

法學名著
民法要義

相續編

商務印書館

華英圖書館

183.4233

上海图书馆藏书



A541 212 0020 49988

中 華 業 餘 圖 書 館

地址：愛多亞路浦東大廈二樓

讀者注意

1. 借閱此書加以愛護切勿捲折及批註如有意見請另紙書寫
2. 借閱期限以借期內所書天數為限如未能看完可來館聲請展期一星期否則過期一日罰國幣一分
3. 損壞或遺失應照原價賠償

(此書如遺失在外請電致

號)

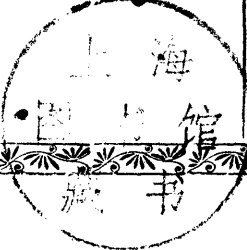
限 期 表

日本梅謙次郎原著
山陰金泯瀾譯述

相續編

學 著
日本民法要義

上海商務印書館印行



民法要義第五卷目錄

第五編 相續

第一章 家督相續

第一節 總則

第二節 家督相續人

一 家督相續人之資格

二 家督相續人之順位

第三節 家督相續之效力

第二章 遺產相續

第一節 總則

第二節 遺產相續人

一 遺產相續人之順位

二 無遺產相續人之資格者

三 推定遺產相續人之廢除

一

二

二

八

九

一五

四三

五二

五三

五四

五四

五九

六〇

第三節 遺產相續之效力.....六三

第一款 總則.....六四

第二款 相續分.....六七

第三款 遺產之分割.....七七

第三章 相續之承認及拋棄.....八七

第一節 總則.....八八

第二節 承認.....九四

第一款 單純承認.....九四

第二款 限定承認.....九九

第三節 拋棄.....一六

第四章 財產之分離.....一八

一 為相續債權者而為之之財產分離.....二〇

二 為相續人之債權者而為之之財產分離.....三三

第五章 相續人之曠缺.....三九

第六章 遺言……………一四七

第一節 總則……………一四八

第二節 遺言之方式……………一五八

第一款 普通方式……………一五八

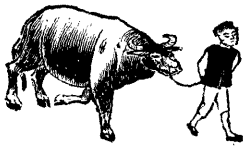
第二款 特別方式……………一七一

第三節 遺言之效力……………一八一

第四節 遺言之執行……………一二三

第五節 遺言之取消……………一二三

第七章 遺留分……………一四〇



民法要義

第五編 相續

歐洲之相續。在昔羅馬時代。以家督相續繼承為主。至於近世。國家主義。個人主義。相互發達。而中間之所謂家也者。已絕無承認之餘地。僅認一「遺產相續」而已。故歐洲之法典。常視相續為財產取得之一原因。若夫日本。則家族制之慣習猶存。所謂相續。以「家督相續」為主。財產則附於家督而承繼之。此其原則也。惟今日之法律。已認許家族有「特有財產」。本日八條參照故家族死亡之場合。其所謂遺產相續者。不過財產之相續云爾。

本編別為七章。第一章為家督相續。所以定相續之本則。即定關於「戶主之相續」之原則也。第二章為遺產相續。以明關於「家族之相續」之原則也。第三章為相續之承認及拋棄。凡為家督相續人。或遺產相續人者。當其承認相續或拋棄相續時。有如何能力。當依如何手續。且生若何效果。皆規定之。第四章為財產之分離。此所以保護相續人或被相續人之債權者。使不因相續而蒙意外之損害也。第五章為相續人之曠缺。此所以豫防法定家督相續人或遺產相續人。無從稽考時。或全然欠缺時而為適當之處分也。第六章為遺言。當戶主或家族將死之場合。凡關於其死後之財產處分及其他事項。一一規定之。第七章為

遺留分。法律上當爲家督相續人或遺產相續人者。必有應相續之財產之一部分。此一部分。謂之遺留分。申言之。所以定被相續人所不能自由處分之財產之範圍也。

第一章 家督相續

家督相續也者。謂戶主權之相續。當戶主缺少時。然後開始者也。

本章別爲三節。第一節規定家督相續開始之原因。并其他關於家督相續之二三事項。曰總則。第二節定爲家督相續人之資格及順位。曰家督相續人。第三節定家督相續後相續人之權利義務如何。曰家督相續之效力。

第一節 總則

本節所揭。第一、規定家督相續開始之原因。九六四條第二、規定家督相續之開始地。九六五條第三、規定家督相續權之时效。九六六條第四、規定相續財產之費用。九六七條以下逐條說明之。

第九百六十四條

家督相續。因左之事由。然後開始。

一 戶主之死亡。隱居或國籍喪失。

二 戶主因婚姻又養子緣組之取消而去其家時。

三 女戶主爲入夫婚姻又入夫離婚時。民七三六條
二五八條
取二八七條

本條定家督相續之原因。其數有六。

一戶主之死亡。被相續人之死亡。爲相續開始之主要原因者。此古今東西所同也。故因

戶主之死亡而戶主權之相續即家督相續開始。亦固其所。至新民法以失踪者爲準死亡者。

故本文「死亡」之文義中。當然包含失踪宣告之場合可知。民三一
條參照

二戶主之隱居。純然之隱居制。其存於古昔之歐洲否。不得而知。惟現今則鮮有認此制者。若夫日本。則向來承認之。今且流行愈盛。而其法律上之性質。在辭去戶主權。故於此之家督相續開始。實我邦之慣習也。惟隱居之條件。第七百五十二條以下。別規定之。

三戶主之國籍喪失。戶籍者。國籍之細別也。非有國籍者。不能有戶籍。戶籍法一七
條第二項而戶

主者。戶籍之基礎。未有無戶籍之戶主者。故失國籍之戶主。卽爲無戶籍之戶主。其當然喪失戶主權。可不待言。而戶主去家。則其家非當然爲廢家或絕家。不過以之爲家督相續開始之一原因。可謂得當。但戶主與家族。俱失國籍。則其家相續無人。一〇二〇
條參看勢不得不成絕家。然此於戶主之國籍喪失。乃間接之結果。非直接之結果也。

四戶主因婚姻或養子緣組之取消而去其家時。入夫或養子。爲戶主之場合。其婚姻或養子緣組。一旦取消。則不得不去其妻家。既去妻家。則不能爲其妻家之戶主。卽其妻家

無戶主矣。故亦爲相續開始之場合。

或謂此場合之婚姻、養子緣組之取消、當視爲入夫養子未曾爲夫者論。可作爲未曾爲戶主者論。故關於前戶主家督相續。可作爲開始之後。相續人尙未確定者論。或可作爲前戶主未曾失其戶主權而相續未曾開始者論。若是則不發生更開始相續之問題矣。其實不然。夫日本民法。婚姻養子緣組之取消。其效力不及既往。七八七、八五九。故既取消之婚姻。與養子緣組。僅向將來而失其效力。斷未能移動既往之事實也。故此場合。不可不作爲相續開始原因之一種。

五 女戶主之入夫婚姻 女戶主爲入夫婚姻。就原則而言。入夫當爲戶主。第三百七十六條所規定也。此固從來之慣習。但從來不視爲相續開始之原因者。然不知當不視爲相續開始之原因時。是同一戶主權之繼承。其原因在相續以外矣。非穩當之議論。卽就其效力而觀之。概可適用家督相續之規定。故視爲相續開始之原因。必無不可。若夫例外之場合。其依第七百三十六條但書規定。女戶主依然留保戶主權者。則其無相續開始之事。自不待言。

六 入夫之離婚 入夫爲戶主。固婚姻之結果。然一旦離婚。婚姻之效力。向將來而消滅。則

其戶主權亦不得不消滅。而此場合。自當定適當之相續人。故亦為相續開始之原因。但第七百三十六條但書之場合。入夫有不為戶主者。故雖離婚而無相續開始之事。

或謂女戶主之離婚。無家督相續開始之事者有之乎。曰本條既限定家督相續開始之原因。故除此以外。別無相續開始之原因可知。因之女戶主而欲離婚。必先當為隱居。而女戶

主則不拘年齡如何。得為隱居者也。五七五條就立法論觀之。是加此場合於本條中。亦無不可。

惟實際上極稀。此立法者所以不規定之歟。蓋立法者以為女戶主之離婚也。祇於其夫為

隱居。或喪失國籍。依國籍法二一條。夫雖失國籍妻不失國籍又夫無家督相續之資格。妻依第九百八十二條

又第九百八十五條之規定。被選為相續人之場合。有其適川而已。而女戶主不因入夫婚姻

使訂婚決不失去主權。更不俟言。

第九百六十五條 家督相續。於被相續人之住所開始之。

本條所以定家督相續之開始地。而其開始地。為被相續人之住所。此固當然。各國皆同。蓋有相續之開始。然後有相續人。故不得以相續人之住所為相續開始地。此被相續人住所之外。不可為相續開始地之理由也。或問定相續之開始地。必要之之理由何在。曰關於相續之各種手續。如定其管轄裁判所。無不以相續開始地為根據也。非訟事件手續法二二三項六五八五九四九七

七〇三、一〇九、一〇四、一一〇

第九百六十六條 家督相續回復之請求權。家督相續人又其法定代理人。自知相續權

侵害之事實時五年間不行之。則因時效而消滅。自相續開始之時經過二十年者。亦同。

證一
五五

本條所以定家督相續權之消滅時效者也。蓋家督相續事非簡易。若事實上既有為相續之人。因無法律上之資格。不論經數年數十年。仍奪去其相續權。而與諸他人。則從此當事者間。及對於第三者之權義關係。必大被攪亂。延及經濟上社會上。發生惡果。可推而知。故法律特設時效之規定。而其時效。較諸普通事情之時效。其期間尤短。亦不得已也。蓋相續權於私權上為貴重之利益。凡正當之相續人。其權利被侵之場合。若知其事實者。不能默然坐視。故本條定正當之家督相續人又其法定代理人。自知有侵害相續權之事實之時。五年間而不請求回復權利。則於其權利。必有拋棄之意思。故可因時效而作為消滅。外國立法例。相續權以普通時效^{期最長}消滅者不少。即日本舊民法亦承襲之。^{證一}然據上所^{五五}述。本條特定五年之短期時效。則固特有其理由矣。但此時效。當自正當之相續人又其法定代理人。知害相續權事實之時起算之。若自相續開始之時。已過普通之時效期間。^{即新法}

六十七年一項則別無五年時效成就與否之問題矣。蓋本條之規定以短縮時效期間為目的。在此場合當適用普通時效。七二六四參照^{二六}

本條所謂家督相續人又其法定代理人云云者。無他家督相續人。往往有未成年者。問有禁治產者。當此場合。若必自本人自知害其權利之時而起算時效。則恐期間空過。不能達本條之目的。今有此等法定代理人。則法律上可代之而保護利益。凡其代理人。苟知相續權侵害之事實。即可圖其權利回復。不待本人自知之而自行之也。^{參照一五八}

第九百六十七條 關於相續財產之費用。自其財產中支辦之。但由於家督相續人之過失者。不在此限。

前項所揭之費用。遺留分權利者。不要以因贈與之滅殺所得之財產支辦之。^{取三〇}

本條定關於相續財產之費用。由何種財產中支辦之也。蓋關於相續財產之費用。大抵關於一切利害關係人之利害者多。求之相續人。受遺者。債權者中。既無一人應支辦之理由。則必原夫相續財產之費用。果何為乎。而推其原因。是實為保護相續財產。然則即以財產支辦之。豈不當然。但相續財產上所不必要之費用。則不當以相續財產支辦。故因家督相續人之過失支出之者。自當使之各自負擔。此本條第一項所規定也。

所謂相續財產也者。謂相續人由相續之原因而應取得之一切財產也。故遺留分權利者。因滅殺被相續人所爲之贈與而得之財產。性質上亦可謂之相續財產。一一三〇然此財產。法律單爲遺留分權利者之利益而與之。較諸他之相續財產。異其性質。遺留分權利者以外之利害關係人。毫不因是而受利益。固也。即就他方觀之。凡關於相續財產之一般費用。在遺留分權利者。亦不因之而受利益也。要之一般之相續財產。與此財產。爲各個獨立之財產。故本條第二項規定。不要以此財產。支辦關於相續財產一般之費用。所謂關於相續財產之費用者何謂也。在法律上似易解。而實際生疑問者不少。今舉的確者例示一二。如相續財產管理之費用。關於相續財產各種之租稅。限定承認。又財產分離之場合。相續財產之清算上所必要之一切費用皆是。而所謂因家督相續人之過失之費用云者。例如關於相續財產管理之費用。雖係關於其事之費用。然或係不必要之費用。或因相續人之無能而無益支出之費用。因管理人之過失。毀損相續財產而修繕之之費用等皆是。

第二節 家督相續人

本節先定何人可爲家督相續人乎。九六八次載相續人之順位及關於指定選定廢除等

之規定。九七〇乃至九八五乃

一 家督相續人之資格

第九百六十八條 胎兒於家督相續人之資格。視為既生者。

前項之規定。若胎兒以死體出生時。不適用之。一八七二

本條定胎兒爲家督相續人之資格者也。蓋依日本民法第一條之原則。私權之享有。始於出生。是非有獨立存在之人。則不能爲權利之主體明矣。若無本條之規定。則胎兒無相續權之可言矣。但若是則反乎舊慣。又戾乎人情。是以日本則不待言。歐美諸國。皆無不承認胎兒之相續權。在舊民法。曾倣歐洲多數之例。凡胎兒爲其利益。作既生者論。二然此猶嫌失之寬汎。且解釋上無一定之依據。何者爲適於胎兒之利益乎。疑問滋生。得例如關於國籍

參一八故新民法凡於視胎兒爲既生之場合。特以法限定之。不仿舊民法之僅設概括的規定。如第七百二十一條。卽其一例也。而關於相續。尤覺必要。此本條所由設規定也。蓋相續人者。必於相續開始之時既定。而當時未生之胎兒。當然非有相續權。卽使視為既生。而依法律所定之順序。當於出生之後。始能實行相續。本條之規定。不過一假定。(fiction)故胎兒而終不出生。則不得爲相續。胎兒以死體出生。則人格未成。其權利主體消滅。亦不得爲

相續。則本條第二項之規定。不免蛇足徒添耳。如現行法第七百二十一條。雖不設此規定。其解釋上相同。自無所疑。但若舍去本條第二項之規定。則又生別種疑問。何則。從來關於相續。謂胎兒不僅以生存而出產者爲已足。尙須明限出生時之生存之狀態。斯爲必要。此在日本。可推知不取此主義矣。蓋初生之兒。能永遠生存乎。固屬一難問。又能於若干時日間。在維持生存之狀態乎。又難豫定。今依本條。則可知不採用右之主義。單以生而出產者足矣。

第九百六十九條 左所揭者。不得爲家督相續人。

一 故意致被相續人或家督相續在先順位者於死。或欲致之於死。因而受刑者。
 二 明知被相續人有被殺害之事。而不告發告訴者。但其人若無辨別是非之能力。或殺害者係自己之配偶者或直系血族。則不在此限。

三 因詐欺強迫。阻撓被相續人之取消或變更關於相續之遺言者。

四 因詐欺強迫。使被相續人舉其關於相續之遺言取消或變更之者。

五 偽造變造毀滅又藏匿被相續人關於相續之遺言書者。取二九二
二九三

本條列舉無家督相續人之資格者。

第一 故意致被相續人或家督相續在先順位者於死。或欲致之於死。因而受刑者。本號所揭者。乃爲家督相續而殺他人或欲殺之者是。若此等之人。使爲家督相續。必動輒犯殺人罪可知。凡以殺人而得財產上其他之利益。公安所不許。本號做各國之例。即使犯罪人在家督相續之順位。亦不得相續。但僅以右之目的而有殺人之嫌疑。猶未可也。假令犯罪之證據。確實提出。苟未受刑。仍不能適用本號之規定。蓋褫奪相續權。原非細故。其於相續人。不特害財產上之利益。實有傷其名譽。故在刑事裁判所。苟未認爲殺人之所爲。則無褫奪其相續權之事。或曰。致被相續人於死。或欲致之死者。因其所爲而得被害者之財產。及其他權利。則其罪同於橫領。奪其相續權者。理也。若致家督相續人於死。又欲致之死者。其所爲固可惡。而要非橫領被害者之財產。似無因此卽奪其相續權之理。不知反面觀之。彼不殺先順位者。則豈能爲相續乎。是殺先順位者。與殺被相續人之場合。其目的固同。其結果亦無所異。附以同一之制裁。何不當之有。

所謂先順位者。依第九百七十條之規定。法律上在先應相續之順位者。固不待言。而其他尚有種種。如對於指定家督相續人之法定推定家督相續人。如法定之推定家督相續人。死亡時以附條件而指定家人。對於揭在第九百八十二條者之法定推定家督相續人及指定家督相續人。七九條參觀者。九

人。於第九百八十二條所揭中對於後順位者之先順位者。對於揭在第九百八十四條者之前數者。對於第九百八十五條之選定家督相續人之前數者。先順位者存否不明親族會以條件附選定數名者。可參照九八五。親族會同時選定數名。而附以條件。謂第一者若拋棄相續。則選定他人者。此際對於後者之前者是也。

本號之場合。須有相續人故意致被相續人或家督相續在先順位者於死或欲致之死之要件。故(第一)要有致之於死之意思。若僅爲毆打致死初無殺害之意思。則不能適用本號。(第二)要知被害者爲被相續人。或於家督相續實係在先順位者之事實。否則在殺之或欲殺之之時。未知被害者有此資格。而後日發見之之場合。不在適用本條之範圍。蓋本號之法意。如前所論。因恐希望相續過切。有殺人及謀殺之弊。對之而加以制裁也。但不必要有以此目的。而殺人之證據。苟具備前二條件。法律即視爲必出於右之目的。何則。意思之證明方法。最屬困難也。

相續人教唆被相續人或先順位者自殺。得適用本號之規定乎。曰是亦可適用本號。蓋教唆自殺。與故意致此等之人於死或欲致之死無異也。先順位者而係胎兒。使其墮胎又謀使墮胎之場合。亦得適用本號乎。曰是亦可適用本號者也。何則。胎兒之於相續。視爲既生

者。^{九六}若墮其胎。卽是致之死矣。與殺既生者何異。

第二 知被相續人有被殺害之事而不告發告訴者。

本號所揭。雖非如前號親自下手殺被相續人。而明知被相續人有被他人殺害之事實。曾不爲之告發告訴。此不僅反乎人情。實幸被相續人之死亡。爲自己相續之利益。裁判上雖無證據可舉。推其心。實竊假他人之手以殺被相續人。亦未可知。若是之人。而仍許相續。不生害公安之虞乎。故法律亦褫奪其相續權。此等情事。自人情言之。在必當告發告訴之地。乃故意不爲。是以加之制裁。然天下之事。固有不能一概論者。本號之例外。所由附入也。

(第一)相續人無是非之辨別者。例若幼者知能未具。利害不明。或精神薄弱。愚騃同樣。此亦無是非之辨別者也。惟絕無知覺精神之乳兒。純然之白痴瘋癲。此實全不辨人事者。於被相續人被殺害之事。無所謂知。亦無所謂不知。其不適用本號也。固不待言。(第二)殺害者係自己配偶者或直系血族。在此場合。自對於被相續人之人情而論。不得不卽爲告發告訴。然加害者既係自己所最愛之親族。自又一方之人情言之。則所謂父爲子隱。子爲父隱之情。天良難泯。若遽適用本號法律。則於倫理。未免有乖。非許發自己之配偶者。或直系血族之惡行。則失相續權。於是有爲利慾而許發之者矣。若此則法律獎勵悖倫。伊於何底。

故此場合。雖不告發告訴。亦無失去相續權之事。

第三 因詐欺或強迫。阻撓被相續人之取消或變更關於相續之遺言者。

被相續人在法律所許之範圍。凡關於相續之意見。有自由爲遺言之權。人之將死。其言也善。遺言者。各國法律所以視爲最神聖之法律行爲也。卽由經濟之點論之。彼被相續人。可以自由爲遺言。爲法律所保護。然後生前能忍艱貯蓄。故遺言之自由。文明國無不鄭而重之。然相續人有時恐被相續人爲不利於己之遺言。以詐欺或強迫手段阻撓之。又凡遺言生前得自由取消。至一一二四乃欲舉遺言自由之實。被相續人欲取消於相續人有利益之遺言。而相續人以詐欺或強迫手段妨害之。此不特害遺言之自由。實以不法行爲。而強取其所當受之利益以外之利益。迹其所爲。可惡孰甚。於此而法律猶寬假之。則將至以不法行爲。蔑視公益之規定。本號欲制裁之。特褫奪其相續權。

第四 因詐欺或強迫。使被相續人舉其關於相續之遺言取消或變更之者。

本號立法之理由。與前號出於同一之精神。所以褫奪因詐欺或強迫使爲於自己有益之遺言。與使取消或變更於自己不利之遺言者之相續權也。

第五 偽造變造毀滅與藏匿被相續人關於相續之遺言書者。

本號所據之理。由亦略同前二號。即欲占取較相續人所應受者更多之利益。因舉貴重之遺言書偽造變造毀滅藏匿。迹其所爲。酷似前二號。其目的亦同。其可惡之程度。亦不輕於前二號。故附以同一之制裁。

二 家督相續人之順位

民法認家督相續人之種類有五。(第一)法定之推定家督相續人。即在家中之直系卑屬是。至九七〇。乃九七〇。八。(第二)指定家督相續人。即被相續人指定作爲家督相續人者。至九七九。一。(第三)第一種選定家督相續人。蓋無法定之推定家督相續人及指定家督相續人時。父母或親族會自家族中所選定者。九八三。(第四)尊屬家督相續人。即在家中之直系尊屬。九八四。(第五)第二種選定家督相續人。遇無當於前四種者時。由親族會選定者是。九八四。

第九百七十條 被相續人之家族之直系卑屬。從左之規定。爲家督相續人。

- 一 在親等各異者之間。先其近者。
- 二 在親等相同者之間。則先男。
- 三 在親等相同之男或女之間。則先嫡出子。
- 四 在親等相同之嫡出子庶子及私生子之間。則嫡出子及庶子雖女。亦先乎私生子。

五 於前四號所揭之事項相同者間。則先年長者。

依第八百三十六條之規定。因養子緣組而取得嫡出子之身分者。其於家督相續。視爲

取得其嫡出子之身分時已出生者。取二九五一項六年一月二十二日告二
八號同年七月二十二日告二六三號

本條所以法定之推定家督相續人之順位者也。蓋法定之推定家督相續人。爲被相續人之家族之直系卑屬。既如前述。一家直系卑屬有數人之多。故不得定其中之相續者爲何人。夫財產得分之爲數人。故遺產相續。數人同時相續者多。九九四條而家督卽戶主權。不能分割者也。故其相續人。必須一人。惟家督相續之結果。前戶主之財產。悉歸於一人乎。抑分諸他人乎。此雖屬別問題。而如後說明。在日本民法。則歸諸一人。六九八故直系卑屬有數人之場合。以何人相續。不得定。故本條第一項所定如左。

第一 在親等各異者間。先其近者。

此條原則。古今法律。大抵認之。在承認分割相續之國亦同。惟以有第九百七十四條之規定。故本號之規定。非絕對之規定。而實日本之舊慣。則亦有然。卽子先乎孫而相續。孫先乎曾孫相續之說是也。

第二 在親等相同者間。以男爲先。

此亦日本重男之舊慣也。在德川政府時代。凡屬武家。女子之相續。一切不認。歐洲古亦有此制。近則除王位繼承法之外。無取此制者。日本維新後。雖一般承認女子之相續權。然若有男子。則當先使爲相續。本號卽仍此慣習也。

第三 在親等相同之男子或女子間。則先嫡出子。

此亦因乎舊慣也。夫嫡出子之先乎庶子。固屬當然。惟有前號之規定。故庶子係男子。與嫡出子係女子之時。則男雖庶子。先有相續權。

第四 親等相同之嫡出子庶子及私生子之間。嫡出子及庶子雖係女子。亦先乎私生子。本號之規定。必前戶主係女戶主之場合。乃適用之。蓋嫡出以外之子。經父之認知。卽可爲庶子。法律上男子之子。無私生子。故男子之子。僅有嫡出子與庶子二種。則以其相續權。可依前二號規定。以定先後也。若夫只有母認知之私生子。乃謂之私生子。與法律上庶子有別。而本號規定之必要生矣。蓋父雖認知。自母觀之。依然私生子。既論於前卷親族編矣。而本號復列舉庶子者何也。此自嫡母而言之。庶子非其實子也。實則其夫之庶子也。在此場合。此庶子與自己實子之私生子之間。不得不豫定相續之順位。而本號之規定。實依從來之慣習者也。蓋嫡出子之當先乎私生子。固不待言。惟庶子與私生子之間。自歐洲主義論

之。私生子應先有相續權。似乎合於人情。而日本之慣習。從來持男尊女卑之主義。故其結果。男子於正式婚姻以外舉子。法律所許可。故庶子之相續權。雖次於嫡出子。而較之女子。於正式婚姻外舉子。為法律所不認者。固不可同日論也。故就相續權而言。庶子先乎私生子。

或曰家若有嫡出子又庶子。則似應相續其父。而於其以前由母為相續之餘地也。曰不然。(第一)入夫婚姻之場合。女戶主為戶主。其與入夫所生之嫡出子及入夫與他女子間所舉之庶子。應有在其家者。但此場合。以理當使女戶主之私生子。較入夫之庶子。先有相續權。但此自係立法論。非茲所當詳論之範圍。

(第二)嫡出子又庶子。依前條之規定。不能相續其父或為父所廢除者。至九七五條又或隱

居時。至七五二條又或父之相續開始。而在他家之嫡出子或庶子。其後因離婚與離緣。離去

而復歸本家。九七三又或依第七百三十七條第七百三十八條之規定而入家。或父隱居之

後認知私生子為庶子時。七三三一項七三三一項八三三二皆可有本號適用。

同是男子或女子。其間以嫡出子為先。既明述諸前號矣。而庶子與私生子間。其同是男子或女子之場合。以庶子為先。亦不待論。而本號規定之作用。即使嫡出子庶子是女而私生

子是男之場合。尙以嫡出子庶子爲先。是則本號之要點。

第五 在前四號所揭之事項相同者之間。則以年長者爲先。

本號之規定。固所當然。幾無筵規定。此不僅日本之慣習有然。

古代之法
未必然

即在西洋。長子相

續之慣習。通行已久。今日於王位繼承之順位尤重。大抵皆取長子相續之主義焉。

皇室
第二

參照
三八條

依第八百三十六條之規定。庶子因父母婚姻而取得嫡出子之身分。又依第八百六十條之規定。養子因養子緣組而取得養親之嫡出子之身分。故苟無他項特別之規定。則右五號之規定。一切適用。因之在此等資格之人。縱於取得嫡出子身分以前。有既生之嫡出子在。仍可以其年齡較少。超其順位而爲家督相續然者。雖然。此實不僅反乎慣習。卽以理論之。嫡出子之身分。年少者實先取得。故斷無因以後發生之事實而奪其既得權之理。是以本條第二項定庶子及養子之爲嫡出子。其於家督相續。視爲出生於取得嫡出子之身分時者。

或曰。法定之推定家督相續人。有男子者。則不得以男子爲養子。

八三

又卽使例外以女婿

爲養子。而依第九百七十三條法定之推定家督相續人。無害其相續權之事。可知養子雖

無本條第二項之規定。凡超過實子之順位而為相續者。惟限於其實子之出生前。已為養子者。然則本條第二項之規定。養子全然不必要矣。曰不然。當實子在他家之場合。因其家無為推定家督相續人之男子。遂立養子者有之。其後在他家之實子。因離婚離緣復歸其家。即使其人年少於養子。然可超養子而相續也。

第九百七十一條 前條之規定。不妨第七百三十六條之適用。一民七三六八二五八六年一月二十六日告二八號

同年七月二十二日告二六三號

前條之規定。戶主因死亡隱居而開始相續之場合。為適當之規定。惟因女戶主為入夫婚姻而開始相續之場合。其婚姻之目的。在以入夫為戶主故。六七三 即使女戶主有直系卑屬在。當先由入夫相續。為情理之當。此所以認前條之例外而別立一本條也。

或曰依本條之規定。使女戶主有直系卑屬。則其相續權不即為母之入夫婚姻所害乎。曰是不然。女戶主之子。因入夫而為繼子。即使為入夫婚姻之後。夫婦之間。生有子女。而入夫婚姻前之子女。對之則居兄或姊之地位矣。故依前條之規定。欲為同等之子。必年長者之繼子。繼入夫之後。不得謂因入夫婚姻。而害其權利也。參觀前條一項四號之說明

第九百七十二條 依第七百三十七條及第七百三十八條之規定而為家族之直系卑

屬。限於無嫡出子庶子等他之直系卑屬。從第九百七十條所定之順序而爲家督相續人。

本條所定之資格。蓋爲非當然在家者。而依第七百三十七條又第七百三十八條之規定而入家者。此等人依第九百七十條之規定。雖得爲相續人。若其他有當然屬於其家之直系卑屬在。則由他家而入者。得超過順位而爲相續。是以「人爲」改「天然」之相續權。實非情理之平。故本條規定。凡由他家而來之直系卑屬。必須其無直系卑屬之場合。然後有相續權。

本條所定。言家無嫡出子庶子等直系卑屬之場合。由他家所入之人。可爲相續。反言之。卽謂本家雖有私生子在。可不顧也。故由他家所入之直系卑屬。係嫡出子或庶子。則可超過在家之私生子而爲相續。由他家所入之直系卑屬。亦係私生子。則依前條之規定。男先乎女。年長者先乎年少者。蓋私生子屬於何家。事至難定。故其間自難細別也。參觀九七〇一項四號之說明本條之規定。依第七百三十七條又第七百三十八條。他家之人。當其入爲家族之時。雖無嫡出子及庶子之直系卑屬。亦有無相續權者。何則。當相續開始之時。若有生於其家之嫡出子或庶子在。則卽使其出生之前。已入爲家族。而其人無相續權者有之也。

本條之規定。適用於分家之場合。即分家_{家新}之戶主。得本家_{家舊}戶主之同意。舉在本家之自己之直系卑屬。入於分家之時。若於時有在分家所生之嫡出子。或庶子。則自本家來者。不得越分相續。此在於立法上。或不免批難乎。自立法論於分家之場合。原往例分家戶主是直系卑屬。爲當然屬於分家。如是不亦善乎。則右之不當結果。庶乎免矣。

第九百七十三條 法定之推定家督相續人。不因爲其姊妹所爲之養子緣組而害其相續權。

本條之規定。所以不因養子緣組而害當然有相續權者之權利。夫此事件。由第九百七十條第二項之規定。實則已可稍達目的。而法律猶以爲未足。因第九百七十條第二項。單規定養子之身分。有於養子緣組時。所生之嫡出子之身分。則亦祇定生於以前之嫡出子。除實子爲女養子爲男之場合以外。常定以實子爲相續而已。然養子之中。既不向法定之推定家督相續人之有無。仍作爲養子而入其家者有之。此等之人。非以家督相續爲目的。故縱使依第九百七十條有相續權之場合。而仍非有相續權者。實例不少。例如有女子一人者。則作爲婿養子或不作婿養子。而以男子爲養子之場合。依第九百七十條之規定。養子可相續固也。而此等有女子數人之場合。作爲其長女之婿養子。或不作爲何女之婿養子。

而第爲養子之場合。亦可同一辦理。然若有女子二人之場合。以次女之壻爲養子。不問其卽爲婚姻子壻養與不卽爲婚姻。而長女之相續權。不因之而被害也。不然。將見長女之相續權。爲次女所害。非不當乎。故依民法施行前之法律。遇此場合。非舉長女廢嫡以後。其養子不能得相續權。則爲此等養子以後。倘實子之男子已出生。其男子則先長女而爲相續。則對於此外。較其長女之順位更下之養子。得超之而爲相續。更何待言。又舉一例以明之。今有男子一人女子一人。女子之壻。作爲養子之後。參觀八三九而次男出生之場合。在相續開始前。其長男死亡。則當相續者非養子而次男。亦不容疑。又例如有女子二人之場合。先收一養子作爲次女之壻之後。更收一養子作爲長女之壻。其長女與其夫之間。必有相續權者。自除以女戶主爲婚姻者外。不認有所謂入夫之事。可得明矣。七三六八〇七二項九六四三號等參觀而次女之壻。關於相續之順位。既下於長女。故此場合。長女之壻。應有相續權。亦不容疑。是此本條之所由規定也。但本條之文字。稍欠明瞭。致起世人之疑問。然其真意。則非有他也。據本條文字。似乎必須當養子緣組時。已有法定之推定家督相續人之場合。乃可適用者。而觀其意義。則又若在規定。若用第八百三十九條但書之場合。作爲女壻之養子。於相續權不及於法定之推定家督相續人之男子然者。果如此解。則本條殆成無用之冗文。何則。

依第九百七十條第二項之規定。凡養子應爲養子緣組之日出生者。故依右之規定。女壻雖係年長者。不得先乎法定之推定家督相續人之男子而爲相續。最爲明瞭。可知本條之意義。乃保護養子緣組之當時現存法定之推定家督相續人之權利。惟有女子二人以上之場合。其一人因爲壻而爲養子。而要不害他之相續權也。但若果如此意味。則何必用本條迂遠之文字。況有女子二人以上之場合。法定之推定家督相續人。必係長女。故謂「爲其妹之養子緣組」則可。若謂「爲其姊妹之緣組」則頗難了解。若強解之。殆謂在姊被廢除後。爲其壻養子之場合。可適用乎。今姑取此解釋。而養子緣組後所生之男子。則固宜先乎一切之女子而有相續權。故謂對於其女子之一人。而在其下位之養子。可超過於在其上位之實子而爲相續者。非理也。而於此場合。對養子緣組後所生之實子之男子。業認其有相續權矣。則前所列舉之一切解釋。殆有不能不然者。

第九百七十四條 依第九百七十條及第九百七十二條之規定而應爲家督相續人者。在家督相續之開始前。死亡與失其相續權之場合。其人若有直系卑屬。則其直系卑屬從第九百七十條及第九百七十二條所定之順序。與其同順位之資格。而爲家督相續

人。
取二二
五二九
項九

本條之規定。在歐洲謂之代位相續。(representation, Erbfolge nach Stämmen)在日本古時稱嫡孫承祖。蓋依第九百七十條及第九百七十二條之規定。而在當爲家督相續之順位者。因死亡或廢除。至九七五乃本家相續。七四四離籍。七五〇二項又缺格。九六而失其相續權。即使其人有弟妹等在。若有直系卑屬。其直系卑屬中。得依第九百七十條及第九百七十二條之規定而有相續權者。可爲相續。蓋死亡者及失權者。有爲相續之事。則將來其直系卑屬。更爲相續。乃當然之順序。今因偶然之事實。其父失其相續權。其叔父母等相續之。則將來之家督。永屬於其人之子孫。不當孰甚。雖外國之成法。有分失權之場合爲數種。若其父係以缺格而失權者。則不許嫡孫承祖。舊民法取二九五然父罪不加子。各國之通例。故今之新民法。不爲此區別矣。

第九百七十五條 法定之推定家督相續人。有左之事由。被相續人得請求裁判所。廢除其推定家督相續人。

- 一 對於被相續人。虐待或加重大之侮辱者。
- 二 因疾病及其他身體又精神之狀況而不能執家政者。
- 三 因可以污辱家聲之罪而被刑者。

者同一而視。故本號於疾病等之程度。以不堪執家政者爲必要。其他疾病以外。因身體精神之狀況而不堪執家政者。亦包含在內。

第三 推定家督相續人。因可以污辱家聲之罪而被刑者。

家督相續之最大目的。所以維持家聲。保有家產也。今相續人被刑之所爲。既於家聲有污點。其不足以維持家聲。可想而知。是以有本號之規定。但所謂可以污辱家聲之罪。究竟指何而言。此乃事實問題。時勢變遷。則事項亦漸次變更。要之世所謂破廉恥之罪者。大抵包含於此中。八一三四號參觀然經大赦之後。卽不得爲廢除之原因。則自然之結論也。

第四 推定家督相續人。以浪費者而受準禁治產之宣告。無悔改之望者。

前項所述。家督相續之目的。在維持家聲。保有家產。若相續人之行爲。終不足以保有家產。則不得不廢除之。此定理也。而浪費者。終至蕩盡家產者多。故可以廢除之者亦多。然年少者一時浪費。至年長受父兄訓戒。能改悛者。亦自不少。是以不能舉浪費者盡數廢除。故本號規定。凡浪費者。要以既受準禁治產之宣告。而無改悛之望者。爲廢除之限度。夫有改悛之望與否。雖事實問題。一任裁判所之認定。而自法律之趣意推之。或因其人之生性。永難變遷。或因慣習之玩深。成爲痼疾。然且必要在準禁治產之宣告以後。無他。浪費之程度稍

甚。則必附有保佐人。而宣告準禁治產。可因是而推知浪費之程度也。

第五 於親族會認有廢除之正當事由者。

是條包括最廣。一切場合。皆包含之。試舉一例以明之。家中貧困。戶主無力施其子以必要之教育。他家欲以其子爲養子。而其子乃係推定家督相續人。非廢除之之後。不得爲他家養子。乃求得親族會之同意。而請求其廢除是也。惟本號之場合事由最廣。故不許以被相續人之獨斷。請求裁判所。必先得親族會之同意。而事由之正當與否。仍須依裁判所之認定。固無論也。

第九百七十六條 被相續人。以遺言表示廢除推定家督相續人之意思。遺言執行者。要

於其遺言生效力之後。即請求廢除於裁判所。此場合之廢除。遡及被相續人死亡之時

而生其效力。取二九
八一項

本條規定。根於遺言之廢除也。蓋廢除相續人之事項。當相續開始之時。始覺必要之故。生前往往不豫計劃。殆被相續人將死。而始爲之者有之。而以必要請求於裁判所。則或無爲請求之暇。又因大故而生前不能爲此手續之場合。亦復不鮮。且也被相續人之廢除相續人也。大抵出於萬不得已。即有廢除之原因。仍望其數年之後。改過自新。故及至垂死而知

相續將開始。始覺廢除不容或已。然此場合。則已非遺言不能爲廢除矣。故本條許以遺言表示廢除之意思。

雖然相續人之廢除。在新民法。必要請求裁判所。俟判決而始有廢除之效。不能如舊民法之以遺言。卽生廢除之效力。故本條單許被相續人以遺言表示廢除之意思。而遺言也者。如後所說明。無論何時。可以取消之者也。^{五一}一二四乃遺言之生效力。本則當在被相續人死亡之時。^{八一七〇}是以被相續人死亡之後。遺言執行者。要當卽請求廢除於裁判所。^{八一七〇}

遺言執行者。而請求廢除。通常要於被相續人死亡之後短期日內爲之。遺言而附停止條件。要自其條件成就之時。當卽爲請求。^{八一七〇}例如有嫡出之遺腹子。尙未出生。又有一庶子在。若遺腹之子。健全而出生。則其子當相續。固也。若其子以死體出生。則庶子可相續。此順序也。然若於其人有廢除之理由。被相續人欲廢之。則遺言以胎兒之死體出生爲條件。而廢除其庶子可也。遺言執行者。至胎兒之出生爲止。不請求廢除。詳言之。若胎兒以健全出生。固無爲廢除請求之必要。若胎兒以死體出生。乃始可爲廢除之請求也。此本條所以有遺言生效力之後之文句也。蓋不生效力。則條件不成就也。

本條之場合。裁判所之宣告廢除。常在相續開始之後。若使廢除自裁判確定之日始生效力。則是相續開始之時。被廢除之相續人。既已正當相續。應至廢除裁判確定之後。失其資格矣。然如此則相續人自相續開始之後。至廢除之確定判決爲止。尙可承繼被相續人之一切權利義務矣。其間必生錯雜之關係。或不可回復之損害。夫廢除之目的。在使其人不爲相續也。若裁判所既宣告廢除。則其宣告。當遡及被相續人死亡之時而生效力。此本條末段所由規定也。又此場合之戶主權及財產之處分。第九百七十八條。設有必要規定。第九百七十七條。推定家督相續人廢除之原因停止。被相續人又推定家督相續人。得請求取消廢除於裁判所。

第九百七十五條第一項第一號之場合。被相續人。無論何時。得請求取消廢除。前二項之規定。相續開始之後。不適用之。

前條之規定。準用之於取消廢除。取二九八
二項三項八

本條規定關於廢除之取消者也。蓋廢除之原因。往往有消滅者。例如相續人因疾病不能執家政。又因浪費而受準禁治產之宣告。一似無改悛之望而廢除之者。日後病者忽愈。浪費者改悛。或準禁治產已取消。則廢除之原因消滅。於此即取消廢除。而回復其相續權。亦

當然之事理。故本條第一項。得由被相續人又推定家督相續人。請求之於裁判所。其所以認此權利於推定家督相續人者。重法定之相續權也。惟請求於裁判所。事屬重大。其初廢除之也。既必要裁判所之判決。則取消之也。亦必要裁判所之判決。以防濫用請求之弊。且也推定家督相續人自請求之場合。多含被相續人不肯取消之內情。故廢除之原因已停止與否。不無爭論。則裁判所之判決。尤必要矣。

第九百七十五條第三號所揭廢除之原因。一旦發生之後。不能再消滅者有之。

但大赦不在場合

此限亦得請求取消

同條第一項第一號之場合亦然。但第一號所揭。主在對於被相續人之罪惡。若

被相續人而宥恕之。欲回復其相續權。自不得不許。蓋此等舉動。因一時之感情而暴發者有之。後日非無深自悔悟者。而自被相續人方面思之。卽有第九百七十五條第一項第一號之缺點。而其他無適當之相續人。不如使之相續。以謀血統之繼續。故本條第二項。使被相續人。無論何時。得請求取廢除。然此場合。不得由相續人爲其請求者。其理不言可知。天下未有既虐待侮辱他人。而自己又能消滅之者也。

相續人廢除之取消。相續開始之後。不得爲之。此無他。相續人之地位。相續開始之時已定。故相續開始之當時。甲被廢除。必乙爲相續。若後日取消甲之廢除。則是直接以害乙之權。

利矣。此本條第三項所以立也。

取消廢除。既許以遺言爲之。此與許廢除之遺言。同一理由。但此場合。僅僅遺言自身。非能即生廢除取消之效力也。當由遺言執行者。請求於裁判所。而裁判所爲取消廢除之宣告。則其宣告。邇及被相續人死亡之時而生效力。

第九百七十八條 推定家督相續人之廢除。又其取消之請求後。其裁判確定前。若相續開始。裁判所得因親族利害關係人又檢事之請求。於戶主權之行使及遺產之管理。命必要之處分。有廢除之遺言者。亦同。

裁判所選任管理人之場合。準用第二十七條乃至第二十九條之規定。

本條於相續人廢除之請求。或有取消之請求以後。未至裁判確定以前。於相續開始時。而爲之規定也。此自普通之理論言之。相續人之地位。應定於相續開始之時。而當廢除相續人。法律上尙不生效力之間。相續已開始。則是當相續開始時。尙未成爲廢除。故其相續人。法律上依然爲正當之相續人。可卽爲相續也。廢除之取消。亦因裁判之確定而生效力。當相續開始時。其相續人既被廢除。而無相續權。則在其次順位者。卽可爲相續。然如此。則失其訴訟之目的。反乎法律承認廢除相續人取消廢除之趣旨矣。故本條規定。繼續其訴訟。

若裁判所以爲有廢除之原因。則次順位者當爲相續。以爲有取消之原因者。則被廢之相續人應爲相續。而至其裁判確定爲止。相續人不確定。因而行使戶主權。且管理財產者亦不確定。利害關係人不無損害之虞。乃使裁判所因親族利害關係人又檢事之請求。命爲必要之處分。此與處分不在者之財產。規定略同。二五條惟此則加以親族。雖無利害關係。而自重家聲又顧戚誼之點論之。較之他人有過不及。故有此請求權。亦人情之正當也。事人

訴訟手續法關本條之場合缺少規定。

本條所定之處分。大概同乎關於不在者之財產之處分。不在者之財產。選任管理人。之場合最多。本條之場合亦然。而其管理人之職務權限。及其他之權利義務。與不在者之財產管理人。既無異其規定之理由。故本條第二項。準用第二十七條乃至第二十九條之規定。以上就相續人廢除之訴。又廢除取消之訴。既發以後。裁判確定前。相續已開始之場合而論之也。以遺言廢除之場合。其訴必當於相續開始後提起之。故此場合。亦必要與右爲同一處分矣。而此場合。不必待提起訴訟。苟有廢除之遺言。即得請求右之處分。例如遺言附條件之場合。依原則而論。廢除之訴。非條件成就之後。不得提起。而本條所定之處分。則雖在其前。亦有必要。故此場合。得作爲非訟事件而請求本條之處分於裁判所。但非訟事件

手續法第六十六條之規定。殆不免有缺點。該條所有「受訴之裁判所」字樣。而以其在訴未提起以前。不如改爲「應受訴之裁判所」。較爲確當。

本條於廢除取消之遺言之場合。不言及之。蓋此場合。當相續開始之時。既有正當之相續人。則以其人行使戶主權。管理遺產。自無庸慮及財產之損失矣。但就立法論上觀之。則此場合。殆亦以適用本條之規定爲可乎。

第九百七十九條 無法定之推定家督相續人者。被相續人。得指定家督相續人。此指定。至有法定之推定家督相續人時。失其效力。

家督相續人之指定。得取消之。

前二項之規定。僅適用於因死亡又隱居之家督相續之場合。取一九九三〇日。明治六

號。同年七月二十
二日。告二六三號。

本條以下。至第九百八十一條。皆規定關於指定相續人之事也。依本條之規定。無法定之推定家督相續人。被相續人所指定者。可爲家督相續。蓋法定之推定家督相續人。其於親族關係及家族關係。在當然可爲相續之位置。非有正當之事由。不許廢除之。但法定之推定家督相續人。若自初無其人。或半途死亡。廢除、離籍、缺格。則法律上既無當然相續者。於

此而戶主舉繼承自己之權利者。自選定之。亦非不當。此日本之慣習有然。即西洋各國。亦多承認之焉。

被相續人之指定相續人。限於爲死亡或隱居之場合。則可。若以其他之原因而開始相續。則不承有此權利也。如國籍喪失者。豫定其相續人。不得其當。何則。其人既失國籍。則不重日本之國籍及戶籍可知。未有既脫國籍而猶思其家者也。則其所定之相續人。不合可知矣。若謂不因自己之意思而失國籍。則此場合。當無豫計國籍喪失之事。即無指定相續人之理。其他之場合。如因女戶主之入夫婚姻而開始相續者。以入夫可爲戶主故也。則女戶主無指定入夫以外之相續人之餘地。又可知矣。其他如戶主之婚姻。養子緣組之取消。入夫之離婚各場合。不得指定其相續人。固不待言。

相續人之指定。以遺言爲之爲最多。惟日本有隱居之制。故未必以遺言爲之。然其性質。頗近於遺言。無論何時。得取消遺言。即無論何時。得取消指定相續人也。

在被相續人當指定相續人之時。非有法定之推定家督相續人。而至後發生者有之。如被相續人生子之場合。相續人之指定。失其效力。蓋指定相續人。必限於無法定之推定家督相續人之場合。始有相續權。其指定當時。雖無推定家督相續人。而相續開始之時。若已出

生。則不得強奪其權利。此事照舊慣論。非無異點。但一旦推定家督相續人之權利。既被承認。立法上勢不得不準此而規定之也。即民法施行前之慣習。大抵相同。其例外惟於華族見之。

被相續人指定家督相續人之後。雖至有法定之推定家督相續人。而其人後日早亡。或失其相續權。則前所指定者。可回復其效力否。曰不然。依本條第一項之規定。其指定之效力。至有法定之推定家督相續人時。同時喪失。惟被相續人之意思。若不變更。自不得不指定同一之人。此則事實之問題也。

又有一問題。被相續人當指定相續人時。雖有法定之推定家督相續人。而相續開始之時。其人已死亡。或失相續權。則相續人之指定。果有效否。此問題依舊法典解。作為有效。依新民法解。則為無效。蓋在指定當時。欠缺法律上之條件。故其行為。可謂自初不成立。故若被相續人。即不變更其意思。自不得不更指定同一之人。但自其初即不過以附條件而指定相續人者。即若法定之推定家督相續人死亡後。或失其相續權後。則當確定其人為相續者。固自無妨。蓋附條件之法律行為。條件成就之時。生其效力。故其時而無法定之推定家督相續人。則其行為。自適法矣。且此等指定之格式。有時頗覺有用者。如被相續人及法定

之推定家督相續人。皆將臨終。若被相續人而先亡也。則推定家督相續人爲相續。固無他慮。若推定家督相續人而先亡。則其他無推定家督相續人。必次順位相續人爲相續。而次順位者。爲被相續人所不喜。特別指定一人相續者有之。於此而必待推定家督相續人死亡以後。則恐其人忽焉不起。或竟無遺言之暇。是以豫先爲附條件之遺言。洵正理也。又被相續人請求廢除推定家督相續人之場合。亦有豫附條件而指定相續人者。推其意思。廢除之請求若見准許。則卽以其人爲相續也。

第九百八十條 家督相續人之指定及其取消。因申呈按原語曰屆出視於戶籍吏而生

效力。

取三〇〇六年一月二十二日告二八號。十二年二月十三日太政官達八號。

本條定相續人之指定及其取消之方法。併定其成立之時期者也。夫相續人之指定。既多以遺言爲之。故其取消。亦以取消遺言者爲多。而隱居之場合。則不能取此方法。況相續人之指定及其取消。於戶籍有重大之關係。卽關係利害關係人之權利義務。亦甚重大。故特使申呈之於戶籍吏。而以此爲法律上之條件。故相續人之指定及其取消。成立於申呈之時。關於此隱居七五 婚姻七七 離婚八一 養子緣組七四 離緣四八 等。合於新民法所採用之主義者也。

第九百八十一條 被相續人以遺言表示家督相續人之指定及爲取消之意思。遺言執行者。要於其遺言生效力後、當即申呈之於戶籍吏。在此場合。指定及取消。溯及被相續人死亡之時而生其效力。取三〇。六年十一月二十二日告二八號。十二年二月十三日太政官達八號。

本條當被相續人以遺言指定家督相續人、或取消其指定之場合而規定之也。蓋前條既以申呈爲相續人之指定及其取消之成立條件。故雖不得以遺言爲即生效力之物。而遺言者死亡之後。即生效力可知。入七〇。而被相續人。自不得自行申呈。故使遺言執行者爲申呈。而遺言執行者。遺言生效力之後。附條件之遺言。則條件成立之後。當即爲右之申呈。至指定又其取消。溯及被相續人死亡之時而生效力。一切同於第九百七十六條之場合。茲不贅述。

第九百八十二條 無法定或指定之家督相續人之場合。其家若有被相續人之父。則其父。若父沒。或父不能表示其意思。則其母。若父母俱沒。或不能表示其意思。則親族會。從左之順序。於家族中選定家督相續人。

第一 配偶者但須家女。

第二 兄弟。

第三 姊妹。

第四 不該當第一號之配偶者。

第五 兄弟姊妹之直系卑屬。取三〇一、三〇二、三〇三、三〇四。

本條就第一種選定家督相續人而下規定也。此種相續人。無法定或指定之家督相續人之場合。或指定家督相續人拋棄之場合。而始有其相續權者也。而爲其選定者。家有被相續人之父。則父爲之。無父。或父不能表示其意思。則母爲之。父母俱沒。或俱不能表示其意思。則親族會爲之而已。

此種選定家督相續人。選定者得自由爲選定。

第一次、不得不選爲家女之配偶者。蓋被相續人係養子。原配係家女之場合。則其家女。本可爲戶主。故當先選定之。

第二次、當於兄弟中選定之。但在兄弟間。選定何人。則選定者之隨意也。

第三次、當於姊妹中選定之。而姊妹間選定何人。亦其自由。與前款無異。

第四次、選定不爲家女之配偶者。即謂由他家所娶之配偶者也。此等資格。亦爲被選之一。但比家女則後矣。

第五次、選定兄弟姊妹直系卑屬中之適當者。然凡在此等資格之間。無論立長立幼。立子

立孫。立男立女。一切屬於選定者之隨意。

以上從來之慣習。無確定不易之事。不外參以本邦之慣習。計及人情之便利。斟酌爲之。況有次條之規定。則本條之規定。對於選定者。應無不當之拘束矣。

本條所列舉者。要爲被相續人之家族。此蓋專依日本之慣習也。

第九百八十三條 選定家督相續人者。有正當事由之場合。得裁判所之許可。可變更前條所揭之順序。又可不爲選定。取二三

本條之規定。對於前條規定而加以適當之變更也。蓋前條所揭者。如直系卑屬。不可爲法律上當然有相續權者。惟父母親族會等。因愛憎及其他事情。恐有不當之選定。故以法律示一定標準。然總以得適當之相續人爲準。故若從前條之規定。在相續之順位者。其人不適當。或比其人有更適當者。毋甯棄彼取此爲利。蓋雖有法定之推定家督相續人。有重大之事由。尙且許其廢除。但非裁判所證明正當事由。得其許可。則不許變更前條之順序。或以他人爲相續。

第九百八十四條 因第九百八十二條所規定而無家督相續人。以在家之直系尊屬中

親等之最近者。爲家督相續人。但親等相同者。則先男。取三〇三。六年一月二十二日。告二八號。

本條規定直系尊屬之相續權。蓋從來慣習。不得已之場合。許隱居之再相續。而新民法必無法定指定及第一種之選定相續人之場合。始認此種相續人。蓋隱居之再相續。反乎常理。故非萬不得已之場合。不承認之。此可謂適乎日本慣習之精神者也。

本條之適用。必係第九百八十二條所揭者絕無之時。或雖有是而失其相續權。或拋棄相續。又依前條之規定。不爲選定之場合は也。

以上僅就隱居再相續之場合而言。但本條之適用。不必限於此場合。或直系尊屬。對於其父。失相續權時。亦包含於本條中。蓋此場合。其人失相續權。僅對於其父。則對於其子。在本條之順位。有相續權。亦不容疑。且更舉稀有之例。戶主在他家。以自己之直系尊屬爲家族之場合。亦包含於本條之中。而此場合。往往從來在家之直系尊屬。尙生存者。然此時孰可相續乎。本條雖不明定。而從自來之慣習。當以從初卽在其家者爲相續。蓋不容疑。而法律不規定此等場合者。非遺忘之也。蓋想像此等稀有場合。殆無際限。且不勝規定。姑付諸無言之推測而已。

家有直系尊屬數名。則擇其中親等之最近者。卽父先祖父而爲相續。祖父先曾祖父而爲相續。又在親等相同者之間。則先男。此實適於慣習。且所以使逆行相續力縮小範圍也。

第九百八十五條 依前條之規定而無家督相續人。親族會於被相續人之親族家族分家之戶主及本家或分家之家族中。選定家督相續人。

前項所揭之中。無應爲家督相續人。親族會於他人中選定之。

五〇 親族會限於有正當事由之場合。雖有前二項之規定。得裁判所之許可。可選定他人。三取

本條所以規定第二種之選定相續人也。凡上列之相續人皆死亡。或失其相續權。或拋棄時。則除廣選適當之相續人外。無他方法。然本條尙須視被相續人之親族家族分家之戶主。又本家或分家之家族中。有適當者。先選定之。此由尊重家系之旨而來。要之適於從來之慣習者也。

若無右所揭者。或雖有之而失相續權或拋棄之時。則勢非於他人中選定相續人。將卒遭絕家之不幸矣。故此場合。雖於他人中選定之。亦無不可。且有正當之事由時。得裁判所之許可。雖有本條第一項所揭者。得選定他人。此與第九百八十三條之規定。同一宗旨。爲本條之選定者。限於親族會。故在家之父母。不得拋棄前條之相續。而自選定相續人。而況於其人既失相續人之資格者。九六本不得選定相續人乎。蓋人而至於奪相續權。此後以爲

無適當相續人之可選。往往選一定愚魯不靈之相續人。以恣自己慾壑者有之。若在拋棄相續之場合。自知無相續家督之價值。而猶圖選定他人。使爲相續者有之。此皆不得其當者也。故此場合。僅使親族會選定相續人。

依本條之規定。而無相續人可選定。則其家爲絕家。四七六又或親族緣故者俱無。不能招集親族會。或親族會以爲無適當之相續人。而不爲選定。或由親族會所選定之人。皆拋棄相續。此時亦成絕家矣。然實際上非履行相續人曠缺之手續以後。殆不得爲絕家之手續。○
一五〇五九

第三節 家督相續之效力

第九百八十六條 家督相續人。自相續開始之時。承繼前戶主所有之權利義務。但專屬於前戶主之一身者。不在此限。取二九四一項三一。舊商二七。十九年。四。月二十八日勅三四號。華族世襲財產法二。

本條定關於家督相續之效力之原則。所謂家督相續者。謂戶主權之相續。相續人因相續而當爲戶主也。日本之慣習。就原則而論。舉家中之財產。一概應屬諸戶主。故戶主權相續之結果。前戶主所有之一切財產。悉承繼之。是以數家督相續之效力。不外本條所言。乃使家督相續人。承繼前戶主所有之權利義務者也。但專屬於前戶主之一身之權利義務。不

在家督相續人所當承繼之限。例如前戶主有受某種教育之權利。相續人非有同一之權利也。又前戶主對於或人有與以某教育之義務。而相續人非有同一之義務也。又前戶主有自他人受養育料之權利。而家督相續人非有同一之權利。前戶主負養育他人之義務。而家督相續人無同一之義務也。但此義務。因法律行爲而生之場合。有時隨當事者之意思。移其義務於相續人之場合。若其意思不明時。則義務之性質上。不得不視爲專屬於前戶主一身也。五二二 參觀

以上所論之效力。自何時發生乎。本條答之曰。自相續開始之時發生。夫家督相續人。在事實上行使相續人之權利義務。未必起於相續開始之時。或家督相續人。因在遠隔之地。至相續開始之後。經數月而始行相續人之事者有之。或得爲拋棄之相續人。於第十七條所定之期間內。不表示其意思。至其期間之終。始行承認者有之。又雖不得爲拋棄之相續人。二〇〇以於爲單純承認。爲限定承認。得不在同一期間內表示其意思。直至其期間之終。而爲承認者有之。此等場合。其人法律上自相續開始之時。既爲相續人。其權利義務。當及其時而生效力。不然。前戶主之權利義務。一旦失其主體。則一切之財產。皆成爲無主物矣。此法律所不認。故相續人之權利義務。法律上自相續開始之時。卽生效力。不必問承認事

實之有無也。惟爲限定承認之場合。認其相續人有一定之權利義務。遂使相續之效力。生許多變更矣。至一〇二五乃又相續人爲拋棄之場合。依法律之假定。溯及其效力於相續開始之時。其相續人。視爲自初不爲相續人者論。代之而爲相續人者。視爲自相續開始之時。已爲相續人者論。三九〇此效力之理由。雖不免學者批駁。卽立法之實例。亦紛歧不一。要之。其所以取此主義者。圖實際之便利。蓋不取此主義。則相續財產。將成無主物。若欲避此結果。必不得不認法人之假定。然假定非萬不得已。法律不認之。又實際之結果。認法人之成立。則其財產由被相續人一旦移於法人。更由法人移於相續人。其間生種種錯雜之法律關係矣。故新民法除相續人曠缺場合之外。不認法人之存立。五一〇卽在此場合。若後日相續人出。則法人視爲不存立論。所以避其錯雜也。五一〇

第九百八十七條 系譜祭具及墳墓之所有權。屬於家督相續之特權。取二九四二項一

號一〇號一九年四月二十八日勅三四號華族世襲財產法二

本條定屬於家督相續之特權之財產。蓋一家之財產中。與家督相續人。有不可離之關係者。系譜祭具及墳墓是也。此等物件。所以尊重家系。不絕祖先之祭。於家督相續。不可欠缺。蓋戶主有保護系譜祭祀祖先之義務。故右所揭之財產。必當屬諸戶主。是以(第一)被相

續人、不能以遺言舉此等財產、贈與家督相續人以外之人。(第二)若被相續人、即舉財產之包括的一部、贈與家督相續人以外之人。而右所揭之財產、必不可不歸諸家督相續人。此即本條之規定也。

第九百八十八條 爲隱居者及入夫婚姻之女戶主。因確定期日譯者按日文稱日附之證書。得留

保其財產。但不得反乎家督相續人之遺留分之規定。

本條及次條規定隱居入夫婚姻之相續上特別之事項。蓋隱居者或女戶主尙存。則其相續人。未必能相續前戶主之財產之全部。然家督相續之性質。常以第九百八十六條所定爲原則。若隱居者、女戶主、不表示何等意思、而爲隱居。又入夫婚姻時。則其全財產。當然隨女戶主而移轉於相續人。惟隱居者、女戶主、特別留保其財產。則其留保。以一定之條件而爲有效。蓋隱居者、女戶主、欲以若干之特有財產。充自己之生活費者。事所常有也。夫此財產。本係自己之財產。留保其一部爲不當。故日本在維新前之慣習。雖不承認。至維新後。則已認之。凡不動產、公債、株式等。其權利不登記其移轉於相續人。或不記載之於公債證書。株券等者。隱居者、女戶主、依然被認爲權利者焉。蓋對於第三者。不履行登記其他手續之前。而前戶主依然視爲權利者。固屬當然。惟此場合。相續人固應有請求變更登記改換名

義之權利。祇在前戶主特表示留保其財產之意思時。則不得不從之。然若無條件而認此權利。則反乎家督相續之法律之本旨矣。蓋家督相續。無非欲以連綿家系。倘前戶主留保財產之全部。對於家督相續人。不讓渡何等財產。則相續人或至不能保持家風。維持家系。相續之目的。何自存在。是以日本新民法。亦倣外國多數例。設有遺留分。無論死亡之場合。或隱居入夫婚姻之場合。必當遺留財產之一定部分於相續人云。三一〇

以上論述。就前戶主與相續人之關係而言。試更轉而觀諸第三者之利益如何。若財產可自由留保。則第三者於何種財產。爲後戶主之財產。何種財產。係前戶主之財產。無從詳審。於是常可因前後戶主之通謀。以害第三者之權利。故本條規定。以確定期日之證書。爲財產留保之條件。非此則無留保之效力。故第三者就原則而言。一切之財產。皆作爲移轉新戶主者論。若前戶主欲主張留保財產。則可請求其呈出確定期日之證書。以證明之。其證書之確定期日。在相續開始前。則其留保有效。若在相續開始後。是非留保。而係後日所爲。眞僞之別。一目瞭然。不得以欺第三者。至確定期日之辦法。又當參考民法施行法第五條至第八條。

依第八百七條。入夫自婚姻前所有之財產。及婚姻後以自己之名義所得之財產。爲其特

有財產。夫婦中屬於何人。不分明之財產。則推定爲女戶主之財產。然依本節之規定。原則屬於女戶主之財產。一切移轉於入夫。似乎前後矛盾。曰否。入夫婚姻有二種。有爲相續開始之原因者。有不然者。^六^七^三後之場合。全然適用第八百七條之規定。固不容疑。第一之場合。相續之結果。女戶主財產之全部或一部。移轉於入夫。亦不容疑。而依第八百七條之規定。先分妻之財產與入夫之財產。而其妻之財產之全部。又一部。因相續之結果。自不得不移轉於入夫。故第八百七條。決非與本節之規定。相爲矛盾也。

第九百八十九條。因隱居又入夫婚姻之家督相續之場合。前戶主之債權者。對於其前

戶主。得請求其辨濟。漢文猶債清也

因入夫婚姻之取消。又入夫之離婚而爲家督相續之場合。入夫爲戶主時所負擔之債務之辨濟。對於其入夫。得請求之。

前二項之規定。不害對於家督相續人之請求。取三〇九二項三項三一

本條所以保護第三者。爲革除因隱居入夫婚姻之家督相續之弊也。蓋依第九百八十六條之規定。隱居者及女戶主之債務。當然移轉於家督相續人。自純理言之。債權者僅對於家督相續人。得爲請求。對於隱居者。女戶主。不得爲請求。但若此。則隱居者女戶主或留保

其財產之大部分。以減殺債權者之擔保。有時家督相續人財產損失。不免破產之憂。或家督相續人負債甚多。前戶主之債權者。終不能受完全之辨濟。或隱居者又女戶主欲免債主之苛責。特舉其家督讓於相續人。思免其責。此皆害債權者之行爲也。法律苟不保護之。則信用不能發達。社會經濟。因以受害。故本條第一項。規定前戶主之債權者。以得對於家督相續人爲請求爲原則。而亦得從其選擇。對於前戶主而請求辨濟。

相續因入夫婚姻之取消。或入夫之離婚而開始之場合。亦與因隱居入夫婚姻之家督相續之場合。有同一理由。而入夫對於婚姻前所有之債務之辨濟。自當身負其責。卽其爲戶主時所負擔之債務之辨濟。亦不得不任其責。因女戶主之婚姻取消。而女戶主因婚姻取消。稀何則。入夫婚姻之場合。因婚姻取消而去家者。入夫也。非女戶主也。卽非入夫之場合。合當以其夫爲戶主。妻爲戶主者。又極稀。故雖婚姻之取消。夫未有去家者也。惟夫爲隱居之後。妻爲相續之場合。其婚姻取消。則戶主或養子緣組之取消。而相續開始之場合。亦當依主之妻卽女戶主。因去其家。而開始相續。或養子緣組之取消。而相續開始之場合。亦當依同一之理由。然此場合。本條無規定。亦法律之缺點也。考其立法之時。本亦以此等事由。爲相續開始之原因。後法案一旦確定。當時匆卒之際。遂忘關此之規定。致未加於第九百八十九條中耳。

第九百九十條 國籍喪失者之家督相續人。僅能承繼屬於戶主權及家督相續之特權。

之權利。但遺留分及前戶主所特別指定之相續財產。不妨承繼。

國籍喪失者。有非日本人不得享有之權利之場合。倘在一年內。不讓渡於日本人。其權利歸屬於家督相續人。

本條及次條規定。因國籍喪失之家督相續之特別事項。蓋其國苟籍喪失。須致家之滅失者。實反乎重家之法意。故以國籍喪失爲相續開始之原因。凡失籍者。卽應定相續人。以守本國之家。然此場合之相續。與他之場合。有大不同。夫認國籍變更之自由。在今日國際交通之時代。固無不可。然若國籍喪失之場合。戶主之全財產。當然移轉於在日本之相續人。則國籍喪失者。一旦變爲無產之人。何以生活。是不啻禁國籍變更。而由一般或法律之結果。而當然處喪失國籍者以嚴刑也。未免失之過酷矣。故本條反乎第九百八十六條之原則。國籍喪失者之財產。以仍屬於其人爲原則。家督相續人。惟限於(第一)戶主權。(第二)屬於家督相續之特權之權利。^七_八(第三)遺留分。(第四)前戶主所特指定之相續財產。乃可承繼之。蓋前二種之權利。可謂家督相續之構成分。又第三之權利。盡戶主義務所必要之財產。故不得不許其相續。而至第四種權利。固因自由意思而讓渡之財產。自當屬於其相續人。如此辦理。則一方喪失國籍者。不甚減其財產。一方得維持在本國之家矣。

以上所述國籍喪失者之財產。原則當屬於本人。故不動產所有權。其他非本國人不得享有之財產。未嘗因失國籍而喪失也。然此財產。不得爲外國人之所有。故本條許以一年期間。此期間內。應讓渡其財產於本國人。若不讓渡。則作爲拋棄者論。應歸屬於在本國之家督相續人。如此。則一方不致強奪國籍喪失者之財產。卽無抑價求售之憂。一方則凡爲外國人者。不能使永保此種財產矣。而有類於本條第二項之規定。卽如關於家族權利者。則仍依特別法。

於明治三十二年三月二十八日法律第九十四號布之

第九百九十一條 因國籍喪失。起家督相續之場合。前戶主之債權者。對於家督相續人。於其所受之財產之限度。得請求辨濟。

本條可謂前條當然之結果。蓋國籍喪失之場合。家督相續人既以不承繼前戶主財產爲原則。則其義務。亦不承繼之。可謂至當。惟前條之規定。遺留分及前戶主所特指定之財產。得承繼之。故僅得於其財產之限度。對之而求前戶主債務之辨濟矣。

本條之適用上。不無生疑義者。茲特設例以明之。譬如前戶主資產之總數一萬圓。其負債之總數爲五千圓。其相續人苟非法定之推定家督相續人之直系卑屬。則當受其財產三分之一。○一二三項卽於資產中。應得三千三百三十三圓餘。而其負擔之債務。應有千六百六

十六圓餘。然債權者對之得請求三千三百三十三圓餘。惟相續人其中千六百六十六圓餘。係代前戶主辨濟者。故對於前戶主、有求償權。若前戶主特與相續人以某財產。則債權者就其財產中、亦得請求。惟前戶主以包括名義而贈與財產於他人時。則相續人當於其財產價額之比例。按日文爲割合負擔債務。其他得請求於前戶主。又以特定名義贈與財產於他人者。相續人得於其付出之債務總數。請求於前戶主。

本條之規定。特爲保護債權者而設。非債權者失去對於前戶主之權利也。蓋對於前戶主。雖得爲總數之請求。而國籍喪失者。多住外國。故對之而爲請求者。最覺困難。不如就近對於住本國之相續人。請求之爲便也。

第二章 遺產相續

本章就家族死亡之場合。關於其遺產之相續。設有規定。夫遺產相續之文字。似於家督相續之場合。亦無不適。不知家督相續之場合。遺產相續。乃視爲家督相續當然之結果。故舊民法以遺產相續。限於家督之相續。新民法亦然。

本章分爲三節。曰總則。(第一節)曰遺產相續人。(第二節)曰遺產相續之效力。(第三節)蓋做家督相續章而規定之也。

第一節 總則

本節定遺產相續開始之原因。二九九及以家督相續之規定。準用於遺產相續。九九九

第九百九十二條 遺產相續。因家族之死亡而開始。七四八取

本條定遺產相續開始之原因也。在家督相續。開始之原因甚多。而遺產相續開始之原因。惟限於死亡之場合。然則謂遺產相續。因家族之死亡而開始者。自無不可。蓋家族中無隱居入夫婚姻等之事。又家族雖失國籍而去家。然不因之而生遺產相續之問題。何則。家族之財產。非因屬於本國之家而始有之。故家族雖為外國人。於其財產無關係也。惟外國人不得享有之權利。如土地所有權。一年內有讓渡於本國人之義務。如是之制限而已。二三年十月二十八日法九四號又家族在甲家所有之財產。於乙家亦可有之。是以遺產之問題。無由而生。此家族之遺產相續。其原因僅以其死亡而開始也。但新民法。失蹤與死亡同視。故受失蹤之宣告者。亦當開始遺產相續。三一

第九百九十三條 第九百六十五條乃至第九百六十八條之規定。準用於遺產相續。七一

二〇一人二取三
一〇證一五五

本條舉關於家督相續第九百六十五條乃至第九百六十八條之規定。準用於遺產相續。

者。蓋就相續之開始地。^五 相續權之时效。^六 相續之費用。^七 及胎兒之相續權。^八 而論。家督相續與遺產相續之間。無所區別也。

第二節 遺產相續人

本節於(第一)定遺產相續人之順位。^{九九四乃至九九六} (第二)定爲遺產相續人之資格。^{九九七}

(第三)定關於推定遺產相續人廢除之法則。^{九九八乃至一〇〇〇}

一 遺產相續人之順位

遺產相續人之順位。(第一)直系卑屬。(第二)配偶者。(第三)直系尊屬。(第四)戶主。若論其詳。以下各條說明之。

第九百九十四條 被相續人之直系卑屬。從左之規定。爲遺產相續人。

一 在親等相異者之中。先其近者。

二 親等相同者。以同順位而爲遺產相續人。<sup>取二九五二項
三一三三一項</sup>

本條先定直系卑屬之相續權。而此相續權與家督相續權。有大不同者。所謂家督者。有不可分之性質。家督相續人。必限於一家一人。乃日本古來之慣習也。況既承認戶主之權。則此亦必然之結果。若夫家族之相續。僅相續財產。其性質則係可分的。而在維新以前之慣

習。家族不許私有財產。故家族之財產。不生相續問題。關於此點。新民法之立法者。全以自由意思立法。不受慣習之牽制也。又在家督相續。其所以使家督相續人承繼前戶主遺產之全部者。出於重家之宗旨。其目的蓋在維持家聲。鞏固家產。故必須相續人一人取得家產之全部。至家族之遺產。則不然。文明之法律。務使有財產者。得自由處分自己財產。於人類之理可合。而於國家之經濟。亦無不利。是以人常死亡。常得自由處分其財產。惟關於家督相續。以有前述之理由。似稍拘束戶主之自由。又關於遺留分。亦稍有拘束的規定。三一〇一乃至一〇六其他一切。任諸被相續人之自由而已。然被相續人。苟不表示其意思而死亡。則法律宜推測其意思。通常之場合。當從被相續人所應有之意思。以處分其遺產。而自普通之順序推之。父母愛子之情。不因長幼男女而異。僅愛一子而不愛他子。此等不德。實際甚鮮。是以新民法改舊民法。凡遺產相續兄弟姊妹之間。無所區別。不因男女嫡庶長幼及在一家與在他家而異其順位。故數人同時可為相續人之場合最多。但嫡庶之間。相續之份有多少。此則第千四條所常論也。

或曰男女嫡庶長幼等。不分相續之順位。則可與被相續人在一家者。及在他家者之間。不為區別。似乎不當。何則。凡在他家者。若係因分家、婚姻、養子緣組等之原因。則彼必已分得

財產若干。雖不相續被相續人之遺產。生計不致困難。今乃至與被相續人在一家者。以同順位相續。非公平之方法也。曰不然。不在家者。苟係前受被相續人之一定財產而去家者。則有第一千七條規定在。斷無不公平之患。然去家者。未必前皆受被相續人之財產者也。況被相續人在他家舉子之後。而入現在之家之場合。他家所遺之子女。大抵不能營獨立之生計者多。故被相續人遺相當財產而死亡之場合。舉其一部與諸在他家之子。可謂正合被相續人本來之意思矣。

直系卑屬中。立一區別者。僅此親等相異者中。有子與孫者。子先相續。孫不能超其父母而為相續也。此固當然。不待說明。蓋財產之傳承。由父而子。由子而孫者。當然之順序。孫不能離去其生存之父。由祖父直接讓受財產也。但有子數人之場合。其一人死亡或失相續權之場合。若其人有子。則其子可代父而相續。次條規定之。

第九百九十五條 依前條之規定。當為遺產相續之人相續之開始前。死亡或失其相續權之場合。其人若有直系卑屬。則其直系卑屬。從前條規定。以其人同順位之資格而為

遺產相續人。

取三九五二
項一四

本條係做照關於家督相續之第九百七十四條之規定。蓋關於遺產相續。亦認代位相續。

例如被相續人有子甲乙二人。甲先乎被相續人而死亡。若甲有子丙在。則乙丙之間。應分被相續人之財產。至其詳細。與第九百七十四條無異。茲不贅述。

第九百九十六條 依前二條之規定。而無當爲遺產相續人之場合。其爲遺產相續者之順位如左。

第一 配偶者。

第二 直系尊屬。

第三 戶主。

前項第二號之場合。準用第九百九十四條之規定。取三

本條就無可爲直系卑屬之遺產相續人之場合。而定其爲相續人也。

第一 配偶者

遺產相續。專依自然之人情以定其相續之順位。前既論之。然直系卑屬就愛情而論。應爲被相續人所最愛之人。其相續被相續人之財產。乃在自然之順位者。故有直系卑屬之場合。應置諸第一順位。各國法律。無不皆然。若無直系卑屬或直系卑屬不爲相續之場合。無論就愛情而論。就夫婦間之義務而論。七九皆應置配偶者於第一位。可謂得當。

第二 直系尊屬

自日本之慣習觀之。相續順位。非無直系尊屬。先乎配偶者之嫌。夫卑屬相續尊屬。自然之順序。尊屬而相續卑屬。是違反自然。在逆行之狀態矣。故新民法必限於直系卑屬配偶者等。有自然之愛情者皆缺少之場合。或此等人不爲相續之場合。然後認直系尊屬之相續權。

直系尊屬。同時有數人者極少。若有之。則皆以同順位而爲相續否。曰不然。法律在直系尊屬間。亦如直系卑屬間之順序。(第一)親等相異者中。先其近者。(第二)親等相同者中。以同順位爲遺產相續人。此依本條第二項之規定而自明。

第三 戶主

日本舊法。不認家族財產之法定相續。其遺產徑使戶主取得。然此制度。於人情不合。且亦非確定之慣習。故新民法專測被相續人自然之情意。若戶主而非直系卑屬配偶者直系尊屬之場合。則此等人資格欠缺。不能相續。戶主始可爲相續。蓋此場合。法律上視爲無有自然愛情之人。故不如使戶主爲相續。一以報戶主扶養家族之義務。一以增多家產。隆盛家運。其在外國。順次由親等之近者。以及遠者。然在日本之慣習。不如使戶主相續。較爲穩

當。

二 無遺產相續人之資格者

第九百九十七條 揭於左者。不得爲遺產相續人。

一 故意使被相續人或遺產相續在先順位或同順位者致死，又爲欲致之死而處刑者。

二 第九百六十九條第二號乃至第五號所揭者。九取二

本條所揭。皆不得爲遺產相續之人。其缺格之原因。與家督相續之場合。幾無所異。如在第九百六十九條第二號以下者。全與家督相續人同其原因。在第一號。其規定之精神。雖無所異。惟因關於相續人之規定有異。故第九百六十九條第一號。不得全然準用於此場合。蓋家督相續。一家限於一人。故無同順位之相續人。而遺產相續。則遇有同順位之情事不少。若無同順位者。或其數少時。則其餘之相續人。其相續之份。自然增加。故一〇〇〇_五。有爲利慾所迷而致同順位者於死者。未始無之。此本條第一號之規定。與第九百六十九條第一號之規定。所以稍異也。

三 推定遺產相續人之廢除

第九百九十八條 有遺留分之推定遺產相續人對於被相續人虐待或加以重大之侮

辱者被相續人得請求廢除其推定遺產相續人於裁判所。取二九六、二九七、二九八、二九九項

本條關於推定遺產相續人廢除之事而設規定也。蓋家督相續人之原則。若家有直系卑屬。則其人有為家督相續之權利。同時亦負其義務。雖被相續人不能左右之變更之也。惟有一定之原因得廢除之。使次順位者為相續而已。而在遺產相續則固非同一情事。然亦承認遺留分。被相續人不得不舉其遺產一定之部分。為其相續人遺留之。故欲不與此遺留分。則必先廢除相續人。而其廢除之原因。自與家督相續人廢除之原因各異。蓋其為家督相續之目的。在隆盛家運。顯揚家聲。增殖家產。故相續人若有反此目的之原因。則欲不廢除之而不得。反之若遺產相續。則相續人單取得被相續人之財產。與家政毫無關係。其所以認遺留分者。僅出於重自然之人情。與社會之秩序之意。其直接方面。僅不過謀相續人之利益。故本條限於相續人對於被相續人虐待。或加以重大之侮辱之場合。得廢除之。

九七五一項
一號參觀

家督相續之場合。廢除之事。僅於直系卑屬承認之。而於他之相續人。無此規定。若在遺產相續。廣指有遺留分之推定遺產相續人而言。故配偶者及直系尊屬。亦可適用本條規定。

也明矣。一一然設此區別之理由。果何在乎。曰家督相續。尊重家之利益。故直系卑屬之外。幾不認當然之相續人。在被相續人。得自由而定其相續人者也。九七而於他之相續人。必限家無直系卑屬。又被相續人不指定何人之場合。乃可爲相續。如此則自不生廢除之問題矣。又相續人選定之場合。父母及親族會。得裁判所之許可。可以變更其順序。不必特別廢除在先順位者。九八三是蓋家督相續與遺產相續全異其目的也。

本條就有遺留分之推定遺產相續人之廢除而下規定也。故非有遺留分之推定遺產相續人。如戶主九九六一項三者。不在適用本條之限。其理由如何。曰被相續人除遺留分外。得自處分其財產。故舉其全部遺贈何人。皆無不可。至遺產相續。則不過財產之相續。故若被相續人遺贈其全財產於他人。則失其所可相續之遺產。當此場合。縱戶主在相續順位。自必因失相續之目的。而其相續權。當然消滅。又何廢除之必要乎。然有遺留分之相續人。則異是。其人既有相續權。自不得不與以遺留分。故欲不與以遺留分。則非先廢除不可。此本條所以必要也。

第九百九十九條 被相續人無論何時。得請求取消推定遺產相續人廢除之事於裁判所。取二九八項三

本條規定廢除之取消也。其所規定與第九百七十七條第二項之規定無異。惟第九百七十七條第一項及第三項之規定。其性質上關於遺產相續。無所適用。自無必要。何則。(第一)遺產相續人之廢除。止在對於被相續人之虐待及侮辱。故論理上無此原因停止之場合。蓋被其虐待侮辱者。已屬既往之事也。故相續人請求廢除取消之場合。法律斷不認之。(第二)家督相續。由死亡以外之原因而開始者有之。故相續開始之後。被相續人尙存者不少。若無第九百七十七條第三項之規定。則或相續開始之後。雖得取消廢除。由相續人請求取消廢除之場合。最易生此疑問。而遺產相續。常因被相續人之死亡而開始。故無前項之疑。可知第九百七十七條第三項之規定。不必要也。

第九百七十七條第四項之規定。亦可準用於遺產相續。何則。法律既認以遺言爲廢除。試觀次條。自無認以遺言取消廢除之理。此常識上可推知也。然此實就下條述之。如第九百七十六條。既準用之於取消廢除之之場合。則與第九百七十七條第四項。自然結果相同矣。

第一千條 第九百七十六條及第九百七十八條之規定。遇推定遺產相續人之廢除及其取消。亦準用之。

本條之旨。舉關於家督相續人之廢除及其取消之第九百七十六條及第九百七十八條之規定。準用於遺產相續人而已。右二條。被相續人以遺言表示廢除相續人之意思之場合。及有相續人之廢除或取消之請求以後。於其裁判確定以前。其相續必在已開始之場合也。可知。此等場合。家督相續與遺產相續之間。無設區別之理由。一概用關於家督相續之規定。

第九百七十六條關於欲以遺言廢除相續人之場合。準用推定遺產相續人之廢除及其取消。自與第九百七十七條第四項結果同一。其理由之所在。已於前條述之。

第三節 遺產相續之效力

遺產相續之效力。較諸家督相續之效力。反爲複雜。蓋家督相續人必係一人。其相續之原則。戶主權與財產全部也。故惹起複雜之問題者極少。而在遺產相續。相續人往往同有數人者。故當各自定其相續之部分。又其審查各人應相續之財產。果係其共有否。若係共有。則其分割也。當依如何之規定乎。皆法律所當預計也。故本節以第一款爲總則。定遺產相續之一般效力。以第二款爲相續分。明各相續人應相續之部分。以第三款爲遺產之分割。設相續人共有財產分割上所必要之規定。

第一款 總則

第一千一條 遺產相續人自相續開始之時。承繼屬於被相續人財產之一切權利義務。但

專屬於被相續人之一身者。不在此限。一取三

本條定遺產相續效力之原則。據本條之規定。遺產相續人。就原則而論。自應包括被相續人之一切財產而承繼之。詳言之。既取得一切財產權。同時又負擔財產上之一切義務。凡被相續人所有之物權債權等。皆取得之。其債務一切皆負擔之矣。但對此原則。有例外二。(第一)被相續人爲遺贈之場合。於其遺贈有效之範圍內。卽不害遺留分之範圍內。當於其相續財產中。控除其爲遺贈之目的者。(第二)專屬於被相續人一身之權利義務。隨其死亡而消滅。此理易明。例如被相續人有爲一身而使役人之權利。或被使役於人之義務。六二五 又如被相續人有於他人受養育料之權利。或養育他人之義務。參五二 皆專屬於被相續人一身之權利義務也。此等權利義務。因其死亡而消滅。故非相續人所可相續也。遺產相續。亦同於家督相續。自相續開始之時而生其效力。此與家督相續中所論者。同一理由。茲故不贅。

第一千二條 遺產相續人有數人時。相續財產。屬於其共有。

本條就遺產相續人有數人之場合而下規定也。在此場合。相續財產。屬於其共有。此實各國法律皆然。就立法論推之。當便於相續財產分割以前。先認一法人。由被相續人移轉於此法人。再轉而分屬於各相續人。亦非不可。但民法不認此等假定方法。不如自相續開始之時。舉相續財產。屬於各相續人之共有為當。惟於後第十二條。補定後日若分割之。則其分割。溯及相續開始之時而生效力。實際上較為便利也。再此共有之法則。除關於分割之事項以外。一切適用共有之一般規定。二四九至二五五。又二六四。

第一千三條

各共同相續人應其相續份、承繼被相續人之權利義務。

本條所以定各共同相續人權利義務之範圍也。依本條之規定。各人按相續分而承繼被相續人之權利義務。故於所有權上若有相續份二分之一。則當取得半分之共有權於一萬圓之債權上。有相續份三分之一。則取得三千三百三十三圓餘之債權。於債務上亦然。其數若一萬圓。則前者當負五千圓之義務。後者當負三千三百三十三圓餘之義務。按分攤派可也。

或曰依前條之規定。相續財產。既屬於相續人之共有。則其債權債務。亦當為其共有。何可取得其一部。又負擔其一部乎。是不然。依第四百七十二條之規定。共同債權者或共同債

務者有數人之場合。各債權者又各債務者有分割後所應派之權利義務。故債權債務共

有之場合。法理上常平均債權者及債務者之人數。以成立一債權債務可知。與他之財產

權。於物權之共有尤要之自異其意。故依本條之規定。各相續人分別而取得債權。亦負擔債務。

本條之規定。嚴格論之。或無其必要。惟共同相續人。對於債權者。有連帶而負擔其義務否

之問題。本條所以明共同相續人間。無連帶之責任者也。夫就立法論上以言。非無可認其

連帶之理由。何則。債權者當初對於被相續人。取得債權。常得求債權全部之辨濟。今因其

死亡。而相續人至有數人。其權利分爲數個。僅得向其各人以求債權一部之履行。則債權

者不特有向數人爲請求之煩雜。且數人之中。易生無資力者。不免大受損害。若債務者係

一人之場合。其一人將變爲無資力者與否。易於監督。若有危險。即可行相當之處分。以保

全其權利。今債務者分爲數人。勢不能同時監督各人。遂至一人或數人忽變爲無資力者。

遇破產之不幸。故當以相續人爲連帶一體。以保債權者。乃正理也。不知關於債權者之保

護方法。既有財產分離之規定。至一〇四一四一九且債務在辨濟期之場合。法律既以數多之方

法保護債權者。於此而債權者尤不自注意。至蒙損失。此實稀有之事。既相續人之債務。非

當初自己所負擔之債務。乃相續之結果。自然取得債務者之地位而已。若使之負擔被相

續人所不負擔之義務。豈爲得當。今被相續人負擔通常之債務。而相續人反負特別之連帶債務。是因相續而變債務之性質矣。且也各相續人。就其權利觀之。單取得一部。何獨於義務而負連帶之責任。必須對於債權者負擔全部之義務乎。此不僅違反普通之法理。卽對於相續人。亦欠缺公平之觀念也。更進論之遺留分也者。法律上作爲權利而認之者也。若一人辨濟債務之全部。他人可不償還其負擔部分。則是其人雖有法律許與之遺留分之全部。實際未嘗受取也。共同相續人必有遺留分。何則。苟非直系卑屬。或直系尊屬爲相續場合。則殆無同時有相續人數人之理。故本條不認相續人間之連帶責任。

第二款 相續分

第一千四條 同順位之相續人有數人。其各自之相續分相均。但直系卑屬有數人。則庶子及私生子之相續分。爲嫡出子相續分之二分之一。一取三

本條遇同順位相續人有數人之場合。定其各自之相續分也。就原則而論。同順位之相續人。皆有同等權利。其各自之相續分。宜其相均。此固當然。不待言矣。例如有子三人。則各一遺產之三分之一。其實家、養家之父母皆生存之際。各人當受遺產之四分之一之類是也。惟直系卑屬。有係其嫡出子。有係庶子或私生子者。此際嫡出子與他人之相續權不同。此

古今東西皆然。在日本古「戸令」亦然。庶子受嫡出子之半分。故本條亦定庶子私生子。受嫡出子半分。

外國直系尊屬爲相續之場合。父系與母系各分遺產之半。其例甚多。此實與東洋各國習慣不同之處。故日本民法不採之。

第一千五條 依第九百九十五條之規定。相續人之直系卑屬之相續分。同於其直系尊屬所當受之分。但直系卑屬有數人時。其各直系尊屬所當受之部分。從前條之規定。以定其相續分。取二九五二項三四

本條定代位相續之相續分也。此場合之相續人。殆視爲代其直系尊屬爲相續者。故其相續分。自當依直系尊屬之相續分而定之。例如被相續人有嫡出子甲乙。甲先死亡。遺孫二人。則此二人。當代其父爲相續。故應分被相續人之遺產爲二。一爲乙之相續分。一則分與孫二人。而孫二人間之相續分之比例。又當依前條之規定以分之。詳言之。二人皆係嫡出子。則各受其半分。卽總財產之四分之一也。若其一人係嫡出子。而一人係庶子或私生子。則嫡出子受甲之相續分之三分之二。庶子私生子受六分之一。蓋此場合。視爲孫代子而爲相續。實際言之。殆如甲先相續被相續人。孫二人更相續甲也。

第六條 被相續人雖有前二條之規定。得別以遺言爲共同相續人之相續分。又得委託第三者定之。但被相續人及第三者。不得違反關於遺留分之規定。

被相續人。僅定共同相續人中之一人或數人之相續分。或已定之之時。他之共同相續人之相續分。依前二條之規定而定之。

被相續人。在不侵害遺留分之限度。得自由處分其遺產。故雖舉其財產與諸他人。亦無不可。況與諸其直系卑屬或直系尊屬乎。故前二條之規定。被相續人苟不表示別段意思之場合。可適用之。不必制限被相續人之處分權。從而被相續人在不減遺留分之範圍內。得自由而定共同相續人間之相續分。又被相續人不自定之場合。得委任第三者定之。但此委任。有二條件。(第一)其意思表示。必須以遺言之形式爲之。(第二)被相續人不自定相續分之場合。委任其定之之方法。必須以第三者爲之。

第一之條件。重被相續人最後之意思。而又以遺言有一定形式。法律所最神聖視之。故定各相續人之權利。凡重大之事項。當以遺言中定之。且此場合。在法律上之相續分。受更多之財產者之部分。其意思表示之性質。全與贈與無異。故茲以第一之條件爲必要。

以第二條件爲必要者。無他。苟使相續人中之一人。定各相續人之相續分。必有偏頗之嫌。

縱使其人公平以定相續分。而自他之相續人及第三者觀之。難免自私自利之批評。相續人欲避此嫌疑。不得不減去自己之相續分。因此而不副被相續人之希望者實多。故限於無關係之第三者。乃得委任定相續分之方法。由前觀之。可知在不侵害遺留分之範圍內。許其定相續分。反言之。被相續人及第三者違反關於遺留分之規定。不得定相續分。其實法律既認遺留分。則此規定。亦所當然。譬如子三人。假定其甲乙係嫡出子丙係庶子之場合。則被相續人及第三者。得定相續分。就至少之數而言。甲及乙不得不各與以總財產之十分之二。丙十分之一。又有直系尊屬二人之場合。至少不可不各與以總財產之六分之一也。三一

被相續人定共同相續人各自之相續分。其委任第三者定之。固可。若僅定其一人或數人之相續分。又雖使定一人數人。而不定他相續人之相續分。則其遺言結果有效否。本條第三項答之曰有效。而他之相續人之相續分如何定之乎。曰即依前二條之規定以定之。例如有子甲乙丙三人。被相續人與遺產之半於甲。甲取遺產之二分之一。乙丙皆係嫡出子或庶子私生子。則各受四分之一。若乙係嫡出子。而丙係庶子。則乙受遺產三分之一。丙受六分之一。蓋此場合。欲重被相續人之意思。使其遺言有效。以定甲之相續分。固可謂得當。

又就他相續人之相續分而言。被相續人之意思不明。故依法律之規定。定其相續分之外。無他道也。而甲之相續分。被相續人既處分之。故其餘部。不得不依前二條之規定。以定他相續人之相續分。若被相續人單定甲之相續分。則對於他之相續人。殆當爲欲依法律之規定矣。

第七條 共同相續人中。自被相續人受遺贈。又爲婚姻養子緣組分家廢絕家再興。或作爲生計之資本而受贈與者。被相續人相續開始時。所有財產之價額中。加入其贈與之價額。視爲相續財產。依前三條之規定而算定之相續分中。控除其遺贈或贈與之價額。以其殘額。爲其人之相續分。

遺贈或贈與之價額。等於相續分之價額。又超過之時。受遺者及受贈者。不得受其相續分。

被相續人表示異於前二項之規定之意思。其意思表示。在不反乎關於遺留分之規定之範圍內。有其效力。

本條於共同相續人之一人。自被相續人受贈與或遺贈之場合。定其人之相續分如何者也。關於此場合。各國之立法例不同。在新法典重被相續人之意思。苟不害遺留分。當從其

意思。惟被相續人不表示何等意思。則法律推測當事者普通之意思。舉其贈與遺贈。加入於相續分之計算中。此原則也。惟在外國之例。於返還其財產之後。始定其相續分者有之。然此徒費手續。且若以是爲得對抗第三者。則有害社會交易之安全。不便可知。故本條單舉其贈與或遺贈之價額。算入於相續分中。

贈與或遺贈之價額。少於相續分之價額時。當自其相續分中扣除之。又其價額。等於相續分之價額時。其相續人。不與一切相續財產之分配。固不待言。若其價額。超過相續分之價額。則如何。其在外國。遇此場合。曾有返還其差額之例。夫此義務。然若因拋棄而尙不得免。則是失之過酷矣。若因拋棄而得免。則許多場合。其相續人常可豫先測定相續財產。以免其返還之義務。然一旦誤其豫測。則返還之義務。不可不盡。而負累實多。且被相續人之爲右之贈與或遺贈者。作爲其相續分而與之。苟不侵害他之相續人之遺留分。則不得不視爲有效。前條參觀故此場合。其相續人之責任。不得與相續財產之分配明矣。至其已受之一部。則不在返還之例。在遺贈之場合。雖適用本條。而在贈與則不然。蓋通常之贈與。於特定財產尤著。因其爲直系卑屬或直系尊屬與爲他人者。其性質不同之理由甚少。若以之爲豫贈相續分。實反乎贈與者之意思。反之。爲受贈者之婚姻、養子、緣組、分家、廢絕家再興、或作爲其

生計之資本而贈與之場合。苟受贈者係推定相續人。則恐藉是而豫爲分與其相續分者殊多。故限於此種贈與。可受本條之適用。

本條之場合。其相續分。如何算定之乎。曰此場合。以本條之贈與。視爲相續財產之一部。而算入於相續分中。故須於相續財產中。虛加入其贈與之價額。視爲相續財產之總額。依前數條規定。以算定各相續人之相續分。例如有甲乙丙相續人三人。相續財產一萬圓。甲在被相續人生前。受二千圓之贈與。乙因遺言受三千圓之遺贈。先於相續財產。加以贈與之價額一萬二千圓。而相續人皆有同額之相續分。各應得四千圓。甲既以贈與受二千圓。故應更於相續財產中。更受二千圓。乙以遺贈而受三千圓。別當受相續分一千圓。丙不得贈與。亦無遺贈。故當新受四千圓。

財產中
也。

相續財產。加以贈與之價額。視爲相續財產。此中不加遺贈之價額者。以遺贈當然由相續財產中出之。乃包含於相續中。

第千八條 前條所揭之贈與之價額。因受贈者之行爲。其目的之財產滅失或其價格有增減時。相續開始之當時。仍視爲原狀存在。

本條定贈與價額之算定法也。蓋遺贈之價額。出自相續財產中。其算定法。毋庸疑議。惟相續財產。於相續開始時。始行估計。故遺贈亦當於其時估計。此不待言也。至於贈與。將依贈

與當時之價格乎。抑依相續開始當時之價格乎。不無疑議。本條假定贈與財產。在相續開始當時。作為被相續人之財產而存在。以定相續分。故其估計。亦依相續開始當時之價格而為之。又贈與財產。因受贈者之行為而滅失。或增減其價格。假定其財產作為原狀而存在者。以為其估計。此可謂最得當者也。

因受贈者之行為。而贈與財產滅失。或其價格有增減之場合。固如右所述矣。若其財產。因天災而滅失。又其價格致有增減者。當於相續開始當時之狀態而估計之。其財產之全部滅失之場合。則贈與之價額無存。即贈與價額。無可算入矣。其一部滅失或價格有增減之場合。則依相續開始當時之價格估計之。

第一千九條 共同相續人之一人。分割前讓渡其相續分於第三者。他之共同相續人。得償還其價額及費用。而讓受其相續分。

前項所定之權利。須於一個月內行使之。

本條對於以稱為相續分之取戻。(Retrait successoral) (回收) 或「先買權」(Vorkaufsrecht) 者而下規定也。相續分之取戻也者。共同相續人之一人。讓渡其相續分於第三者之場合。他之相續人讓受之之權利也。此權利在歐洲法例。多有認之者。其主之目的。在使相

續中。不參與他人。凡祖先傳來之財產。務必爲親族間所保存。若相續財產之分割前。其包括的一部。歸第三者所有。則紛議易生。即使歸諸共有。而紛議亦多。爲害尤甚。本條所以認相續分之取戻也。外國遇此場合。有全禁相續分之讓渡者。然此亦過於拘束當事者之處分權。日本民法所不取也。

本條就共同相續人之一人。在分割前讓渡其相續分於第三者之場合而言。故自相續開始之後。分割以前。此時爲讓渡之場合。皆適用本條。固不待言。若相續人於相續開始前。爲其相續分讓渡則如何。據余之所信。其讓渡有效。亦當受本條之適用。有主張相續開始前之相續權不得處分之者。謂此種契約。足以使當事者希冀被相續人之死亡。甚害公秩序者有之。或謂誘起殺人罪之原因者有之。然此種無效之說。今日已無價值。余所不取也。何則。若如其說。則生命保險。終身保險。凡在受保險金者。皆足以冀被保險者之死亡。而有誘起殺人罪之慮。然按諸實際。生命保險契約。不僅法律視爲有效。而社會學者、經濟學者。皆所極力獎勵者也。其他終身定期金契約。及其他契約。凡以人之死亡而致權利之消長之事。更僕難數。而法律皆認許。何獨於相續權之讓渡而不認之乎。

或曰。相續財產在相續開始時。始可確定。縱使被相續人在生前有無數財產。而至其死亡

時。即相續開始之時有幾何財產。不可豫定。有時猝遭不幸。至不名一錢者。何嘗無之。此等不確定

之權利。在法律不許爲契約之目的。即不然。當事者蒙意外之損失可知。然此亦一立法論

而已。於解釋上。無甚價值。若如此說。則大凡射倖契約。有僥倖之心者。皆在禁止之例。何以

法律除刑法有罰文之賭博以外。認許一切之射倖契約。獨不許相續權之讓渡乎。

要之相續權之讓渡。一個附條件之契約也。即讓渡人約定於被相續人死亡之時。若果有

可相續之財產。推定相續人於相續開始之時。果有相續權。亦未確定也。則讓受之云云也。夫此固係分割前之讓渡。

故依本條規定。得爲相續分取戻之目的。本文僅就遺產相續之場合而論。若家督相續所得或可得之財產。其得讓渡也。蓋不容疑。而此場合。與遺產相續權之讓渡無異。惟家督相續人。必須一人。故通常雖無本條之適用。有包括受遺者之場合。與遺產相續人有同一權利義務。此亦如一〇九二條所定。故自應適用本條。相續分取戻之條件如何。日須償還其價額與讓受人所支拂之

費用。是亦理之當然。不然。則無罪之讓受人。即蒙損失矣。而讓受人者。不問其爲有償讓受。

無償讓受。且有償讓受之場合。不問其與讓受人之報償如何。他之相續人。當估定其取戻

當時實際之價額而償還之。此無他。欲使讓受人不致蒙損失也。

本條之權利。例外權之最甚者也。此等權利若使永存。則有害社會交易之安全。而置讓受

人於不確定地位。故其行使期間。宜極迅速。本條第二項。祇與以一個月之期間。此期間之

人於不確定地位。故其行使期間。宜極迅速。本條第二項。祇與以一個月之期間。此期間之

起算點。未嘗特定。故必自讓渡契約之時起算。此可推而知也。

第三款 遺產之分割

依前二條。相續人有數人之場合。相續財產。屬於其共有。而共有財產之可分割。據第二百五十六條之規定而自明。參照二六四則遺產亦可分割。自不容疑。惟此場合之共有財產。係包括的性質。自難從共有一般之規定。此本款所由規定也。

第一千條 被相續人。得以遺言定分割之方法。又得委託第三者定之。

據第二百五十八條分割之方法。依共有者之協議而定。此本則也。惟其協議不合之場合。可請求之裁判所。然遺產固在被相續人之自由處分權內。且遺產相續。以依被相續人之意思爲主。故本條被相續人得自定分割之方法。又得使第三者定之。蓋被相續人使甲之財產必在長子之手。乙之財產必在次子之手者。有之。又慮相續人至被相續人之死後。於遺產分割之事。不無釀爭訟之弊。因而豫定方法。或託第三者定之。以使相續人服從其意思者有之。此與第一千六條之規定。同其趣意。

右之意思表示。頗覺重大。一重被相續人最後之意思。一重不可疑之證據。皆所以豫防相續人間之爭端。必以遺言爲此意思表示者。亦與千六條之規定。同其趣意。

本條單就分割之方法而規定之。其結果不得害遺留分。固不待言。例如有財產一萬圓之被相續人。以甲之財產與長子。以乙之財產與次子之場合。長子與次子。有同等之相續權。若甲之價九千圓。乙之價千圓。而相續人係直系卑屬。則次子當更由長子名下受千五百圓。若係直系尊屬。則當受六百六十六圓餘。三一

第一千一條 被相續人得限於相續開始時。不超過五年之期間內。得以遺言禁止分割。

二五六財三
九二項三項

依第二百五十六條。共有物無論何時。得分割之。惟得以契約定不超五年之期間內不為分割。今就遺產而言。則與前條所論。有同一理由。特使被相續人得於自相續開始時。不超五年之期間內。表示禁分割之意思。蓋被相續人熟察相續人間之利害。暫不分割。以共有遺產為利者有之。故其期間。苟不超過契約所可定之期間。自以重被相續人之意思為當。例如有一相續人年幼。雖為分割。而相續人不能自管理。反致相續人間利害之衝突。釀兄弟間之不和。不如暫以遺產為共有。俟各相續人年長。始分割之。較為得當者是也。本條之意思表示。亦可以遺言為之。其理由與前條及第六條同一趣意。茲故不贅。

第一千十二條 遺產之分割。溯及相續開始之時而生其效力。取一七五

本條定分割所可生效力之時期也。蓋分割之效力爲付與的 (attributiv) 乎。抑爲認定的 (declarativ) 乎。此二主義之於歐洲。自古以來。大有議論。今姑省去沿革上之理由。依純然之法理的實益的論據而論之。若以分割之效力爲付與的。此固法理上所當然。自分割之性質論之。毫不容疑。蓋所謂分割者。甲乙於物之全部之上。本各有一部之權利。使得於物之一部之上。各自有完全之權利也。換言之。甲所得之部分。即乙舉從來所有之一部之權利。拋棄於甲。乙所得之部分。即甲舉從來所有之權利。拋棄於乙也。然則其性質之爲付與的。燎若觀火矣。惟自實際之便宜上論之。則引起種種錯雜之問題。何則。甲就其持分上所設定之各種權利。雖分割之後。仍當附著於乙之部分。乙就其持分上所設定之各種權利。雖分割之後。亦當附著於甲之部分。於是一旦所分割之權利。或致再變爲共有者有之。例如甲於其持分之上。設定抵當權。則其抵當權。雖分割之後。尙存於物之各部。故甲若不履行其債務。則抵當權者就其因分割而歸於甲之部分與歸於乙之部分之上。本爲甲之持分之部分。可行其抵當權。即以其共有分付諸競賣。以受自己之辨濟也。當此之時。勢必致甲乙及競落人爲其共有者。是分割之結果。反致增加一共有者。不能達分割之目的矣。故認定的主義。自沿革上論之。實雖有不得當之感。而自法理上論之。亦祇採用全然反乎事

實之假定。而今日仍採用此主義之例不少。據此主義。則不問何時分割。法律上視爲自共有之初既分割者論。故甲所設定之權利。僅存於甲之部分之上。乙所設定之權利。亦僅存於乙之部分之上。而爲第三者計。與其存於物之全部上之共有分而有其權利。不如存於其一部上而有完全之權利。較爲利益也。由此而害第三者權利之事。可不至甚多矣。

在舊民法。做法國民法分割之效力。以認定的爲原則。其規定頗不完全。可批難之點甚多。然新民法共有之原則。取付與的主義。惟於遺產之分割。則取認定的主義。夫遺產之分割。本條雖有明文。而以共有之一般原則論。則別無明文。既如前論。認定的主義。不合普通之法理。故欲採用之。必要明文。付與的主義。既合於法理之自然。故無明文。則分割之效力。自應爲付與的。此所以關於共有之規定中。不特揭明文者也。但第二百六十一條之規定。隱示爲取付與的主義焉。

在新民法。原則取付與的主義。而就遺產之分割。則取認定的主義者。其理由如何。曰關於特定物之共有之場合。縱使共有者於其持分上設定權利。不過一物件之問題。因之而引起錯雜之關係者不少。況此場合。特於持分上。設定權利者極少。反之遺產相續之場合。遺產之全部。皆屬共有。故設定種種權利之事不少。而其財產之數既多。故引起錯雜關係之

事者亦多。且許多場合。相續之持分。殆係於財產全部。故必要利用之事。亦從而多。此於遺產之分割。所以不得已而特取認定的主義也。

第一千十三條 各共同相續人。於相續開始前所存之事由。對於他之共同相續人。應其相續分。任擔保之責。與賣主同。四一六。取

本條定相續人間之擔保義務者也。蓋依前條之規定。各相續人。作爲自相續開始之時。承繼分割之權利。不認爲甲由乙取得權利。乙由甲取得權利。故不生相互擔保之義務。但前條之規定。本不過一假定。苟其假定之目的已達。不許再援用之。所謂擔保義務者。據分割本來之性質。各自互有其義務。是則本條之所規定也。惟據第二百六十一條。廣認各共有者間之擔保義務。至於本條。僅就相續開始前所存之事由。而認其義務者。何歟。此無他。有前條之規定。卽不應有相續開始後之追奪。例如相續人之一人。於其持分之上。設定抵當權。若此抵當權而存於共有物之全部。則分割之後。固若他之相續人。宜因受其追奪而生擔保義務者然。但依前條規定。此抵當權。視爲單存於其設定者之所有之部分上。於他之相續人之權利。不及影響。因而不生擔保義務。惟就動產而言。於所謂卽時時效之結果。非無惹起擔保之問題者。如相續人甲屬於其所共有之一動產。賣之於丙。而引渡之後。始分

割之。結果其動產歸於相續人乙之所有。若丙善意而且無過失。受其物之引渡。則乙不免追奪。在此場合。非不生擔保之問題。蓋於舊民法之所以廣認擔保之義務者。概爲此場合故也。一取四雖然。於此卽無擔保義務。而因前條之結果。甲不得免其責任。何則。甲係賣他人之物者。故對於乙。當負第七百四條所定之責任。故本條對於此稀有之場合。不復設規定焉。

或曰。相續開始前所生之事由。相續人所不知。似相續人無互負責任之理由者。曰不然。相續開始前之事由。在分割當時。相續人既不知其存在。作爲無此事由而分割。乃後日因其事由發覺。遂至甲因乙之行爲不當。而受少得之部分。非失公平分割之性質乎。故不得不由乙償還於甲。如被相續人所有之不動產有二個。其一與甲。又以他之一與乙。甲所受之部分。全爲丙之所有。甲至後日。因受追奪。乙獨受遺產。而甲則不受一文之遺產。故於此乙所受之不動產之價之半。頒分之於甲。乙若知其實事而不告之甲。則對於甲負損害賠償之責。五六〇乃至五六二參觀

以上就受追奪之相續人善意之場合而論之。此蓋普通之場合也。然有時相續人知其追奪之原因而爲分割者亦有之。例如被相續人有一不動產。爲第三者抵當之目的場合。

而分割之際。必以推測第三者可爲辨濟。而與其不動產於甲。又以同價之不動產與乙者。而後日第三者不爲辨濟。竟遇抵當權之實行。而失其不動產之全部。則乙對之。亦不得不償其不動產之半。五六七條參觀

以上所述。爲說明之簡易起見。故假想相續人爲二人。若相續人有三人以上。其理亦同。例如甲乙丙三人。平等有相續權之場合。各有一萬圓之價之不動產。若甲因追奪而失其所受之不動產之全部。乙丙各出三千三百三十三圓餘。而與之於甲。以使各自得六千六百六十六圓餘。但乙丙特負損害賠償之責之場合。其損害賠償之額。自當於相續分之外。別支付之。

第千十四條 各共同相續人應其相續分。就他之共同相續人因分割所受之債權。擔保於分割當時之債務者之資力。

不在辨濟期之債權。及附停止條件之債權。各共同相續人。擔保於當爲辨濟時之債務者之資力。五六九取
四一九

本條規定關於債權之擔保。就一般之原則言。無所謂資力擔保之義務者。既於第五百六十九條詳之。然分割專以公平爲主。故相續人若因分割而不得債權之辨濟。則其相續人。

不啻較諸他之相續人。少受分配矣。故本條特有資力擔保之義務。惟其資力爲何時之資力乎。此則分割當時之資力也。蓋人之資力。貧富無常。程度無定。富者不能常保其富。是以定因其分割而債權屬於其相續人之當時。若債務者係有資力。則其相續人。直請求其辨濟而必可得。其相續人不卽請求。則可視爲其人之怠慢。而非分配之不公平。故他之相續人。僅擔保於分割當時之資力程度足矣。

由是觀之。相續人之債權分割當時。債權在辨濟期時斯可矣。但債權若未至辨濟期。則其相續人於其權利性質上。不得卽行使之。蓋其不卽行使債權。決非其怠慢也。何則。縱令分割當時。債務者有十分資力。而至辨濟期。既缺資力。則其相續人。無自己過失而蒙損失。故此場合。應擔保辨濟時之資力。而附停止條件之債權。在條件成就之時。始得求債權之履行。故得求條件成就時之資力之擔保。

舉例言之。有甲乙丙相續人三人。平等而有相續權之場合。分割之後。甲得千圓之債權。其債務者分割當時。既全無資力。乙丙各出三百三十三圓餘。以成各人平等而得六百六十六圓餘之結果。又例如右之債權分割後一年。至於期限。債務者在分割當時。固有十分資力。而至辨濟期。則失其一半資力。甲止得五百圓之辨濟。乙丙各出百六十六圓餘。以成各

自平等而得八百三十三圓餘之結果是也。

第一千十五條 任擔保之責之共同相續人中有無償還之資力者時。其不能償還之部分。求償者及他之有資力者。各應其相續分而分擔之。但求償者有過失時。得對於他之共同相續人。請求分擔。

本條擔保義務者中。有無資力者之場合。定其無資力之結果。應何人負擔也。夫共同相續人間之分割。以公平爲主。前屢論之。故無資力之結果。自亦當平等負擔之。例如有相續人甲乙丙三人。各因分割而得財產千五百圓。甲因前條及第一千十三條之原因。不能得一錢。乙丙對於甲。當各付五百圓。使成各得千圓之結果。若乙全爲無資力。僅一丙對於甲而付五百圓。則其結果。丙得千圓。甲得五百圓。亦不公平。故丙出七百五十圓。甲丙當各受同額之得分。又乙而有半分之資力。則乙只出二百五十圓。丙當出六百二十五圓。甲丙各得八百七十五圓矣。

雖然。若甲有過失。則無資力之結果。甲以一人負擔之。固所當然。例如甲當受追奪之時。使其對於乙而即請求擔保。則乙當時尙有資力。可以應其請求。甲因怠於請求。未幾乙遂失資力者。則不得向丙而請求分擔其損失也。但追奪當時。乙僅有半分之資力。甲因怠於請

求。而乙遂無一錢之資力者。則於其半分之無資力上。甲無過失。僅於他之半分有過失。故就半分之損失。歸甲一人之負擔。如前例。丙出六百二十五圓足矣。卒之丙得八百七十五圓。甲止得六百二十五圓。然此因其過失之結果。無可如何也。參觀四四四

第一千十六條 前三條之規定。被相續人以遺言表示別段之意思時。不適用之。取四八

前三條之規定。皆爲公平保護相續人間而設。然此不得謂公益規定也。凡得定相續分之被相續人。一〇六皆可表示異於前三條規定之意思。例如定相續人間無一切擔保之義務可也。又定於資力擔保。常擔保辨濟期之資力。亦可也。雖其中有無資力者。而不使他之有資力者。負擔無資力者所可償還之部分。亦可也。是則本條規定之意也。

本條之規定。亦可適用之於遺留分乎。曰。否。遺留分者。法律加被相續人之自由意思之制限。不得以被相續人之意思變更之。即所謂公益規定也。故第一千六條。被相續人僅得於不害遺留分之範圍。定相續人之相續分。三〇〇七然若被相續人於擔保上。得自由表示其意思。其結果竟致害遺留分。此則法律直接禁止之事。而間接許之矣。苟無明白之法文。不許爲如此解釋也。本條之解釋。惟於法律之制限內。認被相續人之自由意思而已。如被相續人。雖定共同相續人間。無擔保義務。若追奪之結果。致某相續人竟不得一錢。此則害遺

留分者也。故此場合他之相續人在遺留分之範圍當負擔保義務例。如甲乙丙三人有同等之相續權。因分割之結果。各得價值一萬圓之不動產。若甲因追奪而失其不動產之全部。此相續人^{甲按}而為直系卑屬。則乙丙對於甲。不得不各付以千六百六十六圓餘。蓋此場合。遺產之真價格為二萬圓。相續人三人之遺留分。各三千三百三十三圓餘。故就此額而論。被相續人之特別意思。不能及其效力。他可類推。一〇參觀

本條之意思表示。亦當以遺言為之。其理由與第一千六條第一千十條第一千十一條等無異。茲故不贅。

第三章 相續之承認及拋棄

相續者。不論其為家督相續。或遺產相續。皆於相續開始時。生其效力。前既論之。〇九八六一故不待相續人之承認。其權利自能確定。如此似不生相續之承認及拋棄之問題矣。然新民法附承認以一定之效力。且有認單純承認與限定承認二種。又相續人就原則而言。得拋棄其權利。以是之故。先順位者若拋棄相續。則次順位者應為相續。而其效力。遡及相續開始之時而生者也。然則關於相續之承認及拋棄而設有規定之必要。可知矣。

本章分為三節。第一節為總則。規定以如何之條件。得為相續之承認及拋棄。及迄於承認

與拋棄以前。相續人有如何之權利。負如何之義務。第二節爲承認。所以定單純承認與限定承認之條件及效力。第三節爲拋棄。所以定拋棄之條件及效力。

第一節 總則

第一千十七條 相續人知爲自己開始相續之事時。要於三個月內。爲單純或限定之承認。或拋棄。但此期間。因利害關係人又檢事之請求。裁判所得伸長之。

相續人在爲承認或拋棄之前。得調查相續財產。至三一七乃

本條定相續人可爲承認或拋棄之期間也。蓋相續人不確定。或人雖確定。而其權利不確定。有妨利害關係者之利益。或乃害及公益。故本條特設期間。凡其期間內。可爲承認與拋棄。

右之期間。相續人知爲自己開始相續之事時。三個月內。云。蓋此期間。相續人得調查相續財產之狀況。若果承認之。能無損失否。且其承認之也。爲單純承認乎。將爲限定承認乎。法律上視爲相續人之思維之必要期間。大抵一般相續情事。此三個月期間內。必可調查如願矣。惟財產多者。其產業之一部。或遠隔他方。因相續財產之性質上。其調查必要特別之長期間者。則可因利害關係人又檢事之請求。裁判所得伸長之。故以三個月爲原則。決

無不便之憾。

本條之期間。當從相續人知爲自己開始相續之事時起算。此實當然之規定也。夫所以與此期間者。爲使相續人有查考之暇也。若自己不知既爲相續人。卽全然不知相續之開始。又相續雖開始。而誤以爲他人爲相續。並不知道自己爲相續人者。遂致使法定期間空過。則其相續人之權利雖確定。而於本條之期間。實際無何等效用。此可慮也。若夫因相續人不知其相續權。致相續人永久不確定。則無庸慮。蓋關於此場合。有第一千五十一條以下之規定。以救濟之也。故本條之規定。無不便之感。

如前所論。本條之期間。與相續人以查考之暇。蓋相續人之查考。非豫先調查相續財產。則決意甚難。故本條第二項。特承認此權利。

第一千十八條。相續人不爲承認或拋棄而死亡。前條第一項之期間。自其人之相續人知爲自己有開始相續之事時起算。

相續人不爲承認或拋棄而死亡。則其權利。當然移轉於「其人之相續人」。而其相續人乃舉死者原有之權利一切爲相續者。恰如死者。須自調查相續財產。以自爲單純或限定之承認或拋棄也。惟其期間。若無本條之明文。則不可超死者所有之期間。例如死者知其相

續權以後。經二月而死亡。則其相續人。於其後一個月內。可爲承認或拋棄。於是相續人在未知自己相續權之期內。而已經過前條期間者不少。如此。則法律反乎與前條期間之精神矣。故本條規定。從其相續人知爲自己有開始相續之事時。而更起算前條之期間。譬如相續人於前相續人死亡後一個月。始知其相續權之事。則於其後三個月內。爲承認或拋棄可也。而從前相續人知其相續權之時。則固有六個月期間矣。

本條僅就因相續人之死亡。其相續開始之場合而規定之也。此無他。隱居之場合。通常因隱居者及其家督相續人之呈出。而相續乃開始。不要適用本條之規定。其他場合。皆屬稀有之場合。且其場合。各異其趣。不能設一定之規定。此本條所以僅就死亡場合而規定之也。

第千十九條 相續人係無能力者。第千十七條第一項之期間。其法定代理人。知有爲無能力者開始相續之事時起算。

相續之承認及拋棄。各自爲一法律行爲。既無容述矣。八二一六號參觀八。則無能力者。不得以單獨爲有效之承認或拋棄可見。假令相續人知自己之相續權。而由其時起算。第千十七條之期間者。非得當也。在此場合。法定代理人。在爲有效之承認或拋棄之地位。必其知

有爲無能力者開始相續之事時起算。乃爲適當。此本條所規定也。

第一千二十條 法定家督相續人。不得爲拋棄。但九百八十四條所揭。不在此限。取三
一七

此條從日本之慣習。直系卑屬。爲法定家督相續人之場合。不許棄其相續之意。蓋重家族制度之結果。一旦承認家督相續。卽有不得已之制限存也。

法定家督相續人有二種。一直系卑屬。一直系尊屬。前論之。九七〇
九八四然直系尊屬之相續權。

本係逆行。反乎當然之順序。從來之習慣。不以爲必要相續。故本條於法定家督相續人中。以但書除去直系尊屬。

第一千二十一條 相續人。要以其固有財產同一之注意。管理相續財產。但爲承認或拋棄者。不在此限。

裁判所因利害關係人又檢事之請求。無論何時。得命爲保存相續財產所必要之處分。裁判所選任管理人之場合。準用第二十七條乃至第二十九條之規定。取三
一

本條規定相續人爲承認或拋棄以前。加以管理相續財產所必要之事項也。蓋此場合。相續財產。畢竟歸於何人所有乎。又其相續人。係必要相續人。其人之爲相續也。雖已確定。果爲單純承認乎。將限定承認乎。尙未可知。且限定承認之場合。相續財產。特爲相續債權者。

之擔保。故於其保存。不可不注意。本條所以先使相續人負管理相續財產之義務。而其注意之程度。從一般之原則。不必要善良之管理者之注意。參看四〇〇與相續人之固有財產。爲同一注意足矣。蓋此場合。自法理上言之。相續財產可謂已屬相續人所有。若對於其財產。使負對於他人之財產之責任。未免過酷。是以有本條之規定也。

使相續人負管理相續財產之義務。猶未足也。何則。相續人生性鹵莽者有之。遠隔他鄉。不能直接保管相續財產者有之。隱匿相續財產或消費之之虞者有之。又或以通常辦法。或須別定管理人。或供託財產之全部一部。或速售相續財產中之容易毀敗之物。因以保存其代價等。而相續人於此不爲之。而因以害利害關係人之利益者亦有之。故裁判所因利害關係人又檢事之請求。得命爲必要之處分。而裁判所選任管理人之場合。其管理人與不在者之財產之管理人。同其辦法。故關於不在者之規定。可準用也。第二十七條 至二十九條

夫使利害關係人得請求必要處分者。洵有理由。而使檢事亦得爲此請求。何也。曰。相續財產耗盡。則於國家經濟。亦爲有害。以社會之不利。卽國家之不利也。且利害關係人若遠隔他鄉。交通阻絕。則關於其利益。危險雖迫。而不知之者多。遇此場合。若無檢事先爲本條第二項之請求。則事後雖求賠償。徒生不可救之損害矣。夫保護在不幸地位之事。於私權保

護上。固爲最要之目的。即公益維持上。亦爲間接之手段。則夫相續人有爲不正行爲之虞之場合。何如當其未爲不正行爲之時。而先講豫防之方法。爲必要之處分乎。

第一千二十二條 承認及拋棄。雖在第十七條第一項之期間內。不得取消之。

前項之規定。依第一編及前編之規定。不妨取消承認或拋棄。但其取消權。自得爲追認之時。六個月間不行。則因時效而消滅。自承認拋棄時經過十年者亦同。四九一、二、一四

三〇乃至一、二、六、八、七、九、三、三、八、三、四、〇、九、六、九

本條定承認及拋棄之意思表示之效力也。蓋此意思表示。隨表示而卽生確定之效力。效力既生。故後日不得取消之。此固當然。或謂承認及拋棄。關於關係人之利害最大。其不得取消之理。雖無本條之規定。大抵甚明。然在第十七條之期間。似乎相續人有意思之自由。故不可不特設規定也。舊民法取三二七條許取消拋棄

意思表示。以無瑕疵爲前提。既如前述。若意思表示。而據通則上以爲有瑕疵。得取消之者。則固許其取消者也。例如因強暴或詐欺而爲意思表示。無能力者之爲意思表示。法定代理人超其權限而爲意思表示。四九、八一、二、一、項六號、一四、一、項一號、九皆得取消之。但通常之場合。此取消權當經五年或二十年之時效。二、項九、三、六、七而相續權之確定。最要迅速。

本條故特定之。自得爲追認之時。以六個月完成時效。又自承認或拋棄之時。十年完成時效。

第二節 承認

承認有二種。單純承認 (acceptation pure et simple) 及限定承認 (acceptation sous bénéfice d'inventaire) 是也。單純承認者。舉被相續人之權利義務。一併承繼之之謂也。限定承認者。在被相續人資產之限度。負擔其債務及遺贈之謂也。茲分本節爲二款。第一款爲單純承認。第二款爲限定承認。

第一款 單純承認

單純承認。有以明示爲之者。有以默示爲之者。夫法律於限定承認及拋棄。必要一定之方式。而單純承認。則不設別段之規定。故得依一切方法而爲意思表示。而其方法。不必要明示。默示亦然。但承認之意思可以明瞭足矣。即對於被相續人之債權者及債務者。通知自己爲相續人。將來代被相續人而有其權利義務云云。即爲默示之單純承認。其最著之場合。尙有第一千二十四條明揭之。

第一千二十三條 相續人若爲單純承認。則被相續人之權利義務。無限承繼之。取三

本條定單純承認之效力也。蓋此場合。相續人承繼被相續人之權利義務爲無限。乃千一條之當然之結果。幾無容論。所以特設本條者。以明異於限定承認也。而其異於限定承認之點。被相續人財產任何其少。債務任何其多。必負履行債務之全部之義務。

第一千二十四條 左揭之場合。視相續爲單純承認。

一 相續人已處分相續財產之全部或一部者。但保存行爲。及不超第六百二條所定期間之借貸。不在此限。

二 相續人第一千七條第一項之期間內。不爲限定承認又拋棄者。

三 相續人爲限定承認或拋棄之後。舉相續財產之全部或一部隱匿之。私自消費之。或以惡意不記載之於財產目錄中者。但因其相續人拋棄而爲相續人者。既經承認之後。不在此限。取三二三三二七
二號三三四一

本條定法律上默示之單純承認之場合者也。在此場合。雖爲本來之默示單純承認。而他之場合。則僅不過事實問題。事實上果有默示之單純承認否。須俟裁判官斷定之。而本條之場合。縱使事實上相續人無單純承認之意思。而仍作爲有單純承認者論。何則。立法者以爲凡有本條之事實者。即令本人無單純承認之意思。而自他人觀之。不得不認爲有意

思而為權義之主體也。請列論其場合。

第一 相續人處分相續財產全部或一部。

無論何人。不得處分他人之財產。若相續人處分相續財產之全部或一部。是明明對於財產。視為自己之財產矣。既視相續財產為自己之財產。則不得不認自己為相續人之地位。即此不外相續之承認而已。且單純承認。本則也。限定承認。例外也。故為限定承認者。必要特別意思表示。今相續人不為特別之意思表示。是其承認相續。不得不視為單純承認。號二

參觀況限定承認之場合。相續財產。未遽視為相續人之財產。大抵視為為債權者而保管之故。不能濫行處分。此次款所規定也。至一〇二六乃蓋限定承認之場合。相續債權者。僅限於相續財產之內而受辨濟。相續人之固有財產。不能受一文之辨濟。故相續人不許處分相續財產。夫固當然也。

雖然。相續人依第一千二十一條之規定而有管理相續財產之義務。請參觀一〇四〇二故非處

分行為之純然管理行為。不僅有為之之權。且有為之之義務。如相續財產之器具。則加以修繕之程工。相續財產之金錢。則存儲確實之銀行。皆相續人當盡之義務。斷不因此行為而視為單純承認也。又若對於易損之財產。賣卻其原物。而保管其代價。此亦可謂保存財

產之一方法。從學理論之。似與處分無異。然法律上作爲保存行爲。使包含於純然之管理行爲中。卽第百三條所論也。又就賃借之性質而論。不無疑義。立法者既定於第六百二條。凡不超一定期間之賃貸借。視爲管理行爲。此本條第一號但書之所以規定也。

第二 相續人於第十七條第一項期間內。不爲限定承認或拋棄者。

如前所論。相續人之地位。法律上視爲相續開始之時。苟不拋棄。則不失其地位。而單純承認爲本則。限定承認爲例外之理。亦旣論之。故單純承認。不必要特別之意思表示。在第十七條所定之期間內。並不爲限定之承認或拋棄之相續人。則視爲單純承認。固屬當然。惟在右之期間內。特爲單純承認者。與不爲何等意思表示。而空過右之期間者。有一差異焉。無他。一旦爲單純承認之後。卽使第十七條之期間。未曾經過。而欲取消單純承認而爲限定承認或拋棄而不得矣。反之相續人苟無爲單純承認之事。則第十七條之期間內。無論何時。有爲限定承認或拋棄之自由。

第三 相續人隱匿相續財產之全部或一部。或私自消費。又以惡意不記載於財產目錄中者。

依第一號之規定。相續人若處分相續財產。卽視爲已爲單純承認。故爲自己之利益而消

費之者。包含於第一號中。而本號所規定。則對於表面不處分相續財產。而密行私費之者。加以制裁也。又雖未消費。究爲自己之利益之目的。舉相續財產之全部或一部隱匿之。或故意不記載於財產目錄中者。則其究也。終不能爲正確之限定承認或拋棄。而害及於債權者或次順位之相續人。於此奪去其限定承認或拋棄之自由。行視爲單純承認者。實可謂當然之制裁矣。凡有此等所爲。縱使限定承認或拋棄之意思。既已表示。而其意思表示。乃不正之意思表示。故法律不認其效力。仍視爲單純承認。夫就理論上言。相續人爲限定承認之後。雖有右之非行。僅犯關於限定承認之規定。舉其財產隱匿者使出之。消費者使償之。又不記載於財產目錄中者。使追記之。斯可矣。若因此等行爲。而加債權者以損害。則賠償之斯足矣。且也。拋棄後凡有右之非行。此則竊盜受寄財物費消等之行爲。有民法及刑法以制裁之足矣。似無庸本條之規定以制裁之。不知此等制裁。往往有名無實。蓋裁判所舉證所發見。能有幾何。卽有所得。其爲不正行爲之場合。實際甚多。故不如作爲單純承認。使負被相續人之一切債務。較爲簡便也。更進論之。彼相續人一旦拋棄之後。舉相續財產。私自消費。固屬不正之行爲。可以刑罰加之。而自普通之人情考之。以彼受被相續人委囑而管理其遺留之財產者也。而其管理之時。消費其一部。推其原因。雖或由一時慾情之

發動固多。其大病根。則由其視爲非我之財產。乃他人物。故漫不爲意也。今使之作爲單純承認者。即使之身受其結果也。故加以刑法上之制裁。不如加以民法上之制裁。爲能達立法之目的。

雖然。右之規定。遇相續人拋棄之後。次順位之相續人。既承認之之場合。則不可適用。蓋此場合。次順位相續之權利。法律既經確定。不得爲制先順位之相續人之非行。致奪次順位者之權利。而此場合。不必加以本條之制裁。其人單依一般之規定。受民法上或刑法之制裁可也。

本條所謂「財產目錄」也者。自依第千二十六條之規定。限定承認者所當作之財產目錄爲始。又依第千二十一條第二項、第千四十條第二項等之規定。因裁判所命令而作成之財產目錄。亦包含之。

第二款 限定承認

限定承認之事。爲日本古來慣習所無。至新民法實行。始創設之。故有人駁此法律曰。相續人有拋棄權之場合。其意將承認相續乎。則正堂堂。爲單純承認可也。其意將拋棄相續乎。亦其自由。又何必別立所謂限定承認。若夫在家之直系卑屬。非有拋棄權者。一〇〇正當

第五編 相續 第三章 相續之承認及拋棄 第二節 承認 第二款 限定承認

負擔被相續人一切之債務。何則、負擔父母祖父母之債務。情理上固當然也。余應之曰。有拋棄權之相續人。若不肯爲單純承認。不如拋棄相續。此就家督相續言之。實爲不重家督之論。苟以家督爲重者。自當竭力希冀有相續之人。若法律不認限定承認。則肯爲相續者。亦不能認。卒至舉相續而拋棄之。而家督相續人難得矣。況相續人之欲爲限定承認之場合。大抵係被相續人之負債。超過其資產故也。苟法律上無相續之義務。誰肯爲相續者。卒至家名斷絕。而系統無人。今法律認限定承認。則願爲家督相續者可多。是非重家督而何耶。又法律上不許拋棄之「必要相續人」。可謂法律強制相續。不無壓制之嫌。於是被相續人負債無論若干。必不可不負擔。則可謂慘酷矣。蓋從來之慣習。不認限定承認之制。故爲父母祖父母。致負債畢生。不得自由者。往往有之。況生活程度日進。生計之困難漸大。使相續人增過大之負擔。致失其財產之能力。恐亦國家經濟所不許也。且也。回顧債權者之地位。彼債權者。素信用被相續人。因而成立債權。有時法律上之債權者。不因自己意思而爲債權者。亦非無之。此實例外。故其素所信用之被相續人。一旦死亡。「由他原因而開始相續之場合。亦非無之。此亦例外。且隱居及入夫婚姻之場合。特有保護債權者之規定。」七六一九則必有損失。亦固其所豫期。然當其在日。亦可要求特別之擔保。或使立保證人。此而不爲。亦可謂自己之不注意也。因

他人之誤其信用。自己之不注意。而使於其債權上向無所關係之相續人負擔之。不可謂非不當之甚。羅馬法有鑒於此。向認限定承認。歐洲今日。一般皆認此制。日本民法採用之。非無理由也。

第一千二十五條 相續人於因相續所得之財產之限度。爲辨濟被相續人之債務及遺贈事。得留保而爲承認。取三
二五

本條所以限定承認之性質者也。卽相續人若爲限定承認。當於因相續所得之財產限度。負辨濟被相續人之債務及遺贈之義務。易一說以明之。限定承認者。雖有相續而於自己之財產。不受毫末之損失者也。惟此場合。一方防相續人減卻相續財產。他之一方。使債權者間。得受公平之辨濟。此次條以下規定之目的也。

第一千二十六條 相續人欲爲限定承認。要於第一千十七條第一項之期間內。調製財產目錄。提出於裁判所。申述爲限定承認之旨。取三
二六

本條定限定承認之方式者也。蓋限定承認之意思表示。利害關係人。因之生重大之效果。而相續財產之多寡。尤不可不明。故本條必要二個方式。(一)要申述於裁判所。非訟事件
手續法一
○四乃至一
六參看 (二)要調製財產目錄。提出於裁判所。一〇二四
三號參觀蓋裁判外之意思表示。其爲

真意思表示否。不免疑義。故一旦爲限定承認之意思表示者。後日不主張爲之。而欲爲他之意思表示者有之。或前未爲限定承認者。他日主張旣爲其意思表示者有之。則欲其意思表示確切。必使對於裁判所爲之。庶可防後日之爭於未然。而財產目錄調製之必要。不待言矣。有此目錄。而相續財產之實額可知。債權者又受遺者所可受之限度可明。若其目錄中有故意不記載之財產。則限定承認之意思表示。失其效力。依第一千二十四條第三號之規定。視其人爲單純承認。是以此財產目錄。概得正確。又利害關係人或檢事以其目錄爲不完全又不正時。依後之第一千二十八條第二項一、二項之規定。得更使調製正確之財產目錄。

第一千二十七條 相續人爲限定承認時。對於其被相續人所有之權利義務。視爲不消滅。本條以下。限定承認之效力。本條則定限定承認與混同之關係也。蓋混同爲權利義務消滅之原因。依第一百七十九條及第五百二十條之規定自明。而混同原因之最重者。相續也。故自理論言之。被相續人對於相續人所有之權利。及相續人對於被相續人所有之權利。皆不得不消滅。然限定承認之場合。相續財產與相續人之固有財產。要有區別。相續財產之限度。當以之辨濟相續債權者。故若消滅被相續人對於相續人所有之權利。則是於

其權利價額所存中。減少相續財產矣。此時若視爲消滅相續人對於被相續人所有之權利。則相續財產。於被相續人所有之財產中。其權利之價額。不得不謂之增加矣。此皆反乎限定承認之性質者也。故本條在限定承認之場合。凡有混同。不生其效力。蓋自嚴正之理論言之。混同不可認爲純然之消滅原因。而如本條者。不過其適用而已。惟爲便利計。既特設第七十九條及第五百二十條之規定。故對於其規定。遂不得不設本條之例外規定。

再訂二卷一七頁以下。增訂三卷三七一頁以下。

第一千二十八條 限定承認者。要與其固有財產同一之注意。以繼續管理相續財產。

第六百四十五條第六百四十六條第六百五十條第一項第二項及第一千二十一條第二項第三項之規定。前項之場合。亦準用之。

限定承認者。亦相續人也。故自法理上言之。相續財產。卽屬於其所有。管理與不管理。無論如何注意。均屬其隨意。然限定承認之場合。相續債權者及受遺者。在相續財產之限度內。可受其辨濟。故限定承認者。不得毀滅減少相續財產。固也。故本條使限定承認者。負繼續而管理相續財產之義務。而其注意之程度。與其固有財產。有同一之注意足矣。在外國之法例。或有當爲善良之管理者之注意。然本來對於自己之財產。注意不過如此。必進而求

之。非得其當也。即就實際而論。對於相續財產。使爲格外之注意。未免失之過酷。故本條以有與自己之財產。同一之注意足矣。要之。依第一千二十一條第一項之規定。與相續人爲承認又拋棄之前所當負擔之責任。有同一責任。而以繼續管理相續財產。斯規定之本意也。本條之場合。限定承認者。管理自己之財產者。並非管理他人之財產者也。但於保存財產上所當注意之點觀之。殆與管理他人之財產無異。而他人財產之管理人。怠於注意。加本人以損害。限定承認者。若怠於注意。則相續債權者及受遺者。因之而被損害。亦所常有。故本條第二項。準用關於委任之規定。限定承認者。若有相續債權者及受遺者之請求。無論何時。要報告相續財產之狀況。又清算之後。當即報告其顛末。六四 又限定承認者。因管理相續財產所受取之金錢其他之物。及其所收取之果實。例如由他人受返還之金錢其他物。儲金。貸金之利息。地租。房租等。 要分配於相續債權者及受遺者。又限定承認者。以相續人之資格所取得之權利。例如相續財產之金錢。因儲於銀行而求返還之權利。因貸貸相續財產而請其租金之權利。他人對於相續財產加損害而求其賠償之權利等。 亦與他之相續財產。同分配於相續債權者及受遺者之財產中。六四 又限定承認者。爲管理相續財產。支出必要之費用。例如修繕債務者。催促相續財產而登記之費用。由相續財產中。得除其費用。及支出日以後之利息。又限定承認者。認爲相續財產之管理上。所必要而負擔債務。例如修繕相

續財產而未付修繕費及其他必要費。因相續財產中無金錢。乃以相當之利息。由他借入金錢時。或管理相續財產。雇用必要之人。而付以相當之給料時。或為管理相續財產。買入未付金錢時。而皆得由相續財產中。為其辨濟。項六五〇一又若關於委任之規定中。不能準用。皆其性質上不能準用者也。例如第六百四十四條。以有本條第一項之規定。不能準用之。第六百四十七條之規定。以有第一千二十四條第三號之規定。又不能準用之。第六百五十條第三項之規定。以本係限定承認者。究係管理自己之財產者。雖因是而受損害。斷不得求其賠償也。故又不能準用。

第一千二十一條第二項及第三項之規定。準用之者。固屬當然。苟第一千二十一條之場合。有此規定之必要。則本條亦必有同一之必要。

第一千二十九條 限定承認者。為限定承認之後。五日內。對於一切之相續債權者及受遺者。要公「告為限定承認之事。及一定之期間內。申出其請求」之旨。但其期間。不得少於二個月。

第七十九條第二項及第三項之規定。前項之場合。亦準用之。九七

據舊法典。限定承認者。從債權者所發現而為辨濟可也。三取三但此則反乎認限定承認之本旨。推其結果。將使狡猾之債權者。可以得利。而循良之債權者。不免受損。且也。相續債權

者。既可於未受全部之辨濟之先。對於受遺者爲辨濟。則恐未盡被相續人之義務。已履行慈惠之遺贈。此等不當之結果。皆反乎相續法之原則也。故新民法於第一千三十一條。先規定債權者間。當爲平等之辨濟。次於第一千三十三條。規定對於各債權者。非爲辨濟後。不得辨濟受遺者。然此限定承認者。所已知之債權及遺贈之外。有如何之債權與遺贈乎。不可測知。法律欲使各債權者及各受遺者。速爲請求。必須催告。本條因命限定承認者。爲限定承認之後五日內。對於一切之相續債權者及受遺者爲公告。而其公告中所當揭者。(第一)爲限定承認之事。(第二)定二個月以上之期間。其期間內當申出債權及遺贈之意。其公告中。要附記債權者及受遺者。凡期間內不爲申出。則其債權遺贈。不爲辨濟。但依帳簿其他方法。限定承認者所既知之債權遺贈。必當加之於計算中。又限定承認者所已知之債權者。及受遺者。要別發使申出其權利之催告。七九二項三項

第一千三十條 限定承認者。前條第一項之期間滿了前。對於相續債權者及受遺者。得拒

辨濟。取三三三。一。三
三二。一項。

本條可謂前條規定之當然結果。蓋前條之目的。在使對於債權者及受遺者爲公平之辨濟。故非俟前條之期間之滿了。始爲辨濟。果能發現如何之債權或遺贈乎。全不可知。故至

其期間滿了。不得不先拒絕一切辨濟。但限定承認者。以自己之責任爲辨濟。固不妨也。若其辨濟之結果。以殘餘之相續財產。不能辨濟他之債權遺贈。則依第一千三十六條之規定。限定承認者。當負償還之責任。

前條之期間滿了前云者。限定承認之後五日內。及公告中所定之期間也。

第一千三十一條 第一千二十九條第一項之期間滿了後。限定承認者。要以相續財產。對於

在其期間內所申出之債權者。及其他已知之債權者。各應其債權額之比例而爲辨濟。不得害有優先權之債權者之權利。取三三〇乃

本條之必要。觀於第一千二十九條之所論而自明。卽限定承認者。於第一千二十九條之期間滿了後。其期間內所申出之債權者。及其他所已知之債權者。以相續財產。應各債權額之比例而爲辨濟。蓋期間滿了後所申出之債權者。期間滿了前。限定承認者不知之時。若對之而不爲辨濟亦可。故於期間滿了後。卽爲辨濟。固所當然。

本條但書之規定。已不待說明。惟本文既規定有「債權者各隨其債權額之比例而爲辨濟」之語。或疑有優先權之債權者。亦相同矣。故特認此種債權者之權利。以明不由「平等辨濟」之法則。所以保優先權也。如於某相續財產之上有抵當權之債權者。當就其財

產之價額。先乎他之債權者而受辨濟。

本條僅稱債權者。受遺者將不適用之乎。曰否。在法文雖稍有不明之誹難。而其適用之於受遺者。蓋不容疑。何則。受遺者亦爲對於相續人之債權者。如法文於遺贈上亦用辨濟之字樣。○一○二五。一○三○三。一○三三。一○三四。一○三六。一項二項等。何獨至在受遺者間。可爲不公平之辨濟。故即使本條之文字。不能適用。其必爲平等之辨濟。固不待論也。且也。第千二十九條之規定。對於相續債權者及受遺者。應爲公告。及其公告所定之期間滿了後。定其爲辨濟之標準者。未嘗僅適用於相續債權者也。或以第千三十三條。有非辨濟各債權者之後。不得辨濟受遺者之規定。本條單稱債權者。故不含受遺者。此不得不認法文之缺點。第千三十三條之規定。可視爲定相續債權者與受遺者之關係。而本條之規定。可視爲在同一之地位之債權者間之關係。卽一方定相續債權者間之關係。他之一方。所以定受遺者間之關係也。

第千三十二條 限定承認者。雖不至辨濟期之債權。要依前條之規定而辨濟之。

附條件之債權。又存續期間不確定之債權。要從裁判所所選定之鑑定人之評價而辨濟之。

限定承認之場合。在相續財產之限度。所以辨濟被相續人之債務及遺贈。若此辨濟。在相

續開始後數年乃至數十年之後爲之。不僅限定承認者之不便。即後日債權者受遺者之權利。亦無可確定矣。況限定承認者。常以無資力故。致債權者受遺者不克受辨濟乎。非無供託之方法。而後日分配其供託金。亦多困難。故本條爲便利計。一切債權及遺贈。要以一時辨濟之。

第一 未至辨濟期之債權。

此種債權。當以其全額入計算中。此爲限定承認者計。未免不利益。然其利害所關係者。大概屬於小問題。惟其利息之計算。與折扣之重輕。則頗要煩雜之手數耳。

第二 附條件之債權。及存續期間不確定之債權。

附條件之債權。將來究竟能發生債權乎。尙未可知。有時辨濟之。有時不辨濟。利害之關係甚大。不得已以前述之理由而評定其價額。以辨濟之。然其評定也。極非易事。關於其條件。尤費推測。即使作爲成就。而其成就時期之遲速。其他一切事情。尤須斟酌。此評價之標準也。

存續期間不確定之債權。如終身年金。其債權或以一年消滅。或過十年而尙未消滅。此亦評價困難之一點也。但據前項之理由。立評價之標準以辨濟之可矣。所謂評價之標準者。

斟酌債權者身體之強弱。年齡之老少。其他一切之事情而已。

右之場合。評價之困難。自不待言。故此評價。使裁判所選任之鑑定人爲之。而此鑑定人。與第五百八十二條所論相同。本條與前條。既有同一理由。遺贈中亦適用之。

第一千三十三條 限定承認者。非因前條之規定在辨濟各債權者之後。不得對於受遺者

爲辨濟。取三三一乃
至三三五

無論何人。非盡義務。不得先施慈惠。Nemo liberalis nisi liberatus. 羅馬法以來之格言。實可謂至當之原則。被相續人。非辨濟其債務之後。尙有殘餘財產。不得以之遺贈他人。況債權者之權利。已確定於相續開始前。受遺者之權利。至相續開始後而始確定。故當先辨濟債權者。然後辨濟遺贈。惟在通常之場合。債務者無論對於任何之債務。先爲辨濟。亦無不可。蓋相續人既爲單純承認之後。即使先辨濟遺贈。而對於他之債務者。既負絕對之義務。故債權者不能責之。唯有時恐相續人因是而成無資力。請求分離財產則可。七一〇項四其他新破產法。對於相續財產。得宣告破產。而於此非辨濟相續債權者之後。受遺者不可爲辨濟。然在限定承認。相續財產之限度。所以辨濟被相續人之債務及遺贈也。倘使其財產。不足辨濟一切之債務及遺贈。相續人聲稱相續財產之後。當負何等義務乎。故必要本條之規

定。而自受遺者之一面觀察之。受遺者對於被相續人。非有何等權利。故因遺贈所受之利益。不得不視爲無償之利益。非謂皆無償也。唯有報償之場合。控除其報償。其餘之利益。可謂無償。反之。相續債權者。對於被相續人有權利者。若因不受其辨濟。則必被損失矣。法律爲保護占得利益者。使免損失。亦不得不然也。 *Potior est qui certat de damno vivando non qui certat de luero captando.*

第一千三十四條 從前三條之規定而爲辨濟者。若必須賣却相續財產之時。限定承認者。要付之競賣。但從選任之鑑定人之評價而辨濟相續財產全部或一部之價額者。得止

其競賣。取三
二九

限定承認之場合。被相續人之債務及遺贈之辨濟。必要賣却相續財產。蓋債權大概以金錢爲目的。而相續財產大概係合動產不動產其他權利。若僅於相續財產之限度內。得爲辨濟。勢非賣却相續財產。以其代金爲辨濟不可。然賣却之方法不同。而代價因之有高下。遂有以不當之廉價爲賣買之弊。故法律必當依競賣之方法爲之。競賣雖非得高價之方法。而公衆之場則弊害自少。斷無以不當之廉價賣却之憂。而其競賣。必須依競賣法爲之。

競賣法。三。一
項。二。二。一。項。

第五編 相續 第三章 相續之承認及拋棄 第二節 承認 第二款 限定承認

相續財產中。有祖先傳來之寶物邸宅地所等。相續人欲保存之。亦正當之理由也。然相續債權者及受遺者。終須受其財產之代價。是以限定承認者。若償其代價。則不賣却之。唯其代價。不得少於因競賣所得之價。至評定代價。當使鑑定人爲之。而此鑑定人之規定。宜參照第五百八十二條。

第一千三十五條 相續債權者及受遺者。得以自己之費用。參加相續財產之競賣鑑定。此

場合之規定。準用第二百六十條第二項。

競賣法八。一七。一八。二七。二項。三。〇。三二。二項。民訴六。六。四。六。七。一。乃至六。七。四。六。八。〇。

乃至六。八三。

競賣鑑定。若公平爲之。固可得相當之代價。若有不公平之處置。則相續債權者及受遺者。損失不可限量。恐其不公平而自監督之。未始非正當之希望也。故本條許相續債權者及受遺者參加相續財產之競賣又鑑定。但此參加。係爲自己之利益而爲之。故其費用。當自支辨之。若相續債權者及受遺者。請求參加。而相續人不待其參加。卽爲競賣鑑定。則其競賣鑑定。不得以之爲對抗。二項六。蓋既有本條規定之必要。則此亦普通當然之效力矣。

第一千三十六條 限定承認者。怠於第一千二十九條所定之公告催告。又因同條第一項之期間內。對於某債權者或受遺者爲辨濟。而他之債權者或受遺者。至不能受辨濟因而

生損害者。任賠償之責。違反第一千三十條乃至第一千三十三條之規定而爲辨濟者。亦同。前項之規定。對於知情而不當聲上受辨濟之債權者或受遺者。不妨他之債權者或受遺者之求償。

第七百二十四條之規定。前二項之場合。亦適用之。取三三二二項三三三三三項三五

本條定千二十九條乃至千三十三條規定之制裁也。據第一千二十九條第一項之規定。對於一切之相續債權者及受遺者爲公告。以催告其債權之申出。又依同條第二項。及第七十九條第三項。對於已知之債權者。當爲各別之催告。此無他。欲使一切之債權者及受遺者。得公平之辨濟也。然此公告催告。若怠而不爲。致債權者不能於適當之時期受辨濟。因其他之事情。使債權及受遺者遂生損害。是全由限定承認者之過失而生。是因不法行爲而加他人以損害。不得不任賠償之責也。又第一千二十九條第一項之期間。所以使一切之債權者及受遺者。得於其間申出各自之債權。對之而爲公平之辨濟。第一千三十條。於其期間內。得拒絕辨濟。然限定承認者。在其期間滿了前。對於某債權者或受遺者爲辨濟。若相續財產無不足。則於他債權者及受遺者無害。若其財產因之不足。必致對他之債權者及受遺者。三一〇不能爲完全之辨濟矣。此全因限定承認者之過失而生之損害也。故限定承

認者。不得任賠償之責。又第一千三十一條乃至千三十三條之規定。皆爲使債權者及受遺者得公平之辨濟而設。相續債權者。先受遺者而受辨濟。亦以公平爲旨。既如前論。若限定承認者。違反右之規定而爲辨濟。某債權者或受遺者。必致受損害。此亦因限定承認者之過失而生之損害也。故當任其賠償之責。

以上所述。既受辨濟之債權者及受遺者。大抵係以善意受之者。若許對之而求返還。則將生不測之損害。故原則不能求其返還。唯知情而不當受其辨濟者。以惡意使他之債權者或受遺者生損害。則得依不法行爲之原則。對之而求賠償。唯本條第一項認限定承認者之責任。或疑對於右之債權者及受遺者。無復求償權矣。故特置第二項之規定。但此場合之債權者或受遺者之惡意。在求償者要證明之。

以上之場合。限定承認者及債權者又受遺者之責任。因於不法行爲之責任也。故凡關於不法行爲之規定。可適用之。如第七百二十四條所規定之时效。亦適用於本條之場合。唯本條之規定。關於不法行爲否。不無懷疑。故特設本條第三項。以明其意。有本條之規定。不適用七〇四條。故其时效。常適用三年之短期时效。

第一千三十七條 第一千二十九條第一項之期間內。不爲申出之債權者及受遺者。限定承

認者所不知者。得就殘餘財產而行其權利。但於相續財產。有特別之擔保者。不在此限。
 三八〇。取三三〇。三
 三二。乃至三三五。

第一千二十九條第一項之期間內。不申出之債權者及受遺者。爲限定承認者所知者。既公告除斥之意矣。故〇七九二項。一〇九二項。不加之於計算中。其人至右之期間後。雖申出其債權。絕無效力。惟他之債權者及受遺者間。分配相續財產可也。其人對於受辨濟之債權者及受遺者。無求償權。又辨濟他之債權者及受遺者。而相續財產無餘剩時。則右之債權者及受遺者。對於限定承認者。亦不得爲何等之請求。惟相續財產有剩餘。則僅僅對於其殘餘而得爲請求。關於此點。無特別之規定。故限定承認者之從其請求者而辨濟之。直至殘餘財產完盡後。而辨濟之責斯完。唯同時申出之債權者及受遺者間。當平等而辨濟。對於期間內所已知之債權者及受遺者。至辨濟未告終前。其請求者若有數名。則亦當平等而爲辨濟。但相續財產中有特別擔保者。其未辨濟時。不能辨濟他之債權者。故其債權者任何時期請求之。皆可實行其擔保權也。例如於相續財產中。有在一不動產上有抵當權之債權者。或受遺者之場合。限定承認者不知之。且其債權者又受遺者期間內不爲申出。則其抵當權。無因而消滅之理。故非先辨濟之後。則其不動產之代價。不得分於他之債權者。若限定

第五編 相續 第三章 相續之承認及拋棄 第三節 拋棄

承認者。因錯誤而分其代價於他之債權者。則因此而生之損害。宜由限定承認者賠償之。此蓋第一千三十一條但書之適用也。於適用第一千三十六條依一〇三三期間內所申出之債權者盡受辨濟之前。雖有抵當權之受遺者。不得受

第三節 拋棄

何等相續人。得爲拋棄乎。既論之矣。二〇〇至本節所以定拋棄之手續三一八〇及效力九一〇三〇者也。四

第一千三十八條 欲爲相續之拋棄者。須要申述其意於裁判所。三取三

本條定拋棄之手續。而其手續略同於限定承認之手續。即「要申述之於裁判所」是也。唯不必要如限定承認之場合。調製目錄而提出之。蓋相續人既爲拋棄。則於相續既無關係。自無作相續財產目錄之義務。若相續人於相續財產之管理中。二一〇處分其財產或隱匿消費之場合。則視爲單純承認者。故不得復爲拋棄。二四〇

第一千三十九條 凡拋棄。遡及相續開始之時而生效力。

遺產相續人有數人之場合。其一人爲拋棄時。則其相續分。應他之相續人之相續分而歸屬之。

本條及次條。所以定拋棄之效力者也。而本條先定拋棄生效力之時期。次定遺產相續數相續人中一人爲拋棄之時之效力。

相續人拋棄其相續。則次順位者應代爲相續。而其相續人。非承繼先順位相續人之權利義務者。固不待言。故依第九百八十六條及第一千一條之規定。當作爲自相續開始時。承繼被相續人之權利義務者論。然則拋棄邇及相續開始之時而生其效力。此本條第一項之所規定也。

遺產相續。相續人數人中。一人爲拋棄時。其人不作爲相續人。故其相續分。自應歸屬他相續人。例如有遺產相續人甲乙二人之場合。甲拋棄相續。則乙取得相續財產之全部。相續人有甲乙丙三人。甲乙二人係嫡出子。丙係庶子。若甲爲拋棄。則乙當受相續財產之三分之一。丙當受其三分之一。

第一千四十條 拋棄相續者。至因其拋棄而爲相續人得開始管理相續財產爲止。要以與自己之財產同一之注意。繼續而管理其財產。

第六百四十五條第六百四十六條第六百五十條第一項第二項及第一千二十一條第二項第三項之規定。前項之場合。亦準用之。

既拋棄相續。此後於相續。無所關係。故自單純之理論言之。從來所管理之相續財產。一切棄之不顧可也。然如此。則次順位之相續人。必因此而受非常之損害。原夫相續人者。依法律之力。當然承繼被相續人之權利義務者也。故雖承認有拋棄權。而從來其所負擔之管理財產之義務。一。直至次順位之相續人開始管理為止。尚繼續存在。此亦情理之當然。但其注意之程度。不必要特別加重。祇須與其管理固有財產者為同一之注意程度可矣。蓋本條之規定。不僅保護次順位之相續人。即為國家之經濟計。凡財產有毀滅耗損者。不得不力防之。故本條之規定。洵得當之方法也。又此場合。與第一千二十八條同一之理由。故以該條第二項相同之規定。設於本條第二項。

第四章 財產之分離

關於財產之分離 *Séparation des patrimoines* 之規定。舊法典不設之。然為於保護債權者上所必要者不少。況既與相續人以限定承認之利益。則對於債權者。非與以同樣之保護。未免不公平。蓋債權者對於債務者之取得債權。本於信用。況且既許與期限。又雖不特許期限而不促其辨濟者。皆由信用債務者故也。今其所信用之債務者死亡。則欲超相續財產之範圍而受辨濟。甚無理由。因而認相續人以限定承認之權利也。然債權者之信用

債務者。非信用其相續人也。若相續人既有多額之負債。又恐其人以浪費等故而蕩盡相續財產。則債權者欲特別分離相續財產而受辨濟。亦未始非正當之主張。是以本條倣歐洲多數之例。特設財產分離之制。

以上就「相續債權者」而論之也。但「相續人之債權者」亦在類似之地位。蓋「相續債權者」之信用其債務者。即被相續人猶之「相續人之債權者」之信用其債務者。即相續人也。然相續人一旦以承繼負債甚多之被相續人。而辨濟「相續債權者」之債權。至相續財產而外。別以其固有之財產。充當辨濟。則「相續人之債權者」必至蒙意外之損失矣。法律對於「相續債權者」。常與以財產分離之利益。對於「相續人之債權者」。鮮有與此利益者。而新民法則竟認之焉。至於推尋與是反對之理由。則曰債務者無論何時。凡新起負債。必加從來之債權者以損害。此各債權者所豫期也。而相續之結果。則相續人亦不過新負擔債務而已。應未有對之而述異議之權也。今若認財產分離者。是明明使其債務者。即相續人對於相續債務。即新債務之辨濟而述異議矣。故無認之之理由。此不然。蓋債權者之信用債務者。必因其資產現在既多。而將來又無蕩盡之慮。否則現在雖無資產。而因其材能技藝等。將來可大造資產故也。然相續之性質。因法律之結果。於相續人之意思以外。承繼他人之權利。亦即

負擔他人之債務者也。則其出於債權者豫想以外，亦的確之事實。乃法律在此保護相續債權者極厚。而獨不保護相續人之債權者。豈非頓失權衡乎。新民法對於相續人之債權者。認其有財產分離之利益。可謂至當。

以上所論財產分離之效力。類乎限定承認者有之。而財產之分離。不妨爲限定承認。無他。財產之分離者。在使「相續債權者」又「相續人之債權者」。就「相續財產」又「相續人之固有財產」中。受優先之辨濟爲目的。非使之喪失對於他之財產之權利也。反之。限定承認者。以相續人之固有財產。不得充相續債權者之辨濟。故無論相續債權者請求分離財產之場合。相續人之債權者請求之場合。凡相續人爲限定承認。皆有利益焉。

以上所述。可知財產之分離有二種。曰爲「相續債權者」而爲之之財產分離。至一〇四一九曰爲相續人之債權而爲之之財產分離。五〇〇是也。試順次說明之。

一 爲相續債權者而爲之之財產分離

第十四十一條 相續債權者又受遺者。自相續開始時。三個月內。得請求裁判所。於相續人之財產中。分離相續財產。卽其期間滿了之後。相續財產與相續人之固有財產未混合時。亦同。

裁判所若因前項請求而命分離財產。爲其請求者。要於五日內。公告對於他之相續債權者及受遺者。有分離財產之命令之事。及一定之期間內。應申出加入配當。但其期間。不得少於二個月。

本條定爲債權者而爲之之財產分離之條件及手續也。而其條件。無他。財產之分離。自相續開始時三個月內。又相續財產與相續之固有財產未混同之時。必須請求之也。蓋財產分離之結果。相續財產。與相續人之固有財產。可以區別。使相續債權者。有於相續財產上受辨濟之便利。法律之目的如是。倘此期間內不爲請求。或至不能識別右二團之財產。故必要於相續開始之時請求之。此本則也。而此三個月內。縱使事實上相續財產與相續人之固有財產混合。而相續債權者。不失財產分離之請求權。不然。則相續人欲逃財產之分離。可以混合其固有財產與相續財產。是相續債權者之保護。竟歸有名無實矣。但於此相續債權者之請求分離財產。不過本於事實上之證據。區別爲二團之財產。若既過三個月之法定期間。則自法律之眼光觀之。相續財產與相續人之固有財產。作爲可以混合。故其原則。不復許財產之分離矣。唯事實上猶幸相續財產與相續人之固有財產。尙未混合者。仍得爲分離之請求。此則例外也。至其二團財產。未嘗混合之事實。當由請求財產分離者

權者證明之。幾無待言。惟如何之場合有混合。如何之場合無混合乎。此則事實問題。事實上任一任裁判官之認定可也。例如相續人占有相續財產之全部或一部。與其固有財產同一處分之保管之或利用之之際。即可謂混合。其他場合。大概視爲未混合。

財產分離之手續。其效力有判決前之手續。與判決後之手續。請先論判決前之手續。判決前之手續也者。提起訴訟是也。蓋相續人因法律之結果。當然承繼被相續人之財產者。故分離之。不使相續與他之財產混合。不免變例。況其實際之結果。亦非容易。故法律特鄭重其手續。不能僅以一方之意思表示而足也。至相續之限定承認或拋棄。一〇二六。不
僅申述於裁判所爲滿足。必要提起訴訟其相手方之爲相續人。相續人不知之場合。則相續財產之管理人。^{五一}蓋無容疑。蓋相續財產與相續人之財產既混合與否。事實上最困難之問題。即財產之分離。亦似乎破產。致關係人之不名譽。故其請求者。果有正當之權利否。相續人不可無論爭之餘地。此法律所以必要提起訴訟也。

裁判所以請求分離財產爲有理由。則請求者爲有其權利者。蓋亦在二個月之法定期間內。或認相續財產與相續人之固有財產之尙未混合時。須命財產之分離焉。於此請求者自判決確定之日。至五日內。當爲公告。之判決後而其公告。對於他之相續債權者及受遺者。

以左之二事爲目的。(第一)已有財產分離命令之事。(第二)定二個月以上之期間。其期間內當申出配當加入之事是也。推立法者之本意。在使一切債務者及受遺者得公平之辨濟也。

財產分離之目的。固在保護債權者。故以上所論。皆關於相續債權者之權利也。然受遺者亦與債權者無異。故保護他之債權者之規定。於受遺者亦不得不一併保護之。唯受其辨濟之順序。必當後於相續債權者。保護受遺者之結果。未嘗及相續債權者以損害。故無反乎設財產分離之制度之憂。○一四〇七三三項。因而受遺者。亦得請求分離財產。

第千四十二條 請求分離財產者。及依前條第二項規定而申出加入配當者。於相續財產上。先乎相續人之債權者而受辨濟。

本條以下。所以定財產分離之效力者也。而本條先定其原則。財產分離之結果。相續債權者及受遺者。於相續財產上。得比相續人之債權者。先受辨濟。此固財產分離之目的。不得不然。唯相續債權者及受遺者。非自請求分離財產。或依前條第二項之規定所定之期間內。申出加入配當。果係相續債權者受遺者乎。無由知之。即使知之。自法律上觀之。此可謂拋棄財產分離之利益。則僅以右之請求者及配當加入者。使有右之特權。亦非不當。但他

之債權者受遺者。未嘗失其債權。只能與相續人之他債權者。一般的請求辨濟時之相續人之財產限度內。得受平等之辨濟而已。無特別優先之權也。

本條之規定。不過認相續債權者及受遺者之特權。非謂舉相續人之債權者自除斥相續財產外也。故若相續債權者及受遺者。悉受辨濟後。尚有餘剩。相續人之債權者。於相續財產上。亦可受辨濟。

由上所論。相續債權者及受遺者之權利。酷似先取特權。故立法例及學說。有列舉之於先取特權中者。而日本新民法不取之。余信其至當。蓋先取特權者。謂在一定財團中。甲有先乙而受辨濟之權利也。然財產分離之場合。因法律之假定。區別被相續人之財團與相續人之財團。假視爲二個獨立之財團。故非一定之債權者。於甲之財團上受辨濟之後。則他之債權者。於其財團上。不得受辨濟者。未嘗因第一之債權者有先取特權之故。唯自其眼光觀之。甲之財團上。固應視爲無其他債權者也。然則謂之先取特權。未得其當。三〇。此殆如商事會社之場合。非會社之債權者。於會社財產上先受辨濟之後。則社員之債權者。不得於會社財產上受辨濟者。同一法理。蓋此場合法人之財團與各社員之財團。自各成爲獨立之財團也。

第一千四十三條 財產分離之請求。裁判所於相續財產之管理上。得命爲必要之處分。裁判所選任管理人之場合。準用第二十七條乃至第二十九條之規定。

財產分離。有請求時。宜竭力避「相續財產」與「相續人之固有財產」之混合。而既有混合之際。當速分別管理之。但相續人依次條之規定。特負相續財產之管理之義務。而相續債權者及受遺者。不深信相續人者有之。又自裁判所之眼光觀之。或相續人於管理相續財產上有不肯盡力加意之虞。或相續財產與固有財產混合。其甚者至稱相續財產爲自己之固有財產。消費濫用。甚可慮也。故當命速爲相當之處分。此本條之所以規定也。

據本條之規定。裁判所不論請求分離財產者。有別種之申請否。苟認爲必要時。於相續財產之管理上。無論任何處分。皆得命之。而其處分之事實。不勝列舉。如（第一）命封印。（第二）命目錄之調製。（第三）命寄託容易滅失之物。（第四）命賣却容易敗壞之物。（第五）選任別種之管理人皆是。而多數之場合。大概係選任管理人而已。蓋對於相續人。既不深信。而猶委相續財產於其手中。則危險更多矣。但財產甚少。或種類單簡。不妨以其全部爲寄託者。不必特別選任管理人。

選任管理人之場合。其管理人之性質。酷似不在者之財產管理人。故關於此點。準用第二

十七條乃至第二十九條之規定。九七八二項參照。

第一千四十四條 相續人爲單純承認之後。若有請求分離財產者。此後要與其固有財產

同一之注意。以管理相續財產。但裁判所已選定管理人者。不在此限。

第六百四十五條乃至第六百四十七條及第六百五十條第一項第二項規定。前項之
場合準用之。

財產分離之場合。相續財產與相續人之固有財產。分而爲二個獨立財團。相續財產。非相續債權者及受遺者一切受辨濟之後。殆視爲不歸於相續人所有。此由上論而自明。然相續債權者及受遺者。既受辨濟。則其財產要不外相續人之財產。故本條(第一)使相續人負管理相續財產之義務者此也。而其管理上注意之程度。與自己之固有財產。爲同一注意足矣。此與第一千二十八條及第一千四十條規定。同其趣意。唯本條相續人。既爲單純承認之後。仍負此義務。故特要明文。

(第二)相續財產。主在保護相續債權者及受遺者之利益。故此場合之相續人之義務。大概同於受任者之義務。此亦與第一千二十八條第二項及第一千四十條第二項之規定。略同其意。然亦有不能相同者。即(一)前二條不準用第六百四十七條。而本條則準用之是也。

蓋該條受任者當交付委任者之金額或利益時。所用之金額。若爲自己而消費之場合。當付自其消費之日以後之利息。與其餘之損害賠償。而前二條。則不準用該條者。其理由無他。在右之場合。依第一千二十四條第三項之規定。則既被視爲單純承認者故也。然於本條之場合。縱使相續人爲單純承認之後。仍須負本條之義務。故關於委任之規定。當準用之。而不得加不加之制裁也。(一)前之二條。準用第一千二十一條第二項及第三項。本條則不準用之。此無他。關於財產分離。在前條設有代第一千二十一條第二項及第三項之規定也。本條之義務。至裁判所選任管理人時而消滅。而依前條之規定。裁判所有分離財產之命令以前。既選任管理人。則本條之義務。無自發生。此本條第一項但書所由規定。

第一千四十五條 財產之分離。不動產上非爲其登記。不得以之對抗第三者。一〇七九。一三。

四。

財產分離之場合。對於相續債權者及受遺者。視爲相續財產未嘗移屬於相續人。即使相續人處分相續財產。而其處分。非可以之對抗相續債權者及受遺者。不然。往往財產之分離。歸諸有名無實。唯不動產。若不經登記。第三者且致蒙不測之損害。故本條特命其登記。若不登記。不得以之對抗第三者。

財產分離之可以對抗第三者否。學者間不無議論。據以上所論。其可以之對抗第三者。殆不容疑。故本條規定。不以直接解決此問題。僅就不動產上立法。凡無登記。則不得以之對抗第三者。所以間接解決此問題也。

或問關於不動產雖有本條之規定。而關於他之財產。則無此等規定。則如何。曰。以無實際之必要故也。蓋動產若落於善意而無過失之占有者之手。則依第九十二條之規定。當歸於其所有。故無論何人。不得取回之。在此場合。終歸相續債權者及受遺者之損失。是前二條規定之所以必要也。其他場合。苟相續債權者又受遺者。證明其存在。無論在何人之手之動產。皆可取回之。以充自己之辨濟。不必要設特別規定。而惡意者及善意而有過失者。絕無保護之之必要。故無設特別規定之理由。又如。有體物上之物權外之權利。雖或有保護善意者之必要。此實際蓋鮮。以有第四十一條第二項之公告。故蒙意外之損失者。寡。若夫不動產上權利之異動。一切視乎登記而後能明。其適用多而其利害之所感亦大。是以必要特設本條之規定。

第四十六條 第三百四條之規定。財產分離之場合準用之。

本條關於先取特權之第三百四條之規定。準用於財產分離之場合。夫財產分離之非先

取特權。既如前論。而其性質之相似。亦既述之。^{四一〇}而關於先取特權。第三百四條。其目的物之代價及其他。可以代其物者。亦可爲先取特權之目的者也。即財產分離之場合。亦以適用此規定爲當。自不容疑。如財產分離之登記前。相續人賣不動產於第三者。尙未受取其代價之場合。又賣動產於善意之無過失者。尙未受取其代價之場合。因第三者加相續財產以損害。而求其賠償之場合。或相續財產。曾付保險而可受取其保險金之場合。相續財產貸於他人。對於貸貸人有請求其借貸之權利之場合等。其代價。損害賠償。保險金。借貸^{金租}等。皆可以代相續財產者也。故使相續債權者及受遺者。徑視之爲相續財產。得行權利於其上。爲最公平。此殆如先取特權之場合耳。

第一千四十七條 相續人於第一千四十一條第一項及第二項之期間滿了前。對於相續債權者及受遺者。得拒辨濟。

有財產分離之請求。相續人於第一千四十一條第二項期間滿了之後。要以相續財產。對於請求分離財產又申出加入配當之債權者。及受遺者。各應其債權之比例而爲辨濟。但不得害有優先權之債權者之權利。

第一千三十二條乃至第一千三十六條之規定。前項場合。準用之。

本條與關於限定承認之第一千三十條乃至第一千三十六條揭同樣之規定。唯第一千三十條及第一千三十一條。有「第一千二十九條第一項之期間」云云。故不能即準用於財產分離。況第一千四十一條有二種期間。非其期間皆滿了。則辨濟難以開始。是以於此更須特別明言之也。蓋既認財產分離之利益。則此分離。常當有效而力引之。然第一千四十一條第一項。與相續債權者及受遺者以三個月期間。若其期間滿了前。相續人對於債權者受遺者。而可爲辨濟也。則他之相續債權者及受遺者。不能受財產分離之公平保護。故必自相續開始之時三個月內。對一切相續債權者及受遺者。悉定爲不可辨濟。其期間滿了前。若有財產分離之請求。當更於第一千四十一條第二項之期間。即與公告之五日之期間。及公告中所定之二個月以上之期間內。一切不可不爲辨濟。但相續人以自己之責任爲辨濟固可。然因不拒其辨濟。而他之相續債權者及受遺者。遂受損害。則不可不依第一千三十六條之規定。而任其賠償之責。其他凡限定承認之場合亦同。蓋財產分離之場合。無特設各異之規定之理由也。唯於下列三點。須加注意。

一 第一千二十九條第二項。既準用第七十九條第二項及第三項之規定。而財產分離之場合。則無此等規定何也。此無他。（第一）凡分離財產。不申出加入配當。亦不應除斥之。

唯不受因財產分離所生之特別利益而已。(第二)依第一千四十二條。凡特別申出加入配當者。始有優先權。故對於債權者。不必要為各別之催告。

二 第一千三十一條。僅就債權者而下規定。其能適用於受遺者否。尙屬疑問。而本條則明言債權者及受遺者。則無論債權者受遺者。當從同一規定可知。但相續債權者。當先乎受遺者而受辨濟之事。依第一千三十三條之準用而自明。亦不待言。

三 本條第三項。既準用第一千三十六條之規定矣。而第一千三十六條。限定承認者。怠於第一千二十九條所定之公告或催告。揭有制裁。然財產分離之場合。當為第一千四十一條第二項之公告者。乃財產分離之請求人也。若無公告。非相續人當受其制裁。凡怠於第一千四十一條第二項之公告而有受損害者。其賠償權宜對於財產分離之請求者為之。然第一千三十六條所規定之事項。皆對於相續人之制裁也。故得準用於此場合。又第一千四十一條第二項之公告。係法律之所命。若因怠此義務而害他人之財產權等。則依第七百九條之規定。財產分離之請求者。當然任損害賠償之責。不容疑也。此本條所以不規定此事。

第一千四十八條 請求分離財產者。及申出加入配當者。限於以相續財產不能辨濟全部

之場合。得就相續人之固有財產上。行其權利。惟此場合。相續人之債權者。得先其人而受辨濟。

財產分離之結果。相續財產與相續人之固有財產。既有區別。相續財產上。先讓相續債權者及受遺者受辨濟。故其裏面。即所以保護相續人之債權者也。(第一)相續人之固有財產上。相續債權者及受遺者。請求分離財產者。及申出加入配當者。必限於相續財產所不能受辨濟之債權額。乃得爲請求。即先以相續財產。充其辨濟。尙有不足。僅得於不足之數爲請求。(第二)相續人之固有財產上。相續人之債權者。有先乎右之債權者及受遺者而受辨濟之特權。不然。法律對於相續債權者及受遺者獨厚。而對於相續人之債權者未免薄矣。

第千四十九條 相續人得以其固有財產。辨濟相續債權者或受遺者。又得供相當之擔保。以防止分離財產之請求。及消滅其效力。但相續人之債權者。證明因此而受損害之事。申述異議時。不在此限。

財產分離。原屬不名譽之舉。動輒舉祖先傳來之財產。出賣他人。原情而論。實相續人所難受。故本條許相續人以其固有財產。辨濟一切之相續債權者及受遺者。又以供相當之擔

保。此於期限未到來之債權。附條件之債權。尙不要辨濟之債權。尤見適用。以防止分離財產之請求。或其手續開始後。則使消滅其效力。如此。則相續債權者及受遺者。絕無受毫末損害之虞矣。但相續財產。以之辨濟相續債權者及受遺者不足之場合。而相續人之固有財產又不多。則相續人之債權者。致受損害矣。此時自相續人之債權者觀之。不如完了財產分離之手續。依前條之規定。以辨濟相續債權者及受遺者爲利。其理自明。故此場合。若相續人之債權者。證明其事實。對於防止財產分離之請求者。得述異議。而此異議之效果。不過使相續人完了財產分離之手續而已。

二 爲「相續人之債權者」而爲之之財產分離

第一千五十條 相續人得爲限定承認之時。又相續財產與相續人之固有財產不混合之時。其債權者。得爲分離財產之請求。

第三百四條 第一千二十七條 第一千二十九條 至 第一千三十六條 第一千四十三條 至 第一千四十五條 及 第一千四十八條 之規定。準用於前項之場合。但第一千二十九條所定之公告及催告。要請求分離財產之債權者爲之。

相續人之債權者。得請求分離財產之條件。自與相續債權者之爲此請求之條件不同。蓋

相續人爲單純承認。及開始相續財產之處分。而視爲單純承認者之場合。以相續人之所爲。有足視爲以被相續人之債務及遺贈歸自己負擔之故也。凡此場合。相續人新借財其他爲負擔債務之行爲。在一般而論。其債權者對之。不能有異議權。況自相續債權者之利益觀之。相續人既開始處分財產。或在無論何時可以開始之之地位。事實上相續財產與相續人之固有財產間。既生混合。若仍因相續人之債權者之請求。而許其分離財產。則相續債權者。必當被許多損害。故本條指定相續人。得爲限定承認之間。即相續人知爲自己而開始相續之事而相續人。時。三個月內。未爲單純承認之間。及其後事實上相續財產與相續人之固有財產。猶未混合之間。相續人之債權者。乃得請求分離財產。

相續人既爲限定承認之後。其債權者。不得請求分離財產。蓋限定承認。爲相續人之債權者計。較之分離財產。利益更多故也。反之。相續人之債權者。請求財產分離之後。則相續人仍得爲限定承認。前既論之。蓋爲相續人計。財產分離。不及限定承認之利益也。

因「相續人之債權者」所請求而生之分離財產之手續及效力。不過舉限定承認與爲相續債權者而爲之之財產分離之手續及效力。斟酌損益而成。蓋因「相續人之債權者」所請求之財產分離。論其目的。一面使相續債權者及受遺者。主在以相續財產受辨濟。他之

一面。所以分相續財產與相續人之固有財產。爲二個財團。其類乎限定承認。又類乎爲相續債權者之財產分離。自屬應有之理。然果何者當依關於限定承認之規定。何者當依於爲相續債權者之財產分離之規定乎。

一 依限定承認之規定者

第千二十七條及第千二十九條乃至第千三十六條之準用是也。第千二十七條相續人對於被相續人所有之權利義務。不承認混同之法則。然因相續人之債權者所請求之財產分離。自債權者之利益觀之。相續人當爲限定承認之場合。而不爲。恐因此有所損害。不得已而爲請求分離財產者也。故其效力。亦同於限定承認之場合。且此場合。爲相續債權者及受遺者計。非較之相續人爲限定承認者更不利益也。故準用第千二十七條。而此條不準用爲相續債權者而爲之之財產分離之場合者。其理由無他。彼之場合。乃因法律之結果。當然混同之後。債權者不過特求分離現在之相續財產。非別求避去其混同之效力也。況不認混同。將致被相續人對於相續人之權利。則對於相續人之固有財產上請求其價額。又相續人對於被相續人之權利。則由相續財產中移其價額於相續人之固有財產。如此以爲分配。其計算之煩雜。尙可言乎。若夫因相續人之債權者之請求而分離財產之

場合。尙不認無混同之事。則爲相續債權者及受遺者計。將致陷於不利益矣。故特準用第一千二十七條。

所以準用第一千二十九條者。其大體之宗旨。固與第一千四十一條第二項異。然第一千四十一條第二項中。有「加入配當之申出云云」因相續人之債權者所請求之財產分離中。有難適用者。不如第一千二十九條所云「對於相續債權者及受遺者。當申出其請求之旨云云」。較爲妥當。故特準用第一千二十九條。況爲相續債權者而爲財產分離之場合。其某相續債權者又受遺者。以理而論。率無由知他相續債權者及受遺者。故於第一千四十一條第二項所定之公告外。使對於其所知之債權者及受遺者。爲各別之催告。且此種之債權者及受遺者。無必使之加入相續財產之配當之理由也。反之因相續人之債權者所請求之財產分離之場合。其債權者。與代自己之債務者之相續人而爲限定承認相同。既屢言之。相續債權者及受遺者。必須與限定承認之場合。受同一保護。故使對於請求者所知之債權者及受遺者。爲特別催告。且必分配以相續財產。七九二項三項又第一千二十九條有「爲限定承認之後五日內」云云。今準用之於本條之場合。當於財產分離命令確定之時五日內爲之。何則。如後所論。財產分離。依裁判所命令之確定而始成立故也。又第一千二十九條

當爲公告及催告者。相續人也。而本條之場合。則係財產分離之請求者。此所以有本條第二項之但書也。

第一千三十條乃至第一千三十六條之規定。實可謂限定承認與財產分離之共通規定。就此點而論。因「本條之財產分離」與「債權者之請求之財產分離」之間。不得謂有差異。然據前項所論。不準用第一千四十一條第二項。而準用第一千二十九條。故於此不能準用第一千四十七條。

二 依於爲相續債權者而分離財產之規定者

本條之分離財產。亦得請求之裁判所。蓋就此點而論。與爲相續債權者而分離財產者。不必要設區別也。而其相手方之爲相續人亦同。蓋其形式上。對於相續人請求不混同「相續財產」與「相續人之固有財產」而已。或曰。本條止曰「爲請求」。未嘗言「請求於裁判所」。故本條之請求。以任何方法。皆可爲之。然如下所論。第一千三十四條以下之準用。則當請求裁判所之理自明。又此種之分離財產。與爲相續債權者之分離財產。其間之手續。絕無差別之必要。蓋請求裁判分離財產之事。既詳於第一千四十一條。故本條單曰「請求」。自必指請求於裁判所而言。又何必特加「裁判所」之字樣乎。

第一千四十三條乃至第一千四十六條

本條○四六條單準用三〇〇四條也。故其實直接準用三〇〇四條也。

所規定之事項。同於

本條之財產分離與爲相續債權者之財產分離。不必要依限定承認之規定也。此無他。限定承認之場合。若限定承認者。處分相續財產。卽視爲「單純承認者」。故關於財產處分之規定。殆非必要。在財產分離之場合。關於其處分。以保護債權者爲急。故必要第一千四十三條以下之規定。

第一千四十八條之準用。固屬當然。蓋本條之場合。財產分離之目的。在使相續人之債務者。於相續人之固有財產上。先受辨濟。苟無剩餘。則不使相續債權者及受遺者受辨濟也。相續人之債權者。既與以此保護。則相續債權者及受遺者。非就相續財產。使得優先辨濟。實屬不公。此其理由。殆如爲相續債權者之財產分離。第一千四十八條末段所揭之規定也。本條之場合準用之。則相續債權者及受遺者。與相續人之債權者。可謂得公平之保護矣。或曰。限定承認之場合。相續債權者及受遺者。止於相續財產之限度。有受辨濟之權。故本條之場合。亦認同一之權利足矣。然本條之設。非如限定承認。出於保護相續人之目的。僅爲保護相續人之債權者也。抑卽使以相續財產。不能完全清償相續債權者及受遺者之場合。苟使相續人之債權者。較此等之人。得優於相續人固有財產。優先而受辨濟。非有殘餘。

不得以之充相續債權者及受遺者之辨濟。則相續人之債權者。自毫無受損害之虞矣。而相續人假如不請求限定承認。既無請求。斷無害相續債權者及受遺者以保護之之理。此所以不準用千三十七條而準用第千四十八條也。但第千四十八條所稱請求分離財產。申出加入配當者。若於本條場合準用之。則當改爲「相續債權者及受遺者」。

第五章 相續人之曠缺

本章先就相續人有否不明之場合。若有之。則使速現出之以爲相續也。且其間爲相續財產不滅失毀損而選任管理。相續人若確定無人時。則舉相續財產使歸屬於國庫也。

第千五十一條 相續人有無不明時。則以相續財產爲法人。四取三

本條規定相續人有否不明之場合。假定相續財產屬法人之旨也。關於此點。立法例不一致。學說亦分歧。據多數之立法例及學說。不以相續財產爲法人。若後日相續人出現於世。其相續人。從關於相續之一般原則。視爲自相續開始之時。承繼被相續人之權利義務。九〇八 一六。一 若相續人終不出現。則國家爲相續人。亦視爲自相續開始之時。承繼被相續人之權利義務。然在日本。既認家督相續之制。若以國爲家督相續之觀念。終非慣習之所能容。亦實際所不能行。故不能以國爲相續人。自相續開始之時。承繼被相續人之權利義務。

或謂僅就財產關係。國家自相續開始之時。取得被相續人之權利。而負擔其義務。似非不能。然此亦係法律之假定耳。fiction 而相續之場合。相續人非自被相續人直接承繼權利義務。則恐釀種種之不便。不得已乃設此假定。若夫國家之取得相續財產之場合。則絕無此假定之必要矣。然則在此場合。以相續財產爲法人。雖同屬假定。而較之前制。猶覺近乎事實之假定也。蓋依此假定。則相續人有否不明之間。相續財產。歸於法人所有。殆至真無相續人。國家乃取得此財產。實理明而事簡。爲完全之良法。故本條所以取法人主義也。但由後第千五十五條之規定。相續人出現。則法人之假定。忽然消滅。故在此場合。仍可適用一般原則。絕無窒礙也。

第千五十二條 前條之場合。裁判所因利害關係人又檢事之請求。要選任相續財產之管理人。

裁判所須當即公告選任管理人之事。取三四三。舊非訟事件手續法一三。乃至一五。新同六五。六八。六九。七一。

本條規定選任爲法人之代表者之管理人也。蓋本章之場合。相續人有否不明。故無依第千二十一條。而當然管理相續財產之人。若放任之。則其財產有滅失破損之虞。故須特別選任管理人。但裁判所不能直接知相續人之有無等事。故限於有利害關係人又檢事請

求之際。得選任管理人。又所謂利害關係人者。以債權者受遺者等爲主。而檢事之所以爲本條之請求者。無他。所以保護不幸而不在相續開始地之相續人。且不使間接減少國富。若相續人有無不明之際。相續財產屬於國家。故國家亦可謂利害關係者。是使檢事代表之。亦當然之事也。

管理人爲法人之代表者。必須使世人共知。而於相續財產爲尤甚。蓋對之而有法律關係者。對於管理人有爲必要行爲之便也。又選任管理人之事。若公告之。則是舉相續開始之事。而公之於世矣。若有相續權者。見此公告。卽可以得主張。其權利之便利。此本條第二項。所以使裁判所當卽公告選任管理人之事也。

本條言要選任管理人。似乎無論如何貧窮之人死亡。檢事必當爲本條之請求。此誤解也。本條之趣意。唯有利害關係人又檢事之請求。則裁判所乃不得不選任管理人。至檢事爲本條之請求。專由自己行政上之觀察。而判斷其必要。不然。將徒出費用。履煩雜之手續。而其費用。終歸國庫之負擔。可謂反乎本條之目的矣。

第一千五十三條 第二十七條乃至第二十九條之規定。於相續財產管理人。亦準用之。三取

三四四乃至
三四六

相續財產之管理人。其性質酷似不在者財產之管理人。故本條關於不在者財產之管理人之第二十七條乃至第二十九條之規定。亦準用之。此實與第九百七十八條第二項第一千二十一條第三項第一千四十三條第二項。同其趣意。

第一千五十四條 管理人有相續債權者又受遺者之請求。須報告相續財產之狀況。二取三

三
四
五

本條定管理人報告之義務也。蓋相續債權者及受遺者。關於相續財產。利害最切。欲知其財產適當而管理否。亦屬應有之事。故有其請求。管理人必須報告相續財產之狀況。此有間接使管理人之管理。蘄至誠實之利益也。

第一千五十五條 相續人有無分明時。視法人爲不存立。但不害管理人於其權限內所爲行爲之效力。四取三

法人之假定者。既無爲財產主體之被相續人。而又不能即歸國庫。勢不得不認無主體之財產。假定爲法人之所有。然相續人有無既明。依第九百八十條又第一千一條之規定。視相續人爲自相續開始之時。即時承繼被相續人之權利義務。故無須設此法人。在此場合。法人視爲不存立。

法人既視爲自初不存立。則爲其代表者之管理人之行爲。亦不得不成爲無權限之行爲矣。然如此。則社會中孰肯安心與管理人交易乎。在實際上不便殊多。是既認法人之假定。雖有所便利。而不足以償此不便。此本條但書。所以定管理人於其權限內所爲之行爲。法人之假定雖消滅。而依然有效力也。蓋大多數之場合。皆爲相續人計利益耳。

第千五十六條 管理人之代理權。於相續人承認相續之時而消滅。

前項之場合。管理人要當即對於相續人爲管理之計算。四取三

由前條之結果。法人至相續人有無分明而消滅。故爲其代理人之管理人之權限。亦即消滅。然如此則爲相續人計。殊多不利。且反乎法律選任管理人之趣旨矣。故本條至相續人承認相續爲止。依然認管理人之代理權。蓋依第千二十一條。則相續人當然負管理相續財產之義務。而本章之場合。則相續人有否其初尙不分明。故其相續人。多不在相續開始地。雖欲即時管理相續財產而不能。甚者相續人尙未知有相續開始之事。故事實上欲以其人管理。勢必不能。此所以姑認管理人之代理權有必要也。

或曰據右之理由。管理人之代理權。不僅至相續人承認相續爲止。而繼續存在。實可謂至相續人管理相續財產爲止。必要使繼續者也。曰不然。相續人既承認相續。則相續財產已

爲自己之財產。或自開始管理或置適當之管理人。皆可爲之。事實上往往從前委任裁判所所選任之管理人。仍使爲管理者不少。然此場合。管理人之性質。從前係法定代理人者。今則變爲契約上之代理人矣。而相續人遇不能自我管理相續財產。又不能置適當之管理人之場合。則可以姑緩承認相續。以爲思考地步。是此場合。又何必使之繼續管理人之代理權乎。

相續人既承認相續。則管理人之代理權。應當然消滅。故管理人當即時對於相續人。計算管理。此尤不待言也。

第千五十七條 經第千五十二條第二項所定之公告後。二個月內。相續人有否不明時。管理人要當即對於一切之相續債權者及受遺者。公告於一定之期間內。當申出其請求之旨。但其期間。不得下二個月。

第七十九條第二項第三項及第千三十條乃至第千三十七條之規定。前項之場合。準用之。但第千三十四條但書之規定。不在此限。取三四四四項三四五六

第千五十二條第二項所定之公告。使相續人有申出其權利之效力。前既論之。若過二個月。仍無申出其權利之人。則可以推定無相續人。他之一方。爲相續債權者及受遺者計。將

永不得受辨濟。有受損害之虞。在此場合。管理人當即時爲公告。對於一切之相續債權者及受遺者。定二個月以上之期間。其期間內當催告申出請求之旨矣。

本條之場合。在相續財產所有之範圍內。相續債權者及受遺者。當爲辨濟。其理殆如限定承認之場合。蓋無相續人。則無以其財產負擔相續債務及遺贈之人也。卽舉準用於第一千二十九條第二項又第七十九條第二項第三項。及第一千三十條乃至第一千三十七條之規定。又準用於此也。唯第一千三十四條但書。規定相續人得從裁判所選任之鑑定人之評價。辨濟相續財產之全部又一部之價額。而防止其競賣。然本條之場合。尙未有相續人。故不能準用。是本條第二項但書之所由規定也。

第一千五十八條 前條第一項期間滿了後。相續人有否仍不明時。裁判所因管理人又檢事之請求。須公告「若有相續人。則當一定之期間內主張其權利」之旨。但其期間。不得少於一年。舊非訟事件手續法一三三。乃至一六六。新同七〇。七一。

本條規定。若有相續人催告。當速卽主張其權利之旨也。蓋前條既推測大抵無相續人之事。而此推測。尙未確定。故法律上之認爲無相續人。尙須本條之手續。可謂至當。蓋依前條第一項之規定。公告之期間滿了後。仍不知有相續人。則裁判所因管理人又檢事之請求。

公告定一年以上之期間。有相續人。則當於其期間內。主張相續權之旨。蓋相續財產。對於相續債權者及受遺者。無論如何。終不可不辨濟。故一方為辨濟。而他方仍促相續人之出現。毫無矛盾之嫌。而相續人在遠地之場合。前條之期間內。即相續開始後。雖四五個月。尙無從知相續開始之事。故更與一年以上之期間。即極少使有一年四個月之猶豫也。蓋此期間內。而無主張相續權之人。則認定全無相續人。非不當也。夫就期間而論。非無取稍長之例者。三例如然今日交通便利。既不必要長期。若不處置相續財產。則生許多煩雜。故本條關於前條之期間。以一年足矣。

第一千五十九條 前條之期間內。若無主張相續人之權利之人。相續財產。歸屬國庫。在此場合。準用第一千五十六條第二項之規定。

相續債權者及受遺者。對於國庫。不得行其權利。

四財二三。二項。取三一五。三一七。三。八。舊非訟事件手續法。

前條之期間內。無主張相續人之權利之人。則法律上無相續人之人。既已確定。相續財產。應屬國有。在此。管理人理應即時計算管理。唯日本不同於外國一般之例。以國視為相續人。故國家既不承繼身分上之權利。即財產上之權利。亦止取得殘餘財產。未嘗負擔義務。即相續債權者及受遺者。對於國不得行其權利也。蓋依第一千五十七條之規定。所以保護

相續債權者及受遺者。故若過該條所定期間。而仍無主張其權利之人。即使有之。不得
不視為怠於行使權利矣。而據第一千三十七條。苟有殘餘財產。則許其對之而行使其權利。
至右之期間滿了。一年之間。猶不使相續財產屬於國有也。其間為請求之債權者。又受遺
者。仍得受辨濟。故本條之場合。法律上視為無復相續債權者及受遺者。實為至當。若各國
之例。既使國取得相續。又使之負擔義務。其煩雜實不可言。然則日本法本條第二項之規
定。非應用新學理。較之一般國法而更進者乎。

第六章 遺言

遺言 (Testament letztwillige Verfügung) 者。或人以自己死亡後。使生法律上之效力
之目的所為之意思表示也。蓋遺言為各國之法律所認。相續人之指定。後見人後見監督
人又親族會員之指定。私生子之認知。養子緣組之意思表示。相續人廢除取消之意思表
示等。皆藉遺言為之者多。八二九二項。八四九〇一。二項。九八一〇。又以遺言處分遺產亦
不少。此等場合。遺言當依如何之方式乎。又有如何之效力乎。不得不規定。而依遺言所可
定之事。千差萬別。即右所例示者。半與相續無關。然遺言之主目的。關於家督或遺產之相
續也。例如為遺贈之場合。所謂受遺者。就廣義而言。當屬遺言者之相續人。所謂受遺者之

權利。即滅殺相續人之權利者也。此亦不失爲關於相續之問題。故相續中亦規定之。但本章之規定。於無關相續之事項。亦適用之。

本章分五節。第一節曰總則。揭關於遺言之條件之一般規定也。第二節曰遺言之方式。規定其形式上之條件。第三節曰遺言之效力。以明遺言何時生效力。及其他關於遺贈之效力之解釋的規定。第四節曰遺言執行。揭執行遺言時必要之條件。及關於遺言執行者之規定也。第五節曰遺言之取消。定遺言在如何場合。可取消之。與當以如何方式爲取消也。

第一節 總則

第一千六十條 遺言非從本法所定之方式。不得爲之。

取三
六八

語曰、人之將死。其言也善。各國之對於遺言。視爲神聖的。以法律認其有重要之效力。此不可謂非當然。至關於財產之遺言。死者生前欲得自由處分之財產。死後欲以如何處分。實人情所當然。苟不害公益之範圍內。法律務必滿足死者之希望。又財產以外事項之遺言。概爲死者之家及子孫等。述有益之意見。其認有法律上之效力。亦可謂得當。然遺言有如此重大之效力。其遺言必要示死者之真意可知。但就實際情形而論。凡遺言往往於臨終之際爲之。動輒無健全之意思。在其周圍之人。往往有利用此不健全之意思。欲以謀自己

之利益者。且關於遺言之利害。重大而切身。死者不可復生。無論何人。甚難證明其真意。奸人乘之。矯遺言以利己者。更僕難數。故歐洲立法家。有見及此。自古以來。嚴定遺言之方式。日本民法。倣之。他之意思表示。不必要一切之方式。惟遺言必要嚴密之方式。本條之所謂遺言。卽「非從本法所定之方式。不得爲之」之遺言也。故遺言無論何國。皆認爲要式行爲矣。

第一千六十一條 達滿十五年者。得爲遺言。四四取三五
七四號

遺言亦一法律行爲也。若無特別之明文。遺言之能力。亦依總則編所規定。然如右所論。遺言者一方係神聖的。最重死者之意思。立法之精神。非若他項法律行爲。可使法定代理人代之。或得一定之人之同意而使爲之。其他一方。通常之法律行爲。不必要於一定之時爲之。例如未成年者。達於成年而始可爲者也。然遺言既不可不於死亡前爲之。自難期諸後日。故有寬其能力之必要。在外國法制。大抵關於遺言者。特別認低度之能力。故本條於達滿十五年者。雖猶未成年者。而作爲既有爲遺言之能力。至選此年齡。專在察乎國情。又與結婚年齡。七六 養子緣組之年齡。八四三。一
八四四 等有關。所以保其平均也。

第一千六十二條 第四條第九條第十二條及第十四條之規定。遺言中不適用之。四九。一
二。一四

五取三
七。

本條之必要。既因前條之說明而略顯。夫依第四條。未成年者爲法律行爲。須得其法定代理人之同意。凡無其同意之行爲。得取消之。又依第九條。禁治產者之行爲。得取消之。又依第十二條。準禁治產者關於不動產。又重要之動產之權利得喪爲目的之行爲。須得其保佐人之同意。其他場合。就他之行爲。亦附以此等制限。而無同意之行爲。得取消之。又依第十四條。妻爲此等行爲。須受夫之許可。無許可之行爲。得取消之。然遺言既如所論。遺言者最宜自由爲之。決不可因他人之意思而受制限。凡此等規定。不適用於遺言。卽十五年未滿者所爲之遺言。全然無效。而又十五年以上者所爲之遺言。縱使其人係未成年者。而全然有效。其他雖禁治產者。而其本心回復之時所爲之遺言。全然有效也。三〇七又準禁治產者。或爲妻者。不必要保佐人與夫之同意。亦得有效而爲遺言。

第一千六十三條 遺言者爲遺言之時。須有其能力。

遺言果於何時成立乎。學者間頗有所議論。蓋遺言如後所論。就原則而言。遺言者死亡之時。其效力確定。八一〇自其效力言之。則遺言實同於遺言者死亡之際之所爲。故遺言成立於遺言者死亡之時。卽此時須具備遺言成立上所必要之一切條件也。據此說。遺言者之

能力。亦當觀察於其死亡之時。縱使遺言者事實上在爲遺言之時。未有能力。若死亡之時。既爲有能力者。則遺言有效矣。反之。其事實上爲遺言之時。雖有能力。而後日失其能力。致死亡之時。爲無能力者。例如喪失心神之際則其遺言無效矣。然據余之所信。此說實混同行爲成立之時期與其效力發生之時期之謬說也。蓋遺言自死亡之時而生其效力。固也。而遺言之行爲。果成立於何時乎。在遺言者爲其意思表示之時而成立。蓋不容疑。夫遺言至遺言者死亡之時爲止。無論何時。得取消之。固也。然不取消之。則其效力依然存在。此理至易辨。無容爭也。然此可謂既成立之遺言。因取消而消滅。不得謂取消未成立之遺言也。而遺言亦一法律行爲。以意思表示爲基礎。人所不能爭。是故遺言可謂成立於意思表示之時。而行爲之要素。成立時。應當具備。自不容疑。故關於能力。須於爲意思表示之時觀察之。萬不當於死亡時觀察之。故遺言者意思表示之際而有能力。後日雖失其能力。遺言不爲之而失其效力。意思表示之際而無能力。後日雖死亡之際。已爲有能力。而遺言不爲之而生效力。此本條所由規定也。

第一千六十四條 遺言者。得以包括又特定之名義。處分其財產之全部又一部。但不得違反關於遺留分之規定。取三四

本條之規定。幾不待言。惟以法典之形式而論。若無本條之規定。或不免爲缺點。蓋無論何人。得以適法之行爲。處分其財產。然法律設有關於相續之規定。死者之財產。當然移轉於一定之相續人。故若法律非以明文認遺言者之處分權。是因法律之力。於自己失權利之後。而處分其財產。法律上將成無效者有之。況所謂包括名義之處分。(disposition a titre universel) 權利與義務。同時移轉。是通常法律之所不認者。惟包括名義之遺贈。各國法律皆認之。在遺產相續。無遺留分權利者之場合不少。故一一三一條。定爲亦可以遺言處分其總財產。此場合若受遺者僅承繼權利。而不承繼義務。則債權者必蒙損害。故包括名義之遺贈。日本民法認之。而於理論上。非明言之。或直以爲不能者有之。此本條之所由規定也。

包括名義之處分。既如前述。謂處分資產與負債也。但有絕對包括之場合。有一部包括之場合。例如遺產相續之場合。遺言者遺贈其總財產。是爲絕對包括。反之。遺言者遺贈其財產之半、三分之一、四分之一等之場合。是爲一部包括。前之場合。應負擔遺言者負債之全部。後之場合。僅負擔其半、三分之一、四分之一等而已。其他請參照第九十二條。特定名義之處分 (disposition a titre particulier) 也者。如遺贈甲之不動產。乙之動產之

所有權。限於處分一定之權利之謂也。但附負擔之遺贈。受遺者雖取得權利。亦負擔義務。然此非負擔遺言者之義務。自己因受遺贈而新負擔之義務也。又財產之價額。無論如何多大。種類無論如何複雜。苟非用包括名義者。皆特定名義之處分也。例如遺言者宣言遺贈自己所有之不動產或動產之全部之場合。自其財產之價額種類觀之。雖屬巨大。而此亦不過特定名義之處分而已。在外國立法例。一般皆以之爲包括名義。受遺者當應其不動產又動產之價。而負擔遺言者之債務。然此非得當。何則。遺言者有一個不動產之場合。舉此不動產而遺贈之。其爲特定名義。人所不能爭。然若於此有二個不動產。謂「遺贈某之不動產。與某之不動產。」可爲特定名義。若謂「遺贈係自己所有之不動產之全部」則爲包括名義矣。似乎兒戲。若此等場合。而認包括名義之處分。則遺言者謂遺贈某家屋中所有之財產全部。亦不得不謂包括名義矣。要之。所謂包括名義之處分也者。謂財產之全部或其幾分之一。實集遺言者之權利義務爲一團。而處分其全部又分割之一部分也。遺留分也者。不外制限遺言者之處分權而已。故本條特明不得違反關於遺留分之規定。第一千六十五條 第九百六十八條及第九百六十九條之規定。準用之於受遺者。一七二

八、九六九、九九三、九九七。
人二、取二九二、三五四。

本條言關於受遺者之資格。準用關於相續人之資格之規定。

一 胎兒

依第一條。胎兒不得爲權利之主體。固也。然法律應於必要而設假定。視胎兒爲既出生者。認其有一定之權利。例如關於損害要償權。有第七百二十一條之規定。又關於相續。有第九百六十八條及第九百九十三條之規定。卽就相續而言。相續人自相續開始之時。承繼被相續人之權利義務者也。故非自其時生存者。不能爲相續人。然依從來之慣習。又本於一般之人情。凡相續開始之時。既孕胎之兒。視爲既產出者。有相續權。遺贈亦然。若遺言者死亡之時。既孕胎之兒。後日若生存而產出。殆如遺言者死亡之時。既產生者。有受遺贈權利。此不僅適乎人情。亦爲與相續之場合。權衡得當計也。

二 無資格者

第九百六十九條及第九百九十七條。故意使相續人及相續上有與自己利害相反者。致之於死。或欲致之死。因而被刑者。又知被相續人有被殺害之事。不告發或不告訴者。其他因詐欺若強迫妨被相續人遺言之自由者。又舉遺言書僞造變造毀滅若藏匿之者。皆無相續之資格者也。此等之人。因前同一之理由。亦無受遺贈之資格。蓋欲速受遺贈之利益。

而殺其恩人。或坐視恩人之被殺。又殺遺贈上有反對之利益者。其他由不法行爲。關於遺言。欲得不當之利益者。若不剝去其受遺贈之資格。則爲此等非行者必多。且不能與相續場合。保持均平。故本條準用第九百六十九條之規定。但同條準用非無稍生疑義之虞。茲說明之如左。

甲 第九百六十九條第一號「家督相續上在先順位者」云云。今準用之於遺贈。則對於甲爲一定之遺贈。聲明若甲死則應遺贈於乙之場合。乙而殺甲或欲殺之者。則受右之適用。又一定財產遺贈甲乙二人。聲明若一人死則遺贈全部於他一人之場合。其一人殺他一人又欲殺之之時亦同。九九七。一號參觀。

乙 該條第三號乃至第五號。以明關於相續之遺言也。若於相續無關係。僅以遺贈爲目的之遺言。則有右之非行者。果受本條之適用否。曰固也。法律關於相續之規定。謂關於相續之遺言者。猶之關於遺贈之規定。謂關於遺贈之遺言也。而關於相續之遺言。必關同時於財產。九八六。一三〇。故關於相續之遺言。必當爲關於遺贈。則第九百六十九條。準用於茲。當爲關於相續又遺贈之遺言矣。

第六百六十六條 被後見人、在後見之計算終了前。爲有利益於後見人又其配偶者。或直

系卑屬之遺言。其遺言無效。

前項之規定。直系血族配偶者又兄弟姊妹爲後見人之場合。不適用之。

後見人利用對於其被後見人之地位。欲使被後見人爲利益自己之行爲。事所恆有。是以第八百四十條。規定後見人不得以被後見人爲養子。又第九百三十九條。關於未成年者之後見。後見人又其相續與被後見人間所爲之契約。得取消之。且也被後見人將死。既離世慾。後見人乘此時機。欲謀自己之利益。事甚易舉。故本條規定。凡被後見人在後見之計算終了前。爲於後見人又其配偶者若直系卑屬有利益之遺言。其遺言無效云。蓋在後見之計算終了前。報告未周。被後見人不詳自己財產之實況。故其遺言雖與自己或其相續人以何等不利益。與後見人以如何之利益。皆所不知也。

本條不僅直接爲後見人之利益之遺言爲無效。卽爲其配偶者或直系卑屬之利益。亦無效也。此無他。後見人欲謀自己之利益。動借其配偶者或直系卑屬之名義以行之故也。雖用配偶者或直系卑屬以外者之名義。而事實上後見人苟有受利益之證據。其遺言亦無效。惟爲配偶者或直系卑屬之利益之遺言。法律上當然視爲後見人之利益。不要別種證據。自然無效耳。卽使配偶者或直系卑屬之利益。事實上不爲後見人之利益。而究之其配

偶者及直系卑屬。乃後見人所最慈愛之人。即在謀劃其將來之利益之位置。縱令不爲自己之利益。而欲謀爲此等人之利益之遺言。亦即與謀自己之利益之遺言無異也。故其遺言。雖提出直接間接。毫無爲後見人之利益之證據。而其遺言依然無效也。

所謂可爲利益之遺言。其範圍極廣。苟事實上可有爲利益之證明。皆受本條之適用。故對於後見人及其配偶者或直系卑屬之遺贈。姑不待言。即指定此等之人爲家督相續人之遺言。固當受本條之適用也。又被後見人。以後見人又其配偶者若直系卑屬爲養子之遺言。亦視爲可爲利益之遺言。但被後見人爲其子指定後見人後見監督人。或親族會員之遺言。不得視爲受其指定者之利益之遺言。惟此種遺言。實際極少。何則未成年者。若不行親權。其親權者又後見人。可代而行之。八七二項九三四二項九又禁治產者。理論上得行親權。事實上不能行之。〇〇一號參觀其得指定後見人。後見監督人。又親族會員者。必係現行親權者也。此等遺言。實際極少。

右之規定。凡直系血族配偶者。又兄弟姊妹爲後見人之場合。不適用之。蓋此場合。一方此等人對於被後見人。平時愛情豐富。況當死亡之際。自無利己害人之事。自他一方觀之。此等之人。遺言者正宜由其遺言而與以利益。適遇爲其後見人。此等人爲後見人最多。反

致不能受遺言之利益。是反乎遺言者之意思。又背乎法律認遺言之自由之趣意矣。故以本條第二項除外之。

第二節 遺言之方式

遺言之爲要式行爲。既論之矣。而其方式有二種。一普通方式（第一款）通常場合行之。特別方式（第二款）特別場合行之。

第一款 普通方式

第一千六十七條 遺言要以自筆證書、公正證書、及祕密證書爲之。但許依特別方式之場合。不在此限。取三六
八一項

本條示普通方式之種類有三。曰自筆證書（testament olographe）曰公正證書（testam-

ent authentique）曰祕密證書（testament mystique）是也。遺言者於此三種中。得擇其便

而爲之。凡自筆證書。遺言者康健無病。能親作證書者。多用之。公正證書。不能書者重病者等。不能自作證書。或欲作之而甚覺困難者用之。祕密證書。雖署名不覺困難。而其證書文言以使他人作成爲便利者專用之。至其詳細。依次條以下之規定而自明。

遺言之爲要式行爲。既屢言之。其方式必要限定於法律。而右述三種之證書。若作爲普通

方式。必用其一。不得用他之方法。惟次款所規定之特別方式。在特別之場合。法律亦認許之。故亦爲有效。本條爲詳明起見。特加以但書。

第六十八條 以自筆證書爲遺言者。遺言者要自書其全文。日子及氏名。更加蓋印。

自筆證書中之插入削除。及其他之變更。遺言者要指示其場所。附記變更之旨。而特署名之。且其變更之場所。非加蓋印。則無其效。六取三九

本條定自筆證書之方式。自筆證書也者。遺言者自書其全文。日子及氏名。又加蓋印也。當此場合。通篇不攙入他人之筆蹟。故其遺言。出於遺言者之真意無疑。故此場合。不要證人及其他一切之方式。但插入削除改竄等之變更。係本人爲之乎。抑他人爲之乎。因至於後日。恐有不明。遺言者須指示其處。附記變更之旨。特用署名。且其變更之處。再要蓋印。若缺其方式。則其變更無效。故視變更前之遺言書爲真正之遺言書。雖插入數個文字。作爲仍未插入者論。雖削除遺言之一部。作爲未削除者論。而改竄之場合。則以當初記載爲準矣。第六十九條 依公正證書而爲遺言者。要從左之方式。

一 有證人二人以上之立會。按即在場之意

二 遺言者口授遺言之趣旨於公證人。

三 公證人筆記遺言者之口述。朗讀而使遺言者及證人聞之。

四 遺言者及證人承認筆記係正確後。要各自署名蓋印。但遺言者不能署名之場合。公證人得附記其事由而代爲署名之。

五 公證人之證書。須附記從前四號所揭之方式而作成之之旨。署名蓋印。七〇三

本條定公正證書之方式。蓋公正證書係公證人所作。而法律對於遺言。尤要特別之方式。

第一 須有證人二人以上之在場。

此對於公證人規則第二十八條之例外。據該條之規定。公證人知囑託人之氏名者。以一人在場足矣。然如遺言。縱使與遺言者認識。仍須證人二人以上在場。此蓋特重遺言之方式。欲以避錯悞詐欺之危險也。

第二 遺言者須以遺言之趣旨。口授公證人。

此凡作公正證書時之必要條件。然在公證人規則中。不以之爲要件。有時囑託人先就貸借買賣等。告以應作成證書之事。而後公證人自草文稿。呈示諸囑託人。使得其承諾。以作成本書者不少。夫公正證書之效力。本無缺點。惟多數之場合。終不如依此方法。覺爲安全。或與法律設公證人之趣旨相副耳。雖然。遺言者須表示遺言者真正之意思。雖公證人。不

許以由自己之意見。妄作證書。是以使遺言者口授遺言之趣旨。但遺言者未必文字皆明晰。故不必直記其文言。惟述其趣意。而文書則由公證人作成之可也。況依公正證書而爲遺言之場合。遺言者常有不能自動筆者。公證人常須要作文以明之。

第三 公證人筆記遺言者之口述。朗讀而使遺言者及證人聞之。

此與公證人規則第三十四條第一項之規定無異。惟據該條單朗讀而使關係人聞之。至要使遺言者及證人聞之否。尙屬不明。然遺言者第一之關係人也。其宜使讀而聞之。自屬當然。至證人者。所以證有無錯誤詐欺等情事也。故亦必要使聞之。

第四 遺言者及證人承認筆記。係正確後。要各自署名蓋印。

此亦與公證人規則第三十四條第一項之規定無異。但該條言要關係人之署名蓋印。其關係人中。包含遺言者與證人否。甚不明瞭。猶之前段所論。且署名蓋印。本所以爲承認筆記之正確之證左。而本條特與遺言者及證人承認筆記之正確以後。更使署名蓋印者。特引起遺言者及證人之注意也。

遺言者因不能書或疾病負傷等。致不能署名之場合。公證人得附記其事由。代爲署名。是亦當然之規定也。唯依公證人規則第三十四條第三項。證人不能署名之場合。亦當依此

規定。然在本條關於證人無此規定。此無他。證人必限於自得署名者故也。夫以不能書者爲凡百遺言皆不能爲。其不當固也。而證人須由具一定資格者中七四選二人已足。則斷無選不能書者之必要。故證人須自行署名。

本條及其他法文中用署名之文字之場合。常指本人署其名也。而本號之規定。最於署名之意義。深切而詳明之。何則。法文中既言遺言者不能署名之場合。然若署名之意義。可以使他人代書氏名。則無論何人。未有不能代書。而況公證人及證人。現實在其面前乎。知此而此署名之爲自行署名之義。益顯然矣。

第五 公證人之證書。須附記從前四號所揭之方式而作之旨。以署名蓋印。此亦與公正證書之一般規定不同之點。蓋依公證人規則第三十四條第一項。附記使關係人朗讀而聞之旨之外。僅以公證人及關係人之署名蓋印而足。然本號則於從前四號所揭之方式作成之事。不得不特爲附記之可知。法律特喚起公證人之注意而使之無遺漏也。

本條特定遺言之方式上所必要之事項者。此外公證人應守他公正證書所必要之條件。唯遺言之證人之資格。以後有第七十四條之特別規定。故不能適用公證人規則第二

十條及第二十九條之規定也。

第七十條 依祕密證書而爲遺言者。須從左之方式。

- 一 遺言者於其證書上署名蓋印。
- 二 遺言者封其證書。以證書上所用之印章封印。
- 三 遺言者於公證人一人及證人二人以上之前。提出封書。申述係自己之遺言書之旨。及其代筆之氏名住所。

四 公證人以其證書提出日子及遺言者之申述。記載於封紙之後。與遺言者及證人一同署名蓋印。

第六十八條第二項之規定。依於祕密證書之遺言。準用之。取一三七

本條定祕密證書之方式也。其方式如左。

第一 遺言者於其證書上。須加署名蓋印。祕密證書。猶之自筆證書。遺言者自作之證書也。唯祕密證書。不必要如自筆證書遺言者自書其全文。惟署名蓋印足矣。此二方式之所異也。但遺言者雖自書其全文。而欲依祕密證書之方式。亦可。此場合萬一祕密證書之方式上有缺。其效力止作爲自筆證書。是次條

所明也。

第二 遺言者封其證書。以證書所用之印章封印。

此祕密證書之所以爲祕密證書也。亦如以公正證書爲遺言之場合。使遺言之趣旨。公證人及證人知之。不問自書其證書。與夫使他人筆記。必封緘之。又以證書中所押捺之印章。用以封印。

第三 遺言者。於公證人一人及證人二人以上之前。提出封書。申述係自己之遺言書之旨。及其代筆之氏名住所。

祕密證書。前號條件之外。略同公正證書。必須有公證人及證人二人以上之參加。唯遺言者口授遺言之趣旨。代以封印之遺言書。提出於公證人及證人之前。須申述爲其自己之遺言書之旨。及代筆之氏名住所。若遺言者自筆記其證書。則僅申述其旨足矣。何以須申述代筆之氏名住所。無他。後日其遺言上有爭論之場合。可向其人質問。以得確實之證據也。

第四 公證人以其證書提出日子及遺言者之申述。記載於封紙之後。與遺言者及證人一同署名蓋印。

此可謂當然之手續。惟日子及申述。不使以別紙記載。必記載於封紙者。無他。若以別紙爲之。則提出於公證人之前之遺言書。果既表示於別紙否。確知甚難。故必當記載於其封紙也。

或曰。公正證書。不言必要日子。唯就祕密證書言之。果何謂乎。此無他。凡關於公正證書。依公證人規則第三十條第五號。必當記入作證書之場所及其年月日。在遺言。既不要別段之規定。則固可特別明言於前條。反之。祕密證書。既非公正證書。不能徑依公證人規則者也。

又證書中之添註塗抹。及其他之變更。遺言者指示其處。附記變更之旨。尤須署名蓋印於其變更之處。此亦與自筆證書。依同一之理由而有所必要者也。惟宜注意之點。變更之附記及署名蓋印。皆須遺言者爲之。不然。代筆既非署名蓋印於遺言書之人。其變更之真實否。無從而知。況代筆或於承遺言者之意。筆記證書之後。由自己之意見。加以變更。是遺言者之意思。亦隨之而變更矣。

或問祕密證書。準用第六十八條第二項之規定。而於公正證書不準用之者。理由惟何。此亦依公證人規則之一般規定故也。其第三十三條曰。「證書上若有追加改正時。當舉

其文字並於何行爲追加改正之事。附記於欄外或末尾之餘白。公證人並關係人蓋印。又文中有塗抹者。須使其塗抹原文。尙可認識。且何行塗抹。若當附記於欄外或末尾之餘白。公證人並關係人蓋印之。若違此格式。則無追加改正塗抹之效。」故公證人規則之規定。比之第六十八條第二項之規定。尤覺細密。而前條既不設各異之規定。故該規則第三十三條之規定。當然適用於公正證書之遺言可知。

第七十一條 用祕密證書之遺言。雖缺前條所定之方式。若具備第六十八條之方

式者。作爲用自筆證書之遺言。而有其效力。七二三

祕密證書。往往有遺言者自記載其全文者。既如前述。此無他。遺言者在自己之死亡以前。欲故爲祕密其遺言。鄭而重之。以避紛失等之危險。乃自記載遺言之全文。付之祕密證書。其所以自記載其全文者。殆爲守祕密而防錯誤也。此場合之證書。不幸適於祕密證書之條件中有缺。其以祕密證書論。固屬無效。然既具第六十八條所定自筆證書之條件。則不得不使之作爲自筆證書。以成有效。蓋遺言者所以欲依祕密證書之方式。結局在希望生其遺言之效力而已。

第七十二條 不能發言語者。用祕密證書而爲遺言之場合。遺言者於公證人及證人

之前。須舉其證書。係自己遺言書之旨。並其代筆之氏名住所。自書於封紙。以代第七十條第一項第三號之申述。

公證人須舉遺言者已踐前項所定之方式之旨。記載於封紙。以代申述之記載。

依第七十條第一項第三號。遺言者當申述係自己遺言書之旨及其代筆之氏名住所。然則遺言者若係啞者。又因疾病負傷等而失言語自由之人。似不能依此方式矣。然作祕證書。遺言者非必皆不能舉筆者。故代口頭申述以筆記。而使述其趣意可矣。此本條之所由規定也。依本條之規定。遺言者在公證人及證人之前。於其證書係屬自己之遺言書之旨。並其代筆者之氏名住所。既自書於封紙。公證人亦當舉其事實。記載於封紙。

第七十三條 禁治產者。於本心回復之時。而為遺言者。並須醫師二人以上立會。

遺言立會之醫師。須舉遺言者為遺言之時。不在心神喪失之狀況之旨。附記於遺言書。加以署名蓋印。但以祕密證書為遺言之場合。其封紙上。亦須為右之記載及署名蓋印。

取
五
七

本條於禁治產者為遺言之場合而定必要之條件也。蓋禁治產者。在心神喪失之狀況。故不能為要意思之遺言。然禁治產者非無本心回復之時。則謂其必不能為其遺言。亦不可

也。惟其本心果回復與否。雖在醫師。往往苦難診斷。故本條特要醫師二人以上到場。其醫師須將遺言者爲遺言時。不在心神喪失之狀況之旨。附記於遺言書。以署名蓋印。而在自筆證書及公正證書。右之附記。遺言書中。亦得爲之。在祕密證書。有付遺言之趣旨於祕密時之目的。故於其封紙。當爲右之記載及署名蓋印。

第一千七十四條 左所揭者。不得爲遺言之證人與立會人。之到場

一 未成年者。

二 禁治產者及準禁治產者。

三 剝奪公權者及停止公權者。

四 遺言者之配偶者。

五 推定相續人、受遺者、及其配偶者、並直系血族。

六 與公證人同家者、及公證人之直系血族並寫生傭人。七取三

本條規定遺言之證人及立會人之資格也。即第六十九條以下所規定之證人及前條所規定之立會人。以原則論。無論何人。皆可爲之。惟左所揭者。則爲無資格者。

第一 未成年者。

遺言最爲重要之事。既如所論。然未成年者。爲自己爲法律行爲之能力。尙未完具。以之爲證人或立會人。恐未能證明遺言之無缺點。卽依公證人規則第二十八條立會人亦必要成年者。

第二 禁治產者及準禁治產者。

禁治產者。全在心神喪失之狀況。其不能爲證人。固不待言。蓋證人亦可爲意思表示。苟無意思能力。決不能爲證人。唯禁治產者。雖在本心回復之間。不得爲遺言之證人或立會人。蓋禁治產者本心果回復否。最難斷定。故前條特以醫師二人以上之立會爲必要。然其立會者若亦係禁治產者。安能舉其證言。措諸信用乎。而此遺言之證人亦同。又準禁治產者。非無自爲法律行爲之能力。非得保佐人之同意。不得爲重大之法律行爲。故因與未成年者不得爲證人或立會人之同一理由。準禁治產者。亦無其資格。

第三 剝奪公權及停止公權者。

此等之人犯重罪或輕罪者。其人失社會之信用者也。然如遺言等重要之行爲。作爲證人或立會人。果足以證其遺言之無缺點之資格乎。故卽依公證人規則第二十條第一號及第二十九條第二號。此等之人。亦不得爲公正證書之證人。

第四 遺言者之配偶者。

配偶者於遺言上有利害之關係者也。若以爲證人。不無謀自己之利益之恐。故無遺言之證人又立會人之資格。又依公證人規則第二十九條第一號。一切公證人及囑託人之親族。無立會人之資格。

第五 推定相續人、受遺者、及其配偶者、并直系血族。

本號所揭者。亦於遺言有利害之關係者也。故與前號因同一之理由。不認遺言之證人又立會人之資格。參看公證人規則第二十九條第一號。

推定相續人也者。不僅法定之推定家督相續人。無法定之推定家督相續人之場合。被相續人所指定之相續人。其他法律之順位。當然在相續人之地位者。皆推定相續人也。凡家督相續人。與遺產相續人。於此無所區別。

第六 與公證人同家者、及公證人之直系血族并寫生傭人。

本號惟於公證人干與遺言作成之場合適用之。即僅於公正證書及祕密證書而見其適用。此規定殆同於公證人規則第二十九條第一號。(第一)據該條法意。包含公證人之親族全體。而不包含與之同家者。實兩有缺點。蓋公證人之親族。其遠系者。幾等路人。又雖非

親族。苟係同家。却較遠系之親族爲親。故本條謂與公證人同家者。及公證人之直系血族也。(第二)公證人規則。僅於公證人作公正證書之場合之證人適用之。(一)祕密證書不能適用。(二)前條之醫師亦然。故本號決非與公證人規則重複者也。所謂公證人同家者。公證人爲戶主之場合。謂其家族全體。若公證人爲家族之場合。則謂其戶主及其家之家族全體也。

第一千七十五條 遺言不得以二人以上同一之證書爲之。取三六八二項。

本條禁共同遺言。蓋以二人以上同一之證書爲遺言。取消其一方。不能取消他一方。反乎遺言自由取消之趣旨。或一方之遺言。爲他一方遺言之條件。是法律上一方之遺言之存廢。因他一方遺言之存廢而定矣。此亦反乎自由爲遺言。自由取消遺言之趣旨也。以二人以上同一之證書而爲遺言者。其一方對於他之一方。因斟酌而不能爲充分自由之遺言。故共同遺言。絕對禁止。

第二款 特別方式

凡前款所規定之三種普通方式。有不能依之場合。本款一切網羅之。即疾病。一〇七九。一〇八一。傳染病流行。七〇七。七〇八。戰爭。一〇七九。一〇八一。乘坐艦船。一〇八一。居留外國。八六〇。等之事由。有不能

依普通方式之場合。悉規定之。

第七十六條 因疾病及他事由而死亡危急者。欲爲遺言。得以證人三人以上之立會。口授一人以遺言之趣旨。而爲之。此場合。受其口授者之筆記。使讀而聞之於遺言者及他證人。各證人若承認其筆記之正確後。須署名蓋印。

依前項規定所爲之遺言。自遺言之日二十日內。由證人之一人或利害關係人請求於裁判所。非得其確認。則無其效。

裁判所非得遺言出於遺言者之真意之心證。不得確認之。

本條因疾病傷痍等之事由。死亡危迫。欲爲遺言之場合。定必要之方式也。蓋此場合。既不能作親筆證書。又無依公正證書或祕密證書之暇。故在此場合。以例外而認口頭遺言之效力。然其所要之條件有二。

第一 必要證人三人以上到場。而此證人。須具第七十四條之條件。此觀於第八十四條而自明。而此證人中。一人受遺言者之口授。以筆記之。使讀而聞之於遺言者及他之證人。各證人承認其筆記之正確以後。應當署名蓋印。

第二 須得裁判所之確認。蓋此場合。有矯遺旨而爲虛僞之遺言書者。即使事非虛僞。而

使垂死之病人。乘其精神之不健全。迫而使爲非其本旨之遺言。又精神衰耗。言語不由。而誤聞其意思者。事所常有。故特使裁判所爲其確認。而裁判所非形式的之確認也。非具有其遺言得出於遺言者之真意之心證。則不得確認之。於是依醫師及其他證人。訊問遺言者爲遺言時之病狀等。或調查遺言之證人之平生之性行信用何若。其他斟酌一切之事情。而後決之。若稍有遺言非出於遺言者真意之疑。則決不可確認。此本條第三項所特爲規定也。右之確認之請求。當由證人一人或利害關係人。速卽爲之。特設自遺言之日二十日內之期間。此無他。過時愈遠。則遺言當時之實情。調查益難。至確認之手續。有非訟事件手續法第百九條及第百十條之規定在。

第七十七條 爲傳染病故在行政處分遮斷交通場所者。得以警察官一人及證人一人以上之立會。作遺言書。七取三
六

本條爲傳染病在被行政處分遮斷交通之場所者。認遺言之特別方式也。當此之際。難得二人以上之證人。況公證人不能身入場所。當此之際。警察官帶有保持安甯秩序及保護人民之職務。十分可以信用。故有警察官一人與證人一人以上之立會。遺言自無錯誤詐欺等之虞。而警察官者。得入於交通遮斷之場所者也。爲當事者計。求其立會。自

較他人爲易。又本條所必要之特點。交通遮斷之地。傳染病之流行劇烈。凡遇疾而死者。多欲爲遺言故也。

第七十八條 從軍中之軍人及軍屬。得以將校或相當官一人及證人二人以上之立會。作遺言書。若將校及相當官。不在其場所。得以準士官及下士一人代之。

從軍中之軍人軍屬。因疾病或傷痕而在病院時。得以其院之醫師。代前項所揭之將校及相當官。取三七四、五。

本條就從軍中之軍人及軍屬遺言而認特別之方式者也。蓋軍人軍屬。既在戰地。何時戰死。殊難測度。今既爲傷痕疾病而將死。自不能書遺言之全文。雖欲依公證書或祕密證書。而無公證人。此時如將校相當官等在軍中者。負指揮部下兵卒之重職。大概十分可信。故以之代公證人。而以得爲遺言之便。而以將校相當官一人及證人二人以上之立會。可作遺言書。但若將校及相當官。不在遺言之場所。則得以準士官或下士代之。

右之軍人軍屬。爲疾病傷痕而在病院者。病院中往往無將校及相當官。得以其院之醫師代之。蓋陸海軍之病院。其院有軍醫。亦係將校之相當官。自可依本條第一項之規定而爲遺言。若其病院無軍醫。使他之赤十字社等之醫師療治之場合。其醫師雖非將校相當官。

亦得立會遺言。此事情所不得已也。

解釋從軍之字義。稍覺困難。散見關於各種軍事法規。在陸海軍自可有一定之解釋。本條即據其解釋。不設別種詳細之規定。

第七十九條 在從軍中。因疾病傷痕其他之事由。而迫於死亡危急之軍人及軍屬。得以證人二人以上之立會。口頭爲遺言。

從前項規定所爲之遺言。證人筆記其趣旨。署名蓋印。若非由證人一人或利害關係人無遲滯而請於理事或主理官。以得其確認後。則無其效。

第七十六條第三項之規定。前項之場合準用之。

本條從軍中之軍人及軍屬。因疾病傷痕及其他之事由。當死亡危迫之場合。使之得易爲遺言也。而本條之規定。與關於通常人之第七十六條之規定。出於同一精神。唯（第一）在陣中者。罕難得有資格之證人。乃減其人員爲二人以上。（第二）匆忙之際。一一使遺言者。口授其遺言之趣旨。即筆記之。使遺言者及他之證人朗讀聞知之後。乃署名蓋印。則事極困難。故本條單使證人筆記其趣旨。然後署名蓋印。（第三）本條之場合。確認之請求。不使裁判所爲之。乃使理事及主理官爲之。蓋理事及主理官。陸海軍之法官也。皆通曉法律。

者。使之掌屬於裁判所之職務之事項。未嘗困難。若於裁判所請求確認。動須經月。手續既煩。往往歸諸有名無實。若夫理事及主理官。應在戰地。故使之爲確認之事。自覺易爲。故不如請求於理事及主理官。(第四)第七十六條與以二十日之期間。本條則僅云「無遲滯」按係即時之意者。無他。軍事閑暇之際。二十日之期間。失之過長。而本條之場合。比第七十六條之場合爲更簡。故此場合。二三日中得請求確認。又軍事繁忙之際。勢非待數十日不能爲。而於理事及主理官在遠隔之場合。一定之期間內。不能爲其請求者不少。故僅曰無遲滯而已。又關於此場合之手續。依明治三十三年二月七日法律第十三號之規定。

第八十條 在艦船中者。若係軍艦及海軍所屬之船舶。將校又相當官一人及證人二人以上。若係其他之船舶。船長又事務員一人及證人二人以上。得以之立會而作遺言書。

前項之場合。將校又相當官。不在其艦中時。得以準士官又下士一人代之。取三七七。三七八。

本條就在艦船中者之遺言。認許特別方式者也。蓋於此不能召喚公證人。而艦船中有死亡之虞。不及登陸以爲遺言。勢不可不設一便法。其便法如何。曰在軍艦及海軍所屬之船舶。恰如從軍中之軍人軍屬。要將校又相當官一人及證人二人以上之立會。若將校又相

當官不在其艦船中。得以準士官又下士代之。在他之船舶。則以船長又事務員一人及證人二人以上之立會。可作遺言書。蓋船長非具法律上之資格者。不得任其職。事務員或要法律之資格。或不要之。然究皆有相當之地位。故概可信用者也。又「事務員」也者。指船長以外之船舶職員。即運轉士、機關長、機關士。一依船舶職員法一二項。船舶職員也者。謂船長。士也。以本條之解釋言。二等機關士。二等運轉士。機關長。及一等機關士。三等機關士等。應包含於事務員中。及會計吏醫師等。

第一千八十一條 第一千七十九條之規定。艦船遭難之場合。亦準用之。但在非海軍所屬船舶中者爲遺言之場合。須請求其確認於裁判所。

艦船遭難之場合。殆如軍人軍屬。因從軍中疾病傷痕等而迫於死亡危急之場合。故本條將第一千七十九條之規定。準用於艦船遭難之場合。但非海軍所屬之船舶。無使主理受確認請求之理由。故此場合。其確認亦如第一千七十六條之場合。得請求於裁判所。艦船遭難之場合也者。遇沈沒捕獲等之場合。乘行人中死亡危迫者之場合也。

第一千八十二條 第一千七十七條第一千七十八條及第一千八十條之場合。遺言者代筆立會人。及證人。各要自於遺言書。署名蓋印。取三項。九一項。

第一千七十七條第一千七十八條及第一千八十條之場合。遺言者親筆記遺言書或使代筆人

筆記之之場合也。故遺言者及代筆人亦當署名蓋印於遺言書。又立會人及證人署名蓋印。恰如第七十六條第七十九條及第八十一條之場合。

第八十三條 第七十七條乃至第八十一條之場合。有不能署名蓋印者。立會人又

證人須附記其事由。取三項九二項

以上之場合。皆危急倉卒之場合也。除第七十六條之場合以外。一切皆能親自署名。若遺言應署名之場合。或以不能自書。或因疾病傷痕等。致不爲署名者有之。印章未帶者。亦屬常事。故於第七十七條以下之場合。法律雖命署名蓋印。有不能署名蓋印者。立會人又證人得附記其事由。代署名蓋印。

據本條之規定。證人之資格。自生差異。即依普通方式及第七十六條之場合。凡不能書之人。不許爲證人。反之。第七十七條乃至第八十一條之場合。證人雖不自書可也。

第八十四條 第六十八條第二項及第七十三條乃至第七十五條之規定。依前八條之規定。準用之於遺言。

本條以明普通方式之規定中。亦準用於特別方式者也。

第一 第六十八條第二項、

遺言書中。添註塗抹其他之變更。遺言者指示其場所。附記變更之旨。特加署名。且其變更之場所。非蓋印則無其效。但遺言者不能自作證書之場合。則其代筆人當爲此手續。或曰第一千七十條第二項。代筆人筆記遺言書之場合。遺言者仍當爲第一千六十八條第二項之手續。而本條使代筆人爲此手續者。何也。曰此規定之性質上。不得不然故也。第一千七十條。代筆人於遺言書上不能署名蓋印。雖使代筆人爲第一千六十八條第二項之手續。猶不足以爲擔保。故即使遺言者爲其手續。在特別方式之場合。代筆人亦當署名蓋印於遺言書。此甚得當。且在特別方式之場合。往往遺言者不爲署名蓋印者有之。終不能與第一千七十條爲同一之適用也。

第二 第一千七十三條

此禁治產者爲遺言之場合。必要醫師二人以上之立會之規定。在特別方式之場合。亦必要同一之規定。

第三 第一千七十四條

此所以定遺言之證人及立會人之資格者。在特別方式之證人立會人。亦準用之。夫在普通方式。證人之外。所謂立會人。關於禁治產者之遺言。僅有醫師而已。而在特別方式。則警

察官^{七〇}將校相當官、準士官、下士、病院之醫師、一〇八^{七〇}、船長、又事務員、八〇〇亦具第七十四條之資格者也。

第四 第七十五條

此禁共同遺言。在特別方式亦準用之。

第八十五條 依前九條之規定所爲之遺言。遺言者自得依普通方式而爲遺言之時。

六個月間猶生存者。則無其效。

以上所論之特別方式。皆急迫不得已之場合。因而依簡易之方式者也。然自錯誤詐欺等之危險上論之。則此遺言。不及普通方式。可謂遠甚。若遺言未即死亡。至仍得依普通方式之時。例如疾病全癒。至可作自筆證書。公正證書。又秘密證書之時。交通之禁已解。戰爭已終了。又艦船歸港時。更得依普通之方式而爲遺言。

但其將依普通方式與否之際。不得即時實行。故法律特與以六個月之猶豫期間。若遺言者自得依普通方式時。六個月間生存。則依特別方式。遺言即失其效。此際遺言者之意思。苟不變更。更得依普通方式而爲同一遺言。

第八十六條 在有自國領事駐紮之地。自國人欲依公正證書又秘密證書而爲遺言

者。公證人之職務。由領事行之。取三。八〇。三八。一。舊法例四。二項。九。新法例八。一項。二六。

本條定居留外國之自國人爲遺言時之特別事項也。蓋依法例第二十六條之規定。遺言以依遺言者之本國法爲原則。但不妨依行爲地法。故居留外國之自國人。欲依居留國之方式而爲遺言。固屬無妨。然終以從自國之法律而爲之。爲合乎原則也。惟自筆證書。無論何地。作之也易。公正證書及祕密證書。必要公證人之干與。而在外國無自國之公證人。若外國之公證人。斷不能離其國之法律。從外國律而作證書。况各國中無公證人者有之。故本條必限自國領事駐在之土地。使其領事行公證人之職務。而在領事不駐紮土地之自國人。欲用公正證書或祕密證書以爲遺言。勢非至領事之駐紮地以爲之不可。本條之規定。亦可謂關於普通方式。唯在普通方式。公證人所可行之職務。使領事行之一節。與普通方式固異矣。是以連記於本款中。

第三節 遺言之效力

本節雖網羅關於各種遺言之規定。而其實關於遺贈者居大多數。蓋他種遺言。均屬簡單。其效力上鮮有疑義也。

第一千八十七條 遺言自遺言者死亡之時。生其效力。

遺言附停止條件之場合。其條件成就於遺言者死亡之後。則遺言自條件成就之時而

生其效力。取三九〇。一項乃至三項。

本條定遺言生效力之時期也。歐洲法學家稱遺言爲「最後意思」(dernieres volontes testar Wille) 卽謂遺言者死亡前最後表白所有之意思。故遺言者無論何時得取消遺言。至一一二四。乃且遺言者之意思當推測其效力在自己死亡之後所可生之事物。故遺言必在遺言者死亡之後而生其效力。各國皆然。唯遺言自遺言者死亡之時卽生其效力乎。抑須俟因遺言而受利益者爲承認之時。始生其效力乎。此大有研究價值之問題也。蓋相續之場合。相續人之權利義務常自相續開始之時而生者。無他以財產上一時喪失權利義務之主體故也。若夫遺言在遺贈以外之場合。未必無論何時可生效力。又就遺贈而言。其目的財產既歸於相續人所有。自受遺者爲承認之時。更歸其所有。在法理上。雖無妨礙。自又一方論之。因遺言而受利益者。在自己不知不覺之間。權利者忽變爲義務者。頗覺不當。況遺言者對於受遺者。非有何等之權力。因遺言者之思想而受法律上之羈束。在從來無所關係之受遺者。其不便實甚。故遺言不如由受遺者爲承認之時而生其效力者。覺爲妥當。然退而思之。遺言者之意思。通常情形。在使遺言者自己死亡之時。卽生效力。不然。必附有期限或附有條件者也。若不附何等期限條件。則推測爲自遺言者死亡之時而生其效

力。爲受遺者。誠有不便之事。然其大概情形。爲受遺者之利益者多。若受遺者不欲受其利益。無論何時。可以爲拋棄。故自純理上言之。或稍受羈束。而自實際觀之。實不受羈束也。反之。若必自承認之時。而始生遺言之效力。則未認之間。自遺言目的上所生之利益。皆歸相續人。因此反害受遺者之利益。其甚者相續人在未認之期間內。舉遺言之目的而處分之。其處分安得不視爲有效乎。是以外國法例。遺言之效力。大抵自遺言者死亡之時而生。至於細目。各國之規定不一。今不詳述。又遺贈外之遺言。法律既設特別之規定者不少。例如第八百二十九條第二項。因遺言而認知私生子。其效力追遡出生之時而生。^{二八三}又以遺言表示爲養子之意思時。養子緣組固因契約而成立。故不能僅因一方之意思。卽生其效力。然就一方之意思表示而論。固當從乎通則。自遺言者死亡之時。生其效力。而當爲養子者。非經承諾。養子緣組不成立。唯所謂遺言養子者。所以使之相續家督也。故視爲遺言者之意。自自己死亡之時。希望養子爲自己之子者也。此場合之養子緣組效力。特追遡遺言者死亡之時。^{二八四}又以遺言欲廢除相續人之場合。其廢除之意思表示。從乎通則。自遺言者死亡之時。生其效力。夫相續人之廢除。必要裁判所之判決。故廢除必自判決確定之時而始成立。然如此則不能達廢除相續人之目的矣。以相續人之資格。確定於相續開始

之時者故也。故此場合廢除之效力亦追溯遺言者死亡之時。若夫廢除之取消亦同。六·九七

一七〇〇項。以遺言欲爲家督相續人之指定或取消者其意思表示依乎通則。自死亡之時而生其效力。而相續人之指定或取消之行爲因呈請而可成立。故必須行數日之後。然其效力非自遺言者死亡之時而生。則不能達其目的。故特追溯其效力於遺言者死亡之時。

一九八然無特別規定之場合。一切當依乎本條之通則者也。例如後見人後見監督人又親族會員之指定。九〇一·九一〇相續分之指定。〇六遺產分割方法之指定。一〇〇遺產分割之禁止。一〇其他關於分割之遺言。一六遺言執行之指定。八一其他關於遺言執行之權利之遺言。一一·一八·二〇·一九等皆是。又就遺贈而言。全依本條之規定。故遺贈之目的而係關於特定物之權利。則其權利自遺言者死亡之時轉移於受遺者。關於不特定物之給付。則受遺者亦常自遺言者死亡之時取得受其給付之債權。其他可以類推。

遺言而有期限也。固當守其期限。然其效力仍自遺言者死亡之時而生。不過其執行又效力消滅之時期。有別段之規定而已。卽遺言附解除條件之場合。亦自遺言者死亡之時。生遺言之效力。不過後日解除條件成就。其效力自然消滅而已。若夫遺言附停止條件之場合。在條件成就之後。固可追溯其效力於遺言者死亡之時。然據本條第二項。則從乎通則。

自條件成就之時始生效力也。蓋總則上既規定條件之效力。不遑既往。斷無_七於遺言獨採反對主義之理。故此場合。當自條件成就之時。生其效力。唯其條件成就於遺言者之死亡前。則從第一項之原則。自遺言者死亡之時。即生其效力。可不待言。要之第二項之規定。所以期法文之完全而已。即使無此明文。亦必從乎通則而得同一之決定也。

或問第二百二十七條第三項。當事者條件成就之效果。表示追溯其成就以前之意思時。則從其意思者也。故遺言者其遺言上附以條件。其條件之效力。仍欲追溯自己死亡之時及成就以前之場合。則其死亡時與指定之時期。當然因此而生遺言之效力乎。曰然。苟在不害公益之範圍。當事者有意思表示之自由。今遺言之效力。以原則論。無關乎公益。故遺言者。正可自由定之。本條第二項。既如前述。惟因一般通則之結果。對於本條第一項。遂生例外場合。立法者非欲關於遺言。設特別之規定。觀於後之第九十六條第二項但書。附停止條件之遺贈。受遺者死亡於條件成就前。則不生其效力。則立法者認遺言者之反對意思。可以見矣。而本條第二項不設此等但書者。無他。第九十六條所以定遺言失效之場合。或疑爲命令的規定。故特要但書之明文。而本條所以定遺言生效力之時期。其爲非命令的規定者。既無可置疑。況條件之效力。遡及遺言者死亡之時之特別意思。實際極稀。要

之。本條乃就遺言者不表示特別意思之場合而下規定者。遺言者不得遯其遺言之效力於死亡前。乃遺言之性質上使然。若在^{八一}參^{一二}其死亡後。雖使生遺言之效力。放任至何時。亦無不可。

羅馬法認遺言上有不確定期限者。爲同乎條件。但理由甚薄。日本民法不採之。

以上所論。遺贈上常適用之。至於他之遺言。其性質上有不可適用者。例如後見人、後見監督人、又親族會員之指定。^{九〇}九^四五^二項^{九一}。相續分之指定。^{一〇六}此等性質上不許附期限條件者也。其他場合。皆得附條件。例如私生子之認知。期一定事實發生。然後爲之。此亦可爲遺言也。唯此場合。以有第八百三十二條之特別規定。故其效力。不依本條之規定。追遯出生之時而生者有之。或曰私生子之認知。通常依乎呈請爲之。而其呈請。不得附條件。蓋無容疑。然所謂遺言可附條件者云何。曰呈請者。必係某事實既確乃可爲之。而遺言其性質上得附條件。不要呈請之手續。故認知之事實。無條件之遺言。於遺言者死亡之時成立。附條件之遺言。於條件成就之時成立。此時殆同呈請者生一樣之效力。且此原無害於公益。故不得爲不法。^{八二}二^九項。如養子遺言。亦得附條件也。且該條「遺言生效力之後云云」者。暗中包含「通常之場合。自遺言者死亡之時。在附條件之場合。則自條件成就之時云云」之

意義。唯養子緣組。據第八百四十八條第二項之規定。自遺言者死亡之時而成立者也。卷四
二九相續人廢除之遺言。及其取消之遺言。亦然。九七六九七七又家督相續人之指定。及
六頁其取消之遺言。亦然。九八但此等場合。以立法論。或不許附條件之遺言。亦可。其他關於遺
 產之分割之遺言。一〇一〇一六關於遺言執行者之遺言。一一九一八一項一二〇一八一項其
 得附以條件可知。

或問右之遺言。亦得附期限否。曰。依遺言之性質而不同。有得附之者。有不得附之者。例如
 私生子之認知。不得附以期限。何則。認知之後。其效力必遡及出生之時。故縱使附以期限。
 無何等之效力也。又如養子緣組之遺言。相續人廢除及其取消之遺言。家督相續人指定
 及取消之遺言等。其遺言一旦生效力。則其效力。必遡及遺言者死亡之時。故亦不能附以
 期限。又此等身分上之行爲。不得附消滅期限或解除條件。故茲不論。又關於分割之遺言。
 自理論上言。似非不能附以期限。而實際殆不能適用。何也。凡定分割之方法之遺言。未有
 謂遺言者死亡之後。經若干年當依某某方法而分割者也。又如禁分割之遺言。謂自相續
 開始之時。若干年間。不準分割者有之。未有謂自相續開始之時。若干年後。不準分割者也。
 就共同相續人間之擔保義務而爲遺言。非無附以期限之事。然此亦極稀之例。但此場合。

附解除條件者。應亦不少。而附消滅期限者。亦未可謂絕無也。又關於遺言執行者之遺言。附期限者固鮮。而較諸以上之場合。其例或稍多。如遺言者死亡之後。經若干年。以某爲遺言執行者有之。又遺言執行者。當時雖指定之。然其死亡後。經何年則使第三者執行其任務者有之。又指定數人爲遺言執行者之場合。若干年後。各自專斷而執行其任務者有之。又遺言執行者。就任之後。經若干年或月與以一定之報酬者有之。其他附消滅期限或解除條件者。亦必不少。

第千八十八條 受遺者在遺言者死亡後。無論何時。得拋棄遺贈。

拋棄遺贈。遡及遺言者死亡時而生其效力。一〇三九一項。取三九〇四項。

本條以下。皆關於遺贈之規定也。關於遺言之一切條文。僅前條之一條而已。

前條所述。日本民法。倣歐羅巴一般之例言之。本則自遺言者死亡之時。卽生其效力。且遺贈上適用最多。旣言之矣。然無論何人。斷不肯反其自己之意思而受遺贈者。故遺言雖生其效力。而法律上受遺者無論何時。得拋棄遺贈。唯在遺言者之生前。遺言尙未生效力。故不必拋棄。因而拋棄遺贈。僅於遺言者死亡後爲之。

拋棄遺贈。旣如前述。若其拋棄。僅向將來而有效力。則自遺言者死亡之時。至拋棄之時。遺

言生其效力。例如遺贈動產又不動產之所有權。其所有權一旦移轉於受遺者。更自受遺者移轉於他人。其中間所生之果實。若歸受遺者所有。則是仍反乎受遺者拋棄遺贈之趣旨矣。故本條第二項。定拋棄遺贈遡及遺言者死亡之時。而生其效力。

第一千八十九條 遺贈義務者及其他利害關係人。得定相當之期間。於其期間內。催告受遺者。以當爲承認遺贈或拋棄之旨。若受遺者。其期間內對於遺贈義務者。不表示其意思。則視爲承認遺贈。

依前條之規定。受遺者無論何時得拋棄遺贈。則是遺言者死亡之後。數年間受遺者不表示何等之意思。至後忽爲拋棄者。亦無不可矣。然如此則任遺贈履行之責者。及其他債權者債務者等之一切利害關係人。其權利義務。必致不能確定。爲害實甚。故本條定遺贈義務者及其他之利害關係人。得定相當之期間。以於其期間內當爲遺贈之承認或拋棄之旨。催告受遺者。若受遺者於此期間內。對於遺贈義務者。不表示其意思。視爲承認遺贈。此與第十九條第一百四十七條第五百五十六條第二項等。趣意相同。蓋所以使利害關係人之權利義務。速得確定而設之便法。而受遺者不表示何等意思。則視爲承認遺贈。無他。法律之原則。遺贈自遺言者死亡時。既生其效力故也。故受遺者苟不拋棄。則

當繼續其效力。申言之。則不得不視爲既承認遺贈也。

本條場合之外。受遺者爲承認者不少。而其承認之方法。別無規定。以任何方法爲之。無不可也。詳言之。對於遺贈義務者。以口頭或書面明言承認遺贈之旨。爲最普通之方法。在訴訟中。於法廷表示承認遺贈之意思可也。或對於債權者債務者等明言承認自己之遺贈之旨亦可也。或遺贈義務者作爲遺贈之履行。而引渡其目的物。不述異議而受取之。或對於遺贈義務者。請求履行遺贈。此皆默示之承認也。要之。受遺者之行爲。凡有可以明其受遺贈之利益之意思者。皆不得不視爲承認。或曰受遺者既無論何時。得拋棄遺贈。則不必特爲承認。而何必問其爲承認與否。曰是不然。於次二條之規定。因受遺者爲承認與否。其權利義務。生有重大之差異故也。

「遺贈義務者」通常相續人也。然（第一）相續人有數人之場合。其一人特負履行遺贈之義務有之。（第二）以之作爲甲之遺贈之負擔。而使履行乙之遺贈者有之。此場合之遺贈義務者「甲之受遺贈者」也。凡此等事項。一切當遵由遺言之趣旨。

「相當期間」之意義。既屢論之。大概因事情之不同而有長短。例如受遺者在遠地之場合。自然必要長期。而承認拋棄等之意思表示。別無例外規定。不得不依第九十七條之原則。

到達之時而始成立。則於其到達上須存必要之期間也。又遺贈之目的複雜。關於承認之利害。須稍加勘考調查之場合。自不得不長其期限。若對於住近鄰之受遺者。求簡單遺贈之承認。及拋棄之場合。自可短其期間。此數者若當事者間起有爭論。則可依裁判所之認定。

對於本條催告之確答。當對於遺贈義務者爲之者。無他。有爲本條催告之權利者。一切利害關係人。無論其中之何人。皆可催告。一旦催告之後。遺贈之承認。拋棄。確定。則其效力。及於一切之利害關係人。例如有數多之債權者。又債務者。對於其中一人爲確答。則爲主之利害關係人之遺贈義務者。及他之一切利害關係人。皆得受其效力矣。豈得其當。故確答必須對於遺贈義務者即主之利害關係人爲之。

第九十條 受遺者不爲遺贈之承認及拋棄而死亡者。其相續人在自己相續權之範圍內。得爲承認拋棄。但遺言者其遺言上表示別段之意思時。則從其意思。

本條與第十八條之規定。關於相續之承認及拋棄者。同其趣意。蓋相續人之承繼被相續人之權利。乃就相續開始時之現狀而承認之者。若受遺者對於遺贈。不爲承認或拋棄而死亡。則其受遺者之權利。保有承繼拋棄之自由。其相續人。亦有同一權利。不待辨也。例

如受遺者未受催告之場合。其相續人無論何時。得拋棄遺贈。若既受催告之場合。在其餘之期間內。亦得爲拋棄。惟相續人不必相續受遺者之全財產者。故僅能於其相續之範圍內。得爲承認或拋棄而已。例如有一家督相續之場合。遺言定家督相續人與受遺者一人。各相續全財產之半。則家督相續人。於遺贈之半分以上。得承認或拋棄。他之半分以上。惟受遺者得爲承認拋棄也。^{九一}又遺產相續之場合。相續人受遺者有數人時。例如有嫡出子二人庶子一人之場合。嫡出子得各就遺贈五分之二而爲承認拋棄。庶子則僅就五分之一而得爲之。

本條規定之結果。就遺贈之一部分則承認。而他之部分則拋棄之場合者不少。若是或反乎遺言者之意思者有之。或爲遺贈義務者計。甚覺不便者有之。但此亦無可如何者也。不然。必令相續人皆一致而承認拋棄。則必害相續人之權利。即間接害受遺者之權利矣。故就原則而言。各相續人。得自由承認拋棄。^{七一〇九}
七參觀

本條之規定。原非關乎公益。遺言者得爲別異之意思表示。例如受遺者不爲遺贈承認及拋棄而死亡者。其權利自然消滅。應不能由相續人承認之。或曰相續人有數人之場合。可以限定一人得爲承認拋棄亦可。使各相續人必須一致承認。苟非一致承認。則視爲拋棄。

唯此等意思表示。不可不以遺言爲之。蓋凡明遺言之趣旨者。亦當以遺言定之。

右之意思表示。不能羈束相續人。例如規定相續人非一致拋棄。則視爲皆承認之者。推此等規定而極之。則是相續人一切不得爲拋棄之規定。皆可定之矣。是以遺言者之意思。羈束受遺者之相續人。不得羈束受遺者自身矣。夫遺言者對於爲其權利承繼人之相續人。非有此等權利。不然。是間接對於第千八十八條第一項之規定而加變更也。其無效蓋不待言。

其他同於第千十八條所論。茲不贅述。

第千九十一條 遺贈之承認及拋棄。不得取消之。

第千二十二條第二項之規定。遺贈之承認及拋棄準用之。二〇

本條之規定。關於相續之承認及拋棄。與第千二十二條。全然相同。蓋遺贈之承認及拋棄之意思表示。其利害所關甚大。一旦爲承認之後。取消之而爲拋棄。又爲拋棄之後。更取消之而爲承認。皆加利害關係人以不慮之損害者也。故遺贈之承認拋棄。亦如相續之承認拋棄。不得取消之。其他同於第千二十二條之場合。茲不詳論。

第千九十二條 包括受遺者。與遺產相續人。有同一權利義務。○取三項

本條之規定。就立法論而言。當稍受訾議。而日本之立法者。則認本條之規定爲當焉。所謂包括受遺者。以遺產之全部又其幾分之一。作爲遺贈而受之者。無遺留分權利者之場合。應有絕對包括之受遺者。卽有遺產全體之受遺者。其他之場合。應有遺產幾分之一之受遺者。然遺言者定遺贈其遺產之全部。又幾分之一之場合。必合資產與負債而有遺贈之意思者也。不然。不得謂爲全財產或全財產幾分之一。況有遺留分權利者之場合。其人

所可受之部分。與受遺者所可受之部分之關係。若就負債而論。受遺者非負擔一部。則有不公之憾。遺留分權利者。表面上。一若受遺留分之全部。而實際不然者。亦或有之。惟一旦遺言者於受遺者及相續人之間。既以受遺者爲須擔任負債之一部。則對於他之利害關係人。卽如債權者及債務者。非認有同一之效力。則遺言者之意思。不能貫徹。而相續人又受遺者亦受損害。故法律特使與相續人同視也。又如遺產全部之遺贈之場合。若以受遺者對於債權者。爲不負擔義務。則名義上之相續人。不受一錢財產。而獨負擔債務矣。若受遺者而無資力。則歸於名義上之相續人之負擔而已。其不當又何待言。苟既以包括名義爲遺贈。而遺贈遺產全部之場合。與遺贈其幾分之一之場合。獨異其主義者。皆非得公平之法也。故本條以一切包括受遺者。與相續人同視。而受遺者乃僅於財產上承繼權利義務。故非家

督相續人可比。實與遺產相續人同。但有家督相續人又有包括受遺者之場合。則此二人於財產上爲共同相續人。既論之矣。二頁又關於遺產之分割方法。適用第十條以下之規定。本文常言遺產之幾分之一。有時固有以遺贈爲幾分之二之部分者。但茲爲避煩。僅言其普通之場合而已。

本條以包括受遺者。與遺產相續人同視之結果。關於遺產相續。不認遺言相續人。然苟在不害遺留分之範圍內。不妨指定應相續其遺產之全部又一部之人。而遺言者。亦往往常用「相續人」之文字者。唯自法律上之名稱而論。此不過一包括受遺者。祇以有本條之規定。其權利義務。全與相續人無異已耳。

第九十三條 受遺者於遺贈未至辨濟期之間。對於遺贈義務者。得請求相當之擔保。附停止條件之遺贈。其條件成否未定之間亦同。

遺贈附以期限或條件時。不得即求其履行固也。然遺贈義務者。常有或爲無資力之虞。故欲保護受遺者。不得不認其有請求相當擔保之權利。而擔保之種類。同於他之場合。苟足以爲履行遺贈之擔保者。如保證、質押、抵當等皆可。若有爭論。則不外由裁判所決之。而遺贈之目的。係特定物上之權利之場合。其目的物上設定質權又抵當權。可謂最適當之擔保方法也。一二九 參觀

第一千九十四條 受遺者自得請求履行遺贈之時。取得果實。但遺言者。其於遺言有表示

別段之意思者。從其意思。九取三二

本條所以定受遺者之果實取得權也。依第八十七條。凡遺言自遺言者死亡之時而生其效力。乃原則也。故縱使附期限之場合。其權利通常既自遺言死亡之時。移轉於受遺者。則其權利結果之果實取得權。本條之適用。限於果實之物之所有權。地上權。永小作權。又附利息之債權等。亦自遺言者死亡之時而歸於受遺者。然若遺言者於履行遺言上。附以期限之場合。受遺者推測僅有與其期限後之利益之意思。因而得自請求履行遺贈之時。取得果實。此實深合乎遺言者之意思也。但若遺言者表示別異之意思。則從其意思。固不待言。蓋本條之規定。所謂非公益規定。例如遺言者欲自其死亡之時。使受遺者取得果實者有之。又至遺贈目的物引渡為止。使相續人及其他遺贈義務者。取得果實者有之。舊法典。取三九二。一項。得自受遺者。要求遺贈物之時。而取得果實。

第一千九十五條 遺贈義務者。於遺言者之死亡後。就遺贈之目的物上。支出費用者。準用

第二百九十九條之規定。

爲收取果實而出之通常必要費。在不超果實價格之限度。得請求其償還。取三九二項。

本條定遺贈義務者。於遺贈目的物上出費用之辦法也。蓋此場合之費用。原爲受遺者之

利益而支出。故當使受遺者償還之。而償還可使至如何限度乎。此當依關於留置權之第二百零九十九條。若出必要費。得使償還其全部。若出有益費。則其價格之增加。限於現存之場合。從受遺者之選擇。可使償還其費用額。又增價額。但裁判所因受遺者之請求。於償還有益費上。得許與相當之期限。

必要費之中。有爲收取果實而支出者。而遺贈義務者取得果實之場合。當自負擔其費用。固也。然受遺者所可取得之果實。其收取之費用。亦當使償還之。唯本條第二項。其費用超過果實之價格。則僅於其價格之限度。得請求償還。不然。受遺者爲其費用。不受利益。反蒙損失矣。大抵遺贈義務者之處置。不得其當。要此等多額之費用。故設此制限也。

遺贈義務者。於遺言者之生前。已占有遺贈之目的物者有之。在遺言者生前爲其物上支出費用。亦屬會計中事。然此自屬於遺贈以外之問題。若爲此費用而仍請求於遺言者。則作爲相續債務。當對於相續財產全體而爲請求者也。但因第二百零九十五條之適用。應有留置權。在此場合。若受遺者欲受物之引渡。則一時不可不付還其費用於遺贈義務者。但此原非受遺者當負擔其費用額。將來就相續財產上可請求者也。此所以本條第一項特言「遺言者之死亡後云云」。

第一千九十六條 遺言者之死亡前。若受遺者死亡。則遺贈不生其效力。

附停止條件之遺贈受遺者死亡於其條件之成就前亦同。但遺言者其遺言上有表示

別段之意思者。從其意思。○取四

本條定遺贈之失效力之場合也。關於此點。自羅馬法以來。歐洲法界。曾起種種錯雜之問題。據本條所規定。無條件之遺贈。遺言者之死亡前。受遺者若死亡。則不生其效力。蓋遺贈之宗旨。原注重乎人。若遺言未生效力之前。受其利益者而已死亡也。此時苟遺言者之意思。在不必使受遺者自身受其利益。亦可使其相續人受之也。則遺言者更得對於受遺之相續人遺贈之。乃遺言者不爲之而死亡。則不得不推測爲無此意思矣。又自法理論之。凡遺贈確定於遺言者之死亡時。此時遺贈之要素。作爲完備。夫遺贈本非契約。故其成立上。不要受遺者之意思。但無受遺者之遺贈。則法所不認也。例如遺言者以將可出生之人爲受遺者而遺贈之。若其人至遺言者死亡。不特尙未出生。且猶未懷胎。則其遺贈之不能生效力。又何待言耶。日本民法。所以不別立規定者此也。蓋依第八十七條。則遺言自遺言者死亡之時。生其效力。故凡以遺言與某權利於或人之場合。其權利必生於遺言者死亡之時。而無主體之權利。不能成立。則此遺贈。自未見其能成立矣。洵如是也。受遺死亡於遺

言者死亡前之場合。亦安得不然耶。或曰。此場合受遺者之相續人。可承繼受遺者之權利者也。此亦知其一。未知其二之論。夫相續人既係承繼受遺者之權利之人。則未屬受遺者之權利。不能承繼之可知。今夫遺言也者。必遺言者死亡之時。始生其效力者也。其以前受遺者若死亡。則受遺者不能享遺言之效力。又何待辨乎。可見無特別之明文。受遺者之相續人。不能受其遺贈之利益。本條第一項之規定。洵得當也。

附條件之遺贈。遺言自條件成就之時而生其效力。七一〇。縱使遺言者死亡之際。受遺者尙生存。而條件成就之際。已先死亡。則遺贈不能生其效力。但條件之效力。原則不遡既往。而得以當事者之意思遡及之。既如前論。三一七。故本條第二項但書遺言者得爲別異之意思表示。蓋受遺者苟在遺贈者自己死亡之際生存。則其遺贈。當因條件之成就而生其效力。因而受遺者之相續人。受其利益。又在一定之時期。受遺者生存之場合。亦認此利益。本條第二項但書之規定。以非如第千八十七條第二項之公益規定。得因遺言者意思以左右之。惟本條文意。係禁止的。故特加但書。

第千九十七條 遺贈若不生其效力。或因拋棄而無其效力。則受遺者所當受之物。歸屬於相續人。但遺言者。其遺言上表示別段之意思者。從其意思。取四

依前條之規定。遺贈不能生其效力。或因受遺者爲拋棄而無其效力。則爲其遺贈目的之權利。當如何處分之。關於此問題。有二主義。可以採用。一與之他受遺者。一與之相續人。第一主義。在通常場合。似乎無理由。況既依特定遺贈。此外殆不能適用。而在包括遺贈。則因一遺贈不生效力。得增加他遺贈之部分。而關於共同受遺者之一人。遺贈不生效力之場合。其失效拋棄。正所以利他之受遺者。此第三十九條於共同相續人所採之主義。洵得當也。然遺贈之不生效力。爲其遺贈目的之權利。當屬於相續財產之例。本屬正理。苟遺言者不表示反對之意思。使歸諸相續人。最爲得當。此蓋與第三十九條第二項。爲共同相續人所採用者。主義無異。何則。爲拋棄之相續人之相續分。歸於他之共同相續人。固無差謬。然此非爲其共同相續人之故。不過爲相續人減少一人。分配於殘餘相續人間之財產。自然增加耳。故與其取第一主義。不如取第二主義。反合第三十九條第二項主義。此本條所以採用此主義也。此非公益規定。凡百遺贈。專重遺言者之意思。若遺言者遺言中表示別段意思者。則竟從其意思。無相強也。如甲之遺贈。不生效力。則與之乙。或分之他受遺者全體之間。此種附帶之遺言。皆生法律上之效力。

第一千九十八條 遺贈目的之權利。遺言者死亡之時。不屬於相續財產者。不生效力。但其

權利。雖不屬於相續財產。而可認爲遺言之目的者。不在此限。

本條亦就遺贈之效力而推測遺言之意思也。遺贈目的之權利。遺言者死亡之時。現不屬相續財產。則將如何。例如遺言者「以取得他人所有之動產。又不動產之意思。而使之取得。以遺贈某人。以之爲遺贈之目的。又在遺言當時。實係屬於遺言所有之物。後日以法律上之原因。而屬於他人者有之。苟因遺言者之法律行爲。不生此結果。則不得以之爲遺贈之取消。二五或遺言者信爲屬於自己所有之物。而實係他人之所有者有之。凡此等場合。遺贈全不生效力乎。將相續人其他遺贈義務者。取得其權利。以轉移於受遺者乎。此則視遺言者之意思。然其意思不明則如何。本條答之曰。遺贈不生其效力。蓋推測遺言者普通之意思。必其權利屬於自己所有。乃能死後贈之他人。若不屬其有。而欲取得之以與受遺者。決非常情也。故依遺言之趣旨。或遺言當時之事情等。有其權利雖明明不屬於相續財產。仍以之爲遺贈之目的者。除特別場合之外。遺贈不生效力。蓋實可爲得當。又遺贈目的之權利。在遺言者死亡之時。歸於第三者所有。因此而對於其第三者。有請求償金之權利。當適用第一千一百一條第一項之規定。

第一千九十九條 以不屬於相續財產之權利爲目的之遺贈。依前條但書之規定。成爲有

效時。遺贈義務者。取其權利。負轉移於受遺者之義務。若不能取得之。取得上要過分之費用時。須要辨償其價額。但遺言者其遺言上表示別段之意思時。從其意思。

本條在前條但書之場合。定受遺者有如何權利者也。就例外而言。遺贈目的之權利。雖不屬相續財產。而以之為遺贈目的之場合。遺贈義務者。取得其權利而轉移於受遺者。若權利者不欲讓渡之。遺贈義務者。不能取得之。或其權利者居遠隔之地。與夫其權利之目的物在遠隔地等之理由。取得上須過分費用之場合。則當辨償其價額。此亦推測遺言者普通之意思者也。故若遺言者表示別異之意思。則從其意思。例如無論如何場合。若權利屬於第三者。則僅辨償其價額者有之。縱使要過分費用。必須取得之以轉移於受遺者有之。不能取得之場合。遺贈義務者全免其義務者有之。

第一千百條 以不特定物為遺贈之目的之場合。受遺者被追奪時。遺贈義務者對之。任與賣主相同之擔保之責。

前項場合。物有瑕疵時。遺贈義務者。要以無瑕疵之物代之。

前二條之規定。有似乎關於追奪擔保之規定。如買賣契約履行之時。賣買目的之權利。屬於第三者。就原則而言。賣主有取得其權利轉移於買主之義務。五六若在贈與契約。而遇

此情事。則以贈與者無擔保義務爲原則。一五五前二條之規定。法律蓋取贈與所取之主義。謂以遺贈之性質。酷似贈與。增訂三卷四六二頁參觀故本條特就以不特定物爲遺贈之目的之場合。而定遺贈義務者之擔保義務也。至本條所規定。屬於當然。而遺贈及賣買上不設規定。於本條得設規定者何也。夫遺贈者既死亡。不能尋問其意思。法律上遺贈之效力。專依遺贈之意思而定。不得不特置明文。以防當事者間之爭。蓋以不特定物爲遺贈目的之場合。其目的物既非確定的。在義務者理當舉自己於物上有完全權利之物與之。今取不屬於自己權利之物而與之。未得謂盡其義務。是以對於受遺者有擔保之義務。惟贈與賣買等。無別段之規定。故此場合。更須取權利上無瑕疵之物以與之。若不履行其義務。則對手人不過有求因債務不履行之損害賠償之權利而已。但遺贈之場合。雖係不特定物。係以存於遺言者現在之財產中之物爲遺贈之目的者多。迨其物上。雖發見遺言者非有完全之權利。即受遺者受追奪之場合而業已在處分相續財產之後矣。因而使爲損害賠償者多。可推知也。本條第一項僅規定任與賣主相同之擔保之責。五六一五六三。三項五六四。

物有瑕疵之場合。在特定物視爲遺贈有瑕疵之物。故未嘗生擔保之義務。在不特定物之場合。則遺言者未有命與以有瑕疵之物者。可推而知。故遺贈義務者與以有瑕疵之物。不

得謂履行其義務。不可不更以無瑕疵之物代之。故贈與又賣買。雖無何等規定。亦必生同一結果。惟權利有瑕疵而受遺者被迫奪之場合。僅生損害賠償之義務。此較之「物有瑕疵則以無瑕疵之」物代之者。前後似失權衡。不知發見物之瑕疵。較之發見權利之瑕疵。故遺贈履行之後。即發見之者。雖使其他無瑕疵之物代之。實際無所困難。可豫想也。

第千百一條 遺言者因遺贈目的物之滅失或變造有其占有之喪失。對於第三者。有請求償金之權利時。推定以其權利爲遺贈之目的。

遺贈之目的物。與他物附合又混和之場合。遺言者依第二百四十三條乃至第二百四十五條之規定。爲合成物混和物之單獨所有者。或共有者時。推定以其全部之所有權。或共有權。爲遺贈之目的。

本條第一項定遺贈之目的物。因法律上滅失之結果。致第三者當付償金之場合。其償金由何人請求之事。夫此情事。固當視遺言者之意思如何而定。若遺言者別段之意思。有否不明。則受遺者有請右之償金之權利。蓋其償金。可謂代表遺贈之目的物。於遺贈之目的物。不能與以本物之場合。至與代表之償金於受遺者。此推測之得當者也。例如第三者因故意又過失。毀滅遺贈之目的物。而付損害賠償金時。又其物付保險之場合。保險會社付

保險金時。又因附合混和加工。法律上其物滅失。新生之物。歸於他人所有之場合。其人當付償金時。至二四二。乃又第三者保管其物。因不注意。致使喪失。乃賠償其價額時。則皆推定以此等權利爲遺贈之目的。受遺者有請求之之權利也。

本條第二項。定添附場合之受遺者之權利也。蓋添附之結果。遺贈之目的物。若歸於第三者所有。固適用本條第一項。若遺言者因添附而爲物之所有者。則當推測以之爲遺贈之目的。夫自純理言之。添附之場合。十中八九。因舊之物件消滅。更生一新物件者也。故以舊之物件爲目的之遺贈。已不能生其效力。殆如遺贈目的之物。因天災而全然消滅者相同。然添附之場合。所謂物之滅失者。其實不過法律上之滅失。事實上不過變舊物而爲新物焉耳。而推測遺言者普通之意思。不問其物變形。而代以舊物。與遺贈者以新物。亦屬常事。此所以設本條第二項推定也。但此不過一推定。遺言者有反對之意思之證據。固當從其意思。

本條第二項。僅言動產之附合及混和者。無他。以他之場合。不要明文。今言添附之各場合。以明受遺者之權利如左。

第一 不動產之附合。二四

以遺贈目的之動產。使附合於第三者之不動產之場合。當據本條第一項之規定。推定以對於第三者之償金爲遺贈之目的者也。若夫以第三者之動產。使附合爲遺贈目的之不動產之場合。受遺者當照其附合。如數取得不動產。其對之之償金。若遺言者不表示別段意思。則受遺者當自付之。七〇四三八但遺言者以惡意舉他人之物產。使附合於自己之不動產之場合。其當依第七百四條之規定之金。由相續人負擔之。惟依第七百三條之規定。受遺者在現受利益之限度。而負付償金之義務而已。要之。相續人所當負擔之償金額。不過依第七百三條與依第七百四條之差。

第二 動產之附合 二四四三、四

附合之結果。合成物全部之所有權。歸於第三者所有。受遺者依本條第一項之規定。對於其第三者。有請求償金之權利。反之。遺言者得合成物全部之所有權。依本條第二項之規定。則受遺者取得其全部所有權。惟此場合。對於第三者有付償金之義務。亦同於前段。若遺言者與第三者共有合成物。則推定爲受遺者取得歸於遺言者所有之共有權。在此場合。受遺者不須付償金也。惟遺言者以惡意爲附合之場合。依第七百九條之規定。對於第三者當爲損害賠償。而此義務。當由相續人負擔之。

第三 混和 二四

混和之場合。與動產之附合。從同一之規定。茲不具論。

第四 加工 二四

第三者加工。作於爲遺贈目的之材料。若加工者爲其所有者。則受遺者依本條第一項之規定。得請求償金。若受遺者爲其所有者。則受遺者當取得加工物之所有權。至付加工者以償金之理。附合上已論之。

以上添附之場合。即遺言者之所有物。與第三者之所有物。附合或混和。又第三者加工。作於遺言者所有物之場合也。若遺言者以自己財產。與他之財產附合或混和。又自於其所。有物上。施以工作之場合。則無別段之規定。故不外依其事之情況。以推測遺言者之意思而已。就大概情形而論。在合成物又混和物。若遺贈之目的物。構成主之部分之場合。則有與其全部之所有權於受遺者之意思。在加工物常有與以加工物之所有權之意思。可推測也。

第百二條 爲遺贈目的之物與權利。在遺言者死亡之時。若係第三者權利之目的時。則受遺者不得對於遺贈義務者。請求使消滅其權利。但遺言者其遺言上曾表示反對。

之意思者。不在此限。

遺贈目的之物與權利。遺言者死亡之時。有爲地上權、永小作權、地役權、質權、抵當權、賃借權等第三者權利之目的者。則受遺者當仍依其權利附著之舊。而受遺贈乎。將對於遺贈義務者而得請求其消滅乎。此本條所規定也。本條就原則而言。不得請求其權利之消滅。似不待言矣。然實際上非無反對之立法例。故不得不特爲規定之。蓋質權抵當權等之權利。原不過債務之擔保。若債務者履行其義務。自然消滅。而債務者之當履行其義務。固也。故受遺者對於其債務者。非無促其辨濟債務以得質權抵當權之消滅者。然債務者通常係相續人。相續人通常爲遺贈義務者。則得對於遺贈義務者。請求卽爲辨濟債務。或與他之擔保於債權者。以謀消滅質權抵當權等者。於說亦似可通。然遺言者苟不表示別段之意思。則作爲其於遺贈目的之物與權利。僅以遺言者死亡時之現況。與諸受遺者。宜也。本條做多數之立法例。不認受遺者有消滅權利之請求權。但本條不過推測遺言者之意思。若遺言者表示反對之意思。自當從其意思也。

第一千百三條 以債權爲遺贈之目的之場合。遺言者受辨濟。且其受取之物。尙存於相續財產中時。推定以其物爲遺贈之目的。

以金錢爲目的之債權。雖相續財產中。其債權額上。無相當之金錢。推定以其金額爲遺贈之目的。

以債權爲遺贈之目的之場合。遺言者生存中。若既受其辨濟。則其遺贈之效力如何。曰此雖視遺言者之意思如何。然本條規定其遺贈。未必失其效力。若遺言者作爲辨濟而受取之物。仍存於相續財產中。則推定其物代債權而爲遺贈之目的。惟遺言者所受取之物。或已消費。或已讓渡他人。及由其他原因。當遺言者死亡之際。相續財產中。既不存在。則遺贈失其目的。因而不生效力。但此亦不過一推定。若遺言者明明有別異之意思。則當從其意思。自不待言。例如遺言者既受辨濟。則遺贈即失其效力。或其所受取之物。既不存於相續財產中。則當以其代價與受遺者。

債權之目的。若係容易辨識之物。則遺言者作爲辨濟而受取之物。現尙存於相續財產中否。自不難知。至於金錢。頗難分別。遇此場合。遺言者所受取之金錢。不問其存於相續財產中否。推定以其債權額爲遺贈之目的。惟既取此主義。因金錢易於變爲他之財產。縱使相續財產中。於其債權額上。無相當之金錢。推定以其金額爲遺贈之目的。此亦不過一推定。遺言者別異之意思既明。則當從其意思。例如在遺言者生前。已受辨濟。以其債權爲目的。

之遺贈。即失其效力。或限相續財產中所存之金錢。其遺贈始有效。皆此類也。

第一千百四條 受「附負擔」之遺贈者。於不超遺贈目的價額之限度。任履行其所負擔之義務之責。

受遺者若拋棄遺贈時。應受負擔之利益者。得自爲受遺者。但遺言者。其遺言上表示別段之意思。則從其意思。

本條及次條。爲關於附負擔遺贈。(legs avec charge, Vermächtniss aub modo) 即前於第

三編贈與上附負擔之贈與已論之者也。項五五二。附負擔之遺贈。即屬此類。蓋使受遺贈

者負擔一定之義務也。遇此場合。遺言者受遺者不能比其所受之利益。加更重之負擔。

若有之。則是與僅使負擔義務者無異矣。惟其負擔。輕於遺贈目的之價額時。其差額上相

當之利益。與諸受遺者。則爲有效而已。然實際負擔超過遺贈目的之價額時。或以其遺贈

爲無效。或僅其超過額上無效而已。而遺言者之遺贈。苟無特以履行負擔爲條件之明證。

不如作爲有效。單就其超過額。使免受遺者之負擔。似覺適當。此大多數之場合。則遺言者

之意思既明矣。又負擔與遺贈目的之價額相同時。受遺者雖無受其遺贈之利益。然非無

金錢以外之利益。蓋受遺者願以同額之負擔。得遺贈之目的物之場合。則甘受其遺贈矣。

以上所論。附負擔之遺贈。爲受遺者之利益甚少。故大抵拋棄。然應受負擔之利益者。若因此而失其權利。則不得其當也。何則。附負擔之遺贈之場合。自法理上論之。爲二個遺贈。一之遺贈。卽他之遺贈之負擔也。然受此附負擔之遺贈者。因拋棄自己之遺贈。而受其所負擔之遺贈者。卽間接失其權利矣。然則如何而可。曰依第九十七條。遺贈因拋棄而失其效力時。受遺者所可受之物。應歸屬於相續人。故相續人受遺贈之目的。同時不得不履行其所負擔之遺贈之責。然此場合。遺言者之意思。通常遺贈之目的上。不以之爲相續人之利益。而惟謀受遺者之利益。故不如以「附負擔之遺贈之目的」物件。與諸其所負擔之遺贈之受遺者。庶足副遺言者之意思也。卽爲相續人計。附負擔之遺贈之受遺者。拋棄之場合。其遺贈利益常少。受遺贈之目的。而任履行負擔之責。反覺不便也。故不如與之「應受負擔之利益者」。依本條第二項之規定。雖有受附負擔之遺贈之全部之權利。未嘗有受之之義務。故其人不拋棄自己之遺贈。不欲受附負擔之遺贈之全部。則依第九十七條之規定。相續人不得不於受遺贈之目的時。任其負擔之責。此亦推測遺言者之意思而定之也。若遺言者表示別異之意思。則從其意思。例如附負擔之遺贈之受遺者。拋棄遺贈時。則其負擔之遺贈。亦失其效力。或某場合必使相續人得遺贈之目的。以任履行其負擔。

或定受負擔之利益者。當然受附負擔之遺贈全部。皆可爲之。

第一千百五條 附負擔之遺贈。其目的之價額。因相續之限定承認。又遺留分回復之訴而減少時。受遺者隨其減少之比例。免其所負擔之義務。但遺言者其遺言上表示別段之意思者。從其意思。

遺贈不必就其全部爲辨濟也。相續人爲限定承認時。在相續財產之限度。辨濟相續債務及遺贈。致受遺者不能受完全之辨濟者不少。且非辨濟遺贈相續債權之後有餘。則不辨濟遺贈。於是知^{三〇}不受完全辨濟之場合。更覺其多。又遺贈侵害遺留分之場合。在其侵害之部分。得減殺之。^{三一}至^{一三}四^七。凡此等場合。受遺者不受遺贈目的之價額全部。若其遺贈而附負擔者。其負擔上既無任意辨濟全部之規定。實不公平。至受負擔之利益者。亦係受遺者。故其損失。以使平等負擔之爲當。^{一〇}三^七。此卽本條所規定也。但此亦由推測遺言者普通之意思而定。若遺言者表示別異之意思。自當從其意思。例如附負擔遺贈之目的之價額雖減少。受遺者仍當負擔其全部者有之。在此場合。依前條第一項之規定。受遺者在不超實際所受之價額之限度。當任履行其負擔之責。或附負擔遺贈之目的之價額既減少。其減少額先由負擔中扣除之。僅就其殘額。履行負擔可也。

據本條必要有「遺留分回復之訴」此無他。僅有裁判外之請求。其果係有權利否。不得而知。不能保其無當事者之通謀也。但以立法論。尙有疑問。

第四節 遺言之執行

本節網羅關於遺言執行之方式。其他一切之事項。然其主要所載。關於遺言執行者之規定也。蓋新民法凡遺言之本則。當依遺言執行者而執行之。

第一千百六條 遺言書之保管者。知相續開始之後。要當即提出裁判所。請求其檢認。無遺言書保管之場合。相續人發見遺言書後。亦同。

前項之規定。依公正證書之遺言。不適用之。

有封印之遺言書。非由裁判所以相續人又其代理人之立會。不得開封。取三七一。二項。三九五。一項二

本條定著手執行遺言前所必要之手續也。如前所論。關於遺言。動輒有詐欺之所爲。以反乎死者意思之事項。而稱爲遺言者有之。故日本民法。不僅就遺言之方式上。設細密規定。即執行之前。必以經裁判所之檢認爲原則。即裁判所調查遺言書適法與否。及其他有無欺詐等事。必認無此等缺點之後。而後是認爲遺言。至自筆證書、祕密證書、及依第一千七十

六條乃至第八十一條所定之特定方式之遺言。皆不可不經此檢認。其不要經此手續者。唯公正證書而已。蓋公正證書。大概無詐欺錯誤及其他違法之虞也。

右之檢認。當由何人請求乎。曰有遺言書之保管者。當由其保管者請求之。無其保管者。當自相續人請求之。蓋遺言書往往由遺言者委任公證人。其他一定人以爲保管者不少。況依第七十六條乃至第八十一條之特別方式之場合。證人立會人等。保管遺言書者甚多。凡此等場合。應由其保管人請求檢認。其他之場合。如遺言者藏其遺言書於祕密箱篋之場合。則當由相續人請求其檢認。而右之保管者。知相續開始之後。當卽爲右之請求。相續人發見遺言書之後。不可不卽請求之。若怠其義務。則當受次條之制裁。

欲遺言書之安全。僅有裁判所之檢認。猶未足也。蓋有封印之遺言書。濫行開封。則或致掉換封中之書面。或於原文外添加意義。甚至變造者有之。故有封印之遺言書。必須由裁判所開封。遺言上最感利害者。相續人也。故必以相續人又其代理人之立會開封。若於裁判所外開封者。不得受次條之制裁。

「有封印之遺言書」也者。謂實際附加封印之一切遺言書也。而祕密證書。必須封印。故○
一七〇條第
一項二號第
常可謂有封印之遺言書。其他依自筆證書或特別方式之證書。雖不必要封印。

而實際加封印者甚多。在此場合其遺言書亦可謂有「封印之遺言書」。惟公正證書依公證人規則之規定。斷未有加封印者。公正人規則三九雖公正證書之正本謄本。非無加封印者。要之公正證書之本書者。原本也。故不當適用本條第三項之規定。

第一千七百七條 依前條之規定。而怠於提出遺言書。不經其檢認而執行遺言。又於裁判所外開封者。處二百圓以下之過料。取三項五三九

本條定前條之制裁也。即遺言書之保管者與相續人。若所存之遺言書。怠而不提出。又無論何人。不經檢認遺言書而執行遺言。或在裁判所外開封者。處以二百圓以下之過料。此過料當依非訟事件手續法第二百六條以下之規定。

第一千八百八條 遺言者。得以遺言指定一人或數人之遺言執行者。又得委託其指定於第三者。

遺言執行者。受指定之委託者。要無遲滯而實行指定通知於相續人。

遺言執行者。受指定之委託者。欲辭其委託時。要無遲滯而通知其旨於相續人。取三項八

本條以下至第一千二百二十二條。定一切之關於遺言執行者。(exécuteur testamentaire, Testamentvollstrecker)本條先定遺言者既得以遺言指定遺言執行者。又得委託其指定於

第三者也。夫其遺言。雖無錯誤詐欺等事。若於執行上。不十分注重遺言者之意思。以正當執行遺言。仍是違遺言之本旨也。故新民法特以立遺言執行者爲本則。蓋在通常之情事。苟選公平精細之人。委任遺言執行之事。概適於遺言之執行。是以遺言者欲使自已之遺言。執行適當。特自指定遺言執行者有之。此場合之執行者。必係得遺言者信任之人。其於遺言者之生平。熟悉底蘊。能善解遺言之真意。可謂最適當之人。故法律認指定爲有效。但遺言者往往不自指定之。而委託其指定於第三者有之。此第三者雖爲遺言者所信任。既不能直接委任以遺言執行之事。而其他又無自己所信任之人。乃使其第三者指定遺言執行者。此亦法律所認爲有效也。

遺言執行者。受指定委託之第三者。固無爲遺言所束縛之理由。其承諾委託與否。本屬隨意。但既承諾之。則當速即指定適當之人。通知相續人。若辭之。則亦當速即通知其旨於相續人。法律如此規定者。以遺言執行者之有無。以關於相續財產及其他有重大之利害也。而右之第三者。辭委託時。依第一千百十二條之規定。請遺言執行者之選任於裁判所時。又其人指定遺言執行者時。其人爲何人。必須速使利害關係人知之故也。而利害關係人中。最有主要之關係者。相續人也。故右之通知。應對於相續人爲之。

遺言執行者一人可也。數人亦可也。而遺言者以遺言指定其數之場合。固屬自由。又委託其指定於第三者之場合。或以遺言定其人數者有之。或不定者有之。若不以遺言定之者。依第三者之意見。當指定一人或數人之遺言執行者。

第一千九條 遺言執行者、承諾就職。須即行其任務。取三項。

被指定爲遺言執行者之人。亦無爲其指定所束縛之理由。承諾與否。本屬隨意。但一旦承諾之後。即須行其任務。不然。利害關係人將大受其損害故也。

第一千十條 相續人、其他之利害關係人。定相當之期間。得以於其期間內承諾就職與否。催告確答之旨於遺言執行者。若遺言執行者。其期間內對於相續人。不爲確答。則視爲承諾就職者。取三項。

如前條所述。作指定爲遺言執行者之人。有承諾之自由。故當其未表示承諾之意思。不能即使之負義務。然其人果爲承諾與否。利害關係人。有速知之必要。且有時其人不爲承諾。依千百十二條。更請求選任遺言執行者於裁判所者有之。

本條即使遺言執行者所指定之人。速即確定其承諾有無之方法也。而其方法。既屢見不鮮。一九一四七五。一六二項。一〇八九等。即定相當之期間。其期間內承諾就職與否。應催告之。使爲確答。

若其期間內無確答。則視為承諾就職。

得爲右之催告者。相續人其他一切利害關係人是也。即相續人之外。受遺者、債權者、債務者等。爲其最重者。然確答必對於相續人爲之。此與第千八百九十九條出於同一趣意。

期間之長短。固因事情而異。例如遺言執行者在遠隔之地之場合。第一不可不算入其回答之時日。遺言者若係資產家。則其遺言亦自複雜者多。其執行非容易。必須於遺言執行者。特別與之猶豫。以爲思考之地。其他期間之長短上有爭。固不外從裁判所之認定而已。本條於遺言執行者不爲確答。視為承諾其就職。此與第十九條二項及第千八百九十九條同其主義。而無確答之場合。不推定辭任而推定承諾者。無他。(第一)遺言執行者之指定。係一方行爲。指定之爲物。因遺言又第三者之指定之意。表示而成立。故法律不曰「指定爲遺言執行者」。而曰「遺言執行者」。以是故也。而就理論上言之。若遺言執行者不辭其任。則不得不爲可當遺言執行之任者。(第二)就實際之便宜言之。遺言執行者。速爲指定。則爲利害關係人計。利益甚多。故遺言執行者。苟無所確答。則視為承諾其就職。以便即行着手其任務。況西諺曰「默者諾也」(Qui ne dit mot Consent) 此理蓋貫乎古今矣。

第千百一十一條 無能力者及破產者。不得爲遺言執行者。取三九
八二項。

本條定無遺言執行者之資格之人也。遺言執行者之重責。既屢論之。然無能力者。於自己之行爲。尙且無充分之能力。要法定代理人、保佐人、夫等之同意。其終不能負擔遺言執行者之重任可知。又破產者係財產上之失敗者。其於管理財產。必不擅長。故不能負擔遺言執行者之重任。若遺言者又第三者指定此等之人。則其指定全歸無效。又次條之場合。裁判所所選任之遺言執行者。亦不可由本條之無資格者中取之。此一貫之理。自不待言。第一千百十二條 無遺言執行者。又至於無之之時。裁判所因利害關係人之請求。得選任之。

依前項之規定所選任之遺言執行者。非有正當之理由。不得拒絕就職。

本條遇遺言者不指定遺言執行者之時。委託其指定於第三者之場合。而第三者辭其委託之時。又遺言者或第三者所指定之人。辭其任時。二項參照又遺言執行者解任之時。一一。又遺言執行者、受禁治產或準禁治產之宣告、又或爲他人之妻、或受破產之宣告、一一。或死亡之時。欲遺言之正當執行。利害關係人有必要遺言執行者之選任。而其請求。常由裁判所選任之。但（第一）必須利害關係人有請求之場合選任之。（第二）縱使其請求。裁判所因遺言之簡單。又其利害之小。因其他原因而不必要遺言執行者之選任時。此

非必不可不選任也。所以本條第一項特曰「得選任」也。

遺言者又第三者所指定之遺言執行者。若辭其任務。可以隨意。何則。一私人之遺言者與第三者。無束縛他之一私人之權利故也。反之。依本條之規定。裁判所所選任之遺言執行者。非有正當之自由。不得拒絕就職。此無他。(第一)既係依裁判所之命令而選任之人。遺言執行者因之而稍受束縛。亦非失當。(第二)遺言者又第三者所指定遺言執行者之場合。固可自由辭任。然亦可更依本條之規定。由裁判所選任之。故苟非有極不便之情事。而依本條之規定。所選任之遺言執行者。亦仍得自由辭其任務。則將至無遺言執行之人矣。(第三)遺言者又第三者所指定之遺言執行者。必限於遺言上定有報酬時。始得受之。裁判所所選任之遺言執行者。裁判所得依乎事情而定其報酬。二〇若遺言執行者。因其職務而有受損害之虞。裁判所得與以足償其損害之報酬。故於遺言執行者。不便實鮮。依本條之規定。所選任之遺言執行者。不定其人數。凡遺言者又第三者所指定之遺言執行者。一人亦可。數人亦可。

第一千百十三條 遺言執行者。要當即調製相續財產之目錄。交付於相續人。

遺言執行者。有相續人之請求。要會同而製成財產目錄。或要使公證人製成之。

八三九
取二項

不關於遺言執行之事項。固無何等之職務權限。惟前條所述。遺言關於相續財產者多。況遺言執行者所必要之場合。其遺言常爲關於相續財產之場合。故遺言執行者。常有管理相續財產之權利義務。及於其他凡執行遺言所必要之一切行爲。有權利義務。不必如外國之例。設詳細之規定也。惟關於委任之第六百四十四條乃至第六百四十七條及第六百五十條之規定。則準用之。蓋遺言執行者。雖係依遺言者又第三者所指定之場合。然非純然之委任也。委任者。一契約也。況裁判所選任之之場合。遺言執行者之爲法定代理人。固無所疑。然自爲他人而處理事務之點論之。頗類於委任關係。於此而準用關於委任之規定。可謂得當。惟茲所當論者。關於委任。受任者對於委任者。有權利義務。而本條之場合。遺言執行者。果對於何人有之。不免生疑。以余之所信。蓋對於相續人及受遺者有之。何則。遺言執行者之處理事務。爲相續人與受遺者故也。至相續人又受遺者有數人之場合。其對於各人有權利義務。或曰。遺言執行者之爲相續人之代理人。依第千百十七條而自明。故在第千百十八條第二項。遺言執行者。對於相續人。定負責任之旨。又於第千百八條第二項第三項。及第千百十條。規定對於相續人。當爲通知之義務。又於前條。規定交付財產目錄於相續人。故本條第二項之適用。遺言執行者之對手人。亦係相續人云。此實知其一

未知其二之論也。蓋相續財產。無論擔負如何遺贈及其他義務。概屬於相續人。故遺言執行者。視為相續人之代理人。前既屢論之。關於遺言執行。最感重大之利害者。其為相續人。蓋不容疑。故以遺言執行者。視為相續人之代理人。可謂得當。然自嚴密理論言之。遺言執行者。就一部而言。宜若視為受遺者之代理人。故第一千百十七條。特定之曰「視為相續人之代理人」。蓋雖反乎嚴密之理論。而因實際之便宜上。視為相續人之代理人也。然遺言執行者。常有不可不反乎相續人之利益。以保護受遺者之利益者。當此場合。為受遺者所為之事務。果處理適當否。其急欲知之者。非相續人而受遺者也。若僅相續人有求第六百四十五條所定之報告之權利。相續人僅顧自己之利益。而不顧受遺者之利益者必多。又就于終當引渡於受遺者之物。當準用第六百四十六條時。若交付諸相續人。則屬不當。即準用第六百四十七條亦然也。又遺言執行者。於遺贈之目的物上。出費用時。常求諸受遺者。亦不待言。此決不得對於相續人請求之。不容疑矣。五參〇九而相續財產。以善良之管理者之注意管理與否。因之而生利害。必不止相續人也。四六要之。遺言執行者。本來為保護受遺者而設。若併其相續人之事務而處理之。蓋於遺言之執行上。有所必要。故遺言執行者所處理事務之本人。有時為相續人。有時為受遺者。故關於準用委任之規定。於此亦所

不得留意者。此準用之所以爲準用也。

第一千百十五條 有遺言執行者之場合。相續人不得爲處分相續財產。及其他有妨遺言執行之行爲。

遺言執行者。雖爲遺言執行而設。然於相續人之權利上。影響必有所及。此實不得已也。卽相續人一切凡於遺言執行上有妨害之行爲。皆不得爲之。如相續財產中有債權。相續人有受其辨濟之權利。而因其債權辨濟所得之物。不得不以之充遺贈履行之場合。則相續人不能受其辨濟矣。而相續財產之處分。大概有妨遺言執行之行爲。故本條特定相續人不得處分相續財產云。

第一千百十六條 前三條之規定。遺言關於特定財產之場合。僅於其財產上適用之。

前條係遺言關於相續財產之全部。或若干分之一之場合。則可就相續財產全體上適用之。若遺言關於特定財產之場合。其財產之外。全於遺言之執行。無所關係。故此場合爲遺言目的之財產。得適用前三條之規定。例如遺言者於數個土地有財產之場合。存於其一土地之財產。爲遺言之場合。遺言執行者。僅調製其財產目錄可也。又僅管理其財產可也。至於他之財產上。相續人雖處分之。毫不妨遺言之執行。況關於一動產或不動產而爲遺

之場合。殆無調製目錄或管理之必要。惟其無必要之場合。而仍立遺言執行者。亦屬無用。故實際有遺言執行者之場合。大概皆調製目錄及有管理之必要之場合也。故此場合。於其動產又不動產。同適用前三條之規定。

第千百十七條 遺言執行者。視爲相續人之代理人。取三項。

遺言執行者。本來爲受遺者而設。前既論之。其處理相續人之事務。爲保護受遺者之利益所必要。然若保護受遺者之利益之外。又保護相續人之利益。結局當公平保護雙方之利益矣。故遺言執行者。可謂同時處理相續人與受遺者之事務矣。然當其定法律上之資格。同時視爲雙方之代理人。則必生錯雜之關係。實際殆有難行。而自理論上言之。在某事項。視爲相續人之代理人。而他之事項。或視爲受遺者之代理人。而於他之事項。又非不可視爲他之受遺者之代理人。則是可言而不可行之說也。故本條酌量實際之便宜。一切視爲相續人之代理人。蓋無遺言執行者之場合。當遺言執行之任者。概係相續人。而相續財產。就原則而言。屬於相續人。是以就法律上之資格。視遺言執行者。爲相續人。不可謂其失當也。

第千百十八條 遺言執行者。非有不得已之事由。不得使第三者行其任務。但遺言者。於

其遺言上表示反對之意思時。不在此限。

遺言執行者。依前項但書之規定。使第三者行其任務之場合。對於相續人。頁第一百五條

所定之責任。六一〇四。乃至一〇四三九八。二項。

遺言執行者之爲法定代理人。幾無容疑。況前條依法律之規定。特視爲相續人之代理人。其性質之爲法定代理人。蓋益明矣。然法定代理人。得以其責任選任代理人。六一〇。故無別段之規定。遺言執行者。亦得以其責任選任復代理人。然在遺言者。又第三者所指定之場合。既信任其人。而特委以遺言執行之事。雖在裁判所選任之場合。因第六條但書不得已之事由。而選任復代理人之場合。固可。其他之場合。原則上不許用復代理。但遺言者知遺言執行之繁忙。非許復代理。終不能盡其任務。且深信其人。則其人苟認爲適當而選任之復代理人。亦必可信爲適任之人。又因其他理由而許復代理之場合。則從其選任。或曰。右之理由。非僅關於遺言執行者。即就他之法定代理人亦同。例如親權者。爲其子而指定後見人之場合。又親族會選任之之場合。又裁判所選任財產管理人之場合。亦有同一之理由。曰是或然歟。雖然。立法者特注重執行遺言。故必要慎重之處理。是以設本條之例外。

第百六條法定代理人。以得選任復代理人爲本則。故凡復代理人之行爲。法定代理人。不得不自任其責。此原則也。本條遺言執行者。原則不得選任復代理人。惟有不得已之事由之場合。卽在第百六條。負復代理人之選任及爲之監督之責。而第百四條本於委任之代理人。除不得已事由之外。得本人許諾。可選任復代理人。蓋類於遺言執行者。故第百五條得本人之許諾而選任復代理人。單就其選任及監督上而任其責也。是以本條第二項遺言執行者。得遺言之認許而選任復代理人之場合。亦僅有同樣之責任。又遺言執行者。從遺言者之指名而選任代理人時。若非明知其不適當。不誠實。而怠於解任。則不任其責。○

項五二

本條第二項定遺言執行者。對於相續人而負責任之旨也。蓋依前條之規定。本人係相續人。故準用第百五條之規定。於此所謂「本人」云者。卽在本條之場合。所謂相續人是也。惟就立法論言。欲與第百十四條。權衡得當。似以不如改爲對於相續人之文字爲宜。第百十九條。遺言執行者有數人之場合。其任務之執行。以過半數決之。但遺言者其遺言上表示別段之意思者。從其意思。

各遺言執行者。雖有前項之規定。得爲保存行爲。八。三九。

遺言執行者。應有數人之場合。固可逆料。但此場合。其任務之執行。取如何之主義乎。或謂非遺言執行者。皆共同一致。則一切不得行其任務。或謂各遺言執行者。皆得獨立而行其任務。或謂可以過半數決之。此本條之所定也。而此三主義。皆見其例。新民法之原則。蓋採第三主義者也。夫數人非共同一致。則爲行動也難。往往因意見不合。動多掣肘。或謂遇此場合。當由裁判所決之。不知社會事情。一切皆求諸裁判所。則事務之澀滯必多。然任其各自獨立而爲行爲。則以甲之行爲而牽及乙丙。動生矛盾。故以過半數決之。此實文明國之通則也。但本條承認二個例外。

第一 保存行爲。各遺言執行者。得獨立爲之。蓋保存行爲。若猶豫不爲。必生不可救之損害。就理論上言。各遺言執行者。行爲之間。雖有不合之意見。然實際鮮見其例。縱使有之。必其先著手者爲有效。於後所爲之行爲。殆必不能決行之也。若對於第三者。因此而缺義務之履行之事。其不履行之結果。相續財產。不可不負擔之。而遺言執行者。其權限內所爲之行爲。苟無過失。自無責任。例如遺言執行者之一人。修繕屬於相續財產之建造物。與甲工匠結契約之後。而他之一人之遺言執行者。不知此事。更對於乙之工匠而結契約之場合。則不得不使甲工匠修繕。而對於乙工匠。因不履行契約而損害賠償之場

合者。事所恆有。當此場合。不可不以相續財產。而爲其賠償。

第二 遺言者其遺言中表示別段之意思者。從其意思。例如遺言執行者。非皆共同一致。則不得行其任務。乃定各自之分擔。在甲地之財產。命長子獨立而行其任務。在乙地之財產。付次子獨立而行其任務。在丙地之財產。由三子獨立而行其任務。但保存行爲。各遺言執行者。有獨立行其任務之權限。是不認遺言之反對規定也。本條第二項曰。「前項之規定。」不分第一項之本文與但書也。明矣。蓋保存行爲。不能待遺言執行者之開會議。倘遲延時日。恐生意外之損失。故法律絕對規定之。

第一千二百二十條 遺言執行者。遺言上有定報酬者。得受之。

裁判所選任遺言執行者。裁判所得依乎事情而定其報酬。

遺言執行者可受報酬之場合。準用第六百四十八條第二項及第三項之規定。

本條定遺言執行者。受報酬之權利也。然遺言者又第三者所指定者。與裁判所所選任者之間。有差異焉。

第一 遺言者又第三者所指定者。

遺言者又第三者指定遺言執行者之場合。通例指定遺言之親族或親友。大概願無償而

就任務者多。若與之報酬。反成侮辱。必限遺言定報酬之場合。然後與之。

第二 裁判所所選任者

裁判所而選任遺言執行者。不必由遺言者之親族又親友中選之。往往選辯護士。及其他執行遺言。及法律事務上有經驗者爲之。且遺言者又第三者所指定者。雖得自由辭其任務。然裁判所所選任者。非有正當之自由。不得辭其任。三一故裁判所得依乎事情而定其報酬。例如遺言執行之事務。不甚繁多。而遺言執行者係資產家。則不必別與報酬。若其事務繁多。而遺言執行者係辯護士公證人等。賴法律事務以衣食。則非與以相當之報酬。不能維持。又其報酬之多寡。裁判所得斟酌一切之事情定之。

遺言執行者之非受任者。前既屢論。然頗有相類之事。亦須述之。而受任者非有特約。不得請求報酬。亦類乎遺言執行者。唯受其報酬之場合。非委任履行之後。不得請求。但以期間定報酬時。其期間經過之後。得請求之。六四八又委任以不可歸咎於受任者之責之事由。而於其履行之半途終了時。受任者得以其既了之履行。比例而請求報酬。同三本條準用遺言執行者。蓋有同一之理由。

第一千二百二十一條 遺言執行者怠其任務時。其他有正當事由時。利害關係人得請求其

解任於裁判所。

遺言執行者有正當之事由。雖就職之後。得辭其任務。取三九
八二項

本條關於遺言執行者之解任之規定也。遺言執行者。不問係遺言者又第三者所指定。係裁判所所選任。若怠其任務。又因疾病其他之事由而不能執其任務。其他裁判所認為正當之事由。相續人、受遺者、其他一切之利害關係人、得請求其解任於裁判所。此條似乎無待規定。不知遺言者又第三者所指定之遺言執行者。由他人解任。實反乎一般之原則。故非有本條之規定不可。二六、七
六、參照

遺言者、又第三者所指定之遺言執行者。無承諾就職之義務。既如前述。一旦承諾之。不能半途放棄其任務。此本則也。〇一九一又裁判所所選任之遺言執行者。非有正當之事由。不得拒絕就職。既言之矣。二二二項然任右之何者。苟遇有正當之事由。皆得辭其任務。此條亦為當然之規定。無容議者。所謂「正當之事由」者。乃事實問題。若有爭論。當一任裁判所之認定。例如為疾病、為煩劇之公務、或為公務又營業上之事情。而轉住遠地。致不能執其任務之場合。可謂正當之事由。又裁判所所選任之遺言執行者。必於裁判所聲明辭任者也。若裁判所認其事由不正當。即可却下之。非訟事件手續法
一〇七、一〇八又遺言者、及第三者所指定之遺

言執行者。非訟事件手續法上。不設有規定。故於其辭任。不必要別段之方式。唯自實際之必要上論之。當舉其辭任之旨。通知相續人。至若以立法論。則在此場合。並須使之申請於裁判所焉。

第一千二百二十二條 第六百五十四條及第六百五十五條之規定。遺言執行者之任務終

了之場合。準用之。取三九
八二項。

本條遺言執行者任務終了之場合。準用第六百五十四條及第六百五十五條關於委任之規定也。依第六百五十四條。委任終了之場合。有急迫之事情。受任者。其相續人。又法定代理人。於委任者。及其相續人。又法定代理人。至得處理委任事務以前。可爲必要之處分。是實最要之規定。卽遺言執行者任務終了之場合。亦當依同一規定者也。蓋有急迫之事情。遺言執行者。於相續人。及受遺者自己。又代理人。得自處理其事務以前。可爲必要之處分。又依第六百五十五條。委任終了之事由。不問其出於委任者。出於受任者。非通知於對手人。使對手人知之。則不得以之對抗於對手人。此可謂最必要之規定。而遺言執行者任務終了之場合。亦必要依同一規定。所謂其任務終了之事由。例如完了遺言之執行。遺言執行者之解任。辭任。死亡。缺格。一一等。非通知於相續人及受遺者。使相續人及受遺者知

之。則不得以之對抗不受其通知且不知此事之人。九八〇六、八九三、九四一參照。

第一千二百二十三條 關於遺言執行之費用。歸相續財產負擔。但不得因此而減少遺留分。

取三
九六

遺言執行之費用。歸於相續財產負擔。固屬當然。蓋相續財產之純利益。執行遺言之後。必有餘裕。故因其執行所必要之費用。當然由相續財產中控除之。但不得因此而減少遺留分也。蓋遺留分不能以遺言侵害之。故縱使遺贈之本體。不侵害遺留分。而其費用及其他一切關於遺言執行之費用。不得因此而侵害遺留分也。九六七二項一〇〇六四參照。一

第五節 遺言之取消

本節於遺言之取消上。設有特別之規定。蓋遺言亦一法律行為也。故得因詐欺又強迫之故而取消之。本節既無反對之規定。當然依總則之規定。故本節特不設規定。惟第一千二百二十七條。暗指此事而言。又他之法律行為。得因無能力而取消之。至於遺言。則不適用。其故云何。第一千六十一條。不達滿十五年者。絕對不得為遺言。既達此年齡者。一切不依總則編之規定。於遺言上。全然為有能力者。惟無意思者之行為。雖係無效。此非取消之原因。故遺言上。未有因無能力之取消者也。本節所規定。(第一)遺言者不附何等理由。得取消其遺

言。至一一二四八。(第二)遺言者死亡之後。相續人於一定之場合。得取消其遺言。二九一

第一千二百二十四條 遺言者無論何時。得從遺言之方式而取消其遺言之全部又一部。三取

○九九四

遺言始於遺言者死亡之時而生效力。若在以前。無論何人。無羈束之效力。故遺言者若變其意思。無論何時。得取消其遺言。此各國法律所共認也。

本條揭其原則。且規定其方式。蓋遺言當依一定之方式。既詳論之。故其取消也。亦必要同一之方式。不然。依鄭重之方式之行爲。忽因不依方式之行爲而失其效力。此不僅不得其當。欲使遺言之成立上。不生爭論。既必要別段之方式。則欲遺言者之取消。不生爭論。亦必要同一方式者。當然之結論也。故本條遺言之取消。仍要遺言之方式。

遺言之可分不可分。學說及立法例。不一定。或以爲不可分者。謂取消遺言之一部。則全部失其效力。遺言有關於種種之事項。故其性質上。不得謂各部必皆連繫者也。故若遺言者。取消遺言之一部。而欲使他部成立。未有以其意思爲無效者也。故本條定取消遺言之全部。與取消其一部。一視乎遺言者之意思而已。

本條就明示之取消而規定之。若就默示之取消。則設次二條之規定。

遺言之取消權。不得豫拋棄之。此原則已於第千二百二十八條規定之。

第千二百二十五條 前之遺言與後遺言牴觸之時。其牴觸之部分。視爲以後之遺言。取消前之遺言。

前項之規定。遺言與遺言後之生前處分。與其他之法律行爲牴觸之場合。準用之。○取一四本條指默示取消主要之場合也。若遺言與其後所爲之遺言或其他之法律行爲相牴觸。其牴觸之部分。視爲以後之行爲。取消前之遺言。此殆當然而不待言者也。例如起初之遺言。與甲以某不動產。而後之遺言。則與之乙。又因其後之契約。讓渡此不動產於乙。遺言意思之有變更可知。此非取消前之遺言。則不能履行後之遺言與契約。故法律重最後之意思。視爲取消前之遺言。

遺言者爲遺言之後。其法定代理人。爲與此相牴觸之法律行爲如何。曰法定代理人之行爲。法律上同於本人之行爲。故亦適用本條第二項。例如十五年以上之未成年者又禁治產者。爲遺言之後。其親權者又後見人。以其遺言之目的物。讓渡他人之場合。則其遺言。視爲被取消。

第千二百二十六條 遺言者以故意毀滅遺言書時。其毀滅之部分。視爲取消遺言者。遺言

者故意毀滅遺贈之目的物時亦同。○取三九九四項

本條亦揭默示取消之場合也。遺言者故意毀滅遺言書又毀滅遺贈之目的物時。其毀滅之部分。視爲取消遺言者。蓋遺言必要一定之方式。無方式之遺言。法律上不成立。故遺言者故意毀滅遺言書之全部或一部。則其全部又毀滅之部分。不生遺言之效力。可謂取消之也。又遺贈目的物之全部或一部毀滅之時。則其部分上不能執行遺言可知。故此非有取消其遺贈之全部或一部之意思。則不可爲。但此可謂遺言因目的物之滅失而失其效力之場合也。而其目的物因遺言者之過失又天災而滅失之場合。固不得謂取消遺言。而其遺言自失其效力。唯本條參酌遺言者之意思以定之。若故意毀滅之之場合。則視爲有取消遺言之意思。

第一千二百二十七條 依前三條之規定而被取消之遺言。其取消之行爲。雖至被取消或不

生效力之時。不回復其效力。但其行爲。因欺詐強迫之場合。不在此限。○取二

前三條之場合。一旦取消遺言之後。其取消之行爲。更被取消。或不生效力之時。前之遺言。果回復其效力否。學說立法例。皆不一致。而此則在推測遺言者之意思以定之。然許多場合。取消行爲。雖被取消又不生效力。法律視爲使前之遺言。有其效力則甚難。許多場合。遺

言者欲復活前之遺言與否。其意思不明。故不如於遺言者使復前遺言之場合。更從法律上之方式而使爲同一之遺言。較爲正確。此本條以被取消之遺言。爲不再生其效力之理由也。至若從理論上言之。或於明示取消之場合。取復活主義。於默示取消之場合。取反對主義。非無理由。何則。明示之取消。不過表示取消前之遺言之意思。若此意思表示而被取消。則作爲不取消前之遺言。故當然回復其效力。反之。前之遺言與後之遺言。及其他法律行爲牴觸之場合。縱使後之行爲被取消或不生效力。而前之遺言中與其行爲上初無關係。不爲之而回復其效力也。雖然。同是取消行爲。就其中而設區別者。一使前之遺言復活。一不使之復活。於條理殊不貫徹也。前既述之矣。遺言者得新爲與前遺言同一之遺言者也。由是則一切場合。不如取非復活主義之爲愈矣。

本條之規定。僅屬依前三條之規定而被取消之遺言也。故相續人依第千二百二十九條之規定而取消遺言之場合。及本於詐欺強迫而取消之場合。不能適用本條之規定。二九〇六一項。例如第千二百二十九條之場合。一旦遺言取消之判決確定之後。因再審而其判決被取消者。或因詐欺強迫而相續人取消遺言者。或其取消之意思表示。係在相續人未有能力之間。又新逢詐欺強迫而爲之者。則取消行爲。自初不成立。卽遺言全然回復其效力。

取消行爲被取消之場合。其適用極多。例如遺言者一旦爲明示之取消以後。更從遺言方式而表示取消之旨。又明示與前之遺言牴觸之遺言。又以默示而取消之時。又於遺言後之法律行爲。與遺言牴觸者。因有無能力之瑕疵。而取消其法律行爲之場合。又遺言書之毀滅。亦一法律行爲也。自亦得因無能力而取消之。故一切包含於取消之場合。

所謂取消行爲。至「不生效力之時」者。如在前之遺言。與後之遺言牴觸之場合。而依後之遺言之受遺者。死亡於遺言者之死亡前之場合是也。九一〇但後之遺言。附其他之法律行爲之解除條件。若成就之場合。可受本條之適用。

取消行爲。因於欺詐又強迫而取消之場合。不適用本條之規定。此無他。在此場合。遺言者知非其真意之意思表示也。故此場合。全然視爲無取消前之遺言之意思。

第一千二百二十八條 遺言者。不得拋棄其遺言之取消權。取三九九

遺言者。一方行爲也。且其效力。自遺言者死亡之時而生。故任何時取消之。不因此而何人有所害。此法律之本意。縱使遺言者明言不取消其遺言之旨。無羈束力也。故至其死亡之時。依然不失取消遺言之權利。此實各國法律之所認。不要明文。而本條特明言之者。恐法律上之爭論也。

第一千二百二十九條 受附負擔遺贈者。若不履行其負擔之義務。相續人定相當之期間而催告其履行。若其期間內。不履行時。得請求取消遺言於裁判所。三四。

本條定相續得取消遺言之場合。即在附負擔之遺贈。受遺者若不履行其負擔。是遺言者反乎爲遺贈之趣旨矣。故甯取消之以副遺言者之意思。蓋在契約當事者之一方。若不履行。則他之一方。得解除契約。五五四一。乃而附負擔之遺贈。雖非契約。其性質大相類。惟此場合。遺言者既已死亡。乃以其取消權與諸相續人。但契約得因不履行而解除。當事者因之而受利益者。不解除其契約。尙得求其履行。五五四一附負擔之遺贈亦然。苟非相續人依本條之規定。而取消以前。受負擔之利益者。對於受遺者。仍得求其履行。而受遺者。任意不爲履行。則得訴諸強制執行焉。

本條之取消權。法律實出於不得已。何則。法律之本意。固深望負擔之履行。可窺見也。故本條如第五百四十一條。相續人先定相當之期間。以催告其履行。若其期間內。不履行之場合。得取消遺言。

由前所述。可知本條取消之萬不得已矣。蓋遺言至遺言者死亡之後。而不執行者。大概反乎遺言者之意思。法律之所最不希望者也。況依本條之規定。遺言而被取消。應受負擔之

利益者之權利。亦自消滅。故其結果。亦非容易。故本條非如契約解除之場合。單以相續人之意思表示而足。須請求裁判所爲之。蓋在裁判所受遺者果有不履行其負擔之事實否。又相續人果定相當之期間而爲履行之催告否。非調查之。確認有取消之原因。則不容其請求。

本條規定之外。相續人得因詐欺又強迫而取消遺言。既論之矣。在此場合。不過總則之適用。故依一般之規則。得因對於受遺者之意思表示而取消之。三一 二

第七章 遺留分

遺留分 *Reserve, Pflichttheil* 也者。被相續人不可不遺留於其相續人之財產之部分也。外國法例。有認遺留分者。有不認之者。日本從來之慣習。未嘗認此例。但既以法律規定相續之事。則立法上有遺留分之必要否。不得不論究之。以設規定。夫在家督相續。苟業已認爲必要。則家督相續人。不可無維持家名之方法。故爲維持家名必要之財產。當遺之家督相續人。即在遺產相續。被相續人死亡之後。其近親有飢餓之憂。亦須有遺留分。日本新法典。做舊民法及外國多數之例。原則認被相續人財產處分之自由。一方又認遺留分之制。第一千百三十條 法定家督相續人之直系卑屬。其遺留分。受被相續人財產之半額。

其他家督相續人。其遺留分。受被相續人財產之三分之一。四取三八

本條定家督相續人之遺留分之數量也。而其遺留分。依相續人之種類而不同。若相續人而係法定家督相續人之直系卑屬。則其遺留分。定被相續人財產之半額也。若係他之家督相續人。則其財產之三分之一也。蓋維持家名之必要費用。雖因相續人而有所差異。而直系卑屬。在當然受相續人之財產之地位。故與偶然爲家督相續人者區別。使直系卑屬之遺留分。其數特大。

第千百三十一條 遺產相續人之直系卑屬。其遺留分受被相續人財產之半額。

遺產相續人之配偶者。又直系尊屬。其遺留分。受被相續人財產之三分之一。四取三八

本條定遺產相續人之遺留分也。而其遺留分。限於直系卑屬、配偶者、及直系尊屬有之。蓋家督相續人之場合。不問其誰爲相續人。須有維持家名之必要財產。而在遺產相續。相續財產以外。既無何等負擔。故凡不在與被相續人近親間者。限於家族財產存在之場合。始可爲相續。被相續人對之。絕無必須遺留一定之財產也。如戶主依第九百九十六條第一項第三號之規定。可爲遺產相續人。未嘗有遺留分。故戶主當爲遺產相續之場合。若被相續人處分其全財產。則雖無相續財產。亦無可如何也。惟直系血族及配偶者。倚被相續人

之財產以生活者多。故其遺產之一部上。有遺留分。

直系卑屬之遺留分。被相續人財產之半額。而配偶者及直系尊屬之遺留分。則其三分之一也。此無他。被相續人之財產。直系卑屬承繼。乃當然之順序。配偶者及直系尊屬承繼。實屬異例。故被相續人有直系卑屬之場合。僅於其財產之半額。有處分權。非有直系卑屬。惟有配偶者直系尊屬之場合。則可於其財產之三分之二。有處分權。若配偶者及直系尊屬皆無之時。則於全財產上。可有處分權。

第一千三十二條 凡遺留分。被相續人於相續開始之時所有之財產之價額上。加以其贈與財產之價額。由其中控除債務之全額而算定之。

附條件之權利又存續期間不確定之權利。裁判所從選定之鑑定人之評價。以定其價格。

屬於家督相續之特權之權利。關於遺留分之算定。不算入其價額。取三八三。三八七。

本條定遺留分算定之基礎也。此中有二主義。或如舊民法。據相續開始時財產之價額。若遺贈侵害遺留分。則減殺之。此一主義也。或如外國多數之例。算入贈與目的之價額而定之。此又一主義也。本條取第二主義。以算入贈與。蓋遺留分之計算。不算入贈與。則被相續

人動輒於相續開始前贈與一切之財產。以妨遺留分適用之憂。故一旦有遺留分之必要。不得不就其算定以加入贈與。惟算入一切之贈與。則有害社會交易之安全。故次條限於相續開始前一年間所爲之贈與以算入之。此原則也。

以上所述。遺留分算定之基礎。自被相續人相續開始時所有財產之價額中。加以其開始前一年間所爲贈與之價額。於其中控除債務之全額。以其殘額之半分又三分之一爲遺留分。

相續財產及贈與財產之價額。固不得不評定之。若其評價上有所爭執。則裁判所當評定之。惟附條件之權利。又存續期間不確定之權利。〔例如終身定期金〕果以何法應之乎。蓋此等權利之實價。非條件成就或存續期間經過之後。不能確知。然待其成就又經過之時。得於何時算定遺留分乎。此屬於不可知者甚多。如此。則非特相續人於其遺留分上不能受滿足保護。受遺者受贈者等。因其權利義務不確定。而蒙許多困難。亦所不免。故本條第二項規定此等權利。要從裁判所選定之鑑定人之評價。定價格以算定遺留分。

屬於家督相續之特權之權利。即第九百八十七條所揭者。此不僅在繼續家名上所必要。且此等權利。係不融通物。否則必賣却之而絕無價值之物也。算入遺留分中。不得其當。故

本條第三項除却之。

第一千三十三條 凡贈與限於相續開始前一年間所爲者。依前條之規定。而算入其價額。雖係一年前所爲者。當事者雙方知於遺留分權利者加損害之事。亦同。

本條定遺留分之算定上。所當算入之贈與之範圍。蓋贈與限於相續開始前一年間爲之者。乃算入之。此無他。贈與也者。生前處分也。贈與之人。受贈之人。皆不知之相續場合。有幾何財產而爲之受之者也。今自相續開始之時。至數年前所爲之贈與。算入遺留分中。必致減殺贈與之力。是受贈者不能安心受贈與。因贈與所受之財產。不能輕易處分。於社會交易之安全。妨害不鮮。故限相續開始前一年間所爲之贈與。於遺留分之算定上。算入其價額。但以惡意爲之之贈與。無保護之之必要。故若當事者雙方。知於遺留分權利者有加損害之事而爲之者。縱使一年前爲之。亦得算入其價額。

或曰既限於相續開始前一年間之贈與。始算入其價額於遺留分中。則斷無因以前所爲之贈與。而加遺留分權利者以損害之事。從而當事者之惡意與否。事理上不能想像也。曰不然。依前條之規定。贈與財產算入之遺留分中。雖係原則。惟過相續開始前一年之贈與。特不算入之。故以前之贈與。自被相續人當時財產之狀況觀之。贈與財產之額。在超過相

續財產之半額又三分之二之場合。若贈與者之相續開始。忽加遺留分權利者以損害。事理甚明。明知之而贈與或受贈。則爲惡意者。其贈與皆不算入之。蓋此場合。受贈者不得謂蒙意外之損失也。

第一千百三十四條 遺留分權利者及其承繼人。在保全遺留分必要之限度。得請求遺贈

及前條所揭之贈與之減殺。取三
八六

本條以下。至第一千百四十五條。專爲關於保全遺留分之遺贈。又贈與之減殺而設。蓋遺贈又贈與。侵害遺留分之場合。不可不減殺其侵害之部分。以補充遺留分。此本條所規定也。例如相續財產及相續開始前一年間贈與之價額。二者相合。係一萬圓。而遺留分權利者。受其半額之場合。若於相續財產中。除去遺贈之價額。不達右之半額。則以期達於其半額爲止。不得不減殺遺贈贈與。而其減殺之順序及比例。第一千百三十六條乃至第一千百三十八條中規定之。

減殺 Reduction 云者。取消遺贈又贈與之全部或一部也。故其目的物而係特定物。當使返還其物之全部或一部。係不特定物。當使返還其目的物之全額或一部。而物係不可分之場合。使返還其一部時。先返其全部。而其適法之部分。使遺留分權利者償還其價額可

也。又此場合。受遺者受贈者。辨償侵害遺留分部分之價額。得免返還之義務。此第千百四十四條之所規定也。又在遺贈。受遺者既受取之物。返還之場合極稀。不如豫先控除遺留分而辨濟之爲當。但此場合。與右所述者。無所變更。

減殺之效力。等於遺贈贈與之全部又一部之取消。既如右述。此非與「法律行爲之所謂取消。」^{至一二〇。乃}生同一效力也。故爲遺贈又贈與之目的之權利。非當然移轉於遺留分權利者。惟使受遺者受贈者。負返還之義務而已。但其權利未屬於受遺者又受贈者之場合。實際相續人可不履行其遺贈又贈與。而得免其義務也。

減殺權。惟遺留分權利者有之。其他之利害關係人所無。惟相續人及其他之承繼人。同於他之財產權而得承繼之。而遺留分權利者之債權者。亦依第四百二十三條之規定。得代其權利。至相續債權者。於遺留分權利者。若爲單純承認。則同於他之債權者。故亦當有同一權利。蓋不可認爲專屬於一身之權利故也。

依本條之規定。則遺留分權利者。僅得請求害其遺留分之遺贈又贈與之減殺。未嘗以此遺贈贈與爲無效。故若遺留分權利者不請求減殺。縱使遺贈贈與有害遺留分。未嘗失其效力。又減殺權者。一財產權也。故權利者得拋棄之。但一日拋棄之後。不得復請求減殺。

第一千百三十五條 以附條件之權利、又存續期間不確定之權利、爲贈與遺贈之目的之場合、減殺其贈與又遺贈之一部時、遺留分權利者、須從第一千百三十二條第二項之規定所定之價格、即行給付其餘之價額於受贈者或受遺者。取三項八

依第一千百三十二條第二項附條件之權利、及存續期間不確定之權利、當評價以算定遺留分。然必須減殺之場合則如何。蓋其全部害遺留分之場合、則減殺其全部。未嘗惹起困難之問題。若減殺其一部之場合、將如之何。於此必有二主義。(第一)條件之到來又存續期間經過之後、減殺其一部之主義。(第二)從其評價即減殺其一部而給付殘部之主義是也。而第一主義、理論上之穩當、固不待言。惟如此則使利害關係人、權利義務、狀態久不確定。以致種種之不便。蓋不容疑。第遺留分之算定、既取評價主義。不如從其評價、即減殺一部以給付殘餘之價額、較爲簡便。此本條所由採用第二主義也。例如附條件之遺贈之價格、估作千圓之場合、若減殺其半額、即減殺五百圓。以他之五百圓、給付受遺者。不問後日其條件之成就與否也。

第一千百三十六條 贈與非減殺遺贈之後、不得減殺之。

本條合遺贈與贈與而言。就侵害遺留分之場合而定減殺之順序也。蓋被相續人侵害遺

留分以前得自由處分其財產。然贈與皆係生前處分。必於遺贈生效力前。已生效力可知。若遺贈之全部一部減殺。已足以保全遺留分之場合。則不必減殺贈與。蓋被相續人在爲贈與之時。毫無侵遺留分之事實也。此本條所以定贈與非減殺遺贈之後。不得減殺也。

第一千百三十七條 遺贈應其目的價額之割合而減殺之。但遺言者於其遺言上表示別

段之意思時。從其意思。取三八

本條僅減殺遺贈之場合。而不必減殺遺贈全部時。定如何減殺之之方法也。夫遺贈之全部。侵害遺留分之場合。固當減殺其全部。其間自無甲乙之別。若不必要減殺其全部之場合。則某之遺贈。果比他之遺贈先減殺乎。將平等減殺之乎。此本條所由規定也。本條就原則而言。當應其目的之價格。平等減殺之。例如遺贈之總額。係一萬圓。當減殺其七千圓之場合。則各遺贈皆當減殺其十分之七。但此不過推測遺言者之意思而已。若遺言者其遺言中。表示別段之意思。則當從之。例如遺言者知侵害其遺贈之遺留分。恐有減殺之請求。豫先命依一定之順序以減殺之。又某遺贈。必須辨濟其全部。若減殺則僅能於他之遺贈上行之。此等定法。皆無不可。

第一千百三十八條 贈與之減殺。始於後之贈與。順次及於前之贈與。

本條定減殺贈與之方法也。大凡遺贈。於遺言者死亡時即生其效力。故附停止條件之遺贈。以自條件成就之時生其效力爲原則。而依第一千百三十五條規定。可即行評價以減殺之。故其減殺。與他之遺贈異。其有減殺之情事。則平等減殺之。此本則也。至於贈與不然。以彼生效力之時期不同。凡侵害遺留分所爲之一切贈與。皆係適法者。毫無可減殺之理由。故贈與侵害遺留分之場合。其減殺順序。始於後之贈與。順次及於前之贈與。皆以爲至當之辦法。此本條之所以規定也。

第一千百三十九條 受贈者。於其應返還之財產之外。又要返還請求減殺之日以後之果實。

本條於贈與減殺之場合。定返還目的物之果實之義務也。蓋果實所以成原本之一部。其採取果實當時。屬於元本之所有者。固屬當然。而自嚴密之理論言之。害遺留分之贈與。違法者也。苟業已有減殺之請求。自贈與之時其全部一部。既已無效可知。其果實自贈與之日以後。皆須返還。且即使不取此主義。彼侵害遺留分之贈與。乃相續開始之日。既已確定。至少當自確定之日。返還果實。此法則外國行之者多。而本條不取此主義。僅返還請求減殺之日以後之果實。何以故。蓋受贈者在贈與者之生前。其贈與究係有害遺留分否。絕

不能知。又相續開始後。相續財產有幾何。知之甚難。其贈與果常減殺否。不得不作爲不知論。而其對於果實。隨時收取。卽隨時消費者也。故若後日返還贈與之日以後。或相續開始以後之果實。將不得不由其固有財產中出之。是對於受贈者。未免太酷矣。故本條舍嚴密之理論。僅使返還請減殺之日以後之果實足矣。且減殺也者。向將來而取消贈與。使受贈者負返還之義務。未嘗追溯既往而自初視爲未有贈與也。

本條既就贈與而下規定。而對於遺贈。則如何辦法。曰。遺贈既無本條之規定。則當然從右述之理論。其果實一切不與之受遺者。若受遺者既受取遺贈之目的物。收取其果實。則不得應其減殺之部分。返還其全部或一部。蓋遺贈之效力及遺留分。皆確定於相續開始之時。殆不必要本條等破格之規定也。

第千百四十條 應受減之受贈者。因無資力所生之損失。歸於遺留分權利者之負擔。

應受減殺之受贈者。無資力之場合。其損失應歸何人負擔乎。對於此問題而下規定者。有

三主義。(第一)其無資力歸於前受贈者之損失。(第二)控除無資力者所受之贈與。部有一

力之場合。其不能償還之部分。以算定遺留分。其無資力之一部。使前之受贈者負擔之。(第三)歸於遺留

分權利者之損失是也。而本條則取第三主義。此可謂第千百三十八條規定之當然結果。

蓋滅殺也者。使受贈者負返還之義務而已。其人履行其義務與否。非他之受贈者所與知。依第千百三十八條。贈與之滅殺。始於後之贈與。順次及於前之贈與。斷無因後之贈與之受贈者無資力。而滅殺前之贈與之理由也。惟外國有反對之例者。所以保護遺留分權利者。欲使之現實得遺留分耳。然因此而無故害受適法贈與者之權利。未得其當。此本條所以使遺留分權利者負擔因無資力之損失也。

第千百四十一條 附負擔之贈與。於其目的之價額中。控除負擔之價額。得請求其滅殺。本條就附負擔之贈與之滅殺而下規定也。蓋附負擔之贈與之價額。非其目的之價額全部。蓋由其中控除負擔之價額者是也。故當其行滅殺。必須控除負擔之價額以行之。此本條之所由規定。

本條就贈與而下規定。此無他。以遺贈有第千百五條之規定在也。

第千百四十二條 以不相當之對價所爲之有償行爲。當事者雙方知有害遺留分權利者而爲之者。視爲贈與。此場合遺留分權利者。若請求其滅殺時。則要償還其對價。

本條規就有償行爲中當滅殺與否。蓋有償行爲。其非贈與。幾不待言。其對價若不相當之場合。其差額殆同於贈與。故非無視爲贈與之理由。然賣買及其他一切之有償行爲。不必

以相當之對價爲之。而當事者間爲純然之有償行爲之意思者多。此本條取折衷主義。當事者雙方知加損害於遺留分權利者而爲之者。視爲贈與。其他則不得減殺之。蓋就原則而言。有償行爲。縱使以不相當之對價。仍非贈與也。又以例外而言。當事者係雙方之惡意之場合。其意思等於贈與。故視爲贈與。雖許其減殺。亦非不當。惟此場合。減殺其行爲之全部。遺留分權利者。不當而得對價。故其對價。必須償還。

第一千四百十三條 受減殺之受贈者。舉贈與之目的。讓渡他人時。要辨償其價額於遺留分權利者。但讓受人於讓渡當時。知加損害於遺留分權利者時。遺留分權利者。對之得請求減殺。

前項之規定。受贈者於贈與目的之上。設定權利之場合。準用之。

本條定減殺之效力及於第三者否也。而在外國。雖有反對之規定。本條之減殺。則就原則而論。無對於第三者之效力。此其原因。一則減殺使受贈者負返還之義務之結果。一則爲謀取引之安全。其效力不能及於第三者。可知受減殺之受贈者。讓渡其贈與之目的於他人時。當辨償其價額於遺留分權利者矣。讓受人讓渡當時。知有損害遺留分權利者之事。遺留分權利者。對之得請求減殺。蓋此場合。讓受人係惡意。故對之而許減殺。並非蒙以意

外之損失也。但此場合。遺留分權利者。有選擇權。或對於受贈者。得請求價額之辨償。或對於讓受人。得請求贈與目的之返還。而對於其一方為請求。不得全部辨償。又返還時。其殘額上。對於他之一方。亦得為請求。

受贈者不讓渡贈與目的之全部於他人。而於其上設定地上權、永小作權、地役權、質權、抵當權等之權利時。則如何。此場合。據外國多數之例。其權利皆當消滅。是實不得其當。況與贈與目的全部之讓渡。未見有異其規定之理由。故本條第二項於此場合。準用第一項之規定。蓋就原則而言。受贈者當辨償其權利之價額。惟以例外論。則其權利者權利設定之當時。若知有害遺留分權利者之事。則遺留分權利者對之得請求減殺。即得請求其權利之全部又一部之消滅者也。

本條第二項之規定亦適用之於賃借權否。曰。不動產之賃借權限。於登記者適用之。此由第六百五條所生之當然結果。

本條僅就贈與而下規定也。其於遺贈則如何。曰。遺贈當於行使減殺權之後而履行之。故受遺者讓渡其目的於他人。實際甚稀。此所以法文無特別之規定乎。雖然。若履行遺贈之後。受遺者讓渡其目的於他人。則果生如何之問題。以余之所信。在此場合。減殺對於第三

者生效力。前既論之。應受減殺之遺贈及贈與。苟無請求減殺之事。固爲有效。若有減殺之請求。則其全部或一部爲違法。若無本條之規定。或於贈與上。亦當生物權的效力。惟在贈與。既特設本條之規定。以取反對主義。而於遺贈。不設何等規定。故不得不遯及減殺之本質。對於第三者而生效力。而其所以生此差異之理由者。遺留分權利者。必係相續人。相續人之權利。確定於法律上相續開始之時。然遺贈之效力。則確定於相續開始之時。或其後。故其遺贈之全部或一部。謂之自初違法。亦無不可。反之。贈與於相續權利未發生之時。其效力既確定。故後日所生之相續權。不爲之而失其效力。雖非法理之常道。然在善意而取得其目的之第三者。不得不謂爲既取得完全無缺之權利者也。

第一千四十四條 受贈者及受遺者。在受減殺之限度。得辨償贈與又遺贈目的之價額。於遺留分權利者。以免返還之義務。前項之規定。前條第一項但書之場合。準用之。

本條與受贈者及受遺者以一權能而保護之也。蓋減殺之目的。專在使遺留分權利者。得一定之財產額而已。故其財產。不必問其爲何種。然爲受贈者受遺者計。必欲得贈與遺贈之目的。即使之辨償價額。亦無妨也。故本條得辨償其價額。以免返還之義務。

本條第二項。於前條第一項但書之場合。讓受人。亦與以同一之權能。此因有同一之理。

由故也。而前條第一項但書之規定，準用於同條第二項。故右第二項之場合，亦認有同一之權能云。

第千四百四十五條 減殺之請求權。自遺留分權利者知有相續之開始及應減殺之贈與與遺贈事實之時。一年間不行之。則因時效而消滅。自相續開始之時。經過十年者。亦同。

證一
五

本條所以定減殺權之時效也。蓋此權利。係峻嚴之權利。受贈與受遺者。因此生莫大之損失。且有時害第三者之權利。若於數年乃至十數年之後行之。則其弊害。不可勝言。故本條認一年之短期時效。惟其起算點。則係遺留分權利者。知相續開始及應減殺之贈與又遺贈事實之時也。按諸實際。大抵係調查相續財產確知其實額之時。但如贈與。往往相續開始後。數年之後。始發見之。又相續人在遠隔地之場合。數年之後。始知相續開始之時。蓋其所以設短期時效者。據右所述之理由。在遺留分權利者。不知有減殺權之時而消滅之。則頗失之酷。反乎認減殺權之精神也。故特定右之起算點。但本條比普通之時效。其期稍短。遺留分權利者。因不知有減殺權。致其權利。經過普通時效。不得以之為存續之理由。此係一債權。就通則論。自得行使權利之時者。十年後。當遇時效。一六六一項。可知自相續開始

之時。經過十年。縱使遺留分權利者不知其有滅殺權。而其權利亦必當消滅也。

第一千四百十六條 第九百九十五條、第一千四條、第一千五條、第一千七條、及第一千八條之規定。準用於遺留分。

本條準用遺產相續之規定於遺留分。蓋遺產相續之場合。相續人之遺留分。亦即其相續分。似不必要準用此規定。但相續分與遺留分。範圍不同。遺產相續人中。非有遺留分。故特頒準用規定。況準用之規定中。家督相續之場合。亦適用之。請就左列各條而論之。

第一 第九百九十五條

此條關於代位相續。凡因代位相續遺留分權利者之直系卑屬。爲相續之場合。亦可受同等之遺留分。

第二 第一千四條

此條在遺產相續同順位之相續人。有數人之場合。以定各自之相續分者也。而遺留分。亦應其相續分之比例以定之。例如直系卑屬又直系尊屬有數人之場合。其各自之遺留分相等。從而直系卑屬有二人之場合。其各自之遺留分。爲被相續人財產之四分之一。若直系尊屬有三人。其各自之遺留分。爲被相續人財產之九分之一。又直系卑屬中有庶子或

私生子者。則其遺留分爲嫡出子遺留分之二分之一。故有嫡出子二人庶子一人。各嫡出子之遺留分。爲被相續人財產之十分之二。庶子之遺留分。則其十分之一也。

第三 第一千五條

此條定代位相續之場合之相續分。與第九百九十五條之準用。殆相重複。但彼所以定代位遺留分之法則。此則定其範圍。卽此場合之直系卑屬之相續分。同於其直系尊屬所可受者。故前項最後之例。若嫡出子一人死亡。其子爲代位相續之場合。其遺留分爲十分之二。若庶子死亡。其子爲代位相續之場合。縱使其子係嫡出子。仍止受遺留分十分之一。

第四 第一千七條

此條相續人由被相續人受遺贈或贈與之場合。而定算入其價額於相續分中之旨者也。而此則準用於遺留分。故凡依第一千七條當算入相續財產者。遇遺留分之算定。亦應算入之。且應由遺留分中扣除之。又其額等於遺留分或超過之時。一切不得受遺留分。

此條於家督相續人之遺留分上。亦可準用之。故家督相續人。由被相續人處受遺贈。又爲婚姻、養子緣組、分家、廢絕家再興。或作爲生計之資本而受贈與者。應算入相續財產中。又自其遺留分中扣除之。若其價額。同於遺留分之價額。又超過之時。全然不得受遺留分。

第五 第一千八百條

此條所以明第一千七條之適用也。蓋第一千七條。既準用於遺留分。則此條亦不得不準用。

上海图书馆藏书



A541 212 0020 49988

~~E 12805~~

商務印書館發行

孟森編

訂新編法學通論

定價 二角五分

凡研究法學者必先讀法學通論吾國
 國體改定以來法律學尤為國民不可
 少之知識本館特新編本國切用之法
 學通論一書凡十二章主重本國法律
 之沿革及精神提綱挈領綜貫會通與
 尋常翻譯之本迥然不同凡學律學校
 授課及自修者不可不手一編誠研究
 本國法學者所宜急讀之書也

壬六七〇號

辛亥年五月初版
 中華民國二年五月三版

法學名著十二冊

(全部定價大洋拾肆元)

民法要義相續編一冊

(每冊定價大洋壹元)

原著者

譯述者

發行者

印刷所

總發行所

分售處

日 山 務 印 書 館 瀾

上海北河南路北首寶山路

上海棋盤街中市

北京 奉天 龍江 天津 濟南

開封 太原 西安 成都 重慶

安慶 長沙 桂林 漢口 南昌



翻印必究



一八三



世界圖書館