

彰化縣地政士公會 會刊 第265期

目 錄	作者/出處	頁
編輯室報告	會刊編輯委員會	1
會務報導	會刊編輯委員會	2
法規專論一		
依法學方法論「談民法誠實信用原則與漏洞補充」 之重點整理兼讀後感(下)	蔣龍山	4
實用土地登記案例研析－繼承登記	鄭竹祐	10
健康天地一		
民俗療法調理保健外敷藥膏之製造方法與用途(續)	蔣龍山	15

發行：彰化縣地政士公會 理事長 阮森圳
編輯：會刊編輯委員會
主任委員：蔣龍山，副主任委員：賴錦生
委員：楊美玉、許瑞楠、李秀雀、謝金助、
劉輝龍、林美蘭
會址：員林鎮惠明街 278 號 1 樓
電話：(04)835-2525 傳真：(04)833-7725
網址：<http://www.chcland.org.tw>

編輯室報告

會刊編輯委員會訊息：

本期法規專論(一):依法學方法論「談民法誠實信用原則與漏洞補充」之重點整理兼讀後感(下)，是延續 4 月份 264 期(上)之後段內容，請我彰化縣地政士同業們依 4 月份 264 期上半段內容繼續研讀 5 月份 265 期下半段之內容連貫起來熟讀，必對於法學論叢，法學之相關學術論文或法院判決文，將會大有助益，進而加以批判，提昇法律專業學術更能精進。另法規專論(二):實用土地登記案例研析～繼承登記之文中，提出二個案例供會員同業研習。案例一:甲被養父乙，養母丙收養，丙死後，因家境困難，遂與養父乙終止收養，問甲得否繼承本生父母之財產？案例二:甲死亡時，原有子乙、丙二人繼承，但乙先甲死亡，由丁、戊代位繼承，後丙拋棄繼承，問丙之子己、庚、辛與乙之子丁、戊如何繼承甲之財產(其應分如何計算)?以上二案例非常靈活，經常會碰到，會員同業如能熟悉演習，對於職業水準，一定大有助益。

其次健康天地，此期提供壹、民俗療法調理保健外敷藥膏之製造方法與用途(續)，貳、易經之五行木、火、土、金、水、相生、相剋與五臟:肝、心、脾、肺、腎之關係性病徵，這些相生、相剋關係都是循環性的，永不停止的。我們可藉由補瀉之手法，來達到五行之平衡，亦即是五臟之平衡，即是虛者補其母，實者瀉其子，以恢復五臟循環之平衡，進而恢復健康。這些五行對應五臟之相關性疾病，是很多年老資深地政士們，經常提問的問題，本文在此特別用易經五行之圖案整理出來，讓大家印象較容易深刻、較容易了解。(即是使用圖解印象深刻法，即是所謂看圖說故事)。

別總是自己跟自己過不去
每個人都自己的活法

用心做自己該做的事
不要過於計較別人的評價

不妨暫時丟開煩心事
自己感覺幸福就是幸福

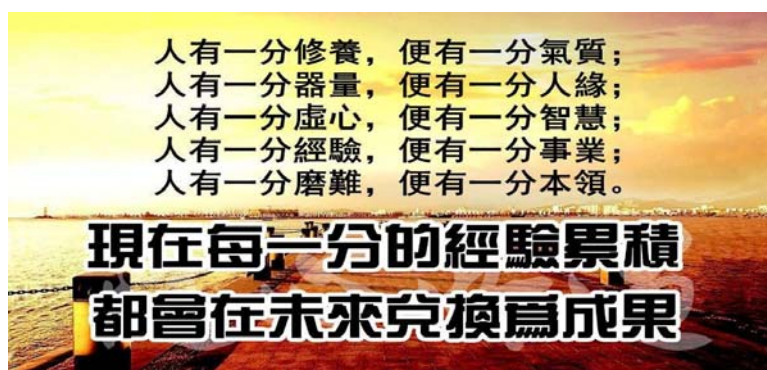
最重要的是今天的心
珍惜自己才會擁抱生活

會 務 報 導



- 102/05/02 通知全體會員本會訂於 102 年 5 月 16 日假彰化縣地方稅務局 3 樓簡報室舉辦 102 年度第 3 次會員教育講習，講題：遺產及贈與稅網路申報（講師：中區國稅局-廖純純小姐）、網路圖資之運用（講師：彰化地政-曾再宏先生）、建物測量繪圖軟體（講師：和美地政-吳奇聰測量員）。
- 102/05/02 通知全體會員本會訂於 102 年 5 月 16 日假本會會議室舉辦 102 年度第 2 期「會員執業經驗分享」研討會，研討主題：非表格化之申請書如何撰寫，講師：法規研究委員會主委莊谷中。
- 102/05/02 通知全體會員本會訂於 102 年 5 月 26 日、6 月 2 日假明道大學舉辦 102 年度第 1 期地政士專業訓練研習班，共計 12 小時，研習科目：民法繼承制度修法之研析，講師：彰化地方法院康弼周法官。
- 102/05/02 通知彰化區理監事於 102 年 5 月 4 日參加會員黃成業往生告別式。
- 102/05/04 會員黃成業往生告別式，本會除依婚喪禮儀辦法致奠儀金，並由阮理事長森圳、黃常務理事敏烝、鐘常務理事銀苑、蔣理事龍山及劉理事輝龍親自前往參加告別式。
- 102/05/06 通知全體理監事及法規研究委員會莊主委谷中於 102 年 5 月 7 日拜訪黃文玲立法委員支持推行不動產實價登錄相關法規修法。
- 102/05/06 通知北斗區理監事於 102 年 5 月 18 日參加會員許孟庭之子結婚典禮。
- 102/05/07 通知全體會員本會訂於 102 年 6 月 9、10 日舉辦 102 年度會員暨眷屬聯誼旅遊活動—宜蘭龜山島知性之旅。
- 102/05/07 本會為全體會員投保團體意外險，並附兆豐產物保險股份有限公司團體傷害保險證交會員收存。
- 102/05/07 會員陳梅雪之父往生告別式，本會除依婚喪禮儀辦法致奠儀金，阮理事長森圳、黃常務理事敏烝、鐘常務理事銀苑、蔣理事龍山親自前往參加告別式。
- 102/05/10 行文彰化縣政府地政處檢送本會第八屆第五次理監事聯席會會議紀錄乙份。
- 102/05/13 通知全體理監事於 102 年 5 月 19 日參加和美地政事務所黃主任秋生之子結婚典禮。
- 102/05/13 請全體理、監事自薦或推薦會員參加內政部舉辦之「中華民國第 18 屆地政貢獻獎」選拔，並請於 102 年 5 月 31 日前依選拔要點及規定格式(含相關事蹟資料)逕送本會。

- 102/05/15 通知全體理監事及法規研究委員會莊主委谷中於 102 年 5 月 16 日拜訪黃文玲立法委員支持推行不動產實價登錄相關法規修法。
- 102/05/15 通知員林區理監事於 102 年 5 月 19 日參加會員詹前濯之子結婚典禮。
- 102/05/16 本會假彰化縣地方稅務局 3 樓簡報室舉辦 102 年度第 3 次會員教育講習。
- 102/05/16 本會舉辦 102 年度第 2 期「會員執業經驗分享」研討會。
- 102/05/16 行文彰化縣政府地政處檢送本會會員出會名冊一份。
- 102/05/17 通知全體理監事及法規研究委員會莊主委谷中於 102 年 5 月 20 日拜訪彰化縣地方稅務局邱森輝局長。
- 102/05/18 會員許孟庭之子結婚典禮，本會除依婚喪禮儀辦法致送禮金，並由阮理事長森圳出席祝賀。
- 102/05/19 和美地政事務所黃主任秋生之子結婚典禮，本會除依婚喪禮儀辦法致送禮金，並由阮理事長森圳及多位幹部出席祝賀。
- 102/05/19 會員詹前濯之子結婚典禮，本會除依婚喪禮儀辦法致送禮金，並由阮理事長森圳於 5 月 18 日先行前往祝賀。
- 102/05/20 通知全體理監事及法規研究委員會莊主委谷中於 102 年 5 月 21 日拜訪王惠美立法委員支持推行不動產實價登錄相關法規修法。
- 102/05/20 阮理事長森圳偕同施名譽理事長景鈺、黃常務理事敏丞、鐘常務理事銀苑、謝理事金助、蔣理事龍山、王理事文斌、劉理事輝龍及潘總幹事思好拜會彰化縣地方稅務局邱森輝局長。
- 102/05/22 通知全體理監事及法規研究委員會莊主委谷中於 102 年 5 月 23 日拜訪魏明谷立法委員支持推行不動產實價登錄相關法規修法。
- 102/05/22 行政院勞工委員會職業訓練局中彰投區服務中心(TTQS 訓練品質評核系統實施計畫)假本會會議室進行第 3 次輔導申請教育訓練補助事宜，阮理事長森圳、法規研究委員會/莊主任委員谷中及多位委員參與輔導補助內容。
- 102/05/23 通知和美區理監事於 102 年 5 月 31 日參加會員楊美玉之母往生告別式。
- 102/05/26 本會假明道大學舉辦 102 年度第 1 期地政士專業訓練研習班。



法規專論

依法學方法論「談民法誠實信用原則與漏洞補充」 之重點整理兼讀後感(下)

蔣龍山/彰化縣地政士公會理事·法律學碩士

參、依誠實信用原則為漏洞補充

一、對空白地規定型漏洞的補充

法解釋學上所謂的空白地規定型漏洞，指立法者有意識地任由法官對法律規定予以判斷決定的法律漏洞，即不確定概念和一般條款。不確定概念如惡意、重大事由、合理期間，其可能的條文不足以約束其外延，在適用到具體案件時，須由法官評價地予以補充，加以具體化。至於一般條款，甚至連可能的文義都沒有，只是為法官指出一個方向，在這個方向上可以走多遠，須由法官自己做出判斷。

依誠實信用原則補充空白地規定型漏洞，指直接以誠實信用原則作為決定其用語的意義內容的手段。例如台灣民法第 254 條規定：契約當事人一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除契約。其中「相當期限」一語，即為空白地規定型漏洞。

對此，69 年台上字第 1590 號判例指出：民法第 254 條所定契約解除權，並非以債權人定相當期限催告為發生要件，而係以債務人於催告期限內不履行為發生要件，故債權人所定催告期限雖不相當，或未定期限催告，但若自催告後經過相當期限債務人仍不履行者，基於誠實信用原則，應認債權人已酌留相當期限以待債務人履行，而難謂不發生該條所定契約解除權。本件判例係以誠實信用原則作為決定「相當期限」意義內容的根據。

二、對預想外型漏洞的補充

所謂預想外型漏洞，是指某種事件超出了立法者的預見，因而未有法律規定。多數屬於因社會經濟生活的發展變化所致。依誠實信用原則補充預想外型漏洞，是指以誠實信用原則作為排除乍看起來應予適用的法律規定手段。

例如，日本最高法院判例昭和 30.11.22（民集 9 卷 1781 頁）

本案事實：關於賃借權在擅自讓渡經過 7 年 6 個月以後，賃借人要求依民法第 612 條行使解除權。

裁判要旨：權利行使須依誠實信用原則，不得濫用。有解除權人，久不行使其權利，對方有正當理由信賴其不行使，其後要求行使，應認為反對誠信原則，因而應解為不許行使。

在本案中，法院以誠實信用原則作為排除乍看起來應適用之規定手段¹⁹。

又如，1979 年台上字第 1838 號判例：

裁判要旨：按行使權利，履行義務，應依誠實信用方法為之。本件上訴人明知被上訴人就係爭工地之買賣，不得對抗該土地承租人之上訴人，上訴人依法得請求優先承買該土地，而長期沉默不為行動，…似此行為顯已引起被上訴人之正當信任，以為上訴人已不欲行使其優先承買權。而今忽貫徹其優先承買權之行使，致令被上訴人陷於困境，其有違誠實信用之原則，不得更行行使其權利，至為明顯。

本件判例，誠實信用原則被用作排除關於優先承買權規定的手段。

¹⁹ 石田穰，《法解釋學的方法》，頁 116

三、對明顯漏洞的補充

所謂明顯漏洞，是指對於某種事件，依法律所使用詞語之意義及立法者和準立法者意思，均無法涵蓋的法律漏洞，對於明顯漏洞，可以誠實信用原則作為補充手段。

例如，日本法上有所謂「法人格否認」之法理，亦即其他國家所謂「揭開公司的面紗」。此為立法當時所未預見，在現行法上，任何規定，均難適用，此即屬於明顯漏洞。

日本最高法院判例，昭和 48.10.26（民集 27 卷 1240 頁）

裁判要旨：股份有限公司依據商法的規定比較容易設立，…設立新公司，其營業財產、商號、代表董事、營業目的、從業員等與原有公司完全相同，即使形式上進行了新公司的設立登記，而新舊兩公司在實質上完全同一，乃以新公司之設立為免除舊公司債務之手段，屬於公司制度之濫用。因此，公司之交易對方，依誠實信用原則，可不必主張新舊兩公司為分別人格。應解為交易對方可對新舊兩公司的任一公司追究債務責任。

在本案，法院係以誠實信用原則作為補充明顯漏洞的手段，創立了所謂「法人格否認」之法理²⁰。

²⁰ 同揭前註 19，頁 119。



和老人溝通，不要忘了他的自尊
和男人溝通，不要忘了他的面子
和女人溝通，不要忘了她的情緒
和青年溝通，不要忘了他的直接
和兒童溝通，不要忘了他的天真
請從對方的角度溝通...

肆、誠實信用原則的界限

在現代民法上，誠實信用原則發揮著十分重要之作用。對於立法當時所未為立法者預見的案件，便可以用誠實信用原則補充法律漏洞，而做出最適當之裁判，使法律和裁判都能適應於社會急速發展與變化。但同時亦應兼顧到，如果對誠實信用原則的運用不加限制，則可能會導致誠實信用的濫用，以致損害法律的權威和法體系的安定。因此，有學者將誠實信用原則喻為「雙刃劍」²¹。法解釋應當研究，在什麼場合，什麼條件下，可以適用誠實信用原則，在什麼場合，什麼條件下，不可以適用誠實信用原則。此即所謂誠實信用原則界限問題。以下讓我們來檢視其界限問題之所在：

一、能否以誠實信用修正現行法規定？

關於這一問題，學說上有不同之主張：

(一) 否定說：此說認為誠實信用原則，只有法律漏洞補充的機能，沒有修正制定法的機能，即不得以誠實信用原則排除現行法規定之適用。其理由如下：

- 1、為了維護法律的權威
- 2、為了防止法官濫用誠實信用原則，藉誠實信用原則而任意解釋法律，違反依法裁判之基本原則。
- 3、據學者石田先生所言，日本迄今並未有以誠實信用原則修正制定法的判例²²。以誠實信用原則檢驗法律之善惡，為立法者修改法律提供依據，則為所許。

(二) 肯定說：此說認為誠實信用原則不僅有法律漏洞補充的功能，而且有修正現行法規定的功能。如德國學者 Stammier 認為，法律之標準應為人類最高理想，誠實信用原則即此最高理想的體現。如果法律規定與最高理想不合，則應排除法律規定而適用誠實信用原則²³。中國學者謝懷栻先生亦採此說。謝先生在討論制定我國統一契約法的立法方案時，建議在現行法雖有具體規定，而適用該具體規定所獲結果，違反社會公正時，法院可以不適用該具體規定，而直接適用誠實信用則。但在這種情形下，應報經最高人民法院核准²⁴。

在否定說之三項理由中，前兩項理由實際上可歸結為一項理由，即擔心誠實信用原則之濫用，損及法律的安定。但是，明知現行法規定屬於惡法，其適用結果將違背法律正義，卻藉口維護法律安定性而仍予適用，致當事人遭受不公正之效果，終難免有因噎廢食之譏。茲按謝懷栻先生的看法，一方面肯定誠實信用原則有修正現行法不當規定的機能，使法院可以援用誠實信用原則而迴避惡法之適用，同時規定須報經最高人民法院核准，實際上將適用誠實信用原則，以修正現行法規定之權，僅授予最高人民法院，可以達到防止誠實信用原則之濫用結果。此一見解，本文認為切實可行，可資贊同。至於否定說之第三項理由，因日本法院向來傾向保守，不足為否定誠實信用原則修正現行法規定的理由。且日本法院

²¹ 同揭前註 19，頁 122。

²² 同揭前註 19，頁 120、134；同揭前註 5，頁 173。

²³ 參見，同揭前註 7，頁 319。

²⁴ 參見，中華人民共和國契約法立法方案，第一章之說明。

雖迄今未有適用誠實信用原則修正現行法規定的判例，不等於說將來也必定沒有這樣的判例。

二、關於禁止「向一般條款的逃避」

法解釋上所謂「向一般條款的逃避」，指關於某一案型，法律本有具體規定，而適用該具體規定與適用誠實信用原則，均能獲得同一結論時，不適用該具體規定而適用誠實信用原則。此種現象應予禁止。換言之，在適用法律具體規定與適用誠實信用原則，均可獲得同一結果時，應適用該具體規定，而不得適用誠實信用原則。其理由如下：

- (一) 誠實信用原則為民法最高指導原則，在某種意義上，現行法之規定，可謂為誠實信用原則之具體化。換言之，即立法者秉持誠實信用之原則，斟酌各種典型事態做利益衡量及價值判斷，釐定構成要件及法律效果，形成個別制度。基於此項法律制度在方法論上之認識，法院於處理民事案件時，應嚴謹的遵守如下原則：先以低層次之個別制度作為出發點，須窮盡其解釋及類推適用上之能事仍不足解決時，始宜訴諸「帝王條款」之誠實信用原則²⁵。
- (二) 如果在這種情形，允許直接適用誠實信用原則，而不適用法律具體規定，必將導致法律權威降低。
- (三) 於適用法律具體規定的情形，法官之價值判斷過程清楚，依立法者意思探究，判定其結論當否容易，而在適用誠實信用原則的情形，其價值判斷過程曖昧不明，其結論當否不易判斷²⁶。

三、類推適用等漏洞補充方法應優先適用

對於某一案型，雖無法律規定，若能依類推適用等漏洞補充方法予以補充，且所得結果與適用誠實信用原則相同時，則應依類推適用等方法補充法律漏洞，不得適用誠實信用原則。這種情形，若不依類推適用等方法補充法律漏洞，而直接適用誠實信用原則，亦不屬於「向一般條款的逃避」，應予禁止。其理由如下：

- (一) 這些法律補充方法，亦為誠實信用原則之具體化。依這些補充方法能夠解決，卻不採用，而直接適用誠實信用原則，將降低這些法律補充方法的權威，進而損害與這些方法密切相關的法律權威。
- (二) 運用這些方法處理案件時，其價值判斷過程清楚，其當否易於判斷，反之依誠實信用原則處理，則其價值判斷過程曖昧不明，其當與否，不易判斷²⁷。
- (三) 禁止「向一般條款逃避」，可以防止解釋者的恣意及誠實信用原則的濫用²⁸。

四、關於禁止「法律的軟化」

對於某一案型，雖無法律規定，但能依類推適用等補充方法予以補充時，即使其所得結果與適用誠實信用原則所獲得結論相反，亦應依類推適用等方法補充法律漏洞，而不得適用誠實信用原則。

這種不依類推適用等方法補充法律漏洞而直接適用誠實信用原則的情形，法解釋學上稱為「法律的軟化」。

²⁵ 參閱，同揭前註 4，頁 256。

²⁶ 參閱，同揭前註 19，頁 127

²⁷ 參閱，同揭前註 19，頁 130-131

²⁸ 參閱，同揭前註 19，頁 133

法學解釋學上禁止「法律的軟化」同樣是爲了維護法律的權威，有防止解釋者的恣意及誠實信用原則的濫用²⁹。

五、誠實信用原則與判例

適用誠實信用原則與適用判例的關係，分爲兩種情形來加以說明：

- (一) 如適用誠實信用原則，與適用判例，得出同一結論，則應適用判例，而不適用誠實信用原則。其所以如此，有兩點理由：
- 1、判例爲誠實信用原則的定型化，某一案件可依判例處理，如果允許不依判例而直接適用誠實信用原則，將損害判例的權威。
 - 2、依判例處理，其價值判斷過程清楚，其當否易於判斷，而依誠實信用原則處理，則相反。
- (二) 如適用誠實信用原則，與適用判例，得出相反的結論，則應適用誠實信用原則，而不適用判例。此種情形，應依法定程序變更原有的判例³⁰。

伍、 結論

綜上所知，誠信原則適用之結果，可創造、變更、消滅、擴張、限制約定之權利義務，亦可發生履行拒絕權，解除權及請求返還之拒絕權，更得以之爲撤銷法律行爲或增減給付之依據，或成立一般惡意之抗辯，德儒 Hedemann 謂：「誠信原則之作用力，世罕其匹，爲一般條項之首位」洵屬至言。故於具體案件中，不必直接訴諸此項帝王條款，而以其次或再次之法律原則，加以援引即可，必無其他法律原則，可爲援引時，始可直接予以適用。

誠信原則，具有公平、正義之象徵，不僅可廣泛適用於權利之行使與義務之履行，而且對於法律的倫理性與當事人間利益的均衡性，具有促進與調節的作用，其具有（一）爲解釋、補充或評價法律行爲的準則，（二）爲解釋或補充法律的準則（三）爲制定或修訂法律的準則等三項功能。故其與法解釋方法，關係自屬非淺。

一般而言，法律條文，均極爲抽象，於適用具體案件時，必加以闡明確定，此乃屬狹義的法律解釋之範疇，爲此項法律解釋時，必須受誠信原則的支配，始可維持公平正義。

法律有欠缺或不完備，而爲漏洞補充時，亦恆須以誠信原則爲最高準則加以補充，其造法始不致發生偏失。

以是之故，法院解釋法律或補充漏洞時，隱約之間，必以誠信原則，善加闡釋，推陳出新，俾法律之適用臻於妥適合理。

²⁹ 請參閱同揭前註 19，頁 136。

³⁰ 請參閱同揭前註 19，頁 135；同揭前註 5，頁 174。

陸、 參考文獻

- 1、 楊仁壽，《法學方法論》，台北：三民書局，民國 94 年 4 月十版。
- 2、 梁慧星，《民法》，四川省：四川人民出版社，1988 年版。
- 3、 王澤鑑，《民法學說與判例研究》，台北：三民書局，民國 83 年 10 月。
- 4、 史尚寬，《債法總論》。
- 5、 徐國棟，《民法基本原則解釋》。
- 6、 梁慧星，《市場經濟與公序良俗原則》，《中國社會科學院研究生學報》，1993 年第 6 期。
- 7、 蔡章麟，《債權契約與誠實信用原則》，《中國法學論集》，漢林出版社，1976 年版。
- 8、 石田穰，《法解釋學的方法》。
- 9、 林廷瑞，《民法演習問題》，台北：三民書局，民國 77 年 10 月。



實用土地登記案例研析一

繼承登記

文/鄭竹祐

【案例一】

甲被養父乙、養母丙收養，丙死後，因家境困難，遂與養父乙終止收養，問甲得否繼承本生父母之財產？

【參考法令】

1. 繼承登記法令補充規定第 14 點：

遺產繼承人資格之有無，應以繼承開始時為決定之標準，故養子被收養之前已發生繼承事實者，對其生父之遺產有繼承權。

2. 繼承登記法令補充規定第 15 點：

繼承人須於繼承開始當時生存者，已死亡者，則無繼承人之資格，此即「同時存在原則」。至於同時死亡者，互不發生繼承權。

3. 繼承登記法令補充規定第 36 點：

養父（或養母）死亡後，養子女單獨與養母（或養父）終止收養關係，其與養父（或養母）之收養關係不受影響。

4. 內政部 83 年 5 月 9 日台(83)內地字第 8305620 號函

要旨：養子於養母死亡後，單獨與養父終止收養關係，其與養母之收養關係仍繼續存在。

內容：一、案經本部函准法務部 83 年 4 月 27 日法(83)律字第 08409 號函復以：(一)按養父或養母死亡後，養子女與已故養親之收養關係，不能視為當然終止。又依民法第 1083 條第 1 項、第 2 項規定，終止收養關係應由養父母與養子女雙方以書面同意終止之。故如養父死亡者，其與養子女間之收養關係原則上即屬無從合意終止，縱養子女單獨與其養母終止收養關係，然因養父已死亡，其效力僅及於養母，並不及於已故之養父，養子女與養父間之收養關係仍屬存在，從而養子女與其本生父母間之關係仍屬無法回復(本部 72 年 4 月 1 日法 72 律字第 3540 號函、79 年 10 月 4 日法 79 律字第 14302 號函、司法院 73 年 4 月 11 日(73)廳民一字第 0245 號函暨戴炎輝、戴東雄合著「中國親屬法」第 365 頁、史尚寬著「親屬法論」第五六六頁、陳棋炎著「民法親屬」第 240 頁、第 241 頁參照)。又養子女對於養父母之父母，有代位繼承權(參見司法院大法官會議釋字第 70 號解釋、戴炎輝、戴東雄合著「中國親屬法」第 357 頁、史尚寬著「繼承法論」第 83 頁、陳棋炎、郭振恭、黃宗樂合著「民法繼承新論」第 60 頁)。(二)本件依來函所述，藍甲於 43 年 7 月 8 日由藍乙、藍丙收養，72 年間養母藍丙死亡，至 75 年

10 月 20 日養子(藍甲)單獨與養父藍乙終止收養關係，其後並於 81 年 1 月 28 日繼承其生父藍丁所有土地。依前開見解，養子藍甲既僅與其養父藍乙單獨終止收養關係，其終止收養之效力不及於已故之養母藍丙，即其與養母之收養關係仍繼續存在，如符合民法第 1140 條代位繼承之要件者，自得代位繼承養母之父謝戊之遺產。(三)又依前所述，養子藍甲與其養母之收養關係既仍存在，則其與本生父母間之關係即無從回復，依法自不得繼承其生父之遺產，併予說明，惟本件如有私權爭執，仍宜循司法途徑解決。二、本部同意上開法務部意見。

【解析】

1. 按「養子女與養父母及其親屬間之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同。養子女與本生父母及其親屬間之權利義務，於收養關係存續中停止之。」為民法 1077 條所明定，合先敘明。
2. 是以，收養成立後，養子女與養父母產生親權關係，此之親權關係，於養父母死亡後仍然存在，非經終止收養不得喪失。
3. 依「同時存在原則」，繼承人之資格，應於繼承開始時判斷，如養子女終止與養父母之關係時，本生父母尚存，則日後尚得繼承本生父母之財產；反之，如終止收養時，本生父母已亡，即使終止收養，亦不得繼承本生父母之財產。

【解答】

1. 甲之養母雖已死亡，收養關係仍然存在，非經法院判決終止收養，甲不得回復與本生父母之繼承關係。
2. 且此之終止收養須於本生父母死亡之前，如於本生父母死亡之後始終止收養，亦無由回復其對本生父母之繼承權。

【案例二】

甲死亡時，原有子乙、丙二人繼承，但乙先甲死亡，由丁、戊代位繼承，後丙拋棄繼承，問丙之子己、庚、辛與乙之子丁、戊如何繼承甲之財產（其應繼分如何計算）？

【參考法令】

1. 內政部 85 年 7 月 2 日台(85)內地字第 8506814 號函
要旨：被繼承人第一順序親等較近之部分子女於繼承發生前死亡或喪失繼承權時，如同屬親等較近之他繼承人均拋棄繼承權者，其繼承人暨應繼分之認定。
內容：一、按「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬。…」、「前條所定第一順序之繼承人，以親等近者為先。」、「第 1138 條定第一順序之繼承人，有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直

系血親卑親屬代位繼承其應繼分。」、「第一順位之繼承人，其親等近者均拋棄繼承權時，由次親等之直系血親卑親屬繼承。」分為民法第 1138 條、第 1139 條、第 1140 條及第 1176 條第 5 項所明定，合先敘明。二、本案據來函所敘被繼承人謝秀○於 82 年 3 月 13 日死亡，依其戶籍記載：養女及兒子各一人，養女已先於 78 年 10 月 15 日去逝，遺有子女四人。其兒子於辦理謝君遺產稅申報時，出具法院准予備查之拋棄書，並填報第二代孫子女為繼承人。查「繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力。」為民法第 1175 條所明定，本案被繼承人之兒子既已拋棄繼承權，被繼承人之養女又已於繼承開始前死亡。即第一順位第一親等之繼承人均拋棄繼承或缺位，已無第一親等之繼承人，其第二親等繼承人亦無位可代，而應本於其固有之繼承權依上開規定由第一順位次親等之直系血親卑親屬全體共同繼承，並依民法第 1144 條規定計算其應繼分。上開意見經函准法務部 85 年 6 月 25 日法 85 律決 15455 號函同意。

附：法務部 85 年 6 月 25 日法 85 律決 15455 號函

主旨：關於被繼承人第一順序親等較近之部分子女於繼承發生前死亡或喪失繼承權時，如同屬親等較近之他繼承人均拋棄繼承權者，其繼承人暨應繼分應如何認定疑義乙案，本部意見如說明二。請 查照參考。

說明：一、復 貴部 85 年 5 月 21 日台(85)內地字第 8505171 號函。二、按民國 74 年民法繼承編修正前第 1176 條之規定內容過於簡陋，在解釋上仍有劃一說、分股說及繼承人不存在說等不同之學說，而異其應繼分之歸屬，依現行民法第 1176 條第五項規定，似採取繼承人不存在說之理論。惟同一順序之血親繼承人先於被繼承人死亡，而其餘同一順序之血親繼承人又拋棄繼承權，此時被繼承人之遺產應如何繼承，現行民法對此一問題並未直接規定，故因學說之不同而異其結論。又代位繼承之理論在期子股間之公平正義，有親等較近之子女先死亡或喪失繼承權時，不讓其應繼分流入其他子股之內，而由該先死亡或喪失繼承人之直系血親卑親屬依同法第 1140 條代位繼承之規定與其伯叔共同繼承。惟子股之同一順序血親已拋棄繼承而不存在，而仍由其同一順序之次親等卑親屬利用代位繼承之理論繼承，而置其他子股之直系血親卑親屬之繼承地位於不顧，似顯屬不當（戴東雄著「繼承法實例解說」83 年 3 月版，第 162 頁至第 164 頁參照）。本件依來函所敘被繼承人謝秀○於 82 年 3 月 13 日死亡，依其戶籍記載：養女及兒子各一人，養女已先於 78 年 10 月 15 日去逝，遺有子女四人。其兒子於辦理謝君遺產稅申報時，出具法院准予備查之拋棄書，並填報第二代孫子女五人為繼承人。參酌前開說明，謝君之兒子拋棄繼承權後，自始即不為繼承人，而謝君之養女又先於謝君死亡，故此表示開始時第一順序親等較近之繼承人全部不存在，是以應由

親等較遠之同順序繼承人，依民法第 1138 條第 1 款與同法第 1144 條第 1 款，依第一順序之繼承地位及應繼分，按人數平均繼承，似較能符合我國繼承編之規定及衡平原則。貴部來函說明三所述意見，本部敬表同意。

【解析】

1. 按代位繼承者，其應繼分之計算，本由被代位繼承人之直系血親卑親屬，代位繼承其所原應取得之應繼分。然與被代位繼承人同一親等之其他繼承人均失去繼承權，而由次一親等之直系血親卑親屬繼承時，此時應繼分應如何計算，學說並不一致。
2. 一說在以代位繼承之應繼分應予固定，至於其他同一親等之繼承人，其繼承權如何失去及應繼分之計算，概以其所發生之原因為由，分別算計，不影響其他繼承人代位繼承之應繼分關係。例如甲生有乙、丙二子，乙生有丁、戊，丙生有己、庚、辛，乙先甲死亡，由丁、戊代位，此時乙之應繼分 $1/2$ 由丁、戊代位繼承，已經確定，即便日後丙拋棄繼承，亦不影響丁、戊已取得之 $1/2$ 應繼分。
3. 一說在以同一親等既均失其繼承權，而由次一親等之直系血親卑親屬繼承（例如子輩均無繼承權，而由孫輩繼承），理應回到民法 1141 條之原則〈同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承〉，由同親等之繼承人均分。〈同前例，丙如拋棄繼承，則由丙子己、庚、辛及乙子丁、戊為同一順位繼承人，此時如按人數平均，則己、庚、辛及丁、戊各取得 $1/5$ 〉
4. 上述二說係以後說為實務上所採行，但其最大之弊端在以無法防止惡意性拋棄繼承所產生之不公平。例如自己之直系血親卑親屬較多，而他繼承人已產生代位，其被代位繼承人之直系血親卑親屬較少時，如自己拋棄繼承，將使自己一房取得較多之持分，此種惡意性拋棄，恐有待修法予以限制（改正）〈同前例，丙一房共取得應繼分 $3/5$ ，竟比拋棄前之應繼分 $1/2$ 更多，堪稱技術性拋棄。〉。

【解答】

丁、戊為代位繼承，原應繼承乙之應繼分各 $1/4$ ，然因丙之拋棄使子輩均無而由孫輩己、庚、辛、丁、戊同為繼承人，此時應按人數均分，故五人均取得 $1/5$ ，此時丁、戊顯然取得較少之持分。

【案例三】

甲有 A、B 二地，死亡時遺有配偶乙及子丙、丁二人為繼承人，然遺囑僅敘明 A 地由丙繼承，問 B 地由何人繼承？

【參考法令】

1. 內政部 85 年 9 月 19 日台(85)內地字第 8509014 號函

要旨：繼承人持被繼承人及其配偶共同簽名之「自書遺囑」申辦繼承登記事宜
內容：一、查「自書遺囑者，應自書遺囑全文，記明年月日，並親自簽名。」、「遺囑，自遺囑人死亡時，發生效力。」為民法第 1190 條前段及第 1199 條所明定。本案係由二人將其意思共同表示於同一遺囑上，查民法並無共同遺囑之明文，又該遺囑係出自同一人筆跡，似為被繼承人黃○○所立，且註明年月日並已親自簽名，應已符合自書遺囑之規定。故執行黃○○遺產之部分，若繼承人間無爭執其遺囑之真意，登記機關得據以辦理。又遺產中文開段七八四地號土地並未列入上開遺囑，且非屬其立遺囑後所累積之財產（本筆土地係黃○○於民國四十四年四月間因買賣而取得），應依民法第 1138 條規定之順序定其繼承人。二、上開意見經函准法務部 85 年 9 月 3 日法八五律決第 22529 號函同意，惟請注意民法有關特留分之規定。

【解析】

1. 按遺囑之分配，受分配人有無繼承人資格，或是否就全部遺產分配均無不可，是以，倘遺囑僅就部分遺產分配者，其餘未分配部分則以一般繼承方式處理，乃屬當然。
2. 又受遺贈人如於遺囑生效前死亡，其遺贈不生效力，故該遺贈之標的亦應以一般繼承方式為之，併與敘明。

【解答】

本案被繼承人甲並未於遺囑中對 B 地有所表示，故 B 地應回到一般繼承原則，由甲之繼承人乙、丙、丁另行協議分配遺產。



健康天地

壹、民俗療法調理保健外敷藥膏之製造方法與用途(續)

蔣龍山/本公會理事·法律學碩士·國立中國醫藥研究所結業

一、推拿膏處方例：

1、活血行氣：

成份：木香 9 公克、沒藥 9 公克、紅花 6 公克、乳香 6 公克、川芎 3 公克、生大黃 6 公克、寄生 6 公克、川芎 3 公克、冰片 30 公克、薄荷腦 30 公克、凡士林 300 公克、蜜臘 60 公克。

2、消腫止痛：

成份：細辛 15 公克、當歸 30 公克、紅花 30 公克、肉桂 30 公克、花椒 30 公克、樟腦 30 公克、冰片 30 公克、薄荷腦 30 公克、凡士林 300 公克、蜜臘 60 公克。

3、通經活絡：

成份：紫草 9 公克、紅花 12 公克、赤芍 12 公克、當歸 12 公克、冰片 30 公克、薄荷腦 30 公克、凡士林 300 公克、蜜臘 60 公克。

4、活血化瘀：

成份：羌活 15 公克、川芎 15 公克、當歸 15 公克、白芷 15 公克、紫草 10 公克、樟腦粉 30 公克、薄荷腦 50 公克、冰片 30 公克、凡士林 300 公克、蜜臘 60 公克。

5、通經止痛：

成份：細辛 10 公克、生花椒 10 公克、生南星 10 公克、生半夏 10 公克、薄荷腦 30 公克、樟腦 30 公克、凡士林 300 公克、蜜臘 60 公克。

6、定痛消腫：

成份：當歸 15 公克、川芎 10 公克、白芍 10 公克、官桂 10 公克、三奈 10 公克、紅花 15 公克、升麻 10 公克、冰片 30 公克、薄荷腦 30 公克、凡士林 300 公克、蜜臘 60 公克。

7、活血消腫：

成份：牛膝 30 公克、木通 30 公克、附子 30 公克、當歸 15 公克、川椒 30 公克、續斷 30 公克、白芷 30 公克、甘草 30 公克、川芎 30 公克、冰片 30 公克、薄荷腦 30 公克、凡士林 300 公克、蜜臘 60 公克。

8、行氣活血：

成份：茴香 30 公克、紅花 15 公克、丁香 10 公克、冰片 30 公克、薄荷腦 30 公克。

9、舒筋活血 A 方：

成份：川烏 15 公克、透骨草 10 公克、川椒 15 公克、紅花 10 公克、骨碎補 10 公克、獨活 10 公克、冰片 30 公克、薄荷腦 30 公克。

10、舒筋活血 B 方：

成份：(1)當歸 20 公克、(2)羌活 15 公克、(3)川芎 15 公克、(4)紫草 10 公克、
(5)冬青油 20 公克、(6)冰片 50 公克、(7)薄荷腦 50 公克、(8)樟腦
粉 30 公克、(9)凡士林 300 公克、(10)蜜臘 60 公克。

製法：

- 1、先將(9)凡士林 300 公克加熱至 120°C 溶解。
- 2、將(1)、(2)、(3)、(4)之藥材倒入已溶化之凡士林溶液中。
- 3、不斷地去攪拌、熬製 30 分鐘。
- 4、將○中之藥渣過濾撈起來。
- 5、加入(10)蜜臘 60 公克，再攪拌，使溶液均勻。
- 6、將溶液溫度自然降溫至 95°C 之時候，加入(5)冬青油 20 公克、(6)冰片 50 公克、(7)薄荷腦 50 公克、(8)樟腦粉 30 公克攪拌之。
- 7、待溫度冷卻至 70°C 時，倒入瓶中冷卻、凝固，加蓋保存待用。
- 8、完成製程。

用途：以上推拿膏之十則處方是目前市面上國術館、整復所、調理保健所，普遍使用的處方外用藥劑。地政士同業們，可依此製法之次序加以複製即可。其用途如：行氣活血、舒筋活血、消腫止痛、通經活絡、活血化瘀、定痛消腫或活血消腫…等等在推拿、指壓、刮痧、走罐、都有一定程度的功效。

二、紫雲膏 A 方製法：

(一)成份：(1)當歸 30 公克、(2)紫草 25 公克、(3)麻油 150 公克、
(4)蜜臘 30 公克。

(二)製法：

- (1)先將麻油 150 公克加熱至 120°C。
- (2)將當歸 30 公克慢慢地加入於 120°C 的麻油中。
- (3)要不斷地去攪拌，熬製約 30 分鐘左右。
- (4)加入紫草 25 公克繼續攪拌。
- (5)繼續熬製 5 分鐘至 10 分鐘，過濾藥渣撈起。
- (6)加入蜜臘，再繼續攪拌，使之均勻。
- (7)待降溫至 70°C 左右的時候，倒入瓶中，冷卻凝固後，加蓋保存起來待用。

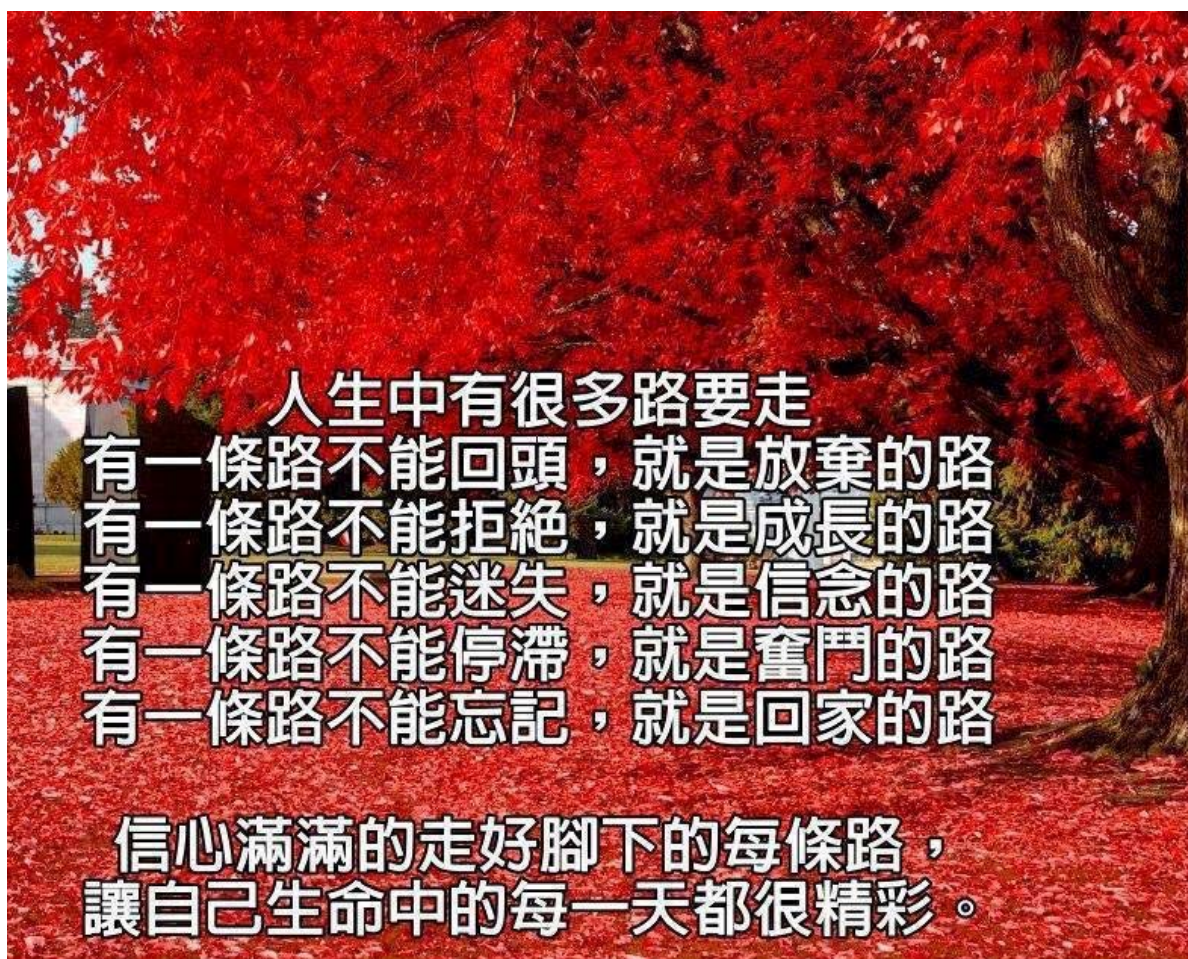
三、紫雲膏 B 方製法：

(一)成份：(1)麻油半台斤(8 台兩)、(2)凡士林 12 台兩、(3)羊毛脂 12 台兩、
(4)紫草 3 台兩(治：濕疹、燒傷、皮膚發炎)、(5)當歸 2 台兩(治：腫毒、瘡瘍)、
(6)枳實 2 台兩(幫助癒後生長肌肉)、(7)生芍藥 2 台兩(消除瘀血、止痛)、
(8)烏梅 2 台兩(止癢、消除硬皮症)、(9)黃柏 1 台兩(消炎、消腫、止痛)、
(10)薏仁(使潰瘍之皮肉癒合之後再生)、(11)冰片 5 錢(消腫止痛)。

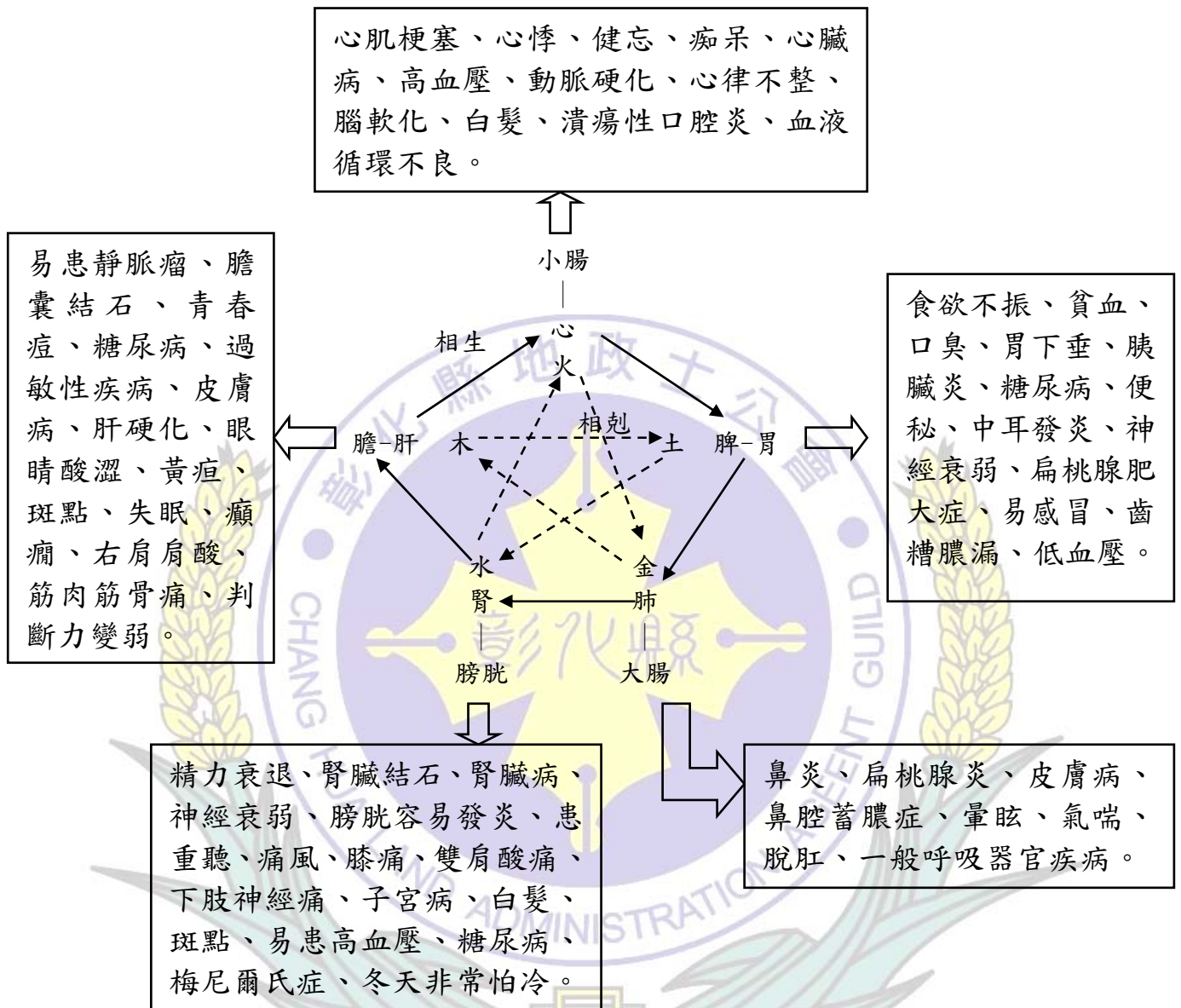
(二)製法：

- (1)將 8 台兩的麻油加熱至 120°C。
- (2)將紫草 3 台兩放入麻油中，炸到紫草斷脆。
- (3)再放入其他粗藥末，炸到深黃(金黃)約 10 分鐘。
- (4)熄火，用紗布過濾，除去藥渣，加入凡士林 12 台兩，羊毛脂 12 台兩。
- (5)稍冷卻後約 90°C 以下加入冰片，攪拌成膏狀。
- (6)70°C 之後裝入容器備用。

(三)用途：凡是擦傷、刀傷、跌打損傷、凍傷、燙傷、潰瘍、螫傷、痔傷、角化症、富貴手、香港腳、皮膚過敏、青春痘、蚊蟲咬傷…等皆可塗抹。



貳、易經之五行木、火、土、金、水相生、相剋與五臟 肝、心、脾、肺、腎之關係性病徵



以上五行木、火、土、金、水之相生、相剋與吾人五臟肝、心、脾、肺、腎之相對應五行之相生、相剋，而產生的相關疾病。這些相生、相剋關係都是循環性的，永不停止的。吾人可藉由補瀉之手法，來達到五行之平衡，亦即五臟之平衡，即是虛症者補其母，實症者瀉其子，以恢復五臟循環之平衡，進而恢復健康。

這些五行對應五臟之關係性病徵，亦是很多年老資深的地政士們，經常提問的問題，本人在此特別用易經五行之圖案整理出來，使大家印象較容易深刻了解。(即是所謂看圖說故事，印象深刻法)

參、參考文獻：柯漢傑、林志嵩、軟膏製作，台北：國立中國醫藥研究所，中藥炮製法、推拿氣功培訓班講義，1999年3月。