

Title	古代法に現れたる家族制
Sub Title	
Author	野村, 兼太郎
Publisher	慶應義塾理財学会
Publication year	1920
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.14, No.12 (1920. 12) ,p.1781(131)- 1793(143)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	雑録
Genre	Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19201201-0131

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

か又は第三者の保證を要求せらる。此の場合其の輸出商の平素取引せる普通銀行の保證あらば、擔保を差入るゝことを要せず全價爲替を取組むことを得。普通銀行が輸出手形に裏書を爲すはかくの如き場合に起るものなれば、其の裏書責任は輸入爲替の場合と異なり恰も荷爲替手形を買取りたると同様なれば、其の手形の條件に應じて相當の擔保を徴すべきは勿論なり。されば此の裏書責任は其の手形が外國に於ける荷受人に於て支拂はるゝ迄繼續す。此の裏書を或は買入外國爲替勘定を以て整理するも、寧ろ其の實質が外國爲替の賣買にあらずして保證なる以上、支拂承諾中に含ましむるを以て適當とせんか。

一三、結 論

以上銀行支拂承諾勘定の内容に就て縷述したが、要するに内外國業務を通じて手形引受は

現實手形上の主たる責任を負へる點に於て責任最も大に、之に次ぐものは自己を引受人とせる信用狀の場合にして、此は將來手形引受の義務を負ふものとして第二に位す。其他は多くは眞に保證にして普通の場合に於ては責任輕きものとす。然るに今日銀行の貸借對照表は此等の全部を同一の支拂承諾勘定中に混淆計上するを以て、往々内容を詳悉せざる者の誤解を招くことあり。故に外國の例の如く引受手形、信用狀、手形裏書及び其他支拂承諾と云ふが如く主もなる科目に再分するを適當なりとすべし。少くも責任の最も大なる引受手形だけは分離して獨立の科目として計上するを可とす。殊に普通銀行にして外國爲替業務の方面にも發展せる銀行の如きに於て、種々雜多の支拂承諾を一科目中に合算計上するが如きは世の誤解を招く所以なり。(大正九・一・一五稿)

古代法に現れたる家族制

野村兼太郎

本論文の目的とするところは古代法に現れたる家族制なるものゝ比較を試みやうと云ふにある。元來勿々の内に筆を採つたものであるから、嚴密周到なる比較考證を試みんとするものではない。唯各古代法に於ける家族制に關する概觀を併列記述して其の一般を窺はんと欲するに止まる。細き論述は是を他日の機會に譲る。

吾人が現在の社會生活を正當に理解しやうと思ふならば、必ず過去の社會形態を熟知しなければならぬ。法制史の研究の必要も亦こゝに存する。吾人が法の發展を其の始めより現在に

至る迄、充分に研究してゆくならば、必ず其處に何等かの系統を發見し得るであらう。ある法の制定されるのは無意味になされるのではない。其の變遷發展の依つて起るところの動機が其の根本に存在して居るのである。大體是を二個に分つことが出来るだらう。一つは個人が古き法の下にある團體的組織内の束縛に對する争闘であり、他は次第に成長して來た團體的權力が今迄社會の根底をなして居た過去に於ける法の支持者に對してなす争闘である。即ち前者は各個人の自覺に依つて齎され、後者は共同生活の範圍の擴大によりて生ずるものと云へやう。(拙著「經濟的文化と哲學」二六五頁以降及び後掲 Ed. Cailisch の著書參照)

吾人が以下述べんとする古代の血族的結合 (Geschlechtsverbanden) である家族的組織の内に、すでに是等兩種の争闘より生ずる後世發展

の出發點は存して居た。云ふ迄もなく當時の家族組織と今日の國家を同一視することは出来ないのであるが、其の家族組織の内にも人類のあらゆる共同生活を規定する束縛的要素がある。それは恰も國家に於けるが如く、其の血族的團體は其の權力を以つてよく個人を羈束する。唯當時の家族にあつてはそれが血族と云ふ狭い範圍に限られ、其の權力も其の獨立も、未だ充分でなかつたに過ぎない。他方更に注意する必要のあるのはこゝで家族と稱するものは今日用ふる狭い意味の家族ではないことである。兩親と其の子とから成立する小家族を云ふのではなくして、一族(Verwandschaft)種族(Sippe)血族團體(Geschlechtsverband)と云ふやうな、若しくは我が邦の氏、氏族の如き大家族を指すのである。

以下此の古代の家族に就いて其の概觀を知ら

んとするに當つて、先づ羅馬法(römischen Rechts)及び日耳曼法(germanischen Recht)の兩者と我が國の法制とを比較して見やうと思ふ。其の前者に關する部分はずべて前に述べた Edward Caifisch: "Die Familie als Gemeinschaft und Genossenschaft, ihre privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Funktionen in ihrer Entwicklung in Räten, unter besonderer Berücksichtigung der Statutarzeit" (1917) の第一章 Allgemeine Grundlagen 第一節 Die Familie in der alten Rechten. の意譯若しくは抄譯に過ぎない。(本書は其の表題の示すが如くRäten(瑞西の一州 Graubünden — Grisons)と書く——及び Westtirol 地方)の家族制の法制史的研究である)。又我が國の部分には三浦周行博士著「法制史之研究」に負ふところ甚だ多い。一々註記するの煩を避けて豫めこゝに附記して置く。

先づ第一に羅馬法に就いて述べやう。

羅馬に於ける立法の最初は "leges regiae" 及び十二板法(12 Tafeln)であらう。吾人は是等の内に羅馬的國家の根本である家族に就いての記録を發見する。古代羅馬は一つの血族的國家である。全羅馬市民は血族の數から成立つて居て、其の個々の血族は "gentes" と稱する同一の祖先を有し、同一の名を以つて呼ばれる一家族系統である。

古代羅馬法に於ける是等の gentes は政治的形體としてはずつと早く其の重要さを失つたが、經濟的方面に於いては尙ほ後世迄一の單位として重大視された。(F. Engels: — Ursprung der Familie. S. 86.)

公法及び私法は共に血族を團體として適用されたのである。故に氏族團體(Gentilgenossen)は共同して奉公したのである。彼等は共同の埋葬

地を有し、且つ共同して戦争に行つた。彼等は言行共に補助し合ひ、困難に遭遇すれば互に保護救済を實行した。而して羅馬的國家の一員たらんと欲せば、或ひは又其の安危に關する相談に預らんとするならば、氏族(Gens)の一員たることを必要とした。

此の氏族制の重要な根本は其の氏族の權力範圍で獲得されたすべてのものが其の財産であつたと云ふことである。此の特徴が繼續して居る間は血族的國家が存在して居た。然し是が失はれるや否や古代羅馬の愛國的狀態は最後を告げたのである。氏族はすべての財産の所有者であつた。個人が家や家畜を所有したこともあつたが、それは其の家族、即ち氏族團體が是を許容した時のみに限つてゝあつた。

個人の財産は羅馬に於いてはすでに早くから存在して居て、動産及び奴隸家畜が是である。

全財産に關しては古代羅馬の相續法が存在して居た。個人の財産は十二板法の記述に依れば先づ故人の遺子が相續することになつて居る。次ぎは男系の親族であるが、若し是等兩方とも相續者なき時は遺産は氏族團體の有に歸する。

狭義の家族、即ち本來の家族團體は、多くの所得を備へることが出来たが、それは矢張り氏族の制定した限度に於いてであつた。Sohnの云ふが如く「個々の家族は種族と云ふ庇護所の下に於てのみ、又種族と云ふ樹木の枝葉としてのみ存在し得る」。(Sohn: — "Inst. des römischen Rechts." 13 Auf. S. 41. f.)

然し吾人はこゝに羅馬法と日耳曼法との大なる相違點を述べなければならぬ。羅馬法の家族は其の一つの大なる權力はある個人、即ち家父 "pater familias" の手に統一されて居た。彼は首長であつた。すべての者が彼に柔順に服従

した。家族は彼に始り、彼に終る。彼のみ法の唯一の人格者である。彼の意味は其の一族の法となる」と云へる Bidel の言は適切である。(L. Bidel: — "La femme et le droit. p. 62) 彼は彼に屬する者に體罰を加へるのも、是と賣買するのにも、更に生殺與奪の權利すらもすべて是を所有して居た。

羅馬法の家族は所謂「男系家族」(Agnatenfamilie)であつた。従つて同一の "patria potestas" に依つて結合されたものはすべて統一された。婦人は結婚に依つて女系的親族を創始するのではなくて、男系の親族の中に編入されるのである。養子も家族 (Hausgenossenschaft) の内に形式的入籍に依つて同様になる。而してすべて是等 "pater familias" の權力、保護の下に立つすべての者は、恰も臣下の國王に對する如く服従しなければならなかつた。

古代の氏族制は其の種族の全財産の内土地 (Grund und Boden) に其の基礎を置いて居た。然し乍ら此の土地を其の權力の發源として居たことが又其の弱點であつて、他から攻撃を受けて古い法制を廢棄するやうな場合があつた。すでに此の變動は大部分 Servius Tullius の憲法に依つて行はれたものであると云ふが、然し Servius の憲法は此の變態の原因にあらずして寧ろ其の結果であつた。

羅馬に於いてはすでに早くより古い血族以外に、羅馬帝國の首都を襲はんと欲して居る他民族が移住して來て居た。羅馬が發展すればする程是等の外國人の數は増加して來た。彼等は云ふ迄もなく血族團體の一員でもなく、且つ全然法なき民であつた。彼等の増加は羅馬にとつて危険である。彼等は次第に彼等自身の階級のみ

抗して "Plebs" なるものを形成するに至つた。此の獨立せる、且つ氏族に屬して居ない Plebs の人々は其の財産に就いて何等拘束されるどころもなく、勿論家族的制限等は受けて居ない。斯してこゝに個別財産の觀念 (Die Idee des "ndereigentums) が起り、Populus の階級に影響を與へ、前述のやうな事實が惹起されるに至つたのである。

かくて氏族の全財産が各人の個別財産と變ずるに従つて、愈々血族的性質を失つて行つたのである。此の氏族制の經濟的破壊に次いで政治的破壊が起つた。それが Servius の憲法に外ならない。Servius の憲法は血族制の廢棄である。新しく領地分配、財産區別を制定し、Plebs の人にも羅馬貴族と同様、政治的にも經濟的にも關係するに至つた。斯して羅馬に於いて血族的國家から

個人の經濟的自由に至る過度期として王政時代が生じた。然し乍ら尙ほ一つの名殘が存在して居た。それは即ち古の元老院 (Curiensammlung) であつて、Patrizierが Plebejerよりもある特權を有して居たのである。

血族の權力よりも尙ほ永續したものはかの pates familias の權利である。古代羅馬法に従へば家子 (Hausohn) の得たところのものは家父の所得である。要するに家子も亦其の家族の權限内では一の財産に過ぎなかつたのである。此の家子の不遇の地位はかなり永く續いて居た。

尙ほ注意すべき他の一つの點がある。元來羅馬に於いて親族關係は男系原則に支配されて居たのであるが、時の經過すると共に女系的親族が強調されて來たことである。而も次第に認められて、終には男系に代らんとするに至つた。

日耳曼に於いても羅馬と同様、家族血族等が國家形成の根本をなした。更に又日耳曼の親族關係も男系的制度であつた。一家の團結は男系的であり、種族は父權の根據に依つて成立して居た。然しこゝにも亦女系親の權限が次第に擴張されて、血族も親族も同様に見做さるゝに至つた。

更に又ある點に於いて此の發展を容易にした。それは羅馬に於いては男系親内の嚴たる獨裁君主的であるのに、日耳曼に於いては寧ろ多數貴族制に依つて支配されて居たからである。種族 (Stippe) は一方一人の種族の長により男系親的に結合されたる血族であつたが、他方又一般に血族 (Blutsverwandten) の社會でもあつた。

故に古日耳曼の家族は親族と家と結婚とに分かれる。かの羅馬王國の最初の頃の如く、日耳曼も亦血族的國家であり、法は家族より生ず

のである。

以上述べたるが如く、斯して血族若しくは親族團體の意味に於ける家族は最早何等の働きもなさず、個人の自由獲得が國家の經濟的根柢となり、更に今日の狹義の家族すら私法的、公法的關係に於いては何の意義をも有さなくなる。吾人は次ぎに日耳曼法に於いては、其の家族制度が如何なる地位を占むるやに就いて一瞥しやうと思ふ。

三

歴史上日耳曼の名が現れた時、即ち羅馬と戰端を開かない前の日耳曼に就いては吾人の知るところ甚だ少ない。而も其の大部分は漠たる知識に過ぎない。唯僅かに Tacitus の "Germania" 及び Caesar の "De bello Gallico" を通じてアルプス北方を支配せる當時の狀況の概略を知り得るのみである。

るのである。唯日耳曼法は羅馬法の如く廣く行はれなかつた。後者がすべての權力が "gens" に存して居て國家は單に政治的に止まつて居たのに、前者に於いては血族的結合よりも國家の方が權力を有して居た。従つてすべての血族的及び家族的結合が弱くなり、ある團結 (Genosse) が作られれば、種族の權力はそれよりも高い權力に屈服しなければならぬ。然し乍ら他方家族、血族は其の眷族の繁榮に關し必要なる根據を形成するものである。個人の法的及び社會的地位は血族的結合に深き根柢を有するものである。(H. Brunner: "Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. Band I. S. 111) 親族のなかに人間は法のない人間と同様であつた。先づ第一に古日耳曼の種族は保護友愛の結合を形成した。蓋し當時の不安定なる状態、個々種族の孤立、稀少なる人口等がこゝに種族の共同感情を

生じたのであらう。

ある仲間の一人の暴行に對してすべての種族團體に復讐の義務が惹起される。加害者と被害者とは單獨に談判し和解することは不當とされて居て、其の兩種族が全體としてことを決定した。故に其の復讐は加害者一個に止まらず、其の種族全體に對して被害者側の種族全體から行はれる。遂には其の種族の首領を襲ひ血を見なければ止まなかつた程である。

此の殺戮の復讐は始め缺くべからざる義務とされて居たが、其の後殺人代償金(Sühnegeld)を以て満足するやうになつた。其の古代に於ける「眼には眼、齒には齒」(Auge um Auge, Zahn um Zahn)の精神は今や金錢に依る示談と化し去つたのである。然し贖罪は復讐のやうに尊敬すべきものでもなく、又充分に満足なものでもなかつたので、勿論其の贖罪金にするか復讐に

するかは被害者の選擇に屬して居た。若し贖罪金を請求されて是が支拂が拒まれる時は、諸種族の平和を亂す者として全力を擧げて是が滅亡に努力した。

一種族(Sippe)内に於いては何等争闘もなく、従つて血を見ることもなかつた。仲間内の争闘は其の血族の絶對に服従して居る首長の仲裁に依つて決せられ、尙ほ其の平和を攪亂するものは仲間から追放された。

裁判官の前に種族同士の宣誓補助(Eideshilfe)の義務を負はされて居るが、此の宣誓補助は後の證據と混合されなかつた。即ち所謂「血族宣誓」(Geschlechts Eid)は血族の仲間の爲め云ふに過ぎなかつたのである。

羅馬人の *gens* の如く、日耳曼にあつても軍制に於て *Sippe* は甚だ類似の役目をして居た。こゝに於いても亦種族や血族が一つの單位であ

つて、其の仲間は一つに結合されて行動した。

種族保護の任務は後見(Vormundschaft)の行爲にあつて、寡婦孤兒の如きは種族の全後見の下に置かれた。

次に吾人が日耳曼民族の財産關係を考察するならば、土地(Grund u. Boden)は元來共有財産であつた。同時に各種族に未墾地を分け、其の財産となして居た。

然し乍らすでに早くより、其の住居に關聯して個々の財産は其の家、其の庭園を含み、唯是等の財を種族の許可なくして譲渡することは出来なかつたのである。

この點に於いて日耳曼の方が羅馬法よりも其の首長の権力が甚だ薄弱であつたと云へる。即ち羅馬法にあつては其の團體の長として、*Pater familias* が其の判斷に従つて處分するが、日耳曼法では種族團體の許可を必要とする。此の投

票の爲めに種族の男子は相談に集まる。是よりして後世 *Beispruch*, *Zug* の重要な法制が生じたのである。

Pianta の云くるが如く、(Rekonstruktion der Familie u. des Erbrechtes, S. 35) 日耳曼に於ては「家族の理想的な全財産」を以つて「其の人格と財産に關する法に相應し其の仲間の保護」が行はれて居た。(Caesar, d. b. G. VI, 22. — Brunner; I. S. 59. u. 584—Sohn: — Deutsche Genossenschaft, S. 14.)

(日耳曼民族の土地所有に關しては福田博士の嚴密周到なる考證「シーザー及タチトスに據る古獨逸土地共有制度」なる一篇がある。博士は土地所有の觀念を否定せらる。今は唯其の結論を次に掲げて參考とするに止む。「シーザー及タチトスの記事は土地私・個人所有存在せざることは明白に之を告ぐと雖も、之より直ちに推

論して兩者の何事をも語らざる土地共同所有の存在を認むるよりも、寧ろ土地所有なる事實も觀念も全然古獨逸に存在せず土地は所有の目的として毫も考へられ居らず又取扱はれずと認むるの當を得たるが如し」(經濟學考證「三五頁」)

婦人と子供とは共に家に屬して居たが、子供はやがて結婚若しくは「家來の列」(Gehörschaft)に加つて分離し、成熟した娘は賣られて結婚し、其の配偶者の種族に屬する。然し乍ら成長した男女ともに兩親の家に止まつて居ることも多かつた。従つて家長の支配は二代に、即ち子及び孫に及んだのである。家に屬して居る親族は更に多く存して居たが、尙ほ又是に屬する者に侍僕(Diēspersonen)の一隊があつて、同じく家長の權の下に立つた。故に Huber は「家族は全體として君主的權力が統治せる種々様々の集合よりなる小基模の隸屬關係(Untertanenschaft)

aft)だ云つて居る。(System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts. IV, S. 246.)

然し乍らこゝでも亦此の「君主權力」が羅馬法の pater familias の權力に及ばないことを注意しなければならぬ。即ち往々にして其の權力が制限されたのであつて、例へばある夫が其の權利の實現するに際して存する首長の制限の如きである。

斯の如き家族團體の首長が死亡するや、彼の子孫の兄弟姉妹は分離することなく、兩親の家に一致して止まつて居た。即ち彼等は仲間の内最年長者に財産管理を委任する所謂「共同團體」(Gemeinschaft oder Zusammenkunft)を形成した。(Huber, IV, S. 250 ff.) 家族の一員が死ぬば其の財は残りの者に歸する。此の「共同團體」がやがて新しい時代の影響に對して家族的團體を守護する爲めには最も活動的な手段となつた

のである。

此の日耳曼法と羅馬法と、一方はすでに發展し、他方は當に發展せんとするに際して、相切觸したのである。羅馬人と日耳曼人との連結はこゝに其の國民と法との避くべからざる混交が生じたのである。(Engels:—op. cit. S. 94 ff.)

四

以上羅馬法及び日耳曼法に現れたる家族制の概觀をなしたる後、更に眼を轉じて我が國古代の家族制に及ぶ時、其の間に大なる類似點のあることを知り得るだらう。即ち我が國古代にありては幾多の戸集りて小氏となり、此の小氏集りて大氏となる。これ血族團體の結合である。古來より家族制の行はるること我が國の如く永續して居るものは他にない。従つて中古以後明文に現れたる法制を見るも、尙ほ此の間の消息を窺ふに足る。

戸令の義解に「謂戸一家爲二戸也」とあるが此の一家若しくは一戸の内には祖父母、父母、其の妻妾、兄弟姉妹、妻妾、子孫を始めとして、甥、其の子、伯叔父母、外祖父母、外孫、同黨(同族)、寄人、其の他奴婢と云ふが如く極めて多數存在して居た。恰も羅馬法の gens 日耳曼法の Geschlecht に似て居る。更に此の戸が其の血族關係から小氏となり、大氏となれば益々それに近似して居るではなうか。

然らば斯の如き家族の長、即ち羅馬法の pater familias に類する戸主の權限如何。氏に於ける氏の上若しくは氏の長者の權限の絶大なることは他國の古代と同様であつたらしい。日本書紀に次ぎのやうな物語がある。「此神(素戔鳴尊)有勇悍以安忍、且常以哭泣爲行、故令國內人民多以天折、復使青山變枯、故其父母二神勅素戔尊、汝甚無道、不可以君臨宇宙、固當遠

適之於根國一矣、遂逐之。これは單なる物語ではあるが、當時其の氏の長者たる者が生殺與奪の權を其の手に握れる事實の一端を示すものではないだらうか。後世の戸主權は云ふまでもなく絶對の權利を有せず、かなり制限されては居るが、然し乍ら尙ほかなり強大であつたことは事實である。戸主權に關する重なるものを次ぎに擧げる。第一に其の家の祭祀を掌ること、更に第二に家族の身體を管理すること及び第三に其の一家に屬するすべての財産をも管理することである。雜令に曰く、「凡家長在、而子孫弟姪等不得輒以奴婢雜畜及餘財物私自質舉及賣、若不相本問、違而輒與及買者、依律科罪」戸令に「釋云、妻家稱家者、是兄弟之妻也、縱有婦隨夫之日、將奴婢牛馬并財物等、專從夫家、夫婦同財、故婦物爲夫物、夫亦有父、父子同財、因轉爲舅物也。以つて戸主の財産管

理權の大なることを知り得るだらう。唯戸主の家族の身體を管理するのは保護並びに懲戒のみに止まり、生命を斷つことはかなり嚴重に禁じられてあるやうである。鬪訟律に「子孫違犯教令、而祖父母父母毀殺者徒一年半、以刃殺徒二年、故殺者各加一等、即養父母殺者、又加一等、過失殺者各勿論」と。教令に違犯することも尙ほ是を殺すことは出来なかつたのである。我が國古代の家族制に關しては尙ほ論述すべき多くの點がある。殊に土地に關するもの、相續法等に就いて述ぶべきであるが、こゝには單に前述せる羅馬法及び日耳曼法に於いて現れたる家族制と比較して興味ある部分を擧げるに止める。

我が國の法制が形式に於いて、殆どすべて隋唐の範に従つたものであるにも拘らず、尙ほ多くの點に於いて相違を生じたのは法は死物にあ

らざることを證明するものである。殊に令は律に比して一層其の母法たる支那法制と異なる。今上述の極めて僅少なる法令に依つて見るも、我が國古代の家族制に關して一般的概念を獲得することが出来やうと思ふ。

而してこゝに以上三種の法制を通じて推測する古代の家族制が次第に發展して、今日の個人主義的家族になれることは、本論文の初めに述べたる二種の傾向——個人の覺醒と共同生活の擴大とを其の基流とせることを示しては居ないだらうか。更に將來に於ける發展の傾向も、故を温ねて求むべきでは無からうか。こゝには唯上述の簡單なる概觀に止める。(大正九年十一月廿日稿)

新刊紹介

德富氏の『大戰後の世界と日本』

戦争終了後既に二箇年の歳月を經過したりと雖も世界を擧て茫然自失、宛かも策の出づ可きもの無きに似たり。蓋し空前の大戦は未聞の慘禍を生み思想混亂社會擾亂、伶俐機敏なるもの程進退その度を失はざるもの稀なり。この時の方て大戦の跡講和の辭に就て精透なる論評を加へ世界と日本との現狀を明にするは苟くも先覺者の任にして、德富蘇峯氏が本年の初より『國民新聞』紙上に於て滔々數十萬言奮てその任を盡されたるは、吾人の以て多とする所にして、その新一卷の書冊となりて店頭に現はるるや吾人は喜んで直ちに之を通讀したり。之を通讀