

明治6年太政官布告第103号について（その一）

甲南大学法科大学院教授、弁護士 櫻田嘉章

はじめに

- 1 英国における婚姻をめぐる法状況
 - (1) 一九世紀英国婚姻法の概略
 - (2) 一九世紀英国国籍法の概略
- 2 明治6年太政官布告（内外人婚姻規則）の制定過程
 - (1) 英国側の問い合わせとそれへの対応
 - (2) 日本の婚姻法
 - (3) 日本婚姻法の通知
 - (4) 内外人婚姻規則の制定
 - (5) その後の改正論議

（以上本号）

- 3 内外人婚姻規則の運用
 - (1) 運用の経緯
 - (2) 明治23年法例との関係
- おわりに

■ はじめに

明治6年太政官布告第103号は、内外人間の婚姻に限ってではあるが、我が国で初めて制定された婚姻規則である。これは婚姻の実体規則に関して言えば甚だ不十分であるが、内外人の婚姻を法的に可能とした点で、またフランス法に従って国籍についても初めて規定した点で、その後の内外人間の婚姻を規定するものとなった。

この婚姻規則の由来を辿れば、英国領事からの2

度の問い合わせを契機として、いわば応急的に制定されたものであり、それ以上の立法経緯は明らかではない。そこで、その契機となった幕末の英国側の問い合わせが、わが国における外国人との婚姻規則についてであったことに鑑み、婚姻規則をめぐる英国側の事情について検討した後に、乏しい資料に基づくものであるが、幕末及び明治6年における我が国の対応の検討を試みる。そのあとで、婚姻規則に関するその後の経緯、運用上の問題点などを探ることとしたい。

1 英国における婚姻をめぐる法状況

英国領事の慶応3（1867）年の問い合わせの趣旨について、1868年における領事婚姻法の制定に関連した照会であったという評価と英国における婚姻の世俗化の問題であったとする評価に分かれている¹⁾。この問題を見る上で、我が国が内外人の婚姻に関する婚姻法について意識することになったきっかけである、上記問い合わせ、それから上記婚姻規則制定の直接の契機となった英国側からの問い合わせを含めて、当時のアジア外交上の英国の主導的立場及び婚姻の世俗化、外国における婚姻、国籍などについて特異な立場を形成してきた英国における経緯に鑑み、英国側の事情を見ておく必要がある。

まず、(1)婚姻法の問題、(2)国籍の問題について、当時の英国側の法状況の概観を行う。

1) 小山騰『国際結婚第一号 明治人たちの雑婚事始』（講談社、1995年）7頁；嘉本伊都子「明治日本と国際結婚の成立」歴史評論604号（2000年）4頁-5頁参照。なお、明治6年太政官布告第103号については、石井良助「明治初年の内外人婚姻法」法協83巻3号（昭和41年）355頁以下参照。

(1) 十九世紀英国婚姻法の概略

(i) 婚姻の成立

12世紀以来、イングランドでは、婚姻は教会裁判所の管轄事項であり、婚姻の合意が現在形の文言で告知されたときには (sponsalia per verba de presenti)、いかなる教会の儀式も、両親の同意も、床入りも無しに、合意のみにより成立する婚姻 (solus consensus facit matrimonium) が長く認められてきた²⁾。もちろん教会及び世俗当局は、秩序維持のために公開の儀式を要求したが、1534年の宗教改革によっても、イングランドの教会裁判所が婚姻事件を管轄すること (これはその後1857年まで存続した)、当事者の合意のみによって婚姻が成立する点には変更がなく、放縦な男女関係の抑制や教会の収入を計ろうとする、1563年のローマ教会のトレント公会議 (Council of Trent, 1563) の、証人の出席のもと聖職者による婚姻式の挙行を要件とする決議の影響を受けなかった³⁾。もちろん英国国教会も、上記決議と同様の動機から、従前からの主張を強化して、教会外の婚姻、すなわち秘密婚姻を禁止し、そのような婚姻によった夫婦に対しては教会における婚姻式の挙行を強制したが、教会裁判所も、婚姻自体は、現時形の状態による合意があったとき、または将来時形の状態による合意 (sponsalia per verba de futuro) の後に同棲があったときに、有効に成立することを認めていた。そこで、当事者の合意のみによる婚姻の成立という制度の濫用が認められ、特に未成年者の拙速な、しかし解消不能の

婚姻の成立がもたらす様々な弊害や、裕福な家庭の娘がコモン・ロー上妻の財産が夫に移転する制度のもとターゲットとなり誘惑されるなどの現実から、秘密婚の廃絶を求める法案が上程されたが、婚姻の方式化が貧民階層への金銭的負担をもたらす弊害もあって立法化が進まなかった。ようやく、「フリート婚」の弊害もあり⁴⁾、大法官ハードウィック卿による1753年法 (26Geo. II. c. 33) が遂にイングランドにおける秘密婚の完全な廃止をもたらしたのである。

(ii) Lord Hardwicke's Act, 1753 (An Act for the better preventing of Clandestine Marriage) は、次のように定める。

「秘密婚 (Clandestine Marriage) から、大きな害と不都合が生じていることに鑑み、その将来に向けた防止のために国王陛下により制定され…、すべての婚姻の公告は、そこにおいて婚姻すべき者が居住する教区教会、または教区教会あるいはその教区教会に属する、公礼拝堂公告が通常公にされる公礼拝堂において、婚姻の挙行に先立つ3回の日曜日に、朝課あるいは晩課 (前記礼拝堂の教会に朝課がないときは前記日曜日のいずれかに) の間に、第二日課の後直ちに、英国国教会祈祷書に婚姻事務所に備え付けの礼拝規程 (rubric) に定められた文言の方式にしたがって、読み上げる形で⁵⁾ 公にされる。そして婚姻すべき者が相異なる教区や礼拝堂管区に居住するときには、公告は、上記の者の各々が居住す

2) 英国における婚姻の成立に関する制定法の歴史的推移、及びそれらを纏めた1949年婚姻法の概略は、明山和夫「一九四九年英国婚姻法」法学論叢59巻5号 (1953年) 150頁以下参照。

3) J. H. ベーカー著 (深尾裕造訳) 『イギリス法史入門 第4版 第II部 [各論]』(2014年) 371頁「王政復古期から1753年迄、秘密婚を終息させるために数多くの法案が議会で提出された。その起草者達の主たる論拠は、とりわけ、若者によって、非公式に、拙速に結ばれる婚姻が悲惨な結果となりやすいというものであった。それらが、拙劣に文書化された場合には、財産紛争を引き起こしたかもしれない。しかし、公式の婚姻は、貧民階層にとっては、金が掛かりすぎるので、そのような変更は彼らに罪深き生活を強いることとなるだろうという根拠で改革には反対があった。公的関心の主要因は、司教支配外の一定の特権的な場所で行われる実質的に「秘密的な」教会婚であった。最も悪名高かったのは、「フリート婚」であった。ロンドンのフリート監獄は、監獄として役割を果たす以外に、教会法上の特権地域として、コーヒー・ショップやテニス・コートを備えたある種の社会活動の中心地であった。その施設には、多くの結婚式場が含まれており、そこでは、怪しげな聖職者が少額の手数料で大急ぎの婚姻を執り行っていた。18世紀には、数十万組の男女がこの業務の恩恵を受けており、そのすべてが下層階層というわけでもなかったのである。」

4) フリート婚については、Dieter Giesen, Grundlagen und Entwicklung des englischen Eherechts in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, Bielefeld, 1973, S. 567ff. 参照。詳細な実態の説明がある。

る教区教会あるいは礼拝堂が所属する教会あるいは礼拝堂において、同じように公にされる。婚姻すべき者の双方又は一方が教区外の地に居住する場合には、(公告が通常公にされてきた教会や礼拝所が存在しない場合には)、公告は、教区外の地に隣接する教区教会あるいは礼拝堂に属する教区教会あるいは礼拝堂において、同じように公にされる。公告が、上記教区外の地に隣接する教区教会に属する教会または礼拝堂において公にされるべき場合に、その公告を公にする者、教区牧師、国教派以外の牧師、副牧師は、自筆の書面において、各婚姻すべき者がその隣接教区教会に居住しているかのように、その公表を認証する。公告の公表および婚姻の挙式に関する上記礼拝規程 (Rublik) に定められたすべての規則が、本法で変更されていない限り遵守されなければならない (shall)。公告が公にされた総ての事案において、そのほかのところではなくその公告が公にされた教区教会または礼拝堂において婚姻が執行われなければならない。」

ハードウィック卿法は、社会的弊害をもたらす秘密婚の廃絶のために、以上のような厳格な方式を定めるとともに、婚姻予告の公示、21歳未満の者(未成年者)についての両親の同意、司教等からの婚姻許可証の取得、少なくとも2名以上の証人の出席、公的登録簿への婚姻の記録を婚姻成立の要件とした。

しかし、これについては、次のような評価もある。

「1753年法に欠陥がなかったわけではない。その要件は或る点では厳格すぎるものが明らかとなった。例えば、(未成年者が許可証によって婚姻する場合) 親の同意の必要は、高度に法技術的な根拠で幾つかの婚姻を覆すこととなった。教会婚の要件はクエーカー教徒やユダヤ教徒には例外とされた

が、ローマ・カソリック教徒や、非国教派プロテスタントや無神論者は例外とはされなかった。この問題は、1823年に、善意に基づく婚姻が意図せざる法律不遵守によって生じた無効原因から保護されることによって、1836年には、登記役場もしくは(非国教派教会のような)登録された建物での世俗婚を選択的導入することにより大幅に取り除かれた。世俗方式と教会方式の婚姻は、それ以降ずっと並行的に存在するようになったのである。制定法上の規定は王族の婚姻やカンタベリ大司教の特別許可を伴う婚姻、イングランド及びウェールズ外での婚姻には適用不可能であった。海外での婚姻の場合には、その有効性を規律するイングランドの法律は、結婚式開催地の法律であり、一定の海外領土においては、コモン・ロー(もしくは、教会法)であった。それ故に、裁判所は、今尚、イングランド及びウェールズ外で結ばれたコモン・ロー上の婚姻の有効性について宣言しなければならないことがある。1843年には、貴族院裁判所は、叙任された僧侶の出席無しに執り行われたアイルランドでの結婚式の有効性を決定するために召集されたのである。アイルランドでは——大法院で意見が真つ二つに割れ、——僧侶の出席は不可欠であると決定された。そして貴族院もまた、真つ二つに割れ、その[判決 decision]はその後ずっと法律のままに留まっている。この決定が存続させた歴史の読み誤りは、おそらくは、意図的なものであって、非公式婚姻の可能性を撲滅することが目論まれていたのである⁶⁾。」さらに、教会及び礼拝所の監督官は登録簿を備え、公告等の記録と挙行された婚姻の記載をしなければならないものとされた。

上記の1823年の4 Geo. IV. c. 76, "An Act for amending the Solemnization of Marriages in

5) Marriage Act 1949においては、これは、"in an audible manner and in accordance with form of words (s) prescribed by the rubric prefixed to the office of matrimony in the Book of Common Prayer"、とあり、(s) "I publish the banns of marriage between M. of , and N. of . If any of you know any cause, or just impediment, why these two persons shall not be joined together in holy matrimony, ye are to declare it. This is the first [second or third] time of asking." (See, Joseph Jackson, The Law relating to the Formation and Annulment of Marriages and allied matters, London 1951, p.140) とされている。

6) J. H. ベーカー・前掲書372頁による。

England [18th July 1823]”は、1753年法を始め、先行する規定を変更するものであり、公告のあり方、公表する者などについて定めを置くとともに、婚姻について一定の登録簿への登録を義務化し、それが礼拝所にも及ぶこととされた。

英国婚姻法においては、当時、英国人民の外国における婚姻の有効性が問題とされており、1823年には、St. 4Geo. IV. c. 91⁷⁾、すなわち、1823年7月18日の「外国で執り行われたある種の婚姻の有効性に関する英国臣民の疑いを晴らす法律 (An Act to relieve His Majesty's Subjects from all Doubts concerning the Validity of certain Marriages solemnized abroad)」が制定され、その他に信任を受け駐在する外国で英国使節館内の chapel において、または、英国在外商館 (factory) に属する chapel において、あるいは商館に居住する英国臣民の館において、英国国教会の牧師により挙行された婚姻、あるいは英国前線の内において、牧師や、その他外国に展開する英国軍隊の司令官の命令で職務を行う者により挙行された婚姻は、コモン・ローで要求されているすべての方式の十分な遵守により英国の dominion において行われた場合同様に、有効であると認めたとしたが、1753年法を回避する動きはとまることがなく、その後、フリート婚に代えて、いわゆる Gretna Green 婚が出現したといわれる。すなわち、ハードウィック卿法は、イングランドにおける婚姻にのみ適用されることとされていたので、古いカノン法が妥当しており、形式手続を要さず、宗教的儀式も必要でなく、両親の同意なしで証人の前で公証された婚姻の合意のみで婚姻を成立させるスコットランドが、宗教的理由から自由を求め、あるいは、財産目当ての金持ちの子女の誘惑を

目論む者達の恰好の標的となり、スコットランドへの越境的婚姻が、フリート婚に代わって盛況となった。そして、当時の抵触法上、挙行地法上有効であれば、イングランドでもこれが承認され、有効で且つ解消不能の婚姻とされたのであった⁸⁾。

(iii) Marriage Act, 1836 (Lord John Russel's Act)⁹⁾ は、広く宗教婚および民事婚を認めるに至り、婚姻障害事由がなく、婚姻許可状の取得の後、公告などの一定の予備的手続を経れば、英国国教会の教会その他の礼拝所またはその他の宗派 (クウェイカ教およびユダヤ教を除く) の登録済建物 (registered building) での挙式、また、民事婚として登録官事務所における登録官および2名以上の証人の面前での、婚姻法にしたがった挙式による婚姻の成立を認めるに至った。さらに、カンタベリー大主教または登録長官の特別許可状を得れば、自宅、病院などどこでも挙式が可能ともなる。そしてこれらの婚姻については宗教婚、民事婚を問わず、一定の登録が義務化されている¹⁰⁾。ただし、この法律はイングランドのみに適用され、また、王室の家族は除外されていた。スコットランドでも1856年に合意のみによる婚姻の有効性を制限したので、Gretna Green 婚の必要性は薄れたはずであるが、1940年のスコットランドにおける合意のみによる婚姻の廃止も関わらず、婚姻パラダイスはなお長く存続してきた¹¹⁾。

英国は、多法域を包含しており、イングランド婚姻法を回避する目的で、法域を越えた婚姻が横行する一方で、さらに英国臣民の外国への進出が進むと、外国に居住する者の婚姻の有効性が問題となる。

(iv) そこで、Foreign Marriage が問題とされ、結

7) この法は、55 & 56 Vict. c. 23, s26により repealed される。なお、3 & 4 Will. IV. c. 45, 1833は、1808年に英国商館が廃止されたハンブルクにおいて、それ以降に、ロンドンの司教により任命された牧師により挙行された、少なくとも一方当事者がイングランド人である婚姻を有効と認めるなど、外国における婚姻の有効性を承認する法が制定されてきた。

8) Cf. Giesen, a. a. O., S. 580ff.

9) 6 & 7 Will. 4, c. 85.

10) なお婚姻登録については、1836年の687 Will. IV. c. 86, 3 & 4 Vict. c.72等を参照。

11) Cf. Giesen, a. a. O., S. 580-582.

婚するために外国へ赴き、若しくは、外国滞在中に結婚した英国臣民の婚姻については、そのドミサイル（イングランド、スコットランド、アイルランドなど）における承認が必要とされるが、それはその婚姻が挙行地法に定められた方式及び儀式に従って挙行された場合には有効と承認される¹²⁾。

これは国際法（international law）上の原則とされ¹³⁾、この原則は、イングランドでも採用されており¹⁴⁾、婚姻は王室を例外として挙行地法によるとされてきた。また、この一般原則は、Comityよりも必要性に基づくものとされる。「もし各国が自国の領域内で挙行された婚姻のみを承認すべきだとすると、自分が赴きたい外国を選びそこで婚姻をし、帰国すると同時にそのような関係を否認することになろう。英国男は合法的に英国及びフランスのどちらにおいても婚姻ができ、各国の裁判所によって相互主義的に非合法とされるであろう家族を各国で持ちうる。人の権利に関するこの混乱は財産のそれについてさらに大きい不便宜を伴うこととなろう。

もっとも以上の意見の逆である、挙行地の法に従

えば有効でない婚姻はどこにおいても有効でないということは、かならずしも真ならず。かくて、Ruding v. Smith で Stowell 判事が述べたように、喜望峰で英国法に従って英国臣民間でなされた婚姻は、その植民地で通用しているオランダ法上無効とされたとしても、有効である。』¹⁵⁾

また、Henry Wheaton, Elements of International Law with A Sketch of the History of Science (1836) Vol.I は、次のように述べる¹⁶⁾。「外国において、当事者が属する国の法の詐欺的回避によって締結された婚姻は、原則として、婚姻締結地法上有効であろうとも、その者のドミサイル国においては無効であろう。未成年者など本来能力のない者によって、外国においてその法律にしたがって締結された婚姻がそれである。これらの事案は、lex loci contractus の一般的適用の例外であろうし、どの国もその主権、またはその市民の権利と利益をする場合にそれを認める義務はない。しかしながら、英帝国の国際婚姻法にしたがえば、本来イングランドに住所を有する当事者が、両親または後見人の同意を要求する英国

12) W. P. Eversley & W. F. Craies, The Marriage Laws of the British Empire (London, 1910), p.53. 1836年法によっても、「挙行地法による婚姻が、特に方式の点で履践しがたい、あるいは、挙行地法が十分に備っていない場合に、そのドミサイルの法による婚姻も可能である。「英国住所の臣民が現地方式や儀式で婚姻することが不可能な外国で婚姻するときは、ドミサイル法の方式に従って挙行されれば有効な婚姻をなす。ただ、この現地方式に従うことの不可能性は、insuperable ではなくてはならず (d)、通常は、ヨーロッパ人の personal law がその者たちの婚姻法であるときに、未開 (savage) 国又はイスラム国でのみおこる。"It can also occur where religious scruples interpose an obstacle to the parties being married according to the rites and ceremonies of the lex loci (e)."」(Eversley, op. cit. (注12) pp.53ff.)

13) 英国における抵触法の沿革については、Anthony J. Brand, The Family and the Conflict of Laws, in: R. H. Graveson & F. R. Crain, "A Century of Family Law 1857-1957" (London, 1957), pp.378-380 参照。それによると、英国抵触法の発展は遅く、その大半は19世紀の産物であり、最初の体系的書物は Story の1834年の抵触法注解であり、英国人による抵触法の体系書は、Burgess' Colonial and Foreign Law, 1834, Westlake's Treatise 1858, Dicey's Law of the Domicile, 1879: Conflict of Laws 1896より前にはない、という。

14) John Hosack, A Treatise on the Conflict of Laws of England and Scotland (1847) p.142 は、国際法の一般原則としては、Sanchez, Huber, J. Voet, P. Voet, Hertius, Boullenois, Merlin をあげている。なおこの原則の英国における受容については Herbert v. Herbert, 3 Phill. Fee, R.58 以下の一連の判例のほか、Burge, chap. 5, p.184, Story, Conflict of Laws, chap. 5 をあげている。Story は、婚姻に関するスコットランドの Lord Robertson の意見を引用しながら、一般原則は、行為能力のあるものの婚姻は、その挙行地法によるべきであり、それがどこにおいても有効であることが、法的に普遍的な責務である、とするが、ただし、それには例外があり、①ポリガミーと近親相姦、②実定法による禁止（フランス民法174条「フランス法上婚姻能力のないフランス人の外国における婚姻を無効とする」及び12Geo. 3, ch. 11「王家家族の婚姻」、③moral necessity のケースで、「在外商館、征服地、砂漠、野蛮な国々、正反対の宗教の国などに居住する者に当てはまり、「In short, wherever there is a local necessity from the absence of laws, or the presence of prohibitions or obstructions, not binding upon other countries, or from peculiarities of religious opinion and conscientious scruples, or from circumstances of exemption from local jurisdiction, marriages will be allowed to be valid according to the law of the native domicile." (op. cit. p.109) と述べる。

15) Cf. Hosack, op. cit.

16) Cf. Wheaton, op. cit. § 8p. 147.

婚姻法を回避するためにだけスコットランドに赴いて行かう、スコットランドにおける秘密婚姻 (clandestine marriage) は、英国宗教裁判所で有効とみなされている。この判例は、キリスト教の一般的法と実行の一部をなしているという理由、また、その婚姻契約の有効性が、それがなされた地の法により定められるべきでないとする、子の嫡出性、相続やその他の人的および所有権の権利について計り知れない混乱と害が生じるという理由で採用されてきたという。同じ原理が、公序の同様な理由に基づいてアメリカ合衆国においても承認されている。」

Hosack は、前掲の *Ruding v. Smith* については、さらに次のように述べている¹⁷⁾。

「事案の事実関係は特異であった。その植民地はその直前に英国軍に降伏しており、そこで当事者は英国総督から公式の許可状を得て、駐屯軍の従軍牧師により英国国教会の儀式にしたがって婚姻したのであった。したがって、植民地は当時占領国の中におかれ、占領者が上記の場合にその自国法を移入する権利を有していたものと思われる。この事件の判決の中で、Lord Stowell は、『この件には、*jus gentium* があり、すなわち、この婚姻の処理において異なる人々の意見と慣用を、柔軟に、あるいは少なくとも寛容を以て取り扱う *comity*、である。この件においてどこまで一般法が自己の権威を限界づけるかをア・プリオリに述べることは難しい。だが、実務は、幾つかの場合に原則を確立してきたのであり、その実務が認められる場合には、それは承認と尊重を得べきである。当事者が属する外国の外交使節館での外国臣民の婚姻を承認してきた。その点に関する司法的承認は知らないが、そのような婚姻が勝ち得た評価は、それが裁判になったときに、その承認を決してあり得ないものとするものではない。目下のケースにおいて、すなわち占領軍で、占領している国また植民地に駐留し、住民の不承不承の服従を強

いる目的で、別の混和不能な部隊を構成しているもののケースにおいて、その軍隊の勝利とそれが携わっている油断なきコントロールを行う軍務が、如何なる例外もなくその国の民事裁判権にひれ伏すということが考えられるであろうか。』

追加的な便宜を外国における婚姻締結に与えたのは、*St. 4 Geo. IV. c. 91*¹⁸⁾ であり、これは、英国国教会の牧師あるいは外国に駐留する英国軍隊の防衛線内の従軍牧師ほかの *officer* により、英国外交使節館またはその礼拝堂において、あるいは、英国在外商館 (*factory*) に属する礼拝堂、その在外商館に居住する英国臣民の家において、外国で挙行される英国臣民のすべての婚姻を有効と宣言する。しかし、この法律は、以上に特定されたもの以外の婚姻には適用されないことを明文で宣言している。

英国政府により任命されたプロテスタントの牧師により、英国領事の立ち会いのもと、アントワープで挙行された婚姻が、したがって、この法の規定にあたらなるとされた、その理由は、それがアントワープの外交館でも在外商館においてでもなかったからである。したがって、このケースで当事者が有効な婚姻を挙行し得た唯一のやりかたは、挙行地法によるもので、それに合致していなかったため、副大法官により無効とされた。

二つの特別法、すなわち、*4Geo. IV. c. 67* および *3&4 Will. IV. c. 45* によって、セント・ペテルスブルクおよびハンブルクで、そこで特定された形式にしたがって挙行された、英国臣民の婚姻が有効と宣告され、両法が遡及効を有した。上記2都市のいずれにも英国在外商館が存在していたが、いずれも廃止されており、前者はロシア政府の布告により1807年に、後者はナポレオン皇帝のミラノおよびベルリンの政令により1808年にであった。したがって、この事案の後に締結された英国臣民の婚姻の有効性に関する疑問は取り除かれるべきである。」

17) Hosack, *op. cit.*, p.142.

18) [18th July 1823] in : *Statutes at Large*, Vol.9, p.456 (1824)

(v) さらに、ヴィクトリア朝の1849年の法(12&13Vic. c. 68) (An Act for facilitating the Marriage of British Subjects resident in Foreign Countries [28th July 1849] 外国に居住する英国臣民の婚姻を促進するための法律) は、1823年の上記4G. 4. c. 91である「An Act to relieve His Majesty's Subjects from all Doubt concerning the Validity of certain Marriages solemnized abroad」が、信任された国に居住する英国使節(Ambassador or Minister)の館または礼拝堂または外国の英国商館に属する礼拝堂またはそのような商館に居住する英国臣民の館においてイングランドの教会の牧師により挙行された婚姻または外国駐在の英国軍隊の司令官の指揮下にある従軍牧師、将校ほかの者により英国の防衛線内で挙行された婚姻の場合にのみ適用されることに鑑み、多数の英国臣民が、上記法が適用されない場所で外国に居住することに鑑み、すなわち外国に居住する英国臣民の婚姻のために便宜をより図ることが適切であることに鑑み、それ故、以下のように…制定する、すなわち(当事者の双方またはその一方が王国臣民である)本法施行後のすべての婚姻が、本法のもとでそのような外国または地で行為する十分な授權をされた英国領事(Consul)が所在する外国または地において本法に定められた風(Manner)挙行されるすべての婚姻が、同じものがLawにより要求されるすべての方式を十分に遵守して陛下の自治領Dominions内で挙行されたかのように、本法の下で、Lawにおいて有効と認められる。…」と定めている。

(vi) Matrimonial Causes Act 1857¹⁹⁾

教会裁判所の婚姻関係事件の裁判権を、新設の世俗裁判所であるCourt for Divorce and Matrimonial Causesに移管し、離婚についてはparliamental divorceしか認められていなかったのに対して、卓床

離婚(divorce a mensa et thoro)を可能とした²⁰⁾。さらに、上記裁判権は、1875年には、諸事件について統合して設立されたHigh Court of JusticeのProbate, Divorce and Admiralty Divisionに移された。

(vii) 1868年領事婚姻法(The Consular Marriages Act, 1868 :31&32 Vict. c. 61) An Act for removing Doubts as to the validity of certain Marriages between British subjects in China and elsewhere, and for amending the Law relating to the Marriage of British Subjects in Foreign Countries [16th July 1868]²¹⁾ は、中国等における英国臣民の婚姻の有効性について定めるとともに、1849年法を変更する法律であり、英国領事(Consul General or Consul)の駐在する外国における、双方または一方が英国臣民である婚姻を英国領事に執り行わせるものである。領事は、国務大臣の指揮下において書類作成の権限を付与されており、婚姻を挙行し、登録する権限を有する。「婚姻が時代につれて、中国その他の地において双方または一方が英国臣民である者の間に、そのような地で領事として暫定的に務める者により挙行されてきたことに鑑み、また、婚姻を挙行する者が適正に権限を付与されているかの問題により、上記婚姻の有効性に疑いが生じ、上記婚姻に関する、また本法施行後に同様に挙行される如何なる婚姻についての疑いを除去することが適切であることに鑑み」、制定された。

(viii) 1892年領事婚姻法

An Act to consolidate Enactments relating to the Marriage of British Subjects outside the United Kingdom

英国臣民の連合王国外における婚姻に関する制定法の統合を目的とする法律で、王国外において挙行

19) Giesen, a. a. O., S. 686 et seq.

20) Stat. 18&19 Vict. c. 41. なお、検認については、20&21Vict. c. 77 and 85.

21) Law Reports, The Public General Statutes, Vol. III, pp.474 et seq.

された婚姻の承認に関する承認ルール、公告手続、宣誓と挙行、手数料などについてルールを定めている。特に領事婚姻について、次のように定める。

1条 本法に定める様式により外国で挙行される婚姻の有効性

- (1) 当事者の少なくとも一方が英国臣民である者の間で、本法の趣旨に入る marriage officer により外国あるいは外地において本法に定められた様式において挙行されたすべての婚姻は、法により要求されたすべての方式の適正な遵守により連合王国において挙行される婚姻と同様に法において有効である。」

11条 Marriage Officers 及びその地区

本法のためにおいて次の officers が marriage officers である、すなわち

- (1) (a) 国務大臣のために書面（本法においては、以下婚姻令状 [marriage warrant] とする）作成権限を授権された officer、または
- (b) 以下援用される婚姻規則において、婚姻令状なく marriage officer として行為する権限を授与された officer Marriage officer の地区は、その職務を執行できる地域であり、または、婚姻令状あるいはその他の国務大臣 (Secretary of State) の令状により割り当てられた地域、あるいは婚姻規則により確定された地域にとどまる。
- (2) 国務大臣の婚姻令状は、次の者を marriage officer に任ずる。
- (a) その政府により信任された外国に駐在する英国外交使節、及び
- (b) 令状に特定された外国または場所における英国領事の職務保持者
- (c) 総督 (governor)、高等弁務官 (high commissioner)、インド総督代理 (resident)、領事ほかの officer、その他の者で、婚姻規則にしたがって高等弁務官またはインド総督代

理の代わりに行為するむね任命された者、

本法は、総督等令状により授権された者によるあるいはその面前での婚姻に定められた変更を以て適用され、その適用において女王の dominions の外の場所に限定されない。

- (3) 以下略

(ix) 婚姻の不解消、殊に離婚との関係については立ち入らないが、このようにして成立した婚姻の効力、殊に財産関係について、少し長くなるが、さしあたり次の簡潔なまとめを引用したい²²⁾。

(ア) まず、教会法、コモンローのいずれにおいても夫婦の人格の一体性が認められており、それは夫を中心としている。すなわち、

「人格の一体性

教会法学者もコモン・ロー法官も同じ様に、法学的観点からすれば夫婦は一つの人格に過ぎず、彼らは一つの肉体における二つの魂である (erunt animae duae in carna una) というのが常套句となっていた。この一つの人格は実質的には夫であった。なぜなら、『性の存在そのもの、もしくは、法的存在は、婚姻中に停止するか、もしくは、少なくとも、夫に包含され、統合される』からである。これは法学上の擬制であって、必ずしも素人受けのするような論理ではない。このことが教区吏のパンブルに『法が…と想定するのなら、その場合、法は出鱈目なのである』という不滅の言葉を発するよう促したのである。ほとんどの法的擬制のように、これは普遍的に適用可能なものというわけでもなかった。例えば、妻は夫の犯罪によって処刑されることはなかったし、彼の債務に対して責任を負わされることもなかった。この法理とその一面性の起源は、原始時代に女性を劣ったものとして取り扱ったことや、社会慣習が女性に優位するものとして夫に与えた権力に見出されるのかも知れない。聖書に従えば、女性は男性のために創られ、彼に従うように義務づ

22) ベーカー・前掲書（前掲注3）373頁以下参照。

けられているのである。「ブラクトン」の述べる法に従えば、婚姻した女性は、彼女の主人であり保護者でもある彼女の夫の「笞の下に under the rod」にあるというのである。次の世代の法律フランス語では、彼女は、feme sole（単身女性）に対して、庇護下の女性 feme covert と称され、彼女の夫は彼女の baron（主人）であった。もし、彼女が夫を殺せば、それは単なる謀殺ではなく、小反逆罪であった。「庇護 coverture」期間中、夫は妻と妻の財産を管理する一方、妻は独自の財産を所有し、契約を結ぶ能力を失った。彼女は、彼女の主人 baron の助け無しには、コモン・ロー上の訴訟能力をもつことができなかつた。このことは、夫が如何に彼女に不正をはたらこうとも、彼女が夫を訴えるのを妨げることとなった。それ故に、騎士奉仕保有における後見権のように、妻に対する夫の後見権は司法審査の対象とはならなかつたのである。

この擬制から生じる非常に数多くの諸帰結は除去されてしまい、裁判所は最早コモン・ロー上においてさえ、この法理は存在しないと宣言してきたけれども、擬制そのものは、立法によって完全に廃止されることは決してなかつたのである。」

(イ) 次に婚姻した女性の財産の問題がある。

「婚姻中の女性の財産

最も初期の時代のコモン・ローには、夫妻は共有して財産を所有するものと見なされうような若干の可能性が存在し、それ故に、夫の死亡に際し、妻が取り分を取得することがあつたのである。実襟、動産の3分の1を妻に認める慣習が広汎に存在し、その回復のための初期のコモン・ロー令状もあつたのである。しかし、その権利は教会裁判所への裁判管轄権の移行によって取って代わられてしまった。いくつかの都市では、営業を行う妻に、あたかも単身女性であるかのように、独立して財産を所有することを認める慣習が残つた。国王配偶者たる女王も所有権法上は、単身女性として扱われた。しかし、これらは、妻が単身女性として所有していた如何なる財産も婚姻に基づいて夫のものとなるという

13世紀初めに法律として確立した一般的法理に対する例外に過ぎなかつたのである。

人的財産は絶対的に夫に賦与された。なぜなら、動産上には期間保有権は存在しないからである。それ故に、彼はそれを絶対的に処分することができた。夫が先に死亡した場合、寡婦は、残された彼女の人的財産を保持することは出来たが、庇護期間中に処分された如何なるものも取戻す権利を持たなかつた。同様に、離婚の場合も、妻は、婚姻が有効だと信じられていた期間に処分されなかつた彼女の動産を善意に基づいて返還請求しうるのみであつた。夫が遺言を残して死亡した場合には、彼女に残された遺産がどれほどのものであれ、彼女の特有調度品 paraphernalia（個人的衣服と宝石）と共に、それを請求しうるのみであつた。受遺者に対する妻の特有調度品請求権は、彼女の身分に相応しい必要物と個人的装飾品に限られていた。しかし、後者の装飾品は夫の債務に対す差押対象となった。『なぜなら、債権者が飢えている間、その一方で、彼女が宝石で輝いているのは不適切だから』というのである。

妻の物的財産は、庇護期間中のみ、夫に賦与された。尤も、彼女が先に死亡した場合には、彼の残りの生涯、彼は鰥夫産保有権者の権原を有することとなった。婚姻期間中は、夫婦は妻の権利でシーズンするとされた。このことは、夫がシーズンを有し、収益を取得することを意味したが、彼は妻の相続産権を取得することはできなかつた。それ故、彼が妻の土地を譲与した場合、彼の死後に、寡婦もしくは、彼女の相続人によって取戻されることができ、妻が彼女自身の世襲財産を婚姻中に移転したいと欲した場合には、夫の承諾を得なければならず、共に、民訴裁判所で最終和解譲渡許可申請 levy a' fine をしなければならなかつた。最終和解譲渡が受諾される前に、裁判官は妻が強制の下に行爲していないことを確実にするために、彼女に私的に質問した。その後は、最終和解譲渡は妻と彼女の相続人の請求に対する阻却事由となった。ブラクトン時代には、既に、最終和解譲渡はこのことを達成するための唯一の方

法となっていた。そして、もう一つのその主要な使用方法は、夫が彼自身の土地を妻の寡婦産権に対する要求を免れて譲渡することを可能にするためのものであった。

夫婦一体性法理は、庇護期間中の妻への如何なる不動産譲渡も、コモン・ロー上の財産権を夫と妻に授け、夫の支配下に置くことになることをも意味した。夫は婚姻後は妻に譲与することさえできなかった。しかし、既述の如く、婚姻特に、もし妻が彼より長生きした場合に効果を生じるように、彼の妻のために将来の備えをしておくことはできたのである。14世紀には、この備えは、通常、寡婦産権を排除するための寡婦給与の方式をとるようになった。独自財産取得禁止の法準則は人的財産にも等しく適用された。それ故に、もし、妻が手当から現金を節約して少し貯蓄したとしても、彼女の儉約による利益は夫に戻って来た。彼女に給付される手当の意図は、彼女に必需品を備えさせるためであって、『彼女を富ませ、彼女1人のために財宝を積み上げることではない』のであった。

近代初期までに、これらの法準則の幾つかは、エクイティによって回避できるようになっていた。エクイティは婚姻中の女性を、所有権法上は、一般的に独立した人格とみなしており、彼女が夫から独立して訴訟することを認めていた。妻が夫から独立して収益を取得することは非良心的なことではなく、それが、取引行為の意図であったならば、エクイティはそれを実行することを求めた。15世紀初期には、幾人かの裁判官は、婚姻中の女性のためのユースを有効と見なしていた。そして、ユース制定法後、遠からずして、妻の特有ユースのための財産信託が確立し、強制されるようになった。それによって、大法官裁判所は、婚姻中の女性受益者に、あたかも彼女が独身女性であるかのように、同じように独立した所有権を与えるようになったのである。しかしながら、やがて、特有ユースさえも回避されるようになった。なぜなら、従順な、もしくは意志の弱い妻は彼女のエクイティ上の財産権を、設定者の意志

に反して、彼女の夫のために処分したり、彼の負債の支払を負担させられたりするよう説得されるかもしれないからである。これを避けるために、18世紀後半の不動産譲渡弁護士達は——法廷弁護士時代の大法官サーロウ卿だという人もいるのだが——「期限前財産処分制限条項目 restraint on anticipation」というものを考案した。これは、妻が婚姻中に彼の資本を譲渡したり、債務支払に当てたりすることを制限するために継承財産設定文書に挿入された条件であった。それによって、妻の絶対的財産権は、寡婦となるまで延期され、彼女は没収という罰則によって、その資産を「期限前財産処分すること anticipate」を禁止されたのである。当初は、裁判所がこのような全面的な制限を受け入れるか否かは明らかではなかった。このような事例は、男性や独身女性の場合には、中世以来、一貫性を欠く、無効なものとして扱われてきたからである。しかしながら、妻の場合には、それは、彼女の行為能力の制限ではあるが、彼女の最良の利益に役立つものとして受け入れられた。そして、1800年以降、このような性質の諸条項がほとんどの婚姻継承財産設定に挿入されるようになったのである。

裁判所は妻が不道德な目的でそれを濫用しないように、独立した金銭の信託をなかなか承認しようとしなかった。初期スチュアートの大法官裁判所は、浪費癖の夫に対して妻の使用する金銭を守ることがあったかもしれない。しかし、1640年には、女性は密かに金銭を節約し、それを信託することはできないと判示された。「女性達に窃かに金銭を集めるこのような権限を許すのは危険な先例となるだろう…なぜなら、この妻は正直にそれを使用したかも知れないが、…他の妻は、好ましからぬ方法で、彼女の愛人や他の人々にその金銭を使うかも知れないからで、ある」。数世代以内に、こうした立場は放棄され、その後、妻はエクイティ上は手許金を蓄えることが認められるようになったのである。

このようにして、エクイティは地主階層の女性を保護するようになった。しかし、それは、信託など

という機構が考えられようもない中産層や貧困層の女性を助けることはなかった。幾世紀もの間、このような保護はほとんど必要ともされなかった。なぜなら、労働する婚姻中の女性が、貯蓄するに十分なほどの金銭を稼ぐような立場となることは滅多になかったからである。女性の社会的地位が変化するにつれて、まともな雇用の機会が彼女たちに増大することになり、女性の稼ぎを絶対的に彼女の夫のものとしていた古風な法準則は不平の種として大声で語られるようになった。1856年には、幾人かの有名な小説家も含め、多くの優れた婦人達が、現代の文明化は、既に、女性の男性への依存関係を打破し始めているということを基礎に、議会に法律の修正を請願した。

彼女らが言うには、婚姻中の女性は奴隷のような保護を必要とはしないのである。彼女たちは「彼女から絞り取られた彼女の労働の成果がジン飲み屋で浪費されるのを見るために朝から晩まで働いている」女性の窮状を考慮するよう立法府に請うたのである。王立委員会が任命され、調査は、アメリカやカナダでは既に法律が変わっており、悪い結果を生んでいないことを示していた。1870年に、彼女たちの訴えは控えめな改革によって答えられた²³⁾。婚姻中の女性に財産所有能力を賦与するという根本的な変更をする代わりに、議会は、単に、特有ユースというエクイティ上の概念を賃金や収入及び他の一定の獲得財産に拡張しただけであった。この制定法は擬制的継承財産設定を発効させ、それによって(ダイシーの言葉によれば)金持ちの娘のために作成されたエクイティ上の法準則が、最終的に、貧民の娘に拡張されるようになったのである。しかし、それは法技術上の困難に満ちていた。1882年に議会は、より包括的な改革を導入した。今や、婚姻中の女性は、あたかも独身女性であるかのように、物的財産及び人的財産を獲得し、保有し、処分するこ

とができるとされたのである。しかしながら、彼女の契約上 不法行為上の責任は彼女の独立資産にのみ結びつけられており、この残存する庇護女性の財産と独身女性の財産の区分は最近まで除去されることはなかったのである。²⁴⁾

(x) 日本との条約

安政5年7月17日(1858年8月26日)江戸で調印の日英修好通商条約によれば、第2条は日本は「ロンドンに在留する政事に預る役人を任し並に猊利太尼亜の各港の中に在留する諸取締の役人及び貿易を處置する役人を任」じ、英国は、江戸在留のDiplomatic Agentを、各港にConsulまたはConsular-Generalを派遣する、と定め、第4条は、「日本に在る猊利太尼亜臣民の間に起る争は猊利太尼亜司人の裁断たるへし」、第9条で在留英人は、宗教上の自由を有し、適当な礼拝の場所を設けることができる。

さらに、第6条は領事裁判権について、英国人が日本人を訴えるときには、英国領事館に赴き、英国領事が本案を審査した上、友誼的に処置する、逆に日本人が英国人を訴えるときは英国領事が審査の上、友好的な解決に努める。領事が友誼的に調停できないような性質の紛争であるときは、日本当局の援助を求め、本案の審査について共同で審査し、衡平に解決するものとしていた。

明治27年7月16日調印の改訂通商航海条約は(五年後に実施されるが)、内地開放と引き替えに、領事裁判権の撤廃など、不平等の条件の改定に踏み切ったものである。これをうけて、日本について、“The foreign jurisdiction of the British Crown in Japan has ceased, and marriages of British subjects in that country must now be celebrated under municipal laws of Japan, or the Foreign Marriage Act, 1892 (55&56 Vict. c. 23), or they

23) 1870年の婚姻女性財産法(33&34Vict. c. 93)のことを指す。

24) ベーカー・前掲書(注3)373頁-378頁。

will not be valid under English law.”²⁵⁾とされる。

そこで、開国以来、日本に多くやってきた、特に英国人男と、日本人女との婚姻が問題となってきており、英国公使からの問い合わせが生じたのであろう。

(2) 一九世紀英国国籍法の概略

もう一つの問題は、英国の国籍法である。

(i) 英国における国籍の観念の成立は、英国の国家の成立、及び永久忠誠の問題と絡んでいる。

つまり、スコットランドやアイルランド、さらには植民地問題があったのである。そこでもともと封建領土の領土内で生まれた者は、その領地に属し、その領土の民になるという観念から、コモン・ローにおける国籍概念は、国王への忠誠義務を基礎とするものとなり、英国における出生のみが臣民を生み出す、*jus soli*による国籍の発生だけが認められてきた²⁶⁾。そしてこの忠誠義務は、国籍に関しては生来の忠誠と伝来の忠誠に分けられるに至り、後者は、さらに議会によるもの、開封勅許状によるもの、制服によるものに分けられる、つまり、議会が行う帰化 (*naturalization*) と国王による国籍付与 (*denization*) が主なものである。帰化は、さらに、個別法律 (*private act*) によるものと、一般法による一般帰化 (*general naturalization*) に分かれる。しかし、この忠誠義務に基づく国籍概念は、ナショナリズムと民主主義による変容を受け、国民概念の

成立と社会の国際化の進展とともに、忠誠義務は (Once a subject, always a British subject, and once on alien always alien)、その地縁性、永久性においても変容を被った²⁷⁾。

まず、1844年外国人法 (7&8 Vict. c. 66) は、1843年の特別委員会の報告書²⁸⁾ (英国在住の外国人の規律についての調査報告書) をもとに制定された法律であるが、外国人に関する法制を変更し、外国人に英国臣民の権利と能力を付与するための条件を定めることを目的とする、12&13 W. 3. c. 2, 1G. 1. Sess. 2. c. 4及び14G. 3. c. 84. に言及しながら、本法に反する規定を廃止するものとしている。その2条は、帰化に関する個別法律が定める、帰化により英国臣民となった者の一定の能力制限を廃止し、3条は、連合王国の生来の臣民たる母から、外国で出生した者について、あらゆる財産権の取得を認めている。また、16条が、外国人女性が、生来の臣民もしくは帰化した者との婚姻により帰化した者と看做され、生来の臣民が有するすべての権利を有するとしていることが注目される²⁹⁾。逆に、外国人と婚姻した英国人女性は、なお、英国国籍を保持していたのである。総じて、外国人の地位と帰化制度に関する法改正であったといえるが、忠誠義務、即ち国王への服従が基礎をなしていた点は維持されているので、英国臣民は、永久忠誠義務を負っており、国籍離脱の自由はなかったのである³⁰⁾。

1869年に、帰化委員会報告書が出され³¹⁾、直後に合衆国との間に Bancroft Convention が締結さ

25) Eversley, op. cit., (注12) p.313.

26) Francis Pigott, *Nationality including Naturalization and English law on the High Seas and Beyond the Realm* (London, 1907) Part I, pp.40 et seq.). なお、19世紀における *jus sanguinis* については、Clive Parry, *Nationality and Citizenship Laws of The Commonwealth and of The Republic of Ireland* (London, 1957) p. p.60 et seq. 参照。

27) 平賀健太『国籍法 上』(昭和25年)18頁以下参照。コモン・ローにおける国籍概念及び制度の確立及び展開については、柳井健一『イギリス近代国籍法史研究』(2004年)第4章及び第5章が詳しいので参照されたい。

28) Report from the select Committee on the Laws affecting Aliens ; together with the Minutes of Evidence, and Index (H. C. 307, 1843)

29) 一般的には、柳井・前掲書217頁以下参照。Cf. Clive Parry, *Nationality and Citizenship Laws of The Commonwealth and of The Republic of Ireland* (London, 1957) p.71.

30) 永久忠誠原則が、戦争遂行上のイギリス海軍の水兵徴募問題において、大きな問題となった点について、川北稔『民衆の大英帝国—近世イギリス社会とアメリカ移民』(1990年)参照。柳井・前掲書233頁以下参照。

31) Report of the Royal Commissioners for inquiring into the Laws of Naturalization and Allegiance (Cmnd, 4109, 1869).

れ、永世忠誠義務にこだわらない英国人の米国への帰化が認められることとされたが、これらに基づいて、1870年帰化法³²⁾が制定された。これは何よりも国籍離脱の自由を認めた点で特筆される³³⁾。さらに、10条が既婚女性及び未成年の子どもの国籍法上の地位について定めている点でも注目される。「婚姻した女性及び未成年の子 (infant child) の国民の地位 (national status)

10条 女性及び子どもの国民の地位について、次のように定める。

- (1) 婚姻した女性は、その夫がそのときに臣民である国の臣民と看做される。
- (2) その婚姻により又はその結果外国人となった寡婦が生来の英国臣民であるときは、制定法による外国人と看做され、寡婦である間何時でも本法の定める様式で英国国籍の回復 (re-admission) の証明書を取得しうる。
- (3) 父が英国臣民であり、または、母が英国臣民で、寡婦であり、本法にしたがって外国人となるときは、当該父又は母の子で、未成年の間に、父あるいは母が帰化しており、その国の法により帰化した国の住民になったときのその子は、その父あるいは母が臣民となった国の臣民と看做され、英国臣民ではない。
- (4) (5)省略。」

2 明治6年太政官布告(内外人婚姻規則)の制定過程

安政5年の日英条約締結により、英国人が日本に居住する可能性、ひいては、日本人との婚姻が問題となり得るが、当時の英国の婚姻法によれば、その方式は、英国国教会の聖職者による婚姻の執り行い

であり、実体的には要件が定められてきた。すると外国における英国人の婚姻については、方式、実体について外国法の適用がありうるかといえば、これは、国際私法、当時の国際法の一部とされる、オランダ学派のものであったとされる。すなわち、外国における英国国民の婚姻については19世紀前半の国際私法により、方式及び実体について婚姻挙行地法(現地法)にしたがった婚姻は、英国において承認され(つまり、法律回避があっても承認する)、英国方式によるものは1849年法により少し広げられ、在外公館等におけるものに限られてきたが(妻が外国人であるときは、妻が英国人となる、夫が外国人であるときは、妻はその英国国籍を失わない、1870年帰化法により、この点が変更された)、1868年法により、領事婚を認める。つまり少し世俗化が進んだということになる。

1867年においては、英国法上、日本国内において、英国人同士または英国人と日本人は、英国領事による領事婚も可能であるが、同時に日本方式による婚姻もできる。そこで、開国以来、日本に多くやってきた、特に英国人男と、日本人女との男女関係が問題となってきており(後に英国でその有効性が問題とされるプリンクリー事件のように)³⁴⁾、英国領事からの問い合わせが生じたのであろう。

幕末の1867年における英国側の問い合わせは、条約によって開国を余儀なくされ、英国との国交も始まった日本において、現地方式のものは英国でも認めるという実行を前提に、はたして日本法による英国人の婚姻が可能かどうかを確認する趣旨であり、これに対する幕府の回答は、日本の婚姻法自体が未確立であることから、友好関係にあるので、婚姻自体は認めるというはなはだ曖昧なものである。それに対して、明治5年の問い合わせは、それより

32) 33 Vict. c. 14 (An Act to amend the Law relating to the legal condition of Aliens and British Subjects.[12th May 1870] で、The Naturalization Act, 1870と称される(1条)。

33) この点の詳細は、柳井・前掲書248頁以下参照。

34) プリンクリー事件についてはさしあたり、小川・前掲書(注1)116頁、137頁、163-167頁、嘉本・前掲論文(注1)及び植部俊平「日本婚姻と英国法廷」法協73号223頁以下参照。

も進んで、現地方式の婚姻の実態と英国人との婚姻の効果としての財産関係法の確認であった。それへの対処として一般的に外国人と日本人の婚姻の方式、さらに、それに伴う、日本国籍の認定について規定し、逆に外国における日本人の日本方式の婚姻についても規定したものが明治6年の第103号太政官布告である。その際、明確に意識されていたとはいえないが婚姻の準拠法については、日本においては日本方式、準拠法は外国人については外国法を前提としているように思われる。

(1) 英国側の問い合わせとそれへの対応

慶応3年4月27日(1867年5月30日)付けの、英国領事マイバークからの問い合わせは、おそらくは、ありうる英国人と日本人の婚姻を日本法がいかに取り扱うか(ひいてはその後の本国における承認審査の資料として)、すなわち、欧米では内外人の婚姻は常識であるが日本の内外人婚姻に関する法制³⁵⁾を教えてほしいというものであり、婚姻の世俗化、外国における英国人保護と内国における外国人の地位をめぐる論議を重ねてきた当時の婚姻に関する英国法制を前提とすれば必要な調査であったのであろうが(法が全く存在しないときには、本国住所地法によることになろう)、これに対しては、

同月29日の幕府側からの回答によれば³⁶⁾、外国人と日本人の婚姻を禁ずる法はないが、婚姻を許した例もないので、即答はできない、とするものであり、また慶応3年6月付け回答によれば³⁷⁾、閣老へ申し立てたところ、条約国については婚姻差し支えなし、とするものであった。すなわち、我が国における婚姻法制自体については、少なくとも条約締結国民については内外人の婚姻を禁止していない、つまり可能であるということ以上には回答がなかったといえる。

この問題が、明治4年7月廃藩置県により成立した明治政府にとって顕在化するの、再び英国からの問い合わせによるものであった。英国領事(ロッセル、ロベトソン(Russell Robertson))からの1872年12月19日付け神奈川県(権令大江卓宛)への問合せは、①英国人と日本婦人の婚姻締結について日本政府はいかに対処されるか、②婚姻が可能とすると、日本婦人に属する動産不動産などの財産が、婚姻により夫婦に属することになるのか、③これらのことは緊要であるので、その詳細を教えてください³⁸⁾、というものであった。これが、やがて後述のような経緯を経て、上記婚姻規則が制定される直接の契機となり、この規則は、その公布に先駆けて、明治6(1873)年3月13日に各国公使および

35) 太政類典第2編676頁・明治4年—10年・「内外婚嫁一件」(外務省編纂『続通信全覧(類輯之部)一』(昭和59年)676頁以下参照)「丁卯四月廿七日 第四拾四号 千八百六拾七年五月三十日 金川 英国コンシュル願日本において外国人と日本人の婚姻を禁ずる法ありや否を告示し給らん事を余謹て○下る願ふ各国の民互に婚姻を取結ふ事外国にあって○○常一般の事なるを余まで御報○謹云英国コンシュル エフ、ジ、マイボルグ神奈川鎮台 水野若狭守殿」。

36) 「水野若狭守ヨリ英国岡士へ答書

第四十四号ノ書翰致披見候然レハ我国ニ於テ外国人ト日本人ト婚姻ヲ禁スル法アリヤ否可申述申越ル、旨承知セリ我國ニ於テ各国人ト親睦ナルハ近年ノ儀ニ有之間禁スルノ法ナシト雖モ亦婚姻ヲ許セン事ナケレハ即答及兼候ニ付政府へ申立ノ上可否申進候此段回答如此二候謹言慶應三年四月廿九日外務

同上

以書翰申進候然ハ先達テ第四十四號ノ書翰ヲ以申越レシ外国人ト日本人ト婚姻ノ儀我が閣老へ申立候處條約国ノ儀ハ差支無之候間尊卑ノ無差別双方願済ノ上婚儀相整可然沙汰有之候間此段申進度如此候謹言 慶應三卯年六月日 外務]

37) 以書翰申進候然ハ先達テ第四十四號ノ書翰ヲ以申越レシ外国人ト日本人ト婚姻ノ儀我閣老へ申立候處條約国ノ儀ハ差支無之候間尊卑ノ無差別雙方願済ノ上婚儀相整可然沙汰有之候間此段申進及如此候謹言 慶應三卯年六月日 外務]

38) 神奈川県権令大江卓宛の別紙箇条書き問い合わせ。

「千八百七十二年第十二月十九日金川

以書簡致啓上候然ハ左ノ件々ニ御答被下度相願候

一 英国人民ト日本ノ婦人ト結婚致候節日本ノ政府ニ於テ進行有之候哉

一 若又右ノ通ニ有之候ハ、其婦人ニ属シ候諸品即チ金銀地面家屋ハ其分部タリトモ夫婦ニ属シ候儀有之候哉
右ハ緊要ノ一事ニ候間詳細御申聞被下候ハ、大悦ノ至ニ存候謹言」

スイス領事に通達された。

そこで、この規則の成立過程を見る前に、我が国における婚姻法の概略を見ておきたい。

(2) 日本の婚姻法

明治初年においても、前代同様、婚姻締結と離婚がその法的規律の関心事であり、その他の、特に婚姻の効力についても従来からの慣習に委ねる点は変わっていない。しかし、実際上の必要性からにしても、統一国家の成立とともに、婚姻に対する国家の介入、婚姻制度を掌握するという態度が、立法の第1段階として認められることは注目し得る。即ち、まずは従来の妻妾制を継承しつつ、明治5年になってからではあるが、僧侶の妻帯の勝手たることを認め、婚姻の万民への解放を図った。これらの点はさらに外国人との婚姻を認める法制ともなる。高柳によれば次のとおりである³⁹⁾。「即ち前代において僧尼は宗法によってのみならず、国法的にも婚姻を禁止せられたのであるが、ここに至つて国法的婚姻の禁は撤廃せられたのであった。また前代の鎖国政策の下では起りえなかつた外国人との婚姻の問題が、新時代に入つて新しく生じてきたのも当然であった。太政官はこれに対応して六年の第百三號布告を以て、外国人との婚姻を許し且これに関する国際私法的規則を制定した。」かくて、婚姻を万人に解放するとともに、旧幕時代の武家法と庶民法を統一する、つまり封建身分による婚姻関係の相違を国家的に統一するとともに、事実婚と婚姻関係の区別を明らかにすることが志向された。明治2年の太政官布

告により、宮・華族の婚姻を届出から願出を必要とするものと変更し、明治3年11月4日の縁組規則⁴⁰⁾、および明治4年の戸籍法をうけた明治4年4月22日の布告⁴¹⁾、同年8月23日の縁組規則の改正の布告⁴²⁾、明治8年12月9日の太政官布告第209号⁴³⁾などにより、婚姻の身分制の撤廃、当事者の意思に婚姻を委ねることから、届出制となり、ようやくこの届出が、明治8年太政官布告第209号により婚姻の成立要件とされて、法律婚主義への移行が果たされた。他方、明治初年来維持されてきた妻妾制は、明治15年1月1日施行の新刑法典により妾の名を削除することで単婚制に移るのであるが、届出なき事実婚でも一定の公示性が伴う限り認められたので、届出のある法律婚との二元制が容認されることとされた。但し事実婚の効力をめぐっては長く争われることとなったのは周知の通りである。

一般に、婚姻の成立の手續については、立法によることなく、慣習法が用いられたものと思われるが、高柳は次のように述べている。

「舊幕時代には武士・庶民を通じて、婚姻に先き立つて仲人を通じ縁組を結び、その手段として結納の取替しを行ふのが例であった。武士の法制では縁組の成立によって婚約者を縁夫縁女と称し、その時に準夫婦関係成立の効果を認めてみたことが、刑法上・服忌法上に窺はれる。そして縁組には武士・庶民共に仲人が介在し、婚姻の際にも立會つたが、特に庶民においては婚礼の議式に仲人の立會ふことが要件であった。

明治政府もまたこの一般的慣習法の存在を認めて

39) 高柳貞三「明治前期における婚姻法の成立(一)」、法律時報14巻1号44-45頁。なお、同「明治家族法史」(法律学大系第二部法律理論第四所収)参照。

40) 一 華族ハ太政官へ願出、土族以下ハ其管轄府藩廳へ可願出事、
一、華族土族取結候節ハ、華族内太政官へ願出、土族ハ其管轄廳ヨリ太政官へ伺済ノ上司可差許事、
一、府藩廳管轄ニテ取結候節ハ、土族卒平民タリトモ、双方ノ官ニテ聞済、互ニ送状取替シ可申事

41) 昨冬十一月御布告縁組規則中管轄違ニテ取結候節ハ、土族卒平民トモ双方管轄ニテ聞済、送状取替候様御達ニ相成居候處、平民ハ不及其儀、今般御布告ノ戸籍法第五則ノ通可相心得、此段更ニ相違候事

42) 華族ヨリ平民ニ至ルマテ互ニ婚姻差許サレ候條、双方願ニ及ハス其時々戸長へ可届出事、但送籍方ノ儀ハ、戸籍法第八則ヨリ十一則マテニ照準可致事

43) 婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚離縁、縦令相對熱議ノ上タリトモ双方ノ戸籍ニ登記セサル内ハ其効ナキ者ト看做スヘク候條、右等ノ届方等閑ノ所業無之様精々説論可致置、此旨相違候事

みたことは疑ひない。全国民事慣例類集の編者がこの点について『凡ソ媒介人周旋ノ上契約定レハ結納ト称シ、家ノ貧富ニ従ヒ品物ヲ婦家へ贈り、婦家ニ於テ祝宴ヲ開キ媒介人竝ニ親族ヲ饗宴シ、新婦涅槃ノ式ヲ行フ。此手續ヲ為セシ上ハ既ニ夫婦ノ契約成ル者トシ、大ナル事故アルニ非ルヨリハ、決シテ契約セサル事一般ノ通例ナリ』とのべてゐるのにも、これを察することができる。しかしこれにいかなる効果を認めるかについては、進んで政府が立法その他の方法で言明してゐる形跡はないからこれらの行事に関しては慣習法の支配に委ねてみたと見るべきであらう。』

そこで、法律上の要件として問題とされたのは次のようなものであった。

形式的要件…願出主義と届出

実質的要件…(1)婚姻適齢 徳川時代においてはこの点に関する立法はなく、男女とも一五歳が婚姻適齢とされたと思われるが、この慣習は明治期に入っても継承されたものであろう。改定律例および新刑法には、一二歳未満の女子との姦淫を禁止していたので、女については一二歳未満において婚姻は認められなかったものといえよう⁴⁴⁾。

(2) 重婚 旧慣にしたがって、重婚の禁止については明文の定めはなかったが、刑法上これが問題とされ、明治8年1月28日の司法省指令に認められる如く、男の重婚は不応為の重律により処罰され、後婚の婦女は情を知るものは同罪とされ、新刑法も354条により重婚者を2年以下の重禁錮に処し、さらに罰金を併科することとしたが、後婚の効力に影響を及ぼすものではなかったものとされた。

高柳によれば、以下(3)再婚期限、(4)近姻親、(5)生家復籍、(6)相姦者、(7)父母の同意などがあげられているがここでは省略する。

(3) 日本婚姻法の通知

以上のような内容の法の制定も考えられるが、このような立法はされず、内外人婚姻規則のみが布告されたのであるが、明治9年11月21日には、ドイツ公使に対し、外務卿、司法大輔打ち合わせのうえ、司法省原案について外務省で加除を加えてわが国の婚姻に関する律令・規則について次のような逐条的な回答を行っている⁴⁵⁾。

第1条 夫婦双方の権利義務について

「我邦未タ夫婦ノ際ニ於テ権利義務ヲ分析シ之レヲ法律に明載セシ事ナシ其間若シ紛争ノ事アル時ハ道理ニ基キ之レカ裁ヲナスヲ以テ通常ノ慣習トス尤婦ハ夫ニ対シ順柔ニシテ操貞ヲ闕缺セサルヲ以テ婦タルモノ遵守スヘキノ義トナスト雖トモ之ヲ以テ夫ノ圧抑ヲ甘受ヘキトスルニ非ス夫婦ノ間ニ於テ財産所有ノ権ヲ定ムルガ如キハ現今ノ慣習左ノ如シ

第一 夫婦相互ノ財産ハ相互ノ所有タリ其間相互ニ讓与貸借ヲナス事アルトキハ固ヨリ相互ニ承認ニヨルモノナリ而シテ其承認ハ契約ノ証アルモノアリ又之ヲナササルモノアリ

第二 夫婦相互ニ其原因正当ナルニ於テハ離婚ヲナス事ヲ得ヘシ但原因ノ正不正ヲ区分シタル成文律ナシト雖モ若シ紛争アルニ当テハ裁判上必ス道理ニ基キ相互ニ権理ノアル所ヲ保護ス

第三 其離婚スル者ノ如キハ其所有品ハ相互ニ所有主ニ帰ス」

44) 高柳・前掲46頁「徳川時代においては、特に婚姻適齢を定めた立法は現はれなかった。ただ慣習法上また刑法上十五歳未満を幼年と称し、財産法上の行為や刑事責任能力に関して、無能力者或ひは限定能力者とする取扱いが行はれたから、婚姻法上においてもこれに基づいて、男女共に十五歳を以て標準的適齢としたことが認められるに過ぎない。明治期になってもこの慣習を支持する方針がとられたものの如く、婚姻能力に関して年齢を定めた布告・達の類は発せられるに至らなかった。しかし改定律例第二百六十條、十五年施行の新刑法第三百四十九條には、現行刑法の第七十七條後段に相当する規定が存し、しかもその年齢を十二歳未満としてゐたから、女はこの制限を破ることはできなかったわけである。十八年には行はれた訓示なるものに「婚姻年齢ニ制限無之ト雖モ、幼年ノ者ハ可成結婚セシメサル様詮議致スヘシ」とあり、十九年の指令に「十二歳ニ滿タサル幼女結婚ハ不相成儀ト心得ヘシ」などと見えるのは、この間の事情を語つてゐるのである。」

45) 「二三内外人ノ婚姻ニ関スル獨逸公使ヨリノ照会ニ対シ回答ノ件 (朱書)「(第七十九號 十一月廿七日達了)」(大日本外交文書第9巻667頁以下)。なお、1885(明治19)年9月30日付けで、ベルギーに対し、外務卿から女子の婚嫁に関する現行法律の通知があった。

第2条 離婚訴訟の採決の方法について

「婚事ノ訴訟トハ夫婦トナルヘキ婚姻ノ契約ヲ為シ而シテ其約ヲ果サ、ルニ付テノ訴ナレハ左ノ如シ

第一 婚姻ヲナスヘキ契約ノ証アリテ其契約慣習法

又ハ道理ニ背カサルトキハ其契約ヲ遂ケシメ又ハ損害要償ノ訴ナレハ其損害ヲ償ハシム

第二 若シ其証ナキトキハ其訴ヲ受理セス

婚事ノ訴トハ離婚ノ訴訟ナレハ第一條ノ答ニ辨シタルカ如シ

離婚ヲ求ムルノ訴訟ニシテ其原告人男夫ナレハ通常ノ手續ヲ以テシ婦ナルトキハ其手續左ノ如シ

第一 婦ヨリ訴ヘント欲スルトキハ其父母又ハ親族ト共ニ訴フヘシ獨り自カラ訴フル事ヲ得ス

第二 離婚ヲ求ムル事柄危急ニ出テ親族等ニ告ルノ暇ナキトキ又ハ親族ナキ者ハ自カラ訴フル事ヲ得ヘシ」

第3条 訴訟における判断基準（婚姻無効原因、離婚理由）

「第三條問 其訴訟ハ如何ノ事情ヲ以テ確實ナル原因ト見做サルヘキヤ

右答

第一 婚姻ノ契約ヲ遂ケン事ヲ求ムルノ訴訟ノ原因ナレハ契約ノ証ニヨリ推究スル第二條答ノ如シ

第二 離婚ヲナシ得ヘシト見做スヘキ権利ノ原因ハ第一條問ニ辨シタル答ノ如シ又婚姻ヲ為シタル時契約アレハ其契約ニヨリ推究ス」

第4条 妻の権利について

「第四條問 婦ハ夫ニ対シ自己ノ権利ヲ立ルタメ如何ナル方法ニ依拠スヘキヤ

右答

第一 婦ノ夫ニ対シ自己ノ権利ヲ立ルヲ得ヘキ事上

文ニ辨シタルカ如其依拠スヘキノ方法ハ明文ナシト雖モ其或ハ紛争ノ事アレハ親屬等之ヲ協シシ條理ヲ推求シテ其権利ヲ保護ス其協成ラサレハ区裁判所ノ勘解ヲ乞ヒ勘解調ハサレハ地方裁判所ノ裁判ヲ乞フ是レ夫婦共同断タリ

第二 夫婦トナリタル口上ノ約諾ヲナシ又ハ契約書ヲ取交ハシタリトモ其男女ヲ管轄スル區戸長役場ニ届ケ出テ其戸籍ニ登記スル事ヲ済タルヲ以テ夫婦ナリトス

第三 日本人外国人ト婚姻セントスル者ハ日本政府ノ允許ヲ受ヘク若シ右ノ手續ヲ経タル日本人ノ婦トナリシ者ハ日本人ノ分限ヲ得ル事トス

右ノ外国人婚姻ニ付御布告有之候條件ハ御承知ニモ可有之候得共尚別紙ノ通り及御差廻候也

明治九年二月司法卿大木喬任代理

司法大輔 山田顕義

鮫島外務大輔殿」

ここに当時の婚姻に関する法的規律の大意がうかがわれる。

(4) 内外人婚姻規則の制定

(i) 制定の経緯

英国領事（ロッセル、ロベトソン [Russell Robertson]）からの1872年12月19日付け神奈川県（権令大江卓宛）への問合せ（英国人と日本婦人の婚姻締結について日本政府の先例があるか、日本婦人の財産が夫婦に属するか⁴⁶⁾）に基づいて、明治5年11月23日（1872年12月22日）に神奈川県から外務省への伺いがあったが⁴⁷⁾、外務省は旧幕府時代の先例、すなわち神奈川奉行の英国領事の同様の問い合わせに対する回答があるはずだとして、

46) 神奈川県権令大江卓宛の別紙箇条書き問い合わせ。

「千八百七十二年十二月十九日金川

以書簡致啓上候然ハ左ノ件々ニ御答被下度相願候

一 英国人民ト日本ノ婦人ト結婚致候節日本ノ政府ニ於テ進行有之候哉

一 若又右ノ通ニ有之候ハ、其婦人ニ属シ候諸品即チ金銀地面家屋或ハ其分部タリトモ夫婦ニ属シ候儀有之候哉

右ハ緊要ノ一事ニ候間詳細御申聞被下候ハ、大悦ノ至ニ存候謹言」

47) 英国領事からの申越しについて、神奈川県は「イマタ類例モ承知不仕候ニ付如何回答可仕候哉至急御指揮被度…壬申十一月廿三日外務」という伺いを外務省へ行ったのである。

その写しの送付方を求めた⁴⁸⁾。それに応じて、神奈川県の出した答書の写し⁴⁹⁾により示された先例である、慶応3年4月27日付けの、英国領事マイバークからの問い合わせに対する同月29日の幕府の回答は⁵⁰⁾、前述のように、外国人と日本人の婚姻を禁止する法があるかについては、外国人と日本人の婚姻を禁ずる法はないが、婚姻を許した例もないので、即答はできない、とするものであり、また慶応3年6月付け回答によれば⁵¹⁾、閣老へ申し立てたところ、条約国については婚姻差し支えなし、とするものであったので、外務省は明治6年1月18日太政官への伺いを提出し、先例では内外婚姻を許可して

いるが、国籍の問題にも関わり、財産中の不動産については律例が必要であろうし、宗教も関係するが、なるべく速やかに回答いただきたい、とした⁵²⁾。その附属書として、内外婚姻規則案⁵³⁾が掲載されており、結局、後に明治6年3月2日付けで、朱書して、別紙の通り定規を定めるべきこととしたが⁵⁴⁾、正院は、その決定に先立ち、左院および司法省へ意見を尋ね⁵⁵⁾、2月に左院の回答⁵⁶⁾、すなわち、旧幕時代の先例もあり英国人と日本人の婚姻は許される、国籍はフランス民法の例になら⁵⁷⁾、財産については、不動産を有したままでの婚姻はできないが、動産は契約次第、宗門は夫の属する国の

48) 「神奈川県へ掛合書」で、申し越しは承知したが、「右舊幕府ノ節慶應乙卯年四月中英国領事ヨリ今般同様ノ申出神奈川奉行ヨリ老中へ伺後々評議ノ上許容相成候儀ハ別紙ノ通りニ有之候間其砌必定英国領事ヘノ答書可有之儀ト被存候間右書類御取調ノ上尚御申越可有之依テ別紙写相添此段及御答候也 十一月外務省」

49) 英国領事に対する神奈川奉行水野若狭守からの答書について、「右ハ舊幕府中英国領事ヨリ今般同様ノ儀申出神奈川奉行ヨリ老中へ伺評議ノ上許容相成候ニ付其節英国領事ヘノ答書可有之候間尚取調可申進様別紙相添御答ノ趣致承知取調候處右書翰ハ舊幕府中ノ事故差向見當不申候へ共當懸官員ノ内其頃ヨリ引續キ奉職罷リ在右書翰二通ノ寫所持ノ者有之尚舊記ノ儀モ取調申候へ共右ハ慥ニ寫取ル者ニ無相違相視候間不取致寫指進申候此段申進候以上 一月外務」

50) 慶応3年卯年6月日付け（外務省編纂『続通信全覧（類輯之部）一』（昭和59年）676頁）。注（36）参照。

51) 以書翰申進候然ハ先達テ第四十四號ノ書翰ヲ以申越レシ外国人ト日本人ト婚姻ノ儀我閣老ヘ申立候條條約濟國ノ儀ハ差支無之候間尊卑ノ無差別雙方願濟ノ上婚儀相整可然沙汰有之候間此段申進及如此候謹言 慶應三卯年六月日 外務

52) 外務省伺 英国人ト御國人ト婚姻取結候節云々別紙箇条書ノ通英領事ヨリ神奈川懸令へ問合候趣ヲ以テ伺出候右彼我婚姻ノ儀ハ舊幕府中既今般同様ノ儀伺出候節別紙丙丁ノ如ク神奈川奉行ヨリ答致シ置候趣モ有之婚姻ノ儀ハ彼我共被差許可然候へ共向後内外国籍ニ関係シ財産中不動産ニ至候テハ別紙一定ノ律例御取設之度且又宗門ニ係候儀モ有之候ニ付是又御撰定相成候上回答可及可成速ニ御沙汰有之候因テ別紙寫相添此段相伺候なり 一月一八日 外務（卿 副島種臣）

（外務省外交文書第6巻695頁所収）

二九九 一月一八日 副島外務卿ヨリ太政官正院宛「英国領事ヨリ提出ノ内外人婚姻規則撰定方ニ関シ伺ノ件竝ニ之ニ対スル太政官決議」附属書 横濱在勤英国領事ノ右規則案

正院御中（朱書）一 伺之趣別紙の通定規被相立候事 明治6年3月2日 印

註 本號文書ニ謂フ「別紙箇条」及「別紙丙丁」ハ省略シ右指令ニ謂フ「別紙」ノミ掲ク

（附属書）一 日本人外国人ト婚姻セントスル者ハ日本政府ノ允許ヲ受クヘシ

一 外国人ニ嫁シタル日本ノ女ハ日本人タルノ分限ヲ失フベシ若シ離縁シ或ハ夫死シタル後日本政府ノ允許ヲ受日本ニ歸リタル時ハ日本人タルノ分限ヲ復スベシ

一 日本人ニ嫁シタル外国ノ女ハ日本人タルノ分限ヲ得スヘシ

一 外国人ニ嫁スル日本ノ女ハ其身ニ属シタル者ト雖モ日本ノ不動産ヲ所有スル事ヲ許サス但シ金銀動産ヲ持携スルハ妨ケナシトス

一 日本ノ女外国人ヲ婿養子ト為ス者モ亦日本政府ノ允許ヲ受クベシト

一 外国人日本人ノ婿養子トナリタル者ハ日本人タルノ分限ヲ得ベシ

一 外国ニ於テ日本人外国人ト婚嫁セントスル者ハ其國在留ノ日本公使又ハ領事官ニ願出許可ヲ乞フベシ公使ハ裁下ノ上本国政府へ届出領事官ハ本国政府ノ許可ヲ待テ裁下スルヲ得ベシ」

上掲のように、「英国領事ヨリ提出ノ内外人婚姻規則」とあり、また、附属書として「横濱在勤英国領事ノ右規則案」とあるが、実際に附属書として掲げられたのは別紙としての規則案のみである。注40所掲のものを指すものと思われる。

53) この規則原案が、誰により、いつどのようにして起草されたかは明らかではない。石井良助「明治初年の内外人婚姻法」法協83巻3号（昭和41年）355頁以下においてもこの点は明らかではなく、司法省意見中の別紙が規則案と小異という意味も必ずしも明らかではない。しかし、当時フランス民法に通じていたのは司法省であり、原案は司法省から出されたものと推察されるが、確証はない。

54) 正院より外務省に対して「伺ノ趣別紙ノ通規則被相立候事」という指令があった。この案については、3月5日上野外務正輔から、太政官正院宛「内外人婚姻規則改訂方ニ関シ伺ノ件」があり、3月7日付けの正院の決裁があること後述の通り（外務省外交文書第6巻695頁：三〇〇参照）。

法に従う、を得た⁵⁸⁾。2月25日付け司法省の回答は、別紙によるが、教法は主務官署へご下問くださいとするものであった⁵⁹⁾。日本外交文書第6巻695頁掲載の「別紙」、即ち規則案である。

この過程で明らかになったのは、明治6年2月の

左院の意見によると⁶⁰⁾、内外人の婚姻は、幕府時代に取り扱いについての先例もあり、許可されるが、日本人女が外国人男と婚姻するときは、日本からは除籍し、外国の籍に入り、また、外国人女が日本人男と婚姻するときは日本の籍に入るとするのがフラ

55) 明治6年2月9日付けで正院は江藤司法卿宛で、意見を求めている。
「外務省伺英人ト本邦人ト婚姻取結ノ儀御下問相成候意見可被申出候也
明治6年2月9日 正院

江藤司法卿殿

追テ御回答ノ節別紙返却可有之候也」(公文録第92巻「彼我人民婚姻取結ノ儀伺」公00823100)

56) 左院意見 外国人ト本邦人ト婚姻取結ノ儀ハ舊幕府中ノ先例モ有之候間彼我共ニ被差許可然候但外国人ノ婦トナル者ハ除籍シテ其國ノ籍ニ入ルヘク本邦人ノ婦トナル外国人ハ本國ノ籍ニ入ルヘキ旨佛國民法ニモ有之候間其例ニ隨ヒ可然又其者所有ノ財産中不動産ニ於テハ從來ノ國禁モ有之未タ民法モ御確定不相成候間不動産ヲ有スル儘ニテ外国人ニ婚嫁セシムルヘカラス其動産所有ノ權利ニ於テハ夫婦ニ屬スルモ屬セサルモ婚姻ノ契約ニ任スヘシ宗門ノ事ニ於テハ本國ノ籍ニ入ル者ハ本國ノ法ヲ守ルヘク外国ノ籍ニ入ル者ハ其國民法ニ隨フヘク更ニ妨害有之間敷存候也 二月 外務

57) 関連するフランス民法の規定は次の通り(箕作麟祥口訳・辻士革受『仏蘭西法律書 民法』(明治辛未、大学南高)による)。

「第十二條 佛蘭西人ニ嫁シタル外国ノ女ハ其夫ノ分限ニ從フ可シ

第十七條 佛蘭西人タルノ分限ハ左ニ記列スル諸件ニ因テ之ヲ失フ

第一 外国ノ戸籍ニ入ル事

第二 皇帝ノ允許ナク外国政府ヨリ官職ヲ受ル事

第三 帰国スル意ナク外国ニ居住ヲ定ムル事

但シ商業ノ為外国ニ居住スル者ハ帰国スル意ナクシテ外国セシ者ト看做可ラス

第十八條 佛蘭西人タルノ分限ヲ失ヒシ佛蘭西人皇帝ノ允許ヲ得テ佛蘭西ニ歸リ且佛蘭西ニ居住スルノ意ト佛蘭西ノ法ニ背キタル官位封爵ヲ放棄スルノ意トヲ陳述スルニ於テハ何レノ時ト雖モ仏蘭西ジナルノ分限ヲ復スルヲ得可シ

第十九條 外国人ニ嫁シタル佛蘭西ノ女ハ其夫ノ分限ニ從フ可シ

若シ其女ノ寡婦トナリタル時既ニ佛蘭西ニ居住ヲ定ム可キヲ陳述シテ皇帝ノ允許ヲ受ケ佛蘭西ニ歸リシ時ハ佛蘭西人タルノ分限ヲ復ス可シ

なお、第三條第三項は、つぎのとおり「人ノ分限及ヒ身位ニ管シタル法律ハ外国ニ居住スル者ヲ問ハス各佛蘭西人ヲ支配ス可シ」。

第四十八條 外国ニ在ル佛蘭西人ノ民生ノ証ハ佛蘭西ノ辦理公使又ハ岡士ノ佛蘭西ノ法ニ循ヒ其陳述ヲ受ケ之ヲ記シタル時法ニ適シタルモノト為ス可シ

第七十條 外国ニ於テ佛蘭西人等ノ互ニ契約シタル婚姻又ハ佛蘭西人ト外国人ト互ニ契約シタル婚姻ハ其國ニ於テ用フル所ノ方式ヲ以テ之ヲ行ヒ且預メ第六十三條民生ノ証書ノ卷ニ記シタル公告ヲ為シ其佛蘭西人前章ニ記シタル規則ニ違背スルヲナキ時ハ其婚姻ヲ法ニ適シタルモノト為ス可シ(民法170条にいわゆる領事婚の規定が追加されたのは、1901年11月29日法によってである。)

第七十一條 仏蘭西人ハ仏蘭西領内ニ歸リ来リシ時ヨリ三月内ニ外国ニ於テ為シタル婚姻ノ証書ヲ其居住スル地ノ婚姻ノ証書ノ簿冊ニ登記セシム可シ」

フランスの1791年憲法2条によれば、フランス国民たるものは、「1. フランスにおいてフランス人たる父より生れた者、2. フランスにおいて外国人たる父より生れ、国内に居住を定めた者、3. 外国においてフランス人たる父より生れ、フランスに帰来して定住し、かつ市民たるの宣誓をした者、4. 外国において生れ、かつ親等のいかにかわらず宗教上の理由によって国外に去ったフランス人男子もしくは女子の子孫たる者」で、後日フランスに帰り市民たるの宣誓をしたものにされていたが(平賀・前掲書(注27) 27-28頁参照)、ナポレオン民法典は、フランス人たる父の子はたとえ外国で生れた者もフランス国籍を取得する血統主義に重点を移した。

58) 外国人ト本邦人ト婚姻取結ノ儀ハ舊幕府中ノ先例モ有之候間彼我共ニ被差許可然候但外国人ノ婦トナル者ハ除籍シテ其國ノ籍ニ入ルヘク本邦人ノ婦トナル外国人ハ本國ノ籍ニ入ルヘキ旨佛國民法ニモ有之候間其例ニ隨ヒ可然又其者所有ノ財産中不動産ニ於テハ國禁モ有之未タ民法モ御確定不相成候間不動産ヲ有スル儘外国人ニ婚嫁セシムルヘカラス其動産所有ノ權利ニ於テハ夫婦ニ屬スルモ屬セサルモ婚姻ノ契約ニ任スヘシ宗門ノ事ニ於テハ本國ノ籍ニ入ル者ハ本國ノ法ヲ守ルヘク外国ノ籍ニ入ル者ハ其國民法ニ隨フヘク更ニ妨害有之間敷存候也 二月 外務

59) 「過日外務省ヨリ英人と本邦人ト婚姻取結ニ付伺ノ趣御下問相成仍テ別紙ノ通り見込申上候尤教法ノ儀ハ主務ノ官省へ御下問相成度此段申進候也

明治6年2月25日 司法卿江藤新平

正院御中

追テ御回相成候書類ハ相添及御返却候也」

60) 当時の立法体制は、左院、明法案、司法省と担当機関が必ずしも定まっていなかったが、左院が立法機関として擬せられていた。

民法であるのでそれに倣い、日本人女の財産については、不動産の所有については従来の国禁もあるうえ、民法もまだ確定していないので⁶¹⁾、不動産を所有したままの婚姻は許されず、動産の所有権は夫婦間の契約で決め、宗教は日本国籍を取得する者は日本法により、外国籍に入るものはその国法による、とした。これに対して明治6年2月25日付けの司法省の意見は、外務省からの伺については、別紙の規則案にて見込みを示すが、教法の件は主務官庁へご下問ありたいとするものであった。ここに婚姻規則案が別紙の形で示されたのである⁶²⁾。

- 一 日本人外国人ト婚姻セントスル者ハ日本政府ノ允許ヲ受クヘシ
- 一 外国人ニ嫁シタル日本ノ女ハ日本人タルノ分限ヲ失フヘシ若シ離縁シ或ハ夫死シタル後日本政府ノ允許ヲ受日本ニ帰リタル時ハ日本人タルノ分限ヲ復スヘシ
- 一 日本人ニ嫁シタル外国ノ女ハ日本人タルノ分限ヲ得ヘシ
- 一 外国人ニ嫁スル日本ノ女ハ其身ニ属シタル者ト雖モ日本ノ不動産ヲ所有スルヲ許サス但シ金銀動産ヲ持携スルハ妨ケナシトス
- 一 日本ノ女外国人ヲ婿養子ト為ス者モ又日本政府

ノ允許ヲ受ヘシ+

- 一 外国人日本人ノ婿養子トナリタル者ハ日本人タルノ分限ヲ得ヘシ
- 一 外国ニ於テ日本人外国人ト婚嫁セントスル者ハ其國在留ノ日本公使又ハ領事官ニ願出本国政府ノ許可ヲ乞フヘシ公使ハ裁下ノ上本国政府ノ許可ヲ待テ裁下スルヲ得ヘシ

正院は、外務省へこの別紙を交付し、前述のように規則制定の指令をしたが、外務省は審議の結果、3月5日婚姻規則の修正案を提出した。

この修正案は⁶³⁾、①日本人女が外国人男と婚姻すると日本の国籍を失うが、その国籍の回復については、婚姻解消に限らず、「故あって」回復を望むときは政府の許可を得ること、②外国人女が日本人男と婚姻するときは「日本の国法」により日本国籍を取得すること、③婿養子により外国人男が日本国籍を得るのは日本法によるべきこと、つまり、②③とも日本国籍の得喪は日本法によるべきことを明らかにすることを求め、④財産関係のうち、日本人女は不動産は所有したまま婚姻できず、金銀財宝は日本法（日本国法並びに日本政府の定めた規則）に反しない限り持参して婚姻できること、また、⑤外国に

61) 当時の民法編纂状況については、差し当たり、拙稿「明治初年における国際私立法」甲南法務研究 No.10 (2014) 31 頁以下参照。概ねフランス民法に従った案であり、(注57) にあげられた条文に則する部分が多い。

62) 当時の司法省では、民法仮規則を脱稿する直前であり、できあがった仮規則自体には対応する規定はない。司法省明法寮における最終草案である「皇国民法仮規則」(利谷信義編『皇国民法仮規則』(東京大学社会科学研究所、1970年))における、関連規定は次の通り。

第一章 民権ヲ受クル事

一ニ 第十條 日本人ニ嫁シタル外国ノ女ハ其夫ニ從テ民権ヲ保ツ可シ
民権ヲ奪フ事

一七 第七條 日本人タルノ分限ハ左ノ三件ニヨリテ之ヲ失フ
第一 外国人戸籍ニ入ル事
(略)

一八 第八條 日本人タルノ分限ヲ失ヒタル者ト雖トモ帰朝シテ日本ニ居住シ外国ノ官職ヲ放棄シタル由ヲ陳述シテ官許ヲ受ル時ハ其分限ヲ復スルヲ得ヘシ (略)

一九 第九條 外国人ニ嫁シタル日本ノ女ハ其夫ニ從テ日本人ノ分限ヲ失ヒシ若シ離縁シ或ハ夫死シタル後日本ニ皈從シ其旨ヲ届ケ出ルトキハ分限ヲ復スルヲ得可シ

四七 第十六條 外国ニアル日本人ノ身上届ハ日本領事官又ハ辨務使日本ノ法則ニ循テ記載スル時ハ真正ノ者タル可シ

一四四 第四十七條 男ハ十六歳女ハ十四歳ニ至ラサル以前ニ婚姻ヲ為ス可ラス

第五十一條 外国ニ於テ日本人互ニ婚姻スルトキハ其國在留ノ領事官或ハ辨務使へ届出ヘシ若外国人ト婚姻スルトキハ其許可ヲ受ク可シ

但シ帰朝ノ上其地ノ戸長ニ届出ヘシ

における（日本人間ではなく）日本人外国人間の婚姻について、いわゆる領事婚の定めを現実に合わせて修正する。

正院は、3月7日に、この外務省提案をそのまま認めて⁶⁴、後述のように3月14日外国人民との婚姻差許の条規を制定・公布するが、同日、大蔵省への達して「彼我国人婚姻締結ノ儀ニ付外務省伺出ノ趣有之今般別紙ノ通規則相定候間為心得此旨相達候也」としている。

明治6年太政官布告第103号「外国人民ト婚姻差許条規」⁶⁵は、次の通りとなった。

自今外国人民ト婚姻差許左ノ通條規相定候條此旨可相心得事 布

- 一 日本人外国人ト婚姻セントスル者ハ日本政府ノ允許ヲ受クヘシ
- 一 外国人ニ嫁シタル日本ノ女ハ日本人タルノ分限ヲ失フヘシ若シ故有ツテ再ヒ日本人タルノ分限ニ復センヲ願フ者ハ免許ヲ得能フ可シ
- 一 日本人ニ嫁シタル外国ノ女ハ日本ノ國法ニ從ヒ日本人タルノ分限ヲ得ヘシ
- 一 外国人ニ嫁スル日本ノ女ハ其身ニ属シタル者

ト雖モ日本ノ不動産ヲ所有スルヲ許サス但シ日本ノ國法并ニ日本政府ニテ定タル規則ニ違背スルヲナクハ金銀動産ヲ持携スルハ妨ケナシトス

- 一 日本ノ女外国人ヲ婿養子ト為ス者モ亦日本政府ノ允許ヲ受クヘシ
- 一 外国人日本人ノ婿養子トナリタル者ハ日本國法ニ從ヒ日本人タルノ分限ヲ得ヘシ
- 一 外国ニ於テ日本人外国人ト婚嫁セントスル者ハ其國或ハ其近國ニ在留ノ日本公使又ハ領事官ニ願出許可ヲ乞フヘシ公使及ヒ領事官ハ裁下ノ上本国政府へ届出ス〔へ〕シ

他方、3月8日付けで、外務省から、彼我人民婚姻規則を改正する旨各国公使へ通知するが、内地人民にも周知しないと不都合なので、布達してほしいという伺出があり⁶⁶、太政官は、それを認め14日には太政官布告第103号として公布したが、それに先立ち、3月12日には、外務省より各国公使およびスイス領事へ通達された⁶⁷。後述のようにドイツ、フランス、イギリス公使などから異論が出されたが、外務省は、政府で整備の規則を取調中で、確定すれ

63) 外務省外交文書第6巻696頁-607頁

「三〇〇 三月五日 上野外務小輔ヨリ太政官正院宛

内外人婚姻規則改訂方ニ関シ伺ノ件竝ニ之ニ對スル太政官決裁

附属書 改訂婚姻規則案

彼我国人婚姻に付法則御取極御達相成右を以英国領事等へ可申達旨致承知候然るに右文案別紙の通御改竄相成度存候否急速御沙汰有之度候也

六年三月五日

外務少輔 上野景範

正院御中

(朱書)「伺之通改正可致事

明治六年三月七日 正院ノ印」

(附属書)

- 一 日本人外国人ト婚姻セントスル者ハ日本政府ノ允許ヲ受クヘシ
- 一 外国人ニ嫁シタル日本ノ女ハ日本人タルノ分限ヲ失フヘシ若シ故有ツテ再ヒ日本人タルノ分限ニ復セン事ヲ願フ者ハ免許ヲ得能フ可シ
- 一 日本人ニ嫁シタル外国ノ女ハ日本ノ國法ニ從ヒ日本人タルノ分限ヲ得ヘシ
- 一 外国人ニ嫁スル日本ノ女ハ其身ニ属シタル者ト雖モ日本ノ不動産ヲ所有スル事ヲ許サス但シ日本ノ國法并ニ日本政府ニテ定タル規則ニ違背スル事ナクハ金銀動産ヲ持携スルハ妨ケナシトス
- 一 日本ノ女外国人ヲ婿養子ト為ス者モ亦日本政府ノ允許ヲ受クヘシ
- 一 外国人日本人ノ婿養子トナリタル者ハ日本國法ニ從ヒ日本人タルノ分限ヲ得ヘシ
- 一 外国ニ於テ日本人外国人ト婚嫁セントスル者ハ其國或ハ其近國ニ在留ノ日本公使又ハ領事官ニ願出許可ヲ乞フヘシ公使及ヒ領事官ハ裁下ノ上本国政府へ届出ベシ

64) 前注(63)(朱書)部分参照。

65) 太政類典 明治6年3月14日

ば通知すると回答、結局は、明治31年法例施行まで改定されることはなかった。

(ii) 各国からの異論

(ア) 通知の翌日、公布の前日である1873(明治6)年3月13日のドイツ公使 M. v. Brandt の通知は、制定された法律について、「当分の間は余り実際の適用がないものと思われるので、法律について多くはいえないが、ドイツ人がいかなる場合にドイツ国籍を喪失するかを定めるのはドイツ法であって、日本法ではないことを指摘したい。従って、第6条は、日本人女と外国人男との婚約について、ドイツ人が問題となる限りにおいては、不適用であると通知するものである。」記録された独文和訳によると「為念可申入ト存候ハ獨逸國人何故ヲ以テ其國人ノ分限

ヲ失フ哉其決定ノ権ハ貴国政府ニ非ズ我国政府ニ可有之事ニ候間右制則第六ヶ條ニ記載セラレ候外國人日本人女ノ婚養子ニ相成云々ノ趣獨國人ニテハ之ヲ道理ニ定メ難ク存候右ノ断御報旁如斯御座候以上」とされる。

この点は、各国公使に送付された翻訳文を確認しないと分からないが、規定自体は、日本人女の婚養子となった外国人男の本国の国籍喪失をも定めるものでないとも読みうるが、後の改正検討中という趣旨の日本国回答に対して、5月23日付けでドイツ公使から、婚姻規則の改正にはドイツ国の同意を要する旨の申し入れがあった。

さらに後になって、1876年8月12日付けでドイツ弁理公使より照会があり⁶⁸⁾、日本人とドイツ人の婚姻の可能性について、日本の婚姻関連法規の送

66) 前掲697頁

「三〇一 三月八日 上野外務輔代理ヨリ太政官正院宛

内外人婚姻規則布達方ニ関シ伺ノ件竝ニ之ニ対スル太政官決裁

附記 三月十四日右ニ関スル太政官布告

本日達済

彼我人民婚姻の規則改正相成候に付各国公使へ相達可申處右は内地人民にも心得居不申候ては不都合相成候儀と存候此段相候也

明治六年三月八日 外務正輔 上野景範

正院御中

(朱書)「伺の通 

但別紙の通及布告候也

明治六年三月十五日

(附記)

第百三號

自今外国人民ト婚姻差許左ノ通條規相定候條此旨可相心得事

明治六年三月十四日 太政官

條項ハ當省ヨリ伺出ノモノト同一ニ付茲ニ略ス

註 右附記ニ「左ノ通」トアルハ三〇〇附属書ト同文ニ付省略」

67) 「三〇二 三月十二日 上野外務卿代理ヨリ各国公使宛

宮本外務大丞ヨリ横濱在勤瑞西国領事宛

内外人婚姻規則通達ノ件

日本人民条約濟外国人民との婚嫁の法則別紙の通相定候間為御心得此段及御通達候敬具

明治六年三月十二日

外務少輔

米 英 佛 獨 魯 蘭 丁 伊 西 奧 布 瑞 西 白 葡

各公使姓名 閣下

前同文

宮本外務大丞

十一号

瑞西領事 貴下

註一、別紙ハ三〇〇附属書ト同文ニ付省略

二、三月十二日附上野外務卿代理ヨリ神奈川懸宛書簡ヲ以テ内外人婚姻規則英国領事へ通達方指令シ居レリ」

68) 大日本外交文書第9巻「事項一五 内外人婚姻規則ニ関スル件」663頁

付を求めるが、それは夫婦相互間の権利義務、また、どのように婚姻事件が公式に判断されるか、その訴えに対して、どのような事情・関係が適切な理由として認められるのか、夫に対して妻がその権利を保持するためにどのような法的手段がみとめられているのか、を承知するためである、とするものであった。これは、8月17日付けの鮫島外務大輔からのドイツ弁理公使宛書簡による照会へと続くのであるが⁶⁹⁾、秋田県の鳥潟小三吉が澳国滞在中の1873年7月15日ドイツの「ババリア国ミンチェン府カールツフラーツ出生ウィルロネカ、ビルツルの長女フハンネエを娶り妻と為し居候處今般小三吉フハンネエを携へ帰国致し候然る處同人共義は貴国の法式に従て正しく婚姻を行ひし者故貴国法律に照し我国法律に準じフハンネエ義は自今日本人たるの分限を得日本政府の保護を可受ものと存候。尤委細の義は一昨日御面接の際及御相談閣下於て御承知の義には候へ共一応以書面申進候尤以後も前同様の手續を以て結婚候者はこと更御打合に不及直に許可可致候條否早々ご回答被下度此段得貴得候 敬具」とし、8月20日にはドイツ側の回答が得られ⁷⁰⁾、ドイツ人「婦ハ夫ノ分限ニ従フベキ事」でドイツの保護を失い、日本法によってのみ婚姻中の権利と地位を得る、ただしその後の不都合を回避するために、祖国の保護を失う前に日本における権利が何かを明らかにしておく必要がある、したがって、すでに8月12日に依頼したように日本の婚姻法について通知を「御懇望致候」、また本件婚姻はカトリック法式で適正に結ばれ、ドイツ国籍を失うが、「離縁ニ當ラバ或ハ何レカノ譯柄ニテ若シ独逸国ニ於テ其ノ婚姻ノ端正ヲ拒マバ其場合ニハ何等ノ處分ヲ致スベク哉之ハ姑ク置キ或ハ我国ノ指令ヲ求ムベクト存候…只我国ノ法律上結婚ノ成遂セン為メ要スル所ノ件ノミ其御着手有之可然ト存候…」として、ドイツ法による婚姻の審査を要請している。これに対する回答として

明治9年11月21日に寺島外務郎から日本の婚姻法の説明がなされたこと、前掲17頁の通りである。

(イ) 次の4月19日のフランス臨時代理公使からの異議は、「内外婚姻規則ニ不備ノ點アル旨ノ申越ノ件」とされているが、まず第1に、「婚嫁ヨリ生スル事」に関するもので、規則にこの点の規定が欠けている。現実に日本においては、外国人父と日本人母から生まれた相当数の子ども（「私生ノ子」*enfants naturels*）がいるが、これまで、不完全な形で認知により規律されてきたに過ぎない。両親のその後の婚姻によって、効果として、準正を要する。この点は既に天皇の政府も認められると思うので、法律中にその旨改正がなされると実益があろう。認知されたその子が、婚姻後死亡したその父母の財産について故人から生まれた正子としての権利を要求することができるようになる。また、第2に、規則に定めある養子の事については、関係当事者、養親と養子の服する手續（*les formalites*）、が明らかではなく、規則が定めるように、日本人の養子となったフランス人男が日本人女の養子となるときに、日本への帰化をもたらすが、フランス人をフランスの領事裁判所へ呼出したときに、簡単に日本人の養子となってこれに応じないこととなる場合には、フランス政府もこれに同意できない、とするものであった⁷¹⁾。

これについては、5月1日（日付不明のため仮に1日と記載されている由）、外務省は正院宛に伺いを出している。その大意は、①外国人男の妾である日本人女が、私生の子を分娩した場合で、その両親が正式に婚姻したときに、「其私の兒子も共に外国人の籍に加入を許允し則其子更に正子の権を可有筋との趣」、②日本人が外国人の婿養子となったり、外国人が本国法を逃れるために日本人の養子となるような弊害を避けるために、その親子関係の要件・手續を定めて欲しい旨のフランス代理公使の申し出

69) 前掲書 664 頁

70) 前掲書 664 頁「二三〇八月二十日独国總理公使ヨリ鮫島外務大輔宛日本臣民ト独国婦人トノ婚姻ニ関スル照会ニ対シ回答ノ件」。

があるが、条規中へ追加するべきか、また、養親子の間に適用ある規則・手続等をいかにすべきか回答を求めている。

(ウ) 5月6日英国公使 Harry S. Parkes より上野外務卿代理宛に、3月12日付通知の内外人婚姻規則は英国国民には「適用シ得サル旨等ノ申出」があった⁷²⁾。その大意は、日本人と条約締結国国民との婚姻に関して制定された法律について、検討したが、この法律が英国臣民に及ぶ限りにおいては効力がなく (invalid)、実施しえないものである、日本政府は疑いもなく自国臣民に対しては立法権を有するが、自国人民に対する jurisdiction (「立法ノ権」と訳されている) を完全に付与する条約を締結した諸国の臣民に対する立法権は持たないのであり、制定された法律を英国臣民について実施しようとする場合、いかに英国臣民に影響を及ぼすことになる (affect) かを理解するために、日本支那総裁判所副判事 Nicholas J. Hannen の意見の写しを添付する。

さらに本国所管部署において検討して指示を仰ぐつもりであるが、その検討のためには、日本の婚姻・離婚法制をも参照する必要がある、これをも本国政府に届けなければならないが、そのような法制については知らないし、「慥かなル取調之路ナキ故」、それらについてそれらの写しを提供するよう要望する、というものであった。

ハンネンが3月1日付けで問題とするのは、規則の①「Foreign women married to Japanese must submit to Japanese laws, and shall acquire the

position of Japanese」、②「Foreigners who have become the adopted sons-in-laws of Japanese women must obey the laws of Japan, and will acquire the position of Japanese」であり、①について、(1) 日本人男といわゆる婚姻をした英国人女の英国人としての法的地位 (status) の問題は日本法の及ばない問題で、婚姻後も英国国民にとどまるかどうかは日本法の効果ではなく日本法と全く関係のない事柄であり、英国法と国際法により決まる問題であるから、当該女に日本法に従うよう強制することは、婚姻により国籍を国際法または英国法により変更するというのであれば無用 (useless) のことであり、かつ、それがいわゆる婚姻の効果でないのであれば、無効 (invalid) である。

(2) 英国人女が日本人との、日本人のいわゆる婚姻により日本人となったり、英国臣民とみなされる権利を失うかどうかは微妙な問題である。

(3) 条約の条項や特別法とは別に日本人が婚姻と呼ぶものが英国裁判所において婚姻を構成するかは疑わしい。

(4) しかし、日本人と英国人女の結合が適法な婚姻であると仮定しても、英国の保護を奪う、あるいは英国臣民としての権利を奪う英国法の規定は存在しない。

(5) 英国女が日本人と英国において婚姻し、同地に居住していたが、一時的目的で日本にやってきましたとすると、彼女は英国臣民としての権利を失わないことに間違いはない (certainly)。治外條項を視野

71) 「日本人ト外国人トノ婚儀ノ儀後來被差許候ニ付去ル三月十二日附ヲ以テ御布告書御送達ニ相成申候然ルニ右條目中ニ欠缺ノ件有之様ニ相見申候コノ件ヲ捕フハ大切ト存候右条目中ニコノ婚嫁ヨリ生スル事記載無之候日本於テ外国ノ男ト日本ノ女トニ生セン私生子多数有之コノ子ノ様子ヲ相定ル為メ唯今迄制有之候正子ト認ムル願書ハ法律上ニテ不十分ニ有之事ハ閣下モ御承知ノ事ニ候右私生子ノ子ノ父母ノ婚嫁ニ随テコノ子モ正子ト相成候理ニ有之候若シ貴政府ニテ予ノ考ト御同意ニ候得者コノ儀可申進ト存候法律書中此儀御改正有之候得者確然一益ヲ生シ可申則認ラレシ私生ノ子ハ其父母婚嫁ノ後死去セン時家財讓受ニ付其父母婚嫁ニ因テ生セン正子ノ権ヲ需メ得可申儀ニ有之候尚同貴箇中ニ御記載有之候養子ノ事ニ付コノ養子致手続養親ト養子トニ如何様ノ規則ヲ要シ候哉此段御報下度願入候新律ノ如ク日本人ノ養子トナリシ仏蘭西人ハ日本人タル事ニ候故モシ我領事其裁判所へ我国人ヲ呼出シ候時日本人トナル事容易ニ候故我領事其裁判所へ参リ不申ル等ノ事有之候様ニテハ我政府ニテ不承知ニ可有之候間此段御注意申上度候此段得御意度如此ニ候 敬具

明治6年4月19日

法朗西国代理公使
コントトチュレンヌ

上野外務少輔景範 閣下

72) 前掲書6巻701頁以下。

に入ると、彼女が日本に住所を有していたとしても、それらを失うかは疑わしい。

(6) 若干の外国法は、婚姻する女がどのような国籍を持っていても女に生来の国民の権利を付与する。これを日本法が模倣するのは自由であるが、条約によって付与される特権を奪うことはできない。

②についていえば、(7)以上のことは、日本人女の婚養子になる英国人男にも当てはまる。これは、日本人女の両親の同意を得て、日本の婚姻習俗にしたがう英国人男の日本人女との婚姻であると理解するが、彼らは日本の法律に服従する義務はない。しかもそのように企てることは我が条約の治外条項に直接的に違反することになる。

(8) 概して言えば、「此法制英国人民ニ関係スル分ハ空虚也日本人ニ関係スル分ハ裨益ノ有無固ヨリ余ノ與カル所ニ非ラサル也」。

(9) さらに規則は日本に居住する者にも適用があることを定めておらず、最終の条項で他国に居住する者にも適用されることを企てている。すると、英国に居住する英国人女が、日本人と婚姻する場合には、日本法に服従させる権利を日本人が主張しているようであるが、これは地球上のいかなる国によっても主張されたことがない主張で、手抜き(oversight)であり、日本が訂正すべき一事である。

そして、オーストリアの「代任公使」の名(ビュツラフ)においても5月6日英国と同様の申し出がある旨英国公使から伝えられている。

尤も、この英国公使からの異議について、日本国からの回答がなかったということから、在日英国公使から、本国外務省へ1873年6月10日付けで照会を行ったところ、ハンネンの異議はいずれも否定されたという。小山によれば、英国政府の法務官の1873年8月28日付け回答においては、類似の判例

を引用して、ハンネンの異論を否定した。そこで、1873年12月29日付けで英国外務省宛書簡で、法務官意見に対するハンネンの反論を伝え、日本人と婚姻する英国人女及び日本人の婚養子となる英国人男が日本法に従うことの問題性を指摘した。ハンネンは⁷³⁾「英国人が拷問や妾そして夫が妻を売春宿に売するようなことが認められたりしている野蛮な国である日本の法律にしたがうことに対する懸念であり、日本人と結婚する英国人は、英国籍を保持し、日本国内においても日本と結んだ条約の治外法権で保護されるべきだ」⁷⁴⁾としたが、因みに、法務官は、太政官布告第103号について、英国女が日本人男と結婚し、日本国籍を取得することはまったく問題がなく、英国法もそのように規定していること、日本人の婚養子となる英国人男が日本国籍を取らなければならない点は条約に違反するが、その方が相続上または当事者である英国人にとって利益をもたらすならば有効と認められる、と指摘した。

(エ) 以上の獨、佛、英、澳からの改正要求について、外務省は、5月13日、当該各国公使宛に、「我政府ニ於テ可成整備ノ規則今取調中ニ有之候間追テ確定致シ候上猶御報可及候此段回答申進候」旨の回答をしており、基本的には我が国の立法に対する条約上の制約を認めない態度である⁷⁵⁾。ところが、5月23日にはドイツ公使から、「閣下去ルー三日ノ御書簡致落手候則婚礼之儀ニ付拙者論シ申越趣ヲ以テ今般帝国政府之レヲ新タニ御商議相成…」⁷⁶⁾ではじまる「内外人婚姻規則改正ニ関シテハ獨國側ノ同意ヲ要スヘキ旨申越」があり、日本政府は改正を検討中で確定次第通知があるということで承知したが、「日本在留ノ我独逸国民ニ関係スル制則之義我国政府同意無之時ハ我国人民之レヲ守ルヘキ条理立サル事ト存候間右一件之義ヲ程能裁判致シ候事ハ御協議之

73) 小山・前掲書101頁は、ハンネンが日本にあまりいい感情を持っていなかったらしいということの根拠として、明治25年の千島艦事件による日本側の英国商船会社に対する損害賠償請求訴訟についての英国領事の下した勝訴判決への上海の英国高等裁判所への控訴について、第1審判決を棄却したのが、当時その高等裁判所の裁判長であったのがハンネンであるというが、時代が全く違うので、理由がないと言わざるを得ない。

74) 小山・前掲書101頁。

上一意ニ相成ルヲ要スルヨリ外無之ト存候右義ニ付猶閣下ノ御見込ヲ伺申度候」とあったが、これに対する回答は知られていない⁷⁷⁾。

(オ) さらに、5月22日ロシアの代理公使（ビュツワツ）から次のような「内外人婚姻規則ニ対シ異論申越」があった⁷⁸⁾。要点は次の通り。

① ロシア法ではキリスト教徒以外との婚姻を禁止しているの、制定された法律は、ロシア人が日本人キリスト教徒と婚姻するときに限りで適用がある。

ロシア人は他国への入籍を許されていない。外国人日本人の婿養子になるときは、日本国籍を取得するとあるが、この場合、ロシア人男はキリスト教徒の日本人女との婚姻は許されていない。可能なのは、ロシア人女とキリスト教徒の日本人男と婚姻する場合であるが、日本に在留中のロシア人民は条約によって自国法に従うということになっているので、それとの関係で「幾許カ適當ノ所ヲ確定致ス可事ハ要用ト存候」。

② 本国政府へこの点に付申し立てが必要なので、

日本の現行の「婚嫁ノ法則」書を送って欲しい。基本的にはこの申越は運用上の問題であるとして日本側に無視されたのであろうが、日本の婚姻法規の送付を要求する点は、ドイツと同じである。

(5) その後の改正論議

以上のように、明治6年太政官布告第103号は、幕末以来、特に条約締結国との間に、我が国におけるその取扱いが問題とされていた、内外人婚姻についていち早く立法された法律であり、明治31年の法例及び民法の制定・実施にいたるまで生じた多くの事例において、その実施規定がないので、その運用上の疑問が生じた。

すでに明治6年3月12日には、司法省は、司法大輔福岡孝悌、司法卿江藤新平の連名で、正院に対して、外務省修正案を施行することは見合わせてほしいという申し入れを行っている。それは同日、司法省は、民法仮法則を提出し、その施行を求めたからであろう。

「過日本邦人英国人婚姻取結ニ付外務省伺ノ趣ヲ

75) 707頁 三〇七 五月十三日 上野外務卿代理ヨリ英、墺、佛、獨各公使宛

内外人婚姻規則改正方ニ関シテハ追テ確定報知スヘキ旨回答ノ件

五月十三日達済

獨乙三月十三日魯五月廿二日

英五月佛四月十九日墺六月 附貴藩落手婚姻規則ノ儀ニ付云々御申越ノ趣承知致シ右ハ我政府ニ於テ可成整備ノ規則即今取調中ニ有之候間追テ確定致シ候上猶御報可及候此段回答申進候敬具

明治六年五月十三日

外務少輔 上野景範

英 墺 佛 獨

公 使 閣 下

76) これには「則婚嫁一件書類と一同に處置いたし候積り但し拙者論し候趣を以云々とは彼方解し違ひと存候」という貼紙が比されている。そして最後の註として「本件ニ関シ明治7年以後多少ノ経緯アレトモ規則改正ノ儀ハ結局確定ニ至ラサリシモノト認メラル」とある。

77) 明治31年7月9日公布の法律第21号は、明治6年第103号布告改正法律であり、「第一條 日本人カ外国人ヲ養子又ハ入夫ト為スニハ内務大臣ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス 第二條 内務大臣ハ外国人カ左ノ條件ヲ具備スルニ被サレハ前條ノ許可ヲ與フルコトヲ得ス一 引続キ一年以上日本ニ住所又ハ居所を有スルコト 二 品行端正ナルコト」とし、養子と国籍にふれている。

78) 6巻707頁以下。第十五號 貴国三月十日附御書簡落手致シ候右ニ添ヘ被差置贈候貴国人民ト雜合婚嫁ノ定制ニ付可申上儀ハ左ノ通第一我國法律ニテ魯西亞人民ハキリシタン宗旨ニ不屬者ト婚嫁ヲ禁止居候故貴国政府ニテ今般御施行ノ雜合婚嫁定制ハ我国人民貴国キリシタン宗信向致候人ト若シ縁組ミ致シ候半、其節ノミ關係致シ候

第二我國人民ハ他国ヘ入籍スル事ヲ許サレ就テハ右雜合婚嫁定制中ニ外国人日本人ノ婿養子トナリタル者ハ日本人タルノ分限ヲ得ヘキ趣キニ依テ縱令ヒ貴国ノ女ハキリシタン宗旨ニ有之候テモ我國人ト婚嫁スル事ヲ得ス貴国ト我國人民ト婚嫁ヲ得能フ事ハ唯我國ノ女ハ貴国ノキリシタン宗旨ノ男子ニ嫁スル節ノミ然ト雖トモ右雜合婚嫁定制ハ貴国ニ在留中我国人民ハ自国法ニ従フ所ノ兩國ノ条約ノ定制ト照準シ幾許カ適當ノ所ヲ確定致ス可キ事ハ要用ト存候

右事件ニ付拙者ヨリ本国政府ヘ申立可キニ付其節ニ貴国ニ於テ現今取り居所ノ婚嫁ノ法則ヲモ差贈度候間右法則ヲ私迄御贈被下度相願候敬具」

以御下問有之其説當省見込申出置候處追テ尚又可申出次第モ之有候間前條御達今暫ク御見合セニ相成候様致シ度此段更ニ申進候也」

これに対して正院は同日直ちに江藤司法卿に対して、「右ハ去ル八日相達候通規則改竄ノ上外務省へ及指令候條此旨可被相心得候也」と回答している。

そして、5月22日には、司法省は民法仮規則に基づく改正案を提案した（太政官民法決裁録－婚姻第29号）。

「内外婚姻規則ニ付伺

第百三號日本人ト外国人ト婚嫁ノ規則尚遺漏ノ處増加可致旨過日御達有之候處右ハ民法上極テ重大ノ事件ニ有之且實際施行婚姻証書取立等ノ手續ニ於テハ先以各地裁判所ノ布置其他身分取扱人并ニ書記等ノ設肝要ノ儀ニ付先般相伺置候民法仮規則至急御決定無之テハ中外婚嫁ノ規則難相立ノミナラス之カ為メ各人民ノ際種々弊害ヲ生シ可申ト奉存依テ民法仮規則ニ基キ差支無之様別紙ノ通更ニ取調指進間一同御裁下相成度此段相伺候也

明治六年五月二十二日 司法大輔福岡孝弟
正院
御中

第一條 日本人外国人ト婚嫁セントスル者ハ日本政府ノ允許ヲ受クヘシ

第二條 外国人ニ嫁シタル日本ノ女ハ其夫ノ分限ニ從フヘシ若シ其女ノ寡婦トナリタル時既ニ日本ニ居住シ且日本政府ノ允許ヲ受ケ又ハ日本へ居住ヲ定ムヘキヲ陳述シテ日本政府ノ允許ヲ受ケ日本ニ歸リシ時ハ日本人タルノ分限ヲ復スヘシ

第三條 外国ノ女日本人ノ婦トナレハ日本人ナリ

第四條 外国人ニ嫁スル日本ノ女ハ其身ニ属シタル者ト雖モ日本ノ不動産ヲ所有スルヲ許サス但日本ノ法律并ニ日本政府ニテ定タル規則ニ違背スルヲナキ時ハ金銀動産ヲ持携スルハ妨ナシトス

第五條 外国ニ於テ日本人外国人ト婚嫁セントスル

者ハ其國或ハ其近國ニ在留ノ日本公使又ハ領事官ニ願出テ公使及ヒ領事官ハ其旨ヲ本国政府へ届ケ裁下ノ上其許可ヲ為スヘシ

第六條 日本政府ノ允許ヲ得ントスル願書ハ婚姻セントスル双方本人ノ生国住所身分氏名年齢ヲ記シ又日本ノ法ニテ其婚姻ヲ許諾ス可キ親族ノ身分氏名ヲ記シ且其許諾書ヲ願書ニ添ヘテ其府懸裁判所ニ差出ス可シ

第七條 身分取扱人ハ政府ノ允許状ヲ見留メタル上ニ非サレハ日本人ト外国人トノ婚姻ヲ行ハシム可カラズ但其允許状ヲ見留メテ婚姻ヲ為サシメル旨ハ婚姻証書ニ記ス可シ

第八條 若シ第七條ニ背キテ婚姻ヲ行ハシメタル時ハ政府ノ允許ヲ要ス可キ双方本人又ハ検事ヨリ婚姻ヲ為ス者ノ地ノ府縣裁判所ニ其婚姻取消ヲ訴出ルヲ得ヘシ但其婚姻ヲ為サシメタル身分取扱人ハ六十圓ニ過キサル罰金ヲ言渡サレ且六カ月ヨリ少カラサル時間ノ禁錮ヲ言渡サル可シ

第九條 日本国内ニ於テ日本人外国人ノ女ヲ娶ル時ハ日本ノ身分取扱人ノ面前ニテ婚姻ヲ行フヲ得可シ又日本人ノ女外国人ニ嫁スル時ハ日本在留ノ公使又ハ領事官ノ面前ニ於テ婚姻ヲ行フヲ得ヘシ

第十條 外国ニ於テ日本人ト外国人ト婚姻ヲ為ス時ハ外国ノ身分取扱人或ハ日本公使又ハ領事官ノ面前ニ於テ婚姻ヲ行フヲ得可シ

第十一條 其婚姻ハ定メ通りノ法式ニ循ヒ右等官員ノ面前ニテ之ヲ行フ可シ但何レノ場合ニ於テモ日本ノ民法ニ定メタル通り其婚姻前ニ公告ヲ為ス可シ

第十二條 外国ニ於テ日本人互ニ為シタル婚姻又ハ日本人ト外国人ト互ニ為シタル婚姻ハ其國ニ於テ用ル所ノ法式ヲ以テ之ヲ行ヒ且日本ニテ定マリタル規則ニ違背スルヲナキ時ハ日本ノ裁判所ニ於テ其婚姻ヲ法ニ適シタルモノト為ス可シ

右条件ニ循ヒ日本公使又ハ領事官ノ面前

ニ於テ為シタル婚姻ハ亦法ニ適シタルモノト為スコシ

第十三條 日本人ハ日本国内ニ帰り来リシ時ヨリ三月内ニ外国ニ於テ為シタル婚姻ノ証書ヲ其居住スル地ノ婚姻ノ簿冊ニ登記セシム可シ若シ之ヲ登記セサレハ七圓ヨリ少ナカラス十圓ヨリ多カラサル罰金ノ言渡シヲ受ク可シ

第十四條 若シ外国ノ裁判所ヨリ日本ノ女ノ外国人ト結ヒタル婚姻ヲ取消ス可キヲ言渡シタル時ハ日本ノ女日本ニ帰国シタル上日本ノ裁判所ニ訴出テ外国裁判所ノ婚姻取消ノ言渡ヲ陳述シテ確定ノ許可ヲ受タル時ハ日本人タルノ分限ヲ復スルヲ得可シ

第十五條 若シ外国ノ女日本人ト婚姻ヲ結ヒタル後事故アリテ其外国人タルノ分限ヲ復シタル時ハ日本人タルノ分限ヲ失フ可シ且日本政府ノ規則ニテ定メタル外ハ不動産ヲ有スルノ權ヲ失フ可シ

これに対して、正院は、7月31日に参議の決裁（第29号）を得、司法省伺については、民法假法則決裁のうえ、決すべきであるが、假法則はいまだ評議中で頒布の予定もたたず、また、内外婚姻を願出る者もあるので、假法則と抵触するところだけを改めて公布すべきであるとして指令案を上程して、8月2日允裁を得るが、結局は、これは公布されなかつ

た。以下に、第29号決裁を掲げる⁷⁹⁾。

「公布案

外国人ト婚姻差許候條規ノ儀本年第三百號ヲ以テ布告候処今般御詮議入以○有之別紙ノ通り改正候條此旨布告候事

参照

御指令 三條

追テ何分ノ御沙汰ニ可被及事 後藤 板垣 大木 江藤

内外婚姻規則

第一條 日本人外国人ト婚嫁セントスル者ハ日本政府ノ允許ヲ受クヘシ

第二條 外国人ニ嫁シタル日本ノ女ハ日本人タルノ分限ヲ失フヘシ若シ事故有ツテ日本人タルノ分限ニ復センヲ願フ者ハ免許ヲ得能フ可シ

第三條 日本人ニ嫁シタル外国ノ女ハ日本ノ国法ニ從ヒ日本人タルノ分限ヲ得ヘシ

第四條 外国人ニ嫁スル日本ノ女ハ其身ニ属シタル者ト雖モ日本ノ不動産ヲ所有スルヲ許サス但シ日本ノ法律并ニ日本政府ニテ定タル規則ニ違背スルヲナクハ金銀動産ヲ持携スルハ妨ケナシトス

第五條 外国ニ於テ日本人外国人ト婚嫁セントスル者ハ其國或ハ其近國ニ在留ノ日本公使又ハ領

79) 決裁録（国立公文書館）

民法

明治6年自1月至12月

婚姻

第29号

七月卅一日 上○ 八月二日允裁

太政大臣

法制課長

参議

第二九號

別紙司法省上申内外婚姻規則ノ儀審案候處本年第三百号ノ公布ハ疎漏モ有之問更ニ御改正公布相成可然候付テハ民法假法則ト同時ニ公布相成度旨同省ヨリ上陳ノ趣モ有之因テ假法則御決裁ヲ待テ具申可致見込ノ處假法則ハ未タ御評議中ニテ日ナラス御頒布ノ程モ難計然ルニ屢次内外婚姻ヲ願出ル者モ有之目下忽ニス可カラサル儀ニ付假法則ニ定食スル所ヲ改メ先以テ公布相成可然存候因テ公布御指令案共取調供高議候也

御指令案

（追テ何分ノ御沙汰ニ可被及事）

伺ヒ趣○何號ヲ以テ公布相成候條此旨相違候事

事官ニ願出許可ヲ乞フ可シ公使及ヒ領事官ハ
裁下ノ上本国政府ニ届出ツヘシ

第六條 日本人ト外国人ト互ニ婚養子ヲ為ス者モ亦
総テ婚姻ノ規則ニ循フ可シ

第七條 日本政府ノ允許ヲ得ントスル願書ハ婚姻セ
ントスル双方本人ノ生国住所身分氏名年齢并
ニ其婚姻ヲ許諾スヘキ親族ノ身分氏名ヲ記シ
且其許諾書ヲ願書ニ添ヘテ其府懸裁判所ニ差
出ス可シ若シ裁判所ナキ地方ハ府県廳ニ願出
ツ可シ

第八條 戸長ハ政府ノ允許状ヲ認メタル上ニ非ラサ
レハ其婚姻ヲ行ハシム可カラス

但其允許状ヲ認テ婚姻ヲ為サシメタル旨ハ
婚姻証書ニ記ス可シ

第九條 若シ第八條ニ背キテ婚姻ヲナサシメタル時
ハ政府ノ允許ヲ要ス可キ双方本人又ハ検事ヨ
リ婚姻ヲ為ス者ノ地ノ府県裁判所ニ其婚姻取
消ヲ訴出ル事ヲ得可シ但其婚姻ヲ為サシメタ
ル戸長ハ六十円ニ過サル罰金ヲ言渡サレ且六
カ月ヨリ多カラサルジカンノ禁錮ヲ言渡サル
可シ

第十條 日本国内ニ於テ日本人外国ノ女ヲ娶ル時ハ
日本人住居スル地ノ戸長ノ面前ニテ婚姻ヲ行
フヲ得可シ又日本人ノ女外国人ニ嫁スル時
ハ日本在留ノ外国公使又ハ領事官ノ面前ニ於
テ婚姻ヲ行フヲ得ヘシ

第十一條 外国ニ於テ日本人ト外国人ト婚姻ヲ為ス
時ハ外国ノ身分取扱人或ハ日本公使又ハ領
事官ノ面前ニ於テ婚姻ヲ行フヲ得可シ

第十二條 外国ニ於テ婚姻ヲ為シタル日本人ハ日本
国内ニ歸リ来リシ時ヨリ三月内ニ外国ニ於
テ為シタル婚姻ノ証書ヲ其居住スル地ノ戸
長ニ届出テ其証書ハ戸長ノ簿冊ニ謄写セシ
ム可シ若シ之ヲ謄写セサレハ二圓ヨリ少ナ
カラス十圓ヨリ多カラサル罰金ノ言渡シヲ

受ク可シ

第十三條 若シ外国ノ裁判所ヨリ日本ノ女ノ外国人
ト結ヒタル婚姻ヲ取消ス可キヲ言渡シタル
時ハ日本ノ女日本ニ歸国シタル上日本ノ
裁判所ニ訴出テ外国裁判所ノ言渡ヲ陳述シ
テ確定ノ許可ヲ受タル時ハ日本人タルノ分
限ヲ復スルヲ得可シ

第十四條 若シ外国ノ女日本人ト婚姻ヲ結ヒタル後
事故アリテ其外国人タルノ分限ヲ復シタル
時ハ日本人タルノ分限ヲ失フ可シ且日本政
府ノ規則ニテ定メタル外ハ不動産ヲ有スル
ノ權ヲ失フ可シ

第六條下付紙

此條司法省ノ文案ニハ無之候へ共曩ニ婚養子
ノ儀御頒布ニモ相成且此頃養子願ノ者モ有之旁
此條ヲ加ヘ候事

この公布案は、おそらく民法仮法則と運命を共に
し、最終的に公布されることはなかった。

しかし、外務省からも、明治9年に改正案が出さ
れている⁸⁰⁾。

明治9年6月12日には寺島外務卿から三條太政大
臣宛に、第103号布告は、「已来追々婚嫁ノ願出候
者有之處右規則ハ外国公使承認不致依テ實際施行ニ
差支候間」、別紙のような内外人結婚規則改正方
の上申書が提出されている⁸¹⁾。

「一外国人ニ嫁シタル日本ノ女ハ日本人タルノ分限
ヲ失フベシ若シ故有テ再ヒ日本人タルノ分限ニ復セ
ン事ヲ願フモノハ允許ヲ得能フヘシ」

各国婚嫁律ヲ案スルニ本国ヲ除クノ外ハ概ネ本文
ノ趣旨ト異ナル事ナシ然ト雖トモ御国内ニ於テハ外
国人ヲ支配スルノ權ナク則チ例外保權ノ條約アレバ
外国人ニ嫁タル日本ノ女ハ即チ外国人ニシテ御国内
ニ在リト雖トモ之レヲ支配スルノ理ナク之レヲ裁判
スルノ權ナシ故ニ本文ノ成規ニ基クトキハ施政上不

80) 日本外交文書第6巻660頁

81) 日本外交文書第9巻660頁以下「事項15 内外人婚姻規則ニ関スル件」二二七 六月十二日寺島外務卿ヨリ三條太政大臣宛 内外
人結婚規則改正方上申ノ件 附属書 右改正方意見書 附記 右ニ対スル指令案による。

都合不勘義ニ付当分ノ處外国人ト婚嫁シタル日本ノ女ハ御国内在留ノ時間ハ必ス日本政府ノ保護ヲ受ケシメ日本人タルノ分限ヲ失ヲシメサル事ニ改正スベシ

「改正」

一外国人ニ嫁シタル日本帝国内ノ女其帝国内ニ在リテハ日本ノ国法ニ随ヒ日本臣民タルノ分限ヲ失ワス

「一日本人ニ嫁シタル外国ノ女ハ日本ノ国法ニ従ヒ日本人タルノ分限ヲ得ベシ」

外国人我國民へ来嫁スルト雖トモ未タ其本国籍ヲ離レサル間ハ日本国法ニ随ワシムルノ権アル事ナシ故ニ日本人ニ婚嫁スル外国女ヲシテ日本ノ法令ニ随へ保護ヲ受ケシメント欲セハ先ツ其外国ノ女ヲシテ婚姻スルニ當リテハ其本国ノ名籍ヲ分離シテ其夫ト同籍タラン事ヲ出願セシメシ後婚姻スル者ハ之レヲ許可スト云フノ条規ニ改正スベシ

「改正」

一日本帝国内ノ男子ニ嫁セント欲スル外国ノ女ハ其本国籍ヲ分離セシ後チ婚姻及ヒ入籍ノ願書ヲ其夫タルヘキ男子ノ管轄廳ニ出シテ許可ヲ受ケ婚姻スルニ當リテハ日本ノ国法ニ随フベシ

「一外国人日本人ノ婚養子トナリタル者ハ日本国法ニ随ヒ日本人タルノ分限ヲ得ベシ」

婚養子ナル者ハ日本内地ニ習慣アリト雖トモ其事實他人ノ女ヲ妻トシ其妻ノ父母ノ家産ヲ譲リ受クル為メ妻ノ父母ヲ己レモ亦父母ト認定シ父母ニ対スル自己ノ義務ヲ盡サルヲ得ザル習慣ナリ今茲ニ外国ノ男子ヲ我家女ニ配合セシメ其養外国男ヲシテ父母ニ事ウルノ義務ヲ我レニ盡サシメント欲スルハ能ハザル事ナリ故ニ此條規ハ廢止スベシ

「一外国ニ於テ日本人外国人ト婚嫁セントスル者ハ其國民或ハ其近隣ニ在留ノ日本公使又ハ領事官ニ願出テ許可ヲ乞フベシ公使及領事官ハ裁下ノ上本国政府ヘ届出ヘシ」

外国ニ在テ日本人ト外国人ト婚姻スルトキハ其國在留ノ日本公使亦ハ領事ヘ願出テ許可ヲ乞フハ無論ナリト雖トモ其婦女ヲシテ日本ノ名籍ニ記入スルハ

容易ナラザル事ナリ如何トナレハ各国法律ヲ異ニシテ或ハ「其女外国ノ男子ニ嫁スルヤ婦女ハ男子ノ本國法ニ隨フ」ト云モアリ或ハ「其女外国ノ男子ニ嫁スルモ其婦女本國ニ居住スルトキハ其國民タルノ分限ヲ離レズ」ト云モアレバナリ故ニ前條ニ同ジク其本国籍ヲ離レ夫タル者ノ国籍ニ移ル能フベキ国法ナル事ヲ認ムルニ於テハ婚姻セシムルト云ノ規ニ改正スベシ

「改正」

一外国ニ於テ日本ノ臣民外国ノ女ト婚スルノ公許ヲ得ント欲スル者ハ其國ニ在留スル日本公使又ハ領事エ其趣旨ヲ願出ツヘシ公使又ハ領事ハ其女婚姻スルニ當リテハ其本国ノ戸籍ヲ離レ夫タル者ノ国籍ニ移ルヘキ證ヲ顯サシメシ後之レヲ許可スヘシ

これに対する太政官の指令は、附記として掲げられている。

(附記)

明治九年八月

法 制 局

大臣

参議

卿輔

別紙外務省上申内外結婚規則改正ノ儀審査候處如左六年第百三號ノ布告外国人ト結婚ヲ許スノ布告ハ外国公使承諾不致ニ付實際ノ施行ニ差アリ因テ之ヲ改正セント申ス

抑婚姻ノ制ハ各州民法中ノ一部ナレハ吾國人ト外国人トノ結婚ヲ許スルハ固ヨリ吾政府ノ権内ニアリテ外国ノ公使等之ヲ可否スルノ理ナシト雖トモ各国ノ交誼日ニ親密ニシテ民法中各国普通ノ原則ニ因ラサルヘカラサルモノアリ即チ内外結婚ノ如キ是ナリ然ルニ六年第百三號ノ布告中或ハ此原則ヲ明ニセス或ハ吾國ニアリテ欧米ノ諸國ニナキ婚養子ノ事アリ彼公使右布告ニ承服セサルハ此ノ二點ノ外ニハアラサルヘシ或ハ又彼公使ニ於テ國外保權ノ約アリ日本人ニ嫁シタル外國ノ女ハ此特權ヲ得ヘキ筈ナリト云ン歟ナレトモ今ヤ欧米ノ各国其國民ノ他國ニ歸化ス

ル事ヲ禁スルノ國ナキカ如シ然ラハ結婚シテ吾國人トナルハ即チ歸化シテ吾國人トナルト全ク同一理ナリ條約中婚姻ノ事ヲ掲クル事ナシ若シ國外保權ノ一事ヲ持張シテ吾國法ヲ以テ定メタル婚姻規則ヲ承諾セサル國アラハ其國人トノ結婚御許シ無之ノミ宜ク前陳スル二點ヲ改正シテ不拔ノ法ト為スヘクシテ更ニ國ノ原則ニ相異ナル一時ノ便宜法ヲ設タルヲ要セルヘシ因テ左ノ通御指令竝御布告相成可然哉元老院御下議案相添仰高裁候也

御指令按

上申ノ趣第 號ノ通布告候事

御布告按

明治六年三月第百三號布告内外結婚規則第五條第六條ヲ廢シ第三條左ノ通改正候此旨布告候事

一 日本人ニ嫁シタル外国ノ女ハ其夫ノ分限ニ從ヒ

日本ノ法律ニ從フ可シ

元老院御下議案⁸²⁾

しかし、この改正案も結局施行されることはなく⁸³⁾、ここに婚姻法、国籍法としては不十分なが、フランス民法に從って、かつ一部日本の制度との整合性をはかりながら、身分行為による国籍変動と内外人の婚姻に関する法律が、民法の制定を待たずに制定され、その改正案にみられるように、その運用を巡って判断を要する事案が多発することとなる。

(未完)

82) 註「元老院御下議案見当ラス」、とある。

83) 次のような「註」がある。「右文書ニ対スル太政大臣ノ指令詳ナラサルモ太政官法制局ニ於テ作成セル指令案存スルニ付左ニ附記ス但シ明治六年三月太政官布告第百三號内外人結婚規則ハ改正セラレサリシモノノ如シ」。