

「共通法」 2 条 3 条に関する小考

趙 慶 濟*

目 次

はじめに

1 朝鮮「地域」の法制定の形式

2 朝鮮「地域」に属する者の戸籍法制と家族法の概要

3 「共通法」の立法趣旨と成立までの経緯

4 「共通法」2 条 3 条の意義

終わりに

はじめに

「共通法」は、1918年4月17日法律第39号として公布され、「地域」戸籍間連絡規則である3条を除いて、同年6月1日から施行された¹⁾。「共通法」は、敗戦前の地域間の刑事・民事面の適用規則と「地域」戸籍間連絡規則を定めた法律であるが、2条1項は民事法に関して「内地」たる日本「地域」の法令を外地「地域」に「依用」する関係を定め、2条2項は異法「地域」間の民事法の適用規則を定め、3条1項は異法「地域」戸籍間の連絡規則を定め、3条2項3項はそれら戸籍間の移動禁止規則を定めている。「共通法」3条は、1921年7月1日施行されている²⁾。

1952年4月19日発せられた法務府通達は³⁾、サンフランシスコ講和条約に伴う朝鮮人・台湾人の日本国籍喪失の基準を戸籍主義に準拠したので、朝鮮人・台湾人が日本戸籍・朝鮮戸籍・台湾戸籍のいずれの戸籍に登録されているか「登録すべき」かが、日本国籍確認訴訟の際の事実認定におい

* ちょう・きょんじえ 司法書士 立命館大学非常勤講師

て重要な争点になった。そのことは、敗戦前の日本人・朝鮮人・台湾人間に親族法上の身分変動があった場合の「地域」戸籍間の移動の有無に帰着する。それは同時に、「地域」戸籍間の移動を根拠づける「共通法」そのものが、敗戦とともに失効したのか、でなければ何時まで存続したのか、という点に関わることであった⁴⁾。

本稿では、日本の敗戦前までの朝鮮「地域」に絞って、第一に、韓国併合後に朝鮮「地域」に制定施行された法制定の形式を素描し、第二に、朝鮮「地域」に属する者の戸籍法制と朝鮮「地域」に属する者に適用された家族法の概要を「朝鮮民事令」を手掛かりに述べ、第三に、「共通法」制定の立法趣旨とその成立までの経緯を概観し、最後に、各「地域」間の民事法の適用規則を定めた「共通法」2条と、各「地域」戸籍間の連絡規則を定めた「共通法」3条を検討することにした。

- 1) 大正7年5月17日勅令第144号「共通法ノ一部ヲ施行スル件」。
- 2) 大正10年6月22日勅令第283号「共通法第三条ノ規定及大正十年法律第四十八号號戸籍法中改正法律施行期日ノ件」。
- 3) 昭和27年4月19日法務府民事甲第438号民事局長通達。
- 4) 最近では、最一小判平成6年3月12日(民集52巻2号342頁)は、朝鮮人父が昭和23年6月17日に内地人母として出生した子の認知した事案で、認知された子は日本国籍を喪失したかについて、「当時日本国内に施行されていた新民法及び戸籍法には子が父の戸籍に入ることを禁止する規定はなく、当時の旧国籍法23条及び戸籍法23条の規定にもかんがみると、……内地の法令上家を去ることを得ざる者に当たるとして、共通法3条2項により朝鮮戸籍に入ることができないと解することはできず、……、本件認知によって、内地戸籍から除かれるべき者となったというべきである。」(351～352頁)。

1 朝鮮「地域」の法制定の形式

大韓帝国と大日本帝国との間で締結された「韓国併合条約」が、1910年8月29日条約第4号として公布され、即日施行された。同日公布の勅令第318号は「韓国ノ國號ハ之ヲ改メ爾今朝鮮ト稱ス」とし、また同日公布の「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」(緊急勅令第324号)は朝鮮における

法律事項の法制定の形式を定め、さらに「朝鮮ニ於ケル法令ノ効力ニ関スル件」（制令第1号）を同日公布した。そこでは、朝鮮総督府設置時に朝鮮において失効すべき帝国法令と韓国法令は「朝鮮総督ノ發シタル命令」として「當分ノ内」効力を維持することを明らかにした⁵⁾。また、同年10月1日の「明治四十三年制令第一号ニ依ル命令ノ区分ニ関スル件」では⁶⁾、制令第1号により効力を有する命令で制令で定めることを要する事項は「制令」で行い、朝鮮総督府令で定めることができる事項は「朝鮮総督府令」とするなど、命令の区分が定められた⁷⁾。

翌1911年3月24日には、前年公布した「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」（緊急勅令第324号）と同内容の「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」を公布・施行し⁸⁾、緊急勅令第324号を廃止する勅令第30号を発した⁹⁾。同年6月22日には、「制令」で法律に依るとの規定がある場合にはその法律の改正があれば、その改正法律施行の日からその改正法律に依ることを原則とする趣旨の制令第11号を公布施行している¹⁰⁾¹¹⁾。

朝鮮に施行される法律事項の法制定の形式を「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」により分類すると、第一に、朝鮮における法律事項は、朝鮮総督の命令（「制令」）で定めることができるが（1条、6条）、「制令」は内閣総理大臣の勅裁を請うこと（2条）。第二に、緊急を要する「制令」は朝鮮総督が直ちに発することができるが、発布後に内閣総理大臣の勅裁を請うこと（3条）。第三に、法律の全部又は一部を朝鮮に施行するとき「勅令」で定めること（4条）、になる¹²⁾。

5) 明治43年8月29日制令第1号「朝鮮総督府設置ノ際朝鮮ニ於テ其ノ効力ヲ失フヘキ帝国法令及韓国法令ハ當分ノ内朝鮮総督ノ發シタル命令トシテ尚其ノ効力ヲ有ス」。

6) 明治43年10月1日制令第8号「明治四十三年制令第一號に依ル命令ノ区分ニ関スル件」。

7) 朝鮮総督府令発令の根拠は、「朝鮮総督府管制」（明治43年9月30日勅令第354号、公布日施行）4条「総督は其の職權又は特別の委任に依り朝鮮総督府令を發シ……」に基づく。

8) 「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」（明治44年3月24日法律第30号）

第一条 朝鮮ニ於テハ法律ヲ要スル事項ハ朝鮮総督ノ命令ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得

第二条 前条ノ命令ハ内閣総理大臣ヲ經テ勅裁ヲ請フヘシ

第三条 臨時緊急ヲ要スル場合ニ於テ朝鮮總督ハ直ニ第一条ノ命令ヲ發スルコトヲ得

2 前項ノ命令ハ發布後直ニ勅裁ヲ請フヘシ若勅裁ヲ得サルトキハ朝鮮總督ハ直ニ其ノ命令ノ将来ニ向テ効力ナキコトヲ公布スヘシ

第四条 法律ノ全部又ハ一部ヲ朝鮮ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

第五条 第一条ノ命令ハ第四条ニ依リ朝鮮ニ施行シタル法律及特ニ朝鮮ニ施行スル目的ヲ以テ制定シタル法律及勅令ニ違背スルコトヲ得ス

第六条 第一条ノ命令ハ制令ト称ス

附 則 本法ハ公布ノ日ヨリ之ヲ施行ス

- 9) 明治44年3月24日勅令第30号「明治43年勅令第324号ノ効力ヲ將來ニ失ハシムルノ件」。
- 10) 明治44年6月22日制令第11号「制令ニ於テ法律ニ依ルノ規定アル場合ニ於テ其ノ法律ノ改正アリタルトキノ効力ニ関スル件」。
- 11) 依用された法律が廃止された場合の効果についての規定はないが、「廃止の場合には、……、特別の規定のない限りは、依用関係は全面的に消滅すると解するのが妥当である」清宮四郎『外地法序説』（有斐閣、1944年）110頁。
- 12) 「外地に施行するため特に制定した法律（外地特別制定法）以外に外地に当然適用される法律がある。それは内外地に施行する目的で制定された法律及び外地に施行する旨の明示はないがその性質上当然外地にも適用のある属人的法律である」外務省条約局第三課『外地法令制度の概要（「外地法制誌」第2部）』（昭和32年6月）201頁以下。

2 朝鮮「地域」に属する者の戸籍法制と家族法の概要

(1) 朝鮮「地域」に属する者の戸籍法制の概要¹³⁾

① 「民籍法」の制定（1909年4月1日施行）

朝鮮が日本の保護国下にあった1909年、従前の「戸口調査規則」を廃止して、新たに「民籍法」を制定し同年4月1日に施行した¹⁴⁾。全文8条からなる簡単な基本事項を定めた法律であったが、「朝鮮戸籍令」が制定されるまでは、朝鮮「地域」に属する者の身分を公証する機能を有していた。なお、1911年には「民籍簿ノ閲覧其他ニ關スル件」が公布されている¹⁵⁾。

「民籍法」は、1915年4月1日に民籍の管掌を当初の警察から地方長官である「府尹・面長」に改正し¹⁶⁾、1921年6月7日には申告書類等の府・面相互間の書類の送付等の規定を追加する改正法を施行した（5条の2か

ら5条の6の追加)¹⁷⁾。同年には「民籍法」の特別法といえる「朝鮮人ト内地人トノ婚姻ノ民籍手續ニ関スル件」を制定し¹⁸⁾、「共通法」3条と日本「戸籍法」42条の2の追加改正と同時に1921年7月1日に施行した¹⁹⁾²⁰⁾。「朝鮮人ト内地人トノ婚姻ノ民籍手續ニ関スル件」は朝鮮「地域」に属する者と内地「地域」に属する者が朝鮮において婚姻したときの戸籍連絡規則を定め、同附則11条では、本令施行前の朝鮮人と内地人との婚姻・離婚についての経過規定を定めている²¹⁾。

その後、1921年制定の第1次改正「朝鮮民事令」が、親権、後見、保佐人等に関して日本民法を「依用」する旨の改正をした関係で、「民籍法」もそれに併せた改正を行い²²⁾、1922年12月1日に第1次改正「朝鮮民事令」と同時に施行された。

②「朝鮮戸籍令」の制定（1923年7月1日施行）

1922年12月、第2次改正「朝鮮民事令」11条の9に基づいて²³⁾、「朝鮮戸籍令」が制定された²⁴⁾。その1条は「朝鮮人ノ戸籍ニ関シテハ朝鮮民事令ノ規定ニ依ルノ外本令ノ定ムル所ニ依ル」とし、全文は附則を加え133条に及ぶものである²⁵⁾。その内容は、当時施行されていた日本「戸籍法」を模したといわれる²⁶⁾。しかし、日本「戸籍法」にある「隠居」「家督相続」「国籍の得喪」などに関連する手続規定は設けられず²⁷⁾、「戸主相続」（107条から109条）「親族入籍」（110条）などの手続規定を設けたことは特筆すべきである²⁸⁾²⁹⁾。

また、「朝鮮戸籍令」32条では「第二十一条乃至第二十四条及第二十五条第一項ノ規定ハ共通法第三条ノ規定ニ依リテ朝鮮ノ家ヲ去リタル者及他ノ地域ノ家ヲ去リテ朝鮮ノ家ニ入りタル者ノ戸籍ノ記載手續ニ付キ之ヲ準用ス」として、朝鮮「地域」戸籍と他の「地域」戸籍間の入家・去家規定を定めている。

「朝鮮戸籍令」は、1923年7月1日、第2次改正「朝鮮民事令」の11条から11条の9までの改正規定と同時に施行された³⁰⁾³¹⁾。施行日には「民

籍法」「民籍簿ノ閲覧其他ニ關スル件」「朝鮮人ト内地人トノ婚姻ノ民籍手續ニ關スル件」を廃止している³²⁾。なお、同令附則129条は「本令施行前生シタル事項ノ申告又ハ届出ニ關シテハ従前ノ規定ニ依ル」とし、また附則131条1項では、施行前に「共通法」3条による朝鮮「地域」と他の「地域」との「入家」「去家」があった場合も本令の定めに基づいて入籍・除籍の手續をすと定め³³⁾、その132条は「従前ノ規定ニ依ル民籍ハ本令ニ依ル戸籍トシテ其ノ効力ヲ有ス」と定めて「民籍法」による民籍が「朝鮮戸籍令」の戸籍として有効であることを規定している。

(2) 朝鮮「地域」に属する者の家族法の概要

——「朝鮮民事令」による日本民法「依用」の拡大

韓国併合から「朝鮮民事令」制定までの朝鮮人に適用される家族法は、慣習により規律されていたものと思われる³⁴⁾。なお、朝鮮人の相続に係する事項は第2次改正「朝鮮民事令」によって「相続ノ承認及財産ノ分離」に日本「民法」が「依用」された以外は、慣習に委ねられていた³⁵⁾³⁶⁾。

① 「朝鮮民事令」の制定 (1912年4月1日施行) と11条の規定

韓国併合の翌々年の1912年、「朝鮮民事令」が公布され同年4月1日施行された³⁷⁾。同令は、附則を含めて全文82条に亘り、その1条では「民事ニ關スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」とし、「民法」「商法」「民事訴訟法」をはじめとする23件の日本の法律を「依用」することを明定した。

しかし、11条1項は「第一条ノ法律中能力、親族及相続ニ關スル規定ハ朝鮮人ニ之ヲ適用セス」とし、その2項は「朝鮮人ニ關スル前項ノ事項ニ付テハ慣習ニ依ル」とした。朝鮮人の「能力」「親族」「相続」に関する事項は慣習法を適用することとしたのである。朝鮮の民事慣習調査は統監府時代から着手されていたが、朝鮮総督府時代になると、その担当は朝鮮総

督府取調局から朝鮮総督府参事官室，そして朝鮮総督府中枢院に移った。民事慣習は，行政機関の審議を経た朝鮮総督府『慣習調査報告書』や朝鮮総督府中枢院『朝鮮旧慣制度調査事業概要』にまとめられたものや朝鮮司法協会の決議などがある一方で，慣習法としての規範力は，朝鮮総督府の政務総監や法務局長名で発せられた「通牒」「回答」や朝鮮高等法院の判例であった，といわれている³⁸⁾。

その後，「朝鮮民事令」11条は三次に亘り改正が行われ³⁹⁾，日本民法の「依用」条項を次第に拡大させた。その改正経過は次の通りである（下線部分は，追加改正された個所である）。

② 第1次改正「朝鮮民事令」⁴⁰⁾（1921年12月1日施行）

「第十一条 朝鮮人ノ親族及相続ニ関シテハ第一条ノ法律ニ依ラス慣習ニ依ル但シ親權，後見，保佐人及無能力者ノ為ニ設クヘキ親族会ニ関スル規定ハ此ノ限ニ在ラス」

第1次改正の11条本文は，制定当初の「第一条ノ法律中能力」の文字を削除した。それにより「能力」に関する事項は全面的に日本民法を「依用」することとなった（民法（明治29年法律第89号，明治31年法律第9号，以下，「旧民法」という）3条～20条）。また，「親族」「相続」に関する事項は原則は「慣習」に依りながらも，但書で日本民法を「依用」する条項を列挙した。本改正制令の日本民法「依用」条項は，「親權」（旧民法877条～899条），「後見」「保佐人」（旧民法900条～943条），「無能力者のための親族会」（旧民法949条），である。なお，1921年12月1日本改正制令の施行と同時に施行された「民籍法」（大正10年朝鮮総督府令第150号）が，本改正制令による日本民法「依用」条項の手続規定を追加したことは先に述べた。

③ 第2次改正「朝鮮民事令」⁴¹⁾（1923年7月1日施行）

「第十一条 朝鮮人ノ親族及相続ニ関シテハ別段ノ規定アルモノヲ除クノ

外第一条ノ法律ニ依ラス慣習ニ依ル但シ婚姻年齢，裁判上の離婚，認知，親権，後見，保佐人，親族会，相続ノ承認及財産ノ分離ニ関スル規程ハ此ノ限ニ在ラス

- ② 分家，絶家再家，婚姻，協議上ノ離婚，縁組及協議上ノ離縁ハ之ヲ府尹又ハ面長ニ届出ツル因リテ其ノ効力ヲ生ス但シ遺言ニ依ル縁組ニ付テハ其ノ届出ハ養親ノ死亡ノ時ニ遡リテ其ノ効力ヲ生ス」⁴²⁾⁴³⁾

第2次改正で加えられた日本民法「依用」条項は、「婚姻年齢」（旧民法765条・780条1項・781条），「裁判上の離婚」（旧民法813条～819条）⁴⁴⁾，「認知」（旧民法827条～836条），「親族会」（旧民法944条～953条）⁴⁵⁾，「相続の承認」（旧民法1017条～1037条）⁴⁶⁾，「財産ノ分離」（旧民法1041条～1050条），である。

また「分家，絶家再家，婚姻，協議上の離婚，縁組及協議上の離縁」などの成立要件を，それまでの「事実主義」から「届出主義」に転換した。ただし，遺言による死後養子縁組の効力発生時期は死亡時とした（旧民法848条）。

なお，第2次改正は，1923年7月1日施行されたが，同日施行された「朝鮮戸籍令」には，本改正の内容に即した手続条項を定めている。

- ④ 第3次改正「朝鮮民事令」⁴⁷⁾（1940年2月11日施行）

「第十一条 朝鮮人ノ親族及相続ニ関シテハ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外第一条ノ法律ニ依ラス慣習ニ依ル但シ氏，婚姻年齢，裁判上の離婚，認知，裁判上ノ離縁，婿養子縁組ノ場合ニ於テ婚姻又ハ縁組カ無効ナルトキ又ハ取消サレタルトキニ於ケル縁組又ハ婚姻ノ取消，親権，後見，保佐人，親族会，相続の承認及財産ノ分離ニ関スル規定ハ此ノ限ニ在ラス

- ② （略）

- ③ 氏ハ戸主（法定代理人アルトキハ法定代理人）之ヲ定ム」

「附則 ① （略）

② 朝鮮人戸主（法定代理人アルトキハ法定代理人）ハ本令施行後六月以内ニ新ニ氏ヲ定メ之ヲ府尹又ハ邑面長ニ届出ツルコトヲ要ス

③ 前項ノ規定ニ依ル届出ヲ為ササルトキハ本令施行ノ際ニ於ケル戸主ノ姓ヲ以テ氏トス但シ一家ヲ創立シタル非サル女戸主ナルトキ又ハ戸主相続人分明ナラサルトキハ前戸主ノ姓ヲ以テ氏トス

(i) 「氏」「婿養子」等の「依用」

本改正制令の日本民法「依用」条項は、「氏」（旧民法746条）、「裁判上の離縁」（旧民法868条～875条）⁴⁸⁾、「婿養子縁組の無効又は取消」（旧民法786条・858条）、「婿養子離縁」（旧民法813条10号・818条）であり、「氏」は戸主が定めることとした⁴⁹⁾。本改正制令は1940年2月11日に施行されたが、「朝鮮戸籍令」も、各条項の「姓名」部分を「氏名」に、また「姓名及本貫」部分を「姓及本貫」に改め、婚姻に関する条項の「招婿」を「婿養子」に改正している（84条4号と85条）⁵⁰⁾⁵¹⁾。

附則では、戸主は「氏」を施行後6月以内に届けなければならないこと（設定創氏）、期間内に届け出がないときはこれまでの戸主の「姓」を「氏」とみなす規定を置いた（法定創氏）。

(ii) 「異姓不養」制度の否定

「第十一条の二 朝鮮人ノ養子縁組ニ在リテ養子ハ養親ト姓ヲ同シクスルコトヲ要セス但シ死後養子ノ場合ニ於テハ此ノ限ニ在ラス

② 婿養子縁組ハ養子縁組ノ届出ト同時ニ婚姻ノ届出ヲ為スニ因リ其ノ効力ヲ生ス

③ 婿養子ハ妻ノ家ニ入ル

④ 婿養子離縁又ハ縁組ノ取消ニ因リ其家ヲ去ルモ家女ノ直系卑属ハ其家を去ルコトナク胎児生レタルトキハ其ノ家ニ入ル

本改正制令は、11条の2を新設して、その1項で朝鮮の不変の慣習であった「異姓不養」の原則を廃止することにし、2項で婿養子縁組の成立要件を届出主義とするなどの改正を行った⁵²⁾。

- 13) 朝鮮時代の戸籍制度については、高翔龍『韓国社会と法』（信山社、2012年）10～12頁、朝鮮の戸籍制度の沿革と朝鮮戸籍令の記載例などは、坂本真一「敗戦前日本国における朝鮮戸籍の研究」韓国文化研究振興財団『青丘学術論集』10集（1997年）240～251頁に詳しく。
- 14) 「民籍法」（隆熙3年3月4日法律第8号）。条文は、向英洋『詳解 旧外地法』（日本加除出版、2007年）126頁以下参照。
- 15) 「民籍簿ノ閲覧其他ニ關スル件」（明治44年12月6日朝鮮総督府令第148号）は全文3条からなり、明治44年（1911年）12月16日より施行された。
- 16) 大正4年改正「民籍法」（大正4年3月20日朝鮮総督府令第17号）の主な改正点は、1条で府及び面に民籍簿を置くこと、1条の2と4条の「面長」を「府尹・面長」に改めること、第3条の2に次の条文を新設すること、であった。
「第三条ノ二 民籍カ養子、婚姻其他ノ事由ニ因リ一ノ府又ハ面ヨリ他ノ府又ハ面ニ転属スル場合ニ於テ転籍地ノ府伊又ハ面長ニ申告スルニハ申告書ニ転籍スヘキ者ノ民籍ノ謄本又ハ抄本ヲ添付スヘシ」
- 17) 大正10年改正「民籍法」（大正10年6月7日朝鮮総督府令第98号）
- 18) 「朝鮮人ト内地人トノ婚姻ノ民籍手續ニ関スル件」（大正10年6月7日朝鮮総督府令第99号）は全文9条からなり、その9条は「民籍法第五条ノニ乃至第五条ノ六ノ規定ハ婚姻又ハ離婚ニ因リ朝鮮ノ家ヲ去リタル者及内地ノ家ヲ去リテ朝鮮ノ家ニ入りタル者ノ民籍ノ記載手續ニ付之ヲ準用ス」として民籍の入家・去家手續を定めた。
- 19) 日本「戸籍法中改正法」（大正10年4月8日法律第48号）42条の2「第三十一条乃至第三十四条及ヒ第三十五条第一項ノ規定ハ共通法第三条ノ規定ニ依リテ内地ノ家ヲ去リタル者及ヒ他ノ地域ノ家ヲ去リテ内地ノ家ニ入りタル者ノ戸籍ノ記載手續ニ付キ之ヲ準用ス」。
- 20) 前掲注2）大正10年勅令第283号、前掲注18）大正10年朝鮮総督府令第99号附則10条。
- 21) 「第十一条 本令施行前朝鮮人ト内地人トノ間ニ為シタル婚姻又ハ離婚ニシテ民籍法又ハ戸籍法ニ従ヒ申告又ハ届出アリタルモノニ付テハ府尹又ハ面長ハ本令ノ定ムル所ニ準シ入籍、除籍其ノ他ノ手續ヲ為スヘシ
② 当事者、戸主其ノ地ノ利害関係人ハ当事者ノ本籍地ノ府尹又ハ面長ニ前項ノ申告又ハ届出アリタル旨ヲ申出ツヘシ」。
- 22) 改正「民籍法」（大正10年11月26日朝鮮総督府令第150号）
 - (1) 第1条の2に次の号を追加
「十六 親権又ハ管理権ノ喪失及失権ノ取消
十七 後見人又ハ保佐人ノ就職、更迭及任務ノ終了」
 - (2) 第1条の2に3項を追加
「後見ニ関スル申告ハ被後見人、保佐人ニ関スル申告ハ準禁治産者及失権取消ノ申告ハ子ノ本籍地ニ於テ之ヲ為スシ」
 - (3) 第2条に次の号を追加
「六 親権又ハ管理権ノ喪失ノ場合ニハ親権ヲ行ウ母、失権ノ取消ノ場合ニハ訴ヲ提起シタル者
七 後見人又ハ保佐人ノ就職及任務ノ終了ノ場合ニハ後見人又ハ保佐人、其ノ更迭ノ

場合ニハ後任者」

- 23) 第2次改正「朝鮮民事令」（大正11年12月7日制令第13号）11条の9「第十一条ノ三及第十一条ノ四ニ規定スルモノノ外戸籍簿、戸籍ノ記載手續、届出其ノ他戸籍ニ関シ必要ナル事項ニ付テハ朝鮮総督ノ定ムル所ニ依ル」。
- 24) 「朝鮮戸籍令」（大正11年12月18日朝鮮総督府令第154号）
- 25) 「朝鮮戸籍令」の全文は、大正11年12月18日朝鮮総督府官報第3106号215～222頁に掲載。
- 26) 日本「戸籍法」（大正3年3月31日法律第26号）
- 27) 朝鮮には、日本「国籍法」は施行されなかった。その点は、小熊英二『日本人の境界』（新曜社、1998年）154～159頁参照。
- 28) 宗法的祭祀相続と1933年の朝鮮高等法院の判決と戸主相続制度の移植については、高・前掲注13）153頁参照。
- 29) 「朝鮮戸籍令」の「第11節 親族入籍」110条は、戸主が他家に在る自己又は家族の親族を家族とする規定である。なお、日本旧民法737条の親族入籍は、戸主の親族が他家に在る者は戸主の同意を得てその家族になることである。
- 30) 第2次改正「朝鮮民事令」（大正11年12月7日制令第13号）
- 31) 「朝鮮戸籍令」附則第128条第1項は、朝鮮民事令11条から11条の9の改正規定施行の日より施行すると定めていた。その施行期日は、大正12年7月1日と定められた（大正12年3月31日朝鮮総督府令第64号）。
- 32) 「朝鮮戸籍令」附則128条2項。
- 33) 「朝鮮戸籍令」附則131条1項「本令施行前共通法第三条ノ規定ニ依リ朝鮮ノ家ヲ去リ又ハ他の地域ノ家ヲ去リテ朝鮮ノ家ニ入リル場合ニ於テ民籍法又ハ戸籍法ニ從ヒ申告又ハ届出アリタルモノニ付テハ府尹又ハ面長ハ本令ノ定ムル所ニ準シ入籍、除籍其ノ他ノ手續ヲ為スヘシ」。
- 34) 町谷雄次「旧外地人、内地人間の認知と入籍——朝鮮・台湾関係について」民事月報28巻8号（1973年8月）161～162頁。
- 35) 朝鮮の旧慣習法時代の相続は、召子午（金疇洙）・김상용（金相琿）『친족·상속법 제11판（親族・相続法 第11版）』（ソウル法文社、2013年）811頁～820頁、高・前掲注13）147～153頁、に詳しく説明されている。なお、慣習法上の朝鮮の相続についての日本の解釈について、李丙洙「朝鮮民事令について——第11条の「慣習」を中心に」法制史研究26号（1976年）165～166頁参照。
- 36) 宗法的祭祀相続と1933年の朝鮮高等法院の判決と戸主相続制度の移植については、高・前掲注13）153頁参照。
- 37) 「朝鮮民事令」（明治45年3月18日制令第7号）明治45年3月18日朝鮮総督府官報號外2頁、各改正条文は、外務省条約局法規課『制令（「外地法制史」第四部の一）前編』（昭和35年10月）211頁以下参照。
- 38) 旧慣習調査の過程は、李・前掲注35）155～159頁、鄭鍾林『韓国民法典の比較法的研究』（創文社、1989年）110頁～121頁に詳しい。
- 39) 各改正の条項は、外務省・前掲注37）217頁以下参照。
- 40) 改正「朝鮮民事令」（大正10年11月14日制令第14号）。

- 41) 改正「朝鮮民事令」(大正11年12月7日制令第13号)
- 42) 本改正の第11条の2では「朝鮮人ノ戸籍ニ関シテハ後第七条ノ規定ニ依ル」とし、第11条の3から第11条の9に朝鮮戸籍の規定を新設した。
- 43) 改正「朝鮮民事令」(昭和8年12月28日制令第23号、昭和9年1月1日施行)で、第2項の「面長」を「邑面長」とする改正を行う。
- 44) 「裁判上の離婚」について、「婿養子縁組による離婚に関する規定は除く」鄭・前掲注38) 105頁。李・前掲注35) 161頁も同旨。
- 45) 「親族会」は、第1次改正朝鮮民事令で949条を「依用」しているので949条を除く部分全部(鄭・前掲注38) 105頁。
- 46) 「相続の承認」について、「但し、1020条(法定家督相続人の相続放棄の禁止)を除く」鄭・前掲注38) 105頁、高・前掲注13) 153頁。李・前掲注35) 161頁も同旨。
- 47) 改正「朝鮮民事令」(昭和14年11月10日制令第19号)。
- 48) 「裁判上の離縁」について、「但し、隠居と関係のある874条但書及び夫婦養子に関する876条は除外」鄭・前掲注38) 106頁。
- 49) 「氏」については、「朝鮮人ノ氏名ニ關スル件」(昭和14年11月10日制令第20号)、「朝鮮人ノ氏ノ設定ニ伴フ届出及戸籍ノ記載手續ニ關スル件」(昭和14年12月16日朝鮮総督府令第221号)、「朝鮮人ノ氏名變更ニ關スル件」(昭和14年12月16日朝鮮総督府令第222号)が発せられ、「朝鮮人ノ氏名變更ニ關スル件」の附則で、朝鮮人の「姓名」を改称する際に警察の許可を受けることなどを定めた「朝鮮人ノ姓名改稱ニ關スル件」(明治44年10月26日朝鮮総督府令第124号)を廃止した。なお、創氏改名については、水野直樹『創氏改名』(岩波書店、2008年)、宮田節子・金英達・梁泰昊『創氏改名』(明石書店、1992年)などを参照。
- 50) 「朝鮮戸籍令」(昭和14年12月26日朝鮮総督府令第220号昭和14年12月26日)朝鮮総督府官報號外1頁。改正前84条(婚姻の届書の記載事項)1項4号は「招婿なるときは其の旨」とし、婚姻の届出地は85条で招婿の場合は妻の本籍地又は所在地としていたが、改正「朝鮮戸籍令」は、84条1項4号の「招婿」と85条の「招婿」が「婿養子縁組」に改正された。その点について、高・前掲注13) 36頁参照。
- 51) 李・前掲注35) 161頁では、戸内婚姻に関する規定(旧民法769条)も「依用」条項に含めている。
- 52) 「これは、韓国における家族法上の不変の大原則というべき同姓不婚制(同姓不娶)と異姓不養制を廃し、その代りいわゆる創氏制度と異姓養子の縁組が移植されたのである」「条文の改正の目的が、慣習法を抹殺して内鮮一体化を図ることであった……」鄭・前掲注38) 106頁。

3 「共通法」の立法趣旨と成立までの経緯

(1) 「共通法」の立法趣旨

「共通法」は、1918年4月17日法律第39号として公布され、3条を除いて、同年6月1日施行された⁵³⁾。3条の「地域」戸籍間連絡規則は、日本「戸籍法」の地域間連絡規則の改正や民籍法の特別法である「朝鮮人ト内地人トノ婚姻ノ民籍手續ニ関スル件」の施行と同時に、1921年7月1日に施行された⁵⁴⁾。ここでいう「地域」とは、「内地」「朝鮮」「台湾」「関東州」であり、「樺太」は内地に含めている（1条⁵⁵⁾）。

立法の一翼を担った山田三良氏は、「全文僅に十九箇條より成立する法律にして一見頗る簡短なるが如しと雖も其實極めて複雑なる規定にして關係する所廣く民事及刑事に關する法令の全部に及ふのみならず内地及殖民地間の法令の共通聯絡を規定する新規なる立法にして普通の法律の規定と全然其面目を異にする一大立法なりと言わさるへからず」と述べている⁵⁶⁾。

その上で、韓国併合後、「朝鮮を憲法施行區域外の領土即ち殖民地として統治すへきことを明かにすると同時に他方に於て内地の法律は原則として朝鮮に其効力を及ぼさざること」を明らかにし、朝鮮も台湾と同じく内地と法律を異にする別個の地域に「成すものと謂うへし」であるが⁵⁷⁾、「各地域の法令は各其施行區域を異にするの結果として一地域の法令の効果を他の地域に及ぼすが為めには特別の規定を要するにも拘らず從來其相互間の共通聯絡を規律すへき一般的規定を缺くが為め内地法は殖民地に及ぼす殖民地法は内地に及ぼす従って内地と殖民地との關係は法律上より言えは内國と外國との關係よりも一層疎遠にして殖民地人又は殖民地法人は外国人又は外国法人よりも一層不利益なる地位を有せざる地位を得ざるが如き不條理なる結果を醸出」していたので⁵⁸⁾ ⁵⁹⁾、「共通法」は「民事及刑事に關し各地域相互間の共通聯絡を規律し以て各地域に行わるる法令は

等しく帝國の法令にして互いに外國法律に対する對するよりも一層親密なる關係を有することを明かにせんことを期するものなり」と述べる⁶⁰⁾。

(2) 「共通法」成立までの経緯

韓国併合後の1911年、寺内正毅朝鮮総督による当局への建言で、1912年3月「内地、朝鮮、臺灣、關東州及樺太間に於ける民事刑事に関する法律案」(全文15条の第一案、全文16条の第二案)が作られた。同年4月には内閣に「共通法規調査委員会」が設置され、「共通法」の内容は、立法制度又は行政法規の統一を範囲外とし「最モ急要ヲ感スル民事及刑事ニ關スル事項に關スル事項ニ付キ相互ノ共通聯絡ヲ規定スルヲ以テ主旨トシ」たのである⁶¹⁾。1914年12月には第一草案23条を議し、1916年9月に全文22条の委員会の最終成案を得たが、法制局参事官の審議に附した結果、原案中の4か条を削除し1か条を増補した上で、1917年1月全文19か条の確定法案を完成し、1918年1月19日に帝國議會に政府より提出された⁶²⁾。

山田三良氏は、「共通法」は司法的法規の各地域間の共通連絡のみを規定したので、各地域の立法制度の統一、行政法規の統一、司法機關の統一、同一地域内における抵触問題、領事裁判権との關係、を規定しなかつたと述べている⁶³⁾。各地域間の立法制度の統一を規定しなかつた点について、台湾の律令や朝鮮の制令などを内地の法律に代えるべきとの主張があるが「理想上ヨリ言ハ何人モ一日モ速ニ殖民地ノ民俗ヲ改善シ其ノ文化開發ヲ促進シテ内地人ト同化セシメ之ヲ内地ニ編入スルニ至ランコトヲ期セサルヘカラサルハ素ヨリ論ヲ俟タス」としながら⁶⁴⁾、「理想上ヨリ言エハ一時的法律ニシテ永久的的法律ニアラスト雖モ實際上ニ於テハ殖民地ノ文化開發カ内地ト同一ノ程度ニ發達スルニ至ルマテハ容易ニ之ヲ撤廢スルコトヲ得サルヤ多辯ヲ要セス」と述べ⁶⁵⁾、現時点で各地域の立法制度の統一を図ることは「風俗習慣ヲ異ニスル事情ノ存續スル限りハ法律ノ帰一ハ尚之ヲ實現スルコトヲ得サルバク且各地域ノ法律ニシテ帰一セサル以上」は、無理と述べている。

次いで、山田三良氏は、行政法規の統一に関連して、内地・植民地間の本籍移転の自由を認めないのは「成文法上何等ノ根據無キ斷定ニシテ純理上ヨリ言エハ寧ろ反對ノ結果ヲ認メサルヲ得サルナリ」と述べている。また、法案には「一ノ地域ニ本籍ヲ有スル者ハ他ノ地域ニ轉籍スルコトヲ得」との規定があったこと、そのことが政治上軍事上経済上の理由でさらに「考究ヲ要スヘキ重大問題タルノミナラス」、その関係する所が多く幾多の行政法規に変更を加える必要があることなどを理由に削除したこと、親族関係の結果としての入家・去家の規定は同法3条に規定したことを回顧している⁶⁶⁾。さらに、行政法規の統一が出来ないので、「共通法」が内地・植民地間における一般法令の解釈統一に関する規定を設けていないこと、「共通法」自体の解釈の統一は将来の立法に譲ったと述べる⁶⁷⁾。

次に同一地域内における抵触問題について、山田三良氏は、法案には「同一ノ地域内ニ於テ人ニ依リ法律ノ規定ヲ異ニスルトキハ法例ノ規定ヲ準用ス」との規定があったが、削除したことを述べている⁶⁸⁾。その理由として、朝鮮において内地人と朝鮮人が婚姻する場合、同一地域内で人に依り法律を異にする結果、内地人は朝鮮民事令の民法に依り朝鮮人は民事令の慣習に依るが、これは朝鮮民事令自体の適用結果に過ぎず法例の規定を準用すべき必要はなく、また、法例は婚姻の方式については挙行地法を原則とするが内地人の民法に依る方式と朝鮮人の慣習による方式とが異なるときは、いずれの当事者の方式で挙行地法とみなすべきかは法例の準用では解決できないという⁶⁹⁾⁷⁰⁾。

53) 前掲注1) 大正7年勅令第144号。

54) 前掲注2) 大正10年勅令第283号、前掲注18) 大正10年朝鮮總督府令第99号附則10条。

55) 後に、「南洋群島」が「地域」に加えられた（大正12年3月29日法律第25号、同年4月1日施行）

56) 山田三良「共通法に就て」国際法外交雑誌16巻8号（1918年）1頁。

57) 山田・前掲注56)「共通法に就て」5～6頁。

58) 山田・前掲注56)「共通法に就て」6頁。

59) なお、内国外国間の私法関係の準拠法を規律する「法例」（明治31年6月21日法律第10

- 号)は、朝鮮に1912年に施行されていた(明治45年3月27日勅令第21号)。
- 60) 山田・前掲注56)「共通法に就て」7頁。
- 61) 山田三良「共通法案ニ就テ(1)」法学協会雑誌36卷(1918年)4号83頁。
- 62) 成立までの経緯は、山田・前掲注56)「共通法に就て」8～9頁、山田・前掲注61)「共通法案ニ就テ(1)」82～85頁、實方正雄『共通法』(日本評論社、1938年)末弘巖太郎『新法学全集』国際法Ⅲ第22回配本)12頁。
- 63) 山田・前掲注61)「共通法案ニ就テ(1)」86頁。
- 64) 山田・前掲注61)「共通法案ニ就テ(1)」87頁。
- 65) 山田・前掲注61)「共通法案ニ就テ(1)」88頁。
- 66) 山田・前掲注61)「共通法案ニ就テ(1)」92～93頁、山田・前掲注56)「共通法に就て」10頁。
- 67) 山田・前掲注56)「共通法に就て」10頁。また、「此法律其の物ノ解釋ハ各地區ニ亘ルノ虞ナキニ非ス、何トナレハ各地獨立ノ裁判所ヲ有シ(……)之等ヲ通シテ法ノ解釋ヲ統一スル最高ノ裁判所存せされはなり」松村眞一郎「共通法案ニ付テ」法政大学法学志林20卷2号(1918年)13頁。
- 68) 1914年の第一草案2条には「地域に依り法律を異にする」場合と「地域内で人により法律を異にする」場合が並列されていたが、1916年削除されたことである(浅野豊美『帝国日本の植民地法制』(名古屋大学出版会、2008年)367頁)。
- 69) 法例(明治31年6月21日法律第10号)13条「① 婚姻成立ノ要件ハ各当事者ニ付キ其本国法ニ依リテ之ヲ定ム但其方式ハ婚姻挙行地ノ法律ニ依ル」。
- 70) 山田・注61)「共通法案ニ就テ(1)」95～97頁、山田・前掲注56)「共通法に就て」11頁。

4 「共通法」 2 条 3 条の意義

「共通法」は大きく分けると、① 地域に関する規定(1条)、② 民事に関する規定(2条から12条)、③ 刑事に関する規定(13条から19条)、④ 施行に関する規定(附則)、である。

ここでは、②民事に関する規定の2条と3条の意義を述べることにしたい。

(1) 「共通法」 2 条

「第二条 民事ニ関シノ地域ニ於テ他ノ地域ノ法令ニ依ルコトヲ定メタル場合ニ於テハ各地域ニ於テハ其ノ地ノ法令ヲ適用スニ以上ノ地域ニ於テ同一ノ他ノ地域ノ法令ニ依ルコトヲ定メタル場合ニ於テ其ノ相互

ノ間亦同シ

- 2 民事ニ関シテハ前項ノ場合ヲ除クノ外法例ヲ準用ス此ノ場合ニ於テハ各當事者ノ属スル地域ノ法令ヲ以テ其ノ本国法トス」

①「共通法」2条1項前段と後段の意義

——外地「地域」への内地法令の「依用」

同法2条1項前段は、例えば朝鮮「地域」の法令は内地「地域」の法令とはその形式を異にするところがあってもその内容の実質が同じ場合が多い。朝鮮民事令1条は、民事に関しては「民法」に依ると規定しているが、依用される「民法」も法律である「民法」もその内容は同一なので、互いに法令を同じくするものとみなし、内地「地域」においては内地法たる「民法」を適用し、朝鮮「地域」においては「朝鮮民事令」が依用する「民法」を適用する。そのような意味と考えられる。

同法2条1項後段は、例えば朝鮮「地域」の「朝鮮民事令」、台湾「地域」の「台湾ニ施行スル法律ノ特例ニ関スル件」相互間でも内地「地域」の法令に依るとする場合が多い。その場合も、互いに法令を同じくするものとみなし、朝鮮「地域」・台湾「地域」間では、それぞれの「地域」の法令を適用する⁷¹⁾。そのような意味と考えられる。

同法2条1項は、内地「地域」の法令を依用する範囲内では、結果的に異法地域を構成しないことを明らかにしたことになる⁷²⁾。

②「共通法」2条2項前段の「法例ヲ準用ス」の意義

例えば、朝鮮「地域」の民事法には「朝鮮民事令」が適用され、制定時の「朝鮮民事令」11条は「能力」「親族」「相続」の法律関係には慣習法を適用するとしている。そこで、朝鮮人・内地人間のそれらの法律関係には抵触問題が発生する。同法2条2項前段の「民事ニ関シテハ前項ノ場合ヲ除クノ外法例ヲ準用ス」とは、2条1項により内地法令を「依用」する民事法律関係を除いて生じる各「地域」間の民事法律関係の抵触問題は、内

外私法の抵触問題とその性質が同じとみて国際私法規定たる「法例」を準用するという意味と解される。

③「共通法」2条2項後段の「各当事者ノ属スル地域ノ法令」の意義

「法例」は「能力」「親族」「相続」の法律関係について当事者の属人法を準拠法とし、属人法には「本国法」を採用していたが⁷³⁾、各「地域」間には、本国法(国籍所属国法)なるものが存在しない。そこで、同法2条2項後段は、「各当事者ノ属スル地域ノ法令ヲ以テ其ノ本国法トス」とした。「各当事者ノ属スル地域」とは、当事者が身分上所属する地域であり、身分上の本拠たる本籍と解されていたので⁷⁴⁾、「法例」の「本国法」の代用となる属人法は、各当事者の本籍地で適用されている「法令」ということになる。つまり、同法2条2項後段は、朝鮮人に適用される属人法とは、朝鮮に住所を有するか内地に住所を有するかの如何に拘わらず、朝鮮「地域」に「本籍」を有する者に適用されている法令であり、内地人に適用される属人法とは、日本に住所を有するか朝鮮に住所を有するかの如何に拘わらず、内地「地域」に「本籍」を有する者に適用されている法令ということになる。このような連結点採用の考え方は「本籍主義」または「本籍地法主義」といわれた⁷⁵⁾⁷⁶⁾。

なお、實方正雄氏は、「本籍地法主義」によって適用規則の対象となる法律関係は「親族」「相続」等に関する事項なので、これらの事項は外地の各地域に行われる「人に関する特殊法規なのであるから、転籍不自由の制度下に於ては、此の連結点の採用は一種の種族法的意義を持ち、謂わば異法人域間の適用規則たる機能を發揮するのである。住所地法主義に依らずして本籍地法主義を採用した實質的根拠は此處にある」と述べている⁷⁷⁾。

(2)「共通法」3条

「第三条 一ノ地域ノ法令ニ依リ其ノ地域ノ家ニ入ル者ハ他ノ地域ノ家ヲ

去ル

- 2 一ノ地域ノ法令ニ依リ家ヲ去ルコトヲ得サル者ハ他ノ地ノ家ニ入ルコトヲ得ス
- 3 陸海軍ノ兵籍ニ在ラサル者及兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者ニ非サレハ他ノ地域ノ家ニ入ルコトヲ得ス但シ徴兵終結処分ヲ經テ第二国民兵役ニ在ル者ハ此ノ限りニ在ラス

④ 「共通法」3条1項の「地域」戸籍間連絡規則の意義

「共通法」の制定時には、朝鮮には朝鮮人の身分登録法としての「民籍法」（1923年7月1日から「朝鮮戸籍令」）があり、日本には日本人の身分登録法としての「戸籍法」が存在していた。しかし、「民籍法」と「戸籍法」とは何等の連絡規則もなかったので、当事者が身分法上の効果として一の「地域」の家を去るにも他の「地域」の家に入るにも入籍・除籍の手続が行われなかった。そこで、各「地域」戸籍相互間の連絡規則の原則を定めたものが、3条1項である。

(i) 「地域」戸籍間の転籍等の禁止

しかし、現在の「地域」戸籍を当事者の意思で他の「地域」戸籍に変更する「転籍」禁止の原則は日本の敗戦時まで一貫して維持された。「共通法」の制定過程では、許可により本人の意思に基づく「地域」戸籍間の「転籍」を認める草案が準備されていた。1916年9月の委員会最終草案第4条の「一ノ地域ニ本籍ヲ有スル者ハ他ノ地域ニ転籍スルコトヲ得、転籍ニ必要ナル条件ハ各地域ノ法令ノ定ムル所ニヨル」がそれであったが⁷⁸⁾、それらは内閣法制局で修正された⁷⁹⁾。それと軌を一にしたのか、朝鮮人の内地への転籍・分家・一家創立禁止に関する行政当局の回答が発せられ⁸⁰⁾、同法施行後の1921年にも民事局長回答が発せられている⁸¹⁾。それらによると、同法3条1項は身分変更に伴う本籍転属に限る規定であり、「分家」「転籍」「一家創立」「廃絶家再興」等のように一地域から他の地域にその「家籍」を転じたり「家籍」を定める場合は含まれないことを明ら

かにした。その点は、内地人が朝鮮「戸籍」に転籍等をする場合も同様である。ただし、親族入籍や引取入籍等、単に家族たる身分の得喪のみを目的とする行為は、同法3条1項の適用範囲内とされた⁸²⁾。なお、転籍等禁止の廃止論は1930年代末にも唱えられたが、日本の敗戦に至るまで転籍等禁止の法理は維持された⁸³⁾。

(ii) 身分変動による「地域」戸籍間連絡規則

「共通法」3条1項は、「一ノ地域ノ法令ニ依リ其ノ地域ノ家ニ入ル者ハ他ノ地域ノ家ヲ去ル」と規定している。法令の形式を異にする「地域」間で一地域の法令上「入家」なる家族法的効果が発生するときは、他の地域においてはその家族法的効果を承認して「去家」の原因とするというものである⁸⁴⁾。そのためには、各地域に属する者の間の身分行為が同法2条2項で規定する「本籍地」の法令により有効でなければならない。この点について、實方正雄氏は、「この連絡規則を異地域間連絡規則と称するも、元来戸籍法規は属人性を有し、内地人の家・朝鮮人の家・台湾人の家と言う以外には考えられず、身分行為の家族法的効果並びに戸籍法規の連絡を必要とするのは此の異法人域間に関するものであるから、それは実質に於いて異法人域連絡規則たるの機能を営んでいるということこれである」と述べる⁸⁵⁾。

例えば、内地「地域」に本籍を有する男子と朝鮮「地域」に本籍を有する女子が婚姻する場合、婚姻の実質的成立要件を定める法例13条1項本文「各当事者ノ本國法ニ依ル」が「各当事者ノ本籍地法ニ依ル」と読み替えられる。次に、その成立要件を具備し、形式的成立要件を定める法例13条1項但書（「婚姻挙行地ノ法律ニ依ル」）の要件も具備したとする。そうすると、旧民法788条1項「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」が適用されて、朝鮮「地域」に本籍を有する女子は、男子の内地戸籍に「入家」し、朝鮮戸籍を「去家」する。この点は、「入夫及婿養子」（旧民法788条2項）「養子縁組」（旧民法861条）、「認知」（旧民法735条、733条参照）にも当てはまる。以上の法理は、朝鮮「地域」に本籍を有する男子と内地「地域」に

本籍を有する女子が婚姻等をする場合も同様である。

では、婚姻又は養子縁組をし、その後に離婚・離縁した場合は元の「地域」戸籍に復籍するのであろうか。その点について、實方正雄氏は、一定の場合を除いて元の「戸籍」への復籍を肯定する⁸⁶⁾。

「地域」戸籍間の連絡規則を定めた「共通法」3条の施行は、「朝鮮人ト内地人トノ婚姻ノ民籍手續ニ関スル件」9条と日本「戸籍法」42条の2の追加改正による内地・朝鮮間の「入家」「去家」規定とともに1921年7月1日施行された⁸⁷⁾。朝鮮「地域」では、1923年7月1日からは「民籍法」を受け継いだ「朝鮮戸籍令」32条の規定がその根拠となる。

② 「共通法」3条2項の「地域」戸籍間移動の禁止（準拠実質法による「去家」禁止）の意義

「共通法」3条2項の「一ノ地域ノ法令ニ依リ家ヲ去ルコトヲ得サル者ハ他ノ地ノ家ニ入ルコトヲ得ス」とは、朝鮮「地域」の法令若しくは内地「地域」の法令に基づく身分行為があり内地戸籍又は朝鮮戸籍に入るべき場合でも、内地「地域」又は朝鮮「地域」の法令が「去家」を禁止している場合は、その「地域」戸籍間の移動が禁止される、という意味である。例えば、法定推定家督相続人の「去家」禁止規定（旧民法744条）が挙げられる⁸⁸⁾。

では、同法3条2項によって「地域」戸籍間移動が禁止される場合、当事者の身分行為そのものはどのような影響を被るのであろうか。その点について、實方正雄氏は、「親族入籍」は家族法的効果しか生じないので当然無効であり⁸⁹⁾、婚姻・養子縁組も無効であるが、認知は有効に成立するという⁹⁰⁾。實方正雄氏は、その法理は同法3条3項の場合の兵役義務による「去家」禁止規定の場合も同様と述べている⁹¹⁾。

③ 「共通法」 3 条 3 項の「地域」 戸籍間移動の禁止（兵役義務による「去家」禁止）の意義

「共通法」 3 条 3 項は「陸海軍ノ兵籍ニ在ラサル者及兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者ニ非サレハ他ノ地域ノ家ニ入ルコトヲ得ス但シ徴兵終結処分ヲ経テ第二国民兵役ニ在ル者ハ此ノ限りニ在ラス」と規定する。

「共通法」制定当時の「徴兵法」（明治22年法律第1号）1条は、「日本帝国臣民ニシテ満十七歳ヨリ満四十歳マテノ男子ハ総テ兵役ニ服スル義務アルモノトス」とし、日本帝国臣民で満17歳から満40歳の男子が兵役義務対象者であった。一方、当時の国籍法24条も同様の規定であったので⁹²⁾、「共通法」3条3項の兵役義務による「去家」禁止規定について、山田三良氏は「国籍法第二十四條と同一の精神より出たるものにして且内地人に對する制限たるに過ぎざるなり」と述べ⁹³⁾、實方正雄氏は、内地人の「他地域への家籍の異動が兵役忌避の結果なる虞あるを防止せんが為」と述べる⁹⁴⁾。

その後、「共通法」3条3項は三度に亘って改正される。

(i) 第1次改正「共通法」（昭和17年2月18日法律16号）（1942年2月18日施行）

第1次改正3条3項は「戸籍法ノ適用ヲ受クル者ハ兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者ニ非サレハ他ノ地域ノ家ニ入ルコトヲ得ス」と規定した。

「徴兵法」は、1927年にその名称を「兵役法」に変更し⁹⁵⁾、1条で「帝国臣民タル男子ハ本法ノ定ムル所ニ依リ兵役ニ服ス」とし、その2条で「1 兵役ハ之ヲ常備兵役、補充兵役及国民兵役ニ分ツ 2 常備兵役ハ之ヲ現役予備役ニ、補充兵役ハ之ヲ第一補充兵役及第二補充兵役ニ、国民兵役ハ之ヲ第一国民兵役及第二国民兵役ニ分ツ」とし、兵役体系の基礎となる第二国民兵役を規定する9条2項は「第二国民兵役ハ戸籍法ノ適用ヲ受クルモノニシテ常備兵役、後備兵役、補充兵役及第一国民兵役ニ在セサル年齢十七年ヨリ四十年迄ノ者之ニ服ス」と規定していた。

それらによると、第二国民兵役対象者は、戸籍法の適用を受ける内地人男子で、17歳から40歳までの年齢の者ということになる。

第1次改正は、改正前と比較すれば、ただし書きを削除したことと「戸籍法ノ適用ヲ受クル者」等の文言上の変更であり、改正前と実質的な変更はなかったといえよう⁹⁶⁾。

なお、本改正法は、「兵役法及共通法中改正法律」2条で改正され、1942年2月18日施行された。

(ii) 第2次改正「共通法」（昭和18年3月2日法律第5号）（1943年8月1日施行）

第2次改正3条3項は「戸籍法又ハ朝鮮民事令中戸籍ニ関スル規定ヲ受クル者ハ兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者ニ非サレハ内地及朝鮮以外ノ地域ノ家ニ入ルコトヲ得ス」と規定し、附則2項で「本法施行ノ際徴兵適齢ヲ過ギ居ル者及徴兵適齢ノ者ニシテ其ノ際現ニ戸籍法ノ適用ヲ受クル者又ハ本法施行後其ノ適用ヲ受クルニ至リタルモノニ付テハ第三条第三項ノ改正規定ニ拘ラズ仍従前ノ例ニ依ル」とした。

この改正は、1943年の「兵役法」の改正を受けて成案されたもので⁹⁷⁾、改正「兵役法」の施行と同時に1943年8月1日施行された。

改正「兵役法」は、兵役体系の基礎となる第二国民兵役を規定する第9条2項を「第二国民兵役ハ戸籍法又ハ朝鮮民事令中戸籍ニ関スル規定ノ適用ヲ受クルモノニシテ常備兵役、後備兵役、補充兵役及第一国民兵役ニ在セサル年齢十七年ヨリ四十年迄ノ者之ニ服ス」と改正し、「又ハ朝鮮民事令中戸籍ニ関スル規定」を追加した。それにより、朝鮮戸籍に登載される者で、満17歳から満40歳までの男子も第二国民兵役対象者になった。

「兵役法」附則2項も次の様に改正されている。「第九条二項及第二十三条第一項ノ改正規定ハ本法施行ノ際徴兵適齢ヲ過ギ居ル者及徴兵適齢ノ者ニシテ其ノ際現ニ朝鮮民事令中戸籍ニ関スル規定ノ適用ヲ受クル者又ハ本法施行後其ノ適用ヲ受クルニ至リタルモノ（第三条ノ規定ニ該当スル者ヲ除ク）に之ヲ適用セス」とし、同附則3項は「前項ノ規定ニ該当スル者ニ付テハ第五十二条第一項ノ改正規定ニ拘ラス仍従前ノ例ニ依ル」とした。

附則2項は、第二国民兵役対象者に朝鮮戸籍に登載される者を加える改正規定施行の際に「徴兵適齢を過ぎた者」・「徴兵適齢の者」（満17歳から

満40歳)で、現に朝鮮戸籍に登録されている男子又は施行後に朝鮮戸籍に登録された徴兵適齢者は、志願兵を除いては(第3条)適用しないというものであった。つまり、兵役対象者は、徴兵適齢未満の朝鮮人男子に限られ、法施行の際に満17歳から満40歳までの朝鮮人男子を除いた⁹⁸⁾。

それを受けた第2次改正3条3項は、内地戸籍又は朝鮮戸籍の適用を受ける兵役対象者である男子の内地戸籍・朝鮮戸籍間の「入家」「去家」は許容したものの、それ以外の「地域」戸籍への「去家」を禁止した。また、「共通法」附則2項は、改正法施行の際に「徴兵適齢を過ぎた者」・「徴兵適齢の者」(満17歳から満40歳まで)で、現に内地戸籍に登録されている者や改正法施行後に内地戸籍に入った者の「去家」は禁止したのである⁹⁹⁾。つまり、改正法施行の際に満17歳から満40歳までの内地人男子は、内地戸籍から朝鮮戸籍を含む他の「地域」戸籍への移動を禁止したのである。

(iii) 第3次改正「共通法」(改正「兵役法」(昭和18年11月1日法律第110号))

(公布日施行, 附則6項7項は1944年9月1日施行)

改正「兵役法」は、附則6項で「共通法」3条3項を削除し、同附則7項で「前項ノ定施行ノ際徴兵適齢ヲ過ギ居ル者及徴兵適齢ノ者ニシテ其ノ際現ニ戸籍法又ハ朝鮮民事令中戸籍ニ関スル規定ノ適用ヲ受クル者又ハ同項ノ規定施行後其ノ適用ヲ受クルニ至リタルモノニ付テハ仍従前ノ例ニ依ル」と規定した。

改正「兵役法」は、第二国民兵役に関する9条2項の「戸籍法又ハ朝鮮民事令中戸籍ニ関スル規定ノ適用ヲ受クルモノニシテ」を削除し、「第二国民兵役ハ常備兵役, 後備兵役, 補充兵役及第一国民兵役ニ在セサル年齢十七年ヨリ四十五年ニ満ツル年ノ三月三十一日迄ノ者之ニ服ス」とし、いずれの「地域」戸籍に登録されているかの制限を除去し、年齢の上限を満40歳から「四十五年ニ満ツル年ノ三月三十一日迄ノ者」に引き上げた。

それと同時に、「共通法」3条3項の兵役義務に関する「去家」規定を削除し、前回の改正と同様に、施行時に内地戸籍・朝鮮戸籍に登録されて

いる者の「去家」禁止規定を存続させたのである。つまり、改正法施行の際に満17歳から満40歳までの内地人男子の内地戸籍から他の「地域」戸籍への移動、同じく満17歳から満40歳までの朝鮮人男子の朝鮮「地域」戸籍から他の「地域」戸籍への移動は制限したのである。

④「共通法」3条3項の「兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者」の 解釈の変更

「共通法」3条3項は、3度の改正がなされたが、制定時の「兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者」の部分は、昭和17年法律16号で「戸籍法ノ適用ヲ受クル者ハ兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者」に改正され、昭和18年法律第5号では「戸籍法又ハ朝鮮民事令中戸籍ニ関スル規定ヲ受クル者ハ兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者」に改正され、昭和18年法律第110号では、その規定が削除された。

そこで、この「兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者」に第二国民兵役対象者に達しない17歳未満の者を含むかについて、行政当局の見解が当初の寛容説から厳格説に変更した経緯があった。

寛容説（積極説）とは、「専ら兵役義務年齢の最高限にある者を指し、……現に服役義務を負わない17歳未満の男子はこの規定の解釈上当然に「兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者」に含まれる」とする¹⁰⁰⁾。それに対して、厳格説（消極説）は、同法3条3項の規定が「「兵役ニ服スル義務ナキ者」という表現とは明らかに異なる「兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者」という表現を用いていることを形式的論拠として、満17歳未満の男子は現に服役義務を負う者ではないけれども、「終局的に服役義務がないことになった者とはいえないから、満17歳未満の男子は「義務ナキニ至リタル者」とはいえない」とするものである¹⁰¹⁾。

「共通法」制定当初は寛容説で運用されていたが、第1次改正「共通法」の施行（1942年2月18日）前後から厳格説に転換して運用されたといわれる¹⁰²⁾¹⁰³⁾。

とすると、第1次改正「共通法」施行前後からは、零歳から満40歳までの内地「戸籍」にある男子は、有効な身分行為が成立しその家族法的効果として「去家」と定められていても外地「戸籍」に「去家」できず、第2次改正「共通法」施行前後から、零歳から満40歳までの内地戸籍や朝鮮戸籍にある男子は、有効な身分行為が成立しその家族法的効果として「去家」と定められていても、それ以外の外地「戸籍」に「去家」できなかつたことになる。各「地域」間の戸籍移動は第3次改正「共通法」施行の1944年9月1日以降に至って可能になったといえよう。

しかし、朝鮮戸籍に登載されている男子の兵役義務を定めた第2次改正「共通法」附則2項では、改正法施行の際に徴兵適齢を過ぎた者や徴兵適齢の者であれば、その際現に内地戸籍に登載されている男子等の「去家」禁止があり、さらにいずれの「地域」に登載されている男子であっても兵役義務が課された第3次改正「共通法」附則2項では、改正法施行の際に徴兵適齢を過ぎた者や徴兵適齢の者であれば、その際に現に内地戸籍や朝鮮戸籍に登載されている男子等には依然として「去家」禁止の制限が設けられていた。

- 71) 山田三良「共通法に就て(承前完)」国際法外交雑誌16巻9号(大正7年(1918年))4～5頁、山田三良「共通法ニ就テ(3)」法学協会雑誌36巻(大正7年(1918年))7号52～56頁。
- 72) 「共通法第二条第一項は、此の範圍に於て各地域が異法地域を構成せざることを實質に於て認めたものである」實方・前掲注62) 28頁。
- 73) 法例(明治31年6月21日法律第10号)で「本國法」を連結点に採用している法律関係は、3条(行為能力)に「本國法」、13条(婚姻の成立要件)に「各当事者の本國法」、16条(離婚)に「夫の本國法」、18条(認知)に「父又は母の本國法」又は「子の本國法」、19条(養子縁組及び離縁)に「各当事者の本國法」、25条(相続)「被相続人の本國法」などがある。
- 74) 「所謂『各当事者ノ属スル地域』とは、當事者が身分上所属する地域即ち身分上の本據たる本籍たる意味に理解せられるべきである」實方・前掲注62) 31頁。
- 75) 山田・前掲注71)「共通法ニ就テ(3)」56～57頁、山田・前掲71)「共通法に就て(承前完)」5頁。なお、この点に言及した最近の国際私法の概説書に、石黒一憲『国際私法第2版』(新世社、2007年)がある。「当時の日本においては、国際私法の問題と共に、「法

の国内的な抵触」の問題が処理されなければならなかった。……この点については、別に「共通法」（大正7年法律第39号）という法律が制定され、そこにおいて、法例の規定が準用されていた。準用といっても、そこでは法例の本国法主義における「連結点」たる国籍を、住所等に読みかえ、当該の者が内地・外地いずれに居住するかによって、内地法・外地法のいずれかが適用されるかと言えば、そうではない。その連結点を「戸籍」の所在、つまりは本籍地の如何に求めていた点が、特色をなす。……結局、戦前の日本における「法の国内的抵触」問題の処理においては、法例の夫や親の本国法主義を、夫や親の本籍地に読みかえて、その地に妥当する法が適用されていたことになる。」（143頁）

- 76) ここでいう「本籍地法主義ノ属人法ハ唯内地人ト殖民地人トノ間若ハ殖民地人相互ノ間ニ於ケル法律関係ノ準拠法タルニ過キスシテ内地人相互ノ関係ニ付テハ之ヲ適用スル余地ヲ存セサルコト是ナリ蓋シ内地法ハ内地ニ於ケル内地人ニ對シテ属人法ヲ成スコトアルモ殖民地ニ於ケル内地人ニ對シテ属人法ヲ成スモノニアラス何トナレハ内地人ハ内地ニ在リテハ内地法ニ從フカ如ク殖民地ニ在リテハ各其ノ地ノ法令ニ從フヘキモノニシテ内地法ニ從フモノニアラサレハナリ」（山田・前掲注71）「共通法ニ就テ（3）」58頁）。
- 77) 實方・前掲注62）32頁。
- 78) 浅野・前掲注68）361頁。なお、「委員会最終草案第5条には、戸籍の届出で自分の属する地域外でも行うことができるとの規定が置かれていた。」（同頁）。
- 79) 山田三良氏が、転籍規定削除に反対した経緯は、浅野・前掲注68）362～363頁参照。「転籍規程の削除は、私法が公法的性格を帯びていたことを証して余りあるものであった。」（同書364頁）
- 80) 大正5年（1916年）7月2日民事第1061号法務局長回答「三 民籍簿ニ登載アル朝鮮人ハ内地ニ転籍ノ手續ヲ為スコトヲ得ルヤ又同簿ニ登載ナキ者ハ内地ニ就籍セシメ得ヘキヤ若シ前段後段共ニ可能ナリトセハ其運用方法ハ総テ内地ニ於ケルト同様ノ振合ニヨリ取扱ヒ前段ノ場合ハ届書ノ一通ヲ朝鮮ニ送付スヘキヤ」法務局長回答「第三項 朝鮮人ハ内地ニ転籍又ハ就籍ヲ為スコトヲ得ス」、大正6年（1917年）1月18日民事第58号法務局長回答（いずれの回答も向・前掲注14）134頁から引用）。
- 81) 大正10年（1921年）12月28日民事第4030号民事局長回答「第三 共通法第三条第一項ハ身分変更ノ結果ニ依リ其者ノ本籍ノ転属スル場合ヲ規定シタルモノニシテ分家、転籍、就籍、一家創立、廢絶家再興等ノ如クノ地域ノモノカ他ノ地域ニ其家籍ヲ転シ又ハ家籍ヲ定ムル場合ヲ包含セサルモノト解スヘキヤ」〔回答 第三項 貴見ノ通〕（向・前掲注14）135頁から引用）。
- 82) 向・前掲注14）138～139頁。なお、同書139～141頁で、それに関する行政先例を列挙している。
- 83) その点の経緯は、小熊・前掲注27）440頁以下、浅野・前掲注68）527頁以下、に詳しい。
- 84) 實方・前掲注62）52頁。
- 85) 實方・前掲注62）48頁。一部原文を変更している。
- 86) 「連絡規則の精神は、或る身分行為が兩地域に相関的な家族的効果を生ずべきときは、相互的に之を承認して戸籍制度の連絡を圖る、という点にあるものと解するから、斯かる

場合も包含せしむべきである」實方・前掲注62) 53頁。

- 87) なお、山田・前掲注71)「共通法に就て(承前完)」6頁によると「朝鮮に於ては内地人朝鮮人間の婚姻又は縁組の成立を認むるのみならず」「大正4年7月以来、朝鮮人が内地人を妻として婚姻申告を為したるときは朝鮮人間に於ける婚姻と同様に入籍の手續を為し其の子は嫡出子として取扱うべきものとし、朝鮮の女子が婚姻に因り内地人の家に入りたるときは其の旨を記載して民籍を除くものとせり」「且朝鮮の女子が養子縁組に因り内地人の家に入りたる場合には大正4年以来其の民籍を除くことを認めるに至りたるも、朝鮮人たる男子が養子縁組に因りて内地人の家に入りたる場合には其の旨を民籍簿に記載するのみにして民籍は之を除くへからざるものとせり」また、「近年朝鮮人たる女子の内地人の妻と為ることを得ると同時に内地人も亦朝鮮人と為ることを得ざるに至れり」との記述があり、その取扱いの変化を記述している。山田・前掲注71)「共通法ニ就テ(3)」59頁にも同趣旨の記述がある。その点は、坂本・前掲注13) 262~263頁も参照。
- 88) 例えば、法定推定家督相続人の「去家」禁止の規定である日本民法第744条「法定ノ推定家督相続人ハ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立スルコトヲ得ス但本家相続ノ必要アルトキハ此限ニ在ラス」。また、例えば、家に祭るべき祖先を有する朝鮮人戸主は、本家相続をするための縁組のほかは、縁組によってその家を去ることができないので、内地人夫婦の養子なる縁組届は受理されない(向・前掲注14) 294頁参照)。
- 89) 「なお、親族入籍の如く家族法的效果の発生を唯一の目的とする身分行為に就いて行為自体が無効とせられるべきことと言を俟たないであらう」實方・前掲注62) 55頁。
- 90) 婚姻・養子縁組は「初めから家を異にする夫婦又は養親子の如きは之を認めざる趣旨と解すべく、此の意味からして入籍と不可分関係にある」ので「全然無効となるものとすべきであらう」、認知は、民法第735条の趣旨から「家族法的效果と親子法的效果とを可分的に解し、家を同じくせざる親子関係の発生も差し支えないものと考えられるから、認知は有効に成立し」と述べる(實方・前掲注62) 55~56頁)。
- 91) 「斯かる問題は兵役義務に基く移動禁止の場合にも等しく発生する」(實方・前掲注62) 55~57頁)。
- 92) 「国籍法」(明治32年3月16日法律第66号)「第二四条 満十七年以上ノ男子ハ前五条ノ規定ニ拘ハラス既ニ陸海軍ノ現役ニ服シタルトキ又ハ之ニ服スル義務ナキトキニ非サレハ日本ノ国籍ヲ失ハス
現ニ文武ノ官職ヲ帯フル者ハ前六条ノ規定ニ拘ハラス其官職ヲ失ヒタル後ニ非サレハ日本ノ国籍ヲ失ハス」。
- 93) 山田・前掲注71)「共通法に就て(承前完)」7頁。
- 94) 實方・前掲注62) 56頁。
- 95) 「兵役法」(昭和2年4月1日法律第47号)
- 96) 檜垣明美「共通法第3条第3項の適用が問題になる国籍認定の事例について——朝鮮関係」民事月報45巻(平成2年(1990年))9号15頁。
- 97) 「兵役法」(昭和18年3月2日法律第4号)
- 98) この点について、「すでに朝鮮人として成熟した者よりも、まだ心身未成熟であり、したがって忠誠心の昂揚等につきまだ育成の余地のある若年層に、より期待すべきものとし

「共通法」2条3条に関する小考（趙）

たのではなかろうか」田代有嗣・吉田和夫・林田慧「共通法3条3項と兵役法との関係——戸籍事務と兵役法(1)」戸籍270号(1969年6月)6頁。

- 99) 「つまり、これらの内地人は満40歳を超え、兵役義務なきに至った後でなければ内地籍を離れることはできないものとされているのである」町谷・前掲注34) 173頁。
- 100) 檜垣明美「共通法第3条第3項の適用が問題になる国籍認定の事例について——朝鮮関係」民事月報45巻(1990年)9号16頁。
- 101) 「また、実質的にも、満17歳未満の男子と満40歳を超える男子とでは、現に服役義務がない点では同じであるが、満17歳未満の男子は、将来的には必ず兵役義務に達する者であるので、両者を同一に取り扱うことは妥当でないと主張する。」檜垣・前掲注100) 17頁。
- 102) 町谷・前掲注34) 171頁。田代ほか・前掲注98)「共通法3条3項と兵役法との関係——戸籍事務と兵役法(3)」戸籍272号17～27頁参照。そこでは、寛容説として、昭和5年8月27日民甲第940号司法省民事局長回答(17歳未満の内地人男子が朝鮮人父から認知されたときは朝鮮籍に移る)、厳格説として、昭和17年9月10日民甲第630号司法省民事局長回答(17歳未満の内地籍男子は共通法3条3項の「兵役ニ服スル義務ナキニ至リタル者」に該当しないから外地籍に移ることはできない)、昭和18年1月7日法民乙第3号朝鮮総督府法務局長通牒(17歳未満の内地籍男子は他の地域の家に入ることはできない)が紹介されている。
- 103) 大阪地判昭和57年11月16日(外国人登録法違反被告事件)(判例時報1087号(1983.10.21)16頁)は、昭和17年9月16日朝鮮人父と日本人女の非嫡出子として出生した被告が、昭和17年10月10日朝鮮人父から他の日本人女との虚偽の嫡出子出生届が受理され朝鮮籍に登録されていた。そこで、昭和17年法律第16号の共通法3条3項は「将来兵役義務を負担する内地籍男子について、兵役義務のない外地籍への転籍を許容する趣旨であったとはどうい解し得ず、同条項はいまだ兵役義務年限に達しない零歳から満17歳なので内地籍男子にも適用されると解するのが相当で」、「共通法3条3項は強行法規と解すべきであり、そうすると、昭和17年10月10日当時右規定によって、被告人については、内地戸籍から朝鮮戸籍への転籍は禁止されていたことになる」とした。本判決は、遅くとも第1次改正「共通法」後は厳格説を採用していたとの見解と思われる。

終わりに

日本の敗戦前には、植民地としての外地があった。「共通法」は「地域」を日本たる「内地」と外地たる「朝鮮・台湾」等に区分し、各「地域」関の刑事・民事関係の法の適用関係を定め、民事関係法の適用関係には「法例」を準用し、「法例」が属人法の連結点に本国法を採用している場合には、本国法に代えて「本籍地法」を属人法の連結点とした。「本籍地法」を適用した結果、各「地域」に属する者の間で身分関係が有効に成立し、

適用された「本籍地法」が「家」(戸籍)の移動を規定しているときは、当事者は「地域」戸籍間で移動することにし、それに備えて「地域」戸籍間連絡規則を定めた。

「本籍地法」が連結点であれば、「本籍地」即ちいずれの地域の「戸籍」に属するかによって適用される民事実体法が異なる。当事者が、朝鮮「民籍法」・「朝鮮戸籍」に登録されているのか、日本「戸籍」に登録されているかによって、適用される民事実体法が異なる。当事者がいずれの「戸籍」に登録されるかは、「地域」戸籍間連絡規則によっても変更する。しかしながら、この「地域」戸籍間連絡規則は、転籍等の禁止の原則を厳守し、かつ「本籍地法」が家の移動を命じている場合に常に戸籍間で移動するものではなかった。「共通法」3条2項3項の「去家」禁止規定がその移動を阻んだばかりか、「去家」禁止規定で戸籍の移動がなければ、「本籍地法」によって有効に成立した身分行為そのものが否定される場合もありえたのである。特に、戦争遂行の拡大と兵力補充のために第二次世界大戦中の一時期にあっては、「共通法」3条3項の兵役義務の「去家」禁止規定の対象者を内地「戸籍」対象者から朝鮮「戸籍」対象者に広げながら、3項の「兵役二服スル義務ナキニ至リタル者」の解釈を寛容説から嚴格説に転換して、戸籍間移動の禁止を更に拡大した。

1952年4月19日の法務府通達は、如上の「地域」戸籍間連絡規則を前提に、もと朝鮮人又は台湾人であった者でも、条約の発効前に内地人との婚姻、縁組等の身分行為により「内地の戸籍に入籍すべき事由の生じたもの」は、内地人であり、もと内地人であった者でも、条約の発効前に朝鮮人又は台湾人との婚姻、養子縁組等の身分行為により「内地の戸籍から除籍せらるべき事由の生じたもの」は、朝鮮人又は台湾人である、としている¹⁰⁴⁾。

「共通法」は、日本の準国際私法の一例として良く引用される¹⁰⁵⁾。しかし、その連結点とされる「本籍地」が上記のように決定され、しかも外地の「本籍地法」たる実体法としての家族法が内地法令を多く「依用」した

ことを見れば、「共通法」2条2項の適用規則が「内地」「外地」間の家族法を等価値とみる水平的な適用規則ではなく、本国と植民地間の垂直的な適用規則であったと云えよう¹⁰⁶⁾。山田三良氏は、「理想上ヨリ言エハ一時的法律ニシテ永久的法律ニアラスト雖モ實際上ニ於テハ植民地ノ文化開発カ内地ト同一ノ程度ニ発達スルニ至ルマテハ容易ニ之ヲ撤廃スルコトヲ得サルヤ」と指摘している¹⁰⁷⁾。「共通法」は植民地の文化開発が内地程度に発展すれば不必要になる法令と認識されて立案されたものであるが、日本の敗戦による植民地支配の終焉によって、「共通法」それ自体が雲散霧消した。

104) なお、朝鮮総督府『朝鮮総督府施政二十五年史』（1935年）676頁、朝鮮総督府『朝鮮総督府三十年史』（1940年）復刻版（名著出版、1972年）291、676頁によると、「内鮮人配偶数」は大正14年（1939年）末404組（内地人で朝鮮婦人を妻とするもの187組、朝鮮人で内地夫人を妻とするもの197組、朝鮮人で内地人家に入婚したもの19組、内地人で朝鮮人家に入婚したもの1組）であったが、昭和12年（1937年）末1,206組（内地人で朝鮮婦人を妻とするもの664組、朝鮮人で内地夫人を妻とするもの472組、朝鮮人で内地人家に入婚したもの48組、内地人で朝鮮人家に入婚したもの22組）となっている。また、昭和12年中の「内鮮人」婚姻数は49組（内地人で朝鮮婦人を妻とするもの21組、朝鮮人で内地夫人を妻とするもの23組、朝鮮人で内地人家に入婚したもの3組、内地人で朝鮮人の家に入婚したもの2組）である。ただし、これらの統計数字には、「内地」における朝鮮人と内地人との配偶数は算入されていない。「内地」での「内鮮結婚」は1938年から急増し1938年から1942年まで5,458組に達したとのことである（鈴木裕子『従軍慰安婦・内鮮結婚』（未來社、1992年）106頁（森田芳夫『朝鮮終戦の記録』（巖南堂書店、1964年）819頁の重引用）。なお、坂本・前掲注13）278頁によれば、「朝鮮戸籍と内地戸籍の間で移籍した者は、大正10年（1921年）7月から昭和17年（1942年）までに報告された数字をみると全部で7,489件」とのことである。

105) 山田三良『国際私法』（有斐閣、1932年）125頁、實方・前掲注62）8～10頁。江川英文『国際私法』（日本評論社、1938年）50頁～52頁、池原季雄『国際私法（総論）』（有斐閣、1965年）13頁注13。山田鏡一『国際私法 新版』（有斐閣、2003年）は、「一国内における異法地域間の私法の抵触を解決する法制を準国際私法という。……かつてのわが共通法（大正7年法律第39号。第二次大戦前の日本は不統一法国であり、国内の私法の抵触を解決するために、共通法2条2項が法例の規定を準用することとしていた。）の中にもこの種の規定が存在した」（17頁）。また、溜池良夫『国際私法講義 第3版』（有斐閣、2005年）は、「ところで、前述の共通法2条2項について、これが人際私法ではないかとの誤解を受けたことがある。すなわち、第2次世界大戦前の日本においては、内地人と台湾人

と朝鮮人とで人的に異なった法律が行われており、これらの法律相互間の適用関係を定めるのが共通法2条2項であるという理解である。しかし、同項は、あくまで、内地という地域、台湾という地域、朝鮮という地域で異なった法律が行われていることを前提として、それら法律相互間の適用関係を定めるものであった。すなわち、それは準国際私法であって、人際私法ではない。したがって、例えば、朝鮮在籍者（朝鮮籍民）の身分及び能力に関する問題に朝鮮の法律が適用されたとしても、それは内地と台湾と朝鮮のいずれの地域に行われている法律によるべきかという問題の解決として、朝鮮の法律をその者の属人法として適用するということを意味したのである」(35頁)。なお、石黒・前掲注75)の引用文も参照。

106) 浅野・前掲注68) 300頁参照。

107) 山田・前掲注61)「共通法案二就テ(1)」88頁。

※ 本拙稿執筆のきっかけは、法学研究科2013年度「国際家族法Q」の院生らとの敗戦前朝鮮の民法に関する議論からである。受講生各位に感謝したい。

* 今回、浪花健三教授の退官記念論文集に拙稿が掲載される栄誉を賜った。

浪花教授は、税理士としても活躍される傍ら税理論の向上にも尽力され、司法書士である私も共感するところが多く、折に触れてお付き合いをさせて頂いた。また、税理士会の意識改革や制度改革を唱えられる点にも敬服していた。今後も各界においてご活躍されることを祈念するものである。