

大學叢書

繼承法要義

范揚著

商務印書館發行

大 學 叢 書

繼 承 法 要 義

大學叢書委員會

委員

丁燮林君 李書田君 秉志君 孫貴定君 程天放君 劉湛恩君
王世杰君 李權時君 竺可楨君 徐誦明君 程演生君 黎照寰君
王雲五君 余青松君 胡適君 唐鈺君 馮友蘭君 蔡元培君
任鴻雋君 何炳松君 胡庶華君 郭任遠君 傅斯年君 蔣夢麟君
朱經農君 辛樹幟君 姜立夫君 陶孟和君 傅運森君 歐元懷君
朱家驊君 吳澤霖君 翁之龍君 陳裕光君 鄒魯君 顏任光君
李四光君 吳經熊君 翁文灝君 曹惠羣君 鄭貞文君 顏福慶君
李建勛君 周仁君 馬君武君 張伯苓君 鄭振鐸君 羅家倫君
李書華君 周昌壽君 馬寅初君 梅貽琦君 劉秉麟君 顧頡剛君

大 學 叢 書

繼 承 法 要 義

范 揚 著

商 務 印 書 館 發 行



3 0600 9911 0

目次

緒言.....一

第一章 通論.....五

第一節 繼承法之觀念.....五

第二節 繼承法之編訂.....七

第一款 編訂之沿革.....七

第二款 編訂之體例.....八

第三節 繼承法之法源.....一〇

第四節 繼承法之性質.....一三

第五節 繼承制度之變遷.....一四

目次

一

584.5

531

3

繼承法要義

二

第一款 古代社會·····	一四
第二款 宗法之影響·····	一九
第三款 近今之趨勢·····	二一
第六節 繼承權·····	二四
第一款 繼承權之觀念·····	二四
第二款 繼承權之根據·····	二六
第三款 繼承權之限制·····	二七
第二章 繼承·····	三一
第一節 概說·····	三一
第一款 繼承之觀念·····	三一
第二款 繼承之開始·····	三四
第一項 繼承開始之原因·····	三四
第二項 繼承開始之時期·····	三四
第三項 繼承開始之處所·····	三五

第二節 遺產繼承人	三六
第一款 概說	三六
第二款 繼承人之種別	三七
第一項 法定繼承人	三七
第一目 範圍	三八
第二目 順序	三九
第二項 指定繼承人	四七
第一目 概說	四七
第二目 指定之要件	四九
第三目 被指定人之限制	五〇
第三款 應繼分	五一
第一項 概說	五一
第二項 法定應繼分	五二
第一目 概說	五二
第二目 配偶之應繼分	五三
第三目 同一順序繼承人之應繼分	五四
第三項 指定應繼分	五五

第四款 特留分	五六
第一項 概說	五六
第二項 特留分之數額	五九
第三項 特留分之算定	六一
第四項 特留分之扣減	六四
第五項 扣減之效力	六八
第五款 繼承權之喪失	七一
第一項 概說	七一
第二項 喪失之原因	七二
第三項 喪失之效力	七五
第六款 繼承回復請求權	七六
第一項 概說	七六
第二項 回復請求權之性質	七七
第三項 回復請求權之行使	七八
第四項 消滅時效	七九
第三節 遺產之繼承	八〇
第一款 遺產繼承之效力	八〇

第一項 概說	八〇
第二項 一般效力	八一
第一目 繼承標的之移轉	八一
第二目 產權之共同共有	八四
第三目 債務之負擔	八六
第三項 遺產酌給請求權	八八
第四項 繼承之費用	九〇
第二款 繼承之承認及拋棄	九三
第一項 概說	九三
第二項 選擇行為之性質	九五
第三項 單純承認	九七
第四項 限定承認	一〇〇
第一目 概說	一〇〇
第二目 得爲限定承認之期間	一〇一
第三目 限定承認之方式	一〇二
第四目 限定承認之效力	一〇三
第五目 遺產之管理	一〇五
第六目 遺產之清算	一〇七

第七目 限定繼承之賠償責任及不當受領人之返還義務	一一一
第五項 繼承之拋棄	一一三
第一目 概說	一一三
第二目 拋棄之方式	一一四
第三目 拋棄之效力	一一四
第三款 遺產之分割	一一八
第一項 概說	一一八
第二項 分割請求權	一一九
第三項 分割之方法	一二二
第一目 通則	一二二
第二目 胎兒應繼分之保留	一二四
第三目 遺產之扣算	一二五
第四項 分割之效力	一二八
第一目 繼承人相互間之普通效力	一二八
第二目 繼承人相互間之特別效力	一三二
第三目 繼承人與債權人間之效力	一三八
第四款 無人承認之繼承	一三九
第一項 概說	一三九

第二項 遺產管理人之選定及繼承人之搜索	一四〇
第三項 遺產管理人之地位	一四二
第四項 遺產管理人之權利義務	一四四
第五項 國庫歸屬問題	一五一

第三章 遺囑

第一節 概說

第一款 遺囑制度之沿革	一五五
第二款 遺囑制度之基礎	一五六
第三款 遺囑之觀念	一五八
第二節 遺囑能力	一六〇
第三節 遺囑方式	一六三
第一款 概說	一六三
第二款 普通方式	一六六
第一項 自書遺囑	一六六

第二項 公證遺囑	一六八
第三項 密封遺囑	一七〇
第四項 代筆遺囑	一七三
第三款 特別方式	一七五
第四款 見證人	一七九
第四節 遺囑之內容	一八一
第一款 概說	一八一
第二款 遺贈	一八二
第一項 遺贈之觀念	一八二
第二項 遺贈之種類	一八四
第三項 受遺贈人	一八六
第五節 遺囑之效力	一八八
第一款 一般效力	一八八
第二款 遺贈之效力	一九〇
第一項 概說	一九一
第二項 遺贈之標的	一九二

第一目 特定之遺贈物	一九二
第二目 不特定之遺贈物	一九六
第三目 用益權之遺贈	一九六
第三項 附負擔之遺贈	一九七
第一目 附負擔遺贈之性質	一九七
第二目 附負擔遺贈之效力	一九九
第三款 遺贈之承認及拋棄	二〇〇
第一項 概說	二〇〇
第二項 承認與否之催告	二〇一
第三項 承認及拋棄之效力	二〇二
第六節 遺囑之執行	二〇三
第一款 概說	二〇三
第二款 遺囑之提示及開視	二〇四
第三款 執行之程序	二〇六
第一項 遺囑執行人之指定	二〇六
第二項 遺囑執行人之職務	二〇九
第三項 遺囑執行人之解職	二一一

第七節 遺囑之撤消……………二二二

第一款 概說……………二二三

第二款 撤消之方法……………二二五

第三款 撤消之效力……………二二七

繼承法要義

緒言

人類以保存自身及種族爲最根本之天性。爲保存自身之生命也，故有種種之財產，以爲生活之手段。爲保存自己之種族也，則於彌留之際，又將其財產遺之於子孫。尤以近代社會，以個人主義爲基礎。各人幸福，各自追求，其生其死，社會所不過問。而個人亦以依屬他人，儉安苟活，毋寧各謀獨立，以保自尊爲主旨焉。在此種社會之內，各人自宜以自身腕力，充實生活內容。由是私有財產乃以重視，而對於私有財產之保護，亦愈完密。然人類猶不以己身生活穩固，爲已滿足，必更進而欲子孫遺類之繁衍，及其生活之安穩。爲子孫生活安全之計，乃於死亡之際，復將平時所得自由處分之財產，概括而遺之於子孫，由是遺產繼承制度爲不可缺矣。

及現代遺產制度，成爲資本主義之一大支柱，世人之起而攻擊者，有愈趨愈烈之勢焉。然遺產制度之廢除與各人生活之保障，有相對之關係。若個人之生存權，勞工權及勞工收益權，而得相當之保證，(註一)則各人將何苦

(註一) A Menger, Neue Staatslehre 2a, 1901.



而求財產之盈餘積蓄乎？爲自己既無積蓄財產之必要，則更何苦爲子孫計，而自降於牛馬之列乎？在各人生活未得保障之今日，非特私有財產未能完全廢除，即遺產繼承制度亦應爲社會所承認，及爲國家所保護也。

考各國對於遺產繼承，立法上有（一）強制保存（Conservation forcée）（二）強制分割（Partage forcé）及（三）遺囑自由（Liberté testamentaire）三大原則。（註一）強制保存出於貴族家族主義之思想，以使一家財產長久保存，不致分散爲主旨。強制分割本於個人平等之主義，不使遺產集中於一人之手，而即平均分割於諸子之間，適與前者相反。遺囑自由依於個人意思自由之主義，對於遺產歸屬，國家不加干涉強制，而一任於各人遺囑之自由處分。但此三項原則，不過學者抽象之說明而已，非實際上真有若是單純制度之存在也。（註二）現代各國立法概依固有社會情形，及經濟政策，就此諸原則，各爲種種程度之折衷配合焉。

強制保存主義，適於貴族家族制度之維持，及資本土地之集中。如現時日本華族財產之世襲及家督之相續，獨限於男系嫡長或其他有優先順位之一人繼承，英國法定繼承（一九二六年以前）獨歸不動產於嫡長，法國採取強制均分，而又設法限制土地細分，即莫非出於此等用意。我國前此家屬同財制度，其用意亦不能外是。我

（註一）Le Play, L'Organisation de la Famille 1870.

La Réforme Sociale en France, t, 1, ch. 18.

（註二）Charmont, Les Transformations du droit Civil 2ed. 1921.

國舊習，以同財共居爲美風，同祖遺產雖由諸子繼承共有，（按強制保存主義原不以一人繼承爲限）而其遺產之保理權則專屬於一家尊長，非得尊長許可，卑幼不得處分，抑且不得請求分拆。（註一）如是累代同居，長持其公同共有之狀態，與日爾曼古法中所謂家屬共產制者（Hausgemeinschaft），殆屬同一儔類。此種家屬同財制度，雖視一人單獨繼承，已勝一籌，而其維持大家族制，顯有逆於家族社會自然進化之趨勢；至獨男系子嗣得有遺產繼承及其公同共有之權利，亦違乎男女平等之原則。時至今日，自己難爲依舊採用。惟我國以農立國，至今未更，而小農經濟，宜於共同經營。苟兄弟數人自願繼續共居，同財至於相當之久，則於社會經濟，亦未始全無裨益。故以國情而論，我國舊時之同財共居，於某程度固有未可忽視之優點。但所謂強制保存終有反乎社會進化之趨勢與自由平等之原則，在今日除資本經濟上有特殊要求之場合外，已無再顧之價值矣。

其次強制分割主義——尤其強制均分主義，似最合於公平理想，然強制分割，一面足使家族分化，不能強固團結，且使資本分散，不能盡其效用，尤以農業耕地爲然。但此等不良影響，視其社會情形如何，亦未卽爲致命之弊害。若其社會對於資本之分散，並不感受苦痛者，自無弊害可言。如農地之細分，雖足以減少其生產力，而在集約的小農主義之社會，未必卽見細分之苦痛。又強制分割固與大規模之家族社會不能相容，甚且有破壞之之傾向，然此尤非弊害。因強制分割，於小家族之結合，固無妨害，而對於貴族式或封建式之大家族社會，正可用爲消滅改進

（註一）現行律卑幼私擅用財律例，別籍異財律例。

之工具矣。至以我國國情揆之，大家族制已漸失其存在之機能，而農民集約生產，耕地亦無妨於分散，為獎勵自耕之計，能使耕者有田，於農業政策上尤屬符合。故以我國立法政策而論，除自願繼續同財共居，應任其自由共同保存者外，於遺產繼承之原則，固不妨採取強制分割之主義也。

惟財產之所有權既為經濟生活之必要而認有，而財產之繼承權又以所有權之延長而觀察，則個人死後財產之處置，亦應任於個人意思之自由，方合所有權之本旨。故近代法中就個人死後財產之自由處分，與契約自由等原則同，視為活動自由 (*Bewegungsfreiheit*) 之一種；甚或以無限制之遺囑繼承 (*Succession ex testamento*) 為遺產繼承之本則焉。(註一) 惟個人之所有權一面亦為社會之利益，而認有，為所有權延長之繼承權或遺贈權 (*Power of disposition*) 亦應於社會功利之立場上所視為正當之範圍內始認許之。所謂絕對的遺囑自由主義，與所有權之絕對自由同，究非法律所能容認。故現代各國法律或以遺囑繼承為繼承之本位，而對於遺囑之自由，自社會見地，加以若干之限制；或以法定繼承 (*Succession ab intestato*) 為繼承之本位，先推測被繼承人之意思及考量社會之利益，規定繼承人之範圍、順序及應繼分；而同時並認有某程度遺囑之自由。英美立法屬於前者，大陸諸國，屬於後者。我國斟酌固有國情，亦採後之立法，即原則上採取法定繼承，使均分遺產於諸繼承人間，而被繼承人於不侵害特留分之範圍內，得以遺囑自由處分其遺產焉。

(註一) Hedemann, Die Fortschritt des Zivilrechts in Xl^x Jahrhundert, s. 20f.

第一章 通論

第一節 繼承法之觀念

繼承法(Erbrecht, Droit de la Succession, Law of Inheritance)爲民法之一部，乃規定繼承及遺囑之法也。其義請爲析述如次：

第一，繼承在沿革上有祭祀繼承(Succession of sacra)身分繼承(Succession of status)及財產繼承(Succession of property)三種。祭祀繼承即承奉祭祀權，以綿父祖血食之謂。古代社會深信「遊魂爲變」之說，以爲祖先死亡，其靈尙在，子孫若不勤爲蒸嘗，則必浮遊世間，變爲妖孽，故子孫世代應承襲而祭祀之。我國舊時之宗祧繼承(廣義)即其顯例。其次，身分繼承乃繼承先人身分而享有其權義之謂。封建社會有嚴格的家族之組織，家長身分及身分上之權義，代由嫡長子儘先而繼承之。日本現行之「家督相續」即其遺制。最後，財產繼承則單純承受先人財產上一切權義之謂。家有資富，子孫衆多，一朝歸赴泉路，將遺產概括令其子孫繼承，尤爲人情之恆。要之，不問祭祀繼承或身分財產繼承，皆不外包括的繼承先人之權利義務，易詞言之，即承襲先人之地位也。

(*Hereditas est successio in universum jus quod defunctus habuit*) (註1) 惟自沿革上觀之，繼承制度有自祭祀繼承及身分繼承進化爲財產繼承之趨向。泰西各國自氏族制廢，個人制代興以後，所謂繼承者，僅存財產繼承而已。我國自中古以降，如宗祧之立嗣，官員之襲廕，雖保有宗法封建之遺規。而現行制度已一掃封建之舊，僅留遺產繼承一種。故我國現行法上所謂繼承者，亦已與財產繼承爲同一觀念矣。

次之，遺囑乃以死後發生效力之目的，對某事項所爲之要式的意思表示。其意思表示之內容，本不以繼承人或應繼分之指定或撤消等，純粹於繼承有關之事項爲限，即對於他人之遺贈，捐助，私生子之認領，或監護人之指定等，得以單方意思而爲之事項，亦得爲遺囑之內容。以是言之，遺囑一項，似不宜規定於純粹之繼承法中者，然遺囑乃一人死後之處分，其內容以於遺產有關者，佔最多數。其與繼承之間，實有不可分離之關係，規定於繼承法中，自較他處爲適當也。

繼承法爲規定繼承及遺囑之法，而繼承爲先人地位之承襲，遺囑爲一人死後之處分，有如右述。法律於既確定親屬身分及其財產上關係之後，設此繼承法之規定，立法自屬允當。故我現行民法以之爲第五編，而殿於親屬編之後焉。

(註1) Maine, Ancient Law, pp. 181-2.

第二節 繼承法之編訂

第一款 編訂之沿革

我國自古受貴族文化之陶冶，尊禮教而輕法治，以法條爲齊蠻民之物。故至治術演進以後，所有歷朝成文法典，多具刑事法規形式。至規律社會多數生活之法則，殆未入於立法之領域，祇自唐律以降，始有少數兼具民事法規之性質者，參雜其間。如戶役，婚姻，錢債，田土諸端，卽其最著者也。自是沿宋元明清四朝，至清宣統二年，將清律改編，另稱現行刑律。入民國初施行暫行新刑律後，其中刑事部分，遂受改廢，惟新式民法典，久未制定，現行律中民事部分，遞相援用（民國元年三月十日臨時大總統令及十六年八月十二日國府令），以迄民法施行。如其戶役門中立嫡子違法條例，別籍異財條例，卑幼擅私用財條例等，卽有繼承法性質，而爲前時該法之主要法源者也。

現行律多係禁止法規，而關於親屬繼承之法規，且極度以宗法爲綱領，其不合於現代社會生活，所不待言。故新民法典之編纂，早成新政之急要。第初次民法草案，雖自光緒叁拾四年編纂，宣統三年完成，而以辛亥革命，未竟施行。繼入民國，政變不息，未暇顧及。迨十二年爲收回法權之計，重新編訂，至十五年雖已全部脫稿，而國民革命，隨又伸展，復失施行機運。國民政府奠都南京，銳意法治，初由法制局編擬法典，繼承親屬兩編卽在首編之列，乃甫擬就而立法院又告成立，自是遂歸立法院正式編訂矣。

惟繼承編猶未編定以前，關於女子繼承遺產一項，曾有單行法規頒行。原女子之認有財產繼承權，始於民國十五年中國國民黨第二次全國代表大會之議決。該議決案經前司法行政委員會於同年十月通令各省施行。惟此時屬於黨治下者，不過西南數省，該令未能通行全國。迨最高法院成立首都，其十七年之解釋，始依該案趨旨，認「未出嫁女子與男子同有繼承權」（十七年解字三五號四七號及四八號）。但女子有繼承權以未出嫁者爲限，於理已屬失當，而兄弟姊妹之間，尤滋用計逼嫁之弊。司法院有鑒於此，於十八年四月二十七日議決女子不分已嫁未嫁，與男子有同等繼承權，並經中央政治會議於同年五月十五日議決追溯及第二次全國代表大會議決案，前經司法行政委員會通令各省到達之日起，其通令之日尙未隸屬於國民政府者，溯及其隸屬之日起，發生效力，交由司法院起草已嫁女子繼承財產施行細則十一條。案成，仍經中央政治會議議決，於同年八月十九日交由國民政府公布施行。

民國十九年立法院既於制定民法前三編之後，乃入手於親屬繼承兩編之編訂。先由中央政治會議第二、三、六次會議議決立法原則，於同年七月二十三日遂由立法院起草，同年十二月經該院第一二〇次會議全部通過，呈由國民政府於同年十二月二十六日公布，自二十年五月五日施行。民法繼承編之制頒，至此遂告完成矣。

第二款 編訂之體例

繼承法在法典中所有地位，各國不一其揆，於此尙有申論之必要。考各國立法例，除少數採取所謂特別法主

義者（註一）外，類皆訂於民法典中。其體例又別爲四：其一以繼承與贈與遺贈合併規定於財產取得編中，即法國以下採取羅馬法式編制之各國民法是。（註二）其二規定於物權編中，即奧國荷蘭之民法是。（註三）其三規定於親屬編中，即普魯士及瑞士之地方方法是。其四爲民法中獨立一編而位置於親屬編後，如德瑞日本之民法是。瑞士民法以繼承爲第三編而列于物權編前，德國日本（一採巴衣倫制（Bayernsystem），一採撒克仙制（Sachsen-system））就債編及物權編之編制，尙有先後不同，以之爲第五編，而列於終末。其列於財產法之前後，雖有不同，而位於親屬編後，則無異致耳。以上諸編制中，當以第四種爲最妥當。蓋遺產繼承，既非親屬身分之繼承，而繼承標的之財產，又不以所有權一種爲限，規定於親屬或物權編中，自屬未當；而因繼承所生之財產取得，則有包括之性質，與普通取得財產情形，又屬不類，故其唯一方法，祇能定爲獨立一編。惟財產繼承關係與親屬身分關係，實甚密切，如繼承人之資格，首依親屬身分關係之有無遠近而決定之，故此一編，尤宜位於親屬編後。至德瑞二法中繼承編

（註一）英國採特別法主義，其所領印度之現行繼承法（The Indian Succession Act, 1865）尙爲包括的獨立法典，而其本國則僅有部分的立法而已。

（註二）法國民法，其第三編財產取得編（Des Différentes Manières d'acquies la Propriété）以第一章爲繼承（Des successions），第二章爲生前贈與及遺囑（Des donations entre vifs et des testaments）。

（註三）普魯士地方方法（Preussisches Allgemeines Landrecht）編法卻又不同，以繼承法一部規定於親屬編中，而又以繼承權與債權同爲取得財產之原因，一部規定於物權編中。

所佔位置，各有其宜，未容輕加評議。(註一)(註二)我國歷次民法草案，皆取德民編制，現行民法亦然。

民法繼承編之規定，共分三章，第一章遺產繼承人，第二章遺產之繼承，又分五節，計為效力，限定繼承，遺產之分割，繼承之拋棄，及無人承認之繼承各項。第三章遺囑，又分六節，為通則，方式，效力，執行，撤消，及特留分各項。概而言之，其規定有一值人注意之點：其一，在形式上與民法第二編以下各編不同，其他各編均有適用全編通則一章之規定，本編無之。其次，繼承雖係承受先人之遺產，而因遺產所生之關係，頗為複雜，凡財產法中所有各種利害對立之關係，殆莫不具有。此等複雜關係，應為法律所保護者，本編皆設有規定以保護之。

第三節 繼承法之法源

繼承法之法源，與民法其他各部同，亦依成文法，習慣法及法理等形式而存在(第一條)。惟成文繼承法，殊

(註一)德瑞二法之繼承編，就遺囑一章之排列，又有不同之點。德民以遺囑(Testament)為第五編之第三章，即最末章。瑞民為以之第

十四章。即繼承編之第二章，而另將死後處分(Verfügung von Todes wegen, Des dispositions pour cause de mort)。

(註二)關於民法各編之地位，岡格氏自另一方面提議，意謂各編之排列，應以受其適用之人的範圍之廣狹為先後，準是則應以親屬法居最先，物權法及債法次之，而以繼承法居最後(A. Menger, Das Bürgerliches Recht und die besitzlosen Volklassen,

S. 202.)

不以民法繼承編所規定者爲限，此外凡直接間接可適用於遺產繼承之事項者，皆有繼承法性質，而爲同法法源（即實質的意義之繼承法，或廣義之繼承法。）舉其要者，約有如左各種：

一 民法繼承編施行法

是即關於時之效力之法。法律以無溯及既往效力爲原則，繼承法亦然，故本編僅對施行後所發生之事件，乃可適用。但此僅就解釋適用而言，如立法上以在過渡期間，就某等繼承事件，認爲有設例外規定之必要者，自得設以特別規定。本施行法即爲規定其間所應特別處理事件之法也。其各條規定，尙待於各關係處所再詳述之。

二 法律適用條例

是即關於人之效力之法，法律以對本國領土內之國內外人民，皆得適用爲原則，但繼承法爲人事法之一部，有屬人法之性質，如內外法有抵觸時，須採各當事人之本國法以適用之。法律適用條例，即規定其時應適用何國法律之法也。依本條例第四章關於繼承之法律之規定：（1）繼承依被繼承人之本國法，（2）遺囑之成立及效力，依成立時遺囑人之本國法，（3）遺囑之撤消，依撤消時遺囑人之本國法（第二〇條第二一條）。但外國法有背於中國公共秩序或善良風俗者，仍不適用（第一條）。本項繼承法之國際抵觸問題，屬於國際私法學之研究，茲不詳述。

三 限制外國人土地所有令

外國人不能有土地所有權 其因繼承而分得財產時，亦受此項命令之限制。

四 國籍法

國籍法爲規定國民資格的得喪之法。一人繼承權之有無，有時依其所受適用之法律而決定，既如右述。故國籍法間接亦足以決定繼承之關係。

五 戶籍法

戶籍法爲規定戶之籍屬及人之身分之登載程序之法，一人之親屬或家屬身分雖不因戶籍之記載而絕對確定，而無其他有力之反證時，則得依其記載而判定之，其於遺產繼承權及遺產酌給請求權之有無，蓋亦不無關係。

六 土地法

依本法所爲不動產之登記，有絕對之效力（同法第三六條），凡已讓與並登記之不動產，能否因繼承回復而取還（第一一四六條），及遺產分割之效力，能否完全溯及於繼承開始之時（第一一六七條），胥由決定。

七 民事訴訟法

本法就繼承關係所生之事件，定有管轄及審判之程序。

八 民法債編施行法

本施行法第十四條定有財產變賣之程序，可於遺產變賣時（第一一七九條第二項）援用之。以上諸法規中，自（四）至（八）各種，直接雖無關於繼承關係之規定，而實體的繼承法必須待其補助，始能全其運用，故此等法規實有補助法之性質。

第四節 繼承法之性質

繼承法既為民法之一部，則民法所有通性，自屬有之。第一，繼承法私法也。繼承法中之法律關係，如某為某之繼承人，某與某為共同繼承，及某受某之遺贈等，皆為私人相互間之關係。故繼承法之為私法，實甚明顯。惟立法上為便宜計，於形式上之繼承法即繼承編中，間亦有公法規定參雜其間。如法院干預繼承事項之規定（第一一五六條第一一五七條第一一七四條第一一七八條第一一九七條第一二一一條第一二一八條）即有公法之性質。但此不過少數例外，於理論上仍無礙於繼承法之本質也。其次，繼承法普通法也。繼承法關係繼承之一般事項均有規定，於中華民國人民均可適用，中華民國領土均可施行，其有普通法之性質，亦無容疑。祇西藏蒙古等特別區域，因實際上為中央法權所未及，且以風土人情與各省不同，難以強其施行同一之法律，尙未全受民法之支配耳。

惟繼承法與其他私法部分相較，性質又不盡同，其規定之大部分，有強行法之性質。蓋遺產繼承雖行於父母

子女及其他近親之間，而一人財產上一切權利義務之移轉，每有多方利害綜錯之存在，既如前述。因之關於繼承之規定，亦應考慮各方面之關係。一須顧各繼承人與被繼承人間情分之親疏，二須保護債權人及繼承人因繼承所生之不利利益，三須貫徹國家設立本項制度之政策。凡此諸端，莫不於公共秩序及利益之維持有重要之關係。故關於繼承之規定，乃須期其必行，而不許私人之自由意思，妄加出入。以是其規定乃有強行法之性質。至如指定繼承人及應繼分之遺囑，及禁止遺產分割之契約及遺贈等（第一一四三條第一一六四條第一一六五條第一一八七條等），於某範圍內固亦容許私人意思之自由，但此不過其中之一小部分，其他主要部分，則皆有強行性也。

第五節 繼承制度之變遷

第一款 古代社會

繼承有祭祀繼承，身分繼承及財產繼承三種，在沿革上有自前者進為後者之勢，已如前文略述。一般言之，此三種繼承制度，依各時代之社會組織如何，而異其發達之傾向。如社會組織而為原始的氏族制或封建的家族制，則繼承必重祭祀或身分，如社會組織而為近代的個人制，則繼承乃重財產。自古迄今，社會進化，由氏族家族制而變為個人制，故繼承制度，亦有由祭祀繼承及身分繼承而進化為遺產繼承之趨勢焉。（註一）

（註一）N. Hozumi, Ancestor-worship and Japanese Law. Maruzen. Tokyo.

惟一定社會制度之形成，要依生存手段之發達如何而決定，而生存手段之發達如何，又以各種技術之進步與否爲定衡。蓋有技術之進步，而後始有各種之發明與發見，有發明與發見之增加，而後始有生存手段之財產，有財產之所有，而後始有其他本於財產所有而生之各種社會制度，乃至社會全體之組織也。繼承制度爲社會制度一種，雖依各時代社會之一般組織如何，有若干差別，而自根本上言之，各種繼承制度，自亦由其時代之物質基礎所決定耳。

生人之初，矇昧無知，居逐水草，食取果食，一身之外，毫無長物。於此之時，既無所有標的，何有繼承觀念？及人智相開，製燧石以爲器用，葺樹枝而爲居室，衣皮飲血，漸入所謂未開化狀態。此時較原始時代已有互助精神，隨人口之增加與住處之擴大，羣時血屬小羣，進爲氏族組織，營經部落生活。所謂政府主要制度，亦即胎胚於此，但未入國家狀態以前，仍以氏族組織爲社會之基本。氏族成立之初，族長爲父，爲母，學說雖未一致，（註一）而至使用鐵器，生產增殖，男子在經濟上佔據優越地位，其時氏族爲父系組織，則無疑義。再後因耕作發明，財產中主要部分之土地，由氏族共有而分割爲個人私有，向之氏族組織，漸分析爲家族組織，而繼承制度向之爲族父子孫繼承者，至此乃變爲家長子嗣繼承矣。（註二）

惟古時民智幼稚，理解淺薄，眩恍之間，卽滋迷信。尤其對於死之一事，大爲迷惑。以爲一人雖死，其魂靈猶與死體連繫，若不以禮謹葬祭之，則必飄泊無依，流爲厲鬼，祟及子孫。此種迷信，與緬懷祖德，崇拜祖先之思想相結合，乃

以繼續祭祖爲子孫之第一義務。而所謂尊祖教者 (Culte des Bontés) 遂根固於初民心理，影響於社會組織，而形
成古時社會之一特質矣。蓋古代氏族社會，其財產雖屬生人，生存所必需，而初民心理方面尤以爲供奉祖先祭祀
而存在。故其財產所屬，恆視祭祀權之所屬爲轉移，其有者死亡之際，卽由其祭祀權之繼承人繼受之。惟繼承祭祀

(註一) 主張母系中心者有：

Bachoten, *Das Mutterrecht*, 1861.

McLennan, *Studies in Ancient History*, 1876,

Morgan, *Ancient Society*——*Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*, 1877.

主張男系中心者有：

Darwin, *Descent of Man*, 1871.

Westermarck, *The History of Human Marriage*, 1891.

Letourneau, *L'Evolution du Mariage et de la Famille*, 1888.

Howard, *A History of Matrimonial Institutions*, 1904.

Maine, *Ancient Law*.

參見重遠親族法

(註二) Morgan, *op. cit.*

之人，有種種限制，第一，繼承人則以男系子孫爲限，女子不與在內。女子長成出嫁，去母家而奉夫家宗廟，不祀母家之祖。女子無繼承權，實即種因於此。其次，男子中以嫡長子其血脈與祖先最相接近，而最適於祭祀。傳曰：「嫡長子爲盡祭祖義務而生，餘子則爲愛情之結果。」故認嫡長子有繼承祭祀及財產之特權。所謂一人繼承或身分繼承，亦即胎息於是。復次，若生女而不生男，或並男女而無之，則須立嗣繼後，先以近親昭穆，次及同宗遠房，所謂族內繼承或傍系繼承 (Succession collatérale) 亦莫非肇基於此。總之，在此等點上，古代社會，不問東西各族，殆皆有同類之法習。(註一) 我國宗法思想，亦濫觴於此種習慣，更勿待言。惟古代繼承制度，其以祭祀爲主要標的，從知非偶然矣。

氏族社會本先國家而存在，乃以生齒愈繁，衆族對立，各族之間，發生接觸，而氏族鬥爭以起。迨至生產進步，由游牧民而入農民時期，一族征服他族，成立固定之支配與被支配關係，初期之封建國家乃告成立。此等國家如更因征服關係，兼以其中一國兼併他國，則入於次期封建國家。於此統治組織愈以鞏固，國內階級亦愈積疊。一般言之，戰勝種族，居於支配地位，或爲王公，或爲大夫及士，其餘劣敗種族，則皆降爲黎庶矣。(註二) 茲就我國之例以言，

(註一) F. de Coulanges. *La Cité Antiqué.*

岡村司：民法與社會主義。

(註二) Gumplovicz, *Die soziologische Staatsidee*, 2A. 1902.

Oppenheimer, *Der Staat*, 1909.

我族自黃帝軒轅，早已成立封建國家，世代遞降，隆替嬗變，至成周而繼繼益以完備。周有天下，裂土田而瓜分之，設五等，邦羣后，布履星羅，四周於天下。及後王室陵替，強弱兼併，大邦分立，漸有以官僚國代替貴族國之勢焉。貴族社會組織，以身分爲骨幹，此爲中外所同。惟於此吾人所宜注意者，則舊時貴族組織中之宗法制度是也。宗法初行於周，其範圍並不甚廣，迨周室式微，封建崩潰，孔氏一派爲挽回頹勢之計，主張鞏固並擴大貴族組織，乃敷陳上古氏族及封建社會之實際，而演爲宗法之理論。自茲以後，隨儒家思想之普及，宗法思想遂成爲我國社會組織之一大綱領矣。（註一）

古昔制度，貴族自士以上恆有宗之組織，宗有大宗小宗之別。禮記大傳有曰：「別子爲祖，繼別爲宗，繼禰者爲小宗。有百世不遷之宗，有五世則遷之宗。百世不遷者，別子之後也。宗其繼別之所自出者，百世不遷者也。宗其繼高祖者，五世則遷者也。」別子爲開國諸侯或士大夫嫡子之弟，別於正嫡者也。「別子不得禰其父，而自使其嫡子後之……故曰繼別爲宗，族人宗之……死而無子，則支子以其昭穆後之。此所謂百世不遷之宗也。別子之庶子又不得禰別子，而自以其嫡子爲後，其繼祖者從兄弟宗之……死而無子，則支子亦以其昭穆後之。所謂五世則遷者也。」（註二）當時立嫡繼後之制，即昔時固有宗祧繼承之制度。宗祧繼承既以身分爲主眼，故附隨於身分之財產，如卿

（註一）陶希聖：中國社會之史的分析

（註二）蘇洵：族譜後錄

大夫之祿田等，亦同時移轉焉。

第二款 宗法之影響

古者「諸侯世其國，別子世大夫。於是立三廟，設壇墀，得干祿，祭有圭田，食有采邑……夫物備而後禮嚴，禮嚴……而後法可盡。」自封建廢，井田撤，卿大夫無世祿之守，大宗之法不可以復立。（註一）然宗法制度雖與封建同時廢除，而宗法勢力，歷久未泯，宗法之特質有三：父系，父治，父權是也。何謂父系？以男系爲本位而計親屬是也。何謂父治？以一家事務及子女個身皆由其父或家長統治是也。何謂父權？由男子繼承父之身分財產是也。此等宗法遺制，中古以降，後世咸繼承之。惟此後社會組織乃以家爲本位，不以宗爲本位，其制以家傳，不以宗傳，特有不同已耳。

我國自封建廢後，雖未有嚴格之家族制度，及家長權之繼承，而在父權制度之下，所謂各人繼承，仍以宗祧爲主眼。其用以承祭祀，綿血統，蓋饒有宗法之遺意焉。考宗祧繼承，爲男系一人繼承之制，有身分繼承之彩色，死者一身上之權義，例由嫡子或嗣子一人繼承之。立嫡立嗣之法：「立嫡以長不以賢，立子以貴不以長。」「有子立嫡，無子立嗣。」此等原則，後代律例咸遵循之，清律亦然。清律立嫡順序：第一，以嫡先庶。庶子縱年長於嫡子，亦不能繼承宗祧，所謂「立子以貴不以長」也。其次，同在嫡子或庶子中，以年長者居先，卽嫡長子先於嫡次子，庶長子先於庶

（註一）羅洪先宗論下。

樂憲田五禮通考。

次子，所謂「立嫡以長不以賢」也。其三，先位之孫先於次位之子。如嫡長子已故而子者，以嫡長孫承重，不得立嫡次子或庶子也。（註一）其四，若嫡庶子並無之，則應立嗣繼後，「須令同宗昭穆相當之姪承繼，儘先同父周親，次及大功小功總麻，如具無方許擇立遠房及同姓爲嗣。」（註二）蓋宗祧繼承所以承續祭祀，故務以族內血氣相近者先之。傳曰：「神不散非類，民不祀非族。」意謂血不相屬，則氣不相通，氣不相通，則祭無由格也。

後代除宗祧繼承外，尙另認有遺產繼承。一家遺產雖非得尊長許可，卑幼不得請求分析，而當分析家財田產之際，則「不問妻妾所生，止依子數均分。」在長子並無優異之特權，故後代所謂宗祧繼承者，除無子立嗣之場合外，似已有名無實。但因設有宗祧繼承之結果，後世於遺產繼承上留有三種差別之待遇焉。一曰女子之無繼承權

（註一）清律立嫡子遠法條輯注。

（註二）現行律立嫡子遠法條例

但立嗣於相當範圍內，亦有選擇自由。同右條例規定：「其或擇立賢能及所親愛者，若於昭穆倫序不失，不許宗族指以次序告爭，並官司受理。」

出繼以次子以下之子爲原則，但獨子亦得繼承宗祧。同右條例：「如可繼之人亦係獨子，而情屬同父周親，兩相情願者，取具圖族甘結，亦准其承繼兩房宗祧。」

立嗣程序，原則由立嗣人生前自爲。但其死後得由直系尊親屬或守志之婦爲之，如具無並得由親屬會議爲之（同右條例）。

也。女子無宗祧繼承權，不奉母家祭祀，習俗內男外女，故於財產繼承，亦遂見吝於女子矣。（註一）二曰嫡庶子與私生子之差別也。舊習因尊重宗祧嗣續之故，庶子亦有立嫡資格，地位自然優厚，在財產繼承上亦與嫡子有同等權利；而私生子則否，子何罪，而受冷酷之待遇？（註二）三曰嗣子與養子之區別也。嗣子繼承宗祧，每得繼承遺產全部，而養子不得立為嫡子，遺產繼承亦無正當權利。（註三）

第三款 近今趨勢

近代文物昌明，社會演進，封建制度，日就破滅。宗法遺規，自亦應在革除之列。況所謂祭祀繼承，雖崇奉祖先，出於仁人孝子之用心，而事涉迷信，究非法律所宜強制。先進民族，如西歐希臘羅馬等國，在古代即以脫此陋習；東亞

（註一）舊律婦女無遺產繼承權，祇例外或能承受若干而已。同右條例：「戶絕財產果無同宗應繼之人，所有親女承受。無女者聽地方官詳明上司酌撥充公。又立嫡子違法條例：「婦人夫亡無子守志者，合承夫分，須憑族長擇昭穆相當之人繼嗣，其改嫁者，夫家財產及原有妝奩，準聽前夫之家為主。」

（註二）現行律卑幼擅私用財條例：「嫡庶子男分拆家財田產，不問妻妾所生之子，止以子數均分，姦生子依子量與半分。」

（註三）嗣子常有遺產繼承權，即立嗣後生子亦然。立嫡子違法條例：「若立嗣之後卻生子，其家財與原立子均分。」但非嗣子之養子，不問同姓異姓，皆無當然之繼承權。同上條例：「若義男女婿，為所後之親喜悅者，聽其相為依倚，不許繼子并本生父母用計逼逐，仍酌分給財產。」「其乞養異姓義子有情願歸族者，不許將分得財產攜回本宗。」「其收養三歲以下遺棄之小兒，仍依律即從其姓。但不得以無子遂立為嗣，仍酌分給財產，具不必勒令歸宗。如有希圖貪財，冒認歸宗者，照例治罪。」

各邦祇有我國及印度，因循故舊，傳三數千年而未革。白芝浩曰：「宗教之設，……一時雖頗發生效力，然日漸生沈滯固定之弊，拘束人民之自由，致不能振拔。故能早破此迷信而超脫之者興，否則亡。」讀此吾人亦知所警惕矣。至因身分所設財產繼承上之差別，不問其根據宗祧或其他制度而生，要同為封建時代之遺物。現今各國所有身分差別之繼承，亦已就於掃滅之一途。蓋東西文明各國，迄於最近為止，猶保有長子優先繼承制度者，僅有英日二國而已。日本家督繼承即為身分繼承之制，凡前戶主所有身分上及財產上之權義，由家督相續一人承繼，餘人皆無與焉。但日本雖素保持家族主義，對於此種嚴酷繼承制度，近亦議具改革之方案。(註一)英國繼承制度，本已重在財產，祇財產繼承中尚有 Primogeniture 之主義，即無遺囑繼承場合，遺產中不動產部分 (Real property)，歸諸長子一人承受，其餘動產部分 (Personal Property)，始歸衆子均分，至一九二六年實施之改正英國繼承法 (The Administration of Estate Act 1925) 已將此種差別撤廢之矣。(註二)總之，近時因社會制度之改進，所謂繼承制度，勢將僅留遺產繼承一種而已。繼承既以財產為標的，不以其他抽象的觀念為前提，自己無限於一人繼承之必要，而可採行共同均分主義矣。

〔註一〕昭和二年十二月二十八日司法省發表「民法相續篇改正要綱」

〔註二〕英國法定繼承，以不動產歸諸長子，動產歸諸衆子，蓋一係封建法制之遺習，一係羅馬法之影響也。梅因早謂英國財產法，其人的法 (The Law of Personality) 將有支配物的法 (The Law of Reality) 之變 (Maine, op. cit.) 其言今果驗矣。

我國現制亦僅認有遺產繼承一種，對於舊時宗祧繼承，已取逐漸廢除之態度。民國十九年中央政治會議通過繼承法先決各點意見書云：「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，此宗祧二字之本意也。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，固未必盡屬大宗，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，違失已甚，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。基於上述理由，故認爲宗祧繼承無庸規定，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。」（註一）

繼承既不以宗祧爲前提，則附隨宗祧繼承而存在之流弊，如男女之分，婚生與非婚生之不平等，及旁系繼承

（註一）繼承法先決各點第二點說明。

之限制亦同時得撤廢之矣。(註一)

第六節 繼承權

第一款 繼承權之觀念

繼承權 (Erbrecht, droit sucesoral, right of succession) 名辭涵義複雜，學者見解不一。民法繼承編中，其名辭散見各處，分別言之，約有兩種意義：其一，指繼承開始前繼承人所有之地位，即民法第一一四〇條第一一四五條所定之繼承權 (Jus Succeedendi, Recht Erbe zu werden) 是。其二，指繼承開始後繼承人有之地位，即民法第一一四六條第一一七四條所定之繼承權 (Jus Successionis, Recht Erbe zu sein) 是也。

民法第一一四〇條謂：「繼承人有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者……」第一一四五條謂：「有左列各款情事之一者，喪失其繼承權。」此繼承開始前繼承人所有之地位，法文遽稱之為繼承權，學者不無議論。蓋繼承須俟開始而始發生權利義務之移轉，於開始前，推定繼承人 (Presumptive heirs) 僅有得為繼承人之希望而已。此時其人縱有得為繼承之希望，而現實繼承之權利，尙未發生也。況推定繼承人所有地位，非至繼承開始，不能完確定。例如依法兄弟得為繼承場合 (第一一三八條第三款)，若被繼承人在死亡前新生子女，其地位遂歸消失。

(註一) 繼承法先決各點第二點說明。

又養子得繼承遺產全部場合（第一一四二條第二項），若被繼承人在死亡前另生子女，其地位亦大受減削矣。故推定繼承人所有之繼承權，不過得為繼承之希望，似非真實之權利。然繼承人之順序為法律所規定，在某時點誰有繼承之權，乃不難於推知。其地位縱因後發事由而有變更或減削之可虞，而非有一定原因，則為法律所保護而不可動。故其地位與單純之希望不同，而確有權利性質，稱之為繼承權，固甚得也。惟其權利既非物權性質之既得權，亦非債權性質之請求權，而屬於特別範疇。蓋其權利在繼承開始前固不得據以為任何之請求，而至繼承開始之際，則依法律自然取得，而不須請求或其他之意思表示。又因其非既得權之故，與民法第一〇六九條第一〇八三條所謂「第三人已取得之權利」亦屬不同。此種權利乃將來得為繼承之能力，學者另名為期待權（*Anwartschaftsrecht*）。

至繼承開始後繼承人所有之地位，法律亦同稱之為繼承權。如民法第一一四六條謂：「繼承權被侵害者，被害人或其法定代理人得請求回復之。」第一一七四條謂：「繼承人得拋棄其繼承權。」即係其例。此項繼承權之為正真權利，自屬明顯。此權利亦因繼承開始之事由發生而當然取得，無待於繼承人之意思表示。即繼承人由遺囑指定之場合（第一一四三條），則祇須被指定人之承認，即已取得，不須另為若何之請求，他如限定承認及拋棄場合，其權利亦不因承認或拋棄而始決定，其時繼承人特不過本於既發生之繼承權，而為承認或拋棄耳。總之，繼承人與繼承開始同時實已取得繼承標的上之權利。故其權利非債權性質之請求權，而寧有物權之性質。如繼

承被侵害人請求回復之權利，即與物上請求權同其類也。(註一)

第二款 繼承權之根據

繼承權之根據安在？即為繼承權之基礎，或繼承權之存在理由之問題，對此問題，學者曾有種種解說。其說明內容，殆依繼承標的及時代之一般思想不同而異。在昔原始封建時代，因受宗教思想支配，有將繼承權歸之於祖傳或神授者。迨近世繼承標的注重財產，學者另從各種見地起而說明。其主要者，約有如左四說。(註二)

一 公益說

即謂遺產繼承為公益上所必要之制度。良以一人死後遺產之歸屬，若無一定之準則，則欲先占取得之人，必至血手爭奪，紊亂社會秩序，而他面遺產者之子孫，反以陷於生計困難，害及社會利益。國家為保持社會公益之計，故以法律規定一定之繼承權人，使之確實取得先人之遺產。

(註一)奧國及荷蘭民法，正以繼承權為一種物權。奧民第五三二條規定：「稱繼承權者，謂取得遺產全部或其一定分率之非他的權利，其權利乃對任何侵害遺產之人，皆有效力之物權 (Ein dingliches Recht)……」

(註二)此外尚有先佔說及國庫說等。先佔說謂權利義務與其主體共其存亡，主體亡故，其權利亦歸消滅。此後所遺之無主物，任人得以先佔而取得之。亡故者之近親，對於此種物體，實居於先佔取得之地位，法律承認遺產繼承，即係本於此種法理。國庫說謂遺產乃先由國繼家受，歸屬國庫，然後再由國家以法律規定賦與於特定之人。此二學說，立論牽強，思想陳腐，今日已無認真討論之必要矣。

二 保種說

謂子孫之身體生命，原爲父母血肉所遺，故父母爲保持子孫身體生命安全之計，乃將必要財產，死後遺之於子孫，遺產繼承，卽起於此種種族保存之本性。

三 公有說

是說注目於共同生活之關係，謂親屬在生活上，有共同連帶之運命，因之在財產上，亦有共同享有之關係。內中一人亡故，他人取得所遺財產，卽基於此種關係之結果。

四 遺意說

是說專覓其根據於被繼承人之意思，謂財產所有權人，不特生前得爲自由處分，卽死後亦得爲同樣之處置。故被繼承人有遺囑明白表示，自應從其意思，其無意思明示場合，則應推定其意思而處分之。如法律考量與被繼承人親屬關係之遠近，及情分之親疏，而決定繼承人之順序及應繼分，卽推測被繼承人之意思而規定也。

上列各說，各有相當理由，未可執一以爲是。考遺產繼承之起源，謂出於人類保存種族之本能，殆爲不易之公理。至其制度存續如許之久且廣，則爲社會經濟組織所使然。在某程度個人主義之社會中，自主觀觀之，遺產繼承可謂出於先人之遺意，而在客觀方面，則因親屬共同生活所必要也。

第三款 繼承權之限制

個人主義社會組織之下，繼承制度雖為維持遺族生計所必要，然在資本發達之社會中，所繼承之遺產，每超過於其生計上所必要之程度。由是社會上種種原因造成之富財，徒供一己之私儲，而社會上種種之不平，亦由是而起，推其弊害，曷有既竭。(註一)至此二十世紀乃以發生反動風潮，而漸傾於社會主義之主張。在社會初步改造之今日，或主財產之社會化，或主集中財產於社會，步趨各有不同，而以限制遺產為其主要方法之一，殆為舉世之所一致。三民主義以節制資本為最主要政策之一，遺產繼承自在於限制之列。法律上對遺產繼承直接所加之限制，約有二端：一為繼承人範圍之限制，一為繼承財產數量之限制。

一 繼承之範圍之限制

歐西各國，法律上向取親屬無限繼承主義(Unbeschränktes Verwandteneerbrecht)，近親之人固得以次有繼承遺產權，若無近親存在，則遠親亦得有權以繼承之。(法國民法第七三一條，但最近已改正，德國民法第一九二四條以下。)此種親系疏遠之人，平日情同陌路，一旦福從天降，使之為「笑之繼承人(Der lachende Erbe)」，殊失承認繼承制度之意義，其遺產實遠不如歸諸國庫，「擴張國家繼承，限制個人繼承」之為得也。故一九〇七年之瑞士民法(第四五七條至第四六六條)及一九二六年之英國改正繼承法，對於遺產繼承人，均規定以直

(註一)H. E. Read, The Abolition of Inheritance, 1918.

右著潘公展譯遺產之廢除。

系卑親屬，配偶，直系尊親親，兄弟姊妹及其子孫，伯父母及子孫爲限。一九二二年之蘇俄民法，更縮小繼承人範圍，僅以配偶及直系卑親屬爲止（第四一八條）。民法略仿英瑞法例，而限制較之尤嚴。直系尊親以父母祖父母爲限，旁系親止於兄弟姊妹本身，而伯父母及其卑屬則不與焉。

二 繼承財產數量之限制

對於遺產在數量上加以定額之限制。現代爲蘇俄所創行。俄國民法，初規定遺產總額，除淨亡故者之債務外，不得超過金盧布一萬以上（第四一六條）。第此項限制施行以後，未得所豫期之效果。不三四年，卽已改弦更張，而易科以高率之繼承稅矣。（註一）對於遺產，科以累進之稅，其所以限制遺產數量，用意原無二致。現今各國爲取得財源之計，多採行之，其稅率則有愈趨愈高之勢焉。

（註一）關於最近蘇俄遺產繼承制度之變革，參照一九一八年四月二十七日公布繼承制度廢止令，一九一八年九月十六日公布身分登記婚姻關係及監護關係法第一六〇條（規定子女對於父母之財產無任何之權利），一九一九年五月二日令（准許遺族留下一萬金盧布以下之扶養費），一九二二年五月二十二日公布基本財產令（以一萬金盧布爲限，承認遺產繼承），一九二二年十月三十一日公布民法第四一六條至第四三五條（除淨債務後於一萬金盧布限度內，許予法定繼承或遺贈，法定繼承採用共同均分，其有權人則以直系血親卑親屬，配偶，及被繼承人生前完全扶養一年以上，且無勞動能力及財產之人爲限），一九二六年二月二十八日公布新條例（撤消前此遺產總額不得超過一萬金盧布之限制）。

第二章 繼承

第一節 概說

第一款 繼承之觀念

繼承(Sukcession, Succession)二者，乃有一定親屬身分者間，因一方之死亡，他方包括的承受其財產上權利義務之謂也。析述之如左：

一 繼承因死亡而開始

凡法律上之效果，必依一定法律原因（或稱法律要件）而始發生，繼承之效果亦然。繼承效果發生之原因，謂之繼承開始之原因，其原因依繼承標的如何，略有不同。在身分繼承場合，凡被繼承人有足以喪失身分之事由，如離異，收養終止，及隱居等，皆為繼承開始之原因。（註一）固不以被繼承人之死亡為限。在遺產繼承則否，遺產繼

（註一）日本家督相續，其開始之原因，除戶主之死亡外，其他凡戶主權喪失之場合，如戶主之國籍喪失，隱居，因婚姻或收養之撤消而出家，女戶主之招贅及贅夫之離婚皆屬之（日民第九六四條）。

承以被繼承人財產上權義之移轉爲唯一之標的，除被繼承人有喪失權利能力卽人格之事由外，不成繼承開始之原因；而其喪失人格之事由，則不外死亡是矣。羅馬法中，有任何人不得爲生存者之繼承人（*Nemo est heres viuentis*）之原則；近代泰西各國，稱繼承爲因死亡而生之財產的移轉，卽出同一意義。（註一）民法僅留遺產繼承一種，所謂繼承開始之原因者，自亦不能外此（第一一四、七條）。其詳尙待次款述之。

二 繼承於有一定親屬關係者間行之

繼承人與被繼承人間以有親屬身分關係爲原則，民法規定亦然。依民法規定，繼承人有法定繼承人與指定繼承人兩種，前者卽（1）配偶，（2）直系血親卑親屬，（3）父母，（4）兄弟姊妹，（5）祖父母是（第一一三、八條），此等皆爲被繼承人之親屬，自無待論，後者則被繼承人無直系血親卑親屬時，以遺囑所指定之繼承人是（第一一四、三條）。此項指定繼承人，法律上雖不限定必須於親屬中指定，而其指定遺囑一經發生效力以後，卽與婚生子女有同一之地位，易詞言之，卽與養子女同樣取得法定血親之身分（第一〇七、一條）。雖曰其法定血親身分之發生與遺產繼承之權利，同時生於遺囑之效果，而推此項制度之精神，則以發生親屬身分爲前提，而以繼承遺產爲歸結。易言之，被繼承人指定其爲法定血親，彼乃得爲遺產繼承也。總之，在我民法之下，唯有一定親屬身分之人，乃得爲繼承人。（註二）而就其繼承人之資格及順序，除指定繼承之場合外，皆爲法律所一定，私人不得任意左右之。故自此觀察，民法實以法定繼承爲本則，非若英美法，以法定繼承人之規定，僅作被繼承人意思之補充已耳。

三 繼承乃包括的承受財產上之權利義務

繼承人因繼承之開始，於可能的範圍內，承受被繼承人財產上之一切權利義務（第一一四八條）。此項財產上之一切權利義務，依羅馬法觀念，謂之「包括的權利義務（*Universitas juris*）」。蓋羅馬法中每將某時屬於某人之一切權利義務（A collection of rights and duties united by the single circumstance of their having belonged at one time to some one person），不問其中正負相抵，結果為損為益，概視為一體而處理之。近代各國立法，關於遺產繼承，類多採此種包括繼承主義（*Universal succession*）。惟英美法獨異於是，以遺產為各個財產之集合，繼承為各個權利義務之移轉，其法蓋引自日爾曼固有法之源流，即所謂各別繼承主義（*Singular succession*）也。此兩繼承主義，其結果原無多大出入。惟包括繼承主義似於繼承制度之精神較合，而其表示繼承人對於被繼承人之債務亦應負責之意旨，亦較明確。故民法亦採包括繼承主義。然所謂包括的承受財產上之權利義務，僅以有移轉之可能性者為限。如被繼承一身專屬之權義，則不能為繼承之標的。願繼承標的之權義，殊不以一度已歸屬於被繼承人者為限，即於其地位上有發生之可能者，亦得同時繼承之。於此意義，故遺產繼承，即謂承襲被繼承人之法律上地位，或承繼被繼承人之人格可也。

（註一）羅馬雖曾有嚴格之家族主義，但未行家長繼承之制。

（註二）德奧瑞士等國之立法例，以遺贈亦為繼承一種，以受遺贈人與繼承人同視，而我國民法則以受遺贈人為繼承人以外之人，且不以有親屬關係者為限，與繼承人自屬不同。

第二款 繼承之開始

第一項 繼承開始之原因

遺產繼承以被繼承人之死亡為唯一之開始原因，既如右述。惟所謂死亡，又有二種之別，一曰自然死亡，即一人生存機能，絕對消滅之謂，如因疾病、衰老、刑罰等，而喪失生命者是。二曰法定死亡，乃一人死亡與否雖未證實，而按情形大旨可視為死亡者，依法院宣告，法律上認為死亡之謂，即死亡之宣告是（第八條），不問何者，其為繼承開始原因，絕無差異。惟死亡宣告，如受宣告人尚生存者，其利害關係人得請求撤消（民訴第五九六條第五七七條），而自撤消以後，繼承人乃須於「現受利益之限度」負返還遺產之義務（民訴第六〇〇條第二項）。

所謂因繼承開始，繼承人承受先人財產上一切權利義務，自以開始當時，被繼承人有若干財產上之權利義務為前提。縱無積極產權之可繼，亦須有若干債務之遺留。若絕無財產上之權利或義務存在者，則雖有死亡之事由，仍無繼承開始之可言耳。

第二項 繼承開始之時期

繼承開始之時期，即繼承人得繼承被繼承人財產上地位，簡言之，即現實的繼承權發生之時期也。繼承因被繼承人死亡而開始，被繼承人死亡之時，即其開始之時。自然死亡，以一人呼吸或心臟鼓動絕止之時，為死亡之時；法定死亡「以判決內所確定之時，推定其死亡之時」（第九條第一項民訴第五九四條）無待贅述。確定繼承

開始時期，法律上有種種實用：

一 一人有無繼承權即依此時決定之。

如養子於生父亡後歸宗，仍無權以加入於兄弟姊妹間，繼承遺產。又父死於婦女運動議決案通令施行或追溯施行日期以前，即遺產繼續由母管理，未曾分析，女子亦不得繼承遺產（司法院院字解釋第二八六號）。

二 遺產繼承之效力即於此時發生

自此時起，繼承人乃得承繼先人財產上一切權利義務（第一一四八條），而遺產分割及繼承拋棄，亦溯及此時發生效力（第一一六七條第一一七五條）。

三 遺產應繼分，特留分，及限定繼承，均以此時為標準而算定之（第一一七二條第一二二四條第一一五六條）。

四 繼承回復請求權之長期時效，亦以此時為起算點（第一一四六條第二項）。

第三項 繼承開始之處所

關於繼承開始處所之規定，外國法例有亡地、本籍、住所三種不同主義。我國究採何者，法無明文，解釋上或有疑義。惟繼承開始處所之確定，首為遺產繼承審判管轄決定上所必要。民事訴訟法規定：「因遺產之繼承，分析或遺贈，或其他因死亡而生效力之行為訴訟，得由繼承開始時被繼承人普通審判籍所在地之法院管轄」（民訴

第一六條）「普通審判籍，依住所定之」（民訴第二條）。則繼承開始之處所，民法雖未規定，而關於繼承訴訟之管轄，民事訴訟法中固已另確定之。故依法理推之，我國法中關於繼承開始處所之決定，原亦採取住所主義，意謂遺產繼承，即於被繼承人之住所地開始之。誠以住所為一人生活之本據，與其所有財產關係最為深切，今因繼承而移轉其財產上之權利義務，自以其住所地行之，為最適當也。

第二節 遺產繼承人

第一款 概說

一般而言，凡有權利能力之人，皆有為繼承人之資格，即有繼承能力。「人之權利能力，始於出生，終於死亡」（第六條）。則繼承權之享有，亦應以生存期間為限。其於繼承開始之前猶未出生，及於開始之際而已死亡，或已受死亡之宣告者，皆不得有繼承能力。

然使右述原則而澈底之，實際不免犧牲一部分人之利益。成胎於繼承開始之前，出生於繼承開始之後之胎兒，即其例也。尋釋民法第一一三、一三八條規定，胎兒有為繼承人可能之場合，以其為被繼承人直系血親卑親屬及弟妹等為限。此種胎兒在未出生以前，雖難保其將來必能生存，亦難斷其將來必為死產。若出生而生存者，則自遺產繼承之精神上言之，殊不宜以遲後數月產生之故，獨使向隅，而不得與其他繼承人享有同等之權利也。法律為保

護胎兒利益之計，因又添設例外，以關於遺產繼承，視為既已出生。惟胎兒繼承是否須以生存為條件，立法上尙有三種不同主義。其一，祇須繼承開始當時確已懷胎，而不以將來生而生存為必要。是本為羅馬法主義，近代法國民法採之（法民第七二五條）。其二，並不以繼承當時懷胎為必要，但凡繼承開始時起三十年內出生者（未懷孕兒），皆得指定為繼承人，智利民法採此主義（智民第九六二條）。其三，以繼承開始當時懷胎並生存為必要，若將來以死產而出生者，則根本不認其有繼承能力。此主義德瑞日日本民法採之（德民第一九二三條，瑞民五四四條，日民第九六八條及九九三條）。以上三種主義，第二種雖足擴大個人意思之自由，而與法定繼承主義不無違背。第一種認不生存之胎兒亦有權利能力，則失保護胎兒之意義。唯第三種權衡最為適當，民法亦採此種主義，規定「胎兒以將來非死產者為限，視為既已出生」（第七條）。即胎兒若生而生存者，則自出生時起，認為溯及既往得有繼承能力也。至分割遺產之際，胎兒之應繼分，應為如何保存？此處姑不詳述。

然自然人一般雖皆有繼承能力，而有一定原因存在，即繼承人有重大不德或不義之所為，足以破壞親屬共同生活之條件時，縱有法定相當身分，亦受排除而不得為繼承人，是為繼承人之缺格（*Indignité, Disinheritance*），或繼承權之喪失，其詳亦俟於後論之。

第二款 繼承人之種別

第一項 法定繼承人

第一目 範圍

我國舊制，繼承以宗祧爲本位。宗祧繼承權人以男系直系血親卑親屬居先，無男系直系血親卑親屬時，「須令同宗昭穆相當之姪承繼，儘先同父周親，次及大功小功總麻，如具無，方許擇立遠房及同姓爲嗣。」除擇賢擇愛之場合外，立嗣順序雖略有一定，但屬同宗同姓之姪，其範圍則殆無限制。隨同宗祧繼承開始之遺產繼承，其繼承人範圍亦大旨本此決定。如被繼承人有親生男子者，由其男子共同承繼，無則由其嗣子全部承受，立嗣後卻生子者，與原立子均分。如斯遺產繼承，除親生男系直系血親卑親屬外，乃於旁系之姪獨厚。以故每逢立嗣繼承，設非旁系親血手爭奪，則必笑而待承，其弊不可勝紀。而他而被繼承人之生存配偶，女系直系卑親屬，以及父母兄弟姊妹等，其情誼之親，關係之切，遠勝於他房之姪者，轉無正當繼承權，背戾人情，蓋亦莫此爲甚。民法洞察時勢所趨，力矯既往之失，廢除宗祧繼承，而於相當親屬範圍內，原則上限定一定之遺產繼承人焉。

法定繼承人以配偶，直系血親卑親屬，父母，兄弟姊妹，祖父母各種爲限（第一一三八條）。此外屬於被繼承人生前繼續扶養之人，如妻前夫之子女，相爲依倚之女婿（贅婿）或族孫（註一）收育遺棄之小兒，代位繼承時

（註一）前大理院判決五年上字第七九號「相爲依倚之族孫，亦得酌給遺產」

最高法院判決二二年上字第九一九號：「繼承開始在民法繼承編施行法第二條所到之日期前，女子對於其直系尊親屬之遺產，固無繼承權。惟繼承編施行前之法律，親女爲親所喜悅者，應酌分財產，但須少於應繼人數均分之額。其父生前若未表示意思，其母於父故後亦得以自己之意思，酌予分給。若父母生前未表示意思，而親屬會議又未酌給，得由法院斟酌情形及財產狀況核定之。」

之子婦（詳見次目），以及妾媵之屬，則大抵仍沿舊習，不認有當然之繼承權，僅得由親屬會議，依其所受扶養之程度及其他關係，酌給遺產而已（第一一四五條）。

第二目 順序

第一 概說

法定遺產繼承人，為配偶，直系血親卑親屬，父母，兄弟姊妹，祖父母各種，已如前述。內中除配偶外，其繼承各有一定順序，不得後先紊亂。其順序如下，即一直系血親卑親屬，二父母，三兄弟姊妹，四祖父母（第一一三八條）。凡順序上居於上位之人，有優先繼承權，對於下位之人，得絕對排除之。故在第二順位以下者，僅無上位遺產繼承人，或有繼承人而拋棄其權利時，始得有權繼承，否則不得與之執爭。又此順序係出於公益上之規定，即被繼承人亦不得任意變更之。

惟配偶之繼承獨異於是。配偶相互有繼承權，其繼承不限於一定之順序，全無右述各種繼承人時，固得承繼遺產全部，即有任何一種存在者，亦得同時分繼相當部分（第一一四四條）。所有地位，並不後人，誠以遺產繼承，雖起源於保種，以謀子孫血肉繁榮，為其主要職志，而配偶為子孫蕃殖之由，遠近親屬，由是生焉。其於親屬關係之中，地位不可以謂不重。且配偶相互結合，始終以營共同生活為目的。在於生存期間，痛癢相關，休戚與共，恩義之深，固罕其匹；即至死離以後，依通常情理，其未亡人蓋必本於悲惻纏綿之情，發為勉力奮鬥之行，守亡者之遺志，竟未

成之全功，總期家世榮昌，存沒無憾。況法律規定「父母之一方不能行使對於（未成年）子女之權利時，由他方行使之」（第一〇八九條），即對生存配偶單獨科以保護教養子女之責任焉（第一〇八四條）。故民法斟酌生存配偶與其他遺族關係之輕重，依多數立法例（法民第七六七條即一八九一年三月九日法及一九二五年四月二九日法，德民第一九三一條，瑞民第四六二條，惟日本民法第九九六條第一款第三項以之列於第二順位，新改正案則與直系卑屬同列於同一順位，其應繼分則與嫡出直系卑屬同），規定其繼承有特別地位，而不限於一定之順序（第一一三八條第一一四四條，又參照中央政治會議議決立法原則）。

遺產繼承，民法原則採取共同均分主義，即除配偶之應繼分另有規定外，其他之繼承人若於同一順序而有數人時，則其應繼分應就遺產平均分配之。茲述各順序之繼承人如後。

第二 第一順序

除配偶外，遺產繼承人以直系血親卑親屬列於第一順序。被繼承人之直系血親卑親屬，即子女、孫、孫女、外甥及外甥女等是。此等直系血親卑親屬因性別發生原因，及其他種種關係，事實上雖不免有各種差別，而在遺產繼承，法律則概認有同地位。第一，其性別為男為女，非所問也。現行法已廢除宗法遺規，堅採男女平等原則，確認女子亦有同等之繼承權，已見前述。第二，其子女為婚生抑非婚生，亦非所問也。現行法嚴守一夫一妻主義，以合法婚姻所生者為婚生子女，非然者為非婚生子女。非婚生子女，不問姦妾所生，但經認領或自幼撫養者（註一）對於生

父亦有與婚生子女相同之地位（第一〇五六條），而在遺產繼承，自亦無所軒輊。第三，其血親為自然抑為法定，亦所不問也。養子女與養父母，雖無自然血統之連續，而一經收養成立之後，即以取得法定血親關係（第一〇七七條），而於遺產繼承，原則上亦有與親生子女同樣之地位（第一一四二條施行法第七條）。（註二）第四，子孫在冢與否，亦所不問也。子孫不肖或有其他情形，於父祖生前分財而析居者，事恆有之。其子孫苟非為他人之所收養，與其父祖親屬關係，毫無變更，父祖亡後，仍得繼承遺產。祇前此因分居所分得之財產，除被繼承人初時有反對表示外，至繼承開始之際，仍須加入扣算耳（第一一七三條）。最後，女子已嫁未嫁，亦所不問。已嫁女子前此雖曾見外（自民國十五年十月婦女運動議決案通令施行之日起至民國十八年八月十九日追認已嫁女子有遺產繼承權為止），不有繼承之權，現已認有同等權利。其遺產如未分割，或未經判決確定無繼承權者，且得溯及既往，同權繼承（民法繼承編施行法第二條第三條），至其嫁資原則亦應加入扣算，與子孫分居之場合同（第一一七

（註一）妾之遺腹子女，受胎在妾與家長關係存續中者，應認為與生父認領者同（司法院院字第七三五號解釋）。但民法施行後，已不認納妾之契約為有效（院字第七七〇號解釋）。

（註二）依民法繼承編施行法第八條規定，繼承在繼承編施行前開始，依當時法律者，倘有可繼之人，仍應許其主張。但守志之婦如不欲立，亦不得相強，被繼承人之親女，可承受全部遺產（司法院院字第七六八號解釋）。

但民法既不認有宗祧繼承，凡繼承開始在繼承編施行後者，即不生立嗣問題（據右解釋）。又一子兼祧亦為法所不許（民法第一〇七五條，院字第七六一號解釋）。

三條。總之，直系血親卑親屬，乃父母骨肉所遺，或其骨肉代替，使之綿長發達，原爲人之至性。遺產繼承，置於第一順位，自於恆情爲洽。

然同一直系血親卑親屬中，因世代迭增，子支蕃衍，其間親疏關係，未免發生等差。曾孫及曾孫女不及孫及孫女之親，孫及孫女不及子女之親，勢所然也。若使此等世代互異之人，各有均分遺產權利，微特產業過於細分，有失經濟效用；且子女輩中，於繼承開始時其年獨少，或未有子育者，獨處於極不利益地位。同一關係之人，非其過失之故，使受此大不利，豈得謂理之平民法因又劃分次序，凡屬直系血親卑親屬，若因世代增殖，其間有親疏遠近之不同者，則「以親等近者爲先」（第一一三九條）。是同此一順位中，又有先後之別，凡子女爲繼承人時，孫及孫女即不能同時爲同一遺產之繼承人矣。

第三 代位繼承

一 概說

然右述原則又不能不生例外。例如被繼承人之子女與孫及孫女比並而論，子女雖有優先繼承之順位，但其子女若有一人或二人於繼承開始前死亡或喪失權利者，則以孫承子，以子承父之天然段階，勢非躡等躍進不可，而此時親等較遠之孫或孫女（即亡故者之子女），得與親等較近之其他子女，即伯叔姑舅姨，居於同一順位，而承受其先人（即其父或母）之應繼分矣（第一一三九條之例）。此種例外場合，另稱代位繼承（Succession

potre prese ntation) 卽代位人代襲被代位人之地位，而直接繼承遺產之意也。代位繼承之制，除蘇俄外，各國民法咸認有之。相同立法例德民第一九二四條至第一九二九條及第二三四四條第二項，瑞民第四五七條第三項及第五四一條，日民第九七四條第九九五條，法民第七三九條至第七四四條。但法民不認失權場合得爲代位。蓋亦繼承制度之精神上，當然應有之歸結耳。

二 要件

民法規定代位繼承之要件有三，茲爲分述如次。

(甲) 須被代位人於繼承開始前死亡或喪失其繼承權

惟被代位人於繼承開始前死亡或失權（第一一四五條）場合，與直系血親卑親屬始得代位繼承，否則不稱代位。俗間所有叔姪共同繼承遺產，除代位繼承之場合外，尙有所謂再轉繼承（Succession par transmission）卽於繼承開始之後，先人遺產一度移歸子女承受，後因子女中有一人或二人于遺產分割前死亡，其應繼分乃歸其直系血親卑親屬（卽死亡子女之子女）承繼，而於此亦生叔姪分繼遺產問題，且其事恆有，頗與代位繼承相似。然此終非代位，乃再轉繼承之場合耳。

(乙) 被代位人須爲被繼承人之直系血親卑親屬

被代位人以「第一一三八條所定第一順序之繼承人」，卽被繼承人之直系血親卑親屬爲限，其他各順序

之繼承人，縱有於繼承開始前死亡或失權，其直系血親卑親屬皆不得代位繼承之。至被繼承人之直系血親卑親屬，則不問其親等如何，得爲無限代位，如被繼承人之子及孫相繼死亡或失權時，其曾孫亦代位繼承其應繼分。

(丙)代位人須爲被代位人之直系血親卑親屬

代位繼承人僅以被代位人之直系血親卑親屬一種爲限，其他任何親屬不與在內。在此點上，尤與普通繼承（或稱本位繼承）場合不同。蓋在普通場合，被繼承人之生存配偶，常有與各順序之繼承人同時有繼承權（第一一三八條），在代位繼承，專由被代位人之「直系血親卑親屬代位繼承其應繼分」（第一一四〇條）。生存配偶則在除外之列。推本項立法用意，不外一因被代位人之配偶，以其本身資格，對於被繼承人原不得享有繼承遺產之權；二因被代位人之配偶，如使分得遺產，則改嫁後未免所得利益太厚，故僅予以遺產酌給請求權（第一一四九條）。然此二種理由，皆有偏失之嫌，自平衡原則上言之，仍以與普通場合同，使之有確實之繼承權爲較妥也。總之，依民法規定，凡繼承人有於繼承開始前死亡或失權者，應由其直系血親卑親屬代位繼承，而其應繼分則以被代位人所得繼承部分爲限，不論代位繼承人人數多寡，僅能就其應繼部分平均分配之耳。

三 代位繼承之根據

代位人之繼承權，係出於法定之結果，故所謂代位人代襲先人地位，而爲直接繼承，乃基於法定已有之權利，而非代表或代承被代位人之權利而爲繼承也。此點學者雖有異論，然設謂代位人係代表或代承先人權利，而爲

承繼，則其先人既已喪失繼承權之場合，將就何物而為代位繼承乎？此其萬難說明者也。

已嫁女子若於繼承開始前死亡或失權者，其所應繼遺產，得由其子女代位繼承，自無待論。然司法院近時復為偏枯之解釋，謂已嫁子女死亡時，依當時之法律尚無繼承權，則繼承開始時之法律，雖許女子有繼承權，而已死亡之女子，究無從享受此權利，其直系卑親屬，自不得代位繼承（司法院院字第七五四號解釋）。代為繼承乃法定之結果，而非代表先人權利而為繼承，已如右述。司法院之解釋，竟未貫徹男女平權之原則，論者非之。

第四 第二順序

遺產繼承以父母為第二順序，於被繼承人無直系血親卑親屬，或未以遺囑指定繼承人時，即由其父母（有配偶時與其配偶同時）繼承遺產。父母繼承子女遺產，本與以子承父之通常順序完全相反。然子女之於父母，雖為血肉繁榮，無倒為代謀之義，而顧劬勞鞠育，則有追思答報之恩。以論情誼，實深且重。其於遺產繼承，舊制未予地位，前大理院判例僅偶與承受機會，民法斟酌理，直認父母有繼承權，且位於直系卑屬之後，於人情蓋屬妥當。

父母指有親屬關係之父母而言，養子女之本生父母不在其內，與養子女於收養前所生子女無代位繼承權同。蓋養子女於本生父母雖有天然血統之連續，而法律上因擬制之結果，已斷絕其親屬關係，此於第一〇八三條「養子女自收養關係終止時起，回復其本姓，並回復其與本生父母之關係」反方面觀之，自不難推知之也。

第五 第三順序

第三順序爲兄弟姊妹，即無第二順序以上之繼承人時，則由兄弟姊妹（如有配偶時與其配偶同時）承繼。兄弟姊妹，相隔一系，應否爲繼承人，已屬便宜問題。外國法例，旁系血親，向皆優予權利，而新近立法，則有否認之矣。民法取乎兩者之間，旁系血親以兄弟姊妹本身爲限，亦予繼承權利。蓋兄弟姊妹，血脈相連，情如手足，子孫父母而外，親近無出於其右者，苟兄弟姊妹而能世代繁昌，固亦不失爲同一種族之發跡也。民法因爲列於第三順位。

同父異母或異母同父之兄弟姊妹，即所謂半血緣之兄弟姊妹，得與全血緣兄弟姊妹有同等繼承權與否，法無明文，解釋上不無問題。外國法例，半血緣兄弟姊妹，大都認其有繼承權，祇其應繼分另有等差而已。（或將遺產分爲二部，一爲父方，一爲母方，全血緣者可於父母兩方各得應繼一份，半血緣者僅能於父方或母方取得一分，如德瑞士之民法是。或以半血緣者其應繼分，僅爲全血緣者二分之一，如意大利之民法是。）民法無直接明文，惟自第九六八條「稱旁系親者，謂非直系血親，而與己身出於同源之血親」推之，則半血緣兄弟姊妹，亦爲旁系血親。既爲旁系血親，則對於同源之父或母之遺產，自應與同源之兄弟姊妹，得爲同一順序之繼承人也。最近司法院之解釋亦同（院字第七三五解釋）。

第六 第四順序

民法以祖父母爲第四順序之繼承人，即列於最末順位。祖父母雖爲直系尊親屬，而與父母又隔一世，對於孫及孫女之遺產，得爲繼承機會，實已甚鮮，而除直系尊親屬之情誼關係外，亦無使爲承繼之必要。民法乃爲列於最

末順位，以無第三順序以上之親屬爲限，始得（被繼承人有配偶時與其配偶同時）繼承遺產。

祖父母是否包括母之父母即外祖父母在內，解釋上亦有問題，惟現制既認外孫及外孫女得承繼外祖父母之遺產（第一一三八條第一款），外祖父母自亦應得承繼外孫及外孫女之遺產，故當以積極解釋爲妥。至外祖父母名詞，本爲宗法社會所遺，宗法親父族而疏母族，對祖父母亦有內外之別，然民法以本生父母之父母，皆爲同親等血親，既無親疏之分，焉有內外之別，故依法意推之，祖父母名詞，直謂包括母之父母即外祖父母在內可也（司法院院字解釋第八九八號）。

第二項 指定繼承人

第一目 概說

指定繼承 (Erbeinsetzung, Institution d'héritier, appointment of heirs) 由來甚久，古代末期，羅馬法中即已認爲普通繼承方式。無法定繼承人時，固毋待論。即有法定繼承人時，亦得就法定繼承人以遺囑再加指定，或於其外另指定之。所得指定之人，亦無親屬關係或人數單複之限制焉。近代各國殆皆認有此制，祇繼承人全體或以遺囑自由指定爲原則，或僅以之爲例外，各有不同已耳（參照法民九六七條，德民第二〇八七條以下，瑞民第四八三條，日民第九七七條以下）。我國民法爲安定秩序及保護公益之計，原則採取法定繼承主義，已如前述。惟一面爲顧全社會習慣及個人便利之計，以特定場合爲限，例外亦認指定繼承而已。即彼繼承人無直系血親卑親

屬時，於不侵害特留分之範圍內，就其遺產全部或一部，得以遺囑指定其繼承人（第一一四三條）。人生有限，事業無窮，志行未逮，乃欲延長生命於不絕，本爲人情之恆。矧暮年失子之人，生前既感寥獨零丁，依倚無恃，死後尤覺產業廢棄，無所歸宿。爲補救此種人生缺憾，民法例外採取指定繼承制度，俾被繼承人亦得自由選擇，指定一定之人，以繼續其人格與事業，其命意與被繼承人之本願及社會之利益，固甚相合也。指定繼承之效果，被指定人與被繼承人間亦生法定血親之關係（第一〇七一條）。但指定繼承與收養及立嗣各有不同，茲爲比較述之如左：

一 指定繼承與遺囑收養

第一，指定繼承雖與收養同樣發生法定血親之效果，而學者中亦有稱之爲遺囑收養者，然一爲單獨行爲，一爲雙方行爲，其行爲性質各有不同，從而收養雖亦得以遺囑爲之，仍須他方承諾，始生效果。而指定繼承則否，在指定繼承他方雖亦得爲繼承之承認及拋棄，其效力則因繼承開始當然發生。又收養終止亦須雙方同意，而指定得由原指定人以遺囑撤消之。此外養子女之應繼分與指定繼承人之應繼分，亦有不同，如後所述。

二 指定繼承與立嗣

其次，指定繼承與立嗣亦頗相似，其作用且有謂爲所以代替立嗣制度，而矯正其弊害者，然一爲遺產繼承，一爲宗祧繼承，其標的已相懸絕，從而立嗣制度上所有之特點，如繼承人限於同姓男子，人數止爲一人等等，於指定繼承均不有之。又立嗣除以遺囑外，得以生前行爲爲之，或死後由他人爲之代立，而於指定繼承皆所不許。

第二目 指定之要件

指定繼承行為，須具左列之要件：

一 指定須以遺囑爲之

遺產繼承因被繼承人之死亡而始開始，則指定繼承自須以死後處分爲之。死後處分，即遺囑是。遺囑爲單獨行爲，須具一定方式而始有效成立，其詳姑待後述。惟指定繼承爲被繼承人自由處分財產方法之一種。而遺囑須出於本人之真意，則其繼承人之指定，非被繼承人以外之人所能代爲，甚屬明顯。

二 須無直系血親卑親屬時

遺產繼承人僅無第一順序之直系血親卑親屬時，始得例外自由指定，已如前述。故被繼承人死亡之際，若有子女或孫及孫女懷孕或生產，或有養子女收養者，其指定不生效力。因本要件之規定，有強行性，而非私人意思所能更動者也。惟在遺囑作成之際，曾有第一順序之繼承人，或於作成之後，曾有第一順序之繼承人之產生或收養而復早逝，此等事實則無礙於指定行爲之效力耳。

三 須不違反關於特留分之規定

指定繼承人繼承遺產場合，如被繼承人尚有生存配偶者，其配偶有與指定繼承人同時繼承遺產之權（第一一三八條第一一四四條）。且其繼承遺產，依第一二二三條第三款關於特留分之規定，不得少於其應繼分二

分之一。故被繼承人雖得就其財產之全部或一部，爲繼承之指定，而對於配偶之特留分，不得以指定行爲侵害之。此特留分之規定，本有強行法之性質，被繼承人不得任意左右，原爲理之當然。第一一四三條但書云云，不過對於同條上文之注意規定耳。至其違反關於特留分規定時之效果如何，民法另有規定。（第一二二五條，第七一條下段但書，）姑待稍後論之。

第三目 被指定人之限制

被指定之人有無若何限制，爲有考察價值問題。民法除前項所述者外，關於指定繼承之要件，別無何等明文規定，因而在表面上對於被指定之人，似不有何等之限制者。然民法所設之指定繼承，與單純之遺贈，或日本之家督相續人之指定，被指定人僅承受財產上之權利義務，或繼承一家戶主之地位者，迥然不同。其指定繼承之效果，除關於遺產繼承者外，並發生親屬身分之關係，即被指定人對於被繼承人，並取得婚生子女之地位焉（第一〇七一條）。在此點上，其效果頗與收養關係相似。然關於被收養人之要件，民法規定亦有殘缺不完之弊，就中輩分不同之親屬可否收爲養子一項，收養條下亦無明文規定。此之場合，法源欠缺，無可諱言，吾人於此誠宜以創造解釋出之。其法即就一定型之社會關係，而爲立法上所想爲規律對象者，加以考察，並探究一切可以適合於該社會關係之法律規範，將其未爲立法明文所規定者，在解釋上創立以爲次於明文之法律是也。然則指定繼承之效果所生之親子關係，亦一定型之社會關係也。雖其關係發生於被繼承人之死後，被指定人與被繼承人不再爲現

實的共同生活之機會，而在一般社會觀念上其後固尚得以法定血親關係目之，且與被繼承人之生存近親，如配偶，父母，祖父母，兄弟姊妹，以及叔伯姑等，勢亦必發生法定親屬關係，自此不問其被指定人入於被繼承人之家，而為其家屬之一員與否，由其法定親屬關係所生之尊卑秩序，固儼然存在也。指定繼承之結果，既發生若是之倫常關係，則其繼承人之指定，自不能與社會之倫常觀念相反，直指定祖父母或伯叔姑等為己之繼承人矣。又輩分不同之卑親屬亦然。故自指定繼承所生之社會關係觀之，與被繼承人之子女輩分不同之近親，應解為不得依第一一四三條指定為繼承人者，方於倫序為合。

惟關於親屬範圍，民法無一般規定，其輩分不同親屬，究以屬於若何範圍以內者，不得指定為繼承人，又成疑問。據近時司法解釋：「旁系血親八親等以內，旁系姻親五親等以內輩分不同者，不得為養子」（院字解釋第七六一號）。收養效果與指定繼承原屬相類，此項親屬收養禁止範圍之解釋，於指定繼承似可比附適用之。

第三款 應繼分

第一項 概說

應繼分者，各繼承人對於遺產上一切權義，所得繼承之成數（分率）也。應繼分之規定，以繼承人有複數之存在為前提，繼承人若僅為一人，則被繼承人所有遺產上之權義，概歸其一人承受，不生分配問題。惟繼承人有數人時，其權義由其數人共同繼承，各人應得若干成數，乃非有一定之分率不可矣。此際各人所得分配財產之分率，

即應繼分 (Part heritairie)。各繼承人就遺產所有應繼分之關係，與各共同共有人就共同共有物所有應有部分之關係同，其詳亦待以後述之。

共同繼承人所得承受遺產之成數，於不侵害特留分之範圍內，得由被繼承人以遺囑自由指定（院字解釋第七四一號），無遺囑特別指定時，則依法律所定之。故應繼分亦可別為二種，一指定應繼分，二法定應繼分。

第二項 法定應繼分

第一目 概說

應繼分於某範圍內雖得由被繼承人自由指定，然實際上指定未見通行，其未指定場合，則應適用法律以決定之。民法因酌量與被繼承人親屬情分關係之深淺，規定各種繼承人之應繼分，以確定其對於遺產之分率焉。所謂無遺囑指定之場合，約為如下各種：

- 一 被繼承人未有遺囑為應繼分之指定者，
- 二 指定應繼分之遺囑無效者，
- 三 受應繼分指定委託之第三人，不為指定者，
- 四 被繼承人僅就共同繼承人中一人或二人之應繼分，特加指定，或委託他人代為指定，而其餘各人未有指定者。

凡屬此等場合，皆應適用法律規定，以定其應繼分。各種繼承人之法定應繼分如左。

第二目 配偶之應繼分

配偶之繼承遺產，不列於一定之順序，已如前述。故配偶不問有無各順序之繼承人，皆得有相當之應繼分。其應繼分視其同時繼承之人與被繼承人之親疏關係如何，設有等差。如其同時繼承人與被繼承人情分關係漸疏，其應繼分乃益厚。（參照民法第七六七條，德民第一九三一條，瑞民第四六一條）。依民法規定，配偶之法定應繼分如左（第一一四四條）：

一 與第一一三八條所定第一順序之繼承人同為繼承時其應繼分與他人平均

即配偶與被繼承人之直系血親卑親屬同為遺產繼承時，其應繼分與直系血親卑親屬之應繼分同。如被繼承人有子女各一，而有遺產三千元者，則配偶子女三人，平均分配，各得一千元是。

二 與第一一三八條所定第二順序或第三順序之繼承人同為繼承時其應繼分為遺產二分之一

即配偶與被繼承人之父母或兄弟姊妹同為遺產繼承時，其應繼分為全部遺產之半。如被繼承人無直系血親卑親屬，僅有父母存在，而有遺產三千元者，則配偶一人獨得一千五百元，父母合得一千五百元。又被繼承人並無父母，而僅有兄弟姊妹時亦同。

三 與第一一三八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

即被繼承人并無直系血親卑親屬，父母，兄弟姊妹，僅有祖父母，而有遺產三千元，由配偶與其祖父母同為繼承者，則配偶得二千元，祖父母合得一千元是。

四 無第一一三八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，其遺產若有三千元，則三千元全部由其配偶承受是。

第三目 同一順序繼承人之應繼分

遺產繼承人凡屬於同一順序者，其應繼分以採共同均分主義為原則（第一一四一條），已如前述。蓋同一順序之繼承人與被繼承人，其情分關係，原屬同一。苟被繼承人自身認為無設差異之必要者，則遺產繼承，法律自以明定為共同均分，為較適合被繼承人之意思，且亦足符平等之大原則也。故在同一順序而有數人時，則不問男女老幼，既出生或在胎懷，乃至婚生與非婚生之別（但外國立法猶設有差別待遇，參照法民第七五九條，瑞民第四六一條第二項，日民第一〇〇四條但書），關於遺產繼承，概按人數平均分配，不容有所軒輊。如被繼承人有第一繼承順序之子女三人，除配偶之應繼分外，尚有遺產三千元，則每人各得千元。若無直系血親卑親屬，而僅有父母，或並無父母而僅有兄弟姊妹，其遺產三千元則歸父母或兄弟姊妹各按人數平均分配。又半血緣兄弟姊妹，繼

承其同源之直系尊親屬之遺產亦同。

惟養子女雖與親生子女有同一繼承之順序，而與親生子女相較，情分究屬不同。如被繼承人而無親生子女或其子女之直系血親卑親屬，則養子女本為親生子女之代替，固可使之與被繼承人之配偶繼承遺產之全部，而被繼承人除養子女外，尚有親生子女存在時，則以情分親疏不同之故，其間設以差別，較於恆情為妥。民法因設例外，於被繼承人有親生子女時，以養子女之應繼分為婚生子女（親生子女）之二分之一（第一一四三條第二項）。但民法繼承編施行前所立之嗣子女，對於施行後所開始之繼承，其應繼分與婚生子女同（施行法第七條）。

代位繼承場合，以被代位人之應繼分為代位繼承人之應繼分，亦已前述。即代位繼承人一人與其叔父一人為遺產繼承時，固與其父叔平分一半，而代位繼承人若有數人存在時，則僅就被代位人本來應得之部分，仍依第一一四一條規定，按人數而平均分配。若代位繼承人為養子女或有一二人為養子女時，亦依第一一四一條而分配之。

第三項 指定應繼分

各繼承人之應繼分，被繼承人一面得以自由指定，殆為自明之理。蓋遺產繼承人既為法律所一定，則各繼承人間財產應為若何分配，於某範圍內，即任被繼承人自由指定，已無妨於公益。且被繼承人所有之財產，生前既得自由處分，各繼承人之應繼分，亦宜使之得以死後處分決定之。如是被繼承人乃得自由權衡，如長子已有生活能

力，則與次子遺產稍裕，或男子早已分財析居，尙有女子在家未嫁，則多與資財，使之再受教育，凡此等等，非特於公益無妨，且與被繼承人之願望固甚合也。關於此，民法雖無直接明文規定，而自認有遺囑制度之精神，及關於特留分規定之反面推之，自甚明白。

應繼分之指定，以其爲死後處分之故，須以遺囑爲之，又關於特留分之規定，以其爲公益規定之故，不得任意違反，可勿待論。惟其具體指定，除被繼承人以遺囑自爲者外，得以遺囑委託於第三人爲之與否？則屬疑問。就此問題，立法例亦不一致。肯定立法，德民第二〇四八條，日民第一〇〇六條，否定規定，法民第一〇七五條，瑞民無明白規定，但云，財產之分配，得由處分者爲之而已，參照瑞民第六〇八條。惟此處所謂第三人，係指被繼承人及繼承人以外之人而言，如得與遺產繼承無關之第三人，爲公平之指定，其指定亦足以符合被繼承人之意思，殆無疑義。故在限定範圍以內，蓋亦不妨許被繼承人以遺囑委託第三人爲應繼分之指定也。

第四款 特留分

第一項 概說

特留分 (Pflichtteil, Réserve, compulsory or statutory share) 者，遺產之部分，被繼承人應爲各法定繼承人保留，而不得以遺囑無償處分者也。我國現制原則採取法定繼承，凡繼承人及應繼分皆爲法律所一定，除特定場合外，不得自由指定其繼承人；並在一定限度以內，不得以遺囑自由處分其遺產，已如前文所述。蓋自認有私

有財產制度之根本言之，個人之所有權雖應任於各人之自由處置，或以生前行爲任意處分，或以死後處分定其歸屬。然他面爲顧全社會之共同生活起見，就其處分，殊不能完全放任於個人意思之自由。故現代法律對於所有權之行使，既自社會公益見地，加以限制於前（即所有權之橫面的限制），復爲保障親屬生活，限制遺贈自由於後（即所有權之縱面的限制）。顧極端之法定繼承主義，又未免過於抹殺所有權之自由，而不能發揮其社會的效用。故現代多數國家，爲矯正過於極端之計，莫不認許財產所有人以死後處分之自由，同時固守法定繼承之原則，於一定範圍內，限制其自由處分，是即所謂特留分之制度也。

考特留分制度，實起源於羅馬法。當羅馬法初期，一家家長本有無價處分其財產之權利，而不受若何之拘束。迨後對繼承人授以限制遺囑及贈與之訴權（*Querela inofficiosi testamenti*, *Querela inofficiosa donationis*）始對家長之自由處分權，加以限制。然依當時法院判例，其繼承人之請求，亦有一定界限，凡血親依遺囑已承受其法定應繼分四分之一者，不得再爲異議。至優帝之世，遂以法律訂定，認正統繼承人未受遺產之一定數額者，得提起補充法定數額之訴。其法定數額，正統繼承人在四人以下時，爲法定應繼分三分之一，在四人以上時，爲應繼分二分之一，是即特留分制度之權輿也。近代大陸法系諸國，就本項制度之規定，或自被繼承人之權能方面觀察，限定被繼承人所得自由處分之產額（*La portions de biens disponible*），或自繼承人之權利方面着想，定爲應爲繼承人保留之部分（*Reserve*）。前者爲法法系諸國所採方式，後者爲德法系諸國所採方式，民法即從後者規定。

其次，關於特留分權利之性質，各國立法亦有二種區別。其一，以特留分爲遺產之部分，法定繼承人卽有其權利於遺產之上者，法法系諸國及瑞士日本民法探之（法民第九一三條第三項第九一四條第二項及第九一五條，荷民第九六〇條，意民第八二六條，西民第八二一條，瑞民第四七〇條以下，日民第一一三〇條以下）。其二，以特留分權利爲權利人對於繼承人所有之債權，其權利人並得將其債權移轉者，德法系諸國民法探之（德民第二三〇三條以下及第二三〇五條第二三一七條，奧民第七六二條及第七六三條）。以上二主義中以前者於法定繼承之精神較合，民法亦採前者。卽以特留分權利爲法定繼承權，其權利人及特留產額，均準法定繼承規定，而被繼承人若以遺囑侵害特留分時，繼承人則得請求扣減。祇其請求扣減，以通常之意思表示爲之已可，非必以訴爲之，特有多少不同而已。

依民法規定，特留分既爲遺產之部分，故唯法定繼承人始享有之，其已失權之人或已拋棄繼承權人，一概不能享受。他面已爲繼承承認之人，則不問單純承認或限定承認，皆得享有之。所謂遺產之部分，乃遺產中相當於一定數額之部分，非必遺產中之特定財產。但既與其數額相當，就遺產中指定若何部分，被繼承人固亦得自由決定之耳。

又特留分規定之設，原所以限制被繼承人之遺囑處分，尤其限制對於他人之遺贈。至對於債權人之權利行使，則無何等效力。如被繼承人所遺債務之額，超過於積極遺產，於繼承人自己不能主張其特留分。又其限制被繼

承人之無償處分，亦非有絕對之效力。如被繼承人之無償處分超過一定限度，致侵蝕特留分時，繼承人僅得行使扣減權（第一二二五條），請求撤銷其超過部分之處分而已，其處分本身要非當然無效（第七一條但書）。蓋特留分之享有，僅爲繼承人之權利，而非其義務，法律既不強使其行使扣減權，其權利固得因不行使而拋棄之也。

第二項 特留分之數額

特留分乃遺產中應爲法定繼承人保留之部分，易言之，即遺產中之一定數量或數額，已如右述。惟關於特留分數額之規定，立法上又有不同之體例。其一，有自被繼承人處分權方面規定，按繼承人人數之多寡而伸縮其處分權之範圍者，現代法國民法採之。法民以直系親爲繼承人時爲限，認有此項制度。即直系血親卑親屬爲一人時，限制其得處分之額爲遺產二分之一，爲二人時三分之一，爲三人時四分之一（法民第九一三條）。至直系尊親屬爲繼承人時，則分兩系繼承，不問人數多寡，各系各爲保留四分之一。故兩系具有時，其得處分之額爲二分之一，僅一系時四分之一（同九一三條）。其二，有自繼承人方面規定，不問繼承人數多寡，但以遺產中一定數量爲其全體之特留分者，意西日民法採之（意民第八〇五條，西民第八〇八條）。日民規定在家督繼承場合，繼承人爲直系血親卑親屬時爲遺產二分之一，爲其他繼承人時三分之一（日民第一一三〇條）；在遺產繼承場合，繼承人爲直系血親卑親屬時二分之一，爲配偶或直系尊親屬時三分之一，爲戶主時則不認有特留分（同第一一三一條）。其三，有同自繼承人方面規定，但依繼承人分別計算，各爲保留其應繼分幾分之幾者，德瑞民法採之（德

民以直系血親卑親屬父母及配偶爲限，認有特留分權，其數額各爲其法定應繼分二分之一（德民第二三〇三條）。瑞民更依親屬種類設以等差，直系血親卑親屬，各爲法定應繼分四分之三，父母二分之一，兄弟姊妹四分之三，配偶與其他法定繼承人同爲繼承時爲應繼承全部，單獨繼承時二分之一（瑞民第四七一條）。以上各種主義，結果各有不同。而要以第三種比較妥當。尤以瑞民之例，依其繼承人對被繼承人關係之親疏，設以數額上之差別，於情於理兩得其宜。故民法亦採其例，規定如左（第一二二三條）：

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

依民法規定各繼承人之特留分，均按其應繼分之數計算，既明應繼分計算方法之後，其計算方法，甚易明白。夫應繼分爲各法定繼承人對於遺產所得承受之成數，各人應得承受幾何，可因同一順序繼承人之多寡，及有配偶同爲繼承時其應繼分若何，而決定之。例如繼承人僅爲直系血親卑親屬二人時，各人之應繼分各爲二分之一，再加配偶同爲繼承時，乃各爲三分之一。依本條規定，直系血親卑親屬及配偶之特留分，各爲其應繼分二分之一。故在前之場合，其直系血親卑親屬二人之特留分各爲遺產四分之一，如有遺產六千元者，乃各有特留分一千元。是後之場合，其直系血親卑親屬及配偶三人之特留分各爲六分之一，如有遺產六千元時，乃各有特留分一千元。是上設二例，直系血親卑親屬中如有代位繼承人者，其代位人全體之特留分，應就被代位人之特留公平均分算，所不待贅。

又法定繼承人僅爲父母二人時，其各人之應繼分各爲遺產二分之一，再加配偶同爲繼承時，則配偶之應繼分爲遺產二分之一，父母之應繼分各爲遺產四分之一。依本條規定，父母及配偶之特留分均爲其應繼分二分之一。故在前之場合，父母各人之特留分各爲遺產四分之一，如有遺產八千元者，乃各有特留分二千元是；後之場合，父母二人之特留分各爲遺產八分之一，如遺產有八千元者，乃各有特留分一千元，配偶之特留分爲四分之一，其八千元中乃有二千元是。

二 兄弟姊妹及祖父之特留分爲其應繼分三分之一

即法定繼承人僅爲兄弟姊妹四人，其各人之應繼分爲遺產四分之一，其特留分爲十二分之一，如有配偶同爲繼承時，則兄弟姊妹之特留分各爲二十四分之一，配偶之特留分爲遺產四分之一。又祖父母單方或與配偶同爲繼承時，亦可依此類推。

第三項 特留分之算定

「特留分由依第一一七三條規定之應繼財產中，除去債務額算定之」（第一二二四條）。其法即不外將繼承人於繼承開始前所受特種贈與財產之價額，加入繼承開始時被繼承人所有之財產中，從其所得之和，扣去被繼承人所負債務之總額，以其賸餘爲計算特留分之財產（法民第九三二條，德民第二三一五條，瑞民第四七五條，日民第一一三二條）。然後再按各繼承人應繼分幾分之幾而算定之。茲依本條規定，申述其計算方法如左：

一 核定繼承開始時被繼承所有積極財產之數額

計算特留分其第一步應先確定繼承開始時被繼承人所有產權之數額。此時被繼承人所有之一切之產權，不問其爲物權或債權，或其他權利，除專屬於一身者外，均應依其現狀及時價算定。其中如遇附有停止條件之權利，及存續期間不確定之權利（如終身年金）時，應爲如何計算，法無明文，依理當於審判上或審判外估價決定之。至遺贈標的之產額，此時尙包括在其積極遺產中，不必另行加算，自不待言。

二 加入特種贈與之價額

此時所應加入於積極財產中之贈與，自指第一一七三條所列各種生前贈與，即繼承人在繼承開始前因結婚，分居或營業，從被繼承人所受之贈與是。此等贈與雖爲被繼承人之生前行爲，而彼時被繼承人給以資財，授以家室，乃欲其成家立業，自圖發展，與死後遺以財產，惠其族類，用意原無二致，故於分算特留分之際，亦應加入計算，以便仍由該繼承人之特留分中扣除之。惟本項扣算原係推測被繼承人之意思而設，若被繼承人於贈與時有反對之意思表示者，則應從其意思，不應加入（第一一七三條第一項但書）。又此等贈與，其價額應依贈與時之價值計算（同條第三項），概如後述。

惟計算特留分時應加入之生前贈與之範圍，各國立法頗有不同，有不問任何種類均應無限加入者（法民第九二〇條），有不問任何種類均不應加入者（日舊民財產取得篇第三八七條），前者使受贈與人之地位不

能確定，有害於交易之安全，後者被繼承人得以贈與方法盡情處分財產，使特留分制度全歸無用。故現今各國咸採折衷主義，即將被繼承人於繼承開始前一定期間內所為贈與之價額，乃應加入計算（德民第二三二五條，瑞民第五二七條，日民第一一三三條）。前法制局繼承法草案，師法於此，規定在繼承開始前一年內所為之贈與，須將其價額加入於遺產中計算；如贈與人及受贈人均係惡意（即有侵害之認識），則雖係一年前之贈與，亦應將其價額算入，但以自贈與時起未滿三年者為限。此其用意，蓋一面恐被繼承人以生前贈與減少繼承開始時所有遺產之數額，因以侵害繼承人之特留分，故設法以預防之，他面為保障受贈人之利益及社會交易之安全計，故限定繼承開始前一定期間內之贈與，乃須算入其價額也。該草案本項規定，用意似屬適當（參照羅鼎著民法繼承論二六三面）。現行民法則僅以特種贈與為限，始應加入計算。即以對於繼承人因結婚、分居或營業而為之贈與為限，應加入於遺產中計算，而對於他種贈與乃至對於第三人之贈與，不更設以限制，是則被繼承人儘可以生前贈與任意處分其財產，以侵害繼承人之特留分，使特留分制度之精神終難貫徹。關於此，立法上實宜再思有以補救之。

三 扣去債務之總額

被繼承人所遺積極產額加入特種贈與之後，如被繼承人有債務而歸其負擔者，尚應除去其債務之總數。蓋被繼承人所有之債務，原應以其一切財產為担保，今分配特留分於繼承人，自應先由其財產中扣去之耳。此時應

扣去之債務，凡被繼承人所負擔者，一概包括在內。其為金錢債務，抑為須加估價之債務，為公法上之債務抑為私法上之債務，為對於繼承人之債務抑為對於普通第三人之債務，固非所問也。惟因遺贈而屬於繼承人應負之債務，則不應計算在內，須注意之。

依右述方法扣除全部債務之後，尚有若干積極財產賸餘者，乃為純粹遺產，得作為分算特留分之基本，而各人之特留分幾何，即得依前述第一二二三條規定算定之矣。若其債務總額等於積極財產或較多於積極財產者，則繼承人乃無特留分之可言，且不特無特留分，甚或須承受若干之債務。此時其繼承人為避免因繼承而生之不利，利益計，得為限定承認或整個拋棄其繼承，有如後述。

第四項 特留分之扣減

因特留分規定之結果，被繼承人對於遺產得為自由處分之範圍，乃為法律所一定，而繼承人對於遺產所有特留分之權利，亦為法律所保障。然實際上被繼承人仍不免忽視本項規定，超過一定範圍，而處分其財產，使繼承人所承受之財產過少，以侵害其特留分。法律為救濟其侵害之計，因許繼承人於保全特留分所必要之限度內，否認被繼承人所為處分之效力，即保留或回復被繼承人所為之處分（第一二二五條）。是為特留分之扣減（*Reduction de réserve*）。行使扣減之權利即扣減權。扣減權之發生，以特留分之侵害為要件，而特留分之侵害非至繼承開始，其權利人並數額既已確定，及被繼承人之自由處分發生效力之後，不能發生。故在繼承開始之前，繼承人

不能主張扣減，自不待言。

一 扣減權之性質

扣減權爲特留分權之主要作用，須待特留分權利人之行使，始生效力。故被繼承人超過於自由處分範圍所爲之遺贈，當然無效，祇於保全特留分所必要之限度，其權利人即繼承人得請求減削而已。蓋本項權利其行使與否應任於權利人之自由，苟權利人即繼承人爲尊重被繼承人之意思，而不願保全其特留分者，自無強其行使之必要也（第七一條但書）。

特留分扣減權又稱扣減請求權。但本項權利僅對相對人指定一定限度，爲請求扣減之意思表示，法律上即生扣減之效力，而相對人於應受扣減之程度，因之即有返還其遺贈之義務。故其權利實質非請求權，而爲形成之一種。從而對於相對人請求扣減，僅以意思表示爲之已足，不必請求法院判決扣減（反對立法例法民第九三條，瑞民第五二二條）。即有時請求法院宣判亦祇須請求標的物之移交或登記塗消聲請不必請求遺贈之取消。

二 扣減權人

扣減權惟特留分權利人即法定繼承人，始得享有，其他有利害關係人不得有之，但本項權利以保留或回復遺贈上之利益爲內容，與專屬於本人之繼承權不同，得移轉於他人，其特留分權利人之繼承人及其他自特留分權利人讓受權利之人（如特留分權利人之受遺贈人），得爲繼受，固無待論；即特留分權利人之債權人，亦得依

民法第二四二條規定而代位行使之。

三 扣減權之相對人

應受扣減權對抗之相對人，不外受遺贈人及其繼承人，此處所謂受遺贈人，範圍甚廣，除第三人外，即指定繼承人，及法定繼承人因被繼承人之遺囑指定，其應繼分超過於法定應繼分一定之程度者，亦應包括在內。蓋被繼承人於不侵害特留分之限度內，不問對指定繼承人或法定繼承人，均得指定其應繼分，有如前述。故第一二二五條所謂遺贈，在解釋上除對於第三人之遺贈外，自應包括此等場合之遺產處分在內也。此外自受遺贈人讓受遺贈標的物之人，即遺贈物之讓受人，以不受此項扣減權之行使為原則，蓋否則一般交易之安全將受其破壞矣。

四 扣減之標的及順序

各國立法，多以在繼承開始前一定期間內所為之一般贈與，亦應加入於應繼之遺產中，以為計算特留分之基礎，有如前述。故為保全特留分計，除遺贈外，即生前贈與亦在應受扣減之列。而贈與與遺贈同時存在時，則以遺贈先於贈與，同在贈與中，又以後之贈與先於先之贈與（法民第九二三條，意民第八二三條，荷民第九七一條，瑞民第五三二條，日民第一一三六條及第一一三八條）。此其命意，蓋因侵害特留分之程度，以遺贈或後之贈與為較深切，而確定較久之法律關係，亦宜務使少受變更也。民法與各國立法不同，被繼承人在繼承開始前所為之贈與，僅以繼承人因結婚分居或營業所受之特種贈與為限，須加入於應繼財產中計算，已如前述。故民法所定扣減

標的，自亦不外此等贈與以及遺贈二類而已。惟關於此等贈與是否爲扣減之標的，因非如遺贈然有第一二二五條之明文規定，解釋上或有問題。但此等贈與既因被繼承人未有反對表示，而應加入遺產中計算，則其贈與數額過大，致使特留分之數額欠少時，與分割遺產時添補他人不足之應繼分同樣（見後），亦應受特留分權利人之主張扣減，殊無容疑。扣減順序，以遺贈先於此等贈與，可謂與外國法同。但此等贈與其應加入遺產扣算，一以性質爲主，並無間於其贈與時期之先後，故有此等贈與多數同時存在時，則不能效法外國，分爲先後，而應與扣減遺贈時同，各按其所受贈與價額比例扣減之。

有多數遺贈同時存在場合，如無扣減其全部之必要，則應按其所得遺贈價額，比例扣減（第一二二五條下段）。蓋被繼承人所立遺囑之時期，雖有先後之別，而其效力則概於被繼承人之死亡時，始行發生。故此等多數遺贈之扣減，自以不分先後順序，一依所得價額比例扣減，最爲公允。惟對於受遺贈人給以若何程度之利益，原以被繼承人即遺贈人之意思爲準，故遺贈人若有明白表示，謂應扣減時則先扣減其中某項遺贈者，則不妨從其意思耳（參照舊民第一一三七條）。

五 扣減之數額

扣減權得於保全特留分所必要之限度內行使之。故「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，由遺產扣減之」（第一二二五條上段）。例如被繼承人於繼承開始時所有財

產之總額爲三千元，由其直系血親卑親屬一人繼承，其應得特留分爲應繼分二分之一，即三千元中一千五百元。若被繼承人曾以遺囑對第三人爲二千元之遺贈者，則其繼承人即特留分權利人以不足之額五百元爲限，得請求遺贈扣減。又「受遺贈人有數人時應按其所得遺贈數額，比例扣減（同條下段）。如上例受遺贈人爲甲乙二人，甲所受之遺贈爲一千二百元，乙所受之遺贈爲八百元者，則各人所得遺贈數額爲三與二之比，應自甲之遺贈扣減三百元，自乙之遺贈扣減二百元，其餘類推。

第五項 扣減之效力

扣減因特留分權利人之意思表示，當然發生效果。而因扣減行爲之結果，被繼承人所爲之遺贈或特種贈與，乃於保全特留分所必要之限度無效，已如前述。故遺贈之標的物如已交付者，特留分權利人乃得逕爲遺贈物或其價額返還之請求；如尙未交付者，則得按其不足之數自行扣去，而將其所賸餘者交付於受遺贈人，若並無賸餘者，則無須再爲遺贈之交付，即爲竣事。惟遺贈非至繼承開始後不能履行，故實際上在扣減時多未交付，因之請求返還標的物之情形，殆居少數，至特種贈與，其受贈人則必在繼承開始前已取得其利益，至扣減之際，扣減權人乃必須請求返還其利益耳。關於扣減，除上述一般效力外，尙應注意次列之各點：

（一）應受扣減之遺贈及特種贈與，其孳息應否返還？法無規定，須待解釋以補充之。先就遺贈言之，理論上已受扣減請求之遺贈，於保全特留分必要之限度，已失效力，因之受遺贈人若已取得其財產者，乃須將自其財

產所收取之孳息與其財產合併返還。然遺贈之扣減，恆爲受遺贈人所始末及料，而關於扣減權之存續期間，民法未有短期消滅時效之規定（見後），若時間經過稍久，則受遺贈人且已將其孳息消費殆盡，使之自受遺贈時起負其返還之責，於情未免苛酷。且自占有之法理言之，善意占有人得爲占有物之收益（第九五二條）。蓋善意之占有人既受推定有適法之權利，自應使其得爲占有物之收益，而在權利存續期間（即未變爲惡意占有以前），則無返還其孳息於任何人之必要也。祇自受扣減請求以後，受遺贈人可視爲惡意占有，而應返其孳息耳（第九五八條）。故自民法解釋，受遺贈人祇自受扣減請求時起，須負返還孳息之責。至於特種贈與，其計算民法採取價值充當主義，但言其贈與價額須算入於遺產中（第一一七三條），而不及於孳息。在遺產分割場合，其以前所生孳息無須返還，甚爲明顯。因保全特留分而應受扣減時，固亦可與遺產分割時爲同樣之解釋也（意民第一五〇五條，日民第一一三九條，法民第九二九條）。

（二）其次，關於贈與之扣減，民法採取價值充當主義，僅須返還價額，不必返還原物，已如前述。但受遺贈人受扣減之請求時，是否亦以返還價額爲常，殊難同斷。一般而論，遺贈至繼承開始始生效力，受遺贈人領受遺贈，其距去受特留分權利人之請求扣減，時間殆必比較領受生前贈與爲短，且恆在於扣減稍前。爲保護特留分權利人起見，毋寧使得請求返還原物，爲較妥便，故於扣減遺贈場合，應以返還原物爲原則（法民第二三二一九條）。惟已領受之遺贈，若必強其返還原物，有時亦有不便，而自扣減權人觀之，若能充分取得特留分之價額，亦未必

定欲其原物也。故受遺贈人若按應受扣減之程度償還遺贈物之價額者，亦應免除其返還原物之義務（參照民法第一一四四條第一項）。惟未受交付之遺類，受遺贈人亦提供價額而請求目的物之交付者，則應以特留分權利人之意思為主，如特留分權利人不欲者，自宜適用原則，不必許其請求耳。

（三）再次自對於第三人之關係言之，受遺贈人如已將所受之遺贈物轉讓於第三人時，扣減權人是否得請求返還其標的物？亦屬疑問。但若許扣減權人得請返還其標的物，其有害於第三人之利益，甚屬明白。故此時扣減權人在解釋上，亦僅得對於受遺贈人請求返還其價額而已。且民法對於受讓之第三人，另有保護之規定，即在不動產物權，其繼承人非經登記不得處分，而登記有絕對之效力（第七五九條土地法第三六條），即有所謂公信力。則受讓人因憑信公簿登記而己受不動產轉讓者，不問其為善意或惡意，概已取得其所有權。又受動產交付之善意讓受人，亦得完全取其所有權（第七六一條第八〇一條）。此等場合扣減權人不得向該第三人直接請求扣減，尤屬明顯。又受遺贈人於遺贈物上為第三人設定權利，例如遺贈物為不動產，於其不動產上為第三人設定地上權或抵押權時，亦可為同一之推斷。即僅能對受遺贈人請求返還其價額；或令返還其不動產，使第三人於該財產上所有之權利不受影響，祇因該權利之設定所生之損失，則得向受遺贈人請求補償耳。

（四）最後，應受扣減之受遺贈人因無資力，不能償還其價額並不能返還其遺贈物時，其損失應由何人負

擔亦成問題。就此問題，立法頗有不同，有全由最後之受贈人負擔者，如比利時民法是，有全由特留分權利人負擔者，如日本民法是，有歸特留分權利人及最後之受贈人分擔者，如葡萄牙民法是。此等法例與我民法殊難容合，解釋上宜使特留分權人及受遺贈人分擔之。

(五)扣減權之行使，不特消滅受遺贈人或受贈人之權利，抑且影響於第三人之利益，如令長期存續，有使法律關係懸於不定狀態之虞，甚失所以保護交易安全之道。故關於扣減權之消滅，各國立法多設有二重時效之規定，以扣減權自知悉繼承開始或應受扣減之遺贈或贈與時起，經過一年或三年不行使而消滅，自繼承開始時起經過十年或十年以上者亦同（德民第二三三二條，瑞民第五三三條，日民第一一四五條。）民法無此明文，論者多謂此時應援用第一二五條之一般規定，其扣減應自得行使扣減時起經過十五年而消滅。將扣減權解為廣義之請求權一種，適用本條規定，固亦未始不可，但其時效期間過長，幾失保護交易安全之效用。自立法上言之，仍不如仿各國法意，與第一一四六條同，另設二重時效規定之為妥也。

第五款 繼承權之喪失

第一項 概說

自然人雖一般皆有繼承能力，而有一定原因存在時，即具法定身分，亦受排除而不得為繼承人，是謂繼承人之失格，或繼承權之喪失，已於前述。繼承權喪失之原因，約言之即對於被繼承人或應繼承人有重大不德，或對於

繼承遺囑有不正之所爲是也。本有繼承地位之人，乃以癡心遺產或其他之故，遂至冒大不韙或採卑劣手段，是其人非唯觸犯刑典，抑亦背蔑道義；社會責罰，骨肉棄視，不亦宜乎？法律因除課以罪刑之外，並除斥其繼承權（法民第七二七條，西民第七五六條，葡民第一七八〇條，奧民第五〇〇條，德民第二三三九條，瑞民第五四〇條，日民第九六九條），以爲貪狼狂悖者戒。又本法關於喪失繼承權之規定，於施行前所發生之事實，亦適用之（施行法第六條）。

第二項 喪失之原因

民法所定失權原因有五（第一一四五條第一項），茲分述之如次：

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

即謂繼承人以故意殺害被繼承人或應繼承人，其已致死固已，即殺害未遂因而受刑之宣告者，亦喪失其繼承權。繼承人之爲此種所爲，動機雖不歸一，通常要在謀繼遺產。繼承人不問其爲法定或指定者，爲促成繼承開始，對被繼承人竟敢橫加凶逆，其事非屬創聞，至爲謀奪遺產，對於先順序或同順序之應繼承人，而爲殘忍之舉，尤爲法所恆慮。舊律所定因爭繼讓成人命者，不准繼嗣，亦即爲此意也（註二）。惟於此應注意之點有數：（一）對於被繼

（註二）現行律戶役門立嫡子違法條例，因爭繼讓成人命者，凡爭產謀繼及扶同爭繼之房分，均不准其繼嗣，應聽戶族另行公議成立。

承人或應繼承人之殺害，須出於故意，過失殺害，雖致於死，亦非本款原因。（二）祇須有殺害行為，其行為若何在所不問。如為殺人行爲，固勿待論，即因身體傷害，或逮捕監禁，而致於死者，亦為本款問題。又其行為殊不限於本人所爲，即爲其所教唆幫助者，亦應同視。（三）須受刑之宣告。如因正當防衛或無責任能力，未受刑之宣告，及因大赦特赦，未經宣告處以刑罰者，均非本款問題。至其已受刑之宣告，則不問曾否執行，皆爲失格原因。

二 以詐欺或脅迫使被繼承人爲關於繼承之遺囑或使其撤消或變更之者

即謂繼承人以詐欺方法或脅迫手段，令被繼承人新立繼承遺囑，或令其將已成立之遺囑，全部撤消或一部變更者，亦喪失其繼承權。遺囑爲一人最後處分，而發生效力於死後。其處分須出於本人之真意與自由，自無待論。今繼承人謀奪遺產，對被繼承人關於繼承遺囑之制定，以詐欺或脅迫等惡劣手段而左右之，是不特有妨被繼承人意思之真實與自由，抑且害及被繼承人之利益，不義至此，允宜將其本有繼承地位而剝奪之。惟於此亦有應加注意之點：（一）詐欺係故意虛構事實，使之誤信之謂；脅迫係故意告以不正危害，使之發生恐怖之謂，與普通之法律觀念同。（二）因詐欺脅迫所爲之繼承遺囑，須爲有效成立。其非有效成立者，以其非爲遺囑，不致有害遺囑人之真意之故，不成本款原因。（三）但其繼承遺囑若已一度成立，以後即使消滅，亦爲失格原因。因遺囑爲單獨行爲，立遺囑人事後發見其詐欺或脫免其脅迫者，固隨時可撤消之。然繼承人既有此種行爲，當時即以失格，以後撤消與否，無變更也。

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消或變更之者

即謂繼承人以詐欺方法或脅迫手段，妨害被繼承人使之不能立繼承遺囑，或使之不能將已成立之繼承遺囑，完全撤消或一部變更。以本款與前款相較，一爲稍極的妨害被繼承人爲關於繼承遺囑之作爲，一爲積極的使被繼承人爲關於繼承遺囑之作爲，行爲形式雖有不同，而其動機與結果殆屬同一，列爲失格原因，固亦宜然。

四 偽造變造隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者

本款行爲有害遺囑之真實性，及立遺囑人之利益，與前二款同。故繼承人不問爲自身或他人利益而爲此諸不正所爲者，亦喪失其繼承權。偽造謂虛構捏造，變更謂加添改竄，隱匿謂藏匿不使發見，湮滅謂毀棄消失，自無待述。

五 對於被繼承人有重大虐待或侮辱經被繼承人表示其不得繼承者

繼承人對於被繼承人加以殘酷處遇，使之苦痛難受，或其他有損人格或體面行爲，使之不能立足社會，是亦違背恩義，重大不德之舉。此種悖德之人，亦使繼承遺產，非惟違反人心世道，亦爲被繼承人所愈難堪受。故法律亦設法以剝奪其繼承權，以垂昭戒。惟其行爲所及於社會及被繼承人之影響，與失權後社會及被繼承人所受之利害，未必要一致，被繼承人有時且以爲因繼承人之失權所受之不利，反過於其不德行爲所有不良之影響者。此時法律以其與社會公益亦無甚妨害，究竟其繼承人使之失權與否，乃一任於被繼承人斟酌之自由，如被繼承人情

有難忍，表示必欲其失權者，固從其意思，非然者，則不強使失權。

右述五種失權原因中，除第一款情節重大，無可挽回，第五款業經被繼承人之表示，當然失權外，其他第二至第四之三款情形，如經被繼承人之宥恕者，其繼承權不喪失（同條第二項）。蓋亦以繼承人之失權，與被繼承人之利害關係尤為重大，被繼承人事後既已宥恕，法律寧以不加干涉為得策也。

第三項 喪失之效力

由失格原因所生之效果，可為設目分述如次：

（一）有右述各款失格原因之一者，則當然喪失其繼承權。當然喪失云者，其喪失不待特別之意思表示，或法院判決而始發生效力之意也。此從民法第二一四至二一五條第一項，「有左列各款情事之一者，喪失其繼承權」之規定觀之，自甚明白。惟各款事由發生時期，有在繼承開始前後之不同，第二第三及第五各款事由，固必生於繼承開始之前，而第二對繼繼承人及遺囑之偽造第四二款事由，亦有生於繼承開始之後者。前者，其繼承人當時即以失其地位。後者，則於繼承開始之際，當時猶有繼承能力，而仍為繼承人，及其事由發生，乃溯及既往，視為自始失權耳。故在後之場合，其已開始之繼承，以後發事由而無效，且其無效比常不同，非自事由發生時始，乃溯及繼承開始而無效也。

（二）失權人所為之遺產繼承，依右述理由，為對於遺產之惡意占有。其結果除返還其遺產外，并應返還自

繼承開始時起自其遺產所生之孳息（第九五八條）。又失格對第三人亦生效果，失權人于其失權事由發生前，以繼承人地位所為關於遺產之處分，以其為無權者所為之故，亦為無效。惟關於不動產之讓與（第七五八條第七五九條，土地法第三六條）及動產之善意取得（第八〇一條），因有特別規定保護，不應受若何之影響耳。

（三）失權人除受有怨者外，非但不得為法定繼承人，亦且喪失為指定繼承人之資格。如失權後再指定之，其指定亦屬無效。惟失權人僅對該被繼承人不得為繼承人而已，非如法人然絕對不有繼承能力。又失權僅以本人一身為限。於其直系血親卑親屬，不特無何妨害，且因其失權而得為代位繼承，有如前述。

第六款 繼承回復請求權

第一項 概說

繼承人因繼承開始原因之發生，當然取得其繼承權，而無待於任何意思表示，已如前述。故此際即使有一無繼承權人誤思己身為繼承人，或僭稱為繼承人，而行使繼承人之權利者，其有正當權利之人亦不因之而被奪其繼承權，蓋無待言。然此時其權利實際已受他人侵害，其權利人若不主張己身之正當權利，排除他人之不正繼承，則繼承權之內容究無法以回復之。故法律對於被侵害人或其法定代理人特認有繼承回復之請求權（第一一四六條，德民第二〇一八條至第二〇三二條，瑞民第五九八條至第六〇一條，日民第九六六條，荷民第八八一條

第八八二條，奧民第八二三條第八二四條。

繼承回復之請求，為繼承標的回復之請求，而非繼承權本身回復之請求，甚是明定。故繼承回復請求權者，乃遺產受僭位繼承人侵害時，其繼承人主張己之權利，排去他人侵害行為之請求權也。是項權利有包括的性質，不問內容如何複雜，在審判上亦得以一訴為之，茲分別其性質，行使，及消滅時效，論述之如次。

第二項 回復請求權之性質

繼承回復請求權，有包括的性質。對於繼承標的，即構成遺產之各個財產，不問種類如何，均得以同一權利而請求回復之。依其權利而為審判上之請求時，為繼承回復請求之訴（*Action en pétition, d'héritaire*），亦有包括的性質，凡所請求事項，得以一訴為之。因繼承回復之請求，非有若是一般之方法，不足以資保護也。申言之，假有失權者一人焉，於繼承開始後，復為遺產繼承，當時並就其分得財產，為不動產之登記，動產之占有，及股票之名義更換，凡此種種，於遺產上所有之變化，頗形複雜。今其正當繼承人事後察覺，姑先為繼承回復之請求，請求不遂，勢非為審判上之訴請不可。而此時除繼承權之確認外，對於登記之變更，財產之交還等等，若須一一分別爭訴，則程序紛繁，拖延歲月，其有權人鮮有不因累訟之苦，而拋棄其權利者，而若是法律之保護遂不得貫徹矣。故法律為澈底保護受侵害人起見，與以包括的請求權，凡足排除繼承侵害之一切行為，使得以一訴而請求之。如其訴提起之時，法院祇須審查其有無繼承權，即可完全確定，而原告得其繼承回復之確定判決，即可為債務名義矣。

繼承回復請求之訴，依右述理由，故其性質實爲給付之訴，而非創設之訴，亦非僅爲確認之訴。

第三項 回復請求權之行使

繼承回復請求權，由被侵害人及其法定代理人行使之。被侵害人即指有正當繼承權人；於無權人不成權利侵害，無從主張己之繼承權，及爲排除侵害之請求，自無待贅。若被侵害人而爲未成年人或禁治產人，其法定代理人亦得獨立行使其請求權。法定代理人無論在審判上或審判外，均得代理本人而爲一切行爲，此處得爲代理，特其一場合耳。受其請求之相對人即係僭位繼承人。如喪失繼承權人，全無繼承身分之人，及已拋棄繼承之人等，自始即無繼承權利，若僭稱爲繼承人而占領遺產時，皆應受其請求或訴訟之對抗。又受其對抗之相對人之法定代理人亦同。

繼承回復之請求，亦得及其效力於第三人，若第三人由僭位繼承人讓受遺產上之權利者，除法律有前述之規定外（第七五八條第七五九條土地法第三六條第八〇一條），其讓受因受之於無權者之故而無效。而此時其正當繼承人且得對第三人爲財產回復之請求，然對於第三人之請求，與對於僭位人之請求，有所不同。後者以繼承權爲基礎，所以主張己之權利，前者以既得之所有權爲基礎，所以請求所有物之返還。從而對於第三人不須爲繼承回復之請求，但主張僭位繼承人所爲之遺產處分無效可耳。

繼承回復請求之訴，本有人事訴訟之性質，然民事訴訟法關於人事訴訟之程序，別無是項規定，其訴訟應依

普通民事訴訟程序處理，自無待論。

第四項 消滅時效

正當繼承人因有繼承回復請求權，對於僭位繼承人所取得之遺產及關於遺產之處分，得訴請回復，已如右述。故其繼承標的若為相當廣大，因其勝訴所及於僭位繼承人、第三人及一般社會之影響，甚為重大，且有因時間愈久而愈增加之勢。如此於社會各方有重大影響之繼承關係，不使早為確定，而長懸於不定狀態之中，甚有害於社會交易之安全。故民法為保護交易之計，另為規定期間較短之消滅時效。

繼承「回復請求權自知悉被侵害之時起，二年間不行使而消滅，自繼承開始時起逾十年者亦同」（同條第二項）。蓋自個人方面觀之，繼承權於個人為重要之權利，若為他人侵害有其權利之人，自應早圖救濟，以期回復。如知其事實而經久不問，則對其個人已無再保護之必要，今定其消滅時效期間為二年，自無過短之患。至繼承人不知已受侵害，而自繼承開始，其期間已逾十年者，其權利亦以消滅。此十年期間，頗不為短，而為無法定代理人之未成年人設想，蓋亦必要之規定也。

時效利益，除僭位繼承人外，即一般第三人亦得主張之，故至時效完成之後，繼承財產之轉得者，亦得援用以為對抗。

第三節 遺產之繼承

第一款 遺產繼承之效力

第一項 概說

遺產繼承人自繼承開始當然承受被繼承人財產上之一切權利義務（第一四八條），是為遺產繼承之普通效力。此項效力，直接依法律而發生。所謂直接依法律而發生者，雖亦生於一定之法律原因（或稱法律要件），然不待於若何法律的行爲（Rechtshandlung）而始發生也。（註一）故在繼承場合，其繼承人承認與否，固所不問，即其知悉繼承開始之事實與否，亦非所問也。（註二）發生遺產繼承效力之法律原因，即繼承開始原因，即被繼承人之死亡是。死亡有自然死亡與法定死亡二種，概如前述。故遺產繼承之效力，乃因被繼承人之自然死亡或死

（註一）在外國尚有所謂合意繼承（Succession contractuelle）其種類有（一）設定繼承人之契約（Contrat institutio d'heritier）

拋棄繼承之契約（Contrat de renonciation a l'heredite）關於第三人未開繼承之契約（Contrat a l'usucession non ouverte d'un tiers）等。但此等契約僅為處置繼承權之行爲，而非決定繼承開始之原因。且繼承契約制度，民法未之採取。

（註二）依戶籍法規定，繼承人自知悉其得繼承之時起二個月內，應為繼承之登記（戶第八九條至第九二條），否則須受處罰（同第一二四條第二五條）。但登記僅為一種事實報告，未登記前，於繼承關係之證明，雖有不便，於繼承效果之發生，則無若何影響也。

亡宣告，依法律而直接發生者也。

自繼承開始，被繼承人財產上之權利義務，凡可為繼承之標的者，原則上包括的移轉於繼承人。凡被繼承人既往所有之權利義務，自此固為繼承人之所享有或負擔，即於被繼承人地位上有發生之可能者，同時亦移轉於繼承人。故繼承人為單獨一人場合，繼承財產與繼承人之固有財產，發生混同結果，繼承人與被繼承人間前此所有權義，乃以消滅，被繼承人之債權人及繼承人之債權人，亦皆得於總財產上行使權利矣。至繼承人有數人場合，則於共同承受之標的物上，發生共同關係，即於實施分割以前，所遺產權，屬於數人共同共有，所遺債務，亦由數人各按其應繼分以連帶責任而共同負擔之。但此僅就原則而言，其法律有特別規定者，則不在此限。蓋在一切場合，繼承人均得自繼承開始時起一定期間以內，依法律為限定承認或繼承拋棄耳（第一一四八條第一一五四條第一一七四條）。

又因繼承開始，遺產雖原則上概括移轉於繼承人，而被繼承生前所繼續扶養者，尙得請求酌予分給（第一一四九條），又繼承上所有費用，亦應歸諸遺產負擔（第一一五〇條）。本節因分一般效力，遺產酌給請求權，及繼承費用各款而說明之。

第二項 一般效力

第一目 繼承標的之移轉

因繼承開始，繼承人原則上承繼被繼承人財產上之法律地位，而被繼承人向來所有及以後能有之權利義務，乃概括移轉於繼承人，有如右述。但所移轉之繼承標的僅以有移轉性者為限，被繼承人一身專屬之權利，不得承繼（第一一四八條但書）。故所謂遺產繼承，乃僅於可能範圍之內，承襲被繼承人財產上之法律地位耳。

所謂一身專屬之權利，即非特定個人不能享有或負擔之權利義務，而其主體死亡同時即以消滅者也。親屬間所有身分上之權利，如父子夫婦等相互間所享有者，不得為遺產繼承標的，固無待論。至財產上之權利，一般雖以有移轉性為原則，而因委任契約或雇傭契約所生之權利義務，及終身年金或保險金之支付義務等，專屬之性質者，亦不得移轉於繼承人。惟此類專屬權利，其因債務人之不履行而變為損害賠償請求權者，仍得由繼承人承繼之。因此際其權利性質已變為普通債權債務，即他人亦得代為享有或履行之矣。又人格權之損害賠償請求權，亦可作類似之解釋。凡人身體、自由、名譽、貞操等，若受他人不法之侵害時，雖非財產上之損失，亦得請求賠償相當之金額（即慰撫金，參照第一九五條第一項第九九九條第二項第一〇五六條第二項）。此項損害賠償請求權，本有專屬權之性質，以不得繼承為原則。以此等非財產上之損害，其請求賠償與否，於被害人之意思與感情有深切之關係，苟本人對加害人未有請求慰撫金之意思表示，自以不使他人妄加干涉為得策也。但此等人格權之損害賠償請求權，以金額賠償已依契約承諾或已起訴者為限，亦得繼承（第一九五條第二項第九九九條第二項第九九九條第二項第一〇五六條第二項）。因其金額賠償已依契約承諾，或已為金額賠

債之請求時，其專屬權或已變為以金錢支付為目的之普通債權矣。（註一）

總之，被繼承人所有財產上之權利義務，除一身專屬者外，皆因繼承開始而移轉於繼承人。且其移轉為法律規定之結果，不問何種產權，皆不因移轉登記物之交付，或所有名義務之變更，而始發生效力。惟所移轉之繼承標的，殊不以已一度歸屬於被繼承人者為限。即被繼承人繼續生存，依法尚有歸屬於彼之可能者，亦得移轉於繼承人。如被繼承人生前提起之訴訟，其既繫屬於法院者，應由繼承人繼承（民訴第一六八條）。又被繼承人於支付停止後死亡者，其繼承人不問將為限定承認與否，亦須受破產之宣告。諸如此類，被繼承人生前所為行為，亦生效力於繼承人。故繼承人所繼承者，並不以曾已歸屬於被繼承人者為限，即以後有歸屬於彼之可能者，亦得為繼承之標的。故自根本上言之，謂遺產繼承乃承襲被繼承人財產上之法律地位可也。（註二）

（註一）民法第一九四條所定被害人之父、母、子女及配偶所得請求損害賠償之權利，乃其固有權利而自非被繼承人所承繼者，固無待論。然被害人於死亡前已為請求慰撫金之意思表示，其請求權則得由其繼承人之父、母、子女或配偶承繼之。此時其繼承人得為二重的請求，但後者終為依於第一九五條第二項所有之權利，此不可以不辨也。

（註二）占有權係以占有事實為基礎之權利（第九四零條），一人果有占有之權利與否，全視其有無占有之事實以為斷。依此推論，則繼承場合，其繼承人即已取得占有權與否，易滋疑義。因繼承開始之際，其繼承人容有不知被繼承人所為之占有，或不能繼續為事實上之占有也。然設謂繼承人乃承襲被繼承人法律上之地位，則無占有權消滅之事由，被繼承原有之占有權，仍應移轉於繼承人，而繼續存在，固甚明顯。德法瑞士等國民法，為解釋疑義之計，特設明文規定，謂占有亦得繼承（法民第七二四條，德民第八五七條，瑞民第五六零條）。民法雖無同一規定，而自第九四七條所定「占有之繼承人得……將自己之占有與前占有人之占有合併而為主張」觀之，其認占有得為繼承之標的，蓋無容疑。

又繼承標的之財產上權利義務，於第一一四八條之規定上，當指屬於私法上者言之。然依法律規定，公法上之權義，其有移轉性者亦得為繼承標的。（註一）如國稅督促手續費及延納處分費等，本為被繼承人所應負擔者，其繼承人亦有納付之義務。刑法上之罰金及刑事審判費用之負擔，亦得移轉於繼承人，即屬其例。此等雖非為私法所規定，而其義務亦因繼承開始而移轉於繼承人，與繼承本質，固無背戾也。

第二目 產權之共同共有

繼承人為單獨一人時，被繼承人所有財產上之權義，概由一人單獨承受，此際僅為權義主體之變更，而不發生若何之問題。反之，繼承人為數人之場合，則其財產上之權義，由其數人共同承繼，除對外關係外，在內部亦發生特別之關係焉。其於對內關係，視繼承標的為積極的產權或消極的債務而略有不同。其標的若為積極的產權，則內部相互間，發生共同共有關係（第一一五一條，德民第二〇三二條第一項，瑞民第六〇二條第一項）。其標的若為消極的債務，則內部相互間，原則上各按其應繼分而比例負擔之（第一一五三條第二項）。本目單論產權之共有關係。

遺產繼承，現代立法例多採強制分割主義，民法亦然。故遺產實以分割於各繼承人間，為其當然之運命。然實際上，各繼承人未必與被繼承人之死亡同時即行分家。父母亡後兄弟姊妹依然同財共居，持支數年之久，殆為一

（註一）參照范揚編行政法總論第二章第二節第六款之（三）

般通例。此外即在立行分析場合，其現實分析之時與繼承開始之時，實際亦不容不有若干間隔。其在現實分析以前繼承開始以後，不論其間相隔之久暫，若其間多數繼承人對於遺產之關係，不有明確之規定，不特理論上發生疑竇，而事實上亦不免起紛糾也。民法爲明確其關係起見，規定「繼承人有數人時，在遺產分割前，各繼承人對於遺產全部，爲共同共有」。即遺產未分析前，各繼承人相互間之關係，以共同共有目之。其所謂共同共有，係包括遺產全部而言，非指各個產權之共同共有而已。如遺產有房屋、家具、有價證券及現金四者之時，則概括四者爲一財產，就其財產全部爲各繼承人之所共同共有，而不單就房屋、家具、有價證券、或現金一種，分別發生共同共有之關係而已。此不特因繼承觀念本係包括全體而言，而法文亦有「對遺產全部爲共同共有」之明示也（第一一五條）。

繼承人對於遺產既爲共同共有，則其產權之共同共有關係，自得適用民法第八二七條以下關於共同共有之規定，從而對於共同共有物之處分及其他權利之行使，應得共同共有人全體之同意（第八二八條第二項），而共同共有物之分割方法，亦得依關於共有物之規定矣（第八三〇條第八二四條）。然依於繼承之特別性質，繼承編另有特別之規定。故物權編關於共同共有之規定，於此所能適用者，蓋僅無特別規定場合而已。

第一一五一條所謂遺產，除物權外，債權亦已包括在內。故各繼承人對於債權亦生共同共有之關係。依民法第八三一條關於共同共有之規定，於債權之共同共有，亦可直接適用，勿待煩言。惟債權既爲共同共有，則不問其

給付爲可分與否，其權利之行使，亦應依第八二八條第二項之規定。而債編第二七一條及第二九三條關於共同債權行使之規定，於此不能完全適用，亦甚明顯。

共同共有遺產之處分及其他權利之行使，依第八二八條第二項規定，原則上應得共同共有人全體之同意，有如右述。所謂「其他權利之行使」，蓋包括共同共有物之使用收益及管理等各項而言。然此等行爲一一須得共同共有人全體之同意，非特無是必要，抑且徒感不便，尤以管理行爲須爲臨時措置者爲然。就遺產之管理，民法因設特別規定，謂「共同共有之遺產，得由繼承人中互推一人管理之」（第一一五二條，瑞民第六零二條第三項）。管理之意義在法律上本有廣狹之不同，於具體特定場合，在管理上有必要時，即處分使用及收益等行爲，於適當範圍內，亦得爲之，固勿待論。又推本條法意，首爲分割前暫時管理情形而設，其遺產由兄弟數人繼承，若兄弟依舊同財共居，未定分析之期限者，則家務全體且爲家長之所管理（第一一二五條第一一二六條），若在家長權範圍以內，即就共同共有之遺產，亦有某限度之管理權。故兄弟間未有遺產管理人之特別推定者，某限度內，得由爲家長者管理之。

第三目 債務之負擔

繼承標的因包括的移轉於繼承人之結果，被繼承人所遺之債務，隨之亦爲繼承人所負擔。但繼承人有數人時，其債務於數人相互間應爲若何分配？又對於債權人其數人應負如何責任？不能不生問題。對於後之問題，民法

規定「繼承人對於被繼承人債務，負連帶責任」(第一一五三條第一項，德民第二〇五八條，瑞民第六〇三條，荷民第一一四七條，葡民第二一五條)。對於前之問題，規定「繼承人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」(同上第二項)。

繼承人對於被繼承人之債務，應負若何責任，立法例並不一致。此外尚有以繼承人對於被繼承人之債務各按其應繼分各別負擔清償，即其中有不能盡其清償之責，而他人應負之分，亦不因是而增加者(法民一二二零條，日民一〇〇三條)。此種立法，於債權人頗為不利。原其債務之移轉，為債務人方面發生變動之結果。使債權人獨受其結果上之不利，於理甚屬不當。民法為保護債權人之利益計，使繼承人共負連帶責任。於是其債權人對繼承人中任何一人，乃得請求被繼承人所遺債務之全部清償，而繼承人各人不得以其應繼分之多少，拒絕其全部清償之請求。又其他一切對於債權人之關係，於某限度亦適用民法關於連帶債務之規定(第二七三條至第二八二條)，自勿待贅。

此外繼承人相互間對被繼承人之債務，則以各按其應繼分比例分擔，為當然之原則。即揆之普通連帶債務人內部相互間之關係，原亦不能外是(第二八〇條)。從而其繼承人間於此亦生互相求償權之關係(第二八一條)。即繼承人中有一人因清償或其他行為使他繼承人同免責任時，得向他繼承人請求償還其應分擔之部分，及自免責時起之利息，但繼承人對於繼承債務，應按應繼分比例分擔，僅就繼承人相互間未有他項分擔方法

訂定者而言，若其內部相互間已約定某項債務由某繼承人清償，他項債務由他繼承人清償者，自應從其約定。惟遺產分割前關於債務清償之約定，亦僅內部發生效力，不得以此與債權人對抗，以免其連帶責任。其連帶責任至何時可以完全免除，民法另有規定（第一一七一條），其詳尙待遺產分割款下述之。

第三項 遺產酌給請求權

遺產酌給請求權者，即繼承人以外被繼承人生前繼續扶養之人，於繼承開始時，所得請求酌給遺產之權利也（第一一四九條）。爲被繼承人生前繼續扶養之人，於被繼承人身分上或情誼上必有深切之關係，自無待論。今於其扶養者之死後，使之有此權利請求酌給遺產，既足以符死者之意，亦可使生者之生計，不致遽遭危蹙，法至良意至美也。惟有此權利之人，雖亦得請求分給遺產，然非有正當繼承之權利，且常屬於有繼承權以外之人，故其權利，與繼承權顯然不同。祇此權利，與繼承權同時發生，亦爲繼承效果之一種，於某程度得與繼承權相提並論耳。

本項遺產酌給制度，外國亦間有一二略似之例（德民第一九六九條，瑞民第六〇六條，蘇俄民第四一八條），而其沿革要起源於我國固有法習。現行律規定相爲依倚之義男女孀，及收養三歲以下遺棄之小兒，雖不得立爲嗣子，仍酌分給遺產，已見前述。前大理院判例擴張其義，即對相爲依倚之族孫，親女及妾媵等，亦主酌給遺產（註一）
民法本條規定，實採其舊有法習而法典化之。特親女養子已另認有正當繼承權，不包含在內耳，以故對於本條之

（註一）前大理院判例三年上字第七七九號，四年上字第一六九號，三年上字第三四八號，七年上字第七六一號。

解釋，亦應參照舊法精神，不宜妄行比附。或謂本條採自蘇俄新法（蘇民第四一八條）含有社會救濟意義，亦已過矣。徵論蘇民所定死亡者死亡前扶養一年以上之人，乃有正當繼承權人，與僅有酌給請求權者迥然不同。且其實質所指範圍，并不甚廣。蓋一考當時蘇俄婚姻制度，承認形式婚與事實婚之二元主義，即不難知其法意之所在矣。

請求酌給遺產，以屬被繼承人生前繼續扶養，為唯一要件。所謂生前繼續扶養，當指被繼承人於死亡前，繼續扶養而言，其繼續時間之久暫，非所問也。惟所謂扶養，究指有扶養義務人之扶養，抑泛指一般扶養之事實？學者見解不一。卑見仍主狹義解釋為是（第一一一四條）。蓋自本條立法沿革觀之，舊制所定乞養義男女孀，棄遺小兒，及判例所指族孫，妾媵等等，其身分雖不限於親屬，而「相為依倚」，「收養」云云，蓋平時已屬共同生活，成為家屬一員。故本條前身之舊習，原指其狹義者言之，此其理由一也。民法繼承編位於親屬編之後，繼承編之觀念，恆以親屬編所規定者，為前提而規定，本條扶養二字，苟無特別必要，當以視為與民法親屬編第五章所規定者同其意義為妥，此其理由二也。被繼承人生前本無扶養義務，死後乃於其遺產上科以法定負擔，兩相較量，有失平衡，此其理由三也。若就扶養意義故為擴張，推其利不足救濟社會，極其害將使被繼承人生前戶外姘識之人，亦得用為爭給遺產之具，此其理由四也。依據上述理由，故扶養意義，若無特別必要，不宜擴張解釋。至應特別擴張解釋與否，祇就事實上之夫婦（嚴正意義之姘度），或有加以考慮之餘地耳。現行法採取形式婚之一元主義，夫婦有相互繼承權者，亦僅合法婚姻之配偶為限。凡婚姻在法律上雖屬無效，而事實上確為夫婦者，不乏其例。此種婚姻於理應

爲盡量救濟，其在遺產繼承場合，至少亦須授以酌給請求權，方稱允當，但就度事實上既爲夫婦，實行共同生活，當可作爲家屬解釋（註一）而家屬與家長間本有相互扶養義務（第一一一四條），則於此亦無待於擴張解釋矣。得請求酌給之數額，「應依所受扶養之程度及其他關係」而決定之。所受扶養之程度，當以所受扶養物質之豐嗇，需費之多寡爲準。其他關係，則指情分之親疏，遺產之多寡等等關係，可不待言。其數額之決定，權屬於親屬會議。其親屬會議指被繼承人之親屬所組成之會議，而非受扶養人親屬之會議，亦無容疑（第一一三一條）。蓋本項制度一面爲保護受扶養人之利益而設，同時亦所以尊重被繼承人之意思而設。自保護受扶養人之利益言之，其數額酌定權自不可授之於繼承人擅自決定，因遺產繼承人與受扶養人即遺產酌給請求權人，有正相反對之利害故也。此項酌定權既不能使繼承人自身行使，而被繼承人生前又未有特別決定，自以將此權利授於第四人之被繼承人之親屬所組成之會議，使之決定，較能合於被繼承人之意思，並得公平之結果也。

第四項 繼承之費用

關於遺產管理、分割及執行遺囑之費用，原則上由其遺產支付之（第一一五〇條），因此等費用爲共益費，不能使任何人單獨負擔故也。然各個場合，因其費用支出而受利益之主體，未必盡同，隨之其間所生關係，勢亦不

（註一）最高法院判決二一年上字第一〇七號

能一律。茲就各種場合，分述於左：

一 遺產管理之費用

遺產管理之費用，即保存遺產所必要之一切費用也。狹義的管理（保管）之費用，固屬在內，廣而言之，即納稅費用，清算費用，清償費用（即清償手續上之費用），及訴訟費用等，亦得包括在內。蓋此等費用同為遺產管理保存所必要，其支付不特於繼承人有益，即於繼承人之債權人亦屬有利，所謂共益費用是也。在單純承認場合，因遺產為繼承人所包括承受，其由遺產負擔或由繼承人負擔，結果恆為同一，於限定承認或繼承拋棄之際，亦使繼承人自身支付，則於制度精神既屬不合，於繼承人個人尤失過酷。故民法規定關於遺產管理之費用，歸諸遺產之負擔。由其為共益費之性質言之，此項費用，且應列於支付之第一順位，須扣除此費之後，始得將其餘額充諸債務之清償。至遺產過少，即全部猶不足以償此費用時，則繼承人可為限定之承認，於是繼承人以外之費用墊付者，亦僅能就其少額遺產請求清償矣。

二 遺產分割之費用

遺產分割之費用，即繼承人分割遺產所需之費用也，如關於分割方法之決定，分割財產之清算等所需之費用，即其顯著之例。此項分割費用亦同為共益費，因其支付而受利益之主體，雖通常為共同繼承人，而於被繼承人之債權人，亦有間接之利益。故此項費用亦應由遺產中儘先支付之。但此費用應由遺產中儘先支付，僅有狹小之

適用。蓋先自被繼承人之債權人方面觀之，在分割前既已清償之債，其債權人已與此項費用無何關係，至在分割時猶未清償者，則自分割後，概歸各繼承人之負擔，與分割費用亦不至發生問題。祇在分割當時清償債務場合，其分割費用乃與其他債權發生孰先孰後之問題，於此則應將前者先於後者支付之耳。次就分割費用債權人與繼承人間之關係言之。遺產分割僅起於多數繼承人爲單純承認，或有二人以上不爲繼承拋棄之場合。此等場合，遺產上之權利義務，包括的移轉於繼承人，其費用應由遺產負擔，抑由繼承人負擔，結果本屬相同。民法規定此時必由遺產支付，除繼承人本身債務過多情形，所以保護分割費用債權人外，亦可謂無他意義。

三 執行遺囑之費用

關於執行遺囑之費用，以遺囑之提示、開視、及告知費用等屬之。因遺囑之執行而受其利益者，雖不以若何之一方面爲限，而當中尤以受遺贈人所受者爲獨厚。故此項費用通常雖應歸諸遺產負擔，究不能因之侵害繼承人之特留分。當非侵害特留分不能支付此費用時，自平衡原則言之，其不足部分應歸受遺贈人之負擔。

但以上所述，僅就原則而言，若各種費用有因繼承人之過失而支付者，應由該繼承人負擔（同條但書）。因此種非正當支出之費用，亦使歸諸遺產負擔，既違公平原則，亦失保護遺產之道也。遺產之分割或遺囑之執行，因繼承人之過失致支出格外之費用，其例雖不多見，而爲遺產之管理與保存，繼承人易因過失毀損財產，從而須多支出修理費用；或於遺產訴訟，因繼承人之延誤期日，致多負擔訴訟費用（民訴第八一條第八三條第八四條）。

諸如此類，不乏其例。

第二款 繼承之承認及拋棄

第一項 概說

繼承效力，不問繼承人之意思如何，依法律而當然發生，既如前述。故自繼承開始，被繼承人財產上之權利義務必經一度移轉於繼承人。然繼承人不問遺產多寡，乃至債務若何繁重，其時必須無條件承受之乎？是其地位上之一大問題。就此問題，立法例亦有變革。在昔日爾曼古法主義，以遺產上權義因繼承開始而當然移轉於繼承人，於繼承人不容有所取捨。我國舊有法習亦然。我國舊習，囿於宗法，以有繼承權者同時有繼承義務。而「父債子還」，一旦繼承開始，即債務過多，亦須由繼承人全部負擔之。如是繼承人之命運，每由天定，其中途不免有生而負擔債務，與亞里斯多德所謂人有生而為奴隸者，不謀而合。苟其人志趣不固，能力薄弱，則對於所遺債務，終身不能脫其通負。負債累累，長夜漫漫，鮮有不因終身無自謀希望，而自暴自棄者。推其弊，豈特有害於其繼承人個人之私益而已哉？羅馬法採取反對主義，以繼承非經繼承人之承認不生效力。然其於保護繼承人之利益雖有足多，而與繼承根本精神，殊嫌不合。故近代大陸諸國概採折衷主義，以繼承效力雖因開始而當然發生，而自開始以後，認繼承人有承受與否之選擇自由。如繼承人以該遺產繼承於已轉為不利或不堪其債務之負擔者，儘可為有限制之承受或就整個而拋棄之。

近代各國關於繼承承認及拋棄之立法例，又各有不同之點。德民採取承認 (Annahme) 與拋棄 (Ausschlagung) 二種，而既為承認之繼承，其繼承人或繼承債權人為避免因繼承而生之不利利益計，並得聲請法院為遺產管理，令管理人以遺產充償一切負擔之後，始將其餘額交付於繼承人 (德民第一九四六條，第一九八一條及第一九八六條)。瑞民除無保留之承認 (Vorbehaltlose Annahme) 與拋棄 (Ausschlagung) 外，并認有依公之遺產清冊之承認 (Annahme unter oeffentlichem Inventar) 及公之清算 (Amtlich Liquidation)。前者即繼承人依照主管官署因公示催告所作成之繼承債權及遺贈清冊，而負其責任之承認。其因過失在遺產清冊中遺漏之繼承債權，其債權人不得行使權利，而清冊中有記載者，則應由繼承人以其固有財產負完全責任。公之清算或因繼承人之請求為之，或因繼承債權人之請求為之。前之場合類於限定承認，後之場合近於遺產破產 (瑞民第五六〇條，第五八〇條以下，及第五九三條以下)。法民採取單純承認 (Acceptation pure et simple) 拋棄 (Renonciation) 及依遺產清冊之承認 (Acceptation sous bénéfice d'inventaire) (法民第七七四條，第七八五條)。後者使遺產與繼承人之固有財產不相混同，而繼承人僅於所受遺產之限度，負其債務清償之責，即與限定承認相當。此外繼承債權人及受遺贈人為免避遺產與繼承人之固有財產混同，而保全其充分清償起見，則得請求財產分離 (Séparation du Patrimoine) (法民第八七八條以下)。日本民法亦然 (日民第一〇二三條以下，及第一〇二〇條以下，及第一〇二五條以下)。民法除財產分離未加規定外，(註一) 認有單純承認，限定承認

及拋棄二種，蓋亦採自法國民法之例也。

第二項 選擇行爲之性質

單純承認係就被繼承人財產上之權利義務，爲無限承受之確認。限定承認乃限定以因繼承所得之遺產，償還被繼承人之債務，卽有限責任之承認（第一一五四條）。而拋棄則否認已身爲其繼承之主體，卽聲明其繼承於己身不生效力之意思表示。要之，不問拋棄或承認（包含限定承認及單純承認），其選擇之意思表示，概有單獨行爲之性質。法律上繼承雖不因有此等行爲而始發生效力，而其繼承人接受其所發生效力與否，則藉此以完全確定。在此點上，承認或拋棄與承諾或拒絕，實屬不類。（註二）又繼承之承認或拋棄既爲單獨行爲，其行爲主體

（註一）財產分離制度，全爲保護債權人及受遺贈人之利益而設。蓋因繼承開始之結果，除繼承人爲限定承認或拋棄外，其固有財產乃必與遺產彼此混同。而自其及於債權人及受遺贈人之影響言之，如遺產爲正而繼承人之固有財產爲負，則盡時信用被繼承人之財產與之交易之債權人及自遺產得受遺贈交付之受遺贈人，乃蒙不利之影響，反之如遺產爲負而繼承人之固有財產爲正，則信用其固有財產與之交易之債權人亦然。故爲保護債權人及受遺贈人之利益起見，乃許其得爲遺產分離計算之請求（法民僅許繼承債權人及受遺贈人得爲請求，日民則許繼承人之債權人亦得爲之）。又德民之財產管理及瑞民之公之清算，亦有此類用意，概如前述。此等制度用意雖非不美，而實際採用殊屬罕見，故民法未之規定。

（註二）外國法例有以繼承之承認或拋棄，得以契約於繼承開始之前爲之，德國民法中之繼承契約（Erbvertrag）（第1111條第一九四一條，被繼承人得以契約選定繼承及指定遺贈並負擔），及繼承拋棄契約（Erbverzichtungsvertrag）（第二三四六條及第二三四八條，被繼承人之血親或配偶得與被繼承人訂契約拋棄其法定繼承權），卽屬其例。此等制度，民法未之採取，前既言之。

須受行為能力上之限制，如主體為未成年人或禁治產人，須由法定代理人代理或得其允許為之（第一三條第一五條第七六條第七七條第一〇八六條第一零九八條第一一三條），自無待論。惟繼承之承認或拋棄雖為單獨行為，與普通行為又不盡同，而具有如左種種之特質焉。

一 承認或拋棄須就整個為之

關於遺產繼承，法律雖許繼承人有選擇自由，然僅能就其應繼分為整個之選擇，即或為整個（單純或限定）承認，或為整個拋棄，而不容就應得權義擇其一部，棄去他部。蓋繼承為包括之承受，不問權利義務，應一切皆移轉於繼承人。從法律為保護繼承人之利益計，認有某範圍之選擇權，而決不許任情抉擇，取捨自如，以損害債權人及受遺贈人之利益。故自制度全體觀之，繼承人祇能就法律所認有之承認或拋棄為整個之選擇耳。

二 既為之承認或拋棄不得撤消之

既為之繼承承認或拋棄，以不得撤消為原則。蓋繼承之承認或拋棄，因單獨行為之意思表示而生效力，一旦已為承認或拋棄，其繼承人之法律地位，遂以確定。若承認或拋棄之後又撤消之，是不外選擇之後，又加選擇，至再至三，豈非有害於他人之利益？故既為之承認或拋棄，究不許任意撤消之。至其行為存有關於意思表示之一般撤消原因者，固當別論。如其行為之意思表示有瑕疵時，其撤消權人自得另撤消之。但其撤消後復為承認或拋棄之行為，僅能於法定期間以內為之，若已逾此期間，則無救濟辦法。此之一點，民法未設展限規定，於有權人未免過酷，

似有再考餘地。

三 承認或拋棄不得加以附款

所謂不得加以附款者，即其行爲不得附有條件或期限之意。法律行爲加有此等附款，其效力遂不確定。此其性質，與繼承之承認或拋棄之行爲，不能相容。因繼承關係，不宜懸而不定，否則於次順序人及第三人之利益，頗有妨礙。前述繼承之承認或拋棄不得撤消，意即在此，而民法設有短期除斥期間之規定，其意亦不外此。故繼承之承認或拋棄，在解釋上不得加以附款。

第三項 單純承認

遺產繼承以單純繼承爲本則。即除爲限定承認或拋棄之情形外，被繼承人財產上之一切權義，通常即無限爲繼承人所承受。而其中即使債務超過權利，繼承人亦須以自有財產負其清償之責。如是單純承認，承受繼承上之一切責任，一般的雖出於繼承人之任意選擇，而於特定場合，法律亦逕科以單純承認之責任，不與以選擇之自由。茲分一般單純承認與法定單純承認，述之如左。

第一 一般單純承認

一般的單純承認者，即法定單純承認外，因繼承人之任意選擇，而無限的承受遺產上一切權義之謂也。實際上遺產繼承人最多數情形，即屬於此。故其承認行爲不必如限定承認或拋棄然，加以嚴格限制。其行爲之意思表

示，不問明示默示，均可成立。如其明示，亦無一定之相對人，祇須將其意思表示外部，即無不足。如不為積極的意思表示，則可以默示為之。如繼承人對被繼承人之債權人為債務之清償，或為緩期償債之請求；或處分遺產之全部或一部，其程度超乎管理權之行使，乃至法定期間內不為限定承認或拋棄之積極行為（德民第一九五六條，瑞民第五七一條第一項，日民第一〇二四條第二款），凡此種種，皆可視為默示之表示。然僅為繼承之登記，而未有其他之行為者，則未可斷定其意思。因繼承之承認與否，並不因登記而生效力，而繼承登記除為私法上之證明外，別有行政上之目的。故縱已為登記之聲請，苟未經過法定期間，仍得為限定繼承或拋棄之程序也。

第二 法定單純承認

繼承人中有左述各款不正行為之一者，當然須負單純承認之責任（第一一六三條）。蓋限定承認，所以限定繼承人之債債責任，原為繼承人之利益而設。繼承人若藉此反為種種妨害債權人之行為，則債權人之利益，將失保障。推其流弊，亦堪深惡。此等場合，法律因設民事制裁規定，剝奪其繼承人得為限定繼承之利益，以為狡黠者戒。

一 隱匿遺產

隱匿遺產者，即於他人未知以前，將遺產全部或一部藏匿，使他人無從發見之謂也。繼承人隱匿遺產後復為限定承認，蒙其害者，以被繼承人之債權人為最。夫被繼承人之債權人，本係信用其財產全部與之交易，被繼承人

死亡之後，自宜至少以其遺產充諸債務之清償。今繼承人隱匿遺產全部或一部，而復爲限定承認，使債權人喪失應得之清償，其爲損人利己，不正行爲，甚屬明顯。

二 在遺產清冊爲虛偽之記載

「爲限定之繼承者，應於繼承開始時起三個月內，開具遺產清冊呈報法院（第一一五六條第一項），」令其開具遺產清冊呈報法院，無非使爲限定承認之明確表示，及作爲計算遺產清償債務之基礎。繼承人爲限定承認時，在遺產清冊上爲虛偽不實之記載，或以多報少，或故意脫漏，其爲謀圖自己利益，損害他人權利，與前述情形方法雖異，結果則同。

三 意圖詐害被繼承人之債權人之權利，而爲遺產之處分

繼承人對遺產而爲處分，在得爲限定承認之法定期間以內，本非法所絕對禁止。於此期間以內，法律除許得爲單純承認之處分外，並許其得爲遺產管理上必要之處分。因繼承人此時對遺產仍有管理之權利與義務也。然繼承人得爲之處分，自有一定限制，否則易致損害繼承債權人之權利，殊非法律之所容許矣。尤其於限定繼承場合，所有被繼承人之債務，悉藉其全部遺產以資清償。其繼承人若爲自己利益，軼出管理權之範圍，而爲遺產之處分，則動足以侵害被繼承人之債權人之利益，其爲不正所爲，亦無容疑。

右述各款行爲，出於得爲限定承認之法定期間以內，未爲限定承認以前，固無待論。卽出於已爲限定承認以

後，亦應負其行為責任，易言之即負無限承認之責任。因右述三款行為，除第二款外，即在既為限定承認之後，亦有發生可能，而同足以損害被繼承人之債權人之利益也。

又在右述各款情形，其行為人除應受本條之民事裁判外，如有確實損害被繼承人之債權人，或其他權利人之權利者，並應負其損害賠償之責，固無待贅。

第三 單純承認之效果

繼承人任意為單純承認，或因其他事由應負單純承認之責任時，其效力因以確定，而被繼承人遺產上之利益與負擔，歸屬於繼承人，兩者權利義務，發生混同結果。單純承認之效力，有絕對性，任何理由皆不得變更之。其效力且溯及既往，與限定承認或拋棄之場合同。

第四項 限定承認

第一目 概說

限定繼承，乃繼承人限定以因繼承所得之遺產償還被繼承人之債務，所為繼承之承認，即以有限責任所為繼承之承認也。繼承以單純承認為本則，凡被繼承人所遺之積極財產，固與繼承人之固有財產一併混同，成為繼承人之財產，即被繼承人所有債務，亦概括屬於繼承人，由繼承人負其清償之責，然其債務若超過於積極遺產，則繼承人不免應以全力負其責任。甚或子孫世世，不能脫其累負。故法律為免除繼承人過度累負之計，許其自由選

擇，而爲限定承認，卽對於繼承債務，僅負有限責任，大略已如前述。然以限定承認，使繼承人負有限責任，利益所及，猶不止於繼承人個人已也。何者在單純繼承場合，因遺產上之權義與繼承人所固有者發生混同之結果，其繼承人須以全部財產充償全部債務，若遺產爲債務過多，勢必侵蝕固有財產；反之，若固有財產爲債務過多，亦必侵蝕遺產。以是若遺產爲負而繼承人之固有財產爲正，則繼承人固受虧損，而繼承人之債權人向視繼承人之固有財產而與之交易者，亦蒙意外之不利。反之，若繼承人之固有財產爲負，而遺產爲正，繼承人及繼承人之債權人固所樂意，而被繼承人之債權人向視其繼承財產而相與交易者，乃陷於不利之地位矣。故由被繼承人或繼承人之債權人觀之，有時亦以使遺產與繼承人之固有財產不相混同，可保不受不測之損失也。故在限定承認，發生次之主要結果，卽一，繼承人對於繼承債務僅負有限責任。二，遺產與其固有財產須爲分別處理。

法律如是爲保護繼承人及債權人之利益，規定使遺產成爲獨立財產，儘先以遺產清償債務之外，並就清算之程序，與夫清償之先後，定以一定之秩序焉。其詳分述如次。

第二目 得爲限定承認之期間

法律既許繼承人得以自由選擇，爲限定之繼承，自非與以猶豫期間，使經詳細考慮，不能發揮其選擇權之效用。蓋被繼承人所有財產，通常由其本人管理，一旦繼承開始，其產權若何？義務若何？苟非遺產甚形簡單，一時難於明判，以故於繼承人自非假以若干時日，不能爲詳細之調查，及選擇之決定也，然若時間過長，使其關係久不確定，

又屬不可。民法因適宜制斷，規定其調查考慮期間爲三個月（第一一五六條第一項）。逾此期間，不得再爲限定承認。本項法定期間，以繼承開始之時，即被繼承人死亡之時，爲起算點。在再轉繼承場合，即繼承人未爲限定承認之表示，而於法定期間內死亡之場合，則自第二繼承開始之時起算。因此際雖同時爲二個繼承，而與代位繼承不同，其第二繼承人所能合併繼承之者，乃自第二繼承開始之時始也。

得爲限定承認之期間，規定爲三個月，本不爲短。但以繼承開始之時，爲計算之起點。若繼承人遠居異地，未能即時入手調查遺產，或因產目繁多，不能於此三個月內詳核竣事，則亦難免不有過短之虞。民法爲顧慮此種例外必要場合，又規定其三個月期限，得由繼承人聲請法院決定延展之（第一一五六條第二項）。究竟有無展限必要，乃至延展若干月日，法無規定，當由法院就具體情形以核定之。

第三目 限定承認之方式

限定承認爲繼承之一特例，且所有影響亦頗重大，故法律定爲要式行爲。即繼承人爲限定承認時，「應於繼承開始時起三個月內，開具遺產清冊呈報法院（第一一五六條第一項）」其方式即須備左二要件，即：

一 須將限定承認之意思表示呈報法院

限定承認既爲遺產繼承之一特例，則欲依從此例，自非有明示之意思表示不可。而其表示若許法院之外任便爲之，則恐不易明確，徒起無謂糾紛。故法律爲求明確起見，決令將其意思表示呈報法院。惟呈報僅爲意思之通

知，非有訴訟之性質，與民訴第一六條所謂因遺產之繼承而涉訟者，原屬不同。因之關於該事件之管轄，其規定亦不能當然適用。惟關於繼承一切事件，以由被繼承人之住所所在地之法院管轄，為最適宜，而我國民法之解釋上，亦即以被繼承人之住所，為繼承開始之處所，易言之，即決定法院管轄之處所，已如前述。則此時所呈報之法院蓋亦不外被繼承人普通審判籍所在地之法院耳。呈報須以書面為之。此於本條之解釋上自明。

二 呈報時須開具遺產清冊

遺產清冊，即記載被繼承人財產上一切權利義務之簿據也。凡被繼承人所遺一切產權債務，可為繼承之標的者，均應開列在內，不得以多報少或故意脫漏，致侵害被繼承人之債權人及受遺贈人之利益，已如前述。呈報必須附具遺產清冊，俾一面可以使法院及權利人明瞭遺產之實況，他面亦可以監督限定繼承人應有正直之態度也。

惟繼承人為限定承認之表示時，雖須依右述方式對於法院為之，而因其為單獨行為之故，法院僅得審查其法定要件而為受理，不得為任何之審判。祇呈報不具法定形式要件，或期間已過，及呈報者非其人時，法院得為駁卻，所不待贅。

第四目 限定承認之效力

限定承認之呈報，經法院受理后，發生次之效果：

一 繼承人全體爲有限責任

繼承人爲一人而爲限定承認，或爲數人而全體爲限定承認，則其對內對外一切關係，概爲限有責任，可勿待論。若繼承人爲數人，僅其中有一人爲限定承認時，則其全體繼承關係應爲分別依法決定，抑全體一律決定？就此問題，立法殊不一致。依純理言之，自以分別決定，僅以表示限定承認者爲限，使負有限責任，此外則其他依法決定，爲較合於各該繼承人自由選擇之真意。惟依此法處理，關係複雜，程序紛繁，使單一事項，不能爲公平之決定；且自被繼承人之債權人之地位觀之，其債權人通常乃以繼承財產爲其置信之對象，法律即不勉爲保護，亦無過分不利可言。故民法爲求劃一便利起見，採取後之辦法，以多數繼承人中有一人爲限定之繼承時，其他繼承人視爲同爲限定之繼承（第一一五四條第二項，民法第七八二條，日民改正要綱第七，不同立法例，意民第九四〇條）。即其中有一人爲限定之繼承者，不問他人意思如何，其全體即因之同負有限責任也。

限定承認之結果繼承人乃負有限責任，對被繼承人之債務，僅須以因繼承所得之遺產，負責清償。在此點上實與單純承認不同。然僅責任有限而已，被繼承人財產上之一切權義，依然須全部繼承之。其超過產權之債額，仍在繼承之列，祇繼承人無以固有財產負其清償之責而已。故在限定繼承場合，其繼承人對於繼承債務及遺贈義務，仍爲其義務人，對於產權，仍爲其權利人，從而以遺產充償債務及遺贈之後，尚餘若干權利，乃歸屬於繼承人；繼承人爲限定承認後，對於繼承債務復任意以固有財產爲過分之清償，亦不得以不當得利而請求返還。

二 財產之分離

限定承認之結果，繼承財產與繼承人之固有財產，依舊分離獨立，不相混同。從而其限定繼承人對於被繼承人之權利義務，亦不因繼承而消滅（第一一五四條第三項），其權利仍得對繼承財產請求執行，其義務仍須向繼承財團而為履行。在此點上又與單純承認不同。蓋在限定繼承場合，若使繼承人對於被繼承人之權義亦相混同，則其權利消滅，不外仍使繼承人以其固有財產充償被繼承人之債務；其債務消滅，不外使其債權人及受遺贈人仍不能以全部遺產作為清償。坐是而限定承認之本旨，終不得而貫徹矣。然其權義所謂不因繼承而消滅者，僅對繼承債權人及受遺贈人之關係而言，其於被繼承人，則因繼承之一般效力，結果終以混同。即謂不至消滅，亦無何等之意義耳。

限定承認之結果，於繼承人及繼承債權人受遺贈人間，此外并發生種種之權義，茲按次述之如左。

第五目 遺產之管理

在繼承開始以後，得為限定承認期間猶未經過之前，繼承人縱未為承認之意思表示，原則上其遺產已一度移轉於繼承人。俟其期間經過，其關係且以完全確定。祇繼承人於期間未終了以前，竟為限定承認，乃溯及既往視為自始發生效力耳。故在繼承關係猶未確定之前，其遺產雖不能完全視為繼承人之確實所有，究不能視為屬於他人，從而其遺產之管理權，亦不能使屬於繼承人以外之他人。於此期間，關於其遺產之管理，應適用一般遺產管

理之原則，可勿待贅。

然在既爲限定承認之後，猶未清算以前，其遺產分離獨立，目成財團，此時其財產是否應由繼承人繼續管理，法無規定，解釋上不無遲疑。祇自立法精神觀之，仍以解爲由其繼承人繼續管理者爲妥。蓋此時其遺產雖可視爲財團，要無獨立人格，不能自成主體，而繼承人自繼承開始，即繼承其權利義務。限定承認場合，繼承人之責任雖爲有限，而其遺產上之權利義務，固亦概括承受，既如前述。故限定承認之後，遺產未經處分以前，其產權仍爲繼承人之所有，至於清算之後，其賸餘財產，且確定歸屬於繼承人，亦如前文所述。以是觀之，故在此期間其遺產亦應屬於繼承人管理。而繼承人若有數人，應適用民法關於共同共有之規定，及第一一五二條之規定，以處理之，蓋無容疑（見前）。

惟既爲限定承認之後，其遺產與繼承人之固有財產不得不視爲分離獨立。蓋對於同一遺產之上，有多方對立的利害關係之存在。嚴格的保持其分離獨立，除爲保護繼承人外，亦爲保護繼承債權人及受遺贈人所必要也。以是繼承人爲遺產之管理時，亦不能與管理自己財產視爲同一關係。其關係在某點上蓋與委任關係相似，尤其管理人所有之責任，與受任人之責任相同。故因管理上有過失致使遺產毀損滅失時，其管理人應負損害賠償之責。但此時對於其繼承人，若必責以善良管理者之注意，未免過酷。解釋上僅能求其與管理自己固有財產爲同一之注意耳（自第五三五條及第五四四條類推解釋）。

第六目 遺產之清算

第一 概說

繼承人爲限定承認之後，應即實行清算。對繼承債權人及受遺贈人，應以所受遺產之限度，各按比例及先後而清理之。爲期清算之公平允洽起見，法律上不得不有一定之清算程序。其程序，除清算期內遺產應由何人管理，已於右述外，尚須公告或催告債權人，使之確知將行清算，自來申報。次之，如遺產內容非爲單一，而各種義務不能不以同一單位之物清償，則於未清償前，須將其遺產拍賣換價（民法債編施行法第一四條），以便計算，可計算矣，又須就各種權利，定其先後償付之順序。凡此等等，動關法律問題。就中公告及催告，清償之時期及順序等項，民法略有規定，茲爲分述如次。

第二 公告及催告

着手清算，其第一步爲對於一般債權人之公告，及對於所已知債權人之催告。蓋所以使一切權利人知其限定繼承之事實，促其速爲申報，無所遺漏，及所以判明債權之實額，以便計算償付也。惟應爲公告或催告之主體及方法，各有不同。民法僅就前者設有規定，以繼承人爲限定承認之呈報時，「法院應依公示催告程序公告，命被繼承人之債權人，於一定之期間內，報明其債權。其一定期間不得在三個月以下」（第一一五七條）。即公告須由法院於受理呈報時爲之，以期準確。公告方法，應依公示催告程序（民訴第五〇五條至第五二二條），否則不能

有效。但其申報權利期間，與通常定為二個月以上者（民訴第五一〇條）不同，至少為三個月。因繼承之開始，為突發之事變。若其期間過短，恐於權利人之保護難期周至也。又公告時對於受遺贈人亦須令其申報。

除法院以公示催告，公告週知外，他面繼承人尚須對自己所已知之債權人，實行催告，令其於同一期間之內，報明債額。其催告方法，須向各債權人分別行之。蓋「繼承人對於在該一定期間內報明之債權，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」（第一一五九條）。自此觀之，繼承人自以其催告為必要。然此催告非為繼承人必須履行之義務。對於其所已知之債權，不先實行催告，而逕分配償還，自無不可。要之，其應行催告與否，應視其有無必要，以為決定，而非其必須經過之程序也。又對於受遺贈人亦然。

第三、清償債務及交付遺贈之時期及順序

一、時期

繼承債務之清償，須於申報期限屆滿，通盤計算，定有次序及成數之後為之，方克公平允當。因在限定繼承場合，所遺產權，其全數恆不足以清償債務，若對某項債務提先償還，則其賸餘愈寡，於其他債權人益為不利，難免發生偏枯不平之弊矣。民法因禁止繼承人於申報期限之內，不得對於被繼承人之任何債權人償還債務（第一一五八條）。依此規定，限定繼承人於申報期間未滿以前，對於繼承債權人，實有拒絕清償之權利與義務。惟清償拒絕權，不問遺產足敷全部債務之償還與否，必然存在，而其拒絕義務，僅遺產不足償付之際，始以存在。故限定繼承

人若預料遺產並無不足之患，而於期限終了以前，儘先償付，當亦無不可。祇其所爲便宜措置，乃又害及其他債權人之利益者，仍須負賠償責任，而他面受其償付之債權人，對於其他債權人亦應返還其不當受領之數額，有如後述耳（第一一六一條）。

二 順序

限定繼承人於前述申報期限屆滿，換價計算之後，應爲債務及遺贈之償付，其償付之順序如左：

（甲）繼承債權之清償，以有優先權人爲第一順序（第一一五一條但書）。有優先權人，即在遺產上有抵押權，質權及留置權之債權人是。此等優先權利，其效力不因遺產繼承而受任何影響。其有特別擔保者，於前述申報期內會否報明，亦無若何關係。使與普通債權相較，自居優先地位。然此等有特別擔保之優先權人亦非對於遺產全部常有優先權利。僅以其優先權所附之目標物價額爲限，得以首位受其清償。若其價額不敷全部債權之清償時，其不敷之數，僅能與普通債權於同一順位，受其清償之分配耳。

（乙）其次以普通債權居於第二順位，即對右述優先權人爲清償後，尙爲餘裕，或右述優先權人全不存在之時，乃由普通債權人受其清償。此處所謂之普通債權人亦不以前述申報期內會來報明者爲限，其未報明而爲繼承人所已知者，亦不能獨除外之（第一一五九條）。又此時猶未到期之債權，解釋上亦應爲全額之清償。因其提前清償係出於債務人方面之事由，於債權人自不能拋棄其期限上之利益也。惟附有條件之債權，及存

續期間不確定者（如終身年金之類）難爲同一解釋。此種債權之價額，依理應於審判上或審判外估計決定，以便清算程序從早得結束也。至普通債權人有數人，而遺產不敷清償其全額時，則應按分清償，其法即由繼承人對於各種普通債權，按其數額比例計算，以遺產分別償還之（同條）。如債權有二百元，四百元，六百元三種，而遺產僅有六百元時，則按其數額比例計算，分別償還一百元，二百元，三百元之例是也。

（丙）又次以受遺贈人居於第三順位。即清償上述各種債權後，尚有若干賸餘時，乃得將其賸餘遺產交付於受遺贈人。蓋債權人多係有債取得，即不然其權利亦早於繼承開始前所已確定（如生前贈與），與受遺贈人多因被繼承人之恩惠而取得者，大相徑庭。對於債權人之保護，乃應較受遺贈人爲優厚也。不然，使受遺贈人與債權人列於同一順序，同時分配一物，則被繼承人縱已負擔莫大之債務，亦得更以遺贈加害於債權人，而債權人之利益終不保矣。民法因禁止繼承人非依第一一五九條規定，償還債務後，不得對受遺贈人交付遺贈（第一一六〇條）。交付遺贈方法，民法未之明定。惟交付遺贈原出於尊重被繼承人之意思，其應交付之次序及數額，如遺囑另有指定者，自應依其指定。否則亦須按公平分配，即所餘遺產不敷充作全部之遺贈時，須按其額數比例計算，分別交付之。

（丁）最後，繼承債權人不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，請求償還（第一一六二條）。此之賸餘遺產，係指償還上述各種債權及交付遺贈後，所賸餘者而言，所不待贅。此類

債權人，雖未於所定期內報明債權，而又為繼承人偶所未知，於正當分償時，未及償還，究不能遽使喪失權利，但若使此類債權與其他債權保有同等利益，將前此所為清償全部撤銷，重行分配，則又與前述公告催告，從早結束清算之本意，大相背謬，衡情酌理，對於此類債權，自以僅就賸餘遺產，使得請求償還，為最妥當。惟有特別擔保之權利，即未及時申報，於所定期限後，亦得就其擔保物之價額，受其償還，有如前述。其結果此種債權人，對於已受清償之債權人，及受遺贈人，亦得請求發還。惟此種債權，不為限定繼承人所知悉者，事實上乃甚鮮耳。

除償付以上各種債權人及受遺贈人後，如尚有遺產賸餘時，結局乃歸限定繼承人承受，與其固有財產混同，而因限定承認所設之財產分離，自此乃告終止矣。

第七目 限定繼承人之賠償責任及不當受領人之返還義務

限定繼承人償付繼承債務及遺贈之時期及順序，已如前項所述。此等程序為公平保護繼承債權人而設，於限定繼承人自應恪守將事，不可違反，否則動致損害債權人之利益，而構成侵權行為。民法為公平周密保護債權人利益之計，另以第一一六一條規定繼承人之損害賠償責任。依此規定，繼承人應負其責任之場合如下：即（1）於公告所定期限內對某繼承債權先行償還，致其他債權人不能受其應得之清償者；（2）侵害有優先權人之利益者；（3）對公告所定期限內報明之債權，及繼承人所已知之債權，不為按分配償還者；（4）未按分償還債務而對受遺贈人交付遺贈者。此外第一一五七條，關於法院應為公告之規定，則繼承人無違反情事之可言，更何有

於損害賠償責任。第一一六一條謂「繼承人違反第一一五七條至第一一六零條之規定，」蓋第一一五八條至第一一六零條之筆誤而無疑。

右述情形，受有損失之債權人，對於不當受領之債權人或受遺贈人，并得請求返還其不當受領之數額（同條第二項）。是為不當償付返還請求權。此項請求權之性質，究係何屬？頗有疑義。謂為不當利得返還請求權乎？則被繼承人之債權人或受遺贈人，縱違反前述程序受其債權或遺贈之償付，終非無法律之原因，而受利益之交付，於理不能全合，謂為同屬損害賠償請求權乎？則非特不問其過失之有無，且不問其為惡意與否，即不問其明知不當受領與否，其不當受領之債權人或受遺贈人，常須負其返還之責。此時其無侵權行為可言，亦甚明顯。故此項權利既非損害賠償請求權，亦非不當利得返還請求權，而屬於特別之範疇耳。

對於受不當損失之債權人，法律如是，除與以損害賠償請求權外，並與以償付返還請求權，意在保護繼承債權人之利益，務期公平周至，固無待論。惟此二重權利，處於若何關係，解釋上亦有問題。以吾觀之，二者居於補充地位。蓋以通常情形而論，限定繼承人有依公平見地，償還債務義務，反此義務而與一部分債權人以不當之損失時，固應負其賠償之責任，然繼承人縱有責任而資力不足，或全無資力，則其賠償制度，終不濟事。於賠償責任人無資力時，受損失之債權人，因有償付返還請求權，乃得對於不當受領之債權人或受遺贈人，直接請求返還不當受領之額，以資救濟。反是，其不當受領之債權人或受遺贈人，在法雖有返還不當受領數額之義務，若其人亦資力不給，

或并所受領者已不存在，則雖請求亦已無益，此時乃可專責於限定繼承人，使負全部賠償之責任，更不待贅。如此二者互為補充，雖難保賠償責任人與返還義務人，兩方皆無資力，終於無法救濟，而較僅有損害賠償請求權一種之規定者，於繼承債權人則已多得一重之保障矣。本條規定於遺贈亦可準用之。

第五項 繼承之拋棄

第一目 概說

拋棄即繼承人對已所開始之遺產繼承，聲明於已不生效力之意思表示，為單獨行為，已於前述。蓋遺產繼承，因繼承開始當然發生效力，但凡繼承開始，其遺產必依法一度轉移於繼承人，然遺產包括被繼承人財產上之一切權義，若其義務過多，則繼承人反為不利。不然，即在權利過多場合，繼承人亦有不欲受其利益者。近代法為任繼承人自由選擇之計，除許繼承人得為限定承認外，並認其得為拋棄（第一一七四條）。而拋棄溯及繼承開始發生效力（第一一七五條），視為自始未為其繼承人。故繼承拋棄者，不外對已所開始之繼承，溯及繼承開始，否認於已不生效力，簡言之，即否認己身為繼承主體之行為也。一般繼承人皆有拋棄能力，但已為單純承認或限定承認者，其拋棄權即以消滅。此其性質使然，亦已前述。

但繼承拋棄與應繼分之拋棄不同，後者為應有部分之拋棄，即不為繼承拋棄時亦得為之。又應繼分之拋棄，並得於繼承開始前附以停止條件為之，而繼承拋棄則根本不得於繼承開始前為之也。

第二目 拋棄之方式

繼承拋棄與限定承認同，爲反於繼承本則之例外場合，法律爲期明確而昭慎重之計，亦定爲要式行爲。其行爲「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（第一一七四條第二項）。」即其行爲之意思表示，須以書面提出，或提出於法院，或提出於親屬會議或其他繼承人，均聽自便。但其意思表示，雖有一定之相對人，而其行爲性質終爲單獨行爲。其效力因相對人之接受卽已發生，而不待其承認。其向法院提出場合，與限定繼承之呈報同，法院不得爲任何審判，其管轄法院亦與限定承認之場合無異。

得爲拋棄期間，爲知悉得爲繼承之時起二個月以內，與限定繼承場合，應於繼承開始時起三個月以內爲之，且其期限得向法院聲請延展者（第一一五六條）不同。蓋繼承拋棄，多在債務超過顯而易見之場合，今其調查考慮期間，定爲二個月，無非使其繼承關係從早確定。其期間之起算點，規定爲知悉其得爲繼承之時起者，則以拋棄之後，其權利絕對無可挽回，故拋棄之決意，務使出於該繼承人之本意。而其何時知悉得爲繼承，實際證明卽較困難，遂亦不暇顧及也。

第三目 拋棄之效力

繼承拋棄，既係否認爲該遺產之繼承人，則其繼承於該繼承人自始不生效力，本爲理之當然。然爲繼承拋棄必在繼承開始以後，期間屆滿以前，其距繼承開始，必有若干時日間隔。則拋棄是否係自爲意思表示時起發生效

力，易滋疑義，民法爲決疑起見，明定有溯及效力，視爲繼承開始時起，卽已拋棄（第一一七五條）。其及於本人與其他繼承人之效力如左。

第一 及於本人之效力

拋棄因自繼承開始卽生效力，故拋棄人對遺產自始不生關係，既不取得若何權利，亦不負擔任何義務。從而拋棄人之固有財產與遺產依然絕對分離，不相混同，而拋棄人對被繼承人所有義務，仍須履行，所有權利，仍得行使。又拋棄人自被繼承人生前所受特種贈與，亦得照舊保持，不受任何影響（參照前節第三款第二項）。

第二 及於其他繼承人之效力

一 法定繼承場合

因拋棄結果，其繼承於拋棄人不生效力，與自始未爲繼承人者相同。故在法定共同繼承場合，其繼承人中有拋棄繼承權者，其應繼分應歸屬於其他共同繼承人，卽歸其他同一順序之繼承人承受（第一一七六條第一項上段）。例如有繼承人甲乙丙三人，甲爲被繼承人之配偶，乙爲親子，甲爲養子，其中若乙拋棄繼承權時，則乙之應繼分連同其他遺產全部歸屬甲丙承受，而各按其應繼分，甲得三分之二，丙得三分之一。此時拋棄人之應繼分歸屬他共同繼承人承受，亦自繼承開始發生效力。故其應繼分非自拋棄人之所讓受，乃依法定自始以其固有權利取得。從而其他繼承人中有在繼承開始以後未爲拋棄以前死亡者，亦得受其應繼分之歸屬。而他而其歸屬爲法

律上當然發生結果，受其歸屬之人，不得諉卸拒絕。如對己身原有之應繼分未為繼承承認，自得與歸屬所得者合並而拋棄之。然在既為單獨承認之後，因歸屬結果，義務增多，愈覺不勝負擔，解釋上亦不得更為繼承之拋棄矣。在共同繼承場合，其拋棄人即有直系血親卑親屬，亦不發生代位問題。因拋棄非係失權之一場合，失權之人，自繼承開始即受排除，不得有承繼權，故其直系血親卑親屬得以越彼代襲。而拋棄必在繼承開始之後，其拋棄之選擇行為，且為繼承權之一作用。雖因拋棄視自始所未繼承，其繼承權固與自始喪失不同。故拋棄人之直系血卑親屬，不得代其地位而為繼承者也。

至「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」（同條第一項後段）。本項準用規定文義曖昧，學者解釋不一。或謂同一順序之法定繼承人全部皆拋棄其繼承權時，則應準用第一一八五條規定，逕將遺產歸屬國庫。或謂應援第一一七八條規定，先搜索繼承人，如尚有次順位法定繼承人者，遺產應先由其次順序之繼承人承受。此二說中，如單就「無人承認繼承」字面着眼，似應採第一說，逕將遺產歸屬國庫。然第一，在立法上于此並無特別限制，使次順位繼承人不得繼承之必要。第二，其所謂準用云者，原係比附引用之意。自全體觀察，民法繼承編第五節規定於此可類推援用者，當不以第一一八五條為限。即第一一七七條及第一一七八條亦可儘先準用。以第一一七六條第一項與第一一七七條及第一一七八等條連貫解釋，則同一順序之法定繼承人皆拋棄其繼承權時，應先視其有無次位之繼承人，如有即由其人承繼。如有無不明，經公示催告而復無

人承認，或有人而皆又爲拋棄者，則最後準用第一一八五條規定，將其遺產實行清算，如清償債務交付遺贈後尚有賸餘者，乃以歸屬國庫。第三，自第一一七六條第二項「歸屬於法定繼承人」類推論之，亦以如是解釋爲妥。因其所謂法定繼承人者，概括與指定繼承人同一序順以下其他各順序法定繼承人全體（被繼承人之生存配偶在內）而言者也。但此項規定終欠明顯，無論如何，將來宜改正之。在一人繼承場合，其第一順序之唯一繼承人拋棄繼承權時，則由直系血親卑親繼承，因此時其直系血親卑親屬並非代位繼承，實居於次順序也（第一一三九條）。

二 指定繼承場合

「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」（同條第二項）。所謂法定繼承人者，概括依第一一三八條有繼承權人之全部而言，已如右述。故指定繼承人拋棄繼承權，而被繼承人尚有父母者，其遺產全部由其父母承受，否則由第三順位以下之法定繼承人乃至國庫承受之。

以上一切場合，繼承人既爲繼承拋棄，其應繼分歸屬他繼承人或國庫承受，則其本人對於遺產自己不生關係，然爲他人及社會利益着想，尙應負擔一種義務。即自拋棄以後，他繼承人或遺產管理人接受管理以前，仍須繼續管理其遺產之義務是也。蓋繼承人自繼承開始以後，一切遺產通常即屬於其管理。雖自拋棄時起，對遺產脫離關係，而拋棄後即任其放棄管理責任，致使遺產毀損消失，則非特同順序或次順序之他繼承人，債權人及受遺贈

人蒙其不利，即於社會經濟，亦為莫大損失。故依法理解釋，繼承人為拋棄後，如尚有他繼承人者，應待至他繼承人接受管理為止，如他繼承有無不明者，待至親屬會議選定遺產管理人接受管理為止（第一一七七條），繼續負其管理義務（參照日民一〇四〇條）。

第三款 遺產之分割

第一項 概說

遺產分割者，複數繼承人就遺產上之權利義務，按分分贖，因以消滅其間共同關係之謂也。因分割行為，各繼承人對於產權之共同共有關係，乃歸消失，即債務之連帶責任，亦以次第免除，故遺產分割，其目的乃在消滅共同關係，使遺產上之權義各有歸屬，為不易之原則。惟一人或一家之遺產，令其即時分割，抑使長久保存，法制頗有變革。在昔封建社會，採一人繼承主義，一家財產例由一人繼承，其制固為強制保存。我國舊律，分析家產，本定以子數均分，而世風相習，數代同堂，同財共居，龐然大家族制。故遺產雖屬有權人共同共有，而事實仍為尊長繼續管理。未得尊長許可，卑幼不得使用處分。並且不得請求分析（見前），如是使其共同關係保持相當之久，其遺產繼承蓋亦不以分割為前提也。民法側近強制分割主義，以繼承人原則上得隨時請求分割遺產（第一一六四條），而分割效力則溯及繼承開始之時（第一一六七條）。推立法用意，似不望一家數子，將其遺產長為共同保存也者。採取強制分割主義，其結果易使大家拆碎，資產分散。家制由大而小，本合家庭進化趨勢，資本土地不使集中於私

人之手，尤合民生之所要求。質之立法政策，原無大謬。惟舊習相沿，積重難返，而農家經濟，亦有將遺產姑爲共同保存之必要。故令繼承人隨時得將遺產分割可耳，然實際上一家數子將遺產共同保存相當之久，及其久後分割之日，仍使溯及繼承開始之時，發生效力，視爲自始所分割者，其效力發生，難於盡改已往之事實。總之，依民法規定，遺產自繼承開始，雖暫屬於繼承人之共同共有，而其共同共有，與普通場合，欲其長久維持者不同，乃以從早分割爲前提，其共同共有關係，特不過因事實上之困難，如分割方法或繼承人數之遽難決定等等，設爲過渡期間之便宜辦法耳。此種立法是否適當，容待後述。

關於遺產之分割，除繼承編所規定外，物權編中關於共有物分割方法之原則規定（第八三一條），於某限度亦可適用，已如前述。茲分遺產分割請求權，分割方法，分割效力等數款次第述之。

第二項 分割請求權

數繼承人對於遺產共同共有之關係，既以分割爲其設定之前提，則其遺產遲早必歸於分割之運命，而繼承人亦應得爲分割之請求。依民法規定，繼承人對於遺產分割之請求，除法律有規定或契約有訂定外，得隨時爲之（第一一六四條，法民第八一五條，德民第二〇四二條，瑞民第六〇四條）。即繼承人對於遺產原則上有隨時請求分割之權利。所謂法律另有規定者，即指第一一六五條第二項被繼承人得以遺囑禁止分割之情形而言。所謂契約另有訂定者，則其繼承人相互間禁止分割契約之訂定是也。此等例外場合，茲先分述如次：

一 遺囑之禁止

關於遺產之歸屬，被繼承人本人有某範圍之處分自由，關於遺產之分割，自亦與以相當之自由權，方足以謂尊重被繼承人之意思。民法因許被繼承人得以遺囑定其分割之方法，如後所述者外，并許其得以遺囑禁止分割。祇其分割禁止效力，不得超過二十年耳（第一一六五條）。蓋在強制分割主義之下，遺產雖以分屬於各繼承人，為其當然之歸宿。然其即時分割，於繼承人未必盡為有利。視遺產之性質狀況，或繼承人間之實際關係如何，以即時分割顯為不利者，事恆有之。與繼承人關係最切之被繼承人，為死後處分之際，對於遺產分割一端當亦有所顧慮。被繼承人之意思，若以暫時不使分割為得策者，自以許其禁止分割為宜。又推本條用意，其分割之禁止，對於遺產全部為之固可，僅就其中一部為之，亦無不可。禁止必須以遺囑為之。其期間超過二十年者無效，未定確實年限，但謂務宜長久不分割者，視為滿二十年之禁止。

或以禁止分割遺產至二十年，期間過長，有礙經濟的流通與保存若改良，而為本段立法上之非難者。然此非為不可伸縮之法定期間，於此限度之內，被繼承人儘得自由制斷。況其分割禁止，乃為繼承人之利益設想，苟利多弊少，則稍長亦有何礙。一面揆之我國俗習，兄弟同財共居，繼續至二十餘年，亦在所多有也。

二 契約之訂定

除被繼承人有遺囑禁止之情形外，繼承人亦得以契約訂定不得分割遺產。蓋以原則而論，私人雖有隨時分

割共有財產之自由；他面亦得以自由構成一共同關係，依其關係共有一物（第八二七條）。繼承人本因共同繼承而共有財產，今欲就其共同共有關係以契約訂定而繼續之，則於繼承人之共同生活，或於事業之共同經營管理，甚為便利，而於公益亦非不能兩立也。故繼承人對於遺產，得以契約相互訂定不許請求分割。若有人請求分割時，其他之人得拒絕之。約定期間，法無限定，參照民法共同共有制度之精神，其繼承人要得自由定之。

論者多謂約定不可分割之期限，應適用民法關於普通共有物之規定，不得超過五年，逾五年者，縮短為五年（第八二三條第二項）。予意不然。五年期間過短，與實際社會生活不能相投；與前述被繼承人得以遺囑禁止滿二十年不許分割者相較，亦顯失平衡。民法第八三〇條雖有「共同共有物分割之方法……應依關於共有物分割之規定」。但依本條解釋，關於共有物分割之規定，可適用於共同共有物之分割者，僅以第八二四條為限，第八二三條并未包含在內。即從正文解釋，亦決不能引用。

以契約訂定不可分割，就遺產全部為之，或就其中一部為之，均無不可。尤其俗間於分割遺產之際，每留田宅一部以為祖先享祀之用。此種祀產法律上實由於繼承人合意訂定，作為共同共有，子孫永世不可分割，至少不有分割時期之預定。在社會見地，此種祀產其本身有無存在價值姑勿批評，而其習慣要非違反公序良俗，法律究無可否認之。惟此種祀產向係以男子輪管或分割分息者，如女子向無此權，非另有約定，不得與男系同論耳（司法院院字解釋第六四七號）。

又右述不可分割之遺囑禁止或契約訂定，其效力僅於禁遏期間，其繼承人之一人或二人於審判上或審判外，對其他之人不得請求分割而已。若其共同繼承人全體一致而主張於期限屆滿前分割者，自得提早為遺產之分割。蓋在約定場合，其共同共有關係，使之依舊繼續或即時終止，本任於私人之自由決定。在遺囑禁止場合，其禁止亦不過被繼承人為繼承人之私益而設，其繼承人全體一致皆以其關係之維持為不便者，社會自無強使再為維持之必要。非特無是必要，任其全體隨時分割，寧為強制分割主義本身之所前定也。（註一）

第三項 分割之方法

第一目 通則

遺產雖依應繼分而移轉於繼承人，而應繼分不過為遺產之分率，遺產內容之權義，具體如何分屬，則猶待於特別決定。是即遺產分割方法問題所由昉也。依民法解釋，遺產分割方法，可按左列各種標準定之。

（一）第一，就遺產分割之方法，被繼承人之遺囑有特別指定者，應先依其指定（第一一六五條第二項）。

（註一）關於遺產分割之請求，此外尚有解釋第一一六六條，以為胎兒為繼承人時，非保留其應繼分，他人不得「請求」分割者。吾意本條乃係效力上之限制，而非請求分割期間上之限制（德民第二〇四三條第一項，瑞民第六〇五條）。違反本條規定，其法定代理人不特得為繼承回復之請求，亦得據本條直接主張其分割為無效。然其法定代理人固不得謂應保留胎兒之應繼分後，其他之繼承人始得為分割之請求也。其他之繼承人原則仍得隨時請求分割，祇其實行之際，一面須保留胎兒之應繼分，否則不能為有效耳。

是蓋與應繼分之指定同樣所以尊重被繼承人之意思也。被繼承人分割方法之指定，得以任便爲之。純爲分割方法之指定固可，即於指定應繼分之行爲內包括爲之，或但指定分割方法一部而遺他部，亦無不可。此外被繼承人，又得以遺囑委托第三人代爲指定（同條，法民第一〇七五條，德民第二〇四八條第二〇四九條，瑞民第六〇八條，日民第一〇一〇條）。而此時被繼承人亦得托其純爲分割方法之指定，或與應繼分之指定同時爲之，乃至托其指定分割方法之一部。受托第三人所爲分割方法之指定，依法亦有拘束繼承人之效力。其指定不得違反被繼承人之意思以及特留分之規定，自無待論。若第三人受托後而終不爲其指定，則爲遺囑執行不能，視爲未有遺囑，應依其他規定，定其分割方法。

（二）就遺產分割之方法，被繼承人未以遺囑指定，或以遺囑委託於第三人，其受托之第三人未代爲指定時，共同繼承人得以協議定之（第八三〇條第二項第八二四條第一項），其方法或以原物分配，或變價分配均可。

（三）分割之方法不能以協議決定時，得聲請法院決定之。法院應依次之方法爲之分配，一，以原物分配於各繼承人。此時繼承人中有不能按其應繼分受分配者，得以金錢補償之。二，變賣遺產。以價金分配於各繼承人（第八二四條第二項第三項）。惟審判上之分割，應以原物分割爲本則，不能以原物分割時，始得命其變價分割耳。本項聲請形式上要爲訴訟事件，其訴之性質，爲形成之訴而非給付之訴，蓋此訴所以請求各繼承人間權

利關係之決定，在未判決以前，其遺產猶未分割，固未得爲分割物給付之請求也。

但右所述，僅就產權之分割方法而言。至債務則不問其可分與否，殆皆不成分割問題。因被繼承人之債務，或由繼承人數人分配，或由其中一人承受，概爲債務之處分，未得債權人同意，債務人不得單獨爲之也。

第二目 胎兒應繼分之保留

於遺產繼承，胎兒以將來非死產者爲限，視爲既已出生（第八條）而有繼承能力，已如二章二節所述，所謂以將來非死產者爲限，視爲既已出生者，當以繼承開始之時爲其標準言之。即於繼承開始之際，雖未出生，而其時確已懷胎，乃視爲於繼承開始時既已出生者也（德民第一九二三條，依此推論，則胎兒未出生前，并未果已取得人格，只自生而生存之際，溯及繼承開始之時，有其權利能力而已）。一胎兒有無繼承能力，既以繼承開始時期爲其決定標準，則受胎於繼承開始之後者，不能有繼承能力，固無待論。惟胎兒究係成於繼承開始之前，抑係成於其後，事實容有難於決定。就此問題，吾人得引第一〇六二條第二項，關於受胎期間之推定規定，以決定之。即在繼承開始後三百〇二日以內所出生者，乃得推定受胎於繼承開始當時或以前也。但此僅爲一種推定，若事實上能爲其他之證明者，仍得以反證推翻之耳（同條第二項）。

胎兒在出生前即有繼承能力，得現實爲遺產之承繼，已如右述。其遺產上之權利，至出生以後，有法定代理人爲之行使，可無問題。然在出生以前，苟繼承開始時期稍早，則成胎與否，他人每不易於明白，即能明白，而對胎兒權

利，亦每不甚注意。故法律縱已認有權利，若不另設保護方法，乃終不能收其保護之實。尤其遺產分割，現實領受之際，特有加意保護必要。民法因規定其他共同繼承人分割遺產之際，必須同時保留其應繼分。否則不得分割，分割亦爲無效（第一一六六條第一項），視爲與未分割者同。如遺產猶在原狀，則得請求重新分割，否則得爲繼承回復之請求（第一一四六條），自無待論。法文謂非保留其應繼分不得分割者，蓋對其他之共同繼承人復加明文禁止，以固其保護耳。

胎兒與其他繼承人分割遺產時，其權利應由何人代爲行使，頗難決定。應由法院選定一人爲之代理乎？法院手續繁重，頗爲不便，且法院亦難積極干與，保護周至，此法自難採取。應由法定代理人代理乎？則遺產繼承場合，其法定代理人大抵爲其親母，其父得爲代理人之場合極少。故民法於第一一六六條第二項規定：「胎兒關於遺產之分割，以其母爲代理人」。蓋胎兒之母不問其爲父之正妻與否，對於胎兒利益，必較他人特爲關切，且繼承開始之際，是否既已受胎，其母最早能覺知之也。

第三目 遺產之扣算

在共同繼承場合，其多數繼承人各按其應繼分而有對立之利害關係，故就遺產之分割，亦務宜各守其應繼分，以保持分割平衡，可勿待贅。各繼承人對被繼承人間所有之債權債務，及生前所受之贈與，乃各繼承人個人對於被繼承人之財產上特別關係，是否加入於應繼分中計算，其影響於平衡者甚大。故法律爲保持其間平衡之計，

對於此等繼承人與被繼承人間之特別關係，視為不因繼承而消滅。其被繼承人對繼承人之債務，亦被繼承人所欠債務一種，而應受第一一五三條之規律。此處無待再述。至繼承人對於被繼承人之債務，及前此所受之特種贈與，依法則應於遺產分割時加入於應繼分中計算。茲依民法規定，分述之如左。

一 對於被繼承人之債務

「繼承人中如對被繼承人負有債務者，於遺產分割時，應按其債務數額，由該繼承人之應繼分（指定或法定）內扣還」（第一一七二條，瑞民第六一四條）。其法即先將其繼承人所負債務之額，加入於全部遺產內，為應繼財產，再按各人之應繼分比例分配，最後乃自負債繼承人之應繼分中扣去所欠之數，而以其賸餘之數，為其實得之額是也。

二 所受特種之遺贈

「繼承人中有在繼承開始前，因結婚，分居，或營業，已從被繼承人受有財產之贈與者，應將贈與價額加入被繼承人所有之財產中，為應繼遺產。」而「贈與價額應於遺產分割時，由該繼承人之應繼分中扣除。」其扣除方法，與前述債務之扣除同（第一一七三條第一項前段及第二項）。惟此等贈與之扣除，雖與債務之扣除同樣，所以保持各繼承人間應得利害之平衡，而贈與之返還，則不能謂非贈與關係中之一特例。因其扣還與標的物既已交付之贈與，不得撤消之原則（第四〇八條），顯相違異者也。考此扣除主義，自羅馬法以來，為多數國家法例所

採（瑞民第六二六條，法民第八四三條即一八九八年三月二十四日法，德民第二〇五〇條第二〇五二條，日民第一〇〇七條第一〇九二條）。法意殆以女子出嫁，例必給與奩財。子孫不肖或與父母生活樣式不合，父母令其分財析居，亦爲法所不禁（第一二二八條）。其對子女與以資本，使之獨立營業，以謀發展，事實誠恆有之。此等場合，父母與以資財，授以家室，乃欲其成家立業，自圖發展，與死後遺以財產，惠其族屬，用意原無二致。特一爲生前贈與，一爲遺產繼承，於授與之時期上有所不同耳。二者用意既屬相同，則於分割遺產之際，自應將其生前贈與，加入於遺產中計算，而仍由該繼承人之應繼分中扣還，方足以符被繼承人之本意，及保持祖產分配之平衡也。惟贈與數額超過於應繼分時，其繼承人是否亦應照數補出，似有疑問。對此問題，立法例并不一致。於恆情推之，當以不再補出，實際爲較便利，而有時亦可免累及於第三人之利益。即以被繼承人之意思推之，其超過之額，有時亦可視爲賜與該繼承人之特別利益也（如出嫁及析居之場合）。然如是其個人之利益特大，因以減少其他繼承人原有之應繼分，乃至傷害其他繼承人之特留分時，則大足破壞平衡，妨礙公益。且依同條「應將該贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有財產中，爲繼承財產」之規定觀之，不問其超過應繼分與否，亦應以所受之全額，加入遺產計算。如贈與過多，其他繼承人之應繼分不足之數，自亦應由其繼承人另補出之。故解釋上，超過應繼分之贈與數額，以應由其繼承人補出者，爲較允洽。惟受贈與人既同爲繼承人，於此不利場合，乃得拋棄繼承，以免除其超過額之返還耳。

右述贈與應由應繼分中扣還之原則，本於被繼承人無特別意思表示時，推測被繼承人之意思而設，若被繼承人於贈與時有反對之意思表示時，則應從其意思，不須加入扣除（同條但書）。惟依法文解釋，其不必加入扣還之反對意思表示，應與贈與同時為之，否則不生效力。

又扣還右述贈與，若令原物返還（原物返還主義），非但有所不能，抑且無是必要。故民法規定，其扣除以贈與財產之價額計算，即採價值充當主義（德民二〇五六條，瑞民第六二九條，日民一〇〇七條第二項第三項）。惟贈與物之價格，時有漲落，其贈與物有時甚至消失全不存在。故法律又不能不定一定時期，以為計算標準。民法規定贈與價額，應依贈與時之價值計算（同條第三項）。至其後價格漲落，乃至贈與物是否存在，自可不問矣。

第四項 分割之效力

第一目 繼承人相互間之普通效力

遺產繼承民法採取強制分割原則，不問遺產即時分割抑久後分割，其分割概使溯及繼承開始之時，發生效力（第一一六七條），大略已於前述。關於遺產分割之效力，各國法例有二不同主義。一曰移轉主義，以遺產分割僅自分割時起向後發生效力，即與普通共同共有物之分割，發生同樣效力者也。普通之共同共有物，在未分割前，其共同共有人，對於物之全體原有總括支配之權（第八二七條），及至分割成立之日，其間乃相互移轉對於他部所有之權利，而各各取得其單獨所有權。例如某一遺產以A、B、C三部構成，自繼承開始為甲、乙、丙三人共同共

有，及至分割之日，以A歸屬所甲，B歸屬於乙，C歸屬於丙。如是前此乙丙對A所有權利乃移轉於甲，甲丙對B所有權利移轉於乙，甲乙對C所有權利移轉於丙矣。故遺產分割使有移轉效力，各繼承人分割後所得之權利，直接視為由共同繼承人所相互讓受（*Erbschaft*）。他日宣示主義以遺產分割，溯及繼承開始時起發生效力。即民法所採之主義是。蓋以繼承人因繼承開始直接繼承被繼承人遺產上權利，而非由各繼承人相互繼承。故民法雖以遺產未分割前定為各繼承人所共同共有，而於分割之後，則復否認既往之共同共有關係，而以各人所能分得部分，視為直接單獨由被繼承人之所承受者。簡言之，即認遺產分割僅有宣示的（*Deklarativ*）效力者也。法法系諸國民法多採後之主義（法民第八八三條，意民第一〇三四條，日民第一〇一二條），德瑞民法則採前之主義（德民第二〇三二條，瑞民第六三四條）。平心而論，後者認有溯及效力，雖較適於繼承本質，而在遺產久後分割場合，則終不若前者為合理耳。

學者多自利害觀察，以移轉主義於第三人利益之保護雖厚，而於繼承人則甚不利，而宣示主義與此相反。蓋若繼承人中有一人於其應繼分之限度，就遺產中某項不動產對債權人設有抵押權者，至遺產分割之日，在移轉主義，不論其設有該項物權之物歸屬何人，其物權常追隨於該遺產上，不因分割而失其效力。而在宣示主義，則以其不動產分屬於該債務人為限，其抵押權尙能存在，不然，其不動產歸屬於他繼承人，則其抵押權亦因無權利人所設定之故而無效。關於遺產之讓與亦然。此時其債權人或讓受人雖得引用他種手段以求救濟，然其權利終不

易於確保，故自第三人觀之，雖以移轉效力為較有利，而自保護繼承人觀之，則不若宣示主義為較優也。吾意在我民法之下，即自保護繼承人之利益觀察，亦未必足為移轉主義病也。第一，關於不動產物權之設定取得，有登記制度之保護（第七五八條，第七五九條，土地法第二六條），動產之取得，亦有保護善意取得之規定（第八〇一條）。因遺產分割所及於第三人之影響，即有之，亦未必即如論者所說之巨。因第三人在分割前就遺產所取得之權利，法律既有特別之保護，則於法律保護之限度，即使遺產分割具有宣示效力，固已不能將第三人所取得之權利而推翻之也。故自保護繼承人之利益而言，宣示主義未必即優於移轉主義也。第二對於遺產之處分，除管理上必要之情形外，原則須得共同繼承人全體之同意（第八一八條第二項），至於遺產分割前各繼承人是否得將其應繼分讓與於第三人，法無規定，似有疑義。然繼承人於分割前讓與其應繼分於第三人，我國無是法習。而容許其得為讓與之外國民法，同時必認他繼承人有優先贖回之權（法民第八四一條，德民第二〇三四條至第二〇三六條，日民第一〇〇九條）。民法未認他繼承人有此優先贖回權利，^{（註）}其反面未可斷定。即許各繼承人為單獨之讓與。況應繼分單獨讓與及優先贖回制度，弊多利少，在財產漸趨向於債權化之今日，已無存在之必要。最近立法新例，已有將分割前繼承人之單獨讓與實行禁止（瑞民第六五三條第三項）。故就民法解釋，在分割前各繼承人

（註）現行律典賣田宅條例，及前大理院上字第一二一四號判決，曾明示禁止。

實不得將應繼分單獨讓與。此外若爲遺產處分，原則須得繼承人全體之同意行之，民法既不許繼承人於分割前爲遺產之單獨處分，而處分乃須出於繼承人全體之同意，則與第三人之間（如不動產且非經登記不得處分，第七五九條），對繼承人更有若何特別保護之必要。總之，自保護繼承人之利益觀察，實未必即能就上二主義，評定優劣於其間也。

他面，在遺產久後分割場合，則其分割效力，獨以採取移轉主義爲優，而以宣示主義爲短。蓋依民法規定，被繼承人既得以遺囑禁止遺產分割，至滿二十年之久，而各繼承人且得以合意訂立不得請求分割，期限超過滿二十年以上（第一一六四條），有如前述。如遺產由繼承人繼續共同共有，至滿十年或二三十年之後再爲分割場合，其分割效力亦使採取宣示主義，溯及既往開始發生，視爲自繼承開始所分割者，則微特在法不能將其間遺產上所生變動，一概抹殺，而其間所生複雜關係，事實亦不能一概回復原狀。在久後分割場合，無論依法律或事實，均非認其僅有移轉效力不可，彰彰明甚。而我國習俗，兄弟同財共居，每將遺產共同保存至一二十年之久，亦如前述。故對於民法解釋，在即時分割場合（即祇事實可能，儘行從早分割場合），固可將分割前之共同共有，目爲過渡狀態或假設狀態，而至分割成立之時，使之依法所定，溯及繼承開始時起，發生效力。反之，其在久後分割場合，則不若使其關係，逕變爲普通之共同共有。即至分割之日，亦僅自分割時起向後發生效力，易言之，即使發生移轉效力，爲較合理也。

第二目 繼承人相互間之特別效力

遺產分割之效力，在久後分割場合，不能溯及既往，僅能使之相互移轉，既如右述。不寧唯是，至分割後繼承人在遺產上發見瑕疵，或其分得部分受人追奪，以及繼承債權之債務人全無資力或資力不足，等等場合，其分割效力，尤非採取移轉主義，使各繼承人互負相當責任，不足以維持分配利害之平衡。民法爲保持其公平分配之計，對於一般遺產或繼承債權中所有之欠缺，使各人互負擔保責任。即以各人分得部分，若有欠缺，其欠缺非自繼承開始，各由被繼承人直接單獨繼承，而自分割之際，由各繼承人所相互移轉讓與者。茲分別對於遺產追奪及瑕疵之擔保，對於繼承債務人資力之擔保，及各繼承人相互間資力之擔保，述之如次：

一 遺產追奪及瑕疵之擔保

「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」（第一一六八條，法民第八八四條，德民第七五七條，瑞民第六三七條第一項，日民第一〇一三條）。第一，所謂負與出賣人同一之擔保責任者，即各繼承人與出賣人同，對於他人因分割而得之物或權利，須負擔保其完全存在之責任也。依民法關於出賣人擔保責任之規定，有追奪擔保與瑕疵擔保二種。後者即擔保買賣標的物之無瑕疵或缺損之義務（第三五四條），前者則擔保買賣標的物上之權利，不受第三人爲任何主張之義務是也（第三四九條及第三五零條）。出賣人違反其義務時，買受人得依情形，解除契約，減少價金，或請求損害賠償（第三五

三條第三五九條至第三六五條。但遺產分割與物或權利之買賣，性質究屬不同，從而上列三種辦法，於遺產分割，亦僅能於某限度，類推適用耳。茲就三者分別檢討如左。

(甲) 損害賠償

此處所謂損害賠償者，常指不生於任何繼承人之過失者而言。各繼承人對於其中一人因遺產上隱有瑕疵而受損失者，依出賣人之擔保責任比附解釋，應負賠償（補償）之責。例如甲乙丙三人，各分得遺產約值千元，其中丙所分得者，為價千元之駿馬一匹，而該馬於分得前隱有疾病，真價只值四百元者，則丙應得遺產六百元不足之數，甲乙應與分擔，而各負擔二百元之損失。至遺產所有瑕疵，係生於繼承人中任何人之過失者，應依通常法理，由其繼承人個人負損害賠償責任，自無待贅。

(乙) 減少價金

買賣中減少價金之方法，於此亦得比附援用。例如遺產為價額三千元之良田一筆，由甲乙丙三人繼承分割，結果由甲支付現洋二千元與乙丙，而取得其土地全部。至分割後，乃其土地三分之一，因本不屬於被繼承人而為他人所奪，於是乙丙因負擔保責任之故，應各對甲返還其價金三分之一是。

(丙) 解除契約

遺產分割非為契約，分割撤消自亦不能與契約解除同論。惟繼承人猶之買受人有請求解除契約權利，亦有

請求撤消分割之權。在效果上，未始不可比附。例如有遺產一項爲美地千畝，由繼承人甲乙丙三人分割承受，其後甲之所得全部或大部分，爲他人所追奪者，則甲亦得援用出賣人所有擔保責任，對乙丙撤消分割，而請求再分割是。

其次，所謂「各繼承人按其所得部分，」負擔保責任者，與各按其應繼分而負責者大略相同，惟應繼分爲觀念上之存在，各人依應繼分實得之數未必常有數學上之正確，故各人僅使依其所得部分，負擔保之責耳。例如甲乙丙三人，其所分得部分如屬相同，則各人所負責任，固屬同一。不然，如三人中甲之應繼分爲遺產二分之一，乙丙各爲四分之一，而丙所分得價值千元之物，爲他人所追奪者，則甲應負擔五百元，乙丙各應分負擔二百五十元，而丙之應得千元，至此乃僅能實得七百五十元矣。此理甚明，無待贅述。

最後，各繼承人是否僅就繼承開始前於遺產上所存之欠缺，負其擔保之責？抑就繼承開始後分割前遺產上所存之欠缺，亦應負其責任？就此問題，法無規定，解釋上不無疑義。蓋關於遺產分割之效力，民法採取宣示主義。若依此主義撤底解釋，則繼承開始以後分割以前所生之欠缺，應視爲其分得之個人自始所單獨承受。而立法例亦有一貫採此主義，僅以繼承開始以前之欠缺爲限，由各繼承人負其擔保責任（日民第一〇一三條）。然關於遺產分割後之擔保責任，立法原則常採移轉主義，有如前述。今就遺產上所存欠缺之發生時期，更無設爲例外，限於繼承開始以前之必要。非唯無其必要，因此例外不依移轉主義，使各繼承人分擔繼承開始以後所生遺產上之欠

缺，且將破壞分割之公平矣。如前例馬所隱有之疾病，僅發自繼承開始以前，使對甲乙有請求補償權，而發自繼承開始以後，即使無此權利，其間利害分配，顯然失平均，況次述關於資力擔保之規定，亦以「就遺產分割時債務人之支付能力負擔保之責」而不謂繼承開始時債務人之資力。可知民法於此實採移轉主義。今就繼承開始後分割前遺產上所生之瑕疵，自亦可作同一之解釋也。

二 債務人資力之擔保

「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。」前項債權附有停止條件或未屆清償期者，各繼承人就應清償時債務人之支付能力，負擔保之責」（第一一六九條第一項及第二項，瑞民第六三七條第二項，日民第一〇一四條）。民法除就一般遺產之追奪及瑕疵，使繼承人互負與出賣人同一之擔保責任外，並就繼承債權，使互負擔保債務人支付能力之責任。蓋以出賣人之擔保責任，於債權之買賣，僅就其債權之成立及有效，負擔保之責，此外非有特別訂定，則決不就債務人之資力，亦負其責（第三五〇條第三、五一條）。因其時債務人之資力如何，通常已評算於代價之內也。然繼承與買賣不同，其債權若非有如是特別加重之擔保，則其分得之繼承人，如適因債務人之資力不足，致其全部或一部不得受清償者，將無法以求補償，而遺產分割之公平遂不保矣。

此時各繼承人所宜相互擔保者，自以擔保清償期債務人之資力為已足，清償期外債務人之資力如何，可以

不問。惟繼承債權有分割當時得請求清償者與非至一定時期不得請求者之別。前者即分割時清償時期已屆，或未定有期限而隨時得請求清償者；後者則附有停止條件，其條件尚未成就，或附有期限，其期限尚未屆至者是也。自分割當時觀察，兩者清償時期既不一致，則各人擔保何時債務人之資力，亦不能不設區別。其分割時既得請求清償者，他繼承人固僅「就分割時」債務人之資力，負其擔保之責爲已足，因分得其債權之繼承人，若坐視時機，不於當時債務人尚有資力之際，請求清償，致債務人之資力減弱或全部喪失，不得滿足清償，是其自身懈怠之過，他繼承人自可不必再受牽累也。至非一定時期不得請求清償者，則不問其時期距分割時之遠近，他繼承人皆應「就其清償時」債務人之資力，負擔保之責。在此場合，既不可強使繼承人將此未到期之債權，估價折算分割。而若使他繼承人僅就分割時債務人之資力，負其責任，則其後債務人之資力，變動不居，至得請求清償之日，或者遂因資力減弱或全無資力，不得相當之清償矣。

各繼承人如是互負擔保責任之結果，債務人如各該時竟因無資力而不能充分清償，則其不能清償部分，應各按其所得部分，分撥負擔。分得其債權之繼承人，除自己按分受應得之損失外，其他不足之額，應由他繼承人按分補償之。假有遺產萬元，由三子分割，各按應繼分甲得五千，乙得三千，丙得二千。而乙所分得之債權中，因債務人之無資力，有千元不得受清償者，則其損失應由三人各按其應繼分比例分擔。而甲丙對乙應補出五百元與二百元，其餘之三百元，即歸乙自負擔是。

三 各繼承人相互間資力之擔保

「依前二條規定負有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。」（第一一七〇條上段）。依第一一六八、九條規定，各繼承人對於遺產之追奪及瑕疵，并債務人之資力，應互負擔保責任，概如右述。但負有擔保責任之繼承人中，乃復有資力不足或全無資力，不克盡其擔保責任者，則其不能補償之額，又非使各繼承人按分分擔，仍不能保持遺產分配之均平，此即本條關於其相互間資力之擔保責任之所由規定也。依本條規定，繼承人中有因無資力，不克補出其應分擔之額者，應由其請求權人與他繼承人各按所得之額，比例分擔。以右例言之，如甲應對乙補償五百元，其時因資力不足，僅能補出二百元者，則其不足之三百元，應由有請求權之乙與他繼承人之丙，按分比例分擔，而丙於初次應負擔之二百元外，更應對乙加償百二十元，乙則除初次損失三百元外，此時更須受百八十元之損失矣。此外各繼承人就債權以外遺產之追奪或瑕疵，分割後負有擔保責任之場合亦同。

但各繼承人如是相互間應負資力擔保之責，僅以其有請求權人無過失者為限。如其不能償還係出於請求權人之過失，例如因其人猶延懈怠，得清償時不為請求，以致繼承人中發生無資力者，則不復得對他繼承人請求分擔如前例，因有請求權人之乙懈怠不為及時請求，使其後甲乃陷於無資力者，則乙已不能對丙請求二次分擔，甲不能補償之三百元，乙須全部負擔之矣。

第三目 繼承人與債權人間之效力

民法爲保護繼承債權人利益之計，使「繼承人對於被繼承人之債務，負連帶責任」（第一一五三段第一項），略如前述。繼承人對於債權人如是所負連帶責任，非有正當原因，自不能任意卸免。因被繼承人之債務，不問其可分與否，繼承人概不能任意分割。其內部相互間若行分割，則不外對於債務之處分，苟未得債權人之同意，固不得對抗於債權人也（參照前款一項），然其法定連帶責任，終不過爲保護債權人之私益而設，若債權人已同意於其債權由繼承人中一定之人或數人承受或分擔，或依客觀情形已不必再加保護者，法律自以使繼承人即時免除連帶責任，俾其共同關係從早結束，爲得策矣。民法規定繼承人對繼承債權人得免除連帶責任之場合有二，一債權人之同意，二一定期間之經過。

一 債權人之同意

「遺產分割後其未清償之被繼承人之債務，移歸一定之人承受，或劃歸各繼承人分擔，如經債權人同意者，各繼承人免除連帶責任」（第一一七一條第一項）。蓋在遺產分割之際，各繼承人對於繼承債務，其未清償者，亦以各別移歸其中一定之人承受，或劃歸各人分擔，與產權同樣分割清楚者，爲較便利。至各人對債權人依法所負之連帶責任，雖不因其分撥而受影響，而在普通債務，如經債權人之承認者，且得改由他人承擔（第三〇〇條及第三〇一條）。此時其法定之連帶債務移轉於一定之人承受或劃歸各人分擔，如經債權人之同意者，自不妨

聽其改歸各人單獨負責矣。其移歸一定之人承受場合，他繼承人應負債務，自此根本消滅，其劃歸各人分擔場合，自此各人免除連帶責任，自無待贅。

二 一定期間之經過

一 繼承人之連帶責任，自遺產分割時起，如債權清償期在遺產分割後者，自清償期屆滿時起，經過五年而消滅（同條第二段）。法律為特別保護債權人之利益計，故使繼承人對債權人應負連帶責任，有如前述。然他面債權人以有此特別保護之故，乃或怠於權利行使，於債務得請求清償時，亦不及時請求，致使繼承人之資力厚薄不等，而厚者終不免有一日須負清償總債務之責。則於債權人之保護，未免獨厚，而各繼承人之負擔未免偏重矣。故法律復為保護繼承人之利益起見，自其債權得請求清償時起，使繼承人所負之連帶責任，經過相當期間而消滅。依本條規定，其法定期間為五年。若其債務與遺產分割同時已得請求清償者，五年期間即自分割時起算。若在分割後始得請求者，則自其得請求時起算。

第四款 無人承認之繼承

第一項 概說

考遺產繼承，限定其有權人範圍之法意，要在一方限制個人繼承，他方擴充國家繼承。故在繼承開始有人繼承場合，其遺產應歸其人承受，若無有權之人，或有之而全體拋棄其權利者，則應歸屬國庫（司法院院字第八九

八號解釋，法民第七六八條，德民第一三九六條，瑞民第四六六條，意民第七五八條，西民第九五六條，但瑞民以之歸屬地方自治團體，所不待言。然在繼承開始，亦有繼承人有無不明，即所謂無人承認繼承（*Succession vacans*）之場合者。於此場合，其繼承關係懸而未決，在此未決狀態之中，其遺產如何處置，不特於或將出而承認之繼承人有直接利害，即於被繼承人之債權人或受遺贈人以及國家經濟，亦有重大影響。故在無人承認繼承之場合，各國立法莫不設有特別處理程序之規定（法民第八八一條至八一四條，德民第一九六〇條至第一九六四條，瑞民第五四八條第五五二條第五五四條及第五五五條，日民第一〇五二條至一〇五九條）。即一面設法為遺產管之理，一面限定期間令繼承人出而承認，以便其繼承關係從早得確定也。民法亦然。

無人承認之繼承，既以確定懸而未決之繼承關係為主旨，則所謂無人承認者，自以繼承人有無不明之情形一種為限，他如明知其有或明知其無者，皆不能包括在內（不同立法法民八一一條）。因若明知其有而不過所不在不明者，則除非已受死亡宣告者外，其應得遺產可依非訟事件法之規定代為管理（第十條）。至經確實調查已明知其無者，則其遺產應歸國庫，無須再行特別程序矣。

第二項 遺產管理人之選定及繼承人之搜索

無人承認繼承之遺產，在所屬未決之間，不可不為管理，以免散失。其管理應由何人負責？各國立法不同，有由遺產法院或主管官署依職權暫為管理（德民第一九六〇條，瑞民第五四八條，第五五二條，第五五四條第三款）。

至權利人爲主張權利，請求選任管理人時，則另選定之者（德民第一九六一條）。有依利害關係人或檢察官之請求，自始由法院選任特別之管理人以專管之者（法民第八一二條，日民第一〇五二條）。其必藉公力以爲管理，及爲管理人之選任者，良以遺產之管理，與其最後之歸屬，於公益尤有重大之關係故也。民法仍守私法自治原則，規定由親屬會議選定遺產管理人以事管理，遺產管理人選定後，乃使親屬會議將繼承開始及選定管理人之事由，呈報法院（第一一七六條第一一七七條第一項），俾法院得爲管理上之監督及繼承人之搜索。管理遺產既不使屬法院，其管理人之選任似以任於被繼承人之親屬會議爲較便利，而此項親屬會議除親屬外，卽與被繼承人有利害關係人如繼承債權人受遺贈人等，亦得召集（第一一二九條），故遺產管理人似亦無不能產生之患。然於此仍有可疑之點存在，使親屬會議不能開會，或開會而竟不能選定，則將如何？親屬會議開會選定矣，而終不將其事由呈報法院，則又如何？前之問題，解釋上猶可由利害關係人或親屬逕請法院代爲選定，因自一一三七條之法意推之，親屬會議所屬職務，最後仍受法院之監督也。然本條規定，法院不爲積極干涉，後之問題，終覺無從解答。若利害關係人及親屬逕將遺產私自管理，最後或竟將贍餘財產私自處分，則國庫遂無繼受其遺產之機會矣。此時國家應如何爲自發之措施？與無人繼承已確定情形同，民法實未預爲設想也。除無人繼承場合其遺產應設法由國家提取外，在無人承認繼承場合，其遺產管理人之選定，國家之公益代表人實亦有出而干涉之必要。故自立法上言，關於本項管理人之選定，似以法法系民法之規定爲較優也。

無人承認繼承場合，除已設法爲遺產之管理外，並應着手於繼承人之搜索。搜索程序自以任於法院爲之，結果較得準確。故民法規定法院接受右述親屬會議之呈報（或利害關係人之聲請）後，「應依公示催告程序公告繼承人，命其於一定期限內承認繼承。」其一定期限應在一年以上（第一一七八條，法民第一九六五條，瑞民第五五條第一項，日民第一〇五八條）。此一年以上期間，單爲繼承人之利益而設，俾其多得知悉繼承開始之機會，於交通日就便利之今日社會情形論之，自無過短之患。其期間自公告之日起算，公告應依民訴公示催告程序爲之，管轄法院，亦係繼承開始處所之法院；法院接受呈報，爲顧慮利害關係人利益之計，應爲即時公告，自毋待贅。

第三項 遺產管理人之地位

「凡權義莫不有主體，」在無人承認繼承期間，其遺產之主體爲何？各國立法不同，有以遺產本身爲法人者，有非爲法人者，從而遺產管理人之地位，亦有爲法人代表與否之不同焉。歐西各國，以國家或地方自治團體爲最後順序之繼承人（法民第七六八條，德民第一九三六條第二項）。在無人承認繼承場合，其遺產縱一時所屬不明，而其間必有任何繼承人一種存在。繼承主體既無曠缺之虞，權利義務有何虛懸之患？故在歐西各國，實無另置法人必要，而其間卽有遺產管理人選定者，亦得以繼承人之代理人目之也。日本獨採法人主義，凡無人承認繼承之遺產，自繼承開始卽認以爲法人，使之自爲主體，而以其後所選定之管理人，爲法人之代理卽法人之機關，若其

後有繼承人出而承認繼承者，則以繼承效力溯及既往之故，法人不能與之兩立，將其法人視為自始所未存在。若經過一定期間繼承人終不出現者，則以遺產歸屬國庫，而法人至此乃以消滅（但管理人於權限內所爲之行爲，其效力不因此而受妨礙，（第一〇五五條但書）。日本民法所以不得不將其遺產認爲法人者，自亦有故。蓋日民雖亦以無人繼承人之遺產最後歸屬國庫（日民第一五九條第一項），而與歐西以國庫爲最後順位之法定繼承人（德民第一九六四條第三項）者不同，僅以國庫爲贍餘財產之歸屬人，非其一切權利義務之繼承人。因日本有家督相續制度，國家縱得承受財產上權義，亦終不得繼承一家之戶主權也。日本既根本不以國庫爲繼承人，則在繼承人有無不明場合，其遺產實有處於虛懸無着之虞。尤其經過搜索，亦竟無人出而承認，則自繼承開始以至清算終訖餘產歸屬國庫爲止，其遺產上權利義務，遂告無主體矣。然此與權義不可不有主體的原則，未免刺謬，爲貫徹此學理上原則起見，非採信託制度，則採法人主義，二者不可不擇其一。日民制定當時，信託觀念猶未發達，以故結果採此法人主義，而以遺產管理人爲法人之代理人也。

民法折乎二者之間，一方以國庫爲贍餘財產之歸屬人，而非真正之繼承人，一方廢棄法人主義，以遺產管理人純爲繼承人之代理（第一一八四條），其務求切實明顯之立法趣旨，未始絕無見地。然依第一一八四條規定，僅以公告所定期限內有繼承人承認繼承者爲限，其管理人前此所爲職務上行爲，得視爲繼承人之代理。若期限內竟無人出而承認，則國庫既非繼承人，而繼承人又不存在，其前此所爲行爲，將爲誰人之代理耶？畢竟其間管理

人既無本人可以代理，而遺產上權利義務亦無主體可以歸屬。因之在學理上既難自圓其說，而立法體例上尤覺驢馬皆非也。

第四項 遺產理人之權利義務

總之，依民法規定，在公告搜索期限內有繼承人出而承認繼承者，遺產管理人前此所為職務上行爲，視爲繼承人之代理，故管理人於法定範圍內，有爲繼承人管理遺產之代理權，此代理權蓋有包括的性質，包括若干權利義務。依此代理權既得爲遺產之管理，又有爲其管理之義務，同時又有因管理行爲附帶而生之權義務焉（第一一七九條至第一一八四條）。茲就管理人所有各種權義務，分述如次：

第一 管理遺產之權利與義務

一 編製遺產清冊

第一管理人有編製遺產清冊之義務（第一一七九條第一項第一款）。此之遺產清冊，與限定承認時開具呈報之遺產清冊同，爲記載被繼承人一切財產項目之簿據，凡各種積極財產與消極財產，均應編造在內。惟一由限定繼承人自行開具呈報，以便法院監督其呈報之真實，及作清算之根據，而一由管理人設備編製，以爲管理上之便利，並供親屬會議或利害關係人之查閱，略有差池而已。編製遺產清冊，爲管理上初步重要事務，遺產管理人應於就職後三個月內完成編製之（本條第二項上段）。蓋其完成編製，非有如是限制，不特遺產漫無稽考，即其

他管理職務亦將礙難進展也。

二 爲保存遺產必要之處置

遺產既屬於管理人之管理，則除爲財產之管領外，凡保存改良及利用等管理行爲，固皆得爲之。即處分行爲，必要時，亦在得爲之列。惟處分行爲雖有時爲管理上所必要，而其行爲究與管理異其性質。究以若何情形，管理人乃得爲其處分？立法上自應適宜爲之限制。考管理權與處分權之區別，管理權僅於不致變更物或權利之性質之範圍內，得爲改良利用，若超出於此範圍以上者，則已顯爲處分，而非爲管理，在管理人自己不得爲之。此外僅保存一種，係就物或權利爲維持現狀之所爲，在管理人應有無限而爲之權限，必要時即處分行爲亦得爲之。蓋保存行爲爲非兼及處分，不足以達管理物或權利之目的也。故本款特爲注意規定，管理人「爲保存遺產必要之處置」(同條第一項第二款)，亦得爲之。所謂處置，指保存上必要之事實的或法律的行爲，可不待言。

至保存上必要以外之處分，依反面解釋，管理人自不得任意爲之，若有爲其處分之必要時，依本條第二項「爲清償債務或交付遺贈之必要，管理人經親屬會議之同意，得變賣遺產」擴張解釋，一概須得親屬會議之同意。蓋管理人既屬於親屬會議之監督，此項事前同意之監督作用，亦應同屬於親屬會議之權限也。

三 聲請法院爲報明債權及聲明受遺贈與否之公告以及自爲催告

管理人既着手於遺產管理，維持現狀之後，他面爲顧全債權人及受遺贈人利益之計，又須準備爲遺產之清

算。而清算應自對於債權人及受遺贈人之公告及催告入手。故管理人其第一步「應聲請法院依公示催告程序，限定一年以上之期限，公告被繼承人之債權人及受遺贈人，命其於該期間內報明債權，及為願受遺贈與否之聲明」（同第一項第三款），本款規定亦與限定承認時之公告相同（第一一五七條）。其所以必由法院為之者，亦不外為期結果準確也。惟公告內限定期間一為三個月以下，一為一年以上，而法院公告一則於接受限定承認之呈報時為之，一則於親屬會議呈報選定管理人之事由後，由管理人聲請法院為之，此等點上有所不同已耳。又管理人除聲請法院公告週知外，如「被繼承人之債權人及受遺贈人為管理人所已知者，應分別通告之。」此為管理人自身應為之催告義務，即催告已所已知之債權人及受遺贈人，於同一期限內報明債權及為願受遺贈與否之聲明。此項催告義務，在第一一五九條之解釋上，於限定繼承人亦有存在，亦既前述之矣（本章三節三款六項二目）。

惟管理人聲請法院為右述之公告，應於何時為之，法無規定，解釋上不無問題。若謂管理人就職後應為即時聲請，則其就職與親屬會議之呈報，時期殆屬相同，法院何不與搜索繼承人之公告同時依職權自為公告，而必待於管理人之聲請，使之多此一舉？此說似未可信。但他面若謂其聲請應於第一次搜索繼承人之公告內所定期限屆滿後為之，則更非是。蓋依第一一八一條規定清算債務及交付遺贈，須俟第二次公告內所定期限屆滿後始得為之，合此前後兩個期間，少至必在二年以上。在此長久期間，使權利人不能行使權利，於權利人之保護，已失疏忽。

且初次搜索時所定期限若已屆滿。其繼承關係乃已確定，如其間有人出而承認，則管理人已無再為聲請公告之必要，如或無人出而承認，則管理人應即時實行清算，以後即有公告必要，亦無須再設一年以上寬限之必要矣。故自保護權利人之利益及其報明期間規定必在一年以上之法意推之，寧以解為管理人就職後應即聲請公告者為是。稽之外國立法，亦可得到同一結論（瑞民五五五條，日民且先對債權人及受遺贈人公告，而后為搜索繼承人之公告，第一〇五八條）。

四 清償債務或交付遺贈

搜索繼承人公告內所定期限屆滿前，如有人出而承認，遺產固歸其人承繼，否則繼承亦已確定，應將清算後賸餘遺產歸屬國庫，故在無人承認已確定之場合，管理人乃應積極進行清算，所有繼承債務以及遺贈均應分別清償或交付之，然清償債務或交付遺贈，其體應於何時並何順序為之，亦有一定限制，第十，清償債務交付遺贈，須俟對債權人及受遺贈人之公告內所定期限屆滿以後，方可為之。蓋在本項期限屆滿以前，其債務及遺贈之總數幾何？究竟遺產足敷分撥與否？向在局外之管理人自難預先知悉。如或遺產不敷分配，與限定承認場合同，非俟期限屆滿，通盤計算，定有分配成數之後，甫行償付，難免不有偏枯不平之弊。而兩度公告雖容或同時發出，而其所定期限均在一年以上，因之其期限亦容有同時屆滿者，然一於接受親屬會議呈報時法院即為公告，一於接受管理人之聲請時始為公告，事實上後者較前者每易遲後發出，因之期限屆滿亦未免以後者所定為較遲後。故管理人

清償債務或交付遺贈，其時期應視後者所定期限有否屆滿為準。而在後者所定期限屆滿以前，債權人或受遺贈人亦不得請求償付（第一一八一條）。

其次，償付順序與限定承認場合可謂完全相同（第一一七條第一項中段第一一八二條）即：

（甲）以債權中有優先權者為第一順序。優先權有絕對效力，在此場合亦不受何影響，其清償為第一順序，原為理之當然。本節雖無第一一五一條但書同樣明文規定，解釋上自亦不生問題。

（乙）以普通債權為第二順序。此之所謂普通債權，亦指報明期內已報明者及為管理人所已知者而言，可無疑義。其為管理人所已知而未於所定期限內來報明者，不問已受通知與否，此時亦應與限定承認時（第一一五九條）同樣，實行清償。蓋彼此法文表面上，雖一僅從通知（催告）義務規定（第一一七九條第二項第三款下段），一僅從償還義務規定，而自根本上觀之，各場合均有催告與償還之義務。詳言之，遺產清算其第一步所為公告催告，目的亦僅在於判明全體債權，俾便清償而已。其未知者，猶且欲其知悉，務必實行清償，其已知者，寧可故置度外，不為清償。故論者所謂已受通知而不於期限內報明者，已無強為償還必要。是與誠信原則，顯相違背，非民法上所宜取也。又此時猶未到期之債權，應為全額清償，附有條件或存續期間不確定者，應為估價清償，債權人有數人而遺產不敷清償時，應各按其數額比例分撥，概與限定承認之場合同。

（丙）以遺贈為第三順序。遺贈為無償取得，與債權之有償取得或早於繼承開始前已確定者不同，故應列

於債權之後。此之遺贈亦指公告所定期限內已聲明願受，或其願受為管理人所已知者言之，自不待贅。

(丁)以未於公告所定期限內報明或聲明之債權或遺贈，列於最後順序。此種債權或遺贈，在清償完畢餘產移交國庫以前，雖應暫為保留，不使喪失。然權利人既未依限報明或聲明，而又為管理人所未知悉，於正當償付時無可實行償付，而前此依正當程序已償付者已難以根本推翻，重行分算。故此種未及依限報明或聲明之債權或遺贈，僅得就賸餘財產行使其權利耳（第一一八二條）。

至清算方法亦與限定承認場合相同。要視債權或遺贈標的以為決定，如標的為原物償付者，則以原物為之。其非原物或物品不便分配者，則應換價為之。惟變賣純為處分權作用，即為清算必要，亦須親屬會議同意，概如前述。

綜上以觀，管理人就遺產管理及清算上所有地位，與限定繼承人大旨相似，各項條文可適用於彼者，大都可用於此。故立法例有於限定繼承節內設一詳密規定，而於無人承認繼承場合逕為準用（法民第八一四條、日民第一〇五七條），以免重疊之弊者。準用一層，原有便利，惟準用條文過多，已非現代立法所尚，是否必應從同，猶難速斷。祇現行法中彼此條文辭句，又牙相抵，對比解釋，倍加困難，立法技術實有未盡耳。

(戊)遺產之移交

管理人於任務終了之際，負有移交遺產之義務（第一一七九條第一項第五款）。移交程序因有人承認

繼承與否不同。其在搜索期內有人承認場合，管理人應將遺產移交於繼承人，而其管理責任於此遂告終止。但此時以有真正之繼承人承認為必要，若有人出而承認乃判明非真正之繼承人，或有真正之繼承人判明而其人復為拋棄者，則終不能謂為有人承認，其管理任務亦不能遽言終止耳。其在搜索期限屆滿後無真正繼承人承認繼承場合，則除清償債務交付遺贈外，應將贍餘遺產移交國庫。如無贍餘財產，固不發生遺產移交問題，但亦須為管理賬目之報告，有如後述。

第二 附帶的權利義務

管理人為遺產管理時，尚負各種附帶的權利義務。即：

(一)管理上注意之義務。其注意義務殊視限定繼承人為尤重。限定繼承人乃以繼承人地位而負管理責任，其管理並無報酬可言，故限定繼承人僅須與管理自己財產為同一之注意已足。而管理人實質上有委任之關係，其勞力亦得請求報酬。而依債法原則，凡處理委任事務，受有報酬者，應以善良管理人之注意為之（第五三五條）。故管理人請求報酬與否，雖得自由自決，而其受有報酬者，則應負善良管理之注意義務。違反此項義務而致遺產受損失時，即輕過失亦須負其損害賠償責任。

(二)管理人因違反遺產清算程序，致債權人或遺贈人受損失時，亦應負其損害賠償之責，此項責任可依第一一六一條限定承認人之責任類推解釋，其詳茲不再述（本章三節二款四項七日）。

(三)遺產狀況之報告及說明之義務。即「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」(第一一八〇條)於通常委任關係，受任人應將事務處理狀況報告於委任人，今遺產管理人既受親屬會議之選任與監督，親屬會議有請求時，管理人自應為遺產狀況之報告，至債權人及受遺贈人則對遺產有密切關係，為其利益起見，亦以任其檢視遺產，隨時請求報告為必要也。報告固必附有說明，而有人請求特別說明時，管理人并應負其說明義務，所不待言。至任務終了之際，管理人並應為管理巔末之報告，在有承認繼承時，其報告須向繼承人及親屬會議為之。在無人承認已確定時，則應向親屬會議，法院，或(如另有接受賸餘財產之國家官署者并應向其)國家官署為之。

(四)最後，管理人有請求報酬之權利。管理人所負職務如何繁重，既如右述。其管理人盡此職責，必須犧牲若干勞力，固不待論。而管理人未必即為被繼承人之親屬或其他關係之人，即為其親屬或有其他關係之人，而管理結果亦未必即歸於繼承人。故對管理人不可使為徒然犧牲，如欲請求報酬，應許有其權利(第一一八三條)。又此項報酬費用亦為遺產管理費用一種，與其他管理費用同，有優先權，較之普通債權尤應優予保護。至報酬數額，具體「應由親屬會議按其勞力與被繼承人之關係酌定之。」因管理人為親屬會議所選定，且管理事務常屬於其監督，其勞力報酬之酌定，亦以任於親屬會議為最適當也。

第五項 國庫歸屬問題

搜索期限屆滿猶無繼承人承認繼承，乃與無繼承人自始確定場合同，其遺產應另有其歸屬之主體。各國立法通例，在一般無人繼承場合，以之由國庫承繼者，無人承認繼承場合亦由國庫承受（法民第八一二條，德民第一九六四條），在一般場合由地方自治團體承繼者，此時亦由地方自治團體承受之（瑞民五五〇條）。我國舊律規定戶絕財產，酌撥充公（現行律卑幼私擅用財條例），前大理院遂以判歸國庫（三年上字第三八六號判決）。然舊習雖以無人繼承遺產歸屬公有，而國家不取干涉主義，每逢戶絕財產，例由親友協議處分（或撥充地方慈善或移作祠堂祀產），即或報告，亦托被繼承人之遺志以掩飾之。因之在實際上，國家甚少承受遺產機會。民法沿襲舊習及外國成規，亦以無人繼承及無人承認繼承已確定之遺產，一概歸屬國有（一一八五條）。惟近推限制繼承人範圍之法意，遠稽節制個人資本之政策，國庫承受遺產，其用途既不能限以地方慈善，而不問自始無人繼承，或無人承認依限確定場合，所餘遺產必須涓滴歸諸國庫，不容私人擅自處分耳。

無人繼承遺產以之歸屬國庫，法制上有以國庫為繼承人與否之不同，已於前述。再詳言之，其以國庫為繼承人者，則遺產上權利義務溯及繼承開始，概歸國庫繼承。從而被繼承人所有債權債務以及遺贈，自此皆由國庫以限定責任，分別償付清整之（德民第九六六條及第一九七五條）。其非以國庫為繼承人者，則將遺產先行清算，清算後尚有積極財產餘賸者，始以歸諸國庫，否則不生歸屬問題。故在此種國家，其國庫初不繼承遺產，至於清算以後，則以特別法定結果，僅受其餘產之歸屬而已。至餘產歸屬國庫以後，前此遺產上所負義務，國庫已不再過問。

如其後尚有繼承債權人或受遺贈人發現者，已不得再向國庫行使權利矣（日民第一〇五九條）。如是於權利人之待遇，似屬過酷，而一面爲結束遺產關係之計，蓋亦勢所不容已也。民法以搜索期內無繼承人承認繼承時，「其遺產於清償債務並交付遺贈後，如有賸餘，歸屬國庫」（第一一八五條）。其規定與日民同樣，僅以國庫爲餘產之單純歸屬人，而非繼承人，蓋甚顯明。

惟民法既不以國庫爲法定繼承人，則其歸屬在法律上性質若何解釋？不無議論。曩時學說有以無人繼承遺產爲無主物，而以歸屬國庫爲無主物之原始取得，即先占取得。此說在法國學界，且曾以爲通說。我國學界近時亦有於不知不覺中重拾其牙慧者。依民法第一一八五條規定，賸餘財產歸屬國庫，係自公告限滿時起，向後發生效力。在繼承開始以後，期限未滿以前，所有遺產上之權義，似在無主狀態。今以賸餘產權從新歸屬國庫，謂國庫爲原始取得，於文面解釋上雖非無一隙之見，然此點規定本不完密，已於前述。解釋之際，豈可因錯就錯，毫無反省於其間乎？蓋先占取得之說，於此亦有難於說明之點，第一，凡財產所能先占取得者，僅以動產爲限，不動產非爲私人所有，必爲國家所屬，無論若何場合，決不容無主狀態存在其間。故先占之說即能說明動產，亦斷難據以說明不動產也。其次，無人繼承自始確定場合，遺產自初歸屬國庫，此時國庫依律取得，與繼承同，亦爲繼受取得一種，此理甚明，無待再辨。今在無人承認繼承遺產歸屬國庫場合，獨啓罅隙，暫將遺產設爲無主狀態，立法粗陋，無待再論。然以法理言之，其間實不容有所謂無主狀態之存在也。又一切無人繼承遺產歸屬國庫場合，無論在國內外，其賸餘財

產應向何種官署移交收取將來亦須另法以規定之。

第三章 遺囑

第一節 概說

第一款 遺囑制度之沿革

對於死者遺意，附以法律上之價值，是即遺囑制度。遺囑之制自古有之，但此制之確立，須有一定社會文化為其前提要件。蓋遺囑制度既對個人意思，與以法律效果，自須其社會文明程度已達於尊重個人之自由意思，及有以之與生前行同樣構成爲法律觀念之技巧，乃能產生。簡言之，必須其人類社會已有一定程度之法律文化，始能確立也。在未開化社會，未有遺囑制度，他基吐斯 (Tactus) 之日爾曼民族亦然。創此制度仍始於古代羅馬。

古代羅馬本亦祇有法定繼承，未認遺囑制度，及至古代末期，盛行遺囑繼承，用以排除法定繼承。惟遺囑既所以排除法律規定，故最初乃須以與制定法律同一之程序爲之。其遺囑最初以在民會 (Comitia Calata) 作成爲原則，民會每年召集二次，各個遺囑須經其議決而始有效 (Testamentum Comitum Calatis) 祇於出征之際，不暇召集民會，即在武裝軍隊前高聲口述遺囑，亦得有效成立 (Testamentum in proeinctu) 但此二種遺囑方式，

均於公開場所以口頭爲之，難以保守秘密，且作成與撤消均極不便，尤其民會遺囑，唯貴族始能爲之，平民不能採用。故至平民勢力擡頭之後，其方式漸受屏棄，而當共和初期，遂與出征遺囑同歸消滅，而代以銅衡式之遺囑矣。

銅衡式遺囑 (*Testamentum per aes et libram*) 亦稱平民遺囑，乃純粹之私法制度。其方式做自銅衡式之買賣 (*mancipatio*)，卽由遺囑人於證人五人及持衡器者前，依一定之套語，表示將其遺產賣與於一家之買主 (*emptor familiae*)，由此買主再將遺產轉交於出賣人所欲給與之人，卽指定繼承人，而負其義務。此家之買主蓋與後世之遺囑執行人同其類也。銅衡式之遺囑初具契約之形體，且不以書面爲必要，及許立遺囑人對於繼承人以外第三人得爲遺贈，乃須寫立書據爲之，以期保存確實證據。逮後因法務官之干涉，復以家之買主化爲見證人，雖使參與遺囑訂立，而不表示任何意思。於是所謂遺囑，乃成見證人七人之前而爲之單獨行爲矣。要之，近代法中遺囑制度，發端於羅馬銅衡式之遺囑，至法務官時代實已粗具今日法制之雛形矣。

我國舊時與遺囑類似者，有尊親屬之遺命，而與遺囑執行人相當者，則有托孤之人。雖其方式法律上向無詳密之規定，僅漠然認有其制度之存在而已，而死者遺意，在私法方面舊時原亦重視，於此可概見矣。

第二款 遺囑制度之基礎

現代遺囑制度，成立於三種基礎觀念之上，卽（一）物質的基礎，（二）精神的基礎，（三）社會的基礎。

一 物質的基礎

現代社會經濟組織之下，認個人得將其所有財產決定其死後之歸屬，略如緒言所述。故認許財產之死後處分，實爲遺囑制度存在之一基本理由。雖自遺囑之本性言之，其得爲之事項，並不以關於財產者爲限，如非婚生子女認領之遺囑，及監護人指定之遺囑等，與物質可謂無何關係。然事實上多數之遺囑，必係關於財產之處分，卽上例所謂非婚生子女認領之遺囑，亦恆爲確保遺產繼承及扶養權利爲之；至監護人指定之遺囑，其爲死後管理財產而爲，更無待論。又自民法關於繼承之規定觀之，被繼承人得以遺囑補充法未規定之事項，或以排除法規之適用，愈足見其與遺產有密切之關係矣。

二 精神的基礎

遺囑制度之存在，一面亦基於尊重死者意思之精神。蓋人生有限，願欲無窮，尤其對於死後親屬家屬之運命，與夫產業之歸宿，不能不爲籌計，以期無所遺恨。故個人每於一息尙存之間，表示其身後之願望，冀得實現於死後。語曰：「人之將死，其言也善。」此類死者最後意思，實至善至美而至誠摯者也。他而死者之親屬家屬，雖非以先人之遺意，必爲正理所存，而無所錯誤，而迫於自然人情，每將先人遺意視爲神聖而尊重之。此種人情德義，亦爲社會生活必須之一要件。故法律對於死者遺意務爲尊重，而附以法律效果。且認其得爲遺囑之範圍頗廣，卽生前爲他人所拒絕之意思，若爲遺囑內容，亦每使他人必服從之。

三 社會的基礎

惟法律雖爲尊重死者意思，認其得爲財產上及身分上之處置，而遺囑制度亦僅能於社會功利的立場上，所視爲正當之範圍內認許之。蓋不問死者遺言，其爲若何誠摯，若何神聖；不問其親屬家屬，情義上欲如何勉力遵從；又不問個人之所有權如何能延長其支配權於死後，若其遺囑內容有害社會全體之利益，或有妨一般社會之交易，則究非法律所能容認。故遺囑僅與社會生活能調合之限度，始認許之。職此之由，遺囑人爲自由遺贈之際，必須保留一定遺產部分，以維持法定繼承人之生活，否則因侵及社會共存之利益，而應減削其效力。所謂特留分之法理，卽因此理由而成立。又以遺囑禁止遺產分割，期間不逾二十年，及受遺贈人得自由承認或拋棄其遺贈，其理由亦得自此而演繹之。

遺囑制度卽成立於右述三種基礎之上，而關於遺囑之法律亦惟依此三種基本觀念始能正當理解。自此擬先述遺囑觀念，然後將遺囑法檢討之。

第三款 遺囑之觀念

遺囑(Testament, last will)者，因遺囑人之死亡發生效力，依法定方式，所爲獨立無相對人之意思表示也。析述之如左：

一 遺囑爲獨立無相對人之意思表示

遺囑因遺囑人之意思表示而成立，所不待論。惟遺囑之意思表示是否常爲一種完全之法律行爲，不無疑義。

學者多謂遺囑爲法律行爲，而多數遺囑固亦自成法律行爲，但構成法律行爲一部分之意思表示，亦得爲遺囑之內容。如在遺囑收養，以遺囑所爲收養之要約，僅爲構成收養契約之一方的意思表示，其意思表示雖亦因遺囑人之死亡而發生要約之效力，而收養行爲須待被收養人之承諾，始能完全成立。蓋法律行爲因其行爲中所有之效果意思而發生效力，欲爲收養之遺囑，非能現實其整個行爲之效力也。此種遺囑收養，因民法認有指定繼承制度（第一一四三條），實際或不通行，但欲採取此種方式，要非法律之所禁止。故謂遺囑常爲完全之法律行爲，殊失正確。惟除此種少數場合而外，遺囑之意思表示，因遺囑人之死亡而直接當然發生法律行爲之效果。如謂多數遺囑自成法律行爲，則固無不可耳。遺囑之意思表示常由遺囑人獨立爲之，所爲獨立爲之者，即不許他人意思之補充或代理，并不必與他人之意思合同而爲之也。遺囑爲一人最後之意思，須出於本人之自由意思，自應由其本人獨立自主以爲之。又遺囑爲無相對人之意思表示，所謂無相對人之意思表示者，即不須向一定之相對人而爲，亦不須任何人受領者也。故遺囑上即寫明相對人之姓名，法律上亦無何等意義，而其法律上效力之發生亦無待於任何人之承諾也。

二 遺囑須依法定方式爲之

遺囑爲要式行爲，須依法定方式，寫立書面爲之。遺囑方式有普通方式與特別方式各種，其詳有如後述。遺囑不具法定方式，於法不能有效（第七三條）。蓋遺囑爲死後處分，發生效力於遺囑人之死後，是否出於死者真意，

不能自起證明，而遺囑內容，類多複雜重要，非口頭言語所可率爾傳留。法律為期明確慎重之計，故採要式主義。

三 遺囑因遺囑人之死亡發生效力

遺囑因遺囑人之死亡發生效力，與繼承同。在遺囑人未死亡前，因遺囑將來得受利益之人，縱有一種希望，未能實現取得權利。然遺囑雖於遺囑人死亡之時，發生效力，而其成立則非成立於效力發生之時，而成立於意思表示完成之際。故一遺囑是否有效成立，於為遺囑時既決定之。又遺囑之發生效力以死者最後之意思為標準，既成立之遺囑，在遺囑人未死亡前，尚得撤消或變更之。自此點言，故又稱遺囑為終意行為或終意處分（*Acte de dernière Volonté, Letztwillige Verfügung*）。

第二節 遺囑能力

民法為尊重死者遺意，認遺囑為終意處分而有效力，則遺囑人祇有相當之意思能力，即應許其為之。但一人有無意思能力或識別能力，委為事實問題，一須就具體情形而決定之，則不特實際上不勝煩瑣，且亦難於明白取決。故民法為求明確標準起見，另設遺囑能力之劃一規定，即「無行為能力人不得為遺囑，」「限制行為能力人無須經法定代理人之允許，得為遺囑，但未滿十六歲者不得為遺囑。」（第一一八六條第一項及第二項）。觀夫本條規定形式，與總則同樣，仍從原則規定，以無行為能力人及限制行為能力人原則為無能力，而以滿十六歲

者有遺囑能力，及無須法定代理人之同意二點，定爲例外，以示排除總則規定之適用。但解釋上毋寧單自例外觀察，較爲明顯。蓋綜本條一二兩項觀之，未滿十六歲之限制行爲能力人，既不認法定代理人爲其意思之補充，實已絕對不有遺囑能力，七歲未滿之無行爲能力人，更無論矣。此外所謂無行爲能力人，祇有滿十六歲以上而受禁治產宣告者一種，本條第一項所謂無行爲能力人，不得爲遺囑者，祇此一種有其適用而已。是故本項規定，雖墨守成套（德民第二二二九條第一項），費盡迂迴，而要其涵義，實不外於次之二點：即一未滿十六歲之未成年人不有遺囑能力；二十六歲以上之禁治產人亦然。

一 未滿十六歲之未成年人

遺囑爲獨立自主之意思表示，無相當意思能力之人，自不能使爲遺囑，然必與普通法律行爲同，須俟成年以後始得爲之，則拘束過嚴，未免減少遺囑制度之實用。且遺囑爲終意處分，遺囑人祇須有相當識別能力，即不患其自身之意思表示有害於自身之利益。故各國法律咸以遺囑年齡低於成年年齡，而其適當年齡之決定，則與適婚年齡同，以其國民體智之發達程度爲其決定標準。法民以滿十六歲之未成年人，於成年人得爲處分之財產半額之限度，得爲遺囑處分（法民第九〇四條），德民以十六歲爲遺囑適齡，但限制行爲能力人不得爲自書遺囑（德民第二二二九條第一項及第二二四七條），瑞民以滿十八歲爲遺囑適齡（瑞民第四六七條），日民以滿十五歲爲適齡（日民第一〇六一條）。民法亦參照最低適婚年齡之例，以滿十六歲者爲有遺囑能力，且依多數法例，

認有完全能力，無論在遺囑形式之種類上或處分財產之數量上，皆不設有若何限制。至於未滿十六歲之未成年，不問其為七歲以上之限制行為能力人，或七歲以下之完全無行為能力，皆不有遺囑能力。且其無遺囑能力，不許依法定代理人之意思，為之補充或代理，民法總則第七六條「無行為能力人由法定代理人代為意思表示……」及第七七條「限制行為能力為意思表示……應得法定代理人之允許……」之規定，於此完全不能適用。蓋遺囑本性上為獨立之意思表示，十六歲以上之限制行為能力人已有完全遺囑能力，無須法定代理人之允許，得為遺囑（第一一八六條第二項），十六歲以下之限制行為能力人及七歲以下之無行為能力人，絕對不有遺囑能力，他人不得為之代為，更無待論。

二 無行為能力人——禁治產人

民法第一一八六條第一項所謂無行為能力人，除七歲以下之無行為能力人外，僅有滿十六歲以上之禁治產人一種。所謂禁治產人，即心神喪失或精神耗弱，致不能處理自己事務而受禁治產之宣告者是也。處於心神喪失常態之人固實際上亦無意思能力，但已回復本心或僅精神耗弱而意識每甚明瞭者，則未嘗不有意思能力。立法上固亦不妨許禁治產人在意識明白時，得為遺囑（瑞民第五六七條，日民第一〇六二條），惟法德民法劃一規定，以禁治產人絕對不有遺囑能力（法民第五二〇條，德民第二二二九條第三項）。民法即係從此法例。此種立法可以免除證明困難，未始不無見地，但遺囑當時果設有一定方法可為確實證明（日民第一〇七三條第一

○八四條）則寧以許其得爲遺囑爲較合理，且亦足廣遺囑制度之實用也。又本條第一項僅就禁治產人爲劃一規定，而關於未受禁治產宣告年在十六歲以上而無健全意思能力之人（即在心神喪失或精神錯亂狀態之人），絕無言及，解釋上或有疑義。原本條爲異於總則之特別規定，法文既未言及，則此種無健全意思能力之人，當不在於除外之列。但此種人雖原則上仍認有行爲能力，而在無意識或精神錯亂中所爲之意思表示，依第七五條下段規定，與無行爲能力人所爲者同樣不能有效。蓋遺囑爲自主之意思表示，謂無意思能力人而能有效爲之，直謂自無而能生有，此乃斷無之理也。

遺囑人有無遺囑能力，與一般行爲能力問題同樣，應以立遺囑時爲標準而決定之。故遺囑當時若有遺囑能力，其遺囑不因往後喪失能力而無效；反之，在遺囑當時爲無遺囑能力，亦不因往後取得能力或追認而發生效力。蓋遺囑爲遺囑當時所爲之意思表示，其表示是否有效，乃應就表示當時觀察。否則必將減損遺囑制度實用之價值矣。德民規定精神耗弱浪費或瘋癲之人，與聲請宣告禁治產同時即無遺囑能力（德民第二二二九條第三項下段）。民法無此規定，難爲同一解釋，自不待贅。

第三節 遺囑方式

第一款 概說

遺囑爲遺囑人生前作成之意思表示，而於遺囑人之死後始生效力，故遺囑其作成須保障其出於本人真意，至其效力發生，則任何人皆已不能更改，且須防止或有改變。以是遺囑與一般法律行爲不同，應採嚴格的要式主義，使與法定方式，絲毫不得違異，否則不能有效。我國舊習對於死者遺意雖亦重視，而以法制向未完備，前大理院歷次判決，猶以遺囑之成立，現行法上無一定之方式，以言詞或書面爲之，均無不可（前大理院判定四年上字第 一七九一號，同年上字第 八二七號，又第一七二四號，六年上字第 六八六號）。然近代各國咸採要式主義，先以法律限制一定方式，遺囑人僅能擇其方式一種爲之。法德日本認有自書遺囑（Testament olographe, Holographische Testament），公正遺囑（Testament authentique, ordentliche Testament），密封遺囑（Testament mystique）及口述遺囑（Testament privilégié, mündliche Testament）四種（法民第九六九條至第一〇〇一條，德民第二二三一條至第二二五二條，日民第一〇六七條至一〇六八條）。瑞士謹認自書遺囑（Testament olographe）公正遺囑（Testament public）及口述遺囑（Testament orale）三種（第四九八條至第五〇七條）。各國立法，可謂大同小異。惟規定遺囑方式，除保障內容正確，防止偽造變造，至死後無所疑義外，又應注重手續簡易，費用節省，使薄資貧民及不識文者亦得爲之；其內容欲守秘密者，應使易守秘密，情狀危急無從採用普通方式者，應使採用特別方式，凡此諸點，均應加入考慮，又如此等各點，事實難以具全，則宜多設各種不同方式，使各合於各種條件，以便遺囑人依其需要及情況而任意選擇之。民法本此見地，採用次之五種方式：一自書遺囑，二公證遺

囑，三密封遺囑，四代筆遺囑，五口述遺囑（第一一八九條）。

右述五種方式，可以別爲二類，一爲普通方式或正式遺囑，於通常情形用之，即第一種至第四種是，二爲特別方式或略式遺囑，於生命危急或有其他特殊情形，不能採取普通方式時用之，即第五種口述遺囑是。惟口述遺囑，方式雖較簡略，而仍須遺囑人指定之見證人，爲之作成筆記（第一一九五條），與單純之口頭表示，固不可同日而語也。

遺囑爲單獨之意思表示，原則上應由各人各以一份證書爲之，但立法例有許數人共同以同一證書爲之者。民法未有禁止規定，解釋上或有問題。考共同遺囑（*Gemeinschaftlicher Testament*）制度，起源於德國之普通法，爲繼承契約制度之產物，現行德國民法，尊重固有習慣，於配偶間仍認有之（第二二六五條）。其方式又有三種之別，一曰單純共同遺囑（*Testament mere simultanea*），即二人各以遺囑分別記載於同一證書之上，彼此獨立不相牽涉之謂。二曰相互共同遺囑（*Testament reciproca*），即二人於同一遺囑證書之上表示互爲給付，或互指定爲繼承人之謂。三曰牽連共同遺囑（*Testament correlative*），即二人以他方之遺囑爲條件，彼此構成牽連關係之謂也。此三種共同遺囑，第二種因屬整個行爲，一方不易單獨撤消，第三種彼此牽連，一方無效他方亦生影響，第一種雖兩個遺囑各別存在，理論上或可容認，而實際其兩者間有無相連關係，易滋疑義。自立法論言之，不如一律禁止爲妥。故向無此種習慣之法法系民法，咸禁止之（法民第九六八條及第一〇九七條，意民第七六一

條，西民第六六九條，亞爾然丁民法第三六五二條，日民亦然（日民第一〇七五條），瑞民草案本有採取規定，而通過案竟削除之，似亦出於同一命意。民法雖無積極明文，但解釋上亦無認許之必要也。

第二款 普通方式

第一項 自書遺囑

自書遺囑者，其內容全由遺囑人書寫，不藉何人幫助而能成立之遺囑也。遺囑由遺囑人自身寫立，自昔本已有之，但必需見證人作證，與現時之自書方式，有所不同。遺囑人不藉他人幫助得為死後處分之思想，要始於十九世紀之社會，先由法奧民法定為遺囑方式，各國立法多遵承之。如德瑞等國雖向無此種習慣，今日亦已通行甚廣，前時原以公證遺囑為基本方式者，已被自書遺囑奪去其地位矣。蓋此種遺囑最適傳寫本人真意，且易守秘密，手續簡便，中產以下階級及粗識文字者皆得為之。惟因無人為之見證，最恐偽造變造，其方式特宜嚴密規定之耳。依民法規定：「自書遺囑者應自書遺囑全文，記明年月日，并親自簽名，如有增減塗改，應註明增減塗改之處所及字數，另行簽名」（第一一九〇條）。準是其成立之要件，可為析述如左：

一 須自書寫遺囑全文

遺囑全文所以表明遺囑意旨，為遺囑中最重要部分。在自書遺囑自須以遺囑人自書全文為要件，既不能使他人記其口述，或插入字句，亦不能以蓄音片，打字機或印刷品代替為之。惟指摘著書刊物或冊籍簿據所載事項

概括以爲遺囑內容，固得成爲自書全文。於遺囑人不知之間，爲他人記入之字句，亦無妨於遺囑成立。至於遺囑所用文字，祇能認出正真意義，卽以外國文爲之，亦不失爲有效。至所用書寫材料，更無一定限制，但記載於物質面上，其爲朱書墨書，或用鉛筆鋼筆，皆無不可。

二 須記明年月日

記明年月日，不特藉此可以判斷遺囑人爲遺囑時有無遺囑能力，及遺囑成立時期，如有二以上遺囑發見時，亦可決定孰爲最後遺囑，卽孰爲有效（第一二二〇條）。故自書遺囑須由遺囑人記明其年月日，單獨記明年月或日，皆不能視爲有效。但其記載方法，不能過於嚴格解釋，如記明某年元旦或雙十節者，固可認爲年月日之記載。此外凡有正確記載可認識者，亦應視爲完全記載。僅有一種遺囑存在場合，其記載並不見十分重要也。

三 須親自簽名

自書遺囑須遺囑人親自簽名。親自簽名所以表明其遺囑人爲誰，其法通常卽自書姓名爲之。但親自簽名較之記明年月日，尤可從寬解釋。其記載只須完全示明其遺囑人之爲誰氏，不致有所疑義，卽無不足。爲其完全表示，通常固須自書姓名爲之，苟與他人不有混同之虞，則僅書名而不書姓，或僅書別名，亦無不可。爲與他人易於識別起見，於姓名之外，附記氏號乃至籍貫住所，更無不可。至於簽名處所，通常乃於遺囑終末爲之，但亦不能謂爲定例。卽僅開首有立遺囑某某之字樣者，已可作爲簽名。因此項要件，僅以親自簽名，足以識別爲誰作成，卽能成立者也。

四 須註明增減塗改之處所及字數另行簽名

書寫遺囑，因手筆漏誤，或意思變更，就其字句加以修改，乃為難免之事。然修改足以變更遺囑之內容及其效力者甚鉅，自書遺囑其修改固須本人為之，而修改在第幾頁第幾字，亦須註明，以資對證，并須另行簽名，以示出於本人真意與手筆。故民法規定自書遺囑「如有增減塗改，應註明增減塗改之處所及字數，另行簽名。」是增減塗改處所與字數之註明與簽名二者，為遺囑修改之成立要件，缺一不能有效。

第二項 公證遺囑

公證遺囑乃遺囑人於見證人前口述遺囑意旨，由公證人或官公吏所作成之遺囑也。此種遺囑通行較早，各國立法尤多採之。其具有強大之證據力，且不識文字者亦得為之，固其所長，但程序繁重，且須相當費用，貧民殊不易為耳。依民法規定：「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，宜讀講解，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。」（第一一九一條第一項）。茲分述其成立要件如左：

一 須由遺囑人指定二人以上之見證人

公證遺囑，本以於公證人前為之，為其最本質之要件，但公證人之職務為公職一種，凡有請求，即應執行。雖濫用職權律有禁止，而與遺囑人間恆無相知之素，難以必其信任，且遺囑內容最易出入，苟遺囑人知識淺薄，難免不

受詐欺。故作成公證遺囑之際，須有見證人在場作證，俾保遺囑內容之真實，並昭程序之慎重。見證人由遺囑人自身指定，人數須在二人以上，一人無效。至見證人之資格，民法第一一九八條另有規定，容後再詳述之。

二 須由遺囑人在公證人前口述遺囑意旨

公證遺囑須由遺囑人於公證人前申述遺囑意旨，且須由其本人直接口授爲之。使他人代爲口述，固屬不可，卽本人提出筆記以代口述，亦屬不許。至若不能發音或不能充分言語之人，則根本不能爲此種遺囑矣。然公證人筆記遺囑意旨，不必效法速記，依其語句依樣記錄；如有不明之點，不妨發問使答，審其真意，然後整理筆下，又遺囑人爲防口述不明，或臨時遺漏，預先草擬內容要旨或正確數字，於口述時向公證人讀其大要，再以原稿給其參照，亦無背於口授之要義也。

三 須由公證人筆記宣讀講解

遺囑人所口述之遺囑意旨，公證人應爲據實作成筆記。公證人爲其筆記之際，就遺囑人所述言語，得爲剪裁整理，不必一字一句統篇錄下，旣如右述，但遺囑人所有身體舉動，則不能妄加揣測，視爲表意錄下，因如是乃不符筆記遺囑人口述之真意也。惟公證人將遺囑口述先以稿紙錄下，仍於遺囑人及見證人前正式讀錄，或使書記擔任抄寫，亦尚不失爲公證人之筆記耳。筆記之後，並應於遺囑人及見證人前宣讀講解。蓋筆記旣爲口述之記錄，是否合於遺囑人之意思，必須共同朗讀，以便彼此質證。朗讀之後，又應繼以講解，務使明白了解，及審察有無錯誤過

或不足。宣讀講解須就全文爲之，其後如有部分修正，其修正部分亦然。又本目爲公證遺囑作成時不可省略之程序，不問遺囑人通曉文字與否，皆應同樣爲之，固不能以交付閱覽，代替解讀。至欠缺聽能之人，則因不能履行此種程序，根本不能採此方式。

四 須經遺囑人認可後，記明年月日，由公證人見證人及遺囑人同行簽名

遺囑筆記宣讀講解，經遺囑人完全承認無何錯誤後，尚須由公證人記明年月日，並由公證人見證人及遺囑人一同簽名，以資證認。如「遺囑人不能簽名者，由公證人將其事由記明，使按指印代之。」指印爲識別個人最標確之標記，如遺囑人不按書法，或因病傷不能自書姓名，當以使按指印爲最妥當。而所按指印既有公證人及見證人爲之證明，自可不必如使用其他符號然，另須二人在文件上爲之簽名作證矣（第三條）。

公證人爲公職一種，所以供諸公衆作成公私證書之用。此種職員，我國現時猶未設置，卽至開始設置之時，一時亦恐不易普及。民法爲謀補救起見，規定其「公證人之職務，在無公證人之地，得由法院書記官行之。」法院書記官以作成及整理審判書類爲其本職，法律程序自所通明，於公證人未設置時，使之代行其職，自無不妥。至在外國無本國公證人及法院之處，則使駐外領事行其職務。領事爲在國外之地方官，有一定地區爲其管轄，所轄僑民皆得請求爲之公證（第一一九一條第二項），自不待贅。

第三項 密封遺囑

密封遺囑者，由遺囑人將自己簽名之遺囑書，加密封後，再於見證人前，提經公證人證明之遺囑也。此種遺囑其有強大之證據力與易守秘密之二點上，殆與公證遺囑及自書遺囑相同，但不能自簽己名及不堪其程序之繁重者，不能採此方式，從之其缺點亦與二者相似。總之，凡欲秘密遺囑內容而又欲表明有其遺囑之存在者，最宜採此方式。依民法規定：「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，述其爲自己之遺囑，如非本人自寫，并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（第一一九二條）」即其成立要件如次：

一 須遺囑人於遺囑上簽名

密封遺囑其內容不必本人自書，即自書一部而使他人代書他部，或使他人代書全部，均無不可。但遺囑書上必須本人簽名。且其簽名非如公證遺囑，可以其他方法代替。因密封遺囑其存在雖有公的證明，其作成尙恐出於詐僞。爲防此種弊端起見，故以遺囑人親自於遺囑上簽名爲必要。

二 須遺囑人將其密封於封縫處簽名

密封遺囑以保守秘密，勿使他人啓視爲第一要義，故遺囑人於遺囑上簽名後，應將其密封，并於封縫處簽名。其須於封縫處簽名者，亦以證明爲遺囑人本人所密封，便於判別遺囑內容之真僞，同時防止他人之啓視，及其改變遺囑之內容。故遺囑之密封與封縫處簽名，皆爲本方式之要件，缺一而不能有效成立。

三 須遺囑人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

密封遺囑欲取得強大之證據力，自須特別證明方法爲之作證。其法卽由遺囑人指定二人以上之見證人，向公證人將其密封遺囑提出，陳述其爲自己遺囑，請其證明。此際必須於二人以上之見證人前向公證人提出，其理由與公證遺囑之場合同。又此時須由遺囑人本人提出并陳述其爲自己遺囑，不許他人爲之代替。其爲緝密防止他人中途變造，亦不待贅。惟是遺囑文字如係他人代寫者，尙須陳述其繕寫人之姓名住所，以便記明及認證。又此之所謂陳述，較口述範圍殊廣，卽以書面或逕於封面上由本人筆述其爲自己之遺囑，并其繕寫人之姓名住所，固亦不失爲陳述也。

四 須由公證人於遺囑封面記明該遺囑提出之年月日，及遺囑人所爲之陳述

公證人接受密封遺囑及遺囑人陳述以後，應於遺囑封面記明該遺囑提出之年月日，及遺囑人所爲之陳述。密封遺囑，其成立時期以公證人之記載爲標準，故遺囑書上不必記載年月日，而應由公證人將其提出之年月日記載之。所謂遺囑人之陳述，卽遺囑人所述其爲自己遺囑，如非本人自寫，則其繕寫人姓名住所之陳述是。此等事項均須於遺囑封面記載之。

五 須由公證人遺囑人及見證人同行簽名

公證人爲遺囑提出年月日及遺囑人陳述之記載後，須與遺囑人及見證人同行簽名。密封遺囑，於此乃告成立。惟遺囑人之簽名，與前二次之簽名，自屬不同，乃遺囑上之簽名，封縫處之簽名以外，第三次之簽名也。

密封遺囑其作成方式，得分二部觀察，即遺囑人作成遺囑爲一部，及密封後提請公證人及見證人證明爲一部是也。前之一部其作成如完全出於遺囑人之自書者，有時可作自書遺囑而成立。故民法爲恐後之一部無效累及前之一部亦爲無效，另設有效力轉換之規定，即「密封遺囑不具備前條所定之方式而具備第一一九〇條所定自書遺囑之方式者，有自書遺囑之效力」（第一一九三條）。意謂密封遺囑欠缺密封後應行之方式，即右述（二）至（五）各種要件之一者，其爲密封遺囑雖當然不能有效，但經開視之後，如發見其遺囑全文係遺囑人所自書，及已記明年月日，親自簽名，並將增減塗改之處所及字數，亦已親自註明，另行簽名者，則實已具備第一一九〇條所定自書遺囑之方式，得另認爲自書遺囑而有效。

第四項 代筆遺囑

代筆遺囑者，由見證人中之一人筆記遺囑人之口述意旨，所作成之遺囑也。此種遺囑方式與前述公證遺囑相較，首在一由公證人筆記作成，一由見證人筆記作成一點不同。從而其證據力亦不能如公證遺囑之強大。然自程序上言之，則便利實多，既不須公證人或其他公職爲之作證，且完全不識文字者亦得爲之。我國社會文盲占最多數，而行政設備至不完善，公衆利用頗感不便，爲此種國情着想，於遺囑方式中特添設代筆遺囑一種，蓋亦適於

機宜之立法也。依民法規定：「代筆遺囑由遺囑人指定三人以上之見證人，由遺囑人口述遺囑意旨，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，由見證人及遺囑人同行簽名，遺囑人不能簽名者，應按指印代之。」（第一一九四條）。即其方式之成立要件如左：

一 須由遺囑人指定三人以上之見證人

代筆遺囑即於見證人前并由其中一人為之筆記作成。故遺囑人應指定之見證人，與公證遺囑及密封遺囑不同，人數須在三人以上，否則不能有效。蓋代筆遺囑乃普通方式一種，其作成非在生命危急或有其他特殊情形之際，即見證人人數加多，亦無難於尋覓之虞。而其遺囑內容全由他人代筆，遺囑人本人又不識字，其作成亦易發生詐偽。為杜防弊端之計，乃亦以見證人人數加多為必要也。

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 須經遺囑人認可後，由筆記人記明年月日及代筆人之姓名

五 須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

所謂見證人全體，自包括代筆人在內，如見證人為五人者，其五人全體皆須簽名。但代筆遺囑之成立，祇須見證人三人即無不足，如五人中有二人未簽名者，其遺囑仍不失為有效。遺囑人之應簽名，本與他種遺囑同，但遺囑

人不能簽名者，以按指印代之即可，不必代筆人記明不能簽名之理由。因代筆遺囑率爲不識字者所採用，固可不必再爲蛇足也。

第三款 特別方式

普通遺囑方式，其程序如何嚴重，既如右述。於通常情形，各人固得按其便宜，採取其中任何方式一種爲之。但平時預爲遺囑，民間未見通行；多於臨終之際，逕對其昵近者口述遺囑，意旨爲之。至若身臨絕境，生命危急之時，尤不能倩人公證或執筆自書，履行各種程序繁重之普通方式。此等場合，若竟限於方式，不能成立遺囑，則於遺囑人既失過酷，而遺囑制度亦因而損失其實用之價值。故民法顧慮此等特殊場合，又採特別方式，即口述遺囑或稱略式遺囑一種。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，得爲口述遺囑（第一一九五條第一項）。」口授遺囑，外國法例多採取之。惟其得爲此種遺囑情形，恆爲詳細列舉之規定。其情形即（1）因疾病或其他事由，於生命危急之際，或在交通禁絕處所爲遺囑者（民法第九八五條第一項第二項，德民第二二五〇條，瑞民第五〇六條，日民第一〇七六條及第一〇七七條），（2）在從軍中爲遺囑者（法民第九八一條至第九八四條，即一八九三年六月八日及一九〇〇年五月十七日法律，日民第一〇七八條及第一〇七九條），（3）在軍艦中或在航海若孤島中爲遺囑者（法民第九八六條，即一九一五年七月二十八日法律。又第九八八條至第九九五條，即一八九三年六月八日法律，德民第二二五一條，日民第一〇八〇條）等是。民法規定簡括，僅云生命

危急或其他特殊情形，但外國法例所舉各端，固悉已包括於其中矣。

口述遺囑，因有特殊情形，不能依他種方式立遺囑時爲之，其方式自宜務從簡略，庶其易於作成。但若過於簡略，則易滋詐僞，惡用遺囑制度。故雖曰略式遺囑，其方式仍不能不有相當之限定。民法規定「口述遺囑應由遺囑人指定二人以上之見證人，口授遺囑意旨，由見證人中之一人將該遺囑意旨，據實作成筆記，並記明年月日，與他見證人同行簽名」（第一一九五條第二項）。是卽口述遺囑之方式，茲爲析述如左：

一 須指定二人以上之見證人

口述遺囑既於生命危急或其他特殊情形，由遺囑人口述爲之，自非有人爲之證明筆錄，無從保留遺囑意旨。但見證人若止爲一人，則其一人任便寫作，矯飾自如，旁人無可質證。故此時至少亦須指定見證人二人，以便多有一人在旁作證，但與公證遺囑或密封遺囑相較，固已省去公證人，與代筆遺囑相較，則已減去見證人一人矣。

二 須由遺囑人口述遺囑意旨

三 須由見證人中之一人，將該遺囑據實作成筆記

右列二點，與代筆遺囑大略相同。蓋遺囑人若僅爲口述，則使有多數人爲之在旁聽取，亦難免不有誤聞誤傳之虞。故卽在特別方式，仍不捨離開書面不認有遺囑存在之主義，而使見證人中一人爲之筆記。惟筆記人僅就遺囑意旨，據實作成已足，不必如代筆遺囑然，於作成筆記之後，再爲宣讀講解，及經遺囑人之認可。因口述遺囑多作

成於生命急迫之際，事實多已不遑及此也。

四 須由作成筆記之見證人記明年月日其他見證人同行簽名

記明年月日，所以示明遺囑成立時期，見證人全體簽名，所以證明筆記正確無誤，凡此各點，亦與他種遺囑無異。但簽名祇須見證人爲之，遺囑人不須簽名或按指印。此亦以其遺囑作成於生命急迫之際，對遺囑人難以必其尙能自書姓名。不然，於生命急迫之際，遺囑人猶能執筆書寫，則可採用自書遺囑，而不需此種口述遺囑矣。但口述遺囑既不須經遺囑人之認可，又不須其親自簽名或按指印，在遺囑書上絕無直接可認之真實證據，其易出於偽造，固較代筆遺囑爲尤甚。

口述遺囑，方式簡略，真實與否，最滋疑義。民法採此方式，原爲應急處置，僅於特殊情形，遺囑人不能依其他方式爲遺囑時，始許爲之。則採此方式之特別原因消失，能依普通方式爲遺囑時，自己不必認其尙爲繼續有效，以杜久後發生爭執。民法因又明定「口授遺囑自遺囑人能以其他方式爲遺囑之時起，經過一個月而失其效力」（第一一九六條）。此項失效制度，原爲多數法例一致採取，惟其有效期間各有長短不同，瑞民爲十四日（瑞民第五〇八條），德民爲三個月（德民第二二五二條），法日爲六個月（法民第九八四條第九八六條及第九九四條，日民第一〇八五條）。民法折中其間，限定爲一個月，規定殆屬得當。總之，自遺囑人能依其他方式爲遺囑之時起，經過一個月，不問該遺囑人另爲普通方式之遺囑或單爲遺囑之撤消與否，其遺囑當然喪失效力。

又口述遺囑以方式簡略之故，不特恐見證人有所誤聽誤記，且恐其事後勾串作弊，根本偽造。故至遺囑發生效力時期，尚須一度經正式之認定，以確定真偽。民法於此定其程序：「口述遺囑應由見證人中之一人或利害關係人，於為遺囑人亡故後三個月內，提經親屬會議認定其真偽（第一一九七條上段）。」依本段規定，其認定應由見證人中之一人或利害關係人提出之。所謂見證人中之一人，當指簽名於遺囑書者之任何一人而言，至利害關係人則於遺囑處分有利害關係之人，即繼承人，受遺贈人，或遺囑人之債權人屬之。提請認定期間，為遺囑人死亡後三個月內。蓋本項認定既為確定遺囑真偽，自宜歷時未久，情境未變以前，早為查察，較易確定。而遺囑人既已死亡，其遺囑上之法律關係，亦宜早仗決定，以免曠廢。今定得提請認定期間，為遺囑人死亡後三個月內，當屬適當。至認定真偽之權，屬於親屬會議。此時親屬會議如何取決，一依自定。惟口述遺囑，其遺囑書上既無直接可認之真實證據，認定時尤須認定人以自由心證為之，必得有該遺囑係出於遺囑人真意之心證後，始可為真實之認定（參照舊民第一〇七六條第三項）。

但遺囑之認定，依理雖應任於親屬會議之心證決定，其認定固難保不挾成見，或瞻徇私情，以顛倒是非黑白。民法因設嚴密之監督方法，以提出人或利害關係人，乃至未贊成議決之親屬會員，「對於親屬會議之認定有異議時，得聲請法院判定之」（同條後段）。其得聲請異議期間，依第一一三七條規定，為親屬會議議決後三個月內，自無待贅。此項聲請判定程序，依我民事訴訟法解釋，亦為普通訴訟事件一種，而應屬於遺囑人普通審判籍所

在地法院之管轄，亦無容疑。

考本項認定權所以屬於親屬會議，殆以親屬會議之會員，平素多與被繼承人即遺囑人最相接近，能知遺囑人之一切性情及其身家關係，認定較能得其真實。而一人之親屬家屬間事，亦以任其親屬自行處理，較之必由法院審判，諸多便利。然此就其遺囑係作成於通常疾病在沈篤中者而言，固屬可通。其因交通阻隔，或在軍中若航海中而作成者，倘因交通不便或從軍航海關係，不能使見證人如期前來作證，則親屬會議認定真偽，倍覺困難。於此情形，似猶不若令利害關係人得向其長官或船長，提請認定，為較妥當（舊民律草案第一四九七條第三項）。民法不設此種辦法，親屬會議又無權必使見證人蒞會證明，則必要時惟有由利害關係人提出異議，再由法院另向見證人或其長官船長行文諮詢耳。

親屬會議之認定，僅所以審查該遺囑是否出於遺囑人之真意，其遺囑意旨是否合法，殊非所問。故提出認定與後述之提示異其性質（第一二二條），經認定之遺囑，至其執行之際，仍須提示於親屬會議。總之，口述遺囑雖與他種遺囑同樣，不以認定為其成立要件，但既須經過認定，在未認定以前，其成立猶處於虛懸未定之狀態。及經認定，真意確定以後，始得自作成時起，視為確實成立耳。

第四款 見證人

右述各種方式遺囑除自書遺囑外，皆以見證人二人或三人以上之參與，為其成立要件。良以遺囑至遺囑人

死後始生效力，其果真實與否，首藉見證人爲之担保，而遺囑一旦發生爭執，尤非有見證人爲之證明不可也。惟見證人於遺囑中既如是其重要，則其個人信用如何，於遺囑之價值亦極有關係。故各國法例就見證人之資格，多設有消極之限制。以具有某等缺格原因者，不得爲見證人（德民第二二三七條，瑞民第五〇三條第一項，日民第一〇七四條；但法民從正面規定，以成年男女，具有本國籍，皆得爲見證人，參照法民第九八〇條即一八九七年十一月七日法律）。民法亦承其例，規定「左列之人，不得爲遺囑見證人：一未成年人，二禁治產人，三繼承人及其配偶或其直系血親卑親屬，四受遺贈人及其配偶或其直系血親卑親屬，五爲公證人或代行公證職務人之同居人助理人或受雇人」（第一一九八條）。本條第一款所定之人，或以智力幼稚，或以心神喪失或精神耗弱，所爲遺囑證明，不足置信。其應爲除斥，無待深論。第三第四款所定之人，乃與遺囑有利害關係之人，使爲遺囑見證，難期正直公允，亦宜除斥。第五款所定之人，乃與公證人或代行公證職務之法院書記官若領事有同居關係，或爲之助理人或受雇人，恆處公證人或代行公證職務人勢力之下，而聽其指示命令，使爲遺囑見證，亦恐不能公平獨立，自持己見，故亦特除外之。

惟有除斥原因之人而竟參與遺囑作成，其遺囑是否即歸無效，則難一概而論，如缺格人佔該方式必要人數之全部或一部，其遺囑應因成立要件不備而無效。若見證人已超過必要之數，即除去其缺格人亦無人數不足之患者，則其方式猶無不備，不能即以之爲無效。

第四節 遺囑之內容

第一款 概說

遺囑爲遺囑人最後之意思表示，依其死亡而發生法律效果。故得爲遺囑之事項，必須有法律上之價值。如單純之事實行爲，不得爲遺囑之內容。顧俗間所行遺囑，如關於死後葬祭方法之指定，家中事務之整理，乃至就其子女一身向親友爲社交上之托孤者，比比皆是。此等表示，以先人之遺意或訓誨而論，爲子女及親友者固有尊重之道德上義務，而自法律上觀之，固不有何等之效力也。

依民法規定，得以遺囑而爲之行爲，計有如下各種：(1)繼承人之指定(第一一四三條)、(2)遺產分割方法之指定及其指定之委托(第一一六五條第一項)、(3)遺產分割之禁止(第一一六五條第二項)、(4)遺產之自由處分(包含應繼分之指定、遺贈及捐助行爲，參照第一一八七條、第六〇條及第一二〇〇條以下)、(5)遺囑執行人之指定及其指定之委托、(6)監護人之指定(第一〇九三條)。此外法律未經明定之事項，得以遺囑而爲與否？解釋上似有問題。但自認有遺囑制度之精神上及本法立法之體例上觀之，終以從寬解釋，以不違反公序良俗及強制禁止規定之各種行爲，皆得爲之爲妥。蓋自本法全體觀察，凡所設立條款，務求簡單明瞭，既使一般平民易於了解，亦爲多留地步，隨時解釋補充。而本法既爲尊重死者遺意，認有遺囑制度，自宜擴張解釋，以未規

定之各種行為亦使得為，方足以發揮其制度之效用也。況本法所定上列各種行為，大都屬於不得以生前行為而為，而生前行為中性質上便於以遺囑而為者，尚有多種。蓋某等行為雖得以生前行為為之，而遺囑人或以生前無早為確定必要，或以生前發表，利害關係人間易起爭論，乃至傷害一家和平者，固不乏其例也。

遺囑內容，略如右述，就中以關於遺產之處分——尤其遺贈，最有效用，而遺囑章之規定，亦以關於遺贈者，占大部分。

第二款、遺贈

第一項 遺贈之觀念

民法為尊重私人之所有權與社會公益之計，認「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」(第一一八七條，法民第八九三條，德民第一九三九條，瑞民第四八一條，日民第一〇六條)，迭如前述。依本條規定，遺囑人得以遺囑自由處分遺產之場合，約有三種：即一對於法定繼承人應繼分之指定，二對於財團法人之捐助行為，三對於他人之遺贈。關於應繼分之指定，業於前述；關於以遺囑而為之捐助行為，除適用民法總則之規定外，依法理準用關於遺贈之規定，殊無特加說明必要。茲單就遺贈一種，概述如次：

遺贈(Vermächtnis, Legs, bequest)者，一人(遺贈人)以遺囑對於他人(受遺贈人)無償給與財產上利益之謂也。

一 遺贈爲以遺囑對於他人爲財產之讓與

遺贈係以遺囑對於他人爲財產之讓與，常有一定之受遺贈人，在此點上遺囑與捐助行爲不同。蓋捐助行爲雖與遺贈同爲關於財產之一方的死後處分，而當遺囑發生效力即遺囑人死亡之時，受其財產歸屬之財團法人，猶未成立；至其法人設立認可之後，祇向後取得人格，於遺囑人死亡之際，固未得直接爲受遺贈人也。捐助行爲既與遺贈有所不同，故關於遺贈之規定，於捐助行爲祇能解釋準用之耳。

二 遺贈以財產上之利益爲標的

遺贈所以讓與財產於他人，故其讓與必以財產上之利益爲標的，若單令其繼承人爲他人擔任某等勞務，固不得爲遺贈，併不有任何法律上之效力。然所謂財產上之利益，殊不以將自己所有之物權或債權移讓於他人者爲限（讓與產權之遺囑），即以遺囑免除他人對於自己所負之債務（免除債務之遺囑），或以遺囑言明對於他人應負一定之債務（負擔債務之遺囑），及於自己所有之不動產上爲他人設定抵押權（設定物權之遺囑），拋棄在他人土地上自己所有之地上權或賃借權等，亦皆得爲遺贈之內容也。

三 遺贈爲無償行爲

遺贈爲單方行爲，其爲無償，甚屬明白。故受遺贈之人，不負反對給付之義務。至附有負擔之遺贈，與附有負擔之贈與同，其負擔固無對價之意義。

遺贈觀念，既如右述。故第一，遺贈與贈與不同，贈與爲契約，而遺贈爲單方行爲。從之在於遺贈，不問受遺贈人知其遺贈內容與否，或其果欲接受與否，乃至得悉遺囑人之已死亡與否，概因遺囑人之死亡而當然發生效力。至受遺贈人對於利益之享受，不受外力之強制，即就既已發生效力之遺贈，亦得另爲承認或拋棄（第一二〇六條及第一二〇七條）。其次，遺贈與死因贈與不同。死因贈與雖與遺贈同以處分死後財產爲目的，而發生效力於贈與人之死後，但一爲以贈與人之死爲期之契約即贈與，而二爲單方行爲。故外國法律雖有明定死因贈與準用關於遺贈之規定（日民第五五四條），然其中有若干規定，如關於受遺贈人能力、遺囑方式、及遺贈之承認若拋棄者，終不能準用之。

第二項 遺贈之種類

遺贈得由種種見地分類，茲分單純遺贈與有附款之遺贈，包括遺贈與特定遺贈，述之如左：

一 單純遺贈與有附款之遺贈

附有條件或期限之遺贈爲有附款之遺贈，非然者爲單純遺贈。遺贈得加何種附款，或附停止條件若解除條件，或附始期若終期，要依各該情形或財產性質定之。如謂在某時期前或某事實發生前，以甲爲受遺贈人，其後則以乙爲受遺贈人，一若德國民法中設有「先位繼承人」及「後位繼承人」(Vorerbe, nacherbe)之關係者（德民第二一〇〇條以下），自亦可以承認。又後述附有負擔即義務之遺贈，亦即附條件遺贈一種。蓋附有義務之遺

贈，其義務乃對於權利所加之負擔，如受遺贈人，不肯履行其義務者，繼承人且得將其贈遺撤消之。與包括遺贈其所有權利義務概自遺贈人之遺產中所繼承者，固有別也。

二 包括遺贈與特定遺贈

包括遺贈 (Legs universal) 即包括的以遺產全部或一部為標的之遺贈。特定遺贈 (Legs particulier) 乃指定各個財產上利益為標的之遺贈。如謂以遺產全部或二分之一三分之一為遺贈者，即前者是，如謂給與某不動產，某動產或現金千元，或免除債務，負擔債權，及設定地上權之遺贈，即後者是。但兩者之間，有時不易明白，如謂給與不動產之全部或動產之一半，其為包括遺贈抑為特定遺贈，頗滋疑義。惟解釋上終須以指定遺產全部或幾成之幾之場合為包括遺贈，非然者為特定遺贈，為標準而決定之。又特定遺贈之標的，常為權利或其他積極的利益，而包括遺贈則常含有義務，殆可斷言。

包括遺贈因受遺贈人包括的承受遺贈人財產上之一切權義，幾與繼承場合發生同一結果。即受遺贈人對於繼承債權人亦為繼承債務人，對於特定受遺贈人亦為遺贈義務人，如有其他包括的受遺贈人或法定繼承人同時存在時，對於全部遺產，亦得共同共有（法民第一〇〇九條，日民第一〇九三條）。故包括遺贈所生關係，甚形複雜，是否合於社會實際生活，不無問題。而關於包括遺贈，民法未設明文規定，究竟承認與否，亦有疑義。依余觀之，包括遺贈亦有便利之處，如遺囑人有遺產如商事公司者一項，但無法定繼承人，並不欲依第一一四三條而為

繼承人之指定，此時欲將遺產全部遺贈他人，自以包括的方法爲之，使之尙得繼續經營，爲較便利。而依第一一八七條遺贈自由之原則觀之，此種遺囑處分，自亦爲法律之所認許也。

第三項 受遺贈人

受遺贈人者，乃遺囑所指定，而爲遺囑內容之財產上利益之歸屬人也。凡有權利能力之人，不問其爲法人或自然人，皆得爲受遺贈人，而有遺贈能力。卽法定繼承人，除遺囑所指定之應繼分外，苟不違反關於特留分之規定，亦得另受遺贈。此依第一一八七條之規定解釋，自甚明白。惟受遺贈人於遺囑發生效力時卽遺囑人死亡時，必須存在，繼承上所謂同時存在之原則，於此可適用。胎兒以將來非死產者爲限，於遺囑人死亡時視爲既已出生，得爲受遺贈人，亦與繼承之場合同（第七條）。又受遺贈人必須爲享受所遺贈之財產上利益之人，例如在附條件或負擔遺贈中指明甲若對乙幫忙，則對甲遺贈某等財產，此時乙雖亦受遺贈利益，殊非真正之受遺贈人。但所謂受遺贈人，並不以直接第一次受遺贈利益之人爲限。在特種遺贈，卽間接第二次受遺贈者，亦爲受遺贈人。且同時存在之原則，有時亦可不必過於嚴格適用，茲舉數例以說明之：

（一）以遺囑聲明，如受遺贈人甲於遺贈效力發生前死亡，或於效力發生後拋棄其遺贈者，則將其所得承受之利益轉與於乙（補充遺贈），此時乙亦爲受遺贈人。

（二）於附有負擔之遺贈中，令受遺贈人將其所受財產上利益之一部，分授於乙，此時乙亦爲受遺贈人。

(三)前述附有條件或期限之遺贈，如謂受遺贈人甲所受財產上之利益，至某條件成就或某期限屆至時，則移轉於乙，即所謂後繼遺贈中，乙亦得爲受遺贈人。而此次位受遺贈人，於遺囑發生效力之際，不必業已存在，於其條件成就或期限屆至之際存在即可。

惟有權利能力之人一般雖皆得爲受遺贈人，而有一定原因，即對遺囑人或就遺囑有重大不德或不義所爲，則爲維持社會秩序之計，與繼承權喪失場合同，亦應剝奪其受遺贈能力。民法因準用第一一四五條關於繼承權喪失之規定，規定受遺贈缺格之人（第一一八八條）。其準用方式，數述如下，即受遺贈人有左列情事之一者，喪其受遺贈資格：

一 故意致「遺囑人」應繼承人或「應受遺贈人」於死或雖未致死因而受刑之宣告者

受遺贈人雖與繼承人不同，不因人數之多少，或順序之先後，而決定其應繼分之多寡有無。但受遺贈人間有時亦易發生利害衝突，如前述後繼遺贈及特留分扣減情形，即其顯著之例。故應受遺贈人與應繼承人同，亦有爲他受遺贈人殺害之可虞也。

二 以詐欺或脅迫使「遺囑人」爲關於「遺贈」之遺囑或使其撤消或變更之者

三 以詐欺或脅迫妨害「遺囑人」爲關於「遺贈」之遺囑或妨害其撤消或變更之者

四 偽造變造隱匿或淹滅「遺囑人」關於「遺贈」之遺囑者

五 對於「遺囑人」有重大之虐待或侮辱情事經「遺囑人」表示不得受「遺贈」者前項第二款至第四款之規定，如經「遺囑人」宥恕者，其受「遺贈權」不喪失。

右列第五款情形，遺囑人如不欲該受遺贈人享受遺贈之利益者，得另為遺囑以撤消其遺贈。但依本款規定，表示其不得受遺贈者，自屬有效。又第二項所謂遺囑人之宥恕，亦不以明示為限，即默示亦可，固不必另以遺囑為之也。

第五節 遺囑之效力

第一款 一般效力

遺囑為遺囑人之終意表示，自遺囑人之死亡時發生效力（第一〇九九條）。遺囑人之死亡，亦包括自然死亡與法定死亡，所不待贅。此項效力，因遺囑人死亡之事實當然發生，而不待於任何意思表示，亦與繼承開始之場合同。故其效力發生，受遺囑利益之人果欲接受與否，既非所問，而其知悉有遺囑存在與否，乃至知悉遺囑人之已死亡與否，亦所不問。在於口述遺囑，雖須提經親屬會議認定真偽以後，始為確實有效成立。而其效力發生時期，則與普通遺囑並無不同。又以遺囑而為捐助行為，其財團法人雖須經向主管官署認可設立以後，始能取得權利能力，而依法理解釋，其捐助財產亦應視為自遺囑人死亡起，歸屬法人（參照日民第四二條第二項）。

遺囑既自遺囑人死亡時始發生效力，則遺囑人未死亡前，其因遺囑將來得受利益之人，實未現實取得權利，不過將來有其取得其希望而已。且遺贈人得隨時撤消遺囑，即表示不為撤消，亦無何等效力。若遺囑人於死亡前果為撤消，則其希望亦成泡影。但至遺囑人死亡之際，苟遺囑人有特種附款，其效力遂以確定。前此僅為一種希望者，至此乃為確實權利，而得享受財產上利益之人，乃得以自己權利而為處分。若因自己死亡，其繼承人且得繼承。又其債權人亦得以債務人之權利而扣押之矣。

惟遺囑為單方之意思表示，為尊重遺囑人之意思起見，於事項性質所容許之範圍內，自應許其加以附款。附款之條件有停止條件與解除條件之別，期限亦有始期與終期之別。遺囑所加附款之效力，民法特別規定甚少，茲參照總則規定，列述如左。

一 附條件之遺囑

遺囑附有停止條件者，(1)若條件於遺囑人死亡後成就者，則於條件成就時發生效力(第九九條第二項)，第一二〇〇條規定，「遺囑所定遺贈附有停止條件者，自條件成就時發生效力」本為理之當然。但此種規定，僅為推定行為人之意思而設，於公共秩序無何關係。如遺囑人另有意思表示，使停止條件成就之效果，溯及以前發生，自無不可(第九九條第三項)。(2)停止條件於遺囑人死亡前成就者，則其遺囑與未附條件無異，應自遺囑人死亡時發生效力，亦無待論。

遺囑附有解除條件者(1)若解除條件於遺囑人死亡前成就，則遺囑人死亡時，其條件不生效力。(2)若解除條件於遺囑人死亡前尚未成就，則遺囑自其死亡之時發生效力，而至條件成就之時，失其效力。但此場合，遺囑人亦得另為意思表示，使其條件成就之效果溯及以前發生(第九九條第二項第三項)。

二 附期限之遺囑

遺囑附有始期者(1)若其始期於遺囑人死亡前屆至，則與未附期限無異，自遺囑人死亡時發生效力。(2)非然者，則至屆至時發生效力(第一〇二條第一項)。

遺囑附有終期者(1)若終期於遺囑人死亡前屆滿，則與未附期限無異，其遺囑不生效力。(2)非然者，則於屆滿時失其效力(同條第二項)。

遺囑得加何種附款，依遺囑內容事項之性質不同，如繼承人之指定，雖得附以條件，不得附以期限。遺囑分割之禁止，雖得附以終期，不得附以始期。至非婚生子女之認領，則無論條件或期限皆不得附之。總之，凡遺囑附有停止條件或期限者，在條件未成就前或期限未屆至前，其效力猶未發生。就遺贈標之物之財產，繼承人得為自由處分，受遺贈人無可阻止。但至條件成就或期限屆至之日，若標之物既消滅，無從交付遺贈，則繼承人應負損害賠償之責耳(第一〇〇條，第一〇二條第三項)。

第二款 遺贈之效力

第一項 概說

遺贈依關於遺囑之一般原則，自遺囑人死亡時發生效力，其附有停止條件者，若條件於遺囑人死亡後成就，則自成就時發生效力，概如前述。但遺贈乃注目於受遺贈人之個人關係，與以特別利益。故受遺贈人於遺囑發生效力前死亡者，其遺贈不生效力（第一二一〇條）。此時受遺贈人之直系血親卑親屬固不得如代位繼承然，襲其地位。若遺囑人預期此種場合，另指定受遺贈人之繼承人爲受遺贈人，以爲補充，則其指定雖屬有效，但此時其繼承人不過以補充的受遺贈人而受其利益。且此種補充的受遺贈人並不以受遺贈人之繼承人爲限，始得爲之。又在附有停止條件之遺贈，受遺贈人於遺囑人死亡時雖尙生存，而於條件成就前已死亡者，則與遺贈尙未發生效力前死亡同，其遺贈亦不發生效力。於此場合，遺囑人固亦可另爲表示，以受遺贈人若於條件成就前死亡者，其遺贈歸屬於受遺贈人之繼承人。但此亦同爲補充遺贈，與其謂不論受遺贈人何時死亡，其遺贈皆發生效力，寧謂先位遺贈不生效力，後繼遺贈發生效力爲妥。

遺囑所生之效力，包括遺贈與特定遺贈略有不同。在包括遺贈，遺贈標的之財產，與效力發生同時即當然移轉於受遺贈人，而無待於遺贈義務人之交付。其在無繼承人場合，並無遺贈義務人存在，更不發生交付問題。故包括遺贈應與遺產繼承同樣解釋，常有物權的效力。祇遺贈財產中有不動產者，未經登記，其效力猶未完成耳（第七五八條）。

其次，在特定遺贈場合，遺贈標的常先一度概括移轉於繼承人，於遺贈發生效力之際，受遺贈人僅得向繼承人即遺贈義務人，請求其標的物之交付。故學者通說，謂特定遺贈，僅有債權的效力。蓋特定遺贈，除如免除債務等，因遺囑之表示直接完成所預期之效果者外，常須繼承人之交付，始能確實移轉其標的物。就遺贈標的為不特定物之情形而言，如遺贈之標的物為現金千元者，必須繼承人依遺囑所定數額，提出現金，移轉於受遺贈人。此時繼承人有交付義務，而受遺贈人僅得請求交付，固甚明顯。其次，遺贈之標的物若為特定物或特定債權，亦未必因遺贈發生效力而直接移轉於受遺贈人。第一，交付遺贈每有一定順序，如為清整繼承債務，得將其特定之標的物換價清償，受遺贈人僅得就賸餘之額請求交付（第一一六〇條，第一一七九條第一項第四款）。次之，若遺贈有侵害法定繼承人之特留分時，即特定之標的物亦應全部或一部受其扣減（第一二二五條）。總之，依民法解釋，特定遺贈通常僅有債權的效力，而無物權的效力。不過繼承人依遺囑所定交付遺贈，其交付效果則溯及遺囑發生效力時已發生耳。

第二項 遺贈之標的

第一目 特定之遺贈物

「遺囑人以一定之財產為遺贈，而其財產在繼承開始時有一部分，不屬於遺產者，其一部分遺贈為無效，全部不屬於遺產者，其全部遺贈為無效」（第一二〇二條）。蓋以特定之物或權利為遺贈者，推遺囑人之意，乃於

繼承開始即遺囑發生效力時之狀態所遺贈。若遺贈發生效力之際，其特定之財產不屬於遺產者，其遺贈因無標之物之故，不能發生效力也。但其遺贈物是否屬於遺產，究應以遺贈發生效力之時為判定標準，若遺囑成立時雖未屬於遺產，而至遺囑人之死亡時已屬於遺產者，固不妨為其遺贈之標的也。至遺贈發生效力時其財產不屬於遺產之情形，不一而足。有遺贈標的之財產原屬於遺囑人所有，嗣因轉讓於人或失其存在，而於遺囑發生效力時不屬遺產者，更有其財產原不屬於遺囑人所有，遺囑人意在取得其權利以為遺贈，而於遺囑發生效力以前，卒未能取得之者，不問何者，其遺囑原則皆不發生效力。然將此原則澈底適用，即於遺囑人之意思，有時亦有所未合。民法因就特定遺贈，設有如左之特別規定。

(一)遺贈之標的物於繼承開始時雖不屬於遺產，而遺囑人另有意思表示，必以之為遺贈者，應從其意思（同條但書）。蓋本條上段規定，原為推定遺囑人之意思而設，如遺囑人另有意思表示，則為尊重其意思計，自宜使其遺贈有效。尤其遺囑人欲將某項不動產遺贈於甲，第恐該項財產至繼承開始時猶未為己所有，或本為自己所有而至繼承開始時已不復存在，因於遺囑中言明如將來該項不動產不屬於己所有，則應將該項財產購贈於甲。此種附帶聲明，即以獨立遺贈而論，原可成立，遺贈義務人自不能以標的物不屬於遺產，而主張為無效也。考以他人權利為標的之遺贈，自來立法多認許之。羅馬法以遺囑人明知其權利不屬於己，而仍以之為遺贈者，其遺贈為有效，近代奧意等國民法率採定之，法民雖經明定此種遺贈，不問遺囑人知與不知，皆為無效。

(法民第一〇二一條)而學者解釋則以遺囑人知其標的物不屬於己，意在繼承人取得其物而移轉於人者，其遺贈仍爲有效。德日民法逕定遺贈標的縱不屬於遺產，而遺囑人如有以之爲遺贈之意思可認者，卽爲有效力。(德民第二〇六九條第二〇七〇條，日民第一〇九八條但書)。綜觀各國立法傾向，其爲尊重遺囑人意思，使標的不屬於遺產之遺贈，務爲有效成立，可謂大旨相同。惟羅馬法及奧意等國立法，單以遺囑人知與不知，決定其爲有效無效，於事實證明既感困難，而於遺囑人之意思亦未必盡符。因遺囑人之意思或擬於生存期間取得其標的物，如竟不能取得，則終無給與之意，亦未可知也。至法國學者解釋及德日法例，除遺囑人知情以外，尚須遺囑人爲其遺贈之明白表示，或於客觀的情形有其意思可認者，乃爲有效。其有效力範圍，尙屬廣泛。民法本條但書規定，則以遺囑另有明白之意思表示者爲限，始屬有效，立法主義殆較妥當。

此種以他人權利爲標的之遺贈，一旦發生效力，繼承人自有取得其標的物以爲交付之義務。但其標的物不能取得或取得需費過鉅時，依理應許其繼承人補償相當之金額，以免除義務之履行。(參照德民第二一六九條，日民第一〇九九條)。

(二)「遺贈人因遺贈物滅失、毀損、變造或喪失物之占有，而對他人取得權利時，推定以其權利爲遺贈(第一二〇三條上段)」。蓋遺贈之標的物因滅失毀損變造或喪失占有，於遺囑發生效力時已全部或一部不屬於遺產，依前述規定，其遺贈雖原則應全部或一部失其效力，而依情形如何，其物上所有之權利，或本於其

權利所生之權利，猶有存在。例如遺贈物爲他人之不法行爲毀損者，對他人取得損害賠償請求權。遺贈物已付保險者，則因危險發生而取得保險金額請求權。又遺贈之動產爲他人所加工變造，且因加工所增之價值，顯逾材料之價值而爲他人取得其所有權者，則取得償金請求權（第八一四條）。遺贈物之不動產，因出典於人而喪失其占有者，則取得典物贖回權。凡此場合，其遺贈標之物雖經重大變化，而法律上遺贈人仍有相當權利取得，至遺囑發生效力之日，縱標之物已不能完全交付，而以其標之物換得之權利，推定向爲受遺贈人之利益而存在，於遺贈人之意思固甚合也。但本段亦僅爲推定規定，遺贈人如另有明白表示，固應從其意思。即遺贈人生前已行使其權利，例如已領受其損害賠償金或其他補償者，亦不能適用本段規定。

又依同條下段規定，「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。」一物與他物附合或混合，其所有人對於所附合或混合之物取得若何權利，爲第八一一條以下所規定。即（1）動產附合於不動產而爲其重要成分者，不動產之所有人取得動產之所有權，而動產之所有人取得償金請求權。（2）動產與他人之動產附合非毀損不能分離或分離需費過鉅，且兩物間不能區別主從之關係者，則按動產附合之價值各取得合成物之共有權；如兩物間能區別主從之關係者，則主物所有人取得合成物之所有權，而從物之所有人取得償金請求權。（3）動產與動產混合不能識別，或識別需費過鉅者，亦按上例各取得共有權或單獨所有權及償金請求權。總之，上述各種場合，凡標之物之所有權不喪失者，至遺囑發生效力之日，固應以之爲遺贈物，其因喪

失而取得價金請求權者，則推定以其取得之權利為遺贈。

第二目 不特定之遺贈物

以不特定物為遺贈之標的，其為有效，自無容疑。此時遺贈義務人應依遺囑本意，交付種類品質及數量相當之物於受遺贈人，且須以自己有完全權利者交付之，庶受遺贈人完全取得其所交付物之權利。從之其所交付之物隱有瑕疵或受他人追奪，義務人依理應負與出賣人同一之擔保責任；蓋若所交付物受人追奪，即不外以不屬自己之物而為交付，固未能謂為已盡其交付義務。而義務人此時竟不能將物之占有使受遺贈人取得者，依追奪擔保法理，且應負其損害賠償責任。又所交付之遺贈物隱有瑕疵者，義務人應易以無瑕疵之物而為交付。因遺贈人之本意既欲遺贈他人一不特定物，自必完全無疵之物。若所交付者為有瑕疵，自以使易他物，方足以貫徹遺贈人之意思也（參照德民第二一八二條至第二一八三條，日民第一一〇〇條）。

第三目 用益權之遺贈

遺贈內容，除財產所有權之完全讓與外，並得將財產供人使用收益，而不移轉其所有權。惟此種遺贈受遺贈人享受其權利至一定時期以後，應返還其標的物於所有人即遺贈義務人。其返還時期，得以次述原則定之。

(一) 如遺囑有指定者，從其指定。蓋遺囑人本有處分其遺產之自由，今將財產供人使用收益而遺囑上附有終期期限者，受遺贈人自應依其期限返還所受用益之物。例如遺囑人明定某處房屋遺贈與甲住居或收租

五年，則至五年屆滿，即應將其房屋返還於所有人。

(二)如遺囑未定期限，而依遺贈之性質可定其期限者，依其性質定之。即用益之標的物，遺囑雖未定有返還之期，而依該遺贈之性質，顯然有期限可決定者，則推遺囑人之意思，其遺贈自係附有期限，至所推定期限屆滿之日，應將其用益物返還於所有人。例如遺囑定明將某等田產供甲收益，為其大學入學之資，則甲所得收益期間，自以大學在學期間為限，一至大學畢業，應將其田產返還於所有人。

(三)「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」(第一二〇四條)。蓋遺贈乃為受遺贈人之利益而為，雖其用益物終有返還於所有人之一日，而遺囑未定返還期限，並不能依遺贈之性質定其期限者，推遺贈人之意思，自應以受遺贈人之終身為其期限。於受遺贈人死亡以前，所有人不能請求用益物之返還，蓋否則顯然妨害受遺贈人之利益，及違反遺贈人之意思矣。

第三項 附有負擔之遺贈

第一目 附負擔遺贈之性質

附有負擔之遺贈(Legs avec charge)乃遺囑中附有條款，使受遺贈人負擔一定債務，而為其給付之遺贈也。析言之如左：

一 附負擔之遺贈乃有附款遺贈之一種

附有負擔之遺贈爲附條件遺贈一種，但其條件與停止條件或解除又屬不同，蓋其遺贈之效力，與遺囑人之死亡同時發生，既不因附有負擔而停止其效力，亦不因所負擔義務之不履行而當然消滅其效力。祇受遺贈人不肯履行其義務時，遺贈義務人依理得於負擔之限度，拒絕遺贈之交付，或撤消其遺贈耳（依第二六四條第四一二條類推解釋）。

二 遺贈所附之負擔係設定一定之債務

遺贈所附之負擔，須爲設定一定之債務，如關於道德之訓示，固不得爲負擔之內容。即單純用途之指定，苟非以其違反爲遺贈之解除條件，亦不得以負擔而有法律上之效力。

三 附負擔之遺贈於特定遺贈及包括遺贈皆得有之

遺贈所附之負擔，爲遺囑人所加之義務。在特定遺贈，所遺贈者常爲積極的利益，遺囑人固得加以負擔。即在包括遺贈，除遺贈中原有之義務外，遺囑人並得另以意思表示，使受遺贈人負擔他種債務，此種債務爲包括遺贈之負擔。

四 對受遺贈人得請求負擔債務履行之人以繼承人爲原則

因負擔之給付而受利益之人，依負擔之內容不同，或爲遺囑人之繼承人，或爲第三人，乃至社會一般公衆。然

對受遺贈人得請求履行義務之人，常為遺囑人之繼承人，其他之受益人不得有請求權。惟負擔之內容如係使受遺贈人更以遺贈財產一部分授於他人者，則可視為有第二之遺贈，其第二受遺贈人，對於附負擔之受遺贈人，亦得請求履行。又遺贈所附負擔如以公益為目的者，受益人之社會公眾雖不得自為請求，而依第四一二條第二項類推解釋，主管官署得命受遺贈人履行其負擔。

第二目 附負擔遺贈之效力

遺贈為無償行為一種，以使受遺贈人享受特別利益為目的，故遺贈所附之負擔，與附負擔之贈與同樣，不得超過遺贈之積極的利益，如超過其利益時，受遺贈人僅須以所受利益之限度，負其履行之責任（第一二〇五條）。德民第二一八七條、日民第一一〇四條。依同一理由，附有負擔之遺贈，如因繼承人為限定繼承，其遺贈標的未得全部交付，或因特留分權利人扣減權之行使，其遺贈標的受扣減時，受遺贈人得按所受減少之程度，免除其所負擔之義務。惟此場合，遺囑人尙得零為意思表示，以其負擔不得因遺贈物之減少而減少，為尊重遺囑人之意思計，此種表示亦得為有效耳（參照日民第一一〇五條）。

至遺贈所附之負擔甚重，或因限定承認或特留分扣減之結果，使負擔與贈與物之價額相伯仲時，其遺贈殊非當然無效。祇受遺贈人此時有選擇之自由，如以履行其負擔，除金錢以外尙有其他利益可享受者，固可承認，否則可以拋棄遺贈，而免負擔之履行，如後所述。

第三款 遺贈之承認及拋棄

第一項 概說

遺贈爲單方行爲，不問受遺贈人之意思如何，因遺囑人死亡當然發生效力，概如前述。然遺贈不問其內容如何，終不能反於他人之意思而強制其接受。故於遺贈發生效力之際，受遺贈人儘有以一己之意思，承認其效力與否之選擇自由。若受遺贈人以該項遺贈於己不利，或不願接受其利益者，得拋棄遺贈（第一二〇六條）德民第二一八〇條，日民第一〇八八條，與繼承之場合同。

遺囑因遺囑人之死亡而始發生效力，遺贈之承認或拋棄，應於遺囑人死亡以後爲之，所不待言。惟遺贈之承認或拋棄，與繼承之承認或拋棄不同，法律無一定期間限定，受遺贈人得以隨時爲之。蓋在繼承場合，其繼承人之爲承認或拋棄，於同順序及次順序之繼承人，有密切之利害關係，不可不早使確定。而遺贈之承認與否，則僅於既確定之繼承人與受遺贈人間，有直接關係而已，與第三人間殊無重大影響。故民法關於遺贈之承認或拋棄原則上不設一定期限，使得隨時決定爲之。祇於特定場合（如限定繼承，繼承人全體拋棄及無人承認繼承等）受遺贈人須於公告所定期限內爲願受遺贈與否之聲明。及依第一二〇七條規定，須於繼承人或其他利害關係人催告所定期間內，爲承認與否之表示耳。

遺贈之承認或拋棄，其表示亦無一定方式，以明示或默示爲之，均無不可。受其意思表示之相對人，通常爲遺

贈義務人。即受繼承人以外利害關係人催告之場合，亦須對於義務人爲之，否則不生效力。因遺贈之承認或拋棄爲須相對人受領之意思表示，而遺贈義務人乃最主要之利害關係人故也。至繼承人全體拋棄繼承或無人承認繼承場合，遺產全部歸諸管理人處理，爲法律所規定。此時其承認與否之意思表示，須對其管理人爲之，固不待論。遺贈人既爲承認或拋棄之後，遺贈關係乃以確定，受遺贈人不得更撤消之（德民第二一八〇條，日民第一〇九一條），否則將侵害他人之既得權或既得之利益。又遺贈關係之確定與否，於遺贈義務人及其他利害關係人亦有相當之關係，其承認或拋棄之意思表示，依理亦不得加以附款（德民同上條文）。

第二項 承認與否之催告

如右所述，民法以遺贈承認與否之遲早決定，於他人之利害關係不如繼承場合之鉅，原則不設一定期限，而任於受遺贈人隨時決定。即受遺贈人於遺囑發生效力當時即爲承認或拋棄之意思表示固可，否則於數月或一年之後再爲表示，法律亦不爲積極之干涉。但其意思表示時期一任於受遺贈人恣意專斷，則萬一過久不爲決定，於繼承人及其他利害關係人亦未免有所不利。尤其遺贈物猶未交付以前，繼承人須負管理責任；即受遺贈人將來表示拋棄，因未爲意思表示，亦不能以遺產視爲己有。其有相當深切之關切，固不待言。至於包括遺贈，附負擔遺贈，及其他與他人有關係之遺贈，其遺贈之利害關係人，因遺贈之承認與否未早決定，其地位亦有處於不定狀態之虞。故民法他而爲保護利害關係人起見，必要時使得爲自發之催告，以貫徹不爲積極干涉之主義。即於第一二

○七條上段規定：「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為承認遺贈與否之表示。」至其所謂相當期限，法無標準規定，要須催告人顧慮受遺贈人之考慮及答覆時間以決定之。

惟限定期間以內，受遺贈人究為答覆與否，仍屬於其意思之自由。如受催告以後終不明白為承認與否之表示，殊非有最後之決定方法不可。民法於此採取積極的推定，以受遺贈人於一期限屆滿尙無表示者，視為承認遺贈」（同條下段）。蓋遺贈為取得財產之一方法，其內容通常必於受遺贈人有利，今設推定自以於其有利之方面為之，結果較正當也。

第三項 承認及拋棄之效力

一 承認之效力

遺贈之承認不外既發生之遺贈效力之確認，故受遺贈人為願受遺贈之承認時，乃自遺贈發生效力時始，取得其遺贈物之權利。從而其間自遺贈物所生之孳息，應屬於受遺贈人（日民第一〇九四條，法民第一〇〇五條第一〇一四條，德民第二一八四條）。他面受遺贈義務人其間為保管遺贈物所支出之必要費用，亦應由受遺贈人負擔償還之（日民第一〇九五條，德民第二一八五條）。

二 拋棄之效力

遺贈之拋棄，溯及遺贈人死亡時發生效力（第一二〇六條第二項）。即遺贈雖因繼承開始當然發生效力，

而其後受遺贈人一旦表示拋棄遺贈，則其效力與繼承拋棄同樣，視為自始所未發生，而受遺贈人與遺贈物亦始終不生關係。詳言之，即遺贈物及其間自遺贈物所生之孳息，仍為遺產而屬於繼承人；對於同一標的物受遺贈人有數人時，其拋棄部分亦然（第一二〇八條）。至附負擔之遺贈，若受遺贈人拋棄遺贈時，依同一理由，所附負擔亦應與遺贈物同時歸屬於繼承人，而任其履行之責。蓋因受遺贈人拋棄遺贈之意，外事實固不可使負擔之受益人完全喪失其利益也。外國法律有明定：「受遺贈人拋棄遺贈者，因負擔而受利益之人，得自為受贈人」（日民法第一一〇四條）。即承認負擔之受益人，有代位受遺贈人之權利。民法無此明文規定，不認受益人有優先受遺贈物之權，殊難為同一之解釋。

第六節 遺囑之執行

第一款 概說

遺囑之執行云者，乃遺囑發生效力後，為實現其內容，而為必要事務之處理之謂也。蓋遺囑發生效力於遺囑人之死後，其遺囑人不能自起執行。於此若不另設執行方法，固不能實現其內容，並貫徹遺囑人之意思。而其實行若非有嚴格之法律規定，尤不能保其無怠忽棄置，乃至違反遺囑本意之情弊。故法律於規定遺囑方式及其效力之後，猶待乎有遺囑執行之規定也。

惟遺囑之內容，未必盡須執行。如繼承人之指定，應繼分之指定，遺產分割方法之指定及其指定之委託，遺產分割之禁止，遺囑執行人之指定及其指定之委託，及監護人之指定等，固不待遺囑執行人之執行，亦能實現遺囑人之意思。然如遺贈及捐助等，除少數場合外，其內容非依遺囑所能直接實現，而必須有執行人以執行之。

遺囑執行之程序，可分執行前之程序即遺囑之提示及開視，與執行之程序，述之如左：

第二款 遺囑之提示及開視

遺囑未為執行之先，應將遺囑提示於親屬會議，如為密封遺囑者，且須在親屬會議當場始得開視。故遺囑之提示與開視，乃遺囑執行前應有之程序，不問其內容必須執行與否，皆須行之。蓋未經過此等程序，其遺囑之存在與否，真意如何，猶未受正式之認證也。

一 遺囑之提示

「遺囑保管人知有繼承開始之事實時，應即將遺囑提示於親屬會議，無保管人而由繼承人發見遺囑者亦同」（第一二二條，法民第一〇〇七條，德民第二二五九條，瑞民第五五六條，日民第一一〇六條）。遺囑之提示，所以確保遺囑之真實存在，與前述口述遺囑之真偽認定，判然不同。蓋遺囑之提示，其目的在請求親屬會議，就其形式及其他各種狀態查驗確認，以防止以後之偽造變造，並堅固其保存，不過為一種檢證程序而已。至其遺囑是否出於遺囑人之真意，及法律上有效與否，固非所問。總之，既經提示親屬會議認證之遺囑，就其實質如何，利害

關係人仍得另爲主張，並不因其已經提示認證，而受任何之拘束或妨害也。

遺囑應否有人保管，原無限制。在遺囑人如恐受人偽造變造，自可將遺囑委託他人保管，否則逕交繼承人收執，或深藏篋底，姑自保存，亦無不可。總之，其有人保管或收執者，保管人或收執人知有繼承開始之事實時，應即將遺囑提示於親屬會議，其未有人保管或收執，而由繼承人在篋底發見，或受他人發見之通知者，繼承人亦應卽爲提示。本項提示爲保管人及繼承人之義務，如違反其義務時，在第三人之保管人應負侵權行爲之責。在繼承人如依情形得認爲隱匿遺囑時，則應受喪失繼承權之制裁。遺囑提請認證，各國法律多定須向法院或主管官署爲之，民法爲求程序簡便之計，僅須提示親屬會議。又在外國法律多以公證遺囑無須經過提示，民法既未明定設爲例外，須與其他各種方式經此同一順序。

二 遺囑之開視

密封遺囑，須依前條規定提示於親屬會議，非在親屬會議當場不得開視（第一二一三條，法民第一〇〇八條，德民第二二六〇條，瑞民第五五七條，日民第一一〇六條第二項）。此其必須在親屬會議當場開視，同爲確保遺囑之真實存在。蓋密封遺囑，由遺囑人密封簽名後，並須見證人及公證人爲之簽名等嚴重之方式，若未提示公開認證以前，卽許個人擅自啓視，則其方式是否具備及遺囑內容曾否受人更改，事後甚難察究，如是密封遺囑之真實性，遂不能確保矣。但開視亦僅密封遺囑之執行要件，而非有效要件。未親屬會議當場開視，其遺囑真實與

否雖缺正當保障，而遺囑本身要非當然無效耳。

第三款 執行之程序

第一項 遺囑執行人之指定

遺囑依其內容不同，有須執行與否之別，既如前述。其經提示開視，認為必須執行，乃須有一定之人以當執行之任，是為遺囑之執行人（*Exécuteur testamentaire*）。遺囑執行人應由何人任之？各國立法不同，有全任繼承人執行，不設特別之人者，如羅馬法及瑞典那威等國之民法是；有必須設定執行人，以當遺產清算之任者，如英美法是有特別選任與否，首任於遺囑人之自由決定者，如寺院法及現代多數國家之立法是（*法民第一〇二五條以下*，*德民第二一九七條以下*，*瑞民第五一七條第五一八條*，*日民第一一〇八條以下*）。夫遺囑逕使繼承人擔任執行，未始不甚便利，而繼承人亦未始完全不能尊重先人遺意而為忠實執行。但遺囑內容與繼承人之利益完全相反，使其執行，殊有難期公平允洽之虞，而繼承人若為未成年，或根本無繼承人存在，尤非另設執行之人不可。故執行人應否特別選定，當以首任於遺囑人自由決定者為妥。民法因亦採此主義，即：

（一）「遺囑人得以遺囑指定遺囑執行人，或委託他人代為指定」（*第一二九條第一項*）。本項遺囑執行人之指定或指定之委託，以同一遺囑為之固可，即以他一遺囑乃至他種方式遺囑為之，亦無不可。應受指定或指定委託之人，通常固為局外之第三人，但若為遺囑人之所信任，即繼承人受遺贈人或其他利害關係人，亦

得自由指定或委託之，執行人之人數亦無限制，無論一人或數人均可。其委託他人指定場合，遺囑人得確定人數託其指定，否則受委託人得依己意定之。本項遺囑執行人之指定或指定之委託，因係單方行為之故，不問受指定人或受委託人承應與否，當然依遺囑之有效而成立。他面受指定人或受委託人接受其指定或委託與否，則保有完全之自由。故受委託人如承受其委託，固應即指定遺囑執行人，並通知繼承人（同條第二項）。受委託人如不願受委託者，得即通知於繼承人而免除其義務（參照德民第二二〇二條第一項，日民第一一〇八條第三項）。又受指定之遺囑執行人如已承諾就職，固應即行執務，而其就職與否未有表示以前，繼承人或其利害關係人，依理得定相當期限，請求受指定人於期限內為承諾與否之表示（參照德民第二二〇二條第二項，日民第一一〇條）。

（二）「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」（第一二二條）。遺囑有非經執行人之執行，不能實現其內容，業於前述。對於此種遺囑，如遺囑人未有執行人指定，或未委託他人代指定時，其必不可缺之遺囑執行人應由何人選定，自非預為規定，以資遵從不可，民法以其選定權先使屬於親屬會議。蓋亦以遺囑人之親屬所組成之會議，選定較為適當，而召集親屬會議之程序，通常亦較為簡易故也。又遺囑人指定執行人或委託他人指定，而受指定之人不欲或不能就職，或已就職而中途死亡或去職，或受委託之人不欲或不能指定，或已指定而不欲或不能就職，

或就職而中途死亡或去職，其必要之遺囑執行人就本條解釋，亦應由親屬會議再選定之。但親屬會議亦不過一臨時召集之私人機關，設親屬會議不能召集，或召集而不能選定，則又非另設辦法不可。民法最後乃令利害關係人聲請法院爲之指定。其聲請指定應依通常聲請程序，提出書面爲之，管轄法院，依理亦爲遺囑人普通審判籍所在地之法院，所不待贅。

遺囑執行人以擔任遺囑執行上之一切事務，爲其任務；其任務是否正當實行，每依執行人其人如何而決定之。故爲遺囑執行人之人，非有健全行爲能力，不能完全勝任。民法限制「未成年人及禁治產人，不得爲遺囑執行人」（第一二一〇條，法民第一二一八條，德民第二二〇一條，日民第一一一一條）。即認未成年人及禁治產人不得爲遺囑執行人之資格或能力。如就此等人而爲指定，於法不能有效。又本條下段規定，不問其由何人或何機關指定或選定，均應適用之。即就職後再受禁治產之宣告時亦然。

最後請就遺囑執行人之性質一書論之。關於遺囑執行人之性質，自來學說最主要者有遺囑人之代理與繼承人之代理二說。前說爲法國學者所主張，蓋以遺囑人不能自行處理身後之事，自須委託他人代爲處理，而觀於法國民法規定，僅遺囑人得指定遺囑執行人，不認法院或親屬會議亦得選定，是即以遺囑執行人爲遺囑人之代理之明證也。然一人死後在法律上已不復能爲主體，謂死後猶有代理人之存在，於法理上究不可通。後說以遺囑人死亡後，其財產上權利義務，原則爲繼承人所承受，而遺囑之內容事項以關於財產之遺贈者，占大多數。故遺囑

執行人所爲遺產上之行爲，不啻爲繼承人之代理。此說爲德國學者所主張，民法亦採取之（第一二一五條第二項）。但遺囑執行人所執行之事項，尙不止以關於財產者爲限，即關於身分上之遺囑，亦得執行之。又即以財產上關係而言，繼承人以外之遺囑執行人，每與繼承人立於相對之地位，而主張遺囑受益人之利益。他面繼承人對於遺囑執行人之不正主張或遺產管理，爲事先防衛之計，得以之爲相對人而提起確定之訴。凡此場合，以遺囑執行人職務上所爲之行爲，概視爲繼承人之代理，與單純之代理觀念，亦有所未符。惟關於遺囑執行人之地位問題，學說判例，素未一致，今以明文設爲法定代理，或可稍免無謂之爭執乎？至以繼承人爲遺囑執行人之場合，本條無可適用，所不待贅。

第二項 遺囑執行人之職務

遺囑執行人於承諾就職後，即應着手於職務之執行。其職務上得爲並應爲之事項如左：

一 編製遺產清冊

「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」（第一二一四條）。是爲遺囑執行人就職後首要之職務。但其編製遺產清冊，與前述限定承認及無人承認繼承場合略有不同。其編製與否，須視事實上有無必要以爲斷。如遺產過於簡單，自可不必編製。而編製時則以於遺囑有關之財產爲限，不必及於遺產全部。如遺囑內容僅關特定之財產者，祇就其特定部分編成已可。遺產清冊編成之後，

應即交付於繼承人，以表明悉遺產之數額及狀況。以遺產原則上已包括移轉於繼承人，今遺囑執行人就遺產爲遺贈之交付，或分割方法之指定，於繼承人關係最爲深切之故也。但本項遺產清冊之編製，除使繼承人明悉遺產數額及狀況外，並爲防止執行人受遺贈人、繼承人及其他利害關係人間之一切爭執而設，故其編製義務，即以遺囑或繼承人之同意，亦不得免除之。

二 管理遺產及爲執行上必要之行爲

「遺囑執行人有管理遺產，並爲其他執行上必要行爲之職務」(第一二二五條第二項，法民第一〇〇三條以下，德民第二二一五條以下，瑞民第五一八條，日民第一一一四條)。遺囑有關之遺產，於利害關係人關係甚鉅，自應由執行人爲之管理。而管理必須管領遺產，如遺產屬於繼承人之占有者，執行人並得請求移轉，由其直接占有。然執行人之地位終爲繼承人之代理，在實質上且與委任關係類似。故執行人爲其管理之際，(1)應負善良管理之義務，(2)遺產上有孳息取得時，如非屬於他人所有，應即交付於繼承人，(3)因繼承人或其他利害關係人之請求，應爲管理狀況之報告與說明，(4)應爲遺產保存上必要之處置，如有訴訟之必要時，即應獨立提起訴訟……次之，執行人除管理遺產外，並應爲其他執行上一切必要行爲。何等行爲屬於必要，要依遺囑內容定之。如遺囑定明以遺產中某物贈與於甲，則將該物交付於甲。如遺囑委託執行人爲遺產分割方法之指定，則實行其指定。又如遺囑命執行人清償債務，則實行清償。凡此諸端，固爲必要行爲。而爲清償債務或交付遺贈，將遺產實行變

賈，及將剩餘財產返還於繼承人，等等，亦為執行上所必要之行為也。

三 排除繼承人之妨害

「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」（第一二一六條）。如右所述，遺囑執行人有為遺囑執行上一切行為之義務，並有為其一切行為之權利。故他面繼承人對於遺產上權利之行使，應受適當之限制，尤其在執行中，與遺囑有關之遺產，繼承人不得處分，否則與執行人之職權正面抵觸，而於遺囑受益人之利益亦有妨害，此外執行人職務上之行為，繼承人無論積極的消極的均不得妨害之。否則執行人仍不能達其執行目的，而受益人之利益亦終不保矣。總之，本條規定，為保護執行人職務之暢行，兼圖遺囑人意見之貫徹而設，繼承人違反本條所為遺產處分行為，於法固屬無效，而執行人對其一切妨害，必要時且得以訴而排除之。

四 多數執行人決定意思之方法

「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」（第一二一七條）。遺囑執行人不論出於指定或選定，其人數並不以一人為限。但有多數人指定或選定時，其數人之意思，應使如何統一決定，乃非預有一定之準則不可。原本項執行人之指定，首屬於遺囑人之權能，於執行人職務之如何執行，自亦得以遺囑定之。故就多數執行人意思決定之方法，如遺囑有意思表示者，首應從其意思。例如遺囑規定其須全

體一致議決，或依多數表決，及以其中某一人之意思爲主，餘則爲輔，皆屬有效。惟遺囑對於執務方法，未必卽有如是詳密之表示，如未有表示時，則應依本條上段規定，以過半數定之。以過半數決定，方法自屬適當，而亦較易決定。但事實容有不能得到過半數之情形，如執行人爲二人時，仍非其二人之意思一致不可矣。

第三項 遺囑執行人之解職

遺囑執行人除因任務終了，死亡，及受禁治產之宣告，而當然卸職外，並因利害關係人之請求而解職。利害關係人得請求其解職之場合有二：卽一執行人怠於職務之執行，二有其他重大事由是（第一二一八條）。遺囑執行人之職務，爲上述第一二一四條，第一二一五條所規定，執行人怠於執職，卽如應編製遺產清冊而不編製，或應管理遺產未能盡責，及應交付遺贈延不實行等是。所謂其他重要事由，濫用職權，侵占遺產，謀爲不利於受遺贈人或繼承人，及執行人事實上有不能繼續執職之事由等是。此等事由，影響於利害關係人之利益者甚大，不問是否出於執行人之故意或過失，利害關係人皆得請求撤去之。但此時執行人之解職，與執行人之死亡或受禁治產宣告之情形同，非爲職務之絕對終止。其未完之職務，仍須有人以廣續之。其人選如原由遺囑人指定或親屬會議選定者，應請親屬會議改選，如原由法院指定者，應聲請法院另指定之。

第七節 遺囑之撤消

第一款 概說

遺囑之撤銷 (Widerruf, Révocation), 即有效成立之遺囑, 因遺囑人之意思表示或其他行爲, 而不發生效力之謂也。故遺囑之撤銷, 與遺囑之無效及失效, 均屬不同。

第一, 遺囑之無效, 乃遺囑自始未曾有效成立之謂。其與撤銷不同, 首在未經有效成立之一點。前述不具法定方式之遺囑, 無遺囑能力人所爲之遺囑, 非出於遺囑人真意之遺囑, 及其他違反強行法規或公序良俗之遺囑, 悉屬於此, 此等無效遺囑與普通無效之法律行爲同, 自始確定無效, 而不待於任何人之主張。惟利害關係人就其效力存否有爭執時, 爲求確決之計, 固亦不妨仍請法院爲確認之判決耳。遺囑無效時, 其遺贈之財產仍屬遺產 (第一二〇八條), 所不待論。

其次, 遺囑之失效 (Caducité), 乃既成立之遺囑, 因有特定原因, 於效力發生時不能發生效力之謂。其與無效不同, 亦首在於有效無效成立之一點, 其與撤銷不同, 則其效力之消失, 一出於遺囑人之行爲, 一生於其他特定之原因。遺囑失效原因, 計有如下數種:

- (一) 受遺贈人先於遺囑人死亡, 如遺囑附有停止條件者, 受遺贈人於條件成就前死亡亦同。
- (二) 受遺贈人拋棄遺贈。
- (三) 受遺贈人於遺囑人死亡時猶未懷胎, 或已喪失受遺贈權。

(四) 特定遺贈之標的物全部或一部完全消滅。

此等失效原因及失效後之結果，均已前述。茲不復贅。惟遺囑之撤消，雖係因遺囑人之行爲，使遺囑消滅，而與民法總則中之所謂撤消，又屬不同。遺囑亦爲意思表示之一種，總則中之撤消於此原亦可以適用，但此種撤消於遺囑人之死後，由他人亦得爲之，與遺囑撤消必由遺囑人生前自爲者，殊屬不同。且其援用場合極少，卽有少數場合，殆可以遺囑撤消代之。茲就遺囑之撤消與普通之撤消不同之點，申述如次：

(一) 遺囑之撤消必於效力發生前由遺囑人自身爲之，在此點上，與普通法律行爲之撤消，所以俟已發生之效力再歸於消滅者，全然不同。故自嚴格言之，遺囑之撤消實非撤消 (Anfechten) 而爲撤回 (Widerrufen) 或廢棄 (Aufheben) 參照德民第二二五三條至第二二五五條。

(二) 普通之撤消必其行爲有若何之缺點 (瑕疵)，易言之，須有一定之撤消原因，而遺囑之撤消則否，卽完全有效成立之遺囑，亦得隨時撤消之。

(三) 普通之撤消，除行爲人本人外，卽繼承人或代理人亦得爲之，而遺囑之撤消與遺囑同爲獨立之意思表示，他人不得代爲。

(四) 普通之撤消僅及於行爲之全部，而遺囑之撤消，不問就其全部或一部皆得爲之。

遺囑之撤消爲遺囑本身所具有之屬性，蓋遺囑爲遺囑人之終意表示，至臨終爲止，其意思不容不使有所變

更，而事實上欲防止其不變更，亦屬無益之舉也。外國法律有明定遺囑之撤回權不得拋棄（日民第一二二八條），即遺囑人於遺囑中聲明不再撤消其遺囑，或與人約定不為撤消，皆可不受其拘束，而仍得再撤消之，此係甚明之理，原不待於規定。

第二款 遺囑撤消之方法

遺囑人有撤消遺囑之自由，有如上所述。然遺囑為要式行為，其撤消自亦須以一定明確之方法為之，但其方法殊不必以遺囑之明示為限，即遺囑人所為其他一定行為，苟可認為有廢止遺囑之意思者，亦得視為撤消。民法所定撤消方法有四，茲為列述如左：

（一）「遺囑人得隨時依遺囑之方法，撤消遺囑之全部或一部」（第一二一九條，德民第二二五四條，瑞民第五〇九條，日民第一二四條）。是為遺囑之明示的撤消，即以後之遺囑聲明撤消前之遺囑。但後之遺囑不須以與前之遺囑同一之方式為之。如以自書遺囑撤消公證遺囑，亦屬許可。其撤消範圍亦無限制，得就遺囑全部或一部為之，又撤消一遺囑而同時另為他種遺產處分，亦無不可。羅馬法上所謂一人不得遺數遺囑而死亡之原則，於此顯然不能適用。

（二）「前後遺囑有抵觸者，其抵觸之部分，前遺囑視為撤消」（第一二二〇條，法民第一〇三六條，德民第二二五八條，瑞民第五一一條第一項，日民第一二二五條第一項）。是為法定的撤消。於此場合，其撤消自多

出於遺囑人之本意，然遺囑人因忘卻前次所為遺囑，致使前後抵觸，殆亦有之。因遺囑為終意處分之故，法律上終不得不使後之遺囑之效力優先於前之遺囑耳。至前後兩遺囑是否相互抵觸，尚應依慎重之解釋以判定之。蓋前後兩遺囑之內容，有時並非完全不能兩立，例如前之遺囑既指定甲為繼承人，復以後之遺囑對乙為非婚生子之認領，固可視為撤銷前之遺囑。而遺囑人以前之遺囑某房產遺贈於甲，而復以後之遺囑將同一房產遺贈於乙，如意在使乙與甲共有該房產者，則前遺囑對甲所為之遺贈，並非全部撤銷，不過甲不能單獨取得該房產之所有權而已。其兩遺囑之內容，可使同時實現。惟此種場合寧屬少數，將兩遺囑對比解釋，如真有此種意思可認定者，固當別論，否則仍應解作前之遺囑撤銷後之遺囑，較為合理。

(三)「遺囑人於為遺囑後所為之行爲，與遺囑有抵觸者，其抵觸部分遺囑視為撤銷」(第一二二一條，法民第一〇三八條，瑞民第五一一條，日民第一二二五條第二項)，是亦法定撤銷一種。如遺囑人因忘卻遺囑而為與遺囑相抵觸之生前行爲，固應視為撤銷遺囑。而遺囑人為其抵觸行爲之際，即已表示並無撤銷該遺囑之意思，亦無礙於法定撤銷效果之發生。此種撤銷大抵於特定遺贈，最多見之。如以特定物表示遺贈於人，而復以前行爲將該特定物贈與或出賣於第三人，即其顯例。至在包括遺贈，表示將遺產幾分之幾遺贈於人，其後即將所有各個財產而為生前處分，亦不發生撤銷整個遺贈之效果。惟所謂抵觸行爲並不以財產上之處分為限，其他身分上行爲，亦得撤銷遺囑。如以遺囑指定繼承人後，復以契約收養他人之子女為其子女，其遺囑即應

視爲撤消。但其抵觸行爲必須遺囑人本人所爲，如係遺囑人之法定代理人所爲，或遺贈標的之土地爲公家所徵收，因此遺囑內容雖亦不能實現，而終不能爲遺囑之撤消耳。

(四)「遺囑人故意破毀或塗消，或在遺囑上記明廢棄之意思者，其遺囑視爲撤消」(第一二二二條，瑞民第五一〇條第一項，日民第一一二六條)。本條所謂遺囑之破毀塗消或遺囑上記明廢棄，須出於遺囑人之故意，如由於遺囑人之過失，則不生法定撤消之效力。但因遺囑人之過失或第三人之行爲，及不可抗力而破毀者，如破毀之程度達於不能辨認其內容之全部或一部時，其遺囑之全部或一部已無從發生效力，結果仍不免與出於遺囑人之故意毀棄相同。然遺囑撕成數片，其撕毀如係出於遺囑人之故意，固應視爲撤消而不發生效力，如非出於故意，且尙能辨認其內容者，則仍不因之喪失效力。又遺囑人所爲之塗消，如其程度已達於不能辨認其內容之全部或一部者，固應視爲遺囑全部或一部撤消。而遺囑人如有註明塗消之意思，再加親自簽名者(第一一九〇條後段)，其他未塗消之部分，固仍不得視爲撤消。

第三款 撤消之效力

遺囑既經撤消，其撤消部分不發生效力，自無待言。惟遺囑人將撤消遺囑之行爲更爲撤消，或使其行爲不生效力，則既撤消之原遺囑是否回復效力，不能令人無疑。就此問題，立法上有復活與非復活之二主義，德國民法採取前者(第二二五七條，第二二五八條)，日本民法採取後者(第一一二七條)，民法無此明文，須待解釋以補

充之。自理論上言，要以非復活主義為較妥當。尤其與遺囑接觸之行為已受撤消或不發生效力之場合，以採此主義為最適當。例如以特定物遺贈於甲，其後復以生前處分或遺囑將該物贈與於乙，此時其撤消行為實含有撤消對甲之遺贈，與對乙為贈與或遺贈之積極的消極的兩種作用，如其後贈與再受撤消，或因第二受遺贈人於遺囑發生效力前死亡，而第二遺贈不生效力，則原撤消行為之積極的作用雖不發生，而其消極的作用，要非當然消滅。故此場合，當以非復活主義較能合於遺囑人之意思，而實際上亦較便利，惟撤消行為如係以受詐欺或脅迫之理由而為，則因原撤消行為非出於遺囑人本意之故，原遺囑自應回復效力（參照日民第一一二七條但書）。至於單純以第二遺囑撤消第一遺囑，復以第三遺囑撤消第二遺囑，此時尚須解釋遺囑意思方可決定，如第三遺囑果有撤消第二遺囑，復活第一遺囑之意思，則仍應使復活耳。



中華民國二十四年五月初版

(32135平)

大學叢書
(教本) 繼承法要義 一冊

裝平 每冊定價大洋壹元壹角

外埠酌加運費匯費

著 者 范 揚

發 行 人 王 雲 五
上海河南路

印 刷 所 商 務 印 書 館
上海河南路

發 行 所 商 務 印 書 館
上海及各埠

版權所
翻印必究

*C六八六

朱

六

