法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-07-29

民法第二条ニ関スル卑見

(発行年 / Year)
1910

秘

民法第二條ニ関スル卑見

梅謙次郎

今日苟モ外國人ノ事ヲ論スルニハ鎖國孤立ノ舊時代ト同シカラス外國ト交際ヲ親密ニシ互ニ知識ヲ交換シ交ト有無ヲ相通シ相利シ相助クルノ必要利益ヲ認メサルヘカラス故ニ外國ノ沿革及ヒ現状ヲ度外ニ措クコト能ハス歐米諸國ハ古代未開ノ時ニ在リテハ皆外國人ヲ禽獸視シ讎敵視シ之ヲ人ト視ス隨テ之ニ權利ヲ認メス之ヲ殺スモ殺人罪ヲ構成セス爲ヲ權利ノ主躰トシテ法律ノ保護ヲ求ムルコトヲ許サンヤ然レトモ人文漸ク開クルニ從ヒ外國人モ亦人ナリトシ之ニ相當ノ保護ヲ與フルヲ以テ却テ自國ニ利益アルモノトシ終ニ進ミテ殆ント之ニ内國人ト同一ノ權利ヲ認ムルニ至レリ今歐米諸國ノ現状ヲ左ニ略陳セン

今日仍ホ條約相互主義(佛、白、希、ルユクサンブー

ル等法律相互主義（獨墺瑞、布與、那威、セルビー、モナコ等）ヲ取ルノ國ナキニ非スト雖モ漸漸内外人同等主義ニ傾クノ趨勢ヲ呈セリ（露、伊蘭西、葡、墨、馬羅馬尼等）而シテ其條約相互主義ト云ヒ法律相互主義ト云フモノモ極メテ少數ノ權利ニ就テノミ此主義ヲ取レルモノニシテ不動産所有權ヲ首トシ我邦ノ現行法ニ於テ外國人ニ認メサル權利モ歐洲ニ於テハ多クハ當然外國人ノ享有シ得ル權利ニ屬シ敢テ條約若クハ外國ノ法律ノ現定如何ヲ待タサルモノナリ英米二國ハ夙ニ賤外主義ヲ以テ知ラルルト雖モ而モ是レ主トシテ不動産所有權ト相續權トニ關シ而シテ今日ニ至リテハ英ハ全ク此主義ヲ抛チ米モ亦多數ノ州ニ於テ之ヲ抛テリ（政權ハ各國大抵皆之ヲ外人ニ認メス今ハ私權ノミニ就テ論ス）

請フ左ニ目ヲ分チテ聊カ論スル所アラン

一　民法第二條ト現行法令

明治ノ初年ニ出テタル法令ニ在リテハ果

シテ外國人無權利ヲ原則トシタルカ將タ外國人モ亦内國人ト同一ノ權利ヲ有スルヲ原則トシタルカ事頗ル不明ニ屬スルト雖モ明治五年第百二十四號布告ヲ以テ外國人ニ地所ヲ賣渡スコトヲ禁シ翌六年第十八號布告地所質入書入規則第十一條ヲ以テ外國人ニ地所ヲ賣却、質入、書入スルコトヲ禁シ同年第二百五十九號布告日本坑法第四條ヲ以テ外國人ノ鑛業ヲ禁シ同八年第九十五號布告新旧公債證書發行條例第六條第一節ヲ以テ新旧公債證書ヲ外國人ニ讓渡シ、質入レ又ハ之ヲ抵當ト為スコトヲ禁シ同年第百三十號布告ヲ以テ之ヲ家禄引換公債證書ニ適用シ同年第百三十一號布告ヲ以テ金札引換公債證書發行條例ヲ改メ其第六條第一項ニ於テ此種ノ公債證書ヲ外國人ニ讓渡シ、質入、書入スルコトヲ禁シ翌九年第百六號布告國立銀行條例第一條及ヒ第三十五條ヲ以テ外國人カ國立銀行ノ創立者及ヒ株主タルコトヲ禁シ

タル等ノ例アルヲ見ルモ未タ某ノ権利ハ外國人之ヲ享有スト定メタルモノアルヲ聞カス故ニ明文ナキ権利ハ外國人皆之ヲ享有スト断言スルコトヲ得サルモ外國人ハ一切ノ権利ヲ享有セスト曰フコト能ハサリレヤ論ナシ何トナレハ一切ノ権利ヲ享有セサル者ニ就キ土地ノ所有権質権抵當権國立銀行ノ株主タル権利（鑛業ヲ為スノ権、公債証書ニ関スル権利）ヲ有セサルコトヲ明言スルノ理アラサレハナリ且試ニ思ヘ苟モ外人ノ來遊ヲ許ス以上ハ其動産所有権賣買貸借等ヨリ生スル普通ノ債権ヲモ有スルコトヲ認メスト曰フコト能ハサルハ理ノ尤モ覩易キモノニシテ若シ之ヲシモ認メスト曰ハハ外人ノ懐中ニ在ル金銭ヲ奪フモ盗罪ヲ構成セス、外人ノ金穀ヲ借リテ之ヲ還ササルモ敢テ之ヲ訴フルコト能ハスト謂ハサルヘカラス是レ明カニ維新以来我行政司法ノ諸官衙ノ取レル所ノ方針ニ反スルハ勿論一般人民ノ観念ニモ反スル所ナリ其後我邦ノ法制漸ク備ハ

リ外人ノ享有スルコトヲ得サルコトヲ明カニシタル権利較多キヲ加ヘタリ明治十一年第八号布告株式取引所條例第二十四條ヲ以テ外國人ヲ取引所ノ株主並ニ仲買人ト為スコトヲ禁シタルカ如キ同年太藏省甲第十三號布達起業公債證書發行條例第二條第一節及ヒ第三條第六節ヲ以テ此種ノ公債證書ヲ外國人ニ讓渡シ、質入シ又ハ書入スルコトヲ禁シ尚ホ第六條第五節ヲ以テ其記名證書ニ新旧公債證書發行條

條例第六條ヲ適用シタルカ如キ同十三年第四十七号布告金札引換公債條例第三、及第十三條第一項ヲ以テ外國人カ此種ノ公債證書ヲ引受ケ又ハ讓受クルコトヲ禁シ尚ホ第十五條ヲ以テ新舊公債證書發行條例第六條ヲ準用シタルカ如キ同十五年第二十六號布告ヲ以テ米商會所條例第九條第一節ヲ改メ外國人ヲ株主並ニ仲買人ト為スコトヲ禁シタルカ如キ同年第三十二號布告日本銀行條例第五條ヲ以テ外國

人ニ日本銀行ノ株券ヲ讓渡スコトヲ禁シタルカ如キ明十六年第十二號布告新聞紙條例第七條第一項ヲ以テ外國人カ持主、社主、編輯人、印刷人ト為ルコトヲ禁シタルカ如キ同二十年勅令第二十九號横濱正金銀行條例第五條ヲ以テ外國人ニ横濱正金銀行ノ株式ヲ讓渡スコトヲ禁シタルカ如キ同年勅令第四十二號逃亡犯罪人引渡條例第一條第三項ニ據レハ外國人ハ内國人ト異ニシテ外國ニ於テ行ヒタル犯罪ニ付キ外國ニ引渡サルルコトアルヘキモノトシタルカ如キ同年勅令第七十五號ヲ以テ新聞紙條例ヲ改正スルニ當リ其第六條第一項ヲ以テ外國人カ發行人、編輯人、印刷人ト為ルコトヲ禁シタルカ如キ即チ是ナリ降テ明治二十三年諸法典ノ發布セラルルニ及テハ特ニ外國人ニ禁セサル私權ハ皆外國人之ヲ享有スルコトヲ得ルモノトシタルハ殆ト疑ヲ容レサル所ナリ是レ旧民法人事編第四條ニ新民法第二條ノ明文ト相

同一ノ明文アルノミナラス同第百十二條ニ外國人カ日本人ノ養子ト為ルコトヲ得サルコトヲ定メ民事訴訟法第八十八條ニ外國人ハ内國人ト異ニシテ其原告タルトキハ訴訟費用ニ付キ擔保ヲ供スヘキコトヲ定メ同第九十二條ニ外國人ハ條約上又ハ法律上相互ノ條件アルニ非サレハ内國人ノ如ク訴訟上ノ救助ヲ求ムルコトヲ得サルコトヲ定メ商法第八百二十四條ニ外國人ノ所有ニ屬スル船舶ハ日本ノ國旗ヲ掲クルコトヲ得サルコトヲ定メタルニ因リテ明カナリ故ニ明治二十三年以後ノ法律ニ在リテハ外國人ニ認メサル私權ハ必スシモ之ヲ明言スルノ主義ヲ執リタルコト殆ト論ナキ所ニシテ明治二十三年法律第五十三號集會及政社法第三條ヲ以テ外國人カ政談集會ノ發起人タルコトヲ禁シ第二十六條ヲ以テ外國人カ政社ニ加入スルコトヲ禁シタルカ如キ同年法律第八十七號鑛業條例第三條第一項ヲ以テ外國人カ鑛

業人ト為リ又ハ鑛業組合員若クハ鑛業會社ノ株主ト為ルコトヲ禁レタルカ如キ同二十六年法律第五號取引所法第十一條第一項ヲ以テ外國人カ取引所ノ會員、株主又ハ仲買人ト為ルコトヲ禁レタルカ如キ同年法律第十號砂鑛採取法第三條(今ノ第四條)第一項ヲ以テ外國人カ採取人ト為リ又ハ採取業ノ組合員又ハ會社員ト為ルコトヲ禁レタルカ如キ同年法律第十四號ヲ以テ集會及政社法ヲ改ムルニ當リ其第五條第一號及ヒ第七條ヲ以テ外國人カ政談集會ノ發起人若クハ講談論議者タルコトヲ禁シ其第二十四條ヲ以テ外國人カ政社ニ加入スルコトヲ禁レタルカ如キ同二十九年法律第十五號航海奬勵法第一條ヲ以テ外國人ニハ航海奬勵金ヲ下付セサルコトヲ定メ第十一條ヲ以テ航海奬勵金ヲ受クル者カ其船舶ヲ外國人ニ賣渡、貸渡、交換贈與、質入、書入スルコトヲ禁レタルカ如キ同年法律第十六號造船奬勵法第一條ヲ以

テ外國人ニハ造船奬勵金ヲ下付セサルコトヲ定メタルカ如キ同年法律第七十號移民保護法第七條ヲ以テ外國人カ移民取扱人タルコトヲ禁シタルカ如キ翌三十年法律第四十八號生絲直輸出奬勵法第一條ヲ以テ外國人ニハ生絲直輸出奬勵金ヲ下付セサルコトヲ定メタルカ如キ皆其例外ヲ掲ケ以テ其原則ヲ知ラシメタリ故ニ民法第二條ノ規定ハ現行法令ノ主義ニ合スルモノト謂ハサルコトヲ得ス

二　民法第二條ト各國條約

以上論スル所ハ各國トノ條約ヲ度外ニ措キタルモノニシテ無條約國民ニ對シ又條約ノ定メサル事項ニ就テハ條約國民ニ對シテモ適用スヘキ所ナリト雖モ條約ニ禁スル所ノモノハ前段ニ論スル所ニ據レハ外國人ノ享有スヘキ權利モ之ヲ享有スルコトヲ得ス條約ニ認メタル權利ハ假令前段ニ論スル所ニ據レハ外國人ノ享有スヘカラサルモノト雖モ之ヲ享有スヘキコト固ヨリ論ヲ俟タス而シテ現行條約ニ於テモ遊歩規程ヲ除ク外特ニ外國人ニ禁シタル權利アルコトナク新條約ニ於テハ未タ一ノ禁止シタル權利アルヲ見サルカ如ク唯外國人カ享有スヘキ權利ヲ列擧スルニ止マレリ世ノ論者之ヲ見テ條約ニ掲ケサル權利ハ即チ外國人ノ之ヲ享有セサルコトヲ認メタルモノナリト速了シ民法第二條ハ諸條約ノ主旨ニ背戻シ我邦カ之ニ由リテ得タル利益ヲ減却スルモノナリト論

スル者アリト雖モ是レ實ニ駁擊ノ價値モナキ謬說ト謂ハサルヘカラス夫レ各國互ニ條約ヲ結フニ方リテハ其一方ノ國民カ他ノ國ニ到リテ權利ヲ享有セサルコトヲ主眼トシテ其條項ヲ定ムルモノニ非ス必ス成ルヘク多クノ權利ヲ享有スルコトヲ目的トシテ之ヲ定ムルモノナリ然ルニ條約ヲ以テ明カニ某々ノ權利ヲ享有スヘキコトヲ定ムルニ非サレハ他ノ國法ヲ以テ何時其權利享有ヲ禁スルコトナキヲ保セス故ニ國民カ外國ニ於テ享有スルヲ必要ト認ムル權利ハ各國皆條約ヲ以テ其享有ヲ確ムルコトヲカムルヲ常トス是レ我邦ト歐米諸邦トノ間ニ締結シタル條約ニ於テノミ然ルニ非ス歐米諸邦ノ間ニ締結スル條約モ皆同シキ所ナリ故ニ條約ヲ以テ外國人ニ享有ヲ許シタル權利ハ國法ヲ以テ之ヲ禁スルコトヲ得スト雖モ他ノ權利ニ至リテハ一ニ我國法ノ定ムル所ニ依ルヘキカ故ニ我邦ニ於テ之ヲ許スヲ利益ア

リト認ムレハ之ヲ許スヘク之ノ禁スルヲ利益アリト認ムレハ之ヲ禁スヘク而シテ外國ハ之ニ對シテ何等ノ抗議ヲ試ムルコト能ハサルモノナリ若シ然ラスシテ論者ノ説ノ如クンハ我國民カ彼國ニ之クモ條約ニ認メサル権利ハ假令彼國法ニ於テ一般ニ外國人ニ認ムルモノト雖モ我國民ニ限リ之ヲ享有セスト謂ハサルヘカラス是レ彼カ嘗テ主張シタルコトアルヲ削カサル所ナリ以テ論者ノ説ノ取ルニ足ラサルヲ知ルヘシ

三　民法第二條ト外交改略

更ニ眼ヲ轉シテ民法第二條ノ外交改略ニ於ケル関係ヲ視ルニ今日宇内各國互ニ相交通親睦シテ平時ニ在リテハ互ニ他ノ國民ヲ保護スルコト殆ト自國民ニ異ナラス其取ル所ノ主義ハ前ニ論シタルカ如ク概シテ外國人モ亦内國人ト同一ノ私權ヲ享有スト謂フモ可ナルニ唯リ我邦ハ近來漸ク歐米ノ文明國ト同等ノ地位ニ進ミタルニ拘ハラス仍ホ外國人ハ私權ヲ享有セサルヲ原則トスルトキハ彼ハ必ス曰ハン日本ハ近來勉メテ文明ノ假面ヲ裝フモ未タ半開國ノ域ヲ脱スルコト能ハスト若シ然テハ我邦ノ將來ノ外交上ニ於テ莫大ノ障碍ヲ見ルヘキハ固ヨリ論ナキ所ナリ殊ニ我邦カ各國ト新條約ヲ結フニ方リテハ既ニ民法第二條若クハ舊民法人事編第四條ノ規定アルヲ見テ必スシモ條約中ニ一切ノ權利ヲ網羅スルコトヲ要セストシ單ニ外人カ我邦ニ來リテ生活スルニ最モ必要

ナル權利ノミヲ列擧スルニ止メタルコトヲ推測スルニ難カラサルニ一朝此主義ヲ改メテ正反對ノ主義ヲ揭クルニ至ラハ將來新條約ヲ實施スルニ付キ尠カラサル妨碍ヲ見ルヘキコト殆ト疑ヲ容レサル所ナリ

或ハ曰ク一旦民法第二條ノ原則ヲ採用シ後日必要ナル範圍内ニ於テ外國人ノ權利ヲ縮少セント欲スルトキハ猶ホ爲ヨリ甚シキ障碍ヲ見ント然レトモ條約ヲ以テ定メサル權利ハ國法ヲ以テ自由ニ之ヲ增減スルコトヲ得ルモノトスルコト各國皆同シキ所ナルカ故ニ苟モ外國人ヲシテ一切我邦ニ生活スルコトヲ得サラシムルカ如キ野蠻ナル規定ヲ設ケサル限ハ何レノ國ヨリモ何等ノ抗議ヲ受クルノ虞アルコトナシ而シテ歐米諸條約國民ニ對シテハ最モ生活ニ必要ナル權利ハ既ニ條約ニ依リテ保障セラルルヲ以テ斯ノ如キ野蠻ナル規定ヲ設クルノ餘地ナシ故ニ苟モ外國人

ハ一切ノ私権ヲ享有セサルヲ本則トスト云フカ如キ規定ヲ設ケテ徒ラニ外國ノ感情ヲ害セサル限ハ必要ナル制限ヲ設クルニ於テ些ノ支障アルヘカラス猶ホ一歩ヲ進メテ論スレハ我邦ノ現行法ニ於テ外國人ニ認メサル権利ハ既ニ歐米諸國ニ於ケルヨリモ多シ此外ニ外國人ニ禁スルコトヲ要スル権利蓋シ幾何モナシ假ニ此他ノ権利ハ外人皆之ヲ享有スルモノトスルモ敢テ國家ニ大害ヲ釀スカ如キコトハ断シテ之ナキヲ信ス是レ論者カ未タ嘗テ某ノ権利ヲ外人ニ認ムルトキハ某某ノ不利アリト云フコトヲ證明セサルヲ見テモ明カナリ而シテ多少外人ニ認ムルノ利害ヲ講究スヘキ権利ハ今ヨリ之ヲ調査スルコト極メテ易易タルノミ此ヲ之レ調査セスシテ漫ニ外人ニ権利ヲ認ムルハ危險ナリト曰フカ如キハ愚カ取ラサル所ナリ

四　民法第二條修正案ノ論評

元田肇外二名ヨリ衆議院ニ提出シタル所謂「民法中改正法律案」ナルモノニ據レハ「外國人ハ法律又ハ條約ニ依リ特ニ認許シタル場合ニ於テ私權ヲ享有スルモノトセリ」是レ民法第二條ノ成文ト同樣ノ文例ヲ取レハ「外國人ハ法律又ハ條約ニ依リテ認許セラレタルモノヲ除ク外私權ヲ享有セス」ト爲リ原則トシテ外國人ニ私權ヲ認メサルコトヲ明カニシタルモノナリ此修正案ノ大躰ニ於テ採用スヘカラサルコトハ上來論シタル所ニ依リテ明カナリト雖モ今更ニ一歩ヲ進ミテ之ヲ論評セン之ニ此修正案ハ原則ト例外トヲ轉置シタルノ觀アリ請フ左ニ之ヲ細論セン

私權ノ範圍ニ就テハ從來學者間ニ議論ナキニ非スト雖モ民法ニ規定シタル權利ノ大抵皆私權ニ屬スルコトハ蓋シ何人ト雖モ未タ爭ハサル所ナラン然ルニ民法ニ規定シタル權利ハ不動産上ノ權利ヲ除ク外

殆ト總テ外國人ニモ認メサルコトヲ得サルモノナルコトハ論者ト雖モ首肯スル所ナラン例ヘハ動産ノ所有權ヲ認メサレハ外國人ハ我邦ニ於テ嚢中ノ金錢身ニ纏ヘル衣服ノ所有者タルコトヲモ得サルニ至ルヘク賣買貸借等ニ因リテ生スル債權ヲ有スルコトヲ得サレハ外國人ハ生活ニ必要ナル物品ヲ購ヒ、貸與シタル金錢ノ返還ヲ求ムルノ權利ヲモ有セサルニ至ルヘク不當利得、不法行爲ニ因リテ生スル債權ヲ有スルコトヲ得サレハ外國人ノ財産ヲ横領シタル者モ之ヲ返還スルコトヲ要セス況ヤ之ニ損害ヲ加フルモ敢テ之ヲ賠償スルコトヲ要セスト謂ハサルヘカラス斯ノ如クンハ外國人ハ到底我邦ニ棲息スルコト能ハサルヘキカ故ニ論者ト雖モ此等ノ權利ハ之ヲ外國人ニモ認ムヘキコトヲ肯セサルヘカラス若シ然ラハ民法ニ規定シタル各種ノ權利ニ付キ外人モ亦之ヲ享有スヘキコトヲ明言セサルヘカラス斯ノ如

クンハ第二條ニ規定セントスル所ノ原則ハ其實原則ニ非スシテ例外ト爲リ而モ其例外ハ殆ト之ヲ民法中ニ見ルコト能ハサルニ至ラン是レ徒ラニ外國ニ在リテハ陳腐ニ屬セル原則ヲ掲ケテ外國ノ感情ヲ害スルノ結果ヲ惹起スニ過キズ而モ實際ニ於テハ何等ノ必要ナキノミナラス法典ノ体裁トシテモ原則ト例外トヲ轉置スルノ非難ヲ免レサルヘシ

論者ハ私權ノ範圍ニ付キ學者間ニ議論アルヲ以テ實トシテ汎ク外人ニ私權ヲ認ムルノ危險ヲ說クト雖モ愚ハ如何ニ廣義ニ私權ヲ解釋スルモ敢テ弊害ナキヲ信ス例ヘハ版權、特許權、意匠權、商標權ノ如キ廣義ノ私權中ニハ之ヲ包含セルコト勿論ナリト雖モ原則トシテ之ヲ外國人ニ認メサル必要アリヤ否愚ハ大ニ之ヲ疑ヘリ歐洲ニ於テハ多少ノ制限ヲ加フルモノハ之アリト雖モ原則トシテハ大抵之ヲ認メタリ我邦ニ於テモ法律ヲ以テ多少ノ制限ヲ加フル

ノ必要ハ之アルヘシト雖モ敢テ之ヲ外國人ニ禁スルコトヲ要セサルカ如シ假ニ之ヲ禁スル必要アリトスルモ條約國ニ對シテハ既ニ條約ノ明文ヲ以テ之ヲ認ムルカ故ニ今之ヲ禁スルニ由ナシ若シ夫レ無條約國人ニ對シテハ一片ノ命令ヲ以テ之ヲ禁スルコトヲモ得ヘシ故ニ之カ爲メニ民法ノ原則ヲ轉倒スルノ必要ハ斷シテ之アラサルナリ

上來論スル所ニ據レハ外國人ニ認メラ可ナル權利ハ遥ニ外國人ニ禁スヘキ權利ヨリモ多キコト殆ト疑ヲ容レスト雖モ假ニ其數粗相如クモノトセンニ愚ハ寧ロ第二條成文ノ如ク規定スルノ愈レルコトヲ信ス蓋シ如何ナル原則ヲ取ルモ必ス各種ノ權利ニ付キ之ヲ外國人ニ認ムヘキヤ否ヤヲ講究セサルヘカラス若シ然ラハ實際ニ於テハ如何ナル原則ヲ取ルモ異ナルコトナシ然ルニ外國ニ於テハ既ニ陳腐ニ屬セル原則ヲ我民法中ニ掲ケラ徒ラニ外國ノ

感情ヲ害スルハ豈ニ業ノ得タルモノナラ
ンヤ況ヤ此原則ハ其適用極メテ狹ク實際
例外タルノ觀アルヘキニ於テヲヤ

五　民法第二條削除案ノ論評

民法第二條ノ原則ハ今日ノ歐洲ニ於テハ殆ト言フヲ待タサルモノナリ故ニ之ヲ削除シテ可ナリトハ鳩山和夫等カ唱道スル所ナリ蓋シ民法編纂ノ初ニ當リ此論出テタランニハ或ハ之ヲ採用スルモ可ナリシナラン然レトモ一旦法律トシテ發布セラレタル民法中ヨリ特ニ此一條ヲ削除スルトキハ外國人ハ勿論内國人ト雖モ反對ノ原則ヲ採用シタルモノトモ解スル者アルヘキヤ明カナリ而シテ民法第二條修正案ヲ可トスル者ハ必ス此解釋ヲ取ルヘキコト固ヨリナリ故ニ今ニ迨テ第二條ヲ削除スルハ不可ナリ況ヤ歐米ニ於テモ未タ全ク第二條ノ原則ヲ採用スルニ至ラス殊ニ我邦ニ於テハ現ニ第二條修正論者ノ如キ狹隘ナル思想ヲ有スル者尠カラサルニ於テヤ

結論

之ヲ要スルニ民法第二條ハ能ク學理ニ合ナヒ實際ニ適シ些ノ弊害ナク些ノ危險ナシ故ニ今之ヲ改ムルノ必要ナシ而シテ元田肇等ノ修正案及ヒ鳩山和夫等ノ削除案ハ兩ナカラ採用スヘキ限ニ在ラスト信ス