

れ然り、法律思想は已に各其國歴史に起因するを以て、其國の國體に關するや亦甚深し。然らば則ち諸君の如き外國法律を研究し以て我國の法律研究の資とせんとする者は、宜しく法理學者の説と其國歴史との關係を知らざるべからず。若し夫れ今日の如く一定の原理有らざる時に當り、一國の法理は即ち萬國の法理なりと思惟し、我國體に適せざる法理を移植せば、其弊害や將に測るべからざらんとす。猶ほ熱帶の草木を移して之を寒帶に繁茂せしめんとする如く、時に枯槁の虞なしとすべからず、慎まざるべけんや。聞く頃者諸君は各法律學校に於て民法草按の講義を聽かると、諸君は必ず其法例第三條及第四條に於て、社會の公益なる語あるを觀ん。又た其第二十條に於て社會の權利なる語あるを知らん。顧ふに、此等の綺語は、往々佛法學派學者の議論に於て觀る處なれども、然れども法律の正文として之を掲ぐる者甚だ少きが如し。是等の佛國歴史に胚胎したる法律思想は、果して我國法典の正文として掲げ得べきか。假へ掲げ得べしとするも、果して我國の國體及び人民の思

想に適すべきや否。諸君は其講義を聽くの時、當に熟慮三思せずんばあるべからず。而して余亦た意見の有るあり。然れども、其異見は已に述べべき處に之を述べたり。講談論場に立つて之を論ずるは余の好む所に非ざるなり。

〔明治二十二年十一月「法學協會雜誌」第六十八號掲載〕

明治二十三年

穂積陳重遺文集

一六八

英米議會法規序

正々の議陣相張り、堂々の論鋒相交はる、輿論の歸する所、公益の存する所、合議以て始めて之を定む、立憲の制美なる哉。我邦憲法既に定まり、自治制已に布かれ、美制良法燦然として觀るべきものあり。蓋し泰西立憲の制其粹を抜き、其華を蒐めて、之を我に移すは易し、之を實行して以て其利を收むるは難し。天工を奪ひ人力を省く、の奇器ありと雖も、運用其妙を得るに非ずんば、是れ惟だ贅物のみ、翫具のみ。安んぞ能く之を利用厚生、の具となすを得んや。試に問ふ、我同胞人民は果して立憲國の民たるに愧づるなきを得るや。我邦府縣會の設ありてより既に十有餘年、市郡町村の會相踵いで起り、帝國議會亦將に開けんとするの時に當り、各地方議會の奇談怪報、屢々新聞紙上に登り、或は吾人の笑神經を衝くものあり、或は吾人の涙管を浸すものあり、一笑一嘆殆んど

吾人をして此疑問を解答するに苦ましむ。然りと雖も、我邦合議制の行はるる日尙ほ淺し。衆民の未だ議事に慣熟せざるは、深く之を既往に咎むるを要せざるなり。若今にして尙ほ合議制の運用を講ずるを忽にするものあらば、吾人は之を立憲國の民たるに負くものと云はざるを得ず。學友川橋慶次郎兄茲に感あり、此書を邦語に譯述し、余をして之に序せしむ。余も亦其感を同じうし、敢て本書を公衆に紹介することを辭せざるなり。

明治二十三年一月

貴族院第一回通常會に於ける演說

「商法及商法施行條例期限法律案」に關する演說

〔明治二十三年十二月二十二日〕

諸君、此商法實施延期の可否に至りましては、已に此法律が發布以來、或は元老院に於てし、或は東京商工會其他商法會議に於てし、又近頃に至りましては、我衆議院一院に於きまして、充分に討議を盡されたものと思ひます。故に已に世間の注意を惹き、若くは此議院の論場に於て提出されましたる論點中、充分諸君の御考案に上りましたるものと私が認めましたものは、成るべく之を避けやうと存じまする故に、私は此商法延期と云ふことは、假令此法典が完全無缺にして法理上若くは實際上一點の撃ち所なきものと假定致しても、尙ほ之を急施するは不可なりと云ふことを述べやうと思ふ。我國の商法

典と申しまするものは、其性質上、他國の商法法典とは一概に之を論ずることの出来ない點が澤山ござりまする。「ヨーロッパ諸國の法典と云ふものを參考されて我商法を編纂致されたものでござりませうが、其御手本となり其御先祖となつて居る「ヨーロッパ」の商法はどう云ふものであるか、之は、政府が此社會の事情が必要じやと認めて、政府から之を作つてやつて、汝商人之に習つて商賣取引を爲せと言つたものか、若くは「ヨーロッパ」諸國の此御手本、此原始たる所の商法と云ふものは、商業習慣と云ふものより成り立つたものでありませうか。諸君御承知の通り、此「ヨーロッパ」の商法と云ふもの、始めは、地中海沿岸諸國に於て行はれた「コンソラト・デル・マーレ」と云ふ近世諸國の法典の大本となりました所のものは、どう云ふものであつたか。商賣人の慣習を集めたもので、政府が作つたものではない。自然法典である。即ち「ゼノア」「マルセイユ」「ハンブルグ」「北海」「バルチック」海等に於て行はれて居た法典は、皆な自然法典である。政府が之を作つて之に據れと言つたものではない。漸く「フラ

ンス」の「ルイ」第十四世の時分になつて、近世「ヨーロッパ」諸國法の大本となりました所の海上法例及商業法例の二大法典が出てから、商法と云ふものは政府で作るべきものと、斯う云ふことが確に定つた位のものではありませぬか。「ヨーロッパ」諸國で商法を作りませるのは、自分からして立法者が之が善からうと云ふ雛形を拵へてやるのではない。即ち一般の商業習慣を見て、之を實業者に諮ひ、之を學者に詢り、現在行はれて居る所の弊を防ぐとか、若くは之に改良を施すと云ふ位のこと、此千有餘條の様な大法典は、神武この方人民の夢にも見たことのないやうなものが、上からしてどさりと落ちて來たと云ふことは、決して立法史にあるまいと思ふ。あるべからざることであると私は思ふ。勿論日本の社會は近頃激變いたし、激變するに付ては、強ち法令が雨の如く下り霰の如く降ると云ふのを咎める譯ではないが、併しながら、そこがその程度の話じや。決して法典と云ふものを萬世作るべからざるものじやと云ふ議論は立たぬのであるが、これを急施するのは如何であらうかと考へる。

その法典と云ふものは、我商人に取りましては實に珍しいもので、第一に言語が分らぬ箇條が甚だ精密である。此の如きものが、自分の頭の上へ一時に落ちて來る、そりやどうも商人の驚きまするは尤ものことであらうと思ふ。亦輿論がこの急施と云ふことに反對いたしまするも、無理ならぬことであらうと思ふ。殊にこの衆議院などが、大多數を以てこの法案を議決せられたと云ふのは、甚だ當を得たるものと思ふ。此の如きものであるから、反對論者即ち延期論者が大騒ぎをするも、尤なことぢやと思ふのでございます。商人の騒ぎ……驚き……と云ふのは、只これを商人の無識とか云ふことだけに歸すると云ふことは決して出來ぬので、これだけの法典が俄に行はれたらば、我商業と云ふものに付ては、大變革を生ずる。商業の大革命を起すのであります。それに已に反對論者の云はるゝ如く、封建時代の商業に慣れて居つた人々がこれを八箇月の間に此の如き大法典に遵由して商業取引を悉く爲すと云ふのは、少しく急激に過ぎる。大に急激に過ぎると思ふのである。故にこの商

法と云ふものは、商業に後れて出來るものであつて、決して商法と云ふものが商業に先立つものでないと云ふことは世界萬國の歴史の示すところ、道理の示す所であるならば、これを急施して、この完全無缺の大法典で、我國の無智無識の商人を導いてやると云ふほどの親切なことをせいで宜からうと思ふ。第二に、私は、商法の編纂上より致しまして、どうもこれを急施する譯にはいかぬと云ふことを堅く信じますものでございます。その理由も簡略に申し上げます。この商法が編成せられますに當りまして、委員の組織はどう云ふものでありましたか。實に學者も澤山居りましたらう、政治家も其の中へ加つて居りましたらう、併しながら實業家が這入つて居りましたか。この現に御手本となつて居りますところの諸國の法典編纂には、この實業に關することには、成るべく委員の中に實業家を入れると云ふ主義が普く行はれて居る。その行はれて居る主義と云ふものは、至極結構な主義ではあるまいか。若しこの中へ實業家を入れて置きませんでしたときに於ては、充分に實業者の便利と云

ふものも考へられ、今に至りましてこれを發布せられたときに、俄に驚き、迎もこれを守ると云ふことは叶はぬ、……斯う云ふことにはならなかつたかも知らぬが、已にその委員と云ふものが全くこの實業家と云ふものには少しも關係ないと云ふ位の組織であつたらうと心得ます。かるがゆへに、この商人と云ふものゝ社會、實業者と云ふものが如何なるものが出て來るか、と云ふことを豫め期することは出来なかつた。故に、充分の準備を與へてやらねば行かぬと云ふ一の理由じや。又この法典を起草したのは誰であるか。これは獨逸人の「ロイスレル」と云ふ大學者である。抑々この法典と云ふものゝ起草を外國人に委托したと云ふことは、獨立國では「ギリシヤ」を除くの外はないことゝ私は思ふ。誠に我政府が我國の中にこの大事業を委托すべき法律家がないと認められたのは、私等は甚だ恥しいことゝ思つて居ります。必ず法學者は皆耻しいと思ふであらうと思ふ。併しながら、それは餘事である。この外國人が起草いたした法典であれば、殊更に我國の慣習と云ふものは注意し

て入れるやうに、他の委員達から、定めてなされたであらう。なされてなければならぬことであらう。然るに、その我國の商業慣習と云ふものは、充分に這入つて居ると信じて、この法典を披いて見ますと、如何でございませうか、私はどうも本邦の商業慣習と云ふものが編入してあると云ふことを看出すに甚だ困るのである。先日この政府委員の説明を見ますに、商業慣習と云ふものは、我國のものは充分に這入つて居る、這入つて居らぬと云ふ駁撃は甚だ分らぬ話である、已に數年を費して我國の商業慣習と云ふものを編纂して、大きな書物になつて居る、六千頁ほどの大書冊をなして居る、宮城君はこれを御目に掛けたい、又政府委員はいつでも御目に掛けると御意になつた。……御目に掛らう。……この中へどこへ這入つて居る。調べただけは宜しいけれども、ここへ這入つて居らぬじや仕方がないのである。多分我國の商業慣習と云ふものは、御役所の本箱の奥へ這入つて居るじやらうと思ふ。こゝでは少しも見ることは出来ぬと思ふでございます。それから矢張り編纂のことに付て、

この商法と云ふものが、御手本となされた諸國では、大率これを草案の中から公布致してございます。一方に於ては實業者法律學者の意見を聴き、又他の一方に於きましては、この遵奉しなければならぬところの準備をいたすと云ふことに便するため、草案の中から公布することである。我國にはさう云ふことはなかつたのである。草案の中に充分にこれを公布いたして置いて、實業者やら、學者やら、政治家やらの意見を徴して置いて行ふならば、その實施期限と云ふものが短くても宜しいかも知れない。併しながら前に見せずと置いて、突然出したときには、その實施期限と云ふものは、余程長くなくては甚だ不都合であるじやらうと考へるのである。又商法と云ふものは、その性質萬國法の如きものである。效力は各國に依て定まるけれども、その性質に於ては諸國同じやうなものであるから、それ故我法典と云ふものを、この「ヨーロッパ」と同じものにして、現今我國に實施しても少しも差間はないと斯う云ふ議論が起る。これも甚だ困つた議論と私は云はねばならぬ。この萬國法は、

「ヨーロッパ諸國での萬國法で、地中海の南に起り、北海の沿岸諸州に發達し、フランスに於て形をなして、さうして同じ「フランス法典」と云ふものが方々に行はれて居る。「ヨーロッパ諸國は、昔から商業慣習が同じなのだ。かるが故に「ヨーロッパ諸國では、或は萬國法と云つても宜いかも知らぬ。「アジャ」まで萬國法ぢやと斯う云ふのは、只向ふの書物を讀んだと云ふ話で、歴史と一所に向ふの書物を讀まぬと云ふ話ぢや。此の如く日本が屢々外國の制度を採用するに至り、非常な弊害を生ずることになるのを私は悲む。法律制度には、必ず歴史がなくちや行かぬ。その歴史から見ると云ふと、成るほど「ヨーロッパ諸國だけでは萬國法のやうなものであるが、「ヨーロッパ」以外にまで萬國公法と云ふことは甚だこれは六箇敷い。その御手本は萬國法でも、近頃までは、まだ現今に於ても、尙これを萬國普通と云ふことは歐米諸國だけに限つて居るやうに私には思はれる。我國が少しも早く萬國法たる商法法典を遵奉出来るやうになりたいが、今に於てさう云ふものと云ふと、私は決して未だ此の如

き有様には進んで居らぬ、日の入る國の萬國法と云ふものは、日の出る國に於ても萬國法じやと、斯う云ふ有様には未だ進んで居りませぬ。

時間に追掛けられますから思ふところを省略いたしますが、又屢々他のところで出ました議論に、この商法典と云ふものは、千有餘條の大法典である。その中の僅に二十三、四箇條を掲げて、その不都合を以てこの全部を廢さうと云ふのは不利の至りぢやと、斯う云ふことを政府委員に於て申された。これはこの商法施行條例と云ふものゝ延期を要する請願書を讀まぬ人の話だ。只大きな字を見てこれを數へて見ただけの話だ。私が讀んで見ると、百十二條の意見が出て居る。それは兎も角、法典と云ふものゝ中では一二箇條でもその關係するところ頗る大きく、又全體に關聯いたして居つて、一二箇條不都合な所があつても新法典の實施を延ばさねば行かぬことがあるかも知れぬ。決して何か蜜柑とか橙子とか云ふやうに數へて定めるものではないのだ。況んや此不都合と云ふことは、請願書や何かに於ても又澤山ある。之はほん

の御見本であると言つて出したのが澤山ある。又私は終りに臨んで一言申上げたいことがある。此商法法典の制定と云ふことは、固より外人のためにならぬ致したのでもあるまいが、又外人……外交と全く關係ないとは受取れぬ。如何となれば、此商法と云ふものは、獨り内地に止らずして、廣く諸外國に涉るものでありますから、兩方の關係があると私は認めます。先日政府委員の申さるゝのには、若し此商法法典實施を延期すれば、政府は大に信を内外に失するると云ふ恐れがあると……之は大きなことである。之は能く考へて貰はねばならぬことである。併しながら、輿論の歸する所に從ひ、二箇年延ばす方が善いと云ふことになつて、其輿論を容れられ、尙ほ此大法典と云ふものに修正を加へ、錦の上に花を添へて、之を實行しやうといふ御處分になつたならば、其公明正大の御處分は、決して信を内外に失するると云ふことはあるまいと私は考へるのである。立憲政府たるの信用は却て増すであらうと考へるのでございませぬ。又編纂委員諸氏に於きましても、決して之がためには榮譽を失ふ

と云ふことはない。又此法典と云ふものは固より完全無缺とはせられぬが、私は法學者としては之は甚だ出来が悪いとは言はぬ。併しながら此缺點を見て、又實際上の不都合といふことが充分分つたならば、之を改むると云ふだけの考へはなくてはいかぬ。之を修正して尙ほ完備ならしむるだけの勇氣がなければいけまいと思ふ。斯の如き公平なる意を示さるゝに於ては、法典の編纂に御盡力なされた人の信用が増すことがあらうとも決して墮しはせぬと私は思ふのでございます。故に、此商法の急施を二箇年間延ばすと云ふことは、之は一般の上から考へて見ても、之を商法の性質上から考へて見ても、何の不都合がございませうか、決して利あつて害なきものと私は確信致します。故に我貴族院は速に此法案を可決されまして、又徐に此修正を圖らんことを偏に希望いたします。

〔明治二十三年十二月二十四日發行「官報」第二千二百四十八號附録「掲載」〕

貴族院第一回通常會に於ける演説

「辯護士法案」に關する演説

〔明治二十三年十二月二十四日〕

此辯護士法案の第十一條は、全法案中最も困難なる問題でございまして、前日細川委員長よりも御報告のございました通り、此箇條の討論に就きましては、最も時間を費し、種々様々押合ました末に、到頭もとの通りに成りましたやうな有様でございます。私は固より此委員會に於きましても第十一條は削除せねばならぬと云ふ説を持つて居りましたものでございしますが、委員會の討論に連戦連敗、えつさもつさと押合ひました末に、到頭もとの奎阿彌といたしてしまふと云ふやうな有様でございます。併ながら、此問題は本案中のまづ重要なものゝ一と認めますが故に、此所に於きまして、一と通り

私の考へを述ぶるのが必要と存じます。此十一條はどう云ふものであるかと考へて見ると、先づ第一に辯護士の階級を設ける、其第二には辯護士の職を行ふ範囲を限る、即ち營業區域を設けると、此二つの大問題が此一箇條に籠つて居る。現今の代言人規則に較べて見ましても、最も甚しい變更は此第十一條に籠つて居る。私は此第十一條と云ふものは、第一に民事訴訟法刑事訴訟法の主義に悖つて居ると考へます。其理由は、我が民事訴訟法は御存じの通り未だこの辯護訴訟の主義を採つて居りませぬ。訴訟を提起いたしましするには、本人が之を提起致しましても、又は通常の訴訟代理人をして之を提起せしめましても、又辯護士をして之を提起せしめましても宜いと云ふ規則になつて居ります。若し本案の如く、辯護士には營業區域をちやんと定める、地方裁判所の辯護士は控訴院に於て辯論陳述をすることが出来ぬ、又控訴院の辯護士は大審院に於て辯護をなすことが出来ぬと、斯う定めてある。國家が試験規則を設けて學力を檢し、又代言人規則で十分其取締を附けてある、

則ち公けに許された訴訟代人は、一地方に於てのみ辯護することが出来て他の所へ往くことは出来ぬ、公けに許された代人は、下級の裁判所では辯護代言をすることが出来るが、之を控訴し之を上告することは出来ぬ。之に反して素人なる所の訴訟代人と云ふものは、地方裁判所で代人となつて、又控訴するときは控訴院へも往ける、一層登つて大審院へも往ける、即ち辯護士には往けずして素人ならば往けると云ふ結果でござります。又地方裁判所で裁判を致しまする所の法理、地方裁判所で辯護を致しまする所の法理は、控訴院に於て辯護する所の法理、大審院に於てする所の法理と同じものだ。唯下の裁判所へ往きます程事實の認定が入りますからして、其訴訟の事實が複雑致します。然るに、下級裁判所で代人を許されたるものは、上級に登ることは出来ぬ。斯う云ふ階級を設けると云ふのは、決して民事訴訟法の内、さう云ふことは見えて居りませぬ。又横に往かれぬ、一地方のみを限つてある、斯う云ふことも決して民事訴訟法の内にはさう云ふ義は見えて居りませぬ。然ら

ば辯護士に階級を設ける、辯護士の營業區域を設けると云ふことは、誠に新たなることでありまして、充分に此新たななる制度を設けて、營業の自由を妨げるだけの理由が無くては、此原案と云ふものは成立つまいと存ずる。第二には、第十一條は此辯護士法の精神に悖ると思ひます。此説明にもござりまする通り、第十一條と云ふものは、代言人の現状が所謂玉石混淆である之を淘汰致して、成るべく辯護人の位置を高めんとする精神が明かに現れて居る。併ながら、淘汰と云ふものゝ障害となるべきものは、成るべく除かねばならぬと思ひます。已に原案提出者に於て、代言人の現状は未だ満足すべからずと明かに此所に載せてある。然らば、此先き尙ほ進めて往く道を取らねばならぬ。此の如く代言人の階級を定めて、上に登ると云ふことを許されぬときに於ては、之から先きの代言人即ち後進者の進路に關門を置くと云ふ譯でござります。大學であれ又私立法學校であれ、段々と年を経るに従ひまして、其學問は進んで參ります。是迄も年を経るに従つて學問は進んで參りました。唯今

の有様が不充分であるならば、是から先きの後進者の有力者をして益々其能力を表はさしめ、其技藝を競はしめましてこそ、始めて淘汰と云ふものが出来るであらうと思ふ。如何に學才のあるものでも、如何に能力のあるものでも、決して一つの裁判所のみに限つて他の裁判所へ往くことが出来ぬと云ふ様なことは、又只今の如き此代言人の進歩の程度が充分高くない時に於ては、決して之を淘汰する道とは云へぬ。淘汰を妨げる道であらうと思ひます。殊に先刻も政府委員が仰せられましたが、近頃は新法典が續々と出ましまして、餘程學力の多いものでなければ、此法律の大變革を成して居ります時に伴うて、充分に辯護代言の義務を盡すと云ふことはむづかしいかも知れぬ。若し法律が少しも違はずして、前年來行はれて居ります如き法律の有様であつたならば、年を経ぬ人は年を経た人には及ばぬ。新しい事物が這入つて來て新しい法典が出て來た其時に於ては、學力のあるものは其法典の了解が出来る、學問のないものは年を取つても了解が出来ぬ。之は此事ばかりではない、

一切此社會の階級が治つて、制度や何かを變更せずして數十年數百年を経る時には、どうしても年を取つた經驗を積んだ人の方がえらい。併ながら、社會一度び改り、革命の時とか一新の跡とか云ふものに當ると、有力者が出て役に立つと云ふことは、どうしても免れ難いことである。我國では此後に於てさうなるでありませう。前に出た代言人の方が訴訟の場合に於ては必ず宜いことになるに違ひない。併ながら、之は先づ餘程先きの事と云はなければならぬ。只今の場合に於ては、之から先き成るべく宜い人が辯護士社會に這入つて、辯護士の位置が高まると云ふ、斯う云ふ考へをせねばなるまいと思ふ。此時に至りまして、此法案の如く、一步一步に關門を設けて、其進路を遮ると云ふことは、決して代言人を淘汰すると云ふ精神を貫くの道にあらずと、私は固く信じます。第三には、此法案は辯護士にも不便であり、訴訟依頼人に對しては殊更に不便と思ひます。何故に辯護士に不便であるかと申しますると、其營業區域を限られて居るからして、地方と云ふもので依頼者のな

い時は、決して他に往くことが出来ぬ。又隨分方今えらい代言人の内では、大きな會社でありますとか、或は手廣く致して居ります商人であるとか、さう云ふ人に使はれて居ります其の會社の關係致しますことは、諸方に涉りません。譬へば郵船會社の如きものでありますれば、長崎で訴訟が起りますか、松前で訴訟が起りますか分らぬ。又は鑛山を持つて居りますものは、其鑛山を諸方に持つて居りまして、方々で訴訟が起ると云ふことがある。其時自分が信任致して居る所の平生使ひ付けの代言人を使ふことが出来ぬ様になる。之も亦不便なるものである。又本案の如き、始審裁判所から控訴院に渡り、更に大審院に上告をする度毎に、其辯護士を變へねばならぬと云ふと、其手數のかさなりますのみならず、其入費に於ても、一人を以て之を終局迄受合はしめると云ふこと、多くの人に頼むとは、大に違ふと云ふことは明かなことであらうと思ひます。又此年限に依つて階級を設けなければならぬと云ふ議論でござりますが、裁判所構成法に於て、既に判事檢事の昇級年限があ

る、それ故に、其法廷に於て検事と相對し、裁判官の前に出て辯論致す所のものにも年限がなければなるまい、斯う云ふ話でござりまする。此理屈はどうも充分に了解致し兼ねます。相撲の取組とか云ふ様なことであれば、五年の検事に五年の代言人を組合せ、十年の裁判官に十年の代言人を出すのが宜いか知らぬけれども、辯護士が純然たる官吏なる所の判事検事と同じ様な年限を以て進まねばならぬと云ふ理屈は、私には了解致し兼ねます。又辯護士に訴訟を委託しまするには、或は自分の生命身體榮譽等に關しますることもござりまする。又民事に於ては自分の財産に關することもござりませう。斯様な重大なることを委託しまするのに、各々自から信ずる人に頼むのが依頼人のため國民一般のために宜しうござりませう。己れ病に罹つた時に、己れの信ずる所の醫者を頼むと云ふ制度に成つて居らねば困るのであります。若し醫者に於ても、營業區域が在りまして、自分の信を置いて居らぬ町内の數醫者に是非とも頼まねばならぬ、あれはどうも危ぶないと思ふが、此町内に住

んで居る醫者でなければ頼んではならぬと云ふ、斯う云ふことに成りましたならば、病人と云ふものは實に困る。訴訟でも同じことであります。前にも出ました通り、一地方などに於て、己れと仲の悪い代言人ほか居ない、或は己れの反對に立つ政黨の代言人ほか居ない。此場合に於て、若し自分の好まぬ人でも之を頼まねばならぬと云ふことになつたら、甚だ不都合であらうと思ひます。其他に第十一條を廢さねばならぬと云ふ理由は澤山ございまするが、私が一人で長く此演臺を恣に致して居るといふことは甚だ遠慮しまするからして、此十一條の議論は是だけに致しますが、之と聯帶して十三條と云ふものも削除致すか、若くば削除と同様なる修正があらんことを希望致すこととござりまする。

〔明治二十三年十二月二十五日發行「官報」第二千二百四十九

號附録「掲載」

明治二十四年

穂積陳重遺文集

一九四

貴族院第一回通常會に於ける演説

「戸籍法案」に關する演説

〔明治二十四年一月二十九日〕

私は此戸籍法案が速に第二讀會に付せらるゝのを希ひまする一人でございます。只今村田君よりして御述べになりましたる趣意は、抑々此戸籍法と申しまするものは行政事項に屬するものである。且此戸籍法案は民法の施行法だ。然のみならず、此法案に依ると云ふと、實に此戸籍雛形の如き細密にして極く法律の表に上るべからざることまでが之に這入つて居るから致して、是はどうしても勅令で出るべきものであつて、法律の案となるべきものではないと云ふ御論のやうに承りました。で、私は此戸籍法と申しまするものが第一に民法施行法と見ますると云ふことに異論がございます。此戸

籍法と申しまするものは、決して民法の施行手続を規定致したものでなくして、即ち其名稱の如く戸籍の事を規定いたしたものである。内務行政の基本ともなるべき所の戸籍を定めたる所の法案である。昔よりいたして、内務行政の基本として、人身に關する行政記録と云ふものは、三度程も變つたことがあつて、一番初は即ち姓氏錄と云ふものが其基本となり、其れより進んで戸籍と云ふものが其内務行政の基本となり、今一層進んで個人時代となれば、始めて身分證書と云ふものが人身に關する行政記録の基本となるべきものであります。今日日本の有様を見ますると云ふと、未だ身分證書と云ふものを以て一個人に關する：：身分に關する行政記録の基本とすると云ふ世の中に進んで居らぬ。我が民法人事編も斯の如き時代に進んで居るとは認めて居らぬ。我が民法と云ふものは、家族主義に依つて人事編と判定せられて居る。然らば、斯の如き民法が行はれて居るのに、其民法の施行法として戸籍法と云ふものを出すのは、前後釣合はない案で、即ち竹を木に接いだ様な有様になる

と言はねばならぬ。是は先刻も三浦君の述べられました通り民法に關係はございませうが、民法の施行法ではない。純然たる戸籍の法である。内務行政の本となるべき記録である。其記録に關する法であると云ふ所から、之を戸籍法と致したのであります。且つ此法案の修正中に、民法第何條第何條と云ふ言葉を削りました。此法案で獨立に行はれまするやうに修正になりました。私も特別委員の一人として斯の如き修正の仕方を賛成いたしました。所以は、此法を民法の施行規則と見ぬからであります。獨立の戸籍法と見るから、斯の如き修正を私は賛成いたしましたのであります。然らば、此性質上から申して、民法の施行規則であるから勅令でなければならぬと云ふ御議論は、私は御同意をいたし兼ねます。又此法律條規の案と云ふものが、或るものは是非とも法律でなければならぬ。例へば憲法第二章に掲げてございませう事柄の如き、或は裁判所構成法の條規の如き、或は租税及税率に關する事柄の如き、我が憲法に依りまして、是は是非とも法律でなければならぬもの

である。併し他の事柄は……謂はゆる憲法第九條に掲げてございまする法律施行とか、或は臣民の幸福に關する事項とか、或は秩序安寧の保持とか、斯の如きものは、或は法律を以てし、或は命令を以てせらるゝものでありまして、内外諸國の立法の實例を見ましても、又内外諸大家の學說によつて見ましても、此法律と命令と云ふものゝ境をはつきりと立て、斯の如きものは是非とも命令でなければならぬ、斯の如きものは是非とも法律でなければならぬと斯う云ふ境のはつきりと定まると云ふことにつき、所謂原器と云ふものもない。これをはかり分けると云ふ度量衡と云ふものは、決して實例上學理上今まで發見いたされてございませぬ。凡そ權利義務の原則となるものは、法律でなければならぬ。其他のものはどちらでも宜いと云ふことになつて居る。先刻村田君の引かれました所の憲法第九條の法律の執行に關する事柄は、我が國に於きましても、又他國に於きましても、其事の大切なるものは法律で出て居るものはいくらでもございします。法律施行、安寧秩序の保持、臣民の

幸福の保持と云ふものは、命令でなければならぬとは決して書いてない。然らば此戸籍法と云ふものは、抑々どう云ふ事柄であるかと云ふと、是が行政事項ぢやと云ふことは、私も御同意いたします。併ながら、其行政事項の中でも大切なものと認めます。行政事項の中で、内務行政の基本となるべきものである。戸籍は最も大切なものであると云ふことも、亦同時に認めます。斯の如き大切な所の戸籍と云ふものを法律で定めると云ふのは、即ち此貴族院に於きましては、學識經驗其他を備へた人々の協賛を御求めになり、即ち戸籍と云ふものを重んぜらるゝ形でございませう。又人民一般に關係のあるものでございしますから、衆議院に於ては是に依つて人民一般の輿論を求められる。即ち行政官と人民との關係と云ふものに直接の續き合ひがございしますからして、斯の如きものを議院に提出せられたのであらうと思ふ。我が政府が戸籍と云ふものを重んぜらるゝことは斯の如きものである。勅旨を奉じて帝國議會に提出せられたのである。夫を御返し申して、こちら

は軽いものと見ることになる。是を勅令とか若くは省令でやらなければならぬと云ふのは、我國古來姓氏録を重んじ、尋で戸籍を重じました沿革上から見ましても、未だ斯の如き時代にはなつて居るまいかと私は存じます。此戸籍と云ふものが斯の如く大切なるものである。若し此の戸籍法と云ふものは、どうしても是は議會の協賛を経べからざるものと云ふ證據もなし、又さう云ふ規則と云ふものもなし、議會の協賛を経て法律となつて少しも差支のないものでありまするならば、之を勅令で御發しになるが宜しいとか、又は省令になるが宜しいとか言つて御返し申すと云ふことは、どうもあるまいと思ひます。只此中で雛形の如きことを法律で定めまするのは、如何にも牛刀の譏りを免れぬと云ふことでもありまするならば、夫は第二讀會でいくらでも削除するが宜しい。細目の事に依つて全體を廢すると云ふことは、是亦御同意をいたし兼ねますることでございます。故に、若し戸籍と云ふものは民法の施行と云ふことではないと云ふことを認め、戸籍と云ふものは實

に行政事項の中で其基本ともなるべき重なるものじやと云ふことを認めますれば、どういたしましても、是は速に第二讀會に移つて充分に修正を加へらるゝことを希望いたさねばならぬことであらうと思ふ。因て一言私の意見を辯じて諸君の御賛成を願ひたいと思ふ。

〔明治二十四年一月三十日發行「官報」號外掲載〕

貴族院第一回通常會に於ける演説

「戸籍法案」に關する演説

〔明治二十四年二月四日〕

特別委員より提出致しましたる外國人が始めて日本に住所を定めましたる所の規定は、既に削除のことに議決に相成りました。併ながら、是が全くありませぬときに於ては、此後外國人が日本に参りまして住所を定むることが出来るやうになりまして、戸籍上の取締がありませぬ。随つて、警察上に、又は租税の徴收に、萬事に差支へまするから、苟も日本が外國と交通し、外國人が日本に住所を定めることがありまするならば、例へ第七十一條は修正の仕方が悪うございまして、之に關する規定がなくてはならぬものと考へます。若し此一箇條が無いときに於ては、戸籍と云ふものゝ上に、大缺點を生ずると

思ひます。然らば此墨書の通り、即ち政府提出の原案の通りに此第七十三條を致しませうか、是れは甚だ困りまする事情があつたのでございします。此原文を見ますると、歸化人又は外國人の日本に本籍を定むるに付いての届出は特別法及び民法の定むる所に依ると斯う書いてございします。然るに此歸化人に關することは、民法第十一條に於きまして、特別法を以て定むと書いてございします。即ち民法には歸化人に關することが定めてございませぬ。其れ故に、歸化人が日本に本籍を定むるに付いての届出は民法の定むる所に依ると、別々に書くべきことを一文章に書き込んだのでございしますから、之を分つの必要と云ふものが出て参りました。併ながら、之を分ちまするに付きまして、本員は大いに疑ひを懷いて居りまして、只今政府委員にも内々質しましたこととございします。が、外國人が日本に住所を定めましたら、直に其れを本籍地と言つて宜しいかと云ふのが一つの疑ひ、其れに對して、政府委員の答辯は、民法上の住所即ち本籍地ぢやと云ふこととございします。併しながら

ら、外國人は外國に本籍地を持つて居ります、其れが日本に来て日本に住所を持つと、其れも本籍と云ふことになり、一人にして二つの本籍地があると云ふ如き不都合を或は生じて来るかも知れませぬ。通常民法などに於ては、住所と本籍地とは同じものになつて居りますが、外國人に於ては聊か其疑ひもございませぬ。又戸主の氏名云々とございませぬが、外國に於て家族制を用ひて居りませぬ所には、實際戸主と云ふものはございませぬ。父母の關係兄弟の關係はございませぬが、法律上戸主と云ふものはございませぬ。是れは實際の戸主であつて、強ち法律上の戸主を指すのではないと云ふ御説明がございませぬ。其れも或は差支ないかも知れませぬが、兎に角此第七十三條を墨書の儘に存して置くのは、誠に不充分なる文章でありまして、少しも分らぬやうなことでございませぬからして、何とか致して、此に第七十一條と同じやうな箇條を設けたい。極端に論じますれば、外國との條約も充分に出來ぬと云ふ有様になります。就きましては、政府委員の御考へを承はり

たうございませぬ。或は之に對する修正を提出致しまするがために、此會を明日にでも御延しになる請求がある方が宜しいではありませんかと思ひます。又私の七十三條原案の讀方が悪うござりまして、原案の墨書を取て宜敷いと云ふ御考へがあれば、其御考へを拜聽致したいと思ひます。

〔明治二十四年二月六日發行「官報」第二千二百七十九號附録「掲載」〕

貴族院第一回通常會に於ける演説

「前田謙祐君選舉争訟の件」に關する演説

〔明治二十四年二月十二日〕

私は此資格審査委員の報告に反對を致しまする一人でございませう。抑此自選投票の有効無効と申しますところの議論の我國に起りましたのは、今日に始まりましたことではござりませうが、立法議院に於て斯の如くに議定されんと致しまするは、今日始めてございませう。然れば、此問題は實に將來の適例ともなりませうものでございまして、我輩此事を談じまするに當りまして、虚心平氣情實に纏はるゝことも無く、感覺のために判斷を誤ることもなく、能く此法律の精神文意を考へて、將來の模範となるべき判決を下すことを心得なければならぬと存じます。而して、此問題を論じまする前に、此

問題の性質を定めるを必要と存じます。此問題は勿論原告中西某氏の出訴に因つて起りましたることとございませうが、其歸しまする所は、自選投票の有効無効に歸します。即ち投票問題にして選舉問題にあらず。此自選投票が若し無効と決しました時に於ては、其投票は無効になりませう。併し幸に選舉は無効の結果を生じますまい。又此被告前田君に於きましても、本院の議決に因つて其位列は依然續けられる結果と考へられますから、益々此問題を判決いたしまするに付いては、我々は心靜に冷淡に之を判斷するの機會を得たことと存じます。偕て此問題を決しまするに付きましては、私は此報告書の例に倣ひまして、第一に此法文の意義を解釋し、第二に其法文の精神を論じて見ませうと思ひます。此問題の骨子とも稱すべきは、即ち互選と云ふ字の意味でございまして、私は法律の文字には随分拘泥せぬ方でありませう。併し先刻の加藤君などの如く、法律の文章をこなし附ける流義でもございませぬ。如何となれば、其文字が其法律の精神の符牒でございませうから、是れま

た其意味のある所を釋ねて見なければなりません。故に第一に此法文の解釋の方より論じ起しますれば、此法律の文章言語を解するには、どう云ふ標準を我々は取らねばならぬかと云ふと、是れは解釋の原則、解釋の金言とも稱すべきものであつて、法律の文章用語は平易通常の意味に解さなければならぬので、特別の理由があれば特別の意味に解すると云ふのが千古の金言でありまして、是れは申さぬでも分つて居る。法律は法律専門家のためばかりでなく、學問のある者でも學問のない者でも、高い者でも卑い者でも、誰れ彼れの別なく守るべきものであれば、其法律の文字の意味は一般の人が讀んで通ずることが出来るやうになつて居らねばならぬのは、自然の道理であります。此原則は動かすべからざるの原則であります。然らば此互選と云ふ字を一般の人民が讀み、選舉と云ふ字を我々が始めて讀んだ時に、如何なる意義を之に附するものであるか、恐らくは百中の九十七八人と云ふものは、是れは他人を選舉するものであると云ふ意義を第一に附けるであらうと思ひます。此法

文を書いた人は、どう云ふ意味で書きましたか、是れは聞合せたこともございませぬ。此法文の起草に與り、此法文の審議に與つた人も、自選投票のことは氣が附かなんだ、腦中に浮んで居らなだくらゐ、書いた者も然り、讀む者も多數は他人を選舉するために入れ札をすると云ふ意味に解するであらうと考へます。法律の意味に殊更に奇妙な意味を附けますとか、殊更にむづかしい意味に解釋するとか云ふのは、或は専門家の人などは好むかも知れませぬが、斯の如く奇を好み殊更に理屈を附けると云ふ専門家は、未だ充分に煮の通つて居らぬ、生煮の専門家と私は存じます。故に第一の法文解釋の原則即ち平易通常の意味を附すべしと云ふ原則から見れば、多分他人を選舉するの意味であると云ふことは、諸君も御同意であらうと存じます。然らば第二に、何か特別の理由があつて、特別な意味を之に附けなければなるまいか、人の思ひ寄らぬ意味を附けなければなるまいかと尋ねて見ねばならぬことでございます。其れを論じまするに附きまして、亦法律の解釋法と云ふも

のが有るのでございます。凡そ刑罰でございませうとか、租税其他負擔を課する法律並に特權を與へるの法律とか云ふものは、殊更に其意義を擴張する、敷衍すると云ふことは、許さぬと云ふことに成つて居ります。是れ亦申すまでもない理由の有ることでございます。猥りに刑罰に關する法律、租税に關する法文、若くは特權に屬する法律を敷衍擴張することを許したならば、必ず其弊と云ふものが出来て來ることは論ぜぬでも分りませう。然らば、此互選の規則と申しますものは、通常人民一般に持つて居りますものであるか、或は特權に屬するものであるか、或は法律に依つて或は人民の一部分に與へられた所の權利であるかと云ふと、是れは所謂特權に屬するものであると云ふことも、亦疑ひを容れぬことであるであらうと思ひます。で、斯の如く特權に屬すると云ふものを猥りに之を擴張すると云ふことを許すと云ふことになりますれば、其特權と申しますものゝ區域と云ふものが甚だ明かでなくなります。故に此審査家の如く、明文の足らざる所を補ふべし云々と申して、現

に明文に書いてないことを解釋で補ふことは、どうしても出来ぬと存じます。立法官の忘却したことを裁判官が補充することは決して許さぬと極つて居る。起草者も思ひ附かず、讀む者も通常は思ひ寄らぬこと、其れを殊更に立法官の位地を奪うて、解釋する者が此法文には此意味が這入つて居ると云ふことで叩き込むと云ふは、甚だ不當なることであらうと私は存じます。次に此審査案に依りますれば、自選投票を無効とするの條項がない。又自選投票を禁ずるの明文がない。禁じてないから遣つても宜いと云ふ議論で、即ち世に所謂反對推理と云ふものを用ひてある。斯う云ふ議論は甚だ便利な議論でございますが、甚だ便利になると同時に甚だ危ない議論でございます。禁じてないことは遣つても宜いと云ふことならば、然らば刑法に於て人を殺す者は死刑に處すべし、物を盜む者は重禁錮に處すべしと書いてある。物を盜む者はと云ふことがあつて物を盜むなと書いてないから、重禁錮に處せらるる積りならば物を盜んでも法律は構はぬ。命を棄つる積りならば人を殺し

ても宜しいと云ふ反對の解釋を致して參る。是れは實に誰れも笑ふべきことであると云ふことは分るであらうと存じます。又前に挙げました税の例でございましたも、例へば馬の税……馬には一箇年どれだけの税を課すると云ふことがあれば、其れも矢張り立法者の足らざる所を補うて、兎馬でも馬でないとは書いてない。白馬非馬とは云ふが木馬馬に非すと云ふことはない。木馬でも馬でないとは書いてないから、木馬でも税を課さねばならぬ、兎馬にも税を課さねばならぬ。又菓子税であつても、水菓子は菓子でないといふ文章はないからして、矢張り税を課さねばならぬと云やうに、皆反對から論じて來ましたときに於ては、法文の區域と云ふものが明かでなくて、人民が其由る所に苦しむやうになつて參ります。前年「イギリス」に於て、衆議院の選舉のときに、女子が或る選舉區の候補者になりましたことがございました。其時の理由として述べますに、此「イギリス」の昔の選舉法に於て、市民とか公民とか云ふ字はあるが、女子は公民にあらずと云ふことは何所にもない。故

に女子も選舉權を有すると云ふ理屈を申して、或る選舉區の候補者になりましたことがございます。併しながら、固より昔から女子には選舉權はない、男にして市民たる者のみに選舉權があると解釋し來つて居りますから、其反對の明文なきに拘らず、其事は遂に立消えになつて仕舞ひました。法律の明文に自選投票は無効なりと書いてないから、是は有效ぢやと云ふ反對推理と云ふものは、常に法律家が法文解釋の上に於て甚だ危険とし、甚だ恐るゝ所でございます。如何となれば、斯の如き解釋は、動もすれば濫用が出来るからでございます。併し若し此選舉權と云ふものが前より存して居るものでございまして、始めて貴族院令に於て選舉の權を行ふ法律を定められたと云ふものであるならば、其れは其時に禁じてなくとも前からあつたものでございませぬ。併しながら、此互選の權と云ふものは、貴族院令に於て人民の或る部分に與へられたものであると云ふことを講究せねばなりません。始めて與へられたものならば、

其與へる所の文章の區域を越えると云ふことは出来ませぬ。猥りに解釋上で意味を擴めて之を取り込むと云ふことは、どうしても出来ませぬ。新に與へられたものなるに依つて、反對推理で法文に禁じてないから此權を自分が持つて居ると云ふことは出来ませぬと存じます。其れ故に文章の解釋上から行きましても、自選投票を有效なりと云ふことは許せぬ。又斯の如き意味は生ぜぬと私は信じます。第二に、法律の精神に論及致さうと存じます。抑々こゝに互選と稱しますものは、單純なる適任者選舉であるか、或は代表者選舉であるか、此選舉の性質を定めるのが極めて必要と存じます。こゝに或る事を爲すに當り、誰れが一番適任なる者であるかと云ふことを、皆が入れ札を致して定めるのならば、單純なる適任者選舉である。併しながら、誰を代表人としやうかとの代表者の適任者を選擧する場合ならば、即ち代表者選舉である。どうしても此選舉の性質には二つあります。で此多額納税者の選舉と云ふものは、人民の或る部分、殊に財産上の利害得失等を代表さ

せるために設けられたものだと言ふことが其本でありますならば、此選舉と云ふものゝ性質たるや、即ち代表選舉であつて、決して單純なる適任者選舉ではないと存じます。貴族院令で定められたのは、直接國税を納むる者の中には必ず賢人があると考へられたのでもなからう。又多額納税者の中には、多額の納税者たるだけに、國民の中でも最も多くの大政治家があるであらう。英雄豪傑は此の多額納税者の外には出ぬと云ふ考へでもなからう。主として政治に大關係ある所の財産上の利害得失を代表せしむるために、此選舉の設けがあつたのであらうと存じます。若し此選舉の性質が代表者選舉にあらずして適任者の選舉でありますならば、私は林君に御同意を仕りまして、自選投票は適任者選舉……即ち何か國家に事あるに當つてどうしても我れより外に之に任ずる者がないと見たときの如きは、誰れ憚ることもなく自分を投票して宜しい。例へば戰の時に當つて、此方面の先陣の職を勤める者は我れより外にないと信じますれば、其時には自選投票をしても決して

其選舉の性質に照して差支へないと存ずる。彼の前に引かれました板倉勝重が其子の重宗を薦めました如きは、代表者選舉ではなく、適任者は誰れかと云ふ場合であるから、所謂子を知るは親に如かずと言つて子を薦めたものと私は存ずる。固より此選舉人被選舉人國民一般が極公明正大な者ばかりでございまして、人民の間に少しも間違ひがないと云ふことを假り定めますれば、先刻林君の申された通り、自選投票も少しも害はありますまい。併しなから、種々の間違ひと云ふものが人民の中にはある。又人民の中には随分悪い者もある。故に種々様な法律を設けねばいけないのでございませう。天下の人をして盡く林友幸君ならしめば、自選投票を禁ずると云ふ法律は入らぬと私は思ふ。所謂大道廢して仁義興るとは此事であらうと思ひます。實に此議論に於ては奇妙なことを私は感じます。先刻板倉子爵は自選投票有效の説を賛成せられました。板倉君は彼の板倉家と御續きがあるかどうか存じませぬが、昔板倉と云ふ人が其子を薦めたことが有る。而して今日板倉

子爵が自選投票を宜しとせられ、又奇妙なことには林友幸君が有效の議論をせらるゝは、若し馬琴をして之を言はしむれば、之は所謂名詮自稱と云はれるでありませう。夫れで適任者選舉なれば宜しいが、代表者選舉と云ふことに就いて、自分が其代表委任の行爲をなすことが出来るや否や。自分が自分を代表者に選ぶと云ふことが自分から出来るかどうか。こゝに一つの會社がある、而して其會社を代表するものは選舉の結果に依つて定まる、故に代表者の自分が會社の一員であるから、自分が會社の一員として本人の位置に立つことが有るかも知れぬ。併しながら自ら法律上代表人として其行爲を爲すことを許すか、之は私は疑ひます。どうも自分で自分に委任する行爲をなす、即ち代表の投票を爲すことが出来るであらうかどうか。どうも出来ぬと思ひます。次に委員の報告書には、成程一人で有る、自分で自分を投票するもので有るが、之は有形上は一人で有るが、無形上二人で有る。資格は二つだ。選舉人の資格が一つ、被選舉人の資格が一つと、此二つの資格を併せ持つて居る、

故に差問はない。肉眼では一人でも、法律の眼から見れば二人である。法律の眼から見た所で、甲が乙を投票するに於て何の差問あらんやと、斯う云ふ議論でありまして、中々巧なる議論と見えますが、併しながら、一人にして此反對の資格を併有し、而して其自動的、他動的の働きを爲せる場合は、法律上略ぼ極つて居ります。例令ば仲買人と云ふものは、買主の代人、賣主の代人を一身にして此二つの資格を集めて、さうして自動的なる賣ると云ふ所爲、他動的なる買ふと云ふ所爲、之を一人ですると云ふのが一つの例に爲つて居る。夫れから或國に於きまして、破産の管財人又收税官の資格を持つて、自分の家とか土地とかいふものに税を取立てまする場合がある。此等は特別の明文に依つて定つて居る。又は特別の商業慣習に依つて定つて居る。併しながら、今度の如き、本人が自分一人の資格を以て自ら選舉し、自ら選舉せらるゝ。斯う云ふ例と云ふものが選舉にあると云ふことは、今まで私は氣が付きませんでした。若し斯の如く法律の眼で見れば、少しも構はぬ、公平を失ふとか、さう云ふ

様なことは構はぬと云ふことになれば、判事が訴訟を起すと御覽なさい。判事が訴へられたと御覽なさい。其判事が法廷へ出て、自ら判事となり、自ら被告となりて、原告の間立ち判決するは、何んにも差問へないと云はねばならぬ。己れは判事の資格で裁判する。一方には法廷へ出て被告になつて自分で訴へられて自分で裁判するとも差問へないと云ふ。斯う云ふ論理が出て来る。斯の如きこと、云ふものは、即ち自分に關する事件について判事が判断することは許さぬと云ふことは、之はもう道理上、法理上、分り切つた話である。斯の如き巧妙なる議論を弄ぶと云ふと、動もすれば不道理に陥るの危険が有らうと私は思ひます。終りに先刻加藤君より述べられました所の、自選投票は一の権利の侵害なりと云ふ一の説がありました、之は私は甚だ道理あること、思つて、賛成致さうと思ふ。何故であるかと云ふと、此事に就いては訴訟を許してある。訴訟と云ふものは何んに依て起るか。権利の侵害せられたりとするものが訴訟を起すことが出来る。夫れで此選舉人

又は被選舉人に訴訟を起さすると云ふものは、其選舉の結果が其人等の権利を侵害し其人等に迷惑を與へたと云ふことから、始めて訴訟を起すことが出来る。之は貴族院令に依つて訴訟を起すことを許されてあります。此自選投票は不法であつて、其行爲は必ず外の人の権利を侵害することになるから、依つて訴訟と云ふものが起る。此審査と云ふものは、此貴族院に資格のないものが位列して居つては悪いと云ふことならば、決して訴訟を待つて論ずるには及ばぬ。訴訟さへなければ此審査は起らぬ。争訟を待つて始めて其審査が起る譯であります。夫れで争訟を提起するのは、自分の利益若くは自分の権利を害されたものとして提起するが訴訟の性質であらうと存じます。本論を結びますに當りまして、尙ほ此委員の報告に就いて一二言致さねばならぬことがあります。委員の報告書に依りますと、本邦裁判所の判決例に依るも自選投票の有効なることは明かである、各國學者の論說に依るも自選投票の有効なることは明かであるとあります。本邦裁判所と云ふ方は、已に委員

長より述べられました。併しながら、之は各國學者の説である、恰も此文章を御覽になると、世界萬國の定論であると云ふ様な言葉を以て嚇し附ける意味になります。私は之は承知仕りませぬ。私は此事に就いては、少しは調べて見ましたが、自選投票に關する各國學者と云へば、英、米、獨、佛、ロシヤ、イスパニアであるとか、又各國と云へば支那、印度なども入つて居るかも知れぬ。此の如き所で學說が極つて居ると云ふことは未だ見出しませぬ。一二の例が一冊か二冊の本の中にあるかも知じませぬ。若し委員の報告の如く根據があると云ふことなれば、各國の學者が云うて居るならば、委員諸君が御出席に成つて居るでござりませうから、どうか此事に就て御證明を願ひたい。此の如き事で判断を左右すると云ふことは私は致しませぬ。能く之はあることでありますが、或部分に於ては往々行はれることであります。新しい問題が起りましたり、或は新しい法律を制定致しまするに當つては、其事の當否を論ずることは差措いて、外國にはどう云ふ例があるとか、御傭外人某君に

駭附けて聞いて見ると云ふ風が行はれる。而して其外國一二の例を以て、或は外人の云ふことを金科玉條として、夫れが大勢並んでござる所の人々の判断に大變の影響を及ぼすと云ふことは諸君も御實驗でござります。私も能く見て居りますることとござります。我々は此事を談じて、我々の仲間の符牒では又御神輿を擔ぎ出したと斯う申して居ります。之は或る歴史家に聞いて見ますると云ふと、其昔比叡の山法師が御神輿を擔ぎ出して洛中を騒がすと云ふことに基いたのであるさうです。外國人某は斯う云うたとか、或は外國の書物に斯う有るとか云ふことを引出して嚇しつけると云ふことを、我の仲間では御神輿を擔ぎ出すと申します。我々は先づ是非曲直を判断する前に、妄りに斯う云ふ事を人に問ひに參りますのは、之は御鬮を引くと我は嘲つて申します。斯の如きことは固より我々の取らぬ所でござります。併しながら立憲政の事は勿論、法律其他學術技藝等に於ては、他年の經驗を最も經て居ります所の諸外國の例と云ふものは、之は一概に撥斥する譯では

ない、之を參考とするも宜しい。又先輩の説を聞くも宜しい。併しながら、之を取ると取らざるとは我に在り。それがどう云つたと云うて判断を動かすことは、決して我々の潔しとせざる所であります。若し此自選投票と云ふものにして、法律の文章精神上に於て有效なりと致しましたときには、憚からず我々も之を有效とせねばならぬ。法律の精神、文章が無効と云ふことでありまするならば、譬ひ各國の學者がどう論じて居りました所が、我々は之を無効と云はねばなるまいと思ひます。即ち其判断する所は我に在つて彼に在らず、況や各國の學者の論説と申しますものは、私は太に疑ひまする所であります。委員諸君にして幸に「イギリス」ではどう云ふ論説が行はれて居る、「フランス」ではどうか、「ドイツ」ではどうか、「オースタリヤ」はどうか云ふ、各國の學説の證明が出来ますものならば、夫れに従つて亦其是非曲直の證明を考へて見ねばならぬ。併しながら恐らくは或は我々の口悪く申します所の御鬮位ではないかと大に恐れますのでござります。故に私は此文章より論じ

ましても、法律の精神より論じましても、自選投票と云ふことは無効であると云ふことを確信仕ります。併しながら、此事たるや、先例となつて甚だ其の係る所が重うござりまするからして、決して私の説を只貫かうと存ずるのではござりませぬ。唯其大要を述べまして、諸君の御判断を仰ぎたいと存ずるだけのことにと止まるのでござります。

〔明治二十四年二月十三日發行「官報」第二千二百八十四

號附録「掲載」

法案三讀會表決の性質

議院法第二十七條に曰く、「法律ノ議案ハ三讀會ヲ經テ之ヲ議決スベシ」と、是れ實に現代議制諸國に於ける立法議事の通規にして、我議院法の採用する所なり。斯の如く鄭重の手續を盡して反覆審議する所以のものは、獨り法律の制定は人民の休戚に關すること最も大なるに因るのみならず、抑も亦三次の讀會は、各其議事の目的、其表決の性質を異にする所あるを以てなり。余輩は之に就て聊か論述する所あらんとす。

第一。讀會の議事は、貴族院規則第五十七條に明示する如く、法案を第二讀會に付すべきや否やの議事なり。而して第二讀會を開くべきや否を議せんとせば、勢ひ其法案の要不要、及其法案實質の當否如何に論及せざるを得ずと雖も、是れ其議事の本質にあらざるなり。第二讀會を開くと否とは、必しも其法

案實質の可否に關するものにあらず。何となれば、第二讀會を開くべしとなす者は、必ずしも其法案の實質を可なりとする者のみにあらず、或は其法案の必要を認むるも其條項を不可とし、第二讀會に移して大に之を修正し、又は之を削除せんとする者もあるべし。又第二讀會を開くべからずとなす者、亦必ずしも其法案の實質を否なりとする者のみにあらず、或は其法案中の條規の完全なることを認むるも方今之を不必要なりとし、或は其制定發布を尙早しとする者もあるべし。然らば第一讀會の議事は、法案實質の可否を直接の目的としたる議事にあらずして、之を逐條審議に付するの可否を議するにあるや亦明かなり。

第一讀會の議事の性質已に此の如し、故に其表決に於ても亦決して法案の實質を可否するものに非ざるなり。貴族院規則に、第二讀會ヲ開クベキヤ否ヲ決スベシと明記し、敢て法案の可否を決すべしと記せざるは是れが爲のみ。第一讀會の性質已に此の如し、其結果たるや、第二讀會に於て逐條審議をな

すに當り、議員は假令重大なる點に付て、如何なる修正説又は削除説を提出するも、決して之を議事規則の精神に違犯せるものとなすべきにあらざるなり。彼の辯護士法案に於て、辯護士の營業區域を廢する説の如き、又度量衡法案の議事に於て度量衡の原器を置かざる説の如き、以て好適例とするに足る。今若し第二讀會を開くべしとの議決を以て法案實質の可決なりとせば、其結果として第二讀會に於て重大なる修正案若くは削除説を可決すれば、議院は前後矛盾の表決をなしたるものと謂はざるを得ざるに至るべし。然れども第二讀會に於て各條を審議するに於ては、如何なる修正説を提出するも、一に議院の自由に在ることは議事規則の明かに認むる所にあらずや。第一讀會の議決を以て法案の大體を可決したるものとするの説は、議事規則の外に於て始めて唱道するを得べきのみ。

且夫れ削除説を以て獨立の修正案となさざることは、近世諸國の議事規則の恒例にして、學者の一般に是認する所なり。然るに今若し第二讀會を開く

べしとの議決は法案實質の大體を可決したるものなりとせば、其結果として一旦議院に於て可決したる條項を削除せんとする時は、必ず之を特別修正案として提出するを要するに至るべし。然るに我國に於て現に採用する所の規則によれば、各條を削除せんとするの説は、特に之を修正案として提出することを要せず、若し議會に於て原案を可とする者少數なる時は、原案は自然に消滅して、削除の結果を生ずるものとなす。是れ豈第一讀會に於ては法案の實質を可決せざるの確證にあらずや。

又第一讀會の議決を以て法案實質の可否決なりとするの説は、全く貴族院規則第五十七條第四項に於て「第二讀會ヲ開クベカラズト決シタルトキハ其議案ヲ廢棄シタルモノトス」とあるを見て、直に反對推理の法を用ひ、第二讀會を開くべからずとの議決は法案を廢棄するものなれば、第二讀會を開くべしとの議決は法案の大體を可決したるものなりとするものにして、必竟表決の結果と性質とを誤認せる偏見のみ。若し論者の説の如くんば、何を以て第五

十七條に法案大體の可否を議決すべしと記せずして、故らに「第二讀會ヲ開クベキヤ否ヲ決スベシ」と明記し、第六十五條に於て「第三讀會の表決を規定するに當り、議案全體ノ可否ヲ議決スベシ」と特書せるや。論者若し兩條の差異を玩味せば、蓋し思ひ半ばに過ぎん。

注意せよ、第五十七條の所謂廢棄なる文字は、院議に付せずとの義にして、前にも論ずる如く法案の實質を否なりとするの謂にあらざることを。

第一讀會の議事の性質は逐條審議を開くの要不要を議するに在り。第一讀會の表決の性質は法案を逐條審議に付するや否の表決なり。故に若し議案法案にあらずにして可決せられたる時は、單に議院は法案を審議に付するの必要を認めたるに過ぎず。決して其實質に付て法案中の條規の大體を可決したるにあらざるなり。

之れに反して、第二讀會の議事は法案實質の議事なり。議院が第一讀會に於て第二讀會を開くべしと議決したるときは、議院は始めて直接に法案の實

質を討論し、或は原案を可決し、或は修正案を可決し、若しくは原案を否決して之を削除するものとす。故に其議事の性質は全く第一讀會の議事と異れり。是れ貴族院規則第五十七條に於て「第二讀會ニ於テハ議案ヲ逐條朗讀シ之ヲ議決スヘシ」とある所以なり。

第二讀會の議事の性質已に此の如し、其結果たるや、第二讀會の表決は法案各條の可否決なりと稱するを得べし。

第三讀會の議事の性質は、法案實質の全體の可否を討論するに在り。従つて其表決の如きも、之を法案全體の可否決と稱するを得べし。是れ貴族院規則第六十五條に於て「第三讀會ニ於テハ議案全體ノ可否ヲ議決スベシ」とある所以なり。

以上述ぶる處を括言すれば。

一、第一讀會の議事は第二讀會を開くべきや否やの討論なり。法案の要不
要及其實質の當否を論ずるは、第二讀會を開くの可否を議決する材料た

るに過ぎず。

一、第一讀會の表決は法案を第二讀會に附すべきや否の表決なり。故に之を可決したりとて、直ちに之を法案實質の可決と稱すべからず。之れに反して、之を否決したるとき法案の廢棄せらるゝは、之を院議に附すべからずとの表決の結果たるに過ぎず。

一、第二讀會の議事は法案の逐條審議にして、即ち法案實質の當否を討論するものなり。

一、第二讀會の表決は法案各條の實質を確定するものなり。

一、第三讀會の議事は法案全體の可否を討論するものにして、即ち法案實質の全體の議事なり。

一、第三讀會の表決は法案全體の實質の可否を決するものなり。

法案三次讀會の表決に關する余輩の意見は概略此の如し。曩に其の一端を述べて有賀學士に質し、又他の議院法専門家に問ひしに、或は同じ或は異す。

然るに第一讀會の表決の性質たるや、前にも述ぶる如く、第二讀會の議事に於て重要な修正説若くは削除説を提出するの當否に關すること甚だ大なるを以て、特り之を理論の問題として満足すべきにあらざれば、余輩は度量衡法案第二讀會に於て、貴族院議長に質して其明解を乞ひしに、議長は此議論は咄嗟の間に決すべきものにあらざると即答を與へられざりき。(貴族院議事速記録第十四號參照) 故に直に其質問の要領を書面に認めて之れを議長に呈したりき。思ふに其質問書は祝融氏の怒りに觸れ、北邙一片の烟と消え失せしならんか。

然りと雖も、炎々たる猛火の中に葬られたるものは質問書なり、質問其物にあらざるなり。無形の質問は決して有形の議事堂と運命を共にせざるなり。疑義決せずんば質問滅せず。敢て卑見を述べて高識諸君の教を待つ。

〔編者云、本篇は明治二十四年に小冊子として印刷したものであるが、其頒布の月日は不明である。〕

鶴城新報發刊祝辭

宇和島出身の諸士、我舊君伊達侯陸爵の榮を賀し、宴を墨堤の某樓に開く。席上鐵腸末廣先生余に謂て曰く、近頃郷里の青年中鶴城新報を發刊するの舉あり、僕自ら其監督の任に當らむとす、乞ふ君の序文を煩はさんと。余辭して曰く、僕素と一介の讀書生、時事に暗く、世務に疎く、徒らに白魚の伍たるを樂み、敢て政界に雄奔飛搏するを好まず、焉んぞ政治上の雜誌に容喙するを得んやと。鐵腸先生曰く、否、君誤れり。鶴城新報は政治雜誌に非ず、公益雜誌なり。苟も地方公共の利益に關する事は委く網羅して之を掲げ、敢て其政治と文學と法律經濟と農工商とを擇ばざるなり。余觴を舉げて屬して曰く、公なる哉、公なる哉、公益の語先づ吾心を獲たり。余聞く、地方人民は山河自然の區域内に住居し、一郷殆んど皆祖先以來相識にして、其交際の範域たるや甚だ狹隘なり。之を比隣其の名を識らざるの都會に比すれば、政事上の軋轢は却て甚し

く、政事上の主義の異同は私交上の親疎の別を來し、政治に狂奔するの結果は、人々に偏頗心と猜疑心とを惹起せしめ、甲黨の社長たる商工業會社は乙黨員加入するを欲せず、丙黨員地主の田地は丁黨員たる小作人之を耕すを屑とせず。甚しきに至りては、舅家と政治上の主義を異にするを以て、可憐ら花嫁を離別し、以て不飲盜泉不食周粟の良節となす。其極竟に親友相反目し、叔姪相鬭爭し、兄弟父子相離隔するの流弊を見るに至る。而して地方發刊の新聞雜誌中、或は斯の如き流弊を矯むるに力むるものありと雖も、又或は却て之が媒介たるものなきにしもあらず。故に今鶴城新報の發刊の舉あるは、余の深く喜ぶ所なりと雖も、亦竊に憂ふる所なきにあらず。然りと雖も、鶴城新報は公益雜誌なり。而して先生の公正練達自ら其任に當る。余の憂は固より杞人の憂たるに過ぎざるのみ。鶴城新報の發刊豈祝せざる可けんや。鐵腸先生曰く、請ふ之を以て祝辭に代へよ。余曰く諾。乃ち再び觴を擧げて曰く、詩曰、鶴鳴于九臯、聲聞于天と、地方の公益は天下の公益なり、鶴城新報勉旃々々。

明治二十五年

隠居により移動すべき権利義務

(舊民法財産取得編第三百十一條批評)

隠居の効力は、隠居届出以前に於て、隠居者が保有せし一切の権利義務を、家督相續人に移すにあり。民法財産取得編第三百十一條に、

隠居家督相續ハ、届出前ノ利害關係人ニ對シテハ、第三百八條ニ定メタル期間滿限ノ日ヨリ、又故障アリタルトキハ、其故障ノ棄却確定シタル日ヨリ、死亡ニ因ル相續ト同一ノ效力ヲ生ズ、但隠居者ノ終身ヲ限度トスル權利及ビ義務ヲ消滅セシメズ。

とあるを以て、隠居者の終身を限度とする権利義務例へば、終身年金を受くるの権利、生命保険料支拂の義務の如き終身繼續すべき權利義務を除くの外は、總べて死亡に因ると同一の効力を生ずるものとなるや疑ふべきに非ず。然れども、我輩を以て之を觀れば、此除外例は甚だ狹隘に失するの嫌ひありと謂

はざるを得ず。蓋し、隱居に因りて家督相續人に移るべき權利義務は、隱居者が届出以前に於て、戸主として有せる權利の包括にして、特に其隱居者の一身に專屬せる權利は、隱居の爲めに移動すべきものに非ず。例へば、教師が年限を定めて學術を教授するの契約を爲し、技師が家屋を建築すべき契約を爲し、畫家が畫幅を作るべき契約を爲したるが如きは、皆な一身の學藝技能に屬するものなるを以て、固より家督相續人の繼承し得べきものに非ず。又た假令へ終身を限度とせざるも、隱居に因りて消滅するものに非ざるなり。然るに、第三百十一條の法文は、隱居に因り消滅せざる權利義務を單に終身を限度とするものに限るたるを以て、嚴正に此法文を解釋するときは、隱居者一身に專屬する權利の一部たるに過ぎざるのみ。故に終身限度とする云々なる法文を改めて、之に代ふるに、**特ニ一身ニ專屬スル權利義務ハ、隱居ノ爲メニ消滅セズ**との文字を以てすれば、稍々穩當なるに近からん。

〔明治二十五年一月「法學協會雜誌」第十卷第一號掲載〕

代言制の進化

學友城法學士は大審院書記長の榮職を辭して將さに代言の業に従事せんとす。乃ち本日をトし、此に開業の披露を兼ね學術演說會を開かるゝに際し、余も亦講演者の席末を汚す所以のものは、余は學友の義務として深く之に當れるを喜び、代言制の沿革に關し聊か卑見を吐露して其責を塞がんと欲すればなり。

抑も古代社會の發達尙ほ幼稚にして組織未だ整齊せず、法律制度も極めて簡約なる時に當りては、之を理解し之を實行する、僅に普通の智識と尋常の經驗とを要するのみ。之が攻究適用を以て一箇特別の專務とするの必需未だ之れあらざりしなり。語を換へて之を言へば、分業の法未だ普く行はれざるを以て、或は武人僧侶等にして裁判官となり、或は醫師、占卜者、豫言者にして法

律家と稱せし者其例に乏しからず。之を要するに、古代社會に於ては、衆民中未だ法律家なる一階級の生ずることなかりしものと謂ふべし。

社會の文化上進の緒に就き、法律制度稍々整備するに至れば、舊時の如く其推究を以て全然度外視するが如きことあらずと雖も、未だ専門の學科として之を專攻する者あるに至らざるなり。民間時に訴訟事務に通曉する者ありと雖も、未だ代訟辯護の業を公許することあらざるなり。偶々疑獄難訟の起るあれば、訴訟事務の慣例に通曉せる者に就て之を諮詢したる事あるに止るのみ。

我國に於ても、古代法曹家と稱する者あり、又た明法博士なる官ありて、法律を以て其職務と爲したりと雖も、代言制に至りては其端緒だも之れあらざりき。其後民間に公事師なる者あるを見る。然れども之を以て公然代訟を許されたる者と云ふことを得ず。現今に於ける如く、特に法律を以て辯護士の業務を規定し、以て司法機關の一部となすに至りたるは、蓋し泰西諸國の制に

起因せるものなり。

余は泰西諸國に於ける代言制の進化を分つて之を左の三紀と爲さんとす。

第一紀 辯術家の時代

第二紀 法術家の時代

第三紀 法學者の時代

第一紀 辯術家の時代

余の觀る所に依れば、現今代言制の起因は、ギリシヤ古代法廷公開の制にあり。蓋しギリシヤ國に於ては法廷を公市場の露天に公開し、一切の争訟は口訴の制に依り、原被告兩造自ら訴へ自ら論辯す。偶々辯舌訥吃にして己が意思を暢達する能はざるときは、敗訴の虞あるに因り、訴訟人は往々出廷の前に當り、當時有名なる辯士論客に就て其争點を論争せしめ、自ら其論辯を筆記し、自ら其筆記を暗誦し、法廷に出で、之を演述することありたりと云ふ。思ふに此習慣は即ち代言制の由つて來れる萌芽にして、訴訟人は直接に代人をして

出廷論辯せしめざるも、間接に他人の辯論を假りて出廷争訟したるものと謂ふべし。

西暦紀元前四百年の頃に至り、訴訟人は辯士を法廷に同伴し、難問疑點ある毎に一々之に顧問商議にして論辯を爲すの習慣を生じたり。此時代に於ては、未だ代人をして訴訟人に代はり論争せしむることを許さずと雖も、之を辯士論客の議論を暗記して自ら法廷に復演するに比すれば、代言制上一步を進めたりと云はざることを得ず。

其の後紀元前五百年の頃に至り、竟に訴訟人は己れの代言人をして出廷論辯を爲さしむるを公許せらるゝに至れり。此に於て代言の制始めて起る。然れども、當時他人の依頼を受けて代認論辯したる者は、法律を専攻し代認を專業とする者にあらずして、擧な所謂「プロレートル」即ち辯術家なる者なり。有名なる辯士「アンチフォン」紀元前四八〇——四一一は始めて報酬を受けて公然代認の業を営みたりしを以て、通常氏を以て代言の始祖と稱す。其他雄辯

を以て千載に聞ゆる「デモステネース」を始めとして、「リシアス」「イシアス」「イソクラチース」等の如き有名なる辯士は、皆他人の依頼を受けて法廷に出入せり。

斯の如く、「ギリシャ」の古代に於て代認を爲す者獨り論辯修辭の術に通じて法律の學理を攻めたる者甚稀なりし所以のものは、當時法律専門の學未だ起らざりしに因ると雖も、法廷を公市場に公開したるを以て、訴訟人は主として裁判官及び傍聽人の感情に訴ふるを是れかめたるもの、抑も亦其一原因たらずんばあらず。當時數千の人民は公市場に蟻集し、薪を負ふの老爺、魚を購ふの少女、鋤を肩にするの農夫、貨物を擔ふの商賈、書冊を挟むの學生、長劍を横たふるの兵卒、肩摩臂搏して原被兩造の辯論を傍聽す。或は歡呼喝采し、或は叱咤怒號し、法廷の喧噪言ふべからず。其弊たるや、竟に「ギリシャ」國法廷をして、權利を争ふの公衙に非ずして、辯舌を戦はすの競技場たらしめ、訴訟の勝敗は辯論の巧拙に依りて定まり、其曲直を以て之を占ふを得ざらしむるに至れり。

「ローマ」國に於ても亦然り。始め訴訟人は他人をして代言辯護せしむること能はざりしも、其後に至り、「アドボカチ」と稱したる補助人を法廷に同伴し、事の疑ふべきものある毎に之に商議諮詢するの慣習を生じ、後ち「バトロニ」即ち保護者又は「ラトリス」即ち辯士をいひ、出廷代言の事を執らしむるを得るに至れり。而して當時自ら法律家と稱して法廷に論辯せる者は、固より法律専門の學士にあらず、三寸不爛の鋭舌を揮うて感情を惹起するに汲々たる辯術家、即ち「クレートル」の徒のみ。故に森嚴沈毅なる哲學士「カト」、武威全歐を壓したる將軍「シーザ」、權謀詭略に富みたる「マークアントニー」の如き有名なる政治家を始めとして辯舌に巧みに論争に長じたる者は、概ね皆他人の依頼を受けて法廷に出入せり。而して訴訟人の主として恃む所亦代人の辯舌にありて其法律の學識にあらず。滔々懸河の雄辯と深遠なる法律の學識とを兼有せる「シセロー」、「ホルテンシアス」其人の如きは、僅に一二指を屈するに過ぎざりしのみ。就中「マークアントニー」の如きは、己れ法學に通ぜざるも尙

ほ代訟の業を執り得るを誇りて、常に得々たりしといふ。「シセロー」は當時法律家の無學なるを嘲りて曰く、法律家たらんには僅に三日の讀書を要するのみと、亦以て「ローマ」共和時代の代言人は唯辯舌を以て要格となしたるを知るに足るべし。而して其法廷喧囂の狀況は、毫も「ギリシヤ」と異なることなし。「シセロー」が曾て「ミロー」の謀殺犯を辯護せし時、將軍「ポンペー」は人民の騷擾を警むる爲に、數百の軍隊をして法衙を衛らしめたるに拘らず、群民は衛兵の白刃霜鋒を犯して法廷に近づき、或は屋上に登り樹上に攀ぢ、囂々として「ミロー」を罵詈雑言して止まず、「シセロー」が絶世の雄辯も之が爲に蹉躓し、竟に「ミロー」をして罪なくして配所の月を觀せしむるに至れり。後ち「ミロー」は「シセロー」が校正せる辯論の筆記を見て、若し「シセロー」にして當時此の如く演説し得たらんには、余は配所「マルセル」の無花果の甘味を知るまじきをとて歎息せりと云ふ。當時傍聽せる群衆の喧囂想ふべきなり。

「ドイツ」國に於ても其始は訴訟に代人を用ふるを許さざりしが、「ローマ」法繼

受以來其制に倣ひて代言を公許せり。所謂「レイドネル」即ち辯士又け「フュー
ルस्पレッヘル」即ち代辯者はなり。一千五百年の末に至りては、代言なるも
の始めて確然たる一職業を爲せり。

「フランス」國に於ては、宗教裁判所及び「バールマン」共に古代より代言の制あ
り。一千七百年の末に至り代訟制度大に定まり、代言人の特權及び其社會に
於ける位地等亦大に上進せり。之を要するに、古代に在りては、代言人の主と
して喜ぶ所辯舌にありて學識にあらず、是れ辯護士制進化の第一期は辯術家
の時代なりと云ふ所以なり。

第二紀 法術家の時代

社會の文化其歩を進むるに従ひ、法律制度漸く複雑煩多に赴くものなり。

此時に當りては、法廷に出で、他人の爲に代訟辯護する者の如きも、獨り辯舌
の巧妙なるのみを以て足れりとするを得ず、必ずや複雑なる法制に通曉
し、又法廷の慣習に熟達することを要す。此に於てか始めて法律家なるもの

あり。然れども當時法律家の貴ぶ所は、唯だ法例典故を記憶し、之が解釋適用
の法に慣れ論辯に巧妙なるにあり。法理を攻究し、其學識を具備する如きは、
未だ之を重んずるに至らざりしなり。如斯き時代に於ては、普通の智識あり
て少しく事理に敏捷なる者は、實際の經驗に依りて或は裁判官たり或は代言
人たることを得べし。要するに裁判官たり代言人たるに未だ學問上の要格
あることなく、文人より出で、俗吏より昇り、或は武官より移りて法官又は狀師
たるを得し者ありたり。大凡各國の法制史上に就て之を觀るに、法術は常に
法學に先つて發達するものにして、「マークベ」氏の所謂法術家ありて未だ法
律家あらざる時代とは、蓋し此時代の謂ひなり。

第三紀 法學者の時代

法律は社會の開化と共に其分量の増加を來し、其規定の複雑に赴くものた
るは、已に前に述べたるが如し。聞く、英國に於て今帝「ビクトリア」女皇即位以
來に發布せる法令の總數は、其祖「ウキリアム」第一世英國征服後今帝即位の時

に至るまでに公布せる法令の數に超過せりと。蓋本邦の法制史を通覽すれば亦同一の言を爲すを得べきか。維新以後に發布せられたる法令の總數は、之を建國以來維新の際に至るまでに發せられたる法制の數に比して、或は遙に其上にあるべし。如此く法令複雑なり。尙ほ辯舌を弄び、記憶に依り、經驗を頼み、以て之が實行の重任に當らんと欲するも、固より望んで得べからざるの事なり。必ずや法規の解釋適用に關する原則を識得し、之に據りて以て法律の事務に従はざるべからず。此に於て法學者たらず、んば法律家たる能はざるに至れり。故に開明諸國は擧な裁判官たり、代理人たる者に要する學問上の資格を定め、試験に依りて之を採用するに至る。之を代言制の沿革の第三段とす。

近世の裁判官は學問上の資格に據りて任用せらるゝものなるを以て、固より古代の裁判官の如く代訟人の辯舌の巧拙に因つて其判斷を誤らるゝが如きことなく、唯原被兩造の主張する法理如何に依つて之が判決を下す者なり。

故に古代に比すれば、辯舌の如きも大に其必要を減じたるものと言はざるを得ず。且つ古代に於て訴訟を代理したる者は、専ら其辯舌を以て裁判官及傍聽人を感動せしむることを是れ勗めたりと雖も、近世の裁判官は皆な法學者なるを以て、如何に滔々たる雄辯を振ふも、其法理の精確なるに非ざれば之を動かす能はず。故に古代は専ら雄辯を貴びしも、近世は却て明辯を重んずるに至れり。

代言制の進化に三時期あるは既に斯の如し。翻つて我國の狀況を見れば、維新以前に於ては未だ代言の制定まらずと雖も、唇薄く舌滑らかなるの徒は、動もすれば公事師と稱して法衙に出入し、訴訟の取扱を以て職業と爲せるが如きことあり。其後に至り、代言の制定りたるも、其始めは、世人は一般に辯舌あるものは代言人たるを得べしとの思想を懷けり。従つて學識如何に深遠なるも、辯舌に巧ならざる代理人は世に用ひられず、却つて單に多少の經驗を有し、且つ辯舌に巧なる者のみ尊重せらるゝの傾きありしが、近年に至り、有名

なる法學者にして代言の業に従事する者續々増加し、世人も亦た法學者にあらざれば真正の代言人たるを得ざるを信ずるに至れり。是れ固より僅々二三十年間の變遷なりと雖も、稍々一般の辯護士制の進歩に並行せるの變遷なりと謂はざることを得ず。

城法學士が法律學に精通せるは已に世人の知る所なり。學士が久しく司法要職にありて訴訟事務に熟達せらるゝは、又世人の知る所なり。斯の如き法學者にして新たに代言人の列に加はらるゝ、我國代言制の進歩の爲めに大に賀せざるを得ず。近頃或は辯護士法を制定して代言人の位地を進むるの必要を説く者ありと雖も、余を以て之を觀れば、一篇の法律果して能く代言人の位地を進むるの效を奏し得るや否やは頗る疑ふべしと雖も、近頃の如く、法律に精通する學者が續々代言の業を營むに至れば、代言人の社會に於ける位地は自ら急速の進歩を爲すべきや疑を容れざる所なり。茲に代言制の沿革を略叙して城法學士の開業を祝す。

〔明治二十五年二月「法學協會雜誌」第十卷第貳號掲載。後に、首尾の各一節を削り、文中の「代言」又は「代言人」を「辯護」又は「辯護人」と改め、其他僅少の改訂を加へ、「辯護士制度の進化」と改題して、之を明治三十八年八月及び九月發行の「法律新聞」第三百號・第三百壹號に掲載せり〕

國際私法序

學友福原鏢二郎、平岡定太郎二氏、國際私法を專攻する茲に年あり。頃日潛思研求の結果を記して余の意見を問ふ。余之を閱するに、既に其編纂法の先づ我心を獲たるものあり。著者が古今明法の士の學說を收聚して其是非を辯ずる、虚心平氣、敢て其學者の名聲の赫々たるが爲めに其判斷の明を眩まさるゝことなく、卓立獨歩、精銳の論法を以て之を斷定し、盤根錯節又を迎へて剖く。二氏の大家崇拜の弊に陥らざるや、能く真正の學者たるに愧ぢざるものと稱すべし。二氏又た比較的研究法により、博く文明諸國の法令を參稽して之を本邦の法規に對照し、其異同を辨じ、其得失を論ず。故に二氏の論ずる所、古今各國の學說、東西兩洋の成例、蚌を剖て明珠を列するが如し。而して其間敢て前人の餘唾を拾はず、一個特有の新意を出し、着々辯明論斷す。其説く所

固より余と見を異にするもの尠からずと雖も、其中又た前人未發の新説と稱すべきものなきに非ず。其國際私法は公法なりと説き、又行爲地の法を以て能力を支配すべしと論ずるが如き、蓋し著者の最も得意とする所なり。初め二氏の稿を起すや、屢々余の書齋を訪ひて其所見を述べ、以て余の意見を叩く。余も亦常に胸襟を啓きて之に應じ、論議を上下すること再三、今や稿を脱するに迨び、余二氏を慫慂して之を公刊せしむ。二氏依て余に題辭を徵す。余曰く、世人書を著す者多くは其序文を能文の士に囑し、或は其題辭を高位貴紳に請ふ。故に或は蛇尾龍頭を接ぐ者あり、狗肉を售らんとして羊頭を懸る者あり。二氏の余に序を求むるや、之に異なり。二氏は其學友をして斯書を法學世界に紹介せしむるものなり。余安んぞ喜んで之に序せざるを得んや。余嘗て「エミル・ドラブレ」氏の「財産起原史」を讀む。「ラブレ」氏曰く、余は「クリフ・レズリー」氏に此書の序文を請へり。而して其之を請ふ所以のものは他なし。余は「レズリー」氏の必ず余と意見を異にする所あるを知ればなり。余は又「レ

ズリー氏の法理學、理財學の教授たるの位置及び氏の法律史、理財史の該博なる學識は必ず讀者に益する所あるべきを信ずればなりと。余嘆じて曰く、序を請ふ者は當に斯の如くなるべしと。而して、レズリー氏の序文を讀むに、正に是れ一篇の大議論、或は著者の意見に同じ、或は之に異す。余復た嘆じて曰く、學友の著書を序するもの當に斯の如くなるべし、彼の徒らに溢美の讚辭を臚列するが如きは學友の通誼に非ざるなりと。茲に於て聊か余の懷抱する所を述べて之を著者に質さんとす。

法曹、イエリング氏嘗て道德法律の區別を論じて曰く、是れ法律學の喜望峯なりと。喜望峰は古代大波岬の名あり、風浪頗る惡く、航客屢々其針路を誤る、是れ蓋し、イエリング氏が取て以て比喻せし所以なり。余謂らく、國際私法も亦た法海航客の北氷洋に非ざるなきを得んや。古來法理學者にして此暗境に探檢を試むる者幾何ぞ。而して或は氷山に觸れて其船を破碎する者あり、或は迷霧に入りて其針路を失ふ者あり、其能く初志を遂げて歸る者果して幾

人かある。而して福原平岡の二氏又た此迷海に獨立の針路を取り、別に一の新航路を開かんとす、其勇氣や嘉す可し。余や法海の航客、曾て又た一の航路を試みたる者、請ふ其海圖を披いて二氏の意見を問はん。

前人の國際私法を説く者、多くは之を國際法の一部とす。是れ獨逸の「シエフネル」氏、「パール」氏、和蘭の「アッセル」氏等が之を國際的私法と稱し、伊太利の「ロモノナコ」氏、佛蘭西の「ボルタリス」氏、白耳義の「ローラン」氏等が國際的民法と稱し、佛の「フェリックス」氏、英の「ウエストレーキ」氏、「アイト」氏、伊の「フヒオレ」氏等が私法的國際法と稱せし所以なり。余謂らく此說誤れりと。夫れ國際私法は其規定の國際的なるに非ずして、其規定せらるゝ法律行為の國際的なるにあり、而して其法律行為の有効無効を定むるの法は、唯だ一國の法あるのみ。甲國の臣民乙國の臣民と結婚し、丙國の商賈丁國の商賈と貨物を賣買し、戊國所在の地所を己國に於て讓與し、其法律行為上より庚國に出訴するが如きの涉外事件に於て、之を裁判すべきの法規は、決して諸國の間に行はるゝ法に非ずし

て、只だ法廷地法の一あるのみ。彼の身分能力は本籍地法を標準として其效力を定め、不動産に關する法律行為は其所在地法を標準として其效力を定むるが如きも、皆法廷地法に依りて然るのみ。決して列國間に斯の如き法規の行はるゝに非ざるなり。而して各國略ぼ同一の原則を採用するに至りたる所以のものは、只列國交通貿易の便益上より出でたるものにして、其法規の實際的なるが爲めに非ざるなり。若し諸國に同一の規則行はるゝを以て其法規を國際的なりとすれば、二十一年を以て丁年とするの法規の如きも亦之を國際法の一部と稱せざるを得ざるに至らん。畢竟文明諸國に於て涉外法律行為に關し同一法規を採用するは、謂はゆる物質的歸一にして、法力の歸一に非ず。其涉外法律行為の效力を定むるは、國々の法律に依るのみ。故に曰く、涉外事件の效力を定むるものは、一に法廷地法にありと。

學者又た曰く、涉外法律行為の效力を論ずるに當りては、二國以上の法律に觸すと。是れ和蘭の「ローデンプルグ」氏、米國の「ストーリー」氏、「ホワルトン」氏、獨

逸の「ヴェヒテル」氏等が之を「法律の牴觸」と稱せし所以なり。余謂らく、此説は則ち法境を滅するの説なりと。二物同時に同一の空間を充さんとす、茲に於て牴觸生ず。然るに法律の屬人主義は既に久しく其跡を絶ち、近世諸國の法律は屬地主義に據り、治外法權の場合を除く外は自國の法律は其國境を出でず、他國の法律は其國境に入らず、是れ各國獨立主權の然らしむる所なり。各國の法境劃然として互に侵す可らず。故に二法同時に同地方に行はれざるは、恰も二物の同時に同一の空間を充す能はざるが如し。惡んぞ牴觸衝突するを得んや。茲に一の涉外法律行為あり。甲國の法之を有效とし、乙國の法之を無効とす。而して若し之を丙國に於て裁判するに當り、甲乙二國の法は丙國に行はれず、丙國の法廷は唯其法律行為の關係地法に於ける效力を明かにし、而して後ち自國の法律により其有效無効を判決するものなり。此場合に於て、裁判官は甲國の法若くは乙國の法を適用するものに非ず。自國の法は裁判官に對し、某國の法に適ひたる權利行為は我法廷に於て之を有效とす

べしと命ずるに由るのみ。故に法律互に牴觸することなく、涉外法律行爲を規定するの法は單に法廷地法の一あるのみ。

學者又た或は曰く、涉外法律行爲に關しては、其關係地の法律は效果を他國に及ぼすものなりと。是れ、コッセイヤス氏等が之を、法律の治外效果と稱し、「ホルランド」氏が「治外私法」と稱し、「ザビニ」氏が之に關する原則を「所に關する法律の效果」中に論述せる所以なり。然れども各國の主權は法の治外效果を許さず、只自國の法によりて涉外事件を判決するのみ、故に此論の當を失せるは敢て多言を要せざるなり。

又た或は曰く、涉外事件に關しては、法廷は其關係外國法を適用すと。獨逸の「オルスタット」氏が之を「外法適用」と稱し、英の「フヒリモール」氏が之を「國際好誼」と稱し、各國交際の好誼上より涉外事件には外法の適用を許すものとせり。此説たる國家主權の作用を誤り、法律と事實との區別を知らずして、裁判官に外國法律適用の職務あるものとするに出づるものにして、余の最も非とする

所なり。一國の裁判官は自國の法律を知り之を行ふの職務を有する者にして、他國の法律を知り之を行ふの職務あることなし。故に若し涉外事件に於て、裁判官は他國の法律を適用するものなりとせば、裁判官は萬國の法律に通曉せざるべからず。然れども、裁判官は固より斯の如き職務あることなく、又斯の如き腦力を具ふるものあることなし。涉外事件に於て法廷の問ふ所のものは、其涉外法律行爲の效力なり。而して其行爲の有効無効は、其行爲關係地法即ち本籍地法、行爲地法等に據りて法廷地法之を定む。故に裁判官が其涉外法律行爲の效力を判決するは、自國の法律に依りて之をなすものなり。其行爲關係の外國法に依りて之をなすに非ず。自國の法は裁判官に命じて曰く、本籍地法に於て適法なりと認めたる身分能力は、我法廷は之を有效なりと認むべし、不動産に關する事件は、其所在地法に於て有效なりとするときは、我國の法廷に於ても之を有效なりとして裁判を爲すべしと。故に我法廷の問ふ所は、其法律行爲の效力にあり。法廷は、只其法律行爲の效力を知らんが

爲めに行為關係地の外法を事實として證明せしむるのみ。外國の法律は其國境以外に效力を有せず、悪んぞ他國の法廷に效力を有することあらんや。一國の法律は他國の法廷に在りては事實なり、固より法律たる效力を有せず。即ち其國に斯の如き法律存在すと云ふの事實たるに過ぎず。既に事實たり、故に證明を要す。事實は證明を要し、法律は證明を要せざるは法律の原則なり。設し其法規にして他國の法廷に法律たる效力を有するものとすれば、裁判官は當然之を識らざるべからず、焉んぞ證明を要するの理あらんや。故に曰く、謂はゆる國際私法なるものは涉外法律行為の裁判法なりと。而して其法規の性質たるや、純然たる内國法にして、毫も國際的の元素を有することなし。從來學者の國際法の性質を論ずる者、概ね皆國家主權作用を誤りて、一國の裁判官は涉外訴件に於て他國の法律を適用するの職務ありとし、法律と事實との區別を誤りて、一國の法律は他國の法廷にありては事實となることを知らず、法律に治外效果ありと信ぜり。此學說竟に一國の立法を誤り、主權を

損ずるが如き法規を設けしむることあるに至る。余案ずるに、我邦の法例(舊法例なり)の如きは此原理を誤解して立案したるものなるを以て、或は外國の法律に従ふと云ひ、又は外國法を適用すと云ひ、我國法を適用するときは日本法を適用すと特書す。嗚呼、是れ國法を以て我法境内に外國法の治外効果を認むるものなり。我國民の治外法權を厭ふや已に久し。而して我法例は、外國法の治外効果を認む。我裁判官は既に新法の浩漭なるに苦む。而して我法例は猶ほ且つ裁判官に諸外國法を知るの職務を負はしむ。余法例を讀む毎に、未だ嘗て此點に於て我立法者と意見を異にするを慨嘆せずんばあらざるなり。抑も内外交渉訴件に關し我法廷の適用する所のものは我國法なり。我法官の遵奉する所のものは我國法なり。内外交渉訴件に於ては、只其權利行為の外國に關係あるを以て、其身分、能力、資格、行為等にして、其本國法若しくは行為地法等によりて適法なるや否やを知るが爲めに、其關係地法を事實として證明せしむるものなり。而して若し其關係者の身分、能力等にして、其本

國法に依りて適法なるものなるときは、我法廷も之に因りて成立せる法律行為を有效なるものとす、是れ即ち我國法なり。而して其法律行為の效力あるは、亦唯だ我國法なり。我國法は曰く、涉外訴件に於て我國人の身分、能力の問題生じたるときは、我法廷は其外國人の本國法を事實として證明せしめ、若し其本國法に従ひ、或身分を有し、又は或能力を有する者なるときは、我法廷に於ても之に従ふの法律行為を有效とし、之に従はざるの法律行為を無効とす。然らば我法廷が外國の法律を問ふは、法律として之を適用せんが爲めに非らず、事實として之を知らんが爲めなり。換言すれば、其訴訟人の本籍地には斯の如き法規存すと云ふの事實を認容するに過ぎず。故に涉外訴件に於て我法廷の適用する所の法は、我國の法にして決して外國の法に非ざるなり。若し涉外訴件に於て、我法廷は外國の法律を執行するの職務ありと云はば、我邦の主權を奈何せん。若し外國の法律にして其人に伴ひ、其行為に従ひ、我法境内に行はるゝものとせば、法律の屬地主義を奈何せん。若し我法廷にして外

國の法律を適用するの職務ありとせば、我法官の智識を奈何せん。

之を要するに、謂はゆる國際私法なるものは、其法律の國際的なるに非ずして、其法律行為の國際的なるにあり。其法規の私法的なるに非ずして、其法規の目的たる權利行為の私法的なるにあり。國際私法は、涉外法律行為の效力を定むる法、廷地法なり。故に國際私法は國法なり。國際私法は公法なり。國際私法は、涉外法律行為の裁判法なり。而して余の此説を唱ふる所以のもの、主として次の理由に基くものなり。

一、一國の法律は自國の法境外に效力を有せず。

一、一國の裁判官は職務上自國の法律を知るものとすれども、他國の法律を知るものとせず。

一、一國の裁判官は自國の法律を適用する職務を有すれども、他國の法律を適用する職權職務あることなし。

一、法律は裁判官當然之を知るものとし、事實は證明に依りて其存在を認む

るものとす。故に法律は證明を要せず、事實は證明を要す。

一、一國の法律は他國の法廷にありては證明を要す。是れ一國の法律は他國の法廷にありては事實たるの證なり。

一、涉外法律行為に關して訴訟あるときは、裁判官は其行為の關係地法に適するや否やを證明せしめ、自國法の命ずる所の標準に従ひて其法律行為の效力を定む。故に

國際私法は涉外法律行為の裁判法なり。

涉外法律行為の裁判法は法廷地法なり。

國際私法は國際法に非ずして國法なり。

國際私法に屬する法規は、私法的法規に非ずして公法的法規なり。

國際私法の性質に關する余の卑見概ね斯の如し。余の曾て航路を開き、氷洋の實況を歴檢したる海圖は、二氏の新たに開かんとする航路と或は其方針を同じうせざるの點なきに非ずと雖も、著者の學理探究に熱心なる、敢て余の

海圖を斥けず、仍ほ採つて之を船室に備へんと欲し、強ひて余をして曾遊の圖譜を製し、以て卷首に掲げしむ。嗚呼、著者の懷を虚らし益を求むるは、我邦の「ラブレ」氏なり。而して余の謗劣固より敢て「レズリー」氏に當らずと雖も、姑らく其需に應じ、其要領を叙して序文に代ふ。

明治二十五年二月下浣

日本古代法典批評

法律は國史、民史の結果なり。國體、氣候、風土、人情一として法律の淵源ならざるはなし。故に法律の最終目的に至りては萬國其軌を一にするも其之れを達するの法規に至りては時と處とによりて其象を異にす。是れギボンが其國の法を讀んで其國の歴史を知ることを得べしと云ひし所以なり。蓋し歴史は因にして法律は果なり。其因を究めずして其果を知らんとするは猶木に緣りて魚を求むるが如し。

方今本邦の法律世界滔々として外法の研究に趨き甚しきに至りては歴史と法律との關係を知らずして江南の橘を江北に移すを試みる者あるに至る。外法の研究素より時勢の必需たり。然れども之れと同時に本邦の歴史を研究し國體、民俗、氣候、風土を明かにするに非れば採長補短の益を得べからず。

我を知りて後ち彼を學び我に適するものを選んで之を採るは桃樹に梅枝を接するなり。其發芽生長して美花美果を見るを得べきや論を俟たず。我を知らずして彼に倣はんとするは木に竹を接ぐの譏を免るゝこと能はず。是れ方今の如き外法繼受の熾なる時に於ては其臺木なる本邦の歴史殊に法律史の研究の必要なる所以なり。

此時に當り日本古代法典の著あり全編五卷一千有餘頁の大冊其收むる所は中古にして律疏殘篇、逸律、法曹至要抄、中世の武家律にして貞永式目、新編追加、建武以來追加、徳川氏の律にして公家律、武家法度、諸士法度、高札、御定書百ヶ條其之を校訂せるは萩野、小中村、増田の三氏其全部を校閲し每卷に簡明精確なる考證を掲げて其法典の性質由來等を示されたるは小中村老先生なり。博士の本邦制度法律史の學宗たるは世の許す所校訂者三氏の學識敏腕亦人の知る所本書の法學世界に信用を博すべきや敢て我輩の稱揚を待たざる也。古法典の刊行に最も貴ぶ所のものは其校正の確實なるにあり。本邦古代

の法典、或は散佚して後世に存せざるものあり、或は傳寫の際魯魚の誤を生じたるものあり、或は記憶私意を交へて増損したるものあり。異本數種並び行はれて、後進者其孰れに據るべきやを識るに苦しむ。然るに、律疏殘篇及逸律は増田氏之を擔任し、法曹至要抄及徳川律五種は、小中村義象氏、貞永式目、新編追加建武式目、建武以來追加は萩野氏之を擔當し、各最も正確なる原本に據りて校正せられ、其原本は小中村博士の緒言に一々之を擧げられたり。

小中村博士の各篇に題せる緒言の價值あるは固より論を待たず。其中、博士が法曹至要抄の年代を崇徳天皇の頃なりとし、又た萩野氏の建武式目は法典にあらずして僧是圓眞惠等の封事なりとし、世に建武式目追加と稱するものは建武以來の沙汰にして建武式目の追加にあらずとせるが如き、考證の精確、後進の惑を解くに足るものあり。

本篇は、古來の法典にして世に流布するもの甚少く、誤謬甚多きものゝみを蒐めて、之を編輯刊行したるものなれば、上宮太子の憲法を始めとし、令、格式の

三典の如きは之を載せず、是れ或は未だ讀者の渴望を満たす能はざるの點なるべし。令、格式の如き、世上刊本ありといへども、盡く之を得るは頗る難し。又た徳川氏の法令の如きも、寛保年間に編纂せる御觸書寶曆集成、天明集成、天保集成、御書付留等の書によりて、慶長年間より慶應年間に至るまでの法令を網羅し得べし。若し著者諸氏にして本書の如き體裁に之れを編纂し、本書の如き緒言を附せられなば、本書と相並んで一雙の完璧を爲すべきや疑を容れず、本書の讀者は必ず我輩と望蜀の感を同じうせん。

本邦の古代法典悉く本書に蒐輯せずといへども、本書の法家に於ける、恰も經典の儒家に於けるが如く、永く本邦法律研究の基礎となり、其價值を不朽に保つことを得べし。實に、日本古代法典は日本現時の寶典なり。故に我輩は茲に著者掃葉の勞を謝し、且つ讀者と共に之を法學世界に歡迎せんとす。ふみまよふ人もあらじな埋もれし道の落葉を君しはらへば

〔明治二十五年六月「法學新報」第十五號掲載〕

明治二十六年

穂積陳重遺文集

二七二

飯野謹一君譯國家法制起原序

「將來の法律學は進化主義の法律學なり。自然法主義の法理論は今や氣息奄々將に絶命の期に近づかんとす。坤軸數轉第二十世紀の曆を開くに至らば、自然法説は只僅に其名籍を過去帳に止むるに過ぎざるべし」とは、是れ余が曾て法學世界に向つて讀誦せる未來記なり。輓近諸科學の進歩殊に著しく、物理學、生物學、人類學、社會學等の發見踵を接いで起り、駟馬尙ほ追ふべからざるが如し。就中「ラマルク」「ギョーテ」の諸碩學は、生物進化論の端緒を啓き、「ダルウキン」「ワレース」の諸氏は自然淘汰の原理を發見し、「ハルバート」「スペンサー」氏等進化哲學を唱へしより、學問世界に一大震動を惹起し、社會的諸學科は之が爲めに其面目を一新するに至れり。獨り惟む、從來の法理學者は、其耳を聳し、其目を盲し、萬學關聯の原理を悟らず、法律學をして空しく無人境千里獨行の

「ロビンソンクルソー」たらしめ、徒らに祖先傳來の自然法説に心酔し、古哲學士の正義説を墨守し、古心理學派の自由意思説に惑溺し、其圍繞に於ける他の諸學科が長足の進歩を爲せるにも拘らず、之と駢馳して共に新理を發見するを力むるもの少きを。

自然法説の勢力は第十八世紀の後半に於て其絶頂に達せり。第十九世紀の始めに至りては、學風頓に一變し、獨國に「ヒューゴ」「ザビニー」「グリム」「アイヒホルン」氏等あり。佛國に「ラブレール」「クランジ」の諸氏あり。英國に「メイン」氏あり。米國に「ホルムス」氏あり。擧な歴史的研究法によりて法理を論述し、自然法學派に對峙して、其空説を排斥せんとせり。是に於て歴史法學派なるもの興り、自然法學は始めて衰兆を顯せり。

歴史派に次で興りしものを比較法學派とす。第十五世紀以來、歐洲諸國に於ける殖民政略の擴張、及び蒸汽電氣等の如き自然力の利用に依る運輸交通の開發は、東西兩洋諸國の法制の比較的觀察を容易ならしめたり。第十七世

紀に於て、獨國に「ライブニッツ」氏あり。始めて比較法學の必要を唱へ、第十八世紀に於ては、伊國に「ビコ」氏あり、佛國に「モンテスキュー」氏ありて、比較的研究法の端緒を啓き、第十九世紀の後半に及び比較法學始めて大に行はるゝに至れり。抑も近世法學者の執る所の比較的研究法に二種あり。國別比較法、及び人種別比較法是なり。佛國の比較法學派は主として國別比較法に據り、近世諸國の法制を對照比較するを以て名あり。「アントアン・ド・サンジヨセフ」「ブーシエール」の諸氏、其他有名なる比較法律協會に屬する學者の如き、概ね皆是なり。獨國現時の比較法學派は人種別研究法を採る者多きに居る。曩に「モール」「ミッテルマイエル」「ワルンケニヒ」の諸氏は、専ら國別比較法に據りて法理を研究せりと雖も、現今に至りては「コーレル」「ベルンヘフト」「コーン」等の諸氏は、主として人種別比較法を採れり。蓋し輓近比較法學の發達により自然法説は大に其勢力を減殺するに至れり。

斯の如く、第十九世紀に於ける歴史法學、比較法學の勃興は、自然法説を排斥

して眞正の法律學を起すの端緒を啓きたるものなりと雖も、歴史派は只時を主として法律現象を研究し、比較派は偏に所に基きて法律現象を觀察するに過ぎず。故に余は未だ之を以て法律研究法の全豹を窺ひ得たりとなす能はず。夫れ法律は社會的現象なり、社會的現象は人類の現象なり、人類の現象は固より萬有的現象の一部なり。故に深く法律の學理を推究せんと欲せば、生理學、心理學の如き個人的諸學科、道德宗教に關する諸學科、統計學、經濟學、政治學、博言學等の如き社會的諸學科、地質學、氣象學、動物學、植物學の如き社會の環象に關する諸學科の原理を資料とし、且是等の諸學科と同一の研究法に據りて法律現象を觀察せざるべからず。近世の法學者中、往々眞正の科學的研究法に依り法理を推究せんことを試むるものあり。「ストリツケル」^リ、エンフエルド^ド、シエフレ^レ、ブルスキ^キ等の諸氏はなり。是等の諸學士は、斯研究法に據りて未だ斬新なる法理を發明するに至らずと雖も、法律學研究法の正鵠を得たるものなるや、固より疑を容れざるなり。

法律學は現時既に一大革命の時期に達したり。而して上に擧げたる歴史派、比較派諸學士の學説は、皆な法學革命の旗鼓ならざるはなく、自然法説の遺骸の爲に棺槨を斂め墳墓を築かんとするものに非ざるはなし。就中、ブレメン^ンの判事「ヘルマン、ポスト」氏の如きは、新法學の爲めに烽燧を揚げ、自然法説埋葬の導師として引導の偈を唱ふる者と謂ふべし。蓋し氏は近世の比較派法理學者中に牛耳を執り、主として人種別比較法に據り法理を論述するものなりと雖も、亦汎く實驗的研究法に據る所鮮しとせず。氏著述する所頗る多し。就中、人種的法學、法律自然學、法の自然律、原始民種論、一般法學の基礎、法律の基礎、一般法學の職務、阿弗利加法論、親族法進化論等最も世に行はれ、國家法制起原論亦其一に居る。頃日飯野法學士本邦の法學界に自然法の舊説猶ほ其殘喘を存し、空理空論往々神聖なる學理の名を瀆すを慨し、ポスト^ト氏の著書中、特に國家法制起原論を擇びて之を譯述し、辛思苦慮、今や全く其稿を脱せり。蓋し學士は之を以て後進者實驗的法理學研究の津梁とし、本邦に於ける法學革

命の旌旗を樹て、自ら新法學の先導者たらんことを期するものなり。余や學士と心を同うする者、深く學士の此舉あるを喜び茲に其囑に應じて「ポスト」氏の新法學上に於ける位置を略叙し、學士の爲めに斯書を法學世界に紹介す。

明治二十六年五月下浣

明治二十七年

法學博士末岡精一君を弔する文

法科大學長穗積陳重、法科大學教授諸氏に代り、謹んで故法科大學教授正六位法學博士末岡精一君の靈柩の前に拜告す。

嗚呼、余等同僚常に君と講壇を共にして學理を説きし者、今や君の柩を送るに當りて、豈君の性行を叙するに忍びんや。君の天資剛直、謹嚴にして、學識深遠に、職務に忠實なるは、夙に人の知る所、余輩豈君の性行を敘するを須ひんや。而して忍ぶ能はざるを忍んで、尙ほ茲に一言するの止む能はざるものあり。惟ふに、學者の世に立つもの、其素志とする所、學理の討尋と英才の薰育との二者にあり。君が畢生の期する所、亦固より此に外ならず。君は國法の學に精通し、常に空理を排斥し、専ら比較實驗の研究法を採り、一意専心以て斯學に従事し、名聲を貪らず、聞達を求めず、倍々進んで斯學の幽を闡き、玄を鉤せんとす。

君が研究の結果は、既に筐に満つるあり。而して君未だ自ら足れりとせず、尙ほ推敲研磨する所あらんとす。君の病稍々篤きに及んでや、親友等其遂に起たざるの事あるを恐れ、君に勸むるに其稿を整理せんことを以てす。而して君之を肯んぜず。尙ほ病癒ゆるの時を期して、自ら之を修補訂正せんとす。學者の慎重なる、固より斯の如くなるべきなり。而して君自ら其竟に起たざるを知らざるなり。蓋し學者の期する所は學理の蘊奥を究むるにあり。而して未だ自ら安んじて其研究の結果を公にするに至らずして没す、學者の憾焉より大なるは莫し。是れ余等の君の爲めに痛悼措く能はざる所なり。今や同僚朋友學生等涕泗と共に君の遺稿を修め、永く後世に傳へんとするの舉あり。是れ或は君の志に非ざるべしと雖も、同僚朋友學生等が君の學問上の功勞を没するに忍びざるの致す所、君の靈幸に之を尤むること勿れ。

君の後進誘掖の業に於けるも亦其學理研究上に於けるが如く然り。刻苦勵精孜々勉めて止まず、諄々教へて倦まず。病あるの日尙ほ力めて講堂に登

り、講述三時の長きに涉ることあり。余等深く君の爲めに危ぶむ所あり。君に説くに其授業の時間を減少して閑かに病を養ふのことを以てす。而して君之を聽かず。常に自ら講壇の上に斃れんことを期す。故に病倍々連み、竟に長く逝て後進の倚望を空うするに至る。嗚呼哀哉。君の如きは實に身を以て學問の犠牲に供したるの人と云つべし。嗚呼偉哉。

君長く逝矣。然れども君が育成せる幾多の學士は、或は學を以て、或は業を以て、皆國家有用の器を成す者なり。君の遺稿亦長く後進の爲めに學海の指針たらん。嗚呼真正の學者は死すれども死せず、其身歿するの後其事業猶ほ永く存す。靈翼くは少しく慰むる所あれ。謹んで弔す。

明治二十七年一月二十四日

〔明治二十七年二月「國家學會雜誌」第八拾四號掲載〕

小河滋次郎君著監獄學序

小河滋次郎君の嘗て大學に在るや、余も亦其教授に與かる。君人となり深沈寡言、才學勤勉、共に其等儕を抜く。講學の餘暇、君時々來りて弊廬を訪ひ、質すに學事を以てす。余一日談餘君に謂て曰く、監獄の事たる社會風教の淑慝の關る所、國帑歲費の増減の係る所、實に國家至重の制にして、當路者の當さに深く心を用ひざるべからざるものなり。故に歐洲諸邦の如きは、之を講ずるもの嚴然として別に一科専門の學を爲し、以て審かに其利害關係を討尋す。而して吾國に在ては、一に之を忽諸に付し、未だ學理上に就きて之を稽査するものあらず、誠に缺典と謂つべし。君豈率先之を補ふに意なきかと。君頗る余の言を然りとし、是より而後、心を斯學に留め、沈潛研磨、屹々として倦まず、大に造詣する所あり。時に清浦奎吾氏警保局に長たり、余君を氏に薦め、之

に語るに君の志行を以てす。氏聞て大に悦び、便ち之を内務省に引き、専ら監獄の事を掌らしむ。是に於て、君が嚮に學ぶ所、獄舎の制、治囚の法、防罪の策より、夫の課工教訓衛生の道に至るまで、利病を親驗し、得失を實試して、左右原に逢ひ、自得する所愈多し。而して數年の中、前後著作する所亦尠からず。是を以て、凡そ今日監獄の學に邃き者を舉れば、人必ず先づ指を君に屈するに至る。蓋し刑事の法は、古來學者の精を殫し心を竭して研究する所たりと雖も、監獄の事に至りては、之に意を注ぐ者甚だ鮮く、概ね以て刑法の末事となす。豈知らむや、刑法の人類に實效を奏すると否とは、多く監獄の良惡如何に係り、監獄の制度は學者の爲めに長く等閑に付せらるべきものに非ることを。輒近一派の刑法學以太利に興り、特に心を犯罪者の性質に潜め、之を徵するに人類學、社會學、解剖學、心理學、精神病學諸科の理を以てし、専ら實試經驗の方法を採り、因て空想虛構の推理を排す。而して、此派の起る、日尙淺く、未だ以て鞏確の根底を成すに至らずと雖も、而も形勢の趣く所を察するに、其唱ふる所、行々且さ

に弘く世に行はれ、天下の刑理は渙然として之れが爲めに其面目を一變し、諸派の理論は盡く茲に朝宗するの目あらむとするものゝ如し。而して、人の性質遺傳誠に犯罪の原因たるの理漸く明なれば、囚徒の體質を觀、其動作を察ること、必ず刑法學者の急務となり、獄舎は猶ほ病院の醫學に於けるが如く、將に刑法學材料蒐集の場とならむとす。且つ夫れ犯罪の根本其人に存すること既に詳なれば、必ず之に應ずるの救治法なかるべからず。故に新刑法學に多般の材料を供するものは實に獄舎にして、新刑法學と相伴ひて起るものも、亦想ふに必ず獄制の更正ならむ。是に由て之を觀れば、向來學者が輕視せし所の監獄學は、局面一轉、刑律學中至重の科となり、他日刑法の釐革は、必ず將に監獄より來らむとす。今よりして監獄の學は多年の屈を伸べ、日に其效力を顯はし、月に世の留意を致すに至らむか、前途望多しと謂つべきなり。君頃ころ更に監獄學を著し、序を余に需む。其書一部二編二十五章、哀然たる大冊にして、凡そ監獄に關するの事項は、大小畢く擧げ、巨細漏らすことなし。公務鞅掌、

簿書堆積の間、其成す所能く此の如し。斯道に銳意にして、精勤人に超ゆるに非ざれば、焉ぞ此に至るを得むや。これより而往、孳孳として倦まず、愈其學を長じ、益其才を老しめば、洵に吾國斯學の木鐸たるの任に愧ぢざるなり。余は、監獄の學に於て固より其専門に非ず、然れども、君の斯學を攻究するや、余聊か因縁あり。君が此有望の學に於て名を成し志を行ふを見て、余の心中之を喜ぶことも、蓋し亦他人に愈るものあらむとす。君の囑託、其意亦此に在るか。然らば則ち數言の拙辭、豈之を辭すべけむや。因て懷ふ所を書して、之に贈ると云ふ。

明治二十七年六月七日

權利競争論序

文藝科學の書世に出づるもの甚だ多し。然れども宿を越ゆれば人忽ち之を忘れ境を踰ゆれば人概ね之を知らず。偶々名著と稱し聲譽を一時に博するものと雖も能く半世紀を過ぎ能く數國に傳はるもの蓋し甚だ稀なり。況や世界的著述にして萬國俱讀の書と稱すべきものに至りては寥寥焉世を問て一二の出づるあるのみ。近世法學界に於て萬國俱讀の書と稱するもの前には「ベッカリア」の「刑罰論」ザヴィエリの「立法法學時務論」あり、後には「イエリング」の「權利競争論」を見る。今氏の「權利競争論」を以て之を他の二著に比すれば其間酷だ相肖たるものあり。其片々たる一小冊子たるは三書皆同じく各國争つて之を譯出し數年を歴ずして普く歐米諸國に行はるゝも三書亦た異なる所なし。其學理を説き兼て時事を論ずること彼此符節を合するが如き

に至りては最も奇なりと謂つべし。「ベッカリア」の「刑罰論」は當時歐洲諸國に於て苛酷峻慘の刑尙ほ未だ跡を絶たず拷訊斷訟の法尙ほ未だ廢せられざるを憂へ、刑罰の學理を釋述して當時の刑法の釐革せざるべからざる所以を痛論せり。「ザヴィエリ」の「立法法學時務論」は第十九世紀の初に當り獨逸諸國は佛帝「ナポレオン」の敗衄に因り新に佛國の羈絆を脱し獨逸諸國の法律を統一して普通法典を製作し之に依りて日耳曼民族の團結を固らし祖國の獨立を維持せんとするの議熾なるに當り法律自然發達の理を明らかにして法典編纂の當時に行ふべからざる所以を詳論せり。「イエリング」は嘗て維納大學に教授たり、澳人の權利の感情に乏しきを慨し大に之を鼓舞振作せんとするの意あり職を辭して同國を去るに臨み其所懷を法律家の前に陳述し後ち其筆記を補修して之を刊行す、權利競争論是れなり。其書筆を學說上に起し「ザヴィエリ」の法律自然發達論を排斥して法律の成るは天作に非ずして人爲なり、自然發達に非ずして競争獲取なりとし之を事實に推及して權利の爲めに戦ふ

は人が自己に對するの義務なり、權利を防扞せざる者は、夫の甲を棄て兵を曳て走るの怯夫と擇ぶ所なきを痛論せり。是れ蓋し、澳人を刺激して大に猛省する所あらしめんとするに出づるものなり。是に由て之を觀れば、三書皆専ら學理を講ずるものに非ず、又特り時事を説くものに非ず、時事に感ありて立案せるの書、偶々前人未發の學理を闡開するに至りたるものと謂つべし。而して萬書擾擾、隨て成り隨て滅するの間に在りて、三著歸然獨り存し、翕然廣く行はるゝ所以のもの、豈其言ふ所、世道人心を益する多く、論理詞藻一世を推倒して千古を開拓するに足るものあるに由らざるを得んや。「イエリング」は澳人の權利の感情に憂ふる所ありて此論を作る。然れども、澳人の憂ふべしと云ふものは、特り權利の感情乏しきに止まる。吾國の事態は更にこれより甚しきものあり。余嘗て謂らく、法律は義務本位に始り權利本位に進む、是れ法律進化の通則なりと。故に吾國の法律古來義務ありて權利なし、吾國民義務の觀念ありて權利の觀念なし。乃ち權利の字義に至りても、往日和漢の所謂

權利なるものは、今日の所謂權利に非ず。今の權利は正當の利を指して之を言ひ、古の權利は不正の權不義の利を指して之を言ふ。其意義迥然相殊なる此の如し。而して權利に附するに今日の意義を以てせるは、僅々二十年以還の事に係る。近日制度觀を改め、法律面目を新にし、吾法典の若き、實に權利を以て其本位と爲すに至れり。然れども、是れ殆んど専攻家の知る所たるに過ぎず。夫の滔々たる世俗に至ては、豈能く權利の何物たるを解せむや。此に繚りて之を觀れば、澳人は權利の感情乏しと云ふと雖も、尙ほ未だ始より之れなきに非ず、之を吾國人の殆んど此觀念を缺くものに比すれば、固より日を同うして論ずべからず。然れば、權利競争論の一書、其吾國に急須なる、豈啻に澳人の比ならむや。此時に當り宇都宮五郎氏は書を譯述して之を世に公にす、能く時の需に應ずるものと謂つべし。抑も此書を譯出せんと欲せし者、余が友僚中從來既に一兩輩あり。然れども、其辭縱橫、其義深艱、吾國語を以て之を述ぶること甚だ易からざるを以て、皆半途にして其筆を擲つに至れり。氏獨

り經營慘澹終に能く其業を卒へ、譯文亦た穩當にして通じ易きを見る。余深く其用功の勞と、用心の切なるを喜ばざる能はざるなり。但權利に關する學理の點に至りては、余は主として社會的觀念を以て之を説き、權利は各人の社會的生存要件の一種なりとするを以て、イェリングが權利を解明するに専ら個人的觀念を以てするの論に首肯する能はずと雖も、是れ自から別事にして、余が此書の世を利する多きことを信ずるを妨ぐるものに非ざるなり。氏來りて序を問ふに因て、遂に感ずる所を書して之に贈ると云。

明治二十七年三月二十七日

〔明治二十七年六月「法學協會雜誌」第拾二卷第六號掲載〕

法學士岡山兼吉君を弔する辭

明治二十七年五月廿八日、前法科大學講師辯護士法學士岡山兼吉君疾に遭て歿す、嗚呼哀哉。悠々たる蒼天何ぞ近ろ吾法科大學の僚に災するの慘なるや。去年の春二旬の間、松野、エッゲルト二講師の輻輳を送り、未だ幾ならず更に末岡教授の素軒に隨ふ。圖らざりき今復た君の靈輻に陪して其永逝を祖らんとは。教授助教等悲悼措く能はず、謹んで法科大學長穂積陳重をして衆に代りて弔辭を陳べしむ。

夫れ居諸は駸々として少らくも停らず、春秋は奄忽として移り流る。老少の同じく逝く、孰れの日か之れなからむ。唯其れ宏偉の器、高雅の材、事業未だ半ならず、壯心未だ酬いず、長志短日に摧けて、遠圖促途に窮す。是れ世人の長へに悲み、永く恫みて懷に忘るゝ能はざる所なり。嗚呼吾が岡山君の世を棄

つる、誰か此嘆なからんや。君は謙恭の資を稟けて惇誠の徳を具へ、温乎として恂々、粹乎として愉々、之に對すれば穆として和風の如し。故に一たび君に接する者は、親となく疎となく皆其君子人なることを知る。君夙に大學に入り、法律の學を修め、其業を卒るや、代言の業に従事す。是より先き、代言人の間、風紀未だ理らず、冤を洗ひ屈を伸ぶるの職は、反て争を煽り利を射るの業となる。君之を視、慨然として矯正の志あり。遂に意を疾して斯職に就く。法學士にして代言人となる者、實に君等を以て嚆矢となす。君是より精を斯業に勵し、正心誠意、廉白自ら持し、學殖已に具て法術日に長ず。是を以て創業の後、幾ならず大に名聲を四方に得たり。姦徒の譎詐を破り、良氓の膏災を拯ひ、沈滞の葛藤を解き、不辜の冤枉を釋くもの、其功蓋し甚だ多し。其間更に吾法科大學の囑に應じて、訴訟實地演習の事を監し、諄々訓教して倦まず。以て學生をして學理の應用を詳にせしむ。且其身既に法學士の長者たるを以て、内外共に力を吾法科大學に效すこと極めて多く、入ては則ち業を學生に授け、出

は則ち後進學士の爲めに幹旋薦達し、有爲の士之に由て身を立て志を成す者甚だ多く、博愛雅量人の推重する所となる。君の人たる其れ是の如し。實に法術家中の模楷と云つべし。而して彼吳斯人を愍遺せず、望を負ひ徳を懷いて一疾世を早くせしむ。遐邇蓋し梁壞哲萎の恨あり、況や吾輩研求其學を同うし、講授其業を共にせし者をや。嗚呼謙々たる君の貌は復た睹るべからず、聞々たる君の言は復た聞くべからず。深く悼み遠く想ひ、念を寘く所なし。然りと雖も、君の生けるや榮あり、君の死せるや哀あり、遺徳亦人に在りて、受惠の士必ず善く其志を繼がん。靈儻し知るあらば、以て少しく慰すべきなり。時惟霖雨の節、雲色慘澹、風物淒涼、存亡長へに訣れて、逝く者は歸らず、嗚呼哀哉、今復た何をか言はん、謹で弔す。

明治二十七年六月十七日

〔明治二十七年七月、法學協會雜誌「第拾二卷第七號」掲載〕

明治二十九年

祭祀と法律

私の今日の演題は「祭祀と法律」であります。即ち祖先を祭る風習と法律とはどう云ふ関係があるかと云ふことを説明いたしますのが、此講演の目的であります。

これまで我國に於て著された書物には、祖先を尊び血統を重んずることは、日本固有の風習であり、又日本特有の風習であつて、此風俗は、或は諸外國には無いものであるかの如く書いてあるものもあります。併しながら、血統を重じ祖先を尊ぶ風俗は、殆ど人類一般に行はれる風俗とも申すべきものであります。まして、近ごろ人類學者の研究等に據りますと、何れの國に於ても、或る時代には祖先を祭る風俗の無かつたことはありませぬ。國に依つて、斯る風俗が永く存して居ると永く存して居らぬとの違ひはありますが、何れの國に於て

も祖先を祭る風俗の無い國はありませぬことは、略々明かになつて來たやうであります。併し、是れには必ず一つの道理が無ければならぬ。偶然でないに違ひない。斯の如く一般に行はれる風俗であるならば、何か人間は祖先を祭らなければ發達をすることが出來ないと云ふやうな理由が無ければならぬ。祖先を祭る風習無しに段々發達し進化いたして來た社會は、諸國の歴史上にまだ無いと云ふことは、殆ど明かであります。故に、祖先を祭る風俗は何故に何れの國に於ても一度は行はれたものであるか、其行はれたる理由は如何、また其祖先を祭る風俗が國家の成立、進歩及び法律發達の上はどう云ふ關係があるかと云ふことを、簡単に説明いたさうと思ふのであります。

人類が單一に發達し、獨立、獨行して生存を遂げて行くと云ふことは、甚だむつかしいことで、彼の「ロビンソンクルーソー」の如く、一人で無人島に住んで居つて、それで發達をしようと云つても、第一に其種族を續けて行く所の子と云ふものが無い。人類が存するには、少くとも二人以上なければならぬ。衣食

住、が足りなければ智慧の進歩も出來ない。一人で衣食住を自ら供給することになると、知識上の進歩に暇が無いことは明かである。故に協力、團結、いたすと云ふことが進歩の始めとすれば、人類は如何にして人と團結して生活を營むことになつて來たか。即ち社會の始まりは何であるかと云ふと、先づ第一親子相愛するの情と言はなければならぬ。此事は、特に人類のみには限らぬ。劣等動物に於ても、親子相愛する情が無ければ種族が存在し長く遺ることは出來ませぬ。親子相愛する情があつて、始めて種族が續くのであります。親子の愛情と云ふものが人類の共同して生活する始めであれば、是れが段段に廣がつて、共同生活をする範圍が廣がつて來ると言はなければならぬ。子を愛する情が有つて、それからして人類でも動物でも其養育の方法も巧くなり、従つて其種族が殖ゑて來、殖ゑて來れば他の種族と相争ふときにも強くなりませぬ。

親子の愛情に次いで存するものは、一組の親から出る兄弟の關係でありませぬ。

す。是れは親を同じくして居るから、平常の生活もおのづから原始社會に於ては同じことをして居ることになつて居ります。尙ほ一步進めて、孫が出來ると、其共同生活の團體は愈々廣くなつて參り、祖先が遠ざかれば遠ざかるほど、血統を同じくしたものが廣くなり、團結の範圍が廣くなつて參ります。原始社會が團體を成し、共同生活を營むには、——語を換へて言へば、協力分業すると云ふことには——外に基く所はない。血統を同じくすること、即ち同じ親を持ち、同じ祖先を持つことが共同生活を爲すことの本であつて、文明社會の人類の團結の中心原因となるものとは違つて居ります。文明社會に在つては、利益を共にするため會社を組織するとか、或は嗜好を同じうするため、碁の會を作るとか、或は音樂美術等の會を作るとか、或は學說を同じくするため、政治上の主義を同じくするために團結するとか、種々の中心となるものが、進んだ人類にはありますが、原始社會の人類には、自ら團結を爲して行くのは、血筋、即ち血統より外には無い。血統と云ふものが第一の團結の中心となるも

のであります。故に血統を重んずる考へが無いときには、第一に人間の社會が成立たぬのであります。併しながら、此團結と云ふものも、大きければ大きいほど、強力の度も強うございます。分業も完全に行はれることになり、ます。然るに、血統を以て本とする團結は、一夫婦から多くの子を生むと云ふことは出來ない爲め、直接の親子だけでは大團結を成すことは出來ないが、遠い祖先から出た者に依つて、社會とも云ふべき大團結が出來るのであります。然るに、段々祖先が遠ざかつて、——即ち血筋が遠ざかつて行けば行くほど、互に相愛する情愛が薄くなる。

親子の間は情愛が厚いが、祖父と孫との間はもう幾分か薄い。遠ざかれば遠ざかるほど薄く、從兄弟同士は尙ほ薄い。多ければ多いほど團結の羈絆の力が薄くなる。それならばどうしたら宜いものかと云ふと、血統を基礎として團結をどこまでも保つて行くと云ふには、血の流れ出る本源を明かにすることが必要である。それを大變大切なものとすることが必要である。而し

て、同じ祖先から出た、同じ血筋に属すると云ふ感覺を團結員の間に強く持たせて置くことが必要である。斯の如き必要からして祖先を祭ると云ふことが出来て来て、小にしては一家の祖を祭り、大にしては一族の祖宗を祭ると云ふことが出来て参るのでござります。

祖先を崇敬し其祭祀を尊重するの念が團結員の間に強くあつて、而して祭祀によつて各自が同血族であるといふ記憶を新にする、と云ふことでなければ、人類は發達して行くことが出来ませぬ。故に祖先の祭は甚だ重んじてありまして、彼の「周禮」にも、冬至に始祖を祭り、立春に先祖を祭り、季秋に禰父の廟を祭るとありまして、支那などでは祖祭は大切なこととしてあります。「左傳」に「國之大事、在祀與戎」とある。實に社會發達の始に於ては、祖先を重んじ敬するの念を新にするために祭の禮を盛にしなければ、團結が瓦解する恐れがあります。故に祖祭に依つて團結員が同血族であると云ふ記憶を明にするの必要があつて、何れの社會に於ても斯の如き考への無かつた社會は發達しな

いのであります。故に唯今文明諸國と稱して居るものに於ても、又野蠻諸國と稱して居るものに於ても、皆祖先を祭ると云ふことがあつたのであります。故に祭は國の本でありまして、祖先を祭ると云ふことは、社會の成立に缺くべからざるものであり、之なければ發達の出来なかつたものであります。

後に至りますと、血族團結即ち血筋を本にした人類が段々他の社會と衝突して、或は之と争ひ戦ひ、遂に強い者は弱い者を併呑するやうになります。他の種族を併呑するときにも、始の社會が斯の如くなつて居るから、血筋の考へが無ければ、一緒に合ふことが出来ない。かかる場合に於ては、諸國の歴史に於きましては、多くは併呑された方の社會は戰勝者の方の祖先を祭ることになります。

然らば祖先を祭ると云ふことはどう云ふことから出来て来たかと云ふことは、今日の講義の目的でありませぬから、唯先きを説明する必要の爲め、概略だけを述べますが、一體人には身體と魂魄とがあると云ふことは、先づ何れの

人類でも一般に信じて居ることでありませぬ。それで、人は死ぬるが死んでも魂魄は尙ほ存すると云ふ考へを有してゐる。死は恰も永く眠つて居るやうなもので、身體が形を失つても魂魄は存して居る。死亡と云ふものは殆ど無形の身體を離れるものであると云ふやうに考へて、魂魄と云ふものは殆ど無形の人と同じやうに幽靈、亡魂となつて現はれると云ふことを信じて居ります。人類學者などは、是れは夢から來たものであつて、親を夢みると云ふやうなことから來たのでは無いかと言ひますが、其當否は能く分りませぬ。併し、兎に角祖先の魂が存して居ることを言つて居ります。西洋の學者は、祭は靈魂を鎮めるに始まると云ふことを一般に言つて居ります。何でも幽靈は恐ろしいものである。故に之に酒食を供へ、或は之に音樂とか踊とか云ふものを供へて、其靈魂の怒を鎮めなければならぬと云ふことを社會學者が言つて居ります。

この祖先を祭ると云ふことが、父祖の靈鬼を恐れる、即ち恐怖すると云ふことから發すると云ふ説は、或は間違つて居りはせぬかと私は思ひます。西洋の學者は、鄭重には講究いたしますが、今日は祖先を祭る風習からは餘ほど遠ざかつて居りました。その材料とする所は、多く未開社會を旅行した者の記録などに過ぎぬのであります。我が日本に於て、他の文物の發達の割合に祖先を祭る風習の長く存して居ることは珍らしいことで、我々は西洋人などよりも此問題を判斷する力が多い。其判斷した所では、恐怖心によつて祖先を祭ると云ふのでは無いと私は考へる。寧ろ父母を敬愛する、——祖先の靈魂の存在すると云ふことを皆思つて居るので、遡つて敬愛すると云ふ方でありまして、恐れると云ふ方では無い。敬愛するが爲めに、之を祭り、酒食を供へ、禮拜すると云ふ方が穩當では無いかと思ひます。父祖は其存生の間は之を敬し愛するものである。然るに其の死後には何故に恐れるか。若し恐れるものならば、祖先を祭ると云ふことが、社會の團結を堅くし、同血族に傳へると云ふことの記憶にはならぬ。恐怖心よりも敬愛の情から出たと解する方が穩當

ではあるまいかと考へます。彼の朱子の「家禮」などに、

凡祭主於盡愛敬之誠而已、

と云うてあるのが本當の解釋で、愛敬の誠を盡すと云ふ方から出たのでは無いかと思ひます。さうでないと思ひます。

斯の如く、祖先を祭ると云ふことがあつて始めて社會が起り、始めて國が成立つと云ふことであるならば、此の習俗が國家の萬般の制度の上に影響を及ぼすことは疑ひないことでありませう。實に祖先を祭ると云ふことの制度、道德等に及ぼす影響と云ふものは莫大なものであります。こゝには其大要だけを擧げて御話して置きます。

先づ憲法、行政法等に付て考へて見ましても、誰が如何なる方法に依つて國を支配するかを定めるが憲法であります。其支配するは誰であるかと云ふと、我國の歴史などにいふ所の氏の上といふものであります。一つの先祖から出たものは同じ姓氏を稱するのが先づ一般であるが、其姓氏を稱して居る

ものゝ頭は氏の上であります。氏には大氏と小氏とがあるが、其大氏の氏の上と云ふものが即ち君主と云ふことになるのであります。又同一血族團結のみでなく、他の種族を征服して國が大きくなる場合には、征服者たる氏の上が最高權力を有する君主となるので、英語で言ふキングは「キング」と云ふ字ださうであります。キングと云ふ字は血族の子といふことで、始めの戦勝者の血統を繼いだ人と云ふことださうであります。帝國憲法の第一條にも、大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治スと云ふことがあります。萬世一系の天皇とは皇祖皇宗の血筋を御傳へになつた天皇といふことで、其貴い所の祖先の血統を御傳へになつて居る天皇が統治權を有して居られると云ふことが、憲法が一番首めにあります。主權者の位の定まるのも祖先が本になつて定まるのが殆ど一般であります。故に天皇が位を御繼ぎになると大嘗祭を行つて皇祖先を祀られる。或は毎年穀類の出來たときには新嘗祭を行つて皇祖先を祀られる。又憲法發布のときは、皇祖皇宗の御靈に御告文を以

て御告げになる。皆其位を承けらるいは皇祖皇宗から傳へられると云ふことであるからであります。

臣民といふことも、初に於ては氏の上に屬して居る同一血統のものとして事である。それが段々膨脹して來て、今の如き有様になつたのであります。昔は日本の國民は神別皇別蕃別と云つて、神様から出たか、皇室から出たか、然らざれば脇から歸化服從して來て姓を賜うたものか、皆氏と云ふことが本になつて居ります。臣民が氏を有つと云ふことは、或る血統から出て居ると云ふことを表はすもので、一種の資格である。諸外國に於ても、外國が服從すると、屢々種族の名の姓だけは取上げる。又戰勝者の姓氏を授與することがあります。然らざれば被征服者は劣等民族になるのであります。

我國に於て、姓氏と云ふことに付て、最も早く臣民の分を明にしたのは、姓氏錄であります。「姓氏錄」はどう云ふものであるかと云ふと、一國の臣民の屬する所の血統の記録である。是れが大變大切なもので、後になつて、段々臣民が

増して日本が膨脹するに従つて、姓氏が明かでなくなつたので盟神探湯其他の事に依つて、氏姓を明にしたもので、言はゞ今の戸籍であります。是れは何れの國でも三度ほど變遷して來たもので、初は姓氏錄の時代であるが、次に戸籍の時代となり、一戸と云ふことを土臺にして臣民の分を明にする。それから民籍即ち個人個人の籍になる。初は何故に姓氏を重んずるか、と云ふと、血統の由つて來る所を明にするのが政治の本であつたからである。氏とか姓とかは血統を明にする符牒であります。氏と云ふことに付ては色々説があつて、判断は出來ませぬが、一家一族と云ふことだと云ふことでもあります。或は「ウミチ」「ウイヂ」「ウブチ」と云ふことで、生れた血統を指すと云ふ人もあり、又氏は出づると云ふことで、先祖より子孫の出所を示したものであると云ふ説もあります。是れは支那の書物等に見えて居ること、史記の註などに、

姓者所以位繫百世使不相別也、氏者所以別子孫之所出也、

とあります。或は氏と云ふ字は篆書を見ると「出」と云ふ字が横倒しになつて

居ると云ふやうな説もあります。何れが正しいか存じませぬが、どれが正しいとしても血統、血族の符牒であることは明かでありませぬ。

「カバネ」即ち姓と云ふことに付ても諸説があります。或人は頭の根だと云ひ、血統の基だと云ひ、或は神の骨だと云ひ、祖先の骨と云ふことを著はすのであると云ひ、或は「カバネ」と云ふことは祖先の身體がいつまでも亡びずいて遺つて居ることを著はすのだと云ふ説もあります。是等に付ても、何れが正當であるか判断することは出来ぬが、血族を表はす一つの符牒であることは明かでありませぬ。故に人民の身分の定まるのも祖先が本になつて居ること、存じます。

其他は略しますが、民法に付ても種々な關係を生じて居ります。第一に婚姻に付て申しますと、婚姻は何のためにするものであるかと云ふと、法律が認められた理由と云ふものは、祖先の祭を繼續して之を絶たぬ爲めに婚姻をすると云ふことが、昔の婚姻の目的でありませぬ。近頃では婚姻は愛情に基づくこと

言ひますが、昔の法律が認めるのは、子を設ける爲め、祭をする者を絶たぬが爲めでありませぬ。故に子を擧げらるまでは夫婦でない、又懐妊するまでは妻と云ひ、又夫と言はない風習の所が幾らもあります。又子を擧げない中は實家に行けないと云ふ風習の國があります。兎に角子を設ける祭をする者を造ると云ふが婚姻の目的であります。それを達することが出来なければ、子なきは去ると云ふ七去の離婚法もあります。

又數夫一妻、一夫數妻の制度なども、祖先の祭を繼續することから來て居るのであります。何故に數夫一妻と云ふことが血統の本かと云ふと、是れは餘り廣くは存在しませぬが、一體進まない社會は女が少ないから、男女關係の需要を充たすに、自ら數人の男が一人の女を共有することになる。是れが後まで存して居るのは、一人の男子が妻を有つて其種が無いと子が出来ぬと云ふので、多くの夫を持たせると云ふのですが、是れは廣い風習ではありませぬ。一夫數妻の風俗は廣うございませぬが、是れも祖先を祭る人を造るのが一つ

の公然たる理由であります。或は情慾の爲めと云ひますが、人が認めて之を怪しまぬ所を以て見れば、祖先の祭を續けると云ふことが理由であると見えます。蓄妾の制、是れは我國などで情慾上の原因は勿論ありまするが、法が認めるのは、祖先の祭を續ける爲めであつて、妻の外に婦人を妾とすることを公然法律にて認め、既に二等親にまで認められて居つたと云ふことも、此の原因に因ります。又社會學者などが言ひます所では、ニヨガと云ふ風習が印度などにある。是れは妻を娶つて子が無いときには、自分の兄弟兄弟が無ければ最近親の男子に委託して子を擧げて貰ふと云ふ風習であります。尙ほそれより廣く行はれて居るのは、レビハトと云ふ風習であります。是れは夫が死亡して其寡婦に子が無いと、其寡婦を兄弟若し兄弟が無ければ最近親の男が相續し讓受け而して亡兄弟の爲めに子を擧げてやるの義務があります。此風習は、人類の或る程度に於ては怪しまぬのみならず、法律で命じて居ります。

是れは「スバルタアゼンス」チベツト、印度の「ネバル」などにありまする風習で、彼の「モルゼ」の法律などにも、若し人子なくして死亡するときは彼の兄弟をして其寡婦を娶らしめ、其亡兄弟の爲めに種を生ぜしめよと云ふ明文がある位であります。

其他印度の古い法典の中には、澤山「ニヨガ」即ち兄弟に子を擧げしめることが書いてあります。時を省く爲め一々は擧げませぬが、義務として娶つた妻に子が出来ると亡兄弟の跡を繼がしめると云ふことも、「ユダヤ」人の法律として「チュウトロノミー」(申命記)にあります。時としては兄の妻を自分の妻にするは迷惑であると言つて拒むときは、婦は長老に告げ、長老が説得をして、尙ほ拒むときは、婦は其兄弟の面に唾する位でありまして、祖先を祭ると云ふことを非常に大切なこととして居ります。

又之に反し、「ギリシャ」の「アテネ」などには反對の訴訟があります。其記録が遺つて居りますが、前に申した「ユダヤ」人などは、婦が美しくないと云ふので、

婦を承け繼ぐのが迷惑だと云ふのでありますが、是れはそれと反對に、亡兄弟の婦が美しいとか云ふことで遺つた兄弟が亡兄弟の婦を非常に冀望し、兄弟數人で屢々訴を起して互に妻を争つたと云ふ特別訴訟があります。又兄弟が死ぬと自分の妻を離別して其兄弟の妻を娶ると云ふこともありました。是れも祖先の祭を尊んだ風習に基くものであります。

離婚が之に關係の有ることは既に申しました。彼の「不孝有三、無後爲大」と云ふは此意味で子を擧げるが婚姻の目的であるならば子が無ければ離婚の原因となるも尤もであります。それで條件付きで結婚する風習もあり、又一定期の中に子が無ければ當然婚姻が解けると云ふ風習もあります。

次に養子の制度でありますが祖先の祭を繼續する爲めに子の無い者が養子をするると云ふことは我國にも有りますことで諸國に於て養子を許すに至つたのは、矢張祖先の祭を繼續させるためであります。印度法に於ては、父祖の靈魂を祭る者が無いと「ブット」と稱する地獄に於て父祖の靈魂が飢ゑる。

依つて父祖の爲めに酒食を供へ祭をする爲めに養子を許すと云ふことが養子法の基礎となつて居りまして、養子法の基礎は祖先を祭ると云ふことに在ります。其證據は日本にては令の制にも有りますが、日本の法律にても支那の法律にても養子をするには他姓の者からは取れぬのであります。「同姓娶らず」ではあるが、他姓娶はずでありまして、異姓を養子とすることは、唐律以下に罰が附いて居ります。何故に異姓を養ふことを罰するかと云ふと、異姓では祭を繼ぐことが出来ない。神は異姓の祭を受けないと云ふことがあります。「神不歆非類」で血統の違つた者が供へて呉れても祖先の靈魂は受けないことになつて居ります。

それから私生子認知と云ふことが昔の法典にもあります。私生子を子と認めると云ふことを法律が認めるので、是れも血統を重んずる爲めでありませう。

印度の古法典などは、祭を絶つことを恐れる所から種々の方法を以て子を

造ることを考へました。彼の有名な二千八百年前の——人に依ると千年前のものだと言ひますが——「マヌー」の法などには、十四種ほど子を造ることがあります。生前に兄弟に頼んで子を擧げて貰ふとか、死後に兄弟が承継ぐとか、妾腹の子とか、内證子とか、一旦娶つて離婚して他へ行つてそれが再縁した者の子とか、他で孕んで來た子(俗に言ふオミヤゲ)とか、賤民の女に出來た子を養子にするとか、或は拾ひ子とか、自ら子として呉れと依頼して來る者とか云ふやうなものが、嫡出子が第一番で、十四種ほど擧げてあります。是れが皆相續の順序に依つて相續することが出来るやうになつて居ります。即ち祖先の祭を絶たぬと云ふことから考へたものでありませう。

是れ等のことに依つても、祭を重んずることが國々にあることが分るのであります。

家長權——此家長權と云ふものはどう云ふものかと云ふと、祭を司るものでありまして、令義解などに據りますと、繼父承祭と云ふことが書いてありま

す。

所有權——殊に土地所有權なども、元は祖先祭祀から出來たと云ふことを「フランス」の「フステル、ド、カ、イランヂ」などは論じて居ります。土地の所有權は、御承知の通り初めは部落所有權で、先づ一族が持つて居る有様。それは何であるかと云ふと、同じ祖先から出來たものが共同して持つて居る。其領分の氏子が其所を守つて居り保護して居る有様で、それから一人一人が是れは我の土地であると云ふ様になつたのであります。これには沿革があつて、此所には述べませぬが、墓地、廟所、自分の一家内に在つては、竈が西洋でも本になつて居つて、内に於て祖先を祭るは、竈外に在つては墓地で、それは他から奪ふべからざるものである。墳墓は他人に譲ることは出來ぬもので、「ロ、イ、マ」でも「二表法」に、墳墓のある土地を他人に譲つても、墳墓だけは所有權は移らぬで、墓參のときには通行することが出来ることになつて居ります。又「ギリシヤ」の「プラト」なども、一家に屬したる土地の所有權移轉を禁ずべしと論じて居り

ます。「アリストートル」の「ポリテックス」にも土地の賣買を禁じてある「スバル」
タ「其他の多くの例が擧げてあります。「ソロン」の法の如きは土地の賣買は許
すが賣つたものは市民の權利を失ふ。宗族に屬する者も土地を賣ると一族
で無くなると云ふことがあります。すべて土地は其一族又は一家に屬する
ものであつて一番大丈夫なものであるから之を他人に譲ると云ふことを禁
ずる法令が「ギリシヤ」「ローマ」「インド」等に有るのであります。

所有權は動產の方に於きましては人々が自分の力自分の働に於て得られ
るものでありますから餘り關係はありませんが相續のことは歐羅巴に於て
中世寺院法に屬し其後も宗教裁判所に屬して居ります。中世「ローマ」の寺院
法では動產は死者の祭の爲めに供すべきものと云ふ規定が寺院法にありま
す。

次に相續の話に移りますが一般諸國に於て之を言へば沿革が三度ありま
して初は祭祀相續の時代次に家督相續の時代終に財産相續の時代と斯う三
變すると云ふことは他の場所に於ても述べ雑誌にも書きましたが第一期は
祭祀相續であります。

何故に相續法は「祭」と云ふことが第一になるかと云へば祭の材料として其
家に屬する財産を受けるのが始りであつて經濟上の進歩が著しくなるとき
は財産を相續することは少なくむしろ祖先の祭を受け繼ぐのであります。
諸國の古代の訴訟に付ては「ギリシヤ」などの記録が遺つて居りますがそれに
據ると財産の争ひではなく祭をする争ひで言はば我國の焼香争ひであつて
棺を其所へ置いて争ふ其所へ裁判官が來て誰の方が先きに焼香すべきもの
であると云ふやうに裁判をすると云ふ如く祭祀權の争ひになつて居ること
が幾らもあります。

又何れの國の相續法に於きましても男子が先きに相續する權を持つて居
る。女は多くは男子の後であります。是等も或人は封建時代から起つたも
のだと考へましたが封建時代まで進まぬ諸國の法律に幾らもあります。男

子でなければ家の祭を相續することは出来ぬ。女子は他姓を冒すものである故に、男子でなければ祭り手になれぬと云ふので、男子が先きと云ふことになつて居ります。決して封建時代から起つたことではありませぬ。尤も封建時代で幾分か鞏くなつたことにはあるか知りませぬが、男子が先きに相續權を持つて居るのは、今述べた通りの譯であります。それで、女子には相續權の無い所があります。近頃の法律になるに従つて、男子なき場合に女子が最終相續權を有するやうになりました。彼の「嗣子の嗣」と云ふ字なども、字典に據れば、口の下に書冊の冊の字のやうなものを書き、傍に司の字になつて居りますが、是れは口で系圖とか告文とかを神の前に誦讀すると言ふ儀式から、あやうな字を持つて來たものと見えます（若し字典に言ふ所が正しければ）。要するに、相續の順序は何に依つて定まつたかと云ふと、愛情の厚薄に依り、生きて居つたら誰にやるかと云ふと、子が一番可愛い、其次は愛情を基礎として相續の順序を定めると云ふことになつて居ります。近頃の立法はそれになつ

て居りますが、古代は血統の親疎が本になつて居つて、血統の親疎に依つて相續の順位を定めることになつて居りました。歐羅巴の諸國に、女も男子と一緒に相續することがありますが、相續の順序に於ては、妻は後に回されて居る。是れで見ると、愛情を本にする、と云ふことではないと考へられるやうなこともあります。尙ほ種々細かいことがありますが、悉く省きます。

其他刑法に關することを述べるならば、姓を奪ふと云ふことがあります。除籍追放もしくは久離勘當と云ふことも歴史にあります。又姓を醜い姓に改められると云ふこともあります。姓は國民の分限で、姓を奪はれるのは公民權を奪はれることになりす。而して姓を奪ふと云ふことは、祖先の祭に與かることを得せしめぬのであります。殊に刑法に於ては、祖先の遺骸の存する所を害するは、他の財産を害するよりも重くしてあります。

訴訟法などに於ても、裁判官は氏長者でありました。日本では、小さいことは、小氏の氏が、さばき、大きいことは、大氏の氏が、定め、事の大なるものは朝

廷まで奏請することになつてゐたのであります。

是れまで述べましたことは極概略に過ぎませぬが、祖先を祭ると云ふことは法律發達の基礎であると云ふことを斷言しても強過ぎはすまいと思ひます。祖先を祭ることが段々薄らいで、従つて法律制度も他の基礎が段々出來て來る時代はどう云ふ時代であるかと云ふと、血統が國民團結の基本であると云ふことが存することが出來ないやうになつて、一族が他の種族を征服して段々大きくなり、優族とも云ふべきものが出來、其中に又強い者と弱い者が出來て、氏族の混亂を來たしました。日本などでも氏族の混亂を防いだことは、允恭天皇の御宇に盟神探湯メカシノウをして湯を探らせたこともあり、或は人が源平藤橘等勢の宜い方に自ら姓を改める等のことがあつてから、姓氏が紊れて來、人民が多くなるから、一方に於ては段々法律制度が定まつて、中央政府の權力が強大になり、遂に祖先を崇敬すると云ふ信仰心ばかりで無く、他にも其團結を維持する外形上の力が出來て來、又人民に於ては、益々共同生活の

利益を知るやうになり、經濟上其他からして、或は協力を爲し、或は分業をすることが宜しいとなつて來、人と組合をするには、彼は別の姓氏の人であるから一緒に商賣をしないと云ふことが無いやうになるのであります。

又一考するに、外國との交通の劇しい國は早く祖先祭祀の風習が廢つたと云ふことは略ぼ言へる積りであります。即ち外國との交通が劇しいのは、語を換へて言へば、團體の交通が個人生活の域に達したのであります。

何故に是れまでの學者が祖先を尊ぶことが日本特有の美俗であると言ふやうに考へたかと云ふと、日本は外國との交通衝突が少なく、殆ど歴史上無いと言つても宜しい位であります。故に、一方に於ては文物が進歩して行くに拘らず、祖先を尊び血統を重んずると云ふことは尙ほ遺存して居ります。西洋の學者などは、祖先を祭るといふことはどこの國でも一度は經過して來たものであると言ひますが、日本では、祖先を祭ると云ふ風習だけは尙ほ存して居ると云ふのは、外國との關係が少く、交通が頻繁で無かつたと云ふことが、一

つの理由ではあるまいかと考へます。既に我國の歴史に徴して見ても、大化以來唐の制度を採つた頃には、祖先を祭る制度は重んぜられて居つたが、あの時から勢力が幾分か衰へ、物部はどこまでも兵隊であると云ふやうなことが崩れて、支那風の人才登庸と云ふことになり、又任那、新羅、百濟と關係が出来、血統の本たる所の姓氏が紊れて、さうして外國と非常に關係が多くなつて、共同生活を營むについて競争が非常に激しくなり、自ら勢力が舊のやうに無くなつたことであらうと思ひます。

以上述べました所は、極概略に過ぎぬのでありますが、此事柄は、法律等を研究する上に其基礎たるものでありまして、祖先祭祀と云ふことが社會に如何なる效用のあつたものかと云ふことを知らなければ、法律の發達が分からぬことであらうと思ひまして、茲に其あらましを述べたのであります。

〔明治二十九年七月十二日講演〕

薺華帖序

元和之朝、賞薺華始上。宸詠、延喜之朝、既傳吳舶所齎、供典藥寮、漢土產、未詳其始、而詩經鄭風、有女同車、顏如薺華、楚謂之葦、秦謂之蕒、字典、薺蔓地連華、以分木槿、可知也。我明應九年庚申、當西曆一千五百年、南亞米利加洲、發見此華、爾來東印度產、墨西哥產等、愈出愈奇。安永享和之際、江戸下谷和泉橋之北、有大番與力谷氏母好栽此華、每朝就各種採太輪一華、插竹筒、製屏風、時人珍賞之、後移其種於京阪。文化文政中、浪華盛賞此華、或有得朝鮮種而誇者、常葉而異葩、有丸咲、櫻咲、龍田川咲、賤之舍臺咲、縮咲、采咲、孔雀咲、梅咲、撫子咲、桔梗咲、牡丹咲、絲咲、劍咲等、葉亦有黃葉、木立、葵葉、芙蓉葉、薯蕷葉、柳葉、絲葉、薺葉、蓬葉、鳥足葉、捻葉等、東西喧傳、競開品評會、佳種百品、當七十金云。近年東京又爭玩此華、大率賞畸形、貴異狀、變花變葉極多、頃聞西京浪華、却有愛素白純紅深碧濃紫之大輪華者、設品

題或曰碧海旭日，下列碧華，上出赤華一輪，或曰養老瀑，針作壇階，傾白華，一望如練之類，蓋發其天真歟，嗚呼，薜華之賞，逐時異趣，亦可以觀世態人情之遷移也，予嘗愛薜華，盆栽數十，每朝開花，與妻兒同賞爲樂，適囑田中長嶺君，寫朝顏真相稱吾意者，累積成堆，裝潢製帖，名曰薜華帖，聊記以存今昔之感云爾。

明治二十九年秋

法齋 穗積陳重識

明治三十年

法典の繁簡

法典を編制するに二種の主義あり、簡單を主とするもの及び精密を主とするものは是なり。

漢高三章の法、ゴルチーンの十二壁法、羅馬の十二表法、上宮太子十七憲法の如きは、古代法の成文法中最も簡單なるものなり。社會既に進歩して法典を編制するの時代に至りても、亦簡單の方法を必要とする主義を執る者あり。其説に曰く、元來立法者は一の法典を制して恒沙無極の人事を包括し盡さんと欲するは、大なる過なり。嘗に法典の人事を包括し盡し得べからざるのみならず、法典益精細煩瑣なれば、人民の法律を知得ること益難し。人民既に法を知らざれば、人姦之に乗じて詐欺を構へ、兇惡を逞うするに至る。苟も此の如くんば、姦を防ぎ物を利する所以の法律は、適々暴を資け非を遂ぐる所以

と爲るべし。故に法典を編制するに當りては、力めて唯其諸規定の綱領たるべき汎博なる原則のみを掲げ、其適用解釋は一に之を裁判官、行政官に委任せんことを要すと。又歴史派の如きは、法律は自然に發達し、立法を以て社會を改造するが如きは到底爲し得べからざることなりと主張する者なるを以て、此派に屬する學者中には、法典を制定するに當りても、力めて其大綱のみを擧げ、法典をして自然に發達する所の習慣を容るゝの餘地あらしめざるべからずと爲す者あり。近世の法典中、此主義に據りて編成せらるゝものは、奧地利民法、西班牙民法、日耳曼民法草案の如き是なり。

法典の精密主義を執る者の中には、諸種の目的を有する者を包含す。或は人間の萬事を擧げて條文の下に網羅し盡さんと欲し、爭議の端緒と爲るべきものを悉く想像し、豫め之に該當すべき條文を置かんとする者あり。或は從來既存の慣習を槌碎し、之に代ふべき法文を制作し、別乾坤を掲出して天下の耳目を一新せんと欲する者あり。或は干渉主義を執り、唯に民間の弊害を防

遏せんと欲するのみならず、更に條文を以て人智を啓迪し、世益を興起し、進歩を獎勵し、以て社會をして其進取の恩に霑はしめんと欲する者あり。或は司法官、行政官の幼稚にして、動もすれば輒ち處理を誤るを患ひ、法條を精詳にして、以て其の裁判措置の標準を示さんと欲する者あり。又或は、全然法律生活に慣れざる人民に對して、新に法律を布くに際し、條文を以て百般の法律關係を揭示し、法を民に教へむと欲する者あり。此教訓的制法の例は、近世歐洲諸國が半開以下の邦土を略して開發移民する場合に多く之を見る。此場合には、自國の法律思想を其地に注入するを以て常とし、力めて精細の法律を布き、人民をして之に由つて其身を律し、法律關係の在る所を識らしむるものとす。夫の英國が其領地印度に契約法、刑法、其他の法律を布くに當り、「マコーレー」等の創案に依り、正條の外に釋文を置き、之れに添ふるに範例を以てし、以て未生の疑問を決するの標準と爲したるが如き其例なり。「モントネグロ」法典の如きも、亦た未だ法律に慣れざるの人民に公布せるを以て、其法文極めて精密な

るのみならず、之れに附するに定義、註釋等を以てせり。

普國、佛國、露國、葡國、印度、モントネグロの法典の如きは、其原因は一ならずと雖も、要するに精密主義に據りて編制したるの例なり。蓋し今古の法典中、其最も精密の方法に従ひしものは普國の「ランドレヒト」にして、全典一萬七千六百十條、其中一章にして、二千四百六十四條に至れるものあり。(第二部第八章)

法典編制の精密主義と簡單主義とは、法律進化の順序に於て前後の關係あるものなりや。若し此關係ありとせば、孰れが先孰れが後に行はるゝものなりや。余の見るところを以てすれば、此兩主義には前後の序あり、概して精密主義より簡單主義に移進するものい如し。世界最古法典の一なる「マヌ」法典の如きは、其規定極めて詳細にして、又羅馬「ユスチニアヌス」法典の浩瀚なるは、世人の稔知する所なり。其他法律生活の稍々發達したる時期に至りて制定したる法典は、精密主義に依り、人事の諸關係を收集し盡すの目的を以て編制したるもの尠からざるを以て、或は當時の社會の狀態に比し遙に進歩した

るものあり。其の然る所以のものは、當時人民一般の智力は未だ十分に發達せず、學識あり才能ある者は常に政府に在り。故に立法者は事理に通じ、黔首は概ね愚昧なるは勢の免れざる所なりしを以て、政府と人民との間には、恰も今日歐洲諸強國が其新版圖の土民に對すると同一の關係ありて、立法者は人民をして岐路に迷ひ適從に惑ふの患なからしめんと欲し、教導扶掖の精神を以て、詳細の條規を設くるを常とせり。然るに、社會進歩するに及び、一方に於ては民間に教育汎く行はれ、智識の程度漸く上進して、治者被治者の間に於ける智愚の鴻溝漸く狹まるに從ひて、各人自治の能力の進歩を加へて、法律の活用を知り、不當の解釋、不正の適用を爲すの虞減却するを以て、國家が老婆心を用ふるの必要は次第に銷滅し、變遷無限の人事に應ずるには、法律は只大綱目を定め、之が適用を擧げて一切執法者の商量に任ずること、却て法律の目的を達するに適當なるを見るに至れるなり。時勢已に此に至るときは、法文を詳密にし、執法者をして復た斟酌運用の餘裕なからしむるが如きは、却て執法者

の接摺桎梏と爲り、適切なる法の運用を妨ぐるものなりとし、法文は權利義務の原則を示し、權義關係に於て生じ得べき疑義を解決する標準を示すを限度とし、成るべく細目に渉るを避くるの傾向を生ずるに至れり。

此の如く論じ來れば、人或は余を難じて云はむ、法律の精粗繁簡は社會の現象と相伴ふものにして、社會進歩し、人事愈複雑なれば、法律隨て愈複雑と爲るが故に、法律は必ず簡より密に進むものなりとは子の素説に非ずや。然るに、法典編制法を論ずるに至り、却て複雑よりして簡單に進むものなりとするは、同時に矛と盾とを售らんとするものに非ずやと。余は之に答へて言はむとす、是れ互に相妨げざるの論なりと。是れ他無し、法律其物の複雑は法典編制法の精密を來さざるべからざるの理なければなり。法律の社會の進歩に伴ひて簡單より複雑に進むは勿論なり。關中の三章、大和の十七條、「フォーラム」の十二表を把りて今日の露西亞、普魯西諸法典に比較し來れば、其粗よりして精に、簡よりして密に進みたることは毫も疑ふべき無し。「ヴィクトリア」帝在

世間の法律は、「ウィリヤム」裁定より同帝踐祚に至るまでの法律全數よりも多しといへるが如きは、社會の進歩は法律の分量を増加するの明證なり。然れども、法典編制法は漸次に簡單に進むといへる原則は、法律其物は漸次に繁密に進むといへる原則と秋毫も相乖るものに非ず。嘗に相乖らざるのみならず、法律の漸く繁密と爲るの事實は、實に編典方法の漸く簡單と爲るの事實を來たすの原因なりと言はざる可らず。

簡單より複雑に趨くは進化の理法なり。人事は文化の發展と共に複雑に趨き、法規は隨て繁多と爲るに至るものなるを以て、古代に於ける如く、一國の法律を悉く一法典に收めんとするは殆んど不可能なるに至り、民法、刑法等の諸法典に於ても、之に關する條規を悉く法典中に收めんとすれば、法典極めて浩瀚と爲り、執法者及び人民の之れに通ずること至難なるのみならず、時勢の變遷と共に改正を要する條規を法典中に編入するときは、法典全部を動かすか、然らざれば其煩を避けんが爲めに忍んで舊法を維持せざるべからず。故

に最近の立法に於ては、法典は原則を掲ぐるに止まり、細則は之を特別法令に譲るの方法を採るに至れり。即ち法典を簡にし、特別法を密にするは、最も進歩せる諸國に於ける立法の趨勢にして、夫の古代に於ける如き人事を一法典に網羅するの希望は、今日立法者の懐抱すること能はざる所とす。是れ近世に至り法律の分量を増すは主として特別法に於て之を見る所以なり。是に由て之を観れば、法典の繁簡と法律の繁簡とは相悖るものに非ざるなり。

以上論述する所の餘論として、余は尙ほ法典の進歩に關する一原則を掲げんとす。古代の法典は國法の全部を包括するを以て目的としたるもの多く、近世の法典は國法の一部に付き、其基本たる法規を載するを目的とするもの多きこと是なり。蓋し社會の組織簡單なる時代に在りては、國法の全部を擧げて之を一法典の中に編入するは、敢て至難の業に非ざりしなるべしと雖も、社會の進歩と共に分化の原則行はれ、獨り國法全體を一法典の下に網羅すること能はざるのみならず、其法典自體も亦た法律の種類に因りて相分れ、其種

類中の根本法たる法典あるの外、別に數多の特別法あるに至るものなり。

〔明治三十年二月「法政新誌」第貳號掲載〕

法學士山田三良君著民法第二條修正案反對私見序

山田法學士、頃日民法第二條修正案に關する論文を起艸し、之を余に示して、余の卑見を徵す。余探て之を閱するに、論文に二段落あり。其前段は外國人私權享有に關する沿革を叙し、現今諸國の立法例を擧げ、參ふるに諸名家の學說を以てす。論旨精確、考據該博、古今を序て、東西を稽へ、整々論陣を布いて徐ろに英氣を養ふものゝ如し。其後段、民法修正案を批評するに及んでは、議論剴切、論鋒銳利、吶喊して敵の中堅を突くの概あり。蓋し能く學問的論戰の法を得たるものと稱すべし。學士の議論既に精微の點に涉り、殆んど余の卑見を容るゝの論地を餘さずと雖も、余や指導教授の任に在るを以て、誼、學士の請求を辭することを得ず。聊數言を附

記して學士の論旨に裏書せんとす。

一、外國人私法上の位地に關する法制の沿革を五期に分ち、外人敵視主義、外人賤蔑主義、外人排斥主義、對外相互主義、及び内外平等主義の各時代を經過し、たかりと爲すは學士の創見に屬し、一目人をして古今各國に於ける法制の變遷を知らしむるに足る。唯其賤蔑主義と稱するものと排斥主義と稱するものとの間に、劃然たる區別の存するや否やに付ては、聊か疑なき能はずと雖も、是れ單に沿革を五期に分つべきや、將た之を四期に分つべきやの問題に屬し、學士が不日公にすべしと云ふ著書を待つて自ら氷釋するの機あるべきを信ず。而も學士の論結は之が爲めに毫も影響を受くべきものに非ざるなり。

一、學士の謂はゆる五主義を社會進化の時期に配當して之を觀察せんか、敵視主義は四隣皆仇敵にして爭奪吞噬息む時なきの野蠻時代に行はれ、賤蔑主義、排斥主義は人智蒙昧固陋にして未だ交通貿易の利を覺らざる半開時代に行はれ、相互平等の二主義は、國は玉帛を以て相交はり、民は貨物智識を交換し

て有無相通じ長短相補ふの利を知るの文明時代に於て行はるゝものと云ふことを得べし。四境皆敵の間に立つ蠻野社會にありて敵視主義を採るは、蓋し自護の己むを得ざるに出づ。國力微弱、民智蒙昧にして國際の生存競争場裡に立つ能はざる半開國にありては、或は一時排斥主義を採るの必要なることあらん。苟も獨立國を以て自ら處り、萬國と對峙して文明國の班位に列し、國際公法の通義を遵奉して國交際の伴侶に入らんと欲する者は、相互主義若くは平等主義の一を擇んで之を採らざるべからざるは理の最も觀易きものなり。此二主義の一を採らずして、謂はゆる「國交親族」中に加はらんとする者は、木に緣りて魚を求むるの譏を免るゝ能はざるなり。

一、民法第二條は、方今國際法を遵奉する文明諸國が一般に採用する平等主義を原則とし、而も我邦の利益を保護せんが爲めに、法律命令又は條約を以て之を制限するの餘地を留保せり。此主義に依れば、苟も我邦に不利なりとするときは、法律命令又は條約を以て外國人に特種の私權を享有することを禁

ずるを得べし。加之、同條は法律又は命令に依りて禁止を爲すを得るを以て、彼れ若し我に不利なる法を設くるときは、我亦彼に不利なる禁止法令を發すること易々たるのみ。故に我民法は必要ある時は、消極的立法上相互主義を採るの餘地をも存したるものと云ふことを得べし。

一、民法第二條修正案は平等主義を取るものに非らず。又佛蘭西民法第十一條の如く外交上相互主義を採るものにあらずして、外國人無權利を原則とし、私權享有を以て變例とするものなり。是れ明かに方今文明諸國の法律に絶えて其例を見ざる外人排斥主義を採り、我邦を半開國に擬し、自ら國際法の伴侶を脱せしめんとするものなり。學士が引用せる千八百八十年「オクスフォード」會議に於ける國際法協會の決議は、現今公法學者の一般に是認する所にして、文明諸國の立法者も亦悉く之を採用し、我民法第二條に於ても此主義に據りたるものに外ならず。修正案は此主義に正反對なる規定を設けんとす。是れ我邦をして文明國の伴侶を逸脱せしめんとするものに非らずし

て何ぞや。

一、國際法は耶蘇教國交際の法なりとの舊説は、既に學説として其勢力を失ひ事實としても亦漸く其例外を観るに至り、現今は國際法は文明國交際の通規たるの實を存するに至れり。而して國際法の範圍に此の如き變遷を來せしは、我邦三十年の進歩與つて力あるは、世人の夙に認むる所なり。而して今や國權伸張を要するの時に當り、自ら卑しんで國交際の伴侶を逸せんとす、是れ我輩の怪訝に耐へざる所なり。

一、修正案に依れば、外國人は法律又は條約を以て特に認許せらるゝに非らざれば私權を享有すること能はず。是れ私法上外國人無權利を原則とするものなり。故に法律又は條約の認許あるに非らざれば、外國人は商業を營む能はず、貸借を爲す能はず、贈與を爲す能はず、ホテルに宿泊する能はず、其他日常一切の取引は總て之を爲すことを許さず。換言すれば、我邦に於ては外國人は私法上人格を有せず。之を幼兒、瘋癲、白痴の如き無能力者に比して、尙ほ

一層劣等なる位地に置かんとするものなり。私權を享有せざるを原則とするは一切の社會的交際を禁ずるに均し。是れ豈獨り彼の不利のみならんや。此の如き背理の法案は、假令不幸にして議會を通過して法律と爲るも、社會の趨勢は此の如き法規の久しきに耐へて存立するを許さず。國家が之を悔いて舊に復するの時あるか、又は佛國の如く學者政治家が時勢の必要に迫られて、止むを得ず反對解釋を爲すに至るや、明らかし。若し之に反して法律又は條約を以て特例を設け、以て社會の需要に應ぜんとせば、一法一令毎に之を外國人に適用すべき旨を明記するの煩ありて、獨り立法上の體裁を損ずるのみならず、其特例の適用は却て原則の適用より多きが如き奇觀を呈し、他日國家は言行反覆の譏を甘受せざるべからざるに至るは、余の豫言するを躊躇せざる所なり。

一、修正案は治外法權を事實上に存續せんとするものなり。治外法權の撤去は國民の多年熱望する所なり。今や條約改正の事業漸く其成を告げんと

し、我より自ら進んで民法、商法其他の私法は總て之を外國人に適用せざるを以て通則とす。是れ外國人をして我國法の大部分を占むる私法に服従せしめざるなり。往昔羅馬國が未だ叢爾たる一小市府たりし時、羅馬人は市民法（ジュス、シヴィレ）に依りて私權を享有するを羅馬人種の特權とし、外人（ペレグリニ）の羅馬に來住する者には市民法を適用せず、治外法權の存するを以て却て羅馬の名譽とせり。近世諸國は之に反し、來住外國人に國法を適せざるを以て國辱とするに至れり。蓋し羅馬人が治外法權の存在を榮譽とせるは、其存在が優等國の徵證なりしを以てなり。近世諸國が治外法權を屈辱とするは、其存在が劣等國の徵證たるを以てなり。民法修正案は、我より外人に對する私法の適用を辭して治外法權の實を存せんとするものなり。是れ我國を以て劣等國を以て自ら處らしめ、法權を將に回復せんとするの時に拋棄するものにあらずして何ぞや。

明治三十年二月上浣

民法第二條修正案に就て

諸君、私は唯今總理大臣の任命を受けまして、誠に榮譽の事と存じます。而して其任命の當初に方りまして、斯る法律上の大問題に付きまして、政府の意見を諸君の前に陳述致しまするのは、甚だ本大臣の喜ぶ所でございます。併しながら一方より見ますると、我日本帝國の衆議院でありますか、貴族院でありますか、此早稻田議會に於て、民法の第二條について此の如き修正案、外國人ハ法律又ハ條約ニ依リ特ニ認許シタル場合ニ於テ私權ヲ享有ス」が提出に相成りましたと申しまするものは、我日本國の法律學の進歩の程度、我日本國の外交上の關係より致しまして、甚だ本大臣の悲しむ所でございます。其所以を一應茲で陳述致さうと存じます。

此民法第二條の修正案と申しまするものは、一口に申しますれば、我帝國の

國是に反して居る修正案といふことを申さねばなりません。何故であるかと申しますと、我國が諸外國と交際を始めまして以來既に三十年の星霜を經、其間に我々御互に此治外法權といふものゝ存在は、我國國民の尤も恥辱であると云ふことを深く感じ、此撤去と云ふことについては、四千萬の人民悉く志を同じく致して、これまで骨を折つて參つたではありませぬか。何故に此治外法權といふものは、我々が屈辱と感じたのであるか。唯に外から考へて見ますれば、我々も久しい間外國と交はりませぬし、又我國の人情風俗と諸外國の人情風俗といふものは、餘程違つて居りますから致しまして、便宜上から申しますれば、寧ろ治外法權の如きものが存在致しまして、徐ろに此風俗や何かの近寄るを俟つて、之を撤去することをなしました方が、實際上の便宜は或は宜かつたかも知れませぬ。併しながら、我々は唯此便利さへ得れば、國の法權はどう云ふものであつても宜しいと云ふが如き物質的の考では、國是と云ふものは定まりはしませぬ。社會にあつては國の法權を尊ぶのは昔からの通則

である。外國人と交つて、外國人が我版圖内に這入つて來て、而して我法權といふものを奉ぜぬと云ふことが、例へば條約で我々が承諾致したことであつても、是が長く繼續するといふことは、我主權を害せられ、我法權といふものゝ獨立がないといふことから致しまして、此治外法權撤去と云ふことを望むのである。即ち日本の法律といふものが日本國內に悉く行はれ、外國人にして我國へ入込む時には、皆是に服従すべき所の法權が、今は此爲めに毀損されて居るのでありませぬか。今や漸く條約改正のことも將さに成らんと致して、而して御互に希望致して居ります所の治外法權といふものも撤去せられんとするの曉に達して居る。此事柄を尙ほ明かに申しますると、諸交際國の人民が我國に入る時には、我國の法律を奉ずるに至るので、茲で始めて我法權といふものゝ完全なるを得るに至るのであつて、此我々が數年來の希望を將さに達せんとするの時に方つて、民法商法其他の私法といふものは、外國人には適用しないのを通則とするといふことを言出すとは何事であるぞ。數年來

我々の希望致して居りましたこと、云ふものが、一朝にして水泡に歸するといふことではありませぬか。

我國の歴史上から致して、民法商法其他の私法といふものを適用致さないといふことを原則とする方が宜いと云ふ、提出者法學士何某君の御議論でありましたが、是は私と我國の歴史の見方が違つて居るのであります。我國の歴史といふものは、前申述べました如く、國民舉つて我國の法律といふものは、外國人にも奉じさせなければならぬといふことを、三十年間、少なくとも維新以後の間といふものは、獨り政府の當局者のみならず、國民皆舉つて望んで居つたことである。然るに「私權を享有せず」といふことはどう云ふことであるか、是は諸君の前で講釋を致しまするのは聊か贅言に屬することでありませう。法律上で此權利を有せないと云ふことは詰り民法上の權利を有せないと云ふことであるならば、例へば賣買をするに、賣る方は其賣つた品物に對して代金を受取ると云ふ私法上の權利を得、買ふ方は其約束の結果と致しまし

て其品物に對する權利を得ると云ふ民法の規則を當てはめぬと云ふことである。商法でありまして、苟も其權利を有せぬといふことは、其規則を當てないといふことになりは致しますまいか。權利は有せないが其規則は當てるといふことが、此私法上でどの部分にて言へるか。若し言へるならば、反對論者からして十分に御講釋を後學の爲に承つて置きたい。故に條約を改正する、治外法權は撤去する、併しながら折角向ふから此方の商法にも民法にも従ふと云うて來たのを、今度は此方から民法も當てない、商法も當てないと言ふ、即ち此國交際の中で、人民と人民との間の交際に於ては、殆んど全部を占めます所の私法と云ふものは、一も外國人には、治外法權は撤去したけれども、今度は此方から適用しないと云つて、之を斥けるといふことは、どうしても是は國是に反するものである。

又、此私權を享有せずといふことを原則と致しますると、國交際といふものがどうして出来るものであるか。申すまでもなく、此私權と申しますものゝ

幅は餘程廣いことでありませうが、兎に角此權利と申しますものは、社會上の權利である。人民互に社交をなすについて存して居りまする各自の權利に違ひない。賣買、貸借、委任等を始めと致しまして、苟も社會の交際をなすといふものは、之を持たなければ出來ない權利に違ひない。苟くも社會に存在しやう、生きて居らうと思へば、此權利なくては生きて居られないと云ふべき社會的の權利に違ひない。即ち此一刻も離すべからざる所の此私法上の權利は、外國人にはないといふことを通則とするといふことを國是で取りながら、それで尙ほ外國と交際することが出來ませうか。斯う云ふやうなことは、此玉帛を以て交はるといふ國の王室と王室との間の交際といふやうな風のこと丈けには出來るであらう。併し其國の人民と他の國の人民との間の交際といふものは、どうしても出來ないといふことになりませう。それでも宜しいか。我國の如く、是から先きに世界萬國の間に立つて益々進んで行かうといふものが、此の如きことを主義と致して、何處迄も引込んで居るといふこ

とが出来るものであるや否や、私は：：本大臣は、此の如きことを主義と致して國交際といふものが出來ないといふことを斷言するに憚りませぬ。

然らば必要なもの丈け許せば宜しいではないかと云ふ議論が必ず生ずる。條約を以て許すの餘地もある、法律を以て許すの餘地も從つて勿論あることである。斯ういふ議論が出るであらう。併しながら、是は其原則と變則との違ひでありまして、原則は外國の人民と我國の人民といふものが、社交上其他の交際をしないと云ふことを楯に置いて、さうして是は許さないと往けない、あれは許さなければならぬといふことを算へ立てやうと云ふことになりませうと、そこに違ひの生じて参ります所といふものは、悉く其事柄を擧げ盡さなければならぬといふことが生じて参ります。若し我々が考へました時に、苟も外國と交際し、外國人と我國人と交際する時には、是非共やる丈けの權利を許すといふ明文を掲げると致します時に於ては、殆んど私權中の百中の九十七よりまだ多いものを算へ立てなければならぬ。是は手數だけの事であ

ると言はれるかも知らぬが、併しながら本大臣は之を手数の事とは言はない。此の如き立法といふものは、國家が其言行を反覆するものであると私は思ふ。私権を享有しないといふことを別に冒頭に掲げて置きながら、實際を見るといふと、私権の享有……變則の方が百中九十七八で、原則はたつた一つか二つであるからして、國家は法律を以て言行反覆のことをなすといふものでなく、何でありませうか。斯ういふことは手数問題ではない。國と致しては、斯ういふ主義を取つて何處までも進んで行くとかいふ其主義といふものは、是は明かに致して置かなければいかぬ。而して其主義の反覆するが如きことを國の立法の上に於て爲すといふは、甚だ恥しきことであると考へます。

且此修正案と申しますものは、我國の國是上から見ましても、尙ほ不都合なことがあると考へて居ります。從來我々は治外法權の撤去を熱望致して居りましたのみならず、日本は世界の中の一國であるといふ考をもつて居つた。而して世界の中の優等國にならなければいかぬといふことは、皆御互に

心掛けて居ることである。然るに、これまで優等國間に行はれて居りました所の國際公法などの學説を見ますと、御承知でもありません。隨分以前迄は、是は耶蘇教國の交際法であるといふことが屢ば其學説や何かにも見えて居る。實際此耶蘇教國だけが萬國公法の仲間であると云ふことのやうな趣きであつた。是等の事を教科書などで我々が讀みました時は、甚だ残念に感じた。是は國際法の範圍といふものは、耶蘇教國のみでなくして、我國も其高等國の交際の出来るものであるといふことに、一日も早くならなければならぬと深く感じて居つた。さうして我國の國是といふものは、是迄其方針に向つて進んで來た。萬國の會議、即ち電信郵便の會議でありますとか、海上の制度であるとか、監獄の事でありましますとか、其他萬國の事業としてなすべき事柄については、我國の政府は進んでそれに加はらんと致した。又萬國公法の通則と認めて居ります事柄は、餘程不便を感じても之をやらうと云ふことを頻りに心掛けて、現に日清兩國開戦の際に於きまして下された詔勅に於て

も、國際法の許す限り一際の手段を盡せといふことで、即ち戦争でさへ國際法の原則といふものに離れずに戦争をせいと云ふ詔勅があつて、さう云ふ考で我國はやつた。又國際法の現時の有様につきましても、是は専門家が能く知つて居られることでありますが、漸々耶蘇教國といふものを以て國際法の範圍を極めるといふ考はなくなつて來た。是は文化高等國の交際法であるといふ方に、一方に於ては進んで來た。然るに、是等の考を起さしめました事柄については、我國は幾分の功なしとせぬ。先きに耶蘇教國でなければ萬國公法の仲間でないといふときには、支那、日本の如き半開國との間には、未だどうも此原則を互に守ることは出來ないと云ふことが、例に何時でも出て居つた。然るに、今度は文化高等國の間に行はれるものであるといふことになつて、例へば日本の如きは文化高等國と言つて宜しいと云ふ方の例に取られるやうになつた。日本國民といふものが、漸々此方に進んで來たといふことが、我國の歴史であらうと私は考へる。即ち戦争の際にても、是は心掛けて居つた。

然るに今日此國際私法の原則として、人が少しも疑はない所の交際國の人民が互に持つといふ此私法の大原則といふものに反對した主義を取らうといふのは、何の事でありませうか。實に了解すべからざることゝ考へます。

法學を専修せられた方は、歴史法學にも比較法學にも通じて居らるゝことと思ふ。歴史法學の指示す所は、詳しく述べなくても宜いが、即ち是第二條の如き方針に進んで居る。比較法學の指示す所は何であるか。方今文明諸國の民法に於て、此主義を採らない所はない。而して明文ある所は、佛蘭西一國を除きます外は、悉く此民法第二條と同じきことが掲げてある。明文なき所は如何。獨逸の如き、英吉利の如き、更に尙ほ進んだ主義を採つて居つて、是は掲げなくても當然のことであるといふことで掲げないのである。是は英吉利法律を御研究になつた御方は御承知のことである。佛蘭西一國は矢張り相互主義に依つて居りますけれども、是も時勢の進歩上どうしてもそれを實行することが出來ないので、今日は矢張り此平等主義を採ることになつて居

る。苟くも諸國の立法を比べて見ますれば、現今一の例外なきものと云ふ此原則を捨て、是に反して一も例のないと云ふことを主義とするといふことは餘程な理由がなければならぬ。それでは其理由はどうか云ふものであるかと反問致しますると云ふと、此説明にも書いてある通り、現今の情勢に照し、多くの弊害あること殆んど説明を俟たずといふことでは分らぬ。唯漠然と、どうも氣遣はしい、禁じなければならぬものがあるかも知れぬといふだけで、説明はしてないのであるから、其實例は何であるか判然しない。而して今日に於て禁すべきものは大概もう禁じてあるから、其外に一つや二つはあるかも知れぬが、今日に於ては殆ど禁すべきものゝ實例はないと思ふ。外國人に許して宜いといふ權利の方は、百でも二百でも言へるが、禁じて宜いといふ方は、先づ今禁じてあるもの位であるといつて宜しい。然るに提出者に於きまして、未だ此の如き權利を與へては不都合である、此の如きことも權利を與へては危険である、斯う云ふことを説明せられたのを聞きませぬ。實際に於て

條約などに、或銀行の株式を持つことは出來ないとか何とか色々極めてあるが、私権の方でさう云ふ事柄の外に、どうか原案者は、もし弊害があると云ふならば、十分に是れ〜と其弊害を列擧して、修正案の反對者を感服せしめる手段を御採りになりたいことを勧告する。

要するに、我國の此後の歴史といふものは、進取の方針を採るか、又は退いて守る即ち退守の方針を採るかといふ問題に關係致して居ると考へます。條約改正の結果、治外法權を撤去して外國人が我國法に従ふといふことになつたらば、何か恐ろしいことが出來て來やしないか、何か不都合な事が出來て來やしないかと、それを氣遣うて退いて守るといふ方になつて、此方から出て行かぬやうにするといふは、是は即ち退守主義と唱ふべきものである。是に反して、我々は何處までも世界に飛出して行つて、少々の不都合難儀位のこととは構はずに、世の中の仲間入をして、さうして此世の中の先導者ともなるべき希望といふものを、國民としては抱かなければならぬのであると考へる。然る

に此案は退守の主義を取り、色々曖昧なこともあるから、是は曖昧主義と云つても宜しいものである。此の如く茲に擧げること出来ないやうな弊害といふものを恐れて、自分で籠城すると云ふ方は退守主義である。我々は、此國交際の仲間へ這入つて行つて、どんくやるると云ふ方の、即ち此進取主義なる第二條といふものを置くことは、我國の國是にも、歴史にも、又國家の運用上にありまして、當然のことである、必要のことであると信じますからして、私は此修正案提出者に向ひまして、願くは反覆熟慮されまして、之を撤回せられますることを希望致します。

〔明治三十年二月二十八日東京專門學校内に催したる

擬國會「早稻田議會」に於て、政府委員として演説〕

宮本法學士に答ふ

羅馬の軍神「ヤヌス」の神像は一體二頭を有し、其一は南面し、他の一は北面す。昔時「ロンバード」の農夫甲乙相携へて羅馬府に遊び、各自反對の方面より「ヤヌス」の神像を跪拜し、歸りて郷人に羅馬の壯觀を語る。甲曰く「ヤヌス」神殿は巍巍として高く雲際に聳え、神像は儼然南面して其中央に立ち給へりと。乙曰く、否神像は北面して立ち給へりと。二人互に相争うて下らざりしと云へり。焉んぞ知らん、宮本法學士が國際私法は國際法の一部なりといふ、余が之を國法の一部なりとするは、謂はゆる「ヤヌス」頭の論争にして、余等二人は赤毛布を被りて羅馬見物に出掛けたる二僮夫に非ざるなきを。

何を以てか之を謂ふ。曰く、宮本學士と余は始めより反對の立脚地を占め、學士の指して國際私法と爲すものと、余の國際私法と稱するものとは、全く其

の目的物を異にすればなり。學士は如何なるものを指して國際私法と爲すか、請ふ學士の言に據りて之を徵せん。學士は曰く、

國際私法は一の制裁法に非ず。國法に非ず。純然たる國際法なり。余は國際私法的國法の外に猶純然たる國際私法の規定に屬する餘地あるを信ず。余は餘の謂はゆる國際私法とは則ち此の意なり。

と。而して、余は如何なるものを指して國際私法と稱するか、余は曾て福原平岡兩學士の著述に係る國際私法の序文に於て、國際私法の性質に關する卑見を公にし、平岡法學士は之を本誌第十卷第五號に轉載せられたるを以て、再び茲に之を詳述するの必要あることなし。余は前人の國際私法を説く者、多くは之を國際法の一部と爲すを非として曰く、

謂ゆる國際私法なる者は、其規定の國際的なるに非らずして、其規定する權利行為の國際的なるにあり、而して、其權利行為の效力を定むるの法は、唯だ一國の法あるのみ。甲國の臣民乙國の臣民と結婚し、丙國の商賈丁

國の商賈と貨物を賣買し、戊國所在の地所を己國に於て讓與し、其權利行為に關して庚國に出訴するが如きの涉外事件に於て、之を裁判す可き法規は、決して諸國の間に行はるゝ法に非らずして、只法廷地法の一あるのみ。

と。乃ち知る、余の指して國際私法と爲すものは、學士の國際私法と爲すものに非らずして、學士の指して國際私法と爲すものは、余の指して國際私法と爲すものに非らざることを。指す所のもの既に異なり、安んぞ意見の歸一を求むることを得んや。

學士は諸國に行はるゝ國際私法的國法を國際私法中より除外せり。然らば其殘る所のものは學者の議論たるに過ぎず。尙ほ之を精言すれば、國際私法に關し、法曹の是認する主義たるに過ぎず。是れ國際私法論と國際私法の實體を混じたるものに非らずして、何ぞや。「ニュートンのプリンシピア」は重力に非らず。「ダルウキンの」オリジン、オブ、スピーシス」は自然淘汰に非らず。大