

STANDARD WORKS ON LAW AND POLITICS
EVOLUTIONAL THEORY OF LAW

BY

HOZUMI

TRANSLATED BY

SA MENG HO and TAO WEI TSENG LI. B.

THE COMMERCIAL PRESS, LIMITED

政 法
著 法
法 律
進 化
論
第二冊

穗 積 陳 重 著
薩 孟 武 陶 彙 曾 譯

商務印書館發行

著名法政
論化進律法
冊二第

究必印翻權作著有書此

中華民國十九年三月初版

每冊定價大洋貳元
外埠酌加運費匯費

原著者 穗積陳重

譯述者 薩孟武

發行所 上海商務印書館

發行所 上海商務印書館

Standard Works on Law and Politics

EVOLUTIONAL THEORY OF LAW

Volume II

By

HOZUMI

Translated by

SA MENG HO and TAO WEI TSENG, LL. B.

1st ed., Dec., 1930

Price: \$2.00, postage extra

THE COMMERCIAL PRESS, LTD., SHANGHAI

ALL RIGHTS RESERVED

法律進化論目次

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……………二〇

第三編 法之認識……………四五

第一章 法之公知……………四五

第二章 第一期潛勢法時代……………四八

第三章 第二期祕密法時代……………四八

第四章 第三期頒布法時代……………七四

第五章 第四期公布法時代……………九二

第一節	公布及公布之原因	九二
第二節	公佈之法式	九六
第一款	呼唱公布式	九七
第二款	朗讀公布式	一〇二
第三款	通知公布式	一一九
第四款	揭示公布式	一三六
第五款	登錄公布式	一九三
第六款	印刷公布式	一九四
第六章	法之文體	二〇〇
第一節	日本法文體之民衆化	二〇〇
第二節	英國法文體之民衆化	二三〇
第三節	德國法文體之變態進化	二三九
第一款	德國法之實質的國民化	二四〇
第二款	德國法之形體的國民化	二六〇
第七章	結論	二八九

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，即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「違式註違條例」，同年七月又發布「各地方違式註違條例」，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「註違」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「違式註違條例」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，有名土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，即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，朴作教刑，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。皋陶方祗厥敘，方施象刑惟明。

象刑之意義，自來學說甚多，其中最主要者有三。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，以幪巾當墨，以草纓當劓，以菲履當刖，以艾鞶當宮，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，犯墨刑者用幪巾，犯劓刑者用草

纓，犯刑刑者用菲履，犯宮刑者用艾鞵，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，共艾畢，菲絀履，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，異章服，以爲戮，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。於義旣迂，而法以用刑，似非六經語，故世以爲疑。至荀况氏出疑（中略）夫旣謂象，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，制法定律之始。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，安有非履赭衣者哉。

亦屬於第三說。

上列三說之中，第一說生自好古之想像，第三說爲以今推古之臆斷。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，是稱爲戮。故曰「上世用戮而民不犯，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，示鼓腹擊壤之原始人民，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

民象刑之法。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，皆補助的公布法也。

據「周禮」所載，周代中央政府之組織，由天官、地官、春官、夏官、秋官、冬官、六官而成。天官之長爲冢宰，地官之長爲司徒，春官之長爲宗伯，夏官之長爲司馬，秋官之長

爲司寇，冬官之長爲司空。又制定治典、教典、禮典、政典、刑典、事典等六典，使六官據此以分掌統治之運用。天官大宰、地官大司徒、夏官大司馬、秋官大司寇，各於年首，宣示治法、教法、政法、刑法，於邦國都鄙。意者此卽六官賦有特權，得各從六典之規定，在所掌範圍以內，制定必要之法規，而於每年宣布之歟。今試察法規公布之方法，則有周禮卷二，記天官太宰之職云：

正月之吉，始和布治于邦國都鄙，乃縣治象之法于象魏，使萬民觀治象，挾日而歛之。

「周禮」卷三，記天官小宰之職曰：

正歲，帥治官之屬，而觀治象之法，徇以木鐸，曰：「不用法者，國有常刑。」

蓋每歲之首，大宰布治法於天下，懸治象之法於象魏，以示民衆，十月而後斂之。小宰則帥治官之屬，觀治象之法，又用木鐸，警告觀衆，謂之曰：「若有不用法者，國有常刑，必加制裁，使民知畏法不敢犯刑也。」

「周禮」卷十，記地官大司徒之職曰：