慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	明治前期の養子反對論
Sub Title	Arguments on abrogation of adoption in the early years of Meiji
Author	手塚, 豊(Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.4 (1955. 4) ,p.49- 64
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550415-0049

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

明治前期の養子反對論

手塚豐

十數年前、青山道夫教授が發表された「我國に於ける養子反對論について」[1]は、この分野に關する綜合的研究の嚆矢であり、現在でも家族制度關係の諸論考にしばしば引用されている。教授の考察は德川時代の異姓養子反對論と明治初期の養子制度反對論の二方面にわたつているが、殊に後者については現在までのところ唯一の研究であつて他に類例をみない。當時の養子制度反對論について教授が引用されているのは次の三資料である。

(一) ボアソナードの養子反對論　明治文化全集第八卷[2]

(二) 小野梓の養子反對論　同著「民法之骨」（明治一七年）

(三) 谷山直太郎及び光明寺三郎の養子反對論　明法雜誌第二二・二三號（明治一九年）

これらの資料にもとづいて教授は「明治の文物百般が所謂西洋開化の流れに沿ふて著しき發展を遂げた中にあつて、最も保守的であつたのは法制度就中親族制度であつた。かくして當時の養子廢止論は保守的な封建的な又家長的族制から個人を解放せんとする欲求の一つの現れと解する事が出來るのであり、從つて是等が自由民權論者によつて主張せられたことも亦故なきではない」[3]といわれ「殘念なことには私の有する資料は甚だ貧弱で、かかる思想が當時の一般的思潮と理解すべきかについては斷定を下し得ぬ所である」[4]と嘆かれている。資料の貧弱云々といわれるが、これは當時の明治民法史研究の一般的水準からみて止むをえないことであり、われわれとしてはむしろ現行法學者であられる教授が、このような分野にまで開拓の第一歩を印せられていることに對し、ふかい敬意を表さずにはおられない。

本稿はこうした青山教授の驥尾に附して、明治前期すなわち明治民法施行以前における若干の養子反對論を紹介し、併せて教授が前掲資料に加えられた考證に對し二、三の補正を試みんとするものである。教授の先驅的業績になにものかを附け加えうるならば、私としては望外の幸である。

○

明治維新後、養子養女の禁止が採りあげられたのは、管見の及ぶ

限りにおいて次の伺・指令が最初である。

養子養女禁止之儀ニ付伺

先般人身賣買之禁被仰出年來沿襲之弊習一洗ニ相成リ實ニ曉世之美事ニ有之候處目下養子養女ノ名目ヲ存候ヨリ家業ノ錯雜血統之紊亂ヲ招キ名義ニ於而如何可有之候哉所系ノ義ハ各國於テモ各民ヲ重シ已ニ民法上ニ相渡リ候義不少且ツ是迄之通ニシテ差置候テハ自然賣買ノ禁ヲ犯シ候樣之儀相生シ裁判上ニ於而モ甚タ不都合ニ涉可申候間至急一般御禁止ニ相成度仍而御布告案相添此段相伺候也

明治六年一月十六日　長　次官

正院　御中

一　御布告案

華士族平民共養子養女之儀自今一切被禁止候事

但シ女子有之他家之男子ヲ入レテ婿トスルカ或ハ男女之内其家血統之者ヲ養テ子トスルカ如キハ不苦候事

一　指令　伺之趣不被及御沙汰候事

明治六年一月二十四日

この伺・指令はかつて田邊忠男氏が紹介されたものであるが、[5] 私は遺憾ながらそれを掲載する原史料を見出しえない。おそらく司法省からの伺と思われるが、明治六年一月當時の「長」すなわち卿は江藤新平、「次官」すなわち大輔は福岡孝悌であった。有名な「娼妓解放令」の發布は前年のことであるが（明治五年十月二日太政官布告）、同法の施行を定めた司法省の達は藝娼妓のための養女を「人身賣買」と斷じ「今後可及嚴重ノ所置事」（同年十月九日）と令していた。その後三ヵ月、司法省はさらにすすんで人身賣買を絶滅するため一切の養子養女を原則として禁止し、例外として「他家ノ男子ヲ入レテ婿」とする場合と「其家血統之者ヲ養テ子トスル」場合だけを認めようと企圖したようである。これらの場合を婿養子および普通養子といわないで、どんな呼稱を用いようとしたのか、この點は明らかでない。このような司法省の企圖は養子緣組そのものを否定したわけではないが、いわゆる「奴隷制養子」に對して英斷的處置を採らんとしたものであり、きわめて注目すべきものであろう。[6]

養子制度そのものの適否を正面から把え、本格的な反對論が展開されたのは、明治九年東京における二、三の新聞の論說欄にあらわれた論爭がもつとも早いものの一つであろう。この論爭は明治九年二月四日の東京日日新聞が、その論說として次のような養子反對論を掲げたことに端を發する。

養子ノ習慣ハ最早コレヲ禁セサル可カラズ士民ノ別ヲ論セス日本人民ガ獨立ノ期望ニ乏シク勉强ノ精神ニ缺ク所アルハ其根源ヲ討究スレバ男統ヲシテ家名ヲ相續セシムルニ起リ其餘習ハ遂ニ養子ヲ公認スルニ至レリ此風ヤ武家ノ制度ニ始マルト雖モ習慣ノ久シキ即ハチ日本人民ノ頭腦上ニ於テ第二ノ天性ト成リ其ノ凝結ハ中々ニシテ之ヲ破却ス可カラザルノ狀ヲ爲セリ

古代日本はかならずしも「男統相續」ではなかつたが、鎌倉幕府の頃から武士の制度として「男統相續」が固定し、男子相續人を得るための養子が多くなり、德川中期以降遂に「男統相續ト養子相續トハ武門封建政治ノ典章ト確定シタル也」と斷定し、

男統ト養子トハ斯ノ如キ關係ヲ有シ道理アラザル以上ハ分家分

流ヲ許サザルガ爲ニ家督ハ卽ハチ嫡子相續トナリ次三男以下ハ他家ノ養子トナルカ或ハ一生父兄ノ厄介タルカノ二樣ニ據ラザレバ更ニ活路ヲ得ル所ナシ（中略）

斯クノ如キ制度タリシガ爲ニ嫡子ニ生レタル者ハ凡庸ニテモ暗愚ニテモ天稟ノ家主タル大徴倖ヲ占得シ二三男ニ生レタル者ハ全ク之ニ反對シ學識アルモ才智アルモ落拓シテ一世ヲ畢ルノ大不幸ヲ受ケザルベカラズ此風ハ獨リ武門ニ限ラズ擴メテ一般ノ人民ニ推シ移リ遂ニ惣領ノ甚六トナリ二男ノ脚嚙（スネカジリ）ト成リ但ニ一身ヲ獨立セント欲スルノ精神ヲ消滅セシムルニ至レリ（中略）維新ノ今日ニ至リテハ相續法ノ上ニ於テ明ラカニ大變革ヲ起シ來リ現存ノ家祿ノ如キ之ヲ數子ニ分與スルモ女子ニ讓與スルモ遺言ニ依リテ之ヲ自由ニスルヲ得ル實アルガ如シ故ニ今日ニ於テハ夫ノ男子相續法ヲ要セザレバ養子法モ隨テ徒物ニ屬セザル可カラズ而シテ養子ノ習慣ハ猶依然トシテ華士族ノ間ニモ平民ノ間ニモ行ハル者ハ何ゾヤ是レ吾曹ガ第二ノ天性ト見做ス所ニシテ其弊ヤ頗ル人間獨立ノ精神ヲ養成スルニ妨アリト云ハザルヲ得ンヤ

今ヤ嫡子ガ遺物ヲ專有スルノ習慣ヲ一洗シ甚六モ若且那モ安ズルノ僥倖ナク脚嚙モ冷飯タルノ不幸ナカラシメンガ爲ニ追々トハ遺物相續法ヲ制定スヘキ秋ニ當レリ而シテ之ヲ制定スル着手ノ順序ハ須ラク養子ノ習慣ヲ禁ズルヲ以テ第一歩トスルニ若カズ何トナレバ此ノ習慣ハ漸ク衰微ニ屈シ之ヲ禁ズルモ更ニ實際ニ利害アルノ徴ヲ見出サザルヲ以テナリ世ノ論者見解アラバ幸ニ之レヲ發言スルヲ吝ムコト勿レ

この見解に對して、二月七日の朝野新聞の社說は、次のように眞向から反對した。

有名ナル日報社ノ吾曹先生ハ養子ノ習慣ハ最早コレヲ禁ゼザルベカラスト曰ヘリ（中略）然レドモ我輩ガ管見ヲ以テスレハ……今此習慣ヲ廢シタリ迚人民ノ獨立勉强ニ於テ著キ功驗無キノミナラズ却テ人民ノ便利ヲ妨害スル者有ランコトヲ恐ルナリ（中略）實子無クシテ死シタル後ハ竈ノ下ノ灰迄モ他人ノ有トナルベキ老爺孃ガ螟蛉ノ子ヲ養ヒ一家輯睦ン樂々ト左團扇デ日ヲ消スルガ如キハ實ニ便利ノ習慣ト云フモ不可ナカルベシ又不幸ナル孤兒ガ他姓ヲ繼ギ其身ヲ立ルモ亦便利ト云ハザルヲ得ズ養子ヲ禁ズレバ此便利ヲ失ハザルヲ得ザルナリ（中略）

養子ヲ得ント欲スル者ハ必ズ其人ヲ選擇シ無藝無能ノ痴漢（シレモノ）ヲ養テ子トスルモノハ無キ筈ナレバ二三男タリトテ不勉强ニテ日ヲ消スル理無シ……我輩ハ其養子ヲ禁ズルガ爲ニ獨立ノ期望勉强ノ精神ヲ盈充スルノ理ヲ曉ルコト能ハズ（中略）

嫡子ガ父母ノ遺物ニ於テ壟斷ヲ私スルノ習慣ニ至リテモ亦流風ノ然ラシムル所ナリ家主遺物ヲ衆子ニ分配シ又諸子成年ニ及ンデ親子離群索屬スルノ風習行ハレバ養子ノ習慣モ嫡子財産ヲ專有スル習慣モ禁ゼスシテ自ラ衰微セン

この朝野新聞の記事が出るや、今度は二月九日の郵便報知新聞があらたに論爭に參加した。この論說は當時における養子反對論の代表的なものと思われるので、次にその大部分を引用しよう。

我輩ハ局外中立ノ一隅ニ屏息シテ兩家ノ勝敗ヲ傍觀ス可キナレ共固ト我輩持論ト相異レルヲ以テ敢テ黃蜨ヲ容レサルヲ得ス我輩熟ラ朝野先生カ鐵棍ノ向フ處ヲ推スニ偏ニ二三男カ坐食ノ便利ト

不幸翁媼老樂ノ便利ヲ謀ルノ偏見ニシテ一邊ニ漆着スルノ弊害ナキ能ハス請フ自家ノ偏見ヲ擲テ廣ク天然ノ通義ト世間ノ實況如何ヲ見ヨ世人同樣ノ夫婦ニシテ世人同樣ノ子孫ノ生セサルハ自然ノ不幸ニシテ取リモ直サス天其嗣ヲ遏絶スルモノナリ若シ夫レ天然ニ其嗣ヲ絶タレタルモノニシテ曲テ自己ニ親子ノ幸福ヲ專有ス可キ理アランヤ是レ天然ノ大道ニシテ遺物相續法ノ因テ起レル所以ナリ又進テ實況ノ弊害ヲ擧ケンニ二三男生レテ二十歳内外ニ至レハ佗家ノ養子トナリ佗人ノ財産ヲ專有スルノ幸アルカ故ニ敢テ知識ヲ琢磨シ技藝ヲ研窮シ自力ヲ以テ自分ヲ生活スルヲ要セス自ラ生活スルヲ要セサルカ故ニ獨立ノ精神本分ノ權利ノ幾分カヲ殺キ棄テ養父母ノ教則ニ從順シ其顧使ヲ甘受セスンハアル可ラス其顧使ヲ受ルニ當レハ曰ク何々ハ我家風ナリ何々ハ家傳ノ職業ナリ家風家傳ヲ遵奉シ先祖傳來ノ財産ヲ以テ安穩ニ坐食ス可シト養子ノ志向ト養子ノ所長トヲ問ワス都テ自家ノ家風ト自家ノ職業ニ勉强從事セシム是レ螟蛉ノ子ヲ採テ强テ其本色ヲ變化シ螺蠃ノ子孫ト爲スモノナレハ壓抑專制セスンハ其本色ヲ變化スルコト難キナリ而シテ長々ノ年月ニ壓制ヲ甘受シ辛苦勉强シテ到頭螺蠃亭主ト變化シタル時ハ則チ祖先傳來ノ財産ニ坐食スル一米蟲カ螟蛉的ノ家附阿娘ト偕老同穴ヲ結交スルモノナリ故ニ悉ク伉儷ノ情厚キモノト云フ可ラス或ハ閨門相爭ヒ夫妻相和セス相爭ヒ相和セスト雖モ養子タルモノハ多年屈服シテ得タル財産ヲ棒ニ振ルニ忍ヒス實忍ヒサルノミナラス養子ノ離縁トナレハ敢テ一身糊口ノ策ナキヲ以テ依然トシテ養家ノ財産ニ坐食ス故ニ夫ニ外妾アリ婦ニ奸夫アリ是レ中等以上人民養子ノ弊害ナリ

又下等人民ヲ視ヨ男子生テ十二三歳ナレハ農工ヲ見習ヒ商事ヲ手傳ヒ稍生長スレハ既ニ一人前ノ生産作業ニ從事シ農工ナレハ田園ヲ下作シ佗家ニ雇作シ商ナレハ陋巷ノ一店ヲ開キ或ハ豪商ニ雇ワレ皆力食ノ業ニ堪ヘサルハナシ故ニ二三男タルモノ獨立ヲ謀ルモ養子ト爲ルモ固ト難易ノ差アルコトナシ何トナレハ貧民ヲ養子ト爲スモノハ貧家ナリ（一樣ニ云ヒ難キニモセヨ）貧家ノ養子トナルモノ名ハ佗家ノ財産ヲ專有スルニ似タルモ其實佗姓ヲ繼キ家附阿娘ヲ拜領シ自力ヲ以テ付ケ燒双ナル贋爺孃ヲ奉養スル一苦勞ヲ增ス耳是下等人民ニ在ツテハ養子法ヲ禁スルモ敢テ妨害ナキ所以ナリ

試ニ見ヨ彼ノ藝娼妓ノ束縛ヲ解テ自由ノ身タラシメント企テタル解放ノ令モ今日實際ニ行ハレサルハ何ニ由リテ然ルカ職トシテ養子法ノ行ハル、ニ在リ此法アルカ故ニ强欲婆險貪翁カ螟蛉ノ子ヲ養ヒ取リテ親子ノ義ヲ結ヒ（尙今ノ藝娼妓ハ多クハ此類ニ屬スヘシ）タル尙昔日ノ召抱ヘ奉公人ナルモノト一般ニシテ束縛壓制ノ行ハル、決シテ昔日ニ異ナルコトナシ故ニ解放ノ良法モ或ハ徒ニ法ニ歸スルコトナキニ非ス法令善ナリト雖モ施爲美ナリト雖モ遂ニ螺蠃螟蛉ノ妨碍スル所トナリテカノ弊害ヲ執テ一ノ養子法ニ嫁セシメタルハ豈亦歎スヘキコトナラスヤ夫レ養子法ハ中等人民ニ在テハ專ラ二三男ヲシテ自己ノ不藝不能ナルカ爲メニ虛心從順養子ノ壓制ヲ甘受シ遂ニ自立精神ヲ拋棄シ他家ノ財産ニ坐食スル米蟲トナルニ至ラシム而シテ下等人民ニ在テハ已ニ養子法ヲ禁スルモ敢テ妨ケナキ理徵アルノミナラス此法ヲ禁スル、キハ現ニ除クヘカラサル弊害ヲモ除クコトヲ得ン然ルニ朝野氏ハ此習慣ヲ廢

スル却テ人民ノ妨害ヲナシ便利ヲ缺クヲ以テ說ヲ立ソ嗟其妨害ナルモノハ果シテ何等ノ妨害ソ我輩ハ之ヲ聞カンコトヲ欲スルナリ

日報氏ハ其議論ノ末節ニ於テ揚言シテ曰ク嫡子カ遺物ヲ專有スルノ舊習ヲ一洗シ甚六モ若且那ニ安ンスルノ僥倖ナク脚嚙モ冷飯タルノ不幸ナカラシメンカ爲メニ追々ハ遺物相續法ヲ制定スヘキノ秋ニ當レリ而シテ之ヲ制定スル着手ノ順序ハ養子ヲ廢スルヲ以テ第一歩トス我輩ハ切ニ信ス養子ノ害ハ其所謂僥倖不幸ト一般ナル耳而シテ遺物相續法ハ養子法ヲ廢スルニ最モ須要ナリトス是ヲ廢スルトキハ彼ヲ設ケサルヘカラス彼ヲ設ケルトキハ之ヲ廢セサルヘカラス其之ヲ廢立スル宜ク同時ニ於テスヘキナリ將タ何ソ彼是ヲ擇フヲ須ヒン朝野氏カ習慣ノ便利ノ爲メニ眞ノ便利ヲ降伏セシムルハ因循ノ最モ甚シキモノナリ夫習慣ナルモノハ大抵當世ノ便利ニ關係セリ若シ習慣ノ便利ナルヲ以テ之ヲ廢セントセハ文明進歩ハ到底期スヘカラサルニ在リ

この郵便報知新聞の記事に對し、朝野新聞は二月十三日の社說で次のように反駁した。

我輩ハ固ヨリ養子法ヲ以テ至善至良ノモノト爲スニ非ズ唯習慣ノ久シキ今日俄カニ之ヲ禁ズルガ如キハ人民ノ方便ヲ失ハンコトヲ恐ルヽヲ以テ其自然ノ廢棄ニ任セ强ヒテ之ヲ禁スルコトヲ欲セサルナリ（中略）假令ヒ子無キモ螟蛉ノ子ニ託シ死水ヲ取ラセ死後一遍ノ囘向ヲ賴ミ始メテ目ヲ瞑スルコトヲ得ル者天下滔々是ナリ……政府ガ强ヒテ之ヲ禁ズルハ無益ニ人民ヲシテ咨嗟ノ歎聲有ラシムルニ過ギザルノミ

報知先生ガ中等以上人民養子ノ弊害ヲ論スルヤ一米蟲ガ曲テ養父母ノ教則ニ從順シ其頤使ヲ甘受シ多年屈服シテ得タル財產ヲ棒ニ振ルニ忍ビス……養家ノ產ニ座食スト曰ヘリ……然レドモ……今日ノ士族ハ農トモナルベク工商トモナルベク自由自在又脚嚙ドコロカ才能サヘ有レハ登用セラレ物領ノ甚六ハ等外出仕デモ二三男ガ判任奏任ニナリ居ルモアリ左レバ他家ノ養子タランコトヲ僥倖スルノ習慣ハ日ニ衰廢ニ赴キ殆ント曉天ノ光ヲ太陽ニ失ハントスルガ如クナラントス是レ我輩ガ之ヲ禁ゼザルモ害無カラント曰フ所以ナリ（中略）

報知先生人類ヲ推シテ藝娼妓ノ猶束縛ヲ免ルヽコト能ハザルヲ以テ養子法ノ行ハルヽニ歸セリ然レドモ娼家ノ主人藝妓ノ假母ノ如キハ固ヨリ社會中ニ於テ下等ノ下ニシテ殘忍刻薄ノ極ナル者ナレハ養子法ヲ禁ズルガ爲メニ其弊害ヲ除却スルコトヲ得ル者ナランヤ彼輩ハ陽ニ養女ノ名ヲ廢スルモ附籍ダトカ同居タルトカ預カツタ子ダトカ……何トカ斯トカ名目ヲ附ケテモ殘忍刻薄故ノ如クナラバ養女ヲ廢スルモ何ノ益アランヤ

彼ノ嫡子ガ遺物ヲ專有スルノ舊習ヲ一洗シ甚六モ若且那ニ安ンズルノ僥倖無ク脚嚙モ冷飯タルノ不幸ナカラシムルハ至極善キコトナレド甚六ノ僥倖ハ時トシテ僥倖ニ非ズシテ不幸ナル者アリ……祖先ノ年忌ヲ營マネバナラズ他ヘ嫁シタル姉ハ初產ニテ男子ガ出生シタトテ產着ヲネダリ……妹ハ好キ緣談ガ有ルユヱ嫁入リノ支度ヲセネバナラヌ……是レ僥倖ニハ非ラズ不幸ト云フベキノミ……遺物ヲ配分シ離散索居ヲ爲スハ……風俗ノ一大變換タレバ今ノ人民ノ頭腦ニテハ五倫ノ道ガ狂ツタ樣ニモ思フベシ……然レドモ我輩ハ固ヨリ遺物相續法ヲ制定スルヲ不可トスルニ非ズ又養子

法ヲ善良ナル者トスルニ非ズ唯政府ガ俄カニ養子法ヲ禁ジ無益ノ煩擾ヲ生ジ人民ヲシテ咨嗟ノ歎聲ヲ發セシムルヲ欲セザルニ在ルノミ

東京日日新聞及び郵便報知新聞の養子反對論に反駁している朝野新聞も、養子制度をかならずしも「善良」なものとはせず、その將來における衰退は豫測するが、即時廢止に對しては時期尚早論を唱えているにすぎないことに注意を惹かれる。このような三新聞にあらわれた養子論爭が、當時の識者にかなりの反響をあたえたことは想像に難くない。されば東京日日新聞の投書欄には各地から寄せられた賛否兩論の意見が掲載されている。例えば二月十三日號には「今斷然養子ノ習慣ヲ禁ジテ家産分讓法ヲ實際ニ施サバ一時愚爺痴孃ノ不便ヲ訴ルモノ或ハ之レ有ラン雖然數世ノ後ニ至テハ世人悉皆コノ法ニ安着習慣シテ却テ今日ノ養子法ヲ回顧シ其ノ不條理ヲ嗤笑スルニ至ランコト必セリ……養子ノ習慣ハ最早禁ゼザルベカラズ遺物相續法ハ最早制定セザルベカラズ」（東京・久保田貫一）という養子制度即時廢止賛成論があり、二月十四日號の「我國ハ家名ノ絶エザルヲ主トス……苟モ家ヲ有スル者子無ケレバ則チ絶ツト斷然制定スルコトハ到底人情ニ合ヒ難ク所謂云フベクシテ行フ可カラザル者ナラン苟モ之ヲ汲量セバ養子ノ一路ハ必ズ開キ置カザル可カラズ……日報子ノ禁ゼザレバ害有リト朝野子ノ禁ゼザルモ自ラ廢セント云フ余ハ兩ツナガラ未ダ之ヲ信ズルコト能ハズ」（東京・岩永鼎堂）及び二月十七日號の「天下ノ廣キ一生嗣子ヲ得ザルモノアリ嗣子アリト雖支離或ハ放逸無頼ニシテ父母安ンジテ之ニ家祀ヲ托スル能ハザルモノアリ又女子ノ家嗣ヲ嗣カシムベキアリト雖或ハ多病或ハ怯弱ニシテ一家ヲ擔當スルコト能ハザルモノアリ此ノ如キ事情アルトキニ到底一子ヲ他家ヨリ迎ヘテ之ニ相續ヲ託セザルヲ得ズ」（東京・雲田金柄）というがごとき現狀維持論もある。また二月十九日號には「養子ハ人情止ムヲ得ザル」が「獨立ノ精神ヲ養成」するには「變姓冒氏ヲ禁」ずべきであり、そうすれば「自己ノ姓氏ヲ改ムルハ家産ヲ失フノ思ヒヲナシ今日ノ如ク容易ニ養子ヲナサザルハ必セリ」「則チ養子ノ習慣ハ禁ゼズシテ止ムニ庶幾シ」（熊谷縣・清水登）という折衷論もみられる。

かくして翌三月四日、東京日日新聞はふたたび社説に養子論を取りあげ、次のように主張した。

養子ノ習慣ハ最早廢セザル可ラザル也遺物ノ分法ハ最早設ケザル可カラザル也上等社會ノ輿論ハ概ネ茲ニ歸着スルガ如シ

そして養子を維持する見解の根據は「家名ヲ絶セシム可カラズ」「祖先ノ祭祀ヲ血食セシメザル可カラズ」「老後ノ逸安ヲ謀ラザル可カラズ」の三點にありとし、これに對してそれぞれ「封建門閥ノ根源」なれど「今日一般ノ人民ニ於テ他姓ヲ冒スノ功能アル乎」「世上ヲ見ヨ或ハ之ヲ血食セシメザルノミナラズ祭祀ヲ以テ冥福ヲ害スト云フ宗教モ無キニ非ス」「父祖ハ子孫ノ養ヲ受クルノ權理アリトスル乎……是レ子孫ヲ以テ自己ノ財源トシ奇貨トシ所有物シ奴隷トスルニ異ナラザルナリ」と反駁し、最後に

故に吾曹ハ上等社會ノ輿論ハ概ネ歸着スルガ如シト認メ再ビ大呼シテ曰ク養子ノ習慣ハ廢セザルベカラザル也遺物ノ分法ハ最早設ケザル可カラザル也

と結んでいる。先きに養子廢止尚早論を唱えた朝野新聞は、成島柳

北と末廣鐵腸が共に二月十三日に筆禍事件で入獄したため、それに應酬することができず、三月十九日號で讀者の投書を論說欄に掲載している。[7] それは「我國養子法ノ如キハ決シテ人理ニ悖ル者ニモアラズ又他人ノ自由ヲ害スル者ニモ斷々乎トシテアラザルナリ」「養子ナル者ハ子無キ者ノ不幸ヲ補フノ良法ナリ人ヲシテ子無ク老後ノ養ヲ賴ムベキナキハ人ノ甚大不幸ナリ故ニ此ノ不幸ヲ助クルニ養子ノ法ハ新タニ設ケモコソスベケレ爲ゾ此古來ノ良法習慣ヲ禁ゼンヤ」(陸前・習井捨次)という人情論であり、柳北の筆には及ぶべくもないが、當時の一世論を代表する見解ではあつたろう。

なお、東京日日新聞の論說は福地櫻痴、郵便報知新聞のそれは栗本鋤雲か藤田茂吉の筆に成るものと思われるが、これら當時の代表的ジャーナリストが、長子單獨相續と結合する養子制度に對して反對していることは、彼等が從來の傳統的家族制度からの脫却を志向し、いかに個人の自由と解放につよい關心をもつていたかを示すものであろう。

○

法律學を學んだ人でいち早く養子制度に對し反對の立場を採つたのは小野梓と三好退藏である。小野の「民法之骨」にあらわれた養子反對論は、前述のごとく靑山敎授によつて紹介されているので、その內容はここでは省略する。しかし、同書の出版は明治十七年であるが、その執筆は明治八年から開始されたものであるから[8] 養子反對論の構想もすでに早くその頃から考えられていたと思われることを指摘したい。また「民法之骨」の「養子の弊」の章はその大部分が「友人三好松淸」の言を引用していることを注意しなければならない。三好松淸は後ちの檢事總長三好退藏であり、小野の親友であつた。三好の言というのは、彼がどこかの雜誌に寄稿した文章の一節と思われるが、遺憾ながら私はそれを確かめえない。私の推定が正しければ、彼こそ養子反對論を發表したもつとも早い法律家の一人としなければならない。彼が明治三十年代に執筆した養子反對論については後述する。

東京大學學生の手に成る學術雜誌「講學餘談」第三號(明治十年七月)に掲載せられた「養子論」は、異色ある見解として注目すべきものであろう。[9] それによれば養子を「同姓養子」「異姓養子」「婿養子」の三種に區別し、それぞれの沿革を略述し、結局「同姓養子」のみが「倫理ニ協フ者ニシテ海外各國ニ於テモ亦之ニ類似スル者有リ。然リト雖ドモ彼ハ相續ノ名ヲ以テシ、我ハ養子ノ名ヲ以テス。相續ト稱スルトキハ則チ理ノ當然ニシテ、養子ト唱フルトキハ則チ否ラザルニ似タリト雖ドモ、其ノ實ニ至テハ更ニ異ナルコト無シ」とする。異姓養子を「大ニ血統ヲ擾ルノ一源因」として反對したのは、德川時代の同樣の反對論の流れをくむものと思われるが、婿養子を「兄妹ノ婚姻ト云ハザルヲ得ズ。是レ民ニ許スニ禽獸ノ所行ヲ以テスルノ法ニ非ズシテ何ゾヤ」と批判している點は、西洋法理の影響がその所見にあらわれたものであろう。そして最後に次のような養子法試案十二ヵ條を掲げている。

第一條　凡ソ男子無キ者ハ年齡ニ拘ラス同姓ノ子ヲ取テ養子ト爲ス可シ

第二條　若シ同姓ノ子無キ時ハ親戚ヲ撰ヒ養子ト爲ス可シ

第三條　凡ソ養子ハ養親ヨリ年長ナル可ラス
　但庶兄ヲ養フ者ハ此限ニ非ラス
第四條　一家ノ嫡子タル者ハ宗家ノ外養子ト爲ル可カラス
第五條　養子ヲ迎フルノ後養親ノ間ニ若シ實子生ル、時ハ養子ノ弟ト視做シ都テ兄弟ノ如クナル可シ
第六條　男子ノ生ル、ヲ秘シ成長ノ後養子ノ名ヲ以テ之ヲシテ家名ヲ繼カシム可カラス
第七條　實子有リト雖トモ變疾等ニテ家督ヲ繼キ得サル時ハ養子ヲ迎フ可シ
第八條　金銀ヲ以テ養子ヲ爲ス可ラス
第九條　親族ノ中ト雖トモ養弟妹ヲ爲ス可カラス
　但年齡殊ニ長シ養子女ト爲ス可カラサル者ハ引取又ハ呼取ノ名ヲ以テ迎養ス可シ
第十條　年齡五十以上ニテ養子無ク死去スル者ハ家名絶ス
第十一條　凡ソ事故有テ一度養子ヲ去リ再ヒ同人ヲ迎ヘント欲スル時ハ十年ヲ經テ後其ノ事故ノ消滅ヲ證シ再養子ト爲ス可シ
第十二條　設ヘハ甲乙丙丁戊兄弟五人有リ甲乙ヲシテ家名ヲ繼カシメント欲スル時ハ弟ノ名分ヲ以テ養子ト爲スヘシ其後乙丙ヲシテ家名ヲ繼カシメント欲スル時ハ叔父ノ名ヲ以テ相續セシム可シ其後丙丁ヲシテ家名ヲ繼カシメント欲スル時ハ大叔父ノ名ヲ以テ相續セシム可シ其後丁戊ヲシテ家名ヲ繼カシメント欲スルトキハ弟ノ名ヲ以テ養子ト爲ス可シ

この養子法案は、養子を原則として男子無きの場合の同姓養子のみに限定しようとするものであり、その點では全面的な養子反對論とはいえないが、當時の養子制度に對する部分的修正意見ではあった。その執筆者が明らかでないことを遺憾とする。

明治十四年發刊の「法律志叢」第三十六號と第三十八號に連載している投書論文「遺物分配法ヲ論ズ」（紀伊・榎本義路）は、直接には養子制度そのものを論じたものではないが、財産分配相續と相關連して、養子反對論を次のように述べている。(10)

遺物分配ノ方法ヲ制定スルハ實ニ今日ノ緊要ノ事項ト云フヘシ何トナレハ我國未ダ遺物ノ分配ニ一定ノ法律ナキヲ以テ死後或ハ紛紜ヲ釀成スルノ杞憂アルヲ免カレズ抑モ遺物ノ分法ト養子ノ習慣トハ固ヨリ一串ノ關係ヲ有スルニヨリ遺物ノ分法ヲ制定セント欲セバ則チ養子ノ習慣ヲ廢セザルベカラズ（中略）
元來養子ナル者ハ實ニ數百年來ノ習慣ニシテ養ハル、者ハ生計ヲ營ムベキノ資金ヲ得又養フ者ハ老後安逸ノ一事ヲ計ルニアリテ双方恰モ濡手デ粟ヲツカムガ如シ……相互ニ人ニ賴リテ一身ノ安寧幸福ヲ求メントスルハ實ニ鄙劣千萬ノ所業ニシテ他人ヲ親ト唱ヘ子ト稱スルハ誰レカ心ニ快カランヤ蓋シ親ノ其子ヲ愛シ子ノ其親ヲ敬スルハ人間天賦固有ノ性質又敢テ他人ニ移スベカラズ（中略）
凡ソ人ノ斯ノ世ニ在ルヤ家ヲ治ムルノ外ニ又公同ノ義務ヲ盡サヽルヘカラス故ニ其人ニシテ實子ナキハ則チ天命ノミ因緣ノミ又何ソ他人ノ子ヲ養フテ家名ヲ相續セシムルヲ要センヤ其遺物ハ以テ家族親戚ニ頒布スヘク又ハ幾分ヲ擲チテ社會人民ノ爲メニ利益ヲ計ル可シ

養子制度を廢し、その代りに財産分配相續法を制定せよとの意見

であるが、相續法の詳細は同論文未完結のために、論ぜられていない。なお、第三十八號の末尾に「本論養子ノコトニ付キテハ已ニ明治九年ノ春ニ於テ一時輿論ノ可否スル所ナリシモ何時カ散シテ一抹ノ烟トナリ今ヤ泣寢入ノ景況トナリシガ我輩ハ此ノコトニ於テハ頗ル熱心ナルカ故ニ今又敢テ江湖ニ問ハント欲ス乞フ看官諸君六日ノ菖蒲十日ノ菊タルヲ嘲勿レ」と附記しており、この論文が前述の各新聞論説の論爭に刺激されたものであることを示しているが、とくに東京日日新聞の論調の影響が、この論文の各所にみられる。

東京大學を卒業し(明治十五年)、東京專門學校の教師となつた山田喜之助も、養子反對論を唱えた初期の學者の一人であつた。彼が明治十七年の「明法志林」第八十三號に發表した「日本法律ノ基礎ト泰西法律ノ基礎トノ區別ヲ論ズ」には次のような見解がある。(11)

我國普通ノ習慣ニ歐洲ニ無キ所ノ養子ナルモノアリ何故ニ我國ニ養子ナル者盛ニ行ハレ而シテ歐洲ニ之ナキ乎多辨ヲ費サスシテ之ヲ指示スルコトヲ得ン英吉利ノ身分法ニハ養子法佛蘭西ノ民法ニハ養子法アルモ實際ニ養子ノ行ハレタルコトアルヲ聞カズ諸君試ニ東西諸國ノ相續ナル者ヲ見ヨ大ニ發明スル所アルベシ

そして歐洲と日本では相續の概念が異なるものとし、西洋では「人老テ男子アラザルモ我國ノ如ク養子ヲ以テ家督ヲ相續セシムルノ煩ナク法律ニ定メタル者若クハ其他ノ者ヘ自家ノ財産ヲ移轉若クハ讓與ナストキニハ人生ノ事畢リタル」に反し日本では「相續トハ死亡者ノ財産ヲ受クノ謂ニアラスシテ父若クハ養父ノ權利義務ヲ擧テ之ヲ自家ニ獲得繼承スルヲ以テ相續トナセリ」すなわち日本の一家は「會社又ハ一王國」にもたとえられるから「主長死亡シテ之ヲ相續スル者ハ會社ノ社長又ハ一國帝王ノ職ヲ襲フタルカ如ク舊來ノ權利義務ヲ擧テ之ヲ繼承スル」は當然である。このように「三間ノ茅屋九尺ノ露店モ亦儼然タル一帝國ナレハ實子アラサルトキニハ養子以テ其統ヲ傳ヘサルヘカラス」ということになる。しかし、このような權利義務一切を繼承する相續方法のもとでは相續人が迷惑をうける場合もありうる。天然の親子なれば「自然ノ倫序マタ忍ブ可キ」であるが、養子の場合は不合理であるとし、次のように結論している。

天下ノ至情父母トシテ……其愛子ヲ他家ヘ養子ニ遣スニハ充分ノ注意ヲ用ユルハ當然ナリト雖ヒ養子ニシテ迷惑ヲ蒙ムル者少カラサルカ如シ佛蘭西法律ニヨレバ丁年以上ノ者ニシテ養父子ノ間或ハ關係ヲ有スルニアラザレバ之ヲ許サズ然ルニ我國ニ於テ襁褓中ノ赤子ヲ養子トスル事滔々タル天下皆是ナリ是只タ養子タル者ノ便宜ヲ謀リテ養子ノ利益ヲ輕ンズル者ナラズヤ我邦養子タル者ハ自家一生ノ關係ヲ自カラ知ラザルノ間ニ實父養父間ノ取究ニヨリテ決セラル、者ナリ……我邦ノ父母ハ今猶ホ兒孫ヲ益負スルノ權力ヲ有スル者ト云フ可キナリ何トナレハ養子ノ取引ハ恰モ兒孫ノ賣買ニ異ナラサル也……此陋習ハ……我邦封建制度並ニ士農工商ノ間ニ通シテ行ハレタル所ノ族制其物カ一大原因タリ……封建既ニ亡ヒテ族制亦正サニ其勢力ヲ失ハントス社會ノ先覺者タル者此民ヲ誘道スルノ方向ヲ悟ルヘキナリ

この主張も家族制度的桎梏から個人を解放するため養子制度を否認せんとしたものと見ることができる。

翌十八年には、明治法律學校の創立者の一人として知られている岸本辰雄（明治九年司法省法律學校卒業）の養子反對論がある。それは「明法雜誌」第四號に掲載された「相續論」である。[12] 彼によると「我國ニ於テ重ニ行ハル、所ハ家名相續ナリ家名相續ハ概ネ長子獨占ニ歸ス」この「風ヲ養成シタルハ素ヨリ習慣ノ然ラシムル所ト雖モ亦タ封建制度ノ勢終ニ之ヲシテ然ラシムルアリ然ラハ卽チ封建廢レテ郡縣起リ舊習一タヒ變シテ歐米ノ文明ヲ採擇スルノ今日ニ在テハ封建制度ノ下ニ行レシ家名相續ハ決シテ之ヲ維持ス可カラス」「何トナレハ此主義宮文明社會ニ適セサルノミナラス茶毒ヲ社會ニ流布スルノ害アレハナリ」とし、その弊害の一つとして養子制度を、次のように非難している。

家名相續ノ精神ニ於テハ宗社ヲ尊重スルノ甚シキ終ニ養子法ノ一起因トナルニ至ラン夫レ養子ナル者ハ血姻モナキ他人ノ子ヲ取リ以テ我子トナスハ恰モ是レ木ニ接スルニ竹ヲ以テスルモノニシテ到底親子ノ關係ハ完全ナラサルナリ之ヲ實際ニ徵スルニ多クハ養子ノ爲メニ一家ノ不和ヲ起シ或ハ風俗ヲ紊亂シ親族ノ關係ヲ離間スルモノ少カラス……是レ亦タ家名相續ニ續テ生スル所ノ一害ニシテ封建制度ノ餘弊ト謂フ可シ……養子ハ則チ情愛ニ依テ相親ムモノニ非ス義務ヲ以テ相接スルモノ故ニ情愛ニ代ユルニ義務ヲ以テス是レ豈道理ノ許ス所ナランヤ……世人ヲシテ爲メニ獨立ノ氣力ヲ失ヒ從テ卑屈ノ醜界ニ沈淪セシムルニ至ル彼ノ徵兵忌避ノ如キモ亦此養子ノ習慣ヲ恃ムニアラサルハ莫シ（中略）

然ラハ則チ養子法ハ斷然廢ス可キ乎曰ク否ナ只之カ制限ヲ立ツレハ可ナリ畢竟スルニ養子法ハ家名相續ニ續發スルモノ故ニ其根原タル相續法ヲ改良セハ從テ其枝葉ナル養子法モ亦自カラ善良ニ歸ス可キハ論ヲ待サルナリ（中略）家名相續ノ主義ヲ變シテ財産相續ノ方法ヲ採擇セハ人心自カラ振起シテ風俗モ亦移易シ從テ獨立ノ氣像ヲ養成シ得可シ……夫ノ養子又隱居等ノ如キ風習ハ自カラ一洗シテ我社會ニ留メサル可シ予輩ハ斷シテ曰ハン相續法ハ必ス財産相續法ノ主義ヲ採用スヘシト

彼の所說は、家名相續を廢して財産相續にし、養子制度の自然消滅を期待しようとするものであった。

明治十年代の終りには、國史學者の重野安繹によって異色ある養子反對論が發表されている。それは「東京學士院雜誌」第八編之四に掲載された「隱居家督並養子ノ弊害」であった。[13] これは三十七頁に亘る長論文であるが、養子に關する部分の要旨を次に引用しよう。

養子ハ漢土其外諸國ニ其例アル事ナレトモ、本邦ノ如ク一般ノ定例トスルハ未タ聞及ハス、故ニ……本邦特有ノ習俗ト云テ可ナラン。

凡ソ事例ハ世間ノ便宜ニ因テ成リ立モノナレトモ、沿習久キヲ經レハ、必其弊害ヲ生スルモノナリ、此二項（隱居と養子――手塚註）ノ如キモ多少便宜ノ事由アレハコソ千百年ノ間世ニ行ハレタレトモ、今日ニ在リテハ便宜ハ盡キテ弊害殘リ且其事柄ハ追々消滅ニ赴クモ其弊害ハ猶人心ニ固着セリ、……其仔細ヲ次々ニ述ヘン。

つづいて律令時代以降の養子制度の沿革と、歷史上にあらわれた弊害を述べているが、さすが歷史家の筆に成るだけに、この部分の記述はきわめて詳しい。そして最後に一般的な養子の弊害を次のよ

うに指摘する。

抑モ養子ハ血統ヲ重ンスル爲カト云ヘハ、他姓ヨリ貰フナレハ血統ヲ重ンスルニモ非ス、家祿財産ヲ傳フル爲カト云ヘハ、他姓ノ人ニ之ヲ與フルハ、俗ニ云フ株ノ賣買、曖昧ノ讓受同然ナラスヤ、先祖ノ墓祭ヲサスル爲カ、神ハ不レ歆二非類一是モ畢竟無益ニ歸セン、然ラハ養子ヲスルハ、其家其親ニ益ナク、又養子ニ行ント思フ者ハ、家祿財産ヲ望ムカ、家柄ヲ欲スルカ、近來ニテハ兵役規避ノ爲ナレハ、其人大抵特立不羈ノ精神ニ乏ク、物ニタヨリテ世ニ立ント思フ卑屈心ヲ養ヒ成シ終ニハ其身ノ爲ニモナラス、……骨肉ノ親ミナケレバ自然愛情少ク、且右ノ卑屈心ヨリシテ遂ニ惡心ヲ生スルニモ至ルベシ、又養子ノ母親孝行トテ世間ニ言囃ス例往々有レ之、是等ハ眼前ノ大弊害ナリ（中略）。

人ノ功德ヲ立、事業ヲ興スル皆子孫ノ爲ニスルコト勿論ナレトモ嗣子ノ有無ハ天賦ニテ、天子ト雖モ之ヲ如何トモスルコト能ハス、又血統ナクハ男子トテ立分ケヲナスヘキ道理ナシ、我邦古昔ヨリ女帝繼續ノ例モアリ……我古制ハ御養子ト云フコトナク、只自然ノ儘ナリシカ、卽チ道理ノ至極ナリ（中略）。

曖昧ヲ讓レハ屋號ハ存スルトモ、其家ハ異ナリ、株ヲ賣渡セハ其姓名ハ變ラネトモ、其人ハ別ナリ、是デモ門族ヲ重ンジ家名ヲ存スルトセンカ、ソレモ弊害サヘナケレバ其儘ニテ可ナラン、今其弊害目前ニアリ、且全國進歩ノ障礙ヲナスコト顯然ナレハ、タトヒ先王ノ古制舊法ト雖モ、修改セサルヘカラス、況ヤ其弊習流例ヲヤ（中略）。

家ノ興亡ハ人ノ死生ニ同シ、死者アレハ生者アリ、亡家アレハ興家アリ、不幸ニシテ子ナク養子モセス、遂ニ其家絕エタリトテ又他ニイクラモ興ル家アリ、全局ヨリ之ヲ觀レハ、更ニ差閊ナキモノナリ、サレド子孫繁榮家運長久ヲ願フハ人ノ常情、此情願ヲ遂ントナラバ、一家輯睦シテ、業ヲ勉メ善ヲ行フヘシ、所レ謂祈二天ノ永命一トハ此外ニ仕方ナシ、コレデモ嗣絕エ家亡ルコトアルハ命數ニシテ人力ノ及ハヌ所、イカニ衞生シテモ、病ム時ハ病ミ、死ヌル期ニハ死ヌルモノ、カノ養子法ノ如キハ、既ニ斷エタル命脈ヲ再ヒ續ントスルニ均シク、畢竟無理ナ仕事ユヱ、弊害モ隨テ多キナリ。

養子制度を廢止して、家の「興亡」は自然の「命數」に任せよとする彼の所說は、歷史上に現われた養子制度の缺陷を論ずる點に特色はあるが、財産の相續をいかにすべきかの問題には全くふれていない。歷史家の立場からみた養子制度論には、おのずから一定の限界があつたといえよう。

なお、明治十年代の末に發表された養子反對論としては、光明寺三郎、谷山直太郎等の「明法雜誌」上におけるものもあるが、これは前述のごとく靑山教授によつて紹介されているので、ここでは省略する。

○

明治二十年以降、明治民法施行までの間に發表された養子反對論として、私が現在までに探索しえたものは、遺憾ながらわずかに次の一篇にすぎない。それは三好退藏（當時・辯護士）が「太陽」明治三十年六月號に書いている「養子ノ害ヲ論ズ」である。[14] 三好がす

でに早く養子反對論を發表したと思われることは前に述べた。「民法之骨」に引用されている記述と、前掲「太陽」所載の論說を比較するに、かなり重複した個所がある。彼が自己の十數年前の舊稿に手を加えて發表したことは疑いえない。時あたかも法典調査會において、明治民法親族篇の編纂が完成せんとしていた頃である。彼はそれに對する一牽制策として、自己年來の所信を發表したとも考えられる。彼の所說は次のようなものである。

凡ソ物の最惡むべく、最厭ふべきものは束縛壓制より甚きはなし……抑習慣の束縛壓制は千種萬類枚擧するに遑あらず と雖ども、其最文明に害あるものは養子より甚きはなし（中略）。

惟ふに父母の常情豈に其兒の膝下に群を成すを欲せざらんや、又豈に其兒の成立各家を成すを願はざらんや、唯其兒を擧る多き者は、鞠育の勞に耐へざるが爲めに無知の嬰兒を擧て之を人に與へ、未曾て知らざるの男女を强て父母と呼ばしむ。而して其兒の年稍長ずるに及び、爲さんと欲する所あるも、養家の風格は容易に破る可らず、養父母の氣色は苟も傷ふ可らず……養父母の能く情理を辨するあり、養子の爲さんと欲する所を爲さしめ、學ばんと欲する所を學ばしめ、時間を與へ、學資を給し、其意の如くならしむれば、養子の幸福復た加ふべきものなきが如しと雖ども、其學業漸く成り、身を立て事を爲すに當て、一たび內に顧みれば則養家の父母親族あり、實家の父母兄弟姉妹あり、一は則天賦自然の情、之を絕つ能はず、一は則鞠育給與の恩、之を忘る可らず、一身を以て四人の父母に奉じ、一力を以て兩家の親戚故舊を救はざるを得ず、且つ義に厚くして實に薄くするは習慣の然らしむる

所なれば、養子たる者は養家を重じて實家を輕じ、骨肉自然の情を忍で、鞠育給與の恩を報ぜざる可らず、何ぞ其不幸なるや（中略）。

子なきの夫婦にして、其親族に非らざる男女を養子女と爲すに至ては、余其何の心なるを知らざるなり、試に思へ、世の養子女たるもの俗に所謂切ても切れざる親族なれば、家名を繼承するの義務あるべく、財產を保護するの情誼もあるべければ、自ら養家の爲めに義務を盡し養父母に孝養するを以て其任となすべしと雖ども、苟も無緣他姓のものならんには、固より養家に對する義務なく、又情誼なければ、唯自己の利害如何を顧みるは蓋し世間普通の人情ならん、宜なる哉世の養父母或は老後の安樂を得んと欲して飜て憂苦悲歎に陷り、或は家名財產を保護せんと欲して、養子の爲めに家を亡し產を失ふものあるや……焰々天下家名財產の相續人を求むるに汲々として、產を失ひ家を亡すの虞あることを思はざるは他なし、養子の習慣其思想を束縛して自ら知らざるの因て致す所なり。今や社會百般の事皆舊を去て新に就く、獨り養子の習慣豈に之を永遠に維持することを得んや、嗚呼世の夫婦子なきもの何ぞ養子の外別に其家名財產を安全に保護するの方を思はざるや、又何ぞ眼を開て歐米各國を漫觀し、其國民が財產を擧て公益事業の資本に供し、名を後世に垂れ德を千載に遺すものあるに倣はざるや。

養子を「束縛壓制」の制度として、つよい態度で排擊論を展開したものである。しかし、それでは子供なき場合の財產の相續をどのようにすべきか。それについては「公益事業」への寄附を述べてい

るが、これは特例とみるべきであつて、一般的具體策に論及していない。民法典が愈々施行される頃ともなれば、養子反對論も單に反對の理由のみを述べるに止まらず、財産相續の方法と相關連してさらにふかく法律上いかにすべきかを論じなければ、說得力に乏しかつたであろう。

○

最後に青山教授が紹介されているボアソナードの所論をここでいま一度檢討してみたい。まず教授が典據としておられる彼の所說を次に揭げよう（ゴチの部分は、教授の引用には省略されている個所である）。

茲ニ又讓渡ノ他種アリ卽チ養子是ナリ。今其ノ說ヲ揭クベシ。何トナレバ印度ハ別ナリト雖トモ其ノ他ノ諸國ニ於テヨリモ日本ニテ養子ヲ爲ス事殊ニ多ケレバナリ。

印度ニハ養子ニ十二種アリ、然レトモ己レノ生ミシ正當ノ子ヲ有スル者ハ決シテ養子ヲ爲スヲ得ス。是レ又希臘ニ於テモ同樣ナリ。獨リ其ノ異ル所ハ女子ノミヲ有スル者ナレハ女子ノ壻ヲ以テ其養子ト爲スヲ得ルニ在リ、羅馬ニテモ亦正當ノ子（男子或ハ女子）ヲ有スル者ハ他人ナリ親族ナリ之ヲ養子ニスルヲ許サス。

法朗西ニ於テ革命前ハ假令ヒ其ノ子ヲ有セザル者ニテモ決シテ養子ヲ爲スヲ得ス。**今日ハ子ヲ有セサル者ニ限リテ養子ヲ爲スヲ得ヘシ。然レトモ養父タル者ハ五十歲以上ナラサルヘカラス蓋シ五十歲以後ハ子ヲ設クル事殆ント稀レナレハナリ。**（中略）

然レドモ子ヲ有セズシテ猶父母ヲ有スル者ハ能ク養子ヲ爲スヲ得ベシ。而シテ此養子ハ父母ヲ除却シテ相續ヲ爲ス。茲ニテハ是レ養子スルノ權利ノ爲メニ子タルノ職分ヲ犧牲ト爲セシナリ。**然レトモ五十歲以上ノ者ニシテ猶亦其ノ父母ヲ有スルハ甚タ稀レノ事ナリ。**（中略）

日本ニテハ法ニテモ慣習ニテモ子ヲ有スル者ニ養子ヲ禁セシコトナカルベシ。

余ノ私說ヲ以テスルモ又タ上文ノ諸法ニ從フモ是レ性法ニ背戾セシ事ナリ。

如此ノ養子ハ「インデゥー」宗法ニ因ルモ親愛自然ノ需要ニ因ルモ又タ理財ノ要領ニ從フモ之ヲ辨解スル能ハサルヘシ。[15]

青山教授はこの議論を「養子制反對の所論」とみて、その「見解が、どれ程の影響を我國法學界に與へたかは固より判然としない。併し次に述べる法曹の見解との間に、一脈の連絡の跡を辿ることも出來無いとは斷言し得ぬやうに思はれる」とし、前に揭げた「明法雜誌」における光明寺三郎等の養子反對論に論及されているのである。[16] 教授はまた別の機會に「本來ボアソナードは自然法論者として養子制度には反對だつたのである」ともいわれている。[17]

しかし、果してボアソナードは養子制度そのものに反對したのであろうか。彼の前揭所論は、かならずしも明白な表現の飜譯とはいえないが「日本ニテハ……子ヲ有スル者ニ養子ヲ禁セシ事ナカルヘシ」「是レ性法ニ背戾セシ事ナリ」とある點が、議論の中心であつたと思われる。すなわち、彼は子供を有する者にもなお養子をすることをみとめた從來のわが制度（例えば仕分養子）を非難したのであつて、決して養子制度そのものを否定していたわけではない。と

すれば、彼は養子制度の改正論者ではあるが、反對論者ではなかつたのである。彼の別の著書では明らかに「夫レ養子ハ性法ニ適スル乎然リ。世間ニハ子ヲ設クルヲ欲スト雖モ能ハサル者アリ。故ニ子ナキ者ノ養子ヲ爲スハ決シテ性法ニ反スルコトニ非サル可シ」[18]といつている。されば彼の指導下に、その門下生が編纂した舊民法人事篇第一草案第一九八條[19]が「自家ニ正出若クハ庶出ノ子孫又ハ養子アル者ハ特許[20]ヲ得ルニ非サレハ養子ヲ爲スコトヲ得ス但シ婚姻又ハ遺囑ニ由ル緣組ハ此例ニ在ラス」と規定し、婚姻に由る緣組（婿養子）と遺囑に由る緣組（遺言養子）の例外を除き、他の場合には原則として子供ある者の養子緣組を禁じたことはまた故なしとしない。

ボアソナードの養子論をこのように理解する私は、彼を養子反對論者とされる青山教授の所見には遺憾ながら賛成しえないのである。したがつて彼の所說と、光明寺三郎、谷山直太郎等の養子反對論――かれらはフランス法學派の人々ではあつたが――とは關係がなかつたものと考えたい。

○

以上は明治初期以來、明治民法施行以前の養子反對論を、年代順を追つてただ羅列的に紹介したものである。元より分量的にはきわめて不十分であり、大方の御示教を待つと共に、私自身もなお將來の探索を期している。しかし、この程度の分量でも、當時、多くの新聞人、英法系、佛法系の學者、法律實務家、國史家等、各方面の人々によつて養子反對論が主張された狀況は判明するであろう。舊民法の註釋書である「民法正義」に「我邦ニ於テハ嘗ニ近時泰西ノ學說ニ依リ此制度ヲ非難スル學者ノ輩出セシノミナラス云々」[21]とあり、明治民法施行後、初期の註釋書である掛下重次郎著「民法親族篇講義」に「吾邦ニテハ……養子制度ハ近來益々其弊多キカ爲メ寧ロ之ヲ禁スルヲ可トスルノ論者ナキニアラスト雖トモ云々」[22]というのは、いずれもこうした事實を指摘したものであろう。このような養子反對論が、明治民法の施行によつて急速にその影をひそめたのは何故か――あたかもそれは明治憲法の制定によつて自由民權運動が辿つた運命にも似ている――これは明治史全般の推移と相關連し明治法學史の重要なる一課題であろう。しかし、本稿はただ資料の紹介にとどめ、その問題の考察は、資料の完備を期して、將來の機會に待ちたい。

（1）青山道夫「我國における養子制度否認論」法學志林・第四〇卷一號（昭和一三年）五六頁以下、後ちにそれを若干訂正されたものが「我國における養子反對論について」として同氏著「家族」（現代生活群書・昭和一七年）及び「日本家族制度の研究」（昭和二二年）等に所收されている。

（2）青山教授はボアソナードの養子反對論の典據を、「性法講義」の一部にありとして、それを覆刻した明治文化全集法律編から引用されている（前揭・家族・二一五頁）。教授の最近の著書「養子」（法學理論編）においても、この點は變つていない（八二頁）。ところが、實は教授が引用されているボアソナードの原文は「性法講義」の一節ではなく、ボアソナード稿井上操譯「相續論」（舊司法省圖書館藏・寫本）の一節である。前揭文化全集には「性法講義」（抄）の後に附錄とし

てそれを掲げている。兩者は別本であるにもかかわらず（同全集の解題には明らかにそのことを述べている・二八頁）、全集本文のはしらの個所は附錄の部分まで全て「性法講義抄」になつている。それがために「相續論」もまた「性法講義」の一部であるかのごとき印象をうける。青山教授の誤解の原因はここにあるのであろう。

（3）前掲・家族・二二〇頁。

（4）前掲書・二一三頁。

（5）田邊忠男「明治文化の研究・妾の廢止と一夫一婦制の布告案外二件」法律春秋第二卷七號（昭和二年）一四頁。なお、田邊氏は伺・指令の出典を明記しておられない。

（6）「華士族平民互ニ養子取組不苦」の太政官布告（第二七號）が出たのは六年一月二十二日であるから、當時の太政官は養子養女の禁止などは毛頭考えていなかつたにちがいない。從つて、司法省伺に對して拒絶的指令を發したものと思われる。

（7）明治八年十月、末廣鐵腸が朝野新聞に入社してからは、成島柳北は主として雜錄を擔當し、鐵腸が主として論說を擔當したといわれている（末廣鐵腸「新聞經歷談」・明治文化全集・新聞篇五六頁）。しかし本文に引用した三月十九日號の投書の前書きに「其論或ハ前編輯長ノ意ヲ補フアラント之ヲ本日ノ論說中ニ掲載セリ」とあるから、養子論は「前編輯長」すなわち柳北の筆に成るものと推測される。

（8）永田新之允「小野梓」二二六頁、西村眞次「小野梓傳」二七六頁。因みに「日本之法律」第四卷三號（明治二五年）の論說「養子制度の可否を論議す」は「民法之骨」の養子反對論に反駁して「民法の制定者が養子の制度を保存せるを嘉す」（七頁）と、舊民法を擁護している。

（9）明治文化全集・雜誌編・三三七頁―三三八頁。

（10）法律志叢・第三六號（一四年二月）二四頁以下、第三八號（同年三月）二二頁以下。

（11）明法志林・第八三號（一七年九月）三四七頁以下。

（12）明法雜誌・第四號（一八年二月）一頁以下。この論文は後ちに「日本大家論集」（二一年四月）第一一編二二頁以下に轉載されている。

（13）東京學士院雜誌・第八編之四（一九年四月）一頁以下。なお、この論文は、後ちに多少修正されて史學雜誌・第八卷八號（三〇年八月）及び第九卷七號（三一年七月）にも連載されている。

（14）太陽・第三卷一三號（三〇年六月）一頁以下。

（15）明治文化全集・法律編・五二六頁。

（16）前掲・家族・二一三頁、二一五頁。

（17）前掲・養子・七八頁。

（18）ボアソナード口述・加太邦憲筆記「法律大意講義」（明治一三年）二六頁。なお谷田貝三郎「身分法における普遍性と特殊性――ボアソナードの身分法論の回顧」同志社法學・第二五號一七頁參照。

（19）舊民法人事篇の第一草案については拙稿「明治二十三年民法における戸主權」（本誌第二六卷一〇號六頁以下參照。な

は、當時のフランス民法は庶出子を有する者の養子縁組は禁じていないから(三四三條)、わが草案の方がより嚴格主義を採ったわけである。

(20) 特許をみとめる一例としては、實子が失踪して生死不明の場合を豫想していた(民法草案人事篇理由書下卷第七章・七枚目裏)。

(21) 民法正義・人事編卷之壹(下)・九五頁。

(22) 掛下重次郎著「民法親族篇講義」(明治法律學校版)・二一〇頁。同書に引用されている法曹會決議が明治三十四年頃までのものに限られているから、刊行の年はその頃と推定される。

後記 資料の轉寫その他について法學部副手向井健君の援助をうけた。記してその勞を感謝する。