

身分法發展回顧： 2010-2014 年之實務發展分析

黃詩淳*

〈摘要〉

本文的論述範圍係 2010 年至 2014 年的身分法實務發展，即以民法親屬編及繼承編為主。此段期間並無大規模的立法活動，僅有零星修正，婚姻、父母子女關係固然仍是身分法的重要議題，但隨著社會變遷尤其高齡化，老親的扶養以及死後的遺產處理也逐漸進入立法者的視野。

在司法裁判方面，最高法院在夫妻剩餘財產分配相關問題上，採取較為形式的見解，例如：某債務是否屬於婚後債務，係以債務成立之時點判斷，不考量其目的；是否調整或免除分配額，亦較事實審法院謹慎，忠實地貼近「夫妻平等地分享盈餘」的立法意旨。在父母子女關係方面，關於認領的幾則裁判，對各該案件中的非婚生子女均產生在繼承上不利之結果。至於繼承領域，最高法院對於繼承回復請求權的成立要件的認定無規則可循。在限定責任方面，則盡力保護繼承人，若繼承人未能於實體訴訟中行使限定責任的抗辯，尚得於強制執执行程序提起異議之訴獲得救濟。最後，關於遺囑所為之遺產處分行為，最高法院逐漸創造了「遺囑」與「繼承受益」二種分類，在時效、可否代位繼承、登記手續等方面效力不同，體現了法律續造之精神。

總體而言，近五年最高法院在「純粹親屬的身分法」的親屬編相關問題上，態度顯得較為保守，尤其對非婚生子女更係如此。相對地，在「身分

* 國立臺灣大學法律學院副教授。E-mail: schuang@ntu.edu.tw

• 責任校對：郭峻瑀、劉晏如、詹詠媛。

• DOI:10.6199/NTULJ.2015.44.SP.11

財產法」的繼承編相關問題上，則較為開放與活躍，肯定繼承人受限定責任之保護，也積極創造不同類型的遺囑處分，值得評價。

關鍵詞：夫妻剩餘財產差額分配、婚後債務、非婚生子女之認領、無效行為之治療、收養、繼承回復請求權、限定責任、異議之訴、剩餘遺產、遺囑要式性

◆ 目 次 ◆

- 壹、前言
- 貳、親屬編
 - 一、婚姻關係
 - 二、親子關係
- 參、繼承編
 - 一、繼承回復請求權
 - 二、限定責任的清算程序
 - 三、遺囑
- 肆、結論

壹、前 言

本文的論述範圍係 2010 年至 2014 年的身分法實務發展，即以民法親屬編及繼承編為主。此段期間親屬與繼承編並未有大规模翻修的立法活動，但仍有零星部分之修正，因此以下本節將先概述近年立法趨勢以及 2010 年至 2014 年修法的內涵，其後則進入各論，詳述各領域的立法及司法活動。

民法親屬編，可謂近二十多年來台灣的法改革中最蓬勃興盛的領域，當中最重要指導原則，即為男女平等與未成年子女利益之保護¹。

¹ 陳忠五（2011），〈2010年民事法發展回顧〉，《臺大法學論叢》，40卷特刊，

在男女實質平等之追求方面，中華民國憲法第 7 條宣示無分男女在法律上一律平等的原則，因此消除男女之歧視，追求兩性之實質平等，實為法律建構所應努力之方向，以符合憲法增修條文第 10 條第 6 項之意旨²。中華民國 1931 年施行之民法親屬編，雖承襲西方之家庭制度而來，但仍某程度受到台灣華人傳統婚姻制度之影響，以男尊女卑之文化為其根基而制定。1985 年之修正，雖然檢討「歧視女性」之相關法律，但中立之規範及形式平等，可能忽略了女性現實上社會地位之弱勢，對於女性無實質上的幫助³。直到 1996 年開始的三階段修法，始將民法親屬編逐步帶向「實質性別平等」之目標⁴。

而在未成年子女之保護方面，民法親屬編施行後，家父長制雖不復存在，但仍係以父母對於未成年子女之「親權」保障為出發，制定其內容、行使方法及濫用時之停止機制。以未成年子女保障作為規範者則付之闕如⁵。基於國際趨勢及 1989 年聯合國兒童權利公約所揭示之「兒童最佳利益原則」，子女本位之思想逐漸在我國親子法制中萌芽。1996 年的親屬編修正，亦以此為理念來重塑親子法。例如本於釋字第 365 號解釋之意旨，而修改民法第 1089 條，當父母對於子女親權行使之重大事項意見不一致時，得請求法院依子女最佳利益酌定之；而婚姻關係解除後的親子關係，以「子女最佳利益」之概念，作為決定離婚父母與子女間權利義務行使負擔之主要依據，甚至法院可本於子女利益選任非父母之人行使對於子女之權利義務（參照民

頁1720，指出民法親屬編自1996年至2010年的十五年間，修正次數即多達十三次，而歷年來的修正重點在逐步建構以「兩性平等」為基石的婚姻制度以及以「未成年子女最佳利益」為原則的親子關係。

² 國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。

³ 陳昭如（2006），〈「重組」家庭：從父系家庭到中性的新夥伴關係？〉，蘇永欽（編），《部門憲法》，頁824-827，台北：元照。

⁴ 施慧玲（2007），〈民法親屬編之理想家庭圖像：從建構制度保障到寬容多元價值？〉，《月旦民商法雜誌》，17期，頁31。

⁵ 施慧玲（2001），〈家庭、法律、福利國家：現代親屬身分法的主要研究課題〉，氏著，《家庭、法律、福利國家：現代親屬法論文集》，頁22，台北：元照。

法第 1055 條至第 1055 條之 2)。在 21 世紀親屬編更是出現許多以「子女利益」為核心的修正，例如釋字第 587 號解釋承認子女有知悉其真實血緣之人格權利，而賦予提起否認婚生之訴的權限，民法第 1063 條更是配合大法官解釋作出適當之修正；民法第 1067 條廢除列舉事項之限制，僅須事實足認有親子關係存在，非婚生子女皆得提起認領之訴，同時允許生父死後之認領，以強化對於非婚生子女之保障；而收養方面，第 1080 條以「養子女最佳利益」作為法院裁定准否未成年子女收養之主要依據；親權行使上，若父母子女間有利害相反之情形時，法院得依聲請或職權為子女選任特別代理人（第 1086 條）；而在濫用親權的情形，鑑於舊有之親屬會議功能不彰，特別增設父母之另一方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人皆得向法院聲請親權之停止，法院亦得本於職權宣告之，以落實對於未成年子女之保護（第 1090 條）。

在男女平等與未成年子女的保護之外，為了因應家庭結構的變遷以及人口高齡化，親屬編當中的監護以及親屬會議之規定分別在 2008 年及 2009 年也有所調整，其中成年監護與輔助的變動幅度甚大，自公布後 1 年 6 個月（即 2009 年 11 月 23 日）始施行。

至於繼承編，自 1931 年施行以來，僅歷經 1985 年修正，以及 2008、2009 年導因於「揹債兒」或「父債子還」問題⁶的連續二次修法，較為重要。在 2008、2009 年的修法中，立法者將過去概括繼承無限責任的原則改為限定責任，並新增了較詳細的遺產清算規定，但留下了不少適用上疑難⁷。此

⁶ 以 2008 年這波修法的相關評析來看，以下文獻均曾提及修法背景為弱勢繼承人的債務繼承問題：林秀雄（2008），〈論民法繼承編之修正及其問題點（上）〉，《司法周刊》，1387 期，2 版；鄧學仁（2008），〈繼承法修正簡介及評釋〉，《法令月刊》，59 卷 7 期，頁 59；吳煜宗（2008），〈保證債務之有限責任繼承：民法繼承編施行法第一條之二〉，《台灣法學雜誌》，107 期，頁 321；陳業鑫（2008），〈民法繼承編修正始末及影響〉，《全國律師》，12 卷 2 期，頁 2；林瓊嘉（2008），〈談揹債兒困境與吊詭的繼承：法律的公平現象，掩蓋社會的不公平〉，《全國律師》，12 卷 2 期，頁 39；張宏銘（2008），〈未成年子女繼承制度修正之評釋〉，《萬國法律》，160 期，頁 91。

⁷ 對新法的評釋，參閱林秀雄（2009），〈評析二〇〇九年繼承法之修正〉，《月

外，2009 年底為了配合親屬編對監護的修正，將第 1198 條、第 1210 條做微幅文字修正。相較於親屬編，繼承編的變動顯得較少。

民法親屬與繼承編經過了上述沸沸揚揚的修法，自 2010 年至今，不再有全面、大幅的修改，僅有數次的小改正⁸，包括：子女扶養老親義務的減輕與免除（第 1118 之 1）、子女稱姓（第 1059 條、第 1059 條之 1）及法院酌定未成年子女之親權人之審酌事項（第 1055 之 1）、禁止夫妻之債權人介入夫妻財產分配（刪除第 1009 條、第 1011 條，修正第 1030 條之 1）、法院酌定遺產管理人報酬（第 1183 條）及遺囑執行人報酬（第 1211 條之 1）等。由此些內容可以看出，婚姻、父母子女關係（夫妻與未成年之子女之關係）固然仍是身分法的重要議題，但隨著社會變遷尤其高齡化，老親的扶養以及死後的遺產處理也逐漸進入立法者的視野。本文以下將沿著此一脈絡，詳細整理並分析近五年立法活動與司法裁判的動向，但由於裁判數量眾多，因此將以最高法院具代表性的裁判為主，必要時始檢討下級審裁判。

貳、親屬編

一、婚姻關係

在夫妻關係中，近五年實務的主要裁判集中於夫妻財產制，此與立法者的關心不謀而合。1931 年民法施行時，以聯合財產制為法定夫妻財產制，1985 年引進了剩餘財產差額分配請求權（第 1030 條之 1），2002 年夫妻財產制大幅修改，以分別財產制加上財產制關係消滅時的剩餘財產差額分配，作為法定夫妻財產制之骨架。第 1030 條之 1 的剩餘財產差額分配請求權，

且法學雜誌》，171 期，頁 69-89。

⁸ 陳忠五，前揭註 1，頁 1720，指出 2010 年當時親屬編的修正狀況，亦即次數雖頻繁，但多屬個別零星修正，缺乏全盤政策考量，甚至同一問題甫經修正，未及數年，即面臨再度修正。在本文分析對象之 2010 年至 2014 年，立法活動亦大致維持同樣的狀況，尤其下述貳檢討的剩餘財產分配請求權的一身專屬性的相關修法，更是立法活動朝三暮四的典型範例。

可謂法定夫妻財產制的靈魂核心，不僅後續在 2007 年、2012 年曾立法修正，司法實務上的爭議也集中於此，以下分三點檢討之。

（一）剩餘財產差額分配請求權的一身專屬性爭議

此爭議肇端於 2002 年夫妻財產制的修正，加入了第 1030 條之 1 第 3 項：「第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。」亦即將剩餘財產差額分配請求權定為一身專屬權。當時立法理由謂：「茲因剩餘財產分配請求權係因夫妻之身分關係而產生，故於夫妻之一方死亡時，其繼承人不得繼承，或夫妻離婚時，任何一方之債權人不得代位行使，且夫妻之任何一方不得將該期待權任意讓與……」⁹。

但一身專屬權之立法受到學界反對，認為剩餘財產差額分配請求權雖發生於夫妻之間，其本質上是財產權¹⁰，非謂夫妻之間的請求權必然是一身專屬權，例如婚姻無效及離婚時的財產上損害賠償請求權，就不具備一身專屬性¹¹；且解為一身專屬權後，在配偶一方死亡之場合，若死者是剩餘較少者，其繼承人無法對生存配偶請求剩餘財產之差額，相反地，若死者是剩餘較多者，生存配偶反而可以向死者之繼承人請求剩餘財產之差額，此種差異並不公平¹²；此外，我國的剩餘財產分配請求權乃繼受德國、瑞士之規定，而該二國均不認為剩餘財產分配請求權為一身專屬權¹³。由於學說猛烈批判，2007 年修正民法時，刪除了第 1030 條之 1 第 3 項一身專屬權之規定。

⁹ 立法院公報處（2002），《立法院公報》，91卷40期，頁83。

¹⁰ 郭振恭（2007），〈民法親屬編結婚規定修正之評述〉，《月旦法學雜誌》，147期，頁40；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（2013），《民法親屬新論》，11版，頁167-168，台北：三民。

¹¹ 林秀雄（2002），〈剩餘財產分配請求權之再造〉，《月旦法學雜誌》，89期，頁15。

¹² 戴炎輝、戴東雄（2002），《親屬法別冊》，頁24，台北：自刊；戴東雄（2007），〈論我國民法親屬編之修正〉，《司法周刊》，1342期，頁7-8；戴東雄（2007），〈論民法親屬編修正內容與檢討〉，《月旦法學雜誌》，147期，頁13-14。

¹³ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2011），《親屬法》，頁197，台北：自刊。

不過，紛爭並未就此平息，主要是因為依照當時民法第 1011 條¹⁴之規定，夫妻一方之債權人，於夫妻婚姻關係存續中，符合一定要件之情形下，得聲請法院宣告該夫妻改用分別財產制。此時，原本夫妻之間適用的法定財產制關係便消滅，發生第 1030 條之 1 的剩餘財產差額分配請求權，接著債權人再行使民法第 242 條的代位權，代其債務人向其配偶主張分配，來增加債務人的責任財產，供債權人取償。現實中的確出現了許多這樣的案例¹⁵，夫妻一方之債權人（尤其銀行）介入夫妻財產關係，引起了民間團體及立法委員的高度重視，認為「剩餘財產差額分配請求權的非一身專屬性」是罪魁禍首¹⁶。故 2012 年 12 月立法院再度修正民法，刪除第 1011 條，並重新將 2007 年刪除的民法第 1030 條之 1 第 3 項一身專屬權的規定回復。

多數民法學者並不贊成 2012 年的修法，認為回復一身專屬性矯枉過正，若要防止債權人介入夫妻之財產關係，只須禁止剩餘財產差額分配請求權得被債權人代位行使即可，毋需定為專屬權¹⁷。

¹⁴ 第1011條：「債權人對於夫妻一方之財產已為扣押，而未得受清償時，法院因債權人之聲請，得宣告改用分別財產制。」此條文在2012年被刪除。

¹⁵ 2008年37件、2009年76件、2010年524件、2011年2,552件、2012年至9月30日為止5,980件，參見林秀雄（2013），〈剩餘財產分配請求權與非常法定財產制之關係〉，《月旦法學雜誌》，218期，頁62。

¹⁶ 立法理由謂：「……尤其是自2007年將剩餘財產分配請求權修法改為非一身專屬權後，配合民法第一千零一條及民法第二百四十二條之規定，實際上造成原本財產各自獨立之他方配偶，婚後努力工作累積財產，反因配偶之債務人代位行使剩餘財產分配請求權而導致事實上夫（妻）債妻（夫）還之結果。……」，「……本條自2007年修法改為非一身專屬權後至今已逾五年，目前司法實務之統計資料顯示，近兩年債權銀行或資產管理公司利用本條規定配合民法第一千零一條及民法第二百四十二條之規定追討夫或妻一方之債務的案件量暴增並占所有案件九成以上，僅為了要滿足其債權，已讓數千件的家庭失和或破裂，夫妻離異、子女分離等情況亦不斷發生，產生更多的社會問題，使國家需花費更多資源與社會成本以彌補。2007年之修法，顯然為前述債權人權利濫用大開方便之門，為滿足少數債權人，而犧牲家庭和諧並讓全民共同承擔龐大社會成本，修法後所欲維護之權益與所付出之代價顯有失當。」，參照立法院公報處（2012），《立法院公報》，101卷81期，頁98、100-101。

¹⁷ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註10，頁168。林秀雄（2013），《親屬法講義》，3版，頁143，台北：自刊；林秀雄，前揭註15，頁70-71。

上述這樣反覆的立法模式，恐怕是其他任何領域所未見，可知夫妻剩餘財產差額分配請求權之爭議性極高。

（二）婚後債務之認定

民法第 1030 條之 1 第 1 項規定：「法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但下列財產不在此限：一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金」。

何謂「婚姻關係存續中所負債務」，法條並未明確定義，解釋上或許得以形式，亦即債務成立的日期是否在婚姻關係存續中來論，但實務卻未必均如此處理。例如婚後成立新債務以償還婚前債務之狀況，究竟該債務屬於婚姻關係存續中的債務、抑或婚前債務，下級審法院就有不同見解。臺灣高等法院 102 年度家上易字第 5 號判決、高雄高分院 98 年度家上字第 86 號判決採取形式主義，婚後不論是以借款抑或自有資金來清償婚前債務，二者評價並無不同，若在婚後以借款來清償婚前債務，應認定成立一個「婚後債務」，並適用民法第 1030 條之 2 第 1 項之「納入」的規定，亦即該當「以婚後財產清償婚前債務」，應將之作為「婚後財產」；至於利息，也採取相同的形式主義來認定，亦即民法第 1017 條第 2 項規定：「夫或妻之婚前財產，於婚姻關係存續中所生之孳息，視為婚後財產」，以此為由認為債務亦應作相同解釋，婚前債務在婚姻關係存續中所生之利息，應視為婚後債務¹⁸。但另一方面，對於同樣是以婚後成立之債務來償還婚前債務之情形，臺灣高等法院 101 年度家上字第 274 號判決則認為，必須以當事人借貸之動機是否為「促進婚姻共同生活」，以認定該債務之性質為婚前或婚後債務，若當事人婚後借貸之目的並非「促進婚姻共同生活」，該形式上的婚後債務實為婚前債務

¹⁸ 例如臺灣高等法院臺中分院 100 年重家上字第 2 號便明白指出：「惟查兩造結婚日期既為九十四年九月九日，則張○青以婚後財產清償婚前債務之日期，自應以該日期之金額為準（含利息及本金）……」，亦即認為婚前債務於婚姻存續中所生之孳息屬於「婚後債務」。

之變形，仍認為其「婚前債務」；此外，就婚前債務於婚姻存續期間所產生之孳息，本判決則以「貫徹保障他方配偶之立法目的」而認為婚前債務於婚後所生孳息仍為婚前債務¹⁹。

上述二種見解在具體案例中，由於有利息的問題，可能造成分配額有所差異，舉例說明之：甲與乙為夫妻，甲婚前積欠 A 銀行新臺幣（以下同）200 萬元債務，該債務在婚後直至清償為止，尚衍生利息 10 萬元。婚後甲為償還前開債務，向 B 銀行借貸 210 萬。嗣後甲乙離婚，甲有婚後財產 20 萬，但對 B 負有 210 萬之債務，乙之婚後財產為 0 元。

在甲的剩餘財產計算上，甲欠 A 的 200 萬元債務固為婚前債務，但 10 萬元的利息則是發生於婚後，採形式主義者便會解為婚後債務，從而，甲離婚時尚存在之婚後財產包括：積極財產 20 萬元，消極財產係對 B 之 210 萬之債務。此外，由於甲以向 B 借貸而來的 210 萬元（婚後財產）清償對 A 之負債 210 萬元，須依民法第 1030 之 2 條第 1 項追加計算，不過，該 210 萬元之中，僅 200 萬元屬於「婚前債務」，故追加計算至婚後財產之金額僅 200 萬元。如此一來，甲之婚後財產為 20 萬元，追加計算 200 萬元，再扣除婚後債務 210 萬元，剩餘為 10 萬元。配偶乙可對之請求其半數，即 5 萬元。另一方面，採動機說者則認為，甲與 B 間之債務雖成立於婚後，但甲借貸之動機乃為清償婚前之個人債務而非為促進與乙之共同婚姻生活，故甲與 B 之債務為婚前債務之變形，非屬婚後債務；而甲與 B 間之 10 萬利息債務，乃婚前債務於婚姻存續期間所生之孳息，仍視為婚前債務。故甲之婚後財產為 20 萬，配偶乙可主張剩餘財產分配請求 10 萬元。

與上述類似的問題，若婚後負債之目的是為了修繕「婚姻中無償受贈之財產」，由於該財產並非剩餘財產差額分配之對象，則該債務是否得作為「婚姻關係存續中所負債務」，亦不無疑問。臺灣高等法院 99 年度家上字第 184

¹⁹ 判決原文：「然民法第1017條第2項係為保障他方配偶之協力，及日後剩餘財產之分配所設（該條項立法理由參照），倘將夫妻一方婚前債務於婚姻關係存續中所生之孳息列入婚後債務，將減少他方配偶可受分配之財產，對他方配偶殊屬不利，顯難以達成保障他方配偶日後剩餘財產之分配之立法目的，因此，該項所謂『婚前財產』應解為『婚前之積極財產』而不含『婚前之消極財產』在內。」

號判決當中，妻於婚姻關係中為了整修無償受贈之房屋，與訴外人簽訂承攬契約，負有給付承攬報酬 303 萬餘元之債務，法院認為，該房屋不列入剩餘財產分配，則因此一財產所負之債務，如與他方無關，未用於共同生活者，亦不得列為應扣除之債務，計算夫妻剩餘財產差額，始符公平。但上訴至最高法院後，101 年度台上字第 1006 號判決則謂：「所稱『扣除婚姻關係存續所負債務』，只須該項債務係夫妻於婚姻關係存續中所負擔，即應扣除，無庸具備其他要件。原審見未及此，遽以上訴人（筆者按：妻）負擔系爭承攬報酬債務，係為獨享其受贈財產修繕後之增值利益，與被上訴人（筆者按：夫）無涉，不應扣除為由，於計算上訴人（筆者按：妻）之剩餘財產時，未扣除上開承攬報酬債務，將上訴人（筆者按：妻）之剩餘財產九百八十五萬八千六百零五元，計算為一千二百八十九萬八千二百零五元，固不無違誤」。如此似乎表示最高法院贊成以債務成立的時點亦即外觀形式來作為判斷標準，而無庸審酌債務成立的動機。

究竟在「婚後債務」之認定上，是否應考量該債務的目的、用途，抑或專以形式論斷即可，本文較贊同最高法院的形式說。婚姻關係存續中，夫妻雙方從事各種法律行為，可能會帶來財產價值的增加、減少、也可能是負債，如果每個行為都必須判斷目的是否為了「促進婚姻共同生活」，才能決定是否為婚後財產或婚後債務，恐有困難，也與立法目的不合。首先，應將婚後債務與婚後財產加以類比思考。在婚後財產方面，民法第 1030 條之 1 第 1 項但書列舉了繼承、其他無償取得之財產及慰撫金三種財產，因與婚姻共同生活無直接關係，故不屬剩餘財產差額分配之對象²⁰，此為嚴格的列舉規定；例如夫妻一方因特別勤儉而多累積的剩餘財產、夫妻一方因彩券贏得的鉅額獎金，由於不屬於上述三種財產，即使取得過程較為特殊，仍是剩餘財產分配之標的²¹。婚後財產指積極財產，婚後債務則是消極財產，二者本質

²⁰ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 13，頁 180，註 425。

²¹ 林易典（2009），〈論法定財產制中剩餘財產分配數額之調整：我國民法第 1030 條之 1 第 2 項之調整規範，與瑞士、德國民法相關規範之比較研究〉，《臺大法學論叢》，38 卷 3 期，頁 48。

類似，從而，法律若未特別排除特定債務為婚後債務，則法院不應擅自認定某些婚後成立之債務「與婚姻共同生活無關」而不列入計算。其次，某個債務到底與婚姻共同生活有無關聯，難以單純判斷。例如在上述最高法院 101 年度台上字第 1006 號判決中，妻負債是因為雇工修繕無償取得之財產，該無償取得之財產固然非屬剩餘財產分配之對象，但該財產是否與夫妻的共同生活全無關聯，例如該財產之使用或收益是否未由夫妻共同享受，卻無從得知，故修繕的目的雖是無償取得的財產，卻不能就此斷言修繕的結果只有妻獨享利益。此外，若夫或妻向銀行貸款之目的，是為了給付扶養費給前婚所生的未成年子女，或給付孝親費給父母（為履行道德上義務所為之贈與），或者夫或妻為自己的父母、兄弟姊妹之債務擔任保證人，導致代負履行責任，難道都可以說「與婚姻共同生活無關」就不被認定為婚後債務？夫或妻與自己子女、父母、兄弟姊妹維持良好的關係，對婚姻共同生活沒有幫助？既然債務與婚姻共同生活是否有關聯缺少明確的判斷基準，法律又無明文規定排除特定的婚後債務，那麼以債務成立的時點此一形式來判定其是否為婚後債務，亦即最高法院 101 年度台上字第 1006 號判決的見解較值得支持。

（三）法院調整剩餘財產分配數額

在 1985 年新設民法第 1030 條之 1 的同時，於第 2 項設置了當差額平均分配顯失公平時法院得酌減數額的規定；其後至 2002 年修正時，修改為法院得「調整或免除其分配額」，因此理論上法院既可能「酌減」亦有可能「酌增」分配額²²。

至於法院何時才有介入調整分配比例之必要，最高法院 100 年度台上字第 2031 號判決（下稱 100 年判決），對原審適用第 1030 之 1 第 2 項酌減分配額比例的判斷，提出了不同意見，可供吾人迅速理解爭議之所在。本件事實關係是婚姻持續了 12 年，期間夫在大陸經商，並入監服刑 6 年，家庭生活費用均賴夫收入維持，妻曾短暫外出打零工，並照顧雙方之未成年子女。

²² 林易典，前揭註 21，頁 32，舉出了臺北地方法院 91 年度家訴字第 10 號判決為「酌增」之實例。

夫於婚姻關係消滅時之剩餘財產分別為 36,095 元，妻之剩餘財產為 10,771,434 元。原審法院認為夫在婚姻關係存續中之貢獻較妻為少，將夫剩餘財產分配之比例酌減為 1/5（臺灣高等法院 99 年度重家上字第 13 號判決）。最高法院則指出，夫對兩造於婚姻關係存續中之所累積之資產，既非無貢獻，亦未查得夫有不務正業、浪費成習或坐享其成等情事，即遽認將夫所得分配之比例調整至 1/5，自嫌速斷。雖然最高法院認為 1/5 比例不妥，但在更審（臺灣高等法院 100 年度家上更（一）字第 11 號判決）時，法院仍認為，兩相比較，夫就前揭請求分配之財產，在婚姻關係存續中之貢獻較妻為少，若從形式上將夫妻之剩餘財產差額予以平均分配顯失公平，爰依第 1030 條之 1 第 2 項規定，調整夫就剩餘財產分配之比例為 1/3。因此，事實審法院仍然沒有採取平均分配原則。

究竟法院應否調整剩餘財產分配請求的比例，實與我們對剩餘財產差額分配的制度目的以及對「婚姻」的理解（婚姻觀）密不可分。大抵而言，婚姻雙方當事人的關係可以分成三類²³：

第一，全面參加型關係，彷彿經營共同事業；亦即配偶不僅分享婚姻關係存續中的利益，損失也共同負擔。現行的共同財產制可謂屬於此一類型，在婚姻關係中，不論財產或債務在名義上屬於何人，依照民法第 1031 條，均是夫妻共同共有之財產。在共同財產制關係因夫妻一方死亡而消滅時，共同財產的半數歸屬於死者之繼承人，其他半數歸屬於生存之他方（第 1039 條），此際死者之繼承人與生存配偶對於共同財產之權利性質為物權。

第二，限定參加型關係，彷彿出資者；亦即配偶在婚姻中仍保持各自財務獨立，僅在財產制關係消滅時，進行清算，且清算方式是配偶的積極財產扣除消極財產仍有剩餘時，才須與他方分配。現行民法第 1030 條之 1 剩餘財產差額分配請求權規定為「夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘……應平均分配」，即屬於此種類型²⁴。因此，我國的

²³ 此種分類方法參見大村敦志（2010），〈婚姻法・離婚法〉，中田裕康（編），《家族法改正：婚姻・親子關係を中心に》，頁22-23，東京：有斐閣。

²⁴ 林易典，前揭註21，頁29，亦認為我國制度下，一方得對他方「參與分配想法」

法定夫妻財產制並不全然基於夫妻間共同生活、休戚與共之想法，蓋若一方負債時，即被歸類為「無剩餘」（即剩餘財產為零），而非以負數的立場參與分配，也就是配偶不須以自己之剩餘填補他方之債務。

第三，非參加型關係，彷彿受雇之勞動者；亦即不論配偶是否有剩餘，從事家務勞動之一方均可向他方請求勞務之對價。例如日本 1996 年曾公布「民法部分修正法律案要綱」²⁵，對夫妻財產分配規定為：「家庭裁判所為了離婚後當事人間財產上的衡平，應考慮當事人雙方協力取得或維持之財產額、各當事人對財產取得或維持之貢獻程度、婚姻期間、婚姻中生活水準、婚姻中協力及扶助之狀況、各當事人之年齡、身心狀況、職業及收入及其他一切情事，決定應否分配與分配的額度及方法。」由此可見，縱使當事人在婚姻關係存續中財產並未增加（因此並無剩餘），理論上他方仍得請求分配，故屬於此一類型²⁶。

我國的剩餘財產差額分配請求權，在 1985 年的立法理由及釋字第 620 號解釋中，均以家務勞動之立場出發來肯定此權利，但若欲貫徹家務勞動之價值，則應直接擬制家務勞動價值之對價，使從事家務勞動之一方不論如何均得請求²⁷；亦即讓家務勞動之配偶，對他方配偶享有「家事勞務報酬請求權」，他方是否有盈餘、抑或負債超過皆非所問，倘若負債超過，家務勞動方之債權即與其他債權人平等受清償。換言之，將剩餘財產差額分配請求權定位為家事勞動之評價的話，最貼切的夫妻財產關係應是上述第三類型才對，但現實上我國的制度卻是第二類型。因此早有學者指出，我國的剩餘財產分配制度不應僅以家事勞動之價值為根據²⁸，而是基於雙方協力參與婚姻

（Teilhabegedanke）之基礎，係在於任一方若能創造盈餘時，此均有他方的協力、參與及貢獻在內之故。

²⁵ 欲對身分法進行全面修正，但並未實現，其內容參照日本法務省網站，http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_960226-1.html（最後瀏覽日：06/09/2015）。

²⁶ 大村敦志，前揭註23，頁22-23。

²⁷ 林易典，前揭註21，頁29。

²⁸ 林秀雄（2002），〈剩餘財產之分配與不真正溯及：最高行政法院九十年度判字第六七一號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，30期，頁61、67；林易典，前揭註21，頁29。

中財產價值之創造，從而產生盈餘，故應就此盈餘平均分配。從而，夫妻雙方平等參與分配之權，理論上不應因夫妻對婚姻之貢獻是營業活動或家事勞動、雙方剩餘財產的數額的多寡等而受影響。

然而實務有些裁判（包括上述 100 年判決的原審及更審），認為經營事業者對剩餘財產的貢獻較從事家務者為大²⁹、有工作者對剩餘財產的貢獻較無工作者為大³⁰、既工作又負擔家務者，對剩餘財產的貢獻較負債之配偶為大³¹，而擴張適用第 1030 條之 1 第 2 項，酌減分配數額。此作法無異於將配偶關係推向上述的第三類型，亦即剩餘少的配偶只能憑藉著「自己對剩餘差額的貢獻程度（勞動成果）」，向他方請求給付，但這並不符合我國民法所設想的「配偶對彼此之剩餘平等交互參與分配」之婚姻關係。100 年判決對原審 1/5 的酌減作法提出質疑，對過度擴大第 1030 條之 1 第 2 項有所警惕，值得贊同。

二、親子關係

在父母子女關係中，2010 年 5 月 19 日曾修正民法第 1059 條及第 1059 條之 1，即以子女最佳利益為指導原則，對子女稱姓進行改革；關於此修法之意義已有詳盡評析之文獻³²，本文不贅述。以下將集中在司法裁判之發展，近五年最高法院在此領域有幾則重要的判決，均與認領相關。

（一）認領與婚生否認之糾葛

第 1065 條第 1 項規定：「非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。其經生父撫育者，視為認領。」由此規定可知，被認領人須為非婚生子女。若被認領人已被推定為他人之婚生子女，即使認領人與被認領人間有真實的血緣關係，亦無法發生認領之效力³³。不過，若該被推定為他人之子女的被

²⁹ 最高法院85年度台上字第494號判決。

³⁰ 最高法院96年度台上字第618號裁定。

³¹ 最高法院95年度台上字第171號判決。

³² 陳忠五，前揭註1，頁1721-1726。

³³ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註13，頁331；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭

認領人，與法律上推定生父之間的關係嗣後被否認，那麼過去無效的認領可否被重新評價為有效之認領？

關於此問題，最高法院明確採取否定說。在這個事件中，X（被認領人）的生母乙與訴外人丙結婚，X 於 1969 年 3 月 18 日出生，被推定為乙與丙之婚生子女，但 X 之生父實為甲。甲在 1969 年 3 月 25 日即辦理認領登記，並撫育 X 長大。甲於 2005 年 5 月 27 日死亡，甲之繼承人 Y 為了否定 X 之繼承權，主張甲對 X 之認領無效。另一方面，法律上推定之父丙對 X 提起否認子女之訴（實為確認親子關係不存在之訴），於 2006 年 7 月 17 日判決勝訴確定。由於丙對 X 的否認之訴判決有溯及效力³⁴，X 於 1969 年 3 月 18 日出生時起便與丙之間無親子關係，乃非婚生子女，如此一來，可否謂甲在 1969 年 3 月 25 日所為之認領，成為有效之認領？本件歷經最高法院三次發回更審，此點係事實審法院與最高法院的最大歧見所在，亦即除了最後一次的臺灣高等法院臺中分院 99 年度家上更（三）字第 2 號判決外，事實審法院均肯定甲對 X 之認領有效³⁵，但最高法院四次審理，則都以「當初認領時，X 係（被推定為）丙之子女」為由，否定甲對 X 之認領之效力³⁶。

甲在 1969 年 3 月 25 日對 X 的認領是否有效，將影響 X 能否繼承甲之遺產。若 1969 年的認領無效，甲已死亡，X 雖得依據民法第 1067 條第 2 項之規定，於生父死亡後提起認領之訴³⁷，但由於第 1069 條規定認領之溯

註10，頁289。

³⁴ 林秀雄（2010），〈認領子女之訴之性質：評最高法院九十八年台上字第九四號民事判決〉，《月旦裁判時報》，4期，頁64-65，說明否認之訴具溯及力之原因。亦即倘若此種訴訟不具溯及力，自判決確定時始向將來生效的話，就會變成判決確定前法律上之父與子有親子關係，判決確定後該親子關係才消滅，顯得不自然。

³⁵ 包括臺灣南投地方法院95年度親字第34號判決、臺灣高等法院臺中分院96年度家上字第87號判決、臺灣高等法院臺中分院97年度家上更（一）字第4號判決、臺灣高等法院臺中分院98年度家上更（二）字第2號判決。

³⁶ 最高法院97年度台上字第1613號判決、98年度台上字第704號判決、99年度台上字第367號判決、100年度台上字第370號判決。

³⁷ 陳忠五，前揭註1，頁1752-1753，在評論本判決（最高法院99年度台上字第367號判決）時，亦提及子女得依民法第1067條規定向生父之繼承人提起認領之訴，尋求救濟。

及力不得影響第三人已取得之權利，X 可能無法繼承甲之遺產（詳細討論參見下述二）。從而，自 X 的繼承權角度言，實有必要主張其於生父甲生前便已被有效認領。

事實審法院數度「違逆」最高法院見解，認定甲對 X 之認領有效，但甚少敘述理由，僅更一審判決（臺灣高等法院臺中分院 97 年度家上更（一）字第 4 號）有正面論述，即否認之訴有溯及效，「應認 X 出生時係非婚生子女之身分，是甲於 1969 年 3 月 25 日為認領登記時，依民法第 1056 條第 1 項規定 X 即（筆者註：因認領而）已取得視為婚生子之身分」。不過，為何原本 1969 年 3 月 25 日的認領為無效，等到婚生否認之訴推翻法律上父子關係後，該無效的評價會轉變為有效，事實審法院並無回答。學說對此提供了一個可能的解釋：認領無效被否認之訴的溯及效「治癒」故成為有效³⁸。

筆者認為救濟本件非婚生子女有其必要。蓋已被推定為他人之婚生子女者，血緣上的生父對之所為的認領不生效力，目的乃在避免血緣上的生父任意干預法律婚之安定，破壞他人家庭。因此，倘若根本不存在法律所要保護的婚姻家庭時，禁止生父的認領並無說服力，況且，在本件判決中，生父甲之認領明顯符合子女 X 之利益，雙方並有長期共同生活之事實。

婚生否認與認領經常是「父親是誰」此問題的一體兩面，交纏難分。我國基於子女之利益，修改民法，放寬婚生否認之要件、起訴權人、起訴期間，使婚生否認較為容易行使，但另一方面，對於「反於真實（且嗣後被推翻）的婚生推定」過去對生父之認領形成的阻礙（認領無效），卻未一併解決。本文認為，此乃婚生否認制度修法的為德不卒之處³⁹，在解釋論上，可能有

³⁸ 林秀雄，前揭註34，頁64-65。此文所評釋的是另一則事件（評最高法院98年台上字第94號民事判決），該事件的事實關係與本文非常類似，惟X（被認領人）於原審為訴之變更，改依民法第1067條第2項提起死後認領之訴，並獲勝訴確定，因此法院並未直接針對婚生否認的溯及效得否治癒無效的認領表示見解。不過林秀雄教授在該案便已注意到了此問題，詳加檢討，並提出了「治癒」的觀點來說明。

³⁹ 不過必須強調的是，若非最高法院刻意區別死後認領與生前認領之效力，導致生父死後才被認領之子女繼承權受限，那麼也不會發生此一問題。因此在這個意義下，似乎也無法非難立法者在修正婚生否認制度時，未將認領的問題納進視野，

兩種途徑可採：一是如日本法般，調整前端的婚生否認之效力⁴⁰；第二則是如上述我國學說般，調整後端的認領之效力。第一種途徑恐怕甚為困難，因為依照我國最高法院的保守的思維模式，要法院「背離」婚生推定的成文法規範去創造一個新的「不適用婚生推定之子女」概念，似如緣木求魚。故只能從第二種途徑下手，此際，「無效行為之治療」可能是可援用之理論。「無效」係指法律行為當然、自始、確定不發生效力，不過在某些情況有例外，例如學說認為民法第166條之1規定：「(第1項)契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。(第2項)未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」違反第1項之行為無效，而第2項則是治療(Heilung, 或稱補正)之例外規定⁴¹。民法雖未對認領設有治癒的明文規定，但或可解釋為，婚生否認之訴的溯及效補正了認領的瑕疵(他人之婚生子女)，亦即過去曾被認定為「無效」的認領，重新評價為「有效」⁴²。

作通盤之思考。

⁴⁰ 日本的婚生否認要件相當嚴格(限夫於知悉子女出生時起1年內提起,日本民法777條),但為了使婚生子女能被其血緣上之生父所認領,便用判例法創造了「(婚生)推定不及之子女(推定の及ばない子)」之概念。亦即,若生母懷胎期間中,因事實上的離婚、夫之出征、夫在監服刑等,夫妻雙方在「外觀上」明顯未同居因此不可能有性行為,則出生之子女屬於「推定不及之子女」,不適用婚生推定之規定,從而無須先提起婚生否認之訴,得被血緣上之生父認領。參見最高裁昭和44(西元1969)年5月29日判決民集23卷6号1064頁。其他相關的裁判及學說整理參見二宮周平(2013),《家族法》,4版,頁160-167,東京:新世社。此種緩和嚴格的婚生推定之弊害、使子女得被血緣上生父認領的作法,當然也是著眼於子女利益之保護。

⁴¹ 王澤鑑(1999),《債法原理(一):基本理論、債之發生》,增訂版,頁135,台北:自刊,說明治療的效力;黃立(2005),《民法總則》,4版,頁416,台北:自刊,此外還舉出民法第709條之3為例;王澤鑑(2008),《民法總則》,增訂版,頁515,台北:自刊。

⁴² 我國民法總則相關著作所舉出之「無效行為治療」之例均是財產行為,並無檢討無效之身分行為可否治療(治癒、補正)。有趣的是,自古以來此題目在日本便廣受討論,且係以「無效身分行為之追認」的命題出現。以古典的中川善之助之身分行為論為例,其認為身分行為由心素(身分的效果意思)、體素(身分的生活事實)及形式(戶籍登記)三個要素組成;欠缺心素雖原則上行為無效,但「有

(二) 死後認領之子女之繼承權

2007 年民法親屬編修正時，增設第 1067 條第 2 項死後認領制度，因此，生父死後始被認領之子女，得依第 1069 條本文，主張認領效力溯及於出生時，故自己溯及於出生時與生父發生親子關係，有權繼承生父之遺產；不過，生父之其他繼承人，得否依第 1069 條但書，主張在認領前，其所取得之繼承權或應繼分該當「第三人已得之權利」，故不受影響，進而排除非婚生子女之繼承，即產生疑問。對此學說有相當歧見⁴³，而最高法院在 100 年度台上字第 452 號判決（下稱 2011 年判決）及 103 年度台上字第 618 號判決（下稱 2014 年判決），提出了不同於學說之見解。

此二則判決是同一家人當中的不同繼承人之遺產紛爭。最高法院 100 年度台上字第 452 號判決中，被繼承人甲與妻乙生有婚生子女 Y1 及 Y2，甲乙兩人已於 1996 年離婚。2000 年甲死亡，其非婚生子女 X 對 Y1 及 Y2 提起死後認領之訴，於 2009 年勝訴判決確定。嗣後 X 在本件訴訟主張 Y1 及 Y2 就遺產所為之分割行為侵害其繼承權，請求 Y1 及 Y2 塗銷不動產移轉登記，回復為三人共同共有。

原審法院認為，繼承係因被繼承人死亡而開始，繼承人已繼承之法定應繼分不受認領溯及效力之影響，故生父死後受認領之準婚生子女不能繼承其生父之遺產，自亦不能提起民法第 1146 條繼承回復請求權之相關訴訟⁴⁴。2011 年判決則認為：「按非婚生子女認領之效力，溯及於出生時，但第三人

形式然欠缺心素或體素」者，則得事後追認（補正）該心素或體素，而使之溯及有效。參見中川善之助（1941），《身分法の總則的課題：身分權及び身分行為》，頁194-213，東京：岩波。此理論獲得了日本實務的採納，例如最高裁昭和47（西元1972）年7月25日判決民集26卷6号1263頁便是第一個肯定無效婚姻之追認的最高裁見解。但本文欲處理的無效認領的問題，與日本法典型的追認不完全相同，蓋當事人既有心素、體素也有形式（登記，雖然在我國並非生效要件），本件認領之所以無效，是因認領時該子女仍受婚生推定之故。從而，「無效行為的治療」理論可否讓本件認領起死回生，筆者認為尚待進一步研究。

⁴³ 學說之整理參見徐雅筑（2014），《非婚生子女之法律地位：以繼承權為中心》，頁29-31，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴⁴ 臺灣高等法院99年度重家上字第7號判決。

已得之權利，不因此而受影響，民法第 1069 條定有明文。所謂『第三人已得之權利，不因此而受影響』，就繼承財產部分，係指繼承開始，與被認領之子女之同一順位之其他繼承人已繼承取得之財產不因此而受影響，該被認領之子女不能對之提起民法第 1146 條之繼承回復請求權者而言。然若同一順位之其他繼承人不知為遺產，而被他人無權占有之繼承財產，嗣後始被發現時，該被認領之子女對之仍有繼承權。易言之，被認領之子女對生父之繼承權係受有限制，而非全然喪失。」而甲之遺產中，有 2 層房屋及其基地，被乙無權占有中，最高法院認為此些不動產屬於「同一順位其他繼承人尚未繼承取得之遺產」，故 X 仍得以繼承人之身分對第三人予以排除侵害。

另一方面，2014 年判決則是上述甲之父親丙的遺產繼承問題，丙在 2006 年死亡，此時甲已離世 6 年，故由甲之子女代位繼承。Y1 及 Y2 主張，X 認領之判決於 2009 年始確定，Y1 及 Y2 於丙死亡時代位繼承取得之權利，不受該死後認領判決之影響，故 X 於丙死亡時並無代位繼承權。最高法院一開始的論述與 100 年度台上字第 452 號判決相同，但進一步指出：「然被認領之子女對生父之繼承權僅係受有限制，而非全然喪失，故生父死後認領之被認領子女，就尚未分割之應繼遺產，或嗣後始發現之繼承財產，仍得對之主張繼承權，方符增訂生父死後認領子女之訴之立法精義。」而丙死亡後，其繼承人迄未進行遺產分割，系爭不動產仍為其全體繼承人共同共有，Y1 及 Y2 並未取得該應繼遺產之應有部分，難認係其等已得之權利，依上說明，X 自得對之主張繼承權。

綜合上述二則判決，最高法院應係認為完全否定死後認領之非婚生子女的繼承權有所不當，便以限縮解釋第 1069 條但書「第三人已得之權利」的方式，使非婚生子女得就遺產為一定之主張。2011 年判決提出之標準，是「同一順位之其他繼承人不知為遺產，而被他人無權占有之繼承財產」，2014 年判決則更擴張，包括尚未分割之遺產，以及嗣後始發現之繼承財產（此即 2011 年判決所指對象）。

(三) 無效之認領可否轉換為有效之收養

最高法院 102 年度台上字第 2301 號判決涉及非生父所為之無效認領，得否轉換為有效的收養之問題⁴⁵，即轟動一時的羅文源、羅雪映、羅雪珍三姊弟對於已故王永慶所主張之認祖歸宗案。1950 年代，甲女與有配偶之乙男結識並受胎生下 X1、X2、X3 兄妹三人，母子等人皆持續受乙之資助與照顧，後甲與乙分手，再與丙男結婚。丙於知情之下，「認領」X1、X2、X3 並辦理認領登記，不過乙仍繼續撫育 X1、X2、X3。2008 年乙死亡，乙之法定繼承人 Y 等人否認 X1、X2、X3 之繼承權，故 X1、X2、X3 先提起確認丙之認領無效之訴而獲得勝訴（臺北地方法院 98 年度親字第 53 號判決），繼而於本件訴訟主張其自幼受乙撫育，依法應視為乙已認領，而提起與乙父子關係存在之訴。乙之法定繼承人 Y 等，則主張因 X1、X2、X3 幼年在丙知情之下接受丙之撫養，而與丙成立收養關係，故其與本生父乙之間的權利義務因被丙收養而停止，而不得繼承乙之遺產。

原審認為 X1、X2、X3 與丙之間並不成立收養關係，但最高法院謂：「按身分法係以人倫秩序之事實為規範對象，如將無效之身分行為，解釋為自始、當然、絕對之無效，將使已建立之人倫秩序，因無法回復原狀而陷於混亂。為彌補此缺失，宜依民法第 112 條規定，於無效之身分行為具備其他法律行為之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲為他身分行為者，該他身分行為仍為有效。又在民法上之親子關係未必貫徹血統主義，因此在無真實血統聯絡，而將他人子女登記為親生子女，固不發生親生子女關係，然其登記為親生子女，如其目的仍以親子一般感情，而擬經營親子的共同生活，且事後又有社會所公認之親子的共同生活關係事實存在達一定期間，為尊重該事實存在狀態，不得不依當事人意思，轉而認已成立擬制之養親子關係。」審酌丙自幼撫育 X1、X2、X3，迄其去世前，仍未改變其意，

⁴⁵ 在本判決之後，最高法院 103 年度台上字第 51 號判決，亦針對無效認領得否轉換為有效收養之問題做出探討，兩個判決中最高法院之見解大致相同。

X1、X2、X3 亦與丙以父子關係生活長達四十餘年，最高法院質疑原審判斷丙對 X1、X2、X3 無收養之意，自嫌速斷，故廢棄原判，發回原審。

民法第 112 條規定：「無效的法律行為，若具備他法律行為之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲為他法律行為者，其他法律行為，仍為有效。」其乃為了貫徹私法自治原則，使一定法律行為不具備法定要件而無效時，不發生當事人所期望之法律效果，應在一定要件下得轉換為其他行為，使之生效⁴⁶。欲適用本條，須具備之要件包含：(1) 無效之法律行為；(2) 該無效行為具備其他法律行為要件，以及 (3) 法律行為轉換符合當事人意思。

那麼無效之認領能否以民法第 112 條為據轉換為收養？無血緣關係之認領符合要件 (1)。此外，認領乃生父以單獨行為認領非婚生子女為自己子女之行為，其目的乃建立法律上之親子關係；收養制度乃以契約合意而建立法律上之親子關係，其二者目的皆在於「建立法律上親子關係」，故符合要件 (3)。雖然認領為單獨行為，收養是契約行為，此點有所不同，但若無效認領具備上述要件 (2)，亦即有效收養之要件，仍得為有效之轉換。然而，收養的形式要件在過去曾歷經 2 次法律修正，故應區分時代進行討論。

1930 年之民法第 1079 條規定：「收養子女，應以書面為之。但自幼撫養為子女者，不在此限。」所謂「自幼」係指未滿 7 歲，換言之，此種收養僅需養親單方之意思，加上自幼撫養之事實，不以書面為必要。所謂「撫養」，指以有收養他人之子女為自己子女之意思，養育在家而言⁴⁷。惟如此一來，偷抱他人子女也能輕易成立收養關係，甚為不當，過去已有學說批判⁴⁸。但不論如何，子女若為 7 歲以上，因收養須有書面合意，而認領若未滿足此要

⁴⁶ 王澤鑑 (2008)，前揭註 41，頁 526。

⁴⁷ 史尚寬 (1974)，《親屬法論》，台 3 版，頁 534，台北：自刊；戴炎輝 (1959)，《中國親屬法》，再版，頁 253，台北：自刊。

⁴⁸ 因此戴東雄 (1988)，《親屬法論文集》，頁 417，台北：東大圖書股份有限公司，採取較嚴格之解釋，認為自幼撫養之對象係指「未滿七歲而無法定代理人」之情況；反之，未滿七歲而有法定代理人之子女時，仍需有收養之合意，始能成立養父母子女關係。

件，則無效之認領無從轉換為有效之收養；相對地，若子女未滿 7 歲，由於收養只須養親單方之意思以及事實上自幼撫養之事實，認領也是單方之意思表示，因此（非生父所為的）無效之認領可能轉換為有效之收養。本判決中的 X1、X2、X3 分別生於 1954 年 10 月 20 日、1956 年 9 月 20 日及 1958 年 10 月 13 日，於 1961 年 7 月 31 日時受丙認領時為 6 歲、4 歲及 2 歲，丙也確實有撫養之，因此該無效認領具備當時民法第 1079 條收養之要件，得轉換為收養。

1985 年修正第 1079 條，其第 1 項規定：「收養子女，應以書面為之。但被收養者未滿七歲而無法定代理人時，不在此限。」此處便將自幼撫養之對象限縮，此外更進一步增訂第 4 項，規定收養皆需經法院認可，徹底解決舊法時代自幼撫養（且毋庸經過法定代理人代為意思表示）即視為收養之弊端。倘若本判決之丙所為認領發生於此時期（實際上並非如此），雖 X1、X2、X3 皆未滿 7 歲，然其母親甲女並未同意其受丙收養並以書面為之，就算解釋為甲曾同意，亦未經法院認可，故丙之無效認領不符合當時收養之要件，不得轉換為有效收養。

2007 年再度修正收養之規定，要件更為嚴格，最大的變動是不論子女之年齡，收養均應經本生父母同意（民法第 1076 條之 1），原因是子女被他人收養，影響當事人權益甚鉅，故應經父母之同意，亦即本條所定父母同意係基於父母子女身分關係之本質使然，故非只為了補充未成年人之能力。倘若本判決之丙所為認領發生於此時期（實際上並非如此），由於生父乙（已撫育 X1、X2、X3 故視為認領）與甲皆未同意丙之「認領」，亦未以法定代理人身分代 X1、X2、X3 為願被丙收養之意思表示，且無書面，亦無經法院認可，故丙之無效認領不符合收養之要件，不得轉換為有效之收養。

綜上所述，由於 1985 年修正前之民法第 1079 條對收養設有「自幼撫養」之寬鬆要件（單獨行為即可），為本件無效認領轉換為有效收養敞開大門。最高法院見解雖無違誤，然而舊法的放任態度造成許多弊病，已迭為學者批判，且本件「忠實」適用此不當舊法的結果，對被無效認領的子女反而不利（因轉換為有效之收養關係，導致其無法繼承比較富裕的本生父乙之遺

產)，與一般情形亦即因認領無效而須受救濟的狀況並不相同⁴⁹。民法第 112 條之所以承認無效行為轉換目的在「符合當事人的意思」，亦即應探求當事人所欲實現的經濟目的及可認知的利益衡量，以認定其意思⁵⁰，然而，本件身為當事人的 X1、X2、X3 明確否認其有被收養之意思，反對將丙之無效認領轉換為有效之收養，另一方當事人丙則已死亡，無從探求其意思⁵¹。從而，本件是否應適用無效行為轉換之規定，似乎仍值得再加思考。

參、繼承編

近五年繼承編在立法上僅有三處微幅修正，包括：第一，2014 年 1 月 29 日修正第 1212 條，過去遺囑保管人應將遺囑提示於親屬會議，本次則改為要求遺囑保管人將遺囑交付於遺囑執行人，並通知繼承人，無遺囑執行人者，則通知已知之繼承人、債權人、受遺贈人或其他利害關係人。第二，2015

⁴⁹ 本文所謂的「一般情形」，指的是例如日本最高裁昭和54（西元1979）年11月2日判決判例時報955号56頁之狀況，亦即A男明知B女之子Y與自己並無血緣關係，仍認領Y（完成戶籍登記）並撫養Y，嗣後並與B女結婚。A之親屬X起訴請求確認A對Y之認領無效，Y則抗辯無效之認領得轉換為有效之收養；亦即無效行為轉換論是用來保護被認領之子女之利益。不過，日本最高裁判所駁回了Y之主張，因收養是契約行為，認領是單獨行為，方式不同，且A與B結婚並不意味B（Y之法定代理人）同意Y被A收養，故不得將認領登記視為收養登記並成立有效收養關係。換言之，即使在被認領人可能需要保護的情況下，日本法院仍拒絕適用無效行為轉換論。參見床谷文雄（2015），〈認知無効と養子縁組の成否〉，水野紀子、大村敦志（編），《民法判例百選III：親族・相続》，頁76-77，東京：有斐閣。

⁵⁰ 王澤鑑（2008），前揭註41，頁527。

⁵¹ 根據最高法院102年度台上2301號判決，丙不但以父親身分供給X1、X2、X3讀書、出國留學、婚嫁及經商；丙於另案之隨筆均稱X1為養子；X1之子出生後與丙親生子所生之子女同由丙以祖父身分為之命名；丙書立遺囑，將所有財產分為11份，其中3份係分予X1、X2、X3，似可窺見丙之收養意思。但判決又提及，丙曾於2004年間去函乙，表達為X1、X2、X3「認祖歸宗」之事；倘若丙贊同X1、X2、X3對乙認祖歸宗，便很難解釋丙有收養X1、X2、X3之意，丙之前述種種「情同父子」之行為，只是基於繼父之立場所為。

年 1 月 14 日修正第 1183 條文，將遺產管理人之報酬由親屬會議酌定，改為由法院酌定。上述兩則修正均與現代社會親屬會議召開不易有關。第三，2015 年 1 月 14 日增訂第 1211 條之 1，讓遺囑執行人得請求報酬，數額由繼承人與遺囑執行人協議定之，不能協議時，由法院酌定。

雖立法上的變動不多，但近五年最高法院在繼承領域卻有不少重要判決，分述如下。

一、繼承回復請求權

最高法院 99 年度台上字第 908 號判決（下稱 2010 年判決）的事實關係是，X 為被繼承人甲之夫，甲與 X 結婚前已有成年子女 Y1、Y2 二人。甲於 2003 年 10 月 31 日死亡，Y1、Y2 於同年 11 月 28 日、12 月 2 日將甲之遺產（系爭不動產）辦理繼承登記為 Y1 單獨所有。二審法院（臺灣高等法院臺南分院 98 年度家上字第 52 號判決）認定 X 於 2004 年間即已知悉上述事實，惟其遲至 2008 年 1 月 23 日起訴請求回復繼承權，故已逾 2 年之時效期間；但繼承回復請求權與個別物上返還請求權係屬真正繼承人分別獨立而併存之權利，故 X 仍得本於物上請求權請求 Y1 將系爭不動產之繼承登記予以塗銷。最高法院補充謂：「按財產權因繼承而取得者，係基於法律之規定，繼承一經開始，被繼承人財產上之一切權利義務即為繼承人所承受，而無須為繼承之意思表示。故自命為繼承人而行使遺產上權利之人，必須於繼承開始時，即已有此事實之存在，方得謂之繼承權被侵害，若於繼承開始後，始發生此事實，則其侵害者，為繼承人已取得之權利，而非侵害繼承權，自無民法第 1146 條規定之適用（本院 53 年台上字第 592 號判例參照）。本件繼承開始於 2003 年 10 月 31 日，嗣後 Y1、Y2 於同年 11 月 28 日、12 月 2 日所為繼承登記，乃侵害 X 因繼承已取得之權利，而非 X 之繼承權，應不生 X 之繼承回復請求權是否罹於時效及消滅時效完成之效力問題。」

但同院 102 年度台上字第 2449 號判決（下稱 2013 年判決）卻有不同見解。本件事實關係是甲夫、乙妻之間有子女 X、丙共二人，丙之子為 Y。甲於 1946 年死亡，丙於 1954 年死亡，乙於 1963 年死亡。系爭不動產為甲之

遺產，甲死亡後，應由乙、X、丙共同繼承，每人應繼分 1/3；嗣後丙死亡，由 Y 繼承丙對甲遺產 1/3 之應繼分；嗣後乙死亡，乙對甲遺產 1/3 之應繼分由 X、Y（代位丙）平均繼承；因此本件系爭不動產（甲之遺產）最後應由 X、Y 共同繼承，每人應繼分 1/2。然 Y 於 1976 年以單獨繼承人身分就系爭土地單獨向地政機關申請辦理單獨所有之繼承登記，X 至 2007 年始提起本件訴訟，對 Y 請求回復登記名義為兩造共同繼承之狀態。原審（臺灣高等法院 100 年度重上更(一)字第 94 號判決）認為自侵害繼承權之 1976 年起，至起訴之 2007 年為止已超過 10 年，X 之繼承回復請求權罹於時效而消滅，使其原有繼承權全部喪失，應由表見繼承人（Y）取得其繼承權，故 X 自無所有物返還請求權可得主張。最高法院肯定 Y 於 1976 年所為之繼承登記屬於繼承權之侵害，並且認為原審將 Y 就系爭土地辦理單獨繼承，係侵害 X 之繼承權或遺產所有權，及 Y 抗辯 X 之繼承回復請求權已罹於 10 年時效是否有理，列入爭點，而就前開爭點為審認並據以裁判並無違誤，故駁回 X 之上訴。

簡言之，上述二則事件的問題本質均是，共同繼承人之中，有人在繼承開始後無視其他繼承人，排除其他繼承人對遺產之使用、收益，甚至將遺產中之不動產的登記名義移轉為自己單獨所有，此些行為究竟是否該當「繼承權之侵害」？對此，2010 年判決否定之，2013 年判決卻採肯定說。其次，若該當於「繼承權之侵害」，那麼當繼承回復請求權罹於消滅時效後，被排除的真正繼承人是否還能主張所有物返還請求權或其他權利？2013 年判決則採否定說。其後最高法院 103 年度台上字第 502 號判決、同院 103 年度台上字第 880 號判決所使用的論理均與 2013 年判決相同，或許可稱為最近的主流見解。

然而，2013 年判決的論理令人無法苟同，其將繼承回復請求權與個別物上返還請求權同其命運的作法，與釋字第 437 號解釋理由書所明示：「二者係繼承人分別獨立而併存之權利」不符；其次，2013 年判決認為繼承回復請求權消滅後，真正繼承人原有繼承權全部喪失，應由表見繼承人取得其

繼承權之看法早已迭受學說批判⁵²。最高法院仍繼續使用此論理，恐怕只是為了排拒 X（被排除的真正繼承人）的請求，而隨意套用之理由。換言之，若法院認為 X 有理，就稱「本件不是繼承權之侵害」（如 2010 年判決），若感覺 X 無理，則改口稱「本件是繼承權之侵害，罹於消滅時效，X 之繼承權已全部喪失，其他全部的請求權基礎（所有物返還、不當得利、遺產分割、特留分扣減）均無」。但問題是，以上數件判決的基礎事實關係均十分類似，為何有的該當繼承權侵害，有的便不是？尤其最高法院 102 年度台上字第 2449 號判決（即上述 2013 年判決）與同院 100 年度台上字第 1536 號乃同一事件，前者認為「是繼承權侵害」，後者卻否定，完全顯現了最高法院只是為了正當化結論而編造理由的恣意性。繼承回復請求權在實務這樣的解釋適用下，幾乎沒有標準，僅淪為正當化法院駁斥真正繼承人請求時的藉口⁵³。

二、限定責任的清算程序

2009 年 6 月 10 日的修法，將限定責任作為我國繼承之原則態樣，並新增了較詳細的遺產清算規定。最高法院對於遺產清算程序也有幾則重要裁判。

（一）繼承人因法律規定而負有限責任之效果

最高法院 101 年度台上字第 1447 號判決中，繼承人 X 為被繼承人甲之女，甲於 1999 年 7 月 8 日死亡。X 自 1983 年間即未與甲同居共財，於繼承開始時不知悉繼承債務存在，未於當時民法所定之期間為限定或拋棄繼承。Y 為甲之債權人，於 2010 年 4 月 29 日持法院核發債務人為甲之債權憑證，聲請於系爭債權之範圍內，執行其繼承人 X 之財產（郵局存款）23 萬餘元，

⁵² 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2013），《繼承法》，頁114-116，台北：自刊；林秀雄（2014），《繼承法講義》，6版，頁71-73，台北：元照。

⁵³ 筆者認為共同繼承人間的繼承紛爭根本不應適用繼承回復請求權，參見黃詩淳（2014），〈共同繼承人間的特留分扣減與繼承回復請求：最高院103台上880判決〉，《台灣法學雜誌》，262期，頁185-188。

X 雖依強制執行法第 14 條提起債務人異議之訴⁵⁴，但法院仍在同年 5 月 27 日核發執行命令，扣押上述 X 之存款債權，並於同年 6 月 30 日核發收取命令，由 Y 收取受償而終結執程序。故 X 乃變更訴請確認 X 對甲之債務繼承關係不存在，並依不當得利之法律關係，訴請 Y 返還執行所得 23 萬餘元。

原審（臺灣高等法院 99 年度上易字第 1217 號判決）認定，X 符合民法繼承編施行法第 1 條之 3 第 4 項之規定，得以所得遺產為限負清償責任。所謂「以所得遺產為限負清償責任」，係指繼承人僅就被繼承人之債務，以遺產為限負物的有限責任。故債權人就被繼承人之債務以限定繼承人為執行對象時，限定繼承人僅就遺產之執行範圍內居於債務人之地位，如債權人就限定繼承人之固有財產聲請強制執行，應認限定繼承人為強制執行法第 15 條之第三人，得提起第三人異議之訴，請求撤銷強制執程序。然繼承人若未及提起撤銷之訴，以致執程序終結並由債權人受領繼承人固有財產換價所得時，債權人即係以第三人財產執行清償被繼承人之債務，自屬無法律上原因而受有利益致繼承人受有損害。因此，X 依民法繼承編施行法第 1 條之 3 第 4 項及民法第 179 條規定，訴請確認 Y 就系爭債權逾甲遺產範圍部分對被 X 之請求權不存在，及請求 Y 給付 23 萬餘元，係有理由。

最高法院則認為，繼承人於繼承開始時，仍應繼承被繼承人之一切債務，僅係就超過繼承所得遺產部分之債務得拒絕清償，而非謂繼承人就其繼承之債務於超過繼承所得遺產部分當然消滅，債權人對之無請求權存在。原審認就系爭債權逾甲遺產範圍部分對 X 之請求權不存在，不無可議。至於 X 請求 Y 給付 23 萬餘元部分，原審認事用法並無不合。

關於限定責任的意義，通說均同意，繼承人依然繼承全部債務，惟得拒絕清償超過所得遺產範圍之債務，此係抗辯權之行使。如繼承人不主張限定責任，而以自己固有財產清償債務者，仍屬有效，不得以非債清償為理由請

⁵⁴ 自歷審裁判無法窺知 X 確切於何時提起債務人異議之訴，僅知一審法院於 2010 年 6 月 7 日曾作成板橋地方法院 99 年度訴字第 986 號裁定，命 X 補繳債務人異議之訴的裁判費，故可推測 X 至遲於 6 月初已提起債務人異議之訴，但法院並未因此停止執行。

求返還不當得利⁵⁵。不過，繼承人是否隨時均可主張有限責任之抗辯，毫無限制，則有疑義。

首先，若被繼承人之債權人訴請繼承人清償債務，而繼承人於訴訟中主張有限責任之抗辯時，法院命繼承人就債權之全額為清償之同時，應附以於遺產限度內為清償之保留支付判決，此狀況較無問題。惟之後強制執行程序中，若債權人不依執行名義為之，而就繼承人之固有財產為執行者，繼承人應如何救濟（依強制執行法第 12 條聲明異議⁵⁶？提起第三人異議之訴⁵⁷？提起債務人異議之訴？）則有不同見解。

其次，若被繼承人之債權人訴請繼承人清償債務，但繼承人於訴訟中並未主張有限責任之抗辯時，法院則應為無保留支付之判決，命繼承人就債務全額為清償。不過，若日後繼承人於強制執行程序中，再行主張有限責任之抗辯，得否阻止強制執行之效力？學說有認為若允許繼承人在實體上不爭執，等到執行程序始主張抗辯，將使實體法上的訴訟變成無意義⁵⁸，且有限責任之抗辯屬攻擊防禦方法，繼承人於實體訴訟中未主張時，生失權之效果，故不得於強制執行中再提起異議之訴⁵⁹。對此最高法院 68 年台上字第 718 號判例似採肯定說，繼承人縱未於訴訟中為有限責任之抗辯，亦無妨於執行時提起第三人異議之訴，以排除其固有財產被強制執行；但此判例是訴訟繫屬中債務人死亡，由繼承人承受訴訟者，繼承人究竟有無機會在事實審言詞辯論終結前提出有限責任之抗辯，並不明確。

本判決所涉及的狀況較為特殊，是執行名義成立後，因「法律修正」而使繼承人享受有限責任之效果（債權憑證為南投地方法院於 2008 年 4 月 9 日所核發，修法亦即繼承編施行法第 1 條之 3 係於 2009 年 6 月 10 日修正公

⁵⁵ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 52，頁 164；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（2014），《民法繼承新論》，9 版，頁 192，台北：三民；林秀雄，前揭註 52，頁 149。

⁵⁶ 最高法院 33 年上字第 6257 號判例、40 年台上字第 752 號判例、70 年度台上字第 1196 號判決。

⁵⁷ 最高法院 77 年台抗字第 143 號判例。

⁵⁸ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 52，頁 165。

⁵⁹ 林秀雄，前揭註 52，頁 151。

布)。此種繼承人，在過去的實體訴訟中並不具備限定繼承人之身分，無從主張有限責任之抗辯，故允許其在強制執行程序終結前，提起異議之訴，行使有限責任之抗辯權，有其必要⁶⁰。本件繼承人 X 雖已提起異議之訴（原審認為是第三人異議之訴），但執行並未停止，由債權人 Y 受領 X 固有財產換價所得，Y 即係以第三人財產執行清償甲之債務，自屬無法律上原因而受有利益而致繼承人 X 受有損害，因此 X 得為訴之變更請求 Y 返還不當得利⁶¹。

X 之所以得請求 Y 返還 23 萬餘元之不當得利，係屬強制執行程序終結後的救濟方式，亦即實體法上的抗辯權正當行使之結果，並非意味繼承債權人在實體法上無此債權，從而，繼承人 X 請求確認債權（請求權）不存在無理由。最高法院之判斷可資贊同。

（二）債權人就贖餘遺產有所主張時

最高法院 100 年度台上字第 1509 號判決的事實關係是 2008 年修法前，繼承人已依法辦理限定繼承，但債權人並未在公示催告期間內報明債權，而直到繼承人已清算完畢後，債權人才對贖餘遺產求償之案例。

原審（臺灣高等法院 99 年度上字第 1256 號判決）認為：「民法第一千一百六十二條所謂被繼承人之債權人僅得就贖餘遺產，行使其權利云者，係指被繼承人之債權人，不於法院依第一千一百五十七條規定，所為公示催告程序公告之一定期間內，報明其債權，且該債權又為繼承人所不知者。僅得就繼承人依第一千一百五十九條規定，清償有於該一定期限內報明或繼承人所已知之債權後，所贖餘之遺產，行使其權利而言。非謂債權人未於公示催告程序公告之一定期間內，報明其債權，即不得再依訴訟程序為裁判上之請求。」即使繼承人 Y 稱遺產已無贖餘屬實，仍無礙於債權人 X 所為裁判上

⁶⁰ 相同見解，參見林秀雄，前揭註 52，頁 151。

⁶¹ 張登科（2001），《強制執行法》，修訂版，頁 193，台北：自刊，指出第三人於執行程序終結前提起異議之訴，而訴訟繫屬中執行程序終結者，第三人異議之訴失其利益，法院應駁回，但第三人如為訴之變更，請求債權人為損害賠償或返還不當得利，法院不得駁回其訴。

之請求，故判決 Y 應於繼承遺產範圍限度內，連帶給付 X 新台幣 200 萬元及利息、違約金。

最高法院認為，在第 1162 條之情形，「如被繼承人之債權人對繼承人為訴訟請求，法院之判決主文應明確標示：繼承人對之僅於贖餘遺產範圍負清償之責，否則，法院判決主文若未明確標示，將來執行法院強制執行時，債權人若主張對繼承所得之遺產執行，執行法院祇得依判決主文執行，繼承人不得以債權人僅得對贖餘遺產執行而聲明異議。且債權人僅得對贖餘遺產求償，係在事實審言詞辯論終結前即已存在之事實，繼承人於執行時，亦無從提起異議之訴。」認為原審將第 1162 條「僅得就贖餘財產行使權利」解為「係指債務人於債權人請求清償或法院強制執行時，得就此予以抗辯而已」，並不妥當。

限定責任的情形下，繼承人清償已報明之債權或其已知之債權及交付遺贈後，可將贖餘遺產歸屬於己，如再有被繼承人之債權人或受遺贈人出現，請求償還或交付時，仍有就現實贖餘遺產為償付之義務⁶²。此際，若繼承人被債權人起訴請求清償，按照最高法院的論理，繼承人得於訴訟中主張「僅就贖餘遺產」負清償責任的抗辯，法院應命繼承人就債權之全額為清償之同時，應附以於「贖餘遺產」限度內為清償之保留支付判決。繼承人是否在訴訟中行使抗辯權，係在事實審言詞辯論終結前即已存在之事實，不許繼承人嗣後再藉異議之訴為不同之主張；因此，若法院主文並未標示以「贖餘財產」為限度的話，繼承人對強制執行自無法以「債權人僅得對贖餘遺產執行」提起異議之訴。

三、遺囑

近五年遺囑相關的最高法院裁判有一定數量，可粗略區分為遺囑效力（要式性問題）以及遺囑所為之遺產處分之效力二類。

⁶² 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 55，頁 205。

（一）遺囑要式性

我國的普通方式遺囑可分為自書、公證、密封、代筆共 4 種（民法第 1189 條），其中密封遺囑實務上甚為罕見⁶³，其餘 3 種較常被使用。下述幾件最高法院裁判均是針對要式性所表示之見解。

1. 公證遺囑

公證遺囑必須有 2 人以上之見證人，由遺囑人在公證人面前口授遺囑意旨，由公證人筆記、宣讀、講解，經遺囑人認可後，記明年、月、日，由公證人、見證人及遺囑人同行簽名（民法第 1191 條 1 項）。

最高法院 100 年度台上字第 1024 號判決強調見證人必須確認公證遺囑確實出自遺囑人真意，因此，「倘見證人僅在場旁觀公證遺囑之作成程序，而未參與見聞確知公證遺囑內容係出自遺囑人之真意，與遺囑人口述意旨相符之情，縱其在公證遺囑上簽名見證，亦不生見證之效力。」此件遺囑之見證人中，有 1 人不知遺囑為何人所寫、財產資料由何人提供，亦無法回答作成遺囑的過程情形、公證人有無朗讀遺囑意旨，並表示自己並不瞭解遺囑內容為何，故被法院認定為事實上之缺格，經扣除該見證人後，系爭遺囑之見證人僅餘 1 人，不足民法第 1191 條第 1 項所規定之見證人 2 人數額，系爭遺囑因此無效。

另，最高法院 102 年度台上字第 98 號判決則是公證遺囑中，遺囑人無法發音，以及有一見證人中途離場。原審（臺灣高等法院高雄分院 100 年度家上字第 17 號判決）採取較寬鬆之態度，遺囑人當時經氣切，僅能小聲講話，法院仍認定滿足「口述遺囑意旨」之要式，此外，有一見證人中途片刻離場，但已見聞遺囑人於表示遺囑內容時，有與公證人交談，故足以理解遺囑內容係出自遺囑人之真意，並與公證人所製作遺囑內容相符，因此仍得謂適格之見證人。但最高法院堅持：「『口述』應以言詞為之，不得以其他舉動表達，遺囑人聲音發生障礙，由公證人發問，僅以點頭、搖頭或搖手示意，

⁶³ 黃詩淳（2014），〈涉訟榮民遺囑之特徵與法律問題〉，《臺大法學論叢》，43 卷3期，頁605。

不能解之遺囑人『口述』，關於見證人中途離場，則謂：「依其（筆者按：民法第 1191 條）立法意旨觀之，應由遺囑人指定見證人，且見證人於被繼承人為遺囑時須始終親自在場，見聞其事，並得為證明及簽名其上之人，如見證人之一人中途一度離去，而僅一人在場時，則為方式之欠缺。」採取嚴格之解釋，故遺囑無效。

2. 代筆遺囑

民法第 1194 條規定：「代筆遺囑，由遺囑人指定三人以上之見證人，由遺囑人口述遺囑意旨，使見證人中之一人筆記、宣讀、講解，經遺囑人認可後，記明年、月、日，及代筆人之姓名，由見證人全體及遺囑人同行簽名，遺囑人不能簽名者，應按指印代之」。

最高法院 102 年度台上字第 1245 號判決質疑，代筆遺囑之見證人中之一人證述：「……我哥哥（指兩造被繼承人）前一天打電話給我，叫我第二天早上攜帶身分證印章到法院公證處，到那裡之後我哥哥叫我拿身分證印章給他蓋，並告訴我說我是遺囑執行人，之後公證處的人核對我的身分證後就還給我，我哥哥就叫我先走了……」，與民法第 1194 條未符，亦即代筆遺囑之見證人理論上應如同公證遺囑的見證人般，始終親自在場親見親聞遺囑過程始可，而本件之見證人似乎未符要件，故廢棄原判決，發回原審法院。

（二）逐漸形成遺贈與「繼承受益」之區別

民法第 1187 條規定：「遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。」通說認為遺囑得為下述之財產處分⁶⁴：①遺贈 ②應繼分之指定 ③遺產分割方法之指定 ④遺產分割之禁止 ⑤遺囑執行人之指定或其指定之委託 ⑥遺囑之撤回 ⑦捐助行為 ⑧信託行為 ⑨領受撫恤金遺族之指定。

⁶⁴ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註52，頁281-282；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註55，頁246；林秀雄，前揭註52，頁220。

其中①②③之內容，均係被繼承人以遺囑分配遺產之方法，雖在概念上三者有所不同，但具體案例中被繼承人的遺囑內容屬於何者，例如：「遺產中之 A 地分配於甲」，究為（特定物）遺贈，抑或是應繼分之指定（當 A 地價格超過法定應繼分時），還是遺產分割方法之指定，並不容易區別⁶⁵。雖過去實務的確和學說相同，並不細分 3 種處分不同，但最近幾個最高法院判決，逐漸將此 3 種處分分成了兩大類：一為遺贈，一為「應繼分之指定或（兼）遺產分割方法之指定」（本文稱為「繼承受益」）。以下先舉出具體的判決為例，最後再歸納說明。

1. 指定應繼分

最高法院 100 年度台上字第 1747 號判決⁶⁶中，遺囑人生前於 1982 年 10 月 13 日書立代筆遺囑，指定由兒子 X、Y1 按指定比例繼承較有價值之 25 筆不動產，對於其他繼承人即女兒 Y2、Y3、Y4 取得之部分，則未予以任何安排。遺囑人於 1989 年 5 月 12 日死亡，其繼承人有兒子 X、Y1 及女兒 Y2、Y3、Y4 共 5 人，其遺產除遺囑所提及之不動產外，尚有坐落花蓮市之二筆土地（與他人共有）及道路用地（依社會一般通念認無經濟價值）。X 於 2008 年 12 月 1 日始提起本件訴訟請求分割遺產，距離遺囑人死亡已逾 19 年，因此，本件爭點在於遺囑所為之財產分配之性質為何，是否罹於 15 年之消滅時效。

原審（臺灣高等法院臺中分院 99 年度重家上字第 5 號判決）認為，「被繼承人於遺囑中，將特定財產給予某特定繼承人，若未就其他繼承人取得之部分另予安排時，被繼承人所真正關心者，應係該特定財產之歸屬，而非應繼分之變更，故將之解為遺贈似較能合乎遺囑之真意」，而受遺贈人對繼承人享有交付遺贈物之請求權，因 15 年間不行使而消滅，故本件 X、Y1 之請求權罹於消滅時效，法院依照法定應繼分之比例判決遺產分割。

⁶⁵ 吳煜宗（2005），〈遺囑之解釋〉，《月旦法學教室》，38期，頁17。

⁶⁶ 與前述（一）遺囑要式性之2. 代筆遺囑中的最高法院102年度台上字第1245號判決為同一事件。

但最高法院卻以三點理由，認為本件為應繼分之指定，而非遺贈，將原判決廢棄發回。第一，遺贈通常係將特定之一、二財產給予某特定繼承人，然而本件遺囑所處分之不動產卻是遺產中多筆甚具價值者，因此不屬遺贈。第二，於遺產有債務時，在應繼分指定，債務於繼承人之相互間按「指定之應繼分」而負擔，在遺贈，繼承人相互間仍應按其（法定）應繼分比例負擔，本件遺囑載明：「遺囑人（即何○）及其妻何林○蘭日後生活費、醫藥費及百年後喪事費等一切所開費用應由上訴人何○銘（筆者按：Y1）及被上訴人（筆者按：X）各負擔 1/2；日後遺囑人及其妻何林○蘭對外一切債權債務，由上訴人何○銘（筆者按：Y1）及被上訴人（筆者按：X）均分負擔或取得」，顯然是將債務依指定應繼分比例由受益繼承人分擔，故遺囑所為不動產之分配屬於指定應繼分。第三點則與遺贈和繼承登記之制度變遷有關，本文省略之。

最高法院明確點出了遺贈和指定應繼分之要件差異：遺產中特定一或二財產之分配屬於遺贈，大量財產的分配屬於指定應繼分；無涉債務負擔之處分係遺贈，命受益人負擔特定比例債務者屬指定應繼分。而兩者之區別實益在於，遺贈之請求權有 15 年消滅時效之適用，指定應繼分則無此問題⁶⁷。

2. 遺產分割方法之指定

⁶⁷ 最高法院廢棄原判決，發回於臺灣高等法院臺中分院，該院100年度重家上更（一）字第1號判決進一步闡釋何以指定應繼分無消滅時效之適用：「遺囑指定應繼分之情形，該繼承人係取得指定應繼分遺產之繼承權，即該部分遺產之主體地位及既得權利，並非取得一債權之請求權，本件被上訴人係請求分割遺產，非請求他繼承人履行遺囑，其請求權之基礎應係民法第1164條，系爭遺囑僅係指定應繼分，自無請求權時效消滅規定之適用」。對此，黃詩淳（2014），〈以遺囑處分遺產之方法與區別實益：最高法院九十九年度臺上字第九一八號民事判決及其他相關實務見解評析〉，《月旦法學雜誌》，225期，頁250，認為，指定應繼分在嚴格定義下，應係抽象之應有部分的比例指定（例如指定遺產之1/2由Y繼承），故本件處分應解為指定應繼分兼遺產分割方法之指定，始可能發生令特定繼承人取得特定遺產（或具體之應有部分）之效果。嗣後受不利判決之Y2、Y3、Y4再上訴至最高法院，但法院（即最高法院102年度台上字第1245號判決）對於遺囑所為之遺產分配隻字未提，反而以遺囑可能不符合形式要件為由，再度發回原審。

遺囑人於 2001 年 9 月 14 日作成代筆遺囑（下稱系爭遺囑），將名下之 25 筆土地（下稱系爭不動產）由女兒 Y 單獨繼承。遺囑人於 2001 年 11 月 23 日死亡，繼承人共八人，包含被告 Y、第一審原告 X1 和 X2、訴訟參加人 Z，以及訴外人 A、B、C、D。Y 於 2007 年 7 月持系爭遺囑，將系爭不動產辦理繼承登記為 Y 單獨所有。X1 和 X2 主張系爭遺囑應屬無效；縱認該遺囑為有效，甲之繼承人計有 8 人，依民法第 1223 條第 1 款之規定，各繼承人之特留分為 1/16，Y 至多僅能分得 9/16，惟 Y 依系爭遺囑所取得之遺產，已侵害其他繼承人之特留分，故求為確認 X1 和 X2 就系爭不動產有共同共有權存在，並命 Y 先前就系爭不動產所為之登記予以塗銷。

原審（臺灣高等法院 98 年度重家上字第 6 號判決）肯定系爭遺囑有效，並認定甲以遺囑處分遺產（雖認為其性質屬應繼分之指定，但判決內又有「甲以系爭遺囑將系爭不動產『遺贈』予被告」之敘述），已侵害原告 X1 和 X2 之特留分。法院認為 X1 和 X2 行使扣減權，將使該當於其受侵害額之應繼分指定失其效力，因扣減而回復之特留分雖仍概括存在於全部遺贈物，不過即已回復其權利，故系爭不動產為 X1、X2 與 Y 所共同共有之財產，X1、X2 自得本於共同共有關係，請求 Y 塗銷對系爭不動產所為之繼承登記。

最高法院 99 年度台上字第 918 號判決認為，原審一方面認遺囑人以系爭遺囑將系爭不動產遺贈予 Y，一方面認遺囑人於系爭遺囑中將系爭不動產全部指定由上訴人單獨繼承，其性質應屬應繼分之指定，判決理由有矛盾。況且「邱○裡（筆者按：遺囑人）所遺財產除系爭不動產，尚有儲蓄及大批股票。然被繼承人於系爭遺囑載明本人名下之左列不動產由本人之女兒甲○○（筆者按：Y）單獨繼承等語，其真意為何？是否僅為應繼分之指定抑或包括指定遺產分割方法？如為肯定，則究係僅就所列不動產部分為指定，抑或就全部遺產為指定分割方法，當涉及共同繼承人得否再行請求遺產分割，並與特留分扣減權行使有重要關聯，原審就系爭遺囑之性質為何，是否為遺囑人生前以遺囑方式之遺產分割方法，均未說明其法律上之理由，逕以上揭理由為上訴人（筆者按：Y）不利之判決，不免速斷」，故廢棄原判，發回臺灣高等法院。

本件屬於遺囑僅就「部分遺產」所為之指定，按最高法院見解，因尚有未分割之其他遺產，故共同繼承人得再請求分割。特留分扣減人不得在未分割前，即起訴主張因扣減而標之物之物權回復於己並基於所有物返還請求權請求回復該標的；例如「請求移轉遺贈標的物（不動產）之特定比例之（分別共有的）應有部分登記」的訴之聲明，過去已明確被最高法院 88 年度台上字第 572 號判決和同院 91 年度台上字第 556 號判決否定；本件雖非請求分別共有之應有部分，而是主張「回復共同共有」狀態，最高法院仍否定之。何以最高法院不斷否定遺產分割前的特留分扣減主張？其原因應是考量，實際遺產分割前，無從確知各個特留分權利人最終所獲遺產額，從而也無法計算特留分被侵害額之故。雖過去學說並不反對遺產分割前的特留分扣減，然深究其舉出的計算式實為「假設性的計算」，真正遺產分割很可能並不符合學說假設的結果⁶⁸。從上述 3 則最高法院判決可知，在遺產分割前，縱遺囑所為之財產處分價額甚高，特留分權人仍不得提起請求移轉分別共有之應有部分或請求回復共同共有登記之訴；扣減之行使方法，係由共同繼承人進行遺產分割，並在分割時考量特留分扣減，取得相當於特留分扣減部分價值之遺產⁶⁹。

另，若遺囑係就「全部遺產」為指定，則再無其他可供分割之遺產。此時特留分權利人不必再行遺產分割，即可確知其最終獲得之遺產額以及特留分不足額，因此得向遺囑受益人表示扣減之意思，並基於扣減而回復之物權，向遺囑受益人請求返還相當於扣減額之應有部分。

3. 小結

如上所述，以遺囑所為之財產處分，在近年實務見解中，逐漸形成了兩大類：一為遺贈，一為「應繼分之指定或（兼）遺產分割方法之指定」，整理如下。

⁶⁸ 黃詩淳（2008），〈特留分之保護方法：從扣減而回復部分之法律性質談起〉，《臺大法學論叢》，37卷1期，頁231-232。

⁶⁹ 此為筆者對本件最高法院判決意義的解讀，亦即遺產分割前不可能請求給付相當於特留分受侵害額之財產，參見黃詩淳，前揭註68，頁252-258。

遺贈的受益人（受遺贈人）可為繼承人或非繼承人，雖然過去許多受遺贈人的確是繼承人⁷⁰，但近年以繼承人為受益對象之處分，多被認定為「應繼分之指定」或「遺產分割方法之指定」⁷¹。在效力上，受遺贈人僅取得向遺贈義務人（即繼承人）請求交付標的物之權利，其性質為債權，故其請求權有 15 年消滅時效之適用；表現在登記程序上，受遺贈人無法單獨辦理不動產之登記，而需繼承人之協力，共同辦理名義移轉。

另一方面，指定應繼分和遺產分割方法之指定，其受益人必為繼承人，本文統稱為「繼承受益」。在效力上，指定應繼分的受益繼承人可單獨辦理如遺囑所載內容的（不動產）登記。此外，指定應繼分之受益繼承人若先於遺囑人死亡，其應繼分得被代位繼承；且指定應繼分的受益人因遺囑生效而當然取得對標的物之權利（物權），故無消滅時效可言。至於遺產分割方法之指定，若其內容係「將特定財產分配給特定單獨繼承人」，在效力上有一特點：遺囑一旦生效，便依其所定之方法立即發生遺產分割之效力，因此同樣地，受益繼承人可單獨辦理如遺囑所載內容的不動產繼承登記。近來不少案例是遺囑指定特定遺產分配給特定繼承人，且標的物之價額超過法定應繼分額，此種處分則常被解為「應繼分之指定兼遺產分割方法之指定」，便兼具上述二者之優點（物權效、單獨登記、得代位繼承、無消滅時效、遺產分割之效果）。

雖遺贈和繼承受益有上述之區別，但當其侵害特留分時，特留分權人得對之扣減，則無不同。然扣減之方法，須視處分之效力，以及是否尚有未分割之遺產而定（參見下表）。在遺贈，受遺贈人無法單獨辦理登記而取得所有權（遺贈僅有債權效），較難想像標的物之物權在繼承人不知之情形下移轉給受遺贈人，從而遺贈多半為 I 或 III。另一方面，繼承受益類的處分具分割效、物權效（屬下表 II 或 IV），若尚有未分割之遺產，特留分權人不得對

⁷⁰ 黃詩淳（2010），〈特留分意義之重建：一個法制史的考察〉，《臺大法學論叢》，39卷1期，頁144-146，所考察之判決多在2000年以前。

⁷¹ 除了上述1、2的兩則最高法院裁判以外，例如同院96年度台上字第1282號判決、100年度台上字第1754號裁定均採此解。

受益人請求塗銷登記，特留分權人亦不得請求受益人返還特定比例之應有部分（下表稱為「給付之訴」），而應先分割遺產（下表 II）。若全部遺產已經分割完畢，特留分權人才可能確定自己之特留分不足額，從而提起給付之訴（下表 IV）。換言之，因遺贈和繼承受益之效力不同，特留分權利人行使扣減之方法也有所差異。

【表一】特留分扣減之行使方法

	遺囑處分標之物之物權尚未移轉 (多為遺贈)	遺囑處分標之物之物權已移轉 (多為繼承受益)
遺產分割前	I 既然標之物之物權尚未移轉，「物權的形成權」之扣減權無從發生。應先進行遺產分割，使特留分扣減人取得相當於特留分額之遺產後，所餘者再移轉遺囑受益人即可。	II 因無法確知特留分受侵害額，不可提起給付之訴。應在遺產分割主張特留分。
遺產分割後	III 既然標之物之物權尚未移轉，「物權的形成權」之扣減權無從發生。將標之物價額扣除特留分不足額後，所餘者移轉給遺囑受益人即可。	IV 可提起給付之訴，以意思表示扣減，使受侵害部分之物權回復於特留分權利人，再基於物權請求返還標之物。

※資料來源：作者製表。

肆、結 論

2010 年至 2014 年民法親屬編及繼承編並無大規模的立法活動，僅有零星修正，婚姻、父母子女關係固然仍是身分法的重要議題，但隨著社會變遷尤其高齡化，老親的扶養以及死後的遺產處理也逐漸進入立法者的視野。

在司法裁判方面，最高法院在夫妻剩餘財產分配相關問題上，採取較為形式的見解，例如：某債務是否屬於婚後債務，係以債務成立之時點判斷，不考量其目的；是否調整或免除分配額，亦較事實審法院謹慎，忠實地貼近「夫妻平等地分享盈餘」的立法意旨。在父母子女關係方面，在生父死後被認領之子女，最高法院認為其繼承權受到限制，僅得繼承尚未分割之遺產，或（被他人無權占有）嗣後始發現之繼承財產，導致子女在生父生前或死後被認領，效力有所差異。此外，生父生前雖已撫育非婚生子女，但該非婚生子女由於被推定為他人之婚生子女，致生父之認領無效，即使事後婚生推定已被推翻，該非婚生子女溯及既往回復「非婚生」之地位，最高法院仍堅持過去無效的認領依然無效。另，非生父所為之認領本應無效，但法院認為符合 1985 年修正前之收養要件：「自幼撫養為子女」，使無效之認領轉換為有效之收養。上述三個見解的共通之處是，對各該案件中的非婚生子女均產生不利之結果。

至於繼承領域的司法裁判，最高法院對於繼承回復請求權的成立要件的認定頗為恣意，尚無規則可循，但倘若一旦適用繼承回復請求權，就會發生請求權罹於消滅時效、真正繼承人無法繼承，也無法主張所有物返還、遺產分割、特留分扣減之效果；繼承回復請求權變成排拒真正繼承人主張的工具。在限定責任方面，最高法院較保護繼承人，若繼承人未能於實體訴訟中行使限定責任的抗辯，尚得於強制執行程序提起異議之訴獲得救濟。最後，在遺囑方面，最高法院對遺囑的要式性採嚴格立場，見證人必須全程參與遺囑製作過程，並親見親聞遺囑人之真意，始謂適格。而基於有效的遺囑所為之遺產處分行為，最高法院逐漸創造了「遺囑」與「繼承受益」二種分類，在時效、可否代位繼承、登記手續等方面效力不同，體現了法律續造之精神。

總體而言，近五年最高法院在「純粹親屬的身分法」的親屬編相關問題上，態度顯得較為保守，尤其對非婚生子女更係如此。相對地，在「身分財產法」的繼承編相關問題上，則較為開放與活躍，肯定繼承人受限定責任之保護，也積極創造不同類型的遺囑處分，值得評價。

The Development of the Family and Succession Law: A Review of Decisions in 2010-2014

*Sieh-Chuen Huang**

Abstract

This article reviews the significant developments in Taiwan's family and succession law, which is stipulated in Civil Code, from 2010 to 2014. Instead of comprehensive legal reform, there have been merely a few slight revisions of the statutes in this period. The legislative amendments involve not only the matrimonial regime and parent-child relationships, which have been considered important issues in family law traditionally, but also support for elderly parents and inheritance following the social trend, especially the aging population.

Regarding judicial activities, the Supreme Court's decisions in the family law have been comparatively conservative during the last four years. Take opinions on the division of net assets upon divorce for example. The Supreme Court maintains that whether a debt is pre-marital or marital should be determined by the time of its creation, regardless of its purpose. That is, even though the husband's debt is nothing to do with the wife's life but merely for the interest of the husband, it is regarded as a marital debt and hence reduces the net value of the husband's assets as long as it is created during marriage. Consequently, the husband will be less likely to distribute his assets to the wife. In addition, while dividing net assets, the Supreme Court stays close to the application of the "equal share rule" provided by statutes, notwithstanding one spouse's contribution to the net assets being less than the contribution of the other. As for parent-child relationships, a number of cases regarding acknowledgement of children born out of wedlock seem more inclined to limit

* Associate Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.
E-mail: schuang@ntu.edu.tw

the possibility for the child to inherit the deceased father's estates, which is against the child's interests.

On the other hand, decisions in succession law appear to be more open-minded and active. In general, if the creditor of the estate brings a lawsuit to the court and receive an enforceable court decision because the heir did not claim his/her limited responsibility for the debts, the heir cannot contest such a decision later. However, in the situation that the heir had no means to make a claim during the substantive procedure due to the application of the law, the Supreme Court allows the heir to file an objection against such a decision to prevent enforcement. Furthermore, with regard to testamentary transfer, the court distinguishes bequests to statutory heirs from those to other beneficiaries, giving them different effects on the period of prescription, the possibility of succession in strips when the beneficiary predeceases the testator, and the process of realty registration. To sum up, this article concludes that the Supreme Court has been more willing to apply the law flexibly and creatively in succession law than family law in the past five years.

Keyword: division of matrimonial property, marital debts, acknowledgement of child out of wedlock, treatment of a void *ab initio* behavior, adoption, recovery of estate, succession with limited responsibility, objection against the decision authorizing enforcement, remaining estate, formality of wills