

一之書叢學法

# 論承繼法民

著民重鼎羅

社譯編學法海上  
行發局書記新堂文會

# 民法繼承論

羅鼎著

## 緒論

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

一九二六年  
正案已  
有此種  
制

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

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

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

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

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

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

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

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

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

宗祧繼承最初之方式，不外有子立嫡與無子立後已耳。立嫡之法，稍涉複雜。概言之，有子

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

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

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

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

繼承而發生不平等之現象，殊失事理之平。社會主義者聖西蒙 St. Simon 之言曰，『繼承，

於其出發點，即反於社會之利益。自嚴格的正義言之，實不應採用。夫勤勞之人，較之怠惰

之人，固應多所取得。然此乃因各人狀況所生之不平等，於理尚無不合。反之，由繼承而生

之不平等，則於理於情均不可恕。』又華地 Guesde 之言曰『遺產繼承，吾人期在必廢。何

則，蓋凡人對於其所生產之物，應於其生存中處分之。一朝死亡，則應將其勤勞之結果返還

於其共同體。易詞言之，即因生存所需之物，只能於生存中取得。及其既死，則無此必要，應

以之返還於一般之社會。』其言實含有一面之真理。以故近代各國對於遺產之繼承，類皆適

用累進稅率，重徵其稅。如英，法，德，意，西班牙，葡萄牙，荷蘭，比利時，奧大利，匈

牙利，丹麥，瑞典，挪威，日本及美國各邦，皆其例也。蓋求所以緩和或救濟斯制之弊害也

。而蘇俄曾以明文規定，限於一萬金盧布之範圍內，許為法定繼承或依遺囑之繼承。前已言

之。

繼承以此分類

一

身分繼承 財產繼承

均分繼承 均一支繼承

有遺囑繼承 無遺囑繼承

# 本論

## 第一章 概說

### 第一節 繼承之概念

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

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

將權利與義務包括的遺轉於  
其繼承人

隱居，喪失國籍等，皆爲繼承開始之原因。自不待言。

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

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

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

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

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

## 第二節 繼承之根據

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