

フランシス・テラー・ピゴット著

治外法権(一〇)

——領事管轄権と東洋諸国における居留に関する法——

岩村 等 訳

本稿は、Francis Taylor Pigott, *Exterritoriality. The Law relating to Consular Jurisdiction and to Residence in Oriental Countries*, London, 1892 の邦訳である。

目次

序章

本主題の用語についての注釈

第一章 管轄権を支配する基本原則

第二章 忠誠義務

大使と領事とに影響を及ぼす域外法の制定についての注釈(以上二六号)

第三章 原則の非文明諸国への拡張——治外法権の一般理

論

第四章 女王の領土外管轄権に対する議会の関係(以上二

七号)

第五章 女王の領土外管轄権に対する裁判所の関係

一般的な域外立法についての注釈(以上二八号)

第六章 黙許による管轄権——最恵国待遇

第七章 領土外管轄権法と適用法(統)(以上三〇号)

(承前)(以上三一号)

第八章 管轄権の特別な形式

第九章 外国人に影響を与える管轄権(以上三二号)

第一〇章 条約による付与の直接的諸結果

第一章 枢密院令の一般的構造（以上三五号）

第二章 枢密院令が基礎とする諸原則

第三章 枢密院令によって創造された犯罪

第四章 領事裁判所の特別権限（以上三六号）

第五章 ドミサイルと帰化と結婚と離婚に対する領土外

管轄権の効果（統）（以上三七号）

（承前）（以上本号）

第一章 ドミサイルと帰化と婚姻と離婚に対する

領土外管轄権の効果

III 婚姻

本章の主題のどの分野においても、以下の問題以上に、法的議論の欠如が遺憾とされるものはない。すなわち、それを支配する法の原則全体が理解されるべきだということが、この問題以上に重要なものはまったくない。われわれの言語の柔軟性は、東洋人と西洋人との婚姻によって生まれた子を示すために、二つの言葉、ヨーロッパ人とアジア人とを混ぜ合わせて一つの言葉——ユーラシア人——を作ってしまった。われわれの法的原則の厳格性は、「キリスト教国と非キリスト教国との間の基本

的相違」に依拠している解決と同様、困難な社会的ジレンマに対して賢明な解決を提案するにすぎない。「自然法」と「神の法」の両者は、一夫多妻制が確認される国、あるいはしばしば言われるような、「非キリスト教国」での婚姻が文明国において確認されないという仮説（われわれの法の一部だと言われている）を支持するように要請される。しかし、物語の編集者が注で述べるように、「われわれにとって、近親相姦または一夫多妻制が自然法によって禁止されているのか、あるいは、それがどの程度禁止されているのかを定義することには、大きな困難があるようだ。そして、前者がヘブライ法によって禁止された一方で、後者が無制限に許され実行されたということは確実である」。どの原則がこの問題を支配すべきかについてある程度われわれがわずかにでも考えを入手できるようにする若干の事例がある。しかし、原典の著者たちは、認知しないことに關してこのあいまいな仮説にあまりにも頼り過ぎており、わたくしは、この真実の意味についての分析をどこにも見いださない。モルモン教徒の婚姻の事例——ハイド対ハイド（『ロー・リポーツ』、第一巻遺言検認と離婚の事例、二三〇頁）——は、適切に理解されるならば、おそらくこの法の一分野の全体をわれわれに与える。この事例は、上記の認知しないことの一つにある

ような教義を支持しない。そして、しかも、判決がほぼすべて印刷されているところで、侮りがたい「意見の対立」は、最後のそして最も重要な判決の文章を省略している。そこには、その原則が明白なのだ。

治外法権的社會の観点からは、この問題がもっている重要性を誇張することはできない。イギリス法による婚姻の承認は、夫がイギリス臣民であるならば、妻の国籍とドミサイル、子の嫡出性、国籍およびドミサイル、さらに家族全体がイギリスの管轄権に從属することをも伴っている。そして、妻がイギリス臣民であるならば、彼女の夫の国籍とドミサイルの承認、彼女の特権の放棄を伴う。子の嫡出性または非嫡出性は、この國での財産の承継についての重要な結果を明らかにもたらすに違いない問題である。以上のことは、この問題が「文明」諸國の法律裁判所の領域に入っていく唯一の点でもない。以下のような事例はいつでも發生するだろう。数人のインディアンがロンドンに滞在している。一人のインディアンが列車の衝突事故で負傷するか、あるいは、なんらかの過失があった。彼女の夫である酋長は、一方の事件では原告として、他方の事件で被告として、訴訟に参加すべきであらうか。常識は多分用意周到すぎるほど、はっきりした答えを示唆するだろうが、すべての書

物がこの問題に対してはっきりした答えを与えていないことを、明言しなければならない。

海外の制定法上の領事婚およびイギリス法による海外の公表された領事婚はさておき、基本的原則は、海外で場所の法によって締結され、式が挙げられた婚姻がイングランドで承認されるということである。

第二の原則は、婚姻契約を締結する能力または無能力がドミサイルのある地の法によって支配されるということである。

以下の問題が考察されるものとして残っているようだ。すなわち、以上の原則が普遍的に適用されるかどうか。あるいは、例外として接合されなければならない非キリスト教のあるいは一夫多妻婚についてのなんらかの規則があるのかどうかである。

この法は、モルモン教の婚姻に関する有名な事件で定められた。すなわち、この訴訟で、原告であるハイド氏が彼の妻の姦通を理由として婚姻の解消を請求した。両当事者は、ユタ州で結婚した当時モルモン教徒であった。夫はこの地域を離れて、信仰を放棄した。妻は再婚し、この宗派の慣習によるこの再婚が訴えられることになった姦通であった。訴えは却下されたが、賢明な教会裁判所の判事の主張の骨子は以下の通りである。すなわち、「婚姻は、宗教的または民事的であるところの契約以

料 上のなにかである。それは制度である。キリスト教国では、ささいな違いはあるけれども、世界に充滿する一体性と普遍的基礎をもつ制度である。この一体的で普遍的な基礎は、他の何物をも除外する一人の男と一人の女の人生にとっての任意的結合である。この制度が知られていない諸国がある。男たちが自分だけに幾人かの妻をめとり、そして、彼らは妻たちを残余の世界から油断なく守り、妻たちの数がただ物質的手段という条件によってのみ制限されている。しかし、これらの女性たちの身分は決してキリスト教国の「妻」の身分と似ていることはない。彼女たちは、われわれの「妻」に該当するいくつかの名前で呼ばれるだろう。しかし、この関係が、われわれの「夫と妻」という言葉によって表現される関係と同一でないならば、共通の用語の使用は、この関係を同一のものとすることはできない。

イングランドの婚姻法はキリスト教国の婚姻に適用される。そして、イングランドの婚姻法は一夫多妻制には全体として適用されることはできない。この法は、当事者の共通の理解によって、婚姻契約が生み出した権利と義務に一致する。法の規定と救済が一夫多妻制の結合に適用されるならば、裁判所は、婚姻上の義務を生み出し、それらを強制しないで、侵害がない場合に救済を与える。イングランドには、重婚という基準で構成さ

れるか、または、その要件に適合された法はない。そして、婚姻のキリスト教的概念と異なっており、われわれが弱い性に附加された社会的地位について包含する考え方に對抗する体制に属する義務を、たとえわれわれがそれを知っていると、強制するのがこの国の裁判所となるかどうかは、十分に疑わしい」。婚姻法が最初の重婚的婚姻と無効として処理される第二の婚姻、およびその他の婚姻、さらに妾に適用されるという示唆に対して、次のように答えられた。「同棲の義務は、一方の当事者の要請により、もう一方の当事者に対して、離婚法によって強制される。しかし、この義務は、他方の当事者が姦通を犯した場合に、もう一方の当事者には決して強制されない。かれの婚姻の期間に一致して、第二の妻と婚姻した夫は、この救済を受けることができない」。

そして、こうして婚姻の義務を強制する権限が喪失するので、婚姻誓約の違反に対する救済は、不正であって不適正である。重婚的結合という契約が、この国でそれらを主張し強制することが婚姻法の仕事であるところのそれらの義務を伴わないならば、そのような結合はその法の効力が及ばないのである。

ペンザンス卿は次のように結論した。すなわち、「これらの見解に従って、当法廷は、この訴訟の申請者を拒絶しなければ

ならない。しかし、私はこの機会を利用して、この決定がその目的に限定されるということをご述べてたい。当法廷は、重婚の結合に与えることが適切かも知れない相続権または正統性の権利によつても、あるいは、そのような結合の承認のもとで生活する人々から自分たち自身のために創設した、第三者に対する関係での権利または義務に基づいても決定すると明言することはしない。ここで決定されようと意図されていることはすべて、互いの間のものとして、かれらは、イングランドの婚姻法の救済または判決を得る資格がないということである」。

この事件は、婚姻法、すなわち、婚姻の義務を強制し、婚姻の侵害を罰するための訴訟に対して離婚裁判所によつて運営される法に完全に基づいていた。問題はイギリス人に関して生じたのであるが、定められた原則は婚姻自体に適用されることができるし、婚姻契約を締結した人物の国籍と無関係である。

われわれは、場所の法に従う婚姻がイングランドで有効であると承認されるという規則にとつての例外があることを発見する。重婚を認める法に従つて契約された婚姻は、イングランドの婚姻法を運営する裁判所によつて承認されない。

この原則は明らかに離婚裁判所に適用されるし、婚姻上の義務または婚姻上の侵害を扱ういづれの裁判所にも適用される。

この論拠は、重婚の国での婚姻の後のイングランドでの婚姻——言つてみれば、その権利と義務がイングランドで強制されない婚姻の後の——が、重婚罪とはならないということを結論的に示しているようだ(注)。

(注) この意見は、ハーヴィイ対ファニーニ(『ロー・リポーツ』、検認部第六巻、五三頁)で、判事ラッシュム卿の傍論によつて指示されている。

考察すべき次の問題点は、同一の規則が内縁関係にも適用されるかどうかということである。

内縁関係は、一般的に扱うことがほとんど不可能であるほどに、多くの等級をもつ慣習である。それはときに重婚の種であり、妾は「従たる妻」である。ときには、内縁関係は妾を囲うこと、いづれの儀式を伴うことのないと想定される関係であるに過ぎない。妾が承認された儀式でもって夫の家族となり、事実上「従たる妻」である場合に、モルモン教徒の事件の論拠が直接的に適用され、従たる妻の地位も、「本妻」の地位も、イングランドの婚姻法を強制する裁判所によつて承認されないよううだ。

しかしながら、この規則は、より低い等級の内縁関係に拡張

されることができるようだ。内縁関係の権利に従って契約された婚姻は、条件が法によって承認されると、婚姻に関するイギリス法の範囲内にはいるとは言われたい。こういうことによっても、重婚的婚姻の事例におけるように、重婚的婚姻が契約されたところの法が制限を加える婚姻上の義務の侵犯に対する救済も、その法が完全な履行を要求しない婚姻上の権利の回復もあり得ない。重婚法のもとにおける婚姻の事件において、この規則が包括的で、どのような等級をも許さないのは、注目されるべきだ。その法は夫に対して多くの妻を許す。その法は妻に対して複数の夫をもつことを許さない。そして、この点で、この法は一夫一婦制の国における同一である。にもかかわらず、すべてのその結果に対する不承認という規則は、二人の夫をもつ妻の事例に適用されるだろう。それはそれを支持する婚姻契約をもたないだろうが、しかし、この規則は、差別を許さない。それは、総体としての重婚法と、そのもとで契約されたすべての婚姻を拒否するだろう。

そうして、この法は承認された内縁関係の変化する程度の間、に区別を置かない。直接的権威が欠如しているので、私は、あえて以下の仮説をとろうと思う。内縁関係が承認された制度である国で——言ってみれば、法または慣習が、妾または彼女ら

の子供にかんして権利と義務を与えることによって、内縁関係を法的に承認する場合に、すなわち、いわば、内縁関係が婚姻という出来事とみなされる場合に——、ハイド対ハイドで制定された規則が適用されよう。しかし、内縁関係が現実的に法的に承認されないが、ただ寛大に取り扱われるだけの場合に、この規則は適用されないだろう。さらに、この法が姦通に救済を与えないという事実は、内縁関係を内縁関係の公式の承認という考えのなかに持ち込むのに十分ではない。

そうして、われわれは、場所の法を受け入れる規則に対する十分に確立された例外があることを見いだす。近親相姦の事例およびその他のささいな例外は、特に考察される必要はない。

ハイド対ハイドの事件から、否認のなんらかの一層の程度を引き出すものはない。子供が非嫡出であること、妻と子供が夫のドミナイルと国籍に従わないことを、われわれに想定させるものは一切ない。なかんずく、イギリス臣民が、当該国の法または慣習が重婚または内縁関係を承認しないならば、イギリスの裁判所によって完全に承認される「非キリスト教または野蛮な」国の現地人との婚姻契約を締結できないという想定を保証するものは一切ない。

プリンクリー対法務総裁の事件（『ロー・リポーツ』、検認部

第一五卷、七六頁)において、「日本の法律によつて、婚姻が以下のことを意味する——一人の男が排他的に一人の女性と結合する——ことが、ある日本人の法学教授の宣誓証言によつて最も満足すべき形式で立証された」。場所の法に従う婚姻があつて、必要な条件が満たされ、一八五八年の嫡出宣言法のもとの訴訟が認められると、婚姻は有効と宣言される。

われわれが進み行く限り、その内容は、たとえ証拠が与えられなかったとしても、婚姻関係から生まれた子供が非嫡出であることみなされると言うことを正当化する権威は一切存在しないということである。

この仮定に対する権威は、南アフリカの婚姻の事件、ベゼル対ヒルディヤール、ベゼルに関する(『ロー・リポーツ』、法務官部第三八卷、二二〇頁)で発見されよう。それは、今や検討の必要がある。

イギリス臣民クリストファー・ベゼルは、バロロングの族長によつてブリティッシュ・レジェントに任命された。バロロングは、「イギリスの領土の境界線を越えてベチュアナランドの一部に居住する野蛮または準野蛮な種族である」。この任命は取り消されたが、かれは種族のなかで居住することを継続して、その領土内の倉庫管理人になった。かれは、「本妻」として、

族長の娘であるティープーをめとり、バロロングの慣習に従つて彼女と婚姻した。そして、自分はバロロングであると宣言した。しかしながら、かれは、イングランドに戻りたいという意向を表明したようだ。そして、族長の書記は、かれが自分のイギリスのドミサイルを保留していることを発見した。ベゼルは南アフリカで死亡したが、ティープーはベゼルの死後一〇日してから一人の子供を出生した。かれはイングランドにある不動産の賃料から生じる収入を受け取っていた。この不動産は生涯にわたるものとしてベゼルに遺贈されたもので、残余権がかれの法律上の子供または子供たちにあつた。この子供の嫡出性の問題がストーリーリング判事のもとで議論された。そして、ストーリーリングは、モルモン教徒の事件の権威によつて、この婚姻が「無効」であり、この子供は非嫡出であるとみなした。「無効」は、イギリス法がこの婚姻を承認しないし、したがって子孫も承認しないということを意味した。この判決に対する理由は、バロロングにあつては、「各々の成人男子は、一人の大妻と数人の妾をもつことを許されており、妾たちは大妻または本妻と家のなかでほとんど同一の地位を有するということであつた」。事実として、それは取るにたらないことであるが、ベゼルは妾を全くもっていなかった。

この判決は二つの部分に分かれる。第一の部分は、ハイド対ハイドの事件が、重婚の婚姻の「無効」または否認の広範な規則を定め、それをこの事件に適用したと考える。第二の部分は、一定の条件のもとでこの婚姻が承認されたことを認めているようだ。第二の部分は以下のことを認めているようだ。すなわち、本国に在るかれの親類との通信で、ベゼルがかれの婚姻に言及したならば、あるいは、かれがティープーをかれの妻としていずれかのヨーロッパ人に紹介するか、妻として彼女について語ったならば、裁判所は、キリスト教的意味において、多くの場合にそのような結合の現実的存在の重要な証言をもたらず婚姻の評判があったということを考慮することを余儀なくされるだろう。この理論は、われわれの前にあるこの問題にとって非常に重要という訳ではない。主要な問題点は、どの程度まで無効の原則が実行されるかである。

今や、まず、ペンザンス卿がかれの判決に付け加えたはつきりした限界によって、モルモン教徒の婚姻の事件が、ベゼルの事件で提起された問題に当てはまらなかったのである。婚姻の権利と義務についてのどのような問題も生じなかった。婚姻法はこの事件に適用されなかった。それは、法務官部で提起された重婚の婚姻で生まれた子供の嫡出性の問題であった。従って、

典拠としては、われわれは、ブルーガム卿のウォレンダー対ウォレンダーの事件での判決（『クラーク&フィネリー・リポーツ』五二九頁）に戻らざるを得ない。そこでは、次のような文章がある。すなわち、「場所の法がすべての人の契約の有効または無効に関して決定する支配的規則であるべきだという一般的原则を否定するものはだれもない。……従って、この問題が生じた国の裁判所は、契約が作成された国の法に依拠すべきである。任意ではなく、当然の権利としてそうなのである。そして、かれらが求めているもの、かれらだけが求めているもの、すなわち、当事者の意味と意向を発見することによってかれら固有の管轄権を説明するために……。こうして、婚姻が、ある一つの国の法によって有効であるならば、その有効性の問題が生じるすべての他の国において有効とみなされる。というのは、この問題は、常に当事者が婚姻を契約する意図をもっていたのかどうかであるにちがいないからである。そして、もし、かれらがいる場所で婚姻とみなされるものをなしたのであれば、かれらは、婚姻契約を意図していたということ以外に理性的にも感覚的にも、安全上からも、考えられ得ないのである……。しかし、この規則は、契約の有効性と当事者の意味、すなわち、契約の存在とその解釈を確証する事以上には拡張しないと、私

は理解している。もし、確かに、違った国で一つのそして同一の名前のもとで二つの事物が進んで行くならば——もし、婚姻とよばれるものが別々の国で違う性格をもつならば——、義務が契約された国での法的な容認にしたがって、当事者が拘束されている事物をわれわれが考察しなければならぬとみなすべきいくつかの理由がある。しかし、婚姻は、本質的にキリスト教世界の全域にわたって一つのかつ同一の物事である。われわれの全体としての婚姻法はこのことを想定する。そして、われわれが、それを、トルコまたはその他の非キリスト教の諸民族における婚姻と全体としてことなる事物、ことなる法律上の地位と、われわれの婚姻をみなしていることを述べることが重要である。なぜなら、われわれは、複数の妻、そして第一の婚姻と同時に存在して、それらの諸国の法律が正当化し有効なものとする第二の婚姻の結果としての有効性を決して認めないからである。以上のことは、われわれが非キリスト教の婚姻をキリスト教の婚姻となにか異なるものとみなし、そして、キリスト教の婚姻をどこでも同じものとみなすことを除いて、どのような合理的理由にも立脚することができない。したがって、一つの国の裁判所が決定しなければならぬすべてのことは、婚姻と呼ばれている当該の事柄、人物の知られている親類関係、そ

れらの裁判所が熟知しており、処理の仕方を知っている親類の諸関係が、全当事者が拘束されているとはっきり認めている他の国で有効に締結されたかどうかということである。この問題が確信をもって答えられるとするならば、婚姻は締結され、親類の諸関係は構成され、それらの裁判所は、裁判所が運用する地域の法のすべての原則にしたがって、婚姻のもとにある全当事者の権利を扱うだろう」。

場所の法の適用に関する一般原則に対する例外的ななかに含まれているこの命題は、極めて包括的な例外の一つであるようだ。もし、それが、ベゼルの事件においてそこから引き出された推論を正当化するのに十分に包括的であるならば、その最も一般的な適用を制限することは一切言えない。しかしながら、まさにこの引用がペンザンス卿の決定を正当化するものとしてモルモン教徒の事件でペンザンス卿によって使用されたことは、注目されなければならない。そして、この引用は、「婚姻と呼ばれる関係の取り扱い」と、さらに、「婚姻のもとでの当事者の権利の取り扱い」にも特別に言及している。さらに、ウォレンダー対ウォレンダー事件は、婚姻法の問題を含んでいる。私は、なんらかのより広範な意図があることを理解できない。そのようなものがあったとしても、その意図は、ベゼルの事件で適用

されることを止めることはできない。しかし、その完全な意味において、「無効」および否認に及んでいるにちがいない。しかしながら、私は、少なくとも、この否認に対して一つの例外があるにちがいないと信じているし、それが重要な一つであることをも信じている。

場所の法の規則がこの命題を正当化するものと、私は信じる。すなわち、共同社会の二人の構成員の間の婚姻は、その共同社会の慣習または法律によってその構成員自身の国で祝福される場合、イングランドの婚姻法のもとで生じる婚姻を除いてあらゆる場合に承認される。たとえ、共同社会がどのようなものであれ、婚姻の慣習上の形式がどのようなものであれ、婚姻当事者の出生に基づくドミサイルが変更されないままである限り、そのようなのである。例えば、私は、二人のトルコ人がイスラム法にしたがって結婚したこと、二人の中国人が中国法にしたがって結婚したこと、二人のエスキモーがエスキモーの慣習にしたがって結婚したこと、あるいは、二人のインデアンがかれらの部族の慣習にしたがって結婚したことには何の問題もないし、それらの結婚は、それぞれイングランドで結婚したものと考察され、かれらの子供は嫡出なのである。法または慣習が内縁関係、重婚または近親婚を認めようとしようと、かれらがイングラ

ンドの婚姻法を自分たちの婚姻関係に適用しようとしなければならぬのである。

すなわち、私が、実行された両当事者の結合について示したような事例において、かれらは、婚姻をなしたと考えられる。または、インディアンの酋長の妻に対する遺産の事例において、例えば、子供達は、中国人の父親がロンドンで所有していた遺産の事例において、嫡出と考えられるのである。

われわれが異なる民族とわれわれと異なる宗教をもつ二人の人物の「婚姻」について語るとき、われわれは、キリスト教徒の結合と同じような内容をすくなくとももっている結合を叙述する都合によって、われわれの言葉である「婚姻」を適用する。キリスト教徒の婚姻は、ともに生活するという両当事者の合意に基づいているのだ。われわれは、われわれの婚姻法をちがった民族と違った宗教の人々の婚姻に適用できない。なぜなら、この合意は、われわれと同様にそれにつけられた条件——「他のすべての人を除外して」——をもっているからである。法律がこの条件のもつ結果をとまわらない場合に、それを適用する困難は一切あり得ないのである。両当事者の意思は、裁判所があとから探す必要がある事柄であるにすぎない。

そして、われわれが二人の日本人の婚姻について語るときに、

われわれは、日本の婚姻法が、そしてイギリスの婚姻法ではなく、履行されたことを意味する。それゆえ、われわれが嫡出の日本の子供について語るときに、われわれは、日本の法が嫡出であると考えた子供を意味するのだ。もし、私が、トキジ・タナカという子供にイギリスの金からなる遺産を残すならば、私の意思は十分に明白である。すなわち、私は、日本の法がかれの嫡出の子供として承認した子供たちを意味しているのだ。

アンドロ対アンドロ事件(『ローリポーツ』、法務官部一四卷、六三七頁)で決定された原則がなぜ東洋の諸民族に適用されないのかについての有効な理由はあり得ないのだ。この原則は以下に示される。すなわち、「外国人である子供たちに対するイギリス人の遺言における人的財産の遺贈が、かれの嫡出の子供たちに対する財産であると解釈されなければならないし、国際法によって、この国で承認されるように、その嫡出性がかれらの父親のドミサイルの法によって確立された子供たちは嫡出である」。

さらに、宣誓によって与えられるべき証言を法が要求するときに、それはホットtentottが聖書に口づけしなければならぬということの意味しているのではない。この法の意図の実現が期待されるのであって、ホットtentottは、かれに真実を語

ることを強制するかれ自身の国の儀式を通じて宣誓することを要請されるのである。そうして、裁判所が外国の検認がなされることを要求するとき、われわれが理解する現実の「検認」が必要なのではない。したがって、外国の裁判所が検認裁判所がするように行動し、適切に権限を与えられた人物によって死者の財産が処理されることを認めるといふ意思をしめす、なんらかの記録があれば十分なのである。

しかし、ベゼルのドミサイルはイギリスにあった。

したがって、この事件のありのままの決定は、ドミサイルがイギリスにある人物が関係している場合に、「婚姻」は、婚姻法のもとであろうとなかろうと、婚姻が問題となっているすべての事件において、イギリス法による「婚姻」を意味する、ということである。そして、したがって、未開人の女性との婚姻は、部族の慣習が重婚または内縁関係を認めるならば、考慮されない。したがって、この事件は、現実には、アンドロ対アンドロの事件と同一の原則によって審理された。父親のドミサイルがイギリスであり、当該婚姻が基づいている原則がイギリス法によって承認されないもので、したがって、子供は非嫡出である。

しかしながら、われわれは、この結果をキリスト教国での婚

料 姻が一夫一婦制であるという事実に与えるために、初期の事例

からいくつかの保証を見いださなければならぬ。

資 ソトメイヤ対ド・パロの事件（『ローリポーツ』、検認部第三卷、一）で、ポルトガルにドミサイルがある二人のポルトガル

臣民はいとこ同士で、イングランドに約八年間住んでいた。そして、イングランドに居住しているときに、登録官の前で婚姻の形式を踏んだ。

ポルトガルの法によると、いとこ同士の婚姻は、近親相姦であるとして違法である。控訴院は、この婚姻が無効であると宣言せられるべきで、婚姻当事者はかれらのドミサイルの法によって婚姻契約を締結することが個人的にできないとみなした。判事の Cotton 卿はつぎのように言った。すなわち、「婚姻契約をなすことができる個人の能力の問題がドミサイルの法によって決定されるべしということは十分に確認された法の原則である」。「もし、いずれかの国の法が、一定の範囲内の血族関係にあるその国の臣民が婚姻契約を締結することを禁じており、禁止された血族関係内にある人物の婚姻が近親相姦であると断定するならば、このことは、その国の臣民に対して、この法が適用している国にドミサイルがある限り、かれらに影響を与え続ける人的無能力を強制し、そのような婚姻がどこで式を挙げて

祝われようと、この制限を強制する国の臣民であってドミサイルをそこに置く人物の間での婚姻が無効とする」。

そこで、一つの命題に結合される二つの十分に確認された原則がある。すなわち、ドミサイルの法が当事者のいづれかに対して、人的無能力を課さない限り、場所の法によって有効である婚姻はどこでも有効である。

この事件の重要性は、それが、血族を根拠とする禁止が人的無能力であること、すなわち、さらに、人的無能力があるところでは最初から婚姻があり得ない、と宣言していることである。禁止が血族という根拠に基づいている場合には、それは近親相姦である。しかし、すべての禁止が人的無能力を含んでいると言えるだろうか。

正規の丁重な証書として知られる、フランス法によって要求されるようなものとしての形式偏重を排除することは、法が、形式的手続きが満たされない限り婚姻を禁じるという形式をとるけれども、人的無能力ではないとみなされてきた（シモン対マラック事件、『スウォビイとトリストラムのリポーツ』第二卷、六七頁）。しかし、キリスト教国の法による重婚と内縁関係の否認は、もちろん、第二のそしてそれに続く儀式に関して、禁止されているとみなされよう。それらは無効であろう。

しかしながら、明らかに、第一のものについては困難がある。

裁判所は、全当事者が、夫が本妻とならんで、第二の妻と婚姻契約を結んでもよいと合意したことを根拠として、婚姻が無効であるとはみなさないだろう。いずれの他の命題もこの問題を正面から取り扱わないのだ。

この困難は見落とされてはいけない。それは、もはや婚姻法を適用するという問題ではない。われわれが、当該の婚姻が婚姻ではなく、その結果についても無効であると確証しなければならぬ。この命題についてベゼルの事件にとつてのそれまでの権威は確かに一切ないが、しかし、その事件がよき法であると想定することによって、規則が以下のように述べられるかも知れない。すなわち、ドミサイルの法がある婚姻を禁じて、そして、人的無能力を創設する場合に、当該婚姻は、場所の法によって実行されようとも、無効である。さらに、

ドミサイルの法が、当該婚姻が基づいている原則を承認しない場合に、そこでは、場所の法によって保証されようとも、当該婚姻は無効である。

ドミサイルに関するこの規則は両刃の剣である。彼女の国の法によって、もし単なる禁止があるならばということではないのだけれども、もし人的無能力があるならば、現地住民である

女性とのイギリス人の婚姻は、このイギリス人の夫の場所の法とドミサイルの法の両者が満たされたとしても、無効である。

このことは、アリソンの信託に關しての事件から結果として生じるようだ(『ロー・タイムズ・レポート』第三一巻、六三八頁)。一人のイギリス人のプロテスタント教徒が、テヘランでカトリックの司祭のもとで式をあげて、アルメニア人のプロテスタント教徒と結婚した。彼女は当時妊娠していた。ペルシャの法によると、キリスト教徒の婚姻は、婚姻が婚姻当事者の宗教の法によって有効であるならば、承認されるのである。アルメニアの教会法によると、女性は、妊娠中に婚姻してはならない。当該婚姻は、場所の法にも、海外の婚姻に関するイングランドの制定法にも、従っていないから、明白に無効である。しかし、これらの法のいずれかが満たされたとしても、ペルシャの女性の人的無能力が、イギリスの裁判所によって当該婚姻が無効であると宣告されることをもたらすであろうことははっきりしているようだ。

そこで、われわれがドミサイルの法を、婚姻がなされかどうかの試金石とみるならば、イギリス人が重婚または内縁関係が認められている国にドミサイルをもっている場合に、または、われわれの法が近親相姦であるとみなす婚姻が許されている場

合に、かれの婚姻が、イギリスの婚姻法にもとづかないあらゆる場合にイングランドで承認され、かれの子供たちは嫡出とみなされることになる。この原則は、この事件が死亡した妻の妹との婚姻であるかどうかという疑問を承認しないし、全当事者がデンマークにドミサイルがあるイギリス臣民であるならば、ドミサイルの規則が満たされるならば、それが最初の婚姻、五番目の婚姻、四〇番目の婚姻であらうとも、内縁関係による婚姻または重婚的婚姻には当てはまる。

両方の事件で、婚姻に基づいている原則のイギリス法による否認は、イギリスのドミサイルがあるならば、婚姻の否認をもたらす。当該婚姻の原則が承認される国にドミサイルがあるならば、当該婚姻それ自体はイングランドで承認される。しかし、われわれの婚姻法が重婚という尺度で構成されてないので、それらは重婚的法のもとの契約された婚姻に適用されることはできない。ベゼルのイギリスのドミサイルが認められているという事実によって、その事件はより広範な命題についての権威であるとはみなされ得ないのである。そして、それ以外の権威がこの主題に関して全く存在しないのである。

これらの命題が真実でないならば——すなわち、ドミサイルの法がすべての事件の試金石でないならば——、婚姻法のもと

にくるもの以外のその他の事例での重婚的婚姻の否認は、イギリス法の原則であるとは言い得ない。

しかし、われわれが原住民を取り扱わなければならないときでさえ、婚姻法を適用する事例を除いて、否認の問題が困難で一杯であるということは白状しなければならない。そのような部分的否認は可能なのか。次に示す事例は、それから生じる可能な特異性を示している。

重婚の国においてさえ、二人の東洋人の婚姻が離婚裁判所の外にあるこの国で有効な婚姻とみなされるということを想定することが真実でないならば、われわれは以下の論拠の真実であることを認めなければならない。例えば、中国で結婚して子供が中国で生まれた中国人がロンドンに住みにやってくる。かれはコンソル公債を所有し、無遺言で死去した。かれの財産は女王のものになる。なぜなら、イギリス裁判所が承認する妻も子供も全く存在しないからである。

他方で、そのような婚姻がいくつかの裁判所では承認されるべきでなく、しかし、その他の裁判所では承認されるべきだという考えが実際に働くことに従うことは極めて難しい。例えば、今までの事例で想定された中国人が登録官の前でイギリス人女性と婚姻するならば、それは重婚ではないだろう。この婚姻か

ら生まれた子供たちは嫡出である。しかし、無遺言相続の問題が生じたならば、すべての裁判所が当該婚姻の承認を一樣には拒絶しないならば、中国人との婚姻から生まれた子供たちは嫡出であると確認されるだろう。そして、最初の妻もまたきつと承認されるだろう。しかし、議論の前提から言って、二番目の妻は重婚ではなかったので、財産を配分する裁判所は、二人の妻と二つの家族を承認することを余儀なくされるだろう。

しかし、治外法権に関して、ドミサイルの問題によって提起されるさらに難しいことがある。そのような国ではどのようなドミサイルも一切獲得されることができない。すなわち、トールルの信託についての判決によっても、治外法権的ドミサイルがないのだ。しかしながら、この点で、事件が正しく判決されたとしても、いくつかの奇妙な結果が生じる。

治外法権的ドミサイルが全く存在しないならば、ドミサイルの法によって決定するすべての問題において、治外法権的社会において自分の恒久的住居を定めたイギリス臣民は、出生に基づくドミサイルの法によって判決を下されよう。このことは、かならずしもイギリス人であるとは限らず、また植民地人であるでもない。すなわち、それは誠にユタであったのだ。そして、

禁止された範囲内の婚姻の事例においてさえ、植民地のドミサイルはかなり複雑な問題を引き入れる。

私は、トールルの信託に関する法が健全な法ではないこと、そして、したがってドミサイルの法によって決定するあらゆる問題が、恒久的に治外法権的社会において恒久的に居住するイギリス臣民に関して、ドミサイルの法であるとして枢密院令によって確立された法によって決定されるべきだということを、既に示唆してきた。

当該婚姻がなされる国の法によって、政府の正式の許可が、原住民が外国人と結婚するために必要であるならば、イギリスの裁判所は、裁判所がフランス人の婚姻の場合における正規の丁重な証書の欠如とみなすのと同じように、この許可の欠如とみなすだろう。すなわち、それは人的無能力を構成しなかったのである。

われわれは、婚姻から離婚に移行して、ここで、困難がこの主題を複雑にする。われわれが扱うこれらの東洋諸国では、法は婚姻の単純な市民的儀式だけでなく、単純な妻の離縁の市民的やり方をも、合法的理由によるものであれ相互の合意によ

るものであれ、承認するようだ。

そして、まず、原住民の間の離婚に関して、「原住民」という表現は、いずれかの外国でドミサイルを取得しなかった当該国の臣民であると理解されいる。ここでわれわれは、私が確信をもって答えられると想定する、かれらの国自身の法による臣民の婚姻の有効性についての単純な質問をもつ。そして、そのような婚姻が——婚姻法の適用の例外によって——どのような効果がそれに付随させられようとも、かれら自身の国の法による二人の原住民の離婚は承認されるべきだということになるようだ。そのような離婚が法律裁判所の判決を必要としないだけでなく、最も単純な形式性をもたないのだけでも。

イギリス法からみて、そのような婚姻が完全に無効であるならば、問題は消滅する。

この点は、イギリスの裁判所でのどのような決定によっても支持されることができないし、教科書にもそのようなことは見当たらない。現地の法または慣習をとまなうインドの裁判所の全事件は、もちろん類似してはいない。というのは、それらの裁判所は、インド人の統治のもとで原住民の法と慣習をその他のものの間で運営するためにはっきりと確立されたからである。イブラヒム対サイド・ビビの事件（『インディアン・ロー・リ

ポート』マドラス集第一二巻、六三頁）——多くのもののなかでの一つ——において、裁判所は、離婚に関するイスラム法に基づいて行動し、夫と妻の關係に終止符を打ちたいという意向を明確に示す夫による表明に従う別居を支持した。さらにそれは、法によって夫により破棄されなければならない離婚の事件である。そのような事例は、われわれにたとえ少ないとしても援助を与える。というのは、この事件が別の国でかれらの法のもとで別居したイスラム教徒について生じるとすれば、裁判所はそれがすでに完全に類似している原則を適用するのが難しいことではないだろうからである。イギリスの裁判所での困難は、裁判所が裁判所を導く教訓も先例ももたなかったということであらう。

すべての困難は、われわれが、イギリス臣民に影響する問題を考察するに至るときに拡大する。イングランドにドミサイルを置くイングランド臣民による東洋の国の臣民との婚姻——そこには重婚または内縁關係がなく、イギリス法によると近親相姦ではない——は、それが当該国の法に従うならば、有効であるとすると、同様にその法に従う離婚は有効である。

まず、直感的に問題をみてみよう。

婚姻が場所の法、もっと完全には行為地法に従うならば、有

効であつて、ドミサイルの法は邪魔しない。それは、場所は行為を支配するという法学の基本的格言の一般的例である。離婚も行為地法に従うならば有効であろう。というのは、これもまた場所は行為を支配するという格言のもう一つの例に過ぎないと思われるからである。しかし、同じ場所の法のもとで契約された婚姻に関して健全性の現れである以上のことは、別の法のもとで契約された婚姻に関して不健全性の非常にはつきりした現れなのだ。

しかしながら、事実の問題として、イギリス裁判所の判決はいずれの命題も支持しない。イギリス法は、外国の裁判所によるイギリス人の婚姻の非解消性も、イギリス裁判所による外国人の婚姻の非解消性も、承認しない。両方の事例における管轄権、すなわち承認された領土外管轄権の鍵は、婚姻の家である。ドミサイルの法の厳密な適用は、両方の事例において排除されてきた。厳密なドミサイルよりも住居によって発見されたとしても、裁判所の管轄権が善意に発見されるときには、イギリス人の婚姻の事例における離婚の外国判決の承認は授けられる。継続的な居住はあるが、法の虚構性によるとドミサイルの可能性が全くないときに、外国の婚姻の事例において離婚を認める管轄権は、イギリス裁判所が受け持つ。それで、少なくとも離

婚判決にかんしては、イギリス法は、婚姻の場所ではなくて、単に婚姻の家のある場所を考慮する。

以上のことは、場所は行為を支配するという格言が供給するもっともな論拠を切り捨てようだ。あの格言は以下のことをも含んでいる。すなわち、契約の解釈は、契約が作成された場所の法によって支配されなければならないということである。そして、東洋の法のもとで契約された婚姻がそれが法によって解消される包含された条件をもっているということは、言われるであろう。しかし、以上のことは、また場所は行為を支配するという格言によって制限されなければならない。婚姻の解消は、それがあつた国で実行されなければならないだろう。婚姻に終止符を打つ素早い方法は、すくなくとも夫がイギリス人であるならば、場所は行為を支配するという格言のためにこの国で助けとなることができる。同一の論拠はドイツ人の婚姻にも適用されるだろう。婚姻契約が性格の不一致を根拠として解消されることができるということは婚姻契約の一部であり、そして、もし、イギリス裁判所が、ドイツの臣民同士の婚姻であつたとしても、ドイツ人の婚姻にとつての全当事者に管轄権を及ぼすならば、イギリス裁判所がそのような問題を考慮しないということ以上のものはないだろう。同様に、イギリス裁判所が、

婚姻の家がイングランドにあるという理由によって東洋人の婚姻に対して管轄権をもつならば、イギリス裁判所は、それらの根拠が東洋の法にないとしても、イギリス法にのみある根拠をもって婚姻を解消するだろう。そして、逆にイギリス裁判所は、イギリス法にはないが、東洋の法にはある根拠をもって、婚姻を解消することはないだろう。

さらに、ニボイエ対ニボイエ事件における判事ジェームズ卿の判決は、裁判所の管轄権が離婚または別居を認めることだけでなく、婚姻にもおよぶことを示しているようだ。このことが、婚姻の家がイングランドにある二人の東洋人の場合についてもそうだとすれば、離婚裁判所は、婚姻に対する管轄権をもち、東洋の法にしたがっていて裁判所の干渉のない離婚は承認されないだろう。これが正しいとしても、この原則のすべての結果に従うべき必然性はない。

しかしながら、同意による婚姻の解消を認める法のもとで契約された婚姻がモルモン教徒の事件の原則の範囲内にあり、イングランドの婚姻法を運営する裁判所によって承認されないということはあり得ることである。キリスト教において理解されている婚姻に関して与えられている定義をもつ用語の一つは、婚姻が「一生にわたる結合」であるべきだということであった。

もっと正確に言う、婚姻は、「一定の婚姻侵害に対する刑罰によって裁判所の判決によってのみ解消し得る一生にわたる結合」であるべきなのだ。そうとすれば、困難の大部分は除去されよう。というのは、そのような法のもとでの東洋人の婚姻、離婚、再婚は、イングランドにおける婚姻裁判所の範囲内にははまらないからである。

さらに、そのような婚姻を契約したドミサイルをもつイギリス人に関する事件は、すでに推論された原則の範囲内にある。ドミサイルの法によって承認された原則に基づく婚姻は、なんらかの目的のためにも承認されないだろう。離婚を承認するという問題は生じない。

この原則がイギリス臣民とならんで外国人にも及ぶことが、言及されなければならない。しかし、この原則に当てはまらない事件において、重婚のような婚姻を認める国にドミサイルがある場合に、婚姻も離婚も、婚姻法の外部にある目的によって承認されるだろうといえるだろう。正確に言う、同一の論拠が、未成年者婚に関して有効性をもつ。そして、東洋諸国とドミサイルの難しい問題に関して、重婚または内縁関係による婚姻の事例におけるのと同じ立場が結果として生じる。

一般的結果は以下のような。ドミサイルがキリスト教国にあ

るならば、教会法が、近親相姦の場合のように、婚姻、未成年者婚という現実の事実に対して、あるいは、一連の重婚的婚姻の最初の婚姻の事例におけるように、第二の婚姻がないけれども、婚姻が依拠している原則に対して、婚姻制限を課す場合を除いて、ドミサイルの問題は生じない。または、事実上婚姻が解消されたけれども、そしてまた、国家が婚姻解消のいくつかの公的確認を要求しているけれども、自由に婚姻が解消される。ある東洋の国においてそのような婚姻がない場合に、イギリス臣民と東洋の国の臣民との間の場所の法による婚姻は、婚姻の儀式が教会の儀式を含まないし、ドミサイルがイギリスであるけれども、実際上有効と考えられるだろう。以上のことは、プリンクリーの事件で決定されたのである。

さらに、婚姻に関する基本的規則が、婚姻は場所の法、すなわち、領事の婚姻法に従うべきだということであり、イングランドの法による婚姻が単に黙認されているだけで、強制的でないならば、同一の規則が、二人のイギリス臣民がイングランドにドミサイルをもっているけれども、この二人の間の婚姻に適用される。しかし、治外法権的社会にあつては、何が場所の法なのか。それは、当該国の法なのか、あるいは枢密院令によって導入されたイギリス法なのか。

ここで再びわれわれは最初の原則に戻らなければならない。一定の行為が、行為のなされる場所の法に従わなければならないということが言われるならば、それは、俳優に適用され得る場所の法を意味している。今や、東洋の国において、イギリス臣民に影響を与える場所の法はイングランドの法である。既述のように、以上のことの結果は、かれら自身の間におけるように、イギリス臣民が自分たちのふるまいをイギリス法に従わせなければならぬ。したがって、ある東洋の国に居住する二人のイギリス臣民に関して、かれらの婚姻の儀式が従わなければならない場所の法は、イングランドの法であつて、原住民の慣習による婚姻は無効である。

異人種間婚姻に関して、問題は複雑である。というのは、既述のように、行為の一般的規則が全く定められておらず、発生する事例を統制する法が被告の国籍によっているからである。この点は、われわれが契約に適用され得る法を考察するようにになると、完全に検討されるだろう。

婚姻に適用する上で、この問題点は、プリンクリー対法務総裁の事件(注)で議論されなかったし、その事件では場所の法が日本の法であるということが想定されていた。この疑問がこの方法で除去されるのが、もっと合理的であるようだ。イング

ランドの法による婚姻が有効であるのだろうけれども。

(注)『ロー・リポーツ』、検認部第一五巻、七六頁。

この関係で生じる最後の問題点は、養子縁組の承認である。一般的原則として、養子縁組の子供の承認は、その後の婚姻によって嫡出として認知された子供の承認と同等とされよう。そしてこのことについては、法ははっきりしている。嫡出性は、それが子供の誕生の時のドミサイルによって認められるならば、承認される——すなわち、イングランドにある不動産の相続についてだけ起こり得る例外とともに承認される。

ドミサイルの法はこの問題を支配することであり、このことは、養子縁組の場合に、養子縁組をなした人物と、養子とされた人物の両方のドミサイルを意味すると解されるだろう。

現地の東洋人の養子とされた子供たちはイギリスの裁判所によってそのようなものとして承認され、かれらの権利に関するすべての問題は、かれらの国籍の法によって決定されよう。

イギリス臣民による養子縁組に関して、養親がイギリスのドミサイルを保持する限り、養子縁組は不可能である。かれが養子縁組を可能とする法の国でドミサイルを取得したときに、養子縁組は可能である。

しかし、東洋諸国では、イギリス臣民のドミサイルは決して国民ではなく、したがって、養子縁組のどのような問題も生じない。

さらに、イギリス法によって、妻の国籍とドミサイルは夫に従う。妻による養子縁組は、現地の法によって有効であるとしても、多分イングランドでは承認されないだろう。たとえば、現地の法によって、外国人の妻となった女性が婚姻によって自分の国籍を喪失しないとしてもである。