

# 第一章 緒論

## 第一節 研究背景與動機

遠在古羅馬法時代，即有無人承認繼承制度。彼時無人繼承之遺產稱為絕產（bona vacantia），歸屬於國庫<sup>1</sup>，已見國家力量之展現。我國亦早在唐朝設有法制明文，依唐令（喪葬、戶絕條）：「諸身喪戶絕<sup>2</sup>者，所有部曲、客女、奴婢、店宅、資財，並令近親，轉易貨賣，將營葬及量營功德之外，於財並與女。無女，均入以次近親。無親戚者，官為檢校。若亡人存日，自有遺囑處分，證驗分明者，不用此令」<sup>3</sup>。

戶絕遺產原可透過繼絕（包括立繼及命繼）之方式達到祭祀繼承之目的。丘濬（大學衍義補）<sup>4</sup>云：「若夫其人既死之後，有來告爭承繼者，其意非是欲承其宗，無非利其財產而已。」，然在無前述情形且無親女及次近親下，絕產將官為檢校（實際上係沒收），收歸國有（estate by escheat）。

現行民法繼承編雖就無人承認繼承遺產有所規定，惟仍係以民國十九年民法草案繼承編為基礎，僅於民國七十四年增訂第一千一百七十八條之一規定，規範似有不足。縱今日台灣社會，似難發現有毫無親屬，致無人繼承者。然民國三十八年隨國府播遷來台的外省同胞，尚有為數不少是類隻身獨居之人（據估計<sup>5</sup>，彼等單身榮民近十一萬人）。當年年輕力壯的小夥子們，現多年逾古稀，淪為社會忽視的一群，子然一生。就此單身亡故榮民之遺產，國家公權力應有延伸至該私領域之必要<sup>6</sup>。是以台灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱兩岸人民關係條例）即立法明定由主管機

<sup>1</sup> 戴炎輝、戴東雄，中國繼承法，民國 81 年，第 213 頁。

<sup>2</sup> 戶籍獨立之家夫妻皆亡而無子孫（含有女無子）稱之。曾代偉，金律研究，民國 84 年，第 153 頁。

<sup>3</sup> 行政院大陸委員會，中共婚姻法與繼承法之研究，民國 82 年，第 278 頁。

<sup>4</sup> 戴炎輝，中國法制史，民國 80 年，第 269 頁。

<sup>5</sup> 依筆者九十年八月份參加退輔會講習資料。

<sup>6</sup> 參台灣高等法院八十七年家抗字一三三號裁定。

關行政院國軍退除役官兵輔導委員會（以下簡稱退輔會）擔任該等榮民之遺產管理人。

此種由行政機關介入私法領域事務者，與國庫行政迥異，其形成應屬社會國原則（Grundsatz des Sozialstaates）<sup>7</sup>之體現，旨在衡平及處理社會正義（Sozialgerechtigkeit）<sup>8</sup>等社會安全問題。揆諸司法院大法官會議解釋第 485 號解釋，於解釋理由書中，即載有「國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安全等民生福利措施。」等語。此外，從社會學的角度而言，1970 年代著名的英國社會學家 T. H. Marshall 在其所提出的「公民社會學」（Sociology of Citizenship）中<sup>9</sup>，主張現代的公民需具備民權、政治及社會三個因素，而認為國家或社會須具備相應的機制，以貫徹或實現這些條件，社會安全制度即係從福利國（the welfare state）理論出發而來。是以乘於前述，國家對榮民之種種照顧有憲法學，乃至於社會學理論上之基礎。

退輔會依法擔任彼等榮民之遺產管理人，除相當程度具體化前揭原則外，實質上並蘊有國家保護義務<sup>10</sup>之意涵，已然擴張國家任務<sup>11</sup>於往生者，對榮民之照顧不可謂不周。

作為一個國家社會福利機關，退輔會近年來在單身榮民遺產管理上雖有明顯進步，惟具體作為尚未能為社會大眾充分了解，縱職司監督、制衡

---

<sup>7</sup> 參李惠宗，憲法要義，民國 90 年 8 月，第 672-673 頁。具體立法例可參考德國基本法第二十條規定；相較之下，本制度之法源依據（我憲法增修條文第十一條授權制定之兩岸人民關係條例）得從該原則解釋。

<sup>8</sup> 詳參李惠宗，「論國軍老舊眷村改建條例的多重不平等」，台灣本土法學雜誌第四期，民國 88 年 10 月，第 79 頁。此處社會正義為廣義社會安全制度處理問題之射程範圍，於本制度中，尤指在有大陸繼承人聲請繼承之情形。

<sup>9</sup> 請參鄭芷人，「公民社會與民主政治」，收錄於東海哲學研究集刊第六輯，民國 88 年 7 月，第 200 頁。

<sup>10</sup> 參李惠宗，憲法要義，民國 90 年 8 月，第 97-98 頁。在我國司法院大法官會議解釋上，有 422, 445, 472, 477, 485, 487, 488, 491 等號解釋可參酌。保護義務理論之說明，另可參李建良，憲法理論與實踐（二），民國 89 年 12 月，第 66 頁。

<sup>11</sup> 參許宗力，法與國家權力，民國 83 年 10 月，第 127 頁。學者認在積極、服務之國家尤有此類擴張情形。

行政權之立委諸公亦未見深入明瞭<sup>12</sup>，論者尚有單身亡故榮民的遺產流向何處<sup>13</sup>之疑？筆者於民國八十九年初經辦此項業務，於收受一行政法院裁定<sup>14</sup>後，認為本制度實有詳加探討之必要，即興起研究之念頭，不揣譾陋，爰從公、私等法律觀點為文探討現行單身亡故榮民遺產管理制度，期能為這一群曾經為國家付出青春、卻被社會遺忘的人們做點什麼，更希望能激起相關研究，填補這塊社會法學的灰色地帶。

---

<sup>12</sup> 筆者於民國 90 年 10 月 15 日在立法院出席由賴士葆立委主持之公聽會時，就本制度曾詳為闡述。

<sup>13</sup> 參見台灣時報 80 年 1 月 22 日第十六版。

<sup>14</sup> 行政法院 89 年 2 月 24 日八九裁字第二二六號裁定，詳見本文第四章第四節第三項二之部分。

## 第二節 研究限制、方法及範圍

在退輔會沒有明文說帖，復鮮相關學術文獻佐參下，筆者僅能就手邊實務資料加以探討，儘量發掘全般課題。研究方法採「敘述研究」(Descriptive research)中之文獻分析法(documentary analysis method)<sup>15</sup>，資料以中文為主，分析工具係以法律學<sup>16</sup>觀點為之。

至於論述之架構不侷限一般繼承法著作以親屬會議之運作為中心，而擴及以憲法財產權之保障出發，包含：

### 一、 單身亡故榮民遺產之界定及性質

本章首先界定單身亡故榮民遺產及態樣，繼而討論其性質，並與現行法中無人承認繼承之規定加以比較。

### 二、 單身亡故榮民遺產管理的法制

次論現行台灣地區與大陸地區人民關係條例及民法等法律就單身亡故榮民遺產管理之規定，兼及退輔會行政作業程序。

### 三、 實務遭遇的問題及法律上爭議

在處理實務上，以遺產管理人與其他財產管理人職務之競合、大陸公證書之真偽及不實疑義及公法與私法認知之差異等問題較具代表性及學術討論性，在該章分節詳論。

### 四、 結論的部分總結前述，提出個人心得及建議，並求遺產管理制度能符合其制度設計目的。

本研究論述範疇橫切面上分別從民法、兩岸人民關係條例，乃至公

---

<sup>15</sup> 相較於田野調查(Field Research)、非介入性研究(Unobtrusive Research)及評估研究(Evaluation Research)等，文獻分析法為法學方法論中最常使用者。相關概念請參考Earl Babbie著，The Practice of Social Research，李美華等譯，社會科學研究方法(下冊)第四三七頁以降；Chava Frankfort-Nachmias及David Nachmias著，Research Methods in the Social Sciences，潘明宏譯，社會科學研究方法(上冊)，民國88年，第349頁以降。

<sup>16</sup> B. Guy Peters, American Public Policy: Promise and Performance, 3rd ed. (1993), p.5.

法之視角切入；縱切面則從法制沿革比較分析，期能予主管機關<sup>17</sup>行政作為改進之參考，並落實政府照顧榮民福利之美意。

---

<sup>17</sup> 在歷年來政府再造方案中，退輔會屢被檢討為裁併的對象（參林福隆，「解甲歸田的勇士們何去何從」，國魂雜誌，82年6月，第24頁；蘇進強，「我國退輔政策與退輔會功能之檢討」，國家政策雙週刊，82年4月30日，第11頁），未來是否仍由其為主管機關不明。論者以為在大陸來台老榮民逐漸凋零情形下，退輔會已盡其階段性任務，從行政組織精簡、提昇行政效率、整合社福體系、有效監督管理及政府再造等角度觀之，應予裁併，納入社福部（統合老人、婦女、兒童等族群）為宜。參江大樹、陶儀芬，「裁併退輔會的理由與方式」，國家政策雙週刊第十九期第7至9頁，80年10月15日；黃錦堂，「行政法的概念、起源與體系」，收錄於翁岳生編，行政法2000（上），第79頁。當然，若為選票考量又是另當別論。

## 第一章 緒論

## 第二章 單身亡故榮民遺產之界定及性質

### 第一節 單身亡故榮民遺產之界定

「榮民」這個名詞，考其緣由係故總統蔣經國先生為表彰早年隨軍來台之退除役官兵所稱，為「榮譽國民」之簡謂。依據國軍退除役官兵輔導條例及其施行細則規定，榮民的類別包括早年隨軍來台之退除役官兵、軍士官服役滿十年者、志願服志願役士兵期滿退伍者、曾參加民國四十七年八二三台海戰役之作戰官兵及金馬民防自衛隊、服士官兵役因作戰受傷或因公致傷殘經鑑定須長期醫療安養者。迄至八十九年七月底，榮民計有五十五萬六千六百餘人<sup>18</sup>。

前章已敘明，在這些榮民之中仍有不少榮民單身獨居，未有嫁娶。雖退輔會屢勸誘其進住各地所謂榮民之家，惟效果欠佳。筆者訪查得知的意見不是覺得榮家生活品質及管理措施太差，就是單身榮民欲自得其樂，不願過團體生活<sup>19</sup>。這些榮民目前被退輔會列為高危險群，隨時小心注意其安危<sup>20</sup>。

彼等榮民往生之後，其遺產即為本文所探討之標的物——單身亡故榮民遺產。惟其亡故時單身，不代表未曾結婚或派下無子嗣，茲就退輔會實務處理上得認定為單身亡故榮民遺產者分述如下：

一、在台及大陸均無民法第一千一百三十八條之繼承人或有無不明者是類榮民之遺產，退輔會定位為無人繼承遺產，嗣將依民法第一千一百八十五條規定歸屬國庫。惟在台無繼承人尚可透過退輔會與戶政機關資料勾稽查得，大陸是否確無繼承人？仍須俟兩岸人民關係條例第六十六條規定之三年期間經過後，無人向法院表示繼承者，始能確知。退輔會處理實務上雖要求善後處理人員於治喪會議時詳加記錄，惟與會之鄰右或友人

<sup>18</sup> 參見「我們的服務」，退輔會印行，民國 89 年 6 月，第 6 頁。本文所探討者，幾乎全係前述第一類（早年隨軍來台之退除役官兵）之榮民。

<sup>19</sup> 筆者有聞「好不容易離開軍中惡劣管教的團體生活，別再叫我回去」的論點。

<sup>20</sup> 但 90 年 5 月初仍發生新竹地區某單身榮民亡故週餘無人聞問致被狗食之案件。

常僅知「我聽故 說.....」，善後處理人員即筆錄於治喪會議記錄後，以之為主臬。就此「傳聞證據」<sup>21</sup>，竟為退輔會各所屬安養、服務機構任遺產管理人憑辦之依據，殊難想像。拙見以為至多參考而已，仍應透過其他直接證據判斷。

學說就無繼承人是否適用民法第五編第二章第五節無人承認繼承規定曾有以下不同意見：

甲說：學者<sup>22</sup>認為，在嚴格意義下，無繼承人不屬於無人承認之繼承，但因尚有對於遺產予以管理、清算，將其剩餘之遺產歸屬於國庫之必要，自應適用無人承認繼承之規定。至關於繼承人搜索之規定雖似無適用，但為慎重其事，仍有搜索繼承人之必要。是以均應予適用。

乙說：舊日通說<sup>23</sup>，謂與民法該章節有間，屬無主之財產，不屬無人承認之繼承。

司法院二十二年院字第八九八號解釋則認為，此種情形應適用無人承認繼承之規定。是以應以甲說為可採。

## 二、在台無繼承人、於大陸地區有繼承人者

除前述類型外，有的榮民係在台未歷婚姻，或台灣地區繼承人已較榮民先亡故，致在台無繼承人，而大陸仍有民法第一千一百三十八條所列之繼承人者。彼等應於前述三年表示繼承期間內，備妥大陸親屬關係公證書及委託公證書，準於繼承人之地位，向法院表示繼承，並向退輔會所屬安養、服務機構申請繼承故榮民遺產。在區分上，前一類型在兩岸人民關係條例施行前由退輔會擔任遺產管理人時期頗為常見；本類型則在兩岸訊息

---

<sup>21</sup> 此處借用刑事訴訟法之用語。本來在證據能力上，刑事訴訟法基於傳聞法則，排除其作得為證據；然在民事訴訟法的概念上，未盡能如此嚴格要求，得基於自由心證據以認定。儘管如此，仍不應將治喪會議記錄全然奉為主臬。

<sup>22</sup> 戴炎輝、戴東雄，前揭書，第 215 頁。

<sup>23</sup> 羅鼎，民法繼承論，民國 35 年，第 150 頁；胡長清，中國民法繼承論，民國 35 年，第 160 頁；范揚，繼承法要義，民國 24 年，第 140 頁；李宜琛，現行繼承法論，民國 35 年，第 73 頁。均轉引自戴炎輝、戴東雄，前揭書，第 215 頁。

交流日益密切後，已成為單身亡故榮民遺產管理案件之大宗，亦係本研究探討的重點，詳見本文後述。

### 三、在台繼承人均拋棄繼承者

所謂拋棄繼承，係指繼承開始後，依法（民法第一千一百三十八條）有繼承權之人依法定方式（民法第一千一百七十四條）所為與繼承立於無關係之地位之意思表示<sup>24</sup>，相關規定見於民法第五編第二章第四節。在嚴格意義下，亦不可謂為無人承認之繼承<sup>25</sup>。惟在民法第一千一百七十六條第六項已明文準用之下，應無疑慮可能。若大陸亦無繼承人，則屬前述一之情形；若大陸有民法第一千一百三十八條所列之繼承人存在，則屬前述二之類型，分別判斷之。

惟退輔會在作業上似未慮及此種情形，僅以目前外觀上獨居之單身榮民為遺產管理主體，而摒除有眷者，殊不知在拋棄繼承時仍有為遺產管理之可能，而非有眷榮民之「家務事」而已。

### 四、單身榮民失蹤致生死不明者

此種情形，於單身榮民返鄉探親時尤為常見，特別是在早期兩岸資訊不發達之時期。在大陸有繼承人或其對台辦、公證處能配合出具相關證明時還好。若大陸無繼承人或前揭機關不配合時，則退輔會所屬安養、服務機構基於利害關係人之地位，依我民法第八條規定，於失蹤人失蹤滿七年後，聲請死亡宣告；若該榮民年滿八十歲，則得於失蹤滿三年後為之；若遭遇特別災難者，得於特別災難終了滿一年後為之。

遺產管理人復依同法第九條規定並依死亡宣告判決內所確定死亡之時，推定該榮民為死亡，進而再據以死亡時點，為遺產管理職務。有前述各類型情形時，分別依其辦理。

### 五、亡故榮民繼承人因故不能管理其遺產者

此係退輔會於其「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺

---

<sup>24</sup> 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭合著，民法繼承新論，民國 82 年，第 263 頁。

<sup>25</sup> 戴炎輝、戴東雄合著，前揭書，第 215 頁。

產管理作業程序」之總則中明文揭示者，管見以為該繼承人範圍應僅指「大陸繼承人」，因故係「兩岸乖隔」之故。否則若及於台灣地區繼承人，則行政機關將侵越原本民法以親屬會議為中心之設計，國家高權應有所限縮，不應恣意為之。

惟退輔會似未充分認識到「因故不能管理遺產」之意涵，以該會九十年八月二十七日（九十）輔壹字第一三二九二號函為例，該函釋將未領得中華民國身分證之亡故榮民大陸配偶，認其無法以配偶名義領取榮民之遺產（存款、不動產等），屬兩岸人民關係條例第六十八條第一項所示「因故不能管理遺產」之範疇。

就之筆者有不同觀點，認在榮民甫亡故之際，該配偶所提出之證明未臻明確，甚恐係偽造<sup>26</sup>，不應先肯認其係繼承人，而謂其「因故不能管理遺產」；而應適用同條項「繼承人有無不明」，俟該配偶確能證明其為真正繼承人時（即謂依退輔會前揭作業程序申請而符合規定或循司法裁判後），始將該遺產交付之。退輔會該函見解，在法學方法論要係三段論法<sup>27</sup>（Syllogismus）上涵攝（subsumtion）之不當。

準此，大陸繼承人於單身榮民亡故後，既須由經退輔會遺產管理人確認其資格，則此段期間不能置該遺產於不顧，是以在是否包含「台灣繼承人因故不能管理遺產」之疑義時，應透過目的性限縮（teleologische Reduktion）<sup>28</sup>之法學方法，導回原來應有之適用範圍，將本類型之主體限縮僅指大陸繼承人；台灣繼承人則透過其親屬會議（民法第四編第七章）踐行其遺產管理之責即可，不需有勞退輔會。

在另外一種情形（與前述函示前提不同），實務尚見有亡故榮民戶籍原無法定繼承人之記載，嗣有繼承人出面承認繼承者。在程序上，退輔會

---

<sup>26</sup> 目前婚姻驗證為海基會處理文書驗證之最大宗，問題也最多。參見張麗君，「嚴格把關文書驗證工作」，交流雜誌第 58 期，民國 90 年 8 月，第 50 頁。另參閱中國時報 90 年 8 月 17 日第十一版「大陸幽靈子女登台奪產，疑幕後有黑手」一文，箇中花樣詳見本文第四章第三節。

<sup>27</sup> 參見黃茂榮，法學方法與現代民法，民國 82 年 7 月，第 200 頁。

<sup>28</sup> 參見陳敏，行政法總論，民國 88 年 12 月，第 134 頁。

所屬安養、服務機關在查知有單身榮民亡故，先進行善後處理，在台有繼承人時通常逕交其處理；無繼承人時，則進入遺產管理階段。若台灣地區繼承人於遺產管理階段始出面承認繼承、申請遺產者，因無法確認其係真正繼承人，縱戶政機關允許該繼承人嗣後補登為民法第一千一百三十八條所列之親屬（特別是曾儀式婚卻未登記之配偶），承辦人員為求自保，避免圖利，通常請申請人提起確認訴訟（如確認親子或婚姻關係存在之訴）或給付訴訟（如返還遺產之訴<sup>29</sup>），俟法院判決確定結果而定，不宜逕依戶政登記即交付遺產。苟法院判決原告勝訴，則遺產管理人即應將遺產返還。如斯繼承人合法取得遺產，承辦人秉之結案，可謂皆大歡喜。

---

<sup>29</sup> 按給付訴訟除包含確認訴訟之性質外，並有執行力，筆者通常建議對造為之，於民國90年南投地院故榮民陳炎返還遺產事件即係如此。惟尚有部分律師未明訴訟標的法律關係，「亂石打鳥」主張侵權行為或不當得利，殊難想像。

## 第二節 單身亡故榮民遺產之性質

在了解單身亡故榮民遺產之產生後，本節續就其性質加以探討。在定性上，其歸類於無人承認繼承遺產（遺產管理人之地位）之論述，在立法例上有下列不同主義<sup>30</sup>：

- 一、大陸法系（德、法、瑞）法制，概以國家或地方自治團體為最後順序繼承人，遺產管理人就任時，雖尚未確定何人為繼承人，但終有繼承人時，管理人即係該繼承人之法定代理人。
- 二、視無人承認繼承遺產為法人，日本民法第九百五十一條<sup>31</sup>仿瑞士 Graubunden 州民法採之。依此主義，遺產管理人即是遺產法人代表，如將來繼承人出現時，視為法人不存在，但管理人於其權限內所為之行為，仍不失其效力（日本民法第九百五十五條規定參照）。
- 三、英國法以管理人為被繼承人之人格代表（personal representative），管理人係繼承財產信託之所有人。於繼承人有無不明時，暫時以遺產為被繼承人之財產，管理人以固有名義清算、管理遺產，為被繼承人之代理人；如繼承人嗣出現，將遺產交還於繼承人，否則將贖餘遺產移交國庫。
- 四、中共繼承法第三十二條則規定：「無人繼承又無人受遺贈的遺產，歸國家所有；死者生前是集體所有制組織成員的，歸所在集體所有制組織所有。」。

我國民法既不以無人承認繼承之遺產為法人，復不以國庫或地方自治團體為期最後順序之繼承人。惟其性質為何，學說容有下述不同見解：

---

<sup>30</sup> 參林秀雄，「無人承認繼承時贖餘財產之歸屬」，月旦法學雜誌，第二十六期，第 60 頁；戴炎輝、戴東雄，中國繼承法，第 216 頁；張瓊文，無人承認繼承遺產之研究，東海大學法研所碩士論文第 12 頁以降，88 年 6 月；李永然，大陸法律八講，第 43 頁。

<sup>31</sup> 王書江、曹為，日本民法，民國 81 年，第 183 頁；中川善之助、泉久雄，相續法，1974，第 393 頁。

郭振恭氏認<sup>32</sup>民法第一千一百八十四條規定乃擬制遺產管理人為繼承人之法定代理人，而非被繼承人之代理人。

林秀雄氏謂<sup>33</sup>我國不必仿日本法制。蓋遺產管理人於所為職務上行為，主觀上非代理繼承人為之，客觀上亦非以本人名義，而係以自己名義為之，實與代理之顯名主義相違背，無能為繼承人之代理人。且若繼承人確不存在，其為何人之代理人亦生問題。法條僅將該職務上行為視為繼承人之代理，並非將遺產管理人視為繼承人之法定代理人。

戴東雄氏認為<sup>34</sup>，應係目的財產之一種。管理人係以固有名義（法定任務）管理、清算遺產，繼承人出現時，將遺產交還該出面之繼承人；否則，將剩餘財產交予國庫（民法第一千一百八十五條）。而民法第一千一百八十四條：「遺產管理人在繼承人承認繼承前所為之職務上行為，視為繼承人之代理」，不過為保護交易安全，不許繼承人否認管理人所為職務上行為之意，非真正之代理人。遺產管理人乃基於其固有之法定任務，有管理、清算遺產之權限。如繼承人承認繼承時，將遺產依其現狀交還於繼承人已足。

范揚氏<sup>35</sup>則批評：「民法折乎二者之間，一方以國庫為剩餘財產之歸屬人，而非真正之繼承人，一方廢棄法人主義，以遺產管理人純為繼承人之代理，其務求切實明顯之立法趣旨，未始絕無見地。然依第一一八四條規定，僅以公告所定期間內有繼承人承認繼承者為限，其管理人前此所為職務上行為，得視為繼承人之代理。若期限內竟無人出面而承認，則國庫既非繼承人，而繼承人又不存在，其前此所為行為，將為誰人之代理耶？畢竟其間管理人既無本人可以代理，而遺產上權利義務，亦無主體可以歸屬，因之在學理上自難自圓其說，而立法例上尤覺驢馬皆非也」。

---

<sup>32</sup> 參氏與陳棋炎、黃宗樂，民法繼承新論，民國 82 年，第 283 頁。

<sup>33</sup> 參氏著，民法親屬繼承爭議問題研究，第 311 頁。

<sup>34</sup> 戴炎輝、戴東雄，前揭書，第 217 頁

<sup>35</sup> 范揚，繼承法要義，民國 24 年，第 143 頁。轉引自戴炎輝、戴東雄，前揭書，第 217 頁。

羅鼎氏<sup>36</sup>見解：「此種代理係由法律規定而生，故為法定代理人之一種。然究係出於法律之擬制，非繼承人之真正法定代理人。故出而承認繼承之繼承人如為未成年人，遺產管理人之職務仍立即終止，而應將所管遺產，移交於該繼承人之法定代理人」。

以上眾說紛紜，各有己見。在單身亡故榮民遺產管理之情形，管見認以戴氏見解較妥。惟兩岸人民關係條例基於民法之特別法地位，應以之為管理依據，而不僅依民法規定。在兩岸人民關係條例及其授權命令規範不足時，始以民法規定補充。在有繼承人出而承認時，不能如羅氏所言遺產管理人職務立即終止，仍應細密審查其資格，符合退輔會「退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法」始可。關於退輔會就之具體運請作詳見次章說明。

---

<sup>36</sup> 羅鼎，民法繼承論，民國 35 年，第 152 頁。轉引自戴炎輝、戴東雄，前揭書，第 218 頁。

## 第三章 單身亡故榮民遺產管理法制及運作

### 第一節 緒說

我國憲法第十五條規定人民之財產權應予保障。所謂財產權應受保障之意義，係人民只要是以合法方式所獲得之財產，就應該受到國家的保障。人民的財產是一個「所有權的組合體」，可以讓特定所有權經過自由的處分、流通而獲得利益<sup>37</sup>。

然而，財產權作為制度保障（Institutsgarantie）之權利，國家對其得予以適當之規制。正如同所有的人權都不可濫用而危害公益一般，財產權雖能使個人得形成自我責任之生活<sup>38</sup>，惟負有「社會義務性」（Sozialbindung des Eigentums）<sup>39</sup>，國家得秉於公益立法限制之。從而，現代憲法就財產權之保障已不再服膺所謂的「絕對保障論」，而採「相對保障論」<sup>40</sup>。

準此，在吾人探討單身亡故榮民遺產管理制度時，就法制上之種種限制應提昇探討層次，不應僅從私法角度觀看，尚須慮及基本權衝突<sup>41</sup>之可能（如大陸地區人民與台灣地區人民共同繼承之「劣勢」）。蓋遺產之繼承亦屬憲法上財產權保障<sup>42</sup>之範圍，雖憲法增修條文第十一條已透過明確

<sup>37</sup> 就此意義而言，傳統憲法學說將財產權視為自由權的一種（即財產自由權）。參陳新民，中華民國憲法釋論，民國 86 年，第 281 頁；憲法基本權利之基本理論（上冊），民國 85 年，第 309 頁。

<sup>38</sup> 參李惠宗，憲法要義，民國 90 年 8 月，第 255 頁。

<sup>39</sup> 德國威瑪憲法第一五三條第三項及基本法第十四條均明文規定財產權負有義務，行使財產權必須兼顧公共利益之要求；我國憲法第二十二條及一百四十五條亦可導出前述義務性。參李惠宗，前揭書，第 193 頁。

<sup>40</sup> 陳新民，中華民國憲法釋論，民國 86 年，第 292 頁。

<sup>41</sup> 概念詳參李惠宗「憲法基本權與私法的關係 - - 德國聯邦憲法法院判決解析」乙文，載於氏著，權利分立與基本權保障，民國 88 年，第 273-295 頁。甚至有基本權利「對第三人效力」（Drittwirkung）的問題，相關論述參見李建良，「自由、人權與市民社會」，收錄於氏著憲法理論與實踐（二），民國 89 年 12 月，第 35 頁。

<sup>42</sup> 除憲法第十五條簡單的五字略述外，大法官會議直接闡明者亦不多，釋字 37 僅言「憲法保障人民財產權之精神」；嗣後之解釋亦多論徵收法制，如釋字 400、409、425、440、513、516 等。管見認大法官宜伺機就之詳為闡述。

之「憲法委託」<sup>43</sup>制定了「台灣地區與大陸地區人民關係條例」<sup>44</sup>，得以特別規定為兩岸人民權利義務關係不同之處理，惟仍應僅遵憲法第二十三條比例原則之適用，儘可能的賦予人民有更大的財產權行使及保有權限。在下述就單身亡故榮民遺產管理制度法源依據及退輔會行政程序之介述中，筆者除試圖拉高論述層次外，並透析本制度法制上之良窳。

---

<sup>43</sup> 學者陳新民憂慮立法者常未受憲法明確委託，即毫無拘束性地立法限制、剝奪人民財產權，將使憲法第十五條保障財產權之精神喪失殆盡。參氏著，憲法基本權利之基本理論（上冊），民國 85 年，第 353 頁。兩岸人民關係條例基於憲法增修條文尚與前述無違。

<sup>44</sup> 行政院以台八十一字第三一六六九號令公布之。

## 第二節 法源依據

自民國七十六年我政府開放一般民眾赴大陸探親以來，兩岸民間接觸日益頻繁，兩岸法律體制的不同也帶給法學界新的思維。在兩岸法域<sup>45</sup>（Rechtsgebiet；territorium legis；legal region or law district）域外效力發生衝突下，類似國際私法之設計，同樣是解決衝突法問題的「台灣地區與大陸地區人民關係條例」於焉而生，使兩岸人民的關係有了法制化的依據，而不再是隨政策搖擺。

按衝突法現象有二：一為國際私法；一為區際衝突法。而所謂區際法律衝突（interregional conflict of laws），依學者見解，係在一個國家內部不同地區的法律制度間的衝突<sup>46</sup>。兩岸人民條例之性質，依彼時行政院向立法院提出之立法總說明<sup>47</sup>，係採「區際法律衝突」之理論。從這個角度來看，立法者透過該條例之制定，旨在解決兩岸法律衝突。在本文之探討範圍內，尤指大陸地區人民繼承台灣地區人民遺產之法制。

自此，除相關行政機關（國有財產局、國防部、退輔會，參見該條例第六十七條之一及六十八條規定）就在台無繼承人、繼承人之有無不明或因故不能管理遺產者，有了權限分配的明文<sup>48</sup>外，另對大陸同胞在繼承法上有異於我民法之設計。

本文因焦點集中於單身亡故榮民，尚不贅述退輔會以外如國防部或國有財產局之作業。以下謹從法制沿革之觀點就退輔會處理單身亡故榮民遺產之法源依據及內容分析：

<sup>45</sup> 黃進，區際衝突法，民國 83 年，第 17 頁

<sup>46</sup> 參氏著，區際衝突法，民國 83 年，第 82 頁；吳天明，東吳大學法研所八十七年碩士論文，第 5 至 26 頁。另請參照台灣台北地方法院七十九年度家訴字第十號判決。

<sup>47</sup> 李後政，兩岸民事關係條例與審判實務，民國 83 年，第 77 頁。

<sup>48</sup> 此概念參見許文義，「論機關間權限分配予職權行使」，月旦法學雜誌第六十六期，第 134 頁以降；李惠宗，權力分立與基本權保障，民國 88 年 3 月，第 48 頁；許辰舟，「國會調查權之研究」，務實法學基金會判解研究彙編（二），民國 86 年，第 57 頁。

## 第一項 兩岸阻隔時期

兩岸阻隔時期，定義上係指民國七十六年前尚未開放兩岸人民往來之時期。由於當時無從得知單身榮民在大陸地區有無繼承人，對於渠等遺產之處理，依彼時實務見解，向依民法繼承編第二章第五節關於無人承認之繼承各條規定辦理。

例如早在民國四十四年十二月二十四日，前司法行政部即以台四四公參第六八八八號函，即指示應依下列方式處理：

- 「一、其小孩均居留大陸無一在台灣者，似可依民法繼承編第二章第五節，關於無人承認繼承各條辦理。
- 二、在台灣僅有一部份繼承人者，似可依民法第八百二十條第二項規定，由在台之繼承人單獨辦理全體小孩之共有登記。
- 三、至合法繼承人之有無不明，在台親友無權利代理辦理登記一節，除依民法一一七七條被選定為遺產管理人後，依同法第一一七九條第一項第二款規定得代理辦理登記外似不能單純以親友資格代為登記。至其在台親友僅欲代為管理其遺產，似可適用民法債編第一張第一節第三款，關於無因管理各條規定辦理。
- 四、除依現行法上述規定辦理外，目前似別無其他補救辦法。」。

而國庫得以利害關係人地位，聲請法院指定遺產管理人管理遺產<sup>49</sup>。

對於在大陸地區確有繼承人者，遺產管理人應依非訟事件法第七十九條第

---

<sup>49</sup> 參法務部七十三年一月二十四日法七三律字第九五二號函：「按死亡人之遺產，無人繼承，又無親屬在台，亦無利害關係人時，依司法院院字第一一〇七號及二二一三號解釋（參註 150），國庫因其依民法第一千一百八十五條於將來遺產所屬有期待權，具有同法第一千一百二十九條所稱利害關係人之地位，可由中央銀行國庫局，或管轄被繼承人住所地之地方行政機關，代表國庫依非訟事件法第七十八條第一項規定，向管轄法院聲請指定遺產管理人，在依同法第一千一百七十八條及第一千一百八十五條規定辦理。」；相較之下，在退輔會處理單身亡故榮民之情形，依司法院五五台函民字第六五六九號函；「本件參照國軍退除役官兵死亡遺留物處理辦法之規定，國軍退除役官兵就業輔導委員會對於死亡退除役官兵之遺物有保管責任，似屬民法上利害關係人，依非訟事件法第七十九條規定，得聲請法院指定為死亡退除役官兵之遺產管理人。」，參葛義才，非訟事件法論，民國 82 年，第 179 頁。類似案件另請參台灣台中地方法院七十六年繼字第九〇五號裁定。

三項規定將遺產於清償債權、交付遺贈物後提存之，俟大陸光復後<sup>50</sup>，再依民法第一千一百七十八條及一千一百八十五條規定辦理。

於本時期因依民法第一千一百七十八條所為之公示催告效力無法及於大陸地區<sup>51</sup>，故單身亡故榮民之遺產係暫由遺產管理人保管（彼時不見得全由退輔會擔任<sup>52</sup>），遺款則存入臺灣銀行國庫保管款專戶（無息）。若遺有不動產者，依行政院六十九年九月十二日台（六九）內字第一〇六五一號函示，申請之繼承人應於不動產登記時於繼承系統表上註明「表列繼承人如有遺漏或錯誤致他人受損害時，申請人願負法律責任，並保證其他有權繼承人主張繼承權時，登記之繼承人願就其應繼分予以返還」；如有人就繼承權提出異議，地政機關應依土地登記規則第四十九條第一項第三款規定駁回登記之申請。

惟因兩岸音訊阻隔，實務又無許公示催告<sup>53</sup>，大陸地區繼承人鮮有繼

<sup>50</sup> 參行政院七十二年十二月十七日台七十二財字第二二五九三號函：「... 博愛院在台無親屬院民，亡故後其暫繳國庫之遺產，請准援本院台（五三）忠伍字第六二九號令規定，於中央銀行國庫局以保管款立戶，暫為存儲，留待將來光復大陸後，再依法處理，並對以後類此案件，均援例辦理一案，准予照辦。」惟光復大陸究屬條件或期限？容有爭議，最高法院九十年三月二十日九十年第三次民事庭會議決議就之即無定論，因而廢止該院六十二年台上字第一六一八號判例。

<sup>51</sup> 依前揭法務部 73 年函：「民法第一千一百八十五條關於無人承認繼承之遺產，於清償債權，交付遺贈物後，如有賸餘，歸屬國庫之規定，係指戶絕財產之無人承認繼承遺產而言（行政院五十三年忠伍字第六二九號令釋參照）。即非經第一千一百七十八條之規定，由法院為搜索繼承人之公示催告期限屆滿後，不得為之。此觀之第一千一百八十五條規定首句，亦明。如係隻身來台無人繼承之遺產，於大陸光復前，因公示催告之效力不能及於其在大陸之合法繼承人，在客觀上不能為公示催告，縱予以公示催告，在法律上仍不能發生催告之效果，為維護在大陸上合法繼承人之權益，法院自不得依第一千一百七十八條之規定為搜索繼承人之公示催告（臺灣高等法院五十八年法律座談會結論參照）」。

<sup>52</sup> 嗣司法院七十四院台廳一字第〇五七八六號函定紛止爭，謂：「被繼承人屬退除役榮民身分者，依行政院國軍退除役官兵死亡遺留物處理辦法規定，應由國軍退除役官兵輔導委員會辦理，勿選任國有財產局為遺產管理人。」，參葛義才，非訟事件法論，民國 82 年，第 180 頁。

<sup>53</sup> 依行政院五十九年七月十四日五十九內字第六二九四號令：「僉以我國目前環境特殊，大陸未光復前，外省人民來台所遺財產於繼承開始是否確無人繼承，殊難判斷，如依民法第一千一百七十七條、第一千一百七十八條，非訟事件法第七十七條至第七十九條規定程序處理後，無繼承人承認繼承時，其遺產於清償債權，交付遺贈物後，如有賸餘，歸屬國庫亦有困難。本案已故 於大陸淪陷後，隻身來台，於大陸光復前，依民法第一千一百七十八條所為公示催告程序，效力不能及於其在大陸之合法繼

承得者（遑論「俟大陸光復後」），只能說是冷戰時期兩岸人民的不幸。

---

承人.....於光復大陸後，再依民法第一千一百七十八條及第一千一百八十五條規定辦理。」。

## 第二項 開放探親後至兩岸人民關係條例施行前

民國七十六年政府開放兩岸人民往來後，單身亡故榮民大陸繼承人申請繼承案件紛至沓來<sup>54</sup>。依中共一九九〇年一月二十六日「司法部關於涉台公證工作座談會會議紀要」<sup>55</sup>，該文推薦大陸繼承人得以下述方式辦理對台灣遺產的繼承：

- 「一、委託在台灣之親友。
- 二、委託與台灣律師有業務聯繫的大陸律師事務所，在通過大陸律師轉委託台灣律師。
- 三、委託我（司法）部設在香港的中國法律服務（香港）有限公司，由該公司轉委託台灣律師。
- 四、委託海峽兩岸法律服務有限公司。該公司主要由香港律師黎錦文和台灣律師沙壬、陳符瑤、梁浩、林復宏、林辰彥等人組成。大陸繼承人可將委託書寄給黎錦文律師。委託書一般應依照台灣通用的格式出具。
- 五、委託我（司法）部設在北京的中國國際經濟與法律諮詢（動產和不動產）公司，該公司與海峽兩岸法律服務有限公司有相互委託關係，大陸繼承人可將委託書寄給中國國際經濟與法律諮詢公司。」。

---

<sup>54</sup> 但相對的，似乎鮮有台灣同胞繼承大陸人民之案例，雖然中共司法部早在一九五六年九月二十日下發給天津司法局及廣州市人民委員會司法處「關於遺囑、繼承問題的綜合批覆」首段即謂：「對逃往台灣的繼承人是否剝奪繼承權問題，我們認為依婚姻法第十四條之規定，父母子女有互相繼承遺產的權利，該逃往台灣的繼承人記係被繼承人子女之一員，他對被繼承人的遺產是有繼承權的。」已明文保障台灣繼承人之繼承權。繼而，中共最高人民法院於一九八四年七月三十日「關於在台灣的合法繼承人其繼承權應否受到保護問題的批覆」亦加以肯認。此際「中華人民共和國民法通則」第八章「涉外民事關係的法律適用」尚無得適用，因中共始終堅持一中原則，認台灣非外國，仍適用其婚姻法第十四條之規定。同樣地，我實務向認大陸地區由屬我國領域，應受我法律規範，參見最高法院八十九年台非字一九四號判決。

<sup>55</sup> 該座談會係中共司法部公證司一九八九年十二月二十五日至二十九日在湖南省岳陽市所召開。參李永然、陳慶洪，中共處理涉台事物法律要點，第一三三頁；田書墨，「談談大陸的公證制度--兼談『兩岸公證書使用查證協議』的有關問題」，共黨問題研究第十九卷第十期，第22頁。

在實務上，最常見到者係第一類者，包括在台同鄉會會員、台灣律師<sup>56</sup>、鄰居及捐客<sup>57</sup>。在財團法人海峽交流基金會（以下簡稱海基會）於民國八十三年三月九日正式對外服務後，該委託書等大陸公證機關出具之公證書，須經海基會認證，始得推定真正<sup>58</sup>。

退輔會在本期間審查申請繼承案件時，已毋庸「俟光復大陸」後始發還榮民遺產予大陸繼承人，堪係一大進步。惟在審查大陸繼承文書時常力有未逮，承辦人員在未明真正下，常遊走於圖利罪之邊緣<sup>59</sup>，一不小心就發錯人，又對偽造大陸文書者無可奈何，彼時迭生貲議，甚至耳聞有承辦人員圖謀不法利益居間者。

另外在法院審理上，以身分認定之問題為多，均以適用我現行民事法為依據，且視大陸地區人民在台權利與台灣地區人民相同<sup>60</sup>。茲以下列數

---

<sup>56</sup> 以某王姓律師為例，渠「承攬」多件申請繼承案，甚至被聯合晚報（八十七年五月二十八日第三版）報導有勾串之嫌，詳見台灣高等法院八十八年度上易字第一六六五號判決。輔導會對其案件審核均慎重為之，渠迭有不滿，動輒興訟，參行政院八十八年度裁字第一五五號判決。另有一白姓律師亦承攬多件可疑申請案件，法務部調查局曾以（八九）廉二字第八九〇四二四七〇號函請該局中部地區機動工作組調查。可知僭稱繼承人問題之嚴重。

<sup>57</sup> 常有不肖代理人在獲知榮民亡故後，迅速尋找與榮民同省籍之大陸人頭，取得親屬關係及委託公證書，並獲海基會驗證，以申請繼承遺產，參榮光周刊第一八一五號，第二版。中共方面並非不聞不問，海協會即於今（九十）年元月二日函告退輔會「台灣公民范小鈞，從台灣拿到亡故者人員戶籍資料、死亡證明書回大陸，在找不到繼承人情況下，讓大陸人民代替繼承人冒名領取遺產、餘額退伍補助金。范小鈞領款後不發給繼承人，以假繼承人名義威脅侵吞全部遺產。請接信後限制委託范小鈞文件進行驗證，不予驗證。」，參退輔會（九十）輔壹字第〇〇八七七號函。此狀況早期較為嚴重，某些代理人偽造比例甚高，參古錦祥，「如何維護在台單身亡故榮民之大陸親屬權益」，退輔會八十七年度研究年報，第三頁。就此退輔會於八十一年三月十八日（八一）輔壹字第〇四八四八號函曾週知各所屬機構：「如發現偽造文書圖謀榮民遺產者，各經辦單位應主動依法訴請司法單位偵辦，以維護亡故榮民身後權益。」洵為適舉。

<sup>58</sup> 最高法院八十年台上字第九三三號判決。該判決影響嗣後之實務見解；之前者則毋庸驗證，參見例二及台灣高等法院七十九年度上字第四六三號判決。而海基會受委託行使認證等公權力之行政法理探討，詳見本節次項及次章第三節。

<sup>59</sup> 即使在兩岸人民關係條例施行後亦然，參見台灣高等法院八十七年度上訴字第三八〇四號判決。

<sup>60</sup> 這種未予大陸人民「區別對待」（該概念參見司法院大法官會議釋字第485號解釋），認與台灣地區人民所享有之權利一致處理態度，除例示之外，亦反映早期的台灣台北地方法院七十七年度家訴字第九十八號、七十八年度訴字第七七八〇號等判決。

判決<sup>61</sup>舉例說明：

例一，台灣台北地方法院七十七年度家訴字第九十八號判決：認大陸繼承人請求確認被繼承人自書遺囑因未依法定方式而無效，依我民法由渠等共同繼承。

例二，台灣台北地方法院七十八年度訴字第七七八0號判決：認大陸繼承人仍為我國國民，秉於公平原則及誠信原則（對大陸同胞，我政府並未有歧視、刁難態度），自得本於繼承身分適用我國民法。且認大陸公證書雖不具公文書效力，仍具有私文書效力，「方合國策」。該判決最引人議論者<sup>62</sup>係認該文書「我方於現階段不宜出文函查，被告如認該文書非真正，自應負舉證責任」，法院未依一般舉證責任分配原則另原告證明，竟令被告提反證為之，殊難想像。

例三：台灣台北地方法院七十九年度家訴字第十號判決：認大陸繼承人因欠缺我民法收養法定方式而未成立。本件亦以我民法為法律適用依據。

例四，台灣台北地方法院八十年度家簡字第七號簡易判決：謂「台灣地區與大陸地區人民關係條例僅在研議中，尚未三讀通過，更未依法公布施行，要難認有法之拘束力，自仍應適用現行法中有關繼承之法律規定。」。

例五，台灣台北地方法院八十年度家訴字第四十二號判決：謂大陸繼承人均有繼承身分，依我民法規定均分遺產。

例六，最高法院八十年度台上字第一五七號判決：亦謂大陸地區人民為中華民國國民，應適用我國民法規定及訴訟程序。

例七，台灣板橋地方法院八十年訴字第三四五號判決：謂大陸公證書未經海基會或其他機構認證，不得推定為真正，尚難認親屬關係存在<sup>63</sup>。

---

<sup>61</sup> 以下判決除透過司法院網站搜尋外，另感謝台灣高等法院台中分院王耀賢先生費心搜尋提供。

<sup>62</sup> 林明德，我現行司法實務對大陸人民法律案件判決之研究及檢討，第8頁，海基會出版。

<sup>63</sup> 彼時海基會已正式對外為認證服務後，對大陸地區人民在台民事訴訟舉證責任似漸趨

從上述的實務判決，可知各法院見解未臻一致，直至兩岸人民關係條例後始步上軌道。

---

嚴格。論述亦參見第三章第三節。

### 第三項 兩岸人民關係條例施行後

兩岸人民關係條例的制定，從好的觀點來看，給予了大陸同胞制度性保障；但相對的，某些規定也為人詬病，認有違反基本人權之嫌，特別是平等權之保障，而有不當限制。例如該條例第六十九條規定：「大陸地區人民不得在台灣地區取得或設定不動產物權，亦不得承租土地法第十七條所列各款之土地」，肯定說者即以公平角度主張，謂應著重兩岸互惠主義，鑒於大陸土地公有，人民不得繼承土地，是以亦應限制大陸人民繼承台灣土地及其變賣價格，以防止同樣之大陸人民不能取得大陸土地所有權卻能取得台灣地區土地所有權之怪異現象。從處理繼承案件之實際經驗來看，土地係主要繼承標的之一，限制土地繼承亦能達至所謂國家安全之相同目的<sup>64</sup>。

雖說憲法上之平等原則並不要求絕對機械的平等，而容許有差別對待（參大法官釋字第 205、211 號解釋），隨著分類標準的不同<sup>65</sup>，平等會有不同的形貌<sup>66</sup>出現。然而，該條例是否確已衡諸「事物之本質」（Natur der Sache，參見大法官會議釋字 474 號部分不同意見書），而未恣意差別對待，容有爭議。該條例第六十六至第六十八條作為民法繼承編之特別

<sup>64</sup> 參陸委會，處理兩岸法律案件之類型與經驗，民國 82 年，83 頁。

<sup>65</sup> Ronald Dworkin 曾提出三種「平等觀」，第一種為傳統自由主義者所主張的平等觀，認為所謂平等就是人民對於其私有財產等享有天賦的權利。第二種係以社會福祉為理論基礎（如功利主義）的平等觀，認為財產之使用與分配應增進整體社會福祉。德沃金自己主張第三種平等觀，認為政府應以財貨、機會與其他資源（而非社會整體福祉）來界定平等，使人民就財富和其他資源處於立足點之平等，渠稱為「資源上平等」（equality of resources），參見王文宇，「論德沃金的司法判決理論」，收於氏著民商法理論與經濟分析，民國 89 年 5 月，第 246 頁。惟其譯名學界容未臻一致，有譯為「德我肯」者，參謝世民，論德我肯的資源平等觀，中研院人文及社會科學集刊，88 年 3 月，十一卷一期，第 123 頁以下。

<sup>66</sup> 參李惠宗，憲法要義，民國 90 年 8 月，第 126 頁；氏著，從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準，台大法研所碩士論文，民國 77 年，第 13 頁以下。此外，Gustav Radbruch 認為，在社會的法與國家觀下，得對社會的有力者與無力者加以差別處理，以達抑強扶弱的政策。參林文雄，「賴特布魯的政治哲學」，台大法學論叢第二卷第二期，民國 62 年 4 月，第 261 頁。

規定<sup>67</sup>，應予優先適用<sup>68</sup>，本節除逐一介述外，尚兼論有合憲疑義者。

### 一、兩岸人民關係條例第六十六條

該條原規定(民國八十一年七月三十一日公布、同年九月十八日施行之舊條文)：

「大陸地區人民繼承臺灣地區人民之遺產，應於繼承開始起二年內以書面向被繼承人住所地之法院為繼承之表示；逾期視為拋棄其繼承權。繼承在本條例施行前開始者，前項期間自本條例施行之日起算。」。

現行規定將期間延長為：

「大陸地區人民繼承台灣地區人民之遺產，應於繼承開始起三年內以書面向被繼承人住所地之法院為繼承之表示；逾期視為拋棄其繼承權。

大陸地區人民繼承本條例施行前已由主管機關處理，且在台灣地區人民無繼承人之現役軍人或退除役官兵遺產者，前項繼承表示之期間為四年。

繼承在本條例施行前開始者，前二項期間自本條例施行之日起算。」

依民法第一千一百四十七及一千一百四十八條規定，繼承人因被繼承人死亡而當然繼承，本毋庸為意思表示<sup>69</sup>，繼承人得繼承非專屬於被繼承人之財產上權利義務<sup>70</sup>。然鑒於兩岸乖隔，為避免繼承狀態久懸，影響我經濟秩序，兩岸人民關係條例第六十六條第一項爰規定有三年之期限<sup>71</sup>，

---

<sup>67</sup> 特別法概念請參閱鄭玉波，法學緒論，第 32 頁；黃茂榮，法學方法與現代民法，第六十至六一頁。法制上之爭議可參考蘇永欽，「特別法怎麼個特別法」，司法周刊第一〇二一期，第四版。

<sup>68</sup> 立論可參考司法院大法官會議釋字第 497 號解釋。

<sup>69</sup> 參見司法院大法官會議釋字第 437 號解釋首段。關於該解釋請參余慕德，「繼承回覆請求權之界限」，務實法學基金會判解研究彙編(三)，第 19、87 頁。

<sup>70</sup> 其概念請參見郭振恭，「論繼承之標的(一)」，台灣本土法學第十六期，第 161 頁。

<sup>71</sup> 若大陸地區第一順序繼承人未依法於繼承開始起三年內向法院表示繼承即視為拋棄繼

逾期視為拋棄其繼承權<sup>72</sup>。

這種從經濟觀點的考量，除了在同條例第七十七條亦可見到外，民國八十八年元月二十九日司法院大法官會議釋字第四百七十五號解釋也有同樣觀點，論者謂以政治或經濟的因素，限制私法上的繼承權，是否妥適？容有斟酌餘地<sup>73</sup>；且住居於世界任何地區之繼承人，基於親屬關係之繼承權與生俱來，唯獨住居於大陸地區之繼承人，須於該期間內向台灣地區管轄法院書面表示繼承，逾期即視為拋棄繼承，實違平等原則<sup>74</sup>。一般人繼承權受侵害，依民法第一千一百四十六條規定長期時效猶為十年，在大陸音訊不便，竟僅有三年期間，與繼承回復請求權相較，輕重顯然失衡。

---

承權，而該地區之第二順序繼承人，是否亦須逾三年始被視為拋棄繼承權？法務部與內政部見解不一。前者於八十五年五月二十日以法（八五）律決字第一二二零三號書函釋示謂：「臺灣地區與大陸地區人民關係條例第六十六條第一項規定：『大陸地區人民繼承臺灣地區人民之遺產，應於繼承開始起三年內以書面向被繼承人住所地之法院為繼承之表示；逾期視為拋棄繼承權。..』本件被繼承人之第一順序親等較近之大陸地區繼承人因未於繼承開始起三年內，以書面向被繼承人住所地之法院為繼承之表示，視為均拋棄繼承權，其因前順序繼承人拋棄而得繼承之親等較遠之直系血親卑親屬，如為大陸地區人民，似應自該視為拋棄之時起算三年內向被繼承人住所地之法院為繼承之表示」，陸委會 85.6.17.(85)陸法字第八五〇七〇三九號函亦同斯旨。後者則以內政部 87.3.18.台(87)內地字第八七零三二九一號函謂：「得為繼承之大陸地區後順序或親等較遠之親屬，如遇前順序或親等較近之大陸地區繼承人逾三年未表示繼承而視為拋棄其繼承權者，因繼承開始起已屆滿三年，即不得再為繼承之表示。」（參台灣省政府公報八十七年夏字第四期第七頁）管見認為求法安定性，應以後說為是。

<sup>72</sup> 依法務部 82.12.24.法（八二）律字第二七一四七號函：「其所定之期間為權利存續期間，期間經過未行使權利者，其權利歸於消滅，法律關係即告確定，故為除斥期間；民法第一千一百四十六條有關繼承回復請求權之規定，則以賦予法定繼承人於繼承權被侵害時，請求確認其資格及回復繼承標的之權利為目的，其第二項所定之期間縱已屆滿，於對造未提出抗辯前，法定繼承人仍得行使權利，故屬消滅時效之性質（最高法院二十九年上字第八六七號及五十三年台上字第一九二八號判例參照）。二者之立法目的及所定期間之性質均不相同。自無特別規定與普通規定之競合關係。從而，兩岸人民關係條例第六十六條應非民法第一千一百四十六條之特別規定。」然仍係民法第一千一百七十四、一千一百七十九條之特別規定，參財政部八十四年三月十日台財產一第八四〇〇六〇二八號函。

<sup>73</sup> 王澤鑑，「海峽兩岸人民繼承的若干問題」，民法學說與判例研究（七），民國 83 年，第 274 頁。

<sup>74</sup> 管國維，「限制剝奪大陸同胞遺產繼承權不通不妥」，聯合報 81.3.27 第 11 版，轉引自黃宗樂，「關於海峽兩岸婚姻、收養及繼承法律問題之研討」，收錄於兩岸法律論文集，海基會出版，民國 83 年，第 135 頁。

此外，依民法第一千一百七十四條規定，拋棄繼承係要式行為。今兩岸人民關係條例以逾三年為繼承表示即逕視為拋棄繼承，不必為任何要式行為，又為兩岸人民差別待遇之添上一例，只能說是立法裁量<sup>75</sup>了。

## 二、兩岸人民關係條例第六十七條

本條於民國八十一年七月三十一日公布之原條文為：

「被繼承人在臺灣地區之遺產，由大陸地區人民依法繼承者，其所得財產總額，每人不得逾新臺幣二百萬元。超過部分，歸屬臺灣地區同為繼承之人；臺灣地區無同為繼承之人者，歸屬臺灣地區後順序之繼承人；臺灣地區無繼承人者，歸屬國庫。

前項遺產，在本條例施行前已依法歸屬國庫者，不適用本條例之規定。其依法令以保管款專戶暫為存儲者，仍依本條例之規定辦理。遺囑人以其在臺灣地區之財產遺贈大陸地區人民、法人、團體或其他機構者，其總額不得逾新臺幣二百萬元。

第一項遺產中，有為臺灣地區繼承人賴以居住之不動產者，大陸地區繼承人不得繼承之，其價額不計入遺產總額。

大陸地區人民依規定不能繼承取得以不動產為標的之權利者，應將該權利折算為價額<sup>76</sup>。」。

現行規定為：

「被繼承人在臺灣地區之遺產，由大陸地區人民依法繼承者，其所得財產總額，每人不得逾新臺幣二百萬元。超過部分，歸屬臺灣地區同為繼承之人；臺灣地區無同為繼承之人者，歸屬臺灣地區後順序之繼承人；臺灣地區無繼承人者，歸屬國庫。

---

<sup>75</sup> 此概念首見於司法院大法官會議釋字第 204 號解釋，肆見於釋字 228、246、468、477 等號解釋。惟於釋字第 442、445 號解釋稱為「立法機關自由形成之範圍」，兩者實同一意涵。關於該概念請參陳愛娥，立法機關的社會政策形成自由與平等原則，台灣本土法學雜誌第十四期，第 89 至 96 頁。至於是否有違立法裁量界限？請參次頁論述。

<sup>76</sup> 本項嗣已獨立改為該條例第六十九條規定。

前項遺產，在本條例施行前已依法歸屬國庫者，不適用本條例之規定。其依法令以保管款專戶暫為存儲者，仍依本條例之規定辦理。遺囑人以其在臺灣地區之財產遺贈大陸地區人民、法人、團體或其他機構者，其總額不得逾新臺幣二百萬元。

第一項遺產中，有以不動產為標的者，應將大陸地區繼承人之繼承權利折算為價額。但其為臺灣地區繼承人賴以居住之不動產者，大陸地區繼承人不得繼承之，於定大陸地區繼承人應得部分時，其價額不計入遺產總額。」。

前條係時間的限制，本條則係繼承金額之限制。立法之初迭有爭論：或謂其違反憲法第七條中華民國人民法律上一律平等之原則及第十五條人民之財產權應予保障之規定，顯然違憲<sup>77</sup>，不能差別待遇；或謂遺產繼承純屬人民之家務事，實無必要亦不應當設此限制，徒令大陸同胞反感，並騰笑中外<sup>78</sup>；或謂對於外國人為繼承人或受遺贈人時，都未設此項限制<sup>79</sup>，對於「同為中華民國人民之大陸同胞」，卻設有此項限制，顯違平等原則；或謂維持既存社會秩序，只應由台灣人民繼承；或以避免台灣資金大量流失，影響安定之角度出發<sup>80</sup>。

惟學者黃宗樂<sup>81</sup>氏則以為：

---

<sup>77</sup> 丘宏達，「大陸人民的繼承權問題」，現代法律第 101 期，民國 80 年一月號，第 29 頁；蔡明欽，「台灣地區與大陸地區人民關係條例草案評估報告」，立法諮詢中心法案評估報告第二十三號，民國 80 年 11 月，第 3 頁。轉引自黃宗樂，「關於海峽兩岸婚姻、收養及繼承法律問題之研討」，收錄於兩岸法律論文集，海基會出版，民國 83 年，第 135 頁。

<sup>78</sup> 同前註 74。

<sup>79</sup> 內政部五十六年十一月四日台內第字二四九七四五號函即謂繼承人之身分不因與被繼承人國籍互異而受影響，惟需注意土地法第十七、十八條有關外國人取得土地權利限制之規定。

<sup>80</sup> 詳見大陸政策問答手冊，行政院大陸委員會編印，頁肆 - 七。學者李建良則就其基本人權採肯定說，參「大陸地區人民的人身自由權」，台灣本土法學第十一期，第一三三頁。

<sup>81</sup> 黃宗樂，「關於海峽兩岸婚姻、收養及繼承法律問題之研討」，收錄於兩岸法律論文集，海基會出版，民國 83 年，第 135-136 頁。

- (一) 中共始終未放棄武力犯台，復對我肆行統戰，外交上孤立我方，目前仍處敵對狀態，倘就大陸地區人民繼承或受遺贈在台財產上之總額未加限制，則台灣地區資金勢必大量流入大陸地區，結果必然嚴重破壞台灣地區之經濟秩序，危及國家安全及社會安定。且此項限制，正可表示政府維護台灣地區社會安定及民眾福祉之決心，而有正面的意義。
- (二) 台灣地區經濟繁榮，民生富足，絕非憑空得來，而是五十年來台灣地區人民攜手合作、共同努力的成果。設立此項限制，使超過部分由台灣地區共同繼承人或後順序之繼承人或全體人民均霑，乃直接肯定台灣地區繼承人乃至全體人民的勤勉和貢獻，具有鼓舞作用。尤其台灣法律不若大陸繼承法承認貢獻分制度，設此限制，更具有相當意義。
- (三) 每人繼承額新台幣二百萬元之上限，對大陸地區人民而言，可謂相當優厚。自另一角度而言，台灣地區生活水準高，物價昂貴，台灣地區繼承人亦應繼承較多遺產，才可平衡。
- (四) 繼承人為外國人之情形殊少，相較之下大陸地區繼承人較多，影響遠較重大，設上開限制，不僅必要，而且公平。

依民法第一千一百四十八條，繼承人自繼承開始時，「除本法另有規定外」，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。本條即為其所指之特別規定。在台灣地區，除非是依民法一千一百五十四限定繼承或一千一百七十四條拋棄繼承，否則在量上應承受「一切」財產上之權義！本條立法意旨既係為適當保障台灣地區繼承人<sup>82</sup>之權益，復已衡酌對岸經濟及民情，

---

<sup>82</sup> 至於大陸地區人民繼承大陸地區人民在臺灣地區不動產，是否有臺灣地區與大陸地區人民關係條例第六十六條及第六十七條規定之適用？依行政院大陸委員會八十六年一月十五日(八六)陸法字第一七三零一號函見解：「查兩岸條例第六十條規定：『被繼承人為大陸地區人民者，關於繼承，依該地區之規定。但在臺灣地區之遺產，適用臺灣地區之法律。』大陸地區繼承人在臺灣地區之遺產，依上開但書規定，自應適用臺灣地區之法律，按兩岸條例第六十六條除斥期間之規定，雖明定以繼承臺灣地區人民之遺產者為適用對象，但如有臺灣地區人民與大陸地區人民共同繼承時，因該條例第六十六條規定之立法意旨，乃在避免繼承狀態之久懸不決，而影響臺灣地區經濟秩序

以最高額設限容有可採。

### 三、兩岸人民關係條例第六十七條之一

該條規定：

「前條第一項之遺產事件，其繼承人全部為大陸地區人民者，除應適用第六十八條之情形者外，由繼承人、利害關係人或檢察官聲請法院指定財政部國有財產局為遺產管理人，管理其遺產。

被繼承人之遺產依法應登記者，遺產管理人應向該管登記機關登記。

第一項遺產管理辦法，由財政部擬訂，報請行政院核定後發布之。

」

其第一項係彌補第六十八條之闕漏，明定由國有財產局為遺產管理人，管理非現役軍人或榮民之遺產（現役軍人或榮民之遺產遺產管理人則見本條例第六十八條規定）。惟其並不在本文討論之範圍。

而該條第二項明確規範了遺產管理人之部分職務。本來依民法第一千一百七十九條第一項第二款之規定，遺產管理人應為保存遺產必要之處置<sup>83</sup>，其自包含依法應登記者<sup>84</sup>，毋庸另行規定。惟實務上，遺產管理人常因能力或經驗不足<sup>85</sup>，致管理行為上掛一漏萬，為求慎重，爰明確規定之。

---

之穩定及共同繼承人權益，故可類推適用兩岸條例第六十六條之規定；惟大陸地區繼承人在臺灣地區之遺產，僅有大陸地區人民繼承時，即不適用兩岸條例第六十六條之規定。至於兩岸條例第六十七條第一項規定：『被繼承人在臺灣地區之遺產，由大陸地區人民依法繼承者』，並未區分被繼承人之身分，僅以大陸地區人民繼承臺灣地區之遺產為要件，是以，大陸地區人民繼承大陸地區人民在臺灣地區之遺產，仍有該條規定之適用。」係採肯定說。

<sup>83</sup> 係指不變更物或權利性質之保存、改良及利用等行為，原則上不包括處分行為。參見戴炎輝、戴東雄，中國繼承法，第 221 頁；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法繼承新論，第 283 頁。惟在退輔會處理上，就不動產部分，以變賣為原則，參「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」肆、一、（十一）、2 之規定。詳參本章第三節第二、三項。

<sup>84</sup> 在退輔會處理上，就不動產部分，包含變更管理人登記，參「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」肆、一、（十一）、1 之規定。

<sup>85</sup> 參「行政院國軍退除役官兵輔導委員會對善後處理暨遺產管理缺失檢討報告」第 14 頁，89 年 12 月 27 日。

#### 四、兩岸人民關係條例第六十八條

該條原規定：

「現役軍人或退除役官兵死亡而無繼承人、繼承人之有無不明或繼承人因故不能管理遺產者，由主管機關管理其遺產。

前項遺產事件，在本條例施行前，已由主管機關處理者，依其處理。

第一項遺產管理辦法，由國防部及行政院國軍退除役官兵輔導委員會分別擬訂，報請行政院核定後發布之。」。

現行規定為：

「現役軍人或退除役官兵死亡而無繼承人、繼承人之有無不明或繼承人因故不能管理遺產者，由主管機關管理其遺產。

前項遺產事件，在本條例施行前，已由主管機關處理者，依其處理。

第一項遺產管理辦法，由國防部及行政院國軍退除役官兵輔導委員會分別擬訂，報請行政院核定後發布之。

本條例修正施行前，大陸地區人民未於第六十六條所定期限內完成繼承之第一項及第二項遺產，由主管機關逕行捐助設置財團法人榮民榮譽基金會，辦理下列業務，不受前條第一項歸屬國庫規定之限制：

- 一、亡故現役軍人或退除役官兵在大陸地區繼承人申請遺產之核發事項。
- 二、榮民重大災害救助事項。
- 三、清寒榮民子女教育獎助學金及教育補助事項。
- 四、其他有關榮民、榮譽福利及服務事項。

依前項第一款申請遺產核發者，以其亡故現役軍人或退除役官兵遺產，已納入財團法人榮民榮譽基金會者為限。

財團法人榮民榮譽基金會章程，由行政院國軍退除役官兵輔導委員會擬訂，報請行政院核定之。」。

本文之焦點端繫於此，明定出退輔會之權限。關於其行政程序則請詳見下節。

鑒於在兩岸人民關係條例施行前，尚有為數眾多大陸地區人民未於同條例第六十六條所定期限內完成繼承之第一項及第二項遺產，立法者為求解套，秉於公益考量，爰加以修正，以委任立法<sup>86</sup>之方式授權退輔會設置「財團法人榮民榮譽基金會」，辦理嘉惠榮民榮譽之各類業務<sup>87</sup>。

該基金會在性質上，依德國法制，係屬「公法財團」（Stiftungen des öffentlichen Rechts），乃國家或其他公法社團，為達成特定之公共目的，以公法之財產捐助行為所設立，具有權利能力之公法上財團法人<sup>88</sup>。該基金會既係由退輔會及國防部繳交國庫之財產捐助設置，目的在給付行政，性質自為公法財團。

<sup>86</sup> 參台灣高等法院八五家抗字第一一一一號裁定。依學者見解，委任立法原因係：一、現代社會經濟、政治、科學技術及文化教育等方面快速發展，立法趨勢愈趨專門，一般議會無法勝任，不得不委託行政機關制定切合實際之規章或細則。二、由於現代國家政府部門職能不斷擴大，其內容又常處於動盪不定情況，議會立法只能為原則性或一般性規定，詳細施行細則，唯授權行政機關自行訂定。三、由於議會受時間、會期、審定等條件之不便，更不允許議會對某一法律作長期爭論或辯解，因而不得不授權行政機關自行處理。例如法國憲法第三十四條：「一切法律，皆由議會通過。」惟依同法第三十八條復規定：「政府未實施其政綱起見，得要求議會授權它在一定期限內已法令對於通常屬於法律範圍之事項採取措施。」，復參德國基本法第八十條第一項：「聯邦政府、聯邦部長或各邦政府得依據法律授權頒布命令。此命令之內容、目的及範圍，須有法律基礎。若法律規定將某項權力繼續委託他人，委託時須某一法令規定」。請參儲有德、唐淑合著，各國法律之比較與作用，民國 82 年，第 184 頁；許宗力，憲法與法治國行政，民國 88 年，第 223 至 238 頁。

<sup>87</sup> 給付行政在國內動輒頂著「依法行政」的大帽子下，常被誤解為「無法律即無行政」，行政機關也多未了解自我的行政空間，任憑行政權的逐漸萎縮（從司法院大法官會議釋字 520 號解釋可知）。按在規範密度上（參司法院大法官會議釋字第 443 號解釋理由書），給付行政在層級化之保留體系（System des abgestuften Vorbehalts）上不若干涉行政應嚴格採取法律保留方式為之。參吳庚，行政法之理論與實用，增訂六版，第 19 頁。

<sup>88</sup> 我國學說雖多有肯定（參翁岳生，行政法二 0 0 0，第 306 頁；陳敏，行政法總論，民國 88 年，第 868 頁），惟實務及通說似否定我國目前存有公法財團，均認依民法規定係私法人。海基會的性質在歸類上亦同前述，參陳敏，行政法總論，第 867 頁。國家雖得以私法組織從事給付行政之行為，惟從實質及功能意義上理解，並參照司法院大法官會議釋字 269 號解釋，財團法人榮民榮譽基金會應屬行政機關，所為符合國家賠償法上公務員行使公權力之行為。最高法院八十年台上字第五二五號判決亦同斯旨。

在前揭法源下，該基金會依「財團法人榮民榮譽基金會捐助暨組織章程」第七、十三條規定，遴聘（派）董、監事各十三及五人<sup>89</sup>。其中董事五人、監察人二人係榮民身分代表。退輔會透過各榮民服務機關採取公開、公平方式連署<sup>90</sup>再票選產生適任人選據以遴聘。

本條除有列前開基金會之法源依據外，另在第三項授權主管機關擬訂遺產管理辦法，報請行政院核定<sup>91</sup>後發布之。就退輔會而言，其據此訂頒「退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法」（參見附錄一）。

本來依該條授權，退輔會據以制定完善之遺產管理辦法，照理說這樣也就夠了。未料退輔會在該辦法第十一條留個尾巴，再授權給自己訂立「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」，上下都是退輔會，復未就授權之目的、內容及範圍具體明確規定，「授權明確性原則<sup>92</sup>」伊於胡底，更別說其中已影響人民權益，增加不必要之義務者<sup>93</sup>。

從行政法學看，該作業程序之母法為「退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法」第十一條，該辦法之母法係兩岸人民關係條例第六十八條第三項，該條例之母法係憲法增修條文第十一條，這種上溯至曾祖母法，授權

---

<sup>89</sup> 問題與說明，退輔會印行，89年8月，第56頁。

<sup>90</sup> 最近的一次請參見中央日報90年3月7日第一版廣告該基金會公告。

<sup>91</sup> 依地方制度法第二條之規定，核定係指上級政府或主管機關，對於下級政府或機關所陳報之事項，加以審查，並作成決定，以完成該事項之法定效力。在核定前，筆者認應屬效力未定；於核定後，該法律行為確定有效。其性質應屬事後同意（Genehmigung），而非事後追認（Bestätigung）。此概念請參施啟揚，民法總則，民國76年，第324頁。惟在行政處分上，通說認成立時即生效；惟蔡志方教授有不同見解，認應區分成立及生效兩階段。參蔡志方，「行政處分」，收錄於翁岳生編，行政法二〇〇〇（上），第579頁。

<sup>92</sup> 歷屆大法官會議有多號解釋論述：釋字313、322、324、327、336、345、346、358、366、367、373、380、384、390、394、395、402、404、409、428、436、438、442、443、444、445、454、456、462、471、474、476、491、493、497、510、511、514、522、524等號解釋。

<sup>93</sup> 如該會於民國八十八年五月十一日以（八八）輔壹字第0七九六四號令公布修正「退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法」第七條條文，謂避免「肇致遺產管理人困擾」，於單身榮民遺產繼承期限（三年）屆滿，始移交遺產予大陸繼承人（之在台代理人）。該會並於（八九）輔壹字第0一五九0號函釋再次強調，已增加法無必要之限制。

再授權的龐大家族現象，在我國立法上並不少見。該授權命令又似夾帶有未在授權範疇之退輔會職權命令，是否符大法官釋字第 367、443、479 等號解釋應具授權明確性或內容僅限細節性、技術性等事項，而未損及當事人權益？頗有討論空間。

司法院大法官會議釋字第 524 號解釋即就此種情形明示並加以釐清：「若法律授權以命令為補充規定者，其授權應具體明確，且須為當事人所能預見。又法律授權主管機關依一定程序訂定法規命令以補充法律規定不足者，該機關即應予以遵守，不得捨法規命令不用，而發布規範行政體系內部事項之行政規則為之替代。倘法律並無轉委任之授權，該機關即不得委由其所屬機關逕行發布相關規章。」<sup>94</sup>，退輔會在無轉委任授權情形，逕訂定「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」，顯違該號解釋意旨，管見認應檢討改進，仿該號解釋於兩年內加以修正為宜。

惟退輔會於九十年八月二十七日（九十）輔壹字第一三二九二號函就此顯然影響人民繼承權益者，竟認係行政程序法第一百五十九條之行政規則，而非直接對外發生法規範效力。筆者除依前述大法官會議解釋就之難以苟同外，並認為，縱退萬步言，依該作業程序壹、三、目的，得認係屬行政程序法第一百五十九條之行政規則。然其係已不只是大法官釋字第 505 號解釋所稱之「解釋性行政規則」，應進一步認係德國行政法學所稱之「規範具體化之行政規則」（normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften），其係由公行政根據法律授權，以規章方式填補法律或法規命令中不確定法律概念或空白構成要件。惟在我國立法例，幾無有授權制定行政規則之明文，至多認係行政程序法第一百五十條規定之法規命令<sup>95</sup>。是以從保護當事人權益之觀點，管見認仍應依前述釋字第 524 號解釋所示

<sup>94</sup> 參吳庚，行政法之理論與實用第七版，民國 90 年 8 月，第 274 頁。

<sup>95</sup> 參見陳敏，行政法總論，第 498 頁。進一步可參考陳春生，「行政法學上之風險決定與行政規則 - 以規範具體化行政規則為中心」，台灣本土法學雜誌，第五期，88 年 12 月，第 79 至 85 頁；陳慈陽，「論規範具體化之行政規則在環境法中的外部效力」，台灣本土法學雜誌，第五期，88 年 12 月，第 86 至 89 頁。

為洽，亦較能保護人民權益。

### 第三節 退輔會任遺產管理人職務之行使

#### 第一項 遺產管理人之產生

在外國立法例上，遺產管理人之選任有以下數例<sup>96</sup>：（1）由主管官署管理（瑞士民法第五百五十五條）。（2）除由法院於必要時先予保全處分外，得由法院選任遺產保護人；如有權利人聲請，須選任遺產保護人（德國民法一千九百六十、一千九百六十一條）。（3）依利害關係人或檢察官之聲請，由法院選任管理人（法國民法第八百十二條、日本民法第九百五十二條）。

我國遠在大清民律草案繼承法九十六條即規定，繼承開始時，無繼承人或第九條之承受人出而承認，不能明其有無者，其繼承財產作為法人，由親屬會議<sup>97</sup>選定管理人管理遺產<sup>98</sup>。再依同法第一百零一規定，在搜索繼承人之公告期間內如有繼承人或承受人出而承認，其法人視為未經成立，管理人視為繼承人或承受人之代理人<sup>99</sup>。由草案內容可知，其受日本明治民法影響，採法人主義。而其擬制之情形，有下述三種：

1. 無人承認繼承時，先擬制繼承財產為法人。
2. 有繼承人或承受人出而承認時，擬制法人未經成立。
3. 管理人於繼承人或承受人承認前之行為，擬制為繼承人或承受人之代理人，代理人之權限於承認時消滅。

雖該模式嗣於民國十五年民律草案繼承編及民國十七年繼承草案所承

---

<sup>96</sup> 參戴炎輝、戴東雄，中國繼承法，第 218 頁；張瓊文，無人承認繼承遺產之研究，東海大學法研所碩士論文第 29 頁，88 年 6 月。

<sup>97</sup> 古羅馬時期已有親屬會議，目的在防止親權之濫用；舊日耳曼法氏族團體之「上級監護」，可說是親屬會議之起源。我國古代亦有類似親屬會議之制度，例如族燕、親族會等組織，參高鳳仙，親屬法 - - 理論與實務，第 55 頁。在退輔會任法定遺產管理人之情形，自無所謂召開親屬會議。

<sup>98</sup> 此條規定係仿日本明治民法第一千零五十一條規定而設，參林秀雄，民法親屬繼承爭議問題研究，民國 89 年 11 月，第 310 頁。

<sup>99</sup> 該條規定係仿日本明治民法第一千零五十五、一千零五十六條規定而設，同前註書，第 310 頁。

襲，惟民國十九年制定（施行至今）民法繼承編揚棄之，以由親屬會議「選定」（民法第一千一百七十七條規定）為原則，無親屬會議或親屬會議未於一個月內選定遺產管理人者，利害關係人或檢察官，得聲請法院「選任」<sup>100</sup>遺產管理人（民法第一千一百七十八條第二項規定）。

實務曾有死因贈與之受贈人，受遺贈人是否係利害關係人之疑慮？前者依法務部七十四年十月九日（七四）律字第一二四〇五號函：「凡因贈與人死亡而生效力之贈與，謂之死因贈與，我民法並無規定。解釋上於性質許可之範圍內，得準用有關遺贈之規定。本案死因贈與人張 死亡時，依其有關證明文件，雖可確定其無繼承人，而非繼承人有無不明之無人承認繼承，惟依司法院二十二年院字第八九八號解釋（三）『無法定繼承人亦無指定繼承人之遺產，應適用無人承認繼承之規定，於清償債權、交付遺贈物後，將其賸餘歸屬國庫』。故有關張 之遺產，似應由受贈人以利害關係人身分，依現行民法第一千一百七十八條第二項規定，向法院聲請指定遺產管理人後，再向遺產管理人請求交付遺贈物，較為妥適。」。

後者依法務部八十年三月十五日（八十）律字第四〇五六號函：「按民法第七百五十九條規定：『因繼承.....於登記前取得不動產物權者，非經登記不得處分其物權』。所謂非經登記不得處分其物權，係指物權處分行為而言（參照最高法院七十四年台上字第二〇二四號判例）。又依多數學者之見解，遺贈性質上係屬債權行為。故本件係爭土地原為被繼承人陳 所有，渠於民國 年 月 日死亡後，其繼承人陳 仁未辦

---

<sup>100</sup> 至於解任，民法第五編第二章第五節則未規定，僅於同編第三章第四節中有關於遺囑執行人解任之規定。非訟事件法第五十九及六十條雖分別有應及得解任之明文，惟其係針對親屬會議選任之遺產管理人，於本文有間。參照司法院七十三年八月二十八日（七三）廳民一字第〇六七二號函復台高院函：「繼承開始，繼承人有無不明，且不能依民法第一千一百七十七條選定遺產管理人，法院既因利害關係人聲請指定遺產管理人，該指定遺產管理人當然應受法院之監督，方能貫徹法院指定遺產管理人立法意旨。依非訟事件法第七十八條第二項、第六十條規定，於上述指定遺產管理人準用之，法院自可依該法條第一款之規定，將違背善良管理人注意義務之指定遺產管理人解任，而另行指定。」，管見認法院得類推適用非訟事件法之規定，逕將不適任者解任。

理繼承登記前即預立遺囑將其繼承所得不動產全部遺贈予 ，遺贈既屬債權行為，核與民法第七百五十九條規定似無牴觸。遺贈人陳 仁於民國 年 月 日死亡後，如受遺贈人無拋棄受贈，該遺贈於不侵害特留分之範圍內，仍為有效，受遺贈人於未辦理受贈財產遺贈登記前死亡時，受遺贈人之繼承人倘係概括繼承財產者，似仍為民法第一百一十七條第二項規定之利害關係人，於陳 仁死亡時如發生繼承人有無不明之情形，自應依民法第一千一百七十八條第二項規定，向法院聲請選任遺產管理人，由遺產管理人踐行民法第一千一百七十九條之程序，始得辦理受贈財產之移轉登記。」均採肯定說。

前揭用語係法明文規定，惟在實務上，幾乎均以「指定」稱之，舉其犖犖大者如：

- 一、 司法院二十三年院字第一一〇七號解釋：「應由親屬會議選定管理人時，如無親屬，得由利害關係人聲請法院『指定』之。」。
- 二、 台灣高等法院八十五家抗字第一一一號裁定：「遺產管理人經親屬會議同意得變賣遺產...僅限於由親屬會議『選定』之遺產管理人，或法院『指定』之遺產管理人。」。
- 三、 台灣高等法院八十九家抗字第六十四號裁定理由：「無親屬會議或親屬會議未於公示催告所定期間內選定遺產管理人者，利害關係人或檢察官，得聲請法院『選任』遺產管理人。」，惟裁定案由中仍以「指定」遺產管理人稱之。
- 四、 台灣高等法院八十九家抗字第二一三號裁定理由雖謂：「.是否足認許 為退除役官兵，而有台灣地區與大陸地區人民關係條例第六十八條第一項及退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法之適用，即原法院應『指定』主管機關即退除官兵輔導委員會為遺產管理人之問題。」，惟裁定案由中仍以「選任」遺產管理人稱之。
- 五、 最高法院八十八年度家抗字第四五五號裁定：「.被繼承人如

屬退除役官兵者，即應依上開（台灣地區與大陸地區人民關係條例第六十八條第一項退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法）規定，以（退輔會）各該機構為法定之遺產管理人，法院不得再依前述民法規定，另行『選任』遺產管理人<sup>101</sup>，惟裁定案由中仍以「指定」遺產管理人稱之。

由上述實務見解可知，法院本身在用語上都未能與民法相符，殊難理解，遑論當事人在聲請時將前揭各種不同的用語混合使用，實有統一用語之必要。

而退輔會在遺產管理上，秉<sup>101</sup>司法院八十二年四月二十七日（八二）秘台廳民三字第 0 四九三八號函：「台灣地區與大陸地區人民關係條例施行後，大陸來台之退除役官兵死亡而無繼承人、繼承人有無不明或繼承人因故不能管理遺產者，依該條例第六十八條及退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法之規定，應由其主管機關以法定遺產管理人之地位管理遺產，已無庸另聲請法院裁定選任遺產管理人。」本來即可基於法定遺產管理人之地位管理遺產<sup>102</sup>。惟揆諸前揭數例，實務並未據此有一致見解，各自為政的結果，導致退輔會耗費諸多心力在「向法院解釋」上，司法院與退輔會間就之應有更進一步溝通。

另在文字精確上，退輔會八十六年五月公布之前開辦法第四條中，明定由該會所屬「安置」機構為遺產管理人，例外始由服務機構為之，司法實務亦以之為本<sup>103</sup>。該辦法嗣於八十八年五月修正為「安養」機構後，似未盡見於訴訟時更改之，退輔會宜適時主張，避免法院有所誤用。

---

<sup>101</sup> 參退輔會八十二年五月十二日（八二）輔壹字第九六四三號函。

<sup>102</sup> 依該函示，僅非大陸來台之退除役官兵死亡，發生無人繼承、繼承人有無不明或繼承人因故不能管理遺產情形者，因不涉及大陸地區人民權利，依該條例第一條特以規範台灣地區及大陸地區人民之往來，並處理衍生之法律事務為立法本旨以觀，始由親屬會議選定遺產管理人或聲請法院選任遺產管理人。

<sup>103</sup> 如最高法院八十五年度台上字第六八四號判決。

## 第二項 遺產管理人之職務

遺產管理人被選定後，基於該法律地位，即應依民法第五編第二章第五節第一千一百七十九條至第一千一百八十二條規定，為遺產管理人如次之職務<sup>104</sup>。

### 一、編製遺產清冊（民法第一千一百七十九條第一項第一款）

依同條第二項規定，應於就職後三個月內<sup>105</sup>編製之。退輔會則未於其「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」肆、二中明定期限，僅訓示曰「即」編製遺產清冊。

在清查遺產技術上，清冊「除須詳列現金、金飾等有價物品外，更應注意亡者生前與大陸書信往來、照片即日記等物，以利日後核對大陸公證書，確認親屬關係之真偽。對清理之遺留財物，應即知會會計、政風部門，登帳列管，並主動向財稅、地政、金融<sup>106</sup>等機構，詳細函查亡故榮產，

<sup>104</sup> 參戴炎輝、戴東雄，中國繼承法，第 220 頁；張瓊文，無人承認繼承遺產之研究，東海大學法研所碩士論文第 39 頁至 71 頁；林秀雄，民法親屬繼承爭議問題研究，第 301 頁至 310 頁；尤重道，「無人承認之繼承登記實務研究」，土地事務月刊第二五八期，第 10 至 11 頁。

<sup>105</sup> 通說認該三個月係「完成」清冊之期限，非開始編製之期限（參戴東雄、林秀雄等前揭註），否則何時編製漫無限制，管理人任意拖延，不能達監督之目的。論者有謂遺產管理人於就任之初，對於被繼承人之全部財產狀況尚未能完全明白，有待於公示催告期間，債權人申報權利或受遺贈人願受遺贈與否之聲明後，斯能確定遺產狀況，認為限制在三個月內為之無實益，參張瓊文，前揭論文第 40 頁。筆者則認為該款係要求遺產管理人編製，乃第一個動作，而非嗣後無視於財產出入（如公示催告費之支出），在遺產管理期間仍應為「動態」之處理。

<sup>106</sup> 依法務部七十三年一月二十四日法七三律字第九五二號函：「搜索繼承人與管理、清算遺產，係並行之程序（史尚寬著「繼承法論」頁三四五參照）。隻身來台人士死亡後無人繼承之遺產，因客觀上不得行搜索繼承人之公示催告，而第一千一百八十五條規定之適用，無礙於遺產管理人為遺產之管理及清算，故遺產管理人非不得依第一千一百七十九條第一項第二款為保存遺產必要之處置。按遺產管理人之設，原在管理保存遺產以免散失，並清算遺產以終結被繼承人之法律關係。第一千一百七十九條第一項雖未明定遺產管理人有收取債權之職權，但收取債權原係清算遺產之必要程序，依學者見解（史尚寬著「繼承法論」頁三四四參照），為保存遺產必要處置，解釋上實應包含收取債權在內。銀行存款，性質上為消費寄託（司法院院解字第三〇一八號解釋參照），民法第二百零三條規定之金錢寄託返還請求權為債權之一種，遺產管理人自得依職權代被繼承人行使金錢寄託返還請求權，提領其銀行存款暫為管理保存。」其自包括對金融機構收取債權。縱該函係兩岸人民關係條例施行前為之，仍不無參考餘地。

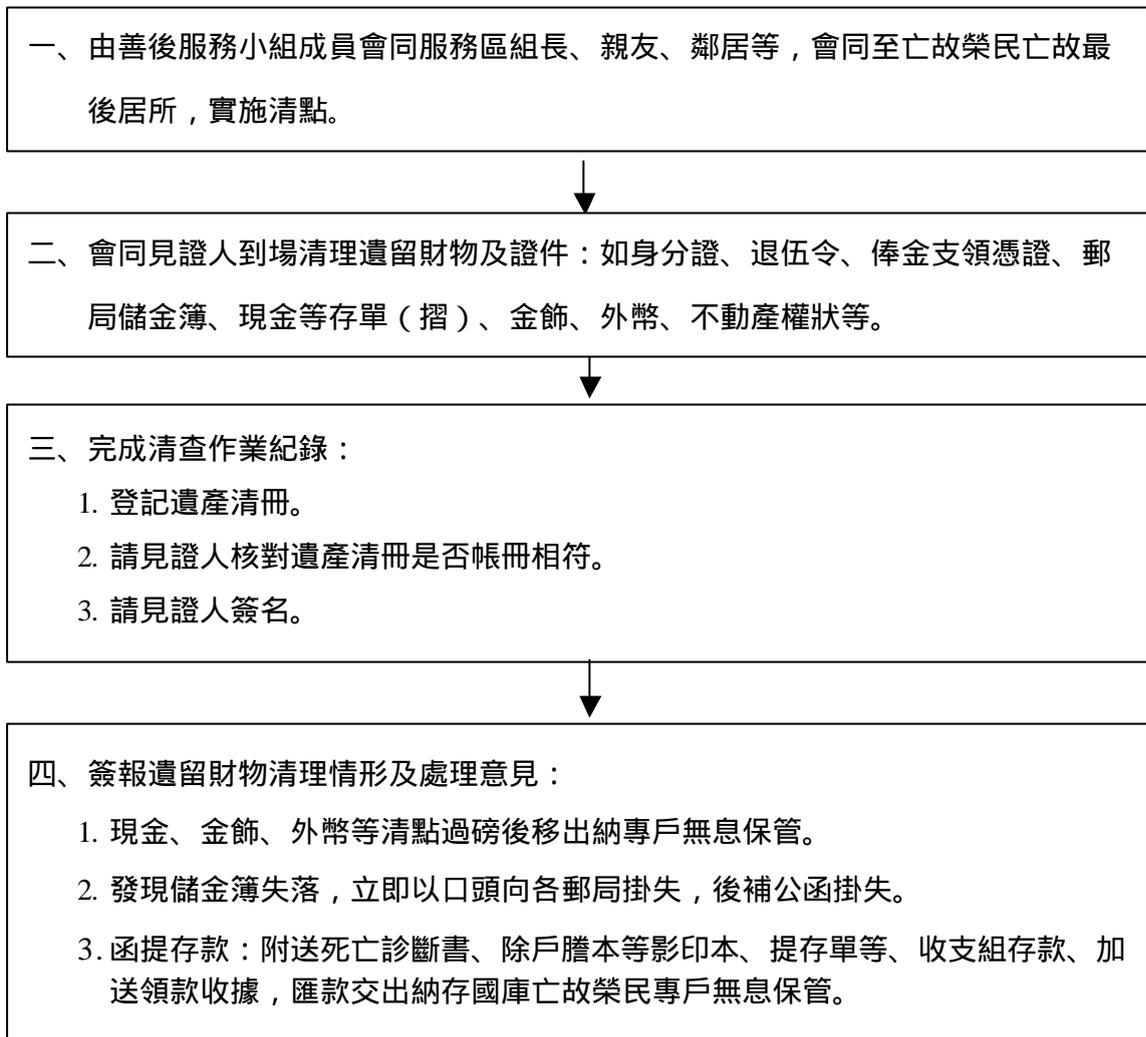
依規定提領國庫保管或變更遺產管理人登記。另對榮民租屋或遺留房屋應派員或可協同榮欣志工整理清潔後，歸還屋主或妥善管理，養成隨案隨登隨管之工作要求」<sup>107</sup>，並請財稅單位提供財產總歸戶清單，俾釐清榮民遺產總額。惟該會各服務機構仍屢見遺產清冊未詳實登列、支用項目不符或闕漏情形<sup>108</sup>，宜加改進。

---

<sup>107</sup> 參退輔會第一處八十九年十二月二十七日「善後處理及遺產管理檢討會」缺失檢討報告第 12 頁

<sup>108</sup> 參退輔會第一處八十九年十二月二十七日「善後處理及遺產管理檢討會」缺失檢討報告第 6 頁

圖一<sup>109</sup>，單身亡故榮民遺留財物清理作業流程



<sup>109</sup> 引自古錦祥，「如何維護在台單身亡故榮民之大陸親屬權益」，退輔會八十七年研究年報，88年6月，第20頁。

## 二、為保存遺產必要之處置(民法第一千一百七十九條第一項第二款)

管理行為本指保存、改良及利用等行為而言，不包括處分行為。但為防止遺產之滅失或毀損，特別賦予遺產管理人在為保存遺產情形下得為必要處分。例如遺產有易於腐敗之物，應許遺產管理人變價處分之，無庸得親屬會議或法院同意。

退輔會依前揭作業程序肆、一規定，謂家電物品、攝影器材等有價物品<sup>110</sup>應予標（讓）售，所得價款，併同遺款列入國庫帳戶無息保管。無法變價之物品，則遺產管理人「得酌情處理」<sup>111</sup>，並登列遺物清冊備查。

不動產則依種類之不同為下述之處理：

### （一）違建屋（參該作業程序肆、一、（八）之規定）：

1. 亡故榮民無權狀之違建房屋，得逕行讓售，應以無舍榮民或共同居住之榮民為優先讓售對象。
2. 應簽定讓售契約書，除載明相互之權利義務，特應明訂讓售僅為地上物之使用權。
3. 違建房屋讓售之價款，併亡故榮民遺款處理。

### （二）承租地（參該作業程序肆、一、（九）之規定）：

1. 屬公有土地，依土地管理機關有關法規辦理。
2. 私有土地，依承租契約書約定辦理。

---

<sup>110</sup> 該用語於其他法例鮮見，復舉攝影器材列示，甚為奇特。而該類家電物品目前市價並非昂貴，遺產管理人常面臨標售數次無人應買之情形，跌致困擾。參退輔會九十年四月十七日九十年度亡故榮民善後服務暨遺產管理講習（北、中部地區）建議問題答覆表第七項。

<sup>111</sup> 拉丁法諺有云「從事虧本之賤賣」（Grundsatz des Verbots eines venire contra factum proprium）不得為之，衍生義為違反常態之行為應予禁止。在「得」（決定裁量 Entschliessungsermessen；吳庚大法官則稱行為裁量或決策裁量）「酌情」（不確定法律概念 unbestimmte Rechtsbegriffe）下，似難避免賤賣之可能。關於裁量及不確定法律概念之說明請參許宗力，憲法與法治國行政，第 181 至 219 頁；張家洋，行政法，第 552 頁；李惠宗，行政法要義，第 256 頁；翁岳生，行政法二 0 0 0（上），第 203 頁以降；陳敏，行政法總論，第 157 頁以降。惟前揭通說見解筆者認在德（如 H. Faber 教授主張）、瑞（如 Franceoco Bertossa 主張）及奧地利通說與實務已漸將二者不作區分之趨勢下，似有檢討空間。參吳庚，行政法之理論與實用，第六版，第 120、123 及 125 頁。

3. 可轉讓之土地（有優先承購權續約之租約），遺產管理人依法轉讓其承租權，收取轉讓費。
4. 不可轉讓之承租地，協商土地管理機關給予地上物合理補償後歸還土地。
5. 轉讓費、補償金併亡故榮民遺款處理。

（三）地上有價作物（參該作業程序肆、一、（十）之規定）：

1. 土地屬公有林地，協商林務局作合理補償，或徵得同意變賣取得價款後，交還土地。
2. 土地屬濫墾地，視地上物產值狀況洽請土地所有權人酌予補償後交還土地。
3. 補償金額併亡故榮民遺款處理。

（四）有權狀土地及建築改良物（參該作業程序肆、一、（十一）規定）：

1. 榮民服務處、榮民之家及安養中心等遺產管理人，對亡故榮民有權狀之土地房屋，應檢附法院公示催告裁定書、所有權狀、土地登記申請書及登記清冊備函向住所地之地政機關申請土地變更登記。
2. 其他善後處理單位對亡故榮民有權狀之土地房屋，應交由所在地之榮民服務處辦理土地變更登記。
3. 土地變更登記，得委託土地代書辦理，費用由遺產支付。

而該等不動產須於公示催告所定期間屆滿向法院聲請核准<sup>112</sup>後，始得變賣，所得價款應繳送國庫帳戶無息保管，俟該亡故榮民之大陸繼承人經合法申請後，再行發予<sup>113</sup>；苟無人繼承或繼承剩餘，依民法第一千一百八十五條規定，解繳國庫。

前述係退輔會之安養及服務機構任法定遺產管理人時，就單身亡故榮民遺留不動產之處理。在實務上，該等遺產管理行為屢因司法或其他行政

---

<sup>112</sup> 即使在兩岸人民關係條例施行（民國 81 年 9 月 18 日）前，退輔會亦採如斯作為，如台灣台中地方法院七十九年度家聲字第五號裁定是。且該會於遺產管理辦法第八條之一亦已明文規定。

<sup>113</sup> 惟繼承額受有兩岸人民關係條例第六十七條每人新台幣二百萬元之限制。

(地政)機關未盡了解，而造成遺產管理人職務履行上之窒礙，舉其大者厥有：

(一) 法院未必允准該等不動產之變賣

雖該作業程序第肆、一、(十一)點明文規定遺產管理人就有權狀土地及建築改良物，應向法院聲請變賣。惟法院未必允准，且見解甚為分歧。茲就肯、否兩說分析如下：

1. 肯定說

採肯定說者如司法行政部六十七年一月十三日台六七函民字第00二九六號函：「法院依非訟事件法第七十八條第一項指定之遺產管理人為清償債權或交付遺贈物，有變賣遺產之必要者，依同條第二項準用民法第一千一百七十九條規定，須經親屬會議之同意始得為之。惟退除役軍人死亡，在台既無親屬可組成親屬會議，而由法院指定遺產管理人，則其拍賣財產似亦應經法院同意，始得為之。此項規定於依非訟事件法第七十九條指定之管理人變賣遺產時，亦有準用。」。

再如七十一年三月司法院司法業務研究會第一期研究意見：「按繼承開始，繼承人有無不明，而不能依民法第一千一百七十七條選定遺產管理人，依非訟事件法第七十八條第一項規定，固得由利害關係人聲請法院指定之，遺產管理人並應依民法第一千一百七十九條以次之規定執行其職務。如係有繼承人，因故不能管理遺產者，依非訟事件法第七十九條第一項準用第七十八條之結果，雖亦得由利害關係人聲請法院指定遺產管理人，惟此項遺產管理人僅能依同條例第二項之規定執行其職務，並無民法第一千一百七十九條以次各條之適用。本件在台無親屬之退除役官兵死亡，利害關係人(筆者按：退輔會)依非訟事件法第七十九條第一項、第七十八條之規定聲請法院指定遺產管理人，為清償看管費、修繕費、稅捐，變賣其遺產，揆諸第七十九條第二項之規定尚無不合。」。

又如司法院七十四年四月九日(七四)秘台廳一字第0一二一九號函復退輔會：「查遺產管理人為清償債權之必要，經親屬會議之同意得變賣

遺產，為民法第一千一百七十九條第二項後段所明定。為如繼承開始，繼承人有無不明，且不能依同法第一千一百七十七條規定，由親屬會議選定遺產管理人，依非訟事件法第七十八條第一項規定，則應由法院裁定指定之。依同條第二項準用民法第一千一百七十九條之結果，該指定遺產管理人，自亦應受法院之監督，其管理行為依法應經親屬會議同意者，自應由法院代親屬會議處理，方能貫徹法院指定遺產管理人之立法旨趣。貴會代管單身亡故榮民所遺留不動產，既係由於貴會依法定程序聲請法院指定為其遺產管理人，茲貴會公開標售上開不動產，及定其標售價格，揆諸前揭說明，似應報請該管法院核備，以符規定。至於標售不動產細節，亦可洽該管法院指導。」。

## 2. 否定說：

否定說者如司法院八十一年十月十三日（八一）廳民一字第一六九七七號函復臺高院：「一、依民法第一千一百七十九條第一項第二款之規定，為保存遺產必要之處置，係遺產管理人之職務，毋須得法院許可或親屬會議之同意。二、又遺產管理人本有保管遺產之任務，於不變更其物或權利之性質或範圍內，固得為利用、改良行為，無待法律規定，是上開規定應指保存遺產必要之處分行為而言。三、本件之遺產管理人（退輔會）如認有處分遺產之必要，依上開規定，既屬其職務，且又未有應經法院准許之規定，故以討論意見之乙說（否定說）為是。」。

再如台灣高等法院八十八家抗字第七一及一二五號裁定謂：「..遺產管理人本有保存遺產之任務，在不變更其物或權利之範圍內，自可加以利用或改良；於保存遺產而有必要時，亦得為必要之處置，本無須經親屬會議之同意，即可為之；至於須經親屬會議之同意始得變賣被繼承人遺產者，應以『為清償債權或交付遺贈物之必要』時為限，此綜觀民法第一千一百七十九條規定自明。則因親屬會議不能召開或召開有困難時，而聲請法院同意變賣遺產時，自亦應以『為清償債權或交付遺贈物之必要』者為限，除此以外，法律既未限制遺產管理人對遺產為處分行為須經親屬會議同

意，自亦無聲請法院同意之法律上依據，而應由管理人本其職務逕為『必要之處置』。從而，本件被繼承人王之遺產既無『為清償債權或交付遺贈物之必要』之情形，抗告人（退輔會）仍執前詞<sup>114</sup>，請准予變賣，尚非有據。」。

復依台灣高等法院台中分院九十年三月八日九十年度家抗字第三號民事裁定：「原法院以.....適用非訟事件法第七十九條第三項<sup>115</sup>之規定，以合於同條第一項<sup>116</sup>之規定為前提。本件抗告人（退輔會 榮民服務處）為被繼承人周 之法定遺產管理人，與非訟事件法第七十九條第一項所規定要件不合，尚不得主張該第三項為拍賣之留置。又本件聲請理由亦與代管無人承認繼承作業要點第二十一條所定為清償債權或交付遺贈物之前提不相符，且抗告人聲請所據退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法於八十四年十一月一日業已修正將第五條原有『經認定其性質不適於管理者，得自行變賣或聲請法院拍賣後保管其價金』字樣刪除。況抗告人所引司法

---

<sup>114</sup> 退輔會抗告意旨謂：一、抗告人代管之遺產諸如土地、房屋為數甚多，限於人員及經費，實難派遣專人看管，即設派遣專人看管，亦難長期負擔看管費用、修繕費、各項稅賦等，類此事實上困難之情形，普遍存在於抗告人管理之諸多榮民遺產事件中，抗告人歷年來均經聲請法院裁定准予變賣有案可稽。且因代管遺產甚多，如不能派人居住看管，極易為宵小竊佔，製造糾紛；如以租賃方式處理，承租者不付租金、又不搬遷，甚至要求巨額搬遷費之事件又屢見不鮮，故遺產管理人將管理之遺產予以變賣，開立專戶保管，係為便於保管並保證其價值不變之更佳及必要之處置。二、依台灣地區與大陸地區人民關係條例第六十七條第一項前段及同條第四項前段等規定，抗告人亦有將保管之遺產予以變賣之必要，俾便依上開規定計算大陸地區繼承人之繼承權利價額。三、依司法院秘書長八十六年六月二十四日（八六）秘台廳民三字第零九零九零號函所示「.故遺產管理人除得為保存遺產必要之處置外，其『變賣遺產』應得親屬會議或法院之同意，不得自行變賣」，抗告人既屬法定遺產管理人，而變賣遺產復無從依規定經親屬會議之同意，依此應經法院同意始屬允當等語，求為廢棄原裁定。其中第三點臺灣高等法院「以子之矛攻子之盾」，謂司法院秘書長（八六）秘台廳民三字第09090號函雖示「.故遺產管理人除得為保存遺產必要之處置外，其『變賣遺產』應得親屬會議或法院之同意，不得自行變賣」云云，惟該函說明五業經載明：「上開研究意見僅供參考，.法院.不受上開意見之拘束。」，退輔會據此為聲請變賣遺產之依據，並無可取。

<sup>115</sup> 法文為「第一項遺產管理人，應於六個月內清償債權，並交付遺贈物，如有賸餘，應提存之；其性質不適於提存者，得於拍賣後提存價金。」。

<sup>116</sup> 法文為「繼承人因故不能管理遺產，或未委任遺產管理人，被繼承人亦無遺囑指定者，得由利害關係人聲請法院選任遺產管理人。」。

院秘書長八十六年六月二十四日（八六）秘台廳民三字第0九0九0號函係以民法第一千一百七十九條第二項後段『（遺產管理人）為清償債權或交付遺贈物之必要，管理人經親屬會議之同意，得變賣遺產』及同法第一千一百三十二條第二項前段『親屬會議不能召開或召開有困難時，依法應經親屬會議處理之事項，由有召集權人聲請法院處理之』為據，然抗告人聲請理由與上開條文要求『清償債權或交付遺贈物』之前提要件迥不相侔，自無准為拍賣之理。因認抗告人之聲請於法無據，應予駁回。……查抗告人為周 之法定遺產管理人，依民法第一千一百八十五條規定，於同法第一千一百七十八條所定之期限屆滿，無繼承人承認繼承時，其遺產於清償債權並交付遺贈物後，如有賸餘，歸屬國庫。本件周 經公示催告期限屆滿，既無人報明債權、聲明願受遺贈或承認繼承，此時遺產管理人將遺產點交國庫即可，不發生保存遺產及變賣問題，自無准許其變賣之理由，抗告人聲請變賣周 之遺產，核無理由，應予駁回。至於抗告人所援引之非訟事件法第七十九條係指有繼承人，其繼承人因故不能管理遺產之情形，始有變賣遺產之問題。依上所述，原法院駁回聲請人之聲請，理由雖有不同，其結果並無二致，應認抗告人之抗告為無理由，予以駁回。」。

上揭見解仁智互見，各有理由。更有如法務部七十七年十二月二十一日法七七律字第二二六二九號函所示「是否有荒廢喪失價值之虞而有保存之必要，宜由主管機關視具體個案自行認定之。」有解釋等於沒解釋者。惟採肯定說允准變賣者仍較多數，例如台灣高等法院八十七家抗字第一三〇號及八十八家抗字第九號裁定，即採納退輔會抗告見解<sup>117</sup>。

是類作為退輔會均委任律師為之，不服第一審裁定抗告時，不論准駁或發回原法院與否，律師費、聲請及抗告等程序費用均由遺款負擔，於榮民遺款較少時，上揭費用支出難覓，遺產管理人會計作業難為。是以拙見

---

<sup>117</sup> 同前註抗告意旨，搬出司法院秘書長（八六）秘台廳民三字第0九0九0號函、「退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法」及自己授權給自己之「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」等理由，筆者認法理依據似有不足。

建議退輔會應修改其作業程序，不必強令法院「背書」准予變賣遺留不動產，乘其遺產管理人職權<sup>118</sup>逕為之即可，有爭執時始透過司法途徑解決，俾增強其主動性。

在屢受法院駁回之情形下，退輔會委請內政部解釋，經該部九十年四月二十日以台（九十）內中地字第九〇八一〇七六號函復，謂若受法院以得自行為之而駁回者，即得乘其裁定逕行變賣。如斯解決退輔會就亡故榮民遺留不動產變賣及登記問題。

比較之下，在登記實務上，內政部對於遺產管理人為保存遺產必要之處置而處分遺產時，另要求<sup>119</sup>遺產管理人須就「遺產有無荒廢喪失價值之虞」、「是否為保存遺產必要之處置」及「變賣時是否以為善良管理人<sup>120</sup>之注意」等，切結負責。惟退輔會因採藉法院「背書」方式處分不動產，於斯尚不與焉。

## （二）地政機關未必受理遺產管理人之囑託登記

雖該作業程序第肆、一、（十一）點明文規定榮民服務處、榮民之家及安養中心等遺產管理人，對亡故榮民有權狀之土地房屋，應檢附法院公

---

<sup>118</sup> 在國有財產局任遺產管理人時即然，參內政部台七十五年十一月十日台（七五）內地字第四五四二〇八號函。

<sup>119</sup> 內政部八十一年五月七日台（八一）內地字第八一七六五六五號函，繼承登記法令補充規定第六則，參張瓊文，無人承認繼承遺產之研究，東海大學法研所碩士論文第43頁。該部另以台（八七）內地字第一二〇四九號函，謂大陸地區人民依兩岸人民關係條例第六十九條不得取得台灣地區不動產，自亦不得申辦不動產繼承登記，準此，該大陸繼承人即不具申請人身分。參李永然、黃振國，繼承權益與遺囑書範例，民國89年3月，第242頁。

<sup>120</sup> 有學者認應區分遺產管理人是否受有報酬而異其注意程度：受有報酬者，應為善良管理人之注意（參民法五百三十五條）；未受有報酬者，僅為與處理自己事務為同一注意，（參戴炎輝、戴東雄，中國繼承法，第224頁）。另有學者主張不必區分是否受有報酬，應一律以善良管理人注意義務為之，觀非訟事件法第五十五條即明（該爭議請參林秀雄，民法親屬繼承爭議問題研究，第309頁）。管見採後說，認從非訟事件法第六十六條規定反面推論及民法第一千一百八十三條明定遺產管理人得請求報酬亦可知，苟從前說，因退輔會未受有報酬，豈能因此即謂不為善良管理人之注意義務？惟「退除役官兵亡故遺留房、地作業規定（草案）」第十七條第二項中，已見得將標售價款提撥百分之三，優先分配予遺產管理人報酬之規定，依「楔子理論」，在標售以外之其他範疇似亦可能受有報酬，準此，前揭爭議即得弭平，均應盡善良管理人之注意義務。另有學者從忠實義務角度探討，參謝哲勝，「忠實關係與忠實義務」，月旦法學雜誌第七十期，第137頁。

示催告裁定書、所有權狀、土地登記申請書及登記清冊備函向住所地之地政機關申請土地變更登記，惟就此囑託登記，地政機關未必受理。以筆者經驗上為例，南投地區南投及竹山地政事務所即可；埔里地政事務所否之，認為退輔會非如法院，無得囑託登記，其對國有財產局任遺產管理人所為之囑託登記申請亦然。

此際即生有同屬南投地政機關，他機關所為之「行政先例」<sup>121</sup>是否得適用於同性質之另一地域管轄機關之問題？管見以為，單身亡故榮民遺留不動產之遺產管理人登記，雖不符土地登記規則第三十條第一至九款列舉之規定，惟該條第十款既係概括規定，在兩岸人民關係條例已明文授權退輔會為遺產管理人之規定，且他機關已有「行政先例」下，埔里地政事務所不宜故步自封，斯符行政程序法第十九條「機關互助原則」規範意旨。

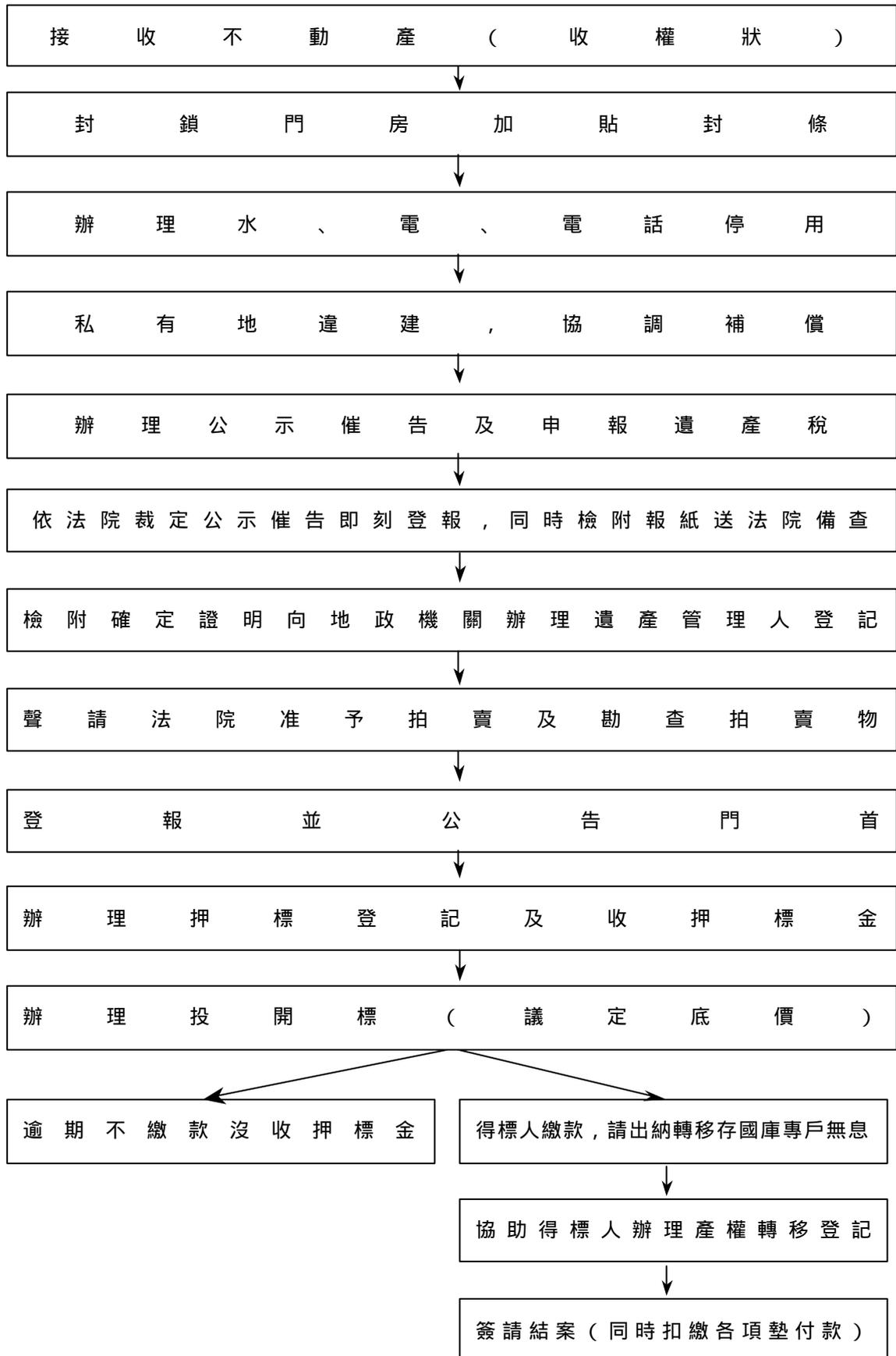
綜合前述，可以下列之流程圖呈現目前退輔會對單身亡故榮民遺留不動產之處理程序<sup>122</sup>。

---

<sup>121</sup> 有關行政先例之論述，請參閱陳清秀，「行政法的法源」，收錄於翁岳生所編行政法二〇〇〇（上），頁 119。

<sup>122</sup> 圖二係改繪自古錦祥，「如何維護在台單身亡故榮民之大陸親屬權益」，退輔會八十七年研究年報，88 年 6 月，第 20 頁。

圖二、退輔會對單身亡故榮民遺留不動產處理程序



### 三、對於繼承債權人及受遺贈人公告<sup>123</sup>之聲請與通知（民法第一千一百七十九條第一項第三款）

退輔會於「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」肆、三中，明定遺產管理人對亡故榮民遺產除無法支付公示催告及喪葬等費用者外，均應於榮民亡故之日起，二個月內向其住所地之法院聲請公示催告。其催告事項包括：

- (1) 限定六個月以上之期限<sup>124</sup>，公告大陸地區以外<sup>125</sup>之繼承人，命其於期限內承認繼承。
- (2) 限定一年<sup>126</sup>以上之期限，公告亡故榮民之債權人及受遺贈人於該期間內報明債權及為願受遺贈與否之聲明。

聲請程式應表明請求公示催告之陳述、得行使公示催告之法律所定事項，及陳明並釋明各該法律規定所須之要件事實，請參考附件六範例。依法院現行處理，幾以最後登載新聞紙之日起一年二個月為原則<sup>127</sup>。雖偶見所定期間較長者，惟依台灣高等法院八十七年家抗字第一四四號裁定：「公告之期限僅有最短期間之限制，而無最長期間之限制，得由法院斟酌公示催告聲請人、繼承人、債權人等之利益定之。本件被繼承人侯 係大陸來台之軍人，在台並無親屬，但在大陸地區容或有繼承人，依現今兩岸尚未准許往來之情勢，其繼承人難立即發現本件繼承事實。且其在大陸地

<sup>123</sup> 比較之下，中共（試行）民事訴訟法第一百九十三至一百九十八條明示公示催告僅適用於可背書轉讓之票據被盜、遺失或滅失之情形，未有類我規定。參陸委會，大陸民事訴訟法之研究，第 315 至 321 頁。

<sup>124</sup> 民法第一千一百七十九條第一項第三款謂「期間」，該作業程序竟謂「期限」，立法品質欠妥。按前者係自某一期日至另一期日繼續之時間；後者係當事人以將來確定發生之事實，決定法律行為效力之發生或消滅之一種附款，進一步可細分有確定期限及不確定期限，詳請參陳榮宗等人合著，法律類似語辨異，第 273 頁。

<sup>125</sup> 大陸地區繼承人依兩岸人民關係條例第六十六條規定為三年，參本章第二節第三項一、之說明。

<sup>126</sup> 此際與非訟事件法第七十九條第三項前段規定：「第一項遺產管理人，應於六個月內清償債權，並交付遺贈物，如有賸餘，應提存之。」之期間不同，適用上容有疑義。

<sup>127</sup> 實務早期係分別針對繼承人、債權人及受遺贈人訂定兩不同特定期日為公示催告裁定（如台灣台中地方法院七十六年度家催字第五十號裁定）；今幾以相同期間一併為之（如台灣彰化地方法院八十四年度管字第十四號裁定、台灣台中地方法院八十七年度家催字第二〇六號裁定）。

區之繼承人欲承認繼承者，尚須提出經我國財團法人海峽交流基金會驗證之相關文書，曠日費時。則原法院裁定定公示催告期間二年一月，即難謂過長。（退輔會 榮民服務處）抗告意旨指摘原裁定不當，求予廢棄，為無理由。」堪係的論。

雖然退輔會上有規定，但所屬服務及安養機構下未謹遵。該會八十九年十月十八日（八九）輔壹字第一七五五七號函發「八十九年度輔考各遺產管理機構善後服務暨遺產管理業務共同性缺失」中即明示有部分案件延誤辦理公示催告，致影響日後遺產移交；且公示催告為簡易之聲請書狀，每件以五千至一萬元不等之費用委託律師或代書辦理，顯有不經濟之支出（審計部已將之列為退輔會八十八年督導缺點<sup>128</sup>，迄未改善）。按公示催告前，繼承人並未處於完全確定狀態，「此應踐行之法定程序，不僅事關公益，且影響遺產管理程序之安定性。前開（退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法）辦法並未規定應於何時前辦妥<sup>129</sup>，亦未規定得因繼承人起訴免於辦理，要不能因上訴人逕行起訴請求而得解免。」<sup>130</sup>。而現行實務准予退輔會依民法第一千一百七十八條及第一千一百七十九條第一項第三款併為公示催告，學理上非無貲議<sup>131</sup>。按前者係繼承人之搜索，時期在先；後者係遺產清理之著手，時期在後，二者顯有差異，不應混同為之。實務併為恐係圖便之故。

#### 四、清償債權<sup>132</sup>或交付遺贈物<sup>133</sup>（民法第一千一百七十九條第一項第

<sup>128</sup> 以該部於 90 年 3 月 26 至 29 日駐審退輔會南投榮民服務處期間為例，即就之詳加檢查。

<sup>129</sup> 該件被上訴人退輔會未舉「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」肆、三中，明定遺產管理人對亡故榮民遺產除無法支付公示催告及喪葬等費用者外，均應於榮民亡故之日起，二個月內向其住所地之法院聲請公示催告之規定；法院亦未深究，致適用法令不當。

<sup>130</sup> 參台灣高等法院八十七家上字第三十五號判決。

<sup>131</sup> 郭振恭等三人合著，民法繼承新論，第 284 頁

<sup>132</sup> 若係收取債權？依法務部七十三年一月二十四日法七三律字第九五二號函：「搜索繼承人與管理、清算遺產，係並行之程序（史尚寬著「繼承法論」頁三四五參照）。隻身來台人士死亡後無人繼承之遺產，因客觀上不得行搜索繼承人之公示催告，而第一千一百八十五條規定之適用，無礙於遺產管理人為遺產之管理及清算，故遺產管理人非不得依第一千一百七十九條第一項第二款為保存遺產必要之處置。按遺產管理人之

#### 四款)

退輔會於「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」伍、一中，明定遺產管理人非於公示催告所定期間（一年以上）屆滿後，不得對亡故榮民之任何債權人或受遺贈人，償還債務或交付遺贈物<sup>134</sup>。並謂亡故榮民之債權人或受遺贈人，不於公示催告所定期間（一年以上）內為報明或聲明者，僅得就剩餘遺產行使其權利。其中對亡故榮民債權之清償，應優先於遺贈物之交付。

在退輔會處理實務上，就前者而言，常遇到之情形包括金融機構對亡故榮民不動產抵押權之實施<sup>135</sup>、榮民生前侵權行為損害賠償<sup>136</sup>、積欠水電

---

設，原在管理保存遺產以免散失，並清算遺產以終結被繼承人之法律關係。第一千一百七十九條第一項雖未明定遺產管理人有收取債權之職權，但收取債權原係清算遺產之必要程序，依學者見解（史尚寬著「繼承法論」頁三四四參照），為保存遺產必要處置，解釋上實應包含收取債權在內。銀行存款，性質上為消費寄託（司法院院解字第30一八號解釋參照），民法第六百零三條規定之金錢寄託返還請求權為債權之一種，遺產管理人自得依職權代被繼承人行使金錢寄託返還請求權，提領其銀行存款暫為管理保存。」係採肯定說。縱該函係兩岸人民關係條例施行前為之，仍不無參考餘地。

<sup>133</sup> 實務曾有是否應經法院許可之問題？依司法院七十八年六月十九日秘台廳一字第0一五八一號函：「按遺產管理人，謂清償債權或交付遺贈物之必要，經親屬會議之同意，得變賣遺產，民法第一千一百七十九條第二項定有明文。若遺產管理人係利害關係人或檢察官依同法第一千一百七十八條第二項之規定，聲請法院選任者，本於同一趣旨，其變賣遺產，自亦應法院之許可。惟若被繼承人生前對其債權人負有移轉不動產所有權之義務，或將之遺贈他人者，遺產管理人為履行被繼承人之此項債務，經踐行民法第一千一百七十九條第一項第三款規定之程序，依同條項第四款及第一千一百八十一條之規定，將該項遺產不動產所有權移轉登記與債權人或受遺贈人者，則係遺產管理執行職務之行為，得以善良管理人之注意，獨立為之，毋庸經親屬會議之同意或法院之許可。」係採否定說。

<sup>134</sup> 參最高法院六十八年台上字第二六八六號判例：「依照民法第一千一百七十九條第一項第三款規定，遺產管理人應聲請法院依公示催告程序，公告命被繼承人之債權人於限定期間內報明債權。又依同法第一千一百八十一條規定，非於上項公告期間屆滿後，債權人不得請求清償債權，上訴人不依上開法定程序行使其權利，竟於公示催告程序所定期間屆滿前遽行訴求被上訴人給付，自有未合。」。最高法院七十七年八月十六日七十七年度第十四次民事庭會議決議（一）亦同斯旨。

<sup>135</sup> 如合作金庫宜蘭支庫合金宜催字第0二一一號乘宜蘭地院宜耀民執午八十七執二七八一字第六五七七號通知致南投縣榮民服務處函，請求清償亡故榮民李 生前公教貸款債務。

<sup>136</sup> 如行政院農業委員會林務局東勢林區管理處八十九勢政字第四四0八號致南投縣榮民服務處函，請求清償亡故榮民楊 生前侵墾該處土地債務。

費<sup>137</sup>等<sup>138</sup>，不一而足。若有設定抵押權或其他強制執行名義者，法院實務<sup>139</sup>通常允許債權人於公示催告期滿前，以訴訟請求債權之清償。

後者牽涉民法第五編第三章第三節遺囑之效力，迭因遺囑執行人強力主張其職權與退輔會法定遺產管理人發生齟齬，將在次項詳述。通說<sup>140</sup>及實務<sup>141</sup>認遺贈僅具有債權效力；少數說認包括遺贈發生物權效力，特定遺贈僅發生債權效力<sup>142</sup>。受遺贈人須俟繼承人（此際為遺產管理人）對繼承債務已履行清償後，始得受遺贈物之交付<sup>143</sup>（民法第一千一百六十條參照）。

苟債權人或受遺贈人未於前款所定期間內為報明或聲明者，依民法第一千一百八十二條規定，僅得就剩餘遺產行使其權利，遺產管理人無強保留遺產一部或全部之必要。

## 五、遺產之變賣（民法第一千一百七十九條第二項後段）

---

<sup>137</sup> 如台灣高等法院八十七家上字第七二八號判決。

<sup>138</sup> 至於喪葬費用？依法務部七十九年六月二十七日法七九律字第90七一號函：「按被繼承人死亡後，已喪失其作為債權債務主體之權利能力，第三人如有為被繼承人支付喪葬費用者，該第三人非可認為被繼承人之債權人。至該項喪葬費用應如何支付，現行民法並無明文規定，亦無解釋判例可資遵循。惟參諸外國立法例（如奧、瑞、日、韓等國民法規定）及我國多數學者見解，喪葬費用應解釋為繼承費用，依民法第一千一百五十條規定，由遺產中支付，此項見解似為可採。至於該項費用之清償時期，民法第一千一百八十一條雖規定遺產管理人非於第一千一百七十九條第一項第三款所定期間屆滿後，不得對『被繼承人之任何債權人』或受遺贈人償還債務或交付遺贈物，惟支付喪葬費用之人，非為被繼承人之債權人，已如前述，則喪葬費用之清償時期，應不受該條規定，即須同法第一千一百七十九條第一項第三款所定公示催告期間屆滿始得受清償之限制。且鑑於為死者支付喪葬費用，係葬禮民俗之一環節，屬尊敬死者必要之舉，自不宜將之與死者生前所負之一般債權同視，而宜解為喪葬費用得隨時字遺產中支出。惟此項費用之支出，應以必要費用為限，併此敘明。」則不在此限。

<sup>139</sup> 台灣台北地方法院八十一年拍字第一三00號、台灣板橋地方法院八十六年拍字第三三八號民事裁定。早期實務曾駁回類此請求，參最高法院六十八年台上字第二六八六號判例。

<sup>140</sup> 張瓊文，無人承認繼承遺產之研究，東海大學法研所88年碩士論文第56頁。

<sup>141</sup> 如最高法院八十六年度台上字第五五0號判決。

<sup>142</sup> 參戴炎輝、戴東雄，中國繼承法，第294頁。

<sup>143</sup> 此外，依遺產及贈與稅法第八條第一項規定：「遺產稅未繳清前，不得分割財產、交付遺贈或辦理移轉登記。贈與稅未繳清前，不得辦理贈與移轉登記。但依第四十一條規定，於事前申請該管稽徵機關核准發給同意移轉證明書，或經稽徵機關核發免稅證明書、不計入遺產總額證明書或不計入贈與總額證明書者，不在此限。」。

就之已於同條第一項第二款部分討論，於斯不再贅述。退輔會擬於日後實施之「退除役官兵亡故遺留房、地作業規定（草案）」中，將不動產標售作業分北、中、東、南區集中辦理，以節約人力、物力，並便於監督，一改現今各地遺產管理人各自為政、土法煉鋼<sup>144</sup>之情形，洵為適舉。

## 六、報告或說明遺產狀況（民法第一千一百八十條規定）

準此，退輔會本有是項義務，因親屬會議、亡故榮民之債權人或受遺贈人之請求報告或說明遺產狀況。惟實際上，除大陸繼承人之在台代理人向法院聲請裁定通知繼承聲請案「准予備查」後，為申領遺產稅免（完）稅證明，而得向各地退輔會安養或服務機構查詢遺款數外，前揭機構基於防弊心態，幾乎不會主動報告或說明遺產狀況。蓋大陸文書偽造匪難，遺產管理人自不宜透露太多細節，避免申請人「迎合」。

惟在依行政程序法第四十四條第三項授權訂定「行政資訊公開辦法」於九十年二月二十一日施行<sup>145</sup>之後，退輔會恐無法逕一律拒絕是類申請，屆時申請人更有理由主張遺產管理人應報告或說明遺產狀況。拙見以為其係「資訊取得權」<sup>146</sup>之具體落實，退輔會宜早訂立相關規定，就申請人之

<sup>144</sup> 其已不僅是承辦人員素質之因素而已，而是該會是否考量得透過「受委託行使公權力之個人或團體」（Beliehener）之方式委外處理該技術性事宜，不致強求素質非高之承辦人員為力有未逮之事。該概念請參閱李惠宗，行政法要義，第 88 頁。學者間就有不同譯名，如吳庚謂「委託私人行使公權力中之受託人」，行政法之理論與實用，第一七五頁；陳敏謂「公權力受託人」，行政法總論，第 869 頁；黃錦堂稱「受委託行使公權力」，翁岳生編行政法二 0 0 0，第 270 頁；林金榮同黃氏見解，參「委託私人行使公權力之理論」（上），法令月刊第五十一期，第 378 頁。在中央政府總員額法施行之後，政府機關人員將有所減少，政府業務委外將是大勢所趨。惟依行政程序法第十六條規定，應有法律或法規命令之依據，並有國家賠償法第四條之適用，請參考司法院大法官釋字第 269、382、462 等號解釋。退輔會擬於九十年六月間召開該草案研修作業協調會，定案陳核後即發布施行，俾改善前述不動產標售作業各地不同（如該會台北縣及苗栗縣即仿國有財產局之作法）之亂象。實際上，該草案亦係仿國有財產局之作業程序規定修訂，似未能針對該會特性為之。

<sup>145</sup> 行政院九十法字第 0 0 八 0 四八號及考試院九十考台法字第 0 0 五六九號令會銜發布。

<sup>146</sup> 請參林子儀，權力分立與憲政發展，第 173 至 217 頁，就「資訊取得法」立法政策與法制之研究有詳細論述。另請參考羅傳賢，行政程序法論，第 96 至 106 頁；蔡志方，行政救濟與行政法學（三），民國 87 年 12 月，第 485 至 501 頁；蔡茂寅、李建良、林明鏞、周志宏等合著，行政程序法實用，民國 90 年元月，第 91 至 93 頁。

資格、取得資訊之範圍、程序、取得資訊後使用之限制等加以規範，俾令遺產管理人行有所本。

### 七、有繼承人承認繼承或遺產歸屬國庫時，為遺產之移交（民法第一千一百七十九條第一項第五款）

於本文探討範圍內<sup>147</sup>，前者係指大陸繼承人已歷退輔會遺產管理人之審核，符合前揭遺產管理辦法等規定，得委託在台代理人<sup>148</sup>領取單身亡故榮民遺產之情形，前已論及，於斯尚不贅述。

後者則係依該遺產管理辦法第七條第二項規定：「遺產管理人於公示催告所定期限或大陸地區人民應為繼承表示期限屆滿，無人繼承之遺產，除依本（即兩岸人民關係條例）條例第六十八條第四項規定捐助設置財團法人榮民榮譽基金會者外，於清償債權、交付遺贈物並扣除第八條支出之費用後，如有賸餘，應移交國庫。」為之。退輔會於九十年二月十九日（九十）輔壹字第二四八四號函中，已通知各服務及安養機構清查「八十二年九月十七日前已完成繼承之剩餘款」及「自八十二年九月十八日起至八十二年十二月三十一日止已逾繼承期限無人繼承及繼承剩餘款」，於清查<sup>149</sup>完竣陳報退輔會後，日後俟該會通知再為進行解繳國庫<sup>150</sup>之動作。如國

<sup>147</sup> 在國有財產局為遺產管理人之情形，依法務部七十四年九月四日法七四律字第一一八八九號函，於公示催告期滿無人承認繼承，在清償債權並交付遺贈物後，將賸餘遺產歸入國庫。於斯尚不贅述。

<sup>148</sup> 在兩岸「大三通」實施之前，大陸繼承人也僅有此一途。惟實務上常見大陸繼承人誤以為由遺產管理人發函領遺產，「即得乘之來台」，洵非正確。而在台代理人之相關爭議請參本文第二章第二節說明。另依海基會八十四年十一月二十四日（八四）海仁（法）字第0九七三五號函，同意於與陸委會委託契約附件七增列第二項：「移交在台無代理人之大陸地區人民繼承台灣地區人民之遺產」，知海基會亦有此職權。惟囿於職務繁瑣及恐涉圖利，尚未聞有相關事例者。

<sup>149</sup> 參照日本民法第九百五十六條第二項、九百五十九條規定，移交遺產應同時為管理之計算，自不待言。參王書江、曹為，日本民法，81年8月，第183-184頁；中川善之助、泉久雄，相續法，1974，第415頁。其中若有商標、專利或著作權等無體財產權者，依商標法第三十四條第三款、專利法第七十條第二款及著作權法第四十二條第一款等規定，因無人承認繼承而消滅，不可不察。而若強制執行開始後，債權人死亡，而無人承認繼承時，遺產管理人於清償債權並交付遺贈物後，將所賸餘者移交國庫，該強制執行事件，依司法院三十一年院字第二二九九號解釋，應繼續進行。

<sup>150</sup> 參司法院三十年七月十五日院解字第二二一三號解釋：「繼承開始時繼承人有無不明者，依民法第一千一百七十七條及第一千一百七十八條第一項之規定，應由親屬會議

庫拒絕受領，遺產管理人得依民法第三百二十六條規定，將其提存<sup>151</sup>。反之，遺產管理人不為移交時，國庫得向法院請求履行之訴<sup>152</sup>。

於本章節第一項已述及此際國庫並非立於繼承人之地位，惟在法制設計上<sup>153</sup>，仍取得該剩餘遺產。且其取得依通說見解<sup>154</sup>為原始取得<sup>155</sup>，於遺

---

選定遺產管理人，並將繼承開始及選定遺產管理人之事由呈報法院，並為認檢察官有此職權。即在親屬會議無人召集時，國庫雖因其依民法第一千一百八十五條之規定於將來遺產之歸屬有期待權，得以民法第一千一百二十九條所稱利害關係人之地位召集之，但遺產歸屬國庫時由何機關代表國庫接收，現行法令尚無明文規定。按其事務之性質，應解為由管轄被繼承人住所地之地方行政官署代表國庫接收。則因繼承開始時繼承人有無不明須由國庫召集親屬會議者，亦應由此官署行之，未便認檢察官有此權限。再依民法第一千一百八十五條之規定，遺產於清償債權並交付遺贈物後有賸餘者，於民法第一千一百七十八條所定之期間屆滿無人承認繼承時，當然歸屬國庫，不以除權判決無此項效果之發生要件。民法第一千一百七十八條所謂法院應依公示催告程序公告繼承人於一定期間內承認繼承，僅其公告之方法，應依公示催告程序行之，非謂期限屆滿無繼承人承認繼承，尚須經除權判決程序。況依民事訴訟法第五百四十一條以下之規定，除權判決依應本於公示催告聲請人之聲請為之，親屬會議不過將繼承開始及選定遺產管理人之事由呈報法院，並非聲請為公示催告，亦無從聲請為除權判決，則檢察官不得聲請為除權判決尤無疑義。」確係的論。

<sup>151</sup> 參前司法行政部六四年一月三日台六四函民字第 0 0 0 0 五號函：「無人承認繼承之遺產，於民法第一千一百七十八條所定之期限屆滿，而遺產管理人已清償債權並交付遺贈物後，其賸餘財產（包括債權在內，參照司法院院解字第二二九號解釋），依民法第一千一百八十五條規定，當然歸屬國庫。本案被繼承人郭 在臺灣第一商業銀行鳳山分行所存新台幣 元債權依上開說明，當歸屬國庫，應由國庫向該分行領取該項存款，遺產管理人不得領取。又遺產歸屬國庫時，依民法第一千一百七十九條第一項第五款規定，遺產管理人應將其移交國庫。本案遺產管理人所保管之四張存款單及三顆印章，自應移交於國庫。遺產管理人之此項移交義務，係屬私法上之義務（參照下註司法院院字第二二九五號解釋），如國庫拒絕受領，遺產管理人可依民法第三百二十六條規定，將其提存。」惟國有財產局方面亦乏此經驗，嗣後退輔會如何移交，彼等機關將頗費思量。

<sup>152</sup> 司法院三十一年三月六日院解字第二二九五號解釋：「遺產依民法第一千一百八十五條規定歸屬國庫時，遺產管理人依民法第一千一百七十九條第一項第五款應向國庫為遺產之移交，此向私法上之義務如不履行，國庫自得向法院提起請求履行之訴。」，復參院字第二八〇九及前述二二一三號解釋，應由管轄被繼承人住所地之地方行政官署代表國庫為之。

<sup>153</sup> 民法第一千一百八十五條規定。

<sup>154</sup> 參郭振恭等三人合著，民法繼承新論，第 288 頁；戴炎輝、戴東雄，中國繼承法，第 230 頁。學者史尚寬有異說，謂自歸屬於國庫積極財產上之負擔，因與歸屬同時消滅之點觀之，以原始取得為當；然於歸屬國庫前，第三人已完成取得不動產時效者，雖尚未申請登記為所有權人，則不妨為之。另基於與被繼承人所訂租賃契約之租賃權，不因其標的物歸屬於國庫而消滅，則又以繼受取得為宜，參氏著繼承法論，第 352 頁（轉引自林秀雄，「無人承認繼承時賸餘財產之歸屬」，月旦法學雜誌第二十六期，第 60 頁）。

產歸屬於國庫後，繼承債權人及受遺贈人不得對國庫行使其權利，一切繼承債權消滅。惟學者林秀雄採反對說<sup>156</sup>，謂我國民法未如日本法規定，於搜索繼承人公告期間後，令管理人所不知之債權人或受遺贈人生失權效果，且第一千一百八十二條規定債權人或受遺贈人雖於公告期間內未為報明或聲明，仍得對贖餘財產行使其權利，其權利並未消滅，僅係減弱而已。

苟從日民規定，則該條將無存在意義，且將產生下述不當結果：

- 一、租賃權無從報明清算，弱隨標的物歸屬國庫而消滅，有所不當。
- 二、質權人因質物歸屬國庫後，其債權消滅，質權自無所附麗，而國庫本於原始取得，反有權向質權人請求返還該質物。
- 三、為擔保債務之履行而有物上保證人或保證人時，因債權人信賴物之保證並未報明，而致債權消滅，有所不當。
- 四、被繼承人之財產為他人設定抵押時，因他人之債務未屆清償期，抵押權人自無從行使權利，若於清償期前國庫為原始取得，則抵押權人亦無從行使抵押權。因而建議為避免與民爭利，宜解為債權人或受遺贈人於贖餘財產範圍內，仍得對贖餘財產歸屬人——國庫行使其權利。

管見以為林氏過分保護債權人及受遺贈人，本於同一理路，繼承人基於繼承主體地位亦應得對該遺產主張權利，如斯本條款將形同具文，職是仍以通說為當。

論者有謂<sup>157</sup>若無人出而承認繼承時，因國庫在法制上非最後順序繼承人，該遺產不得不解為無主財產，此情形遺產管理人究為何人之代理人，資格即有問題？建議將來立法上，應以國庫為最後順序繼承人，以遺產管理人為其法定代理人較為合理。筆者亦表贊同，特別是在退輔會行將移交前述財產予國庫<sup>158</sup>之際，尤應加強國庫取得之正當性。

---

<sup>155</sup> 係非依他人際存之權利而取得物權，此種取得之物權，非繼受他人而來，與他人之權利無涉，物權標的上所原存有之一切負擔，均因原始取得而消滅，原來物權人不得對之主張任何權利，參謝在全，民法物權論（上），第 54 至 55 頁。

<sup>156</sup> 參氏著「無人承認繼承時贖餘財產之歸屬」，月旦法學雜誌第二十六期，第 60 頁。

<sup>157</sup> 郭振恭等三人合著，民法繼承新論，第 281 頁。

<sup>158</sup> 解繳方式依退輔會九十年二月十九日（九十）輔壹字第二四八四號函就財產性質之不

除上揭職務外，苟遺產不敷清償被繼承人債務時<sup>159</sup>，若不對全體債權人為公平之分配，難令全體債權人滿足，遺產管理人應以遺產為破產人，亦即遺產有破產能力<sup>160</sup>（Konkursfaehigkeit），依破產法第二條、第五十九條第一項第一款及第二項之規定，向被繼承人死亡時住所地之地方法院聲請破產之宣告<sup>161</sup>。惟遍查退輔會之「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」，並未就之有所明文，為避免與債權人滋生爭議，建議應增訂相關規定。

---

同區分為：（一）現款：待通知轉帳入退輔會「台灣土地銀行信義分行代理國庫 079-056-000068」帳號。（二）不動產：先建立不動產清冊及權利基本資料，如有占用應即排除；有借租用者應併附契約，於基本資料備註欄中註明租借面積、月租金、欠租金額及租借期屆止日。於登記申請書中登記原因註記「收歸國有」，備註欄加註「確依民法第一千一百八十五條規定，於公示催告期限屆滿，無人承認繼承，遺產於清償債權，並交付遺贈物後，將贖餘財產歸屬國庫」（筆者按：亦請參內政部八十一年五月七日台內字第八一七六五六五號函），並備妥公示催告裁定（筆者按：以證明何人係遺產管理人，惟毋須確定證明書，請參內政部七十六年六月十五日台內字第五一〇四五二號函）、法院所發無人於公示催告期間承認繼承之證明函（係地政機關及遺產管理人為求免責之要求）、公示催告登報證明（報紙影本已足）、所有權狀（以憑變更所有權人為「中華民國」，並加註管理機關為「財政部國有財產局」）等文件辦理登記。（三）票券：封緘後標明故榮民姓名、票券種類、數量、發行者名稱及遺產管理單位，併同步動產資料報退輔會待繳。（四）黃金珠寶等動產：以信封封裝並註明故榮民姓名、動產品項、原報清冊流水編號、數量、重量或金額，於每一封緘接著處加蓋單位主官、承辦人、政風及會計印章，亦待通知送繳退輔會。

<sup>159</sup> 於有繼承人時，得依民法一千一百五十四及一千一百七十四條規定為限定繼承或拋棄繼承，請參戴東雄、劉得寬合著，民法親屬與繼承，第 320 頁；戴東雄，繼承法實例解說（一），第 150 頁；林秀雄，家族法論集（三），第 249 頁。

<sup>160</sup> 陳榮宗，破產法，民國 86 年 11 月，第 122 頁。

<sup>161</sup> 陳計男，破產法論，民國 88 年 9 月，第 115 頁；耿雲卿，破產法釋義，民國 85 年 4 月，第 189 頁。

#### 第四節 退輔會處理單身亡故榮民遺產事件作業程序

前已敘明在轉委任授權<sup>162</sup>下，退輔會現行管理單身亡故榮民遺產胥依「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」辦理。該作業程序旨在律定善後服務、遺產管理、繼承案件審核等之作業規範，以亡故退除役官兵（以下簡稱亡故榮民）在台無繼承人、繼承人有無不明或繼承人因故不能管理其遺產者為其範圍。依該作業程序陸、二、（一）、3 遺產繼承聲（申）請之規定，受理申請案件時，為求審慎，要求大陸繼承人委託在台代理人之委託書應先經大陸公證機關公證<sup>163</sup>，並經財團法人海峽交流基金會（以下簡稱海基會）驗證。

這種驗證機制，法源依據係兩岸人民關係條例第七條規定，海基會係該條所謂行政院所委託之民間團體<sup>164</sup>，經行政院大陸委員會（以下簡稱陸委會）以行政契約委託後，有驗證及查證之權。經驗證者，推定為真正。

揆其立法理由，係因在大陸地區製作之文書是否真正查證不易，爰參酌民事訴訟法第三百五十八條及國家賠償法第四條第一項之意旨，為前開之規定。依兩岸人民關係條例施行細則第七條規定，驗證大陸地區製作文書時，應比對其製作名義人簽字及封印之真正，或為查證。

而海基會與大陸海峽兩岸關係協會（以下簡稱海協會）於民國八十二年四月二十九日簽訂之「兩岸公證書使用查證協議」<sup>165</sup>，復明確規範了應

<sup>162</sup> 雖然本文在第二節未曾對其加以批評，惟若退輔會堅持該作業程序為職權命令或行政規則時，則得「迴避」該作業程序之在行政法學判斷上有效與否的問題。

<sup>163</sup> 大陸僅有公證書一種方式，不似台灣採公證及認證二元，論者謂公證業務範圍劃一，便利公證人及當事人。參胡順龍，「海峽兩岸公證書的效力」（下），司法周刊第九一五期。大陸公證制度詳細介紹請參次章第二節。

<sup>164</sup> 參附錄二，行政院大陸委員會與財團法人海峽交流基金會簽訂之委託契約及附件。該契約性質請參林金榮，「委託私人行使公權力之理論」（上），法令月刊第五十一期，第 375 頁。在方式上，學者李惠宗認係在對等關係下所形成之單務行政契約，有法律保留之問題，參氏著行政法要義，第 404 頁；「行政契約之研究」，中律會訊雜誌，89 年 8 月號，第 56 頁。

<sup>165</sup> 參附錄三，同年五月十三日行政院第二三三一次會議准予備查。蓋海基會雖為民間團體，實為政府之白手套，自有監督義務。

查證之事由<sup>166</sup>。對大陸公證書有疑義時，由海基會函請大陸公證員協會進一步查證其真實性。該驗證僅係形式上核驗，至其實質證據力之判斷，依同條例施行細則第八條規定，應由法院或主管機關認定，以為文書驗證公信力及保障真正權利人權益<sup>167</sup>。

不過實務上每見當事人乘經驗證之大陸公證書，即謂有「雙重保證」，堅持速發遺產，造成頗多困擾。承前述，實質證據力的把關係在主管機關退輔會或法院，並非海基會，遑論大陸公證協會。公證書實質證據力所能證明之範圍，「以記載於公證書之公證本旨內，公證人所聽取之當事人陳述，親自所見之狀況，及其他公證人所實際體驗之事項為限」<sup>168</sup>，尚不遽斷該陳述內容確為真正。

大陸公證書依中共試行民事訴訟法第六十七條前段規定，「人民法院對經過公證證明的法律行為，法律事實和文書，應確認其效力」；復依其公證暫行條例<sup>169</sup>第四條第八項：「證明文件上的簽名、印鑑屬實」，論者謂其公證書之效力較我高強<sup>170</sup>。惟據陸委會主任委員蔡英文表示<sup>171</sup>，大陸公證書常有偽造、內容不實或出具後復撤銷者，造成我方法院及主管機關困擾。後者確係的論，蓋中共公證暫行條例屬暫行或試行性質，缺乏周延之規範功能，不僅多所重疊，且法令位階層次凌亂，並有地方所訂公證條

<sup>166</sup> 參見該協議第三條。

<sup>167</sup> 蔡英文，「大陸政策與兩岸關係答客問」法政類第四說明，民國 89 年 12 月，該會網站。

<sup>168</sup> 鄭雲鵬，「談公證書之證據力」、「再談公證書之實質證據力兼論公證人之審查權」，分見司法周刊第八八四、九四二期。不同見解，趙原孫，「公證書的實質證據力 - 兼評最高法院八十六年台上字第二一四二號民事判決」，法令月刊第四十九卷第十二期，第 28 頁以下。

<sup>169</sup> 1982 年 4 月 13 日由中共國務院發布施行，中共司法部嗣於 1990 年 12 月 12 日發布「公證程序規則（試行）」，自 1991 年 4 月 1 日實施，詳請參第三章第二節第一項。相對地，我公證法雖已於民國 88 年 4 月 21 日修正公布，惟依該法第一百五十二條規定，至今（90）年 4 月 23 日始施行。司法院前曾函示謂於 90 年 4 月 21 日施行，嗣發現錯誤改稱應依中央法規標準法第十三條為之，參司法周刊一 0 二 0 期刊訊。

<sup>170</sup> 胡順隆，「海峽兩岸公證書的效力」（上）（中），分見司法周刊九一三、九一四期。

<sup>171</sup> 蔡英文，「大陸政策與兩岸關係答客問」法政類第四說明，民國 89 年 12 月，該會網站。

例逾越中央母法，造成各自為政之情形<sup>172</sup>，品質難讓人放心。

中共也不是不抓緊公證業務，在一九九〇年一月二十六日下發「司法部關於涉台公證工作座談會會議紀要」（四）辦理親屬關係公證應注意之問題中，亦言明應注意對歷史線索、證據的調查取證，對於事實不清、證據不足者，不能草率出證。遼寧大學法律系學者劉南征亦從維護當事人合法權益角度，謂大陸公證機關在辦理涉台公證時，須從實際的可行性出發，在不違反大陸法律、政策的原則下，根據需要出具公證書<sup>173</sup>。

有鑑於此，司法院於民國八十二年六月七日以（八二）院台廳民三字第〇九四八七號函發布「法院辦理兩岸公證書使用查證協議應行注意事項」<sup>174</sup>，依兩岸人民關係條例施行細則第八條規定，力謀大陸公證書之實質證據力，不受其形式上拘束。

退輔會則在「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」陸、三、（二）、3 繼承案件審核步驟及要領中，明文規定嚴格審查！並列舉堂堂十項重點：

- 「1. 檢試檔案，有關治喪會議記錄、遺囑、大陸親友信函、探親紀錄及大陸親屬等資料，與親屬關係公證書詳細核對，以鑑定繼承人之真偽。如遺產金額在新台幣一百萬元以上繼承案件，應在查詢亡故榮民親友，以了解實情。
2. 亡故榮民除戶謄本所載年籍、出生別、出生地、配偶、父母等親屬關係公證書是否相符。
3. 繼承人是否符合民法第一一三八條繼承順位之規定？
4. 除戶謄本，如欠缺相關親屬之記載，函請原服務軍種總部或國防部查詢，以核對親屬關係是否真實。
5. 繼承人與亡故榮民之年齡差距與籍貫是否有違常理？公證書述否述明？

---

<sup>172</sup> 謝福源，「大陸地區公證制度之介紹」，律師雜誌，第二二七期，第 38 頁。

<sup>173</sup> 氏著，「涉台公證中遇到的幾個法律問題」，中國法學，第三期，第 99 頁。

<sup>174</sup> 陸委會，大陸工作法規彙編，85 年出版，第陸 - 39 頁。

6. 繼承人如為養子女，應符合民法第一〇七三、一〇七九條之規定：收養者之年齡長於被收養者二十歲以上，收養子女應以書面為之。
7. 被繼承人之配偶單方重婚<sup>175</sup>，仍健在，有無拋棄繼承之表示？
8. 公證書內容是否塗改，校對章是否真實。
9. 查明有無代位繼承及輾轉繼承之事實存在。
10. 其他事項。」

這樣的查驗項目，亦反映在退輔會對申請案件所為的內部審核表，不可謂不慎重。

至申請繼承遺產的程序，從申請人的角度而言，有下述步驟<sup>176</sup>：

- 一、由受託人向相關單位申領亡故榮民死亡證明書，併同個人身分證影本，寄交大陸繼承人據向該省、市（縣、市）公證處，申辦親屬關係公證書及委託公證書各二份。
- 二、由受託人（即代理人）將大陸寄來之「親屬關係公證書」及「委託公證書」正本持往海基會（台北市民生東路三段一五六號；或該會南部服務中心：高雄市前金區成功一路四三六號四樓）驗證，並各取得證明。
- 三、檢具親屬關係公證書、委託公證書、海基會證明洽亡故者戶籍鄉

---

<sup>175</sup> 兩岸重婚問題，司法院大法官會議釋字第 242 號解釋謂其係國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生，與一般重婚事件（參釋字第 362 號解釋）究有不同，而例外肯認後婚效力；文獻及相關批評甚夥：吳明軒，「重婚效力之探討」，月旦法學雜誌第七十期，第 116 至 126 頁；蔡輝龍，論海峽兩岸親屬法制，民國 83 年，第 57 至 87 頁；高鳳仙，親屬法 - - 理論與實務，民國 87 年，第 55 頁；楊芳婉，兩岸婚姻法與情，民國 84 年，第 34 頁；詹森林，「海峽兩岸雙重婚姻之抗爭 - - 最高法院判決撤銷在台之重婚於方法論上之探討」，民事法理與判決研究，民國 87 年，第 327 至 356 頁；楊昌國，「海峽兩岸雙重婚姻之法內情」 - - 司法院大法官會議第 242 號解釋方法論上之檢討，務實法學基金會判解研究彙編（一），民國 90 年，第 259 至 277 頁。影響所及，兩岸人民關係條例第六十四條就之係民法第九百八十五條之特別規定。另中共婚姻法第二條第一款亦係一夫一妻制，重婚列為公訴罪，無類我有例外之例，張耿銘，「大陸法遏阻重婚、同居歪風，非婚生子女與婚生子女享同等權利」，聯合報 90.4.30 第十五版。

<sup>176</sup> 參退輔會於榮光周刊第一八三一期第三版「我們的服務」之說明。

- 、鎮、市、區戶政事務所申報死亡登記，並申領除戶謄本。
- 四、再檢具右列公證書、證明、謄本及填妥繼承系統表各一份，向亡故榮民住所地「地方法院」具狀聲請繼承（全部繼承人為聲請人，受託人為代理人，且應於亡故日起三年內聲請，逾期視為放棄）。
- 五、俟法院裁定通知繼承聲請案「准予備查」後，即向各地退輔會安養或服務機構查詢遺款數，向亡故榮民戶籍鄉、鎮、市、區公所財政課，申領遺產稅免（完）稅證明。
- 六、以上步驟均完成後，即檢具全部證件（詳如第八項），向故員戶籍縣市榮民服務處」提出故員遺產繼承申請案。
- 七、繼承證件經審查合於規定後，待「公示催告」期滿及完成「債務清償」、「遺贈物交付」始由「榮服處」陳報退輔會第一處複審或通知切結具（代）領故員全部遺款（含不動產拍賣款）。
- 八、繼承應備證件（各乙份）：
1. 親屬關係公證書
  2. 委託公證書
  3. 海基會驗證對前開公證書驗證證明。
  4. 故員除戶謄本。
  5. 繼承系統表。
  6. 法院准予備查通知。
  7. 遺產稅免稅證明<sup>177</sup>。
  8. 代理人戶籍謄本<sup>178</sup>。

---

<sup>177</sup> 該證明於兩岸阻隔時期依財政部六十七年五月三十一日台財稅地三三五四三號函見解，係應由退輔會逕代申報。於兩岸人民關係條例通過後，依該部八十七年一月二日台財稅八六一九三三四一五號函：在有繼承人向法院聲明繼承表示，經裁定准予備查者，由繼承人（之在台代理人）申報；如無繼承人承認繼承申領遺產，可延長至公示催告期限屆滿一個月內，由遺產管理人向稅捐稽徵機關提出申報（參輔導會八十九年三月二十一日（八九）輔壹字第0四七九0號函）。惟大陸繼承人既得於榮民亡故三年內表示繼承，苟依後者說明，可能生已逾公示催告，仍在繼承表示期限內，雙方卻均未申報之情形。是以在管理機關審查上，不強要求該證明，因容係管理機關之義務。

## 9. 切結書。

其中法院准予備查通知，依兩岸人民關係條例第六十六條第一項前段、同條例施行細則第四十三條規定，大陸地區人民繼承台灣地區人民之遺產，應於繼承開始起三年內，檢具聲請書、被繼承人死亡時之全戶戶籍謄本、繼承系統表及符合繼承人身分之證明文件，向繼承開始時被繼承人住所地之法院為繼承之表示。依臺灣高等法院八十九年度家再抗字第八號裁定，前開聲請書，應載明為繼承表示之意旨及其原因、事實與供證明或釋明之證據，且其身分證明文件，應經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證。

另依司法院 84.7.7.(84)秘台廳民三字第一二六八二號函：「法院對於大陸地區人民依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第六十六條規定聲請繼承事件所為之裁定，性質上雖係非訟裁定，無實質上之確定力，惟在未經依法定程序撤銷以前，其拘束力仍屬存在。來函所述居住於大陸之鄭女士及其子女等七人聲請繼承故榮民盧君之遺產事件，業經臺灣板橋地方法院於八十四年四月二十六日裁定駁回，該項裁定如未經抗告，形式上已為確定，即有其拘束力，不發生可否辦理繼承及如何交付遺產等問題。」知該准予備查「通知」應屬非訟「裁定」。惟實務上法院似多未細究聲請人係真正繼承人與否，縱司法院函頒「法院辦理兩岸公證書使用查證協議應行注意事項」，筆者少見有駁回聲請者（少數例子例如台灣高等法院八十九年度家再抗字第八號裁定），甚而見有牛頭不對馬嘴者（如南投地院曾為大陸繼承人地址為「台灣省南投縣青島市..」之裁定，當事人無所適從，更無從乘之申請繼承）「是以憑此准予備查之通知，尚不足以認為上訴人係合法繼承人之全部，是被上訴人均質疑上訴人非為繼承人全部一節自非無稽。」（參台灣高等法院八十七年度家上字第五號判決），對外僅以准予備查「通知」送達當事人而已。

而當事人常誤以為有經海基會驗證之大陸公證書，並經法院准予備查

---

<sup>178</sup> 該文件非退輔會明示必要者，惟儘可能要求之。

者，即有「三重保證」，退輔會即應給錢（遺產），迭生困擾。筆者認該准予備查通知性質既係裁定，就應以裁定稱之，且應審慎為之，不宜穿上「通知」之外衣，而事涉爭議時諉稱形式審查。早期甚而見有以准予備查「函」稱之者<sup>179</sup>（參台灣高等法院八十七年度家抗字第一三〇裁定），此將令當事人更加以為性質係屬司法行政之範疇。惟查近年實務已有所改善，當事人抗告時均以裁定稱之，其為訴訟法之當然。

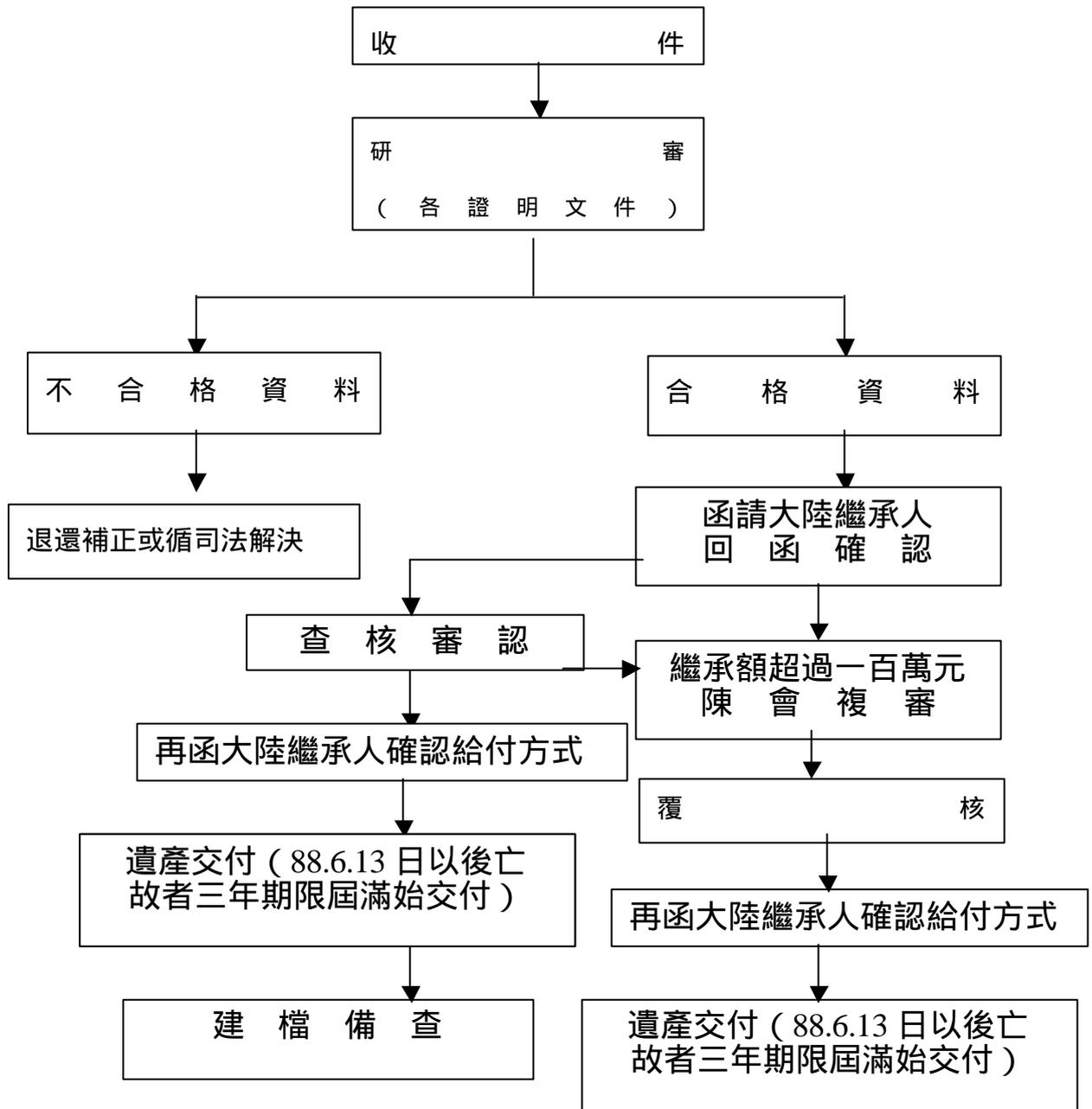
而從管理機關角度來看，若審核認前述步驟不齊全或資料有所欠缺時，退回代理人補正或循司法程序解決<sup>180</sup>。

---

<sup>179</sup> 感謝南投地院黃綵君法官曉示通知或函縱名稱不同，實均係裁定。而在經驗上，某些謹慎之法官尚會函詢（如投院鳴民誠九十聲繼七字第一二七一一號函詢退輔會南投榮民服務處）遺產管理人單身亡故榮民是否有在台繼承人、債權人或受遺贈人，俾憑是否准予繼承。

<sup>180</sup> 參圖三榮民遺產繼承標準作業程序，引自退輔會出版「服務機構標準作業程序」，民國 89 年 9 月，第 51 頁。

圖三、審理單身亡故榮民遺產繼承標準作業程序



於大陸繼承人回函確認，經查核審認後，遺款金額新台幣（下同）一百萬元（含）以上者，應由退輔會各安養或服務機構將初審結果及檔案卷宗報該會第一處複審<sup>181</sup>；遺款金額一百萬以下者，逕由前揭機構逕行審查、核定及發還。

這種複審機制是否該當於多階段行政處分（mehrstufiger Verwaltungsakt）？容有討論空間。按其係相對於單階處分（einstufige Verwaltungsakte），後者之作成不受其他機關掣肘；前者則謂在完成一對外發生法律效果之行政處分前，須經多個獨立行政行為階段，故稱為多階段處分<sup>182</sup>。在未獲得其他機關協力前，該行政處分效力未定，苟職權機關將之以獨立之行政處分發布，則屬違法<sup>183</sup>。惟為保護法安定性，應認僅發生得撤銷之效果。是以若在肯認其係多階段行政處分前提下，苟遺款逾一百萬元之繼承案件遺產管理人未報退輔會複審而逕予發放者，並非無效，得依行政訴訟法第四條規定提起撤銷之訴。

然實務否認其公法性質，認部分法院有所違誤（參最高法院八十三年度台上字第二七一五號判決）。筆者認該爭議牽涉我國向對公私法區分認知之混亂所致，於第四章第三節將詳述。在定位上，仍以實務見解為宜，非為行政處分，遑論依前述有成為多階段行政處分之可能。繼承人或在台代理人就退輔會複審同意或不同意之意見，因其非行政處分，不得提起行政爭訟。惟若對遺產管理人其他涉及公法上的「處分」不服時，行政法院應一併審查協力機關之同意或不同意，並命有同意權之機關參加訴訟<sup>184</sup>。

該處就前揭機構初審結果嚴格把關，常能耙梳出初審之弊端。蓋前揭

<sup>181</sup> 「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」陸、四、（二）。

<sup>182</sup> 翁岳生，行政法二〇〇〇（上），第 578 頁；翁岳生，行政法二〇〇〇（下），第 1231 頁。

<sup>183</sup> 參李惠宗，行政法要義，民國 89 年，第 352 頁。

<sup>184</sup> 陳敏，行政法總論，第 320 頁。相關概念參吳庚，行政法之理論與實用，增訂六版，第 329 頁；蔡志方，行政救濟與行政法學（三），第 495 至 498 頁；葛克昌，「租稅債務不履行與限制出境」，月旦法學雜誌第七十期，第 26 頁；行政法院八十二年判字第一八二二號判決，七十二年十一月、八十三年三月庭長評事會議決議；大法官釋字 345 號解釋）。

機構第一線之承辦人員多係行伍出身<sup>185</sup>，相關法令知識不足，常「在錯誤中學習」，但錯誤的代價就是耗費太多的力氣在與當事人的爭訟上。以筆者於民國九十年三月僅就八十七至八十九年台灣高等法院民事類相關判決上網查詢的結果，即見有三十三筆判決！遑論全台總和及第一審判決者。苟能提昇承辦人員素質，加以適當教育訓練，依法行政，其成本將遠低於聘請律師訴訟及耗費寶貴的司法資源。

在前揭機構或輔導會第一處審核通過後，尚須再函請大陸繼承人確認給付方式。該作為目的在使大陸繼承人能依其意思順利取得遺產。於大陸同胞來台尚多限制下<sup>186</sup>，現階段唯見由渠等在台代理人領取。

整個申請程序的最後一個動作係原則上在台代理人應先領取亡故榮民骨灰<sup>187</sup>，始得領取遺產；例外情形則為申請繼承初始，經檢具相關資料，足資證明為繼承人者，得先行領取骨灰，嗣再踐行前揭程序。管理機關應先發函骨灰存放單位，准由代理人領取之。

遺產審核通過後，依「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」陸、五之規定，應函請代理人（副知繼承人）於一定期間內，檢具領據、切結書及保證書等以領取遺款。交付遺產時，尚應拍照存證。於遺產發還後一個月內，管理機關將前揭書據及照片報輔導會第一處存檔結案。

<sup>185</sup> 相較於其他行政機關人員多係一般大學學、碩、博士學歷及高普考及格，彼等多係未具任用資格、派用或國防（已廢）特考等人員，僅部分係退伍特考及格者，專業知識不足（參退輔會九十年四月十七日九十年亡故榮民善後服務暨遺產管理講習北中部地區建議問題答覆表第十二項），不得不仰賴退輔會各榮服處或安養機構所聘之法律顧問應急。縱係退伍考試及格者，能調離則調離退輔會，筆者乏見該類之人有機會外調卻長期願處該會之人，亦鮮見有高普考試及格之人主動願至該會服務者，究係環境問題或仍殘留軍中欠缺現代法治觀念原因？不得而知，但可以肯定在公務員輪調市場，該會（所屬醫療機構除外）似非一個理想選擇（相關說明請參黃朝盟，「公務人員職務輪調制度之影響評估」，行政暨政策學報第一期，第 185 至 218 頁。）。)

<sup>186</sup> 惟據行政院長張俊雄 89 年 10 月 20 日表示，90 年 6 月將開放大陸人民來台觀光，參見中央社網站 89 年 10 月 26 日報導，屆時大陸繼承人恐將親自領取，來台「有得吃又有得拿」。

<sup>187</sup> 單身亡故榮民以火化葬厝於軍人公墓、公立納骨塔為原則，參「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」參、四。

關於交付時點，退輔會曾於八十八年五月十一日以（八八）輔壹字第 0 七九六四號令公布修正「退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法」第七條，規定於八十八年六月十三日以後亡故者，應俟繼承期限（三年）屆滿後，始得交付遺產。該條僅於第一項列舉兩款除外情形：

1. 經法院判決應移交遺產；
2. 公示催告期間屆滿，可能在繼承表示期間屆滿之後者，移交之遺產，則於公示催告期間屆滿後辦理。

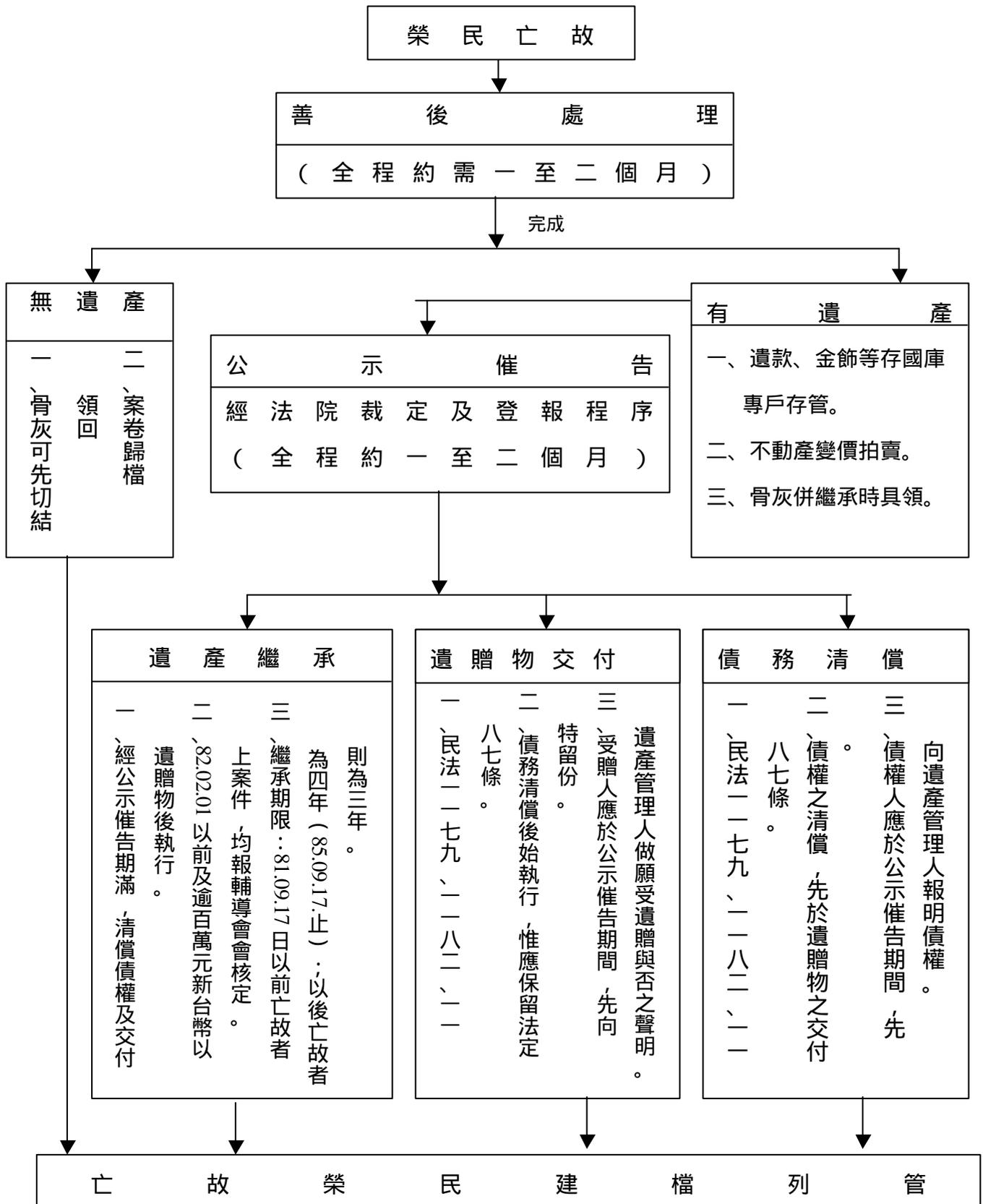
其係比照國有財產局遺產移交期限，旨在齊一行政機關之整體作業程序，並避免舊制<sup>188</sup>若於公示催告屆滿時，即行移交遺產，在繼承表示期間屆滿前復有大陸地區人民申請繼承，將生無遺產可移交之情形<sup>189</sup>。

---

<sup>188</sup> 參圖四單身亡故榮民遺產處理流程圖。改繪自古錦祥，「如何維護在台單身亡故榮民之大陸親屬權益」，退輔會八十七年研究年報，88年6月出版，第6頁。

<sup>189</sup> 參輔導會八十九年一月二十八日（八九）輔壹字第0一五九0號函。

圖四、單身亡故榮民遺產處理流程圖





## 第四章 單身亡故榮民遺產管理實務問題與爭議

### 第一節 緒說

在退輔會（所屬服務、安養機構）依兩岸人民關係條例第六十八條為法定遺產管理人，依法執行職務時，常因錯綜複雜法規間的糾葛與其他機關見解不一致生問題及爭議。在退輔會本身職務執行之內容與困難，前章已有論及，此不另贅述。於本章中，則進一步深探實務所遇問題及爭議。由於所涉廣袤，本章僅就具代表性者加以析論。

在論述的分配上，首先於第二節中，就退輔會對外行使遺產管理人職權時與其他權利人（地政機關、遺囑執行人、破產管理人）<sup>190</sup>發生齟齬情形探討，並提供解決建議；繼而於第三節部分細論在審查大陸委託公證書及親屬關係公證書時所生真偽不明或不實等爭議，突顯審查作業困難；最後在第四節部分針對實務上歷來就此等事件公、私法性質見解之混亂從行政法觀點加以評述。

透過此等具代表性問題的分析及討論，並輔以相關法院判決及行政機關函釋之說明，相信主管機關得有所警惕，對症下藥，進而調整作為，以符法制。

---

<sup>190</sup> 其實不僅於此，例如單身亡故榮民之債權人或利害關係人依強制執行法第五條第四項規定聲請執行法院選任特別代理人管理遺產後，始知退輔會所屬之安養及服務機構為遺產管理人，亦產生彼此職務競合之情形。惟因乏相關實務及學說見解，僅以括號所舉論述。

## 第二節 退輔會與其他財產管理人職務競合之情形

### 第一項 與地政機關間

依土地法第七十三條之一規定：

「土地或建築改良物，自繼承開始之日起，逾一年未辦理繼承登記者，經該管直轄市或縣市地政機關查明後，應即公告繼承人於三個月內聲請<sup>191</sup>登記；逾期仍未聲請者，得由地政機關予以列冊管理。但有不可歸責於聲請人之事由，其期間應予扣除。

前項列冊管理期間為十五年，逾期仍未聲請登記者，由地政機關將該土地或建築改良物清冊移請國有財產局公開標售。繼承人占有或第三人占有無合法使用權者，於標售後喪失其占有之權利；土地或建築改良物租賃期間超過五年者，於標售後以五年為限。

依第二項規定標售土地或建築改良物前應公告三十日，繼承人、合法使用人或其他共有人就其使用範圍依序有優先購買權。但優先購買權人未於決標後十日內表示優先購買者，其優先購買權視為放棄。

標售所得之價款應於國庫設立專戶儲存，繼承人得依其法定應繼分領取。逾十年無繼承人申請提領該價款者，歸屬國庫。

第二項標售之土地或建築改良物無人應買或應買人所出最高價未達標售之最低價額者，由國有財產局定期再標售，於再行標售時，國有財產局應酌減拍賣最低價額，酌減數額不得逾百分之二十。經五次標售而未標出者，登記為國有並準用第二項後段喪失占有權及租賃期限之規定。自登記完畢之日起十年內，原權利人得檢附證明文件按其法定應繼分，向國有財產局申請就第四項專戶提撥發給價金；經審查無誤，公告九十日期滿無人異議時，按該土地或建築改良物第五次標售底價分算發給之。」

---

<sup>191</sup> 應為「申請」，對法院始為「聲請」，立法諸公容有舛誤。

可知在無人繼承或繼承人係大陸地區人民時，苟未及於同條第一項期間申請辦理繼承登記者，直轄市或縣市地政機關將予列冊管理，此際彼等機關即為該不動產之管理人，與退輔會（所屬服務、安養機構）發生管理人競合之情形。

該條係八十九年元月二十六日修訂，原條文係六十四年增訂<sup>192</sup>：

「土地或建築改良物，自繼承開始之日起，逾一年未辦理繼承登記者，經該管市縣地政機關查明後，應即公告繼承人於三個月內聲請登記；逾期仍未聲請者，得由地政機關予以代管。

前項列冊管理期間為九年，逾期仍未聲請登記者，逕為國有登記。

市、縣地政機關對於第一項代管之土地或建築改良物，得為使用、收益或管理上之必要處分。代管所得收益扣除代管費用及代繳各項稅款後，如有剩餘，應予提存。」

地政機關係以「代管」方式為之。所謂代管，指為繼承人之利益，代為管理逾期未辦理繼承登記之土地或建物，法律性質係屬公法上之行政處分<sup>193</sup>，與私法上之代理行為不同。依原條文之規定，自繼承開始後已逾十年三個月者，為加強土地登記之強制作用，及敦促繼承人對於其未辦繼承登記之土地儘速申辦，該管地政機關得依職權<sup>194</sup>囑託登記機關逕為國有之登記。

惟該條文自施行以來幾未見有秉之而登記國有者，且實際上地政機關未實質代管，僅於登記簿謄本中為代管之註記，是以在去（八九）年修法時，將此不具實益之規定修訂為由地政機關予以列冊管理，並將逾期未申請登記之法律效果更易為移請國有財產局公開標售。

<sup>192</sup> 為執行該條規定，內政部民國 68 年頒訂（75 年修正）有「未辦繼承登記土地處理要點」。請參王澤鑑，民法物權第一冊 - 通則、所有權，民國 81 年 9 月，第 92 頁。

<sup>193</sup> 李鴻毅，土地法論，民國 84 年，第 302 頁；楊松齡，實用土地法精義，民國 89 年 8 月，第 157 頁。至於行政處分之定義，自司法院大法官會議釋字 423 號解釋後已漸行擴張，現已落實於行政程序法第九十二條及訴願法第三條規定。

<sup>194</sup> 土地登記規則第三十條第二款規定。請參黃志偉，不動產登記理論與實務（下），第 122 頁。

然此未能解於退輔會（所屬服務、安養機構）任遺產管理人時依該會「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」及民法第一千一百七十九條第二項後段為遺產之變賣，此際究由何人為之？恐生爭議。筆者以為退輔會（所屬服務、安養機構）依兩岸人民關係條例立於特別法之地位，應優先適用，由其進行該遺產之管理（如應先辦理遺產管理人登記）。

## 第二項 與遺囑執行人間

遺囑執行人 (Testamentsvollstrecker, executor of will) 謂為遺囑之執行，而被指定或選定之人<sup>195</sup>。遺囑之執行，本由繼承人為之，最為妥適，惟遺囑之內容如與繼承人之利益相反、繼承人為無行為能力人或缺乏事務經驗者，則不適宜擔任此項職務。是以民法特設遺囑執行人制度，以期遺囑之執行能迅速確實。

而遺囑執行人的產生，依民法第一千二百〇九條第一項規定，由遺囑人指定或委託他人指定<sup>196</sup>；苟未能依前述為之，則依同法第一千二百一十一條規定，由親屬會議選定，不能由親屬會議選定時，始由利害關係人聲請法院指定。

至於遺囑執行人之職務<sup>197</sup>，依現行規定，概有：

1. 編製遺產清冊 (民法第一千二百十四條規定)。
2. 有管理遺產並為執行上必要行為 (同法第一千二百十五條第一項規定)。
3. 繼承人妨害之排除 (同法第一千二百十六條規定)。

在第一點職務上，學者<sup>198</sup>認為二者有如下差異：

- (一) 編製者不同：在遺囑執行上，由遺囑執行人編製遺產清冊；在無人承認繼承時，由遺產管理人編製。

<sup>195</sup> 定義及相關論述請參閱郭振恭等三人合著，民法繼承新論，第 376 頁。

<sup>196</sup> 外國立法例中德國民法第二千一百九十八條、日本民法第一千零六條、韓國民法第一千零九十三條有類似規定；相對於此，瑞士民法第五百十七條及法國民法第一千零二十五條則無委託他人指定之規定，參前註書，第 383 頁。

<sup>197</sup> 依大法官戴東雄教授見解，在嚴格意義之下，未必可謂與繼承人間有委任關係，惟畢竟係為他人處理事務，故類似於委任關係。因此，得將委任之規定，準用於遺囑執行人，德國民法第二千二百十八條、日本民法第一千零十二條第三項有類似規定。例如：遺囑執行人處理事務，應以與處理自己事務同一注意為之 (民法第五百三十五條)；處理事務之報告 (民法第五百四十條)；因處理事務所得之收益、孳息及權利，應交付或移轉於繼承人 (民法第五百四十一條)；挪用款項之賠償 (民法第五百四十二條)；墊借款項之償還請求 (民法第五百四十六條) 等。參氏著，中國繼承法，第 283 頁。

<sup>198</sup> 參郭振恭等三人合著，民法繼承新論，第 393 頁。

- (二) 編製期間不同；前者無期間限制；後者須於就職後三個月內編製。
- (三) 編製必要性不同：前者限於有必要時；後者無論有無必要皆須編製。
- (四) 編製範圍不同：前者僅就與遺囑有關之財產編製；後者須就被繼承人所遺全部財產（包含債務）編製。
- (五) 記載與實際不符之效果：前者法無制裁規定；後者亦未見明文，惟有不實者，親屬會議或利害關係人得督促或糾正之。

而第二點之職務即與遺產管理人發生競合，厥為本項探討之焦點<sup>199</sup>。

在遺囑執行人與拋棄繼承時之遺產管理人併存時，倒較易解決。蓋此時後者乃避免由繼承人管理遺產之混亂，即主要為確實實現法定繼承而被選任者，其權限原則上僅限於保存行為，前者存在與後者權限並不抵觸。然關於遺囑執行人所管理遺產之保存行為，二者權限發生重複，論者謂<sup>200</sup>不致有多大弊害，可解為遺囑執行人之權限優先。

至於在無人承認繼承，特別是本文所探討之情形，則顯有爭議：

甲說<sup>201</sup>：該遺產管理人以清算遺產為主要職務，其中亦包含受遺贈物之交付，因而乍見遺產管理人地位似優先於遺囑執行人。然前者之權限原則上限於為保存遺產必要之處置（民法第一千一百七十九條第一項第二款），其變賣遺產，須經親屬會議之同意（同條第二項後段）。而此際關於遺產之處理，乃屬法定繼承之一環或延長，從而或可認為有遺囑執行人存在時，應由遺囑執行人實現遺囑。蓋就遺囑之執行，承認兩者之併存，祇會混亂關於遺囑之法律關係。是以實務認為<sup>202</sup>：「按退除役官兵死亡而無繼承人、繼

<sup>199</sup> 另請參林秀雄，「遺囑執行人之地位」，月旦法學雜誌第二二期，第 44 頁。

<sup>200</sup> 郭振恭等三人合著，民法繼承新論，第 378 頁。

<sup>201</sup> 同前註書，第 378 至 379 頁。

<sup>202</sup> 最高法院八十五年四月五日八十五年台上字第六八四號判決，筆者認此可簡稱「大隊接力」式。

承人之有無不明或繼承人因故不能管理遺產者，由主管機關管理其遺產，台灣地區與大陸地區人民關係條例第六十八條定有明文。又依行政院核定之退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法第四條規定，亡故退除役官兵遺產，由行政院國軍退除役官兵輔導委員會（下稱輔導會）所屬安置機構為遺產管理人；亡故退除役官兵未安置者，以其住所地退除役官兵服務機構為遺產管理人。查參加人輔導會 榮民自費安養中心為依輔導會組織條例第十六條規定，採部分供給制（自費）所設置之安置機構，有輔導會榮民自費安養中心組織規程第一條之規定可憑。已故退除役官兵張 既為參加人安置之榮民，且係大陸來台，有無繼承人不明，依上開說明，應由參加人為其遺產管理人。雖依民法第一千一百七十九條、第一千二百十五條之規定，遺產管理人、遺囑執行人均有管理遺產之權限。惟本件參加人並非全體繼承人拋棄繼承時之遺產管理人，而係無人承認繼承（即繼承人有無不明）時之遺產管理人。而無人承認繼承之遺產管理人之職務中，有依民法第一千一百七十八條規定，聲請法院依公示催告程序，定六個月以上之期限，公告繼承人，命其於期限內承認繼承，對繼承人為搜索，及依同法第一千一百七十九條規定，聲請法院依公示催告程序，限定一年以上之期間，公告被繼承人之債權人及受遺贈人，命其於該期間內報明債權，及為願受遺贈與否之聲明，並清償債權或交付遺贈物，進行清算程序，而遺囑執行人並無上開權限。且遺囑執行人之任務，主要係依遺囑之內容執行交付、分配遺產。惟本件係無人承認之繼承，於繼承人未經過搜索程序確定及遺產未經清算程序確定其內容範圍之前，遺囑執行人尚無法具體實現分配遺產與繼承人或受遺贈人之任務。是應先由遺產管理人踐行搜索繼承人及清算程序，而後由遺囑執行人為遺囑之執行，遺囑執行完了時，再由遺產管理人對於未於公告期間為報明或聲明之債權人或受遺贈人償還債務或交付遺贈物，為最後之清算程序

，在遺產管理人為搜索繼承人及清算程序期間，遺囑執行人之權限暫被停止。張在台既無繼承人可以管理其遺產，應由主管機關即參加人為其遺產管理人，已如前述，是於參加人以其為遺產管理人，就張之遺產踐行繼承人之搜索及清算程序前，上訴人尚不得以遺囑執行人之身分，就該遺產為管理之行為。從而上訴人主張其係張之遺囑執行人，請求被上訴人給付系爭存款及其利息，自屬無據。爰維持第一審所為上訴人敗訴判決，駁回其上訴。經核於法洵無違誤。至遺產及贈與稅法第六條，僅係關於遺產稅之納稅義務人之規定，而非有關遺囑執行人與遺產管理人併存時之權限規定。上訴論旨，徒執陳詞指摘原判決違法，聲明廢棄，不能認為有理由。」

乙說<sup>203</sup>：司法院八十一年二月二十七日（八一）廳民一字第0二六九六號函謂：「遺囑執行，限於有繼承人時，遺囑執行人為管理遺產並為執行，此觀民法第一千二百十五條第一項、第一千二百十六條文義自明。且在繼承人有無不明時，遺產管理人之職務，依同法第一千一百七十九條第一項第三、四、五款規定，以僅在清償債權或交付遺贈物、遺產移交，此與遺囑執行另就遺產運用為細部規劃者，法定職務略有不同。次就體系解釋言，亦應分別適用各節不同規定。又觀同法第一千一百七十七條、第一千一百七十八條，應於遺產管理人選定或選任後，法院始為繼承人搜索。遺產執行人及遺產管理人職務既有所不同，於遺囑執行時，法無明文規定得為繼承人搜索，應認係法有意省略，自不得類推適用民法第一千一百七十八條規定。此際，仍應遵行無人承認繼承法定程序，於選定、選任遺產管理人後，始由法院為繼承人搜索。」，亦即兩者職務不同，有同時存在之必要。最高法院八十九年度台簡上字第二十九號判決：「原審係以遺產管理人與遺囑執行人係

---

<sup>203</sup> 筆者認此可簡稱「和平共存」式，惟未能解決實務上爭議。

屬不同之概念，且二者亦非不能併存，因認在無人承認繼承，而立有遺囑之情形，非不得選任遺產管理人，因此尚難以遺囑執行人可管理於遺囑有關之財產，即謂原判決上開適用法規顯有錯誤。遺產及贈與稅法第六條，並非就遺囑執行人管理遺產而為規定，原判決認依上開法條規定，尚不得謂遺囑執行人有管理全部遺產之權限，並無適用法規錯誤。」亦同此旨。

丙說：依司法院八十三年秘台廳民三字第一七六六九號函，單身榮民死亡，依兩岸人民關係條例第六十八條第一項規定，應由退輔會管理遺產。惟榮民生前如以遺囑指定遺囑執行人，即無兩岸人民關係條例之適用。本說係採遺囑執行人優先說。

丁說：依陸委會八十七年元月十九日（八七）陸法字第八六一六五一九號函釋：「按被繼承人在台灣地區之遺產，全部由大陸地區人民依法繼承者，為使大陸地區繼承人及有此期待權利之人獲得公平之保障，並健全遺產之管理，爰明定（兩岸人民關係條例）第六十七條之一第一項規定。其次，鑒於民法第一千一百七十七條、第一千一百七十八條第二項及非訟事件法第七十九條第一項規定等選定或聲請法院選任遺產管理人程序既複雜又耗時，無法因應亟待處理喪葬及遺物之迫切需要，特明定第六十八條第一項規定。揆諸前揭立法說明，兩岸人民關係條例第六十七條之一第一項及第六十八第一項規定，係就大陸地區人民繼承台灣地區人民遺產管理所為之特別規定，自有優先其他法令之效力。有關函詢具榮民身分之被繼承人僅有大陸地區繼承人，並立有遺囑指定遺囑執行人，究應由遺產管理人行行政院國軍退除役官兵輔導委員會或遺囑執行人管理遺產一節，仍應由遺產管理人行行政院國軍退除役官兵輔導委員會管理遺產為妥。」知採法定遺產管理人優先說。

由上述各說可知實務見解之紊亂，誠可謂眾聲喧嘩<sup>204</sup>。各說雖均有所

<sup>204</sup> heteroglossia 或 polyphony，為文化研究（Cultural Study）學之用語，係俄國二十世

本，惟甲說未能廓清二者職務重疊部份，乙說未充分解釋如何分工，丙說參諸台灣高等法院八十九年家上字第二〇八號判決，知丙說並實無可取：「依兩岸人民關係條例第六十八條第一項、第三項規定『現役軍人或退除役官兵死亡而無繼承人、繼承人之有無不明或繼承人因故不能管理遺產者，由主管機關管理其遺產』、『第一項遺產管理辦法由國防部及行政院國軍退除役官兵輔導委員會分別擬訂，報請行政院核定後發佈之』，由是觀之，凡為現役軍人或退除役官兵死亡而無繼承人、繼承人之有無不明或繼承人因故不能管理遺產者，概由主管機關即行政院國軍退除役官兵輔導委員會轄管之各榮民服務處管理；此乃係民法相關規定之特別法，且係強行規定，自不得由被繼承人依民法或其自主原則，予以排除，換言之，兩岸人民關係條例條文之效力較民法之效力優先適用；且行政院大陸委員會亦於八十七年一月十九日以（八七）陸法字第八六一六五一九號函明確釋示『具榮民身分之被繼承人僅有大陸地區繼承人，並立有遺囑指定遺囑執行人，究應由遺產管理人行政院國軍退除役官兵輔導委員會或遺囑執行人管理遺產乙節，仍應由遺產管理人行政院國軍退除役官兵輔導委員會管理遺產為妥』，足見法定遺產管理人應優先意定遺產管理人或遺囑執行人管理遺產。

又司法院（八三）秘台廳民三字第一七六六九號函雖有如上訴人所主張『..退除役官兵生前如經以遺囑指定臺灣地區之遺囑執行人或遺產管理人應無該條之適用..』之意旨。惟前開函文並非法律，其適用當不得抵觸兩岸人民關係條例暨由主管機關所頒布之退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法之規定；雖上訴人以中華民國憲法第七十八條規定『司法院解釋憲

---

紀最重要之思想家巴赫汀 Mikhail Bakhtin 自創（俄文 *raznorechie*），強調眾聲喧嘩是各種社會利益、價值體系話語所形成的離心力量，向語言單一的中心神話、中心意識型態的向心力量提出強有力的挑戰。任何一個「我」都是不同語言與思想衝擊下流動的存在，人類主體與語言都沒有所謂純粹或統一（unity）可言，相關論述可參 [www.shef.ac.uk/uni/academic/A-C/bakh/bakhtin.html](http://www.shef.ac.uk/uni/academic/A-C/bakh/bakhtin.html) 網站。在律法文化研究（cultural study of law）上，更應如此為之，避免一言堂現象。惟在實際上，囿於本土法學界近親繁殖，似不太能心平氣和地對待異聲雜鳴。

法並有統一解釋法律及命令之權。』而大陸委員會並無『解釋法律及命令』之法律依據，故其『意見』並無拘束力等資為抗辯，唯查，憲法第七十八條所稱『司法院有統一解釋法律及命令之權』係指中央或地方機關就其職權上適用同一法律或命令發生見解歧異時，司法院依其聲請，所為之統一解釋而言（見七十三年大法官會議第一八八號解釋）；而司法院（八三）秘台廳民三字第一七六六九號函並非司法院解釋文，亦非大法官會議解釋文，此顯與憲法第七十八條之「法律或命令之統一解釋」有別；又三十八年大法官會議第二號解釋「適用之法律或命令發生其他疑異時，則由適用職權之中央或地方機關自行研究，以確定其意義而為適用，殊無許其聲請司法院解釋之理由」以觀，行政院大陸委員會八十七年一月十九日之（八七）陸法字第八六一六五一九號函之釋示，當有其適用之效力。

另兩岸人民關係條例第六十七條之一第一項及第六十八條第一項之繼承人，係指民法第一千一百三十八條之法定繼承人而言，當不包括民法第一千一百八十七條之受遺贈人，是退除役官兵死亡而其在臺灣地區無法定繼承人或法定繼承人全部在大陸地區時，其遺產應由主管機關管理之，上訴人（筆者按：遺囑執行人）稱兩岸人民關係條例並無規定，顯非事實，況被繼承人高 亡故後，被上訴人（筆者按：退輔會 榮民服務處）已依民法第一千一百八十一條規定遺產管理人非於公示催告期間屆滿後，不得對被繼承人之債權人或受遺贈人，償還債務或交付遺贈物。又依退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法第七條第一項第二款規定，應於兩岸人民關係條例第六十六條規定之表示繼承期間屆滿後辦理遺產交付。

此外，從兩岸人民關係條例第六十六條規定觀之，本件若未經搜索大陸地區繼承人之程序，亦未在大陸地區之繼承人得向法院聲明繼承之法定期限內，由主管機關保存被繼承之遺產，而逕任由被繼承人以遺囑所指定之遺產管理人或遺囑執行人將被繼承人之遺產實施分配，自有侵害將來可能出現之繼承人特留分之虞，此亦足證本件應由主管機關即被上訴人任單身亡故榮民高 法定之遺產管理人之必要。

綜上所述，本件被繼承人高 之遺產應由被上訴人管理而非上訴人。從而，上訴人以被繼承人高 之遺產管理人及遺囑執行人之身分求為判命被上訴人履行如訴之聲明所示之判決，難謂正當，原審為上訴人敗訴判決，核無不合，上訴論旨，執陳詞指摘原判決不當，聲明廢棄改判，為無理由，應予駁回上訴。」，是以丙說亦無可採。

管見以為，從功能性及有效性之行政學觀點來看，退輔會（所屬服務、安養機構）遺產管理依據「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」為之，舉凡前述編製遺產作業、辦理公示催告程序等遺產管理人應盡職務<sup>205</sup>，具有嫻熟之作業經驗，相較於遺囑執行人，對於遺產期待權人，應有較完整而公平之保障，甲說雖能平衡二者職權，惟丁說較為可採。

---

<sup>205</sup> 以臺灣高等法院八十九年度上字第九八〇號判決為例，該判決謂「遺產管理人代被繼承人履行其生前之買賣契約時，應先登記遺產管理人後再辦理移轉登記，有最高法院八十六年度台上字第五五〇號裁判可稽。」，類同於不動產之遺產管理人登記。此種情形若委由遺囑執行人為之，技術上容生舛誤，且未能備妥合法資料俾辦登記（相關資料原均列管於遺產管理人處），應仍由遺產管理人為妥，亦足知甲說「知易行難」。

### 第三項 與破產管理人間

所謂破產，係指債務人之全部財產不能清償債務而使多數債權人得公平滿足之民事訴訟程序<sup>206</sup>。依破產法第五十九條規定：

「遺產不敷清償被繼承人債務，而有左列情形之一者，亦得宣告破產：

- 一、無繼承人時。
- 二、繼承人為限定繼承或繼承人全體拋棄繼承時。
- 三、未拋棄繼承之繼承人全體有破產之原因時。

前項破產聲請，繼承人、遺產管理人及遺囑執行人，亦得為之。」

可知遺產管理人之職務尚包含聲請破產宣告<sup>207</sup>。惟依同法第六十四條規定，法院為破產宣告時，應依職權選任破產管理人<sup>208</sup>，占有管理破產財團<sup>209</sup>，此際即生遺產管理人與破產管理人職務競合之問題。

前者職務前已論及，此不贅述；後者於本文探討範圍內，參照學者見解<sup>210</sup>，有如下職務：

#### 一、占有破產財團之財產而發生之職務

- (一) 接收破產人移交（此際為被繼承人所遺留）之其所管有一切財產及與其財產有關之一切簿冊文件。

<sup>206</sup> 李永然，海峽兩岸常用法律詞語釋義 - - 民刑行政訴訟暨司法，第 151 頁；錢國成，破產法釋義，第 1 頁。

<sup>207</sup> 請參本節第二項末段。另參錢國成，破產法要義，第 77 頁。

<sup>208</sup> 依同法第八十三條第一項規定：「破產管理人，應就會計師或其他適於管理該破產財團之人中選任之。」復依前司法行政部五十八年一月十日台（五八）令民字第 0 一九三號令，限會計師及律師在各該地方法院管轄區域內設有事務所者始得指定為破產管理人。

<sup>209</sup> 依同法第八十二條規定：「左列財產為破產財團：一、破產宣告時屬於破產人之一切財產，及將來行使之財產請求權。二、破產宣告後，破產終結前，破產人所取得之財產。專屬於破產人本身之權利及禁止扣押之財產，不屬於破產財團。」就形式上意義言，破產財團乃破產宣告後，依破產程序供公平分配於全體破產債權人之破產人全部財產總稱；就實質上意義而言，則為破產宣告時屬於破產人所有及破產程序存續中破產人所取得可扣押執行之財產總稱。

<sup>210</sup> 陳榮宗，破產法，第 160 至 168 頁。

- (二) 詢問利害關係人<sup>211</sup>關於破產人財產及業務之狀況。
- (三) 破產人之權利屬於破產財團者，破產管理人應為必要之保全行為。

## 二、管理破產財團之財產而發生之職務

- (一) 破產管理人於第一次債權人會議前，經法院之許可，得於清理之必要範圍內，繼續破產人之營業（破產法第九十一條）。於債權人會議決議繼續破產人之營業時，破產人應依決議之指示繼續破產人之營業（同法第一百二十條）。
- (二) 破產管理人於申報債權期限屆滿後，應及編造債權表，並將已收集及可收集之破產人資產，編造資產表<sup>212</sup>。此項債權表及資產表，應存置於處理破產事務之處所，任利害關係人自由閱覽（同法第九十四條）。破產管理人於債權人會議時，應提示其編造之債權表及資產表，並報告破產事務之進行狀況（同法第一百十九條）。對於債權表所列債權或其數額有異議者，應於第一次債權人會議終結前提出異議。此項爭議經法院裁定後，破產管理人應改編債權表，提出於債權人會議（同法第一百二十五、一百二十六條）。
- (三) 破產管理人為管理破產財團之必要，得聲請法院召開債權人會議（同法第一百十六條），出席債權人會議報告<sup>213</sup>破產事務之進行狀況（同法第一百十九條），受監查人之要求隨時報告有關破產財團之狀況及受監察人之調查。
- (四) 破產管理人於債權人會議之決議有與破產債權人之利益相反情形，得向法院聲請禁止該項決議之執行（同法第一百二十四條）。
- (五) 破產管理人得隨時由破產財團清償財團費用及財團債務，得借款，得取回寄託之貨幣、有價證券及其他貴重物品，得請求履行雙務契

---

<sup>211</sup> 本應向破產人為之。在退輔會為遺產管理人處理實務上，係於治喪會議時詢問亡故榮民友朋及鄰左。

<sup>212</sup> 相較於遺產管理人，請參前章第三節第三項一、編製遺產清冊部分（民法第一千一百七十九條第一項第一款）。

<sup>213</sup> 相較於遺產管理人，請參前章第三節第三項六、報告或說明遺產狀況（民法第一千一百八十條）。

約，得拋棄權利，得承認取回權、別除權並得收回別除權標的物<sup>214</sup>。惟破產管理人為上述各種行為時，應得監查人之同意（同法第九十七、九十二條第一項第四款、第七至八款、第十至十二款）。

（六）破產管理人得就破產人財產上之爭議為和解及仲裁，並得就應行收歸破產財團之財產提起訴訟或進行其他法律程序（同法第九十二條第一項第九、十三款<sup>215</sup>）。

### 三、變價分配破產財團之財產而發生之職務

（一）破產管理人於將破產財團之財產為變價<sup>216</sup>時，應依拍賣方法為之。

但債權人會議另有決議指示者，依其指示方法處分之（同法第一百三十八條）。

（二）破產管理人應得監察人之同意或法院之核定，為不動產之讓與，礦業權、漁業權、著作權、專利權<sup>217</sup>之讓與，存貨全部或營業之讓與，非繼續破產人之營業而為一百元以上動產之讓與，債權及有價證券之讓與<sup>218</sup>（同法第九十二條第一項第一至三款、五至六款）。

1. 破產管理人應於第一次債權人會議後破產財團可分時，作成分配表，記載分配比例及方法，將法院認可並公告，於公告二十五日後，將金錢平均分配於債權人（同法第一百三十九條）。

。

2. 破產人於破產宣告後，如發現破產財團之財產不敷清償財團費用及財團債務時，應向法院聲請宣告破產終止（同法第一百四

<sup>214</sup> 相較於遺產管理人，請參前章第三節第三項二、為保存遺產必要之處置（民法第一千一百七十九條第一項第二款）。

<sup>215</sup> 最高法院八十年台上字第二七三六號判決謂，該款係指破產管理人就應屬破產財團之財產，提起訴訟或進行其他法律程序請求收回，破產管理人居於主張權利地位之情形。若債權人對破產人起訴請求清償，破產管理人係居於防禦地位，核於該款規定情形有別，應無其適用餘地。

<sup>216</sup> 相較於遺產管理人，請參前章第三節第三項五、遺產之變賣（民法第一千一百七十九條第二項後段）。

<sup>217</sup> 與前者並為無體財產權，參王澤鑑，民法實例研習 - - 民法總則，第四十頁。

<sup>218</sup> 相較於遺產管理人，請參前章第三節第三項七、之論述（民法第一千一百七十九條第二項後段）。

十八條)。

綜上所述，知破產管理人在職務執行上可能與遺產管理人併存。從法規競合的角度來看，破產法相較於民法及非訟事件法，係就被繼承人遺債大於遺產所為之特別規定，應優先適用。惟依前述，兩岸人民關係條例賦予退輔會之職權亦係特別規定，此際生有特別法間競合情形。

管見以為雖破產管理人依破產法第八十三條第一項規定及前司法行政部五十八年一月十日台(五八)令民字第0一九三號令，限會計師及律師始得擔任，較一般遺產管理人有較高之專業知識，惟依「適當功能之機關結構」(Funktionsgerechte Organstruktur)<sup>219</sup>標準，退輔會既依法律保留(兩岸人民關係條例)受此國家任務分配，管見仍應由其踐行遺產管理主要任務，於向法院聲請破產宣告後，始配合破產管理人(亦即於破產管理期間由後者主導)為前揭職務必要上協助。

---

<sup>219</sup> 許宗力，法與國家權力，第139頁；許辰舟，「國會調查權之研究——從釋字325號解釋出發」，務實法學基金會判解研究彙編(二)，第57頁。

### 第三節 大陸公證書之真偽及不實之疑義

#### 第一項 緒說

於前章第二節曾敘及退輔會（所屬服務及安養機構）依「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」受理遺產繼承申請案件時，為求審慎，要求大陸繼承人委託在台代理人之委託書及親屬關係均應先經大陸公證機關公證，並經海基會驗證始可。

惟在實務審查上，大陸公證書常見偽造、內容不實或出具後復撤銷之情形，迭致我法院及主管機關困擾。就前者言，司法院於民國八十二年六月七日以（八二）院台廳民三字第 0 九四八七號函發布「法院辦理兩岸公證書使用查證協議應行注意事項」<sup>220</sup>，力謀公證書之實質證據力。後者在退輔會方面，則於「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」陸、三、（二）、3 繼承案件審核步驟及要領中，明文規定應嚴格審查。

而大陸公證書之所以為人詬病，不得不先探討中共公證制度。並於次項就海基會及退輔會實務所遇公證書真偽及不實之問題加以探討。

---

<sup>220</sup> 陸委會，大陸工作法規彙編，85 年出版，第陸 - 39 頁。

## 第二項 大陸公證制度概述

按中共政權於民國三十八年成立後，即廢除國民政府原所施行之公證法<sup>221</sup>，另起爐灶，重新發展大陸地區之公證制度。一九四九年二月，中共下發「關於廢除國民黨的六法全書與確定解放區司法原則的指示」<sup>222</sup>，禁止在解放區適用國民黨的全部法律。同年九月二十九日中國人民政治協商會議第一屆全體會議通過「中國人民政治協商會議共同綱領」第十七條<sup>223</sup>，更明確規定廢除國民政府頒布之一切法令與司法制度，該綱領為中共初步建立了其法制基礎。

大陸地區公證制度早在一九四九年全面佔據大陸前夕，為了配合外國僑民及工商業者申請證明有關財產和經濟關係事務之需，即在哈爾濱市人民政府開展公證業務<sup>224</sup>。其後歷經初創、發展、停頓、重建而後再發展之曲折過程<sup>225</sup>後，終於在一九八二年四月十三日由中共國務院發布施行「公證暫行條例」，始形成一套較完整具有社會主義特色之公證制度。中共司法部嗣於一九九〇年十二月十二日發布「公證程序規則（試行）」，自一九九一年四月一日施行。但由於前開法規乃大陸地區初創，復屬暫行或試行性質，缺乏周延之規範功能，不僅規範事項多所重疊，且法令位階層次

---

<sup>221</sup> 該公證法係以司法院民國 24 年 7 月 30 日公布，31 年 3 月司法行政部通飭全國法院遵行之「公證暫行規則」為藍本，於 32 年 3 月 31 日公布。該法嗣與公證法施行細則及公證費用法於民國 33 年元旦同日施行。參李惠宗、林世超編著，公、認證書狀範例，第 16 頁。

<sup>222</sup> 其宣示中共司法機關今後辦事之原則：「應該是：有綱領、法律、命令、條例、決議規定者，從綱領、法律、命令、條例、決議之規定；無綱領、法律、命令、條例、決議之規定者，從新民主主義的政策。」許光泰，中共法制論，第 67 頁。

<sup>223</sup> 同前註書，第 48 頁。

<sup>224</sup> 田書墨，「談談大陸的公證制度--兼談『兩岸公證書使用查證協議』的有關問題」，共黨問題研究第十九卷第十期，第 14 頁。

<sup>225</sup> 大陸地區公證處原隸屬於法院，為法院業務之一，1951 年 9 月正式公布「人民法院暫行組織法」，規定公證工作由人民法院管理。1954 年 9 月 28 日頒布「人民法院組織法」將公證業務劃歸司法行政機關領導管理。1958 年取消公證制度，1962 年又恢復。1966 年文化大革命爆發，公證制度再次被取消。詳見施啟揚，中國大陸法制研究，第 385 頁。

凌亂，並有地方所訂公證條例逾越中央母法，造成各自為政之情形<sup>226</sup>，亟待統籌整合。

至於在組織上，大陸各地公證處係隸屬於行政機關之同級人民政府，受該人民政府司法行政機關之領導，公證處間並無隸屬關係。除在直轄市、縣（自治縣）市設立公證處外，經省、自治區、直轄市司法行政機關批准，市轄區亦得設立公證處（公證暫行條例第五、六條）。目前大陸地區設有約三千一百個公證處，每年辦理公證書業務近千萬件。依其公證暫行條例第四條<sup>227</sup>規定，公證業務包含下列十四項：

1. 證明合同、委託、遺囑。
  2. 證明繼承權。
  3. 證明財產贈與、分割。
  4. 證明收養關係。
  5. 證明身分、學歷、經歷。
  7. 證明出生、婚姻狀況、生存、死亡。
  8. 證明文件上之簽名、印鑑屬實。
  9. 證明文件之副本、節本、譯本、影印本與原本相符。
  10. 對於追償債款、物品之文書，認為無疑義者，在該文書上證明有強制執行之效力。
  11. 保全證據。
  12. 保管遺囑或其他文件。
  13. 代當事人起草申請公證之文書。
  14. 根據當事人之申請與國際慣例辦理其他公證事務。
- 與台灣地區相較不遑多讓<sup>228</sup>。

而在公證員部份，依大陸公證暫行條例第七條規定，公證處設公證員

<sup>226</sup> 謝福源，「大陸地區公證制度之介紹」，律師雜誌，第二二七期，第 38 頁。

<sup>227</sup> 巧合的是，我公證法於第四條亦就法律行為方面者有所規定，參盧錦芬，如何辦理法院公、認證，第 18 頁。

<sup>228</sup> 相關介紹請參鄭閔中，中國大陸公證制度之研究 - - 兼論兩岸公證書使用查證協議，文化大學大陸研究所八十七年碩士論文，第 42 至 74 頁。

、助理公證員。前者之資格係依同條例第八條規定，條件較嚴格，根據需要，尚設有主任及副主任等職；後者依同條例第九條規定，經見習合格之高等、中等法律學校畢業生，以及具有同等學歷之國家工作人員，得被任命之。若任職兩年以上，依同條例第八條規定得任命為公證員<sup>229</sup>。就筆者所知，後者常越權擅為本應由公證員所為之職務。雖中共司法部於一九八九年十二月十九日制定「關於公證人員清廉服務的若干規定」，就公證人員之品德操守有詳細規範，惟諒係「訓示規定」，很多地區公證機關須自行設法開闢證源及財源，致有所謂公證處向司法局承包，公證處內部分包；把工資獎金予公證收費掛勾，介紹公證提成，減收公證費以求增加業績等怪現象出現。甚至不避嫌地承擔大型企業類似僱傭關係之長年公證點、公證員業務。此種「找米下鍋」的情形，其品質自難期待<sup>230</sup>。

---

<sup>229</sup> 林朝凱，「大陸地區公證制度暨兩岸公證法規之比較」，兩岸法律論文集第二輯，海基會編，83年10月，第9頁。

<sup>230</sup> 參田書墨，「談談大陸的公證制度--兼談『兩岸公證書使用查證協議』的有關問題」，共黨問題研究第十九卷第十期，第18、26頁；王樹鳴，海峽兩岸常用法律詞語釋義--民、刑、行政訴訟暨司法，第44頁；施啟揚，中國大陸法制研究，第390頁。至於台灣地區則稱為公證人及佐理員，其資格依公證法第二條規定遠較大陸為優（參李惠宗、林世超編著，公、認證書狀範例，第26至27頁）。另依甫修訂之公證已納入民間公證人制度，在為民服務將更為便利，參許士宦，「公證法修正內容概述」，台灣本土法學雜誌第三期，第196頁。聯合報90年4月9日第八版亦有報導。

### 第三項 海基會及退輔會實務所遇公證書真偽及不實問題

以下茲就前開業務中，與海基會及退輔會實務所遇公證書真偽及不實等問題分門別類加以探討<sup>231</sup>：

#### 一、遲延寄送公證書副本

依協議雙方應將繼承等十四<sup>232</sup>種證明事項之公證書副本寄予對方核驗<sup>233</sup>。但在實務上常有當事人持公證書正本向海基會申請驗證時，公證書副本尚未寄達，致無法進行核驗。海基會此時便函催公證員協會儘速寄送副本。除個案應當事人請求函催外，海基會對於當事人已申請驗證，而副本於一個月內尚未寄達者，亦均主動列冊向公證員協會催寄副本。

#### 二、拒絕寄送公證書副本

大陸地區公證員協會對於前述催寄副本，可能以下列三種理由拒絕寄送：

- (一) 系爭公證書乃社會上偽造<sup>234</sup>，並非該公證處所出具。此種情形又以偽造福建地區親屬關係公證書，企圖用以申請來台探親、居留及定居者最普遍。對於此類案件，海基會均斟酌情形，將可能涉有偽造文書罪嫌之申請人函送警察機關偵辦，並將我方調查結果函告大陸地區公證員協會，對於可能有大陸地區人民涉案者，例如偽造之公證書係由其位於大陸地區人民寄交台灣地區之受託人代為申辦文書驗證，則海基會均函請大陸地區公證員協會予以調查，並覆告大陸方面之調查結果，以期共同維護公證書之公信力。

---

<sup>231</sup> 以下論述主要參考海基會法律服務處謝福源處長 88 年 12 月 21 日於退輔會單身亡故榮民遺產管理訓練班講義資料「驗證大陸地區文書之探討」乙文，第 324 頁以降。

<sup>232</sup> 詳見王樹鳴，認識大陸司法環境，第 90 頁。其中與退輔會有關之委託及親屬關係分屬第一、五種類別業務。

<sup>233</sup> 郭登科，大陸法院審理涉台案件問答，第 164 頁。

<sup>234</sup> 其可分為 1. 大陸地區人民自行偽造公證書，2. 盜用大陸地區公證專用紙偽造公證書，3. 台灣地區人民自行偽造公證書。詳見文迪，「正視大陸地區公證書偽造及內容不實問題」，交流雜誌第五五期，第 44 至 45 頁。另可參本項第七款之敘述。

- (二) 系爭公證書非屬本協議適用範圍。此種情形亦福建地區公證處所出具用以申請來台探親、居留、定居之親屬關係公證書居多。對於此類案件，海基將函告申請人，若其目的係為申請來台探親者，則可免辦簽證，逕向入出境管理局申辦來台探親事宜；若目的係為來台定居之用，則海基會將以該公證書涉及扶養親屬，為協議所規定應相互寄送副本之範圍，函請公證員協會儘速寄送副本。
- (三) 系爭公證書並非在台灣地區使用。例如係持往日本或僅限於大陸地區內地使用，亦既並非涉台公證書。對於此類案件，海基會原則上將函告當事人重新辦理符合規定之涉台公證書，再另案申請驗證。

惟過去曾有一特殊案例，某位周姓大陸子女在兩岸人民關係例施行前非法偷渡來台，並與台灣地區人民結婚，嗣依該條例第十八條第二項但書之規定，可以就地合法化並申請在台居留，不必強制出境，惟向戶政機關辦理結婚登記時，戶政機關要求應提出單身證明公證書。當周女士之先生向大陸地區公證處申辦公證書時，均無法如願，嗣經海基會函請大陸地區公證員協會協助結果，獲告因周女士未能提供合法離境往台之證明，公證處不能為偷渡赴台之當事人辦理相關手續。事後，周女士之先生仍終於辦得其單身證明公證書惟向海基會申請驗證時，因遲未接獲公證書副本，致無從進行核驗。海基會於是檢送該公證書影本請公證員協會查證，結果獲告：該公證書為該管公證處所出具，但因係在大陸地區內地使用，故無法依協議寄送公證書副本予海基會。茲因系爭公證書業經公證員協會答覆前開查證結果，雖海基會未能以核對副本之方式確認其為該公證處所出具，惟其核發公證書觸及內容之真實性均已獲得公證員協會證實<sup>235</sup>。因此，海

<sup>235</sup> 參中共民事訴訟法（試行）第六十七條：「經法定程序公證證明之法律行為、法律事實及文書，人民法院應當作為認定事實之根據。」及公證暫行條例第四條第十項：「對於追償債款、物品之文書，認為無疑義者，在該文書上證明有強制執行之效力。」等規定可知，大陸公證書不但具有形式上效力，亦有實質上效力。請參施啟揚，中國大陸法制研究，第 405 頁。惟筆者不盡苟同。

基會便將此查告內容覆知申請人及戶政機關，俾供辦理結婚登記參考，並有鑒於個案特殊性，既不再要求申請人另行申辦涉台公證書。

### 三、公證處拒絕為當事人辦理涉台公證書

海基會曾接獲民眾陳情，向大陸地區公證處申辦涉及繼承之公證書時，有公證人員利用職權要脅當事人交付高額公證費用或應委託特定台灣地區代理人代辦，否則不予出證。另有民眾陳情，辦理申領「戰士授田憑據補償金」之委託公證書時，大陸地區公證處拒絕辦理。對於上述情形，海基會均依民眾陳情，斟酌狀況函請該管公證員協會查明案情並協助當事人順利申辦公證書。

昔日有關申請「戰士授田憑證補償金」之委託公證書內容，為避免大陸地區公證處以政治敏感考量而拒絕公證，聯勤總部留守業務署並未要求載明委託事項為領取「戰士授田憑據補償金，」而係在範例中改以「領取一切在台權益」代替。對於此種領取一切在台權益之委託公證書，仍有民眾陳情部分公證處拒絕公證，就此情形在海基會函請公證員協助後，當事人往往可順利辦得公證書。

另案又如海基會曾接獲某反共義士陳情，其妻在台未辦理大陸地區學歷採認，依規定應繳交學歷公證書，惟因其身分特殊，大陸地區公證處拒絕出證，爰請海基會協助。海基會於是將陳情人所提中學畢業證書影本函送學校所在地之省公證員協會請求協助查證是否真實。令人意外，該省公證員協會回覆：海基會要求查證之內容不符協議第三條規定之範圍，不便查證回覆。惟可轉告在台之當事人通知在大陸之當事人到該館公證處申辦學歷公證。以上案例凸顯二項重點：（一）大陸地區公證處可能將公證書以外之其他文書排除再協議第三條公證書查證範圍之外；（二）本案大陸地區公證處事實上亦可依協議第五條其他文書之規定予以協助，惟其捨此可為而覆告我方轉知當事人至公證處辦理學歷公證，此亦為海基會協調大陸地區公證員協會使當事人順利辦得公證書之另一種類型。

#### 四、公證書形式要件問題

由海基會係以核對公證書副本之方式進行核驗，惟因公證書製作過程疏失，可能產生下列形式要件問題：

- (一) 欠缺公證處鈐印：有正本闕漏或二者均闕漏者。
- (二) 正、副本公證處鈐印不同，或二者蓋章顏色不同，原則上二者應均為紅色章，但有正本蓋黑色章者。
- (三) 欠缺公證員簽名式：有正本闕漏或副本闕漏或二者均闕漏者。
- (四) 正、副本公證員不同；亦有公證員相同，但簽名章形式不同者；亦有正本用毛筆簽名並非蓋簽名章者。
- (五) 正、副本公證處名稱不一致。
- (六) 正、副本公證處字號不一致。
- (七) 正、副本公證日期不一致。
- (八) 公證書未蓋鋼印。

#### 五、公證書正、副本內容不符

公證書正、副本內容不一致之情形，雖在核驗過程可以明確察覺，但在審酌是否一律拒絕核發證明時，仍會有難以決定之情形，例如下列狀況：

- (一) 公證書正本貼有當事人照片，副本則未貼照片；或正本所貼照片內容之主體雖與副本者應屬相同之人，但內容仍有不同，例如正本上照片男子在右邊，女子在左邊，惟副本上照片則男子在左邊，女子在右邊；或正本上照片女子有戴帽，惟副本者則未戴帽等不一足。
- (二) 正本與副本之附件格式不同，例如正本之委託書格式是台灣地區法院司法狀紙格式，惟副本則為大陸地區公證書格式。或正本之委託書為手寫而副本則用打字。
- (三) 結婚公證書正本附件為男方所持之結婚證，惟副本則為女方所持結婚證。
- (四) 正本或副本有增刪修改，但未蓋校對章，致正本內容不符。對

於前述公證書形式要件問題，在處理之原則上應先確定，核驗客體（即公證書正本）與據以核驗之標準答案（即公證書副本），均應具備公證書之法定要件。因此，若公證書正本欠缺形式要件，如鈐印、公證員簽名章者等，則應由當事人持往發證公證處補正或重新辦證。若是公證書副本欠缺形式要件，則應係標準答案有瑕疵，應由海基會主動函請公證員協會查明補正。若是公證書正副本所載公證處名稱、字號、公證日期不一致，除非有明顯證據足以判斷是副本內容可能有誤，應主動函查副本內容外，其餘仍應以副本為依據，依正、副本不符拒絕核發證明，但申請人可就此結果申請查證，以究明是否證明有誤。若查證之結果，正本內容始屬正確且已函告或另行提供正確副本，海基會則應據此核發證明。在實務上，經函查副本發現有誤而改發證明者，仍偶有成功案例。

對公證書內容不一致之情形，海基會經常面臨「據實核驗」與「便民措施」之兩難抉擇。由於海基會係以核對公證書正、副本之方式進行核驗，所發證明係記載：「本件公證書正本經核對與 公證員協會寄交之 號公證書副本相符」，且經海基會驗證之公證書，依兩岸人民關係條例第七條之規定，推定為真正。若海基會對於公證書正、副本內容不一致者，仍發給證明，此顯然違背前開證明單之表述，且亦可能導致主管機關或法院在採認其效力或實質證明力時，發生困擾。

然而對於前述情形一律拒絕發給證明，亦往往引來民怨，民眾常常抱怨重新辦理公證書須長途跋涉且耗費時日，或急需使用，趕辦不及將影響其權益。此外，大部分申請驗證者係為年老體衰、教育程度有限之老榮民<sup>236</sup>，不甚了解相關程序。面對此種情境，若一律拒絕核發證明，似有違情理。然因同時又須受據實核驗義務之拘束，為期求兩者之均衡，海基會乃

---

<sup>236</sup> 特別是在退輔會處理單身亡故榮民遺產管理之情形，後者因在台無親屬，多靠亦為老榮民之友朋協助善後，大陸繼承人嗣多亦委請其擔任在台代理人。渠等年逾古稀，難期待了解全般法令及行政程序。

在衡酌不影響驗證結果公信力之原則下，就特訂正、副本不符之情形仍予以發證，但同時以加註方式，將不符之處明確記載在證明上，以方受理公證書之主管機關或法院認定參考。例如在證名單上加註：正本所貼照片有照片部分並不一致，但將正本之照片排除在證明範圍之外，並不影響其他相符部分之證明效力，為期便民且兼顧據實核驗之原則，乃有加註之作法。

加註之方式雖有利於解決部分正副本不符之瑕疵，但適用範圍亦應予以限制，否則過度廣泛加註之後果，將使證明單上所稱「正、副本相符」之核驗結果喪失意義。例如正、副本若有三、四處不符，若仍以加註方式將其載明於證明單上與以排除，則證明單猶稱正、副本相符將無意義。因此，凡是正、副本不符，且不宜以加註方式發證者，海基會一律以函覆或簡便行文表通知申請人，並在回覆時檢附公證書副本供申請人參考。

嚴格而言，凡正、副本不符者，即不宜核發證明。但海基會之所以採行前述加註之方式，完全是基於便民考量。蓋當事人總是強烈要求，主管機關只接受海基會核發證明之驗證結果，其餘函覆或簡便行文表通知往往無法為主管機關接受。因此，對於前述有部分不符而仍可以加註明確區隔排除且不易導致主管機關認定上之困擾者，海基會才用此權宜措施。在實務上，當事人對正、副本內容不符，往往希望海基會儘量以加註發證方式處理，但基於前述加註方式本質上應有之內在自我限縮，不應將例外加註反變成原則。因此，往往須與申請人溝通，即便海基會不宜以加註發證方式處理，但核驗結果均將以函覆或簡便行文表通知，忠實將不符之處告知申請人。若申請人認為不符之處並非使用該公證書之重點，則仍應由申請人自行向主管機關或法院陳明，海基會不宜在便民考量下，太過超越文書核驗之角色，越俎代庖，過分為主管機關審酌文書內容何者為重要事項。

在實務上曾有如下案例。海基會發現委託公證書中正、副本所載在台代理人之出生月份不符，文書驗證之申請人（即該在台代理人）表示，正本上所載其出生月份雖有錯誤，惟只要海基會核發證明並加註二者雖有不

符，受託人已提出國民身分證證明真實月份為 月，則其可提交法院陳明內容並出具身分證為證。海基會雖明確告知以系爭文書驗證仍不宜發證，但將來受託人所接獲之通知內苟確能證明僅該月份不符而其餘部份均相符，若法院參酌其他證明就此核驗結果採認委託關係存在，而不拘泥於核驗結果之表達方式是以加註發證獲通知。則當事人權益並不會受任何影響。蓋委託關係存在與否之判斷，為實質問題，且海基會亦已充分提供完全之核驗結果，法院在判斷上應可依權責為之。

惟目前退輔會等主管機關均僅接受海基會所核發證明之公證書，對於不符通知者，則不願進一步審究其餘相符內容是否亦已足供判斷上之依據，避免圖利他人。此種現象之改善，實有賴各接受該公證書之主管機關（退輔會等）進一步思考海基會核發證明之真正意義何在？若均能了解只是呈現核驗結果之一種表達方式，而不符通知亦為另一種核驗結果之呈現，則對於其間形式上之差異，便不會導致民眾所陳情之排斥心態。但在退輔會等主管機關未能全然接受不符之通知時，海基會仍有繼續採行加註發證方式之事實上需要，以期在表達方式上配合便民之需求。

## 六、公證書內容矛盾

海基會處理實務上曾見有公證書正、副本內容一致，在公證內容相互矛盾者。例如親屬關係公證書中所載胞弟之年齡較胞兄年長；或委託公證書中所載委託日期晚於公證日期；或公證書正本所載附件名稱與所附文件不同。對於公證書內容矛盾之情形，海基會是否應發給證明？容有下述兩說：

- （一）肯定說：海基會就公證書之內容只作形式核驗，系爭公證書正、副本內容既屬一致，則應依正、副本相符發給證明。至於內容矛盾之處，乃屬主管機關或法院依兩岸人民關係條例第七條、施行細則第八條規定判斷其實質上證據力時，所應本於權責自行審酌者，海基會在文書驗證階段，不必亦不應超越權責，逕行介入實質內容之判斷。
- （二）否定說：海基會辦理文書驗證雖原則上僅屬查證之方便管道，並未

具有強制性（法令另有規定者除外），惟一旦選擇此文書驗證程序，依前開規定，系爭經驗證之文書及依法推定為真正。且推定為真正之文書，其內容與待證事實有關且屬可信者，有實質上證據力。再者，海基會對於大陸地區文書之驗證，除確認其製作地區係在大陸外，究其實質內容之正確性亦應發揮查證之功能。因此，兩岸公證書使用查證協議第三條第一項第四款方規定，公證書內容自相矛盾者，雙方應相互協助查證。海基會驗證文書之目的應在於方便該文書真實性之認定，且其驗證結果亦將產生法定證明力。若海基會對於尚屬應進一步加以查證之矛盾內容率予核發證明，則主管機關未來對於此類證明之公信力自將存疑。雖然海基會在驗證過程不必亦難以就公證書內容進行詳細調查，但至少在核發證明前，對於內容明顯矛盾者，扮演把關過濾之角色，以發揮查證文書真實性之初步階段篩選功能，自有其必要。否則，海基會核發之證明不僅無法證明內容之真實，反而以出具證明之方式增加主管機關認定上之困擾，此絕非建立海基會文書驗證管道之本旨所在。

本文認為海基會就文書驗證結果所核發之證明，應有助於文書內容正確及真實性之認定，使符合建立此制度之目的。其內容矛盾之公證書苟仍核發證明，似有畫地自限而忽略該會成立目的之嫌。再者，其內容既有明顯矛盾，則主管機關自難以採信。因此，海基會拒絕核發證明，對當事人之權益並不會造成影響，反而可維持該會核發證明之一定水準與公信力，應以後說為是。

## 七、偽造及變造公證書

實務上曾見下述偽造及變造公證書之案例：

- (一) 當事人申請驗證，惟副本遲未寄達，海基會乃函催公證員協會儘速寄送，經回覆系爭公證書並非該公證處所出具，而係社會上偽造。其中良以偽造福建省所轄公證處之親屬關係公證書，用以申請來台

探親、探病者最為普遍<sup>237</sup>。由於申請人恐係不知該等申請主管機關入出境管理局並未要求應先經海基會驗證，而係由其自行吸收認定之責任，申請人仍向海基會申請文書驗證之結果，乃發覺有前述問題。海基會發現有前開行使偽造文書之情事者，均函送司法警察機關調查，結果大多均以該公證書係由大陸親友寄交在台文書驗證申請人，渠並不知係偽造之文書，而未論以刑責，僅有少數案件移送檢察官偵辦。對於大陸地區可能之涉案人，海基會亦均函請大陸地區之公證員協會查明覆告，以維護公證書之公信力。惟大陸方面對之並未積極配合。

而在偽造的類型上，可區分以下三類<sup>238</sup>：

1. 大陸地區人民自行偽造公證書：

詳如前述。例如台灣地區人民張氏於八十九年八月持重慶市渝中區公證處所簽發之死亡證明公證書正本項海基會申請驗證，經該會函催重慶市公證員協會寄送副本，俾便核驗。嗣據該公證員協會函覆其並未出具該公證書，海基會據此函送桃園縣警局調查。

2. 盜用大陸地區公證專用紙偽造公證書：

大陸公證員協會八十七年四月函告海基會，因有部分公證專用水印紙丟失或被盜，以該筆批水印紙製作之公證書均為假證。為防杜偽造公證書造成危害，海基會彼時即函告內政部警政署入出境管理局（以下簡稱境管局）參考。境管局嗣果發現<sup>239</sup>有持上開被盜之專用水印紙偽造之大陸公證書，除將相關事證移送司法機關偵辦外，並函送海基會洽商大陸公證員協會協助調查偽造證件來源。例如板橋地方法院為審理某刑事案件調查需

---

<sup>237</sup> 依該會統計，迄至 89 年底止，大陸地區公證員協會函覆公證書有偽造情事者，共計五十四件，其中以福建省居多，達四十八件。參文迪，「正視大陸地區公證書偽造及內容不實問題」，交流雜誌第 55 期，第 44 頁。

<sup>238</sup> 同前註文。

<sup>239</sup> 感謝東海公共行政研究所任職於境管局同學林信政警官惠予告知。

要，於八十九年十二月函請海基會協助查明大陸地區人民李妹生父姓名及年籍等資料。案經大陸公證員協會於八十九年十二月函覆，謂該案之親屬關係公證書並非福建省長樂市公證處所出具，而係使用被盜專用水印紙製作，不具公證書效力。故得肯認台灣地區人民李 氏持向境管局辦理李 妹來台探親之公證書確係偽造。

3. 台灣地區人民自行偽造公證書。

國防部聯合勤務總司令部留守業務署（以下簡稱留守署）依兩岸人民關係條例係第六十八條係現役軍人無繼承人、繼承人之有無不明或因故不能管理遺產者之主管機關，於承辦戰士授田憑據補償金業務中，曾發現有人持偽造大陸地區公證書、偽印海基會證明單及偽簽核對人員簽名<sup>240</sup>，向該署冒領之情形。例如該署於八十八年七月及八十九年十一月兩度函請海基會查證代理人曾氏等七人所提供之一百七十五件海基會證明及公證書是否屬實，經查證結果均係偽造。因渠等可能涉及行使偽造文書罪嫌，該會均函請台北地檢署偵辦。

（二）當事人擅在公證書正本塗改內容、增刪記載、黏貼照片或附件等。

此種情形可分為在申請文書驗證前及核發證明後者。前者海基會於受理時即可發現，就該變造行為，已導致公證書證正、副本內容不符，該會得據發證明。後者常係主管機關在審查該公證書時發現有此情形，而向海基會函查。該會於調出案卷，即可查核出具證明時正、副本內容為何。若確定變造之內容係核驗當時不存在者，則函覆主管機關，並檢附出具證明時正、副

---

<sup>240</sup> 海基會有權簽發驗證證明之承辦人若有新增者，均會函報陸委會，後者則轉知各主管機關（退輔會、國產局、留守署），避免誤認係偽造。退輔會就之均即通告其所屬各服務、安養機構，請其注意審認辨識。請參退輔會八十九年九月二十九日（八九）輔壹字第一六三六八號函。

本內容影本供參考。苟發現有涉嫌行使變造文書之犯罪行為者，依法移請司法機關偵辦，以杜絕擅在海基會核發證明之公證書上變造內容，俾維持證明之公信力。

實務上退輔會等主管機關常就業經海基會核發證明，公證書內容卻經修改並蓋有公證處校對章者，函請海基會查明該校對章是否屬實。海基會在處理上與前述程序相同，若調卷後發現原先內容已遭竄改，且校對章亦為事後所蓋，則直接據此答覆，並不再向公證員協會查證該修改及校對章是否確為該公證書所為。

然當事人往往向主管機關抗辯其係在海基會核發證明後始知公證書內容有誤，便將黏貼有海基會證明單及蓋有海基會鋼印之原公證書正本持往大陸地區發證公證處，請公證員修改內容後再加蓋公證處校對章，嗣後提交主管機關行使。惟此種抗辯無法就渠原知應先經海基會驗證始黏貼證明，嗣卻恣意竄改自圓其說，管見不採。蓋原公證書已為海基會之證明所吸收，成為證明文書一部分，大陸公證處無權再加以修改。

由於依常理判斷，應可期待行為人有此基本邏輯推論，故行為人有意規避海基會事後查核而逕行持往大陸公證處修改後直接行使，縱令認為不具備行使變造文書<sup>241</sup>之直接故意，當亦有我刑法第十三條第二項之未必故意。此外，是類案件常係大批申請文書驗證之特定代理人，就文書驗證業務熟悉程度自難諉為不知。退輔會等主管機關就之應提高警覺，必要時委請司法機關訴追，始能收扼阻之效。

---

<sup>241</sup> 就海基會所發證明係屬何種性質文書，向有公文書及私文書說之爭議，目前實務界採後說。惟海基會法律服務處長謝福源先生謂從兩岸人民關係條例第七條規定之立法理由觀之，採前者亦非無據。至於大陸公證書性質，實務亦採私文書說（如台灣台北地方法院七十八年訴字第七八〇號判決）；管見以為衡諸國際現勢，在前總統李登輝先生提出「兩國論」下，其較接近外國公證書之性質，宜認非私文書。

## 八、繼承遺產相關之公證書出現不同版本

在退輔會處理單身亡故榮民遺產管理之實務上，屢見多起繼承遺產相關公證書有不同版本之現象。尤其該會自八十三年四月四日起對外公佈亡故榮民名單以來，情況更趨嚴重。其間時有二組或三組不同之大陸地區繼承人要求繼承相同之單身亡故榮民遺產，退輔會不得不委請海基會代向大陸公證員協會查證<sup>242</sup>各該公證書。就同一省份者，海基會向該省公證員協會囑託查證；不同省份者，則請「中國公證員協會」協查。經統計，自八十三年迄八十九年底止，海基會受理查證計一千零三十五件，其中以單身亡故榮民遺產繼承案件為大宗，而「雙胞案」有二百十七件、「三胞案」六件<sup>243</sup>。查證結果往往係有部分公證書內容有誤，其中一組或兩組人馬即被撤銷<sup>244</sup>公證書<sup>245</sup>。惟對於謀財未遂者，並無任何處置。此外，亦有大陸

<sup>242</sup> 另為交叉比對，退輔會所屬服務及安養機構尚同時函請軍方及境管局查證留存檔案與入出境資料，俾供參考。

<sup>243</sup> 參見文迪，「正視大陸地區公證書偽造及內容不實問題」，交流雜誌第五五期，第四四、四六頁。實務案例如高雄地方法院於受理故葉氏遺產繼承事件時，發現三胞案，爰請海基會查證。案經大陸公證員協會八十六年四月函復：「福建省壽寧縣公證處出具之公證書屬實，繼承人為葉德，而非四川省重慶市公證處所列之葉金及廣東省雲浮市公證處所列之葉妹。」可見大陸公證書素質之一斑。

<sup>244</sup> 依中共公證暫行條例第二十六條規定，公證處或其同級司法行政機關、上級司法行政機關，發現已發出之公證書內容不真實、不合法及在辦證過程中嚴重違反辦證程序等情形時應予撤銷。此外，根據當事人、利害關係人或有關單位之申訴，原公證處或司法行政機關經審查確認作成之公證書認定事實不清、違反法律或社會公共利益，以及嚴重違反公證程序者，亦得予以撤銷。於撤銷決定作出後，應即通知當事人及有關單位，並收回原公證書。不能收回時亦應公告撤銷。對已發往大陸境外使用之公證書，則應報省、自治區、直轄市司法廳、局決定，並報中共司法部備案。惟撤銷對當事人所造成之損害，該條例並無救濟之明文。僅規定因大陸公證處之過失而撤銷公證書時，所收公證費應全部退還當事人；反之，因當事人之過失而撤銷公證書時，所收公證費不予退還；因雙方共同過失而撤銷者，所收公證費酌情退還。蓋大陸公證員作成公證書後，尚須經領導「審批」始生效力，並可由同級司法行政機關予以撤銷，行政色彩甚濃，所謂公證之專業性及獨立性云云，顯屬奢談。參楊仁壽等八十六年赴大陸地區公證制度參訪報告，引自施啟揚，中國大陸法制研究，第406至407頁。

<sup>245</sup> 以退輔會南投縣榮民服務處委請海基會查證單身亡故榮民程魁案為例，渠大陸繼承人程魁曾先後提供兩種不同版本之公證書，其身分一為三弟，一為三哥，致該處無從判斷。案經河南省公證員協會於八十九年函覆查證結果，將民權縣公證處（1998）民證民字第66號公證書撤銷，重新出具（2000）民證民字第56號公證書，確認程魁身分係三哥非三弟。然該案並未因此解決，清參文迪，「正視大陸地區公證書偽造及內容不實問題」，交流雜誌第五五期，第46頁。

地區公證員協會主動函告撤銷繼承相關公證書者。惟通常因已事隔許久，冒領者早已取得遺產。海基會於接獲大陸公證員協會此種通知後，程序上即函告相關法院及退輔會等主管機關及文書驗證申請人。法院於接獲海基會函告後，均會將原准予備查之表示繼承通知予以撤銷，以昭公信。

另於實務上曾有退輔會委請海基會函託大陸公證員協會查證公證書所載繼承人與死者遺囑記載不同之案例，大陸公證員協會將查證結果函告海基會該公證書內容係真實有效。惟嗣後海基會以另一組繼承人之公證書在函請查證，結果卻係原答覆真實有效之公證書因與事實不符，已自行撤銷。此際究係「今是而昨非」抑或「昨是而今非」？唯賴退輔會等主管機關實質審查判斷。

而實務上尚見有某在台代理人所持大批特定省份繼承相關公證書均指定其為代理人之案例。就其內容，委託人之簽名筆跡似均由少數人統一代簽。退輔會委請海基會函託大陸公證員協會結果，竟獲告此係歷史因素及大陸地區人民水準不高所致，並撤銷其中部分公證書。此不能不謂其中別有蹊蹺，因之，海基會就渠申請案件亦特別注意。其在代理某案遺產繼承事件中所依據之公證書被撤銷後，竟將原所領得之遺產私相授受交予另一套公證書所載之繼承人。而大陸公證員協會對於該繼承雙胞案之查證，亦竟以該代理人已將遺產交予真正繼承人為由答覆，頗有私了之意味。該處理方式完全無視於兩岸人民關係條例對大陸繼承人應先向法院為繼承之表示，俟獲准予備查之通知，其繼承權始為確定之規定，視法律於無物。據報載<sup>246</sup>，目前檢調機關已就類此案件加以偵辦，誠為適舉。

---

<sup>246</sup> 以去（89）年桃園地區所爆發軍民涉嫌勾結詐領榮民遺族退伍金及抽取佣金弊案為例，陸軍總部中校承辦人員符 與其在全省各地二十餘處掙客據點兩年來至少不實申辦大陸遺族申領退伍金餘額案一百卅九件，金額逾六千四百萬元，若精細計算，總金額恐將上億元。其犯案模式有二：一、符某利用國防部規定大陸遺族不得委託他人申領單身榮民退伍金餘額之規定，屢屢刁難榮民大陸真正繼承人，惟暗示若透過中間掙客代辦即可 OK，且須支付三至四成之佣金。二、透過電腦得知單身亡故榮民資料，洩漏給各該戶籍地之掙客在大陸或台灣找人頭充親屬，以偽造不實之親屬關係公證書申領大陸遺族申領退伍金餘額及在台遺產。掙客為「報答」符某提供榮民資料，前者由符某抽佣；後者則由符某、掙客及人頭三方朋分。檢方除積極偵辦外，並懷疑大陸公證員協會及國台辦等相關單位有不肖官員涉及掛勾牟利，以致

## 九、大陸繼承人身分之確認

在第二章第二節中已提及退輔會在「行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序」陸、三、(二)、3、(3)中，應就大陸繼承人檢具之公證書所示審認是否符合我民法第一千一百三十八條之規定。在審查實務上，常遇有下列問題：

### (一) 公證書所載大陸繼承人係單身亡故榮民生前配偶（我民法第一千一百三十八條）

在有家書佐證下，尚能秉之解決。惟單身亡故榮民生前教育程度多不高，甚而不識字，無能期待其三十八年來台時能辦理戶籍法上配偶登記。就此部分，只能依證據多寡個案認定。

### (二) 公證書所載大陸繼承人係單身亡故榮民之子女（我民法第一千一百三十八條第一款）

此情形亦依個案不同判斷。退輔會在單身榮民生前即由其各戶籍地榮民服務處列冊特別照顧，囑其書立親屬關係表，俾嗣後其往生得究其繼承人為何人；苟有榮民生前未書立者，則在平日訪查紀錄表中「旁敲側擊」，或訪問其鄰左，以便未雨綢繆。在治喪會議時邀其生前故舊鄰居公開闡述，作成記錄，日後俾憑判斷繼承人之親等及姓名等資料。是以若榮民生前有明示者，證明上較無困難；若未明示，則綜合前述及往來家書等資料判斷之。

### (三) 公證書所載大陸繼承人係單身亡故榮民之父母（我民法第一千一百三十八條第二款）

由於一般人事、戶籍資料上多得見父母姓名，是以大陸繼承人苟欲造假，此部份最不易出錯。且前述在台資料多未顯示其父母年籍，職是縱申請人恣意書寫年籍，亦無從查證，難以

---

在親屬關係證明文件之核發審查上放水，將考慮委託海基會致函海協會請求大陸官方亦主動調查，共同打擊不法。參自由時報 89 年 11 月 10 日第四版報導，並感謝好友桃園地檢署洪景明檢察官說明。

防範，誠為實務審查上之盲點。

(四) 公證書所載大陸繼承人係單身亡故榮民之兄弟姊妹（我民法第一千一百三十八條第三款）

此為退輔會處理案件中之最大宗者。由於其不若前者得見於相關資料，難度較高。因教育程度、老年痴呆及年代久隔等因素，單身榮民不見得全然通曉其手足輩分及姓名<sup>247</sup>。早期甚至於服役期間偽報出生別及姓名，以避免彼時「抓伕」連累家人。惟假的說久了，記在紙上就成真了。在退輔會函查台灣相關機關單身亡故榮民資料時，甚而發現彼此相左者。苟自身資料不正，何以論申請人為非？承辦人員常徘徊於是否不受前揭相互矛盾資料之限制，秉良心逕認申請人資料為真正<sup>248</sup>，謂人為神的工作並不為過。

(五) 公證書所載大陸繼承人係單身亡故榮民之祖父母（我民法第一千一百三十八條第四款）

退輔會處理實務上未之有也，蓋依一般通念除非其活至一百五十歲以上斯有可能。

## 十、死亡公證書所載死者並未死亡

單身榮民因獨居台灣，每逢佳節倍思親，常常前赴大陸探親訪友。惟因年逾古稀，屢見在大陸地區罹病或意外死亡者。依現行實務，大陸繼承人除檢具親屬關係公證書及委託公證書外，尚須檢具死亡公證書<sup>249</sup>，遺產管理人俾憑判斷該榮民確係死亡。惟亦見有死亡公證書所載死者實未死亡

<sup>247</sup> 參前述可知，似不無榮民生前有意誤報之可能。

<sup>248</sup> 端視是否認人性本善而論。若採性惡說，則寧悍拒不發。依筆者所見，實務似均採後者，鮮見勇於任事者，恐係懼涉圖利之因。

<sup>249</sup> 依行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序參、五、（三）之規定，榮民赴大陸探親死亡，申報死亡登記，應依戶籍法施行細則第十九條第一項第三款之規定辦理，如無法取得死亡證明書或可予認定為有效之證明文件，可由二人以上，在場親見死亡者之死亡事實證明書申辦（參內政部七十九年三月七日台七九內戶字第七八四五一三號函釋）。實務上通常由大陸繼承人之在台代理人秉經海基會驗證之榮民死亡公證書辦理死亡登記並同時申辦除戶謄本。

之下述數例。

例一：如海基會於八十六年六月受某地檢署囑託，向浙江省公證員協會查證其八十五年五月出具王姓台灣地區人民在浙江省杭州市因車禍死亡之公證書。查證結果該公證書失實，予以撤銷。理由為系爭死亡公證書乃王姓「死者」胞弟所申辦，當時曾提出杭州武警醫院之「居民醫學死亡證明書」為證。於公證書出具後，因申請人持公證書向有關保險公司提出保險理賠，引起公證處警覺，經向前開醫院調查結果，雖證實該死亡證明書上醫院之印鑑屬實，惟院方表示並未接收及醫療該王員，且證明書上署名之醫師亦否認出具過該證明，故該醫院死亡證明乃申請人透過非法管道取得，因公證事項失實，予以撤銷。

例二：江蘇省南京市於八十五年九月間出具公證書，證明某唐姓台灣地區人民於同年八月二日在河北省隆化縣南街路口發生車禍，同月十二日於該縣醫院亡故。惟利害關係人美商保險公司請求海基會協助查證，依該縣公安交通警察大隊、公安局及村民委員會分別於同年十二月出具證明，均記載唐員尚健在。嗣經查始知渠前往大陸前，曾向六家保險公司<sup>250</sup>投保鉅額保險，顯有牟取不法利益之意圖。而該公證書亦顯然不實。

### 十一、回覆查證結果未附理由或語焉不詳

大陸公證員協會通常就海基會請求查證之結果以寥寥數語代過，未附理由或語焉不詳。以繼承「雙胞案」為例，該會多函覆某號公證書材料充足、內容真實，為合法有效；另某號公證書因當事人提供材料有誤，已予撤銷。至於何處有誤或為何錯誤，則無從知悉，亦致退輔會等主管機關無從進一步判斷。

### 十二、另出具公證書對內容有誤之公證書加以更正或補充

大陸公證處發現有顯然錯誤，如筆劃、數字之誤寫、誤算，於不

---

<sup>250</sup> 本例感謝好友 泰保險公司張瑞華襄理提供。

影響公證書內容時，大陸公證處應製作更正（補充性）公證書，通知當事人及有關機關。如能收回前公證書時，應於更正後重新發給當事人。惟在影響公證書內容時，則應採前述八撤銷之方法，撤銷原公證書並另為新公證書。然在實務上，屢見後者情形僅以更正方式為之，大陸公證員協會並謂原公證書與更正公證書應合併使用，顯違法律基本概念。

按法律行為經撤銷者，依我民法第一百十四條規定，視為自始無效，意即溯及地使法律效力歸於消滅<sup>251</sup>。原公證書內容既有錯誤，則撤銷後應不再援用，另出正確新證為是。今撤銷後復並用後補充更正公證書，後者於法理上無從附麗前者。為避免退輔會等主管機關審查無所適從，大陸公證員協會應另行製作公證書始為適法。

### 十三、公證書所載簡體字與繁體字是否同一

因大陸地區使用簡體字，與台灣地區文字有異，主管機關或法院常有是否同字異義之問題，海基會通常會依前開機關所請，函請大陸公證員協會查覆。例如「肖」是否為「蕭」？「杰」是否同「傑」？在兩岸交流愈趨頻密下，承辦人員多已了解其具同一性，已較少發生查證情形。

以上厥為退輔會及海基會實務上所面對諸多問題之大者。而就大陸地區製作之文書是否一律須先經海基會驗證後，始能推定為真正？容有以下爭議：

#### （一）肯定說：

1. 財政部八十二年五月十二日台財稅第八二〇一六八三八〇號函：
 

「依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七條規定『在大陸地區製作之文書，經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證

<sup>251</sup> 施啟揚，民法總則，第 322 頁；劉得寬，法律類似語辨異，第 316 頁。中共民法通則第五十九條第二項（按：依中共法制與我有異，我稱項者，彼為款。依其所稱應為第五十九條第二款）亦規定：「被撤銷的民事行為從行為開始起無效。」，縱依公法觀點，依行政程序法第一百十八條規定，亦溯及既往失卻效力。

者，推定為真正』，準此，本案臺灣地區人民於大陸地區死亡，經大陸地區有關單位出具之死亡證明，既需經財團法人海峽交流基金會驗證後，始推定為真正，則其遺產稅之申報期限，可參照本部台財稅第三四三七七號函規定，以取得財團法人海峽交流基金會驗證證明之日起六個月內計算。」

2. 陸委會八十三年十一月二十八日（八三）陸法字第一六三三二號函：「海外華人向我駐外館處申辦授權書等文件認證時，其身分證明如係在大陸地區製作之文書，依兩岸人民關係條例第七條規定，及海基會業已簽訂『兩岸公證書使用查證協議』據以運作，仍應先辦理驗證，始可推定為真正。」。

3. 內政部八十三年四月十八日台(八三)內戶字第0二一七三號函：「臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七條規定：『在大陸地區製作之文書，經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證者，推定為真正。』，同條例第七十四條第一項規定：『在大陸地區作成之民事確定判決、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。』，申請人持大陸法院民事判決書及確定證明書申請離婚登記，依上開規定，該判決書及確定證明書應先經財團法人海峽交流基金會驗(查)證，再經我法院裁定認可。經法院裁定認可後，則屬我國民法上之判決離婚，其離婚日期依我法院裁定確定日期為準。」。

## (二) 否定說

1. 大陸委員會八十五年九月二十日（八五）陸法字第一一六四三號函：「有關納稅義務人申報扶養大陸地區之親屬，於綜合所得稅結算申報年度內曾來臺灣地區探親，持有內政部警政署入出境管理局核發之旅行證影本，如准作納稅義務人申報減除當年度扶養大陸地區親屬免稅額之證明文件，是否符合『臺灣地區與大陸地區人民關係條例』第七條之規定乙案：現行『兩岸公證書使用查證協議』之寄送公證書副本種類，已涵括『扶養

親屬』公證書副本在內，經海基會驗證後，可提供納稅義務人申報扶養大陸地區之親屬，作為相關減免稅額之證明文件之用，而其他用途之親屬關係證明，若非屬寄送公證書副本種類範圍之內，海基會則無從驗證。至於內政部警政署入出境管理局核發大陸地區人民進入臺灣地區之旅行證，其有關親屬關係證明文件多未經驗證，應係基於政策審慎考量之行政便宜；該局核發之旅行證影本，作為納稅義務人申報減除當年度扶養大陸地區親屬免稅額之親屬關係證明，是否具有證據力，依據兩岸人民關係條例第七條本文暨立法理由以及同條例施行細則第八條規定，應請貴部（財政部）本於權責審酌認定。若其實質證據力之認定有困難，則仍應經由一定之驗證程序為宜。」

2. 法務部八十六年四月二十二日法八六律字第一一一〇一號函：

「關於未經財團法人海峽交流基金會驗證之供大陸內地使用之公證書，戶政機關可否逕予採認疑義乙案，查臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七條規定之立法意旨，係以在大陸地區製作之文書，是否真正，查證不易，故明定經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證者，推定為真正。惟所謂驗證，僅就文書形式上之真正予以認定，例如查證文書上之簽名、蓋章是否屬實，且經驗證之文書係推定形式上為真正，故得以反證推翻之。至於該文書之實質內容是否真正，仍應由主管機關或法院審酌認定，是以同條例施行細則第八條第一項規定：『依本條例第七條規定推定為真正之文書，其實質上證據力，由法院或主管機關認定。』依上開規定，大陸地區製作之文書，其經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證者，僅係依法可不待證明而推定為真正而已。故如能依其他方式確認該文書形式上之真正者，似非不得逕由主管機關或法院認定其實質上之證據力。」

3. 外交部八十六年十一月十五日外(八六)領三字第0三0二八七三0號函：

「一、持中共護照之華人向我駐外館處申辦授權書等文件證明時，其中共護照得否視為身分證明文件事，本案前於八十三年間函據行政院大陸委員會（以下簡稱陸委會）函釋復稱，海外華人向我駐外館處申辦授權書等文件認證時，其身分證明如係在大陸地區製作之文書，依『臺灣地區與大陸地區人民關係條例』第七條及『兩岸公證書使用查證協議』規定，仍應先辦理驗證，始可推定為真正。惟由於中共對其護照不進行驗證，本部爰於近日再函請陸委會釋明，頃據該會釋復稱，中共護照得否作為大陸地區人民之身分證明文件，請本部或駐外館處本於權責審酌認定，予以辨識。

二、查護照係國籍之證明及一國主權之表現，故上述陸委會函復表示我國並未承認中共護照在『國籍』上之效力，惟其仍非不得作為大陸地區人民身分證明之文件。另該會雖於八十三年時函復海外華人向我駐外館處申辦授權書等文件認證時，其身分證明如係在大陸地區製作之文書，依上述規定仍應先辦理驗證，始可推定為真正。惟目前實務運作上，中共護照非『兩岸公證書使用查證協議』之查證客體（因中共不對其護照進行驗證），且『臺灣地區與大陸地區人民關係條例』第七條亦未強制規定大陸地區製作之文書應經行政院設立或指定之機構或所委託之民間團體驗證後，始推定為真正。此外參酌現行相關法規如『大陸地區人民在臺灣地區定居或居留許可辦法』規定中共證明文件應經驗證，惟亦未包括中共地區證照。故案經本（外交）部通盤考量，同意嗣後駐外館處遇此類申請案件時，現階

段可於查驗中共護照無訛後，權視為大陸地區人民之身分證明文件。」

從上述兩說之所舉函釋之先後，可知以後說為當。蓋海基會所提供之驗證程序應僅屬便利查證之選擇管道，不應具有強制性，至多僅為證據方法之一，而非唯一之證據方法<sup>252</sup>。當事人若能提出其他確切事證，法院<sup>253</sup>及主管機關應依自由心證加以判斷，而非僅強求海基會之驗證，造成大陸繼承案件停滯之情況。惟退輔會上令下從，其所屬服務及安養機構莫不謹遵以經海基會驗證之公證書為憑，參考前揭各部會解釋，不無檢討空間。

<sup>252</sup> 參陸委會，處理兩岸法律案件之類型與經驗，第 81 頁。

<sup>253</sup> 最高法院八十年度台上字第九三三號判決曾謂大陸公證書未經海基會認證者不能推定為真正，而廢棄原判決，彼時曾引起論者批評，認縱依民事訴訟法第三百五十八條規定，亦不能逕認該文書為偽，而應僅課以加強舉證責任而已，參林雅芬，「中共公證書及海基會認證之形式證據力」，萬國法律第五十八期，第 10 至 12 頁。在兩岸人民關係條例施行之後，應不再援用。反而彼時台灣台北地方法院八十年家訴字第二十二號判決及八十年家訴字第八十二號判決乘自由心證，就大陸繼承人授予代理權乙事認定當事人其他證據方法，頗為可採。前者謂：「有經淮南市紅十字會簽證屬實之委託書在卷可證外，並有原告致函證人 夫妻之信件足稽，自屬真實。堪信其已授原告合法委託。」後者謂：「除有原告親筆具名，且經證人 見證，及經 到庭結證屬實之民事委任狀在卷可證外，並有原告致函 、 之信件二份在卷足稽，自堪信 已合法委任。」彼時如此，現更當然。

## 第四節 實務對公法與私法認知之差異

### 第一項 公法與私法之區分

公法與私法之區分，為學界亙古爭議。文獻就二者之討論可謂汗牛充棟，略可分為四說<sup>254</sup>：

#### 一、利益說（*Interessentheorie*）

本說可溯源於羅馬法（170-228 n. Chr.）之原則，謂公法係涉公共利益之法，公共利益由國家或其他公共團體為代表；私法則係關係個人利益之法。

惟事實上，公法之性質亦在保障既經衡量之私益，本說分類並不精確。且在今日無法明確界定公益之概念<sup>255</sup>下，公益與私益並非絕對相對立，所有之法律均在於維持人類共同生活之秩序。因此，私法亦具有公益性；另一方面，公法規定亦在保障私人利益，例如憲法基本權利之規定，是以本說少人採之。

#### 二、從屬說（*Subordinationstheorie*）

亦稱權力說、加值說（*Gewalten-oder Mehrwerttheorie*）或主體說（*Subjektionstheorie*），依當事人之關係區分公法與私法。有權力之一方，得單方作成有拘束力之規定，例如發布法規及作成行政處分，規範上下隸屬關係者為公法；雙方經由締結契約或協議，屬於平等關係者為私法。

---

<sup>254</sup> 學說分類將近二十種，參陳敏，*行政法總論*，第33至34頁。本文以吳庚之分類為原則，參氏著，*行政法之理論與實用*，第28頁。另請參翁岳生，*行政法二〇〇〇*（上冊），第84頁；李惠宗，*行政法要義*，第13頁；張家洋，*行政法*，第11至18頁；陳計男，*行政訴訟法釋論*，第5頁；劉宗德，「公法與私法之區別」，*行政法爭議問題研究*（上）第171至195頁，台灣行政法學會出版；鹽野宏，*行政法I*，第349至350頁。

<sup>255</sup> 詳參陳新民，「公共利益的概念」，收錄於*憲法基本權利之基本理論*（上冊），第129-180頁。

本說係以十九世紀干涉行政盛行之觀念為根本<sup>256</sup>，將行政限於防止危險與干涉行政上。惟事實上，私法中亦有權力服從關係者（如親子關係及監護關係）；公法中亦不盡然限於規定上下從屬關係者（如行政契約）、公行政之事實行為（如提供資訊、清理垃圾）及特定之請求權（例如不當得利之返還請求權），是以本說亦未盡妥適。

### 三、舊主體說（*aeltere Subjektstheorie*）

該說認為，凡法律關係主體之一方為行政主體或國家機關者為公法；反之，若法律關係主體全屬私人者為私法。

此說異於前述主體說之論點，僅以狹隘的形式判斷，雖然直接，但並不完整。

### 四、新主體說（*neuere Subjektstheorie*）

係由德國行政法學者 Hans J. Wolff 所創，又稱歸屬說（*Zuordnungstheorie*）、特別法規說（*Sonderrechtstheorie*）或修正主體說（*modifizierte Subjektionstheorie*），其以法律所規定之權利義務歸屬主體（*Zuordnungssubjekt*）為區別公私法之標準，謂只要屬於公法之法規，而任何人從此一法規獲得權利或被課以義務者，即為高權主體。因此，

- 對任何人皆可適用，均有發生權利義務之可能，或得以實現其構成要件之法規者為私法，其為人人之法（*Jedermannsrecht*），國家亦在所謂「人人」之概念範疇內。有疑義時，推定為私法。
- 公法則係國家之特別法（*Sonderrecht des Staates*），為公權力主體或其機關所執行之職務法規（*Amtsrecht*）<sup>257</sup>，當公權力主體作為規範之相對人（*Normadressat*）時，屬於公法，不純依舊主體說僅以公權力主體判斷而已。其賦予權利或課予義務之對象限於前述主體或其機關，而非任何人。另一學者 Erichsen 則謂：「公

<sup>256</sup> 參李惠宗，前揭書，第 13 頁。

<sup>257</sup> 吳庚，前揭書，第 28 頁。例如私人受委託行使公權力（如前述海基會受陸委會委託驗證大陸公證書）即然。

法為彼等至少有一歸屬主體為國家或其下級分支之法規的總體。

」

例如民法有關契約之規定，對任何人，包括國家或公權力主體，作為一般人皆能適用，故為私法。但勞動法有關「勞動檢查」之規定，公權力主體（地方政府）始能適用，故為公法。換言之，本說判斷重點在於動態之公權力行使作用之法，非如舊主體說側重在靜態組織上之公權力主體<sup>258</sup>。

本說之優點在能切合實務判斷之需要，容易掌握。惟論者謂<sup>259</sup>不能說明公法與私法間究有何實質內容不同，且有下列缺點：

1. 作為歸屬主體之高權主體為何，並不明白。如認為高權係得依公法之標準而行為之能力，則陷入「以所欲定義之概念為定義」之循環論斷。如以高權主體為國家依法設立之主體，則在國家亦有依法設立私法主體之情形，該規範私法主體之法律豈不因之而為公法！是以本說並不合理。
2. 大部分公法規定係同時以國家及個人為期規制對象及歸屬主體。
3. 本說以歸屬主體之存在為其前提，因此不能說明據以成立高權主體（歸屬主體）之組織法性質。
4. 就國家立於私法主體地位而為規定之法律，並不因其歸屬主體係國家而為公法。

以上缺點，本說主張者嗣加以修正，謂法律之歸屬主體至少有一方為高權主體，並就其所以為高權主體之地位而規定其權利、義務或組織者，乃為公法。該理論就國家此一主體添加公權力之實質要素，論者稱為「實質之特別法說」（materielle Sonderrechtstheorie），前述原特別法說則改稱為「形式之特別法說」（formale Sonderrechtstheorie）。且此所謂國家高權（hoheitliche Gewalt）不僅包括國家，尚及於國家下屬組織及經授予公

<sup>258</sup> 參李惠宗，前揭書，第 14 頁。

<sup>259</sup> 參陳敏，行政法總論，第 34 至 35 頁。

權力之私人。國家或其他高權主體，如立於私人地位而為財產主體或交易當事人，法律縱對其設有特別之規定，亦應屬於私法。如本研究中，縱退輔會為行政機關，法律關係仍為私法。

此外，學者 H. G. Wilke 及 F. Kopp 亦提出修正意見<sup>260</sup>，另稱之為「新特別法說」。其將公法與私法之區別重點置於立法者於訂立法規之際所作之決定，「若基於公共利益之維護，將特定之範圍或某項規定從一般法律規範（即私法）中分離，而成為特別法規，即為公法。」

論者<sup>261</sup>雖謂其仍不脫利益說或傳統主體說之見解，僅透過「唯一」（ausschliesslich）乙語將公法範圍加以限縮。惟其已為現行德、日通說，仍較為可採。

了解前述理論之餘，始能就實務見解基於何說而論其優劣，進而討論訴訟上之救濟途徑。大法官曾華松教授就其差異曾謂：「一事件究屬民事訴訟處理之對象，抑或行政訴訟解決之標的，一百多年來，無論古今中外，類皆有諸多爭論及判例，兩者明確界限之劃分，委實有其困難。尤以現代國家其行政職務顯著增加，行政作用有其廣泛多歧的內容與型態，權力關係與私經濟關係往往交錯難以區分，而行政上的事實行為，以及新行政現象之給付行政作用，其雖有介入公權力之行使，但從實質上、實態上觀察，或許會被認為純屬私經濟作用。行政訴訟與民事訴訟之界限，在此限度內其區分既有困難，而其重疊起訴復有可能，則為求人民權利救濟之必要性及司法統制之重要性，則祇好尊重當事人程序選擇權之自由，儘量予以允許，認為其起訴程序並無不合。尤應注意個案拘束原則，依具體個案分別妥適認定，切忌利用『私法逃避』方法，不問具體事實如何，認與私權有關，一律推由民事法院處理。」<sup>262</sup>

<sup>260</sup> 吳庚，前揭書，第 29 頁。

<sup>261</sup> 黃錦堂，「行政法的概念、起源與體系」，收錄於翁岳生編，前揭書，第 85 頁。

<sup>262</sup> 參氏著，「理論之實踐和實踐之理論」 - - 最高行政法院判例之檢討，法令月刊第五十一卷第十期，第 212 頁。司法院大法官會議釋字第 466 號則謂視立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等為設計。縱在在行政訴訟法修正增加給付之訴（該法第八條規定）情形下，管見認單身亡故榮民遺產事件仍應依普通

筆者深表贊同曾氏見解，按「有權利即有救濟」（Ubi jus, ibi reedium），乃法治國之基本要求，應注重權利救濟之完善性及完整性<sup>263</sup>。參酌司法院大法官會議釋字第 466 號解釋，立法機關應依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等為設計，在早期行政訴訟不發達之時，尤應從寬認定。而在兩岸人民關係條例制定後，單身亡故榮民遺產事件之私法性質已無爭議，自應依普通法院審理。

雖現今實務幾均肯認是類事件係私法關係，惟仍有部分不同見解，遑論在行政法發展不甚受重視之早期，退輔會動輒以衙門大小及依「法律」所為為由，以強凌弱。茲就實務早期及晚期見解之差異，舉其要者探討如下，俾鑑往知來，並釐清觀念。

---

法院審理。

<sup>263</sup> 參蔡志方，論行政訴訟法上各類訴訟之關係〈上〉，月旦法學雜誌第五三期，第 112 頁。

## 第二項 早期實務見解

在兩岸人民關係條例施行前，退輔會似採舊主體說見解，逕認為單身亡故榮民遺產管理係公法關係，致迭與大陸繼承人或利害關係人發生爭執。以台灣台北地方法院七十九年家訴字第一一一號判決為例，該會（即被告）之答辨理由即為：

- 「一、系爭事件應為行政救濟程序之對象，普通法院對此無審判權：
- （一）按民事訴訟者，乃為保護私法上權利，請求國家司法機關確定其權利存否之法定程序<sup>264</sup>也，故須其案件之性質為私權之爭執者，始足當之；而人民如因中央或地方機關基於公法上之權力，就特定事項，對特定人所為之意思決定，發生一定效果<sup>265</sup>致受損害時，則應依訴願法提出訴願、再訴願或依行政訴訟法向行政法院提出行政訴訟，以求救濟，普通法院就該等事件無審判權。
- （二）本被告乃為統籌國軍退除役官兵輔導事宜，依『行政院國軍退除役官兵輔導委員會組織條例』設置，直接隸屬於行政院之國家中央官署。對本件被繼承人（即故榮民）遺產之保管權及其發還之時機、作業程序與具領方法等，均係依『國軍退除役官兵輔導條例』即依該條例之授權而訂制之『國軍退除役官兵死亡暨遺留財物處理辦法』<sup>266</sup>之規定處理。故被告保管權之產生非本於私法上之法律關係，乃公權力之行使，係依法令所為之行為，則系爭事件乃因行政權作用之結果，非私權之爭執甚明。
- （三）又被告對保管被繼承人之遺產及應發還繼承人等並無爭執，僅因前

<sup>264</sup> 行政爭訟與民事訴訟之比較請參吳庚，行政爭訟法論，第 4 頁。

<sup>265</sup> 該概念即係行政處分之意義，在彼時並無錯誤。嗣司法院釋字第 423 號解釋、新修訴願法第三條及行政程序法第九十二條規定皆予擴大認定，俾便救濟。請參吳庚，行政法之理論與實用，第 287 頁；翁岳生，行政法二 0 0 0，第 543 頁；李惠宗，行政法要義，第 287 頁；陳敏，行政法總論，第 269 頁；張家洋，行政法，第 585 頁。惟本件並非從救濟觀點，反而似拘泥於本位主義為之。

<sup>266</sup> 嗣改為「退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法」。

述法令之規定，須俟光復大陸後<sup>267</sup>再依法定程序發還而已，亦足見系爭事件非為私權之爭執。故普通法院對系爭事件應無審判權，原告應依行政救濟程序行使權利才是。

二、被告係依『行政院國軍退除役官兵輔導委員會組織條例』設置，直隸於行政院，以統籌國軍退除役官兵輔導事宜之中央官署。為顧全國軍退除役官兵之輔導安置及應享權益，於民國五十三年並有『國軍退除役官兵輔導條例』之制頒。且於該輔導條例第一條即開宗明義揭示『國軍退除役官兵之輔導安置及應享權益，依本條例之規定；其未規定者，適用其他法律。』，以顯示其為民事特別法之地位。於該輔導條例第三十三條明文『本條例各項規定之實施細則及辦法，由輔導會及有關機關分別擬定，報請行政院核定之。』，作為被告得視實際需要擬定實施辦法之授權依據。被告乃基於前揭輔導條例第三十三條之授權，擬定『國軍退除役官兵死亡暨遺留財物處理辦法』報請行政院核定後頒布，並於處理辦法第一條明文該辦法係專為處理國軍退除役官兵死亡暨遺留財物而設之旨。

三、依中央法規標準法第二條及第四條規定，條例為法律之一種，係經立法院三讀通過，總統明令公佈者。既前揭輔導條例第三十三條將有關退除役官兵輔導安置及應享權益事項之實施細則及辦法明文授權被告得擬定處理辦法，並報請行政院核定後即可施行，是則在法之位階上而言，『國軍退除役官兵死亡暨遺留財物處理辦法』當具法律之性質無疑<sup>268</sup>，且與『國軍退除役官兵輔導條例』同為民法之特別法。則原告本乎民法規定提起本件訴訟，姑不論當事人適格否，其請求亦無理

---

<sup>267</sup> 管見以為其僅為發還遺產之條件（即以將來客觀上不確定事實之成就或不成就，決定法律行為效力發生或消滅之一種附款，參施啟揚，民法總則，第二六四頁。）不能進而推論非屬私權紛爭。

<sup>268</sup> 這句話的意思頗堪玩味，按該辦法得歸類於廣義之法（Recht）之下，尚不能嚴格以法律（Gesetz）視之。依德儒 Radbruch 見解，法可定義為「社會生活一般的、實證的規範總體」（Inbegriff genereller, positiver Normen fuer das soziale Leben），是以從前者言之也未必不對。參林文雄，法實證主義，第 152 頁。惟本件原告仍有三點反駁。

由。」。

上揭概念似與現今公法學觀念有間，是以本件原告就之有如下反駁：

「一、一事件究為行政爭訟之範圍，抑為民事訴訟之權限，在民事程序上應以原告起訴所主張訴訟標的之法律關係由形式上認定<sup>269</sup>，而非以法院判斷之結果為準。本件原告係本於繼承後之財產所有權被侵害為由提起本件訴訟，所主張者為私法上之權利義務關係，故鈞院對此案件有審判權，應無疑義。

二、（一）被告主張『國軍退除役官兵死亡暨遺留財物處理辦法』係以『國軍退除役官兵輔導條例』授權訂定，具法律性質，並無理由：

1. 按由法律授權訂定之授權命令，於該命令第一條須明示其授權之依據。查系爭『國軍退除役官兵死亡暨遺留財物處理辦法』第一條僅訂：『行政院國軍退除役官兵輔導委員為處理國軍退除役官兵死亡暨遺留財物，特訂本辦法』。並未明示其授權之依據為何？故其非具法律性質之授權命令<sup>270</sup>。
2. 按由法律授權制定之授權命令，該命令規範事項須於法律授權範圍內<sup>271</sup>，否則即超越母法，非為合法之授權命令。

<sup>269</sup> 進一步之區分可參李惠宗，行政法要義，89年9月，第616頁；吳明軒，中國民事訴訟法上冊，第9頁；吳庚，行政爭訟法論，第4頁。另學者蔡志方曾從兩者之共通性加以探討，參氏著「論行政訴訟與民事訴訟共通之制度與法理」，月旦法學雜誌第四十七期，第41至65頁。

<sup>270</sup> 行政命令之分類原依中央法規標準法第七條可區分為授權命令及職權命令；行政程序法第一百五條及一百五十九條則區分為法規命令及行政規則兩種。請參吳庚，行政法之理論與實用，第261至270頁；翁岳生，行政法二〇〇〇，第454至465頁；李惠宗，行政法要義，89年9月，第420頁；張家洋，行政法，第557至562頁；程立民，「論九二一緊急命令及其執行要點」，現代地政第二二六期，第35頁；蔡文斌，「析論行政命令的國會監督」，全國律師雜誌，89年2月號，第38頁；鹽野宏，行政法I，第77頁。

<sup>271</sup> 相關論述請參德國基本法第八十條：「聯邦政府，聯邦部長或邦政府得依法律之授權，制頒法規性命令（Rechtsverordnung）。授權時，應在該法律中確定授權之內容、目的及範圍。在法規性命令中應表明其制定之法律依據。法律規定基於該授權更為複授權者，則該復授權應以法規性命令為之。」參黃茂榮，法學方法與現代民

查被告主張系爭『國軍退除役官兵死亡暨遺留財物處理辦法』授權依據為前揭輔導條例第三十三條，該條例第三十三條雖規定：『本條例各項規定之實施細則及辦法，由輔導會及有關機關分別擬定，報請行政院核定之。』，但查該條例僅對退除役官兵之就業、就醫、就養、就學、優待及救助等事項有所規定。因之第三十三條所稱授權由輔導會另訂辦法之『本條例各項規定』即指上述事項，並不包含退除役官兵遺物處理。故『國軍退除役官兵死亡暨遺留財物處理辦法』若果如被告所主張係依前揭輔導條例第三十三條之授權，則該辦法顯超越母法之授權範圍，並非合法之授權命令，即非具法律性質之授權命令。

3. 系爭『國軍退除役官兵死亡暨遺留財物處理辦法』違反中央法規標準法第五條第二款及第六條之規定，應為無效。依中央法規標準法之第五條第二款規定：關係人民之權利義務應以法規定之。同法第六條規定：應以法律規定之事項，不得以命令定之。查『國軍退除役官兵死亡暨遺留財物處理辦法』為行政院國軍退除役官兵輔導委員會訂定，呈報行政院核定後公佈施行，僅為未經法律授權所訂定之職權命令<sup>272</sup>，不具備法律地位。今被告以該辦法限制原告繼承遺產之權利，係違背中央法規第五條第二款及第六條之規定，以無法律地位之職權命令限制私法上之權利，顯無理由。

---

法，第 11 頁。

<sup>272</sup> 行政命令之分類於行政程序法施行後，論者就職權命令的未來多不表樂觀。去（89）年台灣行政法學會及政大法學院曾舉辦「職權命令之過去、現在與未來」研討會曾就之探討，參董保城，「本土化職權命令法理建構之嘗試」；法治斌，「職權命令與司法審查」；蘇永欽，「職權命令的合憲性問題——地方自治是否創造了特別的合憲存在基礎」，合載於台灣本土法學雜誌第十一期，第 93 至 118 頁。

4. 查現研擬中之『台灣地區與大陸地區人民關係條例』草案第五十六條第三項規定：『第一項（退除役官兵）之遺產管理辦法，由國軍退除役輔導委員會分別擬定，報請行政院核定後發布之』。若現行之『遺留財物處理辦法』為合法之命令，前項草案焉有另行授權擬定管理辦法之必要？

（二）依前開輔導條例第一項規定：『國軍退除役官兵之輔導安置及其應享權益，依本條例之規定，其未規定者，適用其他法律』。今系爭事項為『退除役官兵之遺物處理』，該條例本身對此事項既無規範，即應試用其他法律。而被告主張應適用之『遺留財物處理辦法』既為無效，則系爭事項應適用民法之規定。

（三）縱不論該『遺留財物處理辦法』之性質及合法性問題，被告主張依此『辦法』作為拒絕返還原告遺產之依據，亦無理由：

按由『立法』目的觀之：前開『辦法』之所以規定：『榮民死亡如無繼承人在台時，其所遺留財物由該會保管』，係為顧及繼承人不在台時不易尋獲，為確保榮民遺產不致因無人管理受侵害，所設之權宜規定。今既有合法之繼承人出現，被告保管之理由已不存在，焉有不返還之理？此外，該辦法僅賦予退輔會即被告保管遺物之權限，並未賦予被告在繼承人出現時有不返還之『對抗權』<sup>273</sup>。故被告據此辦法作為拒絕返還系爭遺產之依據，並無理由。」

若從公法學較為成熟之今日觀之，前述兩造論點均有所偏。在兩岸人民關係條例施行之後，這種公法及私法之爭議應可平息。否則實體尚未審究，前提之審判權即爭執不休，不僅有違訴訟經濟<sup>274</sup>，且損及當事人之期

<sup>273</sup> 從前述第三章第三節遺產管理人應盡善良管理人注意義務來看，退輔會權限不僅保管遺物而已，原告此際亦有誤認。

<sup>274</sup> 法律的經濟分析（Economic analysis of law）係 1970 年代初期，在美國興起的方法論之一，主要代表學者為芝加哥大學 Richard A. Posner 教授。其係以經濟分析之概念及方法，檢討現行法律規範之目的及其效力，研究法律與其所規範之社會現象間之互

待利益。

---

動關係，探討法律之規定是否有助於提昇吾人之經濟效益。同校 1991 年諾貝爾經濟學得主 Ronald H. Coase 尚提出「寇斯定理」(Coase Theorem)，以交易成本 (transaction costs) 等經濟觀點切入法律領域，在該校 Journal of Law and Economics 期刊之相關論述已撐起本方法論之大纛。我國此方面研究亦方興未艾，參沈榮欽，法律與經濟學的方法論爭議，月旦法學雜誌第十五期，第 39 頁；王文宇、白梅芳，「從經濟觀點論我國公司重整制度」，國家科學委員會研究彙刊十卷四期，第 518 頁；林政華，「從七十二年度台上字第八五號判決要旨看解約定金之規範功能與效力 - - 以法律經濟分析為方法」，務實法學基金會判解研究彙編(一)，第 122 頁。

### 第三項 近期實務見解

隨著兩岸人民關係條例之施行及公法學的迅速發展<sup>275</sup>，已鮮見前述爭議。惟細覓實務判決，仍有普通部分法院未明兩岸人民關係條例立法意旨，逕視退輔會就單身亡故榮民遺產管理職務為公法關係<sup>276</sup>，洵有未洽。

至於行政法院方面，則較能依本文所述，認系爭事件為民事爭訟，非屬該院所掌理，而駁回當事人提起行政訴訟之請求。爰以下述二行政法院裁定為代表析論：

一、行政法院八十八年二月十一日八十八年度裁字第一五五號裁定，其裁定理由為：

「按提起訴願，以有行政處分之存在為前提；所謂行政處分者，係指行政主體基於職權，就具體事件所為發生公法上法律效果之單方行政行為而言，至行政機關所為單純事實上之敘述（或事實通知）或理由之說明，既不因該項敘述或說明而生合法律上之效果者，自非行政處分，人民即不得對之提起訴願，本院四十四年判字第十八號、六十二年裁字第四十一號著有判例。本件被繼承人謝 於八十一年三月十四日死亡，原告為其在大陸之配偶，申請遺產繼承，因其提出之板橋地方法院非訟事件裁定內容不明，被告乃以八十六年九月十五日（八六）輔壹字第一八〇四一號及八十七年二月三日（八七）輔壹字第一二八五號書函復原告，略以被繼承人謝 遺產繼承案，俟板橋地方法院函復後，再據以憑辦等語。經核上開書函乃單純之事實敘述或理由說明，並非對原告之申請所為准否之行政處分。況原告所提之證明書雖載明曾為被繼承人之配偶，為旋又載明原告已改嫁，則其是否仍為被繼承人合法配偶，已滋疑問；而系爭遺產經大陸公證之同性質證明書曾證明被繼承人在大陸仍有胞

<sup>275</sup> 參黃錦堂就我國行政法之發展軌跡論述，請見翁岳生編，行政法二〇〇〇（上），第60至63頁。

<sup>276</sup> 最高法院八十三年度台上字第二七一五號判決即就民國八十三年四月二十五日台灣高等法院第二審更審判決（八十年度上更字第四號），嚴駁第二審誤認被上訴人（退輔會）保管故榮民李 遺款之性質為公法關係。

姊謝坤英、胞弟謝新耀及養女陳添英出面主張申請繼承，則系爭遺產繼承權之有無，自應訴請普通法院民事庭予以裁判確認，乃屬民事訟爭，非屬本院職掌範圍，亦非板橋地方法院之原非訟事件裁定之效力所及。一再訴願決定遞從程序上不合法予以駁回，均無不合。原告復提起行政訴訟，自非合法，應予駁回。」。

由上述裁定理由可知，行政法院通常先以行政處分之定義，否認當事人所舉者為行政處分；嗣進一步將系爭事件定位為民事訟爭，非其審判權所及。

該裁定理由係依據舊行政訴訟法第十四條第一項規定：「行政法院審查訴狀，認為不應提起行政訴訟或違背法定程序者，應附理由以裁定駁回之。」而駁回；若依新法第一百零七條第一項第一款規定，則因其係不屬行政法院之權限，大法官陳計男認係欠缺行政訴訟要件（Prozessvoraussetzungen）之形式上要件，行政法院亦應以裁定駁回之<sup>277</sup>。

惟大法官吳庚氏謂訴訟要件係民事訴訟之概念，依德國多數學者見解，應稱實體判決要件（Sachenurteilsvoraussetzungen）為是。蓋當事人一旦起訴即生訴訟繫屬，與法院間即生訴訟法律關係（Prozessrechtsverhaeltnis），與法院就其事件是否以實體上之裁判終結無涉，故實體判決作成與否非關訴訟要件，而係有無具備實體判決要件之問題<sup>278</sup>。學者陳敏另以「一般之本案判決要件」（Sachentscheidungs voraussetzungen）稱之，亦謂無所謂訴訟程序要件<sup>279</sup>。

彭鳳至法官則稱為「本案實體裁判要件」，認不僅包括我國民事訴訟理論與實務上「具體訴權說」中之訴訟成立要件，且及於權利保護要件中之當事人適格及保護必要要件，僅將為訴訟標的法律關係之要件排除在外。此係獲得實體判決之前提要件，於具備後始進行有無理由之審查<sup>280</sup>。

<sup>277</sup> 參陳計男，行政訴訟法釋論，民國 89 年 1 月，第 357 頁。

<sup>278</sup> 參吳庚，行政爭訟法論，民國 88 年，第 85 至 86 頁。

<sup>279</sup> 參陳敏，行政法總論，民國 88 年，第 1194 頁。

<sup>280</sup> 參彭鳳至「行政訴訟制度」，收錄於翁岳生編，行政法二 0 0 0 下冊，第 1222 頁。

然大法官曾華松有不同意見，謂應從法制設計上探討：德國法制以具體訴權說出發，就欠缺實體裁判要件者，規定得經辯論後，以判決處理；日本法行政事件訴訟法第七條準用該國民事訴訟法第一百四十四條則謂，此種程序判決係程序不合、實體不究之駁回判決，以「卻下判決」名之（學說稱「訴訟判決」），以示與實體法上原告無理由致實體判決駁回之「棄卻判決」（即「本案判決」）有別。我國行政訴訟法第一百零七條第一項既非繼受前開德日法制，當不宜將該等國解釋原封不動移植我國，而應採本案判決請求權說（認訴權乃要求以本案判決解決紛爭之權利，將訴權之要件側重於起訴之必要或利益及當事人之適格，而除去具體訴權說之權利保護請求權基礎之實體法上要件）為是<sup>281</sup>。

管見以為，縱學說各有不同見解，惟依行政訴訟法以裁定駁回之結論並無二致。該爭議學理上之價值甚於實務之價值。

前述係行政法院就此類事件標準之答覆方式，參諸下例更可知曉。

二、行政法院八十九年二月二十四日八十九年度裁字第二二六號裁定，裁定理由為：

「按提起訴願，以有行政處分之存在為前提要件；所謂行政處分者，係指行政主體，基於職權，就具體事件，所為發生公法上法律效果之單方行政行為而言，至行政機關所為單純事實之敘述（或事實通知）或理由之說明，既不因該項敘述或說明而生何法律上之效果者，自非行政處分，人民即不得對之提起訴願，本院四十四年判字第十八號、六十二年裁字第四十一號著有判例。本件原告於八十六年六月八日自書遺囑，指定樊英強為遺囑執行人，嗣詢經被告所屬南投縣榮民服務處八十七年七月二十八日（八七）投縣處字第二〇八九號書函復以該遺囑符合法律要件及形式，惟依台灣地區與大陸地區人民關係條例第六十八條及退除役官兵死

<sup>281</sup> 參曾華松，「理論之實踐和實踐之理論」 - - 最高行政法院判例之檢討，法令月刊第五十一卷第十期，第 987、992 頁。另請參照最高行政法院前身行政法院六十九年四月三十日庭長評事聯席會議決議「應以裁定駁回或應以判決行之例示情形若干則」第（一）項第三款說明。

亡無人繼承遺產管理辦法第四條規定，該處為南投縣轄區單身死亡故榮民之法定遺產管理人，依民法第一千一百七十九條規定，必俟催告期滿後始可執行清償或交付遺贈物等語。原告不服，以其係以自書遺囑變更遺囑執行人管理其遺產，並撤銷南投縣榮民服務處管理遺產之權限云云提起訴願。但查前開南投縣榮民服務處（八七）投縣處字第二〇八九號書函旨在說明台灣地區與大陸地區人民關係條例第六十八條、民法第一千一百七十九條及退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法第四條等法令，並非就具體事件，發生公法上法律效果之單方行政行為，既不因上述說明而生法律上之效果，自非行政處分，原告對之提起訴願，揆諸首揭說明，應非法之所許。一再訴願決定，遞自程序上予以駁回，並無違誤。原告復提起本件行政訴訟，自非合法，應予駁回。」。

該裁定更進一步，連是否係民事訟爭都隻字未提，逕以非行政處分裁定駁回。吾人雖能體會行政法院案多事煩，惟若能於裁定中就訴訟標的法律關係有所敘及，將有益於人民對司法權之信服<sup>282</sup>。

從前述之實務見解，管見以為，逕予駁回之結果不特造成當事人程序上之不利益，亦導致實體上之不利益，而影響其憲法第十六條明文保障之訴訟權<sup>283</sup>。論者<sup>284</sup>謂在行政訴訟與民事訴訟兩體系間，容有彼此交錯之領域，而存有「程序選擇權」之法理。依據「程序選擇權」所據以形成之國民法主體性、程序主體性及程序主體權等原理，為使人民真正能實現及確保其實體利益及程序利益，在無害於全國納稅人使用制度之利益（公益）之前提下，關係之人民不僅應在實體上享有處分權，且對於足資保障其權

---

<sup>282</sup> 尤其在近年來民事、行政等法領域分別強調「法主體性」（Rechtssubjektivitaet）的同時，寫一個讓人民折服的判決書有其必要。前者請參江玉林，「法主體性之建構與自由理念」，法理學論叢，楊日然教授紀念論文集，第21至99頁；後者參考施俊堯，「淺談刑事判決簡化（上）」，司法周刊第一〇二五期，90年4月4日，第二版。

<sup>283</sup> 參照司法院大法官會議釋字第305、466號解釋就行政訴訟與民事訴訟之救濟途徑說明。

<sup>284</sup> 蔡志方，「論行政訴訟與民事訴訟共通之制度與法理」，月旦法學雜誌，第四十七期，第54至55頁。

利之程序或途徑，亦應享有處分權及選擇權。在此情形及行政法院、民事法院均未強烈堅持其審判權歸屬之情況下，既然權利保護制度之有所不足，人民自得選擇較有效之救濟途徑為之，俾體現法治國家之司法不得拒絕正義之給予原則（Prinzip des Verbots der Versagung einer Gewaehrung der Justizgerechtigkeit）。論者另謂<sup>285</sup>此種公、私法難以區分之危險，不應由當事人負擔，而應認係一種社會危險，就適用有疑義時，當事人得於任一法院起訴。在方式上，依審理合法要件階段及本案判決階段而不同：前者應允許當事人就審判權之裁判得合併提起預備（先位主張係請求民事法院就某訴訟標的及訴之聲明加以審理、裁判；備位主張則為民事法院認為其無審判權，則留待原告向行政法院請求裁判而有結論後，民事法院始為准駁之裁判）或選擇主張（向民事法院或行政法院起訴<sup>286</sup>）。後者只要具體判定有權利義務關係，至於其究竟屬於公法關係或私法關係，並不重要。至於在審理上，若在民事法院繫屬，因含行政訴訟色彩，應緩和當事人進行主義而加強職權主義<sup>287</sup>；若在行政法院繫屬，因含民事訴訟色彩，應緩和職權主義而加強當事人進行主義。此即為學者所稱之「構築中間程序」<sup>288</sup>。管見認從擴大訴訟制度解決紛爭之角度觀之，未來立法似可朝此方向修正。

---

<sup>285</sup> 邱聯恭，「民事法院與行政法院的職權衝突問題」，民事訴訟法之研討（二），76年9月，第289頁以下。

<sup>286</sup> 邱教授謂二者之一有審判權，若民事法院（或行政法院）認為本身有審判權者則應為本案審理及判決；若認無審判權，則留待原告向行政法院（或民事法院）請求救濟而有論後，民事法院（或行政法院）始為准駁之裁判。

<sup>287</sup> 關於該二主義之概念及批評參林山田，「別迷失在主義的叢林中」，台灣本土法學創刊號，第8及15頁。

<sup>288</sup> 邱聯恭教授獨創見解，相關概念請參前揭文。



## 第五章 結論與建議

在思考的層次上，本文的上位概念是如何掌握及落實憲法學之社會國原則（Grundsatz des Sozialstaates）。反映在私法領域中，特別是本研究所關注的單身亡故榮民的遺產管理制度，亦須遵循不悖。該原則在我國可稱為民生國原則，其主要目的在於使人民的生活能夠真正獲得安和樂利，且必須與其他「自由」、「民主」及「法治國」原則相結合，迥異於共產主義的社會主義<sup>289</sup>。國家授與服役多年的退伍老兵「榮譽國民」的稱謂，並提供大量的社會福利資源，與其他弱勢族群相比，照顧不可不謂優渥，甚至及於彼等往生後的遺產管理，這也是本制度之由來。

古語有云：「法與時轉則治，治與時移則有功」<sup>290</sup>。為因應台灣地區與大陸地區進一步的交流<sup>291</sup>，兩岸人民關係條例的施行，使單身亡故榮民之遺產管理有了較為明確的法制基礎，一改舊時之亂象，惟其仍未臻理想。本研究在介述單身亡故榮民遺產的意義及性質後，進而探討主管機關退輔會就單身亡故榮民遺產管理之法制及運作，從法制變化的沿革析論，並詳列退輔會任遺產管理人應盡之職務，使讀者能有清楚及全面的認識。

次就單身亡故榮民遺產管理實務所生問題及爭議，舉其要者如遺產管理人與其他財產管理人職務競合，大陸公證書真偽及不實疑義，以及公、私法實務觀點差異等爭點著墨，力求完整呈現該會遺產管理上之困難及複雜。

而在研究的過程中，有不少的研究發現及心得，並擬於日後進行後續研究。以下將分節敘述：

---

<sup>289</sup> 參李惠宗，憲法要義，民國 90 年 8 月，第 673 頁。

<sup>290</sup> 韓非，「心度篇」。

<sup>291</sup> 張京育，「現代化洪流中的兩岸交流」，台灣再造論 2，社會大學有聲出版社未來領袖學院系列 CD，第三部份「建構交流法制」。

## 第一節 研究發現

退輔會近年來雖挹注大量心力於此，惟囿於政府社會福利預算的緊縮<sup>292</sup>，經費及人力顯有不足<sup>293</sup>，處理上倍感吃力。特別是在大陸方面處心積慮打單身亡故榮民遺款<sup>294</sup>的主意下，退輔會在遺產管理人職務執行上尤應審慎，加強大陸公證書之審查，避免錯發情事，影響真正繼承人權益。

除了在前述各章節中已為該制度之細部評論外，並發現這個制度可議論之處甚多，甚至包含其存在價值。綜合來說，計有下列數點：

- 一、 相關法制不足，部分規定欠缺法源基礎，甚或有違憲爭議。
- 二、 該制度牽涉層面甚廣，各行政機關，乃至於法院都未臻明瞭。
- 三、 主管機關作風保守，唯恐動輒圖利；承辦人員法令認識不足，處理能力有限。
- 四、 兩岸查證事務流於形式及消極，未能具體、迅捷及正確。
- 五、 在做法上，退輔會未能與其他身分國民之遺產管理機關（一般民眾：國有財產局；軍人：聯勤總部）做法一致。形成同為中華民國國民，卻因身分差別之故而有不同的處理方式，甚而造成申請繼承之當事人怨懟。

---

<sup>292</sup> 論者謂資本主義國家只針對有特殊需要者進行，避免浮濫的福利支票。參萬育維，社會福利服務，87年8月，第32頁；李孟融，「福利國家的憲法基礎——及其基本權利衝突之研究」，法理學論叢，86年6月，第282頁。

<sup>293</sup> 此種分配性問題，在福利國家尤然。See Davis B. Bobrow and John S. Dryzek, Policy Analysis by Design, U. of Pittsburgh (1989), p.37.

<sup>294</sup> 依筆者初步了解，退輔會所管理之單身榮民遺款迄至民國九十年止已達新台幣五十七億元。以大陸公證書屢見偽造之情形，很難不聯想中共官方是否有不良居心。

## 第二節 研究建議

前已敘明在研究過程中，所發現該制度面臨的不足之處，主管機關除應加強遺產管理人職能外，本研究尚有如下建議：

- 一、在資訊公開上：退輔會應經常性公開其職務執行措施及統計，使大眾了解其係依法行政，避免外界誤解<sup>295</sup>，認為退輔會黑箱作業，人謀不臧。
- 二、在法制設計上：現行法屢見遺產管理人與遺囑執行人等職務競合之情形，為定分止爭，宜透過立法明文方式杜絕爭議，亦不至使當事人屢加興訟，徒然造成司法資源浪費。
- 三、在管理效能上：就不合時宜、效率低落之遺產管理行為（如榮民遺留不動產之拍賣），退輔會應思謀改進，甚得委外為之。揆諸邇來其修正遺產作業程序之作為，應係好的開始。若能更進一步增加承辦人員教育訓練，明確作業流程及判斷標準<sup>296</sup>，甚而引進志工<sup>297</sup>在單身榮民生前即予協助照顧，則該會所屬安養及服務機構在任遺產管理人時將更能勝任，不致引以為苦。尤其是現今迄未有一套明確的遺產管理參考標準，（以該會九十年八月二十七日（九十）輔壹字第一三二九二號函為例，對未領得中華民國身分證之亡故榮民大陸配偶之論述即未能前後一致），更缺乏建立「遺產管理法令彙編」或類似德國註釋書般體例之參考書籍，有待該會嗣後妥為編撰。
- 四、在知識經濟上：榮民榮譽基金會除提供榮民榮譽獎學金等服務項目

<sup>295</sup> 特別是在駁回當事人申請之情形，其裁量是否恣意？常令被駁回人不服而爭訟。該概念請參 Michael Hill (1997), "Rules and discretion in public and administrative law", *The Policy Process in the Modern State* (3<sup>rd</sup> ed.), pp.178-181.

<sup>296</sup> 參黃錦堂，「行政法的概念、起源與體系」，收錄於翁岳生編，*行政法二〇〇〇*（上冊），第57頁。

<sup>297</sup> 參 Peter F. Drucker (1990), *Managing the Non-Profit Organization*, 余佩珊，非營利機構的經營之道，第205至214頁。若能充分運用，將能彌補該會人力不足，惟現效果仍未顯著。

外，更應積極扮演退輔會智庫的角色，適時提供興革意見。民間（如周祖孝文教基金會等公益團體）及學術界的充沛資源，退輔會亦應有效運用。

- 五、在人事制度上：考選部及銓敘部應放寬退伍特考之應試資格及錄取人員轉調限制，甚或納入高普考考試類科之中，以活化退輔會人力結構及素質，俾更能勝任類遺產管理之艱難業務。
- 六、在組織變革上：有必要將各不同遺產管理機關（退輔會、國有財產局、聯勤總部）該部分業務整合、集中，成立專責機構，由深曉法規之高素質人員承辦，避免各機關現在欠缺橫向聯繫及步伐不一之情形。

### 第三節 後續研究

放眼世界各國，即使類如英、美公認之福利國家，亦未見將社會福利政策<sup>298</sup>對象延伸至往生者之遺產管理，至多至殯葬階段而已。我國單身亡故榮民遺產管理制度算是國際社會法制體例上之特例。固然論者有謂社會其他社群未有如此福利，政策上應採普遍（universal）主義<sup>299</sup>。惟拙見以為，依人口比例，榮民之平均年齡已趨高齡，迥異於其他社群，國家基於歷史及其特性予以特殊照顧，符合現代社會法治國（sozialer Rechtsstaat）原則<sup>300</sup>。在此前提之下，單身亡故榮民遺產管理制度仍有其存在之正當性及必要性，只是要怎麼做，才最為妥宜<sup>301</sup>。

雖然文建會在「弱勢文化政策補助方案」計畫中，已將眷村住民（人口比例最大厥為榮民）冠上新名詞為「新住民」，和「原住民」並列為弱勢族群<sup>302</sup>。然從相對的角度而言，「榮民」這個族群，長久以來受到國民黨政府的獨厚，其他弱勢族群在社會福利資源的分享上，瞠乎其後，遠遠不及。退輔會年度預算約新台幣二千億元，排名順位僅次於國防部及交通部，掌管業務內容包括醫藥、食品、瓦斯、休閒農場等項目，本來應輔導、服務榮民的社會福利機關，在性質及方向上似乎與原先設置目的有所差異。在研考會刻正檢討，打算精簡行政院各機關之際<sup>303</sup>，退輔會不應再墨守成規，應自行檢討、變革。

筆者在研究之餘，鑒於其施政之滿意度及相關研究甚為缺乏，不以此

<sup>298</sup> 筆者詳覽紐、英、美、澳等國退伍軍人網站均無見類我制度；另參岡村重夫，社會福祉原論，1983年，第195頁。

<sup>299</sup> 阿部志郎、井岡勉合著，社會福祉 國際比較，2000年，第163頁。

<sup>300</sup> 參陳敏，行政法總論，民國88年12月，第22頁；葛克昌，國家學與國家法，民國85年，第48-49頁。

<sup>301</sup> 特別是行政法制大幅革新（如行政訴訟法新增給付之訴類型）及成熟後，本制度是否有從私法過渡為公法制度之必要？使當事人在面對退輔會所屬安養或服務機構所為特定具體之法律行為得循行政爭訟方式為之，容有探討之空間。

<sup>302</sup> 參中國時報民國90年8月20日第十四版報導。

<sup>303</sup> 研考會主委林嘉誠90年2月26日於「全國行政革新會議」之發言。

為滿足，日後擬以此為基石發展以下研究：

- 一、 退輔會居於首區一指的社會福利機關，如何將其分配預算發揮最大及應有的功效；在組織及法制上應為如何設計。
- 二、 老人福利政策之制定及資源分配。配合未來實施國民年金或老人津貼制度，制定完善社會福利政策，整合有限的社會福利資源。
- 三、 從法學角度探討現今社會福利法制，強化其立法政策與技術。

日後苟能朝這些方向為進一步研究，將有助法學、公共行政與社會福利制度間的科際整合，也不枉這些飄洋過海的來台老兵，他們以生命為本研究提供素材。

## 參考文獻

### 一、書籍

B. Guy Peters ( 1993 ) , American Public Policy: Promise and Performance, 3rd ed., N.J.: Chatham House.

Chava Frankfort-Nachmias 及 David Nachmias 著 , Research Methods in the Social Sciences , 潘明宏譯 , 社會科學研究方法 ( 上冊 ) , 韋伯文化事業出版社 , 八十八年五月版。

Davis B. Bobrow and John S. Dryzek ( 1989 ) , Policy Analysis by Design, U. of Pittsburgh.

Earl Babbie 著 , The Practice of Social Research , 李美華等譯 , 社會科學研究方法 ( 下冊 ) , 時英出版社 , 八十七年二月。

Michael Hill ( 1997 ) , The Policy Process in the Modern State ( 3rd ed. ) ,Prentice Hall.

Peter F. Drucker ( 1990 ) , Managing the Non-Profit Organization , 余佩珊 , 非營利機構的經營之道 , 遠流出版公司 , 八十八年四月。

王文宇 , 民商法理論與經濟分析 , 元照出版公司 , 八十九年五月。

王樹鳴 , 海峽兩岸常用法律詞語釋義 - - 民、刑、行政訴訟暨司法 , 永然文化出版股份有限公司 , 八十三年十二月。

王樹鳴 , 認識大陸司法環境 , 永然文化出版股份有限公司 , 八十四年二月。

王澤鑑 , 民法物權第一冊 - - 通則、所有權 , 自刊 , 八十一年九月。

王澤鑑 , 民法實例研習 - - 民法總則 , 自刊 , 八十二年九月。

王澤鑑 , 民法學說與判例研究第七冊 , 自刊 , 八十三年八月。

參考文獻

- 王書江、曹為合著，日本民法，五南圖書出版公司，八十一年八月。
- 中川善之助、泉久雄，相續法，一九七四年三月。
- 行政院大陸委員會，大陸工作法規彙編，自刊，八十五年九月（該會網站已公佈）。
- 行政院大陸委員會，大陸民事訴訟法之研究，自刊，八十二年十月。
- 行政院大陸委員會，大陸政策問答手冊，自刊，八十二年九月。
- 行政院大陸委員會，中共婚姻法與繼承法之研究，自刊，八十二年九月。
- 行政院大陸委員會，處理兩岸法律案件之類型與經驗，自刊，八十二年五月。
- 行政院國軍退除役官兵輔導委員會，行政院國軍退除役官兵死亡善後處理及無人繼承遺產管理作業程序，自刊，八十六年十二月。
- 行政院國軍退除役官兵輔導委員會，我們的服務，自刊，八十九年九月。
- 行政院國軍退除役官兵輔導委員會，問題與說明，自刊，八十九年八月。
- 吳庚，行政法之理論與實用第七版，自刊，九十年八月。
- 吳庚，行政爭訟法論，自刊，八十八年五月。
- 吳明軒，中國民事訴訟法上冊，自刊，八十二年十一月。
- 李永然，大陸法律八講，永然文化出版股份有限公司，八十二年六月。
- 李永然，海峽兩岸常用法律詞語釋義 - - 民刑行政訴訟暨司法，永然文化出版股份有限公司，八十三年十二月。
- 李永然、黃振國，繼承權益與遺囑書範例，永然文化出版股份有限公司，民國八十九年三月。

李永然、陳慶洪，中共處理涉台事物法律要點，永然文化出版股份有限公司，八十二年八月。

李後政，兩岸民事關係條例與審判實務，永然文化出版股份有限公司，八十三年十一月。

李建良，憲法理論與實踐（二），學林文化事業有限公司，八十九年十二月。

李惠宗，行政法要義，五南圖書出版公司，八十九年九月。

李惠宗，憲法要義，元照出版公司，九十年八月。

李惠宗，權力分立與基本權保障，韋伯文化事業出版社，八十八年三月。

李惠宗、林世超編著，公、認證書狀範例，永然文化出版股份有限公司，七十八年四月。

李鴻毅，土地法論，中國地政研究所，八十四年十月。

林子儀，權力分立與憲政發展，月旦出版社股份有限公司，八十二年十月。

林文雄，法實證主義，自刊，八十二年四月版。

林秀雄，民法親屬繼承爭議問題研究，五南圖書出版公司，八十九年十月。

林秀雄，家族法論集（三），漢興書局有限公司，八十四年十月。

林明德，我現行司法實務對大陸人民法律案件判決之研究及檢討，財團法人海峽交流基金會，八十二年五月。

阿部志郎、井岡勉合著，社會福祉 際 比 較 ， 有 斐 閣 ， 二

岡村重夫，社會福祉原論，全國社會福祉協議會，一九八三年一月。

參考文獻

施啟揚，中國大陸法制研究，司法院，八十五年六月。

施啟揚，民法總則，自刊，七十六年四月。

翁岳生編，行政法二〇〇〇（上）、（下），自刊，八十九年七月。

耿雲卿，破產法釋義，五南圖書出版公司，八十五年四月。

高鳳仙，親屬法 - - 理論與實務，五南圖書出版公司，八十七年九月。

務實法學基金會，判解研究彙編（二），自刊，八十六年十二月。

務實法學基金會，判解研究彙編（三），自刊，八十七年十二月。

曾代偉，金律研究，五南圖書出版公司，民國八十四年十二月。

張家洋，行政法，三民書局，八十年二月。

許光泰，中共法制論，台灣商務印書館，七十八年三月。

許宗力，法與國家權力，月旦出版社股份有限公司，八十三年十月。

許宗力，憲法與法治國行政，元照出版公司，八十八年三月。

郭登科，大陸法院審理涉台案件問答，永然文化出版股份有限公司，八十三年十月。

陳新民，中華民國憲法釋論，自刊，八十六年九月。

陳新民，憲法基本權利之基本理論，自刊，八十五年一月。

陳計男，行政訴訟法釋論，自刊，八十九年一月。

陳計男，破產法論，三民書局，八十八年九月。

陳 敏，行政法總論，自刊，八十八年十二月。

陳棋炎、黃宗樂、郭振恭合著，民法繼承新論，三民書局，八十二年八月。

- 陳榮宗，破產法，三民書局，八十六年十一月版。
- 黃志偉，不動產登記理論與實務（下），永然文化出版股份有限公司，八十三年八月。
- 黃茂榮，法學方法與現代民法，自刊，八十二年七月。
- 黃進，區際衝突法，永然文化出版股份有限公司，八十三年八月。
- 楊松齡，實用土地法精義，五南圖書出版公司，八十九年八月。
- 楊芳婉，兩岸婚姻法與情，永然文化出版股份有限公司，八十四年十月。
- 萬育維，社會福利服務，三民書局，八十七年八月。
- 葛義才，非訟事件法論，自刊，八十二年元月。
- 詹森林，民事法理與判決研究，自刊，八十七年十一月。
- 管歐、劉德寬、蔡墩銘、陳榮宗、賴源河合著，法律類似語辨異，五南圖書出版公司，八十六年二月。
- 蔡志方，行政救濟與行政法學（三），學林文化有限公司，八十七年十二月。
- 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏等合著，行政程序法實用，學林文化有限公司，九十年元月。
- 蔡輝龍，論海峽兩岸親屬法制，五南圖書出版公司，八十三年十一月。
- 鄭玉波，法學緒論，三民書局，八十一年八月。
- 盧錦芬，如何辦理法院公、認證，永然文化出版股份有限公司，八十四年七月。
- 錢國成，破產法要義，自刊，七十五年十一月。

參考文獻

錢國成，破產法釋義，五南圖書出版公司，七十三年十一月。

儲有德、唐淑合著，各國法律之比較與作用，永然文化出版股份有限公司，八十二年六月。

戴東雄，繼承法實例解說（一），自刊，七十六年五月。

戴東雄、劉得寬合著，民法親屬與繼承，五南圖書出版公司，七十七年六月。

戴炎輝、戴東雄合著，中國繼承法，自刊，八十一年三月。

戴炎輝著，中國法制史，三民書局，八十年二月。

謝在全，民法物權論（上），自刊，八十一年六月。

羅傳賢，行政程序法論，五南圖書出版公司，八十九年十二月。

鹽野宏，行政法 I，月旦出版社股份有限公司，八十五年五月。

## 二、期刊、論文

尤重道，「無人承認之繼承登記實務研究」，土地事務月刊第二五八期。

文迪，「正視大陸地區公證書偽造及內容不實問題」，交流雜誌第五五期，九十年二月。

王文宇、白梅芳，「從經濟觀點論我國公司重整制度」，國家科學委員會研究彙刊（人文及社會科學）十卷四期，八十九年十月。

古錦祥，「如何維護在台單身亡故榮民之大陸親屬權益」，退輔會八十七年度研究年報。

田書墨，「談談大陸的公證制度--兼談『兩岸公證書使用查證協議』的有關問題」，共黨問題研究第十九卷第十期。

江大樹、陶儀芬，「裁併退輔會的理由與方式」，國家政策雙周刊第十九期，八十年十月十五日。

江玉林，「法主體性之建構與自由理念」，法理學論叢，楊日然教授紀念論文集，月旦出版社股份有限公司，八十六年六月。

吳天明，兩岸法律衝突與區際衝突法之研究 - 兼論港澳關係，東吳大學法研所八十七年碩士論文。

吳明軒，「重婚效力之探討」，月旦法學雜誌第七十期。

李孟融，「福利國家的憲法基礎 - - 及其基本權利衝突之研究」，法理學論叢，楊日然教授紀念論文集，月旦出版社股份有限公司，八十六年六月。

李建良，「大陸地區人民的人身自由權」，台灣本土法學第十一期。

李惠宗，「行政契約之研究」，中律會訊雜誌八十九年八月號。

李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準，台大法研所碩士論

文，民國七十七年六月。

沈榮欽，法律與經濟學的方法論爭議，月旦法學雜誌第十五期。

林山田，「別迷失在主義的叢林中」，台灣本土法學創刊號。

林文雄，「賴特布魯的政治哲學」，台大法學論叢第二卷第二期。

林秀雄，「無人承認繼承時贖餘財產之歸屬」，月旦法學雜誌第二十六期。

林金榮，「委託私人行使公權力之理論」（上），法令月刊第五十一期。

林政華，「從七十二年度台上字第八五號判決要旨看解約定金之規範功能與效力——以法律經濟分析為方法」，務實法學基金會判解研究彙編（一），九十年元月版。

林朝凱，「大陸地區公證制度暨兩岸公證法規之比較」，兩岸法律論文集第二輯，海基會編，八十三年十月。

林雅芬，「中共公證書及海基會認證之形式證據力」，萬國法律第五十八期。

林福隆，「解甲歸田的勇士們何去何從」，國魂雜誌五七一期，八十二年六月。

法治斌，「職權命令與司法審查」，台灣本土法學雜誌第十一期。

邱聯恭，「民事法院與行政法院的職權衝突問題」，民事訴訟法之研討（二），民事訴訟研討會，七十六年九月。

施俊堯，「淺談刑事判決簡化（上）」，司法周刊第一〇二五期。

胡順龍，「海峽兩岸公證書的效力」（上）（中）（下），司法周刊第九一三至九一五期。

張京育，「現代化洪流中的兩岸交流」，台灣再造論 2，社會大學有聲出

版社未來領袖學院系列 CD。

張耿銘，「大陸修法遏阻重婚、同居歪風，非婚生子女與婚生子女享同等權利」，聯合報 90.4.30 第十五版。

張瓊文，無人承認繼承遺產之研究，東海大學法研所八十八年碩士論文。

許士宦，「公證法修正內容概述」，台灣本土法學雜誌第三期。

許文義，「論機關間權限分配予職權行使」，月旦法學雜誌第六十六期。

郭振恭，「論繼承之標的（一）」，台灣本土法學第十六期。

陳春生，「行政法學上之風險決定與行政規則 - 以規範具體化行政規則為中心」，台灣本土法學雜誌第五期。

陳慈陽，「論規範具體化之行政規則在環境法中的外部效力」，台灣本土法學雜誌第五期。

陳愛娥，立法機關的社會政策形成自由與平等原則，台灣本土法學雜誌第十四期。

陳繼民，無人承認繼承遺產歸屬之研究---兼論特別緣故者之財產分與，輔仁大學法研所八十八年碩士論文。

曾華松，「理論之實踐和實踐之理論」 - - 最高行政法院判例之檢討，法令月刊第五十一卷第十期。

程立民，「論九二一緊急命令及其執行要點」，現代地政第二二六期。

黃朝盟，「公務人員職務輪調制度之影響評估」，行政暨政策學報第一期。

黃錦堂，「行政法的概念、起源與體系」，收錄於翁岳生編，行政法二〇〇〇（上）。

黃宗樂，「關於海峽兩岸婚姻、收養及繼承法律問題之研討」，收錄於兩

岸法律論文集，海基會出版，民國八十三年十月。

楊昌國，「海峽兩岸雙重婚姻之法內情」 - - 司法院大法官會議第二四二號解釋方法論上之檢討，務實法學基金會判解研究彙編（一），九十年元月版。

葛克昌，「租稅債務不履行與限制出境」，月旦法學雜誌第七十期。

董保城，「本土化職權命令法理建構之嘗試」，台灣本土法學雜誌第十一期。

榮光周刊第一八一五、一八三一期刊訊。

趙原孫，「公證書的實質證據力 - - 兼評最高法院八十六年台上字第二一四二號民事判決」，法令月刊第四十九卷第十二期。

劉宗德，「公法與私法之區別」，行政法爭議問題研究（上），台灣行政法學會主編，五南圖書出版公司，八十九年十二月。

劉南征，「涉台公證中遇到的幾個法律問題」，中國法學第三期，一九九〇年三月。

蔡志方，「論行政訴訟與民事訴訟共通之制度與法理」，月旦法學雜誌第四十七期。

蔡志方，論行政訴訟法上各類訴訟之關係〈上〉，月旦法學雜誌第五三期。

蔡英文，「大陸政策與兩岸關係答客問」法政類第四說明，民國八十九年十二月，該會網站。

鄭閔中，中國大陸公證制度之研究 - - 兼論兩岸公證書使用查證協議，文化大學大陸研究所八十七年碩士論文

鄭雲鵬，「談公證書之證據力」、「再談公證書之實質證據力兼論公證人之審查權」，司法周刊第八八四、九四二期。

謝福源，「大陸地區公證制度之介紹」，律師雜誌第二二七期。

鄭芷人，「公民社會與民主政治」，東海哲學研究集刊第六輯。

蘇永欽，「特別法怎麼個特別法」，司法周刊第一〇二一期。

蘇永欽，「職權命令的合憲性問題 - - 地方自治是否創造了特別的合憲存在基礎」，台灣本土法學雜誌第十一期。

蘇進強，「我國退輔政策與退輔會功能之檢討」，國家政策雙週刊五十八期，八十二年四月三十日。

### 三、相關網站

行政院國軍退除役官兵輔導委員會 - <http://www.vac.gov.tw/>

行政院大陸委員會 - <http://www.mac.gov.tw/>

財團法人海峽交流基金會資訊網站 - <http://www.sef.org.tw>

司法院 - <http://www.judicial.gov.tw/>

行政院法務部 - <http://www.moj.gov.tw/>

內政部 - <http://www.moi.gov.tw/>

財政部國有財產局 - <http://www.mofnpb.gov.tw/>

中央通訊社 - <http://www.cna.com.tw/>

## 實務見解索引

### 四劃

內政部內（八七）地字第0三二九一號函.....	27
內政部台（五六）內第字二四九七四五號函.....	29
內政部台（七五）內地字第四五四二〇八號函.....	50
內政部台（七六）內字第五一〇四五二號函.....	61
內政部台（七九）內戶字第七八四五一三號函.....	109
內政部台（八一）內地字第七六五六五號函.....	50, 61
內政部台（八三）內戶字第三〇二一七三號函.....	112
內政部台（八七）內地字第一二四九號函.....	50
內政部台（九十）內中地字第八一七六號函.....	50

### 五劃

司法行政部台（四四）公參字第六八八八號函.....	18
司法行政部台（五八）令民字第〇一九三號令.....	87, 90
司法行政部台（六四）函民字第〇〇〇〇五號函.....	59
司法行政部台（六七）函民字第〇〇二九六號函.....	46
司法院（五五）台函民字第六五六九號函.....	18
司法院（七四）秘台廳一字第〇一二一九號函.....	47
司法院（七八）秘台廳一字第〇一五八一號函.....	55
司法院（七四）院台廳一字第〇五七八六號函.....	19
司法院（七三）廳民一字第〇六七二號函.....	38
司法院（八一）廳民一字第〇二六九六號函.....	82
司法院（八一）廳民一字第第一六九七七號函.....	47
司法院（八二）秘台廳民三字第〇四九三八號函.....	40
司法院（八二）院台廳民三字第〇九四八七號函.....	64, 91
司法院（八三）秘台廳民三字第第一七六六九號函.....	83, 84, 85
司法院（八四）秘台廳民三字第一二六八二號函.....	67
司法院（八六）秘台廳民三字第〇九〇九〇號函.....	48, 49
司法院二十二年院字第八九八號解釋.....	8, 38
司法院二十三年院字第一一〇七號解釋.....	18, 39
司法院三十年院字第二二一三號解釋.....	18, 58
司法院三十一年院字第二二九九號解釋.....	58
司法院三十一年院字第二二九五號解釋.....	59
司法院三十四年院字第二八〇九號解釋.....	59
司法院三十四年院解字第三〇一八號解釋.....	41, 55

司法院大法官會議釋字第 2 號解釋.....	85
司法院大法官會議釋字第 37 號解釋.....	15
司法院大法官會議釋字第 188 號解釋.....	85
司法院大法官會議釋字第 204 號解釋.....	28
司法院大法官會議釋字第 205 號解釋.....	25
司法院大法官會議釋字第 211 號解釋.....	25
司法院大法官會議釋字第 228 號解釋.....	28
司法院大法官會議釋字第 242 號解釋.....	65
司法院大法官會議釋字第 246 號解釋.....	28
司法院大法官會議釋字第 269 號解釋.....	57
司法院大法官會議釋字第 305 號解釋.....	130
司法院大法官會議釋字第 313 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 322 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 324 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 327 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 336 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 345 號解釋.....	34, 70
司法院大法官會議釋字第 346 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 358 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 362 號解釋.....	65
司法院大法官會議釋字第 366 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 367 號解釋.....	34, 35
司法院大法官會議釋字第 373 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 380 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 382 號解釋.....	57
司法院大法官會議釋字第 384 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 390 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 394 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 395 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 400 號解釋.....	15
司法院大法官會議釋字第 402 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 404 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 409 號解釋.....	15, 34
司法院大法官會議釋字第 423 號解釋.....	77, 121
司法院大法官會議釋字第 425 號解釋.....	15
司法院大法官會議釋字第 428 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 436 號解釋.....	34

司法院大法官會議釋字第 437 號解釋.....	26
司法院大法官會議釋字第 438 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 440 號解釋.....	15
司法院大法官會議釋字第 442 號解釋.....	28, 34
司法院大法官會議釋字第 443 號解釋.....	33, 34, 35
司法院大法官會議釋字第 444 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 445 號解釋.....	28, 34
司法院大法官會議釋字第 454 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 456 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 462 號解釋.....	34, 57
司法院大法官會議釋字第 466 號解釋.....	120, 130
司法院大法官會議釋字第 468 號解釋.....	28
司法院大法官會議釋字第 471 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 474 號解釋.....	25, 34
司法院大法官會議釋字第 475 號解釋.....	27
司法院大法官會議釋字第 476 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 477 號解釋.....	28
司法院大法官會議釋字第 479 號解釋.....	35
司法院大法官會議釋字第 485 號解釋.....	22
司法院大法官會議釋字第 491 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 493 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 497 號解釋.....	26, 34
司法院大法官會議釋字第 505 號解釋.....	35
司法院大法官會議釋字第 510 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 511 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 513 號解釋.....	15
司法院大法官會議釋字第 514 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 516 號解釋.....	15
司法院大法官會議釋字第 520 號解釋.....	33
司法院大法官會議釋字第 522 號解釋.....	34
司法院大法官會議釋字第 524 號解釋.....	34, 35
司法院司法業務研究會七十一年三月第一期研究意見.....	46
台中地方法院七十六年家催字第五十號裁定.....	53
台中地方法院七十六年繼字第九 五號裁定.....	18
台中地方法院七十九年家聲字第五號裁定.....	45
台中地方法院八十七年家催字第二 0 六號裁定.....	53
台北地方法院七十七年家訴字第九十八號判決.....	23

台北地方法院七十八年訴字第七七八0號判決.....	23
台北地方法院七十八年訴字第七八0號判決.....	105
台北地方法院七十九年家訴字第一一一號判決.....	121
台北地方法院七十九年家訴字第十號判決.....	17, 23
台北地方法院八十年家訴字第二十二號判決.....	115
台北地方法院八十年家訴字第八十二號判決.....	115
台北地方法院八十年家訴字第四十二號判決.....	23
台北地方法院八十年家簡字第七號簡易判決.....	23
台北地方法院八十一年拍字第一三00號.....	56
台灣高等法院七十九年上字第四六三號判決.....	22
台灣高等法院八十五家抗字第一一一號裁定.....	33, 39
台灣高等法院八十七年上訴字第三八0四號判決.....	22
台灣高等法院八十七年家上字第三十五號判決.....	54
台灣高等法院八十七年家上字第五號判決.....	67
台灣高等法院八十七年家抗字第一三0號裁定.....	49, 68
台灣高等法院八十七年家抗字第一三三號裁定.....	1
台灣高等法院八十七年家抗字第一四四號裁定.....	53
台灣高等法院八十七家上字第七二八號判決.....	56
台灣高等法院八十八年上易字第一六六五號判決.....	22
台灣高等法院八十八家抗字第一二五號裁定.....	47
台灣高等法院八十八家抗字第七一號裁定.....	47
台灣高等法院八十八家抗字第九號裁定.....	49
台灣高等法院八十九年家上字第九八0號判決.....	86
台灣高等法院八十九年家上字第二0八號判決.....	84
台灣高等法院八十九年家再抗字第八號裁定.....	67
台灣高等法院八十九家抗字第二一三號裁定.....	39
台灣高等法院八十九家抗字第六十四號裁定.....	39
台灣高等法院台中分院九十年度家抗字第三號民事裁定.....	48
外交部外(八六)領三字第030二八七三0號函.....	114

## 六劃

考試院(九十)考台法字第00五六九號令.....	57
行政院八十二年判字第一八二二號判決.....	70
行政院八十八年度裁字第一五五號裁定.....	22, 127
行政院八十九年度裁字第二二六號裁定.....	129
行政院(五九)內字第六二九四號令.....	19
行政院(八一)台字第三一六六九號令.....	16

行政院（九十）法字第 0 0 八 0 四八號令.....	57
行政院台（六九）內字第一 六五一號函.....	19
行政院台（七二）財字第 二二五九三號函.....	19
行政院大陸委員會（八三）陸法字第一六三三二號函.....	112
行政院大陸委員會（八五）陸法字第 0 七 0 三九號函.....	27
行政院大陸委員會（八五）陸法字第一一六四三號函.....	112
行政院大陸委員會（八六）陸法字第一七三 0 一號函.....	30
行政院大陸委員會（八七）陸法字第八六一六五一九號函.....	83, 84, 85

## 八劃

板橋地方法院八十年訴字第三四五號判決.....	23
板橋地方法院八十六年拍字第三三八號民事裁定.....	56
法務部（七四）律字第一二四 0 五號函.....	38
法務部（八十）律字第四 0 五六號函.....	38
法務部法（七三）律字第九五二號函.....	18, 41, 54
法務部法（七四）律字第一一八八九號函.....	58
法務部法（七七）律字第二二六二九號函.....	49
法務部法（七九）律字第九 0 七一號函.....	56
法務部法（八二）律字第二七一四七號函.....	27
法務部法（八五）律決字第一二一 0 三號書函.....	27
法務部法（八六）律字第一一一 0 一號函.....	113
法務部調查局（八九）廉二字第 0 四二四七 0 號函.....	22

## 九劃

南投縣榮民服務處（八七）投縣處字第二 0 八九號書函.....	129
---------------------------------	-----

## 十劃

海基會（八四）海仁（法）字第 0 九七三五號函.....	58
財政部（六七）台財稅地三三五四三號函.....	66
財政部（八二）台財稅第 0 一六八三八 0 號函.....	111
財政部（八四）台財產一第 0 0 六 0 二八號函.....	27
財政部（八七）台財稅一九三三四一五號函.....	66
退輔會（八一）輔壹字第 0 四八四八號函.....	22
退輔會（八二）輔壹字第九六四三號函.....	40
退輔會（八六）輔壹字第一八 0 四一號.....	127
退輔會（八八）輔壹字第 0 七九六四號令.....	34, 72
退輔會（八九）輔壹字第 0 一五九 0 號函.....	34, 72
退輔會（八九）輔壹字第 0 四七九 0 號函.....	66

退輔會（八九）輔壹字第一七五五七號函.....	54
退輔會（八九）輔壹字第一六三六八號函.....	104
退輔會（九十）輔壹字第00八七七號函.....	22
退輔會（九十）輔壹字第一三二九二號函.....	10, 35, 135
退輔會（九十）輔壹字第二四八四號函.....	58, 60

#### 十二劃

最高法院二十九年上字第八六七號判例.....	27
最高法院五十三年台上字第一九二八號判例.....	27
最高法院六十二年台上字第一六一八號判例.....	19
最高法院六十八年台上字第二六八六號判例.....	55, 56
最高法院七十四年台上字第二0二四號判例.....	38
最高法院七十七年度第十四次民事庭會議決議.....	55
最高法院八十年台上字第一五七號判決.....	23
最高法院八十年台上字第九三三號判決.....	22, 115
最高法院八十年台上字第二七三六號判決.....	89
最高法院八十年台上字第五二五號判決.....	33
最高法院八十三年台上字第二七一五號判決.....	70, 127
最高法院八十五年台上字第六八四號判決.....	40, 81
最高法院八十六年台上字第五五0號判決.....	56, 86
最高法院八十八年家抗字第四五五號裁定.....	39
最高法院八十九年台非字一九四號判決.....	21
最高法院八十九年台簡上字第二十九號判決.....	83
最高法院九十年第三次民事庭會議決議.....	19

#### 十四劃

彰化地方法院八十四年管字第十四號裁定.....	53
-------------------------	----

## 關鍵詞索引

公法財團-----	33
公權力主體-----	117, 118
平等觀-----	25
目的性限縮-----	10
立法裁量-----	28
多階段行政處分-----	70
有權利即有救濟-----	120
老人福利-----	138
行政先例-----	51
判決要件-----	128
利益說-----	116, 119
事物之本質-----	25
事後同意-----	34
事後追認-----	34
事實通知-----	127, 129
制度保障-----	15
委託私人行使公權力之理論-----	146
法治國-----	120, 131, 133, 137, 142
法域-----	17
法規性命令-----	123
知識經濟-----	135
社會法-----	3, 137
社會國原則-----	2, 133
社會義務性-----	15
保護義務-----	2
相對保障-----	15
弱勢族群-----	133, 137
消費寄託-----	41, 55
區際衝突法-----	17, 143, 145
國家任務-----	2, 90
國家高權-----	10, 118
涵攝-----	10
規範具體化之行政規則-----	35, 147
普遍 ( universal ) 主義-----	137
程序選擇權-----	119, 130

## 關鍵詞索引

絕對保障-----	15
給付行政-----	33, 119
訴訟要件-----	128
資訊公開-----	57, 135
對第三人效力-----	15
福利國-----	2, 134, 137, 145
層級化之保留體系-----	33
適當功能之機關結構-----	90
憲法委託-----	16

## 附錄

- 附錄一、退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法.....頁 160
- 附錄二、行政院大陸委員會與財團法人海峽交流基金會簽訂之委託契約及附件.....頁 162
- 附錄三、兩岸公證書使用查證協議.....頁 165

## 退除役官兵死亡無人繼承遺產管理辦法

民國八十二年一月二十日行政院國軍退除役官兵輔導委員會(82)輔壹字第 四七八號令發布  
民國八十三年十月二十九日行政院國軍退除役官兵輔導委員會(83)輔壹字第二二一六一號令修正  
發布第七條條文

民國八十四年十一月一日行政院國軍退除役官兵輔導委員會(84)輔壹字第二五二二六號令修正發  
布第四條、第五條及第七條條文

民國八十六年五月二十九日行政院國軍退除役官兵輔導委員會(86)輔壹字第一 二三二號令修正  
發布第一條及第七條條文

民國八十八年五月十一日行政院國軍退除役官兵輔導委員會(88)輔壹字第 0 七九六四號令修正發  
布

第 一 條 本辦法依臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱本條例）第  
六十八條第三項規定訂定之。

第 二 條 退除役官兵死亡（以下簡稱亡故退除役官兵）無人繼承遺產，依本  
辦法之規定辦理。本辦法未規定者，適用其他法令之規定。

第 三 條 本辦法所稱退除役官兵死亡無人繼承遺產，係指退除役官兵死亡，  
無繼承人、繼承人有無不明或繼承人因故不能管理之遺產。

第 四 條 亡故退除役官兵遺產，除設籍於行政院國軍退除役官兵輔導委員會  
（以下簡稱輔導會）所屬安養機構者，由該安養機構為遺產管理人  
外；餘由設籍地輔導會所屬之退除役官兵服務機構為遺產管理人。

第 五 條 遺產管理人對亡故退除役官兵之遺產，應詳予清查並妥慎處理。

第 六 條 遺產管理人對亡故退除役官兵之遺產，應向其住所地之法院聲請對  
大陸地區以外之繼承人、債權人及受遺贈人分別依民法規定為公示  
催告。被繼承人之債權人或受遺贈人為已知者，應通知其陳報權利  
。

遺產管理人如因管理亡故退除役官兵遺產而有必要時，得由行政院  
設立或指定之機構或委託之民間團體，公告協尋大陸地區繼承人依  
法承認繼承。

第六條之一 遺產管理人於接管遺產後，經審認大陸地區繼承人身分有疑義時，應通知該繼承人補足證明文件或循司法程序確認繼承權。

第七條 遺產管理人依規定移交大陸地區繼承人或受遺贈人之遺產，除有下列情形之一者外，應於本條例第六十六條第一項規定之表示繼承期間屆滿後辦理：

一、經法院判決確定移交遺產者，應依確定判決移交。

二、依第六條第一項規定所為公示催告，其期間屆滿在本條例第六十六條第一項規定之表示繼承期間屆滿後者，應於公示催告期間屆滿後移交。

遺產管理人於公示催告所定期限或大陸地區人民應為繼承表示之期限屆滿，無人繼承之遺產，除依本條例第六十八條第四項規定捐助設置財團法人榮民榮譽基金會者外，於清償債權、交付遺贈物並扣除第八條支出之費用後，如有賸餘，應移交國庫。

第八條 遺產管理人因管理遺產及辦理亡故退除役官兵善後支出之費用，得由遺產內扣除。

第八條之一 遺產管理人為清償債權、交付遺贈物或移交遺產給大陸地區繼承人，有變賣遺產之必要者，應聲請法院許可後辦理。

依前項規定處分之遺產，其遺產總額以實際售價為準。

第九條 遺產管理人應將遺產保管、清償、交付、移交及費用扣除之情形，定期陳報輔導會核備。

第十條 輔導會對各遺產管理人保管亡故退除役官兵遺產情形，應定期實施督導。

第十一條 本辦法作業程序，由輔導會定之。

第十二條 本辦法自發布日施行。

## 行政院大陸委員會與財團法人海峽交流基金會

### 簽訂之委託契約及附件

立契約書人行政院大陸委員會（以下簡稱甲方）為處理臺灣地區與大陸地區人民往來衍生之問題，特依行政院委託民間團體辦理大陸事務要點，委託財團法人海峽交流基金會（以下簡稱乙方）處理有關中介事務，雙方同意訂立本契約，其條款如次：

第 一 條 （委託事項）

甲方委託乙方處理之中介事務如附件，雙方並得以合意增減其項目。

第 二 條 （設立分支機構）

乙方因處理委託事務之需要，在第三地區或大陸地區設立分支機構時，應先徵得甲方之書面同意。

第 三 條 （自行處理）

乙方應自行處理委託事務，非經甲方事先書面同意，不得使第三人代為處理。乙方得使第三人代為處理之委託事務，以非長期性者為限。

第 四 條 （對第三人行為之責任）

乙方依前條規定，使第三人代為處理委託事務者，僅對該第三人之選任及所為之指示，負其責任。

乙方違反前條規定，使第三人代為處理委託事務者，就該第三人之行為，應與自己之行為負同一責任。

第 五 條 （利他約定）

乙方經甲方同意使第三人代為處理委託事務者，應使甲方得直接請求該第三人履行。

第 六 條 （指示權）

乙方處理委託事務，應受甲方指示、監督，乙方並應以善良管理人之注意為之。但乙方處理委託事務，係依甲方之具體指示為之者，乙方不負責任。

乙方非有急迫之情事，並可推定甲方若知有此情事亦允許變更其指示者，不得變更甲方之指示。

第 七 條 （報告義務）

乙方應將委託事務進行之狀況，按季或應甲方之要求隨時報告甲方。於委託關係終止時，並應報告其始末。

第 八 條 （核備事項）

乙方為處理委託事務之必要而訂定或修正之各種辦事細則、辦法等，應送甲方核備。甲方認有不妥之處，得指示乙方修正。

第 九 條 （費用收取）

乙方為處理委託事務，得向委託機關以外之第三人收取費用時，應訂定收費標準，並送甲方核備。其修正亦同。

第 十 條 （違約責任）

乙方因處理委託事務有故意、過失或因逾越權限之行為所生之損害，對於甲方應負賠償之責。如因而致甲方對第三人應負賠償責任時，甲方於賠償後，得對乙方求償。

乙方就其本身及會務人員處理委託事務之責任，應投保責任險，並使甲方優先受償。

第 十 一 條 （獎懲建議）

乙方之會務人員辦理委託事務有績效者，甲方得建議乙方為適當之獎勵。

乙方之會務人員辦理委託事務有疏失者，甲方得建議乙方為適當之懲處。

第 十 二 條 （經費補助）

乙方因處理委託事務所需之經費，由雙方另行商定。

第 十 三 條 （終止條款）

甲方因政策變更或可歸責於乙方之事由，得隨時終止本契約委託事務之全部或一部。

甲方因政策變更，於不利於乙方之時期終止契約者，應補償乙方之必要費用。

甲方終止契約時，乙方仍應依甲方之指示繼續處理後續事宜。

第 十 四 條 （契約期間）

本契約有效期間自中華民國八十年四月九日起至八十一年四月八日止，為期壹年。期限屆滿前壹個月內，雙方如無異議，自動延長壹年。再次期滿者，亦同。

甲 方 行政院大陸委員會 臺北市忠孝東路一段一號

附錄二

代表人 施啟揚

乙 方 財團法人海峽交流基金會 臺北市敦化北路二〇一號十樓

代表人 辜振甫

中 華 民 國 八 十 年 四 月 九 日

## 兩岸公證書使用查證協議

民國八十二年五月十三日行政院第二三三一次會議准予備查

行政院臺八十二秘字第一五九九二號函

民國八十二年五月二十四日司法院(82)院臺廳司三字第0九一八一號函會銜分行

考試院(82)考臺秘議字第一六六六號函

財團法人海峽交流基金會與海峽兩岸關係協會、中國公證員協會，就兩岸公證書使用查證事宜，經協商達成以下協議：

### 一、聯繫主體

- (一) 關於寄送公證書副本及查證事宜，雙方分別以財團法人海峽交流基金會與中國公證員協會或有關省、自治區、直轄市公證員協會相互聯繫。
- (二) 本協議其他相關事宜，由財團法人海峽交流基金會與海峽兩岸關係協會聯繫。

### 二、寄送公證書副本

- (一) 雙方同意相互寄送涉及繼承、收養、婚姻、出生、死亡、委託、學歷、定居、扶養親屬及財產權利證明公證書副本。
- (二) 雙方得根據公證書使用需要，另行商定增、減寄送公證書副本種類。

### 三、公證書查證

#### (一) 查證事由

公證書有下列情形之一，雙方應相互協助查證：

1. 違反公證機關有關受理範圍規定；
2. 同一事項在不同公證機關公證；
3. 公證書內容與戶籍資料或其他檔案資料記載不符；
4. 公證書內容自相矛盾；
5. 公證書文字、印鑑模糊不清，或有塗改、擦拭等可疑痕跡；
6. 有其他不同證據資料；
7. 其他需要查明事項。

#### (二) 拒絕事由

未敘明查證事由，或公證書上另加蓋有其他證明印章者，接受查證一方得附加理由拒絕該項查證。

#### (三) 答覆期限

接受查證一方，應於收受查證函之日起三十日內答覆。

#### (四) 查證費用

提出查證一方應向接受查證一方支付適當費用。

查證費用標準及支付方式由雙方另行商定。

四、文書格式

寄送公證書副本、查證與答覆，應經雙方協商使用適當文書格式。

五、其他文書

雙方同意就公證書以外的文書查證事宜進行個案協商並予協助。

六、協議履行、變更與終止

雙方應遵守協議。

協議變更或終止，應經雙方協商同意。

七、爭議解決

因適用本協議所生爭議，雙方應儘速協商解決。

八、未盡事宜

本協議如有未盡事宜，雙方得以適當方式另行商定。

九、簽署生效

本協議自雙方簽署之日起三十日後生效實施。

本協議於四月廿九日簽署，一式四份，雙方各執兩份。

財團法人海峽交流基金會

代表 辜振甫 邱進益

海峽兩岸關係協會

代表 汪道涵 唐樹備

中 華 民 國 八 十 二 年 四 月 廿 九 日

附註：

- 一、關於增加寄送公證書副本種類事宜（財團法人海峽交流基金會與大陸海峽兩岸關係協會以換文方式確認，並自民國八十四年二月一日起生效）：

財團法人海峽交流基金會與海峽兩岸關係協會、中國公證員協會依據「兩岸公證書使用查證協議」第二條規定，商定增加寄送涉及稅務、病歷、經歷、專業證明等四項公證書副本。

- 二、自中華民國八十六年六月起，兩岸公證書副本之寄送範圍，即增加大陸地區產製之農藥、動物用藥品、飼料及飼料添加物、肥料、人用藥品、醫療器材、一般化妝品（眼線及睫毛膏）、含藥化妝品、食品添加物、水產品、錠狀膠囊狀食品、特殊營養食品、環境衛生用藥品等物品之產品許可製售證明文

件、涉及授權文書、製造工廠資料、標籤及說明書、水產品霍亂弧菌陰性證明或投藥殺菌證明、成分證明文件、產品檢驗證明文件之公證書副本。

## 論文摘要

遺產管理制度橫跨身分法及財產法兩領域，民法學者就此中間領域尚論述無多，遑論係針對單身亡故榮民之遺產管理，係依兩岸人民關係條例授權由主管機關退輔會及其所屬安養、服務機構為之，在法制的設計上更添加了公法性質，迥異於民法上以親屬會議為中心之機制。

為釐清實務見解及該會遺產管理作業正當性，本研究以五章探究單身亡故榮民遺產制度，依序為：

### 第一章、緒論

於第一節說明研究背景、動機；次節則提出研究限制、方法及範圍。

### 第二章、單身亡故榮民遺產之界定及性質

首節先界定單身亡故榮民遺產及態樣；次節則探討其性質，並與各國立法例之相關規定加以比較。

### 第三章、單身亡故榮民遺產管理的法制

先論本制度之法源依據（台灣地區與大陸地區人民關係條例及民法等規定）；再探討退輔會任遺產管理人如何行使職務；末節論述現行退輔會就本制度之作業程序。

### 第四章、實務遭遇的問題及法律上爭議

除了探討退輔會任遺產管理人時，與其他財產管理人職務競合之情形外；另詳述大陸公證書之真偽及不實疑義等具代表性之實務問題。末節則呈現實務見解的更迭，並以公法與私法區分理論評析審判權應如何歸屬。

### 第五章、結論與建議

總結前述，提出個人羸淺的研究發現及建議，並期能在後續研究中擴大對社會福利制度的探討。

透過上述的研究分析，祈望主管機關能在本文的輔弼下，更加精進單身榮民遺產管理作為，俾符制度設計目的。



# 簡目

<b>第一章 緒論 .....</b>	<b>1</b>
第一節 研究背景與動機.....	1
第二節 研究限制、方法及範圍 .....	4
<b>第二章 單身亡故榮民遺產之界定及性質 .....</b>	<b>7</b>
第一節 單身亡故榮民遺產之界定.....	7
第二節 單身亡故榮民遺產之性質 .....	12
<b>第三章 單身亡故榮民遺產管理法制及運作 .....</b>	<b>15</b>
第一節 緒說 .....	15
第二節 法源依據.....	17
第三節 退輔會任遺產管理人職務之行使.....	37
第四節 退輔會處理單身亡故榮民遺產事件作業程序 .....	62
<b>第四章 單身亡故榮民遺產管理實務問題與爭議 .....</b>	<b>75</b>
第一節 緒說 .....	75
第二節 退輔會與其他財產管理人職務競合之情形 .....	76
第三節 大陸公證書之真偽及不實之疑義 .....	91
第四節 實務對公法與私法認知之差異 .....	116
<b>第五章 結論與建議 .....</b>	<b>133</b>
第一節 研究發現 .....	134
第二節 研究建議 .....	135
第三節 後續研究 .....	137
<b>參考文獻 .....</b>	<b>139</b>
<b>實務見解索引 .....</b>	<b>151</b>
<b>關鍵詞索引.....</b>	<b>157</b>
<b>附錄 .....</b>	<b>159</b>



# 詳目

<b>第一章 緒論 .....</b>	<b>1</b>
第一節 研究背景與動機.....	1
第二節 研究限制、方法及範圍 .....	4
<b>第二章 單身亡故榮民遺產之界定及性質 .....</b>	<b>7</b>
第一節 單身亡故榮民遺產之界定.....	7
一、在台及大陸均無民法第一千一百三十八條之繼承人或有無不明者.....	7
二、在台無繼承人、於大陸地區有繼承人者.....	8
三、在台繼承人均拋棄繼承者.....	9
四、單身榮民失蹤致生死不明者.....	9
五、亡故榮民繼承人因故不能管理其遺產者.....	9
第二節 單身亡故榮民遺產之性質 .....	12
<b>第三章 單身亡故榮民遺產管理法制及運作 .....</b>	<b>15</b>
第一節 緒說 .....	15
第二節 法源依據.....	17
第一項 兩岸阻隔時期.....	18
第二項 開放探親後至兩岸人民關係條例施行前.....	21
第三項 兩岸人民關係條例施行後.....	25
一、兩岸人民關係條例第六十六條.....	26
二、兩岸人民關係條例第六十七條.....	28
三、兩岸人民關係條例第六十七條之一 .....	31
四、兩岸人民關係條例第六十八條.....	32
第三節 退輔會任遺產管理人職務之行使.....	37
第一項 遺產管理人之產生.....	37
第二項 遺產管理人之職務.....	41
一、編製遺產清冊（民法第一千一百七十九條第一項第一款） .....	41
二、為保存遺產必要之處置(民法第一千一百七十九條第一項第二款).....	44
三、對於繼承債權人及受遺贈人公告之聲請與通知（民法第一千一百七十九條第一項第三款） .....	52
三、對於繼承債權人及受遺贈人公告之聲請與通知（民法第一千一百七十	

九條第一項第三款)	53
四、清償債權或交付遺贈物(民法第一千一百七十九條第一項第四款)	54
五、遺產之變賣(民法第一千一百七十九條第二項後段)	56
六、報告或說明遺產狀況(民法第一千一百八十條規定)	57
七、有繼承人承認繼承或遺產歸屬國庫時,為遺產之移交(民法第一千一百七十九條第一項第五款)	58
第四節 退輔會處理單身亡故榮民遺產事件作業程序	62
<b>第四章 單身亡故榮民遺產管理實務問題與爭議</b>	<b>75</b>
第一節 緒說	75
第二節 退輔會與其他財產管理人職務競合之情形	76
第一項 與地政機關間	76
第二項 與遺囑執行人間	79
第三項 與破產管理人間	87
一、占有破產財團之財產而發生之職務	87
二、管理破產財團之財產而發生之職務	88
三、變價分配破產財團之財產而發生之職務	89
第三節 大陸公證書之真偽及不實之疑義	91
第一項 緒說	91
第二項 大陸公證制度概述	92
第三項 海基會及退輔會實務所遇公證書真偽及不實問題	95
一、遲延寄送公證書副本	95
二、拒絕寄送公證書副本	95
三、公證處拒絕為當事人辦理涉台公證書	97
四、公證書形式要件問題	98
五、公證書正、副本內容不符	98
六、公證書內容矛盾	101
七、偽造及變造公證書	102
八、繼承遺產相關之公證書出現不同版本	106
九、大陸繼承人身分之確認	108
十、死亡公證書所載死者並未死亡	109
十一、回覆查證結果未附理由或語焉不詳	110
十二、另出具公證書對內容有誤之公證書加以更正或補充	110
十三、公證書所載簡體字與繁體字是否同一	111
第四節 實務對公法與私法認知之差異	116

第一項 公法與私法之區分.....	116
一、利益說（Interessentheorie）.....	116
二、從屬說（Subordinationstheorie）.....	116
三、舊主體說（aeltere Subjektstheorie）.....	117
四、新主體說（neuere Subjektstheorie）.....	117
第二項 早期實務見解.....	121
第三項 近期實務見解.....	127
<b>第五章 結論與建議 .....</b>	<b>133</b>
第一節 研究發現 .....	134
第二節 研究建議 .....	135
第三節 後續研究 .....	137
<b>參考文獻 .....</b>	<b>139</b>
一、書籍.....	139
二、期刊、論文.....	145
三、相關網站.....	150
<b>實務見解索引 .....</b>	<b>151</b>
<b>關鍵詞索引.....</b>	<b>157</b>
<b>附錄 .....</b>	<b>159</b>



## 圖目錄

圖一、 單身亡故榮民遺留財物清理作業流程 .....	頁 43
圖二、 退輔會對單身亡故榮民遺留不動產處理程序 .....	頁 52
圖三、 審理單身亡故榮民遺產繼承標準作業程序 .....	頁 69
圖四、 單身亡故榮民遺產處理流程圖 .....	頁 73

## 凡例

- 一、 本論文之註解為數甚夥，其性質除引證來源出處外，尚有對正文補充說明之作用。為方便閱讀，均直接附於當頁正文之下。格式上係以著者，書名，出版年月，頁碼標註。引自期刊文章者，則係以著者，「文章」，期刊名，期別，出版年月，頁碼標註。並於參考文獻中依筆劃順序詳列整理。
- 二、 本論文引用之各行政機關函釋、司法院解釋、各法院（含地方、高等、最高及行政法院）之判決或判例，均只引其案號，不附註其彙編版本。蓋上述機關之解釋及判例查閱容易，各該機關網站多有載明，無須贅註。
- 三、 至註解中所引用之報紙及網站，前者註明報紙名稱，出版年月日，版面；後者則逕以其全球資訊網網址註明。
- 四、 外國文獻之引用亦係以著者，書名，出版年月，頁碼註明。引用多頁時，則以 pp.某頁至某頁標明。
- 五、 本論文所引用之德文或法律專門語彙，係採學界一般中譯名稱，為查閱方便，文末關鍵詞索引已詳列。



## 謝誌

在忙碌的工作、繁重的課業及準備國家考試的三重壓力下，好不容易完成了這篇八萬字的研究。

本研究係單身亡故榮民遺產管理制度之首部專論，在探討的過程中，才發現所涉領域竟是如此浩瀚，屢次想放下筆來休息，但一想到父母及師長的殷殷關切，又打起精神力拼下去。

本文能順利完成，首應感謝指導教授李惠宗博士的耳提面命及諄諄教誨，師恩浩瀚，無以為報。

另外感謝吳介英教授及簡春安教授對本文提供諸多寶貴的意見，謙沖的風範及對後學的提攜態度，筆者永銘在心。

而實務界好友許見宗代書、林信政警官、洪景明檢察官、許嘉昇律師及黃綵君法官專業上的協助，更是本文能完成的重要基石。另感謝同窗王光旭、姜祖華、李潤身、蔡志鴻、韋漢樑、李美麗、王安祿、邱瑞淙、季凱群、洪益祥、顏輝德、翁良杰、林華彬、高均約、王俊富、陳浩華、潘宗良及好友陳玉發、王耀賢、張瑞英、李文菁、王慧晶等於在學期間知識上的交流，獲益匪淺。

特別值得一提的是，在論文初稿階段，有幸參加「周祖孝文教基金會」所舉辦的第一屆博、碩士論文比賽，僥倖獲第三名榮譽，並於民國九十年十月十五日在立法院就本研究邀集退輔會及海基會等代表召開座談會，深感莫大榮耀，並感謝該會評審王遐昌執行長、賴士葆立委、許士軍教授及吳秉恩教授之肯定。

尤其感謝是論文初稿時為女友，2001年底升格為太太的蕭慧雯小姐，若無賴其高超的電腦功力及加油打氣，本文無能完成，謹致上十二萬分的謝意。

最後，謹以本文獻給我敬愛的雙親！

東海大學公共行政研究所研究生：程立民