

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-12-26

## 民法第二条修正案を評す

---

(発行年 / Year)

1910

民法第一條修正案を評す

法學士 山田三良

諸言

法典編纂は國家の大業にして立法史上の一大  
紀元をなすへま革新を期し國家百世の利益を  
信託し休戚是に由りて定まる故に法典編纂に  
參與する者は一言一句の微と雖も苟もせず況  
く萬邦の實例を參酌し深く我國の情勢を洞察  
し以て國家の榮枯たり國民行為の準則たるに  
負ふさうんことを期せざるは莫し我國民の  
名譽は法典編纂の苟も不ふからざることを知  
るときは既に既立したる法典を改訂するに當  
りては亦沈思熟考して其利害得失を究む朝

憲法改正に立法事業を弄すの弊に陥かす  
小ニことを慎まざるべからず吾人は或民法漸く  
制定せしむる實施の期末に到るに早々既  
に第一條修正案の出つを見れば斯學の爲め法  
典の善め將に我國の爲め然視するに忍びさ  
るものあり敢て所懐を述べて輿論の公正なる  
判定を請はんとなす先づ民法第一條の理由を明  
かにし次に修正案の不當なる所以を昭示すべ  
し

第一 民法第一條の必要なる所以

舊民法人事務第四條に曰く外國人は法律又は  
條約に禁止あるものを除く外私権を享有すとい  
新民法も亦第一條總則第一章第一節私権の

享有を規定するに當り外國人の人権を平等に規定して曰く

外國人は法令又は條約に禁止ある場合を除く外私権を享有す

以上の規定は各國の法制沿革上最も重大なる規定の一つにして外國人の人権を認め、民法上に於ては外國人も内國人と等しく私権を享有す。原則を掲げたるものなり、斯くは法上の主義を種して内外人平等主義と云ふ、凡そ法制上の一大原則を論評するに當りては、審かに其沿革を追究するに非ずんば淺者の笑を招く如き愚論に陥りたる言極めし稀なり、本條に對する世上の批難も亦此沿革を究むるの結果なり

しか如し、吾人曾て今東西の歴史に徴し、世思各國に於ける外國人の私法上の地位を研究せしに、年代上早晚遲速の差異あるを、昔來各國の法制は皆外國人排斥伸免の敵視主義より内外人平等同視主義に進むるのより、概ねその五期五主義を經過し、若くは經過せんとすことを知得せり、即ち左の如し

- 第一期 外人敵視主義
- 第二期 外人賤蔑主義
- 第三期 外人排斥主義
- 第四期 對外相互主義
- 第五期 内外平等主義

今各期に就て以上の變遷を究むるときは、或は

第一期より數百年若くは數十年の間隔を以て  
各期を経過して漸く第五期に達した。そのあ  
り、或は我國通世史の如く僅々數十年間に第一  
期より第五期を達した。ものあり、或は我國以  
外の東洋諸國特に支那朝鮮の如く今尚ほ第三  
期と第四期の間に彷徨す。ものありと雖も、世  
史の大勢より通觀す。とせば、人類の歴史を記  
述す。時代に違ひなき。以來既に數千年を経た  
りと雖も、之を明諸國互に外國人の人種を認め、私  
法上も於ては外人を平等視す。に至りたるは  
實に今世紀の後半に於て認めし之を觀るのみ  
之を詳述す。は著書に屬す。吾人は不日之を上  
梓川行す。之を要す。に今世紀の後半以來

之を明諸國の立法者は皆外人平等主義を採り、  
現今の法律思想ハ私法上内外人の同権を以し  
原則とし、そののみならず、法律關係の必要は後  
外國法律を適用して外國人の權利保護を全  
せり。故に碩學ハーリングは羅馬法の外人敵視  
主義の沿革を叙述し、後、現今又明諸國の法律思  
想を形容して曰く、現今に於ては權利が自由は  
猶空氣及水の如く、内國人たるは外國人たる  
を問はず。吾人の等しく享有す。べき共有物なり。  
と(羅馬法の精神第四版第一卷三三〇頁)又近世  
國際法の革新者ハ、伊國マンチニは既に十  
八五五三年に於て此思想を國際法上より説  
明して曰く、我國が第一にして若し吾人の權利を自



きは、業と各國立法者の創造物と外を以てすと雖  
も、第十八世紀の自然法主義は天賦人權を宣言  
して欧米人の思想を一変し、北米合衆國の南北  
戦争は奴隸制度の廢止を確定せし以來、近世之  
明國は皆奴隸制度を否認し、奴隸買賣を以て海  
賊と同視し、人類の公敵、國際法の違反として之  
を嚴罰せざるは無し是れ人類は何人か否と問  
はず奴隸は非すして自由を享有すべしと、物件  
に非すして人格を有すべしとを表彰すべしと  
し、權利及人格は之ヲ實質的ニ論ずべしと  
は自然に各人の法律思想に存在し且つ世界的  
即ち人類的性質を有すべしとを明言すべし  
と謂ふべし、故に現今文明諸國

の法律上單に人といへば權利の主体を云ふなり。而して人類は何國人たるを問はず。權利の主体に於ては、我國民のみならず、外國人も非らず。權利の主体に主體にして外國人は人に非らず。權利の主体に非らず。云ふを許さず。或は例へば刑法上犯罪人即ち刑法に規定せる所爲を犯したる者と云へば、獨我國民のみならず、印度人亞弗利加人も非らず。或は米人たりと印度人亞弗利加人たりとを問はず。苟も刑法の規定を犯したる人類は皆我刑法上の犯罪人なり。又犯罪の目的たる人、人も亦外國人たりと外國人たりとを問はず。或は人なり、或は人たるを殺傷するも、黒色人を殺傷するも、得た我同胞國民を殺傷するも、等しく殺

人罪を犯したるものなり。故に我刑法に所謂何人たる者即ち人とは、凡そ人類を指定せる文字なり。或は謂はるべからず。之と同じ民法上は、於ては亦單に人と云へば、外人を問はず。凡そ人類を指定せる文字なり。或は謂はるべからず。之と同じ民法上は、要せず。故に若し民法に於て人は私權を享有する。云ふとせば、外國人たるは私權を享有する。はす。凡そ我法律の支配を受ける人類は皆私權を享有する。ことを規定せる法文と謂はるべからず。故に私法學者の唱ふる所説の必然の論結あり。故に斯學に精通せば、碩學ローランは、白耳義民法草案を起草し、其第五十條に於て私權の享有

と規定すに當り從來諸國の立法上の慣例を打破して

凡そ人は私權を享有す(チウート、バルツンス、ジエイト、ドロー、シム、カ、*Das Recht* *Personen*)

*Das Recht* *Personen* (規定し、且つ其理由を説

明して曰く、此草案は凡その人に私權の享有を附與する事に依りて外國人を白耳義人の同一視したり、蓋し我國公法に依れば凡そ人の類は皆法律上の人にして外國人をいふ國人と同じく私權を享有せしむるを爲めに伊國民法の如き特別の明文を要せず(民法改正草案第一卷二五九頁)此草案は不幸にして未だ確定法文と成るに至らずと雖も、外

國人は外國人と同じく私權を享有すとの規定の理論上無要なることを看破したる(嗚天にして第二十世紀以後に現出するべき文明諸國の民法は必ずしも斯草案に倣ひ斯る無要なる規定の跡を止めざるに至ることは吾人か今日より之を豫言するを憚らざる所ありといふ)

抑も我民法第二條の立案の理由は吾人之を審かにせずと雖も、既に第一章に題して人と云ひ第一節に私權の享有を規定し、第二條に私權の享有は出生に始まると規定せるを以て見れば、我民法は人は私權を享有すへき原則を前提とし、人の私權の享有は出生に始まるものにして、

特別の明文有るに非ずんば出生以前即ち胎兒に及ぶることと明かにするものと云ふべし、故に今胎兒は未だ人にあらずと假定するときは民法第一條は人は私權を享有すといふと同一の意義の規定なり而して人とは何ぞや、我國のみを云ふや將た外國人も云ふや、之を今日法律思想に徴して考ふるに佛國民法第八條の如く特に云て佛國人は私權を享有すといふ明文無き以上は第一條に所謂人とは外國人も云ふと解釋すること能はず、蓋し外國人平等主義は現今文明諸國の私法上の一大原則にして、我國法上に於ても外國人は人に非らずと言ふことを許さざるが故に、人の私權の享有は

出生に始まると言へば我國民のみ出生後私權享有の能力を有するに非ずして、我國に出生したる外國人も亦出生後私權を享有するの能力を有し、凡そ私民法の支配を受くべき人類の私權享有の能力は出生に始まることを規定したるものゝ解釋することを得べし、且つ我國現行法令に於ても特に帝國臣民たることを要し又は外國人に許與せざることを明言せざるものは外國人は外國人と同しく私權を享有するものゝ解釋することを得るか故に、假りに民法第二條の規定と設けざる場合と想像する由、外國人は法令に禁止ある場合を除く外私權を享有すること第二條の規定と毫も異なる所無るべし。

果して然らば外國人の私權享有の能かば第二條に依りて始めて認定せられたるに非ずして既に第一條の規定に包含するも尚ほ解釋上の疑義と豫防し且つ外國人の私權享有の能かば法合又は條約の制限に依りて外國人の全く同等に非ざることを明かにするが爲め特に第二條と設けたるもの謂ふべし

我民法より後援成立したる彼獨逸民法は我民法に模倣せしが得たる暗合せしか爲め第一章第三條及第二章第一條に於ては人の權利能力は出生を以て始まり死亡を以て終ると規定せしむ確定法文となるに及びて我民法第一條と同一の規定に改めたり而して我民法第二

條の如き規定を掲げざるは吾人の性む所なりと雖も獨逸に於ては外人平等主義は一般に承認せらるる原則なるが故に特に之を規定するの必要なきを爲り、同草案理由書に依れば外國人の權利と制限する特別法と平等主義の國際私法上の原則とに委ねる主旨を明言せり故に獨逸民法は我民法第二條の如き規定を掲げざるも其實際上の結果は我民法第二條と同一なりと固より論を俟たざるあり、吾人私々に考ふるに我民法第二條の如き規定は近世文明國中最古の法典たる佛國民法に淵源するものにして唯だ沿革上の理由の爲めに之を要するのみ蓋し第十九古紙の劈頭に編纂

せられたる佛國民法は他國の法制に比較すれば外國人を優待せしむる當代の歐洲諸國は外人排斥主義尚ほ盛にして佛國人の他國に於て享有する私權は佛國の外國人に許せんと欲する私權よりも遙かに稀少なりしのみならず華命政府の外人も同視主義を採りたる反動として獨り佛國のみ外國人を優待するの不利を廣く遂に外交條約上の相互主義を採りて外國人の私權享有を規定し民法第八條に於て佛國人又は私權を享有せしむる其第十一條に於て佛國人は其本國の條約に依りて佛國人に許せしむる私權を同一の私權を佛國人に許せしむる規定第十三條に國王より佛國に

に居住を定むる許可を得たる外國人は其居住の繼續から限らば應てか私權を享有せしむる規定せり、始め民法編草案の條立法上

の相互主義を採らんと發案せし者ありしが、外國法律の変更するに從ひ佛國の外國人待遇を變更するに如きは佛國の名譽と一遂に外交上の相互主義を採るに至りたりなり、（ワシントン國際私法原理第一卷一八一頁ローレン）國際私法第一卷三節以下而して佛國民法が相互主義を以て外國人の私權享有を規定せしむるは時勢の然らざる所にして、法典編纂の罪に非ざらんが、今此法文を一見するときは外國人は條約の担保あるに非ずんば何等の私權を享有せざること能はざらんが如しと雖も、當時佛國に於ては羅馬法の勢力盛にして、（シユスシヅイル）（市民法）より生ずる權利と、（シユスジエンシユム）（萬民法）より生ずる權利との區別を蒙信し、二者共・私權に屬すと雖も前者は原則上内國人にのみ專屬し、外國人は唯だ後者に屬する私權を享有することを得るのみとせり、故に民法も亦此區別を繼承して、（ドローワーシゲキル）と自然權「ドローワー」ナチエレルとを區別し、吾人の前に私權と譯したる第十一條の規定は所謂私權に就て相互主義を要するのみ、自然權に至りては相互を要せずして外國人に許與するものとせり、然るに社會益進歩し國際關係愈發達するに從ひ佛國立法者は十八<sup>四</sup>十九年七月の外國人遺產沒收權及扣除權廢止法に依り、民法七二六條及九一二條と無條件にて廢止し、且爾來條約又は

法律に依り其他の禁制を除き、漸く内外人の私權享有上の區別を減縮するに至りたるの事あるを、歐洲各國の法律思想漸く発達して愈内外人平等主義の必要を知得するに従ひ、民法第十一條の規定を適用すること益困難となるに至り、是に於て佛國法書は第十一條の解釋に苦しみ、モロンゾ(民法第一卷三六七頁以下)は外國人は相互條約に依るの外特に法律を以て認許したる場合に非ずんば私權を享有するを得ずと主張し、外國人の無權利を以て原則とすと雖も、其他の學説は各理由を異にするに拘らず、(ブサス第一卷一八二頁以下)に四種の學説を列擧せり、外國人は内國人と同等の私權を享

有する、以て原則として其結果表面上民法の規定に抵触するか如き解釋に帰着せることは佛國民法註釋を誦讀する者の熟知する所にして、クロンゾ一派の排外説は復た一人の顧みざる無きのみならず、近來有名なる民法學者テオブツルヒューク氏も如きは私權の區別を否認し、民法編纂の記録書に徴して當時の社會は既に外國人に私權を享有せしむべき原則を認めたることを証明し、民法第十一條は特に明文を以て外國人を除外したる私權にのみ適用すべき規定にして、斯の特別の制限無き私權は外國人も亦當然之を享有すと論定せり(民法註釋第一卷二七四節以下)蓋し私權及自然權の區

別は素と機械的の區別にして學理上の根據を有せざるが故に、羅馬法制史に於て萬民法漸く發達して遂に市民法と混和せしか如く、外國人の享有すべき私權の範圍漸く増進するに従ひ、民權の範圍益縮せし、現今に於ては殆んど有名無實にして、バルカ學理上維持すべからず、且つ實際上使用すべからざる區別と嘲笑せしか如く、(第一卷二八頁)佛國民法の現定は到底現今の情態に適せざるものと謂ふべし、故に佛國民法を結受したる諸國に於ては或は進歩したる學說に基き、第十一條の規定を改正し、或は和蘭民法第九條、伊國民法第三條の如く、外國人は内國人と同一の私權を享有すとの原則を特筆

大書するに至れり、我新民法第二條は文明諸國の立法例に倣ひ、現今の法律思想上當然の原則を規定せらるに過ぎず、既に論したるか如く、第二十世紀以後の文明諸國に於ては明文を要せざる自明の法理に屬すと雖も、我國現今の立法上斯る規定を要する所以は、我國の法制時に外國人の權利に關する主義は立法上一大變遷の時期に際會せるが爲のなり、蓋し黒船始めて近海に出没し、鎖國攘夷の説勢を逞ふせし時代の法律思想に於ては、外國人は常に民法上に於て私權享有の能力を有せざりしのみならず、刑法上に於ても尚ほ人格を認められざりしか故に、現行條約を締結し

たる當初に於ては外國人は唯た條約又は法律に依りて明に認許せられたる權利を享有せしむるに依りて原則上無權利なりと固より論を俟たざると雖も維新改革以來我國は漸く法律制度必範を泰西に採りて漸く完備するに從ひて國法の原則上外國人無權利の旧主義は漸く跡を潛りて近世文明諸國の通義に則りて外國人の權利自由を保護するに至れり唯た夫の治外法の存する在りて外國人權利享有の原則を有形的に表彰する所少かりしも暗に裡に外國人無權利の原則より平等主義の原則に進みたるは蓋し争ふべからざる事實なり何となれば我國近來制定の法律によつて内國人にのみ

適用するもやは特に帝國臣民と規定し以て外國人の權利を制限するも積極的外國人の權利を認許せる特別の規定は極めて稀有なれはなり且つ我國の實際上無條約國民にも一般の締盟外國人の享有する權利及保護を附與するを以て原則として敢て條約の担保無きが故に一切の權利無く人拾無しと論定することを許さざることば前年葡萄牙人が無條約國人と爲りし場合の實例は之を証明するに餘り有らざるなりならず近頃は日清戰爭中敵國に入たる清國人が身體生命の保護を享有し且つ一般の私權を享有せしむるに非ずや今此事實を互面より法理的に歸納するときは現今に於ては既に業に我國

法は外國人の法令又は條約に禁止ある場合の外は内國人と等しく私權を享有することを認許せざるを即ち我國法は法律思想の自然的發達に因り暗に裡に内外人平等主義の原則を家用して外國人の私權を保護するに至りたるに非ざれば未此原則を一般的に明言したる法文存せざるが故に若し孰民法を編纂するに當り獨逸民法の如く之を明言せざるときは或は世界の民勢に通せし國際私法の發達に暗き頑迷者流は近視眼的國民利己主義を以て愛國心の本體と誤信し維新以前の舊套を固守して條約又は法律に特別の認許を明言せざる以上は外國人は何等の私權を享有することを不得

かといふ断するが如き法律適用に當する解款上  
誤解の危険あるが故に民法第一條に於て凡人  
人類の私権享有の能力は出生に始まること云ひ  
取て内外人の區別を設けざるにも拘はらず尚  
ほ第一條に於て外國人は法令又は條約の禁止  
ある場合の外私権を享有する規定を以て暗に  
裏に差違したる私法上内外人平等主義を法文  
上に明言せしむるを謂ふべし故に民法第二條  
は非常に進歩したる主義を採りて新たに激変  
を加へたるものなるが如く思意ある者多しと  
雖も吾人の見を所を以てすれば毫も激變にお  
かず又敢て新規なる規定をも非らざるなり寧  
ろ理論上無要に屬するも外國人の地位に關す

る解釋を一定せんが爲に現行の原則を概念的  
に明言せるのみ是れ各國の立法上變遷時代に  
論纂する法典は明白なる原則をも尚ほ法文に  
規定あるを要する所以にして我民法第二條の  
如きも亦此治革的理曲の考に必要なる規定  
を謂ふべし  
如之我民法第二條の規定は尚ほ二個の長所を  
有せり即ち  
第一外國人に關しては命令を以て法律の規定  
せる私権の享有を制限することを得べし第二  
條は法令の禁止と云はり法律を以て制限する  
ことを得るは固より論を俟たずと雖も命令と  
以て外國人の或種の私権享有を禁止すること

を得しめたるは、行政上の便宜を計り外國人の  
權利制限の方法を簡易にしたるものと謂ふべ  
し、是れ第二條の有益なる一理由なり、  
第二外國人に關しては條約を以て松権を制限  
するべしとせ得、松権を規定せる條約の性質に關  
しては學說區々にして一定せずと雖も、普通の  
説に依れば内國人の權利義務に關する條約の  
規定は更に法律の形式を具備するに非ずんば  
内國臣民に對して其效無きものとす然るに民法第二條は  
外國人の松権享有を禁止し制限する條約は條  
約の儘にて當然効力を有するものとせり、故に  
條約の性質に關する何れの説に従ふも此場合  
には更に法律を發布することを受せざるなり  
是れ亦第二條の有益なる所以の一理由なりと

す

第二 民法第二條修訂案の不当なる所

以  
我民法第二條は前項に説明せしか如く近世文  
明國の通義に則り、現今の法律思想上當然の理  
則を法文に明示せしに過ぎずして、吾人は我國現  
行の法令上に於ては解釋論として民法第二條  
と同一の主義を採るべきことを信するものな  
り、然るに奇なる哉、近來民法第二條を  
改めて反對の規定を爲し、  
外國人は法律又は條約に認許したる場合に  
限り松権を享有す  
と修訂せんと企圖するものあり、然も此主張者

か堂々たる衆議院議員法學士元田肇氏なり  
んとは吾人豈に一瞥を喫せざるを得んや吾人  
は現行法令の解釈として尚且斯の如き排外  
主義の断定を許すべからざることを確信し氏  
法第二條は唯た現在實行の原則を掲はたるに  
過ぎずして強て之を規定するの必要無かるべし  
と思意せしに議員として法學者として辯々た  
る名士か斯の如き修言を出せしむらんぞ守  
るに及んで深し我國法律思想の幼稚なる淺を  
免れざることを慨嘆し始めて吾人の前項に於  
て歐米の學說及實例に徴して理論上無要なる  
に非ざるやを疑ふたる規定は我國に於ては極  
めて必要な規定なることを發見し我法典起

草者なむとを恠憤したる貴衆兩院議員諸  
士が特に第二條を設けられたるの先見に敬服  
せざるを得ざるに至れり蓋し修正案の如きは  
現行法令の規定に接觸せる謬見なり然かも利  
慾の念は人類の弱點にして利己主義の小人は  
君子の交義と解すること能はざるか如く國民  
全体として亦國民的利己主義を肆にして徒  
らに外國人を排斥するは易く他を排斥するは必  
ずしも已を利する所以に非ざることを知得ず  
形は難く正義公道に依りて交義を完ふするは  
更に難しとざる所なれば淺見者流は外人排  
外と以て憂國愛民の美譽を誤解し真誠高尚

なる愛國心より遠觀せば、國家遠大の利益に及  
對し或は列國普通の常例に悖戾するの事にて  
む一見外國人のみに不利益なるの如く思考す  
るべきは漫りに附和雷同以て國家の進歩を沮  
却するを顧みざるか故に此法案の如き意見は  
往々垂俗の喝采を博し易く且つ現行法令の解  
釈として非一種の勢力を有するの恐れは新  
民法を編纂するに當り此原則を特筆大書して  
以て斷る不當の見解を豫防するを要せしはな  
り

第一 修正案は高尚なる學理と接觸せること  
修正案は特に條約又は法律に依りて認許した  
る場合に限り外國人の私權享有を認むるもの

なるの故に苟も積極的以外國人の之を認許し  
たる明文有るに非されば外國人は何等の權利  
をも享有するること能はざるにして然らば敵外主  
義を原則とせし羅馬法若くは排外主義を勵行  
したる歐洲中世の舊法と同しく原則上外國人  
は全然何等の權利をも享有すること能はざると  
主張するものなり我國に於ても維新以前に在  
りては斯の如き原則を採りたることは既に論  
したるか如しと雖も現今に於ては我國の法律  
思想と背馳し文明諸國の法學者が殆んど異口  
同音外國人は特別の禁制なき以上は内國人と  
均しく私權を享有せし主張する内外人平等主  
義と氷炭相管れざるものと謂ふべし吾人は茲

に台國法學者の所説を一一引証せるの要を見  
ざるの故に唯た千八百八十年オックスフォ  
ド會議に於て國際法協會が各國の學者と代表  
して之の決議を考したることを掲げ現今に於  
て修正案の如く此原則を否認して野蠻の原情  
に因復せるが如きは適まらざるを無識を責む  
るに過ぎざることを断言するのみ

國際法協會の決議に曰く  
外國人は何れの國籍又は宗敎に屬するに依りて  
は現行法律に依りて特權を享受したる例外  
を除き内國人と同じく私權を享有す(國際  
法協會年報第五卷五六頁)

第二修正案は文明諸国の立法例に背馳せること近世文明國の民法に於て内外人平等主義の原則を認めざるものは殆んど絶無にして伊国民法第三條は外國人は内國人と同じの私権を享有すと明言し和蘭民法第二條同法例第九條羅馬尼亞民法第十一條葡萄牙民法第二十五條西班牙民法第二十七條同憲法第二條瑞西ガオリ州民法第七條同ツエーリッヒ民法第一條白耳義民法草案第五十條等は皆私原則を規定し獨逸普通法(ウキンドンヤイト)第一卷一三二頁ストッバー第一卷四三節第三(普國普通法)總則第四十條乃至四十五條墺國民法第三十三條塞耳比亞民法第四十七條等は皆他國の法律に於ても自國人に私権を許さざる限りは其他國人は私権を享有すべき原則を規定せり英國法律に依れば千八百七十年以前に於ては外國人は不動産所

有権を取得することを得ざりしも同年制定の暗化條例第二節を以て此禁制を廢止し外國人は生表の臣民と等しく各種の財産を取得し相続するべしを得べしと規定せり故に英國現行法は英國船中の所有権を除く外外國人において内國人と同一の私権を享有せしむるものと云ふべしトアサリモア第一卷三八五之節米國法律は各州の規定區々一定せりと雖も外國人は不動産所有權に關する制限を降き一般の私権を享有することを認むるべし則ち一はリカールセイ國際法六二節ガリヌ第二卷四七三頁以下其他瑞典丁林及魯西亞の如きも亦原則上外國人は私権を享有するものとせりマルチチス氏曰く歐洲諸國の法律は皆外國人は内國人も同一の私権を享有すべき原則を規定せるのみならず近來の通商航海條約も亦私権の享有に

開しては内外人と同一視するの原則を掲ぐるを例とする  
國際法第二卷六九節果して然らば支那朝鮮の如き賤外  
主義排外主義を固守して却て自ら列國より排斥せらる  
如き國の法律は暫く措き苟くも文明國を以て自ら  
國の法律は一として修正案の如き外國に無權利を  
則を認むるもの無きこと明かなり今や我國運益進  
歩し國際法の原則に基き列國を並馳せんとするに當り  
民法の開卷第一に支那朝鮮の主義を特筆せざるを要する  
の否やは我國民の宜しく沈思熟考すべき大問題なり  
或は佛國民法第十二條及び佛國民法を其儘採用したる白  
耳義現行民法同條を援用して修正案を辯護せんとせら  
者も亦は全く佛國民法を解款を知らざるの愚論なり  
エドモエ大学教授自國民民法改正委員ウイストル氏氏

法律一條を説明して曰く一八三七年外國人に相續し贈與  
し遺贈ヲ授受する能力を附與せし法律及一八六五年外  
國人に此項囑財產を相續することを許與せし法律に依り  
て民法第十二條は大に其適用の範圍を縮小せり現今外國人  
は相互條約を要せずして動産不動産を取得し讓與せらる  
ことを得相續權親屬權を享有し私權の全體は概して之を享  
有せり唯ハ養子と爲し又ハ養子と爲るの權及び後見人と  
爲るの權等二三の民權のみ第十二條の規定に依り相互條約  
を條件とせらるに過ぎず(民法講義第一卷九〇節以下)  
并リモアも言へ如く近世文明國の法典中法之上に於て  
外國人は最も不利なる民法は佛國民法なり然るに此佛  
國民法は既に現今商民權の性質を有し條約の担保を俟  
つに始めて外國人に許與する私權は尤の如し

(一) 外國人は原告は被告の裁判所を追従するとの裁判管轄に  
關する原則を援用するを得ず

(二) 外國人は訴訟に原告と為るときは裁判上の保証を提供  
せざるべからず

(三) 外國人は非行の爲り軍法會議に附せらるゝとす佛國人  
なるときは通常裁判所に廻付せんことを請求するを得る  
場合に於ても之を求むることを得ず

(四) 外國人は地方團體共有地に入りて薪を採るの權利無し  
而して養子取組の權後見人と爲るの權等はビエルク等の  
無條件にて外國人に認許せる權利とする所あり第一卷二  
七六節ナリ第一卷九六節佛白兩國に於て私權の享有に  
關し内外人間に存在する區別は僅かに斯の如し而して其  
等ノ權利も亦第十一條に所謂條約に依り外國人の等しく

享有し得べき所なりとす

佛國民法を研究せしる論者は只に民法の條文を聞知し実  
際如何を辨別せしむる内外人間の區別必らず重大なる  
ものありんと臆測すと雖も佛白諸國に於ては以上掲げた  
るか如き僅少ななる差異あるのみなるが故に實際上より言  
へば外國人の土地所有權を禁止し他特別法上の私權を  
制限する法文少くとせざる我國の法律は佛白諸國に比し  
て外國人の權利を制限すること遠かに大なりと謂ふべし  
果して然らば民法第二條を實施すると論者が憂ふるが如  
き結果を來さざるや知るべきの歟

第三修正義は正義に反對せること。近世之明  
國か外國人の權利を保護するは、自國臣民も亦  
其外國に於て保護せらるべしとの利益上の必要  
算より出てたる結果に非をして、公益上の必要  
より特に制限を設けざる以上は、外國人も亦人  
として私權ヲ享有せしむべき正義公道の思想  
より由來する結果なり然るに今特別の明文と  
以て許共せざる私權は一切之を享有せざること  
を得ずと云ふは、是レ原則上外國人は權利を享  
有するの能力なき動物にして人に非らざるす  
るものなり。余の國際思想は斯る不正不當の  
見解と許さざるなり。吾我國民は決して斯る不  
當の意見を採らざるものなり。(ローラニ第二卷

二九節以下參觀)  
第四修正義は法典の体裁を換するること。歐米  
諸國に於ては勿論我國現今に於ても、外國人の  
享有せる私權を享有するを得ざる私權を比  
較するときは、二者孰れか多くして孰れか少  
きか、換言せば、享有の原則にして非享有の  
なるが特殊たりざるは、識者を俟たずして知  
るべきなり、果して然らば、若し民法第二條に特  
に制限ある場合の外私權を享有せざる原則と  
掲げずして、特別の認許ある場合に限り私權を  
享有せざる規定し、外國人に附與せざる權利は之  
を明言するを要せざるも、認許する權利に關し  
てのみ特別の明文を要せざるが如きは、獨り

民法の体裁を誤るゝ、ゆゑに我國立法上の一大  
失態を醸出さず、責を免れざるべし、何となれば、  
我國現行法上外國人は特別法の制限に依り不  
動産の所有権を享有せざるを得ざるも、住所を有  
し、法律行為を為し、各種の動産を占有し所有し、  
賣買、交換、贈與等に因りて法律の制限以外の物  
権を取得し、讓與することを得、動産質、先取特權  
を享有し、消費貸借、借用貸借、質、貸借を為さ  
ざるを得るは勿論

民事たると商事たるとを問はず凡て適法の契約に依りて  
債權を得債務を負ひ不當の利得不法の行為に依りて義務  
を負担する點に於て内國人と異なる所無きのみならず人  
事親屬上の關係に就ても亦婚姻を結び親權夫權を行ひ子  
孫を養育することを得るは蓋し論者と雖も之を否認する  
を得ざる所なるが故に若し民法第二條を修正案の如く改  
正するときは総則編以下各編の各章に於て一々此權利は  
外國人も亦之を享有せしむるべからず是れ其結果  
に於て民法第二條を專ら異らしめて無要の冗文を各章に  
附加せしむるものなり秩序整然たる我法典は吾んを斯る  
無稽の修正を加ふるに忍びんや況んや各特別法に於て一  
々外國人に許與する權利を指摘するか如き立法上の煩瑣  
は當して功無きのみならず解釋上言ふべからざる弊害  
を醸出するを免れざるに於て之を特に況んや民法第二條  
のみを反對の規定として第一編以下各編各章に於て外國  
人は之を享有せしむることを附記す。修正案を提出せざるに  
於て之を或は曰はん第二條を修正せし後民法施行條例に  
於て民法に規定せる私權は外國人も亦之を享有せしむる規定  
すれば是れりとは是れ實に解すべからざるの論なり若し先  
れ論者の如くせば修正民法第二條を斯る施行條例の規定  
とは相抵觸せる二個の思想を列擧したるに過すして修正  
民法第二條の不當なることを自白するものと云ふべし加  
之若し修正案の如き不當なる規定を新民法の劈頭に掲ぐ  
るに至らば我新民法は百世不滅の鉄點を加へ我國民我當  
議會は笑を後世に貽すの讖を免れざるべし吾人豈に之を  
黙視するに忍びんや

第五修正案は現行法令の規定と抵觸せること我現行法令特に近年制定の法令は特に内國人にのみ適用して外國人に私權を附與せざる場合に於ては、皆明かに帝國臣民と云ひ、其他の場合に於ては、單に人類を指示する文字を用ゆるを以て立法上の定例とせざるは、是れ特別の禁止又は制限無き以上は外國人は内國人と等しく私權を享有すべき主義を原則とせるか爲めに非ずして、何ぞ也然るに若し修正案の如くせんか、内國人にのみ附與する私權は特に帝國臣民と限定するの必要無く、唯外國人に附與するときに限り特に外國人と明記すべきなり、実例を以て之を曰へば、外國人の不動産所有權を禁止するに明治六年の布告を要せざるべく、之に反して不動産の所有權に關する特別の明文無きか故に不動産は我國民に非ずんば之を所有せるを得

すと云ふか如き奇怪なる結果を免れざるべし、是れ明かに我國現今の法理に背反せる僻説なり、且つ歐米諸國の實際上は勿論我國の實際上に於ても特別の明文を俟たずして外國人か内國人と等しく私權を享有せる場合は一にして足らざるなり、果して然らば修正案の如きは現行法令の規定と抵觸し、立法上無要の煩雜を加ふるのみならず、司法上亦言ふに忍びざる困難を醸出するものと言ふべし、世人若し之を疑はば、請ふ去つて佛國民法第十一條の解釋に關する佛國法曹の苦心慘憺たる所説を一讀せよ、必ずや思半はに過ぐるものあらん、

之を要するに民法第二條に於て内外人平等主義を規定せるは、敢て急激の変更を加へたるに非らずして、現行法令の解釋上に於て既に認定せらるべき原則を明文に表はした

るに過ぎざるなり、歐米諸國に於ては我民法第二條の如き規定を怪むものなきのみならず、社會の進歩は駁々として底止する所なく、第十九世紀の後半に於て非常の發達を以て特筆大書せられたる此原則も、今も當然の原則學問上の公理(アキシオム)として漸く法典上に跡を止めざるに至らんとす、然るに修正案が斯着易き公理を否認せんとするは吾人か了解するに若しむ所なり、若し夫れ不幸にして此議案が變じて法案と成ふに至らば、我帝國議會を如何せん、抑も我國家を如何せんや、吾人思ふに茲に至れば一片の丹心耿耿として自ら禁むること能はざるは吾人か敢て卑見の大要を述べて世上大方の諸士特に貴衆兩議院議員諸君高教を煩はさんと欲する所になり(完)