

## 釋字第 771 號解釋部分不同部分協同意見書

黃虹霞大法官提出

本件解釋以民法第 1146 條第 2 項與民法第 767 條係請求權自由競合為前提，認最高法院 40 年台上字第 730 號民事判例及本院 37 年院解字第 3997 號解釋違憲，暨設定相關物上請求權之消滅時效為 15 年之結論，前者翻轉 70 年來法院實務見解，本席不同意前者。至於消滅時效設定為 15 年部分，其結論尚可勉予接受，但其論理，則認多數意見似難謂無論理前後自相矛盾之處。又關於解釋文末段認本院院字及院解字解釋僅係命令性質，並變更本院釋字第 108 號及第 174 號解釋部分，茲事體大，未盡充分考量，本席認不應倉促決定，以免有窒礙難行之處，故亦難即贊同。爰將本席之部分不同、部分協同意見及其理由，略述如下：

一、本件爭議涉及一個判例（最高法院 40 年台上字第 730 號民事判例）、至少六個解釋（本院 37 年院解字第 3997 號、釋字第 107 號、第 164 號、第 437 號，以及第 108 號與第 174 號解釋），還有 70 年來至少數十個與民法第 1146 條含第 2 項及第 767 條相關之已確定案件（至於有多少潛藏案件則未可知），本件解釋之重，應戒慎恐懼，但原因案件再審期限即將屆滿之壓力，輒感時不我予，只能盡力再盡力，惟終不得不妥協，深感無奈及遺憾。

本席認為上開判例、解釋尤指院解字解釋之適用與其案例事實應有不可分之關係，故而其等之下列背景事實至為重要，與本件解釋之妥適與否應有相關，故有先了解之必要，爰整理如下：

（一）最高法院 40 年台上字第 730 號民事判例（下稱系爭判例）：係主張為民法繼承編第 1138 條所列之法定繼承人與其他繼承人間關於原告有無繼承資格之爭訟。

(二) 本院 37 年院解字第 3997 號解釋（下稱系爭解釋）：係民法第 1138 條所定第一順序同一順位兄弟共僅二人間關於以被告得否對原告主張被告對其等被繼承人之遺產有繼承權存在為前提之爭訟。

(三) 本院釋字第 107 號、第 164 號解釋：係已登記不動產所有權人與無權占有之第三人間之爭訟或祭祀公業不動產遭侵占之爭訟；非民法第 1138 條所列法定繼承人間之爭訟。

(四) 本院釋字第 437 號解釋：係關於民法第 1146 條第 2 項應如何適用（是否應如最高法院 53 年台上字第 592 號民事判例所示：限於繼承開始時即已有侵害繼承權之事實存在者）之爭訟。該號解釋主文未提及民法第 767 條規定，亦未提及民法第 1146 條第 2 項與民法第 767 條之關聯。

惟該號解釋理由書第 1 段稱：「……我國民法為使繼承人於繼承權受侵害時，只須證明其係真正繼承人即得請求回復其繼承權而不必逐一證明其對繼承財產之真實權利，以及繼承權之回復應有一定之時效限制，乃設繼承回復請求權制度……以有別於物上返還請求權」，明確認定民法第 1146 條繼承（權）回復請求權與民法第 767 條物上請求權係不同之權利，且似肯定民法第 1146 條含第 2 項繼承（權）回復請求權之規定為民法第 767 條之特別規定。

該號解釋理由書第 2 段又稱：「……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……」究何意義？尤其可否由此即如本件解釋理由書所稱導引出本件解釋之前提即繼承（權）回復請求權與物上請求權自由競合，並進而使系爭判例、系爭解釋係對真正繼承人之繼承權增加法律所無之限制及過苛？顯然有疑問。

查：王澤鑑大法官於本院釋字第 437 號解釋所提出之協同意見書一、3.末固稱：「……應依本件解釋理由書所示，採

繼承回復請求權與物上請求權競合說，繼承回復請求權罹予消滅時效後，真正繼承人仍得行使物上返還請求權，始足維護其合法權利。」惟經核對整理本件解釋當時之發言紀錄，王澤鑑大法官及其他大法官均無如王澤鑑大法官協同意見書所示之上開見解發言，即在審查過程中，未見有大法官主張該號解釋與民法第 1146 條含第 2 項及民法第 767 條均有關聯，並其關聯應為請求權自由競合說者。該案討論過程中主要是其他三位大法官間二種見解之差異，而其見解差異僅在：

其中兩位肯定：「民法第 1146 條第 2 項消滅時效規定有其意義」、並認為「民法第 1146 條第 2 項規定係民法第 767 條之特別規定，應優先適用民法第 1146 條第 2 項規定」、「繼承回復請求權與物上請求權在法律制度上與實定法上是二種獨立之請求權，而且是併存的，不能因為有民法第 767 條規定當然排除民法第 1146 條第 2 項之適用，否則民法第 1146 條第 2 項即是多餘錯誤之立法」；且主張「繼承開始後也有繼承權侵害可能，此種情形，如在民法第 1146 條第 2 項消滅時效內者，真正繼承人有二種權利（指民法第 1146 條第 2 項之繼承（權）回復請求權及民法第 767 條之物上請求權）」；並明白指出：「民法第 1146 條與民法第 767 條之關係有請求權競合說、請求權相互影響說及法條競合說，請求權競合說非通說，且若不必適用民法第 1146 條第 2 項，則顯然不妥。又民法第 1146 條第 2 項如對繼承人不利，是時效制度存在是否合理問題，因該條項非解釋標的，不予處理」。

另一位大法官則大體主張於繼承開始時自始被否認有繼承權者，為繼承資格之爭執，屬民法第 1146 條之爭議，始有該條之適用；於繼承開始時未否認繼承資格，嗣後再爭執，係屬繼承財產之侵害，屬民法第 767 條之爭議，適用民法第 767 條規定，與民法第 1146 條規定無涉。即二者各有其適用範圍，互不重疊相涉。

因此，由釋字第 437 號解釋應無法導引出民法第 1146 條規定與民法第 767 條必有同時適用之關聯，且其關聯為在民法第 1146 條第 2 項消滅時效完成並經抗辯後，被否認繼承權者，仍得對為消滅時效抗辯者主張物上請求權。

二、民法第 1146 條與民法第 767 條不必然有關聯，尤非請求權自由競合關係

（一）民法第 1146 條之訴，主要應係民法第 1138 條所列順序法定繼承人間關於其中特定人有無繼承資格之爭議；而且一旦有事實足認對該特定人之繼承資格存在不爭執或已不得爭執（比如聲請人二在原因案件相關已確定之判決中，其叔叔對聲請人二之繼承權存在不爭執，並聲請人二獲勝訴確定判決其繼承資格存在），則其後關於遺產之訴訟，應不再適用民法第 1146 條第 2 項規定，即與民法第 1146 條第 2 項規定無涉，故已無該條項除斥期間或短期消滅時效之適用；而僅係財產所有權人（聲請人二）與無權占有人（聲請人之叔叔）之間關於民法第 767 條之爭議而已。也就是說：此時，就遺產中之已登記不動產，繼承人（如聲請人二）對無權占有人（如聲請人二之叔叔）只有物上請求權，且依本院釋字第 107 號及第 164 號解釋該物上請求權，無民法第 125 條 15 年消滅時效之適用。準此而言，二者各有適用範圍，沒有必然之關聯；而且

（二）一則民法第 1146 條之訴，既屬民法繼承編之規定，當與與繼承無涉之人無關，即此一訴訟，除涉及遺贈非法定繼承人是否違反特留分之非典情形外，應必然是主張為民法第 1138 條所示繼承人與其他亦主張自己為民法第 1138 條所示繼承人間之爭訟，而不是對法定繼承人以外，與繼承無關之第三無權占有之訴訟。又因親屬關係可能衍生繼承權，但有親屬關係並不當然對其親屬之遺產有繼承權存在即有繼承資格，比如有效拋棄繼承、繼承權被剝奪等。從而如果上開特定人有無繼承資格之爭議訴訟結果，只是確定上開

特定人無繼承資格或因時效消滅不得再請求回復其繼承權而已，並不當然改變原、被告與被繼承人間原有之親屬關係（如聲請人二之例，不論聲請人二勝訴或敗訴，聲請人二恆為其父之女，該案被告則恆為其父之弟）；更不會有所謂無關之第三人（被告），因為為 A 之兒子之原告依民法第 1146 條對之提起訴訟，而使該無關第三人變成 A 之兒子（此種第三人不應是民法第 1146 條訴訟之被告）之問題。二則學者或有主張與繼承無關之第三人亦可能為民法第 1146 條之訴之被告之情形，但似非的論，而且經查法院實務，民法第 1146 條之訴均為主張為民法第 1138 條所示繼承人與其他亦主張自己為民法第 1138 條所示繼承人間之爭訟。

（三）除了本院釋字第 437 號解釋之理由書第 1 段已肯定民法第 1146 條係關於繼承之特別規定及特設第 2 項消滅時效規定外，另由民法第 1146 條含第 2 項規定之立法沿革及理由觀之，亦同此意旨，則本件解釋謂民法第 1146 條規定與民法第 767 條規定為請求權自由競合關係，除與本院釋字第 437 號解釋意旨應有未合，已如前述外，更與民法第 1146 條含第 2 項立法本意不合。

### 三、本件解釋在造法，本件造法之妥當性堪慮

（一）大法官可否造法，應非無爭論。本席不敢斷然否定之，惟大法官造法，應以法律有大漏洞而立法不及處理，為保護重大公益而有必要為前提。

（二）有不同學說存在而擇取其一，非所謂法律有漏洞之情形；尤不應有擇取其中一說而致原有法律規定成為具文之情形。

（三）本件解釋採民法第 1146 條規定與民法第 767 條請求權自由競合說之唯一理由為保護真正繼承人，為使真正繼承人於民法第 1146 條第 2 項消滅時效完成後仍得對消滅時效抗辯成功者行使物上請求權。惟貫徹此一主張除了無視

其使民法第 1146 條第 2 項規定成為具文之結果（此為參與作成本院釋字第 437 號解釋之多位大法官所共同關切並期期以為不可者）外，另亦已將依民法第 1146 條第 2 項規定為有權者，被認係無權占有之人，並否定民法第 1146 條第 2 項所特設之消滅時效制度。但本件解釋又因認若全依本院釋字第 107 號及第 164 號解釋，則就尚未登記在真正繼承人名義但已登記之不動產，將產生繼承關係永無法確定之可能狀態，應有未當，故而又思附加 15 年之行使期限。多數意見不當之感可以理解，並係出於善意，但其論理已然先後矛盾！

而且此一結論，不必然需採請求權自由競合說，而由民法第 1146 條第 2 項時效太短著手，也可達到同一目的，且此一方式更合乎本院釋字第 437 號解釋理由書全文意旨及民法第 1146 條含第 2 項之立法沿革及意旨。多數意見捨此不為，難以贊同。消滅時效制度有其存在必要，未見異說，民法第 1146 條第 2 項之短期時效是否公允，確值商榷，但本件不是法律有大漏洞之情形，繼承權爭議雙方均為私人，本件所涉及者係私權爭議，特別是法務部已提案修改民法第 1146 條規定，將繼承（權）回復請求權之除斥期間或消滅時效延長為 15 年，本件解釋竟強力介入，形同造法，其妥當性著實堪慮，難謂未侵犯立法權。

#### 四、系爭解釋、系爭判例必然違憲嗎？

##### （一）原因案件裁判似未盡適當

聲請人一是否未經出養而與本生父母仍具親屬關係似值斟酌，其如非繼承人，根本無民法第 1146 條或第 767 條之適用問題。聲請人二之原因案件被告已先不爭執聲請人之繼承權，並先經依民法第 1146 條之訴判決確定，則所餘者係單純民法第 767 條爭訟，與民法第 1146 條含第 2 項無涉，確定終局判決適用民法第 1146 條第 2 項規定，似有可議。

##### （二）民法第 1146 條規定，一般以繼承回復請求權名

之，但由其文義「繼承權……請求回復之」觀之，稱之為繼承權回復請求，更確當。此一請求之性質如何？是形成權還是請求權？有不同說法，連帶其第 2 項究係除斥期間或消滅時效，也有不同說法。本件解釋逕以請求權及消滅時效處理，已嫌速斷。如係形成權及除斥期間，根本不生系爭判例、系爭解釋違憲問題。退而言之，即便是請求權及消滅時效性質，但不當然是本件解釋所採請求權自由競合說，如依請求權相互影響說或法條競合說，系爭判例、系爭解釋之結論從兩造已不得再就該項回復繼承權之請求再為爭執之觀點言，也非不正確。

至於本件解釋所採之請求權自由競合說，捨本院釋字第 437 號解釋（但該解釋意旨應非如本件解釋所認定者已如前述），除了部分學者之見解外，並無其他依據。而且此說將使民法第 1146 條第 2 項規定成為具文且與立法理由相悖等已如前述，又本件解釋既不認民法第 1146 條第 2 項規定違憲，則系爭解釋及系爭判例在民法第 1146 條第 2 項規定未違憲而為有效之前提下，依其原因事實所為實務推演之結論，何增加法律所無限制之有？！

此外，多數意見著重於消滅時效完成並經抗辯後，究係權利消滅或得拒絕給付而權利未消滅。惟此等用語之差異，有本質上之不同，而可因而就能導出所稱之請求權自由競合說嗎？還是只是文字遊戲，為了使繼承權於時效完成並經抗辯後仍存在？但問題是：存在而不能再對他方主張之繼承權，到底是什麼意思、什麼內涵？相同當事人間兩個訴訟，前提訴訟已判決確定原告不能對被告請求回復繼承權，則以有可主張之繼承權才有可憑以進一步主張之所有權之後訴，又如何能在已不能主張回復繼承權之情形下，再予請求？蓋母權（繼承權）既已不能回復，則自不能再衍生出子權（所有權），故無法再以該已無之子權為基礎行使物上請求權。

民法規定含除斥期間及消滅時效制度，無非為調和私人

雙方權益，固不可違反比例原則，但是否有此情形也應是民法規定本身問題，與系爭解釋、系爭判例無涉，不應以所謂過苛作為其等有無違憲之理由。

（三）系爭解釋、系爭判例應與其原因事實合併觀察，不能割裂之。如前所述，以系爭解釋為例，因係全體相同順位者二人間爭訟，故於一方已因依民法第 1146 條規定起訴請求回復繼承權，而被確定裁判認定不得對他方為請求，則有繼承權者僅餘為他方之一人，系爭解釋因而認遺產權利由他方承受之結論，乃邏輯之所當然，系爭解釋何違憲之有？！至於系爭解釋被與其原因事實分離，移用於不同事實，係法院認事用法不當，不能因之而認系爭解釋當然違憲，甚或至多也只是應否予限縮其適用範圍，以資澄清而已，仍非違憲之問題。

#### 五、關於解釋文末段部分

（一）本院院字及院解字解釋作成於民國 37 年或其前，距今已超過 70 年，確實可能因時移勢異而有應予變更或廢止者，但其變更或廢止非無管道，本院即曾多次以大法官解釋變更之（如本院釋字第 49 號、第 51 號、第 61 號、第 108 號、第 136 號、第 152 號、第 187 號、第 201 號、第 392 號、第 556 號、第 569 號解釋）。本院更曾多次以大法官解釋肯認維持之（如本院釋字第 16 號、第 50 號、第 82 號、第 87 號、第 139 號、第 171 號、第 679 號解釋）或補充之（如本院釋字第 28 號、第 48 號、第 94 號、第 104 號、第 107 號、第 119 號、第 131 號、第 133 號、第 134 號、第 141 號、第 145 號、第 147 號、第 149 號、第 159 號、第 174 號、第 186 號、第 308 號、第 546 號解釋），足見相關本院院字及院解字解釋至少至作成該號釋字解釋時仍具法價值。因此，未全盤了解全部共四千多個本院院字及院解字解釋內容前，無法掌控驟然變更本院釋字第 108 號及第 174 號解釋（原則肯認本院院字及院解字解釋有拘束力）之可能影響，而大法官解釋

之效力極強，無法掌控可能影響效果時，應該即冒然為之嗎？本席以為不宜。

（二）本席支持檢討本院院字及院解字解釋，也可以同意兩相權衡稍稍超越聲請範圍，一舉解決之。但本席認為不應也不需要必將本院院字及院解字解釋全部定位為命令，更不應將之與無法律定位依據之判例同視，因為該等解釋是司法院依訓政時期約法下之司法院組織法規定所發布，而且其解釋聲請人包括公署、公務員及公法人等。它們是時代的產物，大法官統一解釋法令之前身，地位應非為命令之判例可比，本院釋字第 108 號及第 174 號解釋，認其等仍具拘束力，良有以也。尤其此等解釋部分實有造法以應當時立法不足之需，以現今標準，該予司法機關造法功能之舉措或容有未洽，但以今非古，不盡公平。再者，因為本院大法官在本件解釋之前，向認彼等解釋與本院釋字解釋有同等拘束力，致可能使行政、立法機關產生信賴而未思需另立法以處理之。本院未予行政、立法機關補救立法之餘裕，應非妥當。多數意見不採本席增加落日條款之意見，其立法空窗所可能造成之法制紊亂，及因該等解釋原具與新通過最高法院大法庭制度相同目的之統一解釋（見解）功能，而將之定位為命令後，該等統一功能即行喪失，可能導致裁判紊亂不公平（比如本院院解字第 3454 號及第 3661 號係關於牽連犯之減刑，如依本解釋，該等院解字解釋屬命令性質，無拘束力，則於仍有牽連犯規定時，牽連犯罪之減刑，應如何處理，即可能因無上開統一解釋而由各法官各說各話，將產生裁判歧異，可能產生結果不公平之情形），令人擔憂。

（三）又多數意見既認該等解釋之性質為命令，且對法院無拘束力（解釋文第 3 段），則該等解釋中經本院釋字解釋認應維持或補充者，其性質會變更而高於命令嗎？應該不會，那本件解釋卻又稱其對法院仍具拘束力（解釋理由書第 16 段），前後難謂無自相矛盾之處。

(四) 另依本件解釋意旨，各機關及法院於裁判時尤應注意了解那一些本院院字及院解字解釋係經本院釋字解釋維持或補充而仍具拘束力者，以免違法。