

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，本席等歎難同意，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，故在不抵觸舊習慣之範圍，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抵觸而不得適用

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抵觸，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，該習慣抵觸現行民法親屬編、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，注釈民法(24)相続(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、堀内節、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・相続法[現代社会と民法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，注釈民法(26)相続(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。