

民律下

中華六法三

商務印書館印行

民律草案

第三編 物權

謹按物權者直接管領特定物之權利也此權利有對抗一般人之效力（即自己對於他人之權利）若人爲害及其權利之行爲時有可以請求勿爲之效力）故有物權之人實行其權利時較通常債權及其後成立之物權占優先之效力謂之優先權又能追及物之所在而實行其權利謂之追及權既有此重大之效力自應詳細規定使其關係明確此本編之所由設也

物權之種類古今立法例亦不一致本編斟酌本國之習慣及多數之立法例分物權爲所有權地上權永佃權地役權及擔保物權四種

本編先規定所有權次規定用益物權（以物之使用及收益爲內容之物權）終規定擔保物權（其物權之內容在使物之交換價格歸屬於權利人）於理論最協又先規定各種物權共通之法則次規定各種物權之特則及附隨債權之法則以期合於實際之用故其次序第一章通則第二章所有權第三章地上權第四章永佃權第五章地役權第六章擔保物權至占有乃保護行使權利屬於事實之法律關係非物權也然與物權類似錄於本編爲最便並設第七章以規定之

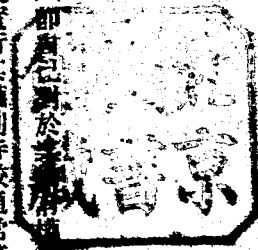
民律草案 第三編 第一章 通則

一



3 2285 0672 5

MG
D929.6
2191
22



第一章 通則

第九百七十八條 物權於本律及其他法律有特別規定外不得創設

〔理由〕謹按物權有極強之效力得對抗一般之人若許其以契約或依慣習創設之有害公益實甚故不許創設又民律爲普通私法故特別物權及附隨特別物權之債權應以特別法規定之此本條之所以設也

第九百七十九條 依法律行爲而有不動產物權之得喪及變更者非經登記不生效力

〔理由〕謹按物權既有極強之效力得對抗一般之人故關於不動產物權得喪變更之法律行爲若不令其履行方式即對於第三人發生效力第三人必蒙不測之損害充其弊必至使交易有不能安全之虞自古各國爲保護第三人之利益及交易安全計設種種制度現今各國爲達此目的亦設種種制度其款目雖繁舉其重要大別爲三一曰地券交付主義二曰登記公示主義三曰登記要件主義

地券交付主義者各土地設地券交付於權利人於券上記載不動產物權之得喪變更以確定不動產物權之權利狀態使有利害關係之第三人得就該地券推知該不動產物權之權利狀態也

登記公示主義者於各不動產所在地之官署備置公簿於簿上記載不動產物權之得喪變更使有利害關係之第三人得就該公簿推知該不動產物權之權利狀態而不動產物權之得喪變更若不登記於該公簿上則不得以之對抗第三人也（雖不能對抗第三人然當事人之間僅依意思表示即完全生效力）登記要件主義者於各不動產所在地之官署備置公簿於簿上記載不動產物權之得喪變更使有利害關係之第三人得就該公簿推知該不動產物權之權利狀態而不動產物權之得喪變更若不登記於該公簿上不能生不動產物權得喪變更之效力也（非但不能對抗第三人即當事人之間亦不能發生效力）

地券交付主義辦法失於繁雜登記公示主義有已成物權不得對抗第三人之弊與物權之本質不合理論上亦不當本案均不採用登記要件主義辦法既簡捷易行亦不至有不得對抗第三人之物權就實際理論言之均臻妥協此為本案所採用也

不依法律行為而有不動產物權得喪變更之事者以法令別無規定為限無須登記即生效力蓋此時通例無第三人無所用其保護也本條首揭依法律行為意在於此

第九百八十條 動產物權之讓與非經交付動產不生效力但讓受人先占有動產

者其物權之移轉於合意時生效力

讓與動產物權時讓與人若繼續占有動產讓與人與讓受人間得訂立契約使讓受人因此取得間接占有以代交付

以第三人占有之動產物權而為讓與者讓與人得以對第三人之返還請求權讓與讓受人以代交付

前三項之規定於讓與無記名證券者準用之

〔理由〕讓按動產物權之讓與與不動產物權之讓與同為保護第三人之利益及保護交易安全計應設一定之方式而動產與不動產異既無一定之地位且種類極多不得援用不動產物權應登記之例自不待言自古各國皆以交付（即占有移轉）為動產物權讓與之公示方法又以交付為動產物權成立之要件蓋占有移轉最能使第三人自外部推知動產物權之權利狀態也惟交付主義又分為二一為交付公示主義以占有移轉為讓與動產物權之公示方法在占有移轉以前當事人不得以動產物權之讓與對抗第三人（雖不能對抗第三人而當事人間依意思表示即完全生效力）一為交付要件主義以占有移轉為動產物權讓與成立之要件在占有移轉以前物權之讓與雖不得對抗第三人即於當事人間

亦不發生效力交付公示主義辦法繁雜於交易上殊多不便且有已成物權而不得對抗第三人之弊就事實理論言之均覺未協交付要件主義異是此第一項之設也依讓與以外之權利原因取得動產物權者以法令別無規定爲限無須占有移轉即應發生效力例如因繼承而取得動產物權是也本條指明讓與意在於此

動產物權之讓與雖以交付爲要件（此交付指現實之交付而言即讓與人將其現在直接之占有移轉於讓受人也）然讓受人於讓與之先已占有其動產者當其讓與時祇須彼此合意移轉其物權即發生讓與之效力（謂之簡易交付）若於讓與之後讓與人仍繼續占有其動產者讓與人與讓受人得訂立契約使生讓受人應取得間接占有之法律關係（例如另結貸借契約是也）以代交付（謂之占有改定）又以第三人占有之動產物權而行讓與者讓與人得以其向第三人請求返還權讓與讓受人以代交付以上三者似與以交付爲要件之主義不合然爲使動產物權易於移轉起見不能不設變通之法此第一項但書及第二項第三項之所由設也

無記名證券本可視爲動產故應準用動產物權讓與之規定此第四項之所由設也

第九百八十一條 一物之所有權及其他物權同歸於一人者其他物權因混同而

消滅但物權存續所有人或第三人於法律上有利益者不在此限
前項之規定於占有不適用之

〔理由〕蓋按一物之所有權及其他物權同歸於一人時其物權因混同而消滅例如甲於乙所有土地有地上權其後乙爲甲之繼承人時地上權與所有權混同地上權應消滅自理論言之混同祇不能實行權利而已不得爲權利消滅之原因然必使不能實行之權利存續既無實益徒使法律關係越於錯雜故混同仍應爲權利消滅之原因此爲原則亦有例外一物之所有權及占有同歸於一人時其占有不因混同而消滅蓋占有本不問其有無權利皆受法律之保護故也二一物之所有權及其他物權同歸於一人時若所有人或第三人於其物權存續有法律上之利益時其物權不因混同而消滅蓋有時若因混同而消滅必至害及所有人或第三人之利益例如甲將其所有土地先抵當與乙乙爲第一抵當人次又抵當與丙丙爲第二抵當人若其後甲爲乙之繼承人則乙前有之第一抵當權仍舊存續甲（此時仍爲所有人）有法律上之利益蓋丙之第二抵當權本不能得完全之清償若使第一抵當權消滅則丙遞升爲第一抵當權人能受完全之清償受其害者在甲故第一抵當權存續於甲有法律上之利益又如甲於乙所有土地有地上權將其抵當於丙其後丙向乙償得此土地則丙（第三人）於地上權存續有法律上之利

益蓋地上權消滅則丙之抵押權因標的物消滅而消滅不利於丙實甚也此本條之所由設也

第九百八十二條 所有權外之他物權及其為標的物之權利同歸於一人者其權利因混同而消滅

前條第一項但書及第二項之規定於前項準用之

〔理由〕讓接所有權以外之物權及其為標的物之他種物權同歸於一人亦應用前條之例而消滅例如甲以其地上權抵押於乙其後甲為乙之繼承人則乙之抵押權因混同而消滅然甲若先將其地土權抵押於乙乙為第一抵押權人次又將其地上權抵押於丙丙為第二抵押權人其後甲為乙之繼承人則甲於乙之第一抵押權存續有法律上之利益故不因混同之故而使其消滅此本條之所由設也

第二章 所有權

讓接所有權為最重要之物權自古學者聚訟滋多各國之立法例亦不一致本案參酌各種學說及各國之立法例特設本章之規定

第一節規定所有權之通則第二節規定不動產所有權第三節規定動產所有權第四節規定共有

第一節 通則

民律草案 第三編 第二章 所有權

謹按本節爲所有權之共通法則第九百八十三條至第九百八十五條規定所有權之內容及其範圍第九百八十六條及第九百八十七條規定本於所有權之請求權

第九百八十三條 所有人於法令之限制內得自由使用收益處分其所有物

〔理由〕謹按所有權者依其物之性質及法令所定之限度內於事實上法律上管領其物唯一之權利不能將其內容悉數列記特設本條以明所有權重要之作用且以明所有權非無限制之權利也

限制所有權之法令有二一爲公法之限制一爲私法之限制民律所定以私法之限制爲主若公法之限制不能規定於民律中也

第九百八十四條 所有人於其所有物得排除他人之干涉

他人因避生命身體自由財產現有之危險不得已而有干涉行爲並因危險所應發生之損害較重大於因干涉所應發生之損害者不適用前項之規定但所有人仍得請求損害賠償

〔理由〕謹按所有人得自由行使其權利可要求一般之人不得稍加妨害若他人干涉其所有物時得排除之惟他人干涉之他人及他之他人皆在其內因其生命身體自由財產現有危險欲行避免而有干

塗之舉動者是爲緊急行爲所有人亦不得排除之此乃當然之理故特設本條以明示其旨

第九百八十五條 物之成分於分離後仍屬其物之所有人但本律有特別規定者

不在此限

〔理由〕謹按除法律有特別規定或當事人有特約外凡滋息均屬於原物之所有人此亦當然之理（參看第九百八十三條）然物之成分分離以後是否爲原物之一部分抑另爲一新物體或以其物爲其所須另有權利原因若不規定明晰必有爭論故特設本條凡物之成分分離後依然屬於其物之所有人此爲原則如物之成分分離後善意占有人取得其所有權時則不屬於其物之所有人此爲例外

第九百八十六條 所有人對於以不法保留所有物之占有者或侵奪所有物者得回復之

〔理由〕謹按本於所有權之請求權其目甚繁本案以所有物之回復請求權及所有權之保全請求權規定於本節中而以對於占有人之歸還滋息請求權及損害賠償請求權規定於占有中占有權之確認請求權規定於民事訴訟律中本於所有權之執行參加權規定於執行律中此外一切本於所有權之請求權於相當之處規定之本條所定即所有物之回復請求權蓋所有人占有其標的物始能全其所有權故

無權利而繼續占有他人之所有物或侵害他人之所有物者所有人得向其取回此本條之所由設也

第九百八十七條 所有人對於用前條以外之方法妨害其權利者得請求除去之
有依前項方法妨害其權利之虞者所有人得請求禁止足為妨害之行爲

〔理由〕蓋按用保留或侵奪以外之方法妨害所有人之權利者應使所有人得向妨害人請求除去妨害
即有妨害其權利之虞時亦得請求禁止足為妨害之行爲否則不能完全保護所有權也

第二節 不動產所有權

蓋按不動產所有權有二一為土地所有權一為建築物所有權本案第九百八十八條至第九百九十條規定取得不動產所有權之特則第九百九十一條至第一千零二十二條規定土地所有權之內容及其限制第一千零二十三條規定建築物所有權之特則第一千零二十四條至第一千零二十六條規定不動產所有權消滅之特則

第九百八十八條 以不動產所有權之移轉為標的而結契約者須以文書訂之

〔理由〕蓋按不動產所有權之移轉大抵須締結契約此項契約必須以文書訂之始確實可據俟遺囑移轉不動產所有權者應依遺囑之特別方式此當然之理無須另設明文規定也

第九百八十九條 無主土地屬國庫所有但淤淺洲渚涸河及冲斷地所有權之取得另以法令定之

〔理由〕謹按尙未屬於私人所有之土地屬國庫不得以爲無主物而許人先占奪起爭奪有善秩序至淤淺洲渚（因流水冲積淤積成陸之地及因水量減退或其他原因河中新生之洲島皆是）涸河及冲斷地（沿岸地其一段因水流急變分爲二與他沿岸地之一段附屬另成爲一段地是也）等所有權之取得方法與地方之習慣及河川法等有密接關係應任其適用特別法無須於民律規定也

第九百九十條 取得不動產之所有權無須登記者取得人非爲取得登記後不得處分所有物但法令有特別規定者不在此限

〔理由〕謹按取得不動產所有權有時不必登記例如繼承拍賣是也此時以法律上未定有明文爲限其新所有人不得於登記其取得之前處分其所有物蓋登記之所有人與現在之所有人必須一致始能確保交易上之安全若未爲取得之登記即能處分其所有物是登記之所有人非現在之所有人矣故股本條以杜其弊

第九百九十一條 土地所有權於法令之限制內及於地上地下若他人之干涉無

礙其所有權之行使者不得排除之

〔理由〕謹按所有權者依其物之性質及法律規定之限制內於事實上管領其物之權利也故土地所有人在法令之限制內於地面上地下皆得管領之然因此遠使土地所有人於他人於其地上地下爲不妨害其行使所有權之行爲均有排除之權保護所有人未免偏重在所有人既無實益而於一切公益不無妨礙此本條之所由設也

第九百九十二條 土地所有人因鄰地所有人之請求關於疆界不明之處負協力確定之義務

〔理由〕謹按土地之所有權不得超越土地之疆界而其疆界由人定之若有疆界不明應認各土地所有人有確定疆界權俾土地所有人能完全行使其權利

第九百九十三條 土地所有人得與鄰地所有人以共同費用設足以標示疆界之物設置及保存界標之費用相鄰人平均擔負測量費用按土地廣狹分擔之

〔理由〕謹按鄰接地現在並無爭執之疆界及鄰接地曾經審判確定之疆界須使其疆界明確易於辨認免起訟端故特設本條認設立界標權規定設置界標及保存界標所需費用之擔負方法也

第九百九十四條 土地所有人於自他土地有煤氣蒸氣臭氣煙氣音響振動及與此相類者侵入時得禁止之但其侵入實係輕微或按土地形狀地方習慣認為相當者不在此限

〔理由〕謹按土地所有人於自己之土地內設工場其煤氣蒸氣臭氣等發散累及鄰地之所有人致使其不得完全利用其土地者鄰地之所有人自應有禁止之權然其侵入實係輕微或依其土地之形狀地位及地方慣習認為相當者應令鄰地所有人忍受不得有禁止之權此本條所由設也

第九百九十五條 建築工作物自疆界線起須有一定距離並注意豫防鄰地損害前項距離另以法令定之

〔理由〕謹按於接近疆界線地面興修工程及於地下興修工程者有時不得利用鄰地自不免加以妨害故特設第一項俾得完全利用鄰地至距離若干依習慣為宜若無習慣應調查各地方之情況定之此第二項所由設也

第九百九十六條 違前條規定而建築工作物者土地所有人得請求廢止或變更其建築但自著手築建已逾一年或其建築已成者僅得請求損害賠償

〔理由〕謹按鄰地違背前條規定建築房屋時土地所有人得請求建築人廢止其建築或變更其建築此所有權管轄之作用然遲許其絕對發展此項作用無論建築者手已經過若干時或建築已否竣功均可請求廢止變更亦有害於私人及國家之經濟故著手已逾一年或已竣功者僅使其得請求損害賠償不得請求廢止或變更也

第九百九十七條 種植竹木自疆界線起須有一定距離

第九百九十五條 規定於前項適用之

〔理由〕謹按種植竹木亦應有一定之距離庶不致害及鄰地而其距離依地方之情形及所種植之竹木並鄰地之狀態而異宜以法令定之較為妥協此本條之所由設也

第九百九十八條 土地所有人遇鄰地竹木之枝根有越疆界線者對竹木所有人得行催告令其於相當期間內刈除之

竹木所有人不應前項之催告者土地所有人得刈除越界竹木之枝根作為已有越界竹木之枝根若與土地之利用並無妨害不適用前二項規定

〔理由〕謹按鄰地竹木之枝根越疆界線妨害其利用土地者應聽土地所有人以便宜之方法處置之故

予以刈除權以保護其所有權然刈除亦需勞力及費用即以取得刈除之枝根以資取償

第九百九十九條 果實有落於鄰地者視為該地之果實但該地若係公用地不在此限

〔理由〕謹按落於鄰地之果實是否應歸原物之所有人抑歸鄰地之所有人自古立法例即不一致本案則視為鄰地之果實以維持相鄰人間之和平若鄰地係供公眾使用之地例如公行道路等既不能以其果實為公眾之所有莫如仍視為原物所有人之果實以免爭執此本條之所由設也

第一千條 土地所有人遇由隣地自然流至之水不得妨阻

〔理由〕謹按土地所有人若圖一己之利益任意脩築堤防開鑿溝渠妨阻由鄰地自然流至之水鄰地必變為澤國漸成廢土既有礙公眾之衛生且有害國家之利益姑特設本條使土地所有人有承水之義務（自鄰地言之則為排水之權利）

第一千零零一條 水流若因事變在低地阻塞高地所有人得自以費用施必要之工事以疏通之

前項擔負費用若有特別習慣者從其習慣

〔理由〕謹按承水地之所有人不得妨阻自然流至之水此爲消極之義務既使負此義務即應與以積極之權利蓋自然流至之水因事變在低地阻塞時若不界以疏通之權則流至之水源源而來停蓄之水復無去路其土地勢必變爲澤國故本條許其有排水權以保護其土地也

第一千零零二條 甲地因蓄水排水或引水所設之工作物破潰阻塞致損害及乙地或恐其及之者甲地所有人須自以費用施必要之工事修繕疏通或豫防之前條第二項規定於前項適用之

〔理由〕謹按在甲地之蓄水排水等工作物因破潰或阻塞致水汎濫流溢者其損害必及於乙地乙地雖有承水之義務然必令其受此損害是加重其義務矣故特設本條使甲地所有人負修繕之義務

第一千零零三條 土地所有人不得設置使雨水流及於鄰地之工作物

〔理由〕謹按鄰地雖有承水義務然設置工作物使雨水直下至鄰地若令鄰地亦不與較是亦加重其義務有害鄰地之土地故特設本條不使土地所有人設置此等工作物

第一千零零四條 高地所有人欲使浸水之地乾涸或排泄家用農工業用餘水以至河渠或溝道爲界得使其水通過低地

前項水道須擇於低地損害最少之處所及方法爲之

高地所有人須對低地之損害支付償金

〔理由〕謹按浸水地使其乾涸及排泄家用及農業工業用之餘水爲人類爲生及利用土地所必需者本條

一面認高地所有人之所有權一面復保護低地所有人之利益也

第一千零零五條 土地所有人因使其土地之水通過得使用高地或低地所有人所設之工作物但須按其受益之分擔負設置保存工作物之費用

〔理由〕謹按高地及低地之所有人爲疏水故於自己土地上設工作物其他之土地所有人爲使水通過得使用之否則必更設置同一目的之工作物贖廢財物殊甚故設本條以防其弊

第一千零零六條 甲地所有人非通過乙地不能安設水管煤氣管及電線或雖能安設費用過鉅者得通過乙地之上下而安設之但安設時須擇乙地損害最少之處所及方法並對乙地所有人支付償金

〔理由〕謹按爲利用土地必需安設水管煤氣管及電線者得使用隣地以全其利用惟隣地之利益亦須

保護藉昭公允

第一千零零七條 依前條安設水管煤氣管電線後情事若有變更乙地所有人得請求甲地所有人變更其安設

變更安設之費用由甲地所有人擔負之但有特別情事者得使乙地所有人擔負其費用之一部

〔理由〕謹按安設水管煤氣管電線後因情事變更無須使用乙地者應使乙地所有人有請求變更安設之權以保護其利益而變更費用以無關於乙地之利益爲限應使甲地所有人担負之藉昭公允

第一千零零八條 不通公路之土地所有人因至公路得通行周圍地但通行地因而生損害者須支付償金

前項規定於土地所有人若不通行他人土地而至公路其費用過鉅或有非常不便者適用之

前二項情形通行權人須擇自己所必要及周圍地損害最少之處所及方法爲之

〔理由〕謹按不通公路之土地及通公路非常困難之土地不得不於其四周圍繞地之所有權量加限制故許此項土地之所有人對於四周圍繞地有通行權所以全其土地之用也

第一千零零九條 有通行權人得開設道路但通行地因而生損害者須支付償金

〔理由〕蓋按欲使土地之所有人完全行使其通行權應予以開設道路之權此本條之所由設也

第一千零十條 因土地一部之讓與分割致有不通公路之土地者土地所有人欲

至公路僅得通行讓受人讓與人或其他分割人之所有地

前項情形通行權人無須支付償金

〔理由〕蓋按因土地之一部讓與或分割致生不通公路之土地者其結果由當事人之任意行爲而然故

其土地之所有人祇能不給報價而通行於讓受人取得之公路接續地或讓與人現存之公路接續地或

已屬於他分割人之公路接續地其他之隣地所有人不負許其通行之義務

第一千零十一條 三建築物其所有人各異並其間有空地者土地所有人得與隣

地所有人以共同費用在其疆界安設圍障

安設保存圍障之費用相隣人平均擔負之

〔理由〕蓋按二建築物其所有人不同且其間有空地時應使各所有人得設圍障防止隣人自由進入俾

得安全利用建築物及行使土地所有權本條一面認其有設置圍障之權一面更明示擔負費用之方法

第一千零十二條 圍障須用七尺高之垣牆但當事人有特約或另有習慣者依其特約或習慣

相隣人之一造得自以費用安設高於前項所定之圍障

〔理由〕蓋按圍障之高低當事人彼此協議者依本條未協議而有習慣者依習慣所以重當事人之意思且以順民情也若當事人無特約復無習慣須有法定之高度以爲準繩始能杜無益之爭但相隣人之一造願以自己之費用設置高於法定尺寸之圍障者雖因於彼造之利益並無損害也

第一千零十三條 土地所有人得禁止他人入其內地

前項規定按習慣得入他人未設圍障之山林或牧場刈取雜草或採取其天產物者或依漁業法狩獵法之規定得入他人地內捕魚或狩獵者不適用之

〔理由〕謹按土地之所有人得禁止他人入其地內以維持其所有權之安全惟依地方之習慣或特別法之規定他人能入其地內者不得禁止蓋不肯於公益之習慣及特別法之規定無須以本律限制之也

第一千零十四條 土地所有人因隣地所有人在其疆界或旁近營造或修繕建築

物以有必要情形爲限須許其使用土地但因而受損害者有請求償金之權

〔理由〕謹按各土地之所有人在其疆界或其附近營造修繕建築物者應許其使用隣地否則應於疆界線上酌留空地備日後修繕之用棄地既多於經濟上所損害大故本條於隣地之所有權略加制限以防其弊

第一千零十五條 土地所有人遇他人之物品或動物偶至其地內其占有所有人欲尋查收還者須許其進入

因前項情形受損害者土地所有人得請求賠償其未受賠償前得留置前項之物品或動物

〔理由〕謹按因風力水力其他天然力他人之物至自己所有地內或他人之鳥獸魚類至自己之所有地內時若他人欲進入地內從事尋查及收還者該土地之所有人應許之否則不足以保護占有人或所有人之利益也

第一千零十六條 水源地之所有人得自由使用泉水但有特別習慣者不在此限〔理由〕謹按土地之所有權及於該土地之上下故其地地上有泉水水源所有人得自由使用之至其程度

亦有限制其限制以各地方之習慣爲主此本條之所由設也

第一千零十七條 土地所有人因其家用得以償金對隣地所有人請給不用之水但在自己地內無須以過鉅之費用及勞力足以得水者不在此限

〔理由〕謹按各土地所有人得利用其隣地有餘之水蓋於自己地內欲得家用所需之水有時所需費用及勞力過鉅若不使其利用隣地之水於經濟上所損實大故特設此條以維持公私之利益

第一千零十八條 水源地之所有人對於因工事而斷絕或污損泉水者得依侵權行爲之規定請求損害賠償但所斷絕或污損之泉水非飲用或利用土地所必要者不得請求回復原狀

〔理由〕謹按因開鑿土地營造房屋或其他工事致將土地所有人之泉源斷絕或污損者加害人應依侵權行爲之法則任損害賠償之責若回復原狀惟以不得已時爲限始許其請求蓋必使其回復原狀則必除去工事於經濟上所損實大故特設本條以限制之

第一千零十九條 前三條規定於土地所有人使用井水時適用之

〔理由〕謹按井水應與泉水同視故關於泉水之規定亦許其適用於井水此本條之所由設也

第一千零二十條 溝渠及其他水流地之所有人得自由使用其水但有特別習慣者不在此限

〔理由〕謹按水流地之所有人得自由使用公共之流水然其程度應依各地方之慣習否則有害及他人利益之虞又水流地之所有人雖得使用流水然不得處分之例如專用全部流水不使他人使用或變其水質妨及他人使用皆應爲法所不許蓋使用流水可濫用流水則不可也

第一千零二十一條 水流地所有人其對岸地若係他人所有不得變更其水路或幅員

水流地所有人若兩岸土地均係其所有得變更其水路或幅員但須留下游自然之水路

前二項情形若有特別習慣者從其習慣

〔理由〕謹按流水通過一人之所有地內或通過一人所有地之疆界者所有人不得專用其流水否則害及下游地或沿岸地所有人之利益故本條於流水地所有權之內容加以限制

第一千零二十二條 水流地所有人因用水有必要設堰者得使其堰附著於對岸

但因而生損害者須支付償金

對岸地所有人若有用水之權得使用前項之堰但須按其受益之分擔負設置及保存工作物之費用

〔理由〕謹按欲使水流地之所有人全其水之使用權應使其得自設堰或使其得用他人所設之堰此本條之所由設也

第一千零二十三條 一建築物得區分之而各有其一部

〔理由〕謹按所有權之標的物須爲獨立之一體自理論言之建築物之一部分不得爲所有權之標的物然一廣大建築物區分爲若干部分就其一部分有所有權亦屬實際上常有之事本條規定爲調和社會之經濟觀念與法律思想而設也

第一千零二十四條 不動產所有權之消滅由於拋棄者因登記始生效力

〔理由〕謹按不動產所有人得拋棄其權利然僅表示拋棄之意思不生喪失之效力仍以登記爲要亦以維持登記之信用也

第一千零二十五條 前條不動產其先占之權利專屬於國庫

前項不動產國庫以所有人名義登記者取得其所有權

〔理由〕謹按不動產依前條爲無主物時先占其不動產物之權利專屬於國庫蓋此等不動產若使私人有先占之權利必起爭端故特設本條以維持社會之安寧

不動產之所有權爲一種財產權得依讓與繼承時效等而得之此當然之理不待明文規定至沿岸地之所有人取得天生之淤淺洲渚洞河沖斷地之所有權應以特別法規定其法律關係本案從略

第一千零二十六條 不動產之所有權因其標的物滅失而消滅

〔理由〕謹按不動產之所有權因其標的物滅失而消滅例如房屋之所有權於其房屋燒毀後不待塗消登記即時消滅但不動產所有權因公用徵收之消滅時期應以公用徵收之法令定之本案從略

第三節 動產所有權

謹按本節規定動產所有權規定得喪之方法以適於實際之用至動產所有權之內容及其制限可適用通則本節不另設明文

第一千零二十七條 動產所有權之讓受人依第一千二百七十八條及第一千二百七十九條規定受占有之保護者雖讓與人無移轉所有權之權利亦取得其所

有權

〔理由〕謹按凡讓與動產之所有權時若讓與人有移轉其所有之權利則讓受人因讓與之效力取得所有權此當然之理然有時讓與人雖無移轉其所有權之權利讓受人不得藉讓與之效力取得所有權而可藉占有之效力取得所有權如是始能確保交易上之安全也

第一千零二十八條 以所有意思占有無主之動產者即取得其之所有權

〔理由〕謹按無主物因先占而取得其所有權之制度自古各國皆有之其主義分爲自由先占主義及先占權主義自由先占主義者使先占有者自由取得無主物所有權之謂先占權主義者非有先占權之人不得因先占而取得無主物所有權之謂本案既於不動產認先占權主義故復設本條於動產認自由先占主義使先占無主動產者得以其動產爲其所有而利用其動產也

狩獵及漁業亦屬占有無主動產之一法是應以特別法規定之適用本條時應參考狩獵法及漁業法

第一千零二十九條 捕獲之野棲動物回復其自由時視爲無主物但所有人尙在

追捕中者不在此限

馴養之野棲動物不能復歸一定之處所者視爲無主物

〔理由〕謹按家畜應以通常之動產論野棲動物則爲無主物凡此均當然之理故不設明文規定惟被獲之野棲動物及馴養之野棲動物如何仍爲無主物必須規定明確始能杜無益之爭議此本條之所由設也

第一千零三十條 蜂羣移住於他人土地者視爲無主物但所有人尙在追捕中者不在此限

〔理由〕謹按非人飼養之蜜蜂應爲無主物先占者取得其所有權至爲人飼養之蜜蜂則爲飼養主之所有物如何仍爲無主物亦須規定明確始能杜其無益之爭議此本條之所由設也

第一千零三十一條 數所有人之蜂羣移住於他人土地合爲一羣者其蜂羣作爲追捕各所有人之分別共有物

前項分別共有人應有之部分按其所有蜂羣之數定之

〔理由〕謹按甲及乙所有人之蜂羣移住於丙之所有地互相混合而甲乙尙在追捕時甲及乙對於其混合蜂羣之關係應分別共有之始足以昭公允此本條之所由設也

第一千零三十二條 甲蜂羣與他人所有之乙蜂羣相合並住其蜂室者乙蜂羣所

有權及以此爲標之物之他權利其效力及於甲蜂羣甲蜂羣所有權及以此爲標之物之他權利歸於消滅

〔理由〕謹按甲蜂羣與他人所有之乙蜂羣混合且住於乙蜂室者甲蜂羣應屬乙蜂羣所有人之所有權
甲蜂羣之所有人本應防護其蜂羣不使飛逸既不能防護不得不失其所有權也

第一千零三十三條 拾得遺失物人依特別法令取得其所有權

〔理由〕謹按遺失物（失於占有之物）非無主物拾得遺失物人於查明遺失人之主名時須返還其遺失物然遺失人無從查明時其遺失物殆與無主物同故準用先占之法使其爲拾得人之所有但招領遺失物清查遺失人及將遺失物返還遺失人之方法關於行政者甚多應以特別法令定之本案從畧

第一千零三十四條 發見埋藏物而占有之人依特別法令取得其所有權但

埋藏物係在他人所有物中者其所有人取得埋藏物之半

〔理由〕謹按凡發現埋藏物而占有之者（永年埋沒於他物之中不知其所有人之動產）須使其取得埋藏物之所有權以酬其發見之勞但包藏物屬他人之所有時應使其取得埋藏物之半以保護其所有權此時其埋藏物應爲共有物多數之立法例使發見人取得埋藏物之所有權然本案則於發見之外尙以

占有爲必要之條件以杜無益之爭論至探訪埋藏物所有人之方法關於行政者甚多難以特別法令定之本案從略

第一千零三十五條 拾得漂流物或沉沒物之人依特別法令所定取得其所有權

〔理由〕謹按本條理由與一千零三十三條之理由同應參看

第一千零三十六條 動產因附合而爲不動產之成分者不動產所有人取得動產所有權但動產所有人得本其權利原因保留其動產所有權

〔理由〕謹按動產與不動產附合爲其構成之一部分不動產之所有人以其與主物同視者其動產之所有權屬於不動產之所有人否則必有因動產所有權存續而害及經濟之虞例如房屋之瓦既附合於房屋之上勢不能使他人復對於其瓦有動產所有權然依權利原因保留動產之所有權時自不能依附合之原則例如地上權人於他人在其地上栽植之樹木依然有所有權是也

第一千零三十七條 數所有人之數動產相附合非毀損不能分離或欲分離而需費過鉅者各動產所有人按其附合時價格之分共有其合成物
前項附合之動產若得分別主從主物之所有人取得合成物所有權

〔理由〕謹按數動產其所有人各異者數動產附合非毀損不能分離或非過鉅之費用不能分離時作為合成物使各所有人共有之若其物有主從之區別者使主物之所有人專有之蓋數動產既已附合為一若仍使其各所有權存續必有害及經濟之虞故特設本條以杜其弊

第一千零三十八條 前條規定於數所有人之數動產相混合不能識別或欲識別而需費過鉅者準用之

〔理由〕謹按數動產其所有人各異（液體或固體之動產）互相混合不能分別或分別而需費過鉅者應準用附合之法庶免害及經濟之虞此本條之所由設也

第一千零三十九條 依前條規定物之所有權消滅者關於其物之他權利亦消滅
合成物或混合物為物之所有人單獨所有時關於其物之他權利仍存於合成物或混合物之上其為分別共有時存於其應有部分之上

〔理由〕謹按附合及混合皆以舊物另組織一新物也為其構成部分之原體既不能獨立存在故其原物之所有權關及於其物而成立之他項權利均當然消滅然法律務使第三人不因此失其權利以保護利益故原物之所有人為合成物或混合物之單獨所有人或分別共有時使關於原物而成立之他項權利

利存於合成物或混合物或其應有部分之上

第一千零四十條 加工作於他人動產者取得加工物之所有權但材料價格顯逾

因工作而生之價格者其加工物屬材料所有人

加工人若供給材料之一部者其價格合算於因工作而生之價格

依前二項規定材料所有人喪失其權利時關於材料之他權利亦消滅若材料所有人為加工物所有人時他權利存於加工物之上

〔理由〕謹按於他人之動產而為製作圖畫變形彩色印刷鍍金等事者為保護加工人之利益計使加工人取得其所有權總材料（即動產）之價格顯逾工作之價格者為保護材料之所有人計使其加工物仍為材料所有人之所有此第一項所由設也

加工人供給材料之一部時亦應特設明文以定其關係此第二項所由設也第三項之理由與前條同應

參看

第一千零四十一條 因前五條規定受損失者對於因此而受利益之人得依不當利得規定請求償金

〔理由〕蓋按因附合混合及加工等事而受損失者得依不當利得之法則向受利得人請求償金以昭公允亦可請求不法行為之損害賠償此屬當然之理無須另設明文規定也

第一千零四十二條 動產所有權因拋棄其權利而消滅其權利為第三人所取得者亦同

〔理由〕謹按動產所有權雖以交付為要件然不因喪失占有故喪失其所有權但動產所有人拋棄其權利或第三人依占有之效力及其他之原因取得動產所有權時前所有人之動產所有權應歸於消滅至動產所有權因其標的物滅失亦應消滅此乃當然之理無須另設明文規定也

第四節 共有

謹按所有權為事實上法律上能於其範圍內管領物之物權數人不得同時於一物上有數個所有權固不待言然數人共於一物之上有一所有權初無反於所有權之觀念且為近世各國民法所認於實際亦頗重要故設本節之規定

數人共有一所有權其形式有二種一數人依其所有分而以其物為其所有名分別共有二數人不依法律上之所有分分割之共同不分而以其物為其所有名公同共有

第一千零四十三條至第一千零六十二條規定分別共有

第一千零六十三條至第一千零六十七條規定共同共有

第一千零六十八條規定準用分別共有及共同共有之事項

第一千零四十三條 數人按其應有部分而有一物者爲分別共有人
各分別共有人之應有部分未分明者推定爲均一

〔理由〕謹按分別共有者一所有權而有多數權利主體之謂也自論理言之各分別共有人皆有完全之所有權互相競合故必須限制各分別共有人之權利範圍調和其競合使各分別共有人完全享有其權利而欲達此目的應俟各分別共有人理想之分割部分使其共有此第一項所由設也

各分別共有人之應有部分以無反證爲限推定其爲均一蓋分別共有時其應有部分均一者多不均一者少此第二項所由設也

第一千零四十四條 各分別共有人按其應有部分對於分別共有物之全部有使用收益之權

〔理由〕謹按各分別共有人皆爲所有人故得從其應有部分就分別共有物使用或收益之分別共有物

其性質得同時共同使用或收益者各分別共有人得同時使用或收益之例如分別共有之房屋共同居住分別共有之土地所生之滋息共同收益是若分別共有物其性質不得同時共同使用或收益者各分別共有人得依次使用或收益之例如分別共有之車馬本日輪應甲乘坐次日輪應乙乘坐是至其同時使用之方法以契約或審判定之此本條之所由設也

第一千零四十五條 各分別共有人得自由處分其應有部分

各分別共有人非經其餘分別共有人之同意不得對於分別共有物加以變更或爲其他處分

〔理由〕謹按各分別共有人於不害他分別共有人之權利範圍內得行使其權利故分別共有人得將其應有部分讓與他人或以其應有部分供担保之用且分別共有人之債權人得扣押其應有部分但變更分別共有物(變更物之本質及其用法)或讓與他人或以其供担保之用必須他分別共有人同意始能爲之特設本條以定其關係

第一千零四十六條 各分別共有人對於分別共有物得爲保存行爲

各分別共有人非按其應有部分價格之過半數議決對於分別共有物不得爲改

良行爲

〔理由〕謹按各分別共有人於分別共有物之管理行爲中惟保存行爲得單獨爲之至改良行爲必須經多數議決蓋保存分別共有物爲必要之事且費用無幾若改良分別共有物雖屬有益並非必要且費用過鉅應予區別但改良分別共有物於經濟上甚有裨益務使其容易實行故僅以多數決之不必待各分別共有人悉數同意此本條之所由設也

第一千零四十七條 分別共有人之一人拋棄其應有部分或死亡而無繼承人者其應有部分屬於其餘分別共有人

〔理由〕謹按分別共有者各分別共有人之權利競合也若分別共有人之一人拋棄其應有部分或死亡而無繼承人時其競合之程度自應減少而各分別共有人之權利範圍亦應聽其擴張此本條之所由設也

第一千零四十八條 各分別共有人對第三人得就分別共有物全部爲本於所有權之請求但回復分別共有物之請求須爲分別共有人全體之利益行之

〔理由〕謹按各分別共有人既爲所有人即應與所有人受同一之保護故各分別共有人對於第三人得

爲一切行爲與單獨所有人同然關於請求回復其分別共有物非爲分別共有人全體而爲之惡害及分別共有人利益至爲分別共有人全體請求回復共有物應依何種方法則依當事人之意思及審判衙門之意見爲最適當例如請求交付標的物於各分別共有人之代理人爲各分別共有人請求提存或於不得爲提存時請求將標的物交付於審判衙門所選定之保管人皆爲實際上最適當之方法總之各分別共有人祇能依其應有部分向他分別共有人主張所有權而已此事理之所當然故於此不另設明文也

第一千零四十九條 各分別共有人按其應有部分於分別共有物之擔負有清償之義務

前項規定於當事人有特別契約者不適用之

〔理由〕謹按各分別共有人既可對於分別共有物依其應有部分享受利益自應就分別共有物所擔負之管理費收益費及一切租稅捐款等負擔清償之義務但此等事項無關公益當事人可以契約定之

第一千零五十條 因清償分別共有物之擔負而分別共有人之一人對於其他分別共有人有債權者得向其人及其特定承受人請求償還

〔理由〕謹按分別共有人之一人清償分別共有物之擔負過於自己應分担之部分者俟不營利得法嗣

對於他分別共有人有求償權此當然之理而為保護權利人計此求償權不惟對於求償義務人（即他分別共有人）有之即求償義務人將其應有部分讓與他人時對於他人亦有之此本條所由設也

第一千零五十一條 各分別共有人得隨時請求分割分別共有物但仍得訂立十年以內不分割之契約

若有重要事由各分別共有人雖有前項契約亦得請求分割

〔理由〕謹按分別共有有依法律行為取得者有依法律之規定取得者（例如贈與附合混和等是）而分別共有為一所有權則其喪失之原因亦與所有權同（例如標的物滅失是）此等事理之當然不另設明文規定然分別共有為所有權之變體不能無特別喪失之原因例如分別共有人之應有部分歸分別共有人之一人時（第一千零四十七條）或分割分別共有物時其分別共有之關係銷滅是應有部分歸分別共有人之一人而消滅為當然之理亦不待明文規定也至因分割而消滅則理論上及實際上均屬重要各國皆詳定於民法本案亦從之

分割者以分別共有關係消滅為目的之清算程序也分別共有於改良分別共有物不無妨礙（例如甲分別共有人欲改良而乙分別共有人不欲是）且於分別共有物之融通亦多阻礙（例如欲賣分別共

有物非各分別共有人同意不得爲之而得各分別共有人同意其事其權（國家經濟既受損害並易啓各分別共有人彼此之爭論故法律不能不手各分別共有人以隨時請求分割之權使分別共有之關係容易消滅於公私皆有益此第一項前段所由設也

分別共有物急速分割有不利益於分別共有人者故使各分別共有人得以特約訂明於一定之期間內不得請求分割然有重要之事由例如當分別共有物變價最有益之時不問有無契約各分別共有人亦得請求分割否則不能保護分別共有人之利益此第一項但書及第二項所由設也

第一千零五十二條 分割依分別共有人之協議行之

前項協議若有不諧各分別共有人得提起請求分割之訴訟

〔理由〕謹按協議分割者各分別共有人於審判外爲分割之方法也有省費和體迅速之利益然協議決裂時亦應設補救之法本條使欲分割之分別共有人得向不欲分割之他分別共有人提起訴訟求爲分割同意之判決而以此項確定判決代分割之同意以免欲分割而不得分割之弊

第一千零五十三條 分割以原物分配於各分別共有人

不能以分配原物之法而行分割或雖能分割而恐其價格顯有損失者其分割以

原物售得金額分配之

原物之變價準用出售質物之規定

〔理由〕謹按協議分割不能成立時分割之方法應以法律規定之蓋使分別共有人於欲分割時能自行實施分割於實際最便也

第一千零五十四條 對分別共有物有物權之人或各分別共有人之債權人得自以費用而參與分割

有前項參與之通知而拒絕參與竟行分割者不得以其分割對抗發參與通知之人但分別共有人能證明其分割並非詐害發參與通知之人者不在此限

〔理由〕謹按分別共有人分割共有物意在詐害債權人或詐害就分別共有物有物權之人亦為事所恆有應使此等利害關係人參加分割以防禦自己之權利

第一千零五十五條 因清償分別共有物之擔負而分別共有人之一人對於其他分別共有人有債權者當分割時得以應歸他分別共有人或其特定承受人之部分供清償之用

前項分別共有物一部之變價準用第一千零五十三條第三項之規定

〔理由〕謹按分割者以俟分別共有關係消滅爲目的之清算程序也關於分別共有之共同債務須於分割時清償之故依分別共有物關於分別共有之共同債務各分別共有人得請求清償自不待言且自己對於他分別共有人有關於分別共有之債權亦得請求以分別共有物應歸其債務人部分清償其債務此第一項所由設也至爲清償而將分別共有物之部分變價時亦不可無準據之法則復設第二項之規定

第一千零五十六條 各分別共有人按其應有部分對於他分別共有人因分割而得之物負擔擔保之責與賣主同

〔理由〕謹按分割依各分別共有人應有部分爲之若因分割而歸屬於分別共有人中一人之物依分別前發生之原因被第三人追奪或發見藏有瑕疵是分割之部分與應有部分不符矣故本條使各分別共有人依其應有部分與賣主負同一之擔保以昭公允

第一千零五十七條 各分割人須保存分割所得物之證書

分與數人之物其證書須歸取得最大部分之人保存之無取得最大部分者由分

割人協議定保存證書之人若協議不諧時請審判衙門指定之
各分割人得使用保存之證書

〔理由〕謹按分割終結後關於分割物之證書應保存之以杜日後之爭執

第一千零五十八條 疆界線上所設之界標圍障牆壁溝渠推定爲相鄰人之分別
共有物在疆界線上之牆壁爲一建築物之部分者或高低不齊二建築物之牆壁
其踰低建築物之部分非爲防火之用者不適用前項之規定

〔理由〕謹按相鄰地之所有人爲確定土地之疆界或爲防止互相侵越以共同費用於疆界線上設界標
圍障牆壁溝渠等而共有之此爲通例故設第一項規定推定其爲分別共有若相鄰地之所有人欲主張
其爲專有則應立證於立證責任加以變更所以保護通常之狀態也

一建築物其一部分爲疆界線上之牆壁又建築物高低不齊高建築物之牆壁踰低建築物之部分不得
推定爲相鄰地之所有人以共同費用設置之但防火牆壁爲達防火之目的故高踰建築物不得以此一
事推定其爲非以共同費用設置之此第二項所由設也

第一千零五十九條 牆壁之分別共有得人得增高其牆壁但其牆壁若不勝增高之

工事須自以費用加工工作或改築之

依前項規定牆壁增高之部分專屬工事人之所有

〔理由〕謹按牆壁之分別共有其人其權利義務亦應依通常分別共有人權利義務之法則又牆壁之分別共有人應使其得利用牆壁始能完全行使其權利此本條所由設也

第一千零六十條 增高牆壁之分別共有須對於因此而受損害之人支付價金

〔理由〕謹按牆壁因增高而生之損害例如因牆壁增高應時常修理之損害須向受此損害之鄰地所有人支付價金否則偏袒一造不足以示均平此本條所以設也

第一千零六十一條 數人分一建築物而各有一部者建築物及其附屬物之共用部分推定為各所有人之分別共有物

共用部分之修繕費及其他擔負由各所有人按其所有部分價格分擔之

〔理由〕謹按數人區分一建築物各以其一部為其所有例如樓房一所下層屬甲上層屬乙則其建築物之共用部分(例如屋頂)及其附屬物之共用部分(例如門戶)皆為各所有人共同利用而設應為分別共有物是為通例故第一項以無反證為限推定其為分別共有以保護通常之狀態

共用部分之分別共有亦依通常分別共有之法則然關於分別共有物之担負依各所有部分之價格分擔之最爲公允此第二項所由設也

第一千零六十二條 分別共有物分割之規定於第一千零五十八條及一千零六十一條之分別共有物不適用之

〔理由〕謹按第一千零五十八條及第一千零六十一條規定之分別共有物若加以分割卽有破壞之虞故設立本條以保全其物品

第一千零六十三條 數人依法律規定或契約共同結合因而以物爲其所有者爲
共同共有人

各共同共有人之權利於其標的物之全體均有效力

〔理由〕謹按數人依法律之規定(例如公同繼承是)或依契約(例如合夥契約或夫婦共有財產契約是)而爲共同結合且因此而以物爲其所有者此數人既非依其應有部分所有其物卽不爲分別共有人而爲共同共有人各共同共有人之權利於物之全體皆有效力非僅就其應有之部分有效力也

第一千零六十四條 共同共有人之權利義務依法律或契約定之

〔理由〕謹按公同關係成立必有成立之原因故公同共有人之權利義務依爲其原因之法律規定或契約內容而定

第一千零六十五條 各公同共有人非經全體一致不得行其權利但法令及契約有特別訂定者不在此限

〔理由〕謹按共同所有物其管理處分及行使其他所有權若法令無特別規定契約無特別約定者非各公同共有人意思一致不得行使權利否則必至害及公同共有人之權利又訴訟亦須公同共有人全體爲當事人始有效力此本條所由設也

第一千零六十六條 各公同共有人於公同關係尙存在時不得請求分割公同共有物或處分其應有部分

〔理由〕謹按依法令或契約成立之公同關係尙存在時不宜使各公同共有人得請求分割公同共有物亦不宜使其有處分公同共有物所有之權利所以維持公同之關係也

第一千零六十七條 公同共有權自公同關係終止或因標的物之讓與歸於消滅分割公同共有物依分割分別共有物之法行之但法令或契約有特別訂定者不

在此限

〔理由〕謹按公同共有權者因合夥及其他公同關係而有之權利也故合夥解散或其他公同關係終結公同共有權自應消滅公同共有物讓與他人時亦然此第一項所由設也

公同共有權因公同關係終結而消滅時爲清算故須向各公同共有人而爲分割若法令或契約於分割無特別訂定自應依分割別共有物之規定以分割之

第一千零六十八條 本節規定於所有權以外之財產權由數人分別共有或公同共有者準用之但法令有特別規定者不在此限

〔理由〕謹按數人有所有權以外之財產權無論依其應有部分共有之或公同共有之除法令有特別規定外均使依本節之規定蓋權利之性質雖殊而其爲共有則一仍得用同一之規定也

第三章 地上權

謹按地上權者因以他人土地上之工作物或植物爲其所有使用其土地之物權也其權利人謂之地上權人蓋社會進步經濟發達土地價格逐漸騰貴工作物及植物之所有人有時不得併有土地之所有權宜設地上權以應經濟上之需要故設本章之規定

第一千零六十九條至第一千零七十二條規定地上權之內容及設定之法第一千零七十三條規定其效力第一千零七十四條至第一千零七十九條規定地上權之消滅第一千零八十條至第一千零八十五條規定應支付地租之地上權特則

第一千零六十九條 地上權人得因在他人土地上有工作物或植物而使用其土地

〔理由〕謹按自古各國關於地上權之立法例不能一致有因在他人之地上或地下有工作物使用其土地爲地上權者有因於有工作物之外兼有竹木等物使用其土地爲地上權者本案爲發達經濟計以因有工作物或植物而使用他人土地之物權爲地上權故設本條以明示其旨

第一千零七十條 地上權依法律行爲而設定之但法令有特別規定者不在此限

〔理由〕謹按地上權以法律無特別規定爲限依法律行爲設定之最爲允協蓋地上權爲利用土地人利益之必要而設定者此本條所由設也

第一千零七十一條 因契約而設定地上權者須立設定書據

〔理由〕謹按地上權有限制土地所有權之效力爲重要之物權故其設定行爲須要式行爲庶於設定時

場力慎重加以注意並可杜日後之爭議

第一千零七十二條 讓與地上權者須立讓與書據

〔理由〕謹按既設之地上權可讓與於人而其契約與讓與土地所有權同須用書據契約庶確實有證可杜日後之爭議

第一千零七十三條 本於土地所有權之請求權規定及第一千零五十八條至第一千零六十條規定於相鄰地上權人間或地上權人與土地所有人間準用之

〔理由〕謹按地上人權有時應與土地所有人同視故應準用本於土地所有權之請求權規定及第一千零五十八條至第一千零六十條規定以定地上權人與鄰地地上權人間或地上權人與鄰地所有人間之關係

第一千零七十四條 地上權因塗銷其設定登記而消滅

〔理由〕謹按設定地上權以登記爲要件故其消滅亦以登記爲要件所以維持登記之信用也

第一千零七十五條 地上權存續期間已滿地上權人或土地所有人得請求塗銷設定之登記

前項規定於地上權人表示拋棄其權利之意思者準用之

〔理由〕謹按地上權存續期間業經屆滿或地上權人有拋棄地上權之意思表示時其權利已不復存續故須使利害關係人得請求塗銷登記消滅其地上權

第一千零七十六條 設定行爲未定地上權存續期間者審判衙門因當事人起訴於二十年以上五十年以下之範圍內酌量其工作物或植物之種類及一切情形定存續期間

〔理由〕謹按地上權之存續期間依設定行爲定之此爲通例然有時依設定行爲並未定有期間則定期間之法不可不規定明確此本條所由設也

第一千零七十七條 設定行爲未定地上權存續期間者地上權人得隨時表示拋棄其權利之意思但有特別習慣者不在此限

〔理由〕謹按未定存續期間之地上權應使權利人得隨時拋棄之然有特別習慣者依其習慣庶不戾乎民情也

第一千零七十八條 地上權不因工作物或植物之滅失而消滅

〔理由〕謹按地上權其地上之工作物或植物滅失則標的物欠缺然不因標的物欠缺之故使其權消滅蓋地上權之標的物爲土地非工作物或植物也

第一千零七十九條 地上權人於其權利消滅時得回復其土地原狀而收回其工作物及植物

前項情形若土地所有人聲明欲交出時價購買者地上權人非有正當理由不得拒絕前二項規定若有特別習慣者從其習慣

〔理由〕謹按工作及植物爲地上權人之所有物地上權人於其權利消滅時得收回之自不待言然因此致土地失其原狀不免害及土地所有人之權利本條使其回復原狀於地上權人自己既不至蒙損害而其土地於收回工作物後亦不至因此減價於經濟上甚有裨益惟此項規定須於無特別習慣時始能適用例如依習慣應由土地所有人購買此項工作物時則依習慣庶無戾乎民情也

第一千零八十條 地上權人應向土地所有人支付定期地租者適用後五條之規定

〔理由〕謹按設定地上權有索取報價者有不索取報價者以索取報價爲通例則定期支付地租之法不

能無所依據故設本條及後五條以定其法則

第一千零八十一條 地上權人因不可抗力繼續三年以上於使用土地有妨礙者得表示拋棄權利之意思

〔理由〕謹按地上權人欲使用其土地而因不可抗力妨其使用繼續至三年以上者須使其得拋棄權利以免支付地租之義務庶足以保護其利益此本條所由設也

第一千零八十二條 地上權人雖因不可抗力於使用土地有妨礙不得請求免除地租或減少租額

〔理由〕謹按地上權存續期間皆長久雖因一時之不可抗力妨及土地之使用然他日仍得回復之故不許其請求免除地租或請求減少租額若許請求則不足保護土地所有人利益且有啓人健訟之弊也

第一千零八十三條 地上權人繼續三年以上怠於支付地租或受破產之宣告者若無特別習慣土地所有人得表示消滅其地上權之意思並得請求塗銷其設定之登記

前項地上權消滅之意思表示用通知之法行之

〔理由〕謹按地上權人頻年怠於支付地租或受破產之宣告致失信用者若令地上權仍舊存續實有害土地所有人之利益本條爲保護土地所有人計特使其得以通知消滅地上權

第一千零八十四條 使用借貸借之規定於地租準用之

〔理由〕謹按貸金與地租同皆爲使用物之報酬故地租亦準用借貸借之規定

第一千零八十五條 地上權人依第一千零七十七條規定表示拋棄其權利之意

思時若應支付地租者須於一年前先行豫告或支付未至支付期之一年分地租

〔理由〕謹按未定存續期間之地上權其權利人雖得隨時拋棄然不得因此使土地所有人不受利益故應支付地租者須於一年前豫告或支付一年分之地租始得拋棄土地所有人無驟失其收益之虞

第四章 永佃權

謹按永佃權者支付佃租而於他人土地上爲耕作或牧畜利用他人土地之物權也其權利人謂之永佃權人此權利能使土地所有人既受佃租又受改良土地之利益並使永佃權人於他人土地上得爲耕作或牧畜之利益實際良便故特設本節之規定

第一千零八十六條至第一千零九十條規定永佃權之內容及設定行爲第一千零九十一條至第

一千零九十六條規定永佃權之效力第一千零九十七條至第一千一百零一條規定永佃權之消滅

第一千零八十六條 永佃權人得支付佃租而於他人土地爲耕作或牧畜

〔理由〕謹按各國永佃權之制度不一有僅於他人土地耕作或牧畜爲永佃權者有於他人土地狩獵或捕魚爲永佃權者其實於他人土地狩獵捕魚不得謂之物權故本案祇以於他人土地耕作或牧畜者爲物權焉

第一千零八十七條 永佃權依法律行爲而設定之但法令有特別規定者不在此限

〔理由〕謹按本條理由與第一千零七十條之理由同應參看

第一千零八十八條 以契約設定永佃權者須立設定書據

〔理由〕謹按本條理由與第一千零七十一條之理由同應參看

第一千零八十九條 永佃權存續期間爲二十年以上五十年以下

若設定期間在五十年以上者短縮爲五十年

永佃權之設定得更新之但其期間自更新時起不得過五十年

前項情形若法令有特別規定者不適用之

〔理由〕謹按設定永久無期之永佃權有使土地所有權陷於有名無實之弊故無期之永佃權爲法律所不許惟存續期間過短亦不適於永佃權之目的本案酌中定爲二十年以上五十年以下似較適宜於永佃權消滅前欲使永佃權仍舊繼續而設定永佃權者謂之更新若因更新而設定逾五十年之永佃權亦與立法之意不符雖更新設定其期間自更新時起仍不得逾五十年也

第一千零九十條 設定行爲未定永佃權存續期間者除關於期間有特別習慣外概作爲三十年

〔理由〕謹按不以設定行爲定永佃權之存續期間者依習慣定之則無習慣者依法律定之故法律不得不特設規定以備無習慣時之用此本條所由設也

第一千零九十一條 永佃權人得將其權利讓與他人但設定行爲禁止讓與或有特別習慣者不在此限

第一千零七十二條之規定於前項情形準用之

〔理由〕謹按永佃權爲一財產權亦可讓與他人而其讓與務期確實須作成書據但以設定行爲禁止讓與或關於讓與有特別習慣時法律並不強行干涉故許其依設定行爲依習慣辦理

第一千零九十二條 永佃權人於其權利存續期間內爲耕作或牧畜得將其土地貸貸於人但設定行爲禁止貸貸或有特別習慣者不在此限

〔理由〕謹按永佃權人於其權利存續期間內爲耕作或牧畜能否將土地貸貸於人若不規定明晰必起無益之爭論故設本條以杜其弊

第一千零九十三條 第一千零七十三條規定於永佃權準用之

〔理由〕謹按永佃權人須使其能完全利用土地故本於土地所有權之請求權等應與所有人同視準用第一千零七十三條之規定以此

第一千零九十四條 永佃權人之義務除設定行爲或習慣或本章所定外準用用益貸借之規定

〔理由〕謹按永佃權人之義務應依設定行爲習慣及本章之規定固屬當然之事然用益貸借亦類永佃權而永佃權人之義務行爲習慣及本章之規定尙有未能盡者故使其準用該規定以期周密

第一千零九十五條 永佃權人不得於土地上爲足生永久損害之變更但有特別習慣者不在此限

〔理由〕謹接永佃權人於其權利存續期間內僅有爲耕作或牧畜而使用他人土地之權利若於其土地上爲足以生永久損害之變更實有害土地所有人之利益法律故不許也

第一千零九十六條 永佃權人雖因不可抗力於收益受損失時不得請求免除佃租或減少租額但有特別習慣者不在此限

〔理由〕謹按永佃權大抵期限甚長即使今歲因不可抗力致收益減額來歲尙可冀其回復故永佃權人不得因不可抗力致收益減少而請免除佃租或減少租額以保護所有人之利益

第一千零九十七條 永佃權因塗銷其設定登記而消滅

〔理由〕謹按本條理由與第一千零七十四條之理由同應參看

第一千零九十八條 永佃權存續期間已滿永佃權人或土地所有人得請求塗銷其設定登記

永佃權人表示拋棄其權利之意思及土地所有人表示消滅永佃權之意思時準

用前項之規定

〔理由〕謹按本條理由與第一千零七十五條之理由同應參看

第一千零九十九條 永佃權人不可抗力繼續三年以上全無收益或尚不及佃租繼續五年以上者若無特別習慣得表示拋棄其權利之意思

〔理由〕謹按永佃權爲謀土地所有人及永佃權人彼此之利益而存者故永佃權人不得隨意拋棄其權利使永佃權消滅以妨害土地所有人之利益然永佃權人因不可抗力全無收益繼續至三年以上或所得收益不及佃租繼續至五年以上者若仍援斯例不許拋棄則受累過距此本條使其得表示拋棄權利之意思消滅其永佃權以免支付佃租之義務也

第一千一百條 永佃權人繼續二年以上怠於支付佃租或受破產之宣告者若無特別習慣土地所有人得表示消滅永佃權之意思
前項消滅永佃權之意思表示用通知之法律行之

〔理由〕謹按本條理由與第一千零八十三條之理由同應參看

第一千一百零一條 第一千零九十七條規定於永佃權準用之

〔理由〕謹按永佃權消滅時永佃權人或土地所有人所有權利及負義務必須規定明確而永佃權與地上權同爲使用土地權若準用第一千零七十九條之規定則永佃權消滅時永佃權人及土地所有人之權利義務均甚明晰此本條所由設也

第五章 地役權

謹按凡許某土地或某人利用他人之物者其土地或某人對於他人之物有物權此物權統謂之役權而許某土地利用他人土地之物權謂之地之役權者稱之爲地役權許某人利用他人之物之物權謂之人之役權例如爲自己土地通行便利起見於他人土地上修造道路之物權則爲地役權又如所有人以其所有物供他人使用或收益之物權則爲人之役權歐洲諸國民法於地役權及人之役權（例如用益權使用役權及居住權是）皆設有規定惟東西習慣不同人之役權爲東亞各國所無日本民法僅規定地役權而於人之役權無明文中國習慣亦與日本相同故本編亦祇設地役權也

採用法國法系諸國之民法分地役權爲法定地役及人爲地役然法定地役皆係關於土地所有權界限之事本案於土地所有權章規定之不復認法定地役日德諸國之民法亦然人爲地役者因法

律行爲設定之地役權也爲實際上最關重要之物權故特設本章之規定

第一千一百零二條至第一千一百零六條規定取得地役權之特則第一千一百零七條至第一千一百十七條規定地役權之效力及其讓與第一千一百十八條至第一千一百二十四條規定設地役權消滅之特則

第一千一百零二條 地役權人得依設定行爲所定之目的以他人土地供自己土地便宜之用

〔理由〕謹按地役權者以他人土地供自己土地便宜之用之物權也其受便宜之地謂之需役地其供他人土地之用之地謂之供役地至使用土地之程度有以通行爲目的者有以觀望爲目的者復有以引水爲目的者其類匪一故悉依設定行爲定之

第一千一百零三條 地役權依法律行爲而設定之

〔理由〕謹按地役權爲需役權所有人之利益而設故應依法律行爲取得之此本條所由設也

第一千一百零四條 以契約設定地役權者須立設定書據

〔理由〕謹按地役權之設定契約應爲書據契約其設定始能確實此本條所由設也

第一千一百零五條 繼續並表見之地役權得因時效而取得之

〔理由〕謹按繼續並表見之地役權使其得因時效而取得並非不當然不繼續之地役權或不表見之地役權則否蓋不繼續之地役權其供役地之所有人所受妨害甚微有時地役之成立初非有成立之原因第由供役人寬容允許而已若因此遽推定爲設定或隱與殊覺未協又表見之地役其供役地之所有人多年並不拒絕推定其爲既已設定或隱與固屬無妨至不表見之地役則無此推定之基礎故亦不得因時效取得之

第一千一百零六條 分別共有人或公同共有人之一人因時效而取得地役權者他分別共有人或公同共有人亦取得之

對於分別共有人或公同共有人之一人時效中斷及時效停止者對於各分別共有人或各公同共有人不生效力

〔理由〕謹按地役權者有不可分性質之物權也若分別共有人或公同共有人之一人因時效而取得地役權時其全體亦取得之又對於分別共有人或公同共有人之一人而爲時效中斷者對於全體亦生效力對於分別共有人或公同共有人之一人有時效停止之原因者對於全體其時效亦不進行此本條所

由設也

第一千一百零七條 地役權人因行使權利得爲必要之事項但須擇於供役地損害最少之處所及方法爲之

〔註〕謹按地役權人得爲行使其權利所必要之事項例如汲水地役權人得因汲水而通行供役地或以自己之費用於供役地上置設工作物（如修造道路）是也地役權人雖有此權利然不得濫行使用致害及供役地之地主利益故須擇於供役地損害最少之處所及方法爲之

第一千一百零八條 次序相同而在一供役地上設定之數地役權相競者各地役權人得請求確定其行使權利之範圍

〔理由〕謹按地役權爲物權先設定之地役權其效力優勝於後設定之地役權此當然之理無須以明文規定若次序相同且於一供役地上有數地役權相競不能完全行使其權利時應設規定以資遵守本條使各地役權人爲確定行使權利之範圍得向他地役權人爲審判外之請求（例如締結契約是）或爲審判上之請求（即提起訴訟）所以明定其關係也

第一千一百零九條 地役權人因行使其權利在供役地上設定工作物者須保持

其通常之狀態

〔理由〕 謹按地役權人爲行使其權利於供役地上設置工作物時若不保持其通常之形體供役地之所
有人必因此而受損害故設本條以保護其利益

第一千一百十條 地役權人設立地役權後不得因需役地之必要增加擴張其地役權之範圍

〔理由〕 謹按地役權人僅得依設定行爲所定之目的行使其權利設定地役權後因需役地之必要增加其權利時地役權人仍不得擴張其地役權之範圍否則供役地所有人之義務必有逐漸加重之勢故設此條以防其弊

第一千一百十一條 供役地所有人得使用其地上所設之工作物但有礙地役權之行使者不在此限

前項情形供役地所有人須按其所受利益之分子分擔設置及保持工作物之費用
〔理由〕 謹按本條使供役地所有人得使用其地上所存之工作物其旨在使供役地之所有人不必再設工作物以節無益之費用

第一千一百十二條 供役地所有人依設定行爲或特約應以其費用設置或修繕工作物供地役權人行使地役權者其義務供役地所有人之特定承受人亦擔負之

〔理由〕蓋按行使地役權所必要之工作物其設置及修繕之費用由地役權人擔負此爲通例然有時依設定行爲或依特約設置或修繕該工作物之費用應由供役地所有人擔負既與公益無關不妨許之而供役地所有人既有此義務自應使特定承受人亦同此擔負始能保護地役權人之利益

第一千一百十三條 供役地所有人得隨時將行使地役權必要部分之土地所有權委棄於地役權人以免前條之擔負

〔理由〕蓋按供役地所有人若使永久不能免前條之擔負殊覺未協故設本條使其有免前條擔負之法第一千一百十四條 需役地雖分割或讓與其一部其地役權仍爲各部存續之但地役權之性質僅關於土地之一部者不在此限

依前項但書情形供役地所有人得向無地役權之各部所有人請求同意而變更地役權之設定登記

〔理由〕謹按地役權者爲需役地之便益而使用供役地之物權也有不可分之性質故分割需役地或將需役地之一部讓與時地役權仍爲各部而存續之然地役之性質有僅關於土地之一部者則爲例外其地役權不爲各部而存續僅爲其一部而存續例如有地一區其隅有圍庭爲其圍庭設觀望地役當其地未分割時其地全部皆爲需役地既分割後祇有圍庭之土地爲需役地亦僅取得該土地之所有人有地役權也

第一千一百十五條 供役地雖分割或讓與其一部其地役權仍存續於各部之上但地役權之性質僅關於土地之一部者不在此限

前項但書情形無地役義務之各部所有人得向需役地所有人請求同意而變更地役權之設定登記

〔理由〕謹按本條理由與前條理由同應參看

第一千一百十六條 地役權人因保全其權利對於妨害行爲得請求排除或禁止之

〔理由〕謹按地役權人對於妨害行爲得請求排除或禁止之以保全其權利

第一千一百十七條 地役權不得離需役地而為讓與或為他權利之標的物

〔理由〕謹按地役權者為供需役地便益而存之物權也故地役權應從屬需役地不得分離當地役權移轉時若當事人間無特別約定應與需役地之所有權一併移轉又與需役地上設定擔保物權時其地役權應為擔保物權之目的物亦不待論惟不得僅以地役權讓與他人或以其為他權利之標的物此本條所由設也

第一千一百十八條 地役權因塗銷其設定登記而消滅

〔理由〕謹按地役權之設定以登記為要件故以法律上別無規定為限地役權之消滅亦以登記為要件以維持登記之信用

第一千一百十九條 地役權存續期間已滿需役地所有人或供役地所有人得請

求塗銷其設定登記

前項規定於地役權人表示拋棄其權利之意思時準用之

〔理由〕謹按地役權之約定存續期間已滿或地役權人表示拋棄地役權之意思時須使利害關係人得請求塗銷其設定登記始能保護其利益此本條所由設也

第一千一百二十條 地役權無存續之必要時審判衙門得因當事人起訴宣告地役權消滅

前條第一項之規定於前項情形準用之

〔理由〕謹按地役權有不必存續之情形時須使當事人得請求審判上之消滅以免存續無益之地役權
此本條所由設也

第一千一百二十一條 需役地或供役地分別共有人之一人不得按其應有部分使地役權歸於消滅

〔理由〕謹按地役權有不可分之性質故需役地或供役地之分別共有人不得按其應有部分使地役權消滅

第一千一百二十二條 地役權因需役地或供役地滅失而消滅

〔理由〕謹按地役權於需役地或供役地滅失或成爲不能融通之物時不必仍存存續應即消滅此本條所由設也

第一千一百二十三條 地役權二十年間不行使者因時效而消滅

前項期間若係不繼續之地役權自最後行使時起算若係繼續之地役權自妨害行使之事實發生時起算

〔理由〕謹按地役權久不行使已屆二十年者其爲非必要之地役權可知雖有登記仍使因時效而消滅至其期間之起算方法則依地役權之性質而異此本條所由設也

第一千一百二十四條 需役地之分別共有人或公同共有人之一人有時效中斷或停止之情事者對於他分別共有人或公同共有人亦生效力

〔理由〕謹按地役權者有不可分性質之物權也故對於需役地之分別共有人或公同共有人之一人有時效中斷或停止之事者對於他分別共有人或公同共有人亦生效力

第六章 擔保物權

謹按擔保物權者爲確保履行債權以物之交換價格歸屬於權利人之物權也擔保物權之制度適當與否於交易之發達安全關係至鉅本案斟酌中國之習慣及各國立法例特設本章之規定

第一節規定各種擔保物權之通則第二節規定抵押權第三節規定土地債務第四節規定不動產質權第五節規定動產質權

第一節 通則

謹按本案第一千一百二十五條規定擔保物權之種類第一千一百二十六條規定設定擔保物權之法第一千一百二十七條及第一千一百二十八條規定得以擔保物權擔保之債權第一千一百二十九條至第一千一百三十三條規定得為擔保物權標的物之物第一千一百三十四條規定擔保物權有不可分之性質

第一千一百二十五條 擔保物權為抵押權土地債務不動產質權及動產質權但法令有特別規定者不在此限

〔理由〕謹按不動產之擔保物權若法令無特別規定時僅有抵押權土地債務及不動產質權三種不使當事人得自由設定不動產擔保物權所以重公益也

第一千一百二十六條 擔保物權依法律行為而設定之但法令有特別規定者不在此限

〔理由〕謹按擔保物權以法令無特別規定時為限定法律行為設定之此當然之理蓋擔保物權為債權人之利益而設定者也

第一千一百二十七條 擔保物權得因擔保無定金額之債權而設定之

無定金額之債權當事人於設定擔保物權時須表明應擔保金額之最高限度

〔理由〕謹按以擔保物權所擔保之債權若其金額不定應以擔保物清償之若擔負額亦不能確定將無人與擔保權設定人交易矣有害信用實甚故設本條以防其弊

第一千一百二十八條 擔保物權因擔保附條件之債權及將來之債權亦得設定之

〔理由〕謹按擔保物權者以其標之物之賣得金清償債權之物權也故以適當權擔保之債權須為金錢債權或為可換作金錢債權之債權自不待論又附期限之債權得以擔保物權擔保之亦當然之事均無庸另設明文惟附條件之債權及將來之債權（將來應成立之債權）為擔保之故能否設定物權應規定明確以杜無益之爭論此本條所由設也

第一千一百二十九條 擔保物權以動產及不動產為其標之物但法令有特別規定者不在此限

〔理由〕謹按擔保物權為一種物權故其標之物應為有體物然為交易便利計有以財產權或財團為擔

保物權之標的物者亦應許之例如以地上權、礦業權或鐵路財團土地財團爲抵當權之標的物是又以債權爲動產質權之標的物亦屬此類

第一千一百三十條 擔保物權不得以不能讓與之物爲其標的物

〔理由〕謹按擔保物權人因出售其標的物得有金額始能受清償故不得讓與之物不能爲擔保物權之標的物

第一千一百三十一條 擔保物權不得以將來可以取得之物爲其標的物

〔理由〕謹按將來可以取得之物若能爲擔保物權之標的物是許人處分其尚未得有之權利非惟於理論不合而繼承人藉此可將被繼承人生前之財產供擔保之用實有敗壞風俗之虞故本條特禁止之

第一千一百三十二條 擔保物權不得以物之一部爲其標的物但分別共有人之應有部分不在此限

〔理由〕謹按物之一部不得爲擔保物權之標的物此物權之性質當然之結果但分別共有人之應有部分不妨爲擔保物權之標的物蓋分別共有乃爲達分別共有之共同目的而設不至因此而害及分別共有人之利益也

第一千一百三十三條 擔保物權之標的物須於設定時指定之

〔理由〕謹按擔保物權之標的物須為特定之動產或不動產不得以總財產充之蓋以總財產為標的物之擔保極易使第三人蒙不測之損害有交易之安全也

第一千一百三十四條 擔保物權人於債權全部未清償以前對於標的物全部得行使其權利

〔理由〕謹按擔保物權人於未受債權全部清償以前須使其於擔保物之全部（僅有一擔保物之時）或各擔保物之全部（有數個擔保物之時）得行使其權利始能鞏固擔保物權之效力此本條所由設也

第二節 抵押權

謹按抵押權者標的物不由債權人占有而成立之擔保物權也故抵押權之利益有三一設定抵押權後仍得占有標的物而使用收益處分之是於設定抵押權人有益也（但不得害及抵押權人之利益）二抵押權人不負保存標的物之義務而能取得完全之擔保權是於抵押權人有益也三標的物仍存於所有人之手即仍存於設定抵押權人之手於改良並無妨礙是於社會有益也本案斟酌中國之習慣及外國之立法例特設本節之規定

抵押權有三種一爲法律上之抵押二爲審判上之抵押三爲國法律行爲而設立之抵押各國立法例有認此三種抵押權者惟審判上之抵押非實際上必要本案僅認因法律行爲而設立之抵押及法律上之抵押二種各國立法例有認動產及不動產俱可爲抵押物者然以動產爲抵押物實際並不能全其效用除法律特別規定外（例如以船舶爲抵押是即特別）應以不動產爲抵押之標的物又有認債務人之一切財產俱可爲抵押權之標的物者（例如一般抵押是）此有害於交易上之安全故本案均不採用也

第一千一百三十五條至第一千一百三十七條規定抵押權之內容及關於其設定之特則第一千一百三十八條至第一千一百六十四條規定抵押權之效力及其讓與第一千一百六十五條至第一千一百七十九條規定抵押權之消滅第一千一百八十條及第一千一百八十一條規定權利抵押第一千一百八十二條規定法律上之抵押權

第一千一百三十五條 抵押權人於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產得就其賣得金額較他債權人先受清償

〔理由〕謹按抵押權者使抵押權人之債權得以其標的物賣得之金額清償之以確保其債權必能受清

債之物權也。設定此物權之債務人或第三人謂之設定抵押權人。又抵押權者標之物不由權利人占有之物權也。其與質權相異之點實在於此。而抵押物必係債務人或第三人（即設定抵押權人）所有之不動產。斯能達其擔保之目的。此本條所由設也。

第一千一百三十六條 以契約設定抵押權者須立設定書據

〔理由〕謹按設定不動產擔保物權者須立書據。蓋欲法律關係正確非是不能有效力也。各國多有立公證書之立法例。本案以公證書費用過鉅。故許用私證書。

第一千一百三十七條 抵押權非不動產所有人不得設定之

〔理由〕謹按不動產之擔保物權人可以其標之物賣得之金額為清償其債權之用。故設定抵押權人不同其為債務人抑為第三人皆須其標之物之所有人。

第一千一百三十八條 抵押權所擔保者為原本保存費用實行抵押權費用違約

金已至清償期最後三年分之利息及四年以內之遲延利息。但設定行為有特別訂定者不在此限。

前項關於利息之規定於抵押權擔保定期金債權者用之。

〔理由〕謹按抵押權僅擔保登記之債權額是爲原則然保存不動產之費用行使抵押權之費用已至清償期最後三年分之利息及四年以內之遲延利息（金錢債權因不履行而生之損害賠償是）無須登記以其擔保權擔保其清償否則不足以保護抵押權人之利益至擔保定期金債權之抵押權亦同

第一千一百三十九條 抵押權對附加於其標之物而成爲一體之物亦有效力但設定行爲特別訂定或係詐害他債權人者不在此限

〔理由〕謹按抵押權之效力亦及於附加於其標之物而成爲一體之物如是始能保護國家經濟上之利益且合當事人之意思例如設定抵押權人於抵押地上栽植樹木則抵押權亦能及於樹木是又如抵押房屋增築時抵押權亦能及於增築之部分是惟此就設定行爲無特約者言之若設定行爲定有特約不能責令依此辦理致違當事人意思又以他物與標之物成爲一體意在詐害抵押權人以外之債權人則爲保護他債權人之利益計亦不能使抵押權效力及於其物也

第一千一百四十條 抵押權實行權利時對於爲抵押物之從物亦有效力但設定行爲有特別訂定或係詐害他債權人者不在此限
前項規定於抵押物之從權利準用之

〔理由〕蓋按抵押物之附屬物若屬抵押物所有人之所有抵押權之效力亦能及之以便抵押權之信用鞏固惟該從物於實行抵押權前已讓與於人或爲從物之關係業已停止者抵押權之效力不能及之否則抵押物之所有人不能獨立處分其從物且不足以保護與所有人交易之第三人利益也至爲從之權利如地役權等與從物無異亦應適用此規定

第一千一百四十一條 抵押權於實行權利時對於由抵押物分離之天然滋息亦有效力

〔理由〕蓋按抵押權於行使其權利時其效力及於與抵押物分離之天然滋息所以鞏固抵押權之信用也惟行使抵押權前與抵押物分離之滋息抵押權之效力不能及之否則抵押物之所有人不能處分其滋息且不能保護與所有人就滋息爲交易之第三人利益也

第一千一百四十二條 抵押權於實行權利之時對於設定抵押權人就抵押物得收取之法定滋息亦有效力

前項之效力抵押權人對於應清償法定滋息之義務人非以實行抵押權之事通知後不得與之對抗

〔理由〕謹按抵押權當行使其權利時對於得由抵押物收取之法定滋息有效力亦所以鞏固抵押權之信用此第一項所由設也然清償法定滋息義務人之利益亦應保護故復設第二項之規定

第一千一百四十三條 不動產所有人因擔保數債權得就同一不動產設定數抵押權

前項情形抵押權之次序以登記先後定之

〔理由〕謹按爲擔保數債權於一不動產上設定抵押權者其抵押權之優先次序不應依設定行爲之先後應依登記之先後蓋抵押權以登記爲要件因登記而成立者也

第一千一百四十四條 先抵押權之消滅與後抵押權之次序無涉

設定抵押權人得更設定與消滅抵押權同一次序之抵押權

前二項規定於登記之設定行爲有特別訂定者不適用之

〔理由〕謹按一不動產上設定數抵押權者不因第一位之抵押權消滅而使第二位抵押權之位次進於第一位恐有害於設定抵押權人也既不使後之抵押權遞進故以設定行爲無特約爲限應使設定抵押權人得更設定第一位抵押權以昭公允

第一千一百四十五條 當實行抵押權時設定抵押權人未設定與消滅抵押權同一次序之抵押權或以先抵押權擔保之債權額未達其登記之金額者須按各抵押權之入次序以抵押物之賣得金分配之

〔理由〕謹按當實行抵押權時設定抵押權人尙未設定與消滅抵押權同一次序之抵押權或以先抵押權擔保之債權與登記之金額不合者（債權額不一定之時是）不必斟酌此等情事應按現在各抵押權人之次序分配之其設定抵押權人不能受分配亦不能待其達於登記所載之金額而始分配也

第一千一百四十六條 不動產所有人設定抵押權後於同一不動產上得設定地上權地役權及其他權利

前項權利若有損害及於抵押權人時抵押權人得請求消滅之前項請求以通知之法行之

〔理由〕謹按不動產之所有人設定抵押權後於同一不動產上仍有設定地上權等項權利之權能然不得因此妨及抵押權人實行其權利庶於設定抵押權人及抵押權人之利益兩無所妨

第一千一百四十七條 不動產所有人設定抵押權後得將不動產讓與他人

前項讓與與債務及擔保之關係不受影響但設定行為有特別訂定者不在此限

〔理由〕謹按不動產之所有人設定抵押權後但使不至害及抵押權人之利益得將其不動產讓與他人故為抵押物之不動產縱已讓與而債務及擔保之關係依然存在毫無變更然設定行為有特別約定者從其特約庶協於當事人之意思

第一千一百四十八條 前條情形讓受人承受債務者債權人於承受後一年以內須以文書通知債務人保留債權
債權人不為前項之通知者債務人免其債務

〔理由〕謹按以抵押不動產讓與他人時讓受人即承受抵押不動產所擔負之債務是為通例此時有抵押權之債權人雖不欲對於當初之債務人維持債務關係然亦不能因此使當初之債務人仍任其責此本條所由設也

第一千一百四十九條 抵押不動產之分割或讓與其一部與債務又擔保之關係不受影響但設定行為有特別訂定者不在此限

前項規定於以數抵當不動產擔保一債權而以其不動產之一讓與他人者適用

之

〔理由〕謹按抵押權人於其標的物存在時爲限就全部債權得行其權利所以鞏固抵押權之基礎也故抵押不動產雖分割與數人抵押權人對於其分割之部分仍得就全部債權行其權利分割人申之一人不得僅支付與其分割部分相當之金額即免其責其以抵押不動產之一部讓與他人或以數抵押不動產中之一讓與他人者亦同

第一千一百五十條 抵押權人實行權利時得請求審判衙門拍賣其抵押物就其賣得金清償債權

前項拍賣準用執行律之規定

〔理由〕謹按已至清償期債務人不清償其債務應使抵押權人實行其抵押權實行之法以抵押物變價爲適當變價之法即依執行律將抵押物拍賣是也若有數抵押物亦可同時請求拍賣此當然之事無須另設明文規定

第一千一百五十一條 抵押物之賣得金按各抵押權人之次序分配之其次序同者各抵押權人平均分配之

〔理由〕謹按抵押物之賣得金分配之法須規定明確抵押權人之次序異者按其次序分配之次序同者抵押權人平均分配之以昭公允

第一千一百五十二條 債權人於數不動產上有擔保一債權之抵押權而應同時

分配其價金者須按各不動產之價額分別擔負其債權

若僅以一不動產之價金而行分配者抵押權人得以其價金受全部債權之清償
前項情形其次抵當權人得於前項抵押權人依第一項規定就他不動產應受清償之金額限內行使抵押權

〔理由〕謹按數抵押物擔保一債權分配其賣得金時於不害及在先抵押權人之利益範圍內須保護次位抵押權人之利益故同時分配時應按各不動產之價額分別擔負其債權依次分配時應使次位之抵押權人代在先之抵押權人於同時分配就他不動產應受之金額限內行使其抵押權

第一千一百五十三條 第三取得人有為抵押不動產出必要費或有益費者須以其不動產之價金較抵押權人之債權先支付之
關於償還費用之占有規定於前項情形適用之

〔理由〕謹按抵押不動產之第三取得人於其占有時出必要費及有益費者各抵押權人均受其益故應較抵押權人之債權先受清償以保護其利益否則各抵押權人受不當利得於理未協

第一千一百五十四條 對土地及土地上所存建築物有所有權人僅以土地或建築物抵押於人其後拍賣抵押不動產時其設定抵押權人視為設定地上權人但地租因當事人起訴由審判衙門定之

對土地及土地上所存建築物有所有權人以土地及建築物抵押於人其後土地及建築物之拍賣人各異時適用前項之規定

〔理由〕謹按本條使土地及土地之上建築物得獨立而為抵押權之標的物若土地及土地之上建築物屬於一所有人時得祇以土地或建築物為抵押權之標的物土地與建築物既分則實行抵押權將拍賣時拍賣人與土地所有人或建築物所有人間之關係應規定明確以杜爭執而拍賣之物為抵押之土地時其建築物之所有人視為取得地上權人仍得以其建築物利用其土地拍賣之物為抵押之建築物時其拍賣人視為取得地上權人使得利用其土地至以土地及建築物抵押於人而其拍賣人各異者亦同故亦適用此規定

第一千一百五十五條 土地所有人於設定抵押權後在抵押地上營造建築物者
抵押權人得將建築物與土地並行拍賣但抵押權人對於建築物之價金不得行
優先權

〔理由〕謹按土地所有人於設定抵押權後在抵押物上營造建築物者應使抵押權人得以土地與其建築物一併拍賣以保護其利益否則必收去建築物於經濟上所損甚鉅然建築物並非抵押權之標的物故抵押權人對於建築物之價金不得行使優先權

第一千一百五十六條 抵押權人於債權清償期屆滿後得訂立契約取得抵押物
之所有權以代清償或用拍賣以外之方法處分抵押物

〔理由〕謹按在清償債權期之前若使抵押權人能取得抵押物之所有權以代清償或用拍賣以外之方法處分抵押物是害及設定抵押權人利益者已逾清償期之後抵押權人與設定抵押權人締結特約則無此慮應於不害及設定抵押權人之利益範圍內保護抵押權人之利益此本條所由設也

第一千一百五十七條 以抵押權擔保之債權不因時效而消滅

〔理由〕謹按登記之物權不因時效而消滅此當然之理抵押權爲登記之物權若其擔保之債權因時效

而消滅是抵押權可擔保消滅之債權於理不合故設本條以防其弊

第一千一百五十八條 設定抵押權人之行為有使抵押物價格減少之虞者抵押權人得請求禁止其行為

遇有急迫情形抵押人得自爲必要之保全處分

因前二項請求或處分所生之費用由設定抵押權人擔負並須較以抵押物清償之諸債權先行清償

〔理由〕謹按設定抵押權人之行為有使抵押物價格減少之虞者抵押權人爲豫防起見使其得爲審判上或審判外適當之請求並於急迫時許其得自行防禦以保護權利因而所需之費用由設定抵押權人擔負此項費用凡依抵押物得受清償之一切債權人（不問其爲通常債權人抑爲有物上擔保之債權人）均受其利益雖不登記亦較債權人之債權能先受清償也

第一千一百五十九條 設定抵押權人使抵押物價格減少者抵押權人得請求其將抵押物回復原狀或提出損害賠償之擔保

前項規定於設定抵押權人之行為有使抵押物價格減少之虞時準用之

〔理由〕謹按設定抵押權人減少其抵押物之價格時應使抵押權人得要求補充以完全保護其抵押權
設定抵押權人之行為有害及抵當物之虞時抵押權人得請求擔保將來可生之損害以保護其利益此
本條所以設也

第一千一百六十條 抵押物之價格因不能歸責於設定抵押權人之事由而減少
設定抵押權人受損害賠償時準用前條第一項之規定但以所受之損害賠償額
為限度

〔理由〕謹按抵押物之價格因第三人之行為而減少時抵押權人不得向設定抵押權人為前條第一項
之請求然設定抵押權人已受損害賠償時應使抵押權人於所受損害賠償之限度內得為前條第一項
之請求以保護抵押權人利益

第一千一百六十一條 抵押物之價格因不能歸責於設定抵押權人之事由而減
少時抵押權人得為預防減少所必要之處分
因前項處分所出之費用須較以抵押物清償之諸債權先行清償

〔理由〕謹按抵押物之價格因第三人之行為或其他不應歸責於設定抵押權人之事由而減少時須使

抵押權人得爲預防所必要之處分以完全保護其利益此項費用得以抵押物賣得金清償之各債權人因預防之故均受其利益自應較各債權先受清償以昭公允

第一千一百六十二條 抵押權不得離債權而爲讓與或爲他債權之擔保

〔理由〕謹按抵押權者從物權也非隨所擔保之債權不得讓與亦不得爲他債權之擔保若抵押權與債權分離而爲他債權之擔保或債權人爲同一債務人之他債權人之利益得讓與或拋棄其抵押權及次序非唯於實際上無益且有使法律關係趨於煩雜故本條禁止之以防斯弊

第一千一百六十三條 擔保舊債務之抵押權於其標的之限度內得移於新債務

但係第三人設定抵押權者須經其承諾

〔理由〕謹按甲債務變更爲乙債務時關於甲債務之抵押權得因當事人合意爲乙債務存續之否則必須新設定抵押權徒勞無益也

第一千一百六十四條 以抵押權擔保之債權若有分割或讓與其一部擔保之關

係不受影響但設定行爲有特別訂定者不在此限

前項規定於債務分割時適用之

〔理由〕謹接以抵押權擔保之債權雖分割而其抵押權仍不分割所以鞏固抵押權之基礎也各債權之分割人就其分割之部分仍得實行全部抵押權其以債權之一部讓與他人或分割債務者與分割債權無異故亦準用此規定

第一千一百六十五條 抵押權因塗銷其設定登記而消滅

〔理由〕謹按凡設定抵押權須經登記故以法律上無特別規定為限非塗銷其設定登記不生消滅之效力以維持登記之信用

第一千一百六十六條 債權消滅設定抵押權人得請求塗銷其抵押之登記

前項規定於抵押權人表示拋棄其權利之意思時準用之

〔理由〕謹接債權消滅或抵押權人表示拋棄其權利之意思時無仍使其存續之理故設本條使其為消滅抵押權此必要之程序也

第一千一百六十七條 為債務人設定抵押權之第三人若代清償債務或因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時依保證債務之規定對於債務人有求償權

〔理由〕謹按第三人以自己之所有物爲債務人設定抵押權時其法律上之地位與保證人相似若因債務人清償債務或因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權者應使其得依保證債務之規定以保護其利益

第一千一百六十八條 就抵押不動產取得所有權或地上權之第三人得對抵押權人提出或提存價金或與時價相當之金額以消除抵押權

〔理由〕謹按消除者取得抵押不動產所有權或地上權之第三人提出價金或與時價相當之金額使抵押權消滅之程序也有消除之法則第三人不必向抵押權人清償債權全額而能保有抵押不動產抵押權人取得金額與就抵押不動產受清償無異毫無損失即設定抵押權人亦因此有易將關於抵押物權利移轉於第三人之利益此本條所由設也

第一千一百六十九條 附停止條件之第三取得人在條件成否未定之間不得消除抵押權

〔理由〕謹按附解除條件之第三取得人現已取得所有權或地上權能消除之固不待論蓋解除條件之成就其效力不溯既往故不因此喪失消除之效力至附停止條件之第三取得人則否現未取得所有權

或地上權即不可使其消除抵押權以杜無益之爭論此本條所由設也

第一千一百七十條 第三取得人欲消除抵押權時須在六個月前對各抵押權人

以文書爲消除之聲明

前項文書須記明左列事項並送達之

- 一 取得之原因年、月、日讓與人及取得人之姓名住所
- 二 抵押不動產之性質所在價金及第三取得人之擔負

〔理由〕謹按本條定消除之程序

第一千一百七十一條 第三取得人因行消除而提出或提存之金額須按各抵押權人之次序分配之

〔理由〕謹按消除既已成立則因消除而提出或提存之金額自應分配與各抵押權人此本條所由設也

第一千一百七十二條 抵押權人受第一千一百七十條之送達後若不願消除者須於一個月內以文書將聲請拍賣抵押不動產之事通知第三取得人並須提出拍賣費用之擔保

抵押權人發前項通知後須於一星期內聲請拍賣

拍賣之聲請不依前二項規定者爲無效

〔理由〕謹按抵押權人若以消除爲不利益得拒絕其提出金額而續請拍賣抵押不動產然拍賣需費甚鉅亦應預防濫行拒絕消除聲請拍賣之弊且第三取得人不可使其永懷不安之念此本條所由設也

第一千一百七十三條 抵押權人欲聲請拍賣者須於前條第一項期間內通知債務人及抵押不動產之讓與人

〔理由〕謹按聲請拍賣抵押不動產時抵押權人應通知債務人及抵押不動產之讓與人蓋債務人及讓與人於抵押不動產有利害關係故也

第一千一百七十四條 拍賣所得金額按各抵押權人之次序分配之

拍賣所得金額多於因消除而提出或提存之金額者其拍賣費用由欲行消除之
第三取得人擔負之少於因消除而提出或提存之金額者由聲請拍賣之抵押權人擔負之

〔理由〕謹按因拍賣而得金額時按各抵押權人之次序分配之但拍賣費用應分別辦理其拍賣所得多

於因消除而提出之金額者由第三取得人擔負其費用以杜濫用賤價試行消除之弊若少於因消除而提出之金額者由抵押權人擔負其費用以杜濫行聲請拍賣之弊

第一千一百七十五條 抵押權人非得他抵押權人及欲行消除之第三取得人同意不得撤回拍賣之聲請

撤回拍賣之聲請有視為承諾其消除之效力

〔理由〕謹按撤回拍賣之聲請影響於利害關係人甚鉅特設本條須各利害關係人之同意而適法聲請拍賣者若撤回聲請其效力若何亦須規定明確故本條以當事人之意思為主也

第一千一百七十六條 消除抵押權之第三取得人得請求塗銷抵押之登記

〔理由〕謹按抵押權之消除實即使抵押權消滅既消除後自應使第三取得人請求塗銷登記至已拍賣抵押物後抵押權是否因拍賣消滅抑尚須登記應由執行律規定之不另設明文也

第一千一百七十七條 最後登記抵押權後逾十年債權人之所在不明者其抵押權得依公示催告程序使歸消滅

前項公示催告之聲請由管轄不動產所在地之審判衙門專管之

〔理由〕謹按抵押權人長年不分明之抵押權應使其消滅庶抵押不動產能免其擔負此本條所由設也

第一千一百七十八條 審判衙門依前條規定爲除權判決者須以職權通知抵押
不動產所在地之登記所

登記所受前項通知須以職權即時登記之

〔理由〕謹按除權判決以公告之法行之（民事訴訟律應參看）抵押權因宣告消滅抵押權之除權判決而消滅固屬當然之事惟爲維持登記信用對於此項抵押權曾爲除權判決者亦應登記以昭妥協

第一千一百七十九條 抵押權因其標的物滅失而消滅因抵押物滅失或毀損應
支付之賠償金須按各抵押權人之次序分配之

前項賠償金非經各抵押權人同意不得支付於設定抵押權人

〔理由〕謹按抵押權之標的物滅失時其抵押權應即消滅然僅係一部滅失者仍就其所餘部分存續之至因抵押物滅失或毀損應支付之賠償金須分配於各抵押權人始能鞏固其效力此本條所由設也

第一千一百八十條 地上權及其他關於不動產物權得爲抵押權之標的物

〔理由〕謹按地上權與土地之所有權同得獨立讓與於他人之物權也故使其得爲抵押權之標的物以

增進交易上之便益關於不動產之物權（例如礦業權是）亦同

第一千一百八十一條 關於抵押權規定於前條之抵押權準用之

〔理由〕謹按前條之抵押權其性質效用皆同故準用普通之規定但法令有特別規定者則從法令此自然之理無庸設明文規定也

第一千一百八十二條 依本律及其他法令而成立之法律上抵押權準用本節之規定

〔理由〕謹按法律上之抵押權即不依法律行為法律上當然存在之抵押權各國立法例有否認之者本案因無否認之必要故認其存立而訴訟上之抵押權有於民律規定之者有於特別法規定之者此本條於本律外兼及其他之法令也

第三節 土地債務

謹按土地債務者與對人責任全然分離而獨立之對物責任也權利人對於土地有物權有此物權則爲其權利之一定金額無不能受清償之慮若土地之所有人欲使其土地之對物責任清滅則有清償之權利有此物權之人謂之土地債務權利人對人責任（債權關係）爲土地債

務成立之緣由而非成立及存續之要件此土地債務與抵押權及不動產質權相異之點也蓋土地所有人所負債務本非對人之債務第以其土地賣得金爲清償一定金錢之一法而其所以於土地上設定物權之擔負者意在使債權人易滿足自己所需要而已例如甲爲改良其土地向乙借金一千圓每年利息五分十年還清而於其所有地上設定抵押權此時甲先向乙借金一千圓及每年五分之利息之對人債務而後設定抵押權以爲擔保故抵押權仍以對人責任爲主若甲僅於其土地上設定金一千圓利息五分之對物擔負而無所謂對人擔負則謂之土地債務故土地債務與對人責任全然分離此本節之大旨也

第一千一百八十三條規定土地債務之效力第一千一百八十四條規定準用之法則第一千一百八十五條及第一千一百八十六條規定土地債務之清償法第一千一百八十七條及第一千一百八十八條規定設定土地債務之方法第一千一百八十九條規定土地債務之變更第一千一百九十條至第一千一百九十四條規定因定期金而設定土地債務之特則

第一千一百八十三條 土地債務權利人於土地之賣得金得較他債權人先受一定金額之清償

前項金額謂原本利息及實行權利之費用但設定行為有特別訂定者不在此限
〔理由〕蓋按土地債務者以土地賣得金受一定金額之清償爲標之物權也不僅對於設定土地債務
之所有人有效力即對於其後讓受其土地之人亦有效力至土地債務權利人既有此權利則於其土地
之賣得金自應有較通常債權人先受清償之權此本條所由設也

第一千一百八十四條 關於抵押權之規定以與本節規定及土地債務之性質無
抵觸者爲限於土地債務準用之

〔理由〕謹按抵押權者擔保債權之從物權也土地債務者獨立之物權也性質既異故抵押權之規定不
得全適用於土地債務然二者皆屬擔保物權債權人爲受一定金額清償之故得出賣其標的物則一抵
押權規定之可以適用者仍許其適用以節繁複

第一千一百八十五條 土地債務權利人非於告知後經六個月不得請求清償土
地債務之原本但設定行為有特別訂定者不在此限
前項規定於土地所有人償還土地債務之原本時準用之

〔理由〕蓋按土地債務之利息其清償期依習慣或依法律之規定無須更設明文規定然土地債務原本

之清償期應規定明晰蓋土地債務非抵押權可比與其所擔保之債權初無關係若不規定無從知其清償期也

第一千一百八十六條 土地債務之原本利息及實行權利費用須於登記其土地債務之登記所在地清償之但設定行為有特別訂定者不在此限

〔理由〕謹按土地債務之原本費用等項其支付須有定地始能杜無益之爭執此本條所由設也

第一千一百八十七條 土地債務得以發行無記名土地債務證券之法而設定之前項情形準用無記名證券之規定

〔理由〕謹按設定土地債務之法不一而以發行無記名土地債務證券之法設定者有流通證券之利益故本條採用之

第一千一百八十八條 土地債務其土地所有人亦得爲自己而設定之

前項設定土地所有人向登記所將爲自己設定之土地債務聲請登記並因其登記而生效力

〔理由〕謹按土地債務不以債權爲要件土地所有人爲自己亦得設定土地債務以滿足其需要故設第

一項以明示其旨復於第二項明示設定之法

第一千一百八十九條 抵押權得變更爲土地債務土地債務亦得變更爲抵押權不必經次序相同或在後之權利人同意

〔理由〕謹按抵押權變更爲土地債務或土地債務變更爲抵押權皆足鞏固以物擔保之信用故本條許之至同等次序或在後次序之權利人不因變更害其利益無須待其同意

第一千一百九十條 土地債務權利人應受之金額若係定期金適用後四條之規定

〔理由〕謹按因定期金而設定土地債務與因原本債權而設定土地債務其性質相同然前者之免除土地債務方法必須規定明確始能保護土地所有人之利益此本條所由設也

第一千一百九十一條 設定定期金土地債務時須定足以免除土地債務之金額並登記之

〔理由〕謹按設定定期金土地債務時須訂明免除其土地債務所須金額並登記之庶土地所有人易於免除債務以保護其利益

第一千一百九十二條 土地所有人得清償前條之金額而免除定期金土地債務
前項之清償非於告知後經六個月不得爲之但設定行爲有特別訂定者不在此限

〔理由〕謹按清償定期金土地債務之免除金額其請求免除之權利惟土地所有人有之蓋土地債務權利人若亦令其有此請求權必至害及土地所有人之利益也

第一千一百九十三條 土地債務權利人於前條期間經過後得請求清償土地債務之免除金額

〔理由〕謹按土地所有人已表示欲免除定期金土地債務之意思而不履行時應使土地債務權利人得請求土地債務之免除金額以保護其利益此本條所由設也

第一千一百九十四條 定期金土地債務得變更更爲土地債務土地債務得變更更爲定期金土地債務不必經次序相同或在後之權利人同意

〔理由〕謹按本條理由與第一千一百八十九條之理由同應參看

第四節 不動產質權

雖按不動產質權有債權人占有債務人或第三人提出之特定不動產以擔保其債權並可就其不動產較他債權人先受清償之物權也各國立法例有以此爲非物權之必要不認其成立然此種物權既爲確實之擔保物權實用甚多故本案仍採用之

第一千一百九十五條規定不動產質權之內容第一千一百九十六條規定不動產質權準據抵押權之法則第一千一百九十七條及第一千一百九十八條規定設定不動產質權之特則第一千一百九十九條至第一千二百零五條規定不動產質權之效力第一千二百零六條至一千二百零八條規定以共有人應有部分爲標的物之不動產質權之特則

第一千一百九十五條 不動產質權人因擔保債權得占有向債務人或第三人領受之不動產並於其不動產之賣得金較他債權人先受清償

〔理由〕謹按不動產質權爲一種擔保物權與抵押權同惟不動產質權由權利人占有質權之標的物而抵押權則由設定人占有之此其不同之點也故本條明示其旨

第一千一百九十六條 關於抵押權規定以與本節規定無抵觸者爲限於不動產質權準用之

〔理由〕謹按不動產質權抵押權均爲於不動產上之擔保物權性質既約畧相似故關於抵押權之規定不動產質權亦準用之

第一千一百九十七條 設定不動產質權時須將質物交付債權人

質權人不得使設定質權人代己占有質物

〔理由〕謹按質權人占有質權爲質權之特色故設定不動產質權時於登記之外尙須交付質物然交付質物時不必由質權人親自領受亦可使第三人代己占有其質物但使設定質權人代己占有則第三人或因此受不測之損害有害於交易之安全實甚此本條所由設也又不動產設定質權之後徵諸習慣仍有設定質權人不交付者例如所有人於房屋設定質權後仍於其房屋居住月出租之類此則另生質借契約不得以代己占有論也

第一千一百九十八條 不動產質權之存續期間不得過十年

以十年以外之期間設定不動產質權者其期間短縮爲十年

〔理由〕謹按不動產質權使其權利人得使用或收益其標的物而設定質權人轉無此種有妨礙其良物質之弊又不動產質權使其權利人負責管理其標的物之義務是質權人並非僅有權利故設本條明定存

續期間以杜其弊

第一千一百九十九條 不動產質權所擔保者為原本實行質權費用違約金遲延

利息及因質物隱有瑕疵而生之損害賠償但設定行為有特別訂定者不在此限

〔理由〕謹按應以不動產質權擔保之債權額須規定明晰以杜無益之爭執不動產質權其質權人不得請求利息而須擔負保存質物之費用然因質物隱有瑕疵質權人所受之損害應以質權擔保其賠償此本條之所由設也

第一千二百條 不動產質權人得依質物之用法而為使用及收益但設定行為有

特別訂定者不在此限

〔理由〕謹按不動產有通常之用法使用收益決不至因此而害及不動產所有人之權利此通例也故以設定行為無特別訂定為限應使質權人於質物有使用及收益之權

第一千二百零一條 不動產質權人於其債權受清償以前得留置質物但對於較

已有優先權利之債權人不在此限

〔理由〕謹按不動產質權人於債務人清償之先得占有其質物故有留置質物之權然對於較自己有優

先權利之債權人不得主張留置權否則害及此等債權人之利益也

第一千二百零二條 不動產質權人於其權利存續期間內得以質物轉質於人

前項情形若質物因轉質致生不可抗力之損失者不動產質權人任其責

〔理由〕謹按不動產質權人應使其得為轉質轉質者將質權所擔保之債權與其質權同質於人一設定質權之行爲也不動產質權人雖能享有此利益然不能因此致設定質權人蒙其損害故因轉質而生之一切損失仍由不動產質權人任其責

第一千二百零三條 不動產質權人須以善良管理人之注意保存質物

〔理由〕謹按不動產質權人占有質物須加以適當之注意以保設定質權人之利益

第一千二百零四條 不動產質權人負支付管理不動產費用及其他應擔負之義務但設定行爲有特別訂定者不在此限

〔理由〕謹按不動產質權人既有使用及收益不動產之權故管理之費用及其他擔負應歸其擔任以昭公允

第一千二百零五條 不動產質權人不得請求其債權之利息但設定行爲有特別

訂定者不在此限

〔理由〕謹按不動產質權人既有使用或收益其質物之權故以無特約爲限不得請求利息以昭公允

第一千二百零六條 分別共有人之應有部分設有不動產質權者適用後二條之規定

〔理由〕謹按以分別共有人之應有部分爲不動產質權之標的物者關係繁雜不能不另設明文故設後二條以定其關係

第一千二百零七條 質權人於分別共有物之使用收益及管理得行使設定質權人所有之權利

〔理由〕謹按分別共有人於其應有部分上設定質權者應使其質權人得行使設定質權人所有之權利於使用收益及管理分別共有物之權與分別共有人同蓋分別共有物上之質權其性質與通常物上之質權同其效力不能獨異也

第一千二百零八條 質權人得請求分割分別共有物但於出售質物權發生以前須設定質權人之同意

前項請求權於契約訂有一定期間內不爲分割者不受影響

分割分別共有物後歸設定質權人所有之部分質權人於其上有質權

〔理由〕謹按於分別共有入應有部分上有質權之人須使其權利容易實行故於許其有出售應有部分之權外更許其有請求分割分別共有物之權

第五節 動產質權

謹按動產質權義有廣狹廣義之動產質權者狹義之動產質權（即以動產爲標之物之質權）及權利質（即以無體物爲標之物之質權）之總稱狹義之動產質權應爲物權權利質則非物權然二者分別規定於實際不便故仿多數立法例統於本節中規定之

動產質權辦法簡易而仍有擔保債權之效力此其特色自古各國皆行之中國亦然本案參酌各國多數立法例及本國慣習特設此節以期增進交易上之便利但以船舶及有價證券爲質者仍特別法定之以特別法別無明爲限本節規定亦準用之

第一千二百零九條規定動產質權之內容第一千二百十條至第一千二百十二條規定取得動產質權之法則第一千二百十三條至第一千二百三十四條規定動產質權之效力及讓與

動產質權之法則第一千二百三十五條至第一千二百四十條規定動產質權之消滅第一千

二百四十一條規定於分別共有入應有部分上設定質權之特則第一千二百四十二條至第

一千二百五十九條規定權利質第一千二百六十條規定法律上之動產質權

第一千二百零九條 動產質權人因擔保債權得占有向債務人或第三人領受之

動產並於其動產之賣得金較他債權人先受清償

〔理由〕謹按動產質權之內容應以法律規定明確以杜無益之爭議此本條所由設也

第一千二百十條 動產質權之設定因以質物交付於債權人而生效力但法令有

特別規定者不在此限

質權人不得使定質權人代已占有質物

〔理由〕謹按易於移轉乃動產之特色凡以動產爲擔保債權之標的物者須使債權人占有其動產始能

保全其質權之效力否則債權人實行其擔保權既感困難第三人亦易蒙不測之損害使債權人占有其

動產則無此弊各國立法皆用此主義本條亦從之

第一千二百十一條 債權人依第一千二百七十八條第一千二百七十九條規定

受占有之保護者雖設定質權人無處分其質權標之物之權利仍於其標之物取得質權但標之物係盜賊遺失物焚失物者不在此限

〔理由〕謹按設立質權人若無處分其標之物之權其質權不能成立此當然之理然有時設立質權人雖無處分權而債權人領受其質物時確係善惡並無過失平穩且公然占有其質物者應使依占有之效力取得質權以保護其利益但其質物若係盜賊或係焚失物遺失物則應使所有人有回復之權否則於保護所有人失之於薄此本條所由設也

第一千二百十二條 動產質權之標之物又發現為第三人質權之標之物者債權人當領受時若係善意於其標之物取得較第三人質權有優先之質權
前條但書規定於前項情形準用之

〔理由〕謹按第三人將質物交付於質權人質權人善意領受之者應使其取得較第三人質權有優先之質權以保護其利益然其質物若係盜賊或係焚失物遺失物所有人欲將其取回者不得以其質權對抗之亦所以保護所有人之利益也

第一千二百十三條 動產質權所擔保者為原本利息實行質權費用違約金遲延

利息及因質物隱有瑕疵而生之損害賠償但設定行爲有特別訂定者不在此限

〔理由〕蓋按動產質權之擔保範圍與不動產質權之擔保範圍相似而不動產質權其質權人於法應有收益之權不得再以其質權擔保利息若動產質權則不然於法未有收益之權故利息亦應以質權擔保之此本條所由設也

第一千二百十四條 動產質權對附加於其標之物而成為一體之物及爲其標的

物之從物亦有效力但設定行爲有特別訂定或係詐害他債權人者不在此限

〔理由〕蓋按附加於動產物權之標之物成爲一體者動產質權亦於其上有效力以保護國家經濟上之利益且務求合乎當事人之意思也又標之物之從物動產物權之效力亦能及之始能鞏固其質權此本條所由設也

第一千二百十五條 動產質權對於由標之物分離之天然滋息亦有效力但設定

行爲有特別訂定者不在此限

〔理由〕蓋按動產質權之標之物其天然滋息與其物分離者動產質權之效力亦能及之蓋此項天然滋息必令其交付設定質權人諸多不便即以其賣得金充清償債權之用則順而易舉此本條所由設也

第一千二百十六條 設定質權人得更設定質權

設定前項質權因欲得其次質權之人以文書通知先質權人使其於債權受清償後將質物交付於其次質權人而生效力

〔理由〕謹按設定質權人應使其得設定第二位或第三位等之質權以保護其利益然質物已歸第一位質權人占有則設定第二位以下之質權時應歸何人占有不可無適當之法各國立法例於此項辦法不能一致有使取得次位之質權人得通知先位之質權人令其於債權受清償後即將質物交付於已者依此辦法則先位之質權人因接通知而負於受清償後交付質物之義務是次位之質權於未占有質物之先得將來占有質物之權不營業已占有簡易可行故本條採用之

第一千二百十七條 動產質權之次序依其設定先後定之

〔理由〕謹按動產質權有爲將來之債權設定之者有爲附條件之債權設定之者然其次序仍應依設定之前後始足以昭公允此本條所由設也

第一千二百十八條 動產質權人依設定行爲所定得收取由質物而生之滋息

〔理由〕謹按動產質權人不得就質物而爲收益然以設定行爲認質權人有收益權者自不在禁止之列

蓋法律規定不使動產質權人就質物而爲收益乃爲保護設定質權人而設非爲公益而設故不妨以設
定行爲另訂之

第一千二百十九條 動產質權人於其標的物出有費用者得向設定質權人依管

理事務規定請求償還

動產質權人得收回附在標的物之工作物

(理由) 謹按質物有需費始能保存者然不能責動產質權人負出費之義務第使其通知設定質權人足
矣若質權人任意出費是必係爲自己之利益而爲之應使依管理事務之規定索還其所出費用故設第
一項以明示其旨復於第二項認質權人有收去工作物之權以保護其利益

第一千二百二十條 動產質權人欲以其標的物之賣得金清償己之債權得向審

判衙門聲請拍賣

前項拍賣準用執行律之規定

(理由) 謹按質權已屆清償期尙未受清償者須使動產質權人得出售其標的物以賣得金充償其債權

此第一項所由設也既許其出售則變價方法亦須規定此第二項所由設也

第一千二百二十一條 質物之賣得金依各動產質權人之次序分配之其次序同者各動產質權人平均分配之

〔理由〕謹按質物之賣得金動產質權人次序不同應依其次序分配之若次序相同應由各動產質權人平均分配之以昭公允

第一千二百二十二條 動產質權人於債權清償期屆滿後得訂立契約取得質物之所有權以代清償或用拍賣以外之方法處分標的物

〔理由〕謹按動產質權人依設定行爲或清償期前所定契約取得質物之所有權或不依法定方法而處分其質物此爲法律所不許蓋清償期前債務人需錢甚急動產質權人乘人之急鮮以小利取得質物致債務人大受損害事所恆有禁止之所以保護債務人也至屆清償期後必無是弊因此時質權人本有出售質物之權若另立特約處分質物於債務人固無害也

第一千二百二十三條 動產質權人以有正當理由爲限得依鑑定人所評之價即以質物充清償

前項情形動產質權人須豫受審判衙門之允許

〔理由〕謹按已屆清償期動產質權人尙未受清償若出售質物一切雜費所需甚鉅又拍賣無人承買等正當事由時質權人經審判衙門許可得請鑑定人評價以其質物充清償之用蓋其售雜費過鉅於兩造俱有害無利不得不變通辦理也

第一千二百二十四條 動產質權人須以善良管理人之注意保存質物

〔理由〕謹按動產質權人占有設定質權人之所有物應使其負保存質物之義務以保護設定質權人之利益

第一千二百二十五條 動產質權人有收取其標的物所生滋息之權利者須以對自己財產相同之注意而收取滋息並爲計算

前項抵息須先抵收取費用次抵債權利息次抵原本但設定行爲有特別訂定者不在此限

〔理由〕謹按動產質權人非於法律上當然有收益權得以特約訂明使其有收益權而已既得以特約使其有收益權則動產質權人於有收益權時之義務不能不以法律確定之此本條所由設也

第一千二百二十六條 動產質權所擔保之債權不因時效而消滅

〔理由〕謹按質權人既占有質物不喪失占有是債務人承認其所負債務也明矣質權人若未喪失占有其質權所擔保之債權決不因時效而消滅

第一千二百二十七條 因質物損敗或其價格減少有害及擔保之虞者動產質權人得依執行律之規定拍賣質物以其賣得金代質物但依設定質權人之請求須提存之

依前項拍賣者須於請求拍賣前通知設定質權人但不能通知者不在此限

〔理由〕謹按質物因損敗或經濟上之變動有價格減少害及擔保之虞時應使動產質權人得豫行拍賣其質物以其賣得金爲其質權之標的物若質權人不得豫行拍賣匪惟害及自己之利益且害及設定質權人利益也

第一千二百二十八條 動產質權人對於侵害其權利者得請求回復原狀損害賠償及排除其侵害

〔理由〕謹按動產質權人其權利被侵害時法律應設保護之法故使其對於加害人得請求回復原狀之損害賠償（即因擔保欠缺或減少所受之損害）及請求排除侵害此本條所由設也

第一千二百二十九條 質物損敗或顯有減少價格之虞者設定動產質權人得向

質權人請求返還質物而供以他項擔保但不得改用保證人擔保

動產質權人須速以質物恐有損敗之事通知設定質權人但不能通知者不在此限

(理由) 謹按質物有損敗或顯有價格減少之虞時亦應保護設定質權人之法故使設定質權人得供他項擔保而請求歸還質物

第一千二百三十條 動產質權人顯有侵害設定質權人之權利時設定質權人得請求以質權人之費用提存質物或以質物交付於審判上選任之保管人

(理由) 謹按動產質權人未得設定質權人承諾濫用其質物或貸與於人及爲其他害設定人權利之行為時應使設定質權人得爲適當之請求以保護其利益蓋質權占有動產易有濫用之弊此本條所由設也

第一千二百三十一條 動產質權不得離債權而爲讓與或爲他債權之擔保

(理由) 謹按動產質權爲從物權故不得以動產質權與其所擔保之債權分離各自獨立而爲讓與或以

之供擔保之用者違反此法則僅以債權讓與於人其動產質權歸於消滅但讓與適法者動產質權依法律當然移轉於新債權人不必另行交付

第一千二百三十二條 動產質權人以得設定質權人承諾為限得以質物轉質他人

〔理由〕謹按以動產質權轉質於人於設定質權之利害關係甚大故質權人非得設定質權人承諾不許轉質以免害及設定質權人之弊

第一千二百三十三條 擔保舊債務之動產質權於其標的之限度內得移於新債務但係第三人設定動產質權者須經其承諾

〔理由〕謹按甲債務更改為乙債務時關於甲債務之動產質權因當事人彼此合意為乙債務存續之否則必另設定同一之動產質權程序甚繁徒多周折也

第一千二百三十四條 以動產質權擔保之債權若有分割或讓與其一部擔保之關係不受影響但設定行為有特別訂定者不在此限
前項規定於債務分割時適用之

〔理由〕謹按以動產質權擔保之債權雖分割然以設定行爲無特別訂定爲限於擔保關係不受影響所以鞏固動產質權之基礎也至債權之一部讓與或債務分割時亦同例如質權人死亡其繼承人有數人分割其質權時不得因其一人之分割部分業已清償而歸還其質物又如債務人死亡其繼承人有數人分割其債務時亦不因其一人清償其分擔之部分而可請求歸還其質物也

第一千二百三十五條 動產質權因其所擔保之債權消滅而消滅

前項情形質權人須以質物交付於有領受質物權利之人

〔理由〕謹按動產質權爲擔保物權故其所擔保之債權消滅其質權亦消滅而質權消滅時須將質物歸還受交付質物權利之人有此權利之人爲設定質權人或第二位之質權人等自不待論此本條所由設也

第一千二百三十六條 爲債務人設定動產質權之第三人若代清償債務或因動產質權人實行動產質權致失質物之所有權時依保證債務之規定對於債務人有求償權

〔理由〕謹按本條理由與設第一千一百六十七條之理由同應參看

第一千二百三十七條 動產質權因質權人返還質物於設定質權人而消滅

返還質物時雖保留質權使其存續仍無效力

〔理由〕謹按動產質權人向設定質權人歸還質物時應使其動產質權消滅庶第三人不至有不知其質權之存續致蒙不測之損害此本條所由設也

第一千二百三十八條 動產質權因其拋棄而消滅

前項之拋棄因質權人向設定質權人表示意思而生效力但動產質權為第三人之權利標的物者不在此限

〔理由〕謹按動產質權為其權利人之利益而存在故質權人得拋棄其權利然第三人就動產質權無權利時固可自由拋棄之若第三人有權利時不經第三人之承諾有害及第三人之利益此本條所由設也

第一千二百三十九條 動產質權人喪失其質物之占有時動產質權消滅

〔理由〕謹按動產質權人喪失質物之占有不得向第三人占有人請求回復時其質權存續之要素既已欠缺若不使其質權消滅質權人可將動產質權與第三人對抗第三人將蒙不測之損害故消滅其質權較

為妥適

第一千二百四十條 動產質權因其標的物滅失而消滅因質物滅失或毀損應支付之賠償金須按各質權人之次序分配之

前項賠償金非經各質權人同意不得支付於設定質權人

〔理由〕謹按動產質權之標的物滅失時依此一事其質權即消滅又其一部滅失時動產質權存續於其餘股部分之上至因質物滅失或毀損應支付之賠償金須分配於各質權人始能鞏固質權之基礎此本條所由設也

第一千二百四十一條 分別共有人之應有部分設有動產質權者準用第一千二百零六條至第一千二百零八條之規定

〔理由〕謹按分別共有人得就其應有部分設定質權其關係與就分別共有人應有部分上成立之不動產質權無異故準用第一千二百零六條至第一千二百零八條之規定

第一千二百四十二條 可以讓與之財產權均得為質權之標的物

以前項權利為質者準用動產質權之規定但本律及其他法令有特別規定者不在此限。

〔理由〕謹按所有權以外之財產權可以讓與於人者其性質與物同應許其入質於人以增進交易上之便益而得爲權利質標之物之權利其種類及其入質之程序均以規定於本律及特別法中爲最便例如關於通常之債權本律規定之關於著作權或有價證券特別法規定之是也故關於權利質若本律或其他法令無特別規定應使其準用動產質權之規定以期權利質之規定不致疏漏此本條所由設也

第一千二百四十三條 權利質須依讓與權利之規定而設定之

〔理由〕謹按動產質權之設定必須移轉占有而此項法則於設定權利不得準用故特設本條以定權利質設定行爲之法則

第一千二百四十四條 權利質權人因受其債權之清償得依執行律所定方法行其權利

〔理由〕謹按動產質權人得依執行律所定之拍賣方法使其債權得受清償而此法則不得適用有權利質權人故權利質權人得依債權之索取命令或轉付命令實行其權利然此規定債權人債務人仍不妨合意另訂辦理方法此本條所由設也

第一千二百四十五條 設定權利質權人得質權人之同意而拋棄爲質權標之物

之權利者其質權消滅

〔理由〕謹按以債權外之權利爲標之物之質權因質權人拋棄其質權而消滅此自然之理不待另設明文規定至設定質權人得質權人之同意拋棄其爲標之物之權利時其質權亦因此而消滅故設本條以明示其旨

第一千二百四十六條 以質權爲標之物之質權適用後八條之規定

〔理由〕謹按以債權爲標之物之質權須設特別規定始能明其關係此本條所由設也

第一千二百四十七條 債權質之設定因債權人通知債務人而生效力

前項情形債權若有證書債權人須交付於質權人

〔理由〕謹按以債權爲標之物之質權其設定與讓與債權相類故其辦法亦與讓與相似否則不能完全保護債權人之利益也

第一千二百四十八條 設定債權質人得更設定債權質設定前項質權由欲得其

次質權之人以文書通知先質權人而生效力

〔理由〕謹按設定債權質人應使其得設定第二位或第三位之質權蓋債權額有爲數甚鉅者設定第二

位以上之質權既無損於債權人而設定人得因此而受利益誠兩有益之法也

第一千二百四十九條 債權質對於實行質權時得收取之利息及其他定期金亦

有效力但設定行爲有特別訂定者不在此限

第一千一百四十二條第二項之規定於前項情形準用之

〔理由〕謹按爲債權質標之物之債權其利息及其他定期金以無特別訂定爲限質權之效力能及於實行質權時可收取之權利所生之部分蓋推測當事人之意思斷無不欲以此充清償之用也此本條所由設也

第一千二百五十條 以債權爲質權之標之物其清償期較先於其所擔保債權之

清償期者質權人得請求債務人提存其清償之標的物

前項情形債權之標的物若係金錢質權人於提存金錢債權有質權若非金錢質權

人於提存物有質權

〔理由〕謹按爲質權標之物之債權其清償期若在其所擔保債權之清償期前者應使質權人得向債務人請求提存清償之標的物庶於不害設定質權人（即債權人）之利益範圍內可以保護質權人之利益

提存物若爲金錢質權人於提存金債權有質權若非金錢於其提存物有質權保護之法如是始足完全此本條所由設也

第一千二百五十一條 前條第一項情形債權之標的物不適於提存者質權人得請求債務人以其清償之標的物交付於審判上所選定之保管人
前條第二項規定於前項情形準用之

〔理由〕謹按爲質權標的物之債權其所清償之標的物不適於提存之時應使其得請求將標的物交付審判上之選定保管人庶足以完全保護質權人之利益此本條所由設也

第一千二百五十二條 以債權爲質權之標的物其清償期限較後於其所擔保債權之清償期者質權人得直接向債務人索取但金錢債權質權人以對於自己債權額之部分爲限得索取之

前項情形債權之標的物若係金錢質權人所索取金額視爲受設定債權質人之清償若非金錢則於所受之物有質權

〔理由〕謹按爲質權標的物之債權其清償期在其所擔保債權之清償期後者須使質權人得直接而償

務人索取否則不足以完全保護質權人之利益債權之標的物若爲金錢以其索取之金錢視爲清償債權質所擔保債權之金錢使其權利關係消滅若非金錢使其於領得之物有質權以保續其質權此本條所由設也

第一千二百五十三條 不以支付金錢爲標的之債權爲數質權之標的物者僅先質權人得依前條第一項規定向債務人索取
前條第二項規定於前項情形準用之

〔理由〕謹按質權之標的物若爲金錢債權質權人限於對自己債權額之部分得索取之有多數質權人時各質權人於不害先位質權人之利益限度內皆有索取之權此當然之理不待另設明文也至非金錢之債權則其所索取者爲入質債權之全部若質權人有數人時由何人索取取後數質權人有何項權利均應規定明晰以杜無益之爭論但質權人有數人次序相同者則應準不可分債權之規定辦理

第一千二百五十四條 債務人非得質權人同意不得向債權人清償債務
債務人不能得前項之同意者須提存其爲清償之標的物但清償之標的物不適於提存者須交付於審判上所選定之保管人

第一千二百五十條第二項之規定於前項情形準用之

〔理由〕謹按既經設定債權質則債務人非經質權人之同意不得向債權人清償其債務否則害及質權人之利益然因未得質權人同意致使永遠不能脫離其債務關係於債務人失之於酷此際應使債務人提存清償債務之標的物或以交付代提存可脫離其債務關係此第一項第二項所由設也至提存物與質權人之關係亦應規定明晰故復設第三項之規定

第一千二百五十五條 以債權爲標的物之質權之規定於以土地債務爲標的物之質權適用之

〔理由〕謹按關於土地債務之質權自經濟一方面言之應於債權同視此本條所由設也

第一千二百五十六條 以有價證券爲標的物之質權適用後三條之規定

〔理由〕謹按以有價證券入質者自其性質上或實際上言之均應設特別規定始能明定其關係此本條所由設也

第一千二百五十七條 以無記名證券爲標的物之質權適用動產質權之規定

得以用幕書讓與之證券設定質權者須將其事記入證券再以證券交付與質權

人

〔理由〕謹按無記名證券之質權其主要之標的物爲證券上之權利而非證券然證券其物與證券上之權利互相依附不可分別故無記名證券之質權應與法律以證券其物爲標的物之質權（即動產質權）同視凡以無記名證券入質者須將其證券交付於質權人此第一項所由設也至得以書之法讓與之證券若以其入質應將讓與情形於證券上註明而將其證券交付與質權人讓與之效力始能鞏固此第二項所由設也

第一千二百五十八條 以有價證券爲標的物之質權其所擔保之債權雖未屆清償期質權人亦索取有價證券之權利並於發通知之必要時有發通知之權利債務人亦得僅祇向質權人爲給付

〔理由〕謹按因有價證券而有之權利其性質須迅速實行應使質權人於以有價證券爲質而擔保之債權清償期前亦得索取其有價證券之權利遇有必要之時並得發通知以防禦自己及設定質權人之利益此本條所由設也

第一千二百五十九條 以有價證券爲標的物之質權若以附屬該證券之利息證

券定期金證券分配利益證券並交付於質權人者其質權對於此等證券亦有效力

前項情形利息定期金或分配利益之清償期若較先於質權所擔保之債權之清償期者設定質權人得請求返還此等證券但當事人有特別訂定者不在此限

〔理由〕謹按以有價證券入質時其質權之效力能否及其附屬之利息定期金分配利益證券等自古學說不能一致本案以附屬證券與爲主之有價證券共交付於質權人時爲限質權之效力亦能及之然各國立法例間有以當事人彼此之間無特別訂定爲限使質權人於質權所擔保債權之清償期前得索取利息證券定期金證券者殊屬未嘗故本條使設定質權人於質權所擔保之債權清償期前得請求返還其已屆清償期之利息證券定期金證券等項而對於此等證券之質權因其返還歸於消滅此本條所由設也

第一千二百六十條 依本律及其他法令而成立之法律上動產質權準用本節之規定

〔理由〕謹按法律上之動產質權爲保護特種之權利人而設乃實際所必需者本案參照近世各國之法

真認法律上之動產質權而何項權利人始有法律上之動產質權以規定於民律及他項法令中爲主於此不另設明文至法律上之動產質權其性質既與動產質權無異自應準用本節之規定

第七章 占有

謹按占有應爲事實抑爲權利自古學者聚訟各國立法例亦不一致或有以占有爲法律保護行使權利之事實之關係也此說較爲妥協本章故定其名曰占有不曰占有權也

第一千二百六十一條至第一千二百六十六條規定占有之內容及其種類第一千二百六十七條至第一千二百七十四條規定占有之取得第一千二百七十五條至第一千三百零九條規定占有之效力及變更第一千三百十條至第一千三百十四條規定占有關係之消滅第一千三百十五條規定數人之占有第一千三百十六條規定準占有

第一千二百六十一條 本律所稱占有人謂對於物有事實上管領力之人

〔理由〕謹按占有之意義古今學說暨立法例均不一致本案以事實上管領物之人爲占有人不問其爲自己抑爲他人均保護之所以重公益也但占有輔助人例如雇工承雇主之命管領其物則不得爲占有人故設本條明示其旨

第一千二百六十二條 以所有意思占有物之人爲自主占有人此外之占有人爲他主占有人

〔理由〕謹接占有之效力因其爲自主占有或他主占有而異故設本條明示其區別

第一千二百六十三條 自知無占有權利而占有物之人爲惡意占有人此外之占有者爲善意占有人

占有人因重大過失不知無占有權利者視爲惡意占有人

〔理由〕謹接占有之效力復因占有人爲善意爲惡意而殊故設本條明示其區別

第一千二百六十四條 以強暴或隱祕之法而占有物之人爲瑕疵占有人以平穩及公然之法而占有物之人爲無瑕疵占有人

〔理由〕謹接以暴行或強迫而爲占有之人及對於利害關係人以隱祕之法而爲占有之人與平穩且公然而爲占有之人法律保護之程度不同故設本條明示其區別

第一千二百六十五條 本於質權賃借權保管及與此相類之法律關係對於他人有占有權或負占有義務者爲直接占有人其他人爲間接占有人

間接占有。人與第三人成立前項之關係時，其第五人亦爲間接占有。人。

〔理由〕謹按對於他人本於物權或債權之法律關係而占有之權利或負占有之義務時，欲明示其相互間之關係及對於第三人之關係，必須先規定其占有人及他人之地位。例如貸借人將貸借物轉貸與人之時是也。此本條所由設也。

第一千二百六十六條 僕婢商工業學習人及本於與此相類之法律關係而爲他人占有之人爲占有補助人。

〔理由〕謹按僕婢商工業學習人等須從主人之指示乃主人之機關，非主人之代理人。若爲主人領受物品時，主人爲完全占有人，此等人並非直接占有人也。故設本條明示其旨。

第一千二百六十七條 占有因對於物有事實上管領力而取得。

〔理由〕謹按不論無占有人之物有占有人之物，但使有人就其物爲事實上之管領時，卽爲原始取得。占有人卽應保護之，而事實上有管領力存在與否爲事實問題。若有爭論，由審判衙門斷定。然對於物得排斥他人干涉，且得左右之，卽謂之有事實上之管領力。亦可各國立法例有以占有意思爲取得占有之要件者（爲自己占有之意思）本案則否，但在事實上其物在人之管領力內，雖其人無欲取得占有之意思。

亦爲占有以保護之即使其人爲無意思能力之兒童亦同蓋占有意思非取得占有絕對必須之要件此本條所由設也

第一千二百六十八條 第三人爲他人而爲占有補助人對於物有事實上管領力時其他人取得占有

第三人依第一千二百六十五條規定對於他人爲直接占有有人而於物有事實上管領力時其他人取得間接占有

〔理由〕謹按占有補助人爲主人領受物時不問主人知之與否主人皆取得占有蓋占有補助人代主人占有之機關若非占有補助人而爲直接占有有人占有其物則不然依第一千二百六十五條規定有關係之人第能取得間接占有而不能取得占有但其取得間接占有不待直接占有有人有爲間接占有有人占有之意思亦不問間接占有有人知取得間接占有與否祇以第一千二百六十五條規定關係成立之一事實然取得之此本條所由設也

第一千二百六十九條 占有得以交付標的物之法而爲讓與

〔理由〕謹按占有有法律上之利益故應使其可以讓與而占有之讓與其讓與人應使讓受人就其標的

物得為事實上之管領故讓與因交付而終結即因讓受人得於事實上管領其標的物之地位而終結此本條所由設也

第一千二百七十條 占有讓受人現已於其物有事實上管理力者其占有得僅由當事人表示意思而讓與之

〔理由〕謹按乙為甲之占有補助人為甲占有某物甲對於乙欲讓與占有此時其物已在乙之管領力下應須彼此合意願授受占有即以移轉占有論否則必由乙將其所持有之標的物返還於甲再由甲交付於乙往返周折勞而無益其間接占有人以占有讓與於直接占有人使其為完全占有人時亦同

第一千二百七十一條 占有讓與人因特別之法律關係繼續占有者其占有得僅由當事人表示意思而讓與之

〔理由〕謹按甲將其占有讓與於乙其後欲為乙之占有補助人（例如為其被雇人）繼續其占有時僅依當事人合意願授受占有即得讓與其占有否則必輾轉交付周折孔多不如省畧之為愈也又甲將其占有讓與於乙其後為乙之直接占有人（例如為其賃借人）繼續其占有而以乙為間接占有人時亦同

第一千二百七十二條 間接占有之讓與其占有人得以讓與其對直接占有人之

請求交付權而爲之

前項情形直接占有人對讓與人如有可以拒絕交付之事由對讓受人亦得拒絕交付

〔理由〕謹按間接占有人（例如賃貸人）將其向直接占有人（例如賃借人）之請求交付權讓與於他人與將間接占有讓與於他人同否則必先向直接占有人請求交付然後將其占有讓與他人再由他人使原直接占有人爲其占有而自行取得間接占有煩勞殊甚故設此簡易之法至讓與請求交付權應依讓與債權之法則此當然之理無須另設明文規定也

第一千二百七十三條 由占有補助人爲占有者讓與人得以此後爲讓受人占有通知占有補助人而讓與之

前條第二項規定於前項情形準用之

〔理由〕謹按占有人使第三人（卽占有補助人）爲其占有時若欲將其占有讓與於人祇由讓與人通知第三人令其此後爲讓受人占有之卽生效力本條之旨與前數條理由同均爲使占有易於移轉而設也

第一千二百七十四條 占有得繼承之

〔理由〕謹按占有法律上之利益應使其可以繼承而繼承人第俟開始繼承一事即取得占有無須事實上立於管領其物之地位亦不必問其知占有或有欲占有之意思與否此繼承法則當然之理也各國立法例固有不許繼承占有者然保護占有有失之於薄故本律不採用之

第一千二百七十五條 動產占有人於其物上行使權利推定其為適法
為不動產上之權利人而登記者推定其權利為適法

〔理由〕謹按權利人之行使其權利為常例非權利人而行使權利為變例若動產之占有人於其動產上有行使之權利應推定其有適法之權利至不動產之權利非登記不能取得故不動產之權利人以登記之占有人為限得推定其有適法之權利此本條所由設也

第一千二百七十六條 占有人推定其為以所有之意思善意平穩及公然占有者
〔理由〕謹按占有有人以所有之意思善意平穩且公然占有者為常例法律之推定取常例而不取變例故設本條以保護占有人之利益

第一千二百七十七條 有證據足明其前後兩時均為占有推定其為前後兩時間
繼續占有者

〔理由〕謹按前後兩次占有者若有確實證據其兩次占有相繼續者爲常例不相繼續者爲變例故設本條使占有人於其占有繼續與否不負立證之責任以保護其利益

第一千二百七十八條 以平穩及公然之法開始占有動產之人若係善意並無過失者即時取得於其動產上行使之權利

前項規定於無記名證券之占有準用之

〔理由〕謹按平穩且公然開始占有動產或無記名證券之人若係善意且無過失應使其有即時取得於占有物上可行使之權利庶足以保護占有人此本條所由設也

第一千二百七十九條 前條情形占有物若係盜賊遺失物及前占有人不由己意而焚失之物其有回復權人自被盜遺失或焚失之時起二年以內得向占有人請求回復其物

前項規定其盜賊遺失物或焚失物若係金錢或無記名證券或占有人由拍賣或公共市場或向販賣與其物同種之物之商人以善意買得者不適用之

〔理由〕謹按占有物爲盜賊遺失物焚失物時不得使占有人即時取得於其物上可行使之權利所以保

護被害人遺失主及前占有人之利益也若盜賊遺失物或禁失物爲金錢或爲無記名證券或占有人由拍賣場所或公開市場或向販賣同種物品之商人善意買得者仍依前條規定即時取得所有權以確保交易之安全此本條所由設也

第一千二百八十條 善意占有人因推定其有適法之權利得使用及收益占有物

〔理由〕謹按善意之占有人既推定其有適法之權利自應使其得使用及收益占有物即其取得之滋息亦無歸還於回復占有物人之義務蓋歷年取得之滋息若令其悉數返還善意之占有人必蒙不測之損害非保護善意占有人利益之道此本條所由設也

第一千二百八十一條 惡意占有人負返還滋息之義務若其滋息業經消費或因

過失而毀損或怠於收取者並負償還其滋息價金之義務

〔理由〕謹按惡意占有有人當其占有之時逆知將來須以其占有物所生滋息及占有物共歸還於回復占有物人縱使其歸還現存之滋息並清償現已無存滋息之價金必不至因此而受不測之損害此本條所由設也

第一千二百八十二條 占有物因可歸責於占有人之事由而滅失或毀損者善意

占有人對於其回復人以因滅失或毀損現受利益爲限負賠償之義務但無所有意思之占有人須賠償其全部

〔理由〕謹按占有物滅失毀損其事由應歸責於占有人者若其占有人係善意占有人又爲自主占有人時應使依不當利得之原則將受益額悉數清還回復占有物人否則必令其負賠償全部損害之義務未免過酷故設本條以保護善意自主占有人之利益

第一千二百八十三條 占有物因可歸責於占有人之事由而滅失或毀損者惡意

占有人對於其回復人負賠償全部損害之義務

前項規定於占有人無所有意思時準用之

〔理由〕謹按惡意占有人及他主占有人皆明知其占有物屬他人所有故占有物滅失毀損其事由應歸責於惡意占有人及他主占有人時應使其向回復占有物人賠償全部損害此本條所由設也

第一千二百八十四條 善意占有人對於占有物之回復人請求償還保存其物所

出之必要費但於占有人尙取得滋息時無須償還通常之必要費

〔理由〕謹按占有物所必要之費用爲保存其物所不可缺者應使善意占有人得向回復占有物人請求

償還然通常所必要之費用例如小修繕費大抵皆由所收滋息中支用若善意占有人已取得滋息者此項費用即歸其擔負不使請求清償以昭公允

第一千二百八十五條 善意占有人得對於占有物之回復人請求償還改良其物所出之有益費但不得逾回復占有物時現存之增加價格

〔理由〕謹按善意占有人因改良其占有物出有益費致使價格增加者以增加之數為限得請求清償其有益費否則回復占有物人得不當利益不足以昭公允但奢侈費為占有人因快樂或便利而出之費用不能向回復占有物人請求清償權衡事理可以推知無須另設明文規定也

第一千二百八十六條 惡意占有人對於占有物之回復人得依管理事務之規定請求償還保存其物所出之必要費

〔理由〕謹按惡意占有人明知無占有其物之權利祇須將必要之費用依管理事務規定向回復占有物人請求清償至其所出之有益費不在請求清償之列蓋此項費用若許其請求清償惡意占有人可於其占有物多加有益費藉此以難回復占有物人故設此條以杜其弊

第一千二百八十七條 占有人得請求償還其前占有人於占有物所出之費用

占有物之回復人負償還於其取得權利前所出費用之義務

〔理由〕謹按現在占有人取得占有時即取得請求償還權現在之回復占有物人取得其權利時即取得償還義務故現占有人應使得請求其前占有人所有之請求償還權回復占有物人應使負償還其取得利權前所存在費用之義務此本條所由設也

第一千二百八十八條 占有人因欲受費用之償還得留置占有物但因侵權行為取得占有者不在此限

〔理由〕謹按必要及有益之費用既使占有人有請求償還之權自應許其有留置權以確保其利益此本條所由設也

第一千二百八十九條 占有人於附合於占有物之物其費用未受償還者得收取之前項情形占有人須以其費用回復占有物之原狀

〔理由〕謹按占有人使其與占有物附合之物應予以收去之權以確保必要及有益費用能受償還此本條所由設也

第一千二百九十條 占有人於附合於占有物之物其費用不得請求償還者得收

取之但收取有毀損占有物之虞者不在此限

前項規定於占有物之回復人提出時價通知占有人欲買取者不適用之

〔理由〕蓋按善意占有人於占有物上所加之奢侈費不得請求償還惡意占有人不第於占有物上所加之奢侈費不得請求償還即所加之有益費亦不得請求償還故以此費用使附合於占有物之物應使其得收去之但回復占有物人提出時價請求不必收去時不致於占有人有害不許復行收去以維持經濟上之利益此本條所由設也

第一千二百九十一條 善意占有人於本權訴訟敗訴者自其訴訟拘束發生時起

視為惡意占有人

〔理由〕蓋按善意占有人於本權訴訟敗訴以其判決為不當自信自己尚有占有權利不得僅以其於本權訴訟敗訴一事當然以其為惡意占有人然善意占有人於本權訴訟受敗訴之判決者大抵皆於本權訴訟時得知其無占有之權利應於本權訴訟自訴訟拘束發生時起視為惡意占有人所以保護回復占有物人之利益也既視為惡意占有人故於本權訴訟敗訴之善意占有人應自其訴訟拘束發生之時起返還占有物上所生之滋息此外一切權利義務均依惡意占有人之例辦理此本條所由設也

第一千二百九十二條 因強暴或隱祕之占有有人依侵權行爲之規定對於占有物之回復人負損害賠償之義務

〔理由〕謹按瑕疵占有有人其占有之始或出於強暴或出於隱祕對於回復占有物人應依侵權行爲之法則任損害賠償之責此本條所由設也

第一千二百九十三條 占有人之特定繼受人得其任選擇或僅就自己之占有或並就前主之占有而主張之

〔理由〕謹按占有有人之特定繼受人應聽其選擇或僅主張自己之占有或並主張自己之占有及前主之占有以享有取得時效之利益何則取得時效之完成其期間內本無論一人爲占有有人也至占有之種類依現占有有人與其占有物之關係而定故前主雖爲惡意占有有人而其特定繼受人爲善意時仍以善意占有論若特定繼受人並主張前主之占有及自己之占有時不得將其瑕疵及惡意等置諸度外否則超越前主之占有範圍殊覺不當凡此皆當然之理不必另設明文規定也

第一千二百九十四條 占有人之普通繼受人須繼續其前主之占有

〔理由〕謹按占有有人之繼承人乃依繼承之原則取得其前主之占有而繼續之非新取得另一占有也故

前主之占有者爲瑕疵占有則繼承人亦爲瑕疵占有此本條所由設也

第一千二百九十五條

占有人對於侵奪或妨害其占有之行爲得以己力防禦之

占有人因強暴或隱祕其占有被奪者若係不動產得於侵奪後即時排除加害人取回之若係動產得就地或追蹤向加害人取回之

占有人對於其相對人雖爲瑕疵占有仍得行使前項之權利

〔理由〕謹按欲完全保護占有須使占有者有得以自力保全占有之權利（自力保護權）然認此權利漫

無限制亦於保護占有之道失之於厚故設本條認自力保護權並明示其要件

第一千二百九十六條

占有補助人得依前條規定行使占有人之權利

〔理由〕謹按占有補助人亦使其得行使前條之權利否則於保護占有之道仍未完備也

第一千二百九十七條

占有人其占有被侵奪時得請求返還其占有物但占有人

係自現占有人或前占有人侵奪占有未逾一年者不在此限

前項請求對侵奪人之特定繼承人不得主張之但其繼承人知侵奪之事實者不

在此限

〔理由〕謹按占有有人其占有被侵奪時須使其得向侵奪人或其繼受人請求返還占有物及請求損害賠償以完全保護其占有然占有人之占有原係侵奪現占有人或其前占有人而來且於侵奪後未逾一年自己之占有被侵奪者不得請求收回占有蓋現占有人或其前占有人其占有被侵奪於得請求回復占有之期間內得回復占有不許侵奪人得請求收回以保護相對人之利益又對於不知侵奪事實之特定繼受人亦不得請求收回占有以保護交易之安全又依本條第一項規定間接占有有人請求返還時應先返還於直接占有有人若直接占有有人不得受返還或不欲受返還時則請求返還於自己此亦當然之理不必另設明文規定也

第一千二百九十八條 前條之請求權因侵奪後逾一年而消滅但曾以訴訟主張之者不在此限

〔理由〕謹按收回占有之請求權於侵奪後經過一年不得主張之蓋回收占有之請求權若隨時皆得主張則權利狀態恆不確定害及社會之安寧此本條所由設也

第一千二百九十九條 占有人其占有被妨害時得請求除去其妨害但占有人自加害人或其前人侵奪占有未逾一年者不在此限

〔理由〕謹按各占有人應使其得而妨害其占有之人及其一般繼承人請求除去其妨害(即回復原狀)以完全保護其占有然占有人之占有原係侵奪加害人或其前占有人而來且於侵奪後未逾一年其占有被妨害者不得請求除去何則加害人或其繼承人於其占有被侵奪後一年以內得主張請求收回占有無論用攻擊或防禦之法均無不可此本條所由設也

第一千三百條 前條之請求權因妨害後逾一年而消滅但曾以訴訟主張之者不在此限

〔理由〕謹按本條理由與一千二百九十八條之理由同應參看

第一千三百零一條 占有人其占有有被妨害之虞者得請求豫防其妨害

第一千二百九十九條但書之規定於前項情形準用之

〔理由〕謹按有妨害占有之危險時應使各占有人得向欲加妨害之人或其繼承人請求豫防其妨害以完全保護其占有然相對人得請求收回占有時不得請求豫防蓋以相對人於其請求豫防妨害時得主張請求收回占有以爲防禦之策故也此本條所由設也

第一千三百零二條 前條之請求權因妨害占有危險發生後逾一年而消滅

〔理由〕謹按本條理由與第一千三百條之理由同應參看

第一千三百零三條 對與依第一千二百九十七條第一千二百九十九條及第一千三百零一條之占有而爲請求者不得主張本於本權之異議

〔理由〕謹按本於占有之請求與本於本權之請求其目的迥異若向本於占有之請求許主張本於本權之異議非保護占有之道此本條所由設也

第一千三百零四條 依前條所揭之占有而爲請求者其相對人因明其非侵奪占有或妨害占有得主張自己有占有權利或有爲妨害行爲之權利而爲異議

〔理由〕謹按本於第一千二百十七條第一千二百九十九條及第一千三百零一條所揭占有之請求必其占有實遇不法侵害始有此請求權應使其相對人得主張自己占有之權利或有妨害其占有之權利被其請求權之要件以排斥其占有之請求而此主張自表面觀之頗似本於本權之異議易起爭執故於法律明設規定以杜其弊

第一千三百零五條 本於第一千二百十七條第一千二百九十九條及第一千三百零一條之請求於爲其原因之事實發生後相對人若於本權訴訟受確定判決

明示其有占有權利或有為妨害行為之權利時不得主張之於本權訴訟所主張之請求若經和解適用前項之規定

〔理由〕謹按侵害占有或妨害占有及欲妨害占有之加害人其後於本權之訴受確定判決其有占有之權利或判其有妨害占有之權利時本於占有之請求當然消滅不得再行主張否則於回復占有狀態之後更須回復權利狀態於經濟上所損甚大而此法則為第一千三百零二條規定之例外故必須於此更證明文此本條所由設也

第一千三百零六條 占有訴訟於本權訴訟各不相妨

〔理由〕謹按本於占有之請求得於審判上主張之所謂占有訴訟是也而占有訴訟與本權訴訟目的迥異互相獨立故占有訴訟之提起及其判決與本權訴訟之提起及其判決兩不相妨占有訴訟得於本權訴訟各別提起同時提起或合併提起又原告本於本權之理由而維持占有訴訟被告除法令有特別規定外不得本於本權之理由而防禦之審判衙門亦不得本於本權理由而判斷占有之當否此本條所由設也

第一千三百零七條 第一千三百零五條之確定判決及和解有使消滅占有訴訟

之效力但以關於本案之部分爲限

〔理由〕謹按占有訴訟雖與本權訴訟兩不相妨然第一千三百零五條規定之本權訴訟已有確定判決及和解時其以前繫屬於審判衙門之占有訴訟關於本案之部分當然使其消滅以免占有訴訟無益進行而占有訴訟中關於擔負訴訟費用之部分依舊存續仍須爲擔負訴訟費用之審判但於第一千三百零五條規定有確定判決或和解以後提起占有訴訟時以其無理由之故應爲駁斥之裁判至本於占有訴訟有確定判決後有第一千三百零五條之確定判決及和解者其判決及和解以互相抵觸之部分爲限使其喪失本於占有訴訟確定判決之效力此當然之理無須另設明文規定也

第一千三百零八條 占有人因己之過失或偶然事變致其所占有動產移於他人之占有地內而他人並不占有之者因欲搜索及收回得請求允許其進入占有地內

前項情形土地占有人若受損害得請求賠償

〔理由〕謹按占有動產因占有人之過失或因偶然之事變移於他人之占有地者其他人若不占有不得以占有侵奪人或占有妨害人論不得向其請求返還占有物或請求除去占有之妨害然此時若不認動

產占有有人有請求權亦不能完全保護其占有故於不審土地占有人之利益範圍內不得不認定保護。產占有有人利益之請求權此本條所由設也至間接占有主張本條之請求權時先請求容許直接占有。人進入地內若直接占有不得進入或不欲進入時再請求容許自己進入地內此當然之理無須另設明文規定也。

第一千三百零九條 他主占有自其占有有人向使已占有有人表示所有之意思時起變為自主占有

前項規定於他主占有有人因新權利原因以所有之意思開始占有時準用之

〔理由〕謹按善意占有自其占有有人知無占有權利之時起變為惡意占有惡意占有自其占有有人確信有占有之權利時起變為善意占有瑕疵占有自其占有有人公然且平穩保持占有時起變為無瑕疵占有無瑕疵占有自其占有有人為保持其占有而用強暴或隱秘之法時起變為瑕疵占有此等事項皆當然之理無須另設明文規定然他主占有變為自主占有之方法法律若不規定明晰爭論必多此本條所由設也

第一千三百十條 占有因占有有人拋棄對於物之事實上管領力而消滅

〔理由〕謹按占有因於物有事實上之管領力而取得之其拋棄之時占有自應消滅而拋棄事實上之管

領力因拋棄占有之意思而爲之此本條所由設也

第一千三百十一條 占有因占有人喪失對於物之事實上管領力而消滅但占有
人僅暫時不得行其事實上管領力者不在此限

〔理由〕 該接占有因於物有事實上之管領力而取得之其喪失之時占有自應消滅即占有人喪失其占有動產無發見之希望此事實即占有消滅之原因然占有人僅暫時不得行其事實上之管領力不得以喪失事實之管領力論其占有不消滅如占有人因遺忘或洪水有不能管領其占有地之事實仍不能爲占有消滅之原因此本條所由設也

第一千三百十二條 占有因其標的物滅失而消滅

〔理由〕 該接占有之標的物消滅或變爲不能融通之物時其占有自應消滅此本條所由設也

第一千三百十三條 間接占有因左列各事由而消滅

一 直接占有有人喪失對於物之事實上管領力時但喪失原因僅關於直接占有者不在此限

二 直接占有有人對於間接占有人士表示此後爲自己或爲第三人占有之意思時

三 爲間接占有原因之法律關係撤銷或終結時

〔理由〕謹按直接占有有人即質權人賃借人監護人等代表間接占有有人爲占有間接占有有人因此亦能實行事實上之管領力故直接占有有人喪失物之事實上之管領力時間接占有有人亦喪失其占有例如賃借人委棄其賃借物致賃借人事實上不能管領之之時其間接占有亦撤銷然直接占有有人喪失占有之原因僅關於其占有有人時間接占有有人此後爲完全之占有有人繼續其占有例如賃借人委其所賃借之屋而私去其賃借人此後爲完全占有有人繼續其占有若有直接占有有人向間接占有有人表示此後爲自己或爲第三人占有之意思時爲間接占有有原因之法律關係消滅故間接占有有亦應消滅若爲間接占有有原因之法律關係被撤銷時其效力溯及既往而使間接占有有消滅者爲間接占有有原因之法律關係終結時其效力不溯及既往而使間接占有有消滅此本條所由設也

第一千三百十四條 由占有補助人爲占有者其占有因左列事由而消滅

一 占有補助人喪失對於物之事實上管領力時

二 占有補助人對於本占有人表示此後爲自己或爲第三人占有之意思時

〔理由〕謹按使占有補助人爲占有者其主人或能指示占有補助人之本人爲占有有人其占有補助人僅

有占有人之機關而已占有補助人對於物失事實上之管領力時與占有人（即本人）失之者同其占有
自應消滅若占有補助人向占有人（本人）表示此後爲自己或爲第三人占有之意思時占有補助人非
爲占有人（本人）之機關對於物而事實上之管領力其占有亦應消滅此本條所由設也

第一千三百十五條 數人共占有時各占有人於其占有物使用權之範圍及方法
不得互請求占有之保護

〔理由〕謹按數人共占有有一物無論其關係爲分別關係抑係爲共同關係各占有人之對外關係得向第
三人主張占有之效力而其對內關係則不得各自互相主張占有之效力何則各占有人所共有之占有
物其使用權之範圍及方法皆關於本權故也此本條所由設也

第一千三百十六條 不占有物而得行使之財產權其行使財產權之人爲準占有
人第一千二百六十二條至第一千三百十五條之規定於前項占有準用之

〔理由〕謹按占有無體物（權利是也）應準有體物之例保護之如占有地役權抵押權等不必占有某
物亦得行使權利之財產權是也此本條所由設也

民律草案

第四編 親屬

蓋按中國有親屬無親族律之稱親族律譯自日本日本親族律之稱又譯自歐美考日本親族律中之親族不專指同宗之血族即異姓之配偶者及姻族均包在內皆謂之親族然中國律例中凡親族兩字僅專指同宗族之親戶役立嫡子違法律門條例有曰於昭穆相當之親族內夫同宗然後有昭穆異姓無所謂昭穆是例文親族爲專指同宗族親之用語可無疑義親族既爲專指同宗族之親然則包括族親姻親之全體中國向來果用何語按中國律例凡指同宗族之親多用親族兩字其措族親姻親之全體時則多用親屬兩字試徵諸律例

一親屬相爲容隱之律其曰親屬是包大功以上親及外祖父母外孫妻之父母女孀與小功以下及無服親之等而言

二親屬相盜律其各居親屬註有曰各居親屬不分同姓異姓自期親大功小功總麻以至無服之親皆是夫統言小功總麻則母族在內又總麻之服則遠族在內(觀服制圖自明)是律言親屬其爲包括父族母族妻族之親而言又可知

三親屬相奸律其曰親屬亦包同宗無服之親及無服親之妻與繼麻以上親及繼麻以上親之妻若妻前夫之女及同母異父姊妹而言

由是觀之吾國律例凡包括族親姻親之處均用親屬律中所云親族蓋專指同宗族之親而言親屬包括全體親族不過指親屬中之一種按諸律例文義顯明現擬定名為親屬律（以後均用親屬名）至於親族則為專指同宗親族之名不包姻族於其內

取義

親屬律者規定親屬與親屬關係之法律也此法律關係應屬於私法故各國多於民律中特設親屬一編以規定親屬關係然欲編纂親屬律應先研究親屬律中所規定之內容衷考各國親屬律其細目固與國各異其大綱亦國與國未盡同有祇分親屬律為婚姻親族監護人等章者亦有先冠以家長及家屬一章次及婚姻親子監護人者同一親屬律其內容相異如此者以編纂親屬律時所取之主義不同故也

親屬律所取主義有家屬主義與個人主義之別個人主義者以個人為社會之本位家屬主義者以家為社會之本位取個人主義者於法律上並不認家之存在（於實際上雖亦有未然於法律上之

家自異）既不認家之存在故由家而生一切家長家屬之權利自皆不認惟認夫婦親子之關係而已取家屬主義者非特認夫婦親子之關係而已法律上顯認家之存在故由家而生一切之家長家屬權利皆認之所取之主義不同因之親屬律規定之內容亦判然各異

兩大主義究孰優孰專從理論上言之家屬主義長處固多短處亦不能免個人主義短處固有長處亦非全無其短長得失實難概論惟編纂一國法典者須實際與理論兼顧不得專就理論上翹較其短長夫法律上發生此個人與家族兩種主義必先於社會實際上先顯存此兩種情形社會實有此情形法律始生此主義所謂法律祇能規律社會不能產生社會者也以個人制度之社會採用個人主義之法律則兩合以家屬制度之社會採用個人主義之法律則可謂兩離歐美各國親屬律多採個人主義以歐美各國近日社會盛行個人主義於家屬主義已經絕跡故也（泰西古時亦行家屬制度至羅馬末葉已漸廢近今則全行個人制度其家屬制度衰廢之原因雖多舉其長者不外崇拜祖先之念衰獨立自由之念盛而已）至日本親屬律則採家屬主義以日本今日社會盛行家屬制度故也

中國編纂親屬律應取何主義乎中國今日社會實際之情形一身以外人人皆有家之觀念存同住

一家者爲家屬其統攝家政者爲家長現行於社會者既全然是家族制度不是個人制度而家長家屬等稱謂散見於律例中頗多又歷代皆有調查戶口編查戶籍之舉凡所謂戶者即指家而言是於法律上又明認所謂家矣以十八行省盛行家屬制度之社會數千年之習慣如是徵諸實際觀諸歷史中國編纂親屬律其應取家屬主義已可深信無疑矣

（或曰取家屬主義其弊也徒增長人民依賴心思磨沒人民之獨立精神而已不知此說似是而非夫專從法律上著想即取個人主義其依賴心仍不能剷除何則即取個人主義之法律對於親屬亦仍盡扶養之義務故也西人依賴他人之心思甚少之原因實由工商業發達人人皆有自食其力之路且國家救濟貧民與保險制度等均極發達故人民自無須依賴他人但此事係由種種方面而來非可專歸功於親屬律上取個人主義之功也）

中國親屬律應取家屬主義既如上所述但中國現行之家屬制度與日本現行之家屬主義又各有不同何則日本向來有家法無宗法其宗即寓於家寓宗於家者凡繼家之人即爲繼宗之人所謂家者相續者惟嫡子可繼之且異姓之人入於其家者即棄其固有之姓而稱其家之姓日本嫡長之系統是因家而傳合宗於家也中國宗法自宗法家法自家法嫡子未必盡爲家長爲家長者亦不拘於

長子是中國嫡長之系統不由家而傳由宗而傳也同一家屬制度其實際又大有不同故日本繼父母之家者長子在惟長子得繼之中國繼父母之家者雖長子在次子亦得與長子分繼之此中國宗自宗家自家承宗者須嫡長繼家者不以嫡長爲限承祀與繼家別無兩事是與日本以家爲宗相異之結果也

此次編纂親屬律其根本主義應取家屬主義不取個人主義於婚姻親子之前先冠以家制一章但雖取家屬主義須宗自爲宗家自爲家方於中國家屬制度相合

第一章 通則

第一千三百十七條 本律稱親屬者如左

- 一 四親等內之宗親
 - 二 夫妻
 - 三 親等內之外親
 - 四 二親等內之妻親
- 父族爲宗親母族及姑與女之夫族爲外親妻族爲妻親

〔理由〕親屬之分類親屬者包括一切之連名也然親屬之情誼有由同宗之血統而生者有由婚姻之結合而生者其親屬發生之原因既不同則其命名自不能不異考各國法制有統名親屬不分類者有分爲血族姻族二類者有分爲血族配偶人及姻族三類者（如日本是）各國多沿本國舊制以定稱謂今擬分親屬爲宗親外親妻親三種說明如左

一宗親 指同宗親屬卽同一祖先所出之男系血統之謂也如祖父子孫兄弟姊妹伯叔等均屬之然宗親之中又自有血統上宗親與擬制上宗親之別

血統上之宗親指男系之血統而言本宗婦女出嫁而生之女系血統雖有血統連絡不謂宗親以中國業重男系故也但既屬於男系之血統不問其爲嫡子與庶子均屬宗親（如私生子由母認知者應屬於母黨屬是）宗親爲屬於血統上之同宗親屬既屬於同宗親屬範圍其後雖有承繼出嫁等事入於他家並不失其宗親之關係（日本法入他家者則取得他家親屬關係失本宗親屬關係是與中國法根本異處）

擬制上之宗親卽非本於血統由法律之擬制而準諸親族之謂卽嗣子與嗣母之親屬關係是也

二夫妻 妻爲夫之親屬且取得夫對於宗親之身分觀於妻爲夫族服屬自明夫以妻爲親屬妻以夫爲

親屬是法制上視夫婦爲一體當然之結果也

三外親 由女系血統而連續之謂也考律例服圖先本宗服圖次外親服圖終以妻親服圖律意蓋以此

三種包盡親屬關係因之外親者除本宗與妻親外均可以外親括之不專指母之本生親族而言也依服圖注釋以母黨爲外親其言雖非無理然細釋服圖其間並載有姑之子姑之孫所謂姑者父之姊妹姑之子孫者父之姊妹之子孫非母黨之親族非母黨亦載於外親服圖中則外親不專指母之本生親屬並所有一切女系之血統亦包在內試一推闡其理自明又外親服圖載有外祖父母然反面觀之從自己之女之子而言自己夫妻兩人卽女之子外祖父母故從女之子而言已卽其外親也（女之子對於已既爲外親卽已對於女之子亦應爲外親）又外親服圖中載有舅姨（母之兄弟姊妹）自己姊妹之子既以已爲外親（舅姨屬在外親圖內）卽自己亦應以姊妹之子爲外親蓋外親是總括名詞非專屬名詞已以彼爲屬於外親範圍內者卽彼亦應以已爲屬於外親範圍內故外親不以母黨之親屬爲限以所有女系血統均爲包括在內較爲妥當卽母祖母之本生親族又女孫女諸姊妹諸姪女其他諸姑之子孫均可以外親名之也

四妻親 由婚姻而生夫與妻之本生親族之關係卽指妻之本生親族之謂也夫對於妻有妻親對於妾

則無妾親故妾之父母祖父母伯叔姑及兄弟姊妹非家長之親與家長不生親屬關係

如上述宗親外親妻親其親屬之分類應如左

親屬之範圍

親屬之範圍云者即在範圍內之人法律上爲親屬範圍外之人法律上不爲親屬之謂也親屬關係從天然之情形上着想原無一定之範圍其劃一定之界限爲範圍在範圍內爲親屬否則非親屬者實由法律之規定而起非於天然上本有此界限也故以血統之關係論由父而祖上推之於數千百世以前之鼻祖由子而孫下推之數千百世以後之雲祚既有血統相聯絡即世數遼遠似均可謂有親屬關係但於世數極遼遠之親屬雖名謂親屬其實際上與非親屬毫不相異即於法律上認爲親屬亦非必要故各國法律概設一定之限制以限定親屬之範圍如羅馬民法西班牙民法比利時民法日本民法皆以六親等爲限伊大利以十親等爲限法國民法以十二親等爲限惟德國新民法則偏重理論於定親屬範圍均不設限制統觀各國立法制度或六等或十等或十二等或無限制同一親族範圍其差異如此者因親族原無天然界限其界限概由立法者而設中國民律中欲定親屬範圍遠稽古典旁稽時制惟有本律例所載喪服諸圖以爲定親屬範圍標準之一法蓋喪服之有無輕重實以親屬之輕疎遠近爲衡先有親屬之關係然

後生喪服之關係故自喪服上觀之謂之服制圖從親屬上觀之又可謂之親屬圖也第據服制圖以定親屬之範圍其間有須注意者約有三事試附述之

一喪服圖中所載無服親亦應入親屬之範圍就服制圖之內容研究之各服圖均載有無服親者謂有服親是屬於親屬範圍無服親全屬於親屬範圍之外則如妻親服圖所載凡爲婿者惟對於妻之父母有服將惟對於妻之父母可謂之妻親其餘妻之兄弟及姊妹均不得謂之妻親矣是未免失諸過狹細釋妻親服圖於妻之兄弟及婦之下尙載有妻之兄弟之子然此四項之下均注以無服兩字夫對於妻兄弟及婦已無服則對於其子亦自無服初不待言對於妻姊妹已無服則對於其子更無服可知而知而服圖必並載者非示明服雖無服親猶是親之意乎服制圖既載有服親並載無服親其親屬之範圍不以有服親爲限凡列於圖內者雖無服親均應謂之親屬亦可想而知故據服制圖定親屬之範圍凡列於圖內者均應列入親屬範圍內不應以有服親爲限蓋服制圖於無服而尙列諸圖者不外示明雖無服猶是親屬之意而已不然服制圖羅列無服親是成一無謂之贅文矣觀諸親服圖則他圖之無服親

概可類推

二同宗之曾祖姑族祖姑族姊妹再從姪女堂姪孫女曾姪孫女等在室中皆有緦麻之服出嫁後則無服

是出嫁之女既可以有服爲無服則易起出嫁之女可由親屬變爲非親屬之疑不知同宗之親族關係天然血統而生天然之親屬關係凡既相聯絡者永久不可斷絕非若喪服制度可由尊卑恩義等名分而制定也故同宗之女於出嫁後雖或以有服爲無服而天然之親族關係不因出嫁而斷絕凡向來在親族範圍內者出嫁後亦依然親屬也觀此則同宗之女因出嫁而祇降服者益可類推

三喪服圖如妻親服圖中妻之姊妹之子雖載圖內其對面母之姊妹之夫並不載圖內又服制圖係參尊卑之分際而定如子服父喪三年父對於子則期年然親屬關係與喪服關一實異其性質是彼此相對立所謂相對立者卽此對於彼謂親屬彼對於此亦謂之親屬子對於父有扶養之義務者父對於子亦有扶養之義務其所定之範圍但問親疎不問尊卑也

以上三者是喪服關係與親屬關係相異之處所以然者一爲禮教上問題一爲法律上問題故也然必先有親屬之關係在前而喪服關係始生既如前所述矣况定親屬之範圍非可亂造之事故宗親之範圍如何外親與妻親之範圍如何今一一依據服制圖定之

一宗親（以九族爲限）

宗親之範圍考諸古來之經典歷代之法制皆以九族爲斷尙書堯典以親九族九族既睦則古宗親已

以九族爲限可知但解釋九族義意有廣狹之別（或以父族四母族三妻族二爲九族者如白虎通是
自陳祥道李格非始以本宗之高宗至元孫間爲九族尙書註解及近世學者多從此說）然明律與現
行律之服制圖均以高祖至元孫之九族爲同宗親屬之範圍其云九族者係以自己爲本位直系親則
由已上推至四世之高祖更由已下推至四世之元孫而止旁系親則由已橫推至三從兄弟而止蓋族
兄弟再從兄弟堂兄弟及兄弟同爲四世高祖之孫故也以九族定族親之範圍是中國法制之特色蓋
各國於實際上不得並時生存之四世外直系親多列在親屬範圍內而於實際上得與自己並時生存
之旁系親例如族兄弟則置諸族親範圍外獨中國九族制度則專從實際着想於高祖以上五世之祖
及元孫以下五世之孫實際上與已不得並時生存者則畧之其實實際上得與自己並時生存者其親分
雖稍遠仍列入親屬範圍內是中國以九族定親屬之範圍較爲合於實際但宗親關係有由血統而生
者如祖父子孫兄弟姊妹之宗親關係是至於嗣子與嗣父嗣母之親屬關係是由擬制而生（擬制者
非本於血統由法律擬制視同族親屬也）今擬於血統之宗親依本宗九族五服正服固定之凡屬於
國內者彼此相互均有宗親關係血統宗親並不因出嫁出嗣而失其親屬關係此外有本非血族法律
因其擬嗣特視如宗親者亦依正服圖以定擬制之宗親之範圍

二外親

外親之親屬範圍則依外親服圖而定但外親服圖雖祇示明母族之親屬範圍並不示明女之出嫁族之親屬範圍實則母族與出嫁族均以自己爲本位但一反觀其理自明如己對於母之父爲外祖父即女之子對於己亦爲外祖父但明母族之親屬範圍於出嫁族之親屬範圍可以隔反故依外親服圖而母族之親屬範圍與由出嫁之姊妹與女而生之親屬範圍均可定矣

三妻親

妻親之範圍則依妻親服圖而定於直係親則妻之父母妻之祖父母及外祖父母於旁系親則妻之伯叔及姑妻之兄弟及其婦妻之兄弟之子妻之姊妹及妻之姊妹之子爲其界限但妻親云者專指夫對於妻之宗親而言至於夫之宗親與妻之宗親間在法律上並不生親族相互之關係此亦推釋服制圖而斷也

第一千三百十八條 親等者直系親從已身上下數以一世爲一親等旁系親從已身或妻數至同源之祖若父並從所指之親屬數至同源之祖若父其世數相同即用一方之世數世數不相同從其多者以定親等

凡己身或妻所從出或從己身所出者爲直系親非直系親而與己身或妻出於同源之祖若父者爲旁系親親等應持之服仍依服制圖所定

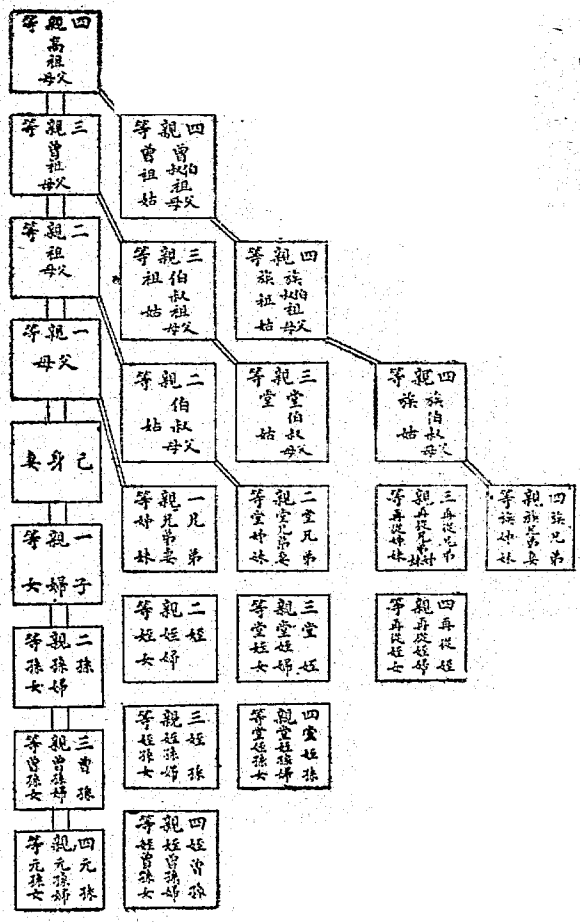
〔理由〕親等計算法

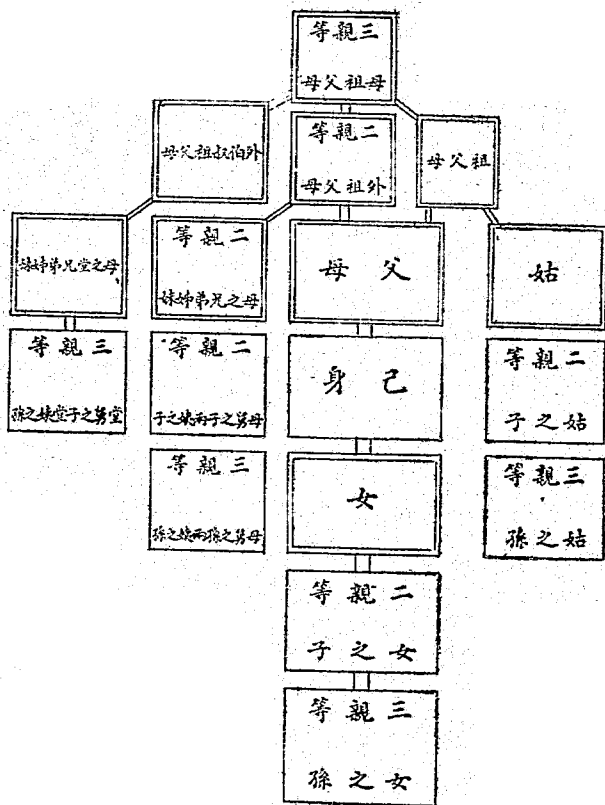
親等計算法者算定親屬等第之方法也一等親較二等親爲近三等親較二等親爲遠繼承之間題全依等而定親等最近者最先繼承無最近親則及於次近親故親等計算法親屬中法有必須規定者然親等計算有羅馬法計算法寺院法計算法兩種依羅馬法計算法於直系親屬則算其間之世數而定親等故世代之數與親等之數正相脗合如親子間爲一世則爲一親等祖父母與孫之間爲二世則爲二親等以上以下均準此推之於旁系親屬則由同出之始祖下降於旁系親屬之各方合算其世數而定親等蓋由旁系親族之一方溯諸同始祖再由同始祖更下數至他方合算其世數以定親等如計兄弟姊妹間之親等先從一方溯諸同源之父母作爲一等更由父母下至他方又加一等故兄弟姊妹爲二親等之旁系親計伯叔與姪間之親等則先由姪溯諸父母作爲一等更由父母溯諸同源之祖父母又加一等由祖父母更下至伯叔再加一等故伯叔與姪爲三等親之旁系親從兄弟姊妹爲四等親之旁系親其餘以此類推是羅馬法之計算法也寺院法之計算法於直系親屬間之計算與羅馬法同其異者惟旁系親之計算法

而已其旁系親之計算法是不合算雙方之世數專算一方之世數而定親等從始祖下至旁系親之各方其世數雙方相等者雖無論從何方均不相異若雙方世數不相等則從其多者如兄弟姊妹從其同源之父母起算無論下至何方均是一世故不合算單依其一方之世數定爲一親等之旁系親至伯叔與姪從其同源之始祖起算下至伯叔爲一世下至於姪爲二世則從其多者定爲二親等之旁系親從兄弟姊妹亦爲二親等旁系親其餘以此類推此寺院法之計算法也親等計算各國只有此兩種西洋各國親屬法多係用羅馬法日本亦然中國向無親等計算法今欲定親等應採何種計算法爲宜直系親之計算法無論取羅馬法或取寺院法均同至算旁系親等則兩者大異中國之直系親上至高祖下至元孫由已上推下推均以四世爲止旁系親則族兄弟與再從姪亦認其在親屬範圍內若取羅馬法計算法其直系親以一世爲一等應以四等親爲限至旁系親則須依八等親爲限試以族兄弟論如由族兄弟上溯至族伯叔又爲一等更由族伯叔父上溯至族伯叔祖父復上溯至曾伯叔祖父比至同源之高祖已有四等復由高祖下至曾祖祖父比至已身又爲四等合算之已與族兄弟是爲八等之旁系親直系親只認四等而於旁系親反認八等於理甚爲不順各國雖均採羅馬法計算法按諸中國親屬實際之範圍既有不合則只有棄羅馬法計算法採取寺院法計算法則服制國內所載之宗親均可以四等括之蓋依寺院法計算法

以定中國親等則直系旁系均以四等親而止依寺院法計算法中國直系親屬以四等爲限已無疑義（羅馬法亦同）至於旁系親依寺院法計算法亦只有四等何以見之蓋寺院法之旁系親計算法是由同源之祖下至旁系親屬各方專依一方世數定親等不合算雙方也中國所認旁系親屬之最遠者莫如族兄弟然以寺院法旁系親計算法數之則族兄弟亦得爲四等親何則由高祖遞降而下曾伯叔祖父族伯叔祖父族伯叔父族兄弟以一世爲一等其間本過四等又由高祖遞降而下曾祖祖父父己身以一世爲一等其間亦不過四等然寺院法親等相同時只用一方之數定親等不用雙方故族兄弟亦爲四等親而旁系親盡此四等矣直系旁系共以四等親爲限故採用寺院法計算法以定親等揆諸中國向來親族制度實爲甚合茲將族親外親妻親擬圖及羅馬法計算法親等圖繪列於後藉備參考

一族親等圖

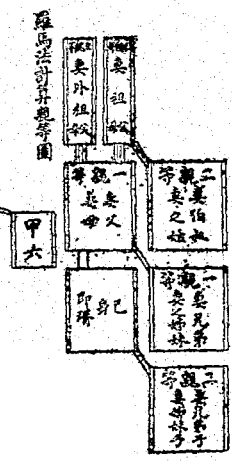




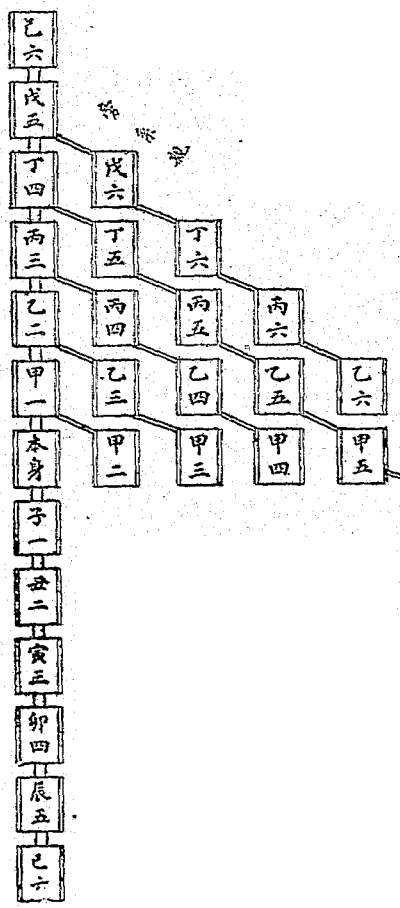
二外親親等圖 雙線格不在本圖親等內

民律草案 第四編 第一章 通則

直系親屬等圖



直系親屬
解釋
圖中數字即親等之數如父母為甲一子女為子一
胞兄弟姊妹為甲二堂兄弟姊妹為乙四其餘類推



第一千三百十九條 妻於夫之宗親外親其親屬關係均與夫同

〔理由〕本條蓋規定妻於夫之宗親外間之親屬關係也蓋夫婦實爲一體故妻於夫之親屬上實立於同一之地位惟夫之妻親則妻對之仍係宗親或外親故妻之宗親外親各有二一爲己之宗親外親一爲夫之宗親外親

第一千三百二十條 嗣子從承繼日起其親屬關係與所嗣父母之親生者同
子於繼母嫡母之親屬關係與其所親生者同

〔理由〕嗣子與嗣父嗣母固生親屬之關係至嗣子與嗣父嗣母之親屬關係如嗣父之宗親外親等嗣子對之亦應生親屬之關係故本條特規定之許與嗣父母所親生者同但親生者其親屬例係從出生時即發生嗣子則從承嗣之日起始發生也

第一千三百二十一條 親屬彼此互有同一親等之關係

〔理由〕親等祇論親疏不問尊卑故親屬之關係彼此易地而相同例如父以子爲一親等者子亦以父爲一親等子有扶養其父之義務者即父亦有扶養其子之義務蓋規定親屬關係與規定服制等級其目的各異故也

第一千三百二十二條 由婚姻或承嗣而生之親屬關係於離婚或歸宗時即解銷

〔理由〕由婚姻或承嗣而生之親屬關係是由法律上擬制之親屬非天然血統上之親屬也由擬制而生之親屬於離婚或歸宗時則解銷之此本條所以設也

第二章 家制

親屬律既採家屬主義不取個人主義則由家而生私法上之權利義務有必須規定者惟中國家屬制度與日本家屬制度迥然不同蓋中國宗法發達在前宗者指系統上之關係家者指實際上之組織承繼宗祧者為嫡長統攝家政者為家長宗自為宗家自為家故有大宗小宗之別無本家分家之名是中國系統向來以宗傳不以家傳也中國家屬制其根本處既全然與日本不同故規定亦因之而異關於家之規定在中國宜從家之實際組織上入手即從家長家屬之關係上著想其系統上之關係不應闌入於家之中今擬分為總則及家長家屬兩節總則規定如何然後成立為一家也家長及家屬一節者先規定家長之資格繼以家長之權利次及於家屬不言家屬義務者以家長權利其對面即家屬之義務存焉故也

第一節 總則

第一千三百二十三條 凡隸於一戶籍者爲一家

父母在欲別立戶籍者須經父母允許

〔理由〕此條係爲規定一家成立之事而設蓋家長家屬之名目均由家而定同在一家者爲家屬否則非家屬對於家屬負扶養義務否則無扶養義務故一家之界限有須釐然確定者吾國定一家之界限向以戶籍爲定戶律戶役曰一家曰戶曰人戶以籍爲定律例既如此規定况戶籍法不久即須頒行故定一家之界限應以戶籍爲憑同隸於一戶籍之下者爲一家其不同一戶籍者卽非一家

第二項是規定分家之條件凡家屬以情誼爲團結者情志既離法律雖強爲束縛亦屬無益故分家之條件應以兄弟間之協議爲定但父母在時則須經父母之允許現行律則籍異財門例文祖父母父母在者子孫不許分財異居其父母令分析者聽本項之規定與此意正同雖分財異居與別立戶籍微有未符然既許其分析則別立戶籍似非法之所禁又所謂父母允許亦與家長之允許有別如父母爲家長時其父母卽家長若兄弟爲家長時非父母可比其允許與否法律非所問也

第二節 家長及家屬

中國系統以宗傳不以家傳前已畧言之則關於家所應規定者不宜從系統上著眼（日本則

兼從系統上著眼。宜從家之實際組織上著眼。所謂家之實際組織者。即家係由家長及家屬組織而成。凡屬於一家者。家長外均是家屬。故法律所應規定者。祇家長家屬交互之關係而已。然家長之資格與家屬之範圍。實際上均有重大關係。故一併規定之。

附考

或謂家長之名宜易以戶主者。按吾國對於家屬之名。尚例皆用家長不用戶主字樣。現律戶役脫漏戶口條。凡一家曰戶。全不附籍者。則家長處十等罰。隱蔽差役者。亦如之。脫漏戶口條之轉註。有曰一家之事。由家長為主。隱蔽差役之轉註。有曰脫戶。免差。獨坐家長。又欺隱田糧之轉註。有曰一戶人口。家長為主。所有田糧。家長主之。是吾國向來用語。凡指統攝家政者。均用家長不用戶主之明證。今民律所規定者。是家不是戶。故指統攝家政者。仍應定名為家長。

或又謂家屬之名宜易以家族者。按吾國對於家長之名。尚例亦用家屬。現律名例有流囚家屬條。郵驛有病故官家屬。還鄉條。其他律例。凡屬於一家長統名為家屬者。不少。概見至家族字樣。律例中則不恒有（惟日本民法用家族兩字不知何據）。故對於家長之名。則用家屬為宜。且所謂族者。指同宗親族之意。不包異姓與女系之親屬。在內。然民法上所謂家屬。不以宗族親

爲限

第一千三百二十四條 家長以一家中之最尊長者爲之

〔理由〕本條係爲規定家長之資格而設即何人應充家長之謂也家長之權利義務皆由正當之資格而生故其資格有須明確規定者現律無明定家長資格之專條惟卑幼私擅用財之輯註有曰家政統於尊長夫統攝家政之尊長實卽統攝家政之家長但尊長爲對於卑幼之名家長爲對於家屬之名而已觀此則一家之家長應以尊長充之至於何者爲尊長則卑幼私擅用財條之輯註有曰父輩曰尊而祖輩同子輩曰卑而孫輩同兄輩曰長弟輩曰幼是尊卑爲本諸親屬之身分長幼係因同輩之年齡而區別也第一家之中從卑幼視之有時尊長不以一人爲限尊長之上或又有尊長者如子對父母是尊長若有祖父母在則祖父母爲尊長上之尊長矣一家中尊長可有數人家長則只有一人於數尊長中究屬以何者爲家長乎竊謂尊長云者係指對於全家屬皆有尊長之身分者而言即指一家中最尊長者而言也如祖父母同居應以祖父母爲最高尊長卽應以祖父母先爲家長也既居一家中最尊長之地位則嫡長與否直系與否均非所關以最尊長定家長之資格與吾國法制及習慣上均合故本律採之

第一千三百二十五條 最尊長者於不能或不願管家政時由次長者代理之

〔理由〕前條係規定家長資格之常例本條則規定家長資格之變例也一家中最尊長者或因年邁衰老其精力不能統攝家政或有并非不能因自己之意思不願統攝家政時則有兩種辦法一曰靜養（卽日本法所謂隱居）靜養者於年老不能料理家政時自應靜養既經靜養卽不便再以家務攪心非無家長之資格但不必充當家長耳一曰代理代理者於家長年老不能或不願統攝家政時以次尊長者代理家政但雖代理其家長之資格仍屬於最尊長者其次尊長不過假最尊長之名代攝家政而已按中國習慣似應取代理制度爲是何則靜養制度既靜養後則最尊長者因不必充當家長退居家屬地位以尊長爲家屬按諸中國之人情風俗似不甚合而代理制度則最尊長者仍居於家長地位惟於實際上使人代理而已

第一千三百二十六條 一家中尊輩尙未成年時由成年之卑輩代理之

〔理由〕本條亦規定家長資格之變例也一家中有尊長在固應以尊長充家長之任但有尊輩尙未成年而卑輩已成年者此時若仍拘成例則必以未成年之尊輩爲家長夫一家中有成年人在而使未成年人充當家長統攝家政於實際上殊多窒礙故此時應認已成年之卑輩代未成年之尊輩統攝家政如同家中有三四歲之叔輩二三十歲之姪輩則其姪得代叔父暫攝家政

第一千三百二十七條 家政統於家長

〔理由〕此條係爲規定家長權之範圍而設家長爲一家之主宰則家政理應由家長統攝但家長既有統攝家政之權利反之則家屬對於家長卽生服從之義務

第一千三百二十八條 與家長同一戶籍之親屬爲家屬

〔理由〕此條係規定家屬之範圍卽區別家屬與非家屬之標準也定家屬之範圍有二條件一須同一戶籍二須親屬卽與家長有親屬關係之謂也凡親屬不以家屬爲限而家屬則以親屬爲限現律戶役游脫戶口條若將他人隱蔽在戶其註解有曰他人者所以別於親屬也旣非親屬不得同居應當別立戶籍云云以非親屬爲家屬使之附籍旣爲律之所禁則得爲家屬可使之附籍者必以親屬爲限可以類推但所謂親屬者不以族親爲限卽異姓之外親妻親亦包在內又所謂親屬者不專指與家長有親屬關係卽與家長之家屬有親屬關係者亦得爲家屬

雇工人來等奚奴去同陌路並無情誼可言於法理上應視爲雇傭關係現律已不以一家論況本非親屬則雖同在一家自不得爲家屬

奴婢雖可爲親屬關係然買斷之奴婢實際上旣永久住在家長之家且并無本家可歸者有之故奴婢雖

非真家屬應作爲擬制家屬方不至使奴婢於在一家中無所位置現在買賣奴婢之風既經禁止此後關係於奴婢在法理上亦只爲雇傭關係不生家長家屬之關係也故略之

第一千三百二十九條 異居之親屬欲入戶籍者須經家長允許

〔理由〕此條係爲規定新家屬而設親屬之範圍較家屬爲廣故一家以外之親屬尙多是爲異居親屬欲入家長之戶籍而爲家長之家屬有必須家長允許者蓋一經同居而爲家屬則家長對之有扶養之義務其究竟能負義務與否不可不與家長以酌奪之權

第一千三百三十條 家屬以自己之名義所得之財產爲其特有財產

〔理由〕本條係爲規定家屬之財產而設所謂家屬以自己名義而得之財產者如家族由職業而得之財產及其他因贈與或遺贈家屬所得之財產是此種財產爲家族之特有財產

第一千三百三十一條 家長家屬互負扶養之義務

〔理由〕本條係爲規定家長家屬扶養之義務而設夫家政統於家長既爲同居之家屬則家長扶養家屬本屬當然之事然於家長不能自存而於家屬有扶養之資力時亦應使之扶養家長但家長家屬互爲扶養之義務與親屬互相扶養之義務不同家長家屬互相扶養之義務以同居一家者爲限若先同居後并

屠者不在互爲扶養之列

第三章 婚姻

易稱有天地然後有萬物，然後有男女；有男女然後有夫婦；有夫婦然後有父子；君臣中庸亦曰君子之道端乎夫婦。第實言之，則曰夫婦而法律之規定，則曰婚姻。婚姻者，固組織社會之根本，而於秩序風俗大有影響者也。男女以正婚姻，以時王化，所基婚姻禮廢，夫婦道苦，昔賢所薄，故關於婚姻之事，各國多設爲種種之制，防以維持善良之風俗。統觀古今中外婚姻之狀態，約分五種：一曰掠奪婚，二曰買賣婚，三曰聘娶婚，四曰允諾婚，五曰自由婚。掠奪者，專用暴力掠奪他人婦女，據爲己妻之謂也。徵諸古代歷史及近代野蠻人中，尙多有此習俗。第此可以力掠得者，彼亦可以力劫回，彼此擾攘，有害於社會之和平。故掠奪婚之風衰，而買賣婚之買賣婚者，以金銀財帛送給女之父母，因而買得其女之謂也。夫男女婚姻而出於買賣文化發達之社會，均鄙其非。於是買賣婚廢而行聘娶。聘娶婚者，明知以婦女爲買賣大背乎人道，遂易金錢買賣爲禮物聘娶。婦女之父母，以得禮物，故遂將婦女許配之。是婦女終身婚姻大事，尙專由父母主持，嗣因文化進步而允諾婚以起。允諾婚者，禮物畧備與否，尙非所問，必不可少者，須男女兩造情願與其父母同意之謂也。近世泰西諸國雖行

允諾婚居多然抱社會主義者於允諾婚尙未爲滿足謂允諾婚雖已注重於兩造之意思然關於婚姻之成立及效力與夫撤銷等事均由法律規定不許以夫婦自由意思爲變更終多未便於盛倡自由結婚之說自由結婚者凡關於婚姻專由當事人自由契約而定不用國家與教會干涉改泰西諸國婚姻制度在今日已爲自由允諾婚而進於自由時代至吾國現今社會婚姻實際之狀態於掠奪婚一種早已懸爲厲禁（如現律婚姻門強占良家妻女等律例是）而買賣婚一種陋習尙未能盡除往往兩家議婚時有計較聘金多寡者若中流以上之社會則兩家議婚只言聘禮不言聘金且聘禮多寡從不計較但求備而已足似聘娶婚一種已爲吾國社會所公認法律爲統一全國習慣起見自以認定聘娶婚爲宜何則法律若認買賣婚則聘金多寡交付遲延皆可據以爲拒絕婚姻之理由法律若認聘娶則只須備有聘禮足矣且中國婚姻只有納采問名納吉徵請期等禮自古已然於今未之有改并不言及財物文中子曰婚娶而論財夷虜之道也以財物爲結婚之要件是夷禮非古禮可知雖彼計議財物者亦自知以婚姻而索財物實爲可恥故美其名曰聘金然既以金錢爲目的則其事同買賣揆諸婚禮大防烏容許可故本律規定婚姻專認聘娶婚於財物一層概不提及第聘娶一種其於婚姻之成立尙專重在父母之意思男女之意思如何概置不問然婚姻爲男女終身大事若

重拂其意強爲結合將易生夫妻反目之憂難望家室和平之福是以本法既專認聘娶婚復兼采允諧婚主義於父母之命媒妁之言外尙須男女兩造之同意以崇禮教而順人情不採買賣婚所以示革除陋習之隱意亦不取自由婚所以示維持綱紀之大防本法之宗旨如此

第一節 婚姻之要件

第一千三百三十二條 男未滿十八歲女未滿十六歲者不得成婚

〔理由〕本條係爲規定及婚之年歲而設及婚年歲者法律上所認之成婚年歲也及此年歲者始得婚緣法律規定及婚年歲係爲防遏早婚計早婚之弊頗多舉其重者一有害於男女身體之康健二男女之體格尙未十分充健而結婚則所生之子女體格亦多羸弱三一國之國民精神均由一家之子女所積而成家庭既多羸弱之子女則將來必多羸弱之國民四婚姻爲男女終身大事須有立身治家之智識時方可謀及家室否則年歲過穉其智識未充卽謀慮亦必有限也五教養子女乃父母之責任故成婚時於財產上固須有養育子女之能力於道德上亦須有教育子女之材智若結婚過早已身方且仰給父母之教養如何能教養子女綜此數弊故各國法典皆規定及婚年歲試列表於下以備參考

德國 男 滿二十一歲 女 滿十六歲

法國	男	滿十八歲	女	滿十五歲
伊大利	男	滿十八歲	女	滿十五歲
比利時	男	滿十八歲	女	滿十五歲
荷蘭	男	滿十八歲	女	滿十六歲
瑞士	男	滿十八歲	女	滿十六歲
日本	男	滿十七歲	女	滿十五歲

觀以上表列各國法定及婚年歲與國不同者以及婚年歲須視國民身體發育遲早而定而身體發育之遲早又與一國之土地氣候大有關係故彼此不能強同也然則吾國民法定及婚年歲究以何者爲宜乎禮內則有曰男子二十而冠三十而有室女子十五而笄二十而嫁孔子家語哀公問於孔子曰男子十六而精通女子十四而化育是則可以生人矣而禮男必三十而有室女必二十而嫁豈不晚哉孔子曰夫禮言其極耳不是過也男二十而冠有爲人父之端女十五而嫁有適人之道朱子家禮有曰男子年十六至三十女子年十四至二十乃可成婚其見於經禮者如此至見於法令者通典唐太宗貞觀元年詔曰男年二十女年十五以上并須申以婚媾明太祖洪武元年制曰男年十六女年十四以上并聽婚娶此次親

定及婚年歲擬參酌古今之宜男子以滿十八歲爲限女子以滿十六歲爲限未達於及婚年歲之婚嫁可撤銷之法律既有此限制則習慣中所謂養媳與夫指腹割衫襟爲親者均爲法律所不許可推而知（現律婚姻門男女婚姻條例指腹割衫襟爲婚並行禁止）

第一千三百三十三條 同宗者不得結婚

〔理由〕謹按同宗謂同宗共姓而論支派之遠近籍貫之同異皆是其雖係異姓而系出同源者亦在禁例第一千三百三十四條 在本律規定之親屬範圍內不得結婚但外親或妻親中之旁系親其輩分同者不在此限

前項規定於第一千三百二十二條親屬關係解銷後適用之

在本律規定之親屬範圍內而有切近之尊卑輩分或爲同母異父者亦不得結婚

〔理由〕近親結婚之禁止中外所同惟所謂近親者其界限不一依羅馬法近親婚姻之禁止以直系血族暨四親等以內之旁系血族及直系姻族爲限寺院法之制祇禁止直系血族姻族及兄弟姊妹間之婚姻或禁止直系血族姻族及三親等內之旁系血族姻族之婚姻而已本律則規定凡在親屬範圍內者概不許結婚（現律婚姻門娶親屬妻妻亦爲律所不許）惟外親中姑之子女母舅之子女及兩姨之子女與妻

親中親之姊妹雖亦在旁系親屬中因現在社會實際上互相結婚者頗多本律爲尊重習慣計故特許之此本條第一項但書所由規定也又近親婚姻之禁止不以親屬關係解銷後而異因設第二項之規定又雖不在親屬範圍內而有切近之尊卑輩分可稽如女婿之姊妹及子孫婦之姊妹及妻前夫之女以及同母異父者均不許其結婚故又設第三項之規定

第一千三百三十五條 有配偶者不得重婚

〔理由〕本條係爲禁止重婚而設蓋一妻多夫與一夫多妻皆係法律所不許故既有夫者不得重有夫既有妻者亦不得重有妻惟前婚無效或撤銷或離婚或一造死亡時再行婚嫁者不在重婚之例

第一千三百三十六條 女從前婚解銷或撤銷之日起非逾十個月不得再婚若於十個月內已分娩者不在此限

〔理由〕本條係爲防制血統之混亂而設蓋於婚姻解銷或撤銷後若違許其再婚則後日所生之子果爲前婚之子抑爲後婚之子易生疑義故規定非經過十個月後不得再婚但於十個月內因前婚所懷之孕若已經分娩者則許其於十個月內再與人結婚亦無混亂血統之弊此本條但書所由設也

第一千三百三十七條 因姦而被離婚者不得與相姦者結婚

〔理由〕本條係爲禁止相姦者不得結婚而設蓋所謂相姦者即姦夫姦婦是若姦婦因與人姦通致被離
婚改嫁原爲法所不禁者仍許其與姦夫結婚是瀆廉恥之防而長邪淫之風也現律犯姦門和姦男女同
罪姦婦給付本夫聽其離異若嫁與姦夫者姦夫主婚之人各處罰婦人仍離異本條之規定亦同此意也

第一千三百三十八條 結婚須由父母允許

繼母或嫡母故意不允許者子得經親屬會之同意而結婚

〔理由〕本條係爲婚姻須經父母允許而設婚姻爲男女終身之大事非尋常契約可比理宜慎重然年輕
子女閱歷未深血氣未定往往祇顧目前不知計及將來之利益而卒貽後悔者法律故規定結婚須由父
母允許以父母愛子之情必能爲子女熟權利害也況家屬制度子婦於結婚後仍多與父母同居則姑媳
間之感情亦宜先行籌及但父母允許者須經父母雙方均行允許者祇得父允許或祇得母允許者仍不
得結婚然其母若爲嫡母或繼母則有例外卽繼母或嫡母雖亦應有允許權若故意不爲允許時子得經
親屬允許而結婚以繼母或嫡母對於非己所親生之子難保無故意阻撓其結婚之事也若其不允許實
有理由者不得援用此例

第一千三百三十九條 婚姻從呈報於戶籍吏而生效力

〔理由〕本條係爲規定婚姻方式而設婚姻必踐此方式始生效力而法律正式婚姻與非正式婚姻之區別亦即在此至呈報之要件與式序於戶籍法中規定之

第一千三百四十條 違一千三百三十二條至第一千三百三十八條之規定而結婚者戶籍吏不得受理其呈報

〔理由〕本條係爲規定戶籍吏之義務而設戶籍吏於收受呈報後有審查其婚姻違法與否之權若其婚姻有違法律規定之要件者得拒不受理

第二節 婚姻之無效及撤銷

凡無效及撤銷於總則外再於婚姻章中特設規定者以婚姻之無效及撤銷與尋常法律行爲之無效及撤銷不同蓋婚姻之無效及撤銷既爲當事人之大不幸而與一家之平和秩序均大有關係故婚姻之無效及撤銷各國法律多於總則外特別規定所以昭慎重也婚姻之無效及撤銷條件各國法律多嚴密規定今依本律所規定婚姻無效之條件如左

- 一 無結婚之意思
- 二 不爲呈報婚姻撤銷之條件
- 三 未達結婚年齡
- 四 同宗結婚
- 五 親屬結婚
- 六 重婚
- 七 違再婚期限
- 八 相姦者結婚
- 九 未經有允許權者之允許
- 十 因詐欺或脅迫而爲婚

法律於婚姻之無效及撤銷既爲特別規定則不得妄以他項事由而主張無效及撤銷。想而知所謂婚姻之無效者是當然無效初不待審判廳之宣告也外國法律有採用宣告制度者本律不採用無效之婚姻當事人間固不生夫婦之權利義務其所生之子亦名爲私生子。

所謂婚姻之撤銷者亦與普通法律行爲之撤銷不同以婚姻撤銷之效力祇在將來生效力不溯及既往故也且普通法律行爲之撤銷祇須通知相對人而婚姻之撤銷必須向審判廳呈請

第一千三百四十一條 婚姻之無效以開列於左者爲限

一當事人無結婚之意思

二不爲第一千三百三十九條之規定之呈請者

〔理由〕本條件爲規定婚姻之無效而設婚姻爲男女終身大事既經結婚非於萬不得已不得作爲無效故婚姻無效之原因計有二種一當事人無結婚之意思二不爲呈報是也但當事人無結婚意思以事實錯誤爲限其他事故不得援引

第一千三百四十二條 婚姻惟依後三條所規定始得向審判廳呈訴撤銷

〔理由〕既定或既成之婚姻一旦撤銷則於婚姻當局者實有重大之影響故婚姻之撤銷與普通法律行

爲之撤銷不同

一婚姻撤銷之原因均由法律限定所謂法律限定者惟具法律所明定之原因因得撤銷之此外概不得撤銷婚姻之謂也

二婚姻之撤銷須呈訴於審判廳蓋不許當事人任意爲之也普通法律行爲之撤銷則祇須通知相對人

第一千三百四十三條 婚姻違背第一千三百三十二條第一千三百三十六條所規定者得由當事人及其親屬或檢察官撤銷之第若違背第一千三百三十五條所規定者前夫亦得撤銷之

〔理由〕本條爲保護公益起見予以撤銷權而設凡法律許其撤銷婚姻者或因其婚姻有害於公益或於公益雖無害而於私人之利益有關係前者爲因公益之撤銷後者爲因私益之撤銷因公益之撤銷非但與其婚姻有利害關係者得撤銷之即國家之檢察官亦有撤銷權因私益之撤銷則檢察官不得干涉惟法律所限定之人得撤銷之本條所規定之撤銷權如未達及婚年歲同宗爲婚親屬結婚重婚違再婚期限相姦者爲婚等均有有害於公益法律爲維持公益計故於各當事人或其親屬外并予檢察官以撤銷之

權

第一千三百四十四條 婚姻違一千三百三十八條所規定者惟有允許權者得撤銷之

〔理由〕本條及次條均係爲保護私益起見予以撤銷權而設法律規定婚姻須經有允許權者之允許若未經允許而結婚則有允許權者之權利被損矣然被損者惟有允許權者之權利而已故惟有允許權者得撤銷之

第一千三百四十五條 因詐欺或脅迫而婚姻者惟當事人得撤銷之

〔理由〕本條係爲詐欺或脅迫爲婚者當事人以撤銷權而設夫因詐欺或脅迫而爲婚當事者無自由決定婚姻之意思可知但究竟被欺詐或脅迫與否惟當事人心知之故法律惟與當事人以撤銷權關於婚姻之詐欺各國立法不同有不以詐欺爲撤銷婚姻之原因者如法國民法是其理由以爲美則格外獎勵醜則故意飾是婚姻之常態若以詐欺爲撤銷婚姻之原因將婚姻之可撤銷者甚多至德國則以詐欺爲婚姻撤銷之原因其理由以人被欺詐時則無自由決定婚姻之意思也本律亦規定詐欺爲撤銷婚姻之原因但其詐欺須出於當事人如男詐欺女女詐欺男是若其詐欺出於第三人則不得撤銷故

因媒妁之詐欺而爲婚者則不在此例以媒妁是第三人故也又其詐欺若關於財產亦不得撤銷如某女與某男言予有嫁資若干某男羨其嫁資之豐遂與結婚後某女臨門並無一文之嫁資在此時某雖被某女詐欺然不得以之爲撤銷婚姻之原因以財產之多寡與婚姻之目的並無關係故財產上之事實雖被詐欺不得因此而撤銷婚姻

關於由脅迫而爲婚者英法德日諸國均認爲撤銷婚姻之原因以既被脅迫則意思之自由缺乏故也如某男以力劫女女怵其兇威遂行允諾婚是謂由脅迫者得有之

本條之撤銷權亦惟被詐欺或被脅迫者得有之

第一千三百四十六條 以上之撤銷權以六個月爲限

前項期限在第一千三百四十三條除所稱第一千三百三十二條第一千三百三十五條外從知有婚姻時起在第一千三百四十四條從有允許權者知有婚姻時起在第一千三百三十五條從發見脅迫或免離詐欺時起

〔理由〕本條係爲規定婚姻撤銷之期限而設蓋設有撤銷原因之婚姻法律原許有撤銷權者撤銷之但撤銷權之行使者漫無限期則經過數年或數十年後無論何時均得撤銷其婚姻非特不利於婚姻當事

人亦非維持一家及社會秩序之道故各國法律關於婚姻撤銷之期限其因有害於公益而生之撤銷權雖以期限爲原則至因有害於私益之撤銷權多有一定之期限惟於期限內得撤銷之若一逾期限則撤銷權消滅本律爲保護公益與私益計亦兼爲保護婚姻當事人與維持一家及社會之秩序計故因有害於私益而生之撤銷權既規定其行使之期限有害於公益而生之撤銷權其行使之期限亦一併規定之統以六個月爲限若於此期限內不呈請撤銷則撤銷權之行爲因時期已過而消滅但此期限應從何時起算則各不同故於第二項分別規定之

第一千三百四十七條 第一千三百四十三條所稱違第一千三百三十二條而生之撤銷權至年齡及格時卽消滅

第一千三百四十三條所稱違第一千三百三十七條而生之撤銷自前婚解銷或撤銷之日起經十個月或已分娩者卽行消滅

〔理由〕本條係爲規定未達及婚年歲而生撤銷權之行使期限而設蓋未達於及婚年歲之婚姻凡有撤銷權者欲撤銷其婚姻當於未達及婚年歲之前撤銷之若既達於及婚年歲則有撤銷權者之撤銷權自應消滅何則法律於未達及婚年歲之婚姻而予其父母等以撤銷權者蓋深慮未達於及婚年歲而結婚

之人其意思能力尙未完全無審決婚姻善其與否之識故予其父母等以撤銷權凡以保護未達及婚年
歲者之利益也若既達於及婚年歲當事者既有完全之意思能力則有撤銷權者之撤銷權自應消滅

本條第二項係爲規定再婚而生撤銷權之行使期限而設夫不經十個月後之再婚法律特予以撤銷權
者蓋爲防混亂血統起見若自前婚撤銷或離婚或夫亡之日起已經過十個月則可無混亂血統之慮故
公益上撤銷之原因既不存則反以保護私益爲必要撤銷權即應於是消滅又雖未經過十個月若婦
人再婚後已經懷胎且其懷胎期係在再婚以後者則其非前夫之子既已明瞭自無混亂血統之虞故再
婚後已懷胎者雖再婚在十個月內亦不得撤銷其婚姻

第一千三百四十八條 第一千三百四十四條之撤銷權於六個月內經有允許權
者追認其婚姻或成婚已逾二年者即消滅

第一千三百四十五條之撤銷權於六個月內經當事人追認其婚姻者即消滅

〔理由〕本條係爲規定未經有允許者之允許而生撤銷權之行使期限而設夫撤銷權之行爲以六個月
爲限但有允許者若於六個月中將可得撤銷之婚姻特行追認則於追認時撤銷權即因之而消滅蓋
追認者拋棄其撤銷權也或未經追認而結婚已逾二年則不問其在此二年內有允許權者明知有此婚

姻與否其撤銷權亦即消滅蓋婚姻已經二年之久從公益上起見因使其婚姻繼續之必要較諸保護私益更為密切以婚姻者於身分及財產上均有重大關係苟可速行確定其效力法律務使之速定也

本條第二項係為規定因詐欺脅迫而生撤銷權之行使期限而設此項撤銷權亦以六個月為限但當事者於發見詐欺或免離脅迫之後六個月內自行追認此婚姻則追認之時撤銷權即歸消滅其理由與上項同且詐欺行為大都成婚後即易發覺至於脅迫則尤非能持久之事成婚後已逾六個月即使詐欺尙未發覺法律亦難再寬與以撤銷權之期限致紊家庭之秩序也

第一千三百四十九條 婚姻撤銷之效力不追溯既往

當事人於成婚時不知存有撤銷之原因其因婚姻而得之利益惟以現存者為限須歸還相對人若知存有撤銷之原因須歸還所得利益之全部如彼造善意者並任損害賠償之責

〔理由〕本條係為規定婚姻撤銷之效力不追溯既往而設按普通法律行為之撤銷其撤銷之行為從始即作為無效然婚姻者與人之身分上有直接之影響既成立之婚姻從而撤銷之並使其效力溯及既往則在婚姻中所生之子有因撤銷而一朝變為私生子者甚非保護私人利益之道也故普通法律行為撤

銷之效力雖溯諸既往而婚姻撤銷之效力係及於將來按德國民法婚姻撤銷從始即作爲無效日本不然本條採日本制不取德制

本條第二項係爲規定婚姻撤銷及於財產上之效力而設就財產關係言之亦以不溯既往爲原則蓋由婚姻而生之夫婦財產關係實甚複雜若於婚姻撤銷後一一使之回復舊狀勢必擾累不堪故也但效力雖不溯既往其不應得而得之財產則須歸還故法律明爲區別有撤銷之原因存在與否以定歸還之程度

一於結婚時不知其存有撤銷之原因者則於撤銷時惟歸還現存之由婚姻而得之財產足矣在婚姻中已消費之利益不必歸還

二於結婚時者明知其有撤銷之原因者則須歸還利益之全部蓋存有撤銷之原因者於婚姻之當時已經明知故意仍與之結婚者則毫無依婚姻而受利益之理由故在此時非但現存之利益應行歸還即由婚姻而得之利益已經爲償還自己債務之用及供婚姻中日用之費者亦應一律繳還且如撤銷原因之存在此造知而彼造不知者則此造對於彼造非但應繳還全部利益而止倘彼造實蒙損害時并須賠償之蓋損害云者非徒指財產之損害而言如名譽節操等被彼損害時均可作爲蒙

損害即均應賠償之

第三節 婚姻之效力

從婚姻所生法律上之效力其大要有三一因婚姻而生之親屬關係如夫婦間之關係夫對妻親及妻對於夫之宗親外親之關係是也二因婚姻而生之家屬關係如女入夫家則爲夫家之家屬是也三因婚姻而生夫婦間之權利義務如同居扶養監護夫婦間之契約財產債務是也
因婚姻而生之親屬關係已於親屬法總則中規定之因婚姻而生之家屬關係已於第二章中規定之故本節專規定夫婦之權利義務

第一千三百五十條 夫須使妻同居妻負與夫同居之義務

〔理由〕本條係爲規定夫妻同居之義務而設蓋夫妻若不同居則婚姻之目的不得達故夫有使妻同居之義務妻亦負與夫同居之義務也但夫爲正當之事外出或其力不能攜妻同居（如出任經商游學游歷之類）及爲法律所禁阻者（如身在兵營監獄戒所之類）自不在同居之例

第一千三百五十一條 關於同居之事務由夫決定

〔理由〕本條係爲規定同居事務須由夫決定而設例如指定住址租賃房屋等事均爲夫婦同居中所必

不能少之事然夫以爲應於某處指定住址者妻或抱反對之意見妻欲租定某房屋者夫或抱反對之意見彼此各執一是終無定議本條規定以一切裁決之權專於夫以免爭執蓋同居之費用既歸夫負擔則同居之事務亦當歸夫裁決揆諸事理本應如是也

第一千三百五十二條 夫妻互負扶養之義務

〔理由〕本條係爲規定夫妻互相扶養之義務而設夫應扶養其妻固不待言至於夫無實力不能生活而其妻實有足以扶養其夫之資力者則妻亦應扶養其夫蓋扶養義務均爲相互關係況在於夫婦之間乎

第一千三百五十三條 妻未成年時其監護人之職務由夫行之

〔理由〕本條係爲妻未成年夫行監護人之職務而設無行親權之未成年人須監護人然有夫之妻雖未達於成年者其夫已達成年者則應以夫爲其妻之監護人不必於夫外別置監護人此本條之宗旨也

第一千三百五十四條 夫妻間所訂立之契約在婚姻中各得撤銷之但不得害及

第二人之權利

〔理由〕本條係爲規定夫婦間契約之能力而設關於夫婦間之契約各國法制不同有夫婦間之買賣及贈與之契約均行禁止者（如法國是）有前兩種之契約均行認許惟事後可隨意撤銷者本條則一切契

約以均許夫婦自由訂立爲原則惟許其在婚姻中各得撤銷而已其所以許其撤銷者蓋夫婦非他人可比所訂之契約大抵偏於畏愛者爲多實缺意思之完全自由難免有不公平之虞故於夫婦兩造各得撤銷之權也至其撤銷以在婚姻中爲限者蓋至婚姻撤銷或解銷後則夫婦間之契約即當然成爲完全有效之契約矣又撤銷之效力其契約從始卽作爲無效但有一限制卽不得害及第三人之權利是也如妻以財產贈與於夫夫卽以其財產贈與於第三人時其後妻對於夫雖將贈與契約撤銷然已歸於第三人所有之財產者卽不得取回

第一千三百五十五條 妻於尋常家事視爲夫之代理人

前項妻之代理權夫得限制之但不得與善意之第三人對抗

〔理由〕關於同居之事務雖應由夫決定至於日常之家事應由妻爲之方爲便利日常家事云者如講米油鹽等家常瑣事是此等事件法律既規定妻爲夫之代理人則妻得獨斷獨行之然妻之代理權限夫欲加以限制者仍得限制之惟不得以限制爲理由與善意第三人對抗而已若夫已以限制妻代理權之事先行通知於第三人者則得對抗之此本條第二項所以設也

第一千三百五十六條 由婚姻而生一切之費用歸夫擔負但夫無力擔負者妻擔

負之

〔理由〕由婚姻而生一切之費用簡約言之即婚姻後所有應用之一切費用也此種費用以習慣論應由夫擔負唯夫無力擔負時亦有由妻擔負者本條故依本國習慣特設規定

第一千三百五十七條 夫婦於成婚前關於財產有特別契約者從其契約

前項契約須於呈報婚姻時登記之

〔理由〕本條係爲規定夫婦之財產契約而設現在吾國習慣於成婚時訂立夫婦財產契約者甚少然近來外國交通日益繁多將來必有模倣外國之習慣而訂立夫婦財產契約者若果訂立契約則應依其契約辦理惟此契約應在呈報婚姻時登記者蓋非由於此時登記後若兩者有所爭執無從證明雖有特約而其效力無從維持也

第一千三百五十八條 妻於成婚時所有之財產及成婚後所得之財產爲其特有財產但就其財產夫有管理使用及收益之權夫管理妻之財產顯有足生損害之虞者審判廳因妻之請求得命其自行管理

〔理由〕各國於夫婦財產制規定素嚴（德國民法特設夫婦財產制一事復分爲法定財產契約財產兩

節甚爲細密日本民法亦規定財產。其所以不能不詳細規定者以外國之習慣凡夫婦結婚時就其財產多以契約預行訂定故有夫婦財產契約之問題無特別財產契約者則使適用法定財產制度之規定以習慣上均有夫婦財產之觀念故法律上應有夫婦財產詳細之規定中國之習慣則是夫婦財產間顯多數國民均無此觀念若法律亦模倣一外國制度漫行規定空言則於事無補實行則轉滋紛擾故本條轉爲聲明特有財產之範圍而設成婚時所有之財產卽指妻出嫁時攜來之一切妝奩及財產而言至成婚後所得之財產如妻於嫁後因贈與或勞動而得之財產是也至此種財產其管理使用及收益之權應歸何人本條定歸於夫者以吾國習慣本屬如是唯既認妻得有特有財產法律卽應與以保護之道本條後段言得請求自行管理者亦保護所有權應有之規定也

第四節 離婚

夫婦之倫聯之以恩合之以義持之以禮三者具備而後無媿於正始之道一與之齊期於終身不改離異之說誠非君子所忍言故雖犯七出之條仍有三不去之理所以維風化也惟夫婦究由人合本殊於天屬之親時處其常固不容有他離之歎事逢其變亦難保無情意之睽禮會子問曰昏禮既納幣有吉日女之父母死則如之何孔子曰壻使人弔如壻之父母死則女之家亦

使人用父喪稱父母喪稱母父母不在則稱伯父世母壻已葬壻之伯父致命女氏曰某之子有父母之喪不得圖爲兄弟使某致命女氏許諾而弗敢嫁禮也壻免喪女之父母使人請壻弗許而后嫁之禮也女之父母死壻亦如之由斯以言則因有故而離婚固非禮之所禁也蓋彰彰矣唐律諸犯義絕者離之違者徒一年若夫妻不相安諧而和離者不坐疏議曰夫妻義合義絕則離違而不離合得一年徒罪又謂官司判爲義絕者方得此坐若未經官司處斷不合此科若夫妻係安諧謂彼此情不相得兩願離者不坐現律婚姻門出妻條與唐律略同蓋義絕必離姑息不可恩絕應離強合不能不應離而離則於禮有悖應離而不離則於義有乖本節特採此意訂爲離婚制度并詳考各國關於婚姻之法制如左

一自由離婚 卽許以當事人之意思自由離婚之謂也此制度又分爲二 一以配偶者一

道之意思卽可離婚此種離婚羅馬時及猶太教中許之近世文明諸國均不認此種制度

二須配偶者兩造同意始爲離婚卽兩願離婚之謂也此制度日本及奧比等國認之

二呈訴離婚 卽須呈請審判廳待其宣告始得離婚之謂也此制度又可分爲二 一既認

呈訴離婚並認夫婦兩願離婚者日本丁抹挪威等國是 二於呈訴離婚外不認兩願離

婚如英法德俄瑞典荷蘭等國是但英法德荷蘭兼認別居制度俄國瑞典不兼認別居制度

三禁止離婚 兩願離婚所不許即呈訴離婚亦必不認此制度西歷千八百八十四年以前之法國及葡萄牙意大利國之屬於加力特教者行之

統觀東西諸國法制或兼認離婚與別居不認離婚祇認別居者有之要之不認離婚制度者均認別居制度者也所謂別居制度者夫婦之關係並不解消蓋除去法律上所同居之義務而已或曰婚姻之撤銷與離婚其性質上不甚差異似乎法律既認婚姻之撤銷不必再認離婚制度矣不知婚姻之撤銷與離婚此兩者中顯有區別 一婚姻被撤銷之原因須於結婚時已經存在而離婚之原因則須於結婚後發生 二婚姻之撤銷婚姻當事人以外之人亦可呈請而離婚則惟兩造得呈請之兩者之區別如此故法律於婚姻之撤銷外其關於離婚者別設一節規定之

第一千三百五十九條 夫妻不相和諧而兩願離婚者得行離婚

〔理由〕本條係爲規定兩願離婚而設夫各國法制中有祇認呈訴離婚不認兩願離婚者既如前所述矣

但中國律例於戶律婚姻出妻章明載有夫妻不相和諧而兩願離異不坐之條且其注有曰其情不洽其惡已離不可復合是兩願離婚向爲吾國律例所認故本條亦仍之但所謂願者係指夫婦兩造之同意而言若一造欲離婚彼造不願意時則雖不相諧亦不得離婚所以然者蓋結婚既本於兩造之情願則離婚亦須本於兩造之情願若許以一造徑情爲之足長離婚之風非法律不得已之意也故除呈訴離婚外非兩願不可

第一千三百六十條 前條之離婚如男未及三十歲或女未及二十五歲者須經父母允許

〔理由〕本條係爲規定兩願離婚之要件而設法律許兩願離婚苟漫無限制易啓濫行離婚之弊故男子未及三十歲女子未及二十五歲時其婚姻既須有父母允許其離婚亦許經其允許後始得爲之蓋慮少年夫婦智慮未周或因一時不和輕議離婚卒之自貽後悔者有之故此條規定須經父母允許故爲父母者察其夫婦並非實不相諧或雖不相諧其離婚並非出於兩願則可不允許蓋離婚爲夫婦終身大事不能不慎重出之故法律有此規定也

第一千三百六十一條、第一千三百三十九條之規定於兩願離婚時準用之

違前條規定而離婚者戶籍吏不得受理其呈報

〔理由〕本條婚姻之成立既須呈報戶籍吏則婚姻之解銷自亦同一辦理此第二項所以首違前條規定而離婚者戶籍吏得不受理其呈報也

第一千三百六十二條 夫婦之一造以左列情事爲限得提起離婚之訴

一 重婚者

二 妻與人通姦者

三 夫因姦非罪被處刑者

四 彼造故謀殺害自己者

五 夫婦之一造受彼造不堪同居之虐待或重大之侮辱者

六 妻虐待夫之直系尊屬或重大侮辱者

七 受夫直系尊屬之虐待或重大侮辱者

八 夫婦之一造以惡意遺棄彼造者

九 夫婦之一造逾三年以上生死不明者

（理由）本條係爲規定提起離婚訴訟而設此種原因以法律所特定者爲限又須由夫婦之一造而審判衙門提起訴訟俟審判衙門判決確定後始得離婚也定離婚之原因計有二種一爲法國民法之所採卽得爲離婚原因者以夫婦之一造對於他造者有重大之過失爲限其非本於一造之過失事實不得爲離婚之原因如夫之直系尊屬虐待彼造及生死不明等是一爲德國民法之所採夫婦過失之有無在所不問凡實際上陷於不能達其婚姻目的之境地時卽得爲離婚之訴本律參取第二主義所認法定離婚之原因共計有九

一重婚者 夫婦之一造與人重婚則其重婚之婚姻已爲無效然重婚之婚姻雖無效其前婚尙依然有效也夫婦之一造既與人重婚則前婚之願繼續與否應聽前夫前妻之自由故法律於規定重婚之無效外又予前夫前妻以呈請離婚之權

二妻與人通姦者 妻與人姦通夫可提起離婚之訴者以既成爲夫婦後卽負貞潔之義務妻與人姦通是反乎貞潔之義務矣夫貞潔之義務夫婦兩造均應遵守妻與人姦通法律既許其夫提起離婚之訴而夫與人通姦則除因姦受刑外其妻不得請求離婚似乎嚴於責妻而寬於責夫矣不知妻與人通姦既於夫之名譽有關且有混亂血統之虞故文明諸國之法律凡妻與人姦通恆視夫與人姦

通其制裁特嚴又通姦與強姦異故妻被人強姦時夫不得提起離婚之訴

三夫因姦非罪被處刑者 姦非之事非喪失廉恥之男子決不肯爲然夫卽爲姦非若未受刑爲其妻者雖明知其有此行爲而不得因之請求離婚惟既被處刑則非特爲家門之玷卽社會公衆亦均羈爲罪惡之徒而於妻之名譽亦受損害故在此時直許其妻得提起離婚之訴

四彼造謀殺害自己者 夫婦以恩相聯以義相合若忍而至於謀殺害則直以仇敵視夫婦矣在此時若猶不許其請求離婚則牀第之間常有性命之憂法律爲尊重人命起見故先許其請求離婚若果有謀殺害之實據於離婚後并得訴請刑事審判衙門

五受彼造不堪同居之虐待與重大之侮辱者 前項有危急性命生存之虞本項有害於身體康健之虞故亦許其請求離婚也虐待與侮辱皆爲事實問題待審判官之決定試舉其例如故意不予以日常生活之費用使之凍餒或無故而肆行毆打者均爲不堪同居之虐待又如妻當衆暴揚夫之罪惡或夫抑勒妻犯姦等類均爲重大之侮辱但侮辱之事實須由結婚後發生若發生在結婚前而發覺在結婚後者不在此限如結婚前與人私通或曾爲娼妓或曾懷胎至結婚後而始發覺者并不得請

求離婚

六妻虐待夫之直系尊屬或重大侮辱者 夫之直系尊屬即妻之舅姑及其以上之親於禮妻應孝事者非但不孝事再從而虐待之或有重大侮辱則夫烏能坐視且律例所載七出不事舅姑實居其一故本款定爲請求離婚原因之一

七受夫之直系尊屬虐待或重大侮辱者 妻之於夫之直系尊屬苟有不合爲尊屬者自有訓戒之權然世有子婦并無失德爲舅姑者漫肆威福朝則叱責夕則毆打待子婦如罪囚者夫虐待侮辱至此固子婦之不幸而家庭知平之禍亦終不可望故法律特許妻對於其夫提起離婚之訴縱使夫婦間並無憎嫌所難堪者不過舅姑之虐待然舅姑是尊屬其婦對之固無可如何則惟有聽其離婚猶爲兩全之策

八夫婦之一造以惡意遺棄彼造者 既爲夫婦彼此有共同生活共相扶養之義務若夫婦之一造無故遺棄彼造則在此一造先自歎於情理復何能專責彼造堅守盟約乎但所謂遺棄須出於惡意如夫在外營業積有餘資不肯寄回家中忍聽其妻凍餓不堪又如夫病在牀妻棄其病夫而逃亡等類皆爲惡意之遺棄故遺棄而實出於不得已者不在此限如夫因謀生而遠出遠出後身患疾病因之不能寄資回家使其日用缺乏又如夫因避犯之逮捕而逃亡與避債務之迫索而匿跡并不將其蹤

跡告知其妻等類皆不得謂之惡意之遺棄

九夫婦一造逾三年以上生死不明者 所謂生死不明者離家之後久無音信生死不可得知之謂也 若離家雖逾三年而時有書信往來則其生死可得而知故三年之期限應從接到最後書信之日起 算蓋逾三年以上生死不明或已死亡或尙生存其爲惡意之遺棄亦未可定若仍令彼造堅守是非 情理之平故法律亦許其請求離婚但法律雖如此規定其採用此規定與否仍聽彼造之便且本項 之意義律例中亦有規定者現律婚姻門出妻條夫逃亡三年不還者并聽經管官告給執照別行改 嫁但生死不明與逃亡不還者其義有別蓋逃亡不包外出之義而生死不明則逃亡外出均包在內

第一千三百六十三條 夫婦之一造於彼造犯前條第一款至第三款之行爲同意
在前者不得提起離婚之訴

〔理由〕本條以下至一千三百六十五條皆係爲規定離婚權之限制而設蓋離婚之原因雖存在或因他 故不使其訴權發生或雖發生而仍使消滅者有之本條之規定蓋本於離婚訴權不使發生之理由也夫 重婚通姦及夫因姦非罪被處刑此三者雖皆爲離婚訴權之原因若此一造對於彼造之所爲從初始時 已同意者則離婚訴權不發生蓋始則於其行爲表示同意後則以其行爲爲離婚之原因是近於故縱其

非故法律別案其請求離婚之權

第一千三百六十四條 因第一千三百六十二條第一款至第八款所列情事而有主訴離婚權之人須於明知離婚之事實時起於六個月內呈訴之若離婚原因事實發生後已逾十年者不得呈訴

〔理由〕本條係爲規定離婚訴權之消滅而設離婚訴權之消滅時效各國法制有照普通消滅時效者亦有特別規定者蓋夫婦間之恩義非常人可比故一造卽有不法行爲彼造或明知而曲認或雖不知而經過數年後其和睦一如從前者亦有之本律故取第二主義關於離婚訴權消滅之期間特爲短縮從明知離婚原因之事實時起以六個月爲呈訴之期若其原因事實十年間並未之知則呈訴離婚之權亦消滅也

第一千三百六十五條 因第一千三百六十二條第八款之情形於生死分明後不得呈訴離婚

〔理由〕本條亦係爲規定離婚權之消滅而設第一千三百六十二條第八款稱夫婦之一造逾三年以上生死不明者彼造呈訴離婚此項呈訴權至生死分明時卽歸消滅

第一千三百六十六條 兩願離婚者離婚後子之監護由父任之未及五歲者母代任之若訂有特別契約者依其契約

〔理由〕本條及一千三百七十九條皆係爲規定離婚後親子之關係而設夫因結婚而生之親屬關係及家屬關係至離婚時則皆解銷獨母子之關係本於天性非如妻對於夫之親屬及夫對於妻之親屬其關係由人爲而結合至離婚時亦可由人爲解銷之也故妻即被離婚若生有子則母子之名依然而監護之權利自在但離婚後夫婦既各異處則關於其子之監護究應誰任之乎按監護其子之事兩願離婚與呈訴離婚者稍有不同本條先規定關於兩願離婚時監護其子之任也夫監護其子之事若父母同居原應共任其勞至離婚時則父母既各異其志則監護之事理應定一專屬本律從離婚後關於監護其子之任應屬於其父是爲原則若其子年幼不滿五歲者則甫離襁褓尙難離母而獨存在此時則監護之任屬於其母是爲例外然兩願離婚時凡事均可從容籌議若關於監護其子之事則訂有特別契約者則依契約如兩造訂定年幼之子至幾歲時止則託乳母養育等類是也

第一千三百六十七條 呈訴離婚者離婚後子之監護準用前條之規定但審判衙門得計其子之利益酌定監護之人

〔理由〕本條係爲規定關於呈訴離婚時監護其子之任而設夫監護其子之任應屬於其父若子年幼未滿五歲則屬於母卽呈訴離婚時亦可採用但呈訴離婚與兩願離婚稍異一則離婚之事審判衙門不得干涉之也在呈訴離婚審判衙門既有准駁之全權則關於離婚後監護其子之事依法律規定或其父母之契約審判衙門見其有不利於其子者得則行選任監護其子之人但以有利益於其子爲主

第一千三百六十八條 兩願離婚者於離婚後妻之財產仍歸妻

〔理由〕本條係爲規定兩願離婚後財產之關係而設夫妻之財產在婚姻有效時既不併入夫婦共有財產中則至離婚時自應仍爲妻之所有初不待言然若無規定則妻於其財產外對於夫婦共有財產或至多所觀覷且夫對於妻之財產至離婚時亦易生乾沒稽留之念惟法律明爲規定則離婚後關於財產之紛議可免

第一千三百六十九條 呈訴離婚者得準用前條之規定但依第一千三百六十二條應責於夫者夫應暫給妻以生計程度相當之賠償

〔理由〕本條係爲規定呈訴離婚後財產之關係而設前條之規定在此時亦得準用之縱令離婚之原因由妻造成（如因妻之過姦而呈訴離婚是）夫對於妻亦祇得請求離婚而止不得將其財產一併乾沒盡

妻之咎在於違背婚姻之信義其於財產上毫無關係故也然離婚時不得乾沒妻之財產者妻亦不得向夫要求離婚後生計之費用若離婚之原因由夫構成（如因夫被處姦非刑而是訴離婚是）則夫應給妻以生計程度相當之賠償蓋女子能自食其力者少離婚後易至失所故也但所謂生計程度相當之賠償者須從其妻之身分而定妻爲中流社會之身分而向夫要求上流社會之生計費或妻爲中流社會之身分而夫祇給以下流社會之生計費均可謂生計程度不相當此外尙須兼顧夫之財力能給付否若其賠償之標準諸妻之身分雖爲相當而度其夫之財力不能給付則審判官亦不得專從妻之身分一面著想須兩面兼顧後始可定賠償之額

第四章 親子

第一節 親權

第一千三百七十條 親權由父或母行之

〔理由〕本條係爲規定父母何人應先行使親權而設夫以親權卽爲父權謂親權專屬於父者是羅馬法之道著法國法律倣之以父母兩人同爲子之天然保護者卽應同有此親權是近世進步之法律思想故近今各國法律多以父母兩人均爲有此親權但父母雖均得有此親權若許其同時行使爲一父之意見

與母之意見不合所謂行親權者之意見有衝突時究應何所適從教養方法不出於一途實非其子之利故本律定親權由父或母行之 以通常而論概由父行使親權所謂統於一尊也然有死亡或不知爲誰或不能行其親權時則應由其母行之總之父母二人不得同時行此權利是爲本條規定之主旨

第一千三百七十一條 行親權者爲繼母或嫡母時準用一千四百十七條一千四百二十一條一千四百二十二條之規定

〔理由〕本條係爲特別規定繼母嫡母行使親權而設蓋繼母對於夫前妻之子與嫡母對於夫妾所生之子既非其所自出則愛養未必盡同於所生往往有加以虐遇苛待者如法律亦全與以懲戒養護教育管理財產等權萬一嫡母繼母借此行使親權之名而陰行其刻待之實則於子之利益上必生絕大之危險故本法於行親權者爲繼母與嫡母時則須有監督人以監督其行使親權使不至濫用其親權本條準用云云即準用監督人規定也

第一千三百七十二條 行親權之父母須護養并教育其子

〔理由〕本條以下至一千三百七十六條均係爲規定親權之效力而設親權之效力云者即行親權之父母有保護其子之身體及管理財產權利與義務之謂也故親權可別爲對於其子身體上之權利財產上

之權利兩種本條蓋先就對於其子身體上權利而總括規定之考各國民法關於親權之效力大都概規定指定住所懲戒管理財產及收益等權力無總括之規定其先冠以總括規定一條者自德國新民法始故本法仿之凡關於護養及教育均包在內護養指一切保護與養育而言保護其子之利益非但實在利益也凡免除其不利益者亦爲保護如慮其子流於不肖禁止其與狎朋賭友往來或拆閱其與友朋往來之書信皆可爲保護其子之利益故居住自由交通自由將來憲法上雖或規定然對於服從親權則不用教育非徒使之入學堂始謂教育也如使之學習商業工業亦是今世界各國凡人均以自立不依賴他人爲尙然非有相當知識與專務職業雖欲自立勢必有所不能故文明國法律於保護外多課其父母以教育之責至於教育之程度種類則視其父母之財力與其子之資稟而異或應使受高等教育或應使受中等教育初無一定惟預計其子之將來應執何職業爲宜因定其子之應受何種教育爲當是其父母之權利也教育其子爲親權者之權利亦爲親權者之義務惟爲其權利故對於不願受教育之子可施權抑又惟爲其義務故應以財力教育其子也

第一千三百七十三條 子須於行親權之父或母所指定之處定其居所

〔理由〕指定其子居所之權利是由護養與教育當然發生之結果而爲親權效力之一種使子得以自由

選擇居所則易於比匪之傷而流入游蕩法律有鑒於此欲使行親權者達其護養與教育之目的因與行親權者以指定居所之權利各國皆然故父母未指定居所時子或可自由居住若有指定時子不可不服從居所指定有僅限定某地方於其地方之界域內任其子自由選定居所如命其子到北京求學則北京城內其子得自由租覓房屋有非僅限定某地方並於其宅舍亦行限定者如命其子入北京法律學堂並命其子須入北京法律學堂宿舍時則其子須寓於宿舍舍父母有指定之居所其子若不遵守則其父母可用強制方法請求巡警廳行之

第一千三百七十四條 行親權之父母於必要之範圍內可親自懲戒其子或呈請審判衙門送入懲戒所懲戒之

審判衙門定懲戒時期不得逾六個月但定有時期後其父或母仍得請求縮短

〔理由〕本條係爲規定規權效力中之懲戒權而設懲戒權者行親權之父母對於子之身體得加以懲戒之謂也關於此事各國立法例互有不同法國民法行親權人無擅自懲戒其子之權利須呈請審判衙門經其允許後得送入懲戒所（法國民法三七五條至三八三條）英國法則規定行親權人有親自懲戒其子之權無送入懲戒所之權德國法則取折衷主義既認行親權人有懲戒其子權又可呈請審判衙門爲

相當之援助日本民法亦大畧相同統觀各國法律概認懲戒權者以父母既有護養與教育其子之責若不與以懲戒權則其目的必不可達矯邪歸正雖亦可藉教育之力漸為感化然至教育之力窮則有非懲戒不足神其用者此懲戒權所由起也本法係採德國主義唯其懲戒權之要件有二一有懲戒權者惟行親權之父母故出繼後之嗣父與再嫁後之母無懲戒權嗣父母對於嗣子嫡母對於庶子繼母對於夫前妻之子亦有懲戒權以其為行親權之父母故也外國立法例父再娶者對於前妻之子不得有懲戒權蓋防其聽後妻之言而虐其子也吾國實際上雖曾有此然若規定此事則與道德上之觀念恐有未合故不採取二須於必要之範圍內始得懲戒其子所謂必要之範圍者即於護養及教育上所必要蓋非是則不能達其護養及教育之目的也懲戒是手段並非目的法律認行親權人用懲戒之手段必有他項目的存乎其前可想而知為護養及教育之目的而施其懲戒之手段者是為在於必要之範圍內然雖用其懲戒仍不可踰越範圍如對不受教訓之子鞭扑則可若亂行鞭扑傷及肢體或至有生命之慮者則雖本於教育之目的而施其懲戒實可謂出乎必要之範圍外也

父母若依本條後段將子送入懲戒所此時審判衙門對於其子所行之懲戒係從其父母之請求且與普通犯罪應行懲戒之事有異故其懲戒時期應有限制且應許其父母請求縮短期限此本條第二項所由

殺也

第一千三百七十五條 子營職業須經行親權之父或母允許

〔理由〕本條係爲規定允許其子營業而設亦親權效力之一也夫未成年之人其智識多未十分完全若許其徑任己意自行職業則利害得失之計慮必不能周法律爲保護起見故規定關於營職業必須經允許後始爲有效至何人有允許其職業權利即行親權之父母是以子之能營職業與否惟父母知之最深故也

第一千三百七十六條 子之財產歸行親權之父或母管理之關於其財產上之法

律行爲由行親權之父或母爲之代表

〔理由〕本條係爲規定對於其子財產上親權之效力而設大概可分爲兩種一爲管理權一爲代表權所謂管理權者即子之財產行親權之父母得代爲管理之凡子因遺產繼承遺贈贈與或以自己之名義而得之財產均爲其特有財產然子既未成年對其財產初無管理之能力自應以行親權之父母代爲管理所謂代表權者即關於其子財產上之法律行爲得爲其子之代表蓋行親權者爲其子之法定代理人則其子之關於財產之一切法律行爲自得代表之如子有資本其父代爲之營業則由營業而生之利益損

失直對於其父而生效果其子雖欲不承認不得也

第一千三百七十七條 子爲人承嗣者所嗣父母行其親權

〔理由〕父母對於其子得行親權依前各條所定其理自明然子有爲人承嗣者此時行親權者爲所嗣父母抑爲所生父母不能無疑本條明定曰惟所嗣父母行其親權者是蓋本於習慣實亦理所應爾

第一千三百七十八條 行親權之母於再嫁後不得行其親權

〔理由〕本條及下一條係爲規定嫁母不得行親權而設凡行親權之母於再嫁時必有後夫既有後夫則於保護其子之心思多不能專精周擊故法律規定再嫁之母從其再嫁時不得行其親權對於其子之身體無養護之權利對於其子之財產亦無管理之權利因之監護之問題始起

第一千三百七十九條 行親權之父母於女出嫁不得行其親權

〔理由〕本條亦爲不得行親權之一夫女之應服從父母之親權與男子同然女之服從親權以在父母之家時爲限若一經出嫁則應從夫故父母不能向之行使親權蓋爲服從夫權計親權自不得不脫離否則親權夫權兩相衝突也

第二節 嫡子

第一千三百八十條 妻所生之子爲嫡子

〔理由〕本條爲嫡子之定義其理甚明無庸贅述

第一千三百八十一條 嫡子以妻之受胎時期在婚姻有效中並夫於受胎時期內曾與妻同居者推定之

〔理由〕本條係爲規定嫡出子之身分而設何者爲嫡子在普通之觀念則必以正妻所出爲嫡子夫嫡子雖由正妻所出而正妻所出之子依法律上嚴正解釋有時亦不得爲嫡子如出生雖在結婚後而受胎實在結婚前者雖爲婚姻有效中所生之子其實因妻與夫以外之男姦通而受胎者及婚姻解銷後妻與他男私通受孕而生之子皆是此等子雖亦爲正妻所生由法律上嚴正解釋之並不得爲嫡子夫嫡子之權利在法律上與他子既全然不同則關於嫡子之身分在法律上亦須明確規定嫡子須爲正妻所出固不待言然妻之受胎時期須在婚姻有效中且夫於受胎時期內曾與同居者始推定其爲嫡子觀此則在婚姻無效時受胎及雖在婚姻有效中受胎而其夫並未與同居者其妻所生之子均不得爲嫡子至何者爲受胎時期於下條說明之

第一千三百八十二條 從子出生日回溯第一百八十一日起至第三百二一日止爲受

胎時期

受胎時期有與前項異者若能證明事實以其時期爲受胎時期

〔理由〕本條係爲規定受胎時期而設證明此事極爲困難故各國法律多設爲受胎時期之規定以受胎不可測而知而受胎之時期則可推而定所謂受胎時期者據胎兒在母腹中最短之日數與最長之日數兩相比較而卽以其差數爲受胎時期也據醫學家言胎兒之在母腹中有經過百八十日而卽生者最長期有經過三百日而始生者其最短期與最長期相去之百餘日卽爲受胎時期蓋欲知何時受胎從兒胎出生之日逆數至百八十日起以至三百餘日爲止總不外此百餘日內受胎故卽以此百餘日爲受胎時期是卽法律上所謂受胎時期是也受胎時期與懷胎時期不同受胎時期指在母腹中最長日數與最短日數之兩差數而言懷胎時期是由受胎時起分娩時止而言故懷胎時期或有長至三百餘日或短至百八十日之差而受胎時期則總不外此百餘日蓋欲知其人何時受胎祇從其出生之日逆數至百八十日起算到三百餘日爲止總不外此百餘日中受胎也考受胎時期各國法律規定不同羅馬法則以婚姻成立之日起於六個月後(卽七個月初一起)婚姻解銷之日起於十個月內所生之子爲嫡子每一月以三十日計算之法國於拿破崙編憲民法時卽請甫羅克蘇伊氏定受胎時期兵本於生理學之實驗而定

妊娠之最短期爲百八十六日其最長期爲二百八十六日從羅馬民法者收最短期爲百八十日收最長期爲三百日蓋欲使人易於取得嫡子之身分也故法國民法從出身日逆數至百八十日起至三百日爲止以其間之百二十一日間爲受胎時期（觀法國民法三百十二條三百十三條）德國民法從出生日前百八十一日至三百二日止即以其間百二十二日間爲受胎時期（德民法千五百九十二條）日本民法從婚姻成立之日起二百日後從婚姻之解銷或撤銷之日起三百日內是日日本民法以一百一日爲受胎期間各國之規定既如此參差不齊吾國民法究應以何者爲標準又考各國定受胎期間均據醫生之報告爲定惟現有採取規定受胎時期最長之德國法以爲模倣因民法中能規定受胎時期則於此時期中受胎之子爲嫡子此時期外受胎之子不得爲嫡子受胎時期與嫡子之身分既大有關係故規定時可稍從寬也本法定受胎時期爲百二十二日其時期之計算法從子之出生日逆數至百八十一日起精至三百零二日爲止即以其間之百二十二日爲受胎時期也此受胎時期若有一日在婚姻有效中即推定其爲夫之嫡子然法律爲此推定不過舉人間最普通之例爲標準若事實有與此異者又不可無特別規定也

本條第二項謂受胎時期與前項異者若將事實證明後則以其時期爲受胎時期也所謂受胎時期與前

項異者如結婚後不滿百八十一日與婚姻解除後逾三百二日而生之奇胎顯亦有之夫不滿百八十一日與逾三百二日而生之奇胎是出乎前述受胎時期之外故必須將事實證明後始得以其時期爲受胎時期如不滿百八十一日而生之子經醫生檢查其胎兒發育之程度在母腹中實不滿百八十一日逾三百二日而生之子經醫生檢查胎兒發育之程度在母腹中實已逾三百二日者則以其時期爲法定受胎之時期故所生之子亦可爲嫡子

第一千三百八十三條 第一千三百八十一條之推定若事實與之相異者夫得不認之

〔理由〕凡妻之受胎時期在婚姻有效中且夫於受胎時期內曾與妻同居者其所生之子卽爲嫡子是一千三百八十一條推定也然此不過法律之推定而已若其事實有與推定相異者不可不與其夫以否認權所謂與法律推定相異之事實有二一受胎時期在婚姻有效中法律因而推定其爲嫡子而實際有與之相反者如成婚後經過百八十一日與離婚後三百二日內所生之子法律卽推定其爲夫之嫡子但子雖於成婚後百八十一日出生其實於百八十一日以前已受胎又有子雖於離婚後三百二日內出生其實受胎在離婚後者如此情形其子實非其父之嫡子然依法律所推定尙爲其嫡子以前率之例由其子

出生之日計算之會居在百八十一日外三百二日內與法律受胎時期在婚姻有效中之規定者無反背故也惟其實際情形與法律規定相反而已故在此時法律特與其夫以否認權二夫於受胎時期內曾與妻同居者法律亦即推定其為嫡子而實際有與此相反者如受胎時期之一百二十二日內夫妻曾與妻同居而或因疾病衰老不能人道在此時法律亦與其夫以否認權否認者即撤銷其子之嫡出身分也但解釋本條條文有須注意者二事一為受胎時期明在婚姻前而出生在結婚後各國法律雖亦有作為嫡子者本律則不許以本律明明規定受胎時期須在婚姻中故受胎時期在婚姻前者是在本律推定之外不待夫之否認即非嫡子也一為受胎時期雖在婚姻有效中而夫並未與妻同居者如於夫離家遠出或夫生死不分明時而妻受胎而受胎時期雖亦在婚姻有效中然夫於受胎時期內既未與妻同居是亦在本律推定之外不待夫之否認即非嫡子也

第一千三百八十四條 前條之不認夫須提起訴訟

〔理由〕前條規定若事實與法律推定相異則其夫有否認權一經否認則其子變為私生是夫之否認與子之身分上實有重大關係其事實究竟與推定相反與否必須俟審判官之判斷始為無弊故夫雖有否認權亦只向審判衙門提起否認之訴而已經審判衙門確定判決始生效力若夫提起否認之訴經審判

術門書列後以爲不認否認則其子依然有嫡子之身分也

第一千三百八十五條 不認之訴自夫知子之出生時起於一年內爲之

〔理由〕本條係爲規定因期間之經過消滅否認權而設夫嫡出否認權之行使時間不適用普通之時效則爲特別規定者蓋嫡出之身分急須確定故爲夫者既知有可以否認之事實即不可猶豫須爲否認之訴而否認之所以然者經過長時期之後則證據易於湮滅而列定極難且嫡出之身分不確定繼承亦因而生障礙於公益上又有關係故各國之立法例關於嫡出不認權均用特別規定也法國民法區分此期間爲數種凡夫在出生地者於出生後一個月不在出生地者其歸來後二個月將出生隱蔽者從明知之後二個月經過此時期則否認權消滅夫否認權以數月之時期而即行消滅未免失之過短本律故定爲一年其一年之時期不從子之出生時起算從夫知其子之出生時起算

第一千三百八十六條 經夫承認爲嫡子後不得撤銷

〔理由〕本條係爲規定承認後否認權即消滅而設法律與其夫以否認權者深恐事實與法律推定相異時若仍依法律所推定未免拂乎其夫之意故也若子之出生後其夫自行承認之法律即不許其再行撤銷以嫡出之承認即表示其否認權不行使之意所謂放棄否認權也故一經夫之承認後若其嫡出之事

實與法律之推定相異亦不得將承認履行數額僅因詐欺及強迫而爲承認者不在此限

第三節 庶子

第一千三百八十七條 非妻所生之子爲庶子

〔理由〕本條係爲規定庶子之身分而設夫嫡子與庶子在法律上其權利既有不同則庶子之身分與嫡子區別處在親屬法亦應證明確規定本條規定非妻所出之子爲庶子即所謂妾出是也外國一夫只有一妻於正妻外既無所謂非正妻之名則於嫡子外亦無所謂庶子之名故泰西各國親屬法祇有嫡子私生子之別吾國社會習慣於妻外有妾者尙多故親屬中不得不有嫡子庶子之別但本律所稱庶子與日本民法中之庶子不同以日本民法繼承繼承後之私生子爲庶子其庶子之地位與本律所規定有異也

第一千三百八十八條 第一千三百八十一條至一千三百八十六條之規定關於庶子亦準用之

〔理由〕嫡子與庶子之分別以其母爲分別不以其父爲分別也既不以其父爲分別則在親屬法上凡其父對於嫡子之規定關於庶子亦可準用如一千三百八十一條至一千三百八十六條雖皆其父對於嫡子之規定然對於非妻所生之庶子亦均可準用之

第一千三百八十九條 妻年逾五十無子者夫得立庶長子爲嫡子

〔理由〕本條係爲規定庶子有時亦可取得嫡子之身分而設夫正妻所出爲嫡非正妻所出爲庶其間名分固然故有嫡子在萬無以庶爲嫡之理若只有庶子並無嫡子之時得立庶子爲嫡子與否是屬一問題本律依現律規定凡妻年五十以上無子者得立庶長子但此規定係有二條件一無子二妻逾五十故雖無嫡子有庶子若其妻年未逾五十與妻年雖逾五十而有嫡子者不在此限且條文曰定夫得立庶長子爲嫡子明曰得立是夫之權利並非義務故夫若不願立爲嫡子之時庶子與庶子之母無要求立爲嫡子之權且庶子有數人時應先立庶長子

第四節 嗣子

嗣子者法律擬制之子也嗣子與所嗣父母本無親子關係法律擬自無親生子假定其爲所嗣父母之子也嗣子因所嗣父母有立嗣行爲而生親子關係立嗣行爲者使非自然親生子與自然親生子生同一親屬關係之法律行爲也立嗣制度發源最古中國不必論即在歐西亦於羅馬時代即已盛行近世各國除英美荷蘭不採此制外若法若意若比若德若日本無不有之惟歐洲立嗣制度精神與我稍異其注意惟在慰藉孤獨救護貧困扶助遺孤獎勵戰士而於繼

續宗祀一層則殊非所重我國禮經卽有爲人後之文古重宗法大宗爲一尊之統大宗無後則人應以支子後大宗故惟大宗得立後而小宗則不立支庶更不論矣子夏傳曰爲人後者孰後後大宗也又曰大宗者收族者也不可以絕何休云小宗無後當絕孔子曰凡傷與無後者祭於宗子之家由是觀之中國古昔立嗣制度實於宗法制度祭祀制度切切相依而不可分離決非歐制所能比擬自三代以後封建廢世祿絕無大宗無小宗人各親其親各稱其稱暮年失子者既不能聽其孤獨零丁無所依倚身後有遺產者更不能任其貲財房屋無所歸屬故立嗣精神不能盡與古合現行例無子者許令同宗最行相當之姪承繼若立嗣之後却生子其家產與原立子均分曰無子者則凡無子者皆是無大宗小宗及爲嫡爲庶之分也曰其家產與原立子均分則於承嗣之外尤注重家產之處置也本節折衷古義參酌今制於我國特有習慣之必應維持者悉保存之外國制度之不宜於中國者不採用之於我國舊制之不能實行者則變通之茲就本節規定立嗣之要件說明其大旨凡立嗣必有立嗣行爲立嗣行爲之要件有二一爲實質上之要件一爲形式上之要件實質上之要件者爲嗣父母及爲嗣子所必需之能力也（卽必需之資格）我國習慣立嗣之意重在爲嗣父立後但使爲嗣父之要件具備卽得立嗣而嗣

父之妻即爲嗣母故爲嗣父者須具有必需之要件而爲嗣母者則無本節所定爲嗣父之要件如左

一非成年人不得爲嗣父 我國嗣子制度精神與外國異外國嗣子重在養生我國嗣子重在慰死重養生則立嗣爲慰藉之具而年齡之限制不得不嚴此歐西各國所以有非年滿五十或六十不得立嗣之制也重慰死則立嗣爲似續之計而年齡之資格不妨稍寬此日本所以有成年已上即得立嗣之制也本律使成年人得爲嗣父亦稽古昔冠而生子之義然必成年始得爲嗣父未成年則否蓋立嗣行爲必由嗣父自爲之未成年入爲法律行爲須得法定代理人許可若必待許可而後許其爲人父是父子關係亦得以他人意思干涉之矣若不待許可而聽其爲人父是意思能力不完全之人亦得任意爲重要之法律行爲矣立嗣非婚姻可比既無情慾追從之感更無家政待理之慮故未成人不妨許其爲婚媾而決不許其爲嗣父禮年十七至十六爲長孀十五至十二爲中孀十一至八歲爲下孀孔子曰宗子爲孀而死庶子弗爲後也言爲孀而死則無長孀中孀之別也可知宗子年未滿十九而死且弗爲立後其非宗子年在十九歲以下者生前不得立嗣概可知矣現行例尋常夭亡未孀之人不得概爲立後又所故之人業已

成立俱應爲其立後所謂天亡究以若干歲爲限意義不明據戶部則例則以二十歲上下爲限則猶從古人長壽之義且以天亡與成立對舉男子成立至速亦在二十歲上下故本律以成立與否爲得爲嗣父之標準似與古義之制均無不協

二非男子不得爲嗣父 現今認嗣子制度之國得立嗣者初無男女之別即未嫁之女亦得立嗣已嫁之婦得不爲其夫立嗣而爲自己立嗣徵諸我國習慣則大不然不獨未嫁之女無立嗣之例即已嫁之婦亦不得爲自己立嗣蓋婦人從夫不從身立後後宗非後已因其夫有後而已亦有後不得第使已有後而令其夫無後我國專用男統不用女統其結果不得不然既不認女統故女子不得離男子而有嗣子故非男子不得立嗣現行例於此層無禁止及容許明文蓋理所當然故不另設明文也

三非已婚之男子不得爲嗣父 得子爲婚姻結果欲子而婦人之常情若不婚亦可得子啓壯男不婚之弊有入口減少之慮且世風日薄癩曲網民每以立嗣爲分析財產之計但使無子者有屋數椽有田數畝族黨即羣起爭執強欲以其子弟爲嗣故限制不得不嚴現行例載明未婚之人不得概爲立後誠慎之也（清乾隆三十八年江西按察使胡季堂請定繼條規疏辨明例

稱無子者係指已經成立並娶有妻室者而言是已經成立而未娶有妻室者亦不得立嗣也明矣。

四非無子者不得爲父嗣 無子者無男子之謂也故有女子者仍不妨立嗣蓋先已有子更以他人之子爲子既有害其先有之子之權利更足以釀家庭之變故且立嗣之制所以濟人事之窮本出於不得已有子而更立嗣子於義何居親愛之心不篤自私之念大勝已則多子而不恤人之無子悖理滅情孰甚於斯唐律疏義依月令無子者聽養同宗於昭穆相當者現行例無子者許令同宗昭穆相當之姪承繼敦彝倫弭禍源防微杜漸用意甚深故本律從之

本節所定爲嗣子之要件如左

一非男子不得爲嗣子 我國嗣子制度重在承祀且又專重男統不用女統女子不能承祀即不能爲嗣子此理之易明者也惟是民間習慣亦有養女現行例亦無禁止養女明文唐律違法收養異姓男子者徒一年而收養異姓女子者不坐養女制度久已爲我國習慣及法律所公認似養女亦應以嗣子論即嗣子不必以男子爲限是不然養女制度害多利少現今士大夫家行者甚詳至民間養女其目的約有數種一環養董娘俟長大之後以爲子妻而未成婚以前爲其

養女二因已無子女養他人女備日後招婿養老之圖三購買賣女作爲養女教以歌嗚使其從事賤業重養地流弊至大本律已毅然廢止故第一種養女不能成立第三種實即買良爲娼尤千例禁至第二種雖畧近人情然實非必需蓋無子者於法得養男子爲嗣子自不必舍男子而養女子由是親之養女制度不妨廢棄且我國買奴禁令甫經頒布若猶設養女制度必有以是爲名而潛行買賣人口者故不如竟廢此制之爲愈也

二非親族或同宗不得爲嗣子 我國嗣子制度重在承祀身爲求食須求所歸立嗣精義實基於此傳曰神不歆非類民不祀非族誠以血不相屬則氣不相通氣不相通則祭無由格雖曰違信亦仁人孝子之用心未可厚非者也外國立法例無此制限以彼此素無瓜葛之人一經立約呈報卽生父子關係朝爲路人暮爲骨肉不無可議故本節於此仍維持我國舊制焉本律以親族或同宗爲限不以同姓異姓爲限與舊制異於第一千三百九十一條詳細說明之

三非親族中輩分相當之人不得爲其嗣子 親族有尊屬親卑屬親之別尊卑有序不可凌亂嗣子爲法律擬制之子立嗣行爲發生效力後父子之名遂定若輩分不相當亦得爲其嗣子極其弊必至伯叔甥舅可以易位昆季姊妹可互相爲後親等變亂名分乖違而一切親族關係悉

過濫而不知所極故無論古今中外皆不之許傳公以兄繼弟公羊傳亦祇以臣繼君猶子繼父之說况之不致竟以僭公爲國公子也現行例立嗣而尊卑失序者杖六十其子仍歸宗本律仍之

四非有兄弟者不得爲嗣子 卽獨子不能出嗣於第一千三百九十三條詳細說明之

以上所述爲實質上之要件至形式上之要件則無論生前立嗣死後立嗣均須報名戶籍吏登記之非登記不生效力於第一千三百九十六條詳細說明之

本節第一千三百九十條至第一千三百九十六條規定嗣子之要件第一千三百九十七條第一千三百九十八條規定嗣子之撤銷第一千三百九十九條至第一千四百二條規定嗣子之消滅

第一千三百九十條 成年男子已婚而無子者得立宗親中親等最近之兄弟之子爲嗣子親等相同由無子者擇定之

若無子者不欲立親等最近之人得擇立賢能或所親愛者爲嗣子

(理由)本條係爲規定嗣父及嗣子之要件而設嗣父之要件凡四均於本條規定之卽成年男子已婚無

子也是嗣子之要件凡四本條規定其三卽宗親兄弟之男子是也嗣父嗣子要件具備而後可言立嗣嗣子制度與繼承制度相同禮言爲人後者爲之子是爲人子者卽爲人後一而二而一者也既爲之後卽有繼承遺產權故立嗣亦宜授繼承例於親族同宗之間更參酌親疎遠邇以定其先後次序本律折衷定制分爲三等首宗親以其爲高貴之族血脈最近也次同宗以其源出一本氣類相屬也再次異姓外親以其情誼委乎不妨稍事變通也本條定擇立宗親之法次條則定擇立同宗及異姓外親之法焉

現律繼承須先儘親等最近之人由近及遠以次遞推近親無人始許擇立遠房夫親等最近之人爲數無幾而欲得賢者能者爲嗣子又爲人之常情既許擇立矣而又以最近親等爲限設最近親等者祇一二人雖至不肖亦不能不以其爲嗣子揆諸情理尙未盡協本條擴張擇立之範圍但使其爲宗親兄弟之子俱可擇立蓋嗣子賢否於家政之盛衰有重大關係若子立嗣人以自由選擇權不肖者既不繼主親應嗣之權利而立嗣人亦得以其財產授之於賢能匪獨一家之福抑亦國家之利俾曰律鈞以年年鈞以下亦此意也

第一千三百九十一條 無前條宗親親屬或雖有而不能出嗣或不欲立其爲嗣者無子者得擇立同宗兄弟之子爲嗣子

若無子者不欲立同宗兄弟之子得由其擇立左列各人爲嗣子

一 姊妹之子

二 壻

三 妻兄弟姊妹之子

〔理由〕本條係爲規定擇立同宗及異姓外親之法而設禮同宗皆可爲之後不問親疎是爲同宗立嗣之根據現律許擇立遠房亦斯意也

異姓爲嗣自唐迄明皆干例禁現律亦然誠以族類既殊姓無所受不可以承祀也雖然尋常異姓本屬路人無骨肉之親以其爲嗣誠大不可至異姓而爲至近親屬則微有不同論血脈則彼此姻婭同根一本較同宗之人或猶近也論情誼則往來親密自幼團聚較宗親或猶親也宗親同宗俱可承嗣而異姓親屬獨斷斷然以爲不可似非人情所近古人以異姓親屬承嗣者不可勝計見於史者則魏陳矯本劉氏子出嗣舅氏吳朱然本姓施以姊子爲宗姓後現律旗人實無同父周親及五服遠房同姓准繼異姓親屬爲嗣近世民間習慣以二姓兼稱者更難數大抵皆以異姓親屬爲嗣士大夫家亦有之夫人情之至即理之所適準之古事酌之人情似不如明定專條以資引用本條許以異姓親屬爲嗣而仍嚴定範圍一爲姊妹之

子以其有似昆弟之子廷可承伯叔甥亦不妨承舅也二爲婿其妻爲親生之女宛然他人爲親也三爲妻兄弟姊妹之子自妻言之爲以姪承姑亦有血族關係也三者之外仍不許濫行爲嗣則於變遷之中仍寓限制之意此本條之所以設也

第一千三百九十二條 遇有左列各款情形得準用前二條之規定爲無子而死亡者立嗣子

一 成年者

二 未成年未婚而出兵陣亡或獨子夭亡而宗親內無應爲其父之嗣子者

三 未成年已婚而其妻孀守者

〔理由〕本條爲前二條之例外亦爲我國法制之特色蓋人死亡後其家屬一身之權利概行消滅其非專屬一身之權利(即財產權)則移轉於人故據法理而論生前未爲人父死後雖爲人父亦不生法律關係惟吾國情形不能盡以法理相繩禮不孝有三無後爲大傳曰名德之後必有達人若其人既已成立或且執干戈以衛社稷之難不爲置後無以勸賢無以教忠至若丁單族孀獨子夭折又或窮蹙矢志誓不再嫁不爲置後何以繼絕何以全貞現律於此種人死亡後均許其爲立嗣緣情立法誠非得已故仍之

一成年者 未成年而死亡者謂之孀孀無爲人父之道爲孀後者非爲孀後乃爲孀者父後故未成年者決不得立嗣古者僅後大宗三代以後已不可行叩文莊變遷其說謂有大名顯宦者不宜絕是成年者亦皆不得立嗣現律宗不論大小子不分支庶凡無後者皆得立嗣但以業已成立者爲限本項因之

二未成年未婚而出兵陣亡者 本款意在獎勵戰士蓋人當臨陣之際固有忠義性成奮死不顧自甘爲國效力者然因嗣續之重不能不恻然憂之故國家對於此可愛可敬之軍人必有特別待遇使無後嗣之憂本款無論成年與否已婚與否凡出兵陣亡者准與立嗣亦猶勿孀注籍之意義也

三獨子夭亡而宗親內無應爲其父之嗣子者 未成年未婚而夭本無立嗣之理然天者係獨子而族中人又無應爲其父之嗣子者此時若不爲天者立嗣則其父之後絕矣故本款特許其立嗣例如某甲僅有一子其族中已無姪輩而自其子言之卻有昭穆相當之姪子是其父若自行立嗣則必以姪輩爲後觀等以亂故不如竟以其子之姪爲子後也

四未成年已婚而其妻孀守者 本款從婦人之志爲其夫立嗣俾有所依賴以不逾初志也

第一千二百九十三條 獨子不得出爲嗣子但兼祧者不在此限

〔理由〕本條係爲規定獨子不得出嗣而設禮曰適子不得後大宗明乎絕父以後人之不可也獨子而出

嗣自嗣子言之是不忍於人之父母而忍於己之父母不孝之尤也自所嗣父母言之是奪人之子以爲子不忍於己之不祀而忍於人之不祀不仁之甚也故不許焉

獨子不許出嗣以所生必不可棄也然有時所生雖不可棄而長房或他房亦不可無後現律於是有所兼祧之例所以濟禮之窮而重絕人之世也本條因之惟現律以情屬同父周親爲限夫兼祧之事非至親之人固未必樂從故自事實言之概出於同父周親者多然法律必以此爲條件使情屬同父周親以外者不許兼祧似又限制過嚴蓋兼祧原屬權宜之舉既舍經以從權則如何擴張範圍使無子者易於立嗣之爲愈乎故本條不採用此限制焉

第一千三百九十四條 出爲嗣子者須經父母同意無父母者須經直系尊屬同意
年在十五歲以下出爲嗣子者得由其父母代爲允許

嫡母繼母非得親屬會同意不得爲出嗣之允許

〔理由〕出爲嗣子於終生身分最重要之效果似應絕對聽當事人自由始得以保護其利益矣抑知不然蓋父母於子恆終生相依不忍分離老年尤甚若出嗣一聽人子自由不經父母同意必有親屬爭財產爭爲人後而棄親弗顧者殊爲人心風俗之害然概由父母主持不問子之意思如何則必有委棄其子以爲

贈與買賣之具者本條折衷定制以父母允許爲出嗣之要件而不使父母代子主持故子不欲出嗣父母不得強之父母不欲其子出嗣子亦不得強行出嗣出嗣之意思必先出於之子子有此意思而後請其父母允許此本條第一項之所以設也

子必有出嗣之意思父母始能以之出嗣故幼小之子不能發表意思者父母不能以之出嗣然似此辦理亦多不便蓋吾國習慣嗣子多係嬰兒誠以嗣子爲模擬親生之子務使父子母子之間親愛出於自然風情率乎天性而欲達此目的非自幼養成不爲功故以幼小之子爲嗣子者殆居多數此等幼小之子事實上既無意思能力故法律上必有代其爲意思表示者此本條第二項之所以設也

嫡母繼母與庶子繼子恆多齟齬若對於幼小之子有代爲允許出嗣之權必有設計驅逐庶子繼子者故設第三項以爲保護之

第一千三百九十五條 依第一千三百九十二條規定立嗣子時若死亡者有妻由其妻行之無妻由其直系尊屬或家長或親屬合行之

以遺囑擇立嗣子者從其遺囑

〔理由〕本條係爲規定死亡者立嗣時行使擇立權之人而設蓋生前立嗣由嗣父擇立至死後立嗣嗣父

既不能擇立自不能不指定有擇立權之人而死亡者之妻應爲被擇立者之嗣母擇定後即與嗣子相依故應聽其擇立以期母子相得至無妻者應由爲其立嗣者爲其擇立而能爲其立嗣者以其直系尊屬家長親屬會爲限故由其擇立焉此本條第一項之所以設也

以遺囑擇立嗣子外國法例有否認之者吾國以宗祧爲重遺囑立嗣自應有效此本條第二項之所以設也

第一千三百九十六條 出嗣自報名戶籍吏登記之日發生效力

〔理由〕本條係爲規定立嗣行爲形式上之要件而設蓋立嗣行爲關係至重在吾國亦然其行爲發生效力後父子之名分遂定身分能力因是變更故須用鄭重之方式以公布之本條依婚姻之方式使其報名戶籍吏必登記後始發生效力

第一千三百九十七條 違背第一千三百九十條至第一千三百九十二條規定者所嗣父母嗣子或所嗣父母嗣子之法定代理人家長或利害關係人得聲請審判衙門撤銷之

違背第一千三百九十三條及第一千三百九十四條第一項規定者嗣子之本生

父母或直系尊屬得撤銷之

違背第一千三百九十四條第三項規定者嗣子或親屬會得撤銷之

〔理由〕立嗣之撤銷於其人社會上之地位影響甚大故不得與他項法律行為適用同一之規定各國法律皆於此設特別規定以限定之本條及後一條之設亦即此意

本條定有撤銷權之人及撤銷之方法蓋第一千三百九十條至第一千三百九十二條之規定有保護所關父母之利益者有保護嗣子及第三人之利益者亦有關於公益者故所關父母嗣子及法定代理人等法律皆使其有撤銷權第一千三百九十三條及第一千三百九十四條第一項之規定專為嗣子本生父母或其直系尊屬之利益而設故其撤銷範圍極狹第一千三百九十四條第三項為保護嗣子之規定故惟嗣子及親屬會有撤銷權至撤銷之方法則須向審判衙門聲請不得僅向相對人以意思表示為之

第一千三百九十八條 違背第一千三百九十條規定未成年未婚而立嗣子者其

有撤銷權人之撤銷權自立嗣者子成年或成婚而消滅

違背第一千三百九十四條第一項規定者其父母或直系尊屬之撤銷權自知其

出嗣日起逾六個月而消滅自登記之日起逾二年者亦同

〔理由〕本條係爲規定撤銷權之消滅時效而設撤銷有永不消滅者有必須設相當之消滅時效者蓋撤銷權永久存在其嗣子嗣父母間之關係永不確定反致有害公益此本條之所以設也。

第一千三百九十九條 遇有左列各款情形所嗣父母得請求以其嗣子歸宗

- 一 嗣子不孝有據者
- 二 嗣子行爲放蕩足爲家門之玷者
- 三 嗣子逃亡三年不歸者
- 四 嗣子生死不明在三年以上者

〔理由〕立嗣之消滅原因有二曰撤銷立嗣曰歸宗歸宗者解消有效之立嗣法律行爲也撤銷立嗣者僕有欠缺之立嗣歸於無效之法律行爲也歸宗有由所嗣父母請求者有由嗣子請求者本條則規定所嗣父母得請求以其嗣子歸宗之原因也

一 嗣子不孝有據者 嗣子有繼承遺產權當時父母在時爲子者既不能盡孝養之道及嗣父母身後反得繼承其財產於倫理風教實有未合故特以此爲歸宗原因之一至何者爲不孝爲事實問題如伴道不順不肯扶養皆是

二嗣子行爲放蕩玷辱家聲者 本款須據有二事方爲歸宗原因之一卽行爲放蕩玷辱家聲是也例如
揮費無度家財消費殆盡而家業因以衰落又如宴廉鮮恥犯罪受刑辱及門庭是也所謂玷辱家聲指一
家之名譽而言與汚辱家屬個人之名譽者異

三嗣子逃亡三年不歸者 逃亡者未得嗣父母許可去嗣父母指定之所居或違嗣父母意不復歸家之
體也嗣子逃亡不歸不願長居嗣父母家可知故嗣父母可請求使之歸宗

四嗣子生死不明在三年以上者 嗣父母所以立嗣子之故在因奉侍無人或因抱孫情切若嗣子生死
不明爲期甚久亦不許歸宗則是嗣父母有子等於無子且因名義上有子之故不得另立他人爲嗣殊屬
不當故亦以其爲歸宗原因之一

第一千四百條 遇有左列各款情形嗣子得請求歸宗

一 所嗣父母虐待不堪者

二 所嗣父母生有男子而本生父母無男子者

前項請求若嗣子年在十五歲以下由其本生父母或直系尊屬行之

〔理由〕本條係爲規定嗣子得請求歸宗之原因而設條例如左

一 所謂父母虐待不堪者 嗣父母既虐待其嗣子者仍維持其父子母子間之關係匪惟無益徒增苦累故許嗣子自行請求歸宗

二 所謂嗣父母生有男子而本生父母無男子者 本生父母先有數子及出嗣後數子皆亡此時縱令嗣父母無子尚應設法兼祧以嗣所生況嗣父母已有子乎若不歸宗在嗣父母不以多一子而加益在本生父母則以無子而絕祀使爲嗣子者父人而自絕其父非法也故許嗣子請求歸宗此本條第一項所以設也
嗣子年在十五歲以下尚無發表歸宗意思之能力故由其本生父母或本生直系尊屬代爲發表之此本條第二項之所以設也

第一千四百零一條 歸宗須由請求者請開親屬會議決之

〔理由〕請求歸宗者由嗣父母或嗣子一方之意思爲之恐有濫行歸宗之弊故須由親屬會議決行之外國法例有使其向審判衙門請求者吾國習慣家事多不願經官故不採用

第一千四百零二條 第一千三百九十六條規定於歸宗準用之

〔理由〕參看第一千三百九十六條理由

第五節 私生子

現律於嫡子庶子外又有姦生子卽苟合爲媾所生之子也蓋媾姻之制度實夫婦之權與若因兩相稟稅之私致有感於情欲之事則是失其婚姻之正不得被以夫婦之名既墮男女家室之防遂爲父母國人所賤準之於禮則已悖揆之於情則應離故其所生之子亦復不能與諸子齒各國法例於此等姦生子待過嚴苛幾欲屏於人羣之外雖於繁劇刑條不無裨益而於尊重人權大相違反何則人受天地之中以生故天地之性以人爲貴既已含生負氣同居覆載之中豈得塗折摧殘等諸蠹蠹之列共此知覺共此食息姦生之子亦猶之人特不幸而其父母不顧名譽弁髦禮法而爲苟合又不幸而爲苟合者之子方將哀憐之不暇而乃鄙夷之輕賤之返諸天理之流行推諸人情之慈善必有愆然其不安者卽謂其所生非正亦祇其父母自作之孽初非其子之自速厥辜又况計較太明或有生而不舉者尤足以開殘忍之風而干造物之慈甚非所以保存生命也現律卑幼私擅用財門儀例分析財產止以子數均分姦生之子依子量與半分如財無子主應繼之人爲嗣與姦生子均分可謂仁至義盡矣顧本法改姦生子之名爲私生子者因既名姦生子只限於因姦而生之子至於因無效之媾姻而生之子則不在內不如統名爲私生子庶於義乃爲該備耳

第一千四百零三條 由苟合或無效之婚姻所生之子爲私生子

〔理由〕本條係爲規定私生子身分而設男女之結合必先以婚姻天下之男雖多不得盡爲吾夫天下之女雖多不得盡爲吾妻夫妻者專指結婚後之此造對於彼造而言外此則爲苟合上無效之婚姻夫無效之婚姻其男女間雖曾爲婚姻以既不具婚姻之要件則雖結婚法律亦視與未結婚同無效之婚姻本律一千三百四十一條規定之夫婚姻無效法律既不認其男女爲夫妻則由無效之婚姻而生之子法律亦不認其爲嫡子而認爲私生子

第一千四百零四條 私生子經父認領始爲父之私生子父於認領後不得撤銷

前項之認領須呈報於戶籍吏

〔理由〕私生子之親子關係各國法例不同有以私生子須經其父母之認知始生親子之關係者如日本民法是有以私生子對於其母之親子之關係不待認領而定惟對於其父之親子關係有須其父認領後始定者如德國民法是本條規定係採用德國法以私生子對於其母由分娩及出生顯然之事實即可確定其爲母之子故母子之關係不待認領而始定至父子之關係則有須認領後始定者如與某女私者共計有甲乙丙三人或因甲貧而乙富則必誤攀爲乙之子若丙爲名譽之人又將轉攀丙爲其子之父恐誤

繼者未必即遭孽因之人而遭孽因者反得遺遺事外矣法律有鑒於此故規定私生子須經其父認領後始定其父之私生子在認領以前祇生事實上之關係不生法律上之關係也然須認領而始定者是父子之關係至於母子之關係則由分娩之事實而已定此本律與日本民法相異處但私生子一經其父認領後則再不得撤銷何則認領者對於私生子係已表明其爲自己之子也認領後則私生子之身分確定是認領於私生子之身分上有重大關係故一經認領後即不得自由撤銷

認領爲確定父子之身分其意思表示時必須十分明確始得免異日之翻悔故認領亦如婚姻然是要式之行爲必須呈報於戶籍吏

第一千四百零五條 父雖爲無能力人亦得不經法定代理人之允許而認領私生子

〔理由〕凡無能力人之爲法律行爲以須經法定代理人之允許爲原則認領既爲法律行爲之一種易起亦須經法定代理人允許之疑問不知對於其子之認領與尋常法律行爲不同以認領者係爲自己所出之子而其子究竟自己所出與否惟其父知之最確有無須經他人之允許者故其父即未成年者既爲認領即生效力且其父雖爲禁治產人若於本心回復中所爲之認領亦生效力

第一千四百零六條 認領私生子之效力溯及出生時但不得害及第三人已得之

權利

〔理由〕認領私生子之效力者即因認領而其父與私生子間親子之身分因而確定也但私生子對於其父之親子身分雖自認領時確定並非於認領時發生故認領當溯諸其子之出生時發生效力如私生子之出生在於去年正月而其父至今年正月始爲認領則其認領之效力應溯諸去年正月起卽生親子之關係遂因此而生一切之權利可取得義務應負擔矣惟認領之效力溯諸其子之出生則舅損及第三人之權利如前例私生子於去年正月出生其父於今年正月爲認領於認領以前去年十月其父已將所有財產一萬元分配於甲乙兩嫡子甲嫡子得五千元乙嫡子亦得五千元此一萬元之權利既爲甲乙兩子已得之權利其父於本年正月認領私生子若論認領之效力溯諸出生則此私生子亦可與於分財之數果如此辦法則甲乙兩子於已得之權利不能確定享有法律有鑒於此因規定凡無私生子有關於第三人之權利即使認領而已取得之權利並不得因認領之溯及效力損害之

第一千四百零七條 私生子或其他利害關係人得舉反對之事實呈請撤銷其認領

〔理由〕此條係爲規定私生子或其他利害關係人得舉反對事實破壞認領而設蓋認領不過由其父一方之意思表示而生效力若其父並非真正私生子之父故遂將他人之子認領爲自己之子則非特毀損私生子之利益其與利害關係人之利益有時亦被毀損矣故認領與事實相反時法律特與私生子及其利害關係人以撤銷權所謂利害關係人不問其爲身分上之利害關係人（如認領者之親屬）財產上之利害關係人（如扶養權利人）苟確係因認領而生有利害關係人均得呈請審判廳撤銷其認領但欲呈請撤銷須先舉明反對之事實所謂反對之事實者即其認領之子並非其所生之子也果與事實相反與否由審判官據事實爲斷始得確定

第一千四百零八條 私生子及其他法定代理人得據事實請求其父認領

〔理由〕本條係爲規定呈請認領而設呈請認領即尋覓父系之謂關於尋覓父系各國法例不同奧國西班牙葡萄牙諸國之法典許父系之尋覓而法國意大利荷蘭等國之法典除一二例外則不許尋覓父系同一尋覓父系而各國法典規定相異如此譬如其相異之故蓋各有理由不許其尋覓者以寡廉鮮恥之女子不嫁而私通比其有子時恒指其最富最有名譽者爲其子之父甚或有誣鑿者其流弊如是立法者有鑒於此故尋覓父系絕對禁止之其許其尋覓者以爲法律若禁止尋覓父系恐未必足以保護正直之

人或反獎勵狡猾淫蕩之人何則漁色之徒引誘其家之女比至有孕後則棄而不顧而其女或因之終身不能適人其子竟有被殺於其母者不讓搜索之制度其弊害轉至於此極立法者有鑒於此故許其尋覓父系按尋覓父系許之則爲不德之女開尋覓之門禁之又爲漁色之徒加保障之法惟有折衷定制予私生子及其法定代理人以尋覓之權但雖予以尋覓之權必須有確實憑據始得向審判衙門呈訴果有確實憑據則其父不得不認領無確實憑據而其母亦不妄爲攀指呈請認領之方法須據事實向審判廳呈請之但有呈請之權利者只私生子及其法定代理人而已

第一千四百零九條 經父認領之私生子父與其母成婚後卽爲嫡子成婚後認領者從認領時起爲嫡子

〔理由〕本條係爲規定私生子取得嫡子之身分而設卽所謂得嫡是也夫私生子與嫡子之身分自其子之出生時而已定其於出生後尙得變更其身分者須有法律之擬制法律設此擬制之理由實不欲以其父母之過失而累及於子加之父母既悟野合之非禮而就婚姻之正道是已能修葺前愆法律爲獎勵人之改過計因特與其子取得嫡子之身分也取得嫡子之條件有二一爲父母成婚二經父認領故認領而不成婚與成婚而不認領者私生子均無得嫡之理由但其父母卽成婚其父卽爲認領而認領在成婚前

與認領在成婚後又自有別即認領在成婚前者從其父母成婚時始取得嫡子之身分認領在成婚後者從其父認領時始生效力是也以上之兩條件具備則私生子依法律規定當然取得嫡子之身分即不待其父母之意思表示可自求爲嫡子又其父母雖有反對之意思表示尙依然爲嫡子也但成婚與認領既爲得嫡之條件則其成婚與認領須先適合乎法律如成婚無效則因無效之成婚而得嫡者其得嫡亦爲無效至於可以撤銷之婚姻至撤銷時爲止是不失爲有效之婚姻故由可以撤銷之婚姻而得嫡者雖其後父母之婚姻或撤銷而與得嫡無間也

得嫡之效力從父母成婚與父爲認領之後起私生子始與嫡出有同等之權利義務故認領之效力溯及既往得嫡之效力祇問將來也由私生子而取得嫡子之身分者與在婚姻中所生之嫡子之異處即一於出生時取得嫡子之身分一須待父母成婚與經父認領後始取得嫡子之身分是也此事於繼承法極有關關係附詳之夫在婚姻前所認領之子其順位雖不後於婚姻中所生之子若於成婚後所認領之子則對於認領前婚姻中所生之子年雖居長而繼承之次序應在於後如有五歲之私生子並未經其父認領其父於成婚後生有一子始行認領此私生子則在婚姻中所生之子雖年少而繼承之順序實較其父所認領之私生子居先

第五章 監護

各國監護之制昉自羅馬羅馬之制凡家長死其在家長權下之子各獨立而為家長惟女子及十四歲以下之男子須服從監護權其後增定十五歲以上至二十五歲以下之男子須服從財產管理權大羅馬家長死子女未成年得以遺囑指定監護人是為遺囑監護人遺囑未指定者以血族關係最近者為監護人是為法定監護人遺囑監護人法定監護人俱無特別由裁判所選定之是為選定監護人之職務大別為二一曰財產之管理一曰能力之補助

日本舊慣上監護之制甚不完備其民法中之監護章乃參酌歐洲諸國之監護法而成分為四節曰監護之開始曰監護之機關曰監護之事務曰監護之終了而以保佐附之且未成年者之監護與成年者之監護亦不分析今採德國民法監護章之編次分為三節曰未成年人之監護曰成年人之監護曰保佐未成年人之監護指上無行親權之人或行親權者失其親權或管理權者而言成年者之監護指受禁治產之宣告者而言保佐指受准禁治產之宣告者而言監護者包括財產之管理及能力之補助保佐則祇關乎財產而不及於身體

第一節 未成年人之監護

監護之設原以保衛未成年人爲主本節分爲三款一監護之成立聲明何時始用監護人何人得爲監護人二監護人之職務聲明監護人於被監護人之身體財產上之權利義務三監護人之終止聲明何時監護終止何時則監護人之職務終止並職務終止時應如何處理

第一款 監護之成立

第一千四百零十條 未成年人無行親權之人或行親權人不得行其親權時須置監護人

〔理由〕未成年人若上有父或母則父或母當先擔任保護其身體財產之職務即親權是也故必上無父母而監護之需要始生又或父母之一先亡其存者或不知其所在或已受禁治產之宣告或不能行其親權者監護亦即開始

女出嫁後則父母不得行其親權如女未成年則監護之職由夫任之則規定於婚姻章不在本章普通監護之例

第一千四百十一條 監護人以一人充之

〔理由〕羅馬法許有二人以上之監護人各國現行民法如法蘭西等國亦有許用二人以上者按監護人

係爲保衛無能力人之身體財產而設其職務類與親權相等監護人若有二人以上則意見不統一恐轉致家庭之紛擾親子章規定行親權者爲父或母以一人爲主不使二人同行親權者其理由亦與此同德日民法均主用一人惟德制有特別理由之例外一層另有條文規定此項特別理由如一人監護身體一人監護財產之類似過繁瑣故不採用

第一千四百十二條 監護人須依左列次序充之

- 一 祖父
- 二 祖母
- 三 家長

四 最後行親權之父或母以遺囑指定之人

〔理由〕有遺囑監護人有法定監護人前已言之其先後次序則各國不同德國民法及日本民法皆以遺囑監護人爲先法定監護人次之選定監護人又次之惟按之吾國習慣似多未合譬如父母死亡而祖父母尙在或父母死亡而爲家長之伯叔兄弟尙在則依吾國習慣其未成年之子未有不由祖父母或家長監護者也設使遺囑監護人在法定監護之先則遺囑所指定之人或有較祖父母家長爲疏者以

疎間親甚非人情故本條以祖父祖母家長爲法定監護人列在父母遺囑指定者之前

第一千四百十三條 父於臨終時因子之母不能行親權者得以遺囑指定監護人

〔理由〕未成年人之父死其母應爲行親權人然母有因特別事故不能實行親權者此時應許其父指定監護人父母臨終時因未成年之子之父母不能行親權而有指定監護人之必要者故本條許其準用遺囑法得以遺囑指定監護人

第一千四百十四條 無一千四百十二條所規定之監護人時由親屬會選相當之人充之

〔理由〕既無祖父祖母家長等之法定監護人又無父或母遺囑指定之監護人則非則行選定監護人不可德國設監護審判廳之制故遇遺囑監護人法定監護人俱無時卽由監護審判廳選定監護人日本不設監護審判廳且因審判廳之干涉不合於習慣故予親屬會以選任監護之權吾國習慣家庭之事亦不由官府干涉爲宜故本條不採德制而採日制

又本條所謂選相當之人者應注意於監護人之財產情形及監護人與被監護人之個人情誼暨親屬關係

第一千四百十五條 監護人非有正當之理由不得辭其職務但婦女或年逾六十者不在此限

監護人自信爲有正當之理由堅不肯任事者於審判廳未經判定以前應由監護人之監督人暫行接理其職務

〔理由〕爲監護人之義務乃法律上之強制負擔也然有正當之理由者亦得特許其免除此義務蓋強制負擔爲原則特許免除爲例外也所謂正當之理由或於職務開始之初業已存在或於職務繼續之中隨後發生均得據以辭職且正當之理由由於職務開始之初業已存在者即使當時並未據以辭職嗣後仍可據此同一之理由續行辭職也至於免除監護職任之理由由各國民法往往有羅列其事情者然法律上有限定情事雖免掛漏施諸費用每慮拘牽故本條不列說其情事而泛稱正當之理由惟婦女或年逾六十者即無正當之理由亦許辭監護之職

至於是否有正當之理由則以親屬會承認爲斷然使親屬會認其有正當理由監護人始可免除其義務者親屬會不認爲正當之理由而監護人自信其有正當之理由不服親屬會之決議者自可依親屬會章程規定呈訴於審判廳監護人非有正當之理由而不肯任事者即使有監督人暫行接理其職務其責任仍

在監護人之身故本條有第二項之規定

第一千四百十六條 左列之人不得爲監護人

- 一 未成年人
- 二 禁治產人或準禁治產人
- 三 破產人
- 四 褫奪公權人
- 五 對於被監護人現爲訴訟或曾爲訴訟人或其直系親屬及其配偶
- 六 審判應認爲不勝監護之任者

〔理由〕監護人以管理他人之身體財產爲職務其責任繁重非有完全之能力者不克任之且雖有完全之能力而於被監護人之利益恐有損害者亦不得任爲監護人故各國民法於監護人之選任大都明定若者爲無能力者者當除斥若者當免職無能力者未成年及禁治產是也除斥者其人之行爲不合乎監護人之資格當選任之初即除斥之使不得爲監護人也免職者既任監護之職因其行爲與監護之職任有損乃免職之也本條第一款第二款均屬無能力者夫未成年入自己在親權或監護之下者及凡被入

監護或保佐者自無轉得監護他人之能力但成年而不能自立者雖在親權之下仍無礙其爲他人任監護之職也本條第三款至第六款皆在當除斥或免黜之列破產者不可託以他人之財產無待言矣親奪公權之人爲國家所認爲無德義心者不可託以他人之身體財產亦無待言其對於被監護人爲訴訟或曾爲訴訟之人以及其人之直系親屬或配偶疑與被監護人處利害相反之地位自不可使爲監護人其餘不勝監護之任者既爲審判衙門所認則不當使爲監護人更無疑義

第一千四百十七條 遺囑指定監護人時並得指定監護人之監督人若未指定監

督人須由監護人於任事前呈請審判衙門招集親屬會選定之

監護人由親屬會選定者於選定監護人時並須選定監護人之監督人

前二項之監督人出缺時監護人須即招集親屬會補選之

〔理由〕在政治上言之行政官外別有司法官在司法上言之推事之外別有檢察一則職在執行一則職在監察也監護人爲執行之員設使別無監察之員則被監護人之身體財產猶未處於安全之地故各國監護法設監護人之監督人一職特監督人有定法爲必需常置者有指明條件可置可不置者前者例如日本後者例如德國蓋德國有監護裁判所之制監督之職裁判所實任之日本民法之於監護一事則意

在過去裁判所之干預故在德國惟監護職務中有管理財產之任者或監護職務由數名監護人共任之者均須用一監護人此外則設不設聽便也在日本則監護監護人為必需常設之機關吾國習慣家庭之事亦以過去裁判所之干預為宜故本條採用日制本條第一項係規定何人當為監護人之監督人也其最先應為監督人者為遺囑指定之監督人其次為親屬會選定監督人特是應以遺囑指定監督人者較使並未指定監督人而其時親屬會未招集則被指為監護人者勢不可聽其獨自擔任故法律予監護人以呈請審判廳招集親屬會選定監督人之權且呈請必於任事之前行者蓋監督人既為監護職務中所必需常設之機關監護人自不能離監督人而任事也

本條第二項係聲明親屬會於選定監護人時並須選定監督人其責任則在親屬會

本條第三項係聲明被選監督人之必需亦所以保持監督人為常設之機關也

立於監護人為法定者(如祖父祖母家長)則無需用監督人本條之規定專為遺囑指定之監護人及親屬會選定之監護人而設也

第一千四百十八條 第一千四百十五條第一千四百十六條之規定於監護人之監督人準用之

〔理由〕一千四百十五條係規定監護人非有正當之事由不得辭職一千四百十六條係規定何人不得為監護人此二條亦應加於監護人之監督人者蓋監督人責任之重要與監護人同故亦須受法律上強制之負擔及資格之限制也

第二款 監護之職務

第一千四百十九條 監護人有第一千三百七十二條至第一千三百七十五條所載行親權人之權利義務

〔理由〕監護之職務大別有三一為對於被監護人身體上之職務二為對於財產上之職務三為代表其法律行為之職務本條係規定監護人對於被監護人身體上之職務也按親權章之規定一千三百七十二條為護養教育一千三百七十三條為指定居所一千三百七十四條為懲戒子女一千三百七十五條為允許營業此四者為行親權者之權利義務監護人亦得有之者蓋監護實為延長親權而設也特監護之性質與親權不同耳日本民法於教育居所懲戒營業諸端均須得親屬會之同意德民法無此限制今採德制

第一千四百二十條 被監護人之財產歸監護人管理之關於其財產上之法律行

爲由監護人爲之代表

〔理由〕本條以下至一千四百二十五條皆規定監護人代表被監護人之法律行爲及對於其財產上之職務

第一千四百二十一條 監護人於被監護人之財產有重大關係時須經親屬會之允許始得代表之其於被監護人之行爲有財產上之重大關係者須經親屬會允許監護人始得允許之
不依前項之規定者被監護人得撤退之

〔理由〕本條規定之理由與行親權之母之權利義務同

第一千四百二十二條 監護人對於被監護人之財產須依左列之規定

- 一 監護起始時須速即邀同監督人開具被監護人之財產清冊
- 二 監護人對於被監護人有債權或負債務者須於開具財產清冊前報告監督人

三 監護人每年須開具被監護人歲出之預算經親屬會指定後始得開支但遇

急需時不在此限

四 監護人須商同親屬會將被監護人所有之金錢除歲需出款外概爲安行存放

五 監護人須將被監護人之財產情形向親屬會每年至少報告一次

〔理由〕監護人對於被監護人之財產德國及日本民法均分列十餘條規定業詳今擬併爲一條分列五款

一 監護人就職之初即須邀同監督人調查被監護人之財產開具清冊其目的有二一則監護人欲證明其擔任管理財產之類以便監護事畢時計算正確之交替一則監護人欲查明被監護人財產之多寡以便預定被監護人應受教養之程度依本條第三款而爲議出之預算至於調查期限應於若干時期內開具此項清冊本條不爲限定惟載有速即字樣則事須從速可知於財產清冊未經開出之前非遇急迫必要之情形監護人不得支動被監護人之財產但不得以此對抗善意之第三人耳

二 監護人開具被監護人財產清冊中凡被監護人所有之債權及所負之債務概應開列自無待言然使監護人自己對於被監護人有債權或負債務者其於開列清冊時易啓乘機濫隱匿之弊故本條

令監護人於開具清冊之前先行向監督人彙報所以使賢者藉以避嫌疑不肖者無從圖私利也

三 被監護人之財產不能聽監護人任意支出其理由無待贅言所謂歲出之預算以被監護人之生存教育療養看護所需及管理財產之費爲率預算者不能求一定之全額定其最高之限而已足非必求費用之細數定其共年之總數而已足此項預算須每年開具一次經親屬會指定後始得開支但遇急迫之情事立即需用者不在此限

四 被監護人所有之銀錢除歲需出款外監護人須商同親屬會妥爲存放一則免空行儲蓄之不利一則防監護人漫然銷費之危險也

五 被監護人之財產情形非由監護人逐年報告則監護人有私曲之行爲親屬會無從裁制之其爲害於被監護人者匪淺此歲須報告之理由一也且監護人非時時報告財產之狀況則監護終止之時或因閱時過久證據失滅致有難以自爲辨護之慮此歲須報告之理由二也第三款既有親屬會核定歲出預算之規定非報告本年財產上之情形則親屬會何從核定次年之預算此歲須報告之理由三也

第一千四百二十三條 監護人違前條規定者親屬會得撤退監護人被監護人因而受損害者並須賠償其竟不報債權者以喪失債權爲止

〔理由〕本條係爲規定親屬會撤退監護人之權而設以不違上條之規定者爲限其被監護人因此而受之損害監護人自不能辭賠償之責惟違犯上條第二款有債權而不報者係屬監護人自己之疏忽於被監護人尙無損害故其罰至喪失債權而止

第一千四百二十四條 監護人之報酬得由親屬會準其勞力及被監護人之財力酌定之

〔理由〕各國民法於監護人之報酬有不以給與爲原則者如法意是有以不給與爲原則而由裁判所酌定者如和蘭是有以給與爲原則者如葡萄牙是夫禁其給與報酬雖基於以監護人之職務爲對於國家強制負擔之思想然卽爲強制負擔亦無必禁其報酬之理本條之意與舊日新民法同不以受報酬爲監護人當然之權利唯以親屬會之決議給以相當之報酬而已監護人無自行要求報酬之權利也且報酬之有無多寡親屬會須按監護人之勞力與被監護人之財力定之

第一千四百二十五條 監護人非經親屬會允許不得讓受被監護人之財產
違前項規定者被監護人得撤銷之

〔理由〕監護人若許其讓受被監護人之財產則監護人或有利用其地位而以不當之廉價占用財產之

緊熱使竟禁止其讓受則於監護人或亦有失利之慮故本條聲明以親屬會允許爲條件如未經親屬會允許監護人擅自接受者則被監護人俟有能力時即得撤銷之又本條所稱讓受者被監護人處於第三人之地位時亦包在內

第一千四百二十六條 監護人之監督人其職務如左

- 一 監督監護人之事務
- 二 監護人出缺時須即招集親屬會補選
- 三 監護人曠職時須暫行代理其職務

〔理由〕監護監督人之設所以監視監護人察其是否曠職或執行事務是否違反法律及有無損害被監護人之利益也本條第一款乃監督監護人職務之本體第二第三款皆所以慎重監護人之職務不使一日曠缺而已

第一千四百二十七條 祖父母爲監護人時於第一千四百二十一條至第一千四百二十六條之規定不適用之

〔理由〕監護人之職以經理被監護人之財產一事爲最繁重故本法設種種規定皆爲防範監護人損害

〔理由〕一千四百十五條係規定監護人非有正當之事由不得辭職一千四百十六條係規定何人不得爲監護人此二條亦應加於監護人之監督人者蓋監督人責任之重要與監護人同故亦須受法律上強制之負擔及資格之限制也

第二款 監護之職務

第一千四百十九條 監護人有第一千三百七十二條至第一千三百七十五條所載行親權人之權利義務

〔理由〕監護之職務大別有三一爲對於被監護人身體上之職務二爲對於財產上之職務三爲代表其法律行爲之職務本條係規定監護人對於被監護人身體上之職務也按親權章之規定一千三百七十一條爲保護養教育一千三百七十三條爲指定居所一千三百七十四條爲懲戒子女一千三百七十五條爲允許營業此四者爲行親權者之權利義務監護人亦得有之者蓋監護實爲延長親權而設也特監護之性質與親權不同耳日本民法於教育居所懲戒營業諸端均須得親屬會之同意德民法無此限制今採德制

第一千四百二十條 被監護人之財產歸監護人管理之關於其財產上之法律行

爲由監護人爲之代表

〔理由〕本條以下至一千四百二十五條皆規定監護人代表被監護人之法律行爲及對於其財產上之

職務

第一千四百二十一條 監護人於被監護人之財產有重大關係時須經親屬會之允許始得代表之其於被監護人之行爲有財產上之重大關係者須經親屬會允許監護人始得允許之

不依前項之規定者被監護人得撤退之

〔理由〕本條規定之理由與行親權之母之權利義務同

第一千四百二十二條 監護人對於被監護人之財產須依左列之規定

- 一 監護起始時須速即邀同監督人開具被監護人之財產清冊
- 二 監護人對於被監護人有債權或負債務者須於開具財產清冊前報告監督人

三 監護人每年須開具被監護人歲出之預算經親屬會指定後始得開支但遇

急需時不在此限

四 監護人須商同親屬會將被監護人所有之金錢除歲需出款外概爲妥行存放

五 監護人須將被監護人之財產情形向親屬會每年至少報告一次

〔理由〕監護人對於被監護人之財產德國及日本民法均分列十餘條規定茲詳今擬併爲一條分列五款

一 監護人就職之初即須邀同監督人調查被監護人之財產開具清冊其目的有二一則監護人欲證明其擔任管理財產之類以便監護事畢時計算正確之交替一則監護人欲查明被監護人財產之多寡以便預定被監護人應受教養之程度依本條第三款而爲歲出之預算至於調查期限應於若干時期內開具此項清冊本條不爲限定惟載有速卽字樣則事須從速可知於財產清冊未經開出之前非遇急迫必要之情形監護人不得支動被監護人之財產但不得以此對抗善意之第三人耳

二 監護人開具被監護人財產清冊中凡被監護人所有之債權及所負之債務概應開列自無待言然使監護人自己對於被監護人有債權或負債務者其於開列清冊時易啓乘機蒙混隱匿之弊故本條

令監護人於開具清冊之前先行向監督人聲報所以使賢者藉以避嫌疑不肖者無從圖私利也

三 被監護人之財產不能聽監護人任意支出其理由無待贅言所謂議出之預算以被監護人之生存教育療養看護所需及管理財產之費爲率預算者不能求一定之全額定其最高之限而已足非必求費用之細數定其共年之總數而已足此項預算須每年開具一次經親屬會指定後始得開支但遇急迫之情事立即需用者不在此限

四 被監護人所有之銀錢除歲需出款外監護人須商同親屬會妥爲存放一則免空行儲藏之不利一則防監護人漫然銷費之危險也

五 被監護人之財產情形非由監護人逐年報告則監護人有私曲之行爲親屬會無從裁制之其爲害於被監護人者匪淺此歲須報告之理由一也且監護人非時時報告財產之狀況則監護終止之時或因閱時過久證據失滅致有難以自爲辨護之慮此歲須報告之理由二也第三款既有親屬會核定歲出預算之規定非報告本年財產上之情形則親屬會何從核定次年之預算此歲須報告之理由三也

第一千四百二十三條 監護人違前條規定者親屬會得撤退監護人被監護人因而受損害者並須賠償其竟不報債權者以喪失債權爲止

〔理由〕本條係爲規定親屬會撤退監護人之權而設以不違上條之規定者爲限其被監護人因此而受之損害監護人自不能辭賠償之責惟違犯上條第二款有債權而不報告係屬監護人自己之疏忽於被監護人尙無損害故其罰至喪失債權而止

第一千四百二十四條 監護人之報酬得由親屬會準其勞力及被監護人之財力酌定之

〔理由〕各國民法於監護人之報酬有不以給與爲原則者如法意是有以不給與爲原則而由裁判所酌定者如和蘭是有以給與爲原則者如葡萄牙是夫禁其給與報酬雖基於以監護人之職務爲對於國家強制負擔之思想然卽爲強制負擔亦無必禁其報酬之理本條之意與德日新民法同不以受報酬爲監護人當然之權利唯以親屬會之決議給以相當之報酬而已監護人無自行要求報酬之權利也且報酬之有無多寡親屬會須按監護人之勞力與被監護人之財力定之

第一千四百二十五條 監護人非經親屬會允許不得讓受被監護人之財產
違前項規定者被監護人得撤銷之

〔理由〕監護人若許其讓受被監護人之財產則監護人或有利用其地位而以不當之廉價占用財產之

弊然使竟禁止其讓受則於監護人或亦有失利之慮故本條聲明以親屬會允許為條件如未經親屬會允許監護人擅自接受者則被監護人俟有能力時即得撤銷之又本條所稱讓受者被監護人處於第三人之地位時亦包在內

第一千四百二十六條 監護人之監督人其職務如左

- 一 監督監護人之事務
- 二 監護人出缺時須即招集親屬會補選
- 三 監護人曠職時須暫行代理其職務

〔理由〕監護監督人之設所以監視監護人察其是否曠職或執行事務是否違反法律及有無損害被監護人之利益也本條第一款乃監督監護人職務之本體第二第三款皆所以慎重監護人之職務不使一日曠缺而已

第一千四百二十七條 祖父母為監護人時於第一千四百二十一條至第一千四百二十六條之規定不適用之

〔理由〕監護人之職以經理被監護人之財產一事為最繁重故本法設種種規定皆為防範監護人損害

被監護人財產起見若祖父母爲監護人則證屬祖孫固無所用其防範自無報酬之可言亦無可加以監督故本條聲明其爲例外

第三款 監護之終止

第一千四百二十八條 遇左列情形時監護終止

一 第一千四百十條之條件解銷時

二 被監護人死亡時

三 被監護人受死亡之宣告時

〔理由〕第一千四百十條釋凡未成年入上無行親權之人或行親權人不得行其親權時須有監護人本條所謂條件解銷者有三種一未成年入達於成年時二被監護人死亡時三宣告死亡時是也

第一千四百二十九條 遇左列情形時監護人之職務終止

一 監護人死亡時

二 監護人遇第一千四百十六條第二款至第六款之原因而喪失資格時

三 經親屬會撤退時

四 依第一千四百十五條而辭職時

〔理由〕上條謂監護終止者無監護之需要也本條則專指監護人之職務而言前任者之職務雖終止而監護一職務固未終止也死亡喪資撤銷辭職有一於此則其職務自歸於終止死亡一層包宣告失蹤而言喪失資格如第一千四百十六條所稱破產褫奪公權對於被監護人爲訴訟及審判衙門認爲不勝監護之任是也親屬會撤退監護人指第一千四百二十三條所規定而言依第一千四百十五條而辭職者謂如婦女或年逾六十者外辭職者須有正當之事由也

第一千四百三十條 監護人於監護終止或職務終止時須速即邀同監督人結清帳目將所管財產交還

監護人死亡時前項之職務由其承繼人任之

〔理由〕本條係爲規定監護人於監護終止或職務終止時應負結清帳目之義務也監護終止之原因中如係未成年入達於成年則監護人須對於被監護人負清賬之責如係審判廳撤銷或不能行使規權或管理權喪失之宣告則監護人須對於行規權之父或母負清賬之責如係被監護人死亡或宣告失蹤則監護人須對於承繼人或其遺產管理人負清賬之責又監護人職務終止之原因如係喪失資格或經親

屬會撤退或辭職則監護人當自爲清賬之事或由其代理人爲之如係監護人死亡或宣告失蹤則由其承繼人或其遺產管理人爲之本條第二項所稱承繼人自包遺產管理人而言此皆對於後任監護人實清賬之責者也至於清賬之期限日本民法明定二個月本條雖不規定期限而事須從速實無疑義又清賬賬目須會同監督人爲之者期其計算之確實也

第一千四百三十一條 第一千四百二十八條第一千四百二十九條之規定於監護人之監督人準用之

〔理由〕本條聲明監護監督之終止或監督人職務之終止與監護人同

第二節 成年人之監護

第一千四百三十二條 成年人受禁治產之宣告時須置監護人

〔理由〕禁治產之規定於民法總則申詳之凡禁治產之宣告者必係居恆心神喪失之人雖已成年而其身體財產均屬他人爲之保護管理故其必需監護人之處與未成年人同未成年人亦或有心神喪失之事但既係未成年卽包在未成年監護之內本節則專指成年人言

第一千四百三十三條 監護人須依左列之順序充之

一 夫或妻

二 祖父

三 祖母

四 家長

〔理由〕未成年而受監護者必係父母俱亡或不能行其親權者故父母不在監護人之序已成年而受監護者其父母若尙存在自應先以父母爲監護人故本條第規定夫或妻祖父祖母及家長之順序非謂父母無監護之權也

夫婦爲共同之生存其關係至爲切近且女已嫁則從夫妻之於夫較諸其父母尤爲親密故本條規定妻受禁治產之宣告時夫先爲其監護人夫不爲監護人始用前條之規定所謂夫不爲監護人者指第一千四百十五條之辭職及一千四百十六條之不得爲監護人者而言依前條之規定則妻之父母祖父母當居家長(翁姑卽包在家長內)之先

日本民法夫受禁治產之宣告時妻爲監護人德國民法亦夫婦互爲監護此制與吾國習慣多所阻礙本條祇言夫對於妻不言妻對於夫則夫受禁治產之宣告時仍用前條之規定可知

第一千四百三十四條 無前條規定之監護人由親屬會選相當之人充之

〔理由〕本條之理由與第一千四百十四條之理由同惟遇父母為監護人時父母死亡而祖父母已不在又無別家長者設使後死之父或母於臨終時指定一監護人則應以指定之人為監護人無須親屬會更選

第一千四百三十五條 由夫或妻及祖父母依第一千四百三十三條規定而為監

護人者不用監督人

〔理由〕本條理由與第一千四百二十七條之理由同

第一千四百三十六條 監護人於監護目的上必要之範圍內須准被監護人之財力護養療治其身體

〔理由〕成年人之監護人對於被監護人之財產與未成年人之監護人對於被監護人之身體教育懲戒營業諸端之監護權若成年之被監護人係心神喪失之人監護人對於其身體自以護養療治為主要以監護目的上必要之範圍為限不使其於身體之自由受過甚之束縛也

第一千四百三十七條 未成年人監護之規定除與本節規定牴觸外於成年人之

監護人準用之

〔理由〕未成人之監護一節內與第一千四百三十二條至第一千四百三十六條不反背者均使準用於成年人之監護人方爲適當此本條之所以設也

第三節 保佐

第一千四百三十八條 受準禁治產之宣告人須置保佐人

〔理由〕凡受準禁治產之宣告者如心神耗弱者盲者聾者啞者浪費者皆是於民法總則中規定之準禁治產人須置保佐人以保護其利益

第一千四百三十九條 關於成年人之監護人之規定於保佐人準用之

〔理由〕保佐人雖非監護人然關於成年人監護人之規定以準用於保佐人爲宜此本條所由設也

第六章 親屬會

親屬會者就監護及其他法律所規定應行會議之事件因本人並親屬及其他利害關係人之呈請而成立之議決機關也吾國習慣遇有重要事件則邀同族中及親戚會議處理但此不過爲習慣上之事實並非法律上之制度也既爲習慣上之事實故關於親屬會如何招集如何組織如何

決議尙無法律規定一任諸習慣之自然然親屬會所會議重大之事件居多若一任諸習慣之自然則流弊必在所不免故歐洲諸國現行之法律若德國法法國法意大利法葡萄牙法西班牙法比利時法皆設親屬會之規定即日本民法亦如之但各國民法凡親屬會之招集組織決議等事均認審判官之干涉居多夫親屬會議使審判官干涉又與吾國現行之習慣不合故本律於決議一層不取審判官干涉主義惟法律雖不取全行干涉主義亦不取全然放任主義其於招集及組織等事則仍認審判官之干涉

第一千四百四十條 依本律及其他法令之規定應開親屬會時審判廳須因本人親屬監護人監護人之監督人保佐人檢察官或利害關係人之呈請招集之

〔理由〕本條係爲規定招集親屬會而設吾國習慣遇有事件多由親屬處理其招集之原因則未有限定然既變習慣上之親屬會爲法律上之親屬會則必具法律原因而招集之親屬會始生法律效力所謂法律上招集之原因依本條之規定共計有二一爲本律所規定如婚姻章親子章監護章及承繼法中所規定須開親屬會是二爲他律所規定將來他種法律若有規定須開親屬會者亦可招集預爲他律留餘地也必本律及他律規定須開親屬會時然後可呈請招集至於得呈請招集者一人即要會議事件之本

人也二親屬三監護人與監護人之監督人四保佐人五檢察官與檢察官以呈請招集權者以親屬會之招集與公益有時亦有關係故也六利害關係人以上所列六種人均有呈請招集之權至招集之權則全屬諸審判廳凡親屬間之事苟有逃官吏之干涉則不使官吏干涉之是本律立法之精神但親屬會議決事件皆重大者爲多若選定會員招集會員等事一任親屬等之自由則親屬中有意圖謀私利者皆集合便於自己之人而會議之其會議決無公平之望而於設立親屬會之目的亦終不能達本律有鑒於此故特以招集之權歸諸審判廳即選定親屬會會員之權亦全屬諸審判廳也總之親屬會非因招集不能自行集會而審判廳非因一定之人之呈請亦不以職權而濫行招集有呈請然後有招集有招集然後有會議是本條規定親屬會之順序

第一千四百四十一條 親屬會會員三人以上七人以下爲限

〔理由〕本條係爲規定親屬會會員數而設親屬會會員數過少易流於偏私過多則議論濺見又易涉於紛歧本條故規定親屬會員至少爲三人至多不得逾七人至三人以上七人以內究應用數人則任招集者斟酌事情隨時而定或四五人或五六人均無不可關於會員之數各國有限定者亦有限定者即限定員數之中有祇限少數而不限多數者如日本民法親屬會員須三人以上至於最多數並不加以限制然德

國民法會長之外至少二人至多六人意大利民法會長之外以四人爲限法國民法會長之外以六人爲限本律亦從多數之立法例於親屬會員之數限定至多不得過七人

第一千四百四十二條 親屬會會員得由有指定監護人之權利者以遺囑選定之無前項選定時審判衙門須從親屬內及與本人相關切者內選定之

〔理由〕本條係爲規定親屬會員選定權而設選定權計有二種一有指定監護人之權利者有指定監護人之權利者亦是選定親屬會員之權利所謂有指定監護人之權利者即第一千四百十二條所規定最後行親權之父或母是以父母於保護子之利益既有完全之權利則與以指定爲其子而開之親屬會員權限亦當然之事但其選定須於臨終時以遺書選定之以遺書選定者無論選定何人均有效力即舍親屬而別選他人亦可以遺書指定其會員資格法律均未限定故也二爲審判廳無遺書選定時親屬會員則由審判廳選定審判廳選定會員之時須先徵檢察官及司法警察之報告然後決定且審判廳均有學問人居多故其選定可望公平無私但審判廳選定與遺書選定不同之處一則可隨意選定一則須從親屬內及與本人相關切者之中選定也原則親屬會應從親屬中選出爲是然或親屬中無一誠實可靠之人或有誠實可靠之親屬均隔離遠處在此時則親屬會員有不得仍以親屬爲限者本律故規定與本人

相關切之人均可選充親屬會員所謂與本人相關切者如同寅同事及親密朋友均是其果相關切與否一憑審判廳之認定故置多數之親屬特向無親屬關係而與本人相關切者中選出親屬會員固無不可若與本人相關切之人審判廳以爲不可特別概屏勿選專從親屬中選出亦無不可也

又遺書選定若不滿三人時審判廳固可選定補缺即遺書選定滿三人時審判廳仍可以選定增加之但遺書選定有三人時則審判廳選定不得逾四人以至多不得過七人也

第一千四百四十三條 監護人保佐人及第一千四百十六條所列之人不得爲親

屬會員

〔理由〕本條係爲規定某一種人無爲親屬會員之能力而設依前條之規定是在親屬內及與本人相關切而被審判廳選定者均可爲親屬會員矣然有不能概論者蓋法律對於親屬會員之資格特有二種之限制一則因會議之事常與其人有關係法律資格限制之不許其爲會員如監護人保佐人是監護人之監督人不在限制內者以監護人之監督人與親屬會員同爲監督之機關並非執行機關故也一則因其人之身分地位品行道德難勝親屬會員之任法律亦限制之不許其爲親屬會員即一千四百十六條規定是凡不得爲監護人者亦不得爲親屬會員

第一千四百四十四條 親屬會會員非有正當事由不得辭職

〔理由〕本條係爲規定親屬會會員義務之免除而設親屬會會員之義務亦如監護人及監護人之監督人之義務均含有強制性質故一蒙選定爲親屬會會員即不得隨意推辭然若經選定後即再無推辭之理則非特爲會員者不便甚多而於設立親屬會之目的或反不能完全達到者有之故有正當之事由者則許其辭職親屬會會員之職何者爲正當之事由是爲事實問題如身罹疾病遠隔地方及職務繁劇均可謂之正當事由其果爲辭職之正當事由與否一由審判廳決定然後可辭監護人職務之正當事由者未必亦爲辭親屬會會員之正當事由以親屬會會員之事務不過會議事務非監護人之事務爲執行事務實甚煩冗也審判廳決定親屬會會員辭職之事由果正當與否一須酌度會員辭職之事由一須酌度會員之任務而定

第一千四百四十五條 親屬會會員之議事以會員過半數之同意決之

會員於所議之事有關係自己利害者不得加入議決之數

〔理由〕本條係爲規定親屬會會員決議之方法而設親屬會會員之會議以會員過半數決之總會會員之過半數非僅就到會會員過半數而言也如審判廳選定會員有七人到會者只有五人決議時同意見者實有三人夫三人之決議後到會之五人雖居多數而從總會會員七人計則尚不及半數故總會會員有七人時必

須有四人方爲過半數若到會者雖有五人五人之意見不一致則不得決議

凡監護人與保佐人不得爲親屬會員者以會議之事常與其人有關係故又雖非監護人保佐人爲親屬會員固屬不妨然所議之事若與其人有利害關係則亦不得與於議決之數以與自己有利害關係之事其決議難望其公平無私者亦屬人情之常故也如親屬會議被監護人之不動產應變賣與否之事而會員之一人卽爲買此不動產之買主則此一名會員卽應除開由他會員過半數議決而定

第一千四百四十六條 親屬會會員出缺時會員須呈請審判廳補選之

會員因一時之事故不能到會者須由其餘會員呈請審判衙門選定臨時會員

〔理由〕本條係爲親屬會員出缺補選而設親屬會員一有出缺時若其餘會員悉行改選則無此理由故會員出缺時惟將出缺者補選足矣然選定由審判廳則補選亦應由審判廳不得由會員互相推薦推選也會員出缺之原因如會員之死亡或先爲親屬會會員後爲無能力者之監護人或保佐人或因一千四百四十六條之事由而被免除者皆爲所謂出缺者非必少至三人以下始爲出缺如選定七人而出缺一人只留六人亦謂出缺卽須呈請補選而呈請之義務卽屬於會員故有呈請招集權利之人與負呈請補選義務之人各不相同會員有出缺時固須補選若並非因死亡與一千四百四十四條一千四百四十五條

之事故而出缺不過因一時之事故不能到會者則暫選臨時會員代之若因會員一時有事故即將會議事件停止待其事故完畢後始行開議則是以一會員之事故可牽動會議理由不甚充足若聽其不到會暫由到會者會議雖非違法之會議然終不如暫選臨時會員之爲愈臨時會員亦可與於議決之數是不待言惟因事故不能到會會員至事故完畢能到會則此會員既仍爲會員臨時會員即失會員之資格惟既開會議後則必須此次會議畢後始可告退

第一千四百四十七條 爲無能力人限制能力人而設之親屬會須繼續存在至成爲有能力人時止。

前項親屬會除初次招集外得由本人法定代理人監護人監督人保佐人或會員招集之

〔理由〕本條係爲規定常設親屬會而設親屬會有臨時親屬會與常設親屬會之別臨時親屬會者爲特別事件而開之親屬會是至於常設親屬會則爲無能力人或限制能力人而設其應會議之事件時時發生若第一次會議事件完畢即將親屬會解散第二次有會議再行續選會員則選定之事不勝其煩故爲無能力者而設之親屬會爲常設親屬會其選定之會員於無能力者未達於成年或能力未回復之前當

繼續存在不必每會議一次選定會員也且爲無能力者而設親屬會其親屬會因繼續存在其會員可以不變更爲原則惟因死亡辭任喪失資格而出缺則依法補選

開第一次之常設親屬會固須由審判廳招集開第二次之常設親屬會則由本人法定代理人監護人監
督人保佐人或會員招集之無須再向審判廳呈請

第一千四百四十八條 會員或第一千四百四十條所列各人有不服親屬會之決議者得呈訴於審判衙門

〔理由〕親屬會之決議原有拘束監護人及其他之效力如監護人欲爲某事因求親屬會之允許若不得同意則監護人不得爲之是其決議有絕對之效力也然親屬會之決議雖正當者居多不正當者亦不能保其絕無故對於親屬會之決議有不服者可呈訴諸審判廳而撤銷其決議其得提起不服之訴者本人親屬監護人監護人之監督人保佐人檢察官利害關係人及會員是會員提起不服之訴時（贊成議決之會員不得提起不服之訴惟決議時抱反對意見者得提起之）以他會員爲被告會員以外之人提起不服之訴時則以全體會員爲被告其呈訴時期以一個月爲限從決議之日起算

親屬會之決議若不經會員過半數之同意則爲不合法之決議從始即無效無須提起不服之訴也此等

決議無論何人無論經過幾多年月均得反對之

第一千四百四十九條 親屬會有不能議決者得呈請審判衙門審判之

〔理由〕所謂親屬會不能決議者如到會之會員無過半數或意見分爲數派無論何派均不得過半數是
在此時會員既不能決議而又不能無決議以終則會員得呈請審判廳以審判代決議然惟會員有此權

第七章 扶養之義務

扶養之義務者法律所特定之人對於不能存活無力求教育之人而與以生活之資教育之費也
其受人之扶養者謂扶養權利者其與人以扶養者謂扶養義務者扶養非特衣食居住而已卽醫
藥之費教育之費均包在內教育之費非特指在小學校義務教育而言推而上之苟爲相當之教
育則其費用亦包在內

人生世間原貴自立不可依傍他人然孳寡孤獨癡病乘除以及意外之變故亦人生處境不可免
之事夫爲身死而不受此惟志行高潔者能之非可概望於常人又對於天下無告之窮民皆抱施
濟之念者惟博愛仁人有此志願亦非可望於常人故全然不受他人之施濟與欲舉天下之人而
施濟之者此係道德上之事法律所不問也法律所問者在於一方處於應受救助之勢在他方處

於應分救助此人之地位且有救助人之資力者法律命以救助之義務

法律以命令世人不害他人爲原則不命令世人利益於他人今扶養之義務是命令世人利益於他人故屬一例外之事既若例外之事則其範圍宜狹若範圍過於擴充則人皆仰扶養於他人非特助成依賴心而一國念情之風亦有因此潛滋者故英國法國德國之制度扶養義務以配偶者直系血族及一等親之直系姻族相互之間爲止意大利民法始擴充至於兄弟姊妹間中國與日本均行家族主義故家長對於家屬亦負扶養之義務是以扶養之範圍論東洋實較西洋爲廣西洋扶養之義務多於民法婚姻章中規定之本律則則爲一章以親屬家屬均有扶養義務也

第一千四百五十條 凡直系宗親及兄弟姊妹互負扶養之義務妻之父母及孀亦

同

〔理由〕本條係爲規定扶養義務之範圍而設扶養義務是相互之義務即此對於彼負扶養之義務者彼對於此亦負扶養之義務故曰相互也家長家屬之扶養義務與夫婦之扶養義務已於家制及婚姻章中規定之本條則專定家長及夫婦以外之扶養義務者也互負扶養之義務者一爲直系親屬如父母之於子祖父母之於孫彼此均負扶養之義務二爲兄弟姊妹三爲妻之父母及孀如妻父母及孀彼此均負扶

養之義務是

第一千四百五十一條 負扶養義務者有數人時須依左列之次序而履行義務

- 一 直系卑屬
- 二 夫或妻
- 三 家長
- 四 直系尊屬
- 五 兄弟姊妹
- 六 家屬
- 七 妻之父母及孀

同係直系尊屬或直系卑屬者以親等最近者爲先

〔理由〕本條係爲規定扶養義務順位而設負扶養義務者祇有一人時順位之問題不生至有數人則何人應先履行此義務不可無明瞭之規定法律所定扶養義務之順位一爲直系卑屬子孫須孝養父母祖父母故列諸首位蓋以孝爲道德之本原也二夫或妻夫妻是共同生活至一造須扶養時自應先行扶養

之三家長對於同在一家之家屬則家長應負扶養之義務四直系尊屬但父母應先祖父母負扶養之義務五兄弟姊妹泰西各國多不列於扶養義務之列故本條雖列入亦使居第五位六家屬家長既扶養家屬故使家屬亦扶養家長七妻之父母及孀婦

前項只定此順位與被順位之次序也於同一順位中負扶養義務者有數人時如依前項所規定子與孫同居於第一位之列父母與祖父母同居於第四位之列以直系卑屬論子爲直系卑屬孫亦直系卑屬以直系尊屬論父母同爲直系尊屬祖父母亦爲直系尊屬則其扶養之義務應以親等最近者爲先以子較孫爲近父母較祖父母爲近也

第一千四百五十二條 同一親等之負扶養義務者有數人時須準其資力分擔義務

〔理由〕同一順位之扶養義務者有數人以親等最近者爲先若其親等又相同則其扶養義務應用何法以定如父母有子數人以親等論則數子皆同又如兄弟數人以親等論則數弟皆同親等既同則扶養之義務祇有分擔之法各按其資力以爲支配如有甲乙丙丁四子均負扶養其父之義務其父每年需扶養費千元然甲乙丙祇有二千元之資力惟丁有四千元之資力按其資力分擔則丁一人每年應分擔四

百元甲乙丙三人每人分擔二百元量力分任似較平均負擔爲愈

第一千四百五十三條 受扶養權利者有數人時負扶養義務者須依左列次序扶養之

- 一 直系尊屬
- 二 夫或妻
- 三 直系卑屬
- 四 家長或家屬
- 五 兄弟姊妹
- 六 妻之父母及婿

第一千四百五十一條第二項之規定於前項情形準用之

〔理由〕本條係爲規定扶養權利之順位而設受扶養權利者有數人時負扶養義務者之資力若舉數人悉能扶養之則順位不生惟受扶養權利者有數人而負扶養義務者不能悉爲扶養之時則何人應先受扶養不可不設一順位之次第也此順位亦由自然之情理而定卽直系尊屬從孝道上着想是最

應先扶養者故居第一次爲夫妻次爲直系卑屬次爲家長家屬次爲兄弟姊妹次爲妻之父母及婿其同一順位中親等有異者亦以親等最近者爲先如父母先於祖父母子先於孫是也

第一千四百五十四條 同一親等之受扶養權利者有數人時各準其需要而受扶養

〔理由〕同一順位之受扶養權利者有數人以親等最近者爲先已如前所述矣而同一親等之中受扶養權利者又有數人時如有數人之子其對於父之親等同則應各準其需要而受扶養如長子甲每年需扶養費六十元次子乙每年需扶養費四十元則甲有受六十元之權利乙只有受四十元之權利不必從同

第一千四百五十五條 負扶養之義務人以有扶養之資力者爲限

〔理由〕既負扶養之義務則對於受扶養權利者不能生活之時即應扶養之然負扶養義務者其自己不能生活則法律雖課以扶養之義務亦屬無益故惟有扶養之財力者始能盡扶養之義務

第一千四百五十六條 受扶養之權利人以不能自存者爲限但第一千四百五十五

三條第四款及第六款所列各人因過失致不能自存者無受扶養之權利

〔理由〕人生世間貴自樹立爲原則故受扶養於他人者以不能自存爲限所謂不能自存者即以自己之

財產不能度日與以自己之操作仍不爲糊口也但不能自存有不由自己過失而致者如種疾病水火災厄是有由自己過失而致者如因游蕩而破家坐懶惰而失業皆是在直系親屬及夫婦兄弟姊妹之間其不能自存雖不問其因自己過失與否均須扶養至於他家屬若其不能存立本於自己之過失者則奪其受扶養之權利亦不失之苛也

第一千四百五十七條 扶養之程度以受扶養權利者之需要及負扶養義務者之資力爲準

〔理由〕本條係爲規定扶養之程度而設夫生活之需要因人而異或以自己之資力與勞力足籌生活費之半額其他半額須仰給於人者或有全不能自籌者又男女老幼健康疾病其需扶養之程度既異則扶養自難盡同然扶養之程度不可專從受扶養權利者一方面着想尙須兼顧負扶養義務者之財力何如如受扶養權利者每月需五十元而扶養義務者之財力每月祇能出二十五元則每月與以二十五元已足又如扶養權利者每月祇需五元則扶養權利者雖甚有助力即每月出款百元亦不爲難然祇須給以五元故扶養之程度須統籌兼顧而定

第一千四百五十八條 扶養之方法得由負扶養義務者定之但有正當之事由時

審判衙門得因受扶養權利者之呈請定扶養之方法

〔理由〕扶養之方法或扶養義務者爲節省與便利起見邀請扶養權利者同居或不邀請同居給以日用費者有之其究竟採用何種方法是應任扶養義務者之選定但一任扶養義務者之選定有時不便於扶養權利者有之如扶養義務者欲速請同居而因感情素不融洽之故扶養權利者不願又如扶養義務者願每月支出日用費不願邀請同居以扶養權利者或因娛老計願與扶養義務者同居之時則謂有正當之事由時審判廳得因扶養權利者之呈請而定扶養之方法在此時其扶養方法由審判廳決定不由扶養者選定也

第一千四百五十九條 扶養之權利義務因受扶養權利人或負扶養義務人之死亡而消滅

受扶養權利人死亡時其承繼人不能支付喪葬費用者由負扶養義務者任之

〔理由〕本條係爲規定解銷扶養權利義務而設扶養權利義務之解銷與停止異如受扶養權利者由貧而富負扶養義務者由富而貧則扶養之權利義務停止若受扶養權利者死亡或負扶養義務者死亡則權利義務因之解銷以扶養之權利義務是附著於人之身分其人既死亡則其權利義務自隨之而俱去

如兄弟兩人兄爲受扶養之權利者弟爲負扶養之義務者兄死亡則權利解銷兄之子不能承繼其父受扶養之權利弟死亡時則義務解銷弟之子亦不須承繼其父負扶養之義務

對於以上所舉之原因尙有一例外卽受扶養權利者死亡之時喪葬費是也此項喪葬費由負扶養義務者任之並不得以其人既死亡權利義務解銷爲藉口但負扶養義務者任此費用必以死亡者之承繼人不能措辦爲條件若死亡者之承繼人能措辦此費用則負扶養義務者無任此費用之責

民律草案

第五編 繼承

謹按人死而繼承之事以生此古今東西所同者也攷繼承之歷史繼承人所得權利或宗祀權或身分權或財產權事實雖不同而其爲繼承一也唯以繼承事彙訂以一定之規則成爲完全法典者實自近代始日本謂繼承曰相續法夫相續云者卽相爲繼續之意也此等字句若綴諸文字之內其意固自可通然以此作爲名詞實未得取義之正查中國於嗣續宗祧等項多通用繼承字故此編改曰繼承而關於繼承之法曰繼承法

範圍及次序

謹按中國古無繼承之律其範圍故不確定然而三代以上宗法盛行其特以族國承家敬宗收族者厥維宗子此宗祧繼承之法也中古以降宗法廢弛而如官員之襲廕喪服之承重猶教嚴於嫡長此身分繼承之法也凡以禮制立教之國不甚注重乎家產故吾國數千年來於分析祖父遺業之事一委諸習慣苟有兄弟孳產者歷史且著爲美談晚近風俗衰薄始有嫡庶子男分析家財田產不問妻產所生止以數均分之例此其爲法雖未盡詳要亦漸趨於遺產繼承時代

蓋可知已現今歐洲各國其法律概探個人主義並不認有家族故其所謂繼承直一財產之移轉無他義也日本家制其性質雖與吾國異然家制既存自有繼承家長之事故其法有家督相續與遺產相續之別吾國今日家制之不可破固人人知之矣惟習俗以相沿而遞變此日吾國之家長實非昔日宗法之嫡長固無所謂爲繼承卽血祀攸關義取嗣續向不以大小宗爲限亦與宗祧之繼承迥殊故關於家長及嗣子各法於親屬編中定之若庶襲傳重之典所謂繼承之身分權者禮制所垂毋容淆混是故論本案之範圍則關乎遺產之繼承爲多雖非探個人主義而其爲財產之規定則大概與歐洲各國法律同也茲按其次序首通則係定繼承中普通重要之事實繼承凡繼承遺產之人及其效力與繼承人應繼之分並分析遺產皆於此章中定之唯世界進步個人之自由意思在一定範圍內有不能不尊重者遺囑卽依個人意思而處置後事之方法也故次爲遺囑至特留財產日本所謂公益制度是也夫死者以自由處分其遺產苟漫無制限則或以贈與等法盡付他人而繼承人遂至無所憑藉不能自立於社會是實有害公益之大者故特設條文定死者必留其遺產若干以與繼承人而保公益其理既爲中外所莫異其法亦爲各國所從同故亦定立專章以防其弊若夫繼承之始不知誰爲繼承人且無人出而承

認則處置之法當若何而繼承人財產與所繼人財產若合而爲一則債權人或受遺人或蒙不利之事甚至其債權及遺贈無由取償亦不可不籌所以保護之法故以無人承認之繼承及債權人受遺人之權利設焉依上所述本案規定之範圍及次序可瞭然矣更試改查其內容其與日本相異之點有四一日本相續法無通則之規定故凡繼承共同之事(如回復繼承之權繼承費用等)多定於家督相續章復於遺產相續章中特設條文以申明準用某條茲冠以通則將繼承中普通重要之規定皆搜集於其中以免煩雜之弊二日本相續法之種類分爲家長與遺產本案以前述之理由不定一家長之繼承第言繼承遺產三日本相續法第三章以下之次序曰財產之分離曰無人承認之繼承曰遺書曰遺留財產本案以遺囑及特留財產定於第五章第六章之前者以二者皆屬特種制度較財產之分離及無人承認之繼承爲重要也四本案無拋棄繼承之規定各國法制當所繼人有負重債繼承人若認繼承受有不利之事者許其拋棄不認以所繼人財產呈請破產日本相續法第三章亦然其法殊與吾國習慣相悖吾國向有父債子還之說故當繼承之際其父雖有莫大之債務子之不能拋棄也明矣唯此節與特有財產之制大有關係蓋繼承不許拋棄勢必盡一己所有之財產以償所繼人之債其不認特有財

產之制可知既不認特有財產之制即不認個人之權利個人既無權利則民法之根本觀念以破何用立法爲也是故親屬法案仍認特有財產之制本案爲保存習慣故既不許拋棄繼承而於繼承人償所繼人之債務特設制限（見通則）是或融和新舊法律思想之遺歟

第一章 通則

第一千四百六十條 繼承以所繼人之死亡時爲始

〔理由〕本條係規定起繼承始之原因及其時期所繼人之死亡爲繼承起始之原因死亡之時爲繼承起始之時期也

第一千四百六十一條 胎兒有繼承之權但出生時若係死體不在此限

〔理由〕本條係規定胎兒有繼承之權胎兒即中國所謂遺腹子出生雖在父死之後其得有繼承權與出生生父未死前同此固中外法律所同認者蓋胎兒若不認其繼承則死者知先未有子其財產必爲他人所分祿而於遺體之子反不能得乃父之遺留換之事理豈得謂平故本律特認其有繼承權惟生時若係死體則不在此限以其生如未生也至若生非死體而少頃即殤者按之法國民法頗有關係如甲夫婦分產甲死之後胎兒初生已係死體旁系無人甲之財產應歸其父承受若胎兒生後少頃始殤者則胎兒作

以繼承論其財產應歸胎兒之母承受同一甲之財產胎兒生係死體則歸其夫胎兒生後始殤則歸其妻其殊異如此而本律不取者以遺腹子不能成立如死者已有子自歸其現存之子繼承死者如無子則或另議立嗣聽之家長或其妻處置可也

第一千四百六十二條 所繼人負有債務時以所繼人財產償還若繼承人願以自已特有財產認償者聽

〔理由〕本條係規定繼承人償還所繼人債務之法論民法原理應以個人爲本位故所繼人負有債務應以所繼人財產清償斯爲通義惟中國素有父債子還之說且親屬法既明認子有特別財產則子如願以已財償父債此亦民德之美行法律以不妨道德爲主故本律聽其所願不設限制也

第一千四百六十三條 有母在者若各繼承人欲分財產須經母之允許但若別有遺囑者從其遺囑

〔理由〕本條係規定兄弟分產須經母之允許攷各國法律概重個人權利繼承人既有繼承財產之權則法律上權利所在他人不得干涉卽母子之間亦然故若欲分財產得以自由意思而定然而其法不能無變蓋繼承人不必皆賢倘其中有一人焉平日浪費無度不知自立父在或嚴其教訓不敢過肆一旦繼承

起始若變其分析遺產則或歸其所有後竟自消費淨盡變爲餓殍是欲重其權利反失所以保護之道非
法之得也惟與其母以允許之權其子而賢儘可聽令分析各謀獨立其子而不肖亦可不允所請別籌善
法以爲保全矧吾國習慣有母在者遇有重大之事本應奉命而行且親屬法既予其母以得行親權則其
子之賢愚自能則白即其子之利益亦自能護持故本律參酌中國情形定爲須經其母之允許似於禮教
風俗較爲切合若夫父有遺囑則父命先於母命自以先從遺囑爲宜此但書之所由設也

第一千四百六十四條 關於繼承財產之費用由遺產中支付但因繼承人之過失
而支出者不在此限

〔理由〕但於繼承財產之費用即登記印花訴訟管理各費其發生在繼承起始之後一以完畢所繼人之
後事一以顧全所繼人之利益故應於遺產中支付至繼承人因過失妄爲支用則第三人必至受虧本條
有鑒及此不得不預爲之地此所以有但書之設也

第一千四百六十五條 回復繼承之權以自繼承人或其法定代理人知有繼承時
起算逾三年而消滅其繼承開始後逾十年者同

〔理由〕本條係規定消滅繼承之時效蓋人有應得繼承權而先未知之竟爲他人所繼承者據理言似乎

無論何時皆得回復其權利然繼承之事端緒紛繁一旦既爲人所有則其人亦必係死者之親屬若歷年久遠尙得奪其既得之權而歸於己則當事人間及對於第三人之關係必至非常紊亂故關於此事必有消滅時效且年限亦不宜過長況繼承人既知有繼承之事斷無久付不問之理故本案以知有繼承時起算逾三年不出而請回復者則其權利歸於消滅雖然繼承人若不知繼承事者則不能以三年爲限故定爲十年亦所以保護繼承人之利益也

本條特法定代理人者以繼承人往往有係未成年或禁治產者若俟本人知悉繼承之事時起算則年限延長徒使繼承人之地位久不確定殊爲無益法定代理人者乃在法律上代理本人以保護其利益者也故以代理人知繼承之事亦得請求回復固無俟本人之自知

第二章 繼承

第一節 繼承人

第一千四百六十六條 所繼承人之直系卑屬關於遺產繼承人以親等近者爲先若親等同則同爲繼承人
前項規定於直系卑屬係嗣子者適用之

〔理由〕本條係規定繼承遺產之次序蓋遺產之繼承其先後應以親等爲準親等近者先爲繼承人親等
同則同爲繼承人例如一人有子若干孫若干以親等論子爲一等親孫爲二等親其子應先有繼承權孫
不與焉然其子若有數人則數人均係繼承人而其應繼之分應依法律條文(第一千四百七十四條)而
定至直系卑屬云者嗣子亦包在內惟於解釋上恐有疑義故第二項特申明之

第一千四百六十七條 繼承人若在繼承前死亡或失繼承之權利者其直系卑屬
承其應繼之分爲繼承人

婦人夫亡無子守志者得承其夫應繼之分爲繼承人

〔理由〕本條係規定繼承人不能繼承時其分應歸何人承受第一項係爲開始繼承以前如繼承人
已死或因喪失權利不准繼承則其子孫對於祖之遺產得與伯叔同爲繼承人此蓋本邦吾國舊慣所謂
得承其應繼之分者乃承死者或喪失權利者之本分以繼承人固有之權利分之於子孫無異其子孫若
子弟能得應繼之一分其名義仍屬諸死亡及喪失權利之人也第二項則謂繼承人死亡或喪失權利而
又並無子孫若其婦獨能守志則其應繼之分應歸於其婦所謂無子守志者謂其並無親生之子如承夫
分爲繼承後族中苟有可嗣之人仍可立嗣非謂終身絕後始自繼承也(本項規定見前清律立嫡子違

法簡條例第二

第一千四百六十八條 無前二條之繼承人者依左列次序定應承受遺產之人

一 夫或妻

二 直系尊屬

三 親兄弟

四 家長

五 親女

直系尊屬應承受遺產時以親等近者爲先

〔理由〕本條係規定無直系卑屬繼承時應由何人承受遺產夫繼承云者不惟承接其產業實即繼續其宗祧故惟所繼人之直系卑屬爲有繼承權若其人並無子孫則第處置其遺產與嗣續問題無涉故不曰繼承而曰承受而此承受之次序首夫或妻次直系尊屬次親兄弟次家長再次爲親女以夫或妻列首者因其人與所繼人爲夫婦生前既共爲一體則一造死後自應與以先得之權直系尊屬即本人之父母祖父母等之謂惟親等有遠近卽承受有後先祖父母不得先於父母曾祖父母不得先於祖父母輪親疎不

繼承此亦理有當然者(本條第二項)至親兄弟雖為旁系親然與本人既同其所生究與普通旁系有別故斟酌情誼應於直系尊屬之後與以承受權若並無兄弟則家長為一家之主家屬財產無人承受自應歸其所有親女列於最後者以吾國習慣女子無繼承財產之例若非父母特給與遺產為女子者不得主張有此種清現行刑律卑幼私擅用財條其例文有戶絕財產果無同宗應繼之人所有親女承受等語曰戶絕曰無同宗應繼之人明非絕戶或尙有應繼者女子猶不得承受財產也本條以親女殿後蓋即此

以上所述夫或妻承受遺產事疑義有三茲詳論之如下

一 吾國倫紀素以直系尊屬為重本條以夫或妻列於直系尊屬之前非重夫婦而輕父母祖父母也蓋親屬法草案既依民法原理認有家屬特有財產之制夫婦一體與共為尊屬者對於子婦財產既聽其共有於生前豈有子死而反爭之於婦婦死而反爭之於子者揆之人性必不然也且繼承遺產之事雖有直系尊屬在其遺產必歸死者之子孫繼承亦未有議其重子孫而輕父母祖父母者比類而觀其理

自明

二 依第一千四百六十六條第一千四百六十七條規定直系卑屬先有繼承之權而配偶人轉在承受

財產之列自其子言之似有厚已而薄父母之謂雖然繼承遺產必以直系卑屬爲先吾國舊俗及世界各國之通例皆如此何也禮云七十曰老而傳又云婦人夫死從子故遺產必遞傳而下歸其子孫繼承而不歸配偶者乃自然之序且所謂配偶者即繼承人之父母也按之法律子對父母本有扶養義務是遺產雖盡爲其子孫所有而配偶之權利自在也又民間父母分撥產業往往有自留膳田及養老金者其法均可仿行

三、吾國男統重宗祀故無子之人許其納妾而不許其停妻再娶亦不許以妾爲妻蓋仍是一夫一妻之制特中國一夫一妻之制明許其私置妾各國一夫一妻之制明許其私姦置妾可以濟宗祀之窮私姦必致亂血統之系兩害相形而取其輕則置妾猶愈於私姦矣然名分不可不嚴本條夫或妻云者乃指法律所認正當婚姻者而妾不與焉

第一千四百六十九條 乞養義子或收養三歲以下遺棄小兒或贅婿素與相爲依倚者得酌給財產使其承受

〔理由〕本條係規定親屬外得承受遺產之人查清例載無子立嗣除依律外繼子不得於所後之親贖其告官則立者義男女婿爲所後之親喜悅者聽其相爲依倚不許繼子並本生父母用計逼逐仍酌分給財

產又凡乞養異姓義子有情願歸宗者不許將分得財產攜回本宗其收養三歲以下遺棄之小兒仍依律
斷從其姓但不得以無子遂立爲嗣仍酌分給財產俱不必勒令歸宗各等語綜釋例意其於乞養義子及
收養遺棄小兒不許以之立嗣者以宗祀之重不容亂也而許其與女孀均得分產者以養育之恩無所斫
也然義男女孀必平日素相依倚收養小兒必在年三歲以下並同居既久則恩誼自不比尋常而例以酌
給爲文其家業不必與嗣子均分亦可無爭產之虞本案剋取此義定入條文蓋雖無繼承之權利而得有
承受之親情亦曲體人情之意也

第二節 繼承之効力

第一款 總則

第一千四百七十條 繼承人自繼承開始時起有所繼承人財產上之一切權利義務
但權利義務專屬所繼人者不在此限

〔理由〕本條係規定繼承遺產時期及權利義務之所屬蓋所繼人死亡而繼承之事因之發生然使必經
一定之時日繼承人方得繼承則其間權利義務既無所屬而一切之法律關係亦將虛懸故繼承開始時
法律即與以效力始免紛議至繼承必以財產爲限凡與財產無關者如官員喪葬等類另以別法定之繼

承人不必即承襲人也即與財產有關係者若其權利義務專屬於所繼人不得移轉則繼承人亦無從繼承例如所繼人與人有僱傭契約或與人有扶養關係此自專屬於個人其人死亡即行消滅不在繼承之列此但書之所由設也

第一千四百七十一條 各繼承人按其應繼之分有所繼人之權利義務

〔理由〕本條係規定繼承人各得所繼人之權利義務依第一千四百七十四條至第一千四百七十六條之規定各繼承人所繼之分既以身分而殊則權利已不能從同即義務自不能一致本條所謂按其應繼之分蓋具有二義一則繼承爲平等者（即第一千四百七十四條之嫡子庶子）不負連帶之責任一則繼承爲異等者（即一千四百七十四條之私生子第一千四百七十六條之直系卑屬）不論身外之負擔例如所繼之人死有子三人遺產中負債九千元其子按其應繼之分應各擔三千元對於債主關係每人第一償以三千元而已足即或有一二人不能分償債主亦不得獨向一人追還全額所謂不負連帶責任也又如一人遺產中負債五千元一嫡子死有嫡孫二人一庶子一私生子均存按其應繼之分則二嫡孫應共擔二千元庶子擔二千元私生子擔一千元債主亦不得向一人請求清償所謂不認分外負擔也此條蓋兼此二層而其義始備

第一千四百七十二條 繼承人有數人時對於各遺產有共有權

〔理由〕本條係定繼承人之共有權蓋繼承有數人而遺產亦有數處各繼承人按其應繼之分對於遺產全部有共有權是為各國法律所同例如有一人死遺產總數七千五百元子三長子次子皆孀子而第三子為私生子依第一千四百七十四條規定長子次子每人應得三千元而第三僅得千五百元此時長次二子對於遺產即有三千元之共有權第三子僅有千五百元之共有權也共有關係物權法共有規定辦理(係下脫一照字)

第一千四百七十三條 各繼承人對於遺產物件非經協議一致不得自行處置

〔理由〕本條係規定繼承遺產有數人時必經協議方能處置查法國民法第二千四十條繼承人對於遺產物件只係共同方得處分蓋產既為共有之產自不得由一人意見而定故必得各繼承人之同意始得處之若既經協議一致則應重個人之意思法律亦不得無端干涉本條蓋採取編制

第二款 繼承人應繼之分

第一千四百七十四條 繼承人有數人時不論孀子庶子均按人數平分私生子依子量與半分

〔理由〕本條係規定親生子應繼之分夫繼承必係其人之子孫而親子又有嫡庶與私生之別西洋各國無所謂庶子即嫡出與姦生二者其辨別亦甚嚴故不惟無庶子之繼承卽私生子亦無繼承之權利日本法雖稍寬然其所得之分不過嫡子二分之一是蓋尊重正當婚姻凡以正妻以外所出者法律不與以完全權利也吾國習慣繼承遺產無嫡庶之分清刑例亦有嫡庶子男分析家財田產不問妻妾所生止以子數均分姦生之子依子量與半分等語故自一夫一妻之制言之妾非正當之配偶則妾子自應有別然法律既無不許置妾之明文則妾子又不當歧視本案特從現行例定有數繼承人時不論嫡子庶子均按人數平分至姦生子雖較諸庶子爲曖昧然既經其父認領自無任聽其失所之理故亦從舊例量與半分法律不與以平等蓋視乎其子身分而已

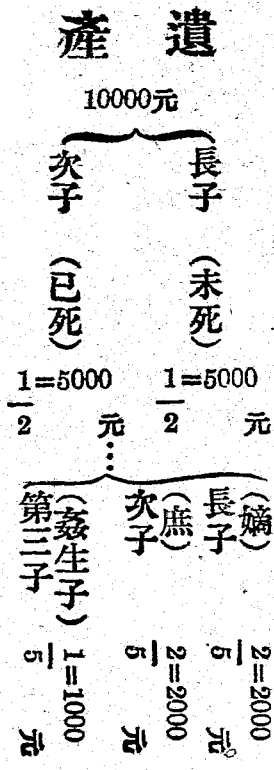
第一千四百七十五條 私生子外別無子立應繼之人爲嗣其遺產私生子與嗣子均分無應繼之人方許私生子承繼全分

〔理由〕本條係規定生子與嗣子應繼之分依前條所定私生子固不得與嫡庶之子等然至無子而立嗣據名義而論私生子出於苟合而嗣子實爲正名定分之後人據血統而言嗣子原非親生而私生子實出於本身之血統法律若如嫡庶之例不使其與嗣子等恐人情厚其私愛一旦生前處置此遺產或反刻薄

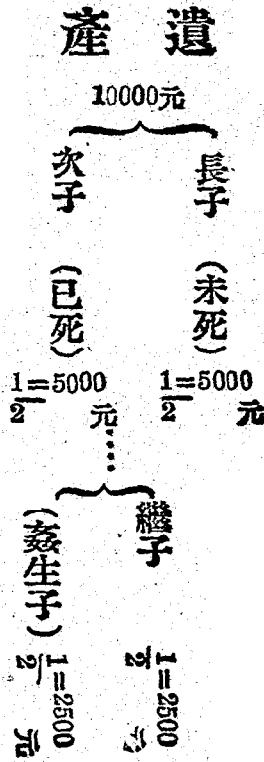
嗣子偏向姦生而於事理不得其平適以啓家庭之變故特許其與嗣子均分體人情亦所以彌家釁也至親屬無可繼之人則其家為絕戶與私生子以全分亦不一過清刑例如無子立應繼之人為嗣與姦生均分無應繼之人方許承繼全分蓋即此義本條實承用之

第一千四百七十六條 第一千四百六十七條第一項之直系卑屬若有數人應以其直系尊屬所應得者依前二條規定而定應繼之分

〔理由〕第一千四百六十七條第一項之直系卑屬若僅有一人其應繼之分應與直系尊屬同其理易明若係數人承其直系卑屬之分而為繼承此時若無明文規定則似各繼承人應繼之分均得獨立與其伯叔平分祖父之遺產實非事理故明著之曰以其直系尊屬所應得者依前二條規定而定應繼之分蓋各繼承人既不能代其直系尊屬各獨享一繼承權自應合數人共襲一分依其嫡庶姦生之身分或嗣子與私生子之關係而定分之多寡是則本條公平分配之義茲特列表說明如左



依前表所載所繼人遺產假定爲一萬元二次子已死其子有三長嫡出次庶出第三爲私生子此時承其父分繼承祖之遺產其應繼之分依第一千四百七十四條嫡子庶子均以人數平分而私生子祇得半分故以其父所應得之五千元作五分之長子次子五分之二應各得二千元第三子五分之一應得一千元



依前表所載所繼人遺產假爲一萬元二次子已死遺有私生子外別無子立應繼之人爲嗣此時承其父分繼承祖之遺產其應繼之分依第一千四百七十五條係兩者均分故以其父應得之五千元作二分之嗣子私生子每人各得二千五百元

第一千四百七十七條 所繼承人遺囑有定各繼承人應繼之分或委託他人代定者應遵其遺囑行之不適用前三條之規定

依前項方法定有應繼分之外若尚有未定者仍依前三條之規定

〔理由〕係規定遺囑於處置繼承財產之效力蓋依上文第一千四百七十四條至第一千四百七十六條雖定繼承人應繼之分然並非制限所繼承人自由處置財產之權故若所繼承人對於各繼承人定有應繼之分法律固無禁止之理即所繼承人託人代定法律亦得允許之此本案所以依多數立法例特設本條以示爲前三條之例外惟此等處置必用遺囑不許其生前預行指定所以免平日愛憎之弊也而所委託必曰他人不許其以繼承中人爲之所以免自行處置之嫌也

以上所述係指所繼承人對各繼承人應繼之分均已預定者而言惟所繼承人有對各繼承人中只指定某人應繼之分而不及他繼承人者則其未經指定之繼承人應得遺產若干若無明文規定轉滋疑義故第二項後層依前三條之規定云者係指仍從法律規定（第一千四百七十四條至一千四百七十七條）因各人之身分而定所分之多寡至受有指定者其應繼之分自依所指定而行不得於指定而外復行預分也

本條尙有所注意者則仍應適用第四章特留財產之規定蓋特留財產本爲公益制度係所繼人不能不留與子孫者故依本條所繼人對各繼承人應繼之分雖有自由指定之權仍不得侵及特留財產否則所繼人或因愛情之私以其財產全付於一繼承人而他繼承人全無遺產之可承實非法律所得許者日本民法第十六條對於此層定有明文本案以是係屬當然之理故不定及是在解釋條文者推類以盡其餘可矣

第一千四百七十八條 所繼人在生前或以遺囑對各繼承人有特與以財產時受與之人仍得依第一千四百七十四條至第一千四百七十六條與各繼承人分得遺產其所受之物不必歸還但所繼人僅許暫時利用並未移轉所有權者應以其所受財產之價算入遺產以定應繼之分
前項但書價額多於應繼之分而應歸還者若係性質不可分之物或經各繼承人協議後准以金錢作抵

〔理由〕本條係規定繼承人受有所繼人贈與之物應否算入應繼之分查各國於此條主義大則有三（一）贈與作爲無效其物應行歸還者（二）所繼人意思不明時應將其物歸還若明係贈與不在此限者

(三)不必歸還贈與之物仍得依其應繼之分與各繼承人共分遺產者至論其得失則第一主義雖得歸所繼人處置財產之權使分析遺產歸於公允然贈與之事本一契約贈與人既自定此契約法律必強使之無效似與法例不符第二主義則專以所繼人之意思爲重斯爲折衷之法第三主義以不必歸還原物爲原則實與贈與性質相合本案前段規定係取第三主義既受贈與則其物之所有權歸其所專有既不必歸還原物仍得以其應繼之分對於遺產與各繼承人同爲繼承在生前或以遺囑云者係指贈與之法而言所謂生前贈與及遺囑贈與均是本條第一項但書係指第許暫時利用並未移轉所有權者而言蓋所繼人常有爲某繼承人謀自立計平日以資本名義給與金錢或物業許其利用以圖利益者此種行爲自與普通贈與異當承繼起時應免繳歸遺產以定應繼之分惟此時歸還之法有二一以原物歸還一以所受財產之價額算入遺產不必歸還原物前者自分析遺產言之固爲正確辦法然或受與人正在利用此物忽因歸還而中止反至受莫大之損害者有之故本案依第二方法許將所受之物估價以其價算入遺產定各人應繼之分是則可保受與人之利益而亦不至害及於各繼承人實爲兩便

依前項但書規定既將所估之價算入遺產以定應繼之分若其應繼之分較所受財產之價少則受與人應將多於應繼之分者歸還以爲各繼承人分配之用然此時所受財產有係性質不可分之物則欲將物

之一部歸還。不惟害其物之性質，必至減少物價，實非事理所宜。故因保護受與人利益，許以金錢作抵。

〔受與物衣服一件，價2000元〕—〔贈與之分1500元〕= 贈與500元

依前圖受與物假定爲一衣服，價二千元。應繼之分假定爲千五百元。此時准以金錢作抵。受與人第歸還五百元，已足不必以物之一部歸還。

受與物即係可分然受與人或以不分爲利各繼承人第受金錢亦無不利者。此時應以各繼承人意思爲重。若經協議後准以金錢作抵，則法律不得干涉之。

第一千四百七十九條 前條應歸還之財產價額，若因受與人之行爲而滅失或增減者，當承繼開始時作爲仍存原狀，按其時價定之。

〔理由〕依前條第一項，但書規定，所受財產應歸還時，本許先以估計之價算入遺產，以定應繼之分。然此時或因受與人之疏忽，其物已歸滅失，致使物價全無者，有之；或物價雖非全歸無，而有較前低減者，有之；或將該物改良，其價較前加昂者，亦有之。是皆因受與人行爲，而物價較諸受與之時，迥乎有別。其應以何時時價爲估值之標準者，無規定明文，則將以贈與時時價而定，抑或承繼開始時時價而定，不能無疑。本案以繼承之事由所繼人死亡時爲開始，則所受財產在繼承開始時作爲仍存原狀，亦應以其時時價。

估計實屬理之當然至因受與人之行為云者係以受與人行爲爲條件故因天災或其他變故致物價騰於滅失或有所增減則不得作爲仍存原狀態俟其時現存之狀態而定故若遺產滅失即無可計算者價有增減即依增減之價算入遺產以其非由受與人之行為也

第一千四百八十條 繼承人中有以應繼之分移轉於第三人者若在遺產未分析

前共同繼承人得於二個月內償以價格及費用將其贖回

前項之第三人知情而不以移轉事通知共同繼承人者不得以前項期間與共同

繼承人對抗

〔理由〕本條係規定繼承人以其應繼之分移轉與第三人時共同繼承人有贖還之權蓋繼承人中有因其必要在繼承開始前以其應繼之分與人定有移轉之約者或在繼承開始後分析遺產前移轉與他人者此時法律雖無可禁止然此種財產往往係傳家之物共同繼承人或不忍落於他人之手或對於遺產有共有關係因其移轉殊多不便故各國法律多予共同繼承人以贖回之權藉保其利益本案從多數立法例既贖還而復加以制限一須在二個月以內二須償還物價及費用者蓋第三人之權利若久不確定必蒙損害故必與以極短期限至價格及費用應由贖業者備還自屬一定之理亦所以保護第三人也然

此必在遺產未分析以前移轉與人者若已經分析移轉人本有完全處置之權共同繼承人自無可以干涉之理故此時可否贖還應由共同繼承人與移轉之第三人自由意思而定法律不爲限制第二項規定係欲共同繼承人早知移轉之事以定贖還與否若第三人先未通知不能以二個月限也

第三款 分析遺產

第一千四百八十一條 所繼人之遺囑定有分產之法或託他人代定者須從其遺囑遺囑禁止分產者其禁止之效力以五年爲限若逾此年限其所逾年數爲無效但繼承人中有失踪者得由所繼人酌留遺產之一部不准分析

〔理由〕本條分析遺產之法本以各繼承人共同協議爲原則然所繼人體察情形或恐日後各繼承人因分產之故生有爭執特以遺囑預定或託人代定者有之此時應重所繼人意思選其遺囑辦理至定此方法必以遺囑爲憑者蓋遺囑爲所繼人最後之意思也依第三章規定有正權之證據而他人不得因以作弊致啓爭端

共有之物本以隨時可分爲原則然所繼人體察情形或認爲以暫時不分爲利特遺囑者有之然若禁止期限過長則後因各繼承人竟有變遷或至所繼人之推測有不合者若必遵守期限轉受損失且或有害

於經濟之交通故本條特以五年爲限然使所繼人原定期限不止五年其效力當若何第二項次層以其廢逾年數爲無效謂五年之外失其效力非謂所定年限全作爲無效也繼承開始時繼承人若俱在固依前述所定年限辦理然或有遠離鄉井久無音信生死不明或年幼迷失至長大始能還鄉者此時所繼人爲其利益起見或欲特留遺產以相待法律既無不許之理則五年期限似屬過短第二項但書許其特留遺產之一部不准分析即明所繼人有必要時可不受本項前段之拘束也德國民法因保護失蹤之人許禁止三十年不分遺產然若此限制則各繼承人不能以遺產自由流通非特與個人之利益有傷甚或影響及於社會本案祇許特留遺產之一部不准分析其各繼承人於特留財產外尙可按分而分也

第一千四百八十二條 繼承人除依第一千四百六十三條第一千四百八十一條

第二項規定外得隨時分析遺產

〔理由〕第一千四百六十三條第一千四百八十一條第二項皆規定制限分產之事繼承人自應遵守在此規定外得以隨時請求分產者固係共有原則其理甚明無庸贅述

第一千四百八十三條 胎兒尙未出生者非留其應繼之分不得分析遺產

胎兒分產之事以其母爲代理人

〔理由〕本條係規定胎兒分產之法依第一千四百六十一條規定胎兒有繼承之權故當分析遺產之際若胎兒尙未出生任各繼承人自由分配則或有意侵奪並將其應繼之分盡行吞沒則遺產已歸無有而第一千四百六十一條之效力亦無由保全本案明定各繼承人若欲分產必先留其應繼之分即所以防侵奪吞沒之弊德國民法胎兒若未出生不准各繼承人分析遺產此自法理而論固亦正當然本條既令其特留胎兒之分於實際亦無窒礙惟胎兒既未出生不能無代理之人代行權利此時代理人應屬於其母揆之情理實爲合宜

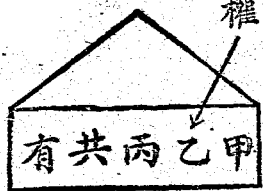
第一千四百八十四條 繼承人中於遺產分析前與他人在遺產上設定權利者其權利人僅得對設定權利人應繼之分行其權利

〔理由〕本條係規定一繼承人之權利人與共同繼承人之關係蓋繼承人中有因其必要以其應有之分對他人設定權利者如甲乙丙三繼承人中乙某因金錢關係特以未分析之遺產內田地若干抵當與人者此時抵當權人係對田地全部握有抵當權後日債權若不受償得以該田地付諸拍賣以收原債若是則各繼承人雖以共有田地按分分析而對抵當權人終不足以對抗且抵當權人若以田地拍賣買田地者將與甲丙二人成一共有關係是則前之共有既分使因行使抵當權之故復歸共有徵特無以遂分產

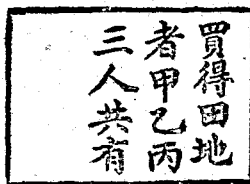
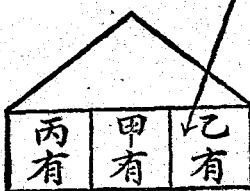
之目的而法律關係且愈錯雜若依本條明定權利人等對設定權利人應繼之分其權利乙某所抵當者特其分得之分與甲丙所有之分無所關涉其後乙某不能償債抵當權人使權利亦第得以乙某所得之分付諸拍賣而右述之弊自免

田地

抵當權者權利之目的



抵當關係 抵當權者權利之目的



據前關係一土地甲乙丙三人共有當在共有未分前乙以自己所應有之分抵當與人其共有既係未分則抵當權人得以全部田地為其目的可知故依後圖日後甲乙丙間即行分產將田地分為三分各占其一然此事不得與抵當權人對抗抵當權人對其田地全部仍得實行權利債權者不受還盡可以其拍賣

買得田地者因甲丙二人對於地握有應得之分故應與其共有而甲丙亦不得主張分產之事以爲反對其所以不能反對之故因抵當權人既以田地全部拍賣而買者自非專買其一部係買合有甲丙應有之分之全部田地也是則該地前係甲乙丙三人共有經後分析各對其應得之分有獨立所有權後因抵當權人實行權利拍賣田地增一買田之人與甲丙間成一共有關係殊有未合此本條規定所以不可缺也

第一千四百八十五條 遺產中有債權者其債權得不分析若各繼承人有反對意思時依後一條之規定

〔理由〕本條係規定處置遺產中債權之法蓋遺產有係現存之金錢物品者有係物權者有係債權者金錢物品或物權當分產時盡可按分分配分配後自無未了之關係獨至債權則不然債權當分產之際其期已到固可支還金錢以爲分配之用然其間往往有債期未到且或附有條件非成就不能索取者故此時若遽行分析歸諸一人所有則後因期到不能取還或條件不能成就債權歸於無效於分得債權之人有所損害本條許其仍爲共有即預爲之地以免前述之弊惟各繼承人若有反對意思自以本人意思爲重依第一千四百八十六條辦理

第一千四百八十六條 繼承人中有分得債權者若至期不能收回各繼承人應按

其所得之分公行攤還但所繼人別有遺囑者不在此限

〔理由〕前條規定分產時債權仍以共有爲原則惟各繼承人有反對意思者始行分析然則繼承人中若有分得債權至期不能收回則將若何此時若分得者自任損失與他繼承人無涉則分得金錢等者必無受損而分得債權之人獨受虧累甚且失其應得之分與未繼承遺產等是非公平分產之道故本條特使各繼承人負公行攤還之責至其攤還之法係按其所得之分而行分攤例如遺產假定爲九百元其中有三百元債權子三每人應得三百元長子次子均得金錢三百元而三百元之債權歸第三子所有至期不能受償則三子間應各任百元賠償之責此時長子次子各以百元還第三子而三子均得二百元遺產始無多寡不均之弊若所繼人別有遺囑自應遵其遺囑行之是蓋所繼人自有處置財產之權故也

第一千四百八十七條 應負賠償責任之繼承人中若有無資力者則有資力人及請求攤還之人應按其所得之分公同攤還但所繼人別有遺囑者不在此限

〔理由〕依前條說明所舉之例長子次子應各以百元還第三子然此時次子若無資力第三子既不能向之索償第受長子百元之款則與長子較長子尙得二百元第三子僅得百元亦非公平分產之道故依本條長子(有資力人)應以百五十元與第三子(請賠償之人)使長子第三子間所得之數相同自無不均

之弊至所繼人若別有遺囑應遵其遺囑行之其理由與前條同

第三章 遺囑

第一節 總則

第一千四百八十八條 遺囑非依本律所定方法由所繼人自立者無效

〔理由〕本條係規定遺囑必如何方爲有效蓋所繼人之立遺囑乃以生前自得處置之專使至死後發生效力其效力之種類不一有關於財產者有關於家庭事故者要與其繼承人及他種繼人俱有利害關係若非定有一定方法則所繼人死後既不能自證其遺囑之正確與否而他人且將乘機而舞弊轉無以利其後嗣子孫故本條特限以二條件一必依本律所定方法一必係所繼人自立意蓋使他人不得更改以保所繼人特立遺囑之本意也遺囑之必有一定方法各國古今法例所同若吾國習慣死者當臨終之際或有遺言雖無文書爲證其後人亦有遵行不悖者是固吾國民厚於道德故能恪守遺訓若法律則爲普通人民而設非定有一定方法不可至在本案所定方法外所繼人別有遺命而繼承人仍能遵行固爲道德所許法律不干涉之

第一千四百八十九條 滿十六歲人得立遺囑

〔理由〕本條係規定未成年人亦得自立遺囑蓋立遺囑爲一法律行爲若無明文規定則未成年人自無立遺囑之能力然遺囑乃所繼人處置後事之意思依親屬編內所定之法定代理人既不能爲未成年人代立遺囑而未成人人臨終時關於財產等事又不可無遺囑以處置之故各國法例對於遺囑年齡概比普通成年年齡爲差減本條定滿十六歲人得立遺囑亦用此理由特設例外也茲將各國所定之遺囑年齡彙錄如左以供參考

一日本 滿十五歲

二普國奧國 滿十四歲

三法國 滿十六歲

四坎拿大紐約 滿十八歲

五德國 滿十六歲

羅馬法律關於遺囑年齡男子係滿十四歲女子係滿十二歲蓋因男女性質之不同而遺囑年齡亦因以異惟此等分別既無必要故本條以滿十六歲爲度無論男女均有此能力也

第一千四百九十條 制限能力人不必經法定代理允許得立遺囑

禁治產人不得立遺囑

〔理由〕各國民法規定制限能力人約分四種一未成年入二禁治產人三準禁治產人四爲人妻者此四者若有法律行爲必經其法定代理人允許否則得以撤銷唯依第一千四百八十八條既須遺囑本人自立而此四者關於身後之事又有自立遺囑之要需不能概律以民法原則故未成年入得立遺囑已定於前條遺囑年齡中本條第一項自係指禁治產準禁治產與爲人妻者而言未成年入不在其內唯禁治產人其被禁原因雖依各國法律有所不同然大要以心神喪失與浪費無度爲主心神喪失者既不能以眞實之己意自立遺囑而浪費無度之人若允其自立遺囑處置財產則與其利害關係人有損故本條第二項依德國民法定曰禁治產人不得立遺囑以示爲前項之例外德國民法第二千二百二十九條第三項有因心神耗弱浪費或瘋癲禁其治產者不准立遺囑云云其理由固依德國民法第六條嗜酒者亦得禁其治產故特舉其數者以示嗜酒之人雖在禁治產之列而於遺囑能力無害吾國民法總則草案無此規定故本條第二項第汎定曰禁治產人與德國民法異也

日本民法第六十二條謂第九條規定遺囑不得適用故禁治產人所立遺囑不得撤銷禁治產人與普通無能力人同有遺囑之能力唯依千七十三條規定必俟其本心回復後會同醫生二人行之方可其理

由因禁治產人雖在心神喪失之中然有時心神回復欲自立遺囑以處置後事亦非事所必無故由醫生診視後許其自立此自理論而言固屬持之有故然其心神果真回復與否所立遺囑果係真意與否頗不易於確知故本條特採德國主義概從禁止

第一千四百九十一條 聲請撤銷禁治產後在未經允許前禁治產人立有遺囑而死亡者若後經撤銷其遺囑仍爲有效

〔理由〕依前條規定禁治產人不得立遺囑是指在禁治產中而言若禁治產原因停止從聲請撤銷在未經允許以前禁治產人立有遺囑其效力當若何凡撤銷事未經允許概照從前宣告辦理係屬通例惟禁治產人其原因既已脫離則自事實而論其人實與普通人無異應許自立遺囑故本條以禁治產後經撤銷者爲限其遺囑認爲有效然若在未經允許以前雖仍爲禁治產人特其所禁係應撤銷而未撤銷者不能律以原則例如某人因狂疾宣告禁治產一旦疾愈精神回復自念身後之事特立遺囑則其人雖尙未得撤銷之允許決無不認其立遺囑之理唯其聲請若被駁不准撤銷其遺囑直爲禁治產人之遺囑依前條所定自屬無效

第一千四百九十二條 遺囑中有數事其一事無效者他事仍爲有效但所繼人遺

囑有反對意思時不在此限

〔理由〕本條規定遺囑中無效之事不相連帶蓋所繼人往往於一遺囑中囑咐數事當繼承開始之際如無特別事故得盡遵其遺囑辦理固屬甚善然或有一無效者如遺囑謂以某物贈甲某項債權贈乙而某物當繼承開始時已歸滅失此時關於某甲之贈與既屬無效對其餘遺囑各事苟無明文規定則果屬有效與否爲一問題本條謂他事仍爲有效固以有效爲原則唯所繼人當立遺囑時其所囑咐數事或係有相牽連之關係若以其中有一係無效其餘亦爲無效之意預行表明者或雖未表明而推其意足以知其如是者則應重本人意思不能依法定原則辦理自應以其遺囑全部均屬無效也

第一千四百九十三條 遺囑有對胎兒特與以財產者準用第一千四百六十一條之規定

〔理由〕本條係規定胎兒應否得受遺贈準用第一千四百六十一條規定去者即言胎兒有受遺贈之權但出生時者係死體不在此限其理由與第一千四百六十一條同

第一千四百九十四條 如有左列各款情形不得依遺囑所定而受遺贈

一 因故意致死所繼人或應繼承人而受刑或未致死因而受刑者

二 以詐欺或強迫使所繼人不能立關於繼承之遺囑或使其不能撤銷之變更之者

三 以詐欺或強迫使所繼人立關於繼承遺囑或使其撤銷之變更之者

四 關於所繼人之繼承遺囑有添註塗改偽造湮滅藏匿各情弊者

〔理由〕本條係規定因特別情形不得承受遺贈其款分爲四第一款故意謀害所繼人或應繼承人者其人既因爭產而起殺人不惟天理所不容抑亦人類所共棄不論致死與否法律俱奪其受遺權實屬情理之正然必以故意及受刑爲條件若犯罪出於過失雖經受刑事非本意或一時出於正當防衛事雖有意不至受刑則仍使之依遺囑而受遺贈亦無不可第二款以詐欺或強迫手段使所繼人大拂其本意其處心雖不至如第一款之狠而陰險則過之第四款於所繼人之遺囑作種種之弊竇皆所以謀一己之私利而不顧貽害他人法律均禁止不許其承受遺贈蓋遺囑既非由本人意思而定則遺贈不得因一時詭計而價保良善即以抑姦貪抑亦維持道德之旨也

第二節 遺囑之方法

第一千四百九十五條 所繼人立遺囑時須在遺囑中記明意旨年月日自行簽名

若有添註塗改應註明字數另行簽名

〔理由〕本條係規定以遺囑爲遺贈之形式前層所以保意思之確實後層所以防他人之作弊茲據簡明遺囑文式如左（若關於處分遺產及遺囑內不專爲遺贈者可變通辦理也）

遺囑

立遺囑人某爲囑咐遺贈事竊某遺產內有金剛鑽一長三寸闊二寸高四寸擬身後將此物贈某人特立遺囑爲憑此據

年 月 日某 右原文中某句添註某字塗改某字

第一千四百九十六條 所繼人有不諳文字不能自立遺囑者得指定證人二人在

公證人前口授意旨使證人筆記宣讀講解經所繼人認可後記載年月日同行簽名若所繼人不能簽名證人須將其事由記明添註塗改者適用前條後段之規定

〔理由〕本條係規定不識字人立遺囑之法蓋所繼人既不諳文字自不能自立遺囑法窮則變故得使他人代爲之而此人更必依其口授意旨而作筆記且筆記必須當場宣明庶所繼人及公證人聞之藉以知其是否正確也故此時證人須有二人一爲筆記一爲監視至其證人果有信用與否委諸所繼人自行選

擇法律規定第能若是則無善法也若夫立遺囑之法與前條所述者同不必贅述唯筆記既係證人所立證人自須簽名而所繼人不能簽名更應記明其事亦事理之所宜然者也

第一千四百九十七條 遇有左列各款情形得指定官吏或相當人員二人爲證人依前條所定方法而立遺囑

- 一 因疾病或危急事故瀕死者
- 二 從軍軍人遇有危急事故瀕死者
- 三 軍艦或商船中人遇有危急事故瀕死者

依前項規定所立遺囑證人須提出於親屬會或長官船長經其承認方有效力

〔理由〕本條係規定遇危急事故時立遺囑之法大要分爲三款第一款疾病自指一時病重者而言危急則所包甚廣除疾病外凡危及生命者俱是第二款則爲軍人在戰爭中負重傷不久且死者第三款則爲海中遭難生死存亡爭在俄頃者總之此種事故均以危急爲條件否則不在本條之範圍至所謂官吏或相當人員云者因有各款情形其立遺囑所用證人各有不同如疾病者或用通常相識人從軍者或用軍官軍人在軍艦商船者或用軍吏及船員均可隨便指定也惟此種遺囑既在危急之際猝然成立則或本

人垂死精神已亂其言非出本意者或證人誤聽記載不盡可憑或證人乘此機會希圖利益所記盡出於虛偽皆事之所常有者故立此遺囑後非提出於一定之機關或相當之人經其承認不能生效力第二項中親屬會或長官船長云者固因各款情形不同而提出之法亦異如第一款所舉者應呈於親屬會在商船中者應呈於船長此外應呈於該管長官此時親屬會或長官船長應用各種方法調查情形以定遺囑之真否不待言也

第一千四百九十八條 前條之遺囑若經三個月立遺囑人尙生存能依第一千四百九十五條自立者爲無効

〔理由〕本條依前條所立遺囑乃係因特別情形出於不得已實則多有舛誤欺詐之虞本非善法故如其人疾病已愈或各種危急事已經出險尙得生存者則能依第一千四百九十五條規定自立遺囑起經三個月其遺囑作爲無效若遺囑人雖尙生存如有特別事故不能自立遺囑則三個月期限雖滿仍屬有效此三個月期限所以必以自立遺囑時起算也

關於期限事日本民法定六個月德國民法定三個月然此等期限不必過長故本條採德制不採日制
第一千四百九十九條 左列各人不得爲證人

- 一、未成人
- 二、褫奪公權人
- 三、禁治產人準禁治產人
- 四、遺囑人之夫或妻
- 五、遺囑人之直系親屬或家長親兄弟及其妻
- 六、受遺人及其夫或妻或其直系親屬
- 七、公證人之同居人或其直系親屬

〔理由〕本條係規定證人之資格依第一千四百九十六條第一千四百九十七條對於證人本無制限故

本條特別定之

一 未成人 遺囑關係甚重未成人既自無能力則欲其作證人以證遺囑之無誤自爲法律所不許

二 褫奪公權人 人而褫奪公權必因犯罪所致此等之人在社會上既無信用其不許爲證人也明甚

三 禁治產人準禁治產人 禁治產人本無法律行爲能力其行爲得以撤銷準禁治產人雖非全無能

力然關於重要行爲必經保證人允許此二者不能許爲證人其理由與未成年者同

四 遺囑人之夫或妻 夫或妻對於遺囑往往大有利害關係若許爲證人其勢必至自謀利益反背遺囑人之本意故特禁止之

五 遺囑人之直系親屬或家長兄弟及其妻

六 受遺人及其夫或妻或其直系親屬

七 公證人之同居人或其直系親屬

以上三項其理由與第四款同

第一千五百條 被監護人在監護中或監護清算未畢前所立遺囑有對監護人或監護人之夫或妻直系親屬與以利益者須註明非受監護人指使並經親屬會允許後方有効力但監護人若係其直系親屬夫或妻兄弟姊妹不在此限

〔理由〕本條係規定被監護人以遺囑與監護人利益之制限蓋被監護人在監護中或監護期滿清算未畢前其財產全在監護人之手故監護人易得乘此機會使被監護人遺囑與以利益即或不自受而使之與其夫或妻及直系親屬亦與監護人自受同故日本民法因防茲弊定此等遺囑爲無效然以理而論

因有監護關係遂斷不許受被監護人之利益未免過酷且情誼所在有時被監護人自願與以利益法律絕無不許之理故本條特與以制限一被監護人須註明非受監護人指使二須經親屬會允許蓋僅有一條件尙恐監護人仍得利用權力使其爲違心之註明故允許之權特委諸親屬會則會中人自得體察情形以定允否庶免監護人壓制之弊然此乃就普通監護關係言之若監護人爲被監護人之直系親屬夫或妻兄弟姊妹則情誼較重監護人既無壓制之事而被監護人卽立遺囑與以利益亦屬理所當然決無制限之必要此本條後段所以特設但書以示例外

第一千零五百一條 一人以上不得共同立一遺囑

〔理由〕本條係規定遺囑不能共立蓋凡遺囑之成立及撤銷均以自由爲原則若二人立一遺囑則其間或有種種關係不能獨立表發其意思甚至後日如有一人欲行撤銷而與之共立者雖反其本意亦須公共行之大與自由原則相反故本條特禁止之德國民法對於夫妻有許共同遺囑之規定夫以夫妻關係之密切許之固無不可然卽各立遺囑於事實既無不便而自理論言之又無必須共立之要義此本案所以舍德國而從日本

第三節 遺囑之效力

第一千五百零二條 遺囑自遺囑人死亡時起發生效力

遺囑若附有停止條件以遺囑人死亡後條件成就時起發生效力

〔理由〕本條係規定遺囑必須何時始生效力蓋遺囑乃遺囑人在生前處分死後之事故其效力非至遺囑人死亡時不能發生然遺囑人立遺囑有附以停止條件者如言俟某某結婚給與某財產是其俟某某結婚云者即一停止條件蓋言結婚之日方可受此財產在未結婚前尚不給與也故此時遺囑人即已死若條件尙未成就效力不能發生蓋必俟其結婚條件方爲成就而遺囑始有效也本條第二項規定即本此意

第一千五百零三條 遺囑定有遺贈之事受遺人當繼承開始前或停止條件成就前已死亡者其遺贈無效

〔理由〕本條係規定遺贈以受遺人死亡而無效蓋遺囑人之以遺產遺贈他人概與受遺人有種種之關係必其人親自領受若在繼承開始時或條件成就前受遺人已死則是遺囑效力尙未發生已無受遺之人迨至效力生而死者又不能得其遺贈故此種遺贈自歸無效

第一千五百零四條 遺囑人得以一物遺贈數人若各受遺人中有在遺贈效力發

生前死亡或遺贈效力發生後自願拋棄者其應得之分應歸各受遺人均分

〔理由〕本條係規定以一物遺贈數人中有一人死亡或拋棄者應如何處置之法蓋遺囑人之以一物遺贈數人如將田地三十畝遺贈甲乙丙此時如在遺囑效力發生後甲乙丙受其遺贈則三人間成一共有關係以共有之分言之每人應得十畝其後三人中即有一人死亡而所應得之分自歸其繼承人繼承唯當遺贈效力未發生前若有一人死亡則依前條規定死者應得之分應歸無效又在遺贈效力發生後若有一人自願拋棄則本人既不願受其繼承人亦不得以繼承然則此無效與拋棄之分所得不可無明文規定本條謂歸受遺人均分者即甲乙兩人(丙作為死者)應各得田地十五畝之共有權也

第一千五百零五條 遺囑有定數人中一人應得遺贈物者給與遺贈人得設一方法定歸何人所得

〔理由〕本條係規定數人得一遺贈物之法蓋遺囑人有定數人中一人應得一遺贈物者例如遺贈物為一金錶以甲乙丙三人定為應得金錶之人但三人中尚須以一定方法以定歸何人所得此時遺囑人對其選定方法若已預定自應依其所定而行否則給與遺贈人有特定方法以選應得之人之權至其方法如何給與遺贈人得以自由設定如何抽籤選之亦一法也

第一千五百零六條 遺囑有定受遺人應於多數物中取得其一者給與遺贈人有

選擇給與之權

〔理由〕本條係規定多數物中得一遺贈物之法蓋遺囑人有定受遺人應得多數遺贈物之一者例如以
一牛一馬一羊一豕定爲遺贈物某人應於四者之中取得其一此時取得之法如何遺囑人如未預定期

依本條給與遺贈人得以選擇給與之是爲最後辦法若遺囑人別有囑咐自依所囑咐而行

第一千五百零七條 遺贈物若祇定種類者給與遺贈人有以無瑕疵物交付受遺

人之責

〔理由〕本條係規定遺贈物第定有種類者應以何等物給付所謂有以無瑕疵物交付受遺人之責云者
其義有二一當與以遺囑人自己所有之物蓋遺囑人本無以他人之物擅作遺贈之權故給與遺贈人必
將遺產內專屬遺囑人所有之物與之即遺產未有此物應以金錢購得而與之何則遺囑人若特定以某
物贈某人則其物倘歸毀失給與遺贈人自無交付之責今所定者特其物之種類耳故凡屬此種類之物
苟非絕無僅有者則雖遺產內無此物而其交付之責仍不得免以例言之如遺產內謂以某園所存之米
贈某人則其未爲一特定之物不得代以他園之米若該園祥遇水火災變毀滅無存則遺囑以遺贈物喪

失而無效而給與遺贈人自無負重之理反乎此者如謂以某種米若干石贈某人則其米第以種類爲限故即遺產內本無此產給與遺贈人亦有轉購而與之之責二應與以無瑕疵物蓋物有瑕疵即非完備之物以此交付殊非遺囑人之本意故即受遺人受領後給與遺贈人尙有以無瑕疵物換回有瑕疵物之責

第一千五百零八條 遺贈物若祇有占有權者以占有利益所得爲遺贈

〔理由〕本條係規定遺贈以遺囑人本有之權利爲限蓋遺囑人以物遺贈他人自必其實有此物若非權利所及即無遺贈他人之理故遺囑人對遺贈物若僅有占有權則受遺人所得利益亦第以此爲限不能得其所有權也可知

第一千五百零九條 遺囑人因遺贈物滅失或變造或失之占有對他人人生有權利時以其權利作爲遺囑

遺贈物與他物附合或混合遺囑人對所附合或混合之物生有權利者亦同

〔理由〕本條係規定遺贈物未經存在而對他人人生有權利亦可作爲遺贈蓋遺囑人以指定所有之物遺贈人而於效力未發生前此物或爲他人滅失變造或附合混合而爲一遺囑人自對於他人人生有權利此時遺囑中若則定處置之法自依遺囑而行否則遺贈物既無有則因之所得權利移與受遺人亦得達遺

贈目的是與遺贈人本意相近故曰以其權利作爲遺贈茲就本條所舉各例說明如左

一滅失 如因他人之故意或過失遺贈物致歸毀滅而遺囑人有請求賠償損害之權者是

二變造 如因他人之故意或過失將遺贈物加以變更另成一物原物歸於消滅而遺囑人有請求賠償損害之權者是

三失物之占有 如遺囑人之占有物他人僞爲占有而因其過失占有物至於紛失遺囑人有請求賠償損害之權者是

四附合 如甲木與乙木相附爲一遺囑人得其所有權或共有權者是

五混合 如甲號米與乙號米相混爲一遺囑人得其所有權或共有權者是

第一千五百十條 以一定之物爲遺贈其物當繼承開始時若有一部不屬於遺產者以一部爲無效全部不屬於遺產者其遺贈爲無效但遺囑人在遺囑中有特別之意思表示者不在此限

〔理由〕本條係規定遺贈效力以所贈物是否屬於遺產爲斷蓋遺囑人雖以一定之物遺贈某人其物當繼承開始時亦有不盡屬於遺產者蓋遺囑人當立遺囑之際其物雖存在而後因法律行爲以其所有權

轉與他人者有之或以他人之物誤爲自己所有定爲遺贈用者有之若是則其物之不屬於遺產不論其一部全部總之遺產內無此物此時推測本人之意固欲以自己之物遺贈他人今物既非已有則無此意可知故凡不屬遺產之部分其遺贈應歸無效至遺囑中若有特別意思自依其意思行之

第一千五百十一條 依前條但書規定遺囑有效時給與遺贈人須以其物交付受

遺人若不能支付或需過鉅之費用各得償以其物相當之價額

〔理由〕依前條但書本人意思遺贈物雖不屬遺產其遺贈仍爲有效時給與遺贈人自有以該物交付受遺人之責故此時遺產內即無此物亦應購而與之唯若此物非尋常所有不能贈與或雖有而購買甚難須出過鉅之費用者則不能無一變通之法本條定爲得償以相當之價額則受遺人既無不利而給與遺贈人亦不至苦以所難此亦事之兩得其便者歟

第一千五百十二條 以債權爲遺贈若遺贈人定前之受償還者其物尙在遺產中

以其物作爲遺贈若其債權標的爲金錢給與遺贈人應給相當之金額

〔理由〕本條係規定以債權爲遺贈若已受償還作何給與之法蓋遺贈人有以債權作遺贈者當遺贈效力發生時若債權尙未消滅則依遺囑所定受遺人得以握其債權爲正當之權利人理固宜然唯遺贈人

在生前若其債權已受償還則至死後既無債權足爲遺贈而其遺囑效力如何不能無所規定本條謂其物者在遺產中以其物爲遺贈者蓋此時受償之物即因債權而得以受償之物爲遺贈與以債權爲遺贈同也然必以受償之物尙在爲條件因遺囑人苟將其物消費淨盡則遺贈標之物既歸烏有其遺贈自屬無效但此節有一例外蓋債權標的若係金錢則金錢本一流通之物得以自由利用與普通受償之物不同故遺囑人因受償所得金錢卽已消費亦不得謂遺贈爲無效此本條後段所以特定給與遺贈人應給以相當金額也

第一千五百十三條 遺贈附有義務者受遺人按其所受利益負履行之責

前項遺贈若因繼承人回復特留財產至其物或權利減少時受遺人按其減少分數得免履行義務之責

〔理由〕本條係規定遺贈附有義務受遺人若何履行蓋遺囑人有以某物遺贈某人復令其負義務者此時若義務少而遺贈多則受遺人所得利益究無受損之事實否則義務較重而遺贈物不克相當則受遺人不特無所利益且須以己之資代爲履行義務所損害基本條第一項對於履行責任特設限制者卽以保護受遺人使其不致受損也第二項所定係遺贈額較義務本屬加多或相等唯因回復特留財產（詳第

〔理由〕至於不足故定受遺人按其減少分數免履行義務之責亦係保護受遺人之意其義與前項同

第一千五百十四條 遺囑人以遺產全部遺贈於一人者受遺人於繼承遺產上一

切權利義務與繼承人同

〔理由〕本條係規定受人遺產全部之遺贈者有何權利義務蓋遺囑人之以遺產全部遺贈一人似爲事實所無然人當彌留時或因自無子媳特以遺產全贈於素所親愛之人者實屬法所不得禁若是則關於遺產之法律關係或係權利所在或係義務所關則無他人可以分任此時受遺人據權利爲己有而義務亦應履行其地位實與繼承人同

第一千五百十五條 受遺人在遺囑人死亡後得以拋棄遺贈

拋棄遺贈遯及遺囑人死亡時發生效力

〔理由〕本條係規定受遺人得棄拋遺贈蓋遺囑效力以遺囑人死亡時發生故當遺囑人死亡後其遺贈物卽爲受遺人所應得唯受遺人或因種種事故有不願受此遺贈者此時遺囑雖有效力法律決無強之使受之理故本條許其拋棄必在遺囑人死亡後者以在遺囑人生前遺囑效力尙未發生無拋棄之必要也

拋棄遺贈其效力自何時發生若自拋棄時始生效力則從遺囑人死亡後至拋棄間其權利仍屬受遺人是與拋棄遺贈之本意相反對故本條第二項定遯及遺囑人死亡時發生效力蓋拋棄雖在死亡之後而其效力可遯及於死亡之時自法律上言之直與死亡時拋棄者無異亦所以重受遺人之本意也

第一千五百十六條 受遺人是否承認遺贈得由給與遺贈人定以相當期間使其表示意思若至期尙不表示視為拋棄

受遺人在未承認以前死亡其繼承人有承認或拋棄遺贈之權

〔理由〕本條係規定受遺人應早示承認與拋棄之意思蓋受遺人之承認遺贈與否本於他人利害有關故其意思若久不表示則繼承人或利害關係人之權利難以確定本條許給與遺贈人定以相當期間使其表示意思者即欲早行確定各人之權利關係也然則受遺人意思至期尙不表示將奈何本條定視為拋棄誠以不願拋棄自應出而承認若逾期不承認直為默示之拋棄也

受遺人在未承認以前死亡許其繼承人有承認或拋棄遺贈之權者其理由與前條同

第一千五百十七條 遺贈之承認及拋棄不得撤銷

〔理由〕受遺人拋棄或承認遺贈後不許撤銷者以拋棄及承認其利害所關甚鉅若既拋棄又得承認既

承認又得拋棄則利害關係人將因此而受損害所以保護之道也

第一千五百十八條 遺贈未至清償期者受遺人得對給與遺贈人請求相當之擔保

〔理由〕本條係規定遺贈未至時期受遺人應得請求擔保蓋遺贈者附有限期或條件則在限期未到條件未成就間不能請求履行然其間給與遺贈人之境遇往往有漸就貧困後或不能交付遺贈者有之故欲保護受遺人必與以請求擔保之權至擔保之法如何係歸受遺人與給與遺贈人間協議或立保證人或以物爲質均無不可法律毋庸預定也

第一千五百十九條 受遺人自應得遺贈時起其因遺贈利益歸其所有

〔理由〕本條係規定受遺人取得遺贈利益之時期應得遺贈時云者即言遺贈權利應歸受遺人所有之時當視遺囑效力發生時期或遺囑效力發生後條件成就時期而定蓋遺囑效力發生或條件成就即受遺人應得遺贈之時故自此時起其遺贈權利即應歸其所有則從遺贈所得利益亦應歸其所有實理之當然者也

第一千五百二十條 給與遺贈人自受遺人應得遺贈時因改良或保存遺贈物出

有費用者受遺人應負債還之責但改良費用以其物現存之增加價額爲限得依受遺人之選擇或償所費用或償所加價額

前項償還改良費用受遺人得請求相當之猶預期限

〔理由〕依前條規定受遺人自應得遺贈時起既可享有因遺贈所得利益則自其時起給與遺贈人若因改良或保存遺贈物之故出有費用直係爲受遺人代付者受遺人應負償還之責唯此種費用須分二項言之：一保存費用必須必要不可缺者一改良費用未必盡出於必要故依本條第一項後段以其物價有加並現在者爲限方得請償且請償時受遺人得以自由選擇或償所出費用或償所加價額蓋給與遺贈人雖因改良之故出有費用若物價無所增加或雖有增加而至受遺人應得遺贈時已屆無存則受遺人既不能得其利益自不能強之以償還至現存物價雖有增加然若較改良費用爲少則受遺人償以所出費用其所得利益又不足以相抵故此時或償所出費用或償所加價額受遺人應有選擇權也

第二項償還改良費用事許受遺人請求相當之猶預期限者因恐改良費用甚多一時不能清償給與遺贈人或藉此以爲挾制不交遺贈有此規定則受遺人得以主張猶預期限給與遺贈人不得將遺贈扣留庶可以保護受遺人之利益然本項惟對改良費用爲然若保存費用既係必要之需雖額多亦應早還不

得有此權利

第一千五百二十一條 遺贈無效或拋棄時其遺贈應歸繼承人

〔理由〕本條係規定遺贈無效或拋棄時應歸何人所有蓋遺囑人雖經定遺贈之事然或受遺人死亡遺贈無效或受遺人拋棄無人領受者此時其遺贈應屬何人苟無明文規定轉滋疑義本條應歸繼承人所有者以繼承人與遺囑人關係最切故首及之

第一千五百二十二條 本節規定除第一千五百二條第一千五百七條第一千五百十四條及至第一千五百十八條第一千五百二十條外遺囑人在遺囑中有特別之意思表示者從其意思

〔理由〕遺囑本以本人意思為重故法律無強制之必要苟本人在遺囑中有特別之意思表示雖與法律規定相反仍從其意思行之本條所定即指明除某某條應依法定外可任由本人意思也

第四節 遺囑之執行

第一千五百二十三條 遺囑人得以遺囑指定遺囑執行人一人或數人

遺囑執行人有數人時其所執行事務除保存行為外以過半數決之

〔理由〕遺囑人之遺囑必至死後方生效力故欲遺囑得以實行必有執行遺囑之人所謂遺囑執行人也遺囑之能否實行視遺囑執行人能否盡職故遺囑執行人必由遺囑人指定至其人數多寡亦由遺囑人斟酌情形而定其指定之法必用遺囑者以較用他法切實足爲憑信也

遺囑執行人有數人時如何執行事務不可不明爲規定查日本採過半數決定之法德國則數人共同執行者有意見由遺產裁判所裁判之案遺產裁判所之制吾國今日尙難採用故本條第二項特取法日本決定於多數惟保存行爲係保存遺產之必要行爲雖非經多數決定亦得獨立行之

第一千五百二十四條 遺囑人得委託他人指定遺囑執行人

受前項之委託者指定遺囑執行人後須即通知親屬會

〔理由〕依前條規定遺囑人得自指定遺囑執行人可知凡自己得爲之事皆得委託他人則委託他人指定遺囑執行人亦無不可故本條第一項特申明之然受委託者既指定遺囑執行人後應通知何人不可不明爲規定查日本民法以繼承人爲受通知之人德國則使對於遺產裁判所表示指定之遺案本章次條規定當遺囑效力發生時既須開親屬會請其承認則指定遺囑執行人後亦應對親屬會發通知

第一千五百二十五條 遺囑管理人當繼承開始時須以遺囑提出於親屬會請求

承認如無管理人由繼承人發現亦同

〔理由〕本條規定遺囑必經親屬會承認方生效力蓋遺囑不論有無管理人苟非經一定機關加以檢查恐或有他人串同作弊致乖遺囑人之本意故遺囑人若在前曾以遺囑託人保管者則遺囑管理人當繼承開始時有以遺囑提出與親屬會之責無管理人而由繼承人發現者則此責屬之繼承人也

第一千五百二十六條 親屬會同繼承人開視遺囑或受第一千五百二十四條第

二項通知後須即通知遺囑執行人使其執行事務若遺囑並未指定執行人並未委託他人代定者得依親屬會選定一人或數人為遺囑執行人

指定之遺囑執行人辭職或死亡遺囑中無特別之意思表示者由親屬會選定之

〔理由〕依前條規定親屬會雖得檢查遺囑以定其真否然若漫無限制恐反生弊竇故開視遺囑以必會同繼承人為條件既開視遺囑或得第一千五百二十四條第二項通知知有遺囑執行人後親屬會應依

本條第一項通知遺囑執行人請其執行事務即其重要職務也雖然此指已有遺囑執行人者而言若遺囑並未指定遺囑執行人又並未委託他人代定則應以選定之權屬諸親屬會蓋自法律言之親屬會係

一合議機關必能持公平之見推測遺囑人本意選適當之執行人以實行遺囑也前項後段所定係指本

無遺囑執行人者而言若當遺囑效力發生時已有遺囑執行人祇因中途辭職或執行事務未畢而死亡不可無繼續執行之人以竟其事若遺囑人當指定遺囑執行人時已料及此在遺囑中別有囑咐自應從所囑咐行之否則選定之權仍屬諸親屬會其理由與前項後段同

第一千五百二十七條 遺囑執行人就職後須即由繼承人蒞視編製遺產目錄交付繼承人

〔理由〕本條係規定遺囑執行最初之義務遺囑執行之事以關於財產者爲多故當就職之始非即將遺產編一目錄則其遺產狀況無由明知且異日事畢對繼承人尙須清算交代荷遺產狀況先不明悉則日後必有種種膠轕難以清理故此爲遺囑執行最初之義務亦爲最重要之義務至目錄必須交付繼承人者以繼承人對於遺產本爲繼承之所有人關係最切故也

第一千五百二十八條 遺囑執行人有代理繼承人管理遺產並執行上必要行爲之權限但遺產中有與遺囑所定無關係者不在此限

〔理由〕本條係規定遺囑執行人之權限欲明其權限如何當先研究遺囑執行人在法律上之性質此節德法學者所論不同有謂爲遺囑人之代理人者有謂爲債權人之代理人者有謂爲繼承人之代理人者

竊謂遺囑執行人所實行之事務無非使繼承人得實享其權利應作爲繼承人之代理人其代理關係雖非繼承人所命然依法律規定而生此關係所謂法定代理人是也既有代理關係其代理權限即管理遺產並爲執行上必要行爲是也蓋遺囑執行之事關於遺產者多故其遺產若與執行上有關係者皆應屬其保管且因執行遺囑有爲裁判上或裁判外之必要行爲皆爲遺囑執行人權限所及否則無以達執行之目的至其遺產中有與遺囑所定無關係者應歸繼承人所有遺囑執行人不得干與自不待言

第一千五百二十九條 遺囑執行人與繼承人間準用債權法第七百六十五條七百七十條七百七十一條七百七十二條七百七十五條之規定

〔理由〕關於債權法委任之規定遺囑執行人與繼承間有應准用者故本條特明示之

第一千五百三十條 遺囑執行人怠於執行事務或有其他事由者利害關係人得請求親屬會另選他人

〔理由〕本條係規定遺囑執行人可以另選蓋遺囑執行人無論爲指定爲選定苟怠於執行事務或有其他事由則利害關係人得請親屬會另選他人蓋此時若不另選則其事務之執行未必悉合遺囑人之本意且或致依遺囑而有利害關係者因此而受損失至何爲怠於執行事務何爲其他事由爲事實上之問

願應俟親屬會判定

第一千五百三十一條 遺囑執行人若有不得已事由得對親屬會辭職

〔理由〕本條係規定遺囑執行人可以辭職依前條所定係使利害關係人得請求另選他人本條則遺囑執行人自行辭職也其辭職原因以有不得已事由爲限至何爲不得已事由爲事實上之問題願應俟親屬會判定

第一千五百三十二條 遺囑執行人執行事務已終未交代前如有急迫情事對於遺產應爲相當之處置

〔理由〕本條係規定遺囑執行人未交代前之義務蓋遺囑執行人執行事務雖畢然未交代以前則遺產尙在其手遇有急迫情事繼承人尙未能爲相當之處置故法律上對遺囑執行人特課以義務使其代行處置此本條所以設也

第一千五百三十三條 遺囑執行人職務終結時非先告之繼承人或繼承人已知之者不得與之對抗

〔理由〕本條係規定遺囑執行人職務終結時效力發生之時期蓋當職務終結時繼承人或未知之此時

若許對抗則繼承人或至受損故欲保護繼承人當課遺囑執行人以通知之責在事實上職務即已終結遺囑執行人未發通知仍不得主張之以自圖免責唯遺囑執行人雖未發通知而繼承人明知或可得而知者則使得與之對抗蓋繼承人既已知之自無通知之必要也

第一千五百三十四條 遺囑執行人不得請求報酬但遺囑中有特別之意思表示或由親屬會酌定給與者不在此限

〔理由〕遺囑執行人應得報酬與否查各國立法例概以不得請求為原則唯德國民法許其有請求權本草案依多數立法例亦以不得請求為原則蓋遺囑人必係與遺囑執行人有密切關係故以此重大之事委之以情誼論不應請求報酬唯遺囑人當時審察事勢有與以報酬之必要特囑給與者有之或親屬會選定之際斟酌情形給與報酬者有之法律自無絕對禁止之理故本條後段特申明之以為例外

第一千五百三十五條 執行遺囑之費用由遺產內支付但不得動用特留財產

〔理由〕本條係規定執行遺囑費用若何支付蓋遺囑執行人當執行遺囑時有管理遺產及為執行上必要行為之權限固之有種種費用此費用由遺產中支付自無疑義唯特留財產係遺囑人依法律規定以一部留與後人者若因執行遺囑得以動用此款則特留財產必當減少殊非所以保護繼承人之道故本

條但書特示限制

第一千五百三十六條 制限能力或受破産之宣告者不得爲遺囑執行人

〔理由〕遺囑執行人有管理財產及爲種種法律行爲之權限故如破産宣告在金錢上無信用者或能力受制限不能獨立爲法律行爲自無爲遺囑執行人之資格本條特申明之

第五節 遺囑之撤銷

第一千五百三十七條 遺囑人在生前若欲撤銷遺囑得隨時依立遺囑方法記明

遺囑要旨撤銷之

撤銷遺囑之一部者亦同

〔理由〕本條係規定遺囑得自行撤銷蓋遺囑人之立遺囑既以自由爲原則撤銷遺囑亦應任其自由故遺囑人在生前不論何時皆有撤銷遺囑之權至撤銷遺囑仍須依立遺囑方法者欲使證據確鑿免滋爭議又必記明遺囑要旨者恐遺囑人前後會立數通遺囑苟不記明則所撤銷者係何遺囑有不易明悉之弊也至撤銷遺囑全部或一部其所用方法相同故第二項特申明之

第一千五百三十八條 遺囑人故意破壞遺囑或在遺囑上記明廢棄之意者其遺

囑視爲撤銷

〔理由〕前條係定遺囑人撤銷遺囑之方法本條以下則因各種事故認本人有撤銷之意視爲撤銷也故意破毀遺囑者遺囑人既自立之復破毀之則棄之如遺已不欲用此爲據又在遺囑上記明廢棄之意者雖非依前條所定方法而行撤銷然其本意已可明悉故當均視爲撤銷也

第一千五百三十九條 前後遺囑有相牴觸者其所牴觸之處前遺囑視爲撤銷

〔理由〕前後意思如既相牴觸則應以後之意思爲強前之意思自在撤銷之列故前後遺囑全相牴觸前遺囑作爲撤銷僅以一部牴觸者則以牴觸之處爲限視爲撤銷以例言之譬如遺囑人立一遺囑以甲物贈林某後又立一遺囑以甲物贈陳某則前之遺囑應全行撤銷而甲物歸於陳某是也又如前之遺囑言以甲物贈林某以乙物贈陳某後之遺囑第言以乙物贈王某則前之遺囑非全撤銷所撤銷者僅屬乙物之部而甲物仍屬林某是也

第一千五百四十條 撤銷行爲復經撤銷時遺囑人若非聲明仍用原遺囑其遺囑仍無效

〔理由〕本條係規定撤銷行爲復經撤銷其原遺囑效力何如所謂撤銷行爲復經撤銷如遺囑人先立遺

廢後依第一千五百三十七條所定方法將其遺囑撤銷撤銷後復立遺囑言撤銷行爲再行撤銷是也是時前立遺囑（即第一次所立遺囑）之效力果能回復與否爲一問題查德國民法以前立遺囑與未嘗撤銷同仍屬有效其意謂前立遺囑之效力若不能回復則後之撤銷行爲似屬無謂蓋以撤銷行爲復經撤銷即言前立遺囑不撤銷也若日本民法則不然其遺囑效力不得回復以遺囑人第行撤銷行爲並無明言回復前立遺囑之效力且前立遺囑效力即不回復其後之撤銷行爲亦未必盡屬無謂以例言之如遺囑人先立遺囑言以甲物贈林某後立遺囑撤銷之言以甲物贈陳某後又立一遺囑撤銷第二遺囑遺囑人之撤銷第二遺囑或因與陳某感情不合意思變更或欲以甲物贈張某非必以甲物贈林某也又或當立第二遺囑時以其子孫無用甲物之必要特以奉贈他人後因子孫所需特行撤銷者有之然則遺囑人之爲此誦有所爲而然豈能謂其有回復第一遺囑效力之意乎本案採用日本主義故定爲其遺囑仍無效至日本民法第一千一百二十七條但書謂其行爲（即第二撤銷行爲）若係因詐欺或脅迫時不在此限故遺囑人之撤銷遺囑有係受人詐欺或脅迫所致則依其第二撤銷行爲視前立遺囑仍屬有效本案欲理論之實數仍不認此例外唯遺囑人聲明仍用前立遺囑者則其本意既明法律不應干涉應以本人意思爲重也

第一千五百四十一條 遺囑與遺囑後之行為有相牴牾致遺囑不能實行者其遺囑視為撤銷

〔理由〕遺囑人既立遺囑而其後之行為與相牴牾或使遺囑不能實行是遺囑人有意使然故應視為有撤銷之意思例如遺囑以甲物贈林某而遺囑人已於生前將該物贈與陳某或破壞之是也

第四章 特留財產

第一千五百四十二條 所繼人以其財產之半作為特留財產給與繼承人無繼承人者給與夫或妻或直系尊屬

〔理由〕本條係規定繼承人與特種承受人應得特留財產之數繼承人夫或妻或直系尊屬與所繼人情體較重故應特留財產之半維持其生活之具倘有第一千四百六十八條所指定之親兄弟家長親女不許得特留財產者以親兄弟或家長義應自立不應特留財產限制所繼人之自由處置權親女雖與所繼人分屬親子然於繼承之事本無權利即在承受之列所處地位亦居最後亦不能受特留財產可知

本條既定繼承人或特種承受人應得特留財產之數前所繼人處置財產之權自受限制故所繼人如有繼承人夫或妻或直系尊屬者應留財產之半與之不得自由處置以例言之所繼人財產假定為萬二千

元如有繼承人夫或妻或直系尊屬應以六千元作為特留財產不得以之贈與他人或行各種處置是也
第一千五百四十三條 特留財產以所繼人死亡時所有遺產及贈與之價額除去所負之債算定之但贈與係在六個月以前贈與及受贈人均無惡意者不得算入

遺產中權利若附有條件或期間長短不確定者其價額應以親屬會估價定之

〔理由〕本條係計算規定特留財產之法其應計算者有二曰遺產曰贈與價額蓋遺產為所繼人留遺之物自應計算無疑贈與雖為法律行為應屬有效然恐因此之故於應得特留財產人有損亦應以其價額先行算入以定得請提減之數就此二者之中除去所繼人債務以所贖之數確定為繼承財產然後算定特留財產例如所繼人遺產假定為萬元贈與價額假定為五萬元所繼人債務假定為萬元則以贈與價額加遺產共得六萬元自六萬元中除去債務萬元共贖五萬元作為繼承財產依第一千五百四十二條以半數為特留財產應得二萬五千元今遺產僅有萬元其數有所不足依第一千五百四十五條按其不足之數將其贈與之額提減之雖然贈與之得以提減以其有損於特留財產若因是之故無論其贈與經歷若干年之久均許提減又非所以保護受贈人之道故贈與期限以六個月為斷若經過六個月則不在

贈與之物又雖經過六個月若贈與人及受贈人明知其有損特留財產而故爲之是爲惡意自無可以不減之理故必在六個月以前而贈與人及受贈人又無惡意者方不算入至所繼人遺產若爲金錢或有價額之物其數易曉自不難於計算然若出於權利或附有條件或其存續期間不確定者自非立一善法以估計之實無由得其準價在日本民法係由裁判所選定鑑定人估價然吾國習慣不宜故本條特以此權委於親屬會

第一千五百四十四條 算定前條贈與價額準用第一千四百七十九條規定

〔理由〕依前條規定贈與價額應行計算唯受與人得贈與後若因其行爲致其價額減失或增加者則應如何計算不能無所規定本條謂準用該條者即言當繼承開始時以贈與物作爲仍存原狀按其時價而定其理由詳第一千四百七十九條

第一千五百四十五條 應得特留財產人若因所繼人以財產贈與或遺贈他人致其應得之數不足者得按其不足之數請求提減贈與或遺贈

〔理由〕本條係規定所繼承人所得特留財產有不足時得行提減贈與或遺贈之權利以例言之如特留財產假定爲一萬元贈與或遺贈價額假定爲萬二千元而所繼人遺產僅有八千元則不足之數爲二千

元此時應得特留財產人得於受贈人或受遺人所得萬二千元中減去二千元以補已不足之數而受贈人或受遺人僅能實得萬元是也

第一千五百四十六條 依前條規定提減贈與或遺贈時其次序先提減遺贈次及贈與先提減後之贈與次及前之贈與

〔理由〕本條係規定提減贈與或遺贈之次序蓋贈與之物早歸受贈人所有若遺贈則當算定特留財產時其物尚在繼承財產中故應先提減遺贈次及贈與也至同一贈與後贈與應先提減者以前之贈與受贈人得物已久後之贈與其期較短兩者相衡應使前之受贈人特享優勝之利益也

第一千五百四十七條 同一遺贈或與無先後之別者依各受遺人或受贈人所得價額按份提減

〔理由〕本條係規定同時受遺贈或贈與者應若何提減蓋前條所定係指贈與與遺贈或贈與與贈與者先後者而言然同一贈與或遺贈其間本無先後之別者此時不能無處置之法本條則使各受遺人或受贈人同立於受提減之地位依其所得價額按份繳還茲以贈與之例言之如特留財產假定一萬元遺產總額九千元其不足之數為一千元此時有甲乙二人為受贈人甲所得者七千元而乙所得僅三千元則

提減之法甲應減七分之一繳還七百元乙應減三分之一繳還三百元是也

第一千五百四十八條 以第一千五百四十三條第二項之權利爲遺贈或贈與時

若行提減其估價須依該項所定方法提減後若有餘額應歸受遺人或受贈人

〔理由〕遺贈或贈與者爲金錢或有價額之物則其數易曉不難計算然有以一千五百四十三條第二項之權利爲遺贈或贈與者此時其權利既有條件或其存續期間不能確定則不能無計算之法故本條特申明依該項規定使親屬會爲之估價價既估定自有按其特留財產不足之數實行提減令其繳還至提減後若尙有餘額應歸受遺人或受贈人所得此則理所當然者也

第一千五百四十九條 受贈人有無資力者其應受提減之數由應得特留財產人

擔負

〔理由〕本條規定受贈人若將贈與物消費無力提減應歸何人擔負蓋各受贈與之物如尙存在或雖消費而別有財產則實行提減時自可按份令其繳還然若其間有一無資力者則其應減之數應歸何人擔負各國法例主義有三(一)歸他受贈人擔負(二)此種價額當計算特留財產時不行算入使間接歸他受贈人擔負(三)歸應得特留財產人擔負此三主義中以特留財產制度而論當保護應得特留財產人

應採第一第二主義若自保護受贈人方面而論則提減之法既依第一千五百四十六條定有一定之次序或依第一千五百四十七條視其所得價額按份提減自不應因一人之無資力使他受贈人蒙其損失似又宜採第三主義總而言之此三主義各有得失其應採何主義專視立法意見而決本條謂由應得特留財產人擔負者係採第三主義揆之於理以此較為得宜也

茲將法國佛華殿所論揭左以供參考 按佛華殿云凡受贈人因提減事礙無資力勢難實行者其應減之份得由何人擔任爲是

第一義 應得遺留財產人應負提減份之責任蓋從前受贈人所得之物係在得贈定份之內不應因授繼人身後負債連累及之況嗣後贈與之事出自授繼人本意與從前受贈人毫無干涉

第二義 從前受贈人應負提減份之責任其理由有二一應得遺留財產人之權力當較大於受贈人二新義亦足以杜授繼人於得贈定份空乏之時故將其遺留財產贈與無資力之受贈人以便應得遺留財產人受窘之弊

第三義 據法國民法家室地埃學說得贈定份中財產贈與他人不應計算其從前贈與之款應得作爲授繼人未死時已消之款此說近是緣於受贈人之無資力者與應得遺留財產人之無資力者自有區別

則不相混淆

第一千五百五十條 應提減之贈與物若已歸他人所有受贈人須償應減之價額

〔理由〕本條係爲保護正當所有人而設蓋受贈人得贈與物後有依法律行爲以該物售與他人者他人既償以物價自應得該物所有權此時許應得特留財產人向其索還則他人將以受損非理之平故本條令受贈人償還應減之價額者實出於保護所有人之意也

第一千五百五十一條 所繼人或受贈人與他人間關於繼承財產之行爲若均有惡意將加損害於應得特留財產人者應得特留財產人得行提減之權

〔理由〕前條之保護正當所有人係指善意者而言若所繼人或受贈人與他人間關於繼承財產特依法律行爲而兩者均有惡意欲圖損害應得特留財產人之利益自無與以保護之理故本條許應得特留財產人有實行提減之權所謂得行提減者係言不論對於何人均得行此權利也故本條直爲前條之例外其規定較前條範圍尤廣蓋前條限定受贈人與他人關係之事本條則並所繼人與他人之行爲而定之也

第一千五百五十二條 應得特留財產人當行提減時受遺人或受贈人得償以物

價免繳原物

〔理由〕本條係規定受遺人或受贈人之權利應得特留財產人依前條實行提減遺贈或贈與受減者固有繳還之責然若必強令繳還原物則或物經分拆所賸者不適用於受減之人至於無所受益者有之故本條許其價還物價免繳原物若是則受減者自無所損而應得特留財產人既獲物價目的已達亦無得原物之必要實兩全之道也

第一千五百五十三條 應得特留財產人於繼承開始後有應減之遺贈或贈與時起一年間不行提減者其權利因時效而消滅繼承開始後經過十年者同

〔理由〕本條係規定請求提減權利消滅之時效蓋應得特留財產人有此提減之權利本出於法律保護之意然其權利若永獲不減則受遺人或受贈人轉以受困故當繼承開始後於應得特留財產人知有應減之遺贈或贈與時起一年間不行提減其權利消滅誠以應得特留財產人既已知之自有可行提減之機會乃猶遲久不行實屬自誤法律無與以保護之必要也若不知有應減之遺贈或贈與者其期限應較長然亦不能永遠存續其時效故酌定爲十年

第一千五百五十四條 本章準用第一千四百六十七條第一千四百七十四條至

一千四百七十六條及第一千四百七十八條規定

〔理由〕本章有應準用第一千四百六十七條第一千四百七十四條至第一千四百七十六條及第一千四百七十八條者故特明示之其理由已詳各條

第五章 無人承認之繼承

第一千五百五十五條 繼承開始時無繼承人或第一千四百六十八條之承受人出而承認不能明其有無者其繼承財產作為法人由親屬會選定管理人管理遺產

〔理由〕本條係規定繼承人或承受人有無不明時之處置查繼承開始時無繼承人及承受人出而承認歐洲多數學說謂以為後有繼承人或承受人出而承認者財產歸其繼承始終無繼承人與承受人出而承認者財產歸諸國庫均依普通原則於繼承開始時發生效力然考歐洲各國法律其繼承但有遺產關係故可依此而行若日本民法則特採法人之制蓋日本繼承法有家督繼承與遺產繼承之別若依多數立法例學說則當家督繼承時尚終無繼承人承認得以國庫為家督繼承人於義有所難通本案繼承雖僅有關於遺產之規定然按習慣言之尙有繼承宗祧之事其情形畧與日本相同此本條規定所以採用

日本制也至選任管理人之權日本民法屬諸裁判所本條特委諸親屬會者求與吾國習慣相應也

第一千五百五十六條 管理人之職務如左

- 一 編製繼承財產目錄
 - 二 爲保存遺產必要之處置
 - 三 聲請審判衙門依公示催告程序公告債權人及受遺人令爲債權及願否受遺贈之聲明
 - 四 依債權人或受遺人之請求報告繼承財產之狀況
 - 五 清償債權或交付遺贈物
 - 六 實行前款職務時遇有必要情形得拍賣繼承財產
 - 七 有繼承人或承受人出而承認或遺產歸國庫時清算交代
- 前項第三款之債權人及受遺人如爲管理之所知者並須由管理人另行通知第五款之次序先償債權次及遺贈

〔理由〕管理人之職務分款說明之如左

一 編製繼承財產目錄。管理人雖有管理財產之權然日後如有繼承人或承受人出爾承讓或始終無繼承人與承受人而遺產歸國庫均應清算交代故非編製繼承財產目錄則財產若干既無憑據交代將無清結之日故本款爲管理人主要職務之一

二 爲保存遺產必要之處置。管理人管理財產中有爲保存行爲之必要者若不與以此種財產將有損失非保護之道也

三 聲請審判衙門依公示催告程序公告債權人及受遺人令爲債權及願否受遺贈之聲明。管理人受職後承繼財產中如有債權遺贈自有清理之責然債權究係若干所遺財產果足清償與否如不足清償應若何公平攤還又受遺人願受遺贈與否非經聲明計算後不得而知故本款使管理人公告債權人及受遺人令其聲明以便計算至管理人所知之債權人並須另行通知係出於保護債權人之意也

四 依債權人或受遺人之請求報告繼承財產之狀況。本款主旨在保護債權人或受遺人而防管理人朦混之弊故債權人或受遺人如視管理人管理有不合之處可即徵其報告管理人有違行報告之責

五 清償債權或交付遺贈物 本款定公告期滿管理人最要之職務至其職務之次序應先請償債權次及遺贈蓋債權人較受遺人立於優勝之地位也

六 實行前項職務時遇有必要情形得拍賣繼承遺產 實行前款職務如必須得繼承財產變賣金銀方能為相當之處分者許管理人有拍賣之權其必用拍賣者以普通買賣價值或有不公且防管理人與買者通同作弊以圖私意也

七 有繼承人或承受人出而承認或遺產歸國庫時清算交代 繼承財產既有人承受或歸國庫則管理人權限應歸消滅故清算交代實為管理人最後之職務

第一千五百五十七條 親屬會遇有必要情形得使管理人供相當之擔保

(理由)本條係規定親屬會有使管理人供擔保之權蓋管理人既經親屬會選定則一切遺產應歸其獨掌他人不得干涉然或管理人利用其機會以遺產擅自消費或私行藏匿者不可不預為之防故本條特設規定與親屬會以監督之權使管理人供出相當之擔保唯親屬會實行此權時應以必要與否為斷如管理人富有資產或無資產而為人所信用者自無強令其供擔保之必要也

第一千五百五十八條 債權人或受遺人非在公告期滿後不得請求償債權或遺贈

若在期內不聲明者第得對於餘賸財產請求之但債權人或受遺人爲管理人所
知者不在此限

〔理由〕依第一千五百五十六條特定公告之用意係使債權人及受遺人於公告期間內各自聲明俾業
算債權遺贈之額視遺產之足以清償與否也故當公告期限未滿若許債權人或受遺人擅自索償則難
遺產寡少而聲明在前者皆得索償而去聲明在後者將無餘額足以受償殊非公平保護之道依本條特
申明之以示限制至期內不行聲明則係自誤須俟債清期內聲明之款外更有餘產方得請求唯債權人
或受遺人爲管理人所已知者則不論其聲明係在期內與否均難與期內聲明者同受清償決無使獨受
損失之理

第一千五百五十九條 親屬會選任管理人後須申請審判衙門公告繼承人與承
受人使其出而承認其公告期間須在一年以上

〔理由〕本條係規定公告繼承人與承受人之期限此種期限比公告債權人受遺人之期限較長蓋繼承
人與承受人本係應得遺產之人故特定其期限爲一年以上使其在期限中出而承認以保其應得之權
利至申請公告之責應委諸親屬會爲宜

第一千五百六十條 前條公告期內如有繼承人或承受人出而承認其法人視為

未經成立管理人視為繼承或承受人之代理人

前項代理人之權限於承認時消滅。

〔理由〕依第一千五百五十五條規定繼承無人承認遺產既無所屬故特擬爲法人若有人承認則其法人應視為未經成立唯法人既爲未經成立則管理人在法律上係何性質其管理中所有何行為無效力應明示之故本條定管理人爲繼承人或承受人之代理人至其權限必俟有人承認時始行消滅者以繼承人或承受人蹤跡雖明或在遠地或因他故未能即出而承認者有之此時若許管理人權限即時消滅則遺產無人管理繼承人或承受人必將受損也

第一千五百六十一條 第一千五百五十九條公告期滿如無繼承人或承受人出而承認其遺產歸屬國庫他人不得主張權利

〔理由〕本條係規定公告期滿繼承無人承認時最後處置遺產之法所謂他人不得對國庫主張權利者以國庫地位與繼承人承受人不同且第一千五百五十九條公告之法已經詳明期內不行聲明視為放棄權利無再設保護規定之必要

第六章 債權人或受遺人之權利

第一千五百六十二條 繼承債權人或受遺人在繼承開始後三個月內得聲請審

判衙門將繼承財產與繼承人固有財產分離之以充清償之用

〔理由〕本條係規定繼承債權人或受遺人對於繼承財產之權利而設凡繼承開始後其遺產應歸繼承人所有然繼承人或夙負重債遺產一入其手其債權人亦得向之索償因之使繼承債權人或受遺人受其影響是繼承開始以前遺產尙屬所繼人時其債權人或受遺人本得受清償之全額因繼承開始轉受損失甚至無從索償似非公平保護之道故本條與以特權使在一定期限內得聲請審判衙門將繼承財產與繼承人固有財產分離之以充清償之用至本條不委諸親屬會而許其聲請審判衙門者以分離財產事體重大親屬會無此權力以處分之也

第一千五百六十三條 審判衙門若允前條之聲請須就繼承人或繼承以外之人

選定管理人使負管理遺產之責

〔理由〕審判衙門若允前條之聲請將其財產分離此時遺產不能無人管理故審判衙門有選定管理人之責至管理人以何人爲宜依審判衙門判斷而決如繼承人確有信用勝管理之任無作樂之虞者即委

繼承人亦無不可否則仍當選定繼承以外之人當之

第一千五百六十四條 第一千五百五十六條除第一項第七款外及第一千五百五十七條之規定於前條管理人準用之

〔理由〕本條係規定管理人職務及供擔保之事此節與第一千五百五十六條第一千五百五十七條情形相同故特申明准用其理由已詳各條至第一千五百五十六條第一項第七款清算交代事與本條情形不合故別定於第一千五百六十五條

第一千五百六十五條 繼承人以外之人為管理人時實行第一千五百五十六條第一項第五款職務後須對繼承人清算交代

〔理由〕本條係規定清算交代之事依第一千五百六十三條用繼承人或繼承以外之人為管理人未便審判衙門意見而定如用繼承人則清理債務交付遺贈物後其餘財產應為繼承人所存自無清算交代之必要若用繼承人以外之人則實行職務畢須即對繼承人清算交代以免其責

第一千五百六十六條 第一千五百五十八條首段之規定於本章之繼承債權人或受遺人準用之

〔理由〕本條理由與第一千五百五十八條前段同

第一千五百六十七條 遺產分離後繼承債權人或受遺人對於遺產較繼承人之債權人有先受清償之權

〔理由〕本條係規定對於遺產受清償之優先權蓋既有繼承債權人或受遺人又有繼承人之債權人其權利孰優孰劣應明爲規定夫此財產爲所繼承人之遺產則繼承債權人或受遺人應較繼承人之債權人占優勝先受清償分離財產之本意實即爲此否則財產雖已分離而繼承人之債權仍得與繼承債權人或受遺人同受清償則本章規定目的均無由達非理之平者也

第一千五百六十八條 繼承債權人或受遺人受清償後其數若有不足而繼承人情願認償者仍得對繼承人固有財產請求償還但繼承人之債權人有先受償還之權

〔理由〕依前條規定繼承債權人或受遺人既得分離財產獨受償還則受償之數若有不足對於繼承人固有財產仍得索償與否不能無疑推分離財產之意爲保護繼承債權人或受遺人權利起見使其有優先權並非於繼承財產以外不得再對繼承人主張權利故繼承人如願清償繼承債權人或受遺人仍可

求償也唯對繼承財產繼承債權人或受遺人既有特權先得受償則繼承人之債權人對於繼承人固有財產亦應有此權利方得其平故後段定繼承人之債權人有先受償還之權亦以保護其利益也

第一千五百六十九條 繼承人若以固有財產償還繼承債權人或受遺人或供相當擔保者得聲請審判衙門免其分離遺產但繼承人之債權人有受損害出而反對者不在此限

〔理由〕本條依前各條規定均為保護繼承債權人或受遺人之利益故許以分離財產之權然因是之故繼承人或至重蒙損失或至損及名譽不能無一相當之法以爲補救其法有二一繼承人以固有財產償還繼承債權人或受遺人二供以相當之擔保有此二者則繼承債權人或受遺人既無所損自無強令分離財產之理故許繼承人得聲請審判衙門免其實行分離唯此節雖爲保護繼承人而設然仍不得使繼承人之債權人失其利益故後段許繼承人之債權人特有反對之權

商務印書館發行

大
本
國
際
條
約
大
全

洋一厚冊 定價一元六角

本書分上下兩編。上編載條約全文。並附檢查表。下編載章程合同等。凡自前清以來國際條約及章程合同之至今有效者。均已搜羅完備。今日政學界欲研究國際條約者。此書實為最新最善之本。

商 務 印 書 館 出 版

公 司 條 例 釋 義

姚 成 瀚 著 定 價 九 角

公司條例已於三年九月一日起實行。凡在公司之股東職員等。及與公司有交涉者。皆有遵照條例之義務。即不可不明白條例之意義。本書逐條解釋。凡條文中稍有疑難之處。莫不詳加註釋。比較前清公。司律。參證德日立法例。文筆雅潔。詳略得宜。苟一瀏覽。疑義盡釋。末附施行細則。註册規則。尤便檢查。

中華民國九年七月初版
中華民國九年一月七版

此書
有者
作權
翻印
必究

編纂者
發行所
印刷所
總發行所
分售處

中華六法六冊

每部定價大洋貳元陸角

民律草案二冊

定價大洋壹元

外埠酌加運費匯費

商務印書館編譯所

商務印書館

上海北河南路北首寶山路

商務印書館

上海棋盤街中

商務印書館

北京天津保定奉天吉林長春龍江濟南

吳興安慶蕪湖蚌埠南昌九江漢口

武昌沙市常德衡州成都重慶福州

廈門廣州潮州汕頭澳門香港桂林

梧州雲南貴陽哈爾濱新加坡

九一〇〇何

