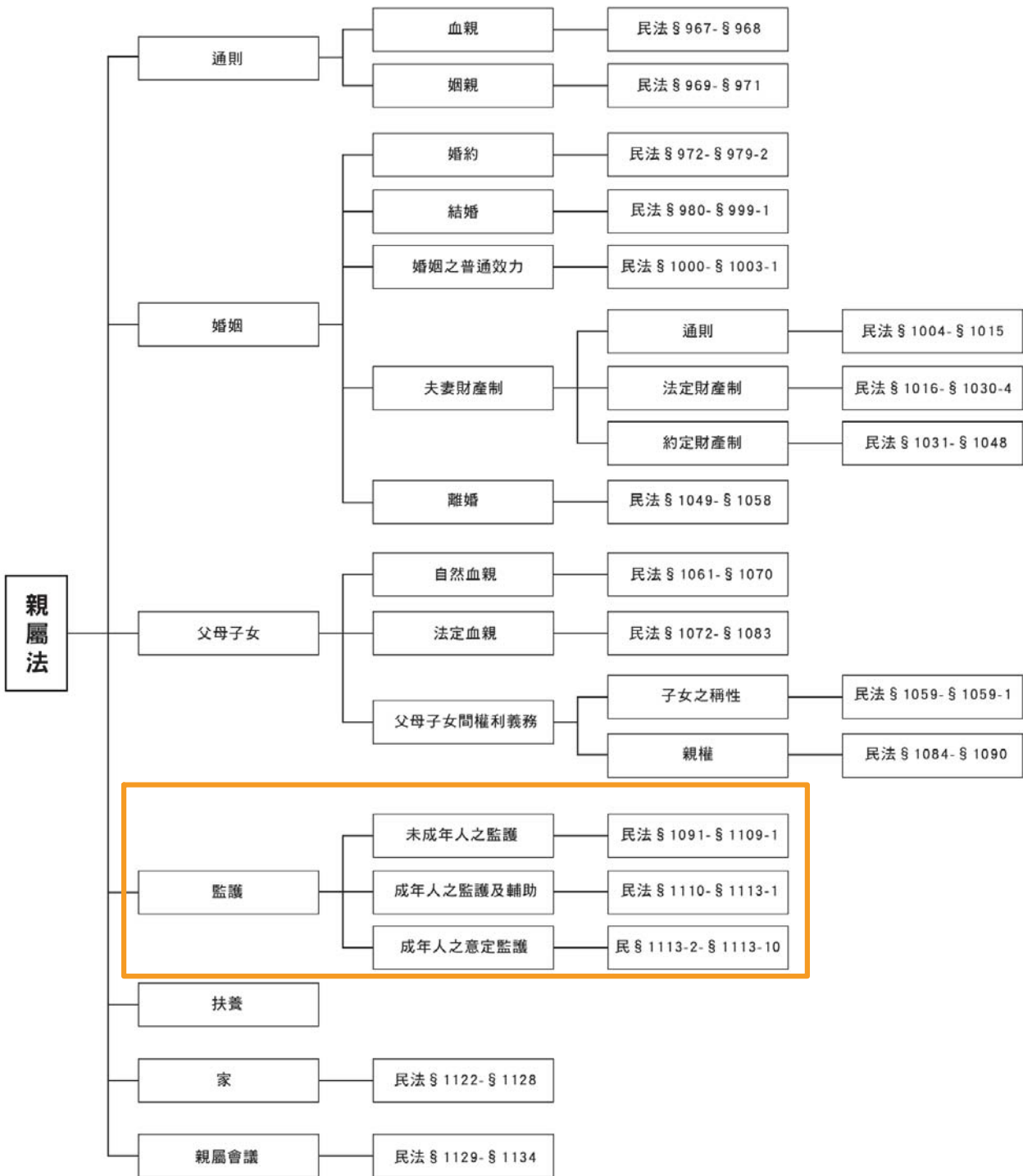


勘誤處以橘框表示

初版第1章章名頁前





✦ 解析

依民法第 971 條：「姻親關係，因離婚而消滅；結婚經撤銷者亦同。」第 988 條之 1 第 1 項：「前條第三款但書之情形（按：特殊重婚），前婚姻自後婚姻成立之日起視為消滅。」可知僅（C）選項配偶一方死亡並非姻親消滅之原因。

QUESTION | 精選試題

甲男與乙女結婚後生有丙男、丁女與戊女三人。乙早逝，由甲扶養三子女成年。丙與一年前喪夫之同事己女相戀想要結婚，卻受甲之反對，因此兩人未辦婚禮，於民國（下同）102 年 10 月 15 日持具兩證人簽名之結婚書面契約，雙方親自向戶政機關登記結婚。婚後三年未有子嗣，而共同收養 2 歲的 A 男，並成立書面之收養契約，經法院為收養之認可。一年之後，丙與己在一場家族聚會中，赫然發現己之過世前夫的祖父，竟與丙之外曾祖父為同一人。試問：

（一）丙與己共同收養 A，是否有效？（25 分）

【107 司法官第二題第一小題】

✦ 參考簡答

（一）丙與己為合法之夫妻，應認其共同收養有效，以保護未成年人 A 之利益

1. 共同收養是否有效，首應視丙、己之婚姻關係是否合法有效

（1）依民法（下同）第 1074 條，夫妻原則應共同收養子女，以維持婚姻和諧、更加保護養子女利益，除此之外，一人不得同時為二人養子女（第 1075 條），否則收養無效（第 1079 條之 4）。

（2）丙、己之婚姻有效，為合法之夫妻

① 符合結婚之形式要件

為提高結婚之公示性，民法修正舊法「儀式婚」，改採「登記婚」。

故兩人於民國 102 年，持「二證人簽名」、「書面」結婚契約「親向戶政機關登記」，縱未有公開儀式，仍符合第 982 條形式要件。

② 是否符合「非禁婚親」之結婚實質要件

依第 983 條第 1 項第 3 款、第 988 條，旁系姻親五親等，輩分不相同者，不得結婚。己之過世前夫的祖父，與丙之外曾祖父為同一人，可知己前夫、丙為旁系血親五親等，輩分不相同之親屬（第 968 條），己、丙為旁系姻親五親等輩分不相同之親屬（第 969 條、第 970 條）。

A. 夫妻一方死亡，並非姻親消滅之原因

依第 971 條反面解釋及修正沿革之歷史解釋，通說實務均認為夫妻一方死亡，並非姻親消滅原因。

B. 夫妻一方死亡，他方再婚時，應有解消前婚姻親關係之效力

a. 惟有學者認，於他方再婚時，實無與前婚配偶親屬維持姻親關係之意，應認此際姻親關係消滅。

b. 本文亦認基於身分關係具有高度人格性，當事人真意、人格自主性應予尊重，解釋上應認再婚時，解消前婚姻親關係。而不宜逕依文義反面解釋第 971 條。退而言之，宜類推適用該條規定，否則將使「前婚係因死亡（而非離婚）解消」之一方，後續之結婚自由增加更多限制，有所不當。附帶言之，或可參日本法「死後離婚制度」作為立法參考。

2. 丙、己之婚姻有效，且符合夫妻共同收養要件，收養 A 為有效（第 1074 條）。



 爭點分析

- **爭點** 民法第 1020 條之 1 之適用，是否以處分財產之人陷於「無資力」為必要⁵⁶？

《案例》偷偷賣地案

甲夫乙妻結婚，雙方並未約定夫妻財產制。甲在民國 106 年 10 月以顯不相當之對價，將婚後財產 A 地出賣並移轉登記於丙。乙在 107 年 8 月發現上情後，即起訴依民法第 1020 條之 1、類推適用民法第 244 條 4 項規定，求命法院撤銷上開債權、物權行為並請求丙塗銷所有權登記。但甲、丙則抗辯，乙並未因上開行為陷於無資力，甲不得請求法院撤銷。

(一) 問題意識：

在民法第 244 條詐害債權撤銷權之要件中，通說實務均認為所謂「債權人有保全債權之必要」應指債務人陷於「無資力、資力不足」之情形而言，若債務人仍有相當財產，其處分部分財產之行為即非詐害行為，債權人不得撤銷。那麼在仿造民法第 244 條增定之 1020 條之 1，是否亦以夫或妻處分財產並陷於資力不足的情形，他方配偶始能依法請求撤銷？

(二) 肯定說（最高法院 110 年度台上字第 3274 號民事判決）：

實務判決認為，民法第 1020 條之 1 既然是仿造民法 244 條之規定而制定，且撤銷權之目的即在保全債務人責任財產，則債權人行使撤銷權，仍應乙債務人限於無資力為要件。

關鍵實務 | 最高法院 110 年度台上字第 3274 號民事判決

「夫妻剩餘財產差額分配請求權，係就雙方剩餘婚後財產之價值計算金錢數額，其間差額平均分配，為金錢數額之債權請求權，並非存在於具體財產標的上之權利，不得就特定標的物為主張及行使。又為保全夫或妻一方於「法定財產制關係消滅後始發生」之上開請求權（期待權），立法者參照民法第 244 條第 1、2 項規定之精神，於第 1020 條之 1 第 1、2 項特別規定：一方得就他方詐害剩餘財產分配期待權之有償或無償行為，行使撤銷權。是則，不論係法

56 林秀雄，〈剩餘財產分配期待權之保全〉，月旦實務選評第 3 卷第 9 期，2023 年 9 月，頁 108。

勘誤處以橘框表示

(2) 消極負債：

① 對戊負債 1000 萬

② 對乙 100 萬（甲曾幫乙清償婚前債務），是否應加入計算⁷⁷？

→ 陳明楷師：應先在民 § 1030-1 的計算上計入甲之負債 100 萬；再類推適用民 § 1030-2 加入 100 萬，計算上始為公平之結果。

即：-1000（對戊負債）= **-100**〈類推適用民 § 1030-2〉-900 萬，以 0 計算。

2. 甲得向乙請求 500 萬之差額分配。

(二) 類推適用民法第 1030 條之 2 理由⁷⁸：

1. 發生「婚前債務轉變成婚後債務」之性質變更：

(1) 首先，自法定財產制之價值與邏輯而言，夫妻一方之婚前債務，應以自己之婚前財產清償，不發生剩餘財產計算的問題。但當夫妻一方以自己婚後財產清償他方婚前債務時，雖然他方的婚前債務消滅，但又同時產生了等值的一個婚後債務（對於代替清償配偶之負債）。

→ 以本案例而言，乙原本婚前的債務 100 萬，因為甲幫忙清償，原先債務消滅，轉變為對甲之 100 萬債務，且該債務在婚後發生，邏輯上屬於婚後債務。

(2) 由民法第 1030 條之 1 之文義，婚後債務應納入剩餘財產分配，因此該債務應加入計算，始符合法律規定。

→ 以本案例而言，乙對甲之債務，應加入甲婚後負債 100 萬計算。

(3) 但如此計算，將發生不公平之結果。因為原本的婚前負債並不加入剩餘財產分配計算，但因配偶在婚後幫忙清償，轉變為婚後債務，就因此可以加入計算，減少負債方的婚後財產額度，並不公平。

77 編按：在本案例中雖然因甲負債累累，不論是否將乙妻以自己婚後財產清償甲婚前債務之負債加入甲之婚後債務計算，均不影響計算數字（因均為所負債務大於財產），以 0 計算。但若在積極財產較多的情形下，是否應加入計算扣除負債額度，將影響計算結論！

78 陳明楷，〈民法第 1030 條之 2 若干適用或類推適用問題〉，《臺北大學法學論叢》，第 118 期，2021 年 6 月，頁 163。



戊於甲死亡後於咖啡廳與網友王見面，與王甫結識 2 小時即決定結婚，王當場書立結婚書約，因咖啡廳內只有店員一人且不願意擔任結婚證人，故王外出覓得原不相識之路人癸、丑於結婚書約證人欄簽名，戊則於咖啡廳內等待王取得證人簽名，再與王持該結婚書約共赴戶政事務所辦理結婚登記，嗣戊於結婚登記翌日死亡。試問：

(二) 甲之遺產由何人繼承取得？戊之遺產由何人繼承取得？(25 分)

【112 年司律第二題第二小題】

參考簡答

(一) 甲之遺產由配偶乙、丙子、戊子繼承；戊之遺產由丁母繼承

1. 甲之遺產繼承人：

遺產繼承人須符合三要件：一定身分關係、同時存在、未喪失繼承權，下分述之

(1) 配偶繼承人：乙 (民 § 1144)

① 依題示，法院為一審判決後，敗訴一方已上訴，而後甲死亡。而依家事事件法第 59 條規定，離婚訴訟中夫或妻於判決確定前死亡時，關於本案視為訴訟終結。蓋死亡亦為婚姻關係消滅之原因。

② 惟因死亡而消滅婚姻關係與因「離婚」而消滅婚姻關係，差別即為乙是否得以配偶繼承人身分繼承遺產，本件甲、乙婚姻乃因「甲死亡」而消滅，乙自得乙配偶身分繼承遺產。

(2) 血親繼承人：丙、戊 (民 § 1138 ①)

① 丙：依民法第 1138 條第 1 款，直系血親卑親屬為第一順序繼承人，甲之婚生子女丙在繼承開始時尚生存，為繼承人無疑。

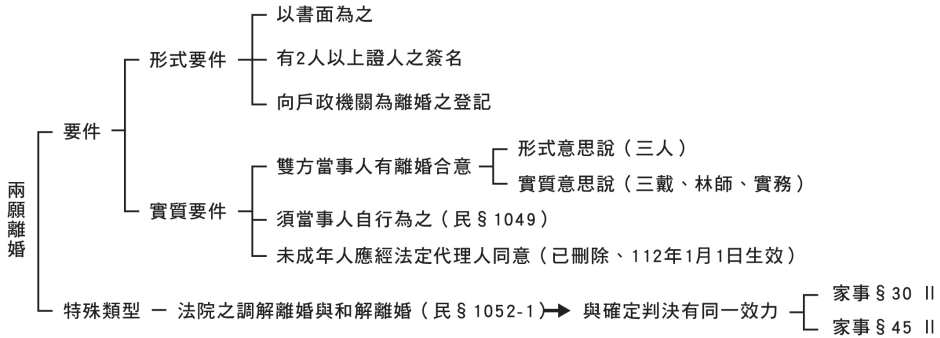
② 戊：依題示，非婚生子女戊在甲生前已受認領 (民 § 1065 1)，其效力溯及於戊出生 (民 § 1069 本文)，故戊亦有繼承權。

2. 戊之遺產繼承人：

(1) 配偶繼承人：無

① 結婚之形式要件：

SECTION 2 兩願離婚



一、兩願離婚之要件

參考法條

民法第1049條【兩願離婚】

「夫妻兩願離婚者，得自行離婚。」

民法第1050條【兩願離婚之形式要件】

「兩願離婚，應以書面為之，有二人以上證人之簽名並應向戶政機關為離婚之登記。」

(一)形式要件：

1. 須以書面為之。
2. 須二人以上證人之簽名⁸：

通說及實務見解均認為，離婚證人須能證明當事人有離婚之真意，否則即屬不備法定要件，離婚無效。在實務上，兩願離婚被認定為

8 林秀雄，〈親屬法講義〉，元照，2022年增修七版，頁165。



關鍵實務 | 最高法院 64 年度台上字第 82 號判決先例

「所謂訴之預備之合併（或稱假定之合併），係指原告預防其提起之此一訴訟無理由，而同時提起不能並存之他訴，以備先位之訴無理由時，可就後位之訴獲得有理由之判決之訴之合併而言，例如以惡意遺棄為理由，請求離婚，預防該離婚之訴，難獲勝訴之判決，而合併提起同居之訴是。」

6. 夫妻之一方意圖殺害他方（民 § 1052 I ⑥）

本款所謂「意圖」，接近刑法上的「故意」，因此不須配偶已著手進行殺害行為，縱使僅為預備行為、教唆他人殺害或使用不能達成殺害目的的行為手段，均該當本款事由²⁸。

7. 有不治之惡疾（民 § 1052 I ⑦）、有重大不治之精神病（民 § 1052 I ⑧）

(1) 理由：

若夫妻一方身患不治惡疾或精神病，雖然通常對於自身罹病並無有責性，但對於婚後的共同生活相當有害，惡疾亦可能具有傳染性，禍及配偶與子女，故民法規定為無責離婚事由。

(2) 須為不能治之「惡疾」：

若夫妻一方罹患疾病能治，或難以期待治癒，但非屬「惡疾」者，即不構成本款離婚事由。至於何謂本款之「惡疾」？學說、實務認為應指對於人之身體機能、健康有害，而為常情所厭惡之疾病²⁹。實務認梅毒為惡疾，但失明、殘廢、不孕症非屬惡疾。

(3) ● 爭點：婚前即罹患之「惡疾是否」能依本款請求離婚？

① 實務見解：採否定說

最高法院 22 年上字第 422 號判例（無全文）：「離婚與撤銷婚姻雖均使已成立之婚姻對於將來失其效力，惟可得撤銷之婚姻係因其成立時即有瑕疵，而離婚之事由則為婚姻成立後所發生，彼此並非一致，故婚姻成立前業已存在之事由，除合於撤銷婚姻之條件時得請求撤銷外，殊無據以請求離婚之餘地。」

28 林秀雄，《親屬法講義》，元照，2022 年增修七版，頁 183。

29 同前註，頁 184。



應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」

【增訂理由】

舊法關於裁判離婚原因之規定，係採列舉主義，僅以本條所列之十種原因為限，過於嚴格。現代各國立法例，多兼採概括主義，以應實際需要。爰增列本條第二項上段規定，較富彈性。又如足以構成離婚原因之重大事由，應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，始屬公允，爰並設但書之規定。

1. 破綻主義之意義——消極破綻主義與積極破綻主義：

傳統意義下的離婚事由，傾向評價當事人的「有責性」，如侵害配偶權、有不忠誠的行為等，學說稱為「有責主義之離婚」。我國民法立法之初即採取此主義，因此民法第 1052 條第 1 項各款事由，多係其中一方對於婚姻的維繫有「可歸責」的事由，他方才能請求離婚。

而所謂破綻主義，即是僅以婚姻關係在客觀上是否已生破綻，難以期待繼續共同生活作為是否准許離婚之判準，而不再追問是否當事人對婚姻破裂具有可責性。在立法上，又可分為「積極破綻主義」與「消極破綻主義」兩者：

(1) 積極破綻主義：

若當事人婚姻關係如已產生破裂而無法期待夫妻繼續其婚姻生活時，已失去婚姻永久共同生活、協力之目的，故應允許當事人得以擺脫此種「形骸化」的婚姻關係，而不問雙方配偶中何人對於婚姻破裂具有可責性或具有較高的可責性。

勘誤處以橘框表示

Answer |

1. 構成離婚事由：

甲男和丙男合意性交，構成民法第 1052 條第 1 項第 2 款之有責離婚事由。

2. 乙之離婚請求權已消滅：

依提示，在甲簽訂「再犯協議書」後，乙女即打消「將不倫情事」公諸於外的念頭，似尚難認為符合民法第 1053 條積極「表示原諒」之宥恕（其仍可能「不願放過」甲）。但依同條規定，知悉後已逾六個月，離婚訴權亦消滅，故乙不得請求法院判決離婚。

(二) 除斥期間經過（民 § 1053、民 § 1054）：

1. 意義：

通說見解認為民法第 1053 條及民法第 1054 條所定期間，為除斥期間。理由在於離婚判決乃形成訴訟，因此限制離婚訴權的時間為除斥期間而非消滅時效，除斥期間乃不變期間，無法適用時效障礙制度。

2. 事由：

(1) 重婚、與他人合意性交（§ 1052 I ①、②）：

知悉後逾 6 個月、自情事發生後已逾 2 年。實務見解曾認為，若夫妻一方知悉他方重婚而已經過 6 個月時，若有身體或精神上不堪同居之重大痛苦時，仍得以同條第 3 款「不堪同居之虐待」請求離婚⁴¹。

(2) 夫妻一方意圖殺害他方（§ 1052 I ⑥）：知悉後逾 6 個月、自情事發生後已逾 2 年。

(3) 因故意犯罪判處逾 6 個月有期徒刑（§ 1052 I ⑩）：知悉後逾 1

41 最高法院 51 年度台上字第 2075 號民事判決：「夫妻之一方，知悉他方與第三人重婚後已逾六個月者，依民法第一千零五十三條之規定，固不得以同法第一千零五十二條第一款「重婚」為原因請求離婚。惟一方因他方重婚結果，致身體上或精神上有不堪繼續同居之痛苦者，究非不得依同法條第三款「夫妻之一方受他方不堪同居之虐待」之規定，請求與他方離婚，並賠償因此所生之損害。」



勘誤處以橘框表示

年、自情事發生後已逾5年。

關鍵實務 | 最高法院 33 年上字第 4886 號民事判決先例

「民法第一千零五十三條及第一千零五十四條所定之期間，為離婚請求權之除斥期間，與消滅時效性質不同，關於消滅時效中斷及未完成之規定，無可準用。」

(三) 離婚請求權之拋棄：

權利人得自由處分其權利，解釋上離婚權利人知悉有離婚請求權存在後，而將其拋棄，亦發生離婚請求權消滅之效果。

(四) 判決確定或夫妻一方死亡：

1. 家事事件法第 57 條：「有關婚姻關係之訴訟，經判決確定後，當事人不得援以前依請求之合併、變更、追加或反請求所得主張之事實，就同一婚姻關係，提起獨立之訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：一、因法院未闡明致未為主張。二、經法院闡明，因不可歸責於當事人之事由而未為主張。」因此若法院闡明有複數離婚請求權，而權利人在訴訟中人只願主張其一或部分時，經該離婚判決確定後，基於紛爭解決一次性，其他離婚請求權亦消滅。
2. 家事事件法第 59 條：「離婚之訴，夫或妻於判決確定前死亡者，關於本案視為訴訟終結；夫或妻提起撤銷婚姻之訴者，亦同。」



定權利義務之行使或負擔之人或會面交往之裁判後，發生家庭暴力者，法院得依被害人、未成年子女、直轄市、縣（市）主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求，為子女之最佳利益改定之。」



DISCUSS | 專題討論

「臺義跨國爭女案」與憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決

一、問題提出與本案事實

(一) 問題提出：

在法院決定或改定親權人的具體案件中，應如何具體解釋適用民法第 1055 條之 1 各款事由？在「跨國交付子女」之情形尤為複雜。在近期著名的「臺義跨國爭女案」中，憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決明確揭示揭示「子女最佳利益原則」、「聽取子女陳述意見」與「繼續性原則」在決定、改定親權人、定暫時狀態假處分時之重要性。但學者亦有認為大法官錯誤理解國際公約、見解有所不當而對該判決持質疑之態度。不論如何，本案在身分法上具有重要意義，讀者應特別留意。

(二) 本案事實：

甲女（本國人）與乙男（義大利人），在無婚姻關係下生下丙女，雙方約定共同行使親權。其後，乙男將丙女帶回義大利探望祖母，甲女向法院提出改定親權人之聲請，並以丙女護照遺失為由，向我國駐義大利代表處申請補發護照並將丙女帶回國內。嗣後地方法院暫時處分裁定在改定親權訴訟確定前，丙女應由乙男帶回慣居地義大利居住，甲女對該暫時處分之抗告及再抗告均受駁回確定（最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定⁵⁶）。遂依法提起憲法法庭裁判，憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決認定該裁定牴觸憲法，發回最高法院。

56 高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定：「按暫時處分之抗告，抗告法院為裁定前，應使關係人有陳述意見之機會。但抗告法院認為不適當者，不在此限。家事事件法第 91 條第 4 項定有明文。」

戊於甲死亡後於咖啡廳與網友王見面，與王甫結識 2 小時即決定結婚，王當場書立結婚書約，因咖啡廳內只有店員一人且不願意擔任結婚證人，故王外出覓得原不相識之路人癸、丑於結婚書約證人欄簽名，戊則於咖啡廳內等待王取得證人簽名，再與王持該結婚書約共赴戶政事務所辦理結婚登記，嗣戊於結婚登記翌日死亡。試問：

(一) 第一審法院為本案判決時，應如何判斷甲之離婚請求有無理由？(25 分)

【112 年司律第二題第一小題】

⊙ 參考簡答

(一) 法院宜依憲法法庭 112 年憲判字第 4 號判決意旨裁定停止訴訟（憲法訴訟法 § 54），或認為唯一有責甲之事由「已持續相當期間」且婚姻無回復可能而准許離婚

1. 唯一有責配偶離婚請求是否應准許？

(1) 積極破綻與消極破綻主義：

我國民法第 1052 條第 2 項規定，有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者時夫妻之一方得請求離婚。但事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。學說上稱為「消極破綻主義」，在有無法維持婚姻事由時仍應探查是否「應由一方負責」，與比較法採取積極破綻主義不同，仍會使夫妻在訴訟中揭發隱私以取得有利判決。且有實務見解（最高法院 95 年第 5 次決議），不當擴張但書見解，認為在「雙方均有責」時，尚應比較衡量有責程度輕重以定離婚請求權人。

(2) 112 年憲判字第 4 號判決：

判決認為，在一方「唯一有責」之情形，原則無責配偶不願離婚之自由較有責者離婚自由更應予以保護，惟現行法在有責事由「已逾相當期間」或「經過相當期間」時，未設特別規定已保護有責配偶，將產生一旦有責，終身不許離婚之過苛結果，故應限期修正。並認



①意圖以收養免除法定義務：

如成年子女為脫免對於自己直系血親尊親屬之扶養義務（民 § 1115），而欲出養為他人子女，使自己與本生親屬間權利義務停止之情形。

②依其情形，足認收養於其本生父母不利：

如成年子女對父母提出不當要求被拒絕時，以出養為他人子女加以要脅、或本生父母雖有財產但孤苦無依需要親人照顧等。

③有其他重大事由，足認違反收養目的：

有學者認當事人為逃避國家犯罪訴追、逃漏稅而被收養，可認違反收養目的，法院應不予認可³⁸。

3. 管轄法院：

家事事件法第 114 條第 1 項規定：「認可收養子女事件，專屬收養人或被收養人住所地之法院管轄；收養人在中華民國無住所者，由被收養人住所地之法院管轄。」

三、收養之無效與撤銷

(一)收養無效（民 § 1079-4）：

1. 收養無效之原因：

(1) 當事人間無收養之真意：

民法雖未特別規定當事人欠缺收養真意之收養為無效，但基於身分行為之性質，通謀虛偽之收養、收養人無意思能力之收養、相對人同一性錯誤之收養，均為無效。

(2) 違反收養者與被收養者年齡差距（民 § 1073）。

(3) 違反近親收養之限制（民 § 1073-1）。

(4) 違反一人不得同時為二人之養子女之規定（民 § 1075）。

(5) 違反本生父母之同意（民 § 1076-1）。

(6) 違反未滿七歲之未成年人應由法定代理人代理之規定（民 § 1076-2 1）。

(7) 違反作成書面、應得法院認可之規定（民 § 1079）。

38 戴炎輝、戴東雄、戴瑪如，〈親屬法〉，元照，2021年初版，頁407。



第一項 | 子女之稱姓

一、婚生子女之稱姓（民 § 1059）

(一) 姓氏之決定：

參考法條

民法第 1059 條第 1 項【婚生子女姓氏之決定】
「父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓。未約定或約定不成者，於戶政事務所抽籤決定之。」

1. 要式性：父母於出生登記前，應以書面約定。
2. 未約定或約定不成：於戶政事務所抽籤決定。

(二) 姓氏之變更：

1. 當事人任意變更：

(1) 子女未成年時（民 § 1059 II）：

得由父母書面約定變更。須注意者係，子女之稱姓並非親權之一環，因此父母縱使未行使親權，仍有約定變更子女稱姓之權利。

(2) 子女已成年時（民 § 1059 III）：

得自行決定改從父姓或母姓，無須得父母之同意。蓋姓氏選擇為憲法所保障之基本人權的範疇，故成年人應有權利依據自我認同選擇從父姓或母姓。

(3) 未成年、成年變更稱姓，各以一次為限：

為維護交易安全與身分安定，立法者規定父母約定變更及子女成年後自行決定變更姓氏，均以變更一次為限（民 § 1059 IV）。

2. 法院宣告變更：

三、養子女之稱姓（民 § 1078）

參考法條

民法第 1078 條【養子女之稱姓】

- 「 I 養子女從收養者之姓或維持原來之姓。
 II 夫妻共同收養子女時，於收養登記前，應以書面約定養子女從養父姓、養母姓或維持原來之姓。
 III 第一千零五十九條第二項至第五項之規定，於收養之情形準用之。」

(一) 姓氏之決定：

1. 單獨收養：

由收養者決定養子女從收養者姓氏或維持原姓氏（民 1078 I）。

2. 夫妻共同收養：

夫妻應在收養登記前，由「書面」約定養子女從養父姓氏、養母姓氏或維持原姓氏。

(二) 姓氏之變更：

依民法第 1078 條準用婚生子女任意變更、法院為子女利益變更之規定。

第二項 | 父母對未成年子女之親權

一、總說

(一) 親權之意義：

1. 親權之雙重內涵：

民法第 1084 條第 2 項：「父母對於未成年子女有保護教養之權利義務。」揭示現行法下，父母之親權具有權利及義務之雙重性質。學說見解認為，在現代親子法傾向子女利益優位的想法下，實難認為在父母子女的內部關係中「保護、教養子女」具有權利的意涵。因此，所謂的保護教養權利，應係指父母在「對外關係」時，若有第三人妨礙父母保護教養之情事，如違法扣留子女時，父母得請求交還子女而言（家事事件法第 104 條、第 107 條）。而在內行使法定代理權、



五、繼承回復請求權與物上請求權及取得時效

(一) 繼承回復請求權與物上請求權之關係：

1. 法條競合說（羅昌發大法官⁵³、三戴合著⁵⁴）：

繼承回復請求權為物上請求權之特別規定，故繼承人本不得再以物上請求權請求返還。

(1) 羅昌發大法官認為，法律解釋重要原則之一，為解釋之結果，不應使法律之明文規定，變成具文。如有兩種解釋，其中之一會導致法律規定成為毫無意義之具文，而另一解釋則會賦予每一條法律規定有其個別之意義與功能，自然應以後者之解釋方式優先。而釋字第 771 號解釋之多數見解認為，繼承回復請求權與物上請求權間之關係為「自由競合」，將使民法第 1146 條第 2 項之時效規定成為具文。只有將民法第 1146 條之繼承回復請求權規定，與民法第 767 條之所有物返還請求權規定之關係，解釋為「法條競合」（即依特別法與普通法之關係，只適用屬於特別規定之民法第 1146 條第 1 項，而不再適用屬於普通規定之民法第 767 條），而非「請求權競合」，始不違背前述法律解釋之原則。

(2) 三戴則認為，在比較法上，德國及瑞士法亦保留繼承回復請求權之規定，故不宜如釋字第 771 號解釋意旨，使繼承回復請求權之規定成為具文。但我國繼承回復請求權之短期時效（2 年、10 年）與物上請求權的一般時效相較，實在過短，而與民法第 1146 條規定旨在保護繼承人之權益背道而馳。

因此，在立法論上，宜仿照德、瑞之立法，將民法第 1146 條第 1 項繼承回復請求權之規定保留，但將第 2 項短期時效之規定刪除，使繼承回復請求權得以適用民法第 125 條之一般時效 15 年之規定。如此既能使繼承回復請求權發揮特別規定的機能，二來亦不致因時效過短，而產生對真正繼承人過苛之情形。

2. 時效相互影響說（史尚寬師、戴炎輝師⁵⁵）：

繼承回復請求權與物上請求權兩者為並存之權利，惟請求權之時效

53 羅昌發大法官提出之釋字第 771 號解釋部分不同部分協同意見書。

54 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，《繼承法》，元照，2021 年初版，頁 102-103。

55 史尚寬，《繼承法論》，自刊，1966 年民國 60 年，頁 113；戴炎輝、戴東雄，《繼承法》，自刊，民國 92 年，頁 102。

(四) 遺產酌給請求權之時效：

1. 類推適用民法第 1146 條第 2 項前段（三人合著²³）：

因遺產酌給請求權與繼承關係有密切關係，應類推適用繼承回復請求權短期時效 2 年之規定。

2. 回歸適用民法第 125 條（三戴合著²⁴、林秀雄師²⁵）：

遺產酌給請求權性質上為受酌給權利人向繼承人請求一定遺產的「債權請求權」，在無特別規定時效的情形下，應適用民法第 125 條的 15 年時效。

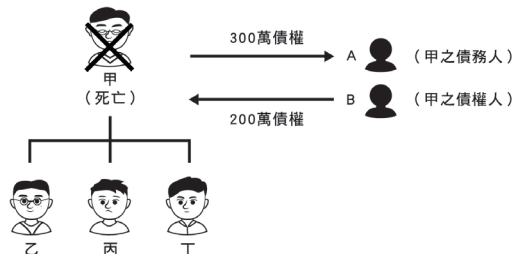
(五) 家事事件法之規定：

家事事件法並未規定遺產酌給事件為何種類型之家事事件。但在家事事件審理細則第 79 條第 1 項第 6 款中，將遺產酌給規定為「繼承訴訟事件」。由遺產酌給事件為身分關係所產生的財產事件，具有某程度的爭訟性，且當事人具有處分權觀之，應屬家事事件法第 3 條之「丙類事件」，於訴訟前應先行調解（家 § 23 I）。

第四項 | 共同繼承

Question |

甲死亡時有繼承人乙、丙、丁三子。甲生前對於 A 享有新臺幣 300 萬之貨款債權，對於 B 則負有 200 萬之票據債務。試問：各繼承人與 A、B 之權利義務關係為何²⁶？



23 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，〈《民法繼承新論》2022年修訂十二版〉，頁 126。

24 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，〈《繼承法》〉，元照，2021年初版，頁 120。

25 林秀雄，〈《繼承法講義》〉，元照，2019年修訂八版，頁 100。

26 例題改編自：吳明軒，〈繼承人代位繼承及其與債權人、債務人之關係〉，《月旦法學教室第 164 期》，2016年 6 月，頁 15-17。



丁結婚時，甲曾贈與丁 100 萬元。

- a. 所得遺產：在《案例》中，繼承人乙、丙之「所得遺產」為繼承開始時甲之積極財產 600 萬元（民 § 1148）及繼承開始前 2 年內，對繼承人乙子所為之贈與 200 萬元（民 § 1148-1）。乙、丙就 800 萬額度之「所得遺產」對外負清償責任（民 § 1153 II）。
- b. 應繼遺產：至於清償後，甲、乙內部可繼承之應繼遺產額度，則無庸加入對丙之一般贈與，而應加入甲對丁結婚而贈與之 100 萬元。故應繼遺產額度為 600 萬 - 400 萬（負債） + 100 萬（民 § 1173） = 300 萬元。



DISCUSS | 專題討論



有民法第 1148 條之 1「視為所得遺產」之時，繼承人之清償責任與立法評析

(一) 問題意識：

被繼承人於繼承開始前 2 年內，對繼承人有所贈與時，不問緣由均應依民法第 1148 條之 1 追加計算為繼承人所得之遺產。此於被繼承人遺留下來的積極財產大於消極債務，本來就可以足額清償負債之情形，固不生任何問題。但若被繼承人之積極財產少於消極債務，其債權人得如何向繼承人主張清償⁴⁴？是否得先對於受贈與之財產求償？均發生疑問。

(二) 基本案例：

44 【104 司法官第 34 題】甲之繼承人乙、丙，甲生前贈與丙 100 萬元，1 年後甲死亡，甲除生前對丁有 100 萬元債務，並無其他財產，則乙、丙對甲之債務應負之清償責任如何？

- (A) 僅乙負擔 100 萬元債務
(B) 僅丙負擔 100 萬元債務
(C) 乙、丙連帶負擔 100 萬元債務
(D) 乙、丙無須負擔 100 萬元債務 答案：(C)



割方法或委託他人為分割方法之指定，為最優先之分割方法。遺囑指定分割應以遺囑有效為前提，自不待言。

2. 遺囑人自行指定分割方法：

(1) 遺囑人指定之分割方法為原物分割、變價分割均無不可；就遺產全部指定分割或一部指定均可。

(2) 遺產分割方法指定兼應繼分指定：

基於遺囑自由原則，遺囑人將「特定遺產歸屬於特定繼承人」之意思亦有可能變更繼承人之法定應繼分（如指定財產之價額高於法定應繼分），此時遺產分割方法之指定同時具有指定應繼分之意涵，學說將之稱為「遺產分割方法之指定兼應繼分之指定」，須不違反特留分之規定始能為之（民 § 1187）⁷⁷。

例如：甲有乙、丙二子，其名下僅有 A 屋（價值 1000 萬）、B 屋（價值 2000 萬）二屋，自書遺囑言明：「將 A 屋由乙、B 屋由丙繼承」，此時亦變更乙、丙之法定應繼分（由各 1/2 改為 1/3、2/3），為應繼分指定兼遺產分割方法指定。

3. 委託他人為分割方法之指定：

遺囑人亦可不自行指定，而委由信任之第三人指定分割方法，惟民法第 1165 條第 1 項之「他人」，是否包含共同繼承人？對此，早期有學者認為應採否定說，認為此時若許共同繼承人指定分割方法，具有高度利害衝突，不應允許。但多數學說認為依民法第 1165 條第 1 項文義解釋，該「他人」即為被繼承人以外之任何人；且本條之規定既在於尊重遺囑人之意思，自無禁止遺囑人委託其所信賴之人指定之理⁷⁸。

77 編按：至於「遺產分割方法之指定兼應繼分之指定」違反特留分之規定時，效力如何？請見本書第十章、第六節「特留分」處之說明。

78 林秀雄，〈繼承法講義〉，元照，2019 年修訂八版，頁 117；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，〈民法繼承新論〉2022 年修訂十二版，頁 151-152。



基於既得權之保護，原則無須返還（與戴師同）。

(2) 例外：

在生前特種贈與數額過高，侵害其他繼承人特留分時，因特留分乃對繼承人最低限度之保護。故應依民法第 1225 條扣減，至少讓其他繼承人取得特留分之數額。

→《案例 1-2》之情形：

乙、丙之特留分為 30 萬（民 § 1223 ①， $120 \times 1/2 \times 1/2 = 30$ ），而若乙不返還，丙僅能取得 20 萬元，不足特留分額度 10 萬元，此時應類推適用民法第 1225 條扣減之規定，允許丙向乙請求返還 10 萬，滿足特留分 20 萬之數額。

3. 林秀雄師⁹⁹：應依不當得利返還說

生前特種贈與乃「應繼分之前付」，為維持共同繼承人間之公平性，超出應繼分額度應以不當得利返還。

→《案例 1-2》之情形：

乙無依民法第 179 條返還超出應繼分之 40 萬元，使乙、丙均取得 60 萬應繼分額度之遺產。

(二) 「被繼承人有免除歸扣之意思」，但生前之贈與侵害他繼承人特留分，應如何處理？

若被繼承人有免除繼承人歸扣義務之意思，解釋上該結婚、分居、營業所為之贈與，即屬普通贈與，無庸歸扣（民 § 1173 I 但書）。但若被繼承人免除歸扣之贈與，侵害其他繼承特留分時，應如何處理，學說上有所爭議。

《案例 1-3》免除歸扣之贈與侵害特留分

甲有乙、丙二子，在乙結婚時，甲給 50 萬現金賀禮；而在乙想經營燒烤店時，又贈與 50 萬資助。甲死亡時，留下 20 萬之存款，並無負債。且甲在遺囑上寫明，對乙結婚、營業之贈與，均免除歸扣之義務。

1. 三戴合著¹⁰⁰：例外應歸扣說

99 林秀雄，《繼承法講義》，元照，2019 年修訂八版，頁 139。

100 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，《繼承法》，元照，2021 年初版，頁 191。



繼承人均拋棄繼承時，準用無人承認繼承之規定。

(1) 次順序繼承人有無不明或第四順序之繼承人均拋棄其繼承權：

在適用上應以「配偶繼承人不存在」或「配偶繼承人已拋棄繼承」為前提，否則血親繼承人均拋棄繼承時，即應由配偶繼承人單獨繼承，並無準用無人承認繼承之理。

(2) 準用無人承認繼承時，準用範圍為何？

現行民法第 1176 條第 6 項後段既已明定準用無人承認繼承之規定，應認為無人承認繼承中「選任遺產管理人為遺產管理與清算」及「繼承人之搜索」均有準用之餘地¹³²。

3. 受「應繼分指定」之繼承人拋棄繼承時之效力：

《案例¹³³》應繼分指定與拋棄繼承

甲有妻子乙及丙、丁二子，甲以遺囑指定乙得遺產 3/5，丙得 1/5，丁得 1/5。甲死亡後，丙依法向法院拋棄繼承，其指定應繼分 1/5 應如何歸屬於乙、丁？

被繼承人在不違反特留分之前提下，得以遺囑自由處分遺產，自得分別指定繼承人之應繼分（應繼分指定）。此時若有繼承人拋棄繼承時，其應繼分就應以「法定應繼分比例」分歸其他繼承人，或應以「指定應繼分比例」分歸，民法並無明文，在比較法上亦有相異之規定。

(1) 以「指定應繼分」比例歸屬：

德國民法採之，應尊重遺囑人分配遺產比例之意思。若採此說，丙所拋棄之指定應繼分 1/5，應由乙、丁依指定應繼分比例分配取得（即以 3：1 分配）。乙取得 3/20，丁取得 1/20。

(2) 以「法定應繼分」比例歸屬：

瑞士、奧地利民法採之，應維持繼承人間之公平性。若採此說，丙所拋棄之指定應繼分 1/5，應由乙、丁依法定應繼分比例分配取得（即以 1：1 分配）。乙取得 1/10，丁取得 1/10。戴師亦認為此說在我國法下較為可採，蓋我國民法並未如德國法明文採取指

132 戴東雄，戴瑀如，〈《繼承法實例解說》〉，元照，2023 年初版，頁 316。

133 案例改編自：戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，〈《繼承法》〉，元照，2021 年初版，頁 216。

第二項 | 遺產管理人

一、遺產管理人之選任

(一) 選任機關：

1. 親屬會議（民 § 1177）：應於繼承開始一個月內為之。

於繼承開始時，繼承人有無不明，應由親屬會議於一個月內選定遺產管理人，並將繼承開始及選定遺產管理人之事由，向法院報明。以利法院能依公示催告程序，開始搜索潛在的繼承人（民 § 1178 I）。

2. 利害關係人或檢察官聲請法院選任（民 § 1178 II）：親屬會議不能召開或不為、不能決議時。

本條之利害關係人，應指被繼承人之債權人、受遺贈人、稅捐稽徵機關等。

(二) 選任前之遺產保全必要處置（民 § 1178-1）

繼承開始時繼承人之有無不明時，在遺產管理人選定前，為避免遺產毀損、滅失，影響債權人利益及有害社會經濟，法院得因利害關係人或檢察官之聲請，為保存遺產之必要處置。

(三) 遺產管理人之資格（家 § 134）：

民法對於遺產管理人之資格並未明文規定，反而是家事事件法在第 134 條規定遺產管理人之消極資格。

1. 親屬會議選定之遺產管理人，以自然人為限。
2. 須非未成年人。
3. 須未受監護或輔助宣告。
4. 須未受破產宣告或依消費者債務清理條例受清算宣告尚未復權。
5. 須未被褫奪公權尚未復權。

(四) 遺產管理人之注意義務與報酬：

1. 遺產管理人注意義務（家 § 135 ②）：善良管理人注意義務。



務。故遺產管理人無須付給付遲延之責。

2. 此段期間未給付是否應加計利息，一併償還？

- (1) 林師認為雖遺產管理人有正當理由，不負遲延責任，但並不代表債權人不得請求自被繼承人死亡後至公示催告期間屆滿前之利息。我國多數學者認為維持清償之公平，無人承認之繼承的清算在法無明文時應參照繼承人清算程序處理。
- (2) 從而，由民法第 1159 條之立法說明觀之：「繼承人債權人之債權如於被繼承人死亡時（即繼承開始時）尚未屆清償期，是否依第 1 項規定清償，未有明文，惟如未規範繼承人於繼承開始時為提前清償，則遺產清算程序勢將遲延，對於繼承債權人、受遺贈人及繼承人均造成不便，故明定繼承人對於未屆清償期之債權亦應依第 1 項規定清償，且該等債權於繼承開始時即視為已到期，以利清算。又未屆清償期之債權附有利息者，應合計其原本及至清償時止之利息，以為債權額，尚無疑義；惟未附利息者，則不應使繼承人喪失期限利益，故其債權額應扣除自第 1157 條所定之一定期限屆滿時起至到期時止之法定利息，始為公允，並利於繼承人於第 1157 條所定一定期限屆滿後，依第 1 項規定進行清償。」可知不得因遺產清算程序之便利、紛爭得以一次解決之需求，即剝奪債權人之權利，使其受到利息損失。故已屆清償期之債權而附有利息者，不應使債權人喪失利息利益，應合計其原本及至清償時止之利息，為總債權額

145。

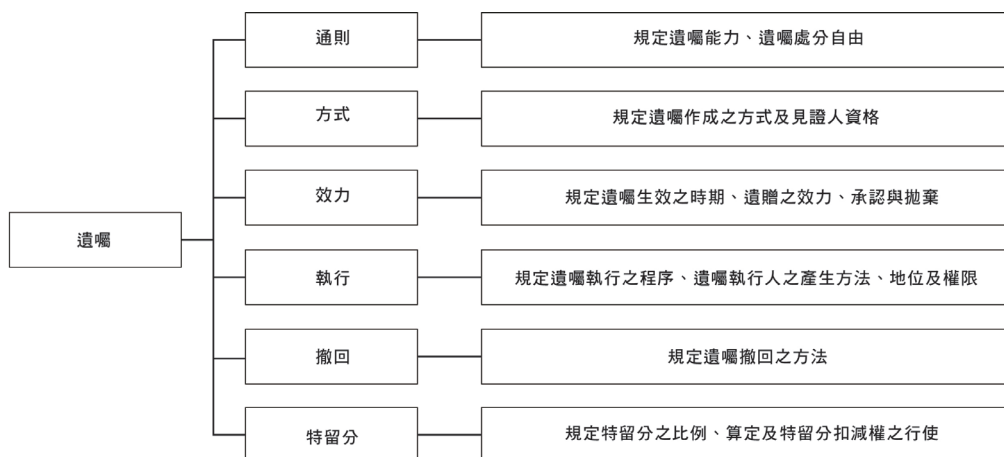
第三項 | 繼承人之搜索與贖餘財產歸屬

一、繼承人之搜索（民 § 1178）

(一) 公示催告程序：

1. 尋找繼承人之公示催告：

145 林秀雄，〈無人承認繼承時報明債權期間屆滿前之利息——評臺灣高等法院暨所屬法院 109 年法律座談會民事類提案第 7 號〉，《月旦裁判時報》，第 118 期，2022 年 4 月，頁 21。



二、遺囑之能力

參考法條

民法第 1186 條【遺囑能力】

「I 無行為能力人，不得為遺囑。

II 限制行為能力人，無須經法定代理人之允許，得為遺囑。但未滿十六歲者，不得為遺囑。」

(一) 民法就遺囑能力採取「劃一主義」：

1. 意義：

遺囑內容可能涉及財產上效力，亦可能涉及身分上效力，若依其內容而定遺囑能力，將因遺囑內容之不同而異其能力，有所不妥⁴。但倘若完全採取身分行為之「意思能力」，需要對個案一一判斷，將生死無對證、舉證困難的問題；而若全面採取財產行為之「行為能力」，又因遺囑處分的財產係遺囑人死後遺留之遺產，不致影響遺囑人生前生活，似無特別保護限制行為能力人之必要。故民法對遺囑能力採取「劃一主義」，不論遺囑內容涉及身分事項或財產事項，均適用民法第 1186 條之規定。

4 林秀雄，《繼承法講義》，元照，2019 年修訂八版，頁 225。



(二) 密封遺囑之轉換 (民 § 1193) :

1. 轉換為自書遺囑：

密封遺囑為民法上要式性最高，程序最繁雜的遺囑方式，因此法律規定，若該遺囑不具備密封遺囑之方式，但符合自書遺囑之方式時¹⁹，有自書遺囑之效力，以盡可能地實現遺囑人之最終意思。

2. 性質為注意規定：

學者認為，民法第 1193 條僅為「無效法律行為轉換 (民 § 112)」之注意性規定而已，因此無效遺囑之轉換並不限於密封遺囑轉換為自書遺囑。如公證遺囑不具備法定方式，在具備代筆遺囑之方式時，亦可依民法第 112 條轉換為有效之代筆遺囑²⁰。

(三) 密封遺囑之優缺點：

1. 優點：可由公證人及見證人參與，具有較高之真實性。而遺囑內容又可密而不宣，較諸公證遺囑更加隱祕。

2. 缺點：要件較為繁瑣，且自書之密封遺囑，仍有如自書遺囑般內容不明、不適法的風險。

五、代筆遺囑 (民 § 1194)

參考法條

民法第 1194 條

「代筆遺囑，由遺囑人指定三人以上之見證人，由遺囑人口述遺囑意旨，使見證人中之一人筆記、宣讀、講解，經遺囑人認可後，記明年、月、日及代筆人之姓名，由見證人全體及遺囑人同行簽名，遺囑人不能簽名者，應按指印代之。」

(一) 代筆遺囑之要件²¹：

1. 遺囑人指定 3 人以上見證人：

19 遺囑人自書全文 + 親自簽名 + 記明年月日。

20 林秀雄，〈繼承法講義〉，元照，2019 年修訂八版，頁 242。

21 戴瑀如，〈代筆遺囑之要件——最高法院 111 年度台上字第 1388 號民事判決〉，《當代法律》，第 12 期，2022 年 12 月，頁 114-118；林秀雄，〈代筆遺囑之方式〉，《臺灣法學雜誌》，第 198 期，2012 年 4 月，頁 88-92。



「系爭拋棄繼承權同意書固不符合民法第 1174 條第 2 項所規定之拋棄繼承法定要件，而不足生拋棄繼承之效力，惟依舉重以明輕之法理，仍應認陳育宏等 3 人已就其等因繼承而取得之財產權向上訴人為拋棄之意思表示，依上開說明，自應認其有拋棄所繼承遺產（包含特留分）之意思。且斟酌上述陳育宏等 3 人簽立切結書，自上訴人取得金錢補償等行為，可徵其等對於拋棄特留分之法律效果知之甚詳，從而陳育宏等 3 人主張：伊並不知簽立系爭拋棄繼承同意書就等同拋棄特留分，法院不能僅因系爭拋棄繼承同意書上記載「拋棄」，就認為伊是「拋棄」權利云云，尚非可採。」

(三) 學說評釋：

1. 黃詩淳師⁵³：

- (1) 黃師認為，當繼承開始，侵害特留分之遺囑生效時，扣減權即已具體發生，若特留分權利人不欲行使扣減權，性質上應屬「拋棄特留分扣減權」而非「拋棄特留分」，使用「拋棄特留分扣減權」之用語較為妥當。
- (2) 而在繼承開始後，特留分受侵害之人與扣減義務人間達成某種協議，雖然內容並未直接明示拋棄扣減權，但實質上使受侵害之人獲得一定補償時，很可能被法院認為包含拋棄特留分扣減權之意思。例如本件乙願意支付一定金額，換取其他繼承人簽立「拋棄繼承切結書」之情形。除此之外，若特留分權利人明知特留分受侵害，但在遺產分割過程中並未有任何主張，亦可能被實務認為有拋棄扣減權之意思⁵⁴。

2. 戴瑀如師⁵⁵：

繼承權拋棄應為較特留分拋棄更加重大之法律行為，繼承人拋棄繼承因欠缺法定要件而無效時，其無效之範圍包含拋棄繼承之意思表示、陳報法院之行為均為無效，不發生拋棄繼承權之效力，則解釋上，特留分之權利為繼承權之一部，依「舉重以明輕」之法理，應解釋為拋棄特留分之行為亦為無效。

53 黃詩淳，〈特留分扣減權之拋棄〉，《月旦法學教室》第 238 期，2022 年 8 月，頁 14-15。

54 如臺灣高等法院臺中分院 101 年度重家上字第 3 號判決。

55 戴瑀如，〈特留分拋棄之方式與特留分扣減權之標的及其效力——評最高法院 109 年度台上字第 361 號民事判決〉，《月旦法學雜誌》第 329 期，2022 年 10 月，頁 164。