

STANDARD WORKS ON LAW AND POLITICS
EVOLUTIONAL THEORY OF LAW

BY
HOZUMI

TRANSLATED BY
HUANG TSUN SAN
THE COMMERCIAL PRESS, LIMITED

政 法
著 法
律
進
化
論
第 一 冊

商務印書館發行

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。旣已脫稿。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

自序

法律進化論者、法之時觀也。法現象有靜狀與動勢二種。究其靜狀之原理者、爲法律靜學。究其動勢之原理者、爲法律動學。法律進化論。屬於法律動學。與法以縱的觀察。此非一時的現象。乃爲繼續的現象。換言之、一定之時期之法。非成於一旦。乃過去數十紀間社會的勢力之積聚而成之者也。

本書全部擬分六卷。茲先取第一部上卷、付之公刊。其餘各部。不論次序。只視法案成立之遲早。隨時別冊刊行。

本書立案。極期慎重。然淺識如余。其斷案舉證。難免不無誤謬。尙希明達之士。有以教正之。

大正十三年五月中旬

穗積陳重

法律進化論目次

總論

第一部 法原論

上卷 原形論 前篇

第一編 無形法

第一章 緒論·····	七
第二章 潛勢法·····	九
第三章 規範法·····	一四
第一節 規範法之發生·····	一四
第二節 民意潛勢法之現化·····	一六
第三節 神意潛勢法之現化·····	一九
第一款 神託裁判·····	二四
第二款 誓審法·····	六〇

第三款	神託立法·····	六七
第四節	君意潛勢法之現化·····	七四
第五節	規範法發生之過程·····	八三
第六節	規範法之發達·····	八六
第一款	第二次發見·····	八六
第二款	公平法·····	九〇
第三款	自然法·····	九九
第四款	自由發見之立法的公認·····	一一三
第四章	記憶法·····	一三一
第一節	記憶法之發生·····	一三一
第二節	記憶法之主體·····	一三七
第三節	記憶法之客體·····	一四六
第一款	句體法·····	一五二
第二款	詩體法·····	一六五
第三款	韻文體·····	一七七

法律進化論

總論

法者、力也。法者、社會力也。於公權力狀態之下、而爲行爲之規範者也。人類共同生活之形態。漸次進展。至成爲獨立政治團體之國家。則其團體力之發動。必呈二種狀態。其一、爲國家之政治作用。如攻守、修好、通商、之對外作用。平和之維持。生命財產之保護。並關於人民統治各種之對內作用。是也。他之一、爲法律作用。團體力之對內作用中。特如國家之公權力。爲人民行爲之規範而表現之者。此國家之政治作用與法律作用。舉不外社會力之發現。然前者之狀態、不必固定。本於時勢之要求。隨其國是。或對外、或向內、而爲隨時活動者也。後者之狀態。形成固定。爲行爲之規範。而具有強制之性質者也。

社會力有靜狀。有動勢。法律既爲社會力之一種。故亦有靜狀與動勢。所謂法律之靜狀者。卽法現象僅爲行爲之規範而表現之社會力是也。所謂法之動勢者。卽爲行爲之規範而表現之社會力之實質、或形體。因時之經過、而生變化者是也。故雖在以法現象之普通素之知識爲目的之法律學。依其靜狀爲對象、與依其動勢爲對象。而有法律靜學與法律動學之別。前者、在觀察法現象之靜狀而求其原理者也。後者、在觀察法現象之動勢而論述其變遷之理法者也。

法律進化論。屬於法律動學者。其目的在依法現象之時間的觀察。以明法律之發生與發展之理法。法律者。社會力也。故法規者。隨社會之變遷、時間之經過。同時必變其形態。社會者。爲一有機體。其組織無須臾靜止。不僅爲社會原子之各個人身體。因新陳代謝。常變更其組織。而社會自身。亦因其組成員之生產、死亡、移住。常變更其組織。社會之組織自體。既如此變動不息。則爲社會力之一狀態之法律。以時間的觀察之。亦常在變動的狀態無疑也。惟爲法規而表現之社會力。概觀民衆行爲、而表現適當其行爲之通則者。故普通不因其概觀圈內之微動。使法規外形受顯著之影響。然

法律者、原爲社會力顯著之一狀態。故無不隨社會狀態之推移而獨歸靜止之理。縱使法規形體、一時不呈變遷之跡。其實質、必隨社會之變遷而與之俱變。經時既久、與社會實狀、必相爲一致。

法現象、因時間之經過而相爲變遷。既如上述。然其變遷、決非無秩序偶然的事件之聯續。在此千態萬狀法現象之變遷中、必有普遍的通素之存在。

法律進化論。卽闡明此普遍的通素。換言之。卽以闡明法現象之時間的推移之原理、爲其本領者也。

法律進化論。依其對象之範圍。得分爲汎論與各論。法現象不限於地域、人種、民族、及其他之標準。爲一般的對象。而究其變遷之理法者。爲普汎的法律進化論。然法現象得根據各種標準。如人種、民族、地域、法系。由各種之立腳地分類觀察。或限於法律之一部。觀察其法現象之動勢。而考究其理法。此爲特殊的法律進化論。

科學的法律進化論。果有可能性否乎。大凡法現象之體樣。因時與所、及文化之程度。國民之特性而定。是以巴斯加有緯度三度之差、則顛覆成法全部之評。故同一時

代。其文化不同之民族。雖接境而處。刑賞不同。法規各異。如自然界。依其環象而動植物各現異觀。由此複雜之法現象中。欲發現一定之普遍性。在法之靜態。尙屬不易。況在變化無極之法之動勢。自爲至難。然難事者。非不能事之謂。在力學。既有論其靜態之靜學。又有論其動勢之動學。豈在社會力之科學。而有不論其靜態動勢之靜學與動學之理。惟自然力之作用。較爲簡單。社會力之作用。極爲複雜。且社會力之科學。非如自然力之科學。有正確之理法。容易認識。此其困難之點也。法現象者。不僅依國境、民族、人種、而異其體樣。卽在同國、同民族、同人種中。亦隨時世而相爲變遷。故雖於其靜態。欲認識該現象之普遍性。而究其理法。尙非易易。況於其動勢。互古今、通中外、概觀通察千態萬變之法現象。思從其中抽繹進化之理法。自爲難中之難。然世界人類。其人種、民族、住地、雖各有不同。而要皆爲同種之生物。其身體組織。大體不差。所異者。不過身長、骨格、皮膚、毛髮等之細目而已。或因住居土地之形狀。地味氣候動植物之種類。以及其他環境之不同。其生活狀態。自不得不異。生活既異。性情自殊。於是而生異種之風俗習慣。此固普通之恆情。無足怪者。然試一詳密察之。在同一環境中之民

族。雖異種異世。大概有同一生活之需要。因之其性情、及風俗、習慣。常有互相類似者。又在文化程度相同之民族。雖異種異世。然其法律生活程度。大抵相同。故僅就外表觀察法現象。自覺複雜無極。倘彙類之、比較之、分割之。詳細而研究其異同之由來。必可尋出通素之存在。此不僅於其靜狀已矣。雖於其動勢。亦能認識有依一定之法理而得支配之事。法律進化論。以此可能性爲前提。以各民族、各時代既知之法現象爲資料。且借人類學、考古學、社會學、心理學、史學、言語學等之援助。以在動勢之法現象爲對象。而求進化之理法者也。

茲擬分法律進化論爲法原論及法勢論二部。法原論、以論究法現象發生之狀態爲目的。法勢論、以論究法現象變遷之理法爲目的。法原論、更細別之爲原形論、原質論、及原力論三部。原形論、論究法律以如何之形態而發生者。原質論、論究如何種類之統制力、爲法律之元質。原力論、論究法律之統制力、如何而後發生。前者之目的。在明了法之統制力。於如何之形態。始入於吾人之認識。中者之目的。在明了如何之統制力。爲法規而表現。後者之目的。在明了法律之元質之統制力。因如何之過程。而成

爲公權化。法律進化論

第一部 法原論

上卷 原形論 前篇

第一編 無形法

第一章 緒論

法者、力也。其元質爲無形的。其力之活動。一如物理的「安列爾額」之活動。得以公式、圖解、數字、或記號表示之。換言之。卽能就法之無形之力。與以法形是也。茲之稱爲法形者。卽指依視官得認識法力一定之活動記號也。當中國五帝時代。其用刑也。畫象而示之於民。周代懸象形之法於闕。（周禮、晉書刑法志、唐律疏議表、）鄭人晉人鑄刑書於鼎。（左傳昭公六年、及同二十九年、）印度人刻法於椰子之葉。哈姆姆拉比王。刻巴比倫法於石碑。建立太陽神殿之前。克拉的人。彫土爾其之法。於法廷壁上。羅馬之十大官。揭十二表法於公市。後世以法載之文書。布之官報者。要皆與法以

形象者也。此與物理學之公式圖解。其性質略同。

有法形之法。謂之有形法。無法形之法。謂之無形法。形有則易知。形無則難據。故欲法之社會統治力特別有效。使民遵依。必須先賦與法之外形。俾民知所趨避。然法非必先具形體而後發生者。在國家初期。關於法律事項。民信即法。始於刑罰爭訟。後世普通法律事項。神、君主、僧長、族長、家長等權力者之意思。並祖先以來之習慣。有絕對的服從強制力。蓋當時法權雖存。法規未現。法者。僅於潛勢力狀態之下而存在者也。國家稍就發展。由先例之積累。歸納抽象的汎則。或依君主、高僧、其他權力者之創意。新定行爲之準則。用聲律成句。以便口傳記誦。可謂已有法規。然尚未得謂之有法形。其後人文大啓。或畫法規於形象。或載之於文書。始可謂有法形。法規者。如關於祭事、軍事、貢租、刑罰、訴訟、親權、婚姻、承繼、佔有等。法律事項之社會力一定之作用之謂也。而法形者。表示其社會力之作用之方向、分量之形象之謂也。法之有文書。與寒暑表之於熱。權衡之於重力同。熱非因有寒暑表而始存。重力非因有衡器而始生。法之社會力。於法規未出。法形未生以前。既已存在。故法既具有實質形態之二素。然後以文

章載之爲法規。以論理的排列之爲條規。或附條號於各法規。或彙類編纂之。至成爲法典。要之。法者。實亘數百千載之長期。經幾多之進化。決非自始卽具形體而產生者也。

第二章 潛勢法

法律之起元。同於國家。故可謂有國家必有法律。然不能謂有國家必有成文法。國家雖在其原始期。其獨立政治團體之凝集力之中心。既已存在。卽國家組織整備後。所稱爲統治權者是也。然當時之統治權。非常狹小。其權力在使其團體組織員之絕對服從。內則維持治安。而防團體之分崩。外則抵禦寇敵。以免團體之滅亡而已。不如文化國有整齊之政治組織。所謂整齊之政治組織者。卽以元首總攬立法、行政、司法、三大權。設特種機關。分掌政務之政治組織是也。原始的主權。有祭主權、及統帥權。春秋五代傳所謂「國之大事。在祀與戎。」卽指此也。在由一種族而成之單成體之國家。其共同祖神崇敬之念。爲其團體凝集力之中心。若由數種族而成之複成體之國家。其同一神靈之信仰。爲其凝集力之中心。此時爲其神裔者。及因神托而擁君位者。

有其統治權。若爲征服合併之複成體之國家。其凝集力之中心。惟在威武服從。此時爲大元帥有兵馬最高權者。卽爲掌握統治權者。於此時代。如行政事項。除直接關於祭祀軍事外。概放任於各種族之慣習的自治。惟徵稅事務。爲中央政府分質的維持必要事項。則仍吸收於統治權之中。

如司法事項。在原始國家。除治瀆神、大逆、謀反等直接危害團體基礎之犯罪外。一切放任於各個人、或各部落之自衛。殺傷、則依復讐反害制裁之。盜奪、則依報復捕獲。義務違反、則依強制拘押。或得代以賠償。其賠償額。除協議外。大抵依習慣償付。倘有爭議。得請長老、僧侶等社會之權力者裁斷之。迨後國權漸次伸張。國家之機關稍爲整備。聽訟斷獄之權。然後收歸中央政府。司法權者。決非自始卽爲統治權之必要成分。惟於統帥權之關係下。執兵馬最高權之元首。得以武斷的裁決爭議。以強制的制裁力而執行之。且爲維持治安、干涉人民之爭議。故司法權至被吸收於統治權之中。而爲其構成分子。

然獨至立法權。在近世國家、均視爲統治權之構成分中之最重要者。在國家發展