

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

遺囑的財產處分——比較我國法與日本法近年之發展

A Comparison of Taiwan's and Japan's Developments on

Disposal of Property by Will in Recent Years

吳家榜

Chia-Pang Wu

指導教授：黃詩淳 博士

Advisor: Sieh-Chuen Huang, Ph.D.

中華民國 108 年 1 月

January, 2019



謝辭



本篇論文之所以能完成，受到許多人的幫助，若沒有您們的支持，我沒辦法順利地完成這個議題的研究。非常榮幸，也為自己感到幸運，更對您們充滿了感謝。

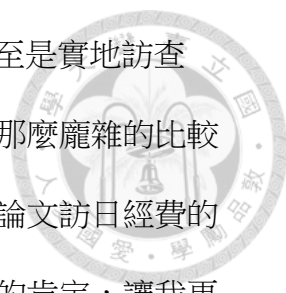
謝謝我的指導教授黃詩淳老師，不論是關於論文寫作的指導、待人處事的態度、獎學金的申請，甚至是生活經濟都給予了我莫大的協助、支持與鼓勵，能有機會跟隨於黃老師門下，是我此生莫大的榮幸。謝謝老師對我的疼惜與愛護，我會繼續加油向前邁進，不論未來是在實務工作上、或是學術研究上，都不會忘記恩師的教誨。

謝謝我的論文口試委員郭振恭老師及林秀雄老師，對我的論文提出了許多建議，並點出了我所沒注意到的盲點，以及替我糾正了許多細節謬誤，老師們的細膩及思慮周全，令我受益良多。能順利通過兩位身分法大家的檢驗，是我的榮幸，機會更是難得。謝謝兩位老師的鼓勵及指導，我會繼續努力的。

謝謝大村敦志老師、吉田克己老師、鈴木賢老師、稻田龍樹律師、兩宮則夫律師、寺尾洋律師，特別撥空讓我親自拜訪您們，向您們請教日本法的問題，有您們的親自指導，除了讓我能夠釐清閱讀日文文獻上不懂之處，並使我更能掌握日本法的脈絡。

此外，要特別謝謝王能君老師的照顧，在論文的文獻蒐集上給予我諸多的建議及方法，讓我能夠順利地找到許多有用的文獻，充實我的論文，讓我受用無窮。也要謝謝林明昕老師，時常關心我的生活及學習狀況。還要特別謝謝顏式淇地政士、蘇少琴地政士、許宓縉地政士為我解答了許多地政登記實務的問題，您們的寶貴工作經驗填補了許多文獻上不足之處。

然後，要特別感謝怡凱學長、筱茵學姐、韻琪、政諺、駿介、冠璋、家



瑜、日帆子、Erik 在日文、德文等外文文獻的理解、蒐集上甚至是實地訪查時，給予的諸多協助，若沒有你們的幫忙，我沒辦法順利完成那麼龐雜的比較法考察，謝謝你們。也要特別謝謝日本台灣交流協會對我撰寫論文訪日經費的資助，以及「似鳥國際獎學財團」的獎學金補助，能得到您們的肯定，讓我更有信心完成這份論文。還要謝謝一直在我身邊的好朋友們（以下就不逐一臚列了，你們懂的），沒有你們的陪伴與幫助，我沒辦法走過這漫漫長路，謝謝你們不離不棄。

最後，要謝謝我的家人們，謝謝您們在我求學過程中，一直以來的支持、包容與鼓勵，沒有您們，就不會有現在的我。您們的恩情，此生難忘。

希望這篇論文，能夠為被稱作「民法的么子」的繼承法做出一些貢獻。


吳家榜 2019.2.13

摘要



本論文第一章「緒論」提到，伴隨著高齡社會的到來，高齡者開始思考如何透過自己年輕時所累積的財產來因應自己老後生活所需，而開始進行財產規劃。若透過是遺囑，方法上不外乎是以「遺贈」、「指定應繼分」、「遺產分割方法之指定」此三種「典型遺囑處分」方式。然而三者概念雖不相同，但在具體案例中遺囑條款（例如遺囑中使特定繼承人取得特定遺產），該如何解釋適用，實有困難。我國學說和早期實務向來只強調三者均得作為特留分扣減權之標的，而未去細究其三者之差異。直到近年，才開始有若干實務判決重視遺囑處分定性的問題，並提出一些區分標準，甚至發展出一種有別以往，而具有遺產分割之物權效力的「新型遺囑處分」，漸漸與僅具有債權效力的「遺贈」產生二元化的結果。二者的差異，除了展現在有無遺產分割效果外，在不動產的登記程序、消滅時效之有無、得否代位繼承、特留分扣減權行使之方法均有所不同，這使得遺囑處分性質決定的問題變得相當重要。由於這正好與日本法發展相類似，對此，日本已累積大量的判決及學說討論，我國的相關研究卻不多，因此本論文除了整理我國的學說及實務，也將以日本學說及實務為比較考察之對象，重新檢討我國法應如何解釋、適用。此外，更在問題意識中特別提出「遺囑解釋」與「性質決定」的不同，將論文聚焦在「遺囑處分性質決定之標準」及「應否承認具遺產分割效之新型遺囑處分」兩大爭點。

本論文第二章「遺囑之歷史沿革與現代意義」，除了涉及法律史的介紹，更指出了近年來遺囑的功能不再只是被繼承人單向地對死後遺族的照顧，或對繼承人、第三人單純的「贈與」，而開始浮現出「扶養與繼承的對價（對價繼承）」的性格。



本論文的第三章「遺贈」，主要針對「特定遺贈」及「包括遺贈」，整理了我國相關學說及實務裁判之見解，對「包括遺贈」重新進行分析及檢討，以及說明其與「特定遺贈」之差異，並針對遺贈的法律效果及登記手續進行說明，並同時介紹了日本通說及實務的「遺贈」之法律效果（具物權效力）與我國（僅具債權效力）之間差異。

本論文的第四章「指定應繼分」，除了介紹指定應繼分的意義及特性，並參考了日本學說，對「指定應繼分」是否有作為獨立存在的遺囑處分類型提出質疑，透過整理學說及實務判決的類型化考察，發現「該當指定應繼分的情形」常與遺產分割方法之指定相混淆，又沒有明確的區分標準，因此主張將遺囑處分方式，簡化為「遺贈」及「遺產分割方法之指定」兩類型即可，而將「指定應繼分」理解為遺產分割方法的手段之一，並認為縱使要保留「指定應繼分」作為獨立類型的存在，也應將之限縮在「單純的比例指定」。然後，針對其法律效果，透過地政登記實務及裁判實務的分析，得出和早期見解不同的新實務見解。最後提出「指定應繼分」與「遺贈」之差異。

本論文的第五章「遺產分割方法之指定」，除了介紹遺產分割方法之指定的意義及特性，並透過整理學說及實務判決的類型化考察，證實「該當遺產分割方法指定的情形」確實在實務判決中與指定應繼分相互混淆，然而實務卻未提出任何明確的區分標準，只因偶然定性的不同，導致當事人在審級間來回，耗費勞力、時間、費用，有害其程序利益。因此認為我國民法既然和德國、瑞士立法例不同，所承認遺產分割方法之指定，本質上是「得變更繼承人法定應繼分的遺產分割方法指定」，因此再次重申將遺囑處分簡化為「遺贈」與「遺產分割方法之指定」兩個類型即可。然後，針對其法律效果，透過地政登記實務及裁判實務的分析，得出和早期見解不同的新實務見解，確立了「新型遺囑處

分」的形成，並且與「遺贈」產生二元化的結果。最後，特別針對「遺贈」和「新型遺囑處分」，於遺囑處分受益對象為繼承人的情形下，特留分扣減方法的差異進行分析說明，並參考學說見解，主張以遺產分割一併解決繼承人間特留分紛爭，以保障當事人的程序利益，貫徹紛爭一次解決原則。

本論文的第六章「日本法上的使其繼承之遺囑」，首先介紹了日本的「使其繼承之遺囑」的形成背景，並整理了相關學說及實務的發展，提及了香川判決正面地採用「遺產分割效果說」後，改變了自「多田判決」以來的主流實務見解（以往採「遺產分割方法指定說」），然而卻遭到多數學者的強力批評。「遺產分割效果說」主張日本民法第 908 條的遺產分割方法指定源流於法國民法的「尊屬分割」制度，因此具有遺產分割的效果。然而，卻遭多數學說批評忽略了法國法此一制度在「要件」上的嚴格限制，日本的「使其繼承之遺囑」和法國的「尊屬分割」，二者根本似是而非。其次，本文介紹了日本學說對「使其繼承之遺囑」的類型化考察，並整理了其他相關問題及實務的發展。最後，以日本法為借鏡，重新檢討我國法對於「遺囑人之意思得否排除遺產分割程序」及「遺囑處分性質決定的標準」這兩個議題的處理。

本論文第七章「結論」，強調應以類型化的方式尋求遺囑處分性質決定之標準，除了提出自己的見解，並反對具有遺產分割效力的「新型遺囑處分」，以兼顧共同繼承人間之公平、被繼承人之債權人的保護及特留分權利人之保障。最後強調，本文並非反對「遺囑自由」，而是認為在尊重被繼承人意思的同時，也應該同時兼顧法律整體的邏輯，縱使日後有修法的可能，也應重視法律整體性的整合。

關鍵詞：遺贈、指定應繼分、遺產分割方法之指定、特留分扣減、遺產分割程序

Abstract



Taiwan's population is rapidly aging. Statistics show that Taiwan has officially become an "aged society" as Taiwanese people over 65 years old accounted for 14.1 percent of the country's total population at the end of March, 2018. In addition, Taiwan is forecast to become a hyper-aged society (super-aged society) in 2026 with the proportion of over-65-year-olds expected to reach over 20 percent at the time. This situation prompts elders to ponder the question of how to meet the needs of life after 65 with properties accumulated in their early days. They think of estate planning. With more and more elders making wills to do estate planning, it is fairly predictable that there will be more and more lawsuits related to wills. Ways to plan your estate with a will are respectively listed below: Legacy, the Appointment of Share of Estates, and the Appointment of the Approach of Division of Estates. The above three ways offer more choices to estate planning if one is not satisfied with current default rule—entitled portion of equal succession.

Though the three ways to dispose property by will differ in their perceptions, it is quite difficult to tell the differences in judicial practices. In Taiwan, earlier theories and judicial practices fail to look into the differences of the three. They tend to emphasize only that all three ways are prohibited from infringing the heirs' compulsory portions. Until recent years, there have been several judgments addressing the differences of the three. The judgments have established certain criteria for differentiations and have developed a whole-new disposal of property by will.

Taiwan's development on estate planning is relatively similar to that of Japan. Though there have been numerous judgments and theories related to disposal of

property by will in Japan, there is few in Taiwan. Since Taiwanese theories and practices are highly influenced by Japanese laws, this essay attempts to examine how to explain and make use of Taiwanese laws by comparing Taiwan's and Japan's theories and judicial practices. It is to be hoped that the elders are more likely to arrange life after 65 by making wills to plan their estate in a more flexible way. In addition, the essay aims not only to offer solutions to current problems but also to predict potential challenges for years to come.

Keywords: Wills, Legacy, the Appointment of Share of Estates, the Appointment of the Approach of Division of Estates, Partition of a succession

目錄



第一章 緒論	1
第一節 研究背景與動機	1
第二節 研究目的	4
第三節 研究範圍及方法	7
第四節 名詞定義	8
第五節 問題意識	10
第二章 遺囑之歷史沿革與現代意義	23
第一節 遺囑之起源與發展	23
第一項 羅馬法	23
第二項 日耳曼法	25
第三項 教會法	28
第四項 近代西方法	29
第五項 日本法	30
第六項 中國固有法	31
第七項 台灣習慣法	32
第二節 遺囑之意義及特性	36

第三節 遺囑制度之存在理由.....	37
第四節 遺囑之現代機能.....	38
第三章 遺贈.....	43
第一節 遺贈之意義及特性.....	43
第二節 特定遺贈.....	45
第一項 特定遺贈之標的.....	45
第二項 特定物遺贈.....	45
第三項 不特定物遺贈.....	46
第三節 包括遺贈.....	48
第一項 學說見解.....	48
第二項 實務見解.....	50
第三項 分析與檢討.....	55
第四項 與特定遺贈之差異.....	57
第四節 遺贈之法律效果.....	58
第一項 學說見解.....	58
第二項 實務見解.....	59
第三項 日本法.....	61



第四項 小結.....	64
第四章 指定應繼分.....	66
第一節 指定應繼分之意義.....	66
第二節 指定應繼分之特性.....	67
第三節 指定應繼分之違和感.....	72
第四節 該當指定應繼分之情形.....	76
第一項 學說見解.....	76
第二項 實務見解.....	77
第三項 分析與檢討.....	85
第五節 指定應繼分之法律效果.....	87
第一項 早期學說見解.....	87
第二項 從登記實務形成的新實務見解.....	88
第三項 指定應繼分與遺贈之差異.....	98
第五章 遺產分割方法之指定.....	101
第一節 遺產分割方法指定之意義.....	101
第二節 遺產分割方法指定之特性.....	105
第三節 該當遺產分割方法指定之情形.....	111





第一項 學說見解	111
第二項 實務見解	112
第三項 評析與檢討	118
第四節 遺產分割方法指定之法律效果	121
第一項 早期學說見解	121
第二項 從登記實務形成的新實務見解	124
第五節 遺產分割方法指定與指定應繼分之差異	133
第六節 新型遺囑處分之形成及相關問題的提出	135
第一項 遺贈與新型遺囑處分之二元化	135
第二項 新型遺囑處分與特留分扣減之方法	141
第六章 日本法上的使其繼承之遺囑	145
第一節 問題背景	145
第二節 相關學說與實務見解	149
第一項 遺產分割方法指定說	149
第二項 遺產分割處分說	152
第三項 遺贈說	154
第四項 遺產分割效果說	160

第五項 香川判決之確立.....	164
第三節 香川判決暨遺產分割效果說之檢討.....	169
第一項 實務界的支持	169
第二項 日本民法第 908 條是否等於法國民法尊屬分割制度.....	169
第三項 遺囑人之意思得否排除遺產分割程序.....	181
第四項 使其繼承之遺囑的類型化考察	184
第四節 其他相關問題與實務之發展	189
第一項 使其繼承之遺囑與第三人之利害關係.....	189
第二項 使其繼承之遺囑的利益拋棄	195
第三項 使其繼承之遺囑與代位繼承.....	198
第五節 重新檢視我國法	206
第一項 遺囑人之意思得否排除遺產分割程序.....	206
第二項 遺囑處分性質決定之標準再考	212
第七章 結論	214
參考文獻	218



表目錄



表 1 繼承登記態樣之比較..... 91



第一章 緒論

第一節 研究背景與動機

台灣在 1993 年 65 歲以上的老年人口已經超過總人口比率的 7%，成為聯合國世界衛生組織所定義的高齡化社會（ageing society）；2018 年 3 月底老年人口占總人口 14.1%，正式邁入「高齡社會（aged society）」¹。根據我國行政院國家發展委員會在 2016 年 8 月的人口推估統計資料²顯示，預估老年人口比率將於 2026 年將再超過 20%，而成為超高齡社會（super-aged society）。同時並預估由高齡社會進入超高齡社會的時間將只需要僅僅 8 年，相較於日本（11 年）、美國（14 年）、法國（29 年）及英國（51 年）人口老化的速度，可說是非常快速³。為了因應高齡社會的到來，行政院衛生福利部社會及家庭署擬定《高齡社會白皮書》，其中提到了我國家庭型態的變遷，原本是以傳統三代同堂的主幹家庭為主，得以透過家庭內部成員的互相幫助、支持和分擔照顧責任，甚至擴大到氏族宗親家族網絡的資源援助，構成社會的基石，但隨著工業化及都市化的變遷，家庭中的成員逐漸減少，高齡者以「子女奉養」為主的價值觀逐漸轉變⁴，事實上根據統計顯示，有 20.6% 的高齡者僅與配偶同住，更有多達 11.1% 的高齡者為獨居狀態⁵，這代表著高齡者可能沒有配偶（或喪偶）、沒有子女，或是有子女但未

¹ 根據我國內政部統計處於 2018 年 4 月 14 日所發佈的最新消息，2018 年 3 月底我國戶籍登記 65 歲以上老年人口計 331 萬人，占總人口 14.1%，正式邁入「高齡社會」。載於：https://www.moi.gov.tw/stat/news_detail.aspx?sn=13742（最後瀏覽日：2018/06/30）。

² 行政院國家發展委員會（2016），《中華民國人口推估（105 至 150 年）》，頁 10，載於：http://www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=84223C65B6F94D72（最後瀏覽日：2018/06/30）。

³ 行政院國家發展委員會（2016），前揭註 2，頁 1。

⁴ 行政院衛生福利部（2016），《高齡社會白皮書》，頁 11，載於：<http://www.sfaa.gov.tw/SFAA/Pages/List.aspx?nodeid=767>（最後瀏覽日：2018/06/30）。

⁵ 行政院衛生福利部（2014），《中華民國 102 年老人狀況調查報告》，頁 3 之表 1-2，載於：<https://dep.mohw.gov.tw/DOS/cp-1767-3586-113.html>（最後瀏覽日：2018/06/30）。

同居。又根據歷年《老人狀況調查報告》統計⁶，65歲以上老人的主要經濟來源之重要度，由「子女（含媳婦、女婿）奉養」的比例，在2002年為51.72%；在2005年為53.37%；在2009年降為48.29%；而根據最近一次統計，2013年的「子女或孫子女奉養」的比例則為43.9%。此外，性別平權觀念及婦女就業提升的現象，也造成了傳統家庭分工方式的改變，傳統家庭能提供高齡者之照顧功能也開始不足及產生壓力，因此如何提供高齡者人身健康、居住安全、財產經濟之基本保障成為我國亟待解決的問題⁷。

人口的高齡化以及家庭傳統養老育幼機能的衰退，意味著高齡者所需要的經濟來源、財產及人身的照護服務，漸漸無法從家中獲得，而必須向外尋覓⁸，此時一方面國家必須建立良善的社會安全制度⁹以保障高齡者的生活，另一方面，也迫使高齡者開始思考如何透過自己年輕時所累積的財產來因應自己老年後身體或精神狀況衰弱時所需¹⁰，而這份對於老年生活財產規劃（estate planning）的關心，也延伸到死後遺產的處理¹¹。面對死亡的到來，高齡者在運用資產養老時，也可能同時安排事業的傳承和財產的承繼，例如透過死亡時資產的移轉（繼承）去評價生前照護服務者之貢獻¹²。其方法不外乎是透過繼承法中的處分方式，以

⁶ 根據我國衛生福利部統計處分別於2005年、2009年、2013年所作之《中華民國94、98、102年老人狀況調查報告》統計，載於：

<http://dep.mohw.gov.tw/DOS/lp-1767-113.html>（最後瀏覽日：2018/06/30）。

⁷ 行政院衛生福利部，前揭註4，頁11。

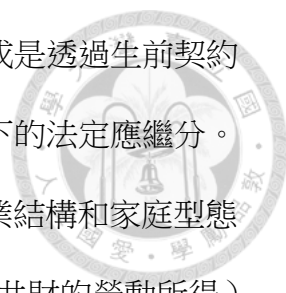
⁸ 陳自強、黃詩淳（編）（2014），《高齡化社會法律之新挑戰：以財產管理為中心》，頁v，台北：新學林。

⁹ 如：長期照顧制度、國民年金制度的建立。

¹⁰ 黃詩淳（2011），〈遺產繼承之圖像與原理解析〉，《臺大法學論叢》，40卷4期，頁2214；黃詩淳（2015），〈臺灣的高齡化社會與身分法的變動：以成年監護及生存配偶之保障為中心〉，《家族法研究》（韓國家族法學會），29卷1期，頁35。

¹¹ 犬伏由子（2011），〈各章のテーマの位置づけと問題点〉，久貴忠彦（編），《遺言と遺留分（第一卷：遺言）》，頁34，東京：日本評論社；黃詩淳（2011），前揭註10，頁2223；黃詩淳（2012）〈台灣における社会の変遷と遺言法〉，《流経法学》，12卷1号，頁79；黃詩淳（2014），〈涉訟祭民遺囑之特徵與法律問題〉，《臺大法學論叢》，43卷3期，頁589；黃詩淳（2015），前揭註10，頁40-41。

¹² 黃詩淳（2011），前揭註10，頁2217；黃詩淳（2015），前揭註10，頁40-41。



預立遺囑的方式進行遺贈、指定應繼分、遺產分割方法指定，或是透過生前契約作死因贈與，來改變民法中平均繼承預設規範（default rule）下的法定應繼分。高齡者因為現實的需要，加上現今大部份遺產的性質，隨著產業結構和家庭型態的變化，已經從「家產（由祖先代代相傳的財產，或家屬同居共財的勞動所得）轉變為純粹的「個人財產」，被繼承人（高齡者）對家屬以外的第三人為財產處分，或是做出和法定繼承比例不同的分配，更是無可厚非¹³。此外，先前研究中，亦有針對經公證、認證遺囑的絕對數及該數占該年度死亡人口比例持續增加（2003～2010年）的情形，指出這意味著法定平均共同繼承的預設規範，逐漸無法迎合被繼承人（高齡者）的需求，而正積極地且有必要地利用遺囑改變遺產分配的內容及方法¹⁴。簡言之，伴隨著高齡社會的到來，可以預期的是，遺囑數量¹⁵以及高齡者利用遺囑來進行財產處分的比例將隨之增加，連帶地與遺囑相關的訴訟紛爭也將愈來愈多。近30年來的德國與日本，均可觀察到繼承法的研究興起與法律的修正之現象。

因此，為了因應未來高齡社會中所將面臨的挑戰，除了在社會法上，國家應積極建立良善的長期照顧制度及國民年金制度，在民法的場域上，如何透過繼承法學來保障高齡者「家族內的資產運用¹⁶」，使其能更靈活、更彈性地規劃安排

¹³ Wolfgang Reimann, *Familienerbrecht und Testierfreiheit im deutschen Recht*, in: Dieter/Dieter (Hrsg.), *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, Bielefeld 2001, S. 44ff. 轉引自黃詩淳（2011），前揭註10，頁2219-2220、2225；黃詩淳（2012），前揭註11，79頁；黃詩淳（2014），前揭註11，頁589。

¹⁴ 黃詩淳（2011），前揭註10，頁2228；黃詩淳（2012），前揭註11，頁82-83。

¹⁵ 事實上根據我國司法院歷年來的《司法統計年報》，關於〈民間公證人辦理遺囑公證、認證事件終結情形〉的數量統計，經民間公證人辦理公、認證的遺囑數量自2003年的965件，至2016年已增加到4505件，2015年更有多達4874件；而關於〈地方法院辦理遺囑公證、認證收結情形〉的數量統計，經地方法院辦理公、認證的遺囑自2003年的974件，至2016年數量已經增加到2137件，2015年更多達2368件，載於：<http://www.judicial.gov.tw/juds/>（最後瀏覽日：2018/06/30）。

¹⁶ 學者黃詩淳教授將高齡者與子女間的資產雙向移動的關係稱為「家族內的資產運用」，其特質有二，一是在法律形式上通常是「無償」的，二是由於死亡到來的確實性，因此其手段上幾乎和繼承法內容相關，例如遺贈、死因贈與、遺產分割方法之指定、應繼分之指定等方式。黃詩淳（2011），前揭註10，頁2217-2219。

其老年生活，則成為本論文所關心的核心議題。家族內資產運用的手段之一，即是透過預立遺囑的方式，達到財產規劃的效果，然而不同種類的遺囑財產處分，將進一步造成不同的法律效果，故而，本論文選擇以「遺囑所為之財產處分¹⁷」作為研究的主題，進行全面性的檢討。

第二節 研究目的

首先，關於「遺囑之內容」，我國通說¹⁸及實務¹⁹均承認，遺囑既然係尊重遺囑人的最終意思，則其內容無須限於民法或特別法有明文的事項，只要不違背強制規定及公序良俗即可。又關於「遺囑的財產處分」，其內容究竟為何，我國民法中並無明確定義，僅在民法第 1187 條規定：「遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。」，此又稱為遺囑自由原則，乃立基於私有財產制度下的所有權絕對原則，個人既然對於自己的財產生前可以任意處分，死後自然得透過遺囑自由處分，惟必須受到特留分制度的限制。而我國學說亦僅針對與財產有關之遺囑，加以臚列²⁰：遺贈、應繼分之指定或指定之委託、遺產分割方法之指定或指定之委託、遺產分割之禁止、遺囑執行人之指定或其指定之委託、遺囑之撤回、捐助行為、信託行為、領受撫卹金遺屬之指定，其中前三者正是被繼承人得用來調整、改變繼承人法定應繼分的方式。然而在具體案例中某個遺囑條款該如何解釋，實有困難²¹，例如：「遺產中之 A 地分配於長男甲，B

¹⁷ 為求行文方便，本論文中所出現的「遺囑的（之）財產處分」、「遺囑財產處分」「遺囑處分」所指的皆為「遺囑所為之財產處分」，合先敘明。

¹⁸ 林秀雄（2017），《繼承法講義》，頁 222，台北：元照；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（2015），《民法繼承新論》，頁 246，台北：三民；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2013），《繼承法》，頁 281，台北：自版。

¹⁹ 參照最高法院 18 年上字第 2715 號判例、最高法院 22 年上字第 1250 號判例、司法院 35 年院解字第 3120 號解釋。

²⁰ 林秀雄，前揭註 18，頁 222；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 246-247；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 281。

²¹ 吳煜宗（2005），〈遺囑之解釋〉，《月旦法學教室》，38 期，頁 17；黃詩淳（2011），〈以遺囑處分遺產之方法與區別實益——最高法院九十九年度台上字第九一八號民事判決及其他相關實務見解評析〉，《月旦法學雜誌》，225 期，頁 246。

股票給與次男乙」，究竟是對甲、乙之遺贈，還是對甲、乙此二繼承人指定應繼分，抑或指示甲、乙如何分配遺產的「遺產分割方法之指定」？此三者概念上雖有所不同，但多數學說²²及實務²³向來只強調三者同為特留分扣減權行使之標的，沒有特別細究三者的效力差異及不同之處，毋寧是「同多於異」。直到近年，一些實務裁判²⁴逐漸意識到三者的不同，或提出一些區分標準，並進一步發展出「使特定繼承人取得特定遺產」的一種有別於傳統三種類型的處分方式，亦即開始了「異多於同」的方向，這正好與日本從公證實務發展出，後經最高裁判所（最判平成3年4月19日民集45卷4号477頁，又稱：「香川判決」）在1991年所承認的「相續させる旨の遺言」（使其繼承之遺囑）²⁵相當類似。

然而，相較於日本學說和實務的蓬勃發展，我國關於此議題的研究卻是寥寥可數，關於「遺囑的財產處分」的先行研究，絕大多數是針對遺贈、指定應繼分、

²² 史尚寬（1966），《繼承法論》，頁576，台北：自版；林秀雄，前揭註18，頁340；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註18，頁406、410頁；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註18，頁355。

²³ 司法院21年院字第741號解釋、最高法院81年度台上字第1042號判決、最高法院91年度台上字第556號判決、最高法院100年度台上字第1754號裁定、最高法院104年度台上字第1480號判決（同時提到同為扣減標的和應該區分三者不同）、最高法院105年度台上字第1207號判決。

²⁴ 此處所引之實務見解，係以「遺贈」、「應繼分」、「指定」、「遺產分割方法」為關鍵字，於司法院法學資料檢索系統尋相關之實務裁判，以下僅列出具高度紛爭性、代表性的最高法院之相關裁判，例如：最高法院96年度台上字第1282號判決、最高法院99年度台上字第611號判決、最高法院99年度台上字第918號判決、最高法院100年度台上字第1747號判決、最高法院102年度台上字第1245號判決、最高法院104年度台上字第1480號判決。司法院法學資料檢索系統網址：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>（最後瀏覽日：2017/09/01）。

²⁵ 學者黃詩淳教授將「相續させる旨の遺言」翻譯為「使其繼承之遺囑」，本論文採之。黃詩淳，前揭註21，255頁；所謂的「相續させる」（使其繼承）這樣的用語是在日本昭和40年代（西元1965年左右）開始在公證實務所為的公證證書遺囑流行起來，不過在自書遺囑也會使用像是「与える」（給與）、「分与する」（分給）、「譲与する」（讓與）、「取得させる」（使其取得）等等「相續させる」（使其繼承）以外的用語，嚴格而言應該說「表現出『使其繼承』的意旨的遺囑」比較精確，但以下為求簡便，故簡稱為「使其繼承之遺囑」，參自吉田克己（2012），〈第16章「相續させる」旨の遺言—遺產分割不要の原則の検証—〉，氏著，《市場・人格と民法学》，頁362，札幌：北海道大学出版会，原文載於：吉田克己（2003），〈『相續させる』旨の遺言——遺產分割不要の原則の検証〉，《法律時報》，75卷12号，頁83-88，因作者於專書有補寫，故以下均援引專書內容；至於使其繼承之遺囑如何在日本實務界及學界產生軒然大波，本論文留待第六章「日本法上的使其繼承之遺囑」再做更詳細的說明。



遺產分割中的個別議題做討論，例如：「遺贈」，自 2003 年以來始有論文著作，然而研究的主題多集中在遺贈稅法以及遺贈動機的主題，且大多是由稅法及金融財政相關領域的研究者所撰寫，而非由繼承法角度切入，只有少數幾篇論文是針對「附負擔遺贈」、「遺贈與遺產酌給」及「遺贈扶養協議制度」的研究。又例如：「遺產分割」的研究，歷年來共計 4 篇研究，寫作時間集中在 1990 年代，內容上是在遺產分割的框架下，開啟對遺產分割「方式」及「如何維持共同繼承人間的公平」的討論，但並無論及處於「模糊地帶」的使其繼承之遺囑，或僅是提到香川判決，但未深論²⁶。而關於「指定應繼分」的研究，歷年來雖然只有 1 篇論文——陳宗賢（1994），《論指定應繼分》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，但其中有一章節，已論及本論文所欲關懷的主題，可惜的是，雖然該論文中已有提到前述 1991 年日本最高裁判所著名的香川判決，但可能因為不是該論文的研究主軸，並無針對香川判決後續的學說研究更深入著墨，且由於香川判決作成及該論文完成後迄今已過餘年，相關的爭議方興未艾，在日本所累積的裁判實務及學說討論已不可同日而語。

有鑑於日本同樣面臨著人口老化嚴重的問題（據日本內閣府統計²⁷，日本老年人口比例在 2016 年已達 27.3%，居世界之冠，為名副其實的超高齡社會），不論是政府政策，或是相關學術研究，抑或者是判決實務對於高齡所延伸出來的問題處理，相對於台灣，都已有較長期且細緻之發展，尤其是本論文所關心的遺囑的財產處分議題亦如是。因此本論文將以 1991 年香川判決前後日本實務與學說對遺囑的研究為比較考察之對象，檢討台灣法應如何解釋適用，讓高齡者能更靈活、更彈性、更自由地，不會受到實務見解突襲地，透過遺囑規劃安排其老年

²⁶ 林正雄（1999），《遺產分割之研究》，頁 51，輔仁大學法律學研究所碩士論文。

²⁷ 日本內閣府（2017），《平成 29 年版高齡社会白書》，頁 2。載於：http://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/w-2017/zenbun/29pdf_index.html（最後瀏覽日：2018/06/30）。

生活，除了解決現階段的問題，並預測未來可能面臨的挑戰，期盼能以不同的視野，為台灣法帶來一些啟示。



第三節 研究範圍及方法

範圍方面，由於本論文希望處理被繼承人透過「立遺囑」所為的財產分配方法及效果，而所謂的「遺囑的財產處分」必須以具備一份有效的遺囑為前提，受限於論文篇幅及討論的主軸不同，有關於遺囑要式性的檢討與瑕疵救濟，將不是本論文考察的重點。此外，「死因贈與」姑且不論其法律性質²⁸，雖與其他透過遺囑所為的財產處分同為死因行為，且學說大多認為在性質許可範圍內，得類推適用關於遺贈之規定²⁹，然而死因贈與既為被繼承人生前與受贈人雙方意思表示合致所為之契約，本質上和單獨行為之遺囑有所差異，且方式上遺囑為要式行為，應依照法定方式為之，死因贈與一般則認為係不要式的契約行為，也因此如何類推適用遺贈之見解有許爭議³⁰。綜上所述，本論文暫且擱置死因贈與的種種問題，將焦點集中在以遺囑所為之財產處分。

方法方面，首先，本論文先針對遺囑財產處分的傳統三種類型，整理台灣的相關學說及裁判，進而聚焦在「使特定繼承人取得特定遺產」這種有別於傳統的遺囑處分方式，分析相關的裁判及登記實務之函釋，提出可能遭遇的種種問題。其次，關於遺囑財產處分，台灣不論在民法的規定、相關學說及裁判例上，長年

²⁸ 關於死因贈與之法律性質，學說上大約可分附停止條件之贈與說、附法定條件之贈與說、附使其之贈與說三種見解。對此，多數學說採附停止條件之贈與說、而最高法院 88 年度台上字第 91 號判決似採附法定條件之贈與說。參見林秀雄，前揭註 18，頁 296-297。

²⁹ 史尚寬（1960），《債法各論》，頁 136，台北：自版；邱聰智（2002），《新訂債法各論》，頁 299，台北：元照；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 348；鄭玉波（1970），《民法債編各論（上）》，頁 169，台北：三民。學者史尚寬、鄭玉波在其書中的用語雖為「準用」，惟「準用」乃指法律有明文規定去適用其他條文之規定；「類推適用」則是基於立法者疏漏，法律沒有明文規定準用，但基於類似事情應為相同處理，而加以類推適用，故學者陳棋炎、黃宗樂、郭振恭在其書中指出此處精確而言應為「類推適用」。

³⁰ 關於死因贈與的相關研究可參考吳義聰（1997），《死因贈與之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

以來均大量參考日本的法制、學說及裁判例，因此本論文將採取比較法的研究方法，參考對台灣法有重大影響的日本法，並加以分析及評論，特別以香川判決作為出發點，考察 1991 年前後日本裁判實務與學說對遺囑的研究。最後，透過對日本法的考察，重新對台灣法進行檢討。

第四節 名詞定義

承第二節所述，遺囑的內容不以法律明定者為限，只要不違背強制規定及公序良俗，均應承認其效力。現代遺囑的內容係以財產處分為原則，與身分有關之遺囑則屬例外，例如法國民法甚至將遺囑列為無償處分財產之方法之一，而規定於財產取得編（或譯：無償取得財產編）³¹，意義即在此；於我國，「遺囑的財產處分」在民法中雖無明文定義，不過依民法第 1187 條規定，被繼承人在不違反繼承人的特留分保障範圍內，得透過遺囑自由處分其遺產。不過，遺囑項目不僅限於與財產相關，也有可能是與身分相關之事項。與財產有關之遺囑，例如：遺贈（民法第 1200 條至第 1208 條）、應繼分之指定（民法第 1187 條）、遺產分割方法之指定或指定之委託（民法第 1165 條第 1 項）、遺產分割之禁止（民法第 1165 條第 2 項）、遺囑執行人之指定或其指定之委託（民法第 1209 條）、遺囑之撤回（民法第 1219 條）、捐助行為（民法第 60 條）、信託行為（信託法第 2 條）、領受撫卹金遺屬之指定（公務人員撫卹法第 8 條第 3 項、學校教職員撫卹條例第 9 條第 3 項）³²，學說上並認為關於委託第三人指定應繼分、繼承權喪失之表示及宥恕（民法第 1145 條第 1 項第 5

³¹ 林秀雄，前揭註 18，頁 221-222；法國民法第 893 條規定：「（第 1 項）無償處分財產是指一人無代價地向他人處分其財產之全部或一部的行為。（第 2 項）只能經生前贈與或遺囑進行無償處分」、第 895 條規定：「遺囑是指遺囑人據以處分其死後遺產之全部或一部且其可以撤銷（按：應為撤回）的行為」，參自羅結珍（譯）（2010），《法國民法典》，北京：北京大學出版社。

³² 林秀雄，前揭註 18，頁 222，台北：元照；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 246-247；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 281。

款、第 2 項)、遺贈扣減權方法之指定(民法第 1225 條),均不妨以遺囑為之³³;又與身分相關之遺囑,例如:監護人之指定(民法第 1093 條)、非婚身子女之認領(戶籍法舊第 46 條第 1 項)³⁴。另外,遺囑內容若僅是人倫道德教訓之事項,則不發生法律效力,自不待言。

而根據上述所列舉的各個遺囑項目,可歸納出被繼承人用來調整、改變繼承人法定應繼分的方法,不外乎是遺贈、指定應繼分、遺產分割方法之指定這三種方式。所謂「遺贈」,乃指被繼承人依遺囑對他人(受遺贈人)無償給與財產上利益之行為;所謂的「遺產分割方法之指定」,乃指被繼承人得透過遺囑直接指定或間接委託他人代為指定遺產分割方法;又「指定應繼分」雖在我國民法未明文規定,惟通說³⁵多參考日本民法第 902 條³⁶,並援引民法第 1187 條,基於遺囑自由原則及尊重被繼承人之意思,承認其存在,對此,我國實務見解³⁷亦肯定之。無獨有偶,在日本,能透過遺囑進行遺產分配的方式同樣有


³³ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭,前揭註 18,頁 246-247;戴炎輝、戴東雄、戴瑀如,前揭註 18,頁 281。

³⁴ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭,前揭註 18,頁 246-247;戴炎輝、戴東雄、戴瑀如,前揭註 18,頁 281。惟是否得以遺囑認領非婚生子女,學說上有反對之見解,認為認領行為乃屬於身分行為,法律並無明文規定得以遺囑為之,況且戶籍法第 32 條已刪除戶籍法舊第 46 條第 1 項的遺囑認領,理由即為「民法並無以遺囑認領之規定」,認領既為不要式行為,今若承認遺囑認領,又以遺囑方式相繩,而認為遺囑若無效,認領亦為無效,不僅違反認領人的意思,也無法保護非婚生子女的利益,在我國民法未有如日本民法第 781 條第 2 項規定明文承認遺囑認領的情況下,不宜承認遺囑認領,但由於認領為不要式行為,也不必對生母或被認領人為之,生父僅需為認領之意思表示即可,當然也包括將認領的意思表示載於遺囑之上,此時即生認領效力,縱然遺囑違背法定方式而無效,對已生效的認領應無影響,該認領並非於遺囑人死亡時始生效力,而是在認領時溯及於子女出生時發生效力(民法第 1069 條),參見林秀雄(1997),〈遺囑認領〉,《月旦法學雜誌》,28 期,頁 10-11;林秀雄,前揭註 18,頁 222。

³⁵ 林秀雄(2016),〈指定應繼分〉,《繼承法制之研究(三)》,頁 292,台北:元照;陳棋炎、黃宗樂、郭振恭,前揭註 18,頁 62;戴炎輝、戴東雄、戴瑀如,前揭註 18,頁 74。

³⁶ 日本民法第 902 條規定:「(第 1 項)被繼承人得不拘於前兩條的規定,以遺囑指定或委託第三人代為指定共同繼承人之應繼分。但被繼承人或第三人不得違反關於特留分之規定。(第 2 項)被繼承人僅指定或僅委託第三人代為指定共同繼承人中一人或數人之應繼分時,其他共同繼承人之應繼分,依前兩條規定決定之」。

³⁷ 此處所引之實務見解,係以「指定應繼分」、「應繼分指定」、「應繼分之指定」為關鍵字,於司法院法學資料檢索系統尋相關之實務裁判,雖未必承認所涉遺囑之法律性質即為指定應繼分,但至少得以確知指定應繼分此一遺囑財產處分的方法,確實在我國被實務所承認,以下僅列最高法院之相關裁判,例如:最高法院 81 年度台上字第 1042 號判決、最高法院 91 年度



這三種，且在民法上均設有明文，分別規定在日本民法第 902 條（應繼分之指定）、日本民法第 908 條³⁸（遺產分割方法之指定）、日本民法第 964 條³⁹（遺贈），由於此三者同為民法所預設準備的遺囑處分類型，故日本學者吉田克己教授將此三者統稱為「典型遺囑處分⁴⁰」。在我國，雖然指定應繼分並沒有被法律明文規定，但由於學界及判決實務早已對之習以為常，從未將其排除在遺囑以外的範疇，並以民法第 1187 條作為其根據，故本論文援用吉田教授的稱法，將遺贈、指定應繼分、遺產分割方法指定合稱為「典型遺囑處分」，以與近年來逐漸由地政登記實務及法院裁判形成的「新型遺囑處分」相區隔。雖然如此，但並不代表二者涇渭分明，其間錯綜複雜的關係，也將是本論文討論的核心議題。

第五節 問題意識

首先，遺囑作為人的終意處分，是人在世間上最終意思的表示，應該予以信賴並尊重。與一般的意思表示不同的是，遺囑作為無相對人之單獨行為，不發生保護相對人之信賴及交易安全之問題，因此解釋上，重點在於遺囑人真意的探求。又因於遺囑人死亡後才發生效力，故遺囑之存在及內容，有所爭執時，礙於遺囑人本人已經死亡，無法再為真偽之調查、內容之求證或是期待他另有所表示，為了確保遺囑人之真意，並防止他人偽造或變造，各國立法例多詳定遺囑之方式，我國亦不例外，於民法第 1189 條至第 1198 條，明文規定了

台上字第 556 號判決、最高法院 96 年度台上字第 1282 號判決、最高法院 99 年度台上字第 918 號判決、最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決、最高法院 102 年度台上字第 1245 號判決、最高法院 104 年度台上字第 1480 號判決、最高法院 105 年度台上字第 1207 號判決、最高法院 105 年度台上字第 1431 號判決、最高法院 105 年度台上字第 1881 號判決，司法院法學資料檢索系統網址：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>（最後瀏覽日：2018/05/05）。

³⁸ 日本民法第 908 條規定：「被繼承人得以遺囑指定或委託第三人代為指定遺產分割方法，或以遺囑禁止自繼承開始時不超過五年的期間內實行遺產分割」。

³⁹ 日本民法第 964 條規定：「遺囑人得以包括或特定的名義，處分其財產之全部或一部。但不得違反關於特留分之規定」。

⁴⁰ 吉田克己，前揭註 25，頁 362。


五種法定方式，又不依法定方式所為之遺囑，依民法第 73 條，效力為無效。惟應注意者是，縱使符合法定要式，其內容也未必和遺囑人之真意一致，此時為了確認遺囑人之真意，仍有解釋的必要⁴¹。

談到遺囑的解釋，無論台、日教科書上常舉的例子是，例如：無繼承人之遺囑人，以遺囑將其遺產三分之一遺贈於甲，其餘三分之一遺贈於甲之弟乙，又其他三分之一遺贈給甲乙之弟丙的遺孤三人，然而在遺囑人死亡稍前，受遺贈人乙死亡而遺有七子，遺囑人來不及改立遺囑而死去，故乙之遺孤七人援引丙之遺孤三人為例，主張如遺囑人今日尚存，必將對乙之遺贈改為對其子七人的遺贈⁴²。對此，我國民法第 1201 條規定，受遺贈人於遺囑發生效力前死亡者，其遺贈不生效力，日本民法第 994 條第 1 項亦有相同規定。惟日本民法第 995 條規定：「遺贈不生效力或因拋棄而失其效力時，受遺贈人所應受的財產，歸屬於繼承人。但遺囑人在遺囑中，為特別之意思表示時，從其意思。」，我國的法條設計上雖無類似該條但書之規定，但台灣學說上肯認於此情形，如遺囑中立有在乙死亡時，由其子承受之文句，是當然沒有問題的。縱無該記載，若因情事變更，顯可推斷遺囑人知悉後，必依其情事而改立遺囑者，應解釋包含乙之遺孤七人，以其遺囑全體為有效，意即，遺囑之基礎主要的部份已為明瞭，則其附隨從屬的部分之沈默，有充足的證據可以補強及確認遺囑人之真意時，應加以合理的自由解釋⁴³。

⁴¹ 中川善之助、泉久雄（2000），《相統法》，頁 483，東京：有斐閣；史尚寬，前揭註 22，頁 372；高木多喜男（1992），〈遺言の解釈〉，川井健等（編），《講座・現代家族法：島津一郎教授古稀記念 第 6 卷 遺言》，頁 97-98，東京：日本評論社；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 247。

⁴² 中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 483；史尚寬，前揭註 22，頁 372；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 247。

⁴³ 中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 484；史尚寬，前揭註 22，頁 372；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 248。



雖然民法中已明定遺囑的方式，若遺囑不具備法定方式，則縱為遺囑人之真意，也不發生法律上效力，但遺囑方式的嚴守無非是為了實現遺囑人真意之手段，倘若過於拘泥於此，反而有礙遺囑人真意的實現，因此學說上亦主張，遺囑的解釋不應單以遺囑方式的嚴守而為形式判斷，應該重於遺囑人真意之確保及遺囑自由的維持，而加以緩和遺囑的要式性，但應注意緩和應有其界限，否則遺囑之要式性將形同具文，此二者之間如何調和，乃遺囑法之大哉問⁴⁴。最後，應注意者是，探求遺囑真意的過程中，無法否定作為解釋主體的法官有可能帶入自己價值觀，但仍應盡可能地排除解釋者自己恣意的主觀意識⁴⁵。

如前所述，遺贈、應繼分之指定、遺產分割方法之指定作為典型的遺囑處分，三者看似涇渭分明，然而在具體案例中，遺囑人在遺囑中表示「使特定繼承人取得特定遺產」（日本法上所謂的「使其繼承之遺囑」）時，如何解釋及定性實有困難⁴⁶，例如：「遺產中之 A 地分配於長男甲，B 股票給與次男乙」，究竟是對甲、乙之遺贈，還是對甲、乙此二繼承人指定應繼分，抑或指示甲、乙如何分配遺產的「遺產分割方法之指定」？對此，我國有學說認為，如僅將現實之一定財產給與各繼承人時，究竟屬於三者之中的哪一個，將發生解釋遺囑之困難，此時應斟酌各情節，具體決定之⁴⁷；有學說認為，繼承法上制度的設計具有其社會任務，因而在解釋遺囑的時候，不可忽略遺囑的社會任

⁴⁴ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 249、254-255；對此，近來有相關研究，深入探討此問題，藉由與美國遺囑法比較，企圖從中尋求遺囑要式性與遺囑自由之平衡點，先整理了我國法上四種普通遺囑各個形式要件之學說及實務見解，再從現有的條文及實務判決歸納出我國遺囑法上，能救濟因瑕疵而無效的遺囑的三種作法，但指出台灣法的做法仍有其根本上的困境，因此透過與美國法的比較，引進美國法上的實質吻合原則及無害錯誤法則，以調和遺囑要式性與遺囑自由之衝突，給與台灣法另一說理途徑，深具參考價值，有興趣者參見，余晉昌（2017），《臺灣與美國遺囑要式及瑕疵救濟之比較研究》，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文。

⁴⁵ 高木多喜男，前揭註 41，頁 109。

⁴⁶ 吳煜宗，前揭註 21，頁 17；黃詩淳，前揭註 21，頁 246。

⁴⁷ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 63-64。

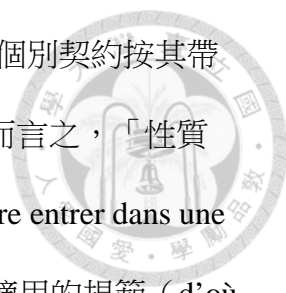
務，故應該綜合考量各種情況，加以判斷⁴⁸；亦有學說認為，若依財產目錄將各個具體的財產分與各繼承人時，有僅有指定應繼分之意義者，有兼有指定遺產分割方法之意義者，亦有僅有指定遺產分割方法之意義者，亦有對繼承人為遺贈之意義者，究屬於何種情形，應個別具體的決定，但「通常僅以一兩特定財產給與特定繼承人之遺囑，可認為是遺贈」⁴⁹。

對於上述之問題，大多數學者將其歸類在「遺囑解釋」之問題，然而在日本卻有學者提出「遺囑解釋」和「性質決定（又稱：法性決定，qualification）」的差異。關於此點，率先提出者是橘勝治教授，其認為這不只是意思解釋的問題，而是「法規的解釋問題」⁵⁰。之後，更明確仔細說明者係大村敦志教授，其指出「性質決定」是與「契約解釋」相近但相異的處理，「性質決定」此一用語本身最初在國際私法領域中經常被使用，在民法的領域上「性質決定」這樣的處理廣義上被包含在「契約解釋」中，而與「契約解釋」之間沒有充分的區別。然而，事實認定（包含契約解釋）、性質決定、法律效果的賦予無論哪一個都不是狹義的法律解釋（主要是要件的解釋），這一點是共通的，但卻有嚴密的不同作業。換言之，「法律解釋」是將「若 P 則 Q」這樣的法規範的要件 P，以 P1、P2、P3 分節化作業；然而相對於此，「事實認定」則是在發現該當要件 P1~3 的事實 p1~3；「性質決定」則是在判斷該當事實 p1~3 是否該當要件 P1~3；然後，法律效果的賦予則是作為上述的法律規範的適用結果，規定對應效果 Q 的具體性的 q。在典型契約的制度下，透過「分類根據（cause catégorique，類別コース）」被賦予特徵的複數典型契

⁴⁸ 吳煜宗，前揭註 21，頁 17。

⁴⁹ 史尚寬，前揭註 22，頁 73-74。此項判斷標準獲得最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決的支持。

⁵⁰ 橘勝治（1979），〈遺產分割事件と遺言書の取扱い〉，中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会（編），《現代家族法大系 5 相統 II 遺產分割・遺言等》，頁 62，東京：有斐閣。




約類型，個別預設一定法律效果的法律制度。而在此制度下，個別契約按其帶有怎樣的分類根據，來性質決定其屬於哪一種典型契約⁵¹。簡而言之，「性質決定」是將該決定對象以所謂的「適用於既存的法律分類（faire entrer dans une catégorie préexistante）」的一種處理，「藉此將其導入應該被適用的規範（d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable）」，此即「藉由在該決定對象內找出分類的本質性要素（en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement）」⁵²。大村敦志教授亦指出，除了在契約法領域，有關於遺囑的財產處分的討論也涉及性質決定的問題，尤其近來日本學界對於「使其繼承之遺囑」的爭論，也為性質決定提供了意義深重的檢討素材，「使其繼承之遺囑」的學說見解激烈地對立，但方法上仍是在同一個競技場中競爭，意即，無論哪個見解都還是歸著於民法典所預設的類型，這個意義下，在此所進行的處理應該與性質決定是相同的⁵³。這個見解，也獲得吉田克己教授的支持，吉田克己教授認為，不論是遺贈、應繼分指定或是遺產分割方法指定三種類型，皆屬於民法所預設的遺囑處分類型，因此可稱為「典型遺囑處分」，已如前述，不過關於「使其繼承之遺囑」的根本問題是，這樣的遺囑到底是該當於遺贈？還是遺產分割方法的指定（或依情形兼應繼分指定）？這個問題雖通常被理解為是遺囑解釋的問題，但由於這裡要問的是，具體的遺囑是該當三個典型處分的某一個，這個基本上是法之性質決定的問題，正因為要進行性質決定，首要的是，各個類型的內容與本質要素必須要明確。並且探求具體的遺囑是否具備這樣的要素以進行性質決定。這個判斷，最終是

⁵¹ 大村敦志（2010），《フランス民法：日本における研究状況》，頁 182-183，東京：信山社。

⁵² 大村敦志（1997），《典型契約と性質決定》，頁 171，東京：有斐閣。

⁵³ 大村敦志，前揭註 52，頁 206-209；關於典型契約、分類根據、性質決定三者的關係，大村敦志教授於其專書《典型契約と性質決定》中有非常深入地研究及說明，相當值得一讀，有興趣者敬請查閱，本論文限於篇幅在此無法一一介紹。



透過法官的評價。於此，遺囑人的意思未必是扮演拘束性的角色。在解釋遺囑的屬性時，是在判斷各類型中特徵性的要素是否具備，而不是依循遺囑人之意思而進行性質決定⁵⁴。而且，伴隨著性質決定後將賦予一連串的法律效果，這並非基於遺囑人的意思，而是基於法律所形成的。在進行性質決定之際，通常成為候選名單而可能被適用的數個類型，其內容是截然被區別的。但在涉及使其繼承之遺囑問題的三種典型處分，這點未必明確，類型之間的重疊也可能發生，例如：就一定比例遺產所為的遺囑處分，看起來可能既該當包括遺贈，也可能該當應繼分指定；就特定財產所為的遺囑處分，看起來可能既該當特定遺贈，也可能該當遺產分割方法的指定（而且超過法定應繼分的情況也該當應繼分指定）。因此，使其繼承之遺囑的性質決定可謂困難⁵⁵。

綜上所述，遺贈、應繼分之指定、遺產分割方法之指定三種典型遺囑處分雖然概念上有所不同，但台灣通說長期以來僅關注三者皆屬於特留分扣減之標的，並未去深究三者效力的不同。不過，近來一些最高法院的實務見解逐漸意識到遺囑處分法性決定的重要，開始重視三者的區別，或承認了不同於通說的法律效果，使得遺囑處分的定性，成為訴訟中的關鍵第一步，影響後續論理的進行（或是根本作為發回更審的理由），涉及得否再請求遺產分割，以及特留分扣減手段的差異，而正是本論文之研究核心，以下舉出幾則近年來在處分的定性問題上，具代表性的實務見解：

⁵⁴ 也就是說，遺囑人的意思是用來判斷是否具備類型中所需要的要素，而進行性質決定，而不是相反的去基於遺囑人的意思來決定其性質。例如：若具備A類型的特徵要素，即為A類型，若具備B類型的特徵要素，即為B類型。而不是遺囑人說它是A就應該直接解釋為A類型，還要具備類型中所需要的要素。這點縱使是沒意識到「性質決定」和「遺囑解釋」不同的學者，也強調遺囑解釋的重點在於，遺囑人真意的探求，以決定其旨趣旨，遺囑上所表示的文字常常未必僅限於同一個意思，相反的，即使文字不一樣，也可能解釋為相同意旨，參照加藤永一（1989），〈「誰々に相続させる」旨の遺言の解釈〉，《判例タイムズ》，688号，頁346；加藤永一（1990），《遺言の判例と法理》，頁145，東京：一粒社。

⁵⁵ 吉田克己，前掲註25，頁361-362。

一、最高法院 96 年度台上字第 1282 號判決

本件事實簡化如下：「被繼承人 A 與配偶 X1 婚後育有 X2 一女，又 A 與前妻育有 Y1、Y2、Y3 等三人，上述五人均為 A 之法定繼承人。被繼承人 A 生前立有遺囑，將名下所有不動產（下稱系爭不動產）指定由 Y1 繼承，但同時指定『等 Y1 滿三十歲以後，再由 Y1 分配五分之二給 Y2』，就其餘之動產則未予指定。被繼承人 A 死亡後，Y1 單獨持遺囑將系爭不動產辦理繼承登記為自己一人所有」。

該判決謂：「按應得特留分之人，如因被繼承人所為之遺贈，致其應得之數不足者，得按其不足之數由遺贈財產扣減之，固為民法第 1225 條所明定，惟仍應以其應得之特留分因被繼承人之『遺贈』，致其應得之數不足時，始得為之。本件原審既認定被繼承人 A 以系爭遺囑指定附表一所示不動產由上訴人 Y1（單獨）繼承，為兼有指定應繼分及定分割方法之意思，似謂 A 僅係以該遺囑指定應繼分及定分割方法，而非以遺囑為該不動產之「遺贈」。果爾，X1 及 X2 二人得否依民法第 1225 條之規定，對 Y1 就附表一所示之不動產行使「扣減權」？依上說明，已非無疑。況遺產繼承與特留分之扣減，二者性質及效力均不相同。前者為繼承人於繼承開始時，原則上承受被繼承人之財產上一切權利義務；繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有。後者則係對遺產有特留分權利之人，因被繼承人之遺贈致其應得之數不足，於保全特留分之限度內，對遺贈財產為扣減。而扣減權之行使，須於繼承開始後始得對受遺贈人（非必為法定繼承人）為之；且為單方行為，一經表示扣減之意思，即生效力。於法律未明文規定或當事人合意之情形下，應不生雙方間之共同共有關係。準此，縱認附表一所示不動產，確屬 A 之「遺贈」，致 X1 及 X2 等二人之特留分所應得之數額不足，而得對 Y1 就該附表所示之不動

產行使扣減權，仍不因其扣減權之行使，而當然發生與受遺贈人 X1 間之『共同共有』關係」。



二、最高法院 99 年度台上字第 611 號判決

本件事實簡化如下：「被繼承人 A 與配偶 B 已離異，法定繼承人為其子女 X、Y1、Y2、Y3 等四人。被繼承人於生前立有遺囑謂：『一、本人所有遺產希照左列方法分配。...二、前條全部所有之不動產（下稱系爭不動產），於本人去逝後，全部歸於本人次子 Y1 繼承。...三、...故於繼承開始時，長子 X、長女 Y2、次女 Y3 均不得就本人遺產向次子 Y1 為任何請求。...』。被繼承人 A 死亡後，Y1 單獨持遺囑辦理繼承登記，將系爭不動產登記給自己一人所有」。

該判決謂：「觀之系爭遺囑內文記載……其中所列不動產部分，固已具體指定「分配」予 Y1，惟其中所謂『不得就本人遺產向次子 Y1 為任何請求』之真意為何？是否亦將其餘之遺產均『分配』予 Y1？尚待事實審詳予研求。又系爭遺囑所稱之『分配』是否為指定遺產分割方法？如為肯定，則究係僅就所列不動產部分為指定，抑或就全部遺產為指定分割方法，當涉及共同繼承人得否再行請求遺產分割，及請求分割部分，並與特留分扣減權行使有重要關聯，原審就系爭遺囑之性質為何，是否為 A 生前以遺囑方式之遺產分割方法，均未說明其法律上之理由，逕以被繼承人 A 有以遺囑處分其遺產權利，及系爭遺囑係真正為由，……即有判決不備理由之違失」。

三、最高法院 99 年度台上字第 918 號判決

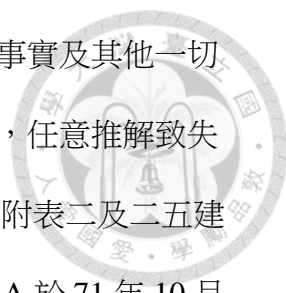
本件事實簡化如下：「被繼承人 A 以代筆遺囑，將名下 25 筆不動產（下稱系爭不動產），全部指定由其中一名女兒 Y 單獨繼承，其他七名繼承人未受

分配，遺產中尚有儲蓄及大批股票亦未受分配。被繼承人 X 死亡後，Y 單獨持遺囑將系爭不動產辦理繼承登記於己」。

該判決謂：「按應得特留分之人，如因被繼承人 A 所為之遺贈，致其應得之數不足者，得按其不足之數由遺贈財產扣減之，固為民法第 1225 條所明定。然同法第 1187 條規定：遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。是如被繼承人以遺囑為遺贈或為應繼分之指定、遺產分割方法之指定等與遺贈同視之死因處分，侵害繼承人之特留分時，該繼承人亦得行使特留分之扣減權，以保障其生活。查原審一方面認 A 以系爭遺囑將系爭不動產遺贈予上訴人 Y，一方面認被繼承人 A 於系爭遺囑中將系爭不動產全部指定由上訴人 Y 單獨繼承，其性質應屬應繼分之指定，判決理由不免矛盾。……，足認 A 所遺財產除系爭不動產，尚有儲蓄及大批股票。然被繼承人 A 於系爭遺囑載明本人名下之左列不動產由本人之女兒 Y 單獨繼承等語……。則其真意為何？是否僅為應繼分之指定抑或包括指定遺產分割方法？如為肯定，則究係僅就所列不動產部分為指定，抑或就全部遺產為指定分割方法，當涉及共同繼承人得否再行請求遺產分割，並與特留分扣減權行使有重要關聯，原審就系爭遺囑之性質為何，是否為 A 生前以遺囑方式之遺產分割方法，均未說明其法律上之理由，逕以上揭理由為上訴人不利之判決，不免速斷」。

四、最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決

本件事實簡化如下：「被繼承人 A（配偶 B 已歿）以代筆遺囑，將部分遺產（按：25 筆不動產）指定分歸給兒子 X 及 Y1 分別或比例取得，Y2、Y3、Y4 等三名女兒未受分配，遺產中尚餘其他不動產未受分配。被繼承人 A 死亡後，已過了 19 年之久，繼承人間就前開遺產既不能協議分割，故 X 始訴請分割遺產，並請求依前揭所述比例，以採取分別共有方式予以分割」。



該判決謂：「惟按解釋當事人所立書據之真意，以當時之事實及其他一切證據資料為其判斷之標準，不能拘泥字面或截取書據中一二語，任意推解致失真意（本院 19 年上字第 28 號判例要旨參照）。查 A 之遺產除附表二及二五建物外，尚有花蓮土地及附表一所示道路用地，而卷附被繼承人 A 於 71 年 10 月 13 日所立之代筆遺囑記載：『...願將本人所有不動產生前立遺囑指定受遺贈人繼承不動產如左標明』僅將其所有遺產中之附表二所示編號 1 至 24 之土地及 25 號建物之較有價值之特定財產分配予繼承人中之被上訴人 X 及上訴人 Y1，為原審所認定之事實。查 A 書立遺囑時，道路用地尚未能期待政府何時徵收，一般觀念認無甚價值。而花蓮土地係 A 父親與他人共有，經花蓮地院判決分割後，兩造與 C 併他繼承人僅共有 41.4166 平方公尺土地，有花蓮地院 84 年度重訴字第 34 號民事判決附卷可稽。故有分配實益者似僅為上揭土地（按：遺囑所提及之 25 筆不動產）。A 於遺囑末並記載『以上分配仍係立遺囑人生前意願之交代處理，務須遵照上列辦理繼承登記，希望我子孫必須克勤克儉，保護家業以慰我心安寧』等語，似僅殷殷交代男性子孫之上訴人 Y1 及被上訴人 X，守護其遺產，合乎 A 書立遺囑時以兄弟均分遺產之慣有常習（按：對於其他繼承人即三位女兒之部分未作安排）。能否以事後調查財產之結果，謂 A 僅係就特定之一、二財產給予某特定繼承人，已有可疑。次按遺贈為立遺囑人依遺囑對於他人（受遺贈人）無償的給予財產上利益之行為。又通常僅以一兩特定財產給予特定繼承人之遺囑，可認為遺贈。除此之外，遺贈與應繼分指定之差異，於遺產有債務時，在應繼分指定，債務於繼承人之相互間按指定之應繼分而負擔。在遺贈，則除遺贈違反特留分規定應予扣減外，繼承人相互間仍應按其應繼分比例負擔。查遺囑中又載明：遺囑人 A 及妻 B 日後生活費、醫藥費及百年後喪事費等一切所開費用應由上訴人 Y1 及被上訴人 X 各負擔二分之

一；日後遺囑人 A 及妻 B 對外一切債權債務，由上訴人 Y1 及被上訴人 X 均分負擔或取得……等語。上訴人 Y1 及被上訴人 X 似非無償取得 A 之遺產，A 及其妻 B 之債務似亦係按 A 指定之上訴人 Y1 及被上訴人 X 應繼分比例分擔。原審未遑推闡明晰，逕認 A 僅就特定財產分配予繼承人中之特定人，即係遺贈，不免速斷，……」。

五、最高法院 102 年度台上字第 1245 號判決

本件案例事實同前述最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決⁵⁶。

該判決謂：「查系爭遺囑之內容包括指定部分遺產分歸被上訴人 X 及 Y1 二人分別或比例取得，Y2、Y3、Y4 等三人（按：被繼承人 A 的三名女兒）就該部分無可繼承分配部分……又系爭遺囑將 A 所遺財產之一部指定分歸被上訴人 X 及 Y1 分別或共同取得，究係應繼分之指定？或兼有指定應繼分及定分割方法之意思……，亦有未明，尚待釐清。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由」。

六、最高法院 104 年度台上字第 1480 號判決

本案事實簡化如下：「被繼承人 A（配偶 B 已歿），法定繼承人為長女 X 及長子 Y 二人，被繼承人 A 生前立有代筆遺囑，將遺產中的 3 筆不動產均分由長子 Y 取得，長女 X 分得一筆投資，其他現金、定期存款等遺產則由 X 和 Y

⁵⁶ 前述的最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決廢棄原審判決，發回高等法院更審，後做出臺灣高等法院臺中分院 100 年度重家上更（一）字第 1 號判決，並謂：「本件遺囑雖僅就附表二編號 1 至 24 所示土地及中○路二段 25 號建物，而非就全部遺產為分配，惟此並不影響 A 於書立遺囑當時，主觀上顯係欲就其所有全部財產作分配，而非將特定財產贈與予特定人之認定。況指定應繼分亦得就遺產之一部為指定，故視同上訴人等辯稱 A 並未就全部遺產為指定，而僅係就部分特定財產指定予特定之繼承人，故認該遺囑應屬遺贈云云，亦無可採。再者，兩造被繼承人 A 書立遺囑當時之社會民情多係厚男薄女，以男丁、兄弟均分遺產為常習，故何桶以遺囑將其所有財產分配予家中男丁即被上訴人 X 及上訴人 Y1 等，與當時之社會常習亦相符合。故上訴人 Y1 主張系爭遺囑之真意為應繼分之指定等語，洵屬可採。……本件遺囑係屬應繼分之指定，已經認定如前揭所述……綜上所述，被上訴人 X 及上訴人 Y1 主張兩造之被繼承人 A 於遺囑中就遺產所為之分配性質上係應繼分之指定為可採，而視同上訴人 Y2、Y3、Y4 等關於遺贈之抗辯為不足取。」。從上可知更審判決將該遺囑處分定性為指定應繼分，惟又再度被上訴到最高法院，而做出最高法院 102 年度台上字第 1245 號判決。

平均繼承，尚有另一筆投資未在遺囑中指定。被繼承人 A 死亡後，Y 單獨持遺囑將系爭 3 筆不動產辦理繼承登記給自己所有」。

該判決謂：「惟按應得特留分之人，如因被繼承人所為之遺贈，致其應得之數不足者，得按其不足之數由遺贈財產扣減之，固為民法第 1225 條所明定。然同法第 1187 條規定，遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。又自由處分財產之情形，並不限於遺贈而已，指定遺產分割方法（民法第 1165 條第 1 項）及應繼分之指定，若侵害特留分，自可類推適用民法第 1225 條，許被侵害者，行使扣減權。原審未審認系爭遺囑，究係遺贈或遺產分割之方法或應繼分之指定，有侵害被上訴人 X 之特留分，逕依民法第 1225 條，許被上訴人 X 行使扣減權，已有未合。其次，倘認系爭遺囑係指定遺產分割方法，就指定所及範圍能否再行請求遺產分割，亦滋疑義，乃原審未遑推闡明晰，逕命就全部遺產按應有部分各四分之三、四分之一為分割，尚欠允洽」。

從以上六則判決觀察，可以確知最高法院近來開始重視起遺囑處分的性質決定，究為遺贈、指定應繼分、遺產分割方法指定，甚或指定應繼分兼遺產分割方法指定？若為遺贈，特留分受侵害之人得直接適用民法第 1225 條行使扣減權，若為遺贈以外的遺囑處分，不得「逕依」民法第 1225 條（參照第一則及第六則判決）；遺產有債務時，若為遺贈，繼承人相互間仍應按其應繼分比例負擔，若為應繼分指定，繼承人相互間按指定的應繼分比例負擔債務（參照第四則判決）；又通常僅以一兩特定財產給予特定繼承人之遺囑，可謂為遺贈（參照第四則判決）；若為遺產分割方法指定或兼有該性質者，則究竟是僅以遺產中的部分不動產為指定，還是就全部遺產為指定，會涉及到共同繼承人得否再請求遺產分割，以及涉及特留分扣減權的行使方法（參照第二則、第三則及第

六則判決)。綜上所述，遺囑處分的性質決定後，將陸續產生不同的法律效果，進而影響到遺產分割程序的進行及特留分扣減權的行使，因此遺囑處分的性質決定問題，實有區分實益⁵⁷，當同時涉及當事人的實體利益與程序利益的保障。

除了前述最高法院相關判決所提及的特留分扣減權行使及遺產分割程序的問題外，遺囑處分性質決定尚涉及到登記程序、特留分扣減權行使之方法、消滅時效、代位繼承、拋棄繼承、共同繼承人之平等、第三人之利害關係，以及遺囑執行人之職務權限等問題。因此，本論文將整理關於台灣及日本法之相關學說及實務見解，台灣的新型遺囑處分如何形成，和日本法的關係如何，進一步與日本的「使其繼承之遺囑」進行比較，再重新檢討台灣法。

⁵⁷ 同樣關心遺囑財產處分定性問題的相關研究，如李秋瑩（2018），〈特留分扣減權行使與不動產繼承登記之塗銷〉，《中正大學法學集刊》，第 58 期，頁 199-252。其研究亦是從本文所引的最高法院這幾則判決（除第五則判決未列）切入，主張遺囑處分行為具有區分之必要性，並點出相同的問題爭點，參見李秋瑩，同本註，頁 7-9。可見遺囑處分之性質決定與特留分扣減程序、遺產分割程序的連鎖問題，近來在實務界及學術界的問題意識已逐漸顯現，確實有需要更多人投入相關的研究。



第二章 遺囑之歷史沿革與現代意義

第一節 遺囑之起源與發展

第一項 羅馬法

遺囑制度一般被認為發源自羅馬法，並於西元前五世紀在十二銅表法（*Leges Doudecim Tabularum*）中獲得承認，約在西元前二世紀，已被一般人普遍使用，無遺囑繼承（法定繼承，*successio ab intesta*）漸漸成為例外現象，而以遺囑繼承（*successio ex testamento*）為原則⁵⁸。起初有「民會遺囑（*testamentum calatis comitiis*）」，遺囑人（以貴族為限⁵⁹）於每年召開兩次的民會（*comitia calata*）中，以口頭提出遺囑案，經民會承認，即生效力。嗣後為了被徵召市民的便利，允許於武裝市民兵團前，以同樣形式為遺囑（起初僅以未滿四十六歲之人民為限，後放寬⁶⁰；又平民雖不得為民會遺囑，但於此情形並不受限制⁶¹），故稱之為「武裝遺囑（*testamentum in procinctu*）」。到了羅馬共和末期，由於商品經濟的發展，導致社會財富的增加，人口流動頻繁，而戰爭使居民流離失所，又平民經過幾個世紀的奮鬥，在經濟和政治上的地位已大幅提升，原本受到地域和時間限制的貴族遺囑已無法因應新環境的需要，隨著人民對遺囑自由的期望更殷，出現假借要式買賣之握取行為（*mancipatio*）之形式，而將遺產假裝為信託買賣之「銅衡遺囑（*testamentum per aes et libam*）」，遺囑人將遺產出賣給遺產購買人（*familiae emptor*），此購買人形

⁵⁸ 史尚寬，前揭註 22，頁 362；陳祺炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 241；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 275。

⁵⁹ 周楠（2014），《羅馬法原論下冊》，頁 497，北京：商務印書館；陳朝璧（2006），《羅馬法原理》，頁 522-523，北京：法律出版社。

⁶⁰ 周楠，前揭註 59，頁 497。

⁶¹ 陳朝璧，前揭註 59，頁 522-523。



式上立於繼承人之地位（*heredis loco*），依遺囑人的意思處分遺產。而後在法務官時代，銅衡遺囑更進化而產生在證人見證之下做成遺囑書的遺囑方式（*testamentum praetorium*）⁶²。

在當時，遺囑的目的並非單純的財產處分，而是以繼承人之指定（*heredis loco*）⁶³為其生命，繼承人指定作為遺囑不可欠缺的要素，欠缺者，遺囑為無效；指定繼承人若拒絕繼承，則全部遺囑處分亦為無效；且即使是只就遺產一部為處分的情況，遺囑繼承人也能繼承全部遺產，即所謂的「任何人不得就一部為遺囑、一部無遺囑而死亡」（*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*）之原則。其中心思想在於傳承人格、繼承祭祀及家產的維持⁶⁴，以遺囑指定數繼承人中之一人為繼承人，作為繼任的新家長，以防止家產分散，以期維持己「家」之存續⁶⁵。除了指定繼承人之指定外，羅馬的遺囑法中亦可見遺贈（*legatum*）⁶⁶，在羅馬共和末期、帝政之初，係以遺囑附錄（*codicilli*）⁶⁷的方式，命其繼承人將某項財產交給受遺贈人，但遺贈的意旨必

⁶² 史尚寬，前揭註 22，頁 362；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 241。又關於詳細的羅馬法上遺囑方式的流變，可參考周楠，前揭註 59，頁 496-506；陳朝壁，前揭註 59，頁 522-527。

⁶³ 早期羅馬遺囑的目的，在於決定繼承人，而民會遺囑即以此為任務，並與收養相結合，與自權者收養（*adrogatio*）採用相同方式，實質上似遺囑收養，不過其後與收養分離，僅以繼承人之指定為目的，參見史尚寬，前揭註 22，頁 363；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 242；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 275。又所謂的自權人收養僅適用於貴族，目的在延綿宗祀，一個宗族唯一的家長若年老無子，可以收養其他宗族的自權人（*person sui juris*），以免絕後，收養自權人之程序必須通過貴族大會（民會），自權人被他人收養為養子後，不只被收養者本人，包括其「家子」亦處於養父的家長權之下，詳細說明請參見周楠，前揭註 59，頁 172-182；陳朝壁，前揭註 59，頁 414-418。

⁶⁴ 史尚寬，前揭註 22，頁 362；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 241-242；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 275。

⁶⁵ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 7。

⁶⁶ 關於羅馬法上遺贈之意義，最初依《學說彙纂》規定，乃「繼承人所繼財產之折扣」，遺囑人使繼承人就其所繼部分，對於第三人分潤利益之謂；而後漸次變更，而採取《法學階梯》之定義，「遺贈為一種贈與行為」，而不是視為繼承人所繼財產之折扣，參見陳朝壁，前揭註 59，頁 529；羅馬法學者周楠認為，綜合羅馬法學家對遺贈的定義，可見羅馬法上的遺贈，是指「遺贈人以遺囑對繼承人以外的第三人所為之贈與，而使繼承人負執行義務的行為」，參見周楠，前揭註 59，頁 609。

⁶⁷ 有稱之「附加遺囑」，參見陳朝壁，前揭註 59，頁 530；也有稱之為：「遺囑補正書」或「補充遺囑」，參見周楠，前揭註 59，頁 611。亦有認為 *codicilli* 之原意乃指遺囑中之附錄，

須記載於指定繼承人之意旨之後，否則其遺贈即歸無效⁶⁸。因此，學者史尚寬曾說：「在羅馬法上的遺囑，以繼承人之指定為其使命，從而遺贈僅為其從屬的一部分⁶⁹」；羅馬法學者周楠亦嘗言：「羅馬法上之遺囑，其目的主要仍在指定繼承人，以便繼承遺囑人的人格，遺贈雖是以遺囑為之，但其目的與遺贈人的人格無關，而僅是將遺產贈送他人，二者實為兩個不同的制度⁷⁰。」。

羅馬之遺囑法，隨著羅馬帝國的沒落、社會經濟狀態的改變，原本的古代家族制及祭祀祖先的思想，因而產生動搖，至第六、七世紀遂發生「遺贈遺囑」制度，至此，遺囑完全變為財產處分行為。此外，由於日耳曼人的不斷侵襲，原本的遺囑制度，也在日耳曼習慣法（家產共有）及寺院法（又稱教會法，*Ranonisches Recht*）⁷¹理論的影響下，逐漸消融⁷²。

第二項 日耳曼法

日耳曼民族之繼承法，採血族主義，即繼承人是生出而非選出（*Die Erbe geborene, nicht gekorene*）⁷³，自古墨守家團主義，限制個人的贈與自由，因此學者大多認為，日耳曼法向無所謂遺囑制度⁷⁴，而只有法定繼承，根據羅馬歷史學家塔西佗（*Tacitus*）在西元 98 年所完成的《日耳曼志》（*Germania*,

故稱之為「遺囑附錄」，較易於理解，故本論文從之，參見李昆霖（2003），《論遺贈—以附負擔遺贈為中心》，頁 8，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

⁶⁸ 周楠，前揭註 59，頁 611-612；陳朝璧，前揭註 59，頁 530。

⁶⁹ 史尚寬，前揭註 22，頁 456。

⁷⁰ 周楠，前揭註 59，頁 610-611。

⁷¹ 係指中世紀教會各機構制定的法律總稱，其中《寺院法大全》（又稱：《教會法大全》，*Corpus juris canonici*），在當時教會的權勢之下，適用於一切有關教會或教徒之法律事件，參見戴東雄（1999），《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》，頁 147，台北：元照。由於「教會」一詞較合乎現代一般人對基督宗教之教徒組織的稱呼，相較於「寺院」更讓人易懂，故本論文以下統一使用「教會法」一詞。

⁷² 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 276。

⁷³ 史尚寬，前揭註 22，頁 363。

⁷⁴ 史尚寬，前揭註 22，頁 363；由嶸（1987），《日耳曼法簡介》，頁 72，北京：法律出版社；李宜琛（2003），《日耳曼法概說》，頁 219，北京：中国政法大学出版社。

Latin：De Origine et situ Germanorum）⁷⁵稱古代日耳曼人的繼承為：「日耳曼人間無遺囑（testamentum）。繼承人為被繼承人之子孫（Iiberi）。無子孫時，則由最近親屬，繼受遺產。即死者之兄弟（fratores）、伯叔（paturi）、舅父（avunculi）是也。」。

不過塔西佗的文詞過於簡略，沒辦法充分理解日耳曼人的繼承制度，且日耳曼各民族之間亦有所差異，根據日耳曼法學者的研究歸納⁷⁶，自部落法時代之起，日耳曼人的遺產繼承方式即分為動產和不動產。關於動產的繼承方式較為細緻，首先先將親屬分為遠親與近親，無近親者，始由遠親繼承。所謂的近親，指的是與被繼承人同居一家或屬同一家長權之下的人，依序是：子女、父母、兄弟、姐妹，親等的遠近，則以同行法（Parentelenordnung）為標準。遺產首先由子女繼承，無子女時由父母繼承，無父母時則由兄弟姊妹繼承，又男女雖皆有繼承權，但同親等時，以男性為優先，且女性的取得分僅為男性的一半，故法諺謂：「男子以雙手受之，而女子則以一手接受（Mit eines hand）。」此外，由於日耳曼人早期具有崇拜死者的信仰，故將死者生前的日常用品（例如：男子的武器、女子的嫁妝）與死者一起陪葬，期待保佑死者能在彼世的心靈與生活平和順遂，稱為「死者分（Totenteil）」，不過後來受到教會法的影響，死者分這部分的財產不再入葬，而得以繼承。但武器和嫁妝形成特別遺產，武器由被繼承人之子和男性近親屬繼承，而嫁妝則由被繼承人之女和女性近親屬繼承⁷⁷。在不動產分面，不動產多屬集體所有，起初僅有死者之子才有繼承權，若無子時，則交回村落團體（Vicini），到了西元第六世紀後

⁷⁵ 轉引自李宜琛，前揭註 74，頁 200；何勤華、魏瓊（編）（2006），《西方民法史》，頁 168，北京：北京大學出版社。

⁷⁶ 李宜琛，前揭註 74，頁 201；由嶸，前揭註 74，頁 72。

⁷⁷ 李宜琛，前揭註 74，頁 201-202；由嶸，前揭註 74，頁 72；何勤華、魏瓊，前揭註 75，頁 169。

半，不動產繼承人的範圍則擴張到死者之女和兄弟姊妹，無此等親屬時，才回復於村落團體⁷⁸。

正因為日耳曼人傳統上是以家族作為一個生命共同體，有福同享、有難同當，其繼承制度原則是採法定繼承制度（血族主義），以期將其財產保留在家族內，而不外流。此外，因為係採共同繼承主義，為調節不動產之維持與共同繼承之矛盾，發展出共同態（*Gemeinderschaft*）制度，原則上不分割遺產，而合有（*Gesamthandeigentum*）遺產，繼承人們居於原有家宅共同生活，只有在有分割遺產之必要時，採用「年長者分之，年幼者擇之（*Der ältere soll teilen der Jüngere Riesen*）」的分割方法⁷⁹。

晚近の日耳曼法學者李秀清認為，一概的否定日耳曼法「向無」遺囑制度，似乎是欠缺根據的，古代の日耳曼人習俗上雖無遺囑制度，但經其考查發現《西哥德法典》、《勃艮第法典》及倫巴底王國的《利特勃蘭特法律》等均有包含關於遺囑處分自己財產的條款；法蘭克人的法典內雖無規定遺囑繼承的條款，但從其若干的套語（*Formula*）彙編也能發現遺囑繼承的蹤跡；而在盎格魯·薩克遜人的繼承規則中更發現不僅存在遺囑繼承，甚至在後期還演變出多種立遺囑方式和遺囑執行人制度的萌芽⁸⁰。意即，到了西元七到九世紀，遺囑繼承出現（可能受到羅馬法與教會法的影響），大多同時涉及動產和不動產兩方面，不過對於訂立遺囑的前提和方式多有限制，而且各個日耳曼王國之間的發展並不相同，遺囑的要件及方式也有不少差異，例如在盎格魯·撒克遜王國

⁷⁸ 李宜琛，前揭註 74，頁 202；由嶸，前揭註 74，頁 72；何勤華、魏瓊，前揭註 75，頁 170。補充一提，後兩本著作將該村落團體（*Vicini*）稱為馬爾克公社（*March Community*）。

⁷⁹ 李宜琛，前揭註 74，頁 210。

⁸⁰ 關於日耳曼各王國的遺囑繼承發展，詳細情形可參考李秀清（2005），《日耳曼法研究》，頁 306-319，北京：商務印書館。

最為發達，發展出多種遺囑方式以及遺囑執行人制度；但在法蘭克王國的法律中卻無遺囑繼承規定的存在（僅出現在若干的套語彙編）⁸¹。



第三項 教會法

如前所述，遺囑繼承對古代羅馬人而言，是非常普遍的，但隨著羅馬帝國的衰敗，以及日耳曼人的不斷征伐，西羅馬帝國最終在西元 476 年滅亡，歐洲進入中世紀時代，而日耳曼人傳統上以無遺囑繼承的方式傳承遺產，使後代公平分享家庭的財產（家產共有），羅馬之遺囑法因此逐漸衰微⁸²。

首先，教會法作為基督教會所規定和編纂的，關於個人品德、行為、教會制度方面的規則和章程（教規）的總和，在整個西歐具有統一普遍的效力，因此與中世紀各地紛亂的法律體系相比，教會法更具有與眾不同的法律地位⁸³，繼承法亦無例外，尤其教會、教士和其法律體系對於中世紀盛期（約十一至十三世紀）的遺囑繼承制度發展發揮了很重要的作用，教會法和社會結構的變化促使了遺產繼承從固定的、自動的分配方式，轉變為更靈活的、自願的方式。社會結構方面，自十一世紀開始，由於人口增長、動產的數量與價值漸增、市鎮復興、商業發展，導致家庭成員身分與不動產之間的聯繫鬆動，意味著更靈活的遺囑繼承方式開始慢慢取代古老僵硬的法定繼承⁸⁴。此外，教會方面對於遺囑繼承制度的發展更具有十分重要的影響力，如後所述。


起初日耳曼人，因具有靈魂不滅之信仰，故有所謂的死者分（Totenteil）制度，將生前之日用品（如武器和嫁妝）與死者同時埋葬燒毀，使死者能於彼世繼續其生活，已如前述。之後受到基督教之影響，原始宗教上的死者分轉變

⁸¹ 何勤華、魏瓊（編），前揭註 75，頁 170-171。

⁸² 何勤華、魏瓊（編），前揭註 75，頁 214。

⁸³ 何勤華、魏瓊（編），前揭註 75，頁 196。

⁸⁴ 何勤華、魏瓊（編），前揭註 75，頁 214。



為供養分（Seelgeräte），改以死者所有的財產一部或全部，捐助給教會，以祈求死後之冥福。所謂的供養分，最早是以死後贈與（donatispost abitum）之形式為之，必須以雙方合意為要件，屬雙方行為，然而對於瀕死之人並不方便，因此自十二世紀以來，教會法允許捐助人僅以一方之行為即可為之，此是為遺囑（Testament）之濫觴，後來教會法更進一步使僧侶和供養分相結合，承認其他財產，亦得為一方的處分，形式上須於牧師及證人兩人前，或於教會裁判所，以意思表示為之，通常並做成公證證書⁸⁵。無疑問的是，教會的熱心和積極某程度是對於自身宗教組織的自利心，而力促老人和病人在遺囑中對教會、慈善事業慷慨贈與，以保佑自身靈魂的救濟和後代的安康多福⁸⁶，但也因此促進了遺囑的普遍。因此日耳曼法學者李宜琛認為，遺囑云者，可說是源自教會法上之制度，起初盛行於僧侶（教士）之間，但在十三世紀以後，俗界人士群起仿效，依教會法之規定作成遺囑，因此，世俗法亦漸承認其效力，僅在形式上因地而異⁸⁷。

第四項 近代西方法

除了前述教會法的影響外，自十二世紀開始，羅馬法的復興也進一步刺激了遺囑繼承制度的復甦，尤其在義大利北部、法國南部、西班牙北部特別明顯，由於這些地方殘留古代羅馬法較深的影響，但即使是在英格蘭和德意志沒有受到太深的羅馬法傳統的地方，也逐漸已訂立臨終遺囑取代傳統的做法⁸⁸。

⁸⁵ 李宜琛，前揭註 74，頁 220。

⁸⁶ 何勤華、魏瓊（編），前揭註 75，頁 214。

⁸⁷ 例如有在參審官二人前為之，也有在市會議員二人前為之，亦有在法院及市會為之，其遺囑全文必須向法院或市會提出，但遺囑人病重時，則法院或市會可派遣官員到其家中，使其為遺囑之意思表示，李宜琛，前揭註 74，頁 221。

⁸⁸ 何勤華、魏瓊（編），前揭註 75，頁 215。

因此，我們可以說，近代遺囑法制的出現，不是繼承單一法律體系而來，而是透過不斷的融合、交互影響而形成的。

一般認為，近代的遺囑是在十二世紀以後才形成的，在教會法的影響下，德國在十二世紀末首先出現在僧侶（教士）階級的遺囑，於十三世紀的時候，俗界人士開始大量使用這類的遺囑；在法國在十二世紀中葉以來，也出現一般性的遺囑。至於遺囑的風習及於一般庶民，則要到十四世紀（法國）、十五世紀（德國）以後⁸⁹。法國民法（第 895 條）、德國民法（第 1937 條、第 1938 條）均不以繼承人之指定作為遺囑的要件，也不採羅馬法「任何人不得就一部為遺囑、一部無遺囑而死亡」的原則。在英國，則向來以遺囑繼承為原則，在 1938 年 Inheritance (Family Provision) Act 施行對遺囑人配偶、未成年子女之類似特留分制度以前，承認被繼承人遺囑處分財產之自由，法定繼承僅在無遺囑或是遺囑無效的情況時，始有適用的餘地（英國於 1952 年制定 Intestates' Estates Act）⁹⁰。

第五項 日本法

在日本，在所謂的養老令，可見到遺囑的存在。養老令以唐令作為母法，不過此唐令與羅馬法並無任何關係，亦非繼受於羅馬法，而是東方獨立發生的。在養老令中，有相當於遺囑之「存日處分」，為被繼承人在生前所為之死後處分。其內容規定：「死者的存日處分，若證據確鑿，則不用此令。」意即，養老令中所規定的遺產繼承法，在有存日處分的情況下，不成立法定繼承。換言之，日本法是採遺囑繼承主義，法定繼承只不過是在無遺囑的情況的

⁸⁹ 中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 479；史尚寬，前揭註 22，頁 363；原田慶吉（1954），《日本民法典の史的素描》，頁 265，東京：創文社；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 242。

⁹⁰ 史尚寬，前揭註 22，頁 363-364；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 242。

補充規定，而與羅馬法的歷史發展是一致的。此外，在日本中世以及德川時代的繼承法，是以遺囑繼承為原則，無遺囑繼承則是在被繼承人突然死亡、離鄉、無言之煩等沒有為遺囑的機會時的例外情形⁹¹。



第六項 中國固有法

關於中國固有法之遺囑，繼承法學者們的論述大同小異，故整理如下⁹²：

中國自古以來稱遺囑為遺命、遺令或遺言。該遺囑的涵義較民法上為廣，凡於生前處理死後事務之意思表示均屬之。不僅關於立嗣等身分事項、家產分析等財產事項，甚至死後的喪葬事宜以及子孫應遵守之事項均包括在內。

中國關於遺囑的最早記載在《左傳》（哀公三年）及《後漢書》（卷三二，樊宏傳）；而法令則以唐令最早，依其喪葬令（戶絕條）規定：「諸身喪戶絕者，所有部曲、客女、奴婢、店宅、資財，並令近親（親依本服，不以出降）轉易貨賣，將營葬事及量營功德之外，餘財並與女。戶雖同，資財先別者，亦准此）。無女，均入以次近親。無親戚者，官為檢校。若亡人存日，自有遺囑處分，證驗分明者，不用此令。」簡言之，若死者生前立有遺囑處分時，應依其遺囑；若無遺囑時，始用此令。而唐令此規定亦被日本養老令所承襲，已如前述。

關於遺囑的內容，有涉家產分析或其他財產處分（遺贈）者，亦有關於立嗣或逐子等，惟應注意者是，中國古代採家產共同共有制，共財親不得擅自處分其應分額，即便是尊長亦同。不過由於直系尊長對卑幼有絕對教令權，如果

⁹¹ 中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 479-480；史尚寬，前揭註 22，頁 364-365。

⁹² 史尚寬，前揭註 22，頁 364；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 242-243；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 276-278。

其所為之家產分析違反均分原則，或是對第三人為遺贈，卑幼仍應服從之，而不得告訴父祖⁹³。至於家長或家屬之特有財產，則可自由處分。

又關於遺囑的要件，首先是遺囑能力，固有法上並無年齡限制，惟必須具有意思能力，例如：南宋的《名公書判清明集》謂：「皆是公達臨終亂命，不可憑信」；敦煌出土遺書中的「不是昏沉之語，並是醒甦之言」等語，均須有相當意思能力之人始能訂立有效的遺囑。再來是關於遺囑方式，固有法並無任何限制，書面或言詞方式皆可，惟內容必出於遺囑人之真意（大理院 4 年上字 827 號判例）；且無需秘密為之，遺囑人得邀集諸親屬而訂立遺囑；受遺囑利益者，亦得於遺囑簽押。

最後，關於遺囑的效力，係於遺囑人死亡後，始生效力，歿後翌日始宣布遺囑，不能認為無效（大理院 4 年上字 1791 號判例）。

第七項 台灣習慣法

起初台灣之繼承制度，大部份是明鄭、清代漢人由中國遷居台灣時，從祖籍所傳來，多為相沿之習慣所支配（雖有大清律例之規定，卻未勵行於台灣，且本身鮮有民事之規定，民間之法律生活關係多委於當事人私約或習慣法），起初因籍貫各異，在台灣定居之地方也有所不同，且遷居時間有先後，因此習慣也未盡一致。不過到了清末，由於已過二百餘年，各地的習慣和原籍貫地逐

⁹³ 關於「家產」之法律性質為何，法制史學者一直有所爭論，唯一可以確定的是，家長的死亡並不會影響「同居共財」的「家」的存在，家長的死亡僅代表減少了一名同居共財的成員，只有分家（家產分析）時，才能終止此一關係，相關學說整理及說明，有興趣者可參考黃詩淳（2010），〈特留分意義之重建：一個法制史的考察〉，《臺大法學論叢》，39 卷 1 期，頁 128-130。本論文在此先採用晚近繼承法學者所採之見解，陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 243；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 277。

漸產生差異，而在新定居之各地，形成統一的習慣，雖當時交通尚未發達，尚未在全台灣形成統一局面，但各地習慣法的原則並無太大差異⁹⁴。

如前款中國固有法所述，漢人社會的繼承制度，與現代的財產法之繼承不同，而是以「家」作為核心，有所謂的家產共同共有制，家屬之間「同居共財」或「同居共爨」，家產並非家長（父祖）所專有，而係家屬之共同共有財產，不因家長（父祖）死亡而開始繼承，子孫若不分家（家產分析），縱家長有所交替，仍保持家產之原狀。而所謂的家產分析，實為共同共有財產之分割，但與遺產繼承有別⁹⁵，其最重要的原則在於「諸子（房）均分」，僅男性子孫可以參與，原則上必須平均分配，在台灣又稱作「鬮分」⁹⁶。家產既為家屬共同共有，家屬本不應有私產，但根據《台灣私法》所記載，在當時的台灣蓄積私產之風漸盛，遂有屬於家之家產，與專屬於家屬之私產二種財產之分，顯示出家產制度已趨沒落。另外，中國固有法上尚有宗祧繼承，古制採嫡長主義，《台灣私法》認為父祖之祭祀在台灣社會雖受重視，但已非長房之特權，所謂繼子未必嫡長子一人，其他嫡子、庶子、甚至養子亦可為繼子；父祖之祠堂、墳墓、祭祀業之管理，由子孫共同或輪流為之，主祭者則由子孫中的尊長或有才學之人充之；正堂也未必歸屬長房，簡言之，在台灣宗法制度已不存在⁹⁷。

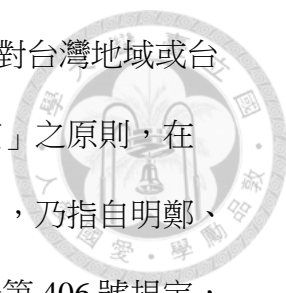
後至西元 1895 年起，台灣開始受日本治理五十年，於 1895 年底，台灣總督府頒布台灣住民民事訴訟令，其中第 2 條規定：「審判官依地方慣例及法理審斷訴訟」；又此措施在 1898 年所發佈的民事商事及刑事之律令第 8 號第 1 條

⁹⁴ 司法行政部（編）（1984），《臺灣民事習慣調查報告》，頁 307，台北：法務通訊雜誌社。

⁹⁵ 司法行政部（編），前揭註 94，頁 305-306。

⁹⁶ 詳細內容可參考司法行政部（編），前揭註 94，頁 308；黃詩淳，前揭註 93，頁 130-132。

⁹⁷ 司法行政部（編），前揭註 94，頁 308-309。



所延續，其規定凡涉及台灣人（及中國人）之民事事項，除非對台灣地域或台灣人有特別規定，依舊慣及法理。1898年律令所採的「依舊慣」之原則，在1908年的台灣民事令第3條再次獲得確認。所謂的「依舊慣」，乃指自明鄭、清治時期台灣漢人社會所逐漸形成的舊有習慣法。1922年敕令第406號規定，自1923年1月1日起將日本民商法施行於台灣，但1922年年敕令第407號第5條卻特別將涉及台灣人之親屬繼承事項排除在外，不適用日本民法親屬繼承編之規定，而依「依習慣」⁹⁸。簡言之，在1923年起，台灣人之財產法事項改依日本西方式民商法，但是身分法事項卻仍維持「類似判例法」的台灣習慣法⁹⁹。

台灣總督府為瞭解台灣之習慣，自1901年由法學博士岡松參太郎主事，設立「臨時台灣舊慣調查會」，由學者及地方仕紳實地調查台灣各地之民事習慣，並參照相關文書資料做成報告書，後據此編為《台灣私法》一書，而成為台灣舊習慣之重要文獻，該調查會係以清律為基礎，以此來理解台灣當時之習慣，並以近代法之觀點予以分析說明¹⁰⁰。不過，就同一事項，調查會所發現的舊慣，僅供法院作為參考，不能拘束法院，因此亦可能與法院所認定的習慣法內容不一致，類似判例法形式的親屬繼承習慣法，實質內涵還是必須由法院在判決中具體認定，日本受西方法影響的身分法相關規定，仍可能透過裁判，以「法理」之名，納入到台灣人的民事法中¹⁰¹。

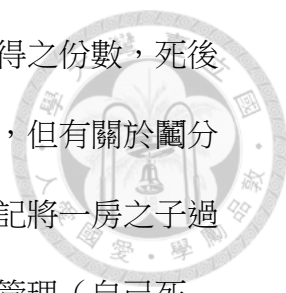
有關台灣民間遺囑，就遺囑之內容，根據前述的《台灣私法》中所稱：遺囑所涉百般事項，雖無一定，但在台灣通常係就財產及遺孤之處置而為遺囑。

⁹⁸ 王泰升（1999），《台灣日治時期的法律改革》，頁303-304、317-318，台北：聯經出版；黃詩淳，前揭註93，頁132-133。

⁹⁹ 王泰升，同前註98，頁317-318；關於類似「類似判例法」體制的建立，可參考王泰升，同前註98，頁312-315。

¹⁰⁰ 司法行政部（編），同前註94，頁311-312。

¹⁰¹ 王泰升，同前註98，頁310、349、365。



其中涉及財產的處置有：財產之分割（有於生前僅定承繼人取得之份數，死後始行鬮分）、承繼人之指定或廢除（未見專門為此所做的遺囑，但有關於鬮分之遺囑，或在絕嗣財產之託孤字中所附載，例如：在鬮書中預記將一房之子過繼給早亡的他房，或在託孤字中將其養子革去）、絕嗣財產之管理（自己死後，將無承繼其財產，而立遺囑將財產託給親友，待他日追立適當的繼嗣令其承繼，此極為託孤字，非現實上有遺孤）等等¹⁰²。又遺囑的方式，通常盡可能在重要親族列席下為之，但若無親族或匆促間來不及召集親族時，不在此限。受遺者，非必須列席，嗣後由證人通知即可；又遺囑之作成方式，應以書面作為原則，但若以口頭為之，亦屬有效，只是日後易生糾葛，因此在台灣，遺囑通常由代書人在遺囑人及列席人面前作成書面。又在日治時期，因公證制度普及，並因為財產繼承仍採數子共同繼承之原則，為杜絕日後紛爭，遺囑之風愈盛。裁判上仍援引《台灣私法》所認定之習慣，認為無需具備一定方式，也不必以書面為之¹⁰³。又關於遺囑能力，並無明確之習慣，不過因為遺囑必須是遺囑人自己為之，故須具備意思能力，使得訂立有效之遺囑，並以日本民法第 1061 條作為條理（法理），認為滿十五歲以上，始有遺囑能力¹⁰⁴。又根據《台灣私法》所記載，台灣人有尚有一遺囑習慣，即當遺囑受益人為承諾後，不得撤銷其遺囑。不過此習慣於日治時期已經不存在，而得由遺囑人自由變更或撤銷之，裁判上亦認為得撤銷¹⁰⁵。此外，在台灣無關於遺贈之特殊習慣，但實務上仍援引日本民法舊繼承編關於遺贈之規定（日本民法第 1088 條至第 1105 條）為條理（法理）¹⁰⁶。

¹⁰² 司法行政部（編），同前註 94，頁 481。

¹⁰³ 司法行政部（編），同前註 94，頁 481-482。

¹⁰⁴ 司法行政部（編），同前註 94，頁 482。

¹⁰⁵ 司法行政部（編），同前註 94，頁 482。

¹⁰⁶ 司法行政部（編），前揭註 94，頁 484。

第二節 遺囑之意義及特性



在今日，所謂遺囑，乃指遺囑人為了使其最終意思於其死後發生法律上效力，而依一定的法定方式，所為之無相對人之單獨行為。根據學說整理¹⁰⁷，大致上可歸納出下列幾點：

一、遺囑為具有一身專屬性之無相對人之單獨行為

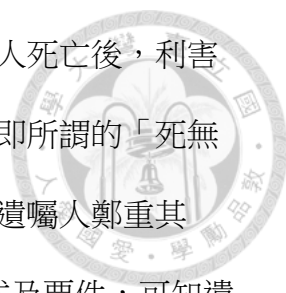
遺囑僅須遺囑人一方以意思表示為之，即可成立，不必向一定相對人為之，也無須任何人受領或承諾，縱使與其意思相反亦得為之，而使一定之人承受該法律效果，然該相對人有不承受該遺囑之權利，故得為拋棄或拒絕。又遺囑既為遺囑人最終的意思，必須出自於本人的自由意志自由為之，不得經由他人代理，原則上亦不得加以補充，僅在受輔助宣告之人為遺贈行為時，須得輔助人之同意（民法第 15 條之 2 第 6 款），此為遺囑不可補充性的例外規定。

二、遺囑係以遺囑人死後發生效力為目的之具有可變動性的法律行為

遺囑雖在遺囑人完成遺囑之意思表示時成立，但依我國民法第 1199 條規定，須待遺囑人死亡時始生效力。若遺囑所為之遺贈，附有停止條件，則應待停止條件成就時，才發生效力，對此，民法第 1200 條亦定有明文。此外，遺囑在遺囑人死亡後，自不可能再撤回或變更，但在其死亡前，因尚未生效，不發生任何權利義務，為尊重遺囑人之最終意思，遺囑人自得隨時撤回或變更其遺囑（民法第 1219 條），或其後為一定行為，依法視為撤回（民法第 1220 條至第 1222 條），故遺囑又稱為終意處分。

三、遺囑為須以法定方式為之的要式行為（要式性）

¹⁰⁷ 史尚寬，前揭註 22，頁 365-366；林秀雄，前揭註 18，頁 219-221；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 245-246；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 280-281。



遺囑為遺囑人之最終意思，為確保其真意，避免遺囑人死亡後，利害關係人對遺囑的內容、甚至遺囑是否存在，有所爭執，意即所謂的「死無對證」，因此要求遺囑之作成，須遵守一定的方式，期待遺囑人鄭重其事，故我國民法在第 1189 條以下定有各類遺囑的作成方式及要件，可知遺囑是一要式行為，又依民法第 73 條規定，遺囑若不依法定方式為之，則不生法律上的效力。

四、遺囑具有代執行性

遺囑於遺囑人死亡時使生效力，為實現其最終意思，理論上應有一獨立執行機關為其執行遺囑，依民法第 1209 條第 1 項規定，遺囑人得以遺囑指定或委託他人指定遺囑執行人，縱遺囑未為指定、也未委託他人指定，依民法第 1211 條，亦得由親屬會議選定，若不能由親屬會議選定者，得由利害關係人聲請法院指定。由此可知，遺囑雖無可代理性和補充性，卻具有代執行性。不過應注意者是，並非所有遺囑內容均須執行始可實現，例如應繼分之指定或遺產分割方法之指定或指定之委託等，無需經過執行即可實現，但若為遺贈、捐助行為或遺產分割的實行，則非予執行不能達其目的。

第三節 遺囑制度之存在理由

關於遺囑制度的存在理由，學說¹⁰⁸上大致分成三個面向討論，分述如下：

一、精神方面

學說論述中不約而同地提及曾子嘗言：「人之將死，其言也善」，意味著對死者遺言的尊重，乃是人類之傳統感情，不論宗教情緒或一般心

¹⁰⁸ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 244；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 279-280。

理，對於死者的遺志都有相當尊重，以實踐死者精神的傳承，雖廣義的遺言未必有法律上的效力與作用，但也無疑地讓遺囑制度得以有客觀合理的發展環境。



二、身分方面

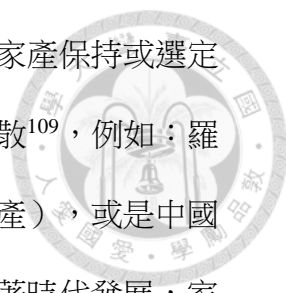
除了有純粹身分上的事項（例如：司祭、家長或其他身分繼承人之指定），也有同時涉及身分及財產事項者（例如：戶籍法舊第 46 條第 1 項之遺囑認領、舊法第 1071 條、第 1143 條之指定繼承人）。將死之人，可能因為對其近親較為瞭解，而做出自己認為最適當的安排（例如：應繼分之指定、繼承權喪失之表示或宥恕）。由於某些事項涉及遺囑人之私密情事，生前可能不欲人知，若不允許他用遺囑之方式為之，恐將含恨而終。

三、財產方面

在私有財產制度下，個人對於私有財產，在生前既然有自由處分權，那麼對於死後的財產處分，可謂是生前財產處分之延長，自應允許其生前以遺囑處分其財產，而於死後發生效力，若不允之，則無人願意在生前精打細算、累積財富，而將破壞私有財產之精神，因此縱使是採法定繼承制度，而非採遺囑繼承主義法制的我國，亦承認在不侵害特留分的限度內，被繼承人得以遺囑自由處分其財產，民法第 1187 條定有明文規定。

第四節 遺囑之現代機能

除了上述三個方面說明了遺囑制度的存在目的，不可忽視的是，遺囑的機能也隨著時代推移而轉變，分曉如下：

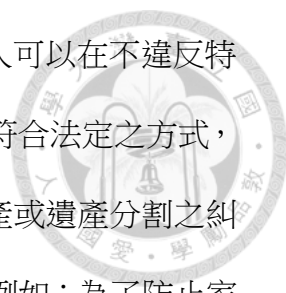


首先，不論是在西方或在東方，遺囑一開始的功能是作為家產保持或選定家產單獨承繼人之方法，以維持「家」的存續，並防止家產分散¹⁰⁹，例如：羅馬法之遺囑（透過指定繼承人，傳承人格、繼承祭祀及保持家產），或是中國固有法之遺囑（立嗣或逐子），均是以此目的而存在。不過隨著時代發展，家產逐漸被認為是家長個人的私財，從而，家長對於繼承人以外的人分家財的思想，漸而有力，這個思想尤其在中世紀的歐洲，於教會的宣導下更加強化，例如在本章本節第三項的教會法中有提到，教會鼓勵信徒們將財產捐獻給教會，以使自己的靈魂在死後得到救贖，並能賜福後代子孫，甚至後來將未立遺囑之人視為未懺悔之人，而禁止為未虔誠贈與之死者埋葬。透過教會的獎勵與逐漸增強的個人主義思想，使「為家」之遺囑走向「為個人」之遺囑，自古羅馬萌芽的遺囑制度，為繼承人指定之遺囑或與自權者收養之收養遺囑，二者均為「為家之遺囑」。相對於此，近代之遺囑，則是益重於財產之死後處分之遺贈遺囑，此乃遺贈人為受遺贈人之利益，自由處分自己財產之方法，可謂是「為個人之遺囑」。如此一來，遺囑法漸次由身分法之領域移往財產法之領域，而特留分制度限制了遺贈的自由，是前述推移未完成的過渡狀態下，尚殘留於身分法領域之痕跡¹¹⁰。

在近代社會中，遺囑制度的存在使個人得以透過遺囑，決定其死後的法律關係，尤其是財產關係。在台灣早期，礙於一般人對死亡恐懼的社會風氣，視立遺囑為不祥之兆，平時並無預立遺囑之習慣，至多是在臨終之際召集親友交代身後

¹⁰⁹ 值得一提者是，有論者認為，為了防止家的消滅及家產分散，羅馬法是由繼承人承繼被繼承人的人格及財產；日耳曼法則是將家產的承受者限制在以親屬關係為基礎的法定繼承人，以家作為共同體繼承之。二者目的相同，只是著眼點不同，羅馬人注重繼承的主體（被繼承人人格的承繼），日耳曼人著重繼承的客體（家的共同體的繼承），參見前川和子（1976），〈遺言相續と法定相續〉，《法學ジャーナル》，17号，頁8-9。

¹¹⁰ 中川善之助、泉久雄，前揭註41，頁365；史尚寬，前揭註22，頁365；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註18，頁243-244。



事，雖為臨終遺言，但並非法律上之遺囑。然而透過遺囑，個人可以在不違反特留分的規定下，以遺囑自由處分其遺產（民法第1187條），只要符合法定之方式，即可依其個人意願，謀求遺產的公平合理分配，並防範關於遺產或遺產分割之糾紛於未然，因此學說特別舉出一些例子說明現代遺囑之機能，例如：為了防止家產分散或為了維持家業之存續，而透過遺囑將其遺產之大部分給與某特定繼承人；對於已有充分財產、生活無虞而無需再給與財產之繼承人，或對於忤逆不孝、為非作歹之繼承人，不欲給與遺產時，得以遺囑減縮其應繼分；或對於特別需要經濟援助的繼承人（如：老妻、未成年子女、殘障子女）、或對於在家招婿而長年侍養之女，透過應繼分之指定或遺贈給與較多的遺產；或對於繼承人以外之特定人（如：已有直系血親卑親屬為繼承人時之父母、兄弟姊妹、事實上配偶、未經認領之子女、從其姓之孫或孫女、恩人、平素照料遺囑人日常生活起居之人），欲給與財產時，得以遺囑做遺贈；或為孤兒教育、無依老人之安養或其他慈善公益事業，以遺囑捐贈或以期捐助財產設立財團法人等等財產上事項。除此之外，也包括身分上之事項，例如：依民法第1093條第1項規定，最後行使親權之父或母，得以遺囑指定監護人；或生父於生前不欲暴露其通姦行為或為顧慮家庭和平，未於生前認領其非婚生子女，而以遺囑認領之等等，以期待社會大眾改變對於遺囑的觀念，而善加利用¹¹¹。

近年來隨著社會風氣的改變，遺囑已不再被視為洪水猛獸，不論是在台灣或在日本，近年來遺囑的數量都有明顯增加的趨勢¹¹²，隨著家庭結構的改變及高齡

¹¹¹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 249-251。

¹¹² 關於台灣的統計數據，可參照前揭註 15 之說明；又日本方面的統計數據，關於公證證書遺囑的件數，經日本公證人連合會統計資料顯示，自平成元年（1989 年）的 40,935 件，至平成 29 年（2017 年）已達 110,191 件。載於：<http://www.koshonin.gr.jp/pdf/kousyouninpanhuretto.pdf>（最後瀏覽日：2018/06/30），以及 <http://www.koshonin.gr.jp/news/nikkoren/%E5%B9%B3%E6%88%90%E5%BC%92%E5%BC%99%E5%B9%B4%E3%81%AE%E9%81%BA%E8%A8%80%E5%85%AC%E6%AD%A3%E8%A8%BC%E6%9B%B8%E4%BD%9C%E6%88%90%E4%BB%B6%E6%95%B0%E3%81%AB%E3%81%A4>

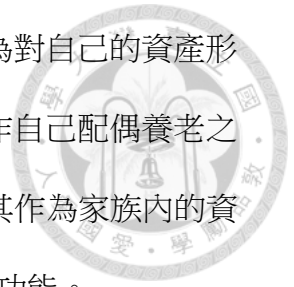
社會的到來，高齡者如何活用自己年輕時累積的資產及死後的遺產規劃，以獲得穩定的經濟來源和照顧服務，因應老後生活所需，成為重要的課題，學者黃詩淳教授亦指出「運用自己的資產以獲取穩定的經濟來源」雖看似矛盾，但實質不然，由於現實中有許多高齡者雖擁有土地、房屋等固定的高價值資產，但因為居住需要，無法「變現」，因此仍有「運用」之必要，因此可能贈與特定子女某些財產，或可能承諾死後分配較多遺產給特定子女，以獎勵或報答該子女的經濟提供（如生活費）或照護服務，這即為一種「運用資產養老」的方式，雖外觀上是無償契約（贈與）或單獨行為（遺贈），但雙方當事人則不無將該處分理解為「扶養之對價」，或至少是父母對子女表達感謝的方式¹¹³。此外，由於高齡社會的到來，不只是被繼承人的平均壽命延長，其子女也多半步入中壯年，可能個人的家庭、謀生能力及經濟條件皆已經穩固，因此需要藉由繼承遺產來保障生活的需求降低，相較之下，高齡的生存配偶，可能更需要依賴繼承遺產來維持生活¹¹⁴，更有甚者，

<https://www.yuigon-sakusei.biz/%E9%81%84%E3%81%A6.html>（最後瀏覽日：2018/06/30）。此外，日本的遺囑檢認，根據最高裁判所的司法統計，自平成7年（1995年）的8,065件，至平成27年（2015年）已達16,888件。轉載於：<https://www.yuigon-sakusei.biz/%E9%81%BA%E8%A8%80%E3%81%AB%E9%96%A2%E3%81%99%E3%82%8B%E5%9F%BA%E7%A4%8E%E7%9F%A5%E8%AD%98/>（最後瀏覽日：2018/06/30）。

¹¹³ 黃詩淳，前揭註10，頁2217。關於「扶養—繼承對價原理」想法的提出，近年來在日本學界有不少的討論，詳細可參考原田純孝（1998），〈扶養と相続：フランス法と比較してみた日本法の特質〉，奧山恭子、田中真砂子、義江明子編，《扶養と相続》，頁212，東京：早稻田大學；村重慶一（1999），〈アジア家族法三国会議に出席して〉，《戸籍時報》，496号，頁14；加藤美穂子（1998），〈相続法再検討への素描の一試論：高齢化社会に対応できる相続法を目指して〉，中川淳先生古稀祝賀論集刊行会（編），《新世紀へ向かう家族法：中川淳先生古稀祝賀論集》，頁421-443，東京：日本加除出版。關於扶養與繼承的對價性的問題，也出現在使其繼承之遺囑之合理與否的學說討論之上，本章先暫時擱置，留待後面章節再做更詳細的說明與討論。

¹¹⁴ 中川善之助、泉久雄（編）（1992），《新版注釈民法（26）相続（1）相続総則・相続人》，頁198（島津一郎），東京：有斐閣；有地亨（1990），〈現代家族と家族關係に関する諸法〉，有地亨（編），《現代家族法の諸問題》，頁14，東京：弘文堂；黃詩淳，前揭註10，頁2204。不過，亦有反對見解認為，這只不過是以夫妻維持終生結合，成為生存配偶者之共同繼承人的子女，當然也是生存配偶者的子女為前提的論述，在高齡社會中，也必須將高齡者的再婚可能性納入考量，若使婚姻生活較短的后婚生存配偶繼承，接著該遺產反而移入了非其血族的后婚配偶的前婚子女，或是后婚配偶也未必比子女年長，這些都是有必要考慮的，此外，認為高齡者死亡後的遺產對於剛邁入中年、初老的子女無意義的見解，也可能過於武斷，例如他有可能必須提供自己子女的扶養及教育負擔，也可能有房屋貸款等等，參見伊藤昌司（2002），《相続法》，頁7-8，東京：有斐閣。

若高齡者與其配偶生前無子女，父母亦已亡故，其法定繼承人為對自己的資產形成毫無貢獻的兄弟姊妹時，想必他應該更期望將自己的財產留作自己配偶養老之用。縱上所述，在高齡社會中現代遺囑的機能，不可忽視的是其作為家族內的資產運用的手段，得以用來安排自己（或者配偶）的老後生活之功能。





第三章 遺贈

第一節 遺贈之意義及特性

關於「遺贈」的定義，我國民法於第 1200 條至第 1208 條雖設有遺贈的相關規定，但卻無一條定義性的條文，根據多數學者所下的定義，乃遺囑人（遺贈人）依遺囑無償給與他人（受遺贈人）財產上利益之行為，以下就學者們對遺贈意義的說明，整理如下¹¹⁵：

一、遺贈係死因行為

遺贈作為以遺囑自由處分遺產之態樣之一，必須以遺囑為之，本質上為遺囑或遺囑中部分之內容，又遺贈雖是遺囑人生前所為，但依民法第 1199 條規定，遺囑自遺囑人死亡時發生效力，故遺贈為死因行為。

二、遺贈係要式行為

遺贈必須以遺囑為之，而遺囑必須依一定方式為之（民法第 1189 條至第 1198 條），故遺贈必為要式行為，倘若遺囑要式有瑕疵，則其效果依民法第 73 條為無效，基於遺囑所生之遺贈亦不生效力。

三、係對受遺贈人給與財產上利益之財產行為

首先，受遺贈人乃指遺囑中被指定為財產上利益之歸屬者，只要是在遺囑發生效力時（遺囑人死亡時），有權利能力之人，無分自然人或法人，除非因為依照民法第 1188 條準用第 1145 條喪失受遺贈權，皆得為受遺贈人。又受遺

¹¹⁵ 史尚寬，前揭註 22，頁 456-458；林秀雄，前揭註 18，頁 295-296；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 346-347；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 328-329。

贈人不以非繼承人為限，繼承人亦得為受遺贈人¹¹⁶。胎兒亦得被指定為受遺贈人，但以將來非死產者為限，始有受遺贈能力（民法第 7 條）。又以遺囑為捐助行為時，財團法人雖尚未成立，仍有受遺贈能力。



其次，所謂的給與財產上之利益，不僅包括積極的使受遺贈人增加其財產，也包括消極的避免其財產的減少，因此，無論是將遺產中物權或債權讓與受遺贈人、為債權人就遺囑人土地上設定抵押權、對債務人（受遺贈人）為債務之免除、拋棄存在於受遺贈人土地上之權利（如：地上權、農育權或抵押權）等均無不可，縱使不屬於遺產之財產亦得為遺贈（民法第 1202 條但書），惟應注意者是，必須以直接地給與財產上利益，如果只是使繼承人或遺囑執行人為他人服務者，則不屬之。又非以財產上利益為標的者，也不屬之，例如：遺囑人為清償自己的債務，委請遺囑執行人將遺產中的不動產變賣，再以該賣得之價金清償自己的債務。另外，應注意者係，遺囑所為之債務免除與一般的債務免除有所不同，因為一般的債務免除為有相對人之單獨行為，必須向債務人為之，但遺囑所為的債務免除，係以遺囑人死亡為期限之行為，遺囑人死亡之時起即生債務免除之效力，不以通知債務人為必要。

四、遺贈係無償行為

遺囑人對受遺贈人給與財產上之利益，其間並無對價關係，故為無償行為，縱為附負擔之遺贈（民法第 1205 條），受遺贈人須履行負擔，但此並非遺贈之對待給付，與遺贈亦不成對價關係，故附負擔之遺贈不失為無償行為。

五、遺贈係單獨行為

¹¹⁶ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 347。從實務裁判觀察，亦得證實，於我國民法繼承人亦得受遺贈人，以下臚列經最高法院肯認之相關裁判：最高法院 41 年度台上字第 386 號判例、最高法院 78 年度台上字第 912 號判決、最高法院 84 年度台上字第 971 號判決、最高法院 85 年度台上字第 2569 號判決、最高法院 86 年度台上字第 921 號判決、最高法院 86 年度台上字第 432 號判決、最高法院 96 年度台上字第 1282 號判決。

遺囑人為遺贈時，無需得到受遺贈人任何之意思表示，原則上於遺囑人死亡時，即發生效力，但受遺贈人若不願意接受遺贈，得依民法第 1206 條第 1 項於遺囑人死亡後拋棄遺贈，依同條第 2 項，溯及至遺囑人死亡時發生效力。

第二節 特定遺贈

第一項 特定遺贈之標的


所謂的特定遺贈係指，遺囑人以具體的特定財產為標的所為之遺贈，惟學說上認為，特定遺贈不以特定物之遺贈（例如明確地指出某一筆不動產或是某股份有限公司之股票全部）為限，也包括不特定物之遺贈（金錢或種類物，例如：給與一定的現金或是數不動產中之其一，甚至是一營業之遺贈）¹¹⁷。以債權作為遺贈標的者，無論是特定債權、種類債權、金錢債權、選擇債權或是定期金債權，均為特定遺贈。以債務免除為標的者，亦為特定遺贈。又無論是物權、無體財產權，凡不具一身專性之財產權，均得為特定遺贈之標的¹¹⁸。

第二項 特定物遺贈

特定物及不特定物雖然皆可作為特定遺贈之標的，惟二者仍有相當程度的不同，尤其涉及民法第 1202 條之適用。首先，民法第 1202 條規定：「遺囑人以一定之財產為遺贈，而其財產在繼承開始時，有一部分不屬於遺產者，其一部分遺贈為無效；全部不屬於遺產者，其全部遺贈為無效。但遺囑另有意思表示者，從其意思」，意即遺贈之物或權利於遺贈發生效力時，若不屬於遺產者，則遺贈自不生效力，此為給付之主觀不能，遺贈義務人應證明其物不存在於遺產。又遺贈財產於繼承開始時不屬於遺產的原因，例如因天災地變或不可

¹¹⁷ 史尚寬，前揭註 22，頁 465；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 350。

¹¹⁸ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 350。




抗力而導致遺贈物滅失、或是遺贈物被強制執行拍賣、或因遺贈物遭他人時效取得而喪失所有權、乃至於遺贈物被徵收或遭他人滅失，均在所不問，惟須注意是否該當民法第 1203 條關於遺贈物代位之規定，例如因被徵收有補償金請求權、或對他人有損害賠償請求權等情形。至於遺囑人若於立遺囑後又將遺贈物所有權讓與他人，則應屬民法第 1221 條關於「遺囑撤回」之問題，而非「遺囑無效」的問題¹¹⁹。另外民法第 1202 條但書所謂的「遺囑另有表示」，乃指遺囑人在遺囑中已明白表示縱使遺贈標的物不屬於遺產，仍欲以之為遺贈內容，於此情形應尊重遺囑人之意思，故該遺贈仍有效，此時若該遺贈之物或權利於遺贈效力發生時，不屬於遺產者，通說認為得參考德國與日本立法例，遺贈義務人應負有取得該遺贈之物或權利之義務，將之移轉與受遺贈人，若該物或權利不能取得或取得所費過鉅，除遺囑人另有意思表示，否則仍應以相當之價額補償之¹²⁰。

第三項 不特定物遺贈

有疑問的是，不特定物之遺贈（種類遺贈）是否得作同樣的解釋，適用民法第 1202 條？對此，我國民法並未明文規定，學說上則認為種類物遺贈，不問遺產內有其物與否，遺贈義務人均有給付之義務，金錢遺贈亦同，遺產中縱使無此數額之金錢，遺贈義務人亦應籌措以為給付，故無適用民法第 1202 條之餘

¹¹⁹ 林秀雄，前揭註 18，頁 305。

¹²⁰ 史尚寬，前揭註 22，頁 469、476-477；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 358；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 333-334；德國民法第 2170 條規定：「（第 1 項）遺贈之標的物於繼承開始時不屬於遺產，而依第 2196 條第 1 項規定，其遺贈有效者，受加重負擔之人應使受遺贈人取得該標的物。（第 2 項）受加重負擔之人不能使受遺贈人取得標的物者，應支付其價額。標的物之取得需費過鉅者，受加重負擔之人得給付其價額，而免除給付物之義務」，參自國立臺灣大學法律學院財團法人臺大法學基金會（編譯）（2016），《德國民法（下）親屬編、繼承編》，頁 485，台北：元照；日本民法第 997 條規定：「（第 1 項）以不屬於繼承財產之權利為標的的遺贈，依前條但書規定為有效時，遺贈義務人負取得該權利並轉移於受贈人的義務。（第 2 項）在前項的情況，若無法取得該權利或取得需要過分的費用時，遺贈義務人應賠償其價額。但遺囑人於遺囑中另有意思表示時，從其意思」。



地¹²¹。惟相同的問題在日本法上，學說卻有所爭論。首先日本民法第 996 條規定：「作為遺贈標的之權利，如於遺囑人死亡時不屬於繼承財產時，則遺囑不生效力。但不論該權利是否屬於繼承財產，都認定其為遺贈標的時，不在此限。」（相當於我國民法第 1202 條），有學說認為關於不特定遺贈（種類遺贈）不問該種類物或權利是否存在繼承財產中，該遺贈恆為有效，不過遺贈義務人應在繼承財產之價額限度內負履行責任¹²²；有認為從金錢的性質（沒有個別性）以及與第 1001 條第 2 項的平衡上來看，金錢遺贈應該排除第 996 條之適用，換言之，關於金錢遺贈必須在可以透過處分繼承財產而籌措的範圍內履行¹²³；亦有認為，金錢遺贈若在能處分繼承財產而籌措的範圍內履行，則不適用第 996 條，但關於種類物之遺贈（例如：馬兩匹）和金錢遺贈不同，必須透過第 996 條但書解釋才可能有效，這是遺囑人意思解釋的問題¹²⁴；亦有認為，只有在範圍被限定之情況下的不特定物（例如：特定倉庫中的麥十袋）才有第 996 條的適用¹²⁵，反之，若未限定其範圍，遺贈通常仍有效；亦有學說主張，只要遺贈標的物不在繼承財產中，即應該肯定第 996 條的適用，換言之，暫且不論是否該當本條但書，此時該遺贈原則上應解為無效¹²⁶。

¹²¹ 史尚寬，前揭註 22，頁 476、489；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 364；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 333。

¹²² 近藤英吉（1938），《判例遺言法》，頁 204，東京：有斐閣。

¹²³ 不過未說明其對其他不特定物遺贈的見解，參見中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 574 之註 9；又日本民法第 1001 條第 2 項規定：「遺贈標的為以金錢為目的之債權的情況，繼承財產中雖無相當於債權額之金錢，亦推定該金額為遺贈標的」。

¹²⁴ 中川善之助（編）（1955），《註釋相續法（下）》，頁 115（有泉亨），東京：有斐閣。

¹²⁵ 我妻榮、立石芳枝（1957），《親族法・相續法》，頁 592，東京：日本評論新社。

¹²⁶ 中川善之助、加藤永一（編）（2002），《新版注釋民法（28）相續（3）遺言・遺留分》，頁 246（阿部徹），東京：有斐閣。

第三節 包括遺贈

第一項 學說見解



所謂的包括遺贈係指，遺囑人抽象地以其遺產之全部或一部（例如：遺產的幾分之幾）為遺贈之標的物者，不僅遺囑人之積極財產，其消極財產（例如：遺囑人之債務），除有一身專屬性者外，均為包括遺贈之標的，故包括遺贈的特色即是「包括權利義務並為遺贈」，此時受遺贈人實與繼承人處於同一地位¹²⁷，正因為如此，在法律明文承認包括遺贈的日本，其民法第 990 條即規定：「包括受遺贈人，與繼承人有同樣的權利義務」，將包括受遺贈人視為繼承人¹²⁸。我國民法對於包括遺贈雖無明文規定，早期曾有學說認為，包括遺贈有以其為繼承人之設定者，即所謂的指定繼承人，如羅馬法及其他多數國法律¹²⁹，亦有以其為遺贈之一種者，如法國及日本之法律，而我國既從羅馬法以來

¹²⁷ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 350。

¹²⁸ 除了日本民法之外，韓國民法第 1078 條亦規定：「接受概括性遺贈的人，具有與繼承人相同的權利義務。」，參自大韓民國法制處所製作的韓國民法典中譯本，載於：<http://www.moleg.go.kr/english/korLawChi?pstSeq=56816>（最後瀏覽日：2018/06/30）；又法國民法第 1009 條也規定：「在全部概括遺贈受領人（包括受遺贈人）與法律規定為其保留一定遺產份額的繼承人同時繼承遺產時，受遺贈人對遺囑人的遺產的債務與負擔，按造其分配份的比例，負清償義務，並且對其受遺贈的財產上的抵押債務與負擔全部清償義務；概括受遺贈人（包括受遺贈人）還應負責給付其他一切遺贈，但第 926 條與第 927 條規定的減少份額的請行除外」、第 1012 條規定：「部分概括受遺贈人（包括名義之受遺贈人），如同全部概括受遺贈人（包括受遺贈人），應當按造其取得的財產數額，個人負擔清償遺產的債務與負擔，並且對其受遺贈的財產上的抵押債務與負擔，負全部清償義務」，參自羅結珍，前揭註 31，頁 278。

¹²⁹ 例如德國民法上，被繼承人以遺囑將其財產一部或全部給與時，應認為是繼承人之指定（*Erbeinsetzung*）（德國民法第 2087 條），包括遺贈（*Universalvermächtnis*）雖非不可能，然為多餘的，參見史尚寬，前揭註前揭註 22，頁 469；德國民法第 2087 條：「（第 1 項）被繼承人以遺囑將其財產之全部或一部給與受益人者，其處分視為繼承人之指定。即使未指定受益人為繼承人者，亦同。（第 2 項）遺囑僅以個別財產之標的對受益人為給與者，有疑義時，不能推定其為繼承人，即使指名其為繼承人。」，參照國立臺灣大學法律學院財團法人臺大法學基金會（編譯），前揭註 120，頁 485。關於瑞士民法設計上較具特色，於條文旁之標題具有提綱挈領的作用，與條文一樣具有法律效力，故引用時會將標題同時納入，合先敘明，瑞士民法（C. 繼承人之指定）第 483 條規定：「（第 1 項）被繼承人得就遺產之全部或一部，指定繼承人一人或數人。（第 2 項）處分係使受益人取得遺產之全部或一部者，視為繼承人之指定」，參照，參自國立臺灣大學法律學研究所（編譯）（1967），《瑞士民法》，頁 167，台北：自印。

之立法例，承認指定繼承人之制度（民法舊第 1143 條¹³⁰），則所謂的遺贈，應僅指特定遺贈，而不包含包括遺贈¹³¹；學者史尚寬教授則認為，因我國法有繼承人之指定，包括遺贈已無重要作用，此點與日本、法國不同，但不能因此認為不許為包括遺贈，其主張若遺囑人沒有直系血親卑親屬，而遺產之全部或一部包括義務在內時，則應該解釋為繼承人之指定，若遺囑人有直系血親卑親屬時，則應該解釋為包括遺贈，此時受遺贈人僅取得債權請求權，對遺囑人的債務不負責任¹³²。以上學說似認為有了指定繼承人制度，就無承認包括遺贈之必要。但是我國在 1985 年刪除民法第 1143 條指定繼承人制度後，這似乎不太可能作為完全否定包括遺贈之理由；相對於前述學說，我國多數學說¹³³承認包括遺贈的存在，但卻認無法和日本、法國、韓國做同樣的解釋——將包括受遺贈人視為繼承人，而認為包括受遺贈人只是單純的遺產之受遺贈人，其與被繼承人間並不發生任何身分關係，也不會因與其他法定繼承人同為繼承人而發生公

¹³⁰ 民法舊第 1143 條規定：「無直系血親卑親屬者，得以遺囑就其財產之全部或一部指定繼承人。但以不違反關於特留分之規定為限」；另參照民法舊第 1071 條規定：「依第一千一百四十五條之規定指定繼承人者，其繼承人與被繼承人之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同」，意即，指定繼承人制度，為過去立嗣之變相，其本質為遺囑收養，並有親屬身分關係，與德國、瑞士立法例僅限於財產上之繼承，不發生身分關係，有所相同，又指定繼承雖係以救廢止立嗣之窮，與立嗣制度有所相似，但仍有所不同，詳細內容參見史尚寬，前揭註 22，頁 57-60。

¹³¹ 胡長清（1977），《中國民法繼承論》，頁 181，台北：臺灣商務印書館；羅鼎（1956），《民法繼承論》，頁 175，台北：三民。事實上，日本通說認為，包括遺贈實質上就是、或是類似繼承人之指定，或者說是指定繼承人的代用制度、代用機能，或謂與指定繼承人有同一之結果，我國學說應是受到日本學說之影響，參照中川淳（1995），《相續法逐條解說（下卷）》，頁 203，東京：日本加除出版；中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 574 之註 7；中川善之助（編），前揭註 124，頁 21（山中康雄）、頁 97（谷口知平）；中川善之助、加藤永一（編），前揭註 126，頁 219（阿部徹）；谷口知平（1954），〈包括遺贈と特定遺贈〉，《大阪市立大学法学雜誌》，1 卷 1 号，頁 15；我妻榮、立石芳枝，前揭註 125，頁 587；柚木馨（1956），《判例相續法論》，頁 382-384，東京：有斐閣；幾代通（1979），〈遺贈と登記〉，中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員會（編），《現代家族法大系 5 相續 II 遺產分割・遺言等》，頁 139。

¹³² 史尚寬，前揭註 22，頁 464-465。

¹³³ 李宜琛（1971），《現行繼承法論》，頁 121，台北：臺灣商務印書館；范揚（1935），《繼承法要義》，頁 164，上海：商務印書館；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 350；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 330；

同共有關係¹³⁴。對此，學者林秀雄教授認為，通說一方面承認包括遺贈，一方面又否定包括受遺贈人有與繼承人相同的權利義務，論理上有所矛盾，且其認為包括遺贈含有給予負擔債務的意義，與我國民法上的遺贈作為「遺囑人依遺囑對他人給與財產上利益之行為」的概念尚有差異，在法無明文規定下，不應承認包括遺贈¹³⁵。此外，亦有見解認為，包括遺贈因含有負擔遺囑人一部或全部債務的意義，本質上應非一般單純遺贈，從此角度觀之，似可理解為附負擔遺贈之一種，因此沒有單獨承認的實益與必要¹³⁶。

第二項 實務見解¹³⁷

一、臺灣臺北地方法院 94 年度保險字第 24 號判決¹³⁸

該判決謂：「查 A 於 90 年 10 月 21 日、91 年 1 月 5 日及 92 年 1 月 10 日分別簽立遺囑三份，在後之遺囑係因情事變遷，乃修改前遺囑內容，雖未就系爭保險契約保險金歸屬特別註明，但均明確表明 A 就其全部財產，除為特定用途外，餘均歸原告 X（按：財團法人 OO 文教基金會）所有，……應認該遺贈應屬真正，而生遺囑之效力（按：全部遺產之包括遺贈）。……系爭保險金請求是否屬 A 遺產：（一）按受益人經指定後，要保人對其保險利益，除聲明放棄處分權者外，仍得以契約或遺囑處分；又死亡保險契約未指定受益人者，其保險金額作為被保險人遺產，保險法第 111 條第 1 項、第 113 條定有明文。查被保險人 A……去世，父母已逝，並無子嗣，其配偶 B 先於 90 年 5 月 13 日去

¹³⁴ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 350；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 330；不過，亦有學說認為，若是就遺產全部為遺贈者，受遺贈人應負擔與繼承人同一之義務，若是僅就遺產一部為遺贈則不然，參見郁疑（1936），《繼承法要論》，頁 64，北京：朝陽大學出版部。

¹³⁵ 林秀雄，前揭註 18，頁 301。

¹³⁶ 李昆霖，前揭註 67，頁 60、84。

¹³⁷ 此處所引之實務見解，係以「包括遺贈」為關鍵字，於司法院法學資料檢索系統尋相關之實務裁判，裁判中有涉及包括遺贈之意義、效力，或成為爭點之一，或其有效性被法院肯定者。司法院法學資料檢索系統網址：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>（最後瀏覽日：2018/04/24）。

¹³⁸ 本件判決，未見上訴判決，應已判決確定。

世……是故 A 無法定繼承人存在。……A……於 84 年 12 月 4 日與被告 Y（按：OO 人壽保險股份有限公司）訂約時，指定配偶 B 為受益人，不料 B 先為辭世，因之，系爭保險契約回復至無指定受益人狀態，本件之保險金額依保險法第 113 條規定為 A 之遺產。A 以遺囑將為其遺產之系保險金，遺贈予原告 X 亦符合保險法第 111 條第 1 項規定。原告 X 即為合法之受遺贈人」。

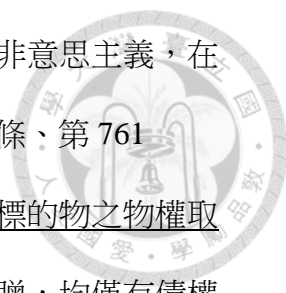
二、臺灣高等法院第 94 年度家上字第 131 號判決¹³⁹

該判決謂：「我國民法雖無包括遺贈之規定，但基於私法自治原則，遺囑人得抽象的以遺產之全部或一部為遺贈內容之包括遺贈，或以具體特定財產為標的之特定遺贈方式書立遺囑。故遺贈之效力，仍應以遺囑為包括遺贈或特定遺贈為判斷之依據。如遺囑人抽象的以遺產之全部或一部為遺贈之標的者，於繼承開始時，如被繼承人尚有遺產存在，自應按遺產總額之比例計算遺贈價值；反之，若遺囑人以具體特定財產為遺贈之標的者，在繼承開始時，如該特定遺贈有一部分不屬於遺產者，其一部分遺贈為無效，全部不屬於遺產者，其全部遺贈即為無效。五、查 A 於系爭代筆遺囑載明：『一、……願在百年後，將本人名下所有的股票和現金貳佰萬元整贈與乾女兒（即上訴人 X），以感激她的孝順。二、本人身故後之一切後事委託 X 代為全權處理，全部之喪葬開支及費用由本人存款支付，如有不足，從本人不動產變賣之價格支付。』依此代筆遺囑之內容觀之，顯然係將現金、股票與不動產分開處理。即具體的以特定之股票和現金二百萬元作為遺贈之標的（按：特定遺贈），並不包括不動產在內」。

三、臺灣台北地方法院 95 年度訴字第 10519 號判決¹⁴⁰

¹³⁹ 本件判決經上訴人甲○○上訴至最高法院，但遭最高法院 95 年度台上字第 289 號裁定以上訴不合法遭駁回確定。後甲○○又再提出再審，經臺灣高等法院 95 年度家再字第 5 號判決以再審之訴無理由駁回後，未見上訴判決，應已判決確定。

¹⁴⁰ 本件判決，未見上訴判決，應已判決確定。

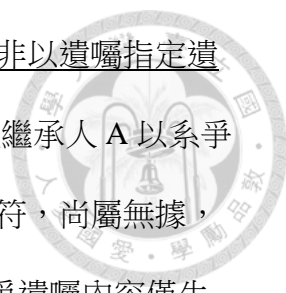


該判決謂：「又我國民法就物權之變動，採形式主義，而非意思主義，在不動產係以登記，在動產係以交付為其生效要件（民法第 758 條、第 761 條），對於遺贈既無特別規定，自應適用此一般原則，其遺贈標之物之物權取得，尚有待於以登記及交付，允宜解釋不問包括遺贈或特定遺贈，均僅有債權之效力；遺贈僅具有債權之效力，故受遺贈人非於繼承開始時，當然取得受遺贈物之所有權或其他物權，尚待遺產管理人或遺囑執行人於清償繼承債務後，始得將受遺贈物移轉登記或交付受遺贈人（最高法院 86 年度台上字第 550 號判決意旨參照）。準此，被告（按：為遺囑人 A 之姪女 Y）既僅為 A 之受遺贈人，本件遺贈標之物即系爭房屋及基地（按：特定遺贈）迄今又仍登記在 A 名下，尚未登記予被告 Y，為兩造所不爭執，依上開說明，被告 Y 尚未取得系爭房屋及基地之所有權；是原告（A 之女兒 X）主張遺贈可視為繼承之一種，被告 Y 既受遺贈取得系爭房地，不待登記，即可取得所有權云云，尚非可採」。

四、臺灣高等法院 105 年度家上易字第 37 號判決¹⁴¹

該判決謂：「系爭遺囑之內容為遺贈抑指定遺產分割方式之性質：按被繼承人之遺囑，定有分割遺產之方法，從其所定，民法第 1165 條第 1 項定有明文。所謂遺產分割方法之指定，得就遺產全部或一部為之，不問專為分割方法之指定抑或併為應繼分之指定，均無不可。然遺贈，乃遺囑人依遺囑將一定財產無償贈與他人（受遺贈人）之單獨行為（民法第 1202 條參照），遺贈可分為包括遺贈與特定遺贈，前者係遺囑人抽象地將其遺產之全部或一部為遺贈之內容；特定遺贈則為遺囑人將特定具體財產為標的。……觀之系爭遺囑明載『我（按：被繼承人 A）的所有遺產全部贈與給我的配偶 X』等語，自其間使用『贈與』文字，可見 A 之意係將遺產之全部無償贈與被上訴人 X，未有隻字片

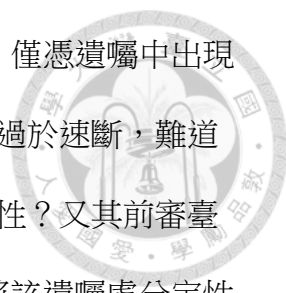
¹⁴¹ 本件判決不得上訴，判決確定。



語提及遺產分割之方式，應認系爭遺囑內容生遺贈之效力，而非以遺囑指定遺產分割方法（按：全部遺產之包括遺贈）。被上訴人 X 主張被繼承人 A 以系爭遺囑指定遺產分割方式由伊 1 人取得乙節，核與該遺囑文意不符，尚屬無據，故系爭遺產仍應由兩造各按應繼分比例分割之。……經查：系爭遺囑內容僅生遺贈之債權效力，且受遺贈物尚未經遺囑執行人 B 於清償繼承債務後，將之交付受遺贈人即被上訴人 X，則 A 之遺產仍為全體繼承人（A 之配偶 X 及子女 Y1、Y2、Y3）即兩造共同共有，兩造目前無法達成分割遺產之協議，上揭遺產（按：僅存款及股份，無不動產）亦無不能分割之情形，依照前揭法條規定，被上訴人 X 請求裁判分割被繼承人 A 之遺產，於法即無不合，應予准許」。

從上述近年來的四則實務裁判觀之，我國實務與多數學說相同，亦承認包括遺贈之存在，有定性為全部遺產之包括遺贈者（第一則和第四則判決），亦有說明特定遺贈與包括遺贈的定義之不同者（第二則判決），亦有論述關於特定遺贈與包括遺贈之效力者（第三則判決和第四則判決）。又除了上述所列的裁判之外，**五、臺灣高等法院 88 年度家抗字第 34 號裁定**中所涉之遺囑謂：

「依 A 之遺囑，其中約將遺產之半數，指定由長子 X 繼承，另半數則遺贈予孫女 B（按：非繼承人）」，以及**六、臺灣高等法院臺中分院 101 年度家上易字第 3 號判決**謂：「被繼承人 A 以代筆遺囑指定其系爭遺產 2 分之 1 由上訴人 Y1（按：被繼承人之子）繼承（此部分應為應繼分之指定），並將其餘應有部分 2 分之 1 遺贈與上訴人 Y2（按：非繼承人）」，兩則裁判均是將一定抽象比例的遺產作為遺贈標的物遺贈給非繼承人，而為法院所承認，雖未直接言明此即是「包括遺贈」，但實質上已肯定其為「部分遺產之包括遺贈」，惟以上裁判均未論及債務之處理，無法確知包括遺贈下債務之情形。最後應注意者係，



臺灣高等法院 105 年度家上易字第 37 號判決（第四則判決），僅憑遺囑中出現「贈與」二字，即定性為「遺贈」（全部遺產包括遺贈），似過於速斷，難道沒有解釋為「應繼分指定或（兼）遺產分割方法指定」的可能性？又其前審臺灣新竹地方法院 105 年度家訴字第 32 號判決（遭廢棄）則是將該遺囑處分定性為「指定應繼分及遺產分割方法」，並謂：「被繼承人稱所有遺產均贈與給原告 X，其同時亦在表明所有遺產均由原告 X 繼承之意，亦即被繼承人 A 已指定其遺產均分割由原告 X 一人取得。被告 Y1 拘泥於被繼承人所用辭句，認原告 X 僅能依遺囑而受遺贈，且因尚未踐行民法第 1156 條之程序，不得於清償遺產債務前交付遺贈，於分割遺產時應按應繼分比例各 4 分之 1 分配云云，顯不符合被繼承人自書遺囑之真意，為本院所不採。……經本院斟酌本件遺產之性質、經濟效用及全體共有人間之利益及公平，依遺囑之真意及被告 Y1 之特留分扣減權，認遺產於扣除原告 X 代墊之殯葬費用外，應由原告 X 取得 8 分之 7，由被告 Y1 取得 8 分之 1，爰分割遺產如附表一分割方法欄所示，以解消兩造就系爭遺產之共同共有關係。」。況本件情況，該遺產債務其實就是被繼承人之配偶 X 所代墊的喪葬費用，受益繼承人 X 請求遺產分割，同時請求返還代墊之喪葬費用，且另外兩名繼承人 Y2 及 Y3 均不主張特留分扣減權，本件判決則謂：「受遺贈物尚未經遺囑執行人 Y3 於清償繼承債務後，將之交付受遺贈人即被上訴人 X，則 A 之遺產仍為全體繼承人（X、Y1、Y2、Y3）即兩造共同共有」，而將遺產依四名繼承人之應繼分平均分配，受益繼承人 X 則必須之後另外請求三位繼承人 Y1、Y2、Y3 交付遺贈。如此一來，對於受益繼承人 X 而言，紛爭無法一次解決，誠如筆者於第一章第五節的問題意識所言，在要解釋遺囑的屬性時，遺囑人的意思未必是扮演拘束性的角色，而是應該判斷各類型中特徵性的要素是否具備，而不是依循其字面意思而進行性質決定，縱使欲將

本件定性為遺贈（即全部遺產之包括遺贈），**本文亦認為**應容許受遺贈人若同時是繼承人，且是遺產債權人的情況，特留分權利人於遺產分割程序中主張特留分時，依其所得特留分比例分割遺產即可。



第三項 分析與檢討

我國學者主張在「法無明文」下，難以承認包括遺贈¹⁴²，固可理解。不過**本文認為**，我國民法本就對「遺贈」無定義性的條文，依民法第 1187 條，基於遺囑自由原則，尊重被繼承人之意思，不應否定遺囑人得以抽象比例（包括一部或全部）的遺產作為遺贈之標的，遺產本就包含積極遺產和消極遺產。又由於我國民法未如日本民法明文規定將受包括遺贈人視為繼承人，且就物權變動採形式主義（不動產須經登記、動產經交付），因此通說均認為不論包括遺贈或特定遺贈僅生債權之效力¹⁴³，故受包括遺贈人仍必須請求繼承人交付遺贈，待受交付後，始取得遺贈物所有權。包括遺贈雖同時附有被繼承人之債務的負擔如前述，但我國自 2009 年繼承法修正後，以概括繼承有限責任（法定限定繼承）作為原則，理論上若繼承人遵期踐行遺產清冊之陳報或提出（民法第 1156 條以下），繼承人得僅以繼承之所得遺產為限負清償責任（民法第 1148 條第 2 項），依民法第 1158 條，繼承人於被繼承人之債權人公示催告的報明債權期限內，不得對被繼承人之任何債權人償還債務，又依第 1160 條，繼承人須先清償債務後，始得對受遺贈人交付遺贈，因此，理論上形成「清算後的包括遺贈」，繼承人係以遺產債務清償後的一定比例之積極遺產交付遺贈給受遺贈

¹⁴² 林秀雄，前揭註 18，頁 301。

¹⁴³ 李宜琛，前揭註 133，頁 123；林秀雄，前揭註 18，頁 300-301；胡長清，前揭註 131，頁 206；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 354；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 332；羅鼎，前揭註 131，頁 203。

人，也不會產生受包括遺贈人負擔債務之問題¹⁴⁴，此時因繼承債務已清算完畢，實際上包括遺贈單純為財產上利益之無償讓與¹⁴⁵。不過應注意者，若繼承人違反法定之清算程序，或為不當之清償，導致被繼承人之債權人或受遺贈人（條文雖僅寫債權人，但受遺贈人應無排除之理，且解釋上包含受包括遺贈人）受損害時，依民法第 1161 條第 1 項規定，應負賠償責任¹⁴⁶，又依同條第 2 項規定，受有損害之人，得對於不當受領之債權人或受遺贈人請求返還其不當受領之數額，此時與前項對繼承人之損害賠償請求權形成不真正連帶債務¹⁴⁷。至於以遺囑指定特定繼承人全部或一部的遺產（指定比例），該如何進行法性決定，此處由於尚未說明「指定應繼分」及「遺產分割方法指定」，又台灣學說並無相關的討論，因此有待第六章介紹日本法的使其繼承之遺囑時，一併提出說明及介紹。

¹⁴⁴ 此情形與德國法相似，德國民法雖未明文規定法國法系（法、日、韓）下的「包括遺贈」，而是採用「指定繼承人」的制度，但通說並不否定有「份額遺贈（*Quotenvermächtnis*）」（遺贈一部遺產）甚至是「概括遺贈（*Universalvermächtnis*）」（遺贈全部遺產）的可能，此時受益人僅取得債權請求權，亦不具繼承人之身分，並得向繼承人請求遺產債務清償後的遺產價值。此與「指定繼承人」制度最大的區別在於，被繼承人是否想將對遺產直接管理和清算之權限交給受益人，使他負擔遺產債務，若是的話，受益人將接續其經濟地位承擔責任，而被視作他的繼受者即指定繼承人；反之，如果僅是使受益人取得清算後所得之遺產價值之意，則他雖然接受遺產的價值，但是作為局外人，不應該干涉清算程序，只是一個單純的受遺贈人，參見 *Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., 2001, S. 550f, 624.*；*Rainer Frank、Tobias Helms*（著），王葆蔭、林佳業（譯）（2015），前揭註 163，頁 78、95。

¹⁴⁵ 不過應注意的是，2009 年繼承法修正後，和以前的意定限定繼承不同，概括繼承有限責任（法定限定繼承）對於開具遺產清冊並無強制性，無論有無開具遺產清冊都不會影響其限定繼承之利益，又開具遺產清冊並非易事，如有遺漏或誤植之情事還可能陷入民法第 1163 條負無限責任的風險，或是一般人根本不諳法律規定，使得繼承人沒有足夠誘因去開具遺產清冊，反而選擇「多一事，不如少一事」，參見戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 191-192；鄧學仁（2009），〈論法定繼承新制（下）〉，《司法周刊》，1148 期，頁 2。又由於根據學者查詢統計資料之結果，現實中開具遺產清冊陳報法院者，在 2014 年僅 2,595 件，占該年死亡人數（160,687 人）之 1.6%，可見遺產清算程序在我國踐行成效不彰，甚至學者指出民法第 1156 條第 3 項規定，也可能促成搭便車心態，而使繼承人採取消極地處理態度，參見張永健、黃詩淳（2018），〈遺產的概念定性與債權人保護之理論檢討與修法建議〉（審查中），頁 11-12、22。

¹⁴⁶ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 207。

¹⁴⁷ 史尚寬，前揭註 22，頁 283。惟應注意，第 1 項所得請求者為「所受之損害」，第 2 項則限於返還其「不當受領之數額」，二者請求給付之數額，未必完全相同，參見陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 212。

第四項 與特定遺贈之差異



除了學說上常討論的「消極遺產負擔之有無」外，學說亦主張民法第 1202 條之規定，既然是謂「以一定之財產為遺贈」，那自然僅適用於特定遺贈，而不適用於包括遺贈¹⁴⁸。又學者黃詩淳教授指出前述的臺灣高等法院第 94 年度家上字第 131 號判決具有重大意義，為我國實務上第一個明確論及包括遺贈與特定遺贈之差異，顯見在是否適用民法第 1202 條（與通說見解相同），但該判決同時又贊同金錢遺贈亦應適用民法第 1202 條（與通說見解相異）。首先，該判決在前段的論述（已節錄於前文中），肯定了我國民法雖無包括遺贈之規定，但基於私法自治原則，自可承認，並說明了包括遺贈與特定遺贈之定義，緊接著後段謂：「如遺囑人抽象的以遺產之全部或一部為遺贈之標的者（按：包括遺贈），於繼承開始時，如被繼承人尚有遺產存在，自應按遺產總額之比例計算遺贈價值；反之，若遺囑人以具體特定財產為遺贈之標的者（按：特定遺贈），在繼承開始時，如該特定遺贈有一部分不屬於遺產者，其一部分遺贈為無效，全部不屬於遺產者，其全部遺贈即為無效（按：民法第 1202 條）」，由此可見該判決採取通說之見解，僅特定遺贈始有民法第 1202 條之適用，包括遺贈則無。而本件遺囑人係以具體的以特定之股票（本人名下所有的股票）和現金二百萬元作為遺贈之標的，故經法院肯認是特定遺贈，但由於遺囑人死亡時銀行存款不足支付遺囑所言之現金二百萬元，故當事人之間爭執是否有民法第 1202 條之適用，而得否就遺囑人的不動產拍賣所得之價金主張權利。若依通說見解，金錢遺贈應不適用民法第 1202 條，遺產中縱使無此數額之金錢，遺贈義務人亦應籌措以為給付，惟該判決卻不採此見解，而不許受遺贈人再請求給付

¹⁴⁸ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 358；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 333。

不足之金額。綜上觀之，該判決認為只要是特定遺贈，均有民法第 1202 條之適用，而沒有區分是特定物還是不特定物之遺贈，縱使是金錢這般的「不特定物」仍有民法第 1202 條之適用，不屬於遺產則無效¹⁴⁹。



第四節 遺贈之法律效果

關於遺贈之效力如何，向有債權的效力及物權的效力之爭，此涉及到遺贈標的物之權利是否於遺囑人死亡時即當然歸屬於受遺贈人，或是必須等到交付或登記後，始移轉給受遺贈人？以下逐項整理我國學說、實務以及日本法上的討論。

第一項 學說見解

我國曾有少數學說認為，於包括遺贈之情形，遺贈標的之財產於效力發生的同時，即當然移轉於受遺贈人，無待遺贈義務人之交付。其在無繼承人之場合，並無遺贈義務人存在，更不發生交付的問題。故包括遺贈應與遺產繼承做同樣解釋，常有物權之效力，若遺贈財產中有不動產者，未經登記，只不過是效力猶未完成而已；於特定遺贈的情形，遺贈標的當然移轉於繼承人，於遺贈發生效力之際，受遺贈人僅得向繼承人及遺贈義務人請求標的物之交付，故僅有債權之效力¹⁵⁰。亦有學說認為，我國物權移轉既然是採形式主義，動產所有權移轉須經交付，不動產所有權移轉須經登記，則除非遺囑人無直系血親卑親屬時，其所為的包括遺贈可以視為繼承人之指定外，否則其餘情況的包括遺贈及特定遺贈均只有債權的效力¹⁵¹。惟多數學說均認為，我國民法既然沒有如日本民法第 990 條明定包括受遺贈人有與繼承人相同的權利義務，則不宜就包括

¹⁴⁹ 詳參黃詩淳，前揭註 21，248-249 頁。

¹⁵⁰ 范揚，前揭註 133，頁 191-192。

¹⁵¹ 基於民法舊第 1143 條存在下的論述，參照史尚寬，前揭註 22，頁 473。

遺贈認為有物權效力，又我國民法早於 1985 年刪除了民法第 1143 條的指定繼承人制度，具有指定繼承人意涵的包括遺贈應該也沒有存在的餘地，既然我國民法就物權變動是採形式主義（動產應經交付、不動產應經登記），而非意思主義，對於遺贈也沒有作例外規定，則應解為不問包括遺贈或特定遺贈，均只有債權之效力¹⁵²。

第二項 實務見解¹⁵³

一、最高法院 86 年度台上字第 550 號判決

該判決謂：「惟按遺贈僅具有債權之效力，故受遺贈人並未於繼承開始時，當然取得受遺贈物之所有權或其他物權，尚待遺產管理人或遺囑執行人於清償繼承債務後，始得將受遺贈物移轉登記或交付受遺贈人。是以受遺贈人於未受遺贈物移轉登記或交付前，尚不得對於第三人為關於受遺贈財產之請求。此觀民法第 1160 條、第 1181 條第 2 項、第 1185 條、第 1225 條等規定自明」。


二、最高法院 86 年度台上字第 921 號判決

該判決謂：「又繼承人自繼承開始時，承受被繼承人財產上一切權利義務，各繼承人對於遺產全部取得共同共有之物權（同法第 1148 條、第 1151 條參照），亦即當然發生物權變動之效力；而遺贈固亦於繼承開始時生效，惟受贈人僅取得請求交付遺贈物之債權，尚不當然發生物權變動之效力（同法第 1102 條、第 1208 條參照）」。

¹⁵² 李宜琛，前揭註 133，頁 123；林秀雄，前揭註 18，頁 300-301；胡長清，前揭註 131，頁 206；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 354；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 332；羅鼎，前揭註 131，頁 203。

¹⁵³ 此處所引之實務見解，係以「遺贈」、「債權」為關鍵字，於司法院法學資料檢索系統尋相關之實務裁判，僅列出最高法院之代表性判決，由於高等法院、地方法院相關判決眾多，且多引用最高法院的代表性判決，故不再臚列。司法院法學資料檢索系統網址：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>（最後瀏覽日：2018/04/28）。

三、最高法院 106 年度台上字第 127 號判決



該判決謂：「按遺贈係遺囑人以遺囑之方式對受遺贈人為無償讓與財產上利益之行為，依民法第 1199 條規定，於遺囑人死亡時始發生效力，且受遺贈人僅取得請求遺贈義務人交付遺贈物之權利，是受遺贈權利之行使，以遺囑人死亡後，對遺贈義務人發表請求履行之意思為要。而依民法第 94 條、第 95 條規定，該意思表示以義務人了解或到達義務人時發生效力，於遺囑人無繼承人且未有遺囑執行人、遺產管理人之情形，客觀上既欠缺得受意思表示之人，受遺贈人之請求權自無從行使，必依法有受意思表示之義務人產生，其請求權得行使，消滅時效方可起算。……民法第 140 條旨在規範時效已開始起算之屬於繼承財產之權利或對於繼承財產之權利，於其請求權時效期間行將完成之際，因缺為中斷行為人或缺受中斷行為人，而使時效暫時不完成（按：時效中斷制度），與上述遺贈發生效力之同時，即無受意思表示之遺贈義務人之情形有別，自無從依民法第 140 條之規定，推論客觀上無遺贈義務人存在時，時效仍自遺囑人死亡時起算」。

以上，關於前兩則實務判決之見解向來被下級法院裁判所遵循，形成穩固的見解，與我國多數學說見解相同，均肯認遺贈僅有債權效力，非像繼承當然發生物權變動的效率，此外第三則判決除了延續歷來實務的見解，更論及受遺贈人之請求權的消滅時效起算時點，應自有受意思表示之人時起，其請求權方得行使、消滅時效方得起算，此與民法第 140 條所規範之時效中斷而不完成的情形不同（時效早已起算）。

第三項 日本法



遺贈的效力究竟如何，同樣的問題也存在於日本，以下分就包括遺贈、不特定物及金錢遺贈、特定物及特定債權遺贈三部分說明之：

(一) 包括遺贈

由於日本民法第 990 條已經規定包括受遺贈人與繼承人立於相同的地位，且日本民法就物權的變動係採意思主義，不動產之登記或動產之交付僅為對抗要件（參照日本民法第 176 條至第 178 條¹⁵⁴），在此情況下，繼承開始的同時，包括受遺贈人即當然取得遺產中遺贈部分的權利，故無論學說或是實務均無異論，認為包括遺贈具有物權之效力¹⁵⁵。

(二) 不特定物及金錢遺贈

日本通說及實務見解均認為僅發生債權之效力¹⁵⁶，理由在於，正因為要達成所有權移轉的目的，必須先經過遺贈義務人特定該物，所以遺贈效力發生時（繼承開始時），所有權尚未移轉給受遺贈人，此時受遺贈人只不過取得請求遺贈義務人特定標的物並移轉給自己的權利（債權請求權）¹⁵⁷，例如：將遺產中的土地 xx 坪遺贈給某甲（未指定哪一筆土地），或將遺產中的眾房屋的其中一棟（未指定哪一棟房屋）遺贈給某乙，或遺贈現金 xx 萬元給某丙。

(三) 特定物及特定債權遺贈

¹⁵⁴ 日本民法第 176 條規定：「物權之設定及移轉，僅須透過當事人之意思表示，即生效力。」、第 177 條規定：「關於不動產物權之取得、喪失及變更，若不依不動產登記法及其他有關於登記之法律而登記，不得對抗第三人。」、第 178 條規定：「關於動產物權之讓與，若不將該動產交付，不得對抗第三人。」。

¹⁵⁵ 中川善之助（1952），《民法大要 親族法・相續法》，頁 287-288，東京：勁草書房；中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 579；中川善之助、加藤永一（編），前揭註 126，頁 193（阿部浩二）；高松高昭和 32 年 12 月 11 日下民集 8 卷 12 号 2336 頁。

¹⁵⁶ 中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 579-580；中川善之助、加藤永一（編），前揭註 126，頁 193（阿部浩二）；中川善之助（編），前揭註 124，頁 85（舟橋諄一）；柚木馨，前揭註 131，頁 390-391；穗積重遠（1947），《相續法 第 2 分冊》，頁 412，東京：岩波書店；東京高昭和 23 年 3 月 26 日高民集 1 卷 1 号 78 頁。

¹⁵⁷ 潮見佳男（2016），《相續法》，頁 284，東京：弘文堂。

實務方面，關於特定物之特定遺贈，日本實務向來採物權之效力說¹⁵⁸，起初受遺贈人不必具備對抗要件，所有權取得即可對抗第三人，繼承人因對遺贈標的物並無處分權，從而雖將該不動產讓與第三人而為移轉登記，也不生效力¹⁵⁹，易言之，因遺贈取得特定不動產之所有權者，雖未登記，亦得以之對抗第三人¹⁶⁰，但後來已改變見解，權利本身雖當然物權的移轉於受遺贈人，然其對抗要件之履踐，尚應經過登記¹⁶¹，又關於特定債權之遺贈，實務見解亦採物權之效力說，特定債權於遺囑人死亡時，當然移轉於受遺贈人，無須再從繼承人或遺囑執行人受讓債權¹⁶²。

學說方面，日本多數見解亦採物權之效力說，認為遺贈效力發生的同時，標的物之所有權即移轉與受遺贈人，或直接取得該當債權。理由在於日本民法關於一般物權變動係採意思主義（日本民法第 176 條），物權只須透過意思表示即可變動，與明確規定採取形式主義的德國民法¹⁶³不同，因此透過遺囑使物權移轉的情況，僅透過意思表示，沒有道理不產生物權移轉之效果¹⁶⁴，除非遺囑有所保留其他的障礙，否則不應破壞意思主義之基本原則¹⁶⁵。縱在特定物遺

¹⁵⁸ 大民大正 3 年 8 月 3 日決定民錄 20 輯 641 頁、大民昭和 15 年 2 月 13 日判決全集 7 輯 16 号 4 頁，轉引自中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 582 之註 8。

¹⁵⁹ 大民大正 10 年 6 月 29 日民錄 1291 頁，轉引自中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 582 之註 9；史尚寬，前揭註 22，頁 471。

¹⁶⁰ 大阪控判昭和 6 年 11 月 23 日，轉引自史尚寬，前揭註 22，頁 471。

¹⁶¹ 大判昭和 11 年 9 月 6 日，轉引自史尚寬，前揭註 22，頁 471；大民昭和 8 年 12 月 6 日新聞 3666 号 10 頁、最高昭和 39 年 3 月 6 日民集 19 卷 3 号 437 頁、最高昭和 46 年 11 月 16 日民集 25 卷 8 号 1182 頁，轉引自中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 582 之註 10。

¹⁶² 大民大正 5 年 11 月 8 日民錄 2078 頁、大民大正 10 年 5 月 30 日民錄 983 頁、大民昭和 13 年 2 月 23 日民集 259 頁、最高昭和 49 年 4 月 26 日民集 28 卷 3 号 540 頁，轉引自中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 583 之註 11。

¹⁶³ 德國民法第 2174 條規定：「受遺贈人因遺贈而取得對於受加重負擔之人請求給付遺贈標的物之權利」，參自國立臺灣大學法律學院財團法人臺大法學基金會（編譯），前揭註 120，頁 534。繼承開始後，受遺贈人不能直接獲得物權意義上的「財產利益」，只能根據第 2174 條向受加重負擔之人主張債法上的請求權（*schuldrechtlichen Anspruch*），受加重負擔之人，必須向受遺贈人交付動產或不動產，或將債權讓與受遺贈人，參自 Rainer Frank、Tobias Helms（著），王葆蔭、林佳業（譯）（2015），《德國繼承法》，頁 95，北京：中國政法大學出版社。

¹⁶⁴ 中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 580。

¹⁶⁵ 有泉亨（1988），《新版親族法・相統法》，頁 231，東京：弘文堂。

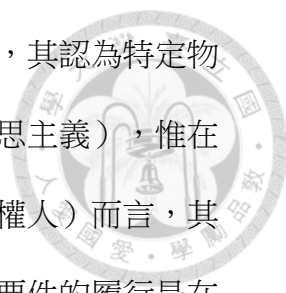
贈，其權利移轉給受遺贈人有障礙時（例如：遺贈他人之物），也應解為使遺贈義務人負有移轉其標的權利之義務¹⁶⁶。

惟有少數見解認為應採債權之效力說，理由在於，遺贈未必常常能被實現，有可能因受遺贈人拋棄遺贈者、有可能因特留分權利而全部或一部被扣減者、有可能因限定繼承或財產分離而清算之結果導致遺贈不被履行而終結者，為了以上這些情況下法律關係之簡單化，而且繼承人承繼被繼承人的一切權利義務，乃是繼承的根本原則，又遺囑為無相對人之單獨行為，應解釋為「繼承財產一旦全部歸屬於繼承人後，繼承人依遺囑履行遺贈，然後其履行的效果溯及到遺囑效力發生之時」¹⁶⁷。此外，在限定繼承和財產分離的情況（日本民法第 931 條、第 947 條第 3 項、第 950 條第 2 項），繼承債權人均優先於受遺贈人獲得清償，若承認遺贈具有物權之效力，受遺贈人反倒優先於繼承債權人優先受清償，如此一來，受遺贈人與繼承債權人的保護之調整，豈不前後矛盾；又在以債務免除為目的之遺贈的情況，遺囑人死亡的同時即產生債務免除之效力，從而繼承人即喪失該作為繼承債權人的共同擔保之債權，不具備對抗要件，遺贈效果已完了，負擔債務的受遺贈人反倒比繼承債權人立於更有利的地位，債權遺贈的情況亦同，以上結果均與立法目的相違背，故認為應解為債權之效力¹⁶⁸。

¹⁶⁶ 我妻榮、立石芳枝，前揭註 125，頁 582。

¹⁶⁷ 穗積重遠，前揭註 156，頁 412-413。關於日本法上的「財產分離」制度，乃是為了防止繼承財產與繼承人的固有財產混合，透過一定人（繼承債權人、受遺贈人、繼承人之債權人）的請求，分離繼承財產而管理之清算程序（參照日本民法 941 條以下），與限定繼承不同的是，限定繼承清算的對象限定在繼承財產，債務之清償不會波及到繼承人的固有財產，相反的，財產分離制度則是繼承人的固有財產也會為繼承債權人、受遺贈人清償（為了使這些人得到滿足，必須提供固有財產），且設計上又區分由繼承債權人或受遺贈人請求的，以及繼承人之債權人請求的二種財產分離類型，參見潮見佳男，前揭註 157，頁 212-213。

¹⁶⁸ 近藤英吉，前揭註 122，頁 189-191。



對於前述少數說的主張，採物權效力說之學者亦提出反論，其認為特定物或特定債權之遺贈，應與生前行為一樣，發生物權之效力（意思主義），惟在未具備對抗要件（交付、登記）前，對於第三人（包括遺產債權人）而言，其特定物或特定債權實質上與存在於繼承財產中無異，如果對抗要件的履行是在遺產債權人獲得滿足後所為，則不會發生因限定繼承或財產分離而生之不當結果¹⁶⁹。此外，認為債務免除之遺贈畢竟是少見的情形，不應該容許改變理論之主要內容，即使產生債務免除的受遺贈人優先於繼承債權人的結果，只要修正物權之效力說即可。又繼承債權人關於債務超過繼承財產可以提出破產，透過此可以否認被繼承人的債務免除遺囑（日本舊破產法第 80 條、第 72 條；日本現行破產法第 222 條以下），這也是必須考量的¹⁷⁰。

第四項 小結

綜上所述，遺贈之效力如何，因為我國民法就物權變動係採形式主義，不動產應經民法第 758 條第 1 項之登記、動產應經第 761 條之交付作為生效要件，故我國通說及實務見解均認為遺贈只有債權之效力，而非在遺囑人死亡時直接取得贈標之物之權利，受遺贈人僅得向繼承人或遺贈義務人請求移轉登記或交付。又遺贈之標之物若為不動產者，依照土地登記規則第 123 條第 1 項規定，應於繼承人辦理繼承登記後，由受遺贈人會同繼承人申辦所有權移轉登

¹⁶⁹ 柚木馨，前揭註 131，頁 387-388；相同見解，中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 580。

¹⁷⁰ 中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 581 之註 6。事實上，由於財產分離制度過於複雜，且在債務超過繼承財產的情況下，也有繼承財產的破產制度可利用，故使用財產分離制度的數量極少，2000 年至 2009 年間，總共 10 年，卻僅有 57 件，參見潮見佳男，前揭註 157，頁 213。

記，於遺囑另指定有遺囑執行人時，應於辦畢遺囑執行人及繼承登記後，由遺囑執行人會同受遺贈人申請之¹⁷¹。

最後應說明者係，依照民法第 1187 條規定，遺囑人僅於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分財產，且第 1225 條明定，應得特留分之人，如因被繼承人之遺贈，導致特留分受侵害時，得請求扣減之¹⁷²。故遺贈作為扣減之標的應無疑義，惟關於其與特留分扣減權之性質、方式與效果等，因欲與指定應繼分及遺產分割方法指定一併比較，且尚涉及我國地政實務與法院裁判之演變，故留待說明完指定應繼分和遺產分割方法之指定後，再將三者一併檢討。

¹⁷¹ 關於辦理遺贈登記，除遺囑（登記原因證明文件）外，應檢附登記申請書、權利書狀、申請人身分證明（遺贈人死亡時之戶籍謄本及受遺贈人現在之身分證明）、委託書（如委託代理人申請登記）、土地增值稅繳納或免納證明或不課徵證明文件、遺產稅繳（免）納證明書或其他有關證明文件、使用分區證明文件；又依辦理遺囑執行人登記及遺囑執行人執行遺囑職務，無庸取得繼承人同意，繼承人亦不得妨礙其職務之執行，惟如繼承人就遺贈效力或與遺囑有關之遺產事項有所爭執時，應循司法途徑解決（參照內政部 89 年 1 月 19 日台內中地字第 8826657 號函），參自新北市政府地政局（2015），《土地登記審查手冊》，頁 224-225，台北：新北市政府地政局。載於：<https://www.land.ntpc.gov.tw/ch/home.jsp>（最後瀏覽日：2018/05/15）。

¹⁷² 依繼承登記法令補充規定第 78 點規定，遺囑違反民法有關特留分之規定時，繼承人是否已行使扣減權，非地政機關所得干預，故地政機關仍應辦理遺贈登記。



第四章 指定應繼分

第一節 指定應繼分之意義

首先，「應繼分」乃指共同繼承時，各繼承人對於共同繼承財產（即遺產）上之一切權利義務，所得繼承之比例。意即，應繼分代表繼承遺產應有的成數，不僅權利，也包含義務，理論上僅「繼承人」得獲得指定應繼分，且繼承人必須在二人以上，若僅有一個繼承人，則不發生應繼分之問題。又應繼分之決定方法有二，其一是由法律所規定之「法定應繼分」，其二則是由被繼承人所指定之「指定應繼分」¹⁷³。關於指定應繼分，我國民法並無直接明文規定，惟通說¹⁷⁴及實務¹⁷⁵均肯認其存在，立論依據在於「遺囑自由原則」，此原則為近代各國民法所承認，我國自不例外，故在民法第 1187 條規定，遺囑人得在不違反關於特留分規定之範圍內，以遺囑自由處分其遺產；且考量到繼承人之職業、地位，或與被繼承人之親疏程度有所不同，亦應容許被繼承人考慮各種情形以作適當安排，故為尊重被繼承人之意思，應該承認其得指定應繼分¹⁷⁶；亦有學說指出現行民法於立法之初，甚至直接在條文中明文承認被繼承人得以遺囑指定各繼承人應繼分¹⁷⁷；亦有學者認為台灣未如同日本有貢獻分制

¹⁷³ 史尚寬，前揭註 22，頁 63；林秀雄，前揭註 18，頁 23；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 60-61；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 74。

¹⁷⁴ 史尚寬，前揭註 22，頁 71；李宜琛，前揭註 133，頁 35；林秀雄，前揭註 18，頁 23；林秀雄，前揭註 35，頁 292；胡長清，前揭註 131，頁 45；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 61-62；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 74；羅鼎，前揭註 131，頁 41-42；

¹⁷⁵ 相關判決參見前註 37。

¹⁷⁶ 史尚寬，前揭註 22，頁 71；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 62

¹⁷⁷ 林秀雄，前揭註 35，頁 291；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 74。相關條文：《大清民律草案》繼承法第 18 條規定：「（第 1 項）所繼人遺囑有定各繼承人應繼之分，或委託他人代定者，應遵其遺囑行之，不適用前三條之規定。（第 2 項）依前項方法定有應繼分之外，若尚有未定者，仍依前三條之規定。」，條文參自司法行政部民法研究修正委員會（編）（1976a），《中華民國民法制定史料彙編（上冊）》，頁 958，台北：司法行政部；另有資料是《大清民律草案》（第一次民律草案）第 1477 條，法條文字與前者相同，潘維和（1982），《中國近代民法史》，頁 350，台北：翰林出版社；民國 15（1926）年《民律第二次草案》繼

度，對於遺產之增加有貢獻之人，其貢獻往往無法獲得適當的評價，而認為被繼承人若基於公平起見，可藉由指定應繼分來增加貢獻者之應繼分，並認為我國關於配偶之應繼分規定，依照民法第 1144 條第 1 款之規定，當第一順位之繼承人（子女）越多時，生存配偶之應繼分則越少，對於生存配偶之保障未盡合理，故被繼承人能以指定應繼分的方式，增加配偶之應繼分¹⁷⁸。又學說均認為，指定應繼分應以遺囑為之，指定應繼分既然涉及共同繼承人之權益，則應以嚴格之要式行為，以供憑信，確保被繼承人之真意，且若允許以生前行為指定，恐怕容易導致親屬間失和不睦，徒增困擾，參照日本民法第 902 條第 1 項本文亦明定應繼分之指定，應以遺囑為之¹⁷⁹，此外，參照《大清民律草案》及《國民律草案》之規定及立法理由亦是如此¹⁸⁰，況且形式論上，我國指定應繼分之條文依據，既求之於民法第 1187 條，自應以遺囑為之¹⁸¹，既以遺囑為之，則其必為單獨行為。

第二節 指定應繼分之特性

有疑義者是，被繼承人得否以遺囑委託第三人代為指定應繼分？對此，除少數說認為法律既然無明文規定，不宜擴張解釋，指定應繼分事關重大，似應

承編第 78 條規定：「所繼人不拘前三條之規定，得以遺囑定各遺產繼承人應繼之分，或委託他人代定之，但所繼人或受委人，不得違反特留財產之規定。」，條文參自司法行政部民法研究修正委員會（編）（1976b），《中華民國民法制定史料彙編（下冊）》，頁 295，台北：司法行政部；另有資料是《國民律草案》（第二次民律草案）第 1375 條，法條文字與前者相同，條文參自潘維和，同本註 177，頁 550。

¹⁷⁸ 林秀雄，前揭註 35，頁 291-292。關於貢獻分制度，參見日本民法第 904 條之 2 規定：「共同繼承人中，有對被繼承人的事業提供勞務或給付財產、對被繼承人治療養護，或以其他方法對被繼承人財產的維持，或增加予以特別貢獻者時，則從被繼承人於繼承開始時所有的財產的價額，扣除共同繼承人已協議確定的前述人之貢獻分，以其餘額視為繼承財產。依第九百條至九百零二條規定算定的應繼分加上貢獻分，以其合計額為貢獻者的應繼分」，其意義在於，為了共同繼承人間公平的確保，共同繼承人中有對被繼承人的財產維持或增加之特別貢獻者，以給予相對應於他的貢獻的補償，使他的應繼分增加，參見中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 289。

¹⁷⁹ 史尚寬，前揭註 22，頁 71；林秀雄，前揭註 35，頁 292；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 62-63；羅鼎，前揭註 131，頁 43。

¹⁸⁰ 相關條文參見前註 177。

¹⁸¹ 林秀雄，前揭註 35，頁 292。

由被繼承人親自為之，以昭鄭重，非可假手於第三人¹⁸²，通說則參考德國民法第 2048 條¹⁸³及日本民法第 902 條¹⁸⁴，及《民國民律草案》之規定¹⁸⁵和參酌民法第 1165 條第 1 項之規定¹⁸⁶，允許以遺囑委託第三人代為指定。惟該第三人是否包括繼承人或受遺贈人？有學說認為應係繼承人以外之人（按：未提及受遺贈人可否受委託）¹⁸⁷，此說似日本學者柳川氏的見解，該說主張若委託繼承人代為指定，將可能因直接利害關係，有不公平指定之虞，但其認為受遺贈人（不論是受特定遺贈或包括遺贈）不妨受委託代為指定，蓋繼承人之應繼分如何指定，都與自己的利害無關¹⁸⁸；有認為應解為與繼承無關係之人為妥，故應為繼承人及受遺贈人以外之人¹⁸⁹，此說乃參考日本通說（又稱：消極說），不過日本通說係認為該第三人不包含「繼承人」以及「包括受遺贈人」（應注意者係，日本法上包括受遺贈人有與繼承人相同地位，我國通說則不採此見解，但此處又將「受遺贈人」與「繼承人」並列），理由在於難以期待其公正指定，違反公平誠信¹⁹⁰；有採折衷見解，認為若於指定自己之應繼分時，不屬於該處之第三人，但非指定自己之應繼分時，則屬之（例如：被繼承人指定長子應繼分後，不妨委託他代為指定其他繼承人之應繼分）¹⁹¹，此說乃參考日本之折衷

¹⁸² 羅鼎，前揭註 131，頁 43。

¹⁸³ 事實上德國民法並無指定應繼分制度，該條係規定「遺產分割方法之指定」，容待本章下一節說明。

¹⁸⁴ 史尚寬，前揭註 22，頁 72；李宜琛，前揭註 133，頁 35；胡長清，前揭註 131，頁 45；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 77。

¹⁸⁵ 林秀雄，前揭註 35，頁 293；條文參照前揭註 177。

¹⁸⁶ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 64-65。

¹⁸⁷ 李宜琛，前揭註 133，頁 35；胡長清，前揭註 131，頁 45。

¹⁸⁸ 柳川勝二（1920），《日本相續法註釋（上卷）》，頁 570-571，東京：巖松堂書店；不過柳川氏並未說明受包括遺贈人為何無利害關係，對此近藤英吉教授推論，柳川氏可能是認為被繼承人為指定應繼分之委託時，通常已自己指定被包括遺贈人所受之應繼分，但全部繼承人之應繼分並未由自己指定，參見近藤英吉（1938），《相續法論（下）》，頁 556，東京：弘文堂。

¹⁸⁹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 65。

¹⁹⁰ 中川善之助（監修）（1952），《註解相續法》，頁 119（島津一郎），東京：法文社；中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 262 之註 5；我妻榮、立石芳枝，前揭註 125，頁 431。

¹⁹¹ 史尚寬，前揭註 22，頁 72。

說，理由在於僅指定其他繼承人的應繼分，不會到涉及自己的應繼分，此處之第三人不妨解釋包含繼承人及包括受遺贈人，盡可能維持被繼承人之意思，又不會產生不公平的指定¹⁹²；亦有主張受遺贈人雖與繼承有關，但不會因繼承人應繼分變動而影響其受遺贈之利益，故受遺贈人仍得為受託人（例如遺贈好友後，要求其代為指定應繼分），而委託繼承人雖可能造成不公平結果，但指定應繼分本質即在變更法定應繼分，被繼承人既然因信任而委託繼承人之一代為指定，則為尊重被繼承人之意思，繼承人之公平已退居其次，以維持共同繼承人間之公平為理由，則根本否定指定應繼分之存在，故主張不論繼承人或受遺贈人均該當此處的第三人¹⁹³，此說類似日本之少數說（又稱：積極說），認為法律既然僅規定指定應繼分不得違反特留分（參照日本民法第 902 條但書），其他則非禁止規定，為尊重被繼承人之意思，該第三人包含繼承人亦無妨¹⁹⁴

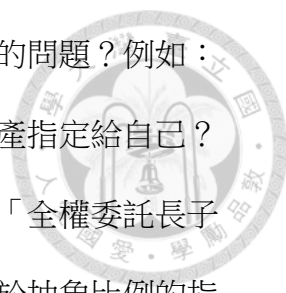
關於上述問題，**本文則認為**，委託受遺贈人代為指定應繼分應無不許之理，蓋我國通說所承認之包括遺贈，未如日本法有繼承人之地位，且通常被繼承人已自行決定將遺產之多少比例包括遺贈，故日本法的「包括遺贈」才有得否受委託的問題，而且日本學說均無論及「受特定遺贈人」之情況應否被排除於此處之第三人¹⁹⁵，因此**本文認為**，於台灣法的情況，受遺贈人除非具有繼承人身分，才有可能指定自己之應繼分，故僅需討論繼承人得否受委託指定即可。此時可否謂被繼承人有「信賴該繼承人之意」，即代表「被繼承人之意

¹⁹² 中川淳（1985），《相續法逐條解說（上卷）》，頁 217，東京：日本加除出版；中川善之助（編）（1956），《註釋相續法（上）》，頁 162-163（加藤一郎），東京：有斐閣；谷口知平、久貴忠彥（編）（2013），《新版注釋民法（27）相續（2）相續の效果》，頁 164、165（有地亨、二宮周平），東京：有斐閣；林良平、大森政輔（編）（1992），《注解判例民法 4 親族法・相續法》，頁 616（橘勝治），東京：青林書院；近藤英吉，前揭註 188，頁 555-556。

¹⁹³ 林秀雄，前揭註 35，頁 293-294。

¹⁹⁴ 有泉亨，前揭註 165，頁 157-158。

¹⁹⁵ 個人見解認為，日本學說未有將特定受遺贈人排除於該處的第三人之意。



思」已「完全過渡」給該受託之繼承人，而無庸考慮利害衝突的問題？例如：被繼承人期盼該受託之繼承人「合理」指定，但他卻將全部遺產指定給自己？又若該受託人與其他繼承人，又例如：被繼承人在遺囑中寫：「全權委託長子合理分配我的遺產」，依我國通說見解，指定應繼分並不僅限於抽象比例的指定，亦得將具體財產分配於各繼承人¹⁹⁶，且均承認有指定應繼分兼遺產分割方法指定之情形¹⁹⁷，事實上還有二者難以區分的問題，則該受託之繼承人若將全部遺產或大部分高價值之財產分配給自己呢？雖特留分受侵害之人得行使扣減權，但此畢竟為維持繼承人之公平的最後救濟手段。又參照日本民法起草委員穗積陳重於法典調查會之發言紀錄及梅謙次郎之論著¹⁹⁸，均表示如果委託繼承人或包括受遺贈人，有直接利害關係，將可能產生自私地指定自己的應繼分的弊害之虞，故**本文認為**此時仍有避免利益衝突之必要。否則如此一來，反而可能造成共同繼承人間之紛爭不斷，甚至反目成仇，想必被繼承人若尚在人世，亦非其所樂見。又關於折衷說，**本文認為**受託之繼承人，也可能故意不為自己指定應繼分，但故意指定給其他繼承人極低的比例¹⁹⁹，例如：被繼承人有甲乙丙三名法定繼承人，以遺囑委託繼承人甲代為指定應繼分，甲和乙感情融洽，但與丙長年不睦，於是故意只指定給丙「萬分之一」的應繼分比例，然後甲和乙依法定應繼分平均分配未指定的部分，如此一來，折衷說似乎難圓其說。此

¹⁹⁶ 史尚寬，前揭註 22，頁 73-74；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 63-64；參照本文本章第四節該當指定應繼分之情形。

¹⁹⁷，參照史尚寬，前揭註 22，頁 202；林秀雄，前揭註 18，頁 114；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 147-148；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 209-210。

¹⁹⁸ 法典調查會（編）（1937）《法典調查會民法議事速記錄》，61 卷 187 回，頁 130（穗積陳重發言），東京：日本學術振興會；梅謙次郎（1910），《民法要義 卷之五 相續編》，頁 120-121，東京：私立法政大學等。

¹⁹⁹ 學說均肯認被繼承人或受託人得僅就部分繼承人指定應繼分，並參照日本民法第 902 條第 2 項之規定，未受指定之其他繼承人的應繼分，仍依其法定應繼分定之，參照史尚寬，前揭註 22，頁 74；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 65；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 74。

外，經過本文後續分析，指定應繼分及遺產分割方法指定之效力皆具有物權效及遺產分割效，若容許受託之繼承人代被繼承人指定，將使得其他繼承人受侵害的可能性加劇，甚至增加救濟的困難²⁰⁰。最後，參照《大清民律草案》繼承法第 18 條之立法說明亦謂：「所委託必曰「他人」，『不許其以繼承中人為之』，所以免自行處置之嫌也。」²⁰¹，綜上所述，本文主張於我國之情況，此處之第三人不應包括繼承人，但可包含受遺贈人。

於有指定應繼分之情況，自當優先於法定應繼分適用，蓋為求尊重被繼承人之意思，使其合理分配自己的遺產。惟在實際情形，被繼承人未必立有指定應繼分，或因各種原因而遺囑無效或失效，此時仍有適用法定應繼分之必要²⁰²，依照被繼承人與繼承人關係之親疏，以法律推測被繼承人之意思，以求公平合理地分配其遺產。又被繼承人或受委託之第三人僅就部分繼承人指定應繼分時，學說多參照日本民法第 902 條第 2 項之規定，主張未經指定的其他共同繼承人之應繼分，仍依其法定應繼分定之，以如前述。此外，被繼承人或受委託之第三人，得否僅就一部分之財產為指定，學說認為我國民法雖無規定，但為尊重被繼承人之意思，宜作積極解釋²⁰³。最後，當被繼承人之指定應繼分有

²⁰⁰ 關於指定應繼分及遺產分割方法指定的效力問題，留待後文更詳細地說明。

²⁰¹ 司法行政部民法研究修正委員會（編）（1976a），前揭註 177，頁 958。

²⁰² 學說列舉了五種情況，如：（1）被繼承人未以遺囑為指定應繼分、（2）遺囑無效、失效或經撤回、（3）第三人受被繼承人之委託指定應繼分，卻不為之、（4）僅就一部分繼承人指定其應繼分，或僅就一部分財產指定應繼分、（5）各繼承人之特留分，以法定應繼分為標準定之，參照戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 74。

²⁰³ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 77-78。關於指定應繼分之型態，有可能就共同繼承人中之一人或數人指定遺產之一部或全部，或是指定不正確，計算上出現瑕疵而不滿全部遺產或超過全部遺產，相關之研究，可參見陳宗賢（1994），《論指定應繼分》，頁 89-112，國立政治大學法律學研究所碩士論文，惟應注意者係，該論者認為指定應繼分只限於抽象比例的狀態，故僅就抽象比例設例說明。

侵害特留分之情事時，通說均肯認得類推適用民法第 1225 條之規定，許受特留分受侵害之人行使扣減權²⁰⁴，實務亦採此見解²⁰⁵。



第三節 指定應繼分的違和感

從上觀之，承認指定應繼分存在於我國，似無不許之道理，惟其與遺產分割方法之指定該如何區辨，究為相同之制度，或有所不同，或雖有不同但仍有重疊之處？是否有單獨存在之必要？

之所以會產生此疑問，是源於我國多數學說²⁰⁶在說明及解釋指定應繼分時，除了援引已有法律明文規定的日本法外，多援引德國民法第 2048 條²⁰⁷、瑞士民法第 608 條²⁰⁸作為參考對象，惟自德國、瑞士的法條文字觀之，並未出現指定應繼分之描述，而是規定關於遺產分割方法指定之情形，同樣的外國法條文，同時也被用來解釋我國的遺產分割方法指定制度。最常被援引的實務見解——司法院 21 年院字第 741 號解釋²⁰⁹，也同時成為指定應繼分及遺產分割方法之指定的根據，然事實上院字第 741 號解釋的內容，僅出現「分割財產之遺

²⁰⁴ 史尚寬，前揭註 22，頁 74；林秀雄，前揭註 18，頁 340；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 63、406；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 74、346、355。

²⁰⁵ 參照前揭註 23。

²⁰⁶ 史尚寬，前揭註 22，頁 71；林秀雄，前揭註 35，頁 292-293；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 62、64；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 77。

²⁰⁷ 德國民法第 2048 條規定：「被繼承人得以終意處分，指定遺產分割方法。被繼承人得指定其分割依第三人之公平裁量為之。第三人依該指定所為之決定，顯失公平者，繼承人不受拘束；於此情形，依法院之裁判，定其分割之方法」，參自國立臺灣大學法律學院財團法人臺大法學基金會（編譯），前揭註 120，頁 461。

²⁰⁸ 瑞士民法（B.分割之規則 I 被繼承人之處分）第 608 條規定：「（第 1 項）被繼承人得以死因處分，對被繼承人指定關於分割及組成分割部分之準則。（第 2 項）前項準則對繼承人有拘束力，但分割部分之不均為被繼承人所未能預料，而對之為補償者，不在此限。（第 3 項）被繼承人指示遺產中之一物歸屬於繼承人中之一人者，除依該處分可認為被繼承人另有意思者外，應視為僅係分割之準則而非遺贈」，參自國立臺灣大學法律學研究所（編譯），前揭註 129，頁 213-214。

²⁰⁹ 司法院 21 年院字第 741 號：「（一）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，如遺囑所定分割方法，係因當時法律尚無女子繼承財產權之根據，而並非有厚男薄女之意思，此後開始繼承，如女子已取得繼承權，自應依照法定順序按人數平均分受，若遺囑立於女子已有繼承財產權之後，而分割方法顯有厚男薄女之意思，則除違背特留分之規定外，於開始繼承時即應從其所定。」

囑」、「遺囑所定分割方法」等用語²¹⁰，除少數學說曾僅以一句話提及「被繼承人之遺產分割方法之指定，其實質係應繼分之指定」²¹¹，或者指出應繼分之指定與分割方法指定，「性質上雖不同」，然實際上易於混同，故區別非常困難²¹²，其餘學說也沒有再多加解釋兩者之異同。因此有實有必要參考，同時立法明文規定「指定應繼分」與「遺產分割方法指定」兩套制度的日本民法，如何區分二者。

日本法上，加藤一郎教授在說明日本的指定應繼分制度時即謂，若從諸國立法例來看，並沒有相當於日本指定應繼分之規定的立法例，僅承認以遺贈或是遺產分割方法之指定的方式，給與特定繼承人利益，只不過若從遺產分割方法指定的方式而言，不論德、瑞都限以遺囑方式為之，而法國則是除了遺囑，也可以透過公證證書以生前行為的方式為之（舊法國民法第 1075 條以下）²¹³。山島正男教授更曾比較法、德、瑞三國之立法例後，指出日本的指定應繼分，根本是舉世所獨創的制度，關於法國法，一般並不承認遺產分割方法之指定（partage par testament），僅承認直系血親尊親屬得對直系血親卑親屬，得透過自羅馬法而來的「遺囑分割（testament-partage）」（以遺囑為之），或自法蘭西古法而來的「贈與分割（donation-partage）」（以生前行為為之）這兩種方

²¹⁰ 參見史尚寬，前揭註 22，頁 71-72、202；林秀雄，前揭註 18，頁 114；林秀雄，前揭註 35，頁 292；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 62、147-148。

²¹¹ 戴炎輝（1962），《中國繼承法》，頁 292 之註 4，台北：自版；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 355 之註 181。

²¹² 例如學說舉例，被繼承人立遺囑將土地房屋及一切家具使妻與長男共有，其他財產使次男和長女各得十分之二，三男與次女各得十分之三，此時學說認為該遺囑處分應定性為應繼分指定兼遺產分割方法之指定，參見史尚寬，前揭註 22，頁 203。

²¹³ 中川善之助（編），前揭註 191，頁 162 之註 1（加藤一郎）。因法國民法（拿破崙法典）自 1804 年問世後就關於尊屬分割之相關規定曾於 1938、1971 年以及 2006 年進行修正，在此先引用最初法國民法對尊屬分割之規定，（1804 年版）法國民法第 1075 條規定：「父母和其他直系血親尊親屬，得將自己的財產，為其子女和直系血親卑親屬進行分配（distribution）和分割（partage）。」、「（1804 年版）法國民法第 1076 條規定：「（第 1 項）此種分割，額按照生前贈與和遺囑所定的方式、條件和原則，以生前贈與行為或遺囑為之。（第 2 項）以生前贈與行為所為的分割，以現有財產為限。」，參照李浩培、吳傳頤、孫鳴崗（譯）（2009），《拿破崙法典（法國民法典）》，頁 161，北京：商務印書館。

式之遺產的分割，也就是所謂的「尊屬分割（*partage d'ascendant*）」這種特殊的恩惠處分，但因為不是一般的遺產分配制度，因此和其他遺產分配方法的區分不成為問題，例如：受分配的卑親屬不得以受遺贈人的地位接受分配，或是無視於尊屬的指定而主張一般的遺產分割方法，此外關於尊屬分割的無效、撤銷、特留分扣減等都有特別的規定；而德國法，雖然承認一般的遺產分割方法指定（*Teilungsanordnung*），但由於不會對應繼分造成影響²¹⁴，超過法定應繼分的遺產分配，究竟該當於遺產分割方法指定，抑或先取遺贈（或譯：優先遺贈，*Vorausvermächtnis*），其區別產生問題²¹⁵，若要說德國法中勉強部分該當指定應繼分的制度，毋寧是指定繼承人制度（*Erbeinsetzung*）²¹⁶；瑞士法的結構則大致和德國法相同，唯一的差異在於，德國法規定在指定委託的情況，若第三人顯失公平（*offenbar unbillig*）地指定，容許依判決變更其分割方法，相對於此，在不承認指定委託的瑞士法則是，只要不違反被繼承人之意思（按：

²¹⁴ 山島正男教授所稱之應繼分不會受到影響，係指德國法的遺囑分割方法指定不得變更各共同繼承人之應繼分（*keine wertverschiebenden Teilungsanordnungen*），遺產分割方法指定僅具有債權效力，無物權效果，因此，繼承開始時，共同繼承人全體仍為被繼承人全部權利的繼承人，待執行指定的遺產分割方法時，全體繼承人應將特定遺產標的移交給受益繼承人，但客觀上受益繼承人必須從其「個人財產」中「補償」（*Ausgleichung*）超過應繼分的價值，始得繼續按被繼承人的指定方式來分配遺產，參見 Rainer Frank、Tobias Helms（著），王葆蒔、林佳業（譯）（2015），前揭註 163，頁 98-99；另外參照 Anja Amend-Traut（著）（2015），李大雪、龍柯宇、龔倩倩（譯），《德國繼承法》，頁 259-261，北京：法律出版社；Christina Eberl-Borges（著）（2014），王強（譯），《德國民法遺產分割（§§2042–2057a BGB）諾莫斯註解》，頁 75-77，北京：中國政法大學出版社。

²¹⁵ 德國民法第 2150 條規定：「對於繼承人中之一人所給與之遺贈（優先遺贈），於該繼承人本人所加重負擔遺贈義務內，仍視為遺贈。」，參自國立臺灣大學法律學院財團法人臺大法學基金會（編譯），前揭註 120，頁 520。所謂的「先取遺贈」係指，被贈與的標的不計入受益繼承人之應繼分，而可以「預先」取走贈與標的，與遺產分割方法指定最大的不同在於被繼承人是否存在使受益繼承人獲得優待的意願（或稱：受益意圖，*Begünstigungswille*），若有則解釋為先取遺贈，若無則是遺產分割方法指定，參見 Rainer Frank、Tobias Helms（著），王葆蒔、林佳業（譯），前揭註 163，頁 98-99；另外參照 Anja Amend-Traut（著），李大雪、龍柯宇、龔倩倩（譯），前揭註 214，頁 259、260-262；Christina Eberl-Borges（著）（2014），王強（譯），前揭註 214，頁 78-80。

²¹⁶ 德國民法第 2087 條，條文請參照前揭註 129。德國的指定繼承人制度，與我國民法舊第 1143 條和第 1071 條（1985 年均刪除），於被繼承人無直系血親卑親屬時，為了傳宗接代，使被繼承人與受指定繼承人之間成立收養關係的指定繼承人制度不同，其是立基於個人主義及財產自由，與身分關係成立無關。依德國民法第 1937 條，被繼承人得以遺囑指定一人或數人為繼承人。

因被繼承人當初未能預料分配不均一事），就承認此不均等的分割方法，但在共同繼承人間發生補償（或譯：均衡、償還，有調整清算之意，Ausgleichung）²¹⁷。至於，日本法之指定應繼分制度，則將應繼分指定與遺產分割方法指定，相互獨立的立法，此模式乃是舉世所無，為「立法者所獨創的制度」，並指出在日本民法立法當時，指定應繼分和遺產分割方法指定所參考之外國立法例條文完全一模一樣。現已無法確知，原先思索在不侵害特留分限度內得自由處分遺產，並考慮相當於指定繼承人的包括遺贈制度的日本立法者，為何會做出如此特異的立法，總之，具備指定應繼分之規定的結果，其與遺產分割方法指定或與遺贈間的差異究竟為何，也成為日本法上爭論不休的問題²¹⁸。有地亨、二宮周平及中川淳教授亦認為，立法者毋寧是期待一個「尊重被繼承人之意思，相較於形式劃一的依法定應繼分分配，更能照共同繼承人實際狀況而具體合理分配」的制度²¹⁹，但是某程度上透過遺產分割方法之指定也可能實現，或是透過遺贈的方式理應也可以實現，也因為如此，即使應繼分指定、遺產分割方法

²¹⁷ 在瑞士法，受遺產分配的繼承人得對其他繼承人請求依被繼承人的指定而分配，遺囑分配（遺產分割方法制定）本身並無物權效力。又若是被繼承人的優待意願，從遺囑意旨可以顯見，則此讓與，則作為「先取遺贈」，由受益繼承人取得，但只要這個意思不明，被分配的遺產必須充當法定應繼分，若產生繼承人間的不平等，繼承人間必須相互清算（參照瑞士民法第 608 條第 3 項），參見島津一郎（1991），〈分割方法指定遺言の性質と効力〉，《判例時報》，1374 号，頁 7。瑞士民法第 608 條第 3 項：「被繼承人指示遺產中之一物歸屬於繼承人中之一人者，除依該處分可認為被繼承人另有意思者外，應視為僅係分割之準則而非遺贈。」；又瑞士民法（D 遺贈 III 對於遺產之關係）第 486 條第 3 項：「被繼承人為法定繼承人或指定繼承人中之一人而為遺贈者，該繼承人縱令拒絕繼承，仍得請求遺贈。」參自國立臺灣大學法律學研究所（編譯），前揭註 129，頁 169；213-214。

²¹⁸ 山島正男（1960），〈相續分の指定〉，中川善之助教授還曆記念家族法大系刊行委員會（編），《家族法大系：中川善之助教授還曆記念》，頁 269-271，東京：有斐閣。

²¹⁹ 日本民法起草委員之發言：「由於應繼分之平等未必是對繼承人平等，所以提前容許給能自己獨立生活者稍微減少，給沒有謀生能力者稍微多些（應繼分）……」，參見法典調查會（編），前揭註 198，頁 166（穗積陳重發言）；「由於所謂的繼承人是以法律上一般的慈愛程度為基礎的刻板規則。被繼承人等得儘可能靈活運用此規定（應繼分指定），按繼承人的狀態，或有些人本身有應受遺產之必要，或有些人即使不受遺產也可以……」，參見法典調查會（編），前揭註 198，頁 129-130（穗積陳重發言）。

之指定、遺贈三者概念上得以區分，但三者有所重複、其間差異並不明確，造成解釋上之困難²²⁰。

反觀我國民法，雖於《大清民律草案》及《民國民律草案》均有指定應繼分的相關規定，但現行民法卻未見其蹤影，雖無法得知立法者為何選擇刪去該條文，反倒是通說、實務長久以來，以日本的指定應繼分制度為馬首是瞻，承認該制度的存在，卻無法說明清楚其與遺贈和遺產分割方法指定之差別（從後續對實務裁判的類型化分析，將更突顯此問題），讓人頗有「本來無一物，何處惹塵埃」之感。雖然我國行政院於 2016 年 12 月曾提出在民法第 1225 條增訂「應繼分之指定為扣減之標的及其扣減順序」的修法草案²²¹，此舉固然揭示我國民法承認「指定應繼分」制度之存在，但僅是將實務見解明文化，仍只觸及「指定應繼分亦為特留分扣減之標的」，仍未對之加以定義、也未說明其法律效果、是否造成「遺產分割」的結果、特留分扣減的手段是否和遺贈或遺產分割方法之指定有所差異，如此的鋸箭式修法模式，並無法解決遺囑處分法性決定的困難。

第四節 該當指定應繼分之情形

第一項 學說見解

我國學說方面，關於指定應繼分之決定方法，首先應繼分既然是指共同繼承時，各繼承人對於共同繼承財產上的一切權利義務，所得繼承之比例，故以比率的方式指定應繼分，應最無疑義，不過除了此方法，有學說認為只要能明

²²⁰ 中川淳，前揭註 192，頁 213；谷口知平、久貴忠彥（編），前揭註 192，頁 161（有地亨、二宮周平）。

²²¹ 參見我國行政院於 2016 年 12 月 26 日公布之《民法繼承編部分條文修正草案總說明》，載於：<https://www.ey.gov.tw/Page/AE106A22FAE592FD/c630b8ca-5109-46f7-86eb-6a9f508f6c2a>（最後瀏覽日：2019/01/31）。

示應繼分，無論其表示應繼分之比率，或是表示全額，或依遺產目錄將各個具體財產分配與各繼承人，均在所不問，惟依財產目錄將各個之具體財產分給各個繼承人時，有時僅有指定應繼分的意義，有時兼有指定遺產分割方法之意義，有時又僅只有指定遺產分割方法之意義，亦有可能是對繼承人所為之遺贈的意義，此時只能斟酌個案情況，具體的決定²²²；亦有認為若為「純粹之指定應繼分」，則繼承人對於遺產之全部均有一定比例之應繼分，若遺囑之內容已限定特定的分配，則非單純之指定應繼分，而是含有指定遺產分割方法之指定應繼分²²³；另有學者認為指定應繼分在嚴格意義下，應係指「抽象之應有部分的比例指定」，例如：指定遺產的 1/2 由 Y 繼承²²⁴。

第二項 實務見解

實務方面，從以下幾則具代表性實務見解進行觀察，與遺產分割方法指定競合的類型容待後述，此處先僅就單純被認定是應繼分指定者觀察（下稱：非競合型的指定應繼分），大概可以分成三個類型，說明如下：

一、抽象比例指定型

（一）臺灣臺中地方法院 94 年度家訴字第 112 號判決²²⁵

本件事實簡化如下：「被繼承人 A 有子 B、C、D 等三人，女 Y1、Y2、Y3 等三人，因 C 早亡，故由孫即 C 之子 X（即原告）代位繼承。被繼承人 A 生前立有代筆遺囑，載明：『（一）本人（即被繼承人 A）所有之甲地之應有部分全部，及乙地之應有部分全部，均由長女 Y1、次女 Y2、三女 Y3 三人（即被告等）共同繼承，每人各繼承 1/3。（二）本人除前項不動產外，嗣後如

²²² 史尚寬，前揭註 22，頁 73-74；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 63-64。

²²³ 林秀雄（1992），〈論特留分扣減權〉，《輔仁法學》，第 11 期，頁 135 之註 2。

²²⁴ 黃詩淳，前揭註 21，頁 252 之註 19。

²²⁵ 本件判決未經上訴至二審法院，而判決確定。

有其他任何任何動產及財產，也比照第一項規定繼承之方式繼承。(三)其餘兒子，前已提供現金供其等置買財產，於此不再給予，不得有任何異議』。遺產中尚有尚有丙及丁二筆土地未做分配。被繼承人 A 死亡後，上開 4 筆土地，已由被告 Y1、Y2、Y3 辦妥繼承登記，並均已出售與訴外人 E」。

該判決謂：「本件兩造之被繼承人 A 於代筆遺囑中指定其遺產之應繼分由被告三人 Y1、Y2、Y3 以各三分之一比例繼承，對於其他繼承人 (X 及 B、D) 則未為任何遺產之給予，A 所為之指定應繼分行為，雖非遺贈，然依上開說明，應繼分之指定，若致應得特留分之人之特留分不足時，亦得按其不足之數由應繼財產扣減之」。

二、特定遺產指定型

(一) 臺灣高等法院高雄分院 87 年度家上字第 158 號判決²²⁶

本件事實簡化如下：「被繼承人 A 有長子 Y 及其他子女 X1、X2、X3、X4、B~J (其中一人已亡、一人被他人收養)。被繼承人 A 生前立有遺囑載明：『(一) 遺囑人所有之甲地 (嗣後經分割為甲 1、甲 2 及甲 3 三筆土地)、乙地及丙地 (下稱系爭土地) 全部歸長子 Y 繼承；(二) 遺囑人之其他子女……已因結婚、分居或營業而從遺囑人受有財產之贈與，所以不再給予繼承上揭財產，其他繼承人亦不得主張』。被繼承人 A 死亡後，Y 即將系爭土地申請所有權移轉登記於自己名下」。

該判決謂：「查兩造之被繼承人 A 於 82 年 6 月 2 日，製作代筆遺囑，載明『(一) 遺囑人所有之甲土地 (嗣後經分割為甲 1、甲 2 及甲 3 三筆土地)、乙土地、丙土地……等土地全部歸長子 Y 繼承；本件兩造之被繼承人 A

²²⁶ 本件判決經上訴到最高法院後，遭最高法院 91 年度台上字第 556 號判決廢棄，而自為判決。惟最高法院的判決並未否定高等法院將該遺囑處分認定為指定應繼分，而係基於其他理由將原判決予以廢棄，自為判決。

於遺囑中指定其所有之系爭土地全部由上訴人 Y 繼承，其餘子女包括被上訴人在內均不得繼承，足見 A 所為上開遺囑之行為係為應繼分之指定，而非遺贈，被上訴人謂係遺贈，尚有誤會。……兩造之被繼承人 A 於 83 年 11 月 3 日死亡時，其所遺留之財產為甲土地（嗣後經分割為甲 1、甲 2 及甲 3 三筆土地）、乙土地、丙土地等三筆土地，岡山信用合作社 50 股股份及現金 1 萬元，此有遺產明細表可稽，並為兩造所不爭，是該三筆土地、岡山信用合作社 50 股股份及現金 1 萬元為繼承開始當時兩造之應繼財產」。

（二）臺灣高等法院 98 年度重家上字第 6 號判決²²⁷

本件事實簡化如下：「被繼承人 A 以代筆遺囑，將名下 25 筆不動產（下稱系爭不動產），全部指定由其中一名女兒 Y 單獨繼承，其他七名繼承人未受分配，遺產中尚有儲蓄及大批股票亦未受分配。被繼承人 X 死亡後，Y 單獨持遺囑將系爭不動產辦理繼承登記於己」。

該判決謂：「查 A 於系爭遺囑中將系爭不動產全部指定（按：共計 25 筆不動產）由上訴人 Y 單獨繼承，其性質應屬應繼分之指定，其價額為 5,627 萬 3,967 元，此為兩造所不爭執，而 A 之應繼財產為 6,366 萬 2,396 元（按：尚有 A 自其配偶 B 繼承而來的遺產等），扣除該遺贈價額，僅餘 738 萬 8,429 元，而其他繼承人每人之特留分額為 397 萬 8,900 元，已然侵害其他繼承人之特留分甚明，被上訴人主張依民法第 1225 條規定行使扣減權，自屬有據」。

²²⁷ 本件判決經上訴到最高法院後，遭最高法院 99 年度台上字第 918 號判決廢棄發回更審，廢棄的其一理由認為：原審一方面認為系爭遺囑將系爭不動產「遺贈」予上訴人，一方面認為將系爭遺囑中將系爭不動產「全部指定」由上訴人單獨繼承，其性質應屬「應繼分之指定」，判決理由有所矛盾；其二理由認為：遺囑人真意為何？「是否僅為應繼分之指定抑或包括指定遺產分割方法？如為肯定……均未說明其法律上之理由」，可謂本判決「委婉地」將該遺囑處分定性為競合型之指定應繼分（「指定應繼分兼遺產分割方法指定」類型），參見黃詩淳，前揭註 21，頁 253。

(三) 臺灣高等法院臺中分院 100 年度重家上更(一)字第 1 號判決²²⁸

本件事實簡化如下：「被繼承人 A (配偶 B 已歿) 以代筆遺囑，將部分遺產 (按：25 筆不動產) 指定分歸給兒子 X 及 Y1 分別或比例取得，Y2、Y3、Y4 等三名女兒未受分配，遺產中尚餘其他不動產未受分配。被繼承人 A 死亡後，繼承人間就前開遺產既不能協議分割，原告 X 故訴請分割遺產，並請求依前揭所述比例，以採取分別共有方式予以分割」。

該判決謂：「故本件被繼承人 A 以遺囑就遺產所作之分配究係遺贈或遺產分割方法或應繼分之指定，……而所謂遺贈係指立遺囑人依遺囑對於他人 (受遺贈人) 無償給予財產上利益之行為。應繼分之指定乃指定全部遺產或特定遺產由特定繼承人依其所指定分配特定比例取得；是遺贈與應繼分指定之差別，遺贈不限於法定繼承人，應繼分指定限於法定繼承人；於遺產有債務時，如係應繼分之指定，債務於繼承人之相互間按指定之應繼分而負擔。如係遺贈，受遺贈人不負擔債務，且除遺贈違反特留分規定應予扣減外，法定繼承人相互間仍應按其原應繼分比例負擔。本件遺囑，經觀諸其前言記載：『……為欲保後代家庭美滿，……願將本人所有不動產生前先書立遺囑指定受遺贈人繼承不動產如左標明』，而遺囑末亦記載『以上分配仍係立遺囑人生前意願之交代處理，務須遵照上列辦理繼承登記，希望我子孫必須克勤克儉，保護家業以慰我

²²⁸ 本件判決係最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決將原審駁回後，高等法院所為之更審判決。需補充說明者係，最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決以三點理由將原審廢棄發回，其中兩點涉及遺囑處分定性的問題：其一，該判決認為遺贈通常是將一兩個特定財產給與某特定繼承人，然而本件情形包括多達 25 筆價值甚高之不動產，故非遺贈；其二，則是認為當遺產中包含債務時，若為應繼分指定，債務於繼承人之相互間按「指定之應繼分」而負擔，若為遺贈，繼承人相互間仍應按其「應繼分比例」負擔。又該判決中認為遺囑中提及，遺囑人及其妻日後生活費、醫藥費、百年後喪事費等一切費用均由兩位受益繼承人各負擔二分之一，且日後遺囑人與其妻之對外一切債務，亦是由兩位受益繼承人均分負擔或取得，債務似按遺囑人指定之受益繼承人應繼分比例分擔。縱上所述，最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決雖未直接表明定性為指定應繼分，但從判決之脈絡將遺贈與指定應繼分對立，且認為原審定性為遺贈「不免速斷」，可以推敲出其將本件定性為指定應繼分；可同時參照註 56 所引之判決及相關內容。

心安寧』等語，可見 A 書立遺囑之時，係就其所認知中之所有不動產（按：共計 25 筆不動產，尚有遺囑所未提及的與他人共有之土地 2 筆和道路用地）作分配，指定由被上訴人 X 及上訴人 Y1 『繼承』該不動產，以保護家業及後代家庭美滿。是其書立遺囑之目的顯係在『指定……繼承』，以保其家業之長遠存續，而非任令其花用之贈與。況本件遺囑復載明：『受遺贈人 X、Y1 應負擔之權利義務特別條件如左：一、遺產稅 X、Y1 各人所得依照各人取得之不動產應納之稅額各自負擔繳納。二、遺囑人 A 及妻 B 日後生活費、醫藥費及百年後喪事費等一切所開費用應由 X 及 Y1 各負擔二分之一；三、日後遺囑人 A 及妻 B 對外一切債權債務，由 X、Y1 均分負擔或取得。』等語……可見上訴人 Y1 及被上訴人 X 並非單純受贈而無償取得 A 之遺產，就兩造之被繼承人 A 及其妻 B 之債務、渠等之生活費用、身後喪葬費用，亦係按 A 指定之上訴人 Y1 及被上訴人 X 應繼分比例分擔，而非由全部繼承人按法定應繼分比例負擔，益徵 X 以遺囑就其財產所為分配，係應繼分之指定而非遺贈。（二）又兩造之被繼承人 A 之遺產雖除附表二及中港路二段 25 號建物外，尚有花蓮 2 筆土地及附表一所示土地，但花蓮 2 筆土地係 A 父親與他人共有，……而附表一所示土地均為道路用地，當時均尚未被徵收，依社會一般通念認無經濟價值，因此，在 A 之主觀認知中有價值可供分配之不動產僅有附表二所示之土地及中港路二段 25 號建物（按：共計 25 筆不動產），此由遺囑前言記載『……願將本人〔所有〕不動產先書立遺囑指定受遺贈人繼承不動產如左標明……』即可認定。因此，本件遺囑雖……非就全部遺產為分配，惟此並不影響 A 於書立遺囑當時，主觀上顯係欲就其所有全部財產作分配，而非將特定財產贈與予特定人之認定。況指定應繼分亦得就遺產之一部為指定，故視同上訴人 Y2、Y3、Y4 等辯稱 A 並未就全部遺產為指定，而僅係就部分特定財產指定予特定之繼承人，故認該遺

囑應屬遺贈云云，亦無可採。再者，兩造被繼承人 A 書立遺囑當時之社會民情多係厚男薄女，以男丁、兄弟均分遺產為常習，故 A 以遺囑將其所有財產分配予家中男丁即被上訴人 X 及上訴人 Y1 等，與當時之社會常習亦相符合。故上訴人 Y1 主張系爭遺囑之真意為應繼分之指定等語，洵屬可採。……綜上所述，被上訴人 X 及上訴人 Y1 主張兩造之被繼承人 X 於遺囑中就遺產所為之分配性質上係應繼分之指定為可採，而視同上訴人 Y2、Y3、Y4 等關於遺贈之抗辯為不足取」。

(四) 臺灣高等法院臺中分院 101 年度家上易字第 3 號判決²²⁹

本件事實簡化如下：「被繼承人 A（配偶 B 已歿），共有 X1、X2、X3、Y1 四名子女，為法定繼承人。被繼承人 A 生前立下代筆遺囑，將甲地及乙建物兩筆不動產（下稱系爭遺產）指定由繼承人 Y1 及繼承人以外之人 Y2 分別各自取得 2 分之 1 權利。被繼承人 A 死亡後，Y1 及 Y2 各以遺囑繼承、遺贈為原因，將系爭遺產登記為兩人所共有」。

該判決謂：「經查，兩造（Y2 除外）既係被繼承人之直系血親卑親屬，且為全部繼承人，……被繼承人 X 以代筆遺囑指定其系爭遺產 2 分之 1 由上訴人 Y1 繼承（此部分應為應繼分之指定），並將其餘應有部分 2 分之 1 遺贈與上訴人 Y2，致被上訴人 X1、X2、X3 三人未獲得任何遺產，……足證本件被繼承人以遺囑指定之應繼分及遺贈之行為已有侵害被上訴人特留分之情形」。

二、全部遺產指定型

(一) 臺灣宜蘭地方法院 96 年度家訴字第 19 號判決²³⁰

²²⁹ 本件不得再上訴，故二審判決確定。

²³⁰ 本件判決經上訴至高等法院，經臺灣高等法院 97 年度家上字第 270 號判決認定，上訴為一部有理由，一部無理由，惟當事人並未就遺囑處分定性有所爭執，高等法院亦未就此重新定性，後未見有最高法院的判決出爐，應該是已經判決確定。

本件事實簡化如下：「被繼承人 A（配偶 B 已歿），共有 X、Y1、Y2、Y3、Y4 五名子女，為法定繼承人。被繼承人 A 之配偶 B 死亡時，遺有 5 筆不動產（下稱系爭不動產），由 A、原告 X 及被告 Y1、Y2、Y3、Y4 共同繼承，但未辦理繼承登記。嗣被繼承人 A 立有遺囑謂：『一、立書人 A 遺有坐落……。其中第 2 至 6 項被繼承人 B 死亡後之應繼分 1/6。二、前條全部遺產均由長子 Y2 繼承。...』，後來被繼承人 A 死亡，X、Y1、Y2、Y3、Y4 共同繼承 A 之遺產，則綜合 A 及 B 之遺產，就系爭不動產辦妥共同共有之繼承登記。」

該判決謂：「而我國現行民法雖未明文規定指定應繼分，然指定應繼分既得以遺囑處分遺產之方式為之，如被繼承人有以遺囑定繼承人之應繼分時，在不違反特留分之情形下，應優先依指定應繼分為遺產分割，縱遺囑有侵害特留分，該遺囑亦非全屬無效，僅在未侵害特留分部分，仍應依該遺囑所指定之應繼分為遺產分割，並可類推適用民法第 1225 條規定，許特留分被侵害者行使扣減權，以因遺囑受有應繼分指定者為請求扣減對象。……被繼承人 A 前開有效之代筆遺囑內容所載：『一、立書人遺有坐落……。其中第 2 至 6 項被繼承人 B 死亡後之應繼分 1/6。二、前條全部遺產均由長子 Y2 繼承。...』等語。……綜上所述，被繼承人 B 於 85 年 8 月 28 日死亡，遺有附表編號 1 至 5 所示土地（按系爭不動產），由其配偶 A 及兩造繼承（按：X、Y1、Y2、Y3、Y4），應繼分各為 1/6。而於 87 年 8 月 8 日 A 立系爭遺囑將其繼承自 B 遺產應繼分 1/6，全部分配給被告 Y2。嗣於 92 年 10 月 4 日 Y 死亡，系爭遺囑發生效力，則系爭遺囑已侵害原告 X、被 Y1、Y3、Y4 之特留分各 1/10，應由上開 A 所遺財產即 B 遺產應繼分 1/6 扣減之……」。

（二）臺灣桃園地方法院 106 年度重家訴字第 24 號判決²³¹

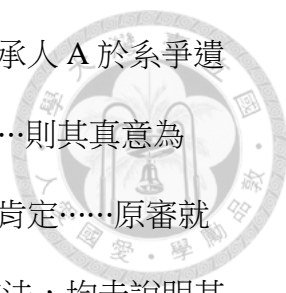
²³¹ 裁判日期為 2018 年 02 月 08 日，尚無法得知是否被上訴到二審法院，或是已經判決確定。

本件事實簡化如下：「被繼承人 A（配偶 B 已歿），一連生育七女後始生育被告 Y，為家中唯一男丁。被繼承人 A 生前立有公證遺囑，將全部遺產指定由被告 Y 繼承，系爭公證遺囑中有『因女兒們都沒來看我，我的財產不給女兒們繼承』等語之記載。被繼承人 A 死亡後，被告 Y 單獨就遺產中之不動產以遺囑繼承為登記原因、登記為其一人所有，現金部分亦經領取完畢」。

該判決謂：「兩造不爭執事項：一、……。三、被繼承人 A……立有公證遺囑，將全部遺產指定由被告人 Y 繼承，系爭公證遺囑中有『因女兒們都沒來看我，我的財產不給女兒們繼承』等語之記載。……查 A 以遺囑為應繼分之指定，自由處分其遺產，雖然違背法律之規定而有侵害原告等人之特留分，惟其遺囑仍屬合法有效，尚非有無效或遺囑不能成立之情事存在，此為兩造所不爭執，前均已述及」。

從上述幾個實務判決可以發現，實務所承認之非競合型的指定應繼分，除了包括學說所稱最嚴格意義的「抽象之應有部分的比例指定」（或稱：「純粹之指定應繼分」）的「抽象比例指定型」；也包括將全部遺產指定給共同繼承人之一單獨繼承的「全部遺產指定型」（百分之百比例的遺產），甚至連僅指定遺產中的全部不動產（或大部份價值較高的不動產），而未指定現金、存款及股票等其他動產（或包含主觀價值較低的不動產）的「部分特定遺產指定型」也包括在內。「抽象比例指定型」較無疑問，但後兩者不禁讓人感到懷疑，只對特定繼承人給與部分特定的遺產²³²，或是只對特定繼承人給與全部遺產，這樣的情形為什麼不該當兼具遺產分割方法指定的競合型指定應繼分？事實上，從最高法院 99 年度台上字第 918 號判決廢棄臺灣高等法院 98 年度重家

²³² 臺灣高等法院高雄分院 87 年度家上字第 158 號判決、臺灣高等法院 98 年度重家上字第 6 號判決是將遺產中的全部不動產，只指定給數共同繼承人中之一人；而臺灣高等法院臺中分院 100 年度重家上更（一）字第 1 號判決則是將大部分價值較高的不動產，分別指定給數共同繼承人中的兩人；三則判決的遺囑人都未將其現金、存款、或其他動產進行指定。



上字第 6 號判決而發回更審的理由來看，最高法院謂：「被繼承人 A 於系爭遺囑載明本人名下之左列不動產由本人之女兒 Y 單獨繼承等語……則其真意為何？是否僅為應繼分之指定抑或包括指定遺產分割方法？如為肯定……原審就系爭遺囑之性質為何，是否為 A 生前以遺囑方式之遺產分割方法，均未說明其法律上之理由，逕以上揭理由為上訴人不利之判決，不免速斷。」；再從最高法院 102 年度台上字第 1245 號判決廢棄臺灣高等法院臺中分院 100 年度重家上更（一）字第 1 號判決而發回更審的理由來看，最高法院謂：「又系爭遺囑將 A 所遺財產之一部指定分歸被上訴人 X 及 Y1 分別或共同取得，究係應繼分之指定？或兼有指定應繼分及定分割方法之意思……，亦有未明，尚待釐清」，以上兩件最高法院判決都不認為其案件之遺囑處分僅具指定應繼分的性質，而是兼具著遺產分割方法指定之性質²³³。綜合上述，實務上的「非競合型的指定應繼分」，似乎僅在「抽象比例指定型」（幾分之幾）較無爭議，恰與學說所認為的「指定應繼分在嚴格定義下，應係抽象之應有部分的比例指定」相同。

第三項 分析與檢討

本文基本上贊同對指定應繼分採嚴格解釋，將之限縮至對全部遺產的「抽象的比例指定」，蓋回到「應繼分」最初之意義，本在指共同繼承時，各繼承人對於共同繼承財產上之一切權利義務所得繼承之「比例」，不會使特定繼承人取得特定遺產（或具體之應有部分）²³⁴，倘若發生使特定繼承人繼承特定遺

²³³ 應補充者係，最高法院 99 年度台上字第 918 號判決所採之見解，也獲得後來更審法院的遵循（臺灣高等法院 99 年度重家上更（一）字第 3 號判決），此更一審又經上訴，而最高法院的支持更一審之判斷（最高法院 103 年度台上字第 444 號裁定），最後，又被提起再審，再審法亦肯定更一審之判斷（臺灣高等法院 103 年度重家再字第 1 號判決），而將再審之訴駁回。不過，上述之判決因為還涉及遺產分割方法指定以及特留分扣減方法的問題，故容待後續更詳盡的說明。

²³⁴ 本文認為，這時也必須排除對特定繼承人百分之百的全部遺產指定的情形，原因在於，若使特定繼承人取得全部遺產，此時已經形成將「全部的特定遺產」給特定繼承人，所以還是會產生與遺產分割方法指定區分的困難。

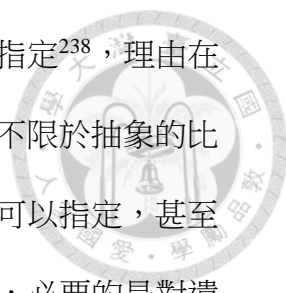
產的情況，則將該遺囑處分定性為「指定應繼分兼遺產分割方法指定」這種「競合」的類型，以區分「指定應繼分」和「指定應繼分兼遺產分割方法指定」，避免發生如最高法院 99 年度台上字第 918 號判決及最高法院 102 年度台上字第 1245 號判決的情況，徒增加訴訟當事人之勞力、時間、費用等負擔，損其程序利益，徒使遺囑相關訴訟越發複雜。

不過，基於前述對於指定應繼分的違和感，筆者對於指定應繼分是否有獨立存在的必要性，仍然是抱持著懷疑的態度，也就是說，**到目前為止似乎還找不到指定應繼分和遺產分割方法指定的區別實益**。我國曾有學說謂：「被繼承人之遺產分割方法之指定，其實質係應繼分之指定」²³⁵，**本文認為**倒不如說指定應繼分（抽象比例的指定），其實就是遺產分割方法指定的手段之一²³⁶，或是說台灣民法所承認的遺產分割方法之指定，和德國、瑞士法不同，**本質上是「得變更繼承人法定應繼分的遺產分割方法指定」**，事實上早期學說在「遺產分割方法之指定」的論述上，也沒有特別提到「兼指定應繼分」或「同時為應繼分之指定」這樣的用語，而直接認為遺產分割方法之指定只要是以遺囑為之，並且不違反特留分之規定已足，而分割的實際結果縱不適合各繼承人之應繼分比例，亦屬無妨²³⁷。這也意味著，我國的遺產分割方法之指定是容許變更法定應繼分的，其實只要將遺囑處分簡化為「遺贈」與「遺產分割方法之指定」兩種類型即可。退步言之，縱使在日本有明文規定指定應繼分之存在，亦有學說主張，應將應繼分之指定限定在「對全遺產純粹的比例指定」的場合，若涉及一定的財產指定（即使是以財產目錄為全部遺產的具體分配），則是應

²³⁵ 戴炎輝，前揭註 211，頁 292 之註 4，台北：自版；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 355 之註 181。

²³⁶ 相同見解，參見李秋瑩，前揭註 57，頁 227。

²³⁷ 李宜琛，前揭註 133，頁 58；胡長清，前揭註 131，頁 128；羅鼎，前揭註 131。



該當遺產分割方法之指定還是遺贈的問題，而不屬於應繼分之指定²³⁸，理由在於，日本的指定應繼分與台灣情形相同，通說認為指定的內容不限於抽象的比例，凡是不動產、動產、土地、建物、有價證券、存款等等都可以指定，甚至是透過財產目錄對個別的特定遺產指定也可以²³⁹，在這情況下，必要的是對遺產有比例的存在，但由於民法承認對遺產一部的指定，因此也承認對個別的遺產指定比例，正因為不論是概括的、個別的或具體的遺產都可以透過應繼分指定進行，因此和遺產分割方法之指定產生解釋的問題²⁴⁰。不過台灣民法既然無規定指定應繼分制度，又何必庸人自擾呢？因此本文主張，將遺囑處分簡化為「遺贈」與「遺產分割方法之指定」兩個類型即可，但為求行文之方便，故仍然保留「指定應繼分」此一用語及概念。其他更深入的討論，容待第五章遺產分割方法之指定一併提出。

第五節 指定應繼分之法律效果

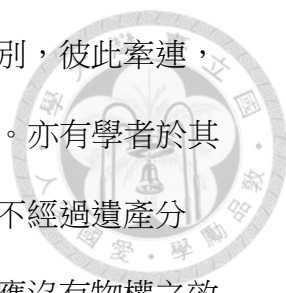
第一項 早期學說見解

關於指定應繼分之效力如何，不知為何，我國傳統學說均無論及。不過曾有研究認為，我國民法，物權之變動既採形式主義，而非採意思主義，則被繼承人依遺囑所為之財產處分，並不立即發生物權變動之效果（採債權效力說），無論是遺贈，或是對共同繼承人間的遺產分割方法指定及應繼分之指定，三者皆無不同，故三者僅只止於概念上之區別，並表示相較於日本實務及學說間，對於遺囑處分究竟是遺贈、指定應繼分還是遺產分割方法指定，不但

²³⁸ 中川善之助（編），前揭註 191，頁 168（加藤一郎）；山島正男，前揭註 218，頁 271-272。

²³⁹ 中川善之助（監修），前揭註 190，頁 118（島津一郎）；近藤英吉，前揭註 188，頁 556；柳川勝二，前揭註 188，頁 577；穗積重遠（1947），《相續法 第 1 分冊》，頁 222，東京：岩波書店。

²⁴⁰ 山島正男，前揭註 218，頁 271-272。



在概念上有所區別，效力上亦有債權效力說及物權效力說的差別，彼此牽連，眾說紛紜，我國法上因三者效力無差別，故問題反而較單純²⁴¹。亦有學者於其早期研究中認為，由於指定應繼分理論上僅為抽象之比例，若不經過遺產分割，則無法確定由何繼承人取得何具體財產之，故指定應繼分應沒有物權之效力²⁴²，又在不動產登記程序上，依我國土地登記規則第 120 條第 1 項之規定，若部分繼承人因故不能會同其他繼承人共同申請繼承登記時，得由其中一人或數人為全體繼承人之利益，就被繼承人之土地（包含土地及房屋等不動產），申請為共同共有之繼承登記，此時需提出同法第 119 條第 1 項之文件，然僅能推斷其法定應繼分之比例，法律並未要求提出遺囑，故地政機關也無從得知其指定應繼分，故此繼承登記僅可能為「符合『法定應繼分比例』的『共同共有』登記」²⁴³。

第二項 從登記實務形成的新實務見解

首先內政部 81 年 6 月 20 日臺內地字第 8181523 號函（下稱：內政部 81 年函）謂：「被繼承人以遺囑就其遺產指定繼承人之應繼分，非屬遺贈性質，應依遺囑內容辦理繼承登記。」，有學者認為該函的出現，將繼承登記的範圍擴大至「符合『指定應繼分』之『共同共有』登記」，允許繼承人得持遺囑及其他第 119 條之相關文件單獨辦理繼承登記，不適用同法第 123 條關於遺贈之規定，故受指定應繼分之人無須與其他繼承人共同為之²⁴⁴。不過有論者則認為，該函之意應解釋為允許受指定應繼分之人單獨申請分別共有之登記，其謂：


「地政士於實務操作上，亦會依土登規則第 120 條後段，要求繼承人全體出具

²⁴¹ 陳宗賢，前揭註 203，頁 33-34、54 之註 71。

²⁴² 黃詩淳（2007），〈台灣法での相続の過程における遺留分減殺請求の機能（3）：特に日本法との対比で〉，《北大法学論集》，57 卷 6 号，頁 412。

²⁴³ 黃詩淳，前揭註 21，頁 250-251。

²⁴⁴ 黃詩淳，前揭註 21，頁 251。



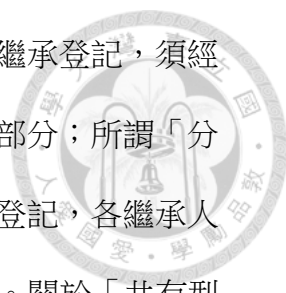
印鑑同意，協助申請為分別共有登記」云云，指定應繼分不僅產生債權效力，依上開函釋登記，使指定應繼分產生「類似物權效力」²⁴⁵。對此，**本文認為**以下幾點有待斟酌：第一，未受指定之繼承人，甚至受指定比例極低者，似乎不太可能交出印鑑協同辦理分別共有登記。且實際上，除非是向其他繼承人表示拋棄者（繼承開始在 1985 年 6 月 4 日前）或辦理遺產分割時才應檢附印鑑證明及蓋印鑑章，其他情形只需要一般印章即可²⁴⁶。又此為持遺囑辦理繼承登記之案件，根本無需其他繼承人的會同、或印鑑證明，或一般印章同意，單獨即可辦理登記。第二，若允許單獨為「分別共有」之登記，即生物權效力及遺產分割效力，何來「類似」之說。不過，該見解確實提出一個重點，究竟此函釋所說的「依遺囑內容辦理繼承登記」，允許的僅是「共同共有登記」還是「分別共有登記」？

關於前述問題，必須先釐清，地政登記實務如何辦理繼承登記。關於繼承登記²⁴⁷之態樣，原則上分為三類：「共同共有繼承登記」、「一般繼承登記（又稱：應繼分登記）」以及「分割協議繼承登記」。所謂「共同共有登記」，即依土地登記規則第 120 條第 1 項前段所辦理的繼承登記，無須全體繼承人會同辦理，一人亦可為全體繼承人之利益，登記為共同共有，如果之後經過全體繼承人同意，可以辦理共有型態變更登記，再登記為分別共有；所謂

²⁴⁵ 李秋瑩，前揭註 57，頁 214。

²⁴⁶ 參照新北市政府地政局，前揭注 171，頁 294。該問題經筆者向台北市大安地政事務所及新北市樹林地政事務所，以及另外兩名執業數十年之地政士詢問，僅需一般印章即可辦理。

²⁴⁷ 關於辦理繼承登記之應備文件如下：登記申請書、登記清冊、繼承系統表、權利書狀（所有權狀或他項權利證明書）、戶籍謄本、印鑑證明（向其他繼承人表示拋棄者〈繼承開始在 1985 年 6 月 4 日前〉或遺產分割時檢附）、委託書（土地登記之申請，若委託代理人為之者）、法院准予備查之繼承權拋棄文件（若有拋棄繼承者）、繼承權拋棄書（若拋棄繼承是在 1985 年 6 月 4 日以前發生繼承，而以書面向親屬會議或其他繼承人表示拋棄者檢附）、遺產分割協議書正副本（繼承人分割遺產時檢附）、遺產稅繳（免）納證明書或其他有關證明文件（如不計入遺產總額證明書、同意移轉證明書）、遺囑（遺囑繼承時檢附）、理由書（關於繼承人現在戶籍謄本，部分繼承人申請登記為全體繼承人共同共有時，未能會同之繼承人得以曾設籍於國內之戶籍謄本及敘明未能檢附之理由書代之），參自新北市政府地政局，前揭注 171，頁 294-296。



「一般繼承登記」，即依同規則第 120 條第 1 項後段所辦理的繼承登記，須經全體法定繼承人同意，直接按法定應繼分登記，各自取得應有部分；所謂「分割協議繼承登記」，則是依照全體繼承人分割協議書辦理繼承登記，各繼承人分別取得不動產之單獨所有權，或按協議內容取得應有部分²⁴⁸。關於「共有型態變更登記」以及「一般繼承登記（應繼分登記）」，按內政部 107 年 1 月 19 日台內地字第 1061308210 號令謂：「繼承人按其法定應繼分會同申請繼承登記為分別共有（按：一般繼承登記），因繼承人已全體同意依民法規定之應繼分辦理，未涉及權屬之變動，且可消滅公同共有關係，避免後續處分或權利行使複雜化，茲為簡政便民，是類案件無需當事人親自到場及依土地登記規則第 40 條規定程序辦理；已辦竣公同共有繼承登記之土地及建物，繼承人按其法定應繼分會同申請共有型態變更登記為分別共有者，亦同」²⁴⁹，意即，新的函釋為求「便民」，已不再要求全體親自到場（當然就不需要檢附全體繼承人印鑑證明及蓋印鑑章），只要全體同意即可；「分割協議繼承登記」則最為嚴謹，須檢附全體繼承人之分割協議書，以及親自到場核對身分（除非依照土地登記規

²⁴⁸ 地政登記業務並無法規明定繼承登記之細項，以上分類乃實務運行所形成，經筆者向兩名執業二十年以上之地政士（一位是台北市聯華地政士事務所所長顏式淇先生、一位是桃園市蘇地政士事務所所長蘇少琴女士）詢問此問題，以及參見新北市樹林地政事務所登記課（2017），《106 年度繼承登記說明會簡報檔》，頁 5-20，載於：

https://www.shulin.land.ntpc.gov.tw/ch/home.jsp?id=392&parentpath=0.1.134.352&mcustomize=multimessages_view.jsp&dataserno=201707100001&t=null&mserno=201407070001（最後瀏覽日：2018/05/21）。

²⁴⁹ 該令發布後，內政部發函給各直轄市、縣（市）政府、中華民國地政士公會全國聯合會說明，內政部 102 年 3 月 25 日內授中辦地字第 1026032404 號函之內容與該解釋令未合，應停止適用。載於：

https://www.laws.taipei.gov.tw/lawsystem/wfLaw_Interpretation_Content.aspx?SOID=182303（最後瀏覽日：2018/05/22），以及可參見發給基隆市政府的公文，載於：http://anleh-land.gov.tw/an_db/rule/20181252034827.pdf（最後瀏覽日：2018/05/22）。102 年之函釋謂：「為確定申請人依應繼分申辦變更為分別共有登記之真意（按：共有型態變更登記），除申請人符合土地登記規則第 41 條第 2 款、第 5 款至第 8 款及第 10 款（按：檢附印鑑證明）規定之情形者外，應親自到場，並依同規則第 40 條規定程序辦理。」，意即，依土地登記規則第 40 條，登記義務人（按：全體繼承人）應親自到場，提出國民身分證正本，當場於申請書或登記原因證明文件內簽名，並由登記機關指定人員核符後同時簽證，若無法親自到場，亦得以印鑑證明代替。

則第 41 條之情形，當事人得免親自到場，例如：出具印鑑證明，或分割協議書已經過公證或認證），並於登記申請書件簽名（親自到場）或蓋印鑑章。綜合上述，整理表格如下：



表 1 繼承登記態樣之比較²⁵⁰

申請繼承登記之型態	共同共有繼承登記	共有型態變更登記（共同共有變分別共有）	一般繼承登記（按法定應繼承登記）	分割協議繼承登記
是否須全體繼承人出面申請	X	X（107 年令）	X（107 年令）	O
是否須附印鑑證明、蓋印鑑章	X	X（107 年令停止適用 102 年函）	X（107 年令）	O（或全體繼承人親自到場）
遺產分割協議書正副本	X	X	X	O
是否須登記給全體繼承人	O	O	O	X，經協議由一人或數繼承人取得所有權

²⁵⁰ 修改自新北市樹林地政事務所登記課（2016），《105 年度繼承登記說明會講義》，頁 32，載於：
https://www.shulin.land.ntpc.gov.tw/ch/home.jsp?id=392&parentpath=0,1,134,352&mcustomize=multimessages_view.jsp&dataserno=201608230001&t=null&mserno=201407070001（最後瀏覽日：2018/05/22）。

可否自由處分其應有部分或單獨取得之所有權	X (共同共有人間並無應有部分)	O (各共有人得自由處分其應有部分)	O (各共有人得自由處分其應有部分)	O (各共有人得自由處分其應有部分，或所有人得自由處分單獨之所有權)
----------------------	------------------	--------------------	--------------------	------------------------------------

從上觀之，地政登記實務允許繼承人直接辦理「一般繼承登記（分別共有登記）」，無須全體繼承人出面申請，無須印鑑證明及蓋印鑑章，無須分割協議書，只要全體繼承人同意即可辦理。對於得否逕辦分別共有之登記，學說上亦認為，遺產中有不動產，申請繼承登記時，原則上應申請為共同共有登記，經過全體同意者，始得申請分別共有登記（參照土地登記規則 120 條第 1 項、最高法院 69 年度台上字第 1166 號判例），為了避免登記之煩雜，乃允許在經繼承人全體同意的情形下，逕為分別共有之登記²⁵¹（參照最高法院 91 年度台上字第 1754 號判決）。此外，關於「共有型態變更登記」，應注意者係，繼承人將遺產的公同共有關係終止改為分別共有，性質上屬遺產分割方法之一，而共有物之分割初無土地法第 34 條之 1 第 1 項之適用（參照最高法院 74 年度台上字第 2561 號判例），且土地登記規則第 120 條第 1 項亦明定，繼承人之土地須經全體繼承人同意，始得登記為分別共有，若繼承人欲將公同共有之遺產變更為分別共有，應依民法第 828 條第 3 項之規定，經全體繼承人同意，方得為

²⁵¹ 林秀雄，前揭註 18，頁 101；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 134；惟有反對見解認為，此時屬於公同共有，共同繼承人自無物權的應有部分，因此其在辦理繼承登記時，僅能登載「公同共有繼承」，而不許「分別共有（普通共有）」之登記，若繼承人因繼承而為分別共有之登記，且第三人從任何共同繼承人手中，就其應有部分取得所有權或其他物權時，該第三人應受信賴之保護（參照土地法第 43 條），參自戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 143；戴東雄（2011），《民法系列——繼承》，頁 123，台北：三民。

之，部分繼承人不得依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定，逕申請變更為分別共有之登記（參照最高法院 82 年度台上字第 748 號判決、最高法院 85 年度台上字第 872 號判決）²⁵²。



回到「指定應繼分」的情況，內政部 81 年 6 月 20 日臺內地字第 8181523 號函所謂的「應依遺囑內容辦理繼承登記」，是否即允許繼承人得單獨持遺囑，「逕依」指定的應繼分比例辦理「分別共有」登記？雖無相關法規得以參照，但可透過相關實務判決推論該函發布後，地政登記實務的情況，以下以高雄高等行政法院 92 年度訴字第 299 號判決²⁵³分析如下：

該判決²⁵⁴謂：「遺囑之內容關於應繼分之指定，毋待乎執行即可達到目的……從而，以遺囑指定應繼分，在被繼承人死亡當時即當然發生變更『法定應繼分』之效力，尚無待事後之執行。又被繼承人是否得僅就一部分遺產指定應繼分，此在我國民法雖無明文，但亦當作積極之解釋……。職故，被繼承人僅就一部分之遺產指定應繼分之情形，對該遺產而言，繼承當時即生變更『法定

²⁵² 謝在全（2013），《民法物權論（上）》，頁 572-573、581，台北：新學林；惟有反對見解認為，將共同共有變更為分別共有，屬於分割以外之處分行為，又此處分行為，依民法第 759 條之規定，非經登記，不得處分，故部分繼承人在辦理共同共有之繼承登記前，不得逕行申請分別共有之登記，惟待辦完共同共有登記後，得依土地法第 34 條之 1 第 5 項準用第 1 項，申請分別共有之登記，參見王澤鑑（2010），《民法物權》，頁 329，台北：自版。

²⁵³ 本文以「內政部 81 年 6 月 20 日臺內地字第 8181523 號函」以及其內容「被繼承人以遺囑就其遺產指定繼承人之應繼分，非屬遺贈性質，應依遺囑內容辦理繼承登記」為關鍵字於 Lawsnote 七法一法學資料庫中搜尋相關判決，選擇於內政部 93 年 11 月 19 日內授中辦地字第 0930016064 號函（詳細內容因涉及遺產分割方法指定之繼承登記，容待後述）作出前的相關判決，理由在於避免因指定應繼分和遺產分割方法指定區分困難上的問題，可能造成登記實務作法上有所差異，故如此篩選。

²⁵⁴ 本件事實概要：「原告 X 與其母 B 及訴外人 C、D、E、F 等均係被繼承人 A 之繼承人，因被繼承人 A 生前自書遺囑指定其遺留之不動產部分（按：共計 4 筆不動產），由其子 C 及 F 等二人共同均分繼承。嗣繼承人 C、F 乃檢具嘉義市東區調解委員會調解筆錄（89 民調字第 851 號）及台灣嘉義地方法院民事判決書（89 年度重家訴字第 2 號）暨判決確定證明書，於 90 年 6 月 21 日向被告（按：嘉義市地政事務所）以判決繼承為原因申辦登記（申請人於登記申請書後附主旨：有關被繼承人 X 之土地遺產登記事，請准依台灣嘉義地方法院 89 年度重家訴字第 2 號民事終局判決：『所有遺產分割駁回，一切依被繼承人 A 之遺囑執行。』），經被告以該申請案系統表 B、X 及 E 有無繼承未表明字句及申請登記原因與事實不符等為由，通知申請人 C、F 補正，嗣申請人 C 於 90 年 6 月 18 日補正以「繼承」原因申辦後，被告 X 遂依上開自書遺囑內容辦竣系爭甲地、乙地、丙地及戊建物由 C、F 權利範圍各 1/2 之繼承登記。原告 X 不服被告 Y 上開繼承登記之處分，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟」。

應繼分』為『指定應繼分』之效力，尚無疑義。經查，兩造對被繼承人 A 之自書遺囑²⁵⁵真實，尚無爭議，且依該遺囑記載，系爭不動產（按：共計 4 筆不動產）係由訴外人 C、F 共同均分，是對前揭不動產而言，被繼承人 A 死亡之時，即生由 C 及 F 共同繼承之效力，原告 X（按：未受指定的繼承人）之法定應繼分在未實行保全特留分之前，對系爭不動產即無應繼分之存在，亦即對系爭不動產而言，原告尚非當然存在共同共有之權利，而非屬該不動產之共同共有繼承人，殆無疑義。此參最高法院 18 年上字第 2715 號判例謂『被承繼人死亡之當時，原則上自應即由有承繼權之人開始承繼遺產之全部，但被承繼人如有特別意思表示，則除與法令牴觸者外，自應從其意思。』同認斯旨。另內政部 81 年 6 月 20 日台（81）內地字第 8181523 號函釋謂：『被繼承人以遺囑就其遺產指定繼承人之應繼分，非屬遺贈性質，應依遺囑內容辦理繼承登記。』即本於斯旨作成函釋，尚無牴觸法律。被告 Y（按：嘉義市地政事務所）援引作為核准繼承登記之處分，洵無違誤之處。此外，修正前土地登記規則第 31 條第 1 項固規定：『繼承人為二人以上，部分繼承人因故不能會同其他繼承人共同申請繼承登記時，得由其中一人或數人為全體繼承人之利益，被繼承人之土地，申請為共同共有之登記。其經繼承人全體同意者，得申請為分別共有之登記。』此乃因繼承人將共同共有之遺產，變更為分別共有，係使原共同共有關係消滅，另創設繼承人各按應有部分對遺產有所有權之新共有關係之故，故明定應由繼承人全體同意辦理分別共有之登記，旨在消滅原共同共有關係。惟

²⁵⁵ 關於被繼承人之自書遺囑內容為：「今將身後事交待如下：不動產部份：由二個兒子 C、F 共同均分取得，所需稅負由二位兒子各自負擔。動產部份：扣除喪葬支出後所餘現金及其他動產，由五位子女均分，所產生之稅負，由五位子女各自負擔。未亡人（妻 B）部分：如本人先走，動產部分，全部由妻 B 處分；如妻 B 先走，則處分方式如第項。以上事項希望兒女遵行，並和樂相處。立囑人 A（簽名蓋章）、西元 1996 年 2 月 26 日」，意即，1. 不動產部份：由二個兒子 C、F 均分取得 2. 動產及現款部份，如被繼承人 A 先於妻 B 過世，全部由被繼承人 A 之妻 B 取得 3. 動產及現款部份，如被繼承人之妻 B 先於被繼承人 A 過世，則由五個子女均分，參照臺灣嘉義地方法院 89 年度重家訴字第 2 號判決內容。

查，本件原告 X 就系爭不動產在未實行保全特留分之前，並無共同共有之應繼分存在，業如前述，則原告 X 尚非該前揭規定所指共同共有之繼承人，是被告核准訴外人 C、F 申請繼承登記並為分別共有登記，於法尚無不合，並無違背民法第 759 條之規定。……至於依被繼承人上開遺囑內容將遺產分割之結果，縱令違反特留分之規定，其指定仍非無效，僅受害人（原告 X 及其他繼承人 B、D、E）得依民法第 1225 條行使扣減權而已，在原告 X 未另依民事訴訟程序確認其私權前，被告對之亦無從置喙。從而，本件被告於受理 C、F 之登記申請後，依渠等所提示之遺囑內容，准予辦理系爭不動產所有權 C、F 權利範圍各 1/2 之繼承登記，洵無違誤。……原告 X 訴請撤銷訴願決定及原處分並請求被告塗銷系爭不動產之繼承登記，難認為有據，應予駁回」。

從上述判決觀察，可歸納出五點。第一，指定應繼分，於被繼承人死亡之時即生效力，無待事後之執行；第二，被繼承人得僅就一部分遺產指定應繼分；第三，受指定應繼分人對於系爭不動產，於被繼承人死亡之時，即生共同繼承之效力，其他繼承人之法定應繼分在未實行保全特留分之前，對系爭不動產即無應繼分之存在，亦即對系爭不動產而言，未受指定應繼分之人並無共同共有之權利，非屬該不動產之共同共有繼承人，並且認為內政部 81 年函即是本於此意旨所作成的函釋；第四，遺囑內容縱使侵害繼承人之特留分，其指定仍非無效，僅受害人得依民法第 1225 條行使扣減權而已，在未依民事訴訟程序確認其權利前，地政機關無從置喙²⁵⁶；第五，地政機關核准受指定應繼分人申請繼承登記並為分別共有登記，於法尚無不合，並無違背民法第 759 條之規定。

²⁵⁶ 關於此點可參照繼承登記法令補充規定第 78 點：「遺囑違反民法有關特留分之規定時，繼承人是否已行使扣減權，非地政機關所得干預。」。根據此補充規定，《土地登記審查手冊》亦謂：「以遺囑方式辦理繼承，縱其遺產違反有關特留分之規定，地政機關亦毋庸命申請人提出其已通知其他繼承人行使扣減權之證明，而得逕予受理登記」，參自新北市政府地政局，前揭註 171，頁 311-312。另外可參照法務部 74 年 11 月 13 日（74）法律字第 13727 號函謂：「……本件係遺囑有無違反民法關於特留分規定之疑義，如有違反係屬依民法第 1225 條行使扣

又本件判決後經原告上訴至最高行政法院，經最高行政法院 93 年度判字第 1627 號判決²⁵⁷駁回原告上訴，而判決確定，最高行政法院謂：「如前所述，系爭遺產之繼承，因上開自書遺囑生效，當然變更法定應繼分而依指定應繼分繼承，即應由訴外人二人 C、F 繼承。訴外人二人既申請登記為每人應有部分 1/2，即屬全體同意為分割繼承登記。被上訴人 Y（按：嘉義市地政事務所）予以登記，原判決認與行為時土地登記規則第 31 條第 1 項（按：相當於現行土地登記規則第 120 條第 1 項）規定無違，並非無據。本案繼承登記申請時，上訴人 X 並未具體表明上開自書遺囑有無或如何違反特留分之情事，尤無如何行使其扣減權之意思表示，亦如前述。是原判決認為上訴人 X 就系爭遺產實行保全特留分之前，就系爭遺產並無共同共有之應繼分存在，並無不合。上訴意指原判決有適用不當之違法，並非可採。又原判決說明遺囑自由之原則，非謂可不受民法第 1187 條關於保護特留分規定之限制，說明上開自書遺囑如侵害上訴人 X 之特留分，上訴人 X 得依民法第 1225 條之規定行使扣減權，均無不合，上訴意指為有適用法規不當之違法，亦非可採。至於原判決理由謂：上訴人 X 得依民法第 1225 條之規定行使扣減權，在上訴人 X 未另依民事訴訟程序確認其私權前，被上訴人對之亦無從置喙等語。無非在於說明被上訴人 Y 辦理本件登記時，無從審查上訴人 X 是否行使其扣減權之情形，蓋依當時文件，難認有扣減權之行使，已如上述，實無違誤。不能認為理由不備。從而上訴意指指摘原判決違誤，求予廢棄，為無理由，應予駁回」。

減請求權之問題，與繼承回復請求權似無關涉。按土地登記具有公示性，遺產繼承登記情形，利害關係人得隨時至地政機關請求閱覽、抄錄。繼承人之特留分如因被繼承人所立遺囑指定應繼分致受侵害，自得依民法第 1225 條之規定行使扣減請求權，該請求權以向相對人意思表示為已足，至於行使與否，應由扣減權人自行決定，似非地政機關所得干預。從而，地政機關如為簡化土地登記程序，未令申請人提出已通知其他繼承人行使扣減權之證明，逕予受理登記，於法似無違誤」。

²⁵⁷ 後原告又再提起再審之訴，經最高行政法院 96 年度裁字第 00676 號裁定駁回該訴。

關於本案件，最高行政法院完全肯認原判決之理由，此外，尚可歸納出一點，本件受指定之繼承人有兩人，共同申請登記兩人就系爭不動產之應有部分各二分之一，屬於「經全體同意所為的分割繼承登記」，符合行為時土地登記規則第 31 條第 1 項後段（相當於現行規則第 120 條第 1 項後段），似認為指定應繼分的情況，其實仍必須由受指定應繼分之一人或數人（視遺囑而定），單獨或共同申請繼承登記，始符合「經繼承人全體同意」之要件，無須與其他繼承人或遺囑執行人共同為之²⁵⁸。

綜上所述，由地政登記實務以及行政法院裁判實務可以推知，指定應繼分於被繼承人死亡之時起即生物權效及遺產分割效，故「受指定應繼分人全體」「單獨」持該遺囑所辦理的繼承登記，即為「符合指定應繼分比例之分別共有登記」²⁵⁹。本文對此有所疑慮，因同時涉及遺產分割方法指定之效力問題，故留待後續更詳盡地說明。

²⁵⁸ 臺中高等行政法院判決 94 年度訴字第 182 號判決（案例事實發生時點，93 年函尚未作成），亦有相同意旨。本件案例事實，恰與前述的最高法院判決之案例事實相反。本件案例事實為：被繼承人 A，於生前有甲土地，將權利範圍 2/3，以遺囑指定由原告 X 繼承，另 1/3 由其他繼承人弟 B 繼承，原告 X 就甲土地「單獨」申請辦理繼承登記，但遭被告 Y（臺中縣豐原地政事務所）命補正「依遺囑內容由『受指定之繼承人全體』就遺囑指定部分會同申辦繼承登記」，惟原告之弟 B 無法會同申辦繼承登記，故駁回原告之申請，後原告 X 不服，提起訴願遞遭駁回，而提起本件行政訴訟（本件原告 X 尚同時申請乙土地之權利範圍全部的遺囑繼承登記，似已登記成功，故本件判決只爭執甲土地的部分）。本件判決先認定此為遺囑指定應繼分之情形，「由『受指定之繼承人全體』就遺囑指定部分會同申辦繼承登記，因原告 X 逾期無法補正，即原告之弟 B 無法會同申辦繼承登記，被告 Y 乃駁回原告 X 該部分之申請，依首開規定及說明，並無違誤」。

²⁵⁹ 關於此問題，其實筆者曾親自電訪台北市大安地政事務所、新北市樹林地政事務所，以及兩名執業二十年以上的地政士（一位是台北市聯華地政士事務所顏式淇所長、一位是桃園市蘇地政士事務所蘇少琴所長）詢問關於遺囑有指定應繼分之情形（設例：被繼承人共有四名繼承人，遺囑中僅指定其中一名繼承人分配 3/4 之遺產，其他繼承人未被指定），可否直接依遺囑辦理分別共有之登記，除了大安地政事務所人員表示，該遺囑可能涉及特留分扣減相關爭議，需要到法院爭訟，建議先辦理公同共有之繼承登記，其餘皆表示得單獨持該遺囑辦理分別共有之繼承登記。本文認為，這個問題與地政機關的態度息息相關，倘若沒有建立統一的標準，以法律、規則規定或是解釋令說明，得否登記，如何登記，將流於地政機關的恣意決定。

第三項 指定應繼分與遺贈之差異



除了前述提到的，指定應繼分會產生物權之效力，受益繼承人得「單獨」辦理指定應繼分之繼承登記；而遺贈僅生債權之效力，受遺贈人必須「會同」繼承人或遺囑執行人申請土地所有權移轉登記之外。再從近年的行政與司法實務見解觀察，近來亦可發現指定應繼分與遺贈之區別越來越明顯。

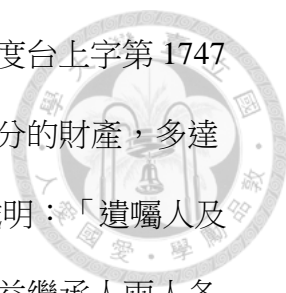
首先，在傳統學說上，大致可歸納出三點差異：第一，通常給予一兩個特定遺產給特定繼承人之遺囑，可認為是遺贈²⁶⁰。第二，若為指定應繼分時，縱使所指定者不滿繼承人之法定應繼分時，仍優先於法定應繼分，該指定仍然有效；但若為遺贈，繼承人之中即使有受遺贈者，各繼承人仍按法定應繼分取得「繼承財產」²⁶¹，不過亦有學說認為，對繼承人之遺贈，除非因違反特留分之規定扣除（按：「扣減」）外，仍按法定應繼分取得「其他之財產」²⁶²；第三，若遺產中有債務時，若為指定應繼分，繼承人相互間按指定應繼分之比例負擔之（民法第 1153 條第 2 項），但對於被繼承人之債權人仍應負連帶責任（同條第 1 項）；若為遺贈，繼承人相互間仍應按其法定應繼分之比例定之，至於遺贈如有侵害特留分，得予扣減，乃另一問題²⁶³。關於學說第一點和第三

²⁶⁰ 史尚寬，前揭註 22，頁 74。

²⁶¹ 筆者對此理解為，該受遺贈之繼承人若所受者，不足法定應繼分時，應填補到符合其法定應繼分比例為止，參照陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 64 之註 73。

²⁶² 筆者對於史尚寬教授這段敘述的理解是，凡是對繼承人之遺贈，應該理解為德、瑞立法例上的「先取遺贈（或譯：優先遺贈，Vorausvermächtnis）」（參照德國民法第 2150 條、瑞士民法第 608 條第 3 項、486 條第 3 項，參照前揭註 215 及前揭註 217 之說明），也就是說，該遺贈之價值，並不會算入受遺贈之繼承人的法定應繼分，而該繼承人仍得按其法定應繼分，和其他共同繼承人一起去分配其他的遺產，參照史尚寬，前揭註 22，頁 74。史尚寬教授在介紹我國民法「遺贈之種類」時，認為我國民法亦有「先取遺贈」，並說明謂：「被繼承人得否對於繼承人為遺贈，民法無明文規定，應解釋為對於繼承人不妨為之。此時如不害於他繼承人之特留分，該繼承人於應繼分之外，並應為受遺贈人而有其權利」，參照史尚寬，前揭註 22，頁 459、461、465。意即，史尚寬教授似乎將我國對於繼承人所為之遺贈理解為「先取遺贈」，正因為如此，才會認為有「除非因違反特留分之規定扣除外，仍按法定應繼分取得其他之財產」這樣的論述。


²⁶³ 史尚寬，前揭註 22，頁 74；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 64 之註 73。



點之見解，近年得到最高法院的採用（例如：最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決）。在該判決中，最高法院認為，被繼承人以遺囑所處分的財產，多達 25 筆較具價值之不動產，非僅是特定一、二財產，且遺囑中載明：「遺囑人及妻日後生活費、醫藥費及百年後喪事費等一切所開費用，由受益繼承人兩人各負擔 1/2，以及「日後遺囑人及妻對外一切債權債務，均應由受益繼承人二人均分負擔或取得」，由此可見受益繼承人並非無償取得遺囑人之遺產，故認為原審將本件遺囑的財產處分定性為遺贈有所不當，將之廢棄發回。

簡而言之，學者對此判決明確的點出兩者的差異，若是遺囑僅就遺產中僅特定一、二財產為分配，屬於遺贈，若是大量較具價值的財產分配則屬指定應繼分；若無涉債務負擔，屬於遺贈，若是命受益繼承人負擔特定比例債務者，則屬於指定應繼分。而兩者最大的區別實益，也是本件訴訟中之爭點，在於有無民法第 125 條之 15 年消滅時效的適用。若為遺贈，由於受遺贈人對繼承人或遺贈義務人均只有債權之請求權，而應適用民法第 125 條之 15 年的消滅時效，若遺囑人死亡後超過 15 年才發現有遺囑的存在，此時繼承人得主張時效抗辯，拒絕將遺贈標的移轉登記或交付給受遺贈人；但若為指定應繼分則不適用消滅時效，縱使如本件原告於被繼承人死亡（遺囑生效後）已過了 19 年之久，始訴請依遺囑所示分割遺產，亦無不可²⁶⁴。區別的理由於更審法院的臺灣高等法院臺中分院 100 年度重家上更（一）字第 1 號判決得到進一步的闡釋，該判決謂：「本件遺囑係屬應繼分之指定，已經認定如前揭所述，而我國就遺產之歸屬，依民法第 1147 條、第 1148 條規定以觀，係採包括、當然繼承之原則，於被繼承人死亡時起，不論被繼承人死亡時起，不論被繼承人之意思表示，更無須對遺產為現實占有或繼承之登記，即概括、當然的由繼承人取得遺產上之

²⁶⁴ 黃詩淳，前揭註 21，頁 251-252。



一切權利，只是於登記前無法處分。此可由民法第 759 條規定：因繼承、強制執行、公用徵收或法院之判決，於登記前已取得不動產物權者，非經登記，不得處分其物權可知。再參以最高法院 51 年度台上字第 133 號判例亦謂：因繼承原因於登記前已取得不動產物權者，非經登記，不得處分其物權，固為民法第 759 條所明訂，惟該條之登記並無期間之限制……。故於遺囑指定應繼分之情形，該繼承人係取得指定應繼分遺產之繼承權，即該部分遺產之主體地位及既得權利，並非取得一債權之請求權，本件被上訴人係請求分割遺產，非請求他繼承人履行遺囑，其請求權之基礎應係民法第 1164 條，系爭遺囑僅係指定應繼分，自無請求權時效消滅規定之適用。視同上訴人前揭所辯，自非足取。」，**本文認為**，此處似乎和先前從地政實務及行政法院裁判實務所為之推論有矛盾之處，既然繼承開始時，已生遺產分割之效力，由受益繼承人共同取得特定遺產，接下來只是由「全體受益繼承人」共同為繼承登記而已，此時最高法院 51 年度台上字第 133 號判例所述，民法第 759 條之繼承登記並無期間之限制，所以沒有消滅時效的問題，而不是因為依民法第 1164 條請求遺產分割才沒有消滅時效問題，不過由於本件繼承原因事實發生之時（1989 年），內政部 81 年函尚未作成，有可能受益繼承人當時並無法順利持遺囑辦理繼承登記，直接取得系爭遺產之所有權，所以才會拖到 19 年後，始請求分割遺產。


另外，是關於受益繼承人若比被繼承人先死亡時，是否得適用民法第 1140 條代位繼承之規定？對此，內政部 92 年 9 月 15 日內授中辦地字第 0920014850 號函謂：「一、本案經函准法務部 92 年 8 月 29 日法律決字第 0920036217 號函復略以：『按遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產，民法第 1187 條定有明文。準此，我國民法對於被繼承人得否以遺囑指定應繼分，固未規定，惟基於上開遺囑自由原則以尊重被繼承人之意思表示，認其

得以遺囑指定應繼分，並無不宜（參照司法院 21 年院字第 741 號解釋）。本件 A 女士遺囑略以：〔...將所有后列不動產，於吾百年之後由長女 B 壹人（住○○鎮...）無條件全部繼承取得，...〕，核其意旨即係以遺囑指定應繼分，參酌上開說明，並無不可；惟其指定如有侵害其他繼承人之特留分者，其他繼承人得類推適用民法第 1225 條關於遺贈侵害繼承人特留分時繼承人行使扣減權之規定。又本件受遺囑指定應繼分之繼承人已於繼承開始前死亡，依民法第 1140 條規定，應由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。』二、本部同意上開法務部意見」，相較之下，依民法第 1201 條之規定，受遺贈人若於遺囑發生效力（繼承開始）前死亡者，其遺贈不生效力，受遺贈人之繼承人，不得主張代位繼承。

第五章 遺產分割方法之指定

第一節 遺產分割方法指定之意義

首先，「遺產分割」之前提在於，有兩個繼承人以上「共同繼承」。而共同繼承於立法例上有兩種立法主義之對立，一為羅馬法主義（又稱：分別共有主義），為個人主義思想之展現，主張繼承開始時，各繼承人即個別繼承財產，按其應繼分，各享有確定、顯在之應有部分，於遺產分割前，得單獨自由處分其應有部分，且債權及債務，除非標的不可分者，法律上即當然分割，歸屬於各繼承人，此主義為德國普通法、法國民法、日本民法所採；另一為日耳曼法主義（又稱：共同共有主義），以家族共同體（Hausgemeinschaft）為前提，主張繼承開始時，各繼承人在繼承財產全部僅有不確定的、潛在的應繼分，在個別財產上，並無顯在、確定之應有部分，各繼承人不得單獨處分個別



財產，又債權及債務，於遺產分割前，不可分的歸屬於共同繼承人全體，此主義為德國現行民法、瑞士民法所採。我國民法第 1151 條規定：「繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有。」，參酌傳統固有法制（「家」有家產，而為家長與家屬之共同共有物）及仿造德、瑞立法例，明確採共同共有主義²⁶⁵，共同繼承人對外構成一綜合體，繼承財產獨立於各共同繼承人之固有財產，具有獨立的特別財產性質，而歸屬於共同繼承人全體共同共有²⁶⁶，又遺產中的債權屬共同繼承人之準共同共有（民法第 831 條），被繼承人之債務人應向共同繼承人全體為清償，各繼承人不得依其應繼分單獨受領或受清償²⁶⁷，又遺產中的債務，依 2009 年後修正之民法第 1153 條第 1 項規定，繼承人對於被繼承人之債務（對外關係），以因繼承所得之為限，負連帶責任，同條第 2 項則規定，繼承人相互間（對內關係），除法律另有規定或另有約定外，按其應繼分比例分擔之²⁶⁸。

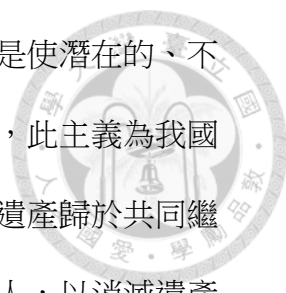
關於「遺產分割」在立法主義上，有如英國法採取「遺產先歸於遺產管理人」的作法，於繼承開始時，遺產不會直接移轉給繼承人，而必須先選任遺產管理人（受託人），由其進行清算，即作成遺產目錄，清償繼承債務及收取繼承債權後，再將剩餘財產按應繼分分配給繼承人，此際遺產始從管理人移轉於繼承人。亦有將遺產直接歸屬於共同繼承人共同所有，待遺產分割後，各繼承人按其應繼分，確定地取得繼承財產的方式，依遺產分割前的共有狀態，又區分為採取羅馬法主義之分別共有制度，以及採取日耳曼法主義之公別共有制度，前者之遺產分割程序與一般分別共有分割程序並無不同，只不過因遺產為

²⁶⁵ 史尚寬，前揭註 22，頁 159-167；林秀雄，前揭註 18，頁 99；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 126-129；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 135-138。

²⁶⁶ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 129。

²⁶⁷ 林秀雄，前揭註 18，頁 99

²⁶⁸ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 136。



多數財產組成，分割之時應綜合為之，後者之遺產分割程序則是使潛在的、不確定的應繼分具體化、確定化，與一般分別共有分割程序有別，此主義為我國民法所採，已如前述。因此「遺產分割」於我國而言係指，在遺產歸於共同繼承人間共同共有時，按其應繼分，將繼承財產分配給共同繼承人，以消滅遺產共同共有關係之法律行為。遺產中包括不動產、動產、有價證券、債權、無體財產權等各式各樣之積極財產，有時亦包含消極財產如債務，除非是一人繼承，不會發生遺產分割之問題，否則有分配給各個共同繼承人之必要，故共同繼承之目的在於分割，分割前之共同共有關係，只是暫時之狀態，而所謂的遺產分割，即是以全部遺產作為一體，整個為分割，而非以遺產中個別財產之分割為對象²⁶⁹，又依民法第 1164 條，繼承人得隨時請求分割遺產，使物盡其用、交易安全與流暢，並兼顧各繼承人之利益（蓋繼承人中可能有經濟上急需動用其繼承財產的情形），縱使遺囑有禁止遺產分割者，亦不得超過十年之限制（民法第 1165 條第 2 項）²⁷⁰。

關於「遺產分割方法之指定」，我國民法第 1165 條第 1 項有明文規定，被繼承人得以「遺囑」直接指定遺產分割之方法，或間接委託他人代為指定。其立法意旨在於共同繼承人雖可就遺產分割協議，然而未能達成協議時，難免對簿公堂，總傷和氣，若能由被繼承人親自或委託其信賴之人代為，依各繼承人之實際需要，指示遺產分割方法，或可避免共同繼承人間不必要之紛爭²⁷¹。就

²⁶⁹ 史尚寬，前揭註 22，頁 189-190；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 139-141。

²⁷⁰ 史尚寬，前揭註 22，頁 192；林秀雄，前揭註 18，頁 106-107；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 139-141。

²⁷¹ 林秀雄，前揭註 18，頁 113；林秀雄（2000），〈遺囑指定遺產分割之方式〉，《月旦法學雜誌》，58 期，頁 20。另參照《大清民律草案》繼承法第 18 條規定：「（第 1 項）所繼人之遺囑，定有分產之法，或託他人代定者，須從其遺囑」，其立法說明謂：「分析遺產之法，本以各繼承人共同協議為原則。然所繼人體察情形，或恐日後個繼承人間因分產之故生有爭執，特以遺囑預定，或託他人代定者有之，此時應重所繼人之意思，遵其遺囑辦理。」參照司法行政部民法研究修正委員會（編）（1976a），前揭註 177，頁 963。

「被繼承人本身之指定」而言，在羅馬法有所謂的「親的分配（*divisio parentum inter liberos*）」，但本身無確定的拘束力，僅為審判上裁定附與（*Adiudicatio*）²⁷²的參考標準。羅馬法於日耳曼繼受後，逐漸承認具決定性的拘束力，遂於法國民法第 1075 條以下有所謂的「尊屬之分配（尊屬分割，*partage d'ascendant*）」，德國民法第 2048 條定有被繼承人之分割指定（*Teilungsanordnung des Erblassers*），均認為當然具有拘束法官之效力，於日本民法第 908 條所定的分割方法指定無異²⁷³。我國民法第 1165 條乃參考德、瑞、法、日等外國立法例所設之制度²⁷⁴，以上立法例均認當然有拘束法官（按：法院）之效力，我國民法亦然²⁷⁵。

而所謂之分割方法之指定，於我國法有二層意義：第一，所指的是原物分割、換價分割、原物分割兼金錢補償、代償分割，甚或部分原物分割部分換價分割等分割方法，學說上認為均無不可，皆得委由被繼承人之意思²⁷⁶；第二，指的則是分割對象不限於遺產之全部或一部²⁷⁷，也不限於對全部繼承人或部分繼承人為指定²⁷⁸。

²⁷² 繼承人終有一人或數人欲分割遺產而不能協議解決時，應提起分析家產之訴（*actio familiae erciscundae*），由法官依審判之程序而分配之（*Adiudicatio*），參照陳朝壁，前揭註 59，頁 498-499，即此處的「審判上裁定附與」，或稱「分析裁判」。

²⁷³ 史尚寬教授該處是援引日本柚木馨教授的見解，參照史尚寬，前揭註 22，頁 202；柚木馨，前揭註 131，頁 214。然柚木馨教授此處對於法國民法的尊屬分割說明不夠精確，羅馬史名家原田慶吉教授即說明，法國的尊屬分割是，無待法官的採用，「自己本身」即具有「決定性的拘束力」，而德國法則肯定被繼承人之指定具有拘束法官的效力，參見原田慶吉，前揭註 89，頁 228。

²⁷⁴ 史尚寬，前揭註 22，頁 202；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 147；上述之外國立法例，除日本民法就指定應繼分和遺產分割方法指定分開規定外，其餘皆與台灣通說及實務所承認之指定應繼分的外國法參考對象重疊，造成指定應繼分與遺產分割方法指定區分上有所困難，相關問題已如前述。

²⁷⁵ 史尚寬，前揭註 22，頁 202。

²⁷⁶ 史尚寬，前揭註 22，頁 202；林秀雄，前揭註 18，頁 114；林秀雄，前揭註 271，頁 20。

²⁷⁷ 史尚寬，前揭註 22，頁 202；林秀雄，前揭註 18，頁 114；林秀雄，前揭註 271，頁 20；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 148；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 210。

²⁷⁸ 史尚寬，前揭註 22，頁 203；林秀雄，前揭註 18，頁 114；林秀雄，前揭註 271，頁 20。

第二節 遺產分割方法指定之特性



台灣學說均認為，理論上為求共同繼承人之公平，遺產分割應依各繼承人之應繼分為標準（民法第 1140 條、第 1141 條、第 1144 條），不過應繼分僅是抽象之比例，具體內容應如何分配，則須另行決定²⁷⁹，嚴格言之，遺產分割方法之指定不應變更法定應繼分比例，而僅能決定財產分配之方法²⁸⁰。但通說均肯認在不侵害繼承人之特留分時（民法第 1187 條），尊重被繼承人之意思，得允許變更法定應繼分。此時這種變更法定應繼分的遺產分割方法之指定，兼含有應繼分指定之意義²⁸¹。若該指定有侵害特留分之情事，通說及實務均肯認，特留分受侵害之人得類推適用民法第 1225 條，行使扣減權²⁸²。日本通說亦認為，理想上或嚴格言之，遺產分割方法的指示，不會變更法定應繼分的比例，而只是財產分配的方法，但是透過指示方法所分配的結果，在產生變更應繼分的情況，不得不視為被繼承人同時做了遺產分割方法之指示兼應繼分之指定，而現實上，包含指定應繼分的情況反而屬於多數²⁸³。

²⁷⁹ 史尚寬，前揭註 22，頁 190、202；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 147；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 209。

²⁸⁰ 史尚寬，前揭註 22，頁 202。

²⁸¹ 史尚寬，前揭註 22，頁 202；林秀雄，前揭註 18，頁 114；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 147-148；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 209-210。早期學說更沒有提到「兼指定應繼分」或「同時為應繼分之指定」這樣的用語，而認為遺產分割方法之指定只要是以遺囑為之，並且不違反特留分之規定已足，而分割的實際結果縱不適合各繼承人之應繼分比例，亦屬無妨，參照李宜琛，前揭註 133，頁 58；胡長清，前揭註 131，頁 128；羅鼎，前揭註 131。因此這也意味著，我國的遺產分割方法之指定是容許變更法定應繼分的，故**本文認為**，在指定應繼分與遺產分割方法之指定找不到區別實益的情況，直接將遺囑處分區分成「遺贈」和「遺產分割方法之指定」兩類即可，參照本論文第四章第四節第三項。

²⁸² 史尚寬，前揭註 22，頁 202；林秀雄，前揭註 18，頁 114、340；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 148、406；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 355；實務判決參照前揭註 23。

²⁸³ 中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 333；有泉亨，前揭註 165，頁 169；我妻榮、立石芳枝，前揭註 125，頁 449；潮見佳男，前揭註 157，頁 198。未特別說明，但承認遺產分割方法指定得伴隨應繼分指定者，參見中川淳，前揭註 191，頁 329；中川淳（1989），《親族相統法》，頁 246，東京：有斐閣；柚木馨，前揭註 131，頁 214。

又依民法第 1165 條第 1 項，被繼承人得委託他人代為指定，此所謂之「他人」，是否得包含繼承人中之一人？我國有參考日本少數說²⁸⁴及德國帝國最高法院判決²⁸⁵，而認為無論繼承人或受遺贈人均包括在內者²⁸⁶，但多數學說未表示意見，僅有曾表示委託「第三人」指定應繼分時，該第三人不包括繼承人者²⁸⁷，甚至不包括繼承人及受遺贈人者²⁸⁸。對此，有學者主張，形式論而言，條文既稱「他人」（相對於本人，以外的其他人），而非稱「第三人」（繼承關係當事人以外之第三人），即無排除繼承人之意，又實質論而言，本條乃是尊重被繼承人之意思而定，被繼承人委託其信賴的繼承人（例如父委託母），若將此委託解為無效，反而違背被繼承人之意思，何況被繼承人僅委託代為指定遺產分割方法，並未委託代為指定應繼分，則受託之繼承人應按法定應繼分比例為指定，使各繼承人取得相當於法定應繼分之遺產，故似採肯定說為當²⁸⁹。此外，我國通說均主張，參照德國民法第 2048 條，繼承人須服從被繼承人及受託人之指定，但若受託人所指定之遺產分割方法「顯失公平」者，繼承人得向法院請求重新分割²⁹⁰，惟少數學說認為，遺產分割方法之指定或委託，僅須以遺囑為之及不得違反特留分之規定兩個要件已足，除此之外別無其他限制，故其選擇之方法與共同繼承人自為協議無殊，縱使「內容欠缺妥當」，亦不得聲明不服²⁹¹，亦有認為縱使「顯失公平」，不能不從其所定，只有在違反強行法

²⁸⁴ 該學說參考德國裁判實務，認為日本民法第 908 條所稱之「第三人」，應解釋包含「繼承人」及「包括受遺贈人」，參見近藤英吉，前揭註 191，頁 606-607。

²⁸⁵ RGE. 1925, Nr. 10. 另參照 Christina Eberl-Borges（著）（2014），王強（譯），前揭註 214，頁 81。

²⁸⁶ 史尚寬，前揭註 22，頁 203。

²⁸⁷ 胡長清，前揭註 131，頁 45。

²⁸⁸ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 64-65。

²⁸⁹ 林秀雄，前揭註 18，頁 115。

²⁹⁰ 史尚寬，前揭註 22，頁 204；林秀雄，前揭註 18，頁 115；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 148；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 210。

²⁹¹ 胡長清，前揭註 131，頁 128。

規者，經合法告爭時，不能認為有效存在而已，若「僅失公平」，不過是事實問題，不能阻礙法律明文之適用，而強行法規則是繼承人同負遵守的義務²⁹²。也有學者提到，由於各個遺產未必等值，按應繼分比例來指定遺產分割方法，有時難以實現，因此被繼承人亦得同時委託為應繼分之指定，此時受託人所為的遺產分割方法，在不違反關於特留分規定之範圍內，縱使不符法定應繼分比例，亦屬合法²⁹³。

關於上述問題，日本通說則反對將繼承人納入第三人的範疇，理由在於日本民法所設想的指定委託，只是純粹的分割方法指定，但實際上抽象的方法指定毋寧較少，多半伴隨委託各個財產的分配。若是如此的話，應解為含有指定應繼分的委託在內²⁹⁴。或是有未直接說明理由，但論述的最後常見「日本民法第 902 條參照」，故其理由應與指定應繼分的情形相同，在於避免共同繼承人間利害衝突，造成不公平的指定²⁹⁵，此見解亦受到日本實務的支持，認為對共同繼承人中之一人委託是「由於無法期待指定的公正故無效」²⁹⁶。又，有學說主張，受託人原則上應按照共同繼承人之法定應繼分指定分割方法，否則該指定無效，但由於日本亦承認指定應繼分，若受託人同時受遺產分割方法指

²⁹² 劉鍾英（1946），《民法繼承釋義》，頁 72，上海：會文堂新記書局。胡長清教授認為該見解與自己的見解相同，參照胡長清，前揭註 131，頁 128 之註 1。

²⁹³ 林秀雄，前揭註 271，頁 21。

²⁹⁴ 中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 333-334；島津一郎、久貴忠彥（編）（1992），《新・判例コンメンタール民法（14）相続（1）》，頁 405-406（野田愛子），東京：三省堂。

²⁹⁵ 中川淳，前揭註 191，頁 331；我妻榮、立石芳枝，前揭註 125，頁 450。有趣的是，有泉亨於指定應繼分時，主張得委託繼承人代為指定，但此處卻反對委託共同繼承人指定遺產分割方法，但未說明理由，參照中川善之助（編），前揭註 191，頁 201（有泉亨）。補充一提，有泉亨教授主張於被繼承人自己指定遺產分割方法時，應解為同時有指定應繼分的場合相當多見，所以只要不違反特留分之規定即可，但若是委託第三人指定的情形，除非同時委託代為指定應繼分，否則不得變更繼承人之應繼分，參照有泉亨，前揭註 165，頁 169-170。從上觀之，有泉亨教授的見解似乎有所矛盾，若其在日本民法第 908 條，反對委託繼承人代定遺產分割方法，是為了避免利害衝突，那為何在第 902 條之處，又贊成可以委託繼承人代為指定應繼分？

²⁹⁶ 東京高判昭和 57 年 3 月 23 日判夕 471 号頁 125，轉引自谷口知平、久貴忠彥（編），前揭註 192，頁 420（伊藤昌司），伊藤教授並贊同該實務見解。

定及應繼分指定之委託，得以考量適當的分割方法，在受託人之指定「顯失公平」時，雖日本民法並沒有像德國民法第 2048 條之特別規定，但也應該將該指定解為無效²⁹⁷。不過亦有學說主張，「除非同時併受應繼分指定之委託」，受託人分割方法之指定，若使各共同繼承人所取得財產的總額沒有達到其法定應繼分，或明顯違背日本民法第 906 條²⁹⁸之基準，此指定並無拘束力，共同繼承人得對家庭裁判所請求重新分割，但基準的違反必須十分明顯（參照德國民法第 2048 條），惟第 906 條之基準或多或少含有裁量的餘地²⁹⁹。不過以上兩說，均認為遺產分割方法不得違反特留分之規定（參照日本民法第 902 條第 1 項但書）³⁰⁰。

綜合上述，關於被繼承人以遺囑委託他人指定遺產分割方法，圍繞著兩個問題：第一，在於得否委託繼承人或受遺贈人？第二，何謂受託人之指定「顯失公平（*offenbar unbillig*）」？若顯失公平又該如何處置？參考德國法是否妥當？

關於第一個問題，本文主張該他人不應包括繼承人，但得包含不具繼承人身分之受遺贈人，理由如同第四章第二節指定應繼分之特性中所述，不論是受遺贈人是受特定遺贈或包括遺贈，由於不具有繼承人之地位，且通常被繼承人已經先指定遺贈之標的（不論是特定物、不特定物，或是遺產之一部比例），再由受遺贈人代為指定遺產分割方法，此時受遺贈人和繼承人間並無直接利益

²⁹⁷ 近藤英吉，前揭註 191，頁 607。

²⁹⁸ 日本民法第 906 條規定：「遺產之分割，應考慮屬於遺產的物或權利的種類及性質、各繼承人的年齡、職業、身心狀態、生活狀況及其他一切有關情事」。

²⁹⁹ 中川善之助（編），前揭註 192，頁 201（有泉亨）；我妻榮、立石芳枝，前揭註 125，頁 450。中川淳教授亦採相似見解，認為除非第三人同時併受應繼分指定之委託，否則其指定不得變更法定應繼分，而必須依照日本民法第 906 條之分割標準，否則，除非當事人合意，該指定為無效，此時若無法由共同繼承人協調好分割協議，得向家庭裁判所聲請分割，同時參見中川淳，前揭註 283，頁 246 以及中川淳，前揭註 191，頁 330。

³⁰⁰ 中川善之助（編），前揭註 192，頁 200（有泉亨）；近藤英吉，前揭註 191，頁 608。


衝突的問題。然而，本文主張繼承人不得作為受託人，姑且不論形式上「他人」與「第三人」文義上的不同是否為立法者刻意為之，我國學說及日本近藤說，可能是受到德國法的影響，而認為得委託共同繼承人代為指定。但事實上德國法之遺產分割方法指定，並不容許變更法定應繼分，除非該指定之標的被解釋為先取遺贈（Vorausvermächtnis），被繼承人具有使該受益繼承人取得特別財產利益的受益意圖（Begünstigungswille），該標的不會才計入受益人之應繼分，否則應從其應繼分中扣掉該標的的價值，若有不足時，應予補償

（Ausgleichung）超過法定應繼分的價值，才能繼續根據該指定的遺產分割方法分配遺產³⁰¹。第三人亦不得隨意決定分割比例，若因此造成價值不均等構成顯失公平的情形，此分割方法對共同繼承人無拘束力，共同繼承人得向法院請求裁判分割³⁰²。意即，德國法為何允許共同繼承人作為受託人，在於受託人不得隨意變更各繼承人的法定應繼分，若有顯失公平情況，得請求法院重新定分割方法。然而，日本法與我國法均承認指定應繼分，得以調整各繼承人之法定應繼分，這也是為何前述有日本學說主張「除非同時併受應繼分指定之委託」，才有對家庭裁判所請求重新分割的可能。而台灣學說皆未指出此差異，似乎沒有考量到我國通說及實務，皆承認變更法定應繼分之遺產分割方法的指定，於此情形下，是否還得以受託人之指定「顯失公平」，而請求法院重行分割³⁰³。不過，縱使如日本學說以「是否同時併受應繼分指定之委託」來加以區分，概念上似乎非常明確，但實際個案上，除非被繼承人講得非常明確，表示受託人

³⁰¹ Christina Eberl-Borges（著），王強（譯），前揭註 214，頁 77、79-80；Rainer Frank、Tobias Helms（著），王葆蒔、林佳業（譯），前揭註 163，頁 98-99。

³⁰² Christina Eberl-Borges（著），王強（譯），前揭註 214，頁 82-83。

³⁰³ 學者林秀雄教授的文章中（教科書沒有提到），似乎有意區分「有無同時受應繼分指定委託」的情況，而採取不同的作法，不過沒有很明確的說明若有同時委託的話，還能不能主張受託人之指定顯失公平，而請求法院重新分割，只說「縱使不符法定應繼分之比，亦屬合法」，參見林秀雄，前揭註 271，頁 21。



必須依法定應繼分指定分割方法，否則如何辨別，非常困難，例如本論文在第四章第二節中所舉的例子，被繼承人在遺囑中寫：「全權委託長子合理分配我的遺產」，依我國通說見解，指定應繼分並不僅限於抽象比例的指定，亦得將具體財產分配於各繼承人³⁰⁴，且均承認有指定應繼分兼遺產分割方法指定之情形³⁰⁵，事實上二者易於混同、區分困難³⁰⁶，甚至遺囑人也未必清楚其間差異，造成遺囑之解釋也有其極限。綜上所述，**本文認為**，若允許繼承人作為受託人代為指定遺產分割方法，將與其他繼承人有直接的利害衝突，反而造成繼承人間因分產而生爭執，有違民法第 1165 條之立法意旨，故本條之「他人」（非稱「第三人」），縱使是指「繼承人以外之人」，亦應限縮解釋不得包含繼承人。另外，參照《大清民律草案》繼承法第 18 條（指定應繼分）及第 22 條（遺產分割方法指定）條文皆謂「他人」，但第 18 條的立法說明，已明確表示該「他人」應排除繼承人，從此看來當時的立法者似乎沒有那麼明確區分「第三人」和「他人」字義上的不同，而有不同的解釋，形式論的說法似乎欠缺依據³⁰⁷。

關於第二個問題，於承認變更法定應繼分之遺產分割方法的指定的我國法下，是否還有受託人之指定「顯失公平」時，允許繼承人請求法院重新分割的餘地？**本文認為**有適用空間。原則上仍應將委託他人代為指定的情形，解釋為「必須符合繼承人法定應繼分」，若財產價值有高有低，應該定有補償方案（例如：代償分割），除非被繼承人同時委託應繼分之指定。然**本文仍反對**允許繼承人作為受託人，蓋利益衝突仍然存在，即使允許共同繼承人主張「顯失

³⁰⁴ 史尚寬，前揭註 22，頁 73-74；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 63-64；參照本文本章第四節該當指定應繼分之情形。

³⁰⁵ 參照史尚寬，前揭註 22，頁 202；林秀雄，前揭註 18，頁 114；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 147-148；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 209-210。

³⁰⁶ 史尚寬，前揭註 22，頁 203。

³⁰⁷ 司法行政部民法研究修正委員會（編）（1976a），前揭註 177，頁 958、963。

公平」而請求法院重新分割，也是徒增繼承人間的紛爭，並浪費其勞力、時間、費用。此外，德國法上亦有認為，若該受託人所指定的分割方法，缺乏合理基礎且對各該相關領域的專業人士而言非常明顯，則此時該當顯失公平之情形，例如：該受託人指示以不合理低價，出售某財產³⁰⁸。其他「顯失公平」的情況，則有待實務案例的累積。

第三節 該當遺產分割方法指定之情形

第一項 學說見解

如前所述，分割方法之指定，通說均認為不限於遺產之全部，僅就遺產之一部亦可³⁰⁹，僅就共同繼承人中之一人或數人指定，其他繼承人未為指定，亦可³¹⁰。亦有學說說明，不論抽象的指定（例如：抽象的指定不動產由妻及長男繼承，有價證券及存款由次男和長女繼承）、具體的指定（例如：作成財產目錄，具體的指定其中某項財產應歸誰繼承或具體的指定建物給與妻，宅第及農地給與長男甲，有價證券給與次男乙，存款給與長女丙），甚至是抽象兼具體的指定（例如：具體的指定住宅及田地農具歸長男，其他財產抽象的由其他各子均分，或特別不動產須為共有），皆無不可³¹¹。

³⁰⁸ Christina Eberl-Borges（著），王強（譯），前揭註 214，頁 81。補充一提，此時雖然也可以透過全體繼承人協議分割，不必遵守受託人之指定方法，但仍有適用的必要，例如：其中一名繼承人與外人勾結等等。

³⁰⁹ 史尚寬，前揭註 22，頁 202；林秀雄，前揭註 18，頁 114；林秀雄，前揭註 271，頁 20；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 148；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 210。

³¹⁰ 史尚寬，前揭註 22，頁 203；林秀雄，前揭註 18，頁 114；林秀雄，前揭註 271，頁 20。

³¹¹ 史尚寬，前揭註 22，頁 202

第二項 實務見解³¹²



實務方面，以下幾則近來最高法院具代表性的實務見解，均涉及遺產分割方法之指定。不過，最高法院在定性時，又將遺產分割方法之指定分為下述三個類型：「單純型之遺產分割方法指定」、「競合型之遺產分割方法指定（兼指定應繼分）」以及「未明確區分型」（未特別區分係應繼分指定、或〈兼〉遺產分割方法指定）。本文以下先按照最高法院的用語，分別整理該當於此三種類型之判決，其次第三項再分析此種區別是否妥當。

一、單純型之遺產分割方法指定

（一）最高法院 97 年度台上字第 2217 號判決

本件事實簡化如下：「被繼承人 A 以代筆遺囑，指示將持有的甲土地之應有部分及乙土地之應有部分由長子 Y1 繼承；將持有的丙地之應有部分，由次子 Y2 繼承；至於遺囑中第三點所載之『其他不動產』（共計 14 筆不動產），由被繼承人之配偶 Y3、長子 Y1、次子 Y2、被繼承人之女 X 四人（按：全體繼承人）平均繼承。被繼承人 A 死亡後，X1 及 X2 依遺囑將 A 地、B 地、C 地之所有權，單獨辦理繼承登記於己，並且偽造 A 之簽名及盜用其印章，辦理其餘不動產之繼承登記」。

本判決贊同原審判決之見解，並謂：「原審審理結果，以：……次查依內政部地政司於 93 年 11 月 19 日內授中辦地字第 0930016064 號函示：『本件依來函資料所示，被繼承人代筆遺囑分割遺產之內容，均係繼承人單獨取得某一

³¹² 此處所引之實務見解，係以「指定遺產分割方法」、「遺產分割方法之指定」、「兼有指定應繼分及定分割方法」，以及「應繼分&遺產分割方法&指定」為關鍵字，於司法院法學資料檢索系統尋相關之最高法院裁判，由於有些案件尚涉及其他爭點，本文先暫且擱下，僅檢討「遺囑財產處分性質決定」的問題。司法院法學資料檢索系統網址：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>（最後瀏覽日：2018/06/05）。

不動產之全部所有權而無共有之情形，屬遺產分割方法之指定，依民法第 1165 條規定，自應從其所定。準此，本件被繼承人死亡時遺囑生效，依其所定遺產分割方法即生遺產分割之效力，由繼承人取得單獨之不動產所有權，無民法第 1151 條有關遺產未分割前為共同共有及土地登記規則第 120 條規定（註：即 84 年 7 月 12 日修正公布土地登記規則第 31 條規定）之適用，故各繼承人得本其全部所有權人之地位單獨申請辦理繼承登記。』……上訴論旨，就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。」。

（二）最高法院 103 年度台上字第 880 號判決

本件事實簡化如下：「被繼承人 A 生前書立遺囑，除將部分遺產列於遺囑各款，請依所示方式分配於其與第一任配偶所生之子女 Y1、Y2、Y3 三人取得，另於他款表示，『本人其他所有全部財產，扣除債務稅賦後，賸餘由 Y1、Y2、Y3 平均取得』。而 X 為 A 的第二任配偶 B 之女，於婚姻期間被 A 收養，但 A 後來與 B 離婚，並未與 X 終止收養關係，系爭遺囑並未分配任何遺產給 X。被繼承人 A 死亡後，Y1、Y2、Y3 三人共同就不動產之部分依遺囑辦理繼承登記」。

本判決贊同原審判決之見解謂：「原審以：……系爭遺囑……指明繼承人間如何分配全部遺產，屬於遺產分割方法之指定。惟上訴人 X 係 A 之法定繼承人，系爭遺囑未分配任何財產予上訴人 X，該遺囑所定遺產分割方法，顯已侵害上訴人 X 之特留分。民法雖未明定扣減權之行使期間，但扣減權既係法律就特留分侵害所設救濟方法，與繼承回復請求權係以法律就繼承權遭侵害所設救濟方法，性質相近，為避免法律關係長期處於不安定狀態，自應類推適用民法第 1146 條第 2 項有關繼承回復請求權之消滅期間規定，解為自扣減權人知其特

留分被侵害之時起，二年間不行使而消滅。……按遺囑自遺囑人死亡時發生效力；被繼承人之遺囑，定有分割遺產之方法者，從其所定，民法第 1199 條、第 1165 條第 1 項分別定有明文。又分割方法之指定，得就遺產全部或一部為之，縱令違反特留分之規定，其指定亦非無效，僅特留分被侵害之人得行使扣減權而已」。

（三）最高法院 107 年度台上字第 87 號判決

本件事實簡化如下：「被繼承人 A 之法定繼承人，原有配偶 Y1、Y2、Y3、B、C、D 等 6 名法定繼承人，但其以公證遺囑，剝奪 B 之繼承權，指示字畫兩幅由 X（代位繼承人，A 之孫，B 之子）取得，並指示其餘財產（4 筆土地、存款、債權、投資等約 2 億餘元）全部由 Y2、Y3 二人取得（即各 1/2），並指定本遺囑之保管人及執行人，第一順位為配偶 Y1、第二順位為次子 Y2、第三順位為參子 Y3，但未對配偶 Y1 及另外兩名子女 C 和 D 分配，惟長女 C 和養子 D 拋棄繼承。被繼承人 A 死亡後，遺囑執行人配偶 Y1 遲未辦理遺囑繼承登記，其他繼承人亦未辦理共同共有之繼承登記。後 X 主張自己無法拿到遺囑辦理繼承登記，故訴請法院請求分割遺產，惟一審法院認為本件僅需就系爭土地辦妥共同共有之繼承登記後即可請求分割遺產，非必須辦理遺囑繼承登記，原告 X 縱未能取得系爭遺囑正本，亦無礙於辦理共同共有繼承登記。後來 X 上訴至二審，訴訟審理中，X 持遺囑辦理繼承登記。將系爭土地登記為 Y2、Y3 二人所有，權利範圍各 1/2」。

本件判決贊同原審判決之見解³¹³，謂：「原審以：……A 以系爭遺囑分配其所留財產除字畫由上訴人 X 取得外，其餘財產全部由 Y2、Y3 二人取得（各

³¹³ 嚴格而言，前審是將該遺囑處分定性為「指定應繼分兼遺產分割方法之指定」，查臺灣高等法院 103 年度重家上字第 16 號判決調：「次查，A 於系爭遺囑載明：「二本人所有財產分配如下：（一）本人收藏之無價之寶字畫由肆子 B 之子女代位繼承。（二）除了第一項之財產外，本人其他的財產，全部由次子 Y2 及參子 Y3 各分得貳分之壹」等語，足認 A 係以系爭遺

1/2)，堪認 A 係以系爭遺囑指定遺產分割方法。……而上訴人 X 所分得之字畫（兩幅）價值僅 3000 元，可見系爭遺囑就遺產分割方法業已侵害上訴人之特留分。類推適用民法第 1225 條之規定，上訴人就其所分得之遺產不足額行使扣減權，……已生扣減之效力，其因而回復之特留分即概括存在於全部遺產，並非具體存在於各個標的物。查，系爭遺產中之一部即系爭土地所有權部分，已辦理遺囑繼承登記為 Y2、Y3 二人所有（應有部分各 1/2），並非登記為全體繼承人共同共有狀態，則在系爭土地回復為共同共有登記前，上訴人 X 不得請求法院裁判分割該遺產。次按，遺產分割之目的在廢止遺產全部之共同共有關係，而非僅在消滅個別財產之共同共有關係，其分割方法應對全部遺產整體為之。系爭遺產除系爭土地外，尚有存款、債權及投資等（詳附表壹所示），系爭土地既不得為裁判分割，則上訴人對於其他遺產部分亦不得請求分割。從而，上訴人依民法第 1164 條、第 1225 條、第 1187 條等規定，請求分割系爭遺產，並依附表參所示方式分配予其，為無理由，不應准許等詞，因而維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，於法尚無違誤。按分割共有物無論是協議分割或裁判分割，均屬處分行為，繼承人如欲分割其因繼承而取得共同共有之不動產，需先辦理繼承登記，始得為之；……原審謂系爭遺產中之一部即系爭土地，既已登記為 Y2、Y3 二人所有（應有部分各 1/2），在該登記尚未回復登記為 A 全體繼承人共同共有登記之前，不得裁判分割系爭土地，則系爭遺產全部不得分割，故上訴人 X 依民法第 1164 條規定，請求分割系爭遺產，核屬無據等論斷，洵無違誤。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。末系爭遺產中之一部即系爭土地，業已登記為 Y2、Y3 二人所有（應有部分各

囑兼有指定應繼分及指定遺產分割方法之意思。」。本文依循最高法院的理解，先將其歸類在「單純型之遺產分割方法指定」。

1/2)，上訴人無法利用本件訴訟程序，一次解決塗銷該登記、為共同共有登記，俾為遺產分割之訴訟目的，原審就此部分未行使闡明權，難謂違誤。另原審就上訴人行使扣減權之法效相關論述，不論當否，對於原判決上揭論斷結果不生影響，核屬贅論，均附敘明」。

二、競合型之遺產分割方法指定（兼指定應繼分）

（一）最高法院 99 年度台上字第 918 號判決

本件事實簡化如下：「被繼承人 A 以代筆遺囑，將名下 25 筆不動產（下稱：系爭不動產），全部指定由其中一名女兒 Y 單獨繼承，其他七名繼承人未受分配，遺產中尚有儲蓄及大批股票亦未受分配。被繼承人 A 死亡後，Y 單獨持遺囑將系爭不動產辦理繼承登記於己」。

本判決否定原審判決採「應繼分指定」的見解，而委婉肯定系爭遺囑為「應繼分指定兼指定遺產分割方法」³¹⁴，謂：「查原審一方面認 A 以系爭遺囑將系爭不動產『遺贈』予上訴人 Y，一方面認被繼承 A 於系爭遺囑中將系爭不動產全部指定由上訴人單獨繼承，其性質應屬應繼分之指定，判決理由不免矛盾。……足認 A 所遺財產除系爭不動產，尚有儲蓄及大批股票。然被繼承人 A 於系爭遺囑載明本人名下之左列不動產由本人之女兒 Y 單獨繼承等語……。則其真意為何？是否僅為應繼分之指定抑或包括指定遺產分割方法？如為肯定，則究係僅就所列不動產部分為指定，抑或就全部遺產為指定分割方法，當涉及共同繼承人得否再行請求遺產分割，並與特留分扣減權行使有重要關聯，原審就系爭遺囑之性質為何，是否為 A 生前以遺囑方式之遺產分割方法，均未說明其法律上之理由，逕以上揭理由為上訴人不利之判決，不免速斷」。

³¹⁴ 最高法院 99 年度台上字第 918 號判決所採之見解，也獲得後來更審法院的遵循（臺灣高等法院 99 年度重家上更（一）字第 3 號判決），此更一審又經上訴，而最高法院的支持更一審之判斷（最高法院 103 年度台上字第 444 號裁定），最後，又被提起再審，再審法亦肯定更一審之判斷（臺灣高等法院 103 年度重家再字第 1 號判決），而將再審之訴駁回。



(二) 最高法院 102 年度台上字第 1245 號判決³¹⁵

本件事實簡化如下：「被繼承人 A（配偶 B 已歿）以代筆遺囑，將部分遺產（按：25 筆不動產）指定分歸給兒子 X 及 Y1 分別或比例取得，Y2、Y3、Y4 等三名女兒未受分配，遺產中尚餘其他不動產未受分配。被繼承人 X 死亡後，繼承人間就前開遺產既不能協議分割，原告 X 故訴請分割遺產，並請求依前揭所述比例，以採取分別共有方式予以分割。」。


本判決否定原審判決採「指定應繼分」的見解，而委婉肯定系爭遺囑為「兼有指定應繼分及定分割方法」，謂：「原審……次通觀系爭遺囑前言、後記等全文記載，斟酌立遺囑當時情形，可認 A 立系爭遺囑，分配財產與被上訴人 X 及 Y1，並非『遺贈』性質，而係就其遺產之一部為『應繼分之指定』。……又系爭遺囑將 A 所遺財產之一部指定分歸被上訴人 X 及 Y1 分別或共同取得，究係應繼分之指定？或兼有指定應繼分及定分割方法之意思……，亦有未明，尚待釐清。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由」。

三、未明確區分型（未特別區分係應繼分指定、或〈兼〉遺產分割方法指定）

(一) 最高法院 105 年度台上字第 1207 號判決

本件事實簡化如下：「被繼承人 A 共有四名子女，為法定繼承人，以公證遺囑，指定甲房地由兒子 Y1 及 Y2 平均繼承，女兒 X 及 Y3 未受分配，遺產中尚有存款、股票及消費借貸款債權 30 萬元未做分配。被繼承人 A 死亡後，Y1 及 Y2 共同持遺囑將系爭不動產辦理繼承登記。」。

³¹⁵ 本件判決之原審判決（臺灣高等法院臺中分院 100 年度重家上更（一）字第 1 號判決）以及前前審判決（最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決）將本件遺囑處分定性為「非競合型」之「特定遺產指定型」的指定應繼分，詳細內容參見前揭註 56。



本件判決未對原審判決（未嚴格定性該當遺囑指定應繼分或遺產分割方法之指定）有所指摘，僅謂：「A 死亡時……按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；應得特留分之人，如因被繼承人所為之遺贈，致其應得之數不足者，得按其不足之數由遺贈財產扣減之。受遺贈人有數人時，應按其所得遺贈價額比例扣減。民法第 1187 條、第 1225 條分別定有明文。上開扣減權行使之規定，解釋上包括以遺囑指定應繼分或分割方法而有侵害特留分者在內，且扣減權利人苟對扣減義務人行使扣減權，其因而回復之特留分乃概括存在於全部遺產，並非具體存在於各個標的物，該扣減之形成效力不及於特留分同受侵害卻未行使扣減權之他繼承人。……被上訴人 X 自得行使扣減權及民法第 1146 條繼承回復請求權，並分割遺產」。

第三項 評析與檢討

從上述的幾則實務判決觀察，姑且無論是單純型或競合型，會發現該當於遺產分割方法之指定的處分型態相當多元，如同通說所言，從遺產標的而言，得以「全部遺產」或「特定遺產」為指定者；從指定分配的對象而言，得就「全體繼承人」或「特定繼承人」為對象，均無不可。然而，可以發現，除非遺囑明文指定「全部遺產」，或被繼承人清楚列出所有財產，否則仍有可能有部分的不動產，甚至現金、儲蓄、投資（股票）、債權、動產等等非不動產之遺產未受分配，被繼承人可能有心或無意。但參照最高法院 99 年度台上字第 918 號判決意旨：「究係僅就所列不動產部分為指定，抑或就全部遺產為指定分割方法，當涉及共同繼承人得否再行請求遺產分割，並與特留分扣減權行使有重要關聯」³¹⁶，也就是說，被繼承人是否就「全部遺產」為指定，將會影響

³¹⁶ 最高法院 99 年度台上字第 611 號判決亦有相似論述，謂：「又系爭遺囑所稱之『分配』是否為指定遺產分割方法？如為肯定，則究係僅就所列不動產部分為指定，抑或就全部遺產為指定分割方法，當涉及共同繼承人得否再行請求遺產分割，及請求分割部分，並與特留分扣減權

到得否再行請求遺產分割，以及特留分扣減權的行使，此問題待本章第五節之後再一併說明。

此處先討論另一問題：最高法院區分「單純型」及「競合型（兼指定應繼分）」的標準何在？首先，最高法院 97 年度台上字第 2217 號判決和最高法院 99 年度台上字第 918 號判決，都是將「特定遺產由特定繼承人『單獨』取得」的遺囑處分，且前者也變更了共同繼承人間的應繼分（兩位兒子所獲遺產明顯多於女兒及配偶），何以法院認為前者是「單純型」而後者是「競合型」？似無基準。再者，先前第四章第四節第二項討論過的「（非競合）特定遺產指定型的指定應繼分」三則判決³¹⁷，皆同樣是將使特定遺產由特定繼承人單獨繼承，其中的臺灣高等法院 98 年度重家上字第 6 號判決、臺灣高等法院臺中分院 100 年度重家上更（一）字第 1 號判決，甚至分別是遭此處的最高法院 99 年度台上字第 918 號判決和最高法院 102 年度台上字第 1245 號判決廢棄發回的原判決。從此觀之，「使特定繼承人取得特定遺產」，在實務上有可能被定性為「指定應繼分」、「遺產分割方法指定」或是「指定應繼分兼遺產分割方法指定」三種態樣，然而卻無明確標準可言。再從「單純型」的最高法院 103 年度台上字第 880 號判決來看，其事實關係是將「全部遺產由部分特定繼承人取得」，難道沒有兼具應繼分指定之性質？又如最高法院 107 年度台上字第 87 號判決，將原審法院認定的「競合型」，直接改解為「單純型」，難道這時候指定應繼分的性質消失了嗎？又有如「未明確區分型」的最高法院 105 年度台上

行使有重要關聯」；最高法院 104 年度台上字第 1480 號亦有相似論述，謂：「原審未審認系爭遺囑，究係遺贈或遺產分割之方法或應繼分之指定，有侵害被上訴人之特留分，逕依民法第 1225 條，許被上訴人行使扣減權，已有未合。其次，倘認系爭遺囑係指定遺產分割方法，就指定所及範圍能否再行請求遺產分割，亦滋疑義，乃原審未遑推闡明晰。」。不過在這兩件，最高法院均認為事實審未就系爭遺囑處分加以定性，而將原判決廢棄發回，故本文未將這兩則判決進行分類。

³¹⁷ 臺灣高等法院高雄分院 87 年度家上字第 158 號判決、臺灣高等法院 98 年度重家上字第 6 號判決、臺灣高等法院臺中分院 100 年度重家上更（一）字第 1 號判決。

字第 1207 號判決，僅調扣減權的行使，解釋上包括指定應繼分或遺產分割方法之指定，而不在意定性的問題，未如同最高法院 99 年度台上字第 611 號判決及最高法院 104 年度台上字第 1480 號般指責原審法院「應就遺囑之性質為何，詳予研求」或是「原審未審認系爭遺囑，究係遺贈或遺產分割之方法或應繼分之指定……已有未合」³¹⁸。綜上所述，我國實務就遺囑的定性時而在意，時而馬虎，即使做了定性，相同或類似的情形，卻有不同的結果³¹⁹，卻未提出明確的區分，只因偶然定性的不同，最後當事人彷彿走進死胡同裡，在審級間來來回回，耗費勞力、時間、費用，對當事人相當不公平。

承第四章第四節第三項所述，台灣曾有學說認為「被繼承人之遺產分割方法之指定，其實質係應繼分之指定」³²⁰，本文曾說明，基於對於指定應繼分的違和感，倒不如說將指定應繼分（抽象比例的指定）解釋為遺產分割方法指定的手段之一，或是說台灣民法所承認遺產分割方法之指定，和德國、瑞士法不同，本質上是「得變更繼承人法定應繼分的遺產分割方法指定」，而將遺囑處分簡化為「遺贈」與「遺產分割方法之指定」兩個類型即可。關於應繼分指定與遺產分割方法指定，究竟有無區別實益，尚可再從其法律效果的面向及特留分扣減權之行使面向觀察，倘若因為兩者的定性有所差異，會產生不同的法律效果或影響扣減權之行使方法，則有必要將兩者分開處理；若無，則兩者並無區分必要，請見下文之分析。

³¹⁸ 查此三則判決，是分別由最高法院三個不同庭所下的判決。

³¹⁹ 最高法院 99 年度台上字第 918 號判決和最高法院 102 年度台上字第 1245 號判決即是最佳例證，後者所做的認定，甚至與其前前審最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決有所不同，是要讓下級審法院如何適從？

³²⁰ 戴炎輝，前揭註 211，頁 292 之註 4，台北：自版；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 355 之註 181。

第四節 遺產分割方法指定之法律效果

第一項 早期學說見解



與指定應繼分的情形相同，多數學說沒有論及遺產分割方法指定的法律效果，史尚寬教授則參考瑞士民法第 608 條，認為該指定只有債權之效力，並無物權的效力³²¹；林秀雄教授則謂，指定遺產分割方法之遺囑，並無物權的效力，於遺產分割前，遺產仍屬共同繼承人之共同共有（民法第 1151 條），必須經過遺產分割後，使由各繼承人取得其分得遺產之單獨所有權³²²；亦曾有研究者認為，我國民法物權變動採形式主義，則被繼承人依遺囑所為之財產處分，不論是遺贈、應繼分指定或是遺產分割方法指定，均生債權之效力說，三者皆無不同³²³；黃詩淳教授則在其早期的研究中提到，台灣的遺產分割方法指定，即使指定對象是特定物，也沒有物權的效力，必須先經過遺產分割程序，才確定對繼承人的歸屬，意即，分割方法指定的目的財產，無法規避協議分割或裁判分割的程序³²⁴，並以最高法院 82 年度台上字第 2838 號判決作為推論如下。

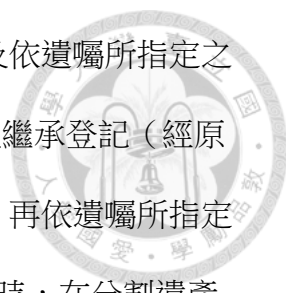
於該判決的案件中，被繼承人 A 立有遺囑，對其所遺之不動產指定分割方法（依附表甲之（一）所示不動產分配與繼承人 X1 及 X2 取得二人各取得 6 分之 1，如附表甲之（二）所示不動產所有權應有部分，分配與繼承人 X1 及繼承

³²¹ 史尚寬，前揭註 22，頁 203；關於瑞士民法第 608 條條文，請參照前揭註 208；事實上德國民法第 2048 條（條文請參照前揭註 207），亦僅具有債權效力，不會產生物權之效果，尤其不使對個別遺產標的特殊繼承成立，而不動產需要經過登記（參照德國民法第 873 條、第 925 條），動產需要經過交付（參照德國民法第 929 條），該受益繼承人始取得該遺產標之之所有權，參見 Christina Eberl-Borges（著），王強（譯），前揭註 214，頁 75；Rainer Frank、Tobias Helms（著），王葆蔴、林佳業（譯），前揭註 163，頁 98。

³²² 林秀雄，前揭註 271，頁 21。不過有研究者卻誤解林秀雄教授之意，認為林教授於教科書上（前揭註 18，頁 114）的這段論述「分割方法之指定，並不限於遺產之全部……所為分割方法之指定之結果」，可以推測林教授認為被繼承人指定遺產分割方法後，即生遺產分割之物權效力，而該被指定的遺產，無須再經過繼承人協議或法院裁判分割，即依被繼承人指示方式並繼承，參見李秋瑩，前揭註 57，頁 217-218。實在不知是如何推測，更是研究誤解學者之意。

³²³ 陳宗賢，前揭註 203，頁 33-34、54 之註 71。

³²⁴ 黃詩淳，前揭註 242，頁 407。



人 Y 二人各得其半），未料繼承人 Y 拒不協同辦理繼承登記及依遺囑所指定之分割方法辦理分割，故訴請 Y 就遺產中之不動產部分協同辦理繼承登記（經原審闡明後 X1 及 X2 已表明係請求辦理分別共有之繼承登記），再依遺囑所指定之分割方法予以分割，但最高法院認為：「惟查繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有，民法第 1151 條定有明文。又繼承登記，得由任何繼承人為全體繼承人聲請之；合法繼承人為二人以上，其中部分繼承人因故不能會同其他繼承人共同申請繼承登記時，得由其中一人或數人為全體繼承人之利益，就被繼承人之土地，申請為共同共有之登記，其經繼承人全體同意者，得申請為分別共有之登記，分別為土地法第 73 條第 1 項及土地登記規則第 29 條第 1 項所明定。依此規定，聲請為分別共有之繼承登記，必須經全體繼承人之同意，始得為之；又各繼承人得為全體繼承人之利益，單獨聲請為共同共有之繼承登記，故在繼承人相互間，似無以訴請求他繼承人協同辦理繼承登記之必要。本件上訴人 Y 既不同意辦理分別共有之繼承登記，被上訴人 X1、X2 固無從訴求上訴人 Y 協同辦理分別共有之繼承登記。縱認上訴人對於共同共有之繼承登記亦拒絕為之，被上訴人既非不得為全體繼承人之利益，單僅向該管地政機關提出聲請，亦難認其對上訴人有訴求協同辦理共同共有之繼承登記之必要。原審見未及此，遽以前揭所謂符合訴訟經濟原則或為遂依遺囑分割遺產之目的等詞，認被上訴人得訴求上訴人協同辦理繼承登記，已難謂洽」，由此得以推論，關於遺產分割方法之指定的登記，在有其他共同繼承人反對的情況，無法依指定的內容辦理登記。如果遺產分割方法指定具有物權之效力的話，則該標的物早就不是協議或裁判分割的對象，而理應承認依遺囑指

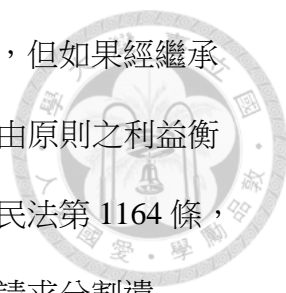
定的遺產分割方法的登記，但從該判決看來，顯然不是如此，到頭來這個登記還是必須透過共同協議分割或是裁判分割³²⁵。

此外，關於指定遺產分割方法之拘束力，學說上認為除了認為有拘束法官（按：法院）之效力外³²⁶，繼承人雖有遵從之義務，但若其實行未指定遺囑執行人時，繼承人得經全體一致同意另行分割，不過如果被繼承人有指定遺囑執行人時，依民法第 1215 條第 1 項，由於遺囑執行人有管理遺產並為執行上必要行為之職務，並依民法第 1216 條，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，也不得妨礙其職務之執行，故縱使經繼承人全體同意，亦不得違反被繼承人之意思另行分割³²⁷。學說雖未敘明理由，不過參考在「禁止

³²⁵ 黃詩淳，前揭註 242，頁 404-407。

³²⁶ 史尚寬，前揭註 22，頁 202。

³²⁷ 史尚寬，前揭註 22，頁 202；林秀雄，前揭註 271，頁 20。此外，尚有兩則行政函釋值得注意。**第一是**，內政部 99 年 7 月 8 日內授中辦地字第 0990724891 號令：「【要旨】遺囑執行人得依遺囑內容實施遺產分割，並代理繼承人申辦遺囑繼承登記及遺贈登記，無須徵得繼承人之同意。【內容】有關部分繼承人不會同申辦繼承登記時，遺囑執行人得否依遺囑內容實行遺產分割並代為申辦分別共有之遺囑繼承及遺贈登記事宜，經函准法務部 99 年 6 月 11 日法律字第 0999012357 號函略以：『按遺囑執行人有管理遺產並為執行上必要行為之職務（民法第 1215 條參照），其於處分權之範圍內，排除繼承人之處分權（民法第 1216 條參照），並無須得繼承人之同意，繼承人亦不得妨礙其職務之執行。上開規定所稱〔執行上必要行為之職務〕，包括遺贈物之交付、依被繼承人之指示實行分割遺產等。準此，遺囑執行人為執行遺囑而辦理遺贈登記，當無須得繼承人之同意（本部 88 年 12 月 24 日法律字第 033885 號函參照），至於遺囑執行人得否實施遺產分割並申辦分別共有登記，則須依遺囑內容審認其是否係依〔被繼承人之指示〕而屬〔執行上必要行為之職務〕之範圍而定（本部 89 年 1 月 26 日法律字第 050760 號函參照），...如繼承人就遺贈效力或遺囑有關遺產事項有所爭執時，仍宜循司法途徑解決。』準此，部分繼承人不會同申辦繼承登記時，遺囑執行人得依遺囑內容實施遺產分割，並代理繼承人申辦分別共有之遺囑繼承登記及遺贈登記，無須徵得繼承人之同意。但如繼承人就遺贈效力或遺囑有關遺產事項有所爭執時，仍宜循司法途徑解決」。**第二是**，內政部 101 年 8 月 17 日內授中辦地字第 1016037018 號函：「【要旨】繼承人兼以遺囑執行人身分申辦自己與其他繼承人之遺產繼承登記，係依被繼承人之指示而為執行上之必要行為者，無民法第 106 條規定之適用。【內容】案經函准法務部 101 年 8 月 9 日法律字第 10100547070 號函略以，民法第 1215 條第 2 項關於遺囑執行人之職務行為，視為繼承人之代理之規定，乃就繼承人以外之人為遺囑執行人之情形所為之規定，於繼承人為遺囑執行人時，自無適用。又同法第 106 條禁止雙方代理或自己代理規定之意旨，在於避免利益衝突，防範代理人厚己薄人，失其公正立場，以保護本人之利益。惟我國民法既未禁止繼承人為遺囑執行人，且遺囑執行人執行職務仍須以自己名義為之，復依同法第 1216 條『繼承人於遺囑執行人執行職務中，不得處分與遺囑有關遺產，並不得妨礙其職務之執行。』之規定，是繼承人對於與遺囑有關之遺產，已喪失處分權，不生由他人代理問題，故遺囑執行人管理遺產並為執行遺囑上必要行為之職務，自無須徵得繼承人之同意，此與民法第 106 條所規範之情形不同，尚無適用該條規定問題。本部同意法務部上開意見，爰本案倘經審認繼承人邢○○君兼以遺囑執行人身分申辦自己與其他繼承人之遺產繼承登記，係依被繼承人之指示而為執行上之必要行為者，自無民法第 106 條規定之適用。』。



分割之遺囑」之說明，或可推之。被繼承人雖已遺囑禁止分割，但如果經繼承人全體同意仍不妨分割³²⁸，理由為在所有權絕對原則與契約自由原則之利益衡量下，遺囑自由原則退居第二線，以實現經濟發展之需求（依民法第 1164 條，民法本來的預設就是基於經濟發展之要求，規定繼承人得隨時請求分割遺產），因此在經過全體繼承人一致同意的前提下分割，應無不許之理³²⁹。對此，近年來出現一些實務判決採用這樣的想法，將之實踐於經全體繼承人一致同意而另行分割之案例，謂：「基於所有權絕對原則及契約自由原則，全體繼承人之意志應較法律（即法定應繼分）或被繼承人之死後意志（指遺囑所定應繼分），更為優先。是全體繼承人自得以協議方式，變更法定之應繼分或遺囑指定之應繼分，而為遺產之分割」³³⁰。簡而言之，學說及裁判實務對於此問題的想法就是「生者比死者為重」，不過登記實務上卻有不同見解，容待後述。

第二項 從登記實務形成的新實務見解

首先，內政部地政司 93 年 11 月 19 日內授中辦地字第 0930016064 號函（下稱：內政部 93 年函）謂：「案經函准法務部 93 年 11 月 15 日法律決字第 0930040074 號函略以：『按〔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。〕、〔遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。〕民法第 1165 條第 1 項、第 1187 條分別定有明文。因在私有財產制度之下，個人對於私有財產，在生前既有自由處分權，則該人於其生前，以遺囑處分財產而使其於死後發生效力，亦應加以承認（參照戴炎輝、戴東雄合著，繼承法，第 246 頁）。本件依來函資料所示，被繼承人代筆遺囑

³²⁸ 史尚寬，前揭註 22，頁 198-199。

³²⁹ 林秀雄，前揭註 18，頁 107。

³³⁰ 參照臺灣臺中地方法院 93 年度重訴字第 401 號判決、臺灣高雄少年及家事法院 102 年度家訴字第 47 號判決、臺灣高等法院高雄分院 103 年度家上字第 77 號判決、臺灣桃園地方法院 105 年度重家訴字第 19 號判決。

分割遺產之內容，均係繼承人單獨取得某一不動產之全部所有權而無共有之情形，屬遺產分割方法之指定，依民法第 1165 條規定，自應從其所定。準此，本件被繼承人死亡時遺囑生效，依其所定遺產分割方法即生遺產分割之效力，由繼承人取得單獨之不動產所有權，無民法第 1151 條有關遺產未分割前為共同共有及土地登記規則第 120 條規定之適用，故各繼承人得本其全部所有權人之地位單獨申請辦理繼承登記。……』本案遺囑分割遺產，如符合一物一權之原則（即繼承人單獨取得被繼承人某一不動產之全部所有權而無共有之情形），得由部分繼承人持憑被繼承人之遺囑，單獨就其取得之遺產部分申請繼承登記，而無須全體繼承人會同申請」。簡而言之，該函認為，遺產分割方法之指定，如果係由特定繼承人單獨取得該不動產之所有權，於被繼承人死亡時，即生遺產分割效力，而不形成遺產共同共有關係，而且該受益繼承人得單獨持遺囑申請單獨所有之繼承登記，而無須全體繼承人會同申請。

而上述法務部及內政部函釋之見解，亦被最高法院 97 年度台上字第 2217 號判決所肯認，該最高法院判決贊同原審之見解，並引述上述函釋謂：「準此，本件被繼承人死亡時遺囑生效，依其所定遺產分割方法即生遺產分割之效力，由繼承人取得單獨之不動產所有權，無民法第 1151 條有關遺產未分割前為共同共有及土地登記規則第 120 條規定（註：即 84 年 7 月 12 日修正公布土地登記規則第 31 條規定）之適用，故各繼承人得本其全部所有權人之地位單獨申請辦理繼承登記」，學者黃詩淳教授對此判決做了重要的評價：「本判決賦予『特定標的物歸屬於特定繼承人』之指定分割方法以『物權效』，因而登記程序上，不適用土地登記規則第 120 條第 1 項及第 123 條第 1 項，而得由受益繼

承人單獨辦理登記。」³³¹。以上最高法院判決之意旨及學者之評價，亦得到臺灣新北地方法院 104 年度重家訴字第 43 號判決³³²的闡述及援用，該判決謂：

「關於系爭提存款之提存書之受取權人乙節：依系爭遺囑第一條之記載，系爭甲土地應由原告 X 與被告 Y1 共同繼承，此已如前述，從而，系爭甲土地遭他共有人處分後所得價金，亦應由原告 X 與被告 Y1 共同繼承。然系爭提存款之受取權人是否僅限於原告 X 與被告 Y1，抑或包括其他繼承人？此涉及是否須待繼承人履行遺囑所定遺產分割之義務後，各繼承人始取得分受遺產之單獨所有權，亦即本件在被繼承人 A 之遺產分割以前，系爭提存款是否仍屬繼承人全體公同共有之議題。茲分述於下：……於地政實務，依內政部 93 年 11 月 19 日內授中辦地字第 0930016064 號函文所示，……準此，於地政實務上，依遺囑所定遺產分割方法即生遺產分割之效力，由繼承人取得單獨之不動產所有權，並得由部分繼承人持憑被繼承人之遺囑，單獨就其取得之遺產部分申請繼承登記，核其意旨，應係肯認物權效力說。再依最高法院 97 年度台上字第 2217 號判決意旨，亦採用內政部函釋之見解，……準此，似亦將『特定遺產指定分與特定繼承人』之遺囑指定分割賦予物權效力，受指定之繼承人可只憑遺囑即取


³³¹ 黃詩淳（2011），〈遺產分割方法之指定的法律效力——最高法院九十七年度臺上字第二二一七號民事判決〉，《月旦裁判時報》，12 期，頁 33-34；黃詩淳，前揭註 21，頁 253。此判決為我國第一則明文肯定 93 年函見解之最高法院民事判決。

³³² 本件之被繼承人 A 與其配偶 B（已亡）育有長子即原告 X、次子即被告 Y1、長女 C（已亡，故由其子女 D、E、F、G、H 代位繼承）、三女即被告 Y2、四女即被告 Y3。被繼承人 A 死亡後遺留有包括甲土地 1/4 持分在內之不動產、農會存款，由兩造繼承。但被繼承人 A 生前立有代筆遺囑，其中第一條即載明：「甲土地...由 X、Y1 共同全部繼承」。不過於被繼承人 X 死亡後，系爭 A 土地之其他共有人 I、J、K 等三人（持分各 1/4），依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定，將包含被繼承人 A 之持分在內之系爭甲土地全部，出售予第三人，但因被繼承人 A 已死亡，其依持分比例原可分得之價金，經提存後，提存物受取權人記載為原告 X 及被告 Y1、Y2、Y3、D、E、F、G。原告 X 主張是以系爭提存款之受取權人本應僅為原告 X、被告 Y1，惟因系爭提存款之提存書誤載，導致而本無系爭提存款受取權之被告 Y2、Y3、Y2、Y3、D、E、F、G 等人，對原告 X 要求其等配合出具印鑑證明及用印之通知置之不理，致原告 X 無從領取系爭提存款，故先位聲明訴請確認被告 Y2、Y3、D、E、F、G 之提存款受取權不存在，並主張變價後之提存款即屬 X 和 Y1 二人共有，故原告 X 請求分割系爭提存款，並命被告 Y1 協同領取。

得指定遺產之所有權。基上所述，系爭甲土地既應經系爭遺囑指定由原告 X 與被告 Y1 共同繼承，該土地遭他共有人處分後所得價金，亦應由原告 X、被告 Y1 共同繼承，取得權利，此部分價金經提存後，其受取權人亦應僅為原告 X、被告 Y1 二人。從而，系爭提存款之受取權人應為原告 X、被告 Y1。」。除此之外，例如最高法院 99 年度台上字第 918 號判決，從其案例事實得以推知，地政機關允許受益繼承人單獨被繼承人之遺囑，就其取得之遺產部分申請單獨所有之繼承登記。

有疑義者是，內政部 93 年函及最高法院 97 年度台上字第 2217 號判決之射程範圍是否包括被繼承人「使特定繼承人『共同』取得特定遺產」之情形？例如：被繼承人 A，有配偶 B 及子女 C、D、E、F 共四人，生前書立遺囑指定甲地，由長子 C 取得 2/3 之比例和次子 D 取得 1/3 之比例。被繼承人 A 死亡後，繼承人 C 和 D 得否未經其他繼承人 B、E、F 之同意，「共同」持遺囑辦理甲地所有權之繼承登記（由 C 取得甲地之應有部分 2/3，D 取得甲地之應有部分 1/3）？或是繼承人 C 得否自己「單獨」持遺囑（而未協同 D）辦理繼承登記（由 C 取得甲地之應有部分 2/3）？或是這個情況，根本不該當內政部 93 年函所適用的情形？此問題緣起於內政部 93 年函所稱的「遺囑分割遺產，如符合一物一權之原則（即繼承人單獨取得被繼承人某一不動產之全部所有權而無共有之情形）」，是否限於「使特定繼承人『單獨』取得特定遺產」之情形，才有該函的適用餘地？該函之射程範圍到哪裡？

應先辨明者是，何謂「一物一權之原則」？按「一物一權原則」，又稱：「一物一權主義」，或是「物權標的物特定原則」（Spezialitätsprinzip），係指一個獨立物上僅能成立一所有權，一個所有權客體，以一個獨立物為限，物之



一部分不能成立所有權，又數個物不能成立一個所有權³³³。又共同所有是一個所有權由二人以上共同享有，並非一物之上成立兩個以上之所有權而分屬於各人，故不違反一物一權主義³³⁴。換言之，共有是數人共享一物所有權，各共有人享有標的物權利之量的總和構成一個所有權³³⁵。由此觀之，內政部 93 年函在「一物一權之原則」後面括號補充「即繼承人單獨取得被繼承人某一不動產之全部所有權而無共有之情形」，可能是誤解了一物一權原則之涵義，而認為一物一權只限於單獨所有而不包括共有，但有意將該函釋所適用的情形限縮在「使特定繼承人『單獨』取得特定遺產」的情形。不過，這樣的限縮解釋，似乎未被登記實務所遵守，且似乎和前述關於指定應繼分的內政部 81 年函，有重疊之處。

筆者在說明內政部 81 年函時，以高雄高等行政法院 92 年度訴字第 299 號判決及最高行政法院 93 年度判字第 1627 號判決說明 81 年函在登記實務的適用情形³³⁶，在該案件中，被繼承人 A，有配偶 B 及子女 X、C、D、E、F 等五人，被繼承人 X 生前自書遺囑指定其遺留之不動產部分（按：共計 5 筆不動產），由其子 C 及 F 二人共同均分繼承，後來被繼承人 A 死亡，C 及 F 未得其他繼承人之同意，共同申請登記上開不動產部分為每人應有部分 1/2，經嘉義市地政事務所准許就系爭不動產所有權為 C 及 F 權利範圍各 1/2 之繼承登記，惟原告 X 不服被告 Y（嘉義市地政事務所）上開繼承登記之處分，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。對此，高等法院曾謂：「又被繼承人是否

³³³ 謝在全，前揭註 252，頁 17；另參照王澤鑑，前揭註 252，頁 50-51；溫豐文（2017），《民法物權案例研究》，頁 3，台北：新學林。

³³⁴ 謝在全，前揭註 252，頁 461。

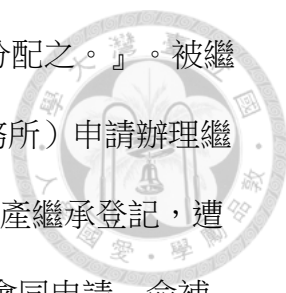
³³⁵ 溫豐文，前揭註 333，頁 3。

³³⁶ 該案例事實發生時，內政部 93 年函尚未作成。關於 81 年函、高雄高等行政法院 92 年度訴字第 299 號判決和最高行政法院 93 年度判字第 1627 號判決之詳細內容，參見第四章第五節第二項。

得僅就一部分遺產指定應繼分，此在我國民法雖無明文，但亦當作積極之解釋……。職故，被繼承人僅就一部分之遺產指定應繼分之情形，對該遺產而言，繼承當時即生變更『法定應繼分』為『指定應繼分』之效力，尚無疑義……」等等駁回原告之訴；最高行政法院贊同原審之見解，並謂：「系爭遺產之繼承，因上開自書遺囑生效，當然變更法定應繼分而依指定應繼分繼承，即應由訴外人 C 及 F 繼承。訴外人 C 及 F 既申請登記為每人應有部分 1/2，即屬『全體』同意為分割繼承登記。」。也就是說，若依前開實務之見解，由於我國學說及實務承認被繼承人得就「一部分遺產指定應繼分」，**內政部 81 年函**適用於「使特定繼承人『共同』取得特定遺產」的情形，但辦理繼承登記時，應由受益繼承人「共同」辦理，始符合行為時土地登記規則第 31 條第 1 項後段（相當於現行規則第 120 條第 1 項後段）之「經繼承人『全體』同意」的要件³³⁷。

以下，再就內政部 93 年函作成後，內政部 81 年函的適用情形，以**高雄高等行政法院 97 年度訴字第 291 號判決**觀察。本件判決事實簡化如下：「被繼承人 A 之繼承人，有配偶 B、長子 C、二子即原告 X、三子 D、四子 E、長女 F、二女 G，共 7 人。被繼承人 A 於生前立有代筆遺囑謂：『一、就其所有之甲土地（權利範圍 10000 分之 4252），因其中應有部分 10000 分之 466 已於 77 年 12 月 7 日出售與子 X（即原告），因此此部分應分給 X，其餘繼承人不得有異議。其剩餘土地為應有部分 10000 分之 3786，做為遺產分配，其分配之方法如下：1、長子 C 分得 14 分之 1……2、二子 X 分得 56 分之 13……3、三子 D 分得 56 分之 13……4、四子 E 分得 56 分之 13……5、配偶 B 分得 56 分之 13……。二、二子 X、三子 D、四子 E 各出資 20 萬元，共計 60 萬元，分配與

³³⁷ 臺中高等行政法院判決 94 年度訴字第 182 號判決（案例事實發生時點，93 年函尚未作成），亦有相同意旨，相關內容參照前揭註 258。



長女 F、次女 G 各 30 萬元。三、本人剩餘之財產由各繼承人分配之。』。被繼承人 A 死亡後，原告 X 持遺囑向被告 Y（高雄縣岡山地政事務所）申請辦理繼承登記，但由於長子 C 分得遺產較少，已表示不願配合辦理遺產繼承登記，遭被告 Y 引述內政部 93 年函謂：『本件繼承登記須全體繼承人會同申請』命補正，原告 X 逾期未補正，而遭駁回，原告不服，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟」。訴訟中被告高雄縣岡山地政事務所抗辯：「依內政部 93 年函示……即遺囑指定某一筆土地由一人繼承取得，該繼承人即可單獨申請繼承取得登記，反之則否。依此原告 X 所提代筆遺囑已就一筆土地（一物）由多數繼承人取得分別共有（一權），其中一人（即長子 C）未會同申辦，有違上述一物一權之原則」。惟該判決謂：「又依上揭所述，A 之遺囑業將甲土地應有部分 10000 分之 3786 指定由原告 X、D、E 及 B 各繼承 56 分之 13，C 繼承 14 分之 1，固符合我國民法繼承篇之規定，而發生就一部分遺產指定應繼分之效力。……依首揭土地登記規則第 120 條第 1 項後段之規定，自須經 X 之繼承人『全體』同意始得為之。……雖經內政部 93 年函釋在案，惟該函示係對繼承人單獨取得被繼承人某一不動產之全部所有權而無共有之情形所為之釋示，此與本件被繼承人 X 以遺囑就系爭土地應有部分 10000 分之 3786，指定由 X2、X3、X4 及 Y 各繼承 56 分之 13，X1 繼承 14 分之 1 之情形，不相吻合，自不得予以援用。……綜上所述，原告前述主張既均不足採……，應予駁回」。

關於高雄高等行政法院 97 年度訴字第 291 號判決有趣的地方在於，被告地政機關和原告均圍繞著內政部 93 年函攻防，也就是說，原被告雙方認為這是遺囑指定遺產分割方法，然而高等行政法院卻認為，本件案例事實與內政部 93 年函之適用情形不相吻合，而應適用遺囑指定應繼分的情形（雖未直接援引內政部 81 年函，但其判決內容跟前述與內政部 81 年函的相關判決類似），雖然結

論上還是需要得到繼承人「全體」同意始得為之，但與被告機關所抗辯的內容不同，甚至是否定了被告機關的抗辯內容（此處被告機關所理解的「一物一權」，應該才是正確的理解），而認為內政部 93 年函仍然是限於「繼承人單獨取得被繼承人某一不動產之全部所有權而無共有之情形」的情況所為的函釋。

若從近來最高法院民事裁判觀察繼承人持遺囑申請繼承登記的實態來看，似乎「使特定繼承人『共同』取得特定遺產」的情形，當事人（受益繼承人等）均已順利辦畢繼承登記，而「共同」持有特定不動產，例如：屬於「單純型之遺產分割方法指定」的最高法院 103 年度台上字第 880 號判決和屬於「未明確區分型」的最高法院 105 年度台上字第 1207 號判決。不過，無法確知受理繼承登記之地政機關，是依照內政部 81 年函，或是內政部 93 年函准許當事人辦理繼承登記。最有趣的是最高法院 107 年度台上字第 87 號判決，單獨持遺囑辦理繼承登記者，並非遺囑中就指定不動產部分之兩名受益繼承人，而是只分到兩幅字畫的代位繼承人³³⁸。由此可見，受益繼承人（甚至非受益繼承人）得否順利持遺囑「單獨」（或「與其他受益繼承人共同」）辦理繼承登記，幾乎是完全憑藉地政機關之判斷，決定適用內政部 81 年函，或是內政部 93 年函。然而在指定應繼分和遺產分割方法之指定沒有明確的區分標準下，完全流於登記實務的恣意（縱使在裁判實務，遺囑處分的定性也十分混亂，已如前述），「使特定繼承人『共同』取得特定遺產」之遺囑，若被定性為指定應繼分，則

³³⁸ 參見原審判決（臺灣高等法院 103 年度重家上字第 16 號判決）謂：「依上開法條規定及最高法院之見解，可知繼承人須先辦理遺產之全體繼承人公同共有之繼承登記，始得分割遺產，未能會同全體繼承人辦理者，得由繼承人中之一人或數人為全體繼承人之利益，申請為公同共有之繼承登記。本件上訴人 X 既代位 B 而為 A 之繼承人之一，其未能會同其他繼承人辦理系爭土地之繼承登記時，自得為全體繼承人之利益，就系爭土地申請為全體繼承人辦理公同共有之繼承登記，於辦理完畢後，再為系爭遺產之分割。查上訴人 X 於 103 年 6 月 30 日及 7 月 1 日，固就 A 系爭遺產中之系爭土地辦理繼承登記，惟上訴人 X 係辦理遺囑繼承，將系爭土地登記為 Y2、Y3 兩人所有，權利範圍各 2 分之一，有土地登記第二類謄本等件附卷可稽（見本院卷一第 87-90 頁），並非將系爭土地登記為全體繼承人公同共有。則在系爭土地回復為公同共有，辦理全體繼承人之繼承登記前，上訴人不得就系爭土地請求被上訴人為遺產之分割」。

適用內政部 81 年函，得以由受益繼承人等「共同」辦理該特定不動產之繼承登記，共同取得該不動產之所有權；若被定性為遺產分割方法指定，則內政部 93 年函的射程範圍，縱使該函有意限縮在「使特定繼承人『單獨』取得特定遺產」的情形，但由於各個地政機關對於「一物一權原則」的理解有所不同，也更加深了得否以遺囑辦理繼承登記的不確定性，使人民無所適從，實在讓人不得不反思指定應繼分和遺產分割方法指定，到底有沒有區別實益與必要？

不過，以上的問題並不影響在我國登記實務的運作下，指定應繼分或（兼）遺產分割方法指定，已取得遺產分割效（物權效）的事實，在被繼承人死亡時，都發生立即使特定繼承人取得特定遺產（或具體之應有部分）的法律效果，繼承登記僅是民法第 759 條之宣示登記而已。本文對於我國實務的現況，採取反對的立場，並認為無論是遺贈、指定應繼分或遺產分割方法之指定，均應只有債權效力，受益繼承人僅取得請求協同辦理登記之請求權，而不應承認具有遺產分割之物權效力，不過詳細的理由，留待第六章介紹完日本法的使其繼承之遺囑及重新檢視我國法後，再一併說明。

另外值得注意的是，以遺囑指定遺產分割方法對繼承人之拘束力的問題。前述提到學說上認為在未指定遺囑執行人的情況，繼承人得經全體一致同意另行分割，亦有不少裁判實務贊同該見解。惟登記實務上有不同見解。查內政部 104 年 06 月 18 日內授中辦地字第 1040421181 號函（下稱：104 年函）謂：

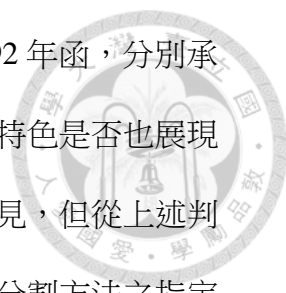
「主旨：有關繼承人得否不依遺囑指定分割方式，另以協議方式辦理分割繼承登記疑義 1 案，請查照。說明：一、依據法務部 104 年 6 月 8 日法律字第 10403505610 號函辦理，並復貴府 104 年 3 月 26 日屏府地籍字第 10408486500 號函。二、本案經函准法務部上開函復略以，按遺產分割之方法有三：即遺囑指定分割、協議分割及裁判分割，依民法第 1165 條第 1 項及第 1187 條規定，



遺產應作如何處理，於不違反關於特留分規定之範圍內，首應尊重被繼承人意思（司法院 21 年院字第 741 號解釋意旨參照）；於無遺囑指定分割、分割之指定無效或委託指定分割而受託人未予指定時，共同繼承人得協議分割；不能以協議決定分割方法時，得向法院聲請裁判分割。又雖有個案法院判決肯認全體繼承人得另以協議變更遺囑指定分割方式（臺灣高等法院高雄分院 103 年度家上字第 77 號判決、臺灣高雄少年及家事法院 102 年度家訴字第 47 號判決、臺灣臺中地方法院 93 年度重訴字第 401 號判決意旨參照），惟上開司法實務見解尚非定見，僅係個案之判決，對於其他案件並無拘束力，亦未見學說採納；基於尊重被繼承人生前處分其財產之意思為民法遺產分割之基本核心原則，被繼承人以遺囑所為之遺產分割方法指定，於不違反關於特留分規定之範圍內，繼承人均應予尊重。准此，本案被繼承人既已於生前訂立遺囑，就本案所遺不動產指定分割方式，基於尊重被繼承人生前處分其財產之意思，於其死亡，該遺囑生效時，繼承人應尊重遺囑所定分割方法並辦理繼承登記」。簡言之，與學說和裁判實務的想法不同，實務登記實務的想法是，在遺囑指定內容不違反特留分的限度內，以「死者為大」作為原則。

第五節 遺產分割方法指定與指定應繼分之差異

如同前述，二者在實務上並無明顯區別標準，且實際上經常混淆。故本文認為，透過解釋我國的遺產分割方法之指定，已可涵蓋指定應繼分的概念，僅須將遺囑處分簡化為「遺贈」和「遺產分割方法指定」兩類型即可。若仍要保留「指定應繼分」此類型，也應該將其限定為「抽象之應有部分的比例指定」始為妥當，避免混淆。姑且不論是否保留「指定應繼分」這一個類型，至少在「受益繼承人得單獨辦理繼承登記」，以及「繼承發生之同時產生遺產分割之物權效力」這兩點而言，不論是指定應繼分或遺產分割方法指定均無差異。有



疑義的是，最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決及內政部 92 年函，分別承認了指定應繼分並無消滅時效且有代位繼承之可能性，這兩點特色是否也展現
在遺產分割方法之指定？目前尚無判決或行政函釋明確表示意見，但從上述判
決及函釋的案例事實來看，兩件之遺囑處分不無有定性為遺產分割方法之指定
或是兼具指定應繼分之可能³³⁹。且學者基於實務上近來不少以遺囑使特定繼承
人取得特定遺產的案例，由於標的物之價額超過法定應繼分額，因此常被解為
「應繼分指定兼遺產分割方法之指定」，此時這種處分方式，除了確定一定具
有單獨登記效及遺產分割效，亦可推測兼具無消滅時效及得代位繼承等指定應
繼分的優點³⁴⁰。另外，最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決亦提及，於遺產
有債務時，在「指定應繼分」的情況，繼承人間應按指定之應繼分比例負擔
之，本文認為，在「遺產分割方法指定」的情況亦應作相同處理，始為公平。

³³⁹ 例如最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決將原判決廢棄發回後，臺灣高等法院臺中分院 100 年度重家上更（一）字第 1 號判決，將本件遺囑處分定性為指定應繼分，後來又被上訴至最高法院，最高法院 102 年度台上字第 1245 號判決又謂：「究係應繼分之指定？或兼有指定應繼分及定分割方法之意思……，亦有未明，尚待釐清」，並且未對更審法院關於本件無消滅時效之適用的認定，有所指摘；內政部 92 年函的案例事實，則是被繼承人以遺囑將所有列下的不動產指定全部由長女一人無條件全部繼承取得，依照前述裁判分析的結果，亦有很大的可能被定性為兼具指定應繼分及遺產分割方法之指定。

³⁴⁰ 黃詩淳，前揭註 21，頁 256；黃詩淳，前揭註 343，頁 39；黃詩淳（2018），〈台灣における遺言による財産処分と遺留分減殺請求の近似の発展〉，松久三四彦等（編），《社会の変容と民法の課題（下巻）瀨川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集》，頁 629，東京：成文。

最後姑且不論，無消滅時效之適用³⁴¹及得代位繼承是否合理³⁴²，**本文認為遺產**分割方法指定與指定應繼分在各方面的問題處理上，應無不同之處，亦無區分必要。



第六節 新型遺囑處分之形成及相關問題的提出

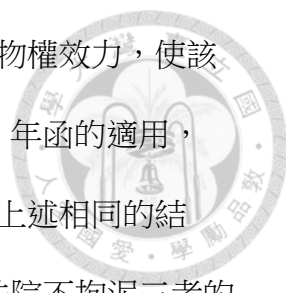
第一項 遺贈與新型遺囑處分之二元化

從前述的整理分析得以確知，自內政部 93 年函、最高法院 97 年度台上字第 2217 號判決和最高法院 99 年度台上字第 918 號判決以後，「使特定繼承人『單獨』取得特定遺產」的遺囑處分，姑且不論是該當「指定應繼分」、「遺產分割方法之指定」，抑或是「指定應繼分兼遺產分割方法之指定」三者何一（學說基於指定應繼分和遺產分割方法之指定，其受益人必為繼承人，因此將此統稱為「繼承受益」³⁴³，本文從之），可說是與以往民法所預設（至少是民法起草人之一及有提出見解的學說所理解）的債權效力，走向完全不同的道

³⁴¹ **本文認為**臺灣高等法院臺中分院 100 年度重家上更（一）字第 1 號判決（最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決之更審判決）：「請求權之基礎應係民法第 1164 條……而無請求權時效消滅規定之適用」和近來實務認為指定應繼分和遺產分割方法之指定，「會產生遺產分割效果」的見解有相互矛盾之處：倘若該特定遺產之所有權於繼承開始的同時，已直接由受益繼承人單獨取得，似乎直接辦理民法第 759 條繼承登記即可（而非謂請求權基礎是民法第 1164 條的緣故，除非這時候指定應繼分和遺產分割方法之指定只有債權效力，自然要經過遺產分割程序才會取得個別財產之所有權，這時依照民法第 1164 條既然謂「得隨時請求分割遺產」，自然沒有消滅時效的問題），蓋依照最高法院 51 年度台上字第 133 號判例之謂：「因繼承原因於登記前已取得不動產物權者，非經登記，不得處分其物權，固為民法第 759 條所明定。惟該條之登記並無期間之限制……」，若有被無權占有之事實（不論是共同繼承人或是繼承人以外之人），照實務的邏輯，繼承開始的同時，受益繼承人已經直接單獨取得該特定遺產之所有權，這時候應依民法 767 條行使物上請求權才是。又該權利是否罹於時效，應視該標的物為不動產或動產而定，若為動產應有 15 年消滅時效之適用，若為不動產，如屬於「已登記之不動產」則物上請求權亦不罹於時效。

³⁴² 例如日本的使其繼承之遺囑，關於有無代位繼承之適用，最高裁判所即認為，除非有應被視為「遺囑人有使該推定繼承人的代位者繼承之意思」的特別情事，原則上不產生代位繼承之效力，參照最判平成 23（2011）年 2 月 22 日民集第 65 卷 2 号 699 頁，相關的學說討論，待第六章再做更詳細說明。

³⁴³ 黃詩淳，前揭註 21，頁 256；黃詩淳（2016），〈以遺囑處分遺產之方法及其救濟〉，《人權會訊》，119 期，頁 39。不過，**本文認為**，指定應繼分及遺產分割方法之指定，實無區分之必要，簡化為一個「得變更法定應繼分之遺產方法分割指定」即可，理由已如前述，但以下為了敘述方便，也援用「繼承受益」統稱之。



路，取得前所未見的單獨辦理繼承登記之效力及具遺產分割之物權效力，使該特定財產從共同共有的遺產中脫離出來。若是再加上內政部 81 年函的適用，「使複數特定繼承人『共同』取得特定遺產」，亦可能產生與上述相同的結果。再從最高法院 105 年度台上字第 1207 號判決觀察，最高法院不拘泥三者的區別，認可原審法院（臺灣高等法院 102 年度家上字第 16 號判決）未對「特定不動產（甲房地）指定由共同繼承人中的兩人平均繼承」做出嚴格定性（僅謂「遺囑指定應繼分『或』分割方法」）及默認兩名受益繼承人的「單獨」繼承登記，而該處分標的已非屬遺產分割之對象，並判斷應受特留分扣減（斟酌 A 房地已為登記、分割後法律關係之單純化，及慮及特留分扣減權人請求金錢補償之意願）。再從近期的最高法院 107 年度台上字第 87 號判決來看，最高法院則是直接將原審（臺灣高等法院 103 年度重家上字第 16 號判決）所定性的「兼有指定應繼分及指定遺產分割方法」理解為「指定遺產分割方法」，並贊同原審默認「非系爭土地的受益繼承人」「單獨」持遺囑辦理繼承登記，將系爭土地登記給另外兩名不動產受益繼承人「分別共有」，並認為在該登記尚未回復登記為全體繼承人共同共有登記之前，不得裁判分割系爭土地，則系爭遺產全部不得分割，扣減權人無法利用遺產分割程序請求分割系爭遺產之判斷（按：因為已產生全部遺產分割效），最高法院並謂，扣減權人「無法利用遺產分割程序，一次解決塗銷該登記、為共同共有登記，俾為遺產分割之訴訟目的，原審就此部分未行使闡明權，難謂違誤」。如此一來，不論是「使特定繼承人『單獨』取得特定遺產」或是「使複數特定繼承人『共同』取得特定遺產」的遺囑處分，均會產生單獨辦理繼承登記之效力及具遺產分割之物權效力，故黃詩淳教授將帶有此種效力的遺囑處分，正式稱為「新型遺囑處分」，並且指出

此種由登記實務開啟、裁判實務所承認的遺囑處分³⁴⁴，與日本關於「使其繼承之遺囑」的判例理論發展相當類似³⁴⁵。日本學說上亦有認為，一直以來當遺囑處分被定性為遺產分割法之指定時，遺產分割程序被認為是理所當然必要的，縱使遺囑人有排除遺產分割程序的意思，也不應被承認，這是典型遺囑處分之理解，然而香川判決卻背離了這樣的理解，表面上立於遺產分割方法指定說，卻否定了遺產分割程序的必要性，並承認遺囑效力發生的同時即生個別所有權歸屬的效果，基於遺囑人之意思承認對典型遺囑處分內容的變更，在此意義上，可以將之評價在「從典型處分背離之見解的體系中」³⁴⁶。甚至，學說上認為，承認這樣的遺囑財產處分，在解釋上與民法的諸規定相矛盾，而強烈反對，並稱之為「變則處分」³⁴⁷，不過亦有贊成香川判決者認為，這仍是基於日本民法第 908 條解釋而生，而非斷然實行的法創造，仍然符合法律所承認的遺囑項目，在此意義上應該當典型遺囑（有名遺囑）、典型處分（有名處分），稱之為非典型遺囑或變則處分或無名的遺囑項目並不妥當³⁴⁸。關於日本法上使其繼承之遺囑的判例及學說討論，留待下一章詳細介紹。不過，在此本文贊同黃詩淳教授的稱法，畢竟該種處分方式，已非傳統學說及早期實務的理解方式，縱使名義上符合遺囑項目（指定應繼分或（兼）遺產分割方法之指定），看似「典型（有名）」，但實質法律效果，已非同日而語，故稱之「新型遺囑處分」，應無不當之處。


³⁴⁴ 黃詩淳，前揭註 340，頁 630；黃教授先前之研究尚未如此正式稱呼，而是稱具物權效的特殊處分，參照黃詩淳，前揭註 331，頁 34。

³⁴⁵ 黃詩淳，前揭註 331，頁 34；黃詩淳，前揭註 21，頁 256；黃詩淳，前揭註 344，頁 630。

³⁴⁶ 吉田克己，前揭註 25，頁 365-366。

³⁴⁷ 即不合規則、不正常的處分，參見伊藤昌司（1991），〈「相續させる」遺言は遺贈と異なる財産処分であるか〉，《法政研究》，57 卷 4 号，頁 655；伊藤昌司，前揭註 114，頁 83-84

³⁴⁸ 米倉明（2003），〈「相續させる」遺言は遺贈と解すべきか〉，《タートンヌマン》，7 号，頁 8、42、45。

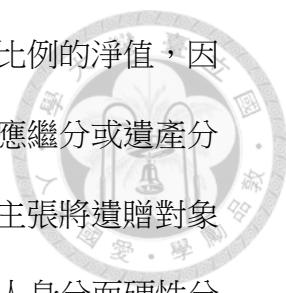


延續第四章第五節第三項和本章第五節的討論，新型遺囑處分與遺贈不同的地方，在於具有遺產分割之物權效力、單獨辦理繼承登記之效力、有代位繼承之可能、無消滅時效之適用四大點，最大的問題反倒是，遺囑處分性質決定的問題，何時該當於「繼承受益」（以本文而言就是「遺產分割方法之指定」），何時該當於「遺贈」。最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決參考學說之見解，提出兩個判斷方法：第一，若是遺囑僅就遺產中僅特定一、二財產為分配，屬於遺贈，若是大量較具價值的財產分配則屬指定應繼分；第二，若無涉債務負擔，屬於遺贈，若是命受益繼承人負擔特定比例債務者，則屬於指定應繼分。不過，何種情況下才該當「大量」？又雖是特定一、二財產，但是已經幾乎占了遺產的大部份呢？又依我國通說，遺贈不僅指特定遺贈，亦承認包括遺贈，而包括遺贈也是獲得一定比例之遺產，其中亦包含債務之負擔，上述最高法院及學說所試圖提出的判斷標準似乎不夠明確，因此有學說認為，最終似乎只能以受益人之身分來判定，如果受益人是繼承人，該處分解為「繼承受益」，即適用新型遺囑處分之效果，若是受益人為非繼承人，則解為「遺贈」³⁴⁹。這也的確是近來實務的趨勢，遺贈之受益人雖可為繼承人或非繼承人，於過去的實務判決觀察，確實有許多受遺贈人是繼承人³⁵⁰，但近年來，以繼承人為受益對象之處分多被認為是「繼承受益」³⁵¹，可以說遺贈被適用的情況大幅減少。甚至有研究者認為，使遺贈對象包含繼承人在內，只會增加法律適用的困難和耗費執行上的成本，更沒有實質區分的必要性，並且認為在計算特留分時，按民法第 1224 條，以應繼遺產除去債務額算定之，可見特留分為淨

³⁴⁹ 黃詩淳，前揭註 343，頁 39。

³⁵⁰ 學說所考察之判決多在 2000 年以前，詳細判決整理參照黃詩淳，前揭註 93，頁 144-146。

³⁵¹ 例如本文第四章和本章所考察的眾多判決；黃詩淳，前揭註 21，頁 255；黃詩淳，前揭註 343，頁 39。此外，更多下級審法院有關遺囑處分之定性的歸納，可參考參見李秋瑩，前揭註 57，頁 224-225 之註 34。

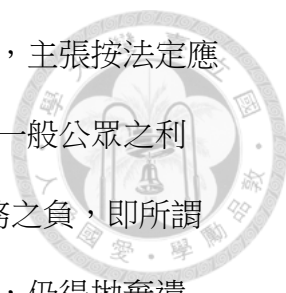


值，只要積極遺產大於消極遺產，各繼承人至少均可獲得一定比例的淨值，因此在遺囑財產處分侵害特留分時，解為遺贈的最終結果和指定應繼分或遺產分割方法指定無異，對於繼承人而言並無所謂特別之實益，因此主張將遺贈對象限於繼承人以外的第三人³⁵²。不過，**本文認為**直接以遺囑受益人身分而硬性分類的作法，有所不當。尤其當對繼承人之遺贈若解釋為「先取遺贈」的情況³⁵³，對於受益繼承人而言並非無實益，關鍵在於釐清被繼承人是否有「受益意圖（優待意願）」，如此對繼承人之遺贈才有意義，因先取遺贈之標的並不計入受益繼承人的應繼分額。例如：被繼承人 A，配偶 B 早歿，身後留下有子 X，女 Y 各一人，為法定繼承人，留下價值 1000 萬的現金、200 萬的家傳古董，未留債務，若生前留有遺囑謂：「子 X 與女 Y 每人獲得半數財產；女兒 Y 過去十年一直精心照顧我，應獲得家傳古董」，若將該指示解為先取遺贈，則女兒 Y 除了獲得 200 萬之家傳古董，尚可按其法定應繼分取得其他財產即現金 500 萬；但若解釋為遺產分割方法之指定，則 Y 除分得 200 萬之家傳古董外，僅得再分 400 萬的現金³⁵⁴。此外，遺贈原則上雖不問受遺贈人之意思如何，於遺囑人死亡時即生效力，但依民法第 1206 條之規定，受遺贈人得於遺囑人死亡後拋棄遺贈。若被繼承人所為之處分為「對繼承人之遺贈」，則繼承人縱然拋棄遺贈，只要未拋棄繼承，仍得基於繼承人身分享受繼承之利益，繼續分配遺產。若被繼承人所為之處分只能解釋為「繼承受益」，受益繼承人若不欲接受

³⁵² 李秋瑩，前揭註 57，頁 226-228。

³⁵³ 參照本文對於史尚寬教授見解之說明，前揭註 262。

³⁵⁴ 案例改編自 Rainer Frank、Tobias Helms（著），王葆蒔、林佳業（譯），前揭註 163，頁 98-99。惟須留意，另有學說認為：「若為遺贈，繼承人之中即使有受遺贈者，各繼承人仍按法定應繼分取得『繼承財產』」，則遺贈之標的價值若尚未達到繼承人之法定應繼分額時，繼承人仍「按法定應繼分取得繼承財產」，在本文舉的例子中，Y 除了分得 200 萬之家傳古董，同樣只能分得 400 萬的現金，剛好填滿自己的法定應繼分已取得「繼承遺產」，此時剛好符合其法定應繼分比例，亦即在此學說之下，對繼承人為遺贈和（符合法定應繼分比例）的遺產分割方法之指定，結果並無不同，參照陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 64 之註 73，並參照本文前揭註 261 的說明。



此處分，是否僅有拋棄繼承一途？或是可以僅拋棄該特別利益，主張按法定應繼分分割遺產？又，被繼承人得為自己或其繼承人或第三人或一般公眾之利益，依民法第 1205 條之規定，對於受遺贈人課以履行一定義務之負，即所謂「附負擔之遺贈」，對於附負擔之遺贈，受遺贈人若不欲接受，仍得拋棄遺贈，但若一律將對繼承人的遺囑處分定性為「繼承受益」，受益繼承人是否有義務履行該負擔？是否應該承認「附負擔的繼承受益」？倘若承認，受益繼承人得否如遺贈般拋棄，而繼續享有繼承之利益？倘若不承認「附負擔之繼承受益」又該如何實踐對被繼承人意思的尊重？因此於若干情形將對繼承人所為之遺囑處分定性為遺贈，對於被繼承人以及繼承人雙方未必沒有實益。

此外，**本文認為**，上開研究者之見解，顯然是以遺囑處分一定會侵害特留分為前提，但遺囑處分縱使超過繼承人之法定應繼分，也未必會侵害到特留分，甚至遺囑處分標的的價值，若低於法定應繼分，此時皆無特留分受侵害的問題。而且更重要的是，該研究者之見解顯然忽略了繼承人未必會先清償遺產債務後，才開始分割遺產。蓋依民法 1164 條，繼承人得隨時請求分割遺產，且遺產債務之清償並非遺產分割之要件³⁵⁵，且依民法第 1153 條第 2 項規定，繼承人相互間對於被繼承人之債務，除法律另有規定或另有約定外，按其應繼分比例負擔之，所謂的「應繼分」包含法定應繼分及指定應繼分³⁵⁶。對繼承人而言，若將處分解釋為遺贈，理論上繼承人得向其他繼承人請求交付遺贈，而且若遺產中有債務，繼承人相互間仍是按法定應繼分比例負擔債務，不因其所受的遺贈額而受影響。故本文推測該研究者顯然是誤將特留分的計算方式，和實

³⁵⁵ 史尚寬，前揭註 22，頁 192。

³⁵⁶ 林秀雄，前揭註 18，頁 104-105。

際遺產分割的情形相互混淆，並誤會遺產債務會在遺產分割前清算完畢³⁵⁷，因此並不贊成以受益人之身分來區分遺贈和「繼承受益」。

綜上所述，雖然從登記實務及裁判實務可以發現遺贈與新型遺囑處分二元化的現象，但究竟該如何為遺囑處分為性質決定？才是更困難的問題，留待本文第六章介紹完日本法上的使其繼承之遺囑，再重新檢視台灣法。

第二項 新型遺囑處分與特留分扣減之方法

首先，民法第 1225 條規定，應得特留分之人，如因被繼承人所為之「遺贈」，致其應得之數不足者，得按其不足之數由「遺贈財產」扣減之。民法僅明定「遺贈」為扣減之標的，惟我國通說肯認指定應繼分及遺產分割方法之指定，侵害特留分時，得為扣減之標的³⁵⁸，實務向來亦採肯定之見解³⁵⁹，理由在於民法第 1187 條，以遺囑自由處分遺產之情形並不限於遺贈一種，故自可「類推適用」第 1225 條，許特留分受侵害之人行使扣減權³⁶⁰，這點應無疑義。然而，扣減之方法卻必須視處分之效力，以及是否尚有分割之遺產而定，以下僅以遺囑處分受益對象為繼承人的情形討論之³⁶¹。

³⁵⁷ 不過這個問題，的確在我國 2009 年繼承法修正，全面改採概括繼承有限責任後，與民法第 1164 條，繼承人得「隨時」請求分割遺產，產生扞格。對此學說認為，民法第 1164 條的遺產分割自由原則，在 2009 年的修法後，應先就被繼承人之債務為處理，有剩餘時，方為繼承人得以請求之分割標的，參見戴瑀如（2009），〈論全面法定限定繼承之修法〉，《月旦法學雜誌》，171 期，頁 101；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 205-207。關於學說的說明，由於亦涉及到是否容許具有遺產分割效力之新型遺囑處分，所以稍待本章本節第三項，更詳細說明。不過在新法未明確規定的情況下，民法第 1164 條仍然適用，故繼承人還是可以「隨時」請求分割遺產，此時積極遺產與消極遺產的關係，並非如該研究者所想像，皆為淨額。

³⁵⁸ 史尚寬，前揭註 22，頁 576；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 406、410 頁；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 355。

³⁵⁹ 司法院 21 年院字第 741 號解釋、最高法院 81 年度台上字第 1042 號判決、最高法院 91 年度台上字第 556 號判決、最高法院 100 年度台上字第 1754 號裁定、最高法院 105 年度台上字第 1207 號判決。

³⁶⁰ 林秀雄，前揭註 18，頁 340；嚴格言之，應為「類推適用」，不可「逕依」（直接適用）民法第 1225 條，實務近來較為在意這一點，例如：最高法院 103 年度台上字第 2397 號裁定、最高法院 104 年度台上字第 1480 號判決、最高法院 107 年度台上字第 87 號判決。

³⁶¹ 關於詳細的學說分析、日本法比較及歷來裁判的整理，請參見黃詩淳（2008），〈特留分之保護方法：從扣減而回復部分之法律性質談起〉，《國立臺灣大學法學論叢》，37 卷 1 期，頁 225-267，以及學者最近期的研究，參見黃詩淳（2018），同此註，頁 132-155。



關於遺贈之情況，由於遺贈僅具債權之效力，受遺贈人縱為繼承人，亦無法單獨持遺囑辦理繼承登記而取得所有權（參照土地登記規則第 123 條），較難想像遺贈之標的物在繼承人不知的情形下遺囑給受遺贈人，從而在標的物之物權尚未移轉的情形下，理論上沒有扣減的對象可言。蓋依照通說及實務之見解，認為特留分扣減權性質上屬於「物權的形成權」，經行使後可使物權行為失效，再本於物權人之身分行使物上返還請求權³⁶²，可是此時標的物之物權若尚未移轉給受遺贈人，「物權的形成權」之扣減權扣減的對象根本還不存在，根本無從向受遺贈人主張特留分扣減，此時當受遺贈人請向共同繼承人（即特留分權利人）請求履行遺贈時，若遺產尚未分割，則應先進行遺產分割程序，特留分權利人在遺產分割程序中主張其特留分，即可獲得相當於特留分的遺產分配，也就是特留分權利人得在分割過程中主張應考慮特留分，形成不侵害特留分結果的遺產分割方案。若遺產分割後，受遺贈人始來請求履行遺贈，學說認為，若受遺贈人非共同繼承人，此時特留分權利人應將遺贈標的物之價額扣除特留分不足額，所餘者再移轉給受遺贈人，若受遺贈人為繼承人之一，則應再區分遺產是否已「全數分割」，倘尚有未分割之遺產，則特留分權利人應提遺產分割訴訟，在訴訟中主張特留分；若遺產以全數分割完畢，則特留分權利人主張扣減後，應基於物權請求返還標的物或分割共有物³⁶³。

關於繼承受益的情況，從前述的分析及討論，無論是指定應繼分或（兼）遺產分割方法之指定，均產生遺產分割之物權效力，於繼承開始的同時，標的物之物權已移轉於受益繼承人所有，不再屬於共同共有之遺產，且受益繼承人

³⁶² 史尚寬，前揭註 22，頁 576-576；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 405 頁。惟此時應以侵害特留分之部分無效為前提，理論使為一貫，詳細內容參照林秀雄，前揭註 18，頁 338-339。以及關於特留分扣減權性質更詳細的研究，參見林秀雄（1991），〈論特留分扣減權之性質〉，《國立臺灣大學法學論叢》，21 卷 1 期，頁 363-378。

³⁶³ 黃詩淳，前揭註 21，頁 256-257；黃詩淳（2018），前揭註 361，頁 146-147。

得單獨持遺囑就該標的物辦理繼承登記，無須會同共同繼承人或遺囑執行人（參照內政部 81 年函、內政部 93 年函）。此時標的物之物權既然已移轉於受益繼承人，扣減的對象已經存在，則特留分權利人得行使「物權的形成權」之扣減權，此時在遺產分割程序前，若尚有其他未分割之遺產，台灣實務向來認為遺囑處分之標的物之物權雖移轉至受益繼承人所有，經特留分權利人以意思表示行使扣減權後，因而回復之特留分乃概括存在於全部遺產之上，並非具體存在於各個特定標的物，性質上為共同共有，而非特留分權利人之應有部分³⁶⁴，特留分權利人如果要取得相當於特留分額的財產，必須再進行遺產分割，特留分扣減權人不得在遺產分割前逕行起訴主張「請求移轉移轉標的物之特定比例之應有部分的登記」³⁶⁵。對此黃詩淳教授即認為，與其先提起特留分扣減相關訴訟（主張所有物返還）遭駁回後又必須再進行遺產分割，不如直接提起遺產分割之訴在訴訟中表明扣減的意思，並由法院將相當於扣減部分價值的遺產分配於己，更為經濟簡便，並稱之為「遺產分割解決說」³⁶⁶。最高法院的態度，在近年的最高法院 99 年度台上字第 918 號判決更為明顯，本件中特留分扣減權人並非請求分別共有之應有部分，而是主張「回復共同共有」的狀態，惟該判決仍謂：「被繼承人 A 於系爭遺囑載明本人名下之左列不動產由本人之女兒 Y 單獨繼承等語。則其真意為何？是否僅為應繼分之指定抑或包括指定遺產分割方法？如為肯定，則究係僅就所列不動產部分為指定，抑或就全部遺產為指定分割方法，當涉及共同繼承人得否再行請求遺產分割，並與特留分扣減權

³⁶⁴ 最高法院 86 年度台上字第 2864 號判決、最高法院 88 年度台上字第 572 號判決、最高法院 91 年度台上字第 556 號判決、最高法院 94 年度台抗字第 595 號裁定、最高法院 99 年度台上字第 611 號判決、最高法院 100 年度台上字第 1754 號裁定、最高法院 105 年度台上字第 1207 號判決、最高法院 107 年度台上字第 87 號判決。

³⁶⁵ 此主張過去已被最高法院 88 年度台上字第 572 號判決、最高法院 91 年度台上字第 556 號判決否定，學者推論可能最高法院顧慮到回復成「分同共有」結果不利於遺產的整體合理分配之故，參見黃詩淳，前揭註 21，頁 254。

³⁶⁶ 黃詩淳，前揭註 363，頁 254；黃詩淳（2018），前揭註 361，頁 148。

行使有重要關聯」³⁶⁷，故學者推論，最高法院應是考量，實際遺產分割前，無法確知各個特留分權利人最終所獲的遺產額，從而無從計算出真實的特留分受侵害額之故，縱使可以提出「假設性的計算」，和真正遺產分割的結果也可能不相吻合³⁶⁸，因此在遺產分割前，縱使遺囑所為之財產處分價額甚高，特留分扣減權人仍不得提請請求遺產分別共有之應有部分或請求回復共同共有之訴，因此特留分扣減之方法，仍必須透過共同繼承人進行遺產分割，並在分割時同時考量特留分扣減，再取得相當於特留分扣減部分價值之遺產，如此一來法院得在一個程序內，一併確認遺產的範圍（特種贈與之有無）、特留分侵害之有無、特留分扣減是否罹於時效以及特留分侵害額等各種事項，最後做出不侵害特留分的遺產分割之裁判，而不違反訴訟經濟、紛爭解決一次性，保障當事人之勞力、時間、費用³⁶⁹。又依照最高法院的意思，若遺囑以就全部遺產為指定，則再無其他可供分割之遺產，此時特留分扣減權人不用再行遺產分割，即可確知最終獲得的遺產額和特留分不足額，故此時只要向受益繼承人表示扣減之意思，再基於因扣減而回復的物權，請求返還相當於扣減額之應有部分（給付之訴）³⁷⁰，此時的情形與遺產分割後應無不同（因為全部遺產均已分割完畢，可以確定自己特留分之不足額）。當遺產分割未把遺囑處分之標的納入考量，而僅就遺囑處分以外的遺產為分割時，該遺囑處分標的物之所有權已經移轉至受益繼承人時，此時特留分權利人同樣必須以意思表示扣減，基於回復的

³⁶⁷ 相同意旨參照最高法院 99 年度台上字第 611 號判決、最高法院 104 年度台上字第 1480 號，不過此二則判決之特留分扣減權人係請求分別共有之應有部分。

³⁶⁸ 黃詩淳，前揭註 363，頁 231-232。

³⁶⁹ 黃詩淳，前揭註 21，頁 254-255。這樣的見解，在近年有普遍化的趨勢，例如臺灣高等法院 102 年度家上字第 16 號判決、臺灣高等法院 105 年度家上字第 168 號判決、臺灣高等法院臺中分院 105 年度重家上字第 10 號判決均是在遺產分割訴訟中一併處理特留分扣減的問題，參見黃詩淳（2018），前揭註 360，頁 148 之註 34。

³⁷⁰ 黃詩淳，前揭註 21，頁 255。

物權，請求返還受侵害之特留分（給付之訴）³⁷¹。不過，學者亦指出，實務上對此似乎尚未有定論，除了有類似前述之見解³⁷²，也有採因扣減而回復共同共有性質者³⁷³，亦有以判決遺產分割來解決特留分問題者³⁷⁴



綜上所述，遺囑處分之效力，也決定著扣減之方法，若遺囑處分僅有債權之效力，問題則較為單純，但當遺囑處分具有遺產分割之物權效力時，還須視是否已造成全部遺產分割的結果，還是僅部分遺產分割之結果，而須踐行不同的訴訟程序。本文贊同前述學者以遺產分割一併解決繼承人間特留分紛爭之主張，因為若被繼承人之遺產於踐行遺產分割程序前，產生部分分割之效果，若不允許行使特留分扣減請求、塗銷不動產之遺囑繼承登記，與遺產分割合併請求，將有害訴訟經濟、浪費當事人之勞力、時間、費用，有害於程序利益，並且無法貫徹紛爭一次解決原則。

第六章 日本法上的使其繼承之遺囑

第一節 問題背景

首先，日本民法上關於遺囑財產處分的可行事項，如同台灣民法，具有應繼分之指定、遺產分割方法之指定、遺贈三種類型，並分別規定在日本民法第 902 條、第 908 條、第 964 條³⁷⁵，由於此三者同為民法所預設準備的遺囑處分類型，故稱為「典型遺囑處分」，已如第一章第四節所述。早先於遺囑處分財

³⁷¹ 黃詩淳，前揭註 21，頁 256；黃詩淳，前揭註 363，頁 256-258；關於台灣近來特留分扣減請求方法之發展，更詳細的內容可參閱黃詩淳，前揭註 340，頁 632-637。

³⁷² 臺灣高等法院 103 年度家上字第 73 號判決，參見參見黃詩淳（2018），前揭註 360，頁 149 之註 39。

³⁷³ 臺灣最高法院 104 年度重家上字第 38 號判決，肯定塗銷單獨所有的繼承登記、確認共同共有全存在，但駁回所有物返還的請求，參見黃詩淳（2018），前揭註 360，頁 150 之註 40。

³⁷⁴ 臺灣最高法院 102 年度重家上字第 54 號判決、臺灣最高法院 104 年度家上易字第 37 號判決均在特留分扣減後肯定遺產分割之請求，參見黃詩淳（2018），前揭註 360，頁 150 之註 41。

³⁷⁵ 以下如未特別說明，引用的法條，均指日本的法律，合先敘明。

產給法定繼承人的場合，公證實務³⁷⁶在作成公證遺囑時，會使用「遺贈」一詞，但自昭和 40（1965）年代起，「使特定繼承人繼承特定財產（使其繼承）」如此意旨的遺囑，在公證實務作成公證遺囑時開始被建議使用³⁷⁷，之後更普及於自書遺囑等。然而關於其性質及法律效果，開始產生種種的爭論，最大的問題就是，「使其繼承之遺囑」（以下除非本文特別說明，均係指使「特定繼承人」繼承「特定財產」之情形³⁷⁸）該當於三個典型遺囑處分中的哪一個？或是可以思考置於此三個類型之外的其他類型³⁷⁹？

為何公證實務上，有意識地避免使用「遺贈」一詞，而使用「使其繼承」這樣的用語，最主要的原因有二個，分述如下³⁸⁰：

³⁷⁶ 這裡必須先強調，日本的公證人制度並非如台灣的情形，日本公證人是從事公證事務的特別公務員，由法務大臣任命，歸屬法務局或者地方法務局（公証人法第 10 條、第 11 條）。通常是具有法官、檢察官、律師資格者（同法第 13 條），或是長年在公證人選拔委員會從事法律事務並被認為具有與前者同樣的理論、實際業務能力之人（同法第 13 條之 2），才有資格法務大臣的任命，可以說是除了法院實務、學術界以外的另一大勢力，不得不注意公證實務的觀點。關於日本公證人制度的介紹，可參考：<http://www.koshonin.gr.jp/pdf/tyu.pdf>（最後瀏覽日：2018/06/30）。以及更多公證實務的資訊可參考「日本公証人連合会」之官方網站：<http://www.koshonin.gr.jp/list>（最後瀏覽日：2018/06/30）。

³⁷⁷ 關於這個轉變，除了後述的原因考量之外，公證實務有個根本的想法認為，「遺贈」本來就是對繼承人以外之人「透過遺贈而贈與」，在使有繼承權之繼承人承受的情況，用遺贈解釋並不合適，「對繼承人為遺贈」這種說法具有違和感，參照瀨戶正二（1989），〈「相續させる」との遺言の効力〉，《金融法務事情》，1210 号，頁 7；倉田卓次（1986），〈特定の相續財産を特定の共同相續人に取得させる旨の遺言の効力〉，《家庭裁判月報》，38 卷 8 号，頁 131、137。

³⁷⁸ 不過，在自書遺囑的情況，遺囑人也會使用像是「与える」（給與）、「分与する」（分給）、「譲与する」（讓與）、「取得させる」（使其取得）等等「相續させる」（使其繼承）以外的用語，嚴格而言應該說「表現出『使其繼承』的意旨的遺囑」比較正確，但論述上為求簡便，僅稱為「使其繼承」之遺囑，參見吉田克己，前揭註 25，頁 369 之註 1。也就是說，被繼承人未必會用到「繼承」一詞，來表達分配遺產之意，所以不能僅以被繼承人的用語來作為遺囑處分性質決定的唯一判斷要件，參見第一章第五節問題意識及前揭註 54 之說明。

³⁷⁹ 北野俊光（2011），〈「相續させる」旨の遺言の実務上の問題点〉，久貴忠彦（編），《遺言と遺留分 第 1 卷 遺言》，頁 169-170，東京：日本評論社。

³⁸⁰ 二宮周平（2013），《家族法 第 4 版》，頁 407-408，東京：新世社；北野俊光，前揭註 379，頁 170；吉田克己，前揭註 25，頁 359-360；瀨戶正二，前揭註 377，頁 7；沼邊愛一（1992），〈「相續させる」旨の遺言の解釈〉，《判例タイムズ》，779 号，頁 6。

第一，登錄免許稅較為低廉³⁸¹：關於不動產登記的登錄免許稅，兩者在課稅標準上有很大的差異，在遺贈的場合（無論受遺贈人是否為繼承人），課稅標準是以不動產價額的千分之 25 為登錄免許稅，相對於此，在使其繼承之遺囑的情況，因為是以繼承作為登記原因的所有權移轉登記，課稅標準以不動產價額的千分之 6 已足，因此有節稅的效果。

第二，登記程序較為便利：在遺贈的情形，所有權移轉登記必須是受遺贈人和法定繼承人或遺囑執行人共同申請（現行不動產登記法第 60 條，舊法第 26 條）。若要規避這樣的麻煩，其實將遺囑處分解為遺產分割方法指定或（依情形兼指定應繼分）即可。但公證實務認為，利用使其繼承之遺囑的遺囑人的意思是，希望在自己死後，該特定遺產不用經過遺產分割協議，就直接讓特定繼承人承受該特定財產，以迴避死後遺族間紛爭的發生³⁸²，因此使其繼承雖非遺贈，但遺囑生效的同時，亦可讓特定繼承人直接承受特定遺產之所有權。在這樣的理解下，登記實務亦回應公證實務這樣的請求，允許使其繼承之遺囑，即使未經遺產分割之協議、調停或審判，也可以繼承作為登記原因而辦理移轉登記（昭和 47〔1972〕年 4 月 17 日民甲 1442 号法務省民事局長通達・民事月報 27 卷 5 号 165 頁，以下簡稱：「昭和 47 年通達」），且登記官對遺囑僅有形式審查權。相較之下，若是遺產分割取得不動產的請況，尚須檢附具有其他共同繼承人之印鑑證明及印章押捺的分割協議書辦理登記，若協議不成須再經由調停、審判，程序較為繁複。簡而言之，在使其繼承之遺囑的場合，因為是以「繼承」作為登記原因，僅需檢附遺囑，即可由受益繼承人單獨申請權利移

³⁸¹ 日本所謂的「登錄免許稅」係指，納稅人取得不動產後，向第三人主張該不動產所有權，向登記所辦理登記時，所繳納之登記手續費，性質上相當於台灣的「登記規費」，參照蔡孟彥（2015），〈日本土地稅制簡介〉，《財稅研究》，44 卷 3 期，頁 147。

³⁸² 倉田卓次，前揭註 377，頁 130；瀨戶正二，前揭註 377，頁 7。

轉登記，無須會同其他共同繼承人或遺囑執行人（現行不動產登記法第 63 條第 2 項，舊法第 27 條）。

除此之外尚有兩點，也是當時公證實務，建議遺囑人使用使其繼承之遺囑的考量因素：第三，處分的標的若為農地時，若為遺贈，必須經過農業委員會或知事的許可（農地法第 3 條），但使其繼承之遺囑的情況不需要許可；第四，處分標的若為借地權、借家權時，在遺贈的情況，必須得到出租人之承諾（民法第 612 條），若為使其繼承之遺囑，則不需要³⁸³。綜上四點所述，公證實務所希望的使其繼承之遺囑是，一方面不被當成遺贈，可以達到節稅及其他繁瑣的程序；但另一方面，可以享有遺贈的效果（物權之效力），不用經過遺產分割程序，即可讓受益繼承人直接取得特定遺產。

不過，關於第一點登錄免許稅之差異，於平成 15（2003）年的稅制修正，為了促進不動產流動化，而調降登錄免許稅之稅率，並且同時將對繼承人因遺贈而為的所有權移轉登記之稅率，調整到與繼承的場合相同，僅不動產價額的千分之 4（參照登錄免許稅第 17 條；同法第一附表、一、（二）、イ），因此以節稅的觀點而言已無區別實益，公證實務所期待使其繼承之遺囑的大部分功能理應喪失。但登記單獨申請的優點仍然存在，在今日使其繼承之遺囑作成之理由，可說是登記程序的方便³⁸⁴。又關於第四點，在處分標的為農地的場合，根據平成 24（2012）年的農地法施行規則之修正，無論是包括遺贈或是對繼承

³⁸³ 北野俊光，前掲註 379，頁 170；瀨戶正二，前掲註 377，頁 7。

³⁸⁴ 三宅篤子（2015），〈「相続させる」旨の遺言について〉，《中央学院大学法学論叢》，28 卷 1・2 号，頁 90；北野俊光，前掲註 379，頁 170；吉田克己，前掲註 25，頁 368。尚有一點，涉及到是否必須辦理登記，始產生對抗第三人之效力的問題，不過因為涉及到最判平成 14（2002）年 6 月 10 日判時 1791 号 59 頁之見解，不是一開始問題形成的背景，故留待後續介紹，且成為使其繼承之遺囑作成之另一誘因。

人所為的特定遺贈，也無須經過農業委員會或知事的許可（農地法施行規則第 15 條第 3 款）³⁸⁵。

與台灣相同，日本法的使其繼承之遺囑同樣面臨的兩大問題。第一，即前述所提的性質決定的問題，使其繼承之遺囑究竟該當於典型遺囑處分中的哪一個類型？或根本是典型遺囑處分以外的處分類型？以及其效果又是如何？第二，是否應容許被繼承人之意思排除遺產分割程序？使受益繼承人於繼承開始時，直接取得特定遺產之所有權，並得單獨辦理繼承登記？以下以分別整理相關的學說討論和最具代表性的香川判決，以及香川判決作成之後所面臨的其他問題，和後續裁判見解之發展，最後再重新檢視台灣法。

第二節 相關學說與實務見解


第一項 遺產分割方法指定說

採此說者為傳統通說，該說主張使其繼承之遺囑應解為遺產分割方法之指定（民法第 908 條），由於被繼承人之意思表示是使遺產中的特定財產歸屬於特定繼承人，將之視作遺贈，原則是「不當」的。此說的立論基礎參考自瑞士民法第 608 條第 3 項³⁸⁶，將遺產中某特定遺產指定給特定繼承人時，除非被繼承人另有反對意思，否則只是單純的分割方法之指定，而非遺贈³⁸⁷。若是有「不論處分標的之價額超過受益繼承人之法定應繼分與否，讓該受益繼承人僅取得該物即獲得滿足」之意，則該分割方法之指定的同時，也伴隨著應繼分之指定（民法第 902 條）。又若是有「未達到法定應繼分，則另外從遺產中受到

³⁸⁵ 兩宮則夫、寺尾洋（編）（2015），《Q&A 遺言・信託・任意後見の実務》，頁 97（曾我大三郎）。

³⁸⁶ 條文請參照前揭註 208；關於瑞士法的遺產分割方法之指定，可參照前揭註 217 之說明。

³⁸⁷ 中川善之助（編），前揭註 192，頁 200（有泉亨）；中川善之助、加藤永一（編），前揭註 126，頁 64-65（中川善之助、加藤永一）；中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 259 之註 3。



補充的分割」之意，因為法定應繼分絲毫沒有改變，則應該視作單純的遺產分割方法之指定。簡言之，在處分標的價額超過法定應繼分的場合，原則上為法定應繼分之變更，即包含指定應繼分的遺產分割方法指定，但是若有「命該受益繼承人，就超過法定應繼分之價額對其他共同繼承人為補償」之特別意思者，則只是單純的遺產分割方法指定³⁸⁸。不過採此說的學者中，亦有認為使其繼承之遺囑雖是遺產分割方法之指定，但應解為不伴隨指定應繼分，因為平均繼承（繼承人間之公平）是繼承法中的重大原則，應該盡量避免輕易地被破壞，如果任由遺囑人恣意妄為，將造成平均繼承的崩解以及更容易激化繼承人間的分爭，因此應對遺囑人之意思合理的限制，除非有合理客觀事情的存在，例如：該繼承人對於遺產的形成及維持扮演重大角色，或是具有對被繼承人照護之報酬的意義等情況，否則不應承認應繼分的變更，若有超過法定應繼分之價額，應課予支付代償金之債務，加以調整作為原則³⁸⁹。

雖然在是否伴隨指定應繼分這點，學者見解有所不同，但採此說者均認為，遺產分割方法之指定，僅為遺產分割協議、調停、審判時所依循的準則³⁹⁰，遺囑效力發生時，不應該直接發生處分標的權利移轉的效果。原因在於未經協議分割程序中進行調整，或是在審判分割程序中家庭裁判所後見（輔佐、

³⁸⁸ 中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 253；泉久雄（1988），〈遺言と遺產分割〉，沼辺愛一等（編），《家事審判事件の研究（2）》，頁 52，東京：一粒社；泉久雄（1999）〈「相續させる」旨の遺言の解釈〉，《家族法の研究》，頁 207，東京：有斐閣。

³⁸⁹ 右近健男（1990），〈特定の財産を特定の相続人に「相續させる」旨の遺言の意味〉，《大阪府立大学經濟研究》，35 卷 2 号，頁 208-209；右近健男（1992），〈判例評論〉，《判例時報》，1400 号，頁 171。

³⁹⁰ 有泉亨教授於民法第 907 條關於分割之實行的說明即謂，若有遺囑禁止分割的話，必須從之，或有分割方法之指定時必須依其所定進行分割，不論這個指定是及於全財產或是僅特定遺產的情況，都應該遵從各個指定的趣旨，參照中川善之助（編），前揭註 192，頁 191（有泉亨）。日本民法第 907 條規定：「（第 1 款）除被繼承人依 908 條規定，依遺囑禁止分割情形外，共同繼承人得隨時以協議分割遺產。（第 2 款）共同繼承人就遺產分割協議不成或協議不能時，各共同繼承人可以請求家庭裁判所分割。（第 3 款）於前款情形，有特別事由時，家庭裁判所得規定期間，就遺產之全部或一部禁止分割」。

保護)性的判斷,將使得民法第 906 條³⁹¹之精神大幅後退,因此即使有使其繼承之遺囑,該當遺產也應該經過遺產分割程序才歸屬於受益繼承人³⁹²。對此,水野紀子教授則推論,通說對第 908 條遺產分割方法指定的解釋,恐怕是受到德國法的影響³⁹³,因此認為縱有遺產分割方法指定之存在,亦須經過遺產分割協議,只不過受到債權性效果的拘束³⁹⁴。

關於使其繼承之遺囑,採遺產分割方法指定說的代表性裁判是:東京高判昭和 45 (1970) 年 3 月 30 日高民集 23 卷 2 号 135 頁(又稱:「多田判決」),其前審:東京地判昭和 41 (1966) 年 6 月 25 日判夕 195 号 135 頁認為,使其繼承之遺囑,除非特別情事,應解為遺產分割方法之指定,而不應解為遺贈或指定應繼分,且未經遺產分割協議、調停、審判之前,遺產仍處於共有狀態,不得請求確認所有權或移轉登記。之後,其上訴審多田判決判旨略謂,使其繼承之遺囑之場合,除非特別之情事(被繼承人之意思是,將此特定遺產從遺產範圍排除,不論被指定的繼承人承認繼承與否,例如即使是拋棄繼承,都要讓該繼承人取得的情況),應解為遺產分割方法之指定,若該特定財產超過特定繼承人之法定應繼分時,則解為伴隨應繼分指定的遺產分割方法之指定,且該特定財產在遺產分割終了前,屬於共同繼承人間之共有狀態,之後雖再上訴,但最高裁判所(最高三小判昭和 48 年 3 月 6 日公刊物未登載)亦贊

³⁹¹ 日本民法第 906 條規定:「遺產之分割,應考慮屬於遺產中之物或權利的種類及性質、各繼承人的年齡、職業、身心狀態、生活狀況及其他有關情事。」

³⁹² 中川善之助、加藤永一(編),前揭註 126,頁 68(泉久雄);中川善之助、泉久雄,前揭註 41,頁 261 之註 4;右近健男(1990),前揭註 389,頁 7;右近健男(1992),前揭註 389,頁 172。

³⁹³ 關於德國民法第 2048 條及 2050 條的介紹,請參見本文第四章第三節,以及前揭註 214、215 的說明。

³⁹⁴ 水野紀子(2011),〈「相續させる」旨の遺言の功罪〉,久貴忠彦(編),《遺言と遺留分(第一卷:遺言)》,頁 202,東京:日本評論社。

同多田判決之見解，駁回上訴³⁹⁵。之後的裁判例大多遵從多田判決之見解，成為香川判決作成前裁判實務之主流見解³⁹⁶。不過，應注意者是，前述的昭和 47 年通達是在多田判決作成後兩年由法務省所作出，也就是說，裁判實務和登記實務的處理產生不一致的狀態，也造成下級審裁判的混亂局面，法院的態度也開始產生變化的徵兆³⁹⁷。

第二項 遺產分割處分說

此說又稱遺產分割之意思表示說，為公證實務之通說，被大多公證人所支持³⁹⁸。其主張遺囑處分並不限於應繼分之指定、遺產分割方法之指定，或遺贈三種態樣，使其繼承之遺囑是具有中間性質的遺產分割之意思表示，遺產分割並非繼承人間之協議或審判的專屬事項，遺囑人得自由決定分配給誰。其立論依據是民法第 964 條，該條一般被認為是遺贈之條文依據，不過該說認為，條文中並未出現「遺贈」二字，因此遺囑人所為的遺產分割之意思表示，該當於條文中所稱之「處分」的一種態樣，依民法第 176 條³⁹⁹之適用，於遺囑效力發生之同時，產生處分標的之權利移轉效。意即，民法第 964 條並不只是規定包括遺贈和特定遺贈，也容許在此以外的遺產處分方法，如這裡的「遺產分割之

³⁹⁵ 山口純夫（1991），〈特定の財産を特定の相続人に「相続させる」遺言について〉，《甲南法学》，31 卷 3・4 号，頁 376；沼邊愛一，前掲註 380，頁 11。

³⁹⁶ 多田判決以後採取遺產分割方法指定說的判決，例如：東京高判昭和 60（1985）年 8 月 27 日判時 163 号 64 頁、札幌高決昭和 61（1986）年 3 月 17 日判タ 616 号 148 頁、東京地判昭和 61（1986）年 11 月 28 日判決 1262 号 81 頁、東京地判昭和 62（1987）年 1 月 18 日判タ 675 号 271 頁、大阪地判昭和 63（1988）年 7 月 18 日判時 1353 号 96 頁等，參見千藤洋三（1998），〈「相続させる」遺言の解釈をめぐる諸問題〉，《関西大学法学論集》，48 卷 3・4 号，頁 345-349；北野俊光，前掲註 379，頁 174-175。

³⁹⁷ 三宅篤子，前掲註 384，頁 94；千藤洋三，前掲註 396，頁 347-348；内田貴（2004），《民法 IV 補訂版 親族・相続》，頁 485，東京：東京大学出版会；島津一郎，前掲註 217，頁 4。

³⁹⁸ 倉田卓次（1988），〈「相続させる」の所有権移轉効〉，《公証制度百年記念論文集》，頁 266，東京：日本公証人連合会；原島克己（1990），〈「相続させる」遺言雜考—遺言実務ノート（その一）—〉，《判例タイムズ》，734 号，頁 24。

³⁹⁹ 日本民法第 176 條規定：「物權之設定及移轉，僅透過當事人之意思表示即發生效力」。

指示」。此乃基於私有財產制度，生前既然可以自由處分該財產，自然可透過遺囑自由處分遺產，唯一的限制僅特留分制度而已⁴⁰⁰，此說可謂是將遺囑自由發揮至極致。著名實務家倉田卓次律師即批評通說將「遺囑事項限於法定事項」是自我設限⁴⁰¹，更謂：「歷來的繼承法學說，太過受到『繼承人間平等之實現』的束縛」⁴⁰²，甚至在遺囑的解釋上也嚴格限縮「遺贈」的適用，理由在於「避免戰後廢止家督繼承而好不容易達成的平均繼承精神，不會被意旨不明確的遺囑而改變」，基於這種保護繼承人的立場而視為正當⁴⁰³，可以說戰後四十年一直是以法定繼承為中心的時代，但是今後，再多一個以遺囑為中心的學說，也是時代的必要吧⁴⁰⁴。

公證實務對於多田判決以來形成的主流實務見解相當不滿，認為採取遺產分割指定說，將使得遺產分割結束以前，處分標的權利無法移轉，如此一來完全與遺囑人之意思相違背，並稱該實務見解簡直是個「惡害」⁴⁰⁵，因為公證實務認為，遺囑人會做使其繼承之遺囑，就是希望規避遺產分割程序，讓受益繼承人直接取得該特定遺產。而且既然在遺產分割協議、調停、審判都要受到該指定的拘束，沒有再次進行分割協議等程序的必要⁴⁰⁶。

⁴⁰⁰ 倉田卓次，前揭註 377，頁 131-134；瀨戶正二，前揭註 377，頁 7。

⁴⁰¹ 倉田卓次（1991），〈判例評釈〉，《判例タイムズ》，756 号，頁 105 之註 11。

⁴⁰² 倉田卓次，前揭註 377，頁 136。

⁴⁰³ 倉田卓次，前揭註 377，頁 137；倉田律師此處是引述遺贈說學者浦本寬雄的論述，參見浦本寬雄（1985），〈相続分の指定・遺贈・遺産分割方法の指定〉，山島正男、泉久雄（編），《演習民法（相続）》，頁 20-21，東京：青林書院。

⁴⁰⁴ 倉田卓次，前揭註 377，頁 137；倉田律師並在頁 140 之註 46 引述遺贈說學者有地亨的論述，有地亨教授謂：「今日繼承的特徵，比起『繼承人的問題』，『被繼承方的問題』更浮上檯面，『法定繼承作為遺囑繼承之補充而構成繼承法』是有必要的」，有地亨（1981），〈現今の相続の機能の変化とその考え方の再検討〉，家族史研究編集委員会（編），《家族史研究第 3 集》，頁 93-115，東京：大月書店，轉引自浦本寬雄，前揭註 403，頁 21。至於為何倉田律師會說「再多一個以遺囑為中心的學說」，理由在於，他認為遺贈是對「繼承人以外之人」所為，「對繼承人為遺贈」這種說法很奇怪，參見倉田卓次，前揭註 377，頁 131、137。

⁴⁰⁵ 瀨戶正二，前揭註 377，頁 7。

⁴⁰⁶ 北野俊光，前揭註 379，頁 171。

第三項 遺贈說




早期有採此說者認為，指定應繼分只限於純粹比例指定的情形，關於「具體的」遺產處分（「特定的」不動產、建物、家屋等之指定⁴⁰⁷），全部應以遺贈處理，若為「一般的」不動產、建物、家屋等之指定，除非直接被視為特定遺產的指定者，否則除非特殊情事，應解為遺產分割方法之指定⁴⁰⁸。後來，採遺贈說的有力主張是，指定應繼分應僅限於純粹比例指定，遺產分割方法之指定根本不是遺囑財產處分，而僅是現物分割、換價分割或代償分割等分割方針的指示，仍需要再經由民法第 907 條第 1 項之協議分割，協議不成時再依同條第 2 項請求裁判分割。民法中的遺產處分是以遺贈作為原則，因此使其繼承之遺囑為在現行法的架構下，當然應解為民法第 964 條之遺贈⁴⁰⁹，因此即使文書上書寫「使其繼承」，仍應只承認遺贈的效力，雖然處分標之物之權利於遺囑生效時即時歸屬於受益人，但受益人若要行使標之物之權利，必須得到遺贈義務人的同意，意即，必須得到共同繼承人全體或遺囑執行人之同意⁴¹⁰。亦有學者，從近年來繼承過程中，遺囑人意思改變動向的角度觀察，而認為應採遺贈說較為妥當，其主張：第一，應繼分之指定在比較法上是特異的，應從嚴解釋，不論是對全部遺產比例指定或是一部指定，應該僅限於被繼承人意思明確的場合；第二，雖有學說（伊藤說）主張遺產分割方法之指定並非獨立的惠與（*libéralité*，按：無償處分之意），而只是現物分割、換價分割或代償分割等分割方針之指示，但應不可否認其惠與性質，只不過從民法起草者的發言觀之

⁴⁰⁷ 例如：指定 A 地由長男取得，指定 B 屋由次男取得，均為具體、特定之遺產。

⁴⁰⁸ 例如：指定遺產中的土地皆由長男取得，遺產中的房屋皆由次男取得，未特定哪一塊土地或哪一棟房屋，應解為遺產分割方法之指定。但是若遺產中僅有一塊土地，或是僅有一棟房屋，因為不用特別指定，也能被視為「特定」，這時候會被當成「具體的」遺產處分，所以應解為遺贈。參照山島正男，前揭註 218，頁 273。

⁴⁰⁹ 伊藤昌司，前揭註 114，頁 83、84 之註 2、220-221；伊藤昌司，前揭註 347，頁 662。

⁴¹⁰ 伊藤昌司，前揭註 114，頁 124-125。



⁴¹¹，遺產分割方法之指定是為了讓遺產得合理分配，依此指示作為遺產分割之基本方針，並不會變更法定應繼分；第三，從最近的繼承機能變化討論，近年來平均壽命延長、高齡社會的到來、出生率的低下、核心家庭化等現象，父母死亡時子女年齡多達 40 歲以上，在此狀況下，除了配偶之外，其他特留分權利人擁有特留分之意義也產生變化，再加上國民的意識浸入民法所定的平均繼承主義，根據調查結果顯示⁴¹²，「給予照顧老親的繼承人較多」的這種「對價繼承意識」非常顯著，支持民法所定的平均繼承者較少，而具有對價繼承意識中的九成的人考慮活用遺囑制度，若以此作為根據，近來繼承的情況，越來越以法定繼承作為遺囑繼承的補充原則，至少在繼承法的解釋，比起諸子均分，被繼承人之意思應更為優先，比較符合國民意識，因此在遺囑人對繼承人分與遺產時，意義未必明瞭而要解釋遺囑時，應解為遺贈才是妥當⁴¹³。

遺贈說對於傳統通說（遺產分割方法指定說）最大的批判在於：第一，傳統通說認為，處分標的之價額若超過受益繼承人之法定應繼分時，原則上解為指定應繼分兼遺產分割方法之指定，若是有未達到法定應繼分，原則上可另外從遺產中受到補充，而不伴隨應繼分之指定，對於受益繼承人未免太過便宜。而且若將使其繼承之遺囑，解為遺產分割方法之指定，將僅因受益人是否具有

⁴¹¹ 根據日本民法起草委員穗積陳重於法典調查會之發言紀錄：「長男因從事農業有不動產較好，次男比起拿不動產倒不如拿錢從事商業更為合適等各式各樣的斟酌都是有可能的，為了謀求繼承人等的便利，容許被繼承人指定，是最為必要的」，參見法務大臣官房司法法制調查部（1984），《法典調查會民法議事速記錄 7》，頁 581（188 回，穗積陳重之發言），東京：商事法務研究会。

⁴¹² 根據昭和 61（1986）年總理府的「長壽社會」的世論調查，關於父母的照護與繼承，「只讓照顧老親的子女繼承」有 19.3%，「給照顧老親的子女繼承多一點」有 38.9%，合計接近六成，然而，「不論照顧老親與否，都平均繼承」僅 19%，不足 2 成。

⁴¹³ 谷口知平、久貴忠彥（編）（1989），《新版注釋民法（27）相統（2）相統の效果》，頁 202-204（有地亨），東京：有斐閣。亦贊同有地亨教授之見解者，參見浦本寬雄，前揭註 403，頁 19、21，東京：青林書院。不過，有地亨教授於其後來的專書表示，使其繼承之遺囑若從遺囑解讀有「『特別多給』特定繼承人特定財產」之意，應為遺贈。但是，這個意旨之外，為了使特定遺產歸屬於特定繼承人而應該分割者，為遺產分割方法之指定，若因此招致特定繼承人之法定應繼分改變，則為伴隨應繼分變更的遺產分割方法之指定，參見有地亨（2005），《新版家族法概論》，頁 406，東京：法律文化社。



繼承人之身分，在效果上有失權衡，因為遺贈具有物權之效力，繼承開始時處分標的即從遺產的範圍脫離，但若非遺贈，則此時處分標的仍生遺產共有關係，此時不符遺囑人之意思。因此使其繼承之遺囑，原則上應解為遺贈⁴¹⁴。第二，傳統通說之見解是參考瑞士民法第 608 條第 3 項而來，但瑞士民法此條項之意義是，在沒有表示先取遺贈（*legs précipitaire*，即應充當自由分之遺贈）之意思的場合，該當處分即意味著被充當受益繼承人之特留分。追根到底，這種處分即應繼分前付的遺贈（*avancement d'hoirie*），該當於民法第 903 條⁴¹⁵第 1 項命「從應繼分中……扣除」的「遺贈」，而且所謂的「扣除」與「充當」是相同的意義⁴¹⁶。也就是說，依瑞士民法該條項視作遺產分割方法之指定的情況，在日本民法的邏輯上是「應被歸扣的遺贈」，依瑞士民法該條項所謂的「特別意思表示」之遺贈（按：先取遺贈），在日本民法的邏輯上是「免除歸扣之遺贈」（民法第 903 條第 3 項），傳統通說將此作為日本民法上區別遺贈和遺產分割方法指定的論點，這樣的論述是否過於草率，忽略法國民法或日本民法的風格及作法。因此，若將使其繼承之遺囑解為遺贈，關於通說和實務就「該特定遺產是否比法定應繼分之價額或多、或少、或同額，而是否應伴隨應繼分指定」的議論，其實全是沒有必要的，因為解為遺贈的話，全部可以用民法第 903 條解決⁴¹⁷。

⁴¹⁴ 橘勝治，前揭註 50，頁 66；浦本寬雄、伊藤昌司教授亦贊同此見解，參照伊藤昌司，前揭註 347，頁 661；浦本寬雄，前揭註 403，頁 20。

⁴¹⁵ 日本民法第 903 條規定：「（第 1 項）共同繼承人中，有從被繼承人處接受遺贈、或者因婚姻或收養、或作為生計資本而接受贈與時，則將被繼承人於繼承開始時所有的財產價額，加上贈與的價額，視為繼承財產。從依前三條規定算定的應繼分中扣除遺贈或贈與的價額，以其餘額作為該者的應繼分。（第 2 項）遺贈或贈與的價額，等於或超過應繼分的價額時，該受遺贈人或受贈人不得受其應繼分。（第 3 項）被繼承人表示與前兩項規定不同的意思時，其意思表示，於不違反關於特留分規定的範圍內，有效」。

⁴¹⁶ 伊藤昌司，前揭註 114，頁 122 之註 2。

⁴¹⁷ 伊藤昌司，前揭註 114，頁 221。

遺贈說對於公證實務所採的遺產分割處分說更是強烈的批判，伊藤昌司教授即批評，公證實務以民法第 964 條沒有出現「遺贈」作為理由，將同條的「處分」毫無限制的擴張解釋，承認了民法中原不存在的遺囑處分，根本就是不合規則、不正常的「變則處分」，這種將第 964 條「自由解釋」的解釋論相當粗暴，契約自由畢竟不等於遺囑自由，遺囑的解釋必須以民法作為基準，而非如契約的解釋，一切訴諸於遺囑自由作為解釋論，終將破壞民法整體的邏輯⁴¹⁸。此外，公證實務為了規避遺囑被當成遺贈，通常會建議遺囑人使用「使其繼承」或「作為遺產分割方法而給與」的這種用語，這種實務處理方式幾乎成為慣行，而且連帶地與法律家無關的自筆遺囑，也是有意識的使用，這樣的方式與登記實務（昭和 47 年通達）結合，可說是產生「非常危險」的制度，因為遺囑內容可能被他人偽造或變更，被繼承人死後留下幾封遺囑而互相矛盾的情形也不少，或是遺囑可能相隔以久後才被發現（尤其是繼承之承認或拋棄後，或遺產分割終了後），這些可能性實務完全忽視而未加詳慮⁴¹⁹。且即便是分割協議成立後，在附上「由共同繼承人單獨所有特定不動產意旨」之遺產分割協議書而辦理繼承登記的程序中，登記上也要求附上喪失權利的其他共同繼承人的印鑑證明之印章按捺，多少可以防止無視關係當事人之意思，而逕將特定不動產權利從被繼承人移轉登記給登記權利人的恣意行為。相較之下，使其繼承之遺囑在目前的登記程序毫無防制機制，完全不合理且危險⁴²⁰。此外，遺產分割處分說在許多殘餘問題上，例如：附負擔的使其繼承之遺囑（民法第 1002 條、第 1003 條）、特別受益的處理（民法第 903 條）、受益繼承人先死亡的情

⁴¹⁸ 伊藤昌司，前揭註 347，頁 655、657 之註 11。通說對此亦有相同的批判，認為這根本「創設了一個新的遺囑事項」，參見泉久雄（1988），前揭註 388，頁 62。

⁴¹⁹ 伊藤昌司，前揭註 114，頁 119-120、123。後述的遺產分割效果說及香川判決亦有相同的問題，亦見相同的批判，參見二宮周平，前揭註 380，頁 412；伊藤昌司，前揭註 347，頁 674。

⁴²⁰ 谷口知平、久貴忠彥（編），前揭註 192，頁 410-411（伊藤昌司）；伊藤昌司，前揭註 114，頁 120；伊藤昌司，前揭註 347，頁 674-675。

況（民法第 995 條）、貢獻分之算定（民法第 904 條之 2 第 3 項）、對第三人之登記對抗問題等，均主張依遺贈處理⁴²¹，對此，伊藤教授批評該說毫無任何根據，也無法清楚說明自己和遺贈的區別，只不過是在遺贈和遺產分割中各取對自己方便的解釋，變則處分說違反了民法的遺囑法定事項原則⁴²²。

伊藤昌司教授對於通說和公證實務長久以來排斥「對繼承人為遺贈」的想法，有非常強烈的批評，其認為日本民法於明治末到大正年間開始異常地往德國法學偏離，常常曲解採取法國法系統的日本繼承法的邏輯，這個弊端尤其在遺囑法特別顯著。過去的學說，力將羅馬法、德國法系的繼承觀、遺贈觀嵌入日本民法的條文解釋，在這先入為主的觀念下，將瑞士民法規定，只求條文表面的理解引入日本法，造成日本繼承法規邏輯構造的混亂⁴²³；由於德國（法系）繼承法忠實繼受羅馬法，有遺囑指定繼承人制度，有可能繼受了「遺贈是以第三人為目的，而課與繼承人（遺囑繼承人）之負擔」的羅馬法時代的性質，但日本現行繼承法，是近乎百分之百法國法系的立法，沒有指定繼承人制度，法定繼承人在有繼承人之資格下作為遺贈的受益者。不問洋之東西，由於近親才是無償處分的主要受益者，繼承人受遺贈乃屬當然，正因如此，才有民法第 903 條關於「遺贈之歸扣」的存在⁴²⁴，換言之，在法國、日本民法體系上，繼承人受遺贈係屬當然，並非例外，實際上生前贈與或遺囑財產處分的對象大部分也都是繼承人。倘若民法的立法者，對於繼承人作為受益人的財產處分，僅僅規定民法 908 條一條，卻為了其他例外的遺囑處分（繼承人以外之人）準備那麼多的遺贈規定，並非合理⁴²⁵。

⁴²¹ 瀨戶正二，前揭註 377，頁 9。

⁴²² 伊藤昌司，前揭註 347，頁 677。

⁴²³ 谷口知平、久貴忠彥（編），前揭註 192，頁 414-415（伊藤昌司）。

⁴²⁴ 伊藤昌司，前揭註 347，頁 666、671 之註 31、671 之註 32

⁴²⁵ 例如：民法第 1031 條、第 1033 條，特留分扣減對象只規定「遺贈」；繼承編中的 36 個條項都是關於遺贈和受遺贈人之規定，甚至也沒有規定準用遺贈的條項，參照伊藤昌司，前揭註

關於使其繼承之遺囑，採遺贈說的代表性裁判是：東京地判昭和 62
(1987) 年 11 月 24 日判夕 672 号 201 頁（又稱：「村重判決」）⁴²⁶，該判決
判旨略謂，從證據上看，公證人是依照被繼承人「不經過遺產分割協議程序
即確定讓某特定繼承人取得本件借地權」之意旨作成該公證遺囑，並強調遺囑
的解釋是以民法實體規範為基準，日本民法承襲法國民法，在對繼承人的場合
也是以遺贈作為原則，且指定應繼分和遺產分割方法之指定皆僅規定一條，第
903 條固然不用說，規定特留分扣減對象的第 1031 條⁴²⁷也沒有提到，屬民法的
次要角色，若考慮到這一點，即使表達「使其繼承」的意旨，原則上也應該解
為「遺贈」。村重判決重視遺囑人死亡同時該特定財產之所有權及移轉於名義
人這種「遺贈的權利移轉效果」，而將使其繼承之遺囑解為遺贈具有劃時代意
義，但從目前狀況看來，只是一個特例的判決，之後在公開的裁判中未見採此
說者，未公開的裁判中採此說者的數量也不明⁴²⁸。從後來的實務發展（按：香
川判決）觀察，村重判決重視權利移轉效的態度，確實受很高的評價，也符合
遺囑人的意思，但對公證實務而言，卻完全無法享有本章第一節所述，關於登
錄免許稅低廉（後來稅法修正已解決）、登記程序方便等其他優點，而和遺
囑人之意思不合致⁴²⁹。

114，頁 121、220；關於伊藤昌司教授的見解，大多受到千藤洋三教授的支持，亦主張應採
「遺贈說」，參見千藤洋三，前揭註 396，頁 365-369。

⁴²⁶ 該判決受到伊藤昌司教授的大力讚揚，並稱是與自己相同見解的正當解決之判斷，參見伊藤
昌司，前揭註 347，頁 652。

⁴²⁷ 日本民法第 1031 條規定：「特留分權利人及其承受人，於保全特留分之必要限度內，得請
求扣減遺贈及前條規定的贈與。」

⁴²⁸ 千藤洋三，前揭註 396，頁 350-351；北野俊光，前揭註 379，頁 175。

⁴²⁹ 千藤洋三，前揭註 396，頁 350-351；北野俊光，前揭註 379，頁 172；甚至公證實務有見解
主張，一定要請法院，縱使不承認權利移轉效，也不要將使其繼承之遺囑貼上遺贈的標籤，參
見原島克己，前揭註 398，頁 28。

第四項 遺產分割效果說



首先，在遺產分割效果說提出之前，有類似此說觀點，立足於遺產分割方法指定說，但主張「不必遺產分割說」者，為加藤永一教授之見解。加藤教授贊同傳統通說的見解，認為對繼承人特定財產的處分，原則上應解為遺產分割方法指定，將之視作遺贈是不妥當的，但認為被指定者於遺囑效力發生的同時，即取得該特定財產的權利。理由在於，若被繼承人以遺囑指定分割方法時，遺產分割即受該指定的拘束（民法第 908 條），若當事人對該遺囑沒有達成其他合意，即無法改變該指定，縱使在法院審判分割也必須受到遺囑人意思之拘束，就該部分無請求審判分割之利益。如此一來，既然無法違反該繼承人之意思（除非達成合意），而作與指定方法相異的分割，那從遺囑生效時，該繼承人至少應有保全該標的之權利，且承認此確定的權利，對於其他繼承人並無損害，而且這也符合被繼承人之意思。特別是標的價額超過法定應繼分的價額時，由於該繼承人已經無法再取得其他遺產，對其而言分割已經結束，再要求分割程序並無意義，因此非常贊同登記實務（昭和 47 年通達）的作法，並稱之為「正確並充分地掌握」⁴³⁰。

遺產分割效果說則是由水野謙教授提出，並受到島津一郎教授的支持。此說認為，使其繼承之遺囑之性質為民法第 908 條之「遺產分割方法之指定」，並認為第 908 條（明治民法第 1010 條）立法之時，起草者乃是參照法國民法「尊屬分割（*partage d'ascendant*）」中的「遺囑分割（*testament-partage*）」⁴³¹制度而來，該制度被賦予「遺產分割之效果」。有鑒於立法之脈絡，日本法上的遺產分割方法之指定亦具有直接的遺產分割效果，遺囑處分之標的從分割程

⁴³⁰ 中川善之助、加藤永一（編），前揭註 126，頁 65（加藤永一）；加藤永一（1989），前揭註 54，頁 347；加藤永一（1990），前揭註 54，頁 147-149。

⁴³¹ 相關條文參照前揭註 213。

序的對象中被排除，於被繼承人死亡的同時，該標的不必經過遺產共有的狀態，而直接歸屬於受益繼承人單獨所有⁴³²。

關於第 908 條（明治民法第 1010 條），該說考察立法者在民法法典調查會就該條的討論紀錄，起草委員穗積陳重謂：（1）「為了盡可能避免在分割者之間財產上親族近親之間造成麻煩，也有指定分割之方法的情況。」、（2）「又此分割方法……例如長男因從事農業有不動產較好，次男比起拿不動產倒不如拿錢從事商業更為合適等各式各樣的斟酌都是有可能的，為了謀求繼承人等的便利，容許被繼承人指定，是最為必要的。……」、（3）面對這樣的立法例是否在外國法也有的質問，穗積陳重則回應：「很多國家都有這樣立法，因為和繼承人自己有利害關係，所以禁止讓繼承人自己決定，如果不立法的話，一定會出現問題。」⁴³³。關於（2）的部分，說明了被繼承人得考量遺產的種類性質及被繼承人之職業而指定分割方法之趣旨⁴³⁴，不過所謂的「拿錢」究竟是指將不動產換價給錢，或是即指給長男不動產、次男金錢，若為前者，僅不過是「遺產分割方法指定為分割基本方針之指示（現物分割或換價分割等）」（即伊藤教授所主張的），水野謙教授參考另一位民法起草者梅謙次郎之論著謂：「被繼承人一定想把甲財產交到長男手上、把乙財產交到次男手上……」⁴³⁵，並認為從此可見，比起解讀為分割基本方針之指示，更應該解讀為立法者更具有遺產的具體分配的觀念⁴³⁶。又關於（1）和（3）的部分，水野謙教授認為，從此可見立法者具有「透過禁止繼承人分割而避免伴隨分割協議的麻煩」這樣

⁴³² 水野謙（1990），〈「相續させる」旨の遺言に関する一視點——東京高裁昭和六三年七月一日判決の検討を兼ねて〉，《法律時報》，62 卷 7 号，頁 82；島津一郎，前揭註 217，頁 5。

⁴³³ 法務大臣官房司法法制調查部，前揭註 411，頁 581-582（188 回，穗積陳重之發言）。

⁴³⁴ 島津一郎，前揭註 217，頁 6。

⁴³⁵ 梅謙次郎，前揭註 198，頁 134。

⁴³⁶ 水野謙，前揭註 432，頁 82。

的意圖⁴³⁷。島津教授則補充說明（3）的部分，認為此部分非常重要，其意義並非全盤否認共同繼承人所為的遺產分割（協議分割），而應該解讀為，在被繼承人已經指定分割方法的情況下，該指定具有遺產分割之效力⁴³⁸。又因為本條在立法討論時，立法者認為與指定應繼分之規定相同，應排除透過生前行為所為的遺產分割方法指定⁴³⁹，故水野謙、島津一郎教授綜合前述的觀察，主張立法者是採用了法國民法「尊屬分割」制度中的「遺囑分割」，並排除生前行為所為的「贈與分割」⁴⁴⁰。法國民法的遺囑分割的優點在於迴避了一般協議分割和裁判分割的時間、費用等不便利，此正好與立法者（1）的見解相同，又遺囑分割具有遺產分割的效果，這點也與立法者（3）的見解相同，因此忠實地跟隨立法的脈絡與「系譜」（系統、源流），遺產分割方法之指定應直接產生遺產分割之效果，使其繼承之遺囑的特定財產將排除於分割協議的對象之外，在繼承人死亡的同時，不經過遺產共有狀態，而直接歸屬於特定繼承人單獨所有。且如此一來可以解決學說的矛盾問題，既不會超出遺囑法定事項的範圍，也能達到公證實務的需求。並批判傳統通說和多田判決以來主流實務見解，明顯違反了該條立法旨趣（迴避分割程序的不方便），並質疑通說見解將德國民法第 2048 條直接輸入，使遺產分割方法指定之受益繼承人僅有債權性的權利義務，

⁴³⁷ 水野謙，前揭註 432，頁 82。

⁴³⁸ 島津一郎，前揭註 217，頁 6。

⁴³⁹ 參見法務大臣官房司法法制調查部，前揭註 411，頁 581-582（188 回，穗積陳重之發言）。

⁴⁴⁰ 水野謙，前揭註 432，頁 82；島津一郎，前揭註 217，頁 6。值得注意的是，山島正男教授，除了提出指定應繼分和遺產分割方法之指定於立法時所參照的立法例完全相同，而指定應繼分乃日本立法者之獨創，其也認為立法者大體的想法是比較接近法國民法，循著（法國民法的）贈與分割而提出生前指定的原案，但後來在會議中被否決，參照山島正男，前揭註 218，頁 271 之註 3。簡而言之，民法起草者可能是將指定應繼分和遺產分割方法之指定合併當成尊屬分割來思考，但此明顯是基於對尊屬分割制度的誤解，參見島津一郎，前揭註 217，頁 9 之註 14。

且劣後於共同繼承人全體之分割合意，而忽略了第 908 條可能是源於法國民法
441。

最後該如何區分遺贈和遺產分割方法之指定？水野謙教授認為只能判斷遺
囑人是否有「與遺贈不同之『狹義繼承』的遺囑處分」之意思，在通常的情形
（具遺囑人被認定有前述之意思或是存否不明的場合）應解為遺產分割方法之
指定為妥（且除非侵害特留分，也沒必要表現「伴隨指定應繼分」的樣子）

442。對此問題，島津教授先主張遺贈不僅限於對繼承人以外的場合，且實際上
對繼承人遺贈更是遠多於對第三人的遺贈，若不承認有對繼承人為遺贈的可
能，則民法上關於遺贈之規定大概近於空文，因此反對公證實務或傳統通說
「排斥對繼承人為遺贈」的這種想法⁴⁴³，而認為雖然形式上是對繼承人之遺
贈，但是從遺囑的全意旨來看，具有遺囑分配的實質，此即是無須經過遺產共
有狀態，各繼承人直接從被繼承人處取得各個遺產之分割行為。民法立法者制

⁴⁴¹ 關於這兩個法系（法國、日本／德國）的對立，水野謙教授推測推測是由來自繼承財產的清算制度本質上的不同，水野謙，前揭註 432，頁 82。關於被繼承人債務的繼承，日本法就可分債務，於繼承人有數人的情形時，共同繼承人是依其應繼分繼承被繼承人的權利義務，並非連帶責任或不可分債務（參照大審院昭和 5〔1930〕年 12 月 4 日決定民集 9 卷 1118 頁），亦即繼承債務若為可分，繼承開始的同時，由於已經依各繼承人之法定應繼分割，所以並非遺產分割的對象。又依照最判平 21（2009）年 3 月 24 日民集 63 卷 3 号 427 頁，對被繼承人中之一人使其繼承全部財產時，除非特殊情事，該繼承人也承受全部的繼承債務。在繼承人之間如此的協議或遺囑均有效，但由於繼承債務之債權人並未參與其中，因此該效力不及於繼承債權人。也就是說，繼承債務還是會依各繼承人之法定應繼分割歸屬於各繼承人，當債權人請求依法定應繼分履行債務時，繼承人不得拒絕，若因此返還超過協議或遺囑定之價額時，得對應負擔該分的繼承人請求不當得利返還。若為不可分債務（民法 430 條），共同繼承人歸屬不可分，則依不可分債務的處理準則，即各繼承人應對全部債務負給付義務（參照最判昭和 36〔1961〕年 12 月 15 日 15 卷 11 号 2865 頁）。若為連帶債務，則即使連帶債務人中之一人死亡，其繼承人們亦繼承被繼承人之債務的分割，在各自繼承的範圍內，與本來的債務人一起成為連帶債務人（最判昭和 34〔1959〕年 6 月 19 日民集 13 卷 6 号 757 頁），例如：A 為債權人，B 及 C 為連帶債務人，債務為 900 萬元（B、C 內部分擔額各 1/2，為 450 萬元），C 死亡後，繼承人有 C1、C2、C3 三人，此三人應繼分均等，則三人就各自 300 萬元的範圍內，與 B 一同成為連帶債務人（各自的內部分擔額還是 150 萬元），以上參見二宮周平，前揭註 380，頁 362-363。

⁴⁴² 水野謙，前揭註 432，頁 83。

⁴⁴³ 例如，通說認為解釋為遺贈，原則上是「不當」的，參見中川善之助（編），前揭註 192，頁 200（有泉亨）；中川善之助、加藤永一（編），前揭註 126，頁 64-65（中川善之助、加藤永一）；中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 259 之註 3。又例如，公證實務倉田律師認為「對繼承人為遺贈」這種說法具有違和感，參見倉田卓次，前揭註 377，頁 131、137。

定了具有此性質、效力的遺囑分割方法之指定，只是隨時間而被遺忘。並引用瑞士民法第 608 條第 3 項，認為這只是一種推定被繼承人通常意思的推定規定而已，並非完全否定對繼承人之遺贈，只是除非透過遺囑解釋有反對的意思，否則應該以「尊屬分割」處理⁴⁴⁴。

綜上所述，遺產分割效果說之特色在於，被繼承人得依民法第 908 條指定具有「遺產分割效果」的遺產分割方法，一方面得以迴避被認為是民法所未承認的遺囑事項，另一方面承認被繼承人的指定具有遺產分配的效果，承認對象財產的即時權利移轉效⁴⁴⁵。如此一來，即可避免如遺產分割處分說所遭受的批評，又可符合遺囑人之意思及需求。

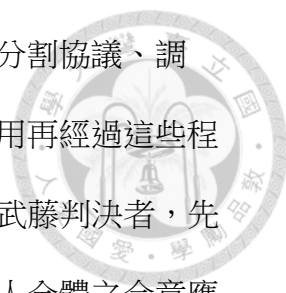
第五項 香川判決之確立

關於使其繼承之遺囑，採遺產分割效果說的代表性裁判是：最判平成 3（1991）年 4 月 19 日民集 45 卷 4 号 477 頁（又稱：「香川判決」）。不過在說明香川判決之前，必須先介紹其前審判決：東京高判昭和 63（1988）年 7 月 11 日家月 40 卷 11 号 74 頁（又稱：武藤判決）。武藤判決判旨略謂，使其繼承之遺囑為遺產分割方法之指定，既然遺囑已指定遺產分割方法，則在遺產分割協議程序中，受益繼承人之意思就具有絕對的優先，除非該受益繼承人放棄該所有權，其他繼承人也無法推翻，即使是審判分割程序亦只能依循遺囑。只要受益繼承人主張優先權，該當遺產即歸屬於受益繼承人，於主張優先權的時點，該限度內應解為已成立一部遺產之分割協議⁴⁴⁶。也就是說，受益繼承人於

⁴⁴⁴ 島津一郎，前揭註 217，頁 7-8。島津教授之所以會說是「尊屬分割」，是因為他認為日本法的遺產分割方法指定是源流於法國法，所以直接稱「尊屬分割」，並非指瑞士民法的遺產分割方法指定如同法國法的尊屬分割。

⁴⁴⁵ 北野俊光，前揭註 379，頁 172-173。

⁴⁴⁶ 千藤洋三，前揭註 396，頁 352。後續亦採取相同見解的判決，如：大阪高判平成 2（1990）年 2 月 28 日判夕 43 号 210 頁（又稱：日野原判決）。



主張優先權時，即產生該處分標的之權利移轉效果，因為遺產分割協議、調停、審判均不可能得出與遺囑相異的結論，也無意義，因此不用再經過這些程序，受益繼承人即取得該處分標的之所有權⁴⁴⁷。學說上有贊同武藤判決者，先承認被繼承人之指定對於繼承人並不具有絕對的拘束力，繼承人全體之合意應優先適用，並認為被繼承人之指定雖賦予該特定繼承人取得該財產之優先權，但民法原則上應有拋棄利益的自由，此時若放棄此優先權，應肯認其再次和其他共同繼承人進行遺產分割程序（包含該財產在內），不過因為拋棄會影響其他共同繼承人的遺產分配，故應得全體共同繼承人之合意，始得拋棄。又考量到受益繼承人未必會等到遺產分割才決定該財產之歸屬，故應承認當其主張優先權時，該財產即具有與遺產分割成立時相同的效果，溯及到繼承開始時即生權利移轉效，此時無須得到其他共同繼承人之同意，也無須為特別之意思表示，例如就該特定不動產辦理登記時，即可視作主張優先權，如此一來能夠在分割協議、調停中靈活地調和⁴⁴⁸。

簡言之，武藤判決賦予特定繼承人優先權這點，緩和了公證、登記實務和通說、及多田判決以來主流見解的不合，作為法理論，可給予重大向前突破的評價⁴⁴⁹。不過，採遺產分割效果說的學者，對武藤判決並不滿意，理由在於，從民法第 908 條之立法脈絡及系譜，根本沒有經過遺產分割程序的必要，當然也就不需要採取賦予特定繼承人優先權這種折衷的方法，毋寧說武藤判決還是延續著傳統上對於遺產分割方法指定的錯誤理解，而認為遺產在經過分割協議或

⁴⁴⁷ 北野俊光，前揭註 379，頁 175。

⁴⁴⁸ 岩志和一郎（1996），〈いわゆる「相続させる」遺言の解釈——平成 3 年最高裁判決に対する若干の疑問——〉，《公証法学》，25 号，頁 15-16。

⁴⁴⁹ 千藤洋三，前揭註 396，頁 353；北野俊光，前揭註 379，頁 175。

審判前，仍維持共有的狀態，而受益繼承人主張優先權時，才成立遺產一部分分割協議的效果⁴⁵⁰。

作為武藤判決之上訴審判決，香川判決比起武藤判決更進一步地，直接明確採取「遺產分割效果說」。香川判決謂：「對於與被繼承人之遺產繼承關係有關的遺囑，應該尊重遺囑所表明之遺言人的意思，並應該合理地解釋其趣旨，由於考量到自己與各繼承人間之身分關係及生活關係，各繼承人現在及將來的生活狀況和資力及其他的經濟關係、關於特定不動產及其他的遺產與特定繼承人互相間的關係等一切情事，遺囑中表明遺囑人使特定繼承人繼承特定遺產之意時，若鑑於（按：一般繼承的情況）該繼承人也和其他繼承人共同當然繼承該遺產一事，將遺囑人之意思，解為是『考量到前述一切情事，而使該遺產由該繼承人單獨繼承，並非與其他共同繼承人共同繼承』，應為當然合理的意思解釋。除非從遺囑的記載，該趣旨明顯是遺贈或是應該解為遺贈之特殊情形，否則不應該解為遺贈。又前述的使其繼承之遺囑，也就是，使特定繼承人單獨繼承特定遺產之遺囑……依民法第 908 條被繼承人得以遺囑指定遺產分割之方法，且正因為是遺產分割之方法，也容許以遺囑指定使特定繼承人透過單獨繼承而承受特定遺產。從而，前述的使其繼承之遺囑，正該當同條所稱的指定遺產分割方法之遺囑，其他共同繼承人亦受該遺囑之拘束，也不可能為與其相異的遺產分割之協議、甚至是審判。在這樣的遺囑之下，與遺囑人之意思相符合的是，使作為遺產一部的該當遺產歸屬於該繼承人，使其產生和遺產一部分分割一樣的遺產繼承關係。除非該遺囑就該遺產之繼承，繫於該繼承人之承諾的意思表示等特殊情形，否則無需任何行為，該遺產於被繼承人死亡之時（遺囑生效時）即直接由該繼承人繼承。此時，即使於遺產分割之協議或審判時，


⁴⁵⁰ 水野謙，前揭註 432，頁 81-82；島津一郎，前揭註 217，頁 4-5。

應參酌該遺產之繼承而分割剩餘的遺產，但關於該當遺產，亦無經過前述協議或審判之餘地。不過，即使在這樣的情況，由於該特定繼承人仍然有『繼承』拋棄的自由，當其拋棄（遺囑人）所定之『繼承』時，當然回溯到該遺產未被其繼承的狀態，又，依情形（按：若有侵害到其他繼承人之特留分），不妨害其他繼承人特留分扣減權之行使」。

從上述判決之意旨，可歸納出幾個重點：第一，使其繼承之遺囑的法律性質，除非特殊情形，不應解為遺贈，而應該解為民法第 908 條之遺產分割方法指定；第二，共同繼承人均受該遺囑之拘束，不得為與其相異的遺產分割之協議或審判，該遺囑會產生「遺產一部分割」之效果，除非特殊情形，無需任何行為，於被繼承人死亡之時，該特定遺產即由該特定繼承人繼承；第三，其他剩餘之遺產，於遺產分割程序（協議、審判）時，仍應參酌該遺產之繼承情形，但就該遺產的部分不再重新分割；第四，受益繼承人有「拋棄繼承」之自由，若拋棄「遺囑人所定之繼承」，則回溯到該遺產未被該繼承人繼承的狀態；第五，若侵害到其他繼承人之特留分，不妨害其行使特留分扣減權。另外，應注意者是，根據本件之事實，該特定遺產之價額已超過受益繼承人之法定應繼分，香川判決並未提及應繼分之指定，而只稱「遺產分割方法之指定」

451。

⁴⁵¹ 學說認為，此時有「伴隨指定應繼分」之意涵，潮見佳男，前揭註 157，頁 201。二宮周平教授則在其教科書中說明香川判決後，說明若該特定遺產超過特定繼承人之法定應繼分時，應解為伴隨指定應繼分之遺產分割方法指定，參見二宮周平，前揭註 380，頁 408。雖然是有伴隨指定應繼分的意涵，不過通說亦對於香川判決前半段將使其繼承之遺囑，解為遺產分割方法之指定，認為是「正確」的作法，沒有提到「伴隨指定應繼分」，參見中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 260 之註 4。若依水野謙教授的見解，亦認為在未侵害其他繼承人之特留分時，亦無須表現出「伴隨指定應繼分」，參見水野謙，前揭註 432，頁 83。簡而言之，本文認為，有沒有「伴隨指定應繼分」，都不會影響香川判決（或學說所理解的香川判決）認為「遺產分割方法之指定」會產生「遺產分割之效果」。



綜上所述，香川判決至少確立了兩件事。一方面，使其繼承之遺囑的性質，原則上應解為遺產分割指定方法，此正是「符合遺囑人之意思」的合理意思解釋，而這樣意旨的遺囑，除非特別情形（明顯是遺贈，或是應解為遺贈），否則不應該被解為遺贈，這也正符合民法第 908 條「允許被繼承人以遺囑指定特定繼承人單獨繼承某特定遺產」之意涵。另一方面，香川判決認為使其繼承之遺囑的效果是，被繼承人死亡之時（遺囑生效時），除非特殊情形（須得該特定繼承人之承諾），無需任何行為，該特定遺產即直接由特定繼承人繼承。簡言之，香川判決正面地採用「遺產分割效果說」之見解，肯認「遺產一部分割」之效果，並引入了「不必遺產分割」原則。而香川判決所形成的判例法理，改變了以往多田判決以來的主流實務見解，遂成為實務裁判上新的主流見解⁴⁵²。不過，延續著之前學界及公證實務界所開闢的戰場，對於香川判決的確立，自然也有贊成、反對的對立堡壘，故以下第三節會就具代表性的見解進行整理及說明，將重心集中使其繼承之遺囑的「性質決定」及「遺產一部分割」的問題上，也正是本論文關心的主要核心部分，所涉的其他相關問題及後續相關實務之發展，再於本章第四節簡要說明，未盡之處則有待日後更深入的研究。

⁴⁵² 香川判決之後採取遺產分割效果說之判決，例如：最判平成 3（1991）年 9 月 12 日判夕 796 号 81 頁、高松高決平成 3（1991）年 11 月 27 日家月 44 卷 12 号 89 頁、東京地判平成 4（1992）年 4 月 14 日家月 45 卷 4 号 112 頁、東京高判平成 6（1994）年 2 月 25 日判夕 838 号 246 頁、最判平成 7（1995）年 1 月 24 日判時 1523 号 81 頁、最判平成 10（1998）年 2 月 27 日判時 1635 号 60 頁、東京高判平成 15（2003）年 4 月 23 日金法 1681 号 35 頁、東京高判平成 15（2003）年 11 月 12 日判夕 1155 号 277 頁等等，參照北野俊光，前揭註 379，頁 177；千藤洋三，前揭註 396，頁 356-359。

第三節 香川判決暨遺產分割效果說之檢討

第一項 實務界的支持

香川判決作成後，公證實務的代表倉田律師可以說是欣喜若狂，給予香川判決極高的評價，並謂最高裁判所十足地發揮了判例的統一機能，裁判實務的改變，解決了登記實務與下級審裁判間乖離的現象，對公證實務而言，由公證人發明而開始普及的使其繼承之遺囑，具有遺產分割效果，香川判決的確立，可以說是「常識贏了！」⁴⁵³，因此樂意改採遺產分割效果說，不過其亦認為對於民法第 964 條解釋論的理解沒有必要改變⁴⁵⁴。簡言之，採遺產分割效果說的香川判決，贊成者以實務家居多，特別是裁判官或是裁判官退官後的公證人及在法務省的工作人士⁴⁵⁵，可說在公證實務界已成定論。

第二項 日本民法第 908 條是否等於法國民法尊屬分割制度

不過，學界上對於香川判決採用遺產分割效果說，並認為使其繼承之遺囑不須經過遺產分割即可直接產生權利移轉效力，有著強烈且根本性的批判，主張遺贈說的伊藤昌司教授即稱香川判決不只粉碎民法中遺贈的諸多規定，更加速繼承人間平等的崩毀，只要透過「使其繼承」這樣的文句，遺囑受益人即可輕易獨占財產，簡單否定法定繼承人之權利，香川判決為民法史上留下醜聞，未來一定會被改變⁴⁵⁶。

⁴⁵³ 倉田卓次，前揭註 401，頁 104-105。

⁴⁵⁴ 倉田卓次，前揭註 401，頁 106 之註 39。

⁴⁵⁵ 谷口知平、久貴忠彥（編），前揭註 192，頁 414（伊藤昌司）；潮見佳男，前揭註 157，頁 199。

⁴⁵⁶ 伊藤教授認為，最高裁判所無視於民法第 907 條之規定，而認為有第 908 條之指定，就不必再進行遺產分割協議或審判，財產因繼承人死亡即直接確定移轉，完全和民法規定相矛盾，可說是公證、登記實務所發明的變則處分，透過香川判決得到確立，仍將之歸類在變則處分，參見伊藤昌司，前揭註 114，頁 22、123。

首先要問的是，日本民法第 908 條的遺產分割方法指定真的是源流於法國民法的「尊屬分割」制度（以下若未特別說明，指的均是「遺囑分割」）嗎？關於這個問題，恐怕必須說遺產分割效果說只是片面理解或刻意僅部分援用法國民法的制度，日本的使其繼承之遺囑和法國的尊屬分割，二者根本似是而非的制度。最大的差別就在於法國的遺囑分割制度是以「繼承人間之平等」作為大前提，才承認直接產生遺產分割的效果，然而使其繼承之遺囑卻破壞了此機能⁴⁵⁷。以下先就日本民法於 1898 年立法之初，「可能」參考的法國民法（拿破崙法典）尊屬分割的原始規定進行分析介紹⁴⁵⁸。

一、立法目的

首先法國民法於起草之初，關於繼承人間具體的遺產分割，係以嚴格的「物的均分主義」作為原則，後來創設尊屬分割制度，賦予被繼承人（僅尊屬）一定程度的分割自由，將抽象的應繼分透過具體的財產而自由的形成⁴⁵⁹，其立法趣旨，主要是考量到「小土地農民之保護」，同時修補「子輩間自然或偶然的的不平等」⁴⁶⁰。雖是就「物的不均分」（為了保全不動產之一體性）為分割，原則上仍應遵從「價值的平等」（不變更繼承人之法定應繼分），而例外

⁴⁵⁷ 水野紀子，前揭註 394，頁 201、218-219 之註 5；吉田克己，前揭註 25，頁 367；吉田克己（2012），〈第 17 章「相續させる」旨の遺言・再考〉，氏著，《市場・人格と民法学》，頁 386-387，札幌：北海道大学出版会，原文載於：吉田克己（2008），〈「相續させる」旨の遺言・再考〉，野村豊弘、床谷文雄（編），《遺言自由の原則と遺言の解釈》，頁 32-58，東京：商事法務，因作者於專書有補寫，故以下均援引其專書內容；伊藤昌司（1992），〈判例批評〉，《民商法雜誌》，107 卷 1 号，頁 129-130；松川正毅（1992），〈特定の相續人に「相續させる」旨の遺言は遺贈かそれとも遺産の分配か〉，《法学教室》，137 号，頁 101；松川正毅（2014），《民法 親族・相續》，頁 258，東京：有斐閣。

⁴⁵⁸ 有學者認為，日本民法第 908 條是承繼德國民法第 2048 條的遺產分割方法指定制度而來，而與之較為相近，參見沼邊愛一，前揭註 380，頁 18。

⁴⁵⁹ 稻本洋之助（1968），《近代相續法の研究——フランスにおけるその歴史的展開》，頁 292，東京：岩波書店。

⁴⁶⁰ 法國民法典起草人之一的 Bigot de Préame 就最終法案的提出附帶如下之說明：「得就自己財產之一部自由處分之父，於子輩間分割進行之際，就分割本身若不允許其行使該權能，是不正確的，而違反立法目的。於是，父得以避免土地細分，留下作為子之一人共通之避難所而存續的住居，修補自然或偶然的的不平等。一言以蔽之，父得同時以分割行為為最公平且為各子之幸福為最適切的分配及調整。」參見稻本洋之助，前揭註 460，頁 329。

的為了實現實質上的平等（衡平），才允許有意識地或結果上地，在一定限度內從價值的平等分離⁴⁶¹。簡言之，尊屬分割雖是以緩和物之均分為目的，但以遵守價值的均分作為當然的前提⁴⁶²，不得侵害其他共同繼承人之權利。然而，日本的使其繼承之遺囑，毋寧說是以顛覆繼承人間價值的平等為目的，與受益繼承人得單獨申請登記的效果相結合，嚴重侵害繼承人的平均繼承權，一直以來事實上也剝奪了特留分扣減請求實效性，不得不謂其和法國的尊屬分割有極大的差異⁴⁶³。

二、定義

從定義上來看，依舊法國民法 1075 條規定⁴⁶⁴，正如「尊屬分割」之名，只有「尊屬」（父母和其他直系血親尊親屬），得以「卑屬」（其子女和直系血親卑親屬）作為受益者而處分自己的財產，無法對配偶或他人進行分配。相較之下，日本民法第 908 條的「指定」，行為人和受益人均無任何的資格限制，包含配偶的所有法定繼承人（子女及其代位人，或直系血親尊親屬，甚至是兄弟姐妹）都可能成為受益人，反之，也都可能成為行為人（民法第 887 條至第 890 條），適用範圍明顯不同。伊藤教授認為這是根本性的差異，遺產分割效果何以得來「系譜」之說⁴⁶⁵。

三、要件

從要件上來看，根據舊法國民法第 1078 條⁴⁶⁶，尊屬分割必須對卑屬繼承人「全體」為之，而不容許只對繼承人中之一人或數人進行分配，只要遺囑漏寫

⁴⁶¹ 稻本洋之助，前揭註 460，頁 330。

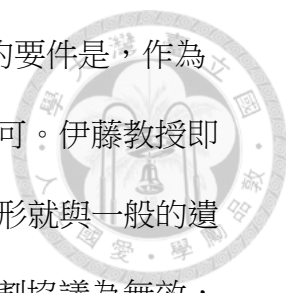
⁴⁶² 吉田克己，前揭註 457，頁 388。

⁴⁶³ 水野紀子，前揭註 394，頁 201。

⁴⁶⁴ （1804 年版）法國民法第 1075 條規定，參照前揭註 213。

⁴⁶⁵ 伊藤昌司，前揭註 457，頁 129。

⁴⁶⁶ （1804 年版）法國民法第 1078 條規定：「如直系血親尊親屬死亡時，其子女和死亡在前（比被繼承人早死亡）子女的直系血親卑親屬有未參與上述分割者，分割全部無效。不問未收



一人（omission），該分割就是全部無效。也就是說，最重要的要件是，作為繼承人的子女或卑屬都必須參與到尊屬分割的程序中，缺一不可。伊藤教授即質疑遺產分割效果說是否遺漏此要件⁴⁶⁷。吉田教授認為這個情形就與一般的遺產分割協議相同，必須是全體共同繼承人共同為之，否則該分割協議為無效，同樣的遺囑分割也必須以全部的卑屬作為對象，即使缺少一人，效力同樣是無效，二者並無不同⁴⁶⁸。此外，「全部的子女或卑屬都參與到尊屬分割的程序中」也代表著，在遺囑中的全部子女或卑屬「多少受有財產分配」，且不妨礙子女、卑屬間分配的多寡，也就是說，尊屬分割的結果有可能對各繼承人的分配額產生差異，但按舊法國民法第 1079 條⁴⁶⁹規定，被分配到少於原本應該得到的財產的四分之三，即遭受損失超過四分之一的子女或卑屬，得基於過剩損害法理（lésion），請求撤銷（rescisión）尊屬分割⁴⁷⁰。從而，僅使特定繼承人繼承或取得特定財產（如日本法的使其繼承之遺囑），在尊屬分割的嚴格要件限制下，不可能產生遺產分割效果。值得一提的是，尊屬分割並不要求全部財產都作為分割的對象（舊法國民法第 1077 條⁴⁷¹），若僅以一部為分配，亦得為之，剩餘的部分，則依繼承法之一般規定分割，該因此重點仍在於「全體」卑

受何種分配的子女或直系血親卑親屬，或曾經參與分割的子女和直系血親卑親屬，均得要求依法定方式進行新的分割」，參照李浩培、吳傳頤、孫鳴崗（譯），前揭註 213，頁 162。

⁴⁶⁷ 伊藤昌司，前揭註 457，頁 129。

⁴⁶⁸ 吉田克己，前揭註 25，頁 367；吉田克己，前揭註 457，頁 387。

⁴⁶⁹（1804 年版）法國民法第 1079 條規定：「對於直系血親尊親屬所為的分割，得因有失公平致共同分割人中的一人遭受損失（lésion）超過四分之一而提出反對（或譯攻擊，attaqué）；直系血親尊親屬所為分割或予以特益處分（à titre de précision）的結果，使共同分割人中的一人獲得法律許可以外的利益時，亦同」，參照李浩培、吳傳頤、孫鳴崗（譯），前揭註 213，頁 162。

⁴⁷⁰ 吉田克己，前揭註 25，頁 367；吉田克己，前揭註 457，頁 388。

⁴⁷¹（1804 年版）法國民法第 1077 條規定：「如直系血親尊親屬死亡日所遺的財產並未全部包括於上述分割中時，不包括於上述分割中的財產應依法分割之」，參照李浩培、吳傳頤、孫鳴崗（譯），前揭註 213，頁 161；（1804 年版）法國民法第 1076 條規定，請參照前揭註 213。

屬繼承人都必須參與到該程序其中，以卑屬繼承人間的衡平為志向，目的非在實現單獨繼承⁴⁷²。



四、實務慣行

從實行面來看，尊屬分割是以生前處分的贈與分割為主體，透過遺囑的遺囑分割在法國法律上及實務慣行上，比例較贈與分割來得少，僅是作為贈與分割的附錄而已⁴⁷³。另外，伊藤教授指出，尊屬分割無論是透過生前處分或是遺囑處分，與法國公證人（notaire）實務在作成贈與或遺囑證書時，尊重（其他共同繼承人）特留分為基礎而估算受益人之應繼分的制度，是不可分的。日本民法則是透過第 903 條，應繼分和特留分計算是重疊的，並扣除繼承債務，生前處分和遺囑處分充當特留分和自由分，而計算應繼分，而貫徹繼承人間之公平。遺產分割效果說無視整體情形，直接訴諸於遺囑分配的自由，將造成不平等的繼承，不是惡意扭曲就是過於輕率⁴⁷⁴。值得一提的是，法國的公證法於 1803 年即公布，甚至比 1804 年公布的法國民法還早一年誕生，與法國民法中有許多相對應之規定，公證人可以說對法國日常生活所生的法律問題處理扮演非常重要角色，尤其在家事領域上，繼承可以說是公證人活躍的場合，尤其是遺囑作成、贈與分割、遺囑分割、終身定期金、遺產分割等情形⁴⁷⁵。法國公證人並非公務員，而是公務擔當者（或稱公署官，officier public），接受當事人的委託而獲取報酬。不過，作為公務擔當者，不是為了實現委託者的利益而存在，而承擔中立性（neutralite）的義務，對於當事人必須為公正且公平地建議及指導（conseil desinteresse et impartial）。公證人有公證權限（mission

⁴⁷² 松川正毅（1987），〈フランス法における尊属分配〉，《比較法研究》，49 号，頁 144。

⁴⁷³ 水野紀子，前揭註 394，頁 210；伊藤昌司，前揭註 457，頁 129；相關圖表資料，參見松川正毅，前揭註 472，頁 144-145。

⁴⁷⁴ 伊藤昌司，前揭註 457，頁 129。

⁴⁷⁵ 松川正毅（2003），〈フランスの公証制度と紛争予防〉，《公証法学》，33 号，頁 15-21。

dauthentification))，在製作證書時，也必須進行調查及通知，正因為有此權限，被課予公正公平地建議及指導義務，因此當事人所為的法律行為的有效性
及實效性被公證人擔保。於當事人商討後，公證人即使僅受委託製作證書，也
被課予調整義務 (devoir de conciliation))。法國實務上，遺囑的作成具有與公
證人商討的習慣，因此公證人扮演著紛爭預防的角色⁴⁷⁶。簡言之，法國之繼承
法，公證人有義務參與遺產分割，應繼分的具體計算、繼承財產中之債權或債
務的處理、遺囑的實行、特留分之行使等，都在公證人所參與的遺產分割過程
中進行，公證人的參與可說是繼承的關鍵角色，被繼承人作為法律主體，死亡
所帶來的課題，對內對外皆可安定地被處理，這個關鍵在日本卻是欠缺的⁴⁷⁷。
一般而言，若為贈與分割，全體之推定繼承人大多會集合於公證人之事務所，
就遺產的繼承進行商定；若為遺囑分割，公證人則一面將法定繼承放在心上，
一面以分配型為目的、提供建議指導而作成該遺囑，這點在法國的公證實務上
是非常重要的⁴⁷⁸。此外，為了避免不實登記，在法國辦理繼承登記必須有公證
人參與製作相關書類，證明以繼承為原因之權利的歸屬，即便是符合法定應繼
分的持分所有權保存登記，特別是關於不動產登記，共同繼承人皆無法單獨進
行共有持分登記程序⁴⁷⁹。

⁴⁷⁶ 大村敦志 (監修) (2014)，《各国の相続法制に関する調査研究業務報告書》，頁 39-40 (幡野弘樹、宮本誠子)，東京：商事法務研究会，載於：

<http://www.moj.go.jp/content/001128517.pdf> (最後瀏覽日：2018/07/01)。關於法國的繼承問題處理上，公證人所承擔的責任、工作及扮演的角色，更詳細的說明，參見小柳春一郎 (譯) (2015)，〈シヤック・コンプレ「相続処理におけるフランス公証人の役割：相続登記未了問題解決のために」〉，《独協法学》，98 号，頁 89-124。

⁴⁷⁷ 水野紀子，前掲註 394，213；相同意旨，松川正毅，前掲註 472，頁 140。

⁴⁷⁸ 松川正毅 (2007)，〈遺產分割方法の指定と遺贈〉，內田貴、大村敦志 (編)，《民法の争点 (ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ 1) 》，頁 359，東京：有斐閣。

⁴⁷⁹ 相關書類如：身分證書 (acte de l'état civil，包括出生證書、婚姻證書、死亡證書三類)、公知證書 (acte de notoriété)、繼承財產目錄的註記 (intitulé d'inventaire，如姓名、住所、資產種類、資產狀況等)、所有證明書 (certificat de propriété)、不動產證明書 (attestation immobilière)，均須由公證人作成，詳細內容參見室木絢子 (2007)，〈フランス遺言分割制度：「相続させる」旨の遺言への示唆を求めて〉，《北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル》，13 号，頁 79-81。



五、體系與適用

從法條結構及適用來看，學者質疑如果日本法真的是參考法國尊屬分割制度，為何明顯地透過遺囑「分割」的趣旨及其效果等規定都沒有明文規定⁴⁸⁰。若是將民法第 908 條解為尊屬分割的規定，那麼原先的遺產分割方法指定會變成怎麼樣？例如被繼承人指定「避免遺產中的甲不動產和乙動產分開」這種事項呢？該如何理解⁴⁸¹？意即，原本純粹的應繼分指定或遺產分割方法指定，該以怎麼樣型態存續⁴⁸²？

六、反對論之小結、遺產分割效果說之回應與再批評

遺產分割效果說將尊屬分割的「不必遺產分割」原則導入日本法的同時，無視於「母法」制度保障平均繼承的本質部分，這點是最大的問題⁴⁸³。此說無疑是為了打破現狀的困境，但不論是在德國法或是法國法的遺產分割方法指定，其分割內容都是以「平均」作為最重要的部分，這點卻被忽視，而僅關注於遺產分割協議要否之效果論⁴⁸⁴。此外，水野紀子教授從家事勞動與照護勞動所謂的影子工作（shadow work）觀察，認為使其繼承之遺囑最大的目的，可能是為了確保支援高齡者老後生活這些影子工作的對價，也就是說，繼承人先履行影子工作等負擔，其對價則是在繼承時進行清算⁴⁸⁵，同樣的問題也發生在實

⁴⁸⁰ 沼邊愛一，前揭註 380，頁 18。

⁴⁸¹ 伊藤昌司，前揭註 457，頁 130。

⁴⁸² 千藤洋三，前揭註 396，頁 369。

⁴⁸³ 水野紀子，前揭註 394，218-219 之註 5。千藤洋三教授亦相當贊同前述學說間對遺產分割效果說之批判，除了是對法國的尊屬分割制度片面的理解，而僅取其方便有利的解釋，有欠斟酌，更認為日本公證人在實務上太過強烈的「職業人意識」，僅考慮委託者的立場，各取應繼分指定和遺產分割方法指定以「繼承」處理的優點，和「不必經過遺產分割協議」的遺贈之權利移轉效的優點，又在其他相關的法律處理，全部類推適用遺贈規定，非如法國公證人扮演中立性的角色，參見千藤洋三，前揭註 396，頁 365-369 及頁 371 之註 19、20。

⁴⁸⁴ 水野紀子，前揭註 394，202。

⁴⁸⁵ 關於這點，亦有公證人從實務經驗，得出相同的看法，其認為使其繼承之遺囑和扶養具有非常密切的關係，尤其是與特定子女同居（女兒居多），受到一切的生活照顧的老親（母親居多），使該名子女繼承現在居住的土地建物（為老親的唯一財產）是典型的案例，相關案例又可分為「老親和扶養其之子女相談型」與「老親單獨意思決定型」兩類。關於前者以「扶養」作為使其繼承之「負擔」的「附負擔之使其繼承之遺囑」近來變得非常多；關於後者，將大部

實際上負擔照護工作，卻沒有繼承權的長男的配偶（長媳）身上。然而以繼承財產作為對價的清算方法，來確保高齡者的照護工作，是否妥當，不無疑問。將影子工作的對價繫於將來不安定的遺囑（可能被撤回或推翻），而透過繼承來清算，相當不合理；反之，被繼承人若先贈與給繼承人「對價」，亦有可能無法得到所期待之照護的風險。結果是，尤其是在這樣的情況下，先履行的一方，都可能無法獲得相當的滿足。使其繼承之遺囑雖是為了解決這樣的需求因運而生，然而僅重視被繼承人希望的滿足，卻未對特留分等問題乃至於繼承法作體系性的考量，才是最應該加以檢討的問題⁴⁸⁶。

面對前述學說上批評，水野謙教授則回應，即便如此，日本的立法者就遺產分割具有遺產分割效果這點，至少參考了結論部分，恐怕是事實⁴⁸⁷。並且主張近年來，配偶和障礙子女等，於被繼承人死後，承受經濟上衝擊的人，使他們繼承全部或大部分遺產的遺囑可說是增加的，不論在公證遺囑或自書遺囑都可以看見這樣的傾向。至少在這樣的遺囑中無法得出給予影子工作對價的想法，毋寧說使其繼承之遺囑更是為了生存配偶等之生活保障，這樣的遺囑具有修正平均繼承之不合理的功能，應該給予正面且積極的評價。即使平均繼承主義具有對抗歷史上「家」制度及一子繼承之弊害的功能，在今日社會，遺囑人的意思和遺囑自由原則也不必然劣後於平均繼承原則，且即使採遺產分割效果

分的財產使該名子女繼承，或是與子女的法定應繼分差異甚大的分配，最近也漸漸增加，參見落合威（1998），〈老親扶養と公証実務〉，《家族（社会と法）》，14号，頁159-160。又有研究統計府中公証所自平成11（1999）年7月1日至平成12（2000）年6月31日一年間所作成的217件公證遺囑（無法確知使其繼承之遺囑有幾件），但遺囑的動機及理由，是關於照護交換，而將遺產留給照顧自己老後生活的子女，共計有21件，參見小瀨保郎（2011），〈公正証書遺言の実態と問題点〉，久貴忠彦（編），《遺言と遺留分（第一卷：遺言）》，頁141-142，東京：日本評論社。

⁴⁸⁶ 關於影子工作、使其繼承之遺囑和拆毀平均繼承之必要性的探討，詳細內容參見水野紀子，前揭註394，206-213。水野紀子教授在此書改版時特別補註強調，她主要的質疑不在於使其繼承之遺囑作為對價而解決高齡者照護問題的想法，以此回應下述水野謙教授的反論，參見水野紀子，前揭註394，頁225之註31。

⁴⁸⁷ 水野謙（2001），〈「相続させる」遺言の効力〉，《法学教室》，254号，頁21。

說，香川判決判旨所示，並不妨害其他繼承人行使特留分扣減權，如此一來，是否有必要限制被繼承人之意思的實現⁴⁸⁸？

對此，吉田教授再反論，這更明顯地表示遺產分割效果說根本只著眼於尊屬分割的效果論，而無視於其前提的要件論。在法國民法的原始規定下，「使一定的繼承人以外的少數特定繼承人繼承特定財產的遺囑分割」根本是不被承認的，至少在這部分，遺產分割效果說根本欠缺立論基礎⁴⁸⁹。對於遺囑人意思的尊重，需要經過論證，而非無條件的尊重，「社會的需求」只是「通關密語（magic word）」，種種的社會需求都有可能，這並非解決問題的關鍵。「社會弱勢保護」的確是一個應該尊重的價值，但是「遺囑人意思的尊重」未必和「社會弱勢保護」有所關聯。意思的尊重應是指對一個「程序性」價值的尊重，和社會弱勢保護這種「實體性」價值是不同層次的問題⁴⁹⁰。本文相當認同吉田教授的說法，蓋遺囑的動機、理由及目的本來就不一而足⁴⁹¹，也未必是單選題，而存在複選的可能，以這些實體性的理由，主張免除遺產分割程序的程序性要求，並不合理。

七、重新檢視民法第 908 條立法者之意思

首先，吉田教授亦重新考察日本民法起草者穗積陳重在法典調查會之發言⁴⁹²，著眼點與遺產分割效果說不同。遺產分割效果說強調民法第 908 條（民法第 1010 條）參考了法國法遺囑分割之效果，指定遺產分割方法得避免因分

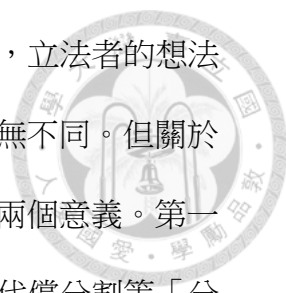
⁴⁸⁸ 水野謙，前揭註 487，頁 22。同樣根據前述小瀨保郎的研究統計，217 件公證遺囑（無法確知使其繼承之遺囑有幾件），遺囑的動機及理由，因為沒有子女只有兄弟姊妹，所以將全部財產留給配偶者，共有 33 件；又為了配偶老後生活之安定者，共 14 件，參見小瀨保郎，前揭註 485，頁 142。

⁴⁸⁹ 吉田克己，前揭註 457，頁 388、404。

⁴⁹⁰ 吉田克己，前揭註 457，頁 404-405。

⁴⁹¹ 除了前述提到的為了配偶老後生活安定、沒有子女但不想留給兄弟姊妹而將全財產留給配偶、照護的交換，例如：為了防止遺產分割時紛爭發生、對子女的事業繼承等各種情況皆有，參見小瀨保郎，前揭註 485，頁 142。

⁴⁹² 法務大臣官房司法法制調查部，前揭註 411，頁 581-582（18 之發言）。



割造成親族間的麻煩的紛爭⁴⁹³。就這點而言，吉田教授亦承認，立法者的想法應能被理解具有遺產分割之效果，從制度目的來看與法國法應無不同。但關於遺產分割方法之指定的具體內容，從立法者的發言觀察，具有兩個意義。第一是，「遺產具體地分配」⁴⁹⁴；第二是，現物分割、換價分割、代償分割等「分割基本方針之指示」，例如：鬮取（抽籤）⁴⁹⁵。就遺產具體分配的場合，和法國的遺囑分割相同，可視作排除遺產分割程序，符合前述的制度目的。相對於此，在分割基本方針之指示的場合，明顯地並未設想排除遺產分割程序，所謂的基本方針是以實施遺產分割為前提。要言之，立法者未必認為遺產分割方法之指定完全排除遺產分割程序。又，遺產分割程序應該被排除的案例未必明確，但對全體繼承人為遺產分配應在設想的範圍。至少在使其繼承之遺囑經常能看見，使少數特定繼承人繼承特定財產的案件，未必談到遺產分割程序的排除。因此，雖然立法者確實設想遺囑具有遺產分割效果的場合，但這個情況應該解讀為和法國法具有同樣的要件論。遺產分割效果說指出民法第 908 條與法國尊屬分割的關聯性在研究史上雖有重大意義，但法國的遺囑分割伴隨著要件的限定，遺產分割效果說一邊參照立法者的意思，卻未加以限定要件，主張將特定財產分配給少數特定繼承人遺囑是妥當的，就這點而言是有問題的⁴⁹⁶。

八、法國尊屬分割之修法與變遷

⁴⁹³ 穗積陳重謂：「為了盡可能避免在分割者之間財產上親族近親之間造成麻煩，也有指定分割之方法的情況」，參見法務大臣官房司法法制調查部，前揭註 411，頁 581（188 回，穗積陳重之發言）。

⁴⁹⁴ 穗積陳重謂：「又此分割方法……例如長男因從事農業有不動產較好，次男比起拿不動產倒不如拿錢從事商業更為合適等各式各樣的斟酌都是有可能的，為了謀求繼承人等的便利，容許被繼承人指定，是最為必要的。……」，參見法務大臣官房司法法制調查部，前揭註 411，頁 581（188 回，穗積陳重之發言）。

⁴⁹⁵ 穗積陳重謂：「……幾千元啦、一個人多少啦等決定（某個繼承人取得的）繼承財產的多寡是應繼分；關於其繼承的多寡，這是這樣的東西，這可以說是方法；平等地抽籤也是屬於方法」，參見法務大臣官房司法法制調查部，前揭註 411，頁 582（188 回，穗積陳重之發言）。

⁴⁹⁶ 吉田克己，前揭註 457，頁 389-390。


前述是關於日本民法起草時，立法者所參考之法國尊屬分割制度，於拿破崙民法的原始樣貌。不過，法國的尊屬分割分別於 1938 年、1971 年、2006 年經歷了幾次修正，亦不可忽視其發展脈絡，尤其又以 1971 年之修法最為重要，值得注意。

首先，在 1938 年，一開始贈與分割必須透過嚴格的現物分割實現平等，但修正為共同繼承人間透過支付清算金（*soulte*）實現價值之平等已足，直到 1971 年修法以前，侵害特留分的情形自不待言，只要未為平等分割，該尊屬分割之效力為無效⁴⁹⁷。不過，關於遺囑分割的原始規定在 1971 年被大幅修正，過剩損害法理（*lésion*）的救濟，從原本的得撤銷（*rescisión*）被修正為透過特留分請求來救濟，以及卑屬被遺漏（*omission*）的情況，該尊屬分割並非無效，而修改為透過特留分扣減請求給予救濟⁴⁹⁸，意味著過去嚴格的要件被加以緩和，也意味著增加尊屬分割之安定性，但同時為了保護繼承人之權利，亦簡化了該情況下特留分扣減的程序，本次修正可謂是同時為了繼承基本原則（價值的平等）之保護和尊屬分割之安定性，而併存的結果⁴⁹⁹，但亦有認為，分割的安定性和分配的平等追求，兩者相互矛盾，無法同時實現，立法者係以分割之安定性為優先，從而，就共同繼承人因尊屬分割造成特留分受侵害，而僅能請求扣減這點而言，結果上，1971 年後的法國尊屬分割制度與日本的使其繼承之

⁴⁹⁷ 水野紀子，前揭註 394，201。

⁴⁹⁸ 吉田克己，前揭註 25，頁 371 之註 23。（1971 年版）法國民法第 1075 條規定：「（第 1 項）父母及其他直系血親尊親屬得將自己的財產，在其子女與直系血親卑親屬之間進行分配與分割。（第 2 項）此種行為，得依照贈與分割的形式或遺囑分割的形式進行。……」、（1971 年版）法國民法第 1075 條之 1 規定：「對直系血親尊親屬進行的財產分割，不得以顯失公平、受到損害為理由提出反對（或譯攻擊，*attaqué*）」、（1971 年版）法國民法第 1075 條之 3 規定：「如直系血親卑親屬死亡時留下的全部財產並未全部包括在其進行分割的財產中，未包括在內的財產按照法律的規定進行分配或分割」、（1971 年版）法國民法第 1079 條規定：「遺囑分割僅產生分割之效果。遺囑分割的受益人有繼承人資格，因此不能放棄援用遺囑，以主張對遺產進行重新分割」、（1971 年版）法國民法第 1080 條規定：「凡是位受領相等於其特留分財產份額的子女或直系血親卑親屬，均可按照第 1077 條之 2 規定提起有關扣減之訴」，參自羅結珍，前揭註 31，頁 698-700。

⁴⁹⁹ 水野紀子，前揭註 394，頁 201。



遺囑是「接近」的⁵⁰⁰。在 2006 年，法國的繼承法又再度進行重要的修正，貫徹該次修正的理念是，使遺囑人的自由的擴大與繼承程序的簡易化和迅速化。關於「尊屬分割」，除了將制度名稱改為「惠與分割（libéralités-partages，又譯：無償處分分割）」，下位類型則維持「贈與分割」和「遺囑分割」兩類外，得利用惠與分割之人的範圍相較尊屬分割大幅擴大，從前僅限定「尊屬」，但現在「全部的人」即「推定繼承人間」（法國民法第 1075 條）或是「不同親等的直系血親卑親屬之間」（法國民法第 1075 條之 1），均承認使用該制度。同樣的受益人的範圍擴大，使得「世代間的惠與分割」可能實現，具有重要的意義，不過由於「世代間遺囑分割」現實上難以想像，故應該是相當於日本法後繼遺贈（後位遺贈）概念的「世代間的贈與分割」實際上被運用。就遺囑分割的部分，並無太大修正，仍舊產生遺產分割效果（法國民法第 1079 條），特留分受侵害之人仍得請求特留分扣減（法國民法第 1080 條）⁵⁰¹。最後，應注意者是，雖現今的法國尊屬分割不以全體繼承人參與作為分配要件，縱有遺漏也只是特留分扣減的問題，惟學說強調遺囑分割（或分配），既為「分割（或分配）」，意味著至少要有兩名以上推定繼承人為必要⁵⁰²。

從法國民法的修法趨勢來看，拿破崙民法的尊屬分割（日本民法起草時所參考的制度）的嚴格要求逐漸緩和，行為人及受益人範圍的擴大，整體而言走

⁵⁰⁰ 室木絢子，前揭註 479，頁 76。雖然如此，但該研究者從日本法下第三人的保護和特留分權利人的保護觀點，認為不應對被繼承人之意思無限制的尊重，承認使其繼承之遺囑產生即時的遺產分割效果並不妥當，參見室木絢子，前揭註 479，頁 84-86。

⁵⁰¹ 吉田克己，前揭註 457，頁 399-400。法國民法第 1075 條規定：「（第 1 項）任何人都可在其推定的繼承人（héritiers présomptifs）之間分配與分割其財產與權利。（第 2 項）此種行為得以贈與分割或遺囑分割的形式為之。……」、法國民法第 1075 條之 1 規定：「任何人都可在其不同親等的直系血親卑親屬之間分配與分割其財產和權利，不論這些直系血親卑親屬是否為其推定繼承人」、法國民法第 1079 條規定：「遺囑分割可產生分割財產的效果。遺囑分割的受益人不得為要求對遺產重新進行分割而拋棄主張遺囑」、法國民法第 1080 條規定：「凡是沒有受領相當於特留分份額的遺囑分割的受益人，均可按造第 1077 條之 2 之規定提起有關扣減之訴」，參自羅結珍，前揭註 31，頁 286、290。

⁵⁰² 吉田克己，前揭註 457，頁 393；松川正毅，前揭註 478，頁 359。

向遺囑自由開放的方向，的確看起來與日本的使其繼承之遺囑相似，然而不少學說均認為，沒有同樣的修法脈絡、公證實務運作背景，以及考量到特留分扣減權之實效性⁵⁰³、第三人之保護⁵⁰⁴等問題，難以直接承認與法國法相同的法律效果⁵⁰⁵。松川正毅教授即強調，遺囑分割在規定上是以繼承人之平等的繼承法指導方針基礎上，1971年後才逐漸地開始充實，遺囑分割才具有分割之效果的明文規定（法國民法第1075條、第1079條），傳統上的遺產分割性質論的爭議（究為遺贈或是分割）才塵埃落定。可以推測日本民法起草者當時所參考的法國民法規定是非常簡陋且理解困難，例如起草者在說明在法國法不存在的指定應繼分制度時，竟提出尊屬分割的規定，可以說從一開始就對於尊屬分割的理解不夠充分，法國法遺囑分割的整備，有制度上的傳統基礎，日本法沒有這樣的傳統，僅取其「進步」，可謂是造成將來混亂的原因⁵⁰⁶。

第三項 遺囑人之意思得否排除遺產分割程序

綜合前述對於法國尊屬分割制度的重新檢討及分析，學說上有基於日本繼承法之體系，主張忠實解釋民法預設的平等繼承精神，從繼承人間之公平的觀點，強調遺贈一元論者⁵⁰⁷；亦有不否定應繼分指定和遺產分割方法指定具有處

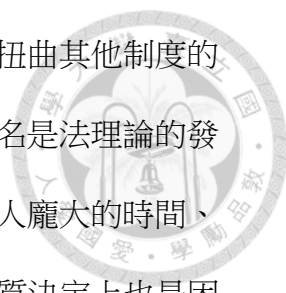
⁵⁰³ 例如：受益繼承人陷於無資力的場合（受益繼承人早已將處分標的物轉讓給第三人）；特留分受侵害之人考量到提起特留分扣減請求或遺囑無效等相關訴訟，所需耗費的時間、費用因而放棄爭執；特留分行使為遺產分割對象之外，繼承紛爭無法一次解決，必須分別在地方裁判所和家庭裁判所進行複雜程序等。

⁵⁰⁴ 尚涉及最判平成14（2002）年6月10日判時1791号59頁所採的「不必登記說」見解，無須經登記即生對抗效力，對於交易安全有重大影響，容待後述。

⁵⁰⁵ 二宮周平，前揭註380，頁412；千藤洋三，前揭註396，頁365-366；水野紀子，前揭註394，頁201-202、212-213；吉田克己，前揭註457，頁395；伊藤昌司（2008），〈共同相続と遺言法〉，野村豐弘、床谷文雄（編），《遺言自由の原則と遺言の解釈》，頁110-111，東京：商事法務；松川正毅，前揭註478，頁359；室木絢子，前揭註479，頁84-86；潮見佳男，前揭註157，頁199-200。

⁵⁰⁶ 松川正毅，前揭註457，頁101。

⁵⁰⁷ 伊藤昌司，前揭註114，頁124-125；伊藤昌司，前揭註457，頁130。內田貴教授雖未提及法國法尊屬分割，但認為若承認香川判決，將「給予被繼承人過大的權力」，除非拋棄繼承，被繼承人之指定具有物權效，未必能夠防止繼承人間之紛爭（按：和立法意旨不符），且「和遺贈的性質重疊」，因此沒有必要承認遺產分割方法指定的處分行為性質，現今也沒有實務上原本規避登錄免許稅的必要性，因此與伊藤教授的看法相同，主張遺產分割方法指定本來的設



分性質，但從繼承法體系整體判斷，主張應採遺贈說，且不應扭曲其他制度的型態（如遺產分割方法指定本來是以遺產分割為前提），美其名是法理論的發展，實是為了規避登錄免許稅，卻招致紛爭的激化，耗費當事人龐大的時間、勞力⁵⁰⁸；亦有說明即使是在法國法，特定遺贈和遺囑分配的性質決定上也是困難的問題，但遺囑分割（或分配），既以「分割（或分配）」進行為必要，則至少對象上應有兩名推定繼承人以上，因此若為單一繼承人的場合，並非遺囑分割，而應以遺贈處理⁵⁰⁹，不過若是超過兩人以上，究竟是對繼承人間一連串的遺贈還是尊屬分割，實為難解的問題，因此尊屬分割的性質決定要素是「尊屬將遺產平等分配給全部子女」，相較之下，日本的使其繼承之遺囑毋寧說是以顛覆繼承人間之價值的平等為目的，如此一來，應解為一連串的遺贈，而非尊屬分割⁵¹⁰。簡而言之，有學說謂，將日本法的使其繼承之遺囑（按：尤其是使單一特定繼承人繼承特定遺產的情形）解為特定遺贈是多數、有力且具說服力的見解⁵¹¹。此外，亦有學者雖未明確採遺贈說，但對於香川判決全面排除遺產分割程序表達質疑，例如二宮周平教授，但從繼承人間公平性的角度觀察，強調經過遺產分割程序而實現遺囑內容是有必要的，過早實現遺囑內容（直接

想即限於現物分割或換價分割等分割方法之指定，而處分行為則以遺贈為其原則，反對香川判決將對稅法和登記程序的考量優先於民法的邏輯，參見內田貴，前揭註 397，頁 485-486。

⁵⁰⁸ 千藤洋三，前揭註 396，頁 368-369。

⁵⁰⁹ 吉田克己，前揭註 457，頁 393；松川正毅，前揭註 478，頁 359。不過應注意者是，這裡是指法國法的處理方式。關於日本法，吉田教授和松川教授則指出「使單一特定繼承人繼承特定遺產」的這類型的使其繼承之遺囑，產生如香川判決的遺產分割效果說，在比較法並無類似例子，而是日本法獨自形成的判例法理，縱使透過民法第 908 條的系譜論與之和法國法相比，亦無法從法國法得出相同的結論，尤其在公證人參與的情況，遺囑分割被用來實現單獨繼承，並非原則。解釋論上均不否認有解為遺贈的可能性，但該如何進行性質決定，以及是否承認遺產分割的效果，吉田教授提出「類型化考察的必要」，松川教授則主張「立法加以明確」，詳細內容，稍待後述。

⁵¹⁰ 水野紀子，前揭註 394，頁 201-202。

⁵¹¹ 潮見佳男教授亦十分認同學說間對於遺產分割效果說的批判，再次強調尊屬分割制度是為了實現繼承人間價值之平等（平等分割）所設之制度，遺產分割效果說無視該歷史的前提、輕率地解釋明顯侵害平均繼承，參見潮見佳男，前揭註 157，頁 199。

承認遺產分割效果），是有危險的⁵¹²。岩志和一郎教授亦對於遺產分割方法指定直接產生遺產分割效果感到猶豫，而採武藤判決之優先權說的見解⁵¹³。

諸多學說中特別值得一提的是吉田克己教授的見解。其主張重新審視遺囑自由和遺產分割程序之間的關係，即，應該承認遺產分割程序具有多大程度的公序（l'ordre public）⁵¹⁴性質？反面來說，怎麼樣的限度內允許遺囑人以其自由意思排除遺產分割程序？此問題的答案取決於，對於繼承人間之平等和公平應該給予多高程度的評價，以及對於透過遺產分割程序之家庭裁判所的後見（輔佐、保護）性介入所實現的價值，該如何評價其實效性？以及遺產分割程序的不利益（伴隨程序的負擔以及使繼承人間紛爭激化的危險性）應該怎麼去評價⁵¹⁵？基本上這是「政策」性判斷的問題，而非「邏輯」可以解決⁵¹⁶，從民法第 908 條所帶出法國遺囑分割的「系譜」論為認識基礎，即使承認遺產分割方法指定具有遺產分割效果，也必須具備一定的要件。如此一來，是否應賦予使其繼承之遺囑遺產分割的效果？又即便否定遺產分割效果，該遺囑的法性決定也有若干可能性，從而有類型化考察的必要⁵¹⁷。

⁵¹² 二宮周平，前揭註 380，頁 412。

⁵¹³ 岩志和一郎，前揭註 448，頁 13-16。

⁵¹⁴ 所謂的「公序」，係指「公平秩序」，而非指「公共秩序善良風俗」之意。簡言之，在繼承法上的公序長時間被認為係指，透過個人意思的力量怎樣也無法改變，而保護著一連串道德性、社會性、家族性的價值觀，如同不動的磐石之概念，參自石綿はる美（譯）（2015），〈家族資産の移転と公序（フランス家族財産法の現在：フレデリック・ビシュロン教授講演会）〉，《法律時報》，87 卷 11 号，頁 88。

⁵¹⁵ 吉田克己，前揭註 25，頁 366；吉田克己，前揭註 457，頁 391。

⁵¹⁶ 吉田教授所稱之「邏輯」，指的是無法從日本民法第 908 條到底源流於德國法系或是法國法系，來決定被繼承人之意思得否遺產分割程序。若為前者，於遺囑生效時，僅生債權效力，共同繼承人於分割契約中應考量到被繼承人之意思，但若全體合意，得加以排除；若為後者，則承認遺囑分割具有排除遺產分割程序之機能，日本第 908 條究竟源流於何者均有學者主張，但這都不是決定的因素，參照吉田克己，前揭註 479，頁 399 之註 36。

⁵¹⁷ 吉田克己，前揭註 457，頁 390-391；吉田克己（2012），〈第 18 章 遺言による財産処分の諸態様と遺産分割〉，氏著，《市場・人格と民法学》，頁 427，札幌：北海道大学出版會，原文載於：吉田克己（2008），〈遺言による財産処分の諸方法・諸態様と遺産分割〉，岡部喜代子、伊藤昌司（編），《新家族法実務大系第 4 卷 相続 2 遺言・遺留分》，東京：新日本法規出版。

第四項 使其繼承之遺囑的類型化考察

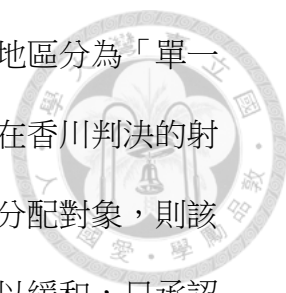


承前所述，吉田教授認為，若是「全繼承人全遺產分配型」的使其繼承之遺囑，即所謂的「割付（分配）遺囑」，定性為遺產分割方法之指定應無異論，又特別是該分配與法定應繼分大體相合致時，雖然內容上已實現遺產分割，但對繼承人間之公平與平等並無任何損害，如此一來，重新再進行遺產分割程序並沒有意義，故而，對遺產分割程序的要求，並非貫徹於「所有情形」。此正符合法國遺囑分割制度的基本想法，日本立法者既然在立法之初，參考了這樣的制度，原則上應尊重此立法意旨，由此觀之，尊重被繼承人之意思，承認遺產分割之效果是為可行⁵¹⁸。又在「割付遺囑」的情形，縱使每個人所受分配有所差異，但若未侵害到特留分時，強制再行遺產分割程序沒有必要。但若是侵害到特留分時，則仍應再踐行遺產分割程序，否定遺囑分割的效果，理由在於民法並未設想指定遺產分割方法侵害特留分⁵¹⁹。另一方面，若在「非割付遺囑」的情形，關於以特定繼承人作為對象而使其繼承特定不動產的場合，若要排除遺產分割程序的排除，令人猶豫，蓋其他遺產仍須進行遺產分割程序，但在多數情況下，重要的不動產若被排除於程序之外，能否確保繼承人間的公平分割誠有疑問，故在此場合，應否定被繼承人得透過遺囑排除遺產分割程序⁵²⁰。

⁵¹⁸ 吉田克己，前揭註 25，頁 366；吉田克己，前揭註 457，頁 391-392；吉田克己，前揭註 517，頁 427-428。

⁵¹⁹ 與日本民法第 902 條關於指定應繼分之法文相對比，日本民法第 908 條並無「但被繼承人或第三人不得違反關於特留分之規定」等語，又參照日本民法第 1031 條規定：「特留分權利人及其承受人，於保全特留分之必要限度內，得請求扣減遺贈及前條規定之贈與」，亦未見遺產分割方法指定的相關規定，參見吉田克己，前揭註 25，頁 366-367；吉田克己，前揭註 457，頁 395；吉田克己，前揭註 517，頁 429。

⁵²⁰ 吉田克己，前揭註 25，頁 367。



關於「非割付遺囑」的使其繼承之遺囑，吉田教授更細緻地區分為「單一特定繼承人承受型」及「中間型」兩種類型，關於前者，包括在香川判決的射程範圍內，從最初的法國民法典來看，若非以全部繼承人作為分配對象，則該遺囑為無效，縱使此嚴格的法律效果在之後的修法歷程上被加以緩和，只承認其他繼承人有特留分扣減權（法國民法第 1080 條），遺產分割的最低限度也必須以兩名以上之繼承人為對象，蓋遺囑分割畢竟是遺產分割，以複數的繼承人為對象為必要，因此以單一繼承人為對象的情況，應以「遺贈」處理。然而，相較於法國法，香川判決卻「普遍地、一般性地」承認遺產分割的效果，比較法上也無其他類似的立法例，若說這是日本獨自形成的判例法理也無話可說，但從遺產分割效果說最重要的理論基礎（民法第 908 條的「系譜」論）來看，並無法得出相同的結論，故吉田教授主張此類型的遺囑應否定遺產分割效果的適用⁵²¹。如此一來，該類遺囑處分的性質決定，有可能是「遺贈」或是

「『不伴隨遺產分割效果』的遺產分割方法之指定」兩種。香川判決並不否定特殊情況下，將此類遺囑處分例外定性為遺贈，在日本民法之下，也無任何理由否定將特定遺產分配給特定繼承人的遺產分割方法之指定，且在香川判決以前的一定下級審裁判也承認這樣的性質決定。因此，二者區別的關鍵是「在拋棄繼承時，關於該分配該如何處理的『繼承人之意思』」。若為遺贈，因為繼承以外的財產承受，即使受遺贈人拋棄繼承，仍維持遺贈之效力；但若為遺產分割方法之指定，則該分配之效果亦覆滅。判斷遺囑人的意思該當於何者，應進行具體地法性決定，但應以何者為原則，涉及到遺囑的實態，吉田教授認為此時解為遺產分割方法之指定較為常見，並認為多田判決具有相當之說服力，使其繼承之遺囑（尤其是「單一特定繼承人承受型」），原則上應性質決定為

⁵²¹ 吉田克己，前揭註 457，頁 392-393。

「『不伴隨遺產分割效果』的遺產分割方法之指定」，蓋被繼承人有「即便拋棄繼承也要讓受益繼承人取得該當財產」這樣的意思，實屬例外⁵²²。

又關於「中間型」的使其繼承之遺囑，極端而言有無限種可能，但共通點在於，欠缺在「全繼承人全遺產分配型」之任一要素，大致上可分為三種態樣：（1）雖是對全部繼承人為分配，但未依法定應繼分進行分配（有些人分配超過法定應繼分，有些人則低於法定應繼分）、（2）未對全體繼承人進行財產分配、（3）僅指定比例使其繼承（又稱：「比例指定型」）。前兩者應定性為遺產分割方法之指定。固然，若被繼承人之意思是「即便拋棄繼承仍繼續維持處分之效力」的話，有被定性為遺贈的可能，但此情況比起「單一特定繼承人承受型」更為少見。應思考的是，這樣的遺囑處分，是否應承認遺產分割的效果？縱使承認，是否應有一定的界限？是否應緩和「民法所預設而承認遺產分割效果之要素」（全體繼承人均參與其中）？對此，吉田教授認為，縱使法國法在 1971 年修法後，緩和了此要件，承認中間型的遺囑作為遺囑分割，具有遺產分割效果，若侵害到其他繼承人之利益，僅由特留分扣減權加以保護；惟日本並無相同的社會條件及修法脈絡，是否承認相同的結果，非無疑義，已如前述，因此其主張，若有侵害特留分的情況，應否定遺產分割效果，重行遺產分割程序。如此一來，具體的遺產該如何在共同繼承人間進行分配，則必須透過遺產分割程序決定，此時雖然否定了遺產分割的效果，但關於具體的財產分配，該指定仍具有事實上的意義。反之，縱使分配有所差異，但未達侵害特留分的程度，則無須強制重行遺產分割程序，而承認其遺產分割的效果。結論

⁵²² 吉田克己，前揭註 457，頁 393-394、399 之註 39；吉田克己，前揭註 517，頁 428。

是，以「有無侵害特留分」作為基準，決定是否賦予該指定遺產分割的效果

523。

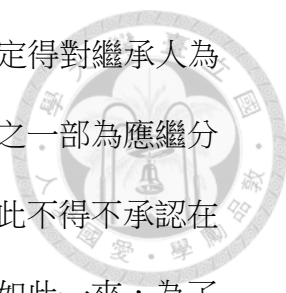
最後，關於「比例指定型」的使其繼承之遺囑，與前述各種類型最大的不同在於，該遺囑並非針對「特定財產」進行分配，而是以全財產的「比例」為指定，因此吉田教授認為，定性為遺產分割方法指定有其困難；在以「全體繼承人」為對象的場合，基本上應該被定性為指定應繼分，從而仍必須進行遺產分割程序，繼承人始取得個別財產。從目前實務裁判來看上，也是採相同的見解⁵²⁴。但應注意者係，依「遺囑人之意思」，也有可能被定性為包括遺贈。又僅以「繼承人之一部」作為對象的場合，很多情況應該進行性質決定（究為指定應繼分或包括遺贈）。對此，曾有實務見解逕解為指定應繼分，在此意義上是甚有疑問⁵²⁵。二者究該如何區分，學說上有主張，遺囑受益人若具有繼承人之身分，原則上並非包括遺贈，而應解為指定應繼分⁵²⁶；亦有認為，指定應繼分，必須有對於繼承人「全體」之法定應繼分修正之意，僅對繼承人之一部為比例的指定，縱使是指示比例，也是對於「特定之人」給予財產，應解為包括

⁵²³ 吉田克己，前揭註 457，頁 394-395；吉田克己，前揭註 517，頁 429。

⁵²⁴ 例如：東京地判平成 4（1992）年 12 月 24 日判時 1474 号 106 頁，及其上訴審判決東京高判平成 5（1993）年 7 月 14 日家月 49 卷 5 号 67 頁，後本件被上訴到最高裁判所，作成最判平成 8（1996）年 12 月 17 日民集 50 卷 10 号 2778 頁，但關於該遺囑的法性決定已非爭點。本件事實中，被繼承人以遺囑指示將所有不動產、商品、日常用品、債權等其他一切財產以一定比例使全體繼承人繼承、並遺贈一定比例給繼承人以外之人。該上訴審判決意旨指出，本件情形若直接產生遺產繼受的效果，也只不過是出現全遺產的共有狀態，而與香川判決考量「使特定繼承人單獨繼承特定遺產之遺囑，關於該特定遺產經過遺產分割程序並無意義」的基礎情況不同，而認為應解為指定應繼分。對此，吉田教授認為這個理由相當具有說服力，參見吉田克己，前揭註 517，頁 423。

⁵²⁵ 東京地判平成 3（1991）年 7 月 25 日判夕 813 号 274 頁。本件事實中，被繼承人以遺囑將包含土地的一切財產，使十一名繼承人中的兩名繼承人平均繼承，參見吉田克己，前揭註 457，頁 376、395；吉田克己，前揭註 517，頁 429-430。

⁵²⁶ 我妻榮、唄孝一（1966），《相統法》，頁 245，東京：日本評論新社。包括受遺贈人有其固有的地位，且受遺贈的比例是固定的，同一人兼有繼承人及包括受遺贈人的地位，將使繼承關係趨於複雜，中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 253、258-259 之註 2。關於包括受遺贈人與繼承人之間各種差異的說明及整理，詳見中川善之助、泉久雄，前揭註 41，頁 598-599 之註 4。



遺贈⁵²⁷。對於上開兩說，吉田教授認為，由於日本民法並未否定得對繼承人為遺贈，第一說之見解顯然太過，但日本民法亦承認僅以繼承人之一部為應繼分之指定，為民法第 902 條第 2 項所明定，第二說也不合理，因此不得不承認在「比例指定型」的情況有類型重複的可能，而無法截然二分。如此一來，為了進行法性決定，應該重視繼承人之意思，從其所希望達成的效果來區分，例如：第一，代位繼承的有無？若為包括遺贈，受遺贈人若死亡，則失去效力，而應依法定應繼分代位繼承，若為應繼分之指定，則依指定應繼分代位繼承；第二，拋棄繼承時，是否喪失其權利？若為包括遺贈，即使拋棄繼承，並未失去作為受遺贈人的權利，若為應繼分之指定，一拋棄繼承，即喪失該權利。基本上應該依遺囑人之意思，進行法性決定⁵²⁸。關於低於法定應繼分的比例指定，兩者之間存在著明顯的差異，若為包括遺贈，則擁有「先取的」意義（在法定應繼分以外另外加上）；相對地，在指定應繼分時，並無此意義，應繼分不得被縮減。因此，透過遺囑解釋，比例指定有「先取的」之意旨時，應定性為包括遺贈⁵²⁹；又高於法定應繼分的比例指定時，由於解為包括遺贈或指定應繼分不會產生差異，結果是，對繼承人為包括遺贈，原則上就是指定應繼分，但若是附負擔的情況，必須解為包括遺贈⁵³⁰。

以上關於吉田教授的類型化考察，松川正毅教授基本上贊同之，不過還是強調，香川判決承認以遺囑分配遺產的可能性，甚至承認遺產分割的效果，除

⁵²⁷ 伊藤昌司，前揭註 114，頁 100、221。二宮周平教授贊同伊藤昌司教授見解，並主張民法中預備了許多關於遺贈的規定，透過此得與其他繼承人加以調整，故採包括遺贈說，參見二宮周平，前揭註 380，頁 401。潮見佳男教授亦主張，不論全部包括遺贈或是比例的包括遺贈，均解為包括遺贈才適切，參見潮見佳男，前揭註 157，頁 264。有地亨教授亦認為，僅對特定繼承人為一定遺產比例為指定，不論有無超過其法定應繼分，應解為包括遺贈，除有特別情事，明顯有「限定」的意旨，才是指定應繼分，參見谷口知平、久貴忠彥（編），前揭註 413，頁 204（有地亨）。

⁵²⁸ 吉田克己，前揭註 517，頁 412。

⁵²⁹ 吉田克己，前揭註 517，頁 412。相同見解，參見內田貴，前揭註 397，頁 503。

⁵³⁰ 內田貴，前揭註 397，頁 503。

了法定決定的問題應檢討，也必須釐清到底應賦予遺囑分配怎麼樣的效果，不過這毋寧是立法領域的問題，主張仍必須透過立法明確化⁵³¹。



第四節 其他相關問題與實務之發展

第一項 使其繼承之遺囑與第三人之利害關係

首先，與我國物權變動採形式主義不同，日本的物權變動採意思主義，僅憑當事人的意思即生物權變動的效力，不動產的登記及動產的交付僅是「對抗要件」，一般而言，非經登記或交付不得對抗第三人（日本民法第 177 條），惟與繼承相關的權利繼受不同於一般交易行為，是否須具備對抗要件始得對抗第三人？尤其是透過使其繼承之遺囑所承繼的權利，是否應經登記，始取得對抗第三人之效力，在日本法成為重要問題。易言之，縱使確定了遺囑的法律性質，在有第三人出現時，受益繼承人對該第三人主張權利時，是否必須具備對抗要件，仍存在問題。於此，應先區分兩個不同的面向說明受益繼承人與第三人之間存在怎樣的對抗關係。第一是，透過被繼承人生前行為取得權利的第三人；第二則是，繼承開始後從共同繼承人中之一人取得權利的第三人⁵³²。

一、與從被繼承人處取得權利之第三人的關係

學說上有認為，藉由被繼承人生前處分取得不動產之第三人，和使其繼承之遺囑的受益繼承人之間不存在對抗關係，蓋受益繼承人既為繼承人，自然承受被繼承人的權利義務，自亦承受被繼承人生前處分的履行義務，與該第三人之間，可說具有物權變動之當事人關係⁵³³，比起繼承人，第三人更應該受到保

⁵³¹ 松川正毅，前揭註 478，頁 359

⁵³² 北野俊光，前揭註 379，頁 187-188。

⁵³³ 內田恒久（1995），〈「相續させる」主旨の遺言に関する最高裁判例の射程距離等について（中）〉，《公証：日本公証人連合会機関誌》，109 号，頁 42。

護⁵³⁴。不過應注意者係，實務有認為，若是被繼承人生前贈與不動產之繼承人，與受遺贈的繼承人間的優劣，將視登記此對抗要件是否具備來決定，理由在於，遺贈是由被繼承人意思所為的財產處分，此時與二重讓與的情形相同，而和繼承的情形不同⁵³⁵。

二、與從繼承人處取得權利之第三人的關係

相較於前述的情形，使其繼承人之遺囑與第三者利害調整上最大的問題，特別存在於，沒有遺囑執行人的情況下⁵³⁶，取得特定不動產所有權的受益繼承人，是否不用登記即可對抗從其他繼承人處取得「該不動產對應法定應繼分比例之共有持分權」的第三人？對此有「登記必要說」與「不必登記說」兩說之對立，分述如下。

若是使其繼承之遺囑被解釋為「遺贈」，為了對抗第三人，登記即為必要⁵³⁷；縱非「遺贈」，在對第三人而言，該受益繼承人至少應與「受遺贈人」同視，非經登記不得對抗⁵³⁸，蓋該權利移轉仍是經意思表示而產生物權變動的效

⁵³⁴ 西口元（1993），〈「相続させる」遺言の効力をめぐる諸問題〉，《判例タイムズ》，822号，頁53；千藤洋三，前掲註396，頁390-391。

⁵³⁵ 昭和46年11月16日民集25卷8号1182頁。包括遺贈亦同，大阪高判平成18年8月29日判時1963号77頁，轉引自北野俊光，前掲註379，頁188。

⁵³⁶ 應注意者係，在有遺囑執行人的情形，則依日本民法第1013條規定，繼承人喪失遺產的處分權限，不得妨害遺囑執行人就遺囑的執行，因此不得處分相應於自己應繼分的持分權，第三人縱使具備權利取得的對抗要件，也無法取得任何權利，受益繼承人得對該第三人主張未登記的權利，在此情形，若要保障善意第三人，必須類推適用日本民法第94條第2項，參見佐久間毅（1999），〈「遺言執行者がある場合」の相続人の処分行為の効力——いわゆる「遺贈と登記」に関連して〉，《ジュリスト》，1166号，頁86。日本民法第94條規定：「（第1項）通謀虛偽意思表示，無效。（第2項）依前項規定，意思表示無效者，不得對抗善意第三人」。

⁵³⁷ 關於「特定遺贈」，最判昭和39（1964）年3月6日民集18卷3号437頁採「登記必要說」，理由為遺贈亦是透過意思表示而產生物權變動的效果，故與贈與相同，登記應為對抗要件，通說亦採相同見解。又關於「包括遺贈」，雖依民法第990條規定，包括受遺贈人和繼承人有相同的權利義務，因此有主張此時與繼承的情況相同，不適用民法第177條，而採不必登記說者，但多數學說及實務見解（高松高判昭和32〔1957〕年12月11日下民集8卷12号2336頁、東京高判昭和34〔1959〕年10月27日判時210号22頁、東京地判平成9〔1997〕年8月20日判タ990号232頁）認為，應與特定遺贈相同而採「登記必要說」，參見內田貴，前掲註397，頁496；副田隆重（2008），〈遺言の効力と第三者の利害〉，野村豊弘、床谷文雄（編），《遺言自由の原則と遺言の解釈》，頁71-72，東京：商事法務。

⁵³⁸ 瀨戶正二，前掲註377，頁9。

果，應具備物權變動的對抗要件⁵³⁹。亦有認為，使其繼承之遺囑既然在遺囑生效的同時發生一步分割的效果，那麼就與「遺產分割⁵⁴⁰」的情形相同，該受益繼承人和遺產分割後取得權利的第三人之間，處於對抗關係，若該受益繼承人未經登記，即不得主張自己的權利對抗該第三人⁵⁴¹。不過，另一派學者認為，使其繼承之遺囑的權利承受的情況，於繼承開始時，未經遺產共有狀態即直接由受益繼承人承繼，其他繼承人並未承繼也無權利，因此受益繼承人縱使未為登記，亦可對透過其他繼承人為一部或全部移轉登記的第三人主張自己的權利⁵⁴²，且使其繼承之遺囑伴隨著指定應繼分，關於指定應繼分已有最高裁判所判決（詳如後述）主張未經登記亦得對抗第三人之見解⁵⁴³。

對此，最判平成 14（2002）年 6 月 10 日判時 1791 号 59 頁（下稱：最判平成 14 年判決）⁵⁴⁴贊同原審判決⁵⁴⁵的判斷，引用香川判決，將使其繼承之遺囑定性為「遺產分割方法之指定」，並謂：「藉由使其繼承之遺囑的權利移轉，和『法定應繼分』和『指定應繼分』的繼承情形，本質上並無差異。又關於透過『法定應繼分』或『指定應繼分』而取得的不動產權利，縱未登記，該權利

⁵³⁹ 內田恒久，前揭註 533，頁 43。

⁵⁴⁰ 參照最判昭和 46 年 1 月 26 日民集 25 卷 1 号 90 頁，該判決謂：「遺產分割產生溯及至繼承開始時之效力（溯及效），但對第三人之關係，由於繼承人透過繼承暫取得的權利，與在分割時產生的新的改變，實質上並無不同，繼承人對於不動產的共有持分透過遺產分割而得喪變更，有民法第 177 條的適用，透過分割而取得與應繼分相異的權利的繼承人，若未經登記，對於分割後取得該不動產權利的第三人，不得以自己的權利取得對抗之」，遺產分割是透過共同繼承人們的意思而改變遺產共有的權利狀態，得透過意思表示而構成新的物權變動，又遺產分割決定了因繼承而財產繼受的終局狀態，因此可以期待權利人應當會去登記，故因遺產分割而取得遺產的繼承人，須經登記始得對抗第三人，參見犬伏由子、床谷文雄（編）（2010），《現代相続法》，頁 114-115（吉田克己），東京：有斐閣。

⁵⁴¹ 千藤洋三，前揭註 396，頁 391-392；北野俊光，前揭註 379，頁 190。

⁵⁴² 島津一郎，前揭註 217，頁 6。

⁵⁴³ 森野俊彦（1999），〈遺言——「相続させる」旨の遺言について〉，《判例タイムズ》，996 号，頁 145。

⁵⁴⁴ 本件事實略為，被繼承人 A 於遺囑中指定自己所有及共有的各不動產由妻 X 繼承，共同繼承人 B（X 與 A 之子女）的債權人 Y 代位 B 辦理符合 B 之法定應繼分的繼承登記，並聲請強制執行拍賣，X 因而提起第三人異議之訴。探究被繼承人 A 的實際意圖，是為了防止對 Y 欠有巨額借款且無資力狀態的 B，繼承其法定應繼分後遭到 Y 的追償，而將全部的不動產指定由妻 X 繼承，以保全遺產。

⁵⁴⁵ 東京高判平成 10（1998）年 10 月 14 日判タ 1102 号 160 頁。

亦得對抗第三人⁵⁴⁶。因此，在本件中，被上訴人透過本件遺囑取得不動產或共有持分權，沒有登記也可以對抗上訴人。」，此外，原審判決亦明確否定比照「遺產分割」採「登記必要說」之可能性。從該判旨觀之，最高裁判所認為透過使其繼承之遺囑的遺產繼受，對該受益繼承人於繼承開始時直接發生效力，其他繼承人一刻也未取得該權利，在繼承開始後，也毫無「繼承人間的權利得喪變更」，故採「不必登記說」⁵⁴⁷。本件案例是基於對其他繼承人的債權而扣押其法定應繼分的債權人（第三人），與受益繼承人之間，要不要登記的問題，在此意義上，可以說是較容易採取「不必登記說」的事件類型，因此有學說認為，該判決的射程有慎重檢討的必要⁵⁴⁸。但從判旨將使其繼承之遺囑的權利移轉，與法定應繼分及指定應繼分的繼承案件等同視之的情況，該判決意旨被一般化的可能性很大⁵⁴⁹。然而，在沒有遺囑公示制度的現狀下，比起遺贈（需要登記始得對抗第三人），因使其繼承之遺囑的受益人不需登記亦得對抗第三人，使第三人更有遭受不測損害的可能性，危害交易安全⁵⁵⁰。換言之，例

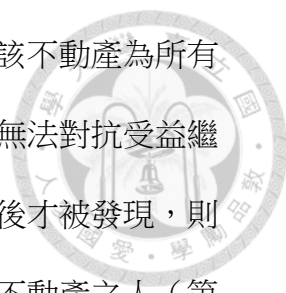
⁵⁴⁶ 關於「法定應繼分」，參照最判昭和 38（1963）年 2 月 22 日民集 17 卷 1 号 235 頁，採「不必登記說」，例如：A 之繼承人有子 B、C 二人，法定應繼分各為 1/2，共同繼承 A 之遺產，就遺產中的各個財產取得應有部分各 1/2，惟 C 擅自將某不動產登記為自己單獨所有，並將之出售及所有權移轉登記給第三人 D，此時 B 就其應有部分無須登記即得對抗第三人 D，因為 C 所為的登記，就 B 之應有部分為無權利的登記，該登記不具公信力，D 無法因此取 B 之應有部分。關於「指定應繼分」，參照最判平成 5（1993）年 7 月 19 日裁民 169 号 243 頁（後稱：最判平成 5 年判決），亦採「不必登記說」，例如：A 之繼承人有子 B、C、D 三人，遺囑中指定 B 的應繼分為 1/2，C 和 D 的應繼分各 1/4，但是 C 就某不動產以法定應繼分各 1/3 為繼承登記，並將登記上對該不動產的應有部分 1/3 移轉並登記給第三人 E，對此超過指定應繼分比例的法定應繼分為無權利的登記，登記不具公信力，第三人 E 僅能取得相當於指定應繼分部分，亦即其他共同繼承人 B、D 就自己之指定應繼分，無須登記即得對抗第三人 E，參見犬伏由子、床谷文雄（編），前掲註 540，頁 109、111（吉田克己）。

⁵⁴⁷ 吉田克己，前掲註 457，頁 382。

⁵⁴⁸ 島田充子（2003），〈「相続させる」趣旨の遺言による不動産の取得と登記〉，《判例タイムズ》，1125 号，頁 121。

⁵⁴⁹ 吉田克己，前掲註 457，頁 398 之註 20。

⁵⁵⁰ 北野俊光，前掲註 379，頁 190。古積健三郎教授，即認為在不符法定應繼分的場合，第三人要對受益繼承人的持分範圍有所認識並不容易，況且基於使其繼承之遺囑的權利取得大致上是確定的，在繼承開始後要求受益繼承人進行登記並不過於嚴苛，參見古積健三郎（2002），〈「相続させる」という遺言に基づく不動産物權の取得と登記〉，《法学セミナー》，576 号，頁 116。



如從其他繼承人處取得權利的買受人（第三人），即使立刻就該不動產為所有權的移轉登記，若被繼承人作成了使其繼承之遺囑，該第三人無法對抗受益繼承人的權利取得。更甚者是，若使其繼承之遺囑是在遺產分割後才被發現，則從因分割而取得該特定不動產之人（其他繼承人）手中買受該不動產之人（第三人），即使立即登記，也無法對抗「分割後才被發現的受益繼承人」，如此一來，對於該買受人（第三人）產生非常大的風險⁵⁵¹。理論上使其繼承之遺囑的效果既然著重在遺產分割，那麼與遺產分割為相同的處理，以登記為對抗要件較為合理。但最判平成 14 年判決卻採取了「不必登記說」，比起通常的繼承（至少在最後的遺產分割也要求登記），在使其繼承之遺囑的場合，無論任何時點都不產生登記的必要性，而具有「超繼承承繼性」的特徵⁵⁵²。如此一來，登記的誘因將不復存在，且使得透過「遺贈」而實現特定繼承人繼受特定不動產的情形，被「使其繼承之遺囑」所取代，迫使關於「遺贈」的判例法理逐漸空洞化⁵⁵³。

由於實務採取「不必登記說」，放棄了「對抗法理」的適用，此時若要調和交易安全，則必須考慮「權利外觀法理（無權利法理）」加以保護第三人，例如類推適用民法第 94 條第 2 項或民法第 32 條第 1 項但書⁵⁵⁴。然而實務上對於類推適用 94 條第 2 項卻有嚴格的要件限制，須真正的權利人對於虛偽外觀的形成具備「可歸責事由」，始得類推適用，讓第三人受「權利外觀法理」的保

⁵⁵¹ 小粥太郎（2016），〈相続不動産取引に潜むリスク——買い手からみた相続不動産〉，水野紀子（編），《相続法の立法的課題》，頁 143-144，東京：有斐閣。

⁵⁵² 吉田克己，前掲註 457，頁 382。

⁵⁵³ 犬伏由子、床谷文雄（編），前掲註 540，頁 116（吉田克己）；米倉明教授亦推測，從對外關係來看，「使其繼承之遺囑」比起「遺贈」對受益繼承人而言，無疑是更有利的，為了使特定繼承人確實繼承遺產，被繼承人今後會選擇「使其繼承之遺囑」，參見米倉明，前掲註 348，頁 16-17、22、41。

⁵⁵⁴ 日本民法第 32 條第 1 項規定：「有失蹤人尚生存或在不同於前條所定時間死亡的證明時，家庭裁判所因本人或利害關係人的請求，應撤銷失蹤宣告。但該撤銷不影響失蹤宣告後至失蹤宣告撤銷前所為的善意行為之效力」。

護⁵⁵⁵。又關於類推適用第 32 條第 1 項但書的問題也不少，例如：第一，失蹤宣告是由公機關作成，與私人作成的登記信賴度無法相提並論；第二，其他繼承人搶在受益繼承人之前將不動產登記於己，再趁其不及除去不實登記外觀時，移轉給善意第三人，此時受益繼承人確定地喪失所有權，對其未免過苛；第三，本條但書所保護的善意第三人在失蹤宣告撤銷前的行為是完全有效，但無權利法理採用的情況，最初則是無效的行為，以上將二者相提並論過於牽強⁵⁵⁶。如此一來，透過「權利外觀法理」明顯無法對交易安全有充分的保障，的確，遺囑是被繼承人的最終意思，應該盡可能尊重，但將遺產認定是一般社會經濟上的交易對象也不奇怪；若僅某個財產處分係基於遺囑，而承認其優先於交易安全，此觀點不無疑問⁵⁵⁷。

為了解決前述的困境，在平成 28（2016）年，日本法務省法制審議會之民法（繼承關係）部會的「中間試案補充說明」提及，如果照最判平成 5 年判決及平成 14 年判決的意旨，在指定應繼分和遺產分割方法指定的情形，受益繼承人遲遲不去登記，則信賴法定應繼分而繼受權利的第三人將遭受不測的損害，有危害交易安全之虞，進而損及對登記制度的信賴。因此提案，不論是何種遺囑處分方法，超過法定應繼分部分均應具備登記、登錄等其他對抗要件以保障第三人之交易安全⁵⁵⁸。最終，日本於平成 30（2018）年 7 月 6 日於民法修正時，增訂民法第 899 條之 2 第 1 項：「因繼承之權利繼受，無論是否經遺產分

⁵⁵⁵ 參照最判昭和 45 年 9 月 22 日民集 24 卷 10 号 1424 頁。關於「對抗法理」與「權利外觀法理」詳細檢討的內容參見副田隆重，前揭註 537，頁 74-79。

⁵⁵⁶ 關於類推適用民法第 94 條第 2 項或民法第 32 條第 1 項但書的問題，詳見米倉明（2004），〈「遺贈と登記（1）」——對抗問題法理か無權利法理か——〉，《早稲田法学》，79 卷 2 号，頁 45-49。

⁵⁵⁷ 大場浩之（2005），〈「相続させる」趣旨の遺言による不動産の取得と登記〉，《早稲田法学》，80 卷 4 号，頁 343-344。

⁵⁵⁸ 日本法務省民事局參事官室（2016），《民法（相続關係）等の改正に関する中間試案の補足説明》，頁 38-40，載於：<http://www.moj.go.jp/content/001198631.pdf>（最後瀏覽日：2018/11/01）

割，關於超過次條及 901 條之規定算定的應繼分的部分，若不具備登記、登錄等其他對抗要件，不得對抗第三人。」，並於同年 7 月 13 日公布，原則上自公布日起於一年內施行（另以行政命令指定其施行日期）⁵⁵⁹。



第二項 使其繼承之遺囑的利益拋棄

首先，依民法第 915 條⁵⁶⁰規定，繼承人得拋棄繼承，這點對於使其繼承之遺囑的受益繼承人而言，並無不同。繼承一經拋棄，即溯及至繼承開始時，喪失繼承人之地位，而該特定遺產即復歸於遺產的全部，作為遺產分割之對象財產⁵⁶¹。然而，受益繼承人能否不拋棄繼承，而選擇僅拋棄因使其繼承之遺囑而取得特定遺產的利益？若為遺贈，則民法第 986 條⁵⁶²即明文規定，受遺贈人於遺囑人死亡後，不論何時，皆可拋棄遺贈；然而在指定應繼分及遺產分割方法之指定卻無相關之制度，是否得類推適用遺贈之拋棄？日本學界大致上可分為三說，介紹如下。

一、拋棄否定說

主張拋棄否定說者，有認為，指定應繼分及遺產分割方法之指定既然沒有如遺贈般關於承認及拋棄之規定，則只能被吸收至繼承的承認與拋棄中，無法

⁵⁵⁹ 參見日本法務省民事局所製作的民法新舊對照表，載於：

<http://www.moj.go.jp/content/001263585.pdf>（最後瀏覽日：2018/11/01）；另外，關於法務省就本次繼承法修正的重點相關說明及資訊，載於：

http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00222.html#A001（最後瀏覽日：2018/11/01）。

⁵⁶⁰ 日本民法第 915 條規定：「（第 1 項）繼承人自知悉自己有繼承開始之事起三個月內，應作出單純承認、限定承認或拋棄的表示。但在此期間因利害關係人或檢察官的請求，家庭裁判所得延長時間。（第 2 項）繼承人於表示前或拋棄前，得調查繼承財產」。

⁵⁶¹ 內田恒久（1995）〈「相續させる」主旨の遺言に関する最高裁判例の射程距離等について（下・完）〉，《公証：日本公証人連合會機關誌》，111 号，頁 20。

⁵⁶² 日本民法第 968 條規定：「（第 1 項）受遺贈人於遺囑人死亡後，得隨時拋棄遺贈。（第 2 項）遺贈之拋棄，溯及於遺囑人死亡時發生效力」。



僅拋棄遺囑的利益⁵⁶³；亦有認為，因為是以遺囑人的意思為優先而承認法律效力，共同繼承人均受到遺囑人意思的拘束，無法由一方無條件的加以變更⁵⁶⁴。

二、拋棄肯定說

主張此說者認為，原則上權利的拋棄是自由的，不應全然忽視繼承人之意思，而以被繼承人之意思拘束，一般而言，繼受遺產大多是「利益」，但在有「附負擔」的場合或「為第三人設定租賃權」的情況，未必是「利益」，強迫特定繼承人在「無法取得任何遺產的拋棄繼承」和「不願取得的特定遺產」二擇一，有所不當⁵⁶⁵。使其繼承之遺囑既然作為遺囑的一種，理應保障受益繼承人的選擇自由，故可類推適用遺贈的拋棄（民法第 986 條），拋棄該遺囑之利益⁵⁶⁶。

三、限定的拋棄肯定說

此說可謂前兩說之折衷見解，認為由於使其繼承之遺囑會產生遺產一部分割的效果，因此應與遺產分割協議合意解除的場合相同，若經過共同繼承人全體合意，則允許受益繼承人拋棄該遺囑的特定利益⁵⁶⁷。

四、代表性實務見解

關於此問題，代表性的實務見解是東京高裁平成 21（2009）年 12 月 18 日決定判タ 1330 号 203 頁，該裁定表示，透過使其繼承之遺囑，而繼受該作為繼

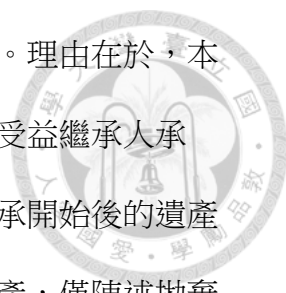
⁵⁶³ 伊藤昌司（1987），〈判例評論〉，《判例時報》，1231 号，頁 208。

⁵⁶⁴ 橋本昇二（1992），〈「相續させる」趣旨の遺言をめぐって〉，《ケース研究》，232 号，頁 56、64。

⁵⁶⁵ 青野洋士（1998），〈「相續させる」趣旨の遺言と遺産分割〉，梶村太市（編），《現代裁判法体系 11 遺産分割》，頁 206，東京：新日本法規出版。

⁵⁶⁶ 青野洋士，前掲註 565，頁 206；千藤洋三，前掲註 396，頁 393；内田恒久，前掲註 561，頁 21。

⁵⁶⁷ 最判平成 2（1990）年 9 月 27 日民集 44 卷 6 号 995 頁判旨認為，共同繼承人就既已成立的遺產分割協議，得經全體合意解除一部或全部，再次成立分割協議，參見北野俊光，前掲註 379，頁 183、196 之註 24。同樣提及此說論述者，參見兩宮則夫（2014），〈「相續させる」旨の遺言について遺贈の規定の類推適用か認められるか〉，《公証法学》，44 号，頁 35。



承財產的不動產所有權的繼承人，原則上不得拋棄遺囑的利益。理由在於，本件不動產於被繼承人死亡時即繼承開始時，無須任何行為即由受益繼承人承繼，而確定取得該不動產所有權。除非其主張遺囑無效，在繼承開始後的遺產分割的程序階段，本件不動產既已歸屬於受益繼承人所有的財產，僅陳述拋棄遺囑的利益，無法使本件不動產成為遺產分割的對象，而且，全體繼承人也並未就本件不動產作為遺產分割之對象財產達成合意。因此撤銷原審在遺產分割程序中允許拋棄遺囑利益，就包含本件不動產之遺產所進行的遺產分割審判程序，而僅就除去該遺產所剩的財產進行遺產分割。從該裁定意旨可知，若經全體繼承人之合意，本件不動產於繼承開始時，作為被繼承人的繼承財產的話，具有作為遺產分割審判對象的性質，在此情形下例外得拋棄遺囑的利益。對此，著名實務家兩宮則夫律師認為，本裁定應是採限定的拋棄肯定說之立場⁵⁶⁸。

學說上認為，此問題的癥結點在於，使其繼承之遺囑究竟應該對遺囑人的意思絕對的尊重，抑或是承認受益繼承人有承認、拋棄的自由與調整的可能。以遺囑處分財產是遺囑人的自由，但從繼承人的角度而言，強迫其接受該「利益」並不恰當，特別是在附負擔的情況下，單方面的要求其履行該負擔，實不合理。再與民法所承認的財產處分行為制度相比較，贈與契約必須得到受贈人的承諾始生效力；死因贈與及遺贈，受贈人及受遺贈人無論何時皆可拋棄該利益（參照民法第 986 條第 1 項、第 554 條），承認受益人擁有享受權利與否，承認與拋棄的自由。在此意義下，於使其繼承之遺囑的場合應無不同⁵⁶⁹。且遺贈和使其繼承之遺囑，除了在登記（對抗要件）必要與否有所區別，於繼承開

⁵⁶⁸ 兩宮則夫，前揭註 567，頁 37。

⁵⁶⁹ 北野俊光，前揭註 379，頁 183；兩宮則夫，前揭註 567，頁 37。

始時，均立即產生物權性的權利繼受效力，在遺贈的情況，透過拋棄遺贈的意思表示，得溯及使遺贈不生效力，在拒絕遺囑處分行為的意義上，使其繼承之遺囑應具有完全相同的必要性，就此部分該裁定所附理由（本件不動產既已歸屬於受益繼承人所有，而無法成為遺產分割的對象，自無法拋棄該利益）不值贊同，故主張得類推適用遺贈之規定，採拋棄肯定說為當。此外，從遺產分割調解程序的實務觀點來看，由於是以促成調解成立（合意）的商談，以「得拋棄」為前提而進行的情形相當多見⁵⁷⁰。

從遺產分割的實務來看，只要經過全體繼承人合意，即準照遺產分割協議合意解除的情形，仍有可能成立和遺囑內容相異的遺產分割協議，前述裁定雖否定遺囑利益的拋棄，但仍允許若經全體繼承人合意，得將使其繼承之遺囑的對象財產作為遺產分割之對象財產。關於此問題，目前尚未有最高裁判所裁判出現，而有待實務的累積，但至少就得到全體繼承人同意的情況，允許拋棄遺囑利益並無不妥⁵⁷¹。

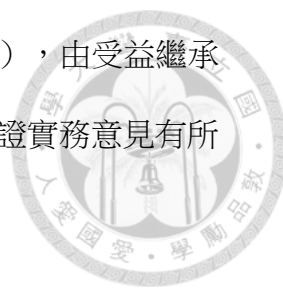
第三項 使其繼承之遺囑與代位繼承

此問題的爭點在於，依照使其繼承之遺囑，原本預定取得該當遺產的受益繼承人，若在遺囑人死亡前（繼承開始前）已經死亡，則該遺囑內容是否如遺贈的場合（民法第 994 條第 1 項、第 995 條⁵⁷²），因此不生效力？或是仍適用

⁵⁷⁰ 兩宮則夫，前揭註 567，頁 37-38。北野俊光律師亦採相同的見解，參照北野俊光，前揭註 379，頁 183。

⁵⁷¹ 兩宮則夫、寺尾洋（編），前揭註 385，頁 107-108。

⁵⁷² 日本民法第 994 條第 1 項規定：「（第 1 項）受遺贈人於遺囑人死亡以前死亡時，遺贈不發生效力。（第 2 項）附停止條件之遺囑，受遺贈人於條件成就前死亡時，與前項相同。但遺囑人另有意思表示時，從其意思」；日本民法第 995 條規定：「遺贈不生效力或因拋棄而失其效力時，受遺贈人所應受之財產，歸屬於繼承人。但遺囑人另有意思表示時，從其意思」。



代位繼承之規定（民法第 887 條第 2 項⁵⁷³、第 901 條第 1 項⁵⁷⁴），由受益繼承人之子女代位繼承該當遺產？對此，日本學界、裁判實務及公證實務意見有所分歧，分別介紹如下。

一、代位繼承肯定說

採此說者認為，在受益繼承人先死亡的情況，讓其子女承繼該當遺產，為遺囑人之「通常」意思，且使其繼承之遺囑既為遺產分割方法之指定，與基於法定應繼分或指定應繼分的財產繼受並無不同，因此肯認得代位繼承⁵⁷⁵。採此說的代表實務判決為：東京高判平成 18（2006）年 6 月 29 日判例時報 1949 号 34 頁（下稱：平成 18 年東京高裁判決）⁵⁷⁶。

二、代位繼承否定說（效力消滅說）

採此說者認為，遺囑人是否具有「若受益繼承人先死亡時，由其子女代位繼承」之意思未必明確，民法第 994 條第 1 項即規定，受遺贈人若在遺囑人死亡之前死亡，則遺贈不生效力，使其繼承之遺囑的效力和遺贈的效力（按：遺產分割的效果）既無差異，則應不承認代位繼承之適用，而主張應類推適用民法第 994 條第 1 項⁵⁷⁷。在遺贈的情形，之所以不承認代位繼承，是因為通常遺囑人是基於和受遺贈人之間個別的人際關係，而將該當遺產遺贈給他，基於相

⁵⁷³ 日本民法第 887 條第 2 項規定：「被繼承人的子女於繼承開始前死亡，或因符合第 891 條規定、或因廢除而喪失繼承權時，其子女代位成為繼承人。但非被繼承人之直系血親卑親屬者，不在此限」。

⁵⁷⁴ 日本民法第 901 條第 1 項規定：「依第 877 條第 2 項或第 3 項之規定成為繼承人的直系血親卑親屬之應繼分，與其直系血親尊親屬的應受部分相同。但直系血親卑親屬有數人時，就其各自的直系血親尊親屬應受部分，依前條規定定其應繼分」。

⁵⁷⁵ 右近健男（1992），前揭註 389，頁 171；島津一郎，前揭註 217，頁 7。

⁵⁷⁶ 此判決上訴至最高裁判所，被以不合法駁回，關於該判決的詳細內容，如後所述。

⁵⁷⁷ 加藤永一（1990），前揭註 54，頁 148；西口元，前揭註 534，頁 51；北野俊光，前揭註 379，頁 186；瀨戶正二，前揭註 377，頁 7。

同理由，在使其繼承之遺囑亦著眼於遺囑人和受益繼承人之間的關係，因此採代位繼承否定說⁵⁷⁸。此說受到多數下級審裁判的支持⁵⁷⁹。



三、代表性實務見解之一（平成 18 年東京高裁判決）

關於前述的爭議，一直以來，多數學說及實務見解多採代位繼承否定說，惟平成 18 年東京高裁判決卻不同以往地採取代位繼承肯定說的見解。該判決強調，使其繼承之遺囑既為遺產分割方法之指定，則該當繼承人即當然得到取得特定遺產的地位，其效果是在被繼承人死亡的同時，取得該當財產，在該繼承人於繼承開始時已死亡時，其子得透過代位繼承而繼承此地位。代位繼承係基於衡平的觀點，而使代位繼承人取得與繼承人相同比例之應繼分，其所取得的應繼分並非從繼承人而繼受，而是直接對被繼承人取得代位繼承人的應繼分，在遺產分割方法指定的場合，只是經由該指定決定繼承人的繼承內容，和法定應繼分的繼承及性質並無不同，應解為適用或準用代位繼承之規定。遺產分割方法之指定既為「繼承」，則應依照繼承之法理，此正是代位繼承制度的立法旨趣，無損繼承人間的衡平。遺贈，則是不僅得對繼承人，也得對第三人為之，從此性質來看，特別在受遺贈人非繼承人的場合，應解為概念上是以被繼承人與受遺贈人之間的特別關係為基礎，受遺贈人先於被繼承人死亡，由於無法解為被繼承人有對受遺贈人之子遺贈的意思，則遺贈會失去效力，如此解釋

⁵⁷⁸ 兩宮則夫、寺尾洋（編），前揭註 385，頁 111。關於本條之立法說明，立法者僅謂「任何國家法律皆是如此」，實際的根據不明，正當化本條合理的唯一根據，應是遺囑人之意思通常是「針對受遺贈人本身」，既然如此，即使在本條沒有明文規定，在遺囑人若另有意思表示時，也應從其意思，參見中川善之助、加藤永一（編），前揭註 126，頁 235（阿部徹）。

⁵⁷⁹ 例如：札幌高決昭和 61（1986）年 6 月 17 日判夕 616 号 148 頁、東京家審平成 3（1991）年 11 月 5 日家月 44 卷 8 号 23 頁、東京地判平成 6（1994）年 7 月 13 日金判 983 号 44 頁、東京地判平成 10（1998）年 7 月 17 日金判 1056 号 111 頁、東京高判平成 11（1999）年 5 月 18 日金判 1068 号 37 頁、東京地判平成 21（2009）年 4 月 15 日民集 65 卷 2 号 717 頁、東京地判平成 21（2009）年 11 月 26 日判時 2066 号 74 頁，以及登記實務亦採相同見解：昭和 62（1987）年 6 月 30 日民三第 3411 号民事局課長回答，參見北野俊光，前揭註 379，頁 186；兩宮則夫，前揭註 567，頁 46。

是符合被繼承人之意思，而無害繼承之衡平。故在遺產分割方法指定之場合，不應準照遺贈處理。簡而言之，平成 18 年東京高裁判決強調「遺贈」與「遺產分割方法之指定」的不同，並認為「使其繼承之遺囑」既然作為「遺產分割方法之指定」，則應依「繼承之法理」，承認代位繼承之適用，而非「遺贈」係以被繼承人和受遺贈人之間的特別關係為基礎。

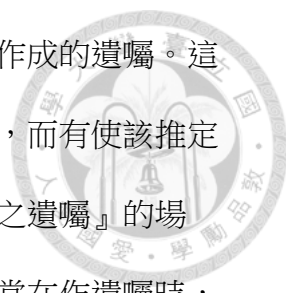
而關於平成 18 年東京高裁判決之評價，有謂以此判決作為契機，支持代位繼承肯定說有增加的趨勢，尤其是以實務家為中心⁵⁸⁰，其中特別值得注意的是千藤洋三教授的見解，其認為平成 18 年東京高裁判決雖於法理論上具有一貫性，邏輯也很清楚，但在具體個案的處理恐怕過於僵化，蓋遺囑人未必有使特定繼承人之子代位繼承該財產之意，關於「使其繼承之遺囑」的法理，本來就是以兼具「繼承」、「遺贈」的優點為目的而展開的理論，並揣度民法第 994 條第 2 項及第 995 條之立法旨趣，應消極地肯定適用代位繼承之餘地，意即，原則上否定代位繼承，例外的情況採肯定說⁵⁸¹。

四、代表性實務見解之二（最判平成 23 年判決）

在學說及下級審裁判混亂的局面下，最高裁判所在 2011 年作成的最判平成 23（2011）年 2 月 22 日民集 65 卷 2 号 699 頁（下稱：最判平成 23 年判決），統一裁判見解。該判決謂：「關於被繼承人遺產繼承的遺囑，一般而言，在與各繼承人的關係上，是考慮到與各推定繼承人的身分關係及生活關係、各推定繼承人的現在及將來的生活狀況和資產及其他經濟能力，就特定不動產及其他

⁵⁸⁰ 本山敦（2011），〈「相續させる」旨の遺言と受益相續人の先死〉，《金融・商事判例》，1367 号，頁 9；松川正毅（2012），〈判例批評〉，《民商法雜誌》，146 卷 2 号，頁 164。對於此判決採取贊成意見之學說整理，詳細內容參見千藤洋三（2011），〈「相續させる」旨の遺言と代襲相續〉，《関西大学法学論集》，61 卷 1 号，頁 57-60。

⁵⁸¹ 千藤洋三，前揭註 396，頁 390；千藤洋三，前揭註 580，頁 4-5、68。應補充者係，對於主張「使其繼承之遺囑」應採「遺贈說」的千藤教授而言，必須再次提出的是，「明明能夠透過遺贈直接了當處理的事情，為何有必要創設一個『新的制度』？」，參見千藤洋三，前揭註 580，頁 5、69。



遺產與特定的推定繼承人之間的關係有無、程度等各種情事而作成的遺囑。這件事，在『使特定的推定繼承人單獨繼承遺產的遺產分割方法，而有使該推定繼承人於遺囑人死亡時直接繼承該遺產之效力』的『使其繼承之遺囑』的場合，並無不同。作成這樣的『使其繼承之遺囑』的遺囑人，通常在作遺囑時，僅止於使特定的推定繼承人取得該遺產之意思。從而，如上述的『使其繼承之遺囑』，於『依該遺囑而應繼承遺產的推定繼承人，在遺囑人死亡前已經死亡』的場合，由於涉及到該『使其繼承之遺囑』的條項以及與遺書上的其他記載的關係、遺書作成當時的情況和遺囑人所處的狀況等等，遺囑人在上述的場合，除非有應視為使該推定繼承人之『代位繼承人及其他人』繼承遺產之意思的特別情事，否則應解為不生效力。」。此判決作為關於「使其繼承之遺囑的受益繼承人，在遺囑人死亡前已經死亡的場合，該遺囑的效力如何」的第一個最高裁判所的判決，對於裁判及登記實務有重大的影響，該如何評價，如後所述。

五、最判平成 23 年判決之評析

首先，應先說明者是，本件訴訟的第一審及原審判決。第一審（東京地判平成 20〔2008〕年 11 月 12 日民集 65 卷 2 号 709 頁）認為，使其繼承之遺囑為遺產分割方法之指定，並非遺贈，並無民法第 994 條第 1 項之適用，亦即讓代位繼承人繼承，符合當事人的意思。相對於此，原審（東京高判平成 21〔2009〕年 4 月 15 日民集 65 卷 2 号 717 頁）則認為，使其繼承之遺囑為伴隨應繼分指定之遺產分割方法指定，該受益繼承人於遺囑人死亡之前死亡時，遺囑不生效力，該遺囑並無在此場合將其效力及於代位繼承人之意，民法第 994 條第 1 項明示，受遺贈人於遺囑人死亡前已死亡的「遺贈」的解釋（通常，遺囑人的意思是針對特定的受遺贈人），與遺贈的情形相同，即使是「指定應繼



分」或「遺產分割之指定」的遺囑，通常，遺囑人也是著眼於特定的繼承人。不過，該遺囑也可能解讀出使效力及於代位繼承人的可能，但這終究是遺囑解釋的問題。

原審判決後被提起上訴，上訴人（本件被告）於上訴理由中引用了平成 18 年東京高裁判決，並主張遺囑的效力是否及於代位繼承人「並非遺囑解釋」的問題，遺產分割方法之指定作為「繼承」，則應依從「繼承之法理」，承認代位繼承，如此才符合遺囑人之意思，民法第 994 條第 1 項僅適用於遺贈的場合。對此，最判平成 23 年判決，可說是將本件理解為「遺囑解釋」的問題，迴避了「使其繼承之遺囑可否適用代位繼承規定」的爭點，且判決中，並未提及可否適用關於遺贈的民法第 994 條第 1 項及關於代位繼承的第 887 條，而僅以「遺囑人之意思」作為判斷基準，這點是與歷來的學說、實務見解，最大不同之處⁵⁸²。本判決認為，通常遺囑人在作遺囑時，僅著重於和特定的繼承人之間的關係，而使其取得該遺產，若該特定繼承人先於遺囑人死亡時，原則上該遺囑不生效力，除非由「該遺囑之條項以及與遺書上的其他記載的關係」、「遺書作成當時的情況和遺囑人所處的狀況」判斷，而有使該特定繼承人之「代位繼承人及其他人」繼承之意的「特別情事」時，才例外承認由這些人繼受，故原則上以遺囑人的推定意思為依據，例外才考量從遺書的記載及遺書作成的情況，所可得之遺囑人真意，這點是與原審判決不同之處⁵⁸³。

⁵⁸² 浦野由紀子（2011），〈受益相続人の先死の場合における「相続させる」旨の遺言の効力〉，《法学教室》，372 号，頁 51；本山敦（2012），〈「相続させる」旨の遺言の推定相続人が遺言者の死亡以前に死亡した場合の遺言の効力〉，《私法判例リマークス》，頁 73；二宮周平（2013），〈「相続させる」旨の遺言の解釈～受益相続人が遺言者より先に死亡した場合〉，《戸籍時報》，706 号，頁 23；西希代子（2014），〈最高裁判所民事判例研究〉，《法学協会雑誌》，131 卷 5 号，頁 185；松川正毅，前掲註 580，頁 165。

⁵⁸³ 二宮周平，前掲註 582，頁 22；西希代子，前掲註 582，頁 185。關於「特別情事」，判決中提及兩種的情況，浦野教授舉例，前者例如：遺囑人對於子 K、L 及孫 N（其父 M 已沒）依照法定應繼分，使繼承具體的財產，但之後遺囑發生效力前，K 也死亡的情形，此時根據遺囑的條項，遺囑人針對 M 先死的情況，使 M 之子 N 繼承，因此可以推知，在 K 先於遺囑人死亡

最判平成 23 年判決同時也假設了在受益繼承人比遺囑人先死亡的場合，間接承認補充指定的有效性⁵⁸⁴，從判決中的「代位繼承人及其他人」可知，得繼承該遺產的人，不限定是受益繼承人的「代位繼承人」，也包括「其他人」，換言之，透過遺囑的解釋，即使是在受益繼承人之子繼承的場合，也不是透過適用或類推適用「代位繼承的規定」而繼承，而是透過解釋而確定的遺囑效力來繼承，這點也是與歷來的裁判、學說及本件下級審不同之處⁵⁸⁵。又應注意者係，所謂的「其他人」並非毫無限制，有認為必須是與受益繼承人密切關聯才有可能，如遺囑作成時受益繼承人之其他推定繼承人（例如：配偶），但不應包括其兄弟姊妹，因為已超過解釋的界限⁵⁸⁶。但是，亦有認為，本判決中並未對「其他人」有任何限制，理論上除了受益繼承人之代位繼承人（子女）以外的繼承人（如配偶）之外，也包括與受益繼承人無任何關係的第三人，只不過在大部分的場合，這個人就是已死的受益繼承人以外的受益繼承人（按：遺囑人的其他子女）。不過，讓「其他人」繼承的特別情事，與讓「受益繼承人之代位繼承人」繼承的情況相比仍是少的，因此應更為慎重⁵⁸⁷。又關於這個「其他人」，若非遺囑人的推定繼承人，或是推定繼承人的代位繼承人，則該「使其繼承之遺囑」並非遺產分割方法之指定，而應解為遺贈，自不待言⁵⁸⁸。

的情形，遺囑人有使 K 之子繼承該當遺產之意；後者則關於遺囑人在遺囑作成時的動機及目的，且為了探究其目的，必須特別著眼於遺囑記載的財產種類及性質，例如：該當遺產僅是事業用的資產，則受益繼承人作為事業承繼者的情況，遺囑目的是為了事業承繼，則在受益繼承人之子也是事業承繼者的場合，遺囑人應有使受益繼承人之子繼承之意，參見浦野由紀子，前揭註 582，頁 52。二宮教授贊同上開見解，不過亦表示現實的情形多樣，仍須視具體案例加以檢討，參見二宮周平，前揭註 582，頁 25。

⁵⁸⁴ 松川正毅，前揭註 580，頁 164。

⁵⁸⁵ 浦野由紀子，前揭註 582，頁 51；二宮周平，前揭註 582，頁 22；西希代子，前揭註 582，頁 185-186。

⁵⁸⁶ 浦野由紀子，前揭註 582，頁 51-52。

⁵⁸⁷ 例如：遺囑人為了事業承繼的目的，對「共同承繼事業的一部繼承人」，以使其繼承之遺囑使其繼承遺產，若其中一位受益繼承人先於遺囑人死亡，遺囑人應有讓共同繼承事業的其他受益繼承人繼承該當遺產之意，參見西希代子，前揭註 582，頁 191-192。

⁵⁸⁸ 浦野由紀子，前揭註 582，頁 51；西希代子，前揭註 582，頁 192。

又關於最判平成 23 年判決之射程範圍，亦值得注意。學說上有認為，依通說見解，「使繼承」的財產若超過該繼承人之法定應繼分時，應解為伴隨指定應繼分之遺產分割方法指定，則在「本件情形，係將全部財產使單一繼承人繼承」，應同時包含這兩種遺囑財產處分的意涵，依照本判決意旨解釋的結果，該遺囑不生效力，則該包含應繼分指定的效力亦失效。因此最判平成 23 年判決之判示，不只是針對遺產分割方法之指定，也適用於僅指定應繼分的情形⁵⁸⁹。關於代位繼承人的應繼分，民法第 901 條規定：「與其直系血親尊親屬的應受部分相同」，若為被代位繼承人的「法定應繼分」乃屬當然，惟在「指定應繼分」的場合則有所爭議⁵⁹⁰，對此，學說認為，若引申本判決之意旨，指定應繼分的遺囑人，通常只有使特定繼承人取得該當應繼分，除非有應視為使該繼承人之代位繼承人取得該當應繼分的特別情事，否則該指定應繼分的遺囑不生效力⁵⁹¹。

不過，相對於前述學說，亦有見解認為，從「使其繼承之遺囑」的法律性質（具有直接的物權移轉效）觀之，和原來的「指定應繼分」及「遺產分割方法指定」性質不同，且本判決不同於歷來的裁判例及本件原審、第一審，並未引用適用於遺贈的第 994 條第 1 項、第 995 條但書和適用於繼承的第 887 條規定，因此將本判決視作有將「使其繼承之遺囑」異於「遺贈」、「遺產分割方法指定」處理的意圖，也不是不可能。且相對於本件原審的爭點在於使其繼承之遺囑的「法律性質」，本判決則是著眼於「遺囑人作成遺囑之際的考量要

⁵⁸⁹ 浦野由紀子，前揭註 582，頁 51；右近潤一（2012），〈（判例研究）「相續させる」旨の遺言と代襲相續〉，《京都學園法學》，68 号，頁 75。

⁵⁹⁰ 採肯定說者，參見潮見佳男，前揭註 157，頁 122；右近健男（1992），前揭註 389，頁 170。不過亦有採否定說認為，指定應繼分通常是以該繼承人個人作為對象，因此不及於代位繼承人，除非遺囑人另有使代位繼承人取得之意思，參見前田陽一、本山敦、浦野由紀子（2017），《民法 VI 親族・相續》，頁 292（浦野由紀子），東京：有斐閣。

⁵⁹¹ 浦野由紀子，前揭註 582，頁 52。相同見解，參見右近潤一，前揭註 589，頁 75。

素」，無關乎「遺囑類型及內容」，因此認為本判決之射程應限定在「使其繼承之遺囑」⁵⁹²。

最後，應補充者是，松川正毅教授首先認為，基於「同時存在原則」，「遺贈」與「繼承」在主體不存在的場合，原則上會失其效力。但民法例外在「繼承」的情況考量到卑親屬的公平，而承認代位繼承。「使其繼承之遺囑」究屬「遺贈」或「繼承」本是最重要的問題，不過此判決並未觸及，而將此問題以「遺囑的解釋」為處理。不過從比較法觀點來看，法國法的「遺囑分割」，遺囑人通常會遵從公證人的指導，顧及到平等地分配而作成遺囑（這點與日本法的「使其繼承之遺囑」形成的背景不同），又法國民法第 1079 條規定，遺囑分割會產生「遺產分割」的效果，受益繼承人不得拋棄遺囑主張重新進行分割，方式上的問題適用「遺囑」的規定，效果上則適用關於「繼承」之規定，作為基本的解釋，因此在受益繼承人先於遺囑人死亡時，亦承認代位繼承之適用。綜上，松川教授認為，相較於法國法，日本法關於使其繼承之遺囑，在性質上雖有爭論，但依實務見解，具有「遺產分割」即「繼承」的效果，因此依照「繼承」之規定，承認代位繼承應是當然的解釋才對，至於是否承認「不使代位繼承」之意思，則是另一問題，必須另外加以檢討⁵⁹³。

第五節 重新檢視我國法

第一項 遺囑人之意思得否排除遺產分割程序

首先，第一個問題是，是否允許新型遺囑處分（具有物權效力的遺囑處分）的存在？也就是說，是否承認遺囑人得以意思將特定遺產排除於遺產分割程序之外？我國學說上有認為，如果承認遺囑處分具有這種物權效力，將破壞

⁵⁹² 西希代子，前揭註 582，頁 192-193。

⁵⁹³ 松川正毅，前揭註 580，頁 165-168。

遺產之一體性，當被繼承人未就全部遺產進行分配的情形，即造成一部遺產先行分割，部分遺產仍處於共同共有關係的結果，和最高法院歷來反對遺產部分分割的態度有所扞格，更造成遺產紛爭更加複雜化⁵⁹⁴。亦有研究認為，最高法院並未禁止繼承人全體同意僅就特定遺產為協議分割或裁判分割，或就特定遺產維持共同共有關係，因此「被繼承人指定遺產分割方法」就如同「全體繼承人同意就特定遺產同意之協議分割或訴請裁判分割」，造成部分遺產分割效力，應無不許之理⁵⁹⁵。不過本文並不贊同此見解，理由分述如下。

一、共同繼承人間之公平

首先，本文認為，後者之見解，顯然忽略了遺產分割的重要理念之一在於「共同繼承人間之公平」。最高法院允許僅就一部遺產「協議分割」或訴請「裁判分割」或「維持共同共有」的前提在於：「全體繼承人同意」，此時乃是本於「全體繼承人自由之意思」，雖未必能達到客觀公平的要求，但因是全體同意，所以已符合共同繼承人間主觀上之平等，簡言之，「自由之意思」也

⁵⁹⁴ 黃詩淳，前揭註 331，頁 34。參照最高法院 86 年度台上字第 1436 號判決謂：「民法第 1164 條所定之遺產分割，係以遺產為一體，整個的為分割，而非以遺產中個個財產之分割為對象，亦即遺產分割之目的，在遺產共同共有關係全部之廢止，而非個個財產共同共有關係之消滅。」，相同意旨參照最高法院 88 年度台上字第 2837 號裁定、最高法院 95 年度台上字第 1637 號判決、最高法院 97 年度台上字第 103 號判決、最高法院 98 年度台上字第 2167 號判決、最高法院 101 年度台上字第 32 號裁定、最高法院 104 年度台上字第 521 號判決、最高法院 105 年度台上字第 1525 號判決、最高法院 105 年度台上字第 1881 號判決、最高法院 105 年度台上字第 2137 號判決、最高法院 105 年度台上字第 2296 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1437 號判決、最高法院 107 年度台上字第 87 號判決。

⁵⁹⁵ 研究者李秋瑩參考下列數則實務見解，主張此見解，最高法院 79 年度台上字第 133 號判決謂：「準此，繼承之遺產在分割以前，為繼承人全體之共同共有，惟就特定之土地或建物得經全體繼承人之同意為分別共有之登記，是為分割遺產之一種」、最高法院 88 年度台上字第 2837 號裁定謂：「又按民法第 1164 條所定之遺產分割，係以遺產為一體，整個的為分割，而非以遺產中個個財產之分割為對象，亦即遺產分割之目的在遺產共同共有關係全部之廢止，而非個個財產共同共有關係之消滅。上訴人既依民法第 1164 條規定訴請分割遺產，除非依民法第 828 條、第 829 條規定，經全體共同共有人同意，僅就特定財產為分割，否則依法即應以全部遺產為分割對象」、最高法院 98 年度台上字第 79 號判決亦謂：「是欲將遺產之共同共有關係變更（即分割）為分別共有關係，如得共同共有人全體之同意，即可就遺產之全部或一部為分割，此與裁判分割應以遺產為一體為分割，而非以遺產中個個財產之分割為對象者，尚屬有間」、參照最高法院 98 年度台上字第 2457 號判決：「故除法律另有規定或繼承人另有契約訂定外，無容於遺產分割時，仍就特定遺產維持『共同共有』之餘地」，參見李秋瑩，前揭註 57，頁 223。

是遺產分割之理念之一⁵⁹⁶。然而，通說雖認為在遺產分割方法之指定的情形，為尊重被繼承人之意思，得變更法定應繼分，此時共同繼承人間之公平退居次位，亦不代表其贊成產生遺產分割之物權效力⁵⁹⁷。若直接把被繼承人之意思（遺產分割方法之指定）等同於共同繼承人全體之意思（協議分割），而贊成一部遺產提前在遺產分割程序前分離出來，理由似乎不夠充分，也輕忽遺產分割程序之實行具有**清算**共同繼承人間，以及繼承人與被繼承人間權利義務關係之機能⁵⁹⁸，例如：對被繼承人負有債務之扣還（民法第 1172 條）、生前特種贈與之歸扣（民法第 1173 條）、甚至特留分扣減之行使，得一併在遺產分割程序中處理。

二、被繼承人之債權人的保護

其次，從被繼承人之債權人的保護角度而言，學說有認為，民法第 1164 條的遺產分割自由原則，在概括繼承制度之下，當然無疑義，因為繼承人對於債權人是以其固有財產負全部清償責任，繼承人當然得對共同共有之繼承關係請求分割。但是一旦採取全面限定繼承之後（2009 年修正），繼承人得請求分割之權利應受限制，必須等到被繼承人之債務全數清償完畢之後，方得請求分割，否則對債權人而言，不知應向誰主張其債務之清償⁵⁹⁹。意即，除非被繼承人無留下任何繼承債務，否則從被繼承人之債權人的保障角度而言，必須先依

⁵⁹⁶ 林秀雄，前揭註 18，頁 118。

⁵⁹⁷ 學說毋寧是認為，此時被繼承人指定遺產分割方法，僅生債權之效力，得以拘束共同繼承人間以及法院而已，參照史尚寬，前揭註 22，頁 203；林秀雄，前揭註 18，頁 114；林秀雄，前揭註 271，頁 21。

⁵⁹⁸ 學說即謂，遺產分割時，尚須歸扣各個共同繼承人之特種贈與，從而分割具有共同繼承財產清算（*Auseinandersetzung*）之性質，即非待清算完畢，共同繼承財產，不與各共同繼承人之個人財產發生混同，參見陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 18，頁 130。

⁵⁹⁹ 戴瑀如，前揭註 357，頁 101；除戴瑀如教授一文，關於該次修法完整評析之內容，亦參見林秀雄（2009），〈評析二〇〇九年繼承法之修正〉，《月旦法學雜誌》，171 期，頁 69-89；郭振恭（2011），〈民法繼承編改以限定繼承為本則後之問題〉，《月旦法學雜誌》，191 期，頁 23-33。



第 1157 條以下至第 1160 條及第 1162 條之 1 等有關清算繼承債務程序之規定，將全部清償債務完畢，始得為遺產分割，否則債權人不知向誰求償；違法清償之繼承人亦必須依第 1161 條及 1162 條之 2 規定，負損害賠償之責。因此民法第 1164 條的遺產分割自由原則，在 2009 年的修法後，對繼承債務應優先清償之原則有所抵觸，因此建議應重新加以調整，除去該矛盾所在⁶⁰⁰。本文認為，如果承認具有物權效力之遺囑處分，即代表一部遺產甚至是全部遺產，在遺產分割程序前，即產生分割效力，反而和新法修正意旨相違背，根本無法踐行清償債務之程序，對於被繼承人之債權人的保護不夠周到，又此時是否有類推適用民法第 1160 條及第 1162 條之 1 關於交付遺贈之限制的可能？若有，那債權人是否可依第 1161 條及 1162 條之 2 對繼承人請求損害賠償？若無，債權人又該向誰求償？或許有人認為，遺囑自由原則之核心，乃是對被繼承人意思的尊重，然而本文認為，縱使是在遺囑相對自由的英國法而言，繼承開始時，遺產也必須先歸於遺產管理人，不會直接移轉給繼承人，必先經過進行清算程序，清償繼承債務及收取繼承債權後，再將剩餘財產按應繼分分配給繼承人，將被繼承人之意思無限上綱，似有欠考量。

⁶⁰⁰ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 18，頁 205-207。值得補充一提的是，德國法上，所謂的清算（Auseinandersetzung）是共同繼承關係之終局的目的，德國民法第 2042 條規定，各共同繼承人得隨時請求清算（Auseinandersetzung）（按：德國法上的所謂的「遺產分割」原文是 Auseinandersetzung，其實在是「清算」之意）和一般的共有物分割（Teilung）概念不同。又依德國民法第 2046 條，在清償債務必要範圍內，共同繼承人得變賣遺產，故應俟債務清償即處理第三人權利後，始得將剩餘財產分割而予以各共同繼承人。所謂的清算（Auseinandersetzung）是使財產共同關係（Vermögensgemeinschaft）終了之概念，此時自應考慮第三人之權利，故應待債務清償完畢後，始得將剩餘財產分割，而使其歸屬於各共同繼承人，此時才可以適用有關 Teilung（分割）的規定。德國民法為了達到保護債權人之目的，更在德國民法第 2058 條規定繼承人對於共同繼承債務，負連帶債務人之責任，參照陳棋炎（1976），〈第十五 共同繼承法理之比較法的研究〉，《親屬、繼承法基本問題》，頁 371-372、371 之註 24，台北：自版。另外，瑞士法上，依瑞士民法（B.分割請求權）第 604 條，共同繼承人亦得隨時請求分割遺產，不過依同法（C.分割之實行 I 繼承人之權利均等）第 610 條第 3 項，在遺產分割前，各共同繼承人得請求為被繼承人債務之清償或提供擔保，且依同法（II 繼承人之責任）第 603 條，繼承人對於被繼承人之債務，連帶負其責任，參自國立臺灣大學法律學研究所（編譯），前揭註 129，頁 212、214。從上可知，德、瑞立法例的遺產分割程序和遺產債務清算的重要關聯性。

三、特留分權利人之保障

在遺囑真偽不明的情況，即允許受益繼承人獨自持該遺囑辦理單獨所有之繼承登記，又依民法第 759 條之規定，經辦畢登記後，即可處分該不動產，立即讓與給第三人。倘若事後才發現該遺囑無效，第三人若主張依民法第 759 條之 1 第 2 項，善意信賴不動產之登記，則其他共同繼承人無法對該第三人有任何主張，萬一受益繼承人在讓與標的物後陷於無資力狀態，則該損失之風險概由其他共同繼承人承擔，對於共同繼承人相當不公平⁶⁰¹。本文認為，姑且不論遺囑有無真偽不明的問題，在受益繼承人將標的物移轉給第三人之情況，若受益繼承人之後陷於無資力，則特留分受侵害之其他共同繼承人，縱然理論上得主張特留分扣減，但已失去實效性，此時該風險一概由特留分權利人承擔，特留分制度縱然是繼承法保障共同繼承人間之公平的最後防線，但也應確保特留分制度之目的得以有效地被實踐，否則無法確保其立法精神。

綜上所述，本文反對直接將被繼承人之意思等同全體繼承人間之合意，後者固然優先於共同繼承人間之平等要求，然而前者某種程度上，和共同繼承人之平等是繼承法上相互矛盾的概念。伊藤昌司教授即批評，論者常以「基於私有財產制度，生前既然得將財產自由處分，則遺產當然也可以透過遺囑自由處分，而唯一的限制僅是特留分制度」這樣的論點，揮舞著遺囑自由主義的大旗，然而，生前享有的所有權（及契約）自由畢竟不等於遺囑自由，遺囑的解釋必須以法律（民法）作為基準，來確定意思表示的法律意義，而非如契約的解釋，以表意者意思作為萬能的出發點；一切訴諸於遺囑自由的解釋論，實在是粗暴的作法，法律解釋（按：遺囑解釋）仍應以尊重法規的意涵為最大程度的尊重，而進行論理，否則即使符合眼前的利益，終將破壞民法整體的邏輯，

⁶⁰¹ 黃詩淳，前揭註 331，頁 34

反而造成可笑、不妥當的後果⁶⁰²。回到一開始的問題，到底應否容許被繼承人以遺囑提前將特定遺產排除於遺產分割程序之外？甚至將全部遺產排除遺產分割程序？遺產分割程序雖然伴隨著程序上的負擔或激化繼承人間的紛爭，但怎樣的程度能夠允許透過被繼承人的意思去排除遺產分割程序，需要更慎重的判斷，而不是一味的以遺囑自由去合理化所有狀況。對此，日本法上學說及實務對此具有非常豐富的討論，其中，吉田克己教授透過類型化考察，重新審視遺囑自由和遺產分割程序之間的關係，深具參考價值。對此，吉田教授認為，

「具有物權效力之遺產分割方法之指定」並非完全不可能，尤其在「全繼承人全遺產分配型」的使其繼承之遺囑，定性為「遺產分割方法之指定」應無疑義，若該分配近於各繼承人的法定應繼分（所謂的「割付遺囑」），即使產生遺產分割的效果，也無害於繼承人間之公平，因此得以承認此類型的遺囑，具有類似法國法之「遺囑分割」的效力。惟**本文認為**，在台灣法，縱使是合乎法定應繼分的「遺產分割方法之指定」，縱使無害於共同繼承人的公平及對特留分權利人的保障，從前述的「被繼承人之債權人的保護」角度觀之，這樣的見解顯然無法與我國法體系（在「繼承財產的清算制度」上我國較接近德、瑞法系）相契合⁶⁰³。再者，從我國立法者的立法意思，無法解讀出立法者具有希望產生遺產分割之效果（和日本的情形不同）⁶⁰⁴。考量到法律體系的不同，在我

⁶⁰² 伊藤昌司，前揭註 347，頁 655、657 之註 11。伊藤昌司教授在其教科書第一章一開頭即討論遺囑自由主義，評價近來日本條文關於繼承人間的平等的規定，已經瀕死的狀態，這個狀態和繼承法解釋受到遺囑自由主義的主張強大的支配力有表裏關係，應是受到英國法的影響，然而觀察近來英國法的發展，關於遺囑自由的範圍，比起 19 世紀以前，已是課與嚴格限制的時代，又給予生存配偶及子女一定比例的法律規定，也表示著，完全的遺囑自由絕對不是最好的原則，恐怕在西歐諸法系統中也絕對不是標準。詳細內容參見伊藤昌司，前揭註 114，頁 3-7。

⁶⁰³ 關於（法國、日本／德國）這兩個法系的對立，水野謙教授推測推測是由來自繼承財產的清算制度本質上的不同，水野謙，前揭註 432，頁 82。


⁶⁰⁴ 至少在民法起草人之一史尚寬教授的論著中，明確參考瑞士民法，亦認為該指定只有債權之效力，並無物權的效力，史尚寬，前揭註 22，頁 203；同樣認為只有債權效的見解，參見林秀雄，前揭註 271，頁 21；陳宗賢，前揭註 203，頁 33-34、54 之註 71；黃詩淳，前揭註 242，頁 407。

國法脈絡，若要承認「具有物權效力之遺產分割方法之指定」恐有困難，更何況是在非「全繼承人全遺產分配型」遺囑的情況。因此，**本文認為**，在我國不論是遺贈、指定應繼分或是遺產分割方法之指定，均只有債權效力。

第二項 遺囑處分性質決定之標準再考

第二個問題是，關於遺囑處分之分類根據，其本質性要素為何？「使特定繼承人取得特定遺產」這樣的遺囑，於我國近年來通常被定性為「指定應繼分或（兼）遺產分割方法指定」（「繼承受益」，以本文而言就是「得變更法定應繼分之遺產方法分割指定」）。經過登記及裁判實務的承認，這樣的遺囑在繼承開始的同時，具有即時的權利移轉效和遺產分割之物權效力。但這樣的遺囑未必不能解釋為遺贈，學說及實務向來亦不否定繼承人作為遺贈之對象。雖有研究提出，或許得以遺囑受益人之身分，決定遺贈或繼承受益之適用對象，將遺贈對象限於繼承人以外之第三人，但某些情況解釋為遺贈（尤其是「先取遺贈」），對於被繼承人和繼承人而言未必沒有實益；又雖有實務（最高法院100年度台上字第1747號判決）以財產分配的「數量」或是有無涉及「債務負擔」來決定該當遺贈或是指定應繼分，不過，何種情況始該當「大量」，又「包括遺贈」亦包含債務之負擔，上述實務及學說所試圖提出的判斷標準均不夠明確。故**本文認為**，「遺贈」與「遺產分割方法之指定」的分類根據，參考德國、瑞士立法例，重點在於被繼承人是否具有使該受益繼承人取得特別財產利益的「受益意圖（優待意願）」，又該「遺贈」應解釋為「先取遺贈」，如此對繼承人之遺贈才有意義，因先取遺贈之標的並不計入受益繼承人的應繼分額，詳細理由參見第五章第六節第一項，此處不再贅述。

除了參考德、瑞立法例外，筆者亦從日本法的學說討論及實務發展，尤其是吉田教授的類型化考察，得到啟發。首先，在「合乎法定應繼分的全繼承人




全遺產分配型」的遺囑，解為「遺產分割方法之指定」應無疑問。其次，在非「全繼承人全遺產分配型」的遺囑，又分成「單一特定繼承人承受型」及「中間型」兩種類型，在「單一特定繼承人承受型」，可能被解為「遺贈」或「遺產分割方法之指定」，依照日本傳統通說及實務（多田判決），除非有特別情事，能認定被繼承人具有「即便拋棄繼承也要讓受益繼承人取得該當財產」這樣的意思，否則原則上應解為「遺產分割方法之指定」；此外在「附負擔」的情況，解為「遺贈」也較符合法律體系解釋。其三，在「中間型」的遺囑，例如：「雖對全體繼承人為分配，但未符合法定應繼分」或是「未對全體繼承人為分配」，性質決定的標準和「單一特定繼承人承受型」並無不同，不過在「比例指定型」，究竟應解為「包括遺贈」或是「指定應繼分」，本文認為原則上應解為「指定應繼分」，不過在指定的比例低於法定應繼分時，應考量是否遺囑人是否具有「受益意圖（優待意願）」（吉田教授稱作「先取的」意思），若解為「包括遺贈」，受益繼承人仍得依法定應繼分取得其他財產，又指定的比例若高於法定應繼分指定時，由於解為「包括遺贈」或「指定應繼分」雖不會產生差異，原則上解為「指定應繼分」，但若是遺囑人有「即便拋棄繼承也要讓受益繼承人取得該比例的財產」的意思，或是在「附負擔」的情況，定性為「包括遺贈」始為妥當。



第七章 結論

因應著高齡社會的到來及家庭結構及社會風氣的改變，遺囑的數量越來越多，伴隨著遺囑而來的紛爭及相關訴訟也隨之增加。而透過遺囑處分財產的方式，最常見的不外乎是透過民法所預設的「遺贈」、「遺產分割方法之指定」，以及實務、學說所承認的「指定應繼分」，本文將三者合稱為「典型遺囑處分」。三者在法律概念上，看似容易區分，但實際上卻難分難解，尤其當遺囑的受益者是繼承人時，該如何進行分類，確有困難。在遺囑處分的定性方面，本文首先參考日本學說，對於「指定應繼分」是否有作為獨立存在的遺囑處分類型提出質疑，因此主張將遺囑處分方式，簡化為「遺贈」及「遺產分割方法之指定」兩類型，而將「指定應繼分」（單純的比例指定）理解為遺產分割方法的手段之一，避免法院將相類似的遺囑處分，在沒有明確的標準下，時而認定為單純的指定應繼分，時而又認定為單純的遺產分割方法之指定，時而又認為兼含兩者性質，不但構成突襲性裁判，更耗費當事人的勞力、時間、費用，侵害其程序利益。退步言之，縱使要承認「指定應繼分」作為獨立類型的存在，也應將之限縮在「單純的比例指定」，避免實務將之與「遺產分割方法指定」混淆。關於遺囑處分定性的問題，不論在我國學說大多將之歸類為「遺囑解釋」的問題，不過本文透過實務的裁判分析，發現近年有若干實務裁判試圖提出一些區分方法，但標準未必明確合理（例如以「遺囑受益人之身分」或是「財產分配的數量」作為判斷依據），近年在日本則有學者提出了「遺囑解釋」和「性質決定（法性決定）」的不同之處，強調在解釋遺囑的時候，遺囑人的意思未必是扮演拘束性的角色，而應透過探求所謂的「分類根據」，判斷是否具備各類型中的特徵性要素以進行歸類，本文贊同此看法。因此，首先本



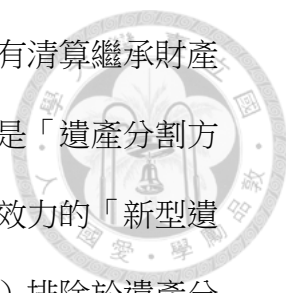
文參考德國、瑞士立法例，主張「遺贈」與「遺產分割方法之指定」的分類根據，重點在於被繼承人是否具有使該受益繼承人取得特別財產利益的「受益意圖（優待意願）」，且該「遺贈」應解釋為「先取遺贈」，如此對繼承人之遺贈才有意義，因先取遺贈之標的並不計入受益繼承人的應繼分額。其次，本文參考日本學說將遺囑處分以類型化的方式進行考察，若「合乎法定應繼分的全繼承人全遺產分配型」的遺囑，解為「遺產分割方法之指定」；若為「單一特定繼承人承受型」的遺囑，則參考日本傳統通說及實務（多田判決），除非有特別情事（能認定被繼承人具有「即便拋棄繼承也要讓受益繼承人取得該當財產」這樣的意思），或是在有「附負擔」的情況，例外定性為「遺贈」，否則原則上應定性為「遺產分割方法之指定」；在「中間型」的遺囑（例如「雖對全體繼承人為分配，但未符合法定應繼分」或是「未對全體繼承人為分配」），性質決定的標準和「單一特定繼承人承受型」並無不同，但在「比例指定型」的狀況，本文認為原則上應定性為「指定應繼分」⁶⁰⁵，除非所指定的比例低於法定應繼分，應考量是否遺囑人是否具有「受益意圖（優待意願）」，將之定性為「包括遺贈」，此時受益繼承人仍得依法定應繼分取得其他財產，若指定的比例若高於法定應繼分指定，原則上解為「指定應繼分」。

又關於「遺贈」、「指定應繼分」、「遺產分割方法之指定」三者的法律效果方面，從我國傳統學說及裁判分析，本應均僅具有債權效力，不會產生分割遺產的物權效力。然而近年來，因為地政登記實務的操作以及法院裁判的承認，在我國出現了具有遺產分割之物權效力的「新型遺囑處分」（尤其在「使特定繼承人取得特定遺產」的情況，通常會被定性為「指定應繼分或（兼）遺

⁶⁰⁵ 在本文的見解下，指定應繼分即是遺產分割方法指定的手段之一，但因考量主流見解仍將其作為獨立存在的遺囑處分類型，故在說明遺囑處分之性質決定時，仍然將之獨立呈現，以資明確。



產分割方法指定」，學說將此合稱「繼承受益」），得單獨辦理繼承登記，使得被繼承人的遺產在進行遺產分割程序進行之前就逸脫出來。對此，有學者認為此將破壞遺產之一體性，除了和實務歷來反對遺產部分分割的態度有所扞格，更造成遺產紛爭更加複雜化；但也有研究強調基於遺囑自由，應尊重被繼承人之意思，將被繼承人之意思等同全體繼承人間之合意，認為造成部分遺產分割效力，應無不許之理。這也使得遺囑的性質決定，變得相當重要，因為除了會有不同的法律效果（是否產生遺產分割效力），也影響到後續特留分扣減之方法、有無消滅時效、得否代位繼承等問題。而在日本也有相似的情況，從公證實務發跡的「使其繼承之遺囑」，經過學者立法史的考察，主張日本民法第 908 條的立法系譜承襲了法國民法「尊屬分割」制度中的「遺囑分割」，因此具有遺產分割之物權效力（又稱之為「遺產分割效果說」），此見解後來被最高裁判所的香川判決所承認，除了顛覆傳統學說及裁判實務的想法，更搖身一變成為了實務界的通說。不過日本學界多數見解均大力批評「遺產分割效果說」只是片面理解或刻意僅部分援用法國民法的制度，尤其日本民法立法當時所參考的法國「遺囑分割」制度，伴隨著要件的限定（必須對全體繼承人為之，否則無效），「遺產分割效果說」一邊參照立法者的意思，卻未加以限定要件，而主張將特定財產分配給少數特定繼承人之遺囑亦有同樣的法律效果，並非妥當。即便從法國民法的修法趨勢來看，早期對於嚴格要件的要求已逐漸緩和，然而不少學說均認為，沒有同樣的修法脈絡、公證實務運作背景，以及考量特留分扣減權之實效性、第三人之保護等問題，難以直接承認與法國法相同的法律效果。本文受到前述日本多數見解的啟發，認為考量到共同繼承人間之公平、被繼承人之債權人的保護及特留分權利人之保障，應反對以「遺囑自由」作為合理化所有問題的藉口，並且考慮到我國法律的體系解釋及立法脈



絡，在我國的遺產分割程序除了能保障繼承人間之公平，更具有清算繼承財產之機能，因此主張在我國不論是「遺贈」、「指定應繼分」或是「遺產分割方法之指定」，均只有債權效力，而不贊同具有遺產分割之物權效力的「新型遺囑處分」，反對以遺囑人之意思將特定遺產（甚至是全部遺產）排除於遺產分割程序之外。

值得一提者是，本文雖然指出了近年來遺囑的功能不再只是被繼承人單向地對死後遺族的照顧，或對繼承人、第三人單純的「贈與」，而是隨著高齡社會的到來，高齡者可能透過遺囑承諾死後分配較多遺產給特定子女，以獎勵或報答該子女的經濟提供（如生活費）或照護服務，這種「扶養與繼承的對價（對價繼承）」性格開始浮現，不得否認遺囑得作為高齡社會中家族內資產運用的手段，用來安排自己老後生活，有日本學者推論這恐怕是「使其繼承之遺囑」最大的成因；亦有見解主張「使其繼承之遺囑」是為了生存配偶和障礙子女之生活保障而做，基於遺囑自由原則，應尊重被繼承人之意思，故應承認「使其繼承之遺囑」具有遺產分割物權效力。但本文認為，誠如吉田克己教授所言，所謂的「社會的需求」只是「通關密語（magic word）」，這並非解決問題的關鍵，也不是性質決定的「分類根據」，因此，本文參考了德國、瑞士立法例，並考察了日本學說，嘗試以類型化的方式尋求遺囑處分性質決定之標準，而非單純以「遺囑受益人之身分」或是「財產分配的數量」作為依據。反對籠統地僅以「遺囑自由」或「社會的需求」承認具有遺產分割效力的「新型遺囑處分」，以兼顧共同繼承人間之公平、被繼承人之債權人的保護及特留分權利人之保障。最後要再次強調的是，本文並非反對「遺囑自由」，而是認為在尊重被繼承人意思的同時，也應該同時兼顧法律整體的邏輯，縱使在日後因應時代的需求，而認為有必要加以修正時，也應重視法律整體性的整合。



參考文獻

壹、中文部份

一、專書（依姓氏筆畫排列）

- Anja Amend-Traut 著，李大雪、龍柯宇、龔倩倩譯（2015）。《德國繼承法》。北京：法律出版社。
- Christina Eberl-Borges 著，王強譯（2014）。《德國民法遺產分割（§§2042–2057a BGB）諾莫斯註解》。北京：中國政法大學出版社。
- Rainer Frank、Tobias Helms 著，王葆蔣、林佳業譯（2015）。《德國繼承法》。北京：中國政法大學出版社。
- 王泰升（1999）。《台灣日治時期的法律改革》。台北：聯經出版。
- 王澤鑑（2010）。《民法物權》。台北：自版。
- 史尚寬（1960）。《債法各論》。台北：自版。
- 史尚寬（1966）。《繼承法論》。台北：自版。
- 司法行政部編（1984）。《臺灣民事習慣調查報告》。台北：法務通訊雜誌社。
- 司法行政部民法研究修正委員會編（1976a）。《中華民國民法制定史料彙編（上冊）》。台北：司法行政部。
- 司法行政部民法研究修正委員會編（1976b）。《中華民國民法制定史料彙編（下冊）》。台北：司法行政部。
- 由嶸（1987）。《日耳曼法簡介》。北京：法律出版社。
- 李秀清（2005）。《日耳曼法研究》。北京：商務印書館。
- 李宜琛（1971）。《現行繼承法論》。台北：臺灣商務印書館。

- 
- 李宜琛（2003）。《日耳曼法概說》。北京：中国政法大学出版社。
- 李浩培、吳傳頤、孫鳴崗譯（2009）。《拿破崙法典（法國民法典）》。北京：商務印書館。
- 何勤華、魏瓊編（2006），《西方民法史》。北京：北京大學出版社。
- 周楠（2014）。《羅馬法原論下冊》。北京：商務印書館。
- 林秀雄（2017）。《繼承法講義》。台北：元照。
- 邱聰智（2002）。《新訂債法各論》。台北：元照。
- 胡長清（1977）。《中國民法繼承論》。台北：臺灣商務印書館。
- 范揚（1935）。《繼承法要義》。上海：商務印書館
- 郁嶷（1936）。《繼承法要論》。北京：朝陽大學出版部。
- 陳自強、黃詩淳編（2014）。《高齡化社會法律之新挑戰：以財產管理為中心》。台北：新學林。
- 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（2015）。《民法繼承新論》。台北：三民。
- 陳朝璧（2006）。《羅馬法原理》。北京：法律出版社。
- 國立臺灣大學法律學研究所編譯（1967）。《瑞士民法》。台北：自印。
- 國立臺灣大學法律學院財團法人臺大法學基金會編譯（2016）。《德國民法（下）親屬編、繼承編》。台北：元照。
- 溫豐文（2017）。《民法物權案例研究》。台北：新學林。
- 劉鍾英（1946）。《民法繼承釋義》。上海：會文堂新記書局。
- 潘維和（1982）。《中國近代民法史》。台北：翰林出版社。
- 鄭玉波（1970）。《民法債編各論（上）》。台北：三民。
- 戴炎輝（1962）。《中國繼承法》。台北：自版。
- 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2013）。《繼承法》。台北：自版。
- 戴東雄（1999）。《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》。台北：元照。

戴東雄（2011）。《民法系列——繼承》。台北：三民。

謝在全（2013）。《民法物權論（上）》。台北：新學林。

羅結珍譯（2010）。《法國民法典》。北京：北京大學出版社。

羅鼎（1956）。《民法繼承論》。台北：三民。



二、期刊論文與書之篇章（依姓氏筆畫排列）

吳煜宗（2005）。〈遺囑之解釋〉。《月旦法學教室》，38期，頁16-17。

李秋瑩（2018）。〈特留分扣減權行使與不動產繼承登記之塗銷〉。《中正大學法學集刊》，第58期，頁199-252。

林秀雄（1991）。〈論特留分扣減權之性質〉。《國立臺灣大學法學論叢》，21卷1期，頁363-378。

林秀雄（1992）。〈論特留分扣減權〉。《輔仁法學》，第11期，頁133-145。

林秀雄（1997）。〈遺囑認領〉。《月旦法學雜誌》，28期，頁10-11。

林秀雄（2000）。〈遺囑指定遺產分割之方式〉。《月旦法學雜誌》，58期，頁20-21。


林秀雄（2009）。〈評析二〇〇九年繼承法之修正〉。《月旦法學雜誌》，171期，頁69-89。

林秀雄（2016）。〈指定應繼分〉。《繼承法制之研究（三）》，頁291-294。台北：元照。

郭振恭（2011）。〈民法繼承編改以限定繼承為本則後之問題〉。《月旦法學雜誌》，191期，頁23-33。

陳棋炎（1976）。〈第十五 共同繼承法理之比較法的研究〉。《親屬、繼承法基本問題》，頁357-388。台北：自版。

張永健、黃詩淳（2018）。〈遺產的概念定性與債權人保護之理論檢討與修法建議〉（審查中），頁1-39。

- 
- 黃詩淳（2008）。〈特留分之保護方法：從扣減而回復部分之法律性質談起〉。《國立臺灣大學法學論叢》，37 卷 1 期，頁 225-267。
- 黃詩淳（2010）。〈特留分意義之重建：一個法制史的考察〉。《臺大法學論叢》，39 卷 1 期，頁 109-160。
- 黃詩淳（2011）。〈遺產分割方法之指定的法律效力——最高法院九十七年度臺上字第 2217 號民事判決〉。《月旦裁判時報》，12 期，頁 29-35。
- 黃詩淳（2011）。〈遺產繼承之圖像與原理解析〉。《臺大法學論叢》，40 卷 4 期，頁 2185-2247。
- 黃詩淳（2015）。〈臺灣的高齡化社會與身分法的變動：以成年監護及生存配偶之保障為中心〉。《家族法研究》（韓國家族法學會），29 卷 1 期，頁 33-86。
- 黃詩淳（2014）。〈涉訟祭民遺囑之特徵與法律問題〉。《臺大法學論叢》，43 卷 3 期，頁 587-638。
- 黃詩淳（2016）。〈以遺囑處分遺產之方法及其救濟〉。《人權會訊》，119 期，頁 37-41。
- 黃詩淳（2018）。〈遺囑處分與特留分扣減之實務發展〉。《法令月刊》，69 卷 8 期，頁 132-155。
- 鄧學仁（2009）。〈論法定繼承新制（下）〉，《司法周刊》，1148 期，頁 2-3。
- 蔡孟彥（2015）。〈日本土地稅制簡介〉。《財稅研究》，44 卷 3 期，頁 135-152。
- 戴瑀如（2009）。〈論全面法定限定繼承之修法〉。《月旦法學雜誌》，171 期，頁 90-105。

三、學位論文（依姓氏筆畫排列）

- 余晉昌（2017）。《臺灣與美國遺囑要式及瑕疵救濟之比較研究》。國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文。

吳義聰（1997）。《死因贈與之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

李昆霖（2003）。《論遺贈—以附負擔遺贈為中心》。國立政治大學法律學研究所碩士論文。

林正雄（1999）。《遺產分割之研究》。輔仁大學法律學研究所碩士論文。

陳宗賢（1994）。《論指定應繼分》。國立政治大學法律學研究所碩士論文。

四、網路文獻與資訊（依開頭筆畫排列）

日本公証人連合会（2018）。《关于日本公证人的利用》。載於：

<http://www.koshonin.gr.jp/pdf/tyu.pdf>。

司法統計（2017）。《中華民國 106 年司法統計年報》。載於：

<http://www.judicial.gov.tw/juds/>。

行政院（2016）。《民法繼承編部分條文修正草案》。載於：

<https://www.ey.gov.tw/Page/AE106A22FAE592FD/c630b8ca-5109-46f7-86eb-6a9f508f6c2a>（最後瀏覽日：2019/01/31）。

行政院內政部統計處網站：

https://www.moi.gov.tw/stat/news_detail.aspx?sn=13742（最後瀏覽日：2018/06/30）。

行政院國家發展委員會（2016）。《中華民國人口推估（105 至 150 年）》。

載於：https://www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=84223C65B6F94D72。

行政院衛生福利部（2005）。《中華民國 94 年老人狀況調查報告》。載於：

<https://dep.mohw.gov.tw/DOS/lp-1767-113.html>。

行政院衛生福利部（2009）。《中華民國 98 年老人狀況調查報告》。載於：

<https://dep.mohw.gov.tw/DOS/lp-1767-113.html>。

行政院衛生福利部（2013）。《中華民國 102 年老人狀況調查報告》。載於：

<https://dep.mohw.gov.tw/DOS/lp-1767-113.html>。

行政院衛生福利部（2016）。《高齡社會白皮書》。載於：

<https://www.sfaa.gov.tw/SFAA/Pages/List.aspx?nodeid=767>。

新北市政府地政局（2015）。《土地登記審查手冊》。載於：

<https://www.land.ntpc.gov.tw/ch/home.jsp>。

新北市樹林地政事務所登記課（2016）。《105 年度繼承登記說明會講義》。

載於：

https://www.shulin.land.ntpc.gov.tw/ch/home.jsp?id=392&parentpath=0,1,134,352&mcustomize=multimessages_view.jsp&dataserno=201608230001&t=null&mserno=201407070001。

新北市樹林地政事務所登記課（2017），《106 年度繼承登記說明會簡報

檔》。載於：

https://www.shulin.land.ntpc.gov.tw/ch/home.jsp?id=392&parentpath=0,1,134,352&mcustomize=multimessages_view.jsp&dataserno=201707100001&t=null&mserno=201407070001。

大韓民國法制處（2010）。《韓國民法典中譯本》。載於：

<http://www.moleg.go.kr/english/korLawChi?pstSeq=56816>。

貳、日文部分

一、專書（依姓氏筆畫排列）

二宮周平（2013）。《家族法 第 4 版》。東京：新世社。

大村敦志（1997）。《典型契約と性質決定》。東京：有斐閣。

大村敦志（2010）。《フランス民法：日本における研究状況》。東京：信山社。

中川淳（1985）。《相續法逐條解說（上卷）》。東京：日本加除出版。





- 中川淳（1989）。《親族相續法》。東京：有斐閣。
- 中川淳（1995）。《相續法逐條解說（下卷）》。東京：日本加除出版。
- 中川善之助（1952）。《民法大要 親族法・相續法》。東京：勁草書房。
- 中川善之助監修（1952）。《注解相續法》。東京：法文社。
- 中川善之助編（1955）。《註釈相續法（下）》。東京：有斐閣。
- 中川善之助編（1956）。《註釈相續法（上）》。東京：有斐閣。
- 中川善之助、加藤永一編（2002）。《新版注釈民法（28）相續（3）遺言・遺留分》。東京：有斐閣。
- 中川善之助、泉久雄（2000）。《相續法》。東京：有斐閣。
- 中川善之助、泉久雄編（1992）。《新版注釈民法（26）相續（1）相續総則・相續人》。東京：有斐閣。
- 内田貴（2004）。《民法IV 補訂版 親族・相續》。東京：東京大学出版会。
- 犬伏由子、床谷文雄編（2010）。《現代相續法》。東京：有斐閣。
- 加藤永一（1990）。《遺言の判例と法理》。東京：一粒社。
- 伊藤昌司（2002）。《相續法》。東京：有斐閣。
- 有地亨（2005）。《新版家族法概論》。東京：法律文化社。
- 有泉亨（1988）。《新版親族法・相續法》。東京：弘文堂。
- 我妻榮、立石芳枝（1957）。《親族法・相續法》。東京：日本評論新社。
- 谷口知平、久貴忠彦編（1989）。《新版注釈民法（27）相續（2）相續の效果》。東京：有斐閣。
- 谷口知平、久貴忠彦編（2013）。《新版注釈民法（27）相續（2）相續の效果》。東京：有斐閣。
- 松川正毅（2014）。《民法 親族・相續》。東京：有斐閣。
- 林良平、大森政輔編（1992）。《注解判例民法4 親族法・相續法》。東京：青林書院。

法典調査会編（1937）。《法典調査会民法議事速記録》。東京：日本學術振興会。

法務大臣官房司法法制調査部（1984）。《法典調査会民法議事速記録7》。東京：商事法務研究会。

近藤英吉（1938）。《判例遺言法》。東京：有斐閣。

近藤英吉（1938）。《相続法論（下）》。東京：弘文堂。

兩宮則夫、寺尾洋編（2015）。《Q&A 遺言・信託・任意後見の実務》。

前田陽一、本山敦、浦野由紀子（2017）。《民法VI 親族・相続》。東京：有斐閣。

柚木馨（1956）。《判例相續法論》。東京：有斐閣。

柳川勝二（1920）。《日本相続法註釈（上巻）》。東京：巖松堂書店。

原田慶吉（1954）。《日本民法典の史的素描》。東京：創文社。

島津一郎、久貴忠彦編（1992）。《新・判例コンメンタール民法（14）相続（1）》。東京：三省堂。

梅謙次郎（1910）。《民法要義 卷之五 相續編》。東京：私立法政大學等。

稲本洋之助（1968）。《近代相続法の研究——フランスにおけるその歴史的展開》。東京：岩波書店。

潮見佳男（2016）。《相続法》。東京：弘文堂。


穂積重遠（1947）。《相続法 第1分冊》。東京：岩波書店。


穂積重遠（1947）。《相続法 第2分冊》。東京：岩波書店。


二、期刊論文與書之篇章（依姓氏筆畫排列）


二宮周平（2013）。〈「相続させる」旨の遺言の解釈～受益相続人が遺言者より先に死亡した場合〉。《戸籍時報》，706号，頁18-29。


三宅篤子（2015）。〈「相続させる」旨の遺言について〉。《中央学院大学法学論叢》，28卷1・2号，頁89-102。


- 
- 千藤洋三（1998）。〈「相続させる」遺言の解釈をめぐる諸問題〉，《関西大学法学論集》，48巻3・4号。頁333-396。
- 千藤洋三（2011）。〈「相続させる」旨の遺言と代襲相続〉，《関西大学法学論集》，61巻1号，頁1-70。
- 大場浩之（2005）。〈「相続させる」趣旨の遺言による不動産の取得と登記〉，《早稲田法学》，80巻4号，頁329-346。
- 小柳春一郎譯（2015）。〈シヤック・コンフレ「相続処理におけるフランス公証人の役割：相続登記未了問題解決のために」〉，《独協法学》，98号，頁89-124。
- 小粥太郎（2016）。〈相続不動産取引に潜むリスク——買い手からみた相続不動産〉，《相続法の立法的課題》，頁133-150。東京：有斐閣。
- 小瀬保郎（2011）。〈公正証書遺言の実態と問題点〉，《遺言と遺留分（第一巻：遺言）》，頁121-168。東京：日本評論社。
- 山口純夫（1991）。〈特定の財産を特定の相続人に「相続させる」遺言について〉，《甲南法学》，31巻3・4号，頁365-412。
- 山嶋正男（1960）。〈相続分の指定〉，《家族法大系：中川善之助教授還暦記念》，頁269-280。東京：有斐閣。
- 内田恒久（1995）。〈「相続させる」主旨の遺言に関する最高裁判例の射程距離等について（中）〉，《公証：日本公証人連合会機関誌》，109号，頁5-76。
- 内田恒久（1995）。〈「相続させる」主旨の遺言に関する最高裁判例の射程距離等について（下・完）〉，《公証：日本公証人連合会機関誌》，111号，頁8-72

- 
- 水野紀子（2011）。〈「相続させる」旨の遺言の功罪〉。《遺言と遺留分（第一巻：遺言）》。東京：日本評論社。
- 水野謙（1990）。〈「相続させる」旨の遺言に関する一視点——東京高裁昭和六三年七月一日判決の検討を兼ねて〉。《法律時報》，62 卷 7 号，頁 78-84。
- 水野謙（2001）。〈「相続させる」遺言の効力〉。《法学教室》，254 号，頁 19-23。
- 犬伏由子（2011）。〈各章のテーマの位置づけと問題点〉。《遺言と遺留分（第一巻：遺言）》，頁 33-46，東京：日本評論社。
- 加藤永一（1989）。〈「誰々に相続させる」旨の遺言の解釈〉。《判例タイムズ》，688 号，頁 345-347。
- 加藤美穂子（1998）。〈相続法再検討への素描的一試論：高齢化社会に対応てざる相続法を目指して〉。《新世紀へ向かう家族法：中川淳先生古稀祝賀論集》，頁 421-443，東京：日本加除出版。
- 北野俊光（2011）。〈「相続させる」旨の遺言の実務上の問題点〉。《遺言と遺留分 第 1 巻 遺言》，頁 169-197。東京：日本評論社。
- 古積健三郎（2002）。〈「相続させる」という遺言に基づく不動産物権の取得と登記〉。《法学セミナー》，576 号，頁 116。
- 右近健男（1990）。〈特定の財産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言の意味〉。《大阪府立大学経済研究》，35 卷 2 号，頁 214-200；
- 右近健男（1992）。〈判例評論〉。《判例時報》，1400 号，頁 170-173。
- 右近潤一（2012）。〈（判例研究）「相続させる」旨の遺言と代襲相続〉。《京都学園法学》，68 号，頁 59-75。

- 
- 本山敦（2011）。〈「相続させる」旨の遺言と受益相続人の先死〉。《金融・商事判例》，1367号，頁9。
- 本山敦（2012）。〈「相続させる」旨の遺言の推定相続人が遺言者の死亡以前に死亡した場合の遺言の効力〉。《私法判例リマークス》，44号，頁70-73。
- 石綿はる美譯（2015）。〈家族資産の移転と公序（フランス家族財産法の現在：フレデリック・ビシュロン教授講演会）〉。《法律時報》，87巻11号，頁88-96。
- 伊藤昌司（1991）。〈「相続させる」遺言は遺贈と異なる財産処分であるか〉。《法政研究》，57巻4号，頁651-678。
- 伊藤昌司（1992）。〈判例批評〉。《民商法雑誌》，107巻1号，頁129-122-137。
- 伊藤昌司（2008）。〈共同相続と遺言法〉。《遺言自由の原則と遺言の解釈》，頁101-119，東京：商事法務
- 吉田克己（2012）。〈第16章「相続させる」旨の遺言－遺産分割不要の原則の検証－〉。《市場・人格と民法学》，頁359-371。札幌：北海道大学出版会。
- 吉田克己（2012）。〈第17章「相続させる」旨の遺言・再考〉。《市場・人格と民法学》，頁373-405。札幌：北海道大学出版会。
- 吉田克己（2012）。〈第18章 遺言による財産処分の諸態様と遺産分割〉。《市場・人格と民法学》，頁407-438。札幌：北海道大学出版会。
- 有地亨（1990）。〈現代家族と家族関係に関する諸法〉。《現代家族法の諸問題》，頁1-22。東京：弘文堂
- 西口元（1993）。〈「相続させる」遺言の効力をめぐる諸問題〉。《判例タイムズ》，822号，頁48-53。

- 
- 西希代子（2014）。〈最高裁判所民事判例研究〉。《法学協会雑誌》，131
巻5号，頁172-194。
- 米倉明（2003）。〈「相続させる」遺言は遺贈と解すべきか〉。《タートン
ヌマン》，7号，頁1-46。
- 米倉明（2004）。〈「遺贈と登記（1）」——対抗問題法理か無権利法理か——
〉。《早稲田法学》，79巻2号，頁25-56。
- 佐久間毅（1999）。〈「遺言執行者がある場合」の相続人の処分行為の効力
——いわゆる「遺贈と登記」に関連して〉。《ジュリスト》，1166号，
頁84-93。
- 村重慶一（1999）。〈アジア家族法三国会議に出席して〉。《戸籍時報》，
496号，頁9-14。
- 谷口知平（1954）。〈包括遺贈と特定遺贈〉。《大阪市立大学法学雑誌》，1
巻1号，頁14-20。
- 岩志和一郎（1996）。〈いわゆる「相続させる」遺言の解釈——平成3年最
高裁判決に対する若干の疑問——〉。《公証法学》，25号，頁1-23。
- 松川正毅（1987）。〈フランス法における尊属分配〉。《比較法研究》，49
号，頁139-145
- 松川正毅（1992）。〈特定の相続人に「相続させる」旨の遺言は遺贈かそれ
とも遺産の分配か〉。《法学教室》，137号，頁100-101。
- 松川正毅（2003）。〈フランスの公証制度と紛争予防〉。《公証法学》，33
号，頁1-27。
- 松川正毅（2007）。〈遺産分割方法の指定と遺贈〉。《民法の争点（ジュリ
スト増刊 新・法律学の争点シリーズ1）》，頁358-359，東京：有斐
閣。

- 
- 松川正毅（2012）。〈判例批評〉。《民商法雑誌》。146巻2号，頁154-169。
- 沼邊愛一（1992）。〈「相続させる」旨の遺言の解釈〉。《判例タイムズ》，779号，頁6-26。
- 兩宮則夫（2014）。〈「相続させる」旨の遺言について遺贈の規定の類推適用か認められるか〉。《公証法学》，44巻，頁31-53。
- 青野洋士（1998）。〈「相続させる」趣旨の遺言と遺産分割〉。《現代裁判法体系11〔遺産分割〕》，頁189-209，東京：新日本法規出版。
- 前川和子（1976）。〈遺言相続と法定相続〉。《法学ジャーナル》，17号，頁1-39。
- 室木絢子（2007）。〈フランス遺言分割制度：「相続させる」旨の遺言への示唆を求めて〉。《北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル》，13号，頁61-91。
- 泉久雄（1988）。〈遺言と遺産分割〉，沼邊愛一等（編）。《家事審判事件の研究（2）》，頁52-63。東京：一粒社；
- 泉久雄（1999）。〈「相続させる」旨の遺言の解釈〉。《家族法の研究》，頁204-209。東京：有斐閣。
- 倉田卓次（1986）。〈特定の相続財産を特定の共同相続人に取得させる旨の遺言の効力〉。《家庭裁判月報》，38巻8号。頁123-141。
- 倉田卓次（1988）。〈「相続させる」の所有権移転効〉，《公証制度百年記念論文集》，頁253-280。東京：日本公証人連合会。
- 倉田卓次（1991）。〈判例評釈〉。《判例タイムズ》，756号，頁101-106。

- 
- 原田純孝（1998），〈扶養と相続：フランス法と比較してみた日本法の特
質〉。《扶養と相続》，頁 167-237。東京：早稲田大学。
- 原島克己（1990）。〈「相続させる」遺言雑考—…遺言実務ノート（その
一）—〉。《判例タイムズ》，734号，頁 23-28。
- 島田充子（2003）。〈「相続させる」趣旨の遺言による不動産の取得と登
記〉。《判例タイムズ》，1125号，頁 120-121。
- 島津一郎（1991）。〈分割方法指定遺言の性質と効力〉。《判例時報》，
1374号，頁 3-11。
- 浦本寛雄（1985）。〈相続分の指定・遺贈・遺産分割方法の指定〉。《演習
民法（相続）》，頁 16-22，東京：青林書院。
- 浦野由紀子（2011）。〈受益相続人の先死の場合における「相続させる」旨
の遺言の効力〉。《法学教室》，372号，頁 48-52。
- 高木多喜男（1992）。〈遺言の解釈〉。《講座・現代家族法：島津一郎教授
古稀記念 第6巻 遺言》，頁 97-110。東京：日本評論社。
- 副田隆重（2008）。〈遺言の効力と第三者の利害〉，野村豊弘、床谷文雄
（編），《遺言自由の原則と遺言の解釈》，頁 64-79，東京：商事法務。
- 黄詩淳（2007）。〈台湾法での相続の過程における遺留分減殺請求の機能
（3）：特に日本法との対比で〉。《北大法学論集》，57巻6号，頁
372-423。
- 黄詩淳（2012）。〈台湾における社会の変遷と遺言法〉。《流経法学》，12
巻1号，頁 71-104。
- 幾代通（1979）。〈遺贈と登記〉。《現代家族法大系 5 相続 II 遺産分割・
遺言等》頁 127-141。東京：有斐閣。
- 森野俊彦（1999）。〈遺言——「相続させる」旨の遺言について〉。《判例
タイムズ》，996号，頁 141-145。

落合威（1998）。〈老親扶養と公証実務〉。《家族（社会と法）》, 14号, 頁 153-162。

橋本昇二（1992）。〈「相続させる」趣旨の遺言をめぐって〉。《ケース研究》, 232号, 頁 56-57。

橘勝治（1979）。〈遺産分割事件と遺言書の取扱い〉。《現代家族法大系 5 相続 II 遺産分割・遺言等》, 頁 58-72。東京：有斐閣。

瀬戸正二（1989）。〈「相続させる」との遺言の効力〉。《金融法務事情》。1210号, 頁 6-9。

三、網路文獻與資訊（依開頭筆畫排列）

大村敦志監修（2014）。《各国の相続法制に関する調査研究業務報告書》。
載於：<http://www.moj.go.jp/content/001128517.pdf>。

日本公証人連合会網站：<http://www.koshonin.gr.jp/list>（最後瀏覽日：2018/06/30）。

日本公証人連合会（2018）。〈公証人紛争を未然に防げために〉。載於：
<http://www.koshonin.gr.jp/pdf/kousyouninpanhuretto.pdf>。

日本公証人連合会（2018）。〈平成 29 年の遺言公正証書作成件数について〉。載於：
<http://www.koshonin.gr.jp/news/nikkoren/%E5%B9%B3%E6%88%90%EF%BC%92%EF%BC%99%E5%B9%B4%E3%81%AE%E9%81%BA%E8%A8%80%E5%85%AC%E6%AD%A3%E8%A8%BC%E6%9B%B8%E4%BD%9C%E6%88%90%E4%BB%B6%E6%95%B0%E3%81%AB%E3%81%A4%E3%81%84%E3%81%A6.html>。

日本内閣府（2017）。《平成 29 年版高齢社会白書》。載於：

https://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/w-2017/zenbun/29pdf_index.html。

日本法務省（2018）。〈民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律について（相続法の改正）〉。載於：

http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00222.html#A001（最後瀏覽日：2018/11/01）。

日本法務省民事局参事官室（2016）。《民法（相続関係）等の改正に関する中間試案の補足説明》。載於：

<http://www.moj.go.jp/content/001198631.pdf>。

行政書士事務所飯田橋総合法務オフィス網站：<https://www.yuigon->

[sakusei.biz/%E9%81%BA%E8%A8%80%E3%81%AB%E9%96%A2%E3%81%99%E3%82%8B%E5%9F%BA%E7%A4%8E%E7%9F%A5%E8%AD%98/](https://www.yuigon-sakusei.biz/%E9%81%BA%E8%A8%80%E3%81%AB%E9%96%A2%E3%81%99%E3%82%8B%E5%9F%BA%E7%A4%8E%E7%9F%A5%E8%AD%98/)

（最後瀏覽日：2018/06/30）。

参、徳文部分

一、專書（依姓氏字母排列）

Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt (2001). *Erbrecht*, (5. Aufl.). Bielefeld:Gieseking.

二、期刊論文（依姓氏字母排列）

Reimann, Wolfgang (2001), *Familienerbrecht und Testierfreiheit im deutschen Recht*,
in: H. Dieter/ S. Dieter (Hg.): Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Gieseking, S, 33-52.