



Title	法律民族學の一構想モウニエ教授の所説
Author(s)	小林, 巳智次
Citation	北海道帝國大學法經會法經會論叢, 9, 93-110
Issue Date	1941-04
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/10697
Type	departmental bulletin paper
File Information	9_p93-110.pdf



法律民俗學の一構想

—モウニエ教授の所説—

小林 巳 智 次

小 引

本文はソルボンヌの社會學教授にして、フランス民俗學會會頭であるルネ・モウニエの「法律民俗學」の全譯である (René Maunier, Folklore juridique. Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. NO. 3—4, 1937. pp. 7—20)。右は一九三七年七月、國際社會科學大會に提出された報告で、後に前掲雜誌に掲載されたものである。

之については、私は既に、日本社會學會第十四回大會 (昭和十四年七月、札幌及び小樽) に於ける報告「農村慣行の法律的意義」を行つた際に、一部分引用紹介しておいた (同學會年報、社會學、第七輯、三三七—三四〇頁参照)。今回改めて舊譯稿を若干訂正して全部を紹介した。

尙ほ「法律民俗學」とせずして、特に「法律民俗學の一構想」としたのは、この報告がモウニエ教授の描く新しい學問的企劃のいはゞプランであるからである。これに關する批判は別の機會に譲ることとする。

反譯については、なる可く原意に副ふて直譯しておいたが、原註は主なるものだけをあげ、譯註は*印、又は

本文中の括弧内に收めた。

本論の内容の概略を次に示さう尙ほ原文には「序言」といふ見出しはないが體裁上かく附けた。

序 言

一、庶民生活 フォクロアの意義、庶民的慣習の意義及び特徴、制裁の種類、ブルジョワ生活との比較

二、庶民法 庶民法の特徴—(一)傳承的—(二)地方的、(三)私的—庶民法と國家との關係—(a)無視、(b)非認(禁壓)、(c)默認(d)承認—庶民法の分類—(a)親族法、(b)契約法、(c)刑罰法

序 言

フォクロアと言ふのは、周知の如く、今より百年足らず以前、即ち一八四六年に造られた英語で、「民衆の知識」(Savoir populaire)を意味する。^{*}蓋しfolkは民衆loreは知識の意味を持つからである。これは第一義としては、古い思想の概念と傳統、従つて、遺制(Survivance)又は過去の迷信(Superstitions)を意味する。

然しこの語は追々第二義に轉化した。即ち、民衆生活の一般に擴大され、文化の進んだ國の内、文化の最も遅れた民衆のあらゆる「文化」、換言すれば、最も進歩した國民の裡にある、最も遅れた人々の習俗、即ち、西歐に於ける過去の精神的、道德的、社會的諸形態にして今尙ほ執拗に残つてゐることを實證するあらゆるものを包括する。

斯様に廣義に解すれば、「法律的フォクロア」(若くは法律民俗學) Folklore juridique としふ語が用ひられてもいゝだらう。

これは、嘗つてこの國に於いて昔時行はれた法律諸形態にして今猶ほ民衆の間に慣習として殘存してゐるもの

を指す。これを正確に定義を下し内容を明らかにするがためには、更に二つの方面から説明しなければならない。

* 英のトマス (W. J. Thoms, 1803—85) が一八四六年に提唱したことを指す。

** *Des gens de droit* 法律的精神とか法律的形式とかを凡て包括したものを意味する。適譯が見當らないから假に斯う譯しておいた。

一、庶民生活

サンチーヴ¹⁾ (Santyses) は曰く、「フォークローアとは、文明國間の、主としてその庶民階級に於ける、傳統及び法律の比較的研究を言ふ。フォークローアは、傳統のあらゆる領域、すなはち精神的文化及び物質的文化を包括する。これらは何れも、學校や公の機關以外に、或は言葉として或は實例として、お互ひに傳承され、保存され普及してゐる。凡そ庶民の智識や技術の特徴は、全く同一の經驗的方法に依つて傳承され、同一の言葉や仕草で教へられ、同一の精神、即ち庶民的心理 (mentalité populaire) —— 社會の有福な階級の夫れとは常に對立する心理 —— を示すところに在る」と

サンチーヴは更に要約して曰く、「フォークローア (彼はフォークローアの研究を指す) は文明社會内に於ける庶民生活の學である」と。

夫故に、フォークローアは、現代社會では、庶民の慣習であると言へやう。

×

×

抑々慣習²⁾とは、言ひ換へれば、一般に行はれゐる傳統的な習俗、すなはち、因襲的で、背反に對する制裁の伴ふ「集團的習俗」 *usage collectif invétéré et sanctionné* である。

因襲的習俗はタルドも言ふ通り、流行 *mode* と相反する。一般的習俗は社會的事實であり、假令、多かれ少

1) *Culture spirituelle et culture matérielle* (Revue du Folklore Français, VIII, 3—4, 1936.
2) 詳細は Maunier, *Coutume* (Revue de Synthèse, III, déc, 1932.

かれ、模倣し遵守されても、元來二種の異なる種類に屬する。社會は常に變化しながらも存続してゐるから古い習俗もあれば、新しい習俗もある。

習俗は、夫れ故に、或る一定の集團では、傳統でもあり創作でもある。傳統はフオークロアであり、夫れは嘗て余の述べた如く「適合」Conformité 即ち現存し、昨日も昔もあつたものであり、過去のものであると同時に現在も猶ほ残つてゐるものである。それは過去の生活の遺存であり、生残りであり、移り行く習俗に對立する恒常的の習俗である。「古代性」antiquité 又は永續性、longivité が主要特徴である。慣習はもの寂びて古風であり、永く保存され、一定の方法で永く繼續され、繰返されて來た。斯様に、何代も引續き反復によつて形成されたものが慣習である。長老の言葉に對する從順であり、祖先の希望に對して忠順なるものが慣習である。これ、第一に家庭に於いて親達が子供達に對して常に教へる事に依つて、傳承されてゐる所以である。されば慣習はその意義から言つても、家庭的、若くは家庭的、intra-familial の系列に屬する。

慣習は又制裁の伴ふ習俗でなければならぬ。といふのは、必ず義務が伴ふか、少く共ある傾向を帯びてゐるといふことである。慣習が醇良なものであり、従つて遵守す可きであるといふ考へ方、慣習は古くからあつたものであり、或は、一言で言へば必要であり、有用であるが故に、之れを遵守し且つ保存せねばならない過去の力であるといふ考へ方等は、凡て慣習法の第二の特徴である。そうして、夫故に制裁は夫れを支持するために用ゐられる。

この制裁は憲法や法律に依るものではない。蓋し、學者のいふ法律學では、法律と言へば、組織された權力により制定公布されるものであるが、社會には、猶ほ、別に組織を有たない權力により作られる掟がある。それは輿論に依つて定められ保障される規範である。これは社會團體の「一般的承認」に基くものであり、各人の参加と普及とにより形成されるもので、決して宣言や公布により作られるものではない。之等の慣習法は誰が發案者

であるか判らずに、一般に行はれてゐる。だから、宛然禮儀作法の套習であり、道德の先例であり、正義の傳統であり、何れも法典や法令の中に書かれたものではない。之等の掟は凡て「思想の女王」である「輿論」により命令され又は提出される。宣言せられざる法律、編纂されざる法律であつて、而かも、よく證明され尊重される。

然らば制裁を更に實證的に言へば何であるか？ 少くもいはゆる道德的制裁であつて、法律的制裁ではなく、俗信的基礎に立つものであり決して立法的基礎に立つものではない。

凡そ制裁には四種ある。³⁾ すなはち、民俗的慣習に對する違反は罪業 *Peché*、犯罪 *délit*、過失 *faute*、及び失策 *faute pénale*。

罪業は贖罪により罰せられる。即ち神秘的又は宗教上の禮式的制裁であり、精靈又は神々に依り、又は少くも神々の名の下に、人の権力によつて、神々の怒りを宥めるために、罰せられる。

犯罪は法律的秩序に基いて處罰されるものあり、これは文字通り、法律的制裁である。蓋し、これは一定の權力的作用であり、合法性を維持することの一部をなすものであり、刑罰又は賠償が法律により強制される。賠償は償ひであると同時に刑でもある。

過失は非難により罰せられる。即ち倫理的制裁であり、輿論の判斷に基く、道德的批難、世間的惡評蔑視であり、神も法律も何等關係はない。又は不面目であり、倫理的秩序の傳統破壊者に對する名譽の侵害である。彼は信用を喪ひ名譽を傷け、地位を下され、場合によつては迫害されることもあらう。

最後に失策は單純な行動の錯誤であり、殊に文化社會又は都市社會の仕方に對する違反にすぎない。これがためには、評判を墮し、特殊の方法による嘲弄の對象となるもので余の所謂諷刺的制裁である。種々のしくちり等何れも仕草に於けるあやまりであり、不作法、不體裁、不躉、風變り、偏屈等は何れも社會團體の批難を受ける

が、夫れは違反者の匡正を目的としてゐる。そうして笑か又は微苦笑により、或は談話、論説、公開状とか小冊子により、或ひは彌次か嘲弄により、或ひは假面舞踏會か偶像により、つまり、言葉や事實、表情等により、個人的又は集團的に制裁が行はれる。又、違反に對する一時的の言動にすぎないこともあり組織的團體又は彌次馬團體の場合もある。馬鹿騒ぎ^{*}のこともある。而して、之等因襲的慣習の遵守を確保するのは、常に目撃者、隣人等の壓力によるものである。

* *La mare-folle ou charivari*. シヤリバリと言ふのは日頃不評判の家の前で惡罵嘲笑喊聲をあげたりすること。メール・フォルは判然しないが、謝肉祭などに人形を持つて氣狂染みたさわざをする女を *Folie* と云ふから、シヤリバリの際にも同様な扮装で相手方を嫌がらせるのではないかと思はれる。假りに「馬鹿さわざ」と譯しておいた。日本でも祭禮の晩など類似行爲がよく行はれることを附記しておく。

X

X

庶民的慣習は、既に明らかに爲した如く、第二に、民俗の特徴である。この點は特に明確にしておく必要がある。就中フランスでは、寺院法の註釋者が、能く之が説明を爲した。即ち、慣習法は、夫が傳統的であるといふ唯一の事實に依り、非合理的であると。若し慣習が因襲的であるとすれば、夫が庶民的若くは前論理的のものであるからである。夫れは庶民により本能的に遵守される。夫れは理性の法則に對しては全く別物である。夫故に何等の解釋も説明を要せずして夫れ自身價值を有するので、かゝる本能を否定反駁する事が如何して出來やうか？ ポーマノワールは、「若し然りとせば、斯る慣習は凡て保存す可きである」といつてゐる。^{*} 之等の慣習が、價值を生じたのは夫れが誰に取つても大いに必要であつたからである。ラウリエールが有名な佛法辭典に於いて慣習的 *coutumier* と平民的 *roturier* とを同意語としてゐる所以も茲にあらう。^{*}

* *Beauvoir* (1246—69) フランメスの法學者にして詩人。 *Chantume de Beauvaisis* 編纂者。

* * *Eusèbe Laurière* (1659—1728) 法學者。

次に庶民的慣習の定義如何。これは極めて重大であるが、私の考では二義がある。すなはち、階級若くは地位の觀念と、行狀若くは生活態度の觀念とこれである。

地位の觀念は階級若くは環境、地位、條件等を指す。地位の低い常民の習俗は即ち最も主要なフォークロアである。「下層階級」若くは「劣勢階級」及び、往昔のもろもろの細民や恵まれない卑賤の階級はフォークロアの温床である。いはゞ、之等の人々は、この國の住民の中でも、地位や教養の低い、従つて多かれ少なかれ何れも迷信に左右され、昔の人の考へたやうな考方をしてゐる人々である。社會の進歩から遅れ、恐らく知識も少ない連中、現代文化國の中にありながら然かも文化に遅れた人々である。フォークロアは従つて文化國內に於ける未開の文化であり未開文化の文化である。

之等の用語について特別な意味を強ひて附會する勿れ。西歐諸國の中には現在猶ほ過去の遺習に泥み、所謂文明人と其他共に許す人々が既に放棄した因襲をば墨守してゐる團體や環境がある。果して何れが幸福か何れが優秀かは決定し得ない。

フォークロアの保存者には二種の環境、團體又は生活がある。すなはち村落の人々又は農民と、場末の街の人々又は勞働者とこれである。農民の習俗と勞働者の習俗、農村の習俗と都市の習俗、之が庶民の習俗の二面である。彼等の精神的並に物質的生活こそ庶民的傳統乃至慣習であり「庶民的文化」と庶民生活である。

次に生活態度の觀念も亦この表現の中に含まれてゐる。凡そ、各階級はその生活様式を持ち、各階級はその風習をもつてゐる。宛かも夫々の年齢頃に依つて悅樂を異にし、男女の性別により風習が違ふ如くに。夫故に、從來一般庶民とブルジョアとをその生活様式により區別して來た。會話に於て兩者の差違は極めて顯著であり、截然と異つてゐる。蓋し各階級は獨特の話術を持つが、これは獨特の思想の表現である。人の話術と考へ方とは相關々係がある。衣食住に亘り凡て夫々庶民的特徴を示す型式が備つてゐるものである。例へば「サロン」は少く

も現在に至るまではブルジョワ的である。

葉巻煙草なども亦、今迄のところはブルジョア的である。テオドル・ゴーチエ F. Gaucher が一八三九年に述べた所によれば、當時はワイシヤツにカラーを着けるのもブルジョア的であつたそうである。手袋、ピジャマ、ステツキ、取外しの出来るカラー、英國風のスポーツ、テニスのラケット、ゴルフのクラブ等は何れもブルジョア的である。だが、赤葡萄酒を呑むことや、而かも夫れをちびくでなく一息に呑むこと、ゴム塗の卓子掛の上で食事をする事、ボンネットとかカスケツトとかを冠り、鬘代りの帽子を冠らないこと等はブルジョア的ではない。エプロンを掛けたり、仕事着を付けたりするのも、古のブリオー (Bliaut) 風俗の名残を示すもので、疑もなく「庶民」的である*。

* この節の各種風俗について庶民的と都市的との區別はフランスの風俗を熟知しないと判然理解できないが、著者の言はんとしてゐる意味だけは推量できると思ふ。「ブリオー」は十一世から十三世紀に亘つて行はれた着物の型で比較的長く、且つ引締つたのが特長である。尙ほ Short は Sport 即ちスポーツの誤植であらう。

然し過度にブルジョアと庶民との特徴を區別する弊をさげねばならない。とは言ひ、物質生活に就いては庶民のある限界があつて、それを超えてブルジョア化する事のできないことが明らかに認められる。精神生活にも同様である。文化のより低い風習、洗練されない趣味、粗野な舉止、鋭敏ならざる鈍重な、粗雑な、時には亂暴な野卑な、思想、娯樂、就中室内の夫れはブルジョア的であり、野外の夫れはより庶民的に發達してゐる。俱樂部は前者、祭りは後者、クラブの人々は靜に憩ひ、庶民は祭に互に誰とは知らずに雜然と擦合ひ込合つて楽しむ。骨牌にしてもブリツヂとマニル又はプロートとは同様の區別がある。

王朝時代に問題視されたのは、質の意義であつたが、現代ではその意義も更つた。アンリイ・ド・マン Henrideman 流の最大の掛念は、庶民がその欲望も娯樂も、依然として庶民的に止まることであり、彼等に彼等固有の

藝術や競技を與へ、眞にプロレタリア的ならんことである。要するに斯う言へやう。乃ち、夫れは極めて簡單な、しかし、根本的な、一事實に關聯してゐる。即ち、労働が庶民とブルジョワとを區別するといふこと之れである。丁寧な仕事は閑人の仕事である。庶民社會の人々は少くも手を遊ばせて居ない、労働者である。古いフランスのテキストに謂ゆる「青い爪を持つ人々」*«Ki out les ongles bleus»*である。自分の腕で働き、その労働に依つて生活を維持することが、ブルードンの指摘した通り、庶民の運命であり、夫れこそ唯一の民である。つゝまじやかとか、さゝやかといふ考はこゝから生れたものだらう。生業とか儲けとかいふ意味も同様であらう。辛い労働をして僅かな所得をうる。之れが農民と労働者の過去と現在の實狀である。然し彼等が慣行上のある生活や掟を持つてゐるとしても、夫れは連絡があり、一體を形成する。即ち、一定の「舉措」又は活動であり、これを「フォークロアの目的たる可き生活と言ひたい。その流儀と仕事、思想と欲望、計算と激情、感情と判斷、之等は凡て「庶民」的であり、若くはあり得る。之れを庶民の「精神」とか「庶民の心」といつた人があるが肯察に當つてゐる。

だが、庶民とブルジョワとの限界は常に變化出入があることを知らねばならない。蓋し庶民は喜んでブルジョワに接觸するが、ブルジョワも庶民によく接することがある。彼等は自分の階級の掟から假りに一時的にもせよ自由になつて氣輕になるために、好んで俗語を用ひたり研究したりする。卑賤な戯言や糞尿文學 *«Crotologie»* の如き解放の必要から、小さな無禮講とか、ケルメス祭のときとかを機會として世間の掟を忘れて誰れ憚ることなく振舞ふのである。こうして、ブルジョワ風を、自發的にか又は他動的に、プロレタリア風に染めることは兩階級の接近によつて行はれるが、これは近代は殊に著しい⁴⁾。これが昔、乾草門^{*}の徒の使ふ言葉が流行した理由である。

然らばブルジョワ・フォークロア *folklore bourgeois* といふことが言ひ得るか？ サンチヅはこれに反對したが

4) 同著者 *Contact des raees, Conrctact des classes* (パリ大學年報 VII. 1—2, 1932) 参照

或人が庶民であり、且つある限りは、未開人の教を研究する文化人はそのフォークロアを持つてゐる筈である。即ち、フォークロアは吾々に、少くも暫しは屬する。言はゞ間歇的にもせよ不規則な方法で、フォークロアを作れるといふことができやう。

* du Portail-Foin 乾草門と直譯しておいたが、史實は判らないが、意味は擲取れやう。

二、庶 民 法

庶民生活があれば、「庶民」の生活規範たる庶民法がなければならぬ。官僚的宗教と異なる庶民的宗教あれば、官僚的藝術に對して庶民的藝術あり、同様に官僚的法律に對し庶民的法律ありと言へる。そこで先づ定義を作り夫れが法律家の所謂慣習法と異なる點を述べやう。抑ある斷片であつて斷片にすぎないものあり、又部分にして全體の裡に獨立に存在するものもある、夫れは慣習であり、庶民的慣習である。夫れはある階級とか環境とかに殘された習俗から生れるものであるから、そして、夫れは或る意味で「階級」的であり、文化の進んだ階級乃至環境より見れば時代遅れであるから、夫れは正規的法律、公に承認された法律、官僚的法律ではあり得ない。従つて庶民法は夫れのみ固有の三つの特徴を持つ、即ち、傳承的、oral・地方的、local・私的、privéこれである。

(一) 傳承的にして非文書的なること

夫れは口頭から生れ口頭により傳へられる。夫れは編纂されない、公布されない、統一法典化されない法である。夫れは會話により、詩により、又は歌謡によつて表現される。時には格言や寄集めのも、詩に示されてゐる。親から子供へ、兄より弟へ、老人から少年へと傳へられる。夫れは假りに「教授」されるとしても、家庭の中であり、市場や、カフェー、一口に言へば、凡俗の「集會」に於いてであつて、學校やお役所ではない。マダガスカルのグラランド・イールの住民の言葉に極めて適切なものがある。曰く「耳の遺産」これである。勿論文書によ

る事も屢々あるが、これは稀に、審議の結果、制定法の中に挿入されて、吾々の眼にふれるのである。こうした事由で、往年、フランスの職人同業組合の定款の中には、「立法者」により禁止されながら、従来慣習上の法として永い因襲により傳統的となつてゐるものがある。夫故に一種の成文・傳承法、*droit écrit-oral*であるが、決して嚴密の成文法ではない。要するに庶民法は傳承法と定義し得られる。されば、傳承文學といふが如く、傳承法律學 *Jurisprudence orale* としふもよからう。傳承法律學の教師は語り手であり唄ひ手である。獨唱者であつて論争者ではない。強ひて説教者と言つても夫れは教壇に立つ者ではない。嘗つて近頃まで文書が少數のブルジョワにのみ知られてゐた頃、庶民法は單に傳承法として残つてゐたが、纏つた論説は夫れからは作られないだらう。語誦以外に、何の形式的なカテシズムもない。されば結局フオークロアたることは疑ひない。

されば、假りに慣習であると言つても「法律家」の指す夫れよりも遙かに狭い意味であることは申す迄もない。法學上の慣習法は制定法若くは「國家法」に非るものを指し、實際に行はれてゐる法であつても公布に依るものではない。これは「商人」が契約の中に用ゐる慣用法を含み、又、判例法、即ちバルタンとかデエニーの如き優れた學者が吾々の慣習と認めたもの、即ち極めて自由な立場から法律を判斷した「裁判官法」*Droit des juges*とも謂はれるものをも含む。要するに法學上の慣習法は常に文書に依る法であり、學者の法であつて決してフオークロアではない。庶民の習俗は全く別の形をもつてゐる。ドイツの民族精神 *Volkgeist* の産物といふ様に神秘的にこれを取扱ふことは到底出来ないが、さりとて何とも判きりしなう一つの創造を認めることができる。即ち「無意識的」法 *droit inconscient* 或は「本能的」法 *droit intuitif* と言へるだらう。強ひて超越 *transcendance* とか、本質 *hypostase* とかといふ考方をする必要はない。吾々が特に注意して觀察すれば、庶民法の成立と傳播を極めて明白に認めることができる、それは限りなく繰返される行爲によつて成形するもので、恰かも多くの通行人の足跡により小路が出来ると同様であり、そうして、斯様な習俗は最初ある「特定」の個人の仕業であるこ

とがある。この最初の工夫した人をプリムス Primus としても異議はないだらう。例へば、多くの人が集會する場合に、何人か先達となつて宣傳する者が有ると否とに拘らず、ある感情の昂奮の結果爆發して夫れが一時的に納まることもあらう。又、ある集會で、衆議の結果新しい掟を満場一致で認めるといふことになることもあらう。夫れが格言となり教訓となり、或は物語となり歌謡となり家庭や街で行はれる。夫れは説教であり、教訓であるが、夫れが種々の節や調子で語られることは「原始」民族に於いて屢見られるところである。保存と變化——時々改作され又は全く反對のものともなる——は、この非公式の法では、常の事であり、多數の人に依つて又は一個人の力で行はれ、感情的に又は合理的になされる。その人、その精神、何れも庶民法では官僚法の如き統一がなく混然としてゐる。斯様な進化や變革も遵奉者に取つては、少しも神秘不可思議ではなく、大抵は口で傳へる言葉によるものであり、庶民法に取つては、單なる機械にすぎず、仲介者にすぎない書かれた言葉——文書を藉りることは決してない。

(二) 地方的であること——口頭的であるから——殆んど例外なく

凡てフォークロアは地方的である。といふ意味は、田舎者であると町人であるとを問はず、常に地區的 Regional であり、プロヴァンシアルである。即ち、全國的のフォークロアといふことは殆んど問題にならない。傳統の一つ一つが一定の限られた繩張りを持つてゐて、喋る言葉が通用する一定の郷土といふものが存在する。私が他の書に述べた様に、國民は言語の結合體であり、廣汎な國境内に行はれる法の結合體である。共通の言語と共通の法こそ「國家」の全部である。然し、庶民法はある郷土にのみ行はれ民衆の言葉に示される「地方」pays の法である (pays とは語の原意に従へば)。それ故に、夫れが維持されるとすれば、「地方言」に依るものである。フランスの法典や法律はフランス語によりフランス語と共に生命を維持する。同様のことが各地方にも言はれコロニイにも言はれる。夫故に傳承による慣習は必ず地方的慣習である。そうしてフォークロアは八九年前(一七八

1) アルジェリアのカピールに、特に著しい例がある。之に就ては私の *Mélanges de Sociologie nord-africaini*, 1930. 参照

2) *Coutumes algériennes*. 1935.

九年、即ちフランス大革命前——譯書）にもさうであつた様に、複雑と「不整型」の證左であり、統一と整型とは決して相容れない。夫れは全國的のもの、中にあつて、常に「プロバンシアル」であり、より大なるものに比すれば常に局限せられ、一國全體の法の中にあつて常に地方的法であり、民俗學者の無骨の常套語をかりれば「非國家的」 non étatique 法である。更に第三の特徴がこれから引出せる。

(三) 庶民法は私的であり公式的 patent でなく、共通的でなく、公的 public でない

茲に私的といふのは法律家の指す私的とは異つた特別の意味を持つてゐる。即ち告示されずして普及し公布されずして遵奉され「公式」official ではないが「非公式」officieux に通用されてゐる。蓋し立法者の命令でなく輿論に依つて造られるからであり、そうして、受身にそれからそれへと傳承されるが、豫め明確に定められることがないからであり、若くは又、治者の創作では決してなく、被治者の創造であるからである。それは多くの法典の手の届かない片隅の規定の無い部分に有効に存在してゐる。と言つても必しも何時も左様とは定つて居ない。時には法典と全く違つて無効とされたこともあるが、この場合は私的のみならず秘密であり隠蔽されてゐる。同業組合は王朝時代には禁止されてゐたので、陰謀罪とせられた。一八八四年の職業組合法以前の労働組合は、ある守護神を中心とした相互扶助の財團と云ふ假装の下に巧に合法を装つてゐた。そこから烈しい鬭争團體が聖ジャン・ポルト・ラチヌ Saint-Jean-Porte-Latine の旗の下に生れた。

斯様に、庶民法と普通法との關係は極めて複雑多岐に亘り、非公式と公式との關係に在る。これは法律上の二の異つた「系統」であり、何れの國でも、この二系統の法律は重なり合つて居るが、兩者は時に相融合し時に相刻する。即ち、一は制定法 droit de législation であり、他は承認法 d. d. acceptation であり、或は命令法 d. d. prescription と傳統法 d. d. tradition と言ふことも出来やうし、一は公(法)的 public であり必ず明白である。蓋し「何人も法を知らぬとは看做されなす」(ローマの法諺 Nemo censetur ignorare legum——譯者)。他は私的

であり往々秘密にされてゐる。そこで、夫々別の立場からの四の關係が生じ得る。即ち庶民法は官權により無視、ignore せられ、非認、reproûvé せられ、黙認、toléré せられ、又は承認、approve せられる。

(a) 無視は最も普通に行はれる

官權は庶民法を知らないし、又自己の法以外に他の法の存在する事を知らうと欲しない。これがため立法者は尊大倨傲に構へてゐるが、解釋論者が常に強く背後からそれを支持してゐるからである。凡そ、彼等は文書に示されない法律を否定し、そうして民衆が不明確な慣習に従つて「紛争を捌く」のは卑俗にして嘲笑に價するものとして輕蔑し、何時かは近き將來に於てその暗示と教訓とが相當の根據あるものとして認められる可能性があるに拘らず、過去の迷信（御弊かつぎ）として晒ふのである。これが官僚の庶民の慣習に對する態度であり植民地に於いて土人の慣習に對する態度でもある。彼等によれば、國家は唯一の立法者であり、爾餘の者は立法者として指定される名譽に決して價しない。

(b) 斯様な消極的に無視するといふ事のみならず、更に積極的に立法者に依つて非認、若くは禁壓される場合がある。宛かも植民地で土人法が左様される様に。（モニーユ「アルゼリアに於ける佛法と土人の慣習」一九三二年）これは法の二型態の相剋といふ可きである。「私」法（庶民法）と「公」法（國家法）との間に或る問題について矛盾反對が生ずると、何れか一方を避けねばならない。そうして庶民法が、一般の秩序や社會共同の進歩に相反するものと考へられた時、社會の道德律や福利が損はれるものとされる場合には、國家は之れを抑壓せんとするのが常であるが、必しも常に夫れは成功しない。これは宛かも二つの法律型態の試合であり、屢々延長戦となり、立法者が必しも勝利を占めては居ない。例へばシャリバリに就ては、二世紀間に亘り、王朝時代から始つて議會は徒らにこの舊習の撲滅のために争つて來た。その結果刑法典（刑法四七九條第八號）の中に「夜間の喧騒」といふ文字を入れ、そうして漸く百年の後に、夜間のシャリバリは處罰せらる可しとして、破

毀院は治安判事を説服し得たにすぎない。(一八〇八一—一九〇三年破毀院判例) 茲では危く損はれんとした民衆の便宜といふことが眼目である。その他に道德とか平等といふ事もある。尙ほビレネ地方の問題として、家産を多數の子の中の一人に相續せしめると、即ち特權的に行はれる單獨相續も民法典の平等分割と相違してゐる。又コルシカで移出民が事實上相續權を喪失することなどもあげられる。「遠方に居住する者は汝の兄弟に非ず」これはマグレツブ(北アフリカ)のアラビア人の諺である。之を要するに、以上の各々の場合は成文法に對する抵抗と言ふ可く、傳承法は假令「立證されない」としても夫れは徒勞である。被支配者は彼等が選んだと看做されてゐる支配者の思ふ通りには必しもならない場合がある。そこで自然と國家、家族、村落、地方等について種々の争が生ずる。現代では、各種の職業や境遇に關し國家との争がある様に、「弱少」集團 *groupes "inférieurs"* は固有の法律を持ち、國家の法以上に彼等は之を尊重する。これが「適用せられない」法律のストックが漸次に増加する理由の一つである。

(c) 次に庶民法は屢々默認される

官權から非認されても、夫れは尙ほ存続し、心ならずも辛棒して時期を待つ。彈壓は常に繰返されるが效果は少ない。夫故に、觀察者は上から強制される法と、同意する法と、そうして默認される法とを區別しなければならぬ。

カルテルや職業組合は法律では永年禁止されて居ながら默認されて來たのは、今日の C. G. T. と同様であり、何も目新しいことではない。官憲と雖も、田舎や場末の街外れで彈壓して必しも效果のない、又は容易ならざることば默認せざるを得ない。例へば、から騒ぎの祭とか、厄介な集會とか、之等は昔から庶民が自ら慣れ行つて來たものである。夫故に好むと否とに拘らず、之れを「免許」又は「保護する」必要も生じて來るわけである。

(d) 最後に極めて稀ではあるが、庶民法も官権に依り承認され正式に許されてその保護を受ける場合もある。これは二つの法律型態の一致を示し、「弱者」の法律が本質的に「優者」の法律と同じうするが故に、立法者の意見と同一の價值と制裁力を具備するに至るものである。斯くして現代の法律は慣行に制定法としての價值を明らかに附與し、之により傳承法は例外として成文法と同格に取扱はれる。商慣習とか農業慣習は、屢々、法律を補足するものとして認められ法の缺陷に對し、「法律の淵源」として法の説明解釋に資せられ、法の「沈黙」に對しその曖昧な點を明らかにするために用ひられる。之れ傳承法の補足的・依存的役目であり、立法者に取つてはこれで成文法を支持せしめやうとするに外ならない。ポードンが嘗て述べた如く、慣習は王權により、少くも暗黙でなりと、認められない限りは有效ではない。

更にこの法律の二型態の區別に就いて説明を加へやう。傳承法は、私的であるから、成文法の承認とは全然同様な承認が行はれるものではない。それは、殊に「非公式」の法に屬するがためである。神祕的・道德的・諷刺的な承認、これが庶民法獨特の手段であり、輿論の判断をつなぎうる救ひの手であり、一般の信頼を受け得る手段でもある。夫れは信義、*bona fide*による法である。夫れは官権に依存することは毛頭なく、從つて警察や裁判に依らず、只管慣行の外には何物にも頼らずしてその固有の殘された手段により保障せられてゐる。併しなから一旦國家に依つて承認され、ば、法律的承認たり得可く、私的秩序より公的秩序となり、成文法と同様の價值と效力とを帶び、「法律の保護」が加へられる。斯くして極めて稀れな特殊の場合に限り、二重の承認が庶民法に對して協力するに至る。即ち公式の承認と非公式の承認とが協力する。道德的秩序の壓力と、法律的秩序の壓力、即ち、庶民の聲と國家の聲である。庶民の聲は先づ存し國家の承認の有無に拘らず常に必ず存しそれは輿論に取つては神の聲である。

X

X

庶民法はフォルクローアの主題であり、その固有の意義と制裁とを有する。お氣に召さない方があつたにしても夫れはたしかに「法」であり、そうして嘲笑される法であるが、法たる事には相違ない。法律學者の法も、これを無視したなら空中樓閣に等しからう。

之れを一層明らかにするために、普通の法典とは違つたこのもう一つの別の法典、すなはち、文書に示されず、所謂「心肝に銘記」してあり、各人の心の奥にひそんでゐる法典の内容を若干の條項について尙ほ詳しく調べて見やうと思ふ。

さて庶民法には三大部門がある。親族法、契約法及び刑罰法これである。民俗法典 *le code du folklore juridique* は従つて三篇より成る。

親族法は家族の内部に展開する諸關係であるが、この家族は古い意味であり、現代の吾々の「家庭」(若くは世帯)よりは一層範圍の汎い血縁團體を指す。「父系」家族、そうして夫々が「婚姻家族」*f. conjugales* を含むところのもの——ル・プレーの所謂父系家族と幹系家族 *familles souches* とを包括し西歐に屢々過去の證左として殘されてゐるものである。されば、本篇は父權法 *Droit paternel* と夫權法 *Droit marital* とより成る。血縁關係夫婦關係、親子關係等、何れも現行法令とは異なるものが尙ほ遺存してゐる。以上が身分法の大要で、回教徒の法律に同様のものを見受けられる。

契約法は家族間又は個人間に行はれた彼等の「利益」の統制に關するもので、必しも完全な自由意思と自由承認によるものではないが、第一に「同意」が必要であつた。これは物權法であり、占有をも含む。少くも部分的には——契約法であり、職業法でもある。即ち、家屋、土地、市場、職業等の法であり、何れも不文法である。「勞働慣習」も之れに屬する。

刑罰法——慣習上の制裁法規であり、立法者の豫想し得なかつた制裁である。神秘的、道德的、諷刺的、稀に

法律的でもある。庶民法はこの部門では、屢々公法の範圍から、逸脱するから法の範圍を定めるには慎重に考へねばならない。

×

×

要するに、庶民法は儼として存するものであり、單なる一法案とは違つた何物かである。しかも、これを蒐めて編纂すれば優に尨大な一卷を成すであらう。フランスでは、左様いふ仕事は、既に百年以前、或は夫れ以前から民俗學者や法律學者の手に依つて、共同的に又は單獨的に行はれて來たのである。勿論民俗學者が第一位にある。例へばミシユレー Michel の如きは一八三七年以來純乎たる民俗學者で、グリムの反譯者たるのみに止まらなう。後にセビロ Schillof の如き、ガイド Gaidoz の如き、ヴァン・ゲネップ Van Gennepe の如き、現代のサンチーヴ Saintyves の如き何れも立派な業績をあげてゐる。一方、法律學者、就中、法制史家も亦法律民俗學の蒐集に貢献した。ブーギエ Bougnot は一八二八年以來、次いでシャツサン Chassan ラヴレーエ Laboolaye 等は眞に先驅者である。尚ほ巴里法科大学にはすぐれたこの派の學者があつたことを忘れてはならない。即ち、エスマン Esmein、デラル Girard シェノン Chénon、就中デュバル Duvail は法律民俗學に夙に着眼した人である。彼等は近代思想の薄片な寢臺の下にひそむ「原始的思想」をば農村の法律の中から探し求めやうとした。そうしてたとひ立法者の強い——然し必しも常に明白であるとは限らない——聲に耳を傾けることは容易いことではあるが、同時に又もう一つ他の極めて遠い聴取り難い、然し何代も何代もの遙か昔のその果てから響いて來る聲をも、夫れは寔に困難ではあるが、聴かねばならないことを痛感してゐた。(終)