人之支付能力(民法第三百五十條及第三百五十二條)。就此等各點以與本條規定一相比較，可知遺產分割時各繼承人相互間就債權所負之擔保責任較之出賣人所負之擔保責任尤為重大。此蓋由於債權之買賣其價金之多寡恆隨其權利之確實與否以為轉移，故令買受人負擔其危險亦不

爲苛。若在遺產之分割則無價金關係之存在故也。

就遺產分割時或應清償時債務人之支付能力負擔保之責任，實卽一種之法定保證債務。依保證債務隨主債務之存在而存在之原則，苟分得債權之繼承人對於主債務人表示免除債務，他繼承人當然同時免除擔保責任。若遺產分割時或應清償時債務人尚有支付能力，而分得債權之繼承人依債務人之請求，允其延期清償。迨所延之期到來債務人已失支付能力。此時他繼承人是否仍負擔保之責任？關於此點責任之繼續與否，應以他繼承人對於延期已否同意爲斷。蓋依民法第七百五十五條之規定，『就定有期限之債務爲保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於其延期已爲同意外不負保證責任。』於此情形可以準用之也。

第三、繼承人相互間之擔保責任，由各繼承人各自按其所得部分，卽應繼分，負擔之。例如甲分得之遺產，內有債權二千元，因債務人支付能力之不足僅收到一千元。苟甲之應繼分爲遺產二分之一，乙丙之應繼分各爲遺產四分之一。則甲得向乙丙二人請求其各爲二百

五十元之補償，其餘額之五百元屬於其自身之負擔，故須自行忍受其損失。此即期分割之所得各如其應繼分而達到公平之目的，與出賣人須就買受人之損失全部負擔擔保責任，迥不相同也。

第四、依我民法第一千一百七十條規定，「負擔保責任之繼承人中，有無支付能力不能償還其分擔額者，其不能償還之部分，由有請求權之繼承人與他繼承人按其所得部分，比例分擔之。但其不能償還係由有請求權人之過失所致者，不得對於他繼承人請求分擔。」即在上例，如應償還二百五十元之乙，因支付能力之不足僅得償還一百元時，則丙須於原有之負擔額二百五十元外更爲五十元之補償，甲於當然歸其負擔之損失五百元外更須忍受一百元之損失。然設乙之不能償還，基於有請求權人之甲之過失，例如因甲之怠於請求償還，致時過情遷，乙成爲無資力者時，則甲對於乙不得於其原有之負擔額以上爲補償之請求，乙所不能償還之一百五十元全部由甲自行忍受其損失。

第五、我民法第一千一百六十八條至第一千一百七十條關於繼承人相互間擔保責任之規定

，被繼承人能否以遺囑排除其適用？不無疑問。採積極的見解者以爲我民法雖未如日本民法以明文規定，許被繼承人以遺囑排除此等條文之適用，然解釋上應屬相同。蓋應繼分尚可由被繼承人以遺囑指定，則繼承人相互間之擔保責任自無不許其以遺囑排除其適用之理由。鄙意被繼承人以遺囑指定各項遺產之歸屬，如指明以某處田地及房產歸長男承受，某商店之營業歸次男承受，對於某銀行之存款全部歸其女承受，其餘一切之動產不動產歸其配偶承受，則縱各繼承人分得遺產之多寡不與其法定應繼分相當，在不違反特留分規定之範圍內仍屬完全有效。蓋依我民法第一千一百六十五條之規定，被繼承人之遺囑如定有分割遺產之方法應即從其所定故也。於此情形，各繼承人分得之遺產縱有瑕疵，他繼承人亦不負擔保之責。如即就此而謂被繼承人得以遺囑排除我民法所定繼承人相互間擔保責任各規定之適用，則屬對其法律效果之一種解釋方法，原亦無所不可。設被繼承人而僅以遺囑抽象的指定各繼承人之應繼分，例如甲爲三分之一，乙爲二分之一，丙爲六分之一而同時免除繼承人相互間之擔保責任，或就各繼承人之應繼分別無指定而僅以遺囑免除繼承人相

互間之擔保責任或某一特定繼承人之擔保責任，則其免除之意思表示解釋上應歸於無效。何則我民法第一千一百六十八條至第一千一百八十條之規定，解釋上非認為強行規定，無以保持各繼承人分配之公平，即無從適合於我民法所採平均繼承主義之精神。既係強行規定，自不許被繼承人以一己之意思任意排除其規定之適用。日本民法於第一千零十六條明定關於繼承人相互間擔保責任之規定，於被繼承人以遺囑為反對之意思表示時不適用之。故其得排除此等規定之適用，係基於法律之允許。我民法既無與此類似之相當規定，則在解釋上能否認為被繼承人得以遺囑排除此等規定之適用，不能無疑也。

## 第六款 分割之計算

### 第一項 對被繼承人負有債務之扣還

繼承人對於被繼承人負有債務，如繼承人為一人時，依民法第三百四十四條之規定，其債務自因混同而消滅。然如繼承人有數人，其中有對於被繼承人負有債務者有不負債務者，如其



債務亦因混同而消滅，則對於被繼承人未負債務之繼承人將不免因此發生損害，而遺產分割之公平亦無從實現其目的。故我民法第一千一百七十二條規定，繼承人中如對於被繼承人自有債務者，於遺產分割時應按其債務數額由該繼承人之應繼分內扣除。例如被繼承人有二子一女，於繼承開始時，其現實遺產價額爲三萬元。但其女對於被繼承人負有六千元之債務，以之加入現實財產中應爲三萬六千元。此三繼承人之應繼分相等，各應分得一萬二千元，其女之應繼分內須扣還六千元，故其確定應繼分爲六千元是。然此係就債務額少於應繼分者而言。如債務額等於應繼分，則該繼承人之應繼分即等於零，如債務額多於應繼分，則該繼承人尚應償還其未經扣還之債務額以期遺產分割之公平。此在解釋上蓋無疑義者也。又我民法僅規定繼承人中對於被繼承人負有債務時應爲扣還。而於對於被繼承人享有債權時能否請求償還？則無所規定。雖似有所疏漏而實則不然。蓋債務人負有清償債務之義務，而債權人則只有行使債權之權利並不負必須行使之義務。苟繼承人自願拋棄其對於被繼承人之債權，法律即應聽其自由，關於此點無以明文規定之必要。且繼承人對於被繼承人享有之債權即爲被

繼承人之債務，各繼承人對於被繼承人之債務所負責任，我民法第一千一百五十三條已有規定，此項債務亦已包括在內，更無特設規定之必要也。

## 第二項 從被繼承人受有贈與之扣除

我國舊習，父母生存時將所有財產平均分給諸子，或於女之出嫁給以奩產，或給其子以資本使之獨立營業，本為常有之事。而此等給與在法律上之性質如何？舊律並無規定。各國民法則皆視為贈與。此等贈與之價額，應否於遺產分割時由該繼承人之應繼承分中扣除？各國立法例不同，有採非扣除主義者，有採扣除主義者，以後者占大多數。扣除主義，自其沿革言之，實導源於羅馬法。在羅馬法，獨立治產之未成年人與受父權支配之未成年人共同繼承父之財產時，獨立治產之未成年人有將其所得財產歸入於繼承財產中之義務。歐洲諸國繼受羅馬法時，認此為合於公平之原則，羣相採用，遂成為今日之扣除主義。惟在採用扣除主義之各國中，關於扣除之範圍與方法則又未趨一致。有惟贈與應為扣除者，如法國民法，荷蘭民法，意大利民法，西班牙民法，奧國民法及瑞士民法等是。有除贈與之外，遺贈亦應為扣

除者，如德國民法，日本民法等是，我民法則大體從瑞士之立法例。又關於扣除之方法，有現物返還主義與充當計算主義之別。依前之主義，其受贈人非確定的所有人，應就贈與財產爲現實之返還。依後之主義則受贈人爲確定的所有人，以返還贈與財產之價額爲已足。且於贈與財產多於應繼分時不必爲應繼分以上之返還。法國民法採前之主義，德國民法與國民民法瑞士民法及日本民法採後之主義。我民法從之

依我民法第一千一百七十三條第一項及第二項之規定，則行扣除時之算定方法，須（一）先確定繼承開始時被繼承人所有財產之價額，（二）次確定繼承人從被繼承人所受之贈與額，以之加入繼承開始時被繼承人所有財產中爲應繼遺產，（三）再其次則依第一千一百四十一條第一千一百四十二條及第一千一百四十四條算定各繼承人之應繼分，（四）然後由此算出之應繼分中扣除從被繼承人所受之贈與額，以其餘額爲該繼承人之應繼分。例如被繼承人有子女各二人，於繼承開始時其現實遺產爲四萬元，但其長子因分居從被繼承人受有一萬二千元之贈與，其長女因出嫁受有八千元之贈與以此二項贈與之價額加入現實遺產中，應爲六萬元。各繼

承人之應繼分相等，即每人應分得一萬五千元。其長子之應繼分內應扣除一萬二千元，而以三千元爲其確定應繼分，其長女之應繼分內應扣除八千元而以七千元爲其確定應繼分是。然此係就贈與額少於應繼分者而言。如贈與額多於應繼分，則繼承人應否返還超過於其應繼分之部分？不無疑問。外國法律有就此設有明文規定者，如日本民法第一千零七條第二項規定遺贈或贈與之價額等於應繼分之價額或超過之者，受遺贈人或受贈人不得承受其應繼分。則就其超過之部分無須返還，解釋上自無問題。我民法無與此類似之規定，故解釋上不免發生疑義。有謂依民法第一千一百七十三條第一項，贈與價額既應加入繼承開始時被繼承人所有財產中計算而爲應繼遺產，則超過應繼分之贈與價額若不由該繼承人補出，他繼承人之應繼分卽有不足之虞，與各繼承人按應繼分平等享受遺產上權利之原則不能貫徹，故以應由該繼承人補出爲宜。亦有採反對之見解者，謂我民法既採充當計算主義，性質上自不得爲應繼分以上之返還。兩說均有相當之理由，而就前者適合於實際之需要言之，或以前者爲優。蓋特留分之規定純係基於公益上之必要而設，自不許被繼承人以一己之意思而避免其適用。故因

遺贈而侵及應得特留分人之權利者其應得特留分人有請求扣減之權。被繼承人雖於一定情形得就其遺產之全部或一部指定繼承人，仍不得違反關於特留分之規定。特留分規定之爲強行規定蓋無置疑之餘地。然我民法關於扣減權行使之範圍，規定有欠周密。僅以遺贈爲限而不及於贈與。故即當事人之雙方明知其侵害應得特留分人之權利以爲贈與，應得特留分人亦無請求扣減之權。就第一千一百七十三條所定情形言之，如被繼承人有子三人而獨偏愛其少子，原有財產六萬元而以作爲營業原本之名義將五萬元贈與其少子，致繼承開始時其現實遺產只有一萬元。此際三繼承人之應繼分相等，其特留分均爲其應繼分二分之一，即應各得一萬元。設該受有贈與之繼承人無須返還超過於其應繼分之部分，則長子次子只能就現實之遺產以行分割，每人僅可分得五千元。特留分之規定，被繼承人既已明行違反於前，而該應得特留分人復無請求扣減之權，以資救濟，則特留分之規定不幾等於虛設？此豈符合民法全體之精神？故非解釋爲超過於應繼分之部分應行返還，無以濟事實之窮。惟設該受贈人拋棄其繼承，不將得藉口於自己與繼承已立於無關係之地位，而免除其返還超過部分之責任乎？然此

種贈與，性質上無妨解釋爲應繼分之預付，既受應繼分之預付，即不得藉口於繼承之拋棄而免除其返還之責任。有主張拋棄繼承之人從被繼承人受有贈與，僅於因其贈與而侵害繼承人之特留分時負返還之責者。吾人對於其主張，理論上固甚表贊同，然就現行民法而爲解釋，則因其對於贈與一概不許行使扣減之權，如以侵害繼承人之特留分時爲限，認拋棄繼承之人須負返還之責，似在條文上尙欠充分明確之根據，不如解釋爲贈與額多於應繼分時一律應負返還之責之爲愈也。

扣除之義務人爲受有贈與之繼承人。故設受有贈與者爲繼承人之子女或配偶，其贈與價額不在扣除之列。何則，於此情形，非以一人而兼受贈人與繼承人之二種資格故也。然在受贈與時雖未立於繼承人之順序而其後取得繼承人之資格繼承遺產，則其從被繼承人所受之贈與仍不能免於扣除之義務。有謂於此情形，被繼承人既非預期其人將來爲自己之繼承人而爲贈與即不應令其負扣除之義務，其說非無相當之理由。然縱在此種場合，其以一人而兼受贈人與繼承人之二種資格，無由否認，自應認爲不能免於扣除之義務。惟在代位繼承之場合，被代

位繼承人曾從被繼承人受有贈與者，其贈與價額應否扣除？不無疑問。然代位繼承人不過提高至被代位繼承人之順序以代位行使其權利，其所取得者即為被代位繼承人之應繼分，故其所原應負擔之義務亦應隨同移轉，蓋為當然之結論。故關於此點，不得不採積極說。若該代位繼承人自受有贈與者則如何？此際似仍不能免於扣除之義務也。

第一千一百七十三條之規定原為維持繼承人間遺產分割之公平而設。故惟共同繼承人始得為扣除之權利人。受遺贈人僅得就繼承開始時被繼承人之財產行使其權利，自無扣除權。繼承人之債權人有無此權？不無疑問。外國法律有設肯定規定者（法國民法第七百八十八條）。我民法既無如斯之規定，解釋上自應認為無扣除權。但仍無礙於債權人依民法第二百四十二條之規定以行使其權利。又扣除之權利以各繼承人按其應繼分之不足部分單獨行使為已足，不以其共同繼承人共同行使為必要，無待深論。

何者為應扣除之贈與？各國法律規定不同。有以因結婚或營業之贈與為限者，如奧國民法是。有以因婚姻，收養，分家，廢絕家再興或以其為生計資本所為之贈與為限者，如日本民法

是，有除如日本民法所列舉之贈與外其他普通生存中之贈與亦爲扣除之標的者如法國民法，意大利民法，西班牙民法，葡萄牙民法及瑞士民法是。有不問其爲何種之贈與，苟非超過被繼承人之財產關係之適當範圍，不能視爲應扣除之贈與者，如德國民法是。我民法則以因結婚分居或營業所受之贈與爲限，爲扣除之標的，此外不問何種贈與皆不在扣除之列。我民法之所以限於結婚，分居或營業之三種事由者，蓋以因此種事由所爲之贈與被繼承人不過便宜上爲應繼分之預付而非專以利於受贈人之意思爲之，且其價額通常亦較他種贈與爲多，故以在該繼承人之應繼分中予以扣除爲適當。至被繼承人如指定一定之財產，供繼承人中之一人繼續利用而不移轉其所有權，此種利用財產，於遺產分割時應如何處置？我民法未設明文規定。解釋上似可準用本條關於扣除贈與價額之規定，以該利用財產之價額算入遺產中爲應繼財產，而從該繼承人之應繼分中扣除其價額也。

扣除應於遺產分割時爲之，爲我民法第一千一百七十三條之所明定。故如共同繼承人中之一人或數人曾從被繼承人受有該條第一項所定之贈與，而他繼承人不於遺產分割時聲明異議違



承認其分割之結果，則應認為拋棄扣除之請求。但如他繼承人於遺產分割時不知有受贈之事實者則事後得依不當得利之規定請求返還其利益，自不待論。

關於贈與價額之計算，應以何時為準？各國法律規定不同。有依贈與時之價值以為計算者如德國民法，西班牙民法及葡萄牙民法是。有依繼承開始時之價值以為計算者，如瑞士民法是。有不動產依繼承開始時之價值以為計算，動產則依贈與時之價值以為計算者如法國民法，奧國民法及意大利民法是。在探現物返還主義者，其應依繼承開始時之價值以為計算，殆為論理上當然之結果。如採充當計算主義則以依贈與時之價值較合於論理。蓋依此主義贈與物之所有權已於贈與時確定的移轉於受贈人，嗣後贈與物價額之增減自應歸受贈人之享受或負擔。我民法第一千一百七十三條第三項規定『贈與價額依贈與時之價值計算。』蓋即從其主義者也。又若贈與物在繼承開始前已完全滅失並無價額，是否仍須計算？前民法草案曾以滅失原因由於受贈人之行為，抑由於天災或其他變故而為分別之規定。本法既未採用，則從充當計算主義以推論其結果，不問滅失之原因如何，統須依贈與之價值以算入其價額也。

贈與價額應由應繼分中扣除，係指被繼承人無免除之意思表示者而言。如『被繼承人於贈與時有反對之意思表示』，則無須以其贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有之財產中爲應繼遺產，再由該繼承人之應繼分中扣除贈與之價額。此爲我民法第一千一百七十三條第一項但書之所明定。其所以設此例外者，蓋本條之設原在推測被繼承人有以贈與爲應繼分之預付之意思，今被繼承人既有反對之意思表示，則此項推測自屬無從成立故也。

#### 第四節 繼承之拋棄

繼承之拋棄者繼承人與繼承立於無關係之地位之意思表示也。如前所述，繼承之效果，基於法律之規定而當然發生，無待於繼承人之爲任何意思表示，易言之，繼承一朝開始，被繼承人之權利義務即當然爲繼承人之所承受。然如繼承人表示不欲爲其繼承主體之意思則法律亦無強其必爲繼承之必要。故我民法於第一千一百七十四條第一項明定『繼承人得拋棄其繼承權』焉。

繼承之拋棄爲我國從來所未有之制度。蓋我國舊制以宗祧繼承爲主，祖宗之祭祀不可自我而斬，故繼承無可任意拋棄之理。舊大理院判例對於有權爭繼之人雖認爲如已拋棄繼承權即不許再行告爭。要僅爲減少關於繼承之糾紛而設，未可據爲拋棄繼承之根據。今宗祧繼承已爲我民法所不採，而繼承之範圍僅限於遺產，則拋棄繼承不過爲拋棄財產權之一種，法律無加以禁阻之理。故亦依各國之立法例採用之。

依我民法第一千一百七十四條第二項之規定，則繼承之『拋棄應於知悉其得繼承之時起二個月內以書面向法院親屬會議或其他繼承人爲之。』故爲要式行爲之一種。蓋繼承一朝開始即當然對於繼承人發生效力，繼承人既欲否認其效力自不能不依一定之方式以爲表示，以期明確而杜爭議。惟是繼承之拋棄與限定承認，均屬於繼承人選擇權之行使，其行使之方式，如無特殊之必要，似以不加區別爲宜。我民法關於限定承認，使於繼承開始時起三個月內爲之，拋棄繼承則使於知悉其得繼承之時起二個月內爲之。繼承人非知悉其繼承業已開始，無從決定自己對於繼承之態度，故以知悉其得繼承之時爲期間之起算點，原有充分之理由。願何

以對於限定承認，則又以繼承開始之時為期間之起算點。限定承認須向法院為之，所以昭手續之鄭重。而拋棄繼承其關係之重大不亞於限定承認，則除法院外並使得向親屬會議或其他繼承人為之，其辦法之紛歧，有何必要？亦不易明。或以限定承認後須行清算程序故以法院之參與為必要，而拋棄繼承只須能以證明其意思之確實便足，故更設簡易之方法歟。對於繼承開始之事實是否知悉？固應就繼承人決之，但如繼承人為無行為能力人或限制行為能力人則應就其法定代理人決之，解釋上蓋無疑義。又繼承之拋棄須以書而為之。故如以言詞表示拋棄繼承之意思自不發生拋棄之效力。拋棄繼承，如前所述，係屬單獨行為，故一經以書面向法院，親屬會議或其他繼承人表示意思即生效力。初不待法院之允許。親屬會議之決議或其他繼承人之承諾也。

繼承之拋棄應溯及於繼承開始時發生效力，此為當然之事。我民法於第一千一百七十五條特以明文規定其旨者，蓋以繼承之拋棄，依本法之規定自繼承人知悉得繼承時起尚有二個月之期間，如無明文之規定，恐有人誤會自繼承開始時起至拋棄繼承時止其間所生之權利義務仍

須歸繼承人享受或由其負擔故也。繼承之拋棄既溯及繼承開始時發生效力，則其人自繼承開始時即不爲繼承人，既未取得被繼承人之權利，自不負擔被繼承人之債務。又拋棄繼承人之固有財產應與遺產絕對分離，不生混同。故拋棄繼承人對於被繼承人之權利得對於遺產以爲行使，對於被繼承人之義務應對於遺產以爲履行，自不待論。

繼承之拋棄對於其他繼承人之效力如何？各國法律規定不同。有規定直系卑親屬拋棄繼承權時其應繼分歸屬於生存之配偶，前順序之繼承人拋棄繼承權時其應繼分歸屬於次順序之繼承人者，如瑞士民法是。有規定一繼承人拋棄繼承權時其應繼分比例於其各自之應繼分歸屬於他繼承人者，如日本民法是。我民法則依法定繼承人與指定繼承人以定其應繼分之歸屬。

甲 法定繼承人拋棄繼承權時 依我民法第一千一百七十六條第一項規定，「法定繼承人中  
有拋棄繼承權者，其應繼分歸屬於其他同一順序之繼承人。同一順序之繼承人均拋棄其繼承權時準用關於無人承認繼承之規定。」其應繼分歸屬於同一順序之繼承人，例如被繼承人有配偶及子，女，養子各一人，配偶與子女之應繼分同爲遺產之七分之一，養子之應繼

分爲遺產之七分之一，今設其子拋棄繼承，則其應繼分歸屬於配偶，女及養子，配偶與女各取得遺產五分之二，養子取得遺產五分之一是。然在第一千一百三十八條第二三四各款之人與配偶同爲繼承而有人拋棄繼承權時，則因拋棄者之爲配偶與否而歸屬之情形略有不同。拋棄者如爲配偶，其應繼分應以同一比率分屬於其他繼承人，固無問題。拋棄者如爲第一千一百三十八條第二款第三款或第四款所定繼承人中之一人，則其應繼分應歸屬於各該款所定之其他繼承人而不及於配偶。例如父母與配偶同爲繼承，而父拋棄繼承權者，其應繼分即應全行歸屬於母。何則，依第一千一百四十四條第二款與第三款之規定，此際配偶之應繼分已確定爲遺產二分之一或三分之二不因同爲繼承者人數之多寡而有所影響，且配偶得與任何順序之繼承人同爲繼承，即不能謂爲有一定之順序，嚴格的言之，自不合於所謂『同一順序』之條件故也。同一順序之繼承人均拋棄其繼承權時，準用關於無人承認繼承之規定。此際所應準用之條文，其範圍如何？學者之意見頗有出入。有謂關於搜索繼承人之規定亦在準用之列者，有謂所應準用之條文，其主要者不過第一千一百八十五條即

其遺產於清償債權並交付遺贈後如有賸餘應歸屬於國庫。如從前說，則在同一順序之繼承人均爲拋棄時，如次順序之繼承人明行存在，無待於搜索，而必須經呈報法院，由法院依公示催告程序以爲公告及召集親屬會議選定遺產管理人等等手續，不惟無此必要，抑且妄費無益之勞力與經濟。如從後說，則遺產繼承人之範圍及順序，法律已有規定，無前順序之繼承人時次順序之繼承人當然得爲繼承。今因第一順序之繼承人均拋棄其繼承權，遂剝奪第二順序繼承人對於遺產所得享受之利益，而使其賸餘悉歸屬於國庫，不惟有失事理之平，抑且違背法定繼承順序之本意。總之，我民法關於此點之規定微嫌過於簡略，依常理言之，同一順序之繼承人均拋棄其繼承權時，應將其應繼分歸屬於次順序之繼承人。故牽就條文以爲解釋，兩說之中或以前說爲妥。

乙 指定繼承人拋棄繼承權時 依我民法第一千一百七十六條第二項規定，「指定繼承人拋棄繼承權者，其指定繼承部分歸屬於法定繼承人。」例如被繼承人因無直系血親卑親屬，指定某人爲繼承人，其人拋棄繼承權時，即以指定繼承部分歸屬於第二順序之法定繼承人

卽被繼承人之父母是。

繼承人拋棄繼承權時，其應繼分之歸屬乃本於法律之規定而生。易言之，卽歸屬人基於自己固有之權利溯及於繼承開始時取得其應繼分，而非繼承拋棄繼承人之權利。故拋棄繼承人之應繼分與繼承人固有之應繼分爲不可分，從而拋棄其固有之應繼分時此應繼分亦同時拋棄，承認其固有之應繼分，此應繼分亦同時承認。故設在消極財產超過積極財產之時，繼承人中之一人已爲單純承認後，他繼承人拋棄其應繼分，則此一繼承人須就被繼承人之債務全體，單獨負責償還之責任，未免過於苛酷。蓋於債務超過資產之情形，由各繼承人共同分擔其責任，則其事輕而易舉，繼承人中的一人所以敢於爲單純承認者以其預期他繼承人亦將爲同樣之承認也。一繼承人主張爲限定之繼承時其他繼承人視爲同爲限定之繼承。按法律之所以有此規定者，未始非爲債務超過資產時，企求各繼承人間負擔之均平。今於有同一情形而一繼承人拋棄其應繼分時未爲設置相當之補救的規定。似對於他繼承人利益之保護有欠周密。此際如予他繼承人以重加考慮之機會，使於一定條件下得撤銷其所爲之單純承認，或較合於事實



上之需要也。

繼承人拋棄繼承，溯及於繼承開始時即非繼承人。從而繼承人在決意未定以前對於遺產所負之管理義務，理論上應與拋棄同時消滅。然設貫徹此項理論而使拋棄繼承人得即時停止其管理，則因遺產之一時無人管理，不無毀損滅失之虞。不僅有損他繼承人，被繼承人之債權人及受遺贈人之利益，即從社會經濟上之見地觀察之，亦為無端之損失。故在外國法律有明定拋棄繼承人於因其拋棄而為繼承人之人得開始遺產之管理以前，應以對於自己財產之同一注意繼續其財產之管理者（日本民法第一千零四十條第一項）。此其條文過於簡略，僅預想因該繼承人之拋棄繼承而次順序之繼承人得為繼承之場合以為規定，然類推解釋上，即在其他場合，如繼承人中之一人，事實上原由其單獨管理遺產者而拋棄繼承，或繼承人拋棄繼承後次順序繼承人之有無不明由親屬會議選定遺產管理人時，在他繼承人或遺產管理人開始遺產之管理以前仍須由拋棄繼承人繼續負管理之責，蓋無可疑。我民法關於此點無所規定似欠周密，有待於判例之補充也。

## 第五節 無人承認之繼承

### 第一款 概說

無人承認繼承，指繼承開始時繼承人之有無不明而言。故有爲繼承之人不過所在不明，或有爲繼承之人不過承認繼承與否尙屬未定，均非此之所謂無人承認之繼承。卽無繼承人業已確定，亦不能謂爲無人承認之繼承。蓋繼承人之所在不明，則歸其承受之遺產應與其固有財產，同適用我民法第十條之規定，暫依非訟事件法以爲管理，再依死亡之宣告而就該繼承人卽失蹤人有繼承之開始。繼承人之承認繼承與否尙屬未定，其遺產依我民法第一千一百四十八條之規定仍當然歸屬於該繼承人。無繼承人業已確定，則其遺產成爲無主之財產，或歸屬於國庫，或歸屬於爲先占之人，均不難於解決。惟繼承人在有無不明之狀態，旣不能期其必有，亦不能斷其必無，如置其遺產於無管理之狀態，則毀損滅失在所不免，非所以保護各利害關係人正當利益之道，而使被繼承人之債權人及受遺贈人等，因繼承人之有無不明，致事實

上無從行使其權利，尤非所宜。此我民法所以特置規定，使一方從事於繼承人之搜索，一方從事於被繼承人債務之清償，俾權利義務虛懸無着之狀態得以早告結束也。

關於無人承認繼承時遺產之狀態，各國法律規定不同，有擬制爲法人者，有採非法人主義者。在歐洲諸國多採非法人主義，而日本則擬制之爲法人，日本之所以如此者，蓋謂無人承認之繼承，其遺產虛懸，無所歸屬，關於遺產上有應享之權利或應負之義務法律上若於無主體之名義。故應認該遺產爲法人，使之有獨立人格。而採非法人主義者則謂無人承認之繼承其遺產雖一時虛懸，但於一定期限內有人承認繼承時則歸屬於繼承人，無人承認繼承時則歸屬於國庫。其歸屬於繼承人時依繼承法理溯及於繼承開始時發生效力，則一時之虛懸並無何等妨礙，故無認爲法人之必要云。兩者相較似以後之主義爲合理。故我民法從之，於第一千一百八十四條規定『第一千一百七十八條所定之期限內有繼承人承認繼承時，遺產管理人在繼承人承認繼承前所爲之職務上行爲，視爲繼承人之代理。』蓋卽所以貫徹繼承溯及於繼承開始時發生效力之法理也。既視爲繼承人之代理，則管理人在繼承人承認繼承前所爲之行爲，

直接對於本人發生效力自不待言。但所視為代理者僅以職務上之行爲爲限。苟遺產管理人所爲之行爲非職務上所應爲者即應自行負擔其責任。此種代理係由法律規定而生，故爲法定代理之一種。然究係出於法律之擬制，非繼承人之真正法定代理人。故出而承認繼承之繼承人如爲未成年人，遺產管理人之職務仍立即終止而應將所管遺產移交於該繼承人之法定代理人。遺產管理人之代理權限，因繼承人承認繼承而消滅，此爲當然之解釋。日本民法第一千零五十六條第一項特以明文規定『遺產管理人之代理權，於繼承人承認繼承時消滅。』我以此無特行規定之必要，故未予採取也。

## 第二款 繼承人之搜索

繼承開始時繼承人之有無不明者，依我民法第一千一百七十七條規定，應由親屬會議選定遺產管理人以免遺產之散失。於選定管理人爲遺產之管理後則不可不從事於繼承人之搜索，俾遺產之歸屬不至久不確定。搜索繼承人之法，規定於第一千一百七十八條。即『親屬會議選

定遺產管理人後應將繼承開始及選定管理人之事由呈報法院，法院應依公示催告程序公告繼承人，命其於一定期限內承認繼承。前項一定期限應在一年以上。『是也。其必須呈由法院爲之者所以昭手續之鄭重並期其結果之正確也。我民法所定搜索繼承人之程序與日本民法之所定者頗不相同。即在日本民法先由法院爲遺產管理人選定之公告，於此公告後二個月內繼承人仍不分明時，再由遺產管理人對於被繼承人之債權人及受遺贈人於至少二個月之期間內爲聲明請求之公告，於此公告期間屆滿後繼承人仍不分明時，然後由法院依管理人等之聲請對於繼承人於至少一年之期間內爲承認繼承之公告。程序雖較爲繁複，然被繼承人之債權人及受遺贈人至早得於繼承開始四個月屆滿後不久，即受債權之清償或遺贈之交付，對於其權利之及時行使，利便良多。而管理人選定之公告。與對於被繼承人之債權人及受遺贈人所爲聲明請求之公告亦使繼承人有知悉繼承業已開始之事實之機會，合之最後之承認繼承之公告，至少已有一年又四個月之期間，予以出而承認繼承之機會，故於繼承人亦無任何不利益之處。我民法則搜索繼承人之公告在對於被繼承人之債權人及受遺贈人爲報明債權及聲明願否

受遺贈之公告以前。而其公告期間之最低限度均爲一年。不無使被繼承人之債權人及受遺贈人感受不得早受清償之痛苦。況遺產管理人之選任屬於親屬會議專有之權限。被繼承人之債權人或受遺贈人，如與繼承人無何等之親屬關係者，自無召集親屬會議之權。親屬會議延不召集，或召集而延不選定遺產管理人，均足使此等人債權之行使，在期限上受不利益之影響。我民法對於此等債權人利益之保護似難謂爲已臻周密也。

## 第二款 遺產之管理及清算

### 第一 管理人之選定

無人承認繼承之遺產應由何人管理？各國法律規定不一。有原則上由遺產法院爲之管理者，如德國民法是。有法院依利害關係人或檢察官之請求，選任遺產管理人者，如法國民法及日本民法是。我民法則以爲此等事件以親屬會議全權處理爲宜。故於第一千一百七十七條規定，『繼承開始時繼承人之有無不明者，由親屬會議選定遺產管理人。』關於親屬會

議之召集及其組織，會員之資格，開會及決議之程序等，我民法第一千一百二十九條以下設有明文規定，自可適用。親屬會議既得選定遺產管理人，則其對於所選定之管理人，如有正當事由得行撤換，不待多言。倘親屬會議不能開會，或因推選發生爭執不能選定時，解釋上應認爲得以法院之裁判代親屬會議之選定。

## 第二 管理人之職務

關於遺產管理人之職務，依我民法第一千一百七十九條及第一千一百八十條之規定，有如左述。

### 一 編製遺產清冊

此爲我民法第一千一百七十九條第一項第一款所明定。此所謂編製遺產清冊與第一千一百五十六條所謂開具遺產清冊同一意義。不過彼係繼承人自行開具，此則須遺產管理人就職後始能編製也。編製遺產清冊之作用，蓋爲防遺產之散失，圖管理之便利，實爲管理人最重要職務之一。倘管理人怠於編製，或編製有不實不盡情事，親屬會議或利害關

係人即得起而督促或糾正之。又遺產清冊依同條第二項規定，管理人應於就職後三個月內編製之。其規定編製之期限者，蓋恐管理人延不編製，有妨其他管理職務之進行也。此期限非開始編製之期限乃編製完竣之期限。若解為開始編製之期限，則何時編製完竣，仍屬漫無限制，其不合於法律特設期限之意義，蓋至為明顯。

二 為保存遺產必要之處置

遺產管理人之管理權限，非較為廣汎不足以達其設置之目的。故得為保存行為，於不變更其物或權利之性質之範圍內為利用或改良之行為，所不待言。茲所謂必要之處置者，既以必要者為限，當係指處分行為而言。關於處分行為，外國法律有規定須得法院之許可而後為之者，如日本民法第一千零五十三條是。本款未設此種限制，似可由管理人獨斷為之。然依本條第二項之規定，管理人為清償債權或交付遺贈物之必要而變賣遺產，須得親屬會議之同意。則關於因保存遺產而為之處分行為似亦應酌設相當之限制以保護各利害關係人之利益。本款規定不能毫無疑義也。



### 三 對於被繼承人之債權人及受遺贈人之公告及通知

關於無人承認之繼承，我民法係一而爲繼承人之搜索，一而卽爲遺產之管理及清算。而遺產之清算，則以對於被繼承人之債權人及受贈人之公告及通知爲着手。依我民法第一千一百七十九條第一項第三款前段規定，管理人應『聲請法院依公示催告程序，限定一年以上之期間，公告被繼承人之債權人及受遺贈人，命其於該期間內報明債權，及爲願受遺贈與否之聲明。』此與第一千一百五十七條之規定相同。惟一則其期間爲不得在三個月以下，一則其期間爲一年以上，不相一致耳。同款後段規定，『被繼承人之債權人及受遺贈人爲管理人所已知者應分別通知之。』此爲第一千一百五十七條規定之所無。其設如此之差別者原無何等充分之理由，僅出於立法者之自由酌量耳。

### 四 清償債權及交付遺贈物

#### 甲 清償債權交付遺贈物之時期

我民法第一千一百八十一條規定，『被繼承人之債權人或受遺贈人，非於第一千一百

七十九條第一項第三款所定期間屆滿後，不得請求清償債權或交付遺贈物。』蓋以一千一百七十九條第一項第三款所定期間，係催告被繼承人之債權人及受遺贈人報明債權及聲明願受遺贈與否之期間。在該期間尚未屆滿以前難以知悉債權及遺贈之總額，即遺產足敷分配與否？亦尚未可逆料。倘許報明或聲明在前者不待該期間之屆滿即得先受滿足之清償或交付，難保報明或聲明在後者不受無端之損失。此本條限制之所由設也。本條規定與第一千一百五十八條之規定其立法旨趣完全相同。乃一則以消極義務歸於繼承人，一則以之歸於權利人。規定方法顯示歧異，殊不見其有必要也。

## 乙 清償債權交付遺贈物之順序

我民法第一千一百七十九條第二項中段規定，『第四款所定債權之清償應先於遺贈物之交付。』是為清償債權交付遺贈物之順序。債權之清償所以先於遺贈之交付者，蓋因一為恩惠行為，一非恩惠行為，一為無償行為，一為有償行為，一則其行為之發生效力遠在繼承開始以前，一則須待繼承開始方能發生效力故也。又同一債權，其受清

償，有優先權之。權應先於普通之債權，爲事理之所當然。我民法關於此點，雖別無明文之規定，自應作同一之解釋。雖然此係就被繼承人之債權人或受遺贈人於第一千一百七十九條第一項第三款所定期間內爲債權之報明及願受遺贈之聲明者而言。如不於上述期間內爲報明或聲明，而其債權或遺贈又不爲管理人所已知者，依我民法第一千一百八十二條之規定僅得就賸餘遺產行使其權利。遺產除清償已報明或爲管理人所已知之債權，及交付已聲明或爲管理人所已知之遺贈物而外如尚有賸餘固屬不成問題，否則不得不歸於債權人或受遺贈人之損失。本條規定與第一千一百六十二條意義相同，但第一千一百六十二條以『又爲繼承人所不知』爲其條件，而本條無之。有爲之說者謂爲管理人所已知之債權或遺贈，依第一千一百七十九條第一項第三款之規定應分別通知，既已分別通知而不於一定期間內爲報明或聲明，無強其保留遺產之全部或一部以爲他日清償或交付之理由云云。其言頗有相當之見地。惟其債權或遺贈在本身上本無若何問題，而又爲管理人所已知，僅因其未於期間內爲報明或聲明，遂使其家

極大之不利益，未免失之苛酷。故在外國法律有明定管理人不得將其所已知之債權人除外者，如日本民法第一千零五十七條第二項之規定是。故解釋上似可認為第一千一百八十二條之規定，對於為管理人所已知之債權人或受遺贈人無其適用也。又依第一千一百五十九條規定，對於在期間內聲明之債權及所已知之債權應按其數額比例計算分別償還。此處雖無明文，為維持清償之公平起見應作同一解釋，所不待言。關於遺贈物之交付亦然。

### 丙 遺產之換價處分

清償債權及交付遺贈物既為管理人職務之一，則有時為履行其職務自有籌措資金之必要。此我民法所以許管理人於必要時得為換價處分也。即依第一千一百七十九條第二項後段，『為清償債權或交付遺贈物之必要，管理人經親屬會議之同意得變賣遺產』。依我民法債編施行法第十四條之規定，變賣係照市價為之，以經法院，公證人，警察官署，商會或自治機關之證明為已足。初不必履行何種法定之程序。蓋利其簡便而

易行也。至因清償債權或交付遺贈物有無變賣遺產必要？純屬事實問題。舉例言之，如遺產爲物品，而債權之清償及遺贈物之交付則須以金錢爲之，或縱可以物品爲之，而物品之所值不能適與債權或遺贈之數額相當之類是。其須經親屬會議之同意者所以防管理人之濫用其權也。

我民法關於無人承認繼承時清償債權之規定似覺過於簡略，適用上有時發生困難，或在所不免。如清償期尚未到來之債權，如經於所定期間內報明，應否一律償還？附有條件之債權與存續期間不確定之債權，應依何種方法以確定其所應清償之數額？又管理人違反第一千一百七十九條及其他各條規定致被繼承人之債權人或受遺贈人受有損害者應負若何責任？此項受有損害之人對於不當受領之債權人或受遺贈人有無求償權？均爲實際上易於發生有待解決之問題，我民法未置相當規定，殊難認爲完密。實則關於遺產之管理及清算，無妨於限定繼承之一節內詳加規定，而於無人承認繼承準用之，既可避免條文之繁複，而於實際之適用上尤感便利也。

## 五 遺產之移交

我民法第一千一百七十九條第一項第五款規定，『有繼承人承認繼承或遺產歸屬國庫時爲遺產之移交。』遺產之移交因情形而不同。即於第一千一百七十八條所定期間屆滿前，有繼承人承認繼承時以其遺產移交於繼承人。一有繼承人承認繼承即須爲遺產之移交。債權之已否清償，及遺贈物之已否交付，在所不問。蓋清償債權及交付遺贈物本係繼承人之義務，管理人不過因繼承人有無不明代爲履行之耳。如於第一千一百七十八條所定期間屆滿後，無繼承人承認繼承時，則其遺產除清償債權及交付遺贈物外以其賸餘移交於國庫。管理人向繼承人爲移交時應同時向繼承人爲管理之計算，向國庫爲移交時應同時向國庫爲管理之計算，解釋上自無問題。如在第一千一百七十八條所定期間內無繼承人承認繼承，以其遺產清償債權及交付遺贈物後並無賸餘，則其管理之計算，解釋上，應向親屬會議爲之。蓋遺產管理人既爲親屬會議所選任，即應受親屬會議之監督，則於其職務終了時自應向之爲管理計算也。

## 六 遺產狀況之報告或說明

我民法第一千一百八十條規定，「遺產管理人，因親屬會議被繼承人之債權人或受遺贈人之請求應報告或說明遺產之狀況。」是爲管理人報告或說明遺產狀況之義務。蓋親屬會議係遺產管理人所從產生之機關，被繼承人之債權人與受遺贈人係對遺產有直接利害關係之人，均有知悉遺產狀況之必要，自有請求報告或說明之權。遺產管理人卽有因其請求而爲報告或說明之義務。倘其報告或說明而有不實不盡情事，請求人並得進而追究，亦屬事理之所當然。報告或說明之方法用言詞或書面均無不可。又報告與說明原有詳略之別，原則上以有報告爲已足。如親屬會議等請求說明，則管理人並負說明之義務。

### 第三 管理人之報酬

如上所述，遺產管理人之職務既如此煩重，自應許其有報酬請求權，以期合於法律上權利義務相爲對待之原則。故我民法第一千一百八十三條前段規定，「遺產管理人得請求報酬。」報酬係關於管理遺產所生之費用，應由遺產中支付，自不待言。惟能否優先於被繼承

人之債權或遺贈而受償？不無疑問。法律既別無規定，似應解釋爲只得平均受償。至報酬之數額如何，依同條後段規定，「其數額，由親屬會議按其勞力及其與被繼承人之關係酌定之。」其以酌定之權付與親屬會議者，蓋因管理人係親屬會議所選定，勞力與報酬如何始得其平？惟親屬會議知之甚諛故也。其次酌定報酬數額之標準有二。一，按其勞力定之，即勞力多應多給報酬，勞力少則少給報酬是。一，按其與被繼承人之關係定之，即管理人與被繼承人全無關係，或關係較淺應多給報酬，關係較深則少給報酬是。

#### 第四款 遺產之歸屬

關於無人承認之繼承，於繼承人之搜索期間經過後，仍無人出而承認繼承時其遺產之歸屬如何？各國法律規定不同，可大別爲二種主義。（一）歸屬於國庫，此主義德國，法國，西班牙，意大利，比利時，荷蘭等國採之。（二）歸屬於地方團體，此主義瑞士民法採之。而在第一種主義中又有限制其用途者，如西班牙民法以使用於死者住所地或居所地及其他之慈善團體



及慈善學校是。有不限制其用途者，如法國德國意大利比利時等國是。我民法沿襲舊律，並參酌多數國之立法例，採歸屬國庫主義。於第一千一百八十五條規定，『第一千一百七十八條所定之期限屆滿，無繼承人承認繼承時，其遺產於清償債權並交付遺贈物後，如有賸餘歸屬國庫。』第一千一百七十八條之期間乃搜索繼承人之期間，於此期間內如無繼承人出而承認繼承，則繼承人有無不明之狀態至此已可除去，法律上即可視為確無繼承人矣。故我民法以其清算賸餘之遺產歸屬於國庫。其亟謀遺產之歸屬者，蓋於無繼承人出而承認繼承時，如仍責令管理人繼續管理不惟無此必要，且亦非所以獎勵經濟流通之道故也。至歸屬國庫之法律上說明，有謂國庫即為繼承人者，有謂國庫係取得無主物者。國庫為繼承人之說雖為德國民法所採用。然繼承人係承受被繼承人財產上之一切權利義務，而國庫取得遺產既在清償債務並交付遺贈物以後，即係待遺產上一切負擔已經消滅始為單純之權利取得，並不承受被繼承人任何財產上義務。此說，在我民法之解釋上，顯難採取。國庫取得無主物之說，通常只適用於不動產，若無主動產則應依先占取得。無人承認繼承之遺產乃包括動產不動產一併在

內，故此說亦非適當。賸餘財產之歸屬國庫無寧謂為基於法律明文之規定，即所謂原始取得是。日本民法第一千零五十九條第二項規定，被繼承人之債權人及受遺贈人不得對於國庫主張其權利。即係申明此旨。我民法雖無類此之明文規定，解釋上當可得同一之結果也。

## 第四章 遺囑

### 第一節 遺囑之概念

遺囑者以於死後發生效力為目的就一定事項所為之要式的單獨自主的意思表示也。茲為分析說明於左。

#### 第一 遺囑為單獨行為

遺囑成立於遺囑人一方之意思表示，不以受遺囑人之同意為必要，故為單獨行為。且遺囑無須對於受遺囑人為之，此即所謂無相對人之單獨行為也。有種立法例，許夫婦得為共同

遺囑者。於此情形，其遺囑依夫婦二人意思之一致而成立，即不合於單獨行爲之性質。然共同遺囑之制，我民法雖無禁止之明文，而既許遺囑人得隨時依遺囑之方式撤銷遺囑之全部或一部。（民法第一千二百一十九條）即既已採遺囑撤銷自由之原則，則凡有礙於遺囑撤銷之自由者，如未經以明文特別認許，解釋上自應認爲悉在禁止之列。共同遺囑之撤銷須有原立遺囑人意思之一致，其有礙於各自之撤銷自由，至爲明顯，故共同遺囑不爲我民法之所採取，無待多言。

## 第二 遺囑爲自主的單獨行爲

遺囑須基於遺囑人之自由意思爲之，性質上，不許他人意思之介入，故爲自主的單獨行爲。遺囑既爲自主的單獨行爲，故凡有意思表示能力之人，應均得單獨爲之。但法律爲期其意思表示之適當起見，仍設有一定年齡之限制耳。又遺囑係基於遺囑人之自由意思爲之，故遺囑人對於其所立之遺囑無論何時皆得自由撤銷或變更之。是即所謂遺囑撤銷之自由也。

## 第三 遺囑須依法定方式爲之

依我民法規定，遺囑須依法定方式爲之。不問依何方式，均須有書據之作成，僅以言詞所爲之遺囑不生法律上之效力。此種嚴格的法定方式主義是否適合於我國特殊之國情？不能無疑，前既言之矣。然一般立法例所以採嚴格的法定方式主義者，蓋亦有故。以遺囑所爲之意思表示須至遺囑人死亡後方生效力，故有時自遺囑成立以迄於其效力之發生，中間須經長久之歲月。從而遺囑之存在與否非使其有極明確之辨別方法不可。此其一。遺囑發生效力時遺囑人已不復存在，無從徵詢其本人真正意思之所在。卽諺語所謂人死無對證，關於遺囑之內容易起爭執，爲期其內容之精確起見，以用書面表示爲宜。此其二。遺囑所涉事項類多至爲重要，不容輕率決定。使以書面爲之，或可期待遺囑人之鄭重其事，先經一度縝密之考慮。此其三。然而被繼承人於其彌留之際，關於死後財產之分配及其他重要事項，對其子女所爲之遺命，因其不合於法定之遺囑方式，遂一概認爲無效，亦殊有背於被繼承人之意思。於此情形，如認爲一種死因贈與，使於一定限度以內得以發生效力，或可稍資補救歟。

#### 第四 遺囑以死後發生效力爲目的

遺囑係於遺囑人死亡後發生效力，與繼承同。遺囑既須於遺囑人死亡後發生效力，則在遺囑人未死亡以前，因遺囑而得將來享受一定利益之人，不過有於遺囑人死亡後取得其權利之期待，初非遺囑成立之始其權利即現實移轉於其人，無待深論。但遺囑之成立，則在遺囑人爲其遺囑之時。故遺囑能力之有無，應以遺囑成立之時爲準而決定之。

#### 第五 遺囑之內容不以法律所明定之事項爲限

我民法明定法律行爲得以遺囑爲之者，爲監護人之指定，繼承人之指定，遺產分割方法之指定，遺產分割之禁止，遺贈，遺囑執行人之指定等，性質上大都屬於不得以生前行爲而爲之行爲。如採嚴格解釋，認爲此外各行爲即不得以遺囑爲之，殊嫌過於狹隘。例如非婚生子女之認領，生父因顧慮各種關係而不願或不便於生前爲之者，不能謂爲絕無。設認其以遺囑所爲之認領不能發生效力，則該非婚生子女勢將無從取得繼承之權利，未免失之苛酷是也。且遺囑之制，在外國有絕端重視之者，關於遺產之處分以依遺囑爲之爲原則，如

英美等國是。我雖不採此種遺囑處分完全自由主義，而既已採用遺囑制度，即應令其發揮相當之效能。如適用上限制過嚴，似亦有所不可也。

## 第二節 通則

### 第一款 遺囑能力

#### 第一 無行為能力人

依我民法第一千一百八十六條第一項規定，『無行為能力人不得為遺囑。』夫行為能力係為一切法律行為之必要條件。我民法第七十五條已明定『無行為能力人之意思表示無效』，遺囑既係由一方之意思表示而成立之法律行為，即所謂單獨行為，則無行為能力人不得為之，自屬當然之事，無待於特設條文，為之規定。惟在普通法律行為，無行為能力人得由法定代理人代為之，我民法第七十六條所定之『無行為能力人由法定代理人代為意思表示，

或代受意思表示」是矣。而遺囑則須爲遺囑之本人自爲意思表示，性質上無適用代理制度之餘地。此實爲其與普通法律行爲特異之點。就此別設規定，以明其不得適用民法總則編之一般的規定斯已足矣。我民法對於不得爲遺囑一層，原可適用總則編之一般的規定者，而特設規定，對於其不得適用代理規定一層反付闕如，此種規定方法是否適當？不能無疑也。

所謂無行爲能力人計有二種，即（一）未滿七歲之未成年人（民法第十三條第一項）與（二）禁治產人（民法第十五條）是。未滿七歲之未成年人年齡幼稚，不能辨識遺囑之內容，其不得爲遺囑固爲事理之所當然。至禁治產人非絕無精神偶爾回復原狀之時，於其精神回復原狀之中，自可辨識遺囑之內容。應否許其自爲遺囑？自爲立法上應行研討之問題。關於此點，各國法律規定不同。有認禁治產人於精神回復原狀中有遺囑能力者，如瑞士民法，奧大利民法，西班牙民法及日本民法是。有絕對不認禁治產人有遺囑能力者，如法國民法及德國民法是。我民法不認準禁治產之制，故因精神耗弱致不能處理自己事務之人亦包含於禁治產人之內。而不

禁止精神耗弱人自爲遺囑，蓋爲多數立法例之所從同。我民法依從法，德民法之先例絕對不認禁治產人有爲遺囑之能力，立法上是否適當？或尙有置疑之餘地也。

## 第二 未滿十六歲之未成年人

依我民法第一千一百八十六條第二項規定，『限制行爲能力人無須經法定代理人之允許，得爲遺囑。但未滿十六歲者，不得爲遺囑。』限制行爲能力人，依我民法第十三條第二項卽爲滿七歲之未成年人。此等人所爲法律行爲如爲單獨行爲，則依我民法第七十八條『限制行爲能力人未得法定代理人之允許所爲之單獨行爲無效』，原以得法定代理人之允許爲其有效條件。茲明定無須經法定代理人之允許得爲遺囑，卽係對於第七十八條之例外規定。惟滿七歲之未成年人有距成年時期尙遠者，其智能正待逐漸增長，普通殆無熟權利害之能力，若許其得獨立爲遺囑，流弊滋甚。故又特加限制，凡限制能力人未滿十六歲者，不得爲遺囑。此但書之所由設也。然關於遺囑年齡，各國法律，規定不一，有定爲十四歲者，如奧大利，西班牙及葡萄牙是。有定爲十五歲者，如日本是。如定爲十六歲者，如法國



，德國，匈牙利，比利時及羅馬尼亞是。有定爲十八歲者，如瑞士及意大利是，我民法則從法德等國立法例定爲十六歲。蓋以在一般情形，無論男女，如已滿十六歲，其身體精神大體臻於健全，且與女子之結婚最低年齡亦屬相合故也。已滿一定年齡之未成年人，雖具有遺囑能力。而在外國法律尙多限制，有就財產種類加以限制者，如瑞士惟能處分自己所獲得之財產是。有就財產之限度加以限制者，如法國，比利時及羅馬尼亞只能處分其財產之半額是。有非依特定之遺囑方式不能處分財產之全部者，如奧大利須依口授遺囑之方式，德國須依自書遺囑之方式是。我民法則從日本等國之立法例未別設何種之限制。

### 第三 決定遺囑能力之時期

遺囑能力之有無，應以何時爲準而決定之？在學理上不無發生爭論之餘地。故在外國法律有明定其應依爲遺囑之時以決定之者，如西班牙，葡萄牙及日本等國之民法是。我民法未設明文，蓋以行爲能力之有無應就行爲時行爲人之精神狀態或智能發展之程度決之，爲事理之所當然故也。遺囑能力之有無應依爲遺囑之時決之。故在爲遺囑時有遺囑能力者，不

因嗣後喪失遺囑能力而無效。反之，在爲遺囑時無遺囑能力者，縱嗣後回復其能力，亦非因追認而其遺囑當然發生效力。故遺囑人於僅有宣告禁治產之聲請而尚未爲宣告以前所爲之遺囑，不因禁治產之宣告而受何種之影響。但若爲遺囑之時已有精神上之障礙，得由利害關係人提出證據以主張其遺囑之無效自無待論。

## 第二款 遺囑對於遺產之處分

遺囑之內容雖不必以與遺產有關者爲限。而實際上究以關於遺產之處分者爲多。故我民法依從法，德，瑞士，日本等國之立法例，於第一千一百八十七條規定得以遺囑處分遺產之範圍曰，『遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內得以遺囑自由處分遺產。』所謂以遺囑處分遺產，當不外應繼分之指定及遺贈。關於應繼分之指定前已言之，茲不復及。關於遺贈則其情形有二。以遺產之全部或一部爲包括的處分者，通常稱爲包括遺贈或包括名義之遺贈。於此情形，受遺贈人不僅有權利之取得，並與之相爲對應而有義務之負擔，如以遺產二分之一

爲遺贈。則被繼承人財產上權利義務之一半均移轉於受遺贈人是。以特定遺產爲一別之處分者，通常稱爲特定遺贈或特定名義之遺贈。於此情形，僅有權利之移轉而無與之相爲對應之義務。雖遺贈附有義務者，驟觀之似有與之相爲對應之義務。然其權利與義務本無相爲對應之關係，且其義務係因受領遺贈而從新發生，並非原有義務之移轉，尤屬至爲明顯。例如以某特定不動產爲遺贈，則受遺贈人只取得對於該項不動產之權利而無何等義務之負擔是。包括遺贈有以其爲繼承人之設定卽指定繼承人者，如羅馬法及其他多數國之法律是。有以其爲遺贈之一種者，如法國及日本之法律是。我民法則從羅馬法以來之立法例。關於指定繼承人，已於第一千一百四十三條規定之，茲之所謂遺贈，自係指特定遺贈卽特定名義之遺贈。以遺囑爲遺贈 乃遺囑人本於財產所有權之權能以處分其財產，理論上應不受若何限制。學者中亦有主張遺囑人以遺囑處分遺產應爲絕對自由者。惟此說按之實際，不無有欠妥當之處。蓋人之最近親屬多負互相扶養之義務。一朝死亡，卽置此互負扶養義務之最近親屬於不顧，將所有財產全部奉之他人，殊不合於親親之義。而使此等有繼承權人之生活頓陷於困難之境

，亦非社會之福。此所以有不得違反關於特留分規定之限制也。是否違反關於特留分之規定？在爲遺囑時尚屬不能決定，須待遺囑人死亡而有繼承之開始時方得決定。違反特留分規定之遺囑，非即全部無效，僅於違反該規定之限度內不能有效。蓋特留分規定之設，主在保護特留分權利人之利益，使得回復其權利，於事已足故也。

死因贈與乃贈與人以其死亡爲期所爲之贈與，就其因死亡確定其效力之點言之，與遺贈無異。故在外國法律有明定死因贈與準用關於遺贈之規定者，例如日本民法第五百五十四條是。我民法無之，解釋上應得同一之結果。死因贈與與遺贈不同之點有三。即（一）遺贈依遺囑人一方之意思表示而成立，屬於單獨行爲，而死因贈與則爲贈與之一種，當然屬於雙方行爲即契約。（二）遺贈之撤銷權不能拋棄，而死因贈與之撤銷權則無妨拋棄。（三）遺贈爲要式行爲，死因贈與則屬非要式行爲是。

### 第三款 受遺贈能力

依我民法第一千一百八十八條規定，『第一千一百四十五條喪失繼承權之規定，於受遺贈人準用之。』即受遺贈人如有第一千一百四十五條各款所定喪失繼承權原因之一，即喪失其受遺贈之能力。第一千一百四十五條所謂被繼承人應解為遺囑人，所謂關於繼承之遺囑應解為關於遺贈之遺囑。至所謂應繼承人雖似應解釋為應受遺贈人。然在法定繼承人間有一定之繼承順序，後順序之繼承人，因有順序在先者之存在，除有得為代位繼承之情形者外，即不得現實有繼承之權利。而在順序同一者之間又以按人數平均繼承為原則，應繼分之多寡恆隨人數以為轉移。繼承人相互間之利益衝突，情形至為明顯。若在受遺贈人相互間則本無所謂順序問題，彼此之利益衝突既無從發生。而遺囑人之以遺囑為遺贈，在其遺囑發生效力以前，又不易為第三人之所知悉，不若應繼承人之為誰，顯而易知。故關於應繼承人之一部分，似無準用問題之發生。而該條第一項第五款所謂表示其不得繼承者，於此亦不見有準用之必要。蓋遺囑本得由遺囑人隨時撤銷。遺囑人苟不欲其享受遺贈之利益，以逕撤銷其遺囑更為利便故也。我民法所以設此準用之規定者，以受遺贈人如有第一千一百四十五條各款所定情事

，應使其不得享受遺贈之利益，以爲之制裁故也。雖然關於此點，各國法律規定不一，有以繼承除外之規定準用於遺贈者，如德國，與大利，瑞士，意大利，西班牙及日本是。有繼承除外之規定非準用於遺贈，但得以受遺贈人忘恩爲理由，爲遺贈之撤銷者，如法國民法是。二者相較，似以前之立法例爲合理。蓋繼承與遺贈，其由被繼承人或遺囑人受一定之利益完全相同。乃一則如有一定之情事當然喪失其繼承能力。一則尙有待於遺囑人之撤銷，如未爲撤銷，受遺贈人仍得保有所享受之利益。繼承人與受遺贈人之保護顯失其公平故也。

法人於其目的範圍內有受遺贈之能力，學理上殆無異論。惟將來設立之財團有無受遺贈能力？則學者之主張未歸於一致，法國學者多採肯定說，德國學者則多採否定說。就我民法解釋似亦以採否定說爲宜。蓋依我民法第六十條之規定，設立財團固無妨以遺囑捐助爲之。但捐助行爲不外財團之設立行爲，自係對於尙未設立之財團爲之。若遺贈則與捐助異其性質，依一般法理，自不得對於尙未設立之財團爲之，故也。

## 第三節 方式

### 第一款 概說

遺囑須依民法所定之方式爲之，爲第一千一百八十九條之所明定。我民法所以特定遺囑之方式者，蓋求其適合於左列各項之需要也。卽

- (一) 防止遺囑之偽造變造，以確實保存遺囑人真正之意思。
- (二) 不能自書文字者應令其亦得爲遺囑。
- (三) 使於情形急迫間不容髮時，亦有爲遺囑之可能。
- (四) 使遺囑之存在得有確實之保障而無失落之虞。
- (五) 遺囑人不欲於其生前令人知悉其有遺囑之作成或其遺囑之內容者，應令其得以保守秘密。

(六)於可能範圍內務求其作成手續之簡便與費用之節省。

以上各種需要，有在事實上難以兩全，得之於此則失之於彼者。民法所定各種方式亦不免互有短長，要在遺囑人依其各自之情況，志願，需要等以抉擇之耳。

關於遺囑方式之種類，各國法律不盡相同。有只認公證遺囑及口授遺囑，而不認自書密封遺囑及代筆遺囑者，如挪威是。有只認公證遺囑，自書遺囑及口授遺囑而不認密封遺囑及代筆遺囑者，如瑞士是。有只認自書遺囑，公證遺囑，密封遺囑及口授遺囑而不認代筆遺囑者，如法國，德國，奧大利，比利時，意大利，西班牙及日本是。我民法則定爲(一)自書遺囑(二)公證遺囑(三)密封遺囑(四)代筆遺囑(五)口授遺囑之五種。種類既多，自便於遺囑人之選擇也。

上列五種遺囑可歸納爲兩類。(一)普通方式即正式遺囑，第一種至第四種之遺囑屬之。(二)特別方式即略式遺囑，第五種之遺囑屬之。各種遺囑，除略式遺囑非有特別情形不得爲之外，其餘各種亦各有其得失。就自書遺囑言之，因係自書足以防止洩漏，是其所長。但在不識



文字者不能爲之，是其所短。就公證遺囑言之，因係公證人代爲，故其遺囑內容有強固之證據力，且在不識文字者亦得爲之，是其所長。但需要多額之費用且不能防止洩漏，是其所短，就密封遺囑言之，如係自書，兼有自書遺囑公證遺囑之長而無其短，如係他人代書，因須公證人之附記，遺囑內容有強固之證據力，是其所長，但不能防止洩漏是其所短。就代筆遺囑言之，因係見證人代書，在不識文字者亦得爲之，且無須公證人，參加可以節省費用，是其所長，但不足以防止洩漏，是其所短。要之，各種遺囑互有得失，殊難有所軒輊也。

## 第二款 普通方式

### 第一項 自書遺囑

自書遺囑肇始於法，大陸諸國次第採用，遂成現代一般立法之通例。此種方式之遺囑最爲簡便而迅速，凡在粗解文字者，均得自由爲之，其優點也。但因其過於簡單，往往易爲他人所偽造或變造，故我民法特嚴定方式以預防之。

依我民法第一千一百九十條規定，『自書遺囑者應自書遺囑全文，記明年月日並親自簽名。如有增減塗改，應註明增減塗改之處所及字數，另行簽名。』是為自書遺囑之方式。茲分析說明於左。

一 須自書遺囑全文

遺囑全文有分列章節者，有逐條列舉者，有寥寥數語者。其文字之繁簡多寡法律上並無限制，惟概須遺囑人親筆自書。如有他人參雜一字一句即不具備自書全文之要件，不能生自書遺囑之效力。至遺囑草稿係由何人作成，則在所不問。故雖由他人起草，或由遺囑人起草經他人修改皆無礙於自書遺囑之成立。遺囑之用語無所限制，縱以外國文字為之，亦無不可。又遺囑之用紙及其式樣如何與夫用以書寫者之為毛筆鋼筆或鉛筆，均與遺囑之成立無關。不過遺囑全文須出於手寫，如以鉛印石印等機器或打字機為之，不能認為有效耳，至紙數在二頁以上應否於騎縫處簽名蓋印？法律上既別無明文之規定，解釋上似無妨從寬也。

## 二 須記明年月日

自書遺囑須遺囑人記明年月日。其所以必須記明年月日者，蓋不但可以由此知悉，遺囑人於爲遺囑時有無遺囑能力，且於有二以上之遺囑時並可由此知悉何者爲最後之遺囑也。自書遺囑，如所記載之年月日出於虛僞，是否因之而無效，似應分別情形觀之。如年月日之虛僞由於遺囑人之過失或錯誤者其遺囑應仍屬有效。反之，由於遺囑人之故意者則其遺囑爲無效。蓋在後者足以推定遺囑人有希望其遺囑不成立之意思，或至少足以斷定其遺囑非出於真意故也。至年月日記明之位置或在遺囑全文之首，或在其末，法律上無所限制，只依一般觀察可知爲遺囑成立之年月日即可。

## 三 須親自簽名

遺囑人親自簽名於遺囑，係表示遺囑作成之主體。故亦爲自書遺囑成立之要件。民法第三條於應親自簽名之文件雖許以蓋章指印或其他符號代之。而於本條之自書遺囑則不得適用。蓋既能自書遺囑全文，決無不能簽名之理。如未親自簽名不能認爲有自書遺囑之效力。

簽名指姓名之記載而言。姓名乃戶籍上所以示區別於他人之名稱。但此之所謂姓名以係遺囑人所慣用，通常足以識別其人爲已足，是否與戶籍上之名稱一致，在所不問。又間有於簽名時省略其姓者，如無礙於遺囑人之識別，則其遺囑仍應認爲有效。至簽名應於何處爲之？學者之解釋未盡一致，有謂應於遺囑之終了爲之，否則其遺囑爲無效者，有謂如非於遺囑之終了爲之，則惟簽名前之文句爲有效者，鄙意法律上關於簽名之處所既無所規定似無作如此嚴格的解釋之必要也。

#### 四 增減塗改之註明及簽名

依我民法第一千一百九十條後段規定，則自書遺囑如有增減塗改，應具備下列之二要件。

(一)註明增減塗改之處所及字數，如云某行增幾字減幾字或塗改幾字是。(二)另行簽名。其須另行簽名者蓋所以保障遺囑之記載係出於遺囑人之真意也。外國法律有因塗改是否遺囑人之筆跡不易明瞭，只許增減而不許塗改者，我民法無此限制，不過似應於塗改處留存字跡俾資辨認耳。又在一般情形多於增減塗改處加蓋印章以資認證。此雖與遺囑之成立無

關，然於決定遺囑之效力當不無裨益也。

自書遺囑之特質，在於完全須遺囑人自爲之。而其不須有見證人之一點尤特異於其他方式之遺囑。惟遺囑人苟自願指定見證人，並由見證人於遺囑內簽名，似仍無礙於自書遺囑之成立。蓋法律於自書遺囑不過不要求見證人而已，未禁止其參與也。

## 第二項 公證遺囑

公證遺囑，於其證據力強大之點是其所長。故幾爲現代各國通行之制度。但亦有不認此方式者，例如奧大利，英國等是。我民法則從多數立法例設公證遺囑之規定。

依我民法第一千一百九十一條第一項之規定，「公證遺囑應指定二人以上之見證人，在公證人前口述遺囑意旨，由公證人筆記，宣讀講解，經遺囑人認可後，記明年月日，由公證人，見證人及遺囑人同行簽名。遺囑人不能簽名者，由公證人將其事由記明，使按指印代之。」是爲公證遺囑之方式。茲分析說明於左。

一 須指定二人以上之見證人

遺囑之有見證人，爲證明遺囑真實方法之一種。本法所定各種方式之遺囑，除自書遺囑外，皆以指定見證人爲必要條件，不過人數多寡不一耳。公證遺囑之見證人法律定爲應在二人以上，乃就其最低限度言之，即見證人不滿二人時爲公證遺囑之要件不備。見證人之人數，各國法律規定不一。有公證人如爲一人，則見證人爲四人，公證人如爲二人則見證人爲二人者，如法國，比利時及意大利是。有見證人爲三人者，如西班牙是。有見證人爲五人者如葡萄牙是。如公證人如爲二人則無須見證人者，如德國是。有公證人爲一人，見證人須爲一人以上者，如瑞士，荷蘭及日本是。我蓋從最後之立法例者也。指定見證人之權限自屬於遺囑人本人。而被指定之資格則除第一千一百九十八條所定者外，毫無其他之限制者也。

## 二 須在公證人前口述遺囑意旨

公證遺囑須由遺囑人在公證人前口述遺囑意旨。茲所謂遺囑意旨者，乃遺囑人所決定之遺囑內容，將此意旨向公證人口述，在使公證人了解其意旨而達作成公證遺囑之目的。故如

遺囑人爲啞者，或因疾病而語能發生障礙不能口述遺囑意旨者自不能爲公證遺囑。又由遺囑人自書草稿，交由公證人謄正亦不能謂其具備公證遺囑之方式。但遺囑之內容甚爲複雜或涉及一定之數字者則不妨由遺囑人草成綱要交由公證人辦理。蓋非如此，卽不足以期遺囑內容之正確也，又口述遺囑意旨，須在公證人前爲之。故如遺囑人對於第三人口述遺囑意旨，使其傳達於公證人，則其遺囑爲無效，自不待言。

### 三 應由公證人筆記宣讀講解

公證人依照遺囑人所口述之遺囑意旨據實作成筆記。該筆記卽爲將來遺囑執行人應據以執行之書類，故筆記之作成必須適合於遺囑人之口述，不容有所出入。筆記之文體，法律上未設限制，故爲文言白話均無不可。而筆記是否適合於遺囑人之口述？在識文字之遺囑人固可自行閱覽，其不識文字者則非經宣讀無由得而知悉，法律定一必經宣讀之程序，不論遺囑人識文字與否，皆不能省略此程序也。筆記經宣讀後，因筆記所用文字未必完全與語言一致，遺囑人能否確實了解，仍未得知。法律故又定一必經講解之程序。所以不惜如此

續密者，蓋以求適合於遺囑人之口述意旨也。因此可知喪失聽能之聾者因其不能履行此要件亦不能依公證遺囑之方式而為遺囑。

#### 四 須經遺囑人認可

公證人筆記後必須經過宣讀講解之程序，所以使遺囑人得知筆記有無錯誤也。如遺囑人認為有錯誤則公證人應立即更正。並須就更正之部分更為宣讀講解務得遺囑人之認可而後止。故此必經認可之階段亦為公證遺囑成立要件之一。

#### 五 須記明年月日由公證人見證人及遺囑人同行簽名

公證遺囑非由公證人，見證人及遺囑人簽名不能完成。故須於經遺囑人認可後記明年月日，由公證人，見證人及遺囑人同行簽名以資認證。遺囑人如不能簽名，依我民法第三條規定，原不妨以印章，指印，十字或其他符號代之。然在印章他人容易偽造，以符號代簽名又須在文件上經二人簽名證明，亦殊不便。故我民法特設規定由公證人將其不能簽名之事由記明，使遺囑人按指印代之。



公證遺囑須在公證人前爲之。必須有公證人行使職務，其遺囑始能成立。苟遺囑人所在地並無公證人，卽不能依公證遺囑之方式爲之，則法律所定此種方式有因遺囑人所在地不同而不能實現之虞。故我民法於第一千一百九十一條第二項特設救濟方法。卽（一）在無公證人之地，公證人之職務得由法院書記官爲之。（二）僑民在中華民國領事館所在地爲遺囑時得由領事行公證人之職務。蓋法院書記官乃熟悉法律之公務員，以之行公證人職務當可勝任愉快。至由何級法院之書記官行之，法律雖無明文。而應爲遺囑人所在地之法院書記官。殆屬當然之事。惟中華民國之法院不能設立於僑民所在地之外國，則僑民欲爲公證遺囑須另有適當行公證人職務之人。而除中華民國駐在該地之領事外，無更爲適當之人，故以領事行其職務也。

### 第三項 密封遺囑

密封遺囑有強固之證據力與公證遺囑相似，且如係本人自書，足以保持絕對之祕密，較之自書遺囑及公證遺囑殆均過之。卽非本人自書，然與公證遺囑之必由公證人參與遺囑之內容亦

屬有別。故法國及其他多數國法律均採用之，我民法亦然。但亦有不認密封遺囑者如英國是。亦有以密封遺囑爲公證遺囑之一種者如德國，奧大利及瑞士是。

依我民法第一千一百九十二條第一項規定，『密封遺囑應於遺囑上簽名後將其密封，於封縫處簽名，指定二人以上之見證人向公證人提出，陳述其爲自己之遺囑，如非本人自寫，並陳述繕寫人之姓名住所，由公證人於封面記明該遺囑提出之年月日及遺囑人所爲之陳述，與遺囑人及見證人同行簽名。』是爲密封遺囑之方式。茲分析說明於左。

一 遺囑人須於遺囑上簽名

密封遺囑不過遺囑人欲於遺囑發生效力前保守其遺囑內容之祕密，而簽名於遺囑乃所以表示遺囑作成之主體並無礙於祕密之保守，法律故要求必須簽名。倘開視遺囑時發現欠缺簽名要件，其遺囑卽爲無效。法律並不要求於遺囑上記明年月日，是爲密封遺囑特具之要點。因有公證人於遺囑封面記明該遺囑提出之年月日可以稽攷，故遺囑上之記明與否無關重要也。

## 二 遺囑人須將遺囑密封於封縫處簽名

密封之方法由遺囑人自爲之。而必須密封則爲法律所要求。故如以活動之針夾等物可以啓閉自由爲形式上之封束者公證人須命其加封。封縫處所以須遺囑人簽名者，一則表示爲此密封者係屬何人，二則密封後一經開視即難回復原封狀態，可以防他人秘密開視而杜改變遺囑內容之弊也。

## 三 須指定二人以上之見證人向公證人提出並爲陳述

遺囑人於爲密封簽名後須指定二人以上之見證人向公證人提出。向公證人提出時須憑同見證人陳述其爲自己之遺囑者，因密封遺囑之特質雖在保守其內容之秘密，而其作成之事實則法律要求公開者也。惟密封遺囑，其遺囑全文法律並不限定須遺囑人自寫，故委託他人代爲繕寫，並無礙於遺囑之成立。惟須陳述繕寫人之姓名住所，俾公證人於遺囑封面得爲適當之附記。

## 四 須公證人於封面附記並與遺囑人及見證人同行簽名

公證人於遺囑人提出遺囑並爲陳述以後，應於封面記明該遺囑提出之年月日及遺囑人所爲之陳述，與遺囑人及見證人同行簽名。其須如此者蓋所以公證其遺囑爲遺囑人之遺囑。也公證人於遺囑封面所爲之附記固不失爲公證書。但此種附記並非證明其遺囑之內容，故其遺囑仍屬私證書。不過因爲附記足以證明其遺囑爲遺囑人之遺囑，利害關係人如欲否認不可不爲反對之舉證耳。

密封遺囑既須公證人之公證，則在無公證人時不得不設關於公證人職務代之規定。我民法第一千一百九十二條第二項規定，『前條第二項之規定於前項情形準用之。』即爲應此需要而設。

各種遺囑各有其特殊之方式，原則上不許代用。我民法於第一千一百九十三條對此原則設有例外。即『密封遺囑不具備前條所定之方式而具備第一千一百九十條所定自書遺囑之方式者有自書遺囑之效力。』此因密封遺囑原可分爲兩部分以觀察之。即公證人封面之附記與遺囑內容之記載是也。如其遺囑內容出於遺囑人之自書，不但與自書遺囑完全相同，且許其爲自

書遺囑之代用與遺囑人之真意亦屬相符故也。

#### 第四項 代筆遺囑

依我民法第一千一百九十四條規定，『代筆遺囑由遺囑人指定三人以上之見證人，由遺囑人口述遺囑要旨，使見證人中之一人筆記宣讀講解，經遺囑人認可後記明年月日及代筆人之姓名，由見證人全體及遺囑人同行簽名，遺囑人不能簽名者應按指印代之。』是為代筆遺囑之方式。茲分析說明於左。

##### 須由遺囑人指定三人以上之證人

遺囑之須指定見證人者，他種遺囑其人數皆為二人以上，此獨要求三人以上，因其中須有一人為代筆人，且非經由公證人為之，故特加慎重也。或疑口授遺囑亦非經由公證人為之，並須由一人作成筆記，何以其見證人人數仍只規定二人以上，不知口授遺囑係為特殊情形而設。在特殊情形之下往往難得多數之見證人。且自遺囑人能依其他方式為遺囑時起經過一個月而失其效力，自不能與代筆遺囑同論。

二 須由遺囑人口述遺囑意旨

三 須由見證人中之一人筆記宣讀講解

四 須經遺囑人認可

以上三點均與公證遺囑中之程序大體相同。不過在公證遺囑中公證人之參與實立於最重要之地位。故遺囑意旨之口述須憑同見證人，在公證人前爲之。而從事於其筆記宣讀講解，皆屬公證人之職務。在代筆遺囑，則並無公證人之參與，故僅須在見證人前爲口述，及由見證人中之一人任筆記宣讀講解之勞耳。

五 須由代筆人記明年月日及代筆人之姓名

遺囑應記明年月日，爲各種遺囑共同之方式。至記明代筆人之姓名係代筆遺囑獨具之特點。此方式如有欠缺卽不生代筆遺囑之效力。

六 須由見證人全體及遺囑人同行簽名

所謂見證人全體，係連代筆人在內。苟到場之見證人共爲五人，有二人漏未簽名，仍無礙

於代筆遺囑之成立。蓋法律所要求者只須三人以上。今五人中已有三人簽名即非不足法定人數故也。至遺囑人應同行簽名，爲凡須指定見證人之遺囑之共同方式，於代筆遺囑爲防止假冒偽造等情事，尤爲必要。又遺囑人不能簽名者應按指印代之，與公證遺囑同。不過在彼，須由公證人證明不能簽名之事由，此則無須證明耳。

代筆遺囑之制爲我之所特設。其方式雖較爲簡便易行，且能節省費用，予遺囑人以便利。惟既非遺囑人所自書，其成立又未經由公證人證明，在人情詐僞之社會恐易發生流弊。如因遺囑受利益之人以其利益之一部誘惑見證人依代筆遺囑之方式勾串偽造，往往不易辨別其真僞。故關於此種遺囑之認定非特別審慎不可。

### 第三款 特別方式

遺囑多由遺囑人於臨死之時爲之。如遺囑人生命危急，常有不及有爲公證遺囑，密封遺囑或代筆遺囑之餘裕者，亦有不能親自執筆而爲自書遺囑者，如因此而使死者不能爲最終之處分，亦屬失當，故我民法特從羅馬法以來各國立法之通例，於第一千一百九十五條設口授遺囑

之規定。即『遺囑人因生命危急或其他特殊情形，不能依其他方式爲遺囑者得爲口授遺囑。』此種規定甚爲簡括，所謂生命危急，如因疾病而生命陷於危篤是。所謂其他情形，如因傳染病在依行政處分阻斷交通之處所爲遺囑，從軍中之軍人軍屬爲遺囑，船艦中之船員旅客爲遺囑是。

我民法第一千一百九十五條第二項規定，『口授遺囑，應由遺囑人指定二人以上之見證人，口授遺囑意旨據實作成筆記，並記明年月日，與其他見證人同行簽名。』是爲口授遺囑之方式。茲分析說明於左。

一 須指定二人以上之見證人

口授遺囑須由遺囑人指定二人以上之見證人者，蓋如見證人僅爲一人，難免不從中舞弊致失遺囑人之真意故也。外國法律有爲確保遺囑之真實，須指定三人以上之見證人者，例如日本民法第一千零七十六條第一項是。我民法以證人過多，倉卒之間，恐不易於覓尋，故未予採取。



## 二 須口述遺囑意旨

口授遺囑須由遺囑人對於見證人口授遺囑意旨。故如遺囑人不能口授遺囑意旨者自不得爲口授遺囑。又由遺囑人自書草稿交由見證人謄正亦不能謂其具備口授遺囑之方式。但如遺囑人自爲筆記具備自書遺囑之方式則應認爲自書遺囑以期適合遺囑人之真意。

## 三 須由見證人中之一人筆記

口授遺囑於遺囑人口授遺囑意旨後，須由見證人中之一人據實作成筆記。所謂據實作成筆記卽筆記之文句須與口授旨趣相合之意，非必依其所口授者，一字不易照樣錄取。但在外國法律有須宣讀講解俾遺囑人有更正或增減之機會者，我民法無之。似手續上稍欠審慎也。

## 四 須記明年月日同行簽名

口授遺囑於據實作成筆記後須由該作成筆記人與其他見證人同行簽名。蓋所以確保遺囑之真實也。但在此時無須遺囑人之自行簽名。則其易於僞造，較之代筆遺囑殆尤過之。

口授遺囑原屬遺囑之簡易方式，不得已而用之。於其正確之點不能無疑。故自羅馬法以來多設有效期間之規定。但其期間長短不一，有定為十四日者，如瑞士民法是。有定為三個月者，如德國民法是。有定為六個月者，如法國民法及日本民法是。我民法則定為一個月。即依第一千一百九十六條規定，「口授遺囑，自遺囑人能以其他方式為遺囑之時起，經過一個月而失其效力。」所謂遺囑人能以其他方式為遺囑，係屬事實問題，例如因疾病為口授遺囑者其疾病業已痊愈，因交通阻斷為口授遺囑者其交通業已回復之類是。遺囑人生存時，法律命其已成之遺囑喪失效力，為口授遺囑之特質。其他任何方式之遺囑，除遺囑人得隨時依遺囑之方式撤銷其全部或一部份外，無依法律之規定而於遺囑人生存時當然喪失其效力之事例。至撤銷遺囑之辦法，於口授遺囑當無不得適用之理。

口述遺囑如具備法定之方式固屬有效成立。然此種遺囑究係成立於倉卒之間。往往因本人垂死，方寸已亂，其言非出於本意者有之，因證人誤聽，筆記不盡可憑，或證人串同作弊，筆記係出虛偽者亦有之。故各國法律為確保遺囑之真實多設提經法院認定之規定。我民法則以

認定之權付與於親屬會議。即依第一千一百九十七條前段規定，『口授遺囑，應由見證人中之一人或利害關係人，於爲遺囑人亡故後三個月內，提經親屬會議認定其真僞。』其以認定之權付與於親屬會議者，蓋以家庭之事委諸親屬會議處理之，較爲適當故也。然依同條後段規定，則『對於親屬會議之認定如有異議得聲請法院判定之。』故事實上恐非經由法院仍不能得最後之解決。則親屬會議之認定徒增加一重手續，亦未可知。此非徵諸將來適用之結果，此制之便否，未易斷言也。遺囑之提經認定與遺囑之提示不同，自非於得有該遺囑係出於遺囑人真意之心證以後不得爲遺囑真實之認定。關於此點，外國法律有說明文規定者，我雖無之，要不容爲反對之解釋。提請認定，須由見證人或利害關係人於遺囑人死亡後三個月內爲之。所謂見證人者指簽名於遺囑之見證人言之。若雖於爲遺囑時在場而並未簽名於遺囑者，自不能爲提請認定之人。所謂利害關係人，蓋指因遺囑受利益或受損害之人，如受遺贈人或繼承人等是。提請認定之時期以三個月爲限者，蓋在未就遺囑之真僞爲認定以前，關於該遺囑所定之權利義務即屬虛懸未決，此等狀態未便任其曠日持久，此其一。真僞之跡歷時未

久，較易查察，時過境遷則查察匪易，故提請認定之時期不宜過長，此其二。未於法定期內由法定之人提請認定者其遺囑不生效力，所不待言。

#### 第四款 見證人之資格

除自書遺囑外，其他各種方式之遺囑，均須有見證人之參與，其須由見證人參與者不外確保遺囑之真實與其方式之正確。從而見證人之信用如何與遺囑效力關係極大。故各國法律多設有見證人消極資格之規定。雖其內容未盡一致，然大都以無判斷能力人，利害關係人及不能獨立行使職權之人為無遺囑見證能力人。我民法從之。於第一千一百九十八條規定，「左列之人不得為遺囑見證人。(一)未成年(二)禁治產人(三)繼承人及其配偶或其直系血親(四)受遺贈人及其配偶或其直系血親(五)為公證人或代行公證職務人之同居人助理人或受僱人。第一第二兩種之人為無判斷能力人，以之為遺囑見證人難達遺囑見證之目的。第三第四兩種之人為利害關係人，以之為遺囑見證人難期遺囑內容之真實。第五種人與公證人及代行公證

職務人立於指揮命令地位，以之爲遺囑見證人亦難期遺囑內容之正確。本條之規定係屬絕對的，故在禁治產人縱於精神回復原狀中亦無爲遺囑見證人之資格。又本條之規定係屬限制的，故除列舉之人而外不許比附援引，而謂其他類似之人亦不得爲遺囑見證人。惟見證人須親自簽名，則不能自書其姓名者無爲見證人之資格，蓋無容疑。

依法不得爲遺囑見證人者而竟參與遺囑之成立爲其見證人，其遺囑是否即因之而根本無效？似應分別情形言之。苟不得爲遺囑見證人之人佔法定人數之全部或一部，其遺囑因方式未備而應認爲根本無效，自不待言。若除去不得爲見證人之人其見證人仍足法定人數則遺囑方式並非不備，不過有畫蛇添足之嫌耳。例如代筆遺囑之見證人已有三人或四人格格，而繼承人及其配偶亦均列名爲見證人，此遺囑仍屬有效。惟代筆人如爲繼承人或其配偶，則其他見證人縱另有三人以上，而代筆人顯已佔法定人數之一。此時則應效無屬。

## 第四節 效力

## 第一款 遺囑發生效力之時期

依我民法第一千九百九十九條規定，『遺囑自遺囑人死亡時發生效力。』按諸遺囑之性質，自非如此不可。蓋遺囑係以死後發生效力爲目的之單獨行爲。故雖於依法定方式爲遺囑之時即已完全成立，然遺囑人既得隨時依遺囑之方式撤銷其全部或一部，則在遺囑人尙未死亡以前無何效力之可言。受遺囑人縱有將來取得權利之希望，而並不因之而即時現實的取得何種之權利，所不待言。但遺囑人一朝死亡，則遺囑之效力即隨此事實而發生，初不待受遺囑人有何等之意思表示，故在遺贈，不待受遺贈人之承認而當然發生效力。以遺囑爲捐助者在遺囑人死亡當時，財團法人尙未成立，本不能有享受權利之能力，故按照一般法理，其財產歸屬之效力，原應自該財團法人經向主管官署登記之日起始得發生。顧在外國法律有明定『以遺囑爲捐助者其捐助之財產視爲自遺囑發生效力時（即遺囑人死亡時）歸屬於法人。』（日本第四十二條第二項）蓋使自遺囑人之死亡以迄於法人成立時之財產利益歸屬於繼承人，恐不合於遺囑人

之本意，故有此例外規定之設。我民法雖無類此之明文規定，解釋上當可得同一之結果。其如此者不外爲貫徹『遺囑自遺囑人死亡時發生效力』之原則也。

遺囑自遺囑人死亡時發生效力，如上所述。然其遺囑如係關於遺贈者，則其遺贈物之所有權是否自遺囑人死亡時當然歸屬於受遺贈人？易言之，斯時所發生之效力爲物權的抑僅係債權的？不無疑問。關於此點，日本多數之民法學者及其最高法院判例採物權的效力說，蓋以依日本民法第一百七十六條之規定，物權之設定及移轉依當事人之意思表示而即生效力。關於遺贈既別無規定，自應適用此一般之原則故也。然在彼國學者亦不無持反對論者。若就我民法解釋之，鄙意似以採債權的效力說爲宜。蓋依我民法第七百五十八條之規定，不動產物權依法律行爲而取得，設定喪失及變更者非經登記不生效力。依第七百六十一條第一項之規定，動產物權之讓與，原則上亦非將動產交付不生效力。關於遺贈既別無例外的規定之設，即不得不適用此一般之原則。則就遺贈物而有物權之取得，尙有待於登記或交付之實行，所不待言。且遺贈不必一如遺囑人之所預期而實現，受遺贈人有爲拋棄者，有因應得特留分人扣

減權之行使而其全部或一部被扣減者，有因繼承人爲限定之繼承而遺產清算之結果遺贈物之交付完全無着者。如認爲遺贈因遺囑人之死亡而卽有物權之效力之發生，則在此等場合將發生至爲錯綜之法律關係，頗不易於說明。再就『繼承人承受被繼承人財產上之一切權利義務』之繼承法上之根本原則言之，遺產因繼承之一朝開始應卽全部歸屬於繼承人，不過繼承人須依照遺囑之所定以爲遺贈之履行，而其履行之效果則應解爲溯及於遺囑發生效力之時。易言之，卽遺贈因自遺囑人死亡時發生效力，不過其效力究爲相對的，債權的，而非卽行具有絕對的物權的性質者也。

所謂遺囑人死亡與第一千一百四十七條之被繼承人死亡同一意義，亦包括自然之死亡與法律上推定之死亡一併在內。惟繼承人苟已知死亡之事實尙不知遺囑之事實，本於繼承人之資格已就遺囑所爲遺贈之財產處分其全部或一部，則其處分尙非根本無效，不過受遺贈人得基於侵權行爲之原則請求回復之耳。死亡之時既爲遺囑發生效力之時，則其時之確定頗關重要。例如遺囑人與受遺贈人分處兩地同日死亡，若遺囑人死亡在前，其遺囑所爲遺贈已發生效力



，該遺贈物應由受遺贈人之繼承人繼承取得。反之，若受遺贈人死亡在前，則其遺贈不生效力，該遺贈物即由遺囑人之繼承人繼承取得，是矣。

構成遺囑內容之意思表示不必以單純者爲限。苟在其事項之性質所允許之範圍內固無妨附以條件或期限也。但所謂條件有停止條件與解除條件之別。所謂期限亦有始期與終期之別，依遺囑事項之不同，性質上有僅得附以停止條件而不許附以解除條件者，亦有僅得附以始期而不許附以終期者，未可一概而論也。例如以遺囑爲非婚生子女之認領，性質上不得附以條件或期限，無庸置疑。至以遺囑爲繼承人之指定，性質上雖不妨附以條件，但不得附以期限是矣。

(一)依我民法第一千二百條之規定，『遺囑所定遺贈附有停止條件者，自條件成就時發生效力。』雖僅就遺贈言之，而在其他事項之遺囑當無不可類推適用之理。故如關於遺贈以外其他事項之遺囑附有停止條件，而其條件成就於遺囑人死亡後者則其遺囑應自條件成就時發生效力。此蓋爲停止條件性質上之所當然，我民法第九十九條第一項所定『附停止條件之法律

行爲於條件成就時發生效力』之原則，縱在遺囑亦當然有其適用，其所以特設第一千二百條之條文者。蓋恐世人因有『遺囑自遺囑人死亡時發生效力』之原則而遂誤會其絕對不得有例外耳。然設遺囑人於遺囑中爲特殊之意思表示使條件成就之效果溯及於其成就以前，則其遺囑發生效力之時期仍得回復於一般之原則，卽自遺囑人死亡時發生效力。反之若停止條件成就於遺囑人死亡以前，則其遺囑與未附條件無異，自遺囑人死亡時發生效力。

(二)關於遺囑附有解除條件而其條件成就於遺囑人死亡後者，我民法別無規定，自應適用第九十九條第二項所定之一般原則，於條件成就時失其效力。但依遺囑人於遺囑中所爲之特別意思表示得溯及於遺囑人死亡時消滅其效力。反之若解除條件成就於遺囑人死亡以前，則與未爲遺囑無異，不因遺囑人之死亡而有效力之發生。

(三)遺囑附有始期者，適用我民法第一百零二條第一項之規定，於期限屆至時發生效力。故如期限屆至前遺囑人死亡者，其遺囑於期限屆至時發生效力，期限屆至後遺囑人死亡者，則其遺囑與未附期限無異，自遺囑人死亡時發生效力。

(四)遺囑附有終期者，適用我民法第一百零二條第二項之規定，於期限屆滿時失其效力。不過因遺囑事項之性質，得附以終期者或不在多數。惟以遺囑禁止遺產之分割者非附以終期不可。則似屬事理之所當然者也。

如上所述，遺囑於其事項之性質所允許之範圍內，無妨附以條件或期限。而因其附有條件或期限所生之法律上效果，原與一般法律行為之附有條件或期限者，毫無二致。故無須別設條文爲之規定。我民法第一千二百條之規定，蓋爲祛除疑義而設，初非基於有特殊存在之必要也。

## 第二款 遺贈之失效與無效

### 第一項 遺贈之失效

依我民法第一千二百零一條之規定，「受遺囑人於遺囑發生效力前死亡者其遺贈不生效力。」是爲遺贈之失效。蓋遺贈以着眼於受遺贈人之人的關係而爲之者爲其常態故也。遺贈固因

受遺贈人先於遺囑人死亡而失效。但其繼承人有無代位承受遺贈利益之權？則各國法律規定不同。有明定受遺贈人之繼承人得爲代位者，如德國民法，奧大利民法及意大利民法是。有法律上未設明文，一般通說認爲不許代位者，如法國民法及法國法系之民法是。我民法既未設明文，解釋上應認爲繼承人無代位之權。蓋以代位權由於法律所付與，非繼承人當然有其權利。關於被繼承人之直系血親卑親屬有代位繼承權，我民法於第一千一百四十條已有明文之規定，自屬不成問題。至關於遺贈則並無類此之規定，法律上既無相當之根據，自不得認爲有代位權也。但遺囑人如於遺囑中明白表示受遺贈人如先於遺囑人死亡即以其繼承人爲受遺贈人者，則應從其意思，自不待言。

如上所述，受遺贈人先於遺囑人死亡者，其遺贈不生效力。易言之，即受遺贈人非於遺囑發生效力即遺囑人死亡時係屬生存者不可。此即所謂『同時存在之原則』也。此項原則對於繼承自應嚴格適用。然即在繼承因適用民法第七條規定（胎兒，以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生。）之結果，胎兒猶得爲繼承之主體。則在遺囑人死亡時雖

屬胎兒，其後生產者可視為於遺囑人死亡時既已出生而享受遺贈之利益，自不待言。然設以尚未出生之人為受遺贈人，且至遺囑人死亡時猶未懷胎，例如以長孫為受遺贈人而迄於被繼承人之死亡其子婦無一有懷胎之事實，此際如適用『同時存在之原則』，則其遺贈將不能生效。關於此點，各國法律規定不一。有遺囑人死亡之時縱未懷胎，亦有受遺贈能力者，如德國民法，奧大利民法。意大利民法及葡萄牙民法是。有遺囑人死亡之時如未懷胎，即無受遺贈能力者，如法國民法，荷蘭民法，瑞士民法及日本民法是。我民法未設明文規定，為適合遺囑人之意思起見。解釋上似無妨認為其遺囑仍屬有效，此項受遺贈人於其出生之後得向繼承人請求其為遺贈之履行。

遺囑原則上固自遺囑人死亡時發生效力。然設其遺囑附有停止條件則於條件成就時發生效力。附有始期則於期限屆至時發生效力，如上所述。故如遺贈附有停止條件或始期，受遺贈人於遺囑人死亡時雖未死亡，而於條件未成就前或期限未至前即已死亡，即適合於『受遺贈人於遺囑發生效力前死亡』之要件，自應受第一千二百零一條規定之適用，其遺贈不生效力也。

## 第二項 遺贈之無效

以特定物爲遺贈，以其發生效力當時之狀態交付於受遺贈人爲已足。故我民法第一千二百零二條規定，『遺囑人以一定之財產爲遺贈，而其財產在繼承開始時有一部分不屬於遺產者其一部分遺贈爲無效，全部不屬於遺產者，其全部遺贈爲無效。』所謂以一定之財產爲遺贈，指其遺贈之標的已於遺囑中特行指定者而言。例如以某處房屋一所，對於某甲之債款若干元，或某件衣服，某件古畫遺贈於甲之類是。以一定之財產爲遺贈，有爲單純而無任何附款者，有附以條件或附有義務者。究爲何種？於茲在所不問。有使受遺贈人完全取得遺贈物之所有權，使用收益或處分均聽其自由者，有僅於一定期間畀予以使用收益之權而令其於期間屆滿後負返還之義務者，究爲何種？於茲亦在所不問。而此一定財產於繼承開始時不屬於遺產，其情形亦復不一。有其財產原屬於遺囑人所有，嗣因轉讓於人或失其存在而於繼承開始時不屬於遺產者。有其財產原不屬於遺囑人所有，遺囑人意在取得其所有權以爲遺贈，而於繼

承開始以前卒未克取得之者。更有遺囑人誤信其財產屬於自己之所有，而於繼承開始時不屬於遺產者。本條之適用以其財產於繼承開始時不屬於遺產爲已足，其原因究係如何？在所不問。然而關於此點，各國法律規定未全一致，有遺囑人明知其財產不屬於自己所有而仍以之爲遺贈則爲有效，反是爲無效者，如奧大利民法，意大利民法西班牙民法及日本民法是。有不問遺囑人知與不知皆屬無效者，如德國民法是。如依前之立法例，不但知與不知認定不易，而使遺贈義務人於前之情形負取得其財產以爲履行之義務，亦有失之苛酷。故我民法從後之立法例。

不屬於遺產部分之遺贈無效，乃法律所示之原則。於遺囑別無意思表示時適用之。若遺囑人於遺囑中有特別之意思表示時仍應從其意思。例如遺囑明定以某處房屋遺贈於甲，將來如不能給付房屋，應給付與該房屋相當之代價，或無論如何務須爲現實之給付之類是。依遺囑之所定須爲現實之給付時，如其財產不能取得或取得需費過鉅者能否由遺贈義務人給以相當補償而免除其履行之義務？我民法雖無明文規定，按之條理，當無不可之理也。

### 第三款 遺贈之標的

#### 第一項 遺贈標的之變更

以特定物爲遺贈，因天災地變或其他不可抗力以致滅失毀損，應由受遺贈人負擔其損失，即僅得於其物現存之限度內享受遺贈之利益，是爲事理之所當然。但因第三人之行爲或遺囑人自己之行爲致遺贈物滅失毀損變造或喪失物之占有而對於他人有權利之取得時應如何辦理？則屬疑問。例如建築物因被他人放火燒燬，而有損害賠償請求權之取得，因他人於自己土地內安設電線水管而有支付償金請求權之取得，因以自己房產出典於人而有典價及回贖權之取得。此等取得之權利，受遺贈人能否享受其利益？不無問題。我民法爲避免無益之爭執起見，特倣德日等國之立法例，於第一千二百零三條前段明定「遺囑人因遺贈物滅失毀損變造或喪失物之占有而對於他人取得權利時，推定以其權利爲遺贈。」其如此規定者，蓋以此等取得之權利係以遺贈標的物之所換取，遺囑所定本來之給付既不可能，則以其所換取之權利爲



給付，當不背於遺囑人之意思故也。惟既屬推定，則許爲反證自不待言。又其權利當以在遺囑人死亡前尚未受領清償者爲限。如遺囑人業已受領清償，則屬於前條所謂遺贈財產在繼承開始時不屬於遺產之場合，如非其遺囑有特別之意思表示其遺贈不得不因之而歸於無效矣。我民法第一千二百零三條後段規定『因遺贈物與他物附合或混合，而對於所附合或混合之物取得權利時亦同。』卽亦如同條前段所定，推定以其權利爲遺贈是也。因附合或混合而取得權利之情形，規定於民法第八百一十一條至第八百一十六條。卽（一）動產附合於不動產而爲其重要成分者，例如磚瓦附合於房屋，由房屋所有人取得磚瓦之所有權而磚瓦所有人則取得請求償金之權利。（二）動產附合於動產非毀損不能分離或分離需費過鉅者，例如甲之竹桿與乙之籐條附合而爲籐椅，則甲乙各按附合時之價值取得合成物之共有權。若所附合之動產有可視爲主物者則由該主物所有人取得合成物之所有權，而他物之所有人取得請求償金之權利。（三）動產與動產混合不能識別，或識別需費過鉅者，例如甲米與乙米相混合，或甲少量之酒精混合於乙數量正多之酒缸中可視乙酒爲主物，各按上例分別取得權利。（四）因加工於他

人之動產致勞力與材料混合者，例如加工於他人之木料而製成木器，由材料所有人取得所有權。若加工所增之價值顯逾材料之價值者則由加工人取得所有權，而因此喪失權利之人則皆取得請求償金之權利。因此等情事所取得之權利皆係以該遺贈物之所換取。遺囑所定本來之給付既不可能則以其所換取之權利為給付，當不背於遺囑人之意思。故亦同為法律上之推定。

## 第二項 遺贈標的之返還

通常所謂遺贈係以財產之所有權而為遺贈。但在事實上不無以財產之使用收益權為遺贈而並不移轉其遺贈標的之所有權者。於此情形，受遺贈人於為使用收益以後應將遺贈標的返還於遺贈人之繼承人，自為事理之所當然。惟是受遺贈人之返還遺贈標的應於何時為之？非有規定，莫資依據。故我民法於第一千二百零四條明定「以遺產之使用收益為遺贈，而遺囑未定返還期限，並不能依遺贈之性質定其期限者以受遺贈人之終身為其期限。」依此規定，遺贈標的之返還期限，應如下述。

(一)遺囑定有返還期限者從其期限，例如遺囑定明其處房屋由甲收租三年，則三年屆滿即爲房屋應行返還之期限。

(二)遺囑未定期限能依遺贈之性質定其期限者應依遺贈性質以定返還期限。例如遺囑定明某處房屋由甲收取租金，爲其入大學之學費。則甲在大學畢業時即爲房屋應行返還之期限。

(三)不能依上述二種方法定其返還期限者，以受遺贈人之終身爲其期限。例如遺囑定明以某物遺贈某甲使用，既未定有返還期限，又不能依遺贈性質定其期限，則以某甲死亡之日爲其返還之日是。此蓋推究遺囑人之意思而設之規定也。

#### 第四款 附有義務之遺贈

遺囑人得於遺囑中，作爲遺贈之附款，令受遺贈人負擔須爲一定給付之義務。例如令某甲照料關於幼童某乙之一切事務迄於其成年爲止，而分給以遺產之一部之類是。稱之爲附有義務之遺贈。此與贈與附有負擔者其性質頗相類似。乃我民法對於贈與稱爲附有負擔，而對於遺

贈則稱爲附有義務，用語兩歧，實無如此加以區別之必要也。茲就附有負擔之遺贈略述其性質。

(一)負擔非停止條件，故遺囑之效力不因負擔之尙未履行而停止其發生。

(二)負擔非解除條件，故遺贈之效力不因負擔之不履行而當然歸於消滅。

(三)負擔之內容須爲債務之設定。故單純的爲用途之指定，非茲之所謂負擔。如非以違反其指定而爲財產之使用爲遺贈之解除條件，則其指定在法律上不生任何之效果。

(四)對於受遺贈人得請求負擔之履行者原則上當爲遺囑人之繼承人。因負擔之履行而受利益者或爲遺囑人之繼承人，或爲第三人，或爲社會一般公衆，因其負擔之內容而不同。然繼承人以外之受益人當無請求履行負擔之權。惟其負擔之內容，如係令以遺贈財產之一部更分與於他人，則於此情形，認爲遺囑人於其遺囑中更爲第二之遺贈，較爲適合於其真正之意思。故此受負擔附之遺贈者無妨視爲遺贈義務人，而因負擔之履行受利益之他人則爲第二之受遺贈人，自得直接向受負擔附之遺贈者請求其負擔之履行。又關於負擔附之贈與，

我民法第四百一十二條第二項規定，『負擔以公益爲目的者，於贈與人死亡後主管官署得命受贈人履行其負擔。』此於遺贈自亦可以準用。故如受益人爲社會一般公眾時，主管官署亦有請求履行負擔之權。

受負擔附之遺贈者，有履行其負擔之義務。然其負擔不得超過遺贈之利益，殆爲遺贈性質上之所當然。故我民法第一千二百零五條特以明文規定『遺贈附有義務者，受遺贈人以其所受利益爲限，負履行之責。』此與第四百一十三條關於負擔附贈與之規定，其立法旨趣殊無二致。基於同一理由，則如受遺贈人因繼承人之爲限定承認而未得受遺贈全部之交付，或因特留分權利人扣減權之行使而遺贈被扣減者即不能謂爲當然仍須依遺囑之所定以完全履行其負擔之義務。關於此點，外國法律有以明文規定負擔附遺贈標的之價額因繼承之限定承認或特留分回復之訴而減少者，受遺贈人得按其減少之程度免除其所負擔之義務者（日本民法第一  
千一百零五條）。我民法雖無類此之規定，解釋上或可得同一之結果。然若遺囑人於遺囑中有特別之意思表示，定爲負擔不隨遺贈之減少而減少仍須完全履行者則應從其意思，所不待論。

受負擔附之遺贈者如拋棄其遺贈時，則將如何？於此情形，如仍適用一般之規定，使該遺贈財產仍屬於遺產，歸繼承人之所取得，則不惟使因負擔而受利益之人因意外之事變而完全喪失其利益，亦且不合於遺囑人特別給予以利益之本意。故在外國法律有明定此際如『受遺贈人拋棄遺贈者，得由因負擔而受利益之人自爲受遺贈人』者（日本民法第一千一百零四條第二項）。如此辦理，與繼承人之利益無所妨礙，而因負擔而受利益之人事實上亦不致因自爲受遺贈人而受過大之利益。蓋在通常情形，如遺贈之價額，遠過於其所應負擔之義務，受遺贈人決不至於拋棄故也。我民法關於負擔附遺贈之規定僅有一條，不無失之簡略，或有從學理上加以補充之必要也。

## 第五款 遺贈之承認及拋棄

### 第一項 拋棄遺贈之時期及效力

遺贈與贈與異，性質上屬於單獨行爲。故不問受遺贈人之意思如何當然發生效力。然縱屬權

利，亦不能反於本人之意思而強制其取得。故在外國法律有明定受遺贈人得拋棄遺贈者，例如德國民法，西班牙民法及日本民法是。我民法從之。實則此爲事理之所當然，縱無明文規定，亦屬無礙。

受遺贈人應於何時拋棄遺贈？我民法設有明文規定，即須於遺囑人死亡後爲之（第一千二百零六條第一項）。拋棄須在遺囑人死亡以後者，因在遺囑人死亡前遺囑之效力尚未發生，且遺囑人得隨時依遺囑之方式撤銷其全部或一部，則其運命若何尚不可知，受遺贈人此時尚未現實的取得何種之權利，自無拋棄之可言也。至拋棄遺贈應在遺囑人死亡後何時爲之？我民法未設限制，此與拋棄繼承須於知悉其得繼承之時起二個月爲之，迥不相同。蓋因拋棄繼承與否，影響於其他繼承人之利益者至爲鉅大，不得不從速予以確定。若拋棄繼承與否，則僅關係於繼承人及其他遺贈義務人之利害，確定其地位之必要不若前者之逼切，且依第一千二百零七條之規定得由繼承人等定期請求其爲承認與否之表示，亦不虞其地位久遠不得確定也。

拋棄遺贈應對於何人爲意思表示，並應以何種方法爲之？我民法別無明文規定。關於拋棄之

意思表示法律既未要求何種方式，則得任意以書面或言詞爲之，所不待言。至應對於何人爲意思表示？應按各個遺贈之實際情形定之。

(一)遺囑人有繼承人者，拋棄遺贈之意思表示，須對於繼承人爲之。

(二)遺囑人之繼承人拋棄繼承者，拋棄遺贈之意思表示，須對於親屬會議爲之。其繼承人之有無不明，卽無人承認繼承者亦同。

(三)附有義務之遺贈，除依前二款辦理外，並應對於因其義務之履行而受利益者爲之。

拋棄遺贈能否附以條件或期限？不無疑問。外國法律有明定其不得附條件或期限者（德國民法第一千一百八

十條）。我民法無之，爲期權利狀態之及早確定起見，解釋上似應採同一之見解。又遺贈之

拋棄能否撤銷？亦一問題。外國法律有明定其不得撤銷者（德國民法第二

千一百八十條）。我民法無之，解釋上應亦相同。

『遺贈之拋棄溯及遺囑人死亡時發生效力。』爲我民法第一千二百零六條第二項之所明定。

此與繼承之拋棄溯及繼承開始時發生效力，立法旨趣完全相同。蓋非認拋棄遺贈有溯及之效



力，則在拋棄以前該遺贈之權利依然爲受遺贈人之所有，關於遺贈物之孳息及遺贈所附義務仍應由受遺贈人取得或負擔。殊有背於受遺贈人拋棄之本意，而拋棄前與拋棄後亦將感受劃分計算之煩難也。

## 第二項 承認遺贈之催告

遺囑人死亡後受遺贈人對於遺贈固可自由拋棄或承認。惟我民法關於此點未設有期間之限制。苟受遺贈人日久未爲拋棄之意思表示，而其承認遺贈與否亦在單純靜默狀態之中，則繼承人或其他利害關係人之權利有久不確定之虞。故我民法於第一千二百零七條前段規定「繼承人或其他利害關係人得定相當期限，請求受遺贈人於期限內爲承認與否之表示」。蓋遺贈物在未交付以前，尙爲遺產之一部，繼承人須負管理義務。如受遺贈人確定不承認遺贈。該遺贈物即仍屬於遺產。繼承人有當然之繼承權利。故對於遺贈之利害關係，以繼承人爲最切。而在附有義務之遺贈及其他與他人有利害關係之遺贈，該他人即因受遺贈人承認遺贈與否而可確定其權利狀態，對於遺贈亦同有利害關係。故應許其有催告權，使權利狀態得以早日確

定也。此項催告與一般之催告同，應定相當期限爲之。期限是否相當？純屬事實問題。應依客觀的標準以決定之，自不待言。

受遺贈人於請求人所定期限內有明白之表示，固屬不成問題。若期限屆滿尙無表示，究應視爲承認遺贈抑視爲拋棄遺贈？不無疑問。關於此點，立法主義未盡一致。我民法則依前之主義，於第一千二百零七條後段明定『期限屆滿尙無表示者，視爲承認遺贈。』蓋以遺贈屬於受遺贈人之權利。權利之拋棄，權利人固得自由爲之，但總須有明白之意思表示。若出於推定，則應從權利人有益之方面爲之，不應從其不利益之方面爲之，故也。

### 第三項 拋棄遺贈之效果

我民法第一千二百零八條規定『遺贈無效或拋棄時，其遺贈之財產仍屬於遺產。』是爲遺贈無效及拋棄之效果。所謂遺贈無效，依我民法之所規定，約有左列七種情形，即

- (一)受遺贈人於遺囑發生效力前死亡者。(第一千二百零七條)
- (二)遺囑人以一定財產爲遺贈而其財產在繼承開始時有一部或全部不屬於遺產者，其不屬部

分。(第一千二百零二條)

(三)不備本法所定遺囑方式之遺囑所爲遺贈。

(四)違反關於特留分規定之遺贈，其違反部分。(第一千一百八十七條)

(五)無遺囑能力人所爲之遺贈。(第一千一百八十六條)

(六)依第一千一百四十五條規定之準用，受遺贈人喪失受遺贈權者。(第一千一百八十八條)

(七)其他違反強行法規或公共秩序善良風俗所爲之遺贈。

然在上述第二種情形。其財產本已不屬於遺產。自不因遺贈之無效而發生遺贈財產之歸屬問題。第六種情形，係受遺贈人受遺贈權之喪失，本與遺贈本身之無效有別，然其結果則與遺贈無效相同，自亦發生遺贈財產之歸屬問題也。

遺贈無效或拋棄時，其遺贈之財產已爲受遺贈人所不能受領，該財產究應歸屬於何人？學問非無相異之見解。有謂受遺贈人若爲數人，其中一人有無效之原因或拋棄時，其遺贈之財產應分屬於其他受遺贈人者。有謂不問受遺贈人爲一人或數人亦不問其無效或拋棄爲全部或

一部，其無效與拋棄部分之財產應概屬於遺產者。我民法採用後說。蓋屬於遺產之結果歸繼承人取得，繼承人有法定繼承權，由其取得遺產，於情於理均最爲適當故也。

## 第五節 執行

### 第一款 遺囑之提示及開視

我民法第一千二百一十二條規定「遺囑保管人知有繼承開始之事實時。應即提示於親屬會議。無保管人而由繼承人發現遺囑者亦同。」依此規定，遺囑非於遺囑人死亡後即能逕予執行，尚須經過一次之提示。蓋藉以確認遺囑之有無也。提示與認定不同。認定得就遺囑之實質予以審查，決定其是否出於遺囑人之本意而爲真僞之判斷。提示則不過使受提示者知有遺囑之存在，並了解其內容，並不因之而得就其遺囑之實質爲何等之審查。故提示僅爲執行要件而非有效要件。遺囑縱未經提示而逕予執行，程序上固不無欠缺，要不因之而即當然歸於無

效。同時，就遺囑之真偽及其他關於效力之問題有所爭執者亦不因遺囑之已經提示而受任何之拘束。提示須向何人爲之？各國法律規定不同。有須向主管官署提示者，如瑞士民法是。有須向遺產法院提示者，如德國民法是。有須向法院提示者，如法國民法及日本民法是。我民法則明定其提示於親屬會議。其立法理由與口授遺囑之認定同。又在外國法律有如爲公證遺囑即無須提示者。（日本民法第一千一百零六條第二項）我民法既未設除外之規定，自與其他方式之遺囑，一律須經提示之程序。提示固應於遺囑保管人知有繼承開始之事實後或繼承人發現遺囑後爲之。但究應於知悉或發現之日起若干日內爲之，法無明文規定，似嫌疏漏。不過既稱曰『應即將遺囑提示』。則此保管遺囑人或發見遺囑之繼承人有於可能範圍內從速爲提示之義務，亦已至爲明顯。惟對於違背此義務而怠於爲提示者未設若何制裁之規定，恐未易達到立法者所預期之結果耳。

遺囑應由保管人或繼承人提示於親屬會議，已如上述。但如爲密封遺囑，則依我民法第一千二百一十三條規定。非在親屬會議當場不得開視。其須在親屬會議當場開視者，蓋以密封遺

囑經遺囑人於封縫處簽名，該封縫處如有毀損或其他不類原封之痕跡，則會否被人啓視並有無變更遺囑內容之情弊，利害關係人即得請求追究。而此項痕跡之有無。開視以後殊難檢驗。自不能不於開視時爲公開之檢驗以免日後之爭執。此其一。密封遺囑成立要件之具備與否，大都表現於封面。故密封遺囑是否合於法定方式？開視時審查封面即可大體斷定。若許任何個人得私擅開視，倘開視時不知封面之重要任意滅失毀損，則該遺囑提示於親屬會議時即無由知其合於密封遺囑之方式與否，將來能否據以執行，勢必發生困難。此其二。然開視亦爲密封遺囑之執行要件而非有效要件。故縱未在親屬會議當場開視，亦不因之而其遺囑本身即當然歸於無效，又遺囑之開視，外國法律不以密封遺囑爲限，凡遺囑之有封緘者皆是。我民法則以爲除密封遺囑外。其他封緘之遺囑無庸設必須在親屬會議當場開視之嚴格的限制。故從簡略之程序以期實際上之利便。實則既須經提示之程序，則縱令其一律須在親屬會議當場開視，亦殊無甚大之妨礙也。至遺囑之開視是否須繼承人及其他關係人到場？各國法律規定不一。有以通知關係人爲已足無須到場者，如法國民法是。有須傳喚關係人到場者，如德

國民法及瑞士民法是。有非關係人到場不得開視者。如日本民法是。我民法關於此點，未設何等規定，解釋上似仍應通知各關係人令其得到場參與也。

## 第一款 遺囑執行人之指定

遺囑之執行云者，係於遺囑發生效力後爲實現其內容而爲各種必要事務之處理者也。遺囑之執行既須在遺囑發生效力以後，則遺囑人不能自爲執行，自不待言。使遺囑人之繼承人負執行遺囑之責，未始非一至爲單簡之方法。然遺囑之內容，無甯以與繼承人之利益相衝突者占其多數，由其執行，恐難得公平之結果。而繼承人因未成年或其他事由事實上不能膺執行遺囑之重任者，亦復所在多有。故以使繼承人以外之人執行遺囑，於事較便，有時且爲必要。

此我民法所以特設遺囑執行人之規定也。依執行之關係得將各種遺囑，分爲左之三種。

(一)無須別爲執行而得實現其內容之遺囑，例如

### 甲 監護人之指定(第一千零九十二條)

乙 應繼分之指定

丙 遺產分割方法之指定或其指定之委託（第一千一百六十五條第一項）

丁 遺產分割之禁止（第一千一百六十五條第二項）

戊 遺囑執行人之指定或其指定之委託（第一千二百零九條）是。

（二）須設遺囑執行人以爲執行之遺囑，例如非婚生子女之認領（戶籍法第六十四條）是。

（三）得由繼承人執行或另設遺囑執行人之遺囑，例如甲，遺贈（第一千一百八十七條）及乙，捐助（第六

十條第一項但書）是。

我民法第一千二百零九條第一項規定『遺囑人得以遺囑指定遺囑執行人，或委託他人指定之。』其由遺囑人自行指定遺囑執行人者，蓋以執行遺囑須合於遺囑人之真意，而何人能合遺囑人之真意，惟遺囑人知之最審故也。遺囑人既得自行指定遺囑執行人，故如適當之遺囑執行人一時不易覓得，或因其他情事而不克自爲指定，自無妨委託他人指定，以期便於實際。遺囑人之指定遺囑執行人及指定之委託均須以遺囑爲之，爲各國法律之所從同，我民法亦然。



。此種指定或指定之委託通常雖在應執行之遺囑中附帶爲之，而另以遺囑爲之，亦無不可。例如應執行之遺囑爲公證遺囑而另以自書遺囑指定遺囑執行人或委託他人指定，不能謂其指定或指定之委託爲不合法。此之所謂他人是否包括受遺贈人及繼承人在內？不無疑問。惟法律上既未別設除外之規定，則縱屬此等就遺囑之執行有直接利害關係之人亦不能謂爲無受指定或受委託之資格。蓋在此際，所應注重者遺囑人之意思耳。如遺囑人信其爲最適當之人而指定之爲遺囑執行人或委託其指定，則自應尊重其意思。萬一此等遺囑執行人徒圖謀自己或其指定人一方面之利益而置他方面及其他利害關係人之利益於不顧，則利害關係人自可依第一千二百一十八條之規定爲改選之請求，非無救濟之方。或謂依第一千二百一十五條第二項之規定，遺囑執行人視爲繼承人之代理人。則立法者之本意係以繼承人以外之人爲遺囑執行人，至爲明顯。若採以上之解釋不免有違背法意之嫌。不知第一千二百一十五條第二項之規定，係就繼承人以外之人爲遺囑執行人之場合而爲規定，若繼承人自爲遺囑執行人時自無該項規定之適用。似不容執此而遂斷定法律有禁止繼承人爲遺囑執行人之意。又受指定而爲遺

囑執行人者是否以自然人爲限？亦問題。依我民法之規定觀之，似應採積極的解釋。然在信託事業漸就發達之今日，以遺囑而爲信託之事不能謂爲絕無。則屬於法人之信託公司如不認其得爲遺囑執行人，事實上殊感不便。在外國法律有以明文許信託公司得爲關於財產之遺囑之執行者。（日本信託業法第五條）我雖無明文規定，解釋上或有採取同一的見解之必要也。指定之

委託。係遺囑人之單獨行爲，自無須受委託人之同意卽生效力。但受委託人之受委託與否仍屬自由。故在外國法律，有明定受委託人欲辭退其委託者，應卽通知繼承人者。（日本民法第一千一百零

八條第二項）我民法雖無明文規定，解釋上應亦相同。至若受委託人願接受其委託者，則依我民法

第一千二百零九條第二項規定。應卽指定遺囑執行人，並通知繼承人。其須通知繼承人者，蓋以其立於重大利害關係之地位故也。

如前所述，遺囑執行人並非執行遺囑必不可少之機關，但有時遺囑之執行如非設遺囑執行人不可，而遺囑人並未以遺囑指定或委託他人指定，或已以遺囑指定，而被指定人不欲就職或不能就職，或已以遺囑委託他人指定。而被委託人不欲指定或不能指定，或已指定而被指定

人不欲就職或不能就職，則不可無適當之人以當執行遺囑之任。故我民法第一千二百一十一條規定『遺囑未指定遺囑執行人，並未委託他人指定者，得由親屬會議選定之。不能由親屬會議選定時，由利害關係人聲請法院指定之。』所以濟事實之窮者也。由親屬會議選定者，蓋以親屬會議，為處理關於親屬事務之機關，由其選定遺囑執行人，情理上最為適當故也。至此種親屬會議應由何人召集？法律上並無明文，要以與遺囑之執行有利害關係者為限。如繼承人，受遺贈人及其他利害關係人是。由法院指定，乃指定遺囑執行人最後之一方法，須具備兩種要件。即（一）須不能由親屬會議選定（二）經利害關係人之聲請是。所謂不能由親屬會議選定，如親屬散處遠方不易召集。或召集需費甚鉅。或已召集而親屬之出席者不足法定人數。或雖已成會而因派別紛歧意見爭持，致日久不能決議之類是。至向法院聲請，應依通常聲請程序提出書面為之，所不待言。

遺囑執行人經指定或選定後，如延不就職或其就職與否延不表示。則必遲誤遺囑之執行。外國法律就此情形設有救濟規定。如日本及德國民法皆許繼承人及利害關係人酌定期間催告遺

囑執行人爲就職與否之表示。惟逾期不爲表示者德國民法視爲拒絕就職，日本民法則視爲就職之承諾。我民法別無規定，解釋上或可認爲有第一千二百一十八條所定之其他重大事由而由利害關係人請求改選以資救濟耳。

### 第二款 遺囑執行人之性質及資格

#### 第一項 遺囑執行人之性質

關於遺囑繼承人之性質如何？自來學說，頗涉紛歧。要以採代理說者占優勝之地位。不過有認爲遺囑人之代理人與認爲繼承人之代理人之不同。前之見解爲法國多數學者之所採取，蓋亦有故。依法國民法得爲遺囑執行人之指定者以遺囑人爲限，而不認親屬會議或法院有指定之權。蓋以若由繼承人執行遺囑，恐有不能公平切實以爲執行之虞，爰有特設遺囑執行人之必要，以便對於繼承人得爲正當利害之防衛。此際，遺囑人卽不啻有使遺囑執行人代替自己而爲執行之意。然人於死後法理上自不許其有代理人之存在，遺囑執行人之制乃因法律之擬

制而承認死後之代理者也。此其學說在法國民法之下，或不無相當之根據。我民法既認親屬會議有選定遺囑執行人之權，利害關係人於一定情形之下，亦得聲請法院爲遺囑執行人之指定，則不得認其爲遺囑人之代理人事實上自屬至爲明顯，而縱出於法律上之擬制，本人既已死亡，而猶承認有代其爲法律行爲之代理人，理論上亦復難通。故將遺囑執行人視爲繼承人之代理人，而於第一千二百一十五條第二項規定『遺囑執行人因前項職務所爲之行爲視爲繼承人之代理。』此種規定，理論上原亦不甚精確。蓋遺囑執行人一面須保護繼承人之利益，他面則須保護遺囑受益人之利益，與破產管財人一面須保護破產債權人之利益，他面須同時保護破產人之利益，情形正復相同，僅着眼於繼承人之一方面尙難謂爲已窺得其性質之全豹，不過遺囑之執行通常以遺產爲標的，而遺產則因繼承之開始歸屬於繼承人，故遺囑執行人所爲之行爲不啻爲繼承人爲之，以其爲繼承人之代理人，較合於實際上之需要故也。惟其代理關係究係出於法律上之擬制而非基於繼承人之授權行爲，我民法明定其視爲繼承人之代理者以此故耳。

## 第二項 遺囑執行人之資格

遺囑執行人，如後所述，有管理遺產並為執行上必要行為之職責，自非精神身體均屬健全之人不能勝任愉快。故我民法從一般立法通例，於第一千二百零一條規定『未成年人及禁治產人不得為遺囑執行人。本條既採列舉主義，則除所列舉之人外，其他一切之人均得為遺囑執行人，所不待言。外國法律有妻非得夫之同意不得為遺囑執行人者，亦有破產人不得為遺囑執行人者，在我民法之下自不得採如此之擴充的解釋。又本條係屬強行規定，故不問由於何人之指定或選定，苟其所指定或選定者為未成年人或禁治產人，即於法不能有效，即在就職以後而遺囑執行人如有宣告禁治產之事由發生，亦當然喪失其資格焉。

## 第四款 遺囑執行人之職務

### 第一 編製遺產清冊

依我民法第一千二百一十四條規定『遺囑執行人就職後，於遺囑有關之財產如有編製清冊

之必要時，應即編製遺產清冊交付繼承人。』此爲遺囑執行人就職後首要之任務。此之所謂編製遺產清冊與前述限定承認及無人承認繼承時之編製遺產清冊同。其與之異者，一則惟於有編製清冊之必要時始行編製，一不問如何情形均非編製不可，一則以與遺囑有關之財產爲限，一則須就遺產之全部爲之耳。何者爲與遺囑有關之財產？須依其遺囑之內容以爲決定。而有無編製遺產清冊之必要？應視遺產狀況及其他情形，依客觀的標準以爲決定，未可專憑遺囑執行人之主觀的認定以事取捨，所不待言。而在通常情形，遺產清冊之編製殆爲不可避免之勞費。蓋如爲關於處分財產之遺囑，非預先知悉遺產之總額，無從爲特留分之計算，從而其遺囑有無違反關於特留分規定之情事，亦自無由得知，而欲知悉遺產之總額，自有待於遺產清冊之編製也。編製遺產清冊既竣，須以之交付於繼承人。其須交付於繼承人者，蓋以遺囑人所有遺產因繼承之開始而全部移轉於繼承人，繼承人實爲遺產主體，自有審查遺產清冊之權利。且遺囑內容之與遺產有關者不外在有遺贈及遺產之分割處分等事，皆與繼承人有直接之利害關係。故應以遺產清冊交付之。遺囑執行人編製遺產

清冊之時，外國法律有明定繼承人如請求在場須允其在場者。我民法雖無明文，為保障遺產清冊之正確起見，自以允許其在場為宜。

## 第二 管理遺產及為其他執行上之行爲

遺囑執行人之職務，在依遺囑本旨執行遺囑人之最終意思。故在外國法律關於遺囑執行人之權利義務規定頗詳。如法國民法，德國民法等是。我民法則僅於第一千二百五十一條第一項設概括的規定曰：『遺囑执行人有管理遺產並為執行上必要行為之職務。』適用上有時頗感其疏漏。管理遺產，以遺囑關於遺產者為限。如非關於遺產。自無管理之可言。遺囑执行人既有管理遺產之權，則遺產之在繼承人占有中者遺囑执行人當然有請求移轉占有之權利。此遺囑执行人之占有取得對於第三人亦有同一之效力。所謂執行上必要行為，乃遺囑执行人最主重之職務，何為必要行為？須視遺囑之內容定之。例如遺囑命以某物遺贈某甲，則將某物實行交付某甲即其必要行為也。又如遺囑定明遺產之分割由遺囑执行人為其分配方法，則實行確定其方法並分配之，即其必要行為也，又如遺囑定明由遺囑执行人



處分某項遺產，以其賣得金清償債務，則關於某項遺產之處分及債務之清償即其必要行爲也。遺囑執行人有爲執行上一切必要行爲之權利與義務。故苟因執行遺囑上之必要，得以遺囑執行人之名義，獨立提起訴訟而自爲訴訟之主體。即對於繼承人自身而爲訴訟之提起，亦爲其所應有之權限。要在依遺囑之本旨，於其所定之範圍內實現遺囑人之意思耳。

### 第三 繼承人權利之限制

依我民法第一千二百一十六條之規定『繼承人於遺囑執行人執行職務中不得處分與遺囑有關之遺產，並不得妨礙其職務之執行。』蓋以與遺囑有關之遺產，乃遺囑執行人須對之爲執行者，若許繼承人將其任意處分，則執行之標的將喪失其存在，何由貫徹執行遺囑之目的？故法律課繼承人以不得處分之義務。違反此義務而爲處分者其處分爲無效。例如遺囑以某物遺贈某甲，繼承人即不得將某物出賣或設定質權，若竟爲此等處分則其處分爲無效是。然僅禁止繼承人之爲處分，有時尙不易達到執行遺囑之目的。蓋若繼承人以其他種種方法妨礙遺囑執行人職務之執行，則遺囑執行人勢將無法進行其職務而陷於停頓之僵局。

故非併予禁止不爲功。例如遺囑定明須將某處房產出售清償債務，而繼承人占住該房屋不肯遷出，或將該房屋之一切管業憑證隱匿，不肯交出，致買受人不敢貿然承受，皆足妨礙遺囑執行人職務之執行，均在法律禁止之列。倘繼承人而有此等妨礙執行之行爲者，遺囑執行人得以訴排除之。

#### 第四 數執行人執行職務之方法

遺囑執行人初不限於一人，以數人爲之，自無不可。關於此點，外國法律有設明文規定者。我民法無之，解釋上自應相同。惟遺囑執行人有數人時其執行職務之方法如何？各國法律規定殊不一致。有原則須共同爲之，例外得單獨行之者，如法國民法，德國民法，西班牙民法及瑞士民法是。有單獨爲之者，如英國法律是。有依過半數決之者，如日本民法是。此三種立法例，原各有其短長，比較上以第三種爲妥善。我民法從之，於第一千二百一十七條規定『遺囑執行人有數人時，其執行職務以過半數決之。但遺囑另有意思表示者從其意思。』從可知本條規定係爲補充遺囑人之意思而設，遺囑人之意思表示有優先於法律

所定執行方法而適用之效力。故如遺囑定明此多數執行人執行職務，須依全體一致之意思決之，或表示只須從比較多數之意思決定，抑或指定多數執行人以其中一人爲主，餘悉爲輔，一切須取決於此爲主之一人，又或指定多數執行人各別執行遺囑之一部以爲分組之執行，均無不可，遺囑執行人皆有遵從之義務。蓋遺囑執行之根本觀念卽爲使遺囑人之意思得充分實行於死後。故苟不違反強行法規之規定，一切均以尊重其意思爲宜也。

### 第五款 遺囑執行人之解職

如前所述，遺囑執行人之職責無爲重大，其執行之是否公平適當，固影響於各利害關係人之利益，而延擱滯滯尤足減損遺囑之效用，妨礙社會經濟之流動。設一朝既已指定或選定卽不問有何種情事，均不得將其撤換或更改，殊非所以保護各利害關係人之道。故我民法於第一千二百一十八條規定遺囑執行人之解職曰『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。其由法院指定者得聲請法院另行指定。』所謂怠於

執行職務者即不依第一千二百一十四條及第一千二百一十五條第一項之所定，以積極的履行其職務也。例如應編製遺產清冊而延不編製，對遺產應爲之保存行爲而任意廢弛，或就應爲交付之遺贈而延不交付之類是。所謂其他重大事由可大別爲兩種。一爲出於遺囑執行人之故意或過失者，例如並無正當理由而延不就職，謀爲不利於繼承人或受遺贈人等或意圖侵蝕遺產之類是。一爲非出於遺囑執行人之故意或過失者，例如患病久不痊愈，或因事務繁多不能兼顧，或因遠在他方勢難蒞歸之類是。解職應由利害關係人請求，遺囑執行人爲遺囑人或第三人所指定及親屬會議所選定者，由親屬會議爲之，由法院所指定者則由法院爲之。所謂利害關係人，如繼承人，受遺贈人及其他因遺囑受利益之人是。遺囑執行人固得將其解職，但能否自行辭職？則法無明文規定。關於此點，外國法律有明定如有正當事由得爲辭職者，如德國民法及日本民法是。有除有正當事由外尚須經法院之審查者，如西班牙民法及葡萄牙民法是。我民法雖無明文規定，解釋上當與德日民法同。

我民法關於遺囑執行人之規定似嫌過於簡略，而就其與繼承人之關係爲尤然。雖依第一千二

百一十五條第二項之規定，遺囑執行人於其職務上所爲之行爲視爲繼承人之代理，圖可準用關於代理之規定以規律二者間之關係。然關於代理之規定，所着重者不外代理關係及基於該關係所爲行爲之本身。至因代理人爲本人處理事務而生之各種問題，如代理人之法定注意責任，有無請求報酬之權？有無報告事務進行狀況之義務？其費用償還請求權之範圍如何？代理人無過失而因事務之處理受有損害時，有無請求賠償之權？諸如此類，悉讓諸其他相當處所，如債編中之委任等節，爲之規定。我民法關於此等各點，既未於遺囑之執行一節中酌置相當之規定，使遺囑執行人與繼承人間之法律關係悉臻於明確，須不設準用之條文。在實際之適用上，發生欠缺不周之感，恐即在所不免。此蓋有得於學理及判例之一一爲之補充者也。

## 第六節 撤銷

### 第一款 概說

遺囑人得撤銷遺囑之全部或一部（第一千二百一十九條）。此之所謂撤銷，與民法總則編所定撤銷，即使業已發生之效力歸於消滅之撤銷，其意義迥不相同。蓋遺囑非於其成立時即行發生效力，須至遺囑人死亡時其效力方始發生。然遺囑亦為一種意思表示，理論上未始不可適用民法總則編所定關於撤銷之一般的規定。外國法律有規定受負擔附遺贈之人不於繼承人催告履行之期間內履行其負擔者，繼承人得對於法院為撤銷遺囑之請求。如日本民法第一千一百二十九條是。此即於遺囑人死亡後即遺囑業已發生效力後面為撤銷之一例也。茲之所謂撤銷，與此全異其性質，所不待言。

(一)遺囑之撤銷，係於遺囑尚未發生效力前，因遺囑人之行為而引起之現象，其法律上之效果在使該遺囑不因遺囑人之死亡而有效力之發生。故與其稱為撤銷，不如稱為撤回之更為適當。以其作用僅使尚未發生效力之行為對於將來不發生效力已耳。德國民法稱之為遺囑之廢止 *Aufhebung* 或撤回 *Widerruf* 而不用撤銷 *Anfechtung* 字樣，以資區別，可供參考

(一)一般法律行爲之撤銷，須其意思表示本有若何之欠缺或瑕疵，換言之，即須有得爲撤銷之原因之存在。而遺囑之撤銷則縱其遺囑完全有效成立，並無任何之欠缺或瑕疵，亦得爲之。故不發生所謂撤銷原因之問題。條文中所謂得隨時撤銷云者，不惟表示關於撤銷之時期無任何之限制，而無須表明撤銷原因之意，蓋亦包含在內也。

(二)一般法律行爲之撤銷，須就其意思表示之全部爲之，一部之撤銷，殆爲性質上之所不許。而遺囑之撤銷，則得就其全部或一部爲之。此因遺囑之撤銷實即遺囑之撤回，自得就其一部爲之，故也。有種立法例認遺囑一部之撤銷卽爲其全部之撤銷者，我民法爲祛除誤會起見，故特以明文規定，得撤銷其一部。

要之，我民法畀遺囑人以隨時撤回或變更其所爲遺囑之自由，實卽所以發揮遺囑制度之效用。法律承認遺囑之效力，不外尊重死者之遺志，亦卽導源於『人之將死，其言也善』之思想，自須以其後之意思表示爲準，故許遺囑人得以一己之意思隨時撤回或變更其遺囑使所謂遺囑爲『出於最終意思之處分』*Letztwillige Verfügung*者得以名實相符。且遺囑成立之時與其

發生效力之時不無中間多歷年所，相距甚久者，在此長遠之時期內，各種情事之變更自有時在所不免，如使遺囑人即爲其最初所爲之意思表示所拘束，絕無重加考慮之餘地，未免過於苛酷，將使人皆存有戒心，不敢利用此遺囑制度矣。而因遺囑受利益之第三人現實的原未取得任何之權利，故縱令遺囑人得以隨時撤銷，亦不發生侵害其既得權利之問題。故遺囑之撤銷可能性實爲其本質上所不可或缺之要素，外國法律有以明文規定遺囑人不得拋棄其撤銷權者，如日本民法第一千一百二十八條是。學理上關於此點亦無復異說，我民法雖未有明文，解釋上自應相同。故縱在遺囑中別有不得撤銷之意思表示，或遺囑人與受遺贈人或其他因遺囑而受利益之人有不撤銷其遺囑之約定，遺囑人仍不受其拘束得以自由撤銷之，不待多言。

## 第一款 遺囑撤銷之方法

遺囑人有撤銷遺囑之自由，如上所述。然遺囑原爲要式行爲，則其撤銷自不可不依一定之方法爲之。依我民法之所定，有如左述。



(一)遺囑人得依遺囑之方式或撤銷其遺囑，爲我民法第一千二百一十九條之所明定。即以第二之遺囑明白表示撤銷第一之遺囑也。第二之遺囑無須與第一之遺囑以同一之方式爲之。例如得以自書遺囑撤銷以前所爲之公證遺囑是。

(二)後之遺囑雖未明白表示撤銷前之遺囑，然在內容上，『前後遺囑有相牴觸者，其牴觸部分，前遺囑視爲撤銷』(第一千二百二十條)於此情形，遺囑人或本有撤銷前遺囑之意思，但亦不盡如此。例如遺囑人不復記憶前已立有遺囑，或對於前遺囑之內容記憶不清而爲後之遺囑是不問其再爲遺囑之動機如何，要之，後之遺囑其效力優先於前遺囑，就其兩相牴觸之部分，前遺囑視爲撤銷。此因遺囑性質上，應爲出於最終意思之處分，自應以其成立最後者爲準故也。前後兩遺囑有無牴觸？固應依兩遺囑內容之解釋以爲決定，然其牴觸之程度不必達於此兩者內容之同時實現屬於絕對的不可能。例如前遺囑就其財產之全部或一部指定某甲爲繼承人，而後之遺囑對其非婚生子某乙爲認領，則因非婚生子女認領之效力溯及於出生時，即不能謂爲自己無直系血親卑親屬而合於法律所定得以遺囑指定繼承人之要件。

故前遺囑應即視為撤銷，自屬至為明顯。如前遺囑就其財產之全部指定某甲為繼承人，後之遺囑復就其財產之全部指定某乙為繼承人，則使兩遺囑之內容同時實現而以甲乙二人同為繼承人，亦屬可能。然如此辦理，恐在通常情形，不合於遺囑人之本意。故如對照兩遺囑之文句得作如此之解釋，自當別論，一般的解釋上此際仍應認為前遺囑已因後之遺囑而撤銷，僅乙一人得以指定繼承人之資格而承受其遺產也。

(三)「遺囑人於為遺囑後所為之行為，與遺囑有相牴觸者，其牴觸部分，遺囑視為撤銷」。此為我民法第一千二百二十一條之所明定，亦與上述第二種情形相同，為法定之撤銷，而非默示之撤銷。故遺囑人縱因不復記憶曾為遺囑之事而為與相牴觸之生前行為固不待論，即遺囑人於為該牴觸行為時明白表示其無撤銷遺囑之意，亦無礙於其法定效果之發生。此種撤銷，大都於以特定物遺贈於人而復於生前將該物贈與或轉讓於第三人時，易於發生。然其牴觸行為不必以屬於財產之處分者為限。例如以遺囑就其財產之全部或一部指定繼承人，而其後復有收養他人之子女為其子女之行為，則指定繼承人之遺囑，應即視為撤銷是。

惟其牴觸行爲須爲遺囑人本人所自爲，故如遺囑人之法定代理人爲與該遺囑相牴觸之行爲或遺贈標之物之土地被公用徵收時，固因此而其遺囑之內容有不克實現之虞；而究不能視爲遺囑之撤銷，所不待言。

(四)依我民法第一千二百二十二條之規定，『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』。蓋遺囑人如有維持其遺囑之意，莫於其死亡之後發生效力，則正保存愛護之無暇，豈有自行破毀塗銷或記明廢棄意思之理？故遺囑人有此等行爲時，其遺囑應視爲撤銷，實符合於遺囑人最終之意思。此之所謂遺囑，指記有遺囑之書面而言，與前數條所稱之遺囑，用語雖同，而意義有別，所應注意者也。遺囑因遺囑人之過失或由於第三人之行爲或因不可抗力而破毀者，如其破毀之程度達於不能辨認其內容之全部或一部時，就該部分其效力無從發生，故在事實上其結果殆與遺囑人出於故意之破毀無異。然在遺囑被撕成數片時，如出於遺囑人之故意，則其遺囑已被撤銷，自不能發生效力。否則如尙能辨認其內容卽不因其有被撕成數片之事實而影響於其遺囑之效力。又遺囑人

故意破毀或塗銷其遺囑者其遺囑視爲撤銷，亦因其所破毀或塗銷者爲全部抑或一部而不同。我民法雖未設明文，實爲當然之解釋。故破毀遺囑中之某款或塗銷遺囑中之某事項者，僅某款或某事項視爲撤銷，其他之款項仍得保有其效力。但如破毀或塗銷之部分與其他部分有不可分之關係時，則不能免於全部之撤銷耳。至遺囑人故意毀滅遺贈之標的物時應否視爲遺囑之撤銷？不無疑問。外國法律有明定其視爲撤銷者，如日本民法第一千一百二十六條後段是。我民法無類此之規定，蓋以於此情形有第一千二百零二條之規定足資解決，無庸另設規定也。

### 第三款 遺囑撤銷之效力

遺囑撤銷後，其撤銷之部分卽等於自始無此遺囑。故遺囑全部撤銷者全部不發生效力，一部撤銷者一部不發生效力，所不待言。惟遺囑人將其撤銷遺囑之行爲須予以撤銷時，原遺囑是否當然回復其效力？不無疑問。關於此點，自來學說及立法例，分爲兩種主義。卽

(一)回復效力主義 此主義謂遺囑既經撤銷，遺囑人如非反悔其撤銷行爲爲失當，即不致無故將撤銷行爲更行撤銷。其意思本欲使原遺囑復活，此時自應尊重遺囑之意思，回復原遺囑之效力。否則後之撤銷行爲爲無意義。此主義亦稱復活主義，爲德國民法所採用，以第二遺囑撤銷第一遺囑，而遺囑人故意破壞塗銷或廢棄第二遺囑書，或單純的撤銷第二遺囑，此際遺囑人有使第一遺囑復活之意思，殆屬至爲明顯之事實。於此情形，似以此說爲優。

(二)非回復效力主義 此主義謂撤銷遺囑之行爲與撤銷撤銷行爲之行爲，其間雖有相互關係。而後之撤銷行爲究不能影響於原遺囑。何能因此推定遺囑人有回復原遺囑之意思而使其復活耶？例如遺囑人原以特定物遺贈甲，其後撤銷遺贈甲之遺囑以該特定物遺贈乙，嗣復將遺贈乙之遺囑撤銷，此時豈能推定遺囑人之意思，謂既不遺贈於乙，即當然仍遺贈於甲耶？蓋遺囑人撤銷遺贈乙之遺囑時，以該特定物遺贈丙，或遺留於其繼承人而爲應繼財產，均無不可。尤難謂後之撤銷爲無意義。此主義亦稱非復活主義，爲日本民法所採用。惟

須經撤銷之原因，由於前之撤銷行為係被詐欺或脅迫者，則前之撤銷行為非出於遺囑人之本意，此時復經撤銷，其原遺囑自應回復效力。是為非復效主義之例外云。在遺囑因遺囑人於其後所為與其牴觸之法律行為而視為撤銷，而此牴觸之法律行為復經撤銷之場合，似以此主義為較合於遺囑人之意思，而在實際之適用上亦頗感便利。例如以特定物遺贈甲後將其物贈與於乙，此時之撤銷行為蓋含有兩種作用，一為消極的，即撤銷對於甲之遺贈，一為積極的，即對於乙為贈與。此項贈與復被撤銷時，原撤銷行為之積極的作用固不發生，而其消極的作用，則無當然消滅之理由。又如於以遺囑指定繼承人後收養他人子女為其子女則其指定繼承人之遺囑視為撤銷。雖其後收養之行為復被撤銷，殊難據以推定遺囑人有使指定繼承人之遺囑回復其效力之意思也。

如上所述，此兩主義各有其得失，而遺囑撤銷之情形至為複雜，有非一種主義所能概括無餘者。我民法就此問題不設任何規定，悉以委諸學者之解釋，或由法院斟酌遺囑人之意思並依據條理以從事於具體的事件之解決，不失為一妥當之辦法也。

## 第七節 特留分

### 第一款 概說

特留分者，財產繼承人不爲被繼承人之無償處分所拘束而得就遺產爲自己保留之財產上利益之價額也。夫承認個人有處分其私有財產之自由，係基於近代個人自由主義之要求，抑亦爲經濟生活充實上之所必需者也。故如英美之立法例，以不僅財產之生前處分不應受何限制，卽以遺囑而爲財產之處分亦應完全委諸個人之自由，本此原則而採取所謂遺囑自由主義，未始無相當之理由。然而從法律發達之趨勢觀察之，不難證實私有財產之自由處分並非絕對之真理，基於社會共同生活上之必要而對於此項自由加以相當之限制，不惟不背於事理，亦且切合於實際上之需要。今有人焉，自己雖有最切近之親屬，而將其財產之全部捐贈於某種公共事業，其特志篤行固甚堪欽敬，而另一方面，對於其最切近之親屬，究不無背拂人情全無

恩誼之嫌。且設因此而使其孤兒弱女嗣後全失其生活之資源，妨礙其身體精神之發達，則不惟爲其一家之不幸，且對於社會全般亦將波及不良之影響。而況置自己之配偶與子女於度外，將其遺產之全部或大部分遺贈或贈與於第三人，其不爲一般社會之所贊許，尤屬至爲明顯。故時至今日，而猶株守『強制分配主義』或『強制保存主義』，容或爲時勢之所不許，而對於自由主義，酌量予以限制，用資調節，則爲適當而且必要之舉。此即特留分制度存在之理由，並世諸國，除英美外，殆無不於相當之範圍內予以採取者也。或稱之爲『應留部分』(Pflichtteil)，或從『得以自由處分部分』(Antheilé Disponible) 之一方面予以規定，其旨趣固大體從同者也。我民法之採用『特留分』(Reserve) 制度，在『強制分割主義』支配甚久之社會中，欲以立法手段逐漸推行自由處分遺產之方法，尤爲絕對必要之舉。而況家制之存在既爲法律之所明認，則完全立腳於個人主義之『遺囑自由主義』自不容遽行採用。不過我民法關於特留分之規定，僅寥寥置有數條，對於被繼承人所爲之生前無償處分未設任何限制，此固亦有其相當之立法理由，究嫌不能完全達到採用斯制之目的。關於此點，後當更行說及。茲先就特留分之



概念分析說明如左。

(一)特留分乃指一定之財產價額言之，非必具體的爲特定之財產也。故如依照從來之慣習，被繼承人就家譜墳墓祭具等所有權利，限於宗祧繼承人始得繼承，而祭業祠產之分受利益權，亦惟宗祧繼承人始得享有，純係就特定財產而爲保留，與此所謂特留分者全異其意義。特留分之設，其目的既不在爲繼承人保留遺產中某種特定之財產。故受扣減之請求者不必一定爲原物之返還，以償還其價額爲已足。此在外國法律有設明文規定者，我雖無之，解釋上亦應相同。

(二)特留分非必屬於遺產價額中之一部。須依第一千一百七十三條之所定，將繼承開始時已不屬於被繼承人所有之財產價額，加入於遺產價額中，爲算定特留分之基礎。故特留分之價額轉較遺產之價額爲大，亦非不可能之事。例如被繼承人有子女各一人，而於其女結婚時已爲一萬五千元之贈與，今其遺產價額僅爲四千元。則其子之特留分應爲四千七百五十元，較之遺產價額爲大。

(三)特留分制度以限制遺贈爲主，所不待言。蓋人於生前處分其私有財產原屬自由，非繼承法規所得而干涉。但若對於被繼承人知其死期將近而爲之贈與，或以避免特留分規定之適用爲其主要目的之贈與而亦絲毫不加限制，則殊不足以貫徹限制遺贈之目的，有使特留分規定等於虛設之虞。我民法關於此點，似欠縝密之考慮，將來或有待於判例根據條理爲之補充也。

(四)如上所述，特留分制度係以限制遺贈爲主。然其限制僅爲相對的而非絕對的。故縱超過其限制而被繼承人所爲之遺贈不因而全部失效，固不待言。卽其超過部分亦不發生絕對無效之問題，不過因遺贈之超過此項限制致自己不克得其應得之數之繼承人得按其不足之數請求扣減。換言之，卽不外於此情形仍得保留與其特留分相當之遺產已耳。此項權利可稱之爲特留分權，有此項權利者卽『應得特留分之人』亦可稱之爲特留分權利人。至此項權利之行使與否純屬於權利人之自由。繼承人爲尊重被繼承人之遺志而使其超過法定限制之遺贈得如其所預期完全實現其效力，或攷慮一己或一家之利益而主張特留分卽其最小限度之

繼承利益，均無不可，自不待言。

(五)特留分權僅得對於繼承開始前之贈與或遺贈，於繼承開始後主張之。故一朝既已歸屬於繼承人之財產而由繼承人將其轉讓者，縱其轉讓係為完成被繼承人生前懷抱之願望，亦絕無發生侵害特留分權問題之餘地。又被繼承人生前所為之贈與，縱其侵害繼承人之特留權至為明顯，繼承人亦不得為何等之主張。例如被繼承人有子女各一人，於僅有財產二萬元時以一萬八千元贈與其子為營業之資金，在繼承開始以前，其女在法律上並無任何請求保全其繼承權利之方法是。

(六)理論上無將任何法定繼承人悉認為應得特留分人之必要。而為矯正親屬互相倚賴缺乏獨立精神之舊習，對於在日未繼續受被繼承人扶養之兄弟姊妹似尤無必須畀予以特留分權之理由。我民法對於一切之法定繼承人悉畀予以此項權利者，蓋以家族主義未容驟廢，對於維持家族主義之制度不得不酌予保存，而對於情誼較疏之親屬，定其特留分為其應繼分三分之一，亦與被繼承人處分財產之自由，尚無甚大妨礙耳。

## 第二款 特留分之比例

關於特留分計算之標準，各國立法主義可大別爲二。(一)全體特留主義，依此主義，其特留之部分係爲列舉之繼承人全體保留，而其計算標準係就遺產若干分之幾而爲規定。採此主義者爲法國及日本。例如法國民法規定被繼承人有嫡子一人時，其得就遺產自由處分之部分爲其二分之一，有嫡子二人時爲遺產三分之一，有嫡子三人以上時，不問其人數如何，爲遺產四分之一。又被繼承人無嫡出子而有一人或數人之私生子或父母系之一系或兩系之直系尊親屬時，如私生子爲一人，則被繼承人得就遺產自由處分之部分爲其二分之一，如私生子爲二人爲遺產三分之一，如私生子爲三人以上，不問其人數如何，爲遺產四分之一，依此規定而遺留之部分，除直系尊親屬得遺產八分之一外其餘均歸私生子是。又如日本民法規定直系卑親屬之特留分爲遺產二分之一，配偶及直系尊親屬之特留分爲遺產三分之一是。(二)各別特留主義，依此主義，其特留之部分係爲列舉之繼承人各別保留，而其計算標準係就各繼承人

應繼分若干分之幾而爲規定。採此主義者爲德國及瑞士。例如德國民法規定不問親等之遠近，被繼承人之直系卑親屬，父母及配偶其特留分爲應繼分二分之一。又如瑞士民法規定直系卑親屬之特留分各爲其應繼分四分之三，父母，各爲其應繼分二分之一，兄弟姊妹各爲其應繼分四分之一，配偶與其他法定繼承人同爲繼承人時爲其應繼分之全部，僅自己爲繼承人時爲其應繼分二分之一。上述兩種主義其結果顯有區別。例如享有特留分之繼承人中有一人喪失繼承權時，依第一種主義，其特留分即歸其他享有特留分之繼承人。若依第二種主義，則其特留分即算入自由處分之部分，與其他享有特留分之繼承人並無關涉是也。此兩種主義當以第二種主義更爲合理。蓋特留分之設係注重於被繼承人與繼承人之人的關係，享有特留分之繼承人中之一人，既喪失其繼承之權利，以其原應享有之特留分歸入被繼承人之自由處分部分於理爲優，而如此辦理，與其他享有特留分之繼承人之利益亦無任何妨礙故也。前法制局之繼承法草案則兼採此兩種主義之長而爲折衷主義。即被繼承人有直系卑親屬及配偶，或僅有直系卑親屬者，應以其財產二分之一作爲特留分給與之，僅有配偶則特留分爲其財

產三分之一，被繼承人無直系卑親屬而有父母者，則特留分爲其財產六分之一，凡享有特留分之繼承人其每人所得繼承之財產達於萬元時，被繼承人得不受上述之限制，處分其財產是。此蓋鑑於遺產制度之弊害，而思有以矯正之。若依從一般之立法例，不問被繼承人財產之多寡均須按照一定之法定比率將其財產遺諸子孫，則父爲巨富其子若女即可席厚履豐坐享其成，長驕佚之漸，生依賴之心，不惟社會經濟之發展大受阻礙，而此等執袴子弟因不知創業之艱難耽於聲色狗馬之好，終至戕其生命毀其家室者常有所聞，於彼等自身亦未見其有甚大之利益也。故僅令被繼承人爲其遺族保留必要之生活費用，其餘財產許其以遺囑自由處分，未始非補偏救弊之一方。惜未爲立法者之所採用也。我現行民法關於特留分係採各別特留主義，規定於第一千二百二十三條。其特留分之比例或爲應繼分二分之一或爲應繼分三分之一。所以設此區別者蓋以不惟相互間之情誼親疏有差，而繼承財產必要之程度亦復不同，故也。茲就該條規定，分別說明如左。

一 直系血親卑親屬，父母及配偶之特留分爲其應繼分二分之一。

欲知特留分之價額爲若干，首須明瞭各繼承人應繼分之計算方法。應繼分者就遺產全部分配所應得之成數也。而應繼分之各個不同，則基於（一）同一順序之繼承人人數多寡（二）及與配偶同爲繼承人者係居何等順序而生。故直系血親卑親屬爲一人時，其應繼分卽爲遺產全部，爲二人時卽爲遺產之半數，再與配偶同爲繼承卽爲遺產三分之一，其餘可以類推。又父母爲繼承人時其應繼分各爲遺產之半數，僅父或母一人生存則爲遺產全部，但若與配偶同爲繼承，則因配偶須得遺產之半數，父母雖並存亦只能共得遺產之半數，再加父與母按二人人數平均，其應繼分卽僅各爲遺產四分之一。而特留分二分之一卽各隨其應繼分而定。例如遺產爲六萬元，有配偶及子女各一人，則每人之應繼分既各爲二萬元卽其特留分各爲一萬元是。又依上例，如無直系血親卑親屬而有父母及配偶時，則父母之應繼分既各爲一萬五千元，配偶之應繼分爲三萬元，卽父母之特留分各爲七千五百元，配偶之特留分爲一萬五千元是。又設在上例而被繼承人之女於繼承開始前死亡，遺有子女共四人者，則此四人之代位繼承人，其應繼分既各爲五千元，卽其特留分各爲二千五百元是。其餘可以

類推。

二 兄弟姊妹及祖父母之特留分爲其應繼分三分之一。

例如遺產爲六萬元，無直系血親卑親屬及配偶，僅有兄弟姊妹各一人，則其應繼分既各爲一萬五千元，卽其特留分各爲五千元是。又設在上例而被繼承人之配偶尙生存者則配偶之應繼分，應爲三萬元，而此四人之應繼分，合共爲三萬元，再按四人人數平均，各爲七千五百元，卽其特留分各爲二千五百元是。又依上例，如並無兄弟姊妹僅有祖父母與外祖父母，則其應繼分既各爲一萬五千元，卽其特留分各爲五千元是。

### 第二款 特留分之計算

依我民法第一千二百二十四條規定「特留分，由依第一千一百七十三條算定之應繼財產中除去債務額算定之。」卽不外將被繼承人在繼承開始時所有積極財產之價額，加入第一千一百七十三條所定之贈與價額，從其所得之和。除去被繼承人所負債務之總額，以其差額爲算定



各個繼承人特留分之基礎。爲遺贈內容之財產價額當然包含於被繼承人在繼承開始時所有財產之價額內，故無須另行算入。而因遺贈，繼承人所應承受之債務額不包括於第一千二百二十四條所稱之債務額內。此吾人所應特加注意者也。蓋設採反對之見解而認第一千二百二十四條所稱之債務額包含遺贈在內，則設被繼承人有積極財產十萬元，於其生前負有債務五萬元，復以五萬元遺贈於人，於此情形，依第一千二百二十四條計算之結果，將毫無財產之剩餘，其法定繼承人自無從爲特留分權利之主張。此際受遺贈人得安然享受遺贈之利益，而繼承人轉毫無所得，詎得謂爲公平？倘使被繼承人不爲此五萬元之遺贈，則尚有五萬元之積極財產可爲繼承之標的，各繼承人自得依法律之所定，按其應繼分主張二分之一或三分之一之特留分。特留分規定之設，原所以限制被繼承人遺贈之自由，今因將遺贈算入債務額之結果，而使繼承人事實上有時不得主張特留分之權利，豈非與法律特設特留分規定之精神，大相背謬耶？故不應將其算入，無庸置疑。

依第一千二百二十四條爲財產額或債務額之計算時，如遇有附有條件之權利或存續期間不確

定之權利，則將如何以決定其價額乎？此為實際上極易發生之問題，例如被繼承人曾與甲約，謂設與乙結婚則贈與以一千元之現款，則甲乙之結婚有無實現之可能性，及其程度如何，與該項債務之價額有關。又設對於丙訂有於其生存期內月給生活費十五元之契約，則丙於今後尚能生活若干年載，依其推測之如何而其債務之價額於以決定。關於此等債務價額之如何決定，繼承人與受遺贈人立於利害相反之地位。自非有一公平之評價方法不足以杜絕雙方之爭執。外國法律有定為於此情形應由法院選定鑑定人為之評定其價額者。我民法雖無明文規定，解釋上，如別無相當之解決方法，自無妨採用同一之程序。

關於應繼財產額之計算，外國法律有將被繼承人於繼承開始前一定期間內所為贈與之價額一併算入者，如德國，瑞士及日本等是。前法制局繼承法草案從之。規定在繼承開始前一年內所為之贈與須算入其價額，如贈與人及受贈人均係惡意，則雖係一年前之贈與亦應將其價額算入，但自贈與時起尚未滿三年者為限。此其用意，蓋恐被繼承人意圖減少繼承開始時現存財產之價額藉以縮少繼承人之特留分而為財產之生前贈與，故設此以預防之也。然設使遠

在繼承開始以前之贈與亦算入其價額，則不惟在保護特留分權利人之利益上無如此之必要，而在繼承開始數年前所爲之贈與亦有受扣減之虞，將使受贈人之利益完全失其正當之保障，與民法保護財產移轉安全進行之經濟的使命亦復大相背謬。故以在繼承開始前一年內所爲之贈與及雖在一年以前而當事人雙方皆係惡意之贈與爲限，算入其價額。其所謂惡意者蓋指對於特留分權利之侵害有相當之認識而言，非必以侵害繼承人之權利爲其目的。而是否惡意，其證明頗屬不易，故對於在繼承開始前一年內所爲者，無須爲惡意之證明。在此期間內所爲之贈與，其毫無侵害特留分權利之認識者固亦有之，然設無此項贈與，則其財產當仍存在於遺產之中，故不問贈與人與受贈人意思之若何，將其價額算入於遺產價額之中，尙無不可。該草案關於此點之規定似尙屬適當。我現行民法則於應繼財產中算入其價額者以對於繼承人因其結婚分居或營業而爲之贈與爲限，不及於對第三人所爲之贈與。此於保護受贈人之利益固十分周到，而設使被繼承人置繼承人應有之特留分權利於不顧，以生前處分之贈與將其所有財產移轉他人，則繼承人在法律上無任何請求救濟之方，特留分之規定勢將完全喪失其效

力，此則有待於將來之補救者也。至對於繼承人之贈與，其價額之算入，以被繼承人於贈與時無反對之意思表示者爲限。如有反對之意思表示則不得算入其價額，蓋所以尊重被繼承人之意思也。而其贈與價額應依贈與時之價值以爲計算，前已述及，茲不復贅。

應除去之債務額，除因遺贈而發生之債務外，凡爲被繼承人所負擔而應歸繼承人承受者均屬之。不問其爲對於普通債權人之債務抑爲對於有優先權之債權人之債務，亦不問其爲對於第三人之債務抑爲對於繼承人之債務也。又不以私法上之債務爲限，如應完納而尙未完納之租稅等，即公法上之債務，亦應包含在內。

債務額等於依第一千一百七十三條算定之應繼財產總額，或較多於應繼財產總額時，依第一千二百二十四條之計算方法，繼承人即無應得特留分之可言。蓋於此情形，繼承人不能因繼承而取得財產上之利益，爲事理之所當然，設欲免受財產上之損失，則可爲限定之承認或逕拋棄其繼承，亦不致因無特留分權利而特受財產上之不利也。

#### 第四款 遺贈之扣減

因採用特留分制度之結果，被繼承人之財產得分爲『得以自由處分部分』*Actifite disponible*與特留分 *Reserve* 之二種。設被繼承人超過於其『得以自由處分部分』之價額而爲遺贈，則應得特留分之繼承人所承受之遺產價額即不得不較特留分之價額爲低。是即對於特留分之侵害。此際自應發揮特留分制度之效能，許繼承人保留或回復其財產繼承上之利益以達於特留分之價額爲度。是爲特留分之保全。特留分之保全，實即特留分權利之內容。然權利之行使屬於權利人之自由，如繼承人不欲保全其特留分，即無強其保全之必要。故侵害特留分之遺贈非即絕對無效，僅得由享有特留分之人於保全其特留分所必要之限度內扣減之耳。我民法第一千二百二十五條規定『應得特留分之人，如因被繼承人所爲之遺贈致其應得之數不足者，得按其不足之數由遺贈財產扣減之。受遺贈人有數人時應按其所得遺贈價額比例扣減。』蓋即明示保全特留分之方法者也。依我民法之所定，受扣減者以遺贈爲限。則其權利之行使無

須請求相對人爲何等之給付，依權利人一方之意思表示而即發生法定之效果，故其權利之性質屬於形成權之一種，而非請求權，蓋無容疑。茲將扣減權之內容說明如左。

(一)關於扣減之標的，各國法律多不限於遺贈，在繼承開始前一定期間內所爲之一切贈與及經證明贈與人及受贈人均係惡意之贈與亦在扣減之列，而其扣減之順序多以遺贈爲第一位，贈與爲第二位，而贈與之扣減則又以後之贈與爲先，先之贈與爲後，至死因贈與，則關於扣減之順序，視同遺贈。其如此者蓋以(一)對於財產移轉關係之尙未完全確定，或確定未久者而行扣減，較之對於財產移轉關係之業已確定或確定已久者而行扣減，可以減少當事人所受之損害，而(二)設無遺贈或後之贈與，不至發生特留分侵害之問題或其侵害之程度可以輕減故也。我則扣減之標的僅以遺贈爲限，繼承人中有在繼承開始前因結婚分居或營業已從被繼承人受有財產上之贈與者，其贈與價額雖應於遺產分割時由該繼承人之應繼分中扣除(民法第一千一百七十三條)，然此乃另一問題，與此之扣減無關。此種立法是否妥當？不無疑問。前已述及，茲不復贅。遺贈不問對於繼承人爲之，對於第三人爲之，皆是。對於死因

贈與是否得行扣減？解釋上不無疑問。死因贈與係屬生前行為，固與遺贈有別，然就其於贈與人死亡時發生效力之一點觀之，則與遺贈無異。我民法不許對於贈與行扣減者當不外尊重受贈人之既得權與避免法律關係之錯綜複雜，死因贈與，其情形與一般之贈與不同，不發生此類問題，則使其得行扣減，與我民法之立法主義精神上並無牴觸，似以採積極說為宜也。

(二)得行使扣減權者為享有特留分之繼承人，所不待言。但不以繼承人自身為限，即其承繼人亦應有此權利。換言之，即享有特留分人之繼承人或從享有特留分人讓受其應繼分者亦得為扣減權之行使。又扣減權乃享有特留分人基於其繼承權保留或回復其財產繼承上利益之權利，與專屬於其本身之繼承權有別，故享有特留分人之固有債權人因保全其債權，得依我民法第二百四十二條之規定代位行使之。

(三)受扣減權之行使者為受遺贈人及其繼承人，如已有遺贈物之交付，則對於從受遺贈人讓受其物之人不得以扣減權對抗之，是為原則。又被繼承人就其財產之全部或一部指定繼承

人而違反關於特留分之規定者，該指定繼承人應受扣減權之行使，所不待言。

(四)扣減權之行使以保全特留分所必要者爲其限度。例如應繼財產爲六千元，債務總額爲一千元，繼承人之應繼分爲遺產之全部而特留分爲其應繼分二分之一，則依第一千二百二十四條以計算之，其特留分應爲二千五百元。設被繼承人曾爲四千元之遺贈，則繼承人所受之繼承利益爲一千元，其應得而猶不足之數爲一千五百元。繼承人即得以此一千五百元爲其限度，由遺贈財產中扣減之。惟設繼承人於繼承開始前因結婚分居或營業，已從被繼承人受有贈與者，則其贈與價額應算入於其所受之繼承利益中。即在上例，繼承人如曾受有一千元之生前贈與者，則其所受之繼承利益應計算爲二千元。其應得而猶不足之數即爲五百元。僅得於此限度內行使其扣減權也。遺贈之扣減。在其遺贈已爲交付者。固應按其應得而猶不足之數請求現物或其價額之返還。在尚未交付者則按其應得而猶不足之數表示扣減之意思。而將其所剩餘者交付於受遺贈人爲已足。若並無剩餘者則無須爲遺贈之履行，而於事已畢。遺贈至被繼承人死亡後始生效力，自以在扣減時尚未交付爲其常態，須爲返



還之請求者蓋居少數。受遺贈人僅爲一人，問題固甚單簡，如有數人則應按其所得遺贈價額比例扣減。例如有五千元之甲遺贈與三千元之乙遺贈，應扣減之總額爲一千六百元，則應對於甲扣減一千元，對於乙扣減六百元是。其按比例扣減者，蓋遺贈皆因遺贈人之死亡同時發生效力，無先後之順序故也。此種規定是否強行規定？不無疑問。外國法律有明定遺囑人另有意思表示時應從其意思者，例如日本民法第一千一百三十七條但書之規定是。我民法雖無明文規定，解釋上無妨採取同一之見解。蓋比例扣減不外推測被繼承人之意思而爲之規定，被繼承人如另有意思表示在不妨礙扣減權行使之範圍內固無妨從之也。

(五)以附有條件之權利或存續期間不確定之權利爲遺贈之標的而須行扣減者應如何辦理？我民法無所規定。依據條理以爲解釋，如應扣減其遺贈之全部者則無須爲遺贈之履行或請求返還其所受交付之全部，而於事已畢。如僅應扣減其遺贈之一部者，則首須由繼承人與受遺贈人以協議決定其權利之價額，以協議不能決定者須聲請法院選任鑑定人以爲評定，然後從其所評定之價額除去應扣減之價額，將其剩餘部分即行交付於受遺贈人。

(六)扣減權之行使，不惟有損受遺贈人之利益，有時且使第三人之權利亦受其影響。如適用普通消滅時效之規定，有使權利關係日久不得確定之虞，非所以保護交易安全之道。故在外國法律有特設短期時效之規定者，如日本，瑞士及德國等之民法是。前法制局繼承法草案，亦規定應得特留分人於繼承開始後知有應減之遺贈或贈與時起一年內不行提減（蓋即扣減之意）者，其權利消滅。蓋以享有特留分之繼承人於繼承開始後經過三四載之久始發現有得行扣減之贈與之存在者，亦不能謂為絕無之事。若於扣減權人不知有此權利之期間內即消滅其權利，殊欠允協。故以應得特留分人知有應減之遺贈或贈與之時，為其時效期間之起算點。然因應得特留分人不知其有扣減權，遂使此權利之消滅時效永不進行，亦欠妥當。故該草案復規定遺贈自效力發生後，贈與自繼承開始後，逾五年者，其提減權絕對消滅。其規定尚屬相當。我現行民法關於此點未設任何規定，自應適用普通消滅時效之規定，自得行使扣減權時起，經過十五年而始消滅，是否適當？不無疑問也。

## 第五款 扣減之效力

如上所述，扣減權之行使，不外於保全特留分所必要之限度內，使遺贈消滅其效力，如被繼承人就其財產之全部或一部指定繼承人，而違反關於特留分之規定者，則於此際所爲之扣減應解爲於保全特留分所必要之限度內使遺囑所爲之指定消滅其效力。此項效力因扣減之意思表示而發生，在指定繼承人之場合固不待該繼承人爲何等之表示，即在遺贈，如尙未爲遺贈物之交付，亦無須受遺贈人有何等之行爲。但如已爲交付，則應得特留分之人自得基於扣減權之作用爲返還遺贈物或其價額之請求。於此一般的效果之外，關於扣減，尙有應行說明者如左。

(一)遺贈之孳息應否返還？如應一併返還，則其孳息應自何時起算？我民法關於此等各點未設何等規定，解釋上不無疑問。我民法上受扣減者原則上以遺贈爲限，而遺贈自以在扣減時尙未交付爲其常態，則孳息之應否返還在實際上或不成爲問題，然亦不無例外之情形，

而於遺贈物既已交付之後始爲扣減之請求。故此等問題，似仍有解決之必要。自理論上言之，受遺贈人自應將從應返還之財產所收得孳息之全部與其財產一併返還。然遺贈之受扣減非必爲受遺贈人之所預期，因而消費其孳息，即屬出於善意。乃使負全部返還之責，殊嫌過於苛酷。故應以返還請求扣減之日以後之孳息爲已足。

(二)受遺贈人將應受扣減之遺贈財產轉讓於第三人時，若使扣減權人得請求返還該遺贈財產自身，殊有害於第三人之利益，應解爲僅得對於受遺贈人爲返還價額之請求。但若該第三人於轉讓時明知其轉讓侵害享有特留分人之利益者則得直接對於該第三人行使扣減權而爲返還其物之請求。受遺贈人於遺贈財產上爲第三人設定權利，例如遺贈財產爲不動產，而於其不動產上爲第三人設定地上權或抵押權者，對於扣減權之行使發生若何影響？似可依據同一法理以推論其結果。即於此情形，享有特留分人僅得對於受遺贈人爲返還價額之請求或令返還其財產而使第三人在該財產上之權利不受影響，至因該權利之設定所生損害則向受遺贈人爲賠償之請求。但若第三人於爲權利之設定時明知其權利之設定侵害享有特留

分人之利益者，則得取還該遺贈財產而消滅該第三人在其上所設定之權利是也。

(三)已受遺贈物之交付者，若必強其爲現物之返還，有時將感不便。而自扣減權人之方面言之，所注重者通常不外保全其特留分之價額，至受現物之返還與否所關非鉅，且將被繼承人所遺贈之物一一取還，亦殊有背於其爲遺贈時之本意。故在外國法律有明定受贈人或受遺贈人得按應受扣減之限度償返贈與或遺贈標之物之價額而免除返還之義務者。(日本民法第一千一百四十四條第一項)我民法雖無明文之規定，似無妨爲同一之解釋。依同一之理由，在尙未爲遺贈物之交付時，如受遺贈人爲價額之償還，卽仍得爲交付遺贈物之請求。遺贈物之受讓人或於遺贈物上有權利之設定者受扣減之請求時，亦得因價額之償還而免除受扣減之義務。又如遺贈標的，性質上爲不可分之物，因一部之扣減而發生共有關係時，受遺贈人得因價額之償還而免除共有關係，蓋於經濟利用上亦不無裨益也。

(四)應受扣減之受遺贈人因無資力不能返還遺贈物並不能償還其價額時，其損害應由何人負擔？關於此點，各國立法例頗不相同，有由享有特留分人負擔者，如日本民法是，有由其

他受遺贈人負擔者，如比利時民法草案是，有由享有特留分人與其他受遺贈人分擔者，如葡萄牙民法是。我民法關於此點無所規定，解釋上或以採第二說爲宜。

