



駁東京日日新聞
民法修正論

法政協會雜誌號外

1854



414
A 2549

新法論

大正十一年四月
隈侯爵郵寄贈

駁東京日日新聞民法修正論

其一



余輩常に新法を論する者に告げて曰く宜しく先づ其大体に通曉すへしと蓋し安りに之か非難を試むる者多きを以てかり余輩頃ろ東京日日新聞の民法修正論なるものを讀めり測らざりき其第一第二第三編(四月廿二日乃至廿四日發刊)共に是れ識らずして云ふ夫の一派の論者無稽の套語ならんとは夫れ議論の材料主要の點に於て既に誤解あるときは滔々たる幾千万言も亦總て徒爾に屬するを明かなり故に余輩は吾曹記者の爲め及び其讀者の爲めに章を追ふて該社説の虚妄を辯駁せんと欲す

吾曹記者が民法に對して異議を唱道するは要するに其規定が當然の區域を超越して行政權にまで干渉し且つ自然の條理を重視したるより全く憲法の條項と撞着を致せりと確信したるに因るもの、如し故

に此大なる誤解をして釋然たらしめは其餘は論破するに足らざるべし

夫れ世に自然の條理ありて終古不易なるは争ふべからず夫の公法に宜しく國是を主とすべく私法の宜しく民俗に適すべしと雖も凡そ法令にして人智の及ぶ條理を顧ざるものは古今万国未だ曾て之れあらざるなり唯國家統治の必要上純乎たる條理を以て主權の運用を妨ぐべきにあらず是れ吾人は固より天賦自由の權利を有すと雖も吾人は實に國家に對して服屬の義務を負ふ以來國家主權の統裁に係る法律の認知し許與し保護する所の權利にあらざれば確實あると能はざる所以なり而して此國法の認許する權利は又國法の明條に據るにあらざれば決して侵害せらるゝことなし

民法の規定は吾人相互の權利即ち私權の關係を確保するを目的とす而して是れ憲法の下に於ける一大要典總て民事に關する法令の原則

たり故に其規定は宜しく百般私權に就き廣汎詳密なるべし凡そ此範圍内の事項にして公益に關せるものは敢て之を他の法令の規定に讓るべきにあらざるなり且つ夫れ私法は必らずしも政略權道と相待つもの効用あるにあらざるを以て其規定は概ね自然の條理に基つくべきものとす只之が爲め公法の機宜に觸るべからざるのみ
其れ然り我が民法は憲法の下に於て條理を疏述したりと雖も條理を憲法の上に重視したるの條項何くにかある又我が民法は國權の私權に及ぼす制限を公法の規定に譲りたりと雖も公法の區域を侵したるの條項何くにかある蓋し吾曹記者以爲らく我が民法中「行政法」とあるは行政に關する法律の謂ひにして「行政法を以て定めたる規則」とは行政法律の委任に由り發する命令を指すものならんと斯の如きの見解に寔に誤謬を致せし根原なるへし夫の行政法とは行政に關する法律命令を併稱し「行政」を以て定めたる規則」とは右法令中の規則を指す而

して……は行政法を以て之を規定す」と云ふは當該民事の性質上宜く國權の關涉を受くべきか故に之を他の法令の規定に譲り即ち其規定に従ふべき旨を示したるに過ぎず豈是れ必らず行政法律を以て之を規定せよと命令したるものならんや彼等此れを之れ知らず宜なり憲法第九條の行政命令の存立を認めずと謂ふや又夫の規定は立法の拘束と爲り行政の阻碍と爲ると謂ふや(財産篇第三十一條乃至第三十五條第二百二十七條第二百二十九條第二百三十一條第二百三十二條第二百六十四條及び財産取得篇第三條等參看)

吾曹記者は頻りに獨立命令獨立命令と絶呼せり抑々獨立命令と云ふは委任命令に對するの學語のみ行政命令は獨立して法律の規定と其効力を争ふべからず固より行政命令は以て法律の範圍内に處分し又ハ公共の安寧秩序を保持し及び人民の幸福を増進する爲めに法律の欠缺を補充するを得ると雖も決して法律を變更するを得ず又特に法

律を要する事項を規定するを得ず若し法令相支吾するときは命令は常に無効たるべきを憲法第九條に照して明かなり然るに彼等は反て公法の施行に基づかさる獨立命令を以て民法當然の範圍を侵さしめんと望むものゝ如し是れ蓋し國家權力の發動行用も亦法律の檢束を受くべきは立憲の要義なるを知らざるに坐するのみ
我が民法は主ら羅馬法系に属する諸國の典章を模範として編纂されたると事實なりと雖も内外の慣習及び論理にして其採るべきものは皆之を採り別に一機軸を成せると固より争ふべからず然るに吾曹記者も亦夫の一派の論者に附加雷同して我が民法の編纂は拙速を尙ひたるものと曰ひ漫爲妄作徒に翻譯を以て法を製したりと曰ひ編纂の方法論理陳腐の古式に泥み近發の學理に戻ると曰ひ日新の法理に通ずる識者を満足せしむる能はずと曰ひ太甚しきに至りては佛國憲法の施行法規たるべきも以て帝國憲法の施行法規たる能はずと曰へり

是れ皆新法を講究せざる者が徒らに想像を逞ふして吐露する罵詈の妄言なり一々駁撃を加ふるの價值なし彼等の稱して日新の學理となすものは果して如何ん後編の出づるを待ちて此是非を判断すべし吾曹記者は民法と憲法との撞着に就き編を逐ふて詳論すべしと云へり余は其撞着の點決して之れ無きを知るが故に毎編必ず其虚妄を辨駁するを怠らざるべし

其二

國家の行政機關は常に法律及び命令に從て運用せらるべし其専ら命令に依り自由の活動を爲さんと憲法決して之を許さず而して民法は其當然の範圍内に於ける一切法令の原則たり故に之を制限するを要せば宜しく他の法律を以てすべく敢て行政命令を以てするを得ず只其命令は法律の下に處分し及び法律の缺點を補足するに就き充分敏活の作用あるべきなり(憲法第九條)我々民法は總て私權の確保に關す

る事項を網羅するに勗めたりと雖ども勿論行政權の機宜に觸るゝを避けたり然るに吾曹記者が民法は行政命令の存立を認めずと誤信し且爲めに行政權は阻碍を受くると過慮したる以來種々なる妄想を惹起するに至れり今一々之を辯解せん(四月廿六日及廿七日發刊該新聞社説參照)

民法財産編第三十條に於て所有權は自由なるものにして之を制限するには有權者の意志を以てするの外特に法律を以てすべきを規定したるは之れ實に憲法第二十七條所有權不可侵の大原則に基つきたるなり吾曹記者の法理に疎き右の規定を一見して夫の兵器爆彈其他戰亂壞俗の具と爲る物品の使用をも警察權を以て充分に制限するに能はざるものと速了せり凡そ戰亂若くは壞俗の具となる物品は夙に法律を以て其處分を禁せられたる不融通物なるべし不融通物は私の所有權の目的と爲るを得ず(財産編第二十六條)又假令不融通物たらさ

るも斯る種類の物品使用處分の制限に關しては現に刑法及び行政法の備はるあり乃ち是等に對する警察權は法律の委任に由る區域に於て操縱の自由なるを毫も疑ふべからず若し夫れ特別なる危險物の種類を發見したらん乎公共の安全を保持するか爲め緊急命令を以て適宜之を制限せらるべし(憲法第八條)又非常の場合に際して特別なる物品の所持取引を禁止するの必要あらんか至尊の大權を以て臨機之處理せらるべし(憲法第卅一條)蓋し新に公序風俗に觸るゝの物品現出し從來是等に關する制限法規の一も存せざるを實際殆んど罕れありと謂ふべく且つ果して之れありとするも二三有司の意見を以て命令を發し其處分を禁止し若くは制限するか如きは頗る專斷の所爲にして明らか憲法第二十七條に背戾するものなり畢竟するに民法財産編第三十條の規定は行政警察權の作用を萎死せしむると謂ふは妄想も亦太甚しとす

吾曹記者が民法人事編第五條の規定は法人の設定を阻碍すと主張するに至りては誰か喫驚せざらん彼れ蓋し法人其ものゝ何たるを及び其効用をも了解せざるものゝ如し夫れ法人は公私の利益に於て法律に依り造成せらるゝ假想の人体なり故に凡そ法人は法律の認可するにあらざれば決して成立するを得ざるを事理の當然とす願ふに吾曹記者と雖も公の法人即ち府縣市町村の如きものが法律に依らざれば成立せざるを疑はざるべし乃ち行政命令を以ても亦法人の設立を認可するを便なりと謂ふは是れ特に私の法人に關して云ふものならん然れども法律の委任に基つかざる命令を以て輒すく法人の設立を認可するが如きは寧ろ公益を害するに至るの恐れなくんばあらず而して其實際の必要なきものとす何とされは契約を以て組合若くは民事會社を設立するを其目的の如何を問はず公法に觸れざる限りは固より吾人の自由なればなり又法人を組成するに就きても敢て六ヶ敷手

十
數を要するものにあらず即ち收利事業に關する法人を設立せんと欲する者は宜しく民商會社の規則に従ふべく政治宗教文術等に關する法人を組成せんと欲する者は亦各箇特別法の規則に従ふべきのみ之を要するに民事會社をして法人たらしめ(取得編第一百八條)又當然法人を成す商事會社(商法第七十三條及ひ其他の法人)是れ實際甚た多からず而して最も社會の利害に關係するものを設立するに方り必ず法律の規定に従ふに於て何かあらんや否な法人其もの性質上斯の如くならざるべからざるなり而して法人は各個人と同しく總ての私權を有するの要なく唯其目的を達するに欠くべからざる權利即ち財産を取得し所有し及ひ契約を爲し訴訟を爲すの權利を有すべきのみ故に法人は法律の規定に従て制限的に私權を享有するも亦其性質上當然とす説きて是に至れば凡そ法人なるものは特に法律に依りて生滅消長するの事由明白にして吾曹記者の迷夢も亦必ず一覺するを得ん

吾曹記者謂らく本邦は米作國なるに我か民法中用水に關する規則は粗笨なるを免かれすと然れども財産編第二百二十四條以下に於て水の疏通使用及び引入に關して明定したる事項の外尙ほ如何なる事項を規定するの必要ありや余は彼等の意見を叩かんと欲す
一般又は一地方の水利は之を行政權の監督に屬せしむるも特に本邦のみならず歐米諸國に於ても亦概ね然りとす故に民法か公の法人に屬する水及び一種公共の水に關して財産編第二百二十九條乃至第二百三十二條を設定したるは寔に至當と謂ふ可し然るに吾曹記者謂らく財産編第二百三十一條は官制職權の編定委任に關する大權を萎死せしめ同第二百三十二條は水利行政の主任に居る内務大臣より當該事務に關して命令を發するの職權を奪ひたりと是れ何等の謔言をや余は實に呆然たらざるを得ず夫れ財産編第二百二十九條乃至第二百三十一條に指示する水は公の法人に屬する公有及び私有にあらず(財産

編第廿二條及第二十三條又各個人の所有にも屬せず(同二百二十七條)即ち其床地は沿岸者に屬すと雖も其水は一種の公共物にして(同第二十五條)沿岸一帯の使用に供するものなり斯る公共流水の取締に關し民法之を規定する何の不可あらん乃ち其取締を地方廳に屬せしめたるは立法者が民法當然の範圍内の一事項を地方廳に委任したるに過ぎず而して地方廳が該流水の疏通保持及び魚類の保育に付き必要の處分を命令するは受任權の執行方法なるのみ是れ豈地方官官制に關係あらんや蓋し吾曹記者は公共の水の何たるを曾て識らざりしものならん又財産編第二百三十二條に即ち公の法人に屬する水の使用及び取締を全く公法の規定に讓るを明示したるに止まるを以て吾曹記者に毫も異議するの筈なし只彼れ例の如く(行政法)の字面に拘束して其行政命令を包含するを解せざるが故に奇怪の推定を下したるに外ならず豈右等の條項が行政命令權を拘束すべきの謂はれあ

らんや(前編參看)

財産編第二百三十條の規定が行政裁判に關する法律に牴觸して管轄の重複を生じ民事と行政事項との分界を淆亂す云々と明文するに至りては吾曹記者は法律に向ての無能力を自ら披露するものと謂はざるべからず何となれば行政廳の違法處分に由り權利を毀損せられたりとする者こそ水利事件に關しても亦た行政裁判所に出訴するを得ざるなれ(二十三年法律第百六號)單に財産編第二百廿九條第一項第二項の場合例へば上流沿岸者又は高地所有者が其水を濫用し若くは汚物を洗滌する等の事あり下流沿岸者又は低地所有者が苦情を鳴らして之を行政裁判所に持出すも受理せらるべきの道理萬々之れなればかり而して彼れ裁判所は地方の慣習と衛生の需用と農工業の利益とを斟酌して之を決す」とあるを見て立法の政略より之を云ふも衛生の需用農工業の利益を取て司法裁判官の判斷に一任するの不可なる

は更に多言を俟たず」と評したるか如きは不可思議至極の珍言なりとす凡そ該正條を解し得る者は之を聽て能く抱腹絶倒せざらんや余は確信す吾曹記者は早晚社説正誤の必要を感すべきを

水陸に自由に棲息する動物は無主物の重なるものなり故に吾人は山野に狩獵し河海に捕漁し其鳥獸魚介を先占するを得(財産編第二十四條及び取得編第二條)蓋し狩獵捕漁は吾人固有の權利にして自然のもの雖も鳥獸魚介の蕃殖を助け其他農作の妨害を防ぎ又は警察上危険を避くるが爲めに季節場所及方法に關して多少の制限を置くを要するは固より言を俟たず而して其制限の如きは地方に由り若くは場合に由りて實際の宜しきを異にするに往々なるべし是れ民法が斯る事項を特別法即ち民法以外の法令に譲りたる所なり(取得編第三條)又夫の飛禽走獸は用益地に於けるも無主物たるは明かなり只其地内の池沼に生産する魚鼈は元來虛有者に屬すと謂ふを得べし而して是等

は果して天然の果實たるや否やに就き疑ひなき能はず然れども此等は常に定期に生産するのみならず殆ど常に生産するが如きものなるを以て民法は之を天然の果實と看做して用益者に収益するの權利を與へたり(財産編第六十五條)乃ち吾人が狩獵捕漁して無主物を先占するは公益に觸れざる限り自由なるべく殊に所有地内に於て漁獵を爲すに危険なる機具を用ふる以上は國權之に干涉する事由なし然るに吾曹記者は是等觀易きの理をも辨せざるものゝ如く例の誤解よりして(財産取得編第三條は行政命令を湮晦するもの)と疑へり而して又(財産編第六十五條)効力を生ずるに及では職獵遊獵の制は廢せざるべからず警察上取締の爲め與ふる鑑札料の外復た免許料を取立つるを得ず而して其訴訟は總て民事の裁判に屬すべし(中略)民法の一條の爲めに行政の組織は物質的敗壞を蒙らざるべからず」と云ふに至りては謬見妄想杞憂并具はり殆んど狂者の言語に均しきも以て之を辯解

するは徒勞に屬すべき也

又財産編第三十五條を目して鑛業に關する行政の作用を拘束するものと認めたるは夫の譲りたるを以て却て侵せりと爲し避けたるを以て却て觸るゝと爲すものなるが故に敢て復た贅せず
吾曹記者は凡そ此類の失體を列擧すれば幾十日の本欄を填むも猶ほ盡さざるべしと云ふからには其最も著しき失體のものと意思する事項を掲げて論述したる積りなるべきも上來打破したる如く一として事理に適する非難なく只々荒唐無稽の詭辯を試みたるのみ
尙ほ爰に一事の辯すべきあり吾曹記者は民法は行政權を以て私權を阻碍するものとするの觀念を基礎として構成せられ云々「民法一切の行政權を敵視す云々」と濫轉すれども余は斯る思想の何に由りて來りたるものなるやを推定するに苦むなり夫れ吾人の權利は立法權の下に於て無形に確保せられ行政權司法權を包含すの下に於て有形に確

保せらるゝものにあらずや且つ私益は公益に讓るべきの道理よりして私權は往々制限を受くると雖も是れ亦立法行政の下に於て發表するの事柄たり然るに民法が其支配する私權の爲めに主として公法に依り運用せらるゝ行政權を敵視し得すべきの謂れあらんや若し公私兩々相容れざるをあらん乎私權は當然雌服せざるべからず而して是れ同一立法權の下に於ける加減斟酌なるを以て其準率程度固より定まるあるなり其れ然り如何に國家主權の公力ありとも法律に従ふにあらざれば吾人の私權に干涉するを得す即ち立憲の效果として行政大權も亦法律の拘束を受くるものあるを曩に論述したる所の如し蓋し吾曹記者は行政命令權をして民法の規定を侵さしめんと熱望し民法に對して妄りに不滿を懷くが故に彼れが如き妄想を爲すに至りしものと推定するの外なかるべし而して余を以て視れば吾曹記者こそ眞に行政命令の獨立作用の爲め民法當然の規定を敵視するものと謂

ふべけれ之を要するに吾曹記者は新法に對して尙は無能力たるの譏りを免れず彼れ自ら料らず舞文羅織以て新法を攻撃せんと欲すと雖も未だ其大体にも通曉せず那何ぞ之を爲すを得ん嗚呼余の極言して憚らざるものは他なし啻に吾曹記者のみならず世の識らずして妄言する一派反對者の猛省を促さんが爲めのみ余豈辯を好まんや

其三

若し各人天賦の權利自由に關して斷々乎不可侵的の勢力を認め假令國家の主權運用の必要に由るも到底之を動かすべからずとせば是れ實に國家を無視し主權を無視するものあるを吾曹記者の言を俟たず蓋し斯る法制の邦土は坤輿上未だ曾て之れあらざるべし然るに吾曹記者は我民法を取り敢て之に擬し民法は天法を國法の上に認むと謂ふ其れ我民法は大憲の下に於て至尊の裁定に成れるものかり豈復た國家の體系に副はざる斯の如きの條規あるべけんや

抑も各人の權利自由は國法に依るにあらざれば鞏固なること能はずと雖も其固より天賦に係るもの即ち生命身体財産を保持するの權利自由は凡そ人として無かるべからず國法は唯之を認知し之を確保し又公の利害に關する必要上之を制限するに外ならず故に帝國の法源は一に至尊滙集し衆庶の權利義務は皆此本源より流出すと謂ふと雖も宇内一般自ら條理所謂天法なる者の存在するは喋々を要せず只此無形の條理は國是を主とする公法の明條に對抗すべきにあらざるなり然れども公法にもあれ私法にもあれ其根源は條理なるのみ寔に我帝國憲法は祖宗の宏謨遠猷を紹述せられたる不磨の大典なるが其所謂宏謨遠猷は大率條理に基づくと謂ふを得べし然らば則凡そ法令は國是と條理とに従ふて規定するの外なきを明けし殊に民法は私法なり其規定は國是に觸れざる限り條理を疏通せずして將た何をか爲すべき我民法は憲法の下に於て當然に條理を認めたり彼れ反て天法を

國法の上に認めたり」と謂ふは謬見妄語も亦た甚しと謂ふへし
 吾曹記者曰「天賦權なる者の存在を否認する近代進歩の私法學理
 云々私法の學理に於ても性法と云ひ天法と云ひ自然法と云ふは今や
 十八世紀の舊夢に歸せり云々自然法の存在を認むるに付ては近世の
 法理者皆之を取らず云々」と自然法、性法、天法等都是れ條理の別名に
 過ぎず其條理の存在を否認する私法學を發明したるは果して何人な
 りや恐らくは假想國の虛無民ならん抑々亦吾曹記者其人歟蓋し妄り
 に民法の修正を主張しつゝある吾曹記者と雖ども其自ら條理と信す
 る所に據り説述するを疑なし否されは畢竟無責任の言論のみ嗚呼是
 れ吾曹記者は條理の存在を認めながら自ら之を知らざるなり爰に吾
 曹記者に問はん現に我民事裁判所に於ては何に據りて訴訟を審理す
 るやと彼れ必ず條理及び一般の習慣に據ると答ふるの外なかるべく
 新法又は外國法典若しくは其裁判例に據ると答ふるを肯せざるべし

要するに世間豈條理即ち自然法其もの及び之れに基づく權利義務を
 否認するの學理あらんや大法螺も事にこそ由れ注意すべし注意すべ
 し

吾曹記者の識見既に斯の如きを以て財産篇第二百九十三條第二項に
 義務を定義し……人定法又は自然法の羈絆なり」とあるを見て民法
 が天法を國法の上に認めたるの好證左となし是れ自然法の義務を認
 むるものに非ずして何ぞ是れ臣民の義務を明示するは國法の外別に
 一種の法力を具ふるもの存在し國家主權の流動に依らず獨立して効
 果を保つを認むるものにあらずして何ぞ是れ太陽系中兩陽あるを認
 むるものにあらずして何ぞ疾呼するに至るを異しませ併し氣の毒
 ながら該規定は天賦の權利に關係なきものとす何となれば該規定は
 人權に對する義務に法定の義務即ち債權者其履行を強要するを得る
 ものと自然の義務即ち債務者の任意に履行するものとの區別あると

を指導したるに外ならざればなり蓋し吾曹記者は自然の義務を以て天賦の權利に對するものと認めたるが如しと雖も是れ大なる誤解たり余は爰に自然義務の何たるを説明するの違なきも彼れの爲め之を略説せんに自然義務の其成立に就きては大抵法定義務に於けると異ならずと雖も唯成立の證憑不充分にして民法上之を確證し難きを以て其關係をして自然法の羈絆に止まらしむるなり故に之に對しては訴權を生せず其履行は債務者の良心に委ぬ此點より視れば純然たる道德上の義務に均しと雖も道德上の義務は自然別問題に屬して法律は毫も之に干渉せず即ち其有無にも頓着せざるなり尙ほ民法上自然義務を認知するの必要の如きは法律學校の講義録にても繕きて知るべし敢て贅せず(財産編第五百六十二條以下)

又吾曹記者は財産編第三十條の規定の憲法第二十七條に基つくを知らずや之に關して「此一節は天賦の財産所有權か法律を待たずして已

に具在するを認むるに非ずんば到底解すべからず」と評したり屢々云ふ如く所有權の如きは固より天賦のものなり法律之を確保するに外ならず實に所有權は法律の擔保なければ鞏固ならずと雖も吾人は法律ありて後始て所有權を享くるものにあらざること蒙昧の種族も尙ほ能く之を知らん彼等の自己の所有物を故なく他人より奪むるに方りて勢力の許す限りは必ず之に抵抗すべし斯の如きは他なし自ら所有權の天賦に出で、其正當なることを信ずればなり假令生殺與奪の權か一首長に專屬する社會に在りても亦實に然らん(以上四月廿八日發刊該社説參照)

其四

吾曹記者の所謂民法修正論第七編(四月廿九日刊行)に於て「民法は立法を拘束す」と云ふ題目を掲げ民法財産編第三十一條を引き來りて其四不可を主唱せり

曰く「公益に因由するに非されは所有權の讓渡を強要すへからざるは憲法の已に規定する所にして固より當然の立法拘束たり」と雖も民法に於て更に之を特筆するは無用の空文と謂はざるへからず」と蓋し財産編第三十一條及び第三十二條は憲法第二十七條第二項に基づき公益上の必要よりして所有權を強制する數箇の場合に就き其強制方法の大綱を示して之に關する法令は凡て斯の如くなるべきを明にし以て憲法上の原則を演繹敷衍したるものとす

豈財産編所有權の章中に於て此規定を缺くを得へけんや又此條項中「公益に因由し」の文字を缺くを得へけんや吾曹記者は既に財産編第三十條に對して無益の攻撃を試みたり其謬見にして斯る妄言あるは固より異しむに足らざるあり

曰く「償金を豫め拂渡すを以て不動産公用徵收の條件と爲すも亦立法の拘束たり其徵收の場合及び方法は千差萬別なるべきか故に將來豫

め償金を拂渡さずして徵收するの法律制定の必要に遭遇するも亦未だ知るへからず云々」と余は吾曹記者が只管行政權の自由運用に關して杞憂を懷くを憐むなり平時に在りては(財産編第三十一條第一項第二項は非常の場合を想像せず)如何に公益上の必要に因ると雖も豫め相當の償金を拂渡さずして人民の所有財產を強要するを得べきものならんや(二十二年七月法律第十九號土地收用法第一條及び第十四條等參看)抑も先づ民有の財產を徵收して其損失補償を後にするか如きは事理に於て許さざるのみならず其實際の必要も亦決して之れあらざるへし若し夫れ戰鬪其他の事變に際しては固より憲法第三十一條の適用を妨げず且つや戒嚴地境内に於て止むを得ざる場合は民有の財產を破壊燬燒するに或るへく而して其所有者の損失補償を得へからざるものとす(明治十五年八月布告第三十六號戒嚴令第十四條第五號)畢竟するに通常の公用徵收を爲すに方り豫め償金を拂渡すべきは

一般の原則たり民法之を認知するに於て何の不可あらん余は將來之に反する法令の設定なきを確信するものなり
 曰く徴發令に依るの徴發と凶災の時に行ふ徴求の外動産不動産の無償公收を必要とするの場合は猶ほ多かるべきも民法は單に此數者を指定したる云々と吾曹記者が自ら法條を解するの能力なきを表白するも大率斯の如し夫れ財産編第三十一條は其第一第二項を以て動産不動産の強要に關する要件を概示するに止め之を他の法令に譲り而して第三項を以て公の法人に屬する先買權の行使徴發令の適用及び凶災の時に於ける物の徴求に就きては該條件に服する限りに在らざることを明かにしたるに外ならず即ち右條項は普通及び非常の公用徴收に關する法令を汎く認めたるを以て毫も其規定を阻格し若くは之と抵觸するを莫かるべし豈復た憲法第三十一條を湮晦するに至るの謂れあらんや且つ騷亂凶荒其他非常の場合に於て民有財産を強要す

るに方りても徴發若くは徴求に關する法令を適用して事足ると多かるべく此外殊更に大權の施行を必要とするは實際極めて稀れかるを想像すべし蓋し吾曹記者は徴發及び徴求の何たるを知らざるか如し彼れ肯て徴發徴求の外動産不動産の無償公收と云ふ是れ其確證なり戦亂に際して徴發を行ふも凶荒に方りて徴求を爲すも決して無償に徴收するものにあらず夫の非常の公課又は租税と稱するものとは自ら異かれり財産編第八十九條及び明治十五年八月第四十三號布告徴發令第二十九條以下參看

曰く動産の主なるものは金錢とし公用徴收の主なるものは租税とす而して動産の公用徴收は毎回定むる特別法に依るを要すと云ふ是れ佛の如く白の如き毎年法律を以て定むる豫算を以てするに非ざるの租税を徴收する能はずとするの憲法條規を襲ふものにあらずや
 (中)是れ我が憲法を紛更し一切の税法に對する拘束を設くるものに非

らすして何そ是れ府縣郡市町村制に於ける一切の收稅條規を反故にするものに非ずして何そ」と斯く激昂し席を敲きて人に迫る的口氣あるに至りては寔に滅法界なり是れ所謂沙汰の限りと云ふへし誰か喫驚仰天せさらん吾曹記者に宜しく氣を下して財産編第三十一條を通讀すへし該條項は毫も租稅に關するの規定にあらず公用徵收の文字は決して租稅を包含せざるなり然る以上の吾曹記者と雖も其動産の主なる金錢を公用徵收せられ溜るものにあらざるを合點すへし故に公用徵收に罹るとある動産は金錢以外のものあるや言を俟たず而して非常の場合に於て穀物獸類其他器具等を強要するの外動産の公用徵收を必要とするは實際極めて罕れなるものとす然れども例へは文學美術上の公益に關して稀世の書籍圖書等を徵收すへき場合の如きは其必要も亦之れなしとせざるへし要するに非常の場合に於ける徵發徵求の外動産の公用徵收に關する法令の如きは豫め規定し置

くを須るさるか故に其必要の都度之を規定して足るものと知れば可なり

由是觀之吾曹記者が財産編第三十一條に向て加へたる四不可の非難は反て是れ四不可と批評せらるゝの外なかるへし江湖具眼の士以て如何と爲すや

其五

余は已に吾曹記者が我が民法に對して國法上より觀察したりと云ふ誣妄の言語を悉く打破したり是れより進て其私法上より觀察したりと云ふ辯論の當否如何を視んと欲す(四月三十日發刊該新聞社說參照)

民法中人事編及び財産取得編第十三章以下(相續、贈遺及び夫婦財産契約)は専ら我が良慣習及び條理に基つき規定せられたるものにして外邦殊俗の元素は一として包含するをなしと謂ふも決して謾言ならさ

るかり然るに吾曹記者か人事編の認知する家は本邦固有の家にあらず。耶蘇教俗の家のみ我か家制を破壊するものと云ふか如きは辭氣の狠毒殆んど當るへからず蓋し吾曹記者は其最も著しきものと思意する點に於て既に大なる誤謬あるを以て右等の暴言も亦未だ深く尤むるに足らざるへき乎

彼れ曰く母の離婚せられて其家を去るや家に残る子に對して親族たるの干繋を失ふは我家制の習俗なり中去られたる母と家に居る子との間には猶ほ親族の干繋と養料互給の義務とを存せざるへからず是れ果して我か習俗と相容れて互に扞格なきの規定なる乎と嗚呼吾曹記者は夫の縁は切れても血は切れぬと云ふ俚諺を知らずや又服忌令に於て離別の母に對する忌服と雖も五十日十三ヶ月なるを知らずや寔に母離別せらるると雖も母子血親の依然たるを認めたるを我か古來の風俗なるのみならず凡そ倫理の何たるを知る者は豈之に關して異

議あるへけんや然るに吾曹記者の言前記の如し若し其言眞面目に出
てん乎彼れ蓋し蝦夷の種族たるを疑ひなし

曰く戸主獨り家長權を行ひ若し幼弱なれば其名に於て他人之を行ふは我か家制の習俗なりと他人之を行ふとは後見を指したるならん寔に然り我か民法は明かに之を認む人事編第六十一條以下同第二百四十三條以下及び財産取得編第二百九十四條等に就き知るへし曰く民法は母權と父權とを平等に置き之を親權と稱し母は父と同しく當然未成年者に對して親權を行ふと爲し又未成年者の後見は父若くは母之を行ふと定めたるか故に云々と我か民法は父權と母權とを平等視せず即ち親權は常に父之を行ふものと爲し父死亡し又は親權を行ふ能はざる場合に於て母之を行ふものと爲せり人事編第四百四十九條又後見は未成年者の父母共に死亡するにあらざれば開始せざるを通例とす是れ他なし父又は母の尙ほ生存するときは親權を行ふを以て

後見を開始するの必要なければなり但父母共に生存し又は其一人の生存するも親権を行ふ能はるとき若くは母か子の財産の管理を辭するときは別段なりとす(同第五十七條及ひ第六十一條)畢竟父又は母か未成年なる子の身上及ひ財産の爲めにする監督は是れ親権の行用にして後見にあらざるを明かなり曰く「一家内數夫婦ありて各幼兒孫あるときは一家内に數多の後見あるに至り戸主の家長權は爲めに滅却すへ」と一家内に數夫婦あり且つ其兒女あるときは夫若くは婦は各自其未成年なる子に對して親権を行ふへ」と雖も家族擧て制を戸主に受くるる當然なり(同第二百四十三條以下)若し家族中父母を喪ひたる未成年者あるときは成年の戸主之を後見す(同第六十六條)而して一家に未成年者數人あるも後見人は一名たるへきなり(同第六十二條)由是觀之吾曹記者は家長權、親権及ひ後見の互ひに差別あるを知らず且つ法律の明條にも頓着なく妄りに喋々するを掩ふへから

さるの事實かりとす

曰く「親族郷黨相援ひ相助け互に道義を以て交る是れ我が社會の美風なり」と是に然り此美風は國家の元氣發作の要素なるか故に永く之を維持し之を奨勵振興せざるへからずと雖も固より法律の勢力をして其強行の任に當らしむへきにあらず純然たる道義上の關係に至りては之を教育制度に專屬せしむるの外なきを識者を待て後に知らざるかり然らば則ち近親間養料互給の義務の如きは法律上之を認知するの必要なき乎又法律を以て多少之に干涉するは却て善良なる國民の感情を害するもの乎嗚呼是れ思はざるの太甚きなり抑々人事編第二十六條乃至第二十九條の規定の世の味者不義者をして近親間養料互給の義務は實に倫理に基つき云は「血統上の債務なるを以て凡そ骨肉ある者は必らず之を履行せざるへからざるを知らしむる爲め設けたるに外からず譬へは猶ほ刑法上皇室に對する罪父母に對する罪

を規定したるか如し凡そ臣子として君父に對し不敬の振舞なき筈なり況んや不忠不孝の事おや然るに之か爲め明條を置くの必要あるは天下小數の者を待つのみ民法中養料の義務を指示するも亦何ぞ之に異ならん即ち吾人は概ね親族故舊緩急相援助するを怠らすと雖も夫の味者不義者に至りては該條項の適用を受け近親間養料の義務を強要せらるゝとも亦往々なるへし若し夫れ養料を受くるの權利を笠に被むるの愚物又は血を以て血を洗ふの争訟又は法文を楯とするの薄情疎族あらん乎是れ固より養ひ難く教へ難きの儕輩該條項の有無に由り増減せざるなり試に思へ養料の義務の近親間に缺くへからざるを明定したるか爲めに自活の計を怠る者及び養料を給するに吝なる者を生ずるの弊ありとせば凡そ成文法を以て權義の關係を指示するときは世の争訟を懲息するの害あるものと謂ふに異ならざるへし豈此理あらんや

又吾曹記者は例の謬見よりして「財産權に於ても亦民法の我が固有の美俗を頽墮せしむるを認めざるへからす云々」と謂ひ其主なる標本として財産編第三百二十三條及び第三百四十七條を非難せり曰く「權利の尊ふへきは必ずしも之に伴ふ利益の存するか爲めにあらす中財」
 産編第二十三條は金錢に見積るを得へき利益なき合意を無効とし權利を毀損せらるゝも金錢上の損害なきものには救済を與ふることなし」と蓋し此言や法條の趣意を全く了解せざるに因るものなるを以て余は茲に説明の勞を執らざるへからす

合意を承諾する直接の理由は即ち合意の原因にして此原因が眞實且つ合法なるにあらざれば他の要件を具ふるも合意は成立せざるなり「財産篇第三百四條」今一合意に於て要約者の金錢に評定するを得へき利益を有せずして特り其合意の原因眞實なるをありや曰く否な要約者が承諾を與へたる直接の理由は必らず或る利益ならざ

るへからず且つ其利益は之を金銭に評定するを得べきものたらざるへからず夫れ諾約者にして敢て其義務を履行せざらん乎要約者は損害賠償を要求するも通例なり然るに本來要約者に希圖したる利益なきに於ては諾約者の義務不履行に因り損害あるの謂れあり又假令要約者に希圖したる利益ありて之を失ひたるか爲めに損害ありとするも該利益は實に金銭に評定するを得ざるものなるときは何を標準として賠償を要求すべきや決して賠償の額を定むること能はず是を以て要約者が金銭に評定するを得べき利益を有せざるときは合意の原因は竟に虚妄に歸するを免れざるなり而して又要約者が金銭に評定するを得べき利益を有するも其利益が不正當あるときは合意の原因成立せず何となれば其原因は眞實なるも合法なるも能はされはなり抑々法律が吾人の合意に關し制裁を加ふるは即ち吾人に利益する所あるを以てなり若し或る合意にして何

等の利益なからん乎法律は吾人の合意に干涉して之を強行せしむるの理由なし是れ利益なけれは隨て訴權なしと云ふ法諺ある所以なり

吾曹記者か如何に法理に疎しと雖も右略説する所を通讀せば金銭に見積るを得べき利益のあらざる合意は實際無効たるべき事由を會得するに難からざるへし

曰く助法たる民事訴訟法は獨逸法に淵源して金銭を目的とせざる訴權の強制執行方法を定めたるも肝腎の主法に其訴權を認めざるを以て兩者相扞格す云々と民事訴訟法第六編第三章は金銭の支拂を目的とせざる債權に付ての強制執行方法を規定す而して婚姻縁組及び禁治産事件に關する訴訟並に非訴事件手續に關しては特別法の規定あり(明治二十三年法律第九十五號及び第四百四號)蓋し吾曹記者は財産上の權利と人事上の權利との差別も知らず太甚しきは合意と訴權とを

混同したるものゝ如し憫むべき哉

曰く「貸借の干繋之を相互の信認に基け互に他人をして知らしめず是れ我が固有の美風なり然して財産編第三百四十七條は債務者に向ひ告知書だに發するときは其債權を何人にも譲渡すを認めたり是れ親友間情誼上の貸借を轉して直に高利貸の擁する非道の債權たらしむるもの云々」と成程親友間の貸借を秘密にして之を他人に知らしめざるは一箇の美風とも謂ふを得べく而して情誼上の貸借に就きては債權者か其證券を第三者に譲渡すの必要を感せざるへし然れとも假令合意に因るも債權を斷して譲渡すを得ざるものとするは公序に關係するを以て法律之を許さず(財産編第二十七條及び第三百二十八條)蓋し債務者の總財産は其債權者の共同の擔保なるか故に(債權擔保編第一條)債權者は其債務者に屬する權利を申立て及び其訴權を行ふを得るものあり(財産編第三百三十九條)然れば茲に債務者あり債權者に約

するに二人間の權利關係を秘密にし且つ其債權を第三者に譲渡すをなきを以てするも若し債權者の債權者より強要方法を行ふに方りては第三債務者之を拒むを得ざるものとす(民事訴訟法第五百九十四條以下)由是觀之權利の關係を他人に知らしめ之を譲渡さしむるは債權者の資財安全なる場合に於て行はるへしと雖も法律上記名證券の譲渡を認知せざるを得ざるの理由明白なるへし

其六 (結論)

謬見を以て妄想す何を能く事物の真相を窺知するを得ん既に真相を窺知せず其整備を蕪雜と認め其詳明を煩冗と謂ふも亦宜なり吾曹記者の民法に對する異議爾來千萬言一として事理に適應するものなきは余の駁論數篇に照較して復た寸毫の疑義なかるへし故は余は更に詳述するの要なく只簡短に自餘の虛妄を辯解し以て本案を終結せんとす(五月一日及び三日發刊該新聞社説參照)

吾曹記者は我が民法中無用の條規多しと謂ひ財産編第三十一條以下數條を目して其適例と爲し第三十一條乃至第三十五條を指せしならん以て此等の條項の單に立法官及び行政官の心得書に過ぎすと誹謗せり豈所有權の章中一般所有權に對する制限、公益に關する地役、土地所有權の力度に就き指示する所なくして可ならんや彼れ己に必要を以て無用と爲す他は推して知るべきのみ

彼れ又民法中無用の釋義多しと謂ひ財産編の總則なる財産及び物の區別に關する規定其他主も亦甚た過てり世人は擧て法理に通ずるを一切無用視したるか如し是亦甚た過てり世人は擧て法理に通ずるものにあらす譬へは吾曹記者の如く法理に疎き者に取り事物の定義は頗る重寶にして之に據り大に發明する所あるべきなり而して日進の學理は成文法の能く檢束すべきにあらざるか故に法律上事物の定義を掲ぐるも學理を化石たらしむるの憂ハ萬々之れなきものとす

吾曹記者は獨逸民法草案を崇拜して其條章纔に我が法典の三分二に過ぎざるも能く一切の原則要規を網羅して殆ど餘蘊なしと稱揚せり余も亦屢々獨法を査閱したるか我が新法の繁簡詳略其要を得たるの點に於ては寧ろ彼れの上にあらざるまでも決して彼れの下に在らざるを確信するものなり蓋し斯る比較問題に就きては未だ遽かに證言し易からず將來自ら公論の定まるべからん

一般又は一地方の公益に關する地役は即ち土地所有權に對する一制限あるを以て民法之を指示するの要ありと雖とも其規定を行政法に讓るは當然なり(財産編第三十三條)又從前問ふ之れある無期永久の賃貸借は物の融通を妨げ公益に影響するか故に是れ亦行政處分を以て適當に制限するを良とす(同第五十五條末項)而して財産編第四百九條乃至第五百十一條に規定したる建物賃貸借の解約申入れより返却までの時間は元來貸主借主双方の便宜を想像したるに過ぎざるを

以て之を確定不變のものと爲すを要せず故に地方の慣習之に異なる
 あらば其慣習に従ふと尤も双方の便宜あるへし(同第五十二條)又貸
 借人が其賃借權を譲渡し若くは其賃借物を轉貸するを得るを本則と
 爲せども反對の慣習又は合意あるときは之を例外とするを寔に至當
 と謂ふの外なし(同第三百三十四條)又財産編第二百六十一條及び第二百
 六十二條の規定は相隣互ひの妨害と爲るべき工作又は栽植を爲すと
 を豫防し善隣の交誼を全ふせしめんか爲め設けたる地役なりと雖ど
 も隣地の崩壞滲漏又は陰蔽の妨害は法定の距離を存せされは必ず生
 ずべきものにもあらず又土地の形勢に由りては法定の距離を存する
 を以て右の妨害を防遏するに足れりとせざる場合も亦なきにあらず
 るへし而して其地方從來の慣習に於て定まる所あらば其距離は實際
 適當にして相互ひに妨害を防ぐに充分のものと想像するを得故に慣
 習が法定に異なるときは寧ろ其慣習を遵守すべきものとす(同第二百

六十三條)斯く説き來れば該條項は當に民法を以て規定すべき事物を
 他の法令に譲りたるにあらず又必要の規定を闕如して之を慣習に一
 任したるにあらずるを炳々乎火を覩るよりも明かなり然るに吾曹記
 者は法條の正解を得ずして濫りに云々す彼れ果して何の心をや
 我民法は主として佛、伊、伯等の成典を模範として編纂されたりと雖も
 内外の慣習及び一定の學說の採るべきは皆之を採りたるを争ふ可ら
 ざるの事實なるに拘はらず吾曹記者も亦彼一派の反對論者と同しく
 厭ふべきの觀念を懷けり曰く「佛國民法の成典ありて以來歐洲法學の
 進歩英に獨に、皆顯著なるものあり、而して本邦國有の法理方に其發達
 を促さんとするに於て已に、腐舊に傾ける、佛國成典の法理を襲用し云
 々」是れ彼等の一大病根あるを以て之を芟除するか爲め重ねて辯解
 する所なかるへからず夫れ佛國の成典ありて以來凡そ一百年其間歐
 洲法學の進歩は固より顯著なるものあり然れども特り英及び獨に於

て顯著なりと謂ふは決して公論にあらす佛、伊、伯、瑞、蘭獨と共に皆羅馬法系に属す等に於ても亦法理の發達したるは毫も疑を容れず中に就きて法理の淵藪、斯學の中心何れと問はし、特り佛を指すへからす英を指すへからす又獨を指すへからす三者は相鼎立して互に甲乙なしと答ふるの外なかるへし然らば我が民法は何を以て佛の法典を模範とし英若くは獨に及はざりしやと云ふに唯是れ英には印度法の外成文の民法なく獨の草案は實に佛型より出て彼此の間格段差異あきまを認めたりしか故のみ蓋し羅系にまれ英系にまれ其他の法系にまれ法理は必ず一に歸着すと云ふと雖も其實論法を異にするものあるか故に數箇の法系の長を採り其理論を折衷し互ひに支吾なきを期するに既に容易の業にあらす而して之を敢てするも爲めに著しき効益あるを見ざるへし何となれば目的の唯一にして只之を達する數箇の方法を力めて折衷斟酌するに過ぎざればなり是れ我民法は羅馬法系に

屬する數國の成典を模範として内外の慣習及び一定の理論を取捨して編纂せられたる所以なり豈他に六ヶ敷魂膽あらんや然るに佛國舊の法理を襲踏したりと云ひ試みに我が民法と佛民法とを較視せよ其軌轍の相異なる我が民事訴訟法と獨乙訴訟法と酷類するもの一匹儔にあらざるを發見するを得ん本邦の法學を固結停滞せむと云ひ太甚しき固有の國風を埋没して羅馬法族の附庸と爲すと云ふか如き皆是れ一種の妬心若くは妄想、過慮に起因するの謔言なりとす以上累編説述したる所に據れば吾曹記者の我が民法に對して主張したる非難は徹頭徹尾無根據なるを知るを得へし從來反對者は擾々として新法の延期若くは修正を唱ふるも新法中其不當と認定する條章を明々地に指摘論議する者極めて稀れかり而して適々之を敢てする者あれば何れも法條の趣旨前後の關係を了解せずして妄言するに過ぎざりき吾曹記者も亦其謬見、妄想、過慮よりして自ら瓦釜の質を顧み

す敢て雷鳴を試みたるの指笑を免かれずと雖も兎に角數多の條章を援き來りて十日の論辯數萬言を費したり是れ恐らくは英法學者一人の法典實施延期意見書之に對する駁論は余之を公にするの期近きに在らん)に次けるの出來事なるへし故に余は吾曹記者の勇氣を壯とし數日の間を偷て駁論六篇を艸せり而して之を公にするは他ならし新法に對し非難を試むる者の意見と云ふは大率此類なるを江湖に表白せん爲めなり

余は吾曹記者其他の反對者に望む一事あり即ち其平生不當と認定したる主眼の諸點に就き反て其一々適理のものなるを覺り來らば必ず灑然として前過を改悛するに吝ならざるを是れなり蓋し本問題に關して徒らに確執するの弊害は實に國家の爲め學問の爲め最も恐るべきものあるか故に斯く云ふ
尙ほ一言を添へんに我が新法も亦完全圓滿を以て期待すへからざる

は固より論なし唯其遽かに修正を要する瑕疵あるを見ず然るに夫の誣妄の太甚しき瑕疵百出完膚なしと云ひ闕典枚舉に違あらすと云ふ者の如きは寔に法理に通せざる歟若くは他の意志ありて然るを余は爾來の經驗に因りて之を斷言するを憚らす若し世間新法中孰れの條章如何なる關係に就きても其可否を明かに指摘して論述する者あらば余は識力の及ぶ限り之に應答するを厭はざるへし方今余輩は法學社會の一人として自ら此責務あるを確信するもの也

五月四日

磯部 四郎 識

編輯者 齋藤 孝治
神田區神保町四番地

全 鹽入 太輔
京橋區築地二丁目

發行所

和守菊次郎
京橋區彌左衛門町四番地

印
明 法 堂
神田區神保町七番地

發行兼
印
明 法 堂
神田區神保町七番地