

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」)，只要於台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台灣而

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，不適用現行繼承編，因此，必須考慮民法第一條規定。而當時之台灣繼承舊慣，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，台灣光復前後，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¹

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，其內容大部份即為現行法之規定，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，與憲法抵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 年年末才能完成，因此制定從同年 5 月 3 日至 12 月底為止具

¹ 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。

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，日本學界實務界之見解

依日本民法附則第 25 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 28 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，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 4 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 25 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 32 條有特別規定。舊法當時開始之遺產繼承，適用新法第 906 條。

本條二項乃新法溯及之例外

亦即於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²，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

² 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。

院曾以外國立法例作為法理而適用³，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⁴。

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

³ 最高法院五九年台上字第一零零五號判決。

⁴ 參考王澤鑑，民法總則，2000年，頁67。

大法官所尊重云⁵。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？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⁶，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 2、3、4 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平衡⁷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⁸，因此應適用民法繼承編規定。

⁵ 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。

⁶ 參考林三欽，前揭註，頁 35 以下。

⁷ 參考施啟揚，民法總則，民國九十年，頁 340。

⁸ 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。

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⁹。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 577 號(六個月過渡期間)及第 142 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，30 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。

參 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

⁹ 參考王澤鑑，前揭民法總則，頁 561、562；最高法院四八年台上字第一零五零號判例。

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，只要於台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台灣後，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：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度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。