

穗積陳重著
易家鉞譯

政法名
著
法律進
化論
第三冊

商務印書館發行

中華民國二十五年三月初版

(3321.1C)

政法名著
法律進化論

第三冊定價國幣壹元陸角

外埠酌加運費匯費

版權
所有
必究

原著者
穗積陳重

譯述者
易家鉞

發行人
王雲五

印刷所
上海河南路商務印書館

發行所
上海及各埠商務印書館

(本書校對者徐壽齡)

*D三二一

原序

余父穗積陳重歿後十月之今日，其遺著之法律進化論之第三冊出版，實不勝其無量之悲，又不勝其無限之喜矣！

所不可忘者，爲大正十四年十月余父拜樞密院議長大任兩三日後之事。余偶至父之書齋，發見一小屏風，此小屏風掩蔽余父在書案上之正面真容，使余至今尙不能見者也。此屏風爲嵌有色紙者，色紙之上，有余父之親筆：上部橫書座右銘，中央則有 *By always thinking unto them*，下部則書 *Sir Isaac Newton*。應余之間，余父例皆諄諄語其由來。余茲雖不必盡揭其談話，然應舉其要點如次：

或有問人者，先生對於牛頓，何以有此等種種之大發現？其人答曰：『常思之而已！』余每讀此語，輒表深邃之共鳴。余蓋五十年來常思法律進化論者也。雖五十年來思之重思之，然余計畫之六卷十二冊中，僅得公布一卷二冊，上對先哲，寧不羞恥？然在常以研究著述爲念而日夜不敢或忘之一點上，亦不必自讓於牛頓，特未以其精語揭諸座右，奉爲格言。今者，不圖以餘身而承大任，敢竭微力以報皇恩，余蓋思之屢矣！又深切感於研究著述之素志，萬不可忘，爰書牛頓此語於目前，以自勵其志。

此後余父雖以公務之多端，而從無一日廢其研究著述者，其毅力使之然也。早起之余父，所謂『朝飯前之工作』，以書原稿爲常。今朝書成二頁，今日書成三頁，或一日書四頁、五頁，爲其終日之起居注焉。法律進化論第三冊之原稿，即如此徐徐而成者也。

何期翌歲大正十五年春尚淺之四月初，偶臥數日之病，而余父竟長逝！其勉力於職務而未能充分行其志之遺憾；而其漸脫稿之法律進化論第三冊之原稿，爲余父如何所眷戀者乎？今如原稿中題爲『太朴與婚姻』之一章，一見即可知當時余父眷戀此書之情形：余父例喜誦讀，即在病榻，亦橫臥而反覆讀焉；經醫師制止，乃使季女市河晴子於枕端讀之，親持赤色鉛筆以聽；遇有成爲問題之處，即附記號，又使從頭讀起。而在此種情形之內，容態急變，其意識漸不清明時，猶頻作手勢，若書物然，是即余父正執法律進化論第三冊之筆而死，以遂其『死而後已』之素志！而其眷戀此書之至如何程度，可想見之。悲夫！悲夫！

因此之故，余欲以此法律進化論第三冊單獨公之於世，在余父死之一瞬間，余等已熟慮之；而此工作當然爲余之責任。自進而分擔——與其謂如此，無常謂殆爲全部擔負——其責任者，植木直一郎君也。君爲十三年來父之著述之協助者，尤以法律進化論之出版事務，最初即由君擔當之；而此第三冊之編輯出版，自遺稿之整理排列以至印刷之指揮校正，目次索引之編成，皆有賴於君。此爲在著者死後特別感困難之事，余雖通讀整理完畢之原稿，而過目最後之校對，然每遇難於續成之部，或用語不明之所，將如何以續之？又如何以釋之？嗟乎！不獨無可確問

之人，而其人且棄余以去，今對植木君，余之感想爲何如乎？但無論如何，法律進化論第三冊，已形成爲余父至最後尚不絕筆之原稿，其得依活字而公之於世者，皆偏勞於植木君，此不僅余之感謝，余父亦含笑九泉矣！

法律進化論第三冊，爲第一部法原論中卷原質論前篇，而著者以原質論之第一編爲信仰規範篇，先論『太朴』，欲次論祭祖與『圖騰』。然因『太朴與法律』一部尚未成功，故僅以此充第三冊。此部之原稿中，前半似已完成，而在本論第二章之末，似尚有若干未完成之處。關於第三章『太朴與婚姻』之部，著者至最後尙表示其未盡滿足，已如前述。第四章『太朴與財產權』及第五章『太朴與刑法』之兩章，不過爲土方教授在職二十五年紀念私法論集所載『太朴與法律』中相當部分內加以若干之改訂者，尤以第五章係斷片的書成而排列者也。在此等點上，雖有不少之遺憾，然人亡時去，亦無可如何！至第四章以下及附錄之頭註，則係編輯者所附。

著者最初豫定收錄大正八年二月帝國學士院第一部論文集邦文第二號所發表之論文『關於諱之質疑』以爲本冊之附錄，然其後，此論文改題爲『實名敬避俗研究』以單行本而再版，在印刷進行中，父歿，其書於父死二月後始出。茲代以前記之『太朴與法律』爲附錄而載之，實則『關於諱之質疑』爲本冊內容一部之詳論，以之附錄，最爲適當。至『太朴與法律』則大部分爲重複，雖然，其在前半，可以示知著者如何改書舊稿以事擴充，而有對照上之興味；其在後半，可以窺知舊稿有補填新稿缺陷之處。而舊版之論文集，或其他印刷物，及今頗難入於手中，故以舊著再版之意味，兼附錄之於此。

本書前二冊各有數葉之照片，皆著者相當苦心用意者也。至第三冊，似尙未至用意於此之程度，余等亦未曾聞及關於此點之何種計畫。故此種照片，若非在著者之生前，殊不可得，乃另插照片四葉以爲紀念遺著之意味。卷頭所揭之二葉，爲著者在青齋，本書本冊原稿執筆時之寫真，及前述與此遺著有直接因緣之有座右銘之『屏風』之寫真也。又在卷中，以著者親筆原稿之照片二葉插於其相當之處，可以仰見推敲添削之迹：其一爲新起稿部分之原稿，其一爲將前述『太朴與法律』舊著配合原稿中修補之部分之原稿也。凡此實非初稿，而爲改至二回三回之最終稿上所書者，更謄清校閱以付印刷所，此爲余父向來之辦法也。

本書全體之計劃，雖發表於本冊緒言中。然前途極遼遠。第一部法原論中之原質論後篇及原力論，第二部法勢論之發達論、繼受論、及統一論，皆尙殘闕。余父筐底，雖有遺稿之存，然此大計劃之續行，到底未能實現。故關於『法律進化論』之本身，雖爲遺憾，然已不能不斷至第三冊。其屬於全書之遺稿，余欲節節整理之，在『法律進化論叢』之總名下，順次刊行數篇之單行本。

又關於本書本冊之刊行，有不可不特筆者，卽穗積獎學財團視爲其事業支給出版費是也。此財團從來對於本書之第一冊、第二冊、及余父著書之主要部分，負擔出版之任。余父對於此財團之參加者及理事評議員諸君，其如何感謝之深，爲衆所共悉。至父歿後，更由理事山田三良先生及志田鉦太郎先生之盡力，與故舊各方面之同情，得加倍此財團之資產，以本書本冊之出版爲第一着手之事，俾余父之遺志得遂，實屬意外之幸。余父於本書第一

册序文中，有云：『著者於此溫愛友情之霧圍氣中，以學者而生活，此爲如何之幸運耶！』夫前既以此而喜，今又於此溫愛友情之霧圍氣中以學者而安然瞑目，然則對於亡父之無上之懷念，與余等遺族所得之絕大之慰安，真不勝其感泣者矣！『有生之日，皆感德之年！』余父於前序中書之矣，余於此機會，謹代我父，並以遺族全體之名，而表『有生之日，皆感德之年！』之敬意！

昭和二年一月

穗積重遠

法律進化論第三冊目次

緒言

第一部 法原論

中卷 原質論前篇

總論 二

第一編 信仰規範篇 一六

第一 『太朴』與法律

前論

第一章 『太朴』之語義 一六

第二章 『太朴』之本質 一二

第三章 『太朴』之種類 二〇

目次

第四章	『太朴』之成立	三三
第五章	『太朴』之分化	四〇
本論		
第一章	『太朴』與法律	四二
第二章	『太朴』與主權	四八
第一節	接觸之『太朴』	五一
第二節	接近之『太朴』	五二
第三節	觀視之『太朴』	六一
第四節	稱呼之『太朴』	六六
第三章	『太朴』與婚姻	九一
第四章	『太朴』與財產權	一四六
第五章	『太朴』與刑法	一五四
附錄	『太朴』與法律	一五九

法律進化論

緒言

余研究法現象進化之理法，而大別之爲法原論及法勢論二部。法原論又小分爲原形論、原質論及原力論三部。法勢論又小分爲發達論、繼受論及統一論三部。余欲依此而一論述之。

於第一部法原論中，原形論則欲論究法律於如何之形態而發生者。原質論則欲論究如何種類之規範爲法律之元質。原力論則欲論究如何種類之社會力如何而成爲法律。於第二部法勢論中，發達論則欲基於法之內因的進化，即欲基於人種、民性、地勢、政體、宗教、德教、輿論等，在其法境中自發內在之原因，而一論法之進化。繼受論則欲就法之外因的進化，即與外民接觸爲起因之外法之模倣、採擇及外國學說所及於立法、裁判等之影響，而一論法之統一論，則因法之世界的進化，即法隨文化之上進常有世界化之傾向，各國國民必至依其本國之特有法與世界之共有法以受支配，而余欲就此以論之者也。

本書本卷，屬於法律進化論第一部法原論體系中之原質論，就法之原質之信仰、規範、德義、規範、習俗、規範之

三大統制力，而順次論述其法化。而於信仰規範中，擇其最重要者，先論『太朴』之原始的消極規範之法化；次論祭祖與『圖騰』終論宗教與法律一般之關係。又於德義規範中，先特論禮之法化；次論道德與法律一般之關係。又於習俗規範中，泛論習慣之法化，欲就各種習慣而論證之。

第一部 法原論

中卷 原質論前篇

總論

法，非突發偶成之社會現象。凡法之成，必有所由來：或因社會生活之新需要，而促新法規之發生；或因社會之政治的機能之發達，加入公權力於既存之社會的規範，而至享受法性。夫促新法規發生之社會的原因者，法之原力也；依公權力之附加而享受法性之既存的社會規範者，法之原質也。

法之原質之社會的規範，有因民衆之超自然力信仰而形成者，有基於其德義觀念而設定者，亦有由社會生活狀態所生之慣行而漸成者。故法之原質之規範，可分爲信仰規範、德義規範、及習俗規範三種。例如君主之身體

不可觸，不可近，即信仰規範；父母死時，居喪，舉哀，即德義規範；夫婦有限於一夫一妻，亦有一夫數妻，或數夫一妻者，即習俗規範也。信仰規範，依對超自然力之崇敬或恐怖心而維持；德義規範，依廉恥心而維持；習俗規範，依羣衆心理而維持。故此等三規範，當其初期，均依存於其服從者各自之心的強制力以行，實言之，即自動的所行之主觀制裁而已。

雖然，前述三種社會規範之活動，隨共同生活之發達，漸次由主觀的進於客觀的，由自動的移於他動的。蓋凡人類之共同生活，對於與自己信仰相異或信己所不信者，則忌之；對於與己德義觀念不同，或爲己所惡爲者，則惡之；又對於不與己爲公衆之事者，則厭之；此人之常情也。夫同類意識之欠缺，常爲招引社會反感之原因，故對於異信者，悖德者，背俗者等，或叱責之，或污辱之，或與絕交，或令放逐，甚至毆打殺戮而加以私刑，而此等違反社會規範之人，除自己內存之心的強制力以外，復有被他人報復之事，則縱令其信仰心廉恥心無順應性之人，縱令其心的強制力而非固有者，但一有客觀的社會制裁，則對此所生之恐怖與由恐怖而生之他動的心的強制力，亦勢之所必至也。

社會文化稍發展，於是巫祝、豫言者、教主、宗祖等，繼呪師、藥師、魔法使等原始的信仰之主導者而出，而基於信仰之行爲規範，亦漸次概念化，成爲神囑、豫言、戒律、教義、宗規等形式。及民衆之智性大啓，哲人出，聖賢現，於是基於原始的德義觀念之行爲規範，遂漸次教義化，成爲格言、箴言、聖訓、聖經等之德教。又因社會生活之需要，有共通點，

由模倣並其他原因，而使民衆思想生一致點，於是多數民衆長年間繼續的習於同一的行爲，而此繼續習慣的行爲，遂成民俗。故至後信仰規範爲宗教規範之體裁，德義規範爲德教規範之體裁，習俗規範爲習慣規範之體裁。例如原始『太朴』禁忌之殺害、盜奪、姦淫等，其後成爲佛教之五戒、摩西之十誡等抽象的宗規之體裁，又進而成爲『婆羅門』教之『達爾馬斯特拿』(Dharmasutra)、『達爾馬沙斯特拿』(Dharmasāstra)，佛教之大小乘諸經、回教之『可蘭』、拜火教之『鎮德古士達』，基督教之聖經等宗教規範之基本經典。又如最初之人民有善行者，人人賞讚之，爲惡事者，人人斥逐之。夫此種行爲，亦係經孔子、蘇格拉底等聖人出而教其生徒，宣教於公衆，後人記述其言行，而始作成如論語之德教規範之經典。又如最初人民之交際雖表示恭敬謹慎之行爲形式，然至周公、叔孫通等聖賢出，而始制定禮儀，至有如周禮、儀禮、禮記之德教規範之禮典。又如民衆因生活需要之共同及模倣等，致有多年間同一行爲之習俗，遞代相傳，故老猶記憶之，因有文字而往往述爲筆記，作成故實典例之記錄。更進而由學者私人輯錄慣例，以徵文史；或由握有政權之人，命其編纂，蔚爲大觀；如法蘭西之『習慣例典』、『古籌謨』(Coutumes)，其最顯著之例也。尤以歐羅巴之商法，原由地中海、北海、巴爾的海等沿岸諸市府商人間之貿易習慣而發達者，其始如『羅德』海法(Lex Rhodiensium)、『孔梭拉德德馬列』(Consolato del Mare)、『阿列龍』法(Rôle d'Orléans)、『威士拜』法(Watrecht von Wisby)等，多有法之名，實則不過輯集商習慣及判決例等之習慣規範之記錄耳。

此種社會規範既漸次概念化，而成為宗規、禮制、慣例等之體裁，則凡對於與此違反者之社會的制裁，亦有一定之形式。例如不信者、異教者、或違反宗規者，常被信徒之迫害，除擯斥之外，尚有根據宗規而定之破門罪及其他制裁。又往往設執行宗規之特別機關，以掌制裁之事。其背德教違禮制者，舉世目為異端之徒，或不德之人，為識者所賤，以其為非禮者，或不良民，擯之社交之外，更進而貶其榮位，奪其名譽，而規定之於禮制。其蔑視習慣紊亂風俗者，羣目為不肖之徒，去之惟恐不及，或與之絕交，或使之放逐，而生此種不期然而然之慣例焉。約言之，社會規範之概念化，而其制裁亦隨之而體制化也。

社會規範之體制化者，社會規範法化之端緒也。人類共同生活之狀態漸至成為國家生活之體制時，其統治者及與其統治之政權者，已感於既存之社會規範中，尤以國家生活維持之必要，復欲利於自己權勢欲望等之滿足，及因其他種種理由而強要其實行，於是在從來之超自然的制裁、道德的制裁、或習慣的制裁上，附加一種公權的制裁，或以此而代之。或依『太朴』觸酋長身體者，必受冥罰以死之迷信，而維持其所謂規範。而隨國王權力之發達，則凡侵觸首領之行爲，愈為大不敬罪，以死刑之現罰而制裁；或依『圖騰』族內結婚必生災厄之信念而維持其所謂習俗，產生禁止內婚之法制；或如偷盜戒、邪淫戒、妄語戒、殺生戒等宗教律之破戒，而生竊盜罪、姦淫罪、詐欺罪、殺傷罪等；或如孝悌忠信等德教之違反，而生謀反、惡逆、不道、不孝、不睦等罪；或如長子享受亡父遺產之全部繼承家長資格之習俗，而生為一般公認之長子繼承法。夫國家原始期中，法規之發生，與文化的國家之立法有異，

其能順應社會日新之需求，以創始的意味形成者極少，而以既存之信仰規範、德義規範、習俗規範，因公權力之公認、與制裁而得享、受、法、性者居多也。

前舉之信仰、德義、習俗三規範，其所以享、受、法、性者，有由於其規範之設定者與施行者之資格之變化，亦有由於其施行方法之變化。前者為主體的、法化，後者為客體的、法化。例如信仰規範之設定者與施行者之豫言家、高僧等之權力，由於其社會組織之發展，漸至帶有政治的權力之性質，其教義漸具政教之體制，而其信仰規範亦半有如法律規範之世俗的強制力，或關於信條發布命令於信徒，對違反此信條者，特設裁判機關以制裁之。如『馬拿顧、達爾馬沙斯特拿』、『辨塔秋克』、『可蘭』等宗教上之基本聖典，在神權政體之國，同時即被視為法典，至少其教律中關於民生之條規，同時視為與法律有同等之効力。

德義規範，或由民衆德義觀念所生之習俗而成，或由聖賢之教義而成。其具體的規範，往往以禮制、典式表現之。其由慣例、禮式等體現之規範而享受法性者，由政權者公認之；對於違背此者，加以公權的制裁，其例亦夥。特如中國法系，以天命為政權之本，以道德為政事之基，以德治為王道，以法治為霸道之國家，堯、舜、文武諸聖主之立教，大聖周公修禮以導民，故其德義規範之設定者及施行者，同時即為政權者。故如『周禮』、『禮記』之禮書，半有法典之性質。其禮制，不僅以公權力施行而已，且對其規範之違反者，往往以公權力加以制裁，即所謂『出禮入刑』是也。

習俗規範，則因由民衆之永續慣行而生，故不因其規範主格之民衆之資格之變性而法化，乃因政權者承認於行政上保障其實行，於司法上制裁其違反而法化者也。

法之原質三規範之客體的、法化，則由於其規範之公權、承認，或對此附加公權制裁。其承認公權或爲立法的明示而爲法規，或不言其爲法規，而於行政的，以公權力勵行之。例如以法律定爲一定之要素，而具備此要素之習慣規範，遂成爲法規（法例第11條 Digest, I. ii. 32-35. Institutes, I. ii. 9.）又如以法令將一定之宗教上之信條、德教上之禮制、及民衆之習慣，包括的及個別的指定，而賦與法律之效力。凡此皆立法上之客體的、法化也。

又有基於信仰之祭祀、典式，基於德教之敬禮、儀式，及基於民俗之農業上慣例等，亦因公權而生強制性者，凡此皆行政上之客體的、法化也。夫依國家之司法權，承認信仰規範、德義規範、及習俗規範，而付以制裁，此客體的、法化之最普通者。如本篇所論『太朴』之信仰規範，即對其違反者，依公權力而罰之之法化者也。

原質之主體的、法化，其規範有爲概括的、享受法性者。至其客體的、法化，則概爲個別的、關於個個事項，或爲立法行政處分及裁判，而其行政處分及裁判，或爲後發事件之範例。雖然，亦有時由立法者包括的指定宗教上之信條、德教上之禮制、及民衆之習慣，而與以法律之效力，且或將此編入法典之中。如歐洲中世地中海沿岸各市府編纂商習慣之私法典、北歐諸邦編纂民族習慣之『蠻民法』（*Leges Barbarorum*）、法蘭西之『習慣例典』