

氏の制度が廢せられて、行政は天皇の直轄に歸したので、土地もおのづから天皇に直屬することになつて、班田の制または口分田の制と云ふのが行はれて定期に土地を各戸に分つて、その耕作利用をなさしむることになつた。しかしこの制度の行はれたる範圍は全國に及びたるには非ず。その中に墾田だの、寺田だの、位田、功田だのが生じて、これが私領となつて、漸次大所有地たる莊園が起つた。英の Manor また獨の Grundherrschaft に類似のものが出来た。口分田も行政官たる國司に兼併されて、私有地となつたものが少くない。農民は漸次負擔の單なるに従つて、相率めて身を大地主の保護に委ねるに至つた。これが隸屬の士卒たる家人郎黨、また年貢賦役を課せられたる臣屬農民の始めである。かうなると、もはや富が社會統制の力たるの端緒を開いて居るのである。これから以後になると、財力が社會が統制する大勢力となつて居る

寺の如き、天皇その他貴族の佛法歸依が盛になつてより、喜捨のために大いにその範圍を擴張し、遂には僧徒と結托するものが實權を握るの觀を呈したのである。莊園の領主なども、多數の士卒を養ふのが權力の基礎となつて、大なる富の所有はこの點に於いて非常なる勢を來したのである。平氏の盛な時代に一門の莊園天下に半すと云はれて居たのでも、その一斑を窺ひ得るであらう。鎌倉幕府以降莊園が知行に變じたのであるけれども、原則は同一であつて、大なる土地を有して居たものは、多數の士卒を養つて、權力を有したのである。既に利益關係が連鎖となり來つて居ることは前にも云つた如くである。すなはち、財力が統制の力を有するに與つて力あるに至つたことは論ずるまでもないことであらう。さればこそ徳川氏の時代になつて、大名が財政の困難を來して、所謂町人に膝を屈したり、士卒農民が債務の辨濟に苦んで、所謂町人の

勢に倚賴して、目前の難を免るゝと云ふ状態に陥つて、社會組織崩壊の内的原因を生じ來つたのである。こゝに於てか、町人の新勢力は財力に倚賴せる他の分子に結合して、經濟組織を顛覆するに至つたのである。即ち武族の跳梁はその基礎を失つて、財力に倚賴する新たる勢が起つた。徳川氏の世には、なほ古代からの情力が存在して居たのであるが故に、表面にはこの事が見え難いかも知れないが、維新以後今日に至つては、財力の影響と云ふものは非常である前にも云つた如く、利益關係が社會團結の連鎖となつて居るのであるからしてその團結を維持するものは財力であることは理論上達着すべき斷案であると思ふ。この事實が顯著になるに至つたのは歐洲に於いては産業革新以來、また日本では西洋文物の輸入以來のことである。故に史實に經濟的解釋が流行し始めたのである。そのことはカール・マルクス、エンゲル、ロシアの著またはセリグ

マンの著した歴史の經濟的解釋やロージャースの著書を参照せんことを勧める大正三年の早稻田講演にも「經濟討源」と題する拙講を掲げておいた。これも史實の經濟的解釋に關係のあることである。その他同年の法學志林にも「經濟ヨリ觀タル法律」と題する拙文を載せてある。就いて論究されんことを望む。歐洲で産業革新のあつて以來、個人の自由が確保されたのであるからして、財力の所在は一變して、有爲敢往なる人、機會を捕捉するに巧みなる人は社會の表に卓出して、財寶を蓄積し、古の特權階級は時勢の改變によつて、その利權を喪失すると同時に新進富豪の下風に立たざるべからざるに至つた。財力の均衡は全く一變し去つたのである。これより以後は新進財力家が社會に於ける大勢となつて、それが社會を統制するの状態を呈した。勞賃經濟が確立されてよりは、勞賃所得者は全然資本家の願使に甘ぜざるを得ることとなつたので

代議政體が創始されてよりは、代議士は財力の代表者であるかの如き觀を呈するに至つた。而して、政權と財力が結合するに至つたのであるからして、ここに財閥と云ふものが生れて來たのである。されば、資本制度は社會の均衡を破るものであるが故にこれを亡さなくてはならないと云ふやうな議論も起るに至つたのである。それはさておき、何事も功利のみを目的とする世の中であると云ふことは疑を容れぬ所であるが、これは永く續くものであらうか、問題である。

他の場所に於いても屢論じたことであるが、社會問題の根本は均衡保持であつて、均衡が動搖すると動亂が起る。而して、均衡の燒點は時代によつて同じからざるものである。初期には宗教が燒點であつて、それから政治の問題が槓杆となる。宗教や政でや、均衡が回復さると、このたびは財力問題が中

心となつて來る。これは從來の歴史に明かなことである。この間終始財力問題が世運の推移に與つて力あることは疑を容れないけれども、その中心問題となるに至つたのは歐洲にあつては、産業革新以來のこととして宜しい。その趨勢より推論すると、財力上の均衡がや、宜しきに傾くに至るならば、早晚問題は他の事件を以てその中心點とするに至るべしと思はるのであるけれども、これは將來の事に屬するのである。とにかく、現代に於ては財力が社會統制の大勢力であることは明かであつて、これではなければ、團結を鞏固にすることは至難である。さればこそ將來立身の途を圖らんとするものは財力接近を目的とするに至つて居る。管鮑の交は棄て、土の如しと云ふ語があつた。古代に於ても人情薄に於紙の嘆はあつたのであるが、近代の如く甚だしいのはあるまい。しかしこれも何人の罪だとも謂ひ難いので、畢竟時勢の結果である。その善惡

當否は下文に論述したのである。

(五) 人心は如何に推移しつゝあるか

時勢はかくの如く變遷しつゝありとして、人心はこれに伴隨して如何に推移しつゝあるか。これが次に論述すべき題目である。これを論ずるには、二目に分つて便利とする。即ち第一に思想の限界及形式、第二に學問の種類、第三に道徳の形式である。

第一に、思想の限界は世の開くると否とによつて同じきものではない。概して云はゞ古の思想限界は狹隘であつて、今人の思想限界は廣大なるのであるがその廣狹の度は如何なる標的によつて定まるものであるか、まづ二つに分けて論ずることが出來やうと思ふ(イ)古の思想は實體を以て限界とすること、(ロ)

後の思想は空間を以て限界とすることである。

古代未開の民は自己の視聽の達する範圍内に於いて思想を運ばずに過ぎない疾風暴雨石木を飛ばし、山河を鳴らすと、驚愕の餘、祖神が罰として下す所の災害なりとするもので、石木を拜し山河を祭るなどと云ふことが起るのである然れども、疾風暴雨が何故に起るかと云ふことに就いては、それは現聽以外の事に屬するのであるが故に、研究をする餘地がない。これ等のことに就いては、前に掲げたスペンサーの社會原理に實例が澤山に擧げてある。今人の思想はかく單純なものでない。日月星辰の運行から、草木山河の状態に至るまで、一を推して他に及び、地球上ありとあらゆる物に對して、視たると聽きたるとの外に、推究をするのであるが故にいまだ視もせず聽きもせぬものに關しても、直に推斷し得るのである。もとより現今と雖も、古代思想をその儘に存して居る

ものはある。しかし、今の時代はかゝる儕輩の適合したるものではないのである。古は主苦經濟の世であるが故に、何事でも視聽を驚かすものは、直に解して以て神罰となすのであつて、その因つて起る所の理を究めると云ふことはないのである。今のは研究推理をするのであるが故に、思想の及ぶ所は甚だ廣いさりながら今人の思想にもちのづから、限界がある。活眼達識の人は稀にあるけれども、多くは空間を以て思想の限界とするので、今眼のあたり存在して居る所の空間以外に眼を放つことの不可能なる人が多数を占めて居る。嘗て學生と共にセリグマンの經濟原論を講讀して居ると下の如き文字に逢着した。曰く「未開人の生活は唯現在を視て、他を顧みない。その欲望は一時に止りて、眼前に切迫せる欲望を充足し了らば、もはや思の明日に及ぶものはない。文化の進むに従つて人類は心を用ふること較深く、來を慮ること較大なり。然れども

往を顧み來を慮るは高尚なる動物に於て始めてこれを見るべく、しかもそれは唯少數者に止るのみ」と。よく穿ちたりと謂つて可しい。こゝを以て、主苦經濟の世に在つては、視聽に達するものを以て思想の限界とし、更にこれを他に及ぼすこと能はざるを適例とする。主樂經濟に在つては、努力奮勉究め得らるる限り物象を究めて、以て樂を得んとするのであるが故に、視聽の及び得る限り、足跡の印し得る限り、また推理の達し得る限り、人生の快樂幸福に資すべきものを研究するのである。しかし、前に云ふが如き、現在の空間以外に涉つて研究するものは、先づ碩學鴻儒を除いては外にあるまい。これは快樂幸福に資するのが目的となつて居るのであるが故に、結果の明かでない將來のことに就いて考慮を運らす暇がないのであらうと思はれる。

以上の現象があるとして、こゝに思想の形式に關する問題が解釋され得るの

である。前に云つた如く、主苦經濟時代に在つては、視聽を驚かすものに対しては、恐怖を抱いて、これを蔽ひこれを拜して、向後の罰を免れんとする。かう云ふ形勢にあるが故に、思想はすべて宗教的である。共同の祖神の神罰を與ふると云ふことは古代に普通の思想である。こゝに於いてか、祖神の崇拜は萬事の基礎となるのである。天災地變は皇祖大神の神罰なりと考へたる事蹟は日本ほんの古史にも見える所である。政治は祭事であるので、日本古代の政治は祖神の祭事が根本となつて居る。天皇は天照大神の直裔で、さうしてその代表者であるとせられたるが故に、すべての人民は天皇を經由して共同祖神の神靈に接する。その祭事のためには、常役に服する、また供物として調貢を納める太古の諸々の氏が天皇に對して絶対服従をなしたのは、主としてこの點にあつたのである。故に諸事みな宗教的であつたと謂つて不可なからう。共同祖先がその

後裔によつて保護神として崇拜せらるゝことは、法律上、政治上、經濟上必要なる宗教的威嚴を血族團體の結合に與へたのであつて、これがために社會制度は鞏固なる基礎の上うへにその運用をなし得たのである。然るに、佛教の傳來は思想の上に一大變化を來すの運命を有したのである。佛教は佛陀に對する個人の信仰によつて人生の罪障を消滅し得るものとの旨を傳へて、個人的思想を喚起して個人の責任を自覺せしめたのであるが故に、皇祖大神の代表者として、その神意を繼承したまひし天皇の權力に衝突せざるを得ぬ。さればこそ佛教を奉じたる氏上中、二三の反亂者を出すに至つたのである。蘇我氏の跋扈は遂に天皇氏の權力を殺いたのである。然れども佛教は巧に日本の思想に混化されたので、遂に文化を促すの具となつた。されども國民の思想に多大なる影響を及ぼしたことは疑を容れない。また儒教の國家哲學

が輸入されたので、君主專制の實が大いに擧つたことも疑はれない。これより文明は漸次進歩して、國民は覺醒の機運に際會したのであるが故に思想は時勢に適應すべき方向に傾いたことは略々推察し得らるゝのである。戰國時代に於いて、新宗教の勃興するに至つたのは注目の價値がある。大化以前よりこの當時に至るまで國民の尊信して居た佛教は支那朝鮮より傳來したものであつたが新宗教、即ち日蓮宗などが新に興つたのは、衆俗に入り易くして、國民生活上に新なる生氣を加へたからである。徳川氏また佛教を保護して、國民指導の務に任せしめたので、佛教思想が國民の間に瀰漫したのは固よりその所である。しかし、これと同時に徳川氏は朱子學を興して、武門の思想を支配せしめた。經濟上の發達は、漢學者熊澤、新井、荻生、太宰などの經濟學者を起たしめたその發達の状態は獨逸に於ける Cameralischelehre の勃興に髣髴たるものであ

る。即ち學者の思想が實用方面に向つたのである。前にも云つた如く、徳川氏は朱子派の學説を以て、武士の信條となし、これを國家存続の根柢としたのであるが、文學隆盛に赴きたるの結果、官學者流の學説を論駁するものも漸次増加し來つて、剩へ皇權復興の説さへ盛んに唱へらるゝに至つた。これ徳川氏の政府に取つて思想上の一大危機である。しかのみならず、西洋學の渡來は、徳川氏の鎖國政策を破るの導火線となつた。徳川氏の天下太平久しく續きて、士人漸くその抑壓に飽きたので、不平の徒は日に月に増加し來つて、皇政復古の議論は人心を覺醒した。思想は漸く宗教的を離れて、理由を穿鑿するの方面に向つたのである。即ち宗教で思想を全然支配せうと云ふ制度が崩壊し始めて、唯理論即ちラシヨナリズムに傾き出したのである。ラシヨナリズムのことはセズの倫理研究中唯理論の章を参照すべし。思想が高尙なる唯理論まで進まぬに

しても、理によつて物を判断すると云ふ方面に向つたのは事實である。維新後西洋の文物が輸入されてよりは、思想は益々この方向に傾いたので、従來の迷信愚説は少くとも有識者の間には地を掃つた。もとより前にも云ふ如く、愚民は殘存して居るのである。しかし、これ等は時勢の推移と共に漸次に消失することになるだらうと信するのである。要するに思想の形式は主苦經濟に在つては宗教的であつて、主樂經濟時代になると因果の關係を明かにすることになるので、唯理的になるものとして可しい。

第二に、學問の種類に就いて述べて見やう。これは大抵前段に述べた所よりして推論し得らるゝ。主苦經濟に在つては、思想は純然たる宗教的であるによつて、その時代の學問は神人同形論に歸着する。神人同形論はまた擬人論とも譯してある。これは神を表示するは人間に屬する性質を以てするのである。こ

の論は、基督教各派中にも議論のあることで、この論を主張するものは、神人の關係を造るには、人と同一の性質を神に附するに非ずんば能はずと云ふのである。これはこゝに論ずる必要はないが、人間として認識する能はざる異常奇怪の性質を神に附するは避くべき擬人論であると云ふことは宗教家も一致する所である。その當否は姑く置き、古の學問と云ふものは、人身に羽翼の生えたものや、手足が幾本もあるものや、その他人間に屬する性質を種々なる形式に於いて具備せる神を想像して、さてこの神罰を恐れしめたのである。やゝ高尚なるものに至つては、もとよりかゝる奇怪なることを云々するものではない。しかし、神と云ふものに智仁勇の三徳を配するなどは、人間に屬する徳と云ふ性質を神に附したのであつて、これもこの中に加へて差支なからう。これから主樂經濟に移る過渡期に在つては、この神人同形論と利益問題に關係する思想



どが混和して現はれて來るのであるが故に、學問も物質的と宗教的とが相合して、一種の思想を呈して居る。折衷的な混和的なものである。今の日本の學問なども、實際獨立の學問ではなくして、新舊混淆の状態を示しては居ないかと想像するのである。例へば忠孝を説くにも、君民同祖と云ふ血族團體時代の思想を説くかと思ふと、また忠孝は國家の利益を維持するの大道であるかの如くにも説く。さてその當否はこゝに論すべきではないが、新舊時代の思想を混和して居ることは事實である。

進んで、眞の主樂經濟に至ると、唯物論が勢力を占めて來る。科學の進歩と共に、宗教上の迷想が排斥せらるゝことになるので、神人同形論もその威嚴を失つて來ると同時に、宗教と科學との衝突は年を遂うて盛になる。ドレーパーの宗教科學衝突論を讀んで見ると、その大略が明かに書いてある。かう云ふ形

勢になると、唯物論が勢を得て來て、殊に財の効顯が著大になつて、これがために、階級の盛衰浮沈が起るやうになると、益々物質的文明の光輝が赫灼となる。従つて、學問もこの方面に研究を重ねることになるが故に、物質的學問は大に價値を稱揚せらるゝことになる。これは歓迎すべきことであるや否やは問題外に屬するけれども、今の世は餘りに物質的に傾いて居ると云ふことは、誰れも嘆息して居ることである。しかし、これも、前に述べた如く、何人の罪でもない。時勢推移の状態が偶この結果を呈して居るのである。前に述べたカール・マルクスの唯物史觀以來今日に至るまで、この種々の議論が世人の歡迎する所となつて居るのは、蓋し推移しつゝある世態人心に投合したのであらう。神人同形論から唯物論に移つて來ると云ふのが學問變遷の状態であるとする、道徳形式の推移も推論するに難からぬのである。

第三に主苦經濟に於いて、血族團結が主であつて、さうして共同の祖神を崇拜する宗教的思想が社會成立の根柢となつて居るとすれば、その社會の道德は古來よりの遺訓を遵守して、これに背かざるものでなければならぬ。しかせないと、社會の根柢が破壊されるのであつて、さうして、祖神の神罰を蒙るべきものであると信ぜられて居るのである。如何にしても、祖神よりの遺訓を遵守せねばならない。豊葦原瑞穗國汝當ニ往知一矣。寶祚隆當與ニ天壤一無レ窮矣。天祖の遺訓とあつて、子々孫々はこれを遵守し、これを標準として行動をなすべきことになつて居る。これ血族團體の社會に於いて必要缺くべからざるこゝである。元來、道德は法律と同じく古來慣習の結晶であるので、他にこれを破壊するとか、またはこれと衝突するやうな社會狀態が現出せない限りは、幾千萬年も、これで推し行くことが可能なのである。我が日本の歴史を觀ると

共同祖神を戴ける氏が相集つて民族を結成して居たのであつて、道德はこの制度を維持するを原則としたことは、云ふまでもないことである。然るに、人口の増加、領土の擴張、新宗教の傳來の如き、從來の制度と相容れざる所の社會現象が起つて來たので、氏の制度は崩壊し了つた。さうすると、氏の制度に固有なる道德は消失して、こゝに佛教及儒教の個人思想を基礎とした新制度が生じて、率土の濱、普天の下、みな王土王臣に非ざるはなしと云ふ道德的原則が確立した。さうすると、道德もこれを規準とせねばならぬ。原則はさうなつたのであるが、國內の狀況は前に述べた如く、漸次に變更して、領土とその隷屬民との間に主従關係が生じた。さうすると道德の形式も一變しなければならぬことになつた。士卒は武將より土地または扶持米を給與せらるゝの代償として、命をその主に捧ぐると云ふのが、所謂武士道と云つて

士の最も重んずべき道德義務となり來つた。かくなつて來ると、君恩に報ゆると云ふことが、道德の骨髓となつて、さうしてこれに附隨する節義、廉恥など云ふ德義も發生したのである。しかし、報恩と云ふのが根本主義であるが故に、恩なきものには何の關する所はない。この恩と云ふことは、言ひ換へて見れば、利益を受くるのである。こゝに於いてか、功利的の觀念は裏面に發生して居るのである。武將が士卒を抱へるのも、この恩を賣つて、その用を買ふのである。即ち用務の効用を得るのである。この時代に於いては、いまだ舊來の思想を全然脱却したのではない。故に道德は前に述べた思想に於けると同じく、新舊混合的のものである。しかし、世が文明に進むに従つては、功利主義が道德の根本を成すことになる。功利主義のことは人のよく知つて居ることであるが、ジョン・スチュアート・ミルその著功利教に於いて云つた如く、最大多

數の最大幸福が人類行爲の目的であると云ふことを根柢として居る。この事に就きては、前に掲げたミルやベンタムの著書の外に、シツヂキツクの倫理史、アルビーの英國功利教史、レスリー・ステフエンの英國功利教論者などには、この教の主旨が詳かに出て居る。スペンサーは生物進化論によつて功利教を説いて居るし、シツヂキツクは義務の原理と價値の標準とを混和して論述して居る。いづれにしても、功利教は幸福快樂を目的とするのである。今は何事を判斷するにも、効用を標準とすることは常に經濟ばかりではない。主樂經濟は得る所の快樂を目的とするのであるが故に、功利教が道德の標的となるのは自然の結果と謂はなければならぬ。世用と云ふことが効用の根本主義であつて、個人の利益は世用と並んで得らるゝのであると、かう云ふのが近來の説である。これが物の價値を定める根據であると云ふことに就いては、タエンホルの價値と

配財第十七章ベーム・バエルクの資本原理、第二篇第一章乃至第九章シツヂキツクの經濟原論第一篇第二章、ジエゾンスの經濟理論第三章、マーシャル經濟原論第三篇などを参照すれば詳しく出て居る。以上の諸書に出て居るのは經濟の見地から見た説であるが、効用説は道德にも適用さるゝのである。即ち世用を爲し、兼ねて自己の利益となるのが道德的作用であるとかう云ふのである。これも道德論者からは非難のあることであるが、現代の道德思想は概してこの方面に向つて居ることは明確である。

### (六) 古代より現代に至る徑路

以上論じ來つたのは、古代より現代に至るまでの徑路を略述したので、これは事實の上に於いて確め得るのである。しかし、これが果して可なるもので

あるや否やと云ふに就いて、既に議論が喧しくなつて來て居るのみならず、事實の上に於いて反動が起りつゝあるやうである。期成經濟のことは前に冒頭に述べた。主苦經濟は苦痛を恐れて動作をなすのであるが故に、最下等のものがある。主樂經濟は結果を樂しむのであるが故に、やゝ進んだものである。さうして、事業その物を樂しむのは最も高尚なものであつて且最も進歩したものである。かう云ふことを前に述べたのである。人間が仕事をするのに、苦痛があるの、快樂があるのと云つて、結果に左右せられて、勉勵をしたり、勉勵をしなかつたりするのは、今日の人類には或は適して居るかも知れないけれども、眞の道理から云つたならば未だ事業の極致に達したものは云へないのである。こゝに富豪があつて慈善を行ふと假定して見ると、その動機が世人の悪口非難を免れるためであると云はゞ、心事は陋劣である。また姓名を新聞紙に掲げら

れて、名譽を博せると云ふ心事から出たとすると、それは前者よりもやゝ進んで居るけれども、いまだ慈善の本旨に合つたとは云へない。慈善を行ふとなつたらば、慈善そのものを樂しむと云ふことにならなくては、正眞のものとは云へまい。その他、職人が雇主の仕事をして、雇主の苛責鞭撻を恐るゝがために働くこと云ふならば、眞に卑劣である。勞働の神聖を心得ない仕方である。また仕事に勉勵すれば、給與の額が多くなると云ふ希望を有つて事をする事と云ふことになると、やゝ高尚であるけれども、いまだ仕事に忠實なものとは云へないのである。故に世が進歩するに従つては、人は事そのものゝ成るを樂しむと云ふことにならなくては、文明とか道徳とか修養とか云ふことは期せられないであらう。

期成經濟が完全なるものであつて、吾人の所期はこゝに在らねばならぬとす

ると、こゝに於いて、眞の目的は貫かるゝので、苦痛とか快樂とか云ふものはその目的の貫徹する否とによつて來る所の結果に外ならないのである。さてこれを前提として、論述して見ると、競争、團結の連鎖、社會統制の力、思想の限界と形式、學問の種類並に道徳の形式に於いて、おのづから變遷がなくてはならぬ。

今一々これを詳論するのは煩はしいのみならず事將來に屬するものが多いが故に、概略のみを陳述して、以て結論とする。

第一に、競争に就いて見ると、今は氏族競争に移つて居るが、期成經濟になると、自己完成の競争でなくてはならぬ。自己が完成すると、事業の目的を完備することが出來るのであつて、勝敗の決する所は、不完によつて定まるのである。そこで何事によらず、人々みな自己を完成せうと勉むることになる。

これが眞の競争である。今の競争は自己の缺點を顧みることなくして、あらゆる手段を以て他を排擠挫折せうとして居るので、決して義理に合つた仕方とは云へないのである。

第二に、團結の連鎖は血族關係から利益關係に變じて居るのであるが、これも決して極致に達したとは云へない。社會的信仰でなくてはならぬ。即ち同じ社會をなして居るのは、みな正道を履んで居ると云ふ觀念を抱いて、その信仰によつて進退せなければならぬ。即ち正義によつて團結をなし、何處までも、相結んでその信念を貫徹せうと云ふものでなければ、鞏固なる正義の社會は成立しないのである。悪人でも狂人でも、血族であるから相結ぶと云つたり利益が同一だから相合すると云つたりするのは、心事がその眞を得てゐないといふはなければならぬ。いかにしても、正義の信念が結合の基礎をなしたもので

ないと、その社會は鞏固でない。

第三に社會の統制、祖先の力や財力によつて、今日までは維持し來つたのであるけれども、共同祖先の威嚴と云ふものは、財力の横暴と共に薄弱になつて來て居る。個人主義の極端なる思想が輸入されて來ると益々財力が盛んになつて、共同祖先の思想はその勢力を失ふことになるのは自然の趨勢である。その當不當はこゝに論じないが事實さうなつて居るのである。そこで、期成經濟になると、人格と云ふものが統制の力であらなければならぬ。全體道徳と云ふものは人格を基礎としなければならぬ。忠孝と云つても、節義と云つても、みな人格を基礎としなければ虚偽である。このことは別に詳しく論じないけれども、社會統制のことに就いて見るに、共同祖先と云ふ觀念はその當否を問はず事實上薄弱になつて來て居るとして、さて財力によつて社會が成立して居ると

すると、其社會は甚だ陋劣なものである。政治の腐敗と云ふことがあるが、財  
 が社會統制の基礎であると、如何にしても、この結果を生ずるのである。戒慎  
 しなければならぬことである。これに反して、人格が基礎になつて、これによ  
 つて社會が統制されて居るなれば、動搖する虞はないのである。社會の動搖と  
 云ふのは諸部の均衡を失するに因るのであるが、人格が社會を統制して居る間  
 は、諸人みな不公平なる制裁を受くるの恐れがない。故に頗る鞏固なる社會が  
 起り得るのである。且つ人格の威嚴と云ふものは、財力の到底敵する所でない  
 嗚呼人格なるかな、人格なるかな。

第四に思想に就いて見るに、思想の限界は今日は空間にのみ止まつて居るが  
 實は時間と云ふことがこれに加はらなければ完全でない。經濟の理から云つて  
 も然りである。物の効用を測るのに、その供給額の多少を以てすると云ふのが

その一法であるけれども、これは空間を充して居る有形の物に止まるのである  
 この外に、時間によつて効用の伸縮がある。貸借の期限が長いのと短いのとで  
 利息が異つたりするのは、全く時間効用の作用である。これと同じことで期成  
 經濟に在つて、完全なる思想を養はんとすれば、過去に鑑み、現在を知り、將  
 來を察せなければならぬ。その一を缺くならば、決して完全と云へないのであ  
 る。故に思想の限界は空間に加ふるに時間を以てせねばならぬ。

思想の形式は實用主義でなくてはならぬ。宗教上の教條に捕はれて、良心に  
 なきことをするのは、愚の至りであるのみならず、また實際危険である。古來  
 宗教上の教條を強ひんとして、動亂を醸したり國民の活氣を摧折したりした例  
 は史上に少くないのである。爲政者の慎むべきことである。また唯理論による  
 のは絶対に悪いと云ふことは不可能であるけれども、唯々理にのみ偏して、實

際を顧みないことになると、思はざる處に危害を及ぼすことがある。また理でも實際に用をなさなければ何の益もないのである。

また理と云ふものは果して絶対理であるか相對理であるか、よく／＼これを辨へないと誤謬に陥り易い。哲學者カントも純理と實理とを區別したのである。それはとにかく、理と云ふものは世に隨つて動くことが少くない。そこで究竟の思想としては實用主義を推奨するのである。

第五に、學問は理想を基礎としなければならぬ。勢に阿附して、學理を曲解したりする人もあるやうであるが、これは學問ではない。學問は深遠なる理想によつて動かなければならぬ。こゝに於いて、學問は人智を進め世運を開くのである。理想は世と相容れないことは無論あるのである。しかし、理想と云ふのは吾人の到達すべき彼岸であつて、世はまだ此方の岸に彷徨して居るのであ

る。理想のない學者は字引に異ならないのであつて、古人の糟粕を嘗めて更に主義を有して居ないものは、腐儒である。腐儒は少々はあつても可しいかも知れないけれども、多くあつては、世は學問の中毒症に罹つて救済に苦しむであらう。理想を實現せうとする方法には無論穩健なると否らざるとがあつても、もとより穩健なのを尙ぶのであるけれども、毫も理想を有しないの人は品性が下劣になつて、學問を談話の道具に用ふるに過ぎないことになる。世に信仰のない人は勇氣もなければ、その行ふ所も更に歸着する所がない。とかう云ふ説があるが、信仰と云つても、強ち神佛を信心すると云ふのではない。理想と云ふことが標的になるのである。進歩したる學問はかならず理想を有したものでなければならぬ。これあつて始めて學問が生きるのである。これが期成經濟に於ける根本の問題なのである。何故なれば、期成と云ふのは、卑かれ高かれ、一



の理想に向つて進むのであるからである。さもなくて、成を樂むと云ふことはないのである。

第六に、道德の目的は、最初に祖先以來の言ひ傳へを基礎としたのであるけれども、世が進むに従つて、その如く行はれ難いことも出来る。さればとて功利教の道德は効用を主とするのであるからして動もすれば陋劣なる手段に陥る恐れがある、これも前に述べた理想と關聯するものであるが道德は人格を基礎として、到るべき理想の彼岸に達するを目的とせねば、到底眞の道德と云ふものは期し難いのである。徒に一時の權宜によつて進退するのは眞の道德とは云へないのである。また道德は決して器械的に説明の出来るものでない。こゝに於いて、目的説が道德の根源になるのである。このことは哲學上の問題に屬することであつて、詳細にこれを論述することの出来ないのは遺憾であるけれど

もとにかゝり、道德と云ふものは究竟の目的を備へたものでなければ、最高尙なものとは云へまい。基督教は神と云ふ理想體を立て、居る。佛教は佛陀を究竟の目的として居る。儒教は仁を以て教の基として居る。その他快樂を目的とするもの、理智を目的とするもの、進化を目的とするもの、自我實現を目的とするもの、説を立して居るけれども、畢竟するに道德はその目的を有するものである。この目的は理想の到着點である。かくして、始めて道德は完全に存在し得るのである。

以上舉示したのは、事、將來に屬するものであるが故に、聊か空想に屬するの觀があるのであるが、しかし、現代に於いて既に實現の徴候を呈して居るのである。されば強ちに架空の説とは云へまいと思ふのである。

## 婚 姻 論

## (一) 男女の關係

男女兩性間に於ける經濟上の關係を研究し、其の社會の進化に及ぼす所の影響に就き悲觀的觀察を下す者あり、論じて曰へらく、男女の關係は一面に於ては經濟上の原因に基ける關係に外ならずして男は女を扶持し、女は衣食の爲めに夫に倚賴する者たり是れ動物中、單り人類に於てのみ目撃し得べき現象たり言を換へて云はゞ、女性は經濟上、全く男性に對して從屬の地位に在るなり。女子、一たび夫に嫁する時は、辛苦粒々具に艱難を嘗むと雖も、其の爲す所は毫も勞働資本の供給を爲すに非ず。故に其の行動は唯日常普通の家務を盡すに

過ぎずして、夫を助けて以て其の營業の伴侶たるに適するが如きは罕觀の事實たり。是に於てか女性の貢獻する所は只々愛情を賣るの一點あるのみ。此の狀態は社會進歩の或る階段に於ては、頗る、切要なりしこと論を俟たずと雖も、今や女性はこの束縛の境遇より脱出し、社會に於ける地位を占取せんとするに至り、從來の如く愛情の貢獻に偏倚して、他を顧みざるの弊は女性の退化を來すに止まらずして、延いて人類の衰亡を招く者たることを看破せり云々、又曰へらく、世人皆謂へらく、婚姻は婦人をして、夫の扶持に倚賴せしむるの端緒なりと、是れ女性の性格を卑しうするの主因にして、其の徳性の發揮を壓抑し其の智能の發動を遮阻する者たり。妙齡の女子、皆教育に由りて此の思想を抱懐せるのみならず、亦實際、努力を以て存立すること能はざるの故を以て、已むことを得ず、婚姻を以て衣食を得るの手段と爲すに至れり。即ち女性は愛

を賣つて、以て生涯の扶持を購ふ者にして、勢斯くの如くなる時は、高潔なること能はざるなり云々。

社會改良を目的とせる論者、亦現今に於ける強制婚姻を以て古來經濟狀態の然らしめし所となし、此の狀態より女性を救出せんとせば、經濟上、女性を獨立せしむべき新社會狀態を作出するの必要ありと思惟せり。其の救済策の適否良悪は姑く置き、此等論者が詳細に現今の家庭に存在せる缺點を指摘し、結婚問題の解決は經濟組織の改革と相俟たざるべからざることを論證したる點に於ては價值なしとせざるなり。

### (二) 婚姻制度

以上は女性の婚姻に關する輓近の議論を例證するが爲めに其の一二を摘記し

たるに過ぎざれども、亦以て思潮の趨向を窺ひ知るの一端とすべけん。余經濟史を研究するに當つて常に婚姻の問題に逢着し、自ら謂へらく、經濟組織の沿革と婚姻制度の變遷と密着の關係あるべしと此の假定を基礎として諸書を涉獵し、始めて其の欺かざるを覺知し、又此の問題は前述諸論者の論述せる現代の事に止まらずして、過去に於て亦其の然りしを認め、將來に於て愈々益々然ることを察したり。語を換へて云はゞ、過去の婚姻制度が經濟組織の變動に由りて其の面目を改更したるのみならず、將來の立法も亦、此の沿革に鑑みて之れを案出するの必要あることを知悉したるなり。

婚姻制度の沿革と經濟組織の變遷との關係を論述せし者既に多し、然れども概括的に論究を爲せし者は、未だ多しとせず。今其の主要なる者を掲げて以て後文論究を爲すの槩とせん。

第一は購買婚姻に關したる議論なり。其の要に曰く、上古、女子は其の生れたる家族に在りて業務の一部分を負擔する者なれば、經濟的價值を有する者たり。故に男子の來りて之れを携へ去るときは、此の價值に該當せる補償を出すを當然なりとす。故に未開の社會に在りては、女を娶るに物を以てするは最も重要な關係を有したる者にして、到る處女子を以て夫の財産としたること眞に故あるなり。或は之れと同時に夫を購買するの習俗を有せるものありと云ふ購買の習俗は決して最初より存在したるに非ずして、其の起源は必ず財産及經濟的價值の觀念を有するに至りし時に在らざるべからず。

第二に人類が未だ經濟的價值を認識するに至らざる時代には、各人は皆自ら衣食し得べき者なるを以て女子が其の配遇を選択するも、亦自由なるべく、此の間、何等の檢束あるべき理由なし。女子の經濟的價值如何は婚姻の習俗上に

多大なる異同を生じ、其の勞働の種類及程度、男子と稍、相似たるときは、比較的有利なる位置を占むる者たり。

第三に一夫多妻の習俗に關する説數多あり。エーキは其の原因を擧げて五とせり。曰く、前娶の妻、子なきこと、曰く幼兒哺育の時期長きこと、曰く漁獵時代及牧畜時代に於ける男子の性慾的必要、曰く男子の數女子に及ばざること曰く男子權力を得て奢侈に長じ情慾に耽ること是れなり。第五に關しスタックンベルグは曰へらく、既に女を財産と看做す時は、男子は及ぶべき限り、其の多數を得て豪華を衒はんとすること其の情性の然らしむる所なるのみならず、亦及ぶべき限り多數の妻孥をして經濟上の動作を爲さしむるときは、自ら富裕なるべき理なり。蓋し多妻の習俗は會長及富家の間に行はれたるものならん、スターク及スペンサー亦此の説を持したり。第四に關してはエスターマーク、

スベンサー共に其の然るを認めたり。第二に關してはプロッスも亦、同一の論を唱ふるると同時に凋衰の説を述べて曰へらく未開の時代に在りては、女子は過度の勞働を爲すが故に容色、早く衰へて、爲に男子をして新に妻女を娶るの已を得ざるに至らしむと。

第四に母系氏族の起源に關して、スタークの論述せし所を見るに亦、經濟上の原因を認めたる者の如し、ダルグンは曰へらく初期に於ける雜婚は父を認識し難からしむるを以て氏族は總て母系を標準とすべしと。此理を推してスタークの説を駁撃したれども、タイラーは男子が女子の家族に入るの習慣より推してスタークの説に左祖し、此の俗の行はるゝ所には必ず母系家族の存在を認め得べしと云へり。ホワードも亦氏族の種類は人類の經濟的習俗に由りて定まる者なりと云ひグロッセも亦雜婚の存在を否認して此の説を支持したり。

之を要するに、婚姻制度の變遷に關し其の經濟的基礎の存在を論證せるの學者は決して乏しきに非ざるなり。然り、余の管見を以てするも、此の基礎は實に動かすべからざる者にして、現今に於ける男女體格の相違も亦生存競争の結果に之れ由れりとするヘルワルドの説に同意を表するなり。抑文化の進歩を促すの要素は必ず二あること亦ヘルワルドの云へる如く、食を求むるの念と交りてを希ふの念とは實に人類を驅りて活動せしむるの二大要素たり。然れども、第二の要素は神經系統の發育を待ちて漸次鋭敏となる者なるに反し、第一の要素は人類の初期より最も偉大なる精力を以て之れを左右する者たり、されば經濟的の要素は人類を刺戟するに於て最も主要なる者とせざるべからず。

### (三) 婚姻制度の發達

今此の最も偉大なる要素の存在を假定して、婚姻制度の發達を觀察し、之れに關する法律が那邊まで之れに融合して沿革を有せるかを判斷せば、世運の變移に由りて舊套を墨守すること能はざるの理と、又古來の習俗慣例に由りて損益する所なかるべからざるの故とを詳にし得るに庶幾からんか。是れ余が本篇を草して以て世の婦人論者に問はんと欲するの素志なり。

抑世運の變遷は人力の得て阻止すべからざるものあり。又舊慣の勢力は空想を以て打破し易からざるものあり。兩ながら平心虛氣、觀察を加へ、判斷を下さずんば、或は急激に過ぎ、或は頑冥に陥るの患なしとせず。想ふに立法の精神も亦、此の點を度外に置くべからざるなり。若し夫れ婚姻制度の可否に關する論點は暫く之れを世の論者に譲り、茲には専ら人生を左右する最大勢力、即ち經濟的要素を基として沿革の由來と將來に於ける變移の案見とを陳述し、以

て參考の資に供せんと欲す。

#### (四) 法律上婚姻の成立及年齢

法律の上に於て婚姻の事を論ずるには、婚姻の成立、婚姻の効力、夫婦の財産、及離婚の四大項目に分別すべし。即ち第一は婚姻成立の條件及制裁に關し第二は婚姻より生ずる夫婦間の關係を定め、第三は夫婦間に於ける財産の關係を述べ、第四婚姻消滅に關係を有する者とす。

茲には婚姻成立の事を論究すべし。

婚姻の成立に必要な要件は實質上と形式上との別あり。實質上の要件は婚姻の年齢、配偶の單複婚姻の血族に對する關係等を主要なる者とし、形式上の要件は法律に定めたる規定の遵守を謂ふ。今經濟上より此の諸要件に就きて觀

察する所あらんとす。

第一年齢に關して之れを觀るに、我が民法は男に在りては滿十七年、女に在りては滿十五年を最低限とせり、是れ早婚の弊を矯め、人種の改良風俗の維持上必要なが爲なりと云ふ。是れ目下我國の狀態に於ては、頗る適當なる者なるべしと雖も古來の習慣歴史を觀察するに結婚を認容するの年齢は時と處とに依りて同じからざる者あり。

凡て未開野蠻の社會に在りては、他に支障を生ずべき事情の存在せざる限りは、發情期に於て、直に男女兩性の關係を發生するを通例とす。故に最も簡單なる未開社會に於ては、少女の結婚せるを見ること稀なりとせず。而して特に氣候温暖なる諸地に在りては、發情期の發生は八歳乃至十二歳なることあり。唯、結婚の行はるゝ場合に於て、或る期間、獨身生活を爲すの已むを得ざる者

あり。何となれば、結婚を爲し得るまでには、多少の財産を得るの必要あればなり。

一夫多妻の行はるゝ處に在りて、奴隸制度の之れに伴ふと同時に財産の分配甚だしく均衡を失へるときは、前と同じく、婚姻を延期するの變體を生ずることあり。是れ女子又は其の家族に贈るべき資財の缺乏に起因する者なるが故に若し強て婚姻を爲さんとせば、一時、女子の家族と同棲して、其の業を補助し以て賠償の資に供するか、若しくは情婦を伴ひて逐電するか、孰れか一の法を取るの已むを得ざるに至るなり。

母系家族の制を存する諸地に於ては、女を以て主要なる社會的分子とせるが故に往々、莫大なる資財を以てして而して後、始めて之れと婚することを爲すの場合あり。是を以て、青年の獨身生活を送る者、一二にして止まらず。父系

家族に在りては父權を以て其の子女の配偶を定むるを通例とするを以て、女子は發情期に達すると同時に父命を以て他に嫁し又は他家の男子を迎ふること、なり、又許嫁と稱する慣習は、此の期に於て勢力を得ることとなりて、兩性共に幼稚の期より夫婦と認定せられたる者少からず。此の社會に在りて、青年男子の婚期は大抵十八歳乃至二十四歳とせるが如しと雖も、祖先崇拜の習俗ありて、祀を絶たざるの必要よりして、強て之れに拘らざるを常態とせり。

近時の社會に在りては、結婚の期は漸次延長せらるゝの傾向を生じ、獨身生活ヲ爲す者の増加は賣淫の流行を促し、發情期と結婚期との懸隔をして、益々大ならしむるに至れり。近時家族を維持するの困難は此の趨勢を助長したり。故に時運の不振は結婚の數を減じ、狀勢の良好は之れを増し、結婚の多寡は實に世局隆替の「バロメター」たるの觀あるなり。之れに反して近時に於ても、生

計の困難ならざる東洋大陸諸國の如きに在りては、婚期は頗る早きを見るべし是れ妻は負擔とならずして、却つて補助となること多ければなり。

(五) 尊屬の同意を要する年齢

如上陳述したる所は唯、社會趨勢の上よりして婚期の遲速に差異あることを尋釋せるに止まるが、諸國の法律は父母又は其の尊屬其の他の同意を要することに就きて諸般の規定を設けたり。我が民法は同意を要する最高年齢を男滿三十年、又滿二十五年とせり。(參照民法第七百七十二條)然れども、此の點に關しては内外古今其の趣を異にせることを知るべし。

歐洲の中古に在りては、羅馬天主教は政治上に對して偉大なる勢力を有し、社會の事情は其の教規の爲に左右せられしこと僅少ならず。家庭及婚姻の制度



も亦、其の影響を被りしこと頗る多し。婚姻に關する天主教の主旨は、これを羅馬法より繼承したるが故に婚姻は契約を基とすと云ふ羅馬法の主義を教義の根本とせり。其の倫理的斷定として婚姻の眞髓は當事者雙方の合意に在りとするの主義を定め、従つて父母の同意の如きは之れを必要なる條件と爲さざりしなり。教規の定むる所に據るに、父母其の他の同意を要する婚姻年齢は滿七年にして、男女之れを越ゆる時は父母の同意を要せざるは勿論、其の意思に反對するも妨げなしとせり。但し男滿十三歳女滿十二歳に達する時は其の意思に由りて破約をなすことを得しめたり。而して孰れか一方のみ此の年齢に達して他の方、未だ之れに届かざる時は、破約は年齢に達したる一方のみに對して効力を有し、他の一方は所定の年齢に達して後、始めて諾否を陳述するの權を有することとし、普通裁判所も亦此の主義を採用したりしことあるが如し。

然れども、羅馬教の規定は之、父母に對する子女の順從を無視せる者にして之れが爲に男女の節操上に悪影響を及ぼしたる場合少からず。然れども事社會的道德と關聯し、直接に本論に交渉する所少きを以て暫く之れを措く。唯、何が故に羅馬教が結婚に同意を要する年齢を七歳と云ふが如き幼稚の時期に定めたるか、是れ吾人の最も知らんことを欲する所たり。是れ時勢の傾向が婚約の成立を早くするの必要を促したるに由る者にして、普通の裁判所が滿七年の期限をすら無視するに至りたるを以て觀るときは、如何に時代の趨勢が此の沒常識の規定を生出したる大原因と爲りたるかを理會し得ん。熟當時の形勢を觀察するに、時は封建の時代に屬し、法律今日の如く完全ならず、社會今日の如く靜謐ならず、従つて財産身命の安全は到底近世の如きを期すべからざりしは史を讀む者の熟知する所たり。是れを以て土地の爭奪は殆んど絶ゆることなくし

て、兄弟鬩に閔ぐの狀態を演出したること、其の幾何なるかを知る能はざりしは論なく、加之昨日の親朋は變じて今日の仇讐となり、腕力の戰は法廷の爭と相待ちて當時の一特徴を現出したたり、是に於いて或は黨與を援引し或は故舊を懷柔し以て力の及ぶ限り自家の地位を鞏固にせんとするは、當時の情勢に於て止むを得ざるの處置たりしや疑を容れざる所なり。而して自家の黨與を多くするは子女の婚姻を約して以て舊交を温め新盟を結ぶに若くは莫かるべし是れ封建時代に於て法律上、子女の婚姻が頗る幼稚の時期に成立したる一原因なり。或は曰はん、是れ貴族に於て財産の安全を圖るの手段たりしこと論を俟たずと雖も、下層の社會に在りては斯る必要はなかりしならん。然れども封建時代の裏面の歴史を讀みし者は必ず覺知せん。下層の民と雖も苟くも經濟上或種の利益を有せし者は亦此の趨勢より免れざりしことを。猶法律上婚姻の

期を速ならしめたる第二の原因を示さば、社會の上下を問はず經濟上の安寧の爲に此の舉に出づるの已むを得ざりしことを知り得べけん。封建時代は前に述べたる如く今日と其の狀勢を同じくせず。國王は領主城主又は邑主に對し、領主城主又は邑主は其の臣隸及領土の住民に對し、殆んど完全なる生殺與奪の權を有し、家名の保存財産の相續の如きも頗る嚴重なる制裁の下に支配されたることは世人の精知する所なり。今封建時代に於ける英國の婚姻律に就きて一例を示さん、「ワードシップ」と云ふことあり。臣隸が幼年なる時は其の主人が後見人となりて、其の家の財産婚姻其他一切の事項に關する權利を取得する者にして主人が一種の後見人となるなり。されば、臣隸の疾苦を顧みず貪婪飽くなきの主人は論なく、封建時代に於て自家の利害を以て唯一の標的とせる領主又は邑主は、此の權利を利用して頗る暴戾を逞しうしたる例は乏しとせず

前掲ポロック及メートラント合著英國法律史中に曰へらく、サールバイのトラスの子クレース四歳にしてアダム、ネギーユと婚せしが、夫の死後、國王ジョンは後見の權を利用し、之を強賣して人の婦とせしこと二回に及べりと。以て權利濫用の一斑を窺知するに足るべし。苟くも一家を有する者は此の如き残酷なる處分を避けんが爲めに、豫め其の備を爲さんとするは人情の然らしむる所なり。是を以て皆生前子女の爲めに及ぶべき限り早速に婚姻を定め、己れ死するも主家をして子女の婚姻に容喙する餘地なからしめんことを期したり。是れ他の經濟上の事情と相待ちて主家が臣隸の財産權に干渉するを豫防したる事實の一面たり。

是を以て、英國の普通裁判所は羅馬法條の規定を無視し、滿七年以下にてなしたる婚姻も絶對的無効なる者に非ずとせり。且夫の遺産分配に關しては、女

子、其の夫の死亡したる時より滿九年に達せる時は、其の分配を享受するの權利ありとせり。英國に於てヘンリー第三世王の時に至りては四歳若くは五歳の幼童幼女にして法律上婚姻を認容せらるゝに至り、教會に於ても、事の已むを得ざるを認め、搖籃中に在る幼童幼女、即ち我が國の語にて云はゞ襁褓の裏に在る者は、萬已むを得ざる時に限りて婚姻を認容すべしと云ふに至れり。

是れに由りて之を觀るに、羅馬教法が滿七年を以て父母の同意を得べき婚姻期の限定としたるは、當時早婚の趨勢に鑑みて、之れを定めたる者なるべしと雖も、是れすら効果なくして、法律上、幼兒の婚姻を認許するの已むを得ざるに至りしを知るべし。而して其の之れを致せし所以は當時の經濟組織に在ること明かなり。之れを我が邦の史乘に照して考ふるに、亦類似の點あるを見るべきなり。文武天皇の御時に大成したる法典に據るに、法律上婚姻を聽許さるべ

き年齢は、男子にありては十五歳以上、女子に在りては十三歳以上とし、父母祖父母等の許諾を要することとせり。而して後世封建の世、武將士卒が權略の爲に子女の婚姻を約し、以て自家保全の用に供したる例は少からず。許嫁は必ずしも有効なる婚姻とすべからずと雖も、當時の形勢より推考する時は、許嫁と雖も實際法律上の婚約と同一の効力を生じたる事例は甚だ多し。亦當時社會の經濟組織が此の慣行を馴致したること喋々を要せざる所なりと信す。

### (六) 婚姻の單複

以上略述せし所は婚姻の年齢が社會經濟の狀勢に應じて異同ある所以の事實に關涉せり。第二には婚姻の單複に就きて論述する所あるべし。婚姻の單複とは一夫一妻を單とし、一妻多夫又は一夫多妻を複とするの謂なり。文明諸國

は大抵、皆一夫一妻の主義を認められたるも、一妻多夫又は一夫多妻の制を採れる者亦なしとせず。我が邦の法律は一夫一妻の原則に卒由し、(參照民法第七百六十六條) 重婚に對しては法律上の制裁を加ふると同時に、之れを以て離婚の一條件とせり。(參照刑法第三百五十四條並に民法第八百十三條第一項)

一妻多夫の行はるゝ原因に就ては種々なる學說あり。マックレナンは女兒殺戮に因れる女子の缺乏に起り、離婚の俗より轉化せし者なりと云へり。然れども、此の説に對しては諸家の反對論多し。「ハーバート・スペンサー」は謂へらく女子の缺乏を以て主因とすべきに非ずして、寧ろ原人時代に於ける離婚の殘存せしに由るなりと、「ヘルワード」及「リッペルト」も、亦稍々同一の説を持したり。「ロバートソン・スミス」は部族が女子を掠奪し若しくは購買して以て共有の婦と爲すを以て其の起因とせり。以上三人は皆マックレナンの離婚轉化説に反

對せし者なれども、貧困が一妻多夫の状態を維持し又は擴充するに於て、多大なる勢力を有せしことを認容せり。亦經濟上の原因を暗々裡に認めたる論を俟たず。エーキは二條の原因を擧示せり。曰く貧困の壓迫曰く妻女共有の風俗是れなり、スタルケも亦、共有制度の存立を以て一大原因なりとせりエスターマルクは論じて曰へらく、貧困と女子の缺乏とは一妻多夫制の行はるゝに對して頗る密接なる關係を有すること論を俟たざれども、此の關係を發生するには尙更に遠大の淘汰の根本原則あるなり。一夫一妻の制は男女の數、稍々同一なるに由り、一妻多夫若くは一夫多妻は其の比例に大差あるに起ると云ふ説は統計上の事實を以て十分に否定し得べし。婚姻の單複縱令ひ男女比例の大差あるに起因することありとするも生活の状態は實に之れを來すの根本原因たざらるべからず。未開の時代には戰鬪絶ゆることなく、危難の多き、困乏の大なる、男

子の員數を減少するの傾向を生じ、未開時代に於て女子をして苦役に從事せしむるの結果は女兒殺戮の俗と伴ひて男子の過剩を生ずるなりと。  
 以上列擧したる諸學者の説に據るときは、一妻多夫の原因は種々あるが如しと雖も、要するに人類生活の状態に至大の關係を有することは明かなり。ホワードはエスターマルクの所説を引きて一妻多夫の制を取れる民族は甚しく貧困なりとの論を掲げたり。此の説に對しては或は曰へらく、西藏に於て富家に此の俗の行はるゝこと往々にして之れあるのみならず、亦錫蘭に於ても、貴族間に此の制を取れるを常態とす。牧畜時代及農業時代に於ては女子は勞力の主要なる素因なれば、男子は貧困を救はんが爲に寧ろ多妻主義を選ぶべき筈ならずやと。其れ或は然らん、然れども此の説は、未だ以て婚姻の經濟的原因を否認すべき者と爲すに足らず。西藏の如き實際の状態を觀察するに、夫は皆、兄弟

にして、而して夫が同時に妻と棲息するは、頗る稀なりとす。是れ同國の經濟狀態が男子をして外に在らしむるを常とし、從つて相交代して輪番に家を治めしむるの必要を生ずるに由るなり。牧畜時代に於ても亦、男子は外に役するを常態とするが故に輪番に妻を育するの要あるなり。是れ經濟狀態の然らしむる所に非ずして何ぞや。然れども斯の如き狀態は世界到る處に之れあるに非ず。故に一妻多夫の制は其の行はるゝ範圍、頗る狭小なるは事實の證明する所にし、而も理の當に然るべき所なりとす。

次に一夫多妻の俗は普く行はれたり。此の俗が經濟の狀態と頗る密接なる關係あることは既に序論に於て之を略述せるが如く、學者間に於て其の事實を詳悉せる者少からず。

一夫多妻の原因に關する諸説を概言せんに、第一に女子の過剰にして、其の

起因は戰爭の頻繁に在りとせり。第二は貧富の關係にして、富者は自ら多數の女子を所有することを欲し、貧困と男女員數の接近とは其の傾向を抑止する主因たりと云ふに在り。第三は子孫の繁殖、財産の繼續及權力の維持を主因とする者にして、此の點に關しては學者の諸説、殆ど相背馳せざる者の如し。

子孫の繁殖、財産の繼續及權力の維持は經濟組織の保維に於て最も必要なる原素にして、子孫の繁殖は一族の勢力を扶植するの基たるのみならず、亦特に父系家族制に於て尊崇する所の祖先の祀を維持するの最大要件たることを論ぜ俟たず。是れを以て父系家族の發達を來したる諸原因は相合して、他の一面に一夫多妻の制を生じたり。財産の繼續は亦家族の繁榮上に於て缺くべからざる所たり。女子は經濟上必要なる勞力を供給すること往時に於ける通常の狀態なれば、成るべく多數に之れを扶持するは産を殖すの要素となるべきこと序論に

略述せし所の如し。權力の維持、亦家族の保護に於て頗る必要たり。是れ多妻主義を實行して、姻親の廣からんことを希望する所以なり。

是れに由りて之を觀るときは、一妻多夫も一夫多妻も、其の行はるゝや、當時の經濟狀態と至大の關係を有するは明かなり。我が國に於ては、古來、一夫多妻の制を取りしこと史實の證明する所たり。是れ家族制を以て社會組織の根本とし、其の維持を圖るを以て最も重要な義務と爲したるに起因するなり。故に當時の時勢に由りて之れを考ふるときは、強て追答すべき限に非ざるのみならず。亦個人主義の勢力、未だ遍からずして家族制度を根本とせる社會にありて、必要なる一條件に屬せしこと疑を容れず。故に父系家族を基とする社會に在りては、一夫多妻を以て殆んど唯一の原則とする者の如し。此の際、間々一妻多夫の俗行はるゝを見るは、其は貧困が主因たること論を俟たざるなり。

然れども、一夫多妻と云ひ、又一妻多夫と云ひ、漸次、一夫多妻を以て表面の主義とし、實際に於て一夫多妻若くは一妻多夫の制を取るに至りしこと歴史上に明白なり。先づ一妻多夫の場合に就きて見るに、前に掲げたる西藏の如き兄弟相共に一妻を有すと雖も、其の實、妻は長兄の妻にして、長兄在らざる時に限りて、他の兄弟輪番に之れを妻とするを原則とす。又牧畜時代に於ても、數人の夫、輪番に一妻と相通ずるを原則とするが故に同時に一妻多夫なるに非ず。又妻の夫たる者は正夫は一人とし、他は名代の資格を以て夫たるを主義とすと云ふ。故に一妻多夫と云ふと雖も其の實は一夫一妻に類似するの點なしとせず。

一夫多妻、亦然る者あるを見る。即ち正妻は一人にして、他は之れに比して劣等の地位に在るを通例とす。女權政治を行ふ社會に在りて、姉妹相共に一夫

を共有するが如きことあるも、正權の區別ありて、長は正にして、他は權たるを常態とすと云ふ。我が邦古來の制度の如きも此の事實を説明して餘りあり。正權の區別や劃然として定まり、而して猶一夫多妻の制を維持せざるべからざる時は、茲に妻妾の區別を生ず。是れ實に社會問題の上に於て等閑に附すべからざる問題なりとす。

### (七) 血 族 結 婚

血族に對する婚姻の關係を略述せんに、我が民法は直系血族又は三親等内の傍系血族の間に於ける婚姻を禁じ、直系姻族間並に養子、其の配偶者、直系卑屬又は其の配偶者と養親又は其の直系尊屬との間に於ても亦婚姻を爲すことを得ずとせり。

是れ親族相婚を禁ずる者にして、現今文明國の實況を觀察するも皆然らざるはなし。唯其の程度範圍に在りては古今國揆を一にせざる者あり。經濟より之れを觀て如何なる關係あるか、今之れを論ぜん。

現今諸國の婚姻を觀るに、血族相婚を忌憚するは一般の情勢にして、文明の進歩せると否とに拘らざる者の如し。是れ果して人情の自然に出でたる者なるか、將幾多の變遷進化を経て此に至れる者なるか、諸說一にして定まらず。

ハーバート・スペンサーは曰へらく、男女關係の規整を見るに至りたるは進化の結果にして、之れを保護せんとする人情は漸を逐ひて確定したる者に外ならずと、ラボック亦之れと同一の説を持し、且曰へらく、血族相婚の弊害を認むるが如きは之れを蠻人に期すべからずと。モルガン曰へらく、原人社會は血族を以て其の根基とせり。即ち血族相婚を忌むの情なきを證する者たり、此の



俗を打破するに至りしは、全く部族外の婚姻行はれてより遂に經驗上、之れを忌むの性を成したるに由るなりと。

以上は血族相婚を忌むの性情を以て多年の經歷より生じたる者とする説なり之れに反してペスシエルは曰へらく、數百年代を経て始めて取得すべき知識は之れを思想漠然、兒に類する未開の人種に期すべからず。然るに此れ等の人種中、血族相婚を忌むの情最も甚しき者あるに非ずやと。サー・ヘンリー・メーンは曰へらく、既に火の用を知り、既に動物を飼養し、既に植物を栽培するの人種にして、血族相婚より生ずる兒女の身體健全ならざることを覺らざるの理あらんやと。

スターケは氏族外婚姻の行はるを以て氏族を生じたる原因に歸し、氏族の團結規なき者は概ね此の俗を缺くと云へり。而して氏族の組織・父系を主とする

と、母系を主とするに因りて血族相婚を禁ずるの範圍に相違ありと云へり。即ち父系を主とする者に在りては母と男性の子との相婚を禁じ、母系を主とする者に於ては父と女性の子との配偶を禁じたるが如き是れなり。血族相婚を忌むは人性に出づとの説と其の結果の子孫に有害なるを認識したる原人の經驗に由るとの論とを排斥し、現今と雖も婚姻に肺患梅毒の有無を不問に附する事實あるより想はゞ、子孫の爲に謀ると云ふが如き遠大なる思想を原人に期すべからざるや必せりと云へり。卓見と謂ふべし。スターケは進みて近親の相婚は當時の社會組織に危険を及ぼす者なるが故に之れを禁ずるの俗を生ずるに至りたるなりと云へり。亦肯綮に中りたる説と稱して不可なし。例へば兄弟と姉妹との婚姻又は母と子との婚姻の如きは、子が父に贈るべき財産を有せざるを以て到底不可能のこととなるなり。又父と子との婚姻も、父が其の女を他に與へて

以て利する所を失ふことゝなるを以て不可能となるなり。斯の如く利益の關係上よりして血族相婚の弊を知るときは、遂に之れを禁ずるの慣例を生ずるに至るべしと。要するに相互に分離の状態に在る者に非ざるよりは、相婚せざるを以て利益と爲すに至りしなりと云へり。

エスターマルクは血族相婚の禁止を以て一般の現象と爲し、錫蘭、安南、暹羅、緬甸、布哇に於て兄弟姉妹の結婚を許し、古代埃及及波斯の王家に於て此の俗を存したるが如きは、特別な理由に依りて然る者にして、例外の事實なりとせり。其の理由は或は種族の血統を保存するがために兄弟姉妹の相婚を許し、或は父系及母系の孰れか一方の系統を認めて他を顧みざるが爲に、異父母の兄弟姉妹を夫婦にすることを允し、或は離群索居獸慾を充すが爲に不倫の行ひを生ずるに在りとせり。

エスターマルクは此の現象の起源を説明するに、生物界に於ける自然淘汰の原理を應用し、當時の接近は血族結婚を防止するの最大原因なりと云ひ、エーキも亦、此説と同一の意見を有し、家族内に於て常に相接近せる者は自ら交を避くるの傾向あることを論ぜり。唯經濟上及法律上の原因に重きを置きたるの點と、其の他の細目とに於てエスターマルクと異なる所あり。エスターマルクは謂へらく、生物界に於ける繁殖は種屬の同一を要すれども、同一の程度近きに過ぐる時は却つて弊害を生ず、之れと同じく人類も亦、血族結婚を爲す者益々衰へ、自然淘汰の結果は遂に人為的制限を婚姻の範圍に加ふるに至るなり、されば接近せる同族の結婚は忌憚と悪結果との兩原因より生ずる者なりと。グロスエの説は實證に乏しく、エスターマルクの説は包括する所頗る多し。然れどもエスターマルクの説も亦種族の繁榮を以て同族相婚禁止の一原因

とする以上はグロスエの經濟原因説に類同し得べき者にして、要するに、同族結婚を抑止し異性結婚を促したる原因中には、經濟的要素の存在せることは之れを推知するに難からざるなり。

中古基督教の制定したる條件は血族及姻族の結婚上に煩瑣なる制限を設けたり、教法家は姻族と親族とを區別し、親族は即ち同一の聖式に參與する者にして、此の間婚姻に關して嚴重煩雜なる規定を置き、頗る裁判事務を困難ならしめたり。七等親に至るまでは婚姻を禁止し、但し六等及七等親に在りては、正式に婚姻を爲すことを拒絶するの理由とするに止め、其の他は絶対に婚姻を無効としたり、即ち *impedimentum impediens* と *impedimentum dirimens* との別是れなり。而して親族等級を計算することは羅馬法と別異の制を立てたり。例へば羅馬法に於て兄弟姉妹を二等親に再從兄弟を六等親としたるを、此には前

者を一等に後者を三等に置きたるが如き是れなり。

然れども、中古の基督教徒が斯の如く煩瑣なる制限を加へたるは其の基く所蓋婚姻を見て以て卑猥なる行爲と爲したるに基くならん。故に當時の社會状態に背馳したるは固より論を俟たず。是の故に裁判所が非常なる困難を感じたるのみならず、人民の幸福を阻遏し國家の安寧を妨害したること僅少に非ざるなり。是れ社會の經濟状態と一致せざる者にして社會の進歩に隨ひ早晚改革を施さざるべからざる者たり。千二百十五年羅馬法王インノセント第三世が婚姻禁止の範圍を狭小にして、之れを四等親以外に及ぼさざるの規則を採用したるが如き漸次世態に順應するの端を啓きたる者と謂ふべし。然れども因襲の久しき人心の保守的傾向は容易に其の歩を止めず、輒近に至るまで英國國會が亡妻の姉妹と結婚を禁ずるの法律を廢すること能はざりしは世人の熟知する所たり

(八) 結婚成立の形式

以上は婚姻成立に關する實質上の要件に就きて略述せり、次には形式上の要件あり、日本の法律に於ては婚姻成立に必要な方式としては單に戸籍吏に届出づるを以て足れりとす。是れ法律上婚姻と私通と區別するの簡單なる方式にして最も行はれ易き者なれども、外國の法律を見るに其の手續の複雑なる到底我が邦に行はれ難き者あり。

法律上の婚姻と自然の婚姻とは自ら別物にて、手續の當否に因りて配偶の正否、生兒の嫡庶を定むるなり。古來之れに關する習俗は種々あり。クシアンスキーは曰くヌカヒブン人中には婚姻當否の別なしと。然れども斯の如きは到底現時の社會に於て見るべきに非ず。否古代の社會に於ても一種の手續は必ず存

在せり。或は持參金なき者は正當の婚姻に非ずとし、或は婦女の賣買を以て唯一の結婚手續と爲し、或は羅馬の *Spensalia, nuptia, dos* の如き儀式を必要とするあり。要するに婚姻に伴ひては何れの社會も之れに必要な手續を有する者たり。

歐洲中古秘密婚姻、即ち法律上の手續を経由せざる婚姻、到る處に行はれ、和蘭、葡萄牙、伊太利亦然り、其の他、之が爲に裁判所の困難を惹起したること其の例に乏しからず。其の原因を尋ぬるに、加特力教の宗規が當時の經濟状態を顧みることなくして種々なる理論を實行したるに職由せずんばならず。是に於てか僧侶間に各般の衝突を生じ遂に婚姻公示の法は起れり。

婚姻公示は結婚に先だつ第三回の日曜日にて公衆に之れを廣告し、之れに對する故障の有無を確むるに在り。是れ僧侶が當然法律上の公人として婚姻

事項に關係したる嚆矢とも謂ふべくして、第五世紀佛國に於て始めて之れを實行せり。是れより他の歐洲各國に行はるゝに至り、遂に現今の戶籍登録法の源をなしたり。

茲に經濟上の勢力が直接に此の法の實施に影響を及ぼし、事實あり。最も味ふべし。初教會が此の法律を實施せんとするや、種々なる裁判法を設け、之れに背戻する者は處するに罰を以てせり。然るに婚姻公示は或は之れを欲せざる者ありて、僧正は事情特に判然たる者に限りて之を特免するの權ありしが、此の特免の賦與は一般に涉るに非ずして、唯貴族及上流社會に限ることとなり。是れ金錢を以て特免を買ふの俗を馴致したればなり。且僧侶間に在りても十分に此の法を執行する者少く、之れに關する規則の不備は實際に於ける義務の履行を緩漫にせしめたり。

婚姻登録の俗は處々の寺院に於て行はれ來りしが、其の初めて正式の法となりしは第十六世紀中に在りて、此の時、英國の寺區は出生、死亡、婚姻の登録を爲したり。之れに關する布告の出でたるはヘンリー第八世の時に在りしが、後エドワード第六世エリサベス女王キリアム第三世の時に修補改正を加へたり。然れども其の實質に於いては秋毫も變更を爲したることなくして以て千八百三十六年に至り、始めて現行法を採用したり。

獨逸に於ける宗教革命は婚姻に關する性質論を一變せり。ルーテルは婚姻事件は教會に屬する者に非ずして法律家に屬すべき者なりと云へり。是れ當時、教會が經濟的組織の改進に關心せず徒に舊式の理論を墨守したるに對して一大鐵槌を下したる者にして、頗る痛快の感なき能はず。然れども舊慣の移り易からざるは各國共に然り。新教を奉ずる諸國も之れに遵ふこと能はず、以て佛國

大革命の時に至れり。千七百九十一年九月三日の憲法は、其の第七條に於て之れに關する條項を定めて曰へらく法律は婚姻を以て私約と看做さず、立法權は總て當該官吏をして人民の出生、死亡及婚姻に關する事件を取扱はしむべしと是れより以後婚姻は宗教の手を離れて法律に移るに至り、良心の自由が承認せられたる程度の高底によりて、其の變遷に急不急あり。獨逸及瑞西の如きは、輓近佛國の主義を採用し、其の他の諸國は猶舊慣を存する者あり。是れ實に宗教が經濟社會の推移に因りて漸次其の威嚴を失墜せしに由らずんばあらずして間接なりとは云へ經濟の勢力に左右せられたる痕跡は史上に明瞭なり。ルーテルの宗教革命其の者が既に經濟組織に起因することは先輩の既に明言せし所なり。

以上は歐洲諸國に就きて例證したが、宗教の手を離れたる官吏に依りて婚

姻を承認するの俗は他にも行はれたるを見るべし。例へば古代の秘魯國王は年々又は隔年に青年の子女を召集し、配偶者たるべき雙方の手を結束して之れを其の父母に交付するが如き、カリフオーニア土人中會長が配偶者父母の面前に於て結婚式執行に干與するが如き、皆然らざるはなし。然れども經濟組織の單純なる未開又は半開社會に在りては概ね皆婚姻を以て私事となし、唯古來の習慣に依りて男女相結合せば足れりとせるが如し。

我が邦に於て夫婦雙方の戶籍登録を以て婚姻成立の條件とすることは明治の初期に於て既に定まりたり。然れども實際に於て此の事行はれざりしは當時に棲息せし者の記憶に存する所なり。故に事實上の婚姻と法式上の婚姻とに於て區別あることとなれり。即ち當時社會の經濟組織は未だ法式の勵行を必要とせざりしなり。例へば夫婦間財産制の如き未だ確定せざりしかば、夫婦間の事件

に關し法律上の制裁を希望するが如き念慮は殆んど之れあらざりしなり。故に裁判官は親族若くは近親の者が夫婦と認めたる者に對しては、別に刑事上の制裁を加へざることをなしたることあり。即ち事實上の夫婦と認めたるなり。又實際に就きて之れを見るも、現時日本の家庭に於ける夫婦の經濟關係は歐米に於けるが如く複雑ならず。随つて婚姻の届出の如きも甚だしく之れを重要視せざるの傾向あり。是を以て、現時歐米に於けるが如き複雑なる手續を設けると雖も到底實行の見込なきなり。現行民法及戶籍法に規定したるが如きは、實地に適したる者なりと謂ふべし。

## 法 律 觀

### (一) 法律の起源

法律の起源に關しては、學說一ならず。然れども、其の主要なるものは、之れを分類して二とすることを得べし。國民の特性を以て其の原因とするもの其の一なり。法律を以て共同團體が個人に課する所の強制となすもの、其の二なり。第一説はサ非ニー及歴史派に屬する法律家の論據とする所にして、第二説はイヤリンクの所説に係る。

第一説、即ち國民特性説は、固より不可なるに非ず。抑も法律は、何れの國に於ても、連綿たる慣例習俗の結晶體に外ならず。慣例習俗は、社會の起源と

共に發生成就し、不文の律は、漸次集成して、成文の法となる。是れ發達の順序なり。是の故に、古來の慣例習俗を基本とせざる法律は、或は死法空文となり、或は禍害を醸し、荼毒を流すことあるなり。是を以て、此の學説は傾聽の價値あるものと謂つて不可なし。

然れども、全然慣例習俗を異にする民族が、同様同種の法律制度を存し、文明の進歩及社會の變遷が、法律制度の不同を生ずるが如き事實ありとせば、國民固有の特性以外に、猶、根本的原因の存在を承認せざればあるべからず。請ふ事實に就て、之れを講究せん。

サーヘンリー・メインの名著古代法律を按ずるに羅馬、愛蘭士、ゴール及獨逸諸民族の制定したる法律は、其の歴史の同じからざるに拘らず、人の分類、母權及父權の性質、家族の組織等を同じくせるのみならず、亦私有財産の不可

侵權等、國民の經濟的存立に關する慣例習俗に就て定むる所、其の歸趣を等しうせず。是れ果して何に由つて然るか。羅馬民族と獨逸民族とは、慣例習俗の根本を異にし、人種宗教の由來を同じうせざるのみならず、亦氣候風土の狀態に於て、各々特異の點を有しき。されば法律制度の類似は、國民の特性以外に別に其の原因を探究するの必要あるなり。

第二説に就て述べんに、イヤリングは、強制の目的を以て、個人が自己の利益となるべきことを豫知すること能はずして犯す所の非行を防遏するに在りとせり。是れ其の著「法律の目的」に見えたる所なり。此の説も亦一面の眞理あること疑を容れず。何となれば法律は社會の各員の以て眞實の利益とすべき行爲を推奨し、之れに反するものを防遏すればなり。社會々員たるもの、皆其の權利を尊重せざるはなくして、而かも又其の義務を履行せざるべからず。是



れ各自の利益に歸するものにして、知らず識らず、之れを輕視し、之れを侵害するものは、歸着する所、自己の損害を招致するなり。

其れ然り、然れども法律の命ずる所、必ずしも、社會々員全體の所謂眞實の利益を保障するものに非ず。奴隸制度時代の法律制度は如何。封建制度時代の法律制度は如何。奴隸所有主の財産を保護するの法律制度は、則ち之れあり。地主の財産を保護するの法律制度は、則ち之れあり。然れども財産の所有權を剝取されたるものは、財産を侵害することを得ざる義務をこそ負はされたれ、其の所謂眞實の利益となるべきものに對して、眞實の保護を受けたるは、あれども其だ稀なりしに非ずや。身體の安寧に對する保護はありき。然れども地主又は奴隸所有主に對する保護に比せば、其の差霄壤も管ならず。所有物の保護は一に厚くして、殆んど他に及ばず。是れ何の故ぞや。唯團體が個人を強制し

て、其の利益を保護するを以て法律の目的とするのみにては、隔靴搔痒の感なくんばならず。亦他に法律の原因する所を探究するの必要ありと信ず。スタインは其の著、佛國國家及法律沿革史に於て『財産は法律發達の主因』と云ひ、メインは其の著『古代法律』に於て『羅馬法の復古並に封建的法律と個人的法律との交換は經濟狀態の發達に是れ由る』と云ひ、サギニーが其の著、中古羅馬史に於て『羅馬法の伊太利に復興したるは都市の繁榮に由る』と云ひ、皆法律發達に於て經濟的要素の存在を認めざるはなし。是れ上述二説の外に猶、根本的原素のあることを云へるに非ずして何ぞや。

余は法律發達の要素中、經濟的變遷を以て、其の主要なるものとせんと欲す而して此の事を説述する以前に二三の論述を提示せざるべからず。

## (二) 法律の發達

第一に假りに經濟狀態が法律の發達を左右すとすも、法律が經濟狀態を動かすことなきや否やは、豫め講究せざるべからざる問題なり。何となれば、法律の狀態と經濟の發達とが相衝突することあるは史實の示す所なればなり。之れを歴史に照すに、法律が經濟の發達に牴觸して、之れを阻遏するの事實は、徴證に乏しからず。縦ひ衝突なしとするも、經濟の趨勢が、法律に由りて其の方向を同じうせざることもあるも、亦事實の證明する所たり。一例を擧げて、之れを云はんに、英國は長子相續法を存し遺產は長子に傳ふるを例とするが故に田園小分の勢を阻止すれども、佛國の法律は然らざるが故に、小農分據は全國の形勢たり。斯くの如く、法律の狀態が經濟的趨勢を動かすものなりとせば、經濟

的趨勢が一方に向はんとし、法律的狀態が他の一方に向つて之れを阻まんとし、其の勢力頗る強大なるときは、勢一大衝突を生ずるは理の當に然るべき所なり。歐洲に於てギルドと稱する組合あり。中古の都府に於て發達し勢力旺盛にして、産業は全然其の掌中に歸したり。猶我が邦の座の如し。法律制度は其の存在を認めて、且之れを保護し、以て其の獨占權を續行せしめたり。然るに中古の末期より以後、世運は次第に變遷し、大洋貿易の發達は、商工業の狀態を改更せざるべからざるの必要を生じたり。是に於てか、商工業に關する法律制度は、其の面目を一新せざるべからざるの境遇に遭逢せり。然るを猶此の趨勢に順應して、法律制度を釐革せざりし諸邦は、進歩の大勢に背馳して、患害を貽せしこと枚擧に遑あらず。英國が他邦に超出して、早く商工の霸權を掌握するに至りしは、其の原因一にして足らずと雖も、夙にギルドの弊習を看破して

之れに代ふるに、新世界の趨勢に順應する新法律制度を以てせんは、最も重要な原因とすべきこと經濟史家の一般に認むる所たり。之れに反して佛國は如何、獨逸は如何、古來の法律制度を撤廢して、經濟の大勢に應ぜしめしは、遙に後世の事に屬す。是を以て、社會の進運は、法律制度に牴觸して、意の如く其の速度を加ふること能はず。之れを阻遏したりし羈絆を脱却し得て、進歩の常態を現呈するに至りしは、亦英國に後れたること頗る遠し。此の事を以て觀るも法律制度が如何に社會の進運、經濟の發達に影響を及ぼすかを窺ひ知るに足らん。

第二に、法律制度は社會の進運と經濟の發達に影響を及ぼすものなれども、固より社會の習俗慣例の結晶體なるが故に、早晚、社會の大勢、經濟の趨向に順應せざるべからざることは、其の性質上、當に然るべきことなり。故に法律

制度が、社會の大勢經濟の趨向に背馳すること甚だしきに至るときは、時に暴行に由つて、其の撤廢を行はしむることあり。清國革命の歴史を研究したるものは、必ず此の事實の真相を知悉せるならん。英明主治者、上に在つて政を施す時は、社會の大勢、經濟の趨向を詳悉して、而して後、其の方針を定むるを常とす。故に過度を制し、不足を補ひ、社會の順調を呈せしむるなり。人心を收攬し、輿望を繫留し、民をして其の德澤を謳歌せしむるは、實に大勢趨向を察知して、之れに順應するの政策を確立せるに由るなり。之れに反して、庸暗の主、鬮茸の人、朝に立つて、治を爲す時は、大勢の歸趣を辨知せずして、徒に法律制定の舊套に屬するものを墨守し、壓迫強制以て之れを貫徹せんとし、却つて不測の變を醸すことあるは、史上に歴々たる事實なり。革命を畢竟するに此の際に於て、機運の成熟を見るなり。

第三に、法律制度が社會の大勢、社會の趨向に順應せざるは、必ずしも庸暗の主、鬮茸の人、主治の地位に立てる時に限らず、英明を以て稱せらるゝもの國土に君臨せる時も、亦二者の牴觸衝突を見ること稀なりとせず。是れ何が故に然るか。思ふに法律制度は習俗慣例の結晶體にして、習俗慣例は、善と惡とを問はず、保守的の性質を有し、容易に人心を離れざるものなるが故に、英明の主と雖も、古來の惰力に牽引せられて、舊套を墨守し、不知不識の間に、社會經濟の大勢趨向に牴觸衝突することあるは、已むを得ざる所なり。庸暗の主鬮茸の人、之に拘泥して百歳の憂を遺すは、寔に其の所なりと謂はざるべからず。國家の大問題は姑く措き、法律制度の改良が、社會の趨勢に後ることあるは目前に現はれたる最近の事實に就ても亦、之を窺ひ知ることを得べし。今一例を擧ぐれば、給料の差押への如き、現行の法律に據る時は、年額三百圓

を免除の限度とせり。是れ該法律制定の當時に在りては、至當の額たりしこと疑を容れず、然れども、社會の進歩、文明の隆興は、物價の騰貴と共に、生活の程度と勞賃の標準とを高くしたれば、或は免除の限度を上して、年額四百八十圓内外とするの必要あるべし。何となれば、收入月額四十圓以下は、貧民ならずとも、下流の所得とすること、現下の狀勢に於て然るべからんと思はるればなり。限度の如何は、姑く置きて論ぜず。兎に角年額三百圓を限度とするは、現時社會の趨勢より觀察して低きに過ぐるの憾あること、何人も首肯する所たり。然れども、法律の改正は、之を後日に期せざるべからず。此の外に之れと類似せる事例は許多あるべく、皆法律制度が、一步社會の趨勢に後れつつあることを證せざるはなし。法律制度は頗る卑近なる事例に於ても、猶且其の保守的なるを證せり。況んや一國の民心に固着して浸漬久しきに互れる習俗

慣例の結晶は、之れを改更すること容易の業に非ざるは明かなり。是の故に、法律制度の改正は、行はれ難くして、遂に不測の亂を招ぐことあるは、免れ易からざるものたらん。

第四に、法律制度の改正は、行はれ易からずとするも、又他の一面より觀察する時は、無謀の改正あること、亦史上に徴證あり。無謀の改正とは何ぞや蓋し二様あり。一は社會の大勢、經濟の趨向を阻遏せんとするもの一は社會の大勢、經濟の趨向に伴隨せざるもの是れなり。

社會の大勢、經濟の趨向を阻遏するは、暴逆の主、貪婪の吏、私福の爲に法を設くる時に發現するを例とす。凡一國の政治を左右するの權力あるものは、其の國に於ける優者たるは論を俟たず。優者が弱者に臨むには、之れを壓迫するの法を以てするは理勢の當然にして、而して社會の大勢、經濟の趨向が、之

を適當なりとせる間は國家は安寧なり。奴隸制度時代の法律制度は、奴隸所有主の福利を目的とせるに外ならずして、奴隸は生産の器具機械に外ならず。然れども經濟の趨向、社會の大勢奴隸制度を適當としたる場合には、主従の關係は圓滿平滑にして、亂階の發生する機なかりき。封建時代の法律制度は、地主の威福を標準とするより外に、據る所なく、農民は領主の臣隸として土地に固着し、領主は生殺與奪の權を有したり。而して社會經濟の趨勢、封建制度を必要とせし時代に在つては、上下輯睦して、騷擾を醸成するの動因は存せざりしなり。其れ然り、社會の大勢、經濟の趨向、昔日と異りて、奴隸の生産力漸く減退して農夫の負擔益々重大となるに隨つて、權力ある者は、自家の利益を増進せんが爲、又は一身の權力の薄少なるに至らんことを之れ憂ひ、古の單純なる法律制度を改更して、愈々益々之れを苛酷にて、奴隸を壓制し、農夫を迫

害し、而して社會經濟の趨勢歸趣を察知せず、唯、自家の私福をのみ目的とするに至れり。亂階を發生し、擾亂を醸成せざらんと欲するも、得べからざるなり。是れ社會經濟の趨勢歸趣に順應せずして、却つて之れを阻遏せんとするものとして、決して策の得たるものに非ざるなり。

社會の大勢、經濟趨向に伴隨せざるは、亦決して策の上策と謂ふべからず。否禍害を醸成すること往々にして之れあるなり。文明未だ進まず、人智未だ開けずして而して徒に模倣を之れ事とし、木猴にして冠するもの、其の體裁は備具すとも、秋毫も實用に適せざるものなり。是れ社會經濟の趨勢に適合せざればなり。今、代議政治の例を取りて、之れを論ぜんに、代議政治の起るは、勞賃經濟制度と頗る密接なる關係を有し、此の制度の最も早く開けたる英國の如きに於ては、此の政體も亦他に先んじて創れり。古代人口稀薄にして、經濟の

作用は全く之れを奴隷に委ねたる國に在つては、自由民は悉皆政治に參與するの制を有せしが、奴隷制度廢止せられて、隸農制度之れに代り、地主の勢力絶對無限となりしより、政治を議するの機關は殆ど全く其の社會の專有に歸し、市民の權力之れに拮抗することを得る場合に至つて、政權の分配、前日と其の趣を異にし、資本の社會、即ち商工業者も亦之れに參與して、重要な部分を占むるに至れり。資本の勢力漸く旺盛となりし時期は、即ち勞賃制度の發達せるものにして、地主も亦往日の隸農制度を撤廢し、勞賃を以て農夫を役とするの法を取るに至れり。目今、猶舊式を存するものありと雖も、少くとも、趨勢は勞賃制度の方面に向へること少しく社會の事情に通ずるもの、熟知する所たり。勞賃制度一たび行はるゝに至る時は、資産家は古代の如く安閑日を送りて、國務に執掌するの餘暇を有せざるなり。是に於てか、代議政治の必要あ

り。其の極は政治家と稱する専門の識者起りて、資産家の機關となり、其の利益を代表して、國務の審議に參與するに至る。是れ政治史上の顯著なる事實なりとす。されば代議政治の發達は、勞賃制度の進歩と相俟たざるべからざるや明かなり。然るに社會經濟の趨勢、未だ此の程度に至らず。地主領主會長等が猶掠奪專横を恣にし、催討誅求を之れ事とし、下層の民、暗愚、劣弱、唯其の願使に甘んじ、自己の地位を自覺せざるに、徒に代議政治の表面美を羨望し社會經濟の趨勢に適合せざる法律制度を布くに至つては、其の法律制度は、死法空文となるのみならず、亦却つて國家の安寧を妨害するの具となり、黨同伐異の弊害は其の極端に達し、遂に外國の容隊を招ぐに至り、遂には衰亡の端を啓くの基となること往々にして之れあり。爲政治家、豈慎重細思、事に當らずして可ならんや。是れに由つて之れを觀るに、法律制度改革の功過成敗は、社會

經濟の趨勢に適合すると否とに依つて、之れをトすべしと謂ふも、過言に非ざるなり。

此の事に關聯して、一言せんと欲するは、急遽の際に於ける法律制度の改正なり、衰亡に瀕せる國家が、一時を纏縫せんとして、倉皇法律制度を改正し、以て民意に迎合せんとすることあり。佛國大革命の際に、路易第十六世の朝廷が、狼狽之餘、久しく中絶したりし等族會議を召集したるが如き此の類ならん然れども、此れ等の改正は、縦ひ社會經濟の趨勢に合したりとするも、適々以て改正者の意思薄弱なるを示すに至るべくして、既に激昂せる民心を綏撫すること能はざるや必せり。社會經濟の趨勢に順應すべき法律制度の改正は、未雨綢繆の策に、出ずんば得る所なし。盜を捕へて繩を縛ふは、策の得たるものに非ざるなり。故に法律制度の改正は社會の大勢經濟の趨向に合致順應すべしと

云ふも、改正の機は別に存することあるを知るべきなり。  
 以上陳述したる所を概言せば、法律制度は經濟の趨向、社會の大勢を左右するの力なれども、兩者の抵觸衝突は、永續すべきものに非ずして、早晚、其の合致順應を生ぜざるべからず。故に智者は、豫め趨勢の如何に注意して、策の施すべきものを案出し、以て社會の順調を維持するなり。而して順調の維持と云ふことは時と處々に依つて、其の面相を異にせずんばならず。奴隸時代の順調は、當時の時勢によつて、一定の標準あり。封建時代の逆調は、亦當時の狀態によりて自ら今と異なる所あり。故に社會の大勢、經濟の趨向も、亦自ら不同ならずんばならず。是れ社會の歴史を講究するもの、須臾も忘るべからざる所にして、皮相の觀察を以て判断を下すの惡癖あるものは、動輒一定不變の理を以て、史實を推測せんとす。慎まざるべからざることなり。是れ懸て社

會の大勢、經濟の趨向に背馳するの策を取るに至るの端緒なり。  
 法律制度と經濟の趨向、社會の大勢とは、相抵觸衝突することあるも、早晩、其の合致順應を來さざるべからざることとは、前述の如し、今諸國の歴史に就きて、法律制度變遷推移の跡を尋ぬるに、兩者の間に密接なる關係の存在せることを看取し得べし、請ふ具體的に之れを左に略述せん。

### (三) 經濟的優者と經濟的劣者との關係

現今の法律のみならず、古來の制度も亦、經濟的優者に利益を與ふること多くして經濟的劣者の損失となるべき條項を具有すること少なからざるは史を讀む者の必ず看破し得る所たらん。經濟的優者は、例として國家の勢力を把持し政治を左右する者たるが故に、治安の上に於て、此の不均衡を生ずるに至るは



強て答むべからざるものあるべきなり。是を以て全然此の種の法律制度を顛覆して、代ふるに平等無差別の立法を以てせんは、危激の嫌あるのみならず、亦社會の秩序を紊亂するの恐れなしとせず。されば強て之れを以て社會の現勢に背馳せるものとするは、不可なるものあるべしと雖も、經濟的優者が、經濟的劣者に臨むに、壓迫的法律制度を以てせるの事實は争ふべからず。

今前世紀以來世界の趨勢を觀察するに、經濟的狀態の變遷は、實に驚くべきものありて、ドクトル、ベルンヘーフトの如き、ドクトル、コンラット等共修の國家學字彙中民法の篇に於て、此の一大急變は、吾人の經驗と傳來の知識とを翻弄するの狀ありと明言せり。其の言宣なり。人口と云はず、物資と云はず、貨幣と云はず、古來國民の物質的幸福を生ずべしとせるものは、十分に具備せるのみならず、亦充滿漲溢の勢を呈するに至れり。而して其の極、社會狀

態の轉變は、幸福を増進すると同時に、又他の一方に於て不測の禍害を醸成したり。其の原因は生産原料の得易からざるに在らず。繁殖しつつある人々の爲に食料を産出するの困難なるにも在らず。而して機械に由れる生産の増加低廉と距離を短縮せる交通機關の發達とは、群民の生活上に影響を波及せしこと頗る大なるものありて、従つて種々なる方面に於て、法律制度の上に變更改正を要するに至れり。ベルンヘーフト又此の點に就て論じて曰へらく、民法が此の變遷に順應して、實施せし所、眞に僅少なり。租税制度の上より觀るも、又司法制度の上より察するも、資本制度は猶勢力を有して、到る處に重要な地歩を占むるが故に新時代の要求に應じて、規定を改正するには、時日を要す云々。是れ蓋し法律家中、多數の是認する所ならん。

之れに反して、急激の徒は、現今の社會を根抵より打破して、資本の勢力を

挫折せんとし、或は進んで資本其の物を絶滅せんとせり。家族に關する法律に於ては婚姻關係は勿論其の以外に於ても、男女同地位に居るべきことを主唱し離婚の自由を要求し、親權を壓制して、其の責務を子女の教育に止めんとし、嫡庶私生を問はずして、總て之れを同權のものたらしめんとせり。此れ等の諸説が今遽に行はるべしとは思はざれども、經濟狀態の變遷に依つて法律に對する思想の轉移しつゝあるは疑を容るゝの餘地なきなり。

要するに、法律家中多數の意見も、急激派の要求も、皆其の論點を資本制度の現法中に集中し、一は之れを制限拘束するの容易ならざるを説き、一は之れを挫破摧折するの當然なるを論ずるの差異あるのみ。其の説の當否を論ずるは本論の範圍外に屬するが故に姑く之れを置き、現行の資本制度が經濟的強者をして、經濟的劣者を壓迫せしめ、法律が此の境遇に順應せるものたるは明かな

り。試みに一二の實例を擧げて、之れを證示せん。

(イ) 法律を知らざることは、法律の制裁を免るゝの理由とならずとの原理は何人も熟知する所にして、苟も法律と云ふ語を知るものは、格言として、之れを遵守し、秋毫も疑を狹まざるなり。然れども、仔細に之れを考査するに、經濟的劣者の地位に在るものは、知らずして法を犯すもの、其の如何なるかを知らざること能はず。之れに反して、經濟的優者は、自ら法律の條文に暗熟せずとも、専門家を使用し又は之れに依頼して、以て權利を主張し、義務を履行することを得べし。是れ劣者に不利にして優者に便なるの制なるなからんや。固より此の原則の當否を茲に論ずるには非ざるなり。

(ロ) 女子の節操を犯すの罪は、貧富中其の何れが多きかを占むるかど問はゞ斷じて當者に多かるべし。戸籍法上に認めざる所謂内縁の妻は、法律上に於て

こそ、夫婦關係を生ぜざれ、其の實は、婚姻の成立に必要な形式を具備せざるに止るもの多し。之れに反して金力に依つて、節操を破らしむるの行爲は、經濟的劣者の能くせざる所にして、獨、經濟的優者の爲し得べき所たり。而して之れに對する法律の規定は、經濟的優者をして、其の行爲の責任を避免せしむるが如し例へば、私生兒出生の際には父の名を届出せしめざるが如き、私生兒をして父の財産を相続することを得しめざる如き皆、道徳上犯罪の責任を優者に輕からしめて、劣者に重からしむものたらずんばならず。現今社會の狀態より觀察して、經濟的優者をして責任を負はしむることの不可なるものありとするも、優者と劣者との間に責任の輕重あつて、劣者が優者よりも一層大なる不便を感じるの地位に在るは論を俟たず。

(ハ)債務關係に於ては、法律は利息の制限を定め、債主をして規定外の高利

を貪らしめず。是れ一見經濟的劣者を保護するものたるが如しと雖も、其の恩澤に浴するものは、活路の困難に切迫せざる債務者に止るのみ。細民に至りては、極悪非道なる債權者の爲に身を殺さるゝの境遇に沈淪して、而も訴ふるに途なく、言ふべからざる凌辱を被るもの、決して僅少なりとは云ふべからざるなり。是れ亦法律の當否を論ずるに非ず、又保護の形式備具せざるを非議するに非ず。經濟的劣者の實況を述ぶるのみ。

(ニ)財産の保護と身體の保護とに就て、比較的之れを觀察するに、身體の保護に關しては、法律の規定する所、比較的單純なり。之れに反して、財産の保護は叮嚀周密にして、複雑なる人事關係に涉りて、殆ど遺漏なし。財産の保護は、經濟的劣者にも之れを適用し得べきこと論を待たずと雖も、劣者社會の細民が、其の業を營むや、殆ど全く身體を以てして、財産關係の如きは、其

の顧みざるのみならず、亦、顧みるべき財産を具有せざるなり。故に財産に關する周密なる規定は、之れを富者の保護に適用すべきも、細民に對しては、殆ど寸毫の效用も之れなしと謂ふべし。工場法の制定ありて、身體の危害に對する保護、稍や備はらんとするに至りしかど、財産制度の詳細なるに比較する時は、其の徑底雲泥も甞ならざるなり。

(ホ) 勞働契約に就て之れを見るに、凡、契約の不履行は民法の制裁に屬すべきものたることは、一般法律家の認むる所たり。其の法理は、茲に之れを解説すべきに非ずと雖も、要するに、治安の上に於て、刑法の處分を受くるの程度に在るものに非ずして、損害の賠償を以てせしめば、則足るとの説は、其の根據たるべしと信ず。然るに一八七〇年代、獨逸議會に於て、勞働契約に關する討議に際し、多數の議員は、國家の安寧を論據として、該契約の不履行は、刑

法を以て之れを問ふべしとせり。獨、「エチュアルト、ラスカー」の徒が、契約は總て、刑法の範圍に屬すべきものに非ずして、全然、民法に據りて處理すべきものなりとせり。即ち、一は治安の上より立論し、一は法理の上より之れに反對せしなり其の何れを取るべきは、姑く置いて之れを論ぜず、經濟的優者は民法の制裁を受けて、損害の賠償をなすに止り、經濟的劣者は刑法の向ふ所となつて處罰せられざるべからざるの議を立つるものあるを見る時は經濟的優劣の差異が如何に法理論に影響を及ぼすかを知るに足るべし。

勞働契約に對する規定に關しては、古今其の趣を同じうせざるものあり。現今に在りては、近世の初期より行はれたる自由放任説の惰力を存じ、契約の自由と云へる語は、資本家の主唱する所となりて、其の極、法律家若しくは道德家の規誡を無視し、動輒、勞働者を虐遇して却つて社會の制裁を免れんとする

に至れり。米國南北戦争に際して、南部の奴隷所有主が、北部の人道觀に對して、奴隷制度の廢止を以て、契約の自由を破棄するものとせしが如き、工場法發布によりて、雇主の權力を拘束せるに當り、該法の規定を以て、同じく契約の自由を蔑如するものなりとせしが如き、皆之れに屬す。契約自由の説行はれて、其の勢力旺盛なりし時に際しては、法律は寸毫も其の拘束に力を盡しことなく、労働者をして、全然資本家の魚肉たらしめんとするの傾向を呈したりき。是の故に、契約の自由と云ふことは、表面より觀察するときは、頗る人道に適合せるもの、如くなれども、實際に在つては、却つて經濟的優者をして、經濟的劣者を抑壓迫害せしむべき最好利器たらしめたり。法律は、漸次、此の方面に向つて歩を進め、劣者の保護に勉めんとするの趨勢は、吾人の目撃する所となるに至りしかど、政治立法に於ける經濟的優者の勢力は、依然其の盛を極む

るを以て、未だ社會政策學家の満足を買ふの程度に至らず。是れ契約の自由が經濟的優者の利器と爲つて、而して他の一方に於ける經濟的劣者の不利に歸したるなり。之れに反して、歐洲中古の法律制度を按ずるに、經濟的劣者の行動に多大なる制限を加へて、資本家の利益を目標としたる法律は則ち之れあり。故に現今の自由放任に比較せば、劣者即ち労働者の自由を拘束せること頗る大なりしものあるの觀なきに非ず、然れども其の實、當時に在つては、資本家の勢力は、今日の工業全盛時代に於けるが如く偉大なりしには非ずして、雇主と労働者との懸隔は、其の富の程度に於ても、今日の如く甚しかりしに非ず、故に資本家は、今日の如く、労働者の反抗に對して、平然たること能はず。其の勢力は比較的微々たるものなりしを以て、法律が労働契約に對して、労働者の侵害を防遏するに勉めたるは、固より其の所なりしなり。是を以て古今、法律

制度の標的に於て徑底あることを認め得べし。然れども其の何れも資本家の利益を保護するに在ることは同一輒なりと云ふべし。

今、法律が資本家と労働者との關係に對して、冷淡なるの觀ありて、事ある毎に、労働者の拘束を主とし、却つて労働者に對する自由行動を資本家に許與し、虐遇壓迫の餘地を開きたるが如く思はるゝは、現代法律の特色なりと云はざるべからず。古代の法律殊に羅馬法の如きを按ずるに、別に労働者に對する苛酷なる規定なし。是れ法律上、奴隸の人格を認めざるに由る。然れども、現代法律は労働者の法律的資格を認めたるが故に、勢、經濟的優者をして、經濟的劣者を壓迫せしむるの規定を設けざるべからず。さらば、經濟的組織の維持に困難なるものあるべきなり。法律政治の術語を以て之れを云はゞ治安に妨害あるべきことなるなり。治安の妨害と云ひ、經濟組織の維持と云ひ、皆、政

治立法の表面に屹立せる經濟的優者の地位を動搖せしめざるの謂に外ならざる也。

之れを要するに經濟的優者と經濟的劣者との別を立て、法律の制裁を同じうせざるは、何れの國に於ても然らざるはなく、寧ろ之れを法律の特異性と謂はんのみ。平等無差別又は四民均等四海同胞と云ふが如き觀念を以てしては、法律の立脚地は茲に動搖せざるを得ず。何となれば國家の礎、勢力の源たる經濟的優者は、法律によつて其の地位を鞏固にし、以て社會の治安を維持するものたればなり。

#### (四) 經濟的優者間の關係

前に述べたる經濟的優者と經濟的劣者との關係は、優者の特權を保護し、突

然之れに優先權を附與したるものなり。翻つて優者間の關係に關する法律制度を按ずるに、皆其の社會に發生する財産權の侵害を阻遏し、其の維持を完備せしめんとするの目的に出で、毫も或一方を壓迫するが如き觀を呈せざるが故に頗る公平なるもの如く然り。

然れども、經濟的債者間にも、權力の消長隆替あり、政權を把握せるもの、時に自己の社會を利用するの法を制し、相互に排擠することあり。是れ經濟的優者社會に、自ら黨派あるを以てなり。各國の歴史は、時運の轉變毎に此の事實を表證せり。然れども英國に於ける一八三二年の選舉法改正及其の後の穀法廢止の如く、頗る明白に之れを示し、ものはあらざるべし。當時英國にはトリー黨とキグ黨とあり。一は地主を代表し、一は資本家を以て組織し、利害の關係を異にしたり。經濟學上の語を以て之れを言は、地料と利潤との衝突なり。

地主即ちトリー黨は永く政權を掌握し、議會の議席は、大半其の黨與の占むる所たりしを以て、出す所の法令は概ね皆地主の利益に歸すべきものたらざるはなかりき。而して、經濟上の趨勢は漸次社會の狀態を轉變し、商工業者は次第に其の勢力を涵養し、其の富も亦、侮り難きものあるに至れり。是に於てか時勢は地主の專權を許さずして、腐敗選舉區は廢滅に歸して、商工業者の代表者は、議席を占めて漸く地主黨と拮抗することを得るに至りぬ。是れ一八三二年の選舉法改正當時の狀態なり。穀法はもと地主の利益を目的とせるものにして、外國輸入の小麥に重税を課して、其の輸入を杜絶するときは英國の小麥は其の價格を失墜することなくして、能く地主の利益を維持し得べきなり。是を以て、地主が政權を掌握せる間は、穀法は其の利益を保護するに最も有利なる器具たりしなり。然れども地主の利益は商工業者の利益と相一致せずして、商

工業者は、地主の最も歓迎せる麥價の騰貴に依つて切に苦痛を感じたり。故に其の勢力を得るに及んでは、必ず先づ廢棄に勉めざるべからざりしは穀法なりとす。是に於てか、議會の内部は、地主抗と商工飯との激烈なる對抗を見、外に在つては、穀法反對同盟の起るあつて、内外相呼應して遂に地主黨の權力を挫折し、商工業黨の勝利を呈するに至りき。穀法の廢止は是れなり。是りキダガトローリーを制したるものにして、他語以て之れを云はば商工業黨が地主黨を壓伏し、利潤が地料を挫折したるなり。是れに由りて之れを觀るに、經濟的優者間にも亦自らの經濟上の地位に依つて利害を同じうせざる黨派あつて、相分立し相制し相拒し、其の權力の消長隆替に従つて、布きし所の法律制度に異同あるを免れざることを瞭然たり。

斯の如く、經濟的優者も亦、時と場合とに依りて、利害を相異にし、従つて

其の制定する所の法律制度を異にするは、經濟的勢力の浮沈興廢の然らしむる所なれども、經濟的優者の全體に通じて、之れを保護する所の法律制度は、終始一貫、秋毫も渝る所なし。今一二の例に就て之れを言はん。

(一) 契約法に就いて、歐洲の律令を按ずるに、獨逸法及羅馬法を通じて、義務の人身的基礎を認め、宣誓の神聖と證人證言の眞實とを民法上の要素とせり。宣誓及證言の事に就いて、歴史的事實を考査するに、勞賃制度を基礎とせる經濟組織と絶對服従を根據とせる奴隸經濟の社會制度とは、其の歸着點を異にすることを認め得べし。奴隸制度の行はれたる時代に在つては奴隸は全然其の所有主の所有物にして、腕力を以て服従させたるものなるが故に、其の主に対して虚言を吐露し、以て一時を彌縫糊塗せんとするが如きは、到底爲し得べからざることにして、又所有主に對する德義の上に於て、之を爲すの餘地を有せ



ざりしなり、之れを通常史家が解釋する所に依つて云はゞ、古代人皆淳朴にして、虚言なしと言ふ可きか。其の實、經濟組織が、腕力壓代の下に成立せるが故に虚を以て實を蔽ふの餘地なかりしなり。其の結果として、宣誓證言は、古代の法律に於て、絶對の信任を得たるなり、之れに反して、文化大に進みて、勞賃制度の行はるゝに至つては、不正の行爲も、巧に之れを隠蔽し、曲解して非を正となすの俗は、次第に行はる。是を以て宣誓、證言も亦此の如く、絶對の信任を得ること能はざるなり。虚偽の申立、證人の偽證に對して、相當の處罰を爲すの必要を認むるに至れり、經濟制度の變遷に應じて、法律の歸趣を異にするの一例とすべけん。義務の人身的基礎に於て云はゞ、古代に在つて、土地の開發、未だ十分ならず、廣大なる地域に亘つて、粗放農業を施す場合には、奴隸の必要あり。是に於てか、債務を履行すること能はざるものあるときは、

債權者は、其の人身を束縛して奴隸となし、以て未開發地の耕作墾拓に従事せしむるの法を發見したるなり。良民變じて奴隸となりたる例證及法律は、未開發地の多かりし我が國の古代に於ても、亦、存在したり。亞弗利加の中、亦同一の制度を有するもの、今に之れありと言ふ。畢竟するに、是れ人身を束縛して、資本家の利益を増加せしむるの法にして、未開發地の多き時代に於ける經濟的優者の特權を保障せるものならずんばあらず。

地主と借地人との關係は、重大なる變遷を経由したり。古代に在つて、奴隸を使役せし時代には、耕作は粗放的にして、地味の最も肥沃なるものを選択したるべければ、地主が之れに依つて得る所の收益は、缺損する所なく、従つて猥りに借地人を逐斥するが如き必要を見ざりしならん。地主と借地人との關係が頗る圓滿にして、利害の爲めに其の關係を斷絶するが如きは罕觀の事實たり

しことこの理に由るなり。然るに、勞賃制度の行はるゝに至りし頃には、肥沃の地を限りて、耕作墾拓を爲すの餘裕なく、人口の増加、經濟の轉變は、地味同じからざる土地を墾拓耕作するの必要を生じ、所謂經濟的地料を作出し、經濟的地料よりする収益にして、借地人の契約したる報酬額に超過する場合には、地主は其の契約を破りて、古來の借地人を逐斥し、以て収益の増加を得るに至る。勢の當に然るべき所なり。事茲に至つては、借地人の状態は頗る不安に陥らざるを得ず。従つて耕作改良の上に重大なる影響を波及するに至るは亦、必然の理勢なり。是に於てか、借地人の地位を安固にして、地主の専横擅私を抑制するの必要は起るなり。英國は法律を制定して、借地人をして地料を賠償し以て土地を買收し、自ら地主となることを得しむる法を案出し、借地人をして其の施したる改良に對して補償を受くるの權を得しめ、借地期限滿了に際して

肥料を施したる土地の表面數吋を取り去ることを得しめたるが如き、土地賃借の契約は經濟狀態の變遷に伴隨して其の趣を異にするに至るの證左とす可きなり。

歐洲に於て、永代借地權に關する法理を異にするに至りたるは亦、着目すべき一事たり。經濟狀態の未だ十分に發達せざりし時代に在つては、地主は一定の地料を以て満足し、借地人も亦大に其の勢力を伸張するの機運に到達せざりしが、生産の額漸く増加して、借地人の収益大なるに至つてよりは、其の經濟的勢力は地主の勢力と反比例を以て増進し、土地を買收して、以て己の有となさんは、頗る容易なるに致れり。且地主の束縛を受くる場合には、永久差押權の爲に、契約の自由を拘束せられ、従つて自由自在に耕作の改良を爲すの餘地なかりしを以て生産額増加のためにも買收の必要を生ずるに至りしなるも人口

の増加と經濟狀態の發達進歩とは、相待ちて、生産額増加の必要を促し、愈々買收の切要を感じしむることゝはなりぬ。是に於てか、永代借地權の經濟的勢力は能く政治立法を動かす、買收權の設定を見るに至れり。是れ時勢の推移と經濟の趨勢とが、古來因襲の制度を破壊し、理論と實際、兩方面に於て、永代借地權の新例を生出したるに外ならざるなり。

其他、利息制限の廢止、債務不履行者體罰の撤廢、土地賣買讓渡の自由等算へ來らば、經濟狀態の變遷轉移に伴隨する法律制度の改廢釐革は、其の例二三にして止らず、皆經濟狀態の變化によつて、其の必要を生じたるに職由せずんばならず。然れども、法律制度は前述の如く頗る保守的なるものにして、殊に契約に關するものに在つて、其の頗る大なるものあるを見ること尠からず。利息に關する法律の改正が經濟狀態の推移に後れたること甚しかりしが如きは經

濟史を一讀せしもの熟知する所たり

(二)次に相續の法に就いてこれを見るに、經濟法律兩者の關係密接なるものあり。殊に無遺言相續と遺言相續との變遷を考ふる時は其の最も然るものあるを看取し得べし。フステル・ド・クランジュはその著 *La Cite antique* に於て論じて曰へらく、遺言相續の法はもと宗教上の觀念より出てたるものにして、其の羅馬の古代に存在せざりしは羅馬人の古教と相容れざるものたりしが故なりと。ラッサールも、亦その著 *System der erworbenen Rechte* 中に於て、遺言法の原因を宗教に歸し、其の趣旨を敷衍したり。其の要に曰へらく、意志の存留は、古代羅馬人の信條にして、死者の靈は、死後なほ其の家に存留するものなりとせり。されば遺産は悉皆死者の意思に依つて、これを處理せざるべからざること、なる。然れども、死者は何事をも語るものに非ざるが故に生存

者が、其の意志を實行せんは、不可能の事にり。是に於てか遺言の制を定め、死者をして遺産に對する一切の權利を相続人に譲與せしむることとし、相続人は永く死者の意を繼ぎて違算なからんことを期し得たり。然れども、これと同じ時に、意思存留の信念は、消滅し去りて、靈魂不滅の教旨を現出したれば、世俗下界の事物に關する死者の係累は、死と共に廢絶に歸し、遺言に依つて、死者と相続人との間に設定したる諸關係は、悉皆消滅し去りたり。他語以てこれを云はゞ、死者の遺言は、世俗下界の事物を舉げて、一切これを相続人に譲與し了り。相続人は、死者の遺志を、其の儘に繼承すると否とに關係なきこと、なれり。斯くの如くして、死者は死後、猶、世俗下界の事務を指揮監督するものなりとの信念は、全然消滅し去りたれば、從來遺言に依つて、相続人に意志を繼續せしめたる根本原因は、全く其の跡を絶ちて、遂に無遺言の制度を生ず

るに至れり云々。ガンスは Das Erbrecht in seiner Volksgeschichtlichen Entwicklung を著し、第四章に述べて曰へらく、無遺言相続法は必至の結果にして遺言相続法は自由意志の産物なり。されば自由と云ふことの行はれたることなき東洋諸國には、無遺言相続法の行はるゝを見たり。羅馬に於て、此の法の行はれたるは、自由と云ふことの現出、未だなかりし時代に在り。然るに、自由の觀念一たび人心に浸漬し、牢乎拔くべからざりしに至りしより、羅匈諸國を通じて、遺言相続法の普及を見たり云々。

以上の諸説を玩味するに、固より半面の眞理を存することは、疑を容れず。然れども、たゞこの理由のみを根據として、法制の變遷を觀察する時は、其の全豹を説明すること能はざるものあり。例へば獨逸民族が一般に無遺言相続法を採用するに至りしは、基督教の教旨傳播して、靈魂不滅説を以て意志存留説

に代へたるを時を同じうするは事實なること争ふ可からず。寔にラッサールの言の如し。然りと雖も、中古の末期に、獨逸民族が再び遺言相續法を實行するに至りしは、何が故に然りしか。ラッサールは遂にこれを説明すること能はず。前掲著書第二章第四百九十七葉に述べて曰へらく、これ當時の法制家が羅馬法を適用したるの誤に職由せずんばならずと。辯解に些か窮状なしとせず。宗教のみを以て説明を試るは十分ならずして、他に有力なる原因の存在せるを認めずんばならず。フステル・ド・クラランジュの説に關しても、また同様の評言を下し得べし。またガンスの説に就いて見るも、遺言相續法は自由發達の結果なりと云へども、獨逸民族が、自由の發達したる當時に在つて、永く遺言相續法を行はざりし時代ありしは如何。ガンスは述べて曰へらく、羅馬の制度は個人の意志と神聖なる家族の權利と衝突したれども、獨逸の制度は然らざるが故

に、一大進歩を現呈せりと。事實は然りとするも、個人の自由意志が遺言相續法と關係を有する點を説明するに於て、何等辯解ともならず。且や奴隸制度の廢絶と共に、羅甸民族が大抵皆遺言相續權を廢止したるの史實に對しては、ガンスの著書中何等の解説なし。また他に理由の存在せるに由らざるばならず。今各國の歴史を通じて相續法の變遷を見るに、太古草昧の世、財産が家族の共有に屬したる時代は、日本の古代法に所謂同財同居を原則としたれば、家族の各員は財産を共有したり。即ち歐洲の古代法律に見えたるコンドミニウムはこれに相當す。此の際に於ける相續法は必ず無遺言相續を原則とせざるべからず。然れども、私有財産起りて、古代の家族共產主義を打破し去るに至る時は無遺産相續の動機は消滅に歸するが故に、相續の制度もまた一變せざるを得ず。我が日本の歴史に就いて見るに、法律上遺言を認めたるは大寶令の規定を初見

とす。大寶令の定むる所は個人的傾向を有し、古代の共産主義を一變せるものなることは争ふべからず。これによつて古の氏の制度が漸次崩壊するに至りしを知るべし。然れども令の制定せられし當時に在つては、家族共産主義は未だ全く消滅し去りしに非ずして、法律の定むる所猶共産を前提とせる條項あるを發見し得べし。家督の相続に關しては、前戸主の長子を相続人と定められたるも、長子の權限に許多の制限を加へ、長子あれども、其の尊屬親の存在する間は、財産は其の管理に屬すべきものとせり。これなほ家族共産の古制を主義として、採用せるものたらざるばあらず。遺産の分配は家産の共有者たる家族の各員悉皆死亡して、實際長子が支配者たるの時に至つて、始めて行はれたるものゝ如し。畢竟するに、大寶令の制定は個人主義を原則として法律制度變遷の一新時期を劃したりと雖も、其の實質に於ては、形式以外に舊時の家

族共産主義をも採用せざるを得ざる過渡の時代に遭遇せるものと謂ふべし。されば一面に於て遺言相続を認められたるも、また一方に於て無遺言相続の規定をも設けたり。是に於いてか、前戸主死亡し家族共産體に屬する各員また分裂したるとき、遺産の分配は、遺言あるときはこれに據り、遺言なき時は別に分配の率を定めたり。要するに大寶令制定の當時は、遺言相続及無遺言相続の連繫せる新舊錯綜の時代に屬し、經濟の單位としての氏又は戸の崩壊せんとするの時期を明瞭に表出したなり。ラッサールの説く所に依つて、これを解釋せば次の如く云ひ得べけん。日本古代の教旨に依るときは祖先は死後なほ生命を有す。即ち意志は存留せるなり。繼承者其の祭祀を營み、其の意思を實行せざる時は祖先は餓死せざるを得ず。故に戸主は祖先祭祀を以て最も重要なる義務となし従つて遺言相続を發生するに至れるなりと。然れども、ラッサールの言を證明

し得べき材料は我が國史中に十分ならず。フステル、ド・クラーンジュの説を敷衍して、之を説述せんに、大寶令の制定以前にありては、日本の宗教は個人的思想と相容れず。佛教の個人主義を輸入してより以來、此の思想を注入したれば、佛教の輸入以前には、遺言相續の如きものなく、其のこれあるに至りしは國民の思想一變せし後にありと。斯く云はゞクラーンジュを満足せしめ得可けんか。然れども、遺言相續と無遺言相續との關係は明かに大寶令の規定に現はれた如く、氏又は戸が經濟單位としての存在を失ふに至りたる根本的原因に依つて定まれるものにして、佛教の個人的思想が如何に強大なる勢力を有したりとも、個人の存在を認めざりし氏が經濟單位として崩壊するに至るの時勢に逢着せざりせば、到底佛陀の光明を輝かすの時期なかりしならん。これ時勢の變化と相待ちて然りしものなるが故に、其の原因を尋究せんとせば、須く日本

の經濟的狀勢に就いて其の源流を探討せざるべからず。單にこれを宗教思想の變化に歸するは未だ十分ならずと思惟す。ガンスの所説を適用せんにも、また十分ならず。或は論じて曰はん、氏又は戸が、經濟單位として存在したりし間は個人としての自由は毫も認めらるゝことなし。故に其の時代には遺言相續を認むべき餘地なし。これに反して、佛教が各個人に神聖なる義務ある所以を説き、個人的存在に關して世人を覺醒したるより、法律もまた此の思想に浸染したりと。これ或は一面の眞理を穿鑿し得たるものならん。然れども個人的存在を認めらるゝに至りしは、佛教の傳來もとより與りて大いに力ありしこと疑を容れずと雖も、別に根本的大原因の存することを覺知せざる可からず。初め氏の制度盛況を呈せし時他には領域未だ大ならず、人煙また稠密ならざりしかば、従つて古來の制度を維持し得たりと雖も文化漸く進みて、人口漸く増加す

るに至つては、勢、領域の擴張を來さざるを得ず。交通の不便なりし古代に在つては、領域の擴張と共に新領域に起れる氏族は到底、從來の制度に於けるが如き關係を維持することを得ずして、漸く分離して、獨立の形勢を爲すに至るは自然の趨勢なり。是れ氏の制度を漸次崩壊するに至りたる根本原因にして、佛敎の傳來や、支那の政治思想の輸入や、この大勢の推移に伴隨して、其の力を伸べ得しなり。されば共產主義の崩壊は、更に遺言相續法の設定を來したる根本的原因なりと云ふ可くして、此の事由を根據として、變遷の跡を尋釋する時は各國に通じて普遍的に説明を下すことを得べきなり。

家族共產制の崩壊は相續法の變動を生じたる一大原因なりとして、奴隸制度の行はれたる諸國にあつては、別に一大原因の存するあり。奴隸制度の行はれたる時代に於て粗放農業の行はれたることは前に之を陳述せり。その當時は生

産蓄財の上に大なる障礙を生じ、或る限りある區域以上に之を及ぼすこと能はざりしなり。されば、此の障礙に打克つべき有刀なる方法の行はるゝに非ずんば時運の進歩と相併行することを得ず。此の方法は許多あるべけれども、其の有りたるは遺言相續の權に若くはなかるべし。遺言相續權の設定は益々積蓄の念慮を増長して、其の極、或は飽くなきの程度に至らしめたり。奴隸制度の行はれたるは、斯くの如く、遺言相續の法を馴致したりと雖も、然も財産所有が個人的傾向を呈するに至れるに非ずんば、其の實現を見んこと覺束なきなり。歐洲の歴史に就いて、これを觀るに、積蓄の習慣行はれしより財産は或る局部に集注して結局、一般の貧困を來さんとせり。是に於てか、積蓄の機會を及ぶべき限り狹隘なる區域内に局限せんとするに至りて、其の結果、遺言の自由に許多の制限を加へ、遂に其の權を被相續人財産の一部分に限るに至れるり



後奴隸制度廢せられて、隸農制度これに代るに至りて、再び古代經濟制度の一部を復することとなれり。即ち土地の所有を個人に與へずして、これを家に與へ、不可分を原則として、これを子孫に傳ふるなり。是に於てか、再び、無遺言相續法を復活せり。封建制度の行はるゝや、其の政治上の事態は領主の財産に對して、同様なる處置を執らしむるの必要を生じたり。何となれば、領主の家は政權の中心にして、國主に對する責任上に於いてもまた家を以て單位としたればなり。是に於いてか、長子相續權は起らぬ。アダム・スミスは長子相續權を以て財産の固有せる政權の產物なりとし、ミヤスコウスキーの言に據るに長子相續權の目的は家族中の或るものに對して、同居同財即ち共同相續權の失格を生ずるに非ずして、唯財産の管理權を家族中の一人に委任するに在るなりと云ふ。長子相續權の沿革に就いて、我が邦の史乘を按ずるに、またこれに

類似せる點あることを看取し得べし、大寶令の規定を見るに、戸を以て共産の家族となしたれば、勢家督相續と財産相續との間に區別を爲さざるべからず。何となれば、戸が財産共有の團體たる以上は、戸の財産所有權は家族全員に屬すべきものたるが故に、財産に對する相續權の存在すべき理由なく、家長權即ち共有財産を代表する權利の相續のみ之れあるべければなり。此の故に大寶令は、家督相續に就いては、一定の法則を設けて、これに違ふことなからしめ、長子相續を原則としたれども、財産相續に於いては、單獨相續を認めずして、諸子均分を原則としたり。これ家族共產主義が尙ほ經濟上重要な現象たりければなり。而して相續の客體口分田に非ずして其の管理權たりしなり。此の管理權もまた經濟上の關係に於いて、制限を受けたり。何となれば、家族共有財産の管理は長子家督を相續すと雖も、家族中尊屬男子の生存するあらば、其

の權内に在るべきことを規定し、尊屬男子皆死亡するに非ずんば、形式事實兩全の管理權を家督相續の長子に移すことを得ざりければなり。封建制度起るに及んで北條氏の法律はまた家督相續に於いて長子相續權を認め、財産相續に關してはこれを採らず。而して、私領の賣買はこれを許したれども、封地即ち知行は不可分にして、其の相續を家督相續と認めて、長子たる單獨相續人をしてこれを世襲せしむることとせり。

前に述べたる歐洲封建制度に於ける政治上の事態を觀察するに、封建の精神は家族共産の主義を認めず。家督相續の事は財産相續にも及び、長子相續の法は財産と相關涉し、封地は分配を禁じたり。我が邦の事情また然り。即ち家の主たるものは、封建君主「レーヘンスヘル」に對して、責務を有し、君主は事實上、封土の相續を左右し、相續者は、もはや家族員に非ずして、主君が家

の代表者に相續を命じ、財産權と政權とを併行せしめたること、アダム・スミスの所説の如し。此の外に長子相續又は單獨相續を必要ならしむるに至りたる重大なる經濟的原因あり。他なし、無遺言相續によれる共有財産制は、家族の各員が同居同財の主義により、相協力一致して共有財産の處置をなしたりしときには、十分なる効力を有したりしに相違なけれども、個人的思想大いに發達して、家族の各員が家族共同相續の範圍を脱出し、四散して、各獨立の業を營むに至るときは、財産は分散して、生産上に損害を來すこと少からず。こゝに於いてか、財産を不可分として、單獨相續人の一手に集注するの必要は起れり。これ封建制度の崩壞以後に至りて、なほ長子相續法及世襲法の永く維持せられたる所以なり、況や封建制度の行はれたる時代に在つては、領主の領地は隸農より年貢賦役を納れしむるものたるを以て、之れを不可分として、その儘に相

續せしむるは、生産の程度を確實ならしむるに於いて、偉大なる利益ありとせざるべからず。これ長子相續の原則が武族に行はるゝに止まらずして、延いて一般人民にも及べる所以なりとす。

畢竟するに隸農制度の行はれたる時代には、政權を一定の家族團に固着せしめて、これを永遠に持續せしめ、以て土地の耕作に力を致さしむるを便利なりとなしゝなり。然れども、隸農制度の絶滅して、勞賃制度の開始せらるゝや、無遺言相續の必要を生じたる原因は共に消滅するが故に、勞賃制度の創始に、續きて、遺言相續權を復活したり。其の故如何となれば、隸農制度時代に於いては勞力と財産との關係は密接にして離るべからざるものたりけれども、勞賃制度の行はるゝに至つては、勞働者は、その耕作せる土地の占有權を失へるが故に一定の家族團に所有權を傳ふることは、生産者に取つて利益とすべき要素

とならず。従つて農業上に於いて、さしたる効用を見ざるなり。こゝに於いてか遺言相續の法は行はるゝに至りて、土地不可分の制もまた漸くその跡を絶たんとせり。

土地不可分の制度は封建制度に固着せるものにして、人民が悉皆世襲的の職分を墨守し、個人としてその羈絆を擺脫すること、社會の秩序を紊亂するの最も大なるものたりし時代に在つては、一旦確定したる財産を固守せしめて、これを世襲せしむるの便利なりしこと固より疑を容れず。然れども、時勢の變遷は、永くこの規矩繩墨内に墊居せしむることを許さず、我が邦の近世史を繙閱するものは明瞭にこの事實を認識し得べけん。徳川氏の世、古來封建制度の餘習を墨守して、封地の不可分及長子相續の二原則を以て、財産法の根本主義となしたりしが、かくては長子以外の子孫は、自ら生計を營むの方法を案出せざ

るべからず。而して社會の秩序は、嚴然として、秋毫もこれを動かすこと能はず。こゝに於いてか、浪人は多く出て來ぬ。これやかで徳川氏の天下を顛覆するの一因とはなりぬ。浪人とならざるものは或は僧侶となり。或は工藝家となり。或は讀書家となり。これ時勢推移の上よりして、必然免るべからざることなり。保守的精神を以て政策の唯一なる精神とせる徳川氏は固定的に舊來の慣例を維持せんとしたれども、經濟上の状態は、その保守尊崇せる原則に對して幾多の例外を設けしむるの必要を生じたり。これより先、大寶令は個人的思想を含有せる支那制度を模倣したるに拘らず、なほ且、古來より傳はれる氏の制度即ち家族共產主義を交へ用ひざるべからざるに至れり。彼れと此れとは、事の順序を逆にしたれども、時勢に順應して、法律を斟酌せざるべからざりしは一なり。徳川氏の設定したる例外とは何ぞや。第一に分家の制を推さざるべ

からず。次に養子の制あり。第三に隱居の制あり。皆嫡子相續の原則に對して例外を施したるものたり。これと同じく、前に述べたる土地不可分の事たる、封建制度の行はれたる當時に在つては、原則として必要たりしこと、固より論を俟たずと雖も、時勢の轉變は、永くその實行を許さず、徳川政府は、嚴重に土地の賣買を禁じたり。然れども、人口の増加は市街の地價に變更を生じ、賣買禁止の法、實行を見ること、すこぶる困難なるに至り、遂に三府に限りてこの禁を解除せり。然れども、農業地も、また時運の推移と共に、束縛を被ること不可能となるに至り、農民は、種々なる方法を結構して、法網を回避したり。政府は、嚴にこれを取締らんことを勉めたれども、勞して効なかりき。知るべし、經濟上の状態よく法律を左右するものたることを。

(五) 法律違反の處分

法律違反に對する處分と云はゞ、直ちに刑法と云ふ觀念を喚起すべし。刑法の規定する所は處罰に在れば、先づ犯罪のことを略述せざるべからず。罪惡に關しては古來幾多の説あり。昔日のことは姑く措きて論ぜず。一八七二年伊國の人類學者ツエザレ・ロムブロンソール始めて一學派を創建せり。世これを稱してポシチヴ學派と云ふ。ロムブロンソールの唱ふる所は、一九〇六年四月伊國トリノに開催したる第六回犯罪人類學會の演説に詳かにして、載せて同年六月刊行の *Archives, anthropologie eriminelle* に在り。その要は間歇遺傳を以て罪惡の原因を説明するに在り、然れども、これを以て唯一の原因なりとはせず、解剖學的生物學的及社會的の諸原因を列擧して、詳細なる研究をな

したり。その説の梗概を示さば、犯罪人の多數は常態を失するものにして、而して各々人類學的特質を有するが故に、罪人を處するの任務あるものは須らく先づ罪人と良民との甄別をなし、各罪人の特質を研究すべしと云ふに在り。ロムブロンソールに亞ぎて、ポシチヴ學派に屬するものラファエレ・ガロファロー及エンリコ・フェリあり。ガロファローは犯罪を以て自然的罪惡となし、人爲的のものに非ずとせり。その意は、或る與へられたる時代の狀勢を離れて、人類社會に存在するものなりと云ふに在り。而して罪惡を構成する行爲は他愛的感情より成れる道德觀念を侵犯するものなりとせり。且、犯罪人には、かならず一定の特徴を存するものなりと結論せり。フェリは、また犯罪人類學に重きを置きたれども、これを以て歸着點とせずして却つて、これを出發點として、法律的社會的結論を得んことを試みたり。要するに、犯罪人は、その生理的特質

を備具して、おのづから罪惡に陥るの素因を固有するものなりと云ふに至つては、諸説みな歸着點を一にせり。よつて考ふるに天性罪惡に陥り易き性質を有するもの固より之れあるべきは論を俟たざるべしと雖も、由來天性なるもの、原因は、なほ外にこれなかるべからず。人類の性質は勿論その外貌體質は、境遇によつて變遷をなすものたるべきは信を置く餘地あるべしと思惟するなり。或は貧窶飢寒身に迫り、或は懷胎中の婦人苦役に従事し或は酒毒に中りて身心の異狀を來し、或は住居汚穢を極めて營養十分ならず、或は安居佚樂財産を蕩盡し體質を懦弱ならしむる等諸般の境遇は人身の解剖的變化を起し、心理的異狀を生じ、連綿數百年の久しきに及ぶときは、固着離るべからざる一種の特質を遺傳すべきことは、苟も生物學の原理を學べるもの、知悉せる所たらん。人類學的特質固より犯罪の近因たるは疑を容れずして、刑法學者又は裁判官

又は司獄吏が、犯罪と體質とを比較して參攷の資に供すること秋毫も妨ぐる所なしと雖も、その遠因に至つては、なほこれよりも深且大なるものもあることを知らざるべからず。これ幾百年の久しき。四圍の經濟狀態が作成し來りたる結果として、説明するの寧ろ穩當なるに若かずや。犯罪が經濟狀態に起因すと云はゞ、或は説をなして云ふものあらん。人身に關する犯罪は如何。世上の經濟狀態良好なる時に在つても、これを見ること多きに非ずや、富者は、經濟的優者にして、日常の生計に勞苦するものに非ざるに、なほ且犯罪者を出すに非ずやと。これ一理あり。事實もまたこれを證明せり。然れども、經濟狀態の良好なる場合に犯罪者を出すは、収入の増加が時的なるに由る。勞働者が一時豫期以外の收入を得たるときは、これを遊里に散じ、酒舗に費すは、世上にその例多し、これ不定の收入なればなり。然れども

經濟の社會狀態によつて、收入が定期に増加するときは、貯蓄の念生じ、生活上の向上の期を促し、従つて道德的の觀念を増加することは、狂人に非ざる限り、普通人の心理的状態と看做して、何の妨げかあらん。諺に云へる「惡錢身に付かず」とは、よく此の邊の消息を得たるものと謂ふべきなり。富者の犯罪に就いては、別に理由あり。一は財寶多きに過ぎて淫靡逸樂に流るゝに在り。又他の一は下層社會の貧困甚しくして、金錢の爲にその節を曲げ、以て富家の罪惡を幫助するに在り。四圍の經濟状態良好にして、富の分配甚しき不均等なく、四民その堵に安ずるときは、富者は他を籠絡して、自己の邪惡を恣にするべき餘地なかるべきなり。財寶倉庫に充溢すとも、これを悪用するの機會なきなり。されば世の經濟状態の良好なると否とは、富者の罪惡を誘起するに否とに與りて大いに力あるものらりと謂はざるべからず。要するに、罪惡の状

能によつて、その趣を異にすることは史實的確たり。

罪惡は時の經濟状態に關聯すること、すこぶる大なるが故に、これを處罰するの法もまた經濟状態の如何によつて、おのづからその趣を同じうせざるべきは論理上自然の結果たらざるべからず。史實はよくこれを證明せり。これ刑法は經濟状態より起れる現社會の秩序を維持するを目的とすればなり。例證は多く擧ぐるを要せず。キルマンの die rezeption des romischen Rechts 中に論述したる一事實は、明かに羅馬法の適用に關して此の邊の消息を傳へたり。曰くこれを概言せば、各國の刑法は、もつとも勢力を有する財産の侵害に對してもつとも峻嚴なる罰を課すと、古代の羅馬法は、竊盜に對して、非常に嚴酷なる刑罰を課したるが、ジャスチニカン法典中に見えたる罰は、大いにこれを緩和したり。これ當時の經濟状態に相關聯して然るものにして、動産と不動産とを

比較して、この孰れが有力なるかによつて、尊嚴を同じうせざるなり。かくの如く、勢力を有する財産の異同によつて、刑罰の法を異にするは、みな當時の社會的秩序を維持するの必要より出てたるものにして、けだし必要の趨勢なり。然れども、何れの國を問はず、資本的經濟制度の存在せる所に在つては、重きを財産に置きて、これを侵害するものに對して、峻嚴なる刑罰を課するは一なり。これ資本制度の維持上、然らざるを得ざるが故なり。ピスマルク嘗て嘆じて曰へらく、現代の法律は、健康生命名譽の關係事項に對しては、比較的冷淡なれども、貨幣に關する犯罪に對しては、すこぶる峻嚴なること、何の理によるぞやと。ロツシまた曰へらく、近代英國の法律は、竊盜に對して嚴刑を課し、而して暗殺に對しては、すこぶる寛大なりと。又曰く、上流社會の人は刑法を以て、普通群民に對する用具と看做して、自己に及ぶべきものたるを自

覺せるは少しと。エレロ犯罪の事項を研究して、結論を下して曰へらく、人倫を破りて、私慾を擅にし、他人の節操を犯すものは、罰すこぶる軽くして、精神甚だしく狂亂せざる竊盜は却つて嚴罰に處せらる、これ何の故ぞや、法律はすべて貧富によつて、偏頗の處置をなすものなりと。畢竟するに法律の目的は現行の資本制度を維持するに在りて、これに反抗し、これを侵害するものを處罰して以て社會の秩序を保維せんとするものなれば、勢かくの如くなるは、經濟狀態の然らしむる所にして、これを覆へすの不可能なるは論を俟たず。社會主義者又はその他の社會改良論者が、口角泡を飛ばし、筆端火を散らして、現行刑法の公平ならざるを指摘するはその意思に於いて、諒とすべきものありとするも、資本制度の崩壊を待たずんば、財産侵害の罪に比較的嚴刑を加ふることは、到底絶滅せざるべし。されども、現時の法理は、漸次財産權に制限を加



ふるの傾向を生じ來りたれば、昔時の峻嚴を緩和して比較的公平なる刑法の適用を見るに至らば、期待し得べしと信ず。

### (六) 結論

以上各種の法律制度に就いて、その變遷を叙述し、その常に經濟状態に密接なる關係を有することを證明したり。世或は古代の制度を捉へ來つて、直にこれを以て固有不可壞のものとなし、未來永遠これを遵奉し、處世の金科玉條となさんと勉むるものなきに非ず、而して、この儕輩は經濟状態の變移と法律制度の改修と、常に均衡を保たざるべからざる所以の理を知らざるものたり。これに反して單に理想に驅られて、實際の狀態に顧慮せず、勇往邁進、不可能の勢力に抵抗せんとするものは、また法律制度と經濟状態との密接なる關係を

知悉せざるなり。前に掲げたる大化革新の法制と徳川時代の律令とを對比せば明かにこの事を證し得べく、大化の革新は、支那文明の輸入と古代制度の崩壞とによつて、成就したるものなれども、實際の狀態は、いまだ全然古來の慣例を一掃し去りたるに非ず。故に全然支那式の理想に準據すること能はず、古代の慣例制度を斟酌して幾分の讓歩を敢てせざるべからざるのみならず、また、その法文は全然實際に行はれたるや否や疑はしきものあるなり。文明式に理想と實際の狀態と相扞格することあるを證明するものたらずんばならず。これに反して、徳川氏の制度は古例に則りて、その改廢を容易にせず。規矩繩墨の間に在つて、社會を律せんとせり。故に實際に於いて、律令の死文に歸し了りたるものあり。荻生總左衛門嘗て田地賣買の事を論じて、或は「田宅も奴隸も賣買になして叶はざることなり」と云ひ或は「それを賣らぬと云ふこと甚だしき

無理なり」と云ひ、或は「無理なる法を立てんとする故、畢竟は民に偽りを教ふることになるなり」と云へり。誠に卓見と謂ふべきなり。理論に趨りて、實際を顧みざる不可なり。古法に泥みて、現代を慮らざる、また不可なり。立法家の着眼は、須く敏慧なるべし。徳川氏の世は戦亂の條件としたる封建的國家の基礎を顛覆し、三百餘年の太平は、國基の廢弛と共に武士をして品性の墮落を助長せしめたり。これ畢竟するに、經濟的狀態が既に戰國時代とその歸趣を異にしたるに職由せずんばあらず。世襲の制度は、個人的能力を發揮せしむるの餘地を絶滅し、遂に徳川氏の天下を顛覆すべき一因たる浪人を輩出せしめたり。加之ならず、武人の奢侈増長して、財政上の困難すこぶる大なるに至つて、救援を所謂町人に乞はざるべからざることとなりて、遂に西洋に於けるブルジョア即市民の權力増長と同一なる現象を呈出したり。

貨幣の改鑄は時艱を救正せずして、物價の平準を攪亂し、農業の進歩は人口の増加に並行せずして、耕域愈益上進し、勞働は集約の極點に達したれども資本の使用は粗放に止り、米價の騰貴は物價の騰貴を伴ひ、四海困窮して、天下怨嗟の聲を以て充滿せり。この際に於いて、舊式の制度律令を以て、これに當らんとするは、木に縁つて魚を求むると擇ぶ所なし。革命の機運は既に熟し來つて、外國交通と共に爆發したり。維新の變は實に一大革命たり。制度の更新はすこぶる急激なるを見たり。社會の裏面を觀察するときは、舊時の制度、依然として行はれつゝあるもの、決して少きに非ざるに反し、經濟的方面に於いては、家族共產主義は全然絶滅に歸して、家族員の獨立營業を許したる等、從來ど、その趣を異にするに至りしもの甚だ多く、社會的方面に比較するときは、遙に近代的たるに至りしこと争ふ

べからざるなり。然れども、工業の革命は今僅に進歩中に在りて、いまだ完全ならず。英國に於ける産業革命の初期とその状態を同じうせるの觀あり。こゝを以て、法律制度の實際も、また舊時の社會を参考斟酌して定めたるものたり。大寶令が純然たる支那文明の思想を適用すること能はずして、幾多の讓歩を爲し、以て舊來の慣例と合致せしめんことを期したると同一一般たり。

然れども、經濟状態の變遷は、今や着々として新機運を發生しつつあり。工業社會に於ける昔日の主従關係は、漸く地を掃ひ、資本家のもつとも嫌忌せる労働組合の起らんも、またこれなきを保證すべからず。法律制度の改新、これより益々必要を生ずべきは火を賭るよりも明かなり。工場法の制定は、既に舊來の状態に對して、一地步を抽出せり。これより種々なる新法令の發布を見るの必要は、眼前に横れること識者を待たずして瞭然たり。世或は經濟的社會的

變遷に關して、徒に慨嘆の聲を發し、往時を追慕するものなきにあらず。然れども、宇内の大勢は溢滞固着を許さず、變に應じ、機を捉ふるは敏慧なる立法家の責務なり。この際に於いて、古を以て今を律し、以て社會の趨勢を抑制せんと試みんは、徳川氏三百年間の變遷に照合して、明確にその時宜に適合せざることを知るべし。敏慧なる立法家は、規矩繩墨の捕捉する所とならざるや必せり。維新の大業は既に創始の時代を了りて、今や、社會變移の機運は成熟せることを知らざるべからず。時勢の變に鑑みて、事を處するの必要なるは、豈にたゞ法律制度の上のみこれあらんや。社會政策、人道教育その他百般の事項、宜しく經濟状態の變遷に順應して、その施設を更新すべきなり。

社會及社會問題研究(終)

大正八年八月拾日印刷  
大正八年八月拾日發行



不許複製

「定價一圓八錢」

送料拾貳錢

社會及社會問題研究

—— 付 奧

發 兌	印 刷 者	發 行 者	編 者	著 者
東京市日本橋人形町通 <b>東盛堂書店</b> 電話東京七五〇六四	東京市下谷區 尾著町二ノ十四	東京市日本橋區 堀切町三ノ一	菊地曉江 越元次真	平沼淑郎

るす進上ばへ習口り成に録修て人體

# 書な要必に女

認  
定  
文  
部  
省

文學博士佐々木信綱先生著

## 新撰女子用文

本書は佐々木博士現代の女子に適する作文書無きか嘆き態々  
新著されたる書故淑女絶好の模範作文書なり

和装美本  
定價四五錢  
送料六錢

書道大家 佐藤梅園先生書

新  
刊

## 女子手紙の書方

佐藤梅園先生の書は已に定評あり、本書は女子模範習字書と  
して淑女に適當なる英文を集めたる最良手本なり

木版和装  
定價卅五錢  
送料六錢

東京 彰人 所 東 隆 堂 發 賣 圖

362  
227

終

