

大學叢書

中國民法繼承論

胡長清著

商務印書館發行

中華民國三十五年九月初版

(35673·12年)

大學叢書
(教本) 中國民法繼承論 冊

每冊定價國幣肆元捌角

精裝本另加運費

版權所
翻印必究

著者 胡長清

發行人 王雲五

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館

各埠

弁言

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

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

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

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

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

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

著者識於浙江省蘭谿區行政督察專員公署

目錄

緒論

第一章 繼承法之地位

..... 一

第二章 繼承法之編制

..... 三

第三章 繼承法之立法原則

..... 五

第四章 繼承法之特色

..... 七

第一 宗祧繼承之廢止——第二 男女平等繼承權之確立

本論

第一章 概說

..... 一一

第一節 繼承之概念

..... 一一

第一 繼承爲法的處分——第二 繼承爲發生承受非專屬於被繼承人本身財產上權利義務之法的處分——第三 繼承爲依法定原因而開始之法律處分——第四 繼承爲權利義務之包括的移轉方法

第二節 繼承之分類

..... 一四

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

第三節 法定繼承之根據

第一 親屬說——第二 遺傳說——第三 本分說——第四 共分說——第五 意思說

第四節 遺產繼承之存廢

第二章 遺產繼承人

第一節 繼承人之類別

第一款 概說

第二款 法定繼承人

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

(二) 直系血親卑親屬……(三) 父母祖父母……(四) 兄弟姊妹

第三款 指定繼承人

第一 概說——第二 指定繼承之要件……一 指定人……二 被指定人……三 得為指定之情形……四 指定之方法

……五 違反特留分之禁止——第三 指定繼承與立嗣之區別

第二節 繼承人之順序

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

兄弟姊妹……四 祖父母

第三節 應繼分.....三九

第一款 概說.....四〇

第二款 法定應繼分.....四一

第一 概說——第二 配偶之應繼分.....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繼承人平均

.....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.....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一.....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——第三 同一順序繼承人之應繼分——第四 養子女之應繼分.....一 養父母有直系血親卑

親屬為繼承人時其應繼分為婚生子女二分之一.....二 養父母無直系血親卑親屬為繼承人時其應繼分與婚生子女同

第三款 指定應繼分.....四五

第一 概說——第二 被繼承人得委託第三人指定應繼分——第三 指定應繼分及指定之委託必須以遺囑為之——第

四 指定應繼分須遵守特留分之規定乎

第四節 繼承權.....四七

第一款 繼承權之本質.....四七

第一 繼承權為權利乎——第二 繼承權為財產權乎身分權乎

第二款 繼承權之喪失.....四九

一 概說——第三條 遺囑繼承之概要……三十一 故意殺被繼承人或應繼承人於死後雖未致死因而受刑之宣告者……四

遺囑繼承之概要……三十一 須有致死時殺害遺囑繼承人須經要刑罰之宣告……丁 被害之客體須為被繼承人或應繼承人

……二 以詐欺或脅迫遺囑繼承人為關於繼承之遺囑者……三 以詐欺或脅迫妨礙被繼承人於死後繼承……四

承之遺囑……四 偽造或變造遺囑繼承人關於繼承之遺囑者……五 對於被繼承人有重……四

七 如以得遺囑繼承權者為繼承人……第三 喪失繼承權之效力……一 對於繼承人身份上之效力……

……二 對於繼承人財產上之效力……三 遺失繼承權之效力……三 遺失繼承權之效力……三 遺失繼承權之效力……三

第五節 繼承權之回復

第一條 繼承權之回復……第二條 繼承權之回復……第三條 繼承權之回復……第四條 繼承權之回復……

……一 繼承權之回復……二 繼承權之回復……三 繼承權之回復……四 繼承權之回復……

……一 繼承權之回復……二 繼承權之回復……三 繼承權之回復……四 繼承權之回復……

第五節 代位繼承

第一條 代位繼承之要件……第二條 代位繼承之要件……第三條 代位繼承之要件……第四條 代位繼承之要件……

……一 代位繼承之要件……二 代位繼承之要件……三 代位繼承之要件……四 代位繼承之要件……

……一 代位繼承之要件……二 代位繼承之要件……三 代位繼承之要件……四 代位繼承之要件……

第三章 遺產之繼承

第一節 繼承之效力

第一節 繼承之效力

第一款 繼承之效力

第二款 繼承之開始

第三款 繼承人未指定前

第一款 繼承開始之原因——第二款 繼承開始之時期——第三款 繼承開始之處所

第二款 繼承之標的

第一款 遺產

第二款 遺產繼承與身分繼承

第三款 遺產繼承與消極遺產

第四款 差別移轉與非差別移轉

第五款 繼承財產與

第六款 動產與不動產

第七款 宅地與耕地

第八款 人為財產

第九款 采邑與家產

第十款 繼承財產與

第十一款 我民法之規定

第十二款 繼承人原則上承受被繼承人財產上之一切權利義務

第十三款 財產上之權利義務

第十四款 務專屬於被繼承人本身者仍不得繼承

第十五款 繼承人自繼承開始時承受被繼承人財產上之權利義務

第十六款 各轉之間

第十七款 原狀承繼

第十八款 被繼承人之屍體及遺骨

第十九款 無體財產權

第二十款 慰撫金請求權

第二十一款 完納罰金之義務

第二十二款 繼承之費用

第二十三款 關於繼承之費用

第二十四款 原則上由遺產負擔

第二十五款 繼承人之選擇權

第二十六款 選擇繼承人之共同

第二十七款 遺產之共同共有

第二十八款 共同共有遺產之管理

第二十九款 各繼承人對於債務之責任

第三十款 外國關係

第三十一款 內

第三十二款 繼承之關係

第三十三款 繼承人未指定前

第三十四款 遺產之酌給

第三十五款 中斷與消滅

第三十六款 目錄

第一 應受酌給之人——第二 酌給權之行使——第三 酌給之標準

第二節 限定之繼承

八七

第一款 概說

八七

第一 繼承人之選擇權——第二 選擇權之作用及其得失——第三 承認及拋棄之性質——一 承認及拋棄為無相對人之

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

承認及拋棄之效力

第二款 單純承認

九二

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

繼承人有不正行為時……甲 隱匿遺產……乙 在這產清冊為虛偽之記載……丙 意圖詐害被繼承人之債權人之權利而

為遺產之處分——第四 單純承認之效果

第三款 限定承認

九七

第一項 概說

九七

第二項 多數繼承人之限定承認

九八

第三項 限定承認之效果

九九

第一 限制負擔之效果——第二 財產分離之效果

第四項 限定承認之期間及方式.....一〇一

第一 得為限定承認之期間——第二 限定承認之方式.....一 開具遺產清冊.....二 呈報法院

第五項 遺產之管理.....一〇五

第一 遺產應由何人管理乎——第二 應以何種注意管理遺產乎——第三 管理遺產舉用之接則

第六項 遺產之清算.....一〇七

第一目 概說.....一〇八

第二目 對繼承債權人及受遺贈人之公告.....一〇八

第一 立法理由——第二 公告程序——第三 公告期間

第三目 清償債務交付遺贈之時期.....一一〇

第四目 清償債務交付遺贈之順序.....一一一

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

第三 債權未為聲明及為繼承人所不知之損失

第五目 繼承人之賠償責任及受寄人之求償權.....一一六

第一 繼承人之賠償責任——第二 被害人之求償權——第三 賠償責任與求償權之關係

第三節 遺產之分割.....一二〇

第一節 概說

第一 遺產分割之概念——第二 遺產分割在法典上之位置——第三 遺產分割應以應繼分為標準——第四 遺產分割請求

權之性質

第二節 分割之時期

第一 分割之自由——第二 分割之限制——第三 分割之禁止

第三款 分割之方法

第一 被繼承人有遺囑時——第二 被繼承人無遺囑時

第四款 分割之效力

第一項 概說

第二項 一般之效力

第一 各國立法例——第二 我民法之規定——第三 差額清償問題

第三項 特別之效力

第一日 各繼承人間之效力

第一 對於遺產之繼承擔保責任

一 立法理由
二 擔保責任之要件
三 擔保責任之效果
四 擔保責任之時期
五 擔保責任之性質

第三節 擔保繼承人無效力時之分擔

第二百 對於第三人之效力

第一 債務主體之變動——第二 一定期間之經過

第五款 分割之計算

第一項 概說

第二項 對被繼承人遺有債務之扣減

第三項 從被繼承人受有贈與之扣減

第一 無嗣立法例——第二 扣除之方法——第三 扣除義務人——第四 扣除權利人——第五 廢除繼承之繼承——第六

應為扣除之時期——第七 贈與價額之計算——第八 扣除之免除

第六款 遺產分割相續之關係

第一 對於遺囑有實效之繼承人能否請求賠償——第二 各繼承人在遺產分割前應否處分其應繼分

第四節 繼承之拋棄

第一 拋棄繼承之意義——第二 拋棄繼承之範圍及方式——第三 得為繼承之期間——第四 拋棄繼承之方式——第五 抽

出繼承之效力——一 對於拋棄繼承人之效力——二 對於未拋棄繼承人之效力——甲 法定繼承人拋棄繼承時——乙 遺囑

指定繼承人拋棄繼承時——第四 拒絕之問題——一 遺產之管理——二 遺囑人之權利

第五節 無人承認之繼承

第一款 概說

第一 無人承認之意義——第二 無人承認繼承時其遺產之狀態

第二款 繼承人之搜索

第三款 遺產之管理及清算

第一 管理人之選定——第二 管理人之職務：一 編製遺產清冊……二 保存遺產必要之處置……三 對於繼承債權

人及受遺贈人之公告及通知……四 清償債權及交付遺贈……甲 清償債務交付遺贈之時期……乙 清償債務交付遺贈

之順序……丙 遺產之換價處分……五 遺產之移交……六 遺產狀況之報告或證明——第三 管理人之報酬

第四款 遺產之歸屬

第一 各國立法例——第二 我國法律上之規定

第四章 遺囑

第一節 概念

第一 遺囑之單獨行為——第二 遺囑為自主的單獨行為——第三 遺囑須依法定方式為之——第四 遺囑以死後發生效

力為目的——第五 遺囑之內容不限於特定法律行為

第二節 通則

第一款 遺囑能力……………一七七

第一 無行為能力人——第二 未滿十六歲之未成年入——第三 決定遺囑能力之時期

第二款 遺囑對於遺產之處分……………一八〇

第一 處分遺產之範圍——第二 遺贈與贈與之差別——第三 遺贈與死因贈與之差別

第三款 受遺贈能力……………一八三

第一 第一一四五條之準用——第二 其他問題……一 胎兒之受遺贈能力……二 非婚生子女之受遺贈能力……三 監

護人之受遺贈能力……四 法人之受遺贈能力

第三節 方式……………一八六

第一款 概說……………一八六

第一 遺囑之要式行為——第二 遺囑方式之種類——第三 各種遺囑之得失

第二款 普通方式(正式遺囑)……………一八八

第一款 自書遺囑……………一八八

第一 概說——第二 自書遺囑之方式……一 須自書遺囑全文……二 須記明年月日……三 須親自簽名……四 須減

除被之件明及號碼——第三 處所問題

第二款 公證遺囑……………一九二

第一 概說——第二 公證遺囑之方式……一 須指定二人以上之見證人……二 須在公證人前口述遺囑意旨……三 須

由公證人筆記宣讀講解經過囑人認可……四 須於經過囑人認可後記明年月日同行簽名——第三 公證人職務之代用

第三項 密封遺囑……一 須將其密封於封緘處簽名……二 須指定見證人

第一 概說——第二 密封遺囑之方式……一 須於遺囑上簽名……二 須將其密封於封緘處簽名……三 須指定見證人

向公證人提出並為陳述……四 須公證人於封面附記並同行簽名——第三 密封遺囑與自書遺囑之代用

第四項 代筆遺囑……一 須指定二人以上之見證人……二 須口授遺囑意旨……三 須由見證人中

第三款 特別方式（略式遺囑）……一 須指定二人以上之見證人……二 須口授遺囑意旨……三 須由見證人中

第一款 概說——第二款 口授遺囑之方式……一 須指定二人以上之見證人……二 須口授遺囑意旨……三 須由見證人中

第三款 一人筆記……四 須記明年月日同行簽名——第三 口授遺囑之有效期間——第四 口授遺囑之提經認定

第四款 見證人之資格……一 須指定二人以上之見證人……二 須口授遺囑意旨……三 須由見證人中

第五款 共同遺囑問題……一 須指定二人以上之見證人……二 須口授遺囑意旨……三 須由見證人中

第四節 效力……一 須指定二人以上之見證人……二 須口授遺囑意旨……三 須由見證人中

第一款 概說……一 須指定二人以上之見證人……二 須口授遺囑意旨……三 須由見證人中

第二款 遺囑生效之時期……一 須指定二人以上之見證人……二 須口授遺囑意旨……三 須由見證人中

第一款 遺囑於遺囑人死亡時發生效力——第二款 遺囑附有條件或期限時——第三款 遺囑

第三款 遺贈之失效與無效

第一項 遺贈之失效

第一 遺贈因受遺贈人先於遺贈人死亡而失效——第二 遺贈附有條件或期限時——第三 問題

第二項 遺贈之無效

第一 一定財產之遺贈因不屬於遺產而無效——第二 遺囑另有意願表示時——第三 問題

第四款 遺贈之標的

第一項 遺贈標的之變更

第一 遺贈標的滅失毀損時——第二 遺贈標的與他物附合混合時

第二項 遺贈標的之返還

第五款 質擔附遺贈

第一 質擔附遺贈之概念——第二 質擔之內容——第三 履行質擔人及請求質擔人——第四 質擔附遺贈質實之限度

第六款 遺贈之承認及拋棄

第一項 拋棄遺贈之時期及表示

第一 概說——第二 拋棄遺贈之時期——第三 拋棄遺贈及表示

第二項 承認遺贈之催告

第一 概說——第二 表示承認與否之相對人——第三 承認遺贈之擬制

第三項 拋棄遺贈之效力

第一 拋棄遺贈效力之溯及——第二 拋棄遺贈其遺贈財產之歸屬

第五節 執行

第一款 遺囑之提示及開視——第二款 遺囑之開視——第三款 遺囑執行人之指定——第四款 遺囑執行人之職務

第一 遺囑之提示——第二 遺囑之開視

第二款 遺囑執行人之指定

第一 概說——第二 遺囑人之自為指定或委託指定——第三 親屬會議選定或法院指定

第三款 遺囑執行人之性質及資格

第一項 遺囑執行人之性質

第一 一般之學說——第二 我民法上之規定

第二項 遺囑執行人之資格

第一 未成年及禁治產人——第二 繼承人

第四款 遺囑執行人之職務

第一 編製遺產清冊——第二 管理遺產及其他執行上之行為——第三 繼承人權利之限制——第四 遺囑執行人執行職務

第五款 遺囑執行人之廢職

二五九

第六節 撤銷

二六〇

第一款 概說

二六〇

第一款 遺囑撤銷之意義——第二款 遺囑撤銷之種類——第三款 遺囑之撤銷可准繼承之身份

第二款 明示撤銷

二六一

第一款 遺囑得依遺囑撤銷——第二款 遺囑得依撤銷其全部或一部——第三款 遺囑得隨時撤銷——第四款 遺囑得依撤銷

第五款 法定繼承——第六款 遺囑之效力——第七款 遺囑之效力——第八款 遺囑之效力——第九款 遺囑之效力

第一款 遺囑之效力

二六二

第二款 概說——第三款 概說之認定——第四款 概說之認定——第五款 概說之認定

第六款 概說——第七款 概說之認定——第八款 概說之認定——第九款 概說之認定

第一款 概說——第二款 行為之意義——第三款 概說之認定——第四款 概說之認定

第五款 概說——第六款 概說之認定——第七款 概說之認定——第八款 概說之認定

第一款 遺囑之廢棄——第二款 遺囑廢棄之故意——第三款 廢棄部分之撤銷

第五款 撤銷之效力

二六三

第七節 特留分.....二四七

第一款 概說.....二四七

第一 特留分及特留分權——第二 特留分制度之由來——第三 關於特留分之主義

第二款 特留分之比例.....二四九

第一 各國立法例——第二 我民法之規定.....一 直系血親卑親屬父母及配偶為其應繼分二分之一.....二 兄弟姊妹及

祖父母之特留分為其應繼分三分之一

第三款 特留分之計算.....二五一

第一 計算之順序.....一 繼承開始時遺產之計算.....二 贈與價額之加入.....三 債務額之除去——第二 計算之方式

.....一 權利之價額超過義務之價額時.....二 權利之價額等於義務之價額時.....三 義務之價額超過權利之價額時

第四款 遺囑之扣減.....二五五

第一 扣減之標的——第二 扣減之數額——第三 扣減權利人——第四 扣減權之行使

附錄

繼承法先決各點審查意見書.....二六一

附中央政治會議公函.....二六七

民法繼承編施行法.....二六八

附錄二

論宗祜繼承.....二七一

論代位繼承.....二七九

附司法院院字第七五四號解釋.....二八二

中國民法繼承論

胡長清著

中國民法繼承論

緒論

第一章 繼承法之地位

關於繼承法之地位，各國法律所採之主義有二：其一、特別法主義；其二、法典主義。特別法主義係將繼承事件定為特別法，不列於民法法典之中。其規定之法又可分為二：有採包括的特別法主義者，如英領印度之現行繼承法（The Indian Succession Act 1865）是有採包括的特別法主義者，如一九二五年以前之英國本國法是也。法典主義係將繼承法列入民法法典之內，惟在民法法典中居於如何之地位，各國法律殊不一致。其有以繼承法為物權編之一部者，如奧地利民法及薩爾民法是。其有以繼承法為親屬編之一部者，如普魯士之地方法（Landrecht）是。其有以繼承法為財產取得編之一部者，如法國民法及日本舊民法是。其有以繼承法為民法典之一編者，如蘇俄民法及蘇俄民法是。其有以繼承法為民法典之一編者，如瑞士民法是。特別法主義之不宜採用，無論矣；至法典主義中之第一種立法例，係基於繼承法為所有權繼承

之觀念而來。然繼承標的之財產，並不以所有權一種為限，其法律思想，殊嫌幼稚。第二種立法例，則以為繼承標的，身及而生，此種思想，亦與近代各國法律之注重財產繼承，迥不相容。第三種立法例，雖較第一、第二兩種立法例為優，然由繼承而生之財產取得，有包括的性質，與普通取得財產情形，又屬不類。若夫第四、第五兩種立法例，則又以第四種立法例為合理，蓋繼承一方與財產有關，一方與親屬有關，以其居於物權繼承親屬之後，實為至當之順序，故我民法特從第四種立法例，而以繼承為民法法典最後之一編。此亦我民法採取德國民法編制當然之結果也。

(註一) 英國於一九二六年以前採部分的特別法主義，自一九二六年新繼承法(The Administration of Estates Act, 1925) 施行，則舍部分的特別法主義而採包括的特別法主義。

第二章 繼承法之編制

關於繼承法之編制，顧名思義，自以規定繼承爲主要。惟是通常所謂繼承，原有身分繼承與遺產繼承之別，近代各國法律，因家族制度之崩潰，已舍身分繼承，而採遺產繼承，其兼採身分繼承及遺產繼承者，惟東鄰日本而已。我國舊者亦如日本兼採身分繼承及遺產繼承，今則祇認遺產繼承，不認身分繼承，故在我民法第五編所謂繼承，自係專指遺產繼承與近代各國法律同。雖然，繼承法固係規定關於繼承之法律，然有祇規定繼承者，亦有除關於繼承之規定外，尚及於遺囑及遺贈之規定者。前者如法國民法及日本舊民法是；（註一）後者如德國民法第五編（繼承）第三章及日本民法第五編（繼承）第六章規定遺囑（Testament），瑞士民法第三編（繼承）第十四章所謂死後處分（Verfügung von todes wegen），亦即關於遺囑之規定是。夫就純理論言之，遺囑及遺贈誠不應規定於繼承法，然此種編制亦有相當之理由，蓋繼承法原係規定個人死後處分其遺產之準則，而遺囑及遺贈，則多屬關於遺產之處分，以之隸於一編，自法典編纂上言之，固甚允當也。我民法即從此立法例，分第五編繼承爲三章，第一章規定遺產繼承人，關於繼承人之範圍，繼承人之順序，應繼分及繼承權等屬之。第二章規定遺產之繼承，關於遺產繼承之效力，限定之繼承，遺產之分割，繼承之拋棄及無人承認之繼承等屬之。第三章規定遺囑，關於遺囑之效力，執行及撤銷等屬之。

第二章 繼承法之立法原則

考繼承法之立法原則有三：一曰強制保存 (Conservation forcée)；二曰強制分割 (Partage forcé)；三曰遺囑自由 (Liberté testamentaire)。法律上規定一家財產應由家族中之一人 (多為長子) 繼承者，謂之強制保存之原則。此種原則，其利有二：一、在政治上足以維持貴族之地位；二、在經濟上足以助成資本之集中。然與社會進化趨勢及自由平等原則，顯相背馳，故在近代各國法律採此原則者，除瑞典、挪威而外，已不多見。其次，法律上規定一家財產應由各個家族平均繼承者，謂之強制分割之原則。此種原則，與社會進化趨勢及自由平等原則，固相合無間，然其流弊所及，亦有二端：足使家族分化，甚且釀成互相爭奪之漸，一也；足使資本金分散，尤其農地分割過甚，足以減少大農之生產力，二也。以此，除法國曾於十七世紀曾一度奉行此制外，近代各國法律已無復採此原則者。復次，一家財產窮歸屬於何人，應由被繼承人以遺囑自由定之者，謂之遺囑自由之原則。此種原則，純為個人主義之結晶，故自十九世紀以還，各國法律多採此原則，甚有以無限制之遺囑繼承 (Succession ex testamento) 為遺產繼承之本則者。顧自社會公益及現代法律思潮言之，此種原則已與所有權之絕對自由同屬可議，固不能謂良善之立法也。至在我國舊律，因奉行宗祧繼承制度，故關於遺產繼承亦即以強制保存為原則，現行民法既廢止宗祧繼承，專採遺產繼承，即此強制保存原則亦擱而不取，第就原則上採法定繼承 (Succession ab intestato)。

即法律推測被繼承人之意思，以定繼承人之範圍順位及其應繼分言之，頗似強制分割之原則，然恐強制分割有害個人之自由，則特設遺囑處分以緩和之，復恐遺囑處分有害社會之公益，則又特設特留分規定以限制之，我民法斟酌損益，要不失為一種折衷主義之立法焉。

第四章 繼承法之特色

立法院起草繼承法之始，曾列出下列各點疑問，呈請中央政治會議爲確切之解答：（一）宗祧繼承應否規定？（二）遺產繼承是否以宗祧繼承爲前提？（三）繼承人之範圍、順序及其應繼分如何？（四）配偶應否繼承遺產？（五）配偶繼承順序及其應繼分如何？（六）繼承開始前贈與財產應如何計算？（七）對於遺產有貢獻之繼承人應否規定報償？（八）特留財產應否規定？（九）特留財產之範圍如何？以上各點，中央政治會議悉依最新學理以爲決定，實爲我繼承法上之特色。而此特色中，堪稱爲特色之特色者，厥繼廢止宗祧繼承及確定男女平等繼承權之二點，茲分述如左：

第一 宗祧繼承之廢止

宗祧之制，詳於周禮，有所謂大宗、小宗之別，大宗之廟百世不遷者謂之宗，小宗之廟五世則遷者謂之祧，此卽宗祧二字之本義。宗廟之祭，大宗主之，世守其職，不可以無後，故小宗可絕而大宗不可絕，此卽立後制度所由始。此種制度，於其成立之始，非無若干之真義，第因時勢之演進，在制度上，名義上及男女平等上已無復存在之理由。（一）由制度上言之：自封建廢而宗法亡，社會之組織以家爲本位，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，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，此在制度上宗祧繼承已無繼續存在之理由。(二)由名義上言之：舊例不問長房、次房均應立後，今之所謂長房，固不必盡屬大宗，遑論次房，且同父周親復有兼祧之例，因之長房之子在事實上亦有兼為次房之後者，與古人小宗可絕之義違失已甚，徒襲其名而無其實，此在名義上宗祧繼承已無繼續存在之理由。(三)由男女平等上言之：宗祧重在祭祀，故立後者惟限於男子，而女子無立後之權，為人後者亦限於男子，而女子亦無為後之權，與男輕女，於此可見，雖與現代潮流不無相背，此在男女平等上宗祧繼承無繼續存在之理由。三基於上述理由，故中央政治會議決定宗祧繼承在繼承法上毋庸規定，現行民法即本此決定一掃我國數千年來宗法社會之遺制（繼承法先決各點審查意見書第一點說明參照）（註一）

第二、男女平等繼承權之確立

我國舊律，遺產之繼承限於直系卑親屬之男子，直系卑親屬之女子祇有遺產承受權而無遺產繼承權。如現行律戶役門卑幼私擅用財條例載：「戶絕財產，果無同宗應繼之人，所生親女承受。」即其明證。民國已還，此種規定，仍繼續有效，前大理院一本此義，著為若干之判例，雖時論不以為然，然於此時之所謂繼承既以宗祧繼承為前提，則女子之無財產繼承權，蓋亦無可如何者也。嗣因時勢推移，中國國民黨為促進女權發達起見，以確立法律上男女平等之原則定為政綱（對內政策第十一），規定女子有財產繼承權之法律製為議決案（十五年國民黨第二次全國代表大會婦女運動議決案），經前司法行政委員會以此議決案通令隸屬於國民政府之各省以後，女子財產繼承權始有法律上之根據。但驟經改革，不無疑慮，最高法院為之解釋曰：女子繼承財產以

未嫁者爲限，且未嫁女子所繼承之財產無自由處分之權，蓋欲藉解釋之力以爲之限制也。此項解釋，與婦女運動議決案出入既甚，詰者議起，(註二)司法院爰於十八年四月爲下列之議決曰：「女子不分已嫁未嫁，應與男子有同等財產繼承權。」至其發生效力之時期，則「追溯及二次大會決議案經前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。」並製爲細則（卽已嫁女子追溯繼承財產施行細則計十二條），俾資援用，於是女子財產繼承權浸達於完全之時期。中央政治會議卽於此見解之下，確定男女平等繼承之原則（繼承法先決各點審查意見書第二點及第四點），現行民法亦卽本此決定，以定直系卑親屬之女子及被繼承人之妻有遺產繼承權。

(註一)廢止宗祧繼承，在立法院起草繼承法之始，幾成爲一般之通論，其詳參照法律評論第三三四期拙著論宗祧繼承（見本書附錄二）
同法評第三三五期都憲章氏著論宗祧繼承之弊，第三四五期方樂符氏著宗祧繼承與遺產繼承問題，第三四八期陳長蘅氏著對於民法親屬繼承兩編原則上應先決各要點之意見，第三五一期三五法學社對於民法繼承編先決各點意見書。但有謂於此過渡時期，宗祧繼承仍應認其存續者，其詳參照法律評論第四二九期鄭雲江氏著司法便民之商榷。又黃右昌氏、羅仲銘氏亦主張保存宗祧繼承制度，黃著對於國府法制局親屬繼承兩草案的批評和希望羅著民法繼承論三頁至五頁參照。

(註二)十五年國民黨第二次全國代表大會婦女運動議決案，爲確立女子財產繼承權之先聲，然因議決案中女子二字意義不明，各地法院紛請解釋，最高法院則均釋爲以未嫁者爲限。如覆廣西司法廳之解釋稱：「未出嫁女子，不問有無胞兄弟，應認爲有同等繼承權（財產繼承權）出嫁女子，則不得主張。」（十七年解字第四七號）覆福建高等法院之解釋稱：「潘庶長幼男女，對於繼承財產，毫無差別，惟出嫁女子不得繼承。」（十七年解字第四八號）且「未嫁女子所分得之遺產，如欲於出嫁時攜往夫家，除經審必需之限度外，須得父母之許可，或同父兄弟之同意，父母俱亡，並無同父兄弟，便有嗣子（其父子嗣子）時，仍須得嗣子或其監護人同意。」

親族會之同意。(十七年解字第九二號)上開解釋，顯與婦女運動議決案之精神不符。高景川氏、鄒憲章氏及不佞曾先後於法律評論爲文駁之。(法評第二八六期高著「女子財產繼承權限制問題」第二八七期鄒著「女子繼承權問題」及第二九三期撰著「女子財產繼承權參照」)

本論

第一章 概說

第一節 繼承之概念

繼承 (Succession, Sukcession) 者，依法定原因，使繼承人包括的承受非專屬於被繼承人本身財產上之權利義務之法的處分也。析言之如左。

第一 繼承爲法的處分

繼承爲法的處分，係現代繼承通有之性質。法的處分 (Disposition Legale) 者，被繼承人之權利義務移轉於繼承人，非由於當事人之意思表示，乃由於法律規定之謂也。換言之，即法定原因一旦發生，則被繼承人之權利義務即依法律規定當然移轉於繼承人。被繼承人及繼承人之意思如何，在所不問。雖有時繼承人對於其繼承表示拋棄或限定之意思，然此不過繼承人爲一己利益而定權義務承受之條件，初非因此左右繼承之效力焉。

第二 繼承爲發生承受非專屬於被繼承人本身財產上權利義務之法的處分

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

第三 繼承為依法定原因而開始之法的處分

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

第四 繼承為權利義務之包括的移轉方法

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

於此尚有一問題，即繼承是否以無償為其要素是依余所信，應取否定說，即不問其為法定繼承指定繼承，繼承人在法律上均無為對價給付之義務，其為無償，實無可疑。雖然，在採台意繼承 (Cessione Contractuale) 之國家，非無約定反對給付者 (德民第二二七四條以下，瑞民第四八一條以下)，然在我民法係以繼承為絕對的法的處分，而不認合意繼承之觀念，解釋上自難相同。

(註一) 茲舉數國為例，法國民法於其第七三二條規定不問遺產之性質如何，皆以其為包括的一體，比利時、荷蘭、意大利等國民法從之，但意大利民法第七三二條設有多少之例外。西班牙民法第六五九條亦明定繼承包含一切之財產與權利義務，但因死亡而消滅之權利義務，不在此限。南美諸國之法律亦認繼承之單一性，如智利民法其著例也。德國民法第一九二二條亦規定被繼承人死亡時，其財產全部歸於一人或數人之繼承人，惟對於特種財產有制定特別法規之餘地。

第二節 繼承之分類

繼承因各國法律之規定不同，得爲種種之分類，茲僅述其舉犖大者如左。其餘如法定繼承與指定繼承，單獨繼承與共同繼承，本位繼承與代位繼承，強制繼承與任意繼承等，則於各該場合分別說明之。

第一 宗祧繼承與遺產繼承

此種分類，爲我國所通行，而宗祧繼承，尤爲我國之特制。良以我國古重宗法，大宗爲一尊之統，大宗無後，族人應以支子後大宗，所以敬宗收族，縣延宗祀也。中也以降，封建廢，世祿絕，乃宗無大小，凡無子者，皆可擇立嗣子，以承宗祧，卽所謂立嗣制度者是也。立嗣制度，至爲龐雜，非於禮於法有深切之認識，不克猝辨。今者此種制度，已成往跡，姑就舊律及前大理院判例述其梗概，藉供參考。其一，得爲嗣父者，須具備一定之要件，卽：(一)非成年人不得爲嗣父，但如死亡之人而具有下列情形之一者，是爲例外：(甲)已婚而故，(乙)已聘未婚而故，其妻能以女身守志，(丙)未娶而出兵陣亡，(丁)獨子死亡，族中實無昭穆相當之人，可爲其父立繼，(戊)獨子死亡，族中可爲其父立繼之人，與其父或母素有嫌隙是。(二)非男子不得爲嗣父，此要件爲絕對的。(三)非已婚之男子不得爲嗣父，但死亡之人具有下列情形之一者，是爲例外，卽：(甲)已聘未婚而故，其妻能以女身守志，(乙)出兵陣亡，(丙)年在十六歲以上而身故，(丁)獨子死亡，族中實無昭穆相當之人，可爲其父立繼，(戊)獨子死亡，族中可爲其父立繼之人，與其父或母素有嫌隙是。(四)非無子者不得爲嗣父，但立嗣後生

子或失亡子生遠者不在此限其二得爲嗣子者亦須具備一定之要件即（一）非同宗不得爲嗣子此要件爲絕對的。（二）非親族中輩分相當之人不得爲嗣子。此要件爲絕對的。（三）非男子不得爲嗣子。此要件亦爲絕對的。（四）非有兄弟者不得爲嗣子。但具備兼祧要件而兼祧者，是爲例外。所謂兼祧要件，即（甲）可繼之人爲獨子，（乙）可繼之人爲同父周親，（丙）被繼承人與繼承人雙方情願，但被繼承人死亡者，不在此限。（丁）取具法院甘結或請由法院以裁判代之。而於立嗣權之行使，復有一定之順序，即（一）被繼承人（二）守志之婦，（三）直系尊親屬，（四）親屬會議。前三種之人，在昭穆相當範圍內，擇賢擇愛，聽其自便，親屬會議，則無擇賢擇愛之自由。若夫遺產繼承，則純以宗祧繼承爲前提，換言之，即惟有宗祧繼承者，始有遺產繼承權，末流所至，向之以祖宗之血食爲重者，今則完全以被繼承人財產之有無多寡爲衡，無子者之財產愈多，斯族人之覬覦者愈衆，在生之日毫無善感可言者，死後則競相爲之披麻帶孝，甘以棘人自居，乖情背禮，莫此爲甚。此識者所以主張廢止宗祧繼承藉以斷絕親族間之紛爭也（國民政府法制局繼承法草案總說明參照）。

第二 家督繼承與遺產繼承

此種分類，惟日本有之，日本社會組織與我國同，迄今仍未脫離家族主義之時代，故其法律亦有家制之規定。一家之長曰家督，一稱戶主，日本因家與宗合，故戶主不但爲承家之人，且爲繼宗之人，身分地位，社會極爲重視，苟有變動，自不可無繼承之人，以維持一家之存立，是爲家督繼承。考家督繼承開始之原因有四：（一）戶主之死，亡隱居或喪失國籍，（二）戶主因婚姻或養子緣組之撤銷而去其家，（三）女戶主爲入夫婚姻，（四）入夫

之離婚。而其繼承人之資格，則可分而為三：（一）法定家督繼承人，（二）指定家督繼承人，（三）選定家督繼承人。以法定為第一位，指定為第二位，選定為第三位。且其選定，應就配偶、兄弟姊妹及兄弟姊妹之直系卑親屬中，無此類之人，則以直系尊親屬繼承之，如無直系尊親屬，則再就遺族選定之。其限制之嚴如此。蓋其目的在繼承戶主之身分，所以維持一家之存立也。若夫遺產繼承，則不受族制主義之拘束，故在家督繼承，因戶主之身分喪失而開始，遺產繼承，則因被繼承人之死亡而開始。又在家督繼承，其繼承人限於一人，遺產繼承，其繼承人得為二人以上。且繼承人之資格及順序，亦與家督繼承不同，即首為直系卑親屬，次為配偶，再次為直系尊親屬，再充族內主，同一順位而有多數繼承人時，則以均分繼承為原則。蓋又同於歐州諸國之繼承法。其例者也。（日民法第九七〇條、第九七九條、第九八二條、第九八四條、第九八五條、第九九〇條、第九九六條參照。）

第三 均分繼承與一子繼承

各國法律，除我國過去兼採宗祧繼承遺產繼承及日本現時仍兼採家督繼承遺產繼承外，皆已將身分繼承而採遺產繼承。但遺產繼承又可分為均分繼承與一子繼承。近世歐洲諸國皆採均分繼承制度，其採一子繼承制度者，則惟英國之英國。^{（註一）}歐洲各國之採均分繼承制度，係受法國革命之影響。考法國於革命以前，全國四分之三採一子（長子）繼承制，及革命以後，因受自由平等學說之鼓動，爰於一七八九年八月四日宣告廢止封建制度，一七九〇年三月十五日布告廢止貴族不平等之繼承法，一律採均分繼承制。一七九二年之法律，則將均分繼承之原則，更以一七九三年之法律規定，不得以費任加以變更。嗣因貴族階級之反對，

及意大利西班牙葡萄牙等國均打破封建餘習之世襲財產制度而探均分繼承制度。迄於今日遂成爲歐洲繼承制度之原則。(法民第七四五條第八二六條第八二七條第九一三條意民第七二〇條第七三六條西民第六五八條第九三一條第九三二條葡民第一七三五條第一九八六條第一九八八條)若夫一子繼承係以直系卑親屬中之一人繼承不動產之全部對於其他繼承人則依不動產之價格(買賣價格或收益價格)算定其應繼分以補償之而此繼承人通常必爲長子故又稱爲長子繼承英國一八三三年之法律即採此制一九二六年之新繼承法亦然均分繼承制與一子繼承制之優劣如何頗難遽斷學者有謂應視其國之農業制度以爲

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

(註一)英國之繼承子繼承制度其故有四：一爲維持中世紀以來土地政體之制度蓋英國土地歸大地主所專有無小地主之存在一般輿論又以大地主制度適合土地生產之利益故不願均分繼承以免產生小地主。二爲海外貿易之發達英國國貨皆爲統運而無依賴土地之心願完全與法國不同且殖民地遍發各洲幾國民皆欲爲世界的發展。三爲保守性大英人富於守舊不欲將中世紀遺物之長子繼承制度廢於拋棄且因法國大革命之反動而持之益堅四爲社會結果之良好蓋長子富有經驗通達事致在家庭確守祖先之遺業次男以下亦不依賴長子出外另謀自主且長子一面盡維持家人之責任一面以其餘裕改良實業經營公益(例如學校醫院等)英國選舉事變之發達爲各國冠者即此制度之所賜也。

(註二)方爾荷氏著農政策社會政策著眼主張「遺產繼承則當採取乘子均分主義但不滿某數量之土地(譬如不滿二十畝者)僅足供一人以體力耕作者應專使乘農之一子繼承若有爭執則歸長子承受餘子得依繼承分評價取價」(法律評論第三四五期)方著宗祿繼承與遺產繼承(原參照)其說可供參考。

第三節 法定繼承之根據

繼承依繼承權歸屬之主體是否直接基於法律之規定，可分為遺囑繼承與非遺囑繼承。遺囑繼承 (Succession non testamentaire) 者，被繼承人得任意以遺囑指定繼承之範圍及繼承人之謂也。非遺囑繼承 (Succession abintestat) 者，繼承之範圍及繼承人，依法律之規定之謂也。學者稱此為法定繼承 (Succession légale)。(註一) 被繼承人之以遺囑指定繼承人者，固得依其遺囑以為決定，其未以遺囑指定繼承人者，如其遺產而不歸屬於被繼承人之子孫及其他之血親，則與其人因勤勞增殖財產之意思相違背，故各國法律多設法定繼承之規定，我民法亦然。但法定繼承之根據如何，則學說紛紜，殊不一致。茲略述如左：

第一 報償說

報償說 (Théorie de récompense) 之要旨曰：「子孫於父祖之生存中服從其下，且因增殖其財產而為一定之努力，故於父祖死亡後，子孫之取得其財產，不外為其服從之報償及勞力之回復。」此說殊難贊同。何則，蓋繼承人之於被繼承人不盡屬父祖與子孫之關係，如謂繼承為子孫服從父祖權力之報償，則對於無服從關係之繼承人即屬無從說明，此其一。且子孫對於父祖財產之增殖亦未必皆與有助力，如謂繼承為子孫固有勞力之回復，則對於未與有助力之繼承人將無法以說明之，此其二。

第二 遺傳說

此說爲自由氏所主張，其要旨曰：「凡人之得以維持其生命，即在於保有一定之財產，故爲之父祖者，對於子孫不可不遺留足以維持其生命之財產，換言之，即吾人於其死亡之際，以其財產遺留於子孫，乃當然之義務。」(Wolfe, *Trusts*, 1st ed., No. 621) 此說亦未見其當，何則，蓋爲使子孫易於維持生活起見，固應以其財產遺留於子孫，然財產之處分，原屬所有人之自由，如依此說，不問所有人之意思如何，必以其財產遺留於子孫，殊難謂爲允當也。

第三 本分說

本分說 (Theorie des Gewinns) 爲 Vallier 氏所主張，其要旨曰：「吾人之得以生存於世而組成新家族者，父祖之所賜也。此不但有形之財產，他如智德等無形之財產，亦無一而非父祖之所賜，其受賜也既重且大，而不謀所以報之，可乎？雖然，父祖已矣，吾人又將對於何人而爲此報償耶？曰：父祖之所努力者，不僅在於吾人，而在於吾人之子孫，故對於父祖之報償，應對於吾人之子孫爲之。此報償之法，即於吾人生存中對於子孫義務而扶養之，及其既死則以其財產遺傳於子孫，如是而已矣。良以吾人之由祖若父受繼其財產也，非專爲吾人受之，乃爲吾人之子孫受之，吾人以其所受之財產遺傳於子孫，正所以返還於吾人之父祖也。以此立法者不可不依此本分，以定繼承之歸屬。各國法律之以子孫或其他親屬等與吾人有義務關係之人爲法定繼承人，即其明證。」(Vallier, *Heritages*, du dr. Success., P. 408) 雖然，吾人於其生存中，對於子孫而爲教養扶養，及其既死而又以其財產遺傳於子孫，實出於自然之天性，而非以其爲對於父祖之報償，此說之不足採用，甚爲顯然。

第四 共分說

共分說 (Théorie de participation) 爲 Cimbali, Foulée 諸氏所主張，其要旨曰：「吾人之個人的所有權，既有賴於親屬及國家之助力，則吾人對於親屬及國家負有一種之債務，從而使親屬及國家直接對於吾人之財產取得權利，實屬正當。申言之，即吾人之財產，原有三個所有權——吾人之所有權親屬之所有權及國家之所有權，吾人於其生存之際，因現實佔有某項財產，固有優先享受其利益之權利，然及其既死，則不能不以其財產分配於吾人之共有人。換言之，即應屬於吾人之部分，吾人固得自由處分，其非屬於吾人之部分，或則以其爲繼承財產歸屬於親屬，或則以繼承稅及其他之名義歸屬於國家。」(Cimbali-Myo. va Fasse del diritto civile, 209. Foulée La propriété soc. et la démocratie) 此說亦難令人首肯，何則，蓋對於某物之所有權與以助力，固足以爲發生債權債務之原因，然非即因此創設其有關係故也。

第五 意思說

意思說 (Théorie de la volonté presumée du défunt) 爲 Grocius 氏所主張，其要旨曰：「親屬相互間，有一種天性不可奪之愛情存在，此種愛情，即爲構成親屬關係之基礎，故父母生存中之所有財產，於其死後，不欲付與他人，恆欲遺留於子孫，由此可見遺產之繼承，由於天性不可奪之愛情而生，否認遺產之繼承，即不啻否認親屬愛情之存在，否認親屬愛情之存在，不但與道義觀念相違背，即衝諸自然之理數，亦不可通，此立法者應以基於親屬相互間之愛情，推測死者之意思，而定其法定繼承之歸屬也。」(Grocius, Ily. IT Chap. 7 No. 8)

此說由繼承之主觀的基礎觀察，極爲允當，蓋意思非因人之死亡全然消滅其效力，如主體死亡，其意思即全然歸於消滅，則不但不能是認遺囑之效力，即由死者之意思觀之，如其人尙屬生存，則必使其最親愛之子孫繼承其財產，亦屬無可否認者也。雖然，此說亦不能謂其完全無缺，何則，蓋人心不同，各如其面，法律惟能推測一般人情以定遺產之歸屬，究其實際，未必即與死者之意思相符故也。惟是此種缺憾，不但繼承有之，其他法律現象亦屬不能避免，執此一端以爲非難意思說之理由，殊難謂爲允當，故余以爲除上述五說而外，如不能發見其他較爲完善之學說，自以意思說爲切於實際。（註二）

（註一）羅馬法以遺囑繼承爲繼承之本體，非遺囑繼承爲繼承之特例。近世各國立法例，如德國、奧大利、西班牙、葡萄牙、蘇俄、日本及南美諸國均認遺囑繼承與非遺囑繼承之區別，但在法國法系諸國如比利時、荷蘭等則僅以非遺囑繼承爲合於繼承之本義，而不認由於遺囑之繼承。

（註二）關於繼承之根據，李漢氏與本書見解相同，李謂：「惟第五說（按即意思說）李著遺志說（駁爲適當，蓋意思非因人之死亡而全失其效力，自死亡後意思推測之，必以其財產先歸最親愛之子孫，然後及其疏遠可知也。）（李著繼承新論九頁）鄭憲章氏則兼探意思及公益兩說，略謂：「而余則有取於人性（按即意思說）及公益兩說，即遺產繼承在主觀方面，由於人性自利之衝動，客觀方面則爲國家維持公益之必要也。」（鄭著繼承法要論十一頁）羅仲銘、彭素夫、范揚諸氏與鄭氏之見解相同（羅著民法編承論一九頁，彭著繼承法原論四五頁，范著繼承法要義二七頁。）

第四節 遺產繼承之存廢

身分繼承，已成往跡無論矣，遺產繼承應否廢止，各國學者尙多爭論，社會主義者 Saint Simon 氏反對遺

產繼承之理由曰：「繼承，於其出發點，即反於社會之利益，自嚴格的正義言之，實不應採用。夫勤勞之人，較之怠惰之人，固應多所取得，然此乃因各人狀況所生之不公平，於理尚無不合，反之由繼承而生之不公平，則於理於情均不可恕。」又 Guenée 氏之言曰：「遺產繼承，吾人期在必廢，何則？蓋凡人對於其所生產之物，應於其生存中處分之一旦死亡，則應將其勤勞之結果返還於其同體。據言之，即因生存所需之物，祇能於生存中取得，及其既死，則無此必要，應以之返還於一般之社會。」關於廢止遺產繼承，蘇俄曾於一九一八年之法律一度行之，嗣於一九二二年明令恢復。其廢止遺產繼承應行廢止之理由已如上述，然所以迄今不廢或廢而復活者，蓋有其存正之理由，在其理由維何，即遺產繼承與所有權制度有密切關係是。蓋就所有權制度之沿革言之，原由團體的所有權進而為家族的所有權，再進而為個人的所有權，凡人之畜量勞動，盡量生產者，即因有此個人的所有權也。個人的所有權既為所有權制度之本旨，則確立此個人的所有權，除承認遺產繼承無他法。浸假如社會主義者所云：「一旦死亡，即應盡其所得，歸諸社會之共有，則無論何人，恐稍有積蓄，即非流於極端之浪費不止。個人的所有權既不克確立，則社會經濟亦將受其影響。」現代各國法律所以不即廢止遺產繼承者，蓋以此也。雖然，如絕對讚成此種理論，則父為巨富，其子即可享厚福，坐享其成，長壽終之漸，生依賴之心，流弊所及，莫知所止。以故現代各國精神限制遺產繼承之趨勢，即一為徵收遺產繼承稅，一為限制遺產繼承之數額。前者為近世英法德意葡葡葡葡葡葡葡葡葡葡此利時瑞士奧大利匈牙利丹麥瑞典挪威蘇俄日本及美國各州通行之辦法。Rogge 原籍瑞士，其遺產繼承之廢除李權特著各國遺產稅史要遺產稅問題參照。後者則為蘇俄一九二二年之民法所採之立法例，其第四一六

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

（註一）蘇俄曾於一九一八年四月二十七日公布繼承制度廢止令，一九一八年九月十六日公布之婚姻親子及監護法第一六〇條亦規定子女對於父母之財產無任何之權利，但一九一九年五月二日之命令，已准許遺族留下一萬元遺產以下之扶養費，及一九二二年五月二十二日公布基本財產令，則承認遺產繼承，但以一萬元遺產爲限，一九二二年十月三十一日公布之民法亦然（第四一六條至第四三五條），一九二六年二月二十八日公布新條例，並此一萬元遺產之限制而亦撤銷之。

（註二）法制局繼承法第五六條第二項：「被繼承人所遺留於其直系卑親屬及配偶之財產，不問何人，均達萬元時，得不受前項之限制，處分其財產。」三五法學社對於民法編先決各點之意見書第六：「特留財產之限制，依左列規定，但繼承人應繼分已各逾二萬元者，得不受限制，自由處置其財產。」陳長衡氏對於民法親屬繼承編原則上應先決各要點第四甲：「遺產繼承的最高數額，應以四萬十萬元爲限（子女在四個以上者，得就每一子女增加高限一萬元，但總計不得超過十五萬元），其超過最高額之一部分遺產，應歸國家及地方公有。其未盡最高額之一部分，仍應依法徵收遺產稅。但遺產未超過二萬元者，應完全免稅。」

（註三）蘇俄限制繼承之數額，發生下列三弊：（一）人民無更多從事企業努力以期增加財產之興味。（二）人民盡將現金收藏，以冀可於不動產動產中更留得價值一萬盧布之財產。（三）外國人之在蘇俄者，不願投資，並設法將資本運出。因之蘇俄全俄中央執行委員會於一九二六年一月二十九日召集全國各邦主要機關，討論如何廢止此項一萬盧布之限制，同年二月二十八日頒布新條例，通行全國。其大意略謂：「爲便於工商企業在其財產所有人死亡之後，易得繼續存在計，並給予物質財富及資本取得之真權利

境遇許，中央執委會及人民委員會取消以前遺產總額不得過一萬盧布之限制。」（中華法學雜誌第二卷第六號阮毅成氏著）

（俄遺產繼承制度參照）

第二章 遺產繼承人

第一節 繼承人之類別

第一款 概說

如前所述，我現行民法所定之繼承，以遺產繼承爲限，而於我國舊律之宗祧繼承及日本民法之身分繼承均摒而不採。且我民法係採均分繼承主義，與前述英國繼承法之一子繼承，亦迥不相同。從而所謂繼承人，自係指遺產繼承之共同繼承人，此不可以不注意者也。顧同爲遺產繼承人，我民法亦如一般立法通例，而有所謂法定繼承人及指定繼承人。法定繼承人者，法律推測被繼承人之意思，就其關係親疏及情誼厚薄所規定之繼承人也。反是，被繼承人於無直系血親卑親屬時，以遺囑指定之繼承人，則謂之指定繼承人。茲就此二者分款說明之。

第二款 法定繼承人

第一 概說

舊律，遺產繼承以宗祧繼承爲前提，故有所謂遺產繼承人及遺產承受人。遺產繼承人，指直系血親卑親屬及嗣子之繼承遺產者而言。遺產承受人，則爲於無直系血親卑親屬及嗣子繼承遺產時，承受其遺產之親女，乞養婦

性義子收養三歲以下遺棄小兒及相為依倚之女婿。(註一)(註二)(註三)第一類民法中未收其義以直系血親卑親屬及嗣子為遺產繼承人配偶直系尊親屬親兄弟家長及親女為法定遺產承受人(公從義子收養三歲以下遺棄小兒及贅婿為酌定遺產承受人)(一草第七條第九條第一項及第十條)第二次草案從之(二草第四〇條第四一條第一項第四四條)第三次草案則打破遺產繼承以宗祧繼承為前提而以配偶直系尊親屬父母兄弟姊妹祖父母間為法定遺產繼承人(一草第八條第十七條第十七條)第四次草案從之(四草第八條第十條第十條)現行民法即從第三次草案之規定。

(註一)現行律民役傳單外有採用財例一房給財產舉無間未應繼之人所養親女承承無女者應地方官詳報上司酌量承(註二)現行律民役傳單外有採用財例一房給財產舉無間未應繼之人所養親女承承無女者應地方官詳報上司酌量承(註三)現行律民役傳單外有採用財例一房給財產舉無間未應繼之人所養親女承承無女者應地方官詳報上司酌量承

若繼子一人家實歸其遺產自贖。

第二 法定繼承人之範圍

一 各國法律所定之範圍

各國法律關於法定繼承人之範圍其廣狹頗不相同有以配偶卑親屬父母及其卑親屬祖父母及其卑親屬會祖父母及其卑親屬遠祖父母及其卑親屬為法定繼承人者如德國民法第一九二四條至第一九二六條第一九二八條及第一九二九條之規定是有以直系卑親屬父母系尊親屬兄弟姊妹及其卑親屬配偶為法

定繼承人者，如法國民法第七四五條、第七四六條、第七五〇條及第七五一條之規定是。有以配偶、直系卑親屬、父母及其直系卑親屬、祖父母及其直系卑親屬爲法定繼承人者，如瑞士民法第四五七條至第四五九條之規定是。有以直系卑親屬、配偶、直系尊親屬戶主爲法定繼承人者，如日本民法第九九四條至第九九六條之規定是。亦有以直系卑親屬、配偶、生前所扶養之人爲法定繼承人者，如蘇俄民法第四一八條之規定是。上述各國法律，以德國民法之範圍爲最廣，蘇俄民法之範圍爲最狹，其他各國民法則介於二者之間。我現行民法則大體從瑞士民法之立法例者也。（註四）

（註四）德國民法係採「親屬無限繼承主義」（*Unbeschränkte Verwandtenrecht*），此種立法主義已成過去，故近世各國法律多限制私人繼承，擴充公家繼承。良以吾人財產之增減，得力於國家或社會之助力者至爲鉅大，與其使情義疏遠之人因偶然機會取得遺產，反不知使被繼承人所在地之地方自治團體或其所屬國家取得遺產所有權，較爲合理故也。

二 我民法上所定之範圍

關於法定繼承人之範圍如何，爲起草民法繼承時首應解決之問題，故中央政治會議對於立法院之質疑爲下列之決議曰：「法定繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系卑親屬；二、父母；三、兄弟姊妹；四、祖父母。」（民法繼承立法原則第三點第二）立法院即本此原屬明定配偶、直系卑親屬、父母、兄弟姊妹、祖父母爲法定繼承人（民法第一一三八條）。其與舊律及第一二兩次草案異者，在現行民法凡享有遺產繼承之權利者，概稱爲繼承人，無復所謂遺產繼承人與遺產承受人之區別，此其一。繼承人不復以直系血親卑親屬之男子爲

限，而推及於直系血親卑親屬之女子配偶，父母，兄弟姊妹，祖父母，此其二。凡此皆遺產繼承不以宗祧繼承為前提所生之結果也。茲再略申其義如左。

(一) 配偶

我國舊律，配偶無相互繼承遺產之權利，雖婦人夫亡無子得承夫分，然繼嗣族長擇昭穆相當之處繼承，亦不能為妻得繼承其夫遺產之明證。前大理院判例從之。全宗之繼承，配偶無相互繼承遺產之權利，顯為不當。何則？蓋配偶之間，情誼最親，且為生前經營共同生活之人，乃一方死亡，他方不能繼承其遺產，於情於理均有未協。故現行民法從一般立法通例，於第一一四條明定配偶有相互繼承遺產之權利。茲之所謂配偶，以在繼承開始時有夫妻身分為已足，繼承開始以後，縱使再為離婚，亦屬無礙。如此解釋，自立法論言之，或不免於非難（現行律戶役門立嫡子違法條例參照），然我民法既未特設限制，自難為反對之解釋。關於此點，司法院著有解釋，可供參考。二十二年院字第八五一號解釋（註七）。

(二) 直系血親卑親屬

我國舊律遺產繼承人，以直系血親卑親屬之男子為限，女子無遺產繼承權。此種規定，與男女平等繼承之原則，顯不相符。故現行民法不復設此差別。凡屬直系血親卑親屬，不問男女皆得為遺產繼承人。但在我國舊法律，對於直系血親卑親屬有特親等之限制者，例如法國比稱時，特親屬子女之親等為限，意利特親屬承以特親等為限，日本西班亦以六親等為限。我民法則從德國及瑞士立法例，不設親等之限制。惟所謂特親等者，

血親卑親屬，是否包含養子女在內，不無疑問。余以爲就我民法第一一四二條第一項及同條第二項但書之用語例觀之，固應採消極說，然自整個立法精神解釋，仍以採積極說爲適當。養子女又出爲他人之養子女者，對於其本生父母之遺產有無繼承權，亦有問題。關於此點，外國法律有明定，仍不失其對於本生父母之繼承權者（瑞民第二六八條），願就我民法第一〇八二條之規定以爲解釋，則應認爲非回復其與本生父母之關係，不得享有繼承權。

（三）父母祖父母

我國舊律，直系尊親屬無繼承。直系卑親屬遺產之權利，前大理院判例亦祇認直系尊親屬得爲直系卑親屬之遺產承受人，而不能爲遺產繼承人。（註九）父母祖父母與其子孫，其輪誼相等，乃子孫可爲父母祖父母之繼承人，而父母祖父母獨不能爲子孫之繼承人，於情於理均屬難通，故現行民法明認父母祖父母有繼承其直系卑親屬遺產之權利。但在外國法律，有一切直系尊親屬皆得爲其直系卑親屬之繼承人者，例如德國、法國及日本民法是。有僅及於祖父母爲止者，例如瑞士民法是。我則從瑞士民法之立法例，蓋再進則其情已疏渺，故不多及也。至所謂父母，是否包含養制之嫡母、庶母、繼母在內，不無疑問。依余所信，就我親屬法立法精神解釋，應取否定說。（註一〇）又所謂祖父母，是否包含母之父母在內，亦一疑問。依余所信，以採肯定說爲是。關於此點，司法院著有解釋，可供參考（二二年院字第八九八號解釋）。

（四）兄弟姊妹

我國舊律及前大理院判例，均不認兄弟姊妹有互爲繼承之權利，現行民法則以兄弟姊妹雖屬旁系血親，然既與被繼承人同其所生，論其情誼，無殊手足，且就親等言之，與祖父母同爲二等親，祖父母既得爲繼承人，則兄弟姊妹自難獨外，故明認兄弟姊妹得互爲繼承人。外國法律亦有明定兄弟姊妹得互爲繼承人者，例如德國及法國民法是。亦有不設何種明文者，例如日本民法是。（註一）茲之所謂兄弟姊妹，依司法院解釋，不但同父母之兄弟姊妹，即「同父異母或同母異父之兄弟姊妹」亦是。（註二）本院字第七三五號解釋：「堂兄弟姊妹及姑表兄弟姊妹，則不包含在內」（二二年院字第八九九號解釋）。（註三）

（註五）現行律戶役門立嫡子遺法條例：「婦人夫亡無子守志者，令承夫分，須照族長擇昭穆相當之人繼嗣。其改嫁者，夫家財產及原有故畜並聽前夫之家爲主。」

（註六）大理院四年上字第七二六號判例：「無子守志之婦人，於獨立繼嗣前得代應繼之人分受其應分之財產而管理之，但不能即爲遺產繼承人而張所有主。」

（註七）關於此點，羅仲銘氏有所批評，略謂：「夫死而妻守志撫孤，使其得繼承亡夫遺產之一部，固於情於理均甚允協。若在日情感不篤，以致夫骨未寒而即離遺子於不顧下堂求去者，殊無分給亡夫遺產供其富貴之必要。或謂以再婚與否爲妻有無繼承權之條件，將使繼承關係日久不能確定，是豈不可。然此非無救濟之方，或令妻對於亡夫之遺產僅享有利益權而於再爲婚姻時中止其權利或認妻無特留分權，僅於夫未以遺囑爲相反之意思表示時許其繼承遺產，似均無不可。」（羅氏前揭二四頁）其說可供參考。

（註八）關於此點，羅仲銘氏與本書見解有異，略謂：「如探積極說，則第一一四二條第一項「養子女之繼承順序與婚生子女同」之規定，無何等之必要，且同條第二項但書明言養父母無直系血親卑親屬爲繼承人云云，其不認養子女爲民法第一一三八條所定之直系血親卑親屬，用語例上尤至爲明顯。」（羅氏前揭二五頁）

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

(註一〇) 嫡母庶母等固非此處所謂父母，但依司法解釋，生母仍為所生之子之母。二〇年院字第五八五號解釋：「妾在現行法中雖無規定，但對於己身所出之子係直系血親，若其所生之子亡故，自可為其第二順序之遺產繼承人。」

(註一一) 兄弟姊妹，就情道及理論言之，均應以其為遺產繼承人。日本民法未設規定，彼國學者頗批評其不當。——柳川勝二氏日本相續法註釋上卷五二一頁，牧野菊之助氏日本相續法論一八六頁，關西法律學校講義民法相續編一三六頁參照。

(註一二) 關於半血緣兄弟姊妹，各國法律多認其有繼承權，惟其應繼分則有差等，有將遺產分為二部，一為父方，一為母方，全血緣可於父母兩方各得應繼一分，半血緣僅能於父方或母方取得一勞，蓋如法國、德國及瑞士諸國民法是。有半血緣之應繼分僅為全血緣二分之二者，如意大利民法是。我民法無此差別。

第三款 指定繼承人

第一 概說

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

繼承人兩種。一「於無直系卑親屬時，得就財產之全部或若干分之幾指定繼承人。」（民法親屬立法原則第三參照）現行民法即本此原則以爲規定者也。（民法第一一四三條）

第二 指定繼承之要件

一 指定人

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

二 被指定人

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

屬論述之，茲不贅。（註四）

三 得爲指定之情形

依我民法規定，繼承人之指定，以無直系血親卑親屬爲限。良以指定繼承人，原在於遺產之繼承，故如被繼承人已有子女或其他直系血親卑親屬，即無指定繼承人之必要。此之所謂直系血親卑親屬，是否包含養子女在內頗屬疑問。依余所信，應取肯定說。又有無直系血親卑親屬，應依立遺囑時定之，抑應依遺囑發生效力時定之，亦屬問題。依余所信，應依遺囑發生效力時定之，故如遺囑發生效力時而有直系血親卑親屬，則其指定行爲爲無效。（柳川氏前揭上卷三四一百參照）

四 指定之方法

依我民法規定，繼承人之指定，應以遺囑爲之。他國法律則多無此限制。我民法所以限於以遺囑爲之者，因遺囑爲被繼承人最終之意思表示，較之生前行爲爲可憑信也。遺囑係以使法律行爲於死後發生效力爲目的，依法定方式所爲之自主的單獨行爲，遺囑既爲單獨行爲，則依遺囑所爲之被繼承人之指定，不但無須得被指定人之同意，即被指定人不知指定之事實，或竟違反被指定人之意思而爲指定，亦屬有效。不過被指定人不欲繼承其遺產時，自得爲繼承之拋棄耳。又繼承人之指定既須以遺囑爲之，則被繼承人縱有指定繼承人之意思而未定有遺囑，或並此指定繼承人之意思而亦無之一旦死亡，他人假死者之名，代爲指定遺產繼承人，則所不許。至繼承人之指定，能否附加停止條件，學說上頗有爭論，依余所信，應取肯定說，但其條件須不至

及繼承人地位之確定而後耳。
遺囑之內容係屬民法要義。
違反特留分之禁止。
依我民法規定，被繼承人所得其財產之全部或一部指定繼承人，但須不違反關於特留分之規定。其所以設此限制者，蓋因特留分係為維持公益而設之制度。如許違反，則規定特留分之旨趣無由貫徹。故特留分之違反，特留分之處分是否當然無效，頗屬疑問。俸金所信，應得特留分之人，祇有依法請求。未決之權，被繼承人所為之處分，非當然為無效。（民法第一二三五條參照）。又茲所謂特留分，當係專指被繼承人之配偶、子女及直系卑親屬而言。其繼承人之順序親之，甚為明顯。

（註）對於遺囑之限制指定者，為親屬時，是否不生效問題，如伯叔能否受指定人之類（中略）。若就本條之文義解釋，除上述
甲乙丙丁等條件外，無限制，固不妨。下肯定之命語，但依我國法律，第一〇七一條內，開依第一一四條之規定，指定繼承人，其繼承人
人與被繼承人之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同。如採肯定說，則伯叔配偶父母等，人當然親屬，親屬
子女外，其制為否定說，謂本條以無直系血親卑親屬為條件，即不考慮子制度之替代，當然有遺分之限制。親與婚生子女同之規定，
至為明白。云云。而肯定說之反駁，則謂嗣子僅限於昭穆相當之程度。本條泛謂無直系血親卑親屬者，不謂無子女者，可見並非謂子
制度之替代。至所謂與婚生子女同，乃謂其權利義務之關係與婚生子女同，非身分與婚生子女同也。親屬各有所指，當由法律擬定。

伯叔姑等為已之繼承人矣。又輩分不同之卑親屬亦然。（范氏前揭五一頁）

（註）范氏所謂「（上略）指定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，而指定繼承人，或

第一條（註）（註） 繼承人自不得被指定人爲繼承人。其亦不必以親分相當者爲限。（中略） 民法第一一四

三條不曰無子女者而曰無直系血親卑親屬者得指定繼承人與舊律所云無子者許令同宗昭穆相當之姪承繼相異。且

有與同則有無遺於民法第一一四條規定之適用指定繼承分不相宜之疑。似舊律所昭穆一節。此亦前揭各節。因

一、法律另有規定外，與婚生子女同。故解釋上頗感困難。則自立法上之見地言之。民法第一〇七一條之規定應不予以相當修正或

第二條 遺子刪除以不無商討之餘地也。（羅氏前揭三三頁）

第三條 指定繼承與立嗣之區別

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

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

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

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

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

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

立嗣之嗣子必限於同宗，指定繼承之被指定人則是否親屬在所不問，此其四。（五）立嗣其嗣子通常爲一人，

指定繼承其被指定人，通常爲二人以上，亦無不可，此其五。（六）立嗣關於遺產之繼承，通常爲全部，指定繼承則不

問其爲全部或一部，此其六。（註五）

繼承人自不得被指定人爲繼承人。其亦不必以親分相當者爲限。（中略） 民法第一一四

(註五) 鄭憲章氏對於民法指定繼承有所批評，略謂：「依余見解，民法此等限制之缺點（即民法第一一四三條之缺點）有六：（一）被繼承人不能就其子女之賢否，自由指定遺產。（二）倘以遺贈方式轉給遺產於某子或他人，與指定繼承人同一結果，此等限制實屬虛設。（三）遺囑指定繼承人依民法第一〇七一條視為婚生子女係擇立嗣子之變相，不應於繼承法中規定之。（四）其他婚生子女無指定繼承人規定，此獨有之，未免失中。（五）如指定之繼承人係被繼承人向輩親友，何能視為婚生子女。（六）觀風法中既有養子規定，無須再立贅條。」（鄭氏前揭三五頁）是（三）（五）（六）各點，可供參考。

第二節 繼承人之順序

第一 概說

關於法定繼承人之順序，各國法律頗不相同，但亦有其一致之點，此點維何，即依繼承人與被繼承人間之關係親疏，情誼厚薄，以爲決定繼承人順位之標準。是我民法亦然，茲分配偶之繼承順序及其他繼承人之繼承順序說明之。

第二 配偶之繼承順序

繼承人爲配偶時，其順序如何，各國法律大別爲二類：有以配偶列於一定之順序者，有無一定之順序，而與任何一順序均得同時爲繼承人者。日本民法屬於第一類，配偶居第二順序，如有第一順序之直系卑親屬時，配偶即毫無所得，如無直系卑親屬時，配偶即得遺產之全部，此種辦法，偏枯不平，諱者病之。（註一）德國、瑞士等國屬於第二類，權衡調劑，較爲折衷（繼承法先決各點審查意見書第三說明參照），故中央政治會議立法原則明定

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

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

第三 其他繼承人之繼承順序

一 直系血親卑親屬

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

一三八條則明定其以親等近者爲先。故如被繼承人有子女時，應先由其子女繼承，必無子女，始由其孫子女繼承，其餘類推。蓋子女之於父母爲一等親，孫子女之於祖父母爲二等親，前者之親等較後者爲近故也。至若指定繼承人，依我民法第一〇七一條，其與被繼承人之關係雖與婚生子女同，但其繼承順序則位於第一順序與第二順序之間，即必無第一順序之直系血親卑親屬時，始得繼承遺產之全部或一部，此就民法第一一四三條解釋無可疑義者也。

二 父母

依我民法規定，父母爲第二順序之繼承人（民法第一一三八條第二款），即父母必於無第一順序之直系血親卑親屬及指定繼承人時，始得爲遺產繼承人。關於此點，各國法律不盡相同，有以父母置於第二順序者，例如德國、法國及瑞士民法是。有以父母置於第三順序者，例如日本民法是。我民法則從前者之立法例，蓋就情誼以言，被繼承人除配偶及直系血親卑親屬外，通常以父母爲較親切也。

三 兄弟姊妹

依我民法規定，兄弟姊妹爲第三順序之繼承人（民法第一一三八條第三款），即兄弟姊妹必於無第一順序之直系血親卑親屬及第二順序之父母時，始得爲遺產繼承人。關於此點，各國法律亦不盡相同，有以兄弟姊妹置於第二順序者，例如瑞士及德國民法是。有以兄弟姊妹置於第三順序者，例如法國民法是。我則從法國民法，以兄弟姊妹次於父母之後，蓋不但兄弟姊妹之親等較父母爲遠，即就情誼言之，亦通常較父母爲疏。

遺也。

四 祖父母

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

（註三）繼承法先決各點審查意見書第三點之三載：「非婚生子女經撫育或認領者，於繼承財產與婚生子女同。」並為之說明曰：「直系卑親屬，原限於婚生者，若庶子女及私生子女皆非婚生之子女也。然庶子女於今尚有存者，私生子女亦難免，我國舊律於庶子雖無歧視，擬即仍之。至於私生子女，在舊律則祇規定依子量予分，然私生子女若經認領，在法律上應認爲子女，關於繼承財產與婚生子女同，亦最近立法之趨勢，故特予揭明。如親屬編內對庶子女及經認領之私生子女概括定爲在法律上與婚生子女無異，則關於繼承自無特別規定之必要。可爲本書解說上之參考。」

（註三）關於遺產之繼承，各國民法均設有繼承順序之規定，但繼承財產歸於重國十八條規定，若於第四一六條規定之附屬權利有繼承權者，以死亡者之直系卑親屬（子、孫、曾孫）生存總額，及於死亡者死亡前一年以上全數爲死亡者所扶養之無勞動能力且無資力者爲限。別無關於繼承順序之明文。

第三節 應繼分

第二款 概說

應繼分 (Part Inheritance) 者，各繼承人對於遺產上之一切權利義務之比率也。在繼承人爲一人時，被繼承人所有遺產上之權利義務，應由其全部繼承，固無問題，然如繼承人而有數人，則其權利義務，應由各個繼承人共同繼承，此時自不能不有一分配之比率，以資準據。此項比率，即民法上所謂應繼分。關於應繼分之規定，各國法律頗不相同，顯亦有其一致之點，此點維何，即依繼承人與被繼承人間之關係親疏及情誼厚薄，以爲決定。我民法亦然。茲分法定應繼分及指定應繼分兩款說明之。

第三款 法定應繼分

第一 概說

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

第二 配偶之應繼分

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

僅有受母，被推無受母，僅有兄弟姊妹，則配偶應得遺產五份之一，即六萬元，其餘六萬元，則由被繼承人收買。

二 母準繼承，無父母時，則由其兄弟姊妹準繼承。本人同一準繼承人，其數重二分之一，即五萬元。

三 遺產第二、三、四、五、六、七、八、九、十、十一、十二、十三、十四、十五、十六、十七、十八、十九、二十、二十一、二十二、二十三、二十四、二十五、二十六、二十七、二十八、二十九、三十、三十一、三十二、三十三、三十四、三十五、三十六、三十七、三十八、三十九、四十、四十一、四十二、四十三、四十四、四十五、四十六、四十七、四十八、四十九、五十、五十一、五十二、五十三、五十四、五十五、五十六、五十七、五十八、五十九、六十、六十一、六十二、六十三、六十四、六十五、六十六、六十七、六十八、六十九、七十、七十一、七十二、七十三、七十四、七十五、七十六、七十七、七十八、七十九、八十、八十一、八十二、八十三、八十四、八十五、八十六、八十七、八十八、八十九、九十、九十一、九十二、九十三、九十四、九十五、九十六、九十七、九十八、九十九、一百。

繼承人時，其遺產分為三份。配偶繼承又有遺產十二萬元，並無遺產。遺產繼承人，其數重二分之一，即五萬元。

繼承人時，則配偶應得遺產五份之一，即六萬元，其餘六萬元，則由被繼承人收買。

四 繼承第二、三、八條所定第一順序之繼承人時，其應繼分均繼承全部。即被繼承人既無直系血

親繼承人，又無父母兄弟姊妹及祖父母時，則其遺產全部為配偶所繼承。如前例所示，其遺產十二萬元，完全

其遺產所得。其數重二分之一，即六萬元。

三 繼承人時，其遺產分為三份。配偶繼承又有遺產十二萬元，並無遺產。遺產繼承人，其數重二分之一，即五萬元。

繼承人時，則配偶應得遺產五份之一，即六萬元，其餘六萬元，則由被繼承人收買。

第二即同一順序繼承人，其應繼分均繼承全部。即被繼承人既無直系血

親繼承人，又無父母兄弟姊妹及祖父母時，則其遺產全部為配偶所繼承。如前例所示，其遺產十二萬元，完全

其遺產所得。其數重二分之一，即六萬元。

三 繼承人時，其遺產分為三份。配偶繼承又有遺產十二萬元，並無遺產。遺產繼承人，其數重二分之一，即五萬元。

繼承人時，則配偶應得遺產五份之一，即六萬元，其餘六萬元，則由被繼承人收買。

親屬與父之嫡子或妻直系親屬同爲繼承人時，爲嫡子或其直系卑親屬應繼分二分之一。又如法國民法第七五九條，私生子於父母有嫡子時，爲嫡子應繼分三分之一，無嫡子或其直系卑親屬而有尊親屬及兄弟姊妹時，爲其三分之二，無尊親屬卑親屬及兄弟姊妹時，爲其四分之三，無一切之親屬時，爲其全部。又如日本民法第

一〇〇四條，遺產，直系卑親屬有數人時，庶子及私生子之應繼分爲嫡子應繼分三分之一。我國舊律，亦有此意

別。若其差則以爲私生子。若經認領，在法律上應認爲子女，關於繼承財產與婚生子女同，亦爲最近

立法之趨勢。繼承法先決各點審查意見書第三點說明，故於第一一四一條規定：「同一順序之繼承人

有數人時，按人數平均繼承。」例如甲有子女乙丙丁三人，其應分給乙丙丁之遺產爲十二萬元，乙丙丁既爲同

一順序之繼承人，則按照人數平均繼承，各應得遺產四萬元。是此又不僅第一順序之繼承人爲然，第二順序以

至窮親續序，其同一順序之繼承人通常不祇於一人，此時應依本條按照人數平均繼承，自不待言。我民法之所

以按均分繼承者，蓋因繼承人既屬同一順序，被繼承人之情愛通常無甚差異故也。但此僅屬原則，如法律另有

規定，則屬例外（同條但書）。所謂法律另有規定，即民法第一一四二條關於養子女應繼分之規定是。

又應注意，我國舊律，於遺產繼承時，有財條例：「姦生之子，依子量與半分。若別無子立應繼之人爲嗣，與姦生子均分。無應繼之人，方許承繼全

分。」此種規定，固與現代民法所對於私生子之規定，迥然不同。蓋在獎勵婚姻，防止姦通，我國舊律之立法理由亦不外是。

第四 養子之應繼分

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

一種養子，得直以爲嗣，其得繼承遺產自無問題。第二種及第三種養子，則不得立以爲嗣，祇能酌予財產，其承
 受（養）親行親誼，則以養子女係被繼承人。生前視同子女之人，舊律定爲酌予財產，漫無標準，故明定其繼承
 順序與婚生子女同。親屬法先決各點，著意者第三點說明參照。但其繼承分則因被繼承人之有無直
 系血親等親屬而有差別。即（註三）

一、養父母有直系血親卑親屬爲繼承人時，其應繼分與婚生子女三分之六。例如被繼承人之遺產爲十二萬
 元，有婚生子女及養子各一人，則婚生子女之應繼分爲養子之應繼分爲婚生子女三分之二之
 即四萬八千元。我民法所以釐此差別者，蓋養子女在法律上之地位雖與婚生子女同，但實際上究與婚生子女
 之出自親生者有異，且養子女之範圍已被舊律爲寬，故於應繼分不能不有所限制也。

二、養父母無直系血親卑親屬爲繼承人時，其應繼分與婚生子女同。例如被繼承人之遺產爲十二萬元，養
 直系血親卑親屬而有配偶及養子一人，則養子與配偶平均繼承，各得遺產六萬元。被繼承人既無遺囑，
 親卑親屬，縱使養子女與配偶平均繼承，亦無損於配偶之利益，故我民法無須禁止此之差別待遇。（註四）
 （註三）囑遺囑者，指遺囑人指定繼承人而言。若遺囑人指定繼承人，其應繼分應依遺囑人之指定。若遺囑人
 無子之人家，其遺產自應歸其親屬繼承。又依前條規定，若遺囑人指定繼承人，其應繼分應依遺囑人之指定。若遺囑人
 指定繼承人，其應繼分應依遺囑人之指定。若遺囑人指定繼承人，其應繼分應依遺囑人之指定。若遺囑人指定繼承人，其應繼分應依遺囑人之指定。

（註四）指定繼承人關於遺產之繼承，以被繼承人依遺囑所指定者爲限。無所遺囑者，李梭氏對於此點似有誤解。李梭氏謂「是指定繼承
 人之應繼分，則以遺囑所定者爲標準。遺囑而就全部指定時，則其應繼分爲遺產之全部。遺囑而就一部指定時，則其應繼分爲遺產
 之一部。遺囑而就全部指定時，則其應繼分爲遺產之全部。遺囑而就一部指定時，則其應繼分爲遺產之一部。」此說固屬無稽。蓋遺囑之指定繼承人，其應繼分應依遺囑人之指定。若遺囑人指定繼承人，其應繼分應依遺囑人之指定。若遺囑人指定繼承人，其應繼分應依遺囑人之指定。若遺囑人指定繼承人，其應繼分應依遺囑人之指定。

第一節 概說

我民法第一一四二條第一一四三條第一一四四條所規定者，係關於應繼分之準則，是為法定應繼分。法定應繼分，應以被繼承人之意思，自應增減。我國法無明文規定，解釋上不無疑義。依余所信，應以取肯定說為是。何則？蓋法於應繼分，有尊重遺囑被繼承人之意思而為之規定，如被繼承人另有意思所示，自應從其意思。且人類之情誼常因愛憎而有厚薄，自非許被繼承人以自由意思指定應繼分，不足以濟於事理之平。此余以爲我民法解釋，亦應如之。雖立法通例被繼承人得以自由意思指定其應繼分也。雖然，被繼承人之指定應繼分，亦非無限制。茲就其是生疑義之點說明如左。

第三條 被繼承人得委託第五人指定應繼分

被繼承人本身得以自由意思指定應繼分，為各國法律之所同。我民法應為同一解釋。因無疑問。惟被繼承人能委託第三人指定應繼分，則各國法律尚不一致。有許委託第三人指定應繼分者，如德國民法日本民法是也。德民第^三四八條^三德民第^三五〇一^三六條^三。有不許委託第三人指定應繼分者，如法國民法瑞士民法是也。法民第一〇七五條^三瑞民第^三六〇^三八條^三。依余所信，應取肯定說。蓋被繼承人自身既得指定應繼分，即無不許其委託第三人指定應繼分之理由。故也。茲之所謂第三人，自係指遺產繼承人以外之第三人而言。如第三人按總指卷，自無強其指定之理由。此時應依第一一四一條第一一四二條第二項及第一一四四條以定其應繼

分，是不待言。……

(註一)關於此點，羅仲培氏與本說見解有異，略謂：「……」

第三、指定應繼人及指定之委託必須以遺囑為不手……

第二〇〇六條。有得以遺囑或生前行為為之者，如法國民法是也……

不採用，則被繼承人不得以繼承契約為之，是不待言。故依余所信，指定繼承分及指定之委託，應以遺囑為之。何則，蓋遺囑為嚴格的要式行為，足資憑信，且依第六〇三條……

為事據焉。……

第四、指定應繼分須遵守特留分之規定。……

第一〇〇六條。依余所信，就我民法解釋，是為當然。蓋特留分係繼承權……

於特留分之規定，自應為同一之解釋故也。(註二)被繼承人之指定應繼分違反特留分之規定，其效力如何，已

於指定繼承人中選之，茲不贅。至第三人之指定應繼分，適成特種繼承之種類，應依其共同繼承人之請求，更為適當之指定，自不待言。被繼承人及第二人以外之指定應繼分，則不適於關於特種繼承之規定，應依繼承開始當時應繼財產之價格以為決定，又屬當然，無待深論。

第二

(註三) 司法院二一年院字第七四一號解釋：「分割財產之遺囑，以不違背特留分之規定為限，應尊重遺囑人之意思。(中略) 若遺囑立於女子享有繼承財產價值之產，而其繼承人係屬有厚男薄女之意思，則除違背特留分之規定外，於開始繼承時即應從其所定。」

第四節 繼承權

第一款 繼承權之本質

第一 繼承權為權利乎

何者謂之繼承權 (Erbrecht, droit, successoral, right of succession) 其說不一，有謂繼承權係指繼承人對於繼承標的物所有之權利者，如依此說，則繼承權與所有人之權利無殊，其不可通，甚為顯然。有謂繼承權係指承認或拋棄繼承之選擇權者，此說亦未見其當，何則，蓋選擇權乃繼承權之作用而非繼承權之本身故也。遷說則謂繼承權為繼承人對於繼承關係之一種地位，蓋亦謂然。雖然，繼承人對於繼承關係適當有下開三種地位：(一) 繼承開始以前，繼承人所有之地位，例如我民法第一一四條及第一一四五條所定之繼承權是。(二) 繼承開始以後，未為繼承之承認或拋棄以前，繼承所有之地位，例如我民法第一一七四條所定之繼承

權是。(三)繼承開始以後，因為繼承人所有之地位，例如我民法第一一四六條所定之繼承權是。後之一者為一種權利，學說上殆無爭論，惟在前者是否權利，則有爭執。有謂在第七種地位，不過繼承人有於繼承開始時繼承遺產繼承人權利之希望，而非權利者。(註一)有謂繼承開始前繼承人所有之地位，非單純之希望，而為權利者。(註二)依余所信，應以後說為是。蓋繼承開始前繼承人所有之地位，非有法定原因不生動搖。(民法第一一四五條參照)實為法律上所應保護之權利，不過此種權利，在繼承開始以前尚非確定為不可動，可謂其為「繼承之期待權」(Anwartschaftsrecht)。

(註一)牧野氏之助氏主張繼承開始前繼承人之地位僅為單純之希望，而非權利，其說略謂：「繼承開始前之繼承權，實未具有純理上權利之性質，縱令以之視為權利，其權利狀態亦頗浮動脆弱，而無既得權之性質(確定的及不可侵的)，如其為既得權，則不但與社會之實情不合，且與我親屬法採取家族制度之旨趣不符。」(法律評論六卷一號牧野氏意見)

(註二)日本續濱地方法院主張繼承開始前繼承人之地位為權利，其判決略謂：「繼承人在繼承開始前已有繼承權，縱令繼承人基於其繼承權所享有之利益為不確定，且遠在將來，然如有欲侵害其繼承權之人，則繼承人即有請求確認其存在之利益，甚為顯然。」(大正五年七月七日續濱地方法院判決)

第二 繼承權為財產權乎身分權乎

繼承權為權利，已如上述，但究為財產權，抑為身分權，自來學說紛歧，尙未一致。(註三)我國學者亦有主張如承認「無形物權」之觀念，則繼承權應認為一種物權者。余則以為應認繼承權為一種身分權，而非應認其為物權或財產權。蓋在通常所謂財產權，不問其為債權或物權，係指與身分分離獨立為法律行為標的。

之權利，繼承權利非與身分分離獨立存在之權利，故不能謂其為物權或財產權。如謂財產權係以財產的價值為標的之權利，則遺產繼承似又為純然之財產權。實則不然，蓋以財產的價值為標的之權利，乃取得繼承權之結果，而非繼承權自身所具之性質，故余以為與其謂繼承權為財產權，毋寧謂其為身分權。若然，則繼承權乃以繼承人之特定身分為前提之權利，與具有父母身分者之親權，具有家長身分者之家長權，正屬相同。

(註三) 薩爾蓋德氏主張繼承權為財產權，薩威氏前編一〇頁參照。御川勝平氏主張繼承權為身分權，御川氏前編上卷九七頁參照。爾

本大正五年一月十七日橫濱地方法院判決亦認繼承權為身分權。

(註四) 羅仲錫氏即主此說，略謂「繼承權母兼具有物權的性質，如承認「無形物權」之觀念，則認其為一種物權，亦非全無理由。與國民

注蓋歐羅巴島第百三二條時：「取得 (in Besitz Nehmen) 遺產全部或對於全部之一定成就之排他的權利 (Ein Anwartschaftsrecht) 稱為繼承權。繼承權為物權 (Ein Dingrecht) 也。對於遺產遺產之任何大者其權利。」

云是矣。(羅氏前編四七頁)

第二款 繼承權之喪失

第一 概說

此之所謂繼承權之喪失，即通常所謂繼承之缺格 (Dishheritance, Ineligibility)。繼承之缺格者，因有缺格之原因事實，當然喪失繼承權利之謂也。就無繼承權之點言之，與所謂繼承能力相同，但亦有異，即無繼承能力，乃絕對的無繼承資格，例如法人及外國人無論對於何人皆不得為繼承人，反之缺格則屬相對的無繼承資格，即惟對於被繼承人有不德或不正之行為時喪失其繼承權，對於他人則無繼承權，則屬無礙。上述二者，各國法律

多不設區別，惟法國民法則顯有差異，即無繼承能力乃當然無繼承之資格，資格則須以判決認定之。(註二)

外國人有無繼承能力，我民法無明文規定，解釋上不無疑問。余以為繼承及遺產與我國之社會組織有密切關係，就法律精神言之，外國人既受遺贈能力，而無繼承能力，即能為受遺贈人，而不能為遺產繼承人。至法與無繼承能力，則甚顯然，何則？蓋繼承權乃屬於身分上之權利，自非自然人有之故也。(民法第二六條但書)。但在德國等國民法以遺贈認為繼承，則法人自不妨有繼承權。

第二 喪失繼承權之情事

關於繼承人之資格，各國法律多設有規定，我民法亦然。良以不問其為法定繼承人指定繼承人，如對於被繼承人或應繼承人而有不德，對於關於繼承之遺囑而有不正之行為，不但為人類道德所不許，且非予以一定制裁，不足以維持社會之安全，故除刑事上之制裁規定於刑法外，民事上即以喪失繼承權為其制裁之方法，使我民法第一一四五條，喪失繼承權之情事如左：(註三)

一 故意致被繼承人或應繼承人於死，或雖未致死因而受刑之宣告者

繼承人而有此種行為，或則在企圖繼承之早日實現，或則在圖謀遺產之非分繼承，可謂罪大惡極，於法於情均無可道，故我國舊律亦以其為「不准繼承」之原因。(註四)現行民法從之。茲就本款分析說明如左：

須為致死或未致死。此之所謂致死，非僅指「因而致死」而言，即刑法上之「殺害」及「意圖殺害」亦包含在內。又所謂致死，不限於繼承人本人直接之所為，即教唆他人為之，或幫助他人為之，亦應同視。故被繼承人或應繼承人於死，固足為喪失繼承權之原因，即雖未致死亦是。從而犯行之既遂未遂，亦與喪失

或云：繼承權無關推繼承人範圍，被繼承人應繼承人受死刑之宣告，而為宣告，是否喪失繼承權，則有爭論。依余之斷信，應取否定說，蓋宣告與死刑之關係，並無因果關係故也。（註四）

不若，須有殺死之故意。繼承人欲殺被繼承人於死，以出於故意者為限，如係出於過失，即不得為之。且未繼承權之原因，何謂故意過失，已詳前章中國民法遺傳編總論中述之，茲不贅。又故意殺死，與誤殺有別，如係出於誤殺，祇能謂有殺死之故意，而誤殺則有殺害被繼承人應繼承人之故意，尚不得為喪失繼承權之原因。但喪失繼承權，以有故意殺死被繼承人或應繼承人於死之故意為已足，縱係關與自殺，亦得為喪失繼承權之原因。

繼承人須受刑罰之宣告，此之所謂宣告刑罰之宣告，指諭知刑罰之判決業經確定者而言，苟僅受刑罰之指諭，尚未確定，尚不得為喪失繼承權之原因。但喪失繼承權，以諭知刑罰之判決業經確定為已足，且否受第二刑之宣告，則在所問。又據德意志判決，如係由於過失之誤殺，固不難依舊法或其他程序請求撤銷，然在未為撤銷以前，仍應喪失其繼承權。雖於此有二問題，即繼承人有受緩刑之宣告，而於緩刑期滿，緩刑之宣告又已撤銷，是否仍為喪失繼承權之原因？余以為是也。此種宣告刑法既明定「其刑之宣告失其效力」（刑

律第七十條），自以該宣告刑業經撤銷者，自對繼承人始無效力。而對宣告刑之撤銷，自以對宣告刑之撤銷為限。

丁、繼承人之客體須為被繼承人或其應繼承人。被繼承人或其應繼承人之親屬，苟非居於應繼承人之地位，即不得為喪失繼承權之原因。又此所謂應繼承人，指繼承人之先順序或同順序之繼承人而言，豈非先順

成或頂情之繼承人縱使殺害，尚不能謂其有圖謀遺產繼承之意思也。但依第一一四〇條居於代位繼承之地位者，如有本條第一款之情事，應否喪失繼承權，則屬疑問。余以為代位繼承人如屬繼承人，縱使他人之地位而為繼承，並非直接繼承被繼承人，從而於此問題，自以採取否定說為適當。

二 以詐欺或脅迫使被繼承人為關於繼承之遺囑，或使被繼承人廢止其遺囑者。其詳見前章其於一（一）

三 以詐欺或脅迫妨害被繼承人為關於繼承之遺囑，或妨害其撤銷或變更之者。其詳見前章其於一（二）

第二三兩款包含下列三種情事，如（一）以詐欺或脅迫使或妨害被繼承人為關於繼承之遺囑；（二）以詐欺或脅迫使或妨害被繼承人撤銷關於繼承之遺囑；（三）以詐欺或脅迫使或妨害被繼承人變更關於繼承之遺囑。

繼承之遺囑。就民法之以此等情事為喪失繼承權之原因者，蓋積極的強制被繼承人為關於繼承之遺囑，或消滅的妨害被繼承人為關於繼承之遺囑，殊有背於遺囑應以被繼承人之意思為基礎之旨趣也。其有無關於自願之遺囑或妨害其他繼承人權利之意圖，在所不論。但於此有應注意者，其（一）須為關於繼承之遺囑。

（二）非關於繼承之遺囑，例如指定監護人之遺囑等，縱使繼承人有何種不正之行為，亦不得為喪失繼承權之原因。但何者為關於繼承之遺囑，實際上頗難分辨，余意關於指定繼承人，或遺產繼承，或遺產分割，或遺產分割前之遺囑，固不在此限。關於繼承之遺囑，即其他遺囑而在發生繼承法上之效果者，如非發生子女之認領等，亦為關於繼承之遺囑。又此所謂遺囑，應以有效遺囑為限，如屬無效遺囑，例如對於無受遺囑能力人所為之遺囑，或不合法定方式之遺囑，以及違背公序良俗之遺囑，則無妨害之可能（參見前章第一三九條應經領事官證明之遺囑）。

定方式之遺囑，以及違背公序良俗之遺囑，則無妨害之可能（參見前章第一三九條應經領事官證明之遺囑）。

（三）應以有效遺囑為限，如屬無效遺囑，例如對於無受遺囑能力人所為之遺囑，或不合法定方式之遺囑，以及違背公序良俗之遺囑，則無妨害之可能（參見前章第一三九條應經領事官證明之遺囑）。

（四）應以有效遺囑為限，如屬無效遺囑，例如對於無受遺囑能力人所為之遺囑，或不合法定方式之遺囑，以及違背公序良俗之遺囑，則無妨害之可能（參見前章第一三九條應經領事官證明之遺囑）。

（五）應以有效遺囑為限，如屬無效遺囑，例如對於無受遺囑能力人所為之遺囑，或不合法定方式之遺囑，以及違背公序良俗之遺囑，則無妨害之可能（參見前章第一三九條應經領事官證明之遺囑）。

（六）應以有效遺囑為限，如屬無效遺囑，例如對於無受遺囑能力人所為之遺囑，或不合法定方式之遺囑，以及違背公序良俗之遺囑，則無妨害之可能（參見前章第一三九條應經領事官證明之遺囑）。

（七）應以有效遺囑為限，如屬無效遺囑，例如對於無受遺囑能力人所為之遺囑，或不合法定方式之遺囑，以及違背公序良俗之遺囑，則無妨害之可能（參見前章第一三九條應經領事官證明之遺囑）。

（八）應以有效遺囑為限，如屬無效遺囑，例如對於無受遺囑能力人所為之遺囑，或不合法定方式之遺囑，以及違背公序良俗之遺囑，則無妨害之可能（參見前章第一三九條應經領事官證明之遺囑）。

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

四 偽造、變造、隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者

本款有應注意者二：（一）須爲關於繼承之遺囑。此點已於上述，茲不贅。（二）須係偽造變造隱匿或湮滅。偽造，卽不法摹擬之謂。變造，卽就真正文書擅加變更之謂。隱匿，卽使人難於發見或不能發見之謂。湮滅，則包含甚廣，舉凡毀損滅失以及其他妨害證據效力之行爲皆屬之。我民法之以此等情事爲喪失繼承權之原因者，蓋因繼承人對於繼承遺囑而有不正之行爲也。其有無圖利自己或他人，或妨害其繼承人權利之圖，以及行使之意願與否，則非所問。（註六）

五 對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者。

本款有應注意者二：(一)須對於被繼承人有重大虐待或侮辱情事；侮辱，係毀損人格價值之行爲。虐待，則爲對於身體精神予以痛苦之行爲。侮辱虐待以重大爲必要。是否重大，應依繼承人與被繼承人社會上之地位、道德上之通念等決之。侮辱虐待，均爲不德行爲，與第一款之情事同，故我民法以其爲喪失繼承權之原因。(二)須經被繼承人表示其不得繼承表示，不以明示爲限，默示亦可。其以表示不得繼承爲必要者，蓋侮辱虐待是否重大，固應就當事人間社會上之地位及道德上之通念等決之，然如依被繼承人主觀之見解認爲並非重大，或雖認爲重大而甘願忍受，法律無須加以干涉故也。

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

(註二)關於喪失繼承權之原因，各國法律頗不相同，法國民法除我第一款外，以知被繼承人被殺害而不告發及隱匿被繼承人爲喪失繼承權之原因(法民第七二七條)。德國民法及瑞士民法與我民法大體相同，而尤以德國民法爲最詳(德民第二三三九條、瑞民第五四〇條)。日本民法以知被繼承人被殺害而不告發爲喪失繼承權之原因，但無我民法第五款之規定(日民第九六九條)。西班牙民法以遺棄子女、使子女賣淫或其他有害貞操之行爲，因與遺囑人之妻姦通被處刑罰等，爲喪失繼承權之原因(西民第

七五六條。葡萄牙民法以遺囑執行人辭任或撤退爲喪失繼承權之原因（葡民第一七八〇條）。奧國民法以廢除人遺囑或他從事破廉恥行爲人未經許可而爲移住人爲喪失繼承權之原因（奧民第五〇〇條）。

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

（註四）幫助他人致被繼承人於死是否爲喪失繼承權之原因，在日本學者間有肯定、否定二說。柳川、宮田兩氏主肯定說（柳川氏前掲上卷一七八頁宮田氏早稻田大學講義錄相續法二二頁）。島田氏主否定說（島田氏明治大學講義錄相續法四一頁）。本書從前說。既告被繼承人是否爲喪失繼承權之原因亦有肯定、否定二說。牧野氏主肯定說（牧野氏前掲四七頁）。柳川氏主否定說（柳川氏前掲上卷一七八頁）。本書從後說。

（註五）劉鍾英氏謂：「本款包括四種情事：（一）故意致被繼承人於死，（二）故意致廢繼人於死，（三）雖未致被繼承人於死而已受刑之宣告，（四）雖未致廢繼人於死而已受刑之宣告。關於一二兩種，祇須有致死之故意及被害人有因而致死之事實，卽爲構成，其致死之手段如何與曾否受刑之宣告，皆可不問。關於三四兩種，亦須有致死之故意，但被害人尙未因而致死，祇須已受刑之宣告，始能構成，若未受刑之宣告，則不能受本款之適用。」（劉氏前掲十五頁）實則致受刑之宣告一語，係遺囑故意致死及雖未致死二者而言，此就母法日民第九六九條第一款觀之，實無可疑。

（註六）劉鍾英氏謂：「凡爲此種行爲者，實際上無非以圖利自己或他人或妨害其他繼承人之權利爲目的，然法文上則並未揭明，且於偽造遺囑之遺囑，並不問其是否圖行行使，適用上殊易滋疑，鄙意爲此種行爲者，若並無目的，或就其偽造遺囑之遺囑無意行使，則僅屬一種嚴酷滑稽之行爲，不應認爲本款情事之構成。」（劉氏前掲十六頁）與本書見解有異。

（註七）外國法律亦多嚴宥恕之規定，例如德民第二三四三條意民第七二六條西民第七五七條瑞民第五四〇條是，但法國民法及日本民法則無明文規定。

（註八）關於此點，在日本學者間頗有爭執，柳川、島田、宮田諸氏與本書同一見解（柳川氏前掲上卷一八七頁島田氏前掲四九頁宮田氏前掲二九頁）。奧田氏則與本書見解相反（奧田氏民法相續法論八三頁）。劉鍾英氏亦謂須繼法說以親判宣告之，劉君謂：

「繼承權喪失與否關係至爲重大，須經法院以裁判宣告之，自不待言。惟此種裁判究適用通常訴訟程序，抑適用特別訴訟程序，（中略）現行修正民法律及現已公布尚未施行之民法，則並未將繼承事件列入特別訴訟程序中，查繼承法既專規定遺產繼承，並不涉及宗祧繼承之身分問題，即已無應行特別訴訟程序之理由矣。繼承權喪失與否之訴訟，自亦祇應適用通常訴訟程序。」

（劉氏前揭十六頁）

第三 喪失繼承權之效力

喪失繼承權之效力如何，我民法無明文規定，茲依據法理分下列三點述之如左：

一 對於繼承人身份上之效力

繼承人一有第一一四五條第一項各款之情事，即喪失其繼承權，換言之，即喪失其爲繼承人之地位。惟是否可以代位繼承，則各國法律不同，有設明文規定許其直系卑親屬爲代位繼承者，如瑞士民法、日本民法及奧國民法是（瑞民法第五四一條、日民法第九七四條、奧民法第五四一條）。有雖未設明文規定解釋上歸屬於其繼承人者，如德國民法是（德民法第二三四四條）。我民法則從前之立法例於第一一四〇條規定，第一一三八條所定第一順序之繼承人有於繼承開始前喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。其詳俟於次節代位繼承中述之，茲不贅。

二 對於繼承人財產上之效力

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

受之贈與，則不應因喪失繼承權而返還。蓋以其非由繼承之效力所取得故也。不過在我民法，受贈人有忘恩之行爲時，贈與人及其繼承人得撤銷其贈與，是不可以不注意耳（民法第四一六條、第四一七條）。至關於遺贈，我民法第一一八條已設有準用喪失繼承權之規定，於此場合，應剝奪其受遺贈之資格，自不待言。

三 對於第三人之效力

喪失繼承權之效力，因有第一一四五條第一項各款之事實當然發生，無待於法院以裁判宣告，已於前述。即使請求法院以裁判宣告，亦非於裁判確定之時發生效力，而係於前述各款情事發生之時發生效力。（註九）準此以解，則繼承人對於第三人所爲遺產之處分，自屬當然無效。如此解釋，對於善意第三人之保護，固不無遺憾，然此乃繼承無效當然之結果，苟非法律特設明文，吾人殊難解爲對於善意第三人無效力也。所謂法律特設明文，例如民法第七五八條及第五五九條所定不動產之讓與，以及第八〇一條所定動產之善意取得是。

（註九）奧田氏謂：「關於缺格，於法院宣告以前，視爲繼承人，縱其繼承權被除斥，然不生溯及既往之效力，故於缺格裁判宣告前，就遺產已爲承諾之權利，依然保有其效力。」（奧田氏揭八四頁）殊非正解，日本大審院判決及柳川、宮田兩氏與本書見解相同（大正三年十二月一日日本大審院判決柳川氏前揭上卷一九二頁、宮田氏前揭二九頁）。羅仲銘氏則謂：「對於第三人之效力，以從裁判宣告後發生爲合於實際之需要，但若第三人明知繼承權喪失之原因事實者，則不在此限。」（羅氏前揭五七頁）蓋又置置善哉第三人之保護也。

第三款 繼承權之回復

第一 概說

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

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

第二 繼承回復請求權之性質

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

主張之，其訴之性質如何，頗有爭論。依余所信，此項訴訟應解為給付之訴，而非確認之訴或形成之訴。（註三）又雖為給付之訴，然非數個獨立給付之訴之併合，而為單一給付之請求，其標的在於包括的一體。

（註二）關於此點，學者之意見頗不一致，有謂繼承回復請求權為請求確認繼承資格之人的請求權者，有謂此權利為請求回復繼承標的之物的請求權者，亦有謂應視其請求之事項如何或為人的請求權，或為物的請求權者。此等學說，皆由於誤認繼承回復請求權為人的請求權與物的請求權集合之所致，殊不足採。

（註三）同說，柳川氏前掲上卷一二九頁，牧野氏前掲九二頁，仁井田氏前掲三九四頁，宮田氏前掲八二頁，反對說，穗積氏前掲一八頁，日本法律新聞五〇五號東京控訴院民事第三庭判決。

第三 請求權人及其相對人

一 請求權人

依我民法第一一四六條第一項規定，請求權人為被害人及其法定代理人：（一）被害人：此所謂被害人，即在繼承順位之繼承人，其非在於繼承順位之繼承人，則無此權。此請求權，乃被害人基於自己固有之權利主張之，而非主張被繼承人之權利，此理至明，無待深論。又此請求權，乃專屬於繼承人一身之權利，如被害人未主張其權利而死亡，其繼承人不得繼承其權利，在訴訟進行中死亡者亦然。但被害人之繼承人不妨本於繼承關係，對表見繼承人主張其權利。（二）被害人：法定代理人，被害人如為無行為能力人或胎兒，其回復繼承之請求，由法定代理人為之。法定代理人之行使其權利，乃依法定代理人之資格為之，而非基於法定代理人自己之權利，此與未成年人之非婚生子女，其法定代理人基於其資格為認領之請求同（民法第一〇

六七條)

二 請求權之相對人

何者爲請求權之相對人即被請求人，我民法無明文規定，依余所信，自應以與繼承人爭執繼承資格之表見繼承人爲請求權之相對人。其由表見繼承人取得遺產權利之第三人，不能謂爲請求權之相對人，何則，蓋因其非與繼承人爭執繼承資格故也。(註四)依此理由，其惟就標的物不屬於遺產發生爭執者，以依一般規定提起所有權回復之訴爲已足，亦不得以其爲請求權之相對人。

(註四)仁井田氏與本齊同一見解，略謂：「正當繼承人於欲回復其財產時，不得對於由表見繼承人取得遺產權利之第三人主張繼承回復請求權，此時以本於自己已取得遺產之事實，主張表見繼承人所爲之處分無效爲已足。」(仁井田氏前掲三九五頁)柳川、島田、兩氏則與本齊見解相反(柳川氏前掲上卷一三三頁、島田氏前掲二五〇頁)。

第四 繼承回復請求權之效力

繼承回復請求權之效力如何，我民法無明文規定，茲依據法理，分下列二點述之如左：

一 對於表見繼承人之效力

繼承權之回復，係回復未被侵害時之權利狀態，表見繼承人因繼承取得之遺產應行返還，並應返還其孳息。如表見繼承人不能返還，則應依不當得利之規定，以定其義務。此等之點，德國民法第二〇二〇條、第二〇二一條設有明文規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。

二 對於第三人之效力

繼承權之回復，其對於第三人之效力如何，學者間頗有爭論。有謂應區別第三人之爲善意惡意，如爲善意，則對於將來發生效力，如爲惡意，則溯及既往發生效力者。有謂應區別其行爲之爲有償無償，如爲有償，則屬有效，如爲無償，則屬無效者。（註五）依余所信，應與前述喪失繼承權時同，表見繼承人之處分行爲，除法律設有特別規定外，應認其爲無效。（註六）其爲有償無償，與夫第三人之爲善意惡意，均非所關。但如因死亡宣告表見繼承人爲繼承人時，則應適用民事訴訟法第六三六條之規定。

（註五）劉鍾英氏即區別善意惡意以定效力，其說明有三：「蓋加害之事實如爲第三人所不知，則第三人所取得之權利出於善意，不應使其喪不測之損害。反是，若第三人明知加害之事實，或共謀加害，則其取得權利，顯係惡意，自不應受法律之保護也。」（劉氏前揭十
九頁）川名氏則依處分行爲之有償無償以定效力，略謂：「其行爲爲有償時，爲有效。蓋表見繼承人非被繼承人之財產主體，有償處
分其財產，乃以他人之權利爲行爲之標的，故依民法第五五九條第五六〇條之規定，其行爲爲有效。表見繼承人負擔取得其權利
移轉於相對人之義務。反之，如其行爲爲無償，則無效。」（法典質疑問答第四編相續一三〇頁川名氏之解答）

（註六）羅仲銘氏亦與本書之見解有異，略謂：「在交易頻繁之今日，保護財產動態的安全之必要，實在保護其靜態的安全之上，如侵害繼
承權之事實爲第三人所不知，即其權利之取得出於善意，而亦認爲無效，使其蒙不測之損害，殊非交易安全之道。故對於第三人
效力，應以不溯及既往爲原則，但若第三人爲惡意時，則其不受法律之保護，自不待言。」（羅氏前揭六一頁）范錫氏與本書見解
相同（范氏前揭七八頁）

第五 繼承回復請求權之時效

繼承人於繼承權被侵害時，得請求回復固矣，然如久不行使其權利，則權利狀態永不确定，殊有害於交易之安

全，故我民法特於第一一四六條第二項設有短期消滅時效之規定，茲述如左：（註七）

一 時效期間

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

二 時效期間之起算

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

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

第五節 代位繼承

第一 概說

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

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

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

知矣。」（羅氏前揭六二頁）范錫氏之見解與羅氏同（范氏前揭四四頁）。

（註三）范錫氏對於司法院解釋有所批評，略謂：「已嫁女子若於繼承開始前死亡或失權者，其所應繼承遺產，得由其子女代位繼承，自無得論。然司法院近復爲偏枯解釋，謂已嫁女子死亡時，依當時之法律實無繼承權，則其繼承開始時之法律雖許女子有繼承權，而已死亡之女子，究無從享受此權利，其直系卑親屬自不得代位繼承。代爲繼承乃法定之結果，而非代表人權利而爲繼承，已如在述。司法院之解釋，竟未貫徹男女平等之原則，論者非之。」（范氏前揭四五頁）

第二 代位繼承之要件

一 代位繼承之事由須爲死亡或失權

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

二 死亡或失權須在繼承開始前

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

承人往以後，而其效力解釋上，則應溯及於繼承開始時發生，故其備代位繼承人，須要係原繼承人，即應視
為繼承人，而由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。
nolesianant () 代位繼承人而繼承其應繼分

三 被代位繼承人須為被繼承人之直系血親卑親屬

此就我民法第1141條「第一一三八條所定第一順序之繼承人」云云觀之，從可知被代位繼承人須
為被繼承人之直系血親卑親屬，被繼承人之其他繼承人，則無本條之適用，但被代位繼承人，以被繼承人之
直系血親卑親屬為限，其代位繼承人，則無限制之故，如被繼承人之直系血親卑親屬，其應繼分，因繼承人
位繼承其應繼分，曾孫亦在直系血親卑親屬範圍內，則其曾孫，亦得繼承其應繼分，不過此種繼承，係屬特種繼承，其有特
位繼承其應繼分，曾孫亦在直系血親卑親屬範圍內，則其曾孫，亦得繼承其應繼分，不過此種繼承，係屬特種繼承，其有特

四 代位繼承人須為死亡或失權者之直系血親卑親屬

此點為我民法所規定，苟非被代位繼承人之直系血親卑親屬，即無代位繼承之權，雖然依民法規定，嗣子
繼承順序並不屬於直系血親卑親屬，為第1141條所規定，直系血親卑親屬，其應繼分，因繼承人
此種立法是否適當，實屬疑問。余以為應以消極說為是。此因繼承權之有無，應依繼承開
失權當時，係屬生存，至於其間，積消極，積極兩說，余以為應以消極說為是。此因繼承權之有無，應依繼承開
繼承時而決定，代位繼承人，其有無，亦應依繼承開始時之狀態，故代位繼承人，其有無，亦應依繼承開始時之狀態，
不取於其直系血親卑親屬，或失權當時生存為必要。一至此，則代位繼承人，其有無，亦應依繼承開始時之狀態，
如其備上述四種之要件，則得位繼承人，即代位繼承人，其有無，亦應依繼承開始時之狀態，

而非備代位繼承人而定。換言之，即應繼分之多數係依據繼承而定，而非依頭數而定。故如被代位繼承人之應繼分爲遺產五分之一，代位繼承人雖有數人，亦祇能繼承其三分之一。至此數人之代位繼承人應依何種標準定其應繼分，外國法律有說明文規定者（**國民律**一〇〇五條參照），我民法無之，解釋上自應依據上列原則，及第二二四三條第二項以定其應繼分。

茲將之法國與德法以死遺願繼承之本理由，要舉如下：
（一）繼承人係已先繼承遺產者死亡，其遺產亦應歸於繼承人，此即所謂遺產之有繼承人。如繼承人有數人，則繼承人應依其繼承人應得之份，分得遺產。此即所謂繼承之共同。如繼承人有數人，則繼承人應依其繼承人應得之份，分得遺產。此即所謂繼承之共同。
（二）繼承人係已先繼承遺產者死亡，其遺產亦應歸於繼承人，此即所謂遺產之有繼承人。如繼承人有數人，則繼承人應依其繼承人應得之份，分得遺產。此即所謂繼承之共同。如繼承人有數人，則繼承人應依其繼承人應得之份，分得遺產。此即所謂繼承之共同。

此種理由，均屬成立。蓋就前者言之，繼承人既已先繼承遺產，則其地位即屬空虛，自有由代位繼承人進占其地位之可能。就後者言之，被代位繼承人死亡既許代位繼承人代位行使其權利，乃被代位繼承人失權，則不許代位行使其權利，未免不能貫徹故亦以爲代位繼承人應繼承不外法律所擬設的一種權稱，僅限於被代位繼承人死亡始得代位繼承，殊非正當。

第三 代位繼承與轉繼承

代位繼承與轉繼承不可相混。轉繼承 (Transmission) 乃因繼承繼承人，而繼承被繼承人，即在被繼承人死後，其繼承人亦死亡，其繼承人應得之遺產，由其繼承人繼承之。此種情形，即爲轉繼承。代位繼承則係指繼承人先於被繼承人死亡，其應得之遺產，由被繼承人之直系血親卑親繼承之。此種情形，即爲代位繼承。

被繼承人反之在代位繼承乃繼承人於繼承開始前死亡或失權未嘗繼承被繼承人而由其直系血親卑親屬代理繼承其應繼分。

第三章 遺產之繼承

第一節 繼承之效力

第一款 繼承之開始

第一 繼承開始之原因

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

實問題，如有疑問，應由法院斟酌目觀者之證言，醫生之鑑定，及其他各種證據，按其心證，自由定之。其鑑定，是記與否在所不問（戶籍法第八〇條）（二）宣告死亡依我民法第八條規定失蹤人失蹤滿一定年限後，法院得因利害關係人之聲請為死亡之宣告，又依第九條第一項規定，受死亡之宣告者，以判決內所確定之時推定為死亡。準是則宣告死亡得為繼承開始之源頭，殆無疑義。惟其難於救民事，故法第六百零一條撤銷其死亡宣告時，因死亡宣告而為之繼承人者，自不免於同法第六三六條之返還責任耳。此外，在歐洲古代法律有所謂準死（*Mors Civile*）與死亡有同一之效力（註三），此種制度為我國法律所不採用，其不能為繼承開始之原因是不待言。又出家為僧是否為繼承開始之原因，頗屬疑問。依余所信，應為否定之解答，即不能謂出家為僧即當然為繼承開始之原因（註三）。

（註一）關於民法第十七條所定「二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定為同時死亡」之規定，固屬妥當。蓋同時死亡者，為夫一妻一子，其生存者僅有一父子，其餘別無親屬。此時妻未能繼承夫之遺產，妻父無從繼承，子未能繼承父之遺產，子之妻亦無從繼承。若妻親所有遺產，收入歸妻而任繼承之父子，妻親亦無從繼承。夫之遺產，亦無從繼承。此種情形，實屬絕無。故其規定，實屬妥當。其規定，實屬妥當。其規定，實屬妥當。

（註二）準死，即因犯罪而被處死刑者，法律上與死亡同視。除維持其性所應盡之權利外，禁止其繼承財產。此種制度，固屬妥當。蓋其規定，實屬妥當。其規定，實屬妥當。其規定，實屬妥當。

（註三）前大理院有一相反之判例，謂「按現行律例，宣告死亡，應有明文，禁止而於宣告後，其俗家可否為之立後一層，並無何項規定，又據承繼之開始，本不限於死亡，如被繼承人之行跡長久不明，或於法律上得認為脫離家族關係時，除有特別法令外，均應認為開始繼承之事由。所有被繼承人之繼承關係，當然開始繼承，而出家為僧，即為法律上脫離家族關係之一原因，其俗家之得為繼承人，固屬妥當。其規定，實屬妥當。其規定，實屬妥當。

（註四）關於繼承開始之原因，固屬妥當。其規定，實屬妥當。其規定，實屬妥當。其規定，實屬妥當。

（註五）關於繼承開始之原因，固屬妥當。其規定，實屬妥當。其規定，實屬妥當。其規定，實屬妥當。

立憲自條理上當然之結果」(七年以上第一二二二號判例)。

第二 繼承開始之時期

關於繼承開始之時期，我民法別無明文規定，願依第一一四七條及第九條第一項以為解釋。在自然死亡應以被繼承人心臟停止鼓動之時起，在宣告死亡應以判決內所確定之時起，為繼承開始之時期。蓋繼承權之發生，此以解，則父母於其生存之際，縱分析其財產之全部或一部，使其子女各別取得其分析部分之所有權或利益，尚難謂其為遺產之繼承。依同理，被繼承人如已死亡，其遺產縱未分析，而於被繼承人死亡後取得遺產繼承權之人亦難主張其權利，則蓋遺產繼承不始於遺產分析之日，而始於被繼承人自然死亡或宣告死亡之日。故也(註四)。

確定繼承開始之時期，其實益尚不僅此。他如(一)確定繼承能力之有無，(二)計算回復請求權之時期(民法第一一四六條)，(三)確定繼承標的之範圍(民法第一一四七條)，(四)確定遺產繼承之標準(民法第一一五六條)與夫(五)算定應繼分及特留分等(民法第一一七三條)之法律關係，皆其顯著者也。以上各點，俟於各相當場合述之，茲不贅。

(註四) 司法院院字第二八六號解釋謂：「繼承開始之時期，應依民法第一一四七條及第九條第一項之規定，以被繼承人自然死亡或宣告死亡之時起，為繼承開始之時期。其財產繼承人，應於被繼承人自然死亡或宣告死亡之時起，取得遺產繼承權。其遺產繼承人，應於被繼承人自然死亡或宣告死亡之時起，取得遺產繼承權。其遺產繼承人，應於被繼承人自然死亡或宣告死亡之時起，取得遺產繼承權。」

第三 繼承開始之處所

關於繼承開始之處所，外國法律有明定其於被繼承人之住所開始者(如德國第九條)，亦有明定其於被繼承人最後居所開始者(如日本第九條)，亦有明定其於被繼承人最後居所開始者(如法國第九條)，亦有明定其於被繼承人最後居所開始者(如德國第九條)。

第五三八條) 我民法無明文規定，除以為解釋上應屬相同。訶則，應以被繼承人之住所為繼承開始之場所。以於調查被繼承人之遺產關係為便利也。至關於遺產繼承之訴訟，我舊民事訴訟法並未規定特別審判籍現行民事訴訟法則從民事訴訟條例(民法訴訟條例第六八九條參照)於第一八條第一項明定：「得由繼承開始時被繼承人住所之地法院管轄。」此種立法精神，允當也。

第二款 繼承之標的

第一 各國立法例

關於繼承之標的，各國所採之立法例不同，茲分三層述之如左：

一 遺產繼承與身分繼承

我國古時因遺囑遺產之繼承，不與身分異其範圍，即遺囑遺產(英法籍 Follower 繼承之標的，究為遺產，抑為身分，各國法律頗不一致，在以家族為組織單位之國家，採復本位制，一面以戶主之身分為繼承之標的，一面以遺產為繼承之標的，反之在以個人為組織單位之國家，則採單本位制，惟以遺產為繼承之標的，無復所謂身分之繼承。兩者雖本民法探之，後者則為各國法律之所同。我國舊律與日本民法相似(註一)，現行民法則改從各國通行之立法例。

二 積極遺產與消極遺產

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

陸諸國所採之立法例我國舊律及現行民法則皆從前者，即所謂繼承之標的為權利義務包括的一體（*Universality*）者是也（註二）。

三 差別移轉與非差別移轉

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

甲 自然財產

(A) 動產與不動產 英國法律即因遺產之為動產不動產而異其歸屬，即在動產（*英法稱 Personal Property*）不因繼承人有所區別，不動產（*英法稱 Real Property*）則必為被繼承人之嫡長（*Primogeniture*）男子所繼承。德國民法施行法亦以不動產之繼承為長子之特權。

(B) 宅地與耕地 古代日耳曼法即因宅地與耕地而異其歸屬，斯干底拉維亞法制亦有此區別，近惟芬蘭於夫妻財產共同制採用之日本古代亦然，即家產田宅為家督之子所繼承，此外之物，則總領之子繼承十分之七，其他之子繼承十分之三。

乙 人為財產

(A) 采邑與家產 (a) 采邑 (Fief) 即君主對於重臣與之封地，古代則再繼後級古代諸國均以

采邑之繼承人，其繼承人亦為其子。中世紀之長子權，即源於此。英國分采邑為單純采邑 (Socage) 與世襲采邑 (Knight's Fee)。前者屬於嫡長男子之權利，後者則為其家所世襲。此種土地占英格蘭及蘇格蘭總面積之三分之一 (Rodney, P. 286)。(b) 此之所謂家產，有世襲財產 (Majorat) 與採邑 (Homage) 之別。世襲財產，乃依法律規定，以某種財產為其子孫所世襲。繼承人不得處分此項財產。且不得於一定限度以外負擔何種之債務。此制起源於西班牙、意大利、奧大利及德意志。從之，日本現亦採取此制 (華族世襲財產法參照)。採邑家產則為美國創始之制度，即依法律規定，以某種財產為一家庭之財產，非得配偶之同意，不得讓與或設定負擔，且不得為強制執行之標的。除美國外，如奧大利、塞爾維亞、羅馬尼亞及英領東印度均採取此制。瑞士民法亦有近似此制之家族不可侵地 (Allerheiligensfamilie) 之規定 (註三)。

(B) 繼承財產與獲得財產 繼承財產 (Hereditas) 乃被繼承人由其被繼承人繼承而獲之財產。其由於父系傳來者為父系財產，由於母系傳來者為母系財產。獲得財產 (Acquats) 則係被繼承人以其自己之勞力及其他以自己之名義取得之遺產。近代法律之因財產由來不同而異其歸屬，動輒以 Neufchâtel 及 Colathone 兩州繼承遺產之屬於父系者，歸屬於父系之卑親屬，屬於母系者，歸屬於母系之卑親屬獲得財產，則依法定順序以定其歸屬。又如俄國舊法，被繼承人無直系卑親屬時，其繼承財產之屬於父系者，歸屬於父系之旁系親屬；屬於母系者，歸屬於母系之旁系親屬。獲得財產之繼承，則

屬於父系男女之旁系親屬之特權

(註一)關於此點前大法院判例可資參照三年上字第二二九九號判例：「宗祧承繼與遺產承繼是否分屬二現行法律雖未規定，然自立嗣後即生子其家產與原立子均分及養男有情得酌給財產等條觀之，則立法之意，宗祧承繼非必即繼承遺產，宗祧承繼可與見。故依理論上之解釋，宗祧承繼開辦之時，如較承繼人或其他有擇繼權之人對於遺產無特別意思表示，自應由受繼人即承繼遺產之全部，如有特別意思表示者，則除與令抵觸外仍應從其意思」。

(註二)前大法院三年上字第二六九號判例：「既為承受遺產之人，則遺產人所有未經清償之債務自應歸其負擔。又前大法院三年上字第二〇五號解釋：「女子不諭已嫁未嫁既有財產繼承權，則其父母所負之債務於其遺產不足抵償而未為限定之遺產時，應與其兄弟負連帶責任。若其父母別無其他子女時，即應由其個人獨任償還之責」。

(註三)家產制度由另一方面言之，實為維持家族制度不可缺少之經濟要件，我現行民法既於親屬關係特設關於家產之規定，關於家產規避應付酌量變賣未嘗——法律評論第三五八期拙著家產法私案參照。

第二 我民法之規定

依我民法第一一四八條規定一繼承人自繼承開始時除本法另有規定外承受被繼承人財產上之一切權利義務。但權利義務專屬於被繼承人本身者不在此限。茲分析說明如左：

一 繼承人原則上承受被繼承人財產上之一切權利義務

此就我民法規定一除本法另有規定外承受被繼承人財產上之一切權利義務而自明所繼承之財產上之一切權利義務其有二：一即我民法之所謂繼承，僅在承受被繼承人之遺產而與被繼承人之身分無關，此其一。我民法之所謂繼承，乃以被繼承人之權利義務為包括的一體，非如英國法律僅承受被繼承

第三 繼承之問題

人之權利而不承受其義務，亦非如少數國法制依財產之性質或由來之不同而異其歸屬，此其二。顧所謂被

明誠由夏禮始也（詳見前卷第十一頁）

繼承人財產上之權利義務，係指被繼承人私法上之權利義務而言。我民法雖未明言，但民法既係規定關

於私法的法律關係，是以私法關係為其範圍。若屬公法關係，如遺囑繼承，則不在此限。

於私法的法律關係，是以私法關係為其範圍。若屬公法關係，如遺囑繼承，則不在此限。

規定，即應由繼承人承受，是為當然。耳及所謂繼承人財產上之權利義務，亦指私法上之權利義務而言。

限，即被繼承人如係生存，依法尚應歸屬於被繼承人之權利義務，亦應為繼承人所繼承。例如被繼承人生前

無決不認其已繫屬於法院者，應由繼承人承受（民法第六八條）其明證也。至所謂包括的繼承，係指

提起之訴訟，其已繫屬於法院者，應由繼承人承受（民法第六八條）其明證也。至所謂包括的繼承，係指

屬屬則如法律另有規定，則屬例外。所謂法律另有規定，例如我民法第一一五四條關於限定繼承之規定，及

第一一七四條關於拋棄繼承之規定，是其詳。俟於次款述之，茲不贅。

第一 財產上之權利義務，專屬於被繼承人本身者，仍不得繼承。

第二 繼承人自繼承開始時，即應以被繼承人財產上之一切權利義務為限，但依我民法第一一四八條，但查其專屬於被繼承人

本身之財產上權利義務，仍不得繼承。何者？專屬於被繼承人本身之財產上權利義務，應依權利義務之性

質及被繼承人之意思決之。被繼承人所有之財產上之權利義務，其為專屬於被繼承人本身之權利義務，無論

矣。即被繼承人財產上之權利義務，例如依債權契約委任契約及合夥契約而生之權利義務，亦為專屬於被

繼承人本身之權利義務。良以是等之權利義務，與被繼承人之人格相為終始故也。惟關於被繼承人之

義務，有應注意者：二繼承人所承受之義務，以在被繼承人生前所發生之義務為限。其因被繼承人死亡而生

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

之義務，不在繼承範圍之內。例如被繼承人遺留債務，其因被繼承人死亡而生之義務，不在繼承範圍之內。

左列各種之權利義務，應否爲繼承之標的，學說上頗有爭論，茲就鄙見解答如左。

一 被繼承人之屍體及遺骨

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

二 占有

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

三 無體財產權

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

四 慰撫金請求權

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

五 完納罰金之義務

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

（註八）。

（註五）同說富井氏民法原論一卷二六六頁，平沼氏民法總論三八〇頁，中島氏民法釋義一卷三六七頁，京都法學會雜誌五卷八號市村光憲氏論文，學說柳川氏日本相續法註釋上卷四三〇頁，川名氏日本民法總論一三四頁，松岡氏民法論總則三四九頁，法典實錄民法總則之部二〇九頁仁井田氏解答。

（註六）同說大正四年十二月二十八日大審院民事第二庭判決，松岡氏民法論總則二二八頁，異說明治三十九年四月十六日大審院民事第二庭判決，柳川氏日本相續法註釋上卷四三〇頁，仁井田氏親族法相續法論四三九頁，法律評論五卷一號橫田秀雄氏論文。

（註七）依我民法第一九四條規定，不法侵害他人致死者，被害人之父母子女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。本條規定乃其固有權利，而與此之所謂繼承於被繼承人者無關，此時其繼承人得爲二重之請求，自不待言。

（註八）德國刑法第三十條規定，宣告罰金刑之判決，非於被告人死亡前確定時，不得對於繼承人徵收之。奧大利民法第五四八條亦明定罰金刑確定時，應由繼承人負擔之。日本法律無明文規定，明治四十五年五月十四日大審院刑事第一庭判決與德、奧法律取調

第三款 繼承之費用

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

第一 關於繼承之費用

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

第二 原則上由遺產負擔

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

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

第四款 繼承之共同

第一 遺產之共同共有

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

承人對於遺產全部爲公同共有。』(德民第二〇三二條第一項、瑞民第六〇二條第一項、日民第一〇〇二條) (註一) 此之所謂公同共有，即我民法第八二七條第一項所謂依法律規定成一公同關係之數人，基於其公同關係而共有一物是。其詳已於拙著中國民法物權精義中述之，茲不贅。又所謂公同共有，係包含全部遺產而言，非指各個財產之公同共有，我民法明示『對遺產全部爲公同共有』，即此意也。惟既爲公同共有，除本法另有規定外，應適用民法第八二七條第八二八條及第八三一一條等關於公同共有之規定，自不待言。

(註二) 劉鍾英氏對於民法第一一五一條有所批評，略謂：『認遺產爲公同共有，足使各繼承人之權利及於遺產全部，且使各繼承人不得自由處分其應繼分，並不得於公同關係存續中請求分割，俾存遺添之點觀察，洵不爲無利，惟有時使個人生活陷於困難，社會經濟失其活動，亦不得謂爲毫無流弊。』(劉氏前揭二四頁) 余則以爲我民法雖一面規定爲公同共有，一面於第一一六四條明定繼承人得隨時請求遺產之分割，劉氏此說未足以爲民法第一一五一條之非難。

第二 公同共有遺產之管理

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

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

（註二）范揚氏主張，於此場合，得由家長管理，略謂：「推本條法意，首為分割前暫時管理情形而設，其遺產由兄弟數人繼承，若兄弟俟舊共財共居未定分析之期限者，則家務全體且為家長之所管理（第一二二五條、第一二二六條），若在家長權範圍以內，即就公同共有

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規定者，某限度內，得由為家長者管理之」（范氏前揭八六頁）

（註三）同一管理字樣就我民法解釋，其範圍廣狹，頗不相同。範圍最廣者，如無因管理之管理，此之所謂管理，包含處分行為在內（拙著中國債法總論一〇九頁參照）。範圍較狹者，如聯合財產之管理，此之所為管理，兼指利用行為、保存行為、改良行為，但處分行為不包

含在內，通常所謂管理，即指此種管理而言（拙著中國婚姻法論二〇八頁參照）。最狹義之管理，則為共有財產之管理，此之所謂管理，（嚴格言之，應稱為保管，我民法亦常用保管字樣，例如第五八九條是），不但未包含處分行為在內，即改良行為亦受有限制

（拙著中國民法物權精義五〇頁參照）。

第三 各繼承人對於債務之責任

一 外部關係

繼承人有數人時，對於被繼承人所負之責任如何，各國法律不同，約言之，有下列三種之立法例：（一）分擔

責任主義：即各繼承人對於被繼承人之債務按其應繼分負擔清償責任主義，採此主義者，為法國民法（第

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

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

二 內部關係

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

(註四)前大理院四年上字第一二二號判例：「發生存時所負之債務，應由其子償還，惟其子之全體，在未分析財產以前，自可對於其管理家務之子主張，若在已分析以後，不能令一子全負責償之責。」

(註五)劉鑑英氏說明我民法第一一五三條第一項採連帶責任主義之理由曰：「各國繼承法，均認繼承人自有財產分離之制，詐被繼承人之債權人及受遺贈人有分離遺產請求權，蓋因被繼承人之權利義務，自其繼承開始時移轉於繼承人，即與繼承人自有之權利義務居於混合狀態，倘繼承人自有之財產不足清償所負債務，而繼承人自有財產，亦因被繼承人自有財產分離繼承人之債權人自不能受滿足清償之嘆，故許其有分離遺產請求權。今本法已不採此制，則債權人利益計，使各繼承人負連帶責任，洵屬有關必要也。」(劉氏前揭二五頁)

(註六)郝憲章氏批評我民法第一一五三條第一項採連帶責任主義之不當曰：「我民法繼承法，亦採連帶主義，實屬失當。蓋因被繼承人之死亡而致債權人之債權發生危險，本在意料之中，法無特別保護之必要，且近代法律以保護弱者為主旨，而繼承人買立於弱者地位，應加保護也。」(郝氏前揭三一頁)

第五款 遺產之酌給

我民法第一一四九條規定：「被繼承人生前繼續扶養之人，應由親屬會議依其所受扶養之程度及其他關係酌給遺產。」本條係大體從蘇俄民法第四一八條而設之規定，頗有社會的意義，較之德瑞民法不可謂非進步之立法例。(註一)茲分析說明如左：

第一 應受酌給之人

我國舊律，關於酌給遺產，亦有其例，即所謂：「義男女婿為所後之親喜悅者，(中略)仍酌分給財產」是也。(現行律戶役門立嫡子違法條例參照)前大理院判例依此條例類推解釋，認為親女為父母所喜悅者，亦得酌給

遺產。(註二)今者養子親女均有遺產繼承權，已不成問題，如酌給財產僅限於女婿，未免過狹，故我民法擴張其意，凡被繼承人生前繼續扶養之人，皆爲應受遺產酌給之人。扶養卽贍養之義，通說多從扶養二字着眼，謂須被繼承人依法負有扶養義務之人，始爲應受遺產酌給之人者。(註三)其說殊難贊同。何則，蓋如取此狹義解釋，則不但不足以充分發揮本條之社會的意義，且若如通說所云，則我民法應定爲「被繼承人生前依法扶養之人」，而不必明定爲「被繼承人生前繼續扶養之人」，本條立法確係從蘇俄民法而來，其與俄民不同者，不過改「一年以上」爲「繼續」而已。如謂從寬解釋足以發生流弊，余意不妨從繼續二字着眼，以爲補救，初無慮其「將使被繼承人生前戶外掛識之人，亦得用爲爭給遺產之具」(引范著語)或「過於優待貧窮戚友或疏遠族人」(引羅著語)也。此外，在蘇俄民法尙以不能維持生活且無謀生能力爲必要，我則無此限制，自難爲同一之解釋。至我民法之所以以被繼承人生前繼續扶養之人爲應受遺產酌給之人者，蓋因被繼承人與被扶養之人，多有相當之情誼，乃被繼承人一旦死亡，卽令其失所憑依，不但與被繼承人之意思不合，與我國養老卹貧之醇風美俗亦屬相背故也。

(註一)在德國民法僅對於同居家屬與以三十日之內之衣食供給權，如德民第一九六九條第一項規定：「繼承人對於在被繼承人死亡當時，與其同居且受衣食住供給之家屬，須於繼承開始後三十日之內，與被繼承人供給者同一範圍，承諾衣食之供給，住家及家財之使用，但被繼承人得以終意處分，爲與此相異之指示」。德民第六〇六條大致相同。

(註二)前大理院三年上字第六六九號判例：「現行律載義男女婿爲所後之親喜悅者，聽其相爲依倚，不許繼子並本生父母用計逼逐，仍酌分給財產等語，是義男女婿爲所後之親喜悅猶許酌分財產，則依當然類推之解釋，親女婿爲親所喜悅，應酌分財產，毫無疑義」。

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

（註三）我國學者劉鑣英、羅仲銘及范揚諸氏均主此說，劉著謂「本條所謂繼續扶養之人，須被繼承人對其在法律上更有扶養義務者方是」，范著且列舉四種理由，以爲證明（劉氏前揭二二頁，范氏前揭八九頁）。羅著則謂：「民法第一一四九條之規定，蓋爲此等（按即指家長家屬及與其同居之配偶父母子婦及女婿）雖於被繼承人生前繼續受其扶養而依法無繼承權，或因繼承順序在後而未得繼承之人而設」（羅氏前揭七七頁）。

第二 酌給權之行使

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

第三 酌給之標準

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

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

(註四)前大理院七年上字第六一一號判例：「我男女婿爲所役之親多性者照例本有分受遺產之權惟須較少於應分人數均分之額」。
又三年上字第六六九號判例四年上字第一五三四號判例七年上字第二八三四號判例參照。羅仲銘氏亦主此說(羅氏前揭七九頁)。

(註五)前大理院八年上字第七〇五號判例：「酌給養子財產於不害親子繼承財產之限度內養親原有繼承之自由(中略)若養親生前並未表示其酌給之準據由審判衙門酌定數額時則應究明遺產總數若干酌酌其養親喜悅之程度於不害親子應繼財產之限度內以爲判斷」。

第二節 限定之繼承

第一款 概說

第一 繼承人之選擇權

繼承一旦開始非專屬於被繼承人本身之財產上權利義務固應當然移轉於繼承人但繼承人對於此項權利義務是否無條件承受則有問題。關於此點自來有日耳曼法主義及羅馬法主義之不同即在日耳曼法主義爲無條件承受反之在羅馬法主義則以繼承人之承認爲必要。此二者均失之偏故在近世一般立法則以關於繼承之權利與其他之權利同不能強人以取得關於繼承之義務原與其權利相對待既許拋棄其權利亦無妨礙

令負擔其義務之理由。是即所謂繼承人之選擇權。雖然，此種選擇權之範圍如何，各國法律尚非一致，有認單純承認限定承認及拋棄繼承者，如日本民法是。有認單純承認及拋棄繼承而不認限定承認，但許對於遺產聲請宣告破產以限制其債務之負擔者，如德國民法是（第一九七五條）。有不認限定承認但許請求為公之清算（*Amicable Liquidation*）以限制其債務之負擔，即依公之清算之承認者，如瑞士民法是（第五九三條、第五九四條）。亦有不認限定承認，但許編製遺產清冊以限制其債務之負擔，即依遺產清冊之承認（*Acceptation sous bénéfice d'inventaire*）者，如法國民法（第七九三條）、意大利民法（第九五五條）及西班牙民法（第一〇一六條）是（註一）。我國舊律對於此點無明文規定，但在習慣上則有父債子還之說，於是前大理院創為判例，今最高法院從之（註二）。此種判例，有下列兩種之不當：（一）依民法原理，供債權之擔保者，僅以債務人之財產總額為限，如責債務人之繼承人以無限之負擔，與上述原理顯相背馳，此其一。（二）如責繼承人以無限之負擔，則在繼承人之生活能力僅足自給，或甚困難時，往往因受債務之壓迫，以至枉借終身，無由自拔，此其二。準斯二者，故現行民法特推翻父債子還之習慣，亦一如各國立法通例，明認繼承人之選擇權。

（註一）此外，在法國及日本民法為使繼承債權人及受遺贈人得以充分受債起見，許其請求財產分離（*Separation du patrimoine*），免繼承人之固有財產與遺產之混同（法民第八七八條以下、日民第一〇二二條以下）。此種立法未為我民法所採用。

（註二）最高法院解字第二三〇號解釋：「遺父債子還，其遺產與繼承人財產應否分離，尚無法律根據，惟中國既無限定承認及拋棄承認之習慣，則在未頒布新法以前仍應以舊說為是。」此項解釋，顯屬不當——法律評論第三〇五期謂者論父債子還之不當參照。

第二 選擇權之作用及其得失

如上所述，關於選擇權之範圍，各國法律至爲紛歧，我民法則大體從日本立法例，明認單純承認，限定承認及拋棄繼承之三種。若夫瑞士等國民法所定之聲請宣告破產，請求公之清算，及編製遺產清冊，不但程序煩重，且需相當費用，在諸般制度尙未完備及經濟落後之我國，殊不相宜，故不爲我民法所採用。我民法既明認單純承認，限定承認及拋棄繼承，則繼承人於繼承開始之際，自有選擇其一之自由，是不待言（註三）。所謂單純承認，即繼承人不附何種限制，承認其繼承之意思表示。限定承認，即繼承人限定以因繼承所得之遺產爲限償還被繼承人之債務，承認其繼承之意思表示。拋棄繼承，則屬繼承人不爲繼承主體，即立於與繼承無關地位之意思表示。此三者，因遺產狀況不同而得失各異，即在限定承認，如遺產狀況係屬中平，則對於繼承人頗爲有利，何則，蓋依此方法，繼承人絕無受損失之危險故也。但在單純承認，如遺產狀況並非不佳，則較之限定承認，殆又過之，何則，蓋單純承認無須開具遺產清冊呈報法院，可以省程序及費用故也。反之，如資產少而債務多，則限定承認又不若拋棄繼承，何則，蓋限定承認不但有開具遺產清冊呈報法院之煩，且往往因管理遺產欠缺注意不能免於損害賠償之責任故也。不寧維是，在繼承人爲數人時，就中一人如爲限定承認，則其他繼承人亦視爲限定承認，反之拋棄繼承則無此連帶關係，自不至因拋棄繼承牽涉他人之利益。

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

第三 承認及拋棄之性質

一 承認及拋棄爲無相對人之單獨行爲

承認及拋棄爲法律行爲，既爲法律行爲，自須具備行爲能力之要件，故在無行爲能力人或限制行爲能力人，其爲承認或拋棄，自須由其法定代理人爲之，或應得其法定代理人之允許。關於此點，我繼承編既無反對規定，解釋上因適用民法總則之結果，自屬當然。又承認及拋棄，祇須繼承人或其法定代理人一方的意思表示，即生效力，且此意思表示無須對於特定相對人爲之，故承認及拋棄爲無相對人之單獨行爲。至是否須要方式，則因情形而異，在單純承認解釋上爲非要式行爲，反是在限定承認及拋棄繼承我民法則明定其爲要式行爲。其詳俟後述之，茲不贅。

二 承認及拋棄須單純無條件

關於此點，德國民法（第一九四七條）及瑞士民法（第五七〇條第二項）設有明文規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。即繼承之效力，既溯及於繼承開始時發生，如爲非單純之承認及拋棄，則不但有以個人意思左右法律規定之嫌，且足以影響次順序繼承人之利益，故在歐洲格言有所謂暫時承認爲繼承人者，必永久爲繼承人（*Somei here, semper here*），即明示此意者也。承認及拋棄須爲單純無條件固矣，然如附有條件或期限，究應認爲單純承認，抑應認爲拋棄繼承，則屬疑問。依余所信，無效之意思表示與無意思表示等，苟非於後述法定期間內爲適當之意思表示，自以認爲單純承認爲適當。

三 承認及拋棄性質上爲不可分

關於此點，德國民法（第一九五〇條）、葡萄牙民法（第二〇二二條）及西班牙民法（第九九〇條）設有明文規定，我民法繼之，余以爲解釋上應屬相同。蓋非如此解釋，即不足以充分保護債權人及受遺贈人之利益。所謂不可分，即繼承人承認繼承或拋棄繼承，不可不選擇其一以爲意思表示之謂。故在繼承人有數人時，各繼承人應就其應繼分全體爲包括的一個之決意，承認其一部，或拋棄其一部，則所不許。承認及拋棄固爲不可分，然如爲分割的承認或拋棄，究應認爲全部承認，抑應認爲全部拋棄，則屬疑問。依余所信，應與前段所述之理由同，即無效之意思表示與無意思表示等，苟非於法定期間內爲適當之意思表示，自以認爲單純承認爲適當。關於此點，德國民法（第一九五一條）設有明文，可資參考。

四 承認及拋棄不得撤銷

關於此點，日本民法（第一〇二二條第一項）設有明文規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。此因繼承人一爲承認或拋棄，則繼承上之地位即屬確定故也。但此係指完全之承認及拋棄而言，如繼承人之爲承認或拋棄而有民法總則所定得爲撤銷之情事，其得爲撤銷，不待言。關於此點，德國民法（第一九五四條）、法國民法（第九八二條）及日本民法（第一〇二二條第二項）設有明文，可資參考。至撤銷之方法及其期間，德日民法設有明文規定，我民法無之，自難爲同一之解釋。故依余所信，單純承認之意思表示既無須方式，其爲撤銷，自以表示其意思於外部爲已足，反之在限定承認及拋棄繼承，我民法既明定其爲要式行爲，其

爲撤銷，自須遵守法定之方式。至撤銷期間，則解釋上應適用各該條之規定，是不待言（註四）。

（註四）關於撤銷期間，羅仲銘氏有所批評，略謂：「關於撤銷之期間，親屬編既別無規定，自亦不得不適用總則編各該條之規定，而使民法第九三條之規定，則因被詐欺或被脅迫而爲之意思表示，其撤銷應於發見詐欺或脅迫終止後一年內爲之，但自意思表示後經過十年，不得撤銷。繼承上之地位久不確定，其有害於各關係人之利益，今因適用民法總則編規定之結果，意思表示後十年以內，猶得撤銷，殊非所宜。現民法未就此而特定較短之撤銷期間，不能不謂爲規定有欠周密也。」

第四 承認及拋棄之效力

承認及拋棄，應溯及繼承開始時發生效力，故在承認繼承時，其人自繼承開始時卽爲繼承人，反之拋棄繼承時，則其人自繼承開始時卽不爲繼承人。關於此點，我民法惟於第一一七五條規定曰：「繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力。」而於繼承之承認無明文規定，依余所信，解釋上應屬相同。蓋繼承一旦開始，被繼承人之權利義務卽當然歸屬於繼承人，所謂承認，不過是否以遺產爲限償還被繼承人債務之意思表示，初非影響於繼承開始之效力也。關於此點，法國民法曾明定承認繼承溯及於繼承開始時發生效力，可爲上述解釋上之參考（法民第七七七條）。又繼承之承認及拋棄有絕對的效力，所謂絕對的效力，卽不但對於繼承人爲有效，且得以此之對抗一切之第三人。

第二款 單純承認

第一 概說

遺產繼承，以單純承認（Acceptation pure et simple）爲本則，爲各國法律之所同，我民法亦然。雖然，通常所

謂單純承認，其情形有二：有本於繼承人之自由選擇，而爲單純承認者，謂其一般單純承認；有於一定情形之下，法律強制其爲單純承認者，謂之法定單純承認。茲就此二者分別說明之。

第二 一般單純承認

關於遺產繼承，在通常情形，以一般單純承認爲最多。所謂單純承認，如前所述，即繼承人不附何種限制，承認其繼承之意思表示；從而此種意思表示之方法如何，我民法未設明文，頗有問題。余以^{民法}及^{民法}既未如限定承認及拋棄繼承明定其必須一定之方式，則解釋上自不以必須方式爲必要；換言之，縱以言詞表示，亦無不可。雖然，在外國法律非無明定其必以書面表示者（法民第七七六條參照），其立法理由以爲如許繼承人以言詞承認，則證明困難，易生爭議，不知此係證據問題，而非效力問題，殊難遽以爲必須書面表示之理由。又此意思表示，乃無相對人之意思表示，故祇以表示其意思於外部爲已足，其爲明示默示，在所不問。所謂默示承認，例如對於被繼承人之債務人請求清償，對於被繼承人之債權人請求緩期清償，或請求爲遺產之分割，或逕爲遺產全部或一部之處分，舉凡爲非有爲單純承認之意思，卽不爲之行為，非有繼承人之資格卽不爲之行為皆屬之。

第三 法定單純承認

所謂法定單純承認，就我民法解釋，其情形有二，茲述如左：

一 未於法定期間內爲限定承認及拋棄繼承時

依我民法第一一五六條第一項規定，爲限定承認者應於繼承開始時起三個月內，對於法院爲限定承認之

表示，又依第一一七四條第二項規定，爲拋棄繼承者，應於知悉其得繼承之時起二個月內，對於法院親屬會議或其他繼承人爲拋棄繼承之表示，如於上述法定期間內未爲限定承認及拋棄繼承之表示，縱其未爲表示，由於繼承人之怠忽，甚且並無單純承認之意思，然在民法上係以單純承認爲本則，故亦應認爲已有單純承認之表示。關於此點，大陸諸國除奧大利民法外，均設有明文規定，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。（德民第一九四三條、瑞民第五七一條第一項、日民第一〇二四條第二項）。此法定期間經過後，如有得爲撤銷之原因，是否可以撤銷，則學說紛紜，迄無定論，依余所信，此法定期間應解爲絕對的，一旦經過，無論有何種情事，均屬不得撤銷（註一）。

二 繼承人有不正行爲時

限定承認，係爲繼承人之利益而設之規定，故如繼承人而有一定之不正行爲，則無與以保護之必要，我民法特於第一一六三條規定：「繼承人中有左列各款情事之一者，不得主張第一一五四條所定之利益。」所謂不得主張第一一五四條所定之利益，即不得爲限定承認，而認爲單純承認之意。左列其情事如左：

甲 隱匿遺產

乙 在遺產清冊爲虛偽之記載。繼承人而有隱匿遺產全部或一部，或於遺產清冊爲虛偽記載之行爲，其爲不正，至爲顯然。此種不正行爲，固常構成刑事上之犯罪及民事上之損害賠償，然究不如以反於其所豫期之結果臨之，較爲切當，此我民法所以從一般立法通例，明定其不得主張限定承認之利益也。（法民第

七九二條、德民第二〇〇五條、瑞民第五七一條、日民第一〇二四條。在遺產清冊爲虛偽之記載，通常爲隱匿遺產之手段，然隱匿遺產之手段並不祇此，而在遺產清冊爲虛偽之記載，又不僅以隱匿財產爲限。前者如偽造書據，主張遺產之某部分爲自己所有是，後者例如將被繼承人已經償還之債務仍列入遺產清冊是。二者情形既不相同，故我民法特分爲兩款規定之。但無論其爲隱匿遺產及虛偽記載，要以繼承人出於故意爲必要，如係出於錯誤或過失，則無剝奪其主張限定承認利益之理由。又隱匿遺產及虛偽記載，以有此行爲及故意爲已足，是否有利自己或他人，或加害他人之意圖，以及是否既遂，均非所問。蓋在前者，我民法無此項意圖之要求，其在後者，則又不應因不正行爲之已否遂行，而變更其制裁之性質也。不但如是，隱匿遺產及虛偽記載，究在繼承開始前爲之，抑在繼承開始後爲之，與夫繼承人會否爲限定承認之意表示，均無礙於本條之適用。此等之點，我民法雖無明文規定，然在解釋上則屬當然，毋庸疑異者也。

丙 意圖詐害被繼承人之債權人之權利而爲遺產之處分。繼承人在法定期間以內，未爲表示承認或拋棄以前，對於遺產不過有單純之管理權，乃對於遺產而爲出賣、贈與、清償債務、設定負擔，或加以變更等處分行爲，則繼承人有爲單純承認之意思，甚爲顯然，矧復以意圖詐害被繼承人之債權人之權利爲之，其不應使其享受限定承認之利益，尤無可疑，此我民法所以從一般立法特爲本款之規定也。所謂處分，以繼承人知其爲遺產，且有詐害之意圖爲必要，故如繼承人不知其爲遺產而爲處分，或知其爲遺產，然因爲保存行爲而爲適當之處分，或其處分，依一般見解不能認爲有詐害繼承債權人權利之意圖，即無剝奪其享受

限定承認利益之理由。又所謂處分，以有處分行爲爲已足，其行爲之是否有效，在所不問。故其行爲縱屬無效，或可得撤銷，亦無礙於本條之適用。何則，蓋法律係着眼於行爲性質足以暗示繼承人有爲單純承認之意思，初非計及行爲之運命也。又繼承人所處分者，固以遺產爲限，但遺產之孳息，解釋上應屬於遺產之範圍，故處分孳息亦與處分遺產同，不過有時因價額甚微，縱爲處分，尙難謂其卽有單純承認之意思耳。（註二）

我民法第一一六三條僅謂有上述三種情事之一，不得主張限定承認之利益，依余所信，對於拋棄繼承，亦應類推適用。申言之，卽拋棄繼承而有第一一六三條所定之情事，亦應認爲單純承認，而不能認爲拋棄繼承。豈非如此解釋，則不足以貫徹立法之旨趣也（註三）。此外尙有兩種問題，卽（一）與第一一五四條第二項之關係：依本項規定數繼承人中有一人主張限定承認時，其他繼承人視爲限定承認，本項之立法旨趣，在減少法律上之糾紛，今者數繼承人中一人因有第一一六三條所定之情事認爲單純承認，他繼承人縱爲限定承認，自無不可，此可解爲第一一五四條第二項之例外。（二）與他人既得權利之關係：繼承人拋棄繼承後，其應繼分歸屬於他繼承人，已爲他繼承人所承認時，前繼承人所爲之拋棄，是否保有其效力，頗屬疑問。於此問題，外國法律有明定仍保有其效力者（日民第一〇二四條第三款但書），我民法無之余以爲解釋上應屬相同。蓋不得主張限定承認，乃對於不正行爲之制裁，初不得因此侵害他人之權利也。

（註一）四改：柳川氏日本相續法註釋下卷一〇二四頁，牧野嘉日本相續法論三〇四頁。異說：法學志林十一卷一號梅氏判例批評，仁井田

氏親族法相續法論五〇三頁，島田氏明治大學講義相續法一八六頁，日本明治四十一年三月九日大審院民事第二廳判決。

(註二) 於此有一問題，即此種不正情事，是否須出於得爲限定承認之法定期間以內？關於此點，范揚氏有所聲明，略謂：「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；即出於已爲限定承認後，亦應負其行爲責任。……因右述三款行爲，除第二款外，即在既爲限定承認之後，亦有發生可能，而同足以損害被繼承人之債權人之利益也。」(范氏前揭一〇〇頁)

(註三) 關於此點，羅仲銘氏有所批評，略謂：「此種情事，於繼承人拋棄繼承之場合，亦復可以復生。例如於拋棄繼承後而爲隱匿遺產之一部，或私擅將其處分，致其害於被繼承人之債權人之利益等行爲是。此際如仍許其拋棄繼承，殊無以貫徹立法之精神。我民法關於此點，未有規定，似嫌疏陋。」(羅氏前揭八五頁)。

第四 單純承認之效果

無論其爲一般單純承認及法定單純承認，繼承一旦開始，則被繼承人財產上之一切權利義務，除專屬於其本身者外，即當然歸屬於繼承人。從而在單純承認足以發生下列三種之結果，即：(一) 繼承人對於被繼承人之權利義務，因混同而消滅，此就民法第三四四條之適用及第一一五四條第三項之反面解釋，是爲當然。(二) 遺產多於被繼承人之債務，或被繼承人全無債務時，則繼承人受其利益。(三) 遺產少於被繼承人之債務，或被繼承人全無遺產時，則繼承人應以其固有財產，償還被繼承人之債務。(二)(三) 兩點，就單純承認之性質解釋，自係如此。

第三款 限定承認

第一項 概說

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

第二項 多數繼承人之限定承認

限定承認，在繼承人爲一人時，祇須其人爲限定承認之主張，即應依限定承認辦理，自屬不生問題。但在繼承人爲數人時，如其中一人主張限定承認，他之繼承人或則表示單純承認，或則表示拋棄繼承，則其辦法如何，頗屬疑問。關於此點，各國法律不同，有繼承人一人主張限定承認，其他繼承人即視爲同爲限定承認者，有繼承人一人

主張限定承認，其他繼承人或爲單純承認，或爲拋棄繼承，並不因之發生影響者。前者如法國民法是（第七八二條）；後者如意大利民法是（第九四〇條）。自理論言之，自以意大利民法之規定爲合理，蓋如前所述，繼承人之選擇範圍固不一而不可分，然所謂選擇權之不可分，係指繼承人一人之應繼分而言，與繼承全部無關，故繼承人一人主張限定承認，其他繼承人無視爲同爲限定承認之理由。但就事實言之，則又以法國民法之規定爲適當，其理由有二：（一）苟非視爲同爲限定承認，則同一繼承關係，將適用極端歧異之各種法條，事實上甚爲不便，此其一。（二）繼承人之爲限定承認，大抵於遺產不足清償債務，或遺產狀況不甚明瞭之時爲之，視爲同爲限定承認，對於其他繼承人亦並無不利。此其二。我民法從法國立法例，於第一一五四條第二項規定：「繼承人有數人，其中一人主張爲前項限定之繼承時，其他繼承人視爲同爲限定之繼承。」日本民法相續編改正要綱第七之二亦有同樣規定，此種立法固甚妥當也。

第三項 限定承認之效果

按我民法規定，限定承認之效果有二：一爲繼承人僅以因繼承所得之遺產償還被繼承人之債務，一爲繼承人對於被繼承人之權利義務不因繼承而消滅。前者係限定承認之目的，後者則爲達此目的之手段，茲分別說明如左：

第一 限制負擔之效果

民法第一一五四條第一項所明定，即限定承認之繼承人，僅以因繼承所得之遺產爲限，償還被繼承人

之債務，其意即謂以因繼承所得之遺產償還被繼承人之債務，縱有不足，被繼承人之債權人，無論根據何種理由，亦不得對於繼承人之固有財產為清償債務之請求，此理至明，無待深論。雖然，繼承人縱惟以因繼承所得之遺產為限，償還被繼承人之債務，然仍係以承認繼承為前提，不能因此否認對於被繼承人之權利義務未為何種之繼承，故（一）繼承人一為限定承認，即與單純承認同，當然為遺產全部之確定所有人。但在事實上為清償被繼承人之債務起見，應使固有財產與遺產絕對分離，且須不為法定之不正行為，以免受民法第一一六三條不得主張限定承認之制裁。（二）繼承人一為限定承認，即繼承遺產之全部，縱於遺產不足償還被繼承人之債務時，而以固有財產供清償債務之用，亦不得以非債清償為理由請求返還（民法第一八〇條第三款參照），且不得對於遺產行使代位權（民法第三一二條參照）。（註）

（註）於此處應注意者，第一一五四條第一項係在限制繼承人對於被繼承人之債務之責任，而於債務本身之存在並無影響，故如就被繼承人之債務訂有保證契約，仍須對於其所保證之債務全部負其責任，不能因主債務人之繼承人因限定承認僅對於債務之一部負償還責任，主張自己就其餘部分之保證責任亦歸消滅。

第二 財產分離之效果

此為我民法第一一五四條第三項所明定，即為限定承認之繼承人，其對於被繼承人之權利義務不因繼承而消滅。是為一般權利義務因混同而消滅之例外（民法第三四四條參照）。故如繼承人對於被繼承人享有權利時，得請求清償，對於被繼承人負擔義務時，即應為履行。我民法之所以設此規定者，蓋苟非使固有財產與因

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

第四項 限定承認之期間及方式

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

第一 得爲限定承認之期間

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

項)是有原則定爲三星期，如被繼承人或繼承人係在外國則爲三個月者，如德國民法(第一九四四條第一項、第四項)是。我民法則以既許繼承人得自由選擇爲限定之繼承，自非與以相當期間使其充分考慮，不能發揮選擇權之效用，然如期間過長，則被繼承人之債權人其權利狀態久不確定，亦非所宜，故特從法、瑞等國民法定爲三個月，雖然得爲限定承認之期間應自何時起算，各國法律亦不相同，有自繼承開始時起算者，如法國民法(第七九五條第一項)是。有自繼承人知悉其得繼承之時起算者，如德國民法(第一九四四條第二項)瑞士民法(第五六七條第二項)及日本民法(第一〇一七條第一項)是。自理論言之，應以德、日立法例爲合理，但我民法則以限定承認，係屬繼承之變例，故特從法國立法例，藉以縮短得爲限定承認之期間，以期減少限定承認之適用。又此得爲限定承認之期間，能否聲請延展，各國法律亦有差異，有以其爲不變期間，但得準用關於時效不完成之規定者，如德國民法(第一九四四條第三項)是。有許其聲請延展者，如法國民法(第七九五條第二項)瑞士民法(第五七六條)及日本民法(第一〇一七條但書)是。我民法則從後之立法例，於第一一五六條第二項規定：「前項三個月期限，法院因繼承人之聲請得延展之。」我民法所以許其延展者，蓋恐繼承人遠在地方不能決定承認與否之態度，或遺產過多決非三個月內可以調查藏事，故不能不予以通融也。惟既明定因繼承人之聲請，則法院於繼承人未爲合法聲請以前，不得以職權爲之。又繼承人已爲合法聲請以後，願否許其延展，法院有職權裁量之自由，此我民法所以明定於認爲必要時得爲延展也。有無必要，係屬事實問題，應由法院就其體情形決之。至延展之期間，外國法律有定爲四十日者(法民第七九五條第二項)。

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

第二 限定承認之方式

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

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

與否，則無限於必在開具當時之理由故也。（註二）

二 呈報法院

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

（註一）限定承認既爲要式行為，不特須依我民法第七三條應屬無效，自不待言。但在法國民法，因未成年入禁治產人，除限定承認外，不得承認繼承，故縱欠缺限定承認之方式，亦不爲無效。

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

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

第五項 遺產之管理

第一 遺產應由何人管理乎

繼承開始以後，繼承人未爲限定承認以前，及已爲限定承認以後，未爲債權之清償及遺贈之交付以前，其遺產應由何人管理，我民法無明文規定，解釋上頗屬疑問。依余所信，應與日本民法第一〇二一條第一項及第一〇二八條第一項取同一解釋，由繼承人負管理之責。其理由有二：（一）限定承認，係爲繼承人之利益而設之制度，故應使享受此利益之繼承人負管理遺產之義務，此其一。（二）遺產於清償債務及交付遺贈後，如有賸餘，仍應歸屬於繼承人，繼承人既處於利害關係之地位，故事實上以繼承人管理遺產爲相當，此其二。（註二）然此係指一般情形而言，如繼承人不能爲遺產之管理，或管理遺產顯有不當，外國法律有由法院依利害關係人之請求而爲保存遺產之必要處分者（例如日民第一〇二一條第二項），我民法無明文規定，余以爲解釋上應屬相同，蓋不如此，則遺產將因無人管理或管理不當而生毀損滅失，致損害被繼承人之債權人及受遺贈人之

利益也。至法院之選任管理人應適用何種規定，亦屬疑問。余以為遺產之管理應與失蹤人繼承後承受死亡宣告前其財產之管理同，準用非訟事件法關於失蹤人財產管理之規定（日民第一〇二二條第三項）。

（註二）遺囑及此亦主張應由繼承人負責管理，唯謂：「本節雖無條據，不可謂非立法上之缺點，管理方法可酌量而酌量，應為：（一）

繼承人各一人時，由其自行管理。（二）繼承人各數人時，將互推一人管理或共同管理。」（劉氏前揭三〇頁）

第二 應以何種注意管理遺產乎

遺產應由爲限定承認之繼承人負責管理之責，已如上述，願繼承人之管理遺產，應以何種注意爲之，則屬疑問。於此問題，外國法律有明定其應與處理自己事務爲同一之注意者（日民第一〇二二條第三項第一〇二八條第一項），我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。蓋繼承人如不爲限定承認而爲單純承認，即遺產與其固有財產混合，亦不過與處理自己事務爲同一之注意，且在遺產消償債權及交付遺贈後如有賸餘，應歸屬於繼承人，故如實以與處理自己職務爲同一注意以上之注意，殊屬過苛。（註二）所謂與處理自己事務爲同一之注意，即繼承人已爲注意與否，應以繼承人本身爲準，主觀的決之。準是以言，則繼承人惟就具體的輕過失負其責任，不過繼承人顯然不注意時，依我民法第二二三條解釋，尙難免於重大過失之責任耳。

（註二）關於此點，羅仲銘氏與劉錫英氏與本會見解有異，羅著謂：「（前略）有主張應以善良管理人之注意爲之者，似以後說較爲妥當。

蓋我民法認包括繼承爲繼承之本則，繼承人對於被繼承人之債務，原應不問遺產之足敷清償與否負無限之責任，繼承承認乃爲繼承人之利益而設之特例，繼承人無須以其固有財產供清償被繼承人之債務之用，其所得享受之利益，雖如此其大，則對其管理

繼承人較高之注意義務，亦不能謂爲當然也。〔羅氏前揭九七頁〕
管理之三意，則前節各條無可查照，依第一一六一條之注意類推，應解爲須爲善良管理人之注意。〔羅氏前揭三〇頁〕
范氏前揭一〇六頁〕

第三 管理遺產準用之法則

如上所述，繼承人版與處理自己事務爲同一注意管理遺產固矣，但繼承人之管理遺產，其法律關係如何，亦一問題。外國法律有明定其準用關於委任之規定者（日民第一〇二八條第二項），我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。蓋遺產係繼承債權人及受遺贈人之共同擔保繼承人等之管理，與受債權人等之委任無異故也。解釋上既應準用關於委任之規定，尤其第五四〇條關於報告之義務，第五四一條關於交付物品及移轉權利之義務，第五四六條第一項第二項關於請求償還費用及賠償債務之權利等，常在適用之列。但繼承人能否依第五四七條請求報酬，則學說上頗有爭論，余以爲繼承人之管理遺產，固係爲繼承債權人及受遺贈人之利益爲之，然同時亦係爲自己之利益爲之，自應解爲無報酬請求權。〔註三〕

（註三）於此有一問題，即繼承人管理遺產時繼承債權人及受遺贈人能否請求提供擔保是於此問題，外國法律有明定繼承債權人得對繼承人請求提供擔保者（法民第八〇七條），就我民法解釋如許繼承債權人等請求提供擔保，則對於繼承人失之過苛，難以取否定附帶適當。

第六項 繼承人之清算

第一目 概說

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

第二目 對繼承債權人及受遺贈人之公告

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

第一 立法理由

遺產之清算，第一步即爲由法院依公告程序，命被繼承人之債權人於一定期限內報明其債權。其立法理由，蓋以限定承認係以因繼承所得之遺產爲限，償還被繼承人之債務，從而何人爲被繼承人之債權人及其債權數額如何，不可不依一定程序，以期明確，且被繼承人之債權人於繼承開始及繼承人爲限定承認與否，多屬無從知悉，爲使其不受損害起見，尤非予以報明債權之機會不可故也。雖然，我民法祇規定法院應依公告程序，命被

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

第二 公告程序

依我民法規定，對於繼承債權人及受遺贈人之公告，應由法院於繼承人爲限定承認之呈報時，依公示催告程序爲之。關於此點，各國法律不同，有依通常之公告爲已足者，例如日本民法是（第一〇二九條），有須依公示催告程序爲之者，例如德國民法（第一九七〇條）及瑞士民法（第五八二條第一項）是。我民法則以由法院依公示催告程序爲之公告，較爲正確，故特從德國民法之規定。公示催告程序，屬於民事訴訟法上特別程序之一種，依民事訴訟法之規定，其種類有二：一爲申報權利之公示催告，一爲宣示證券無效之公示催告。前者係公示催告之普通程序，後者係公示催告之特別程序，我民法所謂依公示催告程序公告，則指前者之公示催告程序而言。其詳可參照民事訴訟法第五三五條至第五五一條之規定（除裁判決部分自應除外），茲不贅。

第二 公告期間

公告，通常須定一申報權利之期間，我民事訴訟法第五三九條定爲二個月以上，日本民法第一〇二九條第一項但書定爲不得在二個月以下，瑞士民法第五八二條第二項定爲至少須爲二個月，我民法則以公告期間如過於短促，不足以充分保護繼承債權人及受遺贈人之利益，故於第一一五七條第二項規定：「前項一定期限，

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

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

第三目 清償債務交付遺贈之時期

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

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

（註二）關於此點，羅仲鈺氏與本會見解有異，略謂：「期限一屆屆滿，倘否以遺產或債權數額等尙未確定爲理由，拒絕清償或交付，不無疑問。即意依第一一六二條之規定，未於公告所定期限內報明其債權，而又係繼承人所不知者，僅得就股餘財產行使其權利，關於遺贈亦應適用同一之原則。（中略）且自繼承開始以迄於第一一五六條公告所定期限之屆滿，時間之相距至少在六個月以上，則如其債權在繼承開始時即已屆清償期者，已因繼承人之爲限定承認，而於原清償期屆滿後業已經過六個月，事實上猶未得受清償，其受失期限上之利益既如此其大，此際而猶令繼承人得以拒絕清償，似對於被繼承人之債權人，保護殊嫌不周。故關於此點，解釋上似以採消極說爲宜也。」（羅氏商揚一〇一頁）

第四目 清償債務交付遺贈之順序

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

第一 對於債務之清償

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

如日本民法（第一〇三一條但書）是。有普通債權人爲停止清償之請求時，限定承認人應依法院所定之方法，先清償有優先權之債權，後清償普通債權，反是無停止清償之請求時，則限定承認人得依債權人請求之先後順次以爲清償者，如法國民法（第八〇七條）及意大利民法（第七七六條）是。我民法則以法意立法例不足，以保障債權人間之公平，故特從日本民法之規定，茲述其內容如左：

一 對於有優先權之債權之清償

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

二 對於普通債權之清償

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

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

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

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

清償之用。但縱爲作爲不作爲之債權，如已因債務之不履行，發生損害賠償請求權時，則成爲財產上請求權，自應以遺產清償之。
 (註二) 限定承認人如得債權人之同意，能否代物清償，原有肯定及否定之二說，依余所信，應以肯定說爲是。何則，蓋在我民法代物清償係清償方法之一種（第三一九條），既無禁止明文自無否定之理由故也。

(註三) 關於此點，羅仲錦氏與本書見解有異，略謂：「在外國法律有明定債權縱未至清償期亦應爲清償者，我國法雖無此項規定，似無妨爲同一之解釋。蓋限定承認要以不使被繼承人之遺產與繼承人之固有財產混合爲一爲其本則，今設令繼承人得主張期上之利益，則此二者之混合爲一，勢所難免，將發生至爲紛糾之關係，不合於限定承認之目的故也。」（羅氏前揭一〇四頁）

(註四) 債權人已報明之債權或已爲繼承人所知之債權，而有爭議時，因繼承和解除或以爲解決，但在未解決以前，是否將此等債權歸外，抑先對已無疑義之債權而爲清償，不無疑問。依余所信，已無疑義之債權固不因之停止清償，但應將未解決之債權數額一併加入計算，以免發生不公平之結果。關於此點，劉鍾英氏與本書見解相同（劉氏前揭三一頁）。

第二 對於遺贈之交付

依我民法第一一六〇條規定：「繼承人非依前條規定償還債務後，不得對受遺贈人交付遺贈。」遺贈之交付所以後於債務之清償者，因遺贈係遺贈人之恩惠處分，自必於清償自己之債務後尚有賸餘，始有對於他人施以恩惠之可能，且債權人通常係有償取得其權利，而受遺贈人則否，尤非交付遺贈後於清償債權，不足以示差別也。（註五）雖然，受遺贈人而有數人，其遺產不足交付全部遺贈時，其辦法如何，頗屬疑問。有謂此時當然適用第一一五九條關於比例償還之規定者（仁井田氏前揭五一二頁，梅氏前揭一八八頁以下），余則以爲不然。何則，蓋我民法對於清償債務交付遺贈多係分別列舉，第一一五九條既祇云債務而無遺贈字樣，則此時祇能解爲類推適用第一一五九條關於比例償還之規定，初不能謂第一一五九條即當然包含遺贈在內。又我民法

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

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

（註六）於此有一問題，即限定承認人因為債務之清償及遺贈之交付，有無遺產換價處分之權是也。關於遺產之換算，我民法於第一一七九條第二項對於無人承認之繼承設有規定，而於限定承認無之。顯係遺產，自有得於判決及解釋之補充。關於此點，日本民法設有規定，可供參考。日民第一〇三四條：「依第三條之規定而為清償，以遺產之出賣為必要時，限定承認人應付之拍賣，但得依法院所選任之鑑定人之評價，償還遺產全部或一部之價額中其拍賣。」又第一〇三五條：「繼承債權人及受遺贈人，得以自己之費用，參加遺產之拍賣或鑑定。於此情形，準用第二六〇條第二項之規定。」

第三 債權未為報明及為繼承人所不知之損失

依我民法第一一六二條規定：「被繼承人之債權人，不於第一一五七條所定之一定期限內報明其債權而又為繼承人所不知者，僅得就賸餘遺產行使其權利。」其僅得就賸餘遺產行使其權利者，蓋被繼承人之債權人既不於公告所定之一定期間內報明其權利，其無行使權利之意思，甚為顯然。如其債權又為繼承人所不知，自無迫其保留遺產之全部或一部以為他日清償之理由故也。（註七）所謂賸餘遺產，指除清償債務及交付遺贈外，現實所餘之遺產而言，故如限定承認人以其遺產供自己之用，亦應於賸餘遺產之限度，負賠償之責。雖然，如遺產無復賸餘，債權人固無從對繼承人行使權利，但能否對於受遺贈人行使求債權，則屬疑問。於此問題，外國法律有為實徵債權必先於遺贈之主義起見，明定其得對於受遺贈人行使求債權者（法民第八〇九條第一項），我民法既未設明文，依余所信，應取否定說。否則不但受遺贈人之權利失所保障，且與法律規定依公示催告程序而為公告之精神亦顯相抵觸焉。又本條僅為關於債權之規定，對於遺贈是否有其適用，亦一問題。依余所信，就我民法第一一八二條之規定觀之，其於此點，顯係遺漏，應解為本條對於遺贈亦有其適用，以期允洽。

（註七）被繼承人之債權人及受遺贈人未於第一一五七條所定之一定期限內報明債權聲明遺贈，但查清債權債務及交付遺贈以前曾報行報明聲明或為行告知繼承人者，此時究應適用第一一五九條比例償還之規定抑應適用第一一六二條僅就賸餘遺產行使權利之規定，不無疑問。就余所信，第一一五七條第一一五九條及第一一六二條所謂於一定期間報明債權及聲明遺贈，應從寬解釋。縱債權人及受遺贈人於一定期間屆滿後為報明聲明或告知，苟在未清償債權及交付遺贈以前，亦應適用第一一五九條關於比例償還之規定。關於此點，因英美法與本書見解相同（國氏前編三三頁）。

第五目 繼承人之賠償責任及受害人之求債權

第一 繼承人之賠償責任

依第一一六一條第一項規定：「繼承人違反第一一五七條至第一一六〇條之規定，致被繼承人之債權人受有損害者，負賠償之責。」是為繼承人之賠償責任。第一一五八條規定於一定期間內清償債務交付遺贈之禁止，第一一五九條及第一一六〇條規定清償債務交付遺贈之順序，繼承人如有違反，致被繼承人之債權人受有損害，應負賠償之責，固屬當然。惟第一一五七條係規定法院對於債權人及受遺贈人之公告，不生繼承人違反與否之問題，乃法院如有違反致被繼承人之債權人受有損害，亦令繼承人負賠償之責，殊屬過苛。學者有謂此係指繼承人對於法院之公示催告方法及所定期限怠於注意而言者，此種解釋，有牽就法文錯誤之嫌，未敢贊同。(註一)(註二)所謂因違反致受損害，指違反與損害並存，且有因果關係者而言，故如有違反而無損害，有損害而無違反，或違反與損害並無因果關係，皆無適用本條之餘地。雖然，本條之適用，以違反與損害有因果關係為已足，繼承人有無過失，在所不問。此種責任，即結果責任之一種。又本條僅就被繼承人之債權人受有損害立論，受遺贈人受有損害，應否適用本條，不無疑問。依余所信，對於受遺贈人無排除其適用之理由，解釋上自應類推適用本條之規定焉。

(註一)劉鍾英氏即主此說，劉謂：「關於第一一五七條者，法律既規定違反此條之規定，應由繼承人負責繼承人為避免自己責任計，對於法院之公示催告方法及所定期限，即負有特別注意並懇請修正之義務。違反此義務致被繼承人之債權人受有損害，雖不謂非繼承人之過失。」(劉氏前揭三二頁)查日本民法第一〇三六條第一項確有有限定承認人怠於為第一〇二九條所定之公告或催告，致債權人受有損害，應負賠償責任之規定。但在日本第一〇二九條之公告或催告，係由限定承認人為之，我國法第一

一五七條既從德、瑞民法改由法院爲之，自無從日民第一〇三六條之理由。立法者未克注意及此，顯係疏虞，吾人解釋本條無庸將銷就銷之必要。范揚氏則謂第一一六一條所謂「繼承人違反第一一五七條至第一一六〇條之規定」，係第一一五八條第一一六〇條之筆誤（范氏前揭一二二頁）。

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

第二 被害人之求償權

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

義務之理由，解釋上自應相同。又如前所述，本條既對於受遺贈人受有損害時亦有其適用，受遺贈人自亦有其求償權。惟此求償權，解釋上惟能對於受遺贈人行使，而不能對於債權人行使，藉以貫徹清償債務先於交付遺贈之精神。

(註三) 范羅兩氏與本條見解有異，范揚氏謂：「此項權利既非損害賠償請求權，亦非不當得利返還請求權，而屬於特別之範疇。」(范氏前揭一一二頁) 羅仲錫氏謂：「此在以明知為求償權成立之要件者，固可作如斯之說明，然我民法並未以明知為其成立要件，則凡有受領其不當受領之事實者，縱非明知，亦不能免除返還之義務，即雖認此為侵權行為之結果，吾人以為此項求償權之發生，毋寧直接基於本條第二項之規定。」(羅氏前揭一一〇頁) 本書所採之見解在日本法學界為多數說，柳川氏日本相續法註釋下卷一二六頁以下，牧野氏日本相續法論三三一頁以下，梅氏民法要義五卷一九八頁，泉田氏民法相續法論二四三頁，仁井田氏續法相續法論五一七頁，和佛法律學校講義雜若槻氏民法相續二五〇頁參照。

第三 賠償責任與求償權之關係

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

(註四)關於此點，范揚氏與本卷見解有異，范著謂「此二重權利處於若何關係，解釋上亦有問題，以余觀之，二者居於補充地位，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，受損失之債權人固有依付還請求權，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。(中略)如此二者互為補充」。(范氏前編一一二頁)余以為二者位於選擇地位，而非互為補充。

第三節 遺產之分割

第一款 概說

第一 遺產分割之概念

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

第二 遺產分割在法典上之位置

遺產分割，在法典上之位置如何，各國法律不同，有以一般財產之共有及其分割，與遺產之共有及其分割同隸於一種者，如法國民法是。有將一般財產之共有及其分割規定於物權編，而以遺產之共有及其分割規定於繼承編者，如德國民法、意大利民法、瑞士民法、西班牙民法及日本民法是。前之立法例，於規定單一之點，是其所長，

第遺產之共有及其分割與一般財產之共有及其分割，顯不相同，以之適用同一之規定，殊爲不當。故多數民法均採後之立法例，我民法從之。所謂二者顯不相同，即（一）遺產之分割，置於被繼承人之意思；（二）遺產分割溯及於繼承開始時發生效力是。上述兩點，俟後述之，茲不贅。

第三 遺產分割以應繼分爲標準

遺產分割應以應繼分爲標準，此在解釋上毫無疑義，從而於遺產分割之際，自非共同繼承人之地位及其應繼分業已確定，不能着手（德民第二〇四三條第二項）。雖然，關於此點，學者之意見尙未一致，有謂共同繼承人之一人或數人存否縱屬不明，或終未經過行使選擇權之期間，亦不妨爲遺產之分割者（仁井田氏前揭四七〇頁）。余以爲應繼分如未確定，究不能以分割定其權利之歸屬，對於此說，殊難贊同。

第四 遺產分割請求權之性質

如前所述，遺產分割係以消滅遺產之共有關係爲目的，故其請求權性質上自爲純然之財產權，既爲純然之財產權，則不但請求權人之繼承人得行使其權利，並受讓與繼承之第三人亦得行使其權利。又不但繼承人及第三人得行使其權利，即共同繼承人之債權人亦得依第二四二條代位行使其權利。

第二款 分割之時期

關於遺產之分割，如前所述，我民法大體採取強制分割主義，從而關於遺產分割之時期，自以自由爲原則，禁止爲例外。此種立法，是否允當，固屬問題（參一）然我民法既採取強制分割主義，依該法固不容有所牽就或

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

第一 分割之自由

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

其適用，以期貫徹。(註三)

(註一) 范揚氏謂：「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)(中略)推立法用意，似不望一家數子，將其遺產長爲共同保存者也。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，實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。(下略)」(范氏前揭一一八頁)

(註二) 關於此點，劉鍾英氏與本書見解相同，劉著略謂：「本條但書所謂法律另有規定，雖係指不得隨時請求分割之法律而言，但上開民法第八二九條，不得視爲本條但書之範圍。蓋本條隨時請求分割之原則，既係該條之特別規定，若本條但書又視該條爲另有規定，則互爲循環，等於並無特別規定也。」(劉氏前揭三六頁)

(註三) 關於此點，范揚氏與本書見解有異，范者略謂：「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，逾五年者縮短爲五年(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，與前述被繼承人得遺囑繼承遺產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，門於共有物分割之規定，可適用於共同共有物之分割者，僅以第八二四條爲限，第八二三條並未包含在內，即從正文解釋亦決不能引用。」(范氏前揭一二一頁)

第二 分割之限制

依我民法第七條規定：「胎兒，以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生。」準此以解，則胎兒得爲繼承人，是爲當然。但在胎兒尚未出生以前，他之繼承人能否請求爲遺產之分割，則屬問題。關於此點，外國法律有明定胎兒尚未出生以前，其他繼承人不得請求爲遺產之分割者，如德國民法(第二〇四三條第一項)是。亦有規定應延展至於胎兒出生以後，始得爲遺產之分割者，如瑞士民法(第六〇五條第一項)是。此

繼立法，於保護胎兒利益之點，固無間然，然如必待至胎兒出生以後始為遺產之分割，則其他繼承人將因一人之故而生相率坐待之弊。故我民法為兼顧各方面之利益起見，特於第一一六六條第一項規定：「胎兒為繼承人時，非保留其應繼分，他繼承人不得分割遺產」。依此規定，不但其他繼承人之利益可以保全，即胎兒亦不至因分割遺產致受何種之損害。惟法文明定非保留應繼分不得分割遺產，則分割遺產而未保留應繼分，其分割應屬無效，自不待言（民法第七一條）。胎兒未出生以前，既得因保留應繼分為遺產之分割，自不能不有其代為法律行為之人，故同條第二項規定：「胎兒關於遺產之分割以甘母為代理人」。此係想像胎兒於其父死亡時為其繼承人之規定，實則胎兒為繼承人之情形並不限此，此項規定不能謂非立法上之疏漏焉。（註四）於此尚有兩種問題，即：（一）繼承開始時並無胎兒，於遺產分割之際始有胎兒者，應否為胎兒保留其應繼分？（二）繼承開始時胎兒之有無不明，於遺產分割之際始知當時已有胎兒者，應如何救濟？關於第一問，余以為應不為保留其應繼分而逕為遺產之分割，此因繼承權之有無，應以繼承開始當時為準。繼承開始當時並無胎兒，於遺產分割之際始有胎兒，不能據以取得繼承之地位故也。（註五）關於第二問，余以為應適用本條，非保留其應繼分不得為遺產之分割，否則其分割為無效，胎兒之法定代理人得依第一一四六條請求為繼承權之回復。

（註四）所謂胎兒為繼承人之情形並不限此，例如胎兒之兄姊未婚死亡，其父母又均繼承其繼承權，胎兒即適宜法定繼承人之順序而為繼承人。是時如其父繼在而有以其為代理人之必要時，固可由母委託其為代理人。然如此辦法，究嫌周折。父母為其未成年子女之法定代理人，我民法第一〇八六條已設有明文，明第一一六六條第二項實無另為規定之必要。

（註五）關於此點，劉種英氏曾設為問答曰：「願第一問題之答案或有致疑者曰：我國舊律，父母遺產按子數均分，本法亦明定同一順序之

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

第三 分割之禁止

依第一一六四條規定，繼承人固得隨時請求分割遺產，但若被繼承人體察情形，認各繼承人對於遺產以暫不分割爲宜，而以遺囑禁止其分割時，自應尊重其意思。關於此點，我民法雖未設明文，但就第一一六五條第二項之規定解釋，實無疑義。（德民第二〇四四條，意民第九八四條，日民第一〇一一條）所謂體察情形以暫不分割爲宜，例如遺產係屬土地，此種土地現供某種企業之用，如遽爲分割，則共同繼承人皆屬不利是。又如繼承人中之一人尙未成年，且無適當爲其監護之人，如遽爲分割，則此繼承人將屬不利是。被繼承人以遺囑暫時禁止遺產之分割，固不必限於上述之事由，然被繼承人大都因體察情形認爲以暫不分割爲宜，始得分割之禁止，則可斷言者也。被繼承人固得禁止遺產之分割，但有方式上之要件及禁止期間之限制。申言之，即：（一）分割之禁止，須以遺囑爲之。此就我民法第一一六五條第二項之規定解釋，實無疑義。其必須以遺囑爲之者，蓋所以保障被繼承人意思之確實及防止其共同繼承人間之異議也。（二）禁止分割之效力，以二十年爲限。此爲民法第一一六五條第二項所明定，我民法之所以特設禁止期間之限制者，蓋恐禁止期間永遠存續，足以阻礙經濟之流通，及遺產自身之保存及改良故也。惟此二十年之期間，似覺過長，立法上是否妥當，不無問題耳。（註六）（註七）

要禁止期間在二十年以上，是否全然無效，亦一疑問。於此問題，解釋不一，有謂其全然無效者，有謂惟超過之期間爲無效者。余以爲自立法上論之，固應以後說爲合理；但自解釋上論之，則又以前說爲適當。何則？蓋法律上容許其於一定期間內爲某行爲，如無特別規定，自須嚴格遵守，苟違反之，則其意思表示應爲無效；且就文理解釋，本條並無第四四九條第一項及第九一三條期間不得逾若干年，超過若干年以上者縮短爲若干年之明文，尤難與第四四九條等爲同一之解釋也。（註八）又此分割之禁止，對於共同繼承人之債權人是否有效，頗有爭論。余以爲債權人不能行使非屬於債務人之權利，共同繼承人（債務人）既爲禁止分割之遺囑所拘束，則其共同繼承人之債權人亦應爲其禁止所拘束，自以取肯定說爲適當。（註九）

（註六）關於禁止分割之期間，各國法律不同，德國民法定爲三十年（第二〇四四條第二項），日本民法定爲五年（第一〇二一條），意大利民法定爲共同繼承人爲未成年時，自其最年長者達於成年之時起一年（第九八四條），瑞士民法就第六五〇之規定解釋爲十年。我民法則定爲二十年，蓋在理想繼承人中之一人爲胎兒時，經過三十年，即達成年，於其未成年以前，禁止遺產之分割，以資保護。

（註七）關於此點，范揚氏與本書見解有異，范著略謂：「或以禁止分割遺產至二十年，期間過長，有礙經濟的流通與保存或改良，而爲本段立法上之非難者。然此非爲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，乃爲繼承人之利益設，苟利多弊少，則稍長亦有何礙？一面撥之我國俗習，兄弟同財共居，攪纏者二十餘年，亦所在多有也。」（范氏前揭二二〇頁）

（註八）同說，即川氏日本相續法註釋下卷六五一頁，牧野氏日本相續法論二四〇頁，仁井田氏親族法相續法論四七二頁，和佛法律學校講義錄若槻氏民法相續一八五頁。但自立法論言之，應以一部有效說爲是，若被繼承人於二十年以上之期間禁止分割，至少有二十年內不得爲遺產分割之意，如其全部爲無效，則與被繼承人之意思頗有不符。范揚氏前揭二二〇頁，亦謂此說與一部份有效說，頗有不符。

揭一二〇頁羅氏前揭一一六頁）本書則從整個民法法規解釋而採全部無效說。

（註九）關於此點，尤以共同繼承人以契約禁止遺產之分割最有問題。大抵有下列之三說：（一）合意之禁止，不足以拘束共同繼承人之債權人，即苟非如此解釋，則債務人將利用此點，一再更新禁止分割之契約，以阻礙債權人權利之行使。（二）合意之禁止，不能拘束禁止前之債權人，祇能拘束禁止後之債權人。此因禁止後之債權人，係知其禁止而取得權利，自應受其拘束故也。（三）合意之禁止，足以拘束共同繼承人之債權人，債務人原可就其財產設定擔保物權，苟非有詐害債權人之意思，債權人不得對之聲明異議，故債務人祇對於遺產為不可分割之約定，亦無不得對抗債權人之理由。依余所信，應以第三說為是。

第三款 分割之方法

依我民法規定，遺產之分割固應以應繼分為標準，然應繼分不過為繼承人承受遺產之比率，而其遺產內容之權利義務究應如何分屬，則尙有待於特別之決定，此即遺產分割方法所由規定也。依我民法規定，遺產分割方法，應分左列兩端說明之。

第一 被繼承人有遺囑時

關於遺產分割之方法，與一般財產之分割同，固應由共同繼承人協議行之，如不能協議，則聲請法院決定。然如被繼承人體察情形以遺囑指定分割之方法，或委託他人代定者，自應尊重其意思。故我民法特從一般立法例於第一一六五條第一項規定：「被繼承人之遺囑定有分割遺產之方法，或託他人代定者，從其所定。」（法民第一〇七五條、西班牙民法第一〇四六條、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）依此規定，分割遺產之方法，不但得由被繼承人以遺囑自為指定，且得由被繼承人以遺囑委託第三人

代爲指定，其得委託第三人代爲指定之理由，與前述委託第三人代爲指定應繼分同，茲不贅。雖然，無論其爲被繼承人自爲指定或委託第三人代爲指定，有不能不遵守之要件二，即：（一）須以遺囑爲之；此爲我民法第一一六五條第一項所明定，其理由與前述應繼分之指定同。（二）須不違反關於特留分之規定；此在解釋上毫無疑義，其理由亦與前述應繼分之指定同。如不具備第一種之要件，則不問其爲被繼承人之指定，抑爲第三人之指定，皆屬無效，是爲當然。此時，自應由其共同繼承人以協議行之，不能協議，則聲請法院決定。其次，如不具備第二種之要件，如係被繼承人自爲指定，則與無遺囑同。反之，如係第三人代爲指定，則得請求第三人再爲適當之指定。如第三人拒絕指定，則屬遺囑之執行不能，自應依通常規定以定其分割之方法。關於分割方法之指定及委託，以具備上述兩種要件爲已足，此外則別無何種之限制。故其選擇之方法，解釋上與其共同繼承人自爲協議無殊，縱其內容欠缺妥當，亦不得聲明不服。（註一）

（註一）關於此點，劉鏡英氏與本件見解相同，劉著略謂：「遺囑或委託所定之方法，顯失公平，則如之何？曰：僅失公平，仍不能不從其所定，惟違背強行法規，則其違反之部分於有合法爭執時，不能認爲有效存在耳。蓋僅失公平，不過一事實問題，不能阻礙法律明文之適用，嗣強行法規，則被繼承人同負遵守之義務也。」（劉氏前揭三六頁）

第二 被繼承人無遺囑時

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

以達分割之目的，或依抽籤持圖等方法以定財產之歸屬，祇須各繼承人同意，即生效力（民法第八二四條第一項）。但在外國法律，有繼承人爲未成年入禁治產人等無行爲能力人時，應由法院定其分割之方法者（民法第八一二條）。我民法無此限制，自應爲否定之解答。至分割遺產是否須親族到場作證及作製分書，法無明文，不無疑問。余以爲分割遺產究須用何種方式，民法上既無明文規定，自無解釋其爲要式行爲之理由。關於此點，前大理院著有判例，可供參考。（註二）分割之方法不能協議決定，解釋上則由法院依繼承人之聲請，斟酌地方習慣，共同繼承人之地位，多數繼承人之希望，以及其他之情事，依下列辦法而爲分配：（一）以原物分配於各繼承人。（二）變賣共有物，以價金分配於各共有入。其以原物爲分配時，繼承人中有不能按其應繼分受分配者，則以金錢補償，以期公平（民法第八二四條第二項、第三項）。聲請法院分割，實爲訴訟事件，抑爲非訟事件，各國法律不同，有以其爲非訟事件者，如德國是。有以其爲訴訟事件者，如法國是。自理論言之，應以其爲非訟事件。查聲請法院分割，非關於分割之權利根本有所爭執，不過對於分割之形式而爲爭執故也。但就我民事訴訟法解釋，則固以其爲訴訟事件（民事法第十八條），是否允當，尙屬問題。既爲訴訟事件，其爲創設之訴，自不待言。

（註二）前大理院四年上字第一一〇六號判例：「族長公親之在場作證，雖爲分無訂立之常規，要非承單訂立之要件」。又三年上字第一六九號判例：「析析家財，雖無分書，亦得由當事人用他種方法以證明其事實」。又三年上字第八九號判例：「分書並無一定之形式，如因其記載能辨別分析之意思，即不能以其包含於繼承書內而否認其效力」。

第四款 分割之效力

第一項 概說

關於遺產分割之效力，有所謂一般之效力與特別之效力。一般之效力，即我民法第一一六七條所定：「遺產之分割，溯及繼承開始時發生效力」是。特別之效力，則可分為各繼承人間之效力及對於第三人之效力，其所以對於一般效力者，蓋在一般效力係採宣示主義，而於各繼承人間之效力，則採移轉主義；又共同繼承人對於繼承義務，原則上係採連帶責任主義，而於一定場合之下，對於第三人之效力，則採分擔責任主義故也。茲就我民法所定各種遺產分割之效力分別說明如左：

第二項 一般之效力

第一 各國立法例

關於遺產之分割其效力應自何時發生，即各繼承人分得之遺產，究自分割後始生效力，抑溯及繼承開始時發生效力，此因所採之主義而不同。在移轉主義，其遺產之分割，自分割後始生效力，即各共同繼承人於遺產未分割以前，僅有總括的支配之權力，而非各有其特定部分，必因分割，始就其特定部分而有專屬的所有權。故學者謂分割為移轉行為（*actus transferendi*）或附與行為（*actus adiuvandi*）。反之在認定主義，則遺產之分割，溯及於繼承開始時發生效力，即各共同繼承人於遺產未分割以前，已各有其特定之部分，分割不過對於各自專屬的所有權，加以一度之宣示，故學者稱分割為認定行為（*actus declarandi*）或溯及行為（*actus retroactivi*）。前

者德國民法（第二〇三三條）、葡萄牙民法（第二一五八條）及西班牙民法（第一〇六八條）採之。後者
法國民法（第八八三條）、荷蘭民法（第一〇二九條）、意大利民法（第一〇三四條）及日本民法（第一
〇一二條）採之。後之主義，拙於理論，即如依此主義，則是對於遺產自始即有數個完全所有權存在，於共有之
法理殊不可通。反之，前之主義則拙於實際，即如依此主義，則繼承人於其應有部分設定抵押權時，將因遺產之
分割，而抵押權分別及於遺產之各部，其在實際上甚為不便。

第二 我民法之規定

我民法關於一般財產之分割，就第八二五條之規定觀之，係採移轉主義。反之，關於遺產之分割，就第一一六七
條之規定觀之，則採認定主義，蓋第一一六七條明定：「遺產之分割，溯及繼承開始時發生效力」故也。（註一）
（註二）夫自保護第三人之利益言之，固應以採移轉主義為合理；然自保護繼承人之利益言之，則又應以採認
定主義為適當。（註三）我民法關於遺產之分割所以採認定主義者，蓋（一）就繼承人方面言之：共同繼承人，
多屬一定之親屬，如採移轉主義，難免不因利害衝突，發生糾紛，故我民法採認定主義，以期分割之公平。（二）
就第三人方面言之：第三人既與共同繼承人設定抵押權，自係有願受此種不利益之覺悟，故縱採認定主義，亦
不至害及第三人之利益。準是以言，我民法之採認定主義，實不外一種之擬制。但若有謂共同繼承人，在遺產
未分割以前，僅為遺產之條件附所有人，而非確定的所有人，即因分割，就屬於自己之遺產為停止條件附所
有人，就歸屬於他人之遺產為解除條件附所有人者，此說頗為牽強，殊難贊同。我民法既採認定主義，則關於遺

產之分割，如為不動產時，以為分割之登記為已足，自無須為移轉之登記，不過依我民法第七五九條規定，非經登記，不得逕為處分耳。

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

(註二) 范氏氏嘗在我國習慣立場，批評民法採取認定主義之失當略謂：(一) 上場(一) 故令繼承人隨時得將遺產分割可耳，然實際上一家父子請遺產共同保存相當之久，及其久後分割之日，仍須及於繼承開始之時，故在效力，視為自始所分割者，其效力發生，雖於盡改已往之事實何(一) 范氏前揭一(一九頁) 最後主張：「對於或於主解體在即時分割場合，固可將分割前之共同共有，自為過渡狀態，或假體狀態，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，則不若認其關係，過渡狀態，使之共同共有，而至分割之日，亦自自分割時起而發發生效力。身言之，則認發生移轉效力為駭存疑。」(范氏前揭一(一九頁) 范氏氏與范氏之主張同(范氏前揭一(二二頁) 此種解釋，在事實上或有必要，然於法無補，未敢贊同。

(註三) 范氏氏與本說之解釋有異，略謂：「吾意在我民法之下，即自法論繼承人之利益觀察，亦未必是為移轉主義病。」復據兩點，說明其所主張之理由。一、據之，自係遺產繼承人之利益觀察，實亦未必即論上三主義評定優劣於其間。(范氏前揭一(三〇頁) 余以為移轉主義，實係保護第三人，認定主義，實係保護繼承人，在學理上，其孰宜上，孰屬無可否認也。

第三 差額清償問題

關於遺產之分割，我民法採認定主義論矣，但依差額清償之方法，而為分割，有無認定之效力，則屬疑問。所謂依差額清償之方法而為分割，例如遺產為一萬元之不動產，五千元之動產，共同繼承人協議之結果，由其一人取

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

第三項 特別之效力

第一目 各繼承人間之效力

第一 對於遺產之瑕疵之擔保責任

一 立法理由

我民法第一一六八條規定各繼承人對於他繼承人因分割而得之遺產之擔保責任，此爲法國民法（第八八四條）、德國民法（第七五七條）、瑞士民法（第六三七條第一項）、葡萄牙民法（第二五九條）及日本民法（第一〇一三條）之所同。夫在採移轉主義之國家，各繼承人應互負擔保責任，固屬當然，乃我民法既採認定主義，而亦規定各繼承人應互負擔保之責，理論上似欠一貫。雖然，我民法之設此規定，蓋亦有故，即（一）所以期分割之公平；我民法關於遺產之分割所以採認定主義者，原所以期分割之公平，如各繼承人對於他繼承人因分割而得之遺產，不負瑕疵擔保之責，則分割之公平不可得而期，使其互負擔保責任，即所以期分割之公平。（二）所以貫徹法定應繼分之規定；我民法之所以設法定應繼分之規定，原在斟酌被繼

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

二 擔保責任之要件

此之所謂擔保責任，依我民法第一一六八條規定，即出賣人之瑕疵擔保責任是。關於出賣人之瑕疵擔保責任，其種類有二：一曰權利的瑕疵擔保責任，一曰物質的瑕疵擔保責任。前者於民法第三四九條、第三五〇條規定之，後者於民法第三五四條規定之。其詳應於民法債編中述之，茲不贅。各繼承人對於他繼承人因分割而得之遺產，固應與出賣人負同一之擔保責任，但請求擔保解釋上尚須具備下述之要件：（一）須現實發見其有瑕疵，故僅將來有發生瑕疵之虞，不得以其為請求擔保之理由。（二）須其瑕疵非因繼承人之過失而生，故其瑕疵如因繼承人自己之過失而生，則無對於其他繼承人請求擔保之理由。（三）須瑕疵之發生基於繼承開始以前之事由。關於此點，日本民法設有明文規定，我民法無之，余以為我民法對於遺產之分割，既採認定主義，則基於繼承開始以後所生之瑕疵，無使其他繼承人負擔擔保責任之理由，在解釋上自應與日本民法同。（註一）（註二）（註三）（註四）

三 擔保責任之效果

具備上述各種要件，各繼承人固應相互負擔擔保責任，但依民法第三五三條、第三五九條規定，買受人於出賣人不履行擔保責任時，得依情形，或解除契約，或請求減少價金，或請求損害賠償（民法第三五三條、第三五

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

四 擔保責任之限度

各繼承人間之瑕疵擔保責任，究為可分責任乎？抑為連帶責任乎？如無明文，易生疑問。但就我民法第一一六八條解釋，既明定各繼承人按其所得部分負擔保責任，自應解為可分責任，而非連帶責任。所謂按其所得部分負擔保責任，例如甲分得之遺產，其瑕疵為三千元，設甲乙之應繼分為遺產四分之一，內之應繼分為遺產四分之一，則甲乙各應負擔七百五十元，丙應負擔一千五百元是。我民法之採可分責任主義，亦不外維持分割之公平。

（註一）關於此點，范錫氏與本書見解有異。略謂：「（上略）然關於遺產分割後之擔保責任，立法原則當採移轉主義，有如前述。今就遺產所存欠缺之發生時期，更無設為例外，限於繼承開始以前之必要，非惟無其必要，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。（中略）況次述關於實力擔保之規定，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，可知民法於此實探移轉主義，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。〔范氏前揭一三四頁〕余以爲對於例外規定，不宜擴張解釋，且我民法之母法（日本民法）既證明定僅以繼承開始以前之欠缺爲限，由各繼承人負擔保責任，對於范氏之說尤難苟同。

〔註二〕共同繼承人之擔保責任，不但對於協議上之分割有其適用，即對於裁判上之分割亦有其適用，蓋在裁判上之分割，亦有發生瑕疵之可能。（同說中島氏民法釋義物權編上卷四七四頁，異說羅仲銘氏前揭一二五頁）。又被繼承人以遺囑指定分割之方法，或委託他人指定者，亦同。

〔註三〕共同繼承人之擔保責任，能否以合意排除，頗屬疑問，余以爲如得具合意排除，則與分割之終局目的不能兩立，故在解釋上應以否定說爲適當。但對於已發生之瑕疵，以特約排除其適用，即拋棄其損害賠償請求權，則無不可。

〔註四〕遺產之瑕疵，係由於共同繼承人之過失而生，他之繼承人固不負擔保之責，但如共同繼承人於受領其因分割而得之遺產時，明知其有瑕疵者，雖否排除本條之適用，不無疑義。依余所信，應取肯定說，此觀民法第三五一條及第三五五條第一項之規定而自明。

〔註五〕關於此點，羅仲銘氏與本書見解有異，略謂：「有謂關於遺產分割之效力，既採宣示主義，自不能認爲有契約之成立，從而契約解除之方法性質上不能準用於遺產分割之場合者。然分割之實現，必須各繼承人有關於分割之合意，將此合意視爲契約，似亦無所不可。故於買賣人爲契約之解除時，立於買受人地位之繼承人當可爲撤銷原分割，更爲分割之請求。」並謂減少價金之方法，於此場合似亦有其實用（羅氏前揭一二四頁一二五頁）。

第二 對於債務人之資力之擔保責任

一 立法理由

我民法第一一六九條規定各繼承人對於他繼承人因分割而得之債權，就債務人之資力負擔保責任，此爲瑞士民法（第六三七條第二項）、葡萄牙民法（第二六〇條）及日本民法（第一〇一四條）之所同。依

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

二 擔保責任之時期

各繼承人固應對於債務人之支付能力負擔保責任，但此擔保責任之時期如何，則因情形而異。有就遺產分割時債務人之支付能力負擔保責任者，如爲舊民法第一一六九條第一項所稱之債權是。此種債權，當係指未附停止條件之債權，已屆清償期之債權，及不定期限之債權而言。蓋未附停止條件及已屆清償期之債權，原可即時行使，不定期限之債權，一經債權人催告，債務人即應履行，各繼承人分得此等債權，皆不難於於分割後立即行使其權利也。其次有就應清償時債務人之支付能力負擔保責任者，此爲我民法第一一六九條第二項所定附有停止條件之債權及未屆清償期之債權。是此等債權必俟條件成就清償期到來始能請求債務人爲債務之履行，故各繼承人就應清償時債務人之支付能力負擔保之責，以期允當（註六）（註七）。至擔保責任之限度，我民法第一一六九條明定按其所得部分定之。關於此點與第一一六八條之規定同已於前述，茲不贅。

三 擔保責任之性質

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

（註六）我民法第三五二條賦規定「出賣人就債務人之支付能力負擔保責任者，推定其擔保債權移轉時債務人之支付能力」而於附停止條件及未屆清償期之債權，則付爾如，解釋上反應類推適用第二二六九條第二項之規定。

（註七）未屆清償期之債權，各繼承人因就應清償時債務人之支付能力負擔保責任，即分期清償之債權，亦不能不就各期清償債務人之支付能力負擔保責任。如按月按年清償之債權，應就每月每年各期清償債務人之支付能力負擔保責任是。

第三 擔保責任人無資力時之分擔

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

分之精神也。所謂由有請求權之繼承人與他繼承人按其所得部分比例分擔，例如前例之無支付能力，不能償還其負擔額七百五十元時，則由甲負擔二百五十元，丙負擔五百元是。但此係指有請求權人並無過失而言，如其不能償還，係由有請求權人之過失所致，則其損失自應由有請求權人自行負擔，故我民法第一一七〇條特設但書規定認爲例外。所謂其不能償還係由有請求權人之過失所致，例如前例，乙原有支付能力，因甲怠於請求償還，致乙事後喪失支付能力是。(註八)

(註八) 於此有一問題，即我民法第一一六八條至第一一七〇條關於繼承人間擔保責任之規定，被繼承人能否以遺囑排除其適用是。於此問題，外國民法有說明文規定，繼承人得以遺囑排除其適用者(日民第一〇一六條)，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。蓋應繼分解釋上，尙可由被繼承人以遺囑指定，從而繼承人間之擔保責任，無不許其以遺囑排除其適用之理由。不過被繼承人欲示排除之意思，須以具體爲之，且須無害於特留分之規定耳。謝仲銘氏則與此見解不同，謂：「我民法第一一六八條至第一一七〇條之規定，解釋上非認爲廢行規定，無以保持各繼承人分配之公平，即無從適合於我民法所採平均繼承主義之精神，既係強行規定，自不許被繼承人以一己之意思任意排除其規定之適用。」(羅氏前揭一三二頁)

第二目 對於第三人之效力

共同繼承人對於被繼承人之債務，在遺產未分割以前，係採連帶責任主義，已如前述(我民法第一一五三條第一項)。其在遺產分割以後，則採分擔責任主義，但依我民法第一一七一條規定，又因債務主體之變動與一定期間之經過而不同，茲分述如左：

第一 債務主體之變動

依我民法第一一七一條第一項規定：「遺產分割後，其未清償之被繼承人債務，移歸一定之人承受，或劃歸各繼承人分擔，如經債權人同意者，各繼承人免除連帶責任。」是為因債務主體之變動免除連帶責任之規定。繼承人對於被繼承人之債務應負連帶責任，原在保護被繼承人之債權人之利益，債權人既同意於其債務移歸一定之人承受，或劃歸各繼承人分擔，則有拋棄其連帶責任利益之意，甚為顯然，故我民法明定各繼承人免除連帶責任。此點，與債務之承擔，如經債權人承認，對於債權人發生效力，正屬相同（民法第三〇一條）。（註一）所謂同意，以繼承人已為分割之通知，債權人與以承認而後可，故分割後未經通知，或雖經通知而債權人未為承認，或逕為反對之意思表示，則無適用本項規定之餘地。（註二）又所謂免除連帶責任，其債務是否根本消滅，應依情形而不同。其以債務移歸一定之人承受時，他繼承人不但免除連帶責任，且其債務亦根本消滅。蓋債務主體已由多數債務人變更為一定之債務人，自應適用關於債務之承擔故也。反之，債務劃歸各繼承人分擔時，則各繼承人僅免除連帶責任，而其債務並非根本消滅，此就法理解釋，實無疑義。

（註一）請大理院四年上字第一一五五號判例：「第三人承任債務人之債務而經債權人同意者，應對於債權人發生效力，嗣後該債務人即不負清償之責」。

（註二）請大理院三年上字第一〇四三號判例：「債務之承任，於債權人有重大之利害關係，苟債權人不肯同意，決不能以相強」。又依本條「經債權人同意者」語，查「債權人同意」私法第二下卷第五八八及五八九頁參照。

第二 一定期間之經過

依我民法第一一七一條第二項規定：「繼承人之連帶責任，自遺產分割時起，如債權清償期在遺產分割後者，

自清償期屆滿時起，經過五年而免除。是爲因一定期間之經過免除連帶責任之規定。夫遺產既已分割，且已屆清償期，則債權人自應即時爲清償之請求，乃竟歷五年之久，而不請求清償，非怠於爲權利之行使，即對於債務移歸一定之人承受，或劃歸各繼承人分擔，已有相當之默契，故我民法特設短期消滅時效排除連帶責任之適用。顧此五年期間之起算，應因情形而不同，即於遺產分割時已屆清償期之債務，應自遺產分割時起算。於遺產分割後始屆清償期之債務，則又應自清償期屆滿時起算。至所謂免除連帶責任，其債務是否根本消滅，亦依債務移歸一定之人承受，或劃歸各繼承人分擔而不同。此點已於前述茲不贅。

第五款 分割之計算

第一項 概說

在繼承開始以前，繼承人對於被繼承人負有債務者有之，被繼承人對於繼承人曾爲一定之贈與者有之，於遺產分割之際，應否於該繼承人之應繼分中扣還或扣除，頗屬疑問。如不許扣還或扣除，殊與遺產分割之公平原則不符，如許扣還或扣除，則屬於遺產分割之計算問題，自非特設明文，難資準據。此我民法所以有第一一七二條及第一一七三條之規定也。茲依此規定分述如左：

第二項 對被繼承人負有債務之扣還

繼承人對於被繼承人負有債務時，如繼承人爲一人，依民法第三四四條之規定，其債務固不妨因混同而消滅，然如繼承人而有數人，就中有對於被繼承人負有債務時，如其債務亦因混同而消滅，則在未對於被繼承人負

有債務之繼承人將不免因此發生損害從而遺產分割之公平亦不可得而期故我民法第一一七二條規定「繼承人中如對於被繼承人負有債務者於遺產分割時應按其債務數額由該繼承人之應繼分內扣還」(瑞民第六一四條)依此規定其算定之程序有如下述(一)先確定繼承開始時被繼承人所有財產之價額(二)次以繼承人對於被繼承人所負之債務額加入繼承開始時被繼承人所有財產中為應繼遺產(三)再其次則依第一一四二條第一一四三條及第一一四四條算出各繼承人之應繼分(四)然後由此算出之應繼分中扣還對於被繼承人之債務之數額以其餘額為該繼承人之確定應繼分茲舉例以明之設被繼承人有一妻一子於繼承開始時其現實遺產價額為二萬元但其子對於被繼承人負有五千元之債務以之加入現實遺產中應為一萬五千元其妻與其子之應繼分相等各應分得一萬二千五百元其子之應繼分內須扣還五千元其確定應繼分為七千五百元是然此係就債務額少於應繼分而言如債務額等於應繼分則繼承人之確定應繼分直多於無如債務額多於應繼分則繼承人應清償其未經扣還之債務額以期分割之公平關於此點我民法雖無明文規定余以為解釋上實無疑。又我民法僅規定繼承人中對於被繼承人負有債務時應為扣還反之如享有債權能否請求清償則無規定表面上似覺疏漏實則不然蓋關於被繼承人之債務我民法第一一五三條已設有明文規定在解釋上該條所謂債務被繼承人對於繼承人所負之債務亦應包含在內故也(註一)

(註一)關於此點羅仲銘氏為之說明曰「對於被繼承人享有債權時能否請求償還則無所規定雖似有所疏漏而實則不然蓋債務人負有清償債務之義務而債權人則只有行使債權之權利並不負必須行償之義務繼承人自願拋棄其對於被繼承人之債權法律

即應聽其自由，除於此點，難以謂其規定之必要。(註：前報第三頁)

第三項 從被繼承人受有贈與之扣除

第三項 從被繼承人受有贈與之扣除

繼承人中之繼承開始以前，有從被繼承人受有財產之贈與者，此項贈與價額，應否於遺產分割時，由該繼承人之應繼分中扣除，各國立法例不同。有採非扣除主義 (Non admission du rapport) 者，有採扣除主義 (Admission du rapport) 者。就理論言之，應以前之主義為合理。蓋被繼承人於不違反特留分規定之範圍內，原得自由處其財產之處分故也。但就分割之公平言之，則又應以後之主義為適當。蓋法定應繼分，原在維持繼承人間之公平，以贈與價額算入應繼財產，與立法本旨甚相適合故也。前之主義，惟挪威、墨西哥等國採之。後之主義，則為多數國所採用，但又因情形而不同。有惟贈與應為扣除者，如十八九八年三月二十四日以後之荷蘭民法 (第一三三條)、意大利民法 (第一〇〇一條、第一〇〇八條)、葡萄牙民法 (第二〇九八條)、西班牙民法 (第一〇三七條)、奧大利民法 (第七九〇條)、及瑞士民法 (第六〇二六條) 是有除贈與之外，包括遺贈亦應為扣除者，如德國民法 (第二〇五〇條、第二〇五二條) 及日本民法 (第一〇〇七條、第一〇九二條) 是。有除贈與之外，特定遺贈亦應為扣除者，如十八九八年以前之法國民法 及繼承受法國民法 之羅馬尼亞民法 是。我民法則大體從瑞士 之立法例 (第一一七三條) 又在扣除主義中，有現物返還主義 (Rapport en nature) 與充當計算主義 (Rapport en main prantée) 之別。依前之主義，其受贈人非確定的所有人，應對

於贈與財產爲現實之返還。反之，依後之主義，則受贈人爲確定的所有人，以返還贈與財產之價額爲已，且於贈與財產多於應繼分時，不必爲應繼分以上之返還。前之主義，足以保持繼承人間之公平，但須現物返還，殊有害於交易之安全。後之主義，則與前之主義正相反對。法國民法採前之主義，德國民法（第二〇五六條）與大利民法（第七九三條）、瑞士民法（第六二九條）及日本民法（第一〇〇七條第二項、第三項）採後之主義。我民法從之。

第二 扣除之方法

我民法爲維持繼承人間之公平起見，係採扣除主義，且係採充當計算主義，已如前述。其算定之方法，與前述對被繼承人負有債務之扣還同即（一）先確定繼承開始時被繼承人所有財產之價額；（二）次確定繼承人從被繼承人所受之贈與額，以之加入繼承開始時被繼承人所有財產中，爲應繼遺產；（三）再其次則依第一一四一條、第一一四二條及第一一四四條算出各繼承人之應繼分（四）然後由此算出之應繼分中扣還從被繼承人所受之贈與額，以其餘額爲該繼承人之應繼分。茲舉例以明之：設被繼承人有妻、子及養子各一，於繼承開始時，其現實遺產爲三萬元，但其子從被繼承人受有一萬元之贈與，以之加入現實遺產中，應爲四萬元，其妻與其子之應繼分相等。養子爲其子之應繼分二分之一，即其妻與其子各應分得一萬六千元，養子應分得八千元，其子之應繼分內應扣除一萬元，而以六千元爲其確定應繼分。然此係就贈與額少於應繼分而言，如贈與額多於應繼分，則繼承人應否爲承繼分以上之返還，不無疑問。余以爲我民法既採充當計算主義，性質上自不

得爲應繼分以上之返還，於此問題似以採否定說爲適當。(註一)

(註一) 劉錫英氏與本書見解有異，劉著略謂：「若贈與額多於應繼分時，應否由該繼承人補出，法律並無明文，依本條第一項贈與價額應加入繼承開始時被繼承人所有財產中計算，而爲應繼遺產，則超過應繼分之贈與價額，若不由該繼承人補出，他繼承人之應繼分即有不足之虞，與各繼承人按應繼分平等享受贈產上權利之原則不能貫徹，故以應由該繼承人補出爲宜。」(劉氏前揭四六頁) 羅仲銘氏與劉氏之主張相同，所述理由則甚爲詳悉(羅氏前揭一三六頁、一三七頁)。

第三 扣除義務人

扣除義務人，爲承認繼承之繼承人(不問其爲單純承認限定承認)。拋棄繼承之繼承人，則不包含在內。蓋拋棄繼承之人，與繼承成立於無關係之地位，從而其人縱從被繼承人受有贈與，苟非侵害繼承人之特留分，即不應負何種扣除之義務。學者有謂此種贈與，應解爲應繼分之前付，拋棄繼承人不能不負扣除之義務者，余則以爲此種理論，頗屬牽強，殊不足採。(註二) 又扣除義務人，應以共同繼承人爲限，故雖爲共同繼承人，而非自己從被繼承人受有贈與，乃自己之直系血親卑親屬受有贈與，自無扣除義務之可言。惟由自己之直系血親尊親屬受有贈與，依代位繼承繼承其應繼分時，有無扣除之義務，則屬疑問。於此問題，各國法律不同，有代位繼承人不能取得被代位繼承人所有權利以上之權利，故於此時代位繼承人應負扣除之義務者，如法國民法及德國民法是。有代位繼承人係以自己之地位而爲繼承，故其扣除僅以從自己之被繼承人所受之贈與額爲限者，如日本民法是。就我民法言之，應與德國民法取同一解釋，其詳已於前述，茲不贅。

(註二) 關於此點，羅仲銘氏與本書見解有異，略謂：「此種贈與，性質上無妨解爲應繼分之預付，既受應繼分之預付，即不得藉口於繼承

之拋棄而免除其返還之責任。至該拋棄繼承之人從被繼承人受有贈與，僅於因其贈與而發生繼承人之特留分時，其返還之責者，吾人對於其主張理由上固甚表贊同。然我現行民法而為解釋，則因其對於贈與一概不許行扣減之權，如以侵害繼承人之特留分為理由，應准繼承人得為返還之責，其在繼承人受有贈與之權，不屬解釋為贈與額多於應繼分時，一律應負返還之責之範圍也。一人繼承前揭一三八條之繼承人，係與繼承人無關係之地產，繼承人受有贈與，其應繼分亦在內，其應繼分亦在內。

第四 扣除權利人

繼承人中有從被繼承人受有贈與者，應由其應繼分中扣除贈與額，係為維持繼承人間之公平而設之規定，故惟共同繼承人始得為扣除之權利人。苟非共同繼承人，例如拋棄繼承人，則無此權利，蓋拋棄繼承人非共同繼承人故也。受遺贈人亦無此權利，蓋受遺贈人惟能就繼承開始當時被繼承人之財產行使其權利故也。至於繼承人之債權人有無此權，則屬疑問。於此問題，外國法律有肯定規定者（法民第七八八條），我民法未設明文，余以為被繼承人之債權人既非共同繼承人，自難為同一之解釋。但如有第二四二條所定之情事，則不妨依該條行使其權利，此屬當然，無待明定。又扣除之權利，以各繼承人按其應繼分之不足部分單獨行使為已足，不以共同繼承人共同行使為必要。至關於扣除之規定，既係維持共同繼承人間之公平而設，自與公益無關，從而共同繼承人之一人或數人得拋棄其扣除請求權，又不特准。

第五 應扣除之贈與

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

○七條）是有除如日本所列舉之贈與外，普通生存中之贈與亦爲扣除之標的者。如法國民法（第八四三條）第六五一條）、葡萄牙民法（第二〇九八條、第二一〇七條）、意大利民法（第一〇〇一條、第一〇〇七條）、西班牙民法（第一〇三五條）及瑞士民法（第六二六條）是有不問其爲何種之贈與，苟非超過被繼承人之財產關係之適當範圍，不能視爲應扣除之贈與者。如德國民法（第二〇五〇條、第一六二四條）是我民法則斟酌情形以因結婚分居或營業所受之贈與爲限，爲扣除之標的，此外不問何種贈與，皆不在扣除之列。

（註三）（註四）我民法之所以限於結婚分居或營業所受之贈與者，非因是等之贈與較之他種贈與常爲多額，蓋如其爲多額之故即須扣除，則普通之贈與如爲多額亦須扣除矣。依余所信，因上述三種事由所爲之贈與，被繼承人不過便宜上爲應繼承之前付，而非以利於受贈人之意思爲之，故推測被繼承人之意思以在該繼承人之應繼分中扣除贈與價額爲適當。（註五）至應扣除之贈與是否以原本爲限，亦屬疑問。於此問題外國法律有明定繼承開始前之孳息無須扣除者（法民第八五六條、意民第一〇一三條、西民第一〇四九條、葡民第二一〇六條），我民法雖無明文規定，余以爲解釋上應屬相同。否則如須溯及既往扣除其收益之全部，則不但加重受贈人之負擔，且反於被繼承人爲其前付之意思焉。但在繼承開始以後取得之孳息應爲扣除，又不待言。

（註三）范揚氏對於此點有所據，略謂「現行民法則僅以特種贈與爲限，始應加入計算，即以對於繼承人因結婚分居或營業而爲之贈與爲限，應加入於遺產中計算，而對於他種贈與乃至對於第三人之贈與，不更設以限制，是則被繼承人儘可以生前贈與任意處分其財產，以優待繼承人之特留分，使特留分制度之精神終難貫徹，關於此點，立法上應宜再思有以補救之。」（范氏前揭六三頁）

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

臨時應得扣除者（德民第二〇五條）或民法無明文規定，依余所信應取否定說。此不但依我民法第一一七三條第一項之規定，且依此條之解釋，其應得扣除之費用當然屬於父母之義務，亦不能以贈與目之。又依例上之贈與無須扣除（德民第六三二條）之規定，其應得扣除之費用亦不屬於贈與人之義務。但如被繼承人預期受贈人將來為自己之繼承人，而為之贈與時，則應例外。例如以遺產繼承將自己之養子，其前為本條之贈與是。

第六 應為扣除之時期

扣除應於繼承開始以後為之。為各國法律之所同。但應於繼承開始以後何時為之，各國法律鮮有規定。我民法則於第一一七三條第二項明定其於遺產分割時為之。依此規定，故於共同繼承人之一人或數人曾由被繼承人受有本條之贈與時，他之共同繼承人如不聲明異議，承認其遺產之分割，則應認為拋棄扣除之請求。但於不知受贈之事實時，其共同繼承人對於受贈人得依不當得利之規定請求返還其利益，自不待言。（民法第一七九條）

第七 贈與價額之計算

關於贈與價額應依何時以為計算，各國法律有不同。有依贈與時之價值以為計算者，如德國民法（第二〇五條第二項）、葡萄牙民法（第二〇一七條）、西班牙民法（第一〇四五條）是。有依繼承開始當時之價值以為計算者，如德國普通法及瑞士民法（第六三〇條）是。有依分割當時之價值以為計算者，

如羅馬法，有不動產依繼承開始當時之價值以爲計算，動產則依贈與時之價值以爲計算者，如法國民法（第八六一條、第八六八條）、奧大利民法（第七九四條）及意大利民法（第一〇一七條、第一〇二四條）是。在探現物返還主義者，多採第二種主義。即依此主義，贈與物之所有權僅條件附移轉於受贈人，何時爲其現物之返還，殊不可知，故應依繼承開始當時之價值以計算贈與之價額。反之，如採充當計算主義，則多採第一種主義。即依此主義，贈與物之所有權已確定的移轉於受贈人，嗣後贈與物價額之增減，應由受贈人負擔，故應依贈與時之價值以計算贈與之價額。我民法第一一七三條第三項規定：「贈與價額，依贈與時之價值計算。」此爲採充當計算主義當然之結果。（註六）

（註六）於此有一疑問，即贈與物如有毀損滅失情事，受贈人之責任如何是。於此問題，亦因採取現物返還主義與充當計算主義而不同。即依現物返還主義，受贈人負擔特定物給付之義務，故其物如非因可歸責於己之事由以致毀損滅失，則受贈人免除返還之義務。反之，依充當計算主義，則受贈人已取得贈與物之確定的所有權，故其物縱因天災地變等不可抗力以致毀損滅失，受贈人亦不能免於返還之義務。

第八 扣除之免除

繼承人中有從被繼承人受有本條之贈與時，應由應繼分中扣除固矣，但此指被繼承人無免除之意思表示者而言。如該繼承人於贈與時有反對之意思表示，則無從以其贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有之財產中爲應繼遺產，再由該繼承人之應繼分中扣除贈與之價額（民法第一一七三條第一項但書）。我民法之所以設此例外者，蓋本條之設，原在推測被繼承人有以贈與爲應繼分前付之意思，今被繼承人既有反對之

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

第六款 遺產分割相關之問題

第一 對於遺產有貢獻之繼承人能否請求報償

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

別動勞顯有增加者，則當分析之際，自可酌量情形，對於其人從優分給。」

(註二) 瑞氏第六三三條：「與親信共同生活，對於親給付勞務或收益之成年之子，於親之遺產分割之際，得對之請求相當之計算。但本人明白拋棄其報價者，不在此限。」

第二 各繼承人在遺產分割前能否處分其應繼分

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

採許可主義，但究應採先買主義贖回主義，亦一疑問。先買主義，足以妨礙經濟之流通，我國舊律及大理院判例均認為無效，其不足採，無待煩言。（註四）故余以為應採贖回主義，我第一次民法草案，即從日本民法採此主義者也。（繼承編第二二條）

（註三）劉鍾英氏謂：「本法徵將來採用，則繼承人及遺產分屬前能否處分其應繼分，惟宜照關於共有之規定可也。」（劉氏前揭四七頁）後劉氏之說，即將到達於禁止主義之結論。范揚氏謂：「我國無是俗習，而容許其得為讓與之外國民法，即時必認他繼承人有優先贖回之權，民法承認他繼承人有此優先贖回權利，其反面未可斷定即許各繼承人為單獨之讓與，應繼分單獨讓與及優先贖回制度，弊多利少，在財產將趨向於價值化之今日，已無存在之必要，最近立法新例，已有將分割前繼承人之單獨讓與實行禁止」（羅氏前揭六五三條第三項）。故就民法解釋，在分割前各繼承人實不得將應繼分單獨讓與。（范氏前揭一三〇頁）羅仲錫氏則與本書見解相同，謂在「解釋上應認為繼承人得於遺產分割前轉讓其應繼分於第三人，」但為保護此等第三人或各債權人之債權人之利益起見，主張「於實行分割時令其有到場參加，陳述意見之機會。」（羅氏前揭二〇頁）

（註四）前大理院六年上字第一〇一四號判例：「親屬遺產之習慣，既經現行律明示禁止，且僅足見親屬把持措勒之風，於社會經濟殊無實益，自難認其有法之效力。」又現行律田宅典賣田宅條例參考。

第四節 繼承之拋棄

第一 拋棄繼承之意義

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

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

（註一）前大理院八甲上字第一〇七一號判例：「無子之人未立嗣而故，其同宗雖有可立之人，而已捨棄承繼權利者，核其情形，實與無可立之人者相同，所有遺產，依法即應由親女承受，其已捨棄承繼權利之人，即不得再生告爭。」此判例係爲減少關於繼承之糾紛而設，尙不能以其爲拋棄繼承之明確根據。

第二 拋棄繼承之期間及方式

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

一 得爲繼承之期間

繼承人爲拋棄繼承之意思表示，解釋上固應於繼承開始以後爲之，與限定承認同，但應於繼承開始後何時

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

二 拋棄繼承之方式

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

（註二）瑞士民法設有推定拋棄繼承之規定，其第五五六條第二項規定曰：「被繼承人無支付能力，於其死亡之際已經確定，或於時推定。」

（註三）范揚氏說明繼承期間之起算點曰：「當繼承人本在債務超過額而歸見之場合，今其調查考慮期定為二個月，無非使其繼承關係早日確定。其期間之起算點，規定為知悉其得為繼承之時起者，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，而其何時知悉得為繼承，實際證明頗感困難，遂亦不暇顧及也。」（范氏前揭一四四頁）

（註四）劉繼業氏評拋棄期間之起算點曰：「惟起算點始於知悉繼承時，頗生證明之困難，且與限定繼承之期間其起算點起於繼承開始時者不能一律，亦失立法之完整。如慮知悉過遲，則不妨略寬其期間，或以從繼承開始時起為原則，而另為知悉過遲者設一例外，均無不可。」（劉氏前揭四八頁）羅仲銘氏對於此點，亦有相同之批評（羅氏前揭一四四頁）

（註五）戰民法既以繼承人知悉得為繼承之時起算拋棄期間，故在繼承人有數人時，此項期間，應分別進行，是不待言。又如繼承人不知繼承開始之事實時，此項拋棄期間，是否永久繼續，亦一疑問。關於此點，外國法律有設時效期間之規定者（法民第七八八條）我民法無之，解釋上自應相同。不過實際上繼承人不知繼承開始之事實，以所在不明為居多，自不難依一定期間之經過，由利害關係人為死亡宣告之聲請耳（民法第八條）

（註六）繼承之拋棄雖得由法定代理人為之，但不可因此即謂此項選擇行為為非專屬於繼承人一身之權利，而得以轉移於他人。查縱為專屬於權利人一身之權利，而由他人代為行使，亦非不可能故也。又查繼承人為胎兒時，因非出生不能為繼承之主體，或無法定代理人，則應自其出生後有法定代理人時起，適用本條，以定其拋棄期間。

第三 拋棄繼承之效力

一 對於拋棄繼承人之效力

繼承之拋棄，應溯及於繼承開始時發生效力，已如前述。我國法第一一七五條之說，即明示此意。關於繼承之拋棄，所以特設明文者，蓋繼承之拋棄，係於繼承開始以後為之，誠恐有人誤會於其拋棄之時發生效力也。此

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

（註七）劉綏英氏設爲下列之例示曰：「惟繼承開始後，苟拋棄繼承人不知繼承已開始，曾向被繼承人之債權人清償債務，或已知繼承開
 始於未決定拋棄前，曾清償債務，能否於拋棄繼承後主張溯及效力，將已清償之債款收回，此問題頗費研究。（中略）鄙以爲不知
 繼承開始而爲債務之清償者，並非本於繼承人之資格之行爲，知繼承開始而爲債務之清償者，雖係本於繼承人資格之行爲，然曾
 應解爲對於被繼承人之債權人已爲債務之承擔，而其所爲清償，即係已履行其承擔債務之義務，與本條之溯及效力並不妨礙，故
 不應復將已償之債款收回。」（劉氏前揭四九頁）余則以爲知繼承開始而爲清償，則已無復拋棄繼承之可能，其清償自屬有效。
 反之不知繼承開始而爲清償，則因拋棄繼承溯及繼承開始時發生效力，其清償爲無效。

二 對於其他繼承人之效力

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

繼承人拋棄繼承權時，其應繼分歸屬於他繼承人者（日民第一〇三九條第二項）我民法則依法定繼承人與指定繼承人，以定其應繼分之歸屬。

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

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

承權時，即以指定繼承部分歸屬於第二順序之法定繼承人，即被繼承人之父母是。(註一〇)

繼承人拋棄繼承權時，其應繼分之歸屬，乃本於法律之規定而生。換言之，即歸屬人基於自己固有之權利，溯及於繼承開始時取得其應繼分，而非繼承拋棄繼承人之權利。準是，則發生下列兩種之結果：(一)拋棄繼承人之應繼分，不但歸屬於現尚生存之繼承人，且歸屬於業已死亡之繼承人，從而其人有繼承人時，自得代位繼承其應繼分。(二)拋棄繼承人之應繼分與繼承人固有之應繼分爲不可分，從而拋棄其固有之應繼分時，此應繼分亦同時拋棄，承認其固有之應繼分時，此應繼分亦同時承認。(註一一)

(註八) 羅仲錫氏亦主此說，略謂：「在第一一三八條第二三四各款之人與配偶同爲繼承人而有人拋棄繼承權時，則因拋棄者之爲配偶與否而歸屬之情形略有不同。(中略)何則，依第一一四四條第二款與第三款之規定，此際配偶之應繼分已確定爲遺產二分之一或三分之二，不因同爲繼承人者人數之多寡而有所影響。且配偶得與任何順序之繼承人同爲繼承，即不能謂爲有一定之順序，嚴格言之，自不合於所謂同一順序之條件故也。」(羅氏前揭一四六頁)

(註九) 劉錫英氏解釋準用關於無人承認繼承之規定與本書見解有異，略謂：「於同一順序之繼承人均拋棄其繼承權時，即準用關於無人承認繼承之規定。立法上不免疏漏，雖準用此規定，法院依公示催告程序公告時，次位繼承人即可出而承認繼承，然親屬會議之召集，遺產管理人之選定，及呈報法院之公告，已枉費無益之時間經濟勞力矣。」(劉氏前揭五〇頁) 范揚氏與劉氏之見解相同，並臚列三點理由，以爲其說之根據。(范氏前揭一六頁)

(註一〇) 繼承人拋棄繼承權時，其直系血親卑親屬不發生代位繼承之問題。蓋代位繼承，以繼承開始前，繼承人之死亡或喪失繼承權爲限，拋棄繼承權，不但係在繼承開始以後爲之，且拋棄繼承人亦非因此爲喪失繼承權之人故也。

(註一一) 劉錫英氏主張一部拋棄對於第一一七六條亦有其適用，略謂：「本條所謂拋棄繼承權，係指全部拋棄而言。(中略)前法定繼承人祇拋棄其應繼分之一部，指定繼承人祇拋棄其指定繼承部分之一部，(中略)可否受本條之適用，按諸權利推定係屬權利

人之自由之原則，自無不許一罷拋棄之理。本條所定歸屬方法，亦得一律適用。」（劉氏前揭五一頁）此說未敢贊同，固一罷拋棄，爲繼承性質所不許。

第四 相關之問題

一 遺產之管理

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

二 債權人之權利

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

力而受繼承人地位之地位，換言之，即以繼承權自體之消長為標的，而非以財產權之喪失為標的，故不謂繼承權之消長為標的，而謂繼承權之消長為標的，即民法第二四四條之規定焉。

第五節 無人承認之繼承

第一款 概說

第二節 無人承認之繼承

無人承認繼承，指繼承開始時，繼承人之有無不明而言。日本民法稱為繼承人之曠缺（Succession vacante）。既謂繼承人之有無不明，始謂之無人承認之繼承，從而有為繼承之人，不過所在不明，或有為繼承之人，不過承認繼承與否尙屬未定，固非此之所謂無人承認之繼承；即無繼承人業已確定，亦非此之所謂無人承認之繼承。何則？蓋繼承人之所在不明，其遺產，依民法第十條，應適用非訟事件法以為管理；繼承人之承認繼承與否尙屬未定，其遺產，依民法第一一四八條，當歸於該繼承人；無繼承人業已確定，則其遺產，成爲無主之財產，或歸屬於國庫，或歸屬於爲先占之人，固不難於解決故也。（註一）（註二）雖然，如繼承人在於有無不明之狀態，固不能期其必有，然亦不能期其必無，如置其遺產於無管理之狀態，則毀損滅失，在所不免，不但非所以保護繼承人之利益，且在繼承債權人受遺贈人等，如亦因繼承人有無不明，停止其權利之行使，亦非所宜。此我民法所以一方爲搜索繼承人之規定，一方爲管理其遺產之規定者也。

（註一）以繼承人之存無不明，爲無人承認之繼承，爲多數學者所贊成。——柳川氏日本相續法註釋下卷二一八頁牧野氏日本相續法註釋下卷二一七頁至一二九頁。殊難贊同。

（註二）我國舊律有所謂絕產，與強無繼承人相當，而非無人承認之繼承。——現行律戶役門專妨私權用財條例：「戶絕財產，其務屬空懸繼之人，所有親女承受。無女者，繼地方官聲明上納，酌撥充公。」又前大理院三年上字第三八六號判例：「果無繼嗣可立，則戶絕財產應由親女承受。如並無親女，則應歸國庫。」但用法院二一年院字第八二五號解釋則謂：「戶絕財產，即民法繼承編第五節所謂無人承認之遺產。」其見解頗有參差。

第二 無人承認繼承時其遺產之狀態

無人承認之繼承，其遺產之狀態如何，各國法律不同。在歐洲諸國多採非法人主義，但在日本則採法人主義。日本民法之所以採法人主義者，蓋因無人承認之繼承，不能不爲其遺產設置管理人，既須設置遺產管理人，此管理人究係代養何人而爲遺產之管理，苟非以遺產爲法人，殊難自圓其說故也。（註三）反之，在採非法人主義者，則無人承認之繼承，如嗣後有繼承人出而承認，其遺產即由該繼承人繼承，如始終無繼承人出而承認，則以之歸屬於國庫，其爲繼承人所繼承時，依照繼承法理，係溯及於繼承開始時發生效力，實無以遺產爲法人之必要。以上二種主義，以後之主義爲合理，故我民法從之。（註四）於第一一八四條規定：「第一一七八條所定期限內，有繼承人承認繼承時，遺產管理人在繼承人承認繼承前所爲之職務上行爲，視爲繼承人之代理。」其視爲繼承人之代理者，蓋即所以貫徹繼承溯及於繼承開始時發生效力之法理也。既視爲繼承人之代理，則管理

人在繼承人承認繼承前所爲之行為直接對於本人發生效力（民法第一〇三條）此點已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。雖然，所稱爲代理者，僅以職務上之行為爲限，此與「代理權限」相當，苟非職務上之行為，則與管理人自爲者無異，非當然對於繼承人發生效力，自無可疑。又此種代理，係由法律規定而生，自爲法定代理之一種，且在解釋上應因繼承人承認繼承而消滅，關於此點，日本民法第一〇五六條第一項設有明文規定，可供參考。

（註三）日本民法對於無人承認之繼承，既採法人主義，於是發生問題，即遺產法人將因繼承人承認繼承而消滅，若然，則遺產管理人所爲職務上之行為，應屬根本無效，是爲當然。日本民法爲救濟此項缺點起見，特於第一〇三五條備置規定：「但不妨礙管理人於其權限內所爲行為之效力。」即此可見即採法人主義亦有礙於自圖其效者在也。

（註四）雅揚氏對於我民法所採之主義有所批評，其謂：「民法持乎二者之說，一方以國庫爲繼承財產之歸屬人，而非真正之繼承人，一方願要法人主義，以遺產管理人結爲繼承人之代理（第一一八四條），其務求切實明確之立法趣旨，未始稍無見地。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為，得認爲繼承人之代理。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，其前此所爲行為，將爲誰人之代理耶？畢竟其間管理入既無本人可以代理，而遺產上權利義務亦無主體可以歸屬，因之在學理上自難自圓其說，而立法體例上尤覺屬焉皆非也。」（廣氏前揭一四四頁）

第二款 繼承人之搜索

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

報法院法院應依公示催告程序公告繼承人命其於一定期限內承認繼承。(民法第一一七八條第一項)其須呈由法院爲繼承人之搜索者，蓋所以期正確也。何謂公示催告程序，已。既定承認中述之，茲不贅。至公示催告之期間，依我民法規定應在一年以上(同條第二項)蓋恐過於短促，不足以達搜索繼承人之目的也。此項期間，應自最後登載公報或新聞紙之日起算，已於前述，茲不贅。關於繼承人之搜索，我民法係從日本民法而設之規定，但其程序則與日本民法頗不相同。即在日本民法，係由法院先爲管理人選定之公告(日民第一〇五二條第二項)於此公告後，二個月內，繼承人仍不分明時，再由管理人對於繼承債權人及受遺贈人，於至少二個月之期間內，爲請求聲明之公告(日民第一〇五七條第一項)於此公告期間屆滿後，繼承人仍不分明時，然後由法院依管理人等之聲請，對於繼承人，於至少一年之期間內，爲承認繼承之公告(日民第一〇五八條)。日民之所以設此繁複之程序，蓋在期能充分保護繼承人及繼承債權人受遺贈人之利益。我民法則搜索繼承人之公告與對於繼承債權人及受遺贈人之公告，幾於同時爲之，且其公告期間之最低限度均爲一年，凡此皆欲期無人承認繼承之狀態，得以早日確定，以定其遺產之歸屬。(註一)

(註一)我民法關於召集親屬會議，選定管理人，呈報法院等，均無期間之限制，似有未當，劉誠英氏爲之批評曰：「惟不能無疑者，則本條與前條皆未定有期限，繼承開始後，應於何時召集親屬會議，親屬會議選定管理人後，應於何時呈報法院，法院接收呈報後，又應於何時公告繼承人，法律並未加以期限之限制，如親屬會議與法院皆懈怠進行，則遺產遺懸之狀態，無期延長，不但有妨礙審判領人之利益，且足影響於國家社會之經濟，殆點不能謂非立法上之疏漏。」(劉氏前揭五三頁)其說可供參考。

第三款 遺產之管理及清算

第一 管理人之選定

無人承認繼承之遺產，應由何人管理，各國法律不同。有原則上由遺產法院為之管理。如德國民法（第一九六〇條）是。有法院依利害關係人或檢察官之請求選任遺產管理人者，如法國民法（第八一二條）及日本民法（第一〇五二條）是。我民法則仍守私法自治之原則，以此等事件，由親屬會議全權處理為宜。故於第一一七七條規定：「繼承開始時，繼承人之有無不明者，由親屬會議選定遺產管理人。」（註一）親屬會議之召集，應由利害關係人為之（民法第一一二九條）。此之所謂利害關係人，通常為被繼承人之債權人受遺贈人，但不以此為限，舉凡被繼承人之共有人、合夥人，以及其他得對於遺產主張權利之人皆屬之。關於親屬會議之組織，親屬會議之召集及決議，我民法第一一三〇條以下設有明文規定，已於拙著中國民法親屬論述之，茲不贅述。至親屬會議是否必為選定遺產管理人，不無疑問。余則以為親屬會議應否選定遺產管理人，以是否為無人承認之繼承，以及有無選定遺產管理人之必要決之，非一有利害關係人之召集，親屬會議即須選定遺產管理人。又親屬會議既得選定遺產管理人，則此遺產管理人得由親屬會議撤換是為當然。關於此點，前大法院著有判例，可供參考。（註二）

（註一）宛揚氏對於我民法所採之主義有所批評，略謂：「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？親屬開會選定矣，而終不能將其事由是報法院，則又如何辦之問題，解釋上儘可由利害關係人或親屬選請法院代為選定，（中略）然本條規定，法院不為選定，後之問題，終覺無從解答。（中略）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律為較妥。（宛氏前編一四一頁）

第二 管理人之職務

關於遺產管理人之職務，依我民法第一一七九條至第一一八二條之規定，有如在左：

一 編製遺產清冊

此爲我民法第一一七九條第一款所明定，此之所謂編製遺產清冊，與第一一五六條所謂開具遺產清冊意義相同。不過一由限定承認人開具，一由遺產管理人開具，一除明確記載繼承人之積極財產外，財產以憑稽核外，尙以證明限定承認人之爲限定承認非出於輕率或疏虞爲目的，一則僅以明確記載遺產狀況以憑稽核爲目的。至何謂遺產清冊，以及遺產清冊之方式如何，已於前述，茲不贅。又遺產清冊，依同條第二項規定，管理人應於就職後三個月內編製之。其設此編製期間之限制者，蓋恐管理人延不編製，妨害其管理職務之進行也。此項期間，究爲編製開始之期間，抑爲編製完竣之期間，解釋上頗有問題。余以爲如解爲編製開始之期間，則何時編製完竣，殊屬漫無限制，故在解釋上應以其解爲編製完竣之期間，較爲妥洽焉。

二 保存遺產必要之處置

法律上之所謂管理，其範圍廣狹，頗不一致，已於前述。茲之所謂管理，則從廣義，管理人對於遺產除得爲保存行爲，改良行爲，利用行爲外，並得爲保存遺產必要之處置。此就我民法第一一七九條第二項第二款之規定觀之，蓋爲明瞭。茲之所謂處置，即處分之意。所謂保存遺產必要之處置，即對於遺產，爲防止其毀損滅失，所爲

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

三 對於繼承債權人及受遺贈人之公告及通知

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

四 清償債權及交付遺贈

甲 清償債權交付遺贈之時期

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

間屆滿後，不得請求清償債權或交付遺贈物。」此與第一一五八條之規定同，不過一由限定承認人方面立論，一由繼承債權人及受遺贈人方面立論，稍有不同而已。此種立法技術，是否妥當，頗有問題。（註四）

我民法所以明定清償債務交付遺贈之時期者，蓋所以期清償債務交付遺贈之公平也。其詳已於前述，茲不贅。

乙 清償債務交付遺贈之順序

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

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

丙 遺產之換價處分

清償債務及交付遺贈既為管理人職務之一則管理人自不可不作成清償債務及交付遺贈之財源此我民法所以特定管理人對於遺產之換價處分者也。即依第一一七九條第二項後段「為清償債權或交付遺贈物之必要，管理人經親屬會議之同意得變賣遺產。」變賣與拍賣不同。依我民法債權施行法第十四條規定，變賣係照市價為之，以經法院公證人警察官署商會或自治機關之證明為足，初不必履行何種法定之程序。外國法律有必須以拍賣為之者（日民第一〇五七條第二項）我民法以其手續煩重未能採用。雖然，管理人應否為遺產之換價處分，依有無換價之必要決之。有無必要，係屬事實問題，舉例以言。如遺產為物品，而債務之清償及遺贈之交付則須以金錢為之，或縱可以物品為之，而物品之價值不能適與債權或遺贈之數額相當之類是。我民法為昭慎重起見，且以同意變賣之權畀諸親屬會議。良以遺產之換價處分，與為保存遺產之必要處分不同，一為管理權範圍外之處分，一為管理權範圍內之處分，故一得獨立為之，一則須經一定機關之同意。（註七）

五 遺產之移交

我民法第一一七九條第一項第五款規定：「有繼承人承認繼承，或遺產歸屬國庫時，爲遺產之移交。」依此規定，其遺產之移交因情形而異，即於第一一七八條所定之期間屆滿前，有繼承人承認繼承時，以其遺產移交於繼承人。一有繼承人承認繼承，即須爲遺產之移交，債權之已否清償，及遺贈之已否交付，在所不問。此因清償債務及交付遺贈，本係繼承人之義務，管理人不過因繼承人有無不明代爲履行其義務故也。如於第一一七八條所定之期間屆滿後，無繼承人承認繼承時，則其遺產除清償債務及交付遺贈外，以其賸餘移交於國庫。關於此點，後所述之。惟於此有問題者，即管理人爲遺產之移交時，應對於何人爲管理之計算是。（廿八）於此問題，外國法律有明定移交於繼承人時，應對於繼承人爲管理之計算，移交於國庫時，應對於國庫爲管理之計算者（日民第一〇五六條第二項第一〇五九條第二項）。我民法未設明文，余以爲解釋上應屬相同。又在第一一七八條所定期間內無繼承人承認繼承，以其遺產清償債務及交付遺贈後，如無賸餘，應對於何人爲管理之清算，則屬疑問。於此問題，外國法律亦乏明文規定，余以爲親屬會議對於遺產管理人，原有選任解任及監督之權限，管理之計算，似應對於親屬會議爲之。

六 遺產狀況之報告或說明

我民法第一一八〇條規定：「遺產管理人，因親屬會議被繼承人之債權人或受遺贈人之請求，應報告或說明遺產之狀況。」是爲管理人報告或說明遺產狀況之義務。親屬會議，繼承債權人或受遺贈人一爲請求，管理人即非爲報告或說明不可，否則管理人應負債務不履行之責。債務不履行之責任如何，已於拙著中國民

法債編總論中述之，茲不贅。我民法之所以昇親屬會議以請求之權者，蓋管理人係親屬會議所選任，原有監督其職務之權限故也。所以昇被繼承人之債權人及受遺贈人以請求之權者，蓋管理人之管理遺產，一方面固係為繼承人之利益為之，同時被繼承人之遺產原為繼承債權人及受遺贈人之共同擔保，即不啻為繼承債權人及受遺贈人之利益為之故也。報告或說明，以書面為之，或以言詞為之，均無不可。又報告與說明，原有詳略之別，原則以有報告為已足，如親屬會議等請求說明，則管理人應負說明之義務。

(註三) 羅仲銘氏對於此點，有所批評，略謂：「依本條第二項規定，管理人為清償債權或交付遺贈物之必要而變賣遺產，須得親屬會議之同意，則關於因保存遺產而為之處分行爲，似亦應酌股相當之限制，以保護各利害關係人之利益。本款規定，不能毫無疑義。」(羅氏前揭一五六頁) 范揚氏則就第一一七九條第二項擴張解釋，謂：「概須得親屬會議之同意。」(范氏前揭一四五頁)

(註四) 關於此點，劉鍾英氏為下列之批評曰：「彼係將清償義務歸於繼承人。此則以之歸於權利人，雖彼為限定之繼承，此為無人承認之繼承，其情形顯有不同，而須待公告期滿後，始能清償債權交付遺贈，則初無二致，為求立法上之完整，殊無如此互異之必要也。」(劉氏前揭五六頁) 其說可供參考。

(註五) 劉鍾英氏對於此點，有所闡發，略謂：「就本條法文解釋，似謂雖為管理人所知，但因未經報明或聲明之故，亦僅得就脫離遺產行使其權利。惟第一一七九條第一項第三款下段已明命管理人就其所知者，宜分別通知之義務，又似管理人所已知者，亦與繼承人所已知者，無異。何以繼承人所已知者，則應與在期限內報明之債權同受比例之償還，而管理人所已知者，則僅能就脫離遺產行使其權利，關於此點之立法，殊屬不詎無疑。」(劉氏前揭五七頁)

(註六) 關於此點，羅仲銘氏：「本件見解有異，略謂：「既者謂為管理人所已知之債權或遺贈，依第一一七九條第一項第三款之規定，應分別通知，既已分別通知而不於一定期間內為報明或聲明，無礙其保留遺產之全部或一部以爲他日清償或交付之理由云云。其言頗有相當之見地。惟其債權或遺贈在承身上本無若何問題，而又為管理人所已知，僅因其未於期間內為報明或聲明，遂使其蒙蔽

大之不利，未免受之。故在外國法律有明定管理人不得將其已知之債權人除外者，如日本民法第一〇五七條第二項之規定是。故解釋上似可認為第一一八二條之規定，對於為管理人所已知之債權或受遺贈人無其適用也。〔李氏前揭一六〇頁〕

范揚氏與羅氏之見解同。〔范氏前揭一四八頁〕

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

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

第三 管理人之報酬

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

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

（註九）於此有一牽連問題，即管理人之注意義務。於此問題，如就一般法理言之，受有報酬者，應為善良管理人之注意，反之，未受有報酬者，則僅為與管理自己事務為同一之注意，其間注意程度，頗有分別。遺產管理人之注意義務，自應依其受有報酬與否以為決定。

第四款 遺產之歸屬

第一 各國立法例

關於無人承認之繼承，於繼承人之搜索期間經過後，無繼承人承認繼承時，其遺產之歸屬如何，各國法律不同，約可分為三種主義：（一）歸屬於國庫之主義；此主義德國、法國及其他屬於羅馬法系之諸國採之。（二）歸屬於王室之主義；此主義英國法制採之。（三）歸屬於地方團體之主義；此主義瑞士民法採之。（第四六六條。）而於第一種主義中，又可細分為二：有限制其用途者，如西班牙民法，其遺產應使用於下列之事項：（一）死者住所之地慈善公共組合及慈善學校；（二）死者居所之地慈善公共組合及慈善學校；（三）以公益為目的之慈善公共組合及慈善學校（第九五六條）是。有不限制其用途者，此為法國、德國、比利時、荷蘭及意大利等國之所同。

第二 我民法上之規定

各國立法例已如上述，我民法則採第一種立法例中後之立法例，而於第一一八五條規定：「第一一七八條所

定之期限屆滿，無繼承人承認繼承時，其遺產於清償債權並交付遺贈物後如有賸餘，歸屬國庫。『第一一七八條之期間，乃搜索繼承人之期間，於此期間內如無繼承人承認繼承，則繼承人之存在，將屬絕望（不問實際有無繼承人），故我民法以其清算賸餘之遺產歸屬於國庫。其而謀遺產之歸屬者，蓋於無繼承人承認繼承時，如責令管理人永遠管理，不但失之過酷，且非所以獎勵經濟之流通故也。其以之歸屬國庫者，則係沿襲舊律「酌撥充公」而設之規定（現行律戶役門卑幼私擅用財條例參照），殊無深意。雖然，學者有謂清算賸餘遺產之歸屬國庫，係基於無主物應歸國庫先占之法律者，此說以之解釋我國民法殊不可通。何則，蓋依我民法解釋，惟不動產應由國家依先占取得其所有權，如係動產，則無由國家先占之必要故也（民法第八〇二條）。又有謂清算賸餘遺產之歸屬國庫，係基於繼承人之資格而為取得者（德民第一九三六條即以聯邦國庫為法定繼承人），此說以之解釋我國民法，亦未見其當。何則，蓋依我民法第一一八五條解釋，清算賸餘遺產歸屬國庫以後，繼承債權人反受遺贈人不能依據第一一八二條就賸餘遺產行使其權利故也。故依余所信，賸餘遺產之歸屬國庫，係本於法律之規定而生，即所謂原始取得是。關於此點，日本民法第一〇五九條第二項設有明文規定，可供參照。

第四章 遺囑

第一節 概念

遺囑 (Testament Last Will) 者，以使法律行為於死後發生效力為目的，依法定方式所為之自主的單獨行為也。茲依此定義分析說明如左：

第一 遺囑為單獨行為

遺囑，依遺囑人一方之意思表示而成立，不以受遺囑人之同意為必要，故遺囑為單獨行為（註一）。且遺囑無須對於受遺囑人為之，此即所謂無相對人之單獨行為是。但在通常所謂共同遺囑，一若一方之遺囑其發生效力與否須得他方之同意，實則不然，蓋在共同遺囑，乃一方之遺囑，以他方之遺囑發生效力為條件，初非一方之遺囑須得他方之同意始能發生效力也。

第二 遺囑為自主的單獨行為

遺囑，須基於遺囑人之自由意思為之，無須他人之介入，故遺囑為自主的單獨行為。遺囑既為自主的單獨行為，故凡有意思表示能力之人，理論上皆得為之，不過法律為期其意思表示之適當起見，設有一定年齡之限制耳。

又遺囑既係基於遺囑人之自由意思爲之，故遺囑人於其遺囑未發生效力以前，無論何時，皆得撤銷或變更之。是謂遺囑之撤銷可能性（revocability）。遺囑於遺囑人死亡發生效力後，已屬不能撤廢或變更，此學者所以稱其爲終意之行為（acte de dernière volonté, Letztwillige Verfügung）者也。

第三 遺囑須依法定方式爲之

依我民法規定遺囑須依法定方式爲之，蓋所以確保遺囑意思之正確也。但遺囑是否依法定方式爲之，應依遺囑當時以爲決定，遺囑執行之際，是否與法定方式相合，則非所問。故已作成之遺囑，如因遺囑人不知之串變，或第三人之惡意以致毀損滅失，亦非當然喪失其效力。惟於此時，利害關係人如欲主張其遺囑之存在，自不可不負舉證之責任耳。至證據方法，則毫無限制，故無論書證、人證及其他之證據，皆可爲判斷之資料。

第四 遺囑以死後發生效力爲目的

遺囑係於遺囑人死亡後發生效力，與繼承同。遺囑既須於遺囑人死亡後發生效力，則在遺囑人未死亡以前，受遺囑人不過有於遺囑人死亡後取得權利之期待，初非遺囑成立之始，其權利即現實移轉於受遺囑人。雖然，遺囑固於遺囑人死亡之時發生效力，但遺囑之成立，則在遺囑人爲其遺囑之時，與遺囑人死亡與否無關，此遺囑能力所以以遺囑成立之時爲準，而決其有無也。

第五 遺囑之內容不限於特定法律行爲

我民法明定法律行爲得以遺囑爲之者，爲下列之數種，即：（一）監護人之指定（第一〇九三條），（二）繼

承人之指定（第一一四三條）、（三）遺產分割方法之指定（第一一六五條第一項）、（四）遺產分割之禁止（第一一六五條第二項）、（五）遺贈（第一二〇〇條）及（六）遺囑執行人之指定是（第一二〇九條）。雖然遺囑之內容是否以此數者為限，則有問題。有謂凡人之意思不能離其人格而存在，遺囑人之意思表示，其不能獨外，是為當然，但法律之所以使遺囑人之意思表示於死亡後發生效力，不外一種之擬制，故遺囑之內容，應限於特定法律行為，不能任意擴張。但余則以為就法律是認遺囑制度之精神立論，應為擴張解釋，即舉凡生前所能為之法律行為，皆不妨以遺囑為之。惟遺囑既為法律行為，解釋上自不能違反強制規定禁止規定及公序良俗耳（民法第七一條、第七二條）（註二）（註三）。

（註一）關於此點，范揚氏之見解與本書稍有不同，略謂：「學者多謂遺囑為法律行為，而多數遺囑固亦自成法律行為，但構成法律行為一部分之意思表示，亦得為遺囑之內容。如在遺囑收條以遺囑所為收條之要約，僅為構成收條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，而收條行為須待彼收養人之承諾，始能完全成立。（申略）故謂遺囑為完全之法律行為，殊失正確」（范氏前揭一五九頁）此種例示，誠如范氏原書所云「實際或不通行」，余意仍以通說為是。

（註二）鄭憲章氏即從狹義解釋，略謂：「遺囑為法律行為之一而法律行為以意思表示為要素，然意思非能離為主體之人而存在，即人既死亡，其意思決無獨存之理，故吾人生前發盡之意思，於死後而能生效者，不外法律之一種擬制耳。因之法律應特加限制，以杜濫弊，於法律規定之範圍外，不得認遺囑之效力。即以遺囑為屬於法律特定之行為，並非一切之行為皆可以遺囑出之也」（鄭氏前揭五〇頁）。

（註三）關於此點，在日本民法學界亦有爭論，與本書同說者，為牧野氏日本相續法論四〇五頁，島田氏明治大學講義相續法二六〇頁，異說為柳川氏日本相續法論註釋下卷二六三頁，仁井井氏親族法相續法論五七六頁，權植氏相續法大意一三九頁。

第二節 通則

第一款 遺囑能力

第一 無行為能力人

依我民法第一一八六條第一項規定：「無行為能力人，不得為遺囑。」所謂無行為能力人，就我民法解釋，即未滿七歲之未成年人（第一三條第一項）及禁治產人是（第一五條）。此兩種之人，固不得自為法律行為，但不妨由其法定代理人為之（第七六條）。此所謂不得為遺囑，則為上述原則之例外，蓋因遺囑為自主的法律行為，性質上不能適用代理之規定故也（註一）。未滿七歲之未成年人所以不得為遺囑者，固因其年齡幼稚不足以辨識遺囑之內容；但在禁治產人，於其精神回復原狀之中，倘非完全不能辨識遺囑之內容，能否自為遺囑，則屬疑問。於此問題，各國法律不同，有認其有遺囑能力者，如瑞士民法（第四六七條）、奧大利民法（第五六七條）、西班牙民法（第六六五條）及日本民法（第一〇六二條）是。有絕對不認其有遺囑能力者，如法國民法（第五〇二條）及德國民法（第一〇四條、第一〇五條、第二二二九條）是。我民法為避免舉證困難起見，則從法、德民法之立法例，絕對不認禁治產人有為遺囑之能力（註二）。又我民法所謂禁治產人，包含心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務之人而言，但在外國法律，固有不禁止精神耗弱人自為遺囑者（註三）。若夫聾者、啞者、盲者及浪費人等，就我民法解釋，苟非已受禁治產之宣告，仍有自為遺囑之能力，自不待言（註四）。

(註一) 羅仲誠氏對於民法第一一八六條第一項有所批評，認爲「我民法第七五條已明定『無行為能力人之意思表示無效』，遺囑既係由一方之意思表示而成立之法律行為，即所謂單行爲，則無行為能力人不得爲之，自屬當然之理。若在普通法律行爲，無行為能力人得由法定代理人代爲之，(中略)而遺囑則須爲遺囑之本人自爲意思表示，性質上既適用代理制度之餘地，此實爲其與普通法律行爲特異之點。就此則設規定，以明其不得適用民法代理制度之一般前規定，足見我民法對於不得爲遺囑之精神，原可適用遺囑法之一般前規定者，而將該規定，對於其不得適用代理規定一層，反付闕如，此種規定方法是否適當，不能無疑。」(羅氏前揭一七一頁)其說頗有理由。

(註二) 在非絕對不認禁治產人有遺囑能力之國家，於禁治產人精神回復原狀中所爲之遺囑，依法律由主張其遺囑有效之人負舉證之責，證明其遺囑確係在精神回復原狀時所爲。

(註三) 關於精神耗弱人之遺囑能力，法國民法毫無限制，故在禁治產上，無須經保佐人之同意，得自爲遺囑(法氏第四八九條)。反之，德國民法則精神耗弱人無遺囑能力，蓋恐此等之人易受第三人所誘惑故也(德氏第二二二九條第二項)。或從該國

(註四) 噤者，啞者，在羅馬皇帝時代全無遺囑能力，但在現代法制則不盡然。例如法國民法車納之噤者，固不能爲公正遺囑，然如爲自書遺囑或密封遺囑，則屬無礙。意大利民法亦同。噤者不辨物之黑白，固不能爲口書遺囑或密封遺囑，然不妨爲口授遺囑。外國法律有明定其得爲口授遺囑者，如奧大利民法(第五八四條)是。浪費人有無遺囑能力，各國法律不同，無遺囑能力者，如德國民法是。有遺囑能力者，如英國、法國、西班牙、瑞士及日本是。

第二 未滿十六歲之未成年人

未滿七歲之未成年，無遺囑能力，已如上述，然如絕對貫徹此旨，凡已滿七歲之未成年人，皆有遺囑能力，則鑿齡黃髮，智慮未周，難免不生流弊，故我民法一面規定限制行爲能力人無須經法定代理人之允許得爲遺囑，一面規定但未滿十六歲者不在此限。就前者言之，是爲限制行爲能力人未得法定代理人允許所爲單獨行爲無

效之例外（民法第七八條），就後者言之，則又斟酌成人年齡，婚姻年齡，及身體精神發育之程度，以期遺囑之健全也。雖然，關於遺囑年齡，各國法律尙未一致，有定爲十四歲者，如奧大利、西班牙及葡萄牙。有定爲十五歲者，如日本。有定爲十六歲者，如法國、德國、匈牙利、比利時及羅馬尼亞。有定爲十八歲者，如瑞士及意大利。有定爲十六歲以上十八歲以下者，如美國多數之州。我民法則從法、德民法定爲十六歲，良以在一般情形，無論男女如已滿十六歲，其身體精神大體已臻健全，且以十六歲爲遺囑年齡，與女子之結婚最低年齡（民法第九八〇條）亦屬相合故也。於已滿一定年齡以後，具有遺囑能力固矣。但在各國法律尙多限制，有就財產之種類加以限制者，如瑞典惟能處分自己所獲得之財產。有就財產之限度加以限制者，如法國、比利時及羅馬尼亞祇能處分其財產之半額。有須得監護人之同意始得爲財產之處分者，如瑞典各州之法律。有非依遺囑之方式不能處分財產之全部者，如奧大利須依口授遺囑之方式，德國須依自書遺囑之方式。有無條件行使其遺囑之權利者，如西班牙及日本。是我民法從之。

第三、決定遺囑能力之時期

遺囑能力之有無，應依遺囑人爲遺囑時以爲決定，抑應依遺囑人死亡時以爲決定，頗屬疑問。就遺囑須於遺囑人死亡時發生效力之點言之，似應採後說，但遺囑係遺囑人於遺囑當時所爲之意思表示，其有無遺囑能力，則又應依其爲意思表示之當時，卽爲遺囑時決之。關於此點，外國法律有明定其依遺囑當時決之者，如葡萄牙、西班牙、智利及日本。是我民法未設明文，依余所信，解釋上應屬相同。遺囑能力之有無，既依爲遺囑之時決之，故在

為遺囑當時有遺囑能力者，不因嗣後喪失遺囑能力而無效。反之，在為遺囑當時無遺囑能力者，縱嗣後回復其能力，亦非因追認當然發生效力焉。（註五）依同理，遺囑人於聲請宣告禁治產以後未為宣告以前所為之遺囑，不因禁治產之宣告而受何種之影響。但在外國法律有定遺囑當時，如有宣告禁治產之原因，得撤銷其遺囑者，法民第五〇三條、荷民第五〇〇條、第五〇一條，此在解釋上是為當然，無待明定。蓋如遺囑當時，遺囑人有精神上之障礙，自得由主張遺囑無效之人，負舉證之責，撤銷其遺囑。

（註五）按國學者，謂遺囑之有效，不但須遺囑人於遺囑當時有遺囑能力，且須遺囑生效之時亦有遺囑能力。此在解釋法國民法或無大觀。蓋依法國刑法受重刑刑之宣告者，則奪其遺囑能力，故縱係刑刑以前所為之遺囑，苟非使其喪失效力，即不足以達制裁之目的。我國刑法既無剝奪遺囑能力之規定，解釋上自難相同。

第二款 遺囑對於遺產之處分

第一 處分遺產之範圍

如前所述，遺囑之內容，既不以特定法律行為為限，從而而不問其為遺產上之行為與遺產外之行為，皆得為遺囑之內容。惟在實際，遺囑之內容，以關於遺產之行為為最多，故我民法特從一般立法通例於第一一八七條設處分遺產之範圍曰：「遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產」。（法民第八九三條、德民第一九三九條、瑞民第四八一條、日民第一〇六四條）所謂以遺囑處分遺產，當不外應繼分之指定及遺贈，關於應繼分之指定，已於前述，茲不贅。關於遺贈（*Vermächtnis, Legs, bequest*），則其情形有二：遺

產之全部或一部爲包括的處分者通常稱爲包括遺贈 (Legs universel) 或包括名義之遺贈 (Legs à titre universel)。此種遺贈，受遺贈人不僅有權利之取得，並有與其相爲對應之義務之負擔。以特定遺產爲各別之處分者，通常稱爲特定遺贈 (Legs particulier) 或特定名義之遺贈 (Legs à titre particulier)。此種遺贈，受遺贈人僅有權利之取得，而無與其相爲對應之義務之負擔。又前之遺贈，有以其爲繼承人之設定 (institution d'héritier)，即指定繼承人者，如羅馬法及其他多數國之法律是。有以其爲遺贈之一種者，如法國及日本之法律是。我民法則從羅馬法以來之立法例。關於指定繼承人，已於第一一四三條規定之。茲之所謂遺贈，自係專指特定遺贈即特定名義之遺贈 (註一)。以遺贈爲遺贈，須不違反關於特留分之規定者。蓋特留分係維持公益而設之制度，如許違反，則法律規定特留分之旨趣無由貫徹也。但如遺贈違反關於特留分之規定，是否當然無效，則屬疑問。於此問題，就我民法第一二二五條解釋，不過繼承人有請求扣減之權，自非當然爲無效 (註二)。此即民法第七一條但書所謂但其規定並不以之爲無效之一例 (註三)。

(註一) 我民法關於包括遺贈未設明文，其承認與否頗有問題。范揚氏曾爲下述之主張曰：「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，但經法定繼承人，並不欲依第一一四三條而爲繼承人之指定，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，此種遺贈處分，自亦爲法律之所允許也。」(范氏前稿一八六頁)。

(註二) 劉鍾英氏主張違反特留分規定之部分爲無效，略謂：「違反特留分之規定之遺囑，該遺囑即全部無效，抑僅違反之部分無效，按特留分爲保護特留分權利人而設，祇須回復其權利即與特留分之規定已不違反，故應解爲僅違反之部分無效，該遺囑並非全部無效。」

敘也」(劉氏前揭六三頁)李樸氏與劉氏見解相同(李氏前揭八二頁)。

(註三)於此應注意者，即被繼承人如爲遺贈，其遺產固因之而減少，但其繼承人並非承受遺贈以外之遺產，實則於繼承開始當時，其遺產之全部已爲繼承人所承受(民法第一一四八條)，不過於有遺贈時，因受遺贈人之請求，有交付遺贈標的之義務耳。

第二 遺贈與贈與之差別

遺贈，係於遺囑人死亡後發生效力之無償行爲，就其爲無償行爲之點言之，與生存中之贈與相似，但有下數點之不同：(一)生存中之贈與，於其成立之瞬間，即生效力；遺贈則非遺囑人之死亡不生效力。(二)生存中之贈與，爲雙方行爲即契約；遺贈則爲一方行爲即單獨行爲。(三)生存中之贈與，原則上與受贈人不得任意撤銷；遺贈則遺贈人於其未發生效力以前，隨時皆可撤銷。(四)生存中之贈與，無須何種之方式；遺贈則必須一定之方式。

第三 遺贈與死因贈與之差別

死因贈與 (Fondation à cause de mort)，乃贈與人以其死亡爲期所爲之贈與，就其因死後確定其效力之點言之，與遺贈無異，故在外國法律有明定死因贈與準用關於遺贈之規定者(日民第五五四條)，我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。雖然，二者亦有其不同之點，即(一)遺贈，爲一方行爲，即單獨行爲；死因遺贈則爲雙方行爲，即契約。(二)遺贈之撤銷權，不能拋棄；死因贈與之撤銷權則可以拋棄。(三)遺贈，爲要式行爲；死因贈與則屬非要式行爲。

第三款 受遺贈能力

第一 第一一四五條之準用

依我民法第一一八八條規定：「第一一四五條喪失繼承權之規定，於受遺贈人準用之。」即受遺贈人如有第一一四五條喪失繼承權原因之一，即喪失其受遺贈之能力。第一一四五條所謂被繼承人，應解為遺囑人，所謂應繼承人，應解為應受遺贈人，所謂關於繼承之遺囑，應解為關於遺贈之遺囑。而於第一一四五條全條皆有準用於遺贈之可能（註一）。我民法所以設此準用之規定者，蓋受遺贈人如有第一一四五條各款所定之情事，應使其不得享受遺贈之利益，以為之制裁也。雖然，關於此點，各國法律尙未一致。有以繼承除外之規定準用於遺贈者，如德國、奧大利、瑞士、意大利、西班牙及日本是。有繼承除外之規定非準用於遺贈，但得以受遺贈人忘恩為理由，為遺贈之撤銷者，如法國民法及比利時民法草案是。自立法技術立論，以前之立法例為合理。蓋繼承與遺贈同為由被繼承人或遺贈人而受一定之利益，乃一則如有一定之情事當然喪失其繼承能力，一則尙有待於遺贈人之撤銷，倘未為撤銷，則受遺贈人依然保有所受之遺贈，不但顯失均衡，且有礙於善良風俗故也。

（註一）關於此點，羅仲銘氏與本書見解有異，略謂所謂應繼承人雖似應解釋為應受遺贈人，然在法定繼承人間有一定之繼承順序，且在順序同一者之間又以按人數平均繼承為原則，故其利益常相衝突。若在受遺贈人相互間則本無所謂順序問題，彼此之利益衝突無從發生，故關於應繼承人之一部分無準用之可能。且謂該條第一項第五款所謂表示其不得繼承者，於此亦不見有準用之必要。（羅氏前揭一七七頁）余則以為受遺贈人雖與繼承人不同，並無一定順序或依人數多寡異其應繼分，然在受遺贈人間關於應繼分之扣減等亦非無發生利害衝突之可能。又遺囑人不以遺囑撤銷遺贈，而依該條第一項第五款表示其不得受遺贈，亦無不

第二 其他問題

我民法關於受遺贈能力，僅設第一一八八條一條，此外有種種問題，尚待解決，茲略述如左：

一 胎兒之受遺贈能力

按我民法第七條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」胎兒之有受遺贈能力，是不待言。而在遺囑人死亡之時尚未懷胎，有無受遺贈能力，則屬疑問。於此問題，各國法律頗不相同。有遺囑人死亡之時縱未懷胎，亦有受遺贈能力者，如德國民法（第二一七八條）、意大利民法（第七六六條）、葡萄牙民法（第一七七七條）及奧大利民法是有遺囑人死亡之時如未懷胎，即無受遺贈能力者。如法國民法（第九〇六條）、荷蘭民法（第九四六條）、瑞士民法（第五四五條）及日本民法（第一〇六五條）是我民法未設明文，依余所信，應以前之立法例為合理，此點已於前述，茲不贅。

二 非婚生子女之受遺贈能力

關於非婚生子女之受遺贈能力，各國法律不同，有不設何種之限制者，如德國、奧大利、葡萄牙、西班牙、瑞士及日本等國之法律是。有加以限制者，如法國一八九六年之法律，對於非婚生子女之遺贈，於有婚生子女時不得超過其應繼分之最少額，又如意大利民法（第七六八條）、荷蘭民法（第九五五條）及比利時民法。對於非婚生子女之遺贈，不得超過其法定應繼分是。彼法、意等國所以限制非婚生子女之受遺贈能力者，蓋因非婚生子女，其應繼分常少於婚生子女，誠恐被繼承人多為遺贈，致失權衡也。就我民法解釋，則無此限。

制祇須不違反關於特留分之規定任爲遺贈自屬無礙。

三 監護人之受遺贈能力

關於監護人之受遺贈能力，外國法律有根本加以否認者，如法國民法（第九〇七條）、意大利民法（第七六九條）及日本民法（第一〇六六條）是。蓋因被監護人處於監護人監督保護之下，其爲遺贈，恐不免於誘惑或壓迫也。我民法亦常因監護關係而異其法律上之規定，例如關於時效之不完備（第一四二條），關於結婚（第九八四條）及關於讓與財產（第一一〇二條）是。而於遺贈獨付闕如，實屬遺漏。依余所信，應以加以限制爲適當。

四 法人之受遺贈能力

通常所謂法人，有公法人與私法人之別。公法人不問其爲普通公共團體，特別公共團體，得於其目的範圍內而受遺贈，學說上殆無異論。又私法人中以公益爲目的之社團，得於其目的範圍內而受遺贈，亦爲學說之所同。就中最有問題者，則爲將來設立之財團，有無受遺贈能力是。於此問題，法國學者多採肯定說，德國學者多採否定說，余則以爲依我民法第六〇條設立財團，固不妨以遺囑捐助爲之，但捐助行爲與遺贈究不相同，即捐助行爲不外財團之設立行爲，原可對於將來設立之財團爲之，遺贈則依一般法理，不得對於將來設立之財團爲之，故在解釋上以採否定說爲適當。

此外，外國法律有否認醫生對於病人，僧侶對於信徒，教員對於學生之受遺贈能力者（法民第九〇九條），其

立法理由，與前述監護人對於被監護人同。但近代多數國法律，不設此限制，我民法亦然，自不能與法國民法爲同一之解釋。

第三節 方式

第一款 概說

第一 遺囑爲要式行爲

遺囑爲要式行爲，爲各國法律之所同，我民法從之（第一一八九條）。遺囑之所以爲要式行爲者，蓋遺囑爲遺囑人最終之意思，固極神聖，然因遺囑人受制於環境，爲反於其真意之遺囑，實所常見，遺囑人一旦死亡，則此項遺囑是否出於遺囑人之真意，殊屬無從考證，故法律對於遺囑規定足以保障其出於真意之方式，以期遺囑之真實（註一）（註二）。遺囑既爲要式行爲，從而（一）關於遺囑之事實，不能依證人之證言以爲認定。（二）關於遺囑之條項，不適用民事訴訟法上之自白及認諾。（三）審判官欲探究遺囑人之意思，須依遺囑之自體爲之，不得斟酌遺囑以外之書類及其他之情事。

（註一）前大理院判例，以遺囑爲非要式行爲，四年上字第一七九一號判例：「遺囑成立之形式，現行法上無何等之限制」。同年上字第八

二七號判例：「遺囑之作成，在現行法並不須一定之方式，故以言詞或書面，皆無不可。但無論用何種方式，必其內容出於遺囑人之真意，是爲遺囑有效之要件」。同年上字第一七二四號判例：「遺囑不須本人親自書立，故別有確證可以證明該遺囑爲真實者，即

(註二) 羅氏對於我民法以遺囑爲要式行爲頗批評其不實，略謂：「我中華民族對於遺囑制度之利用，似尙乏充分之認識，僅有於臨終之際，始就其身後諸事之處置，吐露其真意於子女或其他近親者，此時若求其合乎法定之遺囑方式，將因事實上種種之關係，例如歐民法第一一九八條第三款及第四款所定之人外，無其他人證之在場而陷於不可證，若即因其不合法定方式，遂否認其遺囑之存在，又殊背死者之本意，而大多數試機之家，對於父母此種遺囑，往往不致稍有違背，此豈吾國淳風美俗之一端，後進吾國特殊之國情，對於此種善良習慣予以承認，未始非策之得者，蓋大理院判例認遺囑之作成不須一定之方式（中略）不能謂爲無特殊之見地也。」（羅氏前揭六頁）其說可供參考。

第二 遺囑方式之種類

關於遺囑方式，通常爲自書遺囑、公證遺囑、密封遺囑及口授遺囑之四種，各國法律有祇認公證遺囑及口授遺囑，而不認自書遺囑及密封遺囑者，如挪威是。有祇認公證遺囑、自書遺囑及口授遺囑，而不認密封遺囑者，如瑞士是。有四種遺囑皆認之者，如法國、德國、奧大利、比利時、意大利、西班牙及日本是。我民法則於第一一八七條規定五種遺囑之方式，即除（一）自書遺囑、（二）公證遺囑、（三）密封遺囑、及（四）口授遺囑外，尙特別所謂代筆遺囑之制度。其說此多種遺囑之方式者，蓋遺囑方式之種類既多，則遺囑人之爲遺囑，可以任意選擇，自無難於成立之危險也。

第三 各種遺囑之得失

上列五種遺囑，可歸納爲兩類：（一）普通方式即正式遺囑：第一種至第四種之遺囑屬之。（二）特別方式即

略式遺囑第五種之遺囑屬之。各種遺囑，除略式遺囑，非有特殊情形不得爲之，其餘各種遺囑，亦顯有其得失之可言。就自書遺囑言之，因係自書，足以防止洩漏，是其所長，但在不諳文字者不能爲之，是其所短。就公證遺囑言之，因係公證人代爲，對於遺囑內容有強固之證據力，且在不諳文字者，亦得爲之，是其所長，但需要費用，且不能防止洩漏，是其所短。就密封遺囑言之，如係自書，兼有自書遺囑、公證遺囑之長，而無其短，如係他人代書，因須公證人之附記，遺囑內容有強固之證據力，是其所長，但不能防止洩漏，是其所短。就代筆遺囑言之，因係見證人代書，在不諳文字者亦得爲之，且無須公證人參加，可以減省費用，是其所長，但不足以防止洩漏，是其所短。準是以言，各種遺囑，一得一失，殊難妄爲軒輊，要在遺囑人依照各種事實狀況，慎所選擇耳。

第二款 普通方式（正式遺囑）

第一項 自書遺囑

第一 概說

自書遺囑 (Testament olographe, Holographische Testament) 肇始於法，法國之採用自書遺囑，有謂其係受羅馬法之影響者，有謂其係本於法國北部固有之習慣者，以上二說，以後說爲通說。自法國採用自書遺囑後，意大利、西班牙、奧大利、德國、瑞士及北美諸州均先後從之，幾爲現代一般立法之通例。此種方式之遺囑，最爲簡便而迅速，凡在粗解文字者，皆得自由爲之，且其對於瀕死之病人及富於猜疑心者尤爲便利。蓋在瀕死之病人，常不及爲他種方式之遺囑，在富於猜疑心者，非自來親書，常於心難安放也。但此種遺囑，因其過於簡單，往往易爲

第二 自書遺囑之方式

我民法第一一九〇條規定：「自書遺囑者，應自書遺囑全文，記明年月日，並親自簽名。如有增減塗改，應註明增減塗改之處所及字數，另行簽名。」是爲自書遺囑之方式。茲分析說明如左：

一 須自書遺囑全文

自書遺囑須遺囑人自書遺囑全文。遺囑全文，既須由遺囑人自書，故不得由第三人爲之。不但如是，即少數之文句，如由第三人記入，其遺囑全體亦屬無效。蓋非如此解釋，不足以貫徹自書遺囑之立法旨趣也（註一）。遺囑之用語，殊無限制，以本國文字爲之，外國文字爲之，均無不可。又遺囑之用紙及其式樣如何，與夫用以書寫之文具如何（例如毛筆、鋼筆、鉛筆），均與遺囑之成立無關。不過遺囑全文，須出於手寫，如以鉛印、石印等機器爲之，尚難謂其爲有效耳。至紙數在二頁以上，應否於騎縫處簽名蓋印，學說上頗有爭論，依余所信，應取否定說。但以遺囑分載於二以上之斷片時，則應於各斷片簽名蓋印，以資辨認。

二 須記明年月日

自書遺囑，須遺囑人記明年月日，其所以必須記明年月日者，蓋不但可以藉此知悉遺囑人於爲遺囑當時有無遺囑能力，且於有二以上之遺囑時，並可以藉此知悉何者爲最後之遺囑也。自書遺囑，既須記明年月日，則其記載之年月日自須出於正確而後可，反是如出於虛僞，是否有效，則屬疑問。於此問題，應依情形決之，即年

月日之虛偽，由於遺囑人之過失或錯誤者，其遺囑爲有效，反是由於遺囑人之故意者，則其遺囑爲無效。蓋在後者，足以推定遺囑人有希望其遺囑不成立之意思，或至少足以斷定其遺囑非出於真意故也。又遺囑年月日之虛偽，如依遺囑自體極爲顯然，其遺囑是否有效，亦一問題。余以爲亦應依情形而異，卽此外別無何種之遺囑時，可認定其遺囑係於遺囑人之生存時所成立，反是尙有他種之遺囑時，如不能斷定其成立之先後，則其遺囑爲無效。雖然，自書遺囑，以記明年月日爲已足，記明時刻，並非法律所要求之方式，從而已否記明時刻，自與遺囑之成立無關。

三 須親自簽名

自書遺囑，須遺囑人親自簽名，且在解釋上不得依印章、指印、十字或其他符號以爲替代（民法第三條第二項、第三項）。其必須親自簽名者，蓋不但可以藉此知悉遺囑人之爲何人，且足以藉此知悉筆致之特徵，以防止遺囑之偽造或變造也。簽名，指姓名之記載而言，姓名乃戶籍上所以示區別於他人之名稱，但此之所謂姓名，以係遺囑人所慣用，通常足以識別其人爲已足，是否與戶籍上之名稱一致，則非所問。又在外國法律，有於簽名之外，尙須蓋章者（日民第一〇六八條），我民法無此規定，自難爲同一之解釋。至簽名應於何處爲之，學者之解釋頗不一致，有謂應於遺囑之終了處爲之，否則遺囑爲無效者；有謂如非於遺囑之終了處爲之，則惟簽名以前之文句爲有效者。余則以爲簽名固通常於遺囑之終了處爲之，但以認證其遺囑之記載而爲簽名爲已足，究係於何處爲之，與遺囑之成立無關。

四 增減塗改之註明及簽名

我民法第一一九〇條後段規定：「如有增減塗改，應註明增減塗改之處所及字數，另行簽名。」依此規定，自書遺囑如有增減塗改，應具備下列之要件：（一）註明增減塗改之處所及字數：如云某行增幾字減幾字或塗改幾字是。（二）另行簽名：其須另行簽名者，蓋所以保障遺囑之記載係出於遺囑人之真意也。外國法律有因塗改是否遺囑人之筆跡無由明瞭，祇許增減，而不許塗改者（日民第一〇六八條），我民法無此限制，不過為避免疑慮起見，似應於塗改處留存字跡，俾資辨認耳（民訴法第二〇八條）。又在一般情形，多於增減塗改處，加蓋印章，以資認證，此雖與遺囑之成立無關，然於決定遺囑之效力，不無裨益。至註明增減塗改及簽名，通常固多於遺囑之終了處為之，但我民法並無限制，縱於欄外記入，亦屬無礙。

（註一）關於此點，在法國、意大利、日本學說及判例與本書相同。但在奧大利學說均謂惟第三人記載之部分為無效。德國則學說紛歧，殊不一致，有謂如第三人記載之部分關係重要，應屬無效者，亦有謂不問其關係重要與否，皆屬無效者。

第三 處所問題

自書遺囑，如具備上述方式，應絕對保有其效力，固不待言（註二）。但此外應否記載為遺囑之處所，則屬疑問。關於此點，各國法律不同，有必須記載為遺囑之處所，否則其遺囑為無效者，如瑞士民法（第五〇五條第一項）、德國民法（第二二三一條第二款）是。有無須記載為遺囑之處所者，如法國民法（第九七〇條）、意大利民法（第七七五條）及日本民法（第一〇六八條）是。就國際私法之適用上觀察，遺囑作成之處所，對於決

定遺囑之效力，關係極大（例如在不認自書遺囑之國家，作成自書遺囑，應為無效，即其明證）。似應以記載為是。但自學理上言之，遺囑之作成，非處所的行爲，與處所之觀念毫無關係，我民法既未規定必須記載為遺囑之處所，自難與德、瑞民法取同一之解釋。

(註二) 自書遺囑祇須具備第一九〇條所定之方式，即保有其效力，究在何時作成，則非所問。故縱在距離遺囑人死亡前數年或數十年所作成，且遺囑人自身已忘却其作成之事實者，亦不因此影響於遺囑之效力。又遺囑為第三人所竊取或竊賍時，亦於遺囑之成立並無妨礙。

第二項 公證遺囑

第一 概說

公證遺囑 (Testament authentique, ordentliche testament)，於其證據力強大之點，是其所長，故幾為現代各國通行之制度。此種遺囑，亦肇始於法（法民第九七一條），比利時民法（第九七一條），荷蘭民法（第七六條），葡萄牙民法（第一九一一條），西班牙民法（第六九四條），巴西民法（第一六三三條），瑞士民法（第四九九條），德國民法（第二二三三條），日本民法（第一〇六九條）及蘇俄民法（第四二五條）從之。但亦有不認此方式者，例如奧、大利、英、國及北美各州（但委內瑞拉除外）之法律是。我民法則從多數立法例，設公證遺囑之規定。

第二 公證遺囑之方式

我民法第一一九一條第一項規定：「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。」是爲公證遺囑之方式，茲分析說明如左：

一 須指定二人以上之見證人

公證遺囑，須由遺囑人指定二人以上之見證人，其須指定見證人者，蓋不但可以藉此證明遺囑人之有無遺囑能力，且可以藉此防止公證人乘遺囑人之無識或智慮淺薄濫用其職權也。見證人之效用既如此其大，故我民法特設資格上之限制，以期貫徹。此點俟後述之，茲不贅。至見證人之人數，各國法律不同，有公證人如爲一人，則見證人爲四人，公證人如爲二人，則見證人爲二人者，如法國、比利時及意大利是。有見證人爲五人（公證人一人）者，如葡萄牙是。有見證人爲三人（公證人一人）者，如西班牙是。有公證人如爲二人，則無須見證人者，如德國是。有公證人爲一人，見證人須爲二人以上者，如瑞士、荷蘭及日本是。我民法即從最後之立法例者也。所謂二人以上之見證人，即見證人至少須爲二人之意。如見證人僅爲一人，則其遺囑爲無效。

二 須在公證人前口述遺囑意旨

公證遺囑，須由遺囑人在公證人前口述遺囑意旨，遺囑意旨既須口述，則在遺囑人不能口述意旨者，自不能爲公證遺囑。又由遺囑人自書草稿，交由公證人贍正，亦不能謂其具備公證遺囑之方式。但遺囑之內容甚爲複雜，或涉及一定之數字者，則不妨由遺囑人草成綱要，交由公證人辦理。蓋非如此，即不足以期遺囑內容之

正確也。又口述遺囑意旨既須在公證人前爲之，故如遺囑人對於第三人口述遺囑意旨，使其傳達於公證人，則其遺囑爲無效。至遺囑人所用之語言，爲公證人了解與否，則非所問。蓋於此時固不妨由通譯以爲傳譯也。
(註一)

三 須由公證人筆記宣讀講解遺囑人認可

公證遺囑，須由公證人筆記遺囑人口述之遺囑意旨，並爲宣讀講解。筆記，以足以明白表示遺囑人之遺囑意旨爲已足，其爲文言白話，在所不問（註二）。公證人於爲筆記以後，其必須宣讀講解者，蓋所以確保筆記與遺囑人口述遺囑意旨之符合也。但在外國法律有無須宣讀講解，僅以使遺囑人閱覽爲已足者（瑞民第五〇條第一項），使之閱覽，固有時優於宣讀講解，但我民法既明定其非宣讀講解不可，如僅使之閱覽，尙不能謂已具備公證遺囑之方式。宣讀講解，解釋上須涉及遺囑之全體，故縱屬無用之前文，亦須明爲宣讀，以符法意。惟在遺囑人之精通文字者，似不必爲之講解耳。又不僅以宣讀講解爲已足，尙須經遺囑人之認可。故遺囑人認爲筆記有誤時，則公證人應立即更正，並須就更正部分更爲宣讀講解，務得遺囑人之認可而後已。

四 須於經遺囑人認可後記明年月日同行簽名

公證遺囑，非由公證人見證人及遺囑人簽名，不能完成，故須於經遺囑人認可後，記明年月日，由公證人、見證人及遺囑人同行簽名，以資認證。遺囑人如不能簽名，依我民法第三條規定原不妨以印章、指印、十字或其他符號代之，然在印章，他人容易偽造，以符號代簽名，又須在文件上蓋二人簽名證明，亦殊不便，故我民法特設

規定由公證人將其不能簽名之事由記明，使遺囑人按指印代之。此所謂遺囑人不能簽名，須出於真實之事由，如不能簽名之事由顯係出於虛偽，應認為遺囑人有拒絕簽名之意思，從而其遺囑為無效。(註三)。

(註一) 在公證遺囑，既須遺囑人口述遺囑意思，在不能口述遺囑意思之囑者，雖能以文字或其他之符號表示其意思，如既不能發音，其不能為公證遺囑，是為當然。雖非啞者，而不能發音者亦同。又在聾者，雖能口述遺囑意思，然於公證人之宣讀譯解遺囑意思，則屬無從明瞭，其不能依公證方式以為遺囑，又不待言。

(註二) 遺囑人口述之遺囑意思，公證人固須逐一筆記，但如遺囑意思係屬違法或背於公序良俗，是否亦須筆記，則屬疑問。於此問題，外國法律有明定不得為之作成證書，否則應付懲戒者(日本公證人法第二六條、第七九條、第八〇條)，我國法律無明文規定，余以為解釋上應屬相同。故如遺囑人口述之遺囑意思違法或背於公序良俗，公證人有促其注意之義務，如遺囑人不為容納，自應拒絕筆記。雖然，違反特留分規定之遺囑，依法並非無效(祇繼承人有扣減請求權)，公證人縱知其違反之事實，亦不得拒絕筆記，但應對於遺囑人予以忠告，則屬職務上所當然。

(註三) 於此四點之外，外國法律尚有明定「公證人須附記其遺囑係依一定方式所作成，並為簽名蓋印」者(法國、德國、意大利及日本)。其立法意旨，在欲藉此保障遺囑之有效，且以表明公證人之責任。我國法律無此規定，自願為同一之解釋。

第三 公證人職務之代用

公證人依法有依當事人或其他利害關係人之囑託，就法律行為或其他關於私權之事實，作成公證書，及對於私證書與以認證之權限。此種制度，亟待創設，但在尚未創設，或創設尚難期其普遍之時，則不可不謀職務之代用。故我民法第一一九一條第二項規定：「前項所定公證人之職務，在無公證人之地，得由法院書記官行之。」其由法院書記官代行公證人之職務者，蓋因書記官係屬國家之公務員，必能勝任愉快故也。又僑民之在外國

爲遺囑者，依法應依遺囑成立時遺囑人之本國法（法律適用條例第二一條），如遺囑人爲公證遺囑，而我國之公證人既不能在外國執行職務，自不可不謀其職務之代用。故同項後段規定：「僑民在中華民國領事駐在地爲遺囑時，得由領事行之。」僑民所在地無領事駐在時，自不妨由其附近地之領事代行公證人之職務。

第三項 密封遺囑

第一 概說

密封遺囑 (Testament mystique) 有強固之證據力，與公證遺囑相似，且如係本人自書，足以保持絕對之秘密，較之自書遺囑及公證遺囑均屬過之。即非本人自書，然與公證遺囑之必由公證人參與遺囑之內容，亦固有別。其於公證遺囑，純爲特等之遺囑方式。此種遺囑，法國及其他多數國法律採之，我民法亦然。但亦有不認密封遺囑者，如英國是。亦有以密封遺囑爲公證遺囑之一種者，如德國、奧大利及瑞士是。

第二 密封遺囑之方式

我民法第一一九二條第一項規定：「密封遺囑，應於遺囑上簽名後，將其密封，於封纒處簽名，指定二人以上之見證人，向公證人提出，陳述其爲自己之遺囑，如非本人自寫，並陳述繕寫人之姓名住所，由公證人於封面記明該遺囑提出之年月日及遺囑人所爲之陳述，與遺囑人及見證人同行簽名。」是爲密封遺囑之方式。茲分析說明如左：

一、須於遺囑上簽名

密封遺囑，有爲遺囑人之自寫者，有非遺囑人之自寫者，不問其爲何人所寫，均須由遺囑人於遺囑上簽名，從而非能簽名之人，自不能爲密封遺囑。雖然，遺囑人於遺囑上簽名爲已足，無須記明成立遺囑之年月日。其年月日應以向公證人提出之時爲準，由公證人記載之。此點俟後述之，茲不贅。

二 須將其密封於封縫處簽名

密封遺囑，須由遺囑人將其密封，其須密封者，蓋非破壞封緘不能知悉遺囑之內容，正所以防止遺囑內容之洩漏也。遺囑人於爲密封以後，並須於封縫處簽名，藉以表示密封者爲何人，並以確保遺囑之秘密。但在外國法律有無須遺囑人於封縫處簽名者，如法國民法及比利時民法草案是。此種立法，不能充分達到上述兩種目的，故爲我民法所不採用焉。

三 須指定見證人向公證人提出並爲陳述

遺囑人於爲密封簽名後，須指定二人以上之見證人，向公證人提出，其須向公證人提出者，蓋在求公證人之附記，其須指定二人以上之見證人者，蓋又所以防止公證人之濫用職權也。遺囑係遺囑人所自寫者，應向公證人陳述其爲自己之遺囑，其非遺囑人所自寫者，除向公證人陳述其爲自己之遺囑外，並應陳述繕寫人之姓名住所，俾公證人於遺囑封面爲適當之附記。

四 須公證人於封面附記並同行簽名

公證人於遺囑人提出遺囑並爲陳述以後，應於封面記明該遺囑提出之年月日及遺囑人所爲之陳述，與遺

囑人及見證人同行簽名，其須如此者，蓋所以公證其遺囑爲遺囑人之遺囑也。公證人於遺囑封面所爲之附記，固不失爲公證書，但此種附記，並非證明其遺囑之內容，故其遺囑，仍屬私證書，不過因爲附記，足以證明其遺囑爲遺囑人之遺囑，利害關係人如欲否認，不可不爲反對之舉證耳。

密封遺囑，既須公證人之公證，則在無公證人時，自不能不設公證人職務之代用，故我民法於第一一九二條第二項規定：「前條第二項之規定，於前項情形準用之。」此點已於前述，茲不贅。

第三 密封遺囑與自書遺囑之代用

各種遺囑，各有其特殊之方式，原則上不許代用，故在自書遺囑欠缺其方式時，不得以其爲公證遺囑。公證遺囑欠缺其方式時，不得以其爲密封遺囑。但此僅屬原則，我民法於第一一九三條設有例外，即「密封遺囑，不具備前條所定之方式，而具備第一一九〇條所定自書遺囑之方式者，有自書遺囑之效力。」此因密封遺囑原可分爲兩部觀察，即公證人封面之附記，與遺囑內容之記載，其遺囑內容如出於遺囑人之自書，不但與自書遺囑完全相同，且許其爲自書遺囑之代用，與遺囑人之真意，亦屬相符，非徒然也。

第四項 代筆遺囑

我民法第一一九四條規定曰：「代筆遺囑，由遺囑人指定三人以上之見證人，由遺囑人口述遺囑意旨，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，由見證人全體及遺囑人同行簽名，遺囑人不能簽名者，應捺指印代之。」是爲代筆遺囑之方式。依此規定，代筆遺囑之要點，有如下述：（一）須由遺

囑人指定三人以上之見證人。此點與公證遺囑相似，不過一因有公證人，祇須指定二人以上之見證人；一因無公證人，則須指定三人以上之見證人。（二）須由遺囑人口述遺囑要旨；此點亦與公證遺囑相似，不過一須於公證人前爲之；一則於見證人前爲之。（三）須由見證人中之一人筆記宣讀講解並經遺囑人認可；代筆遺囑與公證遺囑不同者，惟筆記宣讀講解一須由公證人爲之；一則由見證人中之一人爲之。（四）須於經遺囑人認可後，記明年月日，同行簽名；此點與公證遺囑完全相同。準是以言，代筆遺囑與公證遺囑大同小異，遺囑人如不諳文字，或不願自書遺囑，而又不願經公證人之手致生費用者，自不妨請他人代筆爲之。此我民法所以特設代筆遺囑之規定也（註一）。

（註一）羅仲欽氏謂：「代筆遺囑之制，爲我之所特設，其方式雖較爲簡便易行，且能節省費用，予遺囑人以便利，惟既非遺囑人親自書其成立，又未經由公證人證明，在人情詐僞之社會，恐易發生流弊，如因遺囑受利益之人以其利益之一部誘惑見證人，依代筆遺囑之方式勾串偽造，往往不易辨別其真僞，故關於此種遺囑之認定，非特別審慎不可。」（羅氏前揭一九五頁）其說可供適用上之參考。

第三款 特別方式（略式遺囑）

第一 概說

遺囑，多由遺囑人於臨死之時爲之，如遺囑人生命危急，常有不能爲公證遺囑、密封遺囑及代筆遺囑之餘暇者，亦有不能臨池握管而爲自書遺囑者，如因此致使死者不能爲最終之處分，殊爲失當。故我民法特從羅馬法以來各國立法通例，於第一一九五條設口授遺囑（Testament privilege, mündliche Testament）之規定，即

「遺囑人，因生命危急或其他特殊情形，不能依其他方式為遺囑者，得為口授遺囑。」（第一項）此種規定，蓋為簡括，所謂生命危急，如因疾病而生命陷於急迫是。所謂其他情形，如因傳染病，在依行政處分阻斷交通之處所為遺囑，從軍中之軍人軍屬為遺囑，船艦中之船員旅客為遺囑是（註一）。

（註一）各國法律多就此數者分別設有規定，其屬於在交通阻斷處所為遺囑者，如法民第九八五條至第九九七條，德民第二二五〇條，民第五〇六條，日民第一〇七七條是其屬於在從軍中為遺囑者，如法民第九八一條至第九八四條及第一八九三年六月八日之法律，日民第五〇六條至第五〇八條，日民第一〇七八條是其屬於在航海中為遺囑者，如法民第九八八條至第九九六條及一八九三年六月八日之法律，德民第二二五一條，日民第一〇八〇條是。

第二 口授遺囑之方式

我民法第一一九五條第二項規定：「口授遺囑，應由遺囑人指定二人以上之見證人，口授遺囑意旨，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，與其他見證人同行簽名。」是為口授遺囑之方式。茲分析說明如左：

一 須指定二人以上之見證人

口授遺囑，須由遺囑人指定二人以上之見證人，其須指定二人以上之見證人者，蓋如見證人僅為一人，難免不從中舞弊，致失遺囑人之真意故也。外國法律有為確保遺囑之真實，須指定三人以上之見證人者（日民第一〇七六條第一項），然如證人過多，則恐倉卒之間，頗屬不易尋覓，故此種立法為我民法所不採用。

二 須口授遺囑意旨

口授遺囑，須由遺囑人對於見證人口授遺囑意旨，遺囑意旨既須口授，則在遺囑人不能口授意旨者，自不能爲口授遺囑。又由遺囑人自書草稿交由公證人謄正，亦不能謂其具備口授遺囑之方式。此點已於前述，茲不贅。但如遺囑人自爲筆記，具備自書遺囑之方式，應認爲自書遺囑，以期適合遺囑人之真意。

三 類由見證人中之一人筆記

口授遺囑，於遺囑人口授遺囑意旨後，須由見證人中之一人將該遺囑意旨據實作成筆記。所謂據實作成筆記，即筆記之文句須與口授旨趣相合之意，非必依其所口授者信筆直書。但在外國法律有須宣讀講解，俾遺囑人有隨時更正或增減之機會者，我民法既無此規定，自以據實作成筆記爲已足，解釋上無須宣讀講解焉。

四 須記明年月日同行簽名

口授遺囑，既無須宣讀講解，自無須遺囑人之認可，故於見證人據實作成筆記後，祇須記明年月日，與其他見證人同行簽名即可。其須見證人全體簽名者，蓋所以確保遺囑之真實也。又口授遺囑，既爲遺囑人不能自書遺囑時之略式遺囑，則遺囑人自無親自簽名之餘裕，故我民法不以遺囑人簽名爲口授遺囑之要件（註二）。

（註二）范揚氏對於此點有所批評，略謂：「口授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。」（范氏前揭一七七頁）羅氏亦有同樣之批評（羅氏前揭一九七頁）。

第三 口授遺囑之有效期間

口授遺囑，原屬遺囑之簡易方式，不得已而用之，於其正確之點不能無疑，故自羅馬法以來，各國法律多設有效

其前之規定。但其期間，頗不一致，有定為十日者，如瑞士民法（瑞士民法第〇八條），有定為三個月者，如德國民法（德國民法第二二二條），有定為六個月者，如法國民法及日本民法是（法國民法第九八四條，第九八六條及第九九四條，日本民法第一〇八五條），我民法則折衷或間，定為一個月，即依第一一九六條規定：「口授遺囑，自遺囑人能以其他方法為遺囑之時起，經過一個月，而失其效力。」所謂遺囑人能以其他方法為遺囑，係指事實實問題，例如因疾病為口授遺囑者，其疾病業已平愈，因交通阻斷為口授遺囑者，其交通業已回復，因從軍為口授遺囑者，其戰時勤務業已解除，因航海為口授遺囑者，其船艦業已歸還於內地是。

第四 口授遺囑之提經認定

口授遺囑，如具備上述各款之方式，固屬有效成立，然此種遺囑，究係於急迫之際，猝然成立，往往因本人垂死，精神已亂，其言非出於本意者有之，因他人欺騙，終記不遑，或他人乘機圖利，筆記係由他人填寫者亦有之，故各國法律為確保遺囑之真實，多設提經法院認定之規定。我民法則以認定之權畀諸親屬會議，即依第一一九七條前段規定：「口授遺囑，應由親屬入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。」其理由親屬會議認定者，蓋因家庭之事，以委由親屬會議處理較為適當故也。遺囑之提經認定，與遺囑之提示不同，親屬會議自非於得有該遺囑係出於遺囑人真意之心證以後，不得為遺囑其實之認定，自不待言。關於此點，外國法律有設明文規定者（如民法第一〇七六條第三項），我民法無之，解釋上應屬相同。提經認定，須由見證人或利害關係人於遺囑人亡故後三個月內為之，如始終不為提經認定，或提經認定，非由法定之

(三)繼承人及其配偶或其直系血親；(四)受遺贈人及其配偶或其直系血親；(五)爲公證人或代行公證職務之同居人助理人或受僱人。第一、第二兩種之人，爲無判斷能力人，以之爲遺囑見證人，難達遺囑見證之目的。第三、第四兩種之人，爲利害關係人，以之爲遺囑見證人，難期遺囑內容之真實。第五種人，與公證人及代行公證職務人立於指揮命令地位，以之爲遺囑見證人，亦難期遺囑內容之正確。故我民法均明定其不得爲見證人。依法不得爲見證人者，如竟參與遺囑之成立而爲見證人，其遺囑是否有效，頗屬疑問。余以爲爲使遺囑容易生效起見，應解爲見證人如已超過法定人數，即除其缺格人亦無人數不足之虞者，其遺囑仍應認其爲有效；反是則應以遺囑因成立要件之不備而無效。惟應注意者，本條之規定，係屬絕對的，故在未成年人，縱由法定代理人代理，或已得法定代理人之同意，在禁治產人，縱於精神回復原狀中，亦無爲遺囑見證人之資格。又本條之規定，係屬限定的，故除列舉之人而外，不得比附援引，而謂其他類似之人，例如褫奪公權人宣告破產人等，亦不得爲遺囑見證人。雖然，縱非本條所列各款之人，然依我民法規定解釋，遺囑見證人即使不諳文字，亦至少須能自書姓名，蓋如不能自書姓名，則所謂見證人簽名，將等於虛設矣。

(註一)茲舉數國爲例，以見一般。法國民法，非成年男子，享有私權之法國人，不得爲遺囑見證人(第九八〇條)。德國民法，下列之人，不得

爲遺囑見證人：(一)未成年者；(二)停止公權人；(三)依民法規定，無爲證人宣誓能力之人；(四)就審判官或公證人事務

爲其受僱或助理之人(第二三三七條)。瑞士民法，下列之人，不得爲遺囑見證人：(一)無行爲能力人；(二)依刑事法院判決，無

公權之人；(三)不諳文字之人；(四)被繼承人之直系血親兄弟姊妹及其配偶，被繼承人自己之配偶(第五〇三條第一項)。

日本民法，下列之人，不得爲遺囑見證人：(一)未成年者；(二)禁治產人及準禁治產人；(三)褫奪公權人及停止公權人；(四)

遺囑人之配偶(五)推定繼承人受遺贈人及其配偶並直系血親(六)與公證人同居之人(七)及同居人(八)(第一〇七四條)。

第五款 共同遺囑問題

關於共同遺囑(*Testamentum*)之立法主義，各國法律不同，有採容許主義者，如羅馬法是。有採禁止主義者，如荷蘭民法(第九七七條)、意大利民法(第七六一條)、西班牙民法(第六六九條)、葡萄牙民法(第一七五三條)、智利民法(第一〇〇三條)、亞爾然丁民法(第三六五二條)及日本民法(第一〇七五條)是。有惟夫妻得爲共同遺囑者，如德國民法(第二二六五條至第二二七三條)及奧大利民法(第五八三條、第一二四八條)是。我第一次民法草案爲保持遺囑之獨立起見，特做日本民法規定，以明文禁止之(一章第一五〇一條)。現行民法對於此點，未設明文，依余所信，應以從禁止主義爲合理。蓋通常所謂共同遺囑，其情形有三：(一)二人以上之遺囑人，於同一書面記載各個遺囑者，謂之單純共同遺囑(*Testamentum mere simultaneum*)；(二)二人以上之遺囑人，以同一書面共同爲一個之遺囑者，謂之牽連共同遺囑(*Testamentum Correcipivo*)；(三)二人以上之遺囑人，以同一書面，相互爲遺囑者，謂之相互共同遺囑(*Testamentum reciprocum*)。就第一種情形言之，似若各個遺囑不相關涉，實則既以數個遺囑記載於同一書面，難免不使人發生一遺囑無效影響於他遺囑之疑問。至若第二及第三種遺囑，實質上既相互關連，則其行爲係屬一個，一遺囑人如欲自由撤銷其遺囑，殆不可能，故均以禁止爲適當。

第四節 效力

第一款 概說

遺囑之大部分，爲關於遺贈之規定，我民法爲便宜起見，網羅其效力之全部，以之規定於本節。其內容如何，俟次款以下說明之，茲不贅。惟於此有應說明者，即遺贈，是否自遺贈人死亡之時，其所有權當然歸屬於受遺贈人。換言之，即此時所發生之效力，究爲物權的，抑爲債權的，關於此點，在日本民法學者因彼國民法第一七六條規定，物權之設定及移轉依當事人之意思表示而生效力，對於遺贈既別無規定，因適用一般原則之結果，故多採物權效力說。但就我民法解釋，余以爲應以採債權效力說爲適當。蓋依我民法第七五八條規定，不動產物權依法律行爲而取得，設定喪失及變更者，非經登記，不生效力；又依第七六一條第一項規定，動產物權之讓與，原則上亦非將物產交付，不生效力，對於遺贈既無特別規定，自應適用此一一般原則，就受遺財產而有物權之取得，尙有待於登記或交付。又在外國法律有包括受遺贈人，於無應繼分之繼承人時，當然取得受遺財產之占有者，我民法第一〇〇六條，我民法既未設明文，自難爲同一之解釋（註）。如上述，受遺贈人就受遺財產而有物權之取得，既尙有待於登記或交付，於是發生下列三種結果：（一）受遺贈人不能以私力取得受遺財產之占有，此其一。（二）受遺贈人非於得爲登記或交付之時，不能取得受遺財產之孳息，此其二。（三）非得爲登記或交付之受遺贈人，不能對於第三所持人或第三債務人爲關於受遺財產之請求，此其三。雖然，遺贈雖通常僅有債權的效力，而無物權的效力，

力，然繼承人依照遺囑而為遺贈之交付，則其效力應溯及於遺囑發生效力之時，是為當然。又遺產有繼承人時，受遺贈人固得對於該繼承人為交付之請求，如繼承人有無不明，依法應設置遺產管理人，此時自應對於管理人請求為受遺財產之交付。但遺囑執行人，不過擔任遺囑人意思之實行，而非遺贈義務人，不能對之為交付受遺財產之請求，是不待言。

(註一)關於此點，范揚氏與本書見解有異，略謂：「在包括遺贈，遺贈標的之財產，其效力發生時，即當移轉於受遺贈人，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。故包括遺贈與遺贈繼承同從解釋，常有物體的效力，嗣遺贈財產中有不動產者，未經登記，其效力尚未完成耳。」(范氏前揭一九一頁)。

第二款 遺囑生效之時期

第一 遺囑於遺囑人死亡時發生效力

我民法第一一九九條規定遺囑發生效力之時期，即「遺囑，自遺囑人死亡時發生效力」。其於遺囑人死亡時發生效力者，蓋遺囑為死者最終之意思故也(註二)。遺囑既於遺囑人死亡時發生效力，則在未發生效力以前，受遺囑人祇有將來取得權利之希望，而非現時取得何種之權利。故遺囑人於其未死亡以前，如撤銷其遺囑，則受遺囑人之此種希望，歸於泡影，是不待言。但遺囑一旦發生效力以後，則此種希望，於遺囑人死亡之瞬間，即具有法律上確定權之性質，從而即屬自己之權利，受遺囑人得自為處分，於其死亡之時，其繼承人得為繼承，同時債權人得以其為屬於債務人之權利扣押之。

(註一)於此有一問題，即以遺囑爲捐助者，在遺囑人死亡當時，財團法人尚未成立，自難享受權利之能力，從而依照一般法理，其財產歸還之效力，自應自該財團法人向主管官署登記之日起，始得發生，然如此解釋，則往往與遺囑人之本意不符，故在外國法律有明定「以遺囑爲捐助者，其捐助之財產，視爲自遺囑發生效力時歸屬於法人」者（日民第四二條第二項）或民法雖無此例外規定，而以爲爲實效「遺囑自遺囑人死亡時發生效力」之原則起見，解釋上應屬相同。此點已於拙著中國民法總論中述之。

第二 遺囑附有條件或期限時

遺囑能否附加條件或期限，各國法律不同，在昔羅馬法，遺囑不得附加期限，從而禁止其爲解除條件附之遺囑，蓋恐因此發生繼承死者地位之中斷也。但在近世各國法律，原則上未有不許附加條件或期限者，不過就中有暗示或明示之差。其探暗示規定者，如法國民法是。其探明示規定者，如奧大利民法、意大利民法及日本民法是。我民法固探明示規定者也（註二）。但所謂期限，有始期與終期之別，遺囑發生效力之時期，自亦因之而異。即遺囑之附有始期者，如遺囑人死亡於期限到來以前，則其遺囑於期限到來之時發生效力。反之如遺囑人死亡於期限到來以後，則其遺囑與未附期限無異，於遺囑人死亡之時發生效力。遺囑之附有終期者，如遺囑人死亡於期限到來以前，則其遺囑於遺囑人死亡之時發生效力，而於期限到來以後，其遺囑歸於消滅。反之，如遺囑人死亡於期限到來以後，則與未爲遺囑無異，不因遺囑人之死亡發生效力。又所謂條件，有停止條件與解除條件之分，遺囑發生效力之時期，自亦因之而不同。即遺囑之附有停止條件者，如遺囑人死亡於條件成就以前，則其遺囑於條件成就之時發生效力。反之，如遺囑人死亡於條件成就以後，則其遺囑與未附條件無異，於遺囑人死亡之時發生效力。遺囑之附有解除條件者，如遺囑人死亡於條件成就以前，則其遺囑於遺囑人死亡之時發生效力。

力而於條件成就以後其遺囑歸於消滅反之如遺囑人死亡於條件成就以後則與未爲遺囑無異不因遺囑人之死亡發生效力於此問題我民法僅於第一二〇〇條規定「遺囑所定遺贈附有停止條件者自條件成就時發生效力」其他各點未爲規定此有待於學理以爲補充者也雖然我民法第一二〇〇條並非強行規定如遺囑人另有意思表示使條件成就之效果不於條件成就之時發生自無不可（民法第九九條第一項參照）

（註二）遺囑在原則上固得附加條件或期限但依其事項之性質未可一概而論有性質上祇能附加條件而不能附加期限者例如以遺囑爲繼承人之指定是有性質上祇能附加終期而不能附加始期者例如以遺囑爲遺產分割之禁止是亦有性質上不能附加條件或期限者例如以遺囑爲非婚生子女之認領是

第三 問題

遺囑人以受遺贈人本身之消極的事由爲停止條件時應否認爲附有停止條件學說上頗有爭論據余所信應認爲無條件所謂以受遺贈人本身之消極的事由爲停止條件如云「君如不結婚則贈君以某項財產」是於此情形自非迄於受遺贈人之死亡其遺贈發生效力與否不能確定徵諸遺贈人之意思恐不如此以故羅馬法學者主張縱附有此種條件亦與單純遺贈無異受遺贈人得逕爲交付遺贈之請求

第三款 遺贈之失效與無效

第一項 遺贈之失效

第一 遺贈因受遺贈人先於遺贈人死亡而失效

我民法第一二〇一條規定遺贈之失效，即「受遺贈人於遺囑發生效力前死亡者，其遺贈不生效力」。換言之，即受遺贈人非於遺囑發生效力，即遺贈人死亡時係屬生存不可，此即所謂「同時存在之原則」。我民法所以設此規定者，蓋因遺贈不外着眼於受遺贈人之人的關係所為之贈與故也。遺贈固因受遺贈人先於遺贈人死亡而失效，但其繼承人能否代替受遺贈人之地位請求遺贈之履行，則各國法律不同，有明定受遺贈人之繼承人得為代位者，如德國民法（第二〇六九條）、奧大利民法（第七七九條）及意大利民法（第八九〇條）是。有法律上未設明文，一般通說認為不許代位者，如法國民法及法國法系之民法是。我民法關於此點，亦未設明文規定，余以為如前所述，代位繼承係由於法律之擬制，我民法對於遺贈既未設明文規定，即不能謂其當然得為代位，故在解釋上應以從否定說為適當。但遺贈人如於遺囑中明示，受遺贈人如先於遺贈人死亡，即以其繼承人為受遺贈人者，則屬附有停止條件之遺贈，與代位請求遺贈係屬另一問題。

第二 遺贈附有條件或期限時

我民法第一二〇一條係想像單純遺贈而為之規定，如遺贈附有條件或期限時，則遺贈是否因受遺贈人先於遺贈人死亡而失效，則因情形而不同。遺贈之附有始期者，如受遺贈人於期限到來前死於遺贈人而死亡，則其遺贈不生效力。反之，如受遺贈人於期限到來前後於遺贈人而死亡，則其遺贈於期限到來時發生效力。又如受遺贈人於期限到來後先於遺贈人而死亡，則其遺贈與未附期限無異，但因受遺贈人先於遺贈人死亡而失效。反之，如受遺贈人於期限到來後後於遺贈人而死亡，則其遺贈與未附期限無異，於遺贈人死亡時發生效力。

到來前後於遺贈人而死亡，則其遺贈於遺贈人之死亡時發生效力，但因期限之到來，受遺贈人復歸於未受遺贈之狀態。又如受遺贈人於期限到來後先於遺贈人而死亡，則其遺贈因期限之到來失其效力，受遺贈人於期限到來後復於遺贈人而死亡，亦同。遺贈之附有停止條件者，如受遺贈人於條件成就前於遺贈人而死亡，則其遺贈不生效力。反之，如受遺贈人於條件成就前後於遺贈人而死亡，則其遺贈於條件成就時發生效力。又如受遺贈人於條件成就後先於遺贈人而死亡，則其遺贈與未附條件無異，但因受遺贈人先於遺贈人死亡而失效。反之，如受遺贈人於條件成就後後於遺贈人而死亡，則其遺贈與未附條件無異，於遺贈人之死亡時發生效力。遺贈之附有解除條件者，如受遺贈人於條件成就前於遺贈人而死亡，則其遺贈不生效力。反之，如受遺贈人於條件成就前後於遺贈人而死亡，則其遺贈於遺贈人之死亡時發生效力，但因期限之到來，受遺贈人復歸於未受遺贈之狀態。又如受遺贈人於條件成就後先於遺贈人而死亡，則其遺贈因條件成就失其效力。受遺贈人於條件成就後後於遺贈人而死亡，亦同。凡此，我民法皆未設明文，尙有待於學理之補充。（註一）

（註一）遺贈附有條件或期限時，依民法設有解決規定，依民法第二一七條：「遺贈附有停止條件或始期，且條件或期限係於繼承開始後成就或到來時，其遺贈與條件或期限之成就或到來同時發生效力。」又民法第一〇九六條第二項：「停止條件附遺贈，受遺贈人於條件成就前死亡時亦屬（按即不生效力）。但遺贈人於其遺囑表示特別之意思時，從其意思。」

第三 問題

受遺贈人如先於遺贈人而死亡，其遺贈不生效力，固矣；但於此有一問題，即在以胎兒爲受遺贈人者，如至遺贈人死亡之時尙未懷胎，其遺贈是否因此失其效力？是關於此點，各國法律規定不同，有遺贈人死亡之時縱未懷胎，其遺贈亦不因此失其效力者，如德國民法、奧大利民法、意大利民法及葡萄牙民法是。有遺贈人死亡之時如未懷胎，其遺贈即因此失其效力者，如法國民法、荷蘭民法、瑞士民法及日本民法是。就我民法第一二〇一條所定「同時存在之原則」言之，於此情形，其遺贈自應因之而失效力，然爲適合遺贈人之意思起見，則解釋上應以認爲有效爲適當，從而此項受遺贈人於其出生之後，自得向繼承人爲請求遺贈之交付焉。

第一項 遺贈之無效

第一 一定財產之遺贈，因不屬於遺產而無效。

以特定物爲遺贈，以其發生效力當時之狀態交付於受遺贈人爲已足，故我民法第一二〇二條規定「遺贈人以一定之財產爲遺贈，而其財產在繼承開始時，有一部分不屬於遺產者，其一部分遺贈爲無效，全部不屬於遺產者，其全部遺贈爲無效」。所謂以一定財產爲遺贈，係指其遺贈之標的已於遺贈中特經指定者而言，例如以某處之債款千元贈與某甲，某處之房屋一所贈與某乙，或以某代之古畫一件贈與某丙是。至以一定財產爲遺贈而於繼承開始時不屬於遺產，則情形不一，有遺贈財產原屬於遺贈人所有，嗣因失其存在，或轉讓於人，而於繼承開始時不屬於遺產者，亦有遺贈財產原不屬於遺贈人所有，遺贈人意在取得其所有權以爲遺贈，而於繼

人明知遺贈財產不屬於自己所有爲有效，反是爲無效者，如奧大利民法（第六六二條）、意大利民法（第八三九條）及西班牙民法（第八六一條、第八六二條）是。有不問遺贈人知與不知，皆屬無效者，如德國民法（第二〇六九條、第二〇七〇條）及日本民法（第一〇九八條）是。如依前之立法例，不但知與不知，認定困難，且即使遺贈人知其遺贈財產不屬於自己所有，亦不能謂其爲有效，蓋如上述第二例，遺贈人常有如不能取得遺贈財產之所有權，即不爲遺贈之意思故也。自理論言之，自以後之立法例爲合理，此因特定物之遺贈，於遺贈發生效力同時，即應發生權利移轉之效果，從而其遺贈財產如於遺贈人死亡當時不屬於遺產，則其遺贈不生效力，是爲當然。我民法即從此立法例者也。

第二 遺囑另有意思表示時

以上所述係就原則而言，但如遺贈人另有意思表示，則無強其以爲無效之理由，故我民法第一二〇二條但書規定：「但遺囑另有意思表示者，從其意思」。所謂遺囑另有意思表示，例如遺贈人表示，余欲以屬於某甲之物遺贈某乙，余之繼承人應由某甲買受某物，以遺爲贈，又如遺贈人表示余以某物遺贈某甲，如其物不屬於余之所有，則余之繼承人應以相當其價額之金錢遺贈於某甲是。但在外國法律有推測遺贈人之意思，即遺贈財產縱不屬於遺產，如可認爲有以其爲遺贈標的之意思，即屬有效者（日民第一〇九八條但書），我民法以其過於寬泛，不爲採用，以不屬於遺產之財產爲遺贈，如依第一二〇二條之但書規定應爲有效，則遺贈義務人應負

取得其財產移轉於受遺贈人之義務，固不待言。但在外國法律有明定如其財產不能取得，或取得需費過鉅，除遺囑另有意思表示外，遺贈義務人應償還其價額者（德民第二一六九條、日民第一〇九九條），我民法未設明文，尚有待於解釋之補充。但依余所信，德日民法係屬當然規定，就我民法解釋，自應相同。

第三問題

被上所述遺贈財產如於繼承開始時不屬於遺產，而遺囑又別無意思表示，其遺贈固屬不生效力；但在以不屬於自己之財產為遺贈，於繼承開始前雖未取得該項財產，然取得代替其財產之物，其遺贈是否無效，則屬疑問。依余所信，應取否定說，即推定遺贈人有以其物為遺贈之意思，蓋於此情形，尚難謂其遺贈財產絕對不屬於遺贈也。所謂雖未取得該項財產，然已取得代替其財產之物，例如遺贈人以共有之房屋遺贈於某甲，然因分割之結果，遺贈人並未取得房屋之全部所有權，祇取得相當於其應有部分之金額是。又在以不屬於自己之財產為遺贈，而係以其遺贈為他人之負擔時，其遺贈是否有效，亦一疑問。依余所信，應取否定說，蓋於此情形，不啻以他人之物為其遺贈之標的故也。所謂以不屬於自己之財產為遺贈，而係以其遺贈為他人之負擔，例如遺贈人表示以某項房屋遺贈於某甲，而某甲應以其所有之土地遺贈於某受遺贈人是。（註一）（註二）

（註一）我民法第一二〇二條係關於特定物遺贈之規定，如係以不特定物為遺贈，則因得以種類品實數量相同之物而為交付，不發生遺贈標的於繼承開始時屬於遺產與否之問題，故我民法不另設規定。但在外國法律有於不特定物受遺贈或有瑕疵時，明定其由遺贈人負擔者，應依其規定。

（註二）我民法第一二〇二條係關於特定物遺贈之規定，如係以不特定物為遺贈，則因得以種類品實數量相同之物而為交付，不發生遺贈標的於繼承開始時屬於遺產與否之問題，故我民法不另設規定。但在外國法律有於不特定物受遺贈或有瑕疵時，明定其由遺贈人負擔者，應依其規定。

人應依其負擔者，應依其規定。在物有瑕疵時，應由遺贈人負擔。如遺贈人受遺贈時，遺贈義務人對之責與出賣人同。

（德民第二一八二條、第二一八三條大致相同）

可供參考。

(註三)又在德日民法關於特定物之遺贈，尚有受遺贈人取取孳息及償還費用之規定，關於收取孳息，德國民法以之規定於第二一八條，日本民法以之規定於第二一八條。關於償還費用，德國民法以之規定於第二一八條，日本民法以之規定於第二一八條。我民法未設明文，尙有待於解釋之補充。惟應注意者，關於收取孳息之時期如何，各國法律頗多紛歧，有受遺贈人於遺贈人死亡之時有收取孳息之權利者，如葡萄牙民法第一八八〇條，奧大利民法第六八六條及德國民法第二一八四條。有受遺贈人於遺贈人死亡之時，或遺贈時，有收取孳息之權利者，如法國民法第七八八四條，荷蘭民法第一〇〇六條，意大利民法第八六三條及西班牙民法第八八四條。是皆受遺贈人於遺贈時，有收取孳息之權利者。如日本民法第一〇九四條是。飲食所信，以第一種立法例爲合理。

第四款 遺贈之標的

第一項 遺贈標的之變更

第一 遺贈標的滅失毀損時

以特定物爲遺贈，因天災地變等不可抗力以致滅失毀損，依法理言之，應由受遺贈人負擔損失，固屬當然，無待明定。但因第三人之行爲以致滅失毀損，其解決辦法如何則屬問題。就中情形又可分而爲二，如滅失毀損之事由發生於遺贈人死亡之後，應由受遺贈人直接對於第三人取得賠償權利，自屬不生疑問（墨西哥民法設有明文規定）。反之，滅失毀損之事由，如發生於遺贈人死亡之前，而由遺贈人取得賠償權利時，是否以其權利爲遺贈，則各國法律鮮有規定。有之，惟德日兩國民法而已（德民第二一六四條，日民第一一〇一條）。我民法從之，於第一二〇三條前段明定：「遺贈人因遺贈物滅失毀損變造或喪失物之占有，而對於他人取得權利時，推

定以其權利爲遺贈。一推定以其權利爲遺贈者，蓋在通常情形，遺贈人以某物爲遺贈時，如其物不能交付，常以他物代替之意思故也。但既屬推定，應許反證，自不待言。對於他人取得權利，有因第三人之侵權行爲取得權利者，亦有因保險契約上之關係取得權利者，其求償權之發生原因如何，則非所問。又我民法係規定以其權利爲遺贈，並非因法律規定，以受遺贈人爲代位權人，故受遺贈人仍不外以其爲自己之權利對於第三人行使之。

第二 遺贈標的與他物附合混合時

我民法第一二〇三條後段規定：「因遺贈物與他物附合或混合，而對於所附合或混合之物取得權利亦同。」即亦如同條前段所定推定以其權利爲遺贈是也。其立法理由與上述同。因附合或混合而取得權利之情形，我民法第八一一條至第八一三條規定頗詳，即（一）動產因附合而爲不動產之重要成分者，由不動產所有人取得所有權。（二）動產與他人之動產附合，非毀損不能分離，或分離需費過鉅者，由各動產所有人按其動產附合時之價值共有合成物。附合之動產有可視爲主物者，則該主物所有人取得合成物之所有權。（三）動產與他人之動產混合不能識別，或識別需費過鉅者，或則由各動產所有人按其動產混合之價值共有混合物，或則由主物所有人取得混合物之所有權。其詳已於拙著民法物權精義中述之，茲不贅。惟依我民法第八一六條規定，因附合或混合喪失權利而受損害者，得依關於不當得利之規定，請求償金。受遺贈人有無負擔償金之義務，則屬疑問。於此問題，德日民法亦無明文規定，依余所信，應取否定說。即除遺贈人特別表示由受遺贈人負擔外，受遺贈人無負擔償金之義務。何則，蓋此種義務並非物的負擔故也。此時之償金義務應由遺贈人或其繼承

人負擔，是不待言。

第二項 遺贈標的之返還

通常所謂遺贈，與贈與同，係以財產之所有權而為遺贈，但在事實上非無以遺產之使用收益而為遺贈並不轉移其遺贈標的之所有權者，於此情形，受遺贈人於為使用收益以後，應將遺贈標的返還於遺贈人之繼承人，是為當然。雖然，受遺贈人之返還遺贈標的應於何時為之，各國法律鮮設規定，我民法則從巴西民法第一五八八條於第一二〇四條明定：「以遺產之使用收益為遺贈，而遺贈未定返還期限，並不能依遺贈之性質定其期限者，以受遺贈人之終身為其期限。」依此規定，遺贈標的之返還期限應如下述：（一）遺贈定有返還期限者，應從其期限。例如某甲以某物遺贈某乙使用收益，於遺囑定明以三年為期，則應於三年期限屆滿之時返還是。（二）遺囑未定期限，能依遺贈之性質定其期限者，應依遺贈性質以定返還期限。例如某甲以某物遺贈某乙收益，雖未定期返還期限，然如依其性質，係以其收益供留學之用，則應於學成歸國之時返還是。（三）遺囑未定期限，又不能依遺贈性質定其期限者，應以受遺贈人之終身為其期限。例如某甲以某物遺贈某乙使用，既未定期返還期限，又不能依遺贈性質定其期限，則以某乙死亡之時為其返還之日是。此乃推究遺贈人之意思而設之規定，與民法第七三一條之立法旨趣，殆屬相同。（註一）（註二）

（註一）關於遺贈之標的，我民法僅此兩條，此外尚有種種問題，亟待解決，如遺贈標的之物或權利於遺贈人死亡時，為第三人權利之標的，受遺贈人對於遺贈義務人能否請求消滅其權利，即其一例。此問題，各國法律不同，有得請求消滅其權利者，如西班牙民法是也。

不得請求消滅其權利者，如法國民法（第一〇二〇條）、德國民法（第二一六五條）及日本民法（第一一〇二條）是。我民法無明文規定，依余所信，應以後之立法例為合理，蓋以特定物為遺贈之標的時，依照法理，以遺囑發生效力當時之狀態移轉於受遺贈人為已足敷也。

（註二）又以債權為遺贈之標的，我民法亦未設明文，所謂以債權為遺贈之標的，其情形有三：（一）遺贈人以對於受遺贈人之債權為遺贈之標的，（二）遺贈人對於負擔債務之債權人，以自己對之所有之債權為遺贈之標的，（三）遺贈人以其對於第三人之債權為遺贈之標的。以上三種情形，有概為規定者，如奧大利民法（第六六二條至第六六八條）及意大利民法（第八四四條及第六四五條）是。有祇規定第二種情形者，如法國民法（第一〇二三條）是。有祇規定第三種情形者，如德國民法（第二一七三條）及日本民法（第一一〇三條）是。知適用上發生疑問，上述法條，可供參考。

第五款 負擔附遺贈

第一 負擔附遺贈之概念

負擔附遺贈（*Loga avær charge*）者，遺贈人為本身及其繼承人或第三人之利益，對於受遺贈人課以履行某種義務之負擔，所為之遺贈也。負擔附遺贈，就遺贈人對於受遺贈人課以負擔之點言之，固與單純遺贈不同，然非因此變更遺贈之性質，故在單純遺贈為單獨行為無償行為，負擔附遺贈亦為單獨行為無償行為。雖然，負擔附遺贈，就遺贈與負擔彼此牽連之點言之，似又與條件附遺贈無異，實則不同。蓋條件附遺贈，非條件成就，其遺贈不發生效力，負擔附遺贈則惟負擔義務，與遺贈發生效力與否並無關係故也。遺贈之於負擔既有牽連關係，故在外國法律有明定受遺贈人非自己得請求遺贈之標的，無履行負擔之義務者（德民第二一八六條），我民法雖無明文規定，然就法理言之，事屬當然，毋庸疑義。（註一）

(五) 在德國包括遺贈之國家，就受遺贈人負擔義務之點，與負擔附遺贈其屬相似，但在前者受遺贈人之負擔義務，係由遺贈固有之性質而生，後者受遺贈人之負擔義務，則為遺贈人所附加，並非由遺贈固有之性質而生，二者之性質究不相同。就我民法解釋，不認所謂包括遺贈，已於前述，故此之所謂遺贈，專指特定遺贈而言，不生包括遺贈與負擔附遺贈似是而不同之問題。此種立法，係從瑞士民法而來，瑞士民法第四八三條及第四八四條，可供參考。

第二 負擔之內容

負擔之內容，不問其為積極的消極的，亦不問其為遺贈人之利益，抑為第三人之利益，此為一般通說，固不待論，惟是否以有財產價格為必要，則有爭執。有謂應以有財產價格為必要，否則受遺贈人將與遺囑執行人無所區別者，如 Dornburg, Bring 諸氏是。有謂不以有財產價格為必要者，如 Windscheid, Jhring 諸氏是。依余所信，就我民法解釋，應以後說為是，故縱以執行遺囑為負擔之內容，亦無不可。又負擔之自身如為有效，固屬不成問題，如為無效，則其效果如何，學說及立法例頗不一致，有惟負擔為無效者，如奧大利民法是（第七〇九條）。有遺贈亦為無效者，如法國之判例是。有遺贈並非無效，但如非附負擔即不為遺贈，則為無效者，如德國民法是（第二一九五條）。我民法無明文規定，依余所信，應以德國民法為合理。

第三 履行負擔人及請求負擔人

受遺贈人履行負擔人，在解釋上固無爭論，惟受遺贈人之繼承人能否為履行負擔人，則屬疑問。於此問題，因各國法律之規定而不同，在許代位承受遺贈之國家，如受遺贈人未承認遺贈而死亡，其繼承人如為遺贈之承認，自應於其應繼分範圍內，負履行負擔之義務。反之，在不許代位承受遺贈之國家，則僅受遺贈人於承認遺

贈以後未爲履行以前死亡時，其繼承人負履行負擔之義務，否則無責任之可言。就我民法解釋，自以從後說爲是。至何人爲請求負擔人，外國法律有說明文規定者，如德國民法（第二一九四條）及意大利民法草案（第一八三七條）是。此外法國民法與大利民法（日本民法均無明文規定，學說上頗有爭論。我民法亦未說明文，依余所信，何人爲請求負擔人，應依情形而異，即負擔關係私益時，應以遺贈人之繼承人及受益人爲請求負擔人，反之，負擔關係公益時，則應以主管官署爲請求負擔人。關於後者，我民法第四一二條第二項之規定，可供參考。

第四 負擔附遺贈負責之限度

負擔附遺贈，負擔義務人負責之限度如何，各國法律鮮說明文規定，我民法則從德日民法立法例，於第一二〇五條明定：「遺贈附有義務者，受遺贈人以其所受利益爲限，負履行之責。」（德民第二一八七條，日民第一一〇四條）此與第四一三條關於負擔附贈與之規定同，蓋所以期合於當事人之意思，且無損於負擔義務人之利益也。負擔義務人負責之限度，既以其所受利益爲限，則請求負擔人自不得逾越其所受利益之限度，請求負擔之履行，又負擔附遺贈，其標的價額因扣減請求而致減少時（民法第一二二五條），受遺贈人自應按照其減少之比例，免除負擔之義務。關於此點，日本民法設有明文規定（日民第一一〇五條），我民法無之，余以爲就第一二〇五條之規定解釋，蓋屬當然。

第六款 遺贈之承認及拋棄

第一項 拋棄遺贈之時期及表示

第一 概說

遺贈，雖爲贈與人單獨之意思表示，不開受遺贈人之意思如何，當然發生效力，然無論對於何人，不能反於其意，應強制其取得何種之權利，故在外國法律有明定受遺贈人得拋棄遺贈者（德民第二一八〇條、西班牙民法第八八九條、日民第一〇八八條），我民法從之。但除德、日及西班牙民法外，各國法律則以其事屬當然，無待明定。

第二 拋棄遺贈之時期

受遺贈人應於何時拋棄遺贈，我國設有明文規定，即須於遺贈人死亡後爲之，其須於遺贈人死亡後爲之，蓋在遺贈人未死亡以前，受遺贈人尙未取得何種之權利，無爲拋棄之必要故也。但在德國民法，因認合意繼承之結果，自許受遺贈人於遺贈人死亡前拋棄遺贈，以之解釋我民法殊難相同。至拋棄遺贈應在遺贈人死亡後何時爲之，我民法未設限制，此與拋棄繼承須於知悉其得繼承之時起二個月內爲之，迥不相同（民法第一一七四條第二項）。我民法之所以設此差別者，蓋因拋棄繼承與次位繼承人之利害關係重大，不能不從速確定其地位，反之拋棄遺贈僅關係於繼承人及其他遺贈義務人之利害，故無從速確定其地位之必要。但在特定場合（如限定承認繼承人全體拋棄繼承及無人承認繼承等），受遺贈人須於公告所定期間內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。又遺贈人能否定其拋棄遺贈之期間，學說上頗有爭論，余以爲依我民法第一二〇七條解釋，應取肯定說，即遺贈

人得以遺囑定拋棄遺贈之期間。

第三 拋棄遺贈及表示

拋棄遺贈，就我民法解釋，以受遺贈人對於遺贈義務人表示拋棄之意思為已足，無須何種之方式，從而以言詞表示，以書面表示，均無不可。此與拋棄繼承又不相同。拋棄遺贈，一般通說均謂其應對於遺贈義務人為之，惟能否對於遺囑執行人為之，則學說紛紜，尙未一致。余以為遺囑執行人非遺贈義務人，在解釋上應以從否定說為適當。但在繼承人全體拋棄繼承或無人承認繼承時，其遺產全部依法應由管理人處理，此時其承認與否之意思表示須對於管理人為之，自不待言。又拋棄遺贈，能否附條件或期限，頗有疑問。於此問題，外國法律有明定其不許附條件或期限者（德民第二一八〇條），我民法無之，余以為解釋上應屬相同。又遺贈之拋棄能否撤銷，亦一問題。外國法律有明定其不得撤銷者（德民第二一八〇條、日民第一〇九一條），我民法無之，余以為解釋上應屬相同。

第二項 承認遺贈之催告

第一 概說

據上所述，遺贈之承認及拋棄，我民法並未設期間之限制，於遺囑人死亡後無論何時為之，均無不可。若然，如受遺贈人永不為承認或拋棄之意思表示，則影響於繼承人及其他遺贈義務人之利益，殊非淺鮮，故我民法特從日本民法及智利民法，於第一二〇七條前段規定：「繼承人或其他利害關係人，得定相當期限，請求受遺贈人，

於期限內爲承認與否之表示」(日民第一〇八九條)此項催告與一般之催告同應定相當期間爲之期間是否相當，係屬事實問題，應就客觀標準，以爲決定，自不待言。

第二 表示承認與否之相對人

承認遺贈與否之催告，依我民法第一二〇七條規定，固應由繼承人或其他利害關係人爲之，但應以何人爲表示承認遺贈與否之相對人，則無明文規定。依一般通說，應以遺贈義務人爲表示遺贈與否之相對人，余亦謂然。遺贈義務人，指對於受遺贈人履行其遺贈之人而言，通常固爲繼承人(繼承人有數人時，則此數人皆爲遺贈義務人)，但非必繼承人即爲遺贈義務人，良以雖同爲繼承人，亦未必皆課以負擔遺贈之義務故也。又對於他之受遺贈人課以負擔遺贈之義務時，則其人亦爲遺贈義務人。但遺囑執行人，並非遺贈義務人，從而受遺贈人自不得對於遺囑執行人爲承認遺贈與否之表示。又受遺贈人所爲之表示，無須明示，縱爲默示，亦無不可。默示，應依各種情事具體推定之。

第三 承認遺贈之擬制

受遺贈人於上述催告期間內，已爲承認或拋棄遺贈之表示，固無問題，如於上述催告期間屆滿以後，並無何種表示，則不能不有解決之辦法。關於此點，日本民法設有擬制承認之規定(日民第一〇八九條但書)我民法從之。於第一二〇七條後段明定：「期限屆滿尙無表示者，視爲承認遺贈。」其所以視爲承認而不視爲拋棄者，蓋受遺贈人原得爲拋棄，乃不爲確答，與其推定爲有拋棄之意思，毋寧從有利方面推定其有承認之意思，較爲

妥當也。

第三項 拋棄遺贈之效力

第一 拋棄遺贈效力之溯及

我民法第一二〇六條第二項規定：「遺贈之拋棄，溯及遺贈人死亡時發生效力。」是爲關於拋棄遺贈效力之溯及。我民法之所以認拋棄遺贈有溯及效力者，蓋非認其有溯及效力，則於遺贈人死亡以後，受遺贈人未爲拋棄以前，所有之權利尙應歸屬於受遺贈人，與受遺贈人之意思殊相違背也。既認拋棄遺贈有溯及效力，則一經拋棄，受遺贈人卽與自始未受遺贈同。

第二 拋棄遺贈其遺贈財產之歸屬

我民法第一二〇八條規定：「遺贈無效或拋棄時，其遺贈之財產仍屬於繼承人。」是爲遺贈無效及拋棄之效果。於此有應注意者二事：（一）本條所謂無效，似指第一二〇二條而言，實則不然。蓋依第一二〇二條規定，遺贈人以一定財產爲遺贈，而其財產在繼承開始時如不屬於遺產，其遺贈爲無效。於此場合，不發生遺贈財產歸屬之問題；故依余所信，本條之所謂無效，係指受遺贈人於遺囑發生效力前死亡，其遺贈不生效力言之。其遺贈之財產仍歸屬於繼承人者，蓋因遺贈之財產原屬於遺產之一部故也。（二）遺贈無效或拋棄時，其遺贈財產固仍屬於繼承人，但在遺贈附有負擔時，繼承人應否履行其負擔，則屬疑問。於此問題，外國法律有以受負擔利

擔。我民法無明文規定，余以爲解釋上應屬相同。此因負擔與遺贈有牽連關係，享受遺贈之人，即履行負擔之人，是爲當然也（同說：羅氏前揭二一八頁。異說：范氏前揭二〇三頁）。

第五節 執行

第一款 遺囑之提示及開視

第一 遺囑之提示

我民法第一二二二條規定：「遺囑保管人知有繼承開始之事實時，應即將遺囑提示於親屬會議。無保管人而由繼承人發現遺囑者，亦同。」依此規定，遺囑非於遺囑人死亡後即能執行，而於未爲執行以前，尚須一度之提示，蓋藉以確認遺囑之有無也。遺囑之提示，與口授遺囑之認定不同（民法第一一九七條），提示僅藉以確認遺囑之有無認定則在藉以確認遺囑之真僞，故提示僅爲執行要件而非有效要件，從而遺囑縱不經提示逕爲執行，亦非當然無效，不過因未經提示程序，不能免於欠缺適正保障之危險耳。依同理，如對於遺囑之真僞及其他關於效力之問題有所爭執，亦不因遺囑之已經提示程序，而受任何之拘束焉。提示應向何人爲之，各國法律不同，有須向主管官署提示者，如瑞士民法（第五五六條第一項）是。有須向遺產法院提示者，如德國民法（第二二五九條第一項）是。有須向法院提示者，如法國民法（第一〇〇七條第一項）及日本民法（第一〇六條第一項）是。我民法則明定其提示於親屬會議，其立法理由，與口授遺囑之認定同。又在外國法律有

如爲公證遺囑，即無須提示。〔日民第一一〇六條第二項〕。我民法則不問何種遺囑皆須提示，與德、瑞民法（德民第二二五九條第二項，瑞民第五五六條第二項）提示固應於遺囑保管人知有繼承開始之事實後，或繼承人發現遺囑後爲之，但究應於知悉或發現之日起若干日內爲之，法無明文，殊覺遺憾。關於此點，外國法律雖不設期間之限制，但有如遺囑保管人等怠於提示，則科以一定罰鍰之制裁者（日民第一一〇七條），此種立法，足補不設提示期間之失，可資參考。

第二 遺囑之開視

遺囑應由保管人或繼承人提示於親屬會議，已如上述，但如爲密封遺囑，則依我民法第一二一三條規定，非在親屬會議當場，不得開視。蓋密封遺囑，由遺囑人密封簽名後，並須見證人及公證人爲之簽名等嚴重方式，在未經提示公開認證以前，如許保管人或繼承人私自開視，則其方式是否具備及遺囑內容是否真實，事後難於查考故也。開視亦爲密封遺囑之執行要件而非有效要件，故縱未在前親屬會議當場開視，亦不過欠缺矯正之保障，遺囑本身並非當然爲無效。又遺囑之開視，外國法律不以密斷遺囑爲限，凡遺囑之有封緘者皆是，我民法則範圍較狹。至遺囑之開視，是否須關係人到場，各國法律不同，有以通知關係人爲已足，無須到場者，如法國民法（第一〇〇八條）是。有須傳喚關係人到場者，如德國民法（第二二六〇條）及瑞士民法（第五五七條）是。有非關係人到場不得開視者，如日本民法（第一一〇六條第三項）是。我民法既無此限制，余以爲無爲同一解釋之必要。

遺囑因遺囑人之死亡，當然發生效力，但有須為執行者，如遺贈是。亦有無須執行者，如於一定年限以內繼承遺產之分割是。遺囑之無須執行者無論矣，如須執行，自必有其執行之人。雖然，關於遺囑之執行，各國法律尙未一致，有全條不認遺囑者，如羅馬法是。有以其為遺產之清算作用，必須指定遺囑執行人者，如英國法是。有僅以其為補助的任務，指定遺囑執行人與否，依遺囑人之意思如何以為決定者，如德國民法（第二一九七條以下）、奧大利民法（第八六六條以下）、瑞士民法（第五一七條以下）、法國民法（第一〇二五條以下）、西班牙民法（第一二五四條以下）、蘇俄民法（第四二七條）及日本民法（第一一〇八條以下）是。我民法從之。

第二 遺囑人之自為指定或委託指定

我民法第一二〇九條第一項規定：「遺囑人得以遺囑指定遺囑執行人，或委託他人指定之。」遺囑執行人對於執行遺囑能否勝任，惟遺囑人知之最詳，故遺囑人得以遺囑指定遺囑執行人（*Exouteur testamentaire*）。遺囑人既得自行指定遺囑執行人，故如遺囑執行人一時不易覓得，或無適當之人可以指定，自不妨委託他人指定，以期便於實際。遺囑人之指定遺囑執行人及指定之委託，均須以遺囑為之，為各國法律之所同。我民法亦然。但以遺囑為之為已足，無須以同樣遺囑方式為之，且無須於同一遺囑中為之，此在解釋上實無疑義。此之所謂他人，自係指遺囑人以外之人而言，故縱受遺贈人，亦得為此受委託之人，惟繼承人通常與遺囑之執行有重

大利害關係，解釋上不能爲此受委託之人而已。(註一)又受指定爲遺囑執行人者，是否以自然人爲限，亦一問題。關於此點，外國法律明定法人即信託公司得爲遺囑之執行者(日本信託業法第五條)，我國雖尙無類似之法律，將來信託業務日就發達，似有採取同一見解之必要。指定之委託係遺囑人之單獨行爲，固無須受委託人之同意，即生效力，但受委託人之受委託與否，仍屬自由，故在外國法律有明定受委託人不欲受其委託，須即時通知繼承人者(日民第一一〇八條第三項)，我民法雖無明文規定，余以爲解釋上自應相同。至若受委託人願受指定之委託，則依我民法第一二〇九條第二項規定，應即指定遺囑執行人，並通知繼承人。其須通知繼承人者，蓋因繼承人立於重大利害關係之地位也。又受委託人之指定遺囑執行人，以有指定之意思表示爲已足，無須如德國民法須向法院爲之(德民第二一九八條)，自不待言。

(註一)關於此點，羅仲銘氏與本書見解有異，謂：「或謂依第一二一五條第二項之規定，遺囑執行人親爲繼承人之代理人，則立法者之本意係以繼承人以外之人爲遺囑執行人，至爲明顯。若採以上之解釋，不免有違背法意之嫌。不知第一二一五條第二項之規定，係就繼承人以外之人爲遺囑執行人之場合而爲規定，若繼承人自爲遺囑執行人時，自無該項規定之適用。似不容執此而遽斷定法律有禁止繼承人爲遺囑執行人之意。」(羅氏前揭二二九頁)

第三 親屬會議選定或法院指定

如前所述，遺囑執行人並非執行遺囑之必要機關，但有時遺囑之執行，如非設遺囑執行人不可，而遺囑人並未以遺囑指定或委託他人指定，或已以遺囑指定，而被指定人不欲就職，或不能就職，或已以遺囑委託他人指定，而被委託人所欲指定，或不能指定，或已指定，而被指定人所欲就職或不能就職，則不可無適當之人，以當執行

遺囑之任。故我民法第一二二一條規定「遺囑未指定遺囑執行人並未委託他人指定者，得由親屬會議選定之。不能由親屬會議選定時，由利害關係人聲請法院指定之。」凡此皆所以補指定遺囑執行人制度之窮者也。關於遺囑之執行，如有指定遺囑執行人之必要，而遺囑人並未自行指定或委託他人指定，則一經召集或聲請，固非選定或指定不可。但如無此必要，縱遺囑人以遺囑表示須指定遺囑執行人，並未自行指定或委託他人指定，親屬會議及法院自有自由裁量之權，此我民法所以明定其為得選定或指定者也。所謂不能由親屬會議選定，如親屬會議不能依法成立，或難於選定適當之人是。由親屬會議或法院選定或指定之人，外國法律有明定，非有正當理由，不得拒絕就職者（日民第一一二條第二項），我民法無此限制，解釋上自難相同。（註二）

（註二）遺囑執行人之就職與否，原屬自由，惟如永不表示就職與否之意，則遺囑之執行陷於停頓，故在德、日民法均設有催告其承辦就職與否之規定，惟其效果，則不相同，即在德國民法如遺囑執行人於催告期間內不為回答，視為拒絕就職，日本民法則視為承諾就職（德民第二二〇二條第二項，日民第一一二條）。

第三款 遺囑執行人之性質及資格

第一項 遺囑執行人之性質

第一 一般之學說

關於遺囑執行人之性質如何，自來學說，頗不一致，要而言之，約可分為下列之五說：（一）準用說（Systemes fondés sur l'analogie）此說又可分為下列之三說：（甲）監護人說（Théorie de la tutelle）此說殊難探

用蓋監護人制度係由公益而生，遺囑執行人制度則與公益無關，故不能謂遺囑執行人即為監護人。(乙)委任代理人說 (Théorie du mandat)：此說亦難贊同，蓋委任因委任人之死亡而消滅，遺囑執行人之任務則因遺囑人之死亡而開始，此其一。基於委任之代理人，無須為有行為能力人，遺囑執行人則必為有行為能力人，此其二。委任為契約關係，遺囑執行人則無契約關係，此其三。委任非要式行為，遺囑執行人則必以遺囑指定，此其四。委任可以隨時解除，遺囑執行人則不得自由解職，此其五。(丙)仲裁人說 (Théorie voyant dans l'exécuteur un arbitre)：此說亦未見其當，蓋仲裁非遺囑執行人主要之職務，不過因遺囑執行人執行其職務而生仲裁之結果故也。(二)代理說 (Théorie de la représentation)：此說又可分為下列之三說。(甲)形式代理說 (Théorie de la représentation formelle)：此說空泛，無採用之價值。(乙)遺囑人代理說 (Théorie de la représentation du testateur)：此說殊不足採，蓋代理人除屬於本人之權利外不得行使，遺囑執行人則非行使屬於遺囑人之權利，可見遺囑執行人非遺囑人之代理人。(丙)繼承人代理說 (Théorie de la représentation des héritiers)：此說僅有一面之真理，蓋就某點言之，遺囑執行人固不失為繼承人之代理人，然有時遺囑執行人之為遺囑受益人為一定之行為，不但非以繼承人之名義行之，且得以其行為對抗繼承人，故謂其為繼承人之代理人，殊不可通。(三)受遺贈人說 (Théorie du legs)：此說亦難贊同，蓋所謂受遺贈人，係指因遺囑為財產處分而受利益之人，遺囑執行人則僅有執行他人所為遺贈之職務，而不能以財產上之受益人目之，故遺囑執行人並非受遺贈人。(四)準契約說 (Système du quasi-contrat)：此說亦難首

肯何則，蓋遺囑執行人之執行遺囑，乃基於法律之規定，而非由於契約故也。（五）固有權說（*Theorie du droit propre*）此說以爲遺囑執行人之執行遺囑，乃本於其固有之職權爲之，既非專爲受益人之利益爲之，亦非純爲繼承代理人，德國最高法院判決即採此說，依余所信，應以此說爲是。

第二 我民法上之規定

關於遺囑執行人之性質，學說紛紜，既如上述，法國民法、德國民法及奧大利民法因無明文規定，一般通說均謂遺囑執行人爲遺囑人之委任代理人，但在索遜民法（第二二四四條）及日本民法（第一一七條）則明定遺囑執行人爲繼承人之代理人，我民法從之，於第一二一五條第二項規定：「遺囑執行人因前項職務所爲之行為，視爲繼承人之代理。」此種規定，理論上非必正確，蓋遺囑執行人一面固須保護繼承人之利益，一面則須保護遺囑受益人之利益，此與破產管財人一面須保護破產債權人之利益，一面須保護破產人之利益，正屬相同，僅着眼繼承人方面，尙不能謂其已窺性質之全豹。雖然，我民法之所以明定爲繼承人之代理人，蓋因遺囑之執行，通常以遺產爲標的，而遺產則因繼承之開始歸屬於繼承人，故遺囑執行人所爲之行為，不啻爲繼承人爲之，從而以其爲繼承人之代理人，較之實際，較爲適切也。惟是遺囑執行人，究非基於繼承人之委任而生，正確言之，尙不能以其爲繼承人之代理人，我民法明定其視爲繼承人之代理人者，以此。又依此規定，遺囑執行人係基於法律規定爲繼承人之代理人，其爲法定代理人，自不待言。

第二項 遺囑執行人之資格

未成年及禁治產人

遺囑執行人如後所述有管理遺產，並為執行上必要行為之職務，自非精神身體健全之人，不克勝任，故我民法從一般立法通例，於第一二一〇條規定：「未成年及禁治產人，不得為遺囑執行人。」（法條第一二一八條）德民第二三〇一條，西民第八九三條，日民第一一一一條）本條係屬列舉規定，除未成年及禁治產人而外，其他一切之人皆得為遺囑執行人，是不待言。外國法律有妻非得夫之同意，不得為遺囑執行人者（法民第一〇二九條），亦有破產人不得為遺囑執行人者（日民第一一一一條），以之解釋我國民法，自難相同。又本條係屬強行規定，不但指定遺囑人時，違背本條之規定為無效，即在於就職以後，遺囑執行人而有宣告禁治產之事由發生，亦當然喪失其資格焉。

第二 繼承人

繼承人能否為遺囑執行人，各國法律鮮設禁止規定，且有明定其得為遺囑執行人者，如英國法律及蘇俄民法（第四二七條）是。關於此點，我民法未設明文，余以為繼承人與遺囑有重大利害關係，如以之為遺囑執行人，則受遺贈人之利害常為繼承人所左右，不足以貫徹遺囑之目的，在解釋上應以從否定說為是。

第四款 遺囑執行人之職務

第一 編製遺產清冊

依我民法第一二一四條規定：「遺囑執行人就職後，於遺囑有關之財產如有編製清冊之必要時，應即編製遺

產清冊。交付繼承人。(法民第一〇三一條、德民第二二一五條、巴民第一七五條、日民第一一三條)此
爲遺囑執行人就遺產爲委任之任務。此之所謂編製遺產清冊與前述限定承認及無人承認繼承時之編製遺產
清冊同。但與之異者。一則惟於有總製清冊之必要時始爲編製。一則無論有無必要均須編製。一則惟以與遺產
有關之財產爲限。一則須就財產之全部爲之耳。有無編製遺產清冊之必要。應視遺產狀況及其他情形。依客觀
標準。定之。蓋何者。與遺產有關之財產。則應就遺囑之內容以爲決定。又不待言其須編製遺產清冊者。蓋遺產
清冊。附於遺產之價額。非明悉財產之價額。不能算定特留分。從而即不始爲遺囑之執行故也。編製遺產清冊
既竣。須以之交付於繼承人。其須交付於繼承人者。蓋不但自繼承人與遺囑之執行有重大利害關係。且遺囑執
行人關於執行對於繼承人負責。使繼承人明悉遺產之狀況。正所以確定遺囑執行人與繼承人間他日之權
義關係也。故不執行。編製遺產清冊之時。外國法律有明定繼承人如請求在場者。尤其在場者。我民法雖無
明文以爲爲此一遺囑遺產清冊之正副題。見自以允許繼承人在場爲相當。又編製遺產清冊之義務。能否由遺囑人
以遺囑免除。亦一疑問。一則法律有明定其不得免除者。(德民第二二二〇條)我民法無明文規定。余以爲此
種義務。係出於公益上之理由。無論何人不得避免其適用。

第二 管理遺產及其他之執行之行為

遺囑執行人之職務。在於遺囑本旨執行遺囑人之最終意思。故在外國法律關於遺囑執行人之權利義務規定
頗詳。(法民第一〇三條以下、德民第二二一五條至第二二一七條、第二二一九條及第二二二〇條)我民法

則僅於第一二五一條第一項設概括的規定曰：「遺囑執行人有管理遺產，並為執行上必要行為之職務。」管理遺產，以遺囑關於遺產者為限。如非關於遺產，自無管理之可言。遺囑執行人既有管理遺產之權，則遺產之在繼承人占有中者，遺囑執行人當然有請求移轉占有之權利。此遺囑執行人之占有取得，對於第三人，亦有同一之效力。所謂執行上必要行為，例如清償被繼承人之債務，交付遺贈，依被繼承人之指定分割遺產，因清償交付分割而為遺產之換價處分是（瑞民第五一八條第二項）。遺囑執行人之職務，原在於遺囑之執行，為達執行之目的，此等權利義務，蓋屬當然。惟是此等職務，能否由遺囑人以遺囑限制，則屬疑問。關於此點，外國法律有明定其得以遺囑限制者（德民第二二〇八條至第二二二〇條），我民法無明文規定，余以為遺囑執行人原應依遺囑人之意思以為執行，在解釋上應屬相同。又遺囑執行人之主要職務，不但在監督遺囑人最終意思之執行，且在保障其執行之實現。故遺囑執行人之執行遺囑，無須先告知繼承人之必要。繼承人如妨害其執行，自得訴排除之。（註二）

（註一）關於遺囑執行人與繼承人間之法律關係，我民法僅視此一項，在外國法律有明定其準用關於委任之規定者，如德民第二二八條第一項及日民第一一四條第二項之規定是。可為我民法適用上之參考。

第三 繼承人權利之限制

依我民法第一一四八條規定，被繼承人財產上之權利義務，自繼承開始時，即歸屬於繼承人，從而繼承人對於遺產為一定之處分，自無不可，惟在有遺囑執行人時，遺囑執行人依此有管理遺產，及為其他執行上必要行為

之職務（民法第一二一五條第一項），繼承人所爲之處分行爲，難免不與執行遺囑之職務行爲發生牴觸。我民法爲貫徹遺囑人之意思起見，不得已於第一二一六條設限制繼承人權利之規定曰：「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。」此之所謂處分，以與遺囑有關之遺產爲限，爲我民法所明定，從而繼承人處分其一己之應繼分，自屬無礙。又此處分，須爲現實處分，故如爲條件附處分，則無不可。條件附處分，例如以將來取得完全所有權爲條件，而爲遺產之讓與是。至繼承人違反本條規定所爲之行爲，其效果如何，學說上頗有爭論。有謂本條係爲保護遺囑受益人而設，如有違反，祇不得對抗遺囑受益人者。亦有謂本條在貫徹遺囑人之意思，如有違反，其行爲不生效力者。依余所信，應以後說爲是。所謂不得妨礙其職務之行爲，則包含甚廣，舉凡積極的行爲，消極的行爲皆屬之。前者例如繼承人對於遺囑執行人執行職務故爲阻擾是。後者例如繼承人匿不交出其所持有之遺產管業憑證，以致遺囑執行人無法執行其職務是。繼承人而有此等妨礙執行職務之行爲，遺囑執行人得以訴排斥，是不待言。

第四 數執行人執行職務之方法

遺囑執行人，非必以一人爲之，以數人爲之，亦無不可。關於此點，外國法律多設有明文（法民第一〇二五條、德民第二一九七條第一項、瑞民第五一七條、日民第一一〇八條第一項），我民法無之，就第一二一七條之規定解釋，自屬相同。惟遺囑執行人有數人時，其執行職務之方法如何，各國法律殊不一致。有原則須共同爲之，例外得單獨爲之者，如法國民法（第一〇三三條）、德國民法（第二二二四條第一項）、西班牙民法（第八九五

條)及瑞士民法(第五一八條)是。有單獨爲之者，如英國法律是。有依過半數決之者，如日本民法(第一一九條第一項)是。第一種立法例，不使於實際，第二種立法例雖便於實際，但執行人間之行爲矛盾牴觸在所不免，故折衷盡善者，惟第三種立法例。我民法從之，於第一二一七條規定：「遺囑執行人有數人時，其執行職務以過半數決之。但遺囑另有意思表示者，從其意思。」本條但書之設，蓋又所以尊重遺囑人之意思也。關於保存行爲，外國法律有明定其得單獨爲之者(德民第二二二〇條第二項、日民第一一九條第二項)，我民法無之，余以爲解釋上廣屬相同。良以保存行爲如亦須依過半數決之，往往不能達保存行爲之目的故也。(註二)

(註二)遺囑人能否請求報酬，我民法無明文規定，頗屬疑問。關於此點，各國法律多設有明文規定，但有以不得請求報酬爲原則，得請求報酬爲例外者，如葡萄牙民法(第一八九二條)、西班牙民法(第九〇八條)及日本民法(第一二二〇條)是。有以得請求報酬爲原則，不得請求報酬爲例外者，如德國民法(第二二二二條)及瑞士民法(第五一七條第三項)是。依余所信，應以前之立法例爲合理。

第五款 遺囑執行人之解職

我民法第一二一八條規定遺囑執行人之解職曰：「遺囑執行人怠於執行職務，或有其他重大事由時，利害關係人得請求親屬會議改選他人，其由法院指定者，得聲請法院另行指定。」此爲德、日民法之所同(德民第二二七條、葡民第一九〇九條、日民第一二二一條、西民訴法第九一〇條)。法、國民法及瑞士民法雖無明文規定，但在通說則認爲可以解職。我民法之以怠於執行職務或其他重大事由爲解職原因者，蓋因遺囑執行人之指定或選定，係以人的信用爲基礎故也。所謂怠於執行職務，即不依第一二一四條及第一二一五條第一項之所定，積

極的履行其職務之意。所謂其他重大事由，則包含甚廣，舉凡不能執行職務或執行職務顯有不當之事由皆屬之。其出於遺囑執行人之故意過失與否，在所不問。解職，應由利害關係人請求，遺囑執行人爲遺囑人或第三人所指定及親屬會議所選定者，由親屬會議爲之，爲法院所指定者，則由法院爲之。所謂利害關係人，如繼承人受遺贈人及其他因遺囑而受利益之人皆是。遺囑執行人得被動的解職，固矣，但能否自動的辭職，則法無明文，殊屬疑問。關於此點，外國法律有明定，如有正當事由，得爲辭職者，如德國民法（第二二六條）及日本民法（第一二二一條）是。有除有正當事由外，尙須法院之審查者，如葡萄牙民法（第一八九一條）及西班牙民法（第八九九條）是。我民法無之，余以爲解釋上應與德日民法同。

第六節 撤銷

第一款 概說

第一 遺囑撤銷之意義

遺囑之撤銷（Widerruf Revocation）者，基於遺囑人之意思，以使其所爲有效遺囑，對於將來不生效力爲目的之行爲也。遺囑爲遺囑人之意思表示，其爲遺囑與否，固屬遺囑人之自由，已爲之遺囑，使其不發生效力，亦屬遺囑人之自由。蓋遺囑，乃遺囑人最終意思之表示（Letztwillige Verfügung），故於有數個遺囑時，僅其最後之遺囑爲有效力。彼禁止共同遺囑者，亦不外貫徹遺囑撤銷之可能性。雖然，此之所謂撤銷，係使遺囑對於

將來不生效力，嚴格言之，應稱之爲撤回（*Widerruf*）或消滅（*Revocation*）（蓋撤回與消滅者，即撤回係使未發生效力之行為對於將來不發生效力，撤回則係使已發生效力之行為歸於消滅，與未爲行爲無異，故在德國民法稱爲遺囑之廢棄（*Abbruch*）或撤回，不用撤銷字樣，以示區別焉。此種區別，不但學理上爲然，即就我民法前四編之用語觀之，除少數例外外，於此二境亦絕無差別。

第二 遺囑撤銷之分類

遺囑之撤銷，可分爲三：（一）明示撤銷（*Revocation expresse*）（二）法定撤銷（*Revocation par presumption de loi*）（三）物質撤銷（*Revocation réelle*）明示撤銷，即依遺囑人之意思表示所爲之撤銷。法定撤銷，即依前後遺囑牴觸，或行爲與遺囑牴觸，法律所擬制之撤銷。物質撤銷，即依遺囑之毀損，法律所擬制之撤銷。嚴格言之，物質撤銷即廣義法定撤銷之一種。（註一）上述三種之撤銷，羅馬法以來，即已認之，但在現代各國法律則殊不一致，有祇認明示撤銷及法定撤銷者，如德國民法（第一〇三五條第一〇三六條）是。有除上述三種撤銷外，尚認公之遺囑之撤銷者，如德國民法（第二二五三條第二二五六條第二二五八條）是。（註二）有除上述三種撤銷外，尚認繼承人之撤銷者，如日本民法（第一二二四條至第一二二六條第一二二九條）是。（註三）有祇認上述三種之撤銷者，如瑞士民法（第五〇九條至第五一一條）是。我民法從之。

（註一）法國學者通常稱第一種撤銷爲明示撤銷，多與第二種隱撤銷爲默示撤銷，*Revocation tacite*。此種用語，殊難會同，蓋此種撤銷，乃純然意思解釋之問題，自得爲反對之認定，與法律所定爲撤銷之事實，不相符。

(註二) 德民第二二五六條：「於審判官或公證人之前，或依第二二四九條所為之遺囑，特保存於公證保存所之證書，遺囑於遺囑人特願為撤銷。遺囑人得無論何時為返還之請求，但返還請求僅遺囑人本人得為之。本條第二項之規定，於依第二二四八條保存之遺囑亦適用之。但返還不影響於遺囑之效力。」

(註三) 日民第一二一九條：「受遺贈附遺贈之人，不履行其負擔時，繼承人得定相當期間催告其履履。若於其期間內不履行時，得至於法院請求遺囑之撤銷。」

第三 遺囑之撤銷可能性

遺囑人得隨時撤銷其遺囑，此依第二二一九條之規定解釋，實無疑義。雖然，遺囑人能否拋棄其遺囑之撤銷權，我民法無明文規定，解釋上不無問題。關於此點，外國法律非無明證。拋棄遺囑撤銷權之意，表示為有效者，如法國一七三五年以前之法律是。但此規定，自一七三五年以來已明令廢止，現行民法第八九五條並以之定為明文，以免爭論，以故近世法律未有不確認此原則者。良以遺囑撤銷權，如許其得為拋棄，則與遺囑之撤銷可能性顯不相容，我民法雖未設明文，余以為解釋上應屬相同。

第二款 明示撤銷

我民法第一二一九條規定：「遺囑人得隨時依遺囑之方式，撤銷遺囑之全部或一部。」是為遺囑之明示撤銷。茲分析說明如左：

第一 遺囑得依遺囑撤銷

遺囑之撤銷，須依遺囑之方式為之，此依我民法之規定而自明。其須依遺囑之方式為之者，蓋欲藉此保障其撤

銷係基於遺囑人之獨立意思及其意思之確實也。雖然，關於此點，各國法律尙未一致。有須依同一之方式爲之者，如羅馬法之規定是。有以遺囑之方式爲已足，無須依同一之方式爲之者，如德國民法（第二二五條）、西班牙民法（第七三八條）、瑞士民法（第五〇九條）、奧大利民法（第七一七條）及日本民法（第一一四條）是。我民法則從後之立法例，蓋所以期撤銷之便利也。又在外國，關於遺囑之撤銷，有得於公證人前爲之者（法民第一〇三五條、意民第九一七條），我民法無之，自難爲同一之解釋。遺囑之撤銷，既須以遺囑之方式爲之，如以言詞爲之，自屬不生撤銷之效力。又雖係以公正證書爲之，如不具備公證遺囑之方式，亦屬不生撤銷之效力。

第二 遺囑得撤銷其全部或一部

遺囑得撤銷其全部或一部，此爲我民法所明定。遺囑人以遺囑明確表示撤銷其全部或一部無論矣，如遺囑人之意思表示不甚明確，自應由法院推測當事人之意思以爲決定。法院推測當事人之意思，亦非漫無標準，依余所信，應依遺囑內容之可分與否，異其結論。即在遺囑內容爲可分者，以撤銷其得撤銷之部分爲已足，反之，如遺囑內容爲不可分，則應撤銷遺囑之全部。至在前者，究以撤銷某部分爲宜，則屬遺囑人意思之解釋問題，自不外由法院依自由心證判斷之。

第三 遺囑得隨時撤銷

依我民法規定，遺囑得隨時撤銷。所謂得隨時撤銷，即撤銷無時間上之限制，無論何時，皆得爲之。又其撤銷，完全

由於遺囑人之任意，故縱其撤銷基於被詐欺或被脅迫等，可得撤銷之原因，遺囑人亦不負主張或舉證之責。

第三款 法定撤銷

第二項 前後遺囑牴觸時

我民法第一二二〇條規定：「前後遺囑有相牴觸者，其牴觸之部分，前遺囑視為撤銷。」此為法定撤銷之一種。茲分析說明如左：

第一 概說

遺囑人，先後為數個之遺囑時，如各遺囑不相關涉，或相互立於協調之地位，遺囑之數雖多，得一併執行，自不待言。但如前後遺囑相互牴觸，全部執行，為不可能，自以後遺囑阻止前遺囑之效力為適當。此我民法所以從一般立法通例，明定前後遺囑相牴觸時，其牴觸部分，前遺囑視為撤銷者也（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、日民第一一二五條第二項）。

第二 牴觸之認定

前後遺囑相牴觸，即前後遺囑兩不相容。非撤銷後遺囑，則前遺囑不得執行之謂。如縱不撤銷前遺囑，後遺囑亦得執行，則無牴觸之可言。前者，如以一物先後遺贈甲乙二人是。後者，如對於甲先遺贈財產之一部，繼又遺贈財產之全部是。雖然，前後遺囑是否牴觸，應依何種標準以為決定，解釋上頗有疑問。依余所信，應取主觀說，即前後遺囑是否牴觸，應依遺囑人主觀之意思以為決定，外觀如何，在所不問。故前後遺囑有外觀上似相牴觸，而依遺

囑人之意思並非不能相容者。例如遺囑人先以某物遺贈於甲，後以某物遺贈於乙，外觀上似相抵觸，而實爲使甲乙二人共有某物之意思是。又有外觀上似非抵觸，而依遺囑人之意思不能相容者，例如遺囑人對於甲先遺贈財產之全部，繼又遺贈財產之一部，外觀上似非抵觸，而實爲減縮前遺贈之範圍是。要之前後遺囑是否抵觸，乃遺囑人意思之解釋問題，應由法院斟酌遺囑所用之文字，法令之規定，及其他各種情事以爲決定，不可拘泥於遺囑之外觀。其必置重遺囑人之意思者，蓋遺囑之撤銷，惟遺囑人有權爲之，本條之撤銷，即推測遺囑人之意思所爲之規定故也。

第三 前後之認定

如上所述，前後遺囑有抵觸者，前遺囑應爲撤銷，遺囑之前後，通常固依日期之先後以爲決定，如不能依日期之先後以爲決定，其區別之標準如何，則屬疑問。依余所信，應由法院斟酌各種事實定之，如法院不能決定其先後，則各個遺囑皆屬有效。於此場合，應執行其一，對於他之遺囑，則依補償之法，以爲救濟。不過在同一時間作成數個相反之遺囑，在事實上殊不多見耳。

第四 抵觸部分之撤銷

前後遺囑相抵觸時，前遺囑將全部撤銷乎？抑僅抵觸部分撤銷乎？關於此點，各國法律不同，在昔羅馬法，遺囑須爲全部遺產之處分，故如有二個之遺囑時，則一遺囑與他遺囑不能並存，依後法優於前法之理論，前遺囑全部當然爲無效。但在近代法律，則不認此理論。故其所撤銷者，僅以前遺囑與後遺囑抵觸之部分爲限，其他不相抵

觸之部分，依然併有其效力。我民法即從此規定者也。但在前遺囑與後遺囑全部抵觸時，其全部視為撤銷，自不待言。

第二項 行爲與遺囑抵觸時

我民法第一二二二條規定：「遺囑人於爲遺囑後所爲之行爲與遺囑有相抵觸者，其抵觸部分遺囑視為撤銷。」此亦法定撤銷之一種。茲分析說明如左：

第一、概說

遺囑爲遺囑人最終之意思，已累如前述，故如遺囑人於爲遺囑後，而有與其遺囑相抵觸之行爲，則有使其遺囑不生效力之意思，不難推見，故我民法從一般立法通例，以其抵觸部分視為撤銷（法民第一〇三八條、瑞民第五一一條、第二項、日民第一一二五條、第二項）。

第二、行爲之意義

此之所謂行爲，係指生前處分及其他之法律行爲而言。生前處分者，以喪失遺贈標之權利爲目的之行爲也。至於處分既須以喪失遺贈標之權利爲目的，故遺囑人就遺贈標的設定抵押權或其他之物權時，其遺囑尚不能視為撤銷。行則，蓋因此等設之行爲，不過限制所有權之行使故也。雖然，惟在以抵押權、質權等所擔保之債權，不能受滿足之價值時，則受遺贈人自不免於追奪之危險耳。所謂其他法律行爲，則指前項處分之外行爲及非關於財產之一切法律行爲。前項處分以外之行爲，例如遺囑人以遺囑爲某甲就遺贈標的設定租賃權以後，

繼父對於某乙，以生計行為，就同一標的，於死後繼續之意思，設定租賃權，是非關於財產之法律行為，例如遺囑人以遺囑指定某甲為繼承人以後，繼父又收養某乙為其養子是。

第三 抵觸之認定

依我民法規定，或三後之行爲與遺囑相抵觸者，其抵觸部分遺囑視為撤銷，行爲與遺囑是否抵觸，應認爲遺囑人之意思以爲決定，與前述同，故在兩遺囑標的物者，如遺囑人有以其價金受遺贈人之意思，即行爲之與遺囑同時撤銷，自不能認爲撤銷。又遺囑後之行爲與遺囑抵觸，其抵觸部分遺囑視為撤銷，乃按溯遺囑人之意思而說之規定，故在處分或其他法律行爲而非基於遺囑人之意思時，其遺囑亦難認爲撤銷。所謂處分及其他法律行爲，非基於遺囑人之意思，例如以強行拍賣，公用徵收等喪失遺囑標的之權利，及因他人之侵權行爲，致遺囑標的歸於消滅是。

第四 抵觸部分之撤銷

依我民法規定，遺囑後之行爲與遺囑相抵觸時，其視為撤銷者，僅以抵觸部分之遺囑爲限，並非遺囑全部當然爲無效，此點，與後遺囑相抵觸時同，其詳已於前述，茲不贅述。又依我民法第廿二條規定，遺囑人於遺囑時，其意思已於前述，不致發生與遺囑相抵觸之情形，其遺囑亦不致發生與遺囑相抵觸之情形。

第五款 物之撤銷

我民法第一二二條規定「遺囑人故意被殺或墮胎遺囑，或在遺囑上記明廢棄之意思者，其遺囑視為撤銷。」本條所稱之撤銷，應分兩種說明如左：(一)遺囑人故意被殺或墮胎遺囑，係指遺囑人於遺囑時，其意思已於前述，不致發生與遺囑相抵觸之情形，其遺囑亦不致發生與遺囑相抵觸之情形。

第一 遺囑之廢棄

此之所謂廢棄，指下列三種情形而言：（一）遺囑之破毀，（二）遺囑之塗銷，（三）在遺囑上記明廢棄之意。此係從德國民法（第二二五條第一項）而設之規定。外國法律有祇概括規定其為廢棄者（瑞民法第五一〇條第一項、日民法第一二二六條）。較諸我民法之規定為樸樸。又此之所謂遺囑，指遺囑書面而言，與第一二一九條至第一二二一條所謂遺囑（遺囑內容），頗不相同。至遺囑標的之毀棄，應否視為撤銷，解釋上不無疑問。關於此點，外國法律有明定其視為撤銷者（日民法第一二二六條後段），我民法無之，依余所信，於此場合，足以推測遺囑人有撤銷其遺囑之意思，故如係遺贈，應依第一二二〇二條之規定以為解決，如非遺贈，則應與遺囑之廢棄同。

第二 遺囑廢棄之故意

遺囑之廢棄，須出於遺囑人之故意，此為我民法所明定，從而遺囑之廢棄，非出於遺囑人之故意，而由於過失或錯誤，則不生撤銷遺囑之效力。雖然，關於此點，學說尙未一致，有謂遺囑之廢棄如已至於不能辨別其內容之程度，縱係由於遺囑人之過失或錯誤，亦不能使其有效者。亦有謂遺囑之毀棄，苟係由於遺囑人之過失或錯誤，縱已至於不能辨別其內容之程度，亦不能視為撤銷者。依余所信，我民法既明定其須出於故意，自以後說為適當。不過於此場合，如主張遺囑之存在，舉證上甚為困難耳。又遺囑，係因第三人之行為，或天災地變不可抗力歸於廢棄，是否喪失效力，亦一疑問。關於此點，外國法律有明定如其廢棄已至於不能精密確認其內容之程度，其遺

廢棄失效力，但不妨請求損害賠償者（瑞民第五一〇條第二項）。此種立法主義，殊難贊同。蓋損害賠償請求權，應以遺囑之有效存在為前提。遺囑既已失其效力，則賠償請求權自屬無從發生。故依余所信，遺囑縱因第三人之行為，或天災地變等，不可抗力歸於廢棄，亦不能視為撤銷。（註二）又此所謂故意，以遺囑人有廢棄遺囑之意思為已足，其原因如何，在所不問。故縱歸現實撤銷遺囑之意思，然因他之事由廢棄其書面時，亦無礙於本條之適用。

（註一）關於此點，范揚氏與本書見解有異，時謂：「但因遺囑人之過失，或第三人之行為，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，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。」（范氏前揭二一七頁）羅仲銘氏之見解與范氏同（羅氏前揭二四七頁）。

第三 廢棄部分之撤銷

遺囑人故意廢棄其遺囑者，其遺囑視為撤銷，亦因全部廢棄與一部廢棄而不同，我民法雖未設明文，乃解釋所當然。故破毀遺囑中之某款，或塗銷遺囑中之某事項者，僅某款或某事項視為撤銷，其他之款項，自仍保有其效力。但如破毀或塗銷之部分與其他部分有不可分之關係時，則不能免於全部之撤銷耳。又遺囑人廢棄其簽名蓋章時亦同。至其廢棄究為全部，抑為一部，係屬事實問題，應由法院解釋遺囑人之意思決之。

第五款 撤銷之效力

依我民法第一二一九條撤銷之遺囑，及依第一二二〇條至第一二二二條視為撤銷之遺囑，是否因撤銷行

爲之撤銷回復其效力，頗屬疑問。關於此點，各國法律不同，有已撤銷或視爲撤銷之遺囑，因撤銷行爲之撤銷回復其效力者，謂之復活主義。此主義德國民法採取之（第一二五七條、第二二五八條）。有不因撤銷行爲之撤銷回復其效力者，謂之非復活主義。此主義意大利民法（第九一九條）及日本民法（第一二二七條）採取之。我民法未設明文，余以爲撤銷行爲縱經撤銷，不但不能謂遺囑人即有回復其效力之意思，且如其爲遺囑人之意思解釋問題，則利害關係人間將不免發生種種之爭議，故在解釋上應以從日意立法例爲合理。於此問題，我第二次民法草案設有規定，可供參考。（註一）

（註一）第一次繼承法草案第八一條：「撤銷行爲復經撤銷時，遺囑人若非聲明仍用原遺囑，其遺囑仍無效。」第二次繼承法草案第一九一條之規定同。

第七節 特留分

第一款 概說

第一 特留分及特留分權

遺產，係被繼承人之所有，所有人既得自由處分其財產，被繼承人之得自由處分其遺產，是爲當然。雖然，如被繼承人處分遺產之權毫無限制，衡諸道義人情，殊有未協，故大陸諸國多設特留分之規定。特留分（Pflichtteil, Reserve, Compulsory or statutory share）者，爲遺產繼承人之無償處分而被剝奪之遺產。

部分也。此不可剝奪之遺產部分之權利，謂之特留分權。此項權利，如被侵害，則得於其被害之限度請求扣減，以填補之。惟特留分權，既屬權利，則繼承人自得任意拋棄，且於其權利被侵害時，縱不請求扣減，亦無不可。繼承人處分遺產之限制，僅以無償處分為限，如屬有償處分，縱令因侵害繼承人之特留分，繼承人亦無請求扣減之權。關於此點，我民法雖未設明文，此就第一二二五條之規定及立法精神解釋，實無疑義。

第二 特留分制度之由來

考特留分制度，起源於羅馬法。即在羅馬法初期，一家之家長有無償處分其財產之權利，嗣後則對於家長之自由處分權加以限制，而與繼承人以限制遺囑及贈與之訴權（*Quarta inofficiosa*）；但依當時判例，繼承人之請求權亦有一定界限，即凡依遺囑已承受其法定應繼分四分之一者，即不得有所異議焉。及至優帝之世，遂以法律明定，凡正統繼承人未承受遺產之一定數額者，得提起補充法定數額之訴訟，其法定數額，於正統繼承人在四人以下時，為法定應繼分三分之一，在四人以上時，為法定應繼分二分之一。此即特留分制度之權輿。近世大陸法系諸國多採取特留分制度，但其規定方式頗不相同，有從被繼承人之權能方面立場，限定被繼承人所得自由處分之產額者（*La portion de biens disponibles*），如法法系諸國是；有從繼承人之權利方面立場，規定應為繼承人保留之部分者（*Reserve*），如德法系諸國是。我民法則從後之立法例者也。至特留分制度之效用，在於調劑遺囑處分之自由，已於本書緒論中述之，茲不贅。

第三 關於特留分之主義

特留分，爲權利之一種，已於前述，此種權利之性質如何，有三種立法主義：（一）第一種主義，法國民法（第九一三條第三項、第九一四條第二項、第九一五條）、荷蘭民法（第九六〇條）、意大利民法（第八二六條）及西班牙民法（第八二一條）採之。此主義，以特留分爲遺產之一部，非繼承人則不付與特留分。（二）第二種主義，德國民法（第二三〇三條以下第二三〇五條、第二三一七條）及奧大利民法（第七六二條、第七六三條）採之。此主義，以特留分權爲特留分權利人對於繼承人（特留分權利人自身爲繼承人時，對於共同繼承人）可得行使其債權，惟對於一定範圍內之親屬付與特留分。（三）第三種主義，羅馬法採之。此主義，係第一人、第二兩種主義之折衷，於其以特留分權爲特留分權利人對於繼承人之債權，似第二種主義；於其非繼承人則不付與特留分，似第一種主義。上述三種主義，以折衷主義爲合理，蓋如依第一種主義，以特留分爲遺產之一部，則一切利害關係人皆得妨礙遺產之清算，又如依第二種主義，繼承人非必皆與以特留分，則與平均繼承之立法精神殊相背馳故也。至我民法採何種主義，頗欠明瞭，就全體觀察，似採折衷主義。

第二款 特留分之比例

第一 各國立法例

關於特留分計算之標準，其立法主義可大別爲二：（一）全體特留主義，依此主義，其特留之部分，係爲列舉之繼承人全體保留，而其計算標準，係就遺產若干分之幾而爲規定。採此主義者，爲法國及日本，例如法國民法規定，直系卑屬爲一人時，被繼承人得自由處分之數額，爲遺產二分之一；直系卑屬爲二人時，爲遺產三分之一；爲

三人以上時，不問其人數如何，爲遺產四分之一；又直系尊屬有兩系時，不問其人數如何，爲遺產四分之一；爲一系時，爲遺產四分之三（第九一三條、第九一四條）是。又如日本民法規定，直系卑屬之特留分爲遺產二分之一，配偶及直系尊屬之特留分，爲遺產三分之一（第一一三一條）是。（二）各別特留主義：依此主義，其特留之部分，係爲列舉之繼承人多別保留。而其計算標準，係就各繼承人應繼分若干分之幾而爲規定。採此主義者，爲德國及瑞士，例如德國民法規定，不問親等之遠近，被繼承人之子女、父母及配偶，其特留分爲應繼分二分之一（第二三〇三條）是。又如瑞士民法規定，直系卑屬爲一人時，特留分爲其應繼分四分之三；父母，爲其應繼分二分之一；兄弟姊妹，各爲其應繼分四分之一；配偶與法定繼承人競合時，爲其應繼分之全部；儘自己爲繼承人時，爲其應繼分二分之一（第四七一條）是。上述兩種主義，其結果頗不相同，例如享有特留分之繼承人中，有一人喪失繼承權時，依第一種主義，其特留分即歸其他享有特留分之繼承人；反之，如依第二種主義，則其特留分即算入自由處分部分，與其他享有特留分之繼承人並無干涉，其著者也。此兩種主義，應以第二種主義爲合理。即特留分原係自由處分部分，繼承人中之一人喪失繼承權時，即以其特留分算入自由處分部分，是爲當然焉。

第二 我民法之規定

我民法關於特留分，係採各別特留主義，此就第一二二三條之規定觀之，甚爲顯然（民法繼承先決各點審查意見第九點說明參照）。但特留分之比例，亦如德國民法因繼承人與被繼承人情誼之親疏而不同，茲分述

如左

一 直系血親卑親屬父母及配偶爲其應繼分二分之一

例如遺產爲十二萬元，有配偶及子女各一人，依第一一四一條及第一一四四條第一款之規定，其應繼分各爲四萬元，而其特留分爲該四萬元二分之一，即各爲二萬元是。又依上例，如無直系血親卑親屬而有配偶及父母時，依第一一四一條及第一一四四條第二款之規定，配偶應繼分爲六萬元，父母應繼分各爲三萬元，而其特留分則配偶爲該六萬元二分之一，即三萬元，父母各爲該三萬元二分之一，即一萬五千元是。其餘可以類推。

二 兄弟姊妹及祖父母之特留分爲其應繼分三分之一

例如遺產爲十二萬元，無直系血親卑親屬父母及配偶，僅有兄弟姊妹各一人，依第一一四一條之規定，其應繼分各爲三萬元，而其特留分爲該三萬元三分之一，即一萬元是。又依上例，如並無兄弟姊妹，僅有祖父母，依第一一四一條之規定，其應繼分各爲六萬元，而其特留分爲該六萬元三分之一，即二萬元是。其餘可以類推。

第三款 特留分之計算

第一 計算之順序

我民法第一二二四條規定：「特留分，由依第一一七三條算定之應繼財產中除去債務額算定之。」此種規定，爲各國法律之所同（法民第九二二條、德民第二三一五條、瑞民第四七五條、日民第一一三二條）。依此規定，

特留分計算之順序有如左述：

一 繼承開始時遺產之計算

繼承開始時被繼承人所有之財產，為計算特留分之基礎，故首應為此項財產之計算。繼承開始時被繼承人所有之財產，包含甚廣，舉凡非專屬於被繼承人本身之有體的無體的財產皆屬之。又遺贈於人之財產，亦為繼承開始時被繼承人之財產，其應算入，自不待言。此外，被繼承人於繼承開始前有贈與之意思而未履行之財產，被繼承人對於繼承人所有之債權（註一）以及繼承之孳息等，解釋上亦均應算入。又在被繼承人之權利附有條件或期限時，如為解除條件或終期附之權利固不必算入，反之如為停止條件或始期附之權利則非算入不可。惟停止條件附權利，或存續期間不確定之權利，應依何種標準以為計算，我民法無明文規定，關於此點，外國法律有明定依法院選定之鑑定人之評價以定其價額者（日民第一一三二條第二項），可為我民法適用上之參考。

二 贈與價額之加入

繼承人中，有在繼承開始前因結婚分居或營業已從被繼承人受有財產之贈與者，應將該贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有之財產中，此為依第一一七三條算定應繼遺產所當然。雖然，關於贈與價額之加入，各國法律殊不一致，有不問何種贈與皆應加入者，此為法國、德國、瑞士及日本民法之立法例，在一定期間以前之贈與即不加入者，此為德國、瑞士及日本民法立法例。（註）我民法則僅以因結婚分居或營業所受之

贈與爲限，亦無復期間之限制。依此規定，則被繼承人得爲無限制之贈與，藉以避免特留分規定之適用。其立法當否，實屬問題。（註三）又贈與價額之加入，以被繼承人於贈與時無反對意思表示者爲限，如有反對意思表示，則不得加入，蓋所以尊重被繼承人之意思也。至贈與價額依何時之價值以爲計算，各國法律不同，有依繼承開始時之價值計算者，如日本民法（第一一四六條）是。有依贈與時之價值計算者，如德國民法（第二三一五條第二項）是。我則從德國民法之規定。此點已於前述，茲不贅。

三 債務額之除去

算定特留分，不可不作成純粹之遺產，既須作成純粹之遺產，自不能不除去債務額。此之所謂債務額，不問其爲對於普通債權人之債務，抑對於有優先權之債權人之債務，亦不問其爲對於繼承人之債務，抑對於第三人之債務，舉凡屬於被繼承人負擔之金錢債務，或得以金錢評價之債務，皆應於應繼遺產中除去之，以作成純粹之遺產。雖然，法律上應由遺產負擔之債務（民法第一一五〇條），則非此之所謂債務，不應於應繼遺產中除去之。惟被繼承人之埋葬費用是否爲被繼承人之債務，則學說及立法例殊不一致，有明定理葬費用應由遺產中除去者，如瑞士民法（第四七五條）是。我民法既未設明文，自難爲同一之解釋。

（註一）此種債權，於繼承人承認繼承時固因混同而消滅，但關於遺產之數額，則應算入，係屬另一問題。

（註二）德民第三三二五條第三項：「自贈與物之給付以迄於繼承開始經過十年者，其贈與不受影響。夫妻間之贈與，其期間於婚姻解消前不進行。」瑞民第五二七條第三款：「被繼承人得自由撤銷之贈與，或被繼承人於其死亡前五年間所爲之贈與，但例上之贈與，不在此限。」日民第一一三三條：「贈與，限於繼承開始前一年間所爲者，依前條之規定算入其價額。於一年前所爲，而當事人變

方知其對於特留分權利人加以補時亦同。」

(註三) 郝憲章氏批評我民法立法之不當曰：「此等法例，缺點良多。(1) 被繼承人雖不得以死後處分之遺贈完全處分其遺產，然得以前遺處分之贈與將所有財產移轉他人，則一旦死後，遺族生活，必陷困難，而特留分之規定，形同虛設，法律尊嚴，根本掃地，則何若不承認特留分制度之爲愈乎？」(2) 贈與財產於繼承人者，既須算入贈與財產於他人者，則否，軒輊行親，權衡失當，不實實甚。(3) 德法日法例俱規定加入贈與計算，民法頗具匠心，創此特例，實屬孤行，於勢不順。」(郝氏前揭九三頁) 其說可供參考。此外羅仲歸氏及范揚氏均有嚴正之批評(羅氏前揭二六三頁，范氏前揭六三頁)。

第二 計算之方式

特留分計算之順序，已如上述，其計算之方式，則有左列之三種：

一 權利之價額超過義務之價額時

今設繼承開始時被繼承人之財產中，屬於權利者五萬元，屬於義務者三萬元，繼承開始前贈與於繼承人者五萬元，而其繼承人爲配偶及一直系血親卑親屬時，其特留分計算之方式如左：

現存財產 50,000 + 贈與財產 50,000 - 債務總額 30,000 = 應繼遺產 70,000 ÷ 2 = 應繼分

35,000 ÷ 2 = 特留分 17,500

二 權利之價額等於義務之價額時

今設繼承開始時被繼承人之財產中，屬於權利者五萬元，屬於義務者五萬元，繼承開始前贈與於繼承人者五萬元，而其繼承人爲配偶及一直系血親卑親屬時，其特留分計算之方法如左：

現存財產 50,000 + 贈與財產 50,000 = 100,000 - 債務額 50,000 = 應繼遺產 50,000
 $\div 2 =$ 應繼分 25,000 $\div 2 =$ 特留分 12,500

三 義務之價額超過權利之價額時

今設繼承開始時被繼承人之財產中，屬於權利者五萬元，屬於義務者十萬元，繼承開始前贈與於繼承人者五萬元，而其繼承人為配偶及一直系血親卑親屬時，其特留分計算之方式如左：

喪葬財產 50,000 + 應繼額 50,000 = 100,000 - 債務額 100,000 = 0

依右表所示，遺產既等於零，則繼承人無受特留分之餘地，雖然於此場合，被繼承人之債務人享受非其所豫期之利益，顯為不當。於是法國學者對於該國民法第九二一條為下列之便宜的解釋曰：本條之規定，惟於被繼承人之債務少於其資產，或至少債務與資產二者相等，始有其適用，反之如債務多於資產，則應先除去債務，次加入贈與，以其所得之結果為算定特留分之基礎。此種解釋，與法律規定特留分計算之順序顯相違背，殊難贊同。余則以為債權人依據法理不能超過債務現有之財產請求清償，今被繼承人之現存財產既祇五萬元，除其贈與有第二四條第一項情形，得聲請法院撤銷外，債權人祇能就現存財產請求清償，是為當然。準是，十萬元之債務，祇能受五萬元之清償，而以其餘之五萬元計算特留分。

第四款 遺贈之扣減

依前款所述特留分算定之結果，如被繼承人就其財產，超過得自由處分之範圍而為遺贈，致繼承人不能保

全特留分時，苟無相當救濟，實不足以貫徹特留分制度之精神。故我民法特從一般立法通例於第一二二五條規定遺贈之扣減曰：「應得特留分之人，如因被繼承人所爲之遺贈致其應得之數不足者，得按其不足之數，由遺贈財產扣減之。受遺贈人有數人時，應按其所得遺贈價額比例扣減。」（法民第九二〇條、德民第二三一八條、瑞民第四八六條、巴民第一七二七條、西民第八一七條、日民第一一三四條）從可知遺贈縱違反關於特留分之規定，不過應得特留分人有請求扣減之權，其遺贈自體並非當然爲無效。茲就請求扣減說明如左：

第一 扣減之標的

關於扣減之標的，各國法律多不限於遺贈，一切之贈與均在扣減之列，且其扣減，多以遺贈爲第一位，贈與爲第二位，而贈與之扣減，則又以後之贈與爲先，先之贈與爲後（法民第九二三條、第九二五條、瑞民第五三二條、荷民第九七一條、意民第八二三條、第一九一三條、日民第一一三六條、第一一三八條）。我則扣減之標的僅以遺贈爲限，繼承人中有在繼承開始前因結婚分居或營業已從被繼承人受有財產上之贈與者，其贈與價額，雖應於遺產分割時由該繼承人之應繼分中扣除（民法第一一七三條），然此乃另一問題，與此之扣減無關。此種立法，是否妥當，實屬問題。遺贈，不問對於繼承人爲之，對於第三人爲之皆是，惟死因贈與是否遺贈，學說上不無爭論，余則以爲死因贈與就其於贈與人死亡時發生效力之點雖與遺贈無異，然此種贈與究不失爲生前行爲，與一般贈與同。一般贈與既無扣減明文，死因贈與之不得扣減，自不待言。（註一）

（註一）關於此點，羅仲餘氏與本齊見解有異，略謂：「死因贈與係屬生前行爲，固與遺贈有別，然就其於贈與人死亡時發生效力之點觀

之則與遺贈無異。我民法不許對於贈與行扣減者，當不外尊重受贈人之既得權，與避免法律關係之錯綜複雜，死因贈與與一般之贈與不同，不發生此類問題，則使其得行扣減，與我民法之立法主義精神上並無抵觸，似以採積極說爲宜。（羅成海撰二六七頁）

第二 扣減之數額

依我民法規定，應得特留分之人，如因被繼承人所爲之遺贈致其應得之數不足，得按其不足之數由遺贈財產扣減，準此以解，則扣減之數額自以依法定特留分不足之數爲限，是不待言。故在遺贈已爲現物交付或雖非現物交付而已交付其價額者，則按其不足之數撤銷遺贈，請求遺贈財產之返還。其在未爲交付者，則按其不足之數表示請求扣減之意思，以拒絕之。然此係指受遺贈人爲一人而言，如受遺贈人而有數人，則應按其所得遺贈價額，比例扣減。所謂按其所得遺贈價額比例扣減，例如有五千元之甲遺贈與二千五百元之乙遺贈，如扣減之總額爲三千元，則應對於甲扣減二千元，對於乙扣減一千元是。其爲比例扣減者，蓋遺贈皆因遺贈人之死亡同時發生效力，無先後之順序故也。此種規定，是否強行規定，頗屬疑問。外國法律有明定遺囑人另有意思表示時，應從其意思者（日民第一一三七條但書），我民法未設明文，余以爲比例扣減，不外推測被繼承人之意思而爲之規定，被繼承人既另有意思表示，自以從其意思爲適當。但如遺囑違反關於特留分之規定，尙難謂爲有效，自不待言。

第三 扣減權利人

依我民法規定，應得特留分之人，爲扣減權利人。所謂應得特留分之人，就我民法解釋，概爲繼承人。雖然，此種權

利，不但繼承人有之，即繼承人之一般或特定之繼承人，亦有此權利。關於此點，外國法律有特設明文者（日民法第一一三四條），我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。所謂繼承人之一般繼承人，即繼承人之繼承人是。所謂繼承人之特定繼承人，如繼承人之受遺贈人是。但此權利，繼承人之固有債權人，能否依民法第二四二條代位行使權利，學說上頗有爭論。依余所信，應取肯定說。蓋扣減權，乃應得特留分人基於其繼承權，請求他人返還繼承財產之權利，與專屬於其本身之繼承權究屬有別故也。至被繼承人之受遺贈人及債權人有無此權，亦屬問題。外國法律有明定其無此權者（法民第九二一條），我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。

第四 扣減權之行使

遺贈扣減權，與一般之權利同，其行使與否，係屬自由，固不待言。但扣減請求權行使之時期如何，我民法無明文規定，依余所信，應於繼承開始後爲之，從而在繼承開始前，應得特留分人不過有將來得行使此權利之希望，故縱被繼承人所爲之遺贈致其應得之數不足，亦不得豫先行使扣減權，或因保全權利請求爲何種之處分。又此權利，非權利人承認繼承以後，不得有之。此之所謂承認，固不限於單純承認限定承認，然如拋棄繼承，則無行使扣減權利之可言。至扣減請求權行使之方法如何，各國法律不同，有以對於受遺贈人表示扣減之意思爲已足者，此爲大多數法律之所同，有必須以訴爲之者，此爲法瑞民法所採之立法例（法民第九二一條、瑞民第五二二條），我民法則從前之立法例，行使扣減權祇須以意思表示爲之，如已爲遺贈財產之交付，而受遺贈人拒不返還，則應得特留分人自不妨提起確認之訴，或給付之訴，或確認之訴及給付之訴，以救濟之。（註二）

(註二) 我民法關於遺贈扣減之規定，甚爲簡單，尙有種種問題未能解決。舉其著者：如(一)遺贈之孳息既否返還，應自何時起算於此問題，各國法律不同，有於繼承開始後一年以內爲扣減之請求時，則應返還自繼承開始以後之孳息，否則不必返還者，如法國民法(第九二八條)是。有請求扣減之日以後之孳息應爲返還者，如葡萄牙民法(第一五〇五條)及日本民法(第一一三九條)是。依余所信，以後之立法例爲合理。(二)應受扣減之受遺贈人如無資力，其損害應由何人負擔？於此問題，各國法律亦不一致，有由應受特留分人與其他受遺贈人分擔者，如葡萄牙民法是。有由其他受遺贈人負擔者，如比利時民法草案是。有由應受特留分人負擔者，如日本民法是。自貫徹扣減遺贈之立法精神立論，以第二種立法例爲合理。(三)扣減權之消滅時效期間如何？於此問題，各國法律多設有明文，有定爲一年或十年者，如瑞士民法(第五三三條)及日本民法(第一一四五條)是。有定爲三年或三十年者，如德國民法(第二三三三條)是。我民法未特設明文，解釋上自應適用第一二五條普通消滅時效之規定。但期間過長，似不如以另定消滅時效期間爲宜。

繼承法先決各點審查意見書

第一點 宗祧繼承應否規定

宗祧繼承，毋庸規定。

(說明)宗祧之制，詳於禮禮，爲封建時代之遺物，有所謂大宗、小宗之別，大宗之廟百世不遷者謂之宗，小宗之廟五世則遷者謂之祧，此宗祧二字之本義也。宗廟之祭，大宗主之，世守其職，不可以無後，故小宗可絕而大宗不可絕，此立後制度之所從來也。自封建廢而宗法亡，社會之組織以家爲本位，而不以宗爲本位，祖先之祭祀，家各主之，不統於一，其有合族而祭者，則族長主之，非必宗子也。宗子主祭之制不廢而廢，大宗、小宗之名已無所附麗，而爲大宗立後之說久成虛語，此就制度上宗祧繼承無繼續存在之理由一也。魯例不同，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遠矣。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，故認爲宗祧繼承毋庸規定。至於選立嗣子，原屬當事人之自由，亦毋庸加以禁止，要當不分男女均得選立及被選立耳。

第二點 遺產繼承是否以宗祧繼承爲前提

遺產繼承，不以宗祧繼承爲前提。

(說明)我國舊律，遺產之繼承，惟限於直系卑屬之男子，蓋以宗祧繼承為前提也。因之無子者，必立嗣子，其親女無繼承遺產之權。守志之婦，雖得暫承夫分，仍須繼族立嗣，是妻亦無繼承遺產之權也。凡此男女間不平等之制度，至於今日已盡人知其不可行。至於直系卑屬，因舊律有子孫別籍異財之禁，故尊屬若在其子孫即無遺產之可言，今則情勢變遷，卑幼私財之禁，已漸廢弛，如其死而無後，必仍為之立嗣承產，而不許父母若祖享有此權，亦殊悖於事理，故居今日而言遺產繼承，自不應以宗祧繼承為前提也。

第三點 繼承人之範圍順序及其應繼分

一、繼承人，分法定繼承人及指定繼承人兩種。

二、法定繼承人，除配偶外，依左列順序定之：

一、直系卑親屬，

二、父母；

三、兄弟姊妹；

四、祖父母。

三、非婚生子女，經撫育或認領者，於繼承財產與婚生子女同。

四、第一順序之法定繼承人，不問性別，以親等近者為先。

五、第一順序之法定繼承人中，有於開始繼承前死亡或喪失繼承權者，由其直系卑親屬繼承其應繼分。

六、法定繼承人不祇一人時，不問性別平均繼承，但有特別規定者不在此限。

七、繼承子女之繼承順序，與親子女同，但應繼分為親子女之二分之一。

八、於無直系卑親屬時得就財產之全部或若干分之幾指定繼承人。
九、指定人及被指定人，均不問性別。

(說明)我國舊律繼承財產，以直系卑親屬之男子爲限，是狃於宗祧繼承之說，而以繼承宗祧爲繼承財產之前提也。故無子者，須立嗣宗昭穆相當之人以爲之繼，推究其弊，雖親如父母祖父母及胞兄弟姊妹甚至所生之子女，均不得預於繼承之列，揆諸人情，未免拂戾。茲除關於女子之繼承財產權，已經第二次全國代表大會議決有案，應即定入原則外，特於直系卑親屬之外，並規定其他親屬之亦得爲繼承人者，庶與現時趨勢相符。

各國於直系卑親屬之外(配偶另詳)，所定其他繼承人之範圍及順序，殊不一致。茲就直系卑親屬及配偶以外之繼承人略述於下：(一)德國規定：父母及其卑親屬，祖父及其卑親屬，曾祖父母及其卑親屬，遠祖及其卑親屬，均爲法定繼承人，而就中順序，以父母及其卑親屬次之，以上遞推。(二)瑞士則規定：父母(死亡在前者，由其直系卑親屬代表繼承)及祖父母(死亡在前者，由其直系卑親屬代表繼承)，均爲法定繼承人，而就中順序以父母爲先。(三)巴西則規定：直系尊親屬及六親等內之旁系親屬(死亡在前者)由其卑親代表繼承，均有詳細之規定。(四)日本則規定：直系尊親屬均爲繼承人，而順序以最近者爲先，復於直系尊親屬之後，並及於戶主。(五)蒙俄則限於被繼承人死亡前一年以上，由其扶養而無勞動能力與財產者爲繼承人。似此之類，不勝枚舉。茲擬採察我國國情，參酌外國成規，爲父母及兄弟姊妹並祖父母均得繼承財產。

各法定繼承人之順序，所以視直系卑親屬爲第一順序者，取其合乎人情，而亦世界各國之所同也。父母先於兄弟姊妹，而兄弟姊妹先於祖父母者，雖非各國之所同，然以其情於我國之人情，故擬定其順序如上。至於法定繼承人截至祖父母而止者，因再遠則情已疏遠，故不多及此外，尙應說明者：(一)同一順序，以親等近者爲先，親等相同者爲繼承人，殆爲繼承之通例，若其中有在繼承開始前死亡者，或喪失繼承權者，其人應繼分擬規定由其直系卑親屬繼承。(二)直系卑親屬，原限於婚生者，若庶子女及私生子女，皆非婚生之子女也。然庶子女於今尙有存者，私生子女亦難免。我國舊律，於庶子女並無歧視，擬即仍之。至於私生子，在舊律則祇規定依

子暨子半分，然私生子女若經認領，在法律上應認爲子女，關於繼承財產與婚生子女同，亦最近立法之趨勢，故特予揭明。如親屬範圍對於庶子女及經認領之私生子女，概括定爲在法律上與婚生子女無異，則關於繼承，自無特別規定之必要。(三)養子女原係被繼承人生前視同子女者，舊律定爲酌予財產，未免漫無標準。茲擬尊重被繼承人生前之感情，而定爲與親生子女同順位，但其繼承分爲親生子女應繼分之二分之一。又查歐美各國，於法定繼承人外，多有許指定繼承人者，其制度發源於羅馬法，而各國多效之，且其範圍甚廣。例如：(一)不限於無法定繼承人時；(二)被指定者不限於一人；(三)不問其爲親屬非親屬；(四)對於財產之繼承，或爲全部，或爲一部，均無不可。蓋尊重死者之意思也。茲按照我國社會情形，似宜採用此種制度，故擬酌予採用而加以變通，定爲於無直系卑親屬時，始得指定繼承人，繼承其財產之全部或一部，而指定及被指定者，均不問性別。此外，所應注意者，法定繼承人之順序及應繼分，在被繼承人對於遺產無特別處分時適用之；但特留分，仍不受其影響也。

第四點 配偶應否繼承遺產

配偶，應有相互繼承遺產之權。

(說明)我國舊律，妻對於夫無繼承遺產之權，所謂無子守志得承夫分者，不過暫行管理而已。而夫對於妻，雖無明文規定，然習慣上妻之財產與夫之財產不分，妻亡之後，其遺產卽爲夫之所有。前北京大理院判例，且明認妻亡無子者，夫得繼承遺產矣。此關於夫權制度不合於現代思想者一也。我國舊律，惟繼承宗祧者，始得繼承遺產，二者不能分離，故配偶無遺產繼承之權。由今觀之，宗祧繼承爲奉祀權之繼續問題，遺產繼承爲財產權之移轉問題，命意不同，毋庸牽混。此關於宗祧制度不合於現代思想者二也。今就原則言，男女既屬平等繼承遺產，又不以繼承宗祧爲前提，則以配偶間利害關係之深，自應認其有相互繼承遺產之權。

第五點 配偶繼承順序及應繼分

配偶繼承不限於一定之順序，其應繼分，依左列各款定之：

- 一、有第一順序之繼承人時，與各繼承人平均分配。

與第二順序或第三順序之繼承人同繼承時，其應繼分爲遺產二分之一。

三、與第四順序之繼承人同繼承時，其應繼分爲遺產三分之二。

四、無第一順序至第四順序之繼承人時，其應繼分爲遺產全部。

(說明)各國民法，對此問題之規定，大別爲二類：(一)列配偶於一定之順序者；(二)無一定之順序，而與任何一順序均得同時爲繼承人，其應繼分有差別者。日本民法屬於第一類，配偶居第二順序，如有第一順序之直系卑親屬時，配偶即得遺產之全部，未免偏枯不平。德國、瑞士等國屬於第二類，權衡調劑較爲折衷，可以採用，惟其對於應繼分之規定過於繁瑣，均無取也。今酌定配偶之繼承，或與其他繼承人平均分配，或得遺產二分之一，或得遺產三分之二，或得遺產全部，蓋亦視其與同時繼承者之順序而定其應繼分之多寡也。

第六點 繼承開始前贈與之財產應如何計算

法定繼承人，在繼承開始前，因結婚分居或營業等原因已從被繼承人受有財產之贈與者，於繼承開始時，應將其受贈財產併入遺產計算，但被繼承人於贈與時有相反意思之表示者，不在此限。

(說明)法定繼承人之繼承財產，既各有其應繼分，則繼承人中如有於被繼承人生前因特種原因受有財產之贈與者，如不併入計算，是於繼承財產之外，多有所得，顯與繼承人間平均繼承之本旨不符。各國民法對於併入計算問題，雖條文詳略互殊，而原則大致相同，故擬酌予採用，惟如贈與人於贈與之際，曾表示意思不必併入遺產計算者，爲尊重當事人之自由意思起見，自應定爲例外。

第七點 對於遺產有貢獻之繼承人應否規定報償

對於遺產有貢獻之繼承人，毋庸規定報償。

(說明)瑞士採用要求報償之制度，以成年子女爲共同生活中以勞力或資本爲貢獻者爲限。然在孀婦凡同居共貯者，有共維家產之責，固

無論矣，即其遺產之繼承，亦屬共同遺產，亦屬共同遺產之遺產，如以法律明文許其於繼承遺產時要求報價，雖是遺產繼承之遺產繼承，其規定。

第八點 特留財產應否之定

特留財產，應加規定。

(說明)各國關於此問題之立法例，有采個人自由處分之主義者，如英、美等國，有采維持親屬關係之主義者，如德、法、瑞士、日本等國。采第一主義者，對於個人之遺產，完全予以自由處分之權，不加限制。采第二主義者，則個人雖得自由處分，而法律規定親屬所享有之特留財產，絕對不受其影響。兩者相較，自以第二主義為合情理，擬採用之。

第九點 特留財產之範圍

特留財產之範圍，依左列各款之規定：

- 一、各直系卑親屬及配偶之特留分，為其應繼分二分之一。
- 二、父母之特留分，為其應繼分二分之一。
- 三、兄弟姊妹之特留分，為其應繼分三分之一。
- 四、祖父母之特留分，為其應繼分三分之一。

(說明)各國對於特留財產，其規定之意義及計算之標準，可大別為二：(一)全額特留辦法；(二)各別特留辦法。前者為法國法系所採用，其特留之部分，係為列舉之繼承人全體保留，而其計算標準，係就遺產若干分之幾而定之。後者為德國法系所採用，其特留之部分，係為列舉之繼承人各別保留，而其計算標準，係就各繼承人應繼分若干分之幾而定之。兩者結果不同，例如享有特留分之繼承人中有一人喪失繼承權時，依第一辦法，其特留分即歸其他享有特留分之繼承人，依第二辦法，則其特留分即算入自由處分之部

身與其他享有特留分之繼承人無關。按特留分原係自由處分部分，於理爲優，且此辦法與其他享有者，亦無妨礙，故擬採之。至特留分之爲應繼分之二分一或爲三分二，亦就各種關係之重輕而爲差別耳。

附中央政治會議公函

中央政治會議函開：逕啓者：前准胡委員漢民、林委員森提議稱：「查民法第一編總則，第二編債，第三編物權，均經政府次第公布。第四編親屬及第五編繼承，亟待起草，俾便適用。惟親屬繼承兩編，對於本黨黨綱及各地習慣，所關甚大，非詳加審慎，誠恐多所扞格。擬請先由本會議制定原則，發交立法院遵照起草。茲就立法主義上最有爭議各點，計親屬法上應先決者九點，繼承法上應先決者九點，提請先行決定。」等由。當經本會議第二二〇次會議討論，並經決議：交法律律組審查去後，茲准法律律組提出審查報告，對於原提案所列親屬法先決問題九點，及繼承法先決問題九點，均逐一詳加討論。審查完竣，並繕具意見書，送請公決前來。復經提出本會議第二三六次會議討論，並經決議：親屬編立法原則，關於夫妻財產制欄內第三項修正爲約定制，除左列三編外，得規定他種制度，餘均照審查意見通過交立法院。相應錄案並檢附原意見書函達，即希查照辦理。此致

立法院

中央執行委員會政治會議 十九、二十、二十一、二十二、二十三、二十四、二十五、二十六、二十七、二十八、二十九、三十、三十一、三十二、三十三、三十四、三十五、三十六、三十七、三十八、三十九、四十、四十一、四十二、四十三、四十四、四十五、四十六、四十七、四十八、四十九、五十、五十一、五十二、五十三、五十四、五十五、五十六、五十七、五十八、五十九、六十、六十一、六十二、六十三、六十四、六十五、六十六、六十七、六十八、六十九、七十、七十一、七十二、七十三、七十四、七十五、七十六、七十七、七十八、七十九、八十、八十一、八十二、八十三、八十四、八十五、八十六、八十七、八十八、八十九、九十、九十一、九十二、九十三、九十四、九十五、九十六、九十七、九十八、九十九、一百。

民法繼承編施行法

民國二十年一月二十四日國民政府公布同年五月五日施行

第一條 繼承在民法繼承編施行前開始者，除本施行法有特別規定外，不適用民法繼承編之規定。

第二條 繼承開始，雖在民法繼承編施行前，而在左列日期後者，女子對於其直系血親尊親屬之遺產，亦有繼承權。

一 中國國民黨第二次全國代表大會，關於婦女運動決議案，經前司法行政委員會民國十五年十月通令各省到達之日。

二 通令之日，尚未隸屬國民政府各省其隸屬之日。

第三條 民法繼承編公布前，已嫁女子依前條之規定，應繼承之遺產而已經其他繼承人分割，或經確定判決承認其有繼承權者，不得請求回復繼承。

第四條 民法繼承編施行前，依民法繼承編之規定，消滅時效業已完成，或其時效期間尚有殘餘不足一年者，得於施行之日起，一年內行使請求權，但自其時效完成後，至民法繼承編施行時，已逾民法繼承編所定時效期間二分之一的者，不在此限。

第五條 前條之規定於民法繼承編所定無時效性質之法定期間準用之，但其法定期間不滿一年者，如在施行時尚未屆滿其期間，自施行之日起算。

第六條 民法繼承編，關於喪失繼承權之規定，於施行前所發生之事實，亦適用之。

第七條 民法繼承編施行前，所立之嗣子女，對於施行後開始之繼承，其繼承順序及應繼分與婚生子女同。

第八條 繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律，亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定，定其繼承人。

第九條 民法繼承編施行前所設置之遺產管理人，其權利義務自施行之日起，適用民法繼承編之規定。

第十條 民法繼承編，關於特留分之規定，於施行前，所立之遺囑而發生效力在施行後者，亦適用之。

第十一條 本施行法自民法繼承編施行之日施行。

論宗祧繼承

序說

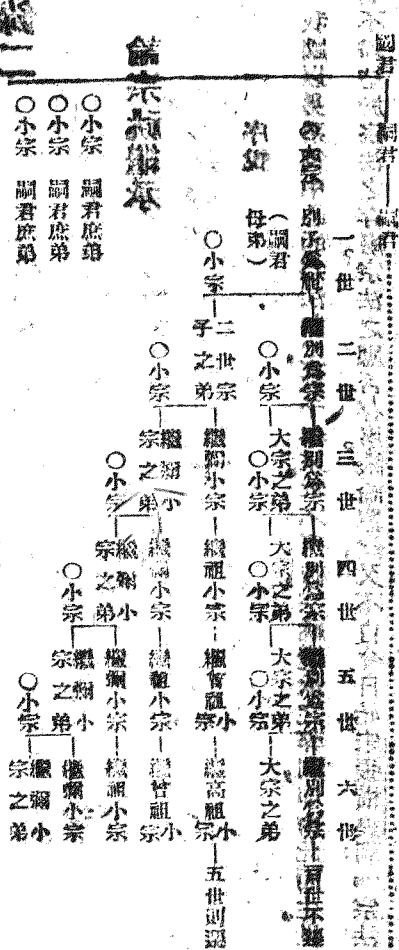
我國以男系為中心的宗法制度，數千年來，牢不可破。宗祧繼承之弊劇，即由此而生。世之論宗祧繼承之存廢者，莫不歸結於宗法之存廢。宗法之應否存廢，議論紛紛，又不自今日始。宋張橫渠謂：「宗法不立，既死族散，其家不傳。宗法若立，人人各知來處，國家大有裨益。今驟得富貴者，止能為三四十年的計，造宅一區，及其既死，則衆子分裂，求幾盤盞，則家不存。」清馮桂芬亦謂：「牧令所不能治者，宗子能治之。牧令遠，而宗子近也。父兄所不能教者，宗子能教之。父兄多從寬，而宗子可從嚴也。宗法實能彌乎牧令父兄之隙者也。」對於宗法獨特疑議者，為五禮通考，其說略謂：「古者有井田，有世祿，井田法行，則人無兼並，世祿不絕，則宗無削奪。……若後世……一族之人，或父貴而子賤，或祖賤而孫貴，或嫡賤而庶貴，貴者可以為別子，賤者同於庶人，皆以人才質而定。非若古繼別之大宗，一尊而不可易也。至於兼並勢成，人皆自食其力，勤儉者致富，惰侈者困乏，即一家之中，有父富而子貧，兄貧而弟富，嫡貧而庶富，又以人之勤惰奢儉而分。非若繼別之大宗，有世祿之可守。如是而貴大宗之收族，其勢必不能。」收族既不可能，宗之為宗，尚可立耶？

二 宗統繼承之沿革

甲 宗法之起因及組織

欲知何者謂之宗統繼承，不可不先知何者謂之宗法。我國封建之世，諸侯之子，嫡長嗣為諸侯，支庶之後，族類繁多。個人為保持政治上之地位起見，遂用宗法以維繫之，是為我國宗法之所由始。禮大傳曰：「別子為祖，繼別為宗。繼別者為小宗，有百世不遷之宗。有五世則遷之宗。」依此組織，一國之中，除國君而外，更有唯一百世不遷之大宗，無數五世則遷之小宗。小宗之宗人，共宗其大宗，無數小宗各率其宗人以宗大宗。大宗又率無數小宗以宗國君。故詩曰：「君之宗之」，即言國與宗相待而成治。茲就大傳之說，衍釋其組織如下：

小宗，有百世不遷之宗。有五世則遷之宗。



其爲宗法也。宗法之義，蓋以宗國之宗，而宗之於宗國也。宗法之義，蓋以宗國之宗，而宗之於宗國也。

宗在政治上，既有維繫其羣，以宗國之宗，而宗之於宗國也。維持宗法之法，生焉。維持宗法之法，存焉。一曰有子立嫡，二曰無子立後，立嫡之法，至爲駁雜，有子皆嫡，則立嫡以長，有嫡有庶，則立子以貴，有子皆庶，則卜所以爲後，存嫡已死，則有主立弟者，卽齊家親親先立弟之說是也。有主立嫡者，卽文家尊尊先立孫之說是也。至無子立後，所後者須爲大宗，而爲人後者則爲支子，卽儀禮喪服傳所謂「爲人後者，然後爲大宗也。曷爲後大宗？」大宗者，尊之後也，大宗者，收族者也不可以絕，故族人以支子後爲大宗。一有子立嫡，卽宗祧繼承之濫觴，無子立後，則爲後世立嗣之張本，立嗣，蓋所以繼立嫡之窮者也。雖然，宗法之爲宗法，封禪之世，惟於王侯之支庶行之，而於一般平民無與焉。三代而後，封建廢，世祿絕，聖賢後，大宗小宗之區別，然儒家言禮，多至宗法歷代帝王立法，亦折衷於斯，於是暮年無子者，既不能聽其孤獨，其孀所倚倚，身後有遺產者，更不能任其貧財房屋，無所歸屬，乃宗無大小，凡無子者，皆可立後。宗法陵替，流弊極矣，此際賢所以力主廢除者也。

丙 現行法上之宗祧繼承

三代以降，立嫡之制，僅見於有國者之立儲，與夫有德者之襲蔭，一般平民除禮制上保存嫡長之輩分外，固無所謂立嫡不立嫡也。故我國歷代法律，獨詳於無子立嗣之限制，而於立嫡之法，則付闕如。就現行律言之，凡爲嗣子者，須與嗣父同宗，而輩分相當，其第一順位爲同父異母，繼嗣父同親，或雖有同父同親而無可以出繼之人，以次及於大功，其次爲小功，其次爲絕麻大功，小功，絕麻均無可繼之人，則遞推至於遠房，遠房無人可繼，則遞推至於同

姓。妻爲嗣父者，尙須具備成年及已婚兩種條件，但有例外，卽子婚而終，婦能孀守，已聘未娶，媳能以女身守志及已婚而故，婦雖未能孀守，但所故之人業已成立，或子雖未娶而因出兵陣亡者，俱應爲其立後。凡茲種種，皆屬立嗣之規定，而與立嫡與否無關。及一九一五年第二次親屬法草案，始規定所繼人之直系卑屬關於宗祧承繼，以親等近者爲先，若親等同，則同爲繼承人。一面承認親等同者同爲繼承人，與古之立嫡以長以貴者大相逕庭焉。

三 宗祧繼承之流弊

甲 違背男女平等原則

我國宗祧繼承，以男系爲限，實則宗之爲宗，不僅限於男系，寧論女系，亦可成宗，惟男女兩溯，則系統分歧，組織散漫，而宗不可立。然則我國何以獨以男系爲宗，歷考史乘，尙鮮紀錄，惟龜東壁遺書五服異同考有云：「孟子曰：天之生物也，使之一本。人姓父之姓，而不姓母之姓，由父之父遞推之，百世皆吾祖也。由母之母而遞推之，三世之外，有不知誰何者矣。」崔氏之說，實非的論，良以我國宗法，特取男系，故崔氏言之，設以女系爲宗，由父之父而遞推之，三世之外，亦有不知誰何者矣。我國既獨取男系以立宗，衡諸男女平等之義，大相刺謬。查本黨對內政策第十二項有曰：「於法律上，經濟上，教育上，社會上，確認男女平等之原則，助進女權之發展。」今則於法律上，獨以出諸男系者謂之宗，既奉男女平等之原則，欲求助進女權之發展，其可得乎？反之，以女系爲宗，其不平等亦然，而男女兩溯，又不成其爲宗，是則所謂宗祧繼承，豈將何所取義者乎？

乙 違自然違人情

依自然之理言之，己身所從出者，爲己身之祖先，從己身所出者，爲己身之子孫，此天經地義，莫可或違。乃因厲行宗祧繼承之結果，凡無子者，皆可立後，於是無子者而有子，有子者寧絕嗣以後他人，試觀通典所載：「漢石渠議大宗無後，族無庶子，已有嫡子，當絕父祀以後大宗，不載聖旨，太宗不可絕，言示子不爲後者，不得先庶，庶無子，則當絕父以後大宗。聞人通議曰：『大宗有絕子，不絕其父。』宜帝制曰：『聖議是也。』」是不忍於己之不祀者，而忍於人之不祀，不忍於人之父母者，而忍於己之父母，違先王之法，傷自然之理，未有甚於此者。至由人情方面言之，更不可通，依現行律載：「無子者，須令同宗昭穆相當之姪承繼。」祇須立嗣之人與爲嗣之人同宗，而尊卑相當，即符立嗣之條件，情感如何，在所不問。在生之日，毫無善感可言者，死後則競相爲之披麻帶孝，甘以棘人自居，甚且如可繼之人亦係獨子，而情屬同父同親，則不妨准其兼祧，致生多親共子之惡制。是又不但傷自然之理，抑又大背乎人情者矣。

丙 亂婚姻啓紛爭

我國不幸有室無後爲大之說，深入人心，牢不可破。歷代法律且以無子爲婦人七出之一，其重視子嗣如此。乃輩方啓齡，卽謀所以生子，而早婚尙焉。弊害所及，正如民律草案所謂：「一、有害身體之健康。二、男女體格，既未充實，則所生子女必多羸弱。三、婚姻爲終身大事，一或不慎，貽累無窮。……四、教養子女，乃父母之責任，若結婚過早，己身方且仰給父母之教養，如何能教養子女。」其次妾制之流行，亦以生子爲重要原因，夫納妾固非專爲生子，然就民律凡民四十以上無子，聽其娶妾之條觀之，其以無子爲納妾之重要原因，不難概見。他如無子者可以出妻，兼祧者

可以並娶，亂婚制，莫甚於此。至若無子立嗣，其遺產通常屬於嗣子，即嗣子一方爲宗祧繼承人，一又爲遺產繼承人，一方向之以是否嫡長爲應否立後之標準者，至今日則完全以所後人財產之有無多寡爲衡，無子者之財產愈多，斯族人之觀望者愈衆，一兄弟鬩牆，骨肉寇仇，與詞構訟，累年不休，彼無子者，又奚必立嗣，以啓親屬間不情之紛爭哉。

四、宗祧繼承之根本改造

甲、限制立嗣範圍

我國歷代法律，均謂無子者須命昭穆相當之姪承繼，祖令承繼，即不可不爲立後之謂，故除尋常夭亡未婚之人，不得爲其立後而外，無論何人，皆須立後，甚有所謂虛名待繼，即支屬內貧無昭穆相當爲其子立後之人，而其父又無別子者，應爲其父立繼，待生孫以嗣，應爲立後之子，乖情害理，莫此爲甚。今後立法，似應鑒於已往之失，一面廢除宗祧繼承，一面保留立嗣習慣，而加以若干之限制，並明示立嗣精神不在繼宗，而在繼產。即（一）無子有女者，不得立嗣，舊律根據宗法，注重男統，凡法律上所稱之子，不含女性，年屆垂暮，有女無男者，概引爲巨戚，必別立嗣子，以承宗祧，在厲行男女平等之今日，似應杜絕此種歧視，凡妻所生之子，無論男女，皆爲嫡子，無子有女者，不得藉口立嗣，置親生之女於不顧。（二）無遺囑立嗣者，不得立嗣，宗祧繼承，乃宗法遺制，因廢除，但遺產繼承，不可無人，其無子女者，固不妨以遺囑立嗣，俾承遺產，若無遺囑，則他人不得假借死者名義，代爲立嗣，以杜紛爭。（三）不問男女，皆可立嗣，舊律立嗣，以繼承宗祧爲主，故惟男子可以立嗣，而女子不能立嗣，即現行律所謂「婦人從夫不從

身，其後繼宗者，因其夫有後，而已亦有後，不得第使已有後，而令其夫無後。今既以立嗣為繼承遺產而設，則不難考其可立嗣。雖有配屬者，須得共同意，以保持宗族之和平。此法乃設立嗣者，須有遺產而後，方能繼承。其宗祧繼承，既無廢除，立嗣問題亦可放任，不必規定公法限制。苟有爭執而涉及財產，則適用關於遺產繼承之規定，以資解決，亦無困難之可言。

乙 補充養子制度

法律所謂養子，有三種情形：(一)同宗養子：此種養子，與嗣子相同，但嗣子須經過立嗣行為，此則僅有撫養關係。(二)乞養異姓養子：此亦養子之一種，同宗養子可以為嗣，此則絕對不可以為嗣。(三)收養三歲以下遺棄小兒：遺棄小兒年三歲以下，雖異姓仍聽收養，即從其姓，但不得以無子遂立為嗣。養得以一神不敬非類，長不祀非族一為主，故異姓亂宗，雖為屬禁。會既廢除宗祧繼承，並應擴充養子制度，凡生前收養他人之子，以為養子者，其被養之人，不問男女及是否同姓，概謂養子，使其取得嫡子身分，以承遺產。此種立法趨勢，法諸他國，不足先例，彼歐州大陸諸國，因受羅馬法之影響，無論泰，即在繼承普通法之美國，亦多採養子制度。他如蘇俄，自一九一九年廢止此制度，其法律，即一九一七年新親屬法，亦曾廢止此制度，其後之法律，亦曾廢止此制度。如英國，則無所謂養子制度，今則相繼而廢止此制度。其法律，即一九一九年之法律，亦曾廢止此制度。其後之法律，亦曾廢止此制度。要法制，且其，皆屬擴充養子制度之明證也。良以養子之為養子，有為承祀而養子者，有為養親而養子者，有為養要法制，且其，皆屬擴充養子制度之明證也。良以養子之為養子，有為承祀而養子者，有為養親而養子者，有為養要法制，且其，皆屬擴充養子制度之明證也。良以養子之為養子，有為承祀而養子者，有為養親而養子者，有為養

寬其限制，以救人情之窮者焉。

五 結語

宗法乃周人用以保持政治地位之妙法，故周雖東遷，王綱解紐，而政治地位，猶能維繫於不墮。有周保持政治地位之法，尚不祇此，一曰宗法，二曰同姓不婚。禮記大傳曰：「繫之以姓，……雖百世婚姻不通者，周道然也。」周人自厲行此制，於是異族相互間，織成一羈縻之網，天子對於諸侯，「同姓謂之伯父，異姓謂之伯舅」，其能保持政治地位至於八百年之久者，半由於是。周社雖屋，然此兩大法制以儒者及歷代帝王之力，猶殘留以迄於今。我民族所以能蕃殖而健全者，固食同姓不婚之賜，然由宗法遞變而來之宗祧繼承，則因封建制廢，僅殘形骸，積習相沿，流弊滋生。吾人創制立法，嘗見其違者大者，毀某制而善，我國縱無是種習慣，亦當努力創設。設某制而不善，我國縱有是種習慣，亦應根本廢除。以同姓不婚及宗祧繼承兩事為例，前者應為相當的保持，後者則應根本廢除。若徒拘今泥古，又何濟乎？為是法律哉？然世有謂：總理膏主張由宗族主義擴充至國族主義，再由國族主義擴充至民族主義，以為不能廢止宗祧繼承之論證者，竊以為宗族主義為一事，宗祧繼承又為一事，總理之所謂宗族主義，乃在宗族主義之精神，而不在宗族主義之形骸，如謂廢止宗祧繼承，則宗族解體，然則專溯男系以立之宗，庸詎知不與總理手訂之對內政策（於法律上……確認男女平等之原則）大相刺謬乎？且總理雖言及宗族，而未嘗謂必以法律設若何之規定，吾人之所究，總理遺教者，亦惟善體總理遺教之精意，以求其一以貫通焉已耳。（法律

論代位繼承

續司法院院字第四〇五號及第四二四號解釋

司法院院字第四〇五號解釋謂：「財產繼承權，男女既屬平等，已嫁女子如依法有繼承財產權，而於繼承開始前已亡故者，該女子所應繼承之財產，自應歸其直系血親卑親屬繼承。」又第四二四號解釋謂：「有繼承財產權之已嫁女子，於遺產繼承開始前死亡，其應繼分由其子女代位繼承。」上開兩號解釋，即所謂代位繼承是也。此種解釋足以使人發生誤解者，一若女子有無財產繼承權，概以繼承開始時為準，該女子死於何時，則非所問。換言之，縱女子死於繼承開始以前，而於繼承開始時已有財產繼承權，其子女亦得代位繼承其應繼分。實則不但法律上不應如此解釋，即就司法院上開解釋之真意言之，亦非如此。蓋第四〇五條解釋已明謂「已嫁女子如依法有繼承財產權，而於繼承開始前死亡故。」又第四二四號解釋亦謂：「有繼承財產權之已嫁女子，於遺產繼承開始前死亡。」則此之所謂女子，自非泛指一切之已嫁女子而言。換言之，即已嫁女子如何未依法取得財產繼承權，而於繼承開始前死亡者，則其子女即無代位繼承其應繼分之餘地。上開解釋，文句雖極簡略，然其真意所在，則極顯明。此意初察，疑難者也。細考之，司法院之爲此解釋，蓋亦有其充分之理由。其一，繼承人之爲繼承，有一前提要件，即有繼承財產之能力。此種能力，謂之繼承能力。凡有權利能力者，即同時有繼承能力。而權利能力，始於出生，終於死亡。爲我民法第六條所明定。準是以解，是繼承人之爲繼承，應以現屬生存爲必要。關於此點，外國法律有

說明文規定者（如繼承第一九三條第一項），我民法雖未明定，解釋上自屬相同。繼承人之爲繼承，既以生存爲必要，故在已故繼承人之權利而於繼承開始前死亡者，其子女始有代位繼承其應繼分之問題。否則其人業已死亡，縱其繼承開始時該繼承人對於其居於同一地位或可以繼承權，亦不能執此以爲當然之入而有財產繼承之理由。故已故父母如尚未依法取得財產繼承權，而於繼承開始前死亡者，則其子女即無代位繼承其應繼分之餘地。此不但就法理言之如此，即就現行法解釋亦然。按我民法第一一四〇條規定：第一一三八條所定第一順序繼承人對於繼承開始前死亡之遺失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。所謂喪失繼承權，即原有繼承權嗣因特定法律事實（即第一一四〇條所定各款之情事），剝奪其繼承權。虛而言。因其原有繼承權放於繼承權被剝奪時，其直系血親卑親屬始能代位繼承其應繼分。否則如其人原無繼承權，則是直系血親繼承人之資格彼直系血親卑親屬又何所據而代位繼承其應繼分？喪失繼承權時之狀況繼承，既以其人已取得繼承權爲必要，則與之規定於同條之繼承開始前繼承人死亡時之代位繼承，自應爲同一之解釋，實無可疑。司法院之上開解釋雖極簡略，此吾人所以不憚詞費，特依據法理及條文以爲補充說明者也。雖然，吾爲此說，必有疑焉。昔者曰：「女子有無財產繼承權，應以被繼承人死亡時爲準，並不以該女子死亡時爲準。設女子死亡時而有財產繼承權，迫被繼承人死亡時，女子已無財產繼承權，而其直系卑親屬即無代位繼承之餘地。反之，該女子死亡時無財產繼承權，而於被繼承人死亡時，女子已有財產繼承權，其直系卑親屬自不妨爲代位繼承之主張。」此說在邏輯上似屬可通，實則此種推理，頗欠充實。蓋就反之以前之例言之，其直系卑親屬所以不能代位繼承

承者。因繼承開始時之法律已剝奪其代位繼承之權利，繼承權僅爲一種期待權，於其條件（被繼承人死亡）未成以前，依法予以剝奪，自無不可。至就反之以後之例言之，所謂於繼承人死亡時女子已有財產繼承權，余以爲應分兩種情形言之。其一於被繼承人死亡時，女子已取得財產繼承權而死亡者；其二於被繼承人死亡時，女子雖有財產繼承權，然該女子係於未取得財產繼承權以前即死亡者。前者其直系親屬固不妨就其直系親屬專屬之母已取得之繼承權爲代位繼承之主張，而於後者，其直系血親專屬之母，尙未取得繼承權，則無代位繼承其應繼分之可言。論者不察，以兩種決不相同之情事，而以同一之推理律之，此其所以陷於錯誤也。論者又曰：果如子言，則爲之子女者，何幸而其母死於取其女子財產繼承權以後，而得爲代位繼承之主張，何不幸而其母死於未取得財產繼承權以前，而不能爲代位繼承之主張？是女子之能否爲代位繼承之主張，將爲偶然之事實（其母死亡）所左右矣。曰：是無傷。良以女子之有財產繼承權，乃我國法律特創之新制，於其過渡之際，自難免於顧此失彼之失。此不但女子繼承一事爲然，卽在一切法律新舊交替之際，亦屬無可避免者也。如執此以爲吾說之非難，則女子財產繼承權非溯及於數千百年以前，不能維持絕對之公平。蓋女子之有財產繼承權始於民國十五年十月初司法行政委員會之通令，而繼承係因被繼承人死亡而開始，準是以解，被繼承人死亡於十五年十月以前者，女子無財產繼承權，反之被繼承人死亡於十五年十月以後者，女子有財產繼承權。則爲之子女者，何幸而其父母死亡於十五年十月以後，而有財產繼承權？又奚不幸而其父母死亡於十五年十月以前，而無財產繼承權？是其有無繼承權，亦爲偶然之事實（其父母死亡）所左右矣。非難吾說者，又將何辭以自解乎？最後，吾人有欲言者，卽我現行法律關

於解決女子繼承問題之立法方針。與法繼承編施行法第二條規定曰：「繼承開始雖在民法繼承編施行前，而在左列日期後者，女子對於其直系血親尊親屬之遺產亦有繼承權。」中國國民黨第一次全國代表大會關於婦女運動決議案經前司法行政委員會民國十五年十月通令各省到達之日。二通告之日。尚未該屬國民政府各省。其隸屬之日。一本條爲解決民法繼承編施行前女子繼承問題之原則。固無可疑。但於同法第三條特設限制之規定。曰：「民法繼承編公布前，已嫁女子依前條之規定應繼承之遺產，而已嫁其他繼承人分割或裁判決不認其有繼承權者，不得請求回復繼承。」彼立法者之所以設此一遺產已歸分割。一及一已經判決不認其有繼承權。一不得請求回復繼承權之兩大限制者，蓋所以尊重社會秩序之狀態。期於可能範圍內免除無謂之糾紛也。吾願世之司法者，留意及此，幸勿昧於感情，而忽於法律之靜的狀態之安全。（法律評論第四二六號所載）

附司法院院字第七五四號解釋

司法院快郵代電 院字第七五四號（二十一年六月七日）

江西高等法院梅院長覽：上年十二月佳代電悉，所請解釋代位繼承疑義一案，業經本院統一解釋法令會同。嗣後已嫁女子死亡時依法得無繼承財產權，以繼承開始時之法律，雖許女子有繼承權，而已死之女子究無從享受此權利，其直系卑屬自不得主張代位繼承，合電知照。司法院虞印。

附原電

司法院院長鈞鑒：按民法繼承編第一千一百四十一條凡第一順序之繼承人（一）直系血親尊屬，有特種

承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑屬代位繼承其應繼分，是以繼承開始前死亡之已嫁女子，如果於未死亡之前法律已許其有繼承財產權者，則該女子之直系卑屬自可依法代位繼承其應繼分，此固已據院字第四〇五號及四二四號解釋在案。惟已嫁女子生前之法律，若並未許其有繼承財產權，而於死亡之後法律乃許女子有繼承財產權，而繼承之開始又在其後，則該女子之直系血親卑屬，可否主張代位繼承，不無疑義。（甲）說謂：女子死亡之時，法律雖尚未許其有繼承財產權，但於被繼承人死亡之時（即繼承開始之時）法律已許女子有此權利，則為貫徹男女平等之原則起見，自應許該女子之直系卑屬得以代位繼承之。（乙）說謂：依院字第四〇五號及四二四號解釋，對於女子之直系卑屬得以代位繼承者，均以該女子依法有繼承財產權者為限，若女子生前之法律，既未許其應繼財產之權，是該女子於生前本無此權利，則其死後之法律，雖許女子有繼承財產權，而早已死亡之女子，究難從享受此權利，故其後繼承開始之時，該女子即無所謂其應繼分，而其直系卑屬亦自不得主張代位繼承云云。以上二說，均持之有故，職院恆有受理關於此項案件，理合電請解釋示遵。江西高等法院院長梅光義叩佳印。

Vertical text on the left edge, possibly a page number or title, rendered in a dark, grid-like pattern.

