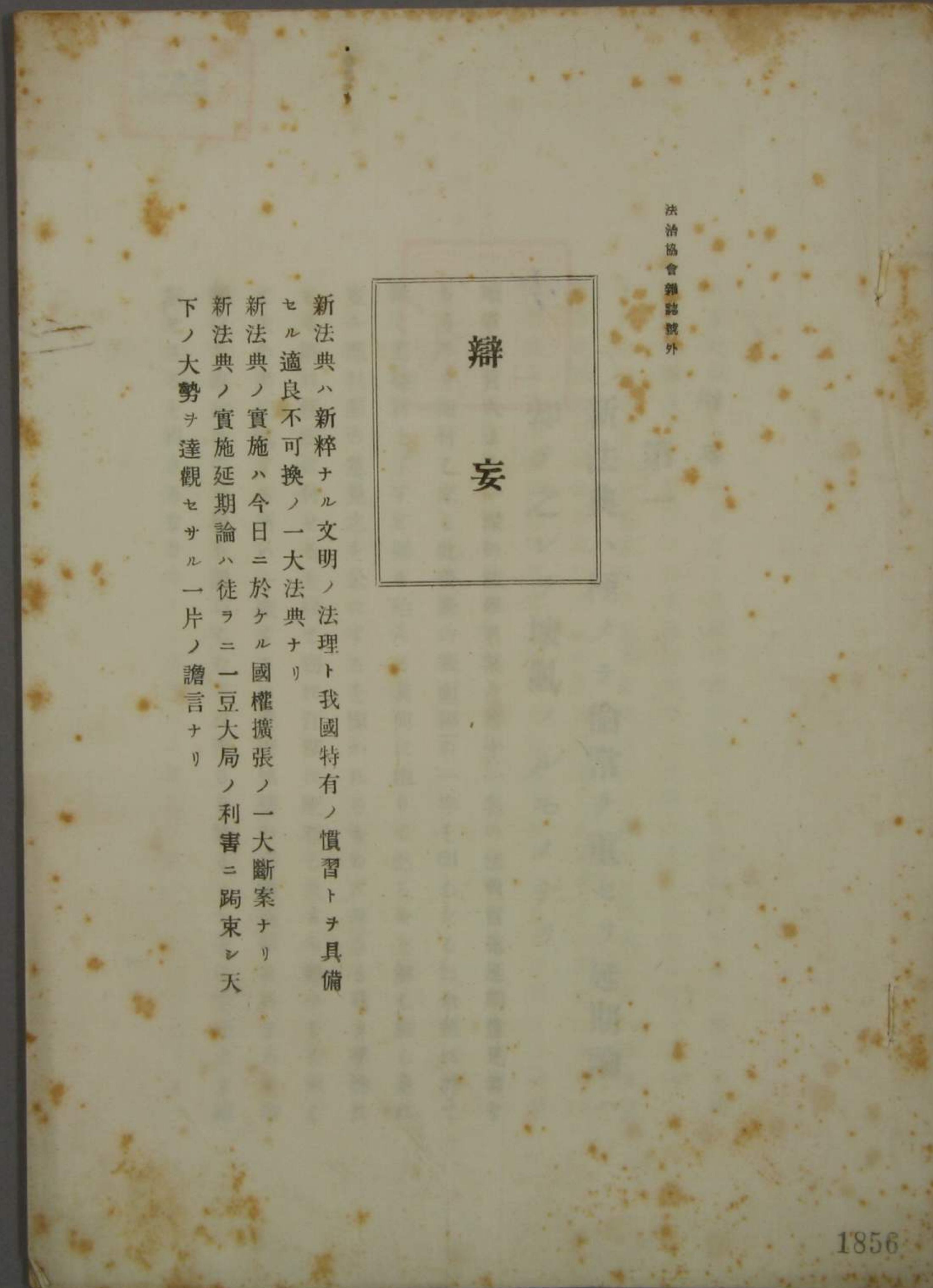
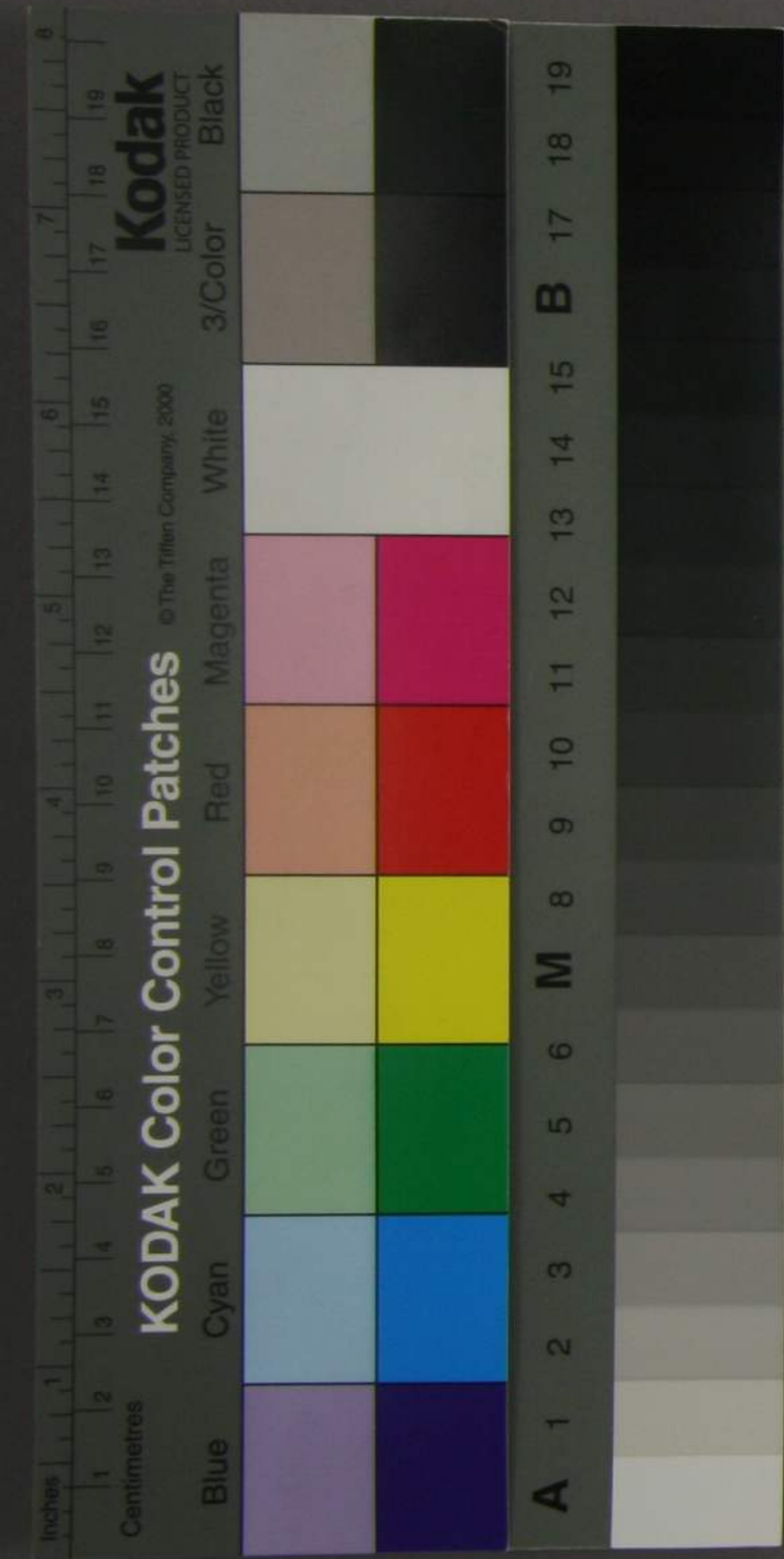




新法典ハ新粹ナル文明ノ法理ト我國特有ノ慣習トヲ具備
セル適良不可換ノ一大法典ナリ
新法典ノ實施ハ今日ニ於ケル國權擴張ノ一大斷案ナリ
新法典ノ實施延期論ハ徒ラニ一豆大局ノ利害ニ跼束シ天
下ノ大勢ヲ達觀セサル一片ノ謔言ナリ

辯
妄

法治協會雜誌號外

1856

414
A 2551

大正十一年四月
大隈侯爵邸寄

第一

○新法典ハ極メテ倫常ヲ重セリ延期論ハ
却テ之レヲ壞亂スルモノナリ



頃者某官人より一派の法學者某々等十一名の法典實施延期意見書を
るもの回付し來る此書冊の表面「秘」の一字を印したるは余輩に於て
能く其趣旨を了すと雖も殆んど其何に由りて然るやを解し難し是れ
豈一派私偏の意見之を公にするを憚られるものに非ざる莫き乎然れ
ども既に活刷に付せるを以て窃に江湖に配布したるや疑ひなし而し
て夫の書記述する所ハ一概するに荒唐無稽の妄語詭辯に外ならず余
輩は其或は世の耳目を誤らしむるに至るを恐るゝか故に公然之を辯
駁せざるを得ざるなり

意見書其ものは新法に對する罵詈のみの誹謗のみ一として根據あるの言語なし是に至れる原因は謬見なり否されは妄想なり否されは過慮なり否されは妬心なりとす而して附添の参考書は彼等自ら社會問題上より新法の闕典を指斥せるものに係ると曰ひ多少正條を引き來りて論難せり故に余輩は先づ参考書に於る彼等見解の妄を辯じ而して後意見本書に及はんと欲す蓋し指摘したる證左を打破せば之に基ける辯論の虚妄なるを自然明白にして復た争ふを得ざる可ければなり」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其最も我れに適合する制度にあらざるよりは一も包含せざるなり然るに彼等謂らく「人事編の大主義たる個人主義に則り舊慣を一掃したり。法文中往々家戸主等の文字を見ざるにあらすと雖とも民法の所謂家ある者は耶。蘇。教。俗。の家なり。夫婦同居せる一族の總稱

たるに過ぎず」と嗚呼何そ其言の太暴なるや彼等は戸主及び家族の關係(人事編第十三章)并に家督相續(財産取得編第十三章第一節養子縁組)(人事編第七章)等に就きての規定を通覽するも尙ほ民法は飽迄個人を以て權利の主體と爲せりと云ふを得へきや又所謂家の從來の家にあらすと云ふを得へきや若し之を敢てせん乎彼等は目なき者なり事理を辨せざる者なり而して彼等か人事編の規定を指摘し非議する所は左の如し

曰く「父死亡するとき母をして當然後見人たるの權利を有せしめたり故に一家の財産は悉く未亡人の意思を以て自由に之を處分するを得是れ家を重んじ家を以て一法人とするの家制に適するものと謂ふへきか」と斯の如きの疑義あるは彼等か舊慣及び法定の趣旨を知らざるに坐するのみ舊慣を按するに一家の父死亡し其子幼弱なるに方り母の存否に拘はらず必ずしも後見人を撰定すへきは士分以上に於

て然りとなり且つ其中等以下に在りては後見人を置くも名義に止まり母あれば母自ら後見の實務を執るゝ多かりき而して庶民に至りては父を喪へる幼弱の戸主に母若くは祖父母あれば別に後見人を選ぶを實際例外たりしものゝ如し乃ち人事編第九章及び第十章の規定の如きも汎く行はれたる慣習に基きたるに外ならず夫れ親權は父母が其子の身上及び財産上に行ふ監督の權なり此親權は通常父之を行ひ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す(人事編第四百十九條)又後見の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本則とす是れ他なし父又ハ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權を行ふ能はさ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(同第五百五十七條及び第六十一條)斯の如く父死亡し又は親權を行ふ能はさるに方り母其家を去ら

ざる限りは(第四百十九條第三項)當然之を行ふべきものと爲したるは舊慣に因るを以て我々家制の許す所あるは斷して争ふへからずと雖とも實際果して彼等の憂慮するか如き弊害あるや否やを研究せん茲に一家の父が幼弱なる子を遺して死亡したる場合に於て寡婦たる母が其子を教導し其子の財産を管理するは何か故に其家の爲め不都合なるべきや又此場合に必ず後見人を選定して幼弱の戸主を傳保せしめ其財産を管理せしむるは果して其家に利益あるべきや從來寡婦が家政を専らにし不慈不義の行跡ありし事實は少なからずと雖とも後見人の不正實にして其家を傾けし事實も亦甚た多し然れども斯の如きは共に例外に屬するのみ今一家に於て普通有能力を有する寡婦が其子を教導し其子の財産を管理し以て其子の成長を待つ是れ最も望むべきの事たり何の不可あらん只其母自ら親權を行ふ能はさるとき又は財産管理に耐へさるときに於て始めて後見人を置くの必要あ

るかり夫の寡婦擅恣にして其家其子と思へず尙は確執肯て財産管理の任を辭せざるか若きは世間最も希有の事且つ自然親戚の監督あり實際決して患ふるに足らず又嫡母繼母の親權を行ふに就きては特別の制限あるものとす(同第五百五十八條以下)畢竟未亡人より其家を視るに終焉すへき家なり其子の家なり親權を行ふに於て豈敢て不正實の事あるへけんや其家を重するの實意は寧ろ適任の後見人に優るも決して劣らざるへし或は曰はん假令實意深切なりとも婦人は概ね事務に迂濶あるを奈何せんとは是れ誤れり既に實意深切あらん乎自ら家政に堪へざるを覺らは之を適任の者に委託し或は財産管理の任を辭して相當の後見人を指定するに躊躇せざるへきなり説て是に至れば彼等も亦母をして親權を行はしむるの至當なるを覺るを得ん

曰く民法は父權を名けて親權と謂ふ蓋し民法起案者は父にして死亡したるときは母に於て此權利を行ふとあるへきを以て之を父權と稱

せず親權と謂ふへきものとせるべならん」と否々所謂親權は人倫に基つく父母の權なり父母か其子の身上及び財産上に有する監督の權なり然るに通常父獨り之を行ふは他ならし教戒指導并に財産管理の方法一途に出づるを要するか爲めのみ父死亡し又は之を行ふ能はさるべき母之を行ふは敢て父に代はりて父權を行ふにあらず固有の親權を行ふものなり茲に子の財産管理は姑らく措くも子を教戒指導するの權が特に父に属して母曾て之を有せざるの理なし豈復た此母權を認めたりとて家制を重んずるの習俗と相容れざることあらんや彼等の無稽ある大率此類なり蓋し舊慣に於て父權は母權よりも甚だ重く母權は常に父權の下に行はれたり然るに全く母權を認めさらん乎是れ眞に倫常を壞亂するものと謂ふへし

曰く民法は親屬と姻屬とを區別し親屬とは血統の相聯結する者の關係を謂ふとは人事編第十九條の定むる所なり故に家を去りたるの父

又は母と雖とも其子に取りては正しく親屬にして而かも直系のものたり而して直系の親族は相互に養料を給するの義務を負擔すとは第二十六條の定むる所なり是を以て子は家を去りたる父又は母に對し父又は母は其子に對し共に養料を給するの義務ありとす是れ固より理論上當に然らざるへからざるか如しと雖も人事決して理論のみに因るへからず中從來の制度慣例にて先婦を以て親族中に加へず法律上親子間の關係なきものとしたるは家制の理論より必至の結果なりとは雖とも要するに父に對するの情義と繼母に對するの情義とを重んじたるに因るなるへし云々」と嗚呼彼等は口徒らに名教、孝道、倫常等の辭句を唱ふれども曾て我が制度慣例の著しきものをも知るに及ばざるか如し夫れ我が國何れの世にか離別の父母と其子女との實系を絶滅し全く親子の關係なきものと爲したるをある俚諺に曰はすや縁は切れても血は切れぬと又服忌令に於て子女は其父母の離別せられ

たるに拘はらず相當の服忌を受くるを認めたり唯子は父及び繼母の感情を憚りて公然離別の母と音問せざりき而して刑事上親族連坐の場合に於ては概ね離別の母を除き又離別の父をも除きたる事例あるか如し之を要するに民事上實親子の關係は離別又は勸當等に拘はらず依然之を認めたるを我が古來の慣習にして且つ倫理上毫も疑を容れざるの事項たり故に人事編の規定も亦舊慣に據れるのみ敢て之を外邦に採りしにあらざるに彼等ハ此れを以て舊慣を排却せるものと謂ふ歎すへき哉

親子の關係斯の如くある以上は別離の不幸に遭遇するも其間養料互給の義務あるを認むべきは當然なるのみ夫尊属の卑属を養ふは生みて育くむかり卑属の尊属を奉ずるは本に報ふるなり假令別離すと雖も血親寔に斷つ能はざるか故に此親子間必須を給與し緩急相扶助するを無くして可ならんや從來の制度之を明示せざるは他なし無言の

中自ら公認せられたるを以てあり然るに彼等は曰く「夫如此互に養料を給するものと先婦の子其母に養料を給せん乎父の感。覺。果。して何如繼母の感情果。して何如中蓋し親子の間に確執を生ずるや免るへからず又先婦の其子に養料を給せん乎兄弟及び嫂の感。覺。何。如。若し既に他人に再嫁したる後に在ては其後夫の感情何如遂に一家の紛紜を來すや決して疑を容れざる所なり此制度たるや個人主義の歐米に行ひて能く適すべきも家制制度の日本には斷じて行ふへからざるなり」と狼戾も亦是に至りて極まれりと謂ふへし今夫れ妻か破鏡反目妻其子を措きて家を去れり日後其子か生母の零丁依るなきを見て應分に奉養の資料を供せんとす然るに之か爲め感。覺。を害する父あるへきや感情を傷ふ繼母あるへきや又婦か先夫の家に遺せる子の落魄不給を憫み多少の財を與ふるに方りて之を嫉むの兄弟あるへきや之を含むの後夫あるへきや若し之れあらん乎其人獸心余輩は將に其頭に角あり

十

項に鬣あり臀に尾あるを疑はんとす嗚呼彼等と雖も皇天后土に生を享く退て右實際の場合を默想せば自ら涙の潸然たるものあらん且つや一家齊理の爲めには間ふ人情の忍ひ難きを忍ふへし(彼等ノ語意)と云ふと雖とも凡を殘忍にして能く久しき者ある乎人情を忍んで一家を齊理す何の益か之れあらん蓋し彼等は他人の國を亡ぼして現に能く大を致せる者を見る而して夫の角塚底に全骨なきを知らざるなり曰く「養料の義務に付き人事編第二十六條及び第二十七條の如き規定を法律に置くときは數多の弊害を生し而して此等の弊害たる一たひ釀生したるときは容易に復舊を得ざるものあり例へば養料を受くる權利ある者をして怠惰に陥らしめ養料の給不給に付き親子兄弟等屢々法廷に相争ふに至り親族間の德義は漸く廢頽し本邦從來親族間に成立する美風は全く地を拂ふに至るへし云々」と夫れ親族郷黨相互に結托援助し道義を以て交るは大東の美風なり此美風は國家の元氣振

十一

興の要素なるか故に永く之を維持し之を涵養せざるへからずと雖も法律の勢力をして其強行の任に當らしむべきにあらず純乎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當然なるを固より余輩の喋々を要せず然らば則ち近親間養料互給の義務の如きは實に民法上之を認知するの必要なきのみならず成文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傷ふもの乎と云ふに決して然らず抑々人事編第二十六條乃至第二十九條の規定は世の昧者不義者をして近親間養料互給の義務は實は倫理に基つき血統上の債務とも云ふべきものなるを以て凡そ骨肉の間に於ては必ず之を履行せざるへからざるを會得せしむるか爲めに特設したるに外ならざるへし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たる者は君父に對し豈敢て不敬の行爲あるへけんや矧んや復た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

下最も希有小數なる惡逆を待つ具のみ民法中養料の義務を指示するも亦何そ之に異ならん即ち吾人は常に親族故舊緩急相援助するを怠らすと雖も夫の昧者不義者に至りては當該條項の適用を以て近親間養料の義務を強要せらるゝとも亦或は之れあらん若し夫れ會々養料に安んずるの癩懦人、好んで養料の權義を爭ふの無耻者、法文を楯とするの薄情疎族を見ん乎亦是れ人間界自然生の蠹蛆のみ決して該條項の有無に由りて増減せざるなり蓋し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ある者を生ずるの弊ありとせば凡そ成文律を以て權義の關係を指示するときは世の爭訟を懲慝するの害あるものと謂ふに異からざるへし過慮の極、妄想の至あり

曰く人事編第百三條に依れば庶子は父母の婚姻に依りて當然嫡出子たることを得べきものとすれども是れ亦個人主義の歐洲制度にして

家督相續を以て人事の最も重きものと爲すの邦國に取りては甚だ不當の規定と謂はざるを得ず云々」と彼等の此言あるは庶子の定解を得ざるに因るのみ法文の所謂庶子とは從前の如く特に妾腹の子を指すにあらず即ち正式の婚姻に原つかずして生める子は汎く之を庶子と稱するものとす其定まりたる父あるは勿論たり父の知れざる子をは私生子と云ふ人事編第九十六條茲に一男子あり相當の手續を以て妻を娶りたるも適法に婚姻の儀式を行はすして生める子ハ法律上庶子たり又私通に出でたる子并に妾を置きて生める子も庶子たり故に爾後其父母が適法に婚姻を爲すに於ては曩の庶子たる者を嫡出子と爲すへきと事實當然なるにあらずや唯父母が公然婚姻を爲さずして生めるの故を以て同胞前出の子を如何にするも嫡出子と爲す能はずとするは寔に是れ不條理なるのみならず全く舊慣に違ふものなり初め妾として幸したる婦を本妻と爲したるに拘はらず後出の子をの

み嫡出と呼び同胞前出の子をは必らず庶子と呼びたる實例は余輩の曾て聞かざる所なり蓋し彼等は異母の庶子を嫡出と做し以て眞の嫡出子を凌かしむるハ家を重んずるの國風に適はすと思意したるや疑ひなしと雖も斯の如きは我が民法の固より許さざる所なり家督相續に關して男女長幼嫡庶の分別を正したるを財産取得編第二百九十五條に就き見るへし

彼等の病根の一は我が民法は國家主義を措きて個人主義を採りたるものと妄想するに在り抑々我が大八洲は固より皇祖皇宗の國自ら萬邦に冠絶するの丕基天壤と無窮なるものあるが故に國家ありて而して後に人民ありと謂ふを至當とす然れども其國家肇造の太初を顧るに人(神を包含す)ありて家あり其家聚合部落邑里を成し竟に邦國の獨立大團體を成したるは争ふへからず而して國家ありて以來ハ豈夫の個人本位なるもの行はれんや是れ獨り本邦のみならず假令民主共和

制度の國と雖も亦殆んど均し何となれば一人は他の衆人に譲らざるへからず家の邑里に譲らざるへからず邑里の州郡に譲らざるへからず又州郡は其一國に譲らざるへからず即ち要するに私は公に譲らざるへからされはなり然れども私法即ち吾人相互の關係を支配する法律に於ては苟も國家の制度公法の機宜に牴觸を致さざる限りは主として吾人各個の利害得喪を考覈し之を慣習及び條理に照して規定するを妨けず否な是れ私法に於ける當然の目的なりとす然らば則ち民法を規定するに方りて國家主義に偏倚するは既に其當を失す又個人主義を取りて國家を顧さるか如きは是れ固より爲し得べきの事にあらざるなり是故に單純の箇人主義を以て法律を定めたる邦國は古今未だ曾て之れあらず然るに彼等敢て此れを以て我が民法に擬せり無稽の太甚しき之を何とか曰はんや

既に詳述したる所の如く彼等の視て舊慣を壞り倫常を亂れりと做す法條は一々舊慣に従ひ倫常を重んじたる規定に係る而して彼等自身は大なる謬見を覺らす敢て「民法は數千年來の習俗を排却して箇人本位の人事編を布き耶蘇教國の教を入れ固有の倫理を蹂躪す」と妄言するを憚らす是れ云はし彼等か發作病に原つける一場の迷夢中不識不知譫言を吐露するに均しと雖も恐らくは皇天后土の震怒に觸るゝを免かれざるへし爰に辯妄第一編を作る

第二

○延期論者ハ「天皇ノ命令權等ノ文字ヲ掲ケ來リテ朝野ノ耳目ヲ欺瞞セントス

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の宜しく百般の私權に就き該博詳密なるべく凡そ此

範圍内の事項は敢て之を他の法令に譲るべきにあらざるなり唯民法國是を主とする行政法の機宜に牴觸するを得ず何となれば各人私權の關係を以て國家統治權の運用を扞格すべきにあらざればなり乃ち我が民法も亦國權と私權との交渉事項に關しては一切之を私の法令の規定に譲りたるを勿論なりと雖とも私權か其制限を受くる場合を示さんか爲め或る事項に就きては之を他の命令を以て定規すべきを指導したる正條往々之れあり(財産編第三十一條乃至第三十五條第百五十五條末項第二百二十七條第二百三十二條第二百六十四條財産取得編第三條等)然るに一派法學者の眼光譲りたるを視て反て侵せりと做し避けたるを以て却て觸るゝものと爲すか故に民法は公法と私法との分界を明にするを能はず二者を混同して一律之を包括せんと欲せり故に行政法規に屬すべきものを民法中に編入し爲めに憲法上天皇法令法の範圍を減縮するの嫌ありとの妄言あるに至る夫れ國

家の行政機關は常に法律及び命令に従て運用せらるへし其専ら命令に依り自在の活動を爲さん憲法決して之を許さず而して民法は其當然の領域に於ける一切法令の原則たる以來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乃ち其命令に以て法律の範圍内に處分し若くは法律の欠缺を補充するを得ると雖と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毎に無効たるへし憲法第九條斯の如きは他な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一大要義なればなり蓋し緩急變局に當りて事物を處理し賜ふ至尊の大權は固より超然たるものありと雖とも是れ自ら別問題に屬す(同第四條第八條及び第三十一條且つ夫れ私權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而して私は公に譲るべきの道理よりして私權は往々制

限を受くると雖とも亦是れ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に主として公法に依り運用せらるゝ行政權を妨碍すべきの謂れあらんや若し公私兩々相容れさらん乎私權は當然避けざるへからず而して是れ同一立法權の下に於けるの加減斟酌なるを以て其準率程度は固より適當に定まるあるかり是に於て乎民法の規定が憲法に基つく命令法の範圍を減縮すと謂ふか如きは彼等が例の謬見妄想過慮ある三元素を以て捏造したる話柄なるを復た掩ふへからず

公の法人に屬し國用に供したる物之を公有財産と謂ふ例へは國領の海濱、道路、城砦、官廳の建物の如し(財産編第二十二條)此公有財産は私の所有權又は債權の目的と爲るを得ざる物即ち不融通物なりと雖とも(同第二十六條)其國用に充たす若くは不要なるに因り之を處分するに當りては最早不融通物にあらざるを明白とす他なし此等の財産は國

用に供したるか爲め融通するを得ざりしに外ならされはなり然るに彼等が民法は公有財産を絶對的に不融通物と爲したるか故に假令議會の協賛ありとも之を拂下くるを得ず(採と考ふるは大間違ひなり即ち政府に於て或る公有物を賣却せんと欲せば法律命令の許す範圍内に於て之を處分するの自在なると固より言を俟たざるあり

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思を以てするの外特に法律を以てすべきを規定したるは是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ものとす抑も各人の權利自由は國法に依るにあらされは鞏固なるを能はすと雖とも其固より天賦に係るものあり即ち生命、身体、財産を保持するの權利自由は凡そ人として無かるへ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からず故に所有權の如き國法を以て之を認知し確保する以上は又國法の明

條に據るにあらされは決して侵害せらるゝと分かるへし然るに彼等は曰く憲法の規定は國は法律に依らされは人民の所有權を制限するを得すと云ふに過ぎざるか故に府。縣。市。町。村。等。か火災、建築、警察上又は其他の行政上の目的に於て人民の所有權に幾分の制限を置くは必らずしも法律に依るを要せずと雖とも民法に於て法律にあらされは所有權を制限するを得ざるを定むる以上は云々」と斯の如く憲法の正文を解釋するを得ざるは論を待たず且つ國已に法律に依るにあらされは制限するを得ざる吾人の所有權を府縣市町村等か法律に依らずして制限するを得ると云ふか如き理窟は唐天竺にも斷して之れあかるへし蓋し府縣等の法人か警察其他の必要よりして吾人の所有權を制限するに就きては夙に相當法令の定まるあるを以て其受任職權の操縱自在ある毫も疑ふべきにあさるなり若し夫れ法律の委任に由らす二三有司の意見を以て命令を發し吾人の所有權に干涉せん乎

行政上如何なる必要に因るも頗る專斷の所爲にして明かに憲法の特條を蔑如するものなり

國家統治の大權は不磨の寶典に依り行使せらる何者か能く之を妨げん又議會の協賛を経たる條件は天下の規律たり何事か實施し得ざらん然るに彼等一派の學者は故らに「天皇の命令權」議會の協賛「市町村」等の文字を掲け來りて民法中正確明白替ふへからず爭ふへからざるの條項を指議非難するは果して何の心を嗚呼彼等是一種の情實よりして濫りに新法の延期修正を主張し而して或は朝野の耳目を欺瞞し去らんと欲する者にあらざる莫き乎否されは堂々たる法學者十有一顆の頭腦二十又二孔の眼力を以て最も親易きの法意を會得せざるなり是れ豈不可思議至極の椿事ならずや若し又眞面目にて斯の如き著大の誤解あらん乎余輩は將に疑はんとす彼等の學問は必ず化石と爲り了せしとを彼等は其崇拜する一派の法學に於ける論理論法に通曉

すと假定せらるゝも我か新法に對しては全然無能力なるの誹議を免
かれさらんとす秦人曰く庸人安於古俗學者溺于所聞と此語方今仍ほ
信驗ありと謂ふへし噫
由是觀之彼等は太謬を以て喋々するにあらされは野心を以て嗷々す
るに過ぎず此を辯妄第二編と爲すと云爾

(未完)

明治廿五年五月十二日出版并發行

編輯者 齋藤 孝治 全 鹽入 太輔 全 和田守菊次郎 發行兼印刷人 鈴木 敬親
神田區神保町四番地 京橋區築地二丁目 京橋區堀左衛門町四番地 神田區神保町七番地
發行所 東京神田區神保町七番地 明 法 堂