

# 青年小野梓の家族制度論

——『羅馬律要』纂訳附註を通じて——

福 島 正 夫

序

- 一 婚姻の一般原則
- 二 婚姻の要件と方式
- 三 離婚制度
- 四 夫婦殊権力（非同権）論
- 五 父子関係論—隠居制度批判
- 六 財産相続論
- 七 『民法之骨』における家族制度論との対比
- 八 むすび—若干の考察をかねて

序

一 中村吉三郎、佐藤篤士の両教授と私の三人は、この一年來『小野梓稿 國憲論綱、羅馬律要』の編さんの仕事と

青年小野梓の家族制度論

五五（五五）

とりくんできた。この書（以下「本書」という）収載の諸論文は、その執筆時期が維新後の大きな政治的社会的変動期に当り、当時小野梓先生は留学から帰朝後一、二年、わずかに二三、四歳の若さであった。

本書編さんの意義は、単に珍重すべき先生の著作が発見されたというに止まらない。これは、当時の日本および東洋（先生の雅号ともなる）が、法的に、また社会的に、世界で占める地位の自覚に立って、先生が近代的公法、私法の研究を行ない、そして、かような世界的環境のもとで祖国日本の進むべき道をさし示し、日本人民にその基本人権の確立をよびかけた趣旨のものだからである。

本書は、『国憲論綱』（「読詔余論」の一編を付する）と『羅瑪律要』の両論文から成り、編者らはこれに若干の解説を付している。その解説編のはじめに、中村教授は「小野梓における『憲法』と『民法』」と題して、小野先生の全著作にわたる簡明な説明をされる。そのなかに小野梓が、維新後土佐藩士の俊秀として昌平校に差遣され勉学にいそんでいた途中、「藩校御用として即刻帰郷を命じられ憤懣の極みついに士格を脱して平民となった」という資質の持主であった、と紹介されている。まさにこのように、小野先生は、徹底した平民主義者として、すなわち反封建、平民主義の立場をもって、一生をつらぬいた学者、思想家、教育家である。何世紀、権威への屈従を習いとした日本人民に権利意識を確立し、かつ保障することこそ、先生一代の念願だったのである。

こういう信念と主張が、ここでとりあげる『羅瑪律要』中の先生の諸見解にあふれている。そして、そのうちとくに家族制度論を私は検討の対象とするのであるが、女性の解放という、屈従者の最たる者の地位引上げが、その焦点をなす。

元来、『羅馬律要』は、オランダ、ライデン大学教授のローマ法教科書を英訳から小野先生が重訳したものが、その趣旨は普通のローマ法の翻訳紹介ではなかつた。「小野梓自伝志料」によると、「羅馬律ニ藉ツテ我が民法上ノ所論ヲ発」する、つまり日本民法のあり方に主眼がおかれたのである。だから、それを「纂訳」といい、「附註」の形式で活発に自己の議論を展開した。したがって、『羅馬律要』のなかには、各種各様の内容がふくまれている。ローマ法学の立場からこれを解説された佐藤教授の適切な指摘によれば、次のとおりである。「大きくわければ原著の邦訳ないし要約した部分と小野自身の主張をおこなった部分、さらにベントタムの主張を纂訳の形で述べた部分とにわかれる」。これら三部分の後二者は、あわせて先生自身の見解とすることができるといふ。つまり、ベントタムに傾倒する先生は、自己の理論にその説をとりいれて自説を展開したのである。また「附註」というのは、原著の訳より一字下げて書いたもので、実はこれが『羅馬律要』の大部分をなしている。これらの主張もいくつかの論点に分れ、日本士族論、国教定置反対論、公教育反対論、経済政策論、家族制度論など、あちこちに配置されている。以上について、私は本書において若干の解説をしたが、簡単なもので意をつくさず、とくに家族制度論は不十分であつた。

そこで、今回それを補う意味もあり、また従来民権論者としての活躍を讃えられつつ家族制度論者としては、のちの『民法之骨』あるにも拘わらず、とりあげられることの少なかつた先生の、青年時におけるこの問題に関する識見を明らかにしたいとも考えて、本稿を草した次第である。

二 明治九年（一八七六年）前後の日本で、家族制度の論議はどのように行なわれていたか。婦人解放論は、江戸時代にはほとんどみられず、儒教的な男尊女卑思想が一般に支配したが、開国と同時に欧米から政治上、社会上の民主的

思想が流入してきた。自由民権論はのもっとも顕著なものである。これとともに、家族制度論、婚姻改革の説も、識者のなかに盛んに起ってくる。三井礼子編『現代婦人運動史年表』は、これについての事跡を丹念に収集掲載している。<sup>(1)</sup>もちろんそれに対する伝統思想の反撃も強力であって、改革論が結局において勝利をおさめることはできなかった。しかし、当時における文化人の啓蒙的活躍は、日本近代思想上の一偉観といえよう。このような環境において、世には知られなかったが、小野梓先生の稿中には、日本やひろく東洋にもわたる家族主義制度へのきびしい批判が示され、またその改革に関する具体的な立法的提案がなされた点で、とくに注目に値するものである。

この領域で、改革論の先駆は、森有礼を社長とする明六社であった。明治七年以来その機関誌『明六雑誌』上に森、福沢諭吉、津田真道らが健筆を振ったのみか、森自身は八年二月には、身をもって夫妻平等の趣旨を盛った契約書交換の結婚式をあげ、新聞社にこれを公開して天下の耳目をひいた。また、九年には民権論者土井光華の『文明論女大』<sup>(2)</sup>も出ている。

自由民権論者は、もっぱら政治に重きをおき、この方面での関心が欠落したようにみる人もあるが、<sup>(3)</sup>いわゆる失意の士族たちで権力を志してこの運動に奔った者には、その傾向が強かったかもしれない。しかし、真実に基本的人権のためにたたかかった者は、当然のことながらこの問題を放置できなかった。そのなかに、小野先生や馬場辰猪、植木枝盛その他の人がある。先生を中心としたロンドン留学生の啓蒙文化団体「共存同衆」の機関誌『共存雑誌』には、馬場や三好退蔵、大内青巒、広瀬健一、肥塚竜らが明治八年以来、家族制度批判に関し盛んに論陣を張っている。<sup>(3)</sup>

ところが、先生は明治九年『羅馬律要』の纂訳において家族制度論を展開しながら、それはついに公開されず、ま

た先生は前掲誌上にも関係の論文を発表されなかった。八年後の『民法之骨上編』には上述のようにまとまった記述があるが、これもあまり世間の注目をひかずに終わった。それがため、先生の論は、婦人解放運動史の研究者たちの視野から逸する結果となったのである。

こういうわけで、小野梓の家族制度論として、本纂訳のもつ資料的意義はまことに重要といわねばならない。ただ『羅馬律要』におけるその表現形式が非常に特殊で、第五章「権理ノ起根並ニ絶亡（発生と消滅）」第一節「起根並ニ絶亡ノ大意」第一項「権理ノ原取遷移並ニ変化」（原文二一九頁—三二二頁）のうちに、遺言、親子、後見、夫婦の諸問題を説いている。しかも、それらは、まとまっていたのべられたのではなく、ローマ法の説明に附随して言及したという形をとる。とはいえ、右に掲げた諸問題は、一二をのぞきほぼ家族法の全域にわたる。そこで、われわれは、説明の便宜上次のようにこれを区分して体系づけたい。一、婚姻の一般原則、二、婚姻の要件、三、離婚制度、四、夫婦の権利関係、五、親子関係および後見、六、遺言制度。

なお、これは先生の所論の内容、性格にふれることであるが、佐藤教授の解説にいわれた「ベンタムの主張を纂訳の形で述べた部分」がかなり多く、家族制度論にはとくに顕著にそれがみられる。すなわち、ベンタムの著述をそのまま訳した箇所やその大旨を紹介した箇所がしばしば存在する。前に一言したように、小野先生は典型的なベンタム主義者で、ベンタムの思想と理論からきわめて強い影響をうけた。これは先生だけのことでなく、一般に、明治初年におけるベンタムの日本への影響は絶大なものがあつた。しかし、ベンタムの所論にも、婦人解放、婚姻改革の面では、一般に革新的であるとはいえず、ときに阻害的な作用をもつ面があり、先生は全面的に彼に依拠するのあまり、男

女同権論などの点では、彼の保守主義にわずらわされた感もないではない。

本稿で先生の文章を多く引用したが、原文のままではなく現代語訳とした。原文は、漢学の素養ゆたかな先生の青年期の著作として、しばしば非常に難解である。八年後の『民法之骨』はその序文に記されたとおり、これよりも平易に書かれた。しかし、慨世の意気にあふれる名文の調子を写し出すことはできないので、機会あれば本書の原文に接していただきたい、いちいち原文何頁と附記した。なお、以下の記述には「先生」の敬称を省略する。

(1) 本書は、三井礼子氏の指導のもと、女性史研究会の集団労作になり、一八六八年から一九五九年にわたる総合的な日本婦人運動史年表で、丹念な関係事実項目と重要事項に関する懇切な解説が、左右両頁に併記されている。類書なく全くユニークな年表で、非常に有益である。

(2) この趣旨はとくに村上信彦『明治女性史中巻前編』、一九七〇年、四五頁以下「男だけの民権」に主張されている。著者は、「一口に言えば、自由民権運動は男だけを対象にした、男だけの政治運動であった」と述べ、外崎光広氏は、「これは全く事実反している」と論駁、批判している。「植木枝盛の婦人論をめぐる村上信彦・富田信男・熊谷開作氏の所論批判」（高知短期大学「社会科学論集」第二五号、昭和四七年）。私は、外崎氏の批判に全面的に賛成し、村上氏の粗雑、不用意、不正確な論断には、多くの点でいかんの意を表せざるをえない。

ただ、私は、本文で記述したように、また、『小野梓 國憲論綱、羅馬律要』の解題で示したように、自由民権の運動家の間には、政権から排除された不平士族グループやその他、種々の派があり、真の理論的に透徹した運動家と区別すべき必要を感じるものである。

(3) 『共存雑誌』に載せられた婦人問題、家族制度論の論文をあげよう。馬場辰猪「本邦女子ノ有様」（五号、八年四月）、三

好退蔵「養子ノ禁布カサルヘカラス」(一二二号、九年五月)、大内青巒「夫婦同伴の利益を論ず」(一五号、一二年三月)、広瀬進一「婚姻の目的」(一六、一九号、一二年四月)、肥塚竜「婚姻弁妄論」(一二、二二二号、一二年五月)、同「同姓不娶は天法に非ず」(二二、二二二号、一二年五月)、奥宮正治「早婚の弊」(二三号、一二年五月)。

## 一 婚姻の一般原則

現代婚姻法の一般原則としては、婚姻における当事者の意志の自由、一夫一婦制度および夫婦の同権があげられよう。これらの三原則は、一九世紀七〇年代には、東洋はもちろんのこと、西欧の諸国でも決して完全に実現していたとはいえない。夫婦同権に至っては、フランスはじめ多くの国の民法典はこれに反する規定をなし、小野もまたベトナム理論にわずらわされて特殊な論議をしているので、この点は別項にゆずりたい。

### イ 婚姻における意志自由の原則

小野は、上に述べた『羅馬律要』第五章第一節第一項で主僕、保孤、親子ならびに夫妻の権利義務につき論述したが(原文二七三頁以下)、その第四「夫婦ノ権義」(同二八三頁以下)がとくに婚姻問題を扱っている。ここで七つの「論ずべき個条」があげられる。これは大体においてベトナムの『民法典の諸原理』第三編第五章「婚姻について」を、そのままか、あるいは大意をとって、訳出紹介したものであるが、そのなかに、自己の見解や友人の説をふくめ、ベトナムに依拠しつつ、日本、東洋の情勢に視野をひろめている点に、興味をおぼえる。

婚姻における意志自由の原則は、右のベトナムによる七論点の第五で、「誰が婚姻の相手方を選択できるか」と問

い (原文二九八頁以下)、そして、「婚姻当事者自身の選択にまかせるべきである」と答える。したがってこの原則は明白に承認するものである。ただしこれは無条件ではなくて、両親の同意という要件を附随するのは、後述する。

ベンタムの理論は西欧社会を基準としてたてられたものであるが、習俗がこれと全くこととなる日本ないしアジアにおいては、その情勢はどうか。小野はここから説きはじめて、次のように論ずる。

「考えてみると、アジアの東部には、婿をえらび嫁をえらぶ権利を完全に父の手に与えているものがある。これがアジア東部に離婚があいついで生じ、はなはだしきに至ると駆け落ち、心中が多くなる理由であって、人間の生存の道に害となるものである。そもそも婚姻に当って子女が一番熱中するのは、ただみめかたちの上での恋愛ばかりである。そして父の熱中するのは、全くこれに反して、子女の恋愛などはどうでもよく、ただその将来の生活がどうかということだけだ。そこで、父子はともに歓楽をはかるのであるけれども、そのはかる目的からいうと、全く反対になる。目的がちがうのだから、子女の側は父の選択をもって不満とし、離婚したり、駆けおち、心中するわけである。嫌いな婿と嫁を結婚させる (子女の立場―福島) 不平をもって、嫌いな夫と妻を結婚させる (父の立場) 不平と比べると、どちらが重くどちらが軽いだらうか。思うに、父の余命はもはやかぎりがあるのだから、後者の不平がより重大である。それゆえに、夫妻を選択する権利はよろしく婚姻の当事者に与えるべきであって、決して父の手に渡してはならない」。

恋愛はお家の不義として、それを敢行した家臣が領主の手打ともなった武士社会は、小野の考察の対象外である。駆落、心中は、庶民に許される最後の抵抗であったのである。配偶者の選択権は、将来の多い当事者がもつべく、余



命少ない親にもたしてはならないという説明は、やや舌足らずの感もあるが、その考え方の基礎には、婚姻する当事者の意志に重きをおくのが「人間の生存の道」に合致するものとの思想をみるべきである。

かように、小野は、配偶者もつばら父母の命によって婚姻することをきびしく批判し非難しつつ、それとともに当事者の婚姻意志の自由は無条件に行使されるものとはしない。その許否についての権利を父母に与え、父母は、その判断により結婚を阻止できることを主張する。

「このように父母に子女の婚姻相手をえらぶ権利をもたせてはならないけれども、これをとりさびき阻止する権利になると、むろん一切これを父母に与えなければならぬ。なぜならば、子女が熱中するのはただ単に恋愛だけである。だからこれに心酔して（是非を）さとりえないものがあるとすると、将来の目的を大いにさまたげることとなるので、その弊害が少なくないからである。私は、そこで次のようにいいたい。婚姻の契約をゆるす時期を二つに分け、一はせひとも父母、親せきの許諾を要するとし、一はそのとりさびき、阻止ができるものとする」。

小野の抄訳では最後の部分の意味がやや判明を欠く。この点をベンタムの原文によると、第一の時期には親の同意の欠缺が婚姻無効をきたし、第二の時期には婚姻契約の完成を数ヶ月おくらせ、いわば忠告のための冷却期間を与えるものとしている。しかし、具体的に両時期区分の年齢をあげていない。多分成年の時であろう。以上の制限は、婚姻における意志の自由の本旨に反するものではない。

小野は以上のように説明したのち、友人某がかつて草した原稿「婚姻を子女の意志に一任するの利害」を想起し、これをもって自説と相互啓発し、またアジア地方の弊害に的中するものとして、原文を掲げる。その大意は左のとおり

りである。子女の意志を全く問うことなく父母の一存で決め、不服あるも強制的に婚姻させるのは、男女の道徳を全とうしない理由の根本である。女子は忍耐し男子は放縱も可なりとすれば、もし女子が従順ならば、夫は妻を無給の雇人あるいは人形とみなし、自己は妾を蓄え、娼妓あそびをする。もし女子が従順でなければ、早く離婚して転々と他に嫁し、娼妓が遊客に接すると同断であろう。これは欧米各国と風俗をことにする中国、日本の弊習で、ぜひ改めねばならない。

ただ、この改革には順序が大切であり、これをみだると弊害はなおますことになろう。それにつき、風土による人間の性情の考慮を要する。温暖地方では、人は成長が早い、短気、浮華、怠惰というところがあり、寒冷地方では忍耐がよく勉強する。世界文化史をみるに、インド、アラビアは、かつては文明開化、世界に先駆した。それがいまは落伍し、欧米が上位を占めて大器晩成である。歐洲のなかでも、イタリア、スペイン、ギリシャ、米洲でもメキシコ、ペルーなど、暖熱の地方は退歩した。

さて、発情のおそい欧米地方の風をみるに、青少年期に学を修め、見識がかたまり、配偶者について容姿とか家産とか学識とかの評価判断ができるようになる。「智識がまず定まっつてのちに情欲がこれにしたがう」。そこで自主的に配偶者を選択してもまちがいが生じない。これは、二〇歳未満の子女はなお父母の命に任し、子女の希望に一任させぬという制度である。もちろん父母が子女の不服をいふというのでは、断じてない。

そこで、温暖地域に属する日本では、現行制度の改正を急ぐよりも、まず状況の根本を変化させるようにすべきだ。つまり、智識がまず定まり、情欲がこれにしたがうようにすることである。これがためには、情欲を促進する諸条件

を制し、学芸を盛んにすることである。

この友人の説くところに小野は全面的に賛成する。したがって、父母のもつ子女婚姻の拒否権は、成年までとする  
ことにも同意したわけである。友人の名をあげていないが、三好退蔵か、その他「共存同衆」の同人であろう。<sup>(6)</sup>

#### □ 一夫一婦制の原則

これは、上述の「夫婦の権義」七論点のうち、第六論点「いく人の人が婚姻できるか」という問題でとり上げられ、これを小野は「一夫多妻、一妻多夫は害があるかないか」ということだと説明する。そして、もちろん一夫一婦制を堅持主張するが、次のようにふえんして述べている(原文三〇四頁以下)。

「この問題はわがアジア洲の共通の習慣につき非常な関係をもつものであるから、私はなおさら注意して論じ研究しなければならぬ。

私はいま一夫一婦制の主張者を考えると、たいいてい男女同権をその主義としている。これはむろん真理の上で当然だから私もむろんこれを是とするのであるけれども、一夫多妻はその弊害がなおこのほかにあると感ずる。もし一夫が多妻をもつとすると、第一に貧者富者によってますますその権勢をことにさせ、第二に大いに家庭不和と家庭争議を起すことがあるからである。少々それについて述べよう。

貧者富者の勢力が匹敵しないため前者が後者に奴隷視され使役されるといふのは、天下普通の有様であつて、もとよりよいことでない。それをまた一夫が数妻をもてるようにすればなおさらその不均衡をますますこととなる。思うに、世間でもしこれを許し数妻をもつことができるものとすれば、金持の夫はその情欲を達しようとして金錢をまぎちら

し貧家の娘をかりたてみんなを家事や枕席に用いるのは、人間にしばしばみる弊害であつて、貧家の男子にその良い配偶者をえるのを困難にするものだからである。さらに、家に数妻があれば、嫉妬があいついで生じ、家庭の平安はいうまでもなく大いにみだされることとなろう。これに加えて、生まれた子は多く腹ちがいの関係となり、あるいはねたみうたがいがい、あるいは仲わるになつて、至るところいうべからざる状態になることがあるであらう。これが私がいうところの、一夫多妻の弊害は男女不同権の点以外にもあるというわけである。一夫多妻に弊害の点があるとすれば、もはやさらに一妻多夫の利害を検討する必要があるか。一目瞭然弊害のあることが分る。そこで私は大言して答え、一夫多妻、一妻多夫は大いに弊害があり、よろしく一男一女が婚姻すべきだといふのである。』

(4) Jeremy Bentham's Works (Bowring), Vol. I, pp. 340 et seq.

(5) 小野梓は、友人の論文として原文そのままを掲げたと書いている。もしそうであるとすれば、馬場辰猪のように英文に熟達しているが漢字に弱い人ではないこととなる。友人の説を小野はしばしば引用するが、実名を記したのは、『民法之骨』に出てくる一人(三好松清=退蔵)だけである。あるいは、ここでも三好の文章の引用かも知れない。

## 二 婚姻の要件と方式

婚姻について要件と方式の問題がある。まずその要件は、上述の原則もこれに関係することだがここでは婚姻年齢と禁婚親の二つについて、小野の所論を検討しよう。

最初に、当時の日本の制度状況をかえりみなければならぬ。明治前期を通じて直接家族法に関する成文法源はき

わめて少なく、これについての諸問題は大部分が政府と諸省との伺指令によって規制されていた。すなわち、司法裁判のみでなく、婚姻の戸籍登記において疑義が生ずると、区戸長、郡長から府県長官に伺い、知事県令らは内務省、司法省に伺い出て、その指令をえて下に示す。省でも簡単に決しがたい重大なものは、省からさらに太政官に伺いその指令をうける。ゆえにこれを指令法(6)という。以下、婚姻の要件について、二つの問題が出される。

## イ 婚姻年齢

従来日本では、少年婚も実例が少なからず、婚姻年齢に関する法的規制がなかった。明治に入って、指令法でも、ほとんどこれに関するものをみない。したがって幼年婚もみとめられたものと考えられる(7)。これに対して小野は明確に問題を提出している。上述の第三問案は「いくつの年になれば婚姻を結ぶことができるか」という。それに答え、「志気すでに定まりよく婚姻契約の意味を理解できる者は結婚の能力があるとすべきである。それゆえ、財産身体に自治能力のある年期、すなわち満二二歳の年齢に達すれば結婚能力が生ずる」。ベトナムはここでは具体的に年齢をのべていない。二一歳婚姻適齢説は小野自身のものである(原文二九七頁以下)。

ところで、小野は、本邦結婚の有様をみるにすこぶる嘆ずべきものがあるとし、また友人の論を紹介する。その大意を示そう。

「婚姻年齢の制度は、ぜひと定めねばならぬ。婚姻は人生に重要な事柄であるが、わが国一般の習慣は、嫁とりが非常に早く、はなはだしいのは父母が胎内の児を卜して、婚約させるのもある。当事者の意志はもちろん問題でない。習慣久しく人々はこれを常事とし、自由と権利が何であるかをわきまえず、ただ男女の欲望をとげるため父母の道を

知らないで父母となったり、あるいは苦情、不平をとなえ、一家の離散となるものもある。これはもともと父母の権利関係を規制しないことからくるものではあるが、要するに婚姻年齢の規定がなく、習慣の束縛圧制から生ずるのである。歐洲の法制をみるに、フランス民法第一四〇条では満一八歳未満の男、満一五歳以下の女は婚姻契約をなすことができないとしている。これらの法律は国土の風俗人情によって成り立つので、一般に論じてはならない。今日では、満二〇歳未満の男、満一七歳未満の女は婚姻できないとすべきである」。

小野の説は、基本的にこれと同旨ではあるが、小野が満二一歳というのは、やや差があり、かつ小野も男女ともに二一歳とするのではあるまいと思われる。とにかく、適正な婚姻年齢を法定せよとの主張は両者に共通し、明治指令法の弱点をついていることは、注意に値する。ペンタムの所説は全く抽象論に止まるが、小野やその友人の意見はより具体的である。

#### □ 禁婚親と順縁・逆縁婚

近親その他親族諸関係によって婚姻を制限する制度は、世界各国にあるが、東アジアではそれはことさら複雑多岐にわたる。しかし、そこには合理的なものも、因襲に属するものもあって、是非の判断を必要とする。小野はこれにつき上記の第一問案、「どういふ人が互いに結婚して差支えないであろうか」において、次のように論ずる(原文二八四頁以下)。

「古来の文献をみるに、禁すべきものに禁せず、不問に付すべきものを問題にしたりして、混雑しており、奇異の感をうけざるをえない。泰西の各国では、ともすれば天法(自然法)なるものをつぎ出し、誰と誰とは結婚できな

いとするが、明確ではあるが果してそれが人間生存の本理にかなうとは保証できないのではないか……」。そこで第一に、父女、祖父孫女等、直系親の相互婚姻であるが、道徳の点、法制の面で非常な弊害を生じ、徹底的に人間社会中に存在させてはならない。しかしこれは稀有のことで案ずるにもおよぶまいから、傍系親の場合について検討するのが必要であろう。

これについて、まず禁婚親の必要を四つの害といふことから説く。一は相讎あうねの害 (evil of rivalry) すなわち現に婚姻している者たちとその他の親族との間に不和あつれきを生じさせること。二は結婚を阻害する害 (hindrance of marriage) で、ある女が何々の親等関係ある男とむつみあうときは自然その信用を失い他人がめとることがなくなることである。三は、家法をゆるめる害 (relaxation of family discipline) で、その敬愛の地位をくつがえし、尊属卑属の交際が正しくなくなることである。四は、衛生の害 (physical injury) で、未熟の年齢で結婚することから生ずる。そこで、小野は、禁婚親の範囲を男側と女側とに分け、二表によって所説を表明し、それぞれを上述の四害によって理由づける。

第一表 男子がめとることのできない女子

- (一) 父およびその直系尊属の未亡人 (第一、第三、第四の害)
- (二) 直系卑属の女 (第二、第三、第四の害)
- (三) しゅうとめ (第二、第三、第四の害)
- (四) 伯叔父の未亡人 (第一、第三の害)

- (五) めい(第二、第三、第四の害)
  - (六) 姉妹(第二、第四の害)
  - (七) 妻の女および孫女(全四害)
  - (八) 妻の母(第一の害)
  - (九) 卑属親の未亡人(第一の害)
  - (一〇) 父の妻が前夫との間にできた女ならびに母、夫が前の妻との間にできた女(第二、第四の害)
- 第二表 女子が結婚できない男子
- (一) 母の夫およびその直系尊属(第一、第三、第四の害)
  - (二) 直系卑属の男(第二、第三、第四の害)
  - (三) 伯叔父(第二、第三、第四の害)
  - (四) しゅうと(第二、第三、第四の害)
  - (五) おい(第二、第三、第四の害)
  - (六) 兄弟(第二、第四の害)
  - (七) 自分の夫の子、その子孫(全四害)
  - (八) 夫の父(第一の害)
  - (九) 卑属親の夫(男やもめか)(第一の害)



(一〇) 父の妻が前夫との間にできた子ならびに母の夫が前妻との間にできた子(第二、第四の害)

この第二表はベンナムにはなくて、小野の創作である。総括していえば、直系血族、三親等内の傍系血族、直系の姻族に当るほか、伯叔父の配偶者、しゅうと、連れ子などをふくんでいる。ただし養親子関係については言及されない。

以上二表外のものとは婚姻を禁止されるべきではない。四害にふれないからである。そこで、小野は、次に、亡妻の姉妹をめとるのは(順縁婚<sup>ソレイト</sup>)みとめてよいか、との問題に答える。これについては利と害とがあり、その害は前記第一害で姉妹あいねたむことだが、妻の生前同居していなければそれはさけうるし、その利は遺子を利すること、つまり全く他人のまま子となるような情がないことである。両者を比べると利が多く害が少ない。ゆえにこれを許してよい。次に、亡兄弟の未亡人と結婚すること(逆縁婚<sup>ソレイト</sup>)はどうか。これも、前と同じような利害があるが、ともに少なく、これを許して弊害はない。結局、小野は順縁婚、逆縁婚ともに婚姻をみとめるのである。そして、順縁婚については、次のようにこれを詳論する。

「そもそも兄弟の妻が自分に対する関係は、互いに他人である。そこで、兄弟がこれを許すのでなければ、自分はその妻君とまみえることができない。それゆえ、こまかくいえば、この点でのあつれきや不和は僅少かあるいは絶無になる。かつまた継母が前妻の子に対する関係は世上むつまじくないのが多いけれども、継父は妻の前夫との子(連れ子)に対しては世間たいていあい親しんでいる。しかし、おじがおい、めいを愛するのは天然の肉親のゆえだから、そのおいを親愛する情は、継父であるからとて、さらに加わるというのでない。したがってその利も僅少だといわざ

るをえない。そこで利害ともにならないとすると、許否どちらにしてもいいわけだが、人間の自由という点からして論ずると、許した方がよいこととなる。……読者には、あるいは東洋流の論旨でもって、再婚が道徳をかくとしてとがめる方があろうけれども、再婚を許さざるをえないのは人事やむをえないものである」。

以上も大体はベンタムの説を祖述したものである。英国では、順縁婚、逆縁婚を二〇世紀まで禁止しており、このような禁婚親の制度に対してベンタムが合理的理由を欠くとして批判し、排斥したものと思われる。欧州では、中世の教会法が順・逆縁婚ともに禁止し、英国法にも強い影響を与えていたのである。<sup>(9)</sup>しかし、小野が、日本では、指令法上どうなっているか、実際の慣行はどうかなどを知悉して、この訳述をしたのかどうかといえは、おそらくそうではあるまい。彼の当時の年輩と経歴からしては、ベンタム説の祖述紹介に止まったものとみるのが、妥当と思われる。

次に、婚姻方式の問題であるが、これについて簡単に二つのことをあげている（原文三〇五頁）。「一は、夫妻双方が自発的意志よっての公正な婚姻をなすものであるという証拠をあげさせるということ、二は、婚姻を公けにして世間に信用させるということ、これである」。前者は婚姻の証人を立てることにより、後者は婚姻の礼式をあげることによる。ただし、証人が権柄をふるまったり、礼式がめんどううになったりする弊害もあろうから、これらを念頭におくようにと注意している。

以上は、西欧の婚姻方式で当事者の婚姻意志をたしかめかつ婚姻を公示する仕方と共通点があるが、婚姻証人の制度化を要求するほか、婚姻登録にはふれていない。

(6) もっとも、指令が裁判の準拠とすべき法源たりえないことは、有名な明治八年六月太政官布告第一〇三条裁判事務心得第三條の明定するところである。しかし、實際上は、これは建前に止まり、指令により判文が形成されたこともあって、当時「あせい裁判、こうせい裁判」といわれた。さらに戸籍取扱など司法行政実務は、明らかに指令に準拠してなされた。しばしばの災害で完全な指令集の復元は今日不可能となっているが、本学名誉教授外岡茂十郎博士編『明治前期家族法資料』（既刊一〇冊）は、現在できるかぎり多数の身分法関係指令を集成している。また、堀内節博士編『明治前期身分法大全』も、このほど第一巻婚姻法を刊行した。

(7) 婚姻年齢に関しては、伺指令にも例をみず、あまり非常識なものは戸長のところでチェックされた程度とみられる。松下芳男『陸軍史話』二七七頁によれば、新潟県下のある村で、徴兵よけのためにある僧侶が隣村某寺の娘と婿養子縁組をし、入籍を届出たが、娘がわずかに六歳であったため、戸長が受付を拒絶し、悶着を生じたという。

(8) 英国では、国教会が順・逆縁婚を禁止し、一八三五年にその無効が確認されたが、二〇世紀に入り、一九〇七年の *Deceased Wife's Sister's Marriage Act*、一九二一年の *Deceased Brother's Widow's Marriage Act* より、これらの禁止はせんで解除され、最後に一九六〇年の *Marriage (Enabling) Act* で総括的に完成し、姻族関係による婚姻阻害は全く消滅した。

(9) F. A. Westermarck, *The History of Human Marriage*, 5 ed. 1921, Vol. II, pp. 152, 153.

(10) これについては、山中永之佑「明治期の逆縁婚」、法制史研究第七号（一九五六年）を参照。同氏によれば、江戸時代から、庶民間には、家業・家産の維持を目的として逆縁婚が行なわれたが、武士間では、武家法服忌令の精神からこれを禁婚親とし、明治期に入ると家族法に武家の制度を採るべしとの主張から、逆縁婚禁止の指令法が成立したという。太政官は、内務省の伺に対して、明治八年二月八日の指令で、逆縁婚を全面的に禁止した。その理由は「其弊往々倫理ノ大綱ヲ紊ス」

というにある。法例彙纂民法第二版一七三頁。明治初年の地方法令では、順縁婚を要許可とし逆縁婚を禁止したのもあった。福島正夫「明治初年における戸籍の研究」、『家族法の諸問題(穂積先生追悼論文集)』五〇六頁以下。順縁婚の申請は大體みとめられたようである。

### 三 離婚制度

封建制の因襲をつぐ日本の離婚制度は、キリスト教の影響のもとにある西欧と比べても特有のものであった。それは男尊女卑思想の夫婦関係における表現としてもとくに極端な典型といへ、夫の専権的離婚の無制約性は、「七出三不去」の中国離婚原則をはるかにこえている。<sup>(11)</sup>夫による三行半みくだりはんの離婚状の發出で妻は簡単に離別される。<sup>(12)</sup>欧米では、キリスト教理が離婚を阻止した。日本およびアジアの離婚制の不合理に対して青年小野が義憤の念を抱いたのは、当然である。

ところで、一般論として、離婚制度には、二つの問題とそれに関する主張とがある。第一に、夫が自己の専恣に妻を離婚することは許されるべきか。第二に、離婚しなければならぬ事情のあるときは、離婚をみとめ、かつその権を夫だけでなく妻に対しても与えるべきか。

小野はこれをベンタムにしたがい「婚姻契約はどの期間存在させるべきか」という問題として提出する。そしてこれにつき、長文の論述をするが、その結論は、次のように約言できよう。夫は自分の一方的意志で妻を離婚してはならない。婚姻は終身間継続すべきものである。しかし、いったん結婚したならば絶対に離婚できないとするのは、こ

れまた妥当を欠く。したがって、もし正当な事由があれば離婚を許すべきである。そしてこれを求める権利は男女ともに有しなければならない。

(イ) まず、夫側の専横的離婚制度の否定について。

「そもそも結婚契約は、男こそその欲望を達しうるもので何の苦痛もないものだろうが、女にとっては決してそうではない。一〇ヵ月の妊娠から赤子の出産、幼児の保育に至るまで、苦痛がいっぱい、無数である。そこで婚姻契約のはじめに当り夫が将来自分を保護扶養することを厳密に約束しなければ、妻たるもの何をたのみとしてむつみあうことができようか。……そこで功利説からいえば、契約の発端にさいし妻は左の言を述べ夫の承諾を求めるべきである。『私は一身をさしあげあなたにつかえます。あなたは私の弱さを助け私の保護者になって下さい。また、相互の愛の結果として、必らず私を扶養されますように』(原文二八九頁)。

夫がこれを承諾すれば、ここにはじめて夫婦同室の交際をはじめべきである。しかし、この一語の契約だけでは十全とはいえない。そもそも夫婦の恋愛感情は一定不変ではない。まして婦人の容色はおとろえるもので、うら若く恋愛される時期は一生二度とない。そこで夫と結婚しこのよい時期をすぎたならば、他に夫を求め再婚するのはとくに困難である。これは天下普通の事柄で、……容色がおとろえてのちに離婚されては、妻の困難はほとんどいいあらわしがない。そこで、右の契約に次の一語を加えなければならぬ。『私は一身をさしあげあなたと結婚します。あなたは自分の一存で離婚しないで下さい。あらかじめこのことを私に申して私の承諾を待たれるように』。以上はほぼベントムの抄訳である。次に自己の意見として小野は論ずる。「思うに東アジアには、離婚の権がもっぱら夫に属

し、妻の承諾をまつなど論外で、夫が三行半みくだらまの離縁状を与えると、理の有無を問わず妻たるものもとよりこれに對してその不満をはらすことができない(律令法で七出三不去の制度があるが、実際には行なわれない)。これゆえに、結局、妻は夫の奴隸であつてその配偶者という實はなく、そのようなかたよりが無用なのは論ずるまでもない。

(ロ) 離婚禁止への反対

小野は、夫の一方的離婚の權利を拒否し日本および東アジアの家族制度を痛撃した。その反面、欧米に行なわれた離婚禁止の法に對しても、反対を表明する。まず、協議上の離婚については、右の契約文言からも分るように、これをみとめる。「婚姻当事者双方の許諾で別れるものは、いきおいやむをえないもので、許すべきだ。」「いったん結婚すれば決して離婚できないというのは、妥当ではない」。これはとくにカトリック教会法の制度を念頭におくのである。「もし法制のゆえに離婚できないとなれば、夫妻不和のことがあいついで生じ、夫婦あい依る幸福はいつとなく屋外にとびさり、家内の混雜はたえる期がないであらう」。

そこで小野は、離婚容認が道徳に反するという反対論を想定し、これに弁駁する。大体はペンタムによるのであるが、彼の離婚法に関する具体的な所見もなかに示されて、注意に値する。その要旨を掲げよう。

(一) もし離婚を許せば、夫婦たがいにもつとよい相手を求め、婚姻關係の安定を破壊し、社会に不利となるとの反対。

答。こういう弊害は、離婚をみとめるのが寛大だから生ずるのではない。たとえ離婚を嚴格にし、さらにはこれを禁止してもそれは生じ、離婚再婚はできないとしても、情郎情婦は陰謀によりその目的を達するに相違ない。だから、

家庭は破壊される上、さらに姦淫の不道德が社会に蔓延する。むしろ離婚を許した方が、第一に既婚者は互いに譲歩する気持をもち家庭安定化に役立ち、第二に結婚前両者は行く先きの見当をつけ、婚後の苦情を少なくするだろう。

(二) もし離婚を許せば、夫婦あいよることは一時的のようを考え、相互に利益をはかる気持をうすくする。

答。組合商業はあいよること一時的なものだが、これがためにも関係者が利益をはかる念がうすいなどということはない。ましてや夫妻あいよる情は、子供が生れたときさらに深くなる。離婚禁止はかえって夫妻双方が勝手気まま、浪費という傾向を生じさせる。もし離婚を寛大にすれば、たがいに儉約する念を起し、相互に不満の気持を低下させるであろう。離婚後浪費気ままの風聞があれば、再婚にも不利となる。

(三) もし離婚を寛大にみとめれば、強は弱に迫って無理無道に離婚の目的を達しよう(これはわが国に離婚の多い原因であろう)。

答。この弊害があらうということは自分も十分承知している。しかし、これには予防法がある。それは、夫が妻に離婚を強制するならば、離婚させると同時に、夫に相当の扶養料を給付させ、もしくは新しい夫を迎えさせてやるようにするべきである。

(四) 離婚したならば、その間に生れた子供はどうなるか。継夫、継母に虐待されることになるのではないか。

答。この心配は、父母の死亡の場合にもあるが、離婚の際にはこれをさける方法もある。これは、離婚に当り、男子は父に付し、女子は母に付することである。このようにすれば、ともに教育の便利をえ、女の子は母の庇護により継父の暴逆をさけることができる。

右(三)、(四)の異議に対する弁駁のうちで、(四)の答はペンタムの説そのままであるが、その理由は説明されていない(これは日本在来の慣習に似ているようである)。(三)の答は、ペンタムのとちがっている。彼は「粗野で野蛮な方法は禁止されているから、穏当な方法をとるしかない」と述べるに止まる。したがってここで掲げた具体的方法は、小野独自の考察である。そのなかで、妻に対する扶養料の給付は近代的な考えだが、その再婚の相手方をみつけてやる義務とは、新しい発想で興味深い。

さらに小野が離婚方式の厳格を要求するのも注目に値しよう。元来彼が離婚をみとめるのは、近代的な離婚の自由を意味し、決して離婚における放縱を許すものではない。

「自分は離婚を寛大にせよとはいうけれども、べつに離婚の方式を粗略にせよというのではない。そもそも離婚は家庭を分断して社会の基礎をくずすものだから、その関係は軽少ではない……。それゆえ離婚の方式は鄭重にし、なただけ社会の弊害をさけるべきである」。離婚の希望があったとき、「よろしく双方が十分にその利害得失を細密に考察するようにさせ、一時の血気にはやり、一生をあやまらせないようにせよ。また、必らず法官にこれを視察させ、夫が妻に強制して離婚を承諾させるという弊害の起らないようにせよ」。

これは重要な発言である。とくに最後の点は、協議離婚もぜひ裁判官の認可を経るべきものとするという提案と考えられる。またその前の点には、調停もふくまれているであろう。在来の協議離婚では、実質上おい出し離婚になりがちだから法官の干与を加えることが必要だとする。

小野はここで離婚法上の重大論点を提出する。すなわち離婚を「夫婦双方の一意に任す」か(協議離婚主義)、一衆



人皆離婚すべしといつてはじめてこれを許す」か（離婚原因主義）である。彼は前者を支持し、これに関して比較法的考察を行なう。

西欧の法制がここで対比検討される。「ゴード、フレデリッキ」（すなわち一七九四年のフリードリッヒ民法草案）、「仏蘭西新法」（すなわち一七九二年九月一〇日の離婚法）が協議離婚をみとめる法律であるのに対し、その他イギリス、スコットランド古法、デンマーク法、スウィス法は離婚原因主義（原因は主として姦淫）の法律である。こうしてみると、西欧各国の法では離婚原因主義が圧倒的に多い。<sup>(14)</sup>では、日本も後者によるべきか。

小野はこれに対していう。自分はそうとは思わない。「もし人間交際のやわらぎということを主として立法しようとするれば、当然双方の好みにまかせて離婚させなければならぬのである」。そして、協議離婚主義の新法をとつたから、フランスでは一時離婚が増加したといい、その弊害を指摘するのもあるかも知れないが、この主義そのものの成果とはいえない。ゲルマン諸邦では久しくこれをとっているが、その割合に離婚が多いということを聞かないからだ、と釈明する。

さきに述べたように、小野は協議離婚に厳格な方式を要求して軽率もしくはおしつけの離婚をもに防止しようとする。その用意がある以上、実質的に破綻した夫婦関係の離婚をみとめることは、基本的に近代的といえる。

以上、小野の所論は、日本、東アジアの離婚慣習にメスを入れているが、主としてはベンタムの理論にしたがっている。妻側の離婚申立をみとめた明治六年五月太政官布告第一六二号の画期的な法律に言及していないのは、不審である。<sup>(15)</sup>ここまで検討しなかったのであろうか。

(11) 仁井田陞『中国の農村家族』三一七頁以下、三二四頁以下。しかし貧農は、妻をめとる金がないため、せつかく得た妻をすてることはできず、妻の姦・盜・不孝不順もがまんし、目をつぶっていた。

(12) 江戸時代の三行り半の離婚制度(それ自体は再婚許可状だが)が維新後そのまま継承されたのか、変容したのか、判明でない。明治六年五月布告第一六二号がこれにどのような影響を与えたのか、問題である。

(13) Jeremy Bentham's Works (Bowring), Vol. I, p. 352.

(14) 協議離婚の制度は、比較法上興味のあるところである。小野の論については、ウェターマーク・人間の結婚の歴史(中村正雄訳・昭和三一年)の記述がよい参考となるであろう。「大陸では、離婚についてのさらに自由な立法に対する新鮮な刺激が、十八世紀に、新しい哲学によつて、人間の自由や自然法の概念とともに、与えられた。もし結婚が相互の同意により結ばれた契約であるならば、結婚はまた、もし当事者の双方がその契約をとり消そうと望むならば、解消されるべきである。

「理性と祖国の制度にもとづく」一七四八年のプロイセンの「フリードリッヒ民法草案」では、既婚者は、双方の同意により、その結婚の解消を要求しうることを認められていた。「草案」は法律にはならなかった。しかし、じつさいには離婚は、夫および妻の双方の要望によりフリードリヒ二世の君主としての恩恵により、自由に認められ、一七九四年のプロイセン民法では、相互の同意による離婚は、もし夫婦が子供がなく、軽佻や軽率や強制だと推測される理由が何もないならば、認められた。フランスでは、新思想が一七九二年九月二〇日の離婚法をうみ出した。新法の前文には、離婚を容易にすることができるのは個人の自由権の当然の結果であり、この自由権は、もし結婚契約が非解消とされるならば、失なわれると述べられている。離婚は、二人の当事者の相互の希望にもとづいて認められるし、気質の不調和にもとづくときは、またそのほかの多くの理由にもとづくときは、一方だけの希望でも許される。新法はたしかにきわめて一般的に普及した。すなわち、第六年目にはバリにおける離婚の数は結婚の数をこえたのであった。しかし、六年後、すなわち一八〇四年に、一七九二年の

法律はナポレオンの「フランス民法典」中の新条項によってとって代られ、この民法典は離婚をもつと困難なものにし、一八六一年の王政復古には離婚はフランスでは廢止された」（二七四頁以下）。イギリスおよびスコットランドの離婚制度については、同書二七三頁以下。なお、以上に協議離婚というのは、日本の届出離婚とはちがひ、裁判所の判決でなされる。

(15) この布告は「夫婦ノ際已ムヲ得サルノ事故アリテ其婦離縁ヲ請フト雖トモ夫之ヲ肯セス之レカ為メ数年ノ久ヲ經テ終ニ嫁期ヲ失ヒ人民自由ノ権理ヲ妨害スルモノ不尠候自今右様ノ事件於有之ハ婦ノ父兄弟或ハ親戚ノ内附添直ニ裁判所へ訴出シ不若候事」とし、また同年七月二七日太政官布告第二四七号訴答文例第一五条「夫妻離別ノ訴状」にはその訴状形式を示している。鎌倉の東慶寺など縁切寺に駆けこみ、三年間尼としての勤めを果して縁を切つた江戸時代からみれば画期的であり、かつまたそれが「自由ノ権理」に出ることを示した点にも、解放法令の趣旨はみえる。

#### 四 夫婦殊権力（非同権）論

小野梓は、夫婦間の関係については、日本在来の男尊女卑の習俗を批判し、夫の家長的な絶対独裁と妻の奴隸的屈従を強く非難するとともに、そのあるべき制度を考察する。しかし、妻の権利の向上をはかる一方、家族内での夫の指揮権、すなわち妻の従属的地位を是認する立場をとつた。ここでジェレミー・ベントムの見解に全幅的にしたがっているのは、小野自身が公言するところである。したがって、夫婦同権という現代法の原則は、ベントムの思想にさまたげられて、小野の思想のうちにはついに実を結ばなかつたといわねばならぬ。

小野は、ベントムにより、夫婦は「どういふ条規によつてその契約を結ばねばならぬか」と設問し、個条的にこれ

に答える。すなわち個々の契約の内容は当事者の意志に一任すべきだが、左の五条はこれをおよぼすべきもの、すなわち必要規定として必らず契約にふくましめるものとする（原文二九六頁以下）。

第一規 妻は万事夫の指揮にしたがうべきである。ただし、夫の指揮がわるく乱暴であれば、妻はこれを法廷に訴え、その善処を求めることができる。（理由後述）

第二規 家政を施行する権はひとえに夫の手におくものとする。

家族員を扶養する義務は夫にかかる。それゆゑ家政施行の権利も当然夫の手におかざるをえない。これは実は夫人を利するのではなくて、家族員を利するものである。けれども男女同権に心酔してその真の意味を知らない論者は、あるいはこの条規をとやかくいうであろうが、つまりこれは外国の諸名士のうわべをみてその真髓をつまびらかにしない浅薄劣悪の見識によつて生ずる一種奇怪な妄想にすぎぬ。もしかりにも男女殊権論は女を利するために作られた論旨であることを味わうならば、大いに理解することがあろうに。

第三規 財産の享有は必らず夫妻が共同でなければならぬ。

その理由は二つ、一には平等を尊重し、二には夫妻ともに家政の便益をはからしめるのに好適である。

第四規 妻は夫に対してその信義を守るべきである。

第五規 夫もまた妻に対してその信義をつくすべきである。

つまり、夫妻相互にその身を守り、ともに姦事淫事のないことを要するのである」。

さて、第二規に関する小野の理由づけは、第一規においてもっとも鮮明に示されるのであって、これは「夫婦殊権

力論」として、本書の前の方に詳説され、小野の家族制度論の一特色をなしている。

所述の場所は『羅馬律要』第三章「権理ノ主位即チ人類」第三節「人類ノ本位ヲ得ルヘキ品等」第四項「男女ノ両性」の附註である(原文二四二頁以下)。なお、その前には、彼が英国で著名な婦人参政権論者であるグレー夫人、フォーセット夫人の講演をきき、ミルの『婦人の隷属』を読みもしたが、その当否はまだ明言しえないことを述べている。西欧諸国の男女両性の権利に関する規定を比較して、プロイセン一般州法、オーストリー民法、フランス民法、オランダ民法などで妻の権利が制限されているが、英米はこれとことなり大して夫妻間に権利の差のないことを説明する。では彼の議論はどうか。

「男女同権論はすでに久しく英米で行なわれ近来日本にも波及して、一、二の学者はキケロ、マコーレーのような雄弁快筆をもってこれを上流社会に唱え名声を博した。そこで国内学問を尊重する論者はこれになびきしたが、盛大な勢いを呈する。私もまた論がおだやかであり人の学問をすすめることになると思つたので、決して反対しないのみかしばしばこれを主張しもしている。しかし、世人はどうかするとその論旨を拡充して、これを夫妻相互の關係におよぼそうとし、その論がやや理あるに近いので、一、二の学者はこれに同調し、社会にこれを唱えた。私も、はじめはこれに賛成し、そのすぐれた理論であることを国中に公けにしたいと思つたが、深くその窮極を考えつめると、その弊害は一、二ではないことを知つた。……功利主義を信ずる気持からはこれを黙視できないので、私はここに夫婦権力(非同権)の理論を説き、読者の一覽を仰ぎたい。思うに、夫婦権力を單純にみると、「殊」の字にまどわされて非難される方もあろうが、もし夫婦の同権によつて生ずる不便と夫婦の非同権によつて生ずる便利とを比較

しおもむろに考察すれば、男女の非同権もまたやむをえずとの帰結に達することが分るであろう。

以下長文にわたるので要約していえば、次のごとくである。二人があい依り生活するには、一人が選び（決定し）、一人がしたがうことが必要で、夫婦、父子、後見人被後見人の関係みなそうだが、後二者については直ちに理が分るが、夫婦については問題がある。というのは、この「選」と「従」をきめる標準に体力の強弱をおくのは一般であるにせよ、女子の体力、脳力の劣弱は、古来慣習上そうされただけで、実質上は決してそうとはいえないという議論がある。とすれば、夫婦の関係にこれを適用しえないことになるからである。しかし、体力の強弱を標準とするのは功利主義の本旨にそむくものではないので、これを詳説すべきであるが、それにはジュレミー・ベントムの論を紹介することで代えたい、として、『民法典の諸原理』第三部第五章第三節の記述をごく簡単に述べる。そしてその帰結として、次のようにいう。「ああ夫婦にして双方ともにその権力をもつことがないとすれば、誰れが家庭の万事を整頓処理するであろうか……。それは他にない。功利主義の大趣旨として、権力を夫の手中に帰させること以外にない。しかし、彼は弁明する。「妻を夫にしたがわせるというのは、弱肉強食とは全くちがう。強のいきおいをもって弱のおよばない点を助けるもので、これは功利主義の本旨にそむかないものである」。

このの説明で小野はベントムの所説を十分つくしていないので、以下簡単にそれを補っておきたい。夫婦権利義務関係の五条件は次のとおりである。（一）妻は正義にもとづく場合を除き夫の掟にしたがう。（二）管理（財産の）は夫に専属する。（三）享有権（財産の）は夫婦共同でなければならぬ。（四）および（五）夫妻はそれぞれ婚姻上の誠実を守らねばならない。第一の「正義にもとづく場合」とは、夫が暴君化したときのこと、それ以外は夫に指揮

権があり、第三の財産享有権の共同も、妻が夫の権力のもとにあるということから制限をうける。

植木枝盛は、明治一三年六月「男女同権ニ就キテノ事」を書いた。ここでは「男子婦人ヨリ多クノ権ヲ有セサレハ家内ノ平和ヲ得ヘカラス……夫婦同権ハ到底言フベクトモ行フヘカラス」との論を徹底的に反駁し、その同権を断固として主張している。<sup>(17)</sup>彼はまた「民法上及び其他に於ける夫婦の権利」(明治二年七月)においてナポレオン法典(フランス民法)とナポレオン自身の男尊女卑思想を痛撃する。<sup>(18)</sup>植木は、スペンサーの論によって啓発されたこのことであるが、小野はベントム思想の凡俗性にまげられた。この点では、両者あい去ること遠いものがあつた。

(16) Mrs. Millicent Fawcett (一八四七年—一九二九年)は著名な婦人参政権論者で社会的に活動した。J・Sミルの著は、*The Subjection of Women*, 1869 p. 290.

(17) 外崎光広編『植木枝盛の家庭改革・婦人解放論』、一九七一年、四六八頁以下。

(18) 同上書四〇四頁以下。

## 五 父子関係論—隠居制度批判

小野は、親子関係を一般的に論じてはいない。とくに未成年の子に対しては、公教育反対論および後見のところでもわずかにふれるだけである(前者については、原書解説四〇九頁以下の記述を参照、後者はここで説明を省く)。また養子制度には全くふれるところがない。この点は後年の『民法之骨』<sup>(19)</sup>とことなる。しかし、親が老境におもむき子が一人前に発達したとき、親が子の扶養をうけ安逸に日をすごすことに対しては、東洋の弊風として、はげしくこれを批判し

た。これは扶養のほか相続にも関連するが、間接には家制度批判ともなる。また個人の活発な活動を要求して、東洋風の安逸に流れる隠居制度を痛烈に非難するもので、この見解は注目値する。これは、前記第五章第一節の第一項「権理ノ原収遷移並ニ変化」のうち、相続を論ずる個所で、自分の痛感したこととして、附言している（原文二五七頁以下）。

「東洋人のいわゆる父子あい依る道は……私からみると人間社会の功利主義に損害を与えるものようだ。東洋の風習として父母はぜひとその扶養すべきものだから、子がこれを怠るならばもちろん不孝の汚名をまぬかれないし、父母もまたつねに子にその扶養を要求する権利をもつ。それゆえ東洋人のつねとして、子を保育保護教養するのは、ただ自己老後の収獲用として種子をまきつけるものかのように誤信し、子を地上に生んだ義務からの履行だということを知らない。ゆえに父母はいつも子の成長をうかがい、成人すればひとえにこれにたより安逸にすごして自分では何ら仕事をしないのが一般である。子もまた久しい慣習からこれを怪しまず、一生けんめいにそのおよばざるをおそれる」。子がつとめることは道徳上当然で奨励したい。「しかし、父母が保育保護教養をはなにかけて子の扶養を要求督促し、これをたのみにし何事もせず日をすごすものがあるのは、社会の文化に非常な損害を生ずるので、私は大いにこれを排斥し、痛烈に論破したい」。大体、子に対する保護養育は親のつくすべき本分で、「子たるものは親がそれを忘れた場合これにつき要求する権利がある」。「東洋の人で父たる者のいうのをきくと、いつもいつている。自分の子はすでに成長してよく私を養ってくれる。自分はもう安心で隠居株だと」。「私はかつて安心、隠居株なるものの年をきいてみたところ、たいてい五〇歳前後、はなはだしきはわずかに四〇歳を少しこえた者で、これを唱えている」。



そもそも五〇歳前後は、人間の活動の果実を収めるべき時期である。活動をやめて身を遊惰にすごすのは、利を収める好時期をすて去るものだ。かりに個人にとって損失がないとしても、全社会についてみるならば、富みの増大を阻害するにちがいない。国家経済に重大な関係を生ずる。これはさらに次の弊害を生む。子は、自己家族を扶養するほかさらに父母の扶養をせねばならず、遠大の事業に力をつくして大利を永久に謀ることができない。したがってまた子も小成に安んじ、親のやり方をつぐこととなる。これらは経済の点でも文化の点でも損害を生じ、断じて黙視すべきではなく、「痛切に論破してこれらの悪風を大東洋外に洗い流すべきである」。

実に壮大かつ痛快な論である。小野はここで単に家族制度の問題に止まらず、さらに日本人の早成、早老と家業の墨守、その結果である一国経済の進展の阻害にまで批判をおよぼした。維新政府は、明治三年閏一〇月の大政官布告により、華族および士族につき年五〇歳より隠居願の儀勝手たるべきことを令したのであり、また六年一月布告第二八号は、華士族家督相続の法（長男子）を定めた。このように華士族の隠居や家督相続に法律の規制をしたのは、當時行なわれていた禄制と関連をもったということもみおとせない。だが、小野は、華士族たちを特権者寄生者とみ、平民には農家や商家に実際は行なわれていた隠居の弊習を断固一掃すべきことを力説したのである。

(19) 手塚豊教授は、明治一七年刊『民法之骨』の執筆は明治八年から開始されているから、小野の養子反対論は早くその頃から考えられていたと思われるが（「明治前期の養子反対論」、法学研究第二八巻四号五五頁）、『羅瑪律要』を検討するかぎりでは、それを裏づけることができない。ただ、三好退蔵は、序註（3）および第七節に示すとおり、早くも明治九年五月の『共存雑誌』所掲の論文で、養子反対論を展開している。

## 六 財産相続論

相続についての小野の所論は、相続の原則、相続の順位、遺言、遺留分等、広範にわたる。場所は、前節でみた項「権理ノ原收遷移並ニ変化」のなかである。

### イ 財産相続の原則と相続の順位

財産相続制を定めるのに三つの要訣がある。すなわち次の三原則である(原文二五二頁)。

「第一、死者の子孫がその生活のよろしきをうるようにする。第二、死者の親戚のなかで失望する人があってはならない。第三、その遺産を平均に分配し、かたよりがあつてはならない」。

人類は孤立存在して生活するものではなく、種々の関係者があつてあい依っている。それには妻子、奉公人などがあり、自分をたよつて暮しているのであるから、自分が死亡すればこれらは生活の方便を失う。そこで、遺産を上記の原則により分配すべきである。

ところが、実際問題としては、この分配は各種の混雑困難を生じ、容易に決しがたい。そこで、人の通情として、身内の者への愛情を考慮して相続順位を定めることにならう。その際、親等の順序はあるが、「つねに卑属に重きをおき、卑属のあるかぎりは必らずこれをえらび、尊属や傍系親に優先させるべきである」。これは人類の本性からくることである。しかし、個人個人については、いろいろの感情もあろうから、それのため遺言の制度がある。

そこで、相続順位、相続分について、細目を考究論述しようとしたが、ペンタムがすでに「遺産相続法案」を書い

ているので、これを読んだところ立論は鮮明、趣意は卓越、一点の非もみ出せない。これはベントムの『民法典の諸原理』第二部第三章における「相続の適正な諸原則」<sup>(20)</sup>である。小野は深くこれに同意し、「ああ法案は簡潔で、その趣旨は深い。その徳は廣大、その功績は卓抜偉大である」とまでいった。そして、その一五條を訳出している（原文二五五頁以下）。ただし、そのなかにしばしば自己の註解をまじえ、さらにこれにつけ加えて前節にみた父子関係論などの自論を展開したりなどする。

ベントムの法案は、概要左のとおりである。

第一条 相続は男女平等とせよ。もし差をつけるならば弱い女子に多くを与えよ。

第二条 未亡人は遺産の半分をうける。ただし婚姻の際、特別の契約をしたものは、このかぎりでない。

第三条 父死亡のときは、未亡人の相続分をひき去った半分を子女間に均分する。

第四条 子のうち父より先に死亡したものがあれば、その遺子に相続分を均分する（承祖相続）。

第五条 直系卑属がなければ父母が共同相続する。

第六条 右の場合、父母の一人が死亡していれば、その相続分はその子孫が相続する。

第七条 右の場合、子孫がなければ、生存の親が単独に相続する。

第八条 両親ともなければ、兄弟姉妹、もしくはその子孫が相続する。

第九条 前条の場合、異父、異母の兄弟姉妹は父母のそれらの半額を相続分とする。

第一〇条 以上の相続人がなければ、遺産は国庫に入る。

第一条 前条の場合、二等親以上の尊属があれば、遺産の利子を終身間給与する。

第二二条―第一五条 分配の遺産競売について。

ここで小野がわが国の伝統である家督相続制すなわち家産を長男子が残らず相続する制度を筆誅の対象としなかったのは(そしてそれは後年の『民法之骨』でもその未完成のゆえに果されなかった)、ふしぎな感じもしないではない。当時、民法起草において、この点が最大の争点の一つであったからである。<sup>(21)</sup>しかし、小野の全論旨から、彼がこの制度に対して全面的に反対であったことは、うたがうべくもない。

#### □ 遺言制度

ローマ法の遺言制度「テスタメントム」については、小野は説明を加えているが(原文二三五頁以下)、これに特別の興味を感じたようである。相続に関しベントムの遺産相続法案を紹介したのにつづいて、さらに日本の民法典編纂に当って遺言制度を導入すべきことを主張し、かなり積極的にこれを論じている。

「つらつら本邦の有様をみるに、遠くは古令、近くは新律によってもいわゆる遺書の制度をみない。民間に時々死者の遺言である物を某に与えるなどということがあるが、これとても生者の意志で変更ができ、遺書の慣習とはいえない。だが、本邦の史書を読み察するに、昔から死者の遺言は生者の情で埋没できないのがあるともみえて、これがため邦国の大難を定め一家の安全を保つことも少なくないようである」(原文二六六頁)。

ところが、遺言の利点が、日本人一般に熟知されているとはいえない。そこで、三つの利点を次に紹介する。

第一に、法制は一般的な規範を定めるが、家庭生活の実況を觀察し、その一々につき善処しうるようにしたもので

はない。それを知るものは個人、そしてこれを善処しうる方法は遺言である。だから遺言の制度を設けるのはやむをえない。

第二に、遺言の権利は、家人の善行を勧め、その悪業をおさえる道具ともなる。国政でも賞罰が必要だが、家庭の賞罰には各種あるとはいへ、遺言はその要地を占めるものであろう。

第三に、遺言は遺言者にとって死後の処分権となり、彼にとっても利益である。俗語でいうと、ある物をお前に与えるが、死後でなければ渡さぬぞ、それまで自分が預っておくことである。小野はこれを治他の能力という。

他面、遺言制度にも弊害なしとしない。それは、遺言者が子女に一物も与えず、これを自己の平素親愛している他人に与えるということがないとは保証できないからだ。こういうことはまれではあろうが、そうなると子女は寒さと饑餓にさらされる。

そこで、この害をさけるため、フランスでは「レジチム」(遺留分)の制度を設けているのである。すなわち遺言者は全財産を遺贈することはできず、ある部分を子女のために保留せねばならぬ。これは「当然の相続人」である。これは、ベントムの説によると、未亡人、直系卑属、父母、兄弟姉妹、姪とその直系卑属である。ベントムは、もしこの制度を許すとすれば、遺産の国庫編入の機会をなくするし、許さないとすれば上記の弊害を生ずる。両主義とも功利学説上一理があるとする。そして、もし「当然の相続人」がないときは、遺言処分をしても、その半額をこえてはならないと結論を与えている。

遺書は生前これを破棄することも遺言者ができるが、遺言者が誤認して遺贈し、死後地下にあって後悔することが

ないとはいえない。たとえば、娘を某にやり、そのむこは温良の人だと思って遺言し財産を与えたが、実は大変な軽薄者で別に他の女と婚約をしていた。しかしこれを誤認とするのは難中の難事だから、これを処理する官吏は「密考詳察」せねばならぬ。

その他、遺言には、死にぎわに作らせるか、方式を定めて作らせるかなど、いろいろ問題があり、この附註でつくすことはとてもできる仕事ではない。自分は他日これらを研究して「遺書纂論」の著を作る予定であると述べている。このことは果されなかったのではないかと思われる。

(20) Jeremy Bentham's Works (Browning), Vol. I, pp. 335 et seq.

(21) この点は、「むすび」において考察する「本邦戸主の法」とも関連する。民法草案の起草でも、左院の民法草案(明治六年—七年)は家督相続の主義であり、明治一一年民法草案は家督相続廃止論を主義としたらしく、最大の焦点問題をなしたのである。

## 七 『民法之骨』における家族制度論との対比

『民法之骨』は、「引言」によれば「明治八年其筆を始む」とあり、おそらく『羅馬律要』もその着手のうちにくまれているのではないかと思われるが、小野が本格的に起稿しはじめたのは、『国憲汎論』上巻の上梓後、明治一五年以降で、『民法之骨上編』が発刊されたのは同一七年末であった。<sup>(22)</sup> 同書は七章から成り、第四章「一個人の位置」の一部と第五章「家庭の制を論ず」が、家族問題にふれている。全体の構成は示されていないが、現行民法の体

系でいえば、総則と親族の編の一部がここに収められ、物権、債権、親族の一部と相続は続編に予定されたと考えられる。家族制度論は相当程度がこの上編に収録されている。この書全体が簡潔な記述で、法制の細部にわたって記述してはいない。その反面、家族制度について小野の見解ならびに主張を知るには主張点が明確で、便利であるともいえる。以下数項を分説する。

#### イ 男女同権と夫婦殊権力（非同権）

第四章では、男女の位置に関し、民法上、その本質をみるに、成年の女子でこれに当る能力のなきものはないので、民事上の権利で男女を区別する理由がないという。いまやわが国では、ようやく女子の権利をみとめ、女子の相続、その証人能力を許すなど、ほとんどみな昔の束縛を解放している。一七年前（維新前）の武家の制をみると、りつ然とせざるをえない。しかし、これは本邦の古制ではないので、大宝令では女子承分の権利を与えている。

このように述べながら、小野は、ここでさらに、以前の夫婦殊権論を提出し、男女同権とは区別して、夫婦の非同権でなければならぬことを、ベンタムの理論に依拠して力説するのである。八年前の旧説はここでもなお堅持されている。

#### ロ 戸主制否定論

第五章では、『羅馬律要』で論ずべくして論じられなかった諸点にも言及されており、興味は深い。それらは戸主制否定論、私生子論、養子制反対論の三である。まず、戸主制否定論からみよう。

小野は、はじめに一国の基礎は一団の家族であるか、または数多の個人であるか、として問題を提起する。前者は

いわゆる「身をもつて家につけ、家をもつて国につける」、つまり「家」制度および「家制国家」の論である。これをとるのは日本、ローマの古制と中国の今制だ。後者は個人をもつて社会の要素とし、各人の自治をもつて社会を組織する。泰西諸国はこれに属する。そのいずれが是か非か、彼は、族長制社会が文明の治と並行できないこと、未開の俗としてあることを説き、断じて後者を採るのである。

ついで、彼は日本の戸主制廃止論を説いた。そして、以前に書いたという文章（これは『羅馬律要』をはじめ私の管見に入らず、年代を明らかにすることができない）を引用する。重要だからその全文を掲げる（原文のまま）。

「戸主の制を廃すべきの理、歴々指點すべし。曰く、何ぞ。曰く、許多の眷族けんしゆを驅て之を一戸主の治下に置き、数人自治の能力を抑制し、以て一人の左右する所に任す。是れなりと。惟たゞふに全戸の中（こゝろ）、咸みなく幼者にして、皆な普通の保傳ほへんを要すべきもののみに非ざるべし。必ずや其中丁年を越え、既に自治の能力を具備するものあらむ。然るを今之を一人の治下に置き、其能力を抑制し、数人の幸福を放て之を一人の左右する所に任す。是れ豈に人間交際の宜しきを失するものに非ざらんや、是れ豈に生民經濟の術を誤まるものに非ざらんや。蓋し人丁年の期を過ぎ、己れ既に自治の能力を有するも、尚ほ且つ族長の統御を免るるを得ざれば、内に自から不満の心を抱き、家庭の交通依て以て和同せざるべく、又之にして自主たるを得ず、隨て其勞力の結果を自得するを得ざれば、其所有の權利自から鞏固ならず、遂に其力を生業に用ゐるの意を薄からしむべければなり。後略」

この旧説を彼は維持する。さらに維新以来政府公布の法令は、この伝統の戸主制廃止の趣意を實行するものであるとして、とくに太政官布告明治五年九月第二七五号、同八年一〇月第一五三号の両法律をあげる。前者は、同居また



は別居で財産を分別している家族員の負債の場合、本家戸主が保証印していなければ本家財産に債権者が追及できない旨を規定し、後者は隠居相続の場合、地券書替の手續をへなければ、所有権が新戸主に移転しないものとする。

小野は、この二布告によって、「戸主制度がなかばその基礎を失ない、わずかにその弱々しい残りを止めるにすぎぬ。今後ますますその趣意をひろめ、民法上全くその跡をなくさせるようにすべきだ。……いやしくもこの社会の永存を望むならば断じてこの悪制を廃絶せねばならぬ」と極言している。これについては、なお考察すべき点があるので、後述にゆずる。

## ハ 父子関係と隠居制反対

『羅瑪律要』附註で述べた親が子に扶養を頼り、まだ十分働らせる年齢で隠居して活動をやめ、子に家業をゆずる日本在来の習俗は、小野の絶対に容認でなき事柄であった。この主張は『民法之骨』第五章に承継され、力説されている。しかも、『羅瑪律要』の文章が数頁の長きにわたってこれに移されたのである(原文二五七頁—二六一頁)。

これは、前項の戸主制度廃絶論とも有機的関係をもつものである。すなわち、各個人はその体力、氣力のつづくかぎり社会で各種の活動をなすべく、戸主から戸主へ、家業、家産を代々継承するだけで、若くして樂隠居の境涯に入る慣行の制度(社会各層を通じて)に強く反対したのである。

## ニ 私生子論

現代家族法の原則は嫡出子、非嫡出子の平等取扱であるが、西欧諸国法では、カノン法の影響もあり、この差別取り扱いは古くから存して小野の時代およびその後におよんでいた。またわが国でも、その地位はきわめてめづまれな

かった。小野は、『羅馬律要』でふれなかった「野合私通の子」の地位に関して、『民法之骨』では論及している。

私生子問題を彼は、父の搜索権、相続上の地位、保育責任者の三点に区分して述べる。諸国法を参照し比較法的に検討する。その結論は次のとおりである。第一、私生子は母を搜索するを許し、父を搜索しえないこととする。第二、フランス法にしたがい、嫡出子の三分の一、尊属または兄弟姉妹の二分の一とする。第三、保育は母の責任とする。小野の根本的立場は、「私生子のあるのは社会の不利だけれども、いったん生れれば、その子の権利を保護しなければならぬ」ということにある。

この所論は全体としては、フランス民法の立場によつたものであろう。私生子については、明治六年一月太政官布告第二一号で、「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受タルヘキ事」とされてゐる。この但書に、父の側からの認知はできるとして、反面に子の側からの父の搜索を禁止する法意を示す。当時私生子の相続権は、わが国の法令上は規定するものがなかった。

#### ホ 養子反対論

『民法之骨』の特色の一は、小野が日本在来の養子制度に対し批判を加えていることにある。「我国養子の制ある久し。而して其弊今に至って極まる」として、友人三好松清(退蔵)の論文を長文にわたって引用し、これに賛意を表したのである。ここでは「ああ養子もまた人なり。固有の権利を以てこの自由世界に生れながら、一身の束縛にあり、両家の圧制をこうむり、天賦の情を絶ち、骨肉の愛を割き……」といい、「今や政府縦令法度の束縛圧制を解き、人民の自由を得しむるも、この習慣を破らざれば、自由の精神何をもって振ふを得んや。此れ養子の禁、速やかに布か

ざる可からざる所以なり」と主張する。<sup>(23)</sup> 小野はこれを「其理滅すべからず」と支持する。したがって、この表現は自己の所見ならびにその理由の展開という積極的形式によるものではないが、小野の明確な養子制度反対論としてみるべきものである。これに対し、明治九年の植木枝盛は、養子廃止時期尚早論を展開している。<sup>(24)</sup>

『民法之骨』にふくまれた家族制度論の重要論点は以上のとおりで、婚姻、離婚、相続などについては、ここにくめられていない。戸主制度反対論が鮮明に展開されたことは、家督相続の廃止を意味すると思われる。これらにおいて、小野の見解の発展がみられる。しかし、ベンタムの影響もなおきわめて強い。青年期小野の理論は、『民法之骨』に基本的に継承されているようである。

(22) 本学名誉教授齋藤一寛氏の御教示により、『民法之骨』の初稿の一部で種々改削を加えたものが京都の小野家に保存されていることを知り、参上して拝見する機会をえたが、将来の研究にゆずる。

(23) これは三好退蔵の稿「民事新話二、養子ノ禁布カザル可ラス」で、『共存雑誌』第一二号、明治九年五月刊に掲げられた。三好はのちに検事総長になった人である。

(24) 向井健「明治九年の養子論争と植木枝盛」、法学研究第二九卷七号。外崎光広編・前掲書四五三頁以下。しかし、植木は、外崎氏の説くように、その後説を改め、明治一二年七月一日の「無天雑録」には「養子廃止論」を書き、明治二〇年九月一八日の土陽新聞には詳細な法律論として「養子論」を掲げている。同上四五五頁、二二五頁以下。

## 八 むすび―若干の考察をかねて

一 以上に、小野梓の青年期における家族制度論を、その稿『羅馬律要』を資料として紹介しつつ、説明を加えた。はじめに述べたように、小野がこの問題を独自の専門論文として体系的に論述したのでなく、纂訳附註として述べたところを抽出整理したのであるから、彼の論旨や思想が必ずしも十全に表明されているとはいえない。だが、それにもせよ、これらにより小野の家族制度に関する具体的な見解は、相当立ち入って知ることができる。小野は民権論者中の法学者として、公法私法の両面にわたり日本の法律制度のあるべき姿を考察しかつ提案したのである。

一世紀近くも官庁の書架に眠ったこの資料は、小野が若くして今日いわれる「個人の尊厳と両性の本質的平等」の原則（民法第一条の二）を家族制度論につらぬいていたことを明確に示す。彼は、ローマ法教科書の纂訳を利用し、各所でそれを力説した。多方面にわたって論じているこの纂訳附註のなかで、とくに家族制度の論に重きをおいたのも、その理由がある。なぜならば、封建旧習からの人間の解放は、何よりもまず家族制度の重いきずなからの個人、とくに婦人の解放にあるからである。

そこで、小野は、婚姻改革として、当事者の意志の自由、一夫一婦制を強調した。婚姻の要件としては、婚姻年齢を定め少年婚を禁ずべきことを説いた。これらは日本と東アジアに行なわれていなかったのである。また禁婚親の範囲を論じた。離婚については、在来の夫の三行り半による専横な一方的離別慣行を許すべからざるものと批判し、他方において絶対的離婚禁止へも反対した。もとよりこれは離婚に対して慎重な態度をとることを前提としている。

これらにおいて、小野が婚姻の近代化論の戦闘的主張者であることがみられる。子女の婚姻を親の意志で定める封建的弊習を、彼は根こそぎ一掃しようとした。だが、軽率の婚姻を戒しめるため成年まで親の拒否権をみとめる。また、離婚の場合、妻の保護をはかる用意がなされている。

夫婦の権利義務関係における殊権力（非同権）の小野理論は、特徴的であるが、これはフランス民法によるものではなくて、小野を強く支配したベントムの影響である。この点では旧習打倒に徹底をかくとはいへ、本質的に男女の平等をみとめた上でのことであることを忘れてはならない。

父子関係で、彼が親が壮年期から子の扶養に期待し、若くして隠居し家業を子に譲る慣行を痛撃したのも、注目値する。『羅瑪律要』<sup>(25)</sup>では、『民法之骨』のような戸主制度の全面的排撃を明言していないが、その趣意の一端がここに示されたともいえよう。

相続論でも、単に一般論を説き、ベントムにより男女平等、未亡人の二分の一の相続分、子女の均分等の諸原理を述べるに止まる。家督相続の制度にはふれなかったが、それは当然否定される趣旨のものであった。

また、基本的な問題の一つである日本の養子制度もこの時期には正面から論じてはいない。しかし、そのことは、彼がそれについての批判意見がなかったことを示すものではなからう。

若冠二五歳の小野梓は、その年齒経歴からして、若干の未熟性をまぬかれなかったであろう。しかし先輩の馬場辰猪、後輩の植木枝盛らとともに、人間にもっとも貴重な自由と権利を主張した小野は、青春の情熱をかたむけて、封建的な日本の家族制度に徹底的な批判をなし、新定されるべき民法典の方向をさし示したのである。その情熱は学問

的な仕事に注がれ、ローマ法、西欧法および日本の在来法の広範な比較法的、実証的な研究と結合した。彼の検討の範囲は広範であつて、日本のみならず東部アジア（中国を中心とする）におよんでいる。これはおそらく彼が訪欧米以前、中国旅行をしたこととも関係があらう。<sup>(26)</sup> これらの地域で何世紀行なわれてきた人間性無視、女性べつ視の家族制度に対して、彼は義憤の念をおさえることができなかった。情熱と学問、その結合によって彼の所説は、一般の評論をこえた、すぐれたものとなつたのである（各種の不完全さはあるにせよ）。

この明治九年は、前年来政論盛んに起り、諸方に叛乱も生じ、政府は思想弾圧に躍起となつた時期である（八年六月の新聞紙条例改正、讒謗律、九年七月の国安妨害の新聞雜誌禁禁止の各布告）。それがかえつて養子論など家族制度論を活発化させたのかもしれない。だが、小野は『共存雜誌』で政治、思想の諸問題を論じながら、家族制度論は掲げず、その所見を世に問うことがなかつた。

二 小野は、その「自伝志料」によれば、この『羅瑪律要』の著作により要路の人に知られ、かつその勸説をうけて明治九年八月司法省に入り、司法少丞に任ぜられた。<sup>(27)</sup> そして、一〇年二月太政官少書記官兼任となる。<sup>(28)</sup>

注意すべきは、この頃司法省で民法が編さんされていたのであるが、小野がそれにどういふ関係をもつたかということである。小野は、あるいは、この事業に関連して任用されたのかも知れない。ところが、上記自伝に次のような記述がある。「司法少丞に任せざるの即日民法課副課長となり民法編纂委員を兼ね然れども民法編纂委員は十数日にして辞せざるを得ざるに至れり」。山田一郎の『東洋小野梓先生伝』は、次を「下略」している。<sup>(29)</sup> それは「之を公にす可らざるもの」(緒言)として、現存者との関係上、その理由の記述を掲げなかつたのであらう。

この民法編纂であるが、大木喬任司法卿は、江藤新平の志をつぎ民法等諸法典の編を企画した。おそらくその第一着手が民法であったろう。民法課は卿の命をうけて事業に当った。早くも明治九年六月一五日の東京日日新聞には、箕作麟祥司法大丞、牟田口通照同権大丞の兩名が民法編纂委員に選ばれ、民法編纂原則の大目を議定したとして、左の數条を掲げている。これは全部が家族法に関するものである。

一 従前の家名相続の習慣を廢し財産相続の法を設けらるる事

一 従前の養子法を改め仏国の養子法の如く大に制限を設くる事

一 婚姻法は先づ仏国の法により稍々簡易に法を建てられ尤とも離婚は禁ぜざれども大いに制規を設け仏国の旧法（現今は離婚の法なし全くこれを廢したり）の如く設けらるる事

一 隠居の習慣を廢せらるる事

一 妾は従前の二等親たるを止め法律上妾と云ふ者を公認せらるる事<sup>(30)</sup>

一 身上証書の法を設け現今の戸籍法は止めらるる事

同紙は、さらに「右は伝聞の儘なれば確と知れ難けれども兎にかく御制定は此上も無き結構の事なり」とその正確さを保証しないが、大体はそのようなものと思われる。そこにいう事柄はきわめて重要であり、家名（家督）相続および隠居の制度の廢止、離婚の制限、現行戸籍法を身上証書に替えることなどは、とくに注目される。

この事業の結果が、いわゆる明治一一年民法草案である。それは箕作麟祥と牟田口通照の兩名が民法編纂委員として、大木喬任司法卿に上呈されているが、採択されなかつた。これは強くフランス民法に依拠し、穂積陳重により

「敷写法典」と評されたものである。<sup>(31)</sup>そして翌明治一二年に大木はポアソナードに民法草案を起草させ、さらに一三年元老院議長となると、同年四月元老院に民法編纂局を設置して、みずからその総裁となり、以後は民法編纂事業は司法省の手をはなれる(一九九年三月まで)。

そこで、問題は、なぜ小野が就任後わずか半月で民法編纂委員を辞さねばならなかったか、彼の英法的見解と箕作、牟田口らの仏法主義との衝突の結果なのか、他の原因理由によるのかということである。これは『自伝志料』の原本が存否不明であるため、確認できないが、民法制定史上興味ある事柄である。家族制度論について考えると、その基本的な点で大きなひらきはなかったであろうが、やはりくいちがい生じたと思われる。さらに、そのほかに、司法省の主流との意見対立があったのかも知れない。

この最後の点について思い出されるのは、小野の司法省入り直前に明治八年一月から九年五月の間に、日本の戸主制度をめぐって司法省が太政官布告の改正を申請し、対立した結果、拒否された事実である。明治八年一〇月太政官布告第一五三号は、隠居相続のばあい土地所有権の移転は、地券書替がなければ効力を生じないことを示した(死亡相続のときは、当然所有権は移転する。地券書換が法定期限よりおくれたとき、科金を課されるのみ)。司法省はこれに強硬に反対した。まず同年十一月、同布告は家督相続の原理にそむく旨の疑義を伺い出で、太政官はこれに説明的指令を与えた。司法省は納得せず、さらに翌九年二月、再度、「本邦戸主の法」に反するとの理由で、隠居相続も死亡相続と同様に取扱うよう改正を要望する上申の伺を提出した。「本邦……戸主ノ法アリテ戸戸ニ戸主ヲ立テ一戸籍中ノ者ハ家族ト称シ其戸主ノ管轄保護ヲ受ク可ク且其戸籍中ニ属スル財産ハ皆其戸主ノ所有ニ非サルハ無シ……



然ルニ生存者ヲ相續シタル戸主ニ限り特ニ其地所所有ノ權ハ一般讓与ノ式(地券書替ノ方式—福島)ヲ尽サ、レハ戸主ニ於テ之レヲ得可ラサル事ニテハ差向法律上ニ於テ大抵觸之レアルニ付生存者ノ相續ヲ為シタル者モ死亡者ノ跡相續ヲ為シタル者同様ノ規則ニ御改正相成度。これに對して太政官は同年五月「地券ヲ得タル隱居若クハ子弟ハ各自其地所ヲ所有スルノ權ヲ享受スル者ニシテ假令ヒ其戸主身代限之處分ニ至ルモ之レニ及フ事ヲ得サルモノトス即チ八年第五百十三号布告ハ此ノ理由ニ原キタル者ニシテ曾テ法律上ノ抵触無之儀ト可相心得事」と断固拒否したのである。<sup>(32)</sup>

しかも、その指令をなすに當り太政官はその法律顧問である法制局に諮問したところ、法制局は、「地券は戸主非戸主ともてうけうるもので政府がこれを公認しているのだから、非戸主の地券を戸主身代限(破産)のときに連及させては政府公認の効にそむく、戸主の身代限に子弟の財産をおよぼすということは、布告の法ではない、いわば五年布告第二七五号の反対解釈だ」といったのち、次のように断言した。「矧<sup>且</sup>ンヤ戸主ノ制ノ如ク多ク昔日封建ノ陋習ヲ襲<sup>おそ</sup>ヒ復<sup>ま</sup>タ久シク之ヲ聖明ノ今日ニ墨守シ難キ者アルヲヤ」。<sup>(33)</sup>

この法制局意見は、小野がこれを見ることができたかどうかは分らないが、実に痛烈な表現である。太政官はしかし、地券とか公債証券のごとき記名公証の財産は、純個人財産としたが、他の一般財産にまでおよんだわけではなく、法制局の見解をつらぬいてはいずれ、妥協的なものであった。しかし、後者は、第七節でみた小野の『民法之骨』に述べた考え方とは全く一致する。そして、司法省の主流は断固としてこれに反対する思想立場にあったのである。<sup>(34)</sup>

この件のものに、司法省は、内務省の太政官伺(明治八年二月一九日)、「地券は家に属するか、人に属するか」に関して、明治九年はじめ太政官から下問のあったことに上答した。それは明治一〇年一月一九日付であるから、民

法課副課長たる小野がこれに關与したことは、うたがない。なぜ上答がこのようにおくれたかといえは、その間に上述の太政官・司法省の論議が介在したからである。その具体的事案は、戸主たる養子が離縁のさい、戸主時代に養父から譲受けた地券を携帯し去ることができるか否かにあった。これは困るというので、某県から内務省に伺出があったのである。司法省も、内務省の意見のように携帯離縁は不当との結論を支持した。しかし、その上答文中には次の注目すべき言辞がみ出される。「地券ハ其家ニ付与スルニ非ラスシテ其ノ人ニ付与スル者ナルハ……又タ一般ノ事理ニ於テ知ルヘキナリ……夫レ弊害ノ源ハ養子ノ制其ノ宜ヲ得サルニ在リ故ニ先ツ其ノ制ヲ改良シ而シテ之レニ及フニ非ラサレハ其ノ処分ノ平正ヲ望ムヘカラサルヤ必セリ惟ルニ本邦養子ノ慣習アル久シト雖モ其制度未タ全カラス……是ヲ以テ早ク之レヲ改良シ以テ彼此ノ弊源ヲ絶チ之レヲ其ノ始メニ慎ミ之ヲ其ノ終ニ全フセンコトヲ切望スルナリ<sup>(35)</sup>」。たとえ太政官の前指令があつたにせよ、地券を人に付与する建前を「一般ノ事理」と公言し、また本邦養子の制度の改良を明確に要望することなど、はじめ司法省が伺い出たときとはその基調をほとんど全く転換したものと見える。このとき、上答の草稿が小野の筆によって書かれ、彼の趣旨がならぬかれたものと推定しても、大過がないように思われる。

しかし、小野の所見は、究極において、司法省や内務省の堅持する「本邦戸主の法」の見解とはあいられないものであった。小野の權威に屈せず、所信をつらぬいていささかも妥協しないきびしい性格は、次第に省内での摩擦やあつれきを深めていったであらう。翌一一年彼がついに司法省を去るに至ったことは、ここにその因をみ出すことができるのではあるまいか。

(25) 前節でみたように、『民法之骨』では戸主制廃止論の旧稿を引用しているので、その時期不明ながら、この趣旨は同書(明治一七年刊)より早期に表明されているものとみななければならぬ。

(26) 小野が、「生意」(商売)、「做得来的」(できるだけ)とかの、当時の中国語口語体を、文中にしばしば用いているのも、そのあらわれかも知れない。

(27) 小丞(一〇年の改正により少書記官)とは、奏任六等で、軍人の階級では少佐に当る。当時では高い官位で、二五歳の小野としては、その才学を買われた相当の拔擢であるとしてよからう。

小野が司法省に入ったときの、省内の局課の陳容は、官員録では分らない。司法省沿革志(昭和一四年)によれば、司法省の職制改正により明治八年八月三〇日第四局のもとに民法課(ほかに外務課)がおかれた。『箕作麟祥君傳』の略年譜は、そのとき箕作は四等出仕として第四局副長および第六局(翻訳)局長であったというので、彼が民法課長を兼務したのではないかと思われる。民法課は明治一三年四月に廃止されるが、その前一〇年一月の改正で、第四局は議政局となり、刑法、民法、刑法編纂、民法編纂、收補、翻訳の諸課に細分された。箕作は民法編纂、翻訳の両課長となった。

(28) 当時司法省内では、鶴田皓、箕作麟祥、牟田口通照らも、太政官書記官を兼ねていた。鶴田皓は刑法の専門家で、歐洲に視察出張したこともある人である。したがって、これらは政府部内で法律専門家として取り扱われた人たちであろう。

(29) 山田一郎『東洋小野梓先生傳』は小野梓逝去の翌月、明治一九年二月に刊行された、もっとも早い傳記である。上下巻別に頁を起した一冊の本で、その上巻は小野梓の「自傳志料」、下巻は山田が『留容齋日記』『東洋雜著』などから材料をとって簡単に記述したものである。山田は高田早苗らと同級、小野の直弟子であった。

(30) これはおそらく「公認せられざる事」の誤記であろう。

(31) 穂積陳重『法窓夜話』三三六頁。

(32) 福島正夫『日本資本主義と「家」制度』一四四頁以下。

(33) 同上二五四頁以下、一五九頁以下。

(34) 司法省の主流をなす者ほどのような人たちであったか、確言できない。参考として明治九年官員録をみれば、司法省の部では、卿大木喬任、大輔山田顕義、大丞青山宜、渡辺驥、鶴田皓、箕作麟祥、権大丞牟田口通照、大丞高木秀臣、名村泰蔵、黒川誠一郎が在職した。私は、大木司法卿が戸主制論者であったのではないかと思う。国立国会図書館憲政資料室大木喬任文書中の『談話筆記』(傳記編纂資料)には、大木が非常な読書家でありながら、「新規七分、固来三分」の本質的保守主義の思想であったことが随所に示され、明治一四年の国会開設詔書発布の論議にも、明治二三年を時期尚早として反対したことが、語られている。小野の見解は、卿のそれとは、重要な点で正面から対立し、しかも、若年ながら彼は、自己の所信につき一切妥協し譲歩する人ではなかったのである。

(35) 福島・前掲一四八頁。