

# 社 會 法 學 ニ 就 テ

(二、完)

THE SOCIOLOGICAL BASIS OF LAW  
II (CONCLUDED)

講 師

中 村 彌 三 次

Lecturer Y. Nakamura

1923

# 社會法學ニ就テ

## 內 容 表

### 第一節 社會法學ノ概念

I. 「シユタムラー」ノ説——II. 「ペロルツハイマー」ノ説——III. 「マルクス」ノ説——IV. 「エンゲルス」ノ説——V. 法律ト社會ノ相關性——VI. 例證——VII. 評論——VIII. 人類ノ基本欲——IX. 法制ノ史的發展——X. 原始時代ノ物質的生活——XI. 原始人ノ性的生活——XII. 我古代ノ性的生活——XIII. 原始人ノ家族關係——XIV. 法制未生時代——XV. 舊石器時代——XVI. 新石器時代——XVII. 法制萌芽時代

### 第二節 各 說

I. 財產關係、(A) 舊石器時代ノ財產關係、(B) 新石器時代ノ財產關係 II 個人ノ地位、(A) 舊石器時代ノ個人ノ地位、(B) 新石器時代ノ個人ノ地位 III. 兩性關係 (序言)——IV. 近婚制限——V. 血緣ノ集團婚——VI. プナリア家族制——VII. 母系主義——VIII. 集團婚ノ復活 IX. 社會關係 (序言)——X. 氏族法制ノ公法的性質——XI. 氏族法制ノ諸形態——XII. 血族團體經濟法制 (法制成立時代)——XIII. 氏族法制ノ不文憲法 (序言) XIV 對外的對內的紛爭事件解決手段——(A) 舊石器時代ノ解決手段——(B) 新石器時代ノ解決手段——(I) 對外的紛爭解決手段——(2) 對內的紛爭解決手段

---

# 社會法學ニ就テ

中 村 彌 三 次

---

## 第二節 各 說 (承 前)

### IX. 社會關係

序言、舊石器時代ニ於ケル社會關係トシテハ、先ヅ既述ノ兩性關係ヲ舉ゲナケレバナラス。然シ新石器時代殊ニ其ノ末期ニ至リテハ、〔ブナルア〕式婚姻關係ニ加フルニ、氏族制度ト謂フ新種ノ社會關係ガ出現シタ。而カモ其ハ〔ブナルア〕式婚姻集團ヲ基調トシテ發達ヲ遂ゲ、遂ニハ之レニ代ツテ爾後國家制度出現ニ到ル迄ノ社會組織トシテ存續シタ。

氏族制度ハ古代社會ニ於ケル社會的、政治的組織ノ單位デアリ、且ツ古代社會特有ノ法律制度ノ本質的基礎ヲ成スモノデアル。今之レガ成立ノ要素ヲ社會法學的見地ヨリ觀察シ分析スルニ、大體下記五箇ノ條件ヲ以テ、其ノ成分トスルヤウニ思ハレル。

- 1、或ル複數族員
- 2、特定ノ血緣
- 3、特定ノ宗教

## 4、特定ノ地域

## 5、特定ノ經濟關係

之等成分ノ總計ガ我々ノ呼ンデ以テ氏族法制ト爲スモノノ基礎ヲ形成スル。今マ之等各成分ニ對スル簡單ナル解説ヲ試ミヤウ。

(1) 或ル複數族員——氏族制度ハ有ラユル古代民族ノ營ンダ集團的生活ノ社會關係デアル。何等ノ社會關係ニモ立テ得ザル單獨族員ヲ以テ、斯カル組織ヲ作爲シ得ザルハ固ヨリ明カナレバ、複數族員ノ存在ヲ其ノ一要素ト爲スハ論ヲ俟タザル所デアラウ。

(2) 特定ノ血緣——ブナルア式婚姻集團ヲ前身トシ、其ノ血ノ紐帶ニ依ツテ結束サレタ氏族制度ナレバ、特定ノ血緣關係(例ヘバ母系本位ノ、或ハ父系本位ノ)ガ、其ノ成立且ツ存續ノ絶對的要件ヲ爲シ、氏族法制ニ於ケル血緣の團體法理ヲ構成スル唯一ノ要件タル事殆ンド自明ノ理デアル。

(3) 特定ノ宗教——特定ノ血緣關係ハ特定ノ血緣團體ノ存在ヲ前提トシ、特定ノ血緣團體ハ、必然的ニ特定ノ共同始祖ヲ豫想スル。氏族制社會ノ常トシテ族員ノ血ヲ重ンズル氏族の感情ハ、延イテ其ノ共同祖先ニ對スル思慕乃至尊崇禮拜ノ傾向ヲ伴ヒ、之レガ宗教的ニ表現サレテ、或ハ動物祖神教又ハ物格祖神教 (totemism) ノ形式ヲ取り、或ハ人格祖神教 (Anthropomorphism) ノ形式ヲ取ルニ至ル。現世ニ於ケル氏上ハ、天界ニ

於ケル氏神トナル。故ニ特定宗教ハ氏族制度ノ成立要素ノ一タルコトヲ知ル。

(4) 特定ノ地域——氏族モ國家ト等シク一定ノ領土ニ占據スルコトガ必要デアル。遊牧民族ト雖モ其レガ遊牧ノ途上ニ於ケル或ル一定期間ニ或ル特定ノ地域ヲ排他的ニ占據スルコトハ其ノ獨立の存在ヲ保持スル爲メノ必要條件デアル。況ンヤ農業本位又ハ漁撈本位ノ氏族ニ於テヲヤデアル。サハ謂ヘ氏族ト國家トガ其ノ領域ニ對スル關係ニ於テハ、兩者ノ間自ラ異ナルモノガアラウ。即チ氏族制度ニアリテハ、血縁ト言フ人的關係ガ族員タルノ本質的要素デアツテ、領域ト言フ物的關係ハ其ノ副的要素デアル。之レニ反シテ國家ニアリテハ、特定ノ居住地域ト言フ物的關係ガ、國民タルノ基本的要素デアリ、從ツテ國民ノ人種的血縁關係ハ、其ノ附隨的地位ニ置カレテアル。之レ兩制度ガ其ノ占據スル土地ニ對スル地位ノ差異デアル。

(5) 特定ノ經濟關係——氏族の社會ハ一ノ例外モ無ク、其ノ基礎的構築トシテ、共產主義的經濟組織ヲ作爲シタ。經濟生活ニ於ケル協同ハ、有ラユル社會生活殊ニ其ノ法律的生活ノ上ニ、相互扶助ノ美風ヲ齎ラシタ。相互扶助ノ精神ハ、翻ツテ經濟活動ノ共同ヲ促ガシ、兩者ハ相互ニ因トナリ又タ果トナリツツ、古代民族ノ法律生活ト道德的生活乃至宗教的生活トノ間ニ一ノ調和アル均齊美ヲ招來シタ。斯カル相互扶助ノ情念及ビ共產的經濟生活ハ、共ニ人類ノ同胞の感情ニ根差ス。血縁的の感情

ニ據ツテ立ツ氏族法制ガ、斯カル共產主義的經濟組織ヲ以テ、  
其ノ基構ト爲ス事固ヨリ其ノ所デアル。

我々ハ次ニ氏族法制ノ成立時期竝ニ其ノ普遍性ニ關シ數言ヲ  
費サウ。

ブナルア家族制ガ有ラユル野蠻人未開人ノ間ニ普遍的デアツ  
タト同様、此ノ氏族法制モ總テノ野蠻人又ハ未開人ノ間ニ共通  
ナ一社會制度デアツタ。蓋シ氏族制度ハ「ブナルア」家族制ヲ  
母體トシテ發生セシモノデアツタカラ。<sup>(1)</sup>

- 1) 如何ニシテ氏族制度ガ「ブナルア」家族制ノ母胎カラ、蟬脱シタルカニ就  
テハ、「モルガン」ノ古代社會所掲 “ Organisation of society upon the basis  
of sex.” p. 47—60. 參照

然リ其ハ「アジア」人、「ヨーロッパ」人、「アフリカ」人、南  
北アメリカ土人、「オーストラリア」土人、「ポリネシア」土人、  
「メラネシア」土人及ビ「ミクロネシア」土人等ノ古代或ハ現  
代ニ於ケル普遍的社會制度デアツタシ、又現ニ然ウデアル。其  
レニ依ツテノミ彼等ハ其ノ各々ノ生活目的ヲ達成シ、且ツ之レ  
ヲ中心トシテ國家法制ノ成立ニ至ルマデノ法律的進化ヲ遂ゲ得  
タノデアリ、又現ニ遂ゲツツアル。日本ノ古代ニ氏族制度ノ存  
在セシ事ニ就テハ、異論ヲ挾ムベキ餘地ガ無イ。

而シテ所謂氏族制度 (Gentile Organisation) ナルモノハ、時  
ノ古今、洋ノ東西、氣候ノ寒暖、人種ノ甲乙等ニ關係無ク、常

ニ同一ノ原理ト同一ノ構成ト同様ナル進化的過程ヲ取ツテキル。唯ダ異ナル所ハ、時ノ經過ト人智ノ進歩トニ伴ツテ、漸次低級ノモノヨリ高級ノ組織ヘト進化スルニ要スル其ノ期間ニ於テ、多少ノ遲速ナキヲ得ナカツタ點デアル。此ノ進化ノ極マル所ニ國家法制ノ起原が見出サレル。今之レガ進化ノ過程ヲ法制史的ニ觀レバ、一般史的ニハ新石器時代末期ニ其ノ成立ヲ告ゲ、次ノ土器時代ニ入リテ完成シ、且ツ類族及ビ種族ノ組織ト成リ、更ラニ青銅器時代ニ到リテハ、或ハ國家法制ニ轉化セルモノアリ、或ハ種族聯盟ノ形式ヲ取リテ止マレルモノアリテ一様ナラズ、最後ノ鐵器時代ニ入リテハ、最早ヤ其ノ殘影ヲ止メテキルニ過ギヌ。

更ラニ述ブベキハ、氏族法制ノ法律制度史上ニ於ケル地位如何ノ問題デアル。今マ夫レ人類ノ法律制度史上ノ發達過程ノ通觀スレバ、大體次ノ如キ三箇ノ段階ヲ經テ居ル事ガ知レル。

第一段階、性的社會組織ニ立脚セル性的法制。

第二段階、氏族の社會組織ニ根據セル氏族法制。

第三段階、政治的社會組織ニ依存セル國家法制。

性的法制ニ就テハ既ニ説述シテ置イタ。國家法制ニ關シテハ機ヲ改メテ述ベヤウト思フ。殘ル氏族法制ニ就テノミ爾後關説シヤウ。然シ之等兩三段階ノ簡單ナル比較ヲ試ミテ、氏族法制ガ法律制度史上ニ有スル地位ヲ闡明スル事ハ、氏族法制ノ理解ノ爲メ必要デアル。

先ヅ其等ノ成立ノ心素ヲ觀ノニ、性的法制ハ人間ノ性的感情ト性的忌禁法 (sexual taboo) ニ關スル畏怖心トヲ以テ、氏族法制ハ氏族員ノ骨肉的感情ヲ以テ、國家法制ハ人間ノ利害的感情 (之レガ所謂國民的感情ノ全内容デアル) ヲ以テ、各々其ノ心的成分トスル。次ニ之レヲ體素ノ方面ヨリ見シカ、性的法制ハ互ニ性ヲ異ニスル夫群及ビ妻群ヲ以テ、氏族法制ハ相互ニ血縁ヲ共同ニスル氏族員ヲ以テ、國家法制ハ利害ヲ共通ニスル人民ヲ以テ、各々其ノ體的成分トスル。故ニ第一者ハ人間ヲ遇スルニ、性ニ對スル關係ヲ以テシ、第二者ハ血族ニ對スル關係ヲ以テシ、第三者ハ財産及ビ領土ニ對スル關係ヲ以テスル。血縁法理ガ前二者ニ發シタルニ反シ、唯物法理ガ第三者ヨリ發生シタノハ、實ニ叙上ノ事由ニ基ク。之レヲ要スルニ性的法制ハ何等ノ人爲的加功ヲ交ヘザル自然的制度デアルニ反シテ、國家法制ハ殆ンド總テガ人爲的計劃ニ依ツテ成ル。氏族法制ハ半自然半人爲ノ中間的組織デアル。故ニ氏族法制ハ社會制度史上、野蠻社會ヲ文明社會ニ進化セシムル媒素トシテ、重大ナル役割ヲ演ジテキル。

最後ニ附說セムトスルハ、言語比較ヨリスル氏族制度ノ解釋デアル。

[ラティン]語ノ “gens” 希臘語ノ “genos, γένος” 及ビ[サンスクリット]語ノ “ganas” 中史高地獨逸語ノ „Künne“ [ゴス]語ノ “Kuni” (アーリヤ語ノ “G” ハ獨逸語及ビ[ゴス]



語等デハ“K”ト變化スル) 古代諸威語及ビ「アングロ・サクソン」語ノ“Kyn”等ハ、皆アーリヤ語ノ“Gen”ヲ語原トシ、等シク氏族(Geschlecht) 又ハ血統(Abstammung) ヲ意味スル。マタ其等ノ語ハ、如上ノ各語ニ於ケル“gingo” “gignomoi” and “ganamai” ト言フ語ト同様ノ要素ヲ有チ、to beget(生ム) ト謂フ語義ヲ表ハス。故ニ其ハ一氏族ニ屬スル族員ノ正統ヲ汲ンダ共通血縁ト言フ意味ヲ含蓄スル。<sup>(2)</sup>

2) L.H. Morgan's Ancient Society, p. 62, und Friedrich Engels' Ursprung der Familie, S. 76.

更ニ又タ日本語ノ「氏」ナル語ハ、<sup>ウジ</sup>「生地」又ハ<sup>ウミスジ</sup>「生筋」ト解セラレテキル。故ニ叙上ノ諸外國語ト等シク “to beget” (生ム) ノ意ト、“Kin, Abstammung” (血筋) ノ意トヲ含蓄シテキル。

#### X. 氏族制度ノ公法的性質

氏族制度ハ疑モ無ク野蠻期又ハ未開期ニ於ケル諸民族ノ公法的制度デアツテ、文明期ニ於ケル國家制度ニ於ケル公法組織ニ對應スベキモノデアル。故ニ氏族制社會ニハ必ズ一定ノ公法的掟規ガ、慣習的ニ定メラレテキル。第十三款ニ述ベントスル氏族法制ノ不文憲法即チ之レデアル。但シ未ダ公私法ノ分離シ居ラザリシ當時ノ事ナレバ、其處ニハ現代法ノ分類ニ於ケル私法規定モ多量ニ含マレテキル。然シナガラ其レヲ以テ該不文憲法ノ公法的性質ヲ動カスニハ足ラス。而シテ斯カル氏族憲法ニ依ツテ輪廓付ケラレタ氏族制度ノ公法的性質推シテ知ルベキノミ。

因ニ言フ、我々ニアリテハ、國家ノ成立ト法制ノ成立トハ何レガ先ナリシヤ？ ト謂フ論争ハ殆ンド無價値ノヤウニ思ハレル。蓋シ法制ノ成立ト國家ノ成立トハ、時間的ニモ空間的ニモ、全然別箇ノ問題デアツテ、法制ハ其ノ萌芽ヲ血縁家族成立ノ動因タル“Taboo”忌禁法ノ中ニ發シ、氏族制度ノ血縁的法理ニ培養サレテ、茲ニ全ツタキ成立ヲ告ゲテキル。然ルニ國家ハ氏族法制崩壞ニ直後シテ發生セシモノデアルカラ。

## XI. 氏族法制ノ諸形態

氏族制度ノ法律的形態トシテハ、母權制 (Mother right, Mutterrecht)、父權制 (father right, Väterrecht) ノ二種ニ大別スルコトガ出來ル。更ラニ之レヲ範圍ノ大小及ビ統屬ノ關係ヨリ分類スレバ、原始的氏族 (gens)、類族 (Phratrie, Bruderschaft) 種族 (Tribe, Stamm) 及ビ種族ノ永久聯盟 (Parmanent Confederacy of Tribes, ewiger Bund des Stämmes) ノ四種トナル。以下手短カナ解説ヲ試ミヤウ。

(1) 母權制氏族——此ハ前述ノ如ク「プナルア」家族ニ於ケル母及ビ其ノ直系傍系ノ血族ヲ一丸トシテ成リタル原始的氏族デアリ、從ツテ「プナルア」家族ヲ支配スル血縁法理ニ從ヒテ運用セラレタモノデアル。斯カル制度ノ下デハ父系ガ不明デアル關係上、母系ヲ中心トシテ總テノ法律關係ガ決定サレル。殊ニ其ノ婚姻法規ハ、原則トシテ、母方以外ノ異性トノミ通婚シ得ル所ノ「トーテム」式族外婚デアル。是ヲ以テ原始的氏族

ノ第一次ノモノヲ、母權制氏族ト稱スルノデアアル。

(2) 父權制氏族——此ハ母權制氏族ガ爾後ニ於ケル相續法理ノ變革ノ爲メ崩壞シタルニ因リ、其ノ代位タル法律制度トシテ發生シタモノデアアル。原則トシテ其ハ對偶家族ニ其ノ成立及ビ存續ノ基礎ヲ置ク。蓋シ對偶家族ニシテ始メテ父系ヲ認知シ得ルヲ以テデアアル。而シテ父權制氏族ノ法律關係ハ、總テ父系本位ニ處斷サレル。殊ニ其ノ婚姻法規ニ據レバ、父方以外ノ異性トノミ通婚シ得ルト言フ意味ノ「トーテム」式族外婚デアアル。男性專制ノ法律制度ハ實ニ此ノ父權的氏族法制ニ源ヲ發シテキル。是ヲ以テ原始的氏族ノ第二次の形態ヲ父權制氏族トハ名ヅクルノデアアル。

(3) 類族——類族トハ或ル一原宗氏族ヨリ分派セシ各類緣氏族ガ、其社會的、宗教的、殊ニ政治的目的ノ爲メニ、合同セル社會制度デアアル。故ニ類族ハ又タ兄弟氏族 (brother gentes, Brudergentes)<sup>(1)</sup> トモ言ハレテキル。類族發生ノ理由如何? 原則トシテ氏族法制ハ「トーテム」式族外婚制ヲ隨伴シ、族內婚ヲ嚴禁シタ。此ノ故ニ或ル氏族群ハ其ノ獨立ノ存在ヲ保ツ爲メニハ、互ニ通婚權ヲ有テ合ツタ二箇以上ノ氏族團體ヲ併立ヲ必要トセシコト、之レ理由ノ第一デアアル。加之氏族內部ノ人口増加ニ伴ツテ各氏族ハ、二乃至其レ以上ノ獨立團體ニ分派シ行クノ必要アリシコト、之レ理由ノ第二デアアル。之等ノ派生氏族ガ叙上ノ目的ノ下ニ合同セシモノヲ類族ト稱セラレテキル。

1) Loc. cit., p. 88—93 S. 81.

(4) 種族——種族トハ二箇若クハ其レ以上ノ類族(時トシテハ氏族)ガ、一定ノ領域、一定ノ方言、一定ノ宗教、一定ノ類縁等ヲ共通ニスルコトヲ要件トシテ、其ノ社會的、宗教的、政治的、乃至軍事的目的ノ爲メニ合同シテ成ツタ一種ノ法律制度デアル。

(5) 種族ノ永久聯盟——種族ノ永久聯盟トハ、數箇ノ種族ガ其ノ氏族ノ人種的系統ヲ共通ニセル事、及ビ各々其方言ハ異ニスレド幹語ヲ共通ニセル事等ニ根據シテ、其ノ軍事的政治的目的ノ爲メニ、永久的ノ聯合ヲ盟約スル事ニ依テ形成サレルモノデアル。

以上之レヲ要スルニ之等各種ノ氏族組織ガ、彼ノ所謂氏族の法律制度ナルモノノ總體ヲ組成スルノデアル。即チ氏族ヲ其ノ最初ノ最低ノ段階トシ、且ツ最小ノ單位トシテ、其ノ上部ニ類族ヲ、更ラニ種族ヲ、最頂ニ永久聯盟ヲ構築スル。

## XII. 血族團體經濟法制ノ成立(法制成立時代)

諸民族ノ氏族法制ヲ比較研究スレバ、氏族法制ガ既ニ其ノ氏族社會ノ共同生活關係ヲ外部的ニ規律スルニ足ル法的規範ノ總體デアツテ、而カモ其ノ氏族の社會生活ヨリ發スル社會的統制力ニ依ツテ維持強行サレテキル完全ナ法律の制度ナル事ヲ知ルデアラウ。血縁の家族制時代ニ發芽シタル法制ノ双葉ガ、氏族制度ノ樹立ニ依ツテ法律制度タルノ實ヲ擧ゲタノデアル。

氏族法制ノ據ツテ以テ立ツ其ノ基礎ガ、一方ニ於テ相互扶助ノ權義關係ニ結バレタル血族團體ノ共同生活デアリ、又地方ニ於テハ全族員ノ協同企業タル共產主義的經濟組織デアル、ト言フ結論ハ我々ノ比較研究ガ齎ラシタ第二ノ結果デアル。是ヲ以テ筆者ハ當代ノ法制ヲ名クルニ、『血族團體經濟法制』(Die Rechtseinrichtung der blutsgemeinschaftlichen Wirtschaft?)ナル名稱ヲ以テシタ。血即權利ト言フ血緣法理ガ、其ノ支配原理タル事ハ論ヲ俟タス。

法制ノ創設ハ實ニ此ノ血族團體經濟法制——氏族法制ノ設定ニ依ツテ成就サレタ。即チ氏族制度ノ完備ニ依ツテ遂ゲラレタノデアツタ。故ニ法制ノ成立時代ハ正ニ新石器時代末期デアッタト謂ヒ得ルデアラウ。

### XIII. 氏族法制ノ不文憲法 (序言)

家ニ家憲アリ、國ニ國憲アル如ク、氏族ニハ氏憲ガアル。諸民族ノ氏族制度ヲ比較シタ結果 (他日發表)、我々ハ下述ノ如キ不文ノ憲法アルコトヲ知ツタ。而シテ其ノ法掟ハ大體下記七種ノ名ニ大別スルコトガ出來ル。

- 1、政治組織ニ關スル法掟。
- 2、信教ニ關スル法掟。
- 3、相互扶助ニ關スル法掟。
- 4、婚姻及ビ親系ニ關スル法掟。
- 5、身分權ニ關スル法掟。

6、相續權ニ關スル法掟。

7、財産權ニ關スル法掟。

尙ホ氏族法制ノ不文憲法ニ關スル問題ハ其範圍ガ餘リ廣汎ニ亘ルカラ、他ノ機會ニ稿ヲ更メテ發表スルコトニシタ。

#### XIV. 對外的對内的紛爭事件解決手段

##### (A) 舊石器時代ノ解決手段

當代ニ於ケル野蠻人達ハ不完全ナ舊石器ニ依ツテ、其ノ日用ノ糧ヲ獨力デ得ナケレバナラナカッタ。ガ然シ其ノ糧ヲ獲得シテ自己ノ飢ヲ凌イデ居レバ、其レデ能事終ハリシカ？然ラズ、之レニ次デ起ル難事ガアル。外敵ヨリ自己ヲ防禦スルコト即チ之レデアアル。彼等ハ頻繁ナ野獸ノ襲來ヲ撃チ退ケ、更ラニハ之レヲ屠殺シナケレバナラナカッタ。然シ彼等ノ最モ恐ル可キ敵ハ、彼等自身ト其ノ種ヲ同ウスル人間其モノデアッタ。斯クテ當代ニ於テハ種々雜多ナ對外的紛爭頻發シ、之ガ處決ニ對シ慘忍ヲ極メテ戰爭ガ小止ミナク行ハレテキタ。今迄野獸ノ屠殺ニ向ケテキタ棍棒、手槍等ハ、翻ツテ人間ノ殺戮ニ向ケラレタ。對自然的ノ戰爭カラ、對人的ノ戰爭ニ變ツタ。其ハ恰カモ我々が自然征服ノ爲メニ苦心發明シタ科學ノ力ヲ、人間征服ノ爲メニ逆用シテキルノト少シモ變リハ無イ。其ノ動機モ等シク人間ノ飽ク無キ物質欲ニ發シテキル。

サレバ當代ノ對外的紛爭ニ對シテ施サルル解決手段ガ、然ウシタ戰爭以外ノ何物デモ無カッタ、ト言フコトハ殆ンド自明ノ

理デアラウ。所謂實力決裁ノ手段ニ依ツテキタノデアル。更ラニ之レガ施用ニ當ツテモ、我々ノ戰時國際法のナ準則ノアルベキ筈が無カツタ。

彼ノ病弱老幼ノ委棄、嬰兒屠殺、人肉屠食等ノ習俗ハ、舊石器時代ニ於テ最モ猖獗ヲ極メタヤウダ。斯カル生活ノ中カラ求メ得ル法律の原理如何？ 曰ク棍棒法 (Club-law)、曰ク腕力權 (Fist-right)。獨逸人ノ所謂 „Faustrecht“ ハ正ニ其ノ起原ヲ、此ノ時代ニ汲ムモノデナケレバナラス。然シ腕力權ト言ヒ、棍棒法ト言フモ、要スルニ實力決裁ノ一適用ニ他ナラス。或ル群居生活内部ニ紛爭生ゼムカ、其ハ直チニ棍棒法ノ適用ニ依ツテ解決サレタ。

## (B) 新石器時代ノ解決手段

### (1) 對外的紛爭解決手段

新石器ノ生産的能力ハ野蠻人ノ經濟生活ニ可成リ複雑ナ内容ヲ持テ來タシ、其ノ結果トシテ狩獵方面ニモ、漁撈方面ニモ、將タ原始農耕方面ニモ、或ル特定地域ノ占據ガ始マツタ。斯クテ然ウシタ地域問題ニ關スル對外的紛爭ガ絶ヘズ繰返サレタ。而已ナラズ新石器時代ニ至リテヨリ血族的團體生活ノ鞏固トナルヤ、自然ニ集團の獨自性ノ意識ガ彼等野蠻人達ノ心ニ萌シテ來タ。更ニ集團ト集團トノ接觸ハ、人口ノ増加ニ因ツテ、漸次密接ノ度ヲ加ヘテ來タ。斯クテ集團對集團ノ意識ヲ有ツタ種種雜多ナ對外的紛爭事件ガ彼等ノ間ニ頻發シタ。

更ラニ彼等ノ排外的行動ヲ促ス種々ノ迷信ガアツタ。例之、  
 アウストレーリア土人等ハ、多クノ野蠻人ノ迷信スル如ク、何故  
 殺害以外ノ原因カラ人間ガ死ヌルノデアルカヲ知ラヌ爲メ、我  
 々ノ所謂自然死又ハ病死ニ對シテハ、彼等ノ仇敵ガ魔術ヲ使ッ  
 テ、眼ニ見エヌ武器ヲ以テ暗殺シ、或ハ病魔(Disease demon)ヲ  
 送ツテ、其ノ急所ヲ咬マセル結果ダト迷信スル。斯カル迷信ガ  
 隣接種族間ニ絶ヘザル紛爭ノ種ヲ播イタ。<sup>(1)</sup>

1) Tylor's Anthropology, p. 416.

然ラバ之レガ解決ノ手段ハ如何? 曰ク戦争、曰ク報復、曰  
 ク調停、曰ク代物賠償。即チ武斷的解決手段ガ行ハレタト同時  
 ニ、平和的手段モ施用サレタ。戦争ハ前代ニモ増シテ發達シタ。  
 然シ其ノ裡ニモ幾ラカノ秩序ガ、即チ掟ラシイモノガ生マレテ  
 キル。例之アウストレーリア土人ノ間デハ、或ル氏族ガ他ノ氏  
 族ト翌日ヲ期シテ戦ハムトスル時ニハ、開戦ノ前日、火食鳥ノ羽  
 ヲ槍ノ先ニ結び付ケテ、對者ノ氏族ニ送ル。其ハ翌日爲サント  
 スル決闘ノ申込、乃至開戦ノ告知デアル。斯クシテ日明ルヤ双  
 方二隊ニ陣列シテ互ニ勝敗ヲ決スル。之レニヨツテ彼等ノ陟外  
 的紛爭事件ガ解決サレル。<sup>(2)</sup>

2) Loc. cit., p. 223—224

報復ハ多ク殺害者又ハ前述ノ如キ迷信ヨリ生ズル想定上ノ殺  
 害者ニ對シ、或ハ其他ノ身體的財産的加害者ニ對シテ行ハレタ。  
 調停ハ如上ノ諸紛爭事件ノ平和的解決ノ爲メ、各氏族ノ公的代



表者間ノ協議ニ依ツテ行ハレタ。代物賠償ハ斯カル平和的解決ニ隨伴スル陳謝贖罪ノ方便トシテ行ハレタ。<sup>(3)</sup>

3) 報復、調停、竝ニ代物賠償ガ如何ニシテ行ハレタカハ、「タイラーノ」前掲書四一六、四一八頁ヲ參照。

## (2) 對内の紛争解決手段

新石器時代ニ於テハ、血縁團體内部ニ起リ得ベキ總テノ紛争ニ對シテ、如何ナル解決ノ手段ニ出タカ? 主トシテ法律的裁決ニ據ツタ。然シナガラ固々氏族法制ニ於テハ、其ノ法制ノ權威ト履行トヲ確保スベキ機關——警官、憲兵、軍隊、裁判所、判官、檢事、監獄、獄吏——ガ無イ。從ツテ之ヲ運用シテ團體内部ノ紛争ヲ決裁シ、或ハ之ヲ未然ニ防壓スル方法ニ至リテハ、後代ニ於ケル其レトハ多イニ其ノ趣ヲ異ニスル。其處ニハ迷信的ナ要素、蠱惑的ナ要素、報復的ナ要素等ガ、雜然トシテ混然スル。法律ノ形成及ビ其ノ運用ニ宗教ト魔術トガ深い關係ヲ有シテキルコトニ就テハ、異論ガ無イ。茲ニハ報復的ナ要素ニ就キ、若干ノ觀察ヲ試ミヤウ。

氏族法制ニ於テ最モ神聖ナ義務トシテ要求サルルノハ近親者ノ死ノ仇ニ報ユル事デアル。此ノ義務ヲ果タサザル者ハ族員全體ヨリ手痛キ精神的ノ攻撃ヲ受ケル。例ヘバ「サー・ジョウジ・グレイ」ガ述ベテキルヤウニ、然ウシタ義務不履行者ハ、年長ノ婦人カラハ嘲罵サレ、彼ガ若シ未婚者デアレバ若イ婦人カラ少シモロヲ利イテ貰ヘナイ。若シ既婚者デアレバ妻ハ去ル。彼ノ

母ハ哭キ、其ノヤウナ不甲斐無キ子ヲ此ノ世ニ齎ラシタコトヲ悲シム。彼ノ父ハ彼レヲ侮辱スル。更ラニ世間カラハ蔑視サレル。然シナガラ若シモ當ノ殺害者ガ逃亡シ失セテ、之レヲ見出スコトノ出來ヌ場合ニハ、何ウスルコトガ出來ヤウ？ 當代ノ習俗ニヨレバ犯罪者ノ全親族ガ責ヲ負フ。サレバ若シ殺人事件ガアツテ、當ノ殺害者ガ逃亡スルト、其ノ親族モ亦懸命デ逃避スル。野蠻人ノ間デハ七オノ小兒マデガ、殺害者ノ親族デアルカ否カヲ知ル。若シ然ウデアレバ彼ハ直チニ逃ゲ失セル。

此ハ緣座法ノ起原デアル。然シ左程ニ野蠻デアリ慘忍デアツタ緣座法ニモ、當時ノ對內的紛爭ヲ解決シ、且ツ之レヲ豫防シ、其ノ法律的生活ニ於ケル平和ト正義トヲ維持スル爲メニハ、極メテ重大ナ意義ヲ有ツテ居タ。即チ血ノ復讐ヲ認メ且ツ其ノ能動的及ビ受動的連帶責任ヲ認ムル野蠻法ノ目的ハ、(1) 社會ヲシテ人間ガ下等動物ト共ニ有スル復讐本能ヲ公共の利益ノ爲メニ利用セシメ、(2) 各血族團體ヲシテ平和維持ノ爲メ其ノ族員ノ上ニ有スル權力ノ確保ヲ得セシメ、(3) 血ノ復讐ニ對スル能動的連帶責任ノ認許ニ依ツテ其ノ團體の結束ヲ鞏カラシメ、(4) 血ノ復讐ニ關スル受動的連帶責任ノ設定ニ由ツテ、各員ノ粗野ナル激情ノ發動ニ對スル心理的強制ヲ課セムトスルニアツタ。

抑々報復ハ彼等ノ間ニ於ケル一定ノ法則デアツタ。眼ヲ以テ眼ニ、耳ヲ以テ耳ニ、齒ヲ以テ齒ニ、手ヲ以テ手ニ、足ヲ以テ足ニ、生命ヲ以テ生命ニ報ユル所謂反讐制 (Right of retaliat-

ion, Recht der Wiedervergeltung) 即チ之レデアル。然シ斯カル反讐制モ或ル經濟的原因ニ由ツテ其ノ形ヲ變ジタ。即チ經濟的財貨ガ豊富トナリ、彼等ノ經濟的評價ノ觀念ガ種々ノ方面ニ應用サルルニ至ルト、今迄ノ反讐制ニ對シテモ、物貨代償ノ思想、慣行及ビ其ノ法則ガ發生スル。<sup>(4)</sup>

斯カル法則ヲ〔有形的代償〕(Sinnbild-sühne) ト言フ。<sup>(5)</sup>

世界最古ノ法典ト稱セラルル〔ハンムラビ〕法典ニモ、叙上ノ如キ反讐制ト有形的代償制トノ相互連鎖ガ認メラルルヤウダ。<sup>(6)</sup> 古代英法ニモ曾テ此ノ有形的代償ノ法則ガ定メラレテキタ。——他人ノ手或ハ足ヲ切斷シタ者ハ、人間一人ノ半價ヲ、拇指ヲ切斷シタモノハ手ノ半價ヲ、其レヨリ下ツテ小指ヲ切斷シタ者ハ五志ヲ、小指ノ爪ヲ抜イタ者ハ四片ヲ支拂ヘト定メラレテキタ。

4) Fylor's Loc. cit p. 416. 5) 早稻田法學第一卷90頁

6) 同書 —— 164頁

我ガ古代大和ノ氏族法制ニモ、一種ノ有形的代償制ガアツタト言フ斷定ニ對シテハ、素盞鳴尊ガ千位ノ置戸ノ贖ヘツ物ヨリ成ル財産刑ヲ科セラレタト言フ神話、及ビ其他ノ古典上ノ記述ガ、有力ナ證據ヲ與ヘル。

然シナガラ斯カル反讐制ヨリ有形的代償制ヘノ變遷ヲ促ス經濟的變化ガ、果シテ新石器時代ニ起リ得タカ否カ？ 縦シ起ツタトシテモ其レハ輕微ナモノデアツタラウ。土器時代ニ住ンデキタ亞米利加印度人ノ中ニハ、既ニ有形的代償制ガ一定ノ法律的

定則トナツテキタ。<sup>(7)</sup>

7) Morgan's Loc. cit. P (8—69—77.

以上ハ原始的氏族法制ニ對スル概括的觀察デアル。此ノ外土器時代設定理由ノ解説、類族種族及ビ種族聯盟ニ關スル氏族法制全體ノ考察及ビ國家法制ニ對スル考察ハ、稿ヲ更タニシテ試ミヤウ。

(完)