

四 現行法第三百三條、第三百七條及ヒ第三百八條ニ記載シタル情狀ハ一ニ之ヲ裁判所ノ認定ニ任スル趣旨ヲ以テ刪除シタリ

五 (略)

左ニ各本條修正ノ理由ヲ説明セン

第二百五條ハ現行法第三百一條、第三百條ニ修正ヲ加ヘタルモノナリ現行法第三百一條ハ身體傷害ノ場合ヲ三段ニ區別シ其疾病休業ノ程度ニ因リ刑ノ輕重ヲ分チ第三百條ハ重大ナル傷害ヲ生シタル場合ニ付キ更ニ重キ刑ヲ定ムト雖モ此ノ如キ細密ナル區分ハ徒ニ裁判上ノ不都合ヲ生スルノミナラス實際上疾病休業ノ日數ヲ豫定シテ創傷ノ輕重ヲ分ツ如キハ其正確ヲ期スルコト極メテ困難ナルヲ以テ改正案ハ全ク此等ノ區分ヲ廢止シ概括的ニ刑ノ種類及ヒ範圍ヲ設ケ裁判所ヲシテ充分事情ヲ斟酌シ自由ニ適宜ノ刑ヲ科セシムルコトト爲シタリ中略

第二百九條第一項ハ現行法第四百二十五條第九號ト同一ノ趣旨ニシテ第二項ハ本條ノ罪ハ實際上之ヲ親告罪ト爲ス利益ヲ認メタルニ因ル而シテ現行法ノ實際モ亦本項ノ如シ

と見えてゐるのであつて、既に明白に看取し得る様に政府提出の改正原案には「毆打」「創傷」の文字が見えてゐないのは勿論の事であり、此の改正は曩述の様に三十四年の改正案に於て既に改められし所であつたし、片山博士の所論が政府案の理由書の上に其儘、採用せられてゐる事を見る可きであらう。此の點は後に再考し度いと思ふ所である。

以上自分は傷害罪に關する二三の條文に就いての文言自體の變遷の過程を概観した。實は斯くの

如き條文の文言の變遷自體の上に片山國嘉博士の意見が如何に現はれてゐるか。實に博士の意見は後述する様に或る部分に於て採用されし所があつたけれ共、決定案に於て捨てられたのであつて、其の點を明らかに知らしむる目的を以つて、少しく煩錯に互る事と意識しつつも、條文變遷の跡を縷説したものである。然らば片山國嘉博士の『刑法改正私考 毆打創傷之部』は如何なる内容を有するものであらうかを論せねばならぬ點に到達したと思ふ。先づ私考の緒言に於て

凡ソ暴行ニ因ル精神及ヒ身體ノ傷害ニハ刑法學者ノ希望ニ適合ス可キ正確ナル天然ノ分界アルコト無シ是レ各國ノ刑法毎ニ此點ノ規定ニ多少ノ異同アリテ而カモ孰レモ圓滿ナル能ハサル所以ナリ素ト立法ノ精神ハ傷害ヲ致シタル匪曲ノ行爲ヲ罰スルニ其傷害ノ程度ニ適スル正當ノ刑ヲ加フルニ在リ然ルニ其傷害ノ程度ニ天然ノ分界ナキカ故ニ立法ノ際注意周カラズ精練到ラザルトキハ法文不備シ爲ニ實際ニ於テ刑罰ノ寬嚴其宜ヲ錯マリ傷害ノ程度ト處罰ノ輕重トハ其權衡ヲ失ヒ甚シキハ刑ノ適用ニ往々強牽ノ免カレサルニ至ル我國現行刑法中ノ毆打創傷篇ハ既ニ多少此患アリ余ハ法醫學上ヨリ之ヲ觀察シテ其不完全ナルヲ洞知スルヤ久シ依テ余ハ立法ノ精神ト法文ノ指示スル所トヲ全ク一致セシメ又法律ト事實トヲ正シク照應セシムルノ目的ヲ以テ細心熟考ノ上此刑法改正私考ヲ草シ以テ當局者ノ參考ニ供ス(3a)

明治廿六年六月

片山國嘉識

右の緒言に依りて既に明瞭なる様に博士は舊刑法の毆打創傷篇が傷害の程度と此れに對する刑の量定とが其の權衡を失する點ある故に法醫學上の立場より其の改正を要求せしものである。而して

本論は次の二に分れて論せられてゐる。即ち

- 第一 現行刑法第三編第一章第二節題名ノ改正及名例私考
 - 第二 現行刑法第三百條及ヒ第三百一條第一項ノ改正私考
- 先づ博士は第一の私考に於て

現行刑法へ人ヲ殺スノ意無クシテ人ヲ傷害スル匪曲ノ所爲ヲ毆打ト稱シ其毆打ニ因ル疾病損傷ヲ一括シテ創傷ト名ツケタリ是レ則チ刑法第三編中ニ毆打創傷ノ罪ト云ヘル題名ノ由テ生セシ所以ナリ然レトモ毆打ノ稱、創傷ノ名ハ共ニ意義狹隘ニシテ到底立法ノ精神ヲ其文字中ニ十分包含セシムル能ハサルノミナラス偶々以テ大ナル誤解ヲ來スノ患アリテ極メテ不適當ノ用語ナリ故ニ余ハ毆打ヲ暴行ト改メ創傷ヲ傷害ト改メ以テ「毆打創傷ノ罪」トアルヲ「暴行傷害ノ罪」又ハ單ニ「傷害ノ罪」ト改正セラレンコトヲ望ム

と述べ、其の改正理由を

- (甲) 「毆打」ヲ「暴行」ト改ムルヲ可トスル理由
- (乙) 「創傷」ヲ「傷害」ト改ムルヲ可トスル理由

の二者に分ち論するのである。先づ(甲)に於て次の如く論説する所があるが、今煩を厭はず其の全文を掲載して置かう。

「毆打」ヲ「暴行」ト改ムルヲ可トスル理由ハ「毆打」ノ二字ハ其意味甚タ狭ク決シテ立法ノ精神ヲ十分ニ顯彰スルノ力無シト雖モ「暴行」ト謂フトキハ文字ノ表示スル所最モ廣濶ニシテ適切ニ立法ノ本旨ヲ盡クシ毫モ無理

ナル所無ケレバナリ例之棍棒ヲ揮テ人ヲ打チ或ハ小石ヲ人ニ抛チ因テ負傷セシムルカ如キ所爲ハ之レ打毆ナリ長刀ヲ以テ人ヲ薙キ薪斧ヲ以テ人ヲ割截スル所爲ノ類モ亦毆打ト云フヲ得可シ然レトモ人體ニ硫酸ヲ灌キ或ハ人ヲ烈火ノ傍ニ炙ルカ如キ所爲ハ之ヲ暴行ト云フハ可ナリ毆打ト稱スルハ抑モ難シ又手巾ヲ以テ人ノ頸部ヲ絞メ或ハ人ヲ蒸汽ニ觸レシムル所爲ノ如キニ至テハ暴行ノ範圍内ニハ能ク之ヲ容ル、ノ餘地アリト雖モ毆打ト稱スル名目ノ下ニ置カントスルモ誰カ首肯スル者アラシヤ

以上ノ數例ニ由リテ毆打ノ意義ハ暴行ノ意義ニ比スレバ甚ダ狹隘ニシテ畢竟毆打ハ暴行ノ一部分タルコト多言ヲ要セズシテ明白ナル可シ尙ホ此關係ヲ圖示スルトキハ左ノ如シ



右ノ理由ナルヲ以テ余ハ曩ニ第一期帝國議會ニ政府案トシテ提出セラレタル改正刑法草案第一篇ノ名例中ニ掲ケタル「毆打ト稱スルハ總テ暴行其他云々」トアルヲ「暴行ト稱スルハ毆打其他云々」ト改メ且ツ其他ニ「毆打」トアル箇所ヲ總テ「暴行」ト改メラレンコトヲ望ム

既述の様に舊刑法「第三編身體財産ニ對スル重罪輕罪」の「第一章身體ニ對スル罪」第二節は「毆打創傷ノ罪」とあり、政府が第一帝國議會に提出したる案、即ち明治二十三年の改正刑法草案に

も第三編は「私益ニ關スル重罪及ヒ輕罪」第二節は「毆打創傷ノ罪」と規定せられ、「毆打」、「創傷」、殊に先づ此處に於て問題とする「毆打」の文字は其儘繼承せられて何等の變更をも加へられる所がなく、而して政府提出改正案の第九章「例名」の第一百五條に「毆打ト稱スルハ總テ暴行其他人ヲ疾病、創傷ニ致スノ意ヲ以テ行ヒタル匪曲ノ所爲ヲ包含ス」と規定せられてあつた。曩述した如く支那刑法上、「毆打」の意味を表示せんとする場合は普通「鬪毆」なる術語をこれに使用し、且つ「鬪毆」の意味を「謂以手足擊人者」と解して「以佗物毆人」場合と區別する用語上の慣例を踏襲してゐたのであつた。斯くの如き術語慣用の仕方は我明治初頭の支那刑法の影響下に在りたる期間にも繼承されて、假律、綱領共に何れも以上の如き使用法に従つてゐた。然るに「鬪毆」以外の行爲に因りて人に傷害を加へたる場合に關する規定に關しては、唐律には既に鬪訟律の「鬪毆折齒毀耳鼻」條の内に「湯火傷人者」なる行爲に對する刑罰を定め、明清律亦「用湯火銅鐵汁傷人者」並に「以穢物灌人口鼻內者」なる犯行に對する刑を規定してゐた。もとより此等の律文は我が假律、綱領が共に仿襲したものである。博士の論せらるゝ如き「人體ニ硫酸ヲ灌キ」人を傷害する行爲自體は實は硫酸自體が未だ使用せられざりし唐宋降つては明清時代の社會に在りては、此種律文を設定する必要がなかりしものであつたが、殊に「手巾ヲ以テ人ノ頸部ヲ絞メ」る行爲の如きに到りてはおそらく唐宋末期に於ては矢張り鬪訟律の「鬪毆手足佗物傷」を準據として所

刑せられ、明清期に於ても亦「鬪訟」條に據りて所罰せられたものであらうと想定され、元來支那に於ては其の刑罰法規の適用に當りて、律文の嚴格なる適用を要請せられたるものでなく、相當、律文解釋の上に弾力性を與へ、擴張解釋の幅員の存在する事をも當然の事として認められた場合が多かつたのではあるまいかと思はれる。かく解すれば、「鬪毆」條に規定する律文の解釋と、其の適用に因りて傷害罪を包括的に所罰する事が可能であつたし、我綱領、律例實施期に在りても例へば七年六月七日の三重縣伺に

右ハ罪案略之通り妻キンノヲ縊殺スト雖モ其情狀故殺ヲ以テ論シ難ク將タ誤殺ストモ見做シ難シ因テ律例第二百二十三條凡ソ夫妻ヲ毆チ死ニ至ル(註。此の條文は律例、鬪毆律、毆傷妻妾條例の内に規定せられてゐる。)ト云フヲ以テ論シ懲役終身可申付哉

とあるに對し其の指令は「不應爲ノ重ニ問フ」と回答されてゐて、人を絞めたる場合(此の場合殺であるが)に於て舊刑法第二百九十九條以下に該當する規定を以つて所罰せられず、頗る適用範圍の廣い「不應爲」を以つて所罰せられてゐるし、又、九年の京都裁判所伺に

爰ニ犬ヲ飼ヒ置ク者之アルニ近邊ノ兒童時々右犬ニ瓦石ヲ投シ相怒ラシメ遊戯ニ及ヒ候ニ付飼主之ヲ憤リ其投スルノ際ニ膺リ犬ヲ啖シ懸ケ候處犬忽チ兒童ヲ咬ミ傷ヲ負ハセ候。下略。

右事件の取扱に關し同年十一月二日の指令には「鬪傷ニ因テ酌減スヘシ」と答へられ、飼主は何等直接自己が手を下して人を毆打したるものにあらざるも「鬪毆成傷」、即ち鬪毆律の規定に據りて

所刑せられてゐたのである。更に又八年三月二十三日の茨城裁判所伺にも見ゆる如く「弓箭銃砲ヲ放チ人ヲ傷スル者」も亦開毆律の律文にて處罰せらるゝと指令されてゐる。斯の如きは何れも我綱領並に律例に於ても亦支那法に於ける様に、條文の適用、解釋に際して、相當廣き餘裕を許してゐた事を示すものであらうと思はれ、當時の社會内部に發生せし諸犯罪に對しては、綱領並に律例の各律文の擴張解釋に因りて、或程度網羅的に、此れを科刑し得たものであつたのである。併し時勢の進運に従ひ、律文の解釋を擴張しても自ら其れには限度があり、既に其の幅を超脱するが如き犯罪行爲が發生し、かゝる犯罪を捕捉加刑す可き事が不可能となるに到つては愈々綱領、律例は改正せられざるを得ないし、他面自由思想の搬入せらるゝと共に、條文の嚴格なる解釋が要求せられるに到りて裁判官の自由裁量の範圍は著しく縮少せられる結果を將來した。此等の諸種の事實の發生せし以外に條約の改正運動に伴ふて諸法典の整備亦要請せらるゝ事多大なりしを以つて、此處に最早比較的沈腐なる刑典と考へられし綱領並に律例は西歐の文物の移入後に於ける我國の状態に適合せざる刑典と考へられるに到つたのである。此處に綱領、律例改正の第一歩が印せられるに到つたものであつた。扱て其の際に我刑法改正の母法として採用せられたのは實に千八百十年に施行せられし佛國刑法であつた^④。佛國刑法は既に早く明治初期に於て箕作麟祥によりて翻譯され、四年四月以降『佛蘭西法律書』の内に包含されて廣く世に頒布されて居り^(其形式は和本、洋本其他種々の形、式があり、發行年度も數回に互る)、裁判

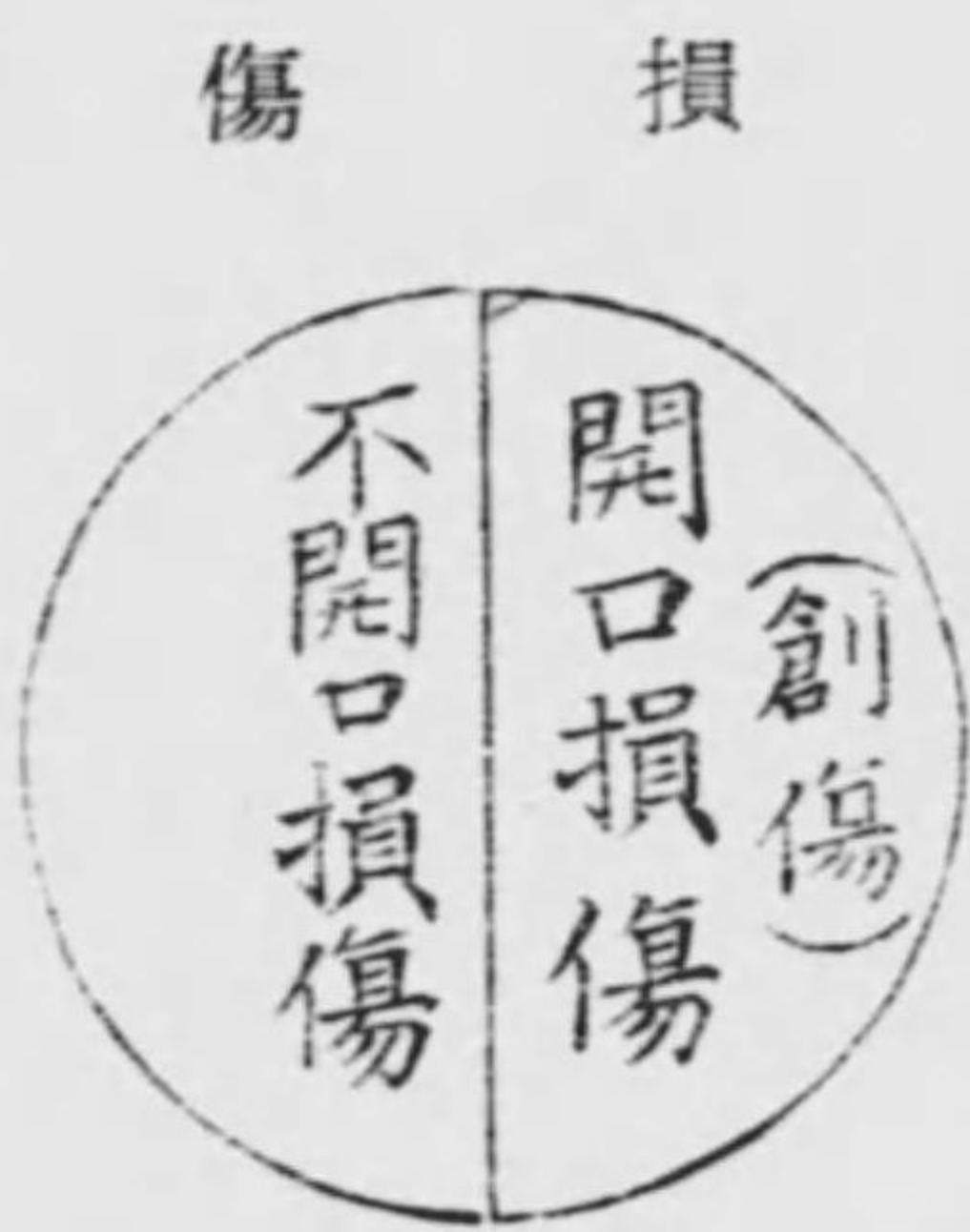
官又は實際家の殊に親む所であつた。又當時世界の刑法に於て最も整備せる刑法典と考へられしものは千八百十年の佛國刑法 (Code pénal) に外ならなかつたのである。自分は此處に佛國刑法の發展過程を概観する餘裕を有しないけれ共、實は佛國に於ても神聖羅馬帝國の最後期と中世初期との間に刑法典に對する改革は何等行はれる事なく、中世的な佛國刑罰法規が改革せられる機運を見たのは佛蘭西革命を轉期とした、夫以後の事であつたのである^⑤。千七百二十一年モンテスキュー (Montesquieu) は『ベルシヤ人の手紙』“Lettres persanes”に於て刑罰の性質と其の效力に就き論じたが、更に『法の精神』“Espirite des lois”の第六篇第十二章^(宮澤俊義譯、岩波文庫版、一三六)に於て刑罰の權力に就き詳細に述べてゐる。併しモンテスキューのかゝる「理性」と「人間性」の二つの新しき理想の上に基礎を置く刑法理論は其の弟子ベツカリーヤ (Beccaria) に依りて伊太利刑法典改正事業の上に實際的に應用せられ、彼の有名なる著書『犯罪と刑罰』“Dei delitti e delle pene.”^(此の書は千七百六十六年ミュンヘンにて八つ折本として發刊された)は、佛蘭西に於ても註釋が付せられて廣く讀まれたのである^(“Des delits et des peines”の表題で出版された此版は千八百五十六年に出でゐる。我國に於ては風早八十二氏の譯がある。)併しルソー (Rousseau) は當時彼が主として道德及び政治の問題の研究に没頭してゐた爲めに刑法自體に關聯して論ずる餘裕を有してゐなかつたと云はれてゐるが、ボルテール (Voltaire) は『犯罪と刑罰』“Traité de délits et des peines”を書き犯罪と刑罰に關して言及する所があつた。斯の如きは革命以前に於て佛國の一般社會の趨勢が漸次刑法改革の氣運に向は

しめるに到つた事を指示するものであるが、ロベスピエール (Robespierre) 及びマラー (Marat) 等革命運動の主謀者の意見の内にさへ刑法改革の意見が散見してゐる所であると云はれてゐる (ロベスピエールは千七百八十四年、メッツのアカデミーより、"Mémoire sur le préjugé qui étend à la famille du coupable la honte des peines infamantes" なる論文に依つて賞金を授與され、マラーも千七百八十年に "Plan de législation criminelle" なる一著を公してゐる)。佛蘭西革命時代かくして千七百九十一年十月六日の刑法典と同年七月二十二日の違警罪法が編纂されたのである。此等の法典は千八百十年に刑法典が新たに編纂せられる迄其の效力を有した所であつた。此の千八百十年の佛國刑法典は功利主義の學說の上に立ち、威嚇主義の手段に依つて社會の防衛を確持するを目的とする特徴を有してゐると云はる。此の佛國刑法典は歐洲諸國の刑法編纂事業の上に甚大なる影響を與へたが、我國に於ても亦支那法に代る可き最も適當なる刑法典として明治初頭以來、我刑法界に支配的なる影響を與へてゐたものは此の佛國刑法典であつた。

扱て支那法系に屬する假律、綱領、律例を廢棄し、新刑法を作成するに當りては條約改正の問題とも密接なる關聯を有するが故に、法の藍本を西歐諸國に求め、刑法典も亦佛國刑法を我新刑法の母法として我國の刑法を編纂せんとしたのである。此の事業の初められし最初は明治六年に迄少なくとも遡及し得るであらう。かくて佛國刑法の條文を翻譯して、此れを參照とし、佛人ポアンナードをして他面又舊刑法の草案を作成せしめし事並びにポアンナードを刑法編纂委員の内に加へたる事等は著しく舊刑法に佛國刑法的特徴を強く帶有せしむる原因となつたのである。斯の如くなる

を以つて舊刑法第三編第一章第二編の「毆打創傷ノ罪」は佛國刑法典第二篇第一章第二節の「故殺ノ罪ト稱ス可カラサル故意ヲ以テ爲シタル創傷、毆打及ヒ其他故意ヲ以テ爲シタル重輕罪」: "Blessures et coups volontaires non qualifiés meurtre, et autres crimes et délits volontaires." の譯と見るを得可く "Blessures" を「創傷」、 "coups" を「毆打」と譯したるものに外ならない。博士は上記の如き解釋の立地より斯の如きは意味甚だ狹隘なる所以を説明し「暴行傷害」又は單に「傷害」と改正す可きを主張せられたのである。更に「(乙)創傷ヲ傷害ト改ムルヲ可トスル理由」に於ては

「創傷」ヲ「傷害」ト改ムルヲ可トスル理由モ亦其意義ノ廣狹ニ甚シク相違スル所アレバナリ元來醫學上ヨリ論スルトキハ創傷トハ單ニ開口セル損傷ノミヲ指スモノニシテ例之、切創、割創、刺創、挫創、裂創等ヲ云ヒ開口セザル損傷例之單純ナル挫傷、骨傷若クハ内臟破裂等ノ如キハ決シテ創傷ニ屬セズ之ニ反シテ損傷ト稱スル區域中ニハ開口損傷モ不開口損傷モ共ニ包含セラル今此ノ關係ヲ圖ニ示ストキハ則チ左ノ如シ



故ニ「創傷」ノ二字ヲ「損傷」ト同意義ニ用ユルノ不當ナルハ論ヲ俟タサルナリ況ヤ之ヲ損傷ヨリモ一層廣キ意味ヲ有スル「傷害」ト同意義ニ使用セント欲スルニ於テオヤ蓋シ傷害ト謂ヘル文字ノ中ニハ損傷ノ外尙ホ暴行ニ因ル總テノ疾病ヲモ悉ク包括スレバナリ再ヒ此關係ヲ圖ニ示ストキハ則チ左ノ如シ



故ニ余ハ現行刑法中ニ掲クル「創傷」ノ文字ヲ其場合ニ於ケル意義ノ廣狹ニ從テ「損傷」又ハ「傷害」ト改メラレンコトヲ望ム則チ疾病ト創傷ト相對照セル場合ニ於テハ「創傷」ヲ「損傷」ニ改メ又汎ク疾病ト損傷トヲ合稱スル場合ニ於テハ之ヲ「傷害」ト改メ尙ホ傷害ノ意義ヲ明確ナラシムル爲メ改正刑法草案第百十五條ノ如ク名例ヲ設ケ暴行ノ次ニ「傷害ト稱スルハ暴行ニ因ル總テノ損傷疾病ヲ謂フ」ノ一項ヲ加ヘラレンコトヲ望ム

右は其の「(乙)創傷ヲ傷害ト改ムルヲ可トスル理由」の全文である。博士は更に二十九年十月三十一日附を以つて帝國大學總長の手を経て司法大臣に對し「刑法草案修正卑見」を提出したが其の第五に於ても「第二編第十一章第二節過失殺傷ノ罪」とあるを「過失傷害ノ罪」と修正す可き事を要請し、其の理由を具申してゐる。斯の如き博士の意見をおそらく参考として明治三十五年の草案に

於て、既に問題の多い「毆打」の文字は三十年以前の草案より削除され、而して三十四年度修正草案第十一章第三節で「過失傷害ノ罪」と改められる事となつたものと云ふ可く、博士の説は飽く迄法醫學的立場より論じられてゐるが、博士は「創傷」なる術語の有する意味が肉體の表面に何等か認め得可き創口を表はせる場合に於てのみ使用される文字であるとし、「開口セザル損傷」は「創傷」と稱せざる旨を論じて「創傷」なる語の意味が餘りに狭く此の場合妥當ならずとするのである。次に第二として「現行刑法第三百條及ヒ第三百一條第一項ノ改正私考」が掲載されてゐる。此の論文は長文である故に此處に其の全文を掲載する事は差し控へ度いと思ふが、必要ある限度に於て引用しつゝ論じて置き度い。先づ博士の改正を要求せられたる舊刑法草案と博士の私案とを比較して見よう。

舊 刑 法	片山博士改正私案 (二十六年六月)	二十三年政府提出 改正刑法草案	三十四年政府提出 改正刑法草案
第三百條人ヲ毆打創傷 シ其兩目ヲ瞎シ兩耳ヲ 聾シ又ハ兩肢ヲ折リ及 ヒ舌ヲ斷チ陰陽ヲ毀敗	第 一條暴行ニ因リテ 人ヲ左ノ損傷疾病ニ致 シタル者ハ一等傷害ノ 罪ト爲シ輕懲役ニ處ス	第二百八十九條人ヲ毆 打シテ五官ノ一ヲ失ハ シメ又ハ四肢ノ一若ク ハ陰陽ノ使用ヲ失ハシ	第二百四十一條身體傷 害ニ因リ左ノ結果ヲ生 セシメタルトキ八十年 以下ノ懲役ニ處ス

シ若クハ知覺精神ヲ喪失セシメ篤疾ニ致シタル者ハ輕懲役ニ處ス其一目ヲ瞎シ一耳ヲ聾シ又ハ一肢ヲ折リ其他身體ヲ殘廢シ廢疾ニ致シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處ス

- (一) 視力ノ失亡
- (二) 聽力ノ失亡
- (三) 一手若クハ一足使用ノ失亡
- (四) 言語ノ失亡
- (五) 陰陽ノ不能
- (六) 殆ト不治重大ナル精神ノ疾病
- (七) 殆ト不治重大ナル身體ノ疾病
- (八) 殆ト不治顯著ナル外觀ノ不具
- (九) 流産
- (十) 前掲ノモノヨリ一層重大ナル損傷及ヒ疾病(傷害)

メ其他重大ナル不治ノ疾病、創傷ヲ生セシメタル者ハ三等有期徒刑ニ處ス

- 一九四
- 一 一目又ハ兩目ノ視能ノ喪失
- 二 一耳又ハ兩耳ノ聽能ノ喪失
- 三 語能ノ喪失
- 四 一肢以上ノ使用ノ不能
- 五 陰陽ノ不能
- 六 重大ニシテ不治ナル精神、身體ノ疾病又ハ外觀ノ不具
- 七 流産

右に表示する所に據りて既に明白なる様に、二十三年の第一回帝國議會に提出せし政府改正草案は寧ろ舊刑法の條文を修正したるものと言ふ可きであるが、然るに二十六年六月に片山博士の『改正私考』が當局に提出せられるや、其の趣旨は三十四年の政府提出改正刑法草案の上に歴然として採用されてゐる跡を指摘し得るのである。斯の如く第二百四十一條が二十三年案に比すれば根本的な修正を見てゐる點に就いては曩述の様に政府委員が明確に「此點ニ付キマシテハ隨分醫學ニ長ケタ人ニ相談シテ見マシタ、是テ宜シイト云フノテ斯ウ致シマシタ」と述べ又「是ハ醫者ノ専門家ノ注文ヲ茲ヘ載セタ積リテアリマス」と答辯してゐる事柄から推察を逞しくするに、おそらく「隨分醫學ニ長ケタ人」「醫者ノ専門家ノ注文」は片山國嘉を指し又博士が當局に提出せし『改正私考』をも言外に表示してゐるものと思はれる節があるのである。博士は何故に舊刑法第三百條の條文を斯く改正する事の要求を當路に提出せられたかを其の「改正ノ理由及ヒ説明」より判斷するに、矢張り舊刑法第三百條に使用されある文字が法醫學上の立場より考察すれば穩當ならざる點多きが故であつた。博士は舊刑法第三百一條第一項の改正をも論せられたるが故に、併せ此處に掲載し其の改正論旨の要點を第三百條と共に述べよう。先づ舊刑法と比較して表示して置かう。

舊 刑 法	片山博士改正私案 (二十六年六月)	二十三年政府提出 改正刑法草案	三十四年政府提出 改正刑法草案
-------	----------------------	--------------------	--------------------

第三百一條人ヲ毆打創傷シ二十日以上ノ時間疾病ニ罹リ又ハ職業ヲ營ムル能ハサルニ至ラシメタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處ス
 其疾病休業ノ時間二十日ニ至ラサル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處ス
 疾病休業ニ至ラスト雖モ身體ニ創傷ヲ成シタル者ハ十一日以上一月以下ノ重禁錮ニ處ス

第 條暴行ニ因リテ人ヲ左ノ損傷疾病ニ致シタル者ハ二等傷害ノ罪ト爲シ重禁錮ニ處ス
 (一)終身視力ノ減衰
 (二)終身聽力ノ減衰
 (三)終身肢用ノ減衰
 (四)終身言語ノ困難
 (五)終身顔貌ノ毀損
 (六)二十日以上ニ至ル精神ノ疾病
 (七)二十日以上ニ至ル身體ノ疾病
 (八)二十日以上ノ休業
 (九)生命ノ危殆
 前記第九項ノ場合ノ外其疾病休業二十日ニ至

第二百九十條人ヲ毆打シテ前條ニ記載シタルヨリ輕キ疾病創傷ヲ生セシメタル者ハ三月以上五年以下ノ有役禁錮ニ處ス
 其疾病ノ時間二十日ニ至ラサルトキハ十一日以上二月以下ノ有役禁錮ニ處ス 但被害者ノ告訴アルニ非サレハ訴追スルコトヲ得ス

第二百四十條人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ五年以下ノ懲役又ハ禁錮若クハ百圓以下ノ罰金ニ處ス
 婦女ノ頭髮ヲ切斷又ハ毀損シタル者亦同シ

ラサルトキハ三等傷害ノ罪ト爲シ十一日以上三月以下ノ重禁錮ニ處ス 但シ被害者ノ告訴アルニ非ラサレバ訴追スルコトヲ得ズ

先づ「一等傷害及ヒ二等傷害ニ就テ」論せられてゐる。一等傷害、二等傷害、三等傷害の概念は片山博士の特に使用せらるゝ概念にして、我國の刑法には懲役刑に一等、二等、三等の別をなした事があつたが、かゝる概念を定めし事は、假律以後此れを見る能はざる所であつた。片山博士は前條十項目に該當する行爲を一等傷害の罪として、これに輕懲役を科し、後條の九項目に該當する行爲を二等傷害の罪として、これに重禁錮を、而して後條九項目以外の行爲を敢てし、人を疾病に罹らせ、其の爲に被害者に二十日以下の休業を爲さしむる時は、これを三等傷害として、加害者に對し、十一日以上三ヶ月以下の重禁錮を科すとしてゐる。而して最初にかゝる一等傷害及び二等傷害に該る「損傷疾病」に就き舊刑法の規定する條文を改正する必要ある事を具申し、一々其の改正の理由及び説明を詳細に論じたのであつた。即ち

(一) 現行刑法第三百條第一項ニ「兩目ヲ瞎シ」トアルヲ「視力ノ失亡」ト改メ「一目ヲ瞎シ」トアルヲ「視力ノ減衰」ト改メタルコト

右の項に於て舊刑法が「兩目ヲ瞎シタルヲ篤疾ト爲シ一目ヲ瞎シタルヲ廢疾ノ罪」と規定するは甚だ不完全なる文言なる所以を次の如く論じてゐる。舊刑法第三百條の缺點は「暴行ニ原因セル兩眼ノ視力減弱ノ如キハ法文ノ照スモノ無」き事、又「偏眼者ノ健眼一ヲ瞎シ因テ全ク視力ヲ失了セルモノ」は篤疾を以つて論ず可きにも拘らず「一目ヲ瞎シタルモノハ廢疾ヲ以テ論ス」の明文ある以上は此を篤疾と稱す可からざる事。舊刑法の第三百條は此等の不都合なる個所あるに依り、視力減衰及び視力失亡なる包括的な廣き概念に於て規定せば、凡そ視力に對して與ふる傷害行爲を罰し得、從つてかゝる缺點は根本的にこれを除去し得可しとし、而して眼科醫學上に於ては、視力減衰と視力失亡との限界を明瞭に區別し能ふを以つて、此の標準を利用して成傷の程度を一々細別せず包括的概念を以つて規定す可き所以を論じたのである。同一なる論鋒を以つて、聽力に與へし加害行爲に對する處罰規定の不完全なる事に言及してゐる所がある。故に

(二) 「兩耳ヲ聾シ」トアルヲ「聽力ノ失亡」ト改メ「一耳ヲ聾シ」トアルヲ「聽力ノ減衰」ニ改メタルコト

右の如く改正す可き事に論及してゐるが、併し乍ら

(三) 「兩肢ヲ折リ」及ヒ「一肢ヲ折リ」トアルヲ「一手若クハ一足使用ノ失亡」及ヒ「肢用ノ減衰」ト改メタルコト

ルコト

此の理由は「肢」と稱する場合は其の意味「甚タ廣漠ニ失シ其區域分明ナラズ」、又一指一趾と稱せざるは其の限界が餘りに狭きに失するからである。併し乍ら「一手若クハ一足」と「肢用」と區別したのは例へば「片手ノ五指悉ク其使用ヲ失ヒタルトキハ是レ則チ一手ノ使用ヲ失ヒタルモノ」であり、「五指中ノ一若クハ二ヲ切離セラレタル」場合は「肢用ノ減衰」と稱す可きであると云ふ。而して

(四) 「舌ヲ斷チ」トアルヲ「言語ノ失亡」ト改メタルコト

此れは言語は必しも舌のみにて發するものに非ず「舌、咽頭及ヒ喉頭ノ如キハ發聲ノ機關ニシテ其ノ他ニ尙ホ此ノ機關ヲ支配スル諸神經及ヒ大脳ニ存スル言語ノ中樞等盡ク整備セザレバ完全ナル言語ヲ形成スルコト能ハサルナリ」故に舌を斷つ事のみにて言語を失せしむ意を表はすは不完全であるから「言語ノ失亡」と改正す可しと云ふのである。更に

(五) 「陰陽ヲ毀敗シ」トアルヲ「陰陽ノ不能」ト改メタルコト

に就いて其の理由を説明する。此の點に關しても博士は「毀敗」の概念が餘りに狭少なる點を指摘して其の改正を求めんとされたものであつたが、次の

(六) 「知覺精神ヲ喪失セシメ」トアルヲ「殆ト不治重大ナル精神ノ疾病」ト改メタルコト

二 片山國嘉博士の『刑法改正私考』

(七) 「殆ト不治重大ナル身體ノ疾病」ト謂フ一項ヲ増加シタルコト
 に於ては先づ舊刑法に使用する「知覺」なる文字が全く衍字にて精神の二字にて充分である所以を説明し而も「精神ノ喪失」と云ふ事は「實際ノ事實ニ反ス」るが故に「殆ト不治重大ナル精神ノ疾病」と改むるを要し、又、舊刑法に「殆ト不治重大ナル身體ノ疾病」に關する條文なきは「一大缺點」である。獨逸刑法、奧國刑法にも此れに類する條文が存在する故に我國の刑法にもかゝる不備を補充する爲めにも、かゝる一ヶ條を設けねばならぬと云ふ。

(八) 「身體ヲ殘虧シ」トアルヲ「殆ト不治顯著ナル外觀ノ不具」ト改メタルコト
 博士は「外觀ノ不具」とは獨逸語の Verunstaltung, Entstellung の意味で「人身形體ノ嫌厭ス可キ不治ノ變化」を云ふ。奧國刑法には Auffallende Verunstaltung oder Verunstaltung. 「顯著ナル殘虧若クハ變形」と規定し、獨逸刑法では Erhebliche Entstellung 「著大ナル不具」と規定してゐる。舊刑法にも「身體殘虧」と規定するが、併し其の意味は狭少であるから「外觀ノ不具」といふ廣義の文字に改む可しと論するのである。次に

(九) 「流産」ノ一項ヲ増加シタルコト
 抑々暴行を原因として他人を流産せしめたる者に對する刑罰は既に支那刑法に於ても唐律以來其の規定ありたる事は再三縷説せし所であつた。舊刑法は此種規定を缺きをりし爲めに博士は暴行を

原因として他人を流産に到らしむる場合は加害者を一定の輕罰に處す可しと云ふのである。即ち

妊娠分娩ハ人生ノ最大重事ナリ是ヲ以テ婦人ノ懐胎中ハ特ニ攝生ニ意ヲ用キ務メテ其經過ヲ全フシテ以テ正規ノ分娩ヲ遂ケシメン事ヲ謀ルハ人情ノ當ニ然ル可キ所ニシテ是レ死刑ニ處ス可キ者ト雖モ懐胎中ナルトキハ分娩後一百日ヲ經ルニ非サレバ之ヲ其刑ニ行ハズ又自カラ謀テ墮胎ヲ行ヒタル者ニ刑罰ヲ負ハシムル所以ナリ矧ヤ懐胎ノ婦人ニ對シテ暴行ヲ行ヒ是ニ由テ流産ニ至ラシメタルモノニ於テオヤ伊國刑法ニ之ヲ失明、失聽ノ如キ重傷ト同一視セルハ最モ其當ヲ得タルモノト思ハル因テ我國ノ刑法ニ於テモ本條ニ流産ノ一項ヲ加ヘラレンコトヲ望ム
 右に伊國刑法云々とあるは千八百七十五年の伊太利王國刑法草案 Progetto di Codice Penale per Regno d'Italia の第二百七十九條の「創傷ノ罪ヲ犯シタル者ハ左ノ區別ニ從テ處斷ス」とある條文の第一號後段に「若クハ婦女ノ懐胎ナルヲ知テ之ヲ創傷シ墮胎ニ至ラシメタル者ハ七年以上十年以下の追放ニ處ス」(二十一年七月、司)とある條文を指稱するものであらう。更に其の次に第十に於て

(十) 「脱カ」前掲ノモノヨリ一層重大ナル損傷及ヒ疾病(傷害)ト云フ一項ヲ増加シタルコト
 右の項は「以上第一項乃至第八項ニ記載セル所ハ一等傷害ノ罪ト爲ス可キモノ、最下限ヲ規定セルモノニシテ本項ノ精神ハ夫ヨリ以上ノ重大ナル精神及ヒ身體ノ傷害ヲモ悉皆本條中ニ抱含スルコトヲ明示スルニ在リ」と述べ、例へば人の背部強打に基く兩下肢部の痲痺、頭部射撃に基く上股の痲痺及び言語不能、暴行に基く一手の用及び一眼の明の失亡等を擧げてゐる。而して最後に

以上説述シタル所ヲ總括スレバ前記第一乃至第八ノ諸項ハ本條含ム所ノ最下限ヲ規定シ第十項ハ其中道ヲ示シ其最上限ハ死ヲ致スニ在リトス

と結論してゐるから、人を死に到らしめざる暴行に對する刑罰は總て以上十項に區別する標準に基き處罰す可しと論ずる所である。要之以上は博士が舊刑法第三百一條の改正を進言するに際して博士の特に用ひられたる一等傷害及び二等傷害に該當する犯罪を列擧せられしもので、而して一等傷害及び二等傷害の犯罪に對する刑罰並びに改正理由の大様である。次に其二として二等傷害及び三等傷害に關する博士の前掲せし改正條文の後條に當る改正理由の説明がある。

博士は前掲せし博士の修正條文の後條の説明に於て、此の條文に規定せらるる諸損傷並に疾病は博士の修正條文「前條ノ規定以下ニ在ル總テノ損傷疾病」を包含するものであつて、博士は此れを三種に區別して説明せられたのである。其の一は「損害ノ程度前條ニ規定セル所ヨリ幾分カ低シト雖モ其損害ハ終身ニ涉リテ消滅セサルモノ」で、第一項乃至第五項の犯罪が此れに當る。其の二は「暴行ニ因ル損害疾病不治ニ非サルモ其病患ノ時間二十日以上ニ至レルモノ」で、第六項乃至第八項は此れである。其の三は「其傷害甚タ大ニシテ主治醫及ヒ法醫ノ最初ノ診案ニテハ殆ト回生ノ望ミ無ク負傷後二三日乃至三四日間ハ實ニ危急ニ迫リシモノ幸ニ醫治其効ヲ奏シ九死ノ中ニ一生ヲ得タルノミナラス又能ク全治ニ至リタルモノ、類」で第九項の「生命ノ危殆」と稱するは此れに當る

のであつて、以上の三種の損傷疾病を二等傷害と總括して呼稱すると説明せられた。

以上は片山國嘉博士の舊刑法毆打創傷條の改正意見の大略である。既に明瞭なる様に、博士は其の專攻せられし法醫學上の立脚地より見れば、舊刑法の毆打創傷に頗る不適當なる條文の文言が規定せられある事を知り、其の改正を要望せられしものであつた。博士は其後、前述せし様に、二十九年十月三十一日附を以つて再度刑法草案の修正意見を提出せられたが、舊刑法第三百條は修正刑法草案に於ては左記の如く修正せられてゐた。即ち

第二百六十條(草案) 身體傷害ニ因リ左ノ結果ヲ生セシメタルトキ八十年以下ノ懲役ニ處ス

- 一 一目又ハ兩目ノ視能ノ喪失
- 二 一耳又ハ兩耳ノ聽能ノ喪失
- 三 語能ノ喪失
- 四 一手若クハ一足以上ノ使用ノ不能
- 五 陰陽ノ不能
- 六 重大ニシテ不治ナル精神又ハ身體ノ疾病
- 七 流産

右の草案を更に三十四年度改正刑法草案の該當條(第二百四十一條)と對比すれば第四號が「一手若クハ一足以上ノ使用ノ不能」とあるを「一肢以上ノ使用ノ不能」と改められ、第六號には「又ハ外觀ノ不

具」が新たに加へられた點が異なるのみである。更に進んで二十六年六月の片山博士の私案と二十九年改正刑法草案の該當條とを比較すれば左の如くなるのであつて、明白に博士説が二十九年度修正刑法草案の上に採用せられてゐるのを見取る事が出來よう。

片山博士改正私案 (二十六年六月)	政府改正刑法草案 (二十九年)
<p>第 條暴行ニ因リテ人ヲ左ノ損傷疾病ニ致シタル者ハ一等傷害ノ罪ト爲シ輕懲役ニ處ス</p> <p>(一) 視力ノ失亡</p> <p>(二) 聽力ノ失亡</p> <p>(三) 一手若クハ一足使用ノ失亡</p> <p>(四) 言語ノ失亡</p> <p>(五) 陰陽ノ不能</p> <p>(六) 殆ト不治重大ナル精神ノ疾病</p> <p>(七) 殆ト不治重大ナル身體ノ疾病</p> <p>(八) 殆ト不治顯著ナル外觀ノ不具</p> <p>(九) 流産</p> <p>(十) 前掲ノモノヨリ一層重大ナル損傷及ヒ疾病(傷害)</p>	<p>第二百六十條身體傷害ニ因リ左ノ結果ヲ生セシメタルトキ八十年以下ノ懲役ニ處ス</p> <p>一 一目又ハ兩目ノ視能ノ喪失</p> <p>二 一耳又ハ兩耳ノ聽能ノ喪失</p> <p>四 一手若クハ一足以上ノ使用ノ不能</p> <p>三 語能ノ喪失</p> <p>五 陰陽ノ不能</p> <p>六 重大ニシテ不治ナル精神又ハ身體ノ疾病</p> <p>七 流産</p>

曩述の様に二十三年の帝國議會に政府が提出せる刑法草案の右に該當する條文は全く其の條文の構造が異なる。自分の今日迄知悉し得た限りに於て、改正刑法草案が右の如き條文構造を採るに到つたのは實に二十六年以降の事に屬するが、此の事實は片山博士の意見が明白に修正條文の上に採用せられし事を推察せしむるものでなくて何であらうか。而も二十九年度の修正草案と二十六年の片山博士私案との間には其の條文が頗る近似する事を發見し得られるであらう。たゞ異なる點は僅かに第三、第四號の順序が逆となれる點、片山私案第六號乃至第八號が政府案では第六號に纏められし點のみを指摘し得、而も亦片山私案のみにありて二十九年度政府案に見得られざりし「外觀ノ不具」なる文言は三十四年度政府案には第六號に採用せられてゐる所である^⑩。此の點に關し博士は『刑法草案修正卑見』に於て次の如く述べられる^⑪。

草案「著大ニシテ不治ナル外觀ノ不具」ナル一項ヲ缺ケリ其精神ハ恐ラク身體ノ疾病ト云ヘル文字中ニ抱含セシメラレタルニ由ルモノナラント雖モ斯クテハ妥當ナラサルヲ覺フ例之顔面ノ大火傷ノ痕ノ如シ火傷ハ既ニ治癒シタルモ顔面ノ狀貌ハ全ク舊ニ復スルコト能ハス且ツ著大ナル癢痕ヲ遺殘シ大ニ外觀ヲ不具ナラシムルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テ此不具ヲ不治ノ疾病ト謂フハ尙ホ痘痕ヲ指シテ不治ノ疾病ト謂フニ異ナラスシテ頗ル不穩當ナリ是レ余カ第一項ノ挿入ヲ望ム所以ナリ

と論せられてゐる。博士の説が如何なる程度に、刑法改正の過程に於て採用せられしかは最早説明

する必要もないであらう。片山國嘉博士の論文中には尙、「改正民法草案中親子ノ分限ニ關スル規定ニ就テ」なる論文も存在するが、此れに對しては他日觸れる所があるであらう。たゞ自分は本項に於ては現行刑法改正の過程に於ける一法醫學者の少なからざる貢獻に就いて若干の考察を敢てしたものである。

- ① 此の『刑法改正私考』は後、二十六年九月に世に發表せられた。『法醫學說林』四六三以下を見るに、世に公表せられたる分を掲載してゐる。其文は大體此處に發表するものと同じであるが少しく相違する所もある。
- ② 斯の如く「毛髮」と云ふ文字に拘泥し、強いてかゝる一項を設けた點は、政府の刑法草案編纂委員の内に、尙深き支那法の影響を蒙つてゐた者が存在してゐたとも考へられるのである。何となれば支那法に於ては明清律を例に採つても闕殿律の内に「拔髮方寸以上」とか「髡髮者」の律文を散見し唐宋律に於ても亦、「拔髮方寸以上」「髡髮」の文言を散見してゐるからである。
- ③ 大坂裁判所編纂、刑事類纂、乙、八四四、八四五。尙、警視局藏版、刑事彙纂、乙、二二七、二二八にも亦同様なる何並に指令が掲載されてゐる。
- ④ 當時の司法大臣は清浦圭吾であつた。
- ⑤ 以下、法醫學說林、四六三と對比せよ。
- ⑥ 我舊刑法が刑法と治罪法と共に規定してゐる形式も亦、千八百十年の佛國刑典の式を採用したものであらう。
- ⑦ 以下、A History of Continental Criminal Law, Carl Ludwig von Bar and others, 315 p.
- ⑧ 此等の法典の特色については *Ibid.*, 321 p.
- ⑨ 舊刑法編纂の沿革の概説は拙著、明治法制史論、公法之部、下ノ九九九以下。

- ⑧ 大體、片山先生在職十年祝賀記念、法醫學說林と同様である。併し間々文字の上に相違は存在してゐる。もとより本文は二十六年六月の分に據る。
- ⑨ 流産の一項を削除す可き事を二十九年の「刑法草案修正卑見」に於ては論ぜらるゝもこれは二十九年草案が墮胎罪の刑を規定し、墮胎罪は五年以下の刑に處すとしたが、暴行に依る流産も亦其「權衡上亦五年以下ノ懲役ニ止メサルヲ得サルハ勿論ノコトナリ」として削除を求められたのである。併し此の點は墮胎罪と暴行に因る流産とは其の性質全く異なるものであつて、博士の意見には其れを混同せられてゐる點が見える。
- ⑩ 二十九年の片山博士の「刑法草案修正卑見」は二十六年の「刑法改正私考」に於ける自己の意見を更に改正せられしものである。此の點は注意を要する所であると同時に博士が刑法改正に對し不斷に側面的助言を與ふる事に努力せられし一面を示すものである。

三 舊民法典編纂過程と舊民法典に關する 論争に就いて

所謂舊民法とは周知の様に、明治二十三年三月二十七日、法律第二十八號を以て公布せられたる民法中財産編・財産取得編・債權擔保編・證據編及び同年十月六日、法律第九十八號を以て公布せられたる民法人事編・財産取得編中相續・遺贈・贈與・夫婦財産契約等を指稱するものである。民法編纂過程に關する全般的考察は、やがて上梓さる可き拙著『明治法制史論、私法之部』に之れを譲る事とするが、舊法の編纂のみに關する大要は以下述ぶる如くであつた^①。この所謂舊民法は編纂後、二十六年一月一日より施行せらる可き筈であつたけれ共、其の民法典を實施する事に對する反對論が突如として發生し、殊に二十三年五月に及び、法學士會は其の春期總會に於て、全會一致の決議を以て「法典編纂ニ關スル法學士會ノ意見」なるものを可決し、之れを内閣諸公及び樞密院議長等に開陳建言する事件が發生した^②。其の建言の内容とする所の項目を述べれば次の如くである^③。即ち

法典編纂は速成を期す可からず

法典の條規は容易に變更するを得ず

必要未だ生ぜざる法條を設くの弊

歐洲諸國の法典編纂と我國の法典編纂との差異

各法典の間に主義の貫通せざる恐れありとす

法學士會は法典編纂を非とせず

變遷時代に編典を爲すを不可とす

暫く單行法律に依り民情風俗定まるを俟て編典を爲すべし

草案を公けにし批評を徵すべし

等の各項を内容とするものであつて^④、殊に「法學士會は法典編纂を非とせず」以下に於て

政府カ法典編纂委員ヲ設ケテ、法律取調ニ從事セシメラル、ハ、我々ノ非議スル所ニ非ラス、唯其成功發布ヲ急ニセサランコトヲ希望スルナリ、惟フニ我邦社會ハ、封建ノ舊制ヲ脱シ、百事改進ノ際ニシテ、變遷極リナキカ故ニ、今例規習慣ヲ按シテ、法典ヲ大成セントセハ、封建ノ舊制ニ依ル可カラス、又專ラ歐米ノ制度ニ則ル可カラス、其事業實ニ困難ニシテ、強テ之ヲ遂クル時ハ、民俗ニ背馳シ、人民ヲシテ法律ノ煩雜ニ苦シマシムルノ惧アリ、故ニ今日ニ於テハ、必要不可缺所ノ者ニ限り、單行法律ヲ以テ之ヲ規定シ、法典全部ノ完成ハ、暫ク民情風俗ノ定マルヲ俟ツニ若カサルナリ

と述べ、法學士會は民法典編纂自體には必ずしも反對の意思を有するものではないけれ共、歐米諸國の文物制度の急激なる移入に據りて我民情風俗の變轉實に甚しき此の時に際し、民法典全部を急

遽編纂し、これを公布するが如きは反つて不利益な結果を醸す可き所以を論じ、必要に應じて逐次、單行法を公布し、以て徐に民情一定の時を俟ちたる後、漸進主義に則して、民法典を公布す可きを寧ろ得策とする所以を右の項の下に於て論じたものである。此の意見書一度世上に公にせられるや、此れに反對する所謂斷行派と此の意見を支持する所謂延期派の二派に分れて相對立する議論を生じ、我法典編纂史上有名な法典論争の激論を惹起せしむる事となつたのであつた。以下少しく舊民法典の論争に到る經過の大略を述べ、而して民法典論争資料の二三を紹介して置き度いと思ふ^⑥。

イ 舊民法典編纂過程の大様

我民法典編纂の業、漸く其の緒に就きたるは明治三年の事に屬する。即ち的野半介氏著『江藤南白』に^⑦

是より先き、明治三年、制度局を太政官に設置するや、南白は其主任として専ら制度の調査に従事し、南白の制度局出仕の辭令を受けしは、四年二月なれど中辨と^⑧佛國を主とし歐洲各國の法律を翻譯して、民法編纂に資せんとしたりき。して三年中より之に干與したりし也。

と記され、『箕作麟祥君傳』には^⑨

明治三年、太政官の制度局に、江藤新平、中辨たりしが、麟祥君、民法を、二葉、若くは三葉、譯して成れば、直ちに、之を會議に附せり、是れ民法編纂會の嚆矢なり、

と記述されてゐる。もとより佛國民法典は夫以前に於て我國の有識者に據りて既に紹介され^⑩、明

治以後に入りても箕作麟祥は二年、大學南校にありし頃、政府の命によりて佛蘭西刑法、民法、商法、訴訟法、治罪法、憲法等を翻譯し、これは文部省より開板せられてをり^⑪、特に佛蘭西民法の翻譯については『佛蘭西法律書、民法』が和大本十六冊の形式を以て大學南校より「明治辛未仲春」即ち明治四年陰曆二月に「大博士箕作麟祥譯述」として上版されてゐるが、本書は又「原名「コードナポレオン」と傍記されてゐる。麟祥自筆と推定される履歷書の内に

同年十二月(註二年)^⑫

一佛蘭西法律書翻譯被 仰付候處日夜勉勵速ニ卒業候段苦勞之至ニ候依之別紙目錄之通下賜候事

太政官

別紙目錄

金 百 兩

と記載されあるは、即ち佛蘭西六法の翻譯に對する褒賞を示してゐるものであらう。麟祥は三年八月二十七日に到りて^⑬「一制度御用掛兼勤被 仰付候事」と命せられ、愈々佛國民法の譯出に専念從事する事となつた^⑭。當時に於ける制度局、民法會議の狀態の一端を示す資料として次の如き記録が存してゐる。即ち^⑮

明治三年庚午九月十八日太政官制度局ニ於テ民法會議ヲ開ク。中辨江藤新平、主任トナリ、大學大博士箕作麟祥、佛國民法翻譯講義ヲ爲シ、權太史生田精、會務ノ事ヲ掌ル。三八ノ日ヲ以テ會日ト爲シ、翻譯數葉成ル毎ニ書記

三 舊民法典編纂過程と舊民法典に關する論争に就いて

ヲシテ數部ヲ豫寫セシメ、會員ニ分ツ。會員左ノ如シ

神祇官	少佐	福羽美靜
集議院	判官	神田孝平
刑部省	大丞	水本成美
大 學	大丞	加藤弘之
	兵學大教授	赤松則良
民部省	地理司	杉浦讓
大藏省	少丞	澁澤榮一

右ノ外、納言、參議臨席シ、局中大史楠田英世、元田直、權大史長谷川深美、長英少史金井之恭、蜷川式胤等列席ス。此時ニ當リ、中辨ノ意、一章一疑議定スル毎ニ直ニ之ヲ實施セント欲セリ。而シテ開卷第一民權ノ字義ニ於テハ、吾邦開闢以來夢想シ得サル所ノ事ニシテ父子夫婦ノ權義ニ至ルマデ、一トシテ奇怪ノ事タラザルハ無ク、且譯字ノ雅馴ナラザルヲ咎メ議論空涌徒ニ片言隻字ヲ論スルカ爲メニ數月ノ會議ヲ費シ、一モ議定ニ至ルコトナシ。翌明治四年七月太政官改制ニ付廢會トナレリ^⑬。

右の記録の示す所に據れば、制度局に於ける民法會議は三年九月十八日以後四年七月迄續行され、毎月三、八の日を會日と定められた事が明瞭となるのである。而して民法會議の會員は制度局出仕として制度取調勤務を命せられりたる森有禮、田中不二麿、神田孝平、加藤弘之、津田眞道、副島

種臣、福羽美靜等^⑭とは別に、江藤新平が會長となり、箕作麟祥、福羽美靜、神田孝平、水本成美、加藤弘之、赤松則良、杉浦讓、澁澤榮一が其の會員となり、生田精は會務を執掌し、尙、納言參議の外に制度局の楠田英世、元田直、長谷川深美、金井之恭、蜷川式胤等が共に會議に列席してゐた事が明白となるのである。併し民法會議は果して毎月三、八の會日に必ず開催されてゐたものであらうか、或ひは又佛國民法の翻譯並に其れに基く協議が如何なる程度に進捗してゐたものであらうか、又討議の結果はどれ位の成果を得てゐたか、夫等に就ては全然不明であるが、『箕作麟祥君傳』に據るに^⑮當時政府は「西洋より、法律家を聘せむとて」佛人騎兵大尉ヂ・ブスケ (Du Bousquet) に計つた。彼は慶應元年幕府の招聘によりて來朝し、新政府の樹立以後は元老院の備となつてゐた者であるが、彼の周旋にて佛人法律學士モシユール・ブスケを聘する事となつたと記してゐるのである。ブスケ來朝の年を自分は未だ明らかにし得ないけれ共、彼は來朝後「吳服橋司法省構内に居り、後に、麟祥君、其隣に移り住し、疑義を「ブスケ」に質して、大に研究せり其後、制度局の民法會は廢せられて、左院にて、民法會を開きしが」と記載されてゐるのであつて、麟祥は恰も制度局に於ける民法會議の參考に資する爲めに、其の居を「ブスケ」の隣に移し、彼に種々の疑點を訊した様に報せられてゐるのであるけれ共、此れには少しく疑の存する所がある。麟祥は少なくとも六年一月頃には「東京第六大區六小區本所藤代町五番地、地所貳百六拾五坪」の地に居住し居た

りし事は現存する彼の「地租上納帳」の記す所に據りて明白であつて、「地租上納帳」を披見するに、彼は五年の上半期及び下半年分の地租を六年一月十二日に一括して納めてゐる^⑩。而して『箕作麟祥君年譜』に據れば、五年の條に「四月吳服橋司法省構内に移り住ス」とあるから、何れの點より考察しても、少なくとも制度局出仕當時に麟祥がブスケの隣に居を移したのではなく、ブスケに麟祥が種々の疑問を訊してゐたのは江藤新平の司法卿時代に屬するものと考察す可きであらう。かくして制度局に於ける民法會議も大なる効果を擧げる事なく、四年七月二十九日の太政官職制の改革に依り八月十八日に制度局自體も廢止せられたが、此れに代るものとして「議員諸立法ノ事ヲ議スル所」として、新たに左院が創立される事となつた。此れに關して「一記録」は^⑪

明治四年八月左院創立ノ後更ニ本會(註、民法會議)ヲ再興ス。然レトモ納言參議ノ臨席、諸官省會員ノ列席スルヲナク、箕作麟祥及ヒ議官中有志ノ輩數名出席、僅ニ其字句ヲ評論スルノミ。

と記してをり、『箕作麟祥君傳』に於ては^⑫

其後、制度局の民法會は、止まりました、左院で、民法會が始まりましたが、字句論があつたばかりで、事柄のことは、何とも論はありませんでした、

と述べられ、左院の副議長たりし江藤新平の下に於ける民法會議も亦頗る微溫的なるもので「字句ヲ評論スルノミ」であつたと報じてゐる所である^⑬。而も南白は左院副議長たる事、約八箇月にし

て司法卿に榮轉したのであるから、左院に於ける民法會議の成果を大なる期待を持つて考察する事は夫自體、不可能な事柄であらうと思はれる。

江藤新平は五年四月二十五日、若冠三十九歳にして司法卿に任せられた。江藤新平が司法卿に任せらるるや初めて民法編纂の事は此處に大に其の進捗の跡を留むるに到つたのである。即ち「一記録」は曰く、

明治五年五月司法卿江藤新平、裁判事務ヲ更張セントシ、議長後藤象次郎ト協議シ、本會(註、民法會議)ヲ司法省ニ移ス。議官ヨリ出席スル者、細川潤次郎、生田精、永井尙志、判事ヨリ出席スル者、楠田英世、西成度、鷺津宣光、大草孝暢、小原重哉等ノ數人ナリ。箕作麟祥亦司法省ニ轉任シ専ラ民法訴訟法ノ殘篇及ヒ商法治罪法ノ翻譯ニ從事シ刑法ノ翻譯上木ハ明治三年巳ニ成レリ其譯本ハ漸次文部省ニ於テ上木成リ、世人始テ佛國法律ノ大要ヲ知ルニ至レリ。

と記載されてをり、又『箕作麟祥君傳』にも^⑭

明治五年、司法省にて、民法の會議あり、此時は江藤新平、司法卿にて、其論に、西洋と、日本と、風俗習慣異なれど、日本にも民法なかるべからず、さらば、佛蘭西の民法を取つて、日本の民法とすべしとて、麟祥君に命じて、訴訟法、商法、治罪法を譯せしめたり、誤譯も多かりしに江藤司法卿此譯を基として急に日本の民法を作るとして先づ身分證書の部を印刷せしがそのまゝにて止みき、

と述べられてゐる如く、江藤が司法卿に榮轉したる後、彼は左院議長後藤象次郎と協議して民法會議を司法省の管轄下に移し、細川潤次郎、生田精、永井尙志、楠田英世、西成度、鷺津宣光、大草

孝暢、小原重哉等と共に箕作麟祥の譯出せる佛國民法等を基礎として協議し、逐次其の協議の結果を取纏めてゐたが、此等の書は遂に『佛蘭西法律書』の名の下に六年八月以降漸次、文部省より刊行せられるに到つたのである²³。扱て箕作麟祥は五年正月廿日に左院より「一訴訟法全部拾一冊至急翻譯成業格別勉勵ニ付爲御褒賞目錄之通下賜候事」として金百圓を下賜され、同年同月廿二日に司法中判事を兼任し同年八月十四日には「一司法省御用兼勤被 仰付候事」と命せられたが、右の「身分證書」は今日時に坊間に相當多く残存せるを見る『民法假法則』前加條目六ヶ條、民法假法則八十八ヶ條の青表紙假綴本を指すものであらう²⁴。麟祥は江藤が司法卿たりし時期に於て實にジブスケ、ブスケの助言を得て、銳意民法其他諸法の翻譯編纂に着手してゐたのであつた²⁵。司法省の民法會議に出席せし者は「一記録」に據れば上述せし如く細川潤次郎以下八名であるが、江藤の「司法卿を辭するの表」に據れば恰も福岡孝悌、松本暢、玉乃世履、細川潤次郎、楠田英世、島本仲道、得能良介等も此の會議に参加してゐた様に記してゐる。併し此等の福岡孝悌以下の諸氏は「裁判事務、警保事務、其外、實際上を目的とし」たる法の編纂會議に参加せし者であつて、民法典編纂の爲めの民法會議には参加せず民法會議には細川潤次郎以下の上記八名が直接参加したものであらうと推考し度い。今假りに楠田英世の履歷書を見るに五年十月七日に「民法會議出席可有之事」²⁶とあり、楠田英世の如きは明白に民法會議に出席せる事を記載されてをる記録があるのであ

る。楠田英世は初め四年十一月五日には明法權頭、後には^(六年四月二十三日)明法頭に任せられ、司法省部内に佛法を導入しこれを普及せしむる事に與つて貢獻があつた者である。

扱て江藤新平は征韓論の事を以つて岩倉一派と議合はず、六年十月二十四日、司法卿の職を辭任する表を呈出し、翌日其の職を免せられたが、江藤新平在職時代に於ける民法典の編纂状態に關して更に少しく考察を進めて見る必要があらう。既に述べた様に、三年以降六年迄の間に於ける我民法典編纂の状態は我舊慣を調査し、我古來よりの風俗習慣に基き眞に獨自なる民法典を編纂せんとせしものではなく全く佛國民法典拙速翻譯の域を出づるものではない。而も夫れは佛語に堪能なりし一箕作麟祥の翻譯に據るものであつて、而もそれも拙速主義に依り「其譯中往々誤譯あるを免れざ」る場合でも「南白は此譯稿を基礎として、急に日本の民法を制定せん」と志向してゐたのであつた。且つ彼がかゝる方針を採りし基礎は「日本と歐洲各國とは、各其風俗習慣を異にすと雖ども、民法無かる可からざるは、則ち一なり。宜しく佛國の民法に基きて日本の民法を制定せざる可からず」²⁷と云ふ簡單なる確信にあつた。此の確信も註記した様に佛國人ブスケの獻言によつてゐるものであつた。後年、金子堅太郎も「政府は殆んどナポレオンのコードといふものを六韜三略のやうにして」²⁸と述べてゐる如く、正に佛國民法、換言すれば千八百四年三月廿一日^(共和十二年風月三十日)の法によりて綜合せられた Code civil des Français ^(此の法典は千八百七年九月九日にナポレオン法典即ち Code Napoléon と命名された。)「フランス人の民

法」、即ち「ナポレオン法典」を基礎として概ね其の儘を我國に適用せんと志向したのであつた。而して此の佛蘭西民法典は箕作麟祥の努力に依りて其の全部が二年に於て翻譯されてゐた。麟祥は元年九月三日に「一一等譯官被 仰付候間此段申達候事」と外國官より達示され一等譯官となつてゐるが、二年四月十五日に同じく外國官より「一翻譯御用申付候ニ付別段爲御手當一ヶ月金五十兩被下置候事」として特に翻譯の爲めに一ヶ月金五十兩を下賜される事となつてをり、此の時期に於て彼が佛蘭西諸法典の翻譯に夜を日に繼いで努力してゐたのである。實は彼は既に元年六月十八日には開成所御用掛となつてゐたが、慶應三年幕府の命に依り、當時翻譯方頭取たりし箕作貞一郎と稱せし彼は佛國博覽會御用掛として徳川民部大輔に隨行して渡佛し佛國に於て「ますく佛書を研鑽して、新聞紙など、差支へなく讀み得るやうになれり」と記されてゐる様に²⁰、渡佛以前より多少は佛蘭西語を讀み解し得る程度に達してゐたけれ共、渡佛後、佛語が、堪能となつたのである。斯くの如く佛人も其の文章を賞讃せりと記される位に佛蘭西語に堪能となりし彼は歸朝後、新政府の命に依りて佛蘭西諸法の翻譯に従事する事になつたのは誠に當然の事であり、且つは又、其の人の得たるものと稱す可きであらうし、彼としても本懐これに過ぎざるものがあつたであらう。併し江藤新平が在職中は僅かに『民法假法則』が頒布されんとする程度にしか法典編纂事業は進捗しなかつたけれ共、箕作麟祥が翻譯せし佛國民法典全文は後年の我國の民法典の編纂史に一の礎石を定

置し且つ民法典編纂の方向を定針したるものとも解し得可く、彼の功績は實に大なるものがあつたとせねばならない。此の點に關し「一記録」は

明治六年二月司法省ニ於テ民法訴訟法會議畢ル。別ニ民法實際會議ヲ起シ、司法卿議長トナリ、身上證書ノ部ノミ活版成ル。而ノ其事遂ニ成ラス²¹。同年六月箕作麟祥六法譯本ヲ校訂シ、太政官印書局ニ於テ洋製合本二冊ヲ印行ス。

と記す。民法訴訟法會議と民法實際會議とが如何なる關係にありしかは、前者は佛國民法及び民事訴訟法を翻譯したる箕作の譯本を基礎として其の字句の修正、其他適當ならざる點の改正を審議せる會議であつて、曩述の民法會議は此の系統に屬するものである。後者はかくして得たる基案を原として實際社會に施行す可き法典を編纂する會議を指稱し、此の民法實際會議にて得たる結果がとりも直さず前述せし『民法假法則』であつたのである²²。

南白江藤新平が征韓の議を以つて岩倉一派と意見合せず野に下りし後、司法卿に任せられし者は大木喬任である。彼は六年十月廿五日參議を以つて司法卿を兼任し、民法編纂の事業は大木の手に依りて續行せられる事となつた。大木喬任は佐賀出身、天保三年壬辰三月の出生にして舊姓名を大木民平と稱し、以上の様に、六年十月廿五日に參議を以つて司法卿を兼任し、十三年四月三十日には民法編纂總裁兼任、十八年十二月廿二日に元老院議長に任せられた²³。併し乍ら彼が司法卿に任

せられた頭初より九年五月頃迄、民法編纂事業は如何なる程度の進行を爲してゐたかに就ては、根據とす可き何等の資料も存在しないのであるが³³、九年に到りて愈々民法編纂の事に着手するに到つたと推考し度いのである。何となれば此の根據の一として「一記録」は次の如く記してゐる。

明治九年五月司法省ニ於テ民法編纂材料ノ爲メ、地方慣例取調局ヲ設ケ、御用掛生田精主任トナリ、委員ヲ派出シ筆録セシメ、同十二年ニ至リ成功ス。其筆録ヲ類集シテ全國民事慣例類集ト題シ、同十三年四月印行ス。明治十二年一月司法省ニ於テ民法會議ヲ開ク。

とある。更に又、十三年四月十三日に當時の參議法制部主管大木喬任が太政大臣三條實美に對する上申書「民法編纂ノ議」の冒頭に「本官曩ニ司法卿兼任中明治九年六月ヨリ司法省ニ於テ委員ヲ置本官其主任トナリ民法編纂ニ着手シ漸次稿ヲ起シ明治十一年四月ニ至リ一時全ク竣功ニ屬ス」³⁴と記載されてゐるから、おそらく九年五・六月の交迄、大木司法卿下の司法省に於ては民法編纂事業は一時中絶せられてゐたものではなからうかと推察するも大過なき如きである。而して上記の様に

九年五月司法省ニ於テ民法編纂材料ノ爲メ地方慣例取調局ヲ設ケ御用掛生田精主任トナリ委員ヲ派出シ筆録セシメ同十二年ニ至リ成功ス其筆録ヲ類集シテ全國民事慣例類集ト題シ同十三年四月印行ス

と「一記録」が記してゐる事は九年六月に司法省に民法編纂課を置き箕作麟祥、牟田口通照等が西歐主として佛蘭西民法を母法として我が民法編纂の事に盡力すると共に、此れと並行して我國の舊

慣調査が生田精によりて行はれた事を示すものであつて大木の計畫の極めて本格的なる點を窺ひ知る可きである。而して箕作麟祥は十年一月十二日に「翻譯課民法編纂課兩課長被 仰付候事」と命ぜられ、同五月廿一日には「兼民法編纂委員被 仰付候事」となり、十二年三月六日には「修補委員可被心得候事」と夫々司法省より命ぜられてゐるが、「江藤君ニ繼テ司法卿トナラレタ大木喬任君即チ大木伯モ亦民法ノ編纂ヲ必要トセラレ起草ノ事業ヲ箕作先生牟田口通照氏等ニ託サレタ。明治十一年其編纂事業ハ成ヲ告ケマシタガ其草案ハ殆ト佛國民法ヲ拔抄シ翻譯シタヨウナモノデアル」³⁵と記されてある様に、箕作及び牟田口兩氏が民法の編纂に直接に従事した所であつた³⁶。此の間の經緯を示す一資料として次のものが存在する³⁷。

民法編纂ノ議

本官曩ニ司法卿兼任中明治九年六月ヨリ司法省ニ於テ委員ヲ置本官其主任トナリ民法編纂ニ着手シ漸次稿ヲ起シ明治十一年四月ニ至リ一時全ク竣功ニ屬スト雖モ未タ充分ナラサル廉モ不少候ニ付尙又精々審査本年一月ヨリ再ヒ委員ヲ會シ集議ヲ遂ケ改革ニ着手候處本官兼任辭職以後右編纂ノ事務法制部ニ屬セラレ引續編纂致シ居候然ルニ該事業タル未タ法典ノ我國ニ制定セシモノ無之専ラ法理ノ淵源ヲ究メ理論ト人情トヲ折衷シ其當ヲ得ルヲ肝要トシ而シテ其區域尤廣濶條章數千ニ涉リ不容易事業ニ候ヘハ元老院議官及裁判官並ニ法制部官員中ヨリ若干名ヲ選ミ委員ヲ定メ更ニ參議中ヨリ總裁一名ヲ置カレ會議論究ノ上編纂致シ候ハ、實際上便宜ヲ得申ヘクト存候就テハ右ニ御治定相成候ハ、左ノ人名共ニ被仰付可然候此段上申候也

總裁委員

一名

議官	楠田英世
議官	水本成美
議官	津田眞道
議官	箕作麟祥
判事	西成度
判事	池田彌一
判事	黒川誠一郎
判事	磯部四郎

司法少書記官兼太政官少書記官

太政官權少書記官

參議法制部主管 大木喬任

太政大臣 三條實美殿

明治十三年四月十三日

右は大木喬任の提出せる「民法編纂ノ議」であるが、右によるも九年六月より司法省に於て民法編纂の事に従ひ、十一年四月に第一の草案 (Project primitif) が成就せし事を示してゐるのである。又更に十年九月に箕作及び牟田口が大木喬任に提出せる民法草案の最初には左の如き獻辭が掲載さ

れてゐる²⁸。

客歲ノ夏閣下ノ命ヲ奉シ民法編纂ノ業ニ從事シ爾來考究講明其人事ニ關スルモノ四百有七十條財産及ヒ財産所有ノ種類ニ關スルモノ百有五十五條ヲ草シ通計凡ソ六百有二十五條ニ及ベ略々之ヲ序次彙輯シ以テ試ミニ左右ニ呈ス然レトモ此稿ハ固ト刪補修正ヲ編纂竣功ノ時二期スルニ在レベ更ニ閣下高旨ノ在ル所ヲ釋テ取捨竄改ヲ異日ニ要セザル可カラス故ニ茲ニ呈スル所ハ敢テ完成ノモノニ非スト雖モ姑ク今マ數部ヲ活刷シ以テ謄寫ニ代ヘサレハ意フニ爾後竄訂ノ際每次謄寫ノ勞ヲ費スノミナラス遺脱舛誤ノ患モ亦少ナカラサル可シ因テ此段兼テ允裁ヲ乞フ其爾餘編纂ニ係ルモノハ不日將ニ高覽ニ供セントス明治十年九月

民法編纂委員 司法權大書記官 牟田口通照

民法編纂委員 司法大書記官 箕作麟祥

大木司法卿閣下

右の民法草案最初の原案は第一編人事、第二編財産及び財産所有權ノ種類、第三編財産所有權ヲ得ル方法の三編よりなり、其の内第一編及び第二編及び第三編の一部が提出されたもので、第三編の後半は此の際に提出されたものとも思はれるが、想像するに、實は右の十年九月の牟田口、箕作の獻辭にも見える様に、此の際に大木司法卿に提出されしは第一編及び第二編のみではなからうか。

三 舊民法典編纂過程と舊民法典に關する論争に就いて

『秘書類纂法制關係資料』(八二)を見るに「明治十年五月民法編纂掛ヲ司法省ニ置き、箕作麟祥外若干名ヲ委員ニ命ジテ其取調ニ從事セシム。該委員ハ民法草案(第三編財産所有權ヲ得ル方法第六百二十六條乃至第七百九十九條)ノ稿ヲ脱シテ之ヲ大木司法卿ニ呈セリ。」とあるが、右の括弧の内は第三編第一卷乃至第四卷に當るけれ共、此の分は十年九月に呈出せし草案より除外されてゐたものであらうか。併し乍ら兎に角、右三編成案の時は以下の如くである。

- 第一編 人事 明治九年六月起草
同 年九月竣草
- 第一卷 民權ヲ有スル事、日本人タルノ分限ヲ失フ事 從第一條 六月一日起草
至第十六條 六月三日起草
- 第二卷 身分證書 從第十七條 六月五日起草
至第六十六條 六月十三日竣草
- 第三卷 住所 從第六十七條 六月十四日起草
至第七十六條 六月十五日竣草
- 第四卷 失踪 從第七十七條 六月二十一日起草
至第八十八條 六月二十八日竣草
- 第五卷 婚姻 從第九十九條 六月三十日起草
至第二百二條 七月十九日竣草
- 第六卷 離婚 從第二百三條 七月廿二日起草
至第二百八十一條 八月二日竣草
- 第七卷 父母タル事、及ビ子タル事 從第二百八十二條 八月三日起草
至第三百十三條 八月八日竣草
- 第八卷 養子 從第三百十四條 九月二日起草
至第三百三十條 九月四日竣草
- 第九卷 父母ノ權 從第三百三十一條 九月五日起草
至第三百四十四條 九月六日竣草
- 第十卷 幼年ノ事、後見ノ事、後見ヲ免ルノ事 從第三百四十五條 九月七日起草
至第四百四十一條 九月二十日竣草

第十一卷 丁年ノ事、治産ノ禁ノ事、浪費者ノ爲メ裁判所ヨリ任スル補佐人ノ事

從第四百四十二條 九月二十一日起草
至第四百七十條 九月二十二日竣草

第二編 財産及ビ財産所有權ノ種類

明治九年十月起草
同 年十二月竣草

- 第一卷 財産ノ區別 從第四百七十一條 十月二十四日起草
至第四百九十一條 十一月七日起草
- 第二卷 財産所有權 從第四百九十二條 十一月八日起草
至第五百十七條 十一月十一日竣草
- 第三卷 入額所得ノ權及ビ定限アル入額所得ノ權 從第五百十八條 十一月十七日起草
至第五百六十五條 十一月二十八日竣草
- 第四卷 土地ノ義務 從第五百六十六條 十一月三十日起草
至第六百二十五條 十二月十三日竣草

第三編 財産所有權ヲ得ル方法 (明治十年一月起草) 同 年十月竣草

- 第一卷
- 第二卷
- 第三卷 (契約 從第九百三十九條
至第一千百六十二條)
- 第四卷 (契約ナクシテ生ズル義務 從第一千六百三十三條
至第一千七百七十九條)
- 第五卷 婚姻ノ契約 從第一千八百八十條 十年十月十五日起草
至第一千二百五十九條 十年十月二十六日竣草
- 第六卷 賣買 從第一千二百六十條 十月三十一日起草
至第一千三百五十五條 十一月十三日竣草
- 第七卷 交換 從第一千三百五十六條 十一月十五日起草
至第一千三百六十一條 同日竣草
- 第八卷 賃貸 從第一千三百六十二條 十一月十六日起草
至第一千四百三十一條 十一月二十九日竣草
- 第九卷 會社ノ契約 從第一千四百三十二條 十一年一月十日起草
至第一千四百六十三條 一月十六日竣草

三 舊民法典編纂過程と舊民法典に關する論争に就いて

第十卷	貸借	從第千四百六十四條	一月十七日起草
		至第千五百一一條	一月二十二日竣草
第十一卷	附託及ヒ双方相争フ物ノ附託	從第千五百二十二條	一月二十三日起草
		至第千五百五十二條	一月三十一日竣草
第十二卷	偶生ノ事ニ關スル契約	從第千五百五十三條	二月一日起草
		至第千五百六十五條	二月二日竣草
第十三卷	名代ノ契約	從第千五百六十六條	二月五日起草
		至第千五百九十一條	二月七日竣草
第十四卷	保證ノ契約	從第千五百九十二條	二月八日起草
		至第千六百二十三條	二月十五日竣草
第十五卷	和解ノ契約	從第千六百二十四條	二月十六日起草
		至第千六百三十六條	二月十九日竣草
第十六卷	質入ノ契約	從第千六百三十七條	二月二十一日起草
		至第千六百六十條	二月二十七日竣草
第十七卷	先取リノ特權及ヒ不動産書入質ノ權	從第千六百六十一條	三月一日起草
		至第千七百六十一條	三月二十九日竣草
第十八卷	期滿得免	從第千七百六十二條	四月四日起草
		至第千八百二十條	四月十七日竣草

右の如く民法草案は六月一日に起草に着手せられ、三編全部千八百二十條の草案が成つたのは翌々十一年四月十七日であつた。而して先づ第二編迄は前掲の獻辭を以つて箕作、牟田口の兩民法編纂委員より大木司法卿に提出せられしもので、第三編の内第三卷及び第四卷は十一年一月に到りて

此ニ上スル民法草案三中第一卷第二卷ヲ關キ其等通計三百六條ヲ掲列セザルモノハ其第一卷ハ財産相續及ヒ贈遺ノ法則ニ係リ其現下竣稿ニ屬スル各條ノ更ニ刪改訂正スベキモノ多キニ由ル。閣下請フ其意ヲ允スルヲ。明治十一年一月。

民法編纂委員 司法權大書記官 牟田口 通照

大木司法卿 閣下

民法編纂委員 司法大書記官 箕作 麟祥

の獻辭を附して翌十一年一月に提出されたのである^②。右の草案を得たる大木司法卿は上掲せし「民法編纂ノ議」を四月十三日(此の日附は一寸解し難い點がない事はない。何となれば民法草案全部の脱稿の日は四月十七日とあるから、それより以前に「民法編纂ノ議」を提出した事となる。姑く疑を存置く)に太政大臣三條實美に提出したが、四月三十日に到りて^③、參議兼議長大木喬任に「民法編纂總裁被 仰付候事」と辭令が與へられ、前記「民法編纂ノ議」に列記せられし四名の議官、二名の判事、黒川誠一郎、磯部四郎の外に司法大輔兼議官として玉乃世履、司法少書記官兼太政官少書記官杉山孝敏、判事兼太政官權少書記官木村正辭、正六位生田精等が何れも「民法編纂委員被仰付候事」と命せられた^④。これより曩「一記録」の記す所によれば「明治十二年一月司法省ニ於テ民法會議ヲ開ク」とあり、又「民法編纂ノ議」にも十一年四月に草案脱稿の後「尙又精々審査本年一月(註、十三年)ヨリ再ヒ委員ヲ會シ集議ヲ遂ケ」とある様に、草案脱稿後、十二年一月に司法省に民法會議を開催し草案を審査した事が明白である。然るに『箕作麟祥君傳』を見るに^⑤

明治九年、大木喬任、司法卿に任せられ、此時、麟祥君、民法の草案を命ぜられて成りしかど尙、不完全なりとて、明治十二年に至り、大木司法卿、省中に民法會議を起し、「ボアソナード」の草案を議することとなり、麟祥君、磯部四郎等と、起草掛となり、續きて、十三年に、政府に、民法編纂局を置かれ、大木喬任編纂の總裁と

なり、隣祥君等、起草委員となり、「ポアソナード」、草案を起して、會議を開き、明治十九年に至て、民法一千條を議了して、上奏せり、

と記されてゐる。右の諸記事は民法の第一草案は十一年四月十七日に脱稿したが、「尙不完全なり」の理由を以つて葬り去られた事を物語り、「尙又精々審査」と記せる事柄は新たに「明治十一年の暮から、十二年の春にかけて、大木司法卿が、民法編纂と云ふものを起した」といふ事柄即ち司法省内に民法會議を開いた事實を指すものであらうか。此の磯部四郎の談は頗る明確性を缺く書振りであるが、果して然らば改革に着手した際の起草掛は箕作麟祥、磯部四郎の二人、起草委員が牟田口通照、西成度、池田彌一(註。東京裁判所長、判事)、水本成美、鶴田皓、木村正辭、杉山孝敏等であつて、此の時以後ポアソナード (Gustave Emile Poissonade) の起草せる案が審議の基本となつたものである。而して愈々十三年四月三十日に上述した民法編纂委員が任命せられ、本格的に民法編纂に従事するに到つた。

換言すれば右に述べた事實は九年六月以降十一年四月十七日迄の間を要して編纂せられし民法草案は餘りに佛國民法其儘の直譯なる故を以つて採用せらるゝに到らず、十二年一月に到り新たに司法省部内に民法會議を開催し、ポアソナード氏の起草案に基きて民法編纂の事を議するに到つた事を示すのである。然るに大木喬任は十三年二月廿八日に元老院議長を兼任するや同四月三十日に元

院内に民法編纂局を設置し、自らは民法編纂總裁に任せられた。即ち十三年五月二十五日に參議大木喬任は次の伺書を提出した。即ち

本官儀今般民法編纂總裁被仰付候處刑法或ハ治罪法等ノ如ク已成ノ草按ヲ審理スルトハ事情自ラ相違シ新ニ起草編纂スル儀ニ候得ハ其間自ラ區處不少候就而ハ左ノ事件ハ總裁ノ權内ト心得可然哉一應相伺置候也

- 一 民法編纂ノ目的ヲ立及ヒ委員ニ分課ヲ命スル事
- 一 民法編纂ニ付論議ヲ決スル事
- 一 掛ノ官員ヲ命スル事

右は太政大臣三條實美に提出したる伺書であるが、同二十六日に「伺之通」と指令され彼の希望は達成されてゐる。仍つて此の伺書の指令に基き二十八日に直ちに

今般民法編纂ニ付別紙甲號ノ通伺定候ニ付乙號ノ通章程相定候事^⑬

明治十三年五月廿八日

民法編纂總裁
大 木 喬 任

として、民法編纂局の章程を定むるに到つた。曰く

民法編纂局章程

第一條 民法編纂ノ爲メ左ノ章程ヲ定メ以テ各職員ノ準據トス

總裁ノ事

第二條 總裁ハ五月廿六日太政官ノ指令ニヨリ民法編纂ノ目的ヲ定メ論議ヲ決シ委員ノ分課ヲ命シ及ヒ掛官ヲ命

三 舊民法典編纂過程と舊民法典に關する論争に就いて

ス

委員ノ事

第三條 委員中討議員ト分任員ト分ツ討議員ハ議席ニ於テ討議論說スルヲ任ス分任員ハ總裁ノ命ヲ受ケ分テ編纂ノ事務ヲ擔任ス且議席ニ於テハ其擔任ノ事ヲ述ヘ又他ト討論シ其擔任ノ事務ノ爲メ掛リ官員ヲ命スルヲ得

掛リ官ノ事

第四條 掛リ官ハ直チニ總裁ノ命ヲ受ケ或ハ分任員ノ命ヲ受ケ諸ノ事務ヲ擔當ス

第五條 分任員ノ課ヲ分ツ左ノ如シ

第一課 編纂ノ本案ヲ起草シ及ヒ翻譯庶務ノヲ任ス

但本案ハ佛文ヲ以テ起草スヘシ

第二課 編纂中必要ナル語ヲ集メテ語彙ヲ編成ス

第三課 編纂スル處ノ條章ニ付文字ヲ脩正シ及ヒ民法諺解ヲ作ル

第四課 皇邦從來ノ慣習民法ヲ集ム

第六條 書類ノ取纏メ文書ノ往復諸向ノ照會書籍ノ出納記録淨寫其他用度等一切ノ事務ハ第一課ニ於テ之レヲ任ス

議場ノ事

第七條 議場ハ整頓靜肅スルヲ要ス若シ否ラサルトキハ總裁之レヲ禁止ス

第八條 二人ノ討論未タ了ラサルモ傍ヨリ發論スヘカラス

以上は民法編纂局章程の全文を示すものである。殊に注意す可きは、民法編纂局は第一以下第四の四課に分れてゐたが、第一課に於て佛文を以つて民法原案が起草される旨を但書を以つて定めたる事で、此れ後述する様に、第一課分任員の内にボアソナードの名が見ゆる如く、ボアソナードが佛民法を倣襲して佛文を以つて我民法草案を起草し、他の第一課分任員が此れを翻譯せし事を示すものに外ならぬのである。此の際に起草せられたる原案は、九年の原案に對して、第二の原案と稱す可きものであらうか。然らば先づ民法編纂局の討議員として如何なる者が列つてゐたか。討議員としては玉乃世履、楠田英世、水本成美、津田眞道、西成度、池田彌一が任せられ、第一課の分任員は箕作麟祥、黒川誠一郎、磯部四郎、ボアソナード、第二課分任員は杉山孝敏、第三課分任員は木村正辭、第四課分任員は生田精等であつた。扱て會議は一週間に二度、即ち火、金の兩日、午後十二時半より開會され、發會は財産編より開始される事となつてゐた。而して草案は開會三日前に各員に分配され、討議員の出席が半数に満たざる場合は其の日の會議を中止する事と定められた。ついで五月二十七日に一等屬谷井元次郎、三等屬岩野新平、同高木豊三、五等屬小山田銓太郎、六等屬守永彌六、七等屬植村泰通、同市岡正一、八等屬太山友徳、同吉武靜夫、九等屬工藤精義、十等屬峯五七郎、等外一等大澤典徳、同多々宗力、同木村久内、雇中西景親、同高野孝正等を任命し各課に配屬して夫々民法編纂の仕事に参加せしめた所であつた。右の屬官の内岩野新平及び高木豊三は何

れも第一回の明法寮の法學校卒業生であつた。又此の際に歸化清國人鄭永寧が参加してゐたか否やは遽に明確にする事は出来ないが、鄭永寧は十六年三月に『訓點清國律例』(司法省藏版。全四冊よりなる。第一冊は十七年五月印行、民律指掌。第二冊は十六年三月印行、民律、上。第三冊は十六年五月印行、民律、中。第四冊は十六年十月印行、民律、下。である。訓點は鄭永寧である。此の書は同文館聚珍版として大清光緒六年中秋仁和王子詔拜撰の下に清國にて版行されしものを訓點せし本である。清版では清國畢利)を印行し、又『法律語彙』を印行してゐる。

扱て大木喬任は五月二十八日に「民法編纂局經費御下渡之儀ニ付上申」なる上申書を三條太政大臣に提出し、民法編纂局の經費四千貳百圓を請求した。即ち

今般民法編纂局ヲ元老院中ニ開設候處該編纂之儀へ起草ヨリ着手候儀ニ付刑法草案審査局及ヒ治罪法草案審査局ノ如ク既生ノ草案ヲ審査候トハ事業大ニ是ナリ隨テ事務多端ニシテ多數ノ職員ヲ要シ候ニ付入費モ相嵩ミ可申候得共專ラ節減ヲ加ヘ右ニ關スル經費之儀別紙費額ノ通豫算ヲ以テ先ツ本年分金四千貳百圓御下渡相成度御開屆之上ハ大藏省へ御達有之度此段上申候也

明治十三年五月二十八日

民法編纂局

總裁 大 木 喬 任

太政大臣 三 條 實 美殿

而して右の四千貳百圓の内譯は左記の通りであつた。即ち

民法編纂局經費豫算

明治十三年六月ヨリ同十二月迄七ヶ月分

一 定額四千貳百圓
一ヶ月金六百圓

内 譯

金三百五拾圓	印刷費
金百貳拾圓	諸雇人給料
金百三拾圓	諸雜費

但筆墨紙及ヒ土瓶茶碗薪炭其外等

右の豫算額と民法編纂局章程に定むる人員を以つて、愈々十三年六月一日より民法編纂局は其の職務を開始する事となつたが、其の開設に關する上申書は左の通りであつた。

民法編纂局開設之儀ニ付上申

今般民法編纂局被置候ニ付該局ヲ元老院中ニ取設ケ來ル六月一日ヨリ開局事務取扱候條此段上申候也

明治十三年五月廿九日

民法編纂局總裁 大 木 喬 任

太政大臣 三 條 實 美殿

もとより右の豫算額四千貳百圓は左大臣熾仁親王よりの達によれば其後、六月三十日に到りて七千貳百圓に増額され、其の「經費豫算内譯明細簿」も、民法編纂總裁より七月七日に到り大藏卿佐野常民代理大藏少輔吉原重俊に對して提出せられてゐるが煩に互るを以つて其の明細を一々此處に掲

載しない事とし度い。かくて參議たりし大木喬任は太政官に出頭する義務あるにも拘らず、特に毎火曜日金曜日の兩日は太政官に出頭する事なく、専念して民法編纂の事に従事したが、此の間の消息は十月二十一日に大木喬任が三條實美に提出せる届書の趣意によりて明白に示されてゐる所がある。即ち

民法編纂ニ付毎火曜日金曜日正午十二時ヨリ會議相開催候ニ付當日ハ本官當局ヘ出頭候ニ付午前第十一時ヨリ退出可致旨本年六月二日附ヲ以テ上申致置候處爾來午前修正案午後起草原案ト區別シ一日兩度開會可致候間右當日ハ午前ヨリ本局ヘ出頭候ニ付御官ヘ出頭不致候條更ニ此段御届申上置候也

追テ別段御用向モ有之候節ハ會議操替參官可致儀ニ付此段モ添致上申申置候也

明治十三年十月廿一日

總裁 大 木 喬 任

太政大臣 三 條 實 美 殿

即ち右の届書の内容を讀むに初め大木喬任は民法編纂局が愈々其の編纂調査事務を開始したる翌日なる六月二日に一の届書を太政大臣に提出し、爾後専念民法編纂の事に従事する爲めに毎火、金の兩日のみは午前十一時に太政官を退出し、正午より開會さる可き民法編纂會議に列席する事にしてゐたが、更に右の十月二十一日の届書により同日以後は火、金兩日は午前は民法修正案審査會議、午後は起草會議を開會する事となつたので、右兩日は朝より太政官に參官せず、直ちに民法編纂局に出頭し、民法の審議に當つてゐた事を判然と示してゐるのである。今假りに「東京日日新聞」に

見ゆる二三の記事によりて十三年に於ける民法編纂の状態を推察して見よう^⑤。先づ十三年六月四日の「東京日日新聞」上に

今ど編纂せらるゝ民法は、悉く英文及佛文に反譯せらるゝよし、是は外國人の閱覽に便せらるゝ爲めなるべし。と見える。右は民法編纂局の第一課に於て起草せらるゝ草案が、佛文を以つてなされると定められし事を指して云ふものであらうか。次に七月十七日の同新聞紙上に

民法草案の編纂は殊の外の御急ぎゆへ、元老院の掛り官吏は、本年の暑中休暇をも賜られぬよし。

とあり、民法編纂局の編纂事業は夏中休暇もなく非常なる意氣込にて續行されし事を傳へてゐる。尙、九月十日の同紙上には

元老院に設けられたる民法草案編纂局は、局中を三課に分ち暑中の休暇もなく取調べられ、總裁大木公にも時々出局ありて纂作議官は別して骨を折らるゝよし。併し中々の事業ゆる容易に功を畢るまじとのこと。又其の體裁を前記の如く、我が慣習と佛國民法とを參酌して恰當の法則とせらるゝ見込なりと。

と報道してゐる事實から推察しても、各議官は夏中休暇を賜らずして一意以つて民法編纂の事に専心してゐたと想像せらるゝのである。九月四日の同紙は又

太政官法制部御雇ボアソナード氏は昨今自宅にて民法の草案を取調べられ、脱稿の分だけ日々差出さるゝと。

と掲載せる如く、實は民法草案はボアソナードに依りて佛文を以つて起草されてゐた。おそらく此の草案は註釋を附して假綴本として坊間に時に流布してゐる「Projet de code civil pour le Japon,

accompagné d'un commentaire, par M. G. Boissonade, Professeur-agrégé à la Faculté de Droit de Paris, Tome Premier, Tokyo XIII^e année de Meiji (1880).”の原本を指すものであらうか。ボアソナードの註釋書は其後、佛文を以つて千八百八十二年 (Projet de code civil pour l'empire du Japon, accompagné d'un commentaire par Mr. Gve Boissonade, Professeur-agrégé à la Faculté de Droit de Paris, Tokyo, 1882.) 千八百八十八年、同八十九年、九十年、九十一年等に何れも千八百八十年版と同様の型にて出版され流布してゐる所である。ボアソナードの事に關しては後述に一括して述べる事とするが、尙、十月四日の「東京日日新聞紙」上には

先に頒布せられし刑法治罪法は民法御發行のうへ同時に御施行相成るとのよし。尤も民法は昨今委員の編制中に御備佛人ボアソナード氏の見込にては、來十四年五月には業を終るべきとの由なれども、本條多くは同氏の口授に出づるを邦語に譯することなれば、時としては疑問數回に及べる事もありて、思ひしよりは時日を費すべきかとの咄を聞けり。

右の「東京日日新聞」が傳報する様に、此の間に於ておそらく總裁大木喬任以下各編纂委員は晝夜を別たず民法編纂の事に盡瘁しつゝあつたものであらうが、遂に十三年も空しく暮れ、十三年中に其の成案を得る事は不可能であつた。當時元老院にありては副議長佐々木高行を總裁として海上裁判訴訟規則審査が行はれつゝあり、又幹事細川潤次郎等

(玉乃世嗣、津田出、河瀬直孝、中島信行、鶴田鶴等を指す。此等の内、河瀬直孝は治罪法、陸軍刑法に、中

島信行は刑法審査に鶴田鶴は陸軍刑法の審査のみに夫々從事した。尙海上裁判訴訟規則審査委員としては福羽美靜、齋藤利行、伊丹重賢等が元老院議員より参加してゐた。)は刑法草案、治罪法草案、陸軍刑法草案等に關係し(細川は陸軍刑、法審査總裁)、別しても國憲編纂が着々として其の最後案を脱稿しつゝある年であつた。十三年十二月に福羽美靜、細川潤次郎は元老院議長大木喬任に對し「國憲草案ヲ進ムル報告按」を呈出してゐる^④。所謂元老院國憲按なるものは此れを指稱するのであるが、斯の如く極めて繁忙なりし時期に際して民法編纂の事亦、着々として進捗しつゝあつたのである。明治十三年四月に上記の様に民法編纂局を元老院内に設置したる以後に於ける民法編纂の状態に關し更に當時民法編纂局第一課の分任員たりし磯部四郎の「記憶談」を聞いて見よう^⑤。

十三年ノ初ニ愈々民法丈ケハ大木伯ノ專屬關係トナリマシテ、其事業トイフモノハ全ク中央政府部内ニ送ラレテ法制局ノ仕事トナツテ仕舞イマシタカラ(註。民法を除く他の刑法、治罪法、民事訴訟法、商法等の五)大木伯ハ法制局長官及ヒ民法編纂局總裁トシテ民法起草ノ「デレクション」指揮ヲスルコトニナリマシタ、此當時大木伯ハ立法事業ニ關シテ民法以外ノ法律ニハ全ク離脱セラレタ形テアリマシタ、其代リ民法ノ爲メニハ全力ヲ注カレマシタ、然ル處民法以外ノ法律案ハ民法ヨリ先キニ出來タ爲メ大木伯ノ手ヲ離レタル法律案ハ早ク進ムナソト云フ惡口ヲシク聞ヘマシタカ立案事項カ簡易ナルカ爲メニシテ敢テ他ノ法律ハ職人カ立派ナノテアツテ、民法ノ方ノ立案職人カ劣等テアツタト云フ次第テハナイト思ハレマス、

性來大木伯ハ前陳ノ如ク深慮熟考諸事緻密ニ分析シテ後チ事ニ當ル方テアルカ故ニ民法立案ニ關シテモ其性格ヲ表白セラレマシタ、即チ民法編纂局ニ種々ナル分課ヲ置カレ先ツ第一ニ相續並ニ人事ニ關係スル事項ハ必ス日

本ノ法律家ニ依ツテ編成サレナクテハナラナイシ、殊ニ此事項ニ付テハ風俗慣習等ヲ充分ニ取調ヘナケレハナラヌト云フ問題カ起リマシタ、處テソレカ爲メニ人ノ慣習取調方專門ヲ置カレマシタ、即チ高野眞遜、生田精ノ兩君カ其任ニ當ラレマシテ或時生田精君カ此慣習取調ノ爲メ地方巡回ニ出掛ケマシタ、ケレトモ全ク見當違ヒノモノヲ取調ヘテ歸ラレマシテ殆ント其取調ヘトイフモノハ何ノ效モナカツタノテアリマス、假令ハ何處ノ國テハ淺草海苔ハ斯ウシテ取ルトカ、鮑ハ斯ウトカ、イフヤウナコトテ、法律上ノ慣習トイフモノハチツトモ調ヘテ來ナカツタ、ソレカラ又第二ノ分課ハ法律ノ各條文トイフモノハ最モ明瞭ニ且ツ又日本ノ文章體ニ間違ノナイヤウナ文章ヲ作ラナケレハナラヌ、是レカ爲メニツイ先月アタリテアリマシタカ亡クナラレマシタ和學者ノ木村正辭博士ヲ民法編纂局ノ書記官トシテ迎ヘタ、是ハトウイフコトヲ主管セラルルカトイフト、「得セシム」トイフコトハ日本ノ言葉テナイ「得シム」ト書カナケレハナラヌトカイフヤウナ「テニオハ」ノ方ニ於テ詳シク教ヘラレタテアリマス御三ノ分課ハ翻譯ハ屢々原語ノ元ノ意味カラ遠サカツテイケナイカラ、之カ爲メニ支那學ニ精通シタル學者ヲ置キ之ニ就テ能ク字義ヲ正シテ適當ノ字ヲ當テナケレハナラヌトイフノテ、今ノ三島毅博士ト杉山孝敏君トカ此任ニ當ラレマシタ、此杉山君ト云フ方ハ佛教儒教其他種々ノ學文ヲ心得テ居ラレタ方テアリマシタ、第四ノ分課ハ佛文章案ノ翻譯ヲ掌ル處ニテ其主管者ハ箕作麟祥、熊野敏三ノ兩博士並ニ私モ末席ヲ汚カシ其外若手ノ一騎當千ノ佛法學士カ居ラレマシタ、而シテ終リニ第五ノ分課ハ泰西ノ法律ハ我國ニ新ラシキモノナリ其新規ナ思想ヲ言ヒ表ハスノニ古イ文字ヲ持ツテ來テハウマクイケナイカラ必要ナ場合ニハ文字ヲ拵ヘナケレハナラヌ、恐クハ清國アタリテモサウイフコトハ感シタテアラウ、仍テ清國ノ現今ノ通語ニ違シテ居ル者ヲ呼ンテ來テ、ソレ等ノ事ヲ取調ヘタラ宜カラウトイフノテ、鄭永寧君ヲシテ其任ニ當ラシメタリ、此方ハ清國通語ノ達人ニシテ

私共モ新字作成ニ利益ヲ得マシタ次第テアリマス、

先づ右の「記憶談」によれば、大木喬任は江藤新平と全く反對に其の資性深慮熟考型の人物であつた事を説明してゐるけれ共、民法編纂局の各課の構成は民法編纂局章程第五條の示す所と全く違つて前後顛倒してゐる。おそらく磯部四郎の記憶の誤謬なる所であらうが、磯部の第一課とする所は章程の第四課である。第四課は「皇邦從來ノ慣習民法ヲ集ム」る所で當時、司法官御用掛たりし生田精は太政官御用掛兼務となりて其の分課分任員に任せられてゐたのであつたが、磯部の談話により高野眞遜も亦此の課に屬した事が明瞭となつた。此の分課に於て蒐集せられし全國の民事慣例は曩に十年五月に印行せられし『民事慣例類集』に追録せられ、十三年七月に『全國民事慣例類集』として上梓せられた事は人の知る所であらう^⑭。『解難』は此の點につき「伯特ニ意ヲ加ヘ遠ク上古ニ稽ヘ近ク實例ニ照シ以テ西國ノ法律ヲ參酌ス伯猶ホ慣習人情ニ背戾センコトヲ慮リ委員ヲ派シテ府縣ヲ巡視シ慣習成例ヲ訪察セシメ編シテ一書ト爲シ名ツケテ全國民事慣習類集ト謂ヒ民法編纂ノ材料ニ資ス」と記してゐる。大木の理想の宏大なる事を思ふ可きである。併し此の『全國民事慣例類集』も舊民法の編纂の上にはあまり利用されてゐない點は注意す可きであらう^⑮。

次に磯部の第二課とする所は章程の第三課に當るものであらう。章程によれば第三課は「編纂スル處ノ條章ニ付文字ヲ修正シ及ヒ民法諺解ヲ作ル」事を其の職掌としてゐた。第三課分任員木村正

辭は當時東京大學法學部文學部員外教授であり、兼ねて太政官權少書記官判事兼文部省御用掛であつたが、當時はまだ博士ではなかつたけれ共(三十四年文學博士となる)、最も音韻に精しかつた(大正二年四月十一日卒、年八十七)。磯部の第三課は章程の第二課に當り、これ又、章程によれば第二課は「編纂中必要ナル語ヲ集メテ語彙ヲ編成ス」る事を其の職掌とする。分任員杉山孝敏の外(杉山は當時、司法省書記官であつた)に三島毅博士が此の事に従事した事を判然せしめる。三島毅は中洲と號し遠叔と字し、通稱は貞一郎、また桐南、繪莊の別號がある。漢學者にして、天保元年十二月九日に備中國都窪郡中島村に生れた。彼は五年頃法官を拜して新治裁判所長ついで大審院中判事を歴任し、十年官を辭した經歷を有するが故に、一面、法律にも精通してゐたのであつた。當時彼はおそらく二松學舎を設け漢學を教授してゐたものであらう(十三年五月の明治官員録を見るに三島毅の名は掲載されてゐないが、十六年十月の改正官員録を見れば東京大學の教授の名の内に從五位三島毅の名を列してゐる。彼は東京大學古典科の設置あるや、島田重禮、岡松斐谷等と共に教鞭を採つたが、それより幾、東京高等師範學校教授であつた)。而して漢學に深き素養あるが故に民法編纂局の第二課にも奉職したものであらう。杉山孝敏は山口縣出身にして當時、從六位、司法省少書記官兼太政官少書記官に任せられてゐた。而して第二課に於て編成せし語彙は後年、即ち奥附に「明治十九年十二月七日出版版權御届」とある様に、後述する外務省の法律取調委員會に於ける法典調査編纂の必要の爲めに印刷に附せられたる『民法語彙稿本』となつて發行されたのである^⑤。もとより此の『民法語彙稿本』は、其の凡例に

一此書ハ舊民法編纂局ニ於テ民法辭典編成材料ノ爲ニ彙輯セシ所ナリシカ廢局ニ因リ未タ完成ニ至ラスシテ中止セリ頃者民法議定ノ命アルニ逢ヒ本書ノ必要ナルヲ以テ稿本ヲ取り印刷ニ付シテ謄寫ノ勞ヲ省ク但シ印刷急ヲ要シ校訂ニ違アラサルヲ以テ固ヨリ疎漏ヲ免レサルナリ

とある様に、民法編纂局に於て完成されたものでなく、未定稿として編成されてゐたものであつたが、法律取調委員會に於て急遽、法典を編纂する必要に逼まれて、未定稿の儘印刷に附せられたものである。故に發賣されたものではない。右の『民法語彙稿本』は四六版、假裝、目次八十一頁、附録目次二十四頁、本文全六百五十九頁、附録八十七頁の可成りの厚冊である。而して凡例には右に直ちに續いて、

一此書ハ佛人リトレー及ヒカデーノ辭書中ヨリ譯出セリ

とある様に、佛語辭典中の法律上の單語を邦語にしたもので、カデーの辭書は檢出し得なかつたが、リトレーはおそらく *Littre* で、其の辭書は "Dictionnaire de la Langue Française." であらうと思はれる。内容を見るに初め、邦語を示し、其の下方にそれに當る佛語を書き、其の次に意味を例示する方式を採つてゐる。例へば

地上權

ドロワド、ドシユヘルフイシイ
Droit de superficie. m. comp. 語

甲者ノ所有スル土地ノ表面ニ於テ乙者カ建物又ハ樹木ヲ所有スル權利ヲイフ

の如き形式で各法律上の術語が説明されてゐる。斯の如く術語を相當多く集成してゐるが、此の内、

特にボアソナードに質問して掲載せるものは「ボアソナード氏曰」と記されてゐる。尙、カデーの辭典は明治二十年に若林友之によりて『法律字典』として出版されてゐる様であるが、右の『法律字典』を尙、自分は偶目し得ない。而して磯部が「第四課ノ分課」と云ふのは章程に據れば第一課で「編纂ノ本案ヲ起草シ及ヒ翻譯庶務ノヲ任ス 但本案ハ佛文ヲ以テ起草スヘシ」とある課である。第一課分任員として箕作麟祥、黒川誠一郎、磯部四郎、ボアソナードが連つてゐたのである。併し磯部は熊野敏三が此の第一課にゐた様に記してゐる。併し此の點亦星野通氏の指摘せらるゝ様に磯部の記憶違ひであらう^④。熊野敏三は『佛學會員姓名録』(廿一年十一月)にも通常會員として名を列ね、且は又十九年四月十二日には當時の檢事磯部四郎、參事官高野真遜と共に民法草按編纂委員を命ぜられてゐるが、當時は外遊中であつたからして、第一課に於て勤務する事は不可能である。尙、當時にありては箕作麟祥は元老院議官、黒川誠一郎は司法省權大書記官兼太政官權大書記官であつた。勿論磯部の談話に見ゆる「第五ノ分課」は章程には存在してゐない。前述した様に歸化清國人鄭永寧が此の民法編纂局の事業に参加してゐたか否かに就ては甚しく疑問の存する所である。自分は鄭永寧は十三年の交には尙、民法編纂局の事業に關係してゐなかつたのではないかとさへ考へてゐる。以上の様に磯部の談話の内容には頗る信を置き難い點も多いのである。十三年以後、大木の熟慮深考の計畫の下に着々として民法編纂の事が續行してゐた事は右により明白に了解する

事が出来よう^⑤。更に磯部は其の「記憶談」に

右ニ反シ委員總會ニ於ケル討議ハ概シテ靜カテアリマシタ此委員ハ如何ナル人ヲ以テ組立テラレタカトイフト、先ツ大木伯カ總裁テ其他ハ元老院議官、或ハ重モノル裁判官、ソレカラ例ノ書記官トカ、只今列舉シマシタ専門家先生カアリマシタ、元老院議官トシテハ水本成美、津田眞道、楠田英世、箕作麟祥、裁判官トシテ玉乃世履、西成度、池田彌一ノ諸君ニ前陳ノ専門家先生ヲ加ヘテ委員總會ヲ一週間ニ二度宛開カレマシタカ、此總會ハ前述ノ如ク至極平穩ニ討議ヲ了シタモノテ、質問ヲ爲ル方モ殆ント稀レテアリマシタカ、ソレハトウイフ譯テ左様ナ結果ニナツタカト云フト、最初ノ委員總會ヲ開カレタ時ニ總裁カスウイフ意見ヲ述ヘタ、一先ツ是ヨリ本會ニ於テ民法草案ノ討議ヲ爲ス次第テアリマスカラ充分ノ御調査ヲ仰キタイカ、先ツ討議ヲスル前ニ宜シク問題ヲ御了解セラレンコトヲ望ム、問題ヲ御了解セラレスシテ討議ニ時間ヲ徒費スル様ニ相成リテハ不都合ト考ヘマスカラ、一應起草委員ヲシテ草案ノ各條ニ付キ一々説明ヲ爲サシメマスカラ、其説明ヲ一通リ御聽キニナツテ、御了解ノ後更ニ御討議ニナツタ方カ宜シカラシム云々ト遣ラレタ故ニ委員總會トハ名義ノミニシテ其實ハ唯其處カラ起草委員即チ翻譯主任書記官カ草案ノ各條講義ヲ爲スノヲ委員方カ黙ツテ聞イテ居テ、ソレテ會議カ終ツテ仕舞フ様ナ始末テアリマシタ此講義ヲ聞キ終リテ草案御了解ニナツテ更ニ討議ノ問題カ起ツタカト思フト、ソレカ起ラスシテ直クニ政府按トナリテ元老院ノ議ニ附スルトイフコトニナツテ仕舞ツタノテアリマス、

扱て右の磯部の「記憶談」に見ゆる討議員の姓名は正しいものと見ねばならない。又會議が一週二回宛、開かれたといふ點も大體正しいものである。而して會議が何等の討議も行はれず進行したとする點は、大木喬任が徒らに議論百出するを恐れて章程第七條に「議場ハ整頓靜肅スルヲ要ス若

シ否ラサルトキハ總裁之レヲ禁止ス」なる規定を置き、第八條に「二人ノ討論未タ了ラサルモ傍ヨリ發論スヘカラス」と定め、豫め議場に於ける討議員の發言に一本釘を打つて置いたからであらう。かくして民法草案はボアソナードの起草に基く佛文原案を先づ和譯し、此れに基いて進捗してゐたと考へる事が出来よう。ボアソナードの佛文原案を翻譯せしは箕作麟祥、磯部四郎それから高木豊三等であらうか。高木豊三は三等屬として民法編纂局に出仕してゐたが、後年津田眞道の談話によれば「大木が總裁をやめて、山田が總裁になつたが、箕作は、元方だから續いてやつて居た、「ボアソナード」の起草したるものを、磯部四郎や、高木豊三などが、翻譯をした」^⑤、と記してゐるから、民法編纂局が十九年三月三十一日廢止せられ従つて大木喬任が其の總裁を辭したる後も時の司法大臣山田顯義の下で法律取調を繼續した際に、高木はボアソナードの佛文民法原案を翻譯してゐたと想像されるから、元老院内の民法編纂局に於ても、其の翻譯事業に何等かの參與をなしてゐたのではなからうか。

扱て、既に再説する迄もなく我民法の原案は佛人ボアソナードの手によりて佛文を以つて起草され、おそらく其の起草は鶴呑みに委員會を通過したものであつたと想像される點が頗る多い。例へば二十年九月十五日に明治法律學校授業初の式に於いてなせる箕作麟祥の演説の一説に^⑥

十三年に、政府で、民法編纂局と云ふものを置かれました、即ち、大木司法卿が、編纂の總裁になられ、其草案

は、「ボアソナード」先生が起されて、出来る度に、會議を開きました、大木君初め、私共で審議を致しました、それで、明治十九年、即ち昨年まで、凡そ、一千條を議し了りました、

と述べ、三十四年七月二十四日の津田眞道の談にも^⑦

五法の草案を拵へる時分には、何でも、大抵「ボアソナード」の説通りになつた、私どもは、それに反對したから後に、省かれて仕舞つた、奇體なことになつたものさ、大木さんなどは、歐羅巴の事を、さう好きでは無かつたのだが、後にはとう／＼、歐羅巴の通りになるのだから、今から、歐羅巴風にして宜い、と云つて居た、箕作や磯部は、大木さんから見ると、もつと委しく知つて居るが、「ボアソナード」の弟子みたやうなものだから、「ボアソナード」の考へを、宜いと思つたのは、無理からぬ話さ

玉乃世履などは、本當の事は分らぬのだが、たゞ、西洋に惚れて仕舞つて、「ボアソナード」を、神様のやうに思つて居た、

と言つてゐる右の諸談話の片鱗からも、如何にボアソナードの原案が金科玉條として委員達に鶴呑みに採用されてゐたかわかるであらう。ボアソナードは既に十一年二月頃に佛民法を講義して居た事實は『佛國民法契約編第二回講義』が十一年二月十五日に印刷に附せられてゐる點よりも判明するが、又『佛國民法賣買篇講義』を十三年五月十三日以降十四年四月十四日に互りて二十七回に分ち講義してゐる(此の講義は十六年一月九日に博聞社より發行されてゐる。薩埵正邦筆記、堀田正忠口譯となつてゐる。)且つ自らの起稿せる『民法草案財産篇講義』は第一回を十三年五月十四日に開講し、第百八十一回の終講を十六年四月六日に行ふ迄これを續講し(加太邦憲、一瀬勇三^⑧、藤林忠良全譯^⑨)、佛國民法を理解せしむる爲めに大に盡力する所があつた。もとよ

り十年頃より十六年頃迄は多くの佛國民法書が相次いで翻譯されてゐるが、ポアンナードの佛民法移入に對する努力が此の佛國民法書翻譯の流行に直接の影響を及ぼしてゐる事はもとより論ずる迄もない事である。其二三の例を擧ぐれば例へば十年九月に箕作麟祥に依り『デモロンブ氏、佛蘭西民法詳説、身分證書之部』(司法省蔵版)が譯され、又山崎胤次により九年二月に『ピコー氏、佛國民法註釋』が出された。更に十年十一月以降十三年八月に互りて『デルソン、佛國民法解釋』(司法省蔵版)が箕作麟祥、栗本貞次郎の手により譯され、十一年三月には『佛蘭西代官師、ロベ、佛國民法契約篇講義』が澁川忠二郎譯記の下に刊行、十二年四月には『ベイナー氏、佛國民法契約篇講義』が出で、十三年二月以降十五年八月に互りて『アコラス氏、佛國民法提要』(司法省蔵版)が小島龍太郎の手により翻譯されてゐる(本書は相當六部である。)。更に十六年二月以降十五年九月に互りて『ムールロン氏著、佛國民法覆義』(司法省蔵版)三帙十卷^⑤が谷井元治郎、岩野新平、井上操、黒川誠一郎、高木豊三、大島三四郎、一瀬勇三郎等によりて譯されてゐる。尙其他、佛國民法の翻譯書は相當に存在してゐて一々枚舉に暇なき位である^⑥。ポアンナードは、當時の駐佛公使鮫島尙信の斡旋により日本新法典の編纂及び法學教授の目的を以て明治六年十一月名村泰藏と共に我國に來朝したる後、翌七年三月には司法省、明法寮内の法學校の法學専門教師となり、こゝに於てブスケと共に佛法を講義したので、司法省部内は佛法が壓倒的な勢力を得るに到つたのである。當時は司法省内に多數の有數なる佛人學者を擁して

ゐたが^⑦、もとよりポアンナードは斷然、他の佛國人學者より其の經歷に於て、且は又其の實力に於て頭角を現はしてゐたのである。彼は千八百五十二年、二十八歳にして巴里大學で法學博士の學位を得、千八百五十二年より同六十四年迄は同大學の特許教授、同年に教授補に任せられ、轉じてグルノーブル法科大學教授補に任せられた。同六十七年巴里大學の刑法講座を擔任し、後に同大學の經濟學講座をも擔當した^⑧。故に彼は我國に來朝するや *Professeur-agrégé a la Faculté de Droit de Paris*。即ち巴里法科大學教授資格者なる資格を有してゐたし、其の實力に於ても千八百五十三年には巴里大學に於て、法學博士の競争試験に及第し一等賞金を授與され、同六十七年には論文を佛國學士院に提出して賞牌及び賞與を與へられ、同六十八年には論文をツールーズの法曹會に提出し金牌を受け、同六十九年には同法曹會員になり、同七十一年には論文を再度佛國學士院に提出して賞與を授與されてゐる。斯の如く閱歷、實力共に優秀なりしポアンナードは來朝後其の全力を傾倒して我法學界の爲めに努力する所があつたのであるから、其の熱意によつても既に佛法導入の素地が形成されてゐた司法省部内が完全に佛法を以つて拂拭し去られたのは當然であつた。彼は曩述の様に大木喬任より民法の起草を託せられるや、佛文を以つて我民法草案の起草に着手したのであつたが、申す迄もなく其の際、彼が唯一の參考法典としたのは自國、佛蘭西の民法典であつた。佛蘭西民法典を大體其儘の姿で我民法たらしめんとする彼の意圖が容易に大木を初め諸民法編纂委員に

受け入れられた理由には種々なる事情が其の間に介在するであらうが、先づ明治初頭以來、箕作麟祥を初め佛蘭西法學を研究せし者が政府部内に相當多く、殊に箕作の如きは民法典の編纂に當りて、刑法典の編纂に際して探つたと同様に、佛法を翻譯して此れを我民法の藍本にせんとさへ企圖してゐた位であつた。即ち彼は佛蘭西六法を翻譯して我法學界に先づ新鮮なる生氣を注入せんとし、『佛蘭西法律書』を上梓したのであつたが、此の書の影響は潜在的ではあつたが、相當に深刻なるものを我法學界の上に印したのであつて、佛法移入の素地はかくして形成されたと云ふも過言ではないのである。尤も此の事たるや當時世界に於て法典の最も完備せし國は第一に佛蘭西に先づ指を屈せねばならなかつた事情にも依る事は勿論である。民法典のみに就いて云へば、佛蘭西に於ては「佛蘭西人の民法」(Code civil des Français)は上述した様に、千八百〇四年三月二十一日(我が文
化元年)に完成し(千八百七年即ち文化四年にナポレオン法典、即ちCode Napoleonと命名さ
れた。此の點につき、宮崎孝治郎著ナポレオンとフランス民法九以下参照)。世界の民法典に甚大の反響を與へてゐた。近世初頭に於ける歐羅巴の法典編纂期は佛國の法典の完成に依りて刺衝されて促進された點は看過する事が出来ないものがあらう。尤も伊太利及び獨逸に於て新しき法理に依る新法典が編纂はされたが、併し其の先驅的法典は佛國の諸法であつた。斯の如き世界の形勢は法典編纂期に今や入らんとする我國の諸法殊に此處に述べんとする民法典編纂事業上に直接的な反映を及ぼす事は理の當然である。當時、法學徒は多く佛國へ留學せし理由も亦、かゝる佛蘭西法學の影響下に

ありし我國の現状を示すものと見る事が出来るであらう。我明治初頭の法學界が佛法一色を以つて斯の如く塗り潰され佛法のヘゲモニーの下に立つてゐたからして、招聘される法學者は概ね佛人であつた事はもとより當然の事に屬する。かくして愈々益々佛法が我國の法律界を壓倒し盡す結果となつたものである。尙右の理由の外の一の理由として、我國否一般的に云つて支那、朝鮮をも包含する地域に於ける諸國家には由來、支那法系の深刻なる影響裡に其の法生活が營まれて來たのであつたが、支那法では民事的法典は量的にも、他の刑事的法典其他行政法的諸規程の重疊堆積せる事に比すれば、甚しく貧弱であつて、民事的諸規則は律・令何れに於ても散見はしてゐるけれ共、質的な内容、量的な構造は他の刑事法的規程の龐大さに到底及びもつかない特徴があつた。かゝる故を以つて歴史的にも支那法には由來獨立した民事法典の存在を見る事がなくして清末に到つたのである。故に我國が諸政の一新を復古的理想の上に斷行せんとし、諸法典の編纂を企畫しても、民法典の編纂に際しては、刑法典を支那刑法典を倣襲して編纂した具合には行かなかつた。それは摸倣す可き民事法典が比較的取り付き易い支那法、従つて又少なくとも大なり小なり其の影響下に立つてゐた我國の過去の法生活の裡に存在しなかつたからである。庶人に關する法は概して刑罰法の形態を採るか徵税法の形態を採つてゐて、庶民相互間の權利義務の得喪變更を規定する様な獨立法典は存しないのである。たゞ僅かに身分法規が、それは國家生活に直接の關聯を有するが故に、又其

の程度に於て、律・令等に其の存在を許されてゐるのみであつた。斯の如き状態なりしを以つて、假令、直截的に云つて 天皇親政の大寶の古に復古して、當時の法即ち大寶律令を基礎として新たな法典を再現せんと企圖しても、以上の様に大寶律令自體の裡にも獨立的な民事法典は存在しなかつたのであるから、どうしても民事法典を編纂せんと欲せば此れを歐米諸國の法典に其の母法を採らねばならない結果となつたのである。蓋し歐米諸國の諸民事法典を摸せず我國独自の風俗慣習に基きて新たな庶民の法典を編纂する事は甚だ難事業にして、短時日に其の成功を期する事は到底不可能であり、且は又當時の我國の法律技術の程度を以つてしては、果して幾干の効果を擧げ得たであらうか甚だ疑なき能はないのである。かゝる理由からして、佛蘭西法學の支配を受けてゐた明治初頭期に於ては佛蘭西民法の直譯的移入が企圖されるは當然にして、江藤の如きは機械的に「西洋と、日本と風俗習慣異なれど、日本にも、民法なかるべからず、さらば、佛蘭西の民法を取つて、日本の民法とすべし」なる暴論を吐き佛法を其の儘我國に移入せんとしたが、此の性急なる意見を以つてしても一般には餘り暴論とは考へられず、一應かゝる方針を以つて「誤譯も亦妨げず唯、速譯せよ」と拙速主義を以つて佛蘭西民法の敷移しが策されたのであつた。以上述べた様な二つの理由からして、佛蘭西民法摸倣によつて、我民法の編纂が行はれたものであらうと思はれるのである。

扱て、十三年六月に民法典の編纂に着手してより委員の努力にも拘らず其の計畫は豫定通りに進行せず、全體二千四・五百ヶ條を以て完結する豫定なりしも、十四年九月に到りても、僅かに五百ヶ條の調査を了せし状態である。此の後十六年四月二十日に『修正民法草案註釋』が出版されてゐる。此れはポアンナードの起案に基く民法草案を修正せしものであり、民法第三原案とも稱す可きものである。かくの如く漸く十九年三月に到りて財産編及び財産取得編合せて一千ヶ條の編纂が成り、此處に此れを政府に上申した様な状態であつた^②。かくて民法編纂局は十九年三月三十一日に廢せられ、其の事務は司法省に引渡されたが^③民法編纂局より上申した財産編、財産取得編の民法草案は、直ちに元老院に附議せられる筈なりしも、二十年四月十四日に外務卿井上馨の要請に基き遂に院議に附する事を中止し、法制局に返付せられたのであつた^④。此れより曩、政府は民法編纂局を閉鎖すると共に、其の業は司法省に繼承せしめ、同省に、十九年四月二十二日に到り、新たに民法草案委員を設け、檢事磯部四郎、參事官高野眞遜、同熊野敏三、祕書官菊池武夫、書記官小松濟治、判事今村信行、民事局長南部甕男、書記官井上正一、檢事光妙寺三郎を夫々民法草案編纂委員に命じ、十五年に民法編纂委員中、主任を定めて人事編の起草に着手し未だ其の脱稿を見ざる人事編の業を繼續し、其の起草を續行したが、「本邦ノ習慣ニ依リテ其ノ編纂ニ從事ス。」とある様(祕書類纂、法制關係、資料上ノ二八三)に、人事編は我國の慣習を調査する必要があつたのである。又同年の十一月二十九

日に到りて磯部四郎、熊野敏三を「民法第二編第三編元老院議定ニ付シ候ニ付内閣委員ヲ命ス」として、元老院に廻付せられし民法草案の説明の爲めに、内閣委員に命じたのである。然るに上述の様に草案は元老院の院議に附せられる事なく法制局に返付せられる事となつたのであるが、其の理由として磯部四郎の「記憶談」には次の如きものを擧げてゐる。即ち

併シナカラ後ニ至リテ草案返付ノ理由カ分リマシタ、ソレハトウイフ譯テアツタカトイフト、丁度其當時カラ條約改正ノ問題カ起ツテ來マシテ井上侯爵カ外務大臣トナツテ、法律取調局トイフモノヲ外務省ニ置カレ總テ法律ノ草按ヲ外交談判ニ明示シテ我帝國ハ斯塔ノ如キ立派ナ法律ヲ布クノテアルカラ、國際上治外法權ナル亂暴ナルモノヲ爾來維持スル必要ハナカラウトイフコトヲ以テ頻リニ法權ノ撤去ヲ促カシ、中略、今更ラ考ヘルト變テコサイマスカ當時政府ハ條約改正ニ際シ實際國ニ於テ治外法權ヲ拋棄スルニ至レハ斯カル立派ナ法律ヲ實行スルモ宜シカラシカ、若シ然ラスシテ從來ノ如ク法權ヲ維持スルニ於テハ敢テ新法ノ作成ヲ急クノ必要ナシト考ヘタル所ヨリ法按ノ議事ヲ中止シテ總テ之ヲ外務省ノ法律取調局ニ送付シタルモノト承ハリ居リマス、

右の磯部の「記憶談」には少しく説明を要する點がある。實は條約改正問題と法典編纂とは寺島宗則が外務卿たりし時より密接な關係を有する問題となつて居た。併し寺島宗則は當時尙我國では法典編纂の事が完成してゐなかつた爲めに、關稅權の回復のみを先づ計畫し、九年一月以降米國と其の交渉を繼續してゐたのである。然るに寺島が十二年九月文部省に轉じ、井上馨が條約改正事業を繼承するや、井上は政府に於ける法典編纂事業(十三年に刑法、治罪法の制定、十三年四月民法編纂局設置、十四年商法編纂委員を置く)と並行して法權

の一部を稅權と共に回復せんと企圖したが、十九年六月の條約改正會議に英獨が合併して英獨案(Anglo-German Project)を我國に提出し、其の第二條に、二年以内に我國は泰西の主義に従ひ諸裁判所の章程と共に、刑法、治罪法、民法、商法、海上法及び爲替手形に關する法、訴訟法、身代限法其他一切の法典を編輯す可き事を要求して來たのである。故に此等の法典の編纂が成功せられざるに於ては、英獨を初め他の諸國は到底我國の條約改正に應せざるは明白であつたから、井上は法典編纂事業を外務省自らの手にて行はんと決意し、これを政府に上申し、政府亦井上の要請を認め、八月六日となりて省中に法律取調委員會を設置し、自ら其の委員長となつたのであつた。故に元老院内の民法編纂局にて、前後六ヶ年の永き時日を費して、苦心慘膽の結果、脱稿したる民法草案も、元老院の審議を経ず、空しく外務省中の法律取調委員會の手に移され、他の諸法典との重複、矛盾等が存在するや、否やを調査せしむる事となつたのである。併し十九年三月三十一日民法編纂局が廢せられし後、上述の様に司法省に其の業は繼承されたのであつたが、司法省に於ける民法草按編纂委員は、外務省に法律取調委員會の設置せられし後に於ても、尙暫時其の人事編の編纂起草を繼續してゐたものであらう。けれ共、人事編の起草も二十年四月十八日以後は外務省に移管せられる結果となつてゐる。かくて外務省法律取調委員會に於ける法典編纂事業が此處に開始される事となつたのである。

外務省の法律取調委員會は上述の様に、十九年八月六日に設置され、委員長は外務卿井上馨であり、委員は特命全權公使西園寺公望、司法次官三好退藏、内閣法律顧問ボアソナード、司法省雇法律顧問カーコード (Wm. Montague, H. Kirkwood)、同ルードルフ (Rudolf, Otto) が任せられ、尋いで法制局參事官今村和郎、司法大臣秘書官栗塚省吾、司法省參事官本多康直、司法省書記官出浦力雄、公使館書記官兼外務省參事官都筑馨六を法律取調委員書記となし、翌二十年四月に到りて辦理公使陸奥宗光を法律取調委員副長に元老院議官箕作麟祥、内閣雇法律顧問ロエスレル (Karl Friedrich Herman Roessler)、同モツセ (Albert Mosse)、法律取調委員會雇ベルマン (J. Bergmann)、全權公使蜂須賀茂韶等を新に法律取調委員に、又公使館書記官兼外務省參事官加藤高明を取調委員書記に追加任命して委員會の陣容を擴大し^④、委員長井上は非常なる熱意を以つて法典編纂事業に邁進せんとしたのであつた。然るに他面、條約改正の第六回豫備會議^(十九年六月十五日)となりて突然に英國公使プランケット (E. R. Plunket) 及び獨逸公使ホルレーン (Dr. von Hölleben) は連名して内地開放、法權回復を基礎とする一案を提出し、姑く通商航海條約の改正を、裁判管轄條約より分離して議せんと提議するに到つたのであつたが、我亦此の提議に應じ、二十年四月一日の會議に於て先づ裁判條約のみの議了を見る事となつたのであつた。然るに右條約の第一條及び第二條に於て外人の内地雜居、内外人の權利平等を認め、且つ第七條に我裁判所に外人法官を任用する事を定め

てゐた爲め、國內の輿論は強硬にこれに反對し、此れが爲めに井上は遂に二十年七月二十九日に列國に對して改正條約調印の無期延期を提議せざるを得ざるに到り、ついで其の責を引いて九月十七日に外務大臣の職をも辭する結果となつた。斯の如き次第なるを以つて井上の下に於ける法律取調委員會も僅かに裁判所構成法を議了せしのみで^⑤、大なる効果を擧げず、終止符を打つ事となつたのである。

井上の挂冠後、一時、外務大臣は伊藤内閣總理大臣が兼攝したけれ共、法典調査は條約改正の達成の爲めにも、且つ又法治國家の形態を完成する爲めにも、これを繼續して行ふ事に廟議が一決した^⑥。併し從來の如く、其の本務にあらざる外務省にて法典の調査を行はず、司法省に此れを移管する事になり「そこで當時の司法大臣の山田顯義伯を伊藤公が呼んで段々話をしたが、山田さん仲々承知をされなかつた、けれども之はどうしても司法省でやらなければならぬと云ふことで最後に到頭山田さんも同意された、^⑦と金子堅太郎も述べる様に、再び法典編纂事業は司法省に移管されたのである。かくして二十年十月に新たに法律取調委員會 (Dès la fin d'octobre 1887, une Commission relevant directement du Général Comte Yamada, Minister de la Justice, pour achever l'oeuvre de codification) を山田司法大臣委員長の下に開催され、「本邦ノ法律ハ須ラク邦人ヲシテ之ヲ議セシムヘシ之ヲ議スルニ學識ト經驗トヲ要ス此二

長ヲ兼ヌル者蓋シ得カタシト因テ委員ヲ改選シ之ヲ元老院議官及ヒ裁判官ニ取り員ヲ増シテ十四人

ト爲ス^⑧とある如く、先づ法律取調委員十四名を元老院議員及び裁判官より拔擢した。其の十四名は左の如くであつた^⑨。細川潤次郎、箕作麟祥、榎村正直、清岡公張、鶴田皓、尾崎忠治、尾崎三良、西成度、渡正元、村田保、三好退藏、松岡康毅、南部甕男、北島治房で、此の内元老院議員は細川、箕作、榎村、清岡、鶴田、尾崎三良、渡、村田等であり、尾崎忠治は大審院長、西成度は東京控訴院長、三好退藏は司法次官、松岡康毅は大審院民事第一局長、南部甕男は司法省民事局長、北島治房は東京控訴院検事長を奉職せる者であつた。更に『解難』は此の間の事情に關し次の如く説明してゐる。即ち

伯以爲ラク原案多ク外人ノ手ニ成ル故ニ外法ニ通スル者及ヒ實際ニ熟スル者ヲ延テ査定セシメサル可カラスト乃チ法學者裁判官二十餘名ヲ拔テ之カ報告委員ト爲シ外人ニシテ猶ホ委員ノ名ヲ帶フル者アリト雖モ專ラ起草ニ從事セシメ委員會議ニ列セシメサリキ

既に一應註記した様に右の『解難』は山田法律取調委員長の下に於て選拔せられし法律取調報告委員の一人なる今村和郎の著す所であり、且つ二十年十月に同會が組織せられし時より餘り隔たざる二十三年七月の出版であるから、法律取調委員會の事を記せる右の『解難』の記事は相當信憑するに足るものであらう。「法典(民法商法)ノ編纂及其公布」^⑩を見るに『解難』が「法學者裁判官二十餘名ヲ拔テ之カ報告委員ト爲シ」と記してゐる法律取調報告委員は最初二十數名なりしも後には三十

一名となりしものであつて、其の姓名を列記すれば左の如くであつた^⑪。もとより、此等三十一名の者は、一時に任命されたものでなく、早き者は二十年十一月四日、遅き者は二十一年五月二十五日に任命されてゐる。黒川誠一郎、河津祐之、磯部四郎、光妙寺三郎、栗塚省吾、長森敬斐、今村和郎、本尾敬三郎、進十六、寺島直、奥山政敬、岡村爲藏、小松濟治、黒田綱彦、渡邊廉吉、木下周一、岸本辰雄、高野眞遜、長谷川喬、熊野敏三、出浦力雄、龜山貞義、井上正一、宮城浩藏、三坂繁人、波多野敬直、今村信行、加藤高明、都筑馨六、工藤則勝、曲木如長であつた。右の三十一名中、河津は司法省刑事局長、磯部、光妙寺は何れも大審院刑事第二局検事、栗塚は司法大臣官房秘書官、長森、今村和郎、本尾、木下は何れも法制局參事官、進、長谷川、三坂、今村信行、工藤等は東京控訴院評定官、寺島、奥山、岡村は大審院評定官、小松は司法省民事局次長、渡邊は法制局參事官兼警視廳參事官、岸本、高野、熊野、龜山、井上、宮城、曲木等は何れも司法省參事官、出浦は司法省書記官、波多野は司法省參事官兼書記官、加藤は外務省大臣官房秘書官兼外務省參事官、都筑は外務省大臣官房秘書官であつたが、黒川、黒田の二法律取調報告委員は何れも麻布區飯倉片町二番地、麴町區元園町一丁目六番地に住居せし事は明かとなつたが其の職掌を検出し得なかつたけれ共、黒川は『加太邦憲自歴譜』^(五頁)に依れば當時司法省の課長であつたであらう。今村和郎が右の『解難』に於て「法學者」と指稱するのは一見すれば東京帝國大學法科大学より法學者

が參加して居る如く考へられるが、左様ではなくして、右の法律取調報告委員の中、磯部、栗塚、岸本、熊野、龜山、井上、宮城は何れも九年七月の司法省明法寮法學校の第一回卒業生であり、殊に龜山を除く他の六名は其の成績優秀なる故を以つて選拔せられ佛國に留學せし者であつたし、黒川、河津、磯部、光妙寺、栗塚、奥山、黒田、岸本、熊野、龜山、井上、宮城、曲木等は何れも佛學會の會員にして佛法學者の代表者とも稱し得る斯界の重鎮であつた事を指稱してゐるのである。尙、當時法學者の錚々として其の名高かりし加太邦憲、一瀬勇二郎、高木豊三、古賀廉造等は洋行中なりし故に右の人選中には其の名を列ねてゐない。説明する迄もなく、右に列擧せし全部の者が總て民法の編纂に關與せしものではなく、各々民法、商法、訴訟法、刑法、治罪法の編纂を分任したのである。尙右の『解難』に「外人ニシテ猶ホ委員ノ名ヲ帶フル者アリト雖モ專ラ起草ニ從事セシメ委員會議ニ列セシメサリキ」とあるは實に山田顯義の卓越せる識見に基く方針を示したるものと云ふ可く「法典(民法)ノ編纂及公布」にも

上略、而シテ原案ノ起草者ハ法律顧問ヲ以テ之ニ充テ即チ民法ハ佛人ボアソナード商法ハ獨人ロエスレルトス。と記するが如く、後述する様に人事編及び人事編に關係ある條項を除く其他の原案起草者は、依然として佛人ボアソナードであつたが、ボアソナードは單なる原案起草者に過ぎずして、會議に列席し得なかつた事は大に注意を要する點である。

扱て山田顯義の委員長の下に開會せられたる法律取調委員會の狀態を少しく吟味して見よう。此の點に就いて更に『解難』の記載する所を見て置き度い。即ち

委員ノ議定ニ付シタル民法案ハ曩ニ大木伯上申セシ所ノ財産篇、財産取得篇及ヒ爾來起草セル債權擔保篇、證據篇ナリ之ニ人事篇、相續法、夫婦間財産契約法ヲ加ヘタリ初メ民法ヲ起草セントスルヤ先ツ全部ノ篇章ヲ議定ス即チ民法ヲ大別シテ五篇ト爲セリ第一篇人事篇第二篇財産第三篇財産取得第四篇債權擔保第五篇證據是ナリ然ルニ人事ニハ本邦固有ノ慣行多ク外人ニシテ此法ヲ起草スル甚タ難シ又財産取得篇ノ中相續、贈與、及ヒ夫婦財産契約ハ人事ト關係密接ニシテ亦其起草ヲ外人ニ委ネ難シ故ニ人事篇及ヒ相續贈與夫婦財産契約ノ諸章ハ皆邦人命シテ之ヲ起草セシメタリ

報告委員ハ民法、商法、訴訟法、刑法、治罪法ヲ分任シ慣例ト實際トニ照シ西國ノ例ニ參シ以テ原案ヲ審查セリ案成ル毎ニ之ヲ委員總會ニ提出シ報告委員會ノ意見ヲ主持シテ討議ヲ盡シタリ而シテ委員會議ノ決スルヤ委員及ヒ報告委員ニ抽キ特別委員ヲ設ケ字句ヲ修改シ前後ヲ整頓セシメ以テ案ヲ成スニ至レリ

初メ山田伯ノ委員長ニ任スルヤ一年ヲ以テ民法、商法、訴訟法ノ三典ヲ議了センコトヲ期シ廿一年十二月ニ至テ其業ヲ果セリ(此間伯自ラ委員ヲ統督シ常ニ議長ト爲リ夜以テ晷ヲ繼キ或ハ且ニ達セシコトアリシト云フ)

右の『解難』の記事は二十年十一月五日以後の法律取調委員會の狀況を最も簡單明瞭に説明してゐるものであらう。山田は「法典伯」の名に乖かず熱烈なる意圖を以つて、法典編纂の事に當つたのは、それは一に金子堅太郎伯も述べる様に②、「二十三年の十一月に議會の開ける前に此民法、商

法、民事訴訟法、裁判所構成法を司法省で作る一必要があつたからであらうが、且つは又條約改正を達成する爲めにも、可及的に早く此等諸法典の調査結了をなさねばならなかつたからである^②。かくて山田は一夜以テ晷ヲ繼キ或ハ旦ニ達セシヨアリ」と云ふ様な殆ど徹夜を行ふ位の意氣込で法典調査事業に従事した。此の點に就き磯部の「記憶談」には「取調委員中法律ヲ心得テ居ル者ニハ委員會ニ於ケル議決權ヲ與ヘス其心得ナキ委員ニハ議決權ヲ有セシメタ」と述べる様に^③、一元老院議官、或ハ行政裁判所々長ノ植村君、或ハ大審院長ノ尾崎君等一は議決權を有した。何となれば「此方々ハ我帝國古來ノ法律思想ハ澤山アツタラウガ泰西ノ法律思想ハ殆ント無イ方アツタ」故に此等の者に委員總會に於ける議決權を與へて、徒らに議論が百出し調査が遅延する事を回避する策を採つたのである。故に一當時仕事師ヲ以テ目セラレタ若手ノ書記官連ハ報告委員ノ名稱ノ下ニ於テ唯委員會ニ諸案ヲ提出シ之ヲ説明スルニ止マリ一言半句取捨ノ議論ヲ戰ハス權能ヲ有セサリシモノ」であつた。山田は民法を大別して第一編人事編、第二編財産編、第三編財産取得編、第四編債權擔保編、第五編證據編に分つ事としたとせられてゐるが、此れ説明する迄もなく、ガイウスの法律書及びユスチニアヌス帝の *Institutiones Justinianae* 編纂の主義を採つた所謂羅馬式 (*Institute System*) によつてゐるものであつて、*Institute* 法は人事法 (*Personae*) 物件法 (*Res*) 訴訟法 (*actiones*) の三編分類法を採用してゐた。我民法編纂當時の歐洲各國の民法は大體此の主義を採用したもので、

例へば佛蘭西、普魯西、奧太利、和蘭、露西亞、伊太利、西班牙及び白耳義民法草案等は何れも羅馬式に準據してゐた。佛蘭西民法は羅馬法に比すれば、訴訟法を削つたが財産篇を二分して三篇となし、第一人事篇、第二財産篇、第三財産取得篇と分ち、普魯西民法も第一人事篇、第二財産篇、第三義務篇と分つてゐた^④。我國亦此れに倣ひ、此の羅馬式を採用したもので、此れ従前より佛蘭西民法を母法として、我民法が編纂されてゐた沿革を踏襲したものである事は説明する迄もない事柄であらう。併し注意せねばならない事は此の編別の順序は何等公的のものではなく我國に於ては實は各編は別々に獨立に編制され、其の編別上の公的なる主義を知る事が出来ないものである。併し『解難』が右に説明する様な五編の順序を記してゐるから、大體羅馬式を採用せんとした事は間違ひなき處で、右の順序に編別される筈であつたと想像されるのである。而して財産編、財産取得編の大部分は既に大木喬任の主宰せし民法編纂局に於てポアンナードの原案によりて其の成案を得たるものあり、尙、債權擔保編、證據編亦ポアンナードによりて從來より起草されてゐたものがあつた。而して以上の諸編は磯部四郎等によりて邦文に翻譯されてゐたものであらう。然るに人事編に就いては磯部の「記憶談」に^⑤

人事編ト相續編トノ二大事項ニ付キテハ未タ何等ノ法按ノ存セサリシヲ以テ人事編ハ熊野敏三君ヲシテ起草セシメ又相續編ハ私カ起草ノ命ヲ奉シマシタ、其案ハ定メテ無茶苦茶ナモノテ御座イマシタラウカ併シ現行民法ノ相

續編ト大差ナカリシ様ニ思ヒマシテ心竊カニ光榮トシテ喜ンテ居リマス、

と述べてゐる。右の言辭は其儘信用して良いであらうか。元來、右の磯部の「記憶談」は頗る記憶違ひの多いものである事は既に再三其の検討を了した所からも推察出来るのである。「解難」も上述せし様に「人事ニハ本邦固有ノ慣行多ク外人ニシテ此法ヲ起草スル甚タ難シ又財産取得篇ノ中相續、贈與、及ヒ夫婦間財産契約ハ人事ト關係密接ニシテ亦其起草ヲ外人ニ委ネ難シ」と云つてゐる様に^①人事編及び相續編に當る可き部分は日本人が起草したものであるが、果して磯部の言の如く熊野と磯部の二人が起草したものであらうか。今假りに手元に在る『民法草案人事編理由書』^②を披見するに、
「自法例第一條 至民法第九十五條」 法律取調報告委員 熊野敏三起稿（上卷）、
「自第九十六條 至第二百六十五條」 法律取調報告委員 熊野敏三起稿（下卷）、
「自第二百六十六條 至第三百九十一條」 法律取調委員 光妙寺三郎起稿、
「自第三百九十二條 至第四百三十五條」 法律取調委員 熊野敏三起稿、
「自第四百三十六條 至第五百十條」 法律取調委員 高野眞遜起稿」と明記されるのであつて、磯部が人事編を熊野敏三が起草したとしてゐる事は何等かの間違ひがあるのではないかと思ふ。熊野が起草したのは法例及び人事編中の「第一章私權ノ享有及行用」以下「第八章親權」迄及び「第十三章住所」「第十四章失踪」の十章で、「第九章後見」以下「第十一章禁治産」迄の三章は光妙寺の起草、「第十二章戸主及ヒ家族」は黒田の起草、「第十五章身分證書」は高野の起草であるのである。即ち熊野の起草部分は量的には全體の大

部に當つてゐるが、併し光妙寺、黒田、高野等の協力者もあつたのである^③。尙『民法草案獲得編第二部理由書』を見れば磯部四郎と井上正一が此の部分的分擔して起稿してゐる（自千五百一條、至千八百三十七條、至千九百六十八條、井上）。此の部分は人事編と密接に關係を有する部分なるが故に特に磯部と井上とが起稿したもので、『解難』が上述した様に「財産取得篇ノ中相續、贈與、及ヒ夫婦間財産契約ハ人事ト關係密接ニシテ亦其起草ヲ外人ニ委ネ難シ故ニ人事篇及ヒ相續贈與夫婦財産契約ノ諸章ハ皆邦人ニ命シテ之ヲ起草セシメタリ」と述べてゐる點である。又此の點は右の磯部の「記憶談」の「相續編」に當る部分なのである。而して既に一應述べて置いた通り、法律取調報告委員は全部民法の調査を擔任したのではなく、磯部、光妙寺、栗塚、今村和郎、黒田、高野、熊野、宮城等は少なくとも民法の調査を分任した者であらう。『民法草案物權ノ部第一回議事筆記』以下現在司法部に保存せられる多くの議事筆記録を讀むに、愈々其の感を深くする證左が存在してゐる。かくして會議は二十年十二月（原本日を缺く。併し第二回會議は五日、第三回は六日に開かれてゐるから、四日ではなからうか）某日午前九時より開催され、民法草案第二編財産編（自五百一條）より審議が開始されるに到つた。而して「物權ノ部」を二十二回にて審議終了、二十一年二月八日の第二十三回より「財産編人權ノ部」の審議を開始し、四十一回に到りてこれを終了、二十一年三月二十八日の第四十二回より四十四回迄の前後三回で先づ「財産編取得編」の審議を終り、四月九日の第四十五回より始まり四十九回迄の五回を以つて「民法草案財産編中用收權ニ關ス

ル議事」を行ひ^⑩、四月二十三日の第四十九回より以後七十一回迄の間に再び「財産編取得編」の議事を繼續し、七月十七日の第七十二回より八十四回の間に「債權擔保編」の議事を了し、二十一年九月二十五日に自五百一條より至千二百七十五條の七百餘條の審議を先づ終了した。此の間に宮城、今村、三島^(坂カ)、栗塚等の報告委員は委員總會に出席して一々原案の説明をなし、南部、松岡、清岡、箕作、鶴田、尾崎、村田、渡、西、横村、三島^(好カ)、北島等は種々質問應答を爲して審議を繼續してゐるが、審議は先づ一ヶ條づゝ朗讀してドン／＼裁決されて行つたのである。かくて再調査の委員會は二十一年十二月二十五日に前後會を重ねる事四十四回を以つて終了し^⑪、『解難』が二十一年十二月ニ至テ其業ヲ果セリ^⑫と記す様に、二十一年十二月廿七日に山田委員長より内閣總理大臣に對し

民法草案財産編取得編擔保編證據編法律取調委員會ニ於テ議了候ニ付提出致候也

として、民法中財産編^(自第一條至第五百七十二條)、財産取得編^(自第一條至第二百八十五條)、債權擔保編^(自第一條至第二百九十八條)、及證據編^(自第一條至第六十四條)を議了してこれを内閣に呈した^⑬。而して山田委員長は同日に諸大臣、樞密院議長、元老院議長、參事、法制局長官へも各一部宛送呈してゐる。『解難』は此の點につき次の如く述べてゐる。

二十一年十二月財産編、財産取得編、債權擔保編、證據編ノ成案ヲ内閣ニ呈シ之ヲ元老院ニ下ス元老院乃チ委員

ヲ設ケ反覆審議シ廿二年七月ニ至テ其議始テ決ス其他法律制定ノ程式ニ從ヒ廿三年四月廿一日遂ニ天下ニ頒布ス是レ民法四篇成立ノ概略ナリ昨年憲法ノ公布ヲ見今年又民法ノ制定ニ遇フ誠ニ法律史上ノ盛事ナリ

『秘書類纂法制關係資料』の「法典^(民法)ノ編纂及其公布」を見るに此の個所は左の如く記してゐる。

二十二年一月民法中財産編(第一條乃至第五百七十二條)財産取得編(第一條乃至第二百八十五條)債權擔保編(第一條乃至第二百九十八條)及證據編(第一條乃至第六十四條)ヲ元老院ノ會議ニ付セラル。同院ハ七月ニ到リ之ヲ議定上奏セリ。

右の二書の記す如く、元老院は二十二年一月より提出されたる民法草案の審議を開始し、法律取調報告委員司法大臣秘書官栗塚省吾及び同大審院評定官寺島直は内閣より「民法元老院議定ニ付セラレタルニ付内閣委員ヲ命ス」として、元老院の審議に出席し草案を説明する爲めに内閣委員に任命されたのであつた。かくて二十二年七月に同院の議定を全部、終了し、上奏されるに到つた。

尙、人事編、財産取得編の殘部は二十三年一月十六日に法律取調委員長伯爵山田顯義の名を以つて内閣書記官長周布公平に宛てたる依頼狀に依るに

人事篇並ニ財産取得篇第二部草案ノ或ル點ニ付ピコット氏ノ意見諮問可致之處全篇重要ノモノニ付其全案ニ對シ同氏ノ意見相尋度候間可然御取計相成度別冊相添此段及御依頼候也

右の如く山田は内閣顧問ピコット(Sir Francis Pigot)の意見を徴する事を内閣書記官長に依頼し

たが、ピゴットは右の依頼に應じ彼の意見を述べ、山田に回答した。かくて民法草案人事編は廿三年四月一日に到りて法律取調委員會の議了を見たる上、山田委員長より内閣總理大臣へ提出され、同日、山田は各一部宛、親王殿下、各大臣、樞密院議長、宮中顧問官、元老院議長、樞密院顧問官、元老院議員、地方長官、大審院長、検事長、裁判所長、上席検事に送呈し、更に民法草案財産取得編殘部も四月廿一日に法律取調委員會の議了を見て内閣總理大臣に呈出され、右の者の外に樞密院書記官長、大學總長、大學教授、法制局長官等に各一部宛送呈された。此れより義、二十三年三月七日の樞密院書記官長伊東巳代治より山田宛の照會狀によれば、先づ民法人事編及び財産取得編第二部以外の⑤民法を審議する爲めに樞密院會議が開設されてゐる。即ち

民法及民事訴訟法會議來ル十一日開會候ニ付説明ノ爲主任者同日午前十時迄ニ御派遣相成度此段議長ノ命ニ依リ及御照會候也

右に對し法律取調報告委員出浦力雄の名を以つて伊東樞密院書記官長に對し民法説明員として箕作麟祥、今村和郎、寺島直を派遣す可き事を翌三月八日に回答し、樞密院の審議は三月十七日より開始されたのである。

ついで二十三年五月に到りて民法中人事編及び財産取得編が元老院の會議に付せられ、九月に到りて之を議定上奏したが一先是民法全部ハ既ニ樞密院ノ諮詢ヲ經タリ一とある様に、樞密院の諮詢

を經たる法律は漸次公布せられるに到つた。即ち二十三年四月二十一日の官報を以つて民法中財産編・財産取得編・債權擔保編・證據編を法律第二十八號として公布した。其の公布文は次の如くであつた。

朕民法中財産編財産取得編債權擔保編證據編ヲ裁可シ之ヲ公布セシム此法律ハ明治二十六年一月一日ヨリ施行スベキコトヲ命ズ

御名 御璽

明治二十三年三月二十七日

内閣總理大臣	兼内務大臣	海軍大臣	司法大臣	大藏大臣	陸軍大臣	文部大臣	逓信大臣	外務大臣	農商務大臣
伯爵 山縣有朋	伯爵 西郷從道	伯爵 山田顯義	伯爵 松方正義	伯爵 大山大巖	伯爵 榎本武揚	伯爵 後藤象次郎	伯爵 青木周藏	子爵 岩村通俊	

其後二十三年十月七日の官報に於て法律第九十八號を以て民法中財産取得編人事編を公布したが、其の公布は左の如くであつた。

朕民法中財産取得編人事編ヲ裁可シ茲ニ之ヲ公布セシム此法律ハ明治二十六年一月一日ヨリ施行スベキコトヲ命ズ

御名 御璽

明治二十三年十月六日

内閣總理大臣	伯爵	山縣有朋
内務大臣	伯爵	西郷從道
司法大臣	伯爵	山田顯義
大藏大臣	伯爵	松方正義
陸軍大臣	伯爵	大山巖
逓信大臣	伯爵	後藤象次郎
外務大臣	子爵	青木周藏
海軍大臣	子爵	樺山資紀
文部大臣		芳川顯正
農商務大臣		陸奥宗光

以上は即ち舊民法編纂過程の大様を述べたるものである。かくして舊民法はともかくも公布されたのであるが、はしなくも此の舊民法を中心として民法典論争を惹起する事になつたのである。次に少しく民法典の論争に到る過程、並びに其の論争の内容について吟味し度いと思ふ。

- ① 舊民法編纂過程に就いては星野通氏、明治民法編纂史の一齣、松山高商論集、第二號、第四號。尙、同氏、法學協會雜誌、第五十九卷第十一號。五十七卷第十二號參照。又岩田新氏、日本民法史等參看。
- ② 穂積陳重博士、法典論、二十一以下に其の全文掲載さる。
- ③ 民法典論争に関する資料は星野通氏編著、民法典論争資料集、上、下參照。中央大學五十年史、一一五以下、附録にも東京法學院の『法典實施延期意見』が掲載されてゐるし、其他例が多い。
- ④ 穂積、前掲書、上欄書出事項に據る。
- ⑤ 星野通氏、前掲民法典論争資料集、上、下二冊には頗る網羅的によく法典論争に関する資料を蒐集されてをり其の努力には敬服す可きものがあるが、必らずしも其の資料は全部とは云ひ難いものがある。此處に其の内、脱漏せるもの二三を紹介して補足して置き度いと思ふ。
- ⑥ 江藤南白、下、一〇五以下。
- ⑦ 的野氏、江藤南白、上の年譜に據れば南白が中辨となりしは二年十一月八日の事に屬するが（維新史、附録、明治重職補任四一に據れば七日である）、二年の官員録を見れば「東京府判官事江藤五位様」と見え、又、二年二月朔日の職員録では「從五位守平朝臣新平、江藤、中判事」と見え、同年八月十五日改の職員録にも「從五位守平朝臣胤雄江藤、中判事」とある。既に二年正月の官員録にも「判事、東京在勤、江藤五位」とあるのである。抑々官員が源平藤橘を名乗る事となつたのは二年七月八日の大寶令制の復活に基き中央官府を改革し、太政官制を採用せし時に出づるのであつて、既に江藤は二年正月に五位になつてゐたとせば的野半介氏の年譜に「十一月八日（二年）、從五位に叙し中辨に任ぜらる。」とあるは如何に解釋す

三 舊民法典編纂過程と舊民法典に関する論争に就いて

可きであらうか。併し江藤が東京府判事となつたのは元年五月十二日の事であらう。尙、「胤雄」とあるは嘉永元年、江藤新平、十五歳にして加冠し、「胤雄」と命名されたものである。

- ⑧ 大槻文彦著、箕作麟祥君傳、八九、尙、同書、二十年九月十五日明治法律學校授業初の式に於ける箕作麟祥の演説、一〇一。佛蘭西民法百年記念論集、五五以下に井上正一は「佛國民法ノ我國ニ及ホシタル影響」に於て次の如く述べる。即ち「明治三年正月ニ太政官ニ制度取調局ヲ置カレタノテアル。其長官ガ彼ノ果斷家トシテ有名ナル江藤新平君テアツタ。江藤長官ハ法律ヲ制定スルニハ屈強ナル方便アリト考ヘラレタ。夫レハ當時世界ニ名高キ佛國法典ヲ取り其中ニ就テ我國ノ事情ニ適合セザル條項ヲ削除シ之ヲ我國ノ法律トシテ公布シ發行スルト云フ方便テアツタ」と記す。「制度取調局」は「制度局」の誤である。尙、富井政章博士、民法原論、第一卷、六四。

- ⑨ 中田薫博士、「佛蘭西法輸入ノ先驅」、法學志林、十八ノ九ノ一以下参照。又、特に大井憲太郎の傳記に就いては平野義太郎著『馬城大井憲太郎傳』一三以下、又一〇以下参照。

- ⑩ 前掲箕作麟祥君傳、八八。尙、佛蘭西民法百年記念論集、五六参照。
- ⑪ 元老院勅任官履歷書なる元老院の野紙に記された箕作麟祥の履歷を見れば金百兩を太政官より下賜されたのは「十二月廿七日」である。

- ⑫ 上掲、元老院勅任官履歷書に於ては「八月廿五日」となつてゐるが、彼の自筆と推定される履歷書は總て（四通あり）「八月廿七日」となつてゐる。又、箕作麟祥君傳の年譜も「八月廿七日制度御用掛兼勅命セラレ」となつてゐる。姑く「八月廿七日」説に従ふものとする。

- ⑬ 江藤南白、下ノ一〇五。
- ⑭ 版心に東京上等裁判所なる文字の存する野紙に墨書されてゐる。原文訓點句讀點等總てなし、便宜、讀解の便の爲めにこれを附して置いた。又、「兵學大教授赤松則良」は朱書にて後に記入されたものと考へられるものである。但し、他の墨書と同筆である。

- ⑮ 箕作傳、八九に「當時、麟祥君、「ドロロ、シビル」と云ふ語を、民權と譯せしに、民に權ありとは、如何なる義ぞ、など云ふ論起りて、麟祥君、口を極めて辯解せしかど、議論烈し、幸に、會長江藤新平、辨明して、辛うじて會議を通じたりと云ふ」とある文意に通ずる。尙同書、一〇二参照。江藤南白、下ノ一〇六より一〇七。

- ⑯ 元老院勅任官履歷書を披見するに、此等の者にして後年元老院議員となりし者にして當時、特に「制度取調兼勅」を命ぜられてゐる者を明白にする事が出来るが、併し制度局の全員が民法會議に列席したものではないであらう。江藤南白、上ノ四五六及び星野、松山高商論集、昭和十四年第二號、六五を對比参照。

- ⑰ 八九以下。殊に九〇。
- ⑱ 殊に本所藤代町への移轉は年譜に據るに、五年十月廿九日の事に屬する。これより以前四年二月二十日に下谷長者町一丁目に移り住した。尙、本文、五四以下。

- ⑲ 前掲、東京上等裁判所記録。以下「一記録」とあるは總て本資料を指す。
- ⑳ 一〇二以下。尙、佛蘭西民法百年記念論集、五七に於ては「佛國民法典ノ翻譯ガ出來マシタノテ制度取調局ニ於テ逐條討議セラレツ、アツタノテアルガ明治四年制度取調局ガ左院ニ移サル、ニ及ムテ其討議ハ中止トナリマシタ」と記されてをり、左院に於ける民法會議は大なる成果を見なかつたと解せねばならない。江藤南白、下ノ一〇七にも「其後左院の設立あり、議院、及制度局を併せて、立法事務を總括するや、南白は其副議長として會議を整理せしが、又制度局の例を趁ひ、民法會議を開き、其調査に着手しつゝありしが、南白の轉じて司法卿となるや、初めて組織ある法典編纂局を設けて五法の編纂を完成せんことを期したりき。」と記してゐる。

- ㉑ 江藤南白、上ノ六一七以下に當時の左院議員の名を列記するが、此等の内、何人が左院の民法會議に列したか全然不明である。併しおそらく中議員細川潤次郎、大議生生田精、少議員永井玄蕃等は出席したものであらう。
- ㉒ 九〇。尙、同上、一〇二以下参照。江藤南白、下ノ一〇七以下参照。江藤司法卿の着任後法典編纂に關する決意の演説は法學協會雜誌、第三十一卷、一四〇一以下「民法編纂ノ由來ニ關スル記憶談」磯部四郎述參照。尙、後にも引用する『解難』

には此の點を次の如く記してある。五年四月江藤氏轉シテ司法卿ト爲ル時ニ訴訟ノ外國ニ交渉スル者甚タ多シ是ニ於テ深ク治外法權ノ弊害ヲ悟トリ日夜苦慮之カ祛除ヲ計ル一旦發明スル所アリ曰ク苟モ我法典ヲ改纂シ彼ト同一ノ法律ヲ施行シ裁判ノ制ヲ革正セサレハ此弊害ヲ除クヲ得可カラスト既ニシテ復タ自ラ疑問ヲ生ス曰ク西國ノ法一朝ニ之ヲ我國ニ行ハントス或ハ事理ニ悖戻スル者ナキヲ保タンヤ且ツ模倣シテ之ヲ頒布スルモ國人盡ク知會スルヲ得サル可シト之ヲ佛國人「アスケ」氏ニ質ス（是ヨリ先左院議長今ノ逕信大臣後藤伯法律ノ顧問ヲ左院ニ置ント欲シテ法學士ヲ西國ニ徵ス即チ「アスケ」是ナリ我國西人ヲ以テ法律ノ顧問トスルハ蓋此ヲ始トス）「アスケ」氏曰ク西國ノ法決シテ奇怪ノ主義アルニ非ス所謂天理人道ヲ以テ根柢ト爲シ數年ノ經驗ヲ歷テ而シテ制定セシ者其理タル蓋萬國ニ通シテ行フヲ得可シ抑法律ノ知會シ難キ豈獨リ日本ノミナランヤ西國ト雖モ之ヲ學フヲ數年而シテ始テ其要領ヲ知ルヲ得人民何ソ悉ク之ヲ知ラン惟タ判事タリ代言人タル者僅ニ之ヲ知會シ以テ人民ノ冤抑ヲ伸ヘ權利ヲ保ツアル而已ト爾後往復數回大ニ悟ル所アリ曰ク彼言善矣斷シテ之ヲ言フ可シト乃チ銳意法典ノ編纂ニ從事シ「アスケ」氏ヲシテ其事ヲ助ケシメ二三ノ法案漸ク成リ乃チ之ヲ施行セントス然ルニ邦人未タ西法ニ熟セサルヲ以テ西國ヨリ判事六十人ヲ聘シ裁判所ヲ全國ニ布設セントス因テ司法省ノ歲額六百萬圓ヲ要求スルニ至レリ（此時歲額四拾六萬圓タリ）當時江藤氏ノ果斷ヲ非トシ其策ヲ論難シテ朝野莫然タリ」江藤は既に本文に於て説述した様に三年の制度局に於ける民法會議に於ても「佛國ノ法典ヲ取り其我國ニ行ヒ難キ條項ヲ除キ以テ我法典ト爲サント企圖シタ」のであつて、彼は資性敏急であつて急速に民法典を編纂せんとしたが、彼が五年司法卿に轉じたる後、司法省に民法會議を開催し、愈々西歐法、殊に佛民法を我民法に敷き移さんとする決意を毫も變ぜざりしはアスケの意見によりて益々確心付けられたものであると説く事實は他書に見えない點である。又、西歐人を招聘して我裁判所の判官たらしめんとし、輿論の大なる反對を受けし事も亦、他書には見えざる所であつて、彼江藤の性質を最も明白に示す一端であらう。

⑳ 坊間流布する和装の『佛蘭西法律書』がある。原本はロワイエール・コルラール氏の合纂せるものである。『箕作麟祥君傳』一〇三に「五法を、上卷下卷と、二冊にして、西洋風の本としました」とあるが、おそらく此れは稍遅れて出てゐる二冊本洋装の『佛蘭西法律書』であらうと推察される。若し然りとせば、此れは明治八年四月翻譯局譯述、印書局印行とあるもの

であつて、内容は六年八月刊行のものと同じである。此書は其後九年二月、十一年七月、十五年六月等數度續刻され、十六年五月にも再版されてゐる。洋装ではあるが、十一年七月の分は皮装の當時としては豪華版であるに比し、十五年の分は單なる黒色の布装であり、印刷も亦前者に稍劣る所がある。併し箕作麟祥君傳、八八に見ゆる様に、麟祥が大學南校にありし頃「政府より、佛蘭西刑法の翻譯を命ぜられて成り、尋で、民法商法、訴訟法、治罪法、憲法なども譯して成り、而して文部省にて之を開板せり」とあるは明治四年大學南校刊行のものを指すのである。

㉑ 民法假法則は *z. c. m. X. i. q. m.* 藍假表紙本で頁は三十九頁迄打たれてゐるが四十二頁の小冊子である。表紙中央に「民法假法則全」と題箋が附され内容は毎頁十一行毎行三十字の活字組版本である。前加條目が六ヶ條あり、民法假法則は身分證書、第一卷身分證書取立ニ付テノ要務（自第一條至第七條）、第二卷身分證書簿冊及ヒ身分證書ヲ記載スル事（自第八條至第三十三條）、第三卷出產證書（自第三十四條至第四十條）、第四卷婚姻證書（自第四十一條至第五十條）、第五卷離縁證書（自第五十一條至第五十三條）、第六卷死去證書（自第五十四條至第六十四條）、第七卷身分證書ノ改正及ヒ遺漏ヲ記入スル事（自第六十五條至第六十八條）、第八卷皇族身分證書（自第六十九條至第七十一條）、第九卷布告前ニ係ル身分證書ヲ取立ル事（自第七十二條至第八十八條）よりなり、戶籍法に屬する條文である。江藤南白が戶籍法に關する法の發布を重視した事は、彼の「司法卿を辭する表」にも「各民の位置を正すの要用たる取調物」と誌されて見えてゐる。南白江藤新平遺稿後集、五五。江藤南白、下ノ一〇。

㉒ 江藤南白、下ノ一〇に「民法草案の儀は、殆ど三度迄押返し取調候次第にて、此節は、御雇佛人アスケ、ジズスケを參合の助とし、裁判事務、警保事務、其外、實際上を目的とし、福岡大輔、松本權大判事、玉乃權大判事、細川中議官、楠田明法權頭、島本警保頭、得能權大檢事と會議仕り、已に民生證書の草案丈は無程出來之管に相成申候。」と見える。

㉓ 元老院勅任官履歷書、楠田英世の條。彼は既に三年十一月に「毎月二七日日第二字ヨリ國法御會議ニ付仕被仰付候事」として、「國法御會議」出仕を命ぜられてゐる。おそらく此の「國法會議」は法典編纂會議であらう。其後「國法御會議」は四年七月二十九日の太政官職制の改革に依りて廢止された。爾來彼は四年八月五日には司法少判事制度御用兼勤、同月十七

日司法中判事、十一月五日に明法權頭、五年七月二十日には司法大丞、八月五日には司法大檢事兼任となり、司法省明法寮長官として明法寮が八年五月四日廢止せらるゝ迄、後には明法頭として直接、法律學研究の事務を執掌した所である。加藤弘之も三年十一月二十七日に「毎月二七ノ日第二字ヨリ國法會議ニ出席被仰付候事」と命ぜられてゐる。

- ②⑦ 江藤南白、下ノ一〇七。磯部四郎「民法編纂ノ由來ニ關スル記憶談」法、協、三一ノ一四〇〇に見ゆる江藤新平の司法卿就任演説の内容参照。尙、箕作麟祥君傳、九〇、一〇二、一一一、等を見るに夫々「佛蘭西の民法を取つて、日本の民法とすべし」とか「其時、江藤司法卿は、間違ひだらけの翻譯書を、手本にして、日本の民法を作ると云つて、」とか「佛蘭西民法と書いてあるのを、日本民法と書き直せばよい、さうして、直ちに頒布しよう」とか記されてゐる。江藤の銳意果斷なる性質の片鱗を示すものであらう。

- ②⑧ 法曹會雜誌、第十一卷、第一號、二八。尙、穗積陳重、法窓夜話、二〇八以下。

- ②⑨ 箕作麟祥君傳、四〇。殊に三九「麟祥君、俄に佛蘭西學に志し、蘭佛英の對譯辭書に因て、其學を研究すること、二三箇月なりき」と見える。

- ③⑩ 江藤新平は六年四月十九日參議に任ぜられて、司法省を去つた。彼が司法省を去つた後に自然消滅的に民法會議も消滅したものと解せられるが、此の事を「而ノ其事遂ニ成ラズ」と記してゐるものであらう。

- ③⑪ 江藤新平が在職中になれる法典の内、最も有名なるは改定律例であるが、其他に憲法類典と稱する慶應三年十月より明治五年十二月に到る法規輯録、及び訴訟法規もあつたと記されてゐる。江藤南白、下ノ一一一。

- ③⑫ 元老院勅任官履歷書に據る。

- ③⑬ 富井政章著、民法原論、第一卷(十七版)、六四以下に「明治六年十月故大木伯司法卿ト爲ルヤ江藤氏ノ遺志ヲ繼キ司法省内ニ刑法編纂及ヒ民法編纂ノ二課ヲ置キ箕作氏外數名ノ士ヲ擧ケテ其業ニ從事セシム」とある。又『解難』に「六年十月今ノ大木樞密院議長司法卿ト爲リ江藤氏ノ所論極メテ理アリト爲ス乃チ其ノ緒ヲ續成シ民法ヲ起草セントシ箕作君等數氏ヲ延キ專ラ其ノ事ヲ執ラシメ三年ナラスシテ其草案成ル(明治九年六月草ヲ起シ同十一年四月成ル)」と記してゐるが、六年十月より三年にして草案がなつたのではない。

り三年にして草案がなつたのではない。

- ③⑭ 「民法編纂局」の版心ある十行朱線罫紙に墨書す。

- ③⑮ 「佛蘭西民法ノ我國ニ及ホシタル影響」井上正一、佛蘭西民法百年記念論集、五八。

- ③⑯ 併し『箕作麟祥君傳』一六六以下を見ると、主として民法の編纂に従事したのは司法權大書記官牟田口通照ではなくして、司法書記官箕作麟祥の様である。

- ③⑰ これも「民法編纂局」の版心文字ある十行朱線罫紙に墨書されてゐる。

- ③⑱ 本書は四六版、三四八頁の内に第一編、第二編を掲載してゐる。紙裝、背は綠色皮裝で「民法草案」の四字のみ金文字にて赤色皮の上に捺せられてゐる。

- ③⑲ 第三編財産所有權ヲ得ル方法の原本は未見である。併し星野通氏の「明治民法編纂史の一齣」(松山高商論集第二號)八〇以下を披見すれば、星野氏は「第三編も等しく洋裝刊本二冊より成て居るが筆者が通讀したのはその一部即ち第三篇總則六百二十六條より六百三十二條、第三卷「契約」九百三十九條より千六百六十二條、第四卷「契約ナクシテ生ズル義務」千六百六十三條より千七百七十九條までを含む一本である。」と記してゐられる。本文の括弧は星野氏の右の文に依つて補ふた。然るに『秘書類纂法制關係資料』上ノ二八二を披見するに第三編の第一卷乃至第四卷に當る部分が括弧に入れられてゐる。何の理由が此れを詳にし得ない。

- ③⑳ 上掲、星野氏論文、八一に據る。

- ㉑ 以下、岡田亥之三朗、舊民法編纂沿革、法曹會雜誌、九ノ六ノ四五以下。

- ㉒ 元老院勅任官履歷書を見るに楠田英世、津田眞道、箕作麟祥、又百官履歷書を見るに玉乃世履等が夫々四月三十日に民法編纂委員に任ぜられてゐる。

- ㉓ 九一以下參照。尙、一〇三、明治二十年九月十五日、明治法律學校に於ける箕作麟祥の演説。

- ㉔ 箕作麟祥君傳、一一一、三十四年八月三日の磯部四郎の談。尙、磯部四郎の「民法編纂ノ由來ニ關スル記憶談」を讀むに記

三 舊民法典編纂過程と舊民法典に關する論争に就いて

憶談である爲か、事實の誤も間々あり前後してゐる點も見當る。法曹協會雜誌、三十一ノ一三九九以下。『解難』はこの點を「時ニ機務多端未タ成案ヲ上ルニ違アラス然レトモ伯確ク民法ノ微ヘカラサルヲ信シ且ツ西國ニ行ハル、完全ノ法理ニ原ツクノ必要ヲ察シ更ニ民法ヲ起草セントス十二年其事ヲ佛人「ボアソナード」氏ニ命ス」と記してゐる。

④③ 岡田亥之三朗氏の「舊民法編纂沿革」によれば此の民法編纂局草稿は十三年六月二日に「民法編纂に付去ル五月二十六日御指令ノ旨ニ基キ別紙ノ通章程相定メ分課人員取究メ候條此段致御届置候也」と届出でられてゐる。

④④ 星野、前掲、松山高商論集、第四卷、八九以下。『解難』は「法律字典ヲ作り以テ讀書ニ便セント謀ル」と記してゐる。此れは民法編纂局第三課の職掌とする所であつた。

④⑤ 新聞集成明治編年史、第四卷、二一七、二三五、二六三、二六六、二七八等。尙、武山助雄の『法典編纂須急論』七頁に依れば民法の「第二ノ原案ハ明治十三年ノ起草ニテ稿成ルヤ之ヲ法科ノ教課ニ試ミ練習久シキヲ經ルノ間修正ニ修正ヲ加ヘ遂ニ第三ノ原案トモ稱スヘキ明治十五年ノ民法草案再閱修正書成レリ然レトモ猶之ヲ法科ノ教課ニ試ムルヲ以前ニ異ナラス傍ラ修正増補ニ從事セリ而シテ終ニ明治廿年十月ノ末ニ至リ」法律取調委員會が設立されたとしてゐる。果して然りとすれば十三年以後十五年の間に一應、ボアソナードの擔當せし部分は成稿を得てゐた事となり、又此の成稿は「法科ノ教課」として講義されてゐた事もあつたのであらうか。今日『再閱修正民法草案註釋』なる書が十六年のボアソナードの序文を付して司法省より出版されあるものを殘存してゐる。此の點は他に於ても觸れた。此の『再閱修正民法草案註釋』は右に於て武山助雄の云ふ「明治十五年ノ民法草案再閱修正書」を指すものと考へて差支ヘなきが如くである。

④⑥ 拙著、明治法制史論、公法之部、上ノ三五二以下参照。

④⑦ 民法編纂ノ由來ニ關スル記憶談、法學協會雜誌、三十一ノ一三九九以下。「記憶談」であるから往々前後してゐる個所や明白に誤りと思はれる所も存してゐる。尙、『箕作麟祥君傳』一一二以下。三十四年八月三日の「磯部四郎氏の談」参照。

④⑧ 明治文化全集、第八卷、法律篇、全國民事慣例類集、解題、風早八十二。

④⑨ 星野通、明治民法編纂史の一齣、松山高商論集、四號ノ八八。尙、今村和郎、龜山貞義合著の『民法正義』財産編第一部、

卷之壹の二七頁以下参照。

⑤⑩ 磯部四郎の上掲記憶談、一四一〇以下に當時法律上の新字を作製するに苦心せし状態を記してゐる。後年、即ち明治二十一年一月に到りて『民法應用字解』が元老院藏版にて出版された。其の凡例には「磯部四郎識」とある如く、磯部によりて書かれ其の「第一本書編纂ノ目的」に「凡ソ泰西ノ法律語ハ多クハ特別ノ意味ヲ有シ普通ノ字義ヲ以テ其意ヲ解ス可カラス況ヤ我カ邦ニ於テ漢字ヲ以テ歐文ヲ譯スル其固有ノ字義ト聯合スルコト能ハサルモノアルハ固ヨリ論ヲ俟タス因テ此書ヲ編成シ讀者ヲシテ民法用フル所ノ法語ノ眞意ヲ知ラシメント欲ス其純然タル法語ニ非サル者モ亦往々其解釋ヲ掲ケ以テ讀者ニ便ス但シ法律語ハ符號ヲ附シ之ヲ別ツ」とあり、第二の「本書名稱ノ理由」に「本書中ニ掲載スル各字ノ敷衍説明ハ我カ民法草案ノ各處ニ規定シアル事項ニ就キ法理ト實際トノ關係ヲ纂輯セシモノナリ故ニ其一語ノ説明ヲ熟讀セハ之ニ關スル法律全體ノ大要ヲ覺知スルヲ得テ普通字書ノ如ク僅ニ一片ノ釋義ヲ與フルニ止マラス因テ之ヲ名ツケテ民法應用字解ト曰フ」とある。而して二百八十丁に「部份」なる熟語の説明があるがこれ、磯部の「記憶談」の上掲、一四一〇以下に記す所と吻合する點である。

⑤⑪ 『箕作麟祥君傳』一二四、三十四年七月二十四日の津田眞道の談話。

⑤⑫ 同上、一〇三。

⑤⑬ 同上、一二五。

⑤⑭、ボアソナードは尙、十三年に『佛國民法期滿得免篇講義』(一瀬勇三郎譯)、『佛國民法契約篇第二回講義』(岩野新平譯)等の講義を行つてゐる。

⑤⑮ 婚姻財産契約篇、上、下が十五年三月に、契約篇、上が十四年十二月、下が十五年二月に、貸借篇が十五年四月に、自貸付篇至拘繋篇が同年、自抵當篇至存留抵當篇が十五年八月に、賣附篇が十五年三月に、前加篇、第一が十三年二月、第二が十四年五月に譯されてゐる。斯の如き相當大部の書が譯されるに到つた事は注意す可きで、此種のものに後述する『ムールロン氏著、佛國民法覆義』がある。小島龍太郎は後(廿一年十一月頃)、横濱始審裁判所に奉職せる佛學會員であり、佛蘭西

語に堪能であつた。或ひは明法寮、法學生徒出身ではなからうか。

- ⑤ 第一巻第一巻は自前加痛至失踪(十六年二月) 各井元次郎譯、第一巻第二巻は自婚姻至離婚(十六年三月) 各井譯、第一巻第三巻は自父タルヲ至治産ノ禁(十六年四月) 各井譯、第一巻第四巻自財産至地役(十六年四月) 各井譯、第二巻第一巻相續之部(十五年三月) 岩野新平譯、第二巻第二巻遺囑遺囑之部(十五年四月) 井上操譯、第二巻第三巻は契約之部(十五年五月) 黒川誠一郎譯、第二巻第四巻は契約之部續(十五年七月) 高木豊三、第三巻第一巻は自夫婚財產契約至交換(十五年六月) 大島三四郎、第三巻第二巻は自貨貨契約至先取特權(十五年九月) 一瀬勇二郎譯である。何れも四六版型、青紙装である。尙、岩野新平は司法省法學校出身にして、ホアソナード及びアスケに就き佛蘭西法律を學び、卒業後司法省に勤務、ホアソナードの家に寓居して佛法の蘊奥を極めた。後司法省參事官となり、ついで地方裁判所、控訴院、大審院の檢事を歴任した。井上操は大阪控訴院檢事となり、黒川誠一郎と共に何れも佛學會員であつた。此等の内、岩野新平、井上操、高木豊三、一瀬勇二郎は何れも明治九年七月に明法寮法學校の第一回卒業生である。第一回學生は五年七月五日に入學した者であつた。

例へば十一年、和田政藏譯の『佛國民法問答』、九年、平山成信譯の『佛蘭西法律問答』等。

⑥ Emile Gustav Batsmann, George Hausjuck, George Appert, P. Fouquet, A. Fabre, J. B. Arivet, Henri de Ribecolles, Mourier 等は何れも佛人にして司法省法學校に差職せし者である。

⑦ 明治二十八年ホアソナードの手記せる履歷書に依る。明治大學史、二〇四以下。

⑧ 中隱居士述、解難、七〇。

⑨ 民法編纂局建議へ訓令(十九年三月三十一日)「民法編纂局當三月限相續候後右事務悉皆司法省へ引渡スヘシ」。司法大臣へ訓令(十九年三月三十一日)「民法編纂局當三月相續候後右事務悉皆司法省へ受取ルヘシ」。

⑩ 磯部四郎の上掲「記憶談」によれば「ソレハ丁度明治十九年ノ頃テコサイマシタ、即チ民法財産編ノ草按タケテ元老院ノ議ニ附セラレテ一ト先ツ民法編纂局ヲ閉チラシメ又元老院ニ廻ハサシテ草按等モ何角政府ノ都合テ院議ヲ經シテ法制局ニ草案

カ返付サレマシタ、私共ハ政府委員トナフテ元老院ニ出マシタカ何ノ議事モナク其時ハ延期ニナラフテ仕舞ヒマシタ」と記してゐる。尙、世外井上公傳、第三卷、八六八以下。都筑馨六傳、五〇等參照。

⑪ 岡田友之三朗、舊民法編纂沿革に據る。

⑫ 法曹會雜誌、第十一卷第一號、金子堅太郎「明治初期の法典編纂事業に就いて」二九以下參照。

⑬ 同上、金子堅太郎談には尙、元老院議官清岡公張が取調委員に、磯部四郎、本尾教三郎、荒川邦藏が取調委員書記に任命されてゐる。尙、世外井上公傳、第三卷、八六八以下に「十九年八月六日に法律取調所を設け、之を外務省管下に置き、これが取調委員長に公が任命された。各法典はそれ々々専門家を以て擔當せしめ、訴訟法はテヒヨウ之を草し、モツセー之に關し、商法はレイスレル、刑法はホアソナード、治罪法はルドルフ等が、起草又は修正することになつた。かく外人の手に成つた諸法典は彼我相矛盾することなきを保し得ないので、公は取調委員を督して精確に之を調査し、その我が慣習と矛盾する所は改正削除し、各法典をして完備のものとしようとして孜孜として之に努めた。」と記してゐる。都筑馨六傳、四九以下。深谷博治、初期議會・條約改正、七六。星野、上掲、第四號、九六。

⑭ 中隱居士述、解難、七。中隱居士とは今村和郎の事である。「同年八月法律取調委員ヲ置キ井上伯之カ長ト爲リ翌二十年裁判所構成法ヲ議了シ將ニ民法ニ及ハントス時ニ條約改正中止ノ議起リ尋テ伯其職ヲ辭ス」

⑮ 法曹會雜誌、第十一卷、一ノ三一。

⑯ 同上、三二。

⑰ 解難、七。

⑱ 秘書類纂法制資料、上ノ二八四。『箕作麟祥君傳』一三二に掲載された渡正元談によれば松岡康毅は大審院檢事長、南部慶男は大審院評定官とある。併し二十年二月の改正官員錄では松岡は大審院民事第一局長であり南部は司法省民事局長であつて、二十年二月、二十一年四月の何れの官員錄でも大審院檢事長は名村泰藏である。併し松岡と南部とは右兩年の改正官員錄では其職名が變つてゐる。けれ共、大審院評定官に南部の名は見えない。

三 舊民法典編纂過程と舊民法典に關する論争に就いて

⑦〇 同上、二八四。

⑦① 星野、上掲論文、第四號、一〇一以下参照。尙、磯部四郎の前掲「記憶談」一六一以下及び金子堅太郎の上掲「講演」、三二以下共に參看。更に『箕作麟祥君傳』一三二以下に於て二十年十一月四日に命ぜられたる委員長以下委員十名（内元老院より五名、司法官より五名）の姓名を連記してゐる。それによれば先づ元老院側より鶴田、箕作、清岡、渡、村田の五名、司法官側より尾崎、西、三好、松岡、南部で、其後追加委員として植（權ノ誤カ）村正直、尾崎三良、北畠治房が加つてゐる。法律取調報告委員の内には『秘書類纂法制關係資料』に見えぬ本多康直、菊池武夫の二名が加つてをり、又此の書に「光妙寺三郎」と記す姓名を『箕作麟祥君傳』は「光田三郎」と誤記し、「渡邊廉吉」と記す可き姓名を「渡邊暢」、「岡村爲藏」を「岡村輝彦」、「工藤則勝」を「工藤勝則」と夫々誤記してゐる。『渡邊廉吉傳』を見るも二十年十一月十七日に法律取調報告委員仰付けらる旨を記してゐるから、渡正元の誤りであらう。

⑦② 法曹會雜誌、第十一卷、一ノ三三。

⑦③ 山田が最初、法律取調委員會の委員長となる事を肯んじなかつた理由の一は、二十三年迄に民法以下の諸法典を編纂する事は到底不可能なるは自明な事柄であるから、山田は委員長となる事を固辭したと述べてゐる。金子堅太郎、談話、上掲、法曹會雜誌、十一ノ一ノ三三以下。

⑦④ 法學協會雜誌、三十一ノ一四一三以下。此の點について金子堅太郎は上掲の「談話」に於て當時山田の云つた言として次の如く述べてゐる。「そこで是れ丈けの法律を二十三年の十一月迄にやるとしたら、日に何十條何百條と議さなければならぬ、併しそれに就いて議論を一々して居つては逆もいかぬ、法理論や議論は一切抜きにして、唯是れが日本の事情に適して居るか否やと云ふ實際の問題で決めて行かう、法理論を佛蘭西や英國や又は獨逸の學問をした人々が説くとしたら一時間でも二時間でも決りはせぬから、それは一切抜きにする、唯日本の國情に適して居るかどうかと云ふことでどん／＼やつた、もう駈足で決めて行つたのだと云はれた。」

⑦⑤ 此れに反し所謂 *Pandekten System* 即ち獨逸式がある。獨逸式は獨逸法學の *Iugo* (1764-1844) 等の創始する所で五分類

法を採る。即ち第一總則、第二物權、第三債權、第四親族、第五相續でサクソン民法が初めて此の主義を採用した事は人の知る所である。獨逸民法草案は第一總則、第二債權、第三物權、第四親族、第五相續の順序としてゐた。此の主義を採用するものにチエリツヒ民法、ヘツセンババヤ民法、ドレステン民法等がある。*Institute System* と *Pandekten System* との優劣は種々の點に現はれてゐる。

⑦⑥ 法學協會雜誌、三十一ノ一四一四。

⑦⑦ 佛蘭西民法百年記念論集に於ける井上正一の「佛國民法ノ我國ニ及ホシタル影響」六〇に「明治二十三年十月ニ公布トナリタル民法中人事編及ヒ財産取得編ノ殘部ハ本邦人ノ起草シタルモノテアツテ親族關係ニ關スル規定ノ如キハ主トシテ本邦固有ノ制度慣例ニ則ツタモノデアリマスガ其ノ規定中ニモ間々佛國民法ニアル規定ヲ其儘ニ採ツタモノモナイテハナイデアリマス」と云つてゐる。

⑦⑧ 本書は上下二卷よりなり、美濃紙版に活字を以つて印行されてゐる。岩田新、日本民法史、二八によれば尙「法律取調報告委員起稿、民法草案獲得第二部理由書」と題する和裝全一冊の刊本があつた様である。尙「ボアソナード氏起草、再閱民法草案」に就いては岩田新氏は右同書に於て、「ボアソナード氏起草、再閱民法草案」なる數十冊の洋裝刊本があり「法文を掲げて之に註釋を施してある。」と記されてゐる。此れは「ボアソナード氏稿再閱修正民法草案註釋」の事であらうか。果して然りとすれば、右は全十冊の四六版洋裝本で、紙裝、第一編物權ノ部、上下。第二編人權ノ部、上中下。第三編財産ヲ獲得スルノ方法、上中（特定名義獲得ノ部）、下（指定名義獲得ノ部）。第四編債權即チ人權ノ抵保即チ擔保。第五編證據及ヒ時効の十冊である。尙、「ボアソナード氏起稿再閱修正民法草案第三編摘要」が司法省より出されてゐる。併し十六年にもボアソナードは「再閱修正民法草案」を出してゐるから混同してはならない。

⑦⑨ 『箕作麟祥君傳』九三—九四を見るに、取調局が又二十四年三月に到りて開かれ、前後二回開かれた様に記してゐる。疑を存して置く。或ひは何かの間違ひであらうか。

⑦⑩ ボアソナードは千八百八十八年二月即ち明治二十一年二月に「用收權ニ關スル意見」を提出してゐるが、此の意見に基き特

に用收權に關する議事が開かれたのであらうか。

④ 民法擔保編再調査議事筆記を見るに第二十六回が二十一年十一月二十八日に開かれ第三十五回が同年十二月十二日に終會となつてをり、千三十一條より千三百三十一條迄が審議されて居る。而して又民法證據編再調査議事筆記を見るに第三十六回が同年十二月十三日に開會、四十四回が十二月二十五日に終つてをり、千三百三十二條より千五百一條迄此の間に議せられてをる。併し第一回乃至第二十五回迄の議事筆記を發見し得なかつたので、此の二十五回の間如何なる議事の進行ありしか詳にし得なかつた。併し再調査委員會が開會され二十一年十二月二十五日に終つた事だけは明白である。尙、民法編纂過程の詳細なる論考は何れ果し度いと思ふてゐる。

⑤ 尙山田委員長は民法草案に對する意見を裁判所及び司法官等より求めてゐるが、此等は「民法編纂ニ關スル裁判所及司法官意見書」「民法編纂ニ關スル諸意見並雜書」「民法編纂ニ關スル意見書」の名の下に今日、司法省に保存され、日本學術振興會よりタイプライター版として副本を作成されてゐる。併し今日尙、此等の内容を自由に發表する事が出来ないから何れ再び機會を見て論究し度いと思ふ。

⑥ ヒコットの意見書は今日、司法省に残存してゐる。

⑦ 『秘書類纂法制關係資料』によれば「先是民法全部ハ既ニ樞密院ノ諮詢ヲ經タリ。」とあるが、元老院の審議を了して樞密院の諮詢に及ぶを順序とするから、此の場合には人事編及び財産取得編の殘部は未だ樞密院の諮詢にかけられてゐないと思へばならない。何となれば人事編は漸く四月一日、財産取得編殘部は四月廿一日になりて山田委員長より總理大臣へ提出されたものであるからである。「先是」は「於是」の誤植であらうか。

⑧ 此の點に關しても星野通氏の著作が存する。即ち『民法典論争資料集』上下の二冊にして、此の二冊の内に當時の論争資料を博く探求して記載されてゐるが、もとより氏は自覺的にこれを省かれたのか、若干の蒐集洩れがあるが、其の内の重要なもの二三を此處に紹介して置き度いと思ふ。

ロ 舊民法に關する論争

以上自分は極めて簡單ではあつたが、所謂舊民法の編纂過程を一瞥したのである。以上の如き沿革を経て公布せられたる舊民法は、端なくも明治法制史上、有名なる法典實施斷行派と其の延期派との論戦を捲き起す結果となつたが、此の論争を吟味するに先ちて、舊民法は如何なる特徴を有する民法なりしかに就いて一應の解明を果して置かねば斷行派と延期派との論戦が発生せる必然的理由を了解し得られないであらうと思ふ①。

先づ舊民法は如何なる法律思想の洗禮を受けて誕生せし法典であつたか。即ち舊民法の指導的法理念は如何なる學說に基けるものであらうかを吟味して見よう。舊民法は自然法學者ポアソナードの起案に基き稿を起され、自然法の影響を受け佛蘭西民法を母法として編纂せられし法典であつた。故に必然的に自然法の深刻なる影響を受けて編纂されてゐる事は云ふを俟たないであらう。ポアソナード自身も、十六年四月二十日に『ポワソナード氏起稿、再閱修正民法草案註釋』第二編 人權 全②の序に於て、我が民法草案の法思想的基底に對して次の如く、指摘してゐるのである。即ち

加之本草案ノ論決中一トシテ性法ニ適合セサルモノナシ故ニ若シ成文法中ニ或ル缺點アルトキハ賢明聰察ナル裁判所ノ純然タル道理ト自然正義ノ感情及ヒ公益ノ思想トニ從ヒテ之ヲ補充スルヲ得サルモノ毫モ之レ有ラサルヲ確證スルヲ得ヘシト信スルナリ

右のボアソナードの序言を讀みても、舊民法の各條文が「性法」即ち自然法の理論に適應す可く起草せられたるものなる事を判然と知らしむるものであらう。自然法(Naturrecht, Natural law, droit naturel)の發展過程を此處に説く暇はないが、自然法とは要するに人定法の上に普遍不易に存在する法、換言すれば、永久不可變的な、萬邦に通じて悖らざる絶對的規範、即ち「自然法的」秩序が人為的なる實定法或ひは手續法の上位に存在する事を假定する點に、其の特徴を有する學說である③。もとより此の「絶對的規範」の何たるかに就いては種々の説が存在してゐて、一樣にこれを論じ去る事は不可能であり、其の發生史も哲學の歴史と共に古くより存在してゐるけれ共、近世の法思想に深き影響を與へた自然法は Hugo de Groot 即ちグロチウス(Hugo Grotius, 1583-1645)に初まるとされる④。彼は中世的な宗教的羈絆より自然法を解放し⑤自然法の基礎を人類の天性に置いた。其後ホッブス(Thomas Hobbes, 1588-1679)⑥、プッフエンドルフ(Samuel Pufendorf, 1632-1694)⑦、トマッシュウス(Christian Thomasius, 1655-1728)⑧等の諸學者が輩出して夫々獨自の自然法の理論を展開したのである。殊にグロチウスは自然法の父(der Vater des Naturrechts)と迄、稱せられるが如く、從來抽象的哲學的思辨の世界に存在した自然法を、現實の人間社會、殊に具體的法律的思辨の世界に拉し來つた點に其の見る可き業績を残してをり、而して注目さる可き影響を後の自然法學說に與へたのであつた。彼は自然法は神の裡に内在するものに非ずして人間性の裡よ

り發するものであると解するが、此の人間性より發現する自然法が國際法及び實定法の共通の基礎を爲すと考へたのであつた。換言すれば彼の人類の本性に有する特徴なる所謂 "appetitus sociatus" (人類の社交性)、即ち自らを愛すると共に他をも愛する天性が人類自然状態をして統制ある國家状態に移行せしめる。併し此の國家状態も人類の合意に基づく相互理解によりて構成されるのであつて、此の理解に基く契約の遵守を命ずるものは實に神と雖も此れを左右し得ざる、自然法であると説いたのである。併し此の自然法は人類の外部に存在するものにあらずして前述の様に、人類の自然の理性の裡に存すると解するのであるが、彼は此の理論を國際法の上にも擴張してこれを體系付けたのであつた。即ち自然法に基く國際法は人類の共通法なりとし、自然法の理論に一の基礎を置いたのである。其後、後年に到りて、ルッソウ(Jean Jacques Rousseau, 1712-1778)出で、彼は人類の自然状態を謳歌し、不平等の發生するのは政治的なる「人約」(le consentement des hommes)によるものと考へたのであるが、併し彼は社會的契約を是認し、社會契約に依りてのみ人民の總意(Volonté générale)を生ずると解した。而して法律は即ち此の人民の總意に依りて編纂せられざる可からずと結論し、所謂彼の『民約論』の發生は此處に淵源を發してゐるのである。かくして十八世紀末より十九世紀にかけて歐洲の法學は完全にかゝる自然法の支配下に立つたのであつた。一方、偶々同時代に漸く高潮に達せんとせる國家の絶對性を信憑する所の風潮、従つて國家意識の昂揚は

具體的現象として國家的統一運動を隨伴し、國家統一の運動の進歩するに従ひて、國家生活を規律す可き成文法典の編纂事業が陸續として各國に於て行はれ、所謂法典編纂期 (Das sog. Zeitalter der Kodifikationen) を此處に現出するに到つたのである。此の法典編纂事業は一國內に於いて適用されてゐる封建的割據主義の區々たる法典を統一し國民法典を編纂する事を目的とする。何となれば其の當時迄、中世的封建の割據的殘滓は法の上にも明瞭に看取し得られ、都市、港灣、或ひは封建領主毎に適用せらるゝ法を夫々異にしてゐたのであつて、甚しきに到りては例へば、佛蘭西の如きに於ては驛馬を代へる毎に法を異にするとさへ言はれたのである。個別的、分割割據的な法を全體的、統一集約的な法へ再編成する事業は、統一國家形成の前提的な不可避的事業でなければならぬ。かゝる地盤の上に歐洲の所謂法典編纂期を現出せしめしものである。併し、個別的に分裂せる諸法の統一は、より高次の法を據點としてのみ集成し得るであらう。かくして人定法の上に優越する "Vernunftrecht" として "jus naturale" を認め、此の絶對的、普遍的、恒常的な法の存在を主張する自然法論が、當時に於ける法典編纂の上に採用され、かゝる法理を基礎とする成文法典を編纂する事によつて、法典の統一を所期したのであつた。殊に南部佛蘭西は古來より羅馬法の影響を受くる事最も直接的であつたが、羅馬法の内でも自然法的思想を濃厚に帶有せるものと解釋せられた萬民法 (jus gentium) は、後には諸民族に普遍妥當す可き法、換言すれば「自然の條理」

(Ratio naturalis) より發せる萬民に普く適用し得る法、と考へられるに到りて、此處に萬民法が自然法と同視せられる契機を藏するに到つたのである。佛蘭西は由來かゝる羅馬法の自然法的思想の洗禮を受けつゝ、其の法學を發達せしめた歴史を有してゐる(中田黨博士、佛蘭西に於ける自由法説、法學協會雜誌、三十一ノ一)。以上の如き氣運の裡に在りて佛蘭西は先づ千八百三年五月十三日に統一的民法典としてナポレオンによりて Code civil が公布せられたのである。併し、佛蘭西法學自體が制約を受けたる如上の沿革は、當然に佛蘭西民法典が自然法的思想的基盤の上に編纂せられる結果となつてゐる事は申す迄もない。佛蘭西民法典は古く Institutionis の Corpus iuris civilis の編纂せられし以後、最初の最も卓拔優秀なる法典と考へられてゐたからして、西歐諸國は相競ひて此の民法典を母法として自國の民法典を編纂せんとする氣運を醸成するに到つたのであつた。例へば和蘭民法(千八百三十八年)、伊太利亞民法(千八百六十五年)、ルーマニヤ民法(千八百六十四年)、西班牙民法(千八百八十九年)等尙、獨逸にありても既に普魯西の州法(千七百九十四年、Allgemeines Landrecht für Königlichen Preussischen Staaten) も自然法に基く民法であるが、其後千八百六十三年のザクセン民法亦佛蘭西民法の影響を受けてゐるものである。斯の如き西歐の法學の趨勢、従つて又法典の特徴は、佛蘭西法學の我國への移入と共に搬來せられた事は云ふを俟たぬ所であらう。明治初期以來の多數の「性法」或ひは「天然法」に關する著述を一瞥すれば、如何なる程度に自然法理論が當然の様に、我國法學界を風靡してゐたか推察し得るものがある。自然法は申す迄もなく、神田孝平によりて初

めて我國へ紹介された。彼の著なる『性法略』は表紙黄色、題箋は「性法略 單」とあり、而して表紙裏に「性法略」、其の右側に「明治四年春新鵠」、左側に「求故堂藏板」（朱印）とある半紙版和本にして、序及び目次八葉、本文三十五葉の小冊子であるが（本文は每半葉九行、毎行二十字詰、版心は性法略 黒口魚尾、單、求故堂藏板、木版である。）其の西周の「性法略序」の内に次の如く述べてゐる（返點は原文にはない、便宜附した。）。

上略、法律淵源乎人性云者。豈謂虚妄耶。西洲有此論。創乎和蘭虎哥氏。而此書係畢氏之口訣。而余等筆之者。今茲庚午之冬。神田判官譯而梓之。余喜合素志。因從潘公世。而較諸本論。繭絲牛毛之微。殊露其一斑耳。然學者由是。而爲楷梯焉。則庶幾他日親全豹之一助云。

更に又津田眞道の序文の一節に

上略、是の性法略はいよし年吾輩和蘭（フランドル）の師此口授のまに、彼國文を以て持歸りけふを志す。神田ぬし此のえああの言葉かうゆききふゆきてやめて百八十比律法を論ひざる書の祖ぞいたましかしめて此論比はるの名法學通論といへて、下略、

右の二序文によりて明瞭なる様に、西、津田の兩者が和蘭ライデン大學に於て「畢氏」即ちフィッセルング（林）の口授を和蘭語にて筆記せしを、神田孝平が和譯し明治四年に上梓したものである（尙、神田孝平の緒言参照）。内容は西の序文に「西洲有此論。創乎和蘭虎哥氏。」と云へる如く本書はフーゴー・グロチエースによりて確立せられし自然法理論の入門法とも稱す可き理論を極めて簡単に個條書にせるものである。開卷第一葉に（第一編總論）

性法ハ人ノ性ニ基ク所ノ法ナリ

と述べ、又第十條に

性法ノ最大條例ニ曰ク己カ欲セサル所ヲ人ニ施スコ勿レ

と記してゐる。此の名題はグロチエースが其の學說の本質的重點の一として掲げてゐる。 appetitus societatis なる人類の社交的な根本的本能より導き出される歸結であつて、人類はかゝる本能を有するが故に相互の理解と契約に基きて國家を形成し、各人の行爲の準則もかゝる人類の社交心より發する自然の條理に依りて創められ得ると説くのである。更に第十三條に「性法ノ行ハル、三種ノ別アリ」と記して

- 其一 各人交接ノ間ニ行ハル 私法
- 其二 政府ト人民トノ間ニ行ハル 國法
- 其三 彼政府ト此政府ノ間ニ行ハル 萬國公法

私法、國法、萬國公法の三種の法が何れも自然法に則して行はる可きを説いた。其後、ボアソナードは司法省明法寮法學校の講義で「性法」を講義したが、今日其の講義は『性法講義』の名の下に出版されしものが流布されてゐる（司法省藏版、種々の異版がある。十三年十二月の出版は博聞社藏。刻。十四年八月版は大阪版である。何れも四六版、二二二頁。）ボアソナ

ードの此の『性法講義』は「同校生徒井上操筆記」と記されてある點より推察するに、井上操は司法省法學校第一期生であつたから、七年三月以後九年七月迄の間にボアソナードが司法省明法寮

(明治九年五月四日廢止) 法學校にて講義せしものを出版したものであらうか。此の『性法講義』の内に「性法道德ノ解及ヒ其ノ區別」の項あり、此の項に於て「性法」とは如何なる法を指稱するかに就いて縷説する所があるのである。更に十九年四月に『天然法』なる一書が出版されてゐる(本書も亦司法省蔵版、假裝、四六版、六〇)。本書は「佛蘭西アルフホンス、ボワステル著 黒川誠一郎譯」とあり、又「天然法一名法理學階梯」とある如く、要するに自然法に關する譯書であつて、内容を一々註記する事は避けるが、自然法の沿革を述べたる後、自然法に基く權利、並びに其の移轉、變更等を説明し、社會の構造亦自然法に基く所の「用法」に依りて形成せられる所以を説明せるものである。尙、別に十六年十一月に印行されたる『佛國法理論』なる二冊の書があるが(司法省蔵版、四六版、第一編、七六二頁、第二編一〇四二頁)、本書は「佛蘭西大學法律博士ベリーム氏著 同井上正一譯」と記載されてゐる様に、佛蘭西法學の紹介書であつて、其の内容には自然法に關する論考が相當詳細に互つて誌されてゐるのを見るし、二十年頃の講義と考へられる『伊國法律大博士パテルノストロ講述法理學講義』を見ても(明治法律學校講法會出版、四六版、假裝、三三二頁)、これ亦自然法に關する講義である。パステルノストロ (Alessandro Paternostro) は右の講義に於て(五十五)「各國各地、到ル所トシテ異ナルヲ無キ人類ノ自然法」と云ひ、自然法の存在を疑ふ學說に對して種々の反駁を加へ「自然法ヲ否定スルヨリシテ生ズル影響ハ大ニ人類ノ幸福ヲ減殺スルモノナリ」と説論し、法理學講義と稱してゐるけれ共、全冊殆んど自然法の講義に終始してゐる事は當時

の法理學が如何なる内容を有する學問なりしかを推察せしむる所である。其他當時出版せられし法律書にして自然法を論ずる書はもとより多い。或ひは『萬國律法集覽』は其の卷六に「人ノ自然法一を論じ、自然法を指稱して

自然ノ法ハ萬物ノ固有スル所ニシテ明確ナリ普及ナリ不易ナリ調和ナリ而テ亦指示スヘキ者ナリと解し、更に「自然法ハ道理ニ適スルヤ」なる項に於て

是レ必ス然ラン蓋シ之ヨリ生スル所ノ結果ハ千古ヲ通シ毫モ背戾スル所ナシ此ノ法ノ指令ニ從ヘハ福昌ヲ致シ之ニ反シテ行ヘハ災禍ヲ招クヲ免レス

と説き、此等は何れも自然法の謳歌、自然法の肯定を示せるものに外ならない。尙佛蘭西書でないが、島田三郎の譯せる『米國法律博士ヘンリー、チー、テリー著、日本島田三郎譯、法律原論』(十二年十月刊行、和本四冊)を披見するも一項を設けて自然法を説明してゐる。斯の如きは何れも明治初期の我法學界を風靡したりし自然法の紹介を果せる所の書であると見る事が出来るであらう。

以上の様な自然法思想は實定法規たる民法の上には具體的基範として所有權絕對不可侵の原則、契約自由の原則、自己責任の原則として現はれてゐるのであつて、此の點に關しても既に『性法略』は其の「第八編私有ノ權ヲ論ス」に於て^⑩

第八條 凡物ヲ一タヒ占有スル時ハ何時何法何形ニ拘ハラズ己カ意ニ任セテ之ヲ用フルヲ得ヘシ

と論じ、「第十四編契約ヨリ生スル人身上ノ權ヲ論ス」に於て^⑩

第一條 各人身上自主ノ權アリ故ニ亦事物ヲ處置スルノ權ヲ隨意ニ他人ニ附與スルヲ得ヘシ

と述べ、自己責任の原則に就いても「強償ノ權」に於て説論する所がある^⑪。更にボアンナードの『性法講義』に於ても亦^⑫「他人ノ所有權ヲ敬重セサル可カラス」「他人ノ身體其榮譽或ハ其ノ貨財ニ損害ヲ爲セシトキハ之ヲ償ハサル可カラス」と述べてゐる例があり、更に具體的には舊民法財産編第三十條、同財産編合意の規定第三百二十七條以下、財産編第三百七十條に明定された所であつた。

以上は要するに舊民法の指導理論に關して一瞥を與へたものであるが、次に其の編別に關して若干の検討を果して置かうと思ふ。舊民法は前述した様に公に其の順序を定むる事がなかつたので、其の編別上の主義を知る事は出来ないが、併し第一人事編、第二財産編、第三財産取得編、第四債權擔保編、第五證據編の順位に依つてゐるものの如く、果して然りとすれば右の編別法は申す迄もなく羅馬式編別法 (Institute System) を採る事を示すものである。此の Institute System は羅馬の皇帝ユスチニヤヌス (Flavius Anicius Justinianus, circ. 483-565) が紀元五百三十三年に主としてトリボニアヌス (Tribonianus)、ドロテイウス (Dorotheus)、テオフィルス (Theophilus) 等に命じ法律學生の便を圖り編纂せしめたる『法學提要』 (Justiniani Institutiones) の編類法を指稱するもので、其の編類は人事法 (Jus Persona)、物件法 (Jus Rerum)、訴訟法 (Jus Actionum) の三編分類

法を採るものであり、ガイウス (Gaius) の『法學提要』 (Institutiones) を模倣したものである^⑬。我が舊民法が斯の如く羅馬式編別法を採用する事は申す迄もなく、舊民法の母法なる佛國民法が羅馬式編別法を採用するが故にして、佛國民法は第一人事編 (Livre Premier. Des Personnes)、第二財産編 (Livre Deuxième. Des biens, et des différentes modifications de la Propriété)、第三財産取得編 (Livre Troisième. Des Différentes Manières dont on Acquiert la Propriété) の三編よりなるに反し、我民法が上述の様に五編の編別法を採る相違があるけれ共、此の相違は佛國民法典の編別法と本質的なる相違であると認むる事が出来ないのである。此の編別法を獨逸式編別法 (Pandekten System) と比較すると兩者の間に頗る大なる特異點の存する事を認めざるを得ないであらう。先づ羅馬式は「人」を以つて基礎とするに反し、獨逸式は「權利」を以つて基礎とする。此の羅馬式編別法は確かに家族主義を以つて社會構造の基礎とする羅馬の社會には最も適當なる編別方法であらうし、又我が國の法制史上より此れを見るも、家族主義的な國體法的觀念の頗る強く法の上に滲み出てゐる我國の社會には最も適當なる編別で、編別法のみを採つて考察すれば確かに此の編別の仕方是我國の實情に適當する編別法であると見なければならぬ。何となれば個人主義を基調とする權利觀念は我固有法上には獨逸の近代法に於て見るが如く明截なる發達を示してをらざるが故に、従つて權利概念を以つて基礎とする獨逸式編別法は確かに我國の實際的風俗慣習には列合せざる點

を多く生ずる契機を夫自體の内に包藏するものと見得るのである。羅馬式編別法が人事編を其の首部に置く點は實は羅馬の社會が以上の様に家族制を採つてゐた事實に淵由するもので、總て權利義務は人の實態的身分によりて決定され、財産所有能力、契約締結能力も家長たる身分に屬するもの多く、財産も亦家産たるの性質を濃厚に帶有し、相續も家長權の相續たる特徴を示してゐた。此の點を我國の實際に對比すれば、もとより頗る異なる點も存するが、我が國が古來家族主義を以つて國家生活の一基調とし、此の家族主義が總ての法生活に一貫して露呈してゐる事實は仔細に検討すれば殆どあらゆる部面に於て數多く此れを指摘し得るのである。故に寧ろ我民法は獨逸式編別法の如く個人主義的な、抽象的人間を基礎とする編別法を採用するよりも、羅馬式編別法を採用する方が、より我が國の社會實態に即する點が多いものでなからうかと思ふ。併し乍ら舊民法の此の編別法にも後述する様に多くの缺陷の存在する事を指摘せねばならない。例へば總則の規定の存在せざる事は徒らに總則の規定が各編各項各條の内に隨所隨時に出没して民法全體を一見頗る煩雜にする懼なしとしないし、又人事編に於ても飽く迄、「家」を主として人を規定す可きである。而る後に人格及能力に關する規定の位置、親族關係に關する規定の位置が錯綜し易い點をよく注意す可きであらう。又證據編の規定を第五編に置いた事實にも考慮を拂ふ可き點なしとしない。人事編を首編とした事のみを採つて考ふれば、それは我國の實際的沿革に吻合する事實であると思はれるが、此の前

に更に總則的編を置き、大體として其の後に人、物の順序に、殊に人と云つても「家」、物の順序に規定したならば、稍々我國の實情に適合する民法典が編纂され得るであらうと思はれる。

然らば舊民法の有する缺陷は如何。我が舊民法の母法である佛蘭西民法の有する不合理性に關しては、既に先學がこれを簡明に説明する所があるが^⑤、我が舊民法亦我國独自の風俗慣習其他よりこれを考察する時は、其の内に種々の缺陷を包藏する所が多く存し、此の缺陷が遂に後述する様に延期派に利用せられて苦心慘憺の結果、漸く成れる舊民法をして永遠に葬り去られてしまふ原因を爲したのであつた^⑥。富井政章博士が民法を修正する爲めに其の實施を延期す可き理由として、當時唱へられたる事項を其の著に列擧せられてゐるが、それに從へば次の七項目であつたとされてゐる^⑦。即ち

- (一) 民俗慣習ニ悖戾セル條項多キコト
- (二) 佛、伊兩民法ヲ模範トスルニ止マリ最モ進歩セル近來ノ立法例及ヒ學說ヲ參考セス從テ理論上非難スヘキ規定多キコト
- (三) 商法トノ關係宜キヲ得サルコト即チ商法ハ民法ト起案者ヲ異ニシ未タ民法ノ編纂セラレサル時ニ制定セラレタル獨逸商法ヲ模範トシタル爲メ民法ト重複又ハ牴觸セル幾多ノ規定ヲ包含シ立法ノ統一ヲ缺ケルコト
- (四) 包括的規定ヲ置カス主トシテ格段ナル場合ヲ規定シタル爲メ條文繁雜ヲ極メ重複、牴觸殊ニ缺漏多キコト
- (五) 私法及ヒ實體法ノ領域ヲ嚴守セスシテ公法及手續法ニ屬スル夥多ノ規定ヲ載セタルコト

(六) 定義、説明、引例等不必要ナル無數ノ事項ヲ掲ケ之カ爲メ條文更ニ繁雜ヲ加ヘ且法典ノ體裁ヲ失セルコト
(七) 法文一般ニ翻譯體ニ過キ明瞭ヲ缺ク所多キコト

尙、岩田新博士の説によれば、梅謙次郎博士は其の講義に於て舊民法實施に對する反對者の掲げた理由を三點挙げられたと云はれてゐる^⑮。即ち

其の三點は、第一に慣習に反するものが多いこと、第二に學理上に缺點があること、第三に斯くの如き大法典を編纂するのに各方面の人を集めなかつたこと、

右の第三番目の理由は當時既に穂積八束、富井政章、梅謙次郎等の著名なる學者が居たるにも拘らず、此れ等の學者を法典編纂の會議に全然參加せしめず、主として佛法學者が而も實際家たる官吏が多數を占めたる事を指稱するものであらう。尙、舊民法の大部分が民情を異にする異國人、而も一人の佛人自然法學者の手により作成せられ、且又原案は外國語なる佛文を以て書かれたる事實、議會開會以前に一氣にこれを發布せしめんとして、元老院に於ける審議も、原則的に慎重なる逐條審議をなす事を許さず、一括的審議を斷行し一氣に此れを通過せしめた點に對する非難も、舊民法が當然に缺陷を訂正し能はざりし一の理由と見る事が出来るであらう^⑯。

斯の如き缺陷が舊民法に存在するが、先づ舊民法は我が民俗慣習に悖戾する條項多き點は後述する様に、延期派が一樣に聲を大にして指摘する所であつた。例へば二十五年四月に江木衷以下十名の連名を以て朝野の名士に頒布せられたる「法典實施延期意見」にも其の「參考書」の第一に「一

新法ハ倫常ヲ壞亂ス」なる激越なる一項あり^⑰、この項下に於て堂々數萬言を連ねて新法典實施の不可なる所以を我慣習に適合せざる點より論じてゐるし、殊に穂積八束博士が二十四年八月二十五日發兌の『法學新報』第五號に掲げた「民法出デテ忠孝亡ブ」の標語的文章はよく、當代延期派の心を把へたもので^⑱、端的に延期派の最も強襲せんとする點が何處なるか、其の一端を示してゐるものであるといふ事が出来る。

次に佛伊兩國の民法をのみ模範とするに止まりて近代歐羅巴の新しき法例及び前説を參考とせずと云ふ非難は英米法を全然顧慮せざるのみか、當時既に新しき歴史法學派の法律觀に基くドイツ民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich von 1896) が着々として編纂されつゝあり^⑲、此の歴史法學派は國家を法律の唯一の源泉とする思想を否定し慣習法の地位を認めんとするものであつたが、かゝる思想に對して舊民法が何等の顧慮をも爲し居らざる事を非難するものである。更に商法との關係が圓滑を缺きたる事に對する非難に關しては、實に民法と商法とが直接の關聯もなく別個に夫々編纂され、而も其の編纂者の國籍を異にした當然の歸結でもあつた。我が商法は周知の様に、獨逸人ロエスレル (Hermann Roesler) に依りて起草されたものであるが、ロエスレルは自國の法典なる獨逸商法を基礎として我が商法の原案を起草したる爲めに、必然的に我が民法と商法との間に重複又は牴觸する多くの規定を生ずるに到つた。更に實體法規たる舊民法の内に手續法

規を包含し、私法たる舊民法の内に國民分限、公用徵收、水利並に不動産登記手續等に關する行政法規等を含み、全體として統一を缺く點が頗る多いし、總則的規定なき爲めに條文を錯雜せしめてゐる點亦相當に目に付く所であつた。

以上の如き缺陷を有する舊民法は公布と同時に夫自體の上に實施延期論が発生する當然の理由を内含してゐたものである。然らば法典實施延期論は如何なる發端より生じたものであらうか。

法典實施延期論の口火を切つたのは實に二十二年五月に東京大學法學部卒業生に依つて組織されてゐる法學士會の春期總會に於て全會一致の決議を以つて法典編纂に關する法學士會の意見書を發表し、且つ同會の此の意見を内閣諸大臣及び樞密院議長に開陳せし事に初まる。其の意見書は後述する様に法典を速成し、これを實施するの非なる所以を痛論したものであつたが、此の意見書が一度、新聞紙上に發表されるや、遂に法典實施斷行、實施延期の論争を勃發せしむるに到つたのである。法學士會の意見書は「法典編纂ニ關スル法學士會ノ意見」と題せられて相當の長文である事、前述の如くである。今假りに『法典論』に掲載されたるものより轉載すれば左の如くであつた。

法典編纂ニ關スル法學士會ノ意見

法典編纂ノ大事業タル固ヨリ論ナキノミ、歐洲ニ在テモ獨國英國ノ如キハ、夙ニ負望ノ士ニ托シテ之レカ編纂ニ從事セシメ、勉勵幾歲月ヲ費消シ、稿ヲ更ムルコト又數次、而シテ尙ホ且未タ公然發布スルニ至ラス、其事業困

難ニシテ慎重ヲ要スルヲ知ルヘキ也、然ルニ聞ク所ニヨレハ、政府ハ法典編纂ノ奏功ヲ期月ノ間ニ促スノミナラス、續テ其成稿ヲ發布セラレントスト、是レ豈ニ急激ニ失シ、至難ノ事業ニ處スルノ道ニ非ラサルナキヲ得ンヤ、我々漫ニ其事業ノ困難ヲ恐レテ、之ヲ放棄セシメンヲ望ムニ非ス、然レトモ法律學ノ發達、明法ノ士ノ輩出ニ於テ、我邦ノ遠ク及ハサル、彼英獨諸國ニ於テスラ容易ニ成シ得サルコトヲ視レハ、法律編纂ノ速成ヲ期セラル、ハ、國家ノ爲メニ畏懼セザルヲ得ス。

法典編纂ノ可否ニ付テハ、歐米法學者ノ議論區々ニシテ、今日ニ至ルモ、未ダ一定シタリト謂フ可カラズ、元來法律ハ社會ノ進歩ニ伴フ可キ者ナルニ、一旦法典ヲ定ムルトキハ、他日缺遺ヲ發見シ、不便ヲ感スルヲアルモ、輒ク之ニ變更ヲ加フ可カラス、缺アレバ即チ之ヲ補ヒ、弊アレバ即チ之ヲ矯ム可シトハ、席上ノ論ニシテ、法典ノ下ニ立ツ國民ノ容易ニ實行シ能ハサルヲタルハ、事實ニ照シテ明カナリ、又法律ハ、之ヲ遵奉スヘキ國民ノ必要ニ隨テ起ルヘキモノナルニ、法典ヲ編纂スルニ當テハ、朝令暮改ヲ避ケ、後來社會ノ變遷ヲ豫想シテ、之レニ備ヘンヲ期スルガ故ニ、其必要未タ生セザルニ先ンシテ法條ヲ設ケ、國民ヲシテ遵守ニ苦マシムルヲナシトセス、是レ學者ガ容易ニ法典編纂ヲ可トセザル所以ナリ。

夫レ歐洲諸國ニ於テ、所謂法典編纂ナル者ハ、専ラ既存ノ法例ヲ編輯スルノ義ニ過ギズ、假令變改スル所アルモ、亦只舊慣故法ヲ修正加除スルニ止マル、然ルニ我邦ノ法典編纂ハ、之ト異ニシテ、専ラ歐洲ノ制度ヲ模範トスル者ナレバ、舊慣故法ヲ參酌スルヲ、殆ント有名無實ニシテ、要スルニ其大躰ハ新規ノ制定ナルヲ以テ、彼我編纂ノ難易得失、決シテ同日ノ談ニ非ラザルナリ、且聞ク商法訴訟法ハ、獨乙人某々氏ノ原按ニシテ、民法ハ佛國人某氏ノ原按ナリト、我々固ヨリ邦ノ異同ニヨリ是非ノ評ヲナスニアラス、唯恐ル、所ハ、此數氏ノ間ニ於テ、充

分ノ協議ナキカ爲メ、彼此互ニ抵觸ヲ來スノミナラス、其學派亦異ナルカ爲メニ、法典全部ニ對スル主義ノ貫通セサルニ在リ。

政府カ法典編纂委員ヲ設ケテ、法律取調ニ從事セシメラル、ハ、我々ノ非議スル所ニ非ラス、唯其成功發布ヲ急ニセザランコトヲ希望スルナリ、惟フニ我邦社會ハ、封建ノ舊制ヲ脱シ、百事改進ノ際ニシテ、變遷極リナキカ故ニ、今例規習慣ヲ按シテ、法典ヲ大成セントセハ、封建ノ舊制ニ依ル可カラス、又專ラ歐米ノ制度ニ則ル可カラス、其事業實ニ困難ニシテ、強テ之ヲ遂クル時ハ、民俗ニ背馳シ、人民ヲシテ法律ノ煩雜ニ苦シマシムルノ惧アリ、故ニ今日ニ於テハ、必要不可缺所ノ者ニ限り、單行法律ヲ以テ之ヲ規定シ、法典全部ノ完成ハ、暫ク民情風俗ノ定マルヲ俟ツニ若カサルナリ、蓋一國ノ法典ヲ草スルハ、固ヨリ教科書論文ヲ著スト同シカラス、駢裁美、論理精ナリト雖トモ、民情風俗ニ適セザレハ、之ヲ善法ト謂フ可カラス、故ニ法典ヲシテ圓滑ニ行ハレシメント欲セハ、須ラク草案ノ儘ニテ之ヲ公ケニシ、假スニ歲月ヲ以テシテ、廣ク公衆ノ批評ヲ徵シ、徐ロニ修正ヲ加ヘテ完成ヲ期スヘキナリ。

明治二十二年五月

法 學 士 會

右の「法典編纂ニ關スル法學士會ノ意見」の趣旨を要約して述べれば、同會は法典の編纂に絶対に反對するの意を表するものではないが、唯だ法典の編纂は最も慎重なる態度を必要とする事業なるにも拘らず、假令條約改正問題等の必要の爲めに眞に止むを得ざる事情が其の間に介在してゐたと雖も、政府は速成を以つて一氣呵成にこれを仕上げんとした事を非難するものである。當時の我が國は百事皆更新の時であり、萬般の社會的狀勢は一瞬にして根底より變革せらるゝ様な急激なる

事態に直面してゐたから、比較的長期間の實施を豫想して編纂せられる、民商法の如き包括的法典の編纂は、此れを民情風俗の定靜する他の時期を俟ちて、充分なる調査と、博く専門家の批評を徴して徐ろに修正を加へて其の大成を期す可く、目今の場合は必要なる規定のみこれを單行法として發布して應急の用に資す可きであると云ふのである。右は穂積陳重博士の著『法典論』に掲載されし「法典編纂ニ關スル法學士會ノ意見」の全文である。右の一文は元來極めて温健なるもので何等人心を刺戟するものを含んでゐないが、併し乍ら、法典編纂に對して種々の複雑なる理由より反對的意見を祕かに持してゐた朝野の學者實際家政治家の心裡を正に晴天の霹靂の如く刺戟し、此處に我が法典編纂史上刮目して見る可き一大論争を惹起せしむる因をなしたのであつた。吾人は當時の此の法典論争の内容を検討するに先だち、當時の我が法學界に存在してゐた學派を異にする對立的狀態を一瞥して置かねばならないと思ふ。

我法學界の趨勢を顧みるに、明治初頭以來、佛法系が其の主流を爲してをり、此れに對峙するものとして英法系が相讓らざる勢力を有してゐた。佛法系は主として司法省を中心とする法曹界を其の牙城とし、英法系は開成學校の改組なる東京大學を本據とする一派が代表したものであつたが、しかし乍ら後述する様に、法典論争の立役者を演じたものは佛法系の明治法律學校、英法系の東京法學院（後述する様に二十二年十月一日に英吉利法律學校を改稱して東京法學院と稱す）の二私立學校である。司法省が何故に佛法系となつた

かに就ては、種々の理由を挙げ得るであらう。併し、先づ五年七月五日に司法省明法寮に法學生徒二十名を置きたる際に佛國人アンリ・ド・リベロール (Henri de Ribecrolles) をして教授せしめ、七年三月にポアソナード (Boissonnade) 及びブスケ (Bousquet) を司法省法律専門教師に任じ、九年九月二十七日には佛國人ビエール・ジョセフ・ムーリエー (P. Joseph Mourier) を教師とし、更に十年九月十五日には佛國人プロスペール・フネルチュネー・フーク (Prosper F. Fouque) を法學校教師とし、更に十二年三月二十四日には佛國人ジャン・バチスト・アルチュール・アリヴエー (Jean B. Arthur Arrivet) を法學校教師に、同十一月二十二日には佛人ジョルジ・アッペール (Georges Appert) を聘し、教師と爲し、翌十三年六月八日には佛人アントアヌ・ファブル (Antoine Fabre) を教師に任ずる等、明治初頭に於ける司法省の御雇外國人教師は壓倒的に佛人が多数であつた事は注意せねばならぬ事柄である²⁴。かゝる故に『司法省沿革誌』の十七年十一月十七日の項を讀むも、舊明法寮法學生徒十名は全部、佛國へ留學を命せられたのである²⁵。明治十五年以前の司法省部内の空氣は上述の如き状態では佛法が全盛とならざるを得ない譯であらう。然らば何故に佛法學者を招聘したかの理由は箕作麟祥等佛法學者の實際的勢力が部内に大なる影響を及ぼしてゐた事實も其の一理由としてこれを看過する事が出來ず、法學者を聘する件に關して此等佛法學者側よりの何等かの進言も行はれた事であらうとも推察出來るのであるが、併し當時歐洲に於て最も完備したる法典

國と考へられ、其の影響は全歐洲諸國の法典編纂事業に著大なるものがあつたのは實に佛國であつたから、必然的に Western Principle による我法典編纂事業を開始するに當りては、佛國法典に其の範が採られたものと見なければならぬと思ふ。以上の様な諸種の事情は司法省を佛法一色を以つて塗り潰すに到りし決定的な原因となつたものであり、搗てて加へて、明治初頭の我が法學界が多分に佛法的法理を含むものとなり、實際上の法の適用に於ても佛法的理論に據りて處理せられるに到りし理由を爲すものである。此れに反して英法系が深く東京大學を中心として存在したのは矢張り幕末以來、英國が政府に援助を惜しまざりし其の事實に遙かに其の淵源を引くものであらう。併し英法は主として我が國の議會制度論等公法的部面に深刻な影響を及ぼしたるものであつて、私法的實際の方面に到りては其の影響は蓋し佛國民法の我國に及ぼせる影響に比すれば、頗る弱きものであつたと考へねばならないであらう。此れ、實務より遠き學究の徒なる開成學校に於て英米法が講せられたる爲めであり、其の學究に於ける勢力は又悔る可からざるものであつたが、實際界には英法の勢力は佛法の夫に及ばなかつたのである。開成學校が明治に入りて新政府の管轄に轉屬したる後の御雇外國人中、英米人が壓倒的に多数なりし事實は²⁶、此れ亦、必然的に開成學校、更に東京大學をして英米的色彩を濃厚にせしめたる原因と見ねばならない事柄であらうと思ふ。且つ八年七月に開成學校生徒にして留學を命せられたる第一回留學生十一名の内、九名迄が米國の各

大學(外に一名佛國一名獨逸)に留學してゐるが、其の内四名の法學專攻生徒(四名、法學。三名、化學。二名、工學。一名、諸藝學科。一名、鐵山學。)は全部、米國へ留學を命ぜられてゐる所であり、翌九年六月十九日の第二回留學生十名の内、法學專攻學生は三名(入江陳重(穂積)。向坂兌。岡村輝彦。)にして、此等の者は何れもロンドンの Kings College of Middle Temple 法學校へ入學を命ぜられてゐる。斯くの如く開成學校出身者にして法學研究の爲めに英米へ留學せし者が殆ど法學專攻留學生の全部であつた事實は、司法省明法寮出身法學生徒の留學せし國が全部佛國なりし事實と正に對蹠する注意せねばならぬ事柄であらうと思ふ。而も十年に東京大學が創設せられ、法學部が置かるゝや、其の「學科課程」に

一本部ハ本邦ノ法律ヲ教フルヲ主トシ旁ラ支那、英吉利、法蘭西等ノ法律ノ大綱ヲ授クル事トス但シ本邦ノ法律未タ完備セサルヲ以テ現今專ラ英吉利法律及法蘭西法律ノ要領ヲ學修セシム

と英法と佛法とを同列に置いて此れを教授する旨を定めてゐるにも拘らず、其の實際の學科配當を仔細に檢するに、英法は第二年に「英吉利法律(法律大意ノ講義 不動產法)」、第三年に「英吉利法律(證據法 衡平法 訴訟法 結約法 刑法)」、第四年に「英吉利法律(證據法 衡平法 訴訟法 結約法 刑法)」と定められたるに反し、佛法は僅かに第四年に「法蘭西法律要領(民法)」とあるのみであつて、英法が頗る重要視されてゐるにも拘らず、如何に佛法が東京大學法學部に於ては輕視されてゐるかを判然と知らしむるのである。此の點は十二年以後の學科課程の改正に於ても何等の變更を見てゐない所であつた。開成學校が十年に東京大

學と改稱せられし後の外國人法學部教授二名も全部、英米人である。例へば「英吉利法律及列國交際法」を講義せしウキリアム・イー・グリスビー (William E. Crisby) は英國人、「英吉利法律」を講義せしヘンリー・チャー・テリー (Henry Taylor Terry) は米國人である。十二年の學科課程改正の際の外國人法學部教授は全部で二名であつて、其の内一名は米人テリー、他は英國人チャーレス・ジェームス・ターリング (Sir Charles James Tarring) であつた。更に開成學校第一回留學生鳩山和夫は十三年八月三十日に法學部講師を囑託され英吉利法を擔任し、第二回留學生岡村輝彦も亦同年九月十六日に法學部講師を囑託されてゐる所であつたし、穂積陳重、菊地武夫も亦講師を囑託された。殊に穂積陳重の如きは、十五年二月十五日には東京大學教授兼東京大學法學部長に任せられたのであつた。以上の如き状態なりしを以つて、開成學校、更に東京大學法學部が必然的に英米法主義を持して隱然、司法省明法寮法學校出身者と對峙するに到つた事は申す迄もなき次第であつた。尤も五年七月に創立せられし司法省明法寮法學校は十七年に文部省に移管され、東京法學校と改稱されたが、翌十八年九月に東京大學に合併されてゐる。併し東京大學合併後の佛法學は東京大學に於て大なる勢力を有するに到つてゐなかつたのである。

以上自分は佛法及び英法の兩牙城に關する一瞥を果したるものであつた。併し法典論争に際して其の先鋒として、實際的な活躍をなしたる學校は佛法系の明治法律學校と、英法系の東京法學院を

其の代表とするのである。明治法律學校は現在の明治大學の前身であつて、十四年一月十七日の創立にかゝり、校舎は東京市麴町區有樂町三丁目一番地をトして建設され、これを明治法律學校と命名したに初まる^②。創立者は總代として岸本辰雄、宮城浩藏、矢代操の三名の名を連ねてゐるが、此等の三名は何れも司法省明法寮法學校第一期卒業生にして其の内、岸本は既に講法學舎に於て矢代と共に佛法を講義してゐたし、且又、岸本、宮城の兩名は何れも遠く佛國巴里大學に留學し、佛法學を研究し來れる新進氣鋭の學者であつた。彼等が留學以前、明法寮法學校に於て受講せし法學は申す迄もなく、佛法であり、殊にボアソナード等に依りて親しく其の教授を受けし者であるから、彼等の法學智識が全く佛法に屬するものであつた事は今更、説明する必要もなからう。故に、十四年一月十七日に明治法律學校を開校するや、先づ宮城は日本刑法及治罪法を、矢代は佛國民法半部及民事訴訟法を、岸本は佛國民法半部、同商法及行政法を講義してゐるが、其の全部は佛法である事は當然であらうと思ふ。西園寺公望が佛國より歸朝したる後、此處に於て佛國行政法を講じ、又明法寮法學校第一期卒業生松村虎一は佛國商法を、佛人アッペール亦經濟學を本校に於て講義したのである。以上の講義科目の内、日本刑法及び治罪法の名が見えるけれ共、此れ等も何れも佛法を母法とするものであつたから、明治法律學校に於ては、佛法を修得せる教授、講師等によりて佛法のみ講義されたと云ふも強ち過言ではなかつたのである。然るに明治法律學校は校運の隆昌に赴く

と共に校友の親睦連絡機關雜誌として十八年二月に到りて『明法雜誌』と稱する月刊學術雜誌を發行した。創立當時入學せる學生は纔に四十四人、而かも其の半は曩に岸本と同時に講法學舎を退學せる者であつたと稱せられしにも拘らず、十八年には入學者の數は三百九人を數ふるに到つた。此處に於て校舎の狹隘を感じ、翌十九年十二月十一日に東京市神田區駿河台南甲賀町十一番地の地をトして移轉し、開校式を擧げたのであるが、其の式典には元老院議長大木喬任以下朝野の名士の來臨を得るの盛典であつたと稱せられてゐる。かくして十八年に發行したる『明法雜誌』は二十三年一月に到りて之を改題して『法政誌叢』と改稱し、椽大の筆を振つて我學界に主として佛蘭西法學を紹介し、重きを爲してゐたのであつた^③。加ふるに法典實施に關する論争が勃發するや、新たに二十四年に入りて明治法律學校校友有志に依つて法治協會なる團體を結成し、此の協會は『法治協會雜誌』を發行して此れに據りて法典實施斷行論を發表したのである^④。以上の如き状態なりしを以つて、明治法律學校は正に佛法を遵守する司法省明法寮法學校の出店の如き感あり、法典論争に際しては、司法省明法寮法學校出身の學者の本據となりて、強硬なる法典實施斷行論を唱へた事は此れ亦故なき所ではないのである。尙、右の外に法典實施斷行論を標榜した學校には和佛法律學校がある。和佛法律學校は後の法政大學の前身で、明治十六年に明法寮法學第一期卒業生なる橋本胖三郎、及び薩陞正邦等に依りて創立され、ボアソナード亦此の設立を援助し、校舎を神田區小川町に

建設したる學校である。初め東京法學校と稱したが、二十二年五月に到りて東京佛學校と合併し、和佛法律學校と改稱してゐた。法典實施に關する論争が勃發するや、和佛學校有志者は明治法律學校有志者と合流して明法會なるものを組織し、其の機關誌『明法誌叢』に據りて此れ亦法典實施斷行論を發表したが、以上の總ては説明する迄もなく全部佛法を其の論據とするが故に、佛法學派と一括して指稱する事が出来るのである。

以上の様に佛法學派は我が民法典が彼等の修得したる佛法を母法として編纂されしものであつたが故に、斷行論を強く主張したのであつた。此れに反して法典實施延期論を主張したのは東京大學出身の一派及び、實際上の延期論の論争の急先鋒として明治法律學校の論陣に肉迫したのは實に東京法學院を本據とする面々であつた^④。

東京法學院は後の中央大學の前身にして、二十二年十月一日に英吉利法律學校と稱せし從來の稱呼を改めて東京法學院と改稱したものである。英吉利法律學校は十八年七月十一日に文部省より其の設立を許可せられたる英米法學の研究を専ら目的とする學校で、東京神田區錦町二丁目二番地に創立された。其の「設立旨趣」を見るに^⑤

方今未タ英米法律ノ長所タル法律實地應用ノ道ニ通スル者甚少ナシ是レ蓋講師ノ數全キヲ得テ其全科ヲ教フル所ナキト其種莫ヲ極ムルニ足レル書籍ナク又法律書庫ノ設ナキトニ由ラスンハアラス而シテ世間往々英米法律ヲ教

授スルノ校舎ナキニアラスト雖モ或ハ佛國ノ法律ヲ兼修セシメ或ハ専ラ英米法ヲ攻究スルモ專一ノ力ヲ其全體ニ及ホシ以テ實地應用ノ素ヲ養フモノ未會テ之アルヲ見ス是レ常ニ英米法學者ノ慨嘆スル所ナリ余輩茲ニ見ル所アリ數多ノ英米法學者相集マリテ英米法律ノ全科ヲ教授シ其書籍ヲ著述シ其法律書庫ヲ設立スルノ目的ヲ以テ本校ヲ設置ス

明治十八年七月

と記載宣言されてゐる。右の「創立旨趣」の意に依りて既に明瞭なる様に、英吉利法律學校は英米法學のみを教授研究する學校である點に其の特徴を有してゐる。且つ設立者十八名の内には穂積陳重、奥田義人、岡村輝彦、増島六一郎、江木衷、合川正道、菊池武夫、土方寧、元田肇を初めとし、磯部醇、西川鐵次郎、岡山兼吉、渡邊安積、高橋一勝、高橋健三、山田喜之助、藤田隆三郎、澁谷慥爾の名を連ね、右の内、増島六一郎が推されて校長の職に就き、澁谷慥爾が幹事の職に就いたのであつた。右の十八名の内、穂積は東京大學教授兼法學部長、岡村は東京大學法學部講師で大審院判事、増島は代言人で東京大學講師、土方は東京大學助教授であつて、穂積は法律牴觸論・法理學を講義し、岡村は證據法、増島は訴訟法・財産法・法律沿革論を、土方は流通證券法・契約法を講義した。以つて如何に東京大學と英吉利法律學校とが創立の時より極めて密接なる關係に在りしかは何人も此れを認め得る所であらう。二十年十月改定の「英吉利法律學校規則」^⑥を披見するに、同學校の科目は第一科と第二科に分れてゐるが、「第二科ハ英米ノ原書ヲ以テ法律ヲ教授ス」^(第三條)

と定められてゐて、其の科目として、左記の如きものを列挙してゐるのである。即ち

○第一學年

- テリー氏 一 法律原論
- ケント氏 一 親族法
- ストリー氏 一 動産委託法
- ハリス氏 一 英國刑法
- 一 財政學
- アンソン氏 一 契約法
- ストリー氏 一 代理法
- 日本刑法
- フオレル氏 一 論理學
- アンダーヒル氏 一 私犯法
- ホロツク氏 一 組合法

○第二學年

- ベンジャミン氏 一 賣買法
- ケント氏 一 會社法
- スミス氏 一 訴訟法
- アンソン氏 一 契約法
- ワイリアム氏 一 動産法
- チャールマルス氏 一 流通證書法
- 一 擬律擬判
- アンダーヒル氏 一 私犯法
- パウエル氏 一 證據法
- オリバー氏 一 商船法
- 一 判決例
- ストリー氏 一 代理法

- 一 日本刑法
- 一 治罪法

參考科

- 一 米國法律
- 一 理財學
- 一 財政學
- 一 日本訴訟法草按

○第三學年

- 一 財產法
- 一 破産法
- 一 保險法
- スミル氏 一 衡平法
- スミス氏 一 訴訟法
- マークビー氏 一 法理原論
- メイン氏 一 法律沿革論
- ウエストレーキ氏 一 國際私法
- ハンター氏小ノ分 一 羅馬法
- ホール氏 一 國際公法
- 一 憲法
- 一 行政法
- 一 訴訟演習
- 一 理財學
- 一 財政學

右の科目に見える英原書は大體此れを検出し得るも繁を避ける爲めに此處に掲出しなが、右の科目の夫々を見るも英吉利法律學校の有してゐる英米法的特色を一目瞭然として知らしむるであらう。然るに英吉利法律學校は二十二年十月一日に到りて上述の様に、其の名を改めて東京法學院と爲して

ある。而して同年一月三日に機關雜誌として『法理精華』と題する法律雜誌を發行し、益々英米法理の精華を學界に發揚せんと志向したのである。此の『法理精華』は毎月二回の發行であつたが、後當局の忌諱に觸れ、二十三年七月には其の發行を禁止せられてゐる。故に其後に到りて、二十四年四月に新に『法學新報』なる機關誌を發行した。實に法典實施に關する論争が起つたのは此の『法學新報』發行の頭初に當つてゐるのである。故に東京法學院の英法學者は『法學新報』に據りて實施延期に關する侃諤の論を發表し、遂に克く其の目的を達成せし事後考する如くであつた。尙、小野梓、高田早苗等の關係せる東京專門學校も亦英法系の學校であり、小野梓には既にペンタムの思想を繼承して、其の名著『民法之骨』^⑤を著はしてゐるが、此の學校は法典實施に關する論争には、それ程重大なる本質的役割を果してゐないものと見ねばならない。

以上の様に我が明治初期に於ける我法學界は佛英二法學派に依りて兩分されてゐた觀があつた。併し獨逸法學に到りては當時、平田東助が獨逸協會學校を經營せりと雖も未だ其勢力極めて微々たるものにして、民法典實施に關する論争には何等の重要な役割をも有し能はなかつた位であつた。扱て、民法典（商法典も實施に關する論争に關係するが、此處には民法典のみを採り掲げる）實施に關する論争に於ける兩陣、換言すれば斷行派は舊司法省明法寮法學校出身者及び明治法律學校關係者並びに若干の政治家等に依つて占められ、延期派は開成學校、従つて東京大學出身者及び東京法學院關係者並びに若干の政治家等を其の主な

るものとして相對立したのであつた。今假りに斷行派に屬する主要人物の姓名を順序もなく列擧すれば斷行派として次の如き者を擧げ得るであらう。

梅謙次郎、光妙寺三郎、本野一郎、熊野敏三、寺尾享、飯田宏作、高木豊三、井上正一、岸本辰雄、杉村虎一、城數馬、福原直道、水町袈裟六、岡田朝太郎、前田孝階、松室致、古賀廉造、龜山貞義、栗塚省吾、宮城浩藏、磯部四郎、岩野新平、大島誠治、大塚成吉、太田峯三郎、河津祐之、森順正、末弘巖石、末松三郎、名村泰藏、大木喬任、南部護男、井上操、兩角彦六、和田守菊次郎、大井憲太郎、鹽入大輔、楠本正隆、若槻禮次郎、荒井賢太郎、入江良之、岡村司、織田萬、安達峰一郎、其他決死隊と自稱せる井本常治、豊田鉦三郎、山口憲、平松福三郎、野口本之助、山谷虎三、小笠原久吉及び東京府下代言人有志者百餘名

であり、此等の人物の傳記は一々註記する必要もあるが、割愛して置き、延期派は

穗積八束、江木衷、土方寧、奥田義人、山田喜之助、高橋健三、中橋徳五郎、松野貞一郎、伊藤悌治、朝倉外茂、鐵、岡村輝彦、菊地武夫、元田肇、岡山兼古、谷千城、三浦安、増島六郎、岡野敬次郎、花井卓藏、鳥居錦次郎、加藤弘之、村田保、末松謙澄、關直彦

等を擧げ得よう。特に佛法學者富井政章、木下廣次が延期派に屬してゐた事は注意せねばならない。單に以上の顔觸れのみを通覧しても、正に法典實施に關する論争は、當時の我法學界を二分する所の佛法學派と英法學派との一大論戦をなすものであつた事がわかるであらう。

法典實施延期意見に關する代表的なる論文は、二十五年四月に江木衷^⑥、高木健三、穗積八束、

松野貞一郎、土方寧、伊藤悌治、朝倉外茂鐵、中橋徳五郎、奥田義人、山田喜之助、岡村輝彦の十
一名に依りて起草され朝野に配布せられたる「法典實施延期意見」であらう(圖版第三参照)。而して
其の意見書に附せられたる「参考書」を讀むに法典實施延期理由として左の七項を列擧するのであ
る^⑤。即ち

- 一新法典ハ倫常ヲ壞亂ス
- 一新法典ハ憲法上ノ命令權ヲ減縮ス
- 一新法典ハ豫算ノ原理ニ違フ
- 一新法典ハ國家思想ヲ缺ク
- 一新法典ハ社會ノ經濟ヲ攪亂ス
- 一新法典ハ稅法ノ根原ヲ變動ス
- 一新法典ハ威力ヲ以テ學理ヲ強行ス

右の各項は夫々詳細なる理由を附してゐるが、たゞ其の全文は餘りに長き爲めに此處に掲載する事
を差し扣へ度いと思ふ。併し法典實施延期派の有せし意見は大體に於て右の七項の内に要約し得る
のである。尙、遙か後年なる明治三十九年に時の檢事總長横田國臣が『獨庵哲論』なる一書を著し
て、此の内に延期派の意見として掲げてゐるものは左の三項である^⑥。

新法ハ世論未タ協ハサルニ政府ハ斷然之ヲ發布セラレタリ

新法ハ個人主義ニ出タルモノニシテ國家主義ニ取レル欽定憲法ニ抵觸ス

新法ハ天然法ノ原則ヲ主義トシ新學說ノ主義ニ背反ス

右の法典實施延期意見に對し『法治協會雜誌』に據れる實施斷行派は『法治協會雜誌號外』を發行
し^⑦、「法典實施斷行意見」を發表し此れに反駁を爲してゐる。「法典實施斷行意見」の目次の項
目を例示すれば左記の如くであつた。

法典實施斷行ノ意見^{意カ}

- 法典ノ實施ヲ延期スルハ國家ノ秩序ヲ紊亂スルモノナリ
- 法典ノ實施ヲ延期スルハ倫理ノ壞類ヲ來スモノナリ
- 法典ノ實施ヲ延期スルハ國家ノ主權ヲ害シ獨立ノ實ヲ失ハシムルモノナリ
- 法典ノ實施ヲ延期スルハ憲法ノ實施ヲ害スルモノナリ
- 法典ノ實施ヲ延期スルハ立法權ヲ拋棄シ之ヲ裁判官ニ委スルモノナリ
- 法典ノ實施ヲ延期スルハ各人ノ權利ヲシテ全ク保護ヲ受クル能ハサラシムルモノナリ
- 法典ノ實施ヲ延期スルハ各人ノ權利ヲシテ全ク保護ヲ受クル能ハサラシムルモノナリ
- 法典ノ實施ヲ延期スルハ各人ヲシテ安心立命ノ途ヲ失ハシムルモノナリ
- 法典ノ實施ヲ延期スルハ國家ノ經濟ヲ攪亂スルモノナリ

右の各項の内、初めの四項は既に其の全文が發表されてゐるから^⑧五項以下九項迄の全文を後掲す

るであらう。要するに第一項に於ては「吾人日常ノ關係本分ヲ明定セル民法商法二大法典ノ實施ヲ欲セサル者ハ社會ノ平和安寧ヲ欲セサル者ナリ國家ノ秩序ヲ紊亂スルニ放任シテ之ヲ顧ミサル者ナリ切ニ之ヲ言ヘハ國家ヲ賊害スル者ナリ」と述べ、第二項に於ては風教を維持する爲にする外部よりの制裁力が薄弱なる場合は倫理道義は壞廢する傾向を示す可く、一刻も早く此の傾向を救済するには、此れを救済す可き法典を實施す可きである所以を述べ、第三項に於ては「今日我國現況ノ如ク裁判官タル者名ヲ條理ニ藉リ其實其學ヲ所ニ從ヒテ或ハ英米ノ法ヲ適用シ或ハ佛獨ノ法ヲ施行スルニ至テハ國家ノ主權ヲ傷ケ國家ノ體面ヲ汚シ獨立國ノ名有テ而シテ其實ヲ失ハシムルモノト謂ハサル可カラス」と論陣を張り、第四項にては憲法に於ける臣民の權利義務に關する規定は民商法に關涉するもの多き故に憲法の實施の効果を名實共に發揮せしめんと欲せば、民商法典を及ぶ限り早く發布せざる可からずと論ずるのである。右の「法典實施斷行意見」は明治法律學校有志者に依りて組織されたる法治協會の同人、例へば岸本辰雄、磯部四郎、本野一郎、城數馬、宮城浩藏等に依りて發表されたものであつて、法典實施斷行論の最も代表的なるものと云ふ事が出來よう。前述した様に、四項迄は既に發表されたる故を以つて、『法治協會雜誌號外』に據つて第五項以下の全文を發表すれば左の如くであつた。左の意見を讀む事を以つて、斷行派の抱いてゐた主張の大體はこれを知悉し得るであらう。即ち⑩

法典ノ實施ヲ延期スルハ立法權ヲ拋棄シ之ヲ裁判官ニ委スルモノナリ

凡ソ事物已ムヲ得テ而シテ起ルモノハアラシ人ノ相集リ相交リテ社會ヲ組ミ國家ヲ成ス是已ムヲ得サルノ必要ニ出ツルナリ治者ト被治者トヲ分チ政治機關ヲ設クルモ亦實ニ已ムヲ得サルモノ有レハナリ法ヲ立テ律ヲ定ムルノ事豈特リ已ヲ得テ而シテ然ルモノナランヤ之ヲ社會國家ノ秩序ヨリ視之ヲ吾人ノ安心保生ノ必要ヨリ察スルニ法律ノ制定ハ實ニ已ムヲ得サルモノ有ルニ由ラサルハナシ然ラハ則チ一法ヲ制シ一令ヲ布クヤ必ス之ヲ實施シテ其已ムヲ得サルノ需要ヲ滿タサ、ルヲ得ス唯之ヲ制定發布スルノミヲ以テ之ヲ實施スルコト無クハ則チ之ヲ制定セサルト何ソ撰ハンヤ

立法權ノ國家ニ於ケル主要最重ノ位地ヲ占ムル所以ノモノハ畢竟社會國家ニ於ケル已ムヲ得サルノ需要ヲ充スノ任務ヲ有スレハナリ而シテ法律ヲ制定スルハ即チ其任務ヲ盡ス所以ナリ若シ夫レ社會國家ニ已ムヲ得サルノ需要アルヲ知テ而シテ之カ法律ヲ制定スルコトナクンハ則チ立法權ハ其任務ヲ盡サ、ルモノナリ立法權ニシテ其任務ヲ盡サス何ヲ以テカ國家ハ其秩序ヲ維持シ人民ノ平和安寧ヲ保全スルコトヲ得ンヤ彼ノ法律ヲ制定發布シテ而シテ之ヲ實施セサルカ如キモ亦立法權ヲ拋棄シ其任務ヲ盡サ、ルモノト謂ハサルヲ得ス

國家ハ立法權ヲ拋棄スルモ其已ムヲ得サルノ需要ハ之ヲ杜絶スルコト能ハス法律ハ之ヲ制定セサルコト有ルモ社會人事ノ關係ハ遂ニ之ヲ抑止スルコトヲ得サル可シ故ニ其已ムヲ得サルノ需要ハ之ヲ充タスノ途ナカル可カラス其ノ社會人事ノ關係ハ之ヲ調理スルノ法ナキヲ得ス即チ之ヲ行政官ノ行施ニ委テ之ヲ司法官ノ裁判ニ任ス若シ其行施ニシテ事物ノ宜シキニ適ヒ其裁判ニシテ條理ノ正シキニ合セハ則チ敢テ不可ナキニ似タリト雖モ然レトモ此ノ如キハ則チ立法權ヲ擧テ之ヲ裁判官ニ委スルモノナリ法律執行ノ職ニ在ル者ヲシテ法律制定ノ事ニ當ラシム其

弊や實ニ言フ可カラサルモノアリ即チ國家權力ノ主要最重ナル立法權ハ一ニ裁判官ノ左右スル所ト爲リ國家ノ政治機關ハ忽チ支離滅裂シテ圓滑ナル動作ヲ爲スコト能ハス加之人ニ依リ處ニ依リテ其法ヲ異ニシ其律ヲ同フセサルヨリシテ從テ人民其適歸スル所ヲ知ラサルニ至リ其結果法律ナキト異ナラサルノミナラス却テ其弊害ハ一層甚タシキヲ加フルモノト謂ハサルヲ得ス而シテ社會國家ノ已ムヲ得サル需要ヲ充タシ人事ノ關係ヲ調理スルノ效ニ至テハ殆ント全ク之アルヲ見サルナリ

謂フ顯ミテ我國今日ノ狀況ヲ視ヨ其弊害ノ殊ニ最モ甚タシキ吾人ヲシテ憂慮措ク能ハサラシムルモノ有ルニ非スヤ何ヲ以テ之ヲ言フ曰ク維新革命ノ結果トシテ社會上國家上ノ事物ハ悉ク破壊變革ヲ受ケサルモノナク古來ノ法令慣習ノ如キモ亦多クハ泯滅ニ歸シタルモ之ニ代フ可キ新法律新慣習ハ未タ成立スルニ至ラス殆ント全ク無法無規ナルニ社會人文ノ日ニ益々開進スルト國際交通ノ年ヲ追ツテ頻繁ナルニ從ヒ人事ノ關係愈々紛雜ヲ加フ是時ニ當リテ無法無規唯裁判官ノ判定スル所ノミニ放任スルハ偶々以テ其關係ヲ一層紛雜ナラシメ遂ニ此ノ世運進捗ヲ阻碍スルノミ我立法者此ニ見ル所アリ曩キニ法典ヲ制定公布シ人事ノ關係ヲシテ明瞭ナラシメタリ蓋シ社會國家已ムヲ得サルノ必要ニ應シ能ク立法權ノ任務ヲ盡シタルモノト謂ツ可キナリ然レトモ此等ノ諸法典ハ未タ全然實施セラル、ニ至ラス吾人日常ノ關係ヲ調理スル所ノ至重要ナル民法商法ハ未タ實際ニ其効用ヲ致スニ至ラス是ヲ以テ我國人民ハ其一日モ早ク實施ノ期ニ會センコトヲ希望シツ、アル今日或ハ其實施ノ延期ス可キコトヲ説ク者アリ予輩ハ此ニ其説ヲ論評スルコトヲ須キスト雖モ予輩ハ斷言ス可シ曰ク彼等ハ敢テ無法無規ノ現況ヲ維持シ以テ我社會國家ノ需要ヲ抛擲シテ顧ミサル者ナリ彼等ハ立法權ヲ抛棄セシメ以テ國家ノ權力ヲ滅裂セシメントスル者ナリ又彼等ハ裁判官ヲシテ立法權ヲ左右セシメ以テ憲法ノ大則ニ紛更ヲ試ミントスル者ナリト

法典ノ實施ヲ延期スルハ各人ノ權利ヲシテ全ク保護ヲ受ル能ハサラシ

ムルモノナリ

人ニ固有ノ權利アリ又法律上ノ權利アリト雖モ法律カ明カニ之ヲ認メテ保護スルニ非スンハ鞏固ナル能ハスト謂フモ過言ニアラサルナリ抑々吾人ノ權利ニシテ裁判官カ正義條理ニ適セリト稱シテ其保護ヲ爲スヨリモ法律ニ於テ之ヲ保護スルコトヲ明示スルノ確的ナルニ如カサルナリ今ヤ吾人ノ私權ハ民法商法ニ依リテ保護セラレ則チ從來吾人カ唯裁判官ノ方寸ニ依リテ決定サル可キ薄弱ナル保護モ民法商法ニ於テハ立法者ノ明言ヲ以テ確的タル保護ヲ受クルニ至リ則チ吾人ノ私權ハ民法商法ノ公布ニヨリ益々鞏固ナルヲ得ルニ至ラントス吾人ハ唯一日千秋ノ感ヲ懷キテ此二法ノ實施ヲ待チツ、アル者ナリ夫レ人誰カ其權利ノ鞏固ナルヲ欲セサル者アラン然ルニ狂人アリ自己ノ權利ノ鞏固ナルヲ欲セサルノミナラス更ニ他人ノ權利ヲシテ薄弱ナラシメンコトヲ希望スル者アリ夫ノ法典實施延期論者ノ如キハ其一ナリトス予輩ハ更ニ其理由ヲ説示スルヲ須キス唯以上ノ説論ヲ一讀センメハ足ランノミ

法典ノ實施ヲ延期スルハ争訟紛乱ヲシテ叢起セシムルモノナリ

人其利害ヲ異ニシ其得失ヲ同フセサルヤ相争ヒ相訴フルハ免カル可カラサル勢ナリト雖モ人亦良智良能アリ徒ニ非ニ居テ争ヒ曲ニ在テ相訴フルカ如キコトアラス唯其茲ニ至ラサル所以ノモノハ其理否曲直ノ分明ナラサルニ依ルノミ人誰カ太陽ニ向テ其暗キヲ争フモノアラムヤ人誰カ雪ニ向テ其白カラサルヲ訴フルモノアラムヤ然ラハ人ノ争訟ハ理否曲直ノ分明ナラサルニ坐スルカ蓋シ理否曲直ナルモノハ人ノ良智良能ノ認識ニ依テ定マル而シテ其良智良能ハ人ノ教育其他境遇ノ異ナルニ依リテ同シカラス然ラハ理否曲直ノ争訟ヲシテ人ノ良智良能ニ任セシム

ルモ人互ニ其見ヲ異ニシ其解ヲ同フセスシテ相争ヒ相訴フルヤ自然ノ理勢ナリ斯ノ如ク人互ニ相争ヒ相訴フルヤ最強最大ノ威力ヲ有シテ之ヲ裁定スルニアラスンハ此國家ノ秩序安寧ハ終ニ之ヲ保維スルコト能ハサルナリ然ルト雖モ斯ク最強最大ノ威力ヲ以テ其争訟ヲ裁決スルヤ事既ニ末ニ屬セリ其本ニ趨ホリ未タ茲ニ至ラシメサルヲ期セサル可カラズ蓋シ其之ヲ爲スヤ法規ヲ明定シ律令ヲ制定シ以テ各人ヲシテ一見先ツ其理否曲直ヲ判斷セシム可キ根據ヲ示シ又之ヲ認識ス可キ準繩ヲ與フルニ如カサルナリ即チ法規ヲ實施スルハ此目的ヲ遂ケシムルモノナリ人ノ争訟ヤ遂ニ免カル可カラズ而シテ至理ノ自ラ存スル有リ唯裁判官ヲシテ之ヲ裁判セシムルニ在ノミ敢テ早急法典ヲ實施スルノ要ナシト是蓋シ思ハサルノ言ノミ果シテ至理ハ自ラ存スルナラン然レトモ其之ヲ認識スル果シテ如何ス可キヤ夫レ唯人ノ良智良能ニ依ルノ外ナカルヘシ抑モ人ノ智識ニ淺深アルト均シク其理否曲直ノ判定モ亦人ニ依リ異同ナカル可カラズ况ンヤ裁判官モ亦神佛ニアラサルニ於テヤ若シ夫レ人民ヲシテ其依據スル所ヲ明知セシメサルニ於テハ或ハ誤想謬見ヲ以テ起訴シ或ハ裁判官ヲ瞞着スルヲ以テ唯一ノ證據ト爲シ以テ起訴シ或ハ其他千樣萬態唯其萬一ヲ僥倖シテ起訴スルニ至ラン加之裁判官ノ依據スル所ハ或ハ英米法或ハ獨佛法ニシテ區々一定セサルモノアルニ於テヤ訴訟ノ濫起ヲシテ一層激甚ナラシムルモノナリ

斯ノ如ク訴訟濫起シ人々相争ヒ相訴ヘ而シテ裁判ハ區々ニシテ漸ク其信憑力ヲ失フニ至リテハ國家ノ秩序安寧ハ如何ニシテ之ヲ保維ス可キ乎予輩ハ國家ノ前途ニ對シ杞女ノ憂タラサルモノアルヲ認ムルナリ予輩ヲシテ此憂慮ノ範圍ヨリ離脱セシメ則チ裁判ノ威力ヲシテ益々顯著ナラシメ遂ニ訴訟濫起ノ弊害ヲ防止セント欲セハ夫レ唯法典ヲ施行スルニアルノミ

法典ノ實施ヲ延期スルハ各人ヲシテ安心立命ノ途ヲ失ハシムルモノナリ

人ノ安心立命ハ剛毅ノミニ依テ得ラル可キニアラス一國ノ公力能ク之ヲ保護シ外部ノ襲撃ヲシテ侵害スルヲ得サラスメ權利ノ實行ヲ保護シ義務ノ履行ヲ保全セシムルニ在ルノミニ人能ク外力ノ強暴ハ一國ノ公力ヲ以テ之ヲ壓抑スルヲ知ル然レトモ正義條理ノ襲撃ハ何ヲ以テ之ヲ鎮定ス可キヤ否ヤヲ知ラサルモノアリ夫レ然リ吾人ハ一國ノ公力薄弱ニシテ外力ノ強暴ヲ抑壓シ得サルカ爲メ吾人ノ安心立命ヲ得ル能ハサルト同シク吾人ノ權利義務ニシテ確的ナルニ非スンハ吾人亦安心立命ヲ爲ス能ハサルナリ夫レ外力ノ襲撃ナシト雖モ吾人ノ權利義務ニシテ確的ナルニ非スンハ吾人ハ安心立命ヲ爲ス能ハサルナリ吾人ハ唯自ラ權利アリ義務ナシト確信スル而已ニテハ未タ以テ安心立命ヲ爲ス能ハサルナリ何トナレハ吾人カ權利アリ義務ナシト自信スル所ノモノモ他人ハ却テ吾人ニ權利ナシ義務アリト反攻スルヤ知ル可カラズ此境遇ニ至テハ遂ニ法廷ノ裁決ヲ仰カサルヲ得ス然ルトキ裁判官ハ何ニ依リテ吾人ニ權利ナシ義務アリト判定スヘキヤ夫レ唯其良心ノ導ク所ニ從フノミナルカ夫レ裁判官ハ鬼神ニアラス而シテ其知識亦異同ナカル可カラズ其相異ナル無形ノ智識ニ依リテ裁判ヲ爲ス亦遂ニ異同ノ裁判ヲ見サルハ殆ント危シ加之裁判官カ依據スル所ハ現ニ英米法ト云ヒ佛獨法ト云フカ如キ外形上既ニ相異ナルモノアルニ於テヤ益々裁判ノ區々タルヲ致サスンハアラス然ルニ國ニ一定ノ法規アリ井然トシテ形體ニ顯ハレ人ヲシテ一目瞭然其依據スル所ヲ知ラシメ若シ夫レ果シテ權利ナシ義務アリト判定サレタルモ其依據シタル所ノ根基ノ既ニ存在セルヲ知ラハ如何ニ頑乎執拗ノ者ト雖モ遂ニ一言ノ辭ナカラン嗚呼吾人ヲシテ此安心立命ヲ得セシメルハ夫レ唯法典ヲ實施スルニ在ルノミ

斯ノ如ク吾人カ安心立命ノ繫ル所ハ法典ノ實施ニ在リ現ニ訟人ハ裁判官其人ノ曾テ修メタル法律學ノ學派ニ依リ先ツ裁判ノ豫斷ヲ爲シ所謂法理ノ何タルヲ究メシテ先ツ喜憂ヲ分ツコトナキニアラス抑モ裁判官ハ博學多識ナラサル可カラズ然レトモ先入主ハ最大ノ威力ヲ有シ其博學多識モ亦之カ爲メ混迷シ縱令ヒ博學多識ノ裁判官ナリ

ト雖モ其最初ニ得タル法學ノ智識ハ常ニ其腦力ヲ左右セサルハナシ則チ佛法ヲ修メタル者ハ常ニ佛法ニ左右セラレ英法ヲ修メタル者ハ亦常ニ英法ニ羈束セラレ獨法伊法亦同シク然ラサルヲ得サルナリ人能ク此通弊ニ陥キラス眞正法理ノ存スル處ニ倚伴シテ得ル者ハ殆ント希レナリ今若シ是等ノ通弊ヲ除去ス可キ法典ノ實施ヲ延期センカ吾人ハ愈々判例ノ區々ニシテ益々安心立命ノ幸福ヲ殺カル、ヲ悲マスンハアラス故ニ曰ク法典實施ヲ延期スルハ各人ヲシテ安心立命ノ途ヲ失ハシムルモノナリト

法典ノ實施ヲ延期スルハ國家經濟ヲ攪亂スルモノナリ

法律ノ國家經濟ト密接ノ關係ヲ有シ之ヲ保護シ之カ發達進歩ヲ計ルモノタルハ予輩ノ喋々ヲ待タサル所ナリ殊ニ民法商法ノ如キハ一方ニ於テハ人民ノ權利ヲ保護スルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ專ラ國家經濟ヲ保護スルコトヲ目的トシテ編制セラレタルモノナリ故ニ其制定實施ハ國家經濟ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナリ故ニ其制定實施ハ國家經濟ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナリ而シテ此等ノ法典ハ或ハ其法制ノ旨義ノ如何ニ因リ或ハ其規定ノ風俗慣習ニ於ケル關係ノ如何ニ因リテ國家經濟ヲ攪亂スルノ結果ヲ惹起スルコト之ナキニ非スト雖モ其主眼トスル所ハ人民ノ財產權ヲ確固ナラシメ契約其他總テ財産上ノ關係ヲ整理調停スルニ在ルヲ以テ經濟ヲ保護シ之ヲシテ發達進歩セシムルハ其當然ノ結果ニ屬スルモノナリ請フ少シク其例證ヲ舉ケテ以テ其理ヲ明カナラシメン

民法ニ於テ規定スル所ノモノハ第一ニ財產權ノ事ニ關ス此部ニ於テハ財產權ノ何タルコト所有權ノ侵ス可カラサル原則其救濟ノ方法等ヲ規定ス而シテ財產權ハ實ニ經濟ノ基本トスル所ナリ故ニ財產權ニシテ鞏固ナルニ非スルハ則チ國家經濟ハ何ヲ以テカ能ク發達進歩スルコトヲ得可ケンヤ法律ハ則チ之ヲシテ鞏固ナラシムルモノナリ又財產權行使ノ方法其相互ノ關係即チ用益權使用權住居權賃借權永借權地上權及ヒ地役權等ニ關スル規定ハ經濟上ニ所謂富ノ生産ナルモノト相關ス故ニ法律ハ其生産力ヲ減殺セサランカ爲メニ此等ノ權利ノ期限ニ制限ヲ附スル

ヲ見ル次ニ民法ハ財產權ノ他ノ一種ナル人權即チ重ニ契約ノ事ヲ規定ス是各人間ニ於ケル財產權行用ノ關係ニシテ經濟上ニ於テ富ノ流通分配ト稱スルモノ即チ是ナリ此部ニ於テハ人權其者ノ性質效果等ヲ規定シ經濟ヲ助長セシカ爲メニ契約自由ノ原則ヲ認メ又契約ハ法律ト均シキ效力ヲ有スルノ原則ニ因リテ契約者ニ其誠實ノ履行ヲ促カシ債權者ノ爲メニハ十分ノ效力ヲ假シテ其利益ヲ保護シ以テ富ノ流通分配ヲシテ成ル可ク圓滑容易ナラシメンコトヲ欲セリ

次ニ規定スル所ハ人權及ヒ物權ノ種々ナル行用即チ賣買交換會社貸借代理寄託雇傭相續贈與其他各種ノ契約等總テ財產取得ト稱スルモノニシテ是則チ經濟上ニ所謂富ノ流通分配ノ作用ニ屬ス此部ニ於テハ彼ノ契約ニ關スル原則ヲ應用シ其作用ヲシテ最モ確實鞏固ナラシメンコトヲ期スルモノニシテ其經濟上ニ於ケル關係ハ殊ニ此部ニ於テ最モ重大ナルモノトス

又民法ハ債權ヲ保護センカ爲メニ其種々ナル擔保ノ事ヲ規定セリ是亦經濟上ニ於ケル富ノ流通分配ノ關係ヲシテ確實ナラシムルカ爲メニ重要ナル効力ヲ致スモノナリ

民法ノ其他ノ部分モ亦經濟上ニ關係スル所少ナラス而シテ商法ニ至テハ予輩ノ特ニ喋々スルコトヲ要セサル所ナリ

民法商法ノ國家經濟ニ關シ之ヲ保護シ之ヲ助長スルノ效アルコト夫レ斯ノ如シ若シ此等法律ノ保護ヲ缺クトキハ其結果果シテ如何ナル可キ乎其基本確固ナラス其生産力萎縮シ流通分配ノ事亦決シテ十分ナル作用ヲ爲ス可カラサルヲ以テ國家經濟ハ萎靡不振ノ狀況ニ陥キル可キハ炳然火ヲ賭ルヨリモ明カナリ

請フ眸ヲ放チテ現時我國ノ經濟社會ノ狀況ヲ觀察セヨ近年交通ノ利便日ニ月ニ増進シ通商貿易ノ業年ヲ追フテ益

々隆盛ト爲リ内國ニ於ケル商業モ亦愈々發達シ百般生産的ノ事業競ヒ起リ都鄙到ル所トシテ商社ノ設立ヲ見サルナキニ至ル故ニ之ヲ皮想上ヨリ觀察スルトキハ法律ノ保護未タ完全ナラサルニ經濟上ノ事業ハ既ニ大ニ發達セリト謂フヲ得可キモ更ニ之ヲ我國ノ位置氣候風土地味ヨリ視又之ヲ社會人文ノ關係ヨリ察スレハ予輩ハ慨然タラサルヲ得サルモノアリ經濟事業ノ發達ノ程度僅ニ今日ノ如クナルハ決シテ其當然ノ結果ト云フ可カラス生産的事業ノ開發ハ未タ十分ナラス通商貿易ノ如キハ僅ニ其形ヲ存スルニ止マルト謂フモ不可ナク彼ノ商社ノ如キモ亦多クハ奸商狡賈ノ徒カ奇利ヲ襲斷スルノ目的ニ成ルモノ比々皆然ラサルハナク奸黠狡獪ノ徒ハ揚々トシテ白日經濟社會ニ横行シ商業ハ皆此等ノ徒ノ奸曲ヲ逞フシ私欲ヲ滿タスノ具ト爲リ良賈却テ跡ヲ潜ム其商業ノ發達進歩ヲ妨害シ國家經濟ヲ荼毒スルノ甚シキ言フ可カラサルモノアリ其斯ノ如キモノハ職トシテ法律ノ保護ノ十分ナラサルニ由ラスンハアラス殊ニ會社ノ如キハ其弊害ノ最モ劇甚ナルモノナリ又今日債權者ヲ保護スルノ薄弱ナルヨリシテ狡猾ナル債務者ヲシテ巧ミニ法律ヲ潜リ破産ニ因リテ却テ自ラ利セシメ債權者ヲシテ常ニ損害ヲ被ムラシメ爲メニ商業上最モ貴重ス可キ信用地ヲ拂フニ至ル是ヲ以テ今日ノ經濟社會ノ弊習ヲ矯正シ商業ヲ既ニ萎靡セルニ回復シ以テ將來ノ富實ヲ計ランニハ須ラク速カニ商法及ヒ民法ノ二法典ヲ實施スヘシ若シ夫レ徒ニ在再遲々セハ則チ我國經濟社會ノ事亦得テ知ル可カラサルナリ今ヤ商業經濟社會ハ實ニ無法無規ノ暗黒社會ナリ魑魅走リ魍魎躍リ百鬼横行スルモノ豈異ムニ足ランヤ嗚呼此暗黒社會一點ノ光明ヲ待ツヤ久シ然ルニ特リ怪ム是時ニ當リテ敢テ法典ノ實施ニ反抗セントスル者アルヲ此輩畢竟不法不理ナル慣習ノ下ニ於テ其奸邪典策ヲ弄セントスル者ノミ咄何等ノ猾徒ソ

右は初め二十五年五月十一日に印刷され朝野の名士學者等に配布されたと考へられるが、同五月

十五日に到りてこれより前文を除き『法律雜誌』(第八百八十三號)に掲載して一般に發表されたのであつた。上述した二十五年四月の「法典實施延期意見」及びこれを論駁せる同五月十一日の「法典實施斷行意見」は論戰中の議論の白眉と稱し得るものである。故に吾人は右二論を中心として相對峙する佛英兩派の理論の内容を分析して見ようと思ふ。先づ「法典實施延期意見」を檢討して置かう。

「法典實施延期意見」に示された思想は一言を以つて述べれば二つに分ち得る。一は舊民法は我醇風美俗を破壊すとなす點であり、他は舊民法は我國體に悖反すとする點である。右の延期派の所謂「醇風美俗」を具體的に指摘すれば、これは「家」を基礎とする家族主義によりて醸成せられたる「祖先尊崇」「家制恪守」の慣習を指稱し、此の二慣習に胚胎する、忠孝二道に要約せらるゝ慣習が、これ即ち我國独自の「國情習俗」即ち「醇風美俗」であるとしてゐるのである。而して右の延期派の意見書に於て舊民法がかゝる「醇風美俗」的慣習を打破する所以を舊民法上の實際的な條文を夫々例示しつゝ論じて行くのである。家族主義は當然に個人主義に相對立する觀念なる事を豫想せしむるが故に、舊民法は「個人主義ノ法典ナリ眼中人民ノ社會的共同體ヲ認メス一國一社會ヲ以テ恰モ數多特定ナル個人ノ算數的總計ト誤解シ一個人ノ絶對的私權利ヲ確定セハ以テ社會ノ須要ニ應セシムルモノト」(新法典ハ社會ノ經濟ヲ擾亂ス)非難し、舊民法の發布によりて家族主義の基調をなす「倫常」は遂に破壊されるに到ると説き、「嗚呼倫常ハ祖先尊崇家制恪守ノ影ナリ民法出テ、其實體ヲ

亡ホシ」と論じた。抑々右の延期論者の意見では、舊民法は個人主義民主主義に則せる佛民法を模範とせるものであつて、此の個人主義民主主義は佛國革命の餘響を受けて發生せる「國家思想ニ闕ク所」の思想である。而も尙これは我國の世俗と頗る異なる「耶蘇教國ノ風習」である。然るに此の個人主義的な「耶蘇教國ノ風習」を驅つて祖先崇拜を經として立つ我家族主義の國家に適用せんとするのは「其結果實ニ人事綱常ノ際國風習俗ニ大紛更ヲ來スヘキアリ爲ニ人民德義ノ情操ニ著大ノ革變ヲ生シ一倫常を壞亂するに到ると主張するのである。而して次に舊民法は我國體に悖反とする理由は舊民法は「是レ昔時ルーソー輩カ唱道セル民主共和主義ノ民法」であつて、「國家的思想ニ乏シク」、故に「範ヲ國家主義ニ取レル欽定憲法ニ牴觸スル」と論ず。更に進んで

我憲法ハ君主ヲ以テ主權ノ本體ト爲シ君主ノ命ニアラサレハ以テ法トスルニ足ラスト爲セリ是レ我建國ノ基礎ニシテ千萬世ニ互リテ動カスヘカラス。然ルニ民法カ天然法ノ原則ヲ認メ法ハ人世自然ニ具備スルモノニシテ國家ノ意思ニ依テ始メテ定マルモノニアラサルカ如キ精神ヲ以テ主義トセルハ大ニ國體ニ背反スルモノト云フヘシ(新法典ハ國家ノ思想ヲ缺ク)。

と論難したのである。右は舊民法が自然法を基礎とする當然の結果、「天賦ノ權利天賦ノ財産所有權」を認容する事となつたが、主權の本體として嚴然として存在しますます天皇の外に自然法を認め、天皇の御命令の外に法源を認むる事は我國體に背反すと説論するのであつて、右は天賦人權

の論説が流行したりし餘波を舊民法が深く受けてゐた所であつたし、佛國民法を繼承せば必然的に、かゝる誤謬に陥らざるを得なかつたのである。所有權絕對不可侵の原則、契約自由の原則は各個人の行動範圍を可及的に擴張した、要するに自由放任の思想で、結局に於て「強者ヲシテ弱者ノ肉ヲ食ハシムル」事となるが、此の思想は申す迄もなく佛國革命の生産物であつた。以上の二重點の外に一般の延期論者は舊民法典の有する編別體裁の不整、行文の鹵莽、條款の牴觸、法理の陳套等をも指摘してゐるけれ共、上述した「法典實施延期意見」は姑くかゝる比較的枝葉の點に一切觸れず、舊民法の有せし根幹的、致命的な缺陷二箇所を擧げ、此の點を短刀直入的に衝いたのであつた。既に明白なる様に、舊民法典實施延期論者の意見は頗る國權的保守的である。併し延期論者が我國體の特殊的性格を指摘し、此の特殊的性格が舊民法に何等の反映をも示してゐない點を、否寧ろ我國體に悖反する條款さへも有する點を剔抉してゐる事實、並びに我舊慣の尊重す可き所以を力説する事實は、其の儘を承認すれば、此れは高く標價せねばならない點であらう。又此の點は實施斷行論者の最も痛手とする所でもあつたであらう。自然法理論を採ると一國の特殊的性格は看過され易い。恰も佛蘭西革命後の自由放任主義的な個人主義民主主義的色彩を濃厚に帶ぶる佛國民法を、殆ど白地繼受の形態に於て、敷寫主義を以つて我民法とされた事、其の事自體の上に、右の如く延期論者に痛烈に攻撃せらるゝ最も重なる因素を内包してゐたのである。

然らば右の如き延期論に對抗する斷行論者の意見の内容を解剖して見よう。延期論者の意見の概観を展望する事に就いては、前掲した「法典實施斷行意見」(法協會雜誌號外)を採り揚げ吟味する事が最も便宜、且適切なりと信ずる。扱て「法典實施斷行意見」の内容は法律萬能論を其の主張の根幹とする一事に盡きる。殊に繼受法典の實施を是認し、慣習を比較的輕視する事實は延期論者が慣習を極めて重視する事と其の立場を最も對蹠的たらしめてゐる點である。我が中古に到りて「支那ノ文物頻リニ輸入シ且ツ採用セラレ」今日の我國文化の外廓を構成した故に、明治初期に於ても「彼ノ長ヲ採リ以テ我カ短ヲ補フ如キハ何ソ事ニ害アラランヤ」と述べてゐる底意には明かに繼受法典の實施を承認せんとする伏線が存在してゐる事を看取し得るであらう。更に明治初期に於ては「百事維新ト共ニ我邦舊來ノ風俗慣習ハ善トナク惡トナク漸ク其迹ヲ收ムルニ至ラントス夫レ然リ其之ニ代ルヘキ社交上ノ慣習ハ未タ容易ニ得ヘカラス」と論斷する意嚮の裡にも明白に我固有慣習が外來文明に遭遇して破滅され、而も新しき風習の發生を未だ見ざる事を斷言せるものと見る可く、此れ固有慣習の存在を重く認識し居らざる事實を示す傍證の一を爲すものであらうか。併しかゝる些細なる點——實は以上の點は斷行論者が、法に對して如何なる理解を有してゐたかを最も端的に表明してゐるものであるが——は姑く論外とし、「法典實施斷行意見」の全篇を埋むる思想は實に前述せし如く、法律萬能論の一本鎗に盡きる所であると思ふ。然らば彼等の抱懷せし法律萬能論は本篇の如

何なる個所に具體的に其の片鱗を表はしてゐるものであらうかを指摘して置かう。先づ

今日吾人ノ安全ニ其生ヲ保チ其財ヲ有スルコトヲ得ルハ何ソヤ若シ法律ノ制抑スル所ナカリセハ則チ暴漢凶徒來テ我生ヲ害シ我財ヲ奪ヘン又法律ノ保護スル所ナカリセハ則チ我何ヲ以テカ饑餓ヲ免カレ何ヲ以テカ凍寒ヲ防カシ我安心保生何爲ソ其レ得可ケンヤ即チ知ル法律ノ力以テ能ク人ヲ活スラ(法典ノ實施ヲ延期スルハ國家ノ秩序ヲ紊亂スルモノナリ、七頁乃至八頁)

右の片言隻語の内に法律が即ち生活の重要な糧なる所以を説明してゐるが、尙「紛雜錯綜シテ吾人ヲ惑迷セシム可キ社會人事ノ疑問ハ法律ノ力ヲ以テスルニ非レハ得テ決斷ス可キニ非ス」(同上項)として、諍訟發生時に於ては此れを裁斷す可き標準をなす法律あるに非ればよく裁決をなし能はずとし、進んで國家主權の最も重大なる作用は法律の制定にある旨を指摘してゐる(法典ノ實施ヲ延期スルハ國家ノ主權ヲ害シ獨立國ノ實ヲ失ハシム。十七頁)。換言すれば法は事の理否曲直の分明ならざる場合の標準であり(法典ノ實施ヲ延期スルハ各人ノ權利セシム。三十一頁以下)、人の權利は法律の保護を得て初めて鞏固となるものにして(法典ノ實施ヲ延期スルハ各人ノ權利ヲ侵スルモノナリ。二十頁乃至三十頁)法定まりて初めて人の生活は平靜なる可しと説いた。以上は如何に立法が國家生活の上に重要な意義を有するものなるかを述べたものであつた(法典ノ實施ヲ延期スルハ立法權ヲ拋棄シ之。九頁乃至三十頁)。以上は如何に立法が國家生活の上に重要な意義を有するものなるかを述べたものであつた(法典ノ實施ヲ延期スルハ立法權ヲ拋棄シ之。九頁乃至三十頁)。實に法は人を「安心立命」せしめる根源であるが、此れ法が「能ク之ヲ保護シ外部ノ襲敵ヲシテ侵害スルヲ得サラシメ權利ノ實行ヲ保護シ義務ノ履行ヲ保全セシムルニ在ル」からである(法典ノ實施ヲ人ヲシテ安心立命ノ途ヲ失ハシム。三十四頁以下)。例へば憲法に「日本臣民タル分限」を規定してゐるけれ共、憲法の條文は

單に原則的規定を定むるものであつて、具體的な個々の規定はこれを民法に譲つてゐるのであるから、憲法の實施の完きを得んと欲せば民法の制定實施を爲さざる可からずと論説した(法典ノ實施ヲ延期スルモノナリ。二十頁以下)。此の議論は何れも「法典實施斷行意見」の内容が如何に法律萬能論に終始してゐるかの具體的事例を擧示したものであつた。要之、斷行派が法典實施の緊急不可缺事たる所以を力説せんと欲せば、勢の赴く所、法律萬能論に墮せざるを得ない。法律萬能論を主張する事によりて、民法典(勿論、商法典もであるが、商法典に關する事は總て觸れない事とする)の即時實施を要請する彼等一派の論説の妥當なる事を示さんとしたのであつた。尙、右の斷行意見には所有權不可侵の原則及び契約自由の原則を以つて經濟生活を確保す可き緊要なる要件として、次の如く述べてゐる。此の理論を斷行論者が右の斷行意見書の最後の項に縷説した事は、實に斷行論者の法律思想が飽く迄、自由主義的な個人主義民主主義を其の思想の基調とする事を端なくも露呈した點である。即ち「法典ノ實施ヲ延期スルハ國家經濟ヲ攪亂スルモノナリ」の項に於て、「民法ニ於テ規定スル所ノモノハ第一ハ財産權ノ事ニ關ス此部ニ於テハ財産權ノ何タルコト、所有權ノ侵ス可カラサル原則其救濟ノ方法等ヲ規定ス」(三十八頁乃至三十九頁)。財産權は所有權不可侵の原則の上に構成せられ、其の行使の方法及び相互の關係を規定する事は民法の主要なる部分である。又「次ニ民法ハ財産權ノ他ノ一種ナル人權即チ重ニ契約ノ事ヲ規定ス」而して「契約自由ノ原則ヲ認メ又契約ハ法律ト均シキ效力ヲ有スルノ原則ニ因リテ契約者ニ其誠實ノ

履行ヲ促カシ債權者ノ爲メニハ十分ノ效力ヲ假シテ其利益ヲ保護」するが(三十九頁乃至四十頁)、人權即ち契約自由の原則は「財産權行用ノ關係」を確立せしむるものであつて、此の物權及び人權の種々なる行用に依り、財産取得行爲が適切に行はれ得るとした。以上の二大原則は佛蘭西革命によりて初めて明確に成文法典の上に規定されたる原則であり、其の内、所有權不可侵の原則は、度々前述した様に、個人主義的思想に促がされて確立した制度である。實に佛蘭西革命以後、發生を見たる歐洲の法典編纂時代に於ける諸法は、財貨に對する個人所有權の絶對性を主張する事を根底として成立してゐたと申しても過言ではない。我舊民法も亦此の例に洩れ得ざりし事は、我舊民法の母法をなす佛國民法が、かゝる法思想の上に編纂されたる最も代表的な法典であつたからであつて、其の結果、當然に我舊民法も亦、所有權不可侵の原則を法の根本的理念として採用したのであつた^④。次の契約自由の原則も個人主義的思想を基礎として成立した事は所有權不可侵の原則の成立と同じである。換言すれば、佛蘭西革命に於て、個人の身分關係並びに封建的重壓を破棄して、個人の所有權不可侵の原則と共に自由且、平等なる契約自由の原則を宣言して以來、契約自由の原則は近代的私法典の當然なる根本原理と認められるに到つたのである^⑤。佛蘭西民法以後の諸國の民法典は契約自由の原則を既に自明の原理と認め、これを採用せざるものはないのである。舊民法實施斷行派が一面に於て極めて進歩的な色彩を有する事はかゝる原則を民法の基底として認め、我舊民法を編纂し

た所に存するのであるが、併し他面に於て、それ故に舊民法が個人主義的、民主主義的な特徴を濃厚に露呈するに到り、此の面を實施延期派より攻撃されるに到つたのであつた。更に進んで延期派が最も鋭く論難してゐる舊民法は「淳風美俗」なる「我國風」を壞亂すとする意見に對する直接の反駁として、次の如く論じてゐる^⑤。即ち我國は「古來神儒佛ノ三教並ヒ行ハレ過去現在未來ノ三點ヨリシテ備サニ忠孝仁義ノ教化ヲ施シタルヲ以テ深ク人心ニ侵潤シ遂ニ習ヒ性ト爲リ此美風良俗ヲ涵養スルニ至リタルナリ、中略、然レトモ世漸ク澆季ニシテ風俗日ニ壞レ人情月ニ薄ク古來ノ倫理道義ハ復タ疇昔ノ如ク遵行セラレス、中略、泰西各國ト交ヲ通シテヨリ異域殊族ノ風習ヲ此桃源境裡ニ將來シ、中略、數千年來遵由シタル倫理道義ヲ打破シ其風俗慣習ヲ變革セントスルニ至レリ」と云ふ。換言すれば斷行論者は當時の我風俗説習を「美風良俗」と認めないのであつて、明治初期にありては、我國古來よりの「倫理道義」は「將ニ千尋ノ海底ニ沉淪セントスル」状態を呈してゐると觀察してゐる。「然レトモ今日未タ全ク地ニ塗ル、ニ至ラス國人ノ美風良俗ハ猶ホ消盡シ去ルコト無キヲ得ルト雖モ今ニシテ我國人ノ倫理道義ヲ確定シ此美風良俗ヲ保全スル無クハ向後社會國家ノ事大ニ憂慮ニ堪ヘサルモノ無シトセサルナリ」。此の正に沈淪せんとする我が「美風良俗」を危きに救はんと欲せば「外部ノ制裁力」を以つて此れを維持せねばならぬ。斷行論の云ふ此の「外部ノ制裁力」とは即ち法律を指稱してゐるに外ならないのであつた。要するに此の點にも斷行論者

の抱懐する法律萬能論的口吻が露呈してゐるが、「教育感化ノ道」と共に法律を以つて一國の風教を維持し得ると確信した點は極めて注意せねばならない所である。而して最後に

予輩ハ我國人ノ倫理道義將ニ壞頽ヲ來タサントスルモノアルヲ視轉テ法典實施ノ急要ナルヲ感スルナリ云々と結んでゐる。

以上自分は延期派及び斷行派の夫々の代表的意見を解剖したのであつた。既に明瞭に看取し得られた様に、延期派の意見は國權主義的であり保守的であるが、斷行派の主張は自由主義的であり進歩的である。故に前者は慣習を重視するに比して、後者は夫程慣習に重點を置かないのである。此の點に關しては後述する所に譲り度いのであるが、慣習を重視する保守的な斷行派の意見と一脈相通するものに、二十二年六月二十日發行の『保守新論』^(第六號)^⑥に掲載されたる「習慣論」がある。

扨て上記の「法典實施延期意見」に對して直ちに反駁したる論文の一は二十五年五月九日の日附を有する水町袈裟六の「法典實施延期意見書ニ對スル辯駁」(圖版第三参照)であらう^⑦。此の辯駁書の表紙の裏面に「本書ハ江木法學士穗積法學博士(八束)外數名ノ起草ニ係ル法典實施延期意見書ノ辨駁ヲ主トス成典ノ必要ハ天下ノ認ムル所タリ法典實施ノ必要ハ梅法學博士^⑧加藤法學士等ノ手ニ成レル法典實施意見書ニ詳ナリ彼我參觀アラソコトヲ請フ 筆者識」なる一文が蒞藹版にて印刷され貼付されてゐるから、明白に上掲した「法典實施延期意見」に對する反駁文なる事を知り得

るであらう。當時水町袈裟六は大藏省參事官室に勤務してゐたが、二十五年三月の『改正官員録』を見るに年俸六百圓の試補として若槻禮次郎、佐脇安文と共に大藏省官房第二課に勤務してゐた。而して其の傍ら東京帝國大學大學院に學生として籍を置いてゐたのであつた。其の全文は未發表であるから、稍々長いけれ共、左に發表して置き度いと思ふ。

法典實施意見書ニ對スル辯駁

我カ法典ハ不完全ナリ、法文ハ艱澁ナリ、其ノ據ル所ノ法理ハ陳腐ナリ、民法ハ倫理ヲ壞ル、民法出テ、忠孝亡フ、凡ソ此等ノ評語余之ヲ耳ニスルヤ久シ然レトモ批評者ハ民法中何ノ條項何ノ原理カ此ノ評ニ該ルコトヲ示サルヲ以テ其ノ當否ヲ究ムルコト能ハス深ク以テ憾ト爲セリ頃者知名ノ博士學士諸先生ノ手ニ成レル法典實施延期意見書ナル者ヲ見ルニ及テ初、テ其ノ多少精密ナル議論ヲ聽クコトヲ得タルヲ喜フト同時ニ心私ニ其ノ議論ノ妄ニシテ其ノ研究ノ粗ナルヲ惜ムナリ

余民法ヲ學フコト日尙ホ淺ク研究未タ完カラスト雖モ古今各國法理法文ノ變遷異同略々之ヲ知ルヲ得タリ試ニ我カ民法ノ大綱細目ヲ擧ケテ之ヲ純理ニ照シ又タ其ノ適用ヲ論スレハ二千餘條ノ規定淺學ナル余ノ批難ヲ免ル、モノ蓋シ其ノ三分ノ一ニ上ラサルヘシ況ヤ博學達眼ノ士ヲ以テ之ヲ觀ルニ於テヤ然リト雖モ是豈我カ民法ノ特色ナラムヤ彼ノ佛國民民法ノ註釋書ヲ見ルニ其ノ大ナル者ハ一部三十餘冊ヲ超ヘ其ノ小ナル者ト雖モ猶ホ三冊ヲ下ラス僅々二千餘條ノ説明ニシテ此ノ浩瀚ナル大冊ヲ成スモノハ他ナシ各條必ス多少ノ議論アリ、法文ノ不明、適用ノ疑義、法理ノ論難、殆ト到ル處ニ生スルヲ以テナリ抑々人智ノ不完全ナルハ古今一轍タリ其ノ製作ノ不完全

ナル亦タ何ノ怪ムニ足ラム焉ソ知ラムヤ一製作ノ不完全ヲ唱フル者更ニ其ノ製作者ヨリ不完全ナラサルヲ且ツ事ノ法理ニ涉リ又タ社會問題ニ係ルモノハ人々其ノ所信ヲ異ニシ今古其ノ所說ヲ一ニセス彼ノ信スル所未タ必スシモ是ナラス此ノ唱フル所未タ必スシモ非ナリト斷言ス可カラス若各々其ノ信スル所ヲ執テ相論議スレハ世紀ヲ重ヌルト雖モ恐クハ猶ホ其ノ終局ヲ見ルニ至ラザラム

今ヲ距ルコト大凡百五十餘年前ニ在リ「ヴアルテール」佛國ノ諸州ヲ遊歴シ歎テ曰ク今ヤ各州一邦ヲ爲シ一山ヲ踰レハ法ヲ異ニシ一河ヲ涉レハ俗ヲ同フセスト嗚呼何ソ其ノ我邦今日ノ形勢ニ似タルヤ今我邦未タ實施セル民法ナク法曹各々信スル所ヲ異ニス一事件ニシテ甲法廷ノ是トスル所乙法廷ニ於テハ之ヲ非トスルコト枚擧ニ違アラズ事ヲ爭フ者ハ一法廷ニ於テ敗ル、ト雖モ他ノ法廷ニ於テハ勝ヲ得ルノ望アリ此ニ於テヤ訴訟濫起而テ人民ノ權利確定スル所ヲ知ラス是レニ確乎タル法規ノ以テ多數法官ノ專恣ヲ拮束スルモノナキニ由ラスムハアラス猶ホ且ツ法典實施ノ必要ナシト謂フカ。西曆一千八百二年岡士、保拿波民法ヲ制定シテ方ニ之ヲ施行セムトスルヤ「ベンジヤマン、コンスタン」「シエニエー」等之ヲ冷罵シテ曰ク是何物ノ羅馬法ノ成文ヲ生吞シテ我カ遺俗習慣ヲ顧ミス法理陳套、編纂法ナシ、之ヲ制定ト云ハムヨリハ剽窃ト云ハムヨリハ羅列ト云ハムノミ猶ホ且ツ傲然此ニ冠スルニ法典ノ浩號ヲ以テスルカ嗚呼又何ソ其ノ今日ノ議論ト相似タルノ甚シキヤ然レトモ陳腐ノ法理ニ據リ、羅馬ノ死法ヲ剽窃シ古法ノ條項ヲ羅列シ、佛國ノ慣習ニ違背セル此ノ法典ヤ、之ヲ實施スルニ至テ佛國人民其ノ利ヲ享ケテ其ノ害ヲ蒙ラス國家ハ其ノ福ヲ増進シタル實アリテ其ノ禍ヲ受ケタルノ跡ナク以テ今日ニ至レリ抑々亦タ奇ナラスヤ後年「チエール」翁帝國史ヲ編スルニ當リ之ヲ評シテ曰ク法典ハ法理學ノ教科書ニ非ス編纂必スシモ整然タルヲ要セス規定必シモ新理明論ニ據ルヲ要セス社會ノ形勢ヲ察シ民俗ノ變

遷ニ應シ而シテ其ノ言語ヲ明ニシ其ノ規定ヲ詳ニシ以テ行法者ヲシテ據ル所ヲ知ラシメ人民ノ權利ヲ確保スレハ則チ足レリト嗟法典ノ論此ニ於テヤ盡キタリト謂フヘシ天下ノ要路ニ當ル者ハ張目シテ明察セサルヘケムヤ回顧スレハ商法實施延期ノ議決セラレタルハ既ニ二年前ニ在リ爾來誰カ克ク完全ナル修正案ヲ作りタルカ二三ノ學者之ヲ試ミタルコトナキニ非スト雖モ隨テ修正スレハ隨テ駁セラレ今日既ニ其ノ形跡ヲ留メス今マ法典實施延期ヲ唱フルノ聲囂々タリ然レトモ非難ノ聲ヲ聞クモ未タ一修正案ノ出ルヲ見ス之ヲ延期スルモ亦商法ノ實施延期ト同一轍ニ歸セムノミ若其レ法典ヲ以テ社會學法理學ノ討論場ト爲シ更ニ延期ニ重ヌルニ延期ヲ以テスルカ如キニ至ラハ將ニ我カ蒼生ヲ奈如セムトスルヤ空論立談徒ニ歲月ヲ經過シ而テ其ノ間、人民ノ權利ニ保護ナク擅恣ヲ法トナシ強力ヲ律トナシ兆民安堵ノ日ナカラム且ツ延期論者カ取テ以テ其ノ議論ノ根據ト爲セル我カ法典ノ缺點ハ未タ必スシモ當レリト謂フヲ得ス公務ノ餘暇聊カ之ヲ辯駁シ以テ公論ヲ求ム今ヤ法典既ニ成リ法典非法典ノ議論既ニ定マレリ若本論ノ謬妄一タヒ明ナルニ至ラハ法典實施ノ妨害全ク消滅スルコトヲ信スルナリ

於大藏省參事官室

大學院學生 水 町 裝 裝 六

明治二十五年五月九日

第一章 新法典ハ倫常ヲ壞亂ス

延期論者ハ曰ク民法ハ耶蘇教國ノ教ヲ入レ我邦固有ノ倫理ヲ蹂躪ス曰ク祖先尊崇ノ遺教ヲ破リ忠孝ノ道ヲ滅絶ス

ト評語甚ク痛激民法ヲ非難スル此ニ至テ極マレリト謂フ可シ延期論者既ニ道至惡ノ語ヲ以テ民法ヲ罵ル宜ク當ニ確實ナル證左ヲ示サハルヘカラス

延期論者ハ之ヲ證センカ爲メニ先ツ後見ノ章ノ一規定ヲ擧ケテ曰ク

(一) 我民法ニ於テ父死スレハ母後見人タリ故ニ一家ノ財產ハ悉ク未亡人ノ意見ヲ以テ自由ニ之ヲ處分スルヲ得是レ家ヲ重シ家ヲ以テ一法人トスルノ家制ニ適スルモノト謂フ可キカ

嗟延期論者ノ眼光何ソ一方ニ明ニシテ一方ニ昧キヤ人事篇第百九十三條ニ左ノ規定アリ

後見人ハ未成年者ノ財產ニ付テハ管理權ヲ有スルニ止マリ此權外ノ行爲ハ法律ニ定メタル條件ニ依ルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス

而テ第百九十四條ハ其條件ヲ定メ事ノ少シク重大ナルモノハ凡テ親族會ノ許可ヲ經ヘキコトヲ命セリ此他後見人ノ自由ヲ束縛シ未成年者タル戶主ノ利即チ一家ノ利ヲ保護セムカ爲メニ心ヲ用ヒタルコト殆ント至ラサル所ナシ人事篇第百六十九條第百九十五條第百九十六條ニ於テ其一例ヲ見ル可シ

其レ斯ノ如シ然ルニ延期論者ハ第百六十一條ニ於テ父死スレハ母當然後見人タルノ規定ヲ一見シテ未タ後見人ノ何者タルヲ究ムルコト能ハス又其權限ノ至ル所ヲ詳ニスルコト能ハス漫然母ハ一家ノ財產ヲ自由ニ處分スルコトヲ得ルト速斷シ此ヲ以テ我民法カ家ヲ重セサル、家族制度ヲ破ル、ノ一證ト爲サムト欲ス亦タ迂ナラスヤ抑又タ自ラ其議論ノ妄謬ヲ明ニスルニ非スシテ何ソヤ又タ曰ク

(二) 華族豪家自ラ家憲ノ在ルアリ云々

三 舊民法典編纂過程と舊民法典に關する論争に就いて

是亦我民法ヲ通覽セスシテ而テ之ヲ非議スルモノナリ人事篇第一章第一節ハ後見人設定ノ規則ヲ設ケ父ニ與フルニ他日後見人タル可キ者ヲ豫メ指定スルノ權ヲ以セリ(第六十四條)父死スレハ母ニ非スムハ後見人タルヲ得ストハ何ノ條ニ於テ之ヲ見ルヤ

之ヲ要スルニ右二個ノ議論一モ其根據ナシ妄言タルヲ免レス
又タ曰ク

(三) 民法ハ父權ヲ名ケテ親權ト云フ蓋シ母權ナルモノヲ認メタルニ因ル家族制度ヲ重セサル一證ナリ是亦タ至論ト認メ難シ夫レ親權トハ家長カ其家族ニ對シテ行フ權力ニシテ父カ之ヲ行ヒ又タ母カ之ヲ行フニ因テ性質ヲ異ニスルモノニ非ス故ニ父カ之ヲ行フハ父權ニシテ母カ之ヲ行フハ母權タルニ非ス元是親ノ行フヘキ一體ノ權ナルモ唯々我風俗ニ於テノミナラス各國ノ風俗ニ於テ家長タル者ハ父ヲ通則トスルヲ以テ從來親權ヲ稱シテ父權ト謂ヒシノミ然レトモ此權ハ必シモ父ニ屬スルニ限ルニ非ス我邦現時ノ慣行ニ於テモ母カ戸主タル者鮮カラス然ラハ則チ從來用ヒタル父權ノ字ニ換フルニ親權ノ字ヲ以テシタルモ何ノ不可ナルコトカ之レアラシク若シ之ヲ不可ナリトスルモ單ニ用語ノ不妥當ヲ咎ムヘキノミ親權ノ字アルノ故ヲ以テ直ニ之ヲ見テ母權ナルモノヲ認ムルト爲シ之ヲ評スルニ家族制度ヲ蔑視スルノ惡言ヲ以テス何ノ物ヲ視ルニ怯ニシテ語ヲ用フルニ猛ナルヤ
又タ曰ク

(四) 我人事篇ニ於テ子ハ離縁サレタル母ニ對シテモ親屬ノ關係アリトシ養料ノ義務ヲ負擔セシメタルハ一家ノ紛紜ヲ生スル根源ニシテ我國ノ慣習ニ反シ個人主義ノ弊制ヲ襲踏シタルモノナリ(第十九條第二十六條)且ツ養料ヲ受クル權利アル者ハ怠惰ニ陥リ而テ親族間ノ德義ハ頽廢セシ

延期論者カ第一章ニ於テ列舉シタル論點中一讀ノ價アルモノハ僅ニ此一條ノミ然レトモ熟考スレハ其規定未タ必シモ悖理ナラス又タ其弊タル未タ必シモ延期論者カ憂フル如ク甚シキニ至ラサルヘシ

夫レ子カ離縁サレタル母ニ對シテ養料ヲ供スル義務アルハ理論上當ニ然ラサル可カラストハ延期論者亦自ラ認ムル所タリ且此義務タル單ニ理論ニ據ルノミニ非ス實ニ親子間自然ノ情義ノ止ヲ得サルモノアルニ因ルモノナリ今母既ニ其家ヲ去ルト雖モ血肉ノ關係ハ終ニ絶ツ可カラス母若シ窮乏倚ル所ナク路傍ニ彷徨スルニ至ラハ假令ヒ家ニ在ラスト雖モ一塊肉ヲ分チタル者之ヲ坐視スルニ忍ヒムヤ今日ニ於テモ情義ヲ知ル者ハ概ネ皆其力ノ及フ所ヲ盡セリ若シ家ニ在ラサルノ故ヲ以テ實母ノ餓死ヲ顧ミサル者アラハ恐クハ德義上ノ罪人タルヲ免レサル可シ家族制度豈又タ此ノ殘忍刻薄ヲ命スルモノナラムヤ

且又タ熟考セサル可カラサル事アリ法律ハ家長ノ下ニ服スル者ニ命スルニ養料ノ義務ヲ以スルコトナシ此義務ヲ負フ者ハ特別ノ財産ヲ有シ、獨立ノ經營ヲ爲ス者ニ限ルハ言ハスシテ明カナル可シ若シ子、父ノ財産ヲ以テ離縁シタル母ニ養料ヲ給セサル可カラス又ハ先婦、家ニ歸リ其家ニ屬スル財産ヲ以テ其子ニ養料ヲ給セサル可カラスムハ延期論者ノ憂、虛憂ニアラサル可シト雖モ自己特有ノ餘財ヲ以テ骨肉自然ノ情誼ヲ盡スモ此カ爲メニ一家ヲ紛亂スルハ極メテ稀有ノ事タル可キナリ然ルニ直ニ之ヲ以テ家族制度ヲ破リ一家ヲ乖離スルモノト爲スハ甚太タ酷ナラスヤ

養料ノ義務ハ怠惰ノ源ナリ親族間ノ德義ヲ頽敗セシムルモノナリト謂フニ至リテハ私ニ其立論ノ鄙陋ナルヲ惜マサルヲ得ス夫レ法律カ養料ノ義務ヲ命スルハ之ヲ盡サ、ル者アレハナリ親族間其情義ヲ忘ル、者アレハナリ父ニシテ子ノ窮乏ヲ顧ミス子ニシテ母ヲ逐ハント欲シ或ハ家ニ萬金ヲ累ヌルモ兄弟ノ飢寒ヲ救フコトヲ知ラサル者唯

無智ノ賤民間ニ於テ其實例ヲ見ルニ止マラサルハ人ノ皆痛歎スル所ニアラスヤ此等ノ輩既ニ道德ノ力ヲ以テ之ヲ制スル能ハス若シ法律ノ力ヲ以テ之ヲ救治スルコトナクムハ何ニ依テ能ク世ノ汚辱ヲ掃フコトヲ得ンヤ故ニ法律ハ道德ノ力ノ及ハサル者ニ加フルニ其利裁制カヲ以テシ以テ親族ノ情誼ヲ全クセシムムト欲スルナリ今延期論者ハ之ヲ非トセリ延期論者ハ多少不利ノ結果アルカ爲メニ子、父ヲ棄テ兄、弟ヲ餓死セシムルモ顧ルニ足ラスト爲スカ何ソ曩ニハ一家ノ關係ヲ緊密ニスル家族制度ヲ艷稱シテ而テ今ハ親族ノ情誼ヲ見ルコトノ冷ナルヤ其怠惰心ヲ増シ親族間ノ争ヒヲ醸スト云フニ至テハ彼ノ大道明カニシテ亂臣賊子現ハル、刑法出テ、奸盜喜フト云フモノト何ソ擇ヘン頑陋ノ徒ハ之ヲ言フモ可ナリ學者ノ宜ク口ニスヘキ言ニ非ス余ハ之ヲ辨スルノ無用ナルヲ信スルナリ又曰ク

(五) 庶子ノ父母ノ婚姻ニ依リテ當然嫡出ノ子ト爲ル(第三百三條)ハ個人主義ニ基キ羅馬法ニ淵源ス故ニ不當ナリ

延期論者ハ何ソ外國ノ古ニ詳ニシテ我邦ノ今日ニ昧キヤ夫レ庶子カ父母ノ婚姻ニ依リテ嫡出ノ子ト爲ルハ今日既定ノ慣例ニ非スヤ之ヲ説明スルニハ必スシモ個人主義ヲ借リ羅馬ノ古ニ遡ルヲ須タサルナリ且母既ニ正式ノ結婚ヲ爲シタルトキハ其結婚前ノ子ヲ嫡出子ト爲スモ何ノ背理カ之レアラム母既ニ同シク父又タ同シ而テ母ハ正式ノ婚姻ニ依リテ嫡母トナラハ其子何ソ庶子タラサル可カラサル理アラムヤ今此規定ノ條理ニ反セス且我邦今日既定マレル習慣ナルコト右ノ如シ何ソ必スシモ個人主義或ハ羅馬古法ノ政策說ヲ借テ之ヲ説明スルヲ要セン又タ何ソ此ヲ彼ニ附會シテ此ヲ非難スルノ理アラムヤ

延期論者ハ大言シテ曰ク我民法ハ倫常ヲ壞亂スト而テ倫常ヲ壞亂スルノ證據ヲ示サムカ爲メニ指摘セシ民法ノ規定ハ上ノ五條ニ過キス且ツ其之ヲ非難スル所以ハ或ハ民法ノ一二條ヲ見テ其關係ノ諸條ヲ見ルコト能ハサルニ基キ、或ハ皮相ノ見ニ任セテ研究ノ足ラサルニ由リ、或ハ法典ノ用語ヲ詳ニセスシテ漫リニ注意ヲ臆斷シ、或ハ又古代各邦ノ法律習慣ヲ知りテ我邦今日實行ノ慣習法規ヲ知ラサルニ坐スルモノタルコトハ上ニ論述スルカ如シ然ラハ則チ延期論者ハ妄言ノ評ヲ受クルモ之ヲ辨スルニ辭ナカルヘシ

夫レ人情風俗ハ時ト共ニ變遷ス各國交通ノ頻繁ナル今日ニ於テハ殊ニ甚タシトス其變遷ノ善ナルモノハ之ニ從フテ可ナリ古風ノ不可ナルモノハ必スシモ之ヲ頑守スルヲ須ヒス現在ノ習俗其正シキモノハ之ヲ存セサル可カラスト雖モ其不良ナルモノハ之ヲ改ムルヲ憚ル莫シ立法者ノ心ヲ用フ可キ所ハ實ニ此ニ在リ彼ノ羅馬時代ニ於ケル家長權ハ家族ノ上ニ生殺ノ權ヲ有セリ我家族制度ニ於テ之ヲ學ハサル可カラサルカ男尊女卑ハ東洋ノ習俗タリ其極ヤ女ハ奴隸ノ如ク禽獸ノ如クナリシカ今日世論都テ之ヲ非トシ女子ヲ待スルニ至當ノ道ヲ以テセントスルニ當リ猶我法律ニ於テハ悖理ナル古俗ヲ保續セサル可カラサルカ我家族制度ハ一家ノ組織ヲ鞏固ニシ一國強盛ノ基タルハ疑ヲ容レス然レトモ時勢ノ變ニ應シ習俗ノ傾向ヲ察シ正當ノ限域ニ於テ之ヲ保持スルコトヲ務メサル可カラス若シ夫レ古代ニ行ハレタル家族制度ヲ採テ全然之ヲ今日ニ行ハサル可カラスト謂フハ是レ古ヲ知テ今ヲ知ラス外國ノ遺跡ヲ詳ニシテ我邦ノ實際ヲ顧ミサル空論ノミ余亦人事篇ノ完全無缺ナルコトヲ信セス然レトモ其形ヲ見テ其實ヲ視ス其一言一語ヲ窺フテ全篇ヲ究ムルコトヲ爲サス漫言妄語以テ之ヲ罵詈スル者アルニ至テハ我民法ノ爲メニ一言シテ其冤ヲ雪カサルヲ得サルナリ

第二章 新法典ハ憲法上ノ命令權ヲ減縮ス

延期論者ハ曰ク民法ハ公法私法ノ分界ヲ混同シ憲法上 天皇ノ命令權ヲ減縮スル嫌アリ其引證スル諸條左ノ如シ

(一) 民法財産篇ハ官廳ノ建物城砦軍用ノ工廠船艦兵器及道路ヲ不融通物ト爲シ縱令ヒ議會ノ協賛アルモ民法ハ此等ノ物ノ賣拂ヲ禁セリ

夫レ此等ノ物ハ國家ノ公物ナレハ民法ニ於テ此ニ關スル規定ヲ設クルハ多少行政法ノ範圍ヲ侵スノ嫌ナキニアラス然レトモ此等ノ物タル元來不融通物ノ性質ヲ有スルモノナレハ民法ニ於テ之ヲ不融通物ト定ムルモ毫モ不可ナル所ナシ今此ニ關スル立法ノ沿革ヲ略言シテ其規定ノ不當ナラサル所以ヲ明ニセム

羅馬法ハ天地間ノ物ヲ大別シテ(一)融通物(二)不融通物ノ二ト爲セリ之ヲ分ツハ一ハ各人ノ私有ヲ許シ一ハ之ヲ許サス隨テ所有權移轉ノ契約ニ於テ至大ノ差異アルヲ以テナリ

不融通物トハ空氣流水ノ如キ人類ノ共有物(一)河川道路ノ如キ國民一般ノ用ニ供ス可キ公有物(二)等ヲ指稱セリ公有物ヲ不融通物ト爲シテ各人ノ私有ヲ許サ、リシハ元ト是レ國家全體ノ用ニ供ス可キ物ナレハ一人ニテ私ス可カラストノ單純ナル理論ニ基キタルモノニシテ延期論者カ唱フル如ク一時政略上ノ考ニ基キタル規定ニアラサルナリ(マインツ。アルトラン。アカリヤス等ノ羅馬法解釋書ニ詳ナリ)

中古歐洲各國ニ於テハ此規定ナシ君王ハ横ニ國土ヲ分割シテ之ヲ他邦ノ君主又ハ寵臣ニ讓與スルコトヲ得タリ爾來許多ノ變遷ヲ歷テ其大ニ國家ニ害アルヲ認メ或ハ國憲或ハ勅諭ニ於テ國土ハ(domaine de la couronne)讓渡ス可カラス又タ時効ニ罹ラスト稱スル著名ノ原則ヲ立ツルニ至レリ故ニ當時ニ於テハ此規則ハ全ク公法ノ一原則ト爲リ而テ一時政略上ノ考ヨリ生シタルモノナリ延期論者カ羅馬法ノ規則ヲ目シテ一時政略上ノ考ニ基ケリト揚言セシハ蓋シ彼此ノ歴史ヲ顛倒セシナラン(ベツトビー。ローオン等ニ詳ナリ)

「フランス」「ベルギー」「イタリー」諸國民法ヲ制定スルヤ其模範ヲ羅馬ニ取り第一ニ權利ノ主體タルヘキ人

ニ關スル規則ヲ設ケ第二ニ權利ノ目的タルヘキ物ニ關スル規則ヲ設ケタリ然ルニ權利ハ物ノ種類ニ從ヒ多少變化セサルヲ得サルヲ以テ勢ヒ物ヲ分類スルノ止ヲ得サルニ至レリ此ニ於テ動產不動產ノ別アリ融通物不融通物ノ別亦タ其中ニ加ヘラレタリ此ニ於テ更ニ又タ融通物不融通物ノ何物タルヤヲ示スノ止ヲ得サルニ至レリ

先ツ不融通物ノ最モ顯著ナルモノヲ舉クレハ政府カ特ニ各人ノ私有ヲ禁シタル物ナル可シ其次ニ於テ不融通物タル物ハ其性質上各人ノ專有ヲ許サ、ル物ナルヘシ性質上各人ノ專有ヲ許サ、ル物ハ國用又ハ國民全體ノ用ニ供スル河川道路城砦等ノ如クナルヘシ蓋シ國家一日モ城砦軍艦ナカル可カラス其軍艦タリ又タ城砦トシテ存スルノ間ハ國家ハ何ヲ以テ之ヲ賣リ又タ何ヲ以テ時効ニ依テ一人ニ奪ハルルヲ得ンヤ何トナレハ之ヲ賣ルハ國ノ成立ヲ賣ルニ均シケレハナリ然ラハ則チ此等ノ物タル讓渡ス可カラス又タ時効ニ罹ラサルヲ以テ本來ノ性質トスル物ニシテ假令ヒ行政法ヲ以テ之ヲ規定スルモ此原則ヲ變動スルコト能ハサルヤ明ナリ故ニ城砦等ノ如キ國家ノ公有物ヲ不融通物トシテ各國民法並ニ我民法中ニ舉示スルハ編纂ノ順序已ヲ得サルニ出テ而テ之ヲ不融通物ト爲シタルハ物ノ天理定命ニ源ケルモノニシテ必スシモ強テ行政法ノ範圍ヲ侵シタルニアラス又タ悖理ノ規定ニアラサルナリ實ニ「チエール」翁ノ言ヘル如ク法典ハ法理學ノ教科書ニ非サレハ編纂ノ順序又ハ便宜ニ依リ多少公法私法ノ限界ヲ混スルハ到底免ル、コト能ハス唯其規定ニシテ條理ニ反セス又タ事ニ害ナクムハ則チ甚タ咎ム可キニ非ス又タ何ソ此ヲ以テ我民法ノ一大缺點ト爲シ其修正ヲ絶叫スルヲ要セム

延期論者ハ曰ク縱令ヒ議會ノ協賛アリトモ民法ハ此等ノ物ノ賣拂ヲ禁セリト嗚呼何ソ民法ヲ誣フルノ甚シキヤ我民法ハ羅馬法佛國民法等ト同シク公有物タル城砦道路等ノ賣却ス可カラサル物タルコトヲ規定スルノミ若シ一度公用ヲ止メ公有物ノ組換ヲ爲セハ則チ既ニ公有物ニ非ス政府ハ法定ノ法式條件ヲ踐テ自由ニ之ヲ賣拂フコトヲ得

へシ其組換 (déclassement) 又タ賣拂ニ關スル手續ハ自ラ行政法ノ規定ノ在ルアリ行政法若シ之ヲ政府ニ一任スレハ政府ハ其專斷ヲ以テシ、若シ又議會ノ協賛ヲ要セハ政府ハ其協賛ヲ經テ、公有物ノ公用ヲ止ムルト同時又ハ他ノ手續ヲ履テ之ヲ讓渡スルヲ得ヘシ此ニ關スル法規ハ民法ノ知ル所ニアラス民法ハ唯々公有物タルノ間ハ不融通物タリト謂フニ過キサリナリ議會ノ協賛アリトモ政府ハ之ヲ賣拂フヲ得ストハ延期論者夫レ何ノ條ニ據テ此言ヲ爲スヤ要スルニ是レ又深ク民法ノ規定ヲ研究シテ其法意ヲ詳ニスルコト能ハス皮相ノ見解ヲ以テ妄ニ暴評ヲ逞フスルモノニ非スシテ何ソヤ

延期論者又タ曰ク

(一) 民法財産篇第三十條ハ法律ニ依ルニ非サレハ所有權ヲ制限ス可カラスト規定セリ是レ行政命令權ヲ縮少スルモノナリ夫レ人民ノ所有權ニ幾分ノ制限ヲ置クハ必スシモ法律ニ依ルヲ要セサルモノナリ

余ハ私ニ此ノ如キ暴言ノ權利ノ學ヲ研究スル博士諸先生ノ口ヨリ出タルコトヲ歎セサルヲ得ス夫レ所有權ハ人類自然ノ需用ニ基キテ設定シタルモノニシテ人類生存ノ基タリ國家隆盛ノ源タリ其重要ナルコト生命ト異ナル所ナシ(ベンザム。クウールセルス、ヌウーユ) 故ニ各國ノ憲法ハ必ス先ツ所有權不可侵ノ原則ヲ大書シ我憲法第二十七條第一項亦タ此趣意ヲ表スルニ外ナラス時トシテハ國家公益ノ爲メ各人ノ所有權ヲ侵シ或ハ之ヲ制限スルノ已ヲ得サルコトアリト雖モ是レ極メテ重大ナルコトニ屬ス故ニ同第二項ハ特ニ法律ニ依テ之ヲ處分スルコトヲ定メ以テ之ヲ重スルノ深キヲ示セルナリ憲法既ニ此原則ヲ定ム更ニ之ヲ民法ニ掲クルノ必要ナシト雖モ又之ヲ民法ニ掲ク可カラサルノ理由ナシ適々以テ立法者カ各人ノ所有權ヲ尊重スルノ深キヲ見ルニ足ル

夫レ憲法既ニ法律ニ依ルニ非スムハ所有權ヲ侵ス可カラサルコトヲ確定セリ假令ヒ民法ニ於テ法律ニ依ルニ非ス

ムハ之ヲ制限スルヲ得スト規定セサルモ憲法ノ大禁政府ハ決シテ行政命令ヲ以テ之ヲ制限スルコト能ハス政府既ニ然リ市町村府縣亦タ豈ニ然ラサランヤ若夫レ政府ハ行政命令ヲ以テ自由ニ所有權ヲ制限スルヲ得ヘタムハ立憲政治ノ美德何クニ在ルヤ固ヨリ法律ノ範圍内ニ於テハ勅令ヲ以テスルモ可ナリ省令ヲ以テスルモ可ナリ又タ地方規則ヲ以テスルモ可ナリト雖モ之ヲ以テ所有權ヲ制限スルハ必ス法律ノ指定スル範圍内ニ於テセサル可カラズ國家一年威力ナキヲ得人民一日モ所有權ナカル可カラス之ヲ侵ス豈ニ輕事ナラムヤ然リ而テ延期論者ハ憲法ノ大則ヲ忘レ漫然人民ノ所有權ニ幾分ノ制限ヲ置クハ必スシモ法律ニ依ルヲ要セスト斷言シ而テ其理由ヲ示スコト能ハス妄言ニ非スシテ何ソ之ヲ要スルニ國家全能主義ノ極端ニ馳テ止マル所ヲ知ラス 天皇ニ奉ツルニ絶對的主權ノ絶對的行使ヲ以テセムトスルモノニシテ其言ノ我憲法ニ反スルノミナラス我立憲ノ大趣意ト相距ルヤ遠シ矣

第三章 新法典ハ豫算ノ原理ニ違フ

延期論者ハ此標題ヲ掲ケ論シテ曰ク

財産篇第三十一條第二項ニ動産ノ公用徵收ハ毎回定ムル所ノ特別法ニ依ルトアリ動産ノ公用徵收ノ主タルモノハ金錢即チ租稅ニシテ毎回定ムル法律トハ豫算ヲ謂フモノナラン是レ佛蘭西、白耳義等ニ行ハル、豫算ハ法律ナリトノ迷謬ヲ襲ヒタルモノニシテ我憲法豫算ノ法理ニ違ヒ我稅法ノ原則ニ反ス

余ハ此ニ至テ覺ヘス啞然大笑セリ抑々又延期論者ハ民法ヲシテ其言ハサル所ノ事ヲ言ハシメ以テ世人ヲ欺罔セントスルカ又何ソ其心術ノ卑劣ナルヤ

財産篇第三十一條第二項ノ公用徵收ナル字ハ佛語ノ (expropriation forcée pour l'utilité publique) ヲ譯シタルモノニシテ租稅ノ徵收ハ佛語 (perception) ニ當ル前者ハ公益ノ必要アルニ當リ強要シテ人民ノ所有權ヲ讓渡サ

シムルモノニシテ税法ニ依リ人民カ義務トシテ毎年納ムル事トハ霄壤ノ差アルコト法科ノ一年生モ亦能ク知ル所ニシテ少シク法学ノ能力アルモノハ第三十一條第一項ト第二項ノ法文ヲ一讀スルモ直ニ同第二項ノ公用徵收ト租稅ノ徵收トハ相異ナルコトヲ識別スルヲ得ヘシ然ルニ均シク徵收ノ語アルヲ以テ公用徵收ハ租稅ノ徵收ナリト解スルハ之ヲ博士先生ノ議論ト謂フヲ得ルヤ夫レ質問ハ惑ヲ解クニ在ルヲ以テ其言ノ惑エルハ咎ムルニ足ラスト雖モ他ノ述作ヲ駁セントスル者ハ少クモ先ツ其事物ヲ審ニセサル可カラス然ルニ未タ公用徵收ナル學語ノ意味ヲ解スル能ハスシテ先ツ之ヲ駁論セントス學者タル者ノ德義此ノ如クナルカ諸君子三考シテ可ナリ
若シ又公用徵收ノ字義ヲ知テ而テ故ラニ之ヲ租稅ノ徵收ト解シタリトセハ本論全篇ノ趣意推シテ知ルヘシ余ハ此ニ至テ殆ト辨駁ノ筆ヲ抛タムト欲ス

第四章 新法典ハ國家思想ヲ缺ク

延期論者カ所謂國家思想ヲ缺クトハ立法者ハ個人アルヲ知テ國家ノ何物タルヲ知ラス權利ハ法律ノ制作物ナルコトヲ忘レテ自然ニ存スルコトヲ妄信セリト謂フニ在ルカ如シ其引證スル條文左ノ如シ

(一) 財産篇第三十一條ニ所有權ノ強制讓渡ハ公用徵收法ニ定メタル規則ニ從ヒ豫メ償金ヲ拂フニ非スムハ之ヲ爲スコトヲ得ストアリ是レ從來ノ立法ヲ拘束シ國權ノ作用ヲ妨クルモノナリ

夫レ所有權ノ重要ナル權利ニシテ濫ニ侵犯ス可カラサルコトハ余已ニ第二章ニ於テ之ヲ述ヘタリ蓋シ主權ハ元來絶對的威力ナリト雖モ暴横ハ主權ノ本旨ニ非ス國家ハ全能ナリト雖モ自由ニ人民ノ權利ヲ左右スルハ國家ノ本分ニ非ス況ヤ憲法既ニ制定セラレ主權ノ絶對的行使ヲ制限シ人民ノ權利ヲ確立シタル法治國ニ於テオヤ然ルニ主權ハ絶對ニ、國家ハ全能ナルノ故ヲ以テ擅ニ人民ノ權利ヲ侵奪スルヲ得ルトセハ立憲政治ノ美德何クニ在ルヤ財産

篇第三十一條ノ規定蓋シ此趣意ヲ體シタルモノナリ

夫レ所有權ヲ侵スノ重事タル此ノ如シ之ヲ侵スニハ國家公益ノ己ヲ得サルモノナカル可カラス又此公益アリテ之ヲ侵スニハ少クモ豫メ補償ヲ與エテ人民ノ損失ヲ償ハサル可カラス憲法ノ趣意必ス此ノ如クナラサル可カラサルナリ若シ必要ナクシテ濫ニ人ノ所有權ヲ奪ヒ又ハ必要アリテ之ヲ奪フモ豫メ補償ヲ與ヘサルカ如クムハ憲法ノ明文ニ反スル所ナレトモ立憲ノ本旨ニ違フヤ大ナリ然ラハ則チ民法ニ於テ不動産ノ強制讓渡ハ公益ト補償前拂ノ條件ニ服スヘキコトヲ示スモ其規定一モ憲法ニ違フコトナシ却テ延期論者ノ唱フル所ハ立憲ノ本旨ニ反スルコトヲ信スルナリ

且ツ民法財産篇第三十一條ハ自ら進ンテ強制讓渡ノ條件ヲ定メタルニ非ス既ニ現行法ニ於テ定メタルモノヲ寫シ來リテ之ヲ示シ以テ所有權ノ重要ニシテ我法律ノ之ヲ確保スルコトヲ明ニスルニ過キス明治二十二年法律第十九號土地收用法第一條ニ曰ク

公共ノ利益ノ爲メノ工事ニシテ必要アルトキハ此法律ノ定ムル所ニ依リ損失ヲ補償シテ土地ヲ收用又ハ使用スルコトヲ得

民法財産篇第三十一條ニ公用徵收法ニ定メタル云々トアルハ即チ此土地收用法ヲ指シ其條件トスル所ハ收用法第一條ニ掲ケタルモノニ外ナラス此ヲ以テ之ヲ見レハ民法財産篇第三十一條ハ自ら進ンテ憲法ノ範圍ヲ侵スニ非ス唯々立憲ノ趣旨ニ基キ又タ現行法ノ規定ニ從テ強制讓渡ノ條件ヲ示シ以テ所有權ノ確保セラル、コトヲ明ニスルニ過キサルナリ

夫レ民法ノ規定決シテ立法者ヲ拘束スル能ハサルコトハ腐熟ノ陳說三尺ノ童兒亦能ク之ヲ知ラム若シ他日暴施政

者ノ出ルアリテ人民ノ權利ヲ蹂躪シ、或ハ國家不幸ノ境遇ニ陥リテ無條件ニシテ人民ノ不動産ヲ強奪スルノ已ヲ得サルニ至ラハ或ハ議院ヲ籠絡シ或ハ其任意協賛ニ依リ或ハ又タ命令ヲ以テ自由ニ民法ノ規定並ニ土地收用法ヲ變更スルヲ得可シ民法ハ決シテ之ヲ拘束スルコト能ハサルナリ然ルニ民法財產篇第三十一條ハ後來ノ立法ヲ拘束スルト稱シ之ヲ評シテ國家ノ何物タルヲ知ラスト謂フニ至テハ自ラ其愚ヲ表明スルニ非スシテ何ソヤ延期論者又タ曰ク

(一) 我民法ハ國有物ヲ公有私有ニ分テリ然ラハ則チ民法ハ國ニ公私ノ兩資格アリト爲スカ古代ニ於テハ此說行ハレタリト雖モ今日ニ在リテハ已ニ陳腐ノ說ト爲シ唯一タノ茶話ニ附シ去レリ云々

余ハ先ツ延期論者ノ一考ヲ乞ハサルヲ得ス夫レ公法人タル國家ノ公私ノ兩資格ヲ有スル說ハ近世ノ創見ニ係ル古代ニ於テハ其痕跡ナシ今日此ニ反スル學說ノ生スルアリト雖モ前說猶ホ大ニ力アリ伊國佛國等ニ於テハ公權タル國家ト私法人タル國家トニ分チ普國ニ於テモ公力タル國家ト國庫タル國家トニ分ツ者アリ而テ皆十分ナル理由ノ存スルアリ其是非未タ定マラス然ルニ此說ハ古代學者ノ唱フル所ニシテ今日ニアリテハ既ニ陳腐ニ屬シ唯一タノ茶話ニ附シ去レリトハ抑々何等ノ妄言ソヤ延期論者タル博士學士諸公少シク自敬シテ可ナリ

此學說ノ當否ハ暫ク之ヲ措キ我民法ニ於テ國有物ヲ公有私有物ノ二ニ分チタルハ此學說ニ依リタルニ非ス他ニ理由ノ存スルアリ請フ之ヲ一言セン

國家ノ公有物私有物ノ區別ハ中古歐洲王政時代ニ胚胎ス此時代ニ於テ率土ノ濱王土ニ非サル莫ク國土ハ凡テ王(couronne)ニ屬セリ然ルニ國王ノ專權、屢々土地ヲ割讓スルノ害ヲ除カムカ爲メニ國土不可讓渡ノ原則ヲ定メタルト同時ニ一切ノ物ノ讓渡ヲ禁スルノ不利ヲ認メタリ此ニ於テ國王ノ所有物中不可讓渡物ト得讓渡物トヲ分タ

ムカ爲メニ初メテ公有物私有物ノ別ヲ立ツルニ至レリ是レ公有物私有物ノ區別ノ淵源ナリ

然ラハ則チ何ヲカ公有物ト爲シ又タ何ヲカ私有物ト爲スヤ中古時代ニ於テハ此區別劃然タラス今日ニ在リテハ之ヲ區別スル標準左ノ如シ

物ハ賣讓渡スルヲ得ルヲ以テ原則トナス故ニ國有財產モ特別ノ用方ナキモノハ此原則ニ從フ可シ砲臺ノ如キ軍艦ノ如キ又タ河海ノ如キ國家ノ保護ニ必要ナル物或ハ國民全體ノ用ニ供シテ各人ノ專有ニ屬ス可カラサル物ハ國家ハ之ヲ讓渡スルヲ得ス何トナレハ國家ノ成立ハ賣ル可カラス人民全體ノ權利ハ一二私人ノ爲メニ枉ク可カラサレハナリ

故ニ國有物ノ中公有私有ヲ分ツハ不可讓渡物ト得讓渡物トノ別ヲ立テムカ爲メニ起リ而テ其區別ハ物ノ性質又タ用法ニ依テ定メラル、モノナリ我民法ノ精神亦タ此ノ如シ國家カ公私兩資格ヲ有スルニ因ルニ非サルナリ

財產篇第二十三條ハ公法人ノ私有物ヲ解シテ曰ク「公法人カ各人ト同一ノ名義ニテ所有スル物ニシテ金錢ニ見積ルコトヲ得ル收入ヲ生ス可キモノハ其私有ノ部分ヲ爲ス」是レ延期論者ノ惑ヲ生シタル原因ナラムカ夫レ此定義ノ不完全ナルハ余亦嘗テ之ヲ論セリ然レトモ熟考スレハ其眞意ヲ知ルニ難カラス抑々公法人ノ所有物ト汎稱スルモ其所有ノ性質多少異ナル所アリ各人ノ所有物ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ル利益ヲ各人ニ與フト雖モ砲臺ノ如キ軍艦ノ如キ國ノ公有物ハ此利益ヲ與フルコトナク又タ利益ヲ得ムカ爲メニ之ヲ所有スルニ非ス其性質全ク各人ノ所有物ニ異ナリ之ニ反シテ公有物ニ加フルコトヲ要セサル公法人ノ所有物ハ之ヲ賣讓渡スルヲ得ルコト各人ノ所有物ニ異ナラス又タ之ヲ利殖セシムルヲ得ルコト各人ノ所有物ニ異ナラス而テ國家カ之ヲ所有スルハ概ネ利益ヲ得テ國家ノ收入ヲ増スヲ以テ目的トスルコト各人ノ所有物ニ異ナラス今公有物ニ加フルコトヲ要セサル國有物ハ

各人ノ所有物ト殆ト異ナル所ナキコト此ノ如シ是レ各人ト同一ノ名義ニテ云々ノ語ヲ以テ之ヲ公有物ト區別シタル所以ナリ夫レ此定義ノ不完全ナル又々其用語ノ穩當ナラサルハ疑ヲ容レス然レトモ各人ト同一ノ名義ニテ云々ノ語アルヲ見テ其眞意ノ在ル所ヲ究ムルコト能ハス直ニ之ヲ以テ國家ニ公私兩資格アルヲ認メタルニ因ルト爲シ之ヲ罵テ國家思想ナシト云フハ妄斷ノ甚シキモノニ非スヤ況ヤ國家ニ公私兩資格アルヤ否ヤ今日尙ホ未定ノ問題ニシテ其可否未タ決セサルニ於テオヤ又々況ヤ此說ニ依テ此規則アリトスルモ實際毫モ害ナキニ於テオヤ延期論者又々曰ク

(三) 財産篇第二十二條ニ河川又ハ國領ノ海ハ國ノ所有物トアリ是レ國際法ニ於テ國權ノ及フ所ヲ國ノ版圖ト定メタル規則ニ依リタルナランカ若シ國權ノ及フ所ヲ國有ト爲サハ天下ノ物凡テ國有物タラン議論淺薄却テ要領ヲ得ルニ苦ム夫レ外邦ニ對シテ言ヲ立ツレハ我國權ノ及フ所ハ我領内ニシテ我領内ニ存スル物ハ凡テ我國家ノ所有物ナリ、我國內ノ人民ニ對シテ之ヲ言エハ人民ニ屬スル物アリ屬セサル物アリ國際法ニ定メタル海岸ヨリ若干ノ距離ニ至ルマテノ海上ハ各人ニ屬セス又々屬ス可キ物ニアラス然ラハ則チ是レ國有ニ非スヤ、此距離内ノ海上ハ外國ニ對スレハ我國領ノ海ナリ而テ此國領ノ海ハ人民ニ對スレハ國有物タリ斯ル淺近ナル理論ヲモ猶且ツ解スルコト能ハス却テ無識ヨリ生スル迷惑ヲ以テ人言ヲ攻撃セント欲ス鐵顏亦甚矣哉之ヲ要スルニ以上引用セル諸條ハ一モ延期論者ノ非難ヲ容レス若シ之ヲ容ル、餘地アリトスルモ其議論ハ最モ不確ナル學說ノ争ヒニ屬ス實際ノ活用ニ於テハ毫モ害アルヲ見ス此ヲ以テ民法ノ實施ヲ妨ケムト欲スル抑々亦難矣哉

第五章 新法典ハ社會ノ經濟ヲ攪亂ス

延期論者カ其證左トシテ引用スル諸條左ノ如シ

(一) 財産篇第三百四十七條ニ依ルニ債權者ハ債務者ニ與フルニ一片ノ告知書ヲ以テスレハ何人ニモ其債權ヲ讓渡スルコトヲ得故ニ甲乙親友間ノ貸借モ忽チニシテ高利貸ニ對スル債務ト化シ去ル可シ夫レ債權ノ讓渡ハ我民法ノ認ムル所、第三百四十七條ハ其讓渡ノ有効條件ヲ定ムルニ過キス蓋シ宇宙間ニ於テ財產ト稱スルコトヲ得ヘキ權利ハ特別ナル事情ノ必要アルニアラサルヨリハ賣買ス可カラサルノ理ナキコト延期論者亦タ認ムル所ナルヘシ人權ハ財產ノ大部分ヲ占ム豈ニ賣買ス可カラサルノ理アラシヤ且ツ若シ其賣買ヲ制限シ又タ一々債務者ノ承諾ヲ必要トセハ多數株式會社ハ何ニ依テ成立スルヲ得ヘキヤ是レ却テ社會ノ經濟ヲ攪亂スルモノナリ然レトモ債權ノ讓渡若シ果テ害アレハ則チ之ヲ禁スルモ可ナリ之レニ制限ヲ加フルモ可ナリト雖モ延期論者カ其害トシテ學示スルモノハ唯々親友間ノ貸借忽チニシテ高利貸ニ對スル債務ト化シ去ルト云フニ過キス思ハサルモ亦甚シ若シ果シテ親友間ノ貸借ナラシメハ親友タル貸主ハ何ソ其債權ヲ高利貸ニ讓渡スルコトアラシ之ヲ高利貸ニ讓渡スルカ如キハ親友ノ誼ニ非サルナリ且ツ債務者豫メ返済ノ期ヲ定メ利子ノ率ヲ定メヲケリ債權者其人ヲ異ニスト雖モ當事者ニ於ケル既定ノ契約ハ變スルコトナシ債務者ニ於テ何ノ害カ之レアラム何ノ苦ムコトカ之レアラム然リ而テ直ニ此規定ヲ以テ社會ノ經濟ヲ攪亂スト信スルハ迷信亦甚シカラスヤ延期論者又々曰ク

(二) 要約者カ合意ニ付キ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ正當ノ利益ヲ有セサルトキハ其合意ハ原因ナキ爲メ無効ナリトハ財産篇第三百二十三條ノ規定ナリ夫レ金錢上ノ損失ナクムハ匡救ノ途ナシトハ我忠孝信義ヲ崇フ國風

ニ背カサルカ名譽信用ハ保護スルニ足ラストスル是レ實ニ強者ヲシテ弱者ノ肉ヲ喰ムシムルニ非スヤ
財産篇第三百二十三條ハ契約ノ有効條件ヲ示スニ止マル忠孝信義ノ國風ト何ノ關スル所カアル、甚矣哉其思想ノ
混亂スルコト請フ爲メニ之ヲ一言セン

夫レ契約ハ人權ヲ創設スルヲ以テ目的ト爲ス財産篇ニ於テ人權ト稱スルモノハ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ結果ヲ
生スル行爲不行爲ヲ命スル權利ナリ然ラハ則チ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ヲ與エサル權利ハ我所謂人權ニ非
ラス之ヲ創設セントスル契約亦タ何ノ効ヲカ生ス可キヤ財産篇第三百二十三條ハ既定ノ原則ヲ一貫シタルノミ
（財産篇第一條第二條第三條第二百九十三條第二百九十六條ヲ研究スルヲ要ス）延期論者ハ名譽信用ニハ保護ナ
キヤト云ヘリ是レ自ラ別題ニ屬ス財産篇第三百七十條ニ曰ク

過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加エタル者ハ其賠償ヲ爲ス責ニ任ス

故ニ名譽ヲ傷ケ信用ヲ害シタル者ハ自ラ賠償ノ責アリ之ヲ規定スルハ自ラ其處アリ合意ノ有効條件ヲ規定スル一
條ヲ見テ直ニ名譽信用ニ保護ナシト云フハ粗笨亦甚シカラスヤ

然レトモ民法ノ制裁ハ民法ノ許ス限度内ニ於テセサル可カラス羅馬ノ古法ハ刑法ト民法トヲ混同セシカ今日ハ劃
然之ヲ區別セン事ヲ務ム民法ノ原則ニ於テ制裁ノ性質罰ニ近キモノハ之ヲ避ケサル可カラス故ニ民法ハ被害者ノ
爲ニ其被害ノ結果ヲ救済スルニ止マル懲戒ハ國家刑罰權ノ範圍ニ屬スルヲ以テ民法ノ干與スヘキ事ニ非サルナリ
（余レ私犯法ニ於テ嘗テ之ヲ詳論セリ必要アラハ參考ニ供ス可シ）

民法ノ制裁ノ及ハサル所ハ刑法ヲ以テ之ヲ罰ス故ニ誹謗罪アリ毆打罪アリ盜罪アリ人ノ身體財産名譽ニ關スル罰
條備サル所ナシ

此ノ如ク分析シテ之ヲ見レハ分界劃然、民法ニハ民法ノ領分アリ刑法ニハ刑法ノ領分アリ而テ民法財産篇中ニハ
合意ニ關スル規定アリ私犯ニ關スル規定アリ彼此前後相待テ而テ其用初メテ完タシ今國法ノ全體ヲ知ル事能ハス
僅ニ其一條一項ヲ窺フテ直ニ之ヲ駁論セントス惑ハサラント欲スルモ得ヘケンヤ
又タ曰ク

（二） 財産篇第二百三十三條ハ何人ト雖モ又タ何レノ所タルヲ問ハス天然又ハ人工ノ水ヲ使用スル權利ヲ有ス
ル者ニハ其水ヲ自己ノ農工業ノ爲ニ幾百人ノ迷惑ヲ顧ミス他人ノ邸宅山野田畑ヲモ通過セシメ自己ノ土地ニ引
用スルノ權利ヲ與エタリ一個人ニ此ノ重大ナル權利ヲ與フ不當ナラスヤ

若シ第二百三十三條ノ規定ニシテ延期論カ解説スル所ノ如クナラシメハ不當ノ評ヲ免カレサル可シト雖モ第二百
三十三條ノ規定ハ則チ其言フ所ニ異ナリ第一此權利ヲ行フコトヲ得ルニハ自己ノ所有地外ニ於テ水ヲ取ル權利ヲ
有スル者タルヲ要ス且ツ此權利ヲ有スルヲ得ルニモ亦條件アリ第二自己ノ所有地ト水源トノ中間ニ他人所有ノ土
地アリテ之ヲ通過セサレハ水ヲ引ク能ハサルヲ要ス第三且ツ水ヲシテ中間ノ地上ヲ通過セシムルニハ中間ノ所有
主ニ償金ヲ拂フコトヲ要ス此三要件アリテ而テ後初メテ第二百三十三條ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ決シテ濫ニ他
人ノ所有地ヲ侵スコトヲ許スモノニ非ラサルナリ此ノ如ク解説スレハ第二百三十三條ノ必要ナル所以燎然トシテ
明カナリ思フニ多少法學ノ能力ヲ有スル者ハ第二百三十三條ノ條文ヲ一讀スルモ直ニ之ヲ知ルヲ得可シ然ルニ故
ラニ（或ハ解スル能ハサルカ）條文ノ意義ヲ變シテ之ヲ非難スルハ抑モ何ノ心ソヤ
延期論者ハ灌溉用水ニ關スル規則ノ詳密ナラサルヲ咎ムルニ似タリ然レトモ各地各異ノ習慣法アリ此ニ從フテ可
ナリ民法ハ其總則ヲ定ムレハ則足ル一地一地ノ異例ニ應シテ規定ヲ設クルコト能ハス

延期論者ハ又民法ニ規定スル賃借權ニ關スル法規ハ我農業國ニ適應セスト云ヘリ然レトモ其證左ヲ示サス又新法ハ個人ノミヲ保護シテ組合ヲ保護セス大資本家ノ利ヲ謀リテ小資本家ノ利ヲ顧ミスト云ヘリ然レトモ是亦其證左ヲ示サス證左ナキ論定ハ論定ニ非ス之ニ對シテ辨駁スルノ必要ナシ

延期論者ハ大言シテ曰ク新法典ハ社會ノ經濟ヲ攪亂スト而シテ其證左トシテ示ス所ノ者一トシテ證左トスルニ足ルモノナキハ右ニ論シタルカ如シ余ハ此ニ於テ其言ノ妄言タルコトヲ斷言シテ憚ル所ナシ

「附言」延期論者ハ商業社會ノ信用ヲ増進シ且ツ一般ノ利益ヲ保護センカ爲ニ設タル二三ヶ條ヲ擧ケテ其強者ヲ利シテ弱者ヲ苦ムルコトヲ論セリ余ハ其議論ノ大ニ誤レルコトヲ信スト雖モ商法ニ精通スル者ハ梅博士ノ如キアリ余ハ僭越シテ之ヲ辨セサル可シ

第六章 新法典ハ稅法ノ根原ヲ變動ス

其引證スル諸條左ノ如シ

(一) 財産篇第八十九條ニ曰ク毎年用益物ニ賦課セラル、通常ノ租稅及ヒ公課ハ用益者之ヲ負擔ス

(二) 財産篇第六十六條ハ永借人ニ於テ公租公課ヲ負擔ス可キコトヲ定ム

右第一條ハ地租條例ノ規定ヲ變更シ用益者ヲ以テ納稅者トナシタルヲ以テ所有主ハ納稅義務ト隨伴スル公權ヲ喪失スルニ至ラン第二條ハ從來ノ慣習ヲ變更シ經濟社會ニ一大騷動ヲ惹起スニ至ラン且ツ我稅法對人稅ノ原則ヲ變動シ對物稅トナシタルモノナリ

此ニ答フル何ノ難キコトカ之レアラム夫レ稅法ハ國家ト人民トノ關係ヲ規定シ民法ハ人間ノ關係ヲ規定スルモノナルコトハ三尺ノ童子モ知ル所ナリ然ラハ則チ財産篇第八十九條及ヒ第六十六條ハ各人タル用益者ト虛有者

又タ賃借人ト賃借人トノ間ニ於ケル費用負擔額ヲ定ムルニ過キスシテ稅法トハ毫モ關係スル所ナシ地租條例若所
有主又ハ質取主ノミヲ地租納稅者ト定ムレハ國家ハ之ヲ以テ納稅者ト見テ可ナリ但タ各人相互ノ間ニ於テハ民法
ノ規定ニ從ヒ其初ヨリ收ムル利益ノ多少ニ應シテ之ヲ負擔スヘキノミ國家ニ對スル納稅者ハ相互間ニ於ケル負擔
ノ分割ノ爲メニ納稅ニ伴フ資格ヲ失フコトナシ且ツ夫レ租稅ハ收利ト對ス民法カ物ノ收利ヲ專ニスル用益者又ハ
賃借人ニ租稅ノ幾分ヲ負擔セシメタルハ至當ノ規定ニアラスヤ

又タ永借人ニ於テ公租公課ヲ負擔セサル可カラサルモ經濟社會ハ之カ爲メニ攪亂セラル、コトナカル可シ永借人
ノ負擔加重スレハ則チ其借料減ス可シ永借人ノ負擔輕減スレハ則チ其借料増加スヘシ是皆當事者間ノ契約ヲ以テ
自由ニ増減スルヲ得ルモノナレハ此規定アルカ爲メニ經濟社會ノ一大騷動ヲ惹起ス可シト云フハ余其ノ何ノ謂タ
ルヲ解スル能ハサルナリ

延期論者又タ曰ク民法ハ公租公課ヲ普通ト非常ト二種ニ分ツト雖モ稅法ニハ此區別ナシ且ツ實際上到底分別シ難
キノミナラス近世國法ノ認メサル所ナリト夫レ外國法ハ問ヲ要セス我國ノ稅法ニ於テ此區別ヲ認メサルハ則チ或
ハ然ラン然レトモ稅法ノ之ヲ認ムルト否トハ民法ノ關スル所ニ非ス民法ハ唯タ虛有者ト用益者トノ間ニ於ケル租
稅及ヒ公課ノ負擔額ヲ定メムカ爲メニ此區別ヲ立テタルノミ且ツ財産篇第八十九條ハ民法ニ於テ非常公課非常租
稅ト見做シタル賦課ノ種類ヲ列擧セリ尋常ノ識力アル者ハ此ニ依テ容易ニ二者ヲ判別スルヲ得ヘシ實際上到底分
別シ難キトハ延期論者ノ空言ニ非スシテ何ソ

財産篇第八十九條ノ初メニ「用益物ニ賦課セラル、云々」トアリ之ヲ一見スレハ民法ハ對物稅ノ主義ヲ採リタル
ヤヲ疑フ者アラン然レトモ此條ト同一ノ趣意ニ基キタル第六十六條ニハ「永借人ニ對シテ永借物ニ賦課セラル

、云々」トアリ此ヲ以テ之ヲ考フレハ租税ノ對物タルト對入タルトハ毫モ民法ノ干與セサル所ニシテ民法ハ兩主義ノ一ヲ擇ミタルニ非サルヲ知ル可シ唯タ用語ノ穩當ナラサルカ爲メ多少疑ヲ生スト雖モ其眞意ハ「用益物又ハ永借物ヲ目的トシテ賦課セラル、」ト云フニ在リ故ニ民法ハ我税法ノ根原ヲ變更スルコトナシ又タ經濟社會ノ一大騒動ヲ惹起スノ憂ナシ

第七章 新法典ハ威力ヲ以テ學理ヲ強行ス

延期論者ハ先ツ論シテ曰ク

(一) 財産篇第三十三條第五百五十五條及第百十六條ハ必要ノ規定ヲ爲サスシテ後日ノ特別法ニ讓レリ立法者カ後日ノ法律ヲ約スルハ古今未會有ノ怪事タリ又同第百五十二條第百三十四條及ヒ第百六十三條カ習慣ニ讓リタルハ立法者ノ本分ヲ盡サス

夫レ此諸條カ必要ナル規定ヲ爲サスシテ或ハ之ヲ特別法ニ讓リ或ハ此ヲ習慣ニ讓リタルハ皆明白ナル理由アリ少シク法律ヲ學ヒタル者ハ容易ニ之ヲ知ルヲ得ヘシト雖モ聊カ一言シテ延期論者ノ疑ヲ解カム右第三十三條ハ國家公益ノ爲メニ設クル地役ニ關スル此地役ニ關スル規定ハ行政法ノ範圍ニ屬ス民法ノ干與スヘキ事ニ非ス之ヲ行政法ニ讓ルハ民法カ其分ヲ守リタル至當ノ遷讓ニ非スヤ(各國皆行政法ニ於テ此ノ地役ニ關スル規則ヲ設ク)。國府縣市町村ニ屬スル財産ノ賃賃借ニ關スル規則亦タ行政法ノ範圍ニ屬シ民法ノ干渉スヘキコトニ非ス第百十六條カ此規定ヲ行政法ニ讓リタルハ是亦タ至當ノ遷讓ニ非スヤ(各國皆官有財産法ニ於テ此規則ヲ設ク)。荒蕪地未耕地ノ賃借又タ永小作ト稱スル賃借ノ如キハ古來各藩種々錯雜セル習慣アリテ傳テ今日ニ至レリ俄ニ民法ヲ以テ一貫ノ法則ヲ定メ難ク又タ之ヲ定ムルノ必要ナシ之ヲ後日ノ法律ニ讓ル何ノ不可カ之有ラム(第百五十五條)。夫レ此ノ

如シ延期論者猶ホ惑フ所アルヤ。又タ立法者カ後日ノ法律ヲ約スルハ決シテ古今未會有ノ怪事ニ非ス各國ノ立法史並ニ我諸現行法規ヲ通覽スレハ其例指ヲ屈スルニ違アラサルヘシ延期論者未タ之ヲ知ラサルノミ又タ第百五十二條ハ地方ニ一定ノ習慣ナキ時ニ於テノミ賃賃借ノ解約申込及ヒ返却ノ時期ニ關スル前數條ノ規則ニ從フヘキコトヲ規定セリ此等ノ事ニ關スル各地傳襲ノ習慣俄ニ之ヲ破ル必要ナケレハナリ延期論者ハ時トシテハ新民法カ習慣ヲ重セサルヲ咎メ而テ亦タ時トシテハ習慣ニ讓ルヲ咎メテ立法者ノ本分ヲ盡サスト評ス立言ノ放縱亦甚矣哉(財産篇第百三十四條第百六十三條ノ規定皆同趣意ニ出ツ特ニ之ヲ辨スルノ必要ナシ)

延期論者ハ次テ論シテ曰ク

(二) 新法典ハ原理定義ヲ掲クルコト頗ル多シ是威力ヲ以テ學理ヲ強行スルナリ

延期論者ハ一方ニハ此評ヲ新法典ニ與ヘ而テ一方ニハ則チ曰ク原理ヲ誤ル曰ク法理陳套曰ク編纂不整、法典トシテノ缺點枚擧ニ違アラスト嗚呼余之ヲ得タリ延期論者ハ其信スル所ノ原理、法理ニ據テ法典ヲ編纂セント欲スル者ナリ此ニ於テ余ハ又タ之ヲ反評セン延期論者亦タ威力ヲ以テ其信スル所ノ學理ヲ強行セント欲スル者ナリ且ツ焉ヲ知ラン人ノ延期論者ノ崇信スル學說ヲ視ルコト猶ホ延期論者カ新法典中ニ散見スル法理原理ヲ視ルカ如クナラサルヲ

延期論者カ據テ以テ新法典ノ實施ヲ延期セムトスル主タル論鋒ハ上ノ七章ニ止マル野生ハ既ニ之ヲ辯駁シ盡シタルコトヲ信ス若異議アレハ更ニ之ヲ詳論スルコトヲ憚カラサルヘシ

夫レ名家ノ血汗ニ依テ成レル一編ノ小作述ト雖モ其ノ瑕跡ヲ指摘セムト欲シテ之ヲ精査スレハ多少ノ異議ヲ容レサルモノハ殆ト稀ナリ況ヤ事ハ人事ノ萬端ニ涉リ條ハ數千ノ多キヲ累ヌル大法典ニ於テヤ原則ニ異論アリ適用

ニ疑議アリ文字ニ妥當ヲ缺ク所アルハ固ヨリ其ノ所ナルノミ其ノ阻ヲ疏シ其ノ難ヲ排シ適用其ノ宜ヲ得セシムルハ行法者ノ任ニ非スヤ行法者ハ才識學力ヲ要スル所以實ニ此ニ在リ若條交明哲、理論精確、一點ノ疑議ヲ存セスムハ之ヲ適用スル、木偶人ニシテ可ナリ何ソ必スシモ數十年ノ研學ト經驗トニ依テ腦力ヲ涵養スルコトヲ須タム是亦望ム可クムハ則チ可ナリ然レトモ黃河ノ清ムハ或ハ之ヲ望ム可シ此ノ望ヤ野生其ノ終ニ達ス可カラサルヲ信スルナリ

野生民法ヲ講スルコト既ニ三年、其學理ヲ論シ又其ノ適用ヲ考ヘ精細ニ之ヲ攻究スルニ當テハ每條殆ト異議ナキハナシ若野生ヲシテ平生懷ク所ノ議論ヲ盡サシメハ數千葉ノ大冊ヲ成スト雖モ尙ホ足ラサルヘシ然リト雖モ是レ講堂ニ於ケル法學研究者ノ務ノミ事ニ實際ニ當ル法術者トシテ實際ノ適用ヲ考フレハ殆ト阻礙アルヲ見ス延期論者カ唯一ノ論鋒トシテ學示スルモノ、如キハ空論ノ最モ甚シキモノナリ故ニ野生ハ直ニ新法典ヲ實施スルモ甚タ實際ニ害ナキコトヲ信スルナリ

今ヤ各國概ネ成典ノ利ヲ認ム、我カ法典ノ實施期ハ既ニ勅令ヲ以テ公布セラレタリ、我カ法官各々學派ヲ異ニシ而テ識力未タ完全ト謂フヲ得ス隨テ時ニ取捨ニ惑ヒ又夕時ニ獨立ヲ妨ケラル、コトアリ、修正ノ爲メニ實施ヲ延期スルモ修正ノ行ハル、ハ終ニ期ス可カラス且ツ一修正ハ更ニ他ノ修正ヲ促カシ延期ハ變シテ非法典トナルハ火ヲ見ルヨリ明ナリ、今マ成典ノ必要此ノ如ク、其ノ實施ノ必要此ノ如ク、其ノ延期ノ結果此ノ如ク、而テ延期論者カ法典ノ實施ヲ妨ケムト欲シテ喋々スル議論ノ妄誕無稽ナルコト既ニ論述シタルカ如シ說テ此ニ至レハ再考ヲ須タスシテ而テ取捨自ラ定ラム

夫レ痛言ハ人ヲ動シ易ク至言ハ耳ニ入り難シ野生ハ窃ニ國家ノ爲メニ當路諸公ノ潛心熱慮セラレムコトヲ冀望シ

テ已マサルナリ

右は其の全文である。「法典實施延期意見」に對する梅謙次郎博士等の反駁は初め二十五年五月十七日に『明法誌叢號外』に發表され、後、同五月二十一日に『明法誌叢』(第三)に掲載されたが、既に其の内容は諸書に發表されあり、法典論争史に關心を有する者の夙に熟知する所であるから、此處には觸れない事とし度いと思ふ。要するに梅謙次郎博士の意見は

- 一 法典ハ急ニ之ヲ實施スルノ需要アリ
- 二 條約ヲ改正セント欲セバ先ヅ法典ヲ實施セザルベカラズ
- 三 學理ノ新古ヲ以テ遽カニ法典ノ良否ヲ占ス可カラズ
- 四 民法ガ憲法ト牴觸スト曰フハ誤解ナリ
- 五 民法ハ行政命令ヲ束縛セズ
- 六 民法ハ稅法ヲ改メズ
- 七 民法ハ倫常ヲ壞亂スト曰フハ譏誣ナリ
- 八 民法ハ榮譽信用ヲモ保護ス
- 九 債權ノ讓渡ハ敢テ慣習ニ悖ラズ

に盡き、理路整然たる大論駁である。

扱て右に掲載紹介したる水町袈裟六の辯駁書の内容の大體を要約すれば左の如くであつた。而し

て一々「法典實施延期意見」に掲げる各項目を轉掲して各項に對して反駁論難してゐるのであつて具體的に舊民法の條文を揭示し、務めて抽象論を避けんとする用意を示してゐると云ふ可きである。先づ其の前文に於て從來より延期派が民法典を非議すれ共、民法中如何なる條項、如何なる原理が具體的に我國風に合致せざるかを擧示せず、單に感情的な抽象論を固持して攻撃の爲の攻撃に出てゐるに過ぎなかつたが、頃者「法典實施延期意見書」の發表を讀みて初めて「多少精細ナル議論ヲ聽クコトヲ得タル」故に、「其ノ議論ノ妄ニシテ其ノ研究ノ粗ナル」點を反駁せんとするものであると前置し、本文に及んだ。

先づ「新法典ハ倫常ヲ壞亂ス」といふ名題に於て延期論者が民法が倫常を壞亂する點として擧げて其の證左とする後見の制、親權の文字、離縁されたる母に對する子の扶養義務、嫡庶子に關する條文等に就き直接具體的に其の妄言なる所以を指摘し、延期論者の好んで用ふる慣習墨守の見解が如何に社會の實際と隔離せる意見なるかを説明してゐるが、次の「新法典ハ憲法上ノ命令權ヲ減縮ス」に於ては元來、私法典なる可き舊民法の條文中に多少の公法的性質を有する規定を包含せしめたる事を肯定し、これは編纂の順序又は便宜に依りて止むを得ざるに出でたる事なりと述べ、不融通物たる公有物に關する規定が舊民法の上に置かれし理由を辯明してゐる。而して直ちに所有權不可侵の原則に關する延期論の議論を反駁した。次に「新法典ハ豫算ノ原理ニ違フ」に對しては延期

論者は公用徵收の術語を解する能はずして、徒らに漫然と反對してゐるに過ぎない。實に「余ハ此ニ至テ殆ト辨駁ノ筆ヲ抛タムト欲ス」と迄云つて極言してゐるのである。然り而して「新法典ハ國家思想ヲ缺ク」の反對理由は實に斷行論者と延期論者との據つて立つ思想が本質的に異なる點より由來する對立的見解の一である。右に對する水町の反駁文の全文は既に上掲を了したるに依りて再出を避けるが、水町は此の國家思想に關する見解に就いて、約十一頁(全體は前文共に六十頁。但し前文は六頁)を費やして力闘、大に延期論の議論の非なる所以を論じてゐるのを見るのである。たゞ一言を以つて延期論者の意見を述べれば「延期論者カ所謂國家思想ヲ缺クトハ立法者ハ個人アルヲ知テ國家ノ何物タルヲ知ラス權利ハ法律ノ制作物ナルコトヲ忘レテ自然ニ存スルコトヲ妄信セリト謂フニ在ルカ如シ」と概括して、延期論者の引用する財産編第三十一條の條文の解釋に對する誤謬、國家に公私の兩資格ありとなす見解上の相違、財産編第二十二條の解釋等を一々完膚なき迄に論駁してゐる。要するに此の點は延期論者と斷行論者との抱懐する、法に對する見解が根本的に相違する所より發するものであつて、水町も「其議論ハ最モ不確ナル學說ノ争ヒニ屬ス」と述べてゐる。併し乍ら斷行論者は、既に指摘した様に、明らかに國權主義的法思想に據つてゐるものではない。此の點を攻撃せらるゝ事は又斷行論者の最も本質とする所、従つて彼等の信憑する思想を正面より攻撃せらるゝ事となるのである。水町が言を極めて防禦せる事實も亦故ある哉である。次に「新法典ハ社會ノ經濟ヲ攪亂

ス」亦前項と共に斷行論者の最も特徴的な思想に胚胎する主張を論難せるもので、水町亦此の反駁の爲めに約七頁半を割いてゐる。殊に此の場合は契約自由の原則、自己責任の原則に關する解釋が中心の論争點となつてゐる。其他は別段特記す可き個所は存在しない。要之、上掲した二十五年五月に發表されし「法典實施延期意見」と「法典實施斷行意見」は民法典實施可否の論争上の一大渦點と云ふ事が出来、當時第三回帝國議會が開會中であり、民法延期案が漸く提出されんとし未だ提出されざる期であつた。右の外に二十五年五月廿三日に明法會會員、梅謙次郎、光妙寺三郎、本野一郎、熊野敏三、寺尾享、飯田宏作、高木豊三、井上正一、岸本辰雄、杉村虎一、城數馬、福原直道、水町袈裟六、岡田朝太郎、前田孝階、松室致、古賀廉造、龜山貞義、栗塚省吾、宮城浩藏、磯部四郎、岩本新平、大島誠吾、大塚成吉等外三十八名の法學博士、佛國法律博士、佛國法律學士、法律學士、法學士等^⑤は連名して「法典ノ實施ニ關スル明法會ノ意見」なる一文を草し『明法誌叢號外』^⑥として貴衆兩院議員に配布したが、後、六月二十一日の『明法誌叢』(第四號)に其の全文を掲載した^⑦。此れ亦「法典實施延期意見」に對する論駁であつた事は云ふ迄もないが、其の全文は既に發表されてゐるから、再び此處には觸れない事とし度い。更に廿五年五月廿三日に『明法誌叢』は其の號外に於て本野一郎の「條約改正ト法典實施」の一文を發表してゐる^⑧。此れは卷首に「左ノ一篇ハ本月十四日神田錦輝館ニ開キタル法治協會大演說會ニ於テ本野一郎氏ノ爲シタル演說ノ大意

ヲ筆記シタルモノナリ」^⑨と記してゐる様に、本野一郎が條約改正問題と關聯せしめて民法典實施の必要なる所以を論じたる演說の大意を筆記したるものである。此の全文は『法治協會雜誌』第十一號にも掲載されてゐる所であるが、星野通氏の資料集には未だ發表されてゐないから、これは次に其の全文を此處に紹介する事とする。本野一郎は司法省舊明法寮法學校出身で、佛國へ第一回留學生として派遣された十名の内の一人、而も其の内、二名が佛國法學博士を授與されたが、其の一人に當つてゐる。

條約改正ト法典實施

佛國法學博士 本野一郎

諸君、近日諸新聞紙ノ報道スル所ニ依レハ貴族院及衆議院議員中ニハ將ニ日ナラスシテ法典實施延期ノ問題ヲ提出セントシ已ニ曩日來之カ運動ニ着手セシ者アリト此說果シテ事實ナルヤ否ヤハ余ノ固ヨリ確知スル所ニアラスト雖モ其報道ノ頻々タルヲ以テスルハ蓋シ或ハ齊東野人ノ言ニアラサルベシ今夫レ眞ニ之アリトセン乎余ハ實ニ國家ノ爲ニ長歎大息セサルヲ得サルナリ
 法典其物ノ是非如何、法典實施延期ノ利害如何ト云ヘル問題ハ既ニ前席ノ諸辯士カ充分ニ論究サレ、此後ノ辯士モ亦定メテ餘蘊ナク論述セラルベケレハ此點ニ就テハ余ハ復タ嘖々ノ辯ヲ費スコトヲ爲サ、ルベシ余ハ唯我カ四千萬ノ同胞兄弟ノ二十有餘年來翹首企足シテ待チ明カシ待チ暮シタル條約改正ト法典實施トノ關係ニ付聊カ管見ヲ吐露シ以テ諸君ノ高教ヲ請ハント欲ス

現行條約ハ諸君ノ了知セラル、如ク安政年間及ヒ慶應年間ニ締結シ其改正期限ハ已ニ二十有餘年ヲ經過シ去リタルモノナリ而シテ此條約ノ一日モ早ク改正セサルヘカラサルコトハ万口一談、些ノ異議ヲ容レサル所即チ我邦ノ輿論ナリト謂フモ決シテ誇言ニ非サルナリ然レトモ現行條約ハ如何ナル點ニ至ル迄我日本帝國ノ國權ヲ侵害セルヤ、如何ナル點ニ至ル迄我國民利福ヲ妨碍セルヤト云ヘル問題ニ付テハ世間往々之ヲ雲烟過眼ニ付シ去ル者アリ是レ余カ常ニ遺憾トスル所ニシテ今日諸君ト共ニ聊カ研究セント欲スル所ナリ

蓋シ着眼第一、其大體ニ就テ觀察スレハ現行條約ノ弊害ハ一言以テ之ヲ蔽フコトヲ得ベシ曰ク現行條約ハ外國ノ裁判權ヲ我國內ニ行ハシムルモノニシテ日本ノ法律ハ外國人ニ對シテハ殆ンド行ハレサルニ至ラシムルモノナリ然レトモ尙ホ一步ヲ進メテ仔細ニ點檢シ來ルトキハ種々ノ侵害侮辱ヲ受ケ居ルコトヲ發見スベシ請フ其要概ヲ指摘セン

第一 外國人カ日本ノ安寧秩序ヲ維持センカ爲ニ制定セラレタル刑法ニ違背シタルトキハ犯罪ノ種類ヲ問ハス又其輕重ヲ論セス如何ナル所爲タリトモ我法權ハ外國人ニ及フコト能ハサルナリ加之ナラス我刑法ヲ以テ罰シアル犯罪ト雖モ万一外國ノ法律ヲ以テ罰シ居ラサルトキハ外國犯罪者ヲ刑ニ處スルコトヲ得ス

第二 行政規則ハ外國人ニ對シテ行ハレテ居ルヤ否ヤト問ハンニ是亦殆ント行ハレ居ラスト答ヘサルヘカラス而シテ其偶々行ハレ居ルモノハ單ニ外國公使ト協議ノ上制定シタル規則ノミニ止リテ日本ノ主權者カ日本行政ノ爲ニ制定シタル規則ハ其儘外國人ニ適用スルコトヲ得サルノ現象ヲ呈セリ今其一ニ例示セン諸君夫ノ銃獵規則ヲ見ヨ此規則ハ漸ク明治十年ニ至リ外國人ニ對シ適用スルニ至リタルモノニシテ其茲ニ至ル迄ニハ明治初年ヨリ幾多ノ談判、幾多ノ困難ヲ經來リタルコトハ實ニ想像ノ外ニ在リトス而シテ英國公使ノ如キハ英國ノ勅令(オルダ

1、イン、カウンシル)ニ準據シ自國ノ法規トシテ之ヲ發布シタリ故ニ英人カ之ニ遵守スルハ唯自國ノ規則トシテ之ヲ遵守スルニ過キス、日本政府カ外國政府ト協議ノ上制定シタル規則ト雖モ之ヲ外國人ニ適用センニハ外國ノ規則トシテ之ヲ公布セサルヲ得サルニ至リテハ其レ將タ之レヲ何トカ謂ハン、虎列刺檢疫規則ノ如キ亦之ニ異ナラス同規則ハ明治六年ヨリ同十五年ニ至ル迄幾ンド十有餘年ノ星霜ヲ閱シテ外國公使ト談判協議ノ末漸ク成立シタルモノニシテ英國政府ハ復タ其公使ノ手ヲ借リテ之ヲ自國ノ規則トシテ公布シ以テ日本ニ施行シ居レリ豈又浩歎ノ至リナラスヤ

此ノ如ク外國政府ト協議ノ上制定シタル規則ニ至ル迄外國人ニ對シテ之レヲ行ハントスルニハ外國ノ規則トシテ之ヲ我國內ニ公布セサルヲ得ス其他種々ノ行政規則ニシテ外國政府ト談判ヲ開始セシモ遂ニ終局スルニ至ラザリシヲ以テ外國人ニハ到底適用スルコトヲ得サルモノ亦甚タ多シ其重ナルモノヲ舉クレハ鐵道規則、石油取締規則、藥用阿片輸入規則ノ如キ是ナリ蓋シ此等諸規則ハ皆是レ公共ノ安寧秩序ヲ保持スル所以ノ要具ニアラサルハ莫シ而シテ外國人獨リ之カ適用ヲ免ル、ノ殊遇ニ浴ス、國權ノ伸長何レノ處ニ向テカ之ヲ求メン國利ノ増進那ノ邊ニ就テカ之ヲ覓メン

更ニ警察權ノコトニ就テ一言セン諸君試ニ慧眼ヲ開テ大坂及神戸ニ於ケル居留地警察ノ有様如何ヲ一瞥シ去レ我日本帝國ノ警察法ハ毫モ此二個ノ居留地内ニ行ハレ居ラサルニ非スヤ即チ日本ノ警察官ハ一切居留地内ニ踏込ムコトヲ得サルナリ而シテ此二個ノ居留地ニ於テハ所謂「ミニニシタル、ポリス」(行司警察)ト稱スルモノアリテ外國人中ヨリ常置委員ノ如キ者ヲ撰ミ其委員長ニ於テ居留地ノ警察官ヲ支配セリ又横濱其他ノ居留地ニ於テハ日本ノ犯罪人カ外國人ノ家宅ニ逃入リタルトキハ外國領事ノ令狀ヲ携帶セサルヨリハ日本ノ巡查ハ外國人ノ家宅

ヲ搜索スルコトヲ得サルナリ

以上ノ實蹟ハ果シテ現行條約ヨリ流出スル所ノ正當ノ結果ナルヤ否ヤハ則チ一個ノ別問題ニ屬スト雖モ兎ニ角條約ヲ實行シ來リタル今日迄ノ狀況ハ實ニ以上陳ヘタル所ノ如シ即チ日本ノ警察權、日本ノ行政權ハ殆ント外國人ニ對シテ行ハレサルモノト云ハサル可カラス志士ノ痛憤措ク能ハサルモノ良ニ以アリト謂フ可キナリ

第三 民事上ニ於テハ果シテ如何、日本人ハ外國人ト交渉ノ事件ニ就テ充分法律ノ保護ヲ受ケ居ルヤ否ヤ諸君モ知ラル、如ク我々臣民ハ憲法第二十四條ニ依リテ日本ノ法律ニ定メタル裁判所ノ裁判ヲ受クルノ權利ヲ有セリ然ルニ外國人ト交渉ノ事件ニ就テハ外國人カ被告ナルトキハ我々ハ外國ノ領事裁判所ニ出訴セサルヘカラス換言スレハ現行條約アルカ爲メニ吾人ハ帝國憲法ノ保護ヲ受クルヲ得サルモノト云ハサル可カラス而シテ領事裁判ナルモノハ吾人臣民ノ權利ヲ完全圓滿ニ保護シテ又遺憾ナシト謂フコトヲ得ル乎余ハ領事裁判ノ制度ハ本邦訴訟人ニ充分安全ヲ興フルモノニアラサルヲ信スルナリ蓋シ領事裁判ノ制タル縱令名義上控訴上告ノ道ヲ存スト云フト雖モ這ハ是レ殆ント有名無實ノモノナリト謂ハサルヘカラス今二三ノ例ヲ借リテ之ヲ證センニ佛國ノ領事裁判ニ對シテ控訴ヲ爲サントスルトキハサイゴン迄、又上告ヲ爲サントスルトキハパリ迄往カサルヘカラス英國ノ領事裁判ニ對シテ控訴ヲ爲サントスルトキハ上海迄往カサルヘカラス而シテ米國ノ領事裁判ニ對シテ控訴ヲ爲サントスルキハ桑港迄往カサルヘカラス故ニ領事裁判所ニ於テ不當ノ裁判ヲ下スコトアルモ之レヲ匡正スルノ道アルナク控訴上告ノ規定ハ徒ニ死法虛文タルニ過キサルナリ試ニ思ヘ控訴上告ヲ爲サントスレハ則チ外國ニ迄渡航セサルヘカラス其要スル費用ト時日トハ實ニ想像ニ堪エサルモノアリ之カ爲メニ恨ヲ吞テ領事裁判ニ屈服セサルヲ得サルノ悲運ニ沈淪セシ者將ニ一々縷舉スルニ違アラサラントス是レ余カ内外交渉ノ事件ニ關シテ常ニ見聞スル

所ナリ領事裁判ノ制好シ多少ノ保護ヲ日本ノ訴訟人ニ與フルト假定スルモ實際此ノ如キ巨多ノ不利益ヲ我々日本人ニ蒙ラシメ居ルニ非スヤ念フテ此ニ至レハ悚然寒心復タ言フニ忍ヒサルナリ

第四 更ニ眼ヲ轉シテ稅權ハ如何ト顧ミルニ今日行ハレ居ル所ノ關稅ハ慶應年間ニ締結シタル條約ニ依テ定メタル稅則ナリ抑モ最初安政年間ニ制定シタル稅則ニ依レハ外國ノ商品ニ對シテハ五分、一割五分乃至三割、及三割五分ノ稅ヲ賦課セリ然ルニ種々ノ事情ニ依リ慶應年間ニ此條約ヲ改正シテ外國品ニ五分ノ關稅ヲ賦課スルコト、ナリ依然今日迄行ハレ來リタルモノナリ若シ此五分稅ノ條約ニシテ相互的ノモノナラシメハ則チ日本ヨリ外國ニ輸出スル商品ニ就テモ外國ニ於テ同シク五分稅ヲ拂フヲ以テ足レリトセサルヘカラス然ルニ慶應年間ニ改正シタル關稅條約ハ相互的ノモノニアラス全ク一方ノコトノミヲ規定シタルモノニシテ日本ノ商品ヲ外國ニ輸出シタル以後ノコトニ就テハ絶ヘテ規定ヲ存セサルカ故ニ外國ヨリ日本ニ輸入スル物品ニ對シテハ五分稅ヨリ多ク取立ルコトヲ得サレトモ日本ヨリ外國ニ輸出シタル物品ニ對シテハ甚シキハ三割四割若シクハ五割ノ稅ヲ徵收セリ例ヘハ曩頃改正シタル佛國ノ關稅規則ヲ繕クトキハ最低稅最高稅ノ二稅率ヲ定メ日本ノ物品ニ賦課スル關稅ハ其最高稅ニ依ラサルヘカラスナルコト、ナシ又普通稅特別稅ヲ定メタル伊國ノ如キハ日本ヨリ輸出スル物品ニ向テハ普通稅則ヲ適用シテ同國ニ行ハレ居ル最高額ノ稅ヲ賦課スルコト、ナセリ日本政府ハ現行條約ノ存在スルカ爲メ隨意ニ稅率ヲ變更スルコトヲ得サルノミナラス亦日本ヨリ外國ニ輸出スル物品ニ對シテハ外國政府ハ其最高稅ヲ賦課セリ故ニ現行條約ノ爲メ我カ政府ニ於テ十分ノ關稅ヲ課シ以テ國庫ノ歲入ヲ増加スルコトヲ得サルノミナラス我カ商業工業ハ之レカ爲メ實ニ非常ノ損害ヲ受ケツ、アリト謂ハサル可ラサルナリ

夫レ然リ實益上ヨリ論スルモ國權侵害ノ點ヨリ論スルモ現行條約ノ我邦ニ與フル弊害ハ實ニ一々名狀スヘカラス

其ノ一日モ早ク之レカ改正ヲ實行セサルヘカラサルハ正ニ是レ臣子國ニ盡スノ分、恐クハ一人ノ異論者ナカラシテ其改正期限ハ已ニ二十有餘年ヲ經過シ居ルニモ拘ハラズ今日ニ至ルモ尙ホ且ツ成就セサルハ抑モ何ソヤ今其原因如何ヲ遡究スルニ固ヨリ一ニシテ足ラサルヘシト雖モ外國政府カ屈強ノ證據ト特ミ據テ之カ改正ヲ拒否スル所以ノモノハ日本ノ裁判制度ハ其宜シキヲ得ス日本ニハ善良ノ法律ナシト云フニ外ナラサルナリ而シテ裁判制度ハ已ニ略々整備シテ外國モ亦此點ニ就テハ日本ノ大ニ進歩セシコトヲ承認セリ然ラハ則チ外國政府カ特テ以テ其改正ヲ拒否スルノ城砦トナセシ所ノモノハ唯法典云々ノ一殘壘ヲ剩スニ過キス而シテ法典ハ已ニ發布セラレ將ニ期年ナラスシテ實施セラレントスルノ時機ニ達セリ而シテ此法典ニ就テハ外國政府モ最早之レニ對シテ些ノ指摘ヲ試ムルヲ得ス之ヲ伊國ノ法律ニ比シ之ヲ佛國ノ法律ニ較ベ將タ之ヲ白國ノ法律ニ考フルニ優ルアルモ決シテ劣ル所アラサルナリ

是故ニ若シ此法典ヲ實施スルトキハ外國政府ハ遂ニ條約改正ヲ拒否スルノ辭柄ヲ失フニ至ラン加之條約改正ニ關スル外國政府ノ意嚮及感情如何ヲ察スルニ近來外國ヨリ齎ラス所ノ諸新聞紙ヲ閱シ又我邦駐在ノ外交官社會ニ於テ風評スル所ヲ聞クニ外國政府ハ日本カ二十有餘年來著シキ進歩ヲ現セシコトハ充分之ヲ認メ今日ニ於テハ日本政府ヨリ相當ノ改正案ヲ提出サヘスレハ最早異存ハ懷カスシテ一日モ早ク條約改正ヲ成就セントスルノ傾向ヲ呈シ來レリ此事ヤ當ニ外國諸新聞紙ノ言フ所ナルノミナラス外國交際官社會ニ於テ風評スル所ナルノミナラス現ニ當局者ノ談話ヲ聞クモ外國政府ノ意嚮カ此點ニ達シタルコトハ瞭然疑フヘカラサルノ事實ナルカ如シ且ツ夫レ從來我カ條約改正ニ最モ反對ヲ試ミタル英國政府モ近來殆ント率先シテ條約改正ヲ結了セントスルノ傾向ヲ有スルニ至レリ是レ豈機運ノ然ラシムル所ニアラサルナキヲ得ンヤ條約改正ノ時機斯ノ如クニ圓熟シテ日本

政府ト日本人民カ協同一致シテ事ニ此ニ從ヘハ則チ手ニ唾シテ成就セントスルノ有様ニ立到リタルハ國家ノ爲メニ太白ヲ泛ベテ欣舞セサルヲ得サルナリ然ルニ近日巷間ノ流傳スル所ノ夫ノ法典實施延期說ニシテ万一議會ニ凱歌ヲ奏スルニ至ラハ二十有餘年來我カ日本カ經營辛苦シテ殆ント寧日ナカリシ條約改正ノ事業ハ可惜水泡畫餅ニ屬シ去ランコトヲ恐ル、ナリ

諸君ヨ論者中ニハ法典ヲ實施セサルヲ以テ條約改正ヲ成就シ得ベシト曰フ者ナキニ非スト雖モ此等ハ皆今日マテ我邦カ經歷シ來リタル外交上ノ事實ヲ知ラサル者ノミ又法典ヲ修正シテ而後條約改正ニ着手スルモ未タ晚シトセスト唱道スル者アリト雖トモ余ハ此種ノ論者ニ對シテハ實ニ時勢ヲ曉ラサル迂僻者流ト謂フニ躊躇セサルナリ夫レ外交上ノ掛引ハ須ラク機敏ナルヘシ緩慢ナルヘカラス即チ機運ノ圓熟シタルトキ一舉之ニ乘シテ成就スヘキハ是レ外交上ノ秘訣トスル所ナリ今日歐米ノ諸強國ヨリシテ日本政府ニ好意ヲ通シ日本政府ノ求ムル所ハ大概皆ナ之ヲ容レントスルノ有様ナルニ今日ニ至リテ種々雜多ノ妨害ヲ試ミ條約改正ノ大事業ヲシテ成就セシメサラント擬スルハ抑モ何ノ心ゾヤ國家ノ長計ヲ誤ル蓋シ是ヨリ大ナルハ莫シ余ハ確ク信ス上下兩院ノ議員諸君ハ皆國權及稅權ノ一日モ速ニ恢復セサルヘカラサルコトヲ希望セラル、若シ上下兩院ノ議員諸君ニシテ此國家問題ニ對シテ眞ニ國家ノ前途ヲ憂慮セラル、ナラハヨモヤ法典實施延期案ヲ可決スルコトヲ爲サ、ルベシ、法典ニハ不都合ノ點アリ弊害アリト云フ漠然タル理由ヲ口實トシテ其實施ヲ延期シ條約改正ノ大事業ヲ蹉跌セシムルカ如キハ議員諸君ノ必ス與セサル所ナラン抑モ今日ノ政治ハ輿論政治ニシテ輿論カ政府ヲモ動カシ議員ヲモ動カシ得ヘキ時代ナルカ故ニ諸君ニシテ若シ幸ニ余ト感フ同フセラル、ナラハ充分法典延期說ノ不可ナルコトヲ說破シ以テ之カ實施ニ鞠躬盡瘁セラレントヲ希望シテ已マサルナリ

右の本野一郎の演説の趣旨は、當時適用せられてゐる修好通商條約に於ては外國は治外法權の權を有して刑法、行政規則、民事裁判、稅權等に於て我國より極めて有利なる立場に立つてゐるものであつた。然るに其の改正期間は已に二十有餘年を経過し居るに拘らず、諸外國が條約改正の要求に應せんとせざる理由の一は「日本ニハ善良ノ法律ナシ」と云ふ一事に盡くるに過ぎないのである。若し法典が實施せらるゝ時はかゝる辭柄を設けて條約改正の談判に應せざる彼等の唯一の根據を失ふに到る可しと述べ、時恰も外國側の情況は漸く我條約改正の要請に應せんとする態度を示し來れる時なるを以て、此の好機を逸せず法典を實施し彼等の遁辭を封じ、以つて國權及び稅權の恢復を圖る可しと論じたのである。彼は尙、「法典問題ニ就キ兩院議員諸君ニ質ス」なる一文を草して議員に配布してゐる。即ち全文は⑤

法典問題ニ就キ兩院議員諸君ニ質ス

佛國法律博士 本 野 一 郎

法典ノ實施ヲ斷行スヘキヤ若クハ之ヲ延期スヘキヤハ目下世論ノ紛々囂々タル所ニシテ吾輩ハ必ラスシモ專新ラシク此ニ之カ是非得失ヲ論議スルコトヲ須ヒス然レ共聊カ貴族院及衆議院ニ於ケル延期論者ニ向テ一事ノ質スヘキモノアリ聞ク貴族院ニ於テハ既ニ去十六日村田保氏ヨリ百數十名ノ賛成ヲ以テ法典ノ實施ヲ來明治廿九年十二月卅一日迄延期スルノ法案ヲ提出スルノ筈ナリシニ此日偶々停會ノ詔勅下リシカ爲メニ書記官長ノ手許ニ留メラレ未タ提出ノ運ニ至ラスト又衆議院ニ於テモ將ニ延期ノ法案ヲ提出セントスル議員アリト云ヘリ想フニ議會ノ

再開ヲ見ルニ至ラハ此等ノ法案ハ必然兩議院ニ顯ハレ出ヅベシ而シテ其法案ヲ果シテ可決セラレ兩院ヲ通過スベキヤ否ヤハ吾輩ノ得テ知ル所ニアラズト雖モ假リニ此法案ノ通過スルモノトセハ議會ハ果シテ如何ナル方策ヲ以テ其後ヲ善クセントスル乎

延期論者ハ徒ラニ法典ノ實施ヲ遲延ナラシムルノ目的ヲ以テ延期論ヲ主張スルニアラス其理由トスル所ハ要スルニ民法及ヒ商法ノ規定ハ不完全ニシテ之ヲ實施スレハ種々ノ弊害ヲ醸生スルノ恐レアリ故ニ其實施ニ先チ一應之ヲ調査シ之ヲ修正セサルヘカラスト云フニアリ然ラハ則チ唯之ヲ延期スルノミヲ以テハ未タ其目的ヲ達シタルモノト云フヘカラス其延長シタル期限内ニ於テ精密ナル調査ヲ遂ケ完全ナル修正ヲ加ヘテコソ延期ノ目的ヲ達スヘキナレ帝國議會カ若シ延期論者ノ望通りノ議決ヲ爲シタランニハ其目的理由ヲモ併セテ之ヲ承認シタルモノト云フヲ得ヘシ若シ否ラスシテ唯漫然カ議決ヲ爲シタランニハ議會ハ法典ノ實施ヲ沮碍スルモノナリ非法典主義ヲ執ルモノナリト譏アルモ議會ハ之ヲ辨疏スルニ辭ナカルベシ若シ法典ノ實施ヲ沮碍スルノ目的ナラベ則チ已マニ非法典ノ理由ニ出ヅルモノナラベ則チ已マン苟クモ否ズ不完全ナル條規ヲ修正スルノ目的理由ヲ以テ之ガ實施ヲ延期スルニアラベ則チ議會ハ如何ニシテ之ガ調査ヲ遂ゲ之ガ修正ヲ成サントスル乎是吾輩カ豫メ延期說ヲ主張スル議員諸君ニ聞カンコトヲ要ムル所ナリ

或ハ曰ハン其調査修正ノ事ヲ擧ケテ之ヲ政府ニ託セハ則チ可ナラント成程政府ヲシテ其調査ニ任シ其修正ニ當ラシメハ之ヲ爲スニ頗ル便宜ナルモノアラン然レトモ民法商法ハ是政府ノ編纂制定スル所ニシテ政府ハ之ヲ完全ナリ善美ナリト信シタレハコソ明年一月一日ヨリ之ヲ實施セントハスルナレ若シ自ラ之ヲ不完全ナリト認メタランニハ敢テ之ヲ法律トシテ發布スルノ理由ナカルベシ其既ニ之ヲ法律トシテ發布シ其實施期限ヲ定メタルハ之ヲ實施スルノ必要アリト認メタルカ爲メナリ夫レ然リ故ニ今議會ニ於テ新法典ハ不完全ナリ不都合ナリト漠然タル

理由ヲ以テ其實施ヲ延期スルノ法案ヲ議決シタレバトテ政府ハ法典ノ修正ニ着手スルノ義務ナシ若シ政府ニ於テ法典ノ修正ニ着手セサルトキハ法典延期案ヲ通過セシメタル議員諸君ハ之レニ對シ如何ナル手段ヲ取ラントスルカ
帝國憲法ハ兩議院ニ與フルニ法律案提出權ヲ以テセリ故ニ議會ニ於テ若シ既存ノ法律ヲ以テ不完全ナリ弊害アリト認ムルトキハ之ヲ改正スルノ議案ヲ提出スルノ權アリ故ニ政府ニ於テ實施スルノ必要アリト認メタル新法典ヲ以テ不完全ナリ弊害アリト認メタル以上ハ帝國議會ハ法律案提出權ヲ利用シ新法典修正案ヲ提出セサル可カラサルナリ然ルニ法典ノ修正案ハ之ヲ提出セスシテ漫然其延期ヲ議決シ其修正ニ至リテハ之ヲ政府ニ放任セントスルハ抑モ何ゾヤ人若シ帝國議會ハ其權利ヲ放棄シ其本分ヲ守ラス自己ノ無能力ヲ自白スルモノナリト云ハ、議會ハ之ヲ辨疏スルノ辭アル乎

或ハ曰ハン其調査ヲ遂ケ其修正ヲ成サンガタメニ議會ハ繼續委員ヲ選定シ之ニ一任セハ可ナリト夫レ然ク議會カ其目的ヲ達シ自ラ其本務ヲ盡サンニハ繼續委員ヲ置キ之ニ附託スルノ外ナケン然リト雖モ千七百餘條ノ民法、千餘條ノ商法ヲ調査シ之ヲ修正センハ一朝一夕ノ能クスル所ニアラス縱令之カ爲ニ學者、實務家、及ヒ商工業者ヲ使用シテ共ニ調査セシムルモ三四年ノ短期内ニ於テ之ヲ成遂ケンハ甚ク覺束ナシ況ンヤ更ラニ全國ノ慣習故例ヲ稽查シ各國ノ法理ヲ探究シ其短ヲ棄テ其長ヲ取ラント欲スルニ於テヤ假リニ二十九年マテニ之カ調査ヲ遂ケ得ヘキモノトスルモ二千七百餘條ニ餘レル大法典ノ修正ハ如何ニシテ兩議院ノ議決ヲ經ベキカ一年ヲ通ジテ議會ヲ開設スルモ吾輩ハ其議ヲ得ルノ見込ナシト斷言スルコトヲ憚ラズ諸君ハ知ラスヤ衆議院議員ノ任期盡キ資格消滅スルトキハ繼續委員ノ調査モ忽チ水泡ニ屬スヘキコトヲ吾輩敢テ問ハンスクノ如クニシテ猶ホ調査ヲ遂ケ其修正ヲ成スノ目算アルカト

之ヲ要スルニ延期論ハ即チ修正論ナリ延期論ヲ唱フル者ハ即チ修正論ヲ唱フル者ナリ之ガ延期ヲ議決スルハ即チ之カ修正ヲ議決スルナリ彼ノ延期ヲ唱フル者ハ亦必ラズヤ之ヲ修正スル方按ナカル可カラス吾輩ハ今ノ時ニ於テ豫ジメ其ノ方案ヲ聞カンコトヲ希望ス若シ其方按ニシテ果シテ之ガ修正ヲ成遂グルニ足ルモノナランニハ吾輩モ亦敢テ修正論ヲ左袒スルコトヲ辭セザルベシ何トナレハ法典ヲシテ完全無缺タラシメンコトハ吾輩ノ最モ希望スル所ナレバナリ若シ其レ諸君ニシテ確乎タル方按モ目算モナク漫然法典實施ノ延期ヲ可決スルガ如キコトアラハ是レ實ニ無責任ノ議決ナリト斷定セサルヘカラサルナリ是レ豈ニ眞誠ナル政治家、立法家ノ爲ス所ナランヤ聊カ所見ヲ陳ヘ以テ議員諸君ノ教正ヲ仰カント欲ス

右は其の全文である。此の一文は第三回帝國議會開會中に草せられたるもので、おそらく二十五年五月十六日以後、旬日ならずして草し配布せられしものなる事は、右一文の内容よりして明瞭なる事柄であらう。議會戰の内容は後述する議會に於ける論争に於て稍々詳細に述べる所に譲るが、二十五年五月二十六日に到りて貴族院議員村田保は賛成者、公爵二條基弘外百十四名を得て「民法商法施行延期法律案」を第三回帝國議會貴族院本會議に提出した⁵⁶。右の延期法律案發議者の意嚮は非法典主義を採るものにあらずして、單に民商法施行延期法律案を提出する事により、民商法の不備不完全なる點を修正せんとするものに外ならないのであつた。併し二十九年十二月三十一日迄これを延期せんとする右の法案は、假令議會を通過しても、果して爾後四ヶ年の此の短時日を以て、千七百餘條の民法、千餘條の商法を再調査し、且修正を了し得るや否や、此の點は頗る疑なき能は

ざる所であるし、加ふるに果して延期論者は具體的なる修正法案を有するや否やも疑はしいと見られたのである。結局に於て本野は右の一文に於て斷行論を主張し、延期派議員に「其調査ヲ遂ケ其修正ヲ成スノ目算アルカ」を問はんとしたものであつた。

右の外、二十五年六月八日に『法治協會雜誌』は號外を以つて「重駁東京日々新聞民法論」なる磯部四郎の一論を發表した^⑤。此の一文は相當長文である爲め未發表であるが、此處に全文を轉載する事を避けねばならないが、要するに、「東京日々新聞」の社説「民法修正論」に對し九項目を掲げて反駁せしものであつた。更に又舊民法の原案を起草せしボアソナードも延期論者の説の誤謬なる事實を辯妄してゐるものがある。例へば「新法典非難ノ批評」は其の一である^⑥。此のボアソナードの意見はおそらく二十五年五月以後十月迄の間に作成されたものである事は和佛法律學校講師森順正が譯して『新法典駁議辯妄』と題し^⑦、二十五年十月二十一日に出版してゐる事實よりも推測され、且は又右の『新法典駁議辯妄』の譯者の「緒言」に

本編ハ「法典實施延期意見」ト題スル一書及ヒ貴族衆議院ニ於テ延期案討議ノ際延期派議員ノ演說ノ梗概ヲ反駁シタルモノニシテ「ボアソナード」先生ノ稿ニ係ル頃日先生ノ囑ヲ承ケ之ヲ反譯スルニ當リ知人來テ之ヲ公刊センコトヲ請フ因テ先生ノ許諾ヲ得テ其請ヲ容レ茲ニ刊行スルコト、セリ譯文少シク原本ノ意ニ異ナル所アリト雖トモ是レ敢テ漫ニ改竄ヲ施シタルニアラス亦先生ノ指教ニ出ツ唯公暇寸隙ヲ得急遽ニ譯了シタルニ因リ文辭固

ヨリ蕪雜ナリ識者之ヲ咎ムルナクンハ幸甚

譯者 識

とある事實よりも推察される。内容は前文と第一章意見書ノ非難ヲ駁ス（辯妄の方は「意見書」の非難を反駁す）、其一主トシテ民法ニ對シ併セテ民法ト商法トニ通ジタル非難ニ答フ（上）、其二特ニ商法ニ對スル非難ヲ反駁ス（上）、第二章貴族院ニ於ケル法典（貴族院に於ける）、第三章衆議院ニ於ケル非難ヲ反駁ス（上）よりなつてゐる。

尙尾崎三郎の斷行派に屬する「法典ニ關スル意見」^⑧があるし、二十二年五月の法學士會の意見書に反對して斷行論を唱へた武山助雄の『法典編纂須急論』がある^⑨。更に又、星野氏の資料集に紹介されざる『法治協會雜誌』第四號（廿四年十月十五日發兌）以下には左記の如き斷行派の論文が存する。其の

民法及ヒ商法ノ修正ヲ論ス	尾 立 維 孝	第四號
穂積博士民法ヲ誤解ス	和田守 菊次郎	第四號
新法典ノ十大原則ヲ明カニス <small>（第一は第二號に掲載されてゐるから星野氏の資料集に蒐録されてゐる。第四號は第二習慣以下である。）</small>	鹽 入 太 輔	第四號
法典維持論ハ英法學者ヨリ起ル	宮 城 浩 藏	第五號
英法學者日本國ヲ改造セントス	和田守 菊次郎	第五號
土方法學博士ノ法典實施ノ意見ヲ讀ム	信 岡 雄 四 郎	第五號及 第六號
法典實施ノ必要	磯 部 四 郎	第十號

貴衆兩院ニ於ケル法典實施延期説論評
 法典實施斷行意見
 法典ノ實施延期ニ關スル明法會ノ意見
 法典實施延期ノ善後策果シテ如何
 條約改正ト法典實施

會 說 第十一號
 井上正一 外七名 第十一號
 梅謙次郎 外六十一名 第十一號
 信岡雄四郎 第十一號
 本野一郎 第十一號

右の内の「新法典ノ十大原則ヲ明カニス」の第一及び「法典實施延期ニ關スル明法會ノ意見」は何れも星野氏の資料集に紹介されており、「條約改正ト法典實施」の全文は本編に於て曩に其の全文を掲載した。更に、今村和郎及び龜山貞義は其の共著『民法正義』に於て⑧「民法非難ノ辯」を掲載して延期派に論駁してゐる所があり、此等の諸論駁も總て紹介して置きたいと思ふが、徒らに紙数を要するから總て割愛せねばならないのを遺憾に思ふ⑨。尙、延期論者の一人なる土方寧の「法典實施ノ意見」も『國家學會雜誌』(第五卷第五十三號、第五十四號)に掲載されあり、此れ亦未發表のものである。けれ共、讀者はよろしく夫等の雜誌によりて披讀され度い。此處には其の全文を到底掲載する餘裕のない事を此れ亦残念に思ふ所である。

扨て、上述の様に、二十二年五月に東京大學法學部出身者によりて組織された法學士會が「延期ニ關する意見書」を發表して以來、此處に端なくも法典論争を惹起し、遂には後述する様に、議會

の問題に迄進展した。此の學問上の論戰は二十二年以降二十五年迄繼續されたものであり、此の間に有名なる穂積八束博士の延期論文「民法出デテ忠孝亡ブ」も出で⑩、梅謙次郎博士の名論「法典實施意見」⑪等も發表され、決死隊、壯士等も此れに交はる激烈を極むる論争に發展した所であつた⑫。然らば此の論争の法典史上に於ける性格を如何に解釋す可きであらうか。要するに佛法學派對英法學派の論争、換言すれば自然法學説と歴史法學との論争とも見る事が出来るのではあるが仔細に其の論争發展の過程を觀察するに後述する様に相當多數の政客亦此れに夫々加擔せるものあり、一概に兩學派の純粹なる學問上の論争とのみ此れを斷定し去るを得ざる點の介在する事を認めねばならない。何となれば斷行論の内には法治協會會員、自由民權論者大井憲太郎⑬の名見え、改進黨員鹽入太輔亦法治協會會員であつたし、又後述する様に、改進黨員島田三郎、自由黨員河野廣中等も衆議院に於て斷行派議員宮城浩藏等と歩調を合せて活躍してゐるのを看取出來る。更に貴族院に於ける延期論支持者の内には谷干城、三浦安、加藤弘之等の國粹主義者、自由民權論反對者等の政治家學者の名の連なるのを見るから、法典の論争はこれを單に純粹の學究的闘争であると見る事を得ず、天賦人權、民約的思想の上に立つた自由主義對國粹保存的思想に立つ保守的な國權主義の闘争と見ねばならないものと思はれる。勿論、論争の激烈となるに従つて感情的因素が多分に介入して來て居り、論争をして益々複雑且、激烈なるものとしてゐる點がないではないが、此れ亦止むを得

ざる所であらう。從來時に右の論争をザビニーとテイボーの法典論争に比せる學者もあつた^⑥。併し簡単に斯の如く斷言し得ざる事は上述の通りであつて^⑦、今日では我法典實施に關する論争を其儘に獨逸の夫に比する事に反對する學者も少くない。此の點を明かならしむる爲めには先づザビニーとテイボーの論争を一言する必要がある。

千八百十四年、時のハイデルベルヒ大學教授テイボー(D. Anton Friedrich Justus Thibaut, Weil, Grossherzoglich Badischen Geheimenrath und ordentlichem Professor des Rechts in Heidelberg, Correspondenten der kaiserlichen Gesetz=Commission in Petersburg, 1772-1840.)は彼の有名なる一書『獨逸に於ける一般民法の必要に就て』“Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland.”に於て「獨逸は今や國土の解放に依りて其の名譽は穢される事なく救済された。そして未來の榮光を迎へんとする可能性を擱み得た。たゞ此の中間的な幸福に到達するには數多くの困難が介在して居るので、恐ろしき復讐に遭はぬ様に執拗なる信念を以つて其の希望を固執せねばならない。」^⑧と書き初めてゐる。當時ナポレオンの爲めに蹂躪せられんとしたプロシヤは、ライプツヒヒの一戰(千八百十三年)に於て諸國民と聯合して常勝軍たる佛軍を粉碎し、漸く其の羈絆より脱する事が出來たのであつて、かくして獨逸民族統合(Volkseinheit)の氣運は澎湃として興る事となつた。此の時に際して愛國的熱情を以つてテイボーは右の一書を草し、此の書に於て地域的に

分れ割據せる封建的諸侯を糾合し統一的な獨逸を形成する事は獨逸民族統合の第一手段なりと考へ、而して此の爲の法的事業としては錯雜多岐なる各地封建侯伯の法典を統一する(Rechtseinheit)一般民法典を編纂する事が先づ成されねばならぬ緊急事たる所以を説論したのである。實に當時に在りては獨逸には羅馬法、普國民法、佛蘭西法の夫々の法域を有し、獨逸民族は土地の異なるに従つて異なる法系の適用を受けたのであつた。此の事實は獨逸民族の統一の上に頗る大なる障礙をなし、寧ろ心理的には獨逸民族を分離せしむる契機とさへなつてゐたのであつた。併しテイボーの思想の内には明かに民族的自覺に目覺めつゝも尙、自然法的思想の潜在する事を看取され得る。即ち各民族の有する固有法の上に普遍妥當する法を認むる事、即ち法に“Internationale Anpassung”の可能性を認むる點に於て吾人は彼の思想に自然法理念が介在する事を見探る事が出来るのである。右のテイボーの意見に對しベルリン大學教授ザビニー(D. Friedrich Carl von Savigny, Königl. Preussischem Geheimen Oberrath, ordentlichem Professor der Rechte an der Königl. Universität zu Berlin, und ordentl. Mitglied der Königl. Akademie der Wissenschaften daselbst, 1779-1861.)は直ちに反駁して『立法並に法律學に對する現代の使命に就て』(Vom Beruf unster Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.)を發表し「法は民族と共に生長し、民族と共に發達し、遂に民族が其の特性を喪失するが如く死するものである。」^⑨と述べ、法の唯一の基本的源泉は民族的

確信 (Volksüberzeugung) である。換言すれば法は民族の共通なる法的確信或ひは意識の表象形態であつて、偶然的に或ひは恣意的に作爲されるものではない。かゝる民族的確信は民族精神とも云ひ得るが、たゞ法は此の民族精神 (Volksgeist) の本能的な且、無意識的な創造物として事実上の慣習の上に發現してゐるから、法律家はかゝる慣習を技術的に蒐集して成文法典を編纂す可きものである。故に現下の獨逸に於て必要なるは法典の編纂にあらずして民族的確信たる法的規範の集成・研究に在り、かくしてのみ全獨逸民族に普遍妥當する法を見出し得るのであると述べてゐる。もとよりかゝる見解は一世以前より獨逸に擴がり居たる浪漫的風潮の一般的傾向をザビニーが、法的問題の上に適用したるものとも考へられるが^②、併し右のザビニーのテイボーに對する駁説は所謂歴史法學派の確立に一新生面を開きたるもので、後の法學界に至大の影響を及ぼしたるものであつた事は申す迄もない。併し「民族精神」とは如何なるものかに關する具體的解明は彼の見解の内には尙、存在してゐない憾がある。もとより歴史法學者は精神を有する自然物 (Beseelten Naturdinge) としての民族精神を法源として採用する點に特徴があるが、民族精神を「總ての時代を通じて生存し続け、統一體として結合する、實に制約的な併し不可變の對象である。夫れは共同體の各成員の内一種の共通の確信を起さしめ、かくてかゝる確信が法的な問題に關聯を有し來ると此の共通の確信は取りも直さず法となる。」と解釋してゐるが^③、併し此れは充分に「民族精神」を説明し盡

し得たものと云ふ事は出来ないであらう。おそらくザビニー及び其後繼者プフタ (Georg Friedrich Puchta, 1798-1846) の思想の上には或る個人及び時代の影響を多分に受けてゐたものがあると思はれない^④。其の個人の影響とは、シェリング (Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling) の殊にプフタに及ぼせる影響である^⑤。けれ共、本項はかゝる事實を追究する事は問題とする所ではないから割愛し度いと思ふが、此のテイボー及びザビニーの論争を發端として賛否兩學者の意見が相次いで發表された。例へばレーヘルグ (August Wilhelm Rehberg) は千八百十四年に「ナポレオン法典と獨逸に於ける其の影響に就て」 (Ueber den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland) に於て大體ザビニーに左袒して佛蘭西民法を攻撃し、其他フォイエルバッハ (Vorred zu: Nepomuk Borst, die Beweislast im Civilprozess. Bamberg und Leipzig, 1816. 8.)、フマインメル (Ideen zu einer neuen Civilgesetzgebung für Deutsche Staaten, Göttingen 1815. 8.)、アルメンデイ (Politische Ansichten über Deutschlands Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft. Wiesbaden 1814. 8.)、シトナー (Die Prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen, Weimar 1815. 8.) 等々の諸學者の賛否論は當時の學界を此れ亦、兩分する觀を呈した。勿論テイボーの法典編纂論は遂にザビニー等の反對論のために、實行に移される事なく終つたが、此の論争には政客等の交る事もなく、學派の論争として終始された所に特徴があつた。要之、法律は民族の法