日據時期臺灣繼承制度暨爭議問題之探討（下）

尤重道*

壹、前言
貳、日據時期臺灣民事法律制度
　一、日本統治時期在臺灣施行的法律
　二、繼承事件適用臺灣繼承習慣
　三、日據時期臺灣繼承習慣之內涵
　四、小結
參、戶主身分地位之繼承
　一、戶主繼承之開始原因
　二、戶主繼承人及順位
　三、小結
肆、財產繼承
　一、因戶主喪失戶主之身分而開始之財產繼承（家產繼承）
　二、因家族死亡而開始之財產繼承（私產繼承）
　三、小結
伍、臺灣光復後日據時期臺灣繼承習慣之適用
　一、繼承開始於日據時期繼承事件之法律適用原則
　二、被繼承人於日據時期死亡，當時無人繼承之共有不動產其應有部分之歸屬
陸、日據時期無法定推定戶主繼承人，於臺灣光復後可否再由親屬選定繼承人？
　一、學者見解
　二、實務見解
　三、小結
柒、結語

肆、財產繼承

財產繼承分為：1.因戶主喪失戶主之身分而開始之財產繼承。2.因家族之死亡而開始之財產繼承二種。前者，繼承之開始原因，與戶主身分地位之繼承相同；後者，係以具有家族身分之被繼承人之死亡為原因，而承繼其財產上權利義務為標的，故係與戶主繼承無關之財產繼承。此兩種財產繼承，均採共同繼承制，與戶主身分繼承之為單獨繼承者不同，而同一順位之數繼承人間則採均分繼承主義[92]。

一、因戶主喪失戶主之身分而開始之財產繼承（家產繼承）

（一）家產繼承之開始原因

*本文作者係雲林縣社區大學講師，國立中正大學法律學研究所碩士

註92：姉歯松平，同註27，頁389，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁472。

家產繼承之開始原因與戶主身分地位繼承之開始原因相同，因戶主喪失戶主權而開始，而戶主喪失戶主權之原因：

1.戶主之死亡。死亡包括事實上之死亡及宣告死亡。

2.戶主之隱居。

日本昭和10年（1935年）4月5日台灣高等法院上告部判官及覆審部判官聯合總會決議，承認隱居有習慣法之效力，自該日起隱居始成為戶主繼承開始之原因。但隱居發生於該決議日期以前者，不能認為因隱居而開始之戶主繼承，而應以被繼承人死亡日期定其繼承開始日期。故隱居發生於該決議之前者，在解釋上於上項決議之後，須經隱居人追認始發生效力，而不能認定自申報隱居時起，或自決議之日起當然發生效力[93]。

3.戶主之國籍喪失。

4.戶主因婚姻或收養之撤銷而離家。

（二）家產繼承人及順位

因戶主喪失戶主權所開始之財產繼承（家產繼承），其繼承人之順位為：1.法定之推定財產繼承人。2.指定之財產繼承人。3.選定之財產繼承人。此與戶主繼承之情形相同。其法定之推定財產繼承人，應為被繼承人之家族，且為直系卑屬之男子，亦與戶主繼承之情形無二致：但男子有數人時，共同均分繼承之點，則與戶主繼承有異[94]。

1.法定推定財產繼承人

法定推定財產繼承人，須係被繼承人之家族，且為男子直系卑親屬。姻親卑親屬，女子直系卑親屬，男子之入他家，或新創一家者，均不得為法定之財產繼承人。惟因收養而為家族者，因終止收養關係而復籍者，以及分家後廢家而復歸者，如於繼承開始時為家族，則仍具備財產繼承人之要件。苟係被繼承人之男子直系卑親屬，則不分長幼，嫡庶與私生子，自然血親與準血親，均得為財產繼承人[95]。被繼承人之男子直系卑親屬有親等不同者，以較近者為先，親等相同之嫡出子，庶子及私生子之間，以同一順位為財產繼承人[96]。

換言之，法定推定財產繼承人係男子直系卑親屬（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。女子直系卑親屬及因別籍異財或分家等原因離家之男子直系卑親屬均無繼承權。至於「寄留」他戶之男子直系卑親屬對家產仍有繼承權。男子直系卑親屬有親等不同者，以親等近者為優先。親等相同之男子有數人時，共同均分繼承之[97]。

註93：司法行政部臺（50）函民字第3150號函，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁470；法務部88年1月27日（88）法律字第051030號函，《法務部公報》，228期，頁57-58；最高法院70年度臺上字第235號判決參照。

註94：姉齒松平，同註27，頁392，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁472。

註95：陳瑞堂，同註18，頁473。

註96：姉齒松平，同註27，頁394，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁473。

註97：繼承登記法令補充規定第3點第2、3項參照。

戶主死亡後，戶主身分地位之繼承及戶主所遺財產之繼承，其第一要件須為被繼承人之家屬，習慣上分戶而另立一家，即別籍（別居）異財者，對於原來之家，即發生喪失繼承權之效果。依「臺灣私法」所載，分戶之要件為：1.分割家產。2.別居，但父母生存中原則上不承認分戶，僅得依父母之命，分割家產而分居，所謂別籍，以有分戶之意思表示，而與本戶獨立成一戶為已足，非必辦竣戶口上分戶手續乃可，即是否依戶口規則申報分戶，與分家之成立毫無關係。足見被繼承人之男子直系卑親屬是否喪失財產繼承權或戶主繼承權，均以實際是否分割家產及別居為要件，而不得以戶籍謄本上之記載為根據[98]。

日據時期家產繼承案件，家屬於前戶主死亡前，如戶籍上有分戶之記載，而繼承人（家屬）主張，分戶並不以分產或別籍別炊為要件，其實質上已分家並另立生計者，始喪失繼承權，戶籍上有分戶記載，僅係戶口分立，實際仍居住同一地點共同生活，與別籍異財或分家等不同云云，屬事實認定問題，登記機關應本依職權審認之，當事人或利害關係人如有爭議，亦得循訴訟程序尋求解決[99]。

依日據時代臺灣繼承習慣法，隱居固屬繼承開始之原因，而其取得不動產所有權復不以登記為生效要件，惟被繼承人倘於光復後從新以自己名義聲請登記，並依法定程序頒發所有權狀後，則其隱居繼承之原因可認為業已消滅，似難復以此項原因為繼承之登記[100]。亦即，日據時期隱居者，光復後仍以自己名義辦理土地登記，其隱居繼承之原因應視為消滅，自不得復以隱居之原因為繼承之登記[101]。

2.代襲財產繼承人

法定推定財產繼承人於財產繼承開始前死亡，或喪失財產繼承權時，由其直系血親卑親屬，承襲死者之順位而為財產繼承人，是為「代襲財產繼承人」之謂，其要件與於代襲戶主繼承人相同。惟戶主之被繼承人有二子，其中一子於繼承開始前死亡而無男子直系卑親屬者，於繼承開始後，除另一生存之子當然得承繼遺產外，可否為其已死之子選定財產繼承人，判例採取否定說[102]。亦即，繼承開始時，既有法定推定財產繼承人，自不得另為選定財產繼承人之

註98：《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁442、443、473；最高法院86年臺上字第1366號判決參照。

註99：內政部87年1月8日臺內地字第8612917號函、法務部86年12月19日法律字第044919號函參照。

註100：司法行政部51年4月24日（51）臺函民字第1926號函參照，《法務部行政解釋彙編(1)》，1992年5月，頁876；最高法院49年度臺上字第635號判決亦認為「…依當時適用之法律不以登記為取得所有權生效要件，惟於民國35年間黃〇〇重新以自己名義申請登記（總登記），並依法定程序頒發所有權狀後，其隱居繼承之原因顯已消滅，自不得以民國45年復以隱居之原因為繼承登記。」

註101：繼承登記法令補充規定第8點。

註102：姉齒松平，同註27，頁397，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁473-474。

追立[103]。

3.指定財產繼承人

無法定之財產繼承人，亦即無法定之推定戶主繼承人時，被繼承人得指定財產繼承人。被繼承人指定某人為戶主權之繼承人，應同時指定該人為財產繼承人，兩者有不可分之關係。被繼承人雖僅為指定戶主繼承人之表示，或僅為指定財產繼承人之表示，亦應視為兩者並為指定。亦即，就戶主繼承人為指定者，應就財產繼承一併指定繼承人，僅為指定戶主繼承人之明示，推定並為財產繼承人之指定。**繼承人得僅承認戶主繼承而拋棄財產繼承；但拋棄戶主繼承，則視為亦拋棄財產繼承**[104]。

戶主無直系卑親屬之男子，而於生前指定其母為財產繼承人及戶主繼承人者，於母承認繼承時，即當然繼承其子之財產[105]。戶主喪失戶主權後所生之男子，不因戶主已指定戶主繼承人，而喪失繼承權[106]。

戶主繼承人之指定為指定人之單獨行為，任何人均不得異議。再者，指定他家之法定推定戶主繼承人為繼承人者，雖非不發生指定之效力。惟被指定人如未能於繼承開始以前辦妥廢家、隱居、廢除等手續，則無從為指定繼承人。指定人雖未成年，亦得自行指定繼承人，無庸經法定代理人之同意[107]。

財產繼承人之指定得以生前行為或遺囑為之，以生前行為為指定者，條理上須依當時之戶口規則申報始生效力；以遺囑指定者，於遺囑生效後應由遺屬勒行人儘速依該戶口規則申報之。財產繼承人之指定及指定之撤銷均為指定人之單獨行為，故勿庸得被指定人之承諾[108]。

4.選定財產繼承人

財產繼承人之選定，亦與戶主繼承人之選定相同，可分為二：一為無法定推定財產繼承之被繼承人死亡；一為無法定代襲財產繼承人之法定推定繼承人死亡。在前者，一經選定人為選定之意思表示，即發生財產繼承之效力，無庸得被選定人之承諾。選定之效力溯及於繼承開始時，被選定人自繼承開始時承繼被繼承人所有財產上之權利義務；在後者，被選定人僅承繼死者所享法定推定財產繼承人之地位（家產繼承）。如該死者遺有特有財產[109]，則發生所謂因

註103：昭和14年5月17日上民字第62號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁474。

註104：陳瑞堂，同註18，頁474；繼承登記法令補充規定第5點。

註105：臺法月報昭和12年民問第8質疑回答，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁453。

註106：繼承登記法令補充規定第6點。

註107：姉齒松平，同註27，頁369，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁453-454。

註108：姉齒松平，同註27，頁399，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁474。

註109：私產是家屬的特有財產，依習慣，家屬可以自由處分，明治41年控民字第435號判決，曾文亮，〈臺灣家產制度的演變〉，《思與言》，40卷1期，2002年3月，頁293；特有財產包括個人勞力所得以及由父祖繼承之財產，昭和11年11月28日上民字第198號判決，《臺灣民事習慣調查報

家族之死亡而開始之財產繼承（即私產繼承），故被選定追立之人並無繼承死者特有財產之權[110]。至被選定人之資格，選定之時期，均與戶主繼承之情形相同。

法務部指出，代位繼承人之選定，被選定人經選定後，僅承繼死者為法定推定戶主繼承人之地位，而非以死者家族資格為繼承，故選定結果，被繼承人與被選定人之間，並不發生親子關係[111]。代位繼承人之選定與無法定推定財產繼承之被繼承人死亡之選定，實不相同，依臺灣民事習慣調查報告似無將二者均視為「死後養子」之意旨[112]。故被選定之繼承人僅止於取得代襲被繼承人之為法定推定戶主繼承人，或為法定推定財產繼承（家產繼承）人之地位，而非以死者家族資格為繼承。以該死者家族之資格所為之繼承與上述選定繼承分開而依家族之死亡而開始之財產繼承為之，即依（一）直系卑親屬（不分男女）；（二）配偶；（三）直系尊親屬；（四）戶主之順位繼承。故上述被選定之繼承人不得與被繼承人之女子直系卑親屬，就死者所遺財產以同一順一位繼承[113]。

（三）家產特殊繼承人

1.寄留他戶之男子直系卑親屬

所謂「別籍異財」，係指以情有分戶之意思表示，而與本戶獨立成為一戶，且在財產上已處於與本戶獨立之地位而言；而本件日據時期戶籍資料所載「寄留」，係指在籍貫以外一定地方，寄居達一定期間以上者而言，與上開「別籍異財」尚屬有別。如被繼承人於日據時期以戶主身分死亡，其直系血親男性卑親屬寄留於籍貫以外之地方，而未與被繼承人同居一戶，似難認係別籍異財或分戶離家，從而尚難據以認定其已喪失家產繼承權[114]。故**「寄留」他戶之男子直系卑親屬對於家產仍有繼承權**；惟原戶主之其他直系卑親屬已任寄留地戶主，應屬自創一家，非原本籍地之家屬，對被繼承人遺產無繼承權[115]。

告》，6版，頁483，盧靜儀，《清末民初家產制度的演變:從分家析產到遺產繼承》，元照，2012年3月1日，頁305。

註110：陳瑞堂，同註18，頁475；司法院釋字第668號解釋，大法官許玉秀協同意見書，附表一：日治時期選定戶主繼承習慣的說明，關於「法定的推定繼承人死亡，選定繼承人之選定效力」謂：「1.被選定者係承繼死亡者『法定的推定戶主繼承人』地位。2.被選定者繼承死亡者在死亡時所有的特有財產，及作為親屬而有的財產上權利義務。」，其中第2項與臺灣民事習慣調查報告所載不同，《司法院公報》，52卷3期，2010年3月，頁10。

註111：昭和14年7月8日上民字第101號判決參照，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁467。

註112：法務部94年3月28日法律字第0940010401號函參照。

註113：昭和12年10月25日高等法院院長對於臺中地方法院院長之釋示，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁466-467。

註114：法務部77年5月19日（77）法律字第8368號函參照，《法務部法規諮詢意見(2)》，上冊，頁411。

註115：內政部89年9月26日臺內中地字第8980747號函參照。

2.再興絕家之人

日據時期所謂絕家者，乃家因喪失戶主，又無戶主繼承人而歸於消滅之謂，因絕家而消滅之家本身亦稱為「絕家」[116]，絕家須經有關繼承人曠缺之手續始發生，在土地則應適用繼承未定地整理規則處理。實際上，一家滅絕後，多未踐行繼承人曠缺之手續，亦無人為之選定繼承人，以致長期懸而無人承繼[117]。

日據時期之絕家（戶）再興，係指家因喪失戶主，而又無戶主繼承人，經踐行繼承人曠缺手續歸於消滅後再興者而言，此時，所謂再興，僅承繼舊家之家名與屬於舊家之本家或分家之性質，並非戶主權之承繼，亦非遺產繼承，自不生承繼前戶主權利義務之問題。故**所謂絕家（戶）再興，除另有被選定之繼承人之事實外，尚難僅以戶籍上有此字據之記載，即謂其有承繼被繼承人之權利義務**。惟**倘家尚有財產**，則與真正絕家有關，應視為家在繼承人未定情況下仍然存續，就法律上言，不外係選定追立繼承情形之一，是則**戶籍人員在戶口簿處理上，雖以之為絕家（戶）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**[118]。故繼承登記法令補充規定第9點規定：「**死亡絕戶（家）者如尚有財產，其經絕戶（家）再興，並有選定繼承人之事實或戶籍簿記載有選定繼承人者，得為戶主繼承及因此而開始之財產繼承**。日據時期死亡絕戶（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，不得再以絕戶（家）再興為由主張繼承申請登記。」

3.過房子與螟蛉子

前清時代，臺灣習慣上，將養子分為過房子（同宗同姓）及螟蛉子（異宗異姓或異宗同姓均屬之），而另有養女及死後立嗣，日據時代，形式上雖仍有過房子與螟蛉子之區別。但其實質內容已有變更，養子已不注重同宗（姓）與異姓[119]。

日據時期臺灣之習慣，養子不問其為男與女，不論其為過房子，螟蛉子，均取得與親生子女相同之身分，以養親之姓為其姓，入養於養家，與養親及其血親間，發生親屬關係[120]。親屬中如無可為過房子之男子時，得將女子過房，

註116：穗積重遠，《親族法》，頁258，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁462。

註117：鰍澤榮三郎，〈論繼承人追立之制度〉，《臺法月報》，33卷6號，頁2，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁462。

註118：姉齒松平，同註27，頁54，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁462；法務部77年2月26日（77）法律字第2355號函；最高法院78年度臺上字第274號判決等參照。

註119：鄭碧吟，〈第一編親屬第三章父母子女〉，收錄於法務部編印，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁161。

註120：《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁174、175；法務部80年3月18日（80）法律字第4227號函參照，《法務部行政解釋彙編(1)》，頁818。

並令其繼承家產[121]。被繼承人死亡，有親生女，而收養過房子為該房之繼承人時，該過房子不是該女子的過房子，而是死者的直接繼承人[122]。惟同族間之收養，以養父子間昭穆相當為收養之要件，是故，不得收養同輩或孫輩。**若無子輩之人可收養時，雖得取孫輩之人，惟此時不以之為養子，而是以養孫收養之**。養親收養孫輩之人時，嚴格言之，不得稱為養子，而應稱為養孫。準此，臺灣日據時期外祖母收養外孫為螟蛉子，如係以養孫視之，自難指其違反「昭穆相當」原則，而認其收養為無效[123]。該養孫之繼承順位與養子同[124]。

收養在財產法上之效力，日據時期初期判例特別對螟蛉子（過房子更不待言）認為：應與親生子同，授予足以立家之產業[125]；後期判例，對家產繼承，不問過房子與螟蛉子，亦與親生子女同[126]。惟過房子與螟蛉子仍有差異，由於民間習慣多以買斷方式收養螟蛉子，因此法院認為在收養契約成立之同時，螟蛉子即與本生家斷絕身分關係[127]，因而對於本生父之家產無繼承權[128]。惟終止收養關係而復戶，有繼承本生父財產之權利[129]；過房子則不同，由於過房子宗祧色彩濃厚，在清代宗祧為家產分析前提的情況下，過房子往往因為兼承二房而有兩分家產。對此總督府法院亦認為，不得以過房子得繼承本生家，即認為當然喪失養家之繼承權[130]。

4.寡妻

寡妻，夫死而無子時，得承繼亡夫之遺產，但就固有家產制度言之，此並非真正之繼承，不過係在未立嗣之前，暫由其管理遺產而已。故理論上並非由寡妻繼承後，將之傳於子孫，惟如就寡妻之承繼已獲親屬之同意者，不在

註121：明治43年4月29日控字第139號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁460。

註122：大正元年8月27日控字第273號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁401；曾文亮，〈全新的「舊慣」：總督府法院對臺灣人家族習慣的改造（1898-1943）〉，中央研究院臺灣史研究所，《臺灣史研究》，17卷1期，2010年3月，頁139。

註123：《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁168、285；最高法院90年臺上字第329號、90年臺再字第62號、80年台上字第1723號判決，臺灣高等法院臺中分院90年上更一字第13號判決；法務部97年7月7日法律字第0970015948號函、99年5月3日法律字第0999014254號函參照。

註124：大正12年1月18日上民字第107號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁399；法務部80年1月4日（80）法律字第00166號函參照，《法務部法規諮詢意見(2)》，上冊，頁332。

註125：鄭碧吟，同前註119，頁175。

註126：姊齒松平，同註27，頁394，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁175。

註127：明治41年8月7日控字第315號判決，《覆審高等判例》，第1冊，頁285，曾文亮，同前註122。

註128：臺法月報昭和5年民間第63、64質疑回答，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁398。

註129：明治32年5月5日控字第5號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁398。

註130：大正2年5月5日控字第174號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁399；曾文亮，同註122。

此限[131]。依舊習慣，寡婦非有當然繼承亡夫之權利，惟於亡夫無直系卑親屬，而經親屬同意時始得繼承之[132]。

另外，日據時期之臺灣，承認妾為合法之「準配偶」關係，為夫家之家屬，妾所生之子女無庸經夫之認領，當然取得庶子身分，但比正妻，其與夫家之親屬關係較狹，其權利亦較遜。妾本身無承受家產之權利，如有子（不問係親生子或螟蛉子）應由其子承繼財產，妾自可賴其子所得財產維生，妾無子者，有每年酌給租谷若干為其養老費之例[133]。

5.招夫招婿──出舍復歸

在臺灣，招入婚姻分為二種：(1)招婿—家女在本家迎夫者招婿；(2)招夫—寡婦留在夫家迎後夫者為招夫。日據時期，裁判用語對此似未嚴予區分，對於招婿亦有稱為招夫者。**招婿、招夫對於招家之財產，原則上無繼承權**，但有於婚約時，議定招婚後所增加財產，招家與招婿、招夫均分之例。但以完全履行招婚契約所定條件為限。亦有出舍時由招家酌給幾分財產者，此與家產之承繼有別[134]。

招婿或招夫對於招家既無繼承權，其於本生家之戶主死亡時，是否亦不得繼承本生家之財產（家產繼承）？依臺法月報昭和5年民間第62質疑回答謂：「因招夫婚姻而被除戶者，對於本生家之家產無繼承權[135]」，惟當時判例上有正反兩面之意見：

採肯定說者認為，得繼承本生家財產之判例謂：「招夫在招家不能享有繼承權，但不喪失其對本生家之繼承權[136]」、「招夫婚姻後，招夫本生家之尊親屬死亡而別無繼承人時，招夫繼承其本生家，係屬相當[137]」、「招夫一方面，不能獲得招家財產上之任何權利，同時亦不喪失其在本生家財產上之地位[138]」、「舊習慣上，有繼承權之人，雖為他家之招婿亦不喪失其繼承權[139]」。

採否定說者認為，不能繼承本生家財產者其理由為：「依臺灣之習慣，為招婿之人既因招婿婚姻而離去本生家，並

註131：陳瑞堂，同註18，頁405。
註132：大正13年2月21日上民字第11號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁405。
註133：姉齒松平，同註27，頁131，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁406。
註134：姉齒松平，同註27，頁106；姉齒松平，〈關於招入婚姻〉，《臺法月報》，第30卷10號，頁33；戴炎輝，〈論招婿婚〉，《臺法月報》，第32卷4號，頁22。轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁409。
註135：《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁411。
註136：明治43年11月日控字第470判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁410。
註137：大正2年4月9日控字第121號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁410。
註138：大正8年控民字第136、138號，大正9年12月23日判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁410。
註139：大正10年3月13控民字第756號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁410。

成為招家之家族，則**除因出舍而復歸於本生家外，對於因本生家戶主死亡所開始之繼承，不得享有繼承權**[140]」、「為招婿或招夫而入女家者，在未出舍而復歸於本生家之前，喪失本生家家族之身分。故在復歸前，如本生家已因戶主死亡而開始財產繼承者，該招婿或招夫應解為喪失繼承之機會，又招婿或招夫雖已出舍，但係另創一家者，對於本生家所開始財產繼承亦無繼承權[141]」。

日本學者姉齒松平則主張：「臺灣人間因戶主死亡而開始之繼承，無論日據前後期，均以**繼承時居住家中之男子直系卑親屬為限始得繼承，並無例外**。是則自戶主之家離去而為他家家族之招婿、招夫，其對於本生家戶主死亡而開始繼承，無繼承權自不待言。雖有酌給財產之例，然係屬贈與之性質，與繼承無關。招婿、招夫之不改姓而仍冠以本生家姓者，無非為表示其非同姓婚，及他日將出舍另立一家之意。故亦不能僅以其未改姓即謂係對於本生家繼承權之保留[142]。」；我國學者戴炎輝亦認為，**日據後期之判例既均採否定說**，且就戶主繼承之理論言，亦以採否定說，認為招婿、招夫未出舍復歸本生家之前，對於本生家之財產無繼承權為妥[143]。

6.招夫招婿之子

招婿或招夫與其妻所生之子女，原則上屬於招婿或招夫。但一般情形，於婚約時多在招婚家中約明將來所生子女之歸屬，通常以所生次男歸招家，亦有將長男分與招家，或與招家均分子女之例，間亦有約定數子中任擇一子為嗣者，如僅舉一子則兼承兩家即所謂一子雙祧。招婿子女之歸屬招家者，其親屬關係（尤其血親關係）乃本於出生，並非由於收養而發生，屬於女系之血親關係[144]。

在習慣上，歸屬於被招家之子女，稱父姓，繼父系及家產權利等。反之，歸屬妻家（招家、母家）之子女，稱母姓，繼母系及家產權利等[145]。如被繼承人死亡時，同戶內有該被繼承人之女與招婿所生男子，依當時適用之習慣得繼承家產，自不生指定或選定財產繼承

註140：昭和14年11月18日上民字第189號日判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁410。

註141：昭和11年7月14日高等法院院長對於法務課長之釋答，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁410。

註142：姉齒松平，〈關於招婿，招夫，就本生家戶主死亡所開始之財產繼承有無繼承權〉，《臺法月報》，34卷2號，頁22，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁411。

註143：戴炎輝，同註134文，《臺法月報》，第32卷5號，頁37，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁412。

註144：戴炎輝，〈臺灣親屬繼承習慣〉，《法學雜誌》，2卷1期，頁52；戴炎輝，同註134文，《臺法月報》，第32卷4號，頁22以下。轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁412。

註145：姉齒松平，同註27，頁170-172，日民法第841條，轉引自劉紹猷，〈第一編親屬第二章婚姻〉，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁120-121。

人之問題[146]。

二、因家族死亡而開始之財產繼承（私產繼承）

（一）私產繼承之開始原因

依臺灣習慣，家除擁有家產外，倘有家族之私產，所謂私產乃家族以自己名義所取得之財產，而其管理用益、處分權專屬於家族者。私產繼承，因家族之死亡而開始。死亡包括自然死亡與失蹤人之死亡宣告。戶主之隱居或國籍之喪失，雖為戶主繼承之原因，但不因而開始私產之繼承[147]。為家族之繼承人於繼承後死亡，或因其他原因再開始繼承時，無論闔分之有無，應認為開始私產繼承，當時是否已別籍異財，別居別炊，於私產繼承毫無影響[148]。

（二）私產繼承人及順位

私產之繼承，僅有有法定繼承人而無指定或選定繼承人。習慣上關於私產繼承之法定繼承人之順位如下：1.直系卑親屬。2.配偶。3.直系尊親屬。4.戶主[149]。同一順位之繼承人有數人時，則共同繼承之，苟係屬於繼承順位之人，則無分男女、嫡庶、親生子與養子，或繼母子、嫡母子關係，亦不問其於被繼承人死亡時是否同住一家，均得繼承私產[150]。

1.直系卑親屬

私產繼承純屬財產繼承之性質，與家之觀念無關，故直系卑親屬非必與被繼承人同住一戶始得繼承。此點與戶主繼承不同。有親等不同之直系卑親屬時，以親等近者為先順位。子與與孫之間，應由子繼承；親等相同之直系卑親屬數人應共同繼承者，不分男女，嫡庶、婚生子與私生子，均得為繼承人。然事實上，在男尊女卑之社會觀念下，女子而繼承遺產之例並不多見，大率由其兄弟代辦拋棄繼承手續、以規避裁判上所認定此項習慣法之適用[151]。惟日據時期臺灣地區有關繼承權之拋棄，參照昭和11年（1936年）4月20日臺灣高等法院上告部及同院覆審部判官聯合總會議決議，應於繼承開始3個月內向管轄地方法院單獨申報後發生效力。於該決議作成前繼承人所為之拋棄繼承，不發生效力[152]。

依我國舊律，立嗣或收養子女，不限於生前，即被繼承人死後，其寡妻或父母、祖父母、家長或家族長，仍可為亡故人立繼承人，即所謂「立繼」及「命繼」。死後立嗣之要件，除因所後之人已亡而由其親屬代行一點之外，殆與生前之立嗣相同，故可

註146：法務部104年2月24日法律字第10403501520號函參照。
註147：陳瑞堂，同註18，頁475、477。
註148：臺灣高等法院上告部昭和11年上民字第198號判例參照，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁482。
註149：陳瑞堂，同註18，頁477。
註150：姉齒松平，同註27，頁411以下，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁477-478。
註151：陳瑞堂，同註18，頁480。
註152：《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁500-502；繼承登記法令補充規定第48點規定。

稱為死後養子[153]。惟日據時期死後養子之習慣，係指凡人未滿20歲死亡者，得由親屬會議以祭祀死者，並繼承其財產之目的追立繼承人為其養子[154]。至於死亡者已滿20歲，依現有資料尚難確認日據時期有死後養子習慣之存在[155]。故繼承登記法令補充規定第25點規定：「日據時期臺灣有死後養子之習慣，即凡人未滿20歲死亡者，得由親屬會議以祭祀死者，並繼承其財產為目的，追立繼承人為其養子，依此目的收養之養子，對死者之遺產得為繼承。」

依臺灣之習慣，為家族身分之招婿，其在同一戶內之直系卑親屬男子，雖過繼於招家，但於招婿死亡而別無可承繼之直系卑親屬時，該直系卑親屬男子不問姓之異同，均得承繼招婿之私產[156]；因再婚而離家之母，為他家之家族而死亡者，其在當初之家之直系卑親屬對其母之遺產有繼承權[157]。

日據時期招婿（贅夫）與妻所生子女，冠母姓者，繼承其母之遺產，冠父姓者，繼承其父之遺產。但父母共同商議決定繼承關係者，從其約定。招婿（贅夫）以招家家族之身分死亡而無冠父姓之直系卑親屬時，其直系卑親屬不論姓之異同，均得繼承其父之私產。招贅婚之女子死亡而無冠母姓之子女可繼承其私產時，由冠招夫姓之子女為第一順位繼承人[158]。

日據時期臺灣習慣所稱之「媳婦仔」，係以將來婚配養家男子為目的而收養之幼女，與養家雖發生準於成婚婦之姻親關係，並冠以養家之姓，唯無擬制血親關係，故戶籍登記名義為媳婦仔，以示與養女有別。除有與養家父母雙方依法另行成立收養關係，將媳婦仔身分變更為養女外，似不能認其具有養女之身分。又在養家無特定匹配男子（俗稱無頭對）而收養之媳婦仔嗣後於養家招贅或由養家主婚出嫁者，應視為自該時起與養家親屬間發生準血親關係，其身分即轉換為養女，惟仍須具備身分轉換當時有關收養之要件[159]。惟「媳婦仔」係以將來擬婚配養家特定或不特定男子為目的而成立之身分關係，

註153：戴炎輝，《中國親屬法》，三民，1973年10月，頁243-246。

註154：姉歯松平，同註27，頁168以下、403以下，轉引自司法院52年2月7日（52）臺函民決字第608號函，《民事法令釋示彙編》，頁495。

註155：法務部87年9月15日（87）法律字第029610號函參照，《法務通訊》，1923期，6版。

註156：昭和5年4月12日上民字第21號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁480；法務部88年11月15日法律字第035421號函參照，《法務部法規諮詢意見(4)》，下冊，2003年6月，頁398-399。

註157：臺法月報昭和11年民問第14質疑回答，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁480-481。

註158：繼承登記法令補充規定第10點規定。

註159：法務部80年1月30日法80律字第01701號函、79年5月24日法79律字第7333號函、100年6月8日法律決字第1000006232號函等參照。

此身分關係之性質，是否可認屬收養關係，現行司法實務有不同見解：

否定說：持否定說者認為，媳婦仔與養家間成立姻親關係，而非民法上之收養關係，縱媳婦仔日後未與養家男子結婚，除非當事人另訂收養契約，並不當然變更身分為收養[160]。

肯定說：持肯定說者認為，媳婦仔本質上為收養，自始與養家成立收養關係，即以日後與養家男子成婚為解除條件之收養。條件若成就，則收養之效力即歸於消滅；條件若已確定不成就，收養之效力則繼續存在[161]。

依臺灣民事習慣調查報告謂：「**媳婦仔對於收養者，因其非準血親關係，應解為無繼承權；對其本生家之財產亦無繼承權**[162]」。所稱「**對本生家財產無繼承權」，係指因戶主死亡所開始之財產繼承或稱家產繼承之情形而言，不包括私產繼承**（因家屬之死亡而開始之財產繼承）在內[163]。故繼承登記法令補充規定：「日據時期媳婦仔係以將來婚配養家男子為目的而收養之異性幼女，縱本姓上冠以養家之姓，其與養家僅有姻親關係，並無擬制血親關係，性質與養女有別，對養家財產不得繼承，而與其本生父母互有繼承權[164]。」、「『無頭對』媳婦仔日後在養家招婿，且所生長子在戶籍上稱為『孫』者，自該時起該媳婦仔與養家發生準血親關係，即身分轉換為養女。但媳婦仔如由養家主婚出嫁，除另訂書約或依戶籍記載為養女外，難謂其身分當然轉換為養女[165]。」

2.配偶

無直系卑親屬時，始由第二順位之生存配偶單獨繼承遺產。此與我國民法繼承編規定配偶得與各順序繼承人共同繼承者有異。夫妾婚姻成立結果妾對於夫取得準配偶之法律上地位，故夫亦得繼承妾之遺產，但反之，妾對於夫之遺產，在習慣上無繼承之權[166]。妾死亡而無直系卑親屬之財產繼承人時，依夫（準配偶），直系尊親屬，戶主之順序繼承之[167]。

3.直系尊親屬

被繼承人之直系尊親屬為第三順位財

註160：最高法院80年台上字第913號、101年台上字第242號判決，臺灣高等法院100年重家上字第9號判決等參照。

註161：最高法院83年臺上字第102號判決、99年臺上字第2011號判決，臺灣高等法院100年家上字第261號判決等參照。

註162：陳瑞堂，同註18，頁403。

註163：法務部83年8月6日（83）法律字第16961號函參照，《法務部法規諮詢意見彙編(3)》，頁184-186。

註164：繼承登記法令補充規定第38點。

註165：繼承登記法令補充規定第40點。

註166：姉齒松平，同註27，頁415，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁481。

註167：昭和13年1月20日高等法院院長對臺中地方法院院長之釋示，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁481。

產繼承人，直系尊親屬親等不同者，以親等近者為先，同一親等之人，則共同繼承之[168]。

4.戶主

被繼承人無直系卑親屬、配偶、直系尊親屬時，由戶主繼承之。繼承開始時，如戶主尚未確定者，嗣後經選定，或由其他事由確定戶主時，該戶主仍得繼承遺產[169]。

三、小結

依僅行於臺灣人間之習慣，因戶主之死亡而繼承戶主權者，應並繼承前戶主之財產，二者有不可分之關係，其僅繼承戶主權而不繼承戶主之財產，為習慣所不許[170]。惟選定戶主繼承人，被選定人得自由選擇予以承認或拋棄繼承。繼承人亦得於相當期間內拋棄財產繼承，而僅為戶主繼承[171]。被繼承人雖僅為指定戶主繼承人之表示，或僅為指定財產繼承人之表示，亦應視為兩者並為指定。繼承人得僅承認戶主繼承而拋棄財產繼承。但拋棄戶主繼承，則視為亦拋棄財產繼承[172]。

日據時期家產之第一順序法定之推定財產繼承人於繼承開始前死亡或喪失繼承權時，代襲（代位）財產繼承人限於被代襲人之直系男性卑親屬；至於私產，如被繼承人之直系卑親屬有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，無論被代襲人之直系男卑親屬或直系女卑親屬均得代襲繼承[173]。而代位繼承人之應繼分從被代位人之應繼分[174]。

伍、臺灣光復後日據時期臺灣繼承習慣之適用

一、繼承開始於日據時期繼承事件之法律適用原則

(一)繼承開始於臺灣光復前繼續適用日據時期繼承習慣

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，民法繼承編施行法第1條前段定有明文。是以繼承開始在民國25年5月5日民法繼承編施行之前，有關繼承權利義務自不適用我國民法之規定，應依當時法制定之。

臺灣於民國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。惟中華民國20年1月24日制定公布、同年5月5日施行之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

註168：姉齒松平，同註27，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁481。
註169：大正8年9月27日法曹會決議；明治40年2月16日大審院判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁482。
註170：昭和10年6月1日上民字第74號判決參照，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁468。
註171：姉齒松平，同註27，頁377，轉引自《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁463；陳瑞堂，同註18，頁463、464。
註172：陳瑞堂，同註18，頁474；繼承登記法令補充規定第5點。
註173：繼承登記法令補充規定第43點規定。
註174：最高法院71年度台上字第4504號判決參照，《最高法院民刑事裁判選輯》，3卷4期，頁241。

別規定外，不適用民法繼承編之規定。」又同法第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。」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34年10月24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[175]。

繼承登記法令補充規定第1點規定：「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。」

因繼承開始時期之在臺灣光復前或光復後，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。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[176]。

依日據時期之習慣，隱居亦為繼承開始之原因，故繼承編施行法第1條所謂「繼承」自應包括隱居在內。但上項隱居之習慣，於日據昭和10年（1935年）4月5日始為臺灣高等法院判官聯合總會議所承認，在此以前所為之隱居似不能認為繼承開始之原因，仍應以被繼承人死亡之日期為繼承開始之日期[177]。我國民法上並無所謂隱居制度，臺灣光復後已無以此為繼承開始原因之餘地。

繼承開始於日據時期，應視被繼承人所遺財產為「家產」或「私產」，依當時習慣定其繼承人。被繼承人為戶主或家屬而異其適用之習慣法。如被繼承人為戶主，其法定財產繼承人（直系血親卑親屬）須為男子孫，且須為前戶主之家屬，故女子孫以及非家屬之男子孫，均不得為法定繼承人；如被繼承人為家屬，則其繼承並不以男子或家屬為限，但其繼承順序則以日民法舊繼承編（第994條及996條）為條理予以援用，即第一順序為直系血親卑親屬，第二順序為配偶，第三順序為直系尊屬，第四順序為戶主[178]。

（二）依當時繼承習慣無繼承人時適用民法繼承編之規定定其繼承人

繼承開始在日據時期，民法繼承編尚未施

註175：司法院釋字第668號解釋理由書參照。

註176：陳瑞堂，〈第二編繼承第四章臺灣光復後臺灣繼承之概況〉，收錄於法務部編印，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁519。

註177：司法行政部57年10月28日（57）臺函民字第6798號函參照，《法務部行政解釋彙編(1)》，頁877。

註178：陳瑞堂，同前註176，頁520。

行於臺灣之前，依當時有效法例，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[179]。又被繼承人既於日據時期死亡，依當時臺灣習慣，被繼承人之遺產並無人繼承，其遺產如未經法定搜索程序，以確定無人承認繼承，尚不得逕歸國庫。則臺灣光復後，依照民法繼承編施行法第8條之規定，自應適用繼承編之規定[180]。

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，不以已有繼承身分之事實為限[181]。例如當時繼承習慣已有「指定戶主繼承人」或「選定戶主繼承人」，即不得認為「依當時之法律亦無其他繼承人」，惟如戶籍上既記載為「死亡絕家」，似應認係「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」，自民法繼承編施行於臺灣之日（即民國34年10月25日）起，依民法繼承編之規定定其繼承人，不得再適用日據時期臺灣有關遺產繼承之習慣處理[182]。

日據時期關於臺灣之親屬繼承事項，依日本大正11年（1922年）勅令第407號應適用臺灣習慣，依當時家產繼承習慣：「女子繼承父之遺產以別無男子繼承遺產時為限[183]」、「女子而為繼承人之例不少，且依舊習慣無男嗣時女子非不得為繼承人[184]」、「依臺灣之舊習慣，被繼承人如無男子時，其女子並非當然得繼承被繼承人之財產，須被繼承人之親屬無異議時始得為繼承[185]」，足徵臺灣在日據時期女子依當時習慣非未必無繼承權，此與民法繼承編施行法第8條所規定之「依當時之法律亦無其他繼承人者」亦屬有間[186]。

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。既明定「自施行之日起」，依民法繼承編之規定，定其繼承人，該所定之繼承人自應以民法繼承編施行之日生存者為必要[187]。

註179：法務部77年2月26日（77）法律字第2355號函參照，《法務部法規諮詢意見(2)》，上冊，頁415-416。

註180：最高法院86年度臺再字第45號判決參照。

註181：司法院院字第586號、第762號解釋參照。

註182：法務部77年8月1日（77）法律字第12703號函參照，《法務部法規諮詢意見(2)》，上冊，頁419-420。

註183：大正6年4月21日控字第154號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁400。

註184：明治39年8月11日控字第272號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁400。

註185：大正11年10月26日上民字第71號判決，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁402。

註186：最高法院70年度臺上字第2681號判決參照，《最高法院民刑事裁判選輯》，第2卷3期，頁270。

註187：最高法院91年臺上字第863號判例參照。

日據時期死亡而無其他繼承人者，自民國34年10月25日民法施行於臺灣之日起，始能依民法繼承編之規定定其繼承人，再依繼承同時存在之原則，則得為繼承之人，亦需於民法施行於臺灣之日起仍然生存，始有民法繼承編所定之繼承人資格[188]。如在民法繼承編施行之日已死亡者，因其已無權利能力，無繼承之資格，自非民法繼承編施行法第8條所稱之繼承人[189]。

二、被繼承人於日據時期死亡，當時無人繼承之共有不動產其應有部分之歸屬

司法行政部釋示：共有人中之一人死亡而無合法繼承人時，其應有部分，依日據時期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（ク）第239號判例，及法曹會明治45年（1912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。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[190]。

故繼承登記法令補充規定第11點亦規定：「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。」

陸、日據時期無法定推定戶主繼承人，於臺灣光復後可否再由親屬選定繼承人？

關於日據時期因戶主喪失戶主權而開始之繼承，戶主無法定推定繼承人，又未指定繼承人，於其死後，得由其親屬會，為其選定戶主繼承人，於臺灣光復前開始繼承而無人繼承者，臺灣光復後可否再由親屬選定繼承人？有不同見解：

一、學者見解

（一）否定說

持否定說者認為：「臺灣於民國34年10月25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1122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（民法第1125條、第1126條參照），故家長為維

註188：司法院民事廳84年7月7日（84）廳民一字第13341號研究意見參照。
註189：最高法院91年度第3次民事庭會議決議參照。
註190：司法行政部58年4月24日（58）臺函民決字第3207號函參照，《法務部行政解釋彙編(1)》，頁450；《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁523。

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。**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7條規定之男女平等、第10條規定之居住及遷徙自由、第22條保障之婚姻及收養自由、人格自由。**於現行法制中，自不得適用**[191]。」、「司法院釋字第668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！**[192]」

（二）肯定說

持肯定說者認為：「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，特別規定民法繼承編施行法第1條及第8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。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1條及第8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[193]。」、「按日據時期當時之法律，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。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8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**[194]。」

二、實務見解

（一）否定說

1.**司法行政部（現為法務部）**：「查被繼承人於日據時期死亡，如當時並未遺有直系血親卑親屬之男子，亦未經親屬推選繼承人，依當時習慣係屬絕戶，其遺產得予歸公，但其時日據政府並未出此，乃懸而無人繼承，迄臺灣光復後依照民法繼承編施行法第8條意旨，自應適用民法繼承編之規定，而現行法對於女子不分已嫁未嫁均承認其與男子有

註191：司法院釋字第668號解釋，大法官徐璧湖、池啟明不同意見書參照。
註192：司法院釋字第668號解釋，大法官陳新民不同意見書參照。
註193：司法院釋字第668號解釋，大法官許玉秀協同意見書參照。
註194：司法院釋字第668號解釋，大法官黃茂榮協同意見書參照。
註195：最高法院18年上字第2715號判例參照。

同等財產繼承權[195]，故被繼承人之已嫁女，依民法第1138條第1項第1款之規定得以繼承被繼承人所遺之財產[196]。」、「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[197]」、「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[198]」。

2.**最高行政法院83年度判字第23號判決**：「查最高法院上開判例（47年臺上字第289號）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**。如**被繼承人**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[199]。」

3.**高雄高等行政法院96年度訴字第959號判決**：「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，亦有期間之限制[200]。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[201]。」

註196：司法行政部50年12月7日臺50函民6323號函參照。

註197：司法行政部50年5月11日臺50函民字第2560號函參照，《法務部行政解釋彙編(1)》，頁841。

註198：司法行政部58年4月24日（58）臺函民決字第3207號函參照，《法務部行政解釋彙編(1)》，頁450。

註199：《行政法院裁判要旨彙編（14）》，頁1178-1179。

註200：按本件判決所稱：「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，亦有期間之限制」乙節，乃指被繼承人之直系卑親屬之男子繼承人先於被繼承人死亡之選定而言（即代襲繼承人之選定），其與被繼承人無直系卑親屬之男子繼承人之選定之情形不同。其選定期間，在於前者，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為止，繼承開始之後不得再行選任；在於後者，選定之時期自戶主喪失戶主權之時起，迄絕家止，隨時得為之，並無選定期間之限制，《臺灣民事習慣調查報告》，6版，頁462、466，可資參照。

註201：《高雄高等行政法院裁判書彙編》，97年版1期，頁370-403；本件上訴後，經最高行政法院97年度裁字第3726號裁定上訴駁回。

（二）肯定說

最高法院47年臺上字第289號判例：「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，自不適用民法繼承之規定，從而被繼承人之遺產，即應由被選定為戶長之人取得繼承權，無再依同編施行法第8條另定繼承人之餘地。」

三、小結

關於日據時期因戶主喪失戶主權而開始之財產繼承，無法定財產繼承人，於臺灣光復後可否再由親屬選定繼承人之問題，因行政法院與最高法院法律見解歧異，乃聲請司法院解釋，司法院於民國98年12月11日作成第668號解釋謂：「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。』，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64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。」

土地登記主管機關內政部亦配合上開司法院解釋意旨，於中華民國99年12月29日修正「繼承登記法令補充規定」第3點：「…第三順序選定之財產繼承人，不以在民法繼承編施行前選定為限。但至民國98年12月11日止，尚未合法選定繼承人者，自該日起，依現行民法繼承編之規定辦理繼承。」

柒、結語

臺灣於民國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。故發生於民國34年10月24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。

日據時期依臺灣習慣，家除擁有家產外，尚有家族之私產。而臺灣繼承制度受日本法律觀念導入之影響，將日本之家督繼承制度移植於臺灣，造成因戶主因戶主喪失戶主權開始之戶主地位之繼承與戶主財產之繼承，戶主繼承人於繼承被繼承人戶主權之同時，不可分的繼承被繼承人所有財產上之權利義務（家產繼承）。因戶主喪失戶主權所開始之財產繼承，其繼承人之順位為：1.法定之推定財產繼承人。2.指定之財產繼承人。3.選定之財產繼承人。此與戶主繼承之情形相同。其法定之推定財產繼承人，應為被繼承

人之家族，且為直系卑屬之男子，亦與戶主繼承之情形無二致：但男子有數人時，共同均分繼承之點，則與戶主繼承有異。

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；如未指定時，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。私產之繼承，僅有有法定繼承人而無指定或選定繼承人，習慣上關於私產繼承之法定繼承人之順位：1.直系卑親屬。2.配偶。3.直系尊親屬。4.戶主。同一順位之繼承人有數人時，則共同繼承之。苟係屬於繼承順位之人，則無分男女、嫡庶、親生子與養子，或繼母子、嫡母子關係，亦不問其於被繼承人死亡時是否同住一家，均得繼承私產。

關於日據時期臺灣繼承習慣，選定戶主繼承人選定期間之問題，於「**被繼承人無直系卑親屬之男子繼承人之選定**」之情形，選定之時期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。亦即，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。因絕家須經有關繼承人曠缺之手續始發生，但實際上多未踐行繼承人曠缺之手續，以致長期懸而無人繼承，致發生臺灣光復後再行選定繼承人；於「**被繼承人之直系卑親屬之男子繼承人先於被繼承人死亡之選定**」之情形，此種選定之特徵在於被繼承人尚未喪失戶主權之前，其法定推定繼承人即已先死，且無其他繼承人，因有絕房之虞，乃由親族預先選定承襲該法定推定繼承人地位之繼承人，係屬代位繼承人之選定。選定之時期，應於被繼承人被開始繼承之前為之。亦即，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為止，繼承開始之後不得再行選任。

再者，日據時期無法定推定戶主繼承人，於臺灣光復後可否再由親屬選定繼承人？之問題，於「**被繼承人之直系卑親屬之男子繼承人先於被繼承人死亡之選定**」之選定期間，既應於被繼承人被開始繼承之前為之，繼承開始後不得再行選任，而繼承開始在日據時期，依當時臺灣習慣亦無其他繼承人者，於臺灣光復後應依民法繼承編之規定定其繼承人，自不發生臺灣光復後由親屬選定繼承人之問題；至於「**被繼承人無直系卑親屬之男子繼承人之選定**」之情形，司法院釋字第688號已作出解釋：「為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，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。」