

法
律
進
化
論
第二冊

穗
著
陸
子
曾
譯

穗積陳重著
薩孟武譯
陶彙曾

法律進化論

第二冊

原形論
後編

序言

穗積博士爲日本法界之先覺，儒林之耆宿，社會人士，靡不受其薰陶教化。前年辭退大學講席，潛心爲法理之研究，概觀通察古今東西變遷無窮之法現象，彙類而比較之，分割之；且詳究其異同之由來，而求其間一定之普遍性，穿鑿縱橫，考查該博，苟有關於斯學，雖纖介之微，採摭無遺。近乃構稿整編，鍛鍊推敲，重爲刪潤，始完成其一部，題爲法律進化論。更別之爲法原論及法勢論二門；法原論論究法現象發生之狀態，法勢論闡明法現象變遷之法理。前者中屬於原形論者，既已脫稿，其餘各編，待他日完成，繼續公刊。此書爲博士多年苦心之凝結，一經問世，知裨益於日本之學界法界匪淺也。

大正十三年六月

岡野敬次郎謹識

法律進化論第二冊目次

第一部 法原論

上卷 原形論後篇

第二編 成形法 一

第一章 法態變化 一

第二章 繪畫法 二

第三章 文字法 一五

第三編 法之認識 三四

第一章 法之公知 三四

第二章 第一期潛勢法時代 三六

第三章	第二期祕密法時代	三七
-----	----------	----

第四章	第三期頒布法時代	三五
-----	----------	----

第五章	第四期公布法時代	六九
-----	----------	----

第一節	公布及公布之原因	六九
-----	----------	----

第二節	公布之法式	七二
-----	-------	----

第一款	呼唱公布式	七二
-----	-------	----

第二款	朗讀公布式	七六
-----	-------	----

第三款	通知公布式	八九
-----	-------	----

第四款	揭示公布式	一〇二
-----	-------	-----

第五款	登錄公布式	一四四
-----	-------	-----

第六款	印刷公布式	一四五
-----	-------	-----

第六章	法之文體	一五〇
-----	------	-----

第一節	日本法文體之民衆化	一五〇
-----	-----------	-----

第二節	英國法文體之民衆化	一七一
-----	-----------	-----

第三節 德國法文體之變態進化·····	一七八
第一款 德國法之實質的國民化·····	一七八
第二款 德國法之形體的國民化·····	一九二
第七章 結論·····	二二三

法律進化論

第一部 法原論

上卷 原形論後篇

第二編 成形法

第一章 法態變化

人類自知用客觀形態之符號，以陳述思想，記敘事實，即覺用符號以代記憶之便，曩惟著於人心，而僅有主觀存在之法規；今則漸現其形態，而有客觀存在矣。於是一切先例、故實、慣習、法規，曩之賴記憶以保存傳襲者，今則除記憶之人以其獨占祕傳爲有利而外，率皆移爲符號以減輕記憶之負擔。即欲祕其知識，亦可竊記於書，以備忘焉。

且人文愈進，社會之事物益複雜多端，則令書契以前之人善於強記，而於新出之事物亦不能一一暗誦，故人文進化，先覺之士，漸因其必要而利用符號，或用以助自己之記憶力，或用以傳自己思想於他人。

文字之發明普及，而新事物隨人文進步以發生，因此二端，法之形態亦生變化，無形記憶之法，一變而爲有形文書之法焉。蓋記憶法規之人用此以保存傳襲其記憶，掌握法權之人亦用此以爲保存法規或公示法規之具也。此外則或用繪畫，以示法令法禁，使不文之民，知所趨避。故規範法成形之原始形式，爲繪畫法或文字法。

第二章 繪畫法

以圖畫形法規，曉諭人民，是蓋文字未興或已興而未通行於世之際，對於不識字人民，示以法禁，而警誡之之最有效方法也。文化低級之國，常採此法焉。但繪畫之爲標識，不若文字之簡單，其表示頗爲不易，故用以表示複雜法規之事甚少。不過或畫殺人竊物之行爲及其處刑之慘狀，使觀者戰慄而不敢干法禁；或欲以新頒法禁遍示不識字人民，乃用圖畫以公示之，故文字法流行之後，亦往往以圖畫說明其內容焉。

繪畫法可分爲繪畫發布法及繪畫解說法二種。前者係以繪畫發布，正與成文法之以文書發布者相同。蓋成文法以文字爲法規之體，而繪畫發布法亦以繪畫爲法規之體也。故法規於繪畫公布之時，卽作爲成形法而成立。

焉。至於繪畫解說法，則不過用繪畫說明文字法之內容，繪畫本身，非法之本體，乃文字所成之軀體之四肢。是故繪畫解說法，在文字法發生之初期，係爲不通文字之人，附加繪畫，使了解其意義者，乃法形進化之過渡現象也。然此繪畫解說法，即在文化高級之法律，亦因其法律種類之不同，在必要上仍能存在者，例如服制、勳章、徽章、貨幣、度量衡、銀行紙幣、公債票、郵票等法規，或因必要，或因便利，而添以圖畫，說明其意，是蓋可以永存之現象也。

然繪畫法不論其爲發布法抑爲解說法，均以用於刑事法及警察法者爲最多，尤以對於警察犯，如在道路及其他公共場所所犯小罪，加小警戒，多用此法。日本明治五年十一月發布「違式、誑違條例」，同年七月又發布「各地方違式、誑違條例」，凡此皆與舊刑法時代之「違警罪」，今日之「警察犯處罰令」相同。然警察犯之法規，乃一般人民日常所必悉，今則法律之題號，猶用「誑違」二字，即知識階級亦難領悟其意，況當學制初頒，小學始立之時，公布之法律乃雜以民衆所不能理解之漢語，有如後述，則自當時人民知識程度言之，實有不能了解新法律之意義者，故於必要上添附繪畫以作說明之方法，遂以流行。是以當時東京及各地書肆所售「違式、誑違條例」之「圖解」或「畫解」之書，皆逐條用繪畫，以表示禁止行爲之意義焉。此種「圖解」固多私人著作，而非盡爲政府所公布，然其中由地方官廳刊行非公式圖解，以便人民周知者亦復不少。

日本用繪畫以示法禁，始於松平伊豆太守信綱（當時號爲智慧伊豆）。明曆三年，將軍家綱執政，江戶大火，死者多至十萬八千人，火災之後，政府查核火種極爲嚴重。據「信綱記」言，即伊豆太守家中，亦嚴禁在守望吸煙，

有名士藏番者私在守望吸煙而灼其疊（日本地上所敷之席）或告太守，太守大怒，立斬其人，又命右衛門作畫吸煙燒疊及處刑之狀，置於邸內通衢，以示人衆，爲像逼真，觀者悚然，無敢再犯。

繪畫法行於古代，文獻有徵，卽中國太古之象刑是也。關於象刑，記述最古者，載在「書經」之「舜典」，其文云：

象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑，眚災肆赦，怙終賊刑，欽哉欽哉，惟刑之恤哉。

書經「益稷」又有：

帝曰：迪朕德，時乃功惟敘，皐陶方祇厥敍，方施象刑惟明。

象刑之意義，自來學說甚多，其中最主要有三。第一說以爲象刑乃畫犯人之衣冠，異其服章，使人知其爲犯人，以爲懲罰與鑑戒。第二說以爲象刑乃以繪畫摹寫用刑之狀，公示衆庶，使人知刑罰之可畏。第三說以爲象刑不過法之公示而已。

第一說見周慎到撰述之「慎子」，其言曰：

有虞氏之誅，以幃巾當墨，以草纓當劓，以菲履當刖，以艾鞞當宮，布衣無領當大辟，此有虞之誅也。斬人肢體入肌膚謂之刑，畫衣冠，異章服謂之戮，上世用戮而民不犯也。當世用刑而民不從。

如上所云，蓋以爲當時已有墨、劓、剕、宮、大辟五刑，犯墨刑者用幃巾，犯剕刑者用草纓，犯刖刑者用菲履，犯宮刑

者用艾鞮，犯大辟者用無領之布衣。夫「慎子」果爲慎到所撰與否，不能確知，惟此說在先秦時代，實已存在，故「荀子」以下列「爲世俗之說」而否定之。

世俗之爲說者曰：治古無肉刑，而有象刑，墨幪，澡嬰，共艾鞮，菲紺履，殺赭衣而不純，治古如是，是不然，以爲治耶？（正論篇）

然以象刑爲畫衣冠，異服章之說，乃盛行於漢代，漢文帝十三年下詔曰：

蓋聞有虞氏之時，畫衣冠，異服，以爲黜，而民弗犯，何治之至也。（「漢書」卷二十三，刑法志）
後漢鄭玄從此解釋，於「周禮」司圜之條：「凡害人者，弗使冠飾，而加明刑焉。」註曰：

弗使冠飾者，著墨幪，若古之象刑與？

第二說以象刑爲描寫用形之形象而公示之，使人知刑罰之可畏。「唐律疏議」卷一疏曰：
逮乎唐虞，化行事簡，議刑以定其罪，畫象以愧其心。

註曰：

晉刑法志曰：五帝畫象而民知禁，舜典象以典刑，吳氏曰：圖所用刑之象以示，使智愚皆知，王氏曰：若周典垂刑象於象魏是也。

宋朱熹亦以象刑爲畫五刑之象以示民，故「舜典象刑記」（全集卷六六）曰：其刑也，必曰象以典刑者，

畫象示民以墨、劓、剕、宮、大辟、五等肉刑之常法也。

又「大學衍義補」卷一〇二曰：

或問象以典刑，如何爲象？曰：此正言法象，如懸象魏之象。

宋程大昌亦以象刑爲模寫用刑之象，明示於民，使民知所愧畏，其狀與周代揭示於象魏之刑象相同。其言曰：孔安國之傳象刑，曰：象，法也；法以用刑也；以象爲法。於義既迂，而法以用刑，似非六經語，故世以爲疑。至荀況氏出疑，（中略）夫既謂象，必有形可繪，有狀可示也。則凡謂爲象者，其必於形象焉求之，豈容泛言也。（中略）象刑云者，是必模寫用刑物象以明示民，使知愧畏，而何他求泛說哉？（中略）周之闕，名象魏，象魏者，取其巍巍然也。象者實有六典事物之象，畫著其上也。司寇之職，正月則垂刑象之法於象魏，使萬民觀刑象，挾日而斂之，皆其爲制，正本有虞也。（中略）周言刑象，命其形也；虞言象刑，著其成也；其實一己。六官皆有職，六職皆有具，治教政禮刑工，隨其事物，各圖寫之，其繪事屬刑者，則刑官取而垂之魏闕，是爲刑象。由刑象以推唐虞，則象刑云者，以有象而名，可類推也。（「考古編」象刑辯）

明吳訥之「祥刑要覽」中亦曰：

問象以典刑，如何爲象？曰：此言正法象，如懸象魏之象，或謂畫爲五刑之狀，亦可也。

「圖書編」之著者亦曰：

書曰：象以典刑，制法律之始。註：象懸法而示之儀式也，典常也。此刑卽墨劓剕宮大辟之五者，周懸法象魏本此，時未有律書。

是皆從朱氏之說者也。

第三說以「象以典刑」之象，爲形容、公示之語，謂典刑爲常刑，卽五刑也。其狀猶上天垂象以示人，故國家法制，亦須公示於民，使知畏避。蔡沈之「書經集傳」註「象以典刑」曰：

象如天之垂象以示人，而典者常也，示人以常刑，所謂墨劓剕宮大辟，五刑之正也，所以待夫元惡大憝，殺人傷人，穿窬淫放，凡罪之不可宥者也。

「漢書」刑法志云：

所謂象刑惟明者，言象天道而作刑，安有菲履赭衣者哉？

亦屬於第三說。

上列三說之中，第一說生自好古之想像，說第三說爲以今推古之臆斷，說若從進化通例觀之，則以第二說爲切實。

夫追慕過去，人之常情。慕父母則尊祖先，回想少年未經世變辛酸之幸福，及長遇人世之艱難，遭己身之不幸，或對世間懷有不滿，則尤念及往昔。蓋未曾注意自己對於道德及人情之批評力已有進步，其要求亦已因而增高，

乃反感世道人心不古，此實人情之常，毫不足怪。故進化論未肇以前，人類之理想鄉，乃在太古，以爲數千年來，江河日下，世道人心，日以陵夷，遂尊太古爲「黃金時代」(Golden Age)，爲「始盛之世」，卑現代爲「澆季之世」，爲「叔世」。有心之士常發太息之聲，而欲返本於過去之清世。此過去追慕之念，遂肇人類墮落說；其在佛法，謂佛滅後「正法五百年，像法千年，末法萬年」；在基督教，謂「人類墮落」(The Fall of Man)，而亞當夏娃以前之人類無罪；至於儒教，則尤爲尙古，以堯舜之世爲黃金時代，爲治世之極，「不識不知，順帝之則」，故刑措而不用。當時刑罰雖有墨、劓、剕、宮、大辟五刑之名，然皆不過空文；偶有犯罪，亦不過異其服章，以代肉刑，使民有所鑑戒，有所反省，而觀者亦有愧於心，不敢犯罪，是稱爲黷。故曰「上世用黷而民不犯，當世用刑而民不從」。此說固生自好古之心，而爲後世學者所假定，此可不待論而知者也。夫當時實有入墨、切鼻、斷足、去勢、斬殺等之野蠻的肉刑，「呂刑」謂「五刑之屬三千」，可知其罪名之多，「舜典」雖有宥五刑之法，然尙未廢正刑，吾人觀誅四凶之事，卽知刑措不用之非實。況當時既有人焉，須異其服章，以示其爲犯罪之徒，而復謂人民觀象而不敢犯，豈非自相矛盾之言耶？是則學者尊古卑今之極，乃作此想像說耳。此說是否始自「慎子」，吾人固不能知，但古典無其出據則甚明。

第三說亦胚胎於尙古思想，以原始時代所無有之抽象宇宙觀示公布之義，卽今推古，謂後世發達之觀念，已存在於原始時代，實一時代錯誤之見解而已。

若由社會進化通例觀之，則以繪畫示法禁於無識人民之說，最近實情，蓋原始人及年在原始時期之幼兒，其

移事物於記號，藉便理解，常有賴於繪畫；而文字始於象形者，則更多。況中國文字，極其複雜，今乃欲用今日文明人所難解之字，示鼓腹顰壤之原始人民，則鮮有能理解者矣。

繪畫法在成形法發生之次序中，實居第一位，而爲規範法之原始的形態。但如上述，以繪畫爲思想及事物之象徵，爲事過於複雜，不若文字之簡單，故用繪畫之範圍自不得不狹，其發生時期，雖在文字法之先，而於規範法進化過程中，尙不足劃一時期，此應當留意者也。要之，繪畫法者，乃原始的及補助的成形法也。

降逮周代，文物制度，燦然大備。時距文字法發達時代，已有數世之久，然仍遺有虞氏象刑之法。惟是文字乃知識之記號，並爲文化發展之原動機。故採用複雜難解文字之民族，與採用簡單平易文字之民族比較觀之，縱其他一切條件相同，而其進步亦必較遲，且其文化，又往往偏於上層階級，而不能普及於一般人民，由是而上知下愚，懸隔極大，上有聖主賢相，而下有蒙昧無知之人民焉。孔子曰：「民可使由之，不可使知之。」其爲義果若多數學者所言，以爲可使人民由政治法律，而不能使其知趣旨，則由此已可知當時一般人民之知識程度尙極低也。故漢字乃君主專制或貴族專制之文字，非民主制度之文字。西洋文化未開前數千年，中國已有高等文化，而其民權思想所以不能發生者，正因其文化偏於一階級也。

其在周代，官民上下之間，知識程度既相懸殊，苟欲對於人民，直接發布法令，使其理解意義，知所趨避，則徒恃文字法，必將無效。故揭法令於門闕而公示之，同時又必添圖畫，以解釋其意，更以木鐸，集合民衆，而告知之，皆補助