

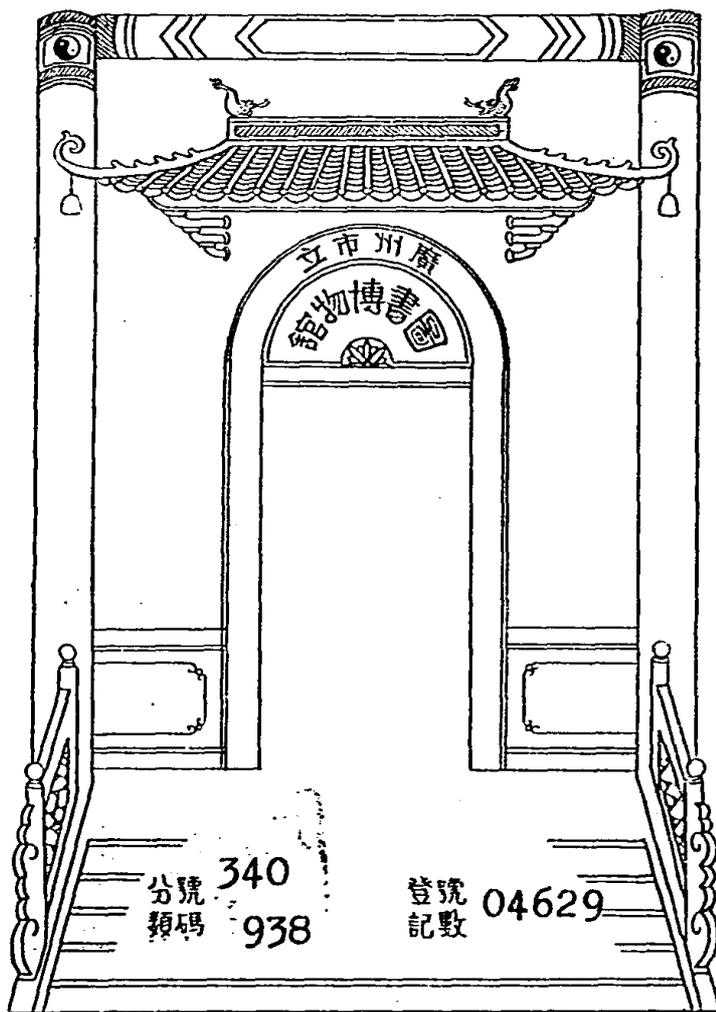
林水

岡村司著
劉仁航等譯

民法與社會主義

商務印書館發行

中山圖書公司
交換圖書



J 8 11
1483
2

A 4069

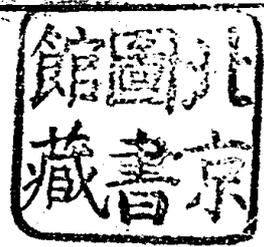
民
法
與
社
會
主
義

岡村司著
劉仁航譯
張銘慈

商務印書館發行



513360



序

民法者，保護私人之權利，以維持社會之秩序者也。社會主義者，研究祛除社會不平等現象，以謀所以改善社會者也。其方法雖異，其目的則一。故研討社會主義者，不可不顧及民法，以爲改善社會之工具。而草擬民法者，尤不可不詳考社會主義，以爲立法之根據。當今之世，有數大問題焉：一曰所有權問題。一曰勞動問題。一曰家族問題。凡此數者，胥與改善社會，有莫大之關係。如無切實解決方法，則社會之永久安寧，終難實現。

劉君仁航、張君銘慈近譯有民法與社會主義一書，於上述各問題，均有深切之見解。用贅數語，以弁其端。

民國十九年五月焦易堂序

序

此書爲日本岡村博士之遺著，由中島玉吉河上肇二人編纂而成，顏曰『民法與社會主義』。此問題蓋爲博士畢生研究者，吾人於其明治三十年三月十九日所記，足以知之。

「余治法律學，法律者，乃經世之學也，與政治經濟有密接之關係。吾因職務之需要，故於法律中特處於專攻民法之環境，初吾以爲民法乃渺小之學，丈夫畢生之心血，未可輕易傾注於其間，頗有蔑視之心，至今思之，民法者，乃保證各人之私權也。自人之生活上言之，必發生個人相互間之關係，而民法對之有所規定，故關於民生之利害休戚極大，近讀歐人所著社會主義之書，益有所悟，凡個人所有權之當否，繼承制度之當否，契約自由主義之當否，雇傭契約，公司契約（勞動者協同公司之組織）等，非尤應着力精究之大好題目耶？法律原理上，社會主義上觀察評議民法，豈非經世濟民之業耶？如就此種題目，加以十分之研究，在政治學術之壇上，豈不足以高自標榜呼號一世耶？」

「善哉！善哉！吾卽由此開始研究，邁往勇進，勿因多慾而中途變其志。」

「先由所有權之正否着手，漸次乃及於其他，其出於社會主義之法律制度，而牽連民法者，悉應研究其利

害得失，其有可施行於我國者，即採爲政策之一。然則何必囿於民法之範圍，竟可就政治組織之得失而論究之也……」

此蓋爲博士於去世前二十五年所執筆，由是可見其畢生對於『民法與社會主義』所立之志，而於隨筆中猶返復致意者也。

本書所收錄論文，最早者爲明治三十八年作成。最新者係大正二年所脫稿。均先後登載於內外論叢、京都法學會雜誌等，共分三章，其第一章至第二章第二節第二款爲劉仁航先生所譯，因劉先生籌備出國考察，倉卒未得完畢，以下特囑吾完成之。

本書前半經劉先生自爲校訂，余所譯者，承日本滬上青年會山田儀四郎氏諸多指教，尙希高明正之。

民國十九年二月四日張銘慈於上海

民法與社會主義目次

緒言.....一

第一章 所有權.....四

 第一節 所有權之觀念.....四

 第二節 所有權之變遷.....一五

 第三節 所有權之原理.....二八

 第四節 所有權與社會主義.....四六

 第五節 結論.....五七

第二章 勞動契約.....六〇

 第一節 總論.....六〇

 第二節 勞動契約之成立.....八〇

第一款	能力	八一
第二款	工廠規則	九二
第三款	團體契約	九九
第三章	家族制度	一一三
第一節	家族制度之變遷	一一三
第二節	親族之將來	一二七
第三節	女子之地位	一三八
第四節	戶主制之存廢	一四八
第五節	日本民法上之戶主制度	一七二
第六節	長子繼承之起源	一九〇

民法與社會主義

緒言

社會主義云者，經濟上即勞動問題資本問題也。法律上即私權問題民法問題也。何以言之？經濟上姑且不論，就法律觀之，社會主義家所聚訟者，如個人所有權之廢止，契約自由之限制，自由婚姻之創設，繼承權之取消及減少等問題，無非是民法問題。抑社會主義所期望，在以改善窮民運命爲目的，而更革現在制度，此固不可非議。然其理論尙嫌生硬，仍不足令一般世人承認，至其實行之手段，雖非無穩健可採者，但多猖狂詭激，非破壞現行制度，實現其理想之新社會不止。安於現行制度之政界富豪惡之甚，聞之掩耳而走。夫果標榜社會主義，紊亂社會秩序，則施制止之術，固國家之責任。若但鼓吹社會理論，在國法範圍內，以溫和手段，期其實行，而國家尙濫用其威力，橫事壓迫，則亦何爲也乎？古語有之：『防民之口，甚於防川。』果其思想潮流，出於民間，任用如何方法以遏制之，固無成效也，則不如與以自由之通路，免其激動之爲愈矣。若夫激水而行，將有滔天之禍，豈智者所應爲乎？曠觀歐洲社會現狀，社會主義已脫理論之域而登實行之途。過去數十年間，隱伏瀰漫於社會下層之思潮，今漸顯現於社會之上

層，於主權中樞之國會，則舉出代議士，欲依立法手段，實行其社會政策，於是身爲國相與社會主義握手，歡迎其政策以圖減殺其勢焰者。亦有社會主義家，自居要路而實行其抱負者，保工及其他社會政策之立法，屢屢爲國會之議題。今日社會黨占國會議席者，雖尙不多，而漸漸增加，一旦社會黨在國會占多數，卽爲社會主義完全實現之期，此固不可否認者矣。噫！果能用極和平手段以解除平民之苦痛，使人人得享平等圓滿之福利，真人生幸事也。故余等常謂第一之革命，乃政治之革命，打破壓制制度，而樹立自由制度。第二之革命，乃破壞自由制度，而建設保護制度。蓋世運變化有非人力所能制者。憂世恤民之君子，汲汲講救濟之道，而窮民或已不堪痛苦，忽然爆發，演出所謂第二之革命，亦未可預料也。事到如此，禍之所及，將不可測，豈不可寒心乎！今日社會如夜行者，前進不已，或達光明之路，或墜幽暗之谷，均難懸斷耳。今我國鐵路國有法案，既爲國會議題，此雖出於財政上之必要，亦包含社會政策之意義，不俟言也。又以社會主義爲目的之政社，亦已公認設立。故社會主義者，乃貧富懸隔社會之產兒也。我國社會既不能超出此例，多少須受此漩渦之震盪，當此之時，從各方面研究社會主義，而判其利害得失，豈得謂非急務乎！故余等特著此書，分爲第一章『所有權』，第二章『勞動契約』，第三章『婚姻』，第四章『繼承』等，以法律的眼光探討現行制度之是否有誤謬，社會主義之是否有理由，惟余等留意此問題，乃在十年以前，因公私職務繁忙，不克專心研究，其議論膚淺，遺漏必多，乞讀者諒之。

注，第三章『婚姻』第四章『繼承』未及完成而著者已歿，今檢取其遺集中與此部分相當者若干篇，題

爲家族制度，以替代原書目第三四兩章，著者未及完成腹案而辭世，吾人不勝惋惜也。（編者記）

第一章 所有權

第一節 所有權之觀念

所有權之觀念，因時因地而異，非一定不易者，蓋所有權之定義，應以所有權制度為對象為標準。但其制度常因時因地而變更，故其定義亦不一定，固無足怪。故今先依法德日三國民法所規定加以批評。

法國民法第五百四十四條云：

「所有權利，除法規禁其使用外，絕對享用處分財物之權利也。」

德國民法第九百三條云：

「（物主）在不抵觸法律或第三者權利之範圍內得任意處分其財物並排斥他人對於該物之行爲。」

日本民法第二百六條云：

「所有者於法令限制內有自由使用收益及處分其所有物之權利。」

法國民法之定義，蓋出自波突氏，波突氏曰：「所有權者，在不害他人權利及法律之範圍內，任意處分其物之

權利也。』羅馬法於所有權之定義，雖無明文揭載，但思想淵源，實在於此。後來俄布利及羅氏改民法定義云：『所有權者，使財物絕對的及排斥的服從人意之權利也。』所有權之意義，因此更能闡明云。此外學者從其說者甚多，巴黎法科大學著名新教授，普郎爾亦沿用之。然近時里幼寺院法科大學校長巴來生米爾氏以此定義為不完全，另樹一幟，謂：『所有權者，原則上人能從某物取得其各種效用之權利也。』攻擊普郎爾最烈。在德國有文德夏地氏，號稱民法之神，其言曰：『所有權者，法律上各人固有有體物之義。換言之，即法律上所有者之意思，決定物之全部關係之謂也。故所有權係物上權利之充實圓滿，非由使用權收益權處分權等湊合而成也。』此外學者雖多，大體不能脫此範圍矣。

從普通解釋，所有權性質可分為三：曰絕對的，排斥的，永久的。

第一絕對的。所有權絕對的者何耶？當行使所有權時必須頂天立地，惟所欲為，毫無顧慮，不受他人掣肘，又此權利非出所有者之意思，則決不能喪失，雖以帝王之威，而不能奪匹夫之產，故云絕對的。但此說明果的確否？試思，自己地產上築屋，鑿井，距其地界非須有若干距離乎？緊接地界而設窗，其窗可以眺望隣宅，非須加以遮目之物乎？在都會之地，構造住宅，非須服從一定之限制乎？警察命室內掃除，非唯唯遵命乎？非自己田地而不得種菸草乎？此外尚有公用徵收，軍事徵發等制度。所有者之權利，不獨受外部之限制，即內部決心亦不能自由。例如，準禁治產之浪費者，不得其保護人之同意，則不許使用自己財產，又焚燬自己住宅，仍照放火罪論。其非有心故造而僅出於過

失者，亦有制裁。由此觀之，所有權內外兩面均受壓迫，其自由行動之餘地，固不甚廣也。然則謂爲絕對，豈非夢語乎！
 法國民法曰：『所有權在法規限制內絕對。』然絕對云者，無限制之意也。既受限制，即不可云絕對。若云某限制內之絕對，猶云非絕對之絕對。有限制之無限制，不成文理。德日兩國民法所有權定義中，無絕對字樣，而法國有之，不免自相矛盾。此蓋有歷史上之關係，在大革命以前法國土地所有權分而爲二：一直接所有權（高等所有權）二實用所有權（低等所有權）此二重所有權存於同一土地之上，直接所有權，爲貴族所有。祖先以來，所有領地之權利也。實用所有權爲貴族之家臣或佃戶所有，自昔受貴族領地之一部，居於斯，耕於斯，對於貴族有忠順恭敬之義務。平時歲歲納貢，有事則荷戈從軍。有時受御用金之命，遇貴族嫁女，負擔粧奩。實用所有權歷久而殆變爲完全所有權。家臣佃戶等固得使用收益其地，並亦可轉讓於人。所謂貴族之所有權，僅存空名而已。惟遺制尙在，年須納租於貴族，當貴族巡視地方時，領主例須奉迎之，開放土地，恣其遊覽，此外尙有若干煩瑣之負擔。及大革命起，數百年所隱伏之個人自由思想，一時勃發。以爲所有權者，自由之條件也，自由之特別形式也。不得完全所有權，則不可得完全之自由。凡出於貴族直接所有權之負擔，應悉行解除，土地所有權當純粹單一，所有權之上，不可更受所有權之拘束。故於一七九一年憲法第八十七條宣言曰：所有權，神聖不可侵。又一七九三年憲法第二條曰：自由平等安全所有四權，天賦於人。絕對不動，不可剝奪。又其第十六條下所有權之定義曰：所有權者，凡市民，對於其財產收入及勞動職業所得，有任意享用及處分之權利也。法國民法實受此思想及事情之影響而成。所有權上之限制，固

不能盡行撤去，但於所有權上更認所有權，徒爲自由之妨礙煩累，則又何以見革命之恩惠乎？故曰：所有權者，在法規限制以內絕對之權利也，在法規限制以內自由行動之權利也。所以示所有權，雖受某種限制，而於其範圍內完全單純，所有者之行爲不受任何人之掣肘也。同時防止舊制度之再起，用意良苦，洵非偶然。近日論者或謂國家在一國內，財產上有最高所有權，與個人所有權同時存在者。夫國家以公益名義收租稅，限制所有權，又徵收徵發之，固屬正當之行爲，但此究爲統治權之作用，而非所有權之結果。國家統治權與個人所有權性質全異，不可混同。再認類似貴族之直接所有權，究爲今日所不許。

從來所有權絕對，神聖不可侵，爲個人自由之保障，等觀念，近時漸衰。今日個人之自由，不可不屈膝於社會公益之前。所有權亦爲公益而深加限制，故非絕對不可侵說，益占勢力。近日學者所倡權利濫用說，其原則乃胚胎於此。顧此原則萌芽於羅馬法。蓋羅馬法有「不得以損人不利己之意思，而行使權利」之原則，特其適用範圍極狹，故未引法學家之注意，逮個人主義思潮澎湃，此原則遂湮沒不彰。英人以個人權利爲絕對。權利曰：權利者人類爲保全其生命，發揮其官能而劃定之行動範圍也。在此範圍內無事不可爲，故實行權利，雖損害他人，亦弗顧恤。英法法學家演繹所有權之結果最爲刻薄，如有名之佛來德力布洛克所著私犯法中引許多實例，以證明「權利實行無責任」之原則。今舉其一二例，卽物主對於其所有物，有無限使用之權利，雖害鄰人之觀望，乃至絕其水源，亦無不可，蓋出於正當動機而行使所有權，其行爲雖有不正或惡意，亦屬正當，決無變成不正當之理也。又雇主可以無

故隨意辭退雇員，惟守習慣上期間足矣。又訴訟人提起訴訟，其動機雖有如何不正或惡意，對於勝訴人，除訟費外，毫無損害賠償之責任，何則，起訴為各人之權利，實行權利，不構成私犯也。要之對於權利不能更有權利，實行權利，不妨損害他人。英國浸潤於此思想最深。嘗有蘇格蘭大地主芬德力氏改其土地為獵場，一日驅逐數千佃戶，燒其住宅，佃戶老幼男女相攜而號泣於道路云。地主養鹿以快一己之私慾，至奪人之生計而弗顧，其行為可謂暴矣。然而人皆以為所有權之當然結果，夷然不怪。

大陸方面，雖亦講個人自由及權利絕對，而猶注意於權利濫用之責任。法國判例，對於濫用權利而損害他人者，往往令其負賠償之義務，不過成文法上未有明文耳。其始成為法律上原則，而具法律正文之體裁者，則見於德意志帝國新民法。該法第二百二十六條云：不得單以損害他人之目的而行使權利。又瑞士民法第二條第二項，亦認此原則曰：顯係濫用權利者，不能受法律之保護。蓋權利為社會共同之福祉而賦與人人者也。故有一定之目的與精神。若權利者藐視此目的與精神，藉口權利之行使而妨害他人，則其行為即成為非社會的行為，反乎賦與權利之本旨，故決不可許。由此可見其浸淫於社會主義之思想矣。德國民法帶社會主義色彩云者，此其一端也。英美之權利思想，個人的絕對的。大陸之權利思想，社會的相對的，前者漸衰而後者益盛。是為法律界之新現象。

權利濫用之原則，固亦適用於契約上訴訟上之諸權，然適用於所有權為最多。若所有者行使其所有權，徒損人而不利己，即權利濫用也。如地主專以遮鄰人光線，或妨害其觀望為目的，而植樹築牆於其地，則鄰人可以要求

其伐木拆牆，或賠償損害，或同時要求此二者。鄰於獵場之地主，以妨害狩獵爲目的，而設置喧囂之器械於其地，使獸畜驚駭奔竄，致不能狩獵，或狩獵無效，亦須負責任。地主非真出於必要，而掘深坑以涸鄰人之水源，或截取鄰地之越界樹根而死之，亦然。（德民法九一〇條二項）餘可類推。然則所有主無故毀滅其所有物或不利用其所有物，而害社會之公益時，亦非不可適用權利濫用之原則，惟今日法律任所有主之自由耳。須知法律設想權利者之利用權利，其或濫用或不利用，固非法律所認，故此等行爲乃自由之行爲而非權利之行爲，法律付之不問。卽全然在於法律領域之外也。今日浪費者照準禁治產者論，失火者有罰，卽已有拘束此等自由之義。將來所有者之自由行爲對於社會公益爲害更甚，則以法律制裁之，有何不可哉！由權利濫用原則，而生所有權之限制，姑名爲內部限制。所有權須從法令所規定及與第三者權利之關係，是爲外部限制。立法者常可以公益名義從內外兩面自由限制所有權。所有權於此限制內存立，故所有權非絕對，非神聖不可侵。

第二排斥的。所有權排斥的者何？耶？所有權嚴拒外人侵入其所有地，不許他人利用其所有物。縱令侵入利用於物主無傷，亦然。物主爲其物之主人公，故得排斥他人，而已獨專有之。數人不妨共有一種所有權，而二種所有權不能同時存於同一物之上。譬猶兩物體不能同時占一空間。故曰排斥的。此與前述之絕對的一語，互相表裏。惟其形式異耳。絕對明其內部性質，排斥示其外部性質。謂所有權絕對的，純粹單一而其上更不容有所有權，則其須圓滿無缺，而有排除外部侵入之力，自不待論。故曰二語形異而義同。雖然，所有權之排斥的性質，亦未能云完全。例如

因警察司法或收稅之必要，用一定之手續而入屋搜索，家主不得拒之。破產一經開始，破產者須將其財產全部委破產管理人掌管。無能力者，不得獨立處分其財產。土地所有權，本以上達天空，下達地底，爲其原理。但若他人在地上地下工作，而與物主無害時，物主不得禁止之。（德民法九〇五條）他人避禍而使用非其所有之物，物主弗能禁也。故若溺水者攀登小舟，或取樹木之垂枝，舟與樹之物主，不能禁止之。人避火災，或大水，而驅其牛羊通過鄰境，鄰地所有主不得禁阻之。遇有必要，雖破鄰牆可也。（德民法九〇四條）昔時對財產權之侵害，曾行極苛之法度，有盜一錢而處斬者，又債務者不償債，債權者可拉赴市場而問有人救助與否，若無人救助，則可賣爲奴隸。債權者有數人，則切斷其四肢，各取其一片而去云。然時至今日，博愛人道之思想大發達，不但無此事，飢餓垂斃之人，盜取田中禾實或店前點心，其於刑事民事上之責任，能否成立，尙在學者爭論中。刑事上大抵主非再犯，則不罰，民事上假令有責任，其如無賠償力何。責任問題，姑不論，而禾實點心之主人，尙得嚴拒而驅逐之乎？曰無此權利。何則，他人避禍而使用非其所有之物，物主無禁止之權利，則因維持生命而食人之所有物，物主亦弗能禁也。此乃社會思想澎湃之結果。夫所有權受人侵蝕如此之多，尙可云以排斥的爲其特質乎。

第三永久的所有權永久的者何耶？或曰目的物不滅失，或物主不欲消滅之，則所有權常存在，故名爲永久的。但物主使目的物消滅時，所有權消滅，又目的物滅失時，所有權亦消滅，然則所有權亦有死期。乃云永久的，豈非自相矛盾乎？或曰所有權雖限於一時的，而可收取目的物永遠效用之權利也。雖物主明日或將其所有物毀滅或贈

與他人，而其今日之所有權，固所有物永久可生效用之全體也，故所有權仍不失為永久的。雖然今日所收取之效用，固可涉及千百年可生出之效用，但今日所收取者，止今日之效用，決非千百年間之效用，故此說為一種詭辯，不足取也。或又曰：處分權者，所有權之骨髓也。無處分權，即無所有權。處分權者，以事實上或法律上不能撤回之方法，永遠最終處置所有物之權利也。例如將所有物毀滅，或贈與他人，此種處分權，既不能從物主手中剝奪限制，則所有權依然不害為永久的。雖然處分與否，乃物主之自由，物主可以將物毀滅贈與，同時亦可以不毀滅不轉讓。處分固處分，不處分，亦是處分。故所有者出於自己之意思，於一定期間不處分或必處分，自限制其處分權，此乃處分權之效果，於其所有權之本質，毫無所害，例如地產或房產上，設定地上權、地役權、抵押權，則此等權利苟不消滅，所有者不得將其土地房屋變形或毀滅，即不得處分也，但所有權依然存在。由此觀之，所有者固可與他人訂立契約，附期限或條件於所有權，如附加買還約款之買賣，即其一例，但不得因此侵害善意第三者之權利。要之無論如何觀察，所有權決非永久的，自可明瞭也。

又所有權之作用，常分為使用權、收益權、處分權三種。其實不止此。所有權被人侵奪時，則有回復權，遇人干涉時，則有排斥權。皆其作用也。文德夏地謂：『所有權為渾圓純一之權利，非此等權利之集合體。』誠然。處分權固包含事實上法律上之處分權，而說者曰：法文上所謂處分物者，但指事實上之處分，而非含法律上處分之意也。以為法律上之處分為權利處分之謂，非處分物之謂，法律上之處分，即轉讓權利或供擔保，乃一切財產權所共通，無須

特別申明於所有權。而事實上之處分，即物之毀滅消耗，乃所有權之特色，必須表出。法文上不曰處分權利而曰處分物，顯係指事實上之處分。或駁之曰：所有權轉讓時，物主將其意思加於物上，脫離自己支配而移歸他人領有，離物則不能想像所有權。物之轉讓，即所有權之轉讓也。故物之處分，當然包含法律上之處分。余於此稍研究權利轉讓之義。蓋權利云者，即得為某事之原因之觀念也。由物理學言之，原因者，運動力也。權利可謂為得為某事之力也。吾人夙信法律乃道理之學，而非力之學。故極排斥力之觀念，一般學者，多謂權利即力，而不解說力之為何。若云暴力威力腕力，則全與余意相左，若以力為行為之原因，則尚可承認。權利為得為某事之力，即是此意，所以借用力字者，冀讀者易解耳。故有某種權利云者，即謂有引起某種行為之原動力之觀念也。所有權云者，即於某物上有能自由行動之力之觀念也。即權利者，行為之原因或原動力之觀念也。故余之權利觀念決非可向他人移轉，所謂轉讓權利，乃因轉讓行為而使余之權利觀念消滅他人之權利觀念發生云爾。表面上雖似余之權利移轉於他人，而實則余之權利觀念，決不得移轉也。今姑指讓者受者間之心理狀態為權利移轉。故債權轉讓云者，承受某種給付之力，移轉於他人之謂。所有權轉讓云者，支配某物之力，移轉於他人之謂。而其結果則所有權之目的物，離轉讓者之支配而歸承讓者之支配。權利之轉讓單由當事人意思之表示而完全成立，而其結果或為物之交割，或否焉。要之權利之轉讓，乃行為原因之觀念移轉。就所有權之轉讓言之，乃將支配物之意思，移轉於他人，并非以支配物之意，加於物上也。故離物而想像所有權之移轉，亦決非甚難。既物之交割與所有權之轉讓全然不同，故物之處分，非有

處分所有權之意。處分物者，惟指事實上之處分而不含法律上之處分。是以余輩左袒前說。

次則所有權目的物，限於有體物，德日民法均承認之。但法國則分有體無體二種：無體物，概為權利。以權利為所有權之目的。故不得不認地上權之所有權，債權所有權，甚至所有權之所有權等。滅去物權債權之區別，而引起適用原則之混淆。此其缺點也。權利各有其固有之名稱，認權利之所有權，則一切權利，均入其範圍矣。究非所宜。

復次：比較日本憲法民法關於所有權之規定，憲法第二十七條云：日本臣民之所有權，不可侵犯，若為公益所必要之處分，須依法律所定。蓋所有權為人類固有之權利，非待法律規定而後生，即所謂自然法上之權利，非人定法上之權利，惟加以限制，須法律之規定耳。然民法上謂可以法律命令限制所有權，豈非違反憲法乎？解之者曰：憲法將所有權之限制，委於法律，民法更於其範圍內委於命令，毫不違反憲法，余輩亦欲承認此說。或曰：所有權謂為自然法上之權利，乃陳腐之論。所有權乃人定法上之權利，待法律規定而後生者也。在憲法發布時，民法尚未制定，所有權之體制，可依民法而定。憲法所謂所有權，待民法而後能明，故民法可在任何體制下，規定之。即憲法規定非法律則不得限制所有權，而民法則規定可以法律及命令限制之。果爾則民法違憲矣。余輩於某意義內，承認自然法，今姑不論。唯今人謂權利為法律所創設，人格待法律而始生。拘泥形式而遠於事實，誠淺薄皮相之見也。論者謂所有權必待民法規定而後生乎？然則民法未制定以前，日本人將全無所有權耶？論者必曰：否，不然，彼依習慣法而有所有權也。然則何謂習慣法？習慣法者，非對於習慣賦與法律之效力耶？習慣乃人民之間自然成立者，并非依習

慣法始作成者也。習慣而成爲法，則已十分成熟，具適於習慣法之資格，其成爲習慣法之瞬間，毫不受變更。即習慣具本來之形體，而成爲習慣法也。既云所有權存於習慣法，則亦不得不認爲存於未爲習慣法以前之習慣。即不可不認爲與習慣法同時俱存。夫同時俱存者，無因果之關係。不能謂甲方作成乙方。論者若云習慣法作成所有權，則余敢謂所有權作成習慣法。人格論亦然。考日本所稱「權利」一語，始於明治六年，故箕作鱗祥氏譯法國六法之時。此後西洋法律思想輸入，人爲權利主體之觀念，一般流布，民法亦規定之。人格之制度及觀念，從前全不存在。然則吾日本人二三十年來，始有人格，以前必全無人格矣。此又何說。且法律規定人出生時，或懷胎時，享有權利。但權利主體之人，究爲何物？無所規定。故如在人猿尙未分明之處，不可不依動物學之知識，定其是否爲人。因而定其是否爲權利之主體，法律固預想動物學上之人。動物學上之人，本不待法律之規定與否，而自然長存也。故權利主體之人格，本存於法律以前，法律因而承認之耳。至如褫奪奴隸之人格，賦與法人之人格，乃其變例也，特別制度之結果也。論者中法文崇拜之毒，甚至謂有拿破侖法典而無民法者，彼於法律條文以外，殆不認一物之存在，意謂天地日月，亦因吾人加以天地日月之名，而後存在。然則法律制定以前，并無天地日月耶？假如立法者指犬糞爲人格，論者亦將唯唯承認之，此可謂爲犬糞人格論。

最後所有權可分爲個人所有權及公共所有權二種。公共所有權者，如國府縣市町村等公法人有之，其財產區別爲公有財產與私有財產二種。公有財產性質上與用途上不能爲個人所有權之目的。如道路，城寨，公用之建

築物書籍圖畫等是。至其私有財產，乃公法人以與個人同等之名義有之。如山林田野等是。公共所有權爲國民共有，雖陋巷窮民，對於莊嚴之美術館圖書館亦有權使用，即其所有者也。近來頗有欲擴充公共所有權之範圍，而開改善窮民運命之端者。實際上亦漸傾向於此。鐵路國有含社會政策之意，此之謂也。是亦一派之社會主義也。俟後詳論之。

第二節 所有權之變遷

食與色爲人之本能，深根於人性，不可削奪。但若任人人自由追求之，社會之秩序和平，將難維持。於是爲之道德以節制其內，爲之法律以防衛其外，而法律對於色之用途，即婚姻制度。對於食之用途，即所有權制度。婚姻制度，出於保種之必要。所有權制度，出於自存之必要。婚姻制度也，所有權制度也，若求其變遷之跡，各民族不同，須就各民族情形詳考之。然若但論其大體，其中亦自有定律，余輩常論親族之將來曰：親族之沿革，由第一期之家族制度，進而爲第二期之個人制度，或將進於第三期之社會制度。歐美諸國，現已由第二期而入於第三期，日本正由第一期而移於第二期，彼此相較，乃晚一期。今就所有權之變遷觀之，亦可見其一斑。即所有權，由第一期之財產共有制，進於第二期之個人所有制，或將入於第三期之社會所有制。關於此點，日本與西洋諸國進步程度相同。當日本家族制旺盛時，一家財產爲家人共有，戶主不過其管理者；但制度上，一家財產爲戶主專有，而非家人共有。今日民法

規定若養子有傾蕩家產之重大過失，養親可具其理由，提起離緣之訴訟。（民法第八六六條五號）但所謂家產者，非家有財產之義，乃戶主財產而養子他日可因家督繼承而取得者也。用如此不當之文字，可謂法典之瑕疵。至村落共有制度，古代一般行耶否耶？渺不可知。但在偏鄙村落，其土地常有定期分給村人耕作之習慣，明治維新後，越後日向一帶，尙存其風。此項習慣是否爲古昔村落土地共有制之遺俗，尙未能詳。要之日本早已確立個人所有權制度，而家族共有村落共有，今日殆不留痕迹。關於財產所有，與西洋有相同之情況。由此觀之，可知日本家族制度，已到末路，至爲明白。蓋在嚴格之家族制度，一家財產，或爲家人共有，或爲戶主專有，要不許家屬特有。依家人協力經營家產，資其收益，以營共同生活者也。今個人所有權制度，完全設立，家屬與戶主平等，亦能所有財產而營獨立之生計。則家族制度之存在理由，已失大半，不亡何待？抑人民之生活，日進不已，法律制度，多少使之固定，或妨害其進步。然進化潮流，日夜不息，個人所有權制度，亦決不能永久保存。今日之狀態，必由何等方向，不得不變易。且所有權本於人性，但其制度題目，偏向社會共同之利益。今過度擁護個人所有權，反致窮民增加，傷害公益。馴致社會主義家張目攘臂，盡力攻擊，坐是故耳。惟將來之所有權事實上如何變化，經世家學術家議論紛紛，尙未知所定也。

地球上一切民族之財產制度，殆皆始於共有制，今日一般學者所公認。唯其共有制分爲村落共有，家族共有二種。或云：先有村落共有制，而後有家族共有制，而後變爲個人所有制。或曰：先有家族共有制，漸次膨脹，或併吞他

家族，或聯合他家族，乃成村落共有制。有或家族之數漸增，自然演成村落制。果村落共有制，在家族共有制之前乎？抑家族共有制在村落共有制之前乎？尙有爭論。但以余觀之，此事當依土地情形而異，難一概斷定。主村落共有在先者，謂原人有各依勞力而拓地資生之觀念，是以今人思想推測原人者也。太古人口稀少，土地遼闊，各人漫然盤據而已。非以土地爲萬人共有而人各有分也。一部落之民，或爲共同牧畜，或爲防敵禦外，或遇有興水利土功之必要，乃共有一定地域，至於無此必要之地方，則由夫婦親子數人而成之團體，各散處於多少相隔之地，於其附近土地，從事耕作。要之或從村落共有而至家族共有，或從家族共有而爲村落共有，雖不相等，要之，共有制先於個人所有制，則確無可疑。所謂共有制指土地等不動產之共有制，至於動產，則可行個人所有權制度。但因土地共有之結果，凡遊牧於土地之畜類及土地之收穫物等，本屬共有，惟因分割而始歸於各人所有。又如農耕器具，於某範圍內，爲共有物。至於軍器衣服等，依各人之技術，強弱，身體大小而異，故爲各人專有。然亦有民族共有此等物者。某蠻族中有一習俗，各人現在所不用之物，他人能自由使用之。如有二支槍，一支己用，一支給他人使用。澳洲蠻族關於食物分配有一奇俗。其族中有未知耕牧之法而僅恃漁獵而生活者。漁獵所得，捕獲者不得專有。須依精密之規則，分配於一定之人。例如得二人之援助而殺一袋鼠，則其尾之一半及左腳，與援助者之一人；其尾之又一半及右腳，與又一人。因袋鼠之爲物，尾部最貴重也。其餘由獵者取歸，頭及脅肉奉於妻之父，餘呈己父。而妻父與己父復各以所得分配於親族。若捕獲一熊，則自熊首縱剖爲二，右半歸獵者之宗親，左半歸其妻之宗親。獵者僅得頭與肝臟。復以

熊頭之一部與妻，妻有姊妹，則贈以兩耳。獲魚之分配亦然。稍大之魚，漁者本人取尾之一半，妻得頭之一半。若獲小魚，各得鰻魚六尾，四大而二小，其分配之法，漁者取其一，妻取其一，母族伯叔父及其妻取其一，伯兄及季弟取其一，此四大魚之分配法也。二小魚一與表兄弟，一與已嫁之親女及其婿。其他蠻族中亦有類此之習慣。此皆由於食物匱乏而起。由此觀之，漁獵所得，亦為一族之共有物也。雖然動產以個人所有為原則，共有為例外。須知古有格言：動產是賤物。動產漸增加其價值，以至遠駕乎不動產以上者，乃最近一世紀以來之現象。今日主張財產共有者，不置重於不動產，而着目於動產。然若考所有權之歷史，自仍以不動產為主，左特詳述土地共有制，讀者幸致意焉。

關於土地所有權，研究最廣而最著者，為比利時拉斐勒所著所有權及其原形一書（*Emile de Lavoley*,

De la propriété et de ses formes primitives）。拉斐勒費三十年之精力，蒐集全世界各民族關於土地所有

權之事實，而歸納斷定之曰：土地制度，人類悉經同一之次序而發達者也。即由村落共有制，而進於家族共有制，乃入於個人所有制，故若欲療治今日社會貧富懸殊之大病，莫善於恢復古代村落共有制。而村落共有制之遺存於今日者，以爪哇之共有制，俄之米爾，瑞士之亞門得為最著。其亞門得也，形容太平雍和氣象，溢於字裏行間，使讀者如坐春風之中，雖中國日本之井田班田古制，亦敘述無遺。洵經世大文也。其次為法國雷多諾所著所有權之進化（*Lejourneau, L'évolution de la propriété*）。其書所載，駁雜欠精，然其就全世界各民族，尋其所有權進化之迹，詳備至盡，殆無所遺。足補拉斐勒所未及。亦云勤矣。余前所引，實本此書。以上二書，網羅古今東西事實，用比較研

究方法，而圖發見一貫之原理者也。此外特別研究之著述尙多，今舉其著者：

Viollet, *Du caractère collectif des premières propriétés immobilières*

法人維亞列著，考證希臘古代村落共有制之遺迹；

Monsen. *Römische Geschichte.*

德人孟深著，考證羅馬建國以前之土地共有制；

Maurer, *Einleitung zur Geschichte der Mark-Hof-Dorf und Stadtverfassung.*

德人麻拉著，考證日耳曼人與羅馬人接觸以前之土地共有制及其遺迹；

Henry Sumner Maine, *Village Communities in the East and West.*

英人美因著，研究印度及美洲之村落共有制。

獨有法國古代法學者，古侖鳩氏於一八八九年四月，在歷史問題雜誌發表『土地所有權由來問題』(Fustel de Coulange, *Le problème des origines de la propriété, foncière dans la Revue des questions historiques*, avril 1889) 其於前述諸家之言，一無所取，檢討各家所用之古文辭，謂皆不足以證明村落共有制之存在。以爲希臘羅馬古代有家族共有制而無村落共有制，日耳曼人諸侯領地使隸農共同耕作，亦不見村落共有之蹤跡。至俄之米爾，瑞士之亞門德乃近世創設之制度，而非上古所遺留。縱橫論難，筆鋒犀利，有堅不可摧之概。

蓋古侖鳩氏以古代人民祭祖爲其結合之基礎，有共祖者之家族團體，而無毫無結合理由之村落團體。但古侖鳩氏所論，雖能糾正諸家之紕謬，而其絕對否認村落共有制之存在，不免失之詭激。其後法國有格拉森氏，著法蘭克人時代之村落共有制論（*Glason, Les communaux et le domaine rural à l'époque franque, Réponée à M. Fustel de Coulanges*）以反駁之。

古侖鳩與格拉森同爲學士院會員，同爲有數之碩儒。依據古代記載遺囑贈與等殘缺古文書而解釋其奧義，以爭論村落共有制之存否。其考證賅博精深，洵爲學術界之大觀。惜余輩不文，不能尋繹古文辭，而一一比較，以定其得失。但二氏所辨，似格拉森氏爲正。此外又有學士院會員塔得氏著法律進化論，以下財產制度之將來（*Tarde, Les transformations du droit*），又瑞士北林大學哲學教授史梯因著社會問題之哲學觀，論所有權必須變形之故（*Ludwig Stein, La question sociale au point de vue philosophique*）。

余輩涉獵前述諸家之書，可知此問題之廣大，加之記憶薄弱，綜論非易。茲但就所憶及者敘述所有權之過去，現在以及將來。

一、所有權之過去 太古概爲財產共有制，但亦不無個人所有制，大抵兩制並存，惟其輕重之度甚懸隔耳。夫人必資外物以奉一身之需。飢而食，渴而飲，夏葛而冬裘，此個人所有權，所以不可奪而實與人俱存也。但人又不能爲孤獨生活。男女必相耦，於是有夫婦，有夫婦而後有親子，有兄弟，遂成家族團體。經歷多年，家族增加，遂多至數十

百人，乃成村落團體。但村落有當初卽由數家族合成者。要之人類究不能外此團體生活而存在。而此等團體，或由於同祖先，或由於同利害，相保相助，同營共同之生活，則土地共有，乃當然之事，且自然之數也。人既必屬於團體，而團體所有財產，則財產共有，猶之個人所有，當初卽存在，毫無可疑。但以同一祖先爲團結之基礎，繼續祭祖爲一族之大事，相習成俗，流傳最廣，古代希臘羅馬今日東洋諸國無不行此制。其於人類進步有重大之關係，決不可輕視也。

依社會學者之言，人類發達，凡經漁獵遊牧農耕之時代。初事漁獵，卽以所獲者爲共同食物。當此之時，需地極廣，而未有明確之地界。惟獵獲最多之區，爲某部落所專有。及漁獵不足資生，乃飼畜充食。此時遊牧範圍，雖有一定，而不必永住一地，逐水草而遷徙，或驅除他部落而奪其地。洎入農耕時代，土地區域，漸次縮小，遂確定久住之計。耕作由全體人員共同爲之，或將土地分頒各人而各別爲之。但人類必經此三期者，亦就大體言之耳。蓋有某民族全不知畜牧者，有某民族男子田獵而女子耕作者也。遊牧時代，幣制未發見，以牛羊爲交換之媒介。在昔中國以牛羊皮革爲貨幣，今日稱金若干匹者，焉知非遊牧時代之餘韻乎？

古之希臘羅馬，個人所有權夙爲定制。惟其前代果有村落或家族之土地共有制與否，考證未詳。第徵之文獻，髣髴可見其形影耳。至於日耳曼人之土地共有制，文獻有足徵者。凱撒之高盧戰紀中有云：日耳曼人無專有區分之田園。土地每年由吏人及長老將所擇之土地一部，頒給各家，及各親族團體。明年再令移住他處。後經百五十年

有太席突之日耳曼紀行曰：「日耳曼人家散處田野林薄之間，炊煙稀少，光景岑寂。宅邊多留空地，所以防火災乎，抑由於建築術之陋劣乎！」由此觀之，彼時人民已有一定住所，似與個人或家族之土地所有制相近。然其紀又曰：「各部落順次佔領耕地，按階級身分而分配之。因土地廣闊，故年年變更地所，無有缺乏。」又可見每年有共有地分配之俗也。於羅馬侵入當時之佛連沙侖人住宅及其附近之地，歸家族所有。此外之地屬村落共有。概充牧場之用。村人非經團體全員之許可，不得將其所有權及放牧權轉讓。外人若不得此許可，亦不能在共有地居住或佔有其一部。爾後漸趨向家族所有制，但迄十八世紀之末，尚有種種制度，足徵昔時之有共有制。如鄰保取回權，及親族取回權之制。鄰人或親族之一人，若將其土地售於他人，備價取回之。（按此權中國俗尚有之）此權本為保存部落，或家族共有財產權之手段。日本民法之繼承分取還權，或即胚胎於此與。（民法第一〇〇九條）

西羅馬帝國之亡，入於中古黑暗時代，姦雄桀黠之徒，率其無賴子弟，嘯聚山寨，劫人民，課租稅，掠婦女，居然如侯王，而豪族有力者，亦糾合地方力士為自衛之計。漸呈羣雄割據之狀，戰鬪攻伐，殆無虛日者，歷時數百年，制度文物幾於蕩滅。其後王權統一，馴致封建制度，土地所有制，發生複雜關係。蓋其時主權者之國土，領有權與私人土地所有權，未劃然分清。君主私有國土，賜與諸侯，諸侯復分與家臣，家臣令佃戶，或隸農，耕作而坐收所穫。隸農云者，奴隸之類，隸屬土地，從事耕作，地主雖更換而隸農仍附隨其土地。大抵由於俘虜或罪囚而成。故有隸農之土地，可

稱爲「耕者附隨之田地」，地主不勞而得土地收益，不啻採取樹木之果實，亦可謂便宜之極矣。至於佃戶納租於家臣，家臣獻金於諸侯，諸侯納貢於王室，殆爲一定之次序，其實未必然。蓋佃戶可徑自納租於家臣及諸侯，而國王自有領地，亦不必徵諸侯之貢賦也。諸侯之所有權，謂之直接所有權（高等所有權），家臣及佃戶之所有權，謂之實用所有權（低等所有權）。同一土地之上，而有兩重所有權，因之土地上不少煩累，由此而生焉。諸侯亦有收回權，若家臣佃戶，將其土地轉讓於人，得收回之。其時土地共有制度，雖專行於佃戶之間，亦惟有家族共有制，至於村落共有制，殆已絕跡。法國大革命時，認佃戶有完全所有權，解除封建時代土地上之一切負擔。德國亦受大革命精神之影響，本此精神，改革不少制度。德國佃戶得完全之所有權，當在法國大革命以後。惟英國大地主至今依然如封建諸侯。英倫全土爲三百人之貴族所有。蘇格蘭全土乃僅屬於二十人所有。豈非不認佃戶之低等所有權而認諸侯之高等所有權乎？日本維新之際，諸侯奉還藩籍，頒發地券，認農民之土地所有權。乃社會制度上之一大變化。可云駕乎法國革命以上。但聞鹿兒島之藩士族有土地所有權云。若諸侯亦認其有土地所有權，則日本亦爲英國第二矣。蓋當時日本農民，實際上殆有完全之所有權，有類法國革命時之佃戶。所有權之承認，固無間然，惟所有權之觀念，尙未浸潤於國人腦中，其制度如何，亦惟上所命耳。所惜者，當時未劃土地國有之策，而於亨利喬治視爲可怪耳。五十年前，美人第瓦爾大聲疾呼曰：汝欲知我共和國土地私有之利弊如何，其往歐洲一察其社會現狀。不見彼鶉衣垢面瀕於饑餓之幾萬勞工，與窮極奢華耽於遊惰之貴族並存耶！如土地貴族制移植於美國，當與歐洲同

一運命。我國之土地，今日尙屬汝處分。然歸個人所有權之時漸近。將來一歸資本家管領，吾人子孫自然陷於傭工生涯之境遇，雖欲避而不可得。讀史當知祖先預防土地私有，保存子孫資產，而能完全傳於後世。若吾人遺於後世者，惟窮苦與勞役，將何謂乎？其言何痛切也！雖然，先見之理論，每不能抗後起之事勢。今美國受土地私有制，資本及託辣司之害，已駕舊大陸之上。日本亦已承認個人土地所有權。則相率而汨沒懸絕之深淵者，勢不可免也。

二、所有權之現在 村落共有制初變爲家族共有制。蓋由土地共有制初時年年分配於各家。漸至延爲三五年，十年十五年。終成爲家長終身制。而家長愛護其土地而改善之，以增加其生產力，究爲團體全部之利益，遂許傳之子孫，有時家長得家人之同意，可以處分其土地，遂成家族共有制。次又由此變爲個人所有制，乃社會上經濟上種種事情湊合之結果，一言難盡。家族制家長能齊家治產，則可維持共有。一旦年老死亡，其子孫家人，不欲營共同生活，勢必分割。故於家長生前，或死後，子孫分家，乃事所必至。往時歐洲之家族制如此，今日印度中國之家族制亦然。家族共有制之崩壞，實肇端於此。加以富力增加，自由思想之勃興，工商業之發展，無不爲促成個人所有權之原因。而承認個人土地所有權，尤能增加生產力，據經濟學家言，若在比利時法蘭西行土地共有制，則其土地僅足給養全國人口二十分之一而已，餘將爲餓殍。今日能養如此多數之民，乃個人所有權之賜也。此言固不無失於誇大，要非無理。米爾嘗謂爲社會公益而特許土地所有權，卽此意也。

個人所有權之弊在於富力集中，貧民增加，助長貧富之懸絕。因今日所有權之取得及利用，均極自由，法律保

護至厚也。夫鼓動人之私慾，俾追逐於競爭之場，強梁無恥之徒，致其全力以求富，無所不爲，亦固其所。如英國之土地兼併，既達於絕頂，人人共知。法德兩國小地主漸少，大地主漸增，乃統計上之事實。不動產之價額有限度，而動產之價額無可限量。超乎不動產之上。不知幾何倍。其集中最爲激烈。在美國尤甚。昔以百萬稱爲富翁者，今則以萬萬方稱爲富矣。一面生出少數富豪，一面卽生出無數貧民，勢所不免也。嗚呼，天下之物，莫貴於金錢。人物之地位價值，悉以財產之多寡爲衡。誰復問德性之如何。

財多者，雖無學無德，昏庸兇頑，居然爲王侯。無財者，雖端莊廉潔之君子，沈淪於下，視同草芥。金錢本爲人用者，今乃貴於人。金錢生息，富愈集中，殆不知其所底止。昔耶穌教禁止以金錢生利息，因利益爲人之所造，而金錢本身無與也。毫無報酬，人固不願投資。故對於資本付相當之利息，自屬正當。然永遠生息，究難索解。夫人以多少勞苦蓄積資本，則享用資本以償其勞苦，固其宜也。但其勞苦與享用，自有限度，不應永遠存在。資本家所期於資本者，亦決不如此。然今以一定之資本貸人，而收其利，數百年後，卽超過原額幾千倍。尙繼長增高而無已。此豈物之情理乎？

例如法國安山礦山公司，設於一百五十年以前，發行一千佛郎之股，而實際已繳股銀僅其半額。近年該股價值一百二十萬佛郎，又利因礦山，係五十年前開掘，五百佛郎之股，實際已繳股銀二百五十佛郎，今該股值三十萬佛郎。股東不費勞力而資產異常增加。且前者在一百五十年中，後者在五十年中，歲受利益之分配。今日尙然。試問此等資產，果何人所產出？必曰礦工。然可憐之礦工，平均每日所得，不過三佛郎而已。果可謂之正當乎？蒲魯東曰：利息能

使人不勞而生活，故非正當。此語大有真理。資本家與勞工之關係當詳述於後面勞動契約章。茲先一言之。一方富厚無缺。他方一日不得工價，即不免餓死。令此二人對等并立而訂契約。其不平等，當然可想。勞工對於資本家所提出之條件，雖如何苛酷，亦不得不承諾。乃爲僅堪維持生命之工資而服務於粉身碎骨之過度勞作。拉沙爾所謂工資『鐵則』者是也。法律對於此點似茫然不知。但云凡人法律上平等而已。須知以不平等待遇不平等。始可謂其平等。今以平等待遇不平等，乃極不平等也。如此法律而尙稱平等主義，誠不可解。法律之保護，應抑強扶弱。今則不然。反使強凌弱，是無異與虎附翼。不寧唯是。富者得法律之保護，而其財產愈能增殖安固。貧者無財產，故不受法律之恩惠。是無財產者，固在法律外也。法律之保護，重物而輕人。厚富而薄貧，故曰：今日之法律，富人之法律也。夫所有權之目的，固在使人均能依勤勞而取得享用生活必需品，以禁弱肉強食之暴戾者也。今乃有所謂萬萬富翁者，其財產大部分雖非其生活所必需，而法律依然視爲神聖所有權而嚴爲之保護。以致多數人不能得生活所必需之物。貧益貧，富益富，遂與所有權之目的背道而馳。自古未有不中貧富懸絕之毒而亡國者。孔子曰：『有國家者，不患寡而患不均。』故禁兼併，抑豪強，實爲東洋仁政之要道。今襲西洋文明之迹。開兼併之端。若不早圖，禍將難測，可不深思耶。

三、所有權之將來 將來所有權理論上有如何變化，請觀後節社會主義。茲惟揣度最近所有權事實上有如何變化而已。林格氏之權利目的論中有曰：『將來之所有權，其形體將與今日迥異。彼時當不許所有者，恣意攫取

外物之權利。猶之今日不許中古之私鬪權及武士劫掠行旅權。』此外如拉斐勒、雷多諾、塔得、史梯因諸氏皆言所有權之形體不能永遠如今日。諸家意見小異者，不過所有權變化之方針耳。蓋共有制與個人制，爲財產制之兩極端，皆不免弊害。共有制擴充至極端，則蔑視個人之自主。其結果適以損害團體。反是個人制擴充至極端，則少數強者，坐擁生活所不需之巨額財產。疲於運用與經營，壓倒多數弱者，遂至社會團體淪於破滅，亦非個人之福也。共有制以團體屈伏個人，個人制以個人屈伏團體，均非中道。昔時共有制并不否認個人所有權，不過偏於利人之觀念，其承認個人本領之處極少耳。今之個人制固亦非絕對制度。國家及地方團體，依租稅名義，拘束個人所有權而剝奪其一部，或以公用徵收名目沒收之。今日理論上此雖出於國家主權之作用。然國家對於全國財產有最高所有權，某範圍內與各個人以一部之利益，故不得謂無共有制之精神。惟今日重利己主義，共有制之部分極少耳。然則將來制度如何？亦不難知。卽調和個人共有兩制度。在不消滅個人之自主範圍內施設共有制。俾利人觀念與利己主義並行不悖，最爲相宜。其共有制有國家經營與私人經營二者。其由私人經營者謂之合作社（Co-operative Association），農工依自己資本協力從事農工業。其所分配之利益，嚮之歸於資本家者，今悉歸於社員。此項合作社自今五六十年以前，一時大盛。多歸於失敗。但其留存今日者，多得良好結果。其所以失敗者，咎不在制度而在管理不得其人。是經濟學者所同認也。今日以民事商事爲目的而設立之公司，日益增加。誠能改革其制度，俾不爲二三富豪之爪牙，而圖社員大家之利益，則亦一種變相之共有制也。其由國家經營者，鐵路、礦山、煙酒、火柴之製造以

及各種需大資本之工商業，皆由國營，以防富豪之兼併與橫暴而增進國民之福祉，此今日列邦競用之方法也。不亦可以見世變之所趨乎？

第三節 所有權之原理

所有權經如何之歷程而來？已如前節所述。是爲所有權事實上之基礎。但其正當不可侵犯之理由如何？乃本節所欲言者，是爲所有權理論上之基礎，有數說如左。

(甲) 先占說

古時萬物未有定主。若有人加其意力體力於一物之上，而占有之，其人與物之間，卽生特別關係，他人不得侵奪之，此卽所有權之始，且爲正當理由也。凡因先占而歸於某人所有之物，苟非物主拋棄之，不得復爲先占之目的物。物之先占，普通止限一次，今日財產各有其主，非由買賣贈與繼承等方法，則不能取得，然溯其初皆由於先占。故今若遇有無主之物，則先占者有所有權，爲各國法典所共認。特其先占無主物之原則，限於動產而不及不動產。如山間之禽獸，街上之紙屑，爲獵者拾字紙者先占之，固可取得所有權。至於無主之不動產，法律規定亦不必一律，或當然屬於國庫，或國庫有先占權，經一定之方式，（卽登記）而爲國庫所有。（民法第二三九條民法第五三九條第七一三條德民法第九五八條第九二八條）然昔時，不問動產不動產，皆可因先占而取得所有權。

對於先占說批評如左

(甲)先占之意義，殊不明瞭。先占云者，謂以所有之意思，而占有無主物。占有云者，以爲己之意思，而領有某物之謂。爲己之意思爲心素。物之領有爲物素。二素具備，乃成占有。關於心素，別無可言。物素即物之領有云者，非必把握抱持之謂。乃事實上管領之謂也。即物上加以體力勞力之義。有自由享用處分該物之義。有不能無損於占有者而取去之義。故無主物之占有，即管領無主物也。但自己勢力所及之空間時間，自有限度，故不能永久占有某物。或占有自己實力所不及之物。有席西龍者，曾以土地所有權譬諸劇場觀客所占之座位。觀客所占止一時，且限於所占之處。照此解釋，則先占之義，極易明瞭，但失之狹隘，不能說明永遠偉大之所有權。於此有相反學說。從廣義解釋，謂施某種行爲於無主物足矣。例如指無主之遼原曰，是爲我所占有，先占即成立，所有權從而發生，則天下事莫易於所有權之取得。而一郡一國之地，瞬間可爲一人或數人所有。後來者將無立足之地。昔西班牙亞歷山大六世（一四三一年生）於世界地圖劃一朱線，將彼時尚未發見之土地，歸西班牙葡萄牙二國分割。此亦可云先占乎？此人人所不能認者也。又昔瑞士武里及格里士間爭一牧場，葛藤久結不解。於是兩郡人爲息爭計，約定聖喬治節（四月二十三日）曉雞初唱，雙方健足出發，以其相遇之處爲境界。而出發時在武里則由格里士人監視，在格里士則以武里人監視之。先期格里士人飽飼其雞。武里人則反是。以謂其雞終夜不眠。報時較早。於是武里健足越兩郡中間之山脊，達於格里士之林澤。久之，格里士健足始至。慚憤交并，哀求重定境界。武里健足曰：可，汝須負我上山，

即以所到之地爲界。格里士健足乃負之上山，極力疾走，抵夏度比側，氣絕而死。以身殉鄉，何其烈也！此不過爲定界之手段，固不得視爲先占。然則先占之限度，果如何？若限於勢力所及之範圍，則失之太狹。不然，又失之過廣。中間之明徵，欲求而不可得。先占之意義，渺茫如此。若以爲所有權之合理的基礎，固不當也。

(乙) 先占者，事實而已，更不可無正當之理由。先占而非正當，則無尊重之價值，焉得爲所有權之基礎乎？巴黎法科大學教授波士他爾氏著法理論 (Boistel, Cours de philosophie du droit, 1899) 以先占爲所有權之基礎，反覆數萬言，不厭求詳。其要曰：凡權利云者，爲人之活動，以與人有益，而正當爲前提。人與物之間有左之特別關係，乃構成權利。(一) 肉體關係，即在能處分某物之狀態；(二) 智識關係，即某物滿足需要，且有享用之意思；(三) 道德關係，即不侵奪他人所有之物。先占即事實上爲此等關係，乃所有權取得之最簡單自然之方法也。不但在原始取得上見之，即權利移轉之根本意義，亦不外此。其末段謂權利移轉之根本意義，亦不外此，殆以先占爲即占有歟！先占爲一時的行爲，因占有而取得無主物也。占有乃繼續的行爲，通常與所有權相伴而並存，所有權移轉，占有權同時亦移轉。其目的物既非無主物，在理即無所謂先占。至於所謂肉體的關係，即體力勞力施於物上之義。夫先占爲一種行爲，既係行爲，必有動作。然動作不必盡爲勞力。例如占有土地，開溝設牆而劃界，鋤草伐木而墾闢，確加勞力，即可謂有肉體的關係。不然漫指一地曰：此爲我所占有。僅有舉手搖唇之動作，不可謂加以勞力者。雖然不論有無勞力，均是先占，事實上無區別之標準。今斥不費勞力之先占而否認所有權，則先占之單純事實，不

成所有權之基礎，勢將以勞力說明之。果爾是與下章勞動說混淆者也。又智識的關係亦然。智識的關係，須某物堪充生活之需要。故除堪充自己需要者外不得占有。設有人徒擁廣土而禁他人入其地，則其人主張過當。是妨害他人之自由者也。故宜減少其占有之範圍。由此觀之，可知所有權之合理的基礎，不在先占而在需要。此與下述之需要說一致。至於道德的關係，不可侵奪他人占有之物。然使他人之占有而無益於需要之充足，或費勞力而先占，則不在此例。果爾，則紛爭攘奪，必無寧日，國家秩序將無由保持。故曰：先占者，單純事實也。即據以說明所有權之基礎，頗不易也。

（丙）先占不足以說明所有權之起源。如土地及天產物之所有權，固可因先占而為原始的取得，然耕作土地而得穀物，加工原料而得工藝品，所有權之取得，非先占之結果，乃勞力之結果也。今日之法律，亦規定加工於他人之動產，由是而生之價值，顯逾材料之價值，則加工者取得其物之所有權。（民法第二四六條）或曰：以先占為取得無主動產所有權之原因者，當權利思想發達萬物無不有主之時，偶有無主之物，則與先占者以所有權，所以益加確立個人所有權之制度而塞爭奪之弊，開利用之途也。故先占為所有權取得之原因，乃少數特別之事例，非先占者係先占者之故而取得所有權，良以與先占者以所有權，合乎社會上經濟上之利益也。在昔村落共產或家族共產時，殆無個人所有制度。個人固不得於分配之外任意占取財產之一部而所有之也。惟村落團體或家族團體，以土地及其他財產歸其所有時，初必依先占之方法，但此為自然之事實，非如後世因習慣或法律認先占為所

有權取得之原因而遵行之也。由此言之，以先占爲所有權之發端，反乎史實。余輩亦大體承認此論。抑所有權之根本原理，當今之大問題也。擁巨資者相繼而興，多數無告之窮民，苦於凍餒。若謂此不平狀態由於先占，其誰認之？今日社會無主物極少，謂因無主物先占而生此奇異之結果者，妄也。先占究不足以說明所有權之起源也。

(丁)先占說，授社會主義派以最利之武器。夫土地者，萬人之共有也，萬人均得棲息享用之，其他之財產亦然。古初財產本宇宙之共通。一人擅自占取其一部而專有之，是侵害萬人之權利也，竊取萬人之公產也。此蒲魯東所以謂『財產權者，盜賊也。』斯賓塞著社會平權論曰：土地爲萬人行使其官能所必需。單就居住論，爲棲息所必需。然使一人私有土地，則非得其許可，他人不能行使其官能，將求棲息而不得，非理也。更敘米西西河畔老農與開漢之問答，以明先占究不能建立所有權之理。十分透澈，快人心目。然先占說以先占爲一切所有權之起源，先占既如此不正無理，則今日之所有權皆包含不正無理之分子，即取得之權原有瑕疵者也。則社會沒收，亦無妨哉！此論理上必然之結果也。或曰：所有權起源雖有瑕疵，然今日所有權乃以買賣贈與繼承等名義，經多數人之手輾轉而來者。故已消滅當初之瑕疵，而成正當之取得。按諸時效之規定亦然。曰否。所有權任以如何名義，經若干人之手，歷幾萬年之久，當初之缺點，決不消滅。今日所有主乃有缺點權利之繼承人也。譬猶承買贓物，一遇原主請求，即須歸還，惟因時效規定，以現在制度爲基礎，所有者不能證明其權原之正當，則推定有正當之權原，所以確定其權利者耳。即此不過爲隱蔽權原瑕疵之手段耳。探討所有權之根本，議論現行制度之得失，則不能不蔑視之也。社會主義

者一面否認先占爲一切所有權之基礎，務期破壞現行制度。一面又主張有先占上之權利。曰太古外物爲萬人共有，萬人均有占有之權。此權永遠不可侵犯。古人有之，今人有之，後人亦有之。即對於最先占有者則有最後之占有者。外物悉爲先占者所占。後人一物不能得，則對於最先之占有者有請求其割讓一部分之權利，否則最先占有者侵害最後占有者之權利。故若以先占說爲正確，進則破壞現行制度，退則不得不承認最後占有者之權利，所謂進退兩難也。余輩以爲先占不足以說明所有權之起源，不認先占爲所有權之合理的基礎，故於此不復置論。茲惟一言社會主義根本之誤謬。所謂古初財產本宇宙的共通者，此空想而非事實也。當時在萬物無主之狀態，對於無論何物，均無權利，僅消極的共通而已。若謂消極共通即萬人共有外物，則萬人對於外物必施其手段以取得所有權，第絕無其事。既無共有之意思表示，即不得謂之共有。人與物全無交涉，決無發生權利關係之理。惟外物占有之自由，人皆有之，但此爲自然之自由，非法律或國家公力所保障，故未可謂之權利。於是強凌弱，知欺愚，他人占有之物，攘奪而去，人人除用其腕力以防衛其貨財外，無奈之何，狀極紛亂。及國家成立，爲之法禁，一人所占之物，他人不得侵奪，保護一方自由，而又限制他方自由。故可先占者，僅限於無主之物。及法律保護各人之占有，乃有所有權。而所有權愈鞏固，遂生貧富之懸隔，勢所不免也。故又限制所有權，以裁抑其不平等，此即穩健之社會主義所要求者也。

(乙) 勞動說

所有權所以應尊重者，以其為勞動之結果也，其理由如次：（一）人施勞力，以變化原料，或作成新物，而生出價值或利益，則其人與物之關係，較先占更為密切；（二）人有肉體，肉體之勞力，已所管領，其勞力加於外物，則外物亦須歸其管領；（三）能生產財物者，即有所有該物之權利，生產者，排斥他人而專有自己之生產物，非不正當也，何則，生產者對於他人並無生產財物之義務，而他人不得生產者之生產物，亦毫無所失也。

對於勞動說之非難，大略如下：

（甲）以勞動為所有權惟一之基礎，則不勞而所有財物，或因微勞而有莫大之財富，均屬不正，勞而無所得，或勞多而所得甚少，亦屬不正。試舉一例，有人行於山水之間，偶發見拳大之大理石，售而得價巨萬，遂得優遊度日，其人僅費俯拾之勞，固不得視為勞力也，而得高價之物，勞動說將如何說明此所有權乎？說者曰：偶得大理石，本屬特例，不可為常。凡求大理石者，必適遠國，越山海，經長期之年月，費多額之資本，冒寒暑，歷險阻，艱難備嘗，雖偶發見一大理石，尙未必足償其勞也。其所有權之本於勞力，亦極明白。雖然不勞而偶得大理石，縱屬特例，要為不勞而取得所有權，說者不得藉口例外而迴避其說明也。說者乃曰：他人必費若干之勞力而搜索之，今經某人發見，則可節約他人之勞力，故其取得所有權，即節約他人勞力之結果。但為他人節約勞力云者，必也設想代人服勞，今也既不費勞力，是為己節約勞力也。無論為己節約與為人節約，要歸於不勞。故此所有權之取得，斷不可云本於勞力。

反之若加工於他人之物者，每不能取得該物之所有權，地主遊惰過日，佃戶汗流禾根，而土地依然為地主所

有，不能歸佃戶，此即雖用勞力，亦不得所有權也。

(乙)若承認勞動說。則凡非勞動結果之物，不得爲所有權之目的。夫土地并非人所造成；人不過耕種以收其果實而已。而土地之所有權，乃達於土地之上下。地主所有土地，得達於地軸。其故何也？說者曰：凡物質存於自然，人惟變更安排以充其需用耳。宮室飲食服御皆然。人若不能所有物質，將無以爲生。物質雖非人所造成，而施以勞力，則不妨所有而用之。土地亦然。誠如所論；但所有者，取得土地之增價，不可謂其出於勞力。例如佃戶因其勤勞而改善地畝，因之土地價格增高，而地主取之，是即侵奪他人勞力之結果也。又如某地因鐵路之交通，街道之新設，而價格驟漲數倍，此種增價，與地主勞力無關。而居然受之，是一不勞之取得也。蓋地價，半由個人經營，半由社會狀況。則社會對於所有者要求其一半，以充慈善教育等事業之用，不可謂非正當之主張。且以無償名義取得所有權者，如受贈人及繼承人，不勞而得所有權。前所有者之權利，係勞力之結果，固可自由處分，故贈與他人，或讓給繼承人。但受贈人及繼承人毫無受之之權利，受之則釀成社會之不平，有紊亂秩序之憂。故國家於不妨害勤勉蓄積精神之範圍內，加以享受此權之限制，對於無償名義之財產移轉，課以重稅，亦非無理由也。

(丙)勞動說亦與社會主義以口實。若嚴格解釋勞動說，勞力取得以外不得有所有，則人之勞力，自有限度，財產當可相均。如土地所有權，限於人自能耕之範圍，所謂大地主之所有權，當然廢止。蓋自古有限定財產最高額之論。此本出於財產當止於各人所需之觀念。但各人之需要無涯，且社會之利益，在於鼓舞私慾，獎勵勤勉，極力

致富，故其論徒托空言，殆不能實行。今社會主義者主張國家有保障各人財產最低限度之義務。其言曰：國家確定所有權之結果，發生無產失業之人。故國家須與以職業，俾得維持其生計，所謂人各有勞動權也。社會主義者又要求勞動上之權利。此與勞動權不同，非為各人求勞動之義，乃求分配勞動之要具土地礦山工廠等也。所謂社會之清算者是。此皆非必有鞏固之基礎，一一辭關，不勝其煩。惟欲加一言者，美國有所謂住宅扣押免除 (homestead) 制度。在某條件之下，小民住宅，不因債務而扣押。此與民事訴訟法禁止扣押債務人生活所必需之動產同一精神。更推而至於不動產者也。此制或亦可謂定財產之最低限度者歟。

(丙) 法定說

所有權之所以正當不可侵者，以法律規定之也。所有之事實，與人生共存。若法律不保護之，則止單純之事實，人人須各以其腕力防衛之。及有法律之保護，所有之事實，乃變為所有之權利，經社會公力之掩護而更能安全確實。故所有權乃法律所創設，法律未興以前，固無所謂所有權。此即法定說之要旨也。此說對於一般之權利，主張之不第所有權已也。其拘泥法律之形式，而忽略其精神，可謂本末顛倒。雖曾風行一時，今已屬陳腐，與新思想不相容。試申言之，當普羅馬法學盛行時，以羅馬法為法律教育之絕好材料。法律理論之構造，法律思想之鍛鍊，以為無過羅馬法典者。推闡文義，馳思深遠，發為微妙之論，猶之解析幾何學原理，社會實情如何，所不暇計也。以為法學能事盡於此矣。及拿破侖法典成，亦沿襲之。事事專依文字而定。其法典按照當時事情而制作，初固無妨。及閱時既久，法

律仍固定不動，而社會變遷不已，致法律所規定與社會實情不符。勢所不免也。但不能以法律適應社會之需要者，此形式論之過也。拘泥於法律之形式，時或與實際扞格。然使能領會法律之精神，則法律隨時代而推移，固可應變無窮。須知法律非法典所載有形之文字，乃文字所表彰之無形思想也。立法者制作法律，必也適於為法律權利之思想，十分成熟，而後著之為文。況今日列國有代議機關，自非本國民公意而認為正當者，不能成法律。如權利之思想，實質已存於法律以前，法律不過表彰之而已。故非因法律規定而後有權利，乃先有權利而後法律規定之。權利非法律所創設，乃法律從權利之旨趣而制定者耳。是以權利為法律所定云云，不足以知權利之為何物。更須溯其起源，究其實質。今日法學界以形式研究為不滿足，更從事實質的研究者，蓋為此也。形式論者，欲依法律而求一定之理論，實質論者欲依一定之理論而批評法律。夫惟有批評法律之識量，而後能領會法律之精神。若但拘泥文字，則必左支右吾，迷離錯亂，終不得要領而已。然則研究實質之方法如何？曰用歷史的比較的方法，考察各國之法律現象（制度習慣）而得一貫之論，由是而補足法律之解釋。指摘其缺點，以資法律之運用，及改善。要在於以法律之真精神適應實際社會之要求，而後可達法律之目的。此豈拘泥文字枯燥偏狹之形式論所能企及哉！德國法典新成，學者間有傾於形式研究，而多數學者趨向實質研究，此法學之現狀也。故曰法定說陳腐之見也。今但就所有權言之。依法定說，則所有權為法律所規定，故正當不可侵犯。然所有權先有正當之理由，法律從而規定之，非因法律之規定而後正當不可侵犯也。余輩所求在此。無正當不可侵犯之理由者，一經法律點化，便成正當不可侵犯者。

非余輩所敢知也。微特法律無點石成金變黑爲白之魔力，且如法律可以創設所有權，則法律又可以廢止之，自然之理也。然所有權有絕大之理由，非有足以顛覆之理由，則不得廢止之。彼社會主義者謂所有權爲富者之特權，欲以法律一朝而廢止之，豈非法定說自召之乎？

最後附論民約說。民約說以爲萬物爲社會所共有。社會之一人，若欲私有一物，須得社會各人之承諾，故所有權出於民約。此其所以正當也。但社會之初，所謂財產之宇宙之共通以及民約，均無確實之證據。假以民約爲社會之法律，則民約說與法定說結果相同。民約止爲權利發生之形式而非定其實質者也。權利而正當，雖無契約，亦正當也。如不正當，雖有契約，仍不正當也。故民約說亦不足以說明所有權之合理的基礎。

(丁) 需要說

夫人假物以生者也，故必取外物以充足需要。所有權之根本在此。即各人有應其需要，而取得外物之權利。需要爲所有權之權原，亦所有權之界限也。需要存，所有權與存。需要亡，所有權與亡。故萬人生而有所權。人若無此權利，則不能生存於世。而富與需要之不平等，乃社會萬惡之源。試以富厚之獨身者，與扶養妻子數口之貧寒職工較，一則安樂度日，一則飢寒交迫。是豈合乎人道正義乎？故所有權，應計人之需要而與之。

對於此說之第一非難，在於生活需要，人各不同，不能一概測定。若以各人慾望爲標準，則清廉寡欲之士，得少量而已足，貪婪無厭之徒，慾壑難填。且各人可應其需要而攫取外物。故雖爲他人所有之物，苟爲充足自己需要，亦

無妨奪取之，必將各人不行使其權利而止尊重他人之權利。則權利僅存空名，世將公然爲紛爭攘奪之場而無有制之者。是與法律制定權利保持秩序之旨趣相反也。共產主義鼻祖普里士所著『所有權及盜賊之哲學觀』一書中有曰：『需要限度與生活限度相同，故若四十愛克（錢幣之名）已足維持吾人生活，則有二百愛克，卽盜賊也，不正也，排他的所有權，斯真犯罪也。需要乃所有權惟一之權原，需要既充足，此外不應有所有權。竊盜爲天之所命，而今之社會制度責罰之。』此豈非主張需要說而表白其缺點者乎！

第二非難，以爲外物固人生所不可缺，但不流汗，則不得食，人固不得不勞而領取外物也。若夫不勞其肢體，苦其心思，耽遊惰而貪安閒，藉口生活之需要，漫然食人之所耕，衣人之所織，則孰願營營勞作者乎？此國亡種滅之道耳。此所以對於所有權需要說復有所有權功勞說也。如孟子之答彭更是。彭更曰：梓匠輪輿，其志將以求食也。君子之爲道也，其志亦將以求食與！孟子曰：子何以知其志爲哉？其有功於子，可食而食之矣。且子食志乎？食功乎？曰：食志。曰：有人於此，毀瓦畫墁，其志將以求食也，則子食之乎？曰：否。然則子非食志也，食功也。夫有求食之志，而無求食之功，則不得食。卽有需要而無功勞，則不得所有權。然則但以需要爲所有權之基礎，其不當也明矣。

（戊）經濟說

此說要旨，在於個人所有權有益於社會經濟。姑假洛賽爾及密兒二人之言明之。洛賽爾曰：『勞動非自由，則生產不能大發展。資本亦然，非在自由私有制度之下，則不能充分發揮其生產力。不圖將來之享用，則孰願忍受現

在之不便苦痛而貯蓄資本乎？「彌勒之言更爲明快。曰：土地所有權之正當，不得以勞動者對於勞動成果之權利說明之。土地非人造，而天與萬人者也。爲個人所有，乍見似不正當，但個人土地所有權亦有益於無土地者。蓋人類社會之最大利益，在於土地儘量產出食料及生計所必需之物。而欲充分生產，則須先有人投以勞力資本。然按諸經驗，則知人之耗費其勞力金錢，非爲社會公衆，乃爲自身及子孫計也。故欲獎勵生產，當使各人取得排他的土地所有權，乃可盡地力以收其利。個人土地所有權，捨此無可說明。夫正固利也，然利不必正。故能證明個人所有權之有益於人類，未必即能證明個人所有權之正當。且個人所有權果有益於人類與否？尙屬疑問。國家，村里，團體，大地主等，使佃戶耕其地而已收其利，則經濟上不必有益也。彼社會黨及共產黨方以人類無個人所有權爲幸福。故經濟說如兩面之刃，雙方可用。即以個人所有權爲有利益，則可以斬社會所有權，以社會所有權爲有利益，則可以破個人所有權。且從密兒氏言，土地所有權須歸耕者，去今社會制度遠矣。故經濟說亦不能認爲所有權之合理的基礎也。

（己）人性說

此說以爲所有權出於人性。蓋人類非資外物爲養，則不能保其生命而圖肉體及精神之發達；故外物所有之事實與人類俱存。但人各奮其腕力以爭奪外物，事實誠事實矣，尙不得目爲權利。既而覺悟相爭之不利，各恃其所勤勞而得之物以爲生活，互尊所有而不相侵，乃生所有權。故所有權實出於人性，所以使人各安其分，互不相侵而

遂其生存發達者也。試舉例以明之。於此有一人漂流至無人之孤島，闢土地，結茅舍而生活焉。他日又有一人漂流至此，亦謀生活。此時先來者將任後來者恣其所欲乎？抑拒而投之於海乎？以理論之，若後來者欲侵其所有而奪其生計，則可以防禦之。後來者毫無侵犯之意，別求一地而生活，則無禁之之理。蓋後來者亦有生存之必要，於無害他人之範圍內，開拓外物以資生活，為其人之自由，亦可謂其人之權利。各尊所有，各謀生活，更或以契約而通有無，補不足，此所有權之起源也。然如前來者蔑視後來者之自由而欲妨害之，則後來者立於防衛之地位，非見殺，則必殺之。文豪西拉有云：『人必所有某物以為己物，不爾將殺人放火。』此豈非窺破所有權之機微乎！

所有權者，各人生存發達之必要條件也。故各人須有取得所有權之自由。惟行使此自由，須限於不侵害他人所有權之範圍，且以正當手段出之。不然，則各用權力詐術，互相侵奪，是養人者適以害人，與所有權之本旨相反。故須嚴禁用不正手段而取得所有權。竊盜，賭博，彩票，投機交易，重利盤剝等，國家設法嚴禁者為此也。錯誤詐欺強迫之法律行為，認為無效或可得撤銷；不動產之買賣，損害達價格十二分之七以上，得撤銷其買賣；其精神在於保護所有權，俾免不當之侵害也。近時財產交易務令自由，賭博，投機交易，重利盤剝等有弛禁之勢。然非承認之，勸獎之，乃設想各人合法行使其自由而不為無益之拘束耳。若濫用自由而取得所有權，則國家設法審查其取得之原因，果屬不正，可以沒收其財產。如重利盤剝或操縱米價而獲巨富者之財產，即是此例。惟調查方法難得適當行之耳。頗有人主張仿照所得稅調查委員制，而設財產取得調查委員制者。然尙未知其可否。且所有權取得之自由，雖人

人有之，但人人能力不同，勤勉智巧者取得也多，而懶惰愚拙者取得也少，故財產之不均，勢所不免。於是或用其智力體力財力，壟斷多量之財富，阻絕他人之生計，以致社會生活發生危機。則國家爲自衛計，於不妨害財富之發達範圍內課富者強者以重稅而立救護貧弱之策，亦不得已也。彼社會黨大聲疾呼欲劃定財產最高之限度，或保障各人財產之最低限度，良非無故，固不得一概斥爲無稽也。

所有權之本體，存於人性，但其外形隨時地而異，又隨人之文野而不同。如在牧畜耕作時代，其所有權之目的，以土地爲主要，便於共同所有。在工商業時代，以資本機器及勞動器具等爲主要，利於個人所有。要之，所有權之外形，變動不居。於是進化說。

（庚）進化說

進化說之所有權論，恰與本章第二節所述所有權之變遷相同，僅言所有權事實上適應社會生活狀況而變遷進化而已。至其根本原理，例不闡明。夫所有權固隨時地而變化，但其變化之事實中，獨無普遍不易之原則乎？此乃余輩所欲考求者也。

進化論雖以所有權出於人類自存之必要，而其說明之方法，與人性論大異。人性論以人類有生存之權利，有因勞動而取得外物之權利，有取得外物歸其所有之權利。即生存勞動所有三權出於人性，相聯甚密，不可分割。國法微特不可輕忽此三權，又當極力擁護之。然進化說並不認人類有生存之權利，惟以爲強者有此權利，強者得用

其強力以開拓外物，或侵奪他人，集多量之貨財，營富厚之生活。即強者乃有生存及所有之權利。至於弱者則全無此等權利。蓋進化說本於馬爾沙士之人口論。人口按自乘數而增加，飲食物按倍數而增加，故人相食者，乃必至之勢也，結果惟有強者乃得生存，此不可免之數也。馬爾沙士曰：『自然界之饗宴，不爲無產者設席位，自然命其速離此土，且逕自執行此命令。』即言弱者無生存權也。

進化說又曰：生物種子至多，而其發育者極少。惟人亦然，流產墮胎者若干，小兒死亡者若干，此統計所證明也。加以定期之疫病，連年之戰爭，在在減少人口，尙得謂人類有生存發達之權利乎？或曰：吾所謂人類有生存權者，非對於自然界而言，乃對於他人有生命不被戕害之權利耳。謬矣此言。若如魯濱孫之索居孤島，則人或可絕對獨立生存。至於社會生活，必也交換勞務，交換勞務，即不能不犧牲其所享有之一部分。甚至生命亦不可不拋棄。如兵士爲國殉於戰場，乃至高之本分，爲道德家所推獎不置。則生命之拋棄，與生存之權利矛盾，如何能調和乎？昔有美鳩士之船在非洲西岸遭難，船員一百四十九人作筏而遁。漂流十二日後，遇帆船亞求士救，僅存垂死者十五人，餘則沈於海底，或爲生存者所食。由此例之，生存者之權利，豈非強者之權利乎？猶可曰：此爲極端之例。又如某島人口增加，所產食物不足以養其全體人數，此時生存之權利，將如何說明之乎？今日文明國亟亟於殖民者，豈非因國內不能有效行使生存權乎？今日戰爭已含經濟的性質，其目的在於害他國民而確保己國民之生存。由此言之，所謂生存權者，乃無證據之空言耳。既無生存權，則其所出之所有權及勞動權，亦不足論。故曰：所有權非人類固有之自然

權利，單爲社會利益而設之權利耳。

余輩試略述管見。進化論者謂人之身體精神，隨時進化，故吾人今日腦中之所思慮，不得與後人所思慮相同，要不免不完全。然則吾輩將一無所爲，安坐以待斃乎？是亦不然。吾輩惟有根據今日之人類性質及社會狀態而從其所可信爲真理者耳。人類將來或可於五官之外，別具幾多之官能，生羽翼而飛行於空中，但此非今日吾人之所知也。自古至今，人類不能營孤獨之生活，必成羣而居。羣之最小者爲夫婦。由夫婦而成家。由家而成村落。以至成國。人類既不免爲團體生活，則於此人與人之間之權利義務關係，自不可不有以節制之。否則人類決不能營團體生活。設如互不尊重生命財產，則其團體必破滅。此種權利義務漸著而成習慣，成法律，有或分權利爲自然權利與制定權利二種者，誤也。夫權利在某點悉爲自然權利，又在某點悉爲制定權利。不得半爲自然權利而半爲制定權利也。蓋權利之實質存乎法律以前，而其形式爲法律所定也。若非先有權利之實質，則法律焉得定其形式哉！法律上之權利，待法律而始生云者，猶云法律者法律也，其語無意義。未有法律以前，豈有可名爲法律上之權利者乎？法律僅定權利之形式，權利之實質，固在法律以前。不然，如所有權因法律創設而存，則法律未定以前必無所有之事實矣。須知所有之事實，與人類共存，因社會生活之必要，先認習慣爲權利，繼而法律以明文表彰之。且法律雖欲不表彰之，亦不可得。一切權利，無不皆然。故權利云者，實質上觀之，爲自然權利，形式上觀之，爲制定權利。二者乃權利之性質，而非其種類也。彼形式主義之徒，專求其形式，而忽其實質，至笑罵研究實質者，爲無用迂遠，真浮薄之見矣。形

式主義之徒，以法律與事實分爲兩截。但須知法律以事實爲對象，而支配之。不審事實，何以明法律。法律解釋論，陷於偏枯之理論而不切於世上事情，正坐此病。抑更有一言。昔霍布士盧梭分人民生活爲自然狀態及國家狀態，人民在未成國家以前爲自然生活，及人民悟其不利，乃相與立約建國，於是，一朝由自然狀態而入國家狀態。但人民當初卽爲團體生活，卽廣義之國家生活。決非劃定一時而始移於國家生活者。故所有權亦不能云何時始爲權利也。彼形式主義之徒，以爲所有權待法律而後生者，倘亦爲此謬見所誤與！

亞里士多德曰：『人爲社會生活之動物。』霍布士曰：『人人相鬪。乃人之本性。』以余觀之，二者並行而不相悖。何者，人有親愛之心，又有憎惡之情。有言語官能，可以營團體生活，有製作武器之技術，可以殺敵。而人必爲團體生活，有如前述，則其在團體內部，相親相助，對於團體外部，相憎相爭，蓋出於維持團體之必要也。人類團體雖未若蜂蟻之羣，全然以個體沒入全體，然勇士殺身殉國，是團體生存重於個體生存，而以個體供團體之犧牲也。團體之小者，其團結力與排外力俱狹而強。及團體漸大，此二力漸廣而弱。昔時貨價，對於同胞者，習慣定之，對於外人者，競爭定之。如此差別，今已漸就消滅，專因競爭而定貨價焉。而不動產之買主及租戶，日益增加，故貨價及田租騰貴，致生強者壓迫弱者，少數侵奪多數之憂。將來多數人掌權，則廢止現在之個人所有制，而建立土地國有制，亦未可知。今日尙未成世界大聯邦，數十國並立於地球。此等國家，非有機體，而有機的組織之團體也。若藉成法名詞以示之，乃法人團體也。各員分工合作，以達共同生存之目的，乃事實不可爭者，人類發達，恰在此程度耳。於是有社會連帶

說。昔時家族一人被殺，全族有復仇之義務。家族一人受罰，全族連帶負責。今日國家亦頗近此。對於本國人之感情，與對外國人異，自有相依相助之心。以言語思想習慣制度相同故也。不賦與各人以平等所有權，而保障各人有均等之機會，俾得依自由勞動而取得所有權。一人不得其所，餘皆有救護之責。鰥寡孤獨無告，各有所賴，以全體生活之實。將來個人與社會利害能完全一致，則為人類進步之極致矣。生存競爭說，刻薄少恩。社會連帶說，足矯其弊。今日所以承認個人所有權者，以其適合團體生活之必要或利益也。若事情推移，已不適合，則變革之，無所用其躊躇。

余輩嘗曰：進化為事實，而非原則。又曰：進化主義以無一定原則，為一定原則者也。由今思之，亦不必然。奉進化主義之法學家，不曰法律為強者擁護權力壓倒弱者之具，而曰為共同生存之條件。既云為共同生存之條件，豈非表示一定不易之原則乎？又進化主義論者謂：法律道德之規則隨時地而變化，要出於團體生活之必要或利益，非即表示一定不易之原則乎？由此觀之，進化主義，可謂求一定不易之原則於變遷進化之事實者也。所有權亦隨團體生活之必要或利益而變遷，而團體生活原於人類本性，則所有權亦出於人類本性，又何疑乎？故曰：所有權之本體，存於人性，而其外形進化。若徒以為出於法律制定者，抑淺見也。

第四節 所有權與社會主義

欲知社會主義如何論所有權，則介紹其首領之論說，最爲捷徑。試述二三種所有權論之大略於左：

第一 蒲魯東

蒲魯東一生著述等身。自言：「余之作文，意到筆隨，萬言立就，脫稿不復讀，並亦不復記憶。」故就其所論之一部而觀，往往矛盾混雜而不明瞭，但其大體未嘗不以森嚴之論理一貫之。其人才情雙絕，自許甚高。故書中頗富於激語傲語，又多奇警語。嘗罵神曰：「神愚物也，怯懦也，神僞善也，虛誕也，神暴虐也，醜污也，神者惡也。」此可想見其狂激之態。所有權爲盜賊之語，布里索已言之。蒲魯東則曰：「此爲我之創見，非剽竊他人，故應屬我，雖與以羅地爾之富，亦不肯換也。」或問蒲魯東曰：「此語果出自君之胸臆，屬於君之所有權，則君證明所有權非盜賊矣。若從前人剽竊，則勿主張所有，宜仍交還原主。」可謂妙諷解頤。

蒲魯東絕對否認所有權，欲根本破壞之。其立論之方法，不僅訴說個人所有權結果之慘酷，逕向辯護所有權之各原則攻擊，以爲皆不足以證明所有權之基礎。蒲魯東每先承認諸原則，而後以巧妙論理，斷言所有權終歸破壞。試舉其二三例：

(一) 對於所有權、自然權說，其言曰：如所有權爲自然權，則所有權亦爲人性固有之權利，應與自由平等安全諸權利相同。然自由平等安全諸權固爲自然權，而所有權非自然之權利也。試論之：自由者，自然之權利也。何則？自由爲生存之必要條件，其於人也，猶本體之於物質。平等者，自然之權利也。何則？無平等，則社會不存也。安全者，自

然之權利也。何則？孰不以爲己之生命自由與他人等其貴重也。此等權利，絕對平等，通萬人而無多少厚薄之差。然所有權非絕對，因我若於某物上而有權利，則必排斥他人之權利也。所有權非平等，因或多或少或全無有也。然則焉得謂爲自然權乎？所有權者，特權耳，社會之一部侵害他部而得之，不利益耳。爲自由平等安全而團結之國民，不爲所有權而團結，並亦不能爲所有權而團結。所有者二人之不能團結，猶二磁石之同極者，不能連接也。

(二) 其駁所有權先占說曰：吾人占有土地之一部，猶之觀客占有劇場之席位。一客不能占數位，又劇終不復能處分其坐席。吾人之占有土地亦然。一身受用而止，且應有一定時限。例如終身占有有力能自耕之田，此外占有適於吾人使用之物亦然。不寧唯是。劇場座位之數，必須與觀客之數相同。客有增減，則座次亦須伸縮。若照此例以論土地之占有，則土地應比照全球人口而分配。然人口刻刻變動不定，故所有權亦常動搖而不能確立。

(三) 其難所有權勞動說曰：勞動說不能建設所有權，反足以破壞之。勞動止於其所產出之物上有權利，其於所用之原料及天然物，毫無權利。否則漁夫將以投網河中之故而爲河川之所有主，弋人將以射於空中之故而爲空間之所有主，獵者將以逐獸於森林之故而爲森林之所有主。夫水、空氣、土地，乃天所與萬人者也。國權、立法、習慣、傳說、時效、特許等等，終不能爲少數人之利益而讓與者也。尤其是土地爲萬人之要具，無之，不能勞動。勞動爲神聖之權利義務，則勞動者有要求生活資料之權利。而生活資料中第一需要爲土地，則某人不能損害他人而占有土地也明甚。假如勞動者不但對於土地之產物有權利，其於土地亦有權利，則地主不可不讓與佃戶以土地所有

權。即令不然，佃戶亦當與地主共爲所有者。何則？地價之增進，佃戶之力也。此理亦適用於佃戶所雇之工。此等勞動者，不僅得少許工價而已足，必進而要求其力作而得之價格之所有權。果爾勞動使所有權無限移轉分割，則所有權難以確立，終歸破滅。此理可適用於一切所有權，不但土地所有權已也。且今日社會一切勞動均難以獨自成，就必待多數人之合作。多數人合作而成者，自歸多數人共有。即當爲社會所有，無一人占領之理。則所有權之不正，非勞動說所證明乎。

蒲魯東既攻破所有權之基礎諸說，更進而言曰：正者，利也。利者，真也。真者，可能也。而所有權不能，故不真不利不正也。不能之原因如下：

(一) 所有權，不能。何則？所有權乃無中求有也。地主對於佃戶無所給予而永遠徵收田租，永久保存土地，(二) 所有權，不能。何則？在個人所有制支配之下，生產較其實價爲高也。所有主先取生產之一部，而無益消費之，故生產之價自高。

(三) 所有權，不能。何則？尸位素餐之所有者增加，則生產減少，所有權趨於消滅也。所有主欲就其權利以收益而益窮困，行使其權利而喪失之。

(四) 所有權，不能。何則？所有權殺人。所有主欲增其收入，惟有細分其所有之一策耳。故勞動者爲生活計，不得不加倍勞力。所有主貪高利而使勞動者餓死。

(五)所有權，不能。何則？社會與所有權同歸自滅也。生產者爲生活計，須買得其生產物。然在大工業，則因職工競爭，工價大跌，以致所獲工價不足以買其生產物。於是僅社會之一部消費之，其他一部終不得不歸於不消費而休息。休息者，死滅也。勞動者所有主，俱不免此運命。

(六)所有權，不能。何則？所有權虐政之母也。國民猶之絕大之股份公司，股東會中股多者表決權亦多，否則國民將不問大股東而有處分其財產之權。故在個人所有制之國，與國民以平等選舉權，即侵害所有權者也。

(七)所有權，不能。何則？蓄積力無限而財貨有限也。所有權者之於財產增加，有無限之權利。法官之於所有權之範圍之認定，有無限之權利。國家之於新稅賦課，有無限之權利。

(八)所有權，不能。何則？所有權對於所有權，除訴於暴力外，無救濟之途。

(九)所有權，不能。何則？所有權破滅平等也。

蒲魯東既主張消滅所有權，將以何者代之乎？將代以共產主義乎？曰否。共產主義乃蒲魯東所力排者也。彼既排個人所有權，復排共產主義。故社會黨以蒲魯東爲經濟說之大破壞者，而經濟派又以蒲魯東爲社會主義之大破壞者，亦一奇也。但蒲魯東氏自有創見，不倚傍前人，此其所以爲蒲魯東也。蒲魯東標榜正義與自由，國內不許強制力之存在，一切以任意之契約定之。不論人有如何才能，非互助，則無力。故惟因團結而後能爲平等之人。何則？團結爲萬人所必須也。故當與萬人以同一之工價。各人之作業，社會定之，此外不許勞動。工作時間，六時可，十二時亦可，

任各人自由。要在於工價一律。蓋財富與原料自有限度，須以均一之報酬補之。以單純占有代替所有權，而使萬人均有占有權，此蒲魯東之理想也。所謂相互制度 (système mutualiste) 者是也。其法設立人民銀行，應一般人之請求，而免費交給票據，俾各人由是而能得其所需要之貨物或勤勞，以廢止貨幣，以占有替代所有權。但嘗試行而失敗。對蒲魯東說之批評，前人已定論，今不贅述。惟後日馬克思以其資本論而建立科學社會主義之基礎，其重要部分全出於蒲魯東。馬克思亦自謂多得諸蒲魯東云。

第二 馬克思

德人馬克思，社會主義之泰斗也。一八四七年以言論得罪，亡命英倫。與友恩格而士共同發表宣言，謂世界各國之職工，對於資本家之爭鬪，其利害關係相同，故應打破國籍區別，並應奪取政權，脫離資本家之羈絆。此二綱領，社會黨至今猶奉為信條。馬克思親自本此綱領而組織萬國社會黨 (Internationale)，一時震動天下，中更頓挫，遂退而讀書著作。馬克思乃好學深思之士，非革命之人物。如彼法國大革命時之志士，揭人權宣言之旂，呼號力爭，宇內人類之幸福，而以身殉主義者，固非馬克思所能企及。其名著資本論實於一八六七年出世，自稱為絕對的科學著述。該著為八百三十頁之小字本，論理冷酷而煩瑣，分錙銖而析毫芒，未嘗有激越奔騰之態。其於資本家，雖往往發為痛言，惟為主義而爭，非攻擊個人也。且馬克思主張物質論及必然論，謂一切事件行為，不過為不可知之盲目力之歷程，假令社會發見其當由之途徑，不能一躍而踰越自然發達之程序，並亦不能一朝以法令廢止之，而使黃

金時代出現也，惟可縮短妊娠之期，緩和出產之苦，對於狂熱的革命家，是不啻爲一服清涼劑。試述資本論之大旨。

勞動爲所有權之正當權原，價格之惟一標準，是資本論之前提也。此本亞丹斯密以來經濟大家所主張，至今猶有力。一承認此前提，則資本爲剝奪之結果，乃必然之論理。即與蒲魯東氏資本爲盜賊之結論相同。何則？價格果由勞動而生，則一切財富，應歸於勞動者。所有權之惟一根本，既在勞動，則惟有勞動者應有所有權。蓋物之價格有使用價格與交換價格之別。此二者甚相異。例如適於余目之眼鏡，其使用價格在余爲甚大，但如完全不適於他人，則其交換價格一文不值。凡物之使用價格，隨物能與人欲而不同。至於交換價格，則凡物皆有能與他物或金錢交換之通性。如馬供騎用，羊供食用，兩者之使用價格難定。至於交換價格，則如馬價二百元，羊價十元，一馬即可抵羊二十頭。在未開化之社會，殆無買賣交換，故重使用價格。反之，在分工分業之社會，尤重交換價格。何則？人人不必生產其所消費之物，則必以其所生產易其所消費。於是一切生產物成爲交換物，當依如何標準而定其價格，遂爲重要問題。物之所以有價格者，以有勞動也。如水及空氣，雖爲必需之物，其所以無價格者，可以不勞而得也。交換貨物不外勞動之結晶。故其價格以勞動計之，勞動則以時間計之。或曰：一日可作之衣服，縫工以二日作之，則其衣服有^二倍之價格乎？是亦不然。測定物價之勞動時間，應以其時代工業之平常狀態爲標準。假定有中等技術與相當勤勉之職工，則勞動時間可以平均該職工所需之時間而得之。例如機器製衣，一日可作襯衣一枚，則襯衣價格以一日爲標準。以前需二三日之工者，今不復以爲標準。故縱有於同一時間可作多量貨物，而價格不由是而增。如一日

作襯衣二枚，而價格仍然爲一枚也。

資本如何發生乎？非由於儲蓄，非由於節儉，亦非由於交換。商人驟致富，亦非必發生資本。蓋交換云者，以對等之價格爲之。例如甲以值四十元之貨物售於乙而得五十元，甲得十元之利，乙損十元，毫不發生財富，卽不發生資本也。資本之生，乃有人用金錢購置機械原料，雇工製造，以成本以上之高價售其製品而得剩餘價值，嚮之用於工資之金錢，今增殖若干，復歸於其人之手，蓄積剩餘價值，遂成資本。但交換不能發生資本，今製造家亦爲交換耳，何以發生資本？曰有神祕存焉。勞動所生產，多於工價，故役使勞動者把持富之源泉。工價亦與一切物價同，依其生產費而定。勞動之生產費，爲生產勞動之時間與勞力之價，卽維持勞動者本身及其眷屬之衣食等之價也。然其衣食等之價格，亦依生產時間而定。故勞動之價格，卽生產勞動者衣食時間之價格也。質言之，卽勞動者生活資料之價格也。製造家應照交換之原則付給勞動者，而勞動者生產生活資料，無須一日之勞動，僅五六時間而已足。然製造家對於勞動者課以一日十二時之勞動。由此計之，勞動者以六時間生產自己生活資料之價值，是爲必要勞動，決不可少。其餘六時間乃爲製造家之剩餘價值 (Mehrwert) 而生產。製造家對於勞動者僅付給六時間價格之工資而取得十二時間之勞動。是以六時間之生產費換得十二時間之勞動，將他人必要勞動以外六時間之生產，作爲淨利而入於私囊。故資本云者，實由此餘剩所得而成者也。而製造家更有種種方法以增加其利益：第一使勞動者之數加多；第二延長勞動時間；第三減少必要勞動之時間。卽增進勞動之生產力，勞動者從前六時間所產出

之生活資料，可以於三時間產出之，則生活資料價格減少，因而工價跌落。於是製造家可以三時間之工價而獲十二時間勞動之結果。故使用完全之機械及方法而增加勞動之生產力，則工價愈下落，製造家之利益愈增加。要之一切剩餘價值，如利息、年金、純利等名目，不外無工價而取得之物。故曰資本者，無價而取得勞動之集合體也。

馬克思更據史實證明動產、不動產之所有權，概由誑詐暴力等不正當手段而取得者。資本制度比較至近世發現，乃第十六世紀以後之事。曰：大地主次第兼併小地主之土地，多數人民失生計，自然流入都市，供人役使。加以機械發明，店舖小工業之淘汰，促進大工業之發達，資本家益得勢，驅役多數貧民，資本愈增加，勞動者之數愈多。社會一面富聚於一處，而他面致勞動者窮困卑屈墮落，勢所必至也。蓋生產資料之所有者，將勞動結果之一部攘為己有，伊古已然。昔奴隸制度時代，奴隸勞動之結果，主人悉取而有之，僅給奴隸以生活之資。即奴隸以其時間之一部為自己勞動，餘則為主人勞動。在公田制度之下，農夫須二三日耕諸侯之地，餘則耕自己之地，且其生產之一部須供諸侯之徵收。至於佃農制度，地主與佃戶之間，雖不分時間，佃戶須以生產物或金錢付與主人，故其結果與一部時間為地主，餘則為自己者相同。工價制度亦然。職工勞動時間之一部，為自己生活之代價，（即工價是）餘則為資本家。馬氏所論，確係事實。雖然，資本家不能悉將生產價格給與勞動者，若與之，則資本之利息、機械之補償，以及冒險活動之報酬，將何從而得乎？資本家取得生產之一部，乃今日法律及社會制度之當然結果。勞工工價不足維持其生活，固屬可悲，但亦出於不得已。欲救此弊，徒恃巧妙之論理而迫生產之分割，無益也。不如獎勵勞動者

勤儉儲蓄之良習，俾得爲土地及生產要具之所有者，免付資本之利息，享受勞動結果之全體。馬克思論理步驟謹嚴，令人一見不得不屈從之。况其前提有經濟上不可爭之威權乎？使其言不誤，則資本之所有權，不應歸資本家而應歸勞動者。但謂勞動爲價格標準及所有權權原，其間尙有未可首肯者。且詳考其論理，亦多謬妄詭辯。特涉於經濟者多而關法律者少，茲惟舉其特點，以免紹介批評之勞耳。

第三 亨利喬治

土地國有論夙爲社會黨所主張，而助其聲勢者，亨利喬治氏所著所有權與貧困一書也。此書非鼓吹嶄新之議論。係以科學的著述之體裁發揮博愛高尚之感情。加以文章雄健明快，結論毫無顧忌。故其一出世，頗動人耳目。再版數十次。譯成各國文字。其根本理論，卽所謂經濟學上之「地租論」。亨利喬治之意，以爲地租與一切剩價值相同，成於自然及社會之力，非個人所作，故個人不當取之，因名之曰不勞增價（Unearned increment）。其論玲瓏透澈，快人心目。試譯其一節：

「試尋一路人而問之，但須其人非理論家，以有辦事才而知營利爲何事者爲宜。試問之曰：於此有一小市，十年後變爲大都會，鐵路代馬車，安迭孫燈代煤氣燈，其時利率騰貴否？汝意以爲如何？路人將答曰：否。

然則勞工工價增長乎？勞動生活者便利否？耶答曰：否。普通勞動不得工價，人力不需要，縱不至是，工價跌落，人力需要減少。

然則如何創家私？曰：速購置地皮一塊。

汝果信此路人之忠告，則乘早不必復爲他事。只要高臥地上，口啣煙捲，如拿破里之游惰，墨西哥之乞丐，逍遙其附近可也。汝可乘氣球而翱翔，穴地而安眠。不須一指之勞動，不增社會之財富，汝十年以後，即成一大富翁。在彼新都市，自然會有汝之宮殿，恐亦會有貧民之養育院。」

諷刺多趣，其文藻富麗，從可見矣。

夫地租不勞增價也，社會所演成也。應由社會收取之，不容有異議。今勞動者困窮之惟一原因，在於土地歸個人所有。彼製造家銀行家商人亦爲勞動者。惟地主則一事不爲，耽於逸樂，極榮華之生活。傾倒動產資本，致工廠閉鎖，工人失業者，地主也。豈非社會之公敵乎？抑開拓自然而得之勞動結果，應盡爲工資。無扣去地租之理。今生產力大膨漲，而工價益低，僅得生活必需品者，以地租增加也。亨利有連續畫圖數幅，表明此意。先以一人代表勞動，用爪掘地而耕。其次一人代表資本，持耕具而與之。二人合作，收穫甚多，得享鼓腹之樂。又有一肥漢，名地主。以前二人服從地主無理之主張，而僅得生活必需品，地主則毫不生產而醉飽。可謂上乘之諷刺畫。

夫社會僅有一病，故治療之方亦簡單。即在廢止個人土地所有權耳。社會應以人道正義之名，沒收個人土地，無須顧慮，無須賠償。但沒收之法，不必逕將個人地產充公，當其死時課以重稅，俾徒有所有者之空名，而土地之收入悉歸於國。夫而後國家預算可依都鄙地主所出之單稅而成立，消費稅入市稅關稅等足使生活必需品漲價者，

悉可廢止。此卽所有權與貧困一書之結論也。

第五節 結論

前節所舉之社會黨，皆以改善窮民境遇爲目的，其高潔義烈之精神，極堪敬仰，但其理論失於架空，不能立即實行。然則今日之自由制度，果可使吾人滿足乎？曰否。今日之制度，缺陷太多，愁苦之聲四起，必須設法改革。

夫團體生活，乃人生之要件。今日之人類，尤然。吾人爲團體之一員，乃得生存於世。不能離團體而獨自生存也。而團體各員，其言語思想感情相同，利害與共，脈絡相通，欲離不得。分工合作，互助以爲生活。卽社會連帶說之真理存焉。此說出於進化主義，所以救生存競爭優勝劣敗說之弊。團體生活應從社會連帶主義，果爲人生真義，則一切法律制度，亦應遵是而施設。所謂所有權非個人絕對權，而爲社會相對權者，蓋言其應隨團體生活之必要而認定變更者也。今日之所有權制度，果有害於團體生活，則應立即變更之。特是否有害，尙難決定。生命權亦然。人因營團體生活而復有生命權。若有由內部加害於團體生活者，國家以死刑奪其生命，猶之爲國家公用而徵收個人所有權也。其有由外部侵害團體生活者，團員應出死力以防護之，或殺敵，或爲敵所殺。此皆出於團體生活之必要。故曰：生命權所有權，爲團體生活而存在者也。

然則團體可蔑視個人本性，而恣意剝奪其生命財產乎？是亦不然。團體生活出於個人本性，保全個性，卽所以

保全團體。故爲團體生活之必要，須保護個人之生命財產。此所以個人有自然權也。團體有時亦剝奪個人之生命財產。則個人之生命財產，保護剝奪，有何標準？以團體生活之必要爲標準耳。故爲團體生活所必要，固可剝奪個人之生命財產，若因是而有害於團體生活，則又須保護個人之生命財產。越此程限，而剝奪之，是團體自滅之道也。要之個人權利爲團體生活之必要所限制，而團體亦不得反乎團體生活之必要而剝奪個人權利也。

個人生活與團體生活全相調和，個人爲團體，卽所以爲己，個人爲己，亦卽所以爲團體，個人之舉動，悉合團體生活之旨趣，而毫無所害，則雖任其自由，如良馬見鞭影而走，毫不軼出軌道以外，乃人類進步之極致，特今尙未臻此境。個人有害團體者，國家乃設法律用權力以強制之，誠非得已。而當國家政務者，固亦爲個人，故往往有誤害個人，并害國家者。然社會黨信國家爲萬能，輒欲憑藉之以行其所主張，殊可異也。團體生活爲人生要件，爲政者能深體此意而行動，始可信任之耳。以余觀之，欲救時弊，宜擴張國有財產之範圍，使人民廣沾其利益，嚴禁財產之不正取得，防止財產之集中，設立細分財產之制度，警告上流社會，戒其利己奢靡，勸其盡力救護細民，訓戒勞動社會，養成勤儉儲蓄之美風，俾得以己之資本而勞動，獨立合作，均無不可。竊以爲捨此無良策。若一朝盡廢個人所有權，則未見其可也。

難者曰：如君所言，在歐美社會或有用，在我國則全無用耳。答曰：果使吾言歸於無用，國家之幸也。詩不云乎？「迨天之未陰雨，徹彼桑土，綢繆牖戶。」今貧富懸殊之氣壓日低，漸瀰漫於我社會，社會主義之呼聲，使豪富及爲

政者膽寒。一旦烈風暴雨驟至，將束手不能救。然則及今講求其理論與政策，辨是非而明取捨，爲未雨綢繆之計，豈非余輩講經世實學者之責歟！

第二章 勞動契約

第一節 總論

第一 民法之不備

勞力者之見輕也久矣。在上古則爲奴隸，視同牛馬，無人格可言。（按西洋如此，我國則古稱神農天民不然也。）在中世則爲隸農，地位在人畜之間，至近世始有完全人格，立於平等地位，然社會上尙未有勞力，不能昇進其地位。蓋勞心貴而勞力賤，古今東西所同然也。今日中國亦貴士子而賤力役，有「好鐵不打釘，好人不當兵」之諺。此或出於靈性貴於軀殼之思想乎？要之勞心者出命令，勞力者服從之，遂成上下尊卑之勢。百年前拿破侖編纂民法時，固非無勞動者，卽亦有職工雇主之關係。而民法規定之者僅一二條，且專爲雇主之利益而設。足證立法者眼中無勞動者。而曰：此真民主國之法制也。夫勞動者占國民大多數，今遺外其利益而不顧，尙謂爲民主國之法制，不亦可怪歟！蓋當時倒王權，逐貴族僧侶而握政權者，爲第三階級之市民，拿破侖急於擁護其利益以媚之，故第四階級之多數凡民，不齒於人數中也。當時思想，無貴族者卽爲民主國，多數凡民非民主國之要素。通覽法國民法，重財產而

輕人物，有相當資產之市民階級，則尊重保護之，而於身無長物之勞動者，及其他一般人民之利益，則漠視之。試舉一例，如保護未成年人，關於其財產之規定，周匝綿密，雖毫釐損失，必求其回復，而於其身體之保護，則反甚疎闊。故浴此規定之恩惠者，僅有產之未成年人耳。貧民子弟無與焉。至幼童役於工廠，長時間服勞，消磨其惟一資本之身體，則法律置而弗顧。法國民法急於保護市民階級之財產及利益，未遑他顧，故有產者享法典保護之利益，而無產者不與焉。譬猶有一樂園，誠得逍遙於春風駘蕩百花芬芳之中，固優游得所。惟門戶狹隘如甕口，得入此者，少數幸運兒耳，多數人徒在門外擁擠叫囂，欲入而不得。法典不顧門外之多數人，僅保護門內之少數人耳。故曰：法國民法者，市民之法典也，富人之法也，決非民主國之法制。此種破綻，在編纂民法時，人但惑於其莊嚴之外觀，能見到者甚少，近時其弊益著，始得明瞭。

法國民法中，關於僱傭契約之規定，唯有二條。請試言之。第一七八〇條曰：不論何人，非對於一定之時間及工事，不得約束其勞務。其禁止人身買賣，預防奴隸制度之復活，蓋本於革命人權宣言之趣旨者也。該宣言第十五條曰：凡人可約束時間及勞務，但不得自賣及被賣，因人身非如所有物之可轉讓也。此項規定亦適用於官吏使用人及其餘一切勞務者，不第勞動者而已。在自由思想勃發時代，頗足重視，但在今已無多大之價值。今日法律固禁止買賣人身，即拘束終身自由之契約，可隨意解除，但事實上有拘束終身自由而安於奴隸生活者，法律亦任其自為，無從而禁遏之也。日本民法亦基於此精神而規定（民六二六條）。如婚姻制，夫婦契約拘束終身之自由，寧為法

律所獎勵。第一七八一條曰：關於雇人及職工之薪額，前年度及本年度內之支給，信憑主人之言。此條文有偏見，蔑視猜疑勞動者，裁判上不許其有所主張，一任主人片言而斷其爭，可謂不公平之至。前條防奴隸制之復活，而本條則竟視勞動者若奴隸矣，可謂矛盾之甚。本條又與第一七一六條之不動產租賃規定相等。其條云：關於口約租賃，雙方有爭執時，以所有者宣誓之言為憑。革命曆十二年，霧月九日之法律，規定先付工資之雇主，在債務消滅以前，有抑留工人之權利，其精神亦與此同。要之均不外保護市民階級特權之旨。郭美德生解釋此條曰：「本條並非構成市民階級之特權，亦非本於平等之思想，其目的在免訴訟手續之煩瑣，並使多數不識字之工人容易得職業。蓋在今日制度，關於薪額及支付之證據，以文書為憑，此為不識字之工人所不便，合同及收據，勢須一一憑公正證書，然此又為雇主所不耐煩，若強行之，將使不識字之工人，不得就職之地。」腐儒崇拜法典，強辯至此，亦可憫耳。果然本條於一八六八年八月二日依法律廢止之。又第一七八〇條於一八九〇年十二月二十日增加規定云，凡不定期僱傭，得因當事人一造之意思解除之，此時聲請解除者，有損害賠償之責，賠償額應按照習慣勞務之性質，經過之時間，薪金之保留額，退職金之支付額，以及其餘證明損害存在及範圍之事情而審查決定，當事人不得預先拋棄損害賠償請求權，此項訴訟應儘先裁判。此外第一七九八條規定泥水木匠及其餘建築職工，對於營造主有直接訴權。第二一〇一條及第二一〇三條規定雇工費先取特權及工匠技師承攬人之先取特權。第二二七一條及第二二七二條規定職工之債權有六個月之時效，雇工之債權有一年之時效（參照日本民法三〇九條，三二七

條，一七四條二項一七〇條二項。）法國民法中關於勞動者之規定，止此數條。亦可謂疏略也。

屬於法國法系之諸國民法，大體相仿，無大出入。惟門的尼哥羅財產法（一八八八年三月二十五日公布，同年七月一日施行，三二九條至三四〇條）及德意志帝國國民法（一八九六年八月十八日公布，一九〇〇年一月一日施行，六一一條至六三〇條）係近時編纂，為適應今日之社會狀態，關於勞動契約規定稍詳。而德意志帝國民法尤有特色。自羅馬法以來，租賃契約分為物之租賃及勞務租賃二種，認勞動契約為租賃契約之一種。勞動與物同視，頗侮辱人格，該法排斥勞務租賃之語，而另立勞動契約。又訂約者，雙方不設尊卑之別，全然平等，不用主人匠長僕婢職工等名詞，而代以勞務權利者及義務者之語。職工雇人等之手腕勞動與教習醫生律師之智力勞動，均得為勞動契約之目的，廢賞錢謝儀等名稱，一律用報酬二字。他如雇人非因自己過失而生勞動障礙時，尚不失其取得工資之權利，雇主對於雇人有保障其安全健康及給與醫藥救助之義務，又關於解約亦有綿密之規定，其主旨無非在於升進勞力者之地位，而保護其利益。此等規定，雖似基於社會主義之主張，其實不然。社會主義寧願有婢僕契約與職工契約之區別，又不嫌於手腕勞動與智力勞動同等，反以智力勞動為可賤，而尊重腕力勞動者，勞力者固應與以報酬，對於勞心者則以確有成效為限，此為帝國會議所不容。德意志帝國民法之規定如此。然未可謂為完全無缺。立法之際，頗遲疑不決。關於雇主及雇人之權利義務，所缺尚多，至勞動者有災害時，雇主之責任，依然墨守羅馬法主觀的過失之舊制，不採職業的危險之新說。但德國多以特別法規定勞動保護事項，其尤著

者爲工業法。自職業自由之原則，勞動時間，工價支給法，未成年男女及妻之勞動限制以至工廠規則，職工會，同盟罷工之自由等，悉網羅無遺。他如鑛工船員運送人等，各有特別法。又如勞動者強制保險制度，實屬德國特創，殊新奇而詳密。此等規定中，有宜屬公法範圍者，有宜入私法範圍者。要之德國之勞動保護制度頗齊備，遙爲他國所弗及。

法國民法之於勞動契約，規定殊爲疎略，有如前述，而其保護勞動之特別法規，近亦加多。欲整理此等複雜之法規，而編成勞動法典。一九〇三年一月十五日社會黨議員會將勞動法典法案提出於議院。該案共八百六十六條，計分六卷：第一卷「勞動契約」；第二卷「勞動規則」；第三卷「勞動保險」；第四卷「工會」；第五卷「勞動會議」；第六卷「勞動裁判所」。其言曰：商人有商法法典，農人有農業法典，勞動者當然有勞動法典。惟其規定粗疎，杜撰者多，未付討論。一九〇六年七月二日，政府提出勞動契約法案。該案都凡五十六條，共分五章：第一章勞動契約之成立；第二章關於勞動條件之團體契約；第三章工廠規則；第四章契約之效力；第五章契約之終了。文字謹嚴，義理穩健，殊有可觀。特未知其成否。勞動契約法先制定者爲比利時。該國一九〇〇年三月十日公布勞動契約法；第一章總則；第二章當事人之相互義務；第三章當事人義務之終了方法；第四章妻及未成年人勞動契約之能力；第五章附則；第六章舊法之廢止及經過。全文共四十三條。此法雖爲單行法，實可爲民法中之一章。若荷蘭則逕從民法入手，一九〇七年七月十三日修正增補民法中之勞務租賃規定。照字母次序，將民法一六三七條，一六三

八條，一六三九條三條，各細分爲數十條，規定勞動契約總則，雇主義務，職工義務，及僱傭終了四項。日本民法亦規定僱傭契約（六二三至六三一條）爲有名契約之一種。此項規定固可適用於勞動契約。但不如德國民法之精細，却近於瑞士債權法之簡單。勞動契約規定之不充分，固不待言。故欲論勞動契約，決不能專憑日本之成法，當參照法國之法案並比國、荷國之法制，旁及德國瑞士門的尼格羅等之民法，比較其長短得失，擇善而從之。

今歐洲諸國競設保護勞動之制度，所以提高勞動者之地位而改善其運命者，惟日不足，其原因雖甚多，然要不出二端：一曰個人主義之流弊；二曰社會主義之猛進。試分言之：

個人主義之流弊 在昔各業有公會，有特權，非入會者不得執業。而入會須遵年齡生地等種種條件方式，不得任意加入。關於養成徒弟，會中有師匠匠長等分任之。當時行店舖工業制度，師匠匠長各有店舖，使用職工及徒弟，以從事職業。皆住於一家之內，寢食與共，師弟如親子，職工如兄弟，互保其恩義友愛之情，關係極親密。同一公會之會員間，亦有一種特別關係，相倚相助。故如職工有一人受傷害，則師匠匠長以溫情慰藉之，他職工醵金以救濟之，受傷者亦可滿足，不訴愁苦。但此種公會頗爲個人自由之障礙，故現行自由制度初立時即根本破壞之。於是徒弟失所憑依，職工分散孤立，奔波四方，以求職務。加以工廠製造大興，資本家建設大工廠，使用數千職工，用機器製造貨物，以低價收買勞力，使晝夜服勞，破人肝腦，損人筋骨，惟身家之利是求。多數職工一日不得工資，則不免餓死，故苟得生活之資，雖條件如何苛酷，亦不能不接受。雇主職工間初非有恩愛之情誼。而職工等亦爲烏合之衆，相遇

無異路人。於此有一人，不幸觸機械而死傷，則孽由自作，無可歸咎，業主不救，同儕不問。妻子忽罹飢寒，行乞道路，勢所必至。而爲業主者，坐擁百萬之富，住青雲之樓，飽食暖衣，窮極奢欲，不復知人間有悲慘事。故勞動問題發生，非偶然也。自同職公會制廢，徒弟無師，機械盛用，分業大行，職工知製造之一部而不知其全體，致技術日益墮落，一國工業衰退，乃於中央或地方設徒弟學校以養成職工，實歐洲各國之現象也。

或曰：此爲個人自由制度之當然結果，而吾人所渴望也。自由制度，譬猶競走。數人同時由某地點出發，雖有達到決勝地點與否，而各有達到其地點之自由權。達則其力也，不達則其力不足也。將誰咎？人各竭力爲己謀利益，則積集而成社會之福祉。是乃個人自由制度之惠也。雖然，社會競走者，有男女老幼強弱貧富智愚之別，若對此不平等者，一例平等待遇，乃真不平等之極也。且法律上權利自由云者，在不能實現者，本無何等利益。雖云各人有達到決勝地點之自由權，而在無實力者，權利自由，徒成空名。所有權云云，對於囊無長物之貧民，究有何用？如患必死之病者，雖有治癒之權利，而於彼無益。故法律不但一律保障各人之權利自由，更應賦與以受用行使之實力。歐洲之個人自由制度，實對於君主專制制度而起。倒君權，逐貴族，繼之而握政權者，第三階級之市民也。若下級之平民，初固不與，享自由制度之福者，獨市民耳。而自由制度所標榜，在於萬人享受平等自由。然則今日之自由制度，僅超度國民之一半耳。且現行自由制度贏得政治上之平等，而招致經濟上之不平等。君主虐政雖免，而富族之橫暴代興。則講改革之道，洵不得已也。

社會主義之猛進 或曰：何謂社會主義？曰：社會主義者，以改造社會爲目的也。密兒曰：果爾，余亦社會主義之一人也。世之曠曠者，誤以社會主義爲共產主義或破壞主義之別名，妄肆其狂瞽之攻擊，豈真知社會主義者乎？對於個人主義而云社會主義，則彼側重個人的元素，而此側重社會的元素，一主個人之利益，一主社會之利益。在個人主義，個人爲主人，社會爲奴隸，社會爲個人存在，個人非爲社會存在，社會所以達個人目的之手段，個人非所以達社會目的之手段也。個人主義者，惡妨個人之自由，乃曰：政府及法律，妨害個人之自由，倘若無之，誠人生之至福也。第今尙未能，故政府及法律，不得已之害物耳。此過重個人之妄論也。先哲有言：人之生也自由，而到處在鐵鎖中。若以自由爲不服從君主專制之意，則人生誠自由。若解爲毫無拘束之義，則人決非自由。所謂到處在鐵鎖中者，如係服從暴君命令之意，固極可厭，若係受社會秩序拘束之意，則未可憎也。人於不侵害他人自由之界限內，自由也。於不紊亂社會秩序之範圍內，自由也。個人自由，爲社會秩序所拘束，固不能免也。夫圖公益，重秩序，亦爲社會主義，則凡學者政治家苟從事經國濟民之學術者，誰非社會主義之徒歟！今不論曲直是非，視社會主義如蛇蝎，非妄則愚也。近時盛行於歐洲之社會連帶論，亦與社會主義以鞏固之基礎。略謂：凡生存於社會者，其間相互之關係，與生存於他社會者間相互之關係大有不同，卽有連帶之關係是。思想上生活上共苦樂利害，分工合作，相倚互助，使個人與社會上進。連帶有橫的擴張與縱的繼續之別。空間連帶，及時間連帶，是也。空間連帶雖可波及人類全體，而今日尙不得不以國家爲單位。時間連帶承祖先之功業而開拓之，復以傳於子孫，代代相繼無已。蓋人類因生存而

生存。生存有個人生存與社會生存之分。圖個人生存，即保存自己，圖社會生存，即保全種族。個人生存限於五十年間，而社會生存則與天地共長久。保己保種，則人之能事已畢，更不能加於此矣。故人具爲己爲種之本能。昔晉惠帝聞蛙鳴，問曰：爲官乎？抑爲民乎？余輩將問曰：人之飲食男女，爲己乎？抑爲種乎？或分利己利人，而以利人爲利己之變態進化者，此誠妄論耳。人既成團體而生存，又有爲團體之本能。團體能十分發揮此本能，則對於他團體占優勝地位，固其所也。故個人活動，當期社會之隆盛。而社會者，個人之積也，不能滅卻個人而獨存。對個人自由之寬嚴，應一以社會生存之必要爲準則。彼謂可爲社會而滅卻個人者，急激之社會主義也。可爲個人而蔑視社會者，極端之個人主義也。兩俱非是。社會爲公益而保障個人之權利，亦爲公益而限制個人之權利。今強者藉法律上之權利，逞其利己以蹂躪弱者，反乎社會公益。故須限制其權利，俾得於救護弱者條件下，行使之。此實爲解決勞動問題之根本理由。要之人類有爲保種而團結之性質，故生社會連帶之關係。有社會連帶之關係，故社會得遂其生存發達。社會之生存發達，是爲社會之公益。故合乎社會之公益者扶植之，反乎社會之公益者撲滅之可也。若夫關於生命以上之論，非余輩所願知，姑委之冥想好事之徒可爾。

第二 勞動契約之定義

勞動契約，有種種意義。廣義解釋，即以勞動爲目的之契約也。勞動不外因某種目的而爲之心身活動，或重精神之活動，或重肉體之勞作，或須智識技能，或否焉，或製造物品，或供人役使，其範圍甚廣，殆包括行爲之全體，難以

備舉。果如此解釋，則凡以行爲爲目的之契約，皆可名勞動契約，似不免太泛。然今日所稱勞動契約，非若是之泛，其意義自有限制。以余觀之，有三種意義如左：

第一意義出於法國民法第一七一〇條之規定。該條曰：作業之租賃 (Louage d'ouvrage) 乃當事人一方爲他方負作爲某事之義務，而他方允給以代價之契約也。第一意義卽移用此定義者也。同民法第一七七九條曰：作業之租賃有三種：一曰雇傭契約；二曰運送契約；三曰承攬契約。若以勞動契約與作業租賃同義，則勞動契約中應包括承攬契約全部。是以勞動爲目的之契約，與以勞動結果完成某項工作爲目的之契約相混同，其爲不當，固不待言。又或不論報酬之有無，凡以服務爲目的之契約，卽勞動契約，則以上諸約之外須加居間、寄託、委任等契約，而勞動契約止爲某類契約之總稱，不成一個獨立之契約。此亦不當。要之從第一意義，則勞動契約乃某人受或不受報酬而爲他人作爲某事之契約，如此歸宿，失之太泛。

於此附言者，或謂勞動契約當代以勞動租賃之語。其理由如次：勞動得爲租賃承攬合夥等各種契約之目的，若不說明其屬於何種契約，則不明瞭。例如住宅可爲贈與、買賣、租賃等契約之目的，關於租賃，不可不言明住宅租賃，若不曰住宅租賃而曰住宅契約，誰能知之。勞動契約亦然。雖然分租賃爲物之租賃，及勞動之租賃，不過蹈裴羅馬法之舊套，別無必要之理由，而勞動與物相對，不免擬不於倫。住宅契約，語意誠難了解，而勞動契約，則一望而知其爲他人勞動之契約。且平常所謂貸力（中云賣力氣）之語，本屬假借。貸物者使他人用其物而收其益，貸力者

乃爲人使用其力，並非使他人使用其力，惟其結果與他人使用其力相同耳。吾人習聞物之租賃，至於力之租賃，乍聞可驚。幸而我國民法所用租賃之語，限於某人受租金而使他人用其物而收其益而已。至於與勞動租賃相當者，則不云貸力而云僱傭或承攬，各爲獨立之契約，與德國民法相同。故今不取勞動租賃之語而仍用勞動契約之語。

第二意義，出於比國勞動契約法第一條之規定。該條云：本法於職工在業主（主人）威權指揮監視之下，按勞動時間或按製作品之分量性質價格，或依彼此所協定之別種基礎，受報酬，而負勞動義務之契約適用之。此規定非爲一般勞動契約下定義，惟指示勞動契約法上之契約性質，故可云對於勞動契約對象之特別勞動契約下定義，即狹義勞動契約之定義也。可分析爲（甲）勞動，（乙）當事人，（丙）勞動方法，（丁）報酬，四要素，分別說明於左：

（甲）勞動 前述定義，但指職工負勞動義務，至其勞動之性質如何，未嘗表明。但既云職工勞動，自必爲所謂職工之勞動。所謂職工之勞動，係想像手腕之勞動，是否須有智能技術，不必問也。故如郵局信差，電車賣票員，商店掌櫃等使用人之勞動，與此定義所指不符，不適用本法。

（乙）當事人（職工及業主） 勞動契約之當事人，一方爲職工，但徒弟非職工，因徒弟爲師匠匠長勞動而學習職業者也。不惟不受報酬，反有納學費者。雖亦有受薪俸如職工者，但徒弟究屬徒弟，性質與職工異，故徒弟之修業契約，非本法所謂勞動契約。又婢僕亦非職工，乃附屬於主人之家而供其使役，常例與主人共生活，成爲其

家之一人，與職工性質大異，故婢僕之僱傭契約，亦非本法所謂勞動契約。然則職工者何耶？或云職工者，所業關乎機械的或手腕的技術之人。或云職工依薪金生活而為人勞其手腕之人，無農工之分云。此定義亦可用於婢僕，然則職工與婢僕有何別哉？此外對於職工之解釋，何啻千百，未聞有明確之標準足以判斷某人是否為職工者。要之關於職工性質有爭，惟有決諸法官之慎重考核耳。茲舉疑案二三：試問火車電車之運轉手，通衢之馬車御者及人力車夫可為職工乎？飯館侍者可為職工乎？夫火車電車之運轉手，受國家或公司一定之薪金，而從事機械的工作，故宜列於職工之中。通衢之馭者車夫等租用車馬而為他人服役或運送，故通說概以為雇人或運送人。至於飯館侍者，則日本與西洋大異。日本之侍者受主人薪俸而接待來客，固可視為飯館主之雇人。西洋侍者則特來客賞錢為生，微特不受主人薪俸，反有向主人納費者。故西洋之飯館侍者，乃來客之臨時雇人，而與主人為租賃之關係，付座席器具之租金，其性質頗類通衢之馬車馭者。要之飯館侍者顯非職工，餘可類推。

勞動契約之當事人，他方為業主。何為業主？法律亦不明示。業主性質，無須深究。凡作業之主人，與職工以勞動而有權監督指示之者，皆為業主。業主云者，非如僧侶軍人等有某項資格之名稱，任何人計劃某事業者，皆得為業主。其事業是否為農工商業，不必問也。業主不須以其事業為職業，不必有生利之目的，雖一時為娛樂而為之，亦可。例如修繕庭園，安排竹木，役使職工而監督之，亦為業主。凡國市村里商事公司等公私法人，在服從私法規定之範圍內皆得為業主。

(丙)勞動方法 勞動須在業主威權指揮監視之下。故獨立之職工，各人直接向之交易者，不適用本法。染坊雕匠亦然。又在己宅勞動之職工，亦不適用本法。蓋家內職工求工作及原料於工廠或店鋪，歸家製造之後送於業主，如裁縫工之類是。其與工廠職工異者，惟不在業主監視之下之一點，其在業主之威權指揮之下則同。但適用本法者，不限於工廠職工，亦不必受無少間斷之監視也。例如建築住宅，固不在廠內勞動，其在屋頂勞作時，何嘗受業主之監視，但以業主不時往來巡視指示，則仍不妨謂為從業主之監視。

(丁)報酬 職工受業主之報酬，是為勞動契約之第四要素。若無報酬，則契約性質一變。報酬或為金錢，或為食物，時或有以利益之分配充之者。其數或依勞動時間，或依作品之分量，性質，價格，或別由當事人所協定之基礎而算出之。乍讀本條之規定，似報酬額及算法無須於訂約當時協定者，其實不然。當事人關於此等事項，並無何等契約，則可按照習慣補充之，此第三條所規定也。惟當事人間授受報酬之意思須明確耳。本條末文規定依當事人所協定之基礎而算出報酬，則顯然不限定報酬算出之標準。然則報酬算出之標準云云，非空言乎！但亦自有用意。依向來通說，勞動之報酬，必須依時間為比例，此為區別勞動契約與別種契約之明徵之一。然報酬之計算，亦並無必以時間為基礎之理。或職工作品每件給工資若干，或成就某部分之工作，與以相當之報酬，固亦無妨。此惟定報酬之特別方法耳。職工同在業主監督之下勞動，則契約性質及當事人間之關係，不可單因報酬方法之不同而生變化。故本條明文規定得依作品性質分量及他種基礎而算出報酬法也。

要之比國勞動契約有四要件：（甲）勞動乃職工之手腕勞動，使用人不在內；（乙）當事人一方為職工，徒弟婢僕不在內；（丙）須在業主威權指揮監視之下，獨立職工及家內職工不在內；（丁）勞動之對價，須與以報酬。

第三意義，法國勞動契約法案第一條所規定也。該條第一項云：勞動契約乃契約之一種，某人為他人負勞動之義務，他人對之有支付工資之義務，工資或依勞動時間，或依作品性質分量，或依僱用人受僱人間所協定之別種基礎而算出者也。第二項云：非對於一人或數人之一定僱用人而對於公眾貢獻其勞動之契約，則不適用本章之規定。試將此定義與比國勞動契約對照，頗覺相異，其修正痕迹，歷歷可指，略述如下：

第一點不劃定勞動性質。比國法雖亦不明示勞動性質，惟當事人之一方，限於職工，故勞動乃職工之手腕的勞動，其非職工之掌櫃代理人等使用人當然不在內。然在法國法，則不限定當事人之人物，任何人之勞動，任何性質之勞動，皆得為勞動契約之目的。則自教員、醫生、律師等，智力的勞動，俳優、雕匠、樂師等藝術的勞動，以至於職工、僕婢、徒弟、使用人、車夫、按摩藝妓等手腕的勞動，皆可為勞動契約之目的。德國民法第六一一條第二項云：勞動契約得以一切勞務為目的。瑞士民法草案第一四〇三條曰：有人受謝儀而服勞務，該勞務須有特別科學的或技術的修養者，則其人如此約定之契約，苟備具勞務租賃之要素，亦適用本章之規定。據法國勞動法典草案，則勞動（travail, Arbeit）云者，凡協助原料或生產物之生產，揀選，耕種，製作，運送，封藏，買賣等一切手腕的或智力的事

務也。役務 (service, Dienst) 云者，凡爲僱用人職業之執行或身上之需用所必要之一切附帶的事務也。兩者均可爲勞動契約之目的。(該草案四條至六條。)

第二點，不限制當事人之人物及勞動執行方法。在比國法律，勞動契約當事人須職工及業主，故孰爲職工及業主，有確定之必要。關於此點，解說紛紜，如身陷荆棘之中而不能自拔。結局惟有一任法官之考核。法官認爲職工，則適用勞動契約法。否則不適用。然世有經濟狀態法律關係與職工全然相同而不能稱爲職工者，不乏其人。乃一面適用某法規，而一面又不適用之，是不平之甚者也。故法國法凡爲他人勞動，即認爲有勞動契約，至於孰爲當事人則不限定。以期網羅一切勞動者而平等待遇之。其稱當事人之一方爲僱用人，他方爲受僱人者，不設尊卑上下之別。不曰勞動者而曰受僱人者，恐此語釋爲職工也。又在比國法，勞動須在業主威權監視指揮之下，故排除家內職工。而在法國法，則不因勞動地所在之不同而變更法律關係之性質，故并此限制亦撤去。

第三點，不但以時間爲工資算出之基礎。關於此點，比法二國法相同，不採從來之通說，全然別出新機軸。夫僱傭契約按照勞動時間而給酬，承攬契約按照勞動結果而給酬，此爲從來區別兩者之標準。但過於矯揉造作，不適於實際。例如雇一車夫，一日，與以若干金，令其四方奔走，是爲僱傭契約，預定由甲地運至乙地之工資而乘之，則爲承攬契約。又如雇用女工，一日與以若干金，是爲僱傭契約，招致女工，在宅裁縫衣物，工竣而付工資，是爲承攬契約。此外其例甚多。彼車夫女工所期者，爲他人勞動而得工資。雇之者，亦以得其勞動爲目的。工資或照時間而定，或照

工作而定者，惟爲便於評價耳，初非有區別法律關係之意也。然適用兩種法規以左右其效果，豈得謂適於事情乎？故雖依作品之分量性質，及他種方法而算出工價，苟當事人目標在於勞動，均視爲勞動契約，確爲法制上之進步。惟法國法規定依作品之性質分量而無價格字樣，因價格合於性質之中也。

第四點，對於公衆貢獻勞動者之契約，非勞動契約。此爲本條第二項所規定，而比國法所無也。至勞動契約與承攬契約之區別，則有一新標準，勞動者與給資者之關係，隨某項工作告竣而消滅，是爲承攬契約，或其他契約，若其間有多少持久的關係，某項工作告竣後，勞動者仍爲僱用人服某項勞務，則爲勞動契約。例如傢具店受顧客之囑而造某種器具，名爲承攬契約，若常爲某商店或一人或數人之一定僱用人製造傢具，則爲勞動契約。醫生律師受人一時之託，而服某種勞務，非勞動契約，若爲醫院之醫生，公司之顧問，則有勞動契約。樂師一夕應某人之聘而演藝於其家，非勞動契約，及其爲劇場樂員，則有勞動契約。餘皆準此。

第五點，勞動者，自供材料，亦不妨有勞動契約。此爲該法案第二條所規定，而亦比國法所無也。該條云：受僱人供勞動及材料，若其材料可視爲勞動之附件，則雙方之合意，不妨爲勞動契約。彼家內勞動之職工，往往自供材料。如此顧客與職工間之契約，係製造物之買賣契約乎？抑爲承攬契約乎？一任當事人之意思如何而解釋之。當事人之意思偏重於製造物所有權之取得，是爲買賣契約，偏重於物之製造，則爲承攬契約。兩者俱非勞動契約，是從來之通說也。但材料屬於職工，而可視爲勞動之附件，則無須拘守此原則。例如雕匠自供木片，而其主眼在雕刻勞動，

木片不過爲其附件，則不妨有勞動契約。此所以設第二條以補前條之定義也。

要之法國法上之勞動契約，乃某人爲他人勞動，而他人依某標準，給以工價之契約也。僱用人與受僱人間，要有多少持久的關係，受僱人在家內勞動，對於工作之結果，受報酬，雖自供材料，苟着目於勞動而訂約，皆勞動契約也。

由此觀之，勞動契約之第一意義，過於廣汎，第二意義，失之狹隘，余輩以第三意義爲正當，姑作爲定義，但於此意義之勞動契約，若全體論述，殊爲困難，以下所述，止爲職工及業主之法律關係而已。

第三 勞動契約之性質

勞動契約屬於何種契約乎？

(甲) 勞動契約者，雙務契約也。即雙方互負義務之契約也。勞動契約，當事人一方負勞動之義務，他方負酬款之義務，其爲雙務契約至明。故關於勞動契約除有特別規定外，應從雙務契約之普通規則。

(乙) 勞動契約者，有償契約也。即當事人互受某種利益之契約也。有償契約，雖不必爲雙務契約，而雙務契約，必爲有償契約。故勞動契約必爲有償契約，不待論也。

(丙) 勞動契約者，諾成契約也。諾成契約無須法定方式，僅由當事人意思合致而成立。此非關乎契約之性質，乃出於成立之方法者也。在勞動契約，關於勞動及報酬之條件，當事人意思一致時，契約即成立，無須何等方式。

當事人間雖有用文書者，是不過專供契約之證據，而契約證據之方法，與其成立之方法，自是別爲一事。契約先書面，離書面而存在，且雖無書面，尙可證明也。

次述勞動契約與類似勞動契約之差異：

一、勞動契約與僱傭契約之差異 或以職工契約爲勞動契約 (contrat de travail, Arbeitsvertrag) 以雇人 (僕婢) 契約爲僱傭契約 (contrat de service, Dienstvertrag) 此係俗見，法律上所謂僱傭契約，自職工婢僕徒弟使用人，以至醫生律師樂師等，凡受報酬而爲他人勞動者，皆爲有僱傭契約，若照比國法，勞動契約限於職工契約，則勞動契約可謂僱傭契約之一種。然余輩採法國法勞動契約之定義，故勞動契約之範圍，較僱傭契約爲廣。蓋對於勞動時間支付工資者，爲僱傭契約，對於勞動結果支付工資者，爲承攬契約 (contrat d'entreprise, Werkvertrag)，是向來之通說也。今不但依勞動時間而算出工資，並亦以勞動結果作品之分量性質等爲基礎而算出工資，苟在勞動評價範圍以內，仍無妨爲勞動契約。既有對於勞動結果支付工資之勞動契約，即不得不侵佔承攬契約之範圍。如可以勞動契約代僱傭契約，則僱傭契約範圍不得不擴大。抑又有言者，照法國法，勞動契約，須僱用人受雇人間有多少持久的關係，對於公衆貢獻勞動者之契約，非勞動契約，故爲公衆勞動之契約，如對於勞動結果支付工資，固屬承攬契約，但如對於勞動時間支付工資，則如何？既非承攬契約，又非勞動契約，將爲一種無名契約。但如僱傭契約，可在勞動契約外保其獨立存在，則如此契約，當屬於僱傭契約固有之領域。果爾，惟此部分

勞動契約之範圍，不可不謂較僱傭契約爲狹。雖然勞動契約非可與僱傭契約相對立者，乃相爲替代者也。且若某人爲他人勞動，照時間之長短而受工價，尙云非勞動契約，此論殊失穩當。例如某人偶然於一夕招致藝妓。關於此點，瑞士民法草案用意殊爲周到。其第一三六九條云：有人受工資某期間爲他人勞動時，爲有勞動契約，雖不依勞動時間而依勞動結果付工資，勞動者與僱用人間有持久的關係，亦爲有勞動契約。但若其間無持久的關係，則限於按時付資，有勞動契約。故如前揭之藝妓，依法國法，非勞動契約，依瑞士法，爲勞動契約。又如按摩揉人之肩，搬夫後推登坡之車亦然。惟此等事例，如對於勞動結果支付工資，是爲承攬契約，對於勞動不定時間支付工資，是爲勞動契約。應屬何類，當視其偏重勞動或勞動結果而定。瑞士民法草案之規定，切實明快，故余輩欲以補法國勞動契約法案之缺點。

二、勞動契約與承攬契約之差異 勞動契約侵佔承攬契約之一部，既如所言。然承攬契約自有一定之領域，二者決不可混。在昔承攬契約以物之製造及變形爲目的，今日則以某項工作之完成爲目的，故不得以以物爲目的者爲承攬契約，以勞動爲目的者爲勞動契約。即目的不同，非二者區別之標準。又從前對於勞動結果支付工資者爲承攬契約，按勞動時間支付工資者爲勞動契約，今日則對於勞動結果支付工資者亦無妨爲勞動契約，故報酬支付方法之不同，亦非二者區別之標準。今日區別此二者之標準，乃在下列三點：

(甲)當事人之意思着目於勞動者，爲勞動契約，置重於勞動結果者，即承攬契約也。(乙)在勞動契約，勞

動者須於一定期內，應僱用人之命令而從事某種勞動，而在承攬契約，承攬人僅負完成一種或數種工作之義務耳。（丙）在勞動契約，勞動者與僱用人間須有多少持久的關係，而承攬契約則不需此。又承攬人可對公衆貢獻其勞動，而受一時之訂雇。

三、勞動契約與委任契約之差異 勞動契約有償，而委任契約無償，如德國民法以委任契約爲絕對無償是。然日本及其他諸國民法認受酬之委任契約，是委任契約亦可爲有償。故二者不能以此爲區別。又有謂委任契約以法律行爲爲目的，勞動契約以物質行爲爲目的。此項區別，亦不可採用。何則，因勞動契約中亦有以法律行爲爲目的者故也。例如商店中做買賣之使用人是。又有謂委任契約，以代理爲要素，而勞動契約無之。此項區別亦非是。代理非委任契約之要素。例如經紀契約爲委任契約之一種，經紀人不以委任者之名而爲買賣，乃以自己之名爲之，其結果第三者與委任者之間不生何等法律關係，即不生代理關係，但尙不妨爲委任契約。最後有以委任契約爲教員醫生律師等高尚智力之勞動爲目的，而勞動契約乃以職工婢僕等下等手腕勞動爲目的者。但勞動之高下，無變更契約性質之理。此項區別，法律論上固不值一文，但俗見尙不無承認之者。多數立法例並認有報酬之委任契約與勞動契約者，實出於此。於此有一契約，自其特徵觀之，究屬何種，如能分別，固宜從之，如不能分別，惟有按照勞動性質之高下而決之。茲附言者，若律師爲公司顧問，則屬勞動契約，若一時受人之託而服務，則非勞動契約，如前所述。然則其契約爲承攬乎？抑委任乎？我信其屬於承攬契約。何則？其契約非但以法律行爲爲目的，且以完成

某項工作爲目的故也。

四、勞動契約與合夥契約之差異 勞動契約係某人受工資而爲他人勞動之契約，合夥契約係數人出資經營共同事業之契約也。在經濟上之意義，職工與業主合辦生產事業，故亦可稱爲有合夥關係，然在法律上之意義，職工乃受一定工資而爲業主勞動者，故非業主之合夥人，乃其受僱人也。合夥契約以當事人按出資多寡而分擔損益爲要件，而在勞動契約當事人一方僅受一定報酬而不任損益之分擔。業主雖有時分配利益於職工，但不過爲工資之補助，業主仍負支給定額工資之義務，故依然爲勞動契約。但工資全額，關乎事業之損益，有利益，固可受之，有損失則不得受。斯契約性質，一變而爲合夥契約。

五、勞動契約與租賃契約之差異 在法國及諸國民法，有分租賃爲物之租賃及作業租賃二種，更分作業租賃爲役務租賃及承攬租賃二種者。對於勞動結果，給與報酬之承攬契約，認爲租賃之一種，是以承攬人爲勞動結果之出租人，定作人爲其承租人，殆不成意義。在日德民法，僅有物之租賃，而不認作業租賃。屬於作業租賃者，各爲獨立之契約，故勞動契約，與租賃契約截然不同，無混淆餘地。

第二節 勞動契約之成立

契約爲法律行爲之一種，故契約之成立，須備具法律行爲之要件其條件如下（一）有當事人之意思表示，

就契約言，即要約與承諾是（二）當事人有能力；（三）有合法之目的。以上各條件之說明，讓之教科書。茲欲述者，惟勞動契約之特別成立事項：（一）當事人之能力；（二）工廠規則；（三）團體契約。

茲附言者，勞動契約之成立，必須僱用人與受僱人雙方相逢。然雙方罕能直接相知，故須有勞動介紹機關以調節勞動之供求，俾僱用人得適當之工人，勞動者得適宜之地位，而勞動契約容易成立。此項媒介，或特許個人爲之，或使職工共濟會當之，或設勞動交易所制度，或於一萬人以上之村里公所內置勞動介紹局，作爲公務之一部，而無報酬行之。因受報酬而爲勞動介紹，則介紹人以勞動者屢屢變更地位，爲於己有利益，往往故意使其處於不適宜之地位，甚或以有利之職業誘引田舍淳樸之婦女，置諸不適宜之地位，俾常逢解雇之厄，因以得過當之周旋費，以致女工不得不流爲娼妓，往往而有。余輩以勞動介紹爲國家公務之一端，使村里公所及其他官廳不取報酬而行之，爲最進步之制度。但若此種制度有不能設立之事情，仍可任個人經營之。恰如商法上之經紀人，限資格，定酬率而監督其行動，俾無不正行爲。此雖不屬私法範圍，而與勞動契約之成立，有莫大之關係，故特注意焉。

第一款 能力

第一 未成年人

（甲）未成年僱用人 未成年人之法律行爲，原則上由法定代理人，即父母等親權者或監護人代理之。若未成年人欲自爲法律行爲，須得其法定代理人之同意。（民四條一項。）故未成年僱用人，欲與勞動者訂勞動契

約，其法定代理人固得代訂，未成年人得法定代理人之同意而自訂之，亦完全成立。若不得法定代理人之同意，則其契約可以撤銷（民四條二項一二〇條一項）。在西洋各國之法，未成年人之撤銷權，限於其受損害時，故如勞動契約，若約過當之工資而受損害時，可以撤銷之，不然，不得撤銷。日本則不論如何，概得撤銷之。惟撤銷亦為一種法律行為，故未成年人欲撤銷，須得其法定代理人之同意。

未成年人，得法定代理人許可而營業，關於其營業之能力視為與成年人同等。故關於其營業訂勞動契約，即無須得法定代理人之同意。關於其營業為訴訟行為時亦同（民六條一項）。父母等親權者，可單獨許未成年子營業，而監護人許可未成年人營業，須得親族會之同意（民八八三條一項九二一條）。未成年人營商（工業同）業，須經登記。監護人為未成年人營商業亦同（商五條七條一項）。

（乙）未成年受僱人 未成年勞動者訂勞動契約時，固須得其法定代理人之同意。若不得其同意而為之，可以撤銷其契約。法定代理人得代訂勞動契約。惟此時必須得未成年人之同意。否則其契約無效（民八八四條九二三條）。但法定代理人不代表未成年人而與相對人約束未成年人之行為，而未成年人不承諾時，其契約非無效。法定代理人應以債務不履行之理由，對於相對人負損害賠償之責。未成年人，不因其契約而受拘束。法定代理人為未成年人學習工商業之目的而訂勞動契約，其期可延長至十年。如約期十年以上，其契約亦不失效。不過經過十年後，各當事人可於三月前預告自由解除其契約。在平常之勞動契約期間，最長為五年，而學習商工之契

約，特定爲十年者，徒弟學習商工業，卒業期平常爲七八年，其後二三年乃爲主人利益而勞動。若學成卽解約，則主人不必再教養（民六二六條）以上爲日本民法所規定。

西洋各國以特別法限制勞動者最低之年齡，在一定年齡以下者，不許爲製造工廠之職工。雖在最低年齡以上者，其在達某年齡以前，亦限定其勞動休息之時間。尤其對於婦女，原則上禁止夜工，產婦則休業日期有定限。若舉各國之例，嫌涉煩瑣。茲就德國工業法（*Gewerbeordnung*）言之，該法規定滿十三歲以下之男女，可學習而不可從事製造。滿十三歲以上十四歲以下之小兒，一日不得執業六小時以上，且其間要三十分之休息。滿十四歲以上十六歲以下之少年職工，一日不得執業十小時以上，並須給與休息時間，正午一時，午前午後各三十分，星期日祭日，宗教日不得工作。女工則午後八時半至午前五時半間禁止工作。產婦產後四週間休業，其次二週間非經醫生證明，亦不得執業。日本尙無此類法規。將來有制定之必要。夫此等規定，出於公益上保護人體之必要，可屬於公法，而限制個人能力自由，又可屬於私法，其界限問題，殊涉微妙。辯論公私法之區別，茲非所宜，惟各國實際上此等規定，概不置於民法中，而以爲特別法，茲特附記於此。

未成年人之工資受領能力，不關於勞動契約之成立，而關於勞動契約之效力。茲一括而說明之，免再在勞動契約效力題內討論。依日本民法規定，受領工資，乃一種法律行爲，故未成年人之工資，以由法定代理人受領爲原則。若自欲受領，則須得代理人之同意。或曰：單得權利之行爲，須代理人之同意乎？雖然，受領工資，非但取得工資所

有權，未成人之債權，因而消滅，故須得代理人之同意。若未成人未得代理人之同意，而雇主對之交付工資，則法定代理人可不承認受領，更要求工資，是雇主須出二次之工資。雇主雖可索償於未成人，但未成人祇可於現有利益範圍內負償還之義務。萬一未成人，已將所領之工資耗盡，雇主亦無奈之何（民四條一三條）而未成人之財產全部應歸法定代理人管理，故未成人之工資，不問由代理人受領或得代理人之同意而親自受領，悉應歸代理人管理，未成人雖一錢亦不得私費。但代理人特許未成人自由處分工資，則不在此限（民八八四條九二三條各條）。未成人欲對雇主提起訴訟，由其法定代理人代表之，若本人欲自爲之，亦須得代理人之同意。

依日本民法所規定，未成人訂勞動契約，須得法定代理人之同意。受領工資或提起訴訟，莫不皆然。因之雇主及未成人，兩皆不便。夫雇主與未成人，訂勞動契約，一一查考其已得代理人之同意與否，不但極複雜困難，且以不得代理人之同意而撤銷契約，則雇主將有缺乏勞動者之虞，又對於未得代理人同意之未成人支付工資，則須重付，其危險更大。然則誰復肯僱用未成人乎？而在未成人，不爲雇主所歡迎，已屬不利。且其工資由代理人管理，雖一錢亦不能自由處分，故父有數子，任意受領其子之工資，一事不爲，優游送日，往往有之。日本則有令其女爲藝妓而已獨享安樂者。此豈非傷害未成人獨立之人格乎？又未成人欲對雇主提起訴訟，而法定代理人故意不同意，亦妨害權利之實行，殊爲不便。有此諸弊，故勞動契約，關於未成人之能力，須有例外規定。比國勞

動契約法，未成年人，得其父或監護人之明許或默許時，有約束其勞動之能力。依普通法，未成年人訂約時，須得其父或監護人之明許。於此加以默許者，因父或監護人不聲明不可，則視為默許者，此足以擴大未成年人行爲之範圍。又若不許可時，則治安判事可行使職權，或因親族之請求補充之。父或監護人苟未將不准之意通知業主，則業主對於未成年人付工資爲有效。治安判事認爲於未成年人有利益時，得准其寄託，或處分勞動報酬，又可指定特別監護人以管理之。工會及治安判事，關於勞動契約之訴訟，可爲未成年人任命特別監護人（比國勞動契約法三四條至三六條四一條）據德國工業法，未成年職工，限於有勞動帳簿（Arbeitsbuch）者可以執業。立約時業主要求之，保管之，解約時，經未成年人之法定代理人請求，或職工滿十六歲以下，則業主將帳簿交還法定代理人，此外則交還職工本人。官廳有要求時，常須提示之。勞動帳簿經職工最後住所地之警署，法定代理人之通告或同意，無費交付之。若代理人無故拒絕同意，則村里吏員補充之。業主須於勞動帳簿記載職工去就之時期，及勞動之種類，此外事項，不得記載。如批評職工之性行，則處罰。未成年職工，關於勞動契約得爲獨立訴訟行爲，（德工業法一〇七條至一一二條又民訴法五二條一項）日本將來必有需此例外規定之日。

第二妻

（甲）在僱用人之地位 妻以雇主資格訂立勞動契約，自必以得夫之許可而營某種事業爲其前提。事關營業，妻之能力與平常獨立人相同，故訂立勞動契約，無須得夫之許可。又其訴訟行爲亦然。（民一五條）妻營商

業（含工業）須要登記。（商五條。）

（乙）在受雇人之地位 妻以女工資格訂立契約，須得夫之許可。雖在家內勞動亦然。因爲人勞動，則身體即不自由也。但夫之生死、不明或夫棄其妻等法律特定不須得夫之許可者，不在此例。（民一四條一項三號一七條。）

妻受領其工資，無須得夫之許可。何者，凡妻應得夫許之法律行爲，列舉於法律，而受領工資在列舉之外也。夫婦財產關係，非有特別契約，應從法定財產制。則妻之財產歸夫管理。故夫可以管理人之名義，受領妻之工資。而妻之工資，或自領，或夫代領，均歸夫之管理，雖一文亦不能處分。但夫止管理妻之財產，故妻之工資，雖可爲共同生活而消費，若婚姻消滅，則其本金應返還於妻或其繼承人。惟夫可取得利息，無須返還。妻關於勞動契約，提起訴訟，要得夫之許可（民一四條七九條八〇一條。）

夫婦財產關係，大抵有三種制度：（一）財產共通制；（二）財產分別制；（三）財產非共通制。法國之法定財產制取共通制，英國法取分別制，德日取非共通制。共通制者，以夫婦之財產爲共有，而夫管理之，特其權頗大，殆如惟一之所有人。夫以共有之財產及其收益充婚姻中之費。故妻之工資，夫可領用，爲其當然之權利。而衣食於妻之勞動而優游惰逸者，多出於此制度。在財產分別制，夫婦各有其財產而各自管理之，其婚姻中之費，按一定比例而分擔之，故妻可自由領用其工資。非共通制者，夫婦各有其財產，無共有財產。妻財歸夫管理，且夫有使用收益之

權利。夫以己財滋息及妻財滋息。充婚姻中之費。此制德日法律所同認，而其間大有不同。日法妻財舉歸夫管，妻之工資亦然，絕不許妻自由處分。反之，德法妻財有持參財產及保留財產二者，持參財產歸夫管理，而保留財產則妻自管理之，且有自由處分權。屬於保留財產者，供妻一身專用之財產，如衣服寶飾，及勞動器具等，以及妻因勞動或經營工業而贏得者，皆在其內。故妻之工資，當然歸入保留財產中，妻可自由處分。（德民一三六五條至一三六七條。）

照比國勞動契約法，妻得夫之明許或默許，有約束其勞動之能力。無夫之許可，則治安判事可因妻之請求而補充之。妻在任何財產制下苟夫不反對，可受領工資，且得爲家計而使用之。又關於勞動契約之訴訟，工會及治安判事可許其獨立爲之。（比勞動契約法二九條至三三條四一條）日本民法關於妻之規定頗疎闊，似爲妻之利益，但有三點：（一）不得夫之明許，不得訂勞動契約；（二）妻之工資一切歸夫管理；（三）不得夫之許可，不得爲關於勞動契約之訴訟。有此等不便，將來必須革新，可預料也。

第三 外國人

今日之民法，已非國民法，而住民法也。詳言之，卽非專適用於國民之規則，凡居住於一國之人民，無內外之別，一律平等適用之。外國人雖絕對不得享有公權，至於私權，則以平等享受爲原則。特因經濟便宜等理由，私法上內外國民不能全然平等待遇。一面承認外國人適用其本國法，一面又禁止外國人享有某項私權。日本法例關於外

國人應適用本國法者，列舉之。民法第二條規定外國人除法令條約所禁止外享有私權。今就勞動契約觀之，外國人在日本訂立勞動契約，關於契約能力，從其本國法，至契約之成立及效力，應依據何國法律，則從當事人之意思決定之。若當事人意思不明時，則照行爲地法，即日本法而定（法例三條七條）。外國人如係僱用人，法令條約並無限制，故外國人可經營各種事業，使役日本勞動者，與內國人相同。反是外國人係勞動者，則有特別限制。即依條約或慣行外國勞動者無居住之自由，非經行政官廳（廳府縣長官）之許可，不得在從前居留地及雜居地以外居住及執行業務。茲所謂勞動者，言從事於農漁礦業土木建築製造運輸挽車人以及其餘雜役之勞動者云爾。惟用於家事或從事廚房侍役等者不在內。廳府縣長官認爲有公益上必要時，得撤銷其許可。此外外國人雖依條約或慣行無居住自由者，在從前居留地及雜居地以外亦可爲居住轉移營業等行爲（明治三十二年七月勅令三五二號，又同年同月內務省令四二號）。彼時依條約及慣行而無居住自由權之外國人，指中國人而言。故中國勞動者，欲在日本以前居留地及雜居地以外從事勞動，須得日本廳府縣長官之許可。長官審查公益上諸種事情，而決其可否。其因誘入外國勞動者，致本國勞動者失業，或工價低落，不堪維持生活，生出許多失業窮民時，斷然拒絕之。此國家自衛上誠不得已也。

抑交通互市，天下之通義也。若有一國無正當理由堅鎖門戶，不屑加入世界交際之羣，則他國將以兵力強制之，使入國際團體。但若甲國之人，無數流入乙國，則必害乙國之安寧，甚至使乙國之存在瀕於危殆，故乙國在自衛

必要上不得限制禁止甲國民之流入。或設法律絕對禁止甲國勞動者之移住，或以條約限定每年入國之人數，或對於入國之移民附加條件，須通某國語言，或須所持一定之金額。惟此等辦法須出自國家自衛必要之誠意，固不可因人種偏見或見好於己國之勞動者而貿然爲之也。近日美國排斥日本工人，其理由在於前者乎？抑在於後者乎？試言之。

北美合衆國西部地廣人稀。山野土田之利未盡開闢。其農業稍開發就緒，實出自日本勞動者之力。但灌溉之利未大興，故至今廣野千里，尙有荒而不治之處。人力不盡，卽暴殄天物也。若欲開拓此地，恐須幾十萬之勞動者。此外工商業亦常缺人。白人勞動者，常聚處紐約及東部地方，至桑港及西部者甚少。間有來者，非游蕩無賴之徒，則庸懦無能之輩。意謂所以涉萬里之波濤，歷長途之跋涉，來此西土者，非恃勞動而贏得金錢也，乃欲一事不爲，而獲奇利耳。卽欲拾金於途而來者也。其要求過當之工價，固無足怪。反是日本勞動者工資比較低廉，勤勉敏捷，各種業務，無不可爲，卽白人以其爲艱苦不潔之勞動，皆能耐爲之，其爲美國資本家所歡迎，亦固其所。然爲白人勞動者所不喜。曰：是奪我麵包，陷我於死地者也。乃組織所謂勞動同盟，而排斥黃人，二三詭激之徒，有所自私而率先大聲煽動，衆愚翕然附和，漸成不可侮之勢。而爲政家亦頗逢迎其意，因白人勞動者多爲美國人，在美國有選舉權，政客在選舉競爭上有博得勞動者歡心之必要也。乃請日本限制移民之數，若不應其請，則彼將制定日人排斥法。嗚呼！此豈非爲阿諛本國勞動者而無故排斥外人乎！

爲美國辯者曰：今諸國互相交際往來，皆求適合本國利益。若外人流入，有害本國利益，則加以限制禁止，乃國家自衛權當然之效果。美國排斥日本人，一如日本排斥中國人。日本自己排斥中國人，而獨於美國排斥日本人，訴苦，真不可解也。此論余輩亦大致承認其前提，至其結論則非是。以日之排華人與美之排日人，事情迥異，不可同論也。日本人口稠密，勞動者無缺少之慮。若再加以華人入國，則本國勞動者失業，生活大苦。故日本爲保護勞動者之必要，而不得已排斥華人也。美國情勢，正與此相反，其需勞動者甚多，日本若供給以勞動者，決不致彼等失業。惟多少有工價下落之虞耳。但美國勞動者亦不至受大苦。何則？因工價廉則物價亦廉，尙可以相補償也。美國人與日本生活程度大異，若其工價與日本人同等，則彼似不能生活。但生活程度異者，雜居於同地，則低等者常漸次趨向高等，在美之日本人，將來與原有之美國人，必到同等程度，亦自然之數。且徵之事實，日本人與美國人工價之差，不過二三成，亦未見得由此二三成之跌落，即訴生活困難。况日人工資亦漸有漲價之勢，又日本人與美國人不必從事同樣之勞動，然則美國人非必常受工價下落之影響。故美國勞動界排斥日本人，乃欲壟斷勞動，而獨占高價工資耳。美國西部果排斥日本人，其農工商業以致頹廢不振，固不待言，而天然富源亦無由開拓。然則勞動者本欲利己，非反害己乎？此不獨勞動者受損，即美國乃至全人類亦受損。要之美國之排斥日本人，毫不出於國家自衛之必要，乃出於淺見勞動者之橫暴耳。

辯者又曰：日本人愛國心強，同化力弱，如在美之日本人，依然保有日本人之心胸面目，毫不受美國之同化，若

相聚而成村成邑，以至成都會，是美國內宛然現出一日本國也。此日本人異於意大利人德意志人者也。意德人在美數年，已純爲美國化，美國幸福自由，故樂於居住，至對故國之感情，不但極冷淡，且有誹謗罵詈者。日本人雖經數十年，亦不與美人同化，愛慕故國之念最熱烈，一朝日美間有事，在美之日本人將起而敵對美國，此豈非獅子身中之蟲，還害獅子乎？美國勞動者，戰時有荷戈衛國之義務，而日本不但無此義務，反而敵對美國。故美國厚遇本國勞動者，而薄待日本人，亦自然之理。答之曰：日本人富於愛國心，其特色可誇於世界，但謂其缺乏同化力，殊爲不當。日本人精神之發達，在歐美人之上，不可爭之事實也。惟物質進步頗後於歐美，加之矮軀黃面，風采不揚，故白人每有輕視爲半開化人民之概。此爲日本人所不能忍，其傲岸不屈之精神，遂至反抗歐美人而不能與之同化。若歐美人能認日本人之真價值而禮遇之，日本人決非頑固難化之民。其所以難同化者，以歐美人侮蔑之也。故不得不促歐美人之反省者，若能尊敬日本人，則日本人可與同化。然則排斥之理由，自不存在也。至謂美國厚於本國勞動者而薄於日本人，爲理所當然，余輩亦無異議。余輩非要求美國待遇日本人全與美人平等者。惟美國排斥日本之勞動者，欲有益於本國勞動者而適得其反耳，已如前論，茲不贅。

辯者又曰：白人之文明，白人保持之，擁護之，主張之，不可因異分子之混入，而毀損汙瀆之。彼黃人全與白人有不同之習俗，宗教，思想，決不能互相融和。若容納黃人，則傷害白人文明，故須斷然排斥。不知東西洋文明，各有其特質，互有長短得失，二者互相融和，方能期人類文明之大成。今世界交通頻繁，確已駸駸乎趨向此運。若謂白人據歐

美，黃人守亞洲，二人種平分地球，而龍虎爭鬪，勢不兩立，究不可想像。然則謂容納黃人足以毀害白人文明者，乃由於人種憎惡之偏見耳。美國本爲日本開國之指導者，故日本與之最親善，美國對日本亦懷好意，惟自日俄戰後，態度忽變，頗有敵視之狀，其故何也？抑自結布姆士條約時，美國大總統爲俄斡旋，不利於日本，遂疑日人銜恨美國，懼其復仇乎！抑日本戰勝世界雄邦俄國，遂以爲慍悍好戰之國民，爲黃禍之張本人，懼其侵略而預事警戒乎！果然則實不解日本之甚也。日本國民爲和平正義，以身殉國，亦所不辭，決非徒好戰者。假若日美相戰，二國僅隔太平洋而對壘，皆無操最後勝算之把握，不待智者而知。日本豈出此愚策？往者美國限制日本移民，日本隱忍應之，期冰釋誤解也。若其永不覺悟，益肆橫暴，則容或不得已訴諸武力以保護我之權利利益，萬一有此不幸，則以之付海牙仲裁裁判所公斷，爲最得策也。

第二款 工廠規則

通例業主爲維持工廠紀律，便於執行勞動而作工廠規則以課職工。工廠規則之性質，單爲維持廠內秩序之警察規則乎？抑可認爲勞動契約之條件乎？夫工廠規則本出於保持工廠內部秩序之必要而習慣上逐漸發達者也。其中固包含警察的規則，如不可接近危險機械，禁止吸煙，禁穿草鞋等，然要不外乎勞動者應行服從之條件，故宜認爲勞動契約之條件。即業主於廠規中揭勞動契約之條件，以要約勞動者，勞動者承諾之，契約乃成立。其於諾成契約性質之勞動契約之成立上並無違法之點。惟所謂勞動者之承諾，果出於自由意思與否？是大可議之點也。

勞動者大抵貧困，一日不得工價，則不得餬口。豈能與擁資巨萬之資本家從容商訂契約乎！故業主所提條件，勞動者雖甚不滿意，亦因饑寒迫於後，妻子哭於前，吞聲忍淚以就之，故爲無可奈何之承諾。無可奈何之情形，不出於強迫，則承諾已完全。既完全承諾矣，不可不嚴格服從其條件。假令承諾有瑕疵，勞動者亦不得撤銷其契約。撤銷則立即失業。命之窮也如此。業主之貪婪殘忍者知其然也，遂乘機設苛刻條件。若不加以限制，則勞動者之肉勢必成爲資本家之食。是使強者壓迫弱者也。國家有扶弱抑強之任，豈能坐視。則限制資本家之自由，容納勞動者之意思，洵不得已也。此所以各國有關於廠規之法制也。其中最足爲模範者，爲法德比三國制度，茲特述其梗概。

德國廠規載於工業法 (Gewerbeordnung) (同法一三四條A至H)。其要點如次。使用職工二十人以上之工廠，須制定工廠規則 (Arbeitsordnung)。廠規應載明：(一)勞動日程之始時終時及成年工之休息時間；(二)工資計算暨支付之方法及時期；(三)不照法規而解約，則其豫告期間，無豫告期間而解約，則其理由；(四)如定科罰，(按科罰爲五元以下之小罰金)則其種類程度及確定之方法，如科罰係過怠金，則其徵收方法及使用目的；(五)如定工資扣除額，則其使用方法。過怠金不得逾平均一日之工資之半。但對同輩暴行，反乎善良風俗之行爲，違背關於人物安全之規則等，得罰一日分之工資。過怠金須爲職工之利益而使用。此外關於工廠之秩序及職工之行動，廠主亦得定規則。且得職工委員會之同意，則可利用各項職工福利制度並得定童工廠外行動之規則。科罰於職工，應立即確定，且須通知本人。被罰者之姓名，科罰之月日，事由，金額等應列表載明，以備監督官

之檢閱。廠規制定以前，應與關係職工以陳述意見之機會。有職工委員會者，可徵求該會之意見。廠規完成後三日內，應將職工意見書連同規則書各二通呈送下級行政官廳。廠規須揭示於關係職工所接近之適當場所。對於新工，則須交付規則書。廠規之內容及揭示方法有違法處，須依下級行政官廳之命令修正之。對於此種命令，在兩週內得向上級行政官廳抗告。

其在比利時，則於一千八百九十六年六月十五日，特制定關於廠規之法律 (Loi sur los reglements d'ateliers)。該法係全部二十四條之「單行法」。較之德國工業法之規定，稍加詳密。據該法，商工業及府縣村里事業僱用十人以上之職工，須制定廠規。此種義務，得以勅令課諸僱用職工十人以下之企業。一千九百年以後，可課諸僱用職工五人以上之企業。然農業並業主與家人僕婢共同勞動之工商業，則不在此例。廠規應載明：(一) 勞動日程之終始，休息時間，休息日；(二) 工資算定之方法，尤其如計時支付或計件支付；(三) 計件支付工資，則其算定及監督方法；(四) 工資支付時期。此外因企業之性質如何而應載明者：(一) 監督者之權利義務，對於職工苦情爭議之救濟方法；(二) 屬於工資負擔之供給品；(三) 須預告解約者，則其預告期間，並當事人雙方得不預告而解約者；(四) 定有科罰或過怠金，則科罰之性質暨過怠金之數率及其用法。在某類企業，得以勅令命業主規定：(一) 保障衛生安全風紀禮節之特別規則；(二) 救護職工災厄之方法。廠規之制定，變更以前，須依揭示方法通知職工。揭示後，至少八日內，業主應備帳簿，以便職工或其代表開陳意見。該期內職工亦得陳述意見。

於勞動監督官。勞動監督官受理其意見後三日內，須傳達於業主。意見書須有職工之署名。但因其希望得不發表其姓名。廠規不問修正與否，經揭示後十五日發生效力。業主得於不滿二月之期間延長之。此時發生效力之日期，須載明於規則。規則確定後，業主應向「工會」及勞動監督官各送一通。規則書應揭示於廠內明顯之地方。各職工有受其膳本之權利。監督吏員得自由出入工廠，檢查業主或經理有無違法之行為。業主或經理違背以上之規則，則處以二十法郎以上一千法郎以下之罰金。其課職工一日過怠金之全額，不得逾職工一日工資五分之一。過怠金須為職工之利益而使用。

其在法國廠規載在勞動契約法案第三章第二二條乃至三一條。據該法案，商工業及國府縣村里之企業，制定廠規，應從本法之規定。廠規應載明：（一）工資算定之方法，尤其如計時支付，或計件支付；（二）計件支付工資，則其算定及監查方法；（三）工資支付時期；（四）受僱人止為授受原料及作品而來廠，則其時日。此外因企業之性質如何而應載明者：（一）監督者之權利義務，及關於監督者對職工苦情爭議之救濟方法；（二）屬於工資負擔之供給品；（三）解約之豫告期間；（四）定有科罰或過怠金，則科罰之性質，過怠金之數率及其用法。關於衛生、安全、風紀、禮節等亦得規定之。廠規之制定變更以前，應依揭示方法通知受僱人。揭示後至少八日內，業主應備帳簿，以便受僱人或其代表開陳意見。該期內受僱人亦得陳述意見於工會或治安判事。工會或治安判事受理其意見，應不發表陳述者之姓名而傳達於業主。更經第二期八日之後，廠規上附記意見業經核閱字樣而第

二次揭示之。此後經不滿八日之期間發生效力。業主得延長其期間。此時應將效力發生之日期載明於規則。制定修正之廠規，雖從以上之規則而諮詢於受僱人，業主不證明署名，則無效。規則書應揭示於廠內明顯之地。各職工有受其贍本之權利。

法國制度尙屬草案，果經國會之議決而成立與否尙未可知。然該法案係最新之起草，參照比德及其他諸國之法制而成，所以最簡明適切。先當注意者，以廠規爲勞動契約法中之一部份，此其所以與比德二國之法制異趣也。既以廠規爲勞動契約之條件，則載於勞動契約法中較爲穩妥。復次，法國法關於勞動日程之終始，休息時間，休息日之規定，不加入廠規之規定事項中。此蓋法國另有特別之法令，綿密規定，勞動時間，故無須載於廠規中。復次，廠規之制定而違法，據德國法，下級行政官廳可命其修正，據比國法，則加以罰金之制裁。然依法國法，關於廠規之制定，曾經諮詢受僱人，業主若不附記證明，則無效，所以無此附記之廠規，固屬無效，其有附記而不適法諮詢受僱人時，廠規亦無效。即廠規之制定而違法，不過該廠規無效，非如比德二國之法制，別有制裁之規定。是亦三國法互異之點也。復次，法國法不限制過怠金之率，任當事人之決定。業主定過當之過怠金時，若不容納職工之反對意見，職工當不允勞動。一一比較論究，嫌涉煩瑣，所以特就左之三點，說明其大體：

第一、廠規制定之義務。據德國法，有二十人以上之職工時，廠主有制定廠規之義務，據比國法，有五十人以上之職工時，廠主亦有制定廠規之義務。然在法國法，則業主應從法律之規定而制定廠規，但不限定何種業主。夫廠

規爲勞動契約之條件，勞動契約之條件，規定最宜嚴正，使業主與勞動者之權利義務，明白穩妥，既可防止爭訟疑議之端，又可絕偏頗橫虐之迹。然則當使一切業主制定廠規，即所有業主，有作成勞動契約證書之義務。若某業主有此義務，而他業主無之，是不公平也。故宜使一切業主均有此義務。又若命所有業主負作成證書之義務爲不可能，宜保障一切業主有作成證書之自由。即作成證書與否，全然聽業主之自由，其間不設區別。要之課義務，則應一律課之，與自由，則應一律與之，不可與一人以自由，而課他人以義務也。故吾人以爲法國法之規定，最適於理論。且從實際上觀之，限於僱用定數以上職工之業主，負廠規制定之義務，是專斷之法制也。其僱用定數以下職工之業主，縱有職工之要求，有藉口法規拒作證書之弊。或虞廠規之制定，一任業主之自由，則僱用多數職工之大廠主不制定廠規。此爲事實上必無之事，不過「杞人之憂」而已。

第二、廠規制定之手續。關於廠規制定之手續，最重要者，即業主於其制定前徵求關係勞動者之意見以資參考是也。此點德比法三國法均一致。關係勞動者之意見，固止爲意見或希望，採用與否，全在業主之自由。勞動者不能強制業主採用其意見。如見容納，可謂如願以償。若不幸而不見容納，勞動者祇得忍從廠規而承諾其勞動，或竟不承諾勞動。社會主義之徒，謂廠規既爲勞動契約之條件，宜依業主與勞動者合議而成，不可任業主之專斷。此謬之甚者也。蓋契約之條件，由當事人一方提出，經他方同意，契約即成立，條件本身不必出於當事人之合議。廠規之制定，必須徵求關係勞動者之意見者，乃扶弱抑強之特例也。

第三、廠規違背之制裁。職工違背廠規時，應如何裁制之？其一則加以譴責，殆無實效。其二則即時解約。然輕微之犯，如逕行之，則業主失職，職工失業，有罪輕罰重之弊。其三則為過怠金。譴責失輕，解約過重，惟過怠金得其中。以過怠金可隨犯則之輕重而自由伸縮，並亦為職工之所苦也。關於過怠金之性質，頗有異論。或曰過怠金者，刑罰也。即對於犯則者之罰金也。許廠規附以過怠金，猶之封建時代承認諸侯之裁判權，乃承認業主之有裁判權也。業主自定廠規，又自裁判其犯則者而課以罰金，是僭竊國權一部而凌虐弱者也。故斷不可許。是為社會主義者之論調也。或曰過怠金者，本為民法之所謂過怠約款，不外損害賠償之預定。凡契約當事人預約一方不履行義務時，他方應付若干金，可免訴訟與損害算定之困難。此即過怠約款，毫不違法。預約過怠約款之自由，為萬人所同享者也。無獨於業主剝奪之理。就廠規發達之迹觀之，其初業主為強制職工恪守規則而課以過怠金，頗有刑罰之性質，且確有濫用之形迹。然而現在說明過怠金之性質，當如後者之言。果如過怠金為防止不履行義務而預定損害賠償，則職工既因犯則而課以過怠金，對於因犯則而生之損害，自不復有賠償之義務。然德國工業法規定過怠金不妨損害賠償之請求，殊可異也。（同法一三四條B二項末文。）豈承舊思想之餘波，猶以過怠金為刑罰耶？過怠金既係損害賠償金，業主當然可處分，如撥入職工救助基金，則可避橫暴之嫌疑。最後欲附言者，過怠金雖與工資之扣除金相似而實大不同也。業主每於支付工資之際扣除其一部份而積存之，以充職工救助之資。此即扣除金也。扣除工資之一部為職工之利益而使用，出於當事人之合意，並無些微違法。唯當嚴格遏止業主之營私舞弊耳。

第三款 團體契約

第一 定義

業主或業主團體之代表與勞動者團體之代表協定某項條件而為將來勞動契約當事人所宜援用遵守者，謂之團體契約。例如紗廠職工不滿於其勞動條件而同盟罷工，其職工之間，如早經設有工會 (syndicat)，則由該會之代表，如其無之，由職工團體中選出代表，向業主提議增加工資，減少工時，削除或減輕廠規中之科罰以及其他勞動條件，業主亦與之折衝談判，結局協定今後非某某條件之下，業主與勞動者間，不得訂立勞動契約之旨。此即團體契約也。特舉標本的事例以便讀者了解耳。團體契約此外尚可於種種形狀之下訂之。即團體契約之訂立，不必常在同盟罷工之後。當平居無事之日，業主與工會間得訂立之。團體契約之當事人一方，不必為同種職業之勞動者，職業不同者亦不妨。或為一地方之一切勞動者，不問其職業如何也。在業主方面，有時一人，有時數人，有時為數人以上之團體。業主之間有協會，則其協會得為當事人。但業主一人得為當事人而勞動者必須多數，此團體契約特徵之一也。團體契約不必限於勞動條件之協定，此外如業主不得用工會以外之勞動者，工會常須應業主之需要而供給勞動者等條款，亦得為協定契約之目的。

團體契約為勞動契約之預備契約。單協定勞動條件，而非訂立勞動契約。故業主不因團體契約而負雇用勞工支付工資之義務，勞工不因團體契約而負勞動之義務。唯將來業主與勞工訂立勞動契約時，有恪遵團體契約

所載勞動條件之義務耳。團體契約非使業主及勞工負訂立勞動契約之義務，故業主如見其營業不利，自不妨歇業，不必訂立勞動契約，勞工亦不妨改業他就，不必要訂立勞動契約。惟如訂立勞動契約，須遵照團體契約之條款耳。由此觀之，團體契約頗類行政官廳所頒之鐵路運送規則。鐵路運送規則規定一定之運送方法及運費，客貨之賴鐵路運送者，悉應遵之。惟其與團體契約不同者，鐵路運送規則係公的規則，拘束一般人，凡欲訂鐵路運送契約者，必須遵守之，團體契約係私的契約，惟於能援用該約者有效耳。能援用團體契約者，不獨契約當事人而已，若團體契約中約定某第三者亦得均沾該約之利益，則此第三者亦援用此約而受其拘束。然如不援用，則不受其拘束。故團體契約初固不拘束特定之第三者，何況於一般人。且欲訂鐵路運送契約者，於鐵路運送規則以外不得附加一事，而援用團體契約之條款訂立勞動契約者，不妨約定團體契約所不禁之事項。又團體契約酷類民法中買賣借貸及其他契約之規定。民法中之契約規定，概為補充的規定。當事人之意思欠缺，則補充之。故當事人訂立契約之際，苟於民法之規定不表示反對意思，視為當然遵照該規定者。然團體契約協定勞動條件，訂勞動契約者必須遵照之。故謂團體契約係若干私人制定之法律，亦非過言。若使私法可稱係私人所制定之私人間之法律，則團體契約確係一種私法也。民法與團體契約不同之點，民法固係一種法律，一般人有遵守之義務。惟其於私益規定，當事人得表示反對意思不必遵從之耳。反之團體契約止為私人間之契約，受其拘束者，止契約當事人及能援用該約之特定第三者而已。即此等人訂勞動契約之際，須從團體契約之條款，不得表示反對之意思而不遵守之也。

所謂團體契約 (conventions collectives relatives aux conditions du travail) 乃關於勞動條件之團體契約之略語也。或稱工資率契約 (Tarifvertrag)，失之過狹。蓋規定工資之標準，固為團體契約之主要目的，然其目的尚不止此，此外亦協定種種勞動條件也。又團體契約不可與勞動者團體之契約 (contrat d'équipe) 混淆。團體契約協定勞動契約之條件，而勞動者團體之契約，乃業主一人與多數勞動者直接訂立之勞動契約也。

第二 效用

團體契約盛行於近時歐美工業社會，所以法院亦承認其效力。其於社會上經濟上之效用頗為廣大。夫孤立微弱之勞動者，不足以與強有力之資本家抗衡，及結合而為一團，同心戮力以抵當資本家，始能與資本家立於平等之地位，討論勞動條件。古諺所謂「團結即勢力」者，於是乎驗矣。所以團體契約，實有應時而起之必要。蓋機械工業之發展，業主間之競爭，勞動者之過多等種種結果，勞動者之生活，陷於悲慘之極，而其反動則發生勞動者自衛之方法，故團體契約之發生，勢也。從來勞動者之境遇，不啻牛馬機械，團體契約實從此境遇拯救勞動者，俾保有人類尊貴之面目，而知勞力貴於資本者也。此所以團體契約，大有裨於改善勞動者之命運而增進其地位也。更反觀業主方面，因其屢遭同盟罷工之損害而思欲有以避免之，於是與工會訂約，可使工會負責檢束放縱無賴之勞動者行動。勞動者違約時，大抵無力賠償損害，工會係法人，當然有若干資產，故損害可必得賠償。且業主因團體契約而可免同業者之競爭，以同業者大抵為同一之團體契約所拘束，不能在一定工資率以下雇用勞動者，自然不

得以低廉之工資減少生產費而使同業者失敗也。由此觀之，團體契約之於業主，有益而無損。再由社會一般之利益點觀之，則可消弭勞資間之風潮，減少奢侈遊惰之民，及貧窶凍餒之人，人人各得其所，勵精從業，以保持社會之和平，其利益孰有大於此者耶？就以上勞動者業主社會三方面觀之，可知團體契約，有利無弊。凡個人間之勞動契約，受一職業或一地方團體契約之拘束，一職業或一地方之團體契約，更受其上級團體契約之拘束，上級之團體契約，成於一國勞動者及業主之代表之合議妥協，一國內之勞動條件，其大綱相一致，則勞動法典可逕由契約而成就。更進而訂立國際「團體契約」，則變今日之無政府的制度而為勞動階級團體意思之合理的制度，從根本改革勞動制度，生產上別開一新生面，肇造世界之和平與人類之幸福，亦非難事。此所以宗教家，自由主義者流，社會主義者流等，生平所持意見，雖冰炭不相容，而於團體契約之將來，均懷莫大之希望也。

第三 性質

關於團體契約法律上之性質，異說紛紜，無所歸宿。所謂「法律論的構造」(constructions juridiques) 尙未完成。或以一般法理極難說明其性質，遂謂非待法律之規定，不得解決者。或謂立法者惟確定契約之性質而非創造之者，故雖無法律之規定，而理論上非不可論定其性質。試將關於團體契約之性質諸說列舉於後。

(甲) 無效說 團體契約無效之理由亦有數端。

第一，昔在法國刑法四一四條，規定「勞動者企圖罷工而同盟者罰之。」然訂立團體契約，勞動者不能不同

盟，且時有罷工之必要。既禁止勞動者之同盟，則團體契約決不能成立。假使訂立，亦歸於無效。其後於一八六四年五月二十五日之法律，乃改正該條「用暴行詐術而同盟罷工或企圖之者罰之，」不禁勞動者之同盟，故爾後能自由訂立團體契約。日本舊刑法二七〇條二七一條，實出於法國刑法四一四條之改正文，故日本勞動者當初即有團體契約之自由。然尙未有爲如此契約之實例。殊於本年（四十一年）十月一日施行之新刑法，廢止舊刑法二七〇條二七一條，而不設替代的規定，但團體契約不因刑法之規定而無效。據日本「治安警察法」關於勞務之條件或報酬，使他人加入協同行動之團體爲目的，而爲暴行脅迫者，課以若干之體刑及罰金（同法一七條三〇條）。關於勞務之條件或報酬，爲協同之行動而組織團體，爲該規定所弗禁。又以平穩之手段，勸他人加入團體，亦非該規定所禁。故毫不妨團體契約之成立也。

第二，團體契約妨害業主及勞動者之自由，即反乎公共秩序，故爲無效。所謂團體契約妨害業主及勞動者之自由，有兩種解釋：（一）有團體契約時，業主及勞動者欲訂勞動契約，必須遵照團體契約所載之工資率，無商議工資額之自由。且團體契約所載之工資率，係從勞動者多數之意見。少數之勞動者爲多數而犧牲自己之自由。此所以團體契約妨害業主及勞動者之自由一也。此論殆無辯駁之價值。契約當事人受契約之拘束者，出於自願，毫不毀傷自由。又某團體之少數人從多數人之意見，是亦其所豫期，不得謂毀傷自由。若不欲從多數人之意見，不如不加入團體。故團體契約毫不妨害業主及勞動者之自由。故非反乎公共秩序也。（二）在團體契約，通例業主尤

於一定工資率以下，決不僱用勞動者，而勞動者亦允於一定工資率以下，決不備於業主。原以防止勞動者間及業主間之競爭，故為重要約款，實團體契約之骨髓也。然此項約款不獨以契約當事人須從一定之工資率為足，其於業主僱用第三者之勞動者及勞動者備於第三者之業主時，亦適用之。業主欲僱用第三者，止須支付規定之工資，故尙可忍受，至於勞動者，當初不備於相對之業主，或一經僱傭而後被解雇，若尙須從此條件，止有餓死而已。豈非過分限制個人自由反乎公共秩序耶？此所以團體契約妨害業主及勞動者之自由二也。凡屬一種契約，多少拘束當事人之自由，上述之約款為不作為契約，固拘束當事人之自由，然而當事人自允限制其自由，不外乎行使自由權，使其契約生效力，即所以尊敬其意思也。但如約定永不與第三者立約，則為自由之拋棄，而團體契約必期限較短，且多止行一地方，故不反乎公共秩序，與一般之契約同，不得以為無效。

第三，團體契約不發生法律上之拘束力，不發生契約上之義務，故為無效也。此說之要旨曰：團體契約，不備民法上之契約性質，不過為勞動契約之準備，當事人間直接不生何等之義務。迨業主及勞動者從團體契約之旨趣，而訂立勞動契約，始生契約上之義務。團體契約不可代勞動契約，必也更訂勞動契約。發生契約上之義務者，不在團體契約而在勞動契約。團體契約不過為業主之宣言，概迫於同盟罷工而為之。該宣言確定勞動者僱傭之條件，所以代業主他日單獨制定之廠規者也。故毫不發生契約性質之義務。此非普通法之契約，乃和平條約之一種也。業主若不遵守，唯有同盟罷工為其制裁耳。勞動者若不遵守，唯有放逐而已。且如團體契約無期限，則當事人之一

方無論何時得解除之。至有期限者，有經濟上之變動時，亦難恪守。故團體契約，唯因當事人之任意服從而成立，即無法律上之拘束力。故曰無效。此論誤謬之第一點，即勞動契約發生契約上之義務而團體契約無之是也。夫團體契約固非勞動契約，自不能代之。團體契約定勞動條件，俾後來訂勞動契約者必須依遵之，爲其目的。當事人訂如此契約時，果不受其拘束耶？果不發生契約上之義務耶？如此契約，在法律上得拘束當事人，極爲明白，毫無疑義。其誤謬之第二點，因事實上當事人不履行團體契約，遂以爲法律上亦無履行之義務。團體契約既於法律上得拘束當事人，則當事人有履行之義務，假令事實上當事人不履行，契約之性質不因是而喪失。若當事人一方不履行之，則他方可請求履行契約，或賠償損害，或藉口對方不履行，已亦得拒絕其履行。若當事人雙方均不履行，又不能奈何，雖然，世間之契約因當事人雙方之怠慢而不履行者，非甚多耶？故團體契約不能因此而無效也。

(乙) 委任說及無因管理說 據委任說，業主及勞動者之會或團體之代表訂立團體契約，因會員或團員之委任，而代理之也。對於此說之非難，即會員或團員果將團體契約訂立權委任其代表乎？會員或團員中有不委任之者，乃普通之事實也。尤其是同盟罷工之際，業主及勞動者中之有力者，自進而議定勞動條件，以解決紛難，非豫受其他之業主及勞動者之委任而後從事。甚至團體契約訂立後，加入會或團體者亦必受該約之效果。此究不能以委任說明之云。於是提出無因管理說以避此非難。以爲會或團體之代表，爲會員或團員管理事務，而訂立團體契約，故此約對於本人當然發生效力，不須豫有本人之委任云。抑對於委任說及無因管理說，有重大之駁論，可

與以致命傷。業主及勞動者之會或團體之代表訂立團體契約時，該會或團體爲契約當事人，其相對人若不履行，得求其履行或賠償損害，若自己之會員或團員不履行，須對相對人負其責任。否則團體契約，殆等具文，毫無用處。然據委任說及無因管理說，會或團體之代表不過爲會員或團員之代理人或管理者而已，其所訂契約上之權利義務，逕歸於會員或團員，會或團體非契約當事人，不過爲當事人之代表而已，故與當事人間之法律關係無涉，不能主張契約上之效力。得主張之者，獨有會員或團員耳。是反乎團體契約之意旨，故二說均不足以說明團體契約之性質也。

(丙)爲第三者而訂立之契約說。此說以爲團體契約，卽爲第三者而訂立之契約。今日各國民法，雖有少相異，均承認之。據法國法，爲第三者而訂立之契約，原則上無效。因一則債權人使其契約履行，初無利益，二則第三者非契約之當事人也。但債權人使其契約履行而有利，則爲有效。此債權之目的，須能換算爲金錢之結果也。然如不能換算爲金錢者，亦能爲債權之目的，則債權人爲第三者而訂立之契約之履行，必有何等之利益，故不得藉口無利益而無效之也。德國民法，則有得依契約約定給付於第三者之規定。此時第三者取得直接請求給付之權利。但第三者之權利，與契約同時發生乎？抑在某種條件之下發生乎？依契約之目的而定。日本民法亦然。當事人之一方，約定給付於第三者，則該第三者對於債務人有直接請求其給付之權利。此時第三者之權利，因對於債務人表示享受契約利益之意思而發生。故照日本法，第三者之權利，在某條件之下發生者也（民五三七條，三九九條）。

法國民法三二八條，法國民法一一一九條，一一二一條。要之爲第三者而訂立之契約，必有債權人債務人及第三者三人。債務人對於債權人約定給付於第三者，適用於團體契約，則工會（債權人）對於業主（債務人）約定某項勞動條件，業主有從此條件而與勞動者（第三者）訂立勞動契約之義務。故如業主不從團體契約，工會得請求其履行契約或賠償損害，勞動者亦得爲同一之請求。與委任說及無因管理說，謂不過勞動者得對於業主主張契約上之權利而工會則否者，大異其趣。此所以爲第三者而訂立之契約說頗中肯也。惟提倡此說者以爲村里爲居民之利益而與煤氣公司自來水公司訂立契約，今日頗爲流行，居民照納契約所定之費，可使用煤氣與自來水。此顯然爲第三者而訂立之契約，團體契約，完全與之相同。然詳核此說，紕繆甚多，決不能承認。（一）爲第三者而訂立之契約，止約定第三者之權利，而不約定其義務。然在團體契約，勞動者對於業主，非獨取得權利，並亦負擔義務。尤其如業主公會爲業主而協定勞動條件，以約定義務爲主。約定第三者之義務者，豈得爲爲第三者而訂立之契約哉！（二）且工會會員違反團體契約之規定條件，業主固可向工會請求賠償損害，而工會對於其違約之會員亦常有求償權。又如工會會員之一人，違反團體契約，加損害於他會員，則他會員對於違約者，亦不得不請求賠償損害。假使與爲第三者而訂立之契約對照，則工會對於會員有求償權，是債權人對於第三者有求償權也。一會員對於他會員，有請求權，是第三者對於第三者有請求權也。豈非咄咄怪事耶？既有此二大缺點，其餘細目可不論，爲第三者而訂立之契約說，不足以說明團體契約之性質也明甚。

(丁)團體法理說 欲知此說，必須一言團體契約之效果。假使想像最複雜之事例，業主公會與工會之間，訂立團體契約。此時團體契約發生效果如次：(A)對於他會；(B)對於他會會員；(C)對於己會會員有訴權。若會無訴權，止會員有訴權，則力微如勞動者，難實行契約上之權利。又若會對於會員有訴權，對於他會無訴權，則會員如係勞動者，難得其充分之賠償。然則團體契約，殆歸於無效。此所以會對於他會有訴權也。至會對於他會會員及對於己會會員有訴權，無須說明。復次會員及可援用團體契約之非會員(A)對於相對人所屬之會(B)對於相對人(C)對於各會會員有訴權。此最後之訴權，限於會不行使時有之。會員違反團體契約時，不問其屬於何會，因他會員受損害，故得問其責。最後非會員間，訂立勞動契約時，團體契約時或有為契約的習慣(usage contractuel, Geschäftsgewohnheit)之效力，當事人不妨援用之。然委任說及無因管理說不能說明會對會有訴權。為第三者而訂立之契約說不能說明會對己會會員及會員對於他會員有訴權。於是團體法理說以補之。其要旨謂會為法人，會員乃組織法人之細胞。故法人之行動，拘束會員。法人從其目的而訂立之契約，會員亦應遵守。若違反之，則應任其責。會對於己會會員，或會員對於他會員有訴權，舍此別無說明之方法。以上所舉團體契約之效力，因此悉可充分說明之。故說明團體契約之性質，以團體法理說為最適切。然此說尚不足使吾人首肯。(一)所謂會員乃法人之細胞，法人之行動拘束之云者，是混同會員與法人而不認各有獨立之人格者也。法人訂立之契約，止拘束當事人之法人，第三者之會員，當然不受該契約之拘束。會員委任法人訂約，或法人管理會員之事務，或

爲會員之利益而訂約，會員始受該約之拘束，或享該約之利益。決無單因係會員之故，當然受法人契約拘束之理。

(二) 業主或勞動者之團體而非法人，訂團體契約，據團體法理說，非團體契約，乃各個勞動契約之積集而出於特別之委任者也。然非法人之團體，訂立團體契約，今日所流行之事實也。團員不因團體契約而徑負勞動契約上之義務。而未嘗特別委任之團員，以及團體契約訂立後新加入之團員，均受團體契約之拘束，與法人訂立團體契約無異。故團體法理說不能說明非法人團體之團體契約也。

(戊) 無名契約說 以上諸說悉不足以說明團體契約之性質。團體契約乃順應社會新事情而發生之新式契約也。如強欲納諸舊制度之內，則反乎事理。凡契約不抵觸法律之規定，不反乎公共之秩序及善良之風俗，乃有效也。團體契約無可無效之理由，實際上效用極大。且法律不限定契約之種類，不妨發生新式契約。是故團體契約，認爲一種獨立之無名契約，從其目的并當事人之意思，俾發生充分之效力，實屬正當。若夫法律特定爲一種有名契約，則更妙矣。

第四 立法例

關於團體契約有稍完全法規者，爲澳洲及瑞士。其次對於業主或勞動者之團體，許與訴權而保障其履行者，爲北美合衆國及比利時。至其他諸國，關於團體契約法規闕如。法國一九〇六年七月二日政府提出勞動契約法案於議會，其中包含關於團體契約之規定。該法案固未經確定議決，且有多少之缺點，可爲批評之題目，第詳加批

評，嫌涉煩瑣，茲惟譯錄本文以供參考。

第二章 關於勞動條件之團體契約

第十二條 在勞動之個人契約成立以前，一人或數人之僱用人與受僱人之會或團體間，或雙方照一定方式（照會章所定或其他）而特別委任之代表間，得訂立勞動之團體契約。

此項團體契約規定某種條件，將來得要求適用該約款者間訂立勞動契約時應遵照之。

僱用人得約定在團體契約有效期內止適用該約於特定種類之受僱人或直接間接（依代理人）參與議約之受僱人。

受僱人得約定止與簽字僱用人訂約時或團體契約期內一定地方之某僱用人訂約時應遵照團體契約。

第十三條 關於勞動條件之團體契約，須記載於書面。團體契約證書，須提出於工會之祕書課，如無工會，則訂立團體契約地方之治安裁判所書記課。不提出，則無效。

其有求通知者，無償與之。證明謄本依利害關係人之請求隨收費用而交付之。

證書之提出，由用意周到之當事人以共同之費用為之。

書記報酬，契約通知方法，費用及收受報酬之方法，以勅令定之。

第十四條 團體契約之期間，不得超過五年。

團體契約如不規定有效期間，則認為拘束當事人一年。

當事人如於預告期間或（不規定此期間）契約之滿期前不解約，則與前期相同之期間繼續有效。

第十五條 如會章或團體契約中無反對之條款，則受僱人及僱用人，其為參與訂約之會或團體之會員，抑或訂約後入會或加入契約者，均視為服從團體契約上之義務者。

第十六條 僱用人及受僱人依前條規定而視為服從團體契約上之義務者，訂立勞動契約時，團體契約所定之規則，不拘有反對之契約，支配勞動契約上之關係。

第十七條 惟勞動契約當事人之一方可視為服從團體契約之約款者，苟無反對之契約，勞動契約上之關係，適用團體契約之約款。

然對於非團體契約之當事人尚應遵照團體契約者（一二條三項四項）如承認反對團體契約規定之條件，則民事上得以不履行義務之理由訴追之（一二條三項四項）

第十八條 對於一職業或一地方，關於勞動條件止有一團體契約，且該約曾依第十三條提出於工會之祕書課或治安裁判所之書記課，苟無反對之證據，推定僱用人及受僱人，在團體契約期內承認團體契約規則為其勞動契約關係之準則者。

第十九條 會參與勞動條件之團體契約，則其義務由團體契約定之。

第二十條 會爲勞動條件之團體契約之當事人，則得爲己或爲其會員行使團體契約上之一切訴權。

會對於團體契約之當事人會，個人或己會會員，不履行契約，則得請求履行契約或賠償損害。

受僱人之會或團體與數僱用人訂立團體契約，則各僱用人及各會員或各團員，對於不遵守團體契約上之義務者，得請求履行契約或賠償損害。

第二十一條 本章之規定，凡訂立勞動契約者，得援用之。

（載於明治四十一年六月七月九月十一月十二月京都法學會雜誌此稿未完）

第三章 家族制度

第一節 家族制度之變遷

財產關係與親族關係，究爲人生所不能免，凡人類生息之處，無不有之。比利時愛彌爾德斐勒嘗謂關於此種關係，世界人民悉經同一之程序而發達進步，其所著土地所有權之原形書中，關於土地所有權最近之變遷，謂由村落土地共有制，推移於個人土地專有制，而療治今日個人競爭貧富懸隔之病，莫如恢復村落土地共有制，故應改革繼承法，以開土地國有之端，復村落共有之舊觀。法國魯羅波利對於是認土地共有之意見，有所駁擊。該國古代法大家夫斯脫德古崙鳩復從歷史上指摘其非，謂個人土地所有權，早已確定於古代希臘羅馬，初無土地共有制之痕迹。故吾人對於愛彌爾德斐勒之言，欲加多少之保留而信之。譬如大潮流，就其附近或局部觀之，或溯洄，或旋轉，或逆行極異樣睽離之觀，然其本流，則渾渾然沿一定之流域，奔馳不已。財產關係姑舍之，至於親族關係爲古來數千載間所遵循，現在尙行於地球上各民族間，其制度習慣至爲複雜，孰爲醇正，洵不可知。然開化人民之間，自有一大趨勢。即家制或家族制度是也。此制發生於數千年前，今日人民尙有墨守之者，或已捨此而進於個人

制度者。

吾嘗讀夫斯脫德古崙鳩所著古代市府一書，見其描寫古代希臘羅馬之家族制度，令人神往，儼若說明日本之家族制度，唯此非歐洲之現行制度。故古崙鳩敘述之也，出入古籍碑版，旁搜博引，考證尤力，雖其眼光筆力迥異常人，猶且不免有遲疑顧望之態。然在吾輩讀者，覺極明白透澈，絕不見有晦澀處，良以吾人生息於其制度中也。復思古代希臘羅馬與日本，時隔數千載，地距數千里，其制度相同，如合符節，是豈偶然耶？其後涉獵商那門之原始制度，亞爾弗列德瓦西之長子權，波爾基德之女子地位等書，見其敘述印度希伯來等之家族制度，與古崙鳩所記略同，而後知家族制度，發源於印度，經希伯來而西入於羅馬。當其初年，其制頗嚴，嗣漸衰弛，及共和政治之末葉，漸滅無遺。然其戶主權於親權夫權形態之下，至今尙留多少之餘影，更經中國朝鮮而東入於日本，即爲現在之制度。是雖不過吾人一家之臆斷，未能舉確實之證據以論之，然由事實歸納原則，先假設原則而後向之蒐集事實，往往爲學者所取之方式，故吾人亦效之，姑設此假定，而後徐圖證明之。吾人以家族制度爲貫串文明國民間之親族關係之大潮流者，職是故也。唯印度以西之事，西洋學者研究頗詳，蓋印度與古代希臘羅馬之間，於其語言思想習慣制度等諸點，有密切之關係，殆已證明。古崙鳩以印度人與古代希臘羅馬人本爲中亞細亞阿利安種之分支而離居於東西者，是亦一說也。然以其年代考之，似印度之文明較早於古代希臘羅馬。若印度以東之事，固屬吾輩後學所研究之領域，而吾輩未能詳悉其思想制度之聯系，至可愧也。請先據西人之研究，一觀家長制度之於印度希

羅馬爲狀如何？其於羅馬如何滅亡？影響於今日歐洲諸國之制度何如？嗟夫！吾人生於交通日開，四海一家之世，探古今東西之事實，發爲古人所未知之論，聊資真理之闡發，何其幸耶！

印度家族，有共同祖先者之團體也。當初止爲夫婦親子數人之團體，其後子孫漸繁殖，遂至包含數十百人之家族者有之，或分而爲數家數十家而成一村。村落者有之，家必有戶主，最重祖先之祭祀，祭祖卽爲其主要之職分。蓋印度人之思想，以爲祖先之死亡者，其靈尙在，朝夕受饗，浴寡婦兒孫之愛情，若絕其祭祀，則祖先之靈魂，漂泊於地上，而爲幽厲惡鬼之類，不能生息於天上極樂界。故子孫第一義務，在繼續祭祀。婚姻亦專爲此目的而舉行。摩奴法典曰：『妻舉男子，與其夫及其夫之祖先以天也。』故夫得與無子之妻離別。若夫或羸弱，自無生子之力者，則可賃其妻於其弟及其他近親之人。摩奴法典曰：『親族任此職分者，浴乳汁而守沈默，夜與寡婦或無子之妻接近，俾舉一男子，決不可使舉第二子。』得奉行祖先之祭祀者，僅限於長男。蓋祖先之血統，惟依男子傳承，且以長男最接近祖先，故最適於祭祖。摩奴法典又曰：『第一子爲盡義務而生，餘子則爲愛情之結果。』若生女不生男，則將以其女所生之男爲其子。若子女全無，則得收養他人之子爲己子，是皆出於祭祀繼續之必要者也。約翰累波克論祖先教之起原曰：『昔人不解死亡爲何物，大致以死亡爲睡眠之類，人皆天明而起，見其同輩亦皆起而活動。有一人不起，偃然而寢，呼之不聞，觸之不覺。意者此人昨日視息行爲與他人同，今則如此，是尙在熟睡之中耶？回憶夢中所遭遇，死者亦在夢寐恍惚之間，知饑渴，有喜怒，忽之則觸其怒，奉之愈謹，則愈博其歡心。乃供酒肴而崇拜之。此祖先教之』

所由起也。」是亦一說也。

至於財產傳來財產與所得財產有別：因戶主己力而取得之財產，歸其自由處分，至於祖先傳來之財產，爲家人所共有，戶主不能專有。如欲讓與他人，須得家族之同意。戶主乃管理此家產，以其收益供祖先之粢盛，且充自己及家族之給養。戶主死亡，則開始繼承，家族有請求分割家產之權利。然由祖先教之觀念，實際行之者極稀，通例尙止於共有之狀態，使長男代前戶主繼承其地位。然家族人多，則在戶主之生前，或死後，有依家族之要求而分割家產，俾各成一家者。此時戶主或長男之取得部分，爲他家族之一倍。或長男至少取得祖先之住宅，然關於長男之特權，頗有異說，且似因地而異。

印度之家制，不獨爲私法上之制度，且又爲公法上之制度。於此有一家，分而爲數家或數十家，成一村落而生活。其中央建設殿堂，爲祭祖之處。經歷年所，雖頗有外人混入於其間，然住於此村落者，認爲皆出自同一之祖先者也。而此家族團體，或村落共同團體，有共有之土地，例歸宗家之戶主管理。不獨此也，宗家之戶主任村落內部之公務，辦理警察審判課稅等事。宛然與日本公法人市町村之首長職務相似。唯此不過一時的選舉的，與彼永久的世襲的異也。

以上所記，爲印度家族制度之梗概。傳承三千年，至今殆無所異也。蓋印度氣候酷熱，足以破碎人之心力體力，致無向上邁往之氣象。故古代希臘羅馬人，夙已脫離此制度，上自由進步之途，而印度尙彷徨於此陋境。於是吾人

不得不想及英人白芝浩之言曰：「宗教之設，乃豪傑之士，用其權謀術數，以籠絡人民，而圖其團結之鞏固也。一時頗發生效力，然日久漸生沈滯固定之弊，拘束人民之自由，致不能振拔，故能早破此迷信，而超逸之者興，否則亡。」此豈非說破東西文明相異之點耶？

捨希伯來不論，古代希臘羅馬之家制，亦頗與印度之家制相似。必先有一屋宇，其傍有一區地，即祖宗墳塋之所在也。家之中央安神火，是祖宗靈魂之所寄也。須永久保持，若有消熄，即爲災厄之兆。神火清淨神聖，切忌不潔之行臨其前。其崇奉之團體即爲一家族。故古代希臘羅馬之家族，崇奉同一家神者之團體也。其團體之長爲戶主，戶主爲一家之大僧正，同時亦爲其統治者，其權力極爲偉大。而以祭祖，爲其主要之職分。蓋古代希臘羅馬人亦以爲死者之靈魂與其肉體共休息於地下者，若不依一定之儀式以葬之，則其靈魂彷徨宇宙，祟及人間，歲時不供酒漿等物以祭之，則祖先永在地下饑渴。至刑死者曝屍原野，任鳥雀之剝啄，所以懲罰其靈魂也。故死者之葬祭尤嚴。其所以圖得子孫而繼續祭祀之者，不獨爲對於自己祖先之本分，亦爲自己死後安慰其靈魂之道耳。婚姻則爲妻者，將去母家之家神，而崇奉夫家之家神，其儀式從此旨趣而作。新婦整冠乘轎，炬火照前，唱讚美歌者從之，新郎迎至其家，將踰門闕，新郎抱起新婦，俾其足不觸門闕。於是新婦微發叫聲，隨從婦女作防衛之狀，以其愈將絕母家之關係，而爲夫家之人也。既入屋內，延新婦座於神火之前，洒神水於身，禱告於神，而後新夫婦共分割麵包果實而食之。禮畢，新婦全然爲夫家之家族，與新郎共仕於家神，而爲共同生活。彼羅馬五大法曹之一摩德斯登嘗下婚姻之定

義，謂爲神事及人事之共通者，此之謂也。婚姻之目的，在得子孫以繼續祖先之祭祀，故妻不生子，夫得放逐之。苟不育之原因在夫，則有使近親攝行夫事者。父有女子，得以女子所生之男，爲自己之後嗣。若子女全無者，得收養子，略與印度之制度相似。希臘則無子者得蓄妾，認妾子爲嫡子。古代羅馬，風俗嚴厲，殆不能離婚。蓋夫婦同奉一家神爲其結合之基礎，解除夫婦關係，卽破壞神事，故極重視之也。然亦非絕無其事。離婚始見於羅馬史者，如加爾伯利斯利加之事是也。利加氏爲豪族，極愛其妻，以無子而離之。因結婚禮曾宣誓爲得子而娶妻，故爲此宗教心而犧牲其愛情也。若夫蓄妾及認領私生子，全然爲古代羅馬所不知。

戶主對於家族奴隸及家產，權力極大。其於家族及奴隸，有生殺之權，遺棄出賣之權，及懲戒之權。親權夫權，爲戶主權所吸收。戶主之子，直接服從其父之戶主權。戶主之孫，亦直接服從祖父之戶主權。父止爲家族，對於己子，並無何等權力。又戶主之妻，直接服從其夫之戶主權。如夫非戶主，妻亦不服從其夫之權力，而服從戶主之權力。希臘之風俗，寬緩溫和，戶主對於家族及奴隸之態度，事實上不如羅馬之峻刻，然其制度殆相同。一切家產，均歸戶主專管，依家族及奴隸之勞力而得之財產，悉爲戶主所有。古時羅馬禁止戶主與家族之間買賣者，以家族之所得，卽爲戶主之所得，戶主將財物賣給家族，無異於自己對自己買賣也。至於繼承，不行長子繼承制度，戶主之遺產，分配於數子。然在希臘，長子有繼承祖先住宅而繼續祭祀之特權，迄於德謨斯登時尙然云。紀元後羅馬全無長子權之痕迹。然在嚴格家庭制度，必認長子繼承制度，故紀元前羅馬當必有長子權。羅馬當初如克羅茄家，樊比亞家等豪族，

各有數百千人之家族云。設非有長子權，安得包含如此多數之家族耶？紀元後不認長子權者，可見家族制度已向傾頹之運。今如一家之戶主死亡，數子分配其遺產，各自立家，點神火，祭家神，則祖先之家與掃墓之禮，似將廢絕，是決不可想像者。故必繼承人中之一人，受祖先之住宅及墓地者，繼續奉行祭祀，其人殆即長男。至於女子，受其兄弟及其他男子之監護，雖得參與其父遺產之分配，而不能別立一家，自爲戶主。且雖不認長子權，而實際繼父祖之家者爲長子，因次子以下或爲他家之養子，或與孤獨處女結婚，或再興絕家等，早去其本家，繼承本家者，概不過長子一人云。

古代羅馬，有氏族（*gens*），有類印度之家族團體或村落共同團體。此乃有共同始祖者之團體，其始祖死既遠，其子孫奴隸等，相集而成一團體，祭共同之祖先，有共同之名稱，自理裁判警察等事，宛然形成自治團體。其後範圍漸廣，屬之者漸多，其中遂生家族（阿克那西），近親相集，別成一團，祭其最近之祖先，及是氏族崩壞。其後家族制度漸衰廢，血族（可克那西）制度代興。或稱家族爲法制的親族，血族爲自然的親族。此羅馬親族關係推移之梗概也。

羅馬之家族制度，止爲私法上之制度乎？將兼爲公法上之制度乎？似「十二銅標」制定以後，專爲私法上之制度，而其以前則爲公法上之制度。夫家在於國之前，當初所謂國者，係家之聯合體，而代表各家參與國政者，即戶主其人也。君主制，係模仿戶主制而作，亦足以證之。當此之時，家完全爲自治團體，戶主統轄之，實行刑罰權。凡一家

內之事，一任戶主之專斷，國權毫不能及。當時之戶主，比現在國家之公吏市長村長，更有權力。羅馬建國當初，政權歸於貴族之手，貴族依其門閥而世襲軍職或法官云。而此等秉政者自必為貴族之戶主。此所以謂當初之家族制度，帶有公法制度之性質也。

希臘之家族制度，殆不為立法之目的，而羅馬之家族制度，其初為嚴格制度之目的，堅決維持，及共和政治之末年，遂歸於廢滅。抑其廢滅之原因如何？吾人就其制度之各部，細敍其變遷之迹，不免煩瑣，茲將認為其廢滅之原因者，列舉於后：

一 宗教心之減退

嚴葬祭以安祖靈，似為深入人心之宗教觀念，羅馬之家族制度，亦由此觀念而作云。在蒙昧時代，以為死者之靈魂，欲飲食，感苦樂，與生人同。及人智稍開，此項迷信不得不消滅。子孫之祭祖先，不過表示追念先人功德之誠悃而已，非為安祖先之靈魂也。既非安祖先靈魂之意，則子孫固可奉行祭典，而無必須永久奉行之理。夫羅馬之剪滅希臘也，希臘之文物技藝，反源源侵入羅馬，羅馬人之心思為之一變。乃如詭辯哲學，嘲罵靈魂不滅之說，或冷笑祭祀祖先之俗。甚至以身作則，遺囑以屍餌獸（薩那米古代法及原始習慣九二頁注）。加以基督教一出，倡道唯一真神，嚮之宗教的觀念，供酒食於墳墓以療祖先之飢渴者，從根本傾覆。且基督教之道德，以為男女婚姻，則男子應去其父母而從妻。從此浸成親子別居之俗。從來之夫婦，以崇奉同一之家神為其結合之基礎，子雖娶婦，不能離去

父母之家，尙受父母之嚴厲監視，鬱屈而不得伸。基督教之倡此主義，欲救出之也。夫人慾之難制，有如烈焰洪水。聞鼓舞之說，孰不踴躍以從之者耶？是故子已娶婦者，皆去其家。祖先之威靈，亦無奈之何。且基督教之道德，父母有爲子經營之義務，子無爲父母勞作之義務。故婚姻非爲過去而爲將來，不爲祖先而爲子孫。蓋基督教確爲破壞家庭制度之一楔子也。夫家族制度所由成立之宗教心，既經顛覆，則家族制度，亦不得不從而倒塌也。

二 國權之干涉

有如前述，當初之國家，乃家之聯合體也。家爲國內之小國，戶主卽其主權者，對於家內行其絕對無限之權力。及國權益盛大，其作用益整備，國家不許無數之小國存立其中。君主忌戶主之權力而必損抑之，破滅之，必然之勢也。於是國權干涉之，曩者一任戶主之統治，今則告家族曰：來，吾保護汝，戶主若殺汝，吾必殛戶主，戶主若虐汝，吾必罰之。家族既得國權直接之保護，對於戶主反占強大之地位，無須戶主之保護，是亦家族制度破壞之一大原因也。

三 家族參與國政

昔家族制度爲公法上之制度時，惟戶主任國務，有官職。任戶主者不必常爲賢明之人，而家族中轉有英俊之材。當國家無事之時，凡庸之戶主，高枕有餘，一旦邊疆有憂，紛亂難治，則不得不需人材。於是家族中之英俊者起而應之，或將三軍以掃蕩國敵，或爲賢明法官，運用其手腕以排難解紛。觀察戶主作如何之狀耶？或荷干戈而爲家族所統率之兵卒，或爲訴訟人而到庭受家族之裁判。卽公法上戶主與家族之別，完全消滅，家族與戶主並立，參與國

甚。務夫公法上戶主與家族完全立於平等之地位，或家族反立於戶主之上，則私法上戶主不能長保優越之權力明甚。

四 家族所有財產

在昔家族完全不能所有財產。因其勞力所得之財產，悉歸戶主所有。其後家族亦漸得所有財產。初家族所得之特有財產，止為從戰而得之捕獲品與賞金之類。繼而家族服務而得之俸給，亦得為其特有財產。其後法律承認家族之繼承權，且因工商業等經濟益發達，家族取得財產之途益廣。夫家族服從戶主之權力而唯命是聽者，以無財產所有權，不爾則不能生存於世也。今也能所有財產而獨自營生，則已無須服從戶主之指揮監督。昔時列於家族中之奴隸，亦因經濟狀態之變遷，得獨立所有財產，脫離戶主權而為自由人，故戶主之權力益小。

五 普通法及自然法之發生

羅馬初年，止行國民法，專支配羅馬人。其後各國人民輻輳於羅馬，為支配此等外國人間之關係，及外國人與羅馬人間之關係，乃發生所謂普通法。普通法者，採擇普通通行於諸國民間之習慣制度而成。於是羅馬法曹之間，觀念為之一變，曩者重國民法而輕普通法，其後地位完全顛倒。又希臘斯圖亞派「人生應從自然」之哲學思想，流入羅馬，遂發生所謂自然法，盛倡自由公平主義，對於制度之革新頗有所貢獻。自然法及普通法均否認家族制度，故亦為此制破壞原因之一也。

案法律史：羅馬之家族制度，至共和政治之末年，自然歸於消滅。然其戶主權變為親權及夫權，永久存在，今日之制度中，尚留其餘影。現在歐洲之制度，由日耳曼民族之習慣與拉丁文物之殘餘混合而成。羅馬之戶主，對於其妻子，有生殺之權。此種權利，在帝政時代，雖已禁廢，而父母殺子之俗尚存。即夫殺其妻，亦視為常事，以為有正當之理由，則夫當然有殺妻之權利。此種思想後漸變遷，遂有法國刑法第三百二十四條之規定。該條載妻於夫婦共同之家犯姦通，夫於姦所殺戮其妻及姦夫，得宥恕其罪。日本刑法第三百十一條，實本於此。又羅馬父有賣子，夫有賣妻之權利。此種權利，雖亦於帝政時代，屢加禁止，而其習慣依然存在。至十一二世紀之際，尚行賣妻之俗，蓋夫嘗以金錢買妻故也。現在英國之農民間，如有倦於其妻者，則以繩繫其頸，牽往市場，對於出價最高者賣與之，以為廢物不堪使用而轉賣之也。此事於最近一八八四年尚有行之者。此項買賣在法律上固屬無效，而在法律史上則有重要之價值也。又羅馬人有懲戒其妻子之權利。夫之懲戒權，經種種之變遷，現在已消滅，然觀於妻之通姦，許其夫告訴而後論罪（法國刑法三三六條，三三七條，日本刑法三五三條）。妻與夫有共居之義務（法國民法二二四條，德國民法一三五四條，日本民法七八九條）等規定，則其痕迹尚存。父母之懲戒權，今日亦尚存在，不過有多少之限制耳。外國法子未成年，服從父母之懲戒權，日本民法，子已成年而尚未營獨立之生計，則仍從父母之懲戒權（法國民法三七五條，乃至三八一條，德國民法一六三一條，日本民法八八二條）。最後在法國民法，子為婚姻，男年二十五歲，女年二十一歲以前，須得父母之同意，過此須呈恭敬狀於父母。日本民法，男子三十歲，女子二十五歲

以前當得父母之同意（法國民法一四八條、日本民法七七二條）此皆羅馬戶主權之遺孽也。嗚呼！西洋諸國之立法，其淵源可謂至深且遠。既往三千年間，無數之立法家，學者，實際家等，抗乎時俗，與歲月相戰，刻苦鍛鍊，乃有如許成績，漸有趨真理之勢，然尙不免有歷史的情實纏綿於其間。日本採取外國制度之際，固無須蹈襲此歷史的係累，當專以是否合乎真理爲採擇之標準。然立法者或不留意於此，祇以西洋有如此制度之故，不顧歷史的理由，漫然移植於日本，豈不深可慨耶！

顧印度以東諸國家制之遷變，吾人不遑研究，誠屬憾事。然就童時所誦習今略能記憶者述之：中國崇拜祖先之俗，與印度之祖先教極相似，實可異也。中國史稱漢明帝十八年，佛教始入漢土。故自是以後，印度之思想，頗傳播於中國，不容疑義。然印度佛教之發生，乃屬後代之事，以前則行婆羅門教，所謂摩奴法典，皆依據婆羅門教旨而作，安知非明帝以前印度思想已冥冥之間，侵入中國哉。或謂中國有獨特之文明，不受外國思想之感染，其祖先教亦不過偶然與印度相似耳。吾人深思之，以其酷似印度則可，而謂其必出於印度則不得不疑也。試舉其一二如論語有云：『非其鬼而祭之，諂也。』『祭神如神在。』至於後世，有云：『鬼神者，造化之迹也。』雖解說有種種，所謂鬼神非指祖先之靈魂耶？詩曰：『文王陟降，在帝左右。』又曰：『神之格思，不可度思。』豈非謂祖先之靈魂，雖不觸人目，而常往來於人間耶？易曰：『精氣爲物，遊魂爲變。』所謂『遊魂爲變』者，豈非謂葬祭不以禮之靈魂，浮遊世間而爲妖孽耶？文公家禮載冠婚葬祭之儀，節極爲詳密。就冠禮言：『前期三日，主人告於祠堂。』就婚禮言：『納采納幣，

皆告於祠堂。新婦去其家也，主人必告於其祠堂。既入夫家也，三日，主人以婦見於祠堂。其與希臘羅馬之婚禮，何其相似之甚耶？禮記曰：「婚禮者，將合二姓之好，上以事宗廟，下以繼後世也。」即婚姻爲得子以繼續祖先之祭祀也。故婦有七去，其一卽以無子去。無子者，得養子。詩云：「螟蛉有子，裸羸養之。」至於葬祭，最爲謹嚴。以爲墳地之良否，子孫之吉凶隨之。或以不得適當之地，至數十年間不葬其親者有之，或既葬以後以其地不吉而改葬甚或再三改葬者有之。以爲不厚葬死者，則必受其祟。畏友岡松參太郎君所主台灣舊習調查會之報告書，詳敘台灣之家制，是亦足以概見中國之家制。據此則知中國今日尙爲恪守家族制度之國。至於朝鮮，亦甚相類也。

日本顯因中國朝鮮而受印度佛教之勢力。而馬來族由南洋直接輸入印度思想者，或亦有之。日本古代有氏族，其首長謂之「氏上」或「氏長」，其補助者稱「氏助」，族人名「氏子」，又有「氏神，氏寺」等，氏之中更有所謂「苗字」者發生，由氏族而分化爲家族。其氏神係祭共同之祖先，氏寺爲埋葬之所。何其與羅馬之氏族印度之家族團體或村落共同團體相似之甚耶？一家族中，包含數十百人，家之子有謂「郎黨」者，似羅馬之奴隸。日本家族制度，在德川時代爲最盛。當時出任國家之公務者爲戶主，戶主或率其家族以赴戰爭徭役等，但家族不過爲戶主之從者或手足，對於國家止有戶主服務。故日本家族制度，不僅爲私法上之制度，且帶有公法上之性質。而日本家族制度，亦出於繼續祭祖之必要。死者靈魂尙存之信念，與印度希臘羅馬無異。徵諸今日民間尙有「死者不能擺脫一切」「靈魂寄於草葉之蔭」「魂魄尙存於此世」等語，足以知之。至每於神佛前，點燈火，忌不淨，亦猶如

希臘羅馬之神火也。自明治維新以後，輸入西洋個人制度之文物典型，家族制度遂開崩壞之端。日本民法雖尙承認家族制度，然其所規定之戶主權，殊堪憐憫，僅存昔時戶主之軀殼而已。戶主之主要權利，不過對於轉籍，出嗣，分家，婚姻，絕家再興，養子關係等與以同意權，以及家族居所之指定權等。其主要義務，不過扶養家族之義務，其因家督繼承而爲戶主者，有不得廢絕其家之義務，然均不甚重要。既有戶主制度，即當承認此等權利義務，否則戶主完全爲無用之長物矣。且親權代戶主權而發生，日本民法並認親權，頗侵蝕戶主權之範圍，乃法律史上未曾有之特例，確對於戶主權問鼎之輕重也。由是言之，今日日本之家制，恰如羅馬之家制，在將滅未滅之時也。嗚呼！世之經世憂國君子，對於日本家制如此自然之推移，將痛哭流涕而長太息耶？抑將洒然付之一笑耶？

日本尙行家族制度，西洋諸國專行個人制度，茲就制度上之差異，附述其大體以結本論：

一、西洋各國，有親族而無家族。有自然的親族而無法制的親族。有夫婦親子及其他血族姻族相互之關係，而無戶主家族之關係。故惟妻服夫權，子服親權，其他血族姻族相互間有權利義務之關係，而無家族服從戶主權之事實。

二、西洋各國有身分證書而無戶籍簿。身分證書公證出生婚姻死亡等影響於身分權之得喪變更之事實，戶籍簿則證明家之存在。

三、西洋各國有住所而無家。雖夫婦親子兄弟等所謂自然的親族若干人住於一屋宇之下，而營共同之生活，

此惟有親族關係者若干人，住於同一之場所而已，不得謂之家，蓋法律完全不承認家之存在也。

四、西洋各國，亦有隱居及養子之俗，惟與日本大異其趣，且多不行。西洋之隱居，乃衰老者將財產家業讓與子孫，而自己休息於閑散之地云爾。日本隱居制度則引起戶主權之喪失，家督繼承之開端，發生法律上之效果。且西洋之養子制度，乃無子者爲慰其老後孤寂而收養他人之子，或富者憐窮人之子而收養之耳，非爲得家督繼承人而收養人子也。隱居專行於德國農民間（穗積陳重先生著隱居論六二頁一四一頁。）英美兩國人無養子制度，歐洲大陸諸國，尙承認之，但荷蘭已於一八三八年廢止之矣。

五、西洋各國有財產繼承而無家督繼承。雖間或有長子繼承主義者，而大體多採分頭繼承主義。家督繼承之目的，在於繼承戶主權，既無戶主，當然無家督繼承。

（載在明治三十八年二月，內外論叢第四卷第一號。）

第二節 親族之將來

按親族之沿革，由第一期家族制度之親族，進於第二期個人制度之親族，今或將進於第三期社會制度之親族。西洋諸國，將由第二期進於第三期，而日本則將由第一期入於第二期，其相距亦遠。不過其推移之迹，大抵出於一轍。譬猶百川之源，均發於谿岳而流於大海也。但其變遷行於日常生活之間，隱晦幽微之際，殆不觸於人之視聽。

恰如呈一定不動之觀，與政治上之革命，一朝變君主制而爲民主制，竟然有別。然通數百千年觀之，極爲昭著，可異。譬猶江河之流域。夫江河日夜剝蝕岸邊少許之土石，每日計之，雖不見有些微之變化，然苟多歷年所，其流域必完全一變，欲求當初流域之迹，殆不可得。親族之推移，亦若是已。法律爲社會生活之反映，立法者唯認當時所行之親族關係而裁節之，故法律多少有確定親族關係之效，而爲革新之用者鮮。今日因學問之啓發，無意識之事項，漸入人之意識中，如親族關係宜如何，是講經世之學者所沈思潛索而求解答者，不得復如昔日任其自然之推移。而立法者亦依制法之手段加工研究，將來親族之變遷，或將劇甚。抑吾人一考東西各國之親族制度，而察其趨勢之所向，殊令人有奇異之感。何耶？蓋東西洋親族制度有相一致之傾向是也。大概言之，歐洲之制度由嚴肅而之寬放，日本之制度由寬放而之嚴肅，恰於半途相值，譬猶自京都往東京者與自東京往京都者，於途上相逢。其出發點完全相異，而現在所居之處，則彼此不甚相遠也。在彼曾經經驗兩極端，或將復於中正，日本則在由一極端趨於他極端之途。雖後一時期，如能略施改革，作成彼國社會改造家所熱心翹望之制度，則日本實處於幸運之地位也。夫親族制度之得失，人之禍福所由分也。試閱統計年報，即知因親族之不和而自殺發狂者頗多，此特其尤著者耳。若處於親族之際，抱不平不滿之念，而勉度其鬱屈於邑之歲月者，其人必極多，其減少幸福短促壽命者爲何如耶？此幾千萬人之無告者，出諸水火而登衽席，豈非經世家之所願耶？吾人論親族之將來，亦不外此微衷，讀者幸勿以空虛的冥想視之可也。

第一期 人民之文化發達至某程度，必然發生家族制度之親族。此乃以戶主爲中心者之團體，其間不必有婚姻血統之聯繫。唯以服從同一戶主權之故，卽有親族關係。其有婚姻血統之聯繫者，如戶主不同，則非親族。戶主之權力強大，家族不得不唯其命是從。婦女兒童，則不承認其人格。戶主通例蓄妻妾數人，庶子與嫡子並立而無愧色。今日人民尙有墨守此制者，或已離脫此制而進於個人制度者。家族制度之親族，或稱爲「法制的親族」，以與個人制度之親族所謂「自然的親族」相對。吾嘗於本論叢第四卷第一號「家族之變遷」題論及家族制之發生消滅原因，及日本家族制度不免廢滅之運，茲不贅述，望讀者加以參照可耳。

第二期 個人制度之親族，所謂「自然的親族」是。因夫婦親子等婚姻血統關係而相連絡者也。無有所謂戶主及家族，故無隱居及家督繼承等制。養子制度或完全廢除，或尙承認之而實際殆已不行。個人制度現行於歐洲，頗感受耶穌教之勢力。其提高婦女之地位，俾與男子同等，是也。伸張兒童之權利，抑制親權之暴濫，是也。然此制亦不免有缺點。如過重婚姻，卽其一也。虐待私生子，卽其二也。請得而論之：

先就過重婚姻而論，一男一女之終身結合，今日之婚姻意義也。嗟夫！夫婦之間，意氣相投，性情相合，相和如鸞鳳，相愛如膠漆，安樂，壽考，富貴而無風波；無爭鬪，互守貞操，形影相伴，雖不同年同月同日生，但願同年同月同日死，保全所謂「偕老同穴之約，舉子則教養之，望其一旦成立，顯親揚名；夫婦親子相敬愛，相慈孝，熙熙焉，融融焉，以度其生活，豈非人生之至福耶？」所謂幸福家庭者是也。締婚者，莫不以此爲理想，法律亦然。乃強制衆人悉營此生活。

夫夫婦成所謂幸福之家庭，任其自然固可，強制之則不可。欲強其成幸福之家庭，則不必能爲夫婦之幸福，徒拘束其自由，釀成其痛苦而已。以必成幸福之家庭期望凡民，是以聖人之生活律凡民也。幸福不可強制而得，當一任各人自由之追求。或得焉，或失焉，然不能以法律之力使盡人得之。則法律禁止離婚，或嚴其條件，是強制幸福過重婚姻之過也。夫婦不能和睦而強使其繼續夫婦關係，以造成幸福家庭，其疎於事情，亦云甚矣。夫婦之性情既相乖離，則不惟無互相親愛之情，往往發生互相敵視之心。此在事實上已非夫婦，而法律上夫婦之，不許其離婚，是投生人於地獄也。夫夫婦以愛情爲立足點，愛情濃密者聽其自由相愛，同時愛情全無者使能自由離異，豈非合乎自然適於人情者耶？

歐洲有完全禁止離婚者，蓋出於基督教之宗旨。漢譯新約全書馬太傳第十九章舉耶穌之言曰：「造物之主，始造男女。故曰：人離父母，膠漆其妻，成爲一體。上帝所偶者，人不可分之。」又曰：「吾語汝，非以姦故，出妻而娶者，淫行也。」故基督教不禁離婚，但通姦則屬於例外耳。然據近代考證家之言，「非以姦故」之語，乃後人所竄入，非耶穌之言，蓋耶穌絕對不主張離婚也。以耶穌性行之峻烈，或當如是。歐洲諸國浸淫於基督教，故設禁止離婚之制度，此固不足怪。然絕對厲禁離婚，則事屬不可能。故雖禁止離婚之國，亦復另設夫婦別居之制度，蓋使不和之夫婦別居，則夫婦之關係不絕，而共同生活之苦痛可免。其許離婚之國，條件亦極嚴，大抵許裁判上之離婚，而不許協議上之離婚。故夫婦欲離婚，惟限於有法定之原因得呈訴於法院耳。間有許協議上之離婚者，其手續極迂遠複雜，如尙

欲離婚者，必也其原因愈於裁判上離婚之原因而不欲表白之者，因此離婚者實際殆無。今基督教既不足以繫人之信仰，而隨科學之發展，物質的進步非常劇烈，鼓舞物慾，無所底止，舊道德不足以令其屈就範圍。於是對於舊道德思想之離婚制度，攻擊辯難者，紛紛而起。或曰：應以最寬大之條件，許可協議上之離婚。例如在一年間數次聲請離婚於法院，足見夫婦確實有離婚之意思。各國中往往有此傾向。近時法國有瑪爾古利兄弟，主張恢復夫婦一方意思之離婚制度，遂於一九〇三年十月十八日，提出請願書於議會，其要略云：今日認爲裁判上離婚之原因者：一、通姦現行犯；二、受體刑；三、過度虐待重大侮辱是也。此外不許離婚。故癩狂、偷盜、遺棄、宗教之背離、氣色之不相容等，皆不一顧也。加以訴訟手續之緩慢多費，經律師之手而推事任意干涉，夫婦間之秘密，公然暴露於世間，徒增其醜惡。婚姻嚮由巍峨大門進，今日從陋隘下水闌出。夫婦既不能協議離婚，故假作裁判上離婚之原因，推事亦瞑目而伴爲不見，由此觀之，可謂風俗先於法律。夫適用法律而必屈風俗，是惡法也。惡法宜改造之。然止認協議上之離婚，尙未爲足。何則？夫婦一方有因憎惡、貪慾、復讐等劣情，而對於他方不允協議離婚也。故吾人欲再言一九〇〇年萬國學會關於婦人權利之決議曰：夫婦一方請求離婚，隔一年而三次言明其意思，則於三年之末當許之。認協議上之離婚及夫婦一方有不撓意思之離婚，以維持婚姻之尊貴，而確保個人之自由，是爲議會之任務。夫婦一方意思離婚，昔之斥爲悖理無道者，今或將再興，世道之變，豈非可驚。而最極端者，則主張離婚絕對的自由，卽因夫婦同意或其一方之意思，不須何等條件，得爲離婚。是社會主義者流所倡道者也。

現時歐洲避婚者多，是有兩方面：其一為婦女主義者流，主張婦女之獨立，婚姻與男子立於對等之地位。蓋今日之婚姻制度，多少含有使妻從夫之規定，對之不滿意，乃敵視男子而拒絕婚姻也。其言曰：「婚姻制度之暴戾，乃男子所創作也。確保男優於女，是強者壓迫弱者也。使婦女終身從屬於其主人翁，破壞自然之感情，而蹂躪人格之權利，致為妻者狃於誦詐，陷於卑屈，如此之契約，不正悖謬之甚。此為野蠻時代之遺制，以婦女為餌食為家畜為物件也。而法典憲章之，寺院祝福之，抑婦女性質上及道理上，係屬於婦女自身，而不屬於男子。雖法律及宗教委之於不正壓制者之手，而婦女常有解脫其羈韉之權利。婦女亦有膽量，得以行使之。婦女有智力意力，應磨練之。總之自由人無為婚姻之價值。嗚呼！世之年少女子，卿等勿如屠所之羊，為婚姻而牽於神壇之前，宣言愛情之獨立，即在卿等。」有一獨身倨傲之女士，嘗函告其知友曰：「吾今二十八歲，尙未婚姻，吾未嘗欲為之，少有資財與學問，耽音樂好旅行，余確信男女同等，為對於雷電之避雷柱。」其憤懣窮苦之狀，豈不可憫。婦女每因為其獨立而犧牲一身拒絕婚姻。使異日婦女或得與男子絕對平等，未始非計，願其詭激之行爲，亦可謂趨於極端矣。距今三四十年前約翰斯多亞密兒著男女平權論，時人付之一噓而不顧，今則實行其理論者不少，而婦女之地位亦駸駸日進，其智識財產，或有凌駕男子之勢，亦一新現象也。其二則以為婚姻不免發生夫婦親子間種種義務之煩累，乃舍婚姻而就野合，以成所謂偽家庭生活。自其形狀觀之，純然如夫婦，而法律上則非夫婦也。其去就離合，極為自由，並無何等之限制。至於生子，則利用國家育兒院設備之完全，悉委托之，不復顧其教養。夫委託公養，並非遺棄，故為刑法之力所不

及於是夫婦親子之間，規律保障，蕩然無存，頗呈亂離蕪雜之狀。大都市地方爲尤甚，男女趨之者滔滔皆是也。私生子之數日益增加，國家或將窮於教育之費。彼統計大家倍鐵容乃曰：欲革除此弊，今日亦應如「羅馬法」復興舊妾制度，不婚男女成爲家庭者，其相互之間並其與所生之子間，應負擔一定之義務，恰如已婚之夫婦親子間。夫歐洲今日倡公認妾之身分之論調，雖極唐突，然細察其狀勢，誠非偶然。歐洲之社會，實在足以誘發此論之境涯。蓋歐洲之婚姻制度，本舊道德之思想，其陳腐嚴酷，不適於現代人民之需用與欲望明也。

且如欲貫徹婚姻爲一男一女終身結合之趣意，離婚當禁，固不待論，即重婚再婚，亦應禁止，再婚乃異時之重婚，反乎一夫一妻之嚴格主義。故欲極端實行此主義，夫婦雙方均可適用「貞婦不偶二夫」之格言。夫死後，妻不得再嫁，同時妻死後，夫亦不得再娶。即如托爾斯太主張男女始會合時，不問宗教上及法律上之儀式舉行與否，卽爲夫婦，夫婦之關係止於此。若男子與他女會合，女子與他男會合，卽爲姦淫。苟夫婦一方死亡，他方卽應終身獨棲。誠能如此，始貫徹一夫一妻主義。其極則如印度幼年子女互爲婚約，當事人一方死亡，七八歲之寡婦終身獨居。但此皆矯枉過正之舉，決不適於人性者也。故厲行一夫一婦之原則，究竟不可能，所以法律許離婚及再婚。然則今日之婚姻原則，不得不謂有莫大之缺陷也。

復次就虐待私生子言，亦大有可議處。按外國制度：法國法私生子，有繼承其父母之權，然其繼承分較之嫡生子則甚少。私生子得繼承母系而不得繼承父系。而私生子之中，又有姦通子及亂倫子之區別，待遇最爲殘酷。英國

法及德國法雖有多少之相異，而許私生子繼承父母兩系，但父與私生子之間，不生親族關係，故子無繼承父之權利，唯子達十六歲以前，父有扶養之義務，不認姦通子及亂倫子之點，則相一致。抑別私生子於嫡出子，減削其權利，降低其地位，頗有擯斥蔑視之狀，其故何耶？蓋亦過重婚姻所致也。昔當男女自由奔馳遇合之時，焉有私生子與嫡出子之別耶？洎婚姻之制確立，以所謂幸福之家庭爲理想，人必出於正式婚姻，而後發出嫉視野合之情，乃自然之途徑也。嗚呼！天下之人苟悉皆恬淡寡欲，均由夫婦之道，無以外之媾會，無野合，無私生子，以得成所謂幸福之家庭生活，豈不善耶？然人之性情不能盡然，夫人慾之難防，甚於洪水，野合之難制，甚於偷盜。今以極刑嚴罰臨野合者，彼將恐懼而絕其情乎？情火一燃，炎炎上生，驀然赴之，又遑顧死生利害耶？於是踰牆穴隙之行雜然而出，爲政者固不能一一罰之，則將捨所謂理想，而從人情之自然乎？蓋不能也。必也設法達其理想，於是又有策焉，卽虐待私生子是也。奪其權利，損其人格，一若爲異類，俾僅得視息於人間。曰：夫而後可也。彼野合者固有一片愛子之心者，思其子沈淪於如此悲境，將慄然懼，翻然悟，深自反省，必去野合而就婚姻。彼私生子之制度，實由如此而生。嗚呼！彼私生子果何罪耶？其墜地而爲人，非求諸父母也，偶因父母任意之會合而留存此果於世間耳。其自受胎以至分娩，其間順序方法，豈有異於嫡出子者耶？乃一出於世，地位懸殊：一則爲主人，一則爲奴隸。而其原因唯在於父母婚姻與否。不婚者，父母之過失也。過失之責任，應由過失者負擔之，父母過失之責任，豈可使無辜之子負擔之。諺云：『親之罰，報於子，』其無條理固不待論。今犧牲其子以強其父母，父母未必能改過，而子徒受苦，其漠視人權，蹂躪人道，莫此爲甚。

如此惡法，宜決然廢之，私生子與嫡出子，法律上宜平等待遇之，此真理之所命，絲毫不容疑義者也。

要之，今日之親族制度，含有種種之缺點，決非完全，不許常此不變，必須設法改造之，於是有緬想第三期社會制度之親族者。

第三期 社會制度之親族，唯為學者，思想家社會主義者流所想像，尙未實現於世間。其所臆測亦不一。今日之親族制度，將變為如何形式，殊不易卜知。然概觀諸說，將來之親族如何，髣髴可得其大體。請試述於後：

加斯登伯爾基累於所著政治原理中，謂許自由離婚之自由結婚制度，為親族最後之進步。曰：『古時為妻者，大抵無知無產，故能從夫守節，今則妻之智識財產均有優於其夫者，故夫婦之間風波益多，於是更發生離婚之必要。或曰：離婚侵害婚姻之神聖。吾將謂：離婚即所以保婚姻之神聖也。何則，夫婦相嫉忌，究竟不能營共同生活，莫若從早解除其關係，更謀幸福之婚姻。故離婚須自由。自由離婚，可進於自由婚姻之途。然則如何始可謂之自由婚姻？耶吾人所謂自由婚姻者，非男女任意會合之謂也。乃夫婦能以自由之契約，決定一切婚姻關係之謂也。即約定婚姻中之夫婦財產關係，子女之教養，及其他婚姻之存續期間等，若一方不履行約款，照普通之雙務契約辦理，他方得解除之，並得請求賠償損害。總之，使夫婦自由決定婚姻之形態，由是而為婚姻者也。果爾則今日不能結婚之單身男女，自容易定期結婚，而處女誤產私生子致母子共陷於非常苦境之弊亦可免。』此以婚姻為合夥契約之類，而務避法律之干涉者也。

愛德門維來著『近世社會主義』嘗引用基爾里西烏斯克小說中關乎虛無主義之家庭一節云：『羅浦可夫（夫名）與萬拉（妻名）各有一室，其相往來也，猶如訪外人，叩戶入室，必須請其許可，云入即入，否則即退，亦不強之。二室中間有共同之室，此即夫婦共飲食之所，可隨意出入。二人相待，如兄妹親朋，無有狎昵牴牾之態。各正襟整裝，如出外間。隨意接待賓客，訪問亦如之。通信亦分別爲之，不相干涉，惟各以其所宜告者，互相告語，不及其他。虛言視爲辱行，各自深戒。其遇合完全自由，故其分離亦視爲當然而不怪。其分離也，經一方面之預告可矣，分離以後，其交際依然不絕。反之，若二人恩愛最深，則其結合亦最密，進退舉措，如成一體。然虛無主義之綱領，男女間法律上及道德上之平等，未嘗變更。由此觀之，將來之婚姻制度，全爲自由主義，人類自判斷其行動之得失，苟不侵害他人之自由幸福，苟不使用誑詐之術，當可追求滿足其正當之欲望。』此虛無主義之家庭，大有熟考之價值。所謂女子之獨立，由是略可窺知。而一體兩面之夫婦，自由爲幸福家庭之生活，不受何等之妨害，同時若不能達此理想，即可斷絕關係，毫無顧忌，可謂頗近自然。在歐洲之今日，倡如此之說者，真如霜夜之晨鐘，然吾人視之，不甚怯也。何則，日本制度不必與之大相懸殊故也。

巴黎醫科大學助教那芝克於其所著宗教所有權親族書中，描寫將來之社會制度，其略曰：『將來之社會，爲親族之中樞者，並非父而爲母。然母不能扶持自己及其子，故其子達於一定之年齡以前，社會必給以相當之養料。子至六七歲時，則使入國民學校。悉令其寄宿，其費用由社會負擔。通學固不妨，但社會不給扶養。兒童至十五六

歲時，則行競爭試驗，其成績優良且試驗合格者得入大學，俾受高等教育。其落第者，因其材能使入各種職業學校練習職業。落第者欲入大學亦許之，但社會不擔負其扶持。由大學及職業學校卒業後，不分男女，社會均授以一定之資本。從此以後，社會不復干涉其生活。因此法國之預算須五六十億佛郎，而得之亦不甚難。租稅課諸資本，在不消耗資本之範圍內，用累進律，且社會可繼承死者之一切財產。今日不能行此制度者，以親族之感情甚強也。親族感情一消滅，則社會繼承財產，誰復有異議。對於社會財產，人各有分，究竟所有權，不過為勞動或材能之結果，各人止所有其所產出者耳，間有例外，極為少數，不足顧慮。故親族之改造，所以止社會之大不正也。從來欲療此不正而攻擊所有權，誤矣。且親族之改造可破除婚姻上之障礙，增進個人之自由，各人自由發揮其愛情，而人種之完成可望也。『那芝克以母為親族之主腦，故以女子獨立及自由婚姻為前提。其敘述頗為具體，易起異論，要之，兒童教養須歸國家之擔負也。那芝克雖以母為主，然不擯除父，又兒童應歸國家教養，亦並非禁止父母自養育其子。然則夫婦親子相聚一團，形成所謂幸福家庭，亦不妨也。唯不和不幸之夫婦，無力教養其子時，歸國家任之耳。此際，父母不自教養兒童，反為父母及子之福利。今日各國國家育兒院之設備，益趨完備，止加以擴張，收養貧賤無告之子可也。然則那芝克之說，不得一概以無稽之妄想而斥之也。』

吾今方歸於結論。嘗謂：日本親族，自家族制度，推移於個人制度，係屬過渡時代，故務欲促其進步，速去家族制度而就個人制度。更思之，則去家族制度固可；就個人制度則不可。蓋家族制度，終歸廢滅，乃極明瞭之事，凡家族制

度所牽聯之各種制度，均應任其自然消滅，無須迴護愛惜。然則日本親族，應即就個人制度耶？是亦不然。個人制度，含有幾多之缺點，已如前述，吾輩豈可蹈其覆轍？其長處當採用，其短處當鑒於社會制度諸說而矯正之，則應提高女子之地位，而增進其知識財產，俾為男子之良伴，應確認兒童之人格，俾父母有保護之義務，而無虐待之權利。最好獎勵親子別居之俗，子於婚姻後，即去其父母而別居，姑婦不睦之弊，庶可根本剪除，此即採用個人制度之長處也。日本之結婚及離婚制度，正是自由結婚與自由離婚相伴。雖夫婦猶未能以自由契約而結婚，然結婚而造成幸福家庭，則留，否則去，可以充分暢發其性情。庶子及私生子法律上及社會上未見擯斥，公然橫行於世間，若廢嫡庶之別，誰有訝之者耶？此即鑒於社會制度諸說，而矯正個人制度之短處也。歐洲社會改造家所熱烈要求而不得者，日本得之不甚難。東西之親族制度，有一致傾向者，豈偶然哉！

（載在明治三十八年，十二月，內外論叢第四卷第六號）

第二節 女子之地位

本編曾登載於明治四十二年四月法學志林紀念論文集，其文章本為文言體，後經博士校訂，乃改為口語體，且多增刪之處。茲採用其校本，此本編體裁所以與他編不同而有缺劃一也，幸讀者諸君諒之。

（全書一律譯為簡明文體 譯者附誌）

關於女子之地位，可分爲婦女虐待時代，婦女保護時代，婦女解放時代三期。日本從第一期將入於第二期，西洋諸國，將由第二期移於第三期，日本比西洋則後一期，茲順次敘述於左。

第一期 女子虐待時代

觀察今日之未開化社會，可以想像原始時代。在未開化社會，大概婦女之命運，多陷入悲苦之境。當其始生也，卽遭逢殺害之厄，蓋殺兒之俗，頗爲廣行，其主要原因，在食物之缺乏，男孩亦所不免，尤以殺女兒爲多，畢竟出於一種漠然之思想，以女子爲劣等者，無生存之價值也。

未開化社會之民，大抵成部落以生息。有或由有共同祖先者之血族所團結者，有或偶然結合者，其範圍甚不明瞭，其大小衆寡亦各不同。此等人民間之男女關係殊爲奇異。其尤焉者無婚姻制度，一族內之男女雜然偶合，殆與畜類相似。其次則甲族之男悉爲乙族女之夫，乙族之男，悉爲甲族女之夫，同族內之男女，決不相偶。而乙族女所生之子，則屬於乙族，以爲乙族女全體之子而養育之，其父則甲族男之全體也。至甲族女所生之子亦然。後漸次乃有定婚之習俗，一夫多妻固勿論，而同族則不相婚，如甲族之男，則多娶乙族及其他氏族之女爲妻，謂之「族外婚」。此種族外婚，或男就女處棲息，或女往男處成婚，女系親族及男系親族之別，所由生也。男就女婚，則子與父母及母之一族共居。如前述甲族之男悉爲乙族女之夫，則子祇知有母及母之一族，而不知有父。况乎極端可以離婚之際，子固無從知父之爲誰？故以婦女作基礎而構成親族關係，謂之「女系親族」。蓋此俗風行之處甚多也，或謂在女

系親族之風行處，女子爲一族之長，握有母權，號令男子，此說不得正鵠。其在極少數之民族，固不無認女子佔優越地位者，其在大多數之民族，握有一族之命令權者，仍爲男子，女子不過爲構成親族之基礎而已。對於子有權力者，非母而母之兄弟也。故從父從子之關係較父子之關係密切。例如繼承，子概不承繼其父而承繼其伯叔父。男就女婚，自然成爲女系親族，反之，女就男婚，則自然成爲男系親族。此時子與父母及父之一族共居。故以父爲標準而定其親族，勢所必然也。族外婚有如前述，然亦有行族內婚之民族。族內婚卽一族內之男女互爲婚姻，在此俗風行之地，其民大概柔弱溫和，生氣萎靡。或有民族，并行族外婚及族內婚者。

然尙有一種奇俗，卽數夫一妻之習慣是也。此種習慣，盛行於西藏，其他如印度、阿剌伯及美洲之蠻民間亦流行之。如兄弟數人共有一妻，更有令人驚異者，如印度摩累伯爾地方之那伊爾族間，頗行數夫一妻之習俗。其地一妻大抵以五人乃至十二人爲夫，然此等之夫，平常不與妻同棲，每十日則順次更迭進妻室。而爲之夫者，亦不妨加入其他之婚姻組。此地行所謂母權制度，女子之權力至爲強大，實可謂對於女子虐待之一例外也。

在未開化社會，日常生活之勞動，通例歸婦女負擔，採草根木實於山野，拾介類於河川，凡結屋製衣等，皆爲婦女之務，每夜以繼日鞠躬盡瘁營之，至傷生殖之機能，減產兒之數。其在文明社會，學問技藝傑出之女子，亦多不產子女，卽產亦極少，人或以此詬女子，較男子爲劣等，殊不知在男子方面因肉體精神之過勞，而害及生殖，亦與女子相同。未開化社會之女子，爲生活而劬勞者，比比皆是，而在男子方面，優遊逸居，無所事事者，又何其多也。時或赴戰

鬪，或狩獵，是求彼一身之娛樂，而非爲生活也，乃傲然住於女人手成之茅屋，服其衣服，用其食物以爲分所當然，而不稍怪。甚或當男子食時，其妻戰戰兢兢侍立於後，每以餘食食之，若無餘食，其妻祇有忍饑而已。有時男子投骨於地，令其拾食，殆如家犬。蓋男子爲優者，女子爲弱者，其生死之權，操於男子之手。以爲女子爲男子勞作而生於世者，乃將一切生活艱苦之事，悉令女子負擔，浸成如此習俗。而未開化人民間均有同一之風氣，頗可異也。又以分娩爲褻瀆神明，幽閉產婦於一室，禁餘人出入，此俗亦頗廣行。又有『可伯達』(Covada)習慣，或謂係夫代其妻任神明之怒者，其當否姑勿論，所謂『可伯達』習慣者，妻分娩時，其夫或傷身，或裝病，呻吟於臥榻也。又每歲有數日爲祭日，屆時撤去夫婦之鎖鑰而自由偶合，其俗亦廣行。

人類進步至某程度，必遭逢戶主制度。現在地球上之住民，未達到此制度者，或早已達到此制度而經數百千年尙墨守之者有之，或已超脫此制度而更進步者有之。何謂戶主制度，梅恩之說最簡明，其言曰：戶主制度者，社會之起源也，多數之族人，統轄於一戶主之下而服其權力及保護，戶主爲族人中最有智勇之年長男子，熱烈保護其一妻或數妻，凡屬其支配者，均得佔平等之地位。外間之兒童，來受其庇護者，因特別事故而服家外勤勞之外人，與生於其家之族人無異。反之，其妻子奴隸等，若脫其權力，則與家族團體，完全斷絕關係，其親族關係，亦歸消滅。蓋親族關係不外服從戶主之權力保護。可謂能簡括戶主制度之特徵者矣。

顧戶主制度中女子之地位又如何耶？自幼即在其父之家，服從父之戶主權，戶主視之如物品，戶主得隨意殺

戮之，並得遺棄出賣。當嫁之於他人時，固不徵求其同意，甚至如獨女者，父死則不得不與近親之男子爲婚。又已嫁者，因其父死亡，不得不取消其婚姻，歸家後復與近親之男子爲婚。是爲家之繼續而犧牲女子之人格及愛情者也。戶主死，長男繼承戶主權，則女子尙服從兄弟之權力，女子嫁，則與母家完全斷絕關係，專爲夫家之家族，服從夫之戶主權，奉事夫家之家神，（祖先之靈）夫得任意與其妻離婚，如妻犯通姦，其制裁極峻，或逕殺之，或剃其髮裸其身而放逐於街市，或得對方之賠償乃滿足。夫死，則由其子繼承，寡婦須服從其子之權力。卽母服從其子之權力。由此觀之，可知女子不免終身服從。或夫死則其妻妾殉葬者有之，寡婦年少則不許其再婚者有之，再婚則與初婚之家完全斷絕關係，與去母家之情形相同。

戶主制度，以一夫數妻爲原則。蓋在行此制度之地方或時代，往往有搶親及買賣婚姻之俗，有腕力者有資力者，劫掠或購買多數女子以爲己妻，或於諸妻之間設等級，以最初之妻爲正妻，餘則置於妾婢之列，此已認正妻之尊貴，漸啓一夫一妻之端緒，所謂「蓄妾」云者，乃戶主制度之附屬品。在昔希臘，爲人之妻者，常在屋內服炊爨育兒之勞，鮮有出外者。偶有出外，則必蒙蔽面部，並不得衣美衣。法律嚴定服裝，禁其奢侈。夫則終日在外，入夜始歸，夫婦間之情意，不免疎隔。當此之時，有所謂遊君者，粉白黛綠，才色雙絕，故知名之士，皆狎昵之，擬之爲外妾。如聖人梭格拉底氏，亦頗垂青於德娥，嘗謂：余每談天論人，唯與德娥對晤，乃有會心之妙。梭格拉底之妻，商賈頗有煩言。梭氏每謂：吾叨細君之蔭，養余忍耐之德。一日其妻罵之，梭氏默然無以應，其妻怒甚，以桶水淋灑梭氏之頭部，梭氏徐

曰：雷鳴之後有驟雨，洵然。吾人嘗怪以梭氏之聖，而遭其妻之怒罵，今而後知以德娥之故，而觸其妻之妬嫉也。蓋古代之所謂『遊君』，亦如現在日本之藝妓，存於男尊女卑之處。現今歐美諸國婦女之地位日高，『藝妓』絕迹，故藝妓不得不謂爲戶主制度之附物也。

在戶主制度，原則上女子不得所有財產。因其勞力所得之財產，悉歸戶主所有。如戶主生前隱居，則歿後析產，女子例不得與分。然有父在而出嫁，父給嫁資，父歿而出嫁，兄弟給與嫁資者，是嫁資不啻爲繼承前或繼承後所分與之繼承分。父兄弟給與嫁資，固屬任意行爲，非應盡之義務。但女子能獨立所有財產，確爲地位升高之證據，亦戶主制度崩壞之一因也。在昔有買賣婚姻之俗，當時爲夫者，以價金交於女父，嗣以交付價金，有傷感情，乃以贈物形式代之。女父亦不屑據爲己有，作爲嫁資。夫之贈物，自變爲妻之嫁資後，爲夫者不復贈與妻父而徑自給妻。迨嫁資應充夫婦共同生活費用，則夫不設定嫁資，乃由妻以其固有之財產或妻之父兄以若干財產設定之。昔日夫不供給財產，不能得妻，今日妻不攜帶嫁資，不能出嫁。故關於嫁資之設定，男女之地位，完全顛倒。然嫁資制度，有保障女子地位獨立及安全之效，已屬戶主制度範圍之外。但今日女子無嫁資者不能出嫁，則其弊也。

第二期 女子保護時代

在此時代，女子視同未成人而保護之，對於男子，立於從屬之地位。姑就夫婦之關係觀之。茲先述夫婦身分上之關係：（一）妻與未成年人及禁治產者同，爲一般無能力人，妻爲法律行爲，須得夫之許可。如未得夫之許可，

非特夫可撤銷之，妻亦得撤銷之。或謂妻之無能力者，妻應從夫，事稍重大，須得夫之許可而後行，不得獨斷專行，所以保夫婦之和睦也。果爾，妻之行爲，未得夫之許可，不能對抗其夫，或夫得撤銷之，可也。然妻亦有權撤銷，是視同幼年人及精神病者而保護之之意甚明。（二）妻從夫，夫有保護妻之義務。妻就夫所有同居之義務。選定居所，權屬於夫，夫居何所，妻必從之。（三）於此時代，夫不得任意擅逐其妻，並不得藉口無子而出妻。離婚須出於夫婦之協議。故未經妻之同意，不得離婚。又有或不許協議上之離婚，而止許裁判上之離婚者。所謂裁判上之離婚者，其原因特定於法律，由夫婦之一方請求於裁判所，依判決而得離婚也。至法定離婚之原因，則大有可議。如妻之通姦，爲離婚之原因，而夫之通姦則否。唯夫與他人之妻相通，依姦婦本夫之告訴而處刑，方得爲離婚之原因。故夫可公然與寡婦處女通姦。理論上夫既不能忍其妻之通姦，妻亦不能忍其夫之通姦。然則妻若通姦，夫即得請求離婚，而夫若通姦，妻不得不隱忍，豈非虐待女子乎？夫如通姦，妻之請求離婚與否，固可聽其自由，法律無禁止之理。刑法上亦罰妻之通姦而不罰夫之通姦，良以妻之通姦有混亂血統之虞也。雖然，此究不免有偏頗之弊。

復次就夫婦財產上之關係言：財產制除淵源於「羅馬法」之嫁資財產制外，凡有三種：一曰財產共通制。二曰財產無共通制。三曰財產分別制。財產共通制者，夫婦各出財產，形成共有財產，由夫管理。夫恰如唯一之所有者，收益處分，共有財產，以充婚姻中之費用。財產無共通制者，夫婦間無所謂共有財產。唯妻財歸夫管理，夫取得其收益，供婚姻中之費用。此兩種制度，財產上，妻對於夫，居於從屬之地位，夫可管理收益消費共有財產或妻之財產，妻

不得干涉，唯待夫之給與。雖勞動之報酬，妻亦不得私有，須歸其夫所取得。甚至堂堂鬚眉男子，不爲一事，衣食於妻之財產及勞動之收入，恬不知恥。是男妾之類也。財產分別制者，夫婦分別財產，各自管理，各不相涉。夫固無取得妻財收益之權。唯婚姻中之費用，夫婦各因其財力而分擔之。於是妻可免夫之干涉，而保財產上之獨立，故爲最進步之制度。

現今歐洲男女關係，有兩大弊病。其一爲過重婚姻，其二爲獎勵金錢的婚姻。因過重婚姻而禁止離婚或嚴其條件。夫夫婦敬愛，親子慈孝，融融樂樂，眞「人生之至福」，可謂「幸福之家庭」，但非法律之力所能強制。今禁止離婚，或嚴其條件，以法律之威力，強令終難相安之夫婦繼續夫婦關係，欲以造成幸福之家庭。此徒拘束夫婦之自由，而增加其痛苦已耳，宜早使離婚免此痛苦。孟德紐謂：吾人以爲撤去一切解消婚姻之方法，而鞏固婚姻之聯鎖，殊不知強制愈深，愛情之聯鎖，懈弛愈甚，可謂名論。因過重婚姻而虐待私生子，亦爲當然之結果。私生子乃男女間不由正式婚姻而生之子。奪其權利，貶其人格，俾成爲至可憫者，所以使天下之男女不得於婚姻之外舉子也。有誤舉私生子者，則使成就婚姻，增進私生子之地位，以補其過失。然而私生子究有何罪？父母不結婚，父母之過失也。其過失責任，應由犯過失者負擔之。父母之過失責任，無辜之子無負擔之理。今強父母犧牲其子，父母未必改過，子徒受苦，豈非不合理之甚乎？因過重婚姻而擯斥野合。處女誤產私生子，則法律不救濟，社會不同情，夫以纖弱之女，抱可憐之子，無處告懇求救，或殺子而罹縲紲之辱，或淪落而爲娼妓之類，比比皆是。此皆因維持婚姻制度之神聖之

故也。夫婚姻制度，陷人人於如此之悲痛困辱，尚須維持其神聖耶？

復次第二弊病，爲獎勵金錢的婚姻。蓋重財輕人，爲今日之通病。如論婚姻，專計財賄之多少，不講些微愛情，故財產多者，容易成婚，財產少或無者，則否。男多財產，則女因其多財而賣其身體與愛情。是終身娼婦之類也。女多財產，男亦以一身鬻之，是亦無異男妾。故有妻辱其夫者，不足怪也。如此婚姻，祇是男女之合資組合，故夫婦關係固冷淡索寞，而所生之子，亦受惡劣感化，更不待言。右爲中產以上有產者之婚姻，至於勞動階級，迫於生活之艱苦，非特不能敘夫婦親子團圓之樂，且夫婦因貧而爭吵不絕。夫或故毆其妻，以洩其平日處世困厄之積憤。至子之教養，則全然棄而不顧，浸染惡習，而投入犯罪人之羣。社會欲救濟之，固當採拔本塞源之大手段，亦非區區女子地位問題已也。

第三期 女子解放時代

此時代屬於將來，至此則社會上女子與男子完全立於對等之地位，不從屬於男子，而占獨立之地步。如婚姻則由男女之自由折衝，以決定其條件，其受法律之干涉至少，或完全不受法律之干涉。蓋兩人間愛情之濃，彼此愉快和樂，形成所謂幸福之家庭。是爲人類之理想，不可由外面強制者也。如二人之意見齟齬，則可依協議，或一方之意思，以簡單方法，自由解消其關係，不必強續其苦痛之生活。若生有子女，則從當初之契約，雙方或一方擔負教養。妻非無能力人，故夫婦各能獨立而爲諸種法律行爲。若性質上不許一方之獨斷，得依協議行之，一方不必屈從他

方之命令。如夫婦間之財產關係，原則上依財產分別制。若夫婦間有共有財產，則由夫婦共同管理。如親權亦父母共行之，不許父之專權。嫡子與私生子受同等之待遇，其間不設差等。至處女舉子者，則社會極力救護之。完全廢除嫁資制度，可以杜絕資產婚姻之弊端。此種制度之實現，固屬於未來，然進步之趨勢，駸駸乎向之，殆無疑義也。

約翰斯多亞密兒曰：「使女性從屬於男性，致社會之關係不良，爲今日人類進步之大障礙者，此實其一大原因。」斯賓塞曰：「社會每影響於家族，社會目的在戰爭，而行壓制制度，則家族之關係，亦自壓制。社會若以工業爲基礎，而行自由制度，則家族之關係，亦自自由。男女之協力，一則強制的，一則任意的。案社會進步之迹，男女兩性之地位，趨向平等之方針。戰爭衰而工業興，廢壓制而行自由，尊重人權之念愈強，則女子在政治上及家族上之無能力，必漸減少，結局惟存生理上必至之區別而已。」雷多諾曰：「考生物界牝牡雌雄之關係，體力勇氣，雖多不讓於雄，原人想亦同然。唯人類在社會分業之關係上，男專戰爭狩獵，益剛勇猛烈，婦女則從事於兒女之養育，服勞於屋內，愈平和柔弱，加以男子恃其暴力，抑壓女性，教之屈從，俾適己意。故男女間智力體力發生懸隔。女子之所以鮮有傑出於文學技藝者，所以無優於男子者，女子從事此道者極少故也。然社會之進步，自非婦女參與輔助受益，則必非能真摯持久。將如何而能達到此結果耶？須男女兩性立於平等之地步，俾在教育、婚姻、親族、社會等關係，完全同一。蓋男子劣於女子者甚多，同時女子超出中等男子以上者亦甚多。若不用些微之強制，任其自由發揮能力，其間自能保平衡。若有要求受特別保護之權利者，當然是女子。何則？女子負有生育子女繼續人類之重任，而在生存競

爭上，則立於不利之地位故也。然欲改善女子之運命，勢必將男子之運命及一切制度共同更改不可。夫社會日進不息，一旦公正健全之社會成立，則兩性間社會上精神上及肉體上之差異，必可減少。至此則野獸式卑陋之男子，將不能存在，而婦女亦不得為男子之玩具。於是男性女性各無所失，社會遂大得其所也。

今日英國之女權論者，欲訴於暴力而得選舉權，每日新聞詔示吾人。此事祇係時間問題，早晚必與女子以選舉權。男子所以不贊成女子有選舉權者，以為女子不能服兵役。然女權論者，以為生子乃女子所獨擅，男子則不能事同一律。法律本為男子所造，一切皆為護男子之利益而設云。此真令人發噤，果如婦女得參與立法，則必制定不利於男子之法律。澳洲女子已得參政權，該處法律，關於男子之飲酒賭博等，處罰甚重。要之，當以男女平等為本則，一切制度務不偏於一方之福利，是今日之理想也。

（明治四十二年四月法學志林記念論文集登載）

第四節 戶主制之存廢

一

戶主制已於公法上完全失其地步，是顯明之事實也。昔在羅馬如為將帥之權，為法官之權，係貴族之特權，貴族依門閥而世襲此等職分。襲職者固為貴族之戶主，其家族不與焉。然將軍之子，不必有統率之才，法官之子，不必

有裁判之能。故官職世襲制，隨時運之進步，究不能持久，理至明也。羅馬法律除司直之閥閱家以外，人民不得而知。凡生殺與奪，唯法官是聽，所以人民之生命財產，極呈不安之狀態。從此發生貴族與平民間之軋轢，平民勝利之結果，乃將法律刻諸銅版，揭諸廣場，法官以一年之任期，由人民公選，其他之公職，亦皆舉有能之人任之，對於國家之公職，戶主及家族之區別，完全消失。現今歐美諸國無戶主制，關於登用吏員，固不問戶主及家族之區別。日本雖戶主制尚存，然服官權爲憲法所保障，臣民一律平等，戶主及家族之間，不復設何等之差別。

至於納稅當兵之義務亦同，國民有一定之資格及財產者，均應任此等義務，不因戶主與家族而有所異也。

至選舉權被選舉權亦然。聞板垣伯倡議國會議員之選舉權被選舉權應與戶主。然此種主張，對於今日之戶主制，究屬不通之論。今日之戶主，非若昔日有資格之限制，故雖如未成年人，禁治產者等無能力人，亦得爲戶主。若與選舉權於此等戶主，是使無能力人行選舉權也，若不與選舉權於此等戶主，是與選舉權於戶主之意旨不貫也。且在今日之制度，家族得戶主之同意，可自由分家，而爲一家之戶主。故戶主有選舉權，則家族欲得選舉權者相繼分家，至與選舉權於戶主之精神埋沒也。

昔時戶主殺家族，不負刑事上之責任，若家族殺戶主，則處以極刑。然今日之刑法對於戶主及家族皆一律平等。抑在昔之戶主制，凡家內之事，任戶主之獨斷，國權不敢干涉。洎國權之組織，漸次整頓完備，國權干涉家內，直接保護個人，戶主不得擅殺家族，若有殺之者，則處以刑罰，故家族依國權之保護，對於戶主，反占強者地位。蓋君主制

雖係模倣戶主制而發生，君主之權利與戶主之權利勢不能相容。戶主專權於一家之內而排斥君主之權利，是一國之內，有無數之小君主，任意行政，國政不能劃一。故西洋古語曰：『君主忌戶主。』蓋君主之權利愈擴張，戶主之權利愈削小，理固然也。戶主對於家族遂失去其刑罰權，與家族共服於同一刑法之下。

總之，公法上戶主制完全沒落，非過言也。但日本現制：（一）華族之戶主為貴族院議員有選舉權及被選舉權，此為非常之特例，然其所關亦不甚廣；（二）戶主於家族之產生、死亡、及族稱變更，有呈報戶籍吏之義務；（三）因婚姻、養子關係及其他之原因，某人入某家，取得其家戶主之身分族稱，此等雖屬於公法上之事項，極其瑣屑，不足以加戶主之重。

二

在昔嚴格之戶主制，能所有財產者惟戶主，家族不得所有財產。凡家族所取得之財產，當悉歸戶主所有。羅馬戶主及家族之間，不得互相買賣。何則，家族之財產，即為戶主之財產，戶主對於家族為買賣，是自己與自己為買賣也。後世逐漸認識家族之人格，同時財富發達益盛，故家族得財產之途愈多，家族遂亦得所有財產，而經濟的獨立。及家族一得經濟的獨立，又何苦立於戶主之下以服其權力耶？所以各別成家，獨立營生，此乃自然之趨勢也。於是家止限於夫婦與不獨立營生之子之小團體，不復能保昔日之形體。故家族所有財產，不得不謂為戶主制敗壞之原因。

竊以今日之理論推之，在昔之戶主制，家如法人，其財產屬於家之所有。或家爲戶主及家族之合夥團體，其財產歸合夥人共有。無論如何，戶主不過有管理其財產之權利，家族有依其財產而受扶養之權利。戶主隱居或死亡，則其長男代之，長男唯承繼前戶主之身分及財產管理權，而財產之所有權，屬於法人之家或家族，依然不變。但往往有因戶主隱居或死亡，或死亡後數年，而家人析產者。然此止可視爲共有財產之分割，而不得謂之繼承。何則，家人非因析產而承繼前戶主之所有權也。當新戶主代前戶主時，不分析財產，依然繼續舊時之狀態，固亦有之。又雖分析財產，家族各有其財產，尙在新戶主之家服其權力者有之。反之家族依析產而取得其財產，出而別成一家，立獨立之生計者有之。總之家族所有財產，爲戶主制崩壞之楔子，不容疑義。

一家之財產，屬於家之所有，或歸戶主及家族共有，其事實有如右述，然而一家之財產，悉歸戶主單獨所有，家族依戶主之扶養而生活，戶主死亡，則以繼承之名義析產，由是而各成一家，此亦事實也。

按今日之制度，家非法人。故無所謂家產即屬於家之所有財產。又家非戶主及家族之合夥，故無所謂合夥人之共有財產。一家內之財產，非戶主之所有，則爲家族之所有。唯所屬不分明者，推定歸戶主所有。而家長繼承，係以長子一人，全產繼承主義爲原則，故前戶主之財產，全部移轉於繼承人，繼承人以外之家族，苟前戶主無特別遺囑，雖一部之財產亦不能受，故使戶主負扶養家族之義務。於他方面則家族有所有特有財產之權利，以家族名義取得之財產，如以勞動之報酬，遺產繼承，遺贈，贈與，買賣等名義，所得之財產，即爲其特有財產。家族得依其特有之財

產而生活，不得再受戶主之扶養。而扶養義務，不限於戶主之於家族，此外夫婦親子（直系血族間）兄弟姊妹之間亦有之。此等人間之扶養義務，先於戶主之扶養義務。故當戶主扶養家族時，大抵對於與已有夫婦父子兄弟姊妹關係之家族，以夫親兄弟之資格行之，對於無此等關係之家族，單以戶主之資格行之者極少。若戶主對於無此等關係之家族，單以戶主之資格，任無限扶養之義務，則戶主將不堪其煩，而此等家族亦不屑受戶主之扶養，所以受扶養者，必要不得已也。否則，各得特有財產而獨立營生。然則法律規定戶主之扶養義務，在習慣上殆歸於空文。家族能依其特有財產而獨立營生者，無須受戶主之扶養，同時亦無須服於戶主之權利，故必去而別成一家。

三

古人以爲人死靈魂永存，必須適當葬祭，使其靈魂得安，否則，靈魂陷於飢渴，受永久之痛苦，且飄泊於人間，釀成疫癘、饑饉、戰爭等災害。故極重葬祭。戶主制實由此迷信發生，且益加鞏固。戶主之重要職分，在於祀祖，此實爲不陷祖靈於飢渴之道也。爲戶主者，如死後無人爲之葬祭，則其靈將與祖靈共陷於永久之痛苦，故因無子而絕祖祀，不特苦祖先之靈魂，且亦苦自身之靈魂，苟念及此，孰不寒心。故必欲得子孫以承繼戶主之地位，而繼續祖先之祭祀者，固事理之當然也。所以一切制度，皆依此種精神而產生。卽以婚姻而論，亦以得子祀祖爲目的。摩奴法典曰：『妻舉男子，與夫及夫祖以天。』蓋言夫之靈魂及夫之祖靈免爲不血食之鬼也。又曰：『長子因履行義務而生。』蓋言爲戶主者必有舉長子之義務也。如夫弱無生子之力者，得貸其妻於近親，俾得舉子以爲己子。所謂 Levirate

之俗，以常情論之，雖屬不可思議，苟念及自己及祖先之靈魂，陷於永久之苦痛，則忍一時之情而貸妻於他人，或亦如尋常茶飯之事。究竟自己無子，養他人之子爲己子，卽爲養子制度。妻無子，則得去之或蓄妾。此皆出於得子以承繼戶主地位及繼續祖先祭祀之精神。戶主制由此迷信發生，且益加鞏固者，此之謂也。

爲救祖靈飢渴之迷信，昔時最深，今日尙不免有之。然而人智漸開，此種迷信不得不衰。夫口可以食，目可以視，耳可以聽，雖三尺童子皆能知之。今祖先肉體既朽，其耳目口諸器已不存在，而謂供酒食以祭之，可療其飢渴，寧非極奇怪之事耶？今日吾人祭祖之精神與前人大異。吾人祭祖，非爲療祖靈之飢渴，乃爲紀念祖先對之表示敬意耳。亦非爲安祖靈，乃爲慰自己之心而已。蓋祖先昔日存在時，曾爲子孫劬勞，吾人今日實受祖先莫大之恩惠，故紀念之以表示敬意，是亦人情之所不得已也。然爲自慰而祭祖，在自己生存中祭之，固無不可，而必得子以永久繼續其祭祀，胡爲也哉。故爲救祖靈飢渴之迷信一衰，戶主制存在之理由已失去其大半矣。

英國白芝浩 (Bagehot) 之言曰：『宗教之設，乃豪傑之士用其權謀術數以籠絡人民，而鞏固其團結者也，雖一時發生效力，然歷久遂生沈滯固定之弊，且拘束人民之自由，致不能振拔，故早能破除此迷信而超脫之者與，否則亡。』其所謂宗教出自豪傑之權謀，其辭雖失之過當，然其所謂拘泥迷信，不能振拔者亡，真卓見也。法國『羅馬法』泰斗基魯 (Girard) 亦曰：『依戶主權而保一家之存在及權力之統一者，適於尊敬傳說而無批評進取 Critique et entreprise 能力之弱小國民，但不適於強大國民。』』

四

按戶主制爲昔時專制制度之遺制，與今日自由制度之精神，不能相容。在昔專制制度時代，官權得任意命令，以拘束人民之自由。然今日人民之自由，爲法律所保障，苟不違反法律，人民有完全自由，官權不得而侵害之。而法律由人民參與制定，此卽自由制度之精神。然戶主制實與此種精神不甚調和，試言其一端，今日之戶主權，固經法律規定，且甚爲微弱，不復如昔日之強大，但戶主尙能於其範圍內，發揮其專制之威力。若家族欲去戶主之家而入他家或欲分家，必須得戶主之同意。此同意權係絕對的，若不得戶主之同意，則不得入他家或分家。且此同意權爲家或戶主之利益而付與，非爲家族之利益而設定，故戶主同意與否，完全可以任意。戶主得無故拒絕其同意，而家族不能爭之，不得不唯唯屈從其任意之命令。此與自由制度之精神不能相容者非耶。且家族欲爲婚姻，須得戶主之同意。戶主或恐家族添丁，仰賴自己之扶養，而拒絕其同意。此時雖無戶主之同意，家族得成就其婚姻。但須受戶主離籍制裁。又家族不得反乎戶主之意而定其居所。故戶主或命其子弟留家務農，而其子弟不願埋沒於蓬蒿之中，欲遊於通都大邑，以達其立身顯名之目的。於是去家遠遊，反背戶主之意。此時，戶主得不扶養其家族，且可定相當之期間，催告其家族；在該期內就指定之居所，若家族不應催告，得令離籍。然此不過法律上之談，若就事實上求之，除此之外，家族苦於戶主之專制的威力必大，此非戶主制不適於社會實際之證明乎。

在今日之自由制度，使個人能自覺其個性，而充分發揮其天才，卽社會全體之利益。然戶主每拘束家族之自

由，妨害其個性之發展，非所以副於現代之趨勢也。

強者恃其威力，以妄自壓迫弱者，可謂爲非理背道之至，蓋保護弱者而提高其地位，削平夫婦親子間之懸隔，以達於合理之程度，實今日文明諸國之大勢也。男女之間，公法上雖大有出入，私法上則全屬平等，至於夫婦，惟婚姻之性質上，不得已承認夫之優越權。其在親子之間，昔之有親權者，雖得任意殺戮、買賣、遺棄其子，而今日之親權，則非爲親權者之利益而有虐待其子之權利，反視爲保護子之利益之權利，故子之權利大爲擴張，動輒有凌壓親權者之勢。所謂提高弱者之地位，十九世紀以來文明之恩賚也。然獨於戶主及家族之關係，家族依然須屈服於戶主之專制何耶？

五

職業世襲制，變而爲職業自由制，對於戶主制，更加一重打擊。蓋戶主制係因定數之家族，永住於一地，從事於同一之職業，始得保其存續，今也，假令家族中之長子，留於家中，繼續父祖之業，而次子以下諸子則各赴四方，從事於其所志之職業，故戶主制失其故態，亦勢所不免者也。

加以使用機械之結果，家內之手工業廢而工場的大工業勃興，各家不能經濟自給，家人失業負債，不得不從事於勞動。因而分散於諸方，不能營團圓之生活，故戶主制之基礎，益加動搖。法國「法制史」大家維屋里(Viollet)謂：「家族關係解體於時之作用與富之破壞力之下，」殆指此歟！

尙有一言：合夥公司法人等之勃興，實爲近代之趨勢，家族團體從事同一之職業而營共同之生活，經濟上社會上究屬不可能，則目的事業相同者，依合夥公司法人等之方法團結協力以達其目的事業，正所以代往時之家族團體，豈非適合於今日之情狀乎？同祖先同血統不可以爲團結之基礎，則同目的同事業爲團結之基礎，豈非當然之事乎？果爾合夥公司法人等之勃興，正戶主制之所以無用也。

六

吾嘗論女子之地位，以謂自第一期虐待女子時代進於第二期保護女子時代，今將入於第三期女子解放時代。蓋古代不認女子之人格，視同牛馬物件，對於男子，處於終身順從之地位，而其順從則不爲女子之利益，乃爲男子之利益。生殺與奪，惟任男子之所欲，女子則惴惴焉以觸犯男子之雄威是懼，其狀極爲悲慘而其境遇至可憫也。其後文化大進，以虐待弱者，害人感觸，而認女子與小兒同爲身心不健全者而保護之，乃立於男子覆翼之下。民法以妻爲無能力人，與未成年人同列而加以保護，蓋發生於此種精神。既曰「保護女子」固應爲女子之利益着想，而女子對於男子，在於從屬之地位，與往昔無異也。及女子之地位大進，其智術及財產凌駕男子者益加多，女子不復甘從屬於男子而服其保護，要求從男子之手解放，而與男子立於對等之地步，乃必然之勢也。現在歐美「婦女解放運動」之發生，實緣於此。至將來此種運動成功，則男女之間除生理上不可磨滅之差異外，其他則可完全歸於平等，蓋不容疑義。歐美之社會，屢屢乎趨向此而進。由此觀之，關於女子之地位，歐美諸國將由第二期進於第三

期，日本則不過在自第一期進至第二期之途中，以日本與歐美相較，則後一期。

顧往昔雅典亦行戶主制，當其盛時，女子之地位爲何如耶？幼在父家，專服於其父之權力，而守嚴肅蟄居之生活，達一定之年齡，禁止與一家內之男子晤面，教育則完全放棄，關於人事及自然則一無所知，及長而嫁人，出於父命，不能自由選擇所偶，其無男兄弟者，有與其最近親之男子結婚之義務。此由於迷信祖先之靈魂，非血統者之祭祀則不享也。甚至既婚之後，父死而無繼承人，則其婚姻當然解消，歸而繼承本家，更須與最近親之男子結婚。而在最近親之男子，如係既婚者，須去其妻而與孤獨之女兒再婚。爲一家之繼續計，女子之自由及感情，雖完全犧牲，亦不顧惜。而爲人之妻者，常在屋內任育兒及炊爨之勞，不問他事。即偶爾外出，則深掩其面，不服文采之衣，務避與人接觸。至爲夫者則終日在康衢議論政治，參與公事，入夜始歸家。故夫婦之間智能懸隔，有若天壤，妻殆無與夫對談之資格。如聖人梭格拉底（Socrates）至謂『君與人語，更鮮於與尊聞語乎？』妻不能與夫以精神上之滿足，則爲夫者勢必外出以取償。於是有所謂藝妓者（Deshie）才貌雙絕，頗足以蕩人之心。世之男子乃相率而求家庭所不能得之慰樂於藝妓。如聖人梭格拉底尙狎昵藝妓德娥，致遭其妻辜商德之嫉妬，爲有名之笑柄。德謨斯特曰：『欲求快樂，惟有藝妓，至娶妻不過爲舉子及治家之用而已。』蓋在女子地位低下之處，發生藝妓之類，實屬難免。現今歐美諸國提高女子之地位，所謂藝妓之流，殆完全絕迹，然謂戶主制必與藝妓共存亡，固非誣妄之論也。

希臘離婚之事頻行，殊以嫌惡爲離婚之正當充分理由，夫苟嫌惡其妻，則得任意離婚。不過妻出嫁時隨帶有

粧奩等物，夫須返還之，因此稍得阻止離婚，而妻之地位亦賴以保障焉。妻無子，得離之，蓋在戶主制，得繼承祭祖之繼承人，為婚姻之唯一目的也。夫得納妾，以備妻不生子也。所以納妾與戶主制實相輔而行，苟欲擁護戶主制，不得不承認納妾。今人主張戶主制而排斥蓄妾制，何其矛盾之甚耶？寡婦有子，則止於夫家，服從其子之權力，無子則復歸本家，服從本家戶主之權力。苟寡婦少壯，強其再婚，是為家之繼續而不顧女子之貞節。甚至夫得以遺囑，將妻贈與親族友人等。

由此觀之，戶主制與虐待女子之時代一致。戶主制與女子虐待雖不必有因果關係，而戶主制往往為虐待女子之原因。因此戶主制究不能與漸次提高之女子地位兩立。欲使今後之女子一如希臘之女子安於奴隸的境况，除育兒及炊爨外，一切不令與知，乃屬於不可能之事。果欲爾爾，是輕視女子之人格而戕賊其人性者也。將來必至女子解放時代，亦不難逆視。果至此時，則戶主制如何能與之調和？女子解放，則男女除生理上不可磨滅之差異外，其他則悉占平等之地盤，夫婦間之事，應依夫婦間之協議而行，若其意見衝突，惟有遵從裁判官之裁判。為夫者固不得憑藉戶主權以號令其妻。若不行戶主權，則戶主制勢必不能存在。萬一戶主制能與女子解放之狀態兩立，則必與今日之戶主制完全不同。雖曰有戶主制，是與無戶主制無異。

七

熟考古今東西之戶主制，其中不合情理之處甚多。非有足以維持戶主制之特別事情或信仰，則必不能容認

如此不合情理之制度。特別事情或信仰一旦消滅，則此等制度亦不得不隨而消滅。此所以西洋古代之戶主制漸滅而東洋今日之戶主制漸傾於頹廢也。若將不合情理之制度出於戶主制者，一一羅列，殊嫌其煩瑣，故僅例示數則於左：

一、在嚴格之戶主制，則以服從同一之戶主權為親族關係之基礎。故雖與戶主及其家族有血統上之連絡者，一去其家，脫離其戶主權，則與戶主及其家族之親族關係完全斷絕，成為路人。反之與戶主及其家族毫無血統上之關係者，如入其家而服其戶主權，則與戶主及其家族之間發生親族關係。例如繼承權專為家族之親族所有，此外之人全然不得享受。故戶主死亡時，其女既嫁於他家，或已舉子，雖屬近親，不得繼承，在戶主之家者，雖係戶主之遠親或毫無血統上之關係者，可以繼承。

昔羅馬有所謂戶主權解脫 (emancipatio) 者。此種制度給與家族以自由及獨立，為特殊之恩惠，但其初乃為剝奪家族之身分、特權而設，寓有懲罰之意，恰與日本「勘當」相類。「勘當」係戶主不滿於其子之行爲時，可以自其家逐出，完全斷絕父子關係，其間毫無權利義務，即子不得繼承其父，且子雖瀕於餓死，父亦不必扶養之也。夫父子之親，出於天性，不能以人力絕之。然「勘當」斷絕父子關係，使父子相視如路人。此豈非反乎自然之甚耶？以吾輩所知，如日本舊習慣，女因婚姻而入夫家，舉子以後，苟因離婚而去夫家時，其母子之關係斷絕，成為他人，互無扶養之義務。日本舊民法以其太反乎自然，母子之親族關係不應斷絕，故定為有互相扶養之義務。非議舊民法

者囂然，以爲破壞日本戶主制，妨害一家之和平。然現行民法關於此點反蹈襲舊民法而一無所改，而亦無非議之者，甚可異也。民法如此之規定，自是當然之道理，因維持日本之舊習慣，不適於今日之時勢人心也。

二、繼父母與繼子之關係，準血族親子之關係，是亦原因於戶主制也。何則，繼父母與繼子因同一家而發生同一親族之關係也。繼親子本來爲他人，其間非特無本生親子間之愛情，且繼母虐待繼子，乃普通之事實，其相視如仇敵，比比皆是也。若而人者之間，亦使發生如血族親子間之關係，即使發生親權、扶養、繼承等權利義務，亦背戾情理之甚者也。繼父母得對於繼子，行使親權，是猶與虎添翼，助桀爲虐，以視西洋各國之法制，以繼子爲弱者而保護之，限制繼父母或再婚之本生父母之權利，相去何遠也。

昔在羅馬，因不伴夫權之婚姻而入夫家者，苟其死亡，財產由其子繼承。但其初以子不能有特有財產，故遺產歸其父取得，俟父死後，該財產由其子與父之前妻或後妻之子分析之。是使非親生子參與分析母之遺產也。以其大反乎人情，遂定爲子承繼其生母之遺產，則視爲其特有財產，不歸其父取得。日本民法母有遺產，其親生子與繼子得平分之。例如遺產五千元，有親生子一人，繼子四人，則親生子所受遺產僅一千元，豈非違反人情之甚耶？如此不近人情之結果，非撤廢繼親子準本生親子之制度，則不能消滅。

三、在戶主制，最重血統。以爲非血統之子孫，則不能祭祖先，而安其靈魂也。所以如婚姻亦從此意旨而決定，法定之推定家督相續人（通例若長子或長女），苟非廢嫡，則不得因婚姻而入於他家。此爲一家血統之繼續而妨

害婚姻之自由也。若世間有長女與他家之戶主或長子；私結夫婦之關係，不能爲適法之婚姻，不得已而繼續私通，而其間所生之子，成爲私生子者，爲吾輩所習聞習見者也。又屢有生女不生男之戶主，養他人之子爲己子，經數年之後，養子與其女舉行婚姻，此亦以繼續血統爲目的者也。彼養子因對於養親，有恩義之關係，雖對於養親之女無愛情，不得已而與之結婚者，往往而然。是亦反乎婚姻自由之精神。妻與人通姦，通例處罰，且爲離婚之原因，至夫與人通姦，則殆不過問。此蓋以妻之通姦有紊亂血統之害也。妻如無子，雖夫婦間毫無不睦，單以無子之故，而遂協議離婚者，亦屢見者也。昔在希臘，戶主死亡而無繼承人，戶主之女雖既嫁於他家，其婚姻當然解消，復歸本家而繼承之，更有與近親男子結婚之義務。今日之戶主制，雖不復認如此極端之制度，而具同一精神之制度尙多存在，如上所述，已略可窺見其梗概也。

四、今日之婚姻，以一男一女之配合爲主義。若一夫數妻或蓄妾，均認爲野蠻之風俗而擯斥之。凡爲夫者必不願其妻有外遇，而爲妻者亦不願其夫與其他之女子相私會，此人情之所同也。然而男則可得蓄婦女數人，而女則必死守一男，反乎人情之甚者也。此所以今日之婚姻以一男一女之配偶爲其主義也。然戶主制則必是認一夫數妻，或蓄妾制度。蓋在戶主制，一妻無子，則須使他妻或妾舉子也。日本雖已廢妾之身分，而尙認庶子之身分，庶子之身分，習慣上乃妾子所有者也。在今日之意義，庶子爲婚姻以外之子而經其父認領者，故不必限於妾子。雖因男女一時發生關係而生之子，經其父之認領者得爲庶子。然事實上多爲妾子，夫既認庶子之身分，則蓄妾謂爲法律所

公認，亦無不可。唯形式上不認妾之身分，且事實上蓄妾亦最爲廣行。是爲戶主制之當然結果，毫不足怪也。爾雅釋親曰：「父之妾爲庶母，」庶子之稱，蓋出於此乎。

五、隱居及家督繼承之制度，亦戶主制之結果也。隱居爲戶主身分之消滅，而家督繼承乃家督身分之承繼也。戶主制不存在，則此兩種制度亦失其存在之理由。昔戶主有重要職分時，若達一定之年齡，或發生特別之事情，許其隱居，自是正當，然今日之隱居制度，徒長遊惰安逸之習，有百害而無一利，其存在乃由於習慣之惰力，此外無可說明。如此惡制，假令戶主制存在，亦應早廢。

史記曰：「家有長子曰家督，」子爲男子之稱呼，故長子卽長男也。長男曰家督，則可知家督繼承係長男繼承之義。據大寶令「承繼戶主之身分，奉行祖先之祭祀，固爲長男，至前戶主之財產，則長男不能獨得，必依一定之比例，由家族間分割之。惟長男之所得，倍餘子之所得耳。」及封建之世，諸侯分割其土地於諸子，則其勢力削弱，故由長男一人繼承之，諸侯之家臣任一定之職分而受家祿，其職分及家祿不得分割於諸子之間，故亦由長男一人繼承之。長男幼弱不能任其職分，則沒收其家祿。至於庶民，雖無須長男繼承，但如關於年貢之上納，八兵衛之年貢，八兵衛死亡後，由同名之子一人繼續上納爲便，故亦相率而行長男繼承。於是上下一致採長男一人全產繼承主義，無或敢違，以迄於今日。明治維新，係王政復古，故宜復大寶令之舊，乃計不出此，而從封建之陋習，習慣勢力難抗之故歟！

其在外國，行長男繼承之處，固亦有之，例如英國是。然英國之長男繼承，僅限於大地主。觀英國土地所有之狀況，英蘭全土殆屬於三百名之大地主所有。蘇格蘭則歸六十名之大地主所有。故英國之大地主，除政治上之權力外，殆如日本封建時代之諸侯，欲不失其社會上之勢力，舉不動產之全部傳之長男，固其所也。但其動產則均分於諸子之間，生女不生男，則女子亦分得不動產。其在小地主，大抵以遺囑賣去不動產，以其價金均分於諸子之間。德國某地方之於農民間，有認一人繼承之權利（Anerbenercht）者。土地小分於諸子之間，或為分割而賣去，則祖產不能繼續，且經濟上亦有所不利。故其土地祇與繼承人中之一人，由其人對於其他之繼承人，以金錢代償其取得分。至於動產，則固可由諸子之間均分。如日本之家督繼承，純然長男一人全產繼承主義，世界中絕無僅有者也。如有封建制度之特殊事情，當作別論，否則如此制度全無存在理由。長男除先產以外別無享受特權之理由。傑弗孫曰：「長男有二倍飲食勞動之能力乎。果爾彼受二倍之繼承分，自屬正當，否則，應與餘子受平等之分配也。」約翰生曰：「長男繼承，有每家止出一愚物之利益。」可謂諷刺澈骨。世稱長男為總領而尊敬之，至次男以下，則稱爲「冷飯」而虐遇之，已相習成風。在標榜個人自由平等之憲政之下，尙有如此之陋習，豈非可恥之極乎？明治維新之御誓文，宣示「本於天地之公道，打破舊來之陋習」豈非指如此之陋習耶？吾輩主張戶主制姑爲存之，至家督繼承有根本改革之必要。前戶主之身分固可由長男繼承，至其財產當以分割於諸子之間爲原則，但如大寶令「長男之取得分，爲餘子之倍額亦可。」且前戶主固可以遺囑處分之。此議極公平明白，恐天下無人持異議者，有之，其惟

囿於傳說的迷信之冥頑者流耳。

八

茲將擁護戶主制之有力論說，例舉如左：

一、日本戶主制係千數百年以來之習慣，不能一朝廢之，若廢之，則人民之生活必起劇變，爲之人心不安，故縱不適於今日之時勢，姑保存爲便。是保留戶主制之第一說也。戶主制固不載於成文法，但可作爲習慣法而保存之。日本民法上之戶主制，不過變習慣法爲成文法，既有習慣法，苟爲成文法所不禁，不可依成文法記載之有無，而決其存廢，有習慣法，雖不記載於成文法，亦得存在，習慣法消滅，雖記載於成文法，亦空文耳。總之今日之成文法，當問其是否正確映寫習慣法，是否適合於社會之實情？若今日之成文法，非正確映寫習慣法，或不適合於社會之實情，即可將其改廢。戶主制之存廢，非成文法之力所能爲也。

二、存戶主制，則重祖先之葬祭，有敦厚風俗之利益，是保留戶主制之第二說也。崇拜祖先，固爲美風，然崇拜祖先，有兩種意義：其一即祖先之肉體既死，而其靈魂尚存，不祭則其靈魂不安，且陷於飢渴，所以必行葬祭也。其二當祖先在世時，嘗爲吾等子孫劬勞，吾人爲追念其功德，不得不尊敬之也。第一意義之祖先崇拜已漸衰廢，第二意義之祖先崇拜，可永遠存在，已如前述。夫所謂祖先崇拜，寓有尊敬長老之意，祖先既死，尚應崇拜，則現在生存之長老，當受尊敬，更不待論。尊敬現在生存之長老，則其死亡後亦應尊敬之，長老尊敬較之祖先崇拜，更爲美風。然是等乃

宗教上道德上之事，與法律上之問題無涉，故在法律上戶主制雖歸消滅，而國民之宗教心道德心，苟不消磨，則祭祖敬長之美風尚流行。今日規定戶主制之法律，未嘗命祭祖敬長之義務。此等事完全行於法律以外，然則不能單以戶主制存在之故而維持此種美風也。

三、戶主制有養成犧牲精神之利益。戶主爲一家之利益名譽而號令家族，家族亦爲一家之故而犧牲一身之私益感情，努力及服從，團體生活所必須之犧牲精神，因此養成，從順敬虔等諸德因之而生。此種精神；此種道德，苟移於國家社會，其國家社會益得鞏固隆昌，是保留戶主制之第三說也。對於團體生活，須有犧牲精神，固不俟言，然而犧牲精神之反面；卽失去獨立自由，有陷於卑屈萎靡之弊。且犧牲精神，不可單依戶主制而養成，自一家團體擴而至於更大之團體，亦得養成之，並亦須在更大之團體養成之。若獻身於國家，獻身於人類，其所成事業更爲偉大，其人更可尊敬。如此人物，反多見於個人主義之歐美諸國，則犧牲精神之養成，不得爲戶主制所獨擅。日本國民對於社會頗缺乏公德心，事至明顯，是其犧牲精神之養成，僅偏於一家團體也耶？

保留戶主制之論說，其稍有力者，已如上舉。然擁護戶主制者，尙爲種種之言論，茲略舉其二三而評判之。或者曰：日俄戰爭後，歐美人尋求日本戰勝俄國之理，而歸功於日本之戶主制。戶主制爲日本所特有，而爲歐美所無，日本所以勝俄國者，實在乎此。蓋歐美人尙知尊崇戶主制，而爲日人者豈可不極力愛護保持之耶？此由於歐美人不知戶主制所致。歐美人以爲戶主制寓有神秘意義，其實戶主制並無所謂神秘，且非獨行於日本，如中國印度有更

完全之戶主制，若以日本之強在於有戶主制，則中國印度當較日本為強，然彼二國今作何狀耶？一則將亡，一則既亡。足見國之強弱興亡，與戶主制無關。日本之強，別有原因。以吾輩觀之，日本國民具有先天的勇敢，不畏死之性情，且戰國以來，在長期封建制度之下，鍛鍊武士的氣質，其流風猶未泯也。

或者又曰：在個人主義之歐美諸國，親子兄弟之間，殊為冷酷，不相顧念。孰若家族主義之日本，戶主家族互相依賴生養。嘗有日本女子嫁於英人者，女之父在倫敦衣食於勞力，及年老而窮，乞援於其女，女以有害家庭和平之故，竟拒絕之。個人主義之慘刻少恩，於此可見一斑云。夫歐美之所以疎遠近親者，迫於生活之困難故耳，非為個人主義也。日本一旦遇生活之難，不保無同一事情之出現。如嫁於英人之女，拒絕其父之請求，雖有不得已之事情，亦西洋習俗薄於尊屬所致。蓋西洋薄於尊屬而厚於卑屬，反之，東洋則厚於尊屬而薄於卑屬，若在東洋不顧父母之養者極少，父母賴子營賤業而生活者，不為不多。歐美人聞之，必為驚異。夫薄於尊屬與薄於卑屬，其弊相均，均應變革。然而此乃道德風俗上之事，與戶主制及個人制固無關也。

最後或者又曰：議戶主制之存廢，有累及皇室之虞。日本皇室立於戶主制之基礎上，故廢戶主制即危及皇室之基礎。謹案日本皇室之尊嚴，當與天地共垂不朽，乃日本有光輝歷史之成果，其本原頗深遠鞏固。不因區區戶主制之存廢而受其影響，且天皇為國家之元首，皇室之中心，總攬國政，係屬於公法上之事項，與私法上之戶主制自然有別。在戶主制，女子亦得為戶主，但不得為天皇。又戶主制有廢家絕家之事，皇室則絕對無之。皇室在政治上有

重大之意義，反之戶主制在社會上每疑其無用。兩相對照，殊覺不倫。故私法上若戶主制消滅，毫不影響皇室，明於賭火。然則討論戶主制之利害得失，而定其存廢，極其自由，又何累及皇室之有哉。

九

然則日本戶主制當如何廢乎存乎抑改造之乎？由是而生三說如左：

第一、廢止說 此說主張削除現行法令中關於戶主制之規定，即關於戶主制之規定，一任習慣法，成文法不規律之。從此說，則戶主及家族間之權利義務，不無曖昧之弊，而受劇變習慣，得免固定或變性之弊，故其得失殊難判知。依此說，則戶籍法中之身分登記規定則存之，關於戶籍之煩瑣規定，則削除之。至家督繼承之規定，應從大寶令之旨趣修正，已如上述。但成文法上不禁廢止戶主制，故戶主制作為習慣法，尚可長久存在，固不待言。

第二、存置說 此說係保存戶主制，而其中所包藏之不合情理制度，悉削除之，俾戶主制極為簡單，有亦不加益，無亦不加損，不妨害其自然的推移。關於此點，瑞士新民法中對於家權（hausgewalt）之規定，大足以供參考。

瑞士新民法之家權規定，與日本戶主權相髣髴。蓋瑞士為歐洲大陸之中心，介於深山幽谷之間，其國土有為新文明之風化所不及者，而其偏僻之地，尚存古之戶主制之餘風。民法編纂之時，瑪爾丁（A. Marten）教授曾以此規定無實用，且與其他規定重複，提出削除之意見，未見採用，姑存之民法中，然其規定極簡單，不過四條，其首條（第三三一條）表示家權之定義曰：對於為共同家庭生活之家人，則有家權，家權依法律契約習慣屬於家長。凡

以血親姻親之資格而為共同家庭生活者或如使用人徒弟職工依契約而為共同家庭生活者均適用此權力。故行使家權，須豫想共同家庭。共同家庭，由住於同一之場所而營同一之生活者一團之人而成，其中含有血親，姻親，被監護人，雇人，徒弟，職工等。從可見瑞士民法之所謂「共同家庭」與日本民法中之「家」大異。有家權者依種種之名義取得之。即（一）對於服從親權或監護者，依據契約而取得。（二）對於依據僱傭關係而為家人者，依據法律取得之。（三）以年長或長男等之資格而有家權，則依據習慣取得之。親子夫婦在共同家庭內固應服於同一之家權，然夫有家權，不得對妻行使。故有家權者之妻，當視為在家人中有特別之地位者。是亦與日本民法不同之一點，足證女子地位提高之處，難行戶主制。凡雇人徒弟等與有家權者之權利義務，依契約而定，故無須特認家權。對於未成年之親族，已有父母者行其親權，再認家權，則有家權與親權衝突之虞。成年之親族與有家權者之權利義務，如一方不恪守，並無制裁，故為無用之規定。要之此制度以戶主制之道德的訓言定為民法之規則，可謂架空之立法也。

第三三二條以下之三條，規定家權之效力。第三三二條曰：生活於共同家庭之家人，必須公平顧慮各人之利益，而服從一家之秩序。家人享有教育職業，及宗教所必需之自由。家長以對己財產相同之注意，注意家人財產之安全及保存。曰家人有服從一家秩序之義務，曰一家之秩序，均甚漠然無關痛癢之語，不如一任風俗習慣之為愈。第三三三條規定在家長權力下之未成年人，禁治產者，精神病者，加損害於他人，家長應負責任。與日本民法第七

一二條乃至第七一四條之規定，同其旨趣。第三三四條規定隨同父母生活於共同家庭之成年之子，以其勞力收入助家計。則得於父母受扣押處分或當破產之際，對於父母參加扣押或破產，僅取其債權。此種規定，特為保護未成年之子而設，完全為一種新規定也。日本戶主權，止設如此之規定，庶不妨害其自然的推移。

第三、改造說 此說主張存戶主制之形體，而賦與異乎舊制度之新意義及新精神。故依此說，戶主制唯存空名，其實質則完全變化矣。關於此點，瑞士新民法之規定，大有參考之價值。然而瑞士民法之規定，本於該國之特別習慣事情，且適用於個人制度之國，所以日本可否逕行採用，自當慎重研究。瑞士民法親族編中，置家產一章，規定：（一）家產法人；（二）家產共有；（三）家產保護，三種制度。其中家產共有制度，係親族間形成共有財產，共同管理經營之，或使其中一人管理經營，而餘人則受利益之分配。此制度多行於繼承。蓋瑞士行分頭繼承制度，故如共同繼承人有數人，則分析遺產有不利。此時遺產歸共有，以防護各繼承人之利益，同時可維持親族相賴相養之良風。此所以設此種制度也（瑞士民法第三三六條乃至第三四八條）。願在日本，以長男一人繼承為原則，所以此制度無實用。若夫數人之親族，互出財產，設立合夥或公司，經營共同事業，則現行法上可優為之，無須特別之規定，故無特設家產共有制度之必要。茲專就其他之兩種制度試述其梗概：

（甲）家產法人制度

瑞士民法第三三五條曰：家產之財團法人，為家人之教育立身救助而支出費用，或以類此之目的，依據人事

法及繼承法之規定，得設立之。此種法人之設立管理解散，應準據人事法或繼承法之規定，依其規定，法人之財產，當然得爲轉讓之目的，故不復如往時教會財產之不可轉讓 (*biens de mainmorte*)。如許設定不可轉讓之財產，則固定一定之財產而妨其流通，發生阻害經濟發達之結果，其弊害所及，誠有不可測者。又此項法人目的在於扶持家人，苟家人絕滅，不能達其目的，當然歸於解散。是以可免家人既亡法人獨存之弊害。就此項法人之目的，須嚴格解釋。即此項法人爲家人之教育立身救助而支出費用，或以類此之目的而設立者也。教育及救助之費，固無須說明。至立身之費用，則包含家人初從事於商工業及其他職業之費用，及爲女子設定嫁資之費用。所謂類此之目的者，即爲家人實習旅行而給與費用之類是也。要之，止以家人身上所必須有益之事項爲目的，此外不許擴張。若專爲給與家人物質的利益（即生活費）而設立法人，應嚴行禁止。何則，家人若祇知用法人財產之收入，以供其衣食，優遊逸居，不事一事，乃爲寄生蟲之生活，貽害於國家社會者甚大也。至此項法人以公益事業爲其從目的，或主目的，固無妨也。

日本之家，在現行法上非法人，並亦不得爲法人。蓋其目的在家之存續，既非公益事業，又非營利事業。故不能使爲營利目的之公司，並亦不能使爲公益目的之財團法人或社團法人。如欲以家爲法人，當如瑞士民法，特設明文。吾人以爲如以（一）不設不可轉讓之財產。（二）以家人之精神的事項爲目的。（三）以家人之絕滅爲解散之原因等條件，設家產法人之規定，未必不可。但以一家爲法人，則戶主止有財團法人之理事資格，不復有如今

日之權利，是亦不可不知也。

(乙) 家產保護之制度 (homestead, Heimstätten, asiles de famille.)

瑞士民法第三四九條，乃至第三五九條，規定家產保護制度。摘錄其要旨，凡農工業之土地及住宅並其附屬地得爲家產。得爲家產之不動產，限於一家族之扶持，或居住所必需者。須所有者或其家族自從事於農工業，或使住宅。設定家產時，先須通告設定者之債權人，非經其同意或清償之後，不得設定之。家產之設定，當登記於土地臺帳，且須公告之。家產之不動產不得供擔保，不得轉讓，並不得扣押。原則上家產以所有者之死亡而終了，所有者生存中得依一定之手續廢止家產。是否採用此家產制度，任各聯邦之自由，惟如欲採用之，得經聯邦會議之認可，制定家產細則。

此種制度，要在保障家族生活之安全而設。即所有者依一定之手續，以一定之不動產爲家產，不得轉讓，並不得扣押，以免因債務而爲債權人所扣押拍賣，致妻子親族等無以爲生也。此與民事訴訟法上規定不可扣押之物，同出於人道精神者也。日本中流以下之農民，每因負債而失產，致流入都會而爲游手者日多，爲防止此種之趨向，認有設立此種制度之必要。關於此種制度，吾人曾於『家產制度』中詳述之，恕不再反覆細論，姑擱筆於此。

(大正二年十二月及三年二月三月揭載於京都法學會雜誌)

第五節 日本民法上之戶主制度

日本民法規定家制，是爲日本民法所特有，比之歐美諸國民法，所以帶異彩也。「家」於普通之狀態下，得謂之爲戶主及家族之合夥團體。然而家不必常要有家族，亦有單有戶主一人已足者，例如單身戶主是也。由此點言之，「家」爲戶主及家族之合夥團體，可謂不當，不如謂爲以戶主權爲基礎之無形的統一體爲愈。雖然戶主權必須有家族始得完全行使，故單身戶主係變態，有家族爲常態。是猶社團法人須由二人以上之集合，乃得成立，成立以後，社員全部缺亡，不存一人，方始消滅，若社員一人存在，社團法人尙存續。有社員一人之社團法人，以新社員之加入而完成單身戶主之家，須待家族之發生而完成。

家非法人，何則，民法中不規定爲法人也。若民法定家爲法人，家乃得爲法人。恰如民法以繼承人不分明而定遺產爲法人。（民一〇五一條）家非法人，故不得所有財產而爲權利之主體。一家之財產，所有權屬於戶主或家族。民法第八六六條規定：養子有傾蕩家產之行爲，得爲離緣之原因，雖規定此旨，然此所謂家產，係指養親之財產而言，養子他日可因繼承而取得者，非家有財產之義也。又依民法之規定，家不得爲法人。民法上之法人，須以公益爲目的之社團或財團。然而家以家產之保存或家人之共同生存爲目的，不得謂爲以公益爲目的者。且家非以營利爲目的，故亦不得如公司之類，爲商法上之法人。民法上家非法人，並亦不得以爲法人。然如以家爲法人，則具有

可爲法人之性質，家保其獨立團體之面目，家與家之間存有一種關係。例如所謂本家分家同家之類是也。所謂本家係分家戶主之所從出，分家係本家之家族出而創立之家。至於同家，係分家與分家之對稱，出於同一之本家云爾。

日本民法上之「家」，歐美諸國無之。此所以謂歐美諸國係個人主義之國，而非家族主義之國也。蓋歐美之社會以個人爲基礎而不以家爲基礎。歐美有親族關係而無家族關係。親族關係者，血族，配偶者，姻族間之關係也。所謂血族者，係指二人間之關係，一方出自他方或雙方出自同一之始祖。例如父子兄弟是。配偶者係夫婦間相互之關係。姻族乃夫婦之一方，與他方血族間之相互關係。例如夫與妻之父母是。此親族關係，歐美日本均有之。反之，家族關係，卽戶主與家族間之關係，則爲日本所特有，而爲歐美社會所絕無也。歐美無家族關係，故無戶主權，並亦無家。但歐美固亦有有形的房屋，充人人之居住。卽夫婦親子兄弟等有親族關係之數人居住於同一之房屋內。俗稱「家屋」或「家庭」，若以法律言之，則可謂親族數人居住於同一之場所，但與日本民法上之家，固迥然有別也。民法上之家卽以戶主權爲基礎之無形的統一體，通例由戶主及家族之集合而成立。然世間往往以家屋或家庭之俗語，與法律上之「家」混同而用。或曰英國之家族制度善美。或曰美國之家族制度善美。此皆不知西洋各國純爲個人制度之國家，家族制度已完全斂迹者之言也。

家族一語，對於戶主而言，則指在戶主之家而服從其權利之人。在戶主之家者，與戶主同籍之義也。稱家族制

度，則家族一語，用作家之義，非對於戶主而用家族之義，猶之稱「國」曰「國家」，係出於文字上之便宜。但家族制度寧稱爲戶主制度，較爲明白。如前揭或者言中「家族制度」之語代以「戶主制度」一語，即可見其不成意義。若謂英國之戶主制度爲善美，誰肯承諾耶？吾人後段所論，專關民法上之「家」，即戶主制度，而毫不及其他。此民法上之「家」即戶主制度與世俗上之「家庭」最易混同，所以屢屢發生誤解，乞讀者諸君加以注意。

日本民法規定「家」，故連類而生多數之規定，亦不得已也。此等規定，獨存於日本民法，而不存於歐美諸國民法，茲一一列舉以說明之。

第一 戶主權

戶主權者，伴於戶主身分而得之權利義務之全體也。其目甚多，茲舉其重要者，則有（一）同意權，即關於某種事項對於家族給與同意之權利；（二）居所指定權，即指定家族居所之權利等權利；（三）扶養家族之義務；（四）不廢祖先傳來的「家」之義務等義務。不廢祖先傳來的家之義務，爲法律上之一般義務，非對於一定之人者，其他之權利義務，係對於家族。故家族對於戶主亦有權利義務。即家族關於某種事項，有得戶主同意之義務，有在戶主指定居所之義務，同時如不能自活，有受戶主扶養之權利。

戶主之同意權，細別爲：（A）某人入其家，或家族去其家，與以同意之權利。（民第七三七條）（B）家族繼承他家，分家及再興廢絕家，與以同意之權利。（民第七四三條）（C）養子協議上之離緣，與以同意之權利。

(民第八二六條三項)(D)曾因婚姻或養子關係而入他家者，欲更因婚姻或養子關係而入他家，與以同意之權利。(民第七四一條)(E)家族結婚或為養子關係，與以同意之權利。(民第七五〇條)其中ABC三者之同意權，係絕對的，若不得戶主之同意，家族不得為此等行為。反之如DE二者之同意權，非絕對的，家族不得戶主之同意，尚得結婚或為養子關係。但在D，受復籍拒絕之制裁。在E，受復籍拒絕或離籍之制裁。家族不得戶主之同意，而依婚姻或養子關係入他家，則戶主得自其婚姻或養子關係之日起一年內呈報戶籍吏，拒絕其復籍。是即復籍拒絕也。故受此制裁者，他日因離婚或離緣而去婚家或養家，不能復歸本家，而創立一家。又家族不得戶主之同意，而因婚姻或養子關係，而引他人入己家，則戶主得自其婚姻或養子關係之日起一年內呈報戶籍吏，將未得其同意之家族驅逐。是即離籍也。故受此制裁之家族，如已結婚，與其配偶者共去其家，如已為養子關係，與其養子共去其家，而另創立一家。

家族不得戶主之同意，而結婚或為養子關係者，戶主得令其離籍及拒絕復籍以制裁之。而婚姻或養子關係因呈報戶籍吏而成立。然家族欲不得戶主之同意而結婚或為養子關係時，戶籍吏藉口無戶主之同意而不受理其呈報，則其婚姻或養子關係究竟不能成立，而法律設離籍或復籍拒絕之制裁之精神亦湮沒，故此時戶籍吏應警告呈報人當得戶主之同意，若呈報人尚欲呈報，則必須受理。(民第七七六條第八四九條)

戶主權之外，復有所謂親權。親權者，在家之父母，依法律之規定，對於未成年子之身體及財產，或對於不獨立

營生之成年子之身體，所有權利義務之全體也。即對於子之身體，有監護教育之權利，懲戒之權利，居所指定之權利，從軍許可及營業許可之權利。對於子之財產，有最廣義之管理權。

案法律史：親權本出於「羅馬法」之父權（*Patria Potestas*）。其在羅馬，父為一家之長老，父權即家長權也。與日本之戶主權相當。及羅馬之末年，家長制度漸崩壞，個人制度起而代之，父權由家長之權利，一變而為父之權利，無父則母亦得行之，遂成為親權。今日多數之民法，關於親權，父先行之，無父則母始行之，但如瑞士新民法，則定為父母共行之。戶主權變其性質而親權代興，所以二者不能同時並存。譬如蝌蚪變而為蛙，蝌蚪與蛙乃唯一之動物，非二個別種之動物。然日本民法則並認戶主權與親權，實屬法律史上之怪象。蓋戶主權與親權本是同種之權利，故其一方完全，則他方全為無用。試觀日本民法之規定，戶主權頗微弱，似親權稍近完全，則戶主權宜對於親權讓步而消滅。且此二權並存，而發生重疊衝突之病，自然之數也。法規固能避其衝突，而事實上則究竟不能避免。不過實際上戶主與親權者概為同一人，故幸得無事，其為各別之人者亦甚不少，所以不得完全無衝突。試略言之：

一、戶主有指定家族居所之權利。親權者之父母亦有指定其子之居所之權利。今如親子服從同一之戶主權，親權者指定之居所與戶主指定之居所相異，則其子宜何所適從耶？依法律之規定，子宜從親權者之指定。蓋子不從親權者之指定，則親權者可假公力強其子就其所指定之居所，而戶主無此權利，唯家族不在其所指定之居所，對之可免扶養之義務耳。成年之家族，不在其指定居所時，戶主定一定之期間，催告在該期內，就其居所。若尚不應，

則不獨對於家族，可免除扶養之義務，且得令其離籍，至對於未成年之家族，則僅可免除扶養之義務，不得令其離籍。而親權之行使係以對於未成年之家族為原則，故其家族有自活之資力，或得賴父母之扶養而生活，不從戶主之命令，亦不受何等之制裁，此戶主權之所以微弱也。（民第七四九條第八八〇條。）

二、親權者之父母有教育其子之義務。舊小學校令，以戶主為學齡兒童之保護人。現行小學校令，則從民法之旨意，以親權者之父母為其保護人。豈非民法設親權制度以侵蝕戶主權，致戶主權無用耶？（民第八七九條小學校令第三二條。）

三、依民法之規定，若子從軍，止須得親權者之父母之許可，不必要得戶主之許可。然据一年志願兵條例規定，志願者應隨同願書提出戶主及親權者之父母之承認書。故有親權者之承認而戶主不承認，則不得從軍，是亦衝突之一例也。（民第八八一條陸軍一年志願兵條例第八條。）

四、父母對於子之婚姻及養子關係，有與以同意之權利。此種權利屬於父母雙方，雖非所謂親權，然廣義觀之，亦得視為親權之一種。戶主對於家族之婚姻，及養子關係，亦有與以同意之權利。戶主之同意權與父母之同意權，頗異其性質及效果。（A）戶主之同意權基於一家統治上之必要。父母之同意權出於保護其子利益之精神。若其子欲為無益有害之婚姻，父母得拒絕同意，使之反省。（B）家族不論達於如何年齡，須得戶主之同意，反之，子達於一定之年齡，婚姻不須得父母之同意，至養子關係，則不在此限。（C）父母之同意權係絕對的，婚姻或養子

關係，若不得父母同意，戶籍吏不得受理呈報不從父母之同意其婚姻及養子關係不得成立。反之，戶主之同意權，並非絕對的，婚姻或養子關係不得戶主同意，戶籍吏不得受理呈報，先警告呈報人，如呈報人仍欲呈報，須受理之。是不得戶主同意之婚姻或養子關係，能成立也。（D）戶籍吏將不得父母同意之婚姻或養子關係之呈報受理，其婚姻或養子關係雖成立，父母得於一定期內撤銷之。反之，戶籍吏受理不得戶主同意之婚姻或養子關係之呈報，其婚姻或養子關係完全成立，而戶主不得攻擊之。不過對於未得同意之家族，得於一定之期內，加以離籍或復籍拒絕之制裁耳。由此觀之，可云戶主權比親權薄弱。（民第七五〇條第七七二條第八四四條第七八三條第八五七條。）

未滿十五歲之子爲養子時，父母代與同意，親子共係家族，則須得戶主之同意。父母同意，養子關係得以成立，若不得戶主之同意，戶主對於其子，得拒絕復籍，是亦父母與戶主發生衝突之一點也。（民第八四三條。）

五、最後戶主有扶養家族之義務，父母亦有扶養其子之義務。對於家族之子，戶主與父母，孰應先扶養之乎？曰父母先扶養之，苟父母不能扶養之，則戶主扶養之。家族之子，固有不能自力生活者。依日本民法之規定，夫婦親子（直系血族間）兄弟姊妹間，有互相扶養之義務。但對於兄弟姊妹間之扶養義務，有某項限制。獨戶主之義務則非相互的，戶主有扶養家族之義務，而家族無扶養戶主之義務。家族彼此之間，除有夫婦親子兄弟姊妹之關係者外，均無扶養之義務。故如家族一人富裕，而戶主及其他之家族貧困不能自活，在法律上其人無扶養之義務，至於

道德上之問題，乃另一事也。

抑擴張扶養義務之範圍，利害交存，大須考慮。假如規定家族有相互扶養之義務，若家族中有貧困者，則不待國家及其他公共之救助，其他之家族應扶養之，故有減少貧民敦厚風俗之利，但有誘發人人之依賴心，銷滅獨立自營精神之害。且家族中之有力者，欲大有所爲，而爲貧困之家族所糾纏，不能伸其手足，相率而淪於窮境，非社會一般之利益。關於戶主之扶養義務，不可謂無此弊。

家督繼承人承繼前戶主之財產全部，而其他之家族絲毫不得受其分配，故戶主之扶養義務，當然發生。如於家督繼承制度，加以多少之變更，則不認戶主之扶養義務可也。此事尙待後論，在昔一家之財產爲戶主及家族所共有，家族在財產上有所有分，得衣食之資，爲其當然之權利，今也，戶主及家族之間，所有權劃然分別，一家之財產，悉歸戶主所有，家族不得一物，失去生活之方便，不得不待戶主之扶養，至可愍也。家族非萬不得已，不願受扶養。故除與戶主有夫婦親子兄弟姊妹關係之家族外，戶主所扶養者，恐占極少數，戶主之扶養義務，徒存空名，亦未可知也。

第二 繼父母與繼子之關係準血族之親子

此爲民法第七二八條所規定，繼父母與繼子間發生與親子相同之親族關係是也。父母結婚舉子，而其婚姻消滅後再婚時始發生繼父母與繼子之關係。卽父母結婚舉子後，因母死亡或離婚，父爲續絃而娶後妻，則父之前

妻之子與該後妻之間，發生繼母繼子之關係。又父母結婚舉子後，因父死亡或離婚，母爲再醮而帶其前夫之子入後夫之家，或招贅後夫入己家，則母前夫之子與其後夫之間，發生繼父繼子之關係。發生繼父繼子之關係，於父母結婚之外更須親子在同一之家。在同一之家者，屬於同一戶籍之義也。是雖法無明文，然爲習慣上之傳說，自昔已有一定也。故如母帶前夫之子而再醮，其子與後夫之間發生繼父繼子之關係，若留前夫之子於本家而再醮，則其子與後夫之間不生繼父繼子之關係。又如父娶後妻，續絃當時前妻之子尙在父家，其子與後妻之間，發生繼母繼子之關係，若前妻之子在續絃以前，已因婚姻及養子關係而入他家，則其子與後妻之間，不生繼母與繼子之關係。雖然，所謂在同一之家，不必要於父母再婚時，子在其家，在父母再婚後，始入其家，亦發生繼父母繼子之關係。如母再醮後，將留於本家之子引至其夫家時，發生繼父繼子之關係。又父娶後妻後，其前妻之子，既因婚姻或養子關係而入他家者，復因離婚或離緣而復籍時，發生繼母繼子之關係。

繼父母繼子之間發生與親子相同之親族關係，故繼父母對於繼子婚姻或養子關係有同意之權利，對於繼子有親權；有授受扶養之權利義務，有相互繼承之權利等。法律上雖有多少限制繼父母之權利，然大體上有與本生父母同一之權利。（民第七七三條第八七八條。）

抑繼父母繼子之關係，所以擬於血族親子之關係者，出於日本戶主制度之舊習也。在戶主制度，繼父母視繼子如己子，繼子事繼父母如本生父母，以保持一家之規律爲必要，馴致此種習慣。然而本非親子者，決不能強使有

親子之情誼，繼親子間之感情較之本生親子間之感情，當然冷淡，繼母虐待繼子之事實，非吾輩所日常見聞者乎？此等繼母子間非特無相愛之情，且互相仇視者，比比皆是也。此蓋為心理作用所不能避免歟。而為繼子之本生父者，亦往往溺於繼母之愛，受其佞辯之愚而責其子。於是子無仰賴，怆然去家而投於不良凶惡之羣。據犯罪人統計，繼子之數較多，可以證之。欲匡救此弊，固須藉道德教育等之力，但法律亦須講求不陷人於如此境遇之道。

案外國法：未見有繼親子關係準血族親子之關係者。繼父母繼子之間止有姻族關係，不發生親權扶養繼承等權利義務。反慮再婚之父母，溺愛其後之配偶者，而虐待或損害其前婚之子，立保障之法。例如德國民法有未成年子者，如欲再婚，須先申請監督裁判所，提示管理財產之狀況，親子間有未分財產，則分割之，取得監督裁判所之證明書，證明已經履行此等義務，而後能再婚。（德國民法第一三一四條。）又法國民法限制再婚父母對於前婚子之懲戒權及其財產之受益權，再婚父母贈與後之配偶者，不得逾財產四分之一。（法國民法第三八〇條第三八六條，第三九五條，第三九九條，第四〇〇條，第一〇九八條，第一四九六條，第一五二七條。）故外國法於繼父母繼子之間不過發生姻族關係而止，且限制再婚本生父母及繼父母之權利自由而保護孱弱之親子者也。然日本則繼父母繼子之間，發生與血族親子相同之親族關係，使繼父母對於繼子行使親權扶養權等，是不保護弱者，反假強者以武器而使得逞其強暴，所謂助桀為虐者是也。豈非不合理之甚耶？故吾人主張廢止民法第七二八條之規定，繼親子之關係，不準血族親子之關係，其間僅以發生姻族關係為止，由此關係所生法律上之效力，減縮至最

小限度，以救繼子之苦，是爲最良之方法也。

抑有欲言者，舊民法人事編第二四條第二項，妻或贅婿，與其家之尊屬間，亦準血族，即妻與夫之父母間及夫與妻之父母間，不僅發生姻族關係，且亦發生與血族親子相同之親族關係。是從來日本所認爲習慣也。然現行民法，則除此種規定，妻與舅姑之關係，與繼父母繼子之關係，其間不應設差等。然一則止於姻族關係，一則獨準血族關係，頗失權衡。蓋以舅姑與婦爲姻族而是，則不以繼親子爲姻族，非也。以繼親子爲血族而是，則不以舅姑與婦爲血族，非也。立法者之失，必居一於此。

第三 戶主非隱居，法定之推定家督繼承人非廢嫡後，不得因婚姻而入他家

戶主非隱居後，不得因婚姻而入他家。故戶主欲因婚姻而入他家，須先隱居。

此時戶主隱居，須具備（一）有家督繼承人可以繼承。（二）得管轄區裁判所之許可二條件。不具備此二條件，則戶主不得隱居，故不得因婚姻而入他家。蓋戶主不隱居即因婚姻入他家，則其家無戶主，而此時非家督繼承開始之原因，故家督繼承，無由開始，其家當然歸於廢絕。（民第九六四條。）故戶主非先隱居，立新戶主，自就家族之列之後，不得因婚姻而入他家，是爲家之嗣續之故而限制戶主之婚姻自由也。（民第七五四條第一項。）

戶主不隱居欲因婚姻而入他家，其婚姻固屬違法，戶籍吏不可受理其呈報，若誤受理之，其婚姻不歸於無效，反依戶籍吏之受理而成立，該戶主視爲婚姻之日，即呈報之日隱居者，家督繼承即開始，若其家無家督繼承人，結

果爲絕家，是乃婚姻重於嗣家之特例也。然此種規定，上下交相違法，呈報人由是而達婚姻之目的，戶籍吏不負何等之責任，不獨理論上甚無條理，實際上亦極不公平，故民法中尙有如此之規定，吾人不知其可也。（民第七五四條第二項。）

以吾輩觀之，爲家之嗣續而限制戶主之婚姻自由，法律徒成具文。戶主而容易具備隱居之條件者，固屬可行，其不能具備條件者，爲之廢其婚姻乎？蓋有所不能也。必也結所謂事實上之夫婦關係。而此種關係私通，不得變爲婚姻。夫法律當獎勵婚姻而抑制私通，今也反塞婚姻之路而強制繼續私通。故不如撤廢此項限制，戶主因婚姻而入他家，卽爲家督繼承開始之事由。依此則戶主因婚姻而入他家，家督繼承卽開始，故其家不至於絕。其或無家督繼承人，寧屬例外，此時戶主，可使他日所舉之子再與其家。故戶主因婚姻而入他家，卽爲家督繼承開始之事由，不使戶主繼續私通，而使就婚姻之正路，且其家亦不至廢絕，豈非簡便正當耶？立法者何苦承認如彼之非理迂遠之規定乎？

復次法定之推定家督繼承人非廢嫡後不得因婚姻而入他家。法定之推定家督繼承人者，戶主之直系卑屬在於家督繼承之最先順位者也。例如長男或長女法定之推定家督繼承人不得入他家爲原則。此出於長男最適於家督繼承之傳說的習慣。長男或長女因婚姻而入他家，次男或次女尙存，則其家不缺家督繼承人。長男或長女係獨子或獨女，因婚姻而入他家，則其家固缺家督繼承人，但非卽歸廢絕，以戶主儼然尙存，多方可得家督繼承人

也。幸而戶主生存時其長男或長女舉子女可取以爲養子，不幸而戶主死亡，無家督繼承人，則爲絕家，然他日可使其長男或長女之子再興之。然則許法定之推定家督繼承人因婚姻而入他家，其家不必廢絕也。（民第七四四條）

現行制度，法定之推定家督繼承人，欲因婚姻而入他家，須取廢嫡之手續。廢嫡有一定之原因，依訴訟之形式，得裁判所之宣告，始得爲之。（民第九七五條人事訴訟手續法第三三條，第三七條，乃至第三九條。）夫親子爭於法庭，乃士君子之所大惡。其容易廢嫡者，固當從之，其不能廢嫡者，不因此而不婚，結事實上之夫婦關係，而繼續私通狀態者，比比皆是也。是亦法律杜絕婚姻之路，而強制私通之繼續也。故吾人以爲法定之推定家督人之婚姻，亦當如戶主之婚姻，使享受絕對的自由爲得策。

第四 承認隱居制度

隱居者，戶主因年老及其他之事情，於一定條件之下，拋棄其戶主權之行爲也。即戶主由其戶主地位隱退也。故隱居制度伴戶主制度而生，苟無戶主制度，則隱居制度不能獨存。在昔戶主，外任公職，內管家產等責任重大，如不勝任，則退位讓與有材能智術之新戶主，固屬必要之事，如今日之戶主權，苟非無能力人，無論何人行使之，皆綽然有餘裕。而無能力人，有法定代理人代之，行使戶主權，亦不至有何等之不便。然則使戶主隱居之必要何在？法律認此制度，除保存舊習外，別無說明之理由。且此種制度之存在，足以養成偷安遊惰之習，長老人早衰之弊，損害債權人之利益。民法中永存如此無用有害之制度，吾人不知其可也。若夫勞動者，終身盡瘁其業務，一旦年老不

堪，由救護機關受退俸金，休養於閒地，極爲必要，此種施設，須大加研究，惟與隱居制度完全無關係耳。

第五 以舅姑婦間之不和爲離婚之原因

民法第八一三條列舉裁判上之離婚原因。其第七號曰：受配偶者之直系尊屬之虐待及重大侮辱。其第八號曰：配偶者對於自己之直系尊屬，虐待或加以重大侮辱。此卽以舅姑婦間之不和爲離婚原因者。外國法中未見其類例也。夫離婚爲解消夫婦關係之行爲，故其主要原因，係存於夫婦之身上。然今以第三者虐待侮辱夫婦之一方，或夫婦之一方虐待侮辱第三者之故，夫婦之一方，得請求離婚，極爲奇怪。雖然此爲日本戶主制度之結果，因有親子同居之俗，子婚後尙與父母同居也。姑婦之爭，由來既久，是必有絕大之原因，決不能調和者也。女子爲此忍心養性，耐其所不可耐之苦痛，其懊惱煩悶爲何如也。爲男子者見女子能耐此痛苦，反漠然若不與知。此諺所謂：「他人之勞苦百年尙能忍之。」何其不仁之甚也。然則及今當施拔本塞源之療法。其方法如何？曰：在獎勵親子別居之俗，卽子之已婚者，苟生活狀態所許，應斷然與父母分離而立別居之計。而後夫婦間之不和可滅，而離婚原因之不合理亦可免也。

第六 承認無節制養子制度

養子制度之目的，在得家督繼承人，卽戶主無子，得養他人之子以嗣續其家。故養子制度，亦爲戶主制度之結果而當然發生也。今日養子制度之濫用，可謂已達於極度。民法徇此濫妄習慣，殆不規律節制之，故其規定之濫妄，

亦堪驚嘆。且關於養子制度之弊害，古來已有定論，請試略言之：

水戶會澤安於其所著新論論曰：『民俗日趨薄惡，而遺報本反始之義，知家督之可利，而不知血胤之可重，或養異姓子，以爲己子，他人可以爲父子，則父子可以爲他人，夫誰復知天倫之不可易。（中略）葬倫以數而父子之恩廢矣。』養異姓之子爲養子，自昔爲儒家所攻擊者也。禮有『神不享於非類。』此言祖先之靈，非自己之血胤，則不享其祭祀也。夫養他人之子，俾繼承家督者，爲繼續祖先之祭祀也。然祖先之靈不受養子祭祀，則養子亦屬徒然。故養同族之子尙可，至養異姓之子則大非也。其曰他人可爲父子，則父子可爲他人，真名言不磨，而養子制度，卽以他人爲親子，以親子爲他人者也。卽爲養子者，棄本生親而事養親也。若養親與本生親共陷於窮困，養子之力，不足以救雙方，則須先扶養養親。雖見本生親餓死於道路，而亦不得不坐視之，豈非以親子爲他人耶？

民法設嫡子與庶子及私生子（以下此二者單稱私生子）之區別，而異其待遇。嫡子乃父母因正式婚姻而生之子，私生子則父母不由正式婚姻而生之子。法律優遇嫡子，而冷遇私生子。所以設此區別者，爲獎勵婚姻也。欲令私生子之父母，去私通之關係，而就婚姻之正路也。卽爲私生子之父母者，懼其子爲私生子，受法律之冷遇，不先私通，而爲正式婚姻者有之，又一旦舉私生子，其父母如結婚，則是得以爲嫡子，乃結婚補過者有之。夫當婚而不婚，是父母之過失，非私生子之過失。嫁過於私生子而虐待之，極爲不當，但爲獎勵婚姻，亦不得已也。然民法依養子制度，而埋沒設此區別之精神，卽私生子之父母，如其私生子爲養子，則得逕以爲嫡子，故又無須婚姻，然則失立法

者冷遇私生子，獎勵婚姻之本意，是亦養子制度之過也。

養子制度爲法律之擬制，非親子者之間，使發生與親子同一之關係，縱不能完全如本生親子，至少亦使近似之，固勿論也。案外國法爲養親者必須在五十歲以上，養親與養子之間，須有十八歲以上之差異。然日本民法中不見有此類之規定，唯爲養親者須爲成年人，且須比養子年長。故滿二十歲之獨身者，得養十九歲十一個月之人爲己子。事實上固無此等事，但法律上承認之，卽欲爲則得爲也，豈非無節制之甚耶？

現今英美兩國無養子制度，荷蘭一八三八年民法中削除之。蓋無養子之習慣，故無須徒存空文耳。在法德意比諸國，雖尙存此種制度，而在不行戶主制度之國，已無爲得家督繼承人而養子之必要，不過夫婦無子，爲慰老後之孤寂，以親族之子爲養子，或慈善家爲救護貧人之子而養子而止，且不多行。在英國之大部份，關於不動產，承認長男繼承，然法律對於繼承人之順位，規定劃一，且頗擴張其範圍，故不動產不因無長男而歸屬國庫。如法律認養子制度，則規定繼承人之順位範圍之精神銷失矣。

最後尙有一言；民法第八七四條規定，養子爲戶主後不得離緣。此種規定，係出自保障戶主地位安定之意。然有此規定，養子一爲戶主，卽無所顧諱，往往敢於虐待養親或蕩盡家產等，甚至欲致死養親，觸罹刑章，及刑期滿後，依然發揮其戶主權於其養親之上，爲養親者，惴惴焉不能安居云。此因重戶主之地位而徒苦養親敗一家者，與所以養子之目的相背者也。故吾人以爲養子雖爲戶主後，亦不妨離緣，而以養子之離緣，爲家督繼承開始之一原因，

卽所以救此弊害也。

第七 認長男一人全產繼承主義

日本民法關於繼承，承認家督繼承及遺產繼承二種，家督繼承，係因戶主之死亡隱居及其他戶主權消滅而繼承，遺產繼承，係因家族之死亡而繼承也。關於家督繼承，採一人全產繼承主義，關於遺產繼承，則取數人均分繼承主義。在昔爲家族者，全然不能所有財產，故無所謂對於家族之繼承，並亦無所謂遺產繼承，遺產繼承，實爲民法所創設，茲姑舍之，專述家督繼承。

在家督繼承，以繼承人一人承繼所繼承人卽前戶主之身分及財產之全部爲原則。所繼承人於不害繼承人之遺留分範圍內得以遺囑處分其財產，若不另以遺囑處分，則其財產全部，可移轉於繼承人。是蓋出於封建制度之遺習。在封建制度，士流以上之戶主，任公職而受世祿，因公職及世祿不得分割，長男一人繼承，固當然也。若長男幼弱不能任公職，則沒收其世祿。故有以其伯叔父之類，爲「仲繼養子」，使繼承前戶主之職權，待長男長成，而讓與之之習慣。在庶民以下，無須如此，然上行下效，滔滔皆是，故民間亦實行長男一人全產繼承主義，在明治維新之後，此種習慣尙牢不可拔，民法亦從而承認之。但在昔庶人以下戶主生存中，其財產分與次男以下，或以遺囑於其死後分與之。總之，日本家督繼承制度，係遵從習慣，此外並無何等理由也。

案王_朝制度，大寶令分繼承爲繼嗣繼承（祭祀相續）及財產繼承，繼嗣繼承人固屬長男，至財產繼承，一切

家族悉可與分，以一定之比例分割之。而長男受餘子之倍額，女子之四倍額。戶主以遺囑爲相異之處分，則從遺囑。吾人以王朝制度爲合理，而日本民法不遵之，反蹈襲封建之陋習，爲可惜也。但所謂從王朝制度，亦當適應今日之潮流而裁節之，固不待論。

結論

照以上所述觀之，私法上之戶主制度薄弱且不完全，固無論，而其規定中不合理之點甚多，不得不加以一大斧削也。

顧公法上戶主制度如何？公法上殆否定戶主制度，以個人主義爲原則，卽如當兵納稅之義務，及就文武官職之權利，不認戶主家族之區別。至刑事上之制裁亦然，昔戶主害殺家族，則不問以刑。幼聞先母言：在某藩有戶主之妻者，以其十七八歲之子，常有盜竊他人財物之惡癖，慮其將來必敗家聲，時戶主爲代官於地方，一夕飲其子以酒，囑其熟睡之際，以懷劍刺殺之，迄葬儀完畢，顏色不變，洋洋如平常，一藩無不感其烈義云。自今觀之，假令情有可原，決不能免刑事上之責任，以國法劃一，且直接加於各個人也。若戶主對於家族，得行其生殺與奪之權，則妨國法之劃一，而侵君主之權力。故諺曰：『君主忌戶主。』此所以公法以個人主義爲原則也。唯於戶籍法定各人之本籍而明其貫屬，凡家族之出生、死亡、族稱變更等，使戶主呈報者，屬於公法關係。雖然訴訟及私法上之關係，不依各人之本籍，而從其住所，關於住所，民法有特別之規定。若夫華族之主爲貴族院議員，或有其選舉權及被選舉權，雖屬戶

主公法上之特權，是蓋爲特例也。

公法上否定戶主制度既如此，私法上戶主制度勢將傾廢又如彼。故欲於法律上維持發展戶主制度，當必賦與新意義及新精神。是以（一）如美國設定 *homestead* 制度（小不動產不扣押制度）；（二）或採用瑞士新民法之家產保護制度；（三）或以家爲家業組合之小團體；（四）或與戶主以選舉權之類之公法上之特權。此或如市町村制之公民，不分戶主與家族，以構成一戶爲條件，庶乎穩妥。此外尙有幾多方法，詳論請俟諸異日。

（載於明治四十四年八月梅博士追悼紀念論文集）

第六節 長子繼承之起源

一

按「羅馬法」關於繼承，毫無認長子權之痕迹，不分遺囑繼承與無遺囑繼承。凡繼承人有數人，則均分所繼承人之遺產爲原則。羅馬之上代，行家族制度，一家有所謂「家長」者，爲其主宰，管理財產，而奉行祖先之祭祀。及家長死，其繼承人不獨繼承其遺產，且承繼承行祖先祭祀之義務。但祖先之墳墓及其土地，則稱之爲「宗教物」，屬於神所有，不歸人所有，故不得爲繼承之目的。如繼承人止一人，則不致發生何等之困難，苟繼承人有數人時，則對於家長之遺產得均分之，各爲有權者，男子獨立爲家長，女子不能爲家長，故服於兄弟伯叔等之監護，及嫁人爲

妻，則服於其夫及夫家之家長權。

奉行祖先祭祀之義務，係繼承人中之一人，尤其是長子，承繼之乎？抑多數繼承人共同承繼之乎？若多數繼承人共同承繼之，則祭祖宗之靈者，經世代而漸多，遂致達於數百千人，則供於祖墳之食物，當堆集如山，酒漿當流溢成川，此決不可想像。然則各繼承人設神位於家內以祭之乎？祖宗之靈魂將迷所適從，或各繼承人僅祭所繼承人——父之靈魂乎？則祖父以上之靈魂，爲絕食之鬼，陷於永劫之饑渴，是正反乎祭祀祖先之宗旨。故奉行祖先祭祀之義務，必屬於繼承人中之一人，尤其是長子。其餘繼承人即次男以下，僅受遺產之分割而無承繼奉行祭祀之義務。祖宗死則受子孫之祭，自屬當然，然十二表法以下之規定，則不載明此點，果父之遺產均分於諸子，獨長子承繼祖先之祭祀否乎？吾人尙難判斷也。

古命鳩於其所著『古代市府』曰：在古代羅馬，如克洛迦家，普哈維亞家，各有族人數百千名，其勢力頗強大。非長子權經幾世幾百年之間，保持氏族之統一，而防其分裂，安能得如此耶？故古代長子權之存在，可由其結果事實而推知。然此不過單純的憶測，非有何等文獻之可徵，且果爾不得不謂『十二表法』制定之時，羅馬之家族制度已瀕於末運矣。竊疑羅馬之家族制度與行於印度以東之家族制度，頗異其性質，以此律彼，豈非大謬妄乎？

二

日耳曼人爲現今歐洲諸國民之祖先，其上古是否行長子權，蓋不可考。據史家之記載，日耳曼人與印度人同

屬發跡於中亞高原之亞利安人種。一則南移於印度，一則西漸達歐洲。故古代日耳曼人，崇奉祖先教，承認長子權，亦如印度人。唯因大移轉而遷徙無常，雖居於一地方者，因營漂泊劫掠之生活，死者遺棄途中，無暇留作紀念，崇拜祖先之俗，遂蕩然掃地，即長子續行祭祀之制度，亦完全歸於消滅云。雖然，日耳曼人嘗行長子權，究無事實上之根據可以證之。

至於財產，則以土地為主。在太席突時代，尙無可目爲土地所有權者。一部落之人或共同耕作於一地，而分配其收穫物，或當初卽分割土地而耕作之。而部落每年轉變其耕作地，某部落中，其壯丁一半，出外戰鬥掠奪，一半在內從事耕作，而以收穫物與捕獲品分配於部落之各員。其壯丁之赴戰者則每年交替云。當此之時，人人僅得生活資料，而遺財產於死後者極少，故殆不發生繼承問題。

其後漸次變遷，發生家族共產制度。土地及住宅爲家人所共有，父爲家長，止任管理，其處分須得家人之同意，父死則長男繼承其管理權，維持共有之狀態。次男以下結婚則築新屋於宅地內而居焉。至於動產，則均分於諸子之間。父生存中，去家而營獨立自由之生活者，或亦不少。女子概無繼承權。然女子在父之生前結婚，則其父與以嫁資，在父死後結婚，則其兄弟與以嫁資，此種習俗，最爲廣行，故所謂「嫁資」可云等於女子之繼承分。

中古黑暗時代，奸雄豪族割據四方，漸成諸侯封建之勢，乃發生嚴格長子權，完全一變向來之制度。諸侯專圖扶植其勢力，唯恐其或失，故其死也，其領地不均分於諸子，而獨傳之長子。長子承父祖之業而益擴大之，外則任攻

伐防守之事，內則膺保護臣民之責。家臣對於諸侯宣誓忠義，從戰及服其他之職務，而受領地之一部爲其報酬。當初則止一代，漸爲世襲，而其繼承人，卽長子也。若長子年幼，則或沒收其土地，抑或由其伯叔等，攝行其職事，俟長子成立後返還之。家臣每於當初宣誓時，附帶宣言職務及土地，將來傳之成年之長男，或保留諸侯自於其繼承人中選擇一人，佃農耕作諸侯或家臣之土地而納貢賦，時或服兵役。而其繼承，僅限於長子。至於隸農，爲他人耕作土地，故原則上無繼承之事。

蓋在當時公法及私法之別未分明，如諸侯以其土地領有權傳於長男，爲公法上之關係，與私法上之繼承權無涉，又如家臣及佃農任某項職務，服當兵納稅之義務，亦爲公法上之職分，使多數繼承人分擔此職分，不能或不便，故以長子一人繼承之，實亦不得已也。而爲任此職分，卽有土地所有權。換言之，爲土地之所有人，亦屬此職分之一部，故土地所有權，亦惟長子一人繼承之。自今日之法律觀之，混淆公法與私法之關係者也。然長子繼承制度，當時如此盛行，長子固有扶養家人之義務，然爲長子一人而犧牲其餘諸子，豈非無理悖道乎？故有或諸子均分遺產，而對於主君諸侯，獨長子有權利義務者，所謂「伯累基」之習慣是也。

其後諸侯中之強有力者，征服其他之諸侯而漸樹立王權，以維持社會之和平秩序，諸侯之外相率而用分頭繼承制度。法國大革命時，一律用分頭繼承制，於是貴族間僅保餘喘之長子權，根本的破滅。德國當初卽廣行分頭繼承制，英國今尙通行長子繼承制，但長子固非如中古承繼公法上之職分，唯本家產保存之主旨，繼承不動產而

已。動產則諸子均分之。繼承人爲女子，雖不動產，亦均分之。且英國認遺囑權之絕對的自由，故實際不動產傳於長男者，惟大地主，餘概以遺囑賣去不動產而分配其價金於諸子云。

三

印度行嚴格家族制度，財產爲家人所共有，而以家長管理之。且最重祖先之祭祀，奉行祭祖，爲家長之重要職分。家長死，則長男繼承奉行祭祀之義務及管理家產之權利，其所以斥女子而尙男子者，祖宗以來之血統，止可由男子傳承耳。家長爲繼續祖先之祭祀，有舉一子之義務。長男卽爲履行此義務之結果而產生者也。卽荷繼續祖先祭祀之使命者也。爲天所特降者也。至次男以下，是愛情之累果耳。故繼續祖先之祭祀者，僅長男一人，或曰因長男最接近祖先也。要之，奉行祖先之祭祀者，不過一人，而諸子中長男最爲適任者。

至於家產，家長死後，依然維持共有爲常態，然往往有兄弟間分割之者。有或在家長之生前實行分割者。當家長年老，隱居於山林，得依其意將家產分配於諸子。如此則家產之分割，或行於家長之生前，或行於其死後。而死後家產之分割，頗似繼承，但毫無繼承之性質，究爲共有財產之分割耳。至分割之方法，依地方而相異，以遺產均分於諸子爲原則，唯長男此外復得多少之利益。有或長男取得他子所取得者之一倍，並受祖先之家。有或長男得遺產二十分之一及最良之動產，爲其特別之利益。有或長男完全不得特別之利益者。在家長生前析產，家長例得諸子所取得者之一倍，以上制度，自古至今，並無大差。

四

至於中國，亦頗類印度，按中國之繼承制度，大別爲宗祧繼承及財產繼承二者。

宗祧繼承，以承繼祖先之宗統；繼續其祭祀爲目的。自與家長身分之承繼有別。父爲家長，老耄則長男代任家長之職，然宗祧繼承尙未開始。宗祧繼承係因承祖先系統之家長死亡而開始。家長身分之承繼，或因家長之老耄廢疾及其他之事故而生，或因家長死亡而同時發生宗祧繼承。中國似不是認爲繼承。吾人於古代羅馬，亦疑有如此宗祧繼承也。

財產繼承與宗祧繼承完全不同，稱曰繼承，不甚妥當。可云因家長之意見，或家族之協議而分割家產卽共有財產也。此種分割，或行於家長——父——之生前，或行於其死後。如行於死後，通例在三年之喪終了以後。其分割方法，以諸子均分爲原則。但世襲之職祿家廟墳墓祭具等，屬於長男之特權。家族雖旣分割家產，然亦不必別居，或分居於一屋之各室，或於同一之宅地內建屋而棲息焉。在中國之道德，不重家產之分割，以長男子孫世世相承維持共有狀態爲美風，然實際上多行分割。

五

日本繼承制度之沿革，在大寶令以前不詳，據該律令，其「戶令」中有云：

「凡戶主皆以家長爲之。注云：家長謂嫡子也。凡繼承之道，正嫡相承，雖有伯叔，是爲傍親，故以嫡子爲戶主。」

也。」

茲所謂家長，係指嫡子。故可知其用作特別之意義。「繼嗣令」曰：

「凡三位以上繼嗣者，皆嫡相承，若無嫡子及有罪疾者立嫡孫，無嫡孫以次立嫡子同母弟，無母弟立庶子，無庶子立嫡孫同母弟，無母弟玄庶孫，四位以下唯立嫡子。」

據此可見取長男子孫繼承主義，唯茲所謂繼嗣，係承繼祖先之宗統，繼續其祭祀之謂，恰與中國之宗祧繼承相匹對。其次條中規定嫡子有罪疾不任承重者申牒所司驗實聽更立，其承重語之注謂繼父承祭事尤重故云承重，可以證之。此就庶人以上有位者之繼承而規定，在庶人以下之繼承，當亦相同。

至於財產繼承，與繼嗣異，採分頭繼承主義，「戶令」中云：

凡應分者，家人奴婢田宅資財，惣計作法，嫡母繼母及嫡子各二分，庶子一分，妻家所得不在分限，兄弟亡者，子承父分，兄弟俱亡則諸子均分，其姑姊妹在室者各減男子之半，寡妻妾無男者承夫分，若欲同財共居，及亡人存日處分證據灼然者，不用此令。

「亡人存日處分證據灼然者，不用此令」云者，是認遺囑權之絕對自由，死者以遺囑處分遺產，則悉應從之，不為遺囑，則從此規定而分割遺產也。所謂「其姑姊妹在室者各減男子之半」者，女子之繼承分，定為男子之半額，與各國古代法律之規定符合，亦可謂一奇事也。所謂「妻家所得不在分限」者，區別父系之財產，與母系之財

產。所謂「兄弟亡者子承父分」者，卽定承祖繼承與代位繼承也。均可稱爲進步制度。此遺產分割之規定，並非強制的規定，家族欲同財共居可不從之。且分割遺產，非卽分家，不堪爲戶主者，尙止於其家而服從戶主之權利。

家族既分割遺產，卽爲別居乎？是不必然。茲所謂別居者，別籍而爲獨立之戶主也。大寶律逸文之文字有殘缺不明者，於律逸戶婚律中有「於法○別」之文字，以唐律補之，與「於法應別立而不聽別」相當無疑。疏議曰：「應別謂父母終亡，服紀已闕，兄弟欲別者」卽應別而不別者，有一定之科罰。日本大寶律亦採用此種規定。故有於戶主死後，家族分割其遺產且別居者甚明。卽爲同財共居之反面分財別居也。

然則有分財同居者乎？是亦可依據律令之文字而釋出之。戶令曰：「凡戶內欲析出口爲戶者，非成中男及寡妻妾者並不合析，應分者不用此令。」注云：「謂縱非成中男及寡妻妾，然猶堪爲戶主者，亦合聽分也。」是卽關於分家之規定，所謂「成中男」者，凡男女在十六以下者爲少，二十以下爲中，故可釋爲十七歲以上之男子，卽得分家者，須十七以上之男子。非十七以上之男子及寡妻妾者，不得分家。但十六歲以下之男子並寡妻妾堪爲戶主者，亦得分家。女子亦得爲戶主，可注意。今如家族中十六歲以下之男子及寡妻妾有不堪爲戶主者，遺產固不得不分與，而不能使其分家，故須仍在戶主之家，而服其權利。此足以見其有分財同居者。戶婚律又曰：「凡祖父母父母在，而子孫別籍異財者，徒二年，若祖父母父母，令別籍者，徒○年。」注云：「但云別籍，不云令異財者，明其無罪也。」祖父母父母使子子孫別籍有罪，分財與子孫則無罪，亦足見分財同居者得存在也。同律規定：「凡同居卑幼，私輒用

財者，五端笞十，五端加一等，罪止杖一百。」是同居家族全無財產者或有財產而幼弱須服戶主之監護者，私用財則罰之也。

由此觀之，戶主死後，其家族可分割遺產而同居，或分割遺產而同居，或別居。至於同財別居者，全然不能想像。約言之，有同財共居，異財共居及異財別居三者，而無所謂同財別居也。

大寶律令之繼承，吾人姑分爲繼嗣繼承及應分繼承二種。繼嗣繼承者，與中國之宗祧繼承相匹敵，取長子繼承主義，應分繼承即財產繼承，取分頭繼承主義。是即王朝制度，自大寶以來，經藤原氏之盛時，至源平二氏之際均行之。及源賴朝建霸府於鎌倉，諸國有所謂武門武士者產生，漸成封建之形式，乃一變繼承制度，長男稱總領，承繼父祖之身分職位及其財產之全部，至次男以下，則不能得一物。其後對於武士以食祿代采邑，長子權乃益鞏固。至德川氏，戶主之身分及財產獨歸長子繼承，次男以下不得與分，自是家族全然不能有財產。然此專爲士族以上之事，至於庶人，無須如此。然亦仿倣上流人所爲舉皆實行長男全產繼承主義。但亦有於戶主生前，或依遺囑將財產分與次男以下而使之分家者云。

明治維新之後，封建制度雖瓦解，而長子繼承制度尙通行，日本現行民法實由於此種沿革而成。民法認家督繼承及遺產繼承二者。家督繼承係對於戶主之繼承，取長子繼承主義。遺產繼承，因家族死亡而繼承，採分頭繼承主義。遺產繼承屬於民法之特創，可視爲日本之新式制度，茲姑舍之。獨就家督繼承觀之，長男繼承所繼承人——

戶主——之身分及財產之全部，與封建時代同。吾故曰：日本家督繼承制度，完全本於封建制度之精神。唯民法認所繼承人之遺囑權，所繼承人得於不侵害其繼承人之繼承分權範圍內以遺囑處分其遺產，而實際行使此遺囑權者甚少。

六

據以上所述，可見封建制度之長子繼承，與封建制度以外之長子繼承間大相逕庭。在封建制度之長子繼承，係長子繼承所繼承人之身分及財產之全部，而在封建制度以外之長子繼承，則長子唯繼承所繼承人之身分，至其財產，以諸子間均分爲原則，不過長子此外更取得多少之利益而已。

夫在有特殊事情，如封建制度之時，認長子之全產繼承，誠非得已，然在無如此事情之社會，尙認長子之全產繼承，除由於所謂習慣之外並無何等之理由可以說明之。傑弗孫曰：「長男有二倍飲食勞動之能力乎？果爾受二倍之繼承分自是正當，否則應與餘子受平等之分配。」約翰孫冷刺長子繼承曰：「長子繼承有每家止出愚物一人之利益。」

顧維新大業，在於破壞封建，恢復王政。則出於封建制度之家督繼承，易以王朝制度，豈非副復古之盛旨耶？唯須少加變更，俾適於今日之事宜。卽戶主之身分，獨由長子繼承，至其財產則以均分爲原則，而長子繼續家名，奉行祭祀，故與以多少之利益，俾得餘子之一倍可也。認所繼承人之遺囑權，與繼承人之遺留分權，使所繼承人能在不

害繼承人遺留分之範圍內，以遺囑處分遺產，或得變更繼承分，庶幾得當。

最後附帶言之：對長子權尙有所謂末子權。長子在父之生前得獨立生計，而末子當父死時尙在幼弱，故以遺產之全部，傳之末子。此末子權頗廣行於諸國，日本亦嘗有之。全國民事慣例類集載稱信濃國佐久那之習慣長男雖有家督繼承權，但如與父意不合，或以二三男分家，有少年破產之虞，則父自教育幼兒，使繼承本家。又土佐國高知郡之習慣，長男雖有繼承權，但鄉村之人中等以上者有長男二男三男，則多令長二兩男分家，由末子承本家。如此習慣，固非由各國互相仿效而成，乃出於生活上之必要而偶然發生者，而其相同如由土轍，不亦奇乎？

（載在明治四十年一月及三月京都法學會雜誌第二卷第二號）

義主會社與法民

究必印翻權作著有書此

中華民國二十一年五月初版

每冊定價...

著者

圖

上海寶山路五

雲

書館

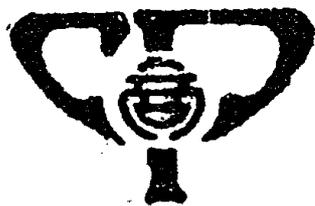
書館

VIL... SOCIETY

...ING
...TE
...BL

...IAE PRESS, LTD. ...CHAI
... Rights Reserved

I B 600
(2)



2.15

60