

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 668 號

解釋日期：民國 98 年 12 月 11 日

資料來源：司法院

司法周刊 第 1471 期 1 版

司法院公報 第 52 卷 3 期 1-90 頁

司法院大法官解釋（二十三）（99年7月版）第 346-475 頁

法令月刊 第 61 卷 2 期 132-133 頁

總統府公報 第 6905 號 111 頁

相關法條：中華民國憲法 第 7、10、16、22、23 條

憲法訴訟法 第 7、14、17 條

民法 第 1、2、972、1122、1125、1126、1138、1185 條

民法總則施行法 第 3 條

民法繼承編施行法 第 1、2、3、4、8 條

土地登記規則 第 57 條

民用航空法 第 29 條

解 釋 文： 民法繼承編施行法第八條規定：「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」其所定「依當時之法律亦無其他繼承人者」，應包含依當時之法律不能產生選定繼承人之情形，故繼承開始於民法繼承編施行前，依當時之法規或習慣得選定繼承人者，不以在民法繼承編施行前選定為限。惟民法繼承編施行於臺灣已逾六十四年，為避免民法繼承編施行前開始之繼承關係久懸不決，有礙民法繼承法秩序之安定，凡繼承開始於民法繼承編施行前，而至本解釋公布之日止，尚未合法選定繼承人者，自本解釋公布之日起，應適用現行繼承法制，辦理繼承事宜。

理 由 書： 中華民國二十年一月二十四日制定公布、同年五月五日施行之民法繼承編施行法（下稱施行法）第一條規定：「繼承在民法繼承編施行前開始者，除本施行法有特別規定外，不適用民法繼承編之規定。」又同法第八條規定：「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」旨在使繼承開始於民法繼承編施行前之繼承事件，繼續適用民法繼承編施行前之繼承法規或習慣。故發生於三十四年十月二十四日之前，應適用臺灣繼承舊慣之繼承事件，不因之後民法繼承編規定施行於臺灣而受影響。

最高法院四十七年度台上字第二八九號民事判決（業經選為判例）認為，繼承開始於民法繼承編施行於臺灣之前，應適用當時臺灣繼承習慣辦

理，於戶主即被繼承人死亡時，如無法定或指定繼承人，得由被繼承人之親屬會議合法選定戶主以爲繼承，所選定之繼承人不分男女皆得繼承，選定期間亦無限制。而高雄高等行政法院九十六年度訴字第九五九號判決（經上訴後，業經最高行政法院九十七年度裁字第三七二六號裁定上訴駁回），則認爲自民法繼承編施行於臺灣後，已不得再由親屬會議選定戶主繼承人，從而未於民法繼承編施行前選定繼承人者，於民法繼承編施行後即不得再行選定，而應循現行民法繼承編規定處理繼承事宜。就施行法第八條規定之適用，不同審判系統法院之見解有異。

查選定繼承人必在繼承事件發生之後，如被繼承人死亡時間距民法繼承編施行時不遠，或於民法繼承編施行後，方由法院判決宣告死亡於繼承編施行前者，即難以期待或無從於民法繼承編施行前爲繼承人之選定。故施行法第八條所定「依當時之法律亦無其他繼承人者」，應包含依當時之法律不能產生選定繼承人之情形，故繼承開始於民法繼承編施行前，依當時之法規或習慣得選定繼承人者，不以在民法繼承編施行前選定爲限。惟民法繼承編施行於臺灣迄今已逾六十四年，民法繼承編施行前開始之繼承關係，猶有至今尙未能確定者，顯非民法繼承編立法者所能預見，爲避免民法繼承編施行前開始之繼承關係久懸不決，有礙現行民法繼承法秩序之安定，凡繼承開始於民法繼承編施行前，至本解釋公布之日止，尙未合法選定繼承人者，自本解釋公布之日起，應適用現行繼承法制，辦理繼承事宜。

大法官會議主席	大法官	賴英照
	大法官	謝在全
		徐璧湖
		林子儀
		許宗力
		許玉秀
		林錫堯
		池啓明
		李震山
		蔡清遊
		黃茂榮
		陳 敏
		葉百修
		陳春生
		陳新民

協同意見書

大法官 許玉秀

本席支持多數意見解釋結論，但認爲解釋理由稍嫌短促，爰提出協同意見書，說明少數意見不可採的理由，並依信賴保護原則及比例原則，撰述解釋文與解釋理由書如下。

一、統一解釋不能沒有憲法基礎

司法院大法官審理案件法第七條所謂的統一解釋，雖然可能只是因為司法院為最高司法機關，因而負有統一分歧判決的義務。但是既然所謂的分歧判決，在於對所適用的法律有不同的理解和詮釋，而司法院大法官職司規範審查，所以統一解釋法律見解，屬於司法院大法官的職權，尚不致侵害普通法院審判權。

當不同審判系統的判決，對於所適用的法律有不同詮釋而需要統一解釋時，不可能不探究該法律規定的立法意旨。縱使從立法意旨已經能得出一個答案，如果該立法意旨有牴觸憲法意旨之處，大法官不可能依舊依據立法意旨作成解釋，換言之，縱使互相爭執的兩種意見，並未提及憲法意旨，除非兩種意見均符合憲法意旨，否則大法官不能迴避從憲法意旨解釋法律的基本立場。至於互相歧異的見解與憲法意旨是否不符，非經審查不能知悉，如果因為雙方沒有對於合憲與否進行爭執，大法官就不進行憲法審查，萬一兩種見解之一或兩種見解均與憲法意旨不符，則解釋基礎已經不符合憲法意旨，解釋結論也不能發生解釋的效力。因此認為受理統一解釋的聲請，可以不必進行憲法解釋，殊難想像。本件解釋多數意見雖然沒有明白指出憲法原則，但是論述基礎完全在於信賴保護原則。

二、依平等原則不能排除臺灣繼承舊慣

少數意見似乎認為，中華民國二十年五月五日開始施行的民法繼承編施行法第八條所謂「當時之法律」，僅指當時民法有效施行區域的繼承法制，根本不包含施行當時猶在日本人統治下的臺灣繼承舊慣。三十四年十月二十五日起，民法繼承編適用於臺灣，並非是新舊法律的交替，而是一種「法權的變更」，法權的變更就是政權的轉換，既然法律得適用的政權基礎已經喪失，即必須全面適用新法。

所謂法權更易，當然來自政權更迭。縱使將被取代的政權認定為非法政權，也不必認為包括繼承在內的一切舊有的法秩序，均屬無效（註一）。中華民國民法繼承編的立法者，所設想的法律適用領域，容或不及於臺灣，但必定不反對修正後的新法，可以適用於施行後方才納入中華民國管轄的領域（註二）。何況民國三十六年制憲之時，臺灣已經是中華民國領土，與其他地區適用同一部憲法，民法繼承編施行法第一條及第八條對於繼承編施行前舊有繼承規範的尊重，基於平等原則，斷無排除臺灣舊慣之理。

三、選定繼承人制度並無違反憲法基本原則的疑慮

（一）質疑舊慣就是質疑民法繼承編施行法第八條

如果認為臺灣繼承舊慣違反男女平等、居住遷徙自由、婚姻與收養自由及人格自由等（註三），與現行憲法精神不符，不值得保護，也不應該持續適用，則顯然必須認為民法繼承編施行法第一條及第八條的立法意旨，與憲法意旨不相符合，因為民法繼承編施行法第一條及第八條明白維護與現代憲法精神互相違背的舊繼承規範。少數意見認為民法繼承編施行法第八條合憲，僅有臺灣繼承舊慣的內容，不符憲法意旨而不能適用，明顯是依據憲法意旨對該條文為合憲限縮解釋，並不是符合立法意旨的解釋。

至於合憲限縮解釋，並不是只有少數意見所持的一種解釋方法。雖然本院二十一年六月七日元字第七六二號解釋（註四）、二十一年六月十日元字第七六八號解釋、二十八年九月二十九日元字第一九二七號解釋、三十四年院解字第二九二五號解釋、三十七年二月十一日元解字第三八四二號等解釋（註五）均認為，如果繼承發生在民法繼承編施行前，而尚未確定繼承人，於民法繼承

編施行後，妻仍應先為亡夫立嗣，但是也僅止於選定繼承人，是依據舊有繼承法秩序為之，至於繼承的內容仍須符合憲法與現行法律的規範意旨，而不可能容任不符合憲法保障人權意旨的制度繼續留存（註六）。同樣地，依據臺灣繼承舊慣選定的繼承人，不問在民法繼承編施行前或施行後選定，均不能行使與憲法意旨不符合的權利，單純依據繼承舊慣選定戶主繼承人，尚難認為有抵觸憲法之處。

總之，正因為民法繼承編施行前所適用的繼承規範，與當時的人權觀念不符，方才以新繼承法加以取代，立法者在有意拋棄舊有法秩序的同時（註七），特別規定民法繼承編施行法第一條及第八條，立法意旨明顯在於使繼承開始於民法繼承編施行前的繼承事件，仍能適用既有的繼承法規範，不受新繼承法制施行的影響（註八）。因此對於繼承舊慣的批評，只能推論出的確有必要以新法取代舊法，但是並無法推翻民法繼承編施行法第一條及第八條，保護舊有繼承法秩序的意旨，也不能論證新法必須溯及適用，或新法施行後即截斷舊法的適用。

（二）選定戶主繼承人制度正好符合男女平等原則

符合少數意見所稱違反男女平等的部分，其實僅及於舊有戶主繼承習慣中的法定繼承制度（註九），以及在民法繼承編二十年施行初期所針對的宗祧繼承制度。依據文獻資料，臺灣舊慣中法定戶主繼承人，以家屬且為直系血親卑親屬男子為限，妻或直系血親卑親屬女子並非法定繼承人（註十），的確有違男女平等，也剝奪妻的繼承權，與現代憲法所容許的繼承制度扞格不入。但是妻或女子無繼承權的不平等狀況，在臺灣舊慣中，剛好是選定繼承人制度可以解決的，因為選定對象並無限制，男女長幼皆可（註十一）（參見附表一）。所以少數意見所能質疑的，其實是法定戶主繼承所衍生的問題，與本件解釋所針對的選定戶主繼承人制度並無干係。

四、死亡宣告的繼承案件未必能儘早確定

認為民法繼承編施行後，即不得再行選定繼承人的理由之一，在於繼承發生於繼承編施行於臺灣前，拖延至今已逾六十四年（倘自民國二十年五月五日起算，已逾七十八年）而尚未確定的繼承事件，欠缺保護的必要。但是這種說法顯然針對繼承編施行後，方經法院裁判宣告被繼承人死亡於繼承編施行前的繼承事件，採取不公平的對待。

依照立法者的構想，民法總則施行法第三條第二項規定：「民法總則施行前已經過民法總則第八條所定失蹤期間者，得即為死亡之宣告，並應以民法總則施行之日為失蹤人死亡之時。」亦即在民法總則施行後，法院縱使為死亡宣告裁判，也應該以民法總則施行日為死亡宣告日，宣告死亡而同時發生的繼承事件，應該適用現行的民法繼承編規定，無適用舊法的餘地。

但是戰爭的來臨，開啓一個音訊渺茫、生死不明的悲劇時代。如果戰亂與隔離或其他政治因素（如同本件原因事實（註十二）），導致延擱數十年之後，因為有確定的死亡事實，方才經由法院判決認定被繼承人逝世於繼承編施行前（註十三），繼承的時點雖在繼承編施行前，但被繼承人的親屬，顯然不可能在繼承編施行前選定繼承人。這種未儘早確定繼承人的拖延，無法歸責於一般人民，以此指摘死亡宣告繼承案件的利害關係人，不儘速行使權利，實屬無理的苛責。何況因死亡宣告，方才確定繼承開始於民法繼承編施行前的繼承事件，不可能是

民法繼承編施行法第八條所要排除適用的對象。

五、審查準據：信賴保護原則、比例原則

凡涉及新舊法律的交替，不管基於什麼原因，都會有憲法信賴保護原則的適用問題（附表二）。因為時空的轉變，現存的法律不敷使用，或與當代法律思潮相違背，本來即可能被淘汰，而以新法律全面取代舊法律。但是為保障人民對法律的忠誠與信賴，舊法律所產生的效力，並不因新法律的施行而遭到全面性的廢棄，人民依據舊法律所取得的有利地位，新的法律應予以尊重。不過，雖然得自舊法律的利益應受保護，但是穩定新的法秩序，才是法律更替最根本的目的，立法者自然可以對於舊有法律的適用範圍，設置一定的限制。這種限制是否適當，足以保護人民依據舊法所取得的法律地位，且不致影響新法秩序的建立與穩固，則屬於保護信賴是否符合比例原則的問題，因此需要以比例原則加以審查。

立法者在選擇保護的手段時，可以制定舊法仍能有效適用的例外規定，亦可選擇給予舊法一段過渡適用期間，或者制定補償人民利益的措施規範。但是當立法者所制定的例外規定，因為長時間存在（註十四），而根本不是例外，或過渡期間過於長久，致使原先所希望儘早確立的新法秩序遲遲未能建立，均屬於立法者於立法時所未預見的漏洞，本院大法官在符合憲法比例原則的要求之下，自得進行填補。

民法繼承編施行法第一條與第八條是典型的信賴保護條款，保護的範圍究竟多大，是否過度保護，正好是最高法院判例，與最高行政法院裁定及高雄高等行政法院判決，互有歧異所在，需要依據比例原則加以審查。

【解釋文】

民法繼承編施行法第八條規定：「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」乃依信賴保護原則所制定之例外規定。所謂「依當時之法律亦無其他繼承人者」，係指於不能依據民法繼承編施行前之繼承規範決定繼承人時，方得適用民法繼承編決定繼承人，故繼承開始於民法繼承編施行前，依當時之繼承規範得選定繼承人者，不以在民法繼承編施行前選定為限。

惟民法繼承編所欲建立之繼承法秩序，於法律施行六十四年之後，仍然受民法繼承編施行前繼承規範所影響，已逾越信賴保護之必要範圍，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符。考量法院判決宣告死亡於繼承編施行前者，並非皆能及時選定繼承人，而至今未聲請死亡宣告之情形，亦非皆有可歸責於有權聲請人之事由，為保護人民對於施行法第一條及第八條之信賴，尚應給予相當過渡期間，以為死亡宣告之聲請及繼承人之選定。故除民法繼承編施行後，由法院判決宣告繼承人死亡於民法繼承編施行前之情形，應自本解釋公布之日起一年內，為繼承人之選定外，開始於民法繼承編施行前之繼承關係，自本解釋公布之日起，應適用現行繼承法規辦理繼承事宜。

【解釋理由書】

法治國首重人民權利之維護，新舊法律更替時，為增進人民權利而制定之新法，本應立即發生效力。惟為維護人民對於法規範之忠誠，應保護人民對於既有法律規範之信賴，此即法治國之信賴保護原則。依據信賴保護原則，人民於既有法秩序中所取得之有利法律地位，應予以保護，所保護之幅度，應符合憲法第二十三條比例原則之規定。

中華民國二十年一月二十四日制定公布，同年五月五日施行之民法繼承編施行法（下稱施行法）第一條規定：「繼承在民法繼承編施行前開始者，除本施行法有特別規定外，不適用民法繼承編之規定。」乃依信賴保護原則所制定之例外規定，旨在維護繼承開始於民法繼承編施行前之繼承秩序。又同法第八條規定：「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」則繼承開始於民法繼承編施行前之繼承事件，除不能依當時之繼承規範決定繼承人之外，仍應繼續適用民法繼承編施行前之繼承規範決定繼承人。故發生於三十四年十月二十四日之前，應適用臺灣繼承舊慣之繼承事件，不因之後民法繼承編規定施行於臺灣而受影響。

依據民國三十四年十月二十四日之前適用於臺灣之繼承舊慣，財產繼承分為因喪失戶主權而發生之家產繼承，與因家屬之死亡而發生之私產繼承。關於家產繼承，除應歸屬於全體家屬所共有，尚須連結戶主權之繼承。戶主繼承制度依序設有法定戶主繼承、指定戶主繼承與選定戶主繼承，於戶主被繼承人死亡時，如無法定或指定之繼承人，被繼承人之親屬尚得舉行親屬會議，選定戶主以為追立繼承，選定繼承人之選定期限則無限制。況選定繼承人必在繼承事件發生之後，如被繼承人死亡時間距民法繼承編施行時不遠，或於民法繼承編施行後，方由法院裁判宣告死亡於民法繼承編施行前，即難以期待或無從於民法繼承編施行前為繼承人之選定。故施行法第八條所謂「依當時之法律亦無其他繼承人者」，不限於已經選定具有繼承人身分之情形，凡繼承開始於民法繼承編施行前者，僅於不能依據民法繼承編施行前之繼承規範決定繼承人時，方適用民法繼承編處理繼承事宜。最高法院四十七年度台上字第二八九號判決（業經選為判例），依據臺灣舊慣認定被繼承人於民法繼承編施行前死亡者，仍得於民法繼承編施行後，由被繼承人之親屬選定戶主繼承人，而無選定時間之限制，與施行法第八條規定之意旨，尚無不符。

查民法繼承編施行前開始之繼承關係，於民法繼承編施行至今已逾六十四年之後，猶有未確定者，實非民法繼承編之立法者所能預見。而施行法第一條及第八條規定對於民法繼承編施行前繼承規範之保護，使得民法繼承編所欲建立之繼承法秩序，於法律施行六十四年之後，仍然受民法繼承編施行前繼承規範所影響，已逾越信賴保護之必要範圍，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符。惟因法院判決宣告死亡於繼承編施行前者，並非皆能及時選定繼承人，而至今未聲請死亡宣告之情形，並非皆有可歸責於有權聲請人之事由，為保護人民對於施行法第一條及第八條之信賴，尚應給予相當過渡期間，以為死亡宣告之聲請及繼承人之選定。故除民法繼承編施行後，由法院判決宣告繼承人死亡於民法繼承編施行前之情形，應自本解釋公布之日起一年內，為繼承人之選定外，開始於民法繼承編施行前之繼承關係，自本解釋公布之日起，應適用現行繼承法規辦理繼承事宜。

註一：縱使納粹的第三帝國，被戰後的德國認定為不法政權，第三帝國的所有法律制度，並沒有因此全部失去效力。再如東西德統一之時，同樣有法權更易的問題，但是東德原有法律制度，仍然適用信賴保護原則。以墮胎罪為例，原東德刑法規定，在一定期限內墮胎均屬合法，西德刑法則禁止墮胎，僅於有犯罪、社會或醫學上的理由，無法期待孕婦繼續懷孕時，認為「無期待可能」而允許避難性墮胎。為避免在東德地區，原本不是犯罪的墮胎行為，因與西德結合，變

成犯罪行為，因此兩德在墮胎罪的法律適用上，各行其是，東德地區繼續適用原東德刑法。參見許玉秀，兩德統一條約中若干刑事法問題的檢討，收錄於主觀與客觀之間，初版，1997. 09，頁 518-528。

註二：何況中華民國正史一向認為臺灣是因為不平等條約才割讓給日本，臺灣一直是既有的領域。

註三：法務部編，臺灣民事習慣調查報告，93 年版，頁 467 表示：「承繼戶主權即係承繼前戶主所行使身分上之權利義務，如（一）就家族之婚姻或收養予以同意之權利，（二）關於同意家族入籍或離籍之權利，（三）指定家族居所之權利，（四）扶養家族之義務等。」

註四：本號解釋明確表達「依當時之法律無其他可繼之人，不以已有繼承身分之事實為限」，表示繼承開始於民法繼承編施行前，如尚未確定繼承人，於民法繼承編施行後，仍可依據施行前的宗祧繼承制度確定繼承人。

註五：最高法院 47 年台上字第 289 號判例，依據臺灣舊慣，而認為選定戶主繼承人時間並無限制，與本院自民國 21 年至 37 年各號相關解釋意旨，顯然一致。至於本院各該號解釋所認可的繼承舊制與憲法意旨是否相符，不是本件聲請所要處理的問題。

註六：例如，宗祧繼承在現行民法下可被理解為收養。最高法院 31 年上字第 2596 號判例：「民法上之收養，祇須合於所定之要件，並不限制其所以收養之原因，故是否繼承宗祧，均可不問。」

又雖得依宗祧繼承選定繼承人，但繼承部分可限於財產繼承，參見院字第 780 號解釋：「宗祧繼承為新民法所不採，故在民法繼承編施行後告爭立嗣，除繼承開始在該編施行前者，仍應適用其當時之法律外（院字第五八六號參照），其餘概不得為宗祧繼承之主張，如有藉爭宗祧以爭遺產，即應專就遺產之部分予以審判。」

註七：所謂的舊有繼承法秩序，主要指宗祧繼承制度。關於清末、民初的宗祧繼承（死後立嗣）的採行與廢棄立法過程：

（一）大清民律草案，參見司法行政部印行，中華民國民法制定史料彙編（上冊），1976.6，第一部分大清民律草案第四編—親屬法，頁 886-888：「嗣父的要件：（1）成年、（2）男子、（3）已婚、（4）無子」，「嗣子的要件：（1）男子、（2）與嗣父同宗或親族、（3）輩分相當」；頁 889：立嗣包括生前立嗣及死後立嗣。關於死後立嗣，見頁 892：「第七十六條遇有左列各款情形，得準用前二條之規定為無子而死亡者立嗣子：一、成年者。二、未成年未婚而出兵陣亡者，或獨子夭亡，而宗親內無相當為其父之嗣子者。三、未成年已婚，而其妻孀守者。」嗣子擇立，頁 895：「第七十九條：依第七十六條規定立嗣子時，若死亡者有妻，由其妻行之。無妻由直系尊親屬或家長或親屬會行之。」嗣子繼承，見頁 947：「大清民律草案第五編，繼承法第七條所繼人之直系卑屬，關於遺產繼承以親等近者為先，若親等同，則同為繼承人（第一項）。前項規定，於直系卑屬係嗣子者適用之（第二項）。」

（二）民國十五年民律草案繼承編，參見司法行政部印行，中華民國民法制定史料彙編（下冊），1976.6，第二部分民律第二次草案制定時期，仍採取宗祧繼承制度，頁 283：「第一條本律所謂繼承，以男系之宗祧繼承

爲要件。」頁 285：「第十四條遇有左列各款情形，得準用…爲無子之所繼人立嗣子，以承其宗祧：一、已成年而亡故或出家者。」頁 286：「第十九條繼承開始後，立嗣者除本人立有遺囑應從其遺囑外，若所繼人有妻，由其妻行之；無妻或有妻而改嫁者，由其直系尊屬或家長或親屬會行之。」

（三）民國十七年國民政府法制局所擬繼承法草案，表明「廢除封建遺制之宗祧繼承」，參見司法行政部印行，中華民國民法制定史料彙編（下冊），1976.6，第三部分現行民法制定時期，頁 363 以下。

（四）十九年民法親屬編及繼承編草案，確定遺產繼承不以宗祧繼承爲前提，參見司法行政部印行，中華民國民法制定史料彙編（下冊），1976.6，第三部分現行民法制定時期，頁 647，並經立法成爲現行民法。

註八：日本民法採取與我國不同的規定模式，舊法僅得於短期過渡期間內適用。日本新憲法公布於昭和 21 年（1946 年）11 月 3 日，生效於昭和 22 年（1947 年）5 月 3 日，在新憲法施行之後，舊民法的家督繼承制度，面臨與新憲法相牴觸而失效，新民法親屬與繼承二編，又預定於昭和 22 年底方能修正完成，致有舊民法失效，新民法尚未成立青黃不繼的窘境。就此，日本遂於昭和 22 年制定「伴隨日本憲法施行之應急措施相關法律」，給予舊有的家督繼承制度一段過渡期間，仍得繼續適用至昭和 22 年 12 月 31 日。引用日本「伴隨日本憲法施行之應急措施相關法律」，只能說明日本立法者與我國民法繼承編施行法的立法者，對信賴保護的範圍，採取不同立場，不能證明應該依據日本相關法律的立法意旨，詮釋我國民法繼承編施行法第 8 條。

註九：援引日本家督繼承制度，批評臺灣繼承舊慣中的戶主繼承制度（另請參見陳瑞堂，習慣法之形成與適用—以祭祀公業派下權之女子繼承爲中心，收錄於民法總則實例問題分析，頁 10-12。），顯然有意忽略臺灣繼承舊慣並未完全繼受日本繼承法制的事實。依據法務部編，臺灣民事習慣調查報告，93 年版，頁 329 以下，對於戶主繼承制度的解讀，認爲戶主繼承制度既受中國傳統的宗祧繼承，也受日本的家督繼承影響，從而變成一種特殊的繼承制度，並非與日本舊民法所規定的家督繼承制度全然一致。

註十：法務部編，臺灣民事習慣調查報告，93 年版，頁 441。

註十一：法務部編，臺灣民事習慣調查報告，93 年版，頁 400、405。

註十二：以本件原因事實爲例，被繼承人陳○發於民國 33 年 6 月 20 日，受徵召至海外任軍夫，至 34 年 10 月 25 日民法各編施行於臺灣時，仍行蹤不明。而法院之所以宣告陳○發死亡時間爲 33 年 6 月 20 日，係因陳○發之姐向中華民國紅十字總會查詢，經紅十字總會轉交的「臺灣出身舊日本軍在籍死歿者名簿」中，有記載陳○發死歿時間，84 年時臺灣臺南地方法院遂以此認定並宣告陳○發死亡時間。（另請參見臺南地院 97 年度家訴字第 69 號判決之說明）

註十三：縱使對陳○發死亡時間有疑，因爲本院並無另行認定事實的職權，也無從另爲調查，且尊重法院對於事實認定的實體確定力／既判力，故仍應認爲陳○發之死亡日，即繼承發生的時點，爲 33 年 6 月 20 日，本件原因案件屬於發生於民法繼承編施行前的繼承事件。

註十四：民法繼承編施行法第 1 條、第 8 條之所以成爲一個長期的例外規定，因

爲以繼承開始的時間，於民法繼承編施行之前或之後，作爲界定事實新舊的標準。一旦被繼承人於民法繼承編施行前死亡，繼承事實即屬於民法繼承編施行前已經存在的繼承事實，根據施行法第 1 條規定，即應適用民法繼承編施行前的繼承法制。施行法第 8 條規定，對於繼承開始於民法繼承編施行前的繼承事實，以依當時法律是否沒有任何繼承人，決定繼承事實是否已經不存在，因此繼承事件長時間未處理，只要依民法繼承編施行前的繼承法制，並非沒有可繼承之人，依據立法意旨，仍然屬於舊的繼承事實，並不會因而成爲一個繼續發展中的事實，而成爲可能適用民法繼承編的新繼承事實。

協同意見書

大法官 黃茂榮

本席對於本號解釋原則敬表贊同，惟鑑於相關問題之論據尙有補充之必要，爰提出協同意見書如下，敬供參酌：

壹、問題之緣起

本號解釋所涉問題主要爲，民國三十四年十月二十五日前施行於臺灣地區之繼承法（下稱舊繼承法）中家產繼承制度之選定繼承人問題。爲家產繼承，舊繼承法有選定繼承人的規定，從而引伸出其選定是否應有期限的疑義。該疑義之解釋結果，涉及可能被選定爲選定繼承人者之家產繼承權的有無。

貳、問題之說明

一、民法繼承編施行法第八條之分析

民法繼承編施行法第八條規定：「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」該條前、後段所稱之「繼承」，用語雖然相同，但所指實有不同。

該條前段所指繼承，即舊繼承法之繼承，依臺灣民事習慣調查報告中所引關於繼承之規定，可按遺產之種類分爲家產繼承及私產繼承。在家產繼承，其繼承人固爲戶主或家長，但所繼承之家產屬於被繼承人之家屬的公同共有。亦即名義上雖以戶主爲繼承人，但實質上以被繼承人之家屬爲繼承人的範圍，僅家產之管理處分權屬於戶主或家長。而在舊繼承法之私產繼承，其繼承人之法定順位爲：（1）直系血親卑親屬（2）配偶（3）直系尊親屬（4）戶主。該規定內容與現行民法的規定不完全相同。

該條後段所指繼承爲現行民法所定之繼承，亦即被繼承人私產之繼承。其繼承人之範圍依現行民法第一千一百三十八條，除被繼承人之配偶外，依左列順序定之：（1）直系血親卑親屬（2）父母（3）兄弟姊妹（4）祖父母。

歸納之，即便在私產繼承，舊繼承法與現行民法亦有下述差異：

- （一）配偶之繼承順位。依現行民法，配偶的繼承權與其他繼承人一直在同順位，而在舊繼承法則後於直系血親卑親屬，但先於其他任何順位之繼承人。
- （二）直系尊親屬。在舊繼承法父母及祖父母爲同一順位，而現行民法不但在順位上，先父母，而後祖父母，而且祖父母的順位後於兄弟姊妹。反之，依舊繼承法，兄弟姊妹無繼承權。
- （三）戶主。依舊繼承法有最後順位之私產繼承權，而依現行民法則無私產繼承權。

關於私產繼承，無論舊繼承法或現行民法均無選定繼承人的規定，當被繼承

人無直系血親卑親屬，且依民法繼承編施行前之法律亦無其他繼承人時，適用舊繼承法的結果會成為無繼承人，而適用現行民法則可能由被繼承人之兄弟姊妹繼承。是故，依民法繼承編施行法第八條，關於私產繼承不致於因舊繼承法或現行民法規定不同，而引起私人間之利益衝突的問題。有可能引起私人間之利益衝突問題者為家產繼承。其主要爭點為：（一）選定繼承人之選定及選定期限。（二）繼承之家產的公同共有及其管理處分權的歸屬。本件聲請案所牽涉者為選定繼承人之選定及選定期限問題。

民法繼承編施行法第八條中所稱「依當時之法律亦無其他繼承人者」，在舊繼承法關於家產繼承有選定繼承人制度之背景下，其意義為何？可能之解釋有二：（一）於繼承事件發生時，無直系血親卑親屬以外之其他法定繼承人，或（二）依當時之法律不能產生其他繼承人。

按依當時之法律，在繼承事件發生後，無戶主之法定繼承人時，由親屬會議為其立繼，「選定戶主繼承人，論其實質，原屬習慣上之立嗣（立繼），即所謂『死後養子』，或『追立繼嗣』。其繼承權係由養子身分而發生」（法務部編，臺灣民事習慣調查報告，頁四五六）。其繼承之內容含戶主身分及家產。由於選定繼承人之必要性在繼承事件後即發生，所以，在家產繼承，民法繼承編施行法第八條中所定「依當時之法律亦無其他繼承人者」應指依當時之法律不能產生選定繼承人（其他繼承人）而言。是故，在繼承事故發生後，應讓被繼承人之親屬有組成親屬會議為被繼承人選定繼承人的可能。關於至遲應於何時選定，該條並無限制規定。

二、統一解釋之必要

舊繼承法就選定繼承人之選定並無法定期限之限制。因而司法實務上存有下列二種不同見解：

- （一）最高法院四十七年台上字第二八九號民事判例要旨稱：「依當時有效法例，應適用臺省習慣處理，其經親屬會議合法選任之戶長，繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制，……應由被選定為戶長之被上訴人取得繼承權，無再依同編施行法第八條另定繼承人之餘地。」
- （二）高雄高等行政法院九十六年度訴字第九五九號判決認為：「綜上所述，原告之主張既不足取，其主張已依日據時期臺灣繼承習慣，經親屬會議選定為訴外人戊之戶主繼承人及財產繼承人，向被告申請辦理○○縣○○市○○段○○地號等十一筆土地之繼承登記；被告以其並非民法第一千一百三十八條所定之法定繼承人，依土地登記規則第五十七條第一項第二款規定，駁回原告之申請，並無違誤；訴願決定予以維持，亦無不合。」該判決業經最高行政法院九十七年度裁字第三七二六號裁定，以下述理由駁回原告上訴而確定：「原判決以上引最高法院判例（按即最高法院四十七年台上字第二八九號民事判例）在被繼承人死亡及選定繼承人均在繼承編施行前之情形，始有適用，超過上述範圍部分與民法繼承編施行法第八條規定有違，而不予適用，核無不合。」

兩相對照，最高法院四十七年台上字第二八九號民事判例要旨認為：只要被繼承人死亡在繼承編施行前，且死亡時被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，不限期間均得選定繼承人。亦即選定繼承人得在繼承編施行後始選定，且無選定期限之限制。而高雄高等行政法院九十六年度訴字第九五九號判決及最高行政法院九十七年度裁字第三七二六號裁定認為：該判例應只適

用在被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前之情形。要之，關於選定繼承人之選定時點，前述二種法律見解有下述差異：前者認為在民法繼承編施行前後均可選定；後者認為僅得在民法繼承編施行前選定。

由於最高行政法院九十七年度裁字第三七二六號裁定認為：「最高法院判例僅得作為本院判決之參據，並非當然拘束本院判決。」因此最高法院判例及最高行政法院裁定見解之差異，在上述類型之繼承登記事件的辦理上，可能導致行政機關得分別引用其一，任意為或准或駁的行政處分，皆屬合法，而當事人之實體上的主張，卻無明確一致之司法實務見解可資依循。當事人面對最高法院及最高行政法院就民法繼承編施行法第八條所示見解之差異，亦了無有效之司法救濟途徑。因此，就現行民法繼承編施行法第八條規定之適用，有由司法院統一解釋之必要。

三、本號解釋之生效時點

鑑於舊繼承法中家產繼承之選定繼承人選定制度，決定特定人家產繼承權之有無，與人民之權利義務有關，所以其選定期間之限制應有法律之明文規定，以符法律保留原則之要求。舊繼承法就選定繼承人之選定期限既無明文規定，而物應盡其用，地應盡其利，始有助於國民經濟之發展。繼承事件長期懸而未決，必然妨礙構成繼承財產之遺產的有效用益及法的安定性。是故，關於選定期限之無規定狀態自當論為相關法律有應限制而無限制之規定的情事，構成法律漏洞，應予補充。

然在權力區分制度下，在立法機關未為立法填補該漏洞時，是否得由司法機關透過法官造法補充該漏洞？按民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」關於民事法之法律漏洞的補充，該條規定係立法機關對於司法機關之概括授權。所以，在立法機關長期未就上述漏洞為補充，且已引起司法機關在裁判上之法律意見不統一的情形，自有由司法機關，特別是由司法院透過統一解釋補充該漏洞，以消弭相關紛爭的必要。

本號解釋認為：「繼承開始於民法繼承編施行前，依當時之法規或習慣得選定繼承人者，不以在民法繼承編施行前選定為限。」殊值贊同。惟關於本號解釋中明定「自本解釋公布之日起，應適用現行繼承法制」之部分，鑑於舊繼承法就選定繼承人之選定並無期限之規定，所以如要經由解釋予以限制，該解釋事實上即具有廢止舊法之性質。其廢止之生效日可能規劃為：自解釋公布日起生效，或自解釋公布日後經一定期間生效。採其中之任一生效日固然皆有不可避免之溯及效力的情事，但若規劃為解釋自公布日後經一定期間始生效力，可能被選定為家產繼承人者便有必要之回應時間。否則，即形同使該家產隨同解釋公布生效而立即轉為無人繼承之財產，從而適用民法第一千一百八十五條的結果等於由國家沒入。因此較為兼顧人民權益之規劃為：於家產繼承之情形，其無直系血親卑親屬，而有選定繼承人之必要者，被繼承人之親屬組成之親屬會議未能在自本號解釋公布日起一年內，選定其選定繼承人者，依民法繼承編之規定定其繼承人。該選定繼承人並應立為被繼承人之養子，以符選定繼承人制度之追立繼嗣之意旨，併予敘明。

本件多數意見逕行認定最高法院與經最高行政法院裁定駁回上訴之高雄高等行政法院確定判決「就民法繼承編施行法第八條規定之適用」見解有異而為統一解釋，且認為該條所定「依當時之法律亦無其他繼承人者」，不包含依當時之法規或習慣得選定繼承人而尚未選定之情形，但並未闡明其所謂當時得選定繼承人之法規或習慣之內涵為何？在現行法制架構下能否適用？本席等雖一再陳明，多數意見所謂「選定繼承人」係來自民法繼承編施行於臺灣之前，源於明治三十一年（西元一八九八年）之日本民法（下稱日本舊民法）所定「家督繼承」之舊臺灣習慣戶主繼承制度，而「家督繼承」於昭和二十一年（西元一九四六年）之日本憲法（下稱日本憲法）公布後，因與該憲法揭示「個人尊嚴」、「兩性平等」之精神不符，故於昭和二十三年（西元一九四八年）一月一日已全面廢止，是有關戶主繼承習慣在我國憲法與法律秩序下是否合憲而得以「習慣法」適用等質疑，多數意見仍不惜排除現行法有關法定繼承人規定之適用，刻意維護該違法違憲之日據後期之舊臺灣民事慣習，於日本廢除「家督繼承」制度已逾一甲子時，我國多數大法官竟未附任何理由的認定戶主繼承習慣於民法繼承編施行於臺灣後，仍應繼續適用，實屬曲解而有虧大法官守護憲法並統一解釋法令之職責，本席等歉難同意，爰提出不同意見書。

一、「選定繼承人」之法源為舊臺灣慣習之戶主繼承制度

1、歷史背景

臺灣原來雖有家制，但與日本舊民法規定抽象意義之「家」的觀念，本質上迥然不同（註一）。臺灣於明治三十九年（西元一九〇六年）一月十五日實施「戶口規則」，新設「戶主」，嗣為促進臺灣家制之日本化，於日據後期之昭和五年（西元一九三〇年）法院逕以判例認定戶主繼承為臺灣之習慣，而將日本舊民法之家督繼承移植臺灣，復於昭和八年（西元一九三三年）設立臺灣人之戶籍。臺灣家制受其影響，家長之地位漸被戶主權所取代，家成為行使戶主權之範圍，亦具有抽象的意義，戶主與家屬不以同居為必要，僅以戶主、家屬均屬同一戶籍即可，戶籍與各人之居住所不須同一（註二）。又日據後半期之臺灣民事法制，在形式上雖承認「舊慣」為法源，而不適用日本舊民法之規定，惟為使臺灣之民事習慣早日接近日本法制，以配合所謂內地延長主義之同化政策，當時的臺灣高等法院及行政官署積極運用各種方式，操控習慣，甚至將不存在之習慣指為臺灣之習慣，以期臺灣之民事法制最後能統一於日本法制之下。其中最為人詬病者，即為引進日本舊民法之家督繼承（註三）。

2、戶主身分上及財產上之權利義務

臺灣在日據時期所新設之戶主，其身分上之權利義務因無習慣可據，故在不牴觸舊習慣之範圍，依條理（法理）判定之，包括（一）、對家屬之居所指定權（限於處理家務之必要範圍以內）；（二）、對家屬之婚姻、收養、入籍、離籍、復籍、繼承他家或絕戶再興等事項之同意權或撤銷權；（三）、家屬禁治產或準禁治產宣告之請求權及撤銷宣告之請求權；（四）、為家屬召集親族會；（五）、為家屬之違法婚姻或收養，請求撤銷；（六）、扶養家屬之義務。戶主財產上之權利義務，判例認為戶主有管理家產，為家屬支出喪葬費或婚嫁費等之義務，並代表家屬為有關財產之法律行為，得代理親權人為未成年人管理財產（私產）（註四）。

3、戶主繼承習慣之內涵

戶主繼承因戶主身分之喪失而開始，喪失戶主身分之原因有四：（一）、

戶主死亡；（二）、戶主隱居；（三）、戶主喪失國籍；（四）、戶主因婚姻或收養之撤銷而離家。戶主繼承之順位為：（一）、法定戶主繼承人；（二）、指定戶主繼承人；（三）、選定戶主繼承人。戶主無法定或指定之繼承人，於其死亡後，得由其親屬會議選定戶主繼承人（註五）。因被繼承人死亡所為戶主繼承人之選定，係以承繼被繼承人所有之戶主權為目的。於選定人為選定之意思表示時，戶主權繼承之效力即發生，無須得被選定人之承諾。經選定後，溯及於繼承開始時，發生效力，惟被選定人得自由選擇予以承認或拋棄繼承（註六）。是為「選定戶主繼承人」之法令依據。前述戶主身分上及財產上之權利義務由繼承人所承繼，以日本舊民法之規定為條理，由直系卑親屬中，依男系、嫡系、長系主義決定繼承人一人。而戶主所遺之家產，稱為「因戶主死亡所開始之財產繼承」或「家產繼承」，則依習慣由在家之男性直系血親卑親屬共同繼承之（註七）。至戶主繼承之被選定人，於承認選定而為戶主繼承人時，被繼承人所有財產上一切權利義務，均應按其應繼分與戶主權不可分的歸其繼承。但繼承人得於相當期間內拋棄財產繼承，而僅為戶主繼承（註八）。

二、日據後期臺灣之戶主繼承習慣違憲而不得適用

1、戶主繼承為當時臺灣之習慣法

民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」明定習慣就民事法律所未規定之事項，有補充之效力。該規定之習慣究係何指？眾說紛紜（註九）；實務上則認為乃係習慣法（註十）。日本舊民法之家督繼承移植於臺灣後，形成當時臺灣之戶主繼承習慣法，已如前述。

2、習慣法於現行法上之適用

法律事實應適用之習慣法，係法律事實發生當時之習慣法，適用時則應以憲法根本原理進行審查，且以不背於公共秩序或善良風俗為客觀要件（註十一）。因此習慣法雖得為民法之法源，惟習慣法必須不違背法律與憲法，並非所有習慣法於現行法制下，皆可適用。民法繼承編施行法第八條規定：「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」其所謂「依當時之法律」，應指法律事實（繼承開始）發生當時之法律，而就臺灣之法制沿革而言，即指民法繼承編施行於臺灣前之舊臺灣慣習。在憲政國家體制下，民法繼承編施行法第八條規定既不得與憲法牴觸，則因該條規定「依當時之法律」而適用之習慣法，自亦不得與憲法牴觸，乃屬法理之當然。

3、日據後期臺灣之戶主繼承習慣違憲而不得適用

（1）日本廢止戶主及選定家督繼承已逾一甲子

日本舊民法規定之家督繼承，係對於戶主之身分地位及戶主所屬財產為繼承，戶主有支配家屬身分上行為之權，且採長子單獨繼承等，家督繼承開始後，依法定家督繼承人、指定家督繼承人、選定家督繼承人之順位繼承。

日本憲法於昭和二十一年十一月三日公布，其第一百條第一項規定，自公布之日起算，經六個月之日施行（註十二），即於昭和二十二年（西元一九四七年）五月三日施行。同法第二十四條規定：「婚姻應基於男女雙方之合意，始得成立，並以夫婦享有同等權利為基礎，互相協力而維持之。（第一項）關於配偶之選擇、財產權、繼承權、住所之選定、離婚，以及其他關於婚姻及家族之事項，法律之制定，應基於個人之尊嚴及兩性本質上平等為

之。（第二項）」第九十八條第一項規定：「本憲法為國家之最高法規，違反其規定之法律、命令、詔敕及其他關於國務行為之全部或一部，均為無效。」日本舊民法有關戶主及家督繼承等規定因違反上開憲法明確揭示之「個人尊嚴」、「兩性平等」原則，日本政府著手進行大幅修正其民法親屬編、繼承編之草案，預定於憲法施行日同時施行，惟至該憲法施行日，前述民法修正草案仍未能通過。為因應憲法施行後（即昭和二十二年五月三日）至新民法修正施行前（當時預定為同年十二月三十一日）法制上可能產生之空窗期，日本國會制定限時之臨時法，即「伴隨日本憲法施行之應急措施相關法律」（下稱應急措施法），使相關規定得以符合憲法精神（註十三）。依應急措施法第三條、第七條第一項規定，戶主、家族及其他與家相關之規定、家督繼承相關之規定，均不予適用（註十四），廢止戶主及家督繼承制度。修正之民法（下稱新民法）於昭和二十三年一月一日施行，新舊規定交替之過渡期間，為維持法安定性，民法附則（昭和二十二年十二月二十二日法律第二二二號）第二十五條第一項雖規定，在應急措施法施行前已開始之繼承，除第二項之情形外，適用舊法。惟其第二項前段規定，應急措施法施行前家督繼承已開始，且於新法施行後，有依舊法應選定家督繼承人之情形，該繼承適用新法。換言之，在應急措施法施行前已開始之繼承，於新法施行前，仍得選定家督繼承人，倘未於新法施行前選定者，新法施行後，如有依舊法規定應選定之情形，因新法無選定家督繼承之程序規定，故僅能如繼承開始時新法已施行，適用新法之規定。蓋此時具體的權利義務歸屬者未定，對法安定性之危害較弱（註十五）。是選定家督繼承制度，於昭和二十三年一月一日確定廢止。

（2）臺灣於日據時期引進日本之戶主制度及戶主繼承制度與法律及憲法牴觸而不得適用

家制為明治維新後，日本權力體制、社會體制存立之基礎，與國家理念相結合，支撐著以天皇為頂點之家制國家。臺灣於日據時期引進日本之戶主制度，植基於封建主義之思想，戶主對家屬有居所指定權、對家屬之婚姻、收養、入籍、離籍、復籍等有同意權或撤銷權。戶主之法定繼承，由直系卑親屬中，依男系、嫡系、長系主義決定繼承人一人；家產繼承，則由在家之男性直系血親卑親屬共同繼承之。

臺灣於民國三十四年十月二十五日施行民法親屬編及繼承編後，家為以永久共同生活為目的而同居之親屬團體（民法第一千一百二十二條參照），並不採戶主身分的絕對支配家屬制，僅概括規定家務由家長管理（同法第一千一百二十五條、第一千一百二十六條參照），故家長為維持、發展共同生活，對家屬之日常生活加以約束、保護而已，家已不再具有抽象的形式意義；繼承則改為單純財產繼承，保護個人權益及男女平等之繼承制度，完全揚棄身分之繼承。如前所述，日據時期臺灣之戶主繼承習慣，因與民法親屬編及繼承編之規定顯相牴觸，且顯然違反憲法第七條規定之男女平等、第十條規定之居住及遷徙自由、第二十二條保障之婚姻及收養自由、人格自由（註十六）。於現行法制中，自不得適用。

三、繼承開始在民法繼承編於臺灣施行前，依當時之法律（戶主繼承習慣）得選定戶主繼承人而未選定或未能選定者，在民法繼承編於臺灣施行後，其繼承人應依民

法繼承編之規定定之

本件最高法院與經最高行政法院裁定駁回上訴之高雄高等行政法院確定判決，係就繼承開始在民法繼承編於臺灣施行前，依當時之法律（戶主繼承習慣）得選定戶主繼承人而未選定或未能選定者，在民法繼承編於臺灣施行後，應如何適用法律發生見解歧異。查繼承開始在民法繼承編於臺灣施行前，依當時之法律（戶主繼承習慣）得選定戶主繼承人而未選定或未能選定者，在民法繼承編於臺灣施行後，始為戶主繼承人之選定者，於選定人為選定之意思表示時，戶主繼承之效力方發生，而其所依據之「當時之法律」為日據後期臺灣之戶主繼承習慣，該習慣牴觸現行民法親屬編、繼承編之基本精神與明文規定，與憲法第七條、第十條及第二十二條規定亦有不符，故不得適用，已無從選定，而屬「依當時之法律亦無其他繼承人」之情形，故應依民法繼承編施行法第八條規定「自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」

多數意見僅泛謂，民法繼承編「施行法第八條所定『依當時之法律亦無其他繼承人者』，應包含依當時之法律不能產生選定繼承人之情形，故繼承開始於民法繼承編施行前，依當時之法規或習慣得選定繼承人者，不以在民法繼承編施行前選定為限。」毫未審查其所謂當時得選定繼承人之法規或習慣之內涵為何？是否符合民法親屬編及繼承編、憲法之規定而得適用？實屬恣意。

四、結語

戶主權思想於民法親屬編在臺灣施行後，因與之扞格已隨之消失；戶主繼承制度於民法繼承編在臺灣施行後，亦失其存在。多數意見猶認為繼承開始於民法繼承編施行前，而有選定戶主繼承人之必要時，不以在民法繼承編施行前選定為限，於該編施行後仍得繼續選定至本解釋公布之日止。果爾，則其所稱已合法選定戶主繼承人，而迄今尚未辦竣被繼承戶主所遺財產事宜者，均仍可援用違法違憲之選定戶主繼承之習慣，繼續辦理繼承事宜，乃假藉選定戶主繼承之軀殼，而行財產繼承之實，嚴重扭曲戶主繼承制度之精神，助長社會之投機行為。況據本件聲請統一解釋之原因案件判決即高雄高等行政法院九十六年度訴字第九五九號判決記載，系爭土地所有人即被繼承人經法院於民國八十四年間判決宣告於民國三十三年六月二十日死亡，因其為戶主，且無法定或指定之戶主繼承人，其親屬會議於民國九十六年二月十二日選定本件聲請人為戶主繼承人，果爾，該被繼承人原有之戶（家）已逾六十年無戶主，該戶如何得以存續？聲請人又如何得繼承戶主而行使戶主權？頗滋疑義。

本院負有闡釋法律及命令正確意義之職責（註十七）。本件解釋未附任何理由的刻意維護六十年來備受抨擊為違反人權之封建制度，實屬曲解而有虧大法官守護憲法並統一解釋法令之職責，本席等歎難同意，爰提出不同意見書。

註一：參閱法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，九十三年七月，頁三二九；陳瑞堂，習慣法之形成與適用—以祭祀公業派下權之女子繼承為中心，民法總則實例問題分析，五南圖書出版股份有限公司，九十年五月，頁一〇；戴炎輝，五十年來的臺灣法制，臺灣文化第五卷第一期，三十八年七月，頁一一。

註二：參閱同上註臺灣民事習慣調查報告，頁二三六、二四一；陳瑞堂文，頁一〇、一一。

註三：參閱同註一臺灣民事習慣調查報告，頁三二八、三二九、三三四；陳瑞堂文，頁九。

- 註四：參閱同註一臺灣民事習慣調查報告，頁二四三、二四四。
- 註五：參閱同註一臺灣民事習慣調查報告，頁四三九至四四一、四五五。
- 註六：參閱同註一臺灣民事習慣調查報告，頁四六三。
- 註七：參閱同註一臺灣民事習慣調查報告，頁四三七；陳瑞堂文，頁一〇；戴炎輝，臺灣親屬繼承習慣，法學雜誌第二卷第一期，四十年一月，頁五三。
- 註八：參閱同註一臺灣民事習慣法調查報告，頁四六三、四六四、四六七。
- 註九：參閱鄭玉山，民事習慣在司法實務之運用，法學叢刊第一九三期，九十三年一月，頁一二。
- 註十：最高法院十七年上字第六一三號判例：「習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎。」
- 註十一：參閱同註九鄭玉山文，頁一八、一九。
- 註十二：日本憲法第一百條第一項規定：「本憲法自公布之日起算，經六個月之日起施行。」
- 註十三：中川善之助編，注 民法（24）相 （1），有斐閣，昭和四十二年三月一日初版，頁四〇、四一；高窪喜八郎、堀內節、田村五郎編，民法相續編（上），中央大學出版部，昭和五十三年一月三十日六版，頁五六、五七；大原長和、大塚勝美、本城武雄編，親族法・相 法[現代社 民法V]，嵯峨野書院，平成八年四月十日新版，頁二六、二七。
- 註十四：應急措施法第一條規定：「此法律，以伴隨日本憲法之施行，基於民法之個人尊嚴及兩性之實質上平等而實施應急措施為目的。」第三條規定：「戶主、家族及其他與家相關之規定，不予適用。」第七條第一項規定：「家督繼承相關之規定，不予適用。」
- 註十五：中川善之助編，注 民法（26）相 （3），有斐閣，昭和四十八年八月三十日初版，頁四三一。
- 註十六：本院釋字第五五四號解釋參照。
- 註十七：本院釋字第一八五號、第一八八號、第二〇九號解釋參照。

不同意見書

大法官 陳新民

要一個文明社會一直處於其未開化祖先的支配之下，彷彿強迫成年人還要穿上其孩提時的衣服。因此，法律與制度必須隨著人類智慧，攜手併進。

美國開國元勳・傑弗遜

法律和權利像永恆的疾病一樣，繼承下去；由一代一代、一地一地緩緩的延伸。理智轉換成無理，善行變成了禍害。作為後代子孫的你，保衛自己吧！可憐啊，我們天生俱來的權利，到頭來卻形成了難題！

德國・歌德・浮士德

本號解釋多數意見認為：民法繼承編施行法第八條（以下均稱系爭規定），「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人」，國人依日據時代臺灣繼承慣習，選定繼承人之規定，自本解釋公布之日起，不再適用，以維護民法繼承法秩序之安定。此見解本席亦表贊成。但本號解釋多數意見且決定自本號解釋公布之日止，如已合法選定繼承人，但尚未完成繼承登記者，仍可取得繼承效果」。將使得所有宣稱已合法選定繼承人，卻因故未能完成繼承程序之案件，形同追認；同時，本號解

釋雖云為統一解釋，但多數意見顯然對系爭規定進行了憲法解釋，此「不再實施」的「限縮解釋」，無異作出違憲解釋的效果！為求名實相符，本號解釋應視為憲法解釋。為此程序面與實質面出現的嚴重瑕疵，本席爰提出不同意見書如下，以明其義：

一、「一藥治三疾」—本案係統一解釋，抑或憲法解釋？

由本號解釋乃聲請就最高法院四十七年度台上字第二八九號民事判決（該判決嗣經最高法院選為判例，以下均稱最高法院四十七年判例）「繼承開始於民法繼承編施行於臺灣之前，應適用當時臺灣繼承習慣辦理，於戶主即被繼承人死亡時，如無法定或指定繼承人，得由被繼承人之親屬會議合法選定戶主以為繼承，所選定之繼承人不分男女皆得繼承，選定期間亦無限制」之見解，和高雄高等行政法院九十六年度訴字第九五九號判決（經上訴後，業經最高行政法院九十七年度裁字第三七二六號裁定上訴駁回），見解有異。後者認為「自民法繼承編施行於臺灣後，已不得再由親屬會議選定戶主繼承人，從而未於民法繼承編施行前選定繼承人者，於民法繼承編施行後即不得再行選定，而應循現行民法繼承編規定處理繼承事宜」。兩個法院體系的見解不同，聲請本院大法官統一解釋。

本號解釋解釋文則完全針對系爭規定的內容為解釋，未有一語提及本號解釋源於兩個法院體系之見解歧異。似乎忽視了解釋的標的應當為上述兩個終審法院的見解為限；此雖和本院釋字第五三三號解釋體例相符，但觀乎本院釋字第三〇五號解釋之體例，即更見完善矣！另外，解釋文且基於繼承法秩序必須安定，因此最高法院四十七年判例之「選定繼承無期限論」，並不可採；同時，最高行政法院九十七年度裁定即因「期待不可能」（理由書第三段：「查選定繼承人必在繼承事件發生之後，如被繼承人死亡時間距民法繼承編施行時不遠，或於民法繼承編施行後，方由法院裁判宣告死亡於繼承編施行前者，即難以期待或無從於民法繼承編施行前為繼承人之選定。…」），而不為本號解釋所採。本號解釋已對兩個判決及裁定「各有指摘」。此外，一般法律自公布後，除非違憲而被本院大法官解釋宣告（嗣後）無效外，應繼續有效。本號解釋對系爭規定宣告：自本號解釋公布之日起，不再適用其「依當時之法律亦無其他繼承人者」之規定，亦即不得再援用其所許可之臺灣日據時代舊慣習。明顯的雖未宣告系爭規定違憲，但已經限定其內容。因為系爭規定雖然制定時（民國二十年），其適用對象乃為「全國」，但自從臺灣光復、政府遷臺，該系爭規定的主要對象，已完全萎縮在日據時代的臺灣。易言之，今後該條文幾乎不再有適用之機會，故該條文已形同具文，實質上已遭到廢止的後果。

因此，作為統一解釋的本號解釋理應不涉及任何一條法律條文合憲性的爭議，遑論限制或撤廢其適用效力。並且應當專門推究兩個終審裁判的見解，無論是尋求其一或折衷，甚或另創新見，都應只是追求法律秩序的一致性，而非為憲法價值的解釋。本號解釋乃典型的「一藥治三疾」，以一帖藥來治療三種不同的疾病，也像「一語責三方」。此種針對「一法兩裁」的批評，本號解釋都援引高位階的憲法理念（法秩序安定與信賴利益）進行指摘，已由統一解釋跨入憲法解釋。

按統一解釋與憲法解釋，涉及到審查對象與維護法益的不同。統一解釋針對法律所規範的權利或權限，憲法解釋乃將此疑義提升至憲法位階所設立的權限或人民權利保障。大法官作出決議的門檻即有顯著的差別。前者僅須大法官總額半數出席及半數的同意，即可為之；反之，後者須總額三分之二出席及三分之二的

同意（見司法院大法官審理案件法第十四條）。本號解釋如為憲法解釋，即須絕對多數決。惟本號解釋卻認定如聲請人主張的（低門檻之）統一解釋。由於本號解釋係我國大法官少數受理人民聲請統一解釋案，自應珍惜此一良機（註一）；況且，本問題在我國學界與釋憲實務仍鮮少論及，本席認為當趁此機會，加以詳論，俾使兩個制度的分際，能有較明確的區分（註二）。

統一解釋是針對法律適用的角度來解釋，是法律尊嚴的維護者；而憲法解釋乃是用憲法檢驗法律、命令、其他法規範，而排除牴觸者，是憲法秩序與尊嚴的維護者。這是兩者最大，也最明顯的差異。

統一法律見解既然是以兩個國家機關（法院體系）的法律見解為解釋的對象，可能造成三種解釋的結果：

- 1、「非楊即墨」式：即以兩者歧異見解中挑選其中一方見解為準，當然其前提要件為判斷兩者見解的「準據法」一系爭法規，乃合憲而未受到大法官任何的挑戰。這種「非楊即墨」是最典型與常見的統一解釋，因為未檢驗立法者的判斷，衝擊法秩序最少，也可以稱為是最簡單的統一解釋。
- 2、「非楊非墨」式：即對兩方歧異見解，大法官並未偏惠一方，而作出了「第三種解釋」，可能雙方見解各採若干成分，綜合而成；也可能只採一方若干見解；但主要是大法官重新整合的結果。此種「非楊非墨」式仍不觸及系爭法規的合憲性問題，乃大法官就系爭法規合憲的認定下，「糾正」了兩個歧異見解，而創造出新的法律適用之秩序（註三）。
- 3、不論「非楊非墨」或「非楊即墨」，但「舊法舊瓶裝新酒」：這是大法官統一雙方歧異見解後，也對檢驗依據的法規，進行憲法審查後而「易其內容」，形成可能「兩變」，甚至「三變」的後果。

上述 1、2 的情況，大法官即使動用到憲法的理念（例如法治國家原則、比例原則、平等原則、信賴利益保護或法律安定性原則）來調整與整合「楊與墨」的關係，都仍屬於統一解釋的範疇，最明顯的例子，如前述之本院釋字第五三三號解釋；然上述 3 的「舊瓶新酒」，則已經觸及到「法律神經」，形成法律秩序的「傷筋動骨」，此時，援引的憲法理念，便形成了憲法解釋的特徵。

另外在上述 1 或 2 的情形，例如對判例或終審法院的判決在進行統一解釋的過程，大法官若積極的援引憲法規定，認為違憲而無效時，儘管大法官未對系爭法規作違憲審查或審查結果認為合憲（包括作出合憲解釋），此時也可能轉換成憲法解釋。同時，人民在面對統一解釋或憲法解釋可能產生競合時，既然可能由發動統一解釋造成憲法解釋之結果，也可能反其道而行；這也是大法官實務過去經常經由憲法解釋，行統一解釋之實，學界與實務界也頗多指摘（註四）。既然人民聲請統一解釋或憲法解釋有可能競合，而獲得受理與作出解釋的門檻有差別，關涉到其救濟的可能性，茲事體大，我國立法者即有必要對大法官表決門檻的差異重作考量，是否可全部改為二分之一的普通多數為妥？

由上述的分析，可知統一解釋與憲法解釋的判斷標準，頗不容易。其癥結點主要不在於大法官有無使用憲法的理念，來作判斷的工具與檢驗依據—因為任何法治國司法行為都要經得起憲法理念的檢驗，也須用此理念來統一法律秩序—。兩者判斷的依據，可以分為「結果論」及「標的論」：「結果論」是指大法官運用憲法的理念，來宣布相歧異的法律見解一方或雙方違憲而失效，即屬於憲法解釋；「標的論」是「檢驗標的的差異之上」—亦即受檢驗的標的及不及於系爭法

規之效力。如果此法規的效力受到了檢驗，也屬於憲法解釋。

關於解釋原則及解釋文草案之可決人數，司法院大法官審理案件法第十七條第一項第二款規定：「宣告命令牴觸憲法，而未為憲法條文疑義之解釋或未論及訂定該命令所依據之法律是否違憲者，依本法第十四條第一項但書之規定」，即必須由大法官總額三分之二出席，出席人數二分之一以上表決通過，便是採行「標的論」的例證。不惟寧是，同條第一項第四款且規定：「同一聲請案件包含數解釋原則者，視其內容，分別適用前三款之規定」；以及同條第二項規定：「案件之全部或一部，應依前項何款規定定其可決人數發生爭議時，由出席大法官三分之二同意定之。未經三分之二同意者，適用前項第一款之規定」，都表明相當法規要求大法官在表決解釋文時，應當先嚴格區分其屬性，而有不同性質時，則應「分別投票」，而有屬性之爭議時，尚且明定解決機制，因此，堪稱極為周延的立法。惜乎！似未能被釋憲實務所重視。

這種以「結果論」及「標的論」是否受到違憲判斷，來作為判斷依據，也符合權力分立的理念。按大法官既然運用憲法原則來否定相關機關的法律見解，其為憲法解釋的性質自明；而系爭法規，不論出自於立法者或行政機關，既然由司法機關來否認或限制其效力（尤以法律位階而論），理應具有較高的表決門檻要求。這也是由維繫法律適用的尊嚴，提升到憲法尊嚴的較高標準之程序要求。特別是當兩個國家機關間涉及到權限的爭議時，規範國家權限的任務主要為立法者，因此，立法者權限未盡妥適的行使，而由大法官來加以糾正式的重組，自然也基於維繫憲法秩序的職責。

故本號解釋「一藥治三疾」，乃是上述 3「非楊非墨」且「舊法舊瓶裝新酒」，因此，明顯屬於憲法解釋的案例。本號解釋的通過，即須絕對多數，而非普通多數的通過。本號解釋於表決時，雖然亦越過此一絕對多數表決門檻，並未形成本案解釋欠缺合法性與正當性的表決基礎，然未能在本解釋案件的「屬性」上加以澄清，亦為憾事。

二、本號解釋欲保護何種法益？

按人民聲請統一解釋的前提要件，必須是其權利受到不法的侵害。「權利受損害」，特別是由憲法所保障的權利受到法院判決的侵犯，方可由大法官解釋獲得救濟。但本號解釋所欲保障的法益何在？由本號解釋乃針對繼承事件而作的解釋，自然涉及繼承權利；而解釋文及理由書中也僅泛泛提到：「惟民法繼承編施行於臺灣已逾六十四年，為避免民法繼承編施行前之繼承關係久懸不決，有礙民法繼承法秩序的安定」，除此之外並無任何著墨。由解釋理由書對於系爭規定的解釋，以及對於戶主繼承制度的維護，可知著重於選定戶主繼承人法益的重視。但是本號解釋既然應屬於憲法解釋，故多數意見的「法益維護論」，能否獲得憲法價值的支持？恐值懷疑，可再分述如下：

（一）老舊且落伍的戶主繼承制

本號解釋涉及維護臺灣日據時代實施戶主繼承權為法益保障之對象（解釋理由書第二段）。按戶主繼承權是臺灣日據晚期所實施「半個臺灣習慣」，是把日本的「家督繼承」之「家制」，引到臺灣。而此「家督」一即戶主制度，源於日本過去受到我國封建時代的「宗祧繼承」制度，將繼承權由直系血親卑親屬一人來承擔。日本由於地小人稠，個人擁有耕地面積狹小，如果將土地平均分配給子女，將越分越小而無法支持一家之生計。因此不得不採取極端的「

長子繼承」制一家督制。由直系血親卑親屬為對象，且採取「男系」、「嫡系」及「長系」的原則，選定一位繼承人，經常是長男或長孫，獨包所有繼承之財產。而配偶、女系子女、非嫡系，都不包括在內。當依前述男系、嫡系及長系無法選出戶主時，得舉行親屬會議，選出之。甚至當戶主死亡後，也可以舉行戶主選舉，甚至由非親屬擔任，其目的乃「繼承香火」，也就是所謂的「死後收養」制（註五）。

然而臺灣的情形完全不同。按臺灣的家制是家族生活體，而非以家長（戶主）為主體的單獨生活體。臺灣的家制本來是以「尊長主義」，來使家成為家屬的共同生活體。關於財產又分為家族共有及家屬私有兩種。關於家族共有財產部分，即使由整個家族來繼承，並沒有由戶主一人繼承的情形。日本在臺灣引進戶主繼承後，還變本加厲。按日本舊民法下的戶主繼承制度也較彈性，不再只有長子繼承。舊民法之戶主繼承已有法定、指定及選定繼承人三種。其法定繼承人，又分為由被繼承人直系卑親屬及被繼承人之直系尊親屬兩種皆可。且直系親屬不分男女，皆得成為法定繼承人。但在臺灣僅成為直系男性卑親屬，因此較日本之制度來得嚴格，且不符中國之倫常（註六）。

日本在臺灣殖民地並不實施日本的舊民法繼承編規定。日本乃將上述民法繼承法視為「條理」（類似我國民法第一條的法理），而在臺灣法院中迂迴適用。在日據晚期，日本政府加強同化政策（皇民化與更改姓名）等，此同化政策一環中的戶主繼承，便透過當時臺灣高等法院形成判例，時在昭和五年的一九三〇年，強迫成為臺灣的慣習（註七）。此時離日本結束臺灣殖民統治不過十五年之久。

此透過日本在臺灣法院體系所建立、甚至學界批評為「編造」遺傳自日本「家督繼承」的制度，並非臺灣人民的繼承慣習，且違反男女平等、人性尊嚴與中國傳統家庭倫常關係的繼承制度，早在臺灣光復伊始，就遭到我國親屬與繼承法學者所嚴厲批評（註八）。

反觀日本在第二次世界大戰結束後，不到兩年（一九四七年五月三日）實施強調男女平等、人性尊嚴等的新憲法，日本舊民法中的繼承制度隨之丕變。家督繼承制度隨即遭到廢棄。昭和二十二年（一九四七年）十二月二十二日開始實施新的民法新繼承編，制定新的繼承次序（和我民法繼承編第一千一百三十八條類似）。在新憲法實施後與新民法實施之半年間，公布了一個「應急措施法」（昭和二十二年法律第七十四號），規定在此應急措施法施行前，依日本舊民法所發生的家督繼承，在新民法實施前（同年十二月三十日前），仍得選定家督繼承人。而此選定可在新法實施後，方予登錄。易言之，許可半年左右的選定寬限期。為了貫徹新憲法的意旨，應急措施法還特別規定：「在新憲法公布後，在新民法實施之間，如果家督死亡而未依舊制選出家督繼承者，依新民法的繼承規定，進行繼承」。至於應急措施法實施前繼承開始，在新民法實施後，方依舊民法選定家督繼承人之情形，仍依新民法規定繼承事宜（相當於我國民法繼承編施行法的「民法附則」，昭和二十二年十二月二十二日法律第二二二號）。

因此，由日本在戰後毅然實施新憲法，旋即拋棄落後、不開化的戶主繼承制度，而受其殖民政策荼毒的我國臺灣（甚至日本舊民法實施後，也修正實施的家督繼承，比起適用在臺灣的「老式」戶主繼承還合理，已如上述），怎還

有存續之價值？豈不諷刺？況而自臺灣光復後不久，我國開始頒布憲法、實施憲政，憲法強調男女平等及進步的理念，不遜於兩年後才公布實施的日本新憲法；而光復後即應實施我國新的民法繼承編，其進步與平等的概念，例如第一千一百三十八條的繼承次序，且與兩年後才實施的日本民法繼承編規定，訂有幾乎完全類似的內容。然而，日本早在距今六十二年前就完全摒棄的戶主繼承制，為何在臺灣還須寄以任何的懷念？

（二）香火繼承權制度的荒謬性

本號解釋雖然保障民法的繼承法秩序及安定性，且實質上已是憲法解釋，但卻未對任何憲法的繼承權體制為任何論述。似乎忽視了繼承權仍屬於憲法所保障的一環。

繼承權在憲法的人權保障上，經常和財產權並列（例如德國基本法第十四條、威瑪憲法第一百五十四條），其兩種權利都有共同的特性：例如兩者都具有防衛權色彩，同時以財產標的為處分對象；兩者的內容及界限都受到立法者的規範；財產與繼承法制都有強烈公益保留及社會義務性；立法者擁有一定的形成權，但都受到「財產權制度性保障」的約束，不能夠將財產及繼承權「掏空」…，因此兩者具有高度憲法同質性，可以以憲法討論財產權的法理來探究繼承權（註九）。

但規範繼承權的立法裁量，比財產權的立法裁量來的大。現代民主的社會，強調「社會正義」，立法者往往可以利用遺產稅的制度來促使社會的階級盡量弭平，讓「含金湯匙出生」的世襲階級狀況不致加烈。但為尊重財產權人一生的努力，以及尊重其財產的「處分權」及於其身後，因此，遺產及繼承法制，不能掏空此財產處分權。因此，繼承權乃是以財產或有財產價值的權利為主。其餘的權利，例如姓名或爵位（有實施爵位制之國家），才由立法來肯定之。繼承權以尊重被繼承人的意志為對象。在被繼承人死亡前，其他人（即使繼承編有其繼承的順序或特留分規定）並無要求分享繼承標的之主觀權利（請求權），從而無法援引憲法所保障的基本權。所以繼承權作為憲法的防衛權，也顯示出被繼承人擁有「遺囑自由」（Testierfreiheit）來處分其財產權利（註十）。

由繼承制度在憲法的意義上，是以被繼承人—即被繼承財產權人的「意志」（財產處分權）為保護的法益。由此便可以檢驗出香火繼承權的荒謬性。

追根到底這種源於封建時代宗祧繼承的香火繼承，已經和我國民法基於真實血緣關係所建立的親屬法制，以及隨之而來的財產權法制—繼承法制，毫無關聯性。繼承本是財產與親屬關係的聯繫與延續。若謂沒有財產關係，只繼承「香火」的祭祀意義，即無庸列入在民法繼承編的規範。從而也顯難在憲法的基本人權譜系內，尋獲一席之地。

因此，認定人民擁有可以成為為他人延續香火權，享有「獨攬祭祀權」的見解，顯然過度誇大了憲法第二十二條的保障範疇。

香火繼承，又稱為「死後收養」制度，更是荒謬絕倫。按收養是以雙方意思表示合致來產生親屬關係，從而要負擔起親屬法上權利與義務。而在一方死後才「追立收養」關係，同時多半沒有徵詢死者生前的同意，才由泛泛的親族會議—尤其是在本號解釋涉及之最高法院四十七年判例所強調的「沒有一定範圍限定的親族會議成員」所組成的親族會議—來決定由誰繼承香火，則死者

生後突然冒出「死後養子女」的「意定後代」，是否扭曲了被繼承人的意志？雖云大法官解釋無庸斟酌原因事件，但若原因事件已明確的事實可具體的佐證系爭制度的違憲或違法特徵，亦有一提的價值。就以本號解釋原因事件而論，被繼承人於民國三十三年六月二十日受徵召到海外擔任軍夫，當日死亡。民國九十六年二月十三日才選定繼承人，向地政事務所辦理土地繼承登記。易言之，被繼承人死亡六十三年後，才冒出一位「死後收養」的後代？因此，原因案件提供了國人一個絕佳檢驗戶主繼承制度所附麗之香火繼承理念，呈現出來的落伍、矯情之案例（註十一）。

（三）信賴保護、法律安定性與公共利益的三角均衡考量

本號解釋承認在臺灣實施民法繼承編前，發生繼承事實，雖然至今已有六十四年之久，仍然許可選定繼承人，惟本號解釋公布後，方不再得行此舊制，目的乃是保障我國民法繼承編所建立之新繼承法秩序之安定。

易言之，臺灣光復後，我國憲法、民法（包括親屬、繼承編）都已在臺灣實施，但戶主繼承制度所創設的法秩序「依然久懸不決」，故只要在解釋公布前已選定繼承人者，則必須繼續維持此舊制，亦即舊的繼承秩序，仍然可以優越於我國憲法與民法新繼承秩序。這種見解實令人不解，可再一一申論如下：

1、有無信賴利益的存在？

按主張信賴利益，從而拒絕新法的適用，必須權利人享有一定「值得保護」的信賴利益。這一種法律安定性與信賴利益的對抗。舊法所創下的信賴利益，經過新法實施過相當時間後，法律秩序已形成安定狀態，甚至社會上絕大多數的法確信，都已經忘卻舊法的制度，此時的信賴利益，只殘留在極少數的適用者，便會形成信賴利益獨立對抗法律安定性及公共利益。故這種以信賴利益為一方，以法律安定性及公共利益為對方的抗爭，信賴利益的勝出機率不高，端視信賴利益的堅強基礎何在。本號解釋運用「民法繼承秩序的安定」，並非作為支持信賴利益的立論，卻是在作為維護民法繼承編所創立下來的新繼承秩序，並藉以否認最高法院四十七年判例的繼續適用。故公共利益的優勢法碼，應當放在法律安定性這一邊的秤盤之上。而由本號解釋否認最高行政法院九十七年裁定的立論（期待不可能），也可導出支持本號解釋承認聲請人相信六十四年前選定繼承舊制的信賴利益的結論。此觀乎解釋理由書第一段又提到系爭規定的目的，乃是保障舊制之繼承法秩序，同樣的，法秩序出現在解釋文與理由書第一段（舊秩序）及第三段（現行民法繼承秩序），而三個法秩序的概念並不完全一致。所以本號解釋理由不夠明確且有矛盾，而易引起誤解之嫌。

實則本案中應探究有無存在值得保障的信賴利益。按信賴利益的存在，不能光有空泛的期待而已，還需要有滿足「已為一定的信賴行為」及「無不可預期」的條件，讓人民已經由舊法秩序中取得了應受保障的「法律地位」，已迭經大法官解釋所承認，在前者情形，本院釋字第五二五號解釋文已有：「…又純屬願望、期待而未有表現其已生信賴之事實者，則欠缺信賴要件，不在保護範圍」；本院釋字第五二九號解釋關於廢止金馬地區役齡男子檢定為已訓乙種國民兵實施辦法，對於未及役齡男子的信賴利益，指出了：「…按諸信賴保護原則，對於尚未及申請『檢定』之人，自不因其是否年滿十八歲而影響其權益。」而解釋理由書第二段且明白提到：「…原得於其他要

件具備時依法請求檢定為已訓乙種國民兵，惟上開辦法經主管機關予以廢止時，對於尚未及申請檢定之人，其法律地位因而喪失…有違信賴利益保護」，明白揭示了信賴利益須有「法律地位」的獲得要件；另外，本院釋字第五四七號解釋（對於尚未在國內執業的海外僑民中醫師執照，實施新檢覈制度），也是類似的見解。

而在後者「無不可預期」的條件，乃是認為衡諸各種客觀條件，可以主張信賴利益者，已無從「相信舊法與舊制，得有繼續存在的可能」的立論。這種情形，應由客觀面，而非當事人的主觀面來加以判斷。此也多半是當事人所處的「法令時空」之因素來檢驗。本院釋字第五二五號解釋中指稱：「…至經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形，…，其信賴即不值得保護」，則提出了所謂的「法規嚴重違反上位規範」作為信賴利益值不值得保護的客觀判斷因素；而更明顯的是在本院釋字第五八〇號解釋：「…（耕地三七五減租條例）雖未設置保護出租人既有契約利益之過渡條款，惟因減租條例本在實現憲法規定國家對於土地之分配與整理暨扶植自耕農之意旨，且於條例制定之前，減租政策業已積極推行數年，出租人得先行於過渡時期熟悉減租制度，減租條例對出租人契約自由及財產權之限制，要非出租人所不能預期，衡諸特殊之歷史背景及合理分配農業資源之非常重大公共利益，尚未違背憲法上之信賴保護原則。」則更是具體的將新制度實施的重要歷史背景、產生的重大公益，以及可讓聲請人產生新的「預知新法」的足夠時間，來消弭其「對舊制賡續的可預期性」，從而，否認了舊制度產生的信賴利益（另見本院釋字第五七四號及第六二九號解釋）。

就原因案件而論，被選定人在所謂的「繼承開始時」，也就是新民法繼承編實施前不到一年半之前，和被繼承人毫無關聯，也似乎並不相識。更顯得荒謬的是：在被選出為繼承人之前，有六十年的時間，與此繼承事件毫無關係（可能也未料想到有朝一日會被選為繼承人），何能產生「信賴繼承利益」？所以此未具有血親關係的外人，且時間超過六十餘年的戶主繼承案例，能否只因為召開一個親屬會議，即可宣稱已具備應予保障的「信賴行為」？可否因上述一個選定行為，即可關聯著產生對舊制度的信賴利益，從而可以產生否認六十餘年來，由憲法及民法所產生更符合公共利益新秩序的效力？因此，迅速的肯定優勢信賴利益的存在，未經與公共利益的仔細衡量，即屬突兀的判斷（本院釋字第六二九號解釋參照）（註十二）。

因此，不論按照日據時代臺灣實施日本舊民法的失蹤與死亡宣告規定（日本舊民法第三十條，一般失蹤七年，及戰爭與非常事件的三年宣告死亡），以及光復後立即實施我國民法總則（民法總則施行法第三條，規定適用民法第八條的失蹤與死亡宣告之規定，分別為一般失蹤十年，及特別事故的三年；新法改為三年及一年的期間），都是進步的民法制度必須創設明確的法律安定性之顯例。此外，各種請求權亦有一定的行使時效，也在創立此法律安定性之秩序。就以繼承的秩序而言，亦屬於上述法律安定性的一環，自應當在光復後一定的時間內，確定失蹤與死亡的狀態，而開始各種繼承。然而，整個聲請釋憲的論證主軸，幾乎完全環繞在民國八十四年法院的確定，當事人已於五十年前死亡的事實。似乎此五十年間當事人「生死未卜」，其親族等八人方得於民國九十六年二月十二日集會，重新實施此選定新制。似乎

六十一年來的民法繼承法制，以及失蹤與死亡宣告的法制，形同空設，豈不成爲「繼承與死亡宣告法制的空窗期」？

進步之新法有儘量延伸其效力之價值，吾人亦可推敲民法繼承編施行法第二條、第三條請求權之消滅時效；第六條喪失繼承權；第七條施行前定嗣子女之應繼分，以及第十條施行前所立遺囑之特留分…，都將新民法繼承編效力延伸及於民法繼承編施行前之繼承事實，可資佐證。

2、承認過去選定繼承法制所附隨的危險—日本舊民法規定的「死灰復燃」

本號解釋多數意見否認聲請人所主張的最高法院四十七年判例的應該繼續沿用下去，這是本號解釋值得稱頌之處。因爲此判例讓光復前產生的繼承事件，仍然適用日據時代的慣習來處理。同時，除了令人詬病的戶長繼承制度、親族會議成員的不定性，以及親族會議舉辦時間的隨意性外，更嚴重的是，會將已經在臺灣與日本都遭到廢棄的日本舊民法相關制度，又「起死回生」的復活生效。

在前文已述及臺灣於日據時代逐步透過司法實務，將戶主繼承制度，以「法理」的方式，運用到臺灣（註十三）。因此，日本舊民法關於戶主繼承制度的相關規定，甚至相關的許多早已經成爲法制史，且是枝節末葉式的冷門判決，以及當時法院院長與殖民政府法務官員間的法規意見…，都要出現在法官判決的文獻與法令依據之上，殊不知吾人現在身處於中華民國的法院，亦或是日本殖民政權的法院之內？

按本號解釋爲：原因案件以及其他「凡繼承開始於民法繼承編施行前，而至本號解釋公布之日止，已經合法選定繼承人者…」，仍可以不必適用現行民法繼承編之規定…，似乎這個見解和日本在二次大戰後新憲法制定時所公布的「應急措施法」的立意相同。然而，其中絕大的差異在於日本「許可選定寬限期」只有半年左右，但本號解釋沒有此時間限制。只要在本號解釋公布前任何時段（勿忘有長達六十餘年的可選定期）的選定行爲，皆可算數。

更重要的次一問題爲：何謂「合法選定繼承人」？此「合法」的依據是以現在適用的法規？亦或是以選定繼承人的「過去規範」爲論？本號解釋的意旨雖不明確，但要利用法院或法官阻止可能的濫用選定權，而須依法規，例如土地登記之相關規定來把關辦理繼承事宜。如此一來顯然要求法院或行政機關應以現行法來判斷選定程序是否合法。

但這種以現在法規之程序來規範選定繼承之舊制，明顯桎梏不合，也不符合多數解釋承認已選定人享有信賴利益的意旨，故當以後者「過去規範」爲主。同時，本號解釋否認最高行政法院九十七年裁定的見解，更支持了此立論，從而此所謂的「合法」顯然是以日據時代選定繼承人的「規範」爲準，而非現行的民法繼承與親屬編及與繼承登記有關的行政法規。如此一來，吾人必須提防可能產生的弊病：即可能會有利用親族會議舉辦不定期，與參加人員不定式的特性，「倒填」選定繼承的日期者。從而此斷定是否真實，即有賴法院來認定，從而本號解釋將此困難的斷定任務，交在各級法院法官的肩上，是極不合理之判斷。尤有進者，此一「潘朵拉盒子」既開，將會使我國目前除原因案件以外，其他仍未「結案」的選定繼承案件，都享受到反射利益，可以進行繼承登記。按本院釋字第一八八號解釋承認：「…各機關

處理引起歧見之案件及其同類案件，適用是項法令時，亦有其適用。惟引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經本院解釋為違背法令之本旨時，是項解釋自得據為再審或非常上訴之理由」。但該號解釋乃國家機關提出統一解釋，才有適用到同類案件的義務（各機關處理引起歧見之案件及其同類案件，適用是項法令時，亦有其適用）。而原因案件的當事人才有個案救濟的必要。至於由人民聲請統一解釋，自應當只有原因案件的當事人擁有個案救濟的必要性，無庸「福澤及於他案」。大法官誠然可以在解釋文中「網開一面」，但必須給予充足理由方可。惜乎本號解釋並未為此說明（註十四）。

如上所述，本號解釋未察及本院釋字第一八八號解釋乃基於國家機關聲請統一解釋，而非個人聲請統一解釋，因此開放救濟之門必須嚴謹。而這種從寬的肯定，將益形成紛雜混亂，我國各級法院法官日後審理選定繼承的爭議，以及土地登記機關進行繼承登記事宜，將面臨如何「尋找」法律依據（law finding）的難題。必須把找尋法源的時空拉回到日據時代，尋覓紛雜不堪的臺灣慣習、日本法院與舊日本民法的見解，對不諳日文的各級法官及政府官員而言，簡直是不可能的任務。試問：這種解釋對我國的法律尊嚴、法律安定性以及國民的正義觀，有任何可說服人的理由存在（註十五）？法院審查這類案件一如同本號解釋過程一，法官（及本號解釋大法官）所念茲在茲者，已非我國憲法與全部法律秩序所追求的公平與客觀價值，而毋寧是「法制史」上的「不確定事實」矣！

又，既然解釋文強調可依日據時代臺灣繼承之習慣，如此即須「個案認定」。如繼承事件為少數族群，例如原住民（各族）或客家人…，試問應否尊重其少數族群之繼承習慣，而不以多數之閩南繼承習慣一般處理？

故本號解釋雖然名為統一解釋，理應要為兩個審判機關所持不同見解造成法律秩序紛亂，加以終結。這個任務只完成一半，而留下來的「已選定繼承人」部分，反而造成更大的紛亂，使得統一解釋所欲追求的法律秩序一致性目的，未竟全功。這也是本席對本號解釋持不同意見的主要論點所在。

三、繼承編施行法第八條的解釋—例外規定應從嚴解釋

本號解釋之所以名為統一解釋，實為憲法解釋（或更明確的講，應為「違憲解釋」），乃本號解釋對系爭規定的「不再適用」的宣示。由解釋文及解釋理由書第三段都提及：「系爭規定在臺灣實施已六十四年，仍然規定『繼承開始在系爭規定實施時，應適用繼承當時之法律』，是非民法繼承編立法者所能預見」。因此，將日據時代戶主繼承制度在光復六十四年後，依然死灰復燃的責任，推到系爭條文的立法者身上，而非將此系爭規定「發揚光大」（即自行宣稱親族會議舉辦不定期，參與人員不定性，及誰隨時可進行選定繼承人）的最高法院四十七年判例身上，且本號通篇解釋理由卻未將此指摘（即本號解釋文所稱的：「為避免民法繼承編施行前開始之繼承關係久懸不決」），正是由於最高法院此號判例所造成也。本號解釋亦未仿效過去本院大法官許多的解釋一般，將該最高法院的判例，宣布無效或不再適用。這或許是多數意見有意避免本號解釋成為憲法解釋，而僅是統一解釋（註十六），但這種要立法者「一肩擔」的責任歸屬，是否恰當？恐怕非檢討系爭規定的真正語意，以及最高法院四十七年的判例是否正確不可。

按民法繼承編施行法第一條規定：「繼承在民法繼承編施行前開始者，除本施行法有特別規定外，不適用民法繼承編之規定；其在修正前開始者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定」，明顯的是貫徹了不溯及既往的規定，但有特別規定時才適用新民法繼承編之規定。第八條便是此一特別規定的例子。

第八條既然是特別規定，此「例外規定」便應當從嚴解釋，是為法律解釋的當然原則（註十七），故對於系爭規定的解釋必須採狹義與嚴格解釋。仔細推敲系爭規定的內容：「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人」。因此對照第一條將繼承開始在民法繼承編施行前，除有特別規定外，所有繼承都依據舊法的規定。故在第一條的原則法外，其他條文包括第八條都是例外法。從而第八條「被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者」之例外規定，應採嚴格且狹義的解釋。

此「被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者」的要件，「被繼承人無直系血親卑親屬」一語無任何解釋空間，惟後者「當時之法律亦無其他繼承人者」，方有解釋之餘地。因此所謂的「法律」應當排除民法第一條（法源三概念）的其他兩種法源—習慣及法理。方符合狹義且嚴格的解釋。但本號解釋文卻明白擴張解釋為：「依當時之法規或習慣」，雪上加霜的激化矛盾的嚴重性。

誠然，按照民法的特性，以及法官不能拒絕審理案件的職責，一旦民法未規定時，法官即有義務來尋找一切的法規範，包括司法解釋、行政規則、判例及習慣等（註十八），如果在我國民法的體系內，由法官就繼承編未規範的內容，透過民法第一條的規定，亦可由習慣中獲得規範繼承秩序的依據。然而，在民法繼承編施行法此第八條及第一條的用意，明顯是以法律的明文規定，來將新法與舊法的實施作截然的劃分，其中應當不存在渾沌與不明的狀態。易言之，「非楊即墨」，非我國民法，就是其他國家或地方的法律規範。這在民國二十年，民法繼承編在我國大陸實施時，已有利用這種強行法來統一規範繼承秩序，將進步的繼承法施行在仍處於封建社會其他地區。隨著臺灣光復，本條文唯一能夠獲得例外適用新法之處，乃是第八條所依據的「舊法律所規定非直系血親卑親屬以外的繼承制度」，因此必須限於「舊法律所直接創設的繼承制度」，否則依據習慣、甚或外國法理，都將使條文空洞化，形成具文。

本於此，最高法院四十七年判例將第八條條文採取廣義解釋，已經違反了法律解釋的重要原則。誠然該判決所涉及案例內容，與本號解釋頗有類似之處（註十九），但所處時空已截然不同。按四十七年的案例乃源於法院在民國四十三年宣布被繼承人於民國三十四年死亡。當時處於戰亂，許多國民生死不明，而國人一般不忍心提早放棄親人生存之可能性，往往失蹤十年後甚久，才聲請法院死亡宣告，導致當時法院會許可民間依然實施的選定繼承制度，而不依新法之規定。最高法院儘管作出此廣義解釋，也形諸於判例之方式。然木已成舟，吾人不得不承認其產生既判力。然而，新民法施行六十四年後，舊制早已喪失了規範價值，最高法院理應及早宣布該則判例功成身退不再援用。政府當時似乎也沒有忽視到此號判例所帶來的嚴重法秩序之衝擊。此判例作出三年後，當時檢審並未分立，高等法院以下法院皆為司法行政部所主管，司法行政部即於民國五十年五月十一

日（50）台函民字第二五六〇號函釋，已指出了：「查由親屬會議選定繼承人，須由臺灣光復前繼承無人繼承辦法，光復後已無適用之餘地，審閱本件親屬選定書，係在民國四十九年七月二十日成立，即有未合…」。

可惜，本院大法官會議在過去五十年時間內（特別是當時大法官會議的解釋案件來源主要為行政院所提出之統一解釋案），政府及大法官未能對此法律見解之歧異，進行統一解釋，致使紛爭延續至今，不無可惜之處。最高行政法院所擔心者：「難道在民國一百、二百年，還要依照最高法院四十七年的判例，永遠實施日據時代的選定繼承制度？」聽起來便充滿了淒涼與無奈。

四、作為法源的道德，應有一定的「憲法與法律價值」之品質

最高法院既然在四十七年的判例，將系爭規定第八條採廣義解釋，有其不得已的苦衷，是乃日本舊民法的繼承編規定並未在臺灣實施，只視為「法理」來補充運用。因此，臺灣的繼承慣習儼然由道德層次，遞升為「道德律」，而是「形式意義的法律」。但此道德律的獲得法規適用力的依據，乃由民法所獲得。系爭規定雖然是民法的特別法，但要排除民法的規定，也要形諸於系爭規定的明文規定。故法源的規定（民法第一條）以及同法第二條的規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限」，依然適用。而比道德更具有法效力的「道德律」，就更要滿足此品質要求也！

而臺灣光復後（正如同當年民法實施後大陸若干地方陸續實施民法），民法對道德的法源力，已經透過第二條的規定進行品質上的篩選。而憲法基本權利作為國家最重要的價值指標，任何民事秩序所承認的道德，甚至道德律，既然都應當不悖於公共秩序善良風俗，自然「舉輕以明重」，即不可違反憲法的規定。從而，類似童養媳（註二十）、娶妾、冥婚、死後收養…，都牴觸男女平等、婚姻自由、人格尊嚴及家庭與婚姻制度等，而不能獲得憲法的支持。

誠然，我國大法官會議早年有若干針對臺灣關於「收養兼結婚」舊習慣的解釋（釋字第十二號、第三十二號、第五十八號、第九十一號等），有無牴觸民法禁婚的規定，皆作出合憲的解釋。但幸虧這些解釋沒有涉及人性尊嚴或人格自由等議題，例如以童養媳為例（釋字第十二號），如果該童養媳長大後，拒絕此由父母許諾的婚約，是否得由童養媳自由解除婚約？法官及大法官似乎即必須依憲法的原則，來予以許可之（註二十一）。這是將舊習慣用憲法人權及法治國原則來予以監控的實例。否則一個法治國家的法秩序下竟然可以容忍違反人性尊嚴與人權的落伍習慣，而受到法治國家的保障，那麼為何要實施法治國家？本號解釋文卻將系爭規定擴張將「習慣」列入法律的概念，並賦予效力，豈非明示違憲習慣的污黑已可「漂白」？

同時，這種破除舊習慣，也要一併摒棄隨著舊習慣所根深蒂固、似是而非的價值觀與論點。以本號解釋原因案件而論，聲請人一再主張「國家不可攫奪私人的財產」。縱不論此種見解將國家誤認為與人民相對立，而非與人民休戚與共的組織，也許此選立繼承制度，的確產生在專制的政權時代。但我國乃是澈澈底底的民主國家，國家一絲一毫得自於民者，都經得起憲法與法律的嚴格檢驗。如果在繼承事件，不論遺產稅的收入，甚至無主繼承的財產歸公，都同樣有其法律依據。同時，國家取之於民、用之於民，何有此種「非法攫奪民財」之指控可能？

而本號解釋與最高法院四十七年判例極為類似的原因事件，被繼承人皆有姊妹，但因收養或其他因素而離本家，即使恢復本家，卻因選定繼承制度之阻擾，

而未能成為繼承人。假如一概依據我國民法繼承編的規定，該兩案件被繼承人都只剩下當初該子遺之姊妹，即可由其來繼承之。試問：究竟由此苦命的姊妹來繼承較符合公平正義，抑或選定一位可能不相干之「外人」，來繼承遺產較為公平？吾人捫心而問便自明矣！

五、結論：拋棄封建歷史的「殘羹剩餚」

本號解釋在研究過程中參酌所有可得之史料，已確認了臺灣在日本殖民統治時代所實施之戶主繼承法制極端落伍，已嚴重違反我國憲法及世界潮流自六十餘年來所揭櫫的男女平等、人格尊嚴等原則及破壞中華倫常文化。本號解釋理應當義正詞嚴的宣布臺灣舊慣之戶主繼承及相關的繼承規定，已經違憲，即使殘留最後一個案件，也不能再予適用！

憲法及法律如果「屈從」這種過時的惡法與惡習，便如同德國大文豪歌德在其巨作「浮士德」中，透過魔鬼梅菲斯特口中，所說出其高度揶揄的「法律觀」：

法律和權利像永恆的疾病一樣，繼承下去；由一代一代、一地一地緩緩的延伸。理智轉換成無理，善行變成了禍害。作為後代子孫的你，保衛自己吧！可憐啊，我們天生俱來的權利，到頭來卻形成了難題！

由原因案件之選定繼承事宜，是在光復後六十三年才被選定繼承人，顯示出「香火繼承權」的荒謬性。吾人是否要讓日據時代如此陳腐的繼承惡習，在日本殖民者遠離臺灣六十四年後，且日本也已拋棄該惡制六十二年後，還要讓其「代代相傳」到今天？本席不禁慨嘆：往昔在求學過程，在書本中讀到所謂「封建餘毒」，往往只聞其名，未見其實。我國實施憲政已久，法律體系內還殘留「封建色彩」的制度，多遭刪汰，遑論帶有嚴重封建餘毒者！法律案件中能夠出現檢討此類封建價值者，更難得一見。吾人何其有幸能在釋憲案例中，遇到此十年難逢之案例！但卻未能藉此彰揚我國憲法的崇高意旨（試觀本院釋字第四九九號解釋所作出石破天驚的憲政張力）。為何多數意見放棄鞭撻此陋制之機會？

本號解釋應當隨著時代的腳步，而作出更大魄力的宣示。前吳庚大法官也提到：憲法解釋應當針對社會的變遷，採行「進化式」的憲法解釋。因此，要比各種專業法院賦予更大的職責，才不致於阻礙社會的進步（註二十二）。盛哉，斯言！

本號解釋掀開了我國臺灣法制史上頗為陰闇的一頁。本席原熱烈期盼透過本號解釋能夠永遠闔上此頁，將此封建時代的「殘羹剩餚」澈底的丟進歷史的灰燼之中。惜事與願違！一想到連日本本國都已經視之如敝屣的「戶主相續」，其腐朽的死屍魍魎（註二十三），竟然魂歸來兮，本席不禁渾身悚然，長嘆三聲！

註一：我國過去統一解釋僅限於機關聲請，且是第四屆大法官以前主要作成解釋的來源。自民國八十二年制定司法院大法官審理案件法時，才增訂了人民聲請統一解釋的條款。歷年來由人民聲請統一解釋而作出的解釋很少，以致於司法院在九十一年向立法院提出的司法院大法官審理案件法修正案中，已將本條款刪除。見吳庚：憲法的解釋與適用，二〇〇四年六月，三版，第九十三頁。極少的例子，本院釋字第五三三號解釋（民國九十年十一月十六日）已係由人民聲請針對臺灣高等法院裁定與行政法院裁定之間的歧異，聲請大法官統一解釋，此號解釋釐清行政處分與行政契約的區分，頗受行政法學界的重視。

註二：本院釋字第五三三號解釋，也是類似本號解釋由人民聲請統一解釋兩個法院體

系不同的見解。該號解釋也以憲法第十六條保障人民訴訟權作為判斷的依據，但本號解釋並未對相關的法律（全民健康保險法、行政訴訟法）有任何的指摘或限定其效力，因此，本號解釋係以統一解釋，而非憲法解釋的方式，作出結論，故無涉及到表決門檻的敏感問題。

註三：在這種情形，大法官極有可能扮演了「超級第四審」的角色，將系爭一方或兩方的確定判決，加以廢棄。易言之，在藉著對系爭規定作合憲性解釋之際，實質上行使裁判憲法訴願的權力，假借統一解釋行憲法解釋之實。大法官如不加以節制，極可能混淆終審法院的釋法權及大法官的釋憲權。參見：蘇永欽，司法權的分權問題—司法院第六二〇號解釋方法論的商榷，收錄於氏著：憲政論衡，民國九十七年，一品文化出版，第一五六頁以下。

註四：參見鄭健才前大法官本院釋字第243號解釋一部不同意見書；另見蘇永欽，合憲法律解釋原則，收錄於氏著：合憲性控制的理論與實際，月旦出版股份有限公司，一九九四年，第一二九頁以下。

註五：陳瑞堂，習慣法之形成與適用，一以祭祀公業派下權之子女繼承權為中心，收錄於：楊與齡主編，民法總則實例問題分析，五南圖書公司，民國九十年，第十頁。

註六：見法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，民國九十三年七月六版，第四四一頁。

註七：陳瑞堂，前揭文，第十頁；法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，第四三六頁。

註八：例如我國親屬法權威學者戴炎輝，早在民國三十八年七月一日出版的「臺灣文化」第五卷第一期，刊載「五十年來的臺灣法制」一文，使用了極為嚴厲的用語，來批評這個不合時宜的制度：「…臺灣因受日本的統治，宗祧繼承的死灰復燃起來，借了日本民法的「戶主相續」的死屍，在臺灣出現了，這是既不像家督（戶主）又不像宗子的魍魎…。」臺灣文化第五卷第一期，第十一頁。陳瑞堂且批評日本殖民政府乃「編造習慣法」，將日本家制移植於臺灣，強勢推動同化政策。見陳瑞堂，前揭文，第十二頁。

註九：V. Epping, Grundrechte, 3Aufl., 2007, Rdnr.432-434.

註十：P. Badura, Staatsrecht, 3Aufl., 2003, C.88; V. Epping, aaO., Rdnr. 434.

註十一：關於選定戶主繼承的制度，可參見法務部，臺灣民事習慣調查報告，第四五五頁以下。

註十二：參見林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及既往及適用，新學林出版公司，二〇〇八年，第二十一頁以下。

註十三：例如戶主選定繼承制，便是利用法理的方式，把日本民法收養的制度，援用過來，形成由親屬會議，透過選定方式，產生收養關係，可參閱：法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，第四五六頁。

註十四：蘇永欽，合憲法律解釋原則，第一三九頁。

註十五：可參閱：法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，第三二一頁以下至第五四七頁的論述。絕對可以讓各級法院的法官及兩造律師精疲力盡，而不知如何整理思緒。但這只是光復近二十四年後（民國五十八年七月），方由法務部邀集我國親屬與繼承法學者所撰寫的報告，可能有不少地方未盡詳細。但也足

以讓人瞭解當時親屬與繼承法制的混亂。日本治台五十年，也只不過將其大略的統一而已。因此，法院如在個案，儘管在本號解釋公布後產生的案件有限，但一遇到這種爭議，是否要到日本法界或退休法官、律師中尋找諮詢顧問來協助找出「法源依據」乎？

註十六：但本院在過去甚多的統一解釋案件，也將最高法院判例宣布不再適用，不以憲法解釋的案例為限。

註十七：鄭玉波著，黃宗樂修訂，法學緒論，修訂十五版，第三刷，民國九十年三月，第四四頁。

註十八：蘇永欽，民法第一條的規範意義，收錄於：楊與齡主編，民法總則爭議問題研究，五南圖書公司，民國八十七年，第二十二頁。

註十九：民國四十七年三月四日最高院所作出的此號判決，亦係確認繼承權，被繼承人的姊姊的要求繼承其財產，但親屬會議已另選「他人」為戶主，依舊制取得戶長繼承權。最高法院認定舊制並無兄弟姊妹互相繼承之先例，故財產應由「外人」繼承。至於本號解釋原因案件，原被繼承人也有姊姊，被他人收養，以致於不能成為繼承人。同樣的，也由「外人」獲選任為戶主繼承。

註二十：參見最高法院二十九年上字第六一八號判例：民法第九百七十二條已有婚約，應由男女當事人自行訂定之明文，而否定得由雙方之父母於其年幼時為之訂定婚約之習慣，見李模，民法總則之理論與實用，民國七十八年修訂版，第十三頁以下。

註二十一：可參見一則早在大陸時期的最高法院之判例：最高法院民國二十年上字第一四三七號判例：「妾之制度，雖為從前習慣所有，然究與男女平等之原則不符。基於此原則，如該女不願作妾，應許其隨時與其家長脫離關係，不以有不得已之事由為限。」在距今近八十年前，最高法院已作出如此符合憲法精神、尊重弱勢女子自由意志的「進步」判決，令人欽佩這些司法前輩的正義觀與法律素養。參見：黃茂榮，法學方法與現代民法，一九九三年三版，第二八一頁。

註二十二：見吳庚，社會變遷與憲法解釋，收錄於：湯德宗主編，憲法解釋之理論與實務，第四輯，中央研究院法律學研究所籌備處，民國九十四年五月，第六頁。

註二十三：引用我國法界前輩司法院前院長戴炎輝博士的用語，參見戴炎輝，前揭文（註八處）。

不同意見書

大法官 陳春生

本號解釋文多數意見認為民法繼承編施行法第八條規定「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人」，於繼承開始於民法繼承編施行前，而有選定繼承人之必要時，不以在民法繼承編施行前選定為限；且系爭情況，至本解釋公布之日止，尚未合法選定繼承人者，自本解釋公布之日起，應適用現行繼承法制，辦理繼承事宜。換言之，凡繼承開始於民法繼承編施行前，而於民法繼承編施行時尚未選定繼承人者（以下簡稱「系爭情況」），只要於臺灣光復後至本解釋公布日前一天，選定繼承人者，均可不適用現行繼承法制。此一見解，本席不能贊同，因為若採此一見解，對於在民法繼承編施行前發生之繼承，即系爭情況，將侵害民法繼承編施行後依

本法本來有繼承權之繼承人（如被繼承人之配偶）之既得權、違反法之安定性（容認長達六十四年之選定期間），並與法令能否溯及既往相關聯之設定過渡期間長短、以及與民法第一條民事法律之適用順序邏輯上不一貫，且本號解釋實際上已非統一解釋法令之審查，而係對於兩個實務判決（例）宣告其不適用之合憲審查。基於以上思考，謹提不同意見書如下：

壹、本件關於民法繼承編施行法第八條之適用，其結果究為適用習慣或法理？值得斟酌。

一、本號解釋之理由書指出：民法繼承編施行法第一條及第八條規定，「旨在維護繼承開始於民法繼承編施行前之繼承法秩序，故發生於三十四年十月二十四日之前，應適用臺灣繼承舊慣之繼承事件，不因之後民法繼承編規定施行於臺灣而受影響。」即認為，系爭情況應適用「臺灣繼承舊慣」，亦即民法第一條之習慣。本席認為系爭情況經適用施行法第八條後，應適用民法第一條之「法理」方適當，因為發生於三十四年十月二十四日前之系爭情況，當時係處於日據時代，則依民法繼承編施行法（以下簡稱施行法）第一條及第八條規定，不適用現行民法繼承編，因此，必須考慮民法第一條規定。而當時之臺灣繼承舊慣，乃日本繼承法秩序下之繼承制度，就我國民法而言，係可供參考之法理（關於法理是否包含外國立法例，見後述），而非習慣，因此，臺灣光復前後，同時期之日本繼承法制度，應有值得我國系爭情況參考之處。

二、系爭情況若發生於日本，其實務及學界將採如何之見解

（一）日本當時之繼承法制及其發展（註一）

日本於昭和 22 年（1947 年）將民法作大幅修正，其乃遵循 1946 年制定之日本國憲法所宣示之「個人尊嚴」、「兩性平等」之民主主義根本原則而修改，特別是對親屬及繼承編，作了原理性（根本上）之修改，其內容大部分即為現行法之規定，此即 1947 年 12 月 22 日法律 222 號。

在此之前，1946 年 11 月 3 日公布之日本國憲法，宣示其後六個月發生效力，並規定憲法施行後，與憲法牴觸之一切法律命令皆無效。因此考慮來自於向來家戶長制之相關權利、不平等規定，例如戶主權、長子單獨繼承等規定，可能因憲法施行而失去效力。為確保面對憲法時親屬編、繼承編之完整體系，而進行民法大修改，特別是針對親屬、繼承兩編。但是在新憲法生效日之 1947 年 5 月 3 日為止，可預見新民法無法完成修改，而親屬、繼承兩編之大修改預計 1947 年末才能完成，因此制定從同年 5 月 3 日至 12 月底為止具有效力且限時之臨時法，此即所謂「伴隨日本國憲法施行之民法應急措置法」（簡稱應急措置法）（昭和 22.4.19 法 74）。

此應急措置法係「伴隨日本國憲法之施行，關於民法，採取基於個人尊嚴與兩性平等之應急措置為目的」之法律，全部只有十條文。其內容主要為廢除妻之無能力規定、所有關於戶主權與家之規定廢止、承認父母之共同權，此外關於繼承，排除家督繼承法改採遺產繼承法、作為血親繼承，包括直系卑親屬、直系尊親屬與兄弟姊妹三種，且與此併行，承認配偶恆為繼承人。

此一應急措置法，幾乎原封不動地被採為 1947 年之法律 222 號中，而為現行法之規定。其繼承法上之原則，要約言之為：1.廢除家督繼承；2.強力承認配偶之繼承權；3.修改過去長子單獨繼承為諸子均分繼承；4.祭祀財產與繼承財產分離，祭祀財產之繼承者與繼承人不同，係「依習慣主持祭祀祖先者

」。

（二）若為系爭情況，日本學界及實務界之見解

依日本民法附則第二十五條規定：

「關於應急措置法施行前開始之繼承，除第二項情形外，仍適用舊法。（第一項）

應急措置法施行前開始家督繼承，新法施行後，若依舊法須選定家督繼承人時，關於其繼承，適用新法。但新法開始，入贅婚姻之取消、贅夫之離婚或養子關係之取消時，其繼承，關於財產之繼承，視為未開始，而準用第二十八條規定。（第二項）」

就本條一項之解釋，於應急措置法施行前開始之繼承，原則上適用舊法。例如，應急措置法施行前因戶主死亡、隱居等原因，而開始繼承時，依照開始當時之順位，法定推定家督繼承人、指定家督繼承人、乃至應急措置法施行前所選定之選定家督繼承人，於新法施行後，其地位不受影響。又應急措置法施行前開始之遺產繼承，就繼承人及應繼分等，適用舊法。此係對附則第四條規定之新法溯及原則之例外規定，乃專就法安定性之維持之考慮。本來關於家督繼承（戶主繼承），因本條（附則第二十五條）規定而有例外，又於遺產繼承上，若遺產尚未分割，則附則第三十二條有特別規定。舊法當時開始之遺產繼承，適用新法第九百零六條。

本條二項乃新法溯及之例外

亦即於應急措置法施行前開始戶主繼承時，戶主繼承人尚未選出而至新法施行之情況，依本條二項，關於其繼承，新法施行後並無選定手續，宛如繼承開始，當時新法已開始施行般，而適用新法。由於具體的、現實的權利義務之歸屬者尚未確定，比較不會阻礙法之安定性。進一步言，首先，本項乃就新法施行前尚無戶主繼承人選定情況之特別規定。本來舊法以前之繼承，並未明文規定不適用新法，戶主繼承人之選定，非要式行為，只要有選定行為，即發生效力，戶籍之申報應解為並非其生效要件，因此，只要新法施行前有選定行為，即使尚未申報戶籍，也排除本項之適用。下級審之判決，即陳述此種意旨（名古屋高判昭 29.1.30），但選定行為有無之認定，有時相當困難（參考中川編，註釋下 319（谷口））。

三、是以若系爭情況發生於當時之日本，則應依日本之新法；而在我國經由適用民法第一條規定（註二），民事法律所未規定者依習慣，無習慣者依法理，故應適用現行民法繼承編。關於外國立法例是否可作為法理而成為民法之法源？最高法院曾以外國立法例作為法理而適用（註三），雖其法理係本於誠實信用原則，或有商榷餘地，但學者仍認為值得肯定（註四）。

兩國雖然新舊法起算時點不同，但基於關於民法，同採取憲法上保障個人尊嚴與兩性平等之精神，則相一致，且從我國最高法院之判決時點即民國四十七年，日本憲法亦已施行十一年，更應適用合於日本憲法精神之新繼承規定。

貳、本號解釋之立場對於系爭情況之解決，確實用心良苦，但其所造成挑戰法學領域，一般所承認原則之精神，包含：法令溯及既往與過渡時間處理、確保法秩序安定之實效制度精神等問題。

一、本號解釋對於法令溯及既往原則與過渡時間處理原則之挑戰

所謂法令不溯及既往原則，係指法令於制定後，只能往未來發生效力，不得

溯及既往對已發生之事實發生規範效力。系爭情況為有關施行法第八條之適用，即牽涉所謂法令溯及既往與不真正溯及既往原則適用問題。其關於本件解釋，首須討論兩個問題，一是，法令不溯及既往原則是否為立法原則？另一是，法令不溯及既往原則是否能適用於民事法規？

關於前者，學界見解不一，有認為法令不溯及既往原則尚非立法原則，因此不可直接作為拘束立法者之憲法基本原則。但有認為，我國雖至目前為止，實務上尚未有法令因違反法令不溯及既往原則而被宣告違憲無效之案例，此可能係因為此類案例尚未被聲請違憲審查，或立法者因具有制定過渡條款之權，而在權力分立原則之貫徹下，其立法裁量權被大法官所尊重云（註五）。若依此說，法令不溯及既往原則仍為拘束立法之原則。另一問題即法令不溯及既往原則是否能適用於民事法規？若肯定，方有就系爭情況如何適用法令溯及既往問題。而學界對此亦見解分歧，但吾人若將法令不溯及既往原則之重點置於客觀法秩序之可信賴上，則應不問各該法秩序所涉及者究為公法或私法（註六），均應可以適用。

而由於本案係聲請統一解釋，而非對施行法第八條合憲與否之解釋，是以本解釋，對施行法第八條規定，並不挑戰其內容實際上屬於法律溯及既往或非真正溯及既往規定、是否有過渡條款或多久過渡條款規定之有無等是否違憲問題，換言之，無論施行法第八條規定內容如何，本解釋之前提為，承認立法者之裁量或形成自由。

既然民法繼承編施行法第八條規定「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人」，本條既未如施行法第二、三、四條等有過渡期間之規定，且因本件並非對第八條作違憲審查，故應推定係立法者全盤考量既成事實狀態與承認新法律秩序間之平衡（註七）後，所為之立法裁量。

但本系爭案例已逾六十四年，過渡期間過長，未來其他案件若予援用，則將被挑戰而成為問題。從法律不溯及既往原則角度，本件似為不真正溯及既往（註八），因此應適用民法繼承編規定。

二、關於法秩序安定問題

固然關於繼承事項是否適用時效問題，一般認為，原則上身分事件無適用；但與繼承無關之財產權仍應適用。蓋我國民法係從德國及瑞士立法例，以請求權為消滅時效之客體。而請求權若係基於純粹身分關係而生者，不適用消滅時效規定。至於非純粹身分關係之身分關係上財產請求權，實務及學界認為仍有消滅時效之適用（註九）。例如系爭情況，若被選定為繼承人則有戶主身分相關及財產上之請求權，但因現行繼承法無戶主制度，而財產上請求權即相當於此之非純粹身分關係之身分關係上財產請求權，故應有消滅時效之適用。

從法安定性角度，類似案例，本院釋字第五七七號（六個月過渡期間）及第一四二號（五年過渡期間）即本此精神而作成，但並不逾五年之過渡期間。我國請求權之消滅時效最長為十五年，其他領域如核子損害賠償法，其消滅時效最長不過二十年（民用航空法第二十九條），國際公約最長亦只有三十年，例如關於核子損害賠償之國際條約，即 2004 年之巴黎公約（Protocol to amend the Paris convention on nuclear third party liability）與 1997 年維也納公約修正議定書（Protocol to amend the Vienna convention on civil liability for nuclear damage）中，關於因核子事故發生所引起之死亡或身體

傷害，於核子事故發生之日起，三十年內可以請求賠償，似為最長規定。但本號解釋實際上允許長達逾六十四年之消滅時效。

、本號解釋雖依統一解釋要件受理，但實際上已構成違憲宣示

前已述及，本號解釋文認為，系爭情況，至本解釋公布之日止，尚未合法選定繼承人者，自本解釋公布之日起，應適用現行繼承法制，辦理繼承事宜。換言之，凡繼承開始於民法繼承編施行前，只要於臺灣光復後至本解釋公布日前一天，選定繼承人者，均可不適用現行繼承法制。

本件係聲請統一解釋，亦即就最高法院四十七年度台上字第二八九號民事判決（業經選為判例），認為系爭情況，得由被繼承人之親屬會議合法選定戶主以為繼承，所選定之繼承人不分男女皆得繼承，選定期間亦無限制。相對地，高雄高等行政法院九十六年度訴字第九五九號判決則認為，自民法繼承編施行於臺灣後，已不得再由親屬會議選定戶主繼承人，從而未於民法繼承編施行前選定繼承人者，於民法繼承編施行後即不得再行選定，而應循現行民法繼承編規定處理繼承事宜。是以於系爭情況就選定繼承人之期間有無限制之點上，若依多數見解，顯然不採高雄高等行政法院之見解；但對最高法院判例之立場，亦加以限縮，亦即選定期間容許至本解釋公布日止，而非無限制。

而從本號解釋之內容觀之，則顯然與最高法院及高雄高等行政法院之見解均不完全相同。就本號解釋所宣示之，系爭情況，「至本解釋公布之日止，尚未合法選定繼承人者，自本解釋公布之日起，應適用現行繼承法制，辦理繼承事宜。」則最高法院四十七年度台上字第二八九號民事判決（業經選為判例）認為：系爭情況，得由被繼承人之親屬會議合法選定戶主以為繼承，所選定之繼承人不分男女皆得繼承，「選定期間亦無限制」之規定，與本解釋意旨不符，若依最高法院之意旨，其因此侵害、剝奪本解釋公布日後，於系爭情況依現行民法繼承編，有繼承權人之權益（特別是財產權）而違憲。至於高雄高等行政法院之判決，因自本解釋公布日後，系爭情況其與本解釋結果相同，即應適用現行法；至於本解釋公布日前之選任，因本解釋之作出，之前因高雄高等行政法院之見解於系爭情況而受不利益者，其權利亦不能回復，故亦侵害其憲法上所保障之財產權等權利。

因此，本號解釋實際上固已宣告最高法院四十七年台上字第二八九號民事判例與高雄高等行政法院九十六年度訴字第九五九號判決不再適用，其實際上為合憲與否之解釋。

肆、是以本號解釋原則，應維持最高行政法院與高雄高等行政法院之見解，系爭情況應適用現行民法繼承編之規定，無再援用臺灣民事繼承舊慣之餘地。

註一：以下敘述，請參考中川善之助，注釋民法（26）相續（3）頁 431 以下；中川善之助，注釋民法（24）相續（1）頁 40 以下。

註二：關於民法第一條之意涵，參考蘇永欽，民法第一條的規範意義，收於楊與齡編，民法總則爭議問題研究，五南出版公司，1999 年，頁 1 以下。

註三：最高法院五十九年度台上字第一〇〇五號判決。

註四：參考王澤鑑，民法總則，2000 年，頁 67 。

註五：林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，新學林，2008 年，頁 34 。

註六：參考林三欽，前揭註，頁 35 以下。

註七：參考施啟揚，民法總則，民國九十年，頁 340 。

註八：蓋法律上所為不真正溯及既往之理論係指依據新法秩序所適用之法律事實，雖發生於舊法時期，但於新法生效時點尚未終結。此與真正溯及既往乃指法令適用於其生效前已開始，且已終結之案例事實情況不同。換言之，不真正溯及既往指法令固不得適用於其生效前已經終結之案例事實，但卻得適用於其生效前已經開始而尚未終結之案例事實。

註九：參考王澤鑑，前揭民法總則，頁 561、562；最高法院四十八年台上字第一〇五〇號判例。

抄鄭○和釋憲聲請書

為聲請人受最高行政法院以 97 年度裁字第 3726 號、高雄高等行政法院 96 年度訴字第 959 號確定判決，該確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與最高法院 47 年台上字第 289 號判例、85 年度台上字第 3101 號判決之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異，茲依司法院大法官審理案件法第 7 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 2 項之規定，聲請貴院大法官統一解釋，並將有關事項敘明如下：

壹、聲請統一解釋之目的

- 一、中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派在法律上一律平等為憲法第 7 條所明定，又人民之財產權，應予保障亦為憲法第 15 條所明定，中華民國人民在法律之適用上一律平等，基於同一法律規定，自不得因人而異，而有不同之適用標準，為法理及事理所當然，且按法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守，「法律」在司法上之適用仍當依「法律不溯既往之原則」，而為貫徹憲法保障人民權益之本旨，特為聲請貴院大法官統一解釋，期以重塑「法律之前，人人平等」之司法形象，並祈望解釋之效力應及於本件，以解除聲請人之財產權受主管機關之不法侵害為目的。
- 二、為聲請人受最高行政法院以 97 年度裁字第 3726 號、高雄高等行政法院 96 年度訴字第 959 號確定判決，該確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與最高法院 47 年台上字第 289 號判例、85 年度台上字第 3101 號判決之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異。行政法院判決與民事判例意見相左，在無明確法律規定之下，行政法院採不利於聲請人之限縮解釋認為繼承開始在民法繼承編施行前（臺灣光復前），依當時法律所選定之合法繼承人『僅適用在被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前之情形』，違反「法律不溯既往之原則」，且顯然增加法律所無之限制而為不利於聲請人之判決，如此即顯然產生適用相同法律與判例的情形下，相同事實之他案當事人經判決承認繼承權存在而本案聲請人卻遭否認繼承權之不公平與不平等對待，且如此結果將造成被繼承人所遺之土地與財產荒廢致淪為國有，使聲請人與親族間共有之土地無法有效處分與利用，行政法院判決違反最高法院判例意旨逕自限縮解釋與適用法律之結果，違反憲法第 7 條、第 15 條之規定，侵害聲請人受憲法保障之平等權及財產權。有賴貴院大法官賜予統一解釋，以資救濟。

貳、法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文

一、法律或命令見解發生歧異之經過

- （一）緣被繼承人陳○○於昭和 7 年 3 月 4 日（即民國 21 年 3 月 4 日）死亡，當時未婚無子嗣、父母雙亡、叔亡亦無子嗣、姑出嫁（民國 72 年間亡

）、妹被收養（不幸於民國 97 年 9 月 15 日辭世），其遺產依當時之臺灣習慣應由該戶內唯一家屬與擔任戶主之長兄陳○發繼承，斯時陳○發雖未辦理登記，亦不失其繼承權。

（二）其後，陳○發被日本政府徵召到海外當軍伕，行蹤未明，嗣後於民國 80 幾年間經日本政府透過紅十字會通知確定其死亡之時為民國 33 年（昭和 19 年）6 月 20 日，係在臺灣光復以前，當時陳○發未婚無子嗣。

（三）因當時被繼承人陳○發被徵召到海外當軍伕處於生死未明之狀態，亦是處於戰亂與政權交替時期之特殊狀態，嗣確定死亡日期後其繼承固因之而開始，惟未確定死亡日期前，即無從認其繼承為已開始，親族尚不能為其立繼與選定繼承人；惟被繼承人死亡日既經確定，繼承開始時為民法繼承編施行於臺灣（即民國 34 年 10 月 25 日）前，因繼承開始時依當時的繼承法制（即臺灣習慣）被繼承人無「法定之推定財產繼承人」，亦無「指定之財產繼承人」，被繼承人之親族為祭祀死者，以期妥適管理與保護遺產，不使先祖「唐山過臺灣」近 3 百年來世居開墾之土地荒廢而淪為國有土地（11 筆），亦不使為國家特別犧牲而經政府徵收的待領 4 筆土地徵收補償費收歸國庫，依繼承開始時之臺灣習慣與親族習慣，選定聲請人為追立繼承人，同時選定其為戶主繼承人與財產繼承人，繼承陳○○與陳○發之遺產，並應善盡遺產管理之責任全權管理與處分遺產，此亦有親族會（親屬會議）決議影本可資參照，完全符合繼承發生當時之有效法例，並無違誤，同時被繼承人確無現行民法之適格繼承人，因此亦不致有其他適格繼承人爭議的情事產生。

（四）聲請人旋檢具相關資料於民國 96 年 2 月 13 日向臺南縣永康地政事務所申請核准系爭遺產之土地繼承登記，申辦期間聲請人不服原行政處分機關於法定期間內應作為而不作為，致聲請人權益受損，於 96 年 4 月 13 日提起訴願，96 年 6 月 8 日臺南縣訴願委員會認為本案「辦理過程不無瑕疵」，訴願有理由，並作成決定如下：「處分機關應於收受訴願決定書次日起 2 日內為適法之處分」（96 年 6 月 15 日府行濟字第 0960079724 號）。詎臺南縣永康地政事務所非但於限辦 5 天內辦畢聲請人申請案且未依行政程序法規定展延通知，甚且以本案複雜涉及法令疑義向其上級請示為由拖延遲不作成處分，經聲請人提起課與義務之訴願勝訴後，仍拖延至 130 天後經其上級機關之臺南縣政府、內政部、法務部、司法院對本案進行釋示之函復內容均無否准之意，亦無任何得駁回本案之法律依據，竟駁回聲請人所請。

（五）臺南縣永康地政事務所遲至民國 96 年 6 月 23 日方以 96 所登記字第 5120 號（登駁永字 35 號）「臺南縣永康地政事務所土地登記案件駁回通知書」作成駁回之處分（附件一），其依據繼承登記法令補充規定第 13 點、第 9 點、民法繼承編施行法第 8 條認本件應依民法繼承編之規定定其繼承人，而聲請人並非民法第 1138 條所定之法定繼承人，乃依土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定認為本件「依法不應登記者」駁回聲請人所請。

（六）聲請人不服，並於同年 6 月 26 日向臺南縣政府提出訴願，亦遭臺南縣政府於同年 9 月 21 日以府行濟字第 0960138137 號作出駁回之訴願決定；聲請人遂依法提起行政訴訟，惟高雄高等行政法院 96 年度訴字第 959 號判決（附件二）認為「最高法院 47 年台上字第 289 號判例之上開見解，僅適用在被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前之情形。」聲請人不服提起

上訴仍遭最高行政法院以 97 年度裁字第 3726 號駁回（附件三）。

二、涉及之法律或命令條文

- （一）參諸最高法院 57 年台上字第 3410 號判例：「臺灣在日據時期本省人間之親屬及繼承事項不適用日本民法第四編（親屬）第五編（繼承）之規定，而依當地之習慣決之。」及民法繼承編施行法第 1 條規定：「繼承在民法繼承編施行前開始者，除本施行法有特別規定外，不適用民法繼承編之規定；其在修正前開始者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定。」另本件案情與最高法院 47 年台上字第 289 號判例相類似，皆係被繼承人於日治時期應征作戰失蹤，於民法繼承編施行於臺灣後始確定死亡日期於光復前，再由親族會（親屬會議）合法選定戶主（長）繼承人繼承遺產，該判例理由即謂：「王○旺死亡宣告及親屬會議之選定，雖均在臺灣省光復之後，而其推定王○旺死亡之時，則為民國三十四年九月三日，尚在民法繼承編施行以前，依當時有效法例，應適用臺省習慣處理。其經親屬會議合法選任之戶長繼承人，不分男女皆得繼承遺產，選定期間，亦無限制。是本件繼承既溯及在民法繼承編施行前開始，自不適用民法繼承編之規定。從而王○旺之遺產，即應由選定戶長之被上訴人取得繼承，亦無再依同編施行法第八條，另定其繼承人之餘地。」可見，依據最高法院之判例意旨，民法繼承編施行於臺灣前之繼承事宜，仍應依據當時之臺灣習慣處理，且就「選定戶主（長）」繼承遺產一事，民法繼承編施行於臺灣後仍可以進行。
- （二）然本案高雄高等行政法院 96 年度訴字第 959 號判決、最高行政法院 97 年度裁字第 3726 號裁定與最高法院 47 年台上字第 289 號判例、最高法院 85 年度台上字第 3101 號判決意見相左，竟認為「故最高法院 47 年台上字第 289 號判例之法律見解，不僅對日據時期選定繼承人之臺灣舊慣有所誤解，且違反民法繼承編施行法第 8 條規定」，而作成如下之限縮解釋「再者，最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決，亦認為最高法院 47 年台上字第 289 號判例固有被繼承人死亡之時，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，因其無法定繼承人，依當時有效法例，應適用臺省習慣處理，其經親屬會議合法選任之戶長繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制，是繼承既在民法繼承編施行前開始，自不適用民法繼承編之規定。係指被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前而言。…最高法院 47 年台上字第 289 號判例之上開見解，僅適用在被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前之情形。至於本件被繼承人陳○發雖於光復前死亡，然聲請人被選定為繼承人時，已在民法繼承編施行後，自不能主張依上開最高法院判例意旨，本件應適用日據時期之臺灣舊慣，而認定其選定繼承人合法。」「又最高法院判例僅得作為本院判決之參據，並非當然拘束本院判決。原判決以上引最高法院判例在被繼承人死亡及選定繼承人均在繼承編施行前之情形，始有適用，超過上述範圍部分與民法繼承編施行法第 8 條規定有違，而不予適用，核無不合。」遽而為不利於聲請人之判決。
- （三）前揭最高法院判例、判決與行政法院判決就民法繼承編施行法第 1 條以及民法繼承編施行法第 8 條規定攸關人民繼承權與財產權如此重大之權利事項意見南轅北轍，詎在無明確法律條文規定之下，行政法院採不利於聲請人之限縮解釋認為繼承開始在民法繼承編施行前（臺灣光復前），依當時法律所選定之

合法繼承人『僅適用在被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前之情形』，違反「法律不溯既往之原則」，且顯然增加法律所無之限制而為不利於原聲請人之判決，不僅為情理法所不容，無法解決因日治時期被徵召當戰亡的 3 萬多臺籍日本兵民事繼承問題，對其遺族顯然不公平，亦無法合理解決為數眾多因戰亂於光復前不久死亡人民之繼承事宜，如此即顯然產生適用相同法律與判例的情形下，相同事實之他案當事人經判決承認繼承權存在而本案聲請人卻遭否認繼承權之不公平與不平等對待，且如此結果將造成被繼承人所遺之土地與財產荒廢致淪為國有，使聲請人與親族間共有之土地無法有效處分與利用，致使聲請人受憲法保障之平等權及財產權受到損害及剝奪，故依法聲請大法官統一解釋，行政法院判決違反最高法院判例逕自限縮解釋與適用法律，違背憲法第 7 條、第 15 條之規定。

、聲請解釋之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、本件繼承事實開始在民法繼承編施行於臺灣之前，依法律不溯及既往原則，自不適用民法繼承編之規定，應依繼承當時之臺灣習慣處理：

（一）按「繼承在民法繼承編施行前開始者，除本施行法有特別規定外，不適用民法繼承編之規定；其在修正前開始者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定。」此有民法繼承編施行法第 1 條明文規定。

（二）次按「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」此亦有民法繼承編施行法第 8 條可稽。

（三）另按「臺灣在日據時期本省人間之親屬及繼承事項不適用日本民法第四編（親屬）第五編（繼承）之規定，而依當地之習慣決之。」此有最高法院 57 年台上字第 3410 號民事判例可資參照。

（四）末按「被繼承人死亡之時，為民國三十四年九月三日，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，因其無法定繼承人，依當時有效法例，應適用臺省習慣處理，其經親屬會議合法選任之戶長，繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制，是本件繼承，既在民法繼承編施行前開始，自不適用民法繼承之規定，從而被繼承人之遺產，即應由被選定為戶長之被上訴人取得繼承權，無再依同編施行法第八條另定繼承人之餘地。」此有最高法院 47 年台上字第 289 號民事判例可資參照（附件四）。

（五）本件被繼承人陳○○之遺產依日治時期臺灣習慣由其任戶主之兄長陳○發所繼承，至於被繼承人陳○發係被日本政府徵召至海外當軍伕，行蹤不明，嗣後確定其死亡之時為民國 33 年 6 月 20 日，係在臺灣光復以前，參諸最高法院 57 年台上字第 3410 號判例、最高法院 47 年台上字第 289 號民事判例及民法繼承編施行法第 1 條規定，則本件被繼承人陳○○、陳○發之繼承事宜，自應依據當時之臺灣習慣處理，並不適用我國民法之規定。

二、依據繼承開始之繼承法制，本件應有最高法院 47 年台上字第 289 號判例之適用，本件顯然並無民法繼承編之適用，無再依民法繼承編之規定定其繼承人之必要：

（一）本件繼承開始時間在民法繼承編施行於臺灣以前，自應依據繼承開始之繼承法制，即當時之臺灣習慣處理，並不適用我國民法之規定，無再依民法繼承編之規定定其繼承人之必要，復本件繼承開始時間為日治時期，依民法繼承編施行

法第 1 條不適用民法繼承編之規定乃優先前提。次依民法繼承編施行法第 8 條：「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」按，日治時期之繼承法制，即依臺灣習慣，簡言之，可分成「家產繼承」與「私產繼承」二種情形。前者，係針對戶主名下之財產而來，若無法定繼承人（男性之直系血親卑親屬）、或指定繼承人，則可以由親族組成「親族會」選定繼承人；後者，則針對非戶主之家屬所遺留之遺產而來，若被繼承人無直系血親卑親屬、配偶、直系血親尊親屬，則戶主有繼承權。而「戶主」並不限於繼承發生時存在為限，縱使係繼承發生後才選定之戶主繼承人，亦有繼承權。且被選定人之資格，未設任何限制，無論與被繼承人有無親族關係，不分男女，均得被選定為繼承人繼承遺產，選定期間亦無限制；本案既經親族會（親屬會議）依繼承當時臺灣習慣合法選定聲請人為追立繼承人同時為戶主繼承人與財產繼承人，則依當時法例即非「無其他繼承人」之情形，自無再依民法繼承編之規定定其繼承人之必要。

（二）本件案情與前述最高法院 47 年台上字第 289 號判例相類似，皆係被繼承人於日治時期應征作戰失蹤，於光復後始確定其死亡日期於日治時期，再由親族會（親屬會議）合法選定戶主（長）繼承人繼承遺產，該判例理由即謂：「該王○旺死亡宣告及親屬會議之選定，雖均在臺灣光復之後，而其推定王○旺死亡之時，則為民國 34 年 9 月 3 日，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，依當時有效法令，應適用臺省習慣處理。其經親屬會議合法選任之戶長繼承人，不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制。是本件繼承，既溯及在民法繼承編施行前開始，自不適用民法繼承編之規定。從而王○旺之遺產，即應由被選定為戶長之被上訴人取得繼承權，亦無再依同編施行法第 8 條，另定繼承人之餘地。至上訴人指攻被上訴人戶長繼承，尚未依法取得登記，親屬會議之會員資格，亦有不合。」可見，依據最高法院之判例意旨，民法繼承編施行於臺灣前之繼承事宜，仍應依據當時之臺灣習慣處理，並不適用我國民法之規定，且有關臺灣習慣中之親族會（親屬會議）「選定戶主（長）」繼承遺產一事，亦無期間之限制，即使在臺灣光復後始為選定，亦無不可，即民法繼承編施行於臺灣後仍可以進行，故本件理應適用上開判例為斷。

（三）另者，參諸最高法院 47 年台上字第 289 號判例全文，該判例事實為被繼承人於民國 43 年間經法院判決宣告於民國 34 年 9 月 3 日死亡，親屬會議於民國 44 年間始為被繼承人選定戶主繼承人，上開判例意旨認民法繼承編施行於臺灣以後，經親屬會議選定之繼承人有權繼承被繼承人之遺產。而有關該判例之適用，最高法院亦曾以 85 年度台上字第 3101 號判決闡述，該判決之案例事實為被繼承人於昭和 20 年（即民國 34 年）6 月 29 日死亡，親屬會議於民國 35 年 8 月 8 日（光復後）始為被繼承人選定繼承人，判決意旨認該被選定之繼承人有權繼承被繼承人之遺產，始符最高法院 47 年台上字第 289 號判例意旨。則本案原判決認上開最高法院判例僅適用在被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前之情形云云，顯係曲解最高法院判例意旨，而有判決適用法規不當之違背法令。

（四）依最高法院 47 年台上字第 289 號判例要旨，本件被繼承人陳○發死亡之時既為民國 33 年 6 月 20 日，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，自應適用日

治時期臺灣習慣處理，復因當時繼承開始時無法定繼承人，亦無指定繼承人，被繼承人之親族為祭祀死者，並妥適管理與保護遺產，乃於 96 年間選定聲請人為戶主繼承人與財產繼承人，則聲請人對於被繼承人陳○○、陳○發之遺產有繼承權，殆無疑義。惟本案原判決竟認聲請人無權以繼承人之身分，向臺南縣永康地政事務所申請准予就被繼承人所遺 11 筆土地辦理繼承登記云云，所持法律上見解顯與前揭判例意旨不符，自有判決不適用法規之違背法令。

(五) 法務部 77 年 3 月 9 日法律字第 4129 號函釋略稱「按繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，而依當時之法律有其他繼承人者，依民法繼承編施行法第 1 條、第 8 條之規定，不適用民法繼承編之規定，自應仍適用當時之法律；又民法繼承編施行法第 8 條所稱依當時之法律亦無其他繼承人者，係指依當時之法律無其他可繼承之人而言，不以已具有繼承身分之事實為限（司法院院字第 586 號、第 762 號解釋參照）。…」(附件五)，該函釋亦明確引用最高法院 47 年台上字第 289 號判例，並表示該判例「亦認依當時之法律如有其他可繼承之人，則無民法繼承編施行法第 8 條另定繼承人之適用，其意旨明確，似無疑義。」本件繼承依據當時之臺灣習慣，仍有其他繼承人，亦即，繼承發生後，「親族會（親屬會議）」猶可以選定戶主繼承人與財產繼承人的方式繼承遺產，則本件顯然並無民法繼承編之適用。

(六) 「民法繼承編施行法第 8 條所稱依當時之法律無其他繼承人者，係指依當時之法律無其他可繼之人而言，不以已有繼承身分之事實為限，蓋民法繼承編雖不規定宗祧繼承，而繼承開始在該編施行前者，依該編施行法第 1 條既以不適用該編規定為原則，而依其當時之法律繼承宗祧之人，即得繼承財產，故繼承開始苟在該編施行前而被繼承人又無直系血親卑屬者，如依當時法律有繼承權之人出而告爭，不論其起訴在該編施行之前後，均依其當時之法律辦理。」

「繼承開始在民法繼承編施行以前，被繼承人無直系血親卑親屬，而依當時之法律，有其他繼承人者，依民法繼承編施行法第 1 條、第 8 條之規定，不適用民法繼承編之規定，自應仍適用其當時之法律。」此有司法院院字第 762 號、第 586 號均作相同解釋(附件六)。

(七) 依據日治時期之臺灣習慣，為選定繼承人而組成之「親族會」，其組成方式、時間，並無限制。因而，最高法院判例亦認同民法繼承編施行於臺灣後，依據日治時期臺灣習慣由親族會為日治時期死亡之被繼承人選定戶主繼承人與財產繼承人繼承遺產之行爲。況且，本件係於民國 80 幾年間始確定被繼承人之死亡日期於日治時期。因此，客觀上，選定繼承人之行爲，不可能於民法繼承編施行於臺灣前或民法繼承編施行於臺灣後即進行之。衡酌日治時期之臺灣習慣，選定繼承人並無時間、方式之限制，且被選定人之資格，未設任何限制，本件親族會選定繼承人，既依繼承開始之有效法例，即臺灣習慣組成與辦理，則聲請人經由親族會合法選定為戶主繼承人與財產繼承人，並無違誤。

(八) 本件「陳○○」遺產繼承部分，因其並非戶主，故屬「私產繼承」事件，依據當時之繼承法制（即臺灣習慣），仍有其他繼承人，亦即由擔任戶主的長兄陳○發繼承其遺產，即使當時陳○發未辦理登記，亦不失其繼承權，繼承發生後，雖戶主陳○發死亡，「親族會」猶可「選定戶主」，繼承遺產。則本件顯然並無民法繼承編之適用；至於「陳○發」部分，則屬「家產繼承」，依據日治

時期之法制，亦可透過親族會以選定繼承人之方式選定繼承家產之繼承人，亦顯然並無民法繼承編之適用。

三、最高法院 47 年台上字第 289 號判例意旨明確闡釋繼承之事實發生在臺灣光復之前，即應依據當時之臺灣習慣處理，並不適用我國民法之規定，且有關臺灣習慣中之親屬會議選任戶主繼承人，亦無期間之限制，即使在臺灣光復後始為選任，亦無不可：

（一）由最高法院 47 年台上字第 289 號判例理由可見，該判例意旨已明確闡釋繼承之事實發生在臺灣光復之前，即應依據當時之臺灣習慣處理，並不適用我國民法之規定，且有關臺灣習慣中之親屬會議選任戶主繼承人，亦無期間之限制，即使在臺灣光復後始為選任，亦無不可。而行政法院 83 年度判字第 23 號判決認上開最高法院 47 年台上字第 289 號判例之意旨，係指被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前而言（亦即被繼承人死亡及選定繼承人均在臺灣光復之前），顯然誤解上開判例意旨，而為不當之解釋。

（二）次者，依據司法院釋字第 154 號解釋理由書略謂：「大法官會議法第四條第一項第二款關於確定終局裁判所適用之『法律或命令』，乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言。依法院組織法第二十五條規定：『最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與本庭或他判決先例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。』及行政法院處務規程第二十四條規定：『各庭審理案件關於法律上之見解，與以前判例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。』足見最高法院及行政法院判例，在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款之適用，始足以維護人民之權利」。可見，判例具有相當於法律或命令之效力，在未變更前，對於各級法院仍有其拘束力。是而，最高法院 47 年台上字第 289 號判例既未變更，對於各級法院自有拘束力，而本件之案例情況又與上開判例之情況相同，聲請人主張本件應有最高法院 47 年台上字第 289 號判例之適用，自屬有理由。行政訴訟法第 243 條第 1 項所規定之法規，應包括最高法院之判例，高等行政法院之判決如有不適用或適用不當者，其判決為違背法令。

（三）再者，當初在聲請人向臺南縣永康地政事務所提出被繼承人所遺土地之繼承登記，臺南縣永康地政事務所請求臺南縣政府核示法令適用之疑義時，亦認為本件被繼承人死亡時，為民國 33 年 6 月 20 日，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，因其無法定繼承人，依當時有效法令，應適用臺灣省習慣處理，其經親屬會議合法選任之戶長，繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制，只是臺南縣永康地政事務所未細譯聲請人提出之親屬會議決議內容，誤認決議內容僅著重在被繼承人遺產之管理處分，並不繼承戶主身分。

（四）倘如依行政法院 83 年度判字第 23 號判決與本案判決解釋，被繼承人死亡及選定繼承人均應在民法繼承編施行前，亦即被繼承人死亡及選定繼承人均在臺灣光復之前，則如某人係死亡在臺灣光復前一日，其無法定繼承人，翌日卻因臺灣光復致使其親族會（親屬會議）無法選定其繼承人，豈合乎公理？豈得因政權之更替，致使人民之私有財產無故被收歸國有，影響人民權利之保障，如此解釋無異是國家與人民爭產，何以信服人民！？

（五）固然本案原判決不適用前揭判例於理由欄記載其所持之理由為：「最高法院

47 年台上字第 289 號判例之見解，僅適用在被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前之情形。至於本件被繼承人陳○發雖於光復前死亡，然原告被選定為繼承人時，已在民法繼承編施行後，自不能主張依上開最高法院判例意旨，本件應適用日據時期臺灣之舊慣，而認定其選定繼承人合法」云云。惟最高法院 47 年台上字第 289 號判例意旨既明白揭櫫：「其經親屬會議合法選任之戶長，繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制」，則本案原判決擅將判例意旨限縮為：「僅適用在被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前之情形」云云，自有判決適用法規不當之違背法令。

- (六) 又判決理由矛盾者，其判決當然為違背法令，行政訴訟法第 243 條第 2 項第 6 款下段定有明文。查本案原判決於理由欄內先則敘稱：「最高法院 47 年台上字第 289 號判例之法律見解，不僅對日據時期選定繼承人之臺灣舊慣有所誤解，且違反民法繼承編施行法第 8 條規定」云云（判決書第 31 頁參照）；繼又述稱：「最高法院 47 年台上字第 289 號判例之上開見解，僅適用在被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前之情形」云云（判決書第 32 頁參照）。就本件是否應適用上開最高法院判例之法律見解，原判決於理由欄內所記載之理由，前後並未一致，自有判決理由矛盾之當然為違背法令。

四、判例經後續相同案件之一再援用，在實際上確具有實質拘束力，且亦經人民信賴其具有拘束各級法院之效力，此當不因行政法院著有未經選為判例之 83 年度判字第 23 號判決而受影響：

- (一) 按最高法院之裁判，其所持法律見解，認有編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑庭總會議決議後，報請司法院備查。最高法院審理案件，關於法律上之見解，認有變更判例之必要時，適用前項規定。法院組織法第 57 條定有明文。可知我國現行之判例制度，乃由最高法院所為之裁判中選取法律見解堪為範式而有作成判例之必要者，經最高法院民、刑庭會議或總會會議決議，並於決議後報請司法院備查而來。各庭如認判例有變更之需要，則於敘明不同見解、擬具變更判例之提案後，準用審查程序予以變更。在效力上，如裁判違背現行有效之判例即屬違背法令，得據以為提起上訴或再審之事由。現行實務對判例之操作，視其為一般抽象法律規範適用之。判例之拘束力已超越個案基礎事實，而具備類似抽象法規之性格，司法院大法官亦將判例視同命令之一種，其於釋字第 374 號解釋理由明言「司法機關在具體個案以外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例…。判例經人民指摘違憲者，視同命令予以審查，已行之有年。」至於最高法院之裁判中，有應著以為例者，有不宜著以為例者，選輯前者作為判例，賦予某程度之拘束力，則下級法院有所遵循，有助於提高裁判之品質及維護法律之安定性。至於未選為判例之裁判，各級法院雖可考慮，但不必受其拘束，可以隨時變更之。
- (二) 查最高法院曾著有 47 年台上字第 289 號判例，此判例經後續相同案件之一再援用，在實際上確具有實質拘束力，且亦經人民信賴其具有拘束各級法院之效力，此當不因行政法院著有未經選為判例之 83 年度判字第 23 號判決而受影響。況，繼承權之有無，係適用民事法律之規定，最高法院就該繼承案件既已表示其法律見解且著為判例，則於判斷個案繼承權之有無時，更應遵循該最

高法院之判例為適用法律之準則。再，行政法院 83 年度判字第 23 號判決之案例事實，與本案有下列明顯之區分：（1）本案戶內確無法定繼承人，亦無尊長或其他家屬，與該案有尊長或其他家屬的情形不同。（2）本案依光復後施行之民法無適格之法定繼承人，而依繼承開始之法例與臺灣習慣本案被繼承人無法定與指定繼承人，只得由選定繼承人繼承。該案依光復後施行之民法有適格之法定繼承人仍可由該案原告全部繼承。（3）本案選定繼為戶主係經親族會決議，與該案例僅以光復後「戶口清查表」上有「民國 37 年 8 月 28 日原戶長許○進申請除籍選定繼為戶長」之註記而無親族會選任事實之方式不同。因該案行政訴訟卷宗並未見任何親族會選任證據資料或任何親族之證明，光復後「戶長」僅為戶口登記上之身分註記，除非能證明其有同時被親族會（親屬會議）選任為戶主與財產繼承人之事實，才能追溯至日治時期繼承當時的繼承效力。（詳判決書第 13-15 頁）乃本案原判決未加注意及本案與行政法院 83 年度判字第 23 號判決之差異，且違背最高法院 47 年台上字第 289 號判例意旨，認聲請人無權以選定繼承人之身分向臺南縣永康地政事務所申請准予就被繼承人所遺土地辦理繼承登記云云，自有判決不適用法規之違背法令。

- （三）本案判決認最高法院 47 年台上字第 289 號判例之見解，僅適用在被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前之情形，無非係以日治時期選定繼承人制度仍有時間之限制，如無時間之限制，被選定人實質上除了享有被繼承人遺產之利益外，被選定人是否對被繼承人及其祖先仍存有深厚之感情而熱衷祭祀，誠有疑問等情，為其主要之論斷理由。惟從 1937 年到 1945 年，被日本徵召的臺灣軍人、軍屬死傷人數眾多，光復後 50 幾年日本政府始片面決定賠償、償還戰爭期間對臺灣人的債務，並通知戰亡軍人、軍屬的家族其死亡日期及領取「弔慰金」，基於此戰亂史實造成臺灣社會如此無奈與悲情的民事繼承情事，若以本件的情形來看，應尚有為數不少的被徵召死亡未婚臺灣青少年的遺族或者因戰亂死亡失蹤的遺族遭遇類似繼承事件，司法機關於判斷應適用之法律時，自不能忽略此一特殊之歷史典故。就本件而言，被繼承人於徵召後失蹤，親族無不期待其安然歸來，待近 50 年後始確定死亡日期，在未確定死亡以前，其親族又如何能為其選定繼承人。本件如依本案判決所持之論點，則生前在萬般無奈被徵召為軍伕、處境甚為可憐之被繼承人，死後竟淪為無人為其祭祀、保護遺產之窘境，此如何能使臺灣民眾走出該歷史之悲情呢？

五、本件聲請人與被繼承人確為親族，且親族會（親屬會議）之組成成員及人數於法無違，聲請人應為適法之選定繼承人：

- （一）按戶主無法定繼承人，於其死後，得由其親族會（親屬會議）為其選定戶主繼承人。因選定戶主繼承人係於被繼承人，或法定之推定戶主繼承人死亡後所追立，故又稱為追立戶主繼承人。又因其須經親屬（族）決議選定，亦稱為決議戶主繼承人。而日治時期就親族會（親屬會議）成員之範圍、順位及人數並無明確規定之習慣，且親族會（親屬會議）於選定繼承人時，也無須親族全體一致，或過半數以上之同意，只要獲致主要族親之同意即可，此亦有日治時期昭和 10 年上民字第 230 號判決要旨：「為無繼承人而死亡之被繼承人，選定追立戶主繼承人時，其應徵求同意之親族之範圍，不限於六親等內之親族，又無須得親族全體一致或過半數以上之同意始得為之之限制」以及昭和 13 年上

民字第 8 號判決要旨：「臺灣習慣上，為決議繼承人選定追立事宜所召開之親屬會議，應斟酌其會員與被繼承人之是否係近親，生前親屬之關係，或其他情況。從被繼承人與其祖先之祭祀，財產之保護著想，認為適當之親族，固應邀請其為會員，予以參與決議之機會。惟對於不具有上述關係之親族，即令與被繼承人之直系尊親屬有血統關係之同姓者，雖不予參與決議之機會，亦不得謂其親族會議為不適法」可資參照；並按被選定人之資格，未設任何限制，無論與被繼承人有無親族關係，為男為女，均得被選定為繼承人（附件七，參照法務部 93 年 5 月編印之『臺灣民事習慣調查報告』第 455 頁至 459 頁），合先敘明。

- （二）查，觀之聲請人提出之繼承系統表及戶籍謄本，聲請人之父親鄭○龍原名陳○龍，其生父為陳○，因鄭○之子鄭○宗與鄭林○蘭訂婚後死亡，鄭○為使陳○龍代鄭○宗迎娶鄭林○蘭（即聲請人母親），乃收養陳○龍為螟蛉子（異宗異姓或異宗同姓養子為「螟蛉子」），故陳○龍始更改姓氏為鄭；而鄭○原名陳 x，為鄭○龍（原名陳○龍）之生父陳○之弟（即陳○龍之叔父），因由鄭○德收養為螟蛉子，也才更改姓氏為鄭，是而，實際上聲請人與其父親鄭○龍、祖父鄭○均係陳姓之子孫。雖然因日治時期於昭和 8 年（民國 22 年）3 月 1 日始設立臺灣人之戶籍（附件七，參照法務部 93 年 5 月編印之『臺灣民事習慣調查報告』第 236 頁），致使聲請人無法提出聲請人之祖先陳△（明治 17 年 10 月 10 日死亡）及被繼承人陳○發之祖先陳▽（明治 9 年 1 月 13 日死亡）之戶籍資料或陳△、陳▽之先祖的戶籍資料以證明陳△與陳▽間具有親屬關係，然查，從臺南縣立文化中心出版之「南瀛地名誌」、國史館臺灣文獻館編印之「臺灣地名辭書」及開天宮管理委員會編印之「開天宮史記」等相關文獻資料可知，聲請人申請繼承登記之永康市○○段 1451 地號等土地與經徵收為主五號道路用地之土地係位在臺南縣永康市○○里，而○○里係由『對面仔』、『五鬮』、『王田』和『車行』等四庄所合組而成，其中『五鬮』，相傳是由郭、張、鄭、陳、蔡等五姓，以抽鬮方式分成五份拓墾之地，故名；且由開天宮建自清乾隆 27 年（公元 1762 年）即由當地蜈潭對面仔、火燒店、王田、五鬮等信眾出資建廟，顯見『五鬮』地名之形成距今至少已有 245 年以上，目前該聚落居民大致仍以這幾個姓氏之後代子孫居住於此，足證居住在系爭土地上之陳姓、鄭姓子孫應均是由在明朝、清朝自大陸來臺灣此地拓墾之陳姓、鄭姓祖先綿延下來，渠等彼此間應具有親屬關係。再者，佐以永康市○○段 1451、1451-1、256-1、256-2、257、257-4 地號等 6 筆土地以及 257-2、257-5、1451-1 地號等 4 筆系爭徵收土地自古即維持共業關係，代代繼承迄今，從未分割，且從可追溯最早之日治時期王田庄 257 番地土地登記簿可證該地號均為「同所同番地」之共業代代繼承所有，共業各房祖先均居住於此，顯見共業先祖間具親屬關係，而如前所述陳 x、陳○龍先後因入鄭家為螟蛉子才遷入 426 番地，後來鄭家遷到對面的 427 番地居住，426、257 與 427 番地為鄰地，陳、鄭兩家比鄰而居，而 1451 與 256 等鄰近番地則為農耕地，後經永康交流道特定計畫區都市計畫道路開闢徵收，先祖遺留土地才被分割成現狀的許多子地號，且陳、鄭兩家多世代居住於鄰近土地上，目前除極少數共有人係因買賣或贈與而成為共有人外，其餘之共有人多係自祖先繼承而來，其中共有人陳○○、陳○發等陳姓子孫，與聲請人、鄭○福、鄭

○之共有土地即是從相同祖先繼承而來，更證聲請人之祖先與被繼承人陳○
○、陳○發之祖先應具有親屬之關係，故才會共有前揭土地。

- (三) 倘僅因自日治時期戶籍簿記載無法追溯至被繼承人與聲請人先祖之資料以顯示其親屬關係，而認為聲請人與被繼承人無親屬關係非為適格之選定繼承人或非為適格的親族會成員，恐對臺灣習慣有所誤解，除臺灣習慣的親族會成員並無一定得由親屬參加，且被選定人之資格，未設任何限制，無論與被繼承人有無親族關係，均得被選定為繼承人的規定之外，查本件共業土地 257 番地，共業業主六人除陳□（長房）持分七分之二外，其餘皆為七分之一，與臺灣習慣之「長孫額」相符，即分析家產時給予長房長孫多一等份（附件七，參照法務部 93 年 5 月編印之『臺灣民事習慣調查報告』第 357 頁），更可證被繼承人與聲請人先祖是從陳家同一祖先綿延下來之不同房的後代子孫，確有親屬關係；且兩家往來密切，鄭家及陳家親族間均暱稱被繼承人為「矮仔」（臺語），被繼承人家除出養的妹妹外，縱被繼承人姑姑已出嫁，其仍與陳、鄭家族間往來密切，聲請人幾十年來自幼即稱呼被繼承人之姑姑劉陳○為姑姑，亦有親屬關係之事實，否則依臺灣習慣與常理判斷，一般人不可能對毫無親屬關係之人予以親屬之稱謂；另查有關文獻對螟蛉子的定義有些不同，有稱為異姓養子，亦有同姓養子，亦有因買賣而產生的，惟本件事實上聲請人父親與祖父雖入鄭家為螟蛉子（戶籍謄本之記載），實際上與本家仍保持親族關係，理由其一因聲請人自幼即稱呼陳○泉（另一名陳家與鄭家同輩最尊長的亡故土地共有人）為大哥，鄭○福為二哥，鄭○為三哥，聲請人排行老四，又從聲請人與鄭○福及鄭○繼承陳家先祖所遺土地成為共有人可證其與陳家仍具親屬關係並且兩家情誼篤厚，臺灣私法第二卷第 623 頁就有如下的說明：「螟蛉子：即與生家斷絕親族關係的同姓或異姓養子。向親族收養的養子仍與生家保持親族關係，向他人收養的養子大多與生家斷絕親族關係。」也可證明確有如此之習慣與事實。另外就身分法上之特定行為，依日本本土法律須以戶籍登記為要件，而在臺灣由於承認舊慣之故，法院並不要求以踐行戶籍登記為必要，臺灣習慣調查報告選錄之有關身分法事項之判決說明當時法院多遵從舊慣，例如「於臺灣，不得僅以戶籍簿之記載為絕對之證據。（明治 37 年控字第 257 號同年 10 月 15 日判決）」、「戶口簿在法律上非身分登錄簿，於臺灣終止收養關係，或離婚不以申報為效力發生要件。既有相反事實，自不得僅以戶口簿載為養女之事實及認定其係該女之養親（大正元年控字第 176 號，同年 12 月 24 日判決）」（附件七，參照法務部 93 年 5 月編印之『臺灣民事習慣調查報告』第 404 頁）等法院判決猶有承認依舊慣而取得效力之身分法行為不以戶口登記為必要，闡明應以事實認定為主，更何況本件係因日治時期於昭和 8 年始於臺灣有戶口簿登錄，而無法提出先祖戶口簿證明，並非為戶口簿漏未記載或未申報戶口之情事，親屬關係更應遵舊慣以事實認定為之，否則僅以無戶口簿紀錄而認無親屬關係，對聲請人與被繼承人親族而言，顯失公允。臺灣習慣調查報告前言即有如下之說明：「…至於特例，則以大正 11 年令第 407 號「關於施行於臺灣法律之特例之件」予以制定。…關於民法之特例中，主要者為（1）僅關於臺灣人間之親屬及繼承事項，不適用民法第四編及第五編之規定，仍依習慣（第五條）。…」、「關於親屬、繼承事項，由於我國民法第四編親屬、第五編繼承施行於臺灣，而此兩編大率係強行規定，…惟

繼承開始在民法施行前開始，而就土地及房屋未辦理繼承登記者，時有所聞。在此情形，仍有適用日據時期繼承習慣之必要。又因繼承與親屬身分有密切關係，故關於親屬關係之成立與消滅之習慣，亦有予以適用之必要。…」(附件七，參照法務部 93 年 5 月編印之『臺灣民事習慣調查報告』第 6、7、8 頁)。

(四) 矧，揆之前開日治時期之判決要旨及臺灣民事習慣調查報告內容，選定追立戶主繼承人時，其應徵求同意之親族之範圍，既不限於六親等內之親族，且日治時期就親族會(親屬會議)成員之範圍、順位及人數又無明確規定之習慣，則本件選定聲請人任陳○發之繼承人的親族會(親屬會議)，除由與被繼承人陳○發具有二親等之顏陳○纏(於親屬會議在 96 年 2 月 12 日召開前已終止收養關係，回復本姓，自為陳○發之二等親內親屬)，及與陳○發具有四親等之林劉○柿、謝劉○、董劉○笑、劉○田等五人參與外，又由其餘非六親等內之親屬鄭○福、鄭○及聲請人參與，自無不可，其成員之組成範圍或人數應屬適法。

(五) 再者，退萬步言，即使參與本件親族會(親屬會議)之成員鄭○福、鄭○、聲請人與被繼承人無親屬關係，然如上述，親族會(親屬會議)於選定繼承人時，無須親族全體一致，或過半數以上之同意，只要獲致主要族親之同意即可，且被選定人之資格並未設任何限制，無論與被繼承人有無親族關係，皆得被選定為繼承人，而本件被繼承人之主要族親即顏陳○纏、林劉○柿、謝劉○、董劉○笑、劉○田既均同意選定聲請人任被繼承人之繼承人，則依據日治時期之習慣，聲請人自為適法之選定繼承人。聲請人與被繼承人有無親屬關係，於本件根本無探究之必要。

(六) 基上，倘僅以聲請人提不出戶籍資料證明與被繼承人之親屬關係，而質疑親族會(親屬會議)選定聲請人為被繼承人之繼承人的適法性，顯然是誤解日治時期之習慣，並忽略住在系爭土地上之陳姓、鄭姓居民之歷史沿革，以及綿延數代迄今仍存的親屬關係之事實，自不足採。

六、以本件已屬絕家，不得再選定繼承人，並援引繼承登記法令補充規定第 9 點規定，主張聲請人並非適法繼承人，應不足採：

(一) 按關於繼承人之選定事宜，自戶主因死亡或其他事由喪失戶主權之時起，迄絕家止，隨時得為之，此有日治時期昭和 10 年上民字第 199 號判決要旨：「依臺灣之舊習慣，戶主死亡而無直系卑親屬之男子繼承人，得由親屬協議選定追立其繼承人，至其選定追立之期間，並無任何限制，在被繼承人之家未因繼承未定而絕戶之前，任何時均得為之」可資參照。而所謂絕家者，乃因喪失戶主，又無戶主繼承人而歸於消滅之謂。如家尚有財產者，與真正絕家有間，應視為家在繼承人未定之情況下仍然存續，故在本問題(戶口官廳以之為絕家再興)之繼承，就法律上言，不外係因選定追立之繼承之一情形。是則戶籍人員在戶口名簿處理上，雖以之為絕家再興，在法律上亦不妨以之為戶主繼承及因此而開始之財產繼承(參昭和 11 年 7 月 14 日高等法院院長對於法務課長之釋答；附件七，參照法務部 93 年 5 月編印之『臺灣民事習慣調查報告』第 462 頁至 463 頁)準此，本件被繼承人陳○發既遺有系爭土地數筆，即屬尚有家產，自難謂之絕家，應視為家在繼承人未定之情況下仍然存續，是而，親屬會議當然仍得選定繼承人，故其選定聲請人為繼承人，於法難認有違。

臺南縣永康地政事務所聲請人所檢附之陳○發戶籍謄本，陳○發係戶主，其母、弟死亡，妹陳氏○纏出養，即認已屬於「絕家」、「絕戶」，顯然是不明絕家之定義。

- (二) 有關「絕戶再興」、「絕家」係戶籍登記之用語，有其相關定義，顯然臺南縣永康地政事務所與行政法院對當時習慣與法例有所誤解。因繼承登記法令補充規定第 9 點條文似有矛盾之處，若以「日據時期死亡絕家之遺產如未予歸公，致懸成無人繼承」為前提，規定「光復後，應依我國民法繼承編之規定定其繼承人，不得再以絕家再興為由主張繼承申請登記」來看，所謂的「無人繼承」似乎被限縮為「光復前未辦理繼承登記」或「無法定繼承人」，甚或將民法繼承編施行法第 8 條「依當時之法律亦無其他繼承人者」加以限縮解釋。又「絕家再興」與繼承無關，則本案並無「絕家再興」與繼承登記法令補充規定第 9 點規定之適用，該規定文義似乎應將其理解為繼承開始於日治時期，光復後若有人以註記「絕家再興」的日治時期戶籍謄本或者光復初期戶政人員在戶籍謄本註記「絕家再興」為理由向地政機關辦理繼承登記，若其無繼承之事實，如未佐以親屬會議選任繼承人之事實與證明，則地政機關當然不能據以辦理繼承登記，反之即可，方屬合理，臺南縣永康地政事務所顯然不明「絕家再興」之定義，該否准理由顯不足採。
- (三) 本件係財產權之繼承，戶籍登記上既未因踐行相關絕家手續，亦未辦理絕家登記，當然非屬辦理戶籍登記之「絕家再興」，又既有財產尚非絕家，當然非符合「日據時期死亡絕家之遺產如未予歸公，致懸成無人繼承」之前提要件，亦非其所謂僅以「絕家再興」的日治戶籍謄本註記的戶主據以認定為繼承人而辦理繼承登記，此應為內政部誤解臺灣民事習慣調查報告所作成的斷章取義的謬誤規定而又遭地政機關誤用（附件七，參照法務部 93 年 5 月編印之『臺灣民事習慣調查報告』第 462-463 頁），經詳查臺灣民事習慣調查報告第 463 頁載述內容便知「一旦限於絕家之家，得予以再興，稱之為絕家之再興。於此有應注意者，乃絕家之再興，僅承繼舊家之家名與屬於舊家之本質或分家之性質。（實係日本家制之觀念，在臺灣分家後原來之家屬共同團體消滅，而分二個以上之家屬共同生活體，故無本家分家之分）既非戶主權之承繼，亦非遺產繼承，自不生承繼前戶主權利義務之問題。（註二十六）故除另有被選定為繼承人之事實外，尚難僅以戶籍簿上載有絕家再興等字樣即謂其有承繼被繼承人之權利義務。」本案有選定繼承人之事實，更不可視為絕家再興，故臺南縣永康地政事務所顯屬無理之推斷。另外「於臺灣，不得僅以戶籍簿之記載為絕對之證據（明治 37 年控字第 257 號，同年 10 月 5 日判決）」，蓋戶口簿在法律上非身分登錄簿，以事實認定為準（附件七，參照法務部 93 年 5 月編印之『臺灣民事習慣調查報告』第 404 頁）。
- (四) 固然繼承登記法令補充規定第 9 點規定：「…日據時期死亡絕家之遺產如未予歸公，致懸成無人繼承，光復後應依我國民法繼承編之規定定其繼承人，不得再以絕家再興為由主張繼承申請登記。」惟查，該補充規定乃內政部訂定發布之行政命令，按凡與限制人民自由權利有關之事項，應以法律或法律授權命令加以規範，方與法律保留原則相符；並各機關依其法定職權，固非不得訂定行政規章，惟關於人民權利義務事項，應依法律定之，不得由各機關以行政規章行之，此觀中央法規標準法第 5 條第 2 款、第 6 條及第 7 條規定之

立法意旨甚明。是行政機關訂定之行政規章，如涉及人民之權利義務，自應有法律上之依據，否則，即難謂合法（參最高法院 85 年度台上字第 1465 號、行政法院 75 年度判字第 936 號判決要旨）。而人民於日治時期死亡，在光復後其繼承人如何認定，究竟應依據臺灣習慣或我國民法，涉及人民之財產權，依據憲法第 23 條法律保留原則，自應以法律或法律授權命令加以規範，不得由行政機關以行政規章定之。乃內政部未經法律之授權，竟於訂定發布之繼承登記法令補充規定第 9 點規定，日治時期死亡絕家之遺產如未予歸公，致懸成無人繼承，光復後應依我國民法繼承編之規定定其繼承人，不得再以絕家再興為由主張繼承申請登記」，揆之前開最高法院與行政法院判決意旨，顯已違反憲法第 23 條法律保留原則，該規定難謂合憲、合法。是則，以此規定主張聲請人並非適法繼承人，殊不足採。本案原判決未加糾正，復援引該規定為不利於聲請人之判斷，其判決自屬違背法令。

- （五）自光復至今除民法、土地法與土地登記規則外，影響人民財產權益至鉅的繼承登記事件，60 多年來均無相關法律與命令之立法，內政部未經法律之授權，僅以 81 年 5 月 7 日內政部台（81）內地字第 8176565 號函訂頒之「繼承登記法令補充規定」作為地政機關辦理人民繼承登記之依據，後雖經多次修訂，惟仍未能依行政程序法、中央法規標準法之規定制定法律致無明確法律依據，人民申辦無所依循，實務上地政機關多對於日治時期的繼承法例不甚清楚，均將解釋權推至其上級之內政部與法務部，層層請示曠日費時，歷年來函釋案件多如牛毛，函釋期間少則半年、多則一年以上，完全無視於人民權利，不僅對人民申請百般刁難、甚或為不法勾結情事大開方便之門，人民財產權被不法侵犯致訴訟案件層出不窮，而地政機關則以向人民收取的高額土地登記規費作為訴訟與賠償之費用，完全不符公平正義原則，而地政機關竟據「繼承登記法令補充規定」限制人民權利，並多以個案函釋與判決為其否准依據，行政與立法怠惰至此，人民財產權有何保障可言？以本案而言，若「繼承登記法令補充規定」第 9 點被地政機關與原判決限縮解釋（或錯誤解釋）為被繼承人於光復前死亡，可以就光復前完成選任繼承人者容許辦理繼承登記，反之即不許繼承登記，以光復日為分野，試問光復日前一日死亡者，親族如何即時於當日內選定繼承人？！行之已久的臺灣習慣，因未違反公序良俗，亦經日本政府沿用 50 幾年，人民又如何能預見政府於 81 年間頒訂如此限縮人民權益並與日治時期繼承法制（臺灣習慣）不符之規定，恐怕涉及違反法律不溯及既往及信賴保護原則的問題，因該規定之頒訂，使得如本案為數眾多的臺籍日本兵遺族於光復後幾十年始經通知確認被繼承人於日治時期死亡者，依當時繼承法制無法定與指定繼承人者遺族卻無法以合法的選任繼承人方式辦理繼承登記，然該規定並未設過渡規定且對於已經完成的過去事實不當溯及適用即有違憲的問題；再者，依據民法繼承編施行法第 8 條規定「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」合法選任之繼承人非屬『依當時之法律亦無其他繼承人者』，就本案而言依繼承開始之繼承法制是有繼承人的，法律不溯及既往，則本案就不能適用民法繼承編的規定，是則「繼承登記法令補充規定」第 9 點規定若未注意到這個部分的法律適用問題，而將『依當時之法律有其他繼承人者』的情況一體適用的話，就抵觸民法繼承編施行法的規定

。司法院釋字第 620 號解釋理由書即對法律不溯及既往之立法原則即有如下詳細之解釋：「任何法規皆非永久不能改變，立法者為因應時代變遷與當前社會環境之需求，而為法律之制定、修正或廢止，難免影響人民既存之有利法律地位。對於人民既存之有利法律地位，立法者審酌法律制定、修正或廢止之目的，原則上固有決定是否予以維持以及如何維持之形成空間。惟如根據信賴保護原則有特別保護之必要者，立法者即有義務另定特別規定，以限制新法於生效後之適用範圍，例如明定過渡條款，於新法生效施行後，適度排除或延緩新法對之適用（本院釋字第五七七號解釋理由書參照），或採取其他合理之補救措施，如以法律明定新、舊法律應分段適用於同一構成要件事實等（八十五年十二月二十七日修正公布之勞動基準法增訂第八十四條之二規定參照），惟其內容仍應符合比例原則與平等原則。新法規範之法律關係如跨越新、舊法施行時期，當特定法條之所有構成要件事實於新法生效施行後始完全實現時，則無待法律另為明文規定，本即應適用法條構成要件與生活事實合致時有效之新法，根據新法定其法律效果。是除非立法者另設『法律有溯及適用之特別規定』，使新法自公布生效日起向公布生效前擴張其效力；或設『限制新法於生效後適用範圍之特別規定』，使新法自公布生效日起向公布生效後限制其效力，否則適用法律之司法機關，有遵守立法者所定法律之時間效力範圍之義務，尚不得逕行將法律溯及適用或以分段適用或自訂過渡條款等方式，限制現行有效法律之適用範圍。至立法者如應設而未設『限制新法於生效後適用範圍之特別規定』，即過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，而顯然構成法律之漏洞者，基於憲法上信賴保護、比例原則或平等原則之要求，司法機關於法律容許漏洞補充之範圍內，即應考量如何補充合理之過渡條款，惟亦須符合以漏洞補充合理過渡條款之法理。…」。

- （六）本案原判決認最高法院 47 年台上字第 289 號判例之法律見解，係對日治時期選定繼承人之臺灣舊慣有所誤解，無非係以臺灣民事習慣調查報告乙書所記載：「關於繼承人之選定事宜，自戶主因死亡或其他事由喪失戶主權之時起，迄絕家止，隨時得為之；所謂絕家者，乃家因喪失戶主，又無戶主繼承人而歸於消滅之謂」、「日據時期因法定推定繼承人之死亡所為戶主繼承人之選定，其選定時期為自被繼承人之直系卑親屬男子死亡時起，至被繼承人因喪失戶主權而開始繼承時止」（參見判決書第 30-31 頁）。惟臺灣民事習慣調查報告乙書中固有記載：「關於繼承人之選定事宜，自戶主因死亡或其他事由喪失戶主權之時起，迄絕家止，隨時得為之；所謂絕家者，乃家因喪失戶主，又無戶主繼承人而歸於消滅之謂」，但同時亦記載其所援用之資料，即昭和 10 年上民字第 199 號判決：「依臺灣之舊習慣，戶主死亡而無直系卑親屬之男子繼承時，得由親屬協議選定追立其繼承人，至其選定追立之期間，並無任何限制，在被繼承人之家未因繼承未定而絕戶之前，任何時均得為之」；與昭和 11 年 7 月 14 日高等法院院長對於法務課長之釋答：「家尚有財產者，與真正絕家有間，應視為家在繼承人未定之情況下仍然存續」。而上開最高法院判例既係在被繼承人遺有財產之情況下，認為選定繼承人之期間並無限制，顯與臺灣民事習慣調查報告乙書中所記載之臺灣舊慣相符，本案原判決關此之認定顯有誤會。至於本案原判決另以依日治時期臺灣舊慣，法定推定戶主繼承人之死亡所為戶主繼承人之選定，選定時期有所謂期間限制云云，而指摘最高法院

47 年台上字第 289 號判例之法律見解，惟本案原判決所指之臺灣舊慣，係指被繼承人原有法定推定之戶主繼承人，後因該法定推定之戶主繼承人在被繼承人死亡或喪失戶主權之前，已先死亡之情形，與上開最高法院判例之案例事實全然不符，因被繼承人既原有法定推定之戶主繼承人，後來該法定推定戶主繼承人才死亡，則被繼承人自可在喪失戶主權以前預為安排，此與被繼承人死亡時因無法定戶主繼承人及指定戶主繼承人而選定戶主繼承人之情形，當然不同，何能以之指摘最高法院之判例誤解臺灣舊慣呢？再者，本案原判決雖認依日治時期臺灣舊慣，選定繼承人仍有時間限制，惟究竟限制之時間為何？是否能遽而認定聲請人經親屬會議選定為戶主繼承人及財產繼承人之時間，已不符日治時期臺灣舊慣？原審未予調查釐清並於理由中加以說明即遽行為不利於上訴人之判決，自有判決不備理由之當然為違背法令。

七、臺南縣永康地政事務所無法提出繼承開始於日治時期而不可於光復後選定繼承人之法律依據：

臺南縣永康地政事務所先援引繼承登記法令補充規定第 4 點後段規定，「戶主如無法定之推定戶主繼承人如亦未指定繼承人時，親屬得協議為選定繼承人，指定或選定之繼承人無妨以女子或非家屬者充之。」承認選定繼承人之日治時期臺灣習慣，亦知悉本件聲請人為親族會所選定之被繼承人的戶主繼承人與財產繼承人，然竟辯稱「惟民法在臺灣施行已歷 60 年，而依日據時期臺灣習慣戶主喪失戶主權而開始之財產繼承，其第一順序之法定推定財產繼承人、第二順序之指定之財產繼承人皆須依日據時期戶籍謄本認定，亦即須於日據時期確定，何獨第三順序之選定繼承人可於光復後再行選定繼承人，此實有疑義。」顯見並無選定繼承人不可於光復後選定之法律依據，並且其認為「第一順序之法定推定財產繼承人、第二順序之指定之財產繼承人皆須依日據時期戶籍謄本認定，亦即須於日據時期確定」，有三點謬誤與可議之處，其一，日治時期有關身分法上之特定行為，依日本本土法律須以戶籍登記為要件，而在臺灣由於承認舊慣之故，法院並不以要求踐行戶籍登記為必要，戶口登記非為唯一依據；其二，縱當時有戶口登記之行政規定（臺南縣永康地政事務所並未舉證），理應有相當的期限規定，不可能要民眾在被繼承人死亡親族辦喪事或戶主權喪失時馬上申報，客觀上倘繼承開始於光復前（改朝換代前）不久，即不太可能於光復後踐行日治時期之戶口登記或實行新的法制，更遑論政權交接之混亂期，以光復日前後為認定繼承權之分野恐怕情理法所不容，更何況光復前有 20 多萬的臺籍日本兵生死未明，光復後數年或數十年才知生死或至今仍生死未明，如何令其家屬於光復前踐行日治時期之戶口登記申報？其三，依日治時期法制或現行法規繼承並無時效之限制，諸多繼承權有無之認定案例即以回溯推至繼承開始之繼承法制之適用，行政函釋與判決先例亦多所如此之推斷認定，臺南縣永康地政事務所所引函釋亦復如此，另其就被繼承人陳○○之繼承人之認定係以其遺產係屬私產，其當時未婚，亦無直系卑親屬，其父母先亡，亦無直系尊親屬，以當時習慣推論其遺產應由第四順位法定繼承人戶主陳○發繼承，即其亦於光復 60 幾年後追溯至繼承開始（民國 21 年）之繼承法制認定戶主陳○發有繼承權。

八、日治時期被徵召失蹤而於民法繼承編施行於臺灣後始確定死亡於日治時期的繼承事件，因事涉眾多類似情形臺籍日本兵遺族的繼承權益，應依據繼承開始之繼承法制與最高法院判例處理，才合乎情理法與兼顧公益：

從 1937 年到 1945 年，因日本「大東亞聖戰」，被徵召的臺灣軍人、軍屬共計 207,183 人，其中 30,304 人戰死，陣亡比例高達 15 %，被徵召的軍人、軍屬絕大多數為 10 幾 20 歲未婚青少年，而同樣因戰爭遭轟炸死傷的臺灣人數，並未計算在內，以當時臺灣人口約 600 萬人而言，死傷比例甚高。即使戰後在被徵召的臺灣軍人、軍屬的努力之下，長達 21 年的「臺灣人戰死傷補償請求訴訟」仍告失敗，日本政府遲至 1994 年片面決定賠償，並自 1995 年開始償還戰爭期間對臺灣人的債務，並通知戰亡軍人、軍屬的家族其死亡日期及領取「弔慰金」，戰亡的 30,304 名臺籍日本兵中，僅 28,476 名繼承人領取「弔慰金」，意即有 1,828 名戰亡的臺籍日本兵可能因無符合請領條件的民法適格繼承人，甚或為全無親族可出面領取的遺憾情事。基於此戰亂史實造成臺灣社會如此無奈與悲情的民事繼承情事，若以本件被繼承人於日治時期被徵召失蹤而於民法繼承編施行於臺灣近 50 年後始經日本政府通知而確認死亡於日治時期的情形來看，應尚有為數不少的被徵召死亡未婚臺灣青少年的遺族或者因戰亂死亡失蹤的遺族遭遇類似繼承事件，且就前揭判例與函釋以及援引該判例所作成的諸多判決與函釋看來，類似之日治時期繼承事件適用繼承開始時之臺灣習慣處理乃為普遍存在的通案，絕非個案。惟查，本件被繼承人陳○發「於昭和 19 年 6 月 20 日過世」一事，係民國 80 幾年間始確定，被繼承人陳○發於徵召後失蹤屬不確定生死，親族不能冒然宣告其死亡除戶，待近 50 年後經日本政府通知死亡日期，故在未確定死亡日期前，親族實無從替其選定繼承人。臺南縣永康地政事務所否准聲請人就被繼承人所遺土地辦理繼承登記，造成人民私有財產無法處分與利用之情形，不僅不符法制，亦相當不合情理，更因此限縮及影響人民權益，甚而嚴重影響公益。

九、茲就本件聲請人為選定繼承人的緣由說明如下：

- (一) 光復後近 50 年日本政府始透過紅十字會通知與代發「臺籍原日本兵陣亡、重傷殘者弔慰金」每名僅發給微薄的日幣 200 萬圓，並非如日本國內之高額賠償金，讓不知「為何而戰？」「為誰而戰？」的臺籍日本兵及其遺族情何以堪？！聲請人父親在聲請人年幼時即被日本政府徵召當軍伕，當年聲請人家屬受通知領取弔慰金時，因陳、鄭兩家感情很好，即使被繼承人妹妹已出養，因親族間往來親近的關係，聲請人主動通知被繼承人妹妹請領弔慰金事宜，在確定被繼承人死亡日期之後，歷時 10 幾年期間被繼承人妹妹亦曾申辦繼承登記、申請土地徵收補償費遺產均遭否准，最後於 95 年 5 月間經民事判決認為被繼承人死亡時其已出養，不符合繼承之同時存在原則，雖後經終止收養恢復本家，惟對本生兄弟之遺產仍無繼承權，近期被繼承人妹妹因 80 歲高齡仙逝，在其有生之年未能見懸宕幾 10 年的本案有圓滿的結果，著實令人遺憾。
- (二) 被繼承人妹妹因努力多年，多方陳情與訴訟未果，且年事已高，相當可憐，得知聲請人為家族共有土地事宜熱心奔走，又與聲請人較親近，請求聲請人協助處理被繼承人遺產繼承事宜，以免被繼承人所遺土地淪為國有，被繼承人被徵召當軍伕死亡而無子嗣已是戰亂歷史造成之無奈與遺憾，親族間雖認其與被繼承人為最親之血親，且不因其年幼出養而否認其親族關係，惟因考量其繼承權既經前揭判決確定而遭否定，縱使親族會決定將被繼承人妹妹選定為繼承人，恐怕仍會以該確定判決而遭否准申請，礙於現實考量，遂以聲請人為選定繼承人，選定聲請人來為家族處理被繼承人遺產事宜，實在情非得已，並無排除被

繼承人妹妹為選定繼承人之意。

- (三) 就實際的情形看來，即使被繼承人死亡應適用繼承當時之法例與習慣得選定繼承人且無時間限制，亦佐以最高法院 47 年台上字第 289 號判例申辦繼承遺產，臺南縣永康地政事務所對於聲請人經親族會選定為繼承人事，不管在審理程序與實體上均百般刁難，不僅臺南縣永康地政事務所誤認親族會決議內容僅著重在被繼承人遺產之管理處分，並不繼承戶主身分為由請示，亦將被繼承人妹妹前揭民事判決納入而為不利聲請人申請之考量，且在無明確法律依據的情況下，自行限縮解釋認為光復後不得選定繼承人，故依臺南縣永康地政事務所之見解，縱使當時選定繼承人為被繼承人妹妹甚或其他親族，恐怕都會被以限縮法律適用而遭否准，終究猶須透過漫長司法救濟管道，甚至聲請貴院大法官解釋，懇請貴院大法官能以同理心體恤遺族之無奈與辛酸。
- (四) 聲請人自幼因父被徵召當軍伕，從小即工作負擔家計，深刻體會失去親人之痛與辛苦，憐憫被繼承人妹妹從小出養又失去至親之不幸處境，又本於慎終追遠與陳、鄭兩家之篤厚情誼，希望能對保護先祖唐山過臺灣開疆闢土之祖業與為本姓陳家另一房延續祭祀而盡一分心力。聲請人既受親族之請託應善盡遺產管理之責，絕不可能有揮霍遺產之情事。倘領取被繼承人土地徵收費遺產後，聲請人本當扣除訴訟費用與必要事務費用後全數交給被繼承人妹妹（不幸於近期亡故，轉交其法定繼承人），而若核准繼承登記被繼承人所遺土地，待處理共有物分割、遺產得以處分後，將於扣除訴訟費用、相關稅金與遺產管理等必要事務費用後，將剩餘款項全數以被繼承人名義在所遺土地上建造（含將來維修）祠堂供親族祭祀與聚會使用。
- (五) 聲請人因先祖遺產經過代代繼承後共有人數日增而無法有效利用而為後代子孫憂心，本意乃希望能協助親族處理懸而未決的繼承憾事，並無圖遺產利益之私心，並且可從家族多人土地因臺南縣永康地政事務所地籍作業錯誤，遭臺南縣永康市公所因「主五號道路」徵收作業錯誤遭無權占用多年一事，聲請人亦是熱心代表族親出錢出力提出行政訴訟與民事訴訟亦可看出聲請人身為家族尊長之一多所協助族親爭取權益，不求回報，更無私心可言，又在這冗長繁瑣的多件訴訟期間雖遭致許多不便甚或影響生計，惟在得知恐有為數不少與本案類似的臺籍日本兵遺族有著相同的辛酸與困擾而求助無門、屢遭政府各部門刁難之後，更覺本件訴訟不只對家族，更是對於公益有著深遠的影響，希冀能盡微薄之力，努力爭取類似情形臺籍日本兵遺族之繼承權。祈貴院大法官諒察，體恤臺籍日本兵遺族之不幸與遭遇之困難，以免為數眾多類似處境的臺籍日本兵遺族因行政或立法怠惰不願協助人民解決日治時期繼承等民事事宜，而任人民私有土地荒廢終致淪為國有，嚴重影響人民之財產權，造成人民之大不幸。
- (六) 光復後已逾 60 年，人民有關臺籍日本兵、臺籍國兵、或者相關賠償與權利事宜，經多位人民團體與熱心人士多方奔走、陳情、請願，迄今仍為懸案無法解決，當年臺籍日本兵「不知為何而戰、為誰而戰？」何其無辜？戰亡者無合理賠償，已經相當遺憾，其遺族遭受親人生離死別之痛楚已經何其不幸？又要面對政府的行政或立法的怠惰，甚或限縮法律解釋而影響人民權利，人民求助無門，情何以堪？更何況有些仍在大陸或其他地方有家歸不得，或者在臺存活傷殘臺籍老兵或臺籍日本兵的處境更是可憐，報載曾為臺籍日本兵與臺籍國軍的許○榮先生於 97 年 5 月 20 日在他奮鬥近二十年才爭取到的「臺籍無名戰

士紀念碑」前淋上汽油自焚死諫，以示抗議政府對臺籍老兵的漠視與不公！許○榮先生悲天憫人、一生奉獻為臺灣日本兵、臺籍老兵發聲、為文撰著，雖引起各界響應協助，但政府始終未正視臺灣日本兵、臺籍老兵等相關問題，至為遺憾。聞此噩耗，深感悲憤與難過，本案經訪談許○榮先生，在其熱心的提點與協助之下了解到原來如同本件一般的臺籍日本兵的民事問題很多，諸如婚姻、親屬與繼承等，弱勢的遺族受不到政府的協助而陷入困境所在多有。沒想到死者何其無辜、而遺族又何其不幸。希望政府能正視因時代的悲劇造成臺籍日本兵民事繼承之困難，不讓臺灣先民開疆闢土而代代繼承下來的私人遺產或土地，礙於現行法律或礙於政府的限縮認定無法繼承而任其荒廢，導致最終淪為國有的嚴重問題，否則人民財產權受限縮或剝奪，豈能甘服？！聲請人在萬般無奈、情非得已之下聲請貴院大法官統一解釋，懇請貴院大法官審酌本件被繼承人及其妹妹和家族的不幸與遭遇，體察聲請人與親族為保護祖先代代遺留給被繼承人的祖業不淪為國有的心情。

十、綜論之，本件已依繼承開始時之繼承法制（即臺灣習慣）合法由親族會選定繼承人，不僅符合民法繼承編施行法第 1 條之規定，亦與最高法院 47 年台上字第 289 號判例與最高法院 57 年台上字第 3410 號判例揭諸要旨符合，本繼承事件應依繼承發生當時有效法例，適用臺灣習慣處理，聲請人既經親族會（親屬會議）合法選定為被繼承人陳○○與陳○發之財產繼承人與戶主繼承人，繼承之效力自選定為繼承人後溯及繼承開始。是故，就該當被繼承人死亡時之社會生活事實，苟其該當法律要件之時點係於該當臺灣民事習慣施行之期間內，則因適用該當臺灣民事習慣所生之法律效果並不因嗣後該當臺灣民事習慣因民法之施行或修正而生影響。尤其人民因此而取得既得權之情形下，苟非另有法律依據，行政與司法機關自不得任意加以剝奪，唯有如此方能符合信賴保護原則、法律不溯及既往原則及法律保留原則。法律之施行亦應自其生效日起，發生其法律規範拘束力，不能及於中央法規標準法第 13 條、第 14 條所定之生效期日前既已存在之社會生活事實，現行有效之法律，其規範拘束力，亦應嚴守不溯及既往之原則，而不能及於生效期日前業已存在之事實，又此原則復與行政法上信賴保護原則，法治國原則息息相關，而凡此俱屬法律適用機關—行政機關、法院為行政行為、裁判應秉持之原則。

十一、基於上述理由，最高行政法院以 97 年度裁字第 3726 號、高雄高等行政法院 96 年度訴字第 959 號確定判決，該確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與最高法院 47 年台上字第 289 號判例、85 年度台上字第 3101 號判決之確定終局裁判，行政法院判決與民事判例意見相左，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異。行政法院判決違反最高法院判例逕自限縮解釋與適用法律之結果，違反憲法第 7 條、第 15 條之規定，侵害聲請人受憲法保障之平等權及財產權。唯有懇請貴院大法官惠予審查，並作成統一解釋，以資救濟。為貫徹憲法保障人民權益之本旨，故本件解釋之效力，自應及於聲請人據以聲請之案件，俾聲請人得據以再行提起再審之訴，實感德便。

肆、關係文件之名稱及件數

附件一：96 所登記字第 5120 號（登駁永字 35 號）「臺南縣永康地政事務所土地登記案件駁回通知書」影本乙份。

附件二：高雄高等行政法院 96 年度訴字第 959 號判決影本乙份。

附件三：最高行政法院 97 年度裁字第 3726 號裁定影本乙份。

附件四：最高法院 47 年台上字第 289 號判例影本乙份。

附件五：法務部 77 年 3 月 9 日法律字第 4129 號函釋影本乙份。

附件六：司法院院字第 762 號、第 586 號解釋影本乙份。

附件七：法務部 93 年 5 月編印之『臺灣民事習慣調查報告』第 455 頁至 459 頁；第 236 頁；第 357 頁；第 404 頁；第 6、7、8 頁；第 462 頁至 463 頁影本乙份。

謹 呈

司 法 院 公 鑒

聲 請 人：鄭○和

中 華 民 國 九 十 七 年 十 月 二 十 二 日
(附件二)

高雄高等行政法院判決

96 年度訴字第 959 號
民國 97 年 3 月 12 日辯論終結

原 告 鄭 ○ 和 (住略)

訴訟代理人 裘 佩 恩 律師

蔡 麗 珠 律師

曾 靖 雯 律師

被 告 臺南縣永康地政事務所 (設略)

代 表 人 吳 ○ 寶 主任 (住略)

訴訟代理人 童 ○ 君 (住略)

徐 ○ 真 (住略)

上列當事人間繼承登記事件，原告不服臺南縣政府中華民國 96 年 9 月 21 日府行濟字第 0960138137 號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事 實

壹、事實概要：

緣原告於民國 96 年 2 月 13 日檢具親族會 (親屬會議) 決議等相關資料，主張其係依日據時期臺灣繼承習慣，經親屬會議同意所選任訴外人陳○發之戶主繼承人及財產繼承人，向被告申請辦理臺南縣永康市○○段 256-1 地號等 11 筆土地之繼承登記。案經被告審查結果，認本件應依民法繼承編之規定定其繼承人，而原告並非民法第 1138 條所定之法定繼承人，乃依土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定，於 96 年 6 月 23 日以登駁永字第 000035 號通知書駁回原告之申請。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

貳、兩造聲明：

一、原告聲明求為判決：

(一) 訴願決定及原處分均撤銷。

(二) 被告應就其 96 年 2 月 13 日永一字第 26200 號收件之申請書作成准予原告繼承登記之處分。

二、被告聲明求為判決：原告之訴駁回。

、兩造之爭點：

甲、原告主張之理由：

一、臺灣於清光緒 21 年（西元 1895 年）因馬關條約而割讓予日本統治，直至 34 年 10 月 25 日始光復，因此，我國民法自是日起始施行於臺灣，依民法繼承編施行法第 1 條前段規定：「繼承在民法繼承編施行前開始者，除本施行法有特別規定外，不適用民法繼承編之規定。」故在臺灣光復前已開始之繼承事件，於臺灣光復後原則上仍應適用日據時期所行之繼承習慣（參照法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，93 年 5 月，第 519 頁）。而依日據時期之臺灣繼承習慣，繼承開始在日治時期，民法繼承編尚未施行於臺灣以前，有關遺產之繼承應適用臺灣習慣處理，依當時臺灣習慣，須被繼承人無直系血親卑親屬，亦無其他繼承人者，始依民法繼承編施行法第 8 條之規定，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。如依當時臺灣之習慣有繼承人者，即不得再依同編施行法第 8 條規定另定其繼承人（司法院院字第 586 號解釋、最高法院 47 年台上字第 289 號判例參照）。又「二、日據時期有關臺灣繼承之習慣，有戶主繼承與財產繼承之分。財產繼承又因其遺產係屬於家族之財產（簡稱家產）或屬於家族私有之財產（簡稱私產）而不同。如屬家產，除有特別事由存在外，於無法定繼承人（限於直系男性卑親屬）或指定繼承人時，得由親族會議隨時選定一人或數人為繼承人，無男女或親族關係之限制，亦無選定期間之限制，惟應使其中一人同時繼承戶主身分；如係屬私產者則應由（1）直系卑親屬（無論男女均可）；（2）配偶；（3）直系尊親屬；（4）戶主，依序繼承之。」「…按繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，而依當時之法律有其他繼承人者，依民法繼承編施行法第 1 條、第 8 條之規定，不適用民法繼承編之規定，自應仍適用當時之法律；又民法繼承編施行法第 8 條所稱依當時之法律亦無其他繼承人者，係指依當時之法律無其他可繼承之人而言，不以已具有繼承身分之事實為限（司法院院字第 586 號、第 762 號解釋參照）。而最高法院 47 年台上字第 289 號判例謂：『本件被繼承人死亡之時，為民國 34 年 9 月 3 日，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，因其無法定繼承人，依當時有效法例，應適用臺省習慣處理，其經親屬會議合法選任之戶長，繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制，是本件繼承…無再依同編施行法第 8 條另定繼承人之餘地』等語，亦認依當時之法律如有其他可繼承之人，則無民法繼承編施行法第 8 條另定繼承人之適用，其意旨明確，似無疑義。…。』業經法務部 77 年 2 月 26 日（77）法律字第 2355 號及同年 3 月 9 日（77）法律字第 4129 號函釋在案。

二、本件應有最高法院 47 年台上字第 289 號判例之適用。

（一）按最高法院 47 年台上字第 289 號判例理由略謂：「該王○旺死亡宣告及親屬會議之選定，雖均在臺省光復之後，而其推定王○旺死亡之時，則為民國 34 年 9 月 3 日，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，依當時有效法例，應適用臺省習慣處理。其經親屬會議合法選任之戶長繼承人，不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制。是本件繼承既溯及在民法繼承編施行前開始，自不適用民法繼承編之規定。從而王○旺之遺產，即應由選定戶長之被上訴人取得繼承，亦無再依同編施行法第 8 條，另定其繼承人之餘地。至上訴人指攻被上訴人戶長繼承，尚未依法取得登記，親屬會議之會員資格，亦有不合。」可

見該判例意旨已明確闡釋繼承之事實發生在臺灣光復之前，即應依據當時之臺灣習慣處理，並不適用我國民法之規定，且有關臺灣習慣中之親屬會議選任戶主繼承人，亦無期間之限制，即使在臺灣光復後始為選任，亦無不可。而最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決認上開最高法院 47 年台上字第 289 號判例之意旨，係指被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前而言（亦即被繼承人死亡及選定繼承人均在臺灣光復之前），顯然誤解上開判例意旨，而為不當之解釋。

- (二) 其次，依據司法院釋字第 154 號解釋理由書略謂：「按大法官會議法第 4 條第 1 項第 2 款關於確定終局裁判所適用之『法律或命令』，乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言。依法院組織法第 25 條規定：『最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與本庭或他判決先例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。』及行政法院處務規程第 24 條規定：『各庭審理案件關於法律上之見解，與以前判例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。』足見最高法院及行政法院判例，在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第 4 條第 1 項第 2 款之適用，始足以維護人民之權利，合先說明。」可見判例具有相當於法律或命令之效力，在未變更前，對於各級法院仍有其拘束力。是以，最高法院 47 年台上字第 289 號判例既未變更，對於各級法院自有拘束力，而本件之案例情況又與上開判例之情況相同，原告主張本件應有最高法院 47 年台上字第 289 號判例之適用，自屬有理由。
- (三) 再者，當初在原告向被告提出系爭土地之繼承登記，被告請求臺南縣政府核示法令適用之疑義時，亦認為本件被繼承人死亡之時為 33 年 6 月 20 日，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，因其無法定繼承人，依當時有效法令，應適用臺灣省習慣處理，其經親屬會議合法選任之戶長，繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制，只是被告未細釋原告提出之親屬會議決議內容，誤認決議內容僅著重在被繼承人遺產之管理處分，並不繼承戶主身分，此有被告 96 年 3 月 3 日所登記字第 0960001734 號函可稽（此為原告與臺南縣政府因另案訴願時，由臺南縣政府所提出，該函並非被告提出予原告，由此亦可證被告主張其已提出所有文件，並不可採）。
- (四) 倘依最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決意旨，被繼承人死亡及選定繼承人均應在民法繼承編施行前，亦即被繼承人死亡及選定繼承人均在臺灣光復之前，則如某人係於臺灣光復前一日死亡，其無法定繼承人，翌日卻因臺灣光復致使其親屬會議無法選定其繼承人，豈合乎公理？豈得因政權之更替，致使人民之私有財產無故被收歸國有，影響人民權利之保障，如此解釋無異是國家與人民爭產，何以信服人民！
- (五) 至於被告調閱「臺灣省土地關係人繳驗憑證申報書」，發現 35 年申報土地總登記時，有陳○發之申報資料，質疑陳○發是否確於臺灣光復前死亡，係故意混淆事實。蓋觀之被繼承人陳○發所有系爭土地之土地登記簿（35-65 年舊簿）於「所有權部」記載：「收件：民國 35 年 7 月 6 日台南字第 10210 號；登記：民國 36 年 4 月 16 日；姓名：陳○發等貳名；…；職業：海外；價註：代管人張○江住址」（參見被告提出之土地登記謄本（35-65 年舊簿

）登記號數第 633、634 號），顯見於土地總登記時，陳○發人尙在海外，生死不明，應係由其代管人或是土地關係人代為申報登記，並非陳○發本人自行申報登記。況且，內政部曾於 65 年 11 月 26 日以台（六五）內地字第 712171 號函訂定發布「臺灣光復初期誤以死者名義申辦土地總登記處理要點」，更可見臺灣光復初期以死者名義申辦土地總登記，為普遍之現象，嗣後合法繼承人可再申請更正登記，而被告本身為地政機關，對此不可能不清楚，卻故意忽略上開之記載，僅以申報書之記載，即主張陳○發之死亡時間，應非在臺灣光復之前，顯係欲以混淆事實，殊不足取。本件被繼承人陳○發既已經法院宣告於 33 年 6 月 20 日死亡，其死亡之時間即係在民法繼承編施行於臺灣以前，應無庸置疑，且應有最高法院 47 年台上字第 289 號判例之適用為是。

三、本件親屬會議之組成成員及人數於法無違，原告應為適法之選定繼承人。

（一）按戶主無法定繼承人，於其死後，得由其親屬（族）會，為其選定戶主繼承人。因選定戶主繼承人係於被繼承人，或法定之推定戶主繼承人死亡後所追立，故又稱為追立戶主繼承人。又因其須經親屬（族）決議選定，亦稱為決議戶主繼承人。而日據時期就親屬（族）會成員之範圍、順位及人數並無明確規定之習慣，且親屬（族）會於選定繼承人時，也無須親族全體一致，或過半數以上之同意，只要獲致主要族親之同意即可，此亦有日據時期昭和 10 年上民字第 230 號判決要旨：「為無繼承人死亡之被繼承人，選定追立戶主繼承人時，其應徵求同意之親族之範圍，不限於六親等內之親族，又無須得親族全體一致或過半數以上之同意始得為之之限制；…。」以及昭和 13 年上民字第 88 號判決要旨：「臺灣舊慣上，為決議繼承人選定追立事宜所召開之親屬會議，應斟酌其會員與被繼承人之是否係近親，生前親疏之關係，或其他情況。從被繼承人與其祖先之祭祀，財產之保護著想，認為適當之親族，固應邀請其為會員，予以參與決議之機會。惟對於不具有上述關係之親族，即令與被繼承人之直系尊親屬有血統關係之同姓者，雖不予參與決議之機會，亦不得謂其親族會議為不適法。」可資參照。此外，被選定人之資格，未設任何限制，無論與被繼承人有無親族關係，為男為女，均得被選定為繼承人（參照法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，93 年 5 月，第 455 至 459 頁），合先敘明。

（二）觀之原告提出之繼承系統表及戶籍謄本，原告之父親鄭○龍原名陳○龍，其生父為陳○，因鄭○之子鄭○宗與鄭林○蘭訂婚後死亡，鄭○為使陳○龍代鄭○宗迎娶鄭林○蘭（即原告母親），乃收養陳○龍為螟蛉子（異宗異姓或異宗同姓養子為「螟蛉子」），故陳○龍始更改姓氏為鄭；而鄭○原名陳 x，為鄭○龍（原名陳○龍）之生父陳○之弟（即陳○龍之叔父），因由鄭○德收養為螟蛉子，也才更改姓氏為鄭，是而，實際上原告與其父親鄭○龍、祖父鄭○均係陳姓之子孫。雖然因日據時代係自明治時期始有詳細之戶籍資料，致使原告無法提出原告之祖先陳△（明治 17 年 10 月 10 日死亡）及被繼承人陳○發之祖先陳▽（明治 9 年 1 月 13 日死亡）之戶籍資料或陳△、陳▽之先祖的戶籍資料以證明陳△與陳▽間具有親屬關係，然從臺南縣立文化中心出版之「南瀛地名誌」、國史館臺灣文獻館編印之「臺灣地名辭書」及開天宮管理委員會編印之「開天宮史記」等相關文獻資料可知，原告申請繼承登記之系爭臺南縣永康市○○段 1451 地號等 11 筆土地係位在臺南縣永康市○○里，而○○

里係由「對面仔」、「五鬮」、「王田」和「車行」等 4 庄所合組而成，其中「五鬮」，相傳是由郭、張、鄭、陳、蔡等 5 姓，以抽鬮方式分成 5 份拓墾之地，故名；且開天宮建自清乾隆 27 年（西元 1762 年），即由當地蜈潭對面仔、火燒店、王田、五鬮等信眾出資建廟，顯見「五鬮」地名之形成距今至少已有 245 年以上。目前該聚落居民大致仍以這幾個姓氏之後代子孫居住於此，足證居住在系爭土地上之陳姓、鄭姓子孫應均是由在明朝、清朝自大陸來臺灣此地拓墾之陳姓、鄭姓祖先綿延下來，渠等彼此間應具有親屬關係。再者，佐以系爭永康市○○段 1451、1451-1、256-1、256-2、257、257-4 地號等 6 筆土地自古即維持共業關係，代代繼承迄今，從未分割，目前除極少數共有人係因買賣或贈與而成爲共有人外，其餘之共有人多係自祖先繼承而來，其中共有人陳○○、陳○發等陳姓子孫，與原告、鄭○福、鄭○、陳○川即均是自祖先繼承而來，更證原告之祖先與被繼承人陳○○、陳○發之祖先應具有親屬之關係，故才會共有系爭土地。

- （三）至於被告抗辯蜈蚣子即與本家斷絕關係，認爲原告與被繼承人無親屬關係非爲適格的親族會成員一事，恐對臺灣習慣有所誤解。除臺灣習慣的親族會成員並無一定得由親屬參加的規定之外，另按有關文獻對蜈蚣子的定義有些不同，有稱爲異姓養子，亦有同姓養子，亦有因買賣而產生的，惟本件事實上原告父親與祖父雖入鄭家爲蜈蚣子（戶籍謄本之記載），然實際上與本家仍保持親族關係，理由其一因原告自幼即稱呼陳○泉（另一名陳家與鄭家同輩最尊長的亡故土地共有人，被告提出之土地謄本舊簿共有人排第 1 位）爲大哥，鄭○福爲二哥，鄭○爲三哥，原告排行老四，又從原告與鄭○福及鄭○繼承陳家先祖所遺土地成爲共有人可證其與陳家仍具親屬關係並且兩家情誼篤厚；且由臺灣私法第 2 卷第 623 頁載明：「蜈蚣子：即與生家斷絕親族關係的同姓或異姓養子。向親族收養的養子仍與生家保持親族關係，向他人收養的養子大多與生家斷絕親族關係。」也可證明臺灣習慣確有由親族收養之養子仍與生家保持親族關係之習慣與事實。
- （四）揆諸前開日據時期之判決要旨及臺灣民事習慣調查報告內容，選定追立戶主繼承人時，其應徵求同意之親族之範圍，既不限於六親等內之親族，且日據時期就親屬（族）會成員之範圍、順位及人數又無明確規定之習慣，則本件選定原告任陳○發之繼承人的親屬（族）會議，除由與被繼承人陳○發具有二親等親屬關係之顏陳○纏（其於親屬會議在 96 年 2 月 12 日召開前已終止收養關係，回復本姓，自爲陳○發之二親等內親屬）及與陳○發具有四親等親屬關係之林劉○柿、謝劉○、董劉○笑、劉○田等 5 人參與外，並由其餘非六親等內之親屬鄭○福、鄭○及原告參與，自無不可，其成員之組成範圍或人數難謂有何不適法之處。
- （五）再者，退萬步言，即使參與本件親屬（族）會議之成員鄭○福、鄭○及原告與被繼承人陳○發無親屬關係，然如上述，親屬（族）會於選定繼承人時，無須親族全體一致，或過半數以上之同意，只要獲致主要族親之同意即可，且被選定人之資格並未設任何限制，無論與被繼承人有無親族關係，皆得被選定爲繼承人，而本件陳○發之主要族親即顏陳○纏、林劉○柿、謝劉○、董劉○笑、劉○田既均同意選定原告任陳○發之繼承人，則依據日據時期之習慣，原告自爲適法之被選定繼承人。原告與陳○發有無親屬關係，於本件根本無探究之

必要。

(六) 基上，被告抗辯本件親屬會議之成員未包括所有親屬(族)成員，並以原告提不出戶籍資料證明與被繼承人陳○發之親屬關係，而質疑親屬(族)會議選定原告為陳○發之繼承人的適法性，顯然是誤解日據時期之習慣，並忽略住在系爭土地上之陳姓、鄭姓居民之歷史沿革，自不足採。

四、被告以本件已屬絕家，不得再選定繼承人，並援引繼承登記法令補充規定第 9 點規定，主張原告並非適法繼承人，應不足採。

(一) 按關於繼承人之選定事宜，自戶主因死亡或其他事由喪失戶主權之時起，迄絕家止，隨時得為之，此有日據時期昭和 10 年上民字第 199 號判決要旨：「依臺灣之舊習慣，戶主死亡而無直系卑親屬之男子繼承人時，得由親屬協議選定追立其繼承人，至其選定追立之期間，並無任何限制，在被繼承人之家未因繼承未定而絕戶之前，任何時均得為之。」可資參照。而所謂絕家者，乃家因喪失戶主，又無戶主繼承人而歸於消滅之謂。又按昭和 11 年 7 月 14 日高等法院院長對於法務課長之釋答內容，如家尚有財產者，與真正絕家有間，應視為家在繼承人未定之情況下仍然存續，故在本問題(戶口官廳以之為絕家再興)之繼承，就法律上言，不外係因選定追立之繼承之一情形。是則戶籍人員在戶口名簿處理上，雖以之為絕家再興，在法律上亦不妨以之為戶主繼承及因此而開始之財產繼承(參照法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，93 年 5 月，第 462 至 463 頁)。準此，本件被繼承人陳○發既遺有系爭土地數筆，即屬尚有家產，自難謂之絕家，應視為家在繼承人未定之情況下仍然存續，是以，親屬會議當然仍得選定繼承人，故其選定原告為繼承人，於法難認有違。被告以原告所檢附之陳○發戶籍謄本，陳○發係戶主，其母、弟死亡，妹陳氏○纏出養，即認已屬於「絕家」、「絕戶」，顯然是不明絕家之定義。

(二) 繼承登記法令補充規定第 9 點固然規定日據時期死亡絕家之遺產如未予歸公，致懸成無人繼承，光復後應依我國民法繼承編之規定定其繼承人，不得再以絕家再興為由主張繼承申請登記。惟該補充規定乃內政部訂定發布之行政命令，按凡與限制人民自由權利有關之事項，應以法律或法律授權命令加以規範，方與法律保留原則相符；又各機關依其法定職權，固非不得訂定行政規章，惟關於人民權利義務事項，應依法律定之，不得由各機關以行政規章行之，此觀中央法規標準法第 5 條第 2 款、第 6 條及第 7 條規定之立法意旨甚明。是行政機關訂定之行政規章，如涉及人民之權利義務，自應有法律上之依據，否則，即難謂合法(最高法院 85 年度台上字第 1465 號、最高行政法院 75 年度判字第 936 號判決要旨參照)。而人民於日據時期死亡後，因無人繼承，在光復後其繼承人如何認定，究竟應依據臺灣習慣或我國民法，涉及人民之財產權，依據憲法第 23 條法律保留原則，自應以法律或法律授權命令加以規範，不得由行政機關以行政規章定之。內政部未經法律之授權，逕於繼承登記法令補充規定第 9 點規定日據時期死亡絕家之遺產如未予歸公，致懸成無人繼承，光復後應依我國民法繼承編之規定定其繼承人，不得再以絕家再興為由主張繼承申請登記，揆之前開判決意旨，顯已違反憲法第 23 條法律保留原則，難謂合憲、合法。是被告以此規定主張原告並非適法繼承人，殊不足採。

五、被告主張戶主繼承人應依當時實施之戶口規則向戶口官廳申請為繼承之登錄，因

現行民法並無戶主繼承之登記，原告無法取得戶主繼承之登記，與當時習慣不符，亦不足採。

- (一) 被告主張戶主繼承人應依日據時期實施之「戶口規則」第 18 條及第 22 條規定向戶口官廳申請為繼承之登錄，但並未見被告提出日據時期之戶口規則規定，難認其主張可採。
- (二) 再者，按臺灣習慣之戶主繼承，除繼承戶主身分，尚有繼承被繼承人之遺產；換言之，戶主繼承有身分上繼承及財產上繼承，故縱使選定繼承人應依據日據時期之戶口規則第 18 條及第 22 條規定向戶口官廳申請為繼承之登錄，此應屬當時日據時期就戶主繼承之身分繼承，為便於戶口管理之行政規定，非為選定繼承人之繼承發生效力要件，蓋因被繼承人之死亡所為戶主繼承人之選定，係以承繼被繼承人所有之戶主權為目的。於選定人為選定之意思表示時，戶主繼承權之效力即發生，無須得被選定人之承諾。經選定後，溯及於繼承開始時，發生效力（參照法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，93 年 5 月，第 463 頁）。按於選定人為選定之意思表示時既已發生戶主權繼承之效力，且溯及於繼承開始時發生效力，故縱使選定繼承人未向戶政機關申請繼承之登錄，應亦無礙於繼承效力之發生，誠如依戶籍法第 4 條之規定，死亡應為死亡登記，但人民如未辦理死亡登記，亦無礙繼承之發生。此亦有最高法院 47 年台上字第 289 號判例理由所載「上訴人指攻被上訴人戶長繼承，尚未依法取得登記，親屬會議之會員資格，亦有未合」足稽。是故，被告以現行民法並無戶主繼承之登記，原告無法取得戶主繼承之登記，主張應不發生繼承之效力，顯然將日據時期為便於戶口管理之行政規定，誤解為屬於選定繼承人之繼承發生效力要件，其主張自不可採。

六、至於被告所引用之最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決，其案情與本件有以下之不同，該案件不適用最高法院 47 年台上字第 289 號判例，並無礙於本件適用該判例。

- (一) 被告忽略「戶主繼承人」之事實而錯誤引用。被告只知引用，卻未詳加調查前揭最高行政法院判決與本件情形不同。前揭最高行政法院判決為戶籍謄本雖有被繼承人許○進「戶主相續」之記載，惟當時仍小且家中尚有母親與祖母，因家有尊長，依當時習慣，雖戶主死亡繼承開始，恐尚未分家，戶主所遺家產與私產應由家中尊長保管，且家產為全家共有以維持全家收益與生計，因無土地謄本資料無從判斷其實際產權移轉之時間。此點與本件該戶內確無法定繼承人亦無尊長與其他家屬之情形不同。本件確實無人爭議，除親族會（親屬會議）決議外，另經訴願審議委員會調查，親族會（親屬會議）成員與陳○川均出具同意書表示無異議。
- (二) 最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決與本件若依民法繼承編規定仍無法定繼承人之情形不同。前開最高行政法院判決中原告許○所陳「如採用民法繼承編依法辦理者，實感困難重重，等於無法辦理」，若該案件依民法繼承編規定依序由被繼承人之母親及被繼承人兄弟姐妹繼承，除了 2 個弟弟外，或許還有其他適格繼承人，因其母於光復後死亡，其財產仍應由被繼承人兄弟姐妹繼承，倘其姐妹為適格之繼承人皆死亡且無法定繼承人，除被繼承人之弟即原告許○外，尚另有 1 位弟弟許○炎。該案件若無其他繼承人，至少還有許○（該案原告）與其弟許○炎可繼承，若許○炎同意全由許○繼承其應繼分，辦理

拋棄繼承或協議繼承分割同意書即可，殊途同歸，除非有其他適格之繼承人之資料並未提供，否則就算許○不以日據時期法例以戶主繼承，仍可依光復後施行之民法由許○全部繼承。該案件與本件被繼承人因無法定與指定繼承人，只得由選定繼承人繼承的情形者截然不同。

(三) 最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決與本件之選定繼為戶主方式不同。前開最高行政法院判決中原告許○僅以「戶口清查表」記載「37 年 8 月 28 日原戶長許○進申請除籍選定繼為戶長」，並未見任何親族會選任證據資料或任何親族之證明，本件原告則係依臺灣習慣召開親族會（親屬會議）選定。光復後「戶長」僅為戶口登記上之身分註記，除非能證明其有同時被親族會（親屬會議）選任為戶主與財產繼承人之事實，才能追溯至繼承當時發生繼承之效力。

(四) 被告未曾正確認識所適用之法律概念或其可活動之法律上範圍，並誤解民法繼承編施行法第 8 條之規定，選任繼承人為被繼承人死亡當時日據時期之有效法例與臺灣習慣，並非無繼承人，無須依民法繼承編之規定來定繼承人，且本件根本無民法規定之適格繼承人，被告所為之要求，客觀事實上不可能實現。又被告對臺灣習慣多所誤解與斷章取義，並援引不當判決及函釋而限縮人民權利。另被告所引之「繼承登記法令補充規定」之法律位階亦有所問題，尤其對絕家再興之誤解明顯影響人民權益。

七、至於被告所引用之前司法行政部 58 年 4 月 24 日（58）台函民決字第 3207 號、50 年 5 月 11 日（50）台函民字第 2560 號函釋及其他司法實務見解，其案情更與本件有如下之不同，被告援引非只謬誤，更係張冠李戴，原告特在此一一駁斥。

(一) 本件有經親族會合法選定的繼承人，與前司法行政部 58 年 4 月 24 日（58）台函民決字第 3207 號函釋所謂之「共有人中之一人死亡而無合法繼承人時」情形當然不同。前開函釋個案為共有人中之一人死亡而無合法繼承人之繼承登記案件，與本件案情差異太大。該件施○滿係被繼承人黃○金之贅夫施○梗之養女，在日據時期女子原則上無權承繼，惟於無法定繼承人時，始得由親族會選定為戶主繼承人，就既有資料無從判斷日據時期為何未選定施○滿為被繼承人黃○金之戶主繼承人。又該函釋謂施○滿非黃○金之選定繼承人，有戶籍謄本可稽等語，似乎係指當時戶籍謄本是有其他選定戶主繼承人，因無原始申請資料及繼承系統表可供參考，無從判斷。又如該函釋所言「如於光復前未踐行此項程序者，應依我國法律定其歸屬，即依民法繼承編施行法第 8 條規定定其繼承人，如無法定繼承人承認繼承時，即應依民法第 1177 條、第 1178 條所定程序公示催告確定為無繼承人後，其遺產歸屬於國庫。」按民法繼承編施行法第 8 條規定：「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」本件依繼承當時之有效法例，即依臺灣習慣既經親族會合法選定繼承人，當然有繼承人，當然不須依民法繼承編之規定定其繼承人，也就沒有該函釋所謂依民法第 1177 條及第 1178 條所定程序公示催告確定為無繼承人後，其遺產歸屬於國庫之適用問題。被告以此個案函釋抗辯，顯有混淆之意。

(二) 至於被告所引之前司法行政部 50 年 5 月 11 日（50）台函民字第 2560 號

函釋，實與本件案情殊異。該函釋強調若被繼承人死亡之時點係於光復後當然無選任繼承人之適用，但本件被繼承人死亡之時點係於光復前。再者，前開函釋謂張○連在日據時期既已為張○之戶主繼承人，當然為其財產繼承人，雖未登記仍不失其繼承之事實與權利。又張○連於光復後死亡，其繼承應適用我國民法，由張○連之適格繼承人繼承，當然不適用親屬會議另為張○選定繼承人。

(三) 至於被告引用司法院釋字第 576 號解釋，認為原告援引最高法院 47 年台上字第 289 號判例沒有拘束力，實有重大謬誤，其實從最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決卷宗顯見該案件事實與本件不同。又該案件僅為個案之判決並非通案之判例，且不為內政部所採納入通案可供援引之案例，更無拘束力可言。故被告辯稱本件與最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決所認定之事實相同，自應援引該判決之見解，與最高法院 47 年台上字第 289 號判例情形並不盡相同，自無上開判例之適用云云，顯有意混淆。

(四) 又最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決認為「查最高法院上開判例固有被繼承人死亡之時，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，因其無法定繼承人，依當時有效法例，應適用臺省習慣處理，其經親屬會議合法選任之戶長繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制，是繼承既在民法繼承編施行前開始，自不適用民法繼承編之規定。係指被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前而言。」與最高法院 47 年台上字第 289 號判例認為選定繼承人是在民法繼承編施行後進行，其意見相左，此看法就實際情形而言實屬不當，施行上亦有困難。若以最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決與本件原告的情形，還有於 33 至 34 年間千千萬萬個被徵召的臺灣人民，倘若繼承開始於光復前，要符合所謂的「被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前」才可適用當時的法律的話，確有施行上之困難，且明顯與民法繼承編施行法第 1 條及第 8 條規定「適用繼承開始當時之法律」相牴觸，也就是會產生與日據時期繼承開始可依臺灣習慣處理，而沿用臺灣習慣經親屬會議合法選任之財產與戶主繼承人，其選定期間亦無限制等之習慣相牴觸。被告片面摘錄該函文，並未查究該件事實與本件係屬截然不同之情事，便認為本件繼承自應適用民法繼承編之規定審理，明顯屬於未詳查事實以致引用不當。

乙、被告主張之理由：

一、按訴外人陳○○於日據時期昭和 7 年（民國 21 年）3 月 4 日死亡，依民法繼承編施行法第 1 條及繼承登記法令補充規定第 1 點、第 2 點、第 12 點規定，陳○○於日據時期死亡，其遺產應依有關臺灣光復前繼承習慣辦理。而其遺產臺南縣永康市○○段 256-1 地號等 11 筆土地應有部分（永康市○○段 256-3 地號等 4 筆土地應有部分已被徵收）係屬私產，其當時未婚，亦無直系卑親屬，其父母分別於昭和 3 年（民國 17 年）9 月 27 日、昭和 4 年（民國 18 年）12 月 8 日死亡，亦無直系尊親屬，故其遺產應由第 4 順位法定繼承人戶主陳○發繼承，並無疑問。惟戶主陳○發於 84 年經法院宣告於 33 年 6 月 20 日死亡，死亡當時陳○發未婚亦無子嗣。

二、本件被繼承人陳○發於 33 年 6 月 20 日以戶主身分死亡，依繼承登記法令補充規定第 2 點規定，戶主所有之財產為家產，故其所繼承陳○○財產及其名下原有之財產，依當時臺省習慣係屬家產，家產繼承應依因戶主喪失戶主權而開始

之財產繼承定其繼承人，而戶主之死亡為戶主喪失戶主權原因之一。次按繼承登記法令補充規定第 3 點規定，因戶主喪失戶主權而開始之財產繼承，其第 1 順序之法定推定財產繼承人須係男子直系卑親屬（不分長幼、嫡庶、婚生或私生，自然血親或準血親）且係繼承開始當時之家屬為限。被繼承人陳○發以戶主身分死亡時，其戶內並無其他家屬，故不問其是否有直系卑親屬，其無「法定之推定財產繼承人」並無疑問。又繼承登記法令補充規定第 4 點前段規定：「戶主無法定之推定戶主繼承人時，得以生前行為指定繼承人或以遺囑指定繼承人。」是以戶主繼承人之指定，係指定人之單獨行為，故無須被指定人之承諾，得依生前行為或遺囑為之。依生前行為指定者，應依當時之戶口規則申報始生效力；其以遺囑指定者，應於遺囑生效後由遺囑執行人依上開戶口規則為指定之申報（參照法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，93 年 5 月，第 454 頁）。而依原告所提之土地登記申請書內被繼承人陳○發日據時期戶籍謄本，並無指定之財產繼承人申報紀錄，可認定被繼承人陳○發無指定之財產繼承人。另依繼承登記法令補充規定第 4 點後段規定，戶主如無法定之推定戶主繼承人，亦未指定繼承人時，親屬得協議為選定繼承人，指定或選定之繼承人無妨以女子或非家屬者充之。而本件被繼承人陳○發於 84 年經法院宣告於 33 年 6 月 20 日死亡，其親族鄭○福等 8 人始於 96 年 2 月 12 日集會，選定原告為追立繼承人，同時選定其為戶主繼承人與財產繼承人，繼承陳○○與陳○發之遺產。惟民法在臺灣施行已歷 60 年，而依日據時期臺灣習慣戶主喪失戶主權而開始之財產繼承，其第 1 順序之法定推定財產繼承人、第 2 順序之指定之財產繼承人皆須依日據時期戶籍謄本認定，亦即須於日據時期確定，何獨第 3 順序之選定繼承人可於光復後再行選定繼承人，此實有疑義。

三、原告援引最高法院 47 年台上字第 289 號判例，主張本件案情與前述判例相類似，就「選定戶主（長）」繼承遺產一事，民法繼承編施行於臺灣後仍可以進行。原告另援引法務部 77 年 3 月 9 日（77）法律字第 4129 號函釋，認為本件繼承登記事件，依據當時之臺灣習慣，仍有其他繼承人，亦即繼承發生後，親族會（親屬會議）猶可以選定戶主繼承人與財產繼承人之方式繼承遺產，本件並無民法繼承編之適用。惟被告認為由親屬會議選定繼承人，係臺灣光復前繼承無人繼承辦法，光復後已無適用之餘地。其理由如下：

（一）前司法行政部 50 年 5 月 11 日（50）台函民字第 2560 號函釋即指出：「查由親屬會議選定繼承人，係臺灣光復前繼承無人繼承辦法，光復後已無適用之餘地，審閱本件親屬選定書，係在民國 49 年 7 月 20 日成立，即有未合。…。」又法務部編印之「臺灣民事習慣調查報告」對於民法施行前開始繼承而無人繼承者，於光復後可否由親屬選定繼承人，亦引用此一函釋對此採否定說（參照法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，93 年 5 月，第 520 頁）。

（二）最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決認為：「查最高法院上開判例（最高法院 47 年台上字第 289 號判例）固有被繼承人死亡之時，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，因其無法定繼承人，依當時有效法例，應適用臺省習慣處理，其經親屬會議合法選任之戶長繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制，是繼承既在民法繼承編施行前開始，自不適用民法繼承編之規定。係指被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行而言。本件原告之兄許○進

雖在民法繼承編施行於臺灣以前死亡，當時並未依習慣選定戶主，而原告被選定登記為戶長，係在民法繼承編施行於臺灣之後，依民法並無戶主繼承之規定，是其情形並不盡相同，自無上開判例之適用。」亦即該案件係被繼承人即原告許○之兄於 33 年 9 月 10 日死亡，原告許○於 37 年 8 月 28 日被選定為戶主繼承人並登記為戶長，最高行政法院仍以被繼承人雖於民法繼承編施行於臺灣以前死亡，而原告許○被選定為繼承人係於民法繼承編施行於臺灣之後為由，維持該案原處分機關否准辦理繼承登記之處分。

（三）判例之拘束力於我國司法實務上雖高於判決，然法律見解需與時俱進，司法院釋字第 576 號解釋林子儀、許宗力、楊仁壽大法官協同意見書即指出：「憲法第 80 條規定法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判。法律既為法官獨立審判的權力來源，亦是其行使權力所不能逾越的界限。惟各級法院於審判具體案件時，同級或上級就事實類同案件曾為之裁判，亦為法院裁判所須斟酌之法源之一，此即為所謂判決先例拘束原則。其於憲法上之正當基礎，係為維護法之安定性與可預測性，並遵守相同事件必須相同處理之形式上公平審判要求，從而法院受其曾經表示之法律見解之自我拘束，對於相同之案件事實，應給予相同之裁判結果。…。蓋法官於個案裁判中一方面須回顧過去法院曾表示之法律見解，仔細區辨個案事實之異同；他方面則須顧及對未來案件之影響，以及法律見解是否應與時俱進、有所變更，以綜合決定現下是否應受既存判決先例之拘束，…。」審視最高法院及最高行政法院之判例、判決似有所差異，惟此乃因個案事實不同之故。蓋最高法院 47 年台上字第 289 號判例，係屬確認繼承權事件，爭執之土地業由被上訴人聲請高雄市政府為繼承登記；而最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決，係屬繼承登記事件，為被繼承人於光復前死亡，而原告於光復後始被選定為戶主繼承人，並向主管機關申請辦理土地繼承登記。因此，就個案事實而言，本件與最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決所認定之事實相同，自應援引該判決之見解而認為「被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行於臺灣前」始有依日據時期臺省習慣以選定繼承人方式辦理繼承登記。

（四）又選定戶主繼承人，係戶主無法定繼承人，於其死後，得由其親屬會為其選定戶主繼承人，或戶主之法定繼承人於戶主繼承開始前死亡，而無直系血親卑親屬，而由親屬會為其立繼，俾其代襲法定繼承人之地位。按習慣上之選定戶主繼承人雖未限定被選定人須為男子，惟於日據時期，經選定戶主繼承人後，須依當時實施之戶口規則向戶口官廳申請為繼承之登錄（參照法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，93 年 5 月，第 455、457、458、459、463 頁）。準此，戶主繼承人地位若係因選定取得者，於當時戶籍謄本理應有選定之登錄，方為適法。而現行民法並無戶主繼承之規定，被繼承人之親屬於 96 年 2 月 12 日選定原告為繼承人，當無法取得戶主繼承之戶籍登記，與上述習慣尚有未符。又內政部頒布之土地審查手冊對「選定之財產繼承人」亦有「經選定後，溯及於繼承開始時發生效力，惟被選定人得自由選擇予以承認或拋棄繼承。如被選定人予以承認，則應依戶口規則申請繼承登記（臺灣民事習慣調查報告第 448 頁至第 450 頁、繼承登記法令補充規定第 3 點）」之規定。

（五）至於原告援引法務部 77 年 3 月 9 日（77）法律字第 4129 號函釋部分，該函釋雖亦引用最高法院 47 年台上字第 289 號判例，然亦謂：「至於貴部

（內政部）來函所稱李○生及李○木對李○訪之遺產是否有繼承權一節，涉及具體土地所有權繼承登記事件，宜由受理登記之地政機關依法決定之，當事人間對於其繼承權之有無，如有爭訟者，亦應由受訴法院依法認定之。」足見被告仍應就當事人間對於繼承權之有無依法決定之。如前所述，本件與最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決所認定之事實相同，自應援引該判決之見解，而與最高法院 47 年台上字第 289 號判例情形並不盡相同，自無上開判例之適用。況且，民法繼承編施行法第 8 條所稱「依當時之法律亦無其他繼承人者」，應以民法繼承編之施行為分隔點，否則將造成法律關係長期處於不確定狀態。

四、又依繼承登記法令補充規定第 9 點規定：「死亡絕戶者如尚有財產，其絕戶再興為追立繼承人，得為戶主繼承及因此而開始之財產繼承。日據時期死亡絕家之遺產如未予歸公，致懸成無人繼承，光復後，應依我國民法繼承編之規定定其繼承人，不得再以絕家再興為由主張繼承申請登記。」按原告自承被繼承人陳○發被徵召時未婚絕嗣，再觀諸其所附戶籍謄本，陳○發係戶主，母、弟（即陳○○）死亡，妹陳氏○纏出養，已屬「絕戶」、「絕家」。又關於繼承人之選定事宜，自戶主因死亡或其他事由喪失戶主權之時起，迄絕家止，隨時得為之。所謂絕家，乃因喪失戶主，又無戶主繼承人而歸於消滅之謂。復依昭和 10 年 9 月 28 日上民字第 199 號判決：「依臺灣之舊習慣，戶主死亡而無直系卑親屬之男子繼承人時，得由親屬協議選定追立其繼承人，至其選定追立之期間，並無任何限制，在被繼承人之家未因繼承未定而絕戶時，任何時均得為之。」亦即在「絕戶」、「絕家」後已無選定繼承人之餘地。而應注意者，絕家之再興，僅承繼舊家之家名與屬於舊家之本家或分家之性質，故除另有被選定為繼承人之事實外，尚難僅以戶籍簿上載有絕家再興等字樣即謂其繼承被繼承人之權利義務（參照法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，93 年 5 月，第 462 至 463 頁）。另最高行政法院 72 年度判字第 329 號判決亦認為：「戶主無法定繼承人，又未指定戶主繼承人時，於其死後，得由其親屬會議，為其選定戶主繼承人，即所謂『死後養子』或『追立繼嗣』或『追立過房子』。其收養之要件，雖不因依戶口規則之申報而生效力，惟選定戶主繼承人須經親族會議決議選定，如被選定予以承認，則應依當時有效之戶口規則規定（第 18 條、第 22 條）向戶口官廳申請為繼承人之登錄。」而原告提出之申請書所附之日據時期戶籍謄本並無此項記載。因此，被繼承人陳○發被徵召時未婚絕嗣，再觀諸原告所附戶籍謄本，陳○發係戶主，母、弟（即陳○○）死亡，妹陳氏○纏出養，已屬「絕戶」、「絕家」，且參照昭和 10 年 9 月 28 日上民字第 199 號判決在「絕戶」、「絕家」後已無選定繼承人之餘地，而其戶籍謄本上亦未有絕家再興之記載，依繼承登記法令補充規定第 9 點規定，日據時期死亡絕家之遺產如未予歸公，致懸成無人繼承，光復後，應依我國民法繼承編之規定定其繼承人，不得再以絕家再興為由主張繼承申請登記。

五、又被繼承人於日據時期死亡，當時如無人繼承而其不動產為共有財產者，其應有部分之歸屬如何？依當時適用於臺灣之日本民法物權編第 255 條規定：「共有人中之一人拋棄其持分或死亡而無繼承人時，其持分歸屬於其他共有人。」惟所謂無人繼承而死亡，係指死亡後無繼承人已確定者之意，共有人之全部均無繼承人而死亡時，有民法第 1059 條之適用（歸屬國庫），如係一部共有人死亡則不

適用之（參照法務部編印，臺灣民事習慣調查報告，93 年 5 月，第 521 至 522 頁）。前司法行政部 58 年 4 月 24 日（58）台函民決字第 3207 號函亦指出：「本件施○滿係被繼承人黃○金之贅夫施○梗之養女，非黃○金之選定繼承人，有戶籍謄本可稽，依日據時期之習慣，自難認其有繼承黃○金之戶主地位及財產之權。而選定繼承人係日據時期之習慣，光復後不得再依該項習慣選定。施○滿於 57 年 2 月 28 日由其親屬選定為戶主繼承人，自不發生效力。又共有人中之一人死亡而無合法繼承人時，其應有部分，依當時適用於臺灣之日本民法物權編第 255 條規定，雖得歸屬於其他共有人，但依日本大審院大正 6 年（）第 239 號判例，及法曹會明治 45 年 5 月 1 日決議意旨，此種情形，仍須依日本民法第 1051 條至第 1058 條所定程序，經公示催告確定為無繼承人後，其應有部分始歸屬其他共有人。本部台（57）函民決字第 651 號函所稱情形，乃指業經踐行此項程序者而言，如於光復前未踐行此項程序者，應依我國法律定其歸屬，即依民法繼承編施行法第 8 條規定定其繼承人，如無法定繼承人承認繼承時，即應依民法第 1177 條、第 1178 條所定程序公示催告確定為無繼承人後，其遺產歸屬於國庫。」而繼承登記法令補充規定第 11 點亦有相同規定：「日據時期共有人中之一人死亡而無合法繼承人時，其他共有人如踐行日本民法所定繼承人曠缺手續，經公示催告為無繼承人後，其應有部分始歸屬於其他共有人。如光復前未踐行此項程序者，應依我國民法繼承編施行法第 8 條規定定其繼承人，如仍無法定繼承人承認繼承時，即應依民法第 1177 條、第 1178 條所定程序公示催告確定無繼承人後，其遺產歸屬於國庫。」

六、綜上所述，被告認為選定繼承人係日據時期之習慣，光復後不得再依該項習慣選定繼承人，本件繼承登記案件應依民法繼承編施行法第 8 條及繼承登記法令補充規定第 13 點規定，依民法繼承編規定定其繼承人，本件原告非民法第 1138 條所定之法定繼承人，被告依土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定駁回原告繼承登記之申請，並無違誤。

理 由

- 一、按「有下列各款情形之一者，登記機關應以書面敘明理由及法令依據，駁回登記之申請：…二、依法不應登記者。」土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款定有明文。
- 二、本件原告於 96 年 2 月 13 日檢具親族會（親屬會議）決議等相關資料，主張其係依日據時期臺灣繼承習慣，經親屬會議同意所選任訴外人陳○發之戶主繼承人及財產繼承人，向被告申請辦理臺南縣永康市○○段 256-1 地號等 11 筆土地之繼承登記；案經被告審查結果，認本件應依民法繼承編之規定定其繼承人，而原告並非民法第 1138 條所定之法定繼承人，乃依土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定，於 96 年 6 月 23 日以登駁永字第 35 號通知書駁回原告之申請等情，業據兩造分別陳明在卷，復有土地登記申請書及上開被告駁回通知書等附原處分卷可稽。而本件兩造所爭執者，乃原告得否依日據時期臺灣繼承習慣，經親屬會議同意被選任為陳○發之戶主繼承人及財產繼承人，繼承陳○發所遺坐落臺南縣永康市○○段 256-1 地號等 11 筆土地，厥為關鍵之所在。
- 三、經查，訴外人陳○發係於臺灣光復前即昭和 19（民國 33）年 6 月 20 日，被日本國政府徵召至海外當軍伕，生死不明，嗣至 84 年間始經法院為死亡宣告，並以受徵召日（即 33 年 6 月 20 日）為宣告死亡之日期。又在陳○發死亡

前，其父陳○、母陳鄭○栽、弟陳○○已相繼死亡，妹陳○纏出養，且陳○發未婚無子嗣，而無法定繼承人乙節，此有陳○發全戶戶籍謄本附卷足稽。原告主張依最高法院 47 年台上字第 289 號判例意旨：「本件被繼承人死亡之時，為民國 34 年 9 月 3 日，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，因其無法定繼承人，依當時有效法例，應適用臺省習慣處理，其經親屬會議合法選任之戶長，繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制，是本件繼承，既在民法繼承編施行前開始，自不適用民法繼承編之規定，從而被繼承人之遺產，即應由被選定為戶長之被上訴人取得繼承權，無再依同編施行法第 8 條另定繼承人之餘地。」及日據時期昭和 10 年上民字第 199 號判決意旨：「依臺灣之舊習慣，戶主死亡而無直系卑親屬之男子繼承人時，得由親屬協議選定追立其繼承人，至其選定追立之期間，並無任何限制，在被繼承人之家未因繼承未定而絕戶之前，任何時均得為之。」本件被繼承人陳○發既遺有系爭土地數筆，即屬尚有家產，自難謂之絕家，應視為家在繼承人未定之情況下仍然存續，是以，親屬會議仍得選定繼承人，故其選定原告為陳○發之繼承人，於法難認有違云云。然按「臺灣於 34 年 10 月 25 日光復，我國法律亦自是日起施行於臺灣。嗣後有關繼承事項應悉依我國民法繼承編之規定處理。惟民法繼承編施行法第 1 條規定：『繼承在民法繼承編施行前開始者，除本施行法有特別規定外，不適用民法繼承編之規定。』故在臺灣光復前已開始之繼承事件，於光復後原則上仍應適用日據時期所行之繼承習慣。因繼承開始時期之在民法施行前或施行後，而異其適用之準據，所謂『開始繼承』之涵義，如何解釋成為頗關重要之問題，殊有予以確定之必要。繼承開始之時期，於自然死亡，為生理的死亡之時（呼吸斷絕及心臟終止鼓動）；於死亡宣告，以判決內所確定之時（即失蹤期間最後日終止時，民法第 9 條）為繼承開始之時期。故失蹤人雖於日據時期已告行方不明，而其死亡宣告所推定之死亡時間如在光復後，仍應適用我國民法繼承編之規定。…前戶主無法定繼承人，又未指定繼承人，於其死亡後得由親屬會為其選定戶主繼承人。又戶主之法定繼承人中之一人或數人，於戶主繼承開始前死亡，而無直系血親卑親屬時，依習慣係所謂『倒房』，親屬會得為其立繼，俾其代襲法定繼承人之地位，詳如前章所載。至民法施行前開始繼承而無法繼承者，於光復後可否由親屬選定繼承人？司法行政部法令釋疑對此採否定說，認為由親屬會議為被繼承人選定繼承人之辦法，於光復後已無適用之餘地。」（詳見臺灣民事習慣調查報告 93 年 5 月版第 519、520 頁）。

- 四、又按「繼承在民法繼承編施行前開始者，除本施行法有特別規定外，不適用民法繼承編之規定；其在修正前開始者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定。」「繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。」民法繼承編施行法第 1 條及第 8 條分別定有明文。上開民法繼承編施行法第 1 條規定，固宣示民法繼承編適用「不溯既往之原則」，然由該條之文義「除本施行法有特別規定外」觀之，顯然該條就民法繼承編施行法有特別規定者，已規定例外不適用上開「不溯既往之原則」，亦即繼承在民法繼承編施行前開始者，如民法繼承編施行法有特別規定時，仍得適用民法繼承編之規定。按民法繼承編施行法第 8 條規定，係就繼承開始在民法繼承編施行前，而依當時之法律無繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人，乃屬就繼承人應

如何適用民法繼承編之特別規定；故就日據時期繼承已開始，而依當時之法律無繼承人者，於臺灣光復開始施行民法繼承編後，依上開民法繼承編施行法第 8 條規定，應自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。再按「繼承開始在民法繼承編施行以前，被繼承人無直系血親卑親屬，而依當時之法律，有其他繼承人者，依民法繼承編施行法第 1 條、第 8 條之規定，不適用民法繼承編之規定，自應仍適用其當時之法律。」「民法繼承編施行法第 8 條所稱依當時之法律無其他繼承人者，係指依當時之法律無其他可繼之人而言，不以已有繼承身分之事實為限，蓋民法繼承編雖不規定宗祧繼承，而繼承開始在該編施行前者，依該編施行法第 1 條既以不適用該編規定為原則，而依其當時之法律繼承宗祧之人，即得繼承財產，故繼承開始苟在該編施行前而被繼承人又無直系血親卑親屬者，如依當時法律有繼承權之人出而告爭，不論其起訴在該編施行之前後，均依其當時之法律辦理。」亦經司法院院字第 586 號、第 762 號解釋在案。由上開解釋可知繼承開始在日據時期，而依當時之法律有其他繼承人者，於臺灣施行民法繼承編後，仍應依繼承開始當時之法律定其繼承人；反之，繼承開始在日據時期，而依當時之法律無繼承人者，於臺灣施行民法繼承編後，自不得再依繼承開始當時之法律定其繼承人，乃屬當然。綜上，民法繼承編施行法規定及司法院解釋（反面解釋），足見就日據時期繼承已開始，而依當時之法律無繼承人者，於臺灣光復開始施行民法繼承編後，應自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。至於日據時期繼承已開始，而依當時之法律無繼承人者，並於臺灣開始施行民法繼承編前，已經親屬會議選定繼承人者，若於臺灣光復後，當事人就親屬會議選定繼承人發生爭議而涉訟，法院就該親屬會議選定繼承人是否合法，仍應適用日據時期所行之繼承習慣，自不待言。

五、再按民法上私權的行使，應尊重當事人的意思，此乃私法自治原則的表現，但如權利人長期不行使權利，或知他人侵害其權利而不加以排除，則長久繼續，勢將造成新的事實狀態，影響原有法律秩序的正當維持，權利人長期不行使權利後，舉證必日益困難，甚至因證物遺失、湮滅或證人死亡而無法舉證；在理論上言，權利不因舉證困難而喪失效力，但在「訴訟經濟」的原則下，任由當事人無限制在訴訟上主張與防禦，使訴訟久延不決或舉證困難，也非維護私權的良好方式。又私權的行使以權利人的意思為準，除與公益有關者外，權利人不行使權利，法律不必加以催促；但「法律幫助勤勉人，不幫睡眠人」，權利人長期在權利上睡眠者，雖不能認為有拋棄權利的意思，但法律不值得再加以保護，故現今不論公法或私法之立法例，均有時效制度以維護現行法律秩序的安定性，且具有督促功能，提醒權利人及時適當地行使權利，使權利人不敢怠於行使權利，減少法律紛爭，以增進社會的和諧關係。而關於民法繼承編之立法，為使繼承之法律關係及早確定，就繼承人之權利行使，亦有期間之限制，如限定繼承（民法第 1156 條）、拋棄繼承（民法第 1174 條）、繼承回復請求權等權利之行使（民法第 1146 條），及繼承人之有無不明，由親屬會議選定遺產管理人者（民法第 1177 條），均有一定期間之限制。按最高法院 47 年台上字第 289 號判例意旨認：被繼承人死亡在民法繼承編施行於臺灣以前，因其無法定繼承人，應適用臺省習慣處理，其經親屬會議合法選任之戶長，繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制。然上開最高法院之法律見解若屬可採，將使得日據時期繼承開始，而須選定繼承人之案件，其繼承之法律關係，長期處於不確定之狀態，而

有違現代法律規定私權行使有一定期限之立法例，且有礙現行法律秩序的安定性；又選定戶主繼承人，論其實質，原屬習慣上之立嗣（立繼），即所謂「死後養子」，或「追立繼嗣」，其繼承權係由養子之身分而發生，日本民法因無由親屬會議為死者收養之制度，乃假選定繼承人之名目，予以承認；又按「臺灣舊慣上」，為決議繼承人選定追立事宜所召開之親族會議，應斟酌其會員與被繼承人之是否係近親，生前親疏之關係，或其他情況。從被繼承人與其祖先之祭祀，財產之保護著想，認為適當之親族，固應邀請其為會員，予以參與決議之機會。」（昭和 13 年上民字第 88 號判決意旨參照）；再按被選定人之資格，雖未設任何限制，惟實際上多以被繼承人之近親，或適於祭祀被繼承人或其祖先，及保護遺產之人為選定之對象；又關於繼承人之選定事宜，自戶主因死亡或其他事由喪失戶主權之時起，迄絕家止，隨時得為之；所謂絕家者，乃家因喪失戶主，又無戶主繼承人而歸於消滅之謂（以上關於選定繼承制度之內容，詳見臺灣民事習慣調查報告 93 年 5 月版第 456、458、459、462 頁）。則由日據時期承認選定繼承人制度之目的在於祭祀及保護遺產，而其親屬會議成員及被選定人仍以近親，或被繼承人生前較為親近之人為主，且選定繼承人仍有期間之限制；參以日據時期因法定推定繼承人之死亡所為戶主繼承人之選定，其選定時期為自被繼承人之直系卑親屬男子死亡時起，至被繼承人因喪失戶主權而開始繼承時止（詳見臺灣民事習慣調查報告 93 年 5 月版第 466 頁），亦有期間之限制。足認日據時期選定戶主繼承人，仍有期間之限制，不因日據時期昭和 10 年上民字第 199 號判決意旨，認經親屬會議合法選任之戶長，繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制，即斷章取義的認為日據時期選定戶主繼承人之期間毫無限制。查，本件選定繼承人距開始繼承之時間已相隔 60 餘年，原告就本件親屬會議成員與被繼承人陳○發是否具有親屬關係，舉證上已有困難（詳見原告提出之繼承系統表註二），由此可知，依上開最高法院判例之法律見解，勢必會產生日據時期繼承開始後，相隔 1 百年、2 百年甚至更長之時間，仍能以選定繼承人之方式辦理繼承之案件，則行政機關日後在辦理此類案件，不僅查證困難，且相隔 1、2 百年後，再選定繼承人，被選定人實質上除了享有被繼承人遺產之利益外，殊難想像該被選定人對被繼承人及其祖先，仍存有深厚的感情，並熱衷對其為祭祀。故最高法院 47 年台上字第 289 號判例之法律見解，不僅對日據時期選定繼承人之臺灣舊慣有所誤解，且違反民法繼承編施行法第 8 條規定。再者，最高行政法院 83 年度判字第 23 號判決，亦認為最高法院 47 年台上字第 289 號判例固有被繼承人死亡之時，尚在民法繼承編施行於臺灣以前，因其無法定繼承人，依當時有效之法例，應適用臺省習慣處理，其經親屬會議合法選任之戶長繼承人不分男女皆得繼承遺產，選定期間亦無限制，是繼承既在民法繼承編施行前開始，自不適用民法繼承編之規定。係指被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前而言。本件許○進（該案原告之兄）雖在民法繼承編施行於臺灣以前死亡，當時並未依習慣選定戶主，而許○（該案原告）被選定登記為戶長，係在民法繼承編施行於臺灣之後，依民法並無戶主繼承之規定，是其情形並不盡相同，自無上開判例之適用。業經本院調取該案卷閱明屬實。益證最高法院 47 年台上字第 289 號判例之上開見解，僅適用在被繼承人死亡及選定繼承人均在民法繼承編施行前之情形。至於本件被繼承人陳○發雖於光復前死亡，然原告被選定為繼承人時，已在民法繼承編施行後，自不能主張依上開最高法院判例意旨，本

件應適用日據時期之臺灣舊慣，而認定其選定繼承人合法。

六、再按「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬。二、父母。三、兄弟姊妹。四、祖父母。」民法第 1138 條定有明文。又「繼承開始（即被繼承人死亡日期或經死亡宣告確定死亡日期）於臺灣光復以前者（民國 34 年 10 月 24 日以前），應依有關臺灣光復前繼承習慣辦理。繼承開始於臺灣光復後（民國 34 年 10 月 25 日以後）至 74 年 6 月 4 日以前者，依修正前之民法親屬、繼承兩編及其施行法規定辦理。繼承開始於民國 74 年 6 月 5 日以後者，應依現行民法親屬、繼承兩編暨其施行法規定辦理。」「死亡絕戶者如尚有財產，其絕戶再興為追立繼承人，得為戶主繼承及因此而開始之財產繼承。日據時期死亡絕家之遺產如未予歸公，致懸成無人繼承，光復後，應依我國民法繼承編之規定定其繼承人，不得再以絕家再興為由主張繼承申請登記。」「繼承開始在光復前（民法繼承編施行於臺灣前），依當時之習慣有其他合法繼承人者，即不適用民法繼承編之規定，如無合法繼承人時，光復後應依民法繼承編規定定其繼承人。」繼承登記法令補充規定第 1 點、第 9 點及第 13 點亦分別定有明文。上開繼承登記法令補充規定係內政部本於中央主管機關之地位，就如何貫徹繼承登記之執行所為闡明法規原意之行政規則，核與民法繼承編等相關規定之意旨相符，本院自得予以援用。本件訴外人陳○發於 33 年 6 月 20 日法院宣告死亡時，並無法定繼承人，至臺灣光復開始施行民法繼承編後，自施行之日起，應依民法繼承編之規定定其繼承人；則原告依民法第 1138 條規定，既非陳○發之遺產繼承人，自不得繼承取得陳○發之遺產，其主張依前揭最高法院 47 年台上字第 289 號判例及日據時期昭和 10 年上民字第 199 號判決意旨，其得經親屬會議選定為繼承人，並繼承取得陳○發之遺產，被告應依其申請准予就陳○發所遺坐落臺南縣永康市○○段 256-1 地號等 11 筆土地辦理繼承登記云云，揆諸前揭說明，自屬無據。被告依據前揭法令規定，否准原告辦理繼承登記之申請，並無違誤。

七、綜上所述，原告之主張既不足取，其主張已依日據時期臺灣繼承習慣，經親屬會議選定為訴外人陳○發之戶主繼承人及財產繼承人，向被告申請辦理臺南縣永康市○○段 256-1 地號等 11 筆土地之繼承登記；被告以其並非民法第 1138 條所定之法定繼承人，依土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定，駁回原告之申請，並無違誤；訴願決定予以維持，亦無不合。原告提起本件訴訟，求為撤銷訴願決定及原處分，並請求被告應就其 96 年 2 月 13 日永一字第 26200 號收件之申請書作成准予原告繼承登記之處分，均無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法核與判決結果不生影響，爰不逐一論述，附此敘明。

八、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 200 條第 2 款、第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 97 年 3 月 26 日
(附件三)

最高行政法院裁定

97 年度裁字第 3726 號

上 訴 人 鄭 ○ 和 (住略)

訴訟代理人 蘇 文 奕 律師

陳 郁 芬 律師

被上訴人 臺南縣永康地政事務所（設略）

代表人 吳 ○ 寶（住略）

上列當事人間繼承登記事件，上訴人對於中華民國 97 年 3 月 26 日高雄高等行政法院 96 年度訴字第 959 號判決，提起上訴，本院裁定如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、按對於高等行政法院判決之上訴，非以其違背法令為理由，不得為之，行政訴訟法第 242 條定有明文。依同法第 243 條第 1 項規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；而判決有同條第 2 項所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人對於高等行政法院判決上訴，如依行政訴訟法第 243 條第 1 項規定，以高等行政法院判決有不適用法規或適用不當為理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容；若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣，倘為司法院解釋或本院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容。如以行政訴訟法第 243 條第 2 項所列各款情形為理由時，其上訴狀或理由書，應揭示合於該條項各款之事實。上訴狀或理由書如未依此項方法表明者，即難認為已對高等行政法院判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。

二、本件上訴人於民國 96 年 2 月 13 日檢具親族會（親屬會議）決議等相關資料，主張其係依日據時期臺灣繼承習慣，經親屬會議同意所選任訴外人陳○發之戶主繼承人及財產繼承人，向被上訴人申請辦理臺南縣永康市○○段 256-1 地號等 11 筆土地之繼承登記。案經被上訴人審查結果，認本件應依民法繼承編之規定定其繼承人，而上訴人並非民法第 1138 條所定之法定繼承人，乃依土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定，於 96 年 6 月 23 日以登駁永字第 35 號通知書駁回上訴人之申請。上訴人不服，循序提起本件行政訴訟。案經原審駁回其訴。上訴人對於高等行政法院判決上訴，主張：最高法院有效之判例具有拘束力，原判決將最高法院 47 年台上字第 289 號判例意旨，限縮為僅適用在被繼承人死亡及選定繼承人均在繼承編施行前之情形，違背該判例意旨，並一方面認定最高法院該判例違背民法繼承編施行法第 8 條規定，一方面又認最高法院判例僅限縮適用在上述範圍，因認原判決有適用法規不當及判決理由矛盾之違法等語，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，並就原審已論斷者，泛言未論斷，或就原審所為論斷，泛言其論斷矛盾，而非具體說明其有何不適用法規或適用法規不當之情形，並揭示該法規之條項或其內容，及合於行政訴訟法第 243 條第 2 項所列各款之事實，難認對該判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首開規定及說明，應認其上訴為不合法。又最高法院判例僅得作為本院判決之參據，並非當然拘束本院判決。原判決以上引最高法院判例在被繼承人死亡及選定繼承人均在繼承編施行前之情形，始有適用，超過上述範圍部分與民法繼承編施行法第 8 條規定有違，而不予適用，核無不合。上訴意旨猶執前詞加以爭執，亦難認對該判決之如何違背法令已有具體之指摘。併此指明。

三、據上論結，本件上訴為不合法。依行政訴訟法第 249 條第 1 項前段、第 104

條、民事訴訟法第 95 條、第 78 條，裁定如主文。

中 華 民 國 97 年 7 月 24 日

（本件聲請書其餘附件略）