

Title	明治前期における養子論： 手塚教授稿『明治前期の養子反対論』の補遺として
Sub Title	Debates on the system of adoption in the former period of Meiji era
Author	向井, 健(Mukai, Ken)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1956
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.29, No.5 (1956. 5) ,p.55- 73
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19560515-0055

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.

明治前期における養子論

—手塚教授稿『明治前期の養子反對論』の補遺として—

向井健

さきに、手塚豊教授により發表された「明治前期の養子反對論」は、昨年度における法制史學界の主要な勞作の一つとして、學界から注目されたことはすでに周知のとおりである。

教授の考察は、養子反對論に關する「綜合的研究の嚆矢」である青山道夫教授の「我國に於ける養子反對論について」につづくものであるが、とくに明治前期——明治民法施行以前——における養子制度否認論を採りあげ、丹念な探索の成果である貴重な資料を紹介し、あわせて青山教授の加えられた考證に對して補正を試みられたのであつた。すなわち、教授は先ず明治六年一月十六日、司法卿・江藤新平、司法大輔・福岡孝弟より正院に提出したと推定される「養子養女禁止之儀」についての伺、ならびにそれに對する指令を掲げた後、次の諸資料を列擧される。

(一) 「東京日日新聞」「朝野新聞」「郵便報知新聞」の三新聞にお

る養子論争 (明治九年)

(二) 東京大學學生の養子反對論 「講學餘談」第三號 (明治十年)

(三) 榎本義路の養子反對論 「法律志叢」第三十六號・第三十八號 (明治十四年)

(四) 山田喜之助の養子反對論 「明法志林」第八十三號 (明治十七年)

(五) 岸本辰雄の養子反對論 「明法雜誌」第四號 (明治十八年)

(六) 重野安禔の養子反對論 「東京學士會院雜誌」第八編之四 (明治十九年)

(七) 三好退藏の養子反對論 「太陽」第三卷十三號 (明治三十年)

こうして最後に、青山教授が紹介されたポアソナード (Guiseve

Fr. Boissonade) の所論について綿密な検討を加え、青山教授の見

解の誤りを指摘されたのである。

この論考が公けにされるにおよんで、近代日本における養子制度

論の研究が一層のふかみを加えたことは疑いえない。本稿は、手塚

明

治

前

教授の先行業績に追従して、筆者の蒐集した明治前期の養子論——ひろく賛成・反対兩論をふくめて——の若干をまとめてみたものである。したがって、前掲「明治前期の養子反対論」のいわば續論であるが、これによつて教授の論究の一端をさらに敷衍することができらるならば、筆者として望外の喜びである。

(1) 手塚豊「明治前期の養子反対論」本誌第二八卷四號四九頁以下。

なお、以下の引用においては、「手塚論文」と略稱する。

(2) たとえば、「法學一九五五年度の勞作」法律時報第二七卷一二號三七頁参照。

(3) 手塚論文・四九頁。

(4) 青山道夫「我國に於ける養子反対論について」家族・二〇七頁以下(昭和一七年)、日本家族制度の研究・一三三頁以下(昭和二年)。なお、この論文は、同氏が昭和十三年に發表した「我國に於ける養子制度否認論」(「法學志林」第四〇卷一號五六頁以下)を加筆・訂正されたものである。

(5) この前年の明治五年十一月二十三日、江藤・福岡の連名で正院に差しだした「自今妾ノ名義ヲ廢シ一家ハ一夫一婦ト定」める何に對して、正院が拒絶指令を發したのは、「養子養女禁止之儀」の何——これが、おそらく司法省から出されたものであるろう、とされる手塚教授の推定には、ほとんど疑問の餘地はない——を提出した前日、六年一月十五日のことであつた。

廢妾建白の不採用にも屈せず、すぐまた養子禁止の提案をした一事からも、當時の江藤を先頭とする司法省部内の、いかに

革新の意氣にもえていたかをうかがうことができる。

因みに、そのころ司法省においては、江藤の主催する民法會議が開かれていた(拙稿「熊谷開作者『日本近代法の成立』」本誌第二八卷九號七二—七三頁参照)。

二

「講學餘談」誌上に、異色ある養子法試案が公表された翌月の明治十年八月、時習社より「法律雜誌」が創刊された。⁽²⁾この雜誌は、十一年・十二年・十六年の三回にわたり、養子に関する論説・問答を掲げている。

先ず、十一年、同誌の第二十號・第二十四號・第二十五號には、「養子ヲ離縁スルニ其養子ノ子ハ如何」という問答がある。すなわち、第二十號には次のような質問が出されたのであつた。

在信濃 多賀谷經就

爰ニ戸主甲アリ乙ヲ養子トナン尋テ丙ヲ娶リ一子丁ヲ生メリ然レトモ情相和セス相續前乙丙ヲ併セテ離縁スルニ際シ甲ハ丁ヲ乙丙ニ附シ更ニ他ノ子女ヲ養ハント謂ヒ乙丙ハ丁ヲ止メテ相續セシムヘシト謂ヒ一爭論ヲ生セリ……丁ハ孰レニ附スルヲ適當トスヘキヤ如何

若シ前論ニ反シ乙丙ハ丁ヲ携ヘテ去ラント謂ヒ甲ハ丁ヲ止メテ相續セシメンコトヲ争フカ如キモ其之レヲ附スルニ於テ前論ニ異ナルコトナキヤ如何

この出題に對して、河津農軒(在東京)なる人より解答がよせられ、それが第二十四號・第二十五號の二回に掲載されているわけ

あるが、養子の子の處置に関する回答はともかくとして、彼がこの稿で、養子法の目的について論じている點を注意すべきであろう。

彼は先ず、「竊ニ按スルニ養子法ノ目的ニアリ」とし、「目的ノ第一」は、「年令已ニ強仕ヲ過キ將ニ知命ニ至ラントス」る人で「未タ嗣子ヲ擧ケス將タ數子アリシト雖モ皆不幸ニシテ夭折シ又其一ヲ餘サ」ぬ者にあつては、「身體衰へ精神枯レ復タ生業ヲ營ムニ堪ヘス貧ヲ訴ヘ急ヲ告ル」場合にも「之ヲ恤ムノ親ナク之ヲ顧ルノ人ナク假令千貨萬寶積ンテ山ヲ爲スト雖モ之ヲ傳フ可キノ子孫ナケレハ」いたずらに他人の所有に歸するのみであろう。それよりは「寧ロ貨寶ヲ捨テ室家好合九族和樂ノ快ヲ買フニ如カス且ツ其身一旦黃泉ニ歸セハ其家爲メニ斷絶シ千世ノ後之レカ祭祀ヲ奉スル者ナカラシレ豈人ノ欲スル所ナランヤ」「故ニ法律ニ於テ他人ヲ養フテ已レカ子トナスコトヲ許シ以テ其後ヲ嗣キ其祭典ヲ舉行セシメ」ようとするのである。次に、「世間ノ情態」をみると、「子ヲ擧ルノ數富人ニ寡フシテ貧者ニ多」い傾向がある。「果テ然ラサル可シトスルモ亦均一」であらう。「中産ノ者猶往々多子ニ苦ム況ヤ身生計ニ窮スル者ニ於テオヤ何ノ餘資アリテ其子ニ衣食シ且ツ教育スルヲ得シニ於テヤ墮胎棄兒等ノ弊」が生するのであり、この悪弊をとりさり、「以テ貧者ノ子富者之ヲ養フテ其後ト爲スコトヲ得セシメン」とするのが、第二の目的である。

わが國の現状を観察すると、「養父養子トナルニ別ニ規則アラサルヲ以テ（管轄區ニ出願スル等ノ外）或ハ四五十年ニ至ラスシテ他人ヲ養ヒ或ハ丁年ナラスシテ人ノ養子トナルコト」ができるが、それは畢竟「上文述ル所ノ目的ニ外ナラ」ないであらう。「一家ノ流絶

ヲ憂ヒ養子ヲ爲ス」のであるから、「其養子タル者養家ノ繼續ヲ謀ラ」なくてはならぬ。

彼は以上のように説いた後、さらにフランス養子法の解説にまでおよぶのであるが、養子制度を素直に是認し、いささかの疑問をも抱いていないのは、當時の一世論を代表する見解であらう。

「法律雜誌」には、その後も、刑法および民法の分野に關して有益な論考がすくなくはないが、前記の養子問答があつてから一年餘りを経た十二年六月、同誌第七十三號は藤正直（在東京）の投書論文「養子説」を巻頭に掲げた。

はじめに、「養子トハ何ソヤ」について二・三の定義をあげた後、「今日本ニ行ハル、所ノ養子ノ制ニ就テ」みると、「他人ノ間ニ父子ヲ想像シテ眞父子ノ間ニ於ル天成ノ權利義務ヲ互ニ行ハシムルヲ旨トスル民事上ノ契約ヲ云」とする義解が、「先ツ允當ヲ得タルモノ」であらう。そして「養子ナル者」は、「固ト天理ノ止ムヲ得サルニ出テ、而モ慣習ノ久シキニ成ル者ナリ」と説き、「不幸ニシテ……一子ヲ設ク」ることができなかつたり、あるいは「一子ヲ擧ケタルモノ不慮ノ災厄」によつて「之ヲ鬼籍ニ上ラシメタル」ことは、「人間不幸中ノ不幸」なるものであるが、この場合に、「他人ノ子ヲ養ヒ以テ嗣子」とするのは「人間幸中ノ幸」ではないだろうか。こうしてこそ、「天理ヲ全フ」した者といふべきで、「天理ノ止ムヲ得サルニ出ルモノ也」という「所以ナリ」とする。次に、外國の例を引いて「養子法ハ慣習ノ尙シキニ成ル」證明とした後、

斯ク已ニ養子法ノ性質ヲ論定シ又其慣習ニ成ルコトヲ引證ス因テ爰ニ其利害ヲ論究セントス蓋シ其利害タル各國慣習ノ異ルヲ以

テ從テ之ヲ論スルニ亦自ラ異殊ナキヲ得ス故ニ盡ク實際ノ利害ヲ
 擧ケテ之ヲ論究セルニ由シ無シト雖トモ其利益ノ顯著ナルモノ、
 如キハ前已ニ論究セルヲ以テ亦之ヲ復ヒセス……其弊害ノ顯著ナ
 ル或ハ妻帯ヲ嫌疑シ爲メニ婚姻上ニ影響ヲ及ホスコトアリ是レ恐
 クハ歐洲諸國ニノミ行ハル、所ノ弊害ナラン
 と結んでゐる。

これによれば、子のない場合に養子をむかえて嗣子とすることは
 「人間幸中ノ幸」であり、「天理ノ止ムヲ得サル」ところである。ま
 た養子制度は久しい年月の産物であるから、急にこれを禁止するこ
 とはできず、よしその弊害があるとしても、外國のみにみられる現
 象であろう、として、わが國における養子の存置を肯定しているの
 である。それはあたかも、「我國養子法ノ如キハ決シテ人理ニ悖ル
 者ニモアラズ」「養子……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頼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スベケレ焉ゾ此古來ノ良
 法習慣ヲ禁センヤ」(『朝野新聞』明治九年三月十九日付論説・習井
 捨次)という「人情論」を思いおこさせるものがある。

この「養子説」が發表されてから間もなく、當時の有力雜誌に、
 遺産の處分をめぐる習慣からの脱皮を企圖した主張が二・三あら
 われた。

十二年十月、沼間守一⁽⁷⁾の指導下にあり、東京における「民権運動
 の母體となつて最も活躍した」(『嚶鳴社』)の嚶鳴社は、その機關誌として「嚶鳴
 雜誌」を創刊したが、その第一號には、山川善太郎の「遺産處分論」
 がある。

翌年一月、發會式をあげて誕生した交詢社は、二月より「交詢雜
 誌」を發行しはじめたが、その第十一號(十三年五月)には、「遺産
 處分法ノ問ニ答」⁽⁸⁾えた津田純一・増島六一郎・相馬永胤・目賀田種
 太郎の論説があり、その末尾に、「我國遺産處分ノ制」試案を掲げ
 た。さらに同誌の第三十號・第三十三號(十三年十一月―十二月)
 は、森下岩楠の「一子相續ノ法を廢シ衆子相續ノ法ヲ設クベキノ論」
 を載せ、その主張を展開させてゐる。⁽⁹⁾

これらの遺産分割相續制の提唱は、「法律志叢」⁽¹⁰⁾上において(十
 四年二月―三月)、榎本義路が「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」「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
 ノ習慣ヲ廢止セザルベカラズ」と説いたように、養子制度廢止論へ
 の途を開いたもの、と考えてよいであらう。

十六年三月、「法律雜誌」第三百號・第三百三號・第三百四號に
 連載している松井三竿の「婚姻養子ノ説」⁽¹¹⁾は、直接には養子の存置
 問題を採りあげたものではないが、養子縁組の法律上の性格を論じ
 ている點が注意をひく。

先ず、「婚姻養子ハ皆契約ニシテ男女相會ヒ夫婦ノ義ヲ結フ之ヲ
 婚姻トイヒ老少相密リ親子ノ交ヲ結フ之ヲ養子トイフ」と記した後、
 其契約タルニ於テハ他ノ貸借買賣交換等ト異ナルコトナシ總テ
 契約ヲ適正ナラシムルニハ結約者双方ノ意思相合シ所謂承諾ナ
 ルモノナカルヘカラス是レ自然ノ原則ニシテ成文法ノ有無ニ拘ハ
 ラス理ニ於テ然ラサルヲ得サルコトナリ然リト雖モ何レノ國ニ於
 テモ成文法アルトキハ唯承諾ノミヲ以テ足レリトセス契約ノ種類

ニ從テ各其法式ヲ定メ而モ之ニ循フトキハ其契約ヲ適正ナラシメ
然ラサルトキハ之ヲ無効ナラシム是レ文明各國ノ通例ナリ

然ルニ我國ニ於テハ民法未タ立タス而モ他ノ法律ハ稍ヤ備ハル
ニ至リ爲メニ却テ疑議ヲ生スルニ至レリ即チ刑法ニ據ルニ親屬例
アリ子孫其祖父母ニ對スル罪アリ有夫姦ノ罪アリ本夫姦所ニ
於テ姦夫姦婦ヲ傷スルノ宥恕アリ重婚ノ罪アリ又治罪法ニ於テ
モ民事擔當人無能力者證人等ニ關スル規則アリ夫婦タリ父子タル
ノ身分ハ是等ノ事件ニ付キ最モ明瞭ナラシメサルヘカラスト雖モ
婚姻養子ハ唯承諾ノミヲ以テ成立スヘキモノナルヤ將タ他ノ法式
ニ循フトテ始メテ成立スヘキモノナルヤ詳ナラサルナリ

とし、「我國ニ於テハ婚姻養子等ハ之ヲ意合ノ契約トスヘキヤ將タ
正式ノ契約トスヘキ」かについて検討しなければならぬので、「余
ノ考フ所ルニテハ婚姻養子ノ契約ノ性質ハ意合ノ契約ニシテ正式ノ
契約ニ非ラス」と結論し、その根據とするところを詳説するのであ
るが、主として婚姻の場合を對象として論を進め、「養子ニ付キ親子
タルノ身分」に關してほとんど觸れていないことを遺憾とするが、
それは、婚姻と養子とを、法律上の「契約」としては同一性質のも
の、と考えたためであらう。それはとにかく、養子の法律的性格を
論じている點は、當時として珍しい所見といわねばならない。

(1) 手塚論文・五五―五六頁参照。

(2) 「法律雜誌」は、當時の法律關係誌としては珍しく表題の變
更もなく、かなり長期間にわたつて定期的に發行された。初代
編輯長は金丸鐵であつた。

(3) 「法律雜誌」二〇號八頁以下(一二年二月)、二四號七頁以下

明治前期における養子論

(同年三月)、二五號七頁以下(同年四月)。

(4) 因みに、河津農軒の解答は次のとおりであつた。

「甲家乙ノ爲メニ丙ヲ娶ル乙ハ甲家繼續ノ爲メニ丁ヲ生ム丁ハ
即チ甲家ニ屬ス可クシテ甲ト二等親ノ義アリ故ニ其父乙死歿シ
若クハ事故アリテ甲家ヲ去ルト雖モ丁ハ終始甲姓ヲ稱シ其家ニ
止ル可シ是ヲ以テ我國ニ於テハ甲ト乙丙トノ情相熟セスシテ乙
丙ヲ離縁スト雖モ甲ハ丁ヲ乙ニ附シテ更ニ他ノ子女ヲ養ハント
謂フコトヲ得ス乙丙ハ亦丁ヲ携ヘテ去ラント謂フ可キノ理ナ
シ宜ク丁ヲ止メテ相續セシムヘシトス」

(5) 「法律雜誌」七三號一頁以下(一二年六月)。

(6) 手塚論文・五五頁。

(7) 沼間守一の傳記として、石川安次郎「沼間守一」(明治三四
年)がある。

(8) 高坂正顯「明治文化史・思想言論編」五七九頁(昭和三〇
年)。

(9) 創刊當時は、末廣重恭の校閲、吉田次郎の編輯であつた。
最初は求友社より發刊されていたが、約二年後の十四年八月に
は、これを嚶鳴雜誌社と改め、この時より青木匡が主幹となつ
た。十六年に「東京輿論新誌」に吸收・合併された。

(10) 「嚶鳴雜誌」創刊號一三頁以下(一二年一〇月)。

(11) 「交詢雜誌」は、十三年二月に第一號を刊行した。當時は、
幹事・小幡篤次郎、校閲・阿部泰藏、編輯・四屋純三郎であつ
た。交詢社創立のいきさつならびに發會式の狀況は、同誌創刊
號に詳しい。なお、「慶應義塾七十五年史」一五五頁以下(昭和

七年)。

(12) 「交詢雜誌」一一號一頁以下(一三年五月)。その當時、慶應義塾には夜間法律科があり、増島をのぞく他の三名はその講師であつた。連名の回答は、その關係からであつたろう。

(13) 「交詢雜誌」三〇號一頁以下(一三年一月)、三三號一頁以下(同年一二月)。森下岩楠は、津田純一と共に、交詢社創立事務委員のひとりであつた。

(14) 手塚論文・五六頁。

(15) 「法律雜誌」三〇〇號一頁以下(一六年三月)、三〇三號一頁以下(同月)、三〇四號一頁以下(同月)。

(16) 執筆者の松井三竿は、婚姻における戸籍登記にふかい關心をいだいていたものようである。その觀點よりみれば、示唆に富む個所がすくなくない。

三

明治十七年九月、山田喜之助は「家族制度的桎梏から個人を解放する」ために養子制度否認論を唱えたが、翌十八年六月には、福澤諭吉の「日本婦人論」が「時事新報」に連載され、その社説欄をかぞつた。

福澤が、「日本の産んだ最も偉大なる思想家」であり、「近代日本の精神上の父ともいふべき大きな歴史的地位」を占めていることは、いままら筆者が喋々するまでもないが、すでに明治七年出版された「學問のすゝめ」第八編において、一夫多妻の陋習を非難して「一夫にて二三の婦人を娶るは固より天理に背くこと明白なり。これを禽

獸と云ふも妨なし」と痛論した彼は、今また「日本婦人論」の一節をかりて、わが國古來の「家」に由來する養子の惡弊を指摘したのであつた。

彼はいう。「日本古來の習慣として家の系統なるものを重じ、其重大なるは嘘へんに物なきが如くにして、流弊遂に養子の流行を致し、子なき者は實の血統を絶ちても養子養女の法に由り家の空名のみを存する者多し。尙甚しきは其家族は死絶えて血屬の子遺なく、家も益にして財産なきのみか家屋さへなくして、家の空名の外無一物なるものにて、家は則ち家にして戸籍上これを一戸と云ふ。子孫に非ずして子孫と稱し、戸なくして戸と名く。人間世界稀有の習慣にして識者の常に恠しむ所、我輩も素より其不都合を知る所のものなり」と。

この個所につづいて福澤は、養子の「風を一新するに兼て尙一步を進め、我輩の心に思ふまゝの所望を述べれば單に左の如きのみ」として、たとえば、畠山の女と梶原の男とが結婚すれば、兩者の姓より一字ずつをとつて「山原」という「新家族」となるのはどうであるか、といつた「當時としては破天荒な小家族制度の提唱」をしている。

さてここで、福澤と、過ぐる明治九年の東京における新聞の論説欄にあらわれた養子論争との關係——とくに「郵便報知新聞」との——について考察してみたい。

すでに手塚教授が紹介されたごとく、「朝野新聞」の養子賛成論(九年二月七日付)に反駁した「郵便報知」の論説は(同月九日付)、「養子反對論の代表的なもの」であつたが、この當時、福澤が「郵便

報知」に對して背後よりこれを援助していた事實に注意すべきであらう。

この前年、福澤の推薦で「郵便報知」に幹部として入社したのは、慶應義塾を七年に卒業した藤田茂吉・箕浦勝人・牛場卓造の三人であり、ただちに藤田は主筆、箕浦は論說主任の要職に就いたのであつた。同社には、栗本鋤雲がいたが、彼は編輯主筆として第一線からは遠ざかつていた、と傳えられる。したがつて、そのころの「郵便報知」紙上に掲げられた論說には、直接・間接に福澤の指導があつたことは想像にたたくない。「朝野新聞」に反論した養子制度否認論も、實は福澤の影響をうけたものではあるまいか。とすれば、すでに明治九年のころから、福澤は養子の弊害を感知していた、とも推測できるのではなからうか。

なお、「郵便報知」の養子反對論の執筆者について、手塚教授は「栗本鋤雲か藤田茂吉の筆に成るもの」と述べられているが、栗本は前記のとおり論說擔當からは退いており、藤田は、筆禍事件のため八年十二月二十八日に禁獄二ヵ月・罰金二百圓に處せられている。されば、九年二月九日の發表にかかる養子論は、箕浦が書いたものではなからうか、と筆者は考へたい。

福澤の薰陶をうけた箕浦の手によつたものとすれば、この論說が、「従来の傳統的家族制度からの脱却を志向」しつゝ、「長子單獨相続と結合する養子制度に對して反對」した「代表的なもの」であることは、むしろ當然であつたらう。

福澤の「日本婦人論」が世にでた前月の明治十八年五月、岸本辰雄は明治法律學校の機關誌であつた「明法雜誌」において養子制度

に反對の見解を示したが、翌十九年十月の同誌は、その第二十二號・第二十三號に「養子法は法理上存すべきものに非ず」と題する討論筆記を連載したのであつた。すでにこれについては、青山教授の記述があるが、教授はこの討論會における谷山直太郎と光妙寺三郎の養子否定の發言のみをあげられるにとどまつてゐる。以下においては、教授の引用されなかつた養子肯定の意見を紹介してみたい、と思ふ。

先ず、第一席として谷山直太郎が立ち、與えられた命題に對して賛成する旨を述べた後、石田仁太郎・河野和三郎の兩名は相次いで反對意見——すなわち養子制度擁護論——を主張した。

(第二席) 石田仁太郎君 曰く余は實に本問題に反對を試みんとするものなるが先づ此の養子と云へる事柄に就て生ずる弊害と及び利益とを瞥見したる上にて法理の如何をも穿索することとなすべし此の養子の方法は今日に於て殊に弊害を生じ居るものなり先づ其第一は社會の安寧維持に關はることにて全國の壯丁多くは兵役を避けんが爲め養子の虚名を借ること第二は貧富の不平均にして貧者は貧者互に伍をなし富者又此れに安じて動かず貧家は終古貧ならざるべからず富家は終古富ならざるべからざるかの如き實跡を今日に存し居ること第三は人の自由に關はることにて殊に赤子の頃より養ひしものと雖愛情の念之しきが故養親子は互に打解くると云ふことなく義理づくの住ひにて實に大切なる人の自由を妨げ居ること養子の弊害と云へば大概右に申せし三个の外に出さるべし實に此の弊害たる傷はしき次第なりとは申せ其此れを除かんと思はれざるにはあらざるなり夫れには法律上よりして

種々養子をなすに就ての條件だに設くるときは格別困難のこととは思はれざるなり又經濟上の議論となりて資本分配の説の如きは相續法だに改むれば可なることにて別段本問題に關係を有せざるなり要之に一國の法律なるものは其國の人情風習等を汲んで此れを定むべきものにて只理論の固まりを以て法律となすこと能はざることなれば兎に角今日の社會に必要として行はれ居る養子法の如きも少しは理論上に嫌ひあるにもせよ此れを矯めて弊害なき時にさへなざしめ得ば何とて殊更らに之を禁すると云ふが如きことを要せんや蓋し佛國の如きも革命後初めて起り獨逸の如きも當世紀に至り行はれしと聞けば決して輕忽に論過す可らざることなりと信するなり

(第三席) 河野和三郎君 曰く余も亦反對者の一人なり元來養子とは因縁なき他人同志の間に親子の關係を形造くるの事柄を申すなり此の親子の關係を形造くるには種々の念慮よりするものなるべしと雖其一世に稼き溜めたる財貨を貯蓄せんと念慮の如きも亦少しとなさるべし左れば若しも自然に生れたるもその外養子の方法にて親縁を形造くることを許さずと申す様のこととなさば人々の希望心も薄らぎ其獎勵心も亡ぶることなるべし此くの如くにして人逸樂せば如何で此の社會の保たるべきぞ曾て我が貴重な岸本講師の相續法を講ぜらるゝや養子なるものは自然に生せしものにあらずれば其親の財産は此れを分派なすを以て至當とすと論せられたるが如し然れ共若し此の如くなすに至らば子なきものをして自暴自棄の念慮を生せしむるに至るべし要するに此の養子と云へることが此の世の中に何程の害をなすものなりや試みに此

れを考ふべし一も其害として此れあるを見ざるなり然らば何を好んで此れを禁せんなどと騒ぎなすや實に其意を解する能はざるなり然れ共此の養子の方法に就ては何程かの取締りを設くべきは又必要の事にして養親たるべきものの年令及び養子たらんとするものの年齢等には夫々制限を施すこと適當のことなるべしと信す何となれば前後の辨別も附かざる中に其身を他人に與らるるが如き最も人の自由を害ふの甚たしきことは實に今日迄目撃し來る處なればなり

この二つの養子賛成論があらわれるにおよんで、谷山はふたたび立ち、かきかえて養子制度の「決して此の世の中に存すべきものにはあらざる」ゆえんを説いた。谷山のこの發言は、青山教授の引用に洩れているので次に掲げる。

(第四席) 谷山直太郎君 曰く余は已に第壹席に於て少しく余の持説を主張し置きたるに其後一二の反對論者も出たること故再び茲に起て前説を確かめんと欲するなり石田君は凡て法律なるものは人情風俗の寫眞とも云はれたるもの故人情風俗にさへ叶ひ居るときは是非も顧みるに及ばずと陳べられたり然らば暴戻慄悍の世には人皆人を殺し物を掠むるを以て常となせしが故此の世の中には人を殺すべしとの法を設くるも亦妨げなしとするか若し今の世の中にも自己の慾情を恣にして世の檢制を受けざるは普通人情の集まる處なるを以て其情慾を恣にすべしとのことを原則となし得るか凡て世の法律てふものは少しにても正理に合せんことこそ肝要なり何ぞ人情風俗にのみ此れ因循するを要せんや又石田君は養子法と相續法とは別種のものとして申されたれ共千歳の後までも家

名を傳へんとて子を養ふは即ち千歳の後までも此の財産を遺さんとの精神より出でしに外ならざるなり左れば養子と相続のことは關係なしとは得云はれざるなり且つ此れを法理上より云へば吾々は其生きつゝある間こそ如何にも處理し得ることなるべし死せし後には此の家は此くなし此の財産は此くならずべしと云ふ如きことにまで干渉し得べきものならんや而して養子の方法たるや此の如き自然の爲すまじき事柄を犯すものにして決して此の世の中に存すべきものにはあらざるなり

この發言の後、光明寺三郎は、谷山の所論を應援するかのごとく「養子の制度は貴族主義に基けるものにして……此を禁絶するより外はあらざるなり」とする否認論を開陳したのであつた。

なお、第三席の河野の論辯中に、「曾て我が貴重なる岸本講師の相續法を講ぜらるゝや」云々とあるのは、手塚教授の紹介された、岸本辰雄の「相續論」を指していることはいふまでもないであらう。

(1) 手塚論文・五七頁。

(2) 「日本婦人論」は、十八年六月四日より同月十二日まで、前後八回にわたり「時事新報」社説として發表された。

(3) 家永三郎「近代精神とその限界」一七一頁(昭和二五年)。

(4) 「福澤諭吉選集」(第一卷)一五二頁(昭和二六年)。

(5) 「福澤諭吉選集」(第五卷)二八一—二九頁(昭和二七年)。なお、原文は、漢字片假名交りの文體である。

(6) 前掲書・二九頁。

(7) 前掲書・二九頁。

(8) 中村菊男「近代日本と福澤諭吉」二二二頁(昭和二八年)。

明治前期における養子論

(9) 手塚論文・五一頁。

(10) この事實に觸れたものとして、たとえば、久保田辰彦「廿一大先覺記者傳」一六三頁(昭和五年)、青木武雄「報知七十年」一〇七頁・一五三頁(昭和一六年)、前掲「明治文化史・思想言論編」五五七頁などがある。

(11) 藤田・箕浦は七年の正則卒業で、牛場のみは同年の變則卒業であつた。なお、藤田の経歴については、前掲「廿一大先覺記者傳」一六三頁以下、「交詢雜誌」四四八號二六頁以下(明治二五年八月)など参照。

(12) 栗本の経歴については、「明治文化全集・外國文化編」解題・八頁以下(昭和三年)および前掲「廿一大先覺記者傳」四五頁以下参照。なお、栗本は、福澤の主義主張に大いに共鳴していた、という。

(13) 手塚論文・五五頁。

(14) 小池洋二郎「日本新聞歴史」明治文化全集・新聞編・三〇頁(昭和三年)。なお、藤田は自宅禁錮であつた、とする説が多いが(たとえば、前掲「廿一大先覺記者傳」一七〇頁)、筆者は、藤田は平民であるゆゑに監獄に入った、と説く宮武外骨氏の見解に賛意を表したい。「明治筆禍史資料」〔四〕新舊時代第一年四冊三一頁参照。

(15) 手塚論文・五五頁。

(16) 手塚論文・五一頁。

(17) 因みに、植木枝盛の投書「猿人政府」が、「猿人君主」と改題の上、「郵便報知」に載せられたのは、同紙が養子否認論を掲

げた数日後の、九年二月十五日のことであつた。

(18) 手塚論文・五八頁。因みに、「明法雜誌」は、十八年二月に明治法律學校より創刊されたが、第九十九號(二三年一月)から「法政誌叢」と改題された。

(19) 「明法雜誌」二二號一二三頁以下(一九年一〇月)、二三號一六七頁以下(同月)。

(20) 前掲「我國に於ける養子制度否認論」六五頁以下、前掲「我國に於ける養子反對論について」日本家族制度の研究・一四〇頁以下。

(21) 前掲論文・六六頁、前掲書・一四一頁。

(22) 「明法雜誌」四號一頁以下(一八年五月)。この續論は、同誌・八號(同年九月)、九號(同年一〇月)に連載されている。なお、手塚論文・五八頁。

四

明治二十年六月四日、帝國大學で開かれた國家學會の席上で、鳩山和夫博士は「一箇人」という論題のもとに戸主制の廢止を説いたが、あたかもそのころ、土佐派自由民権家の機關紙「土陽新聞」においては、植木枝盛が「家」制度改革論の雄辯を展開していた。同年九月三日より、同紙の社説欄に掲載された「養子論」もそのひとつであつた。

自由民権運動の立役者のひとりであり、またその最高の理論家であつた植木については、さきに家永三郎博士が「革命思想の先驅者——植木枝盛の人と思想——」なる著作を公けにされ、いわば埋れ

た思想家であつた彼の全貌を明瞭にされたのであるが、筆者はこの書のもつ價值を高くみとめ、本誌前號につたない紹介の機會をもつた。したがつて、彼に關する詳細は家永博士の論述にゆずることにして、ここでは、彼が「養子論」を執筆するにいたつた経緯を簡単に記しておくにとどめる。

植木が「自由民権運動の指導者として第一線に立つて政治運動」に没頭した、「彼の生涯の最も光輝ある時代は、明治十七年十月の大阪における自由黨の解黨によつて、大きく轉換せざるをえなかつた。翌年三月、高知に歸郷した彼は、同年九月「土陽新聞」に返り咲いて、「海南のはてからふたたび筆陣を張ることとなり、これ以後、連日のように同紙の社説を書きはじめた。その後、二十一年四月に高知をはなれ、大阪に赴いてふたたび政治活動に入るまでの約二年半は、彼が「思想家としての才能を十二分に發揮して、筆の戦いに全力を集中することができた」時期であつた。この期間に、「土陽新聞」紙上に次々と連載された彼の「家」制度改革論は、今日なお注目すべき内容をもつており、その現代的意義を見逃すこととはできないであらう。

次に紹介する「養子論」は、彼の「家」をめぐる一連の諸論案のひとつであり、養子廢止論として重要視すべきもの、と考へる。

先ず「少しく概論を爲し置く」として、養子の定義・目的について若干の説を掲げた後、その歴史にうつり、「羅馬の時代」の養子法より「佛蘭西」におよび、「通常の養子」「特別の養子」「遺囑の養子」のそれぞれについて詳しく述べている。さらに諸外國の養子制度を概観した後、わが國における養子に對象を轉じ、戰國時代を経

て「封建の時世」になり、養子の風習が盛んになる推移を明らかにしている。以上のごとくみてきた後、彼は養子制度に對する所見を表明するのである。やや長文にわたるが、明治二十年九月十五日より同月十八日までの、四回に分けられて掲載された箇所を引用する。

(明治二十年九月十五日)

右に開設したるが如き次第にて日本の如きは古來養子の風習を蔓延せしめたる因由事項の甚だ多しと謂はざるべからず、而して今日に至りては彼の封建時代と比較せんには事物の變革せしこと一にして止まざるにも拘はらず養子の事の如きは未だ顯然として大に其數を減するに至らず猶ほも其事の民間に行はるゝこと隨分多きは蓋し習俗の甚た久ければなり

然るに吾輩を以て之を觀れば縦ひ我國の如しと雖も最早今日に至りては決して昔日の如くに養子の必要を感じすべき仔細なきに至りしなり、(第一)國家の上より之を云はんにも我國は未だ全くに聚家成國は一變して聚人成國と爲したるにこそ無けれ、幾分か此の方向を取りしことさへありて而して少しくも聚家成國にて無ければならぬと云ふの事由あらざるなり、吾に其事由あらざるのみならず、今は已に聚家法を一變して聚人法に改めざるべからざるを感ずる位のことなれば養子の事の如きも隨て何等の必要あるを知らざるなり、蓋し家を聚めて國を成すことを必するの時に於ては家は即ち國の分子なるが故に成るべく家を惜まざること能はずと雖も已に一進して人を聚め國を成すべきの場合となれば人の消長こそ乃ち國家の運命に關係をも及ぼすべけれ、家の起廢は敢て國家の組織に影響を及ぼすことあらざるなり

ウエベリーム氏の「ヒロソフキジンドロハ」に曰く夫れ養子の事たる造化自然の法に非らずして人爲の制に係ると雖も畢竟其假定の親族を設くるや其天然父子の例に倣ふて之を制定せし者たること疑ひなし而して此制たる彼の一家を以て一國政體の一部となすの國に非れば其趣意を解すべからず云々

(第二)一家の上に就て之を察せんにも彼の封建制度は早に已に墮頽したることなれば士は猶ほ士族の名稱をこそ帶ふれども是只だ舊名の存すると云ふに過ぎず而して家祿は已に公債と成りて全く其各人の私有に歸したれば彼の昔日の如く正當の嗣子あれば異儀なく跡目相續被仰付れども相應の嗣子無きに於ては家名斷絶して家祿を召上げらるゝなど云へる次第は決して之れ無きなり、然れば是に就きても今日は復た養子の必要あらざるなり(第三)彼の戰國の時分に行はれたる如き人の國を取るべき計策に出で、我子弟を他へ養子に遣るなど云ふことは今日は夢にも見ざることなるべし(第四)彼の隱居と云ふ一事の如きも畢竟甚だ天理に稱はず人道に合はず而して最も卑屈なり最も懶惰なり、何んとなれば則天の人を造る之れに四肢五官を備へ之れに靈心靈才を備へ其れをして成る丈け活動せしむる譯なれば人たる者にして已れ未だ全くに朽廢したるにもあらず猶ほ幾分にて爲すこと有るの身心を抱きながら自から世事を抛つて隱居することは甚だ謂れ無きことなればなり、左ればこそ此事の如きも今日は早く已に一掃すべき筈なれ、果して然れば舊來之れが爲めに養子を催がされたる事情の如きは今日は既に消除したりと謂はざるべからず

(明治二十年九月十六日)

唯り祖先を祭るの風習の如きは昔日と雖も今日と雖も未だ大に變換したりと云ふにはあらざれども是れも其人が崇尙する所の道德の立て方、其人が信仰する所の宗教の教へ方によりて大に其思想に變易を來たすこともあるべし、吾輩を以て之を考ふるは大に昔日と趣を異にする者あるべし、吾輩を以て之を考ふるも人たる者にして實子なきに當り養子を爲してなりとも祖先の祀を絶たざるやうにせざるべからずと云ふは解すべからざる事と信するなり、況んや單に家柄を重んずるとか單に血統を愛するとか云ふが爲めに實子なき者必しも養子を爲さざるべからずと云ふは決して道理を尊ぶ者の爲さざる所なるべし

且又日本に限る事にはあらざれども或は自分の愛好する人に其財産を讓與するの望みを達せんとするより養子を爲す者もあれども此の如き希望は養子を爲すに非ざるも他に其便法あるべきなり、ペリニウム氏の論する所に曰く「蓋し養子を以て己れの愛する人に其財産を讓るの望みに應ずる者とせん乎斯くも道現に悖りし迂遠の方法を用ふるを要せず而して遺囑の方法以て之を行ふて可ならんのみ」と或は養子を以て子孫なき者をして子孫を有するの榮を得せしめんとするが爲めなりと云ふ者も無きにあらざるべし、而して是の事の如きも吾輩の決して取らざる所なり

我日本の如き國と雖も時世の變遷、制度の改革等によりて養子の必要を失ひたることは以上に説述する所を以て大略之を知るに足るべし、而して吾輩は猶之を天地に考ふるも未だ養子の天理に稱ひ人道に合ふことを認むる能はざるなり、甞に然るのみにあらず、此風習をして甚だ蔓延せしむるに於ては或は人をして憐悻心

を發せしめ或は婚姻の制度を害するに至る等のことあるべし、何をか憐悻心を發せしむると云ふ乎、人の子弟たる者自から辛苦して財産を作り立身の工夫を爲さんよりも寧ろ善き向處へ養子に往くの簡便なるに若かずと爲し汲々として之を搜索するに至ることあればなり、何をか婚姻の制度を害すると云ふ乎、ムールロン氏の所論に曰く「養子を爲すの事は未だ曾て婚姻を行はざる者に嫡出の父たる利益を得せしむるに因り若し容易に之を爲すを得べきときは蓋し婚姻の制度を破壊するに至るべし」云々と其他直ちに養子其物の弊害と稱すべきにはあらざるも茲に養子の事ある社會と其之れ無き社會とに於ては左の如き不同の結果を生ずべし、蓋し其世に於て養子の風習なしとせん乎人たる者死するに當て財産を讓るべき嫡子無ければ之を社會に投ずるの決心を爲し易きなり、然れども養子の風習あるに於ては適ま財産を讓るべき實子なきも更らに養子を爲して之れに其財産を讓ること爲るなり、社會の爲めに之れを考ふれば養子なきをこそ望むべけれ、我が東洋の如く世の人たる者にして公共の精神に乏しく社會を愛するの義心に薄く寧ろ家を以て人の爲めの家なりとせんよりも人を以て家の爲めの人となし、徒らに財を積んで子孫に遺すことを知りて之を公利の爲めに義捐するを知らざるやうの有様ある國處に就ては最も養子の行はるゝことを望まざるなり

(明治二十年九月十七日)

我が日本の如きは古來養子の風習甚だ蔓延して其事の世に行はるゝ頗る多きにも拘はらず、之を法律上に察するときは今日に至りても其規則極めて疎略にして絶えて之を制限するに足るものな

きが似し、養子に就て主たる規則と云はゞ明治六年一月を以て布告せられたる

自今華士族平民互に養子取組不苦候事

との令あるのみにて、他には唯だ其養子の相續に關し或は某事の手續に關し多少の規則あるに過ぎざるなり、但し我國と雖も追て民法の編纂あるに至れば隨つて養子の事も亦嚴密の條項を置かるにこそ相違なかるべけれ、吾輩は今日に當り暴かに養子を嚴禁するの法律を設くべしと云ふにあらず、然れども法律に於て之を定むる以上は成るべく之を制限するの可なるを信するなり

曰く然らば之を制限するには果して如何なる條件を以てすべき乎、吾輩は今此篇に於て詳細に意見を開陳するには違あらずと雖も彼の佛國などの民法にも定むる如く養親たるべき者の年令に制限を設くる事、養子を爲すには其當時實子あることなく及び他の卑屬親を有せざる者に限るとする事、養親と爲るべき者は養子と爲るべき者よりも十五年以上の年長たらざるべからずとする事、養子と爲るべき者は必ず丁年に達する者たらざるべからずとする事、などは尤も其先なるものと信するなり、抑も養子を爲すの趣意は其之を爲す者に於て各多少の差異なきにあらすとも雖も之を要するに老て子なき者の爲めに行ふことなれば其未だ老年にも及はざるに當て早くも養子を爲すと云ふは不都合なり又其人體の強弱健全は各其人によりて不同なきにあらざるも概して未だ知命をも過ぎざる間に於ては猶ほ能く子を擧ぐるの望なきにあらざれば未だ此境を過ぎざるほどの者に養子を許すは不可なり、而して佛國の如きに在ては若しも年令に制限を置かざれば民人たる者或は

結婚を避くるの弊なきにもあらざるを恐るゝなり佛國に在て其年令を限り必ず五十歳以上たるべき事と爲したるも宜べなりと謂ふべし年令に制限を設くるは甚だ當然のことと信するなり

(明治二十年九月十八日)

元來養子の事たる天地自然の道理に本づくにあらざりして而して續かに便宜を以てする所以たるのみ然らば其人にして眞に實子も無く他の卑屬親も然ればこそ之を爲すことなれども苟も子孫の在る有れば決して養子を爲すことを要せざるなり、彼の封建の時代に當ては隨分實子のあるにも拘はらず養子を爲したる者も有りしなり、其托言する所に曰ふ實子某は病氣ありて公務に堪えずと、畢竟士族に於ては君へ對して御奉公をするの勤めありしゆえに爾かく托言することも有りつれ、今日に在りては右の如き托言を以てせんとするも由なきなり

夫れ養子の事たるは人意に出づるに相違なしと雖も苟も其一を以て親と爲し其一を以て子と爲す以上には其年令の差に於ても大抵天然なる親子を比準に取らざるを得ざるべし、而して天然の親子に於ては凡そ其年令に十五以上の差あるを常とするなり然るを養親と養子との間に於て其年令に十五以上の差もなきことは不都合に非ざるを得んや

他人の爲めに養子とせらるゝは必しも不利益と極りたるにあらざ然れとも又必ず利益と極りたるにあらざ養親の家柄人柄によりては利益を感じるもあるべけれども頗る不利益を感じるもあるべし、左れば養子と爲るには已に丁年に達し一通り思慮分別の付きたる上にて之を爲すに非ざれば不可なり、佛國に於ては養親たる

べき者に要する條件中に更に「惡名なき事」との一則を加へあることなれば、縱ひ未丁年者にして其親の爲めに他へ養子に遣らるゝことありとするも必しも全くに惡名ある人の養子とせらるゝことは無かるべけれども、若しも果して然るが如きことの有らんには、其他に於て如何なる事情によりて如何なる家に遣らるゝか、決して測るべからざるなり、故に之を保護せんとすれば、丁年に達する者たるべきの條項を設くることの已むべからざるなり。

右等の個條の外に於ても、或は養親と爲るべき者にして配偶者あるときは、即其配偶者の承諾を得るを要するが如き、或は養親と爲るべき者は其養子と爲るべき者の幼年中六年間絶えず之を資助照管したるの事實あるを要するが如き、養子と爲るべき者は他の養子に非ざる者に限るが如き、若し二十五歳以下たるに於ては、其實父母の許諾を得べく二十五歳以上たるときは、其意見を問ふべき事との條項を設くるが如きは、孰れも參酌すべきことと信するなり、然れども養子の事の如きは、自から總體の親族法と相關係する次第なれば之を詳論せんとすれば、隨て親族法總體をまで通考し置かざるべからず、豈にそれ容易の事ならんや。

然れども養子の事たるは、已に數日の紙上を以て論述したるが如く、決して道理に慥ふたる譯にあらざれば、社會の人々に在ては成るべく養子の風習を棄てんこと、吾輩の大に希望する所なり。

植木は、「養子論」を公けにした二年後の明治二十二年八月、「國民之友」誌上に「如何なる民法を制定す可き耶」と題する論説を寄稿し、民法において彼の特論の實現されることを要望したが、その中で、「子なければ則養子を爲して家督を之れに譲り、已れ遁るゝに

隠居の境を以てせんと欲す、何んぞ其の天命を問ふることの甚しきや」「今日を以て民法を制定する者は最も右等の弊害に注意する必要がある」と論じ、ここでも養子の陋習たるゆえんを指摘していることに注意をばらうべきであらう。「戸主支配下の家父長家族制度の解體」こそ、彼の「終極のねらい」であつたから、「家の制度に由來する養子制度に反對したのは、當然の結果であつたであらう。」

(1) 明治二十年六月六日付「時事新報」参照。
 (2) 二十年九月三日より同月十八日まで、十一回にわたつて連載された長文のものである。

(3) 本誌前號六六頁以下。

(4) 家永三郎「革命思想の先驅者」六三頁(昭和三〇年)。

(5) 前掲書・五三頁。

(6) 前掲書・五四頁。

(7) この點に關して、横井時冬「日本不動産法沿革史」横井時冬全集第二卷一五八頁以下(大正一五年)に興味ある記述がある。

(8) 徳富蘇峰の主筆により、明治二十年二月に創刊された。廢刊三十一年八月。家永三郎「國民之友」文學第二三卷一號三八頁以下に詳細である。

(9) 「國民之友」六〇號一九頁以下(二二年八月)、六一號一五頁以下(同年九月)。なお、本誌前號七一頁参照。

(10) 前掲「革命思想の先驅者」一五七頁。

(11) 明治九年に、新聞紙上において養子論争の行われたころ、植木は東京にいた。したがつて、「東京日日新聞」「郵便報知新

聞」の養子反對論を彼は知っていた筈である。彼の投書「猿人政府」が「郵便報知」に掲載されたのは、そのころのことである。本稿・六三頁・註(17)参照。

五

植木枝盛の養子廢止論が發表された直後、「東洋學藝雜誌」第七十三號・第七十四號は、當時、文科大學長の要職にあつた外山正一⁽²⁾の「養子論」を掲げた。

この論説は、「古今諸國ニ養子ノ制ノ行ハレタ例ヲ掲ゲ、次ニ其規則及ビ其制ノ行ハレタ理由等ヲ述ベ」ようとするもので、養子制度そのものは是非には直接觸れてゐるものではない。先ず「古今養子ノ制ノ行ハレタ例」をあげた後、各國における養子制度の内容につき詳論しているが、彼が最後に、「以上ハ養子ノ制ハ特リ日本ニ而已行ハレタ者デハ御座イマセズシテ、古今外國ニモ多ク行ハレマシタモノニテ、未開人ノ中ニハ少シモ珍數ク御座イマセンコトヲ證明スル爲ニ聊カ述ベマシタモノデ……其證據ニナリマス……ナラバ誠ニ悦バシイコト」である、と述べてこれを結んでゐるところから推定すると、彼の所説は、わが國における養子制度の存置が前提となつてゐるのではあるまいか。

明治十三年の「交詢雜誌」上における遺産分割相續論については、すでに記したとおりであるが、二十二年にいたり同誌は、その第三百十八號・第三百十九號および第三百二十一號に、交詢社員・井出徳太郎⁽³⁾の「相續法改めざる可らず」を連載している。井出の説くところは、長子單獨相續への批判と、相續法改革の一試案の提起なのであるが、この舊慣の生じた原因に養子制度をあげている點が注意をひくであらう。

彼は、「我國の相續法を觀察するに古來人の財産を相續するものは長男に限り次三男或は長女の之を享有することは至て稀れなり即ち財産相續者は長男を以て正則とし次三男若しくは長女以下の者を以てするを一種變則の場合と定めたるは古來我國一般の風習なり」と述べた後、

蓋し我國に長子相續法の行はるゝ起因を尋ぬるに思ふに古來の習慣より生ぜしことならん而して其習慣は決して一に非らずと雖ども其重もなるものは養子法なる可しと信ず抑も養子法は世人の能く知る如く宗社を大切に一家斷絶の患を除く一大便法なり……此養子法は實家に取ても又養家に於ても双方共に人文開けざる時に當り其利益幸福を増進したること實に大なりと云ふ可し古來我國に長子相續法の行はれて社會の秩序を亂さず一家の波瀾を生ぜしことなきも亦た故ありと云ふ可し左れど古來我國に行はれて大なる弊害を見ざりし此長子相續法も今や漸く其弊害を見んとする非候あり

とし、「今の家督相續法より起る弊害は將來……其勢を増すゆえんを究明し、「假令ひ古來の舊慣と雖ども相續法の如き惡風は之を破つて……次三男の者迄にも財産を分配す可き道理」を説くのである。かくて彼は、家名相續と財産相續の並行的な相續法を提案するのであるが、最後に、

今の相續法の發生せし一大原因と云ふ可き養子法は世の壯年輩の大に厭惡する所となりし故に今の相續法は世に必要を失ひしの

みならず不羈獨立の説及び自由同等論の盛んなる今日に在ては世に讒毒を流すの恐れあり

と記しているのは、養子反對論をほめかしているものであらう。彼のいう「養子法は世の壯年輩の大に厭惡する所となり云々は、明治十七年に公刊された小野梓の「民法之骨」や、さきに紹介した福澤の「日本婦人論」における所論を指したものであらうが、彼の養子論をふくめた長子相續制への批判は、その主張がきわめて微温的すぎるきらいがある。明治十九年、すでに「長子相續法たる者は全く封建の遺物なり、戦國の餘垢なり」と斷じ、さらにこの井出の論説におくれること半年ほどして「長子相續は……封建の胎内より生れ來りたるものなり」「吾輩は鐵槌を揮つて彼れの頭上に一撃を與へんと欲す」「分派相續を採用せんことを吾輩は請願せざることを能はず」「是れ實に相續の本意に稱ふものなればなり……社會の眞益と爲るものなればなり」と論じた植木枝盛の見解とくらべてみると、福澤の影響下にあつた交詢社の一員の言説としては、むしろ意外な感すら與えるものがある。

翌明治二十三年は、舊民法が公布された年である。それは、いわゆる民法典論等の結果、遂に陽の目をみることなく葬られたものではあつたが、明治初期の布告法と明治民法との中間にあつて重要な地位を占めてゐる、といわねばならない。舊民法の養子制度については、最近、手塚教授が「明治二十三年民法(舊民法)における養子制度——その生成と性格——」なる貴重な論考を公けにされ、綿密な吟味のもとに研究を進めておられるので、詳細はこれにゆずることにした。

この舊民法人事編における養子の規定が、法典の公布によつて、當時の法學者にかなりの影響をおよぼしたであらうことは容易に想像できる。二十四年、「法政誌叢」第百二十七號に、明治法律學校の學生であつた佐々木忠藏が「抑モ我國ニ於テ養子制度ノ存スルハ主トシテ祖先ノ祭祀ヲ絶タザルト、家名ノ斷絶ヲ防グト、父母老朽退隱後平和ニ生涯ヲ送ケルトノ三理由ニ基キタル者ナリ」として率直に養子をみとめたのは、その一例と思われるが、翌年の「日本之法律」誌上に掲載された「養子制度の得失を論議す」は明らかに舊民法の趣旨を支持し、養子制度を肯定しているのである。その執筆者が明瞭でないことを遺憾とする。

これは先ず、「余、『民法之骨』を見る、中、養子の弊を痛撃するものあり」と述べ、小野梓の所説を引用した後、「その論、刻、その理、妄、乘すべきの隙は一二に止まらず」として、次の三點を掲げている。

一 先づ家の風格の破る可らざる、父母の氣色の傷ふ可らざる、昏定晨省の禮を缺く可からざるは、養子養家に於て然るのみならず、實子實家に於て亦た然らざるを得ざるが故に、之を以て養子の弊に歸するは酷なり

二 次に子の進退動作に就き、或ひは之を許し、或ひは之を禁し、以て適宜に其監督を行ふは父母の權利、又其義務たり、子は之に因て以て善良に發達し、之に因て無事に成長す、之を以て各國の法制、父母に此の權利の存することを認めざるものなし、而して養父養母は、實父實母に替りて子の監督を爲すものなるが故に、之に養子の進退動作を許否せしむるは當然の事のみ、而して

養子とはか爲に毫も自由を減殺せらるゝことなし、養父養母に子の監督を委するより生ずるの弊、知らず那の邊にか存する。然れども論者の所謂自由とは、放縱專恣、毫も他人の拘束を受けざるの謂か、然れば則ち是れ養子の本来（即ち實家に於ても）有せざる所、獨り養家に於て之を有すべき筈なし

固より養父養母の抑制、却て養子の善良なる希望を妨ぐることにあるへきも、是れ實父母に在ても免かるべからざる所、而して弱點多き人間に於ては必無を期すべからず、豈に之を以ての故に、養子の制度の禁止を主唱すべけんや

三 養子の四人の父母を戴き、兩家の兄弟姉妹を有するに至るは眞とに然り、然れども、是れ亦た以て養子の制度を攻撃するの資料たるべからず、蓋し養子は、常に四人の父母に奉養せざるべからざる者にあらず、又兩家の兄弟姉妹を救はざるべからざる者にあらず、且つ此の如きは稀れに有る所、焉んぞ以て管理するに足らんや、縱し之を以て常に存する事實とするも、一は則ち天賦自然の情、骨肉牽聯の愛、之に奉じ、之を救ふは固より其常、而して他は則ち少少鞠育の恩、學資給與の惠、之に酬へ之を濟ふべきは素より言を須たず、然れば則ち、養子の一身兩家を支へざるべからずとするも、別に之を過重なりといふを得ざるなり、之を要するに、論者の論の如きは、借りて返さざるを至當なりとするに異ならず、妄にあらずして何ぞ

以上のように記して「民法之骨」の論旨に反駁し、最後に、「故に余は、民法の制定者が、養子の制度を保存せるを嘉す」と結んで、舊民法の立場を擁護しているのである。

最後に、三好退藏の養子反對論について若干しるしておきたい。さきにあげた小野梓の「民法之骨」において、彼が説いた養子廢止論については、青山教授の紹介によりその内容は早くから知られていたのであるが、手塚教授は、その「養子の弊を論ず」の章が大部分を小野の友人であつた三好の言葉の引用によつてゐることに着眼され、「三好の言というのは彼がどこかの雑誌に寄稿した文章の一節と思われるが……私はそれを確かめえない」と述べられたのである。

最近、筆者は「共存雑誌」に三好の養子論が掲げられてゐることを知つた。それは、同誌第十二號（明治八年の發行か）に發表された「民事新話 第二 養子ノ制布カザルベカラズ」である。このことは、瀧下清通氏の「共存同家の由來」の記事より教えられたのであるが、その後の探索にもかかわらず、筆者は今日まで同誌を披見する機会をもたないことをきわめて遺憾とする。しかし、年代的に考へても、小野の引用した三好の言というのは、この「共存雑誌」における論説を指しているのではないだろうか。もしこの推定に誤りがなければ、手塚教授のいわれるとおり、三好こそ「養子反對論」を發表したのもつとも早い法律家の一人⁽¹⁸⁾であることはもとより、三好が後年、「太陽」に公表した「養子之害を論ず」を紹介された箇所⁽¹⁹⁾で、三好が「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」と斷定されたことに對する有力な證據となるであろう。

(一) この論文は、「東洋學藝雜誌」に掲載された後、「日本大家論集」第六編六一頁以下（二〇年十一月）、第七編七五頁以下（同年十二月）に轉載されている。

因みに、「東洋學藝雜誌」は、明治十四年十月に、杉浦重剛・千頭清臣らが発案者とし、當時の東京大學關係者を中心として發刊されたものである。

(2) 外山正一については、鳥谷部春汀「外山正一」春汀全集第二卷三八七頁以下(明治四二年)。なお、「明治文化全集・自由民権編」解題・三〇頁以下(昭和二年)参照。

(3) 井出は、この當時、交詢社の社員であつたが「交詢雜誌」三二五號・姓名錄第一〇編・二頁参照、この後、「交詢雜誌」の編輯人となつた。慶應義塾出身者である。

(4) 「交詢雜誌」三一八號二頁以下(三二年一月)、三一九號四頁以下(同月)、三二一號一頁以下(同年二月)。

(5) 西村眞次「小野梓全集」上卷・九二頁以下(昭和一年)。

(6) 植木枝盛「兄弟論」土陽新聞・明治一九年一〇月二日付社説。なお、本誌前號七七一頁参照。

(7) 前掲「如何なる民法を制定す可き耶」國民之友六〇一六一號。

(8) 前掲・拙稿「熊谷開作者」日本近代法の成立」七四頁参照。

(9) 手塚豊「明治二十三年民法(舊民法)における養子制度」本誌第二八卷九一—一號・未完。

(10) 佐々木忠藏「民事問題第三十二號解答」法政誌叢一一二七號二七頁以下。

(11) 「日本之法律」は、大橋佐平の創業した博文館より、明治二十一年二月に創刊され、二十七年十二月に廢刊した。

(12) 「日本之法律」第四卷三號六頁以下(二五年三月)。

なお、これについては、手塚論文・六三頁、前掲「我國に於ける養子制度否認論」七〇頁に、それぞれ若干の記述がある。

(13) この論文は館説として掲げられており、執筆者の署名がない。あるいは、編輯者の宮川大壽の筆であらうか。

(14) 註(5)参照。

(15) 前掲「我國に於ける養子制度否認論」六七頁以下、前掲「我國に於ける養子反對論について」日本家族制度の研究・一四一頁以下。

(16) 手塚論文・五五頁。

(17) 「明治文化」第一六卷七號二五頁以下、八號二二頁以下(昭和一八年)。この「明治文化」の記事によると、その表題は「養子ノ制布カザルベカラズ」とあるが、この表題には疑問がある。筆者は、「養子ノ禁布カザルベカラズ」ではないか、と考えた。『民法之骨』に引用されている三好の言葉の中には、明らかに「此れ養子の禁、速やかに布かざる可からざる所以なり」なる一節がみられる。しかし、「共存雜誌」第一二號は未見に屬することゆゑ、斷定は控えたい。

(18) 手塚論文・五五頁。

(19) 博文館より、明治二十八年一月創刊された。「日本大家論集」が發展的解消したものである。なお、瀬沼茂樹「太陽」文學第二三卷七號七〇頁以下に詳しい。

(20) 手塚論文・五九頁以下。

(21) 手塚論文・六〇頁。

六

以上は、筆者の蒐集しえた若干の養子論を、ただ年代をおつて列記したのみであり、なんら体系的なものではないが、それでも手塚教授が發表された諸資料と、本稿におけるそれとを合せてみることによつて、おのずから明治前期の養子制度論に關する動向の一斷面が看取できるのではないだろうか、と思つてゐる。

明治前期以降、明治民法施行後の後期へかけて行われた養子は非論の推移をめぐる問題は、「明治法學史の重要な一課題」であるが、手塚教授は資料の完備を俟つて、ふたたび將來の報告を期しておられる。その研究に期待しつつ、本稿ではただ資料の紹介のみにとどめたい。

(1) 明治民法施行後において、養子反對論を唱えた數少い學者のひとりとして、岡村司博士があげられる。明治三十六年六月、「明治法學」第五七號一二頁以下に掲載された岡村博士の「理想的親族」は、養子制度のみならず、わが國古來の「家」制度に果敢な挑戦を試みた蹇に注目すべき論考である。すでにこれについては、手塚教授の「家族制度否認論の先驅——岡村司博士の『理想的親族』に就いて——」『經濟第二卷一〇號二九頁以下(昭和二三年)』があり、詳しい紹介がなされている。

なお、岡村博士の浩翰なる著作「民法親族編」(發行年代不詳。大正初年と推定される)においても、依然として養子否認論が展開されていることを附言しておく。

(2) 手塚論文・六二頁。

明治前期における養子論

(3) 手塚論文・六二頁。

後記 植木枝盛について、家永三郎博士より懇切なる示教をたまわり、貴重な資料の閲覽に關して、東京大學明治文庫・西田長壽氏の高配にあずかつた。ここに特記して、深厚なる謝意を表したい。

なお、本稿は、本塾學事振興資金にもとづく研究の一部である。

追記 本稿脱稿後、養子論に關する二・三の新資料に接する機会をえた。いずれ稿を改めて紹介したい、と思つてゐる。