

英国法における外国判決承認の条件としての相互主義に関する考察

矢ヶ崎, 武勝

<https://doi.org/10.15017/1427>

出版情報：法政研究. 28 (4), pp.65-100, 1962-03-28. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



英国法における外国判決承認の条件としての相互主義に関する考察

矢ヶ崎 武 勝

一、	序 論
二、	第一章 英国法における comity 並びに reciprocity
三、	第二章 英国制定法における reciprocity の導入
四、	第三章 Travers v. Holley (1953) の判例
五、	第四章 Travers v. Holley 判例の適用範囲について
六、	第五章 Travers v. Holley 判決に示された相互主義の意義

序 論

外国判決の効力を承認する条件として、わが民事訴訟法第二〇〇条第四号には「相互ノ保証アルコト」があげられている。^(一) 即ち、相互主義 (reciprocity, Gegenseitigkeit, réciprocité) が要求されているのである。わが民事訴訟法の母法といわれているドイツ民事訴訟法をはじめオーストリー、^(二) リヒテンシュタイン、^(三) ルーマニア、^(四) スペイン、^(五) トルコ、^(七) 及び若干のスイスのカントンの如き一連の諸国並にアメリカ合衆国の連邦最高裁判所のかつての判例などにお

いても、同様に外国判決の承認を、相互主義が保証されているか否かにかからしめている。これに対して英国法においてはどのような態度がとられているかが本論の中心課題である。

(一) 本条項の解釈並に適用については拙著「外国判決の承認並にその条件に関する一考察」(「国際法外交雑誌」第六〇巻第二号七九頁以下参照)

(二) ドイツ民事訴訟法第三二八条第一項第五号並に第二項

(三)・(四)・(五)・(六)・(七)・(八) 上掲国際法外交雑誌第六〇巻第二号第七九、八〇頁並にその註(2) (3)

(4) (5) (6) (7) (8) を参照

(九) *Hilton v. Guyot*, Supreme Court of the United States 1895, 159 U.S. 113, 40 L. Ed. 95, 16 S. Ct. 139 "because there is a distinct and independent ground upon which we are satisfied that the comity of our nation does not require us to give conclusive effect to the judgments of the courts of France; and that ground is the want of reciprocity, on the part of France,....." 因みに本件では四人の判事が反対意見であった。この判例は後に変更された。即ち *Johnston v. Compagnie Général Transatlantique* (1926), *Cowans v. Ticonderoga Co.* (1927) 及び *Restatement*, §434. comment b によれば相互主義は要件とされなご。

reciprocity の理念を利用しようという考え方は、国際私法の歴史においてはかなり古いのである。衆知のよう(一)に、国際私法の近代的学説樹立の試みは、オランダ学派の Voet 父子(二)や Ulrich Huber によるところの、主権国家理念とその発現形式たる国家法を前提としつつ、何故一国の裁判所は外国法を適用しなければならぬかという理由の(三)説明にはじまった。このオランダ学派の理論的究明の結果は、「一国はその領土内では他国の法を適用する義務をもたない」という法適用の領土的限定(所謂属地主義)を導き出してしまったのであるが、Huber の第三公理、即ち(四)

「各国の君主は礼讓の爲め互に他国の法律を尊重し、自国の権利利益を害せざる限りは其の効力を有せしむべきものとす」^(五) によって知られるように、各国君主が国際礼讓 (comitas gentium) に基いて他国の法律に依るべきことを認める場合に限って、例外として、^(六) 外国法の内国における効力を認めることとし、これによって外国法適用の基礎理論の出発点を確立したのである。こうした、外国司法行為の承認並に外国法の適用はただ単に主権国家共存の爲の相互の利便から認められるにすぎないというオランダ学派の考え方は Joseph Story と Henry Wheaton によって、^(七) 他

のいづれの国よりも卒直にアメリカ合衆国に導入された。Story は “There is, then, not only noimpropriety in the use of the phrase ‘comity of nations’, but it is the most appropriate phrase to express the true foundation and extent of the obligation of the laws of one nation within the territories of another.”^(八)

とオランダ学派の理論に全面的に傾倒しているし、Wheaton も亦 “The application of foreign laws is founded upon reciprocal wants.”^(九) と国際私法の基礎を説明している。又一八三九年の Bank of Augusta v. Earle 事件^(一〇) で合衆国連邦最高裁判所が comity をもつて a part of the voluntary law of nations であると^(一一) して、これによつて (文明諸国の一般慣行として) 他国の法も判決の基礎となりうる旨を判示してより、Hilton v. Guyot (1895)、^(一二) Marshall v. Sherman (1895)、^(一三) Disconto Gesellschaft v. Umbreit (1908) などの判例がひきつづいて、^(一四) アメリカ合衆国国際私法における comity 乃至は reciprocity の理論の確立に積極的な役割を果した。^(一五)

一方、ヨーロッパ大陸では、すでに一七五八年に Vattel (1714—1767) が “the decisions made by a domestic tribunal, within its power, ought to be respected and to be given effect even in foreign countries.”^(一六) と外国判決の承認を主権国家の国際公法上の義務にまで高めようと試みたのであるが、近世初頭以来のヨーロッパ大陸の諸国家の興亡と、相つゞ動乱のなかにあっては、こうした理念は厳しい現実を押えられて、問題はやはり、国家主権の尊重

と国民の利益の擁護という二つの要素を中心として把握され、外国判決の有効性及びその執行については、*par pure courtoisie*⁽¹⁷⁾ からそれが認められるにすぎず、外国の判決は法をなすものではなく、ただ相應の取扱いを保証して自国と外国との関係の発展を或る程度助長するという観点、即ちつきつめれば利用という要素に従ってのみ外国判決は認められるという態度がとられた。⁽¹⁸⁾ この礼讓とか有用性の存在の決定にあたっては、必然的に内外人が區別され、内国人に義務を課するような外国の判決はなんらの効力ももたないとみられることになる（フランス法系諸国における本案審理の再開、従って必然的に内外人區別による外国判決取扱の原則の発生⁽¹⁹⁾）。更に又このような背景からヨーロッパ大陸では執行要求書（*Lettres rogatoires*）⁽¹⁰⁾ や *pareatis* 等の慣習制度が発生し、それが国家間の外国判決承認や執行に関する条約に織込まれる場合に相互主義の要件となって盛り込まれる素地となったのである。⁽¹¹⁾

第一九世紀に至って、Savigny の「相互に交通する民族の *völkerrechtliche Gemeinschaft*」⁽¹²⁾ の考え方に基礎をおく国際私法の樹立によって外国法適用の基礎理論は *comity* とは切りはなされ、普遍的な法的基礎の上にきづかれることになったのであるが、Savigny 自身が、外国判決の承認については直接には何も言及しなかったことと、すでに諸国の立法又は諸国間の条約によって、相互主義を外国判決の執行（註、当時は承認については別に論ぜられなかった）の条件とすることが牢固として確立していた為に、尠くとも、この問題に関する限り、Savigny をはじめとする近代国際私法理論による影響は余り大きくなかったと言えよう。こうして現行の諸国の立法並に相互的な条約のなかに相互主義の条件が維持されつづけているのである。

(1) Paul Voet (1619~1677), John Voet (1647~1714)

(11) Ulric Huber (1636~1694)

(12) ヴオエトやフーバー以前の時代にも、Bertrand D'Argentré (Argentraeus) に指導されたフランス学派があるが、彼

- らはその属地主義を一般的に封建的な観点から樹立していたのであって、オランダ学派が Hugo Grotius の主権国家理論に導かれ
て civitates の理念から出発したのとは根本的に異なる。(Arther Lenhoff, Reciprocity: The Legal Aspect of a
Perennial Idea, Northwestern University Law Review 49 (1954~1955) p. 752)
- (四) Huber, De Conflictu Legum, (Lorenzen, Selected Articles on the Conflict of Laws p. 164. 以下略。)
- (五) Lorenzen, op. cit. p. 164, 山田三良『国際私法(昭一五)第五一頁の訳による。』
- (六) 山田三良『上掲第五二頁。』
- (七) A. Lenhoff, op. cit. P. 753, Beal, The Conflict of Laws III p. 1904
- (八) Story, Commentaries on the Conflict of Laws, 2nd ed. p. 41
- (九) Wheaton, Elements of International Law (Dana ed. [1866] p. 112)
- (一〇) Bank of Augusta v. Earle 13 Pet. 519 (1839)
- (一一) Hilton v. Guggot, 159 U. S. 113, 40 L. Ed. 95, Stumberg, Cases on conflicts p. 132, 以下は “for want of recip-
rocity” と述べている。
- (一二) Marshall v. Sherman, 148 N. Y. 9, 42 N. E. 419 (1895)
- (一三) Disconto Gesellschaft v. Umbreit, 208 U. S. 570 (1908)
- (一四) Story, op. cit. p. 873 とは “This (即ち相互主義の法則) is certainly a very reasonable rule, and may, perhaps,
hereafter work itself firmly into the structure of international jurisprudence;” と述べている。
- (一五) もっとも序論前段の註(九)に述べたように現在では判例の態度は変わっている。
- (一六) Vattel, Droit des gens p. 318 (英語版による)
- (一七) F. Moreau, Effets Internationaux des Jugements (1884) p. 21

- (一八) F. Moreau, op. cit. p. 21
- (一九) code civil § 154 § 2123 の関連解釈からこう考えられる。詳しくは別稿「外国判決の承認執行の基礎—その大陸法における歴史的考察—」に発表する。
- (二〇) A. Pillet, Traité Pratique de Droit International Privé, II p. 518
- (二一) F. Moreau, op. cit. p. 29
- (二二) 別稿、「外国判決の承認執行の基礎—その大陸法における歴史的考察」参照。
- (二三) Savigny, System des heutigen Roemischen Rechts VIII p. 27

第一章 英国法における comity 並びに reciprocity

以上述べたように、特にアメリカ合衆国においては、国際私法の基礎理論として comity 並びに reciprocity の觀念が学説判例を通じて確立していったのであるが、英国においては独り R. Phillimore のみがこの comity 理論派に属するのみで、一般的に言って、英国の国際私法理念は、合衆国と同じオランダ学派の流れを汲みながら、ここでは一国の国家的承認を前提とする所謂法に對立した意味での comity 乃至は reciprocity の理論は必ずしも成功をおさめているとはいえない。(四)

W. S. Holdsworth はその名著 "A History of English Law" のなかで、国際私法に関する英国の初期の判例は外国判決の承認に関するものであったと言っている。(五) 即ち第一七世紀に英国のコモンローは初めて所謂国際私法を適用すべき問題に直面したのであるが、海事裁判所もコモンロー裁判所も、特にその初期の事件においては、外国法に牽連する所謂渉外的な事件について訴があった場合、自己の管轄権を認めてそれを受理し審理することに難色を示し、

外国法に服しているような事件は、その外国法を司る外国の裁判所の判断にまかすべきであり、英国の裁判所は外国の判決が妥当なものである場合には、常にその外国判決に対して英国における有効性を認める用意のあることを表明した^(七)という。これを判例によってみると、国際私法に関するごく初期の判例と目されているところの一六〇七年の *Wiers' Case*^(八) ではオランダで宣告された債務判決の執行を逃れて英国に帰ってきた英国人に対して、海事裁判所はそのオランダの判決を確認して、オランダの判決債務にもとづいてその英国人を逮捕収監した。これに対して *habeas corpus* の申立があったが王裁判所も、*"this is by the law of nations that the justice of one nation should be aiding to the justice of another nation, ……; law of England takes notice of this law, ……"* という理由で海事裁判所は当事者の収監によってこの(オランダの)判決を執行しうる旨を判示^(九)した。この判例からうかがえるように、英国における外国判決執行の基礎はかなり古くから *law of nations* であるとされていた。この態度は、その後、一六七〇年の *Jurado v. Gregory* 事件^(一〇)においても、「外国の海事裁判所で判決が下された場合には、勝訴原告は英国においてもその執行の訴訟を提起しうる。何故ならばヨーロッパのすべての海事裁判所は *are governed by the civil law* であり、お互に支援すべきである。仮令、その事件が元来、わが海事裁判所によってはそのように判示さるべきものでない場合であっても」と発展^(一一)されている。このような英国法の根本理念は次第に身分関係の事件にまで拡張^(一二)られていった。例えば一六七八年の *Cottingtons' Case*^(一三) 事件では、「申立人の陳述によれば、トリノの僧正の宣告を英国法によって再検討すべきであるというが、もし申立通りにしようとしても我々はその法によって裁く力を持ち得ないのみならず、外国の判決には、それが附与された国の法及手続によって取消されるまでは、信用を附与すべきであり、然らざれば *law of nations* に反するものである。もしも外国が我々の判決を再検討し、それに何らの信用も与えないとしたらキリスト教国間にどのような混乱が生じるかはかりしれないものがある」と述べられた

し、コモンロー以外の法体系にも造詣の深かったと言われている Mansfield ⁽¹³³⁾ すらその一七七五年の Holman v. Johnson ^(133A) 事件の判示で “The law of England says that in a variety of circumstances with regard to contracts made abroad the law of the country where the cause of action arose shall govern. There are a great many cases which every country says shall be determined by the laws of foreign countries where they arise.”……と契約の準拠法について決して comity の理念を援用していないのである。

然るに第一八世紀末から第一九世紀にかけて一種の流行として、英国においてもかなり多くの判例が comity の理念にもとづいて外国判決を承認するかの如き表現をするようになった。⁽¹³⁴⁾ 例えば一八一五年の Power v. Whitmor ⁽¹³⁴⁾、一八六二年の Enochin v. Wylie ^(135a)、一八六七年の Liverpool Marine Credit Co. v. Hunter ^(135a)、一八七三年の Hart v. Gumpach ^(135c)、一九〇八年の Rey v. Lecoururier ^(135c)、一八八六年の Taylor v. Holland ^(135c) 事件などいくつかの判例で comity の語が用いられている。然しながらこれらの判例で用いられている comity は comity of nations であつても、決して厳格な意味で law に対立したものとつして comity の語を用いたようには見うけられない。むしろ Read が述べているように⁽¹³⁶⁾ “the old woman’s fable of a sort of international civility called the comitas gentium” と評せらるべき、いわば一種の修飾辞であつて、実際には当該事件を支配する legal rules の体系を發展させ適用したものにすぎない。ただ一つ、一八六三年の Simpson v. Fogo ⁽¹³⁶⁾ 事件の判決だけが所謂 retaliation の立場で、その裁判所が英国法によって取得された権利の承認を拒否する外国に対して、英国裁判所はその判決を承認しないと判示したにすぎない。然もこの判決は一九二一年の Luther v. Sagor ⁽¹³⁹⁾ 事件におつて Court of Appeal につて手きびしく批難されているのである。むしろ一七九一年の Geyer v. Aguilar ⁽¹⁴⁰⁾ 事件で Kenyon 判事が “I am bound to decide according to law; it is my duty jus dicere et non jus dare” と述べ、一八五三年の Warrender v.

Warrender 事件^(一七)で Brougham 判事が、英国の裁判所は “can hardly be said to act from courtesy, ex comitate, but ex debito justitiae” と説明しているのをみてもわかるように、実際には法に従って正義を管理するという司法的機能 (the judicial function of administering justice according to law) とみなされるものを越えなかった^(一八)のである。

このように検討すると英国の判例中に、たまたま comity の言葉が用いられても、^(一九) M. Wolf も述べているように “often it (comity) is used simply as an equivalent of the term “conflict of laws” としえるのであり、^(二〇)それは殆んど「国際私法」と同義に用いられているのであると解している^(二一)のではないかと考えられる。

このように考えられる結果、英国のコンモンローでは、判決国たる当該外国が英国の判決に相互的保証を与えているか否かは完全に無関係な^(二二)こととされているのである。^(二三) Park 判事が Russell v. Smyth 事件^(二四)で言っているように “The enforceability of a foreign money judgment follows from the legal character of the adjudicated obligation as a ‘debt’, which is no longer subject to investigation on the merits” というのが英法の基本態度^(二五)となつたのである。^(二六) Cheshire 判事の^(二七) “as Livermore remarked over a century ago, comity is a matter for sovereign, not for judges required to decide a case according to the rights of the parties, Again, if the word is given its normal meaning of courtesy it is scarcely consonant with the readiness of English courts to apply enemy law in time of war” と述べ^(二八)ている。

説 論

(一) アメリカにおいては、今世紀になつてから Johnston v. Compagnie Générale Transatlantique, 242 N. Y. 381 (1926), Cowans v. Ticonderoga Pulp & Paper Co., 246 N. Y. 603 (1927), Martens v. Martens, 284 N. Y. 363 (1940), Ouvre v. Ouvre, 73 N. Y. S. 2d. 892 (1947) など^(二九)が示すように主としてニューヨーク州の判例に導かれて相互主義の原則から

はなれいせいのいふ。Restatement (Conflicts of Laws) §430—434も又相互主義の Hilton 事件の判例を全く無視して構成されてゐる。むしろ相互主義は連邦憲法第四条に化体してゐるほうに意義を維持してゐるといふべき。

- (一) R. Phillimore, *Private International Law or Comity*, (IV Commentaries on International Law (2nd ed. 1874)) p. 9, A. Lenhoff, *op. cit.* p. 754
- (二) Kahn Freund, *The Growth of Internationalism in English Private International Law* (1960) p. 8
- (三) A. Lenhoff. *op. cit.* p. 756
- (四) W. S. Holdsworth, *A History of English Law XI* (1938) p. 270
- (五) A. N. Sack, *Conflict of Laws in the History of the English Law (A Century of Progress 1835—1935 Vol. III)* p. 375
- (六) 川上太郎、*國際私法の歴史* (國際私法講座 I) 第一〇〇頁、*Admiralty* のいふやうに Sack, *op. cit.* P. P. 381, 382 が “The admiralty was often prohibited from taking jurisdiction of foreign cases : on the other hand, the common law courts hesitated to assume jurisdiction of such cases” “and the English courts, therefore, should, proper occasions give effect to foreign judgments in England” と稱してゐる。
- (七) Wiers' Case, I Rolle Abridgment 530, Pl. 12 Viner Abridg. t. Court of Admiralty 513, I Bacon Abridg. t. Court of Admiralty 629
- (八) Sack. *op. cit.* p. 382
- (九) Jurado v. Gregory, I Ventris 32, 86 E. R. 23 (1670)
- (一〇) Hughes v. Cornelius (1683) 2 Show K. B. 232, 89 E. R. 907 事件でも同様 “It is but agreeable with the law of nations that we should take notice and approve of the laws of their countries in such particulars” と稱してゐる。

- (111) Cottingtons' Case, 2 Swans 326, 36 E. R. 640 (1678)
- (111) " It was because Mansfield was learned in other systems of law besides the common law, that he was able by his decisions to develop and modernize many of the rules and principles of the common law. His knowledge of other systems of law helped him to come to right conclusion as to the correct legal principle to apply to the case before him " (W. S. Holdsworth, Lord Mansfield (The Law Quarterly Review Vol. 53) (1937) p.230)
- (111) Holman v. Johnson (1775) , 1 Cowp. 341, Cheshire, op. cit. p. 42
- (111) H. E. Read, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the Common Law Units of the British Commonwealth, p.52
- (111) Rower v. Whitmore. 4 M. & S. 141, 150 (1815)
- (111) Enochin v. Wylie (1862) 10 H. L. C, 1, " it is the duty of the Court of Probate, in accordance with the comity of nations, to follow the grant (if any) made by the competent Court of the demicil " (Foote's P. I. L. 5th ed. p. 319)
- (111) Liverpool Marine Credit Co. v. Hunter (1867) L. R. 4 Eq. 62; (1868) L. R. 3Ch. 479 " When there had been a total disregard of the comity of nations, an English Court would be justified in disregarding a judgment. " (Foote, op, cit. p. 610)
- (111) Hart v. Gumpach (1873) 4 P. C. 439 " it would be contrary to the comity of nations, and therefore contrary to public in the eyes of an English court. " (Foote, op. cit. p.5 20).

- (144) *Rey v. Lecouturier* (1908) 2 Ch. 715; (1910) A. C. 262 " Lord Shew referred to the comity of nations as an expression which is familiar but necessarily indefinite. The attempts to fix it down into a set of rules of legal or binding effect had been very fruitless, but he took it at least that comity tends towards encouraging the co-operation of civilised communities by giving effect " (Foote, op. cit. p.657)
- (145) *Taylor v. Hollard* (1886) 2 K. & B. 78 " we are not bound by international comity, to enforce foreign contracts or judgments which violate the policy of our laws " (Foote, op. cit. p 611)
- (146) *Cheshire*, P. I. L. 6th ed. p.5 ; Footo, op. cit. P.593 " the general rule that obligations which have once been duly created by a competent and appropriate law will be recognised in all tribunals alike, the phrase 'comity of nations' does emphatically means this, or it means nothing "
- (147) H. E. Read, op. cit. p.52
- (148) *Simpson v. Fogo*, 1 H. & M. 195 (1863)
- (149) *Luther v. Sagor* (1921) 3 K. B. 532, 558~559
- (150) *Geyer v. Aguilar*, 7 T. R. 681 (1798) , Read, op. cit. p.52 note 3
- (151) *Warrender v. Warrender*, 2 Cl. & Fin. 488, 530 (1835) ; 6 E. R. 1239, 1254, Read, op. cit. p.52, Lenhoff, op. cit. p.758
- (152) Read, op. cit. p. 52
- (153) " during the eighteenth and nineteenth centuries it was fashionable for English courts and writers to use the term 'comity' to indicate the basis on which foreign judgments were recognised, (Read, op. cit. p.52)
- (154) M. Wolff, P. I, L. p. 14

(一五) H. E. Read, op. cit. p. 52

(一六) " under the common law method of enforcement of foreign judgments reciprocity has never been made a prerequisite " (A. Lenhoff, op. cit. p.757, 758)

(一七) Russell v. Smyth, 9 M. & W. 810, 819 (1842)

(一八) cheshire, op. cit. p. 5

第二章 英国制定法における reciprocity の導入

外国判決は、英国においてそれに基いて訴えることが出来るという一種の、相手方の obligation を作るものである (obligation theory) が、他の諸国におけると同様に、コンモンロー上の原則では、新たに法律上の手続 (所謂執行判決手続) をとるのでなければ執行されない^(一)のである。

ところが一方大英帝国として政治的な統合体をなしている場合、その傘下の各異法地域間の取引関係、人間交流関係は純然たる外国相互間のそれよりもずっと濶繁であり、その渉外的法律関係の発生の数も老大なものである為に傘下の異法地域で附与された判決も所謂外国判決として右の原則を適用して処理することは実際生活上甚だ不便を感じしめるものがある。大英帝国傘下の異法地域だけ切り離してこれを純然たる外国と區別して、その間の外国判決の執行を簡便に取扱うことは、法律関係とはなれた社会経済的或は政治的要素からみて特に大きな弊害があるとは考えられないのみならず、大英帝国傘下の各異法地域の司法裁判制度は相互に類似しているのみならず熟知の間柄であり、相互に信をおくに足るとみなされうる関係にある以上、はやくから人々の関心をよんでいた問題である。すでに前世紀末、即ち、一八六八年に Judgments Extension Act^(二) が制定され、イングランド及びウォールス、スコットランド並に北アイルランドの一定の裁判所の判決相互間でその特別の取扱い、即ち登録による、直接執行の制度が採用され

た。この制度には一九二〇年の *Administration of Justice Act* ^(三) で更に英領の植民地、保護領及委託治領の一定の判
 がつけ加えられ、更に一九三三年の *Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act* ^(四) によって、適用範囲が
 更に拡げられて、一定の国の一定の条件を満たした純然たる外国判決までも英国における直接執行をうることが出来
 ることになった。^(五)

このように一九三三年法は登録による直接執行制度を純然たる外国判決にまで拡張したのであるが、その適用範囲
 については同法第一節に次のように規定された。

(Power to extend Part I of Act to foreign countries giving reciprocal treatment.)

(I) His Majesty, if he is satisfied that, in the event of the benefits conferred by this Part of this
 Act being extended to judgments given in the superior court of any foreign country, substantial
reciprocity of treatment will be assured as respects the enforcement in that foreign country of judg-
ments given in the superior courts of the United Kingdom, may by Order in Council direct……
 即ち *United Kingdom* によって取得された判決の取扱い方において実質的な相互主義が用意されている国の判決
 については *Order in Council* によって直接執行の途をひらいたのである。

このように一九三三年法において *reciprocal treatment* という条件を掲げたことは、すでに考察したように英国
 のコンモンロー上の外国判決の承認の原則が相互主義にかからしめられていなかったことからみれば、英国法におけ
 る大きな変化であるということが出来る。そもそも *comity* という観念は、すでにみたように *Huber* が「各国君
 主が国際礼讓に基いて」^(六) といっている通り、個人とは別の各国君主乃至は *government* の政策を背景とするものであ
 り、^(七) その限りで、国家の *concession* ^(八) が土台をなすばかりでなく、その實際適用にあたっては裁判所並に立法者たち

が外国法適用並に外国判決の承認を reciprocity にもとづかせ、これによって、容易に当該法律関係の性質をはなれた政策、しかも retaliation の政策によって外国法の適用並に外国判決の承認を拒否する危険を包蔵するのである。^(九)従って、この一連の考え方は、保護貿易主義をとる諸国にとっては容易にうけ入れられるのであるが、第一九世紀の英国の如くに、自由主義が時代思潮をなし、自由貿易主義によって世界通商貿易界を指導する立場にあった国において、個人間の法律関係を国家の政策によって支配する傾向はその根底から好まれなかつたこと、これはは容易に肯首しうることである。従ってこうした背景から前章に述べたように、英国の国際私法上の原則としては、厳密な意味で法に對立するような comity 精神にもとづく判例法が確立されなかつたものとみることが出来よう。言ってみれば、この点に関する限りの英国国際私法の原則は、はやくから、その属地主義的且つ排他的孤立的乃至は国家主義的な殻を破り棄てて、国際的観点に立って事柄を規律するという原則即ち国際主義的乃至は国際協調的なものとなつていたのである。^(一〇)

このようにみた場合、一九三三年法で相互主義 (reciprocal treatment) —— 然もこれは、条文から明らかなように、君主乃至政府の立場からする政策的な根拠によって影響されることを容認した相互主義 —— が採用された、この変化をどのように考えたらよいだろうか。

これについては、M. Wolf は「登録の条件としてのこの相互主義は only for purpose of enforcement, not of recognition のものであることを特に指摘し、ただこれは直接執行の目的のため^(一一)にだけの特例な場合に属するものであり、外国判決の承認一般とは何のかかわりもないことと説明している。又 Kahn-Freund は “So it did, but the sting was taken out of its tail by vesting the power to decide on whether there was reciprocity not in the judge who acts *ex post* but in the executive which acts *ex ante*” と、^(一二)又 Cheshire も同趣^(一三)

旨を “The Act differs from the earlier Act of 1920 in that no discretion is left to the High Court” と述べていることから、この制定法上の reciprocal treatment が保証されているかどうかは専ら、予め、画一的に His Majesty が、具体的には行政府が Oyar in Council によって決定しておくことで、事件ごとに裁判所が判断するものでない点に注目して、質的に judge-made law において問題になる reciprocity と異なるものと説明してゐるとみてよいであろう。又一九三三年法の下での相互主義は所謂国際慣習法上のそれをもっては論ぜられず必ず convention 上の、この為に相互に特に承認し合った相互主義でなければならぬという制限があり、この特別の convention を結んでない国に関する限り一般に確立された判例法上の諸原則によらねばならないのである。^(二五)

このようにみると、一九三三年法は決して英国法における外国判決承認の条件一般に相互主義を導入したのではなく、英国法の理念としても又一般駁論としても、今日なお、英国法においては相互主義を外国判決承認の一般条件の一つとすることは躊躇されているといえよう。

(一) Cheshire, op. cit. p. 632

(二) 31 & 32 Vict. c. 54, Cheshire, op. cit. p. 632

(三) 10 & 11 Geo. V. c. 81, Cheshire, op. cit. p. 633

(四) 23 Geo. V. c. 13, Cheshire, op. cit. p. 635

(五) 現在の制定法の適用される純然たる外国はフランスとベルギーである (S. R. & O. (1936) No. 609, France; No. 1169, Belgium) 又かつて Commonwealth に属した国としてインド及びパキスタンだけが適用国であつて (cf. S. R. & O. (1938) No. 1363) ビルマはその独立法第三条の規定で範囲外と考えられる。

(六) Huber, De Conflictu Legum, 本文序論を参照

(七) Cheshire, op. cit. p. 5

(八) 例えは Marshall v. Sherman 148 N. Y. 9 (1895) 及び “The enforcement in our courts of some positive law or regulation of another state depends upon our express or tacit consent” である。

(九) M. Wolff, op. cit. p. 15

(一〇) Kahn Freund, op. cit. p. 21

(一一) Kahn Freund, op. cit. p. 13 “The fact is that English law has traditionally been ambivalent in its willingness to apply foreign law and to recognise foreign decisions : by and large we can, I think, discern a nationalist tendency in the reluctance to apply foreign substantive law, and an internationalist tendency in the readiness to recognise and enforce foreign judgments”

(一二) M. Wolff, op. cit. p. 255

(一三) Kahn Freund, op. cit. p. 23

(一四) Cheshire, op. cit. p. 636

(一五) Kahn Freund, op. cit. p. 24

第三章 Travers v. Holley (1953) の判例

上述したように、現行の英国判例法においては reciprocity を外国判決承認の条件とする態度はとられていないのであるが、最近即ち一九五三年に Travers v. Holley 事件⁽¹⁾において、Hodson 判事はその判決中に comity や reciprocity の語を用い、あたかもこれによって外国離婚判決を承認するが如き態度を示した。これについて第五章で考察する為に、本章ではまづ英国法における外国離婚判決承認に関して Travers v. Holley 事件を中心にして説明しよう。

英国裁判所の離婚訴訟事件の裁判管轄権は一八九五年の *Le mesurier v. Le Mesurier* 事件^(一)における *Privy Counsel* の判決以来、「離婚訴訟の開始の当時に両当事者が英国に住所をもつ場合にのみ英国の裁判所が離婚裁判管轄権を行使する」というのが確立された原則とされている^(二)。ところが、衆知のように、英国法上では妻は常に夫と住所をともしるといふ原則が確立されて^(三)おり、夫が妻を遺棄して、単独で遠い外国へ住所を移した^(四)場合も、法律上は妻は夫の住所に従っているものと看做されるのであるから、右の英国裁判所の離婚裁判管轄に関する原則を貫くと、場合によっては、妻は終世離婚判決をうける為の申立が出来ないという甚だ不利な立場におかれることが明らかである^(五)。そこで、かなり以前から^(六)、例えば一九一三年の *Stathatos v. Stathatos* 事件^(七)などいくつかの判例^(八)で、この苦境から妻を救済する試みがなされ、苦心して、英国の裁判管轄権の存在を基礎づけんとした^(九)が、いづれも充分な適用範囲を確立した判例法となりうるようではなかつた^(一〇)。そこで最後に、一九三七年以来議会の立法手段によって救済することになった^(一一)。即ち一九三七年の *Matrimonial Causes Act* の第一三節は次のように規定した^(一二)。

“where the husband being domiciled in England or Wales deserts his wife or is deported to a new domicile, the English Courts shall have jurisdiction to pronounce decrees of divorce, nullity, judicial separation, or restitution of conjugal rights, notwithstanding that the husband has changed his domicile since the desertion or deportation.”

然し、この制定法ではなお夫が英国に住所をもっていた場合に限定している^(一三)ので、夫が英国以外に住所をもっていた時に妻を遺棄した場合、その場合の妻の救済が出来ない。具体的に言えば、外国人と婚姻し、夫と夫の本国に住所をもっていた英国婦人が、夫にその外国で遺棄されてから英国に帰って来た場合の^(一四)、その妻についての離婚裁判管轄権が英国裁判所になのである。そこで一九五〇年の *Matrimonial Causes Act* の改正ではその第一八節に

(1) Without prejudice to any jurisdiction exercisable by the court apart from this section, the court shall by virtue of this section have jurisdiction to entertain proceedings by a wife in any of the following cases, notwithstanding that the husband is not domiciled in England, that is to say:— (a) in the case of any proceedings under this Act other than proceedings for presumption of death and dissolution of marriage, if the wife has been deserted by her husband, or the husband has been deported from the United Kingdom under any law for the time being in force relating to the deportation of aliens, and the husband was immediately before the desertion or deportation domiciled in England, (b) in the case of proceedings for divorce or nullity of marriage, if the wife is resident in England and has been ordinarily resident there for a period of three years immediately preceding the commencement of the proceeding, and the husband is not domiciled in any other part of the United Kingdom or in the Channel Island or the Isle of Man.

(2) 略 (section 16 即ち死亡宣告とその婚姻解消に関する裁判管轄権について)

(3) 略 (法の適用について)

と規定し、婚姻住所を全く問題にせず、離婚訴訟提起の当時英国に居住しており、それが引き続き三年になる妻は英国の裁判所に離婚の訴を提起しうることとした。

右のように一九三七年法、一九四四年法^(一五)、一九五五年法と制定法を重ねることによって英国裁判所の離婚裁判管轄権が、原告たる妻の為に拡張されたのであるが、こうして、法律上正確には、住所の存しない場合にも英国の裁判所で離婚の判決を附与しうるというならば、逆に考えて、同様の事情の下に宣告された外国の離婚判決も英国において

承認されるであろうかということが次に問題となるのである。

外国離婚判決の承認に関する英国法上の確立された原則についてはまづ、すでに述べた *Cottingtons* 事件^(一六)の如き古い外国離婚判決の承認に関する事件以来、外国離婚判決が附与されるに至った実質的根拠 (substantive ground) については、これが英国の公序に反しない限り、これを問題にしないという原則^(一七)をあげねばならない。この原則はフランス法^(一八)又はドイツ法系^(一九)の考え方と大きく相違している重要なものであるが、この確立された原則については、英国法では殆んど問題なく承認されているのであり、最も問題になるのは裁判管轄権についてである。離婚裁判管轄権については、すでに述べた *Le Mesurier v Le Mesurier* 事件で Privy Council によつて “the domicile for the time being of the married pair affords the only true test of jurisdiction to dissolve their marriage” と表明されたところが英国の現行法上確定された原則^(二〇)である。即ち「両当事者が離婚訴訟の開始当時にその外国に住所を有していた場合に、その場合にのみその外国の離婚判決は承認されるであろう^(二一)」というのである。これは明らかに英国裁判所が、自ら離婚訴訟の裁判管轄権をもっていると考える為の基礎をそのまま外国の裁判所にあてはめたものにならない。

これをもつて考えると、さきに述べた通り英国自身において、その離婚訴訟裁判管轄権を、制定法によって拡張したときにも、それに応じて、外国離婚の承認の場合の外国裁判所の国際的裁判管轄権についてもこれを拡張して認めることが、きわめて自然な態度ということが出来よう。ところが右に挙げたいづれの *Matrimonial Causes Act* にもこれに関しては何らの立法規定もなされていないのみならず、スコットランドにおける当該の法改正^(二二)にも拘わらずスコットランドの *Court of Session* は一九五一年の *Warden v. Warden* 事件^(二四)で、妻がその離婚判決を取得した *Nevada* に *Nevada* 法の規定するような充分な居住条件をもっていたにも拘わらず、スコットランドに住所をもつて

いたものと認むべきであるとして、外国裁判所の国際的裁判管轄権を拡張して認めることを拒否したのである。^(一五)

以上のような背景のもとに、一九五三年に *Travers v. Holley* 事件が英国の高等裁判所で審理されたのである。本件の要点は、一九四〇年即ち遺棄行為のあった当時、夫は New South Wales に住所をもっていたが、訴訟の提起当時並に判決の確定当時には英国に住所を移していた夫に対する New South Wales において妻の為に宣告された離婚判決が英国の裁判所で承認されるべきか否かにあった。New South Wales の裁判所が、その管轄権ありとした根拠は New South Wales の Matrimonial Causes Act 第一六節^(一六)であり、これは英国の一九三七年法と実質的には同様の各項を規定しているものである。^(一七)

英国の高等裁判所は本件において、New South Wales の離婚判決の承認を肯定した。即ち Somervell, Jenkins 両判事は、^(一八)“Our court in this matter should recognise a jurisdiction which they themselves claim.”^(一九) 又 Hodson 判事は、^(二〇)“that what entitles an English court to assume jurisdiction must be equally effective in the case of a foreign court.”^(二一)と述べ、反対意見なく New South Wales の国際的裁判管轄権を承認したのである。

- (一) *Travers v. Holley* (1953) 2 All. E. R. 794 (C.A.), *Webb and Brown, A Casebook on the Conflict of Laws* (1960) p. 230
- (二) *Le Mesurier v. Le Mesurier* (1895) A.C. 517 (P. C.), *Webb and Brown, op. cit.* p. 220
- (三) *Cheshire, op. cit.* p.383, 384, *Dicey* (7th ed.), Rule 40 P. 295, *Kahn Freund, op. cit.* p. 26~27
- (四) *Lord Advocate v. Jaffrey* (1921) 1 A. C. 146, *Att. Gen. for Alberta v. Cook* (1926) A. C. 444 (P.C.), *All. E. R. Rep.* 525 (*Webb and Brown, op. cit.*; p.26) とイふ確立された原則である。 *Cheshire* (*op. cit.* p.192) は “If she

(一五) 7 & 8 Ges. VI c. 43 "Matrimonial Causes (War Marriages) Act." これは一時的の戦時法規である。たので適用が短期に限られており勿論現在は廃止されている。

(一六) 第一章参照

(一七) 英国人の婚姻であれ、英国で挙行された婚姻であれ区別なく適用される。最近の判例としては *Arnold v. Arnold* (1957) p. 237 があげられる。なお *Dicey* (7th ed.) P.322 (7), *Cheshire*, op. cit. p. 381 参照。 *Kahn Freund*, op. cit. p. 244 "Irrespective of the the ground on which a marriage was dissolved" など。

(一八) フランスにおける外国判決の承認は本案について再検討した後にみとめられる。そしてフランスでは外国人の場合は別であるがフランス人については外国の判決がフランスの国際私法の規定に一致するかどうかのフランス才判所による検討を留保している。一九五二年二月一九日の破棄院の判例は外国判決がフランスの抵解法の原則に一致するかどうかの再検討をして、カリフォルニアの高等装判所の離婚判決の為の *Exequatur* を拒否した (*Clunet* 1953, p. 893)。因みに *Riviere* の判決 (一九五三年四月一七日破棄院) は「妻がフランス人であるということはそのすべての身分に関する問題にフランス法を適用するに充分ではない」と判示した。(A. Bergmann, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht* [Frankreich p. 13, p. 302] 参照)

(一九) ドイツ民事訴訟法第三二八条一項三号参照

(二〇) *Dicey* (7th ed.) Rule 42, p. 304

(二一) *Dicey*, op. cit. P.318, *Warrender v. Warrender* (1835) 2 Cl. & E. 488, *Dolphin v. Robins* (1859) 7 H. L. C. 390, *shaw v. Gould* (1868) L. R. 3 H. L. 55

(二二) 「非常に少い例外を別にすれば、英国の制定法もコモンウェルズの他の国のそれに該当する制定法にもパラレルの立法の下に外国で附与された離婚判決の承認については何ら規定していない」 (*Dicey*, op. cit. p. 318)。なお例外としては南アフリカ (一九三九年法)、西オーストラリア (一九四八年法)、ニュージイルランド (一九二八年法) 及び英国の *War Marriage Act*

(1944) があげられる。

(一三三) Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1949 sec. 2

(一四四) Warden v. Warden (1951) S. C. 508

(二五) 然しこの判例については、実際問題として、スコットランド法とネバダ法との間になんらの similarity が存しないのであるし又妻はネバダにおけるただの六週間の居住を主張したにすぎないという点から判例の解釈として Travers v. Holley の判例の適用外の場合とも考えなれる余地があるともいわれている (Dicey, op. cit. p. 319)

(二六) 一八八九年の法律第一四号

(二七) 「妻がその訴訟の目的でニューサウスウオールズに移って来たのでない限り、訴訟開始の当時に三年以上ニューサウスウオールズに居住していた妻は次の一つ又はそれ以上の理由にもとづいてその婚姻の解消を求める訴を裁判所に提起しうる (a) 夫が正当な理由なく又は故意に原告を遺棄し、それが三年に及び遺棄の当時ニューサウスウオールズに住所をもっていた妻がその後夫の外に居住所取得にもかかわらず、その住所は失われないとみなされた場合 (b) 略」と規定している。

(二八) Kahn Freund, op. cit. p. 28, Dicey, op. cit. p. 318

(二九) Kahn Freund, op. cit. . 28

(三〇) 英国に夫の住所があるか否をについては意見が一致しなかった (Dicey, op. cit. p. 318)

第四章 Travers v. Holley 判例の適用範囲について

Travers v. Holley の判決については、counsel for the Queen's Proctor が、上級審に対してそれが wrongly に判示されたものということを主張する権利を留保したといわれるが、その後英国では一九五五年の Carr v. Carr 事件^(三)、一九五七年の Arnold v. Arnold 事件^(三)で本判決と同じ趣旨の判決が繰反されている。又 cheshire は^(四) “Since

English legislation has encroached upon the judge-made doctrine of domicile established by *Le Mesurier v. Le Mesurier*, there is no reason why the similar encroachments of foreign legislatures should be ignored, for if the common law is not to stagnate, what has been decided by the judges in the past must be expanded to meet the changing conditions of life”と全面的に賛成し^(H)又 *Morris* (Dicey, 7th ed.) の Rule 43: Exception 2 にこれを英国国際私法の原則化している。即ち “If a wife obtains a divorce in a foreign country, and the foreign court exercises jurisdiction on a basis substantially similar to that on which the High Court exercises jurisdiction under Exception 1 or 2 to Rule 40 [制定法による管轄権] the divorce will be recognised in England, although the husband was not domiciled in the foreign country at the commencement of the proceedings for divorce” と確認しているのである。

このようにみると、*Travers v. Holley* の判例は英国法における外国離婚判決承認の一原則として確立されたものと言ふことが出来るであろう。然しそこに確立された原則の適用範囲について仔細に検討するとなお判例を重ねて明確化されねばならぬ点があるのである。

まづ第一に、他国の離婚訴訟の裁判管轄権に関する制定法が、一九五〇年の上述したところの英国法と全く同一の条項を規定しているといふことはまづ考えられない。現に英国法と類似の、*the British Commonwealth of Nations* に属する諸国の制定法をとり出してみると、その間かなりの variation ^(六)がある。こうしてみると、*Travers v. Holley* の原則は、外国裁判所に裁判管轄権を与えているその国の制定法と英国の *Matrimonial Causes Act* の間に法規間の substantial similarity の存在する場合にのみ適用されるのか、それとも妻の事実上の外国における居住が英国の *Matrimonial Causes Act* の第一八節 (1) (a) (b) の要件に達しており、それが英国であったならば英

国の裁判所が管轄権をもったであろうということをもって足りるかという問題である。^(七) この問題に関するその後の判例は *Donne v. Saban* [1955] 事件と *Arnold v. Arnold* [1957] 事件^(八) とでは異った結果を判示した。然しこの点については、*Morris* もはっきりと述べているように^(九)、*Arnold v. Arnold* に表明された一層自由主義的な見解即ち右の *alternative* の後者を探る方が優れたものであろう。何故ならば、英国の裁判所が、その確立した原則に従って、英法上の概念でその外国に住所があるとして外国離婚判決を承認する場合にあつても、果して現実にその外国裁判所が管轄権ありとした根拠はその制定法によつたか、国籍、居住、或は英法と異つた住所概念によつた管轄権に基いてなしたものであるかという点については検討しないものであるし^(一〇) 又その外国判決が、英国以外の住所地の裁判所によって承認されるであろうという理由から、英国裁判所がその判決を承認する場合でも、住所地裁判所で一体如何なる理由で承認するかを検討しないで単に住所地裁判所で承認するという事実だけで充分であると一般に考えられている点から^(一一)、この *Travers v. Holley* の原則の適用される場合にあつても、如何なる根拠で外国の裁判所が離婚判決を与えたかが問題とされるべきではない。^(一二) その状況がもしも内国で生じたならば、英国の裁判所も離婚判決を与えたであろうという事実関係のみが重要なのである。然し *Morris* (Dicey 7th ed.) は、英国裁判所は多分、この問題については将来も折衷的な解決策として次のように考えるであろうと述べている。^(一三) (一) もしも、判決外国に管轄権に関する制定法があれば、それが英国の *Matrimonial Causes Act* に類似したものか否かを検討する (二) そのような類似の制定法の存しないときにも、その外国離婚判決の基いた事実について、英国の裁判所自身も、その状況が内国であつたならば離婚判決を下すであろうかを検討すると。^(一四)

第二に *Travers v. Holley* 事件では、^(一五) 示されているように右に述べた *similarity* 要件の存在しなければならぬ時点は外国離婚訴訟手続の開始された当時である。^(一六) 然し英国の裁判所は、その外国離婚の有効性が問題になる、即ち、例えば再婚の有効、無

効の争が生じた時点におけるその存在も顧慮して決定するであろうと若干その適用範囲を拡げる傾向にある。^(一八)

第三の問題は外国裁判所による管轄権の行使に、「夫による遺棄」必要条件としていた場合に、果して遺棄事実が存在していたか否かの検討は英国法によるべきかの問題がある。これについては *Morris* も *Russell* も住所概念合様英国法によって判断されるべきものと主張している。

第四に *Travers v. Holley* 事件及びその後の、それに従った一連の英国の判例ではすべて外国における離婚訴訟法手続開始の當時夫は英国に住所をもっていた事案についてなされた判例であるが、これは偶然の事情にすぎないのであって、夫が第三国に住所をもつていても *Travers v. Holley* 事件の判例原則の適用にはなんらの障害をもなすものではないといわれている。^(一九) これに関連して言えることは、すでに第一の問題点として述べたように、要件としての *substantial similarity* の存在は判決国の法と、承認国たる英国法との間に存すべきであつて、判決国法と第三国たる住所地国法との間の *similarity* ではない。^(二〇) 従つてこの場合夫の住所地国が当該外国離婚判決を承認しないような場合であっても英国においては承認されることになるのである。^(二一)

最後に *Travers v. Holley* 事件の原則の適用において最も重要なことは、外国離婚判決が妻でなく、夫に附与されたものであるときには適用にならず、そのような外国判決は承認されないということである。^(二二) *the British Commonwealth of Nations* のなかの若干の立法では、当該制定法条項を夫による離婚の申立にも拡張している。^(二三) 然し英国の一九五〇年法第一八節 (1) (a) 及び (b) は明文をもって妻による離婚手続にその適用を限定しているのであるから、これに基礎をおく *Travers v. Holley* 判例の原則の適用も亦妻の為に附与された外国離婚判決に限定されるのである。^(二四)

(1) *Webb and Brown, op. cit. (Casebook)* p. 233

(11) *Carr v. Carr* (1955) 2 All. E. p. 61, *Cheshire, op. cit.* p. 398

(11) *Arnold v. Arnold* (1957) p. 237 その他 *Robinson Scott v. Robinson Scott* (1958) p. 71, *Manning v. Manning*

(1958) P. 112, *Gerrard v. Gerrard* (1958) C. L. Y. 498, *Matchett v. Knapitsch-Matchett* (1958) C. L. Y. 500 などがある。

- (四) Cheshire, op. cit. p. 397
- (五) Dicey, op. cit. p. 317
- (六) Dicey, op. cit. p. 320
- (七) Dicey, op. cit. p. 319~320
- (八) Donne v. Saban (1955) p. 178 「フロリダの判定法はフロリダ裁判所に、申立人が九〇日居住していたときは管轄権を与えらるゝているが、こうした制定法は妻による三カ年の通常の居住を要求している一九五〇年の英国法とは substantially に similar ではないと判示した。この判示中にはなお、英国及外国裁判所の extraordinary の管轄権は “correspond almost exactly” でなければならぬと一般論を述べている。
- (九) 前出、この事件では、フィンランドの制定法は一九五〇年の英国法第一八節の条項とは非常に異つた用語で表現されていたが、それにも拘わらずフィンランドの離婚判決が承認された。
- (一〇) 前出の Robinson Scott v. Robinson Scott の判示も同趣旨である。Karminski 判事は “a foreign decree will be recognised even though the jurisdictional ground upon which it was based not an exact replica section 18” と述べている。
- (一一) Dicey, op. cit. p. 320
- (一二) Dicey, op. cit. p. 321
- (一三) Armitage v. A. G. (1906) 後出。次章参照。
- (一四) Dicey, op. cit. p. 321
- (一五) Dicey, op. cit. p. 321, Cheshir, op. cit. p. 399, Kennedy (1955) IV I. C. L. Q. p. 389, 391~393, Cartere (1959) 35 B. Y. B. I. L. p. 266

- (一六) Dicey, op. cit. p. 321
- (一七) Travers v. Holley p. 246, 256 Hodson の表明したところ
- (一八) Dicey, op. cit. P.321 (5) これを例えば一九三七年以前に妻が外国で離婚判決を得ていたのであるとき、その後再婚にあたって（一九三七年法、一九五〇年法の存在時代に）その外国判決は、英国制定法の精神から言って無効なものとはみなさるべきではないのである。
- (一九) 例えば guilty を遺棄の件とするか否かなどである。
- (二〇) Dicey, op. cit. p. 322 (6) 「若しも外国制定法が、その夫によって遺棄された妻は、夫が遺棄の直前に外国に住所をもっていただくにも離婚の訴を提起しようと規定しているときに英国の裁判所が夫の住所は英国法によって検討しうるも遺棄事実はこれを検討し得ないということは奇妙なことといわねばならぬ」と述べている。
- (二一) Russell (1956) V I. C. L. Q. p. 126
- (二二) Dicey, op. cit. p. 321
- (二三) Dicey, op. cit. p. 322 (4) 「住所法はなるほど Personal Status については pre-eminent であるべきであるから、住所地法が承認しない離婚を英国で承認することは所謂 Status 理論をこわすようにみえるかもしれないがこの Travers v. Holley の判例の精神は全く別の相互主義に存するのである」といっている。
- (二四) Dicey, op. cit. p. 323 因みに妻の離婚訴訟に被告たる夫が反訴を提起して、それに外国判決が与えられたときはその判決はこの原則の適用範囲にはいるという。
- (二五) 例えば、西オーストラリアの一九四八年法第一四節(b)、南アフリカ連邦の一九三九年法第四節など。
- (二六) このことは一面妻を必然的に夫より有利な立場におくことになる。因みにこれについての批評は 35 B. Y. B. I. L. P. 268 ~ 9 を参照。

第五章 Travers v. Holley 判決に示された相互主義の意義

以上に述べたように、一九五三年の Travers v. Holley の判決は、一九〇六年の Armitag v. A.-G. の判例が、住所地区において承認される外国判決は英国においても承認されるであろうという原則を確立して、英国における外国離婚判決の承認に関する原則についての大きな発展を示したと同様に、英国国際私法における注目すべき epoch-making な原則を確立したものであるが、その判示中に Hodson 判事が、はからずも

“Where, as here, there is in substance reciprocity, it would be contrary to principle and inconsistent with comity if the court of this country were to refuse to recognise a jurisdiction which *mutatis mutandis* they claim for themselves. The principle laid down and followed since the Le Mesurier Case must, I think, be interpreted in the light of the legislation which has extended the power of the court of this country in the case of persons not domiciled here.”^(三)

と reciprocity 及び comity に言及したことから、この判例は、ただに外国離婚判決の承認に関するもう一つの原則を確立したのみにとどまらず、英国国際私法の根本理念の発展の為に一石を投じたものと看做される価値と特質をもつ点一層に注目されるのである。

すでに第一章で述べたように、comity 或は reciprocity の概念を外国判決の承認の条件とすることは、英国判例法においては排除されてきたばかりでなく、理論的に、それ自体国際主義的でなく私的自治と契約自由の原則への国家の干渉であり、国家的な retaliation に導く危険を内蔵するものであるとすれば、今日、英国の裁判官がこうした言葉を用いること自体奇妙な感じをうけざるを得ない。従って現に、この判例を契機として、英米の法学界で reci-

procity の概念の再検討がなされるに至ったのである。即ち例えば Arthur Lenhoff は “Reciprocity : The Legal Aspect of a Perennial Idea”^(五) において又 M. J. Russell は “Fluctuation in Reciprocity”^(六) この相互主義の概念をあらためて理論的に追求しているのである。

Russell は reciprocity の概念に二種類あるという^(七)。即ち (1) whether the English courts would have recognised the right in similar circumstances if the matter had been a purely domestic one without the particular foreign element, or.

(2) whether the courts of the foreign country would themselves have recognised a similar right in a case with a material English element.

この二種類は全く異った意味をもつ。若しも相互主義が「私の為すところのものを貴方が受け入れるならば、その限りで貴方のなすところのものを私の方でも受け入れましょう」というならば(右の第(2)の立場)、それはまさにアメリカ合衆国の *Hilton v. Guyot* 判決のとつた態度であり、concession を前提とするものであり、retaliation に導く危険を包蔵するものといえよう^(八)が然し、それがもしも「私の行為するように貴方も行為する限り貴方のなすところを受け入れましょう」という態度(右の第(1)の立場)であるならば、これは道徳上よく言われる「自己に欲する如く他人に為せ」という格律であり、カント的表現を利用すれば「余がかかる状況の下で管轄権を要求するが故に、同様に他人がそうする権利を認めねばならぬ。何故ならば余の行為を意義づける原則は諸国家共同体のいかなる一員もそうすべき普遍的自然法則であるから」と言い現わせよう^(九)。Russell は第一の立場からの reciprocity を internal reciprocity と名づけ、第二の立場を external reciprocity と呼んでいるが、この両者は明らかにその軌を一にしない。internal reciprocity の考え方はいわば新しい相互主義の考え方である。勿論 Hodson 判事は、恐らく、この

ような深い理論的省察の下に、その判示中に *reciprocity* の語を用いたものではないであろう。^(一三) 然しこの判決に用いられた *reciprocity* の概念は尠くともそう解して、若干の大陸法系諸国及アメリカ合衆国の *Hilton v. Guyot* の判例でみとめられている相互主義の原則と区別しなければ、理解しがたい判例である。従って、現にオーストラリアのビクトリア州の最近の判決は英国の *Travers v. Holley* の判例にならうことを拒否して、英国の離婚判決を承認しなかつたのであるが^(一四) *Morris (Dicey 7th ed.)* は^(一五) この事実をもつても、ビクトリア州の制定法で遺棄された妻に一定の条件の下で離婚裁判管轄権を認めている限り *Travers v. Holley* 事件の判例原則によって英国でのビクトリア州の離婚判決の承認にはなんら支障が存しないと説明している。即ち *Travers* 事件の原則は、類似の状況の下に、英国で附与された離婚判決を相手国が承認するかしないかという具体的な外国裁判所の好意如何に、決して依存するものではないのである。

すでに第一章で考察したように、特に前世紀の英国の判例中に、たとえ *comity* なる用語が用いられたとしても、それはかなり抽象的なものにすぎず、*Private International Law* 或いは *conflict of law* を現わすものであったと考へるべきことを思いあわせると、*Travers v. Holley* 事件の判決も亦仮令 *comity* や *reciprocity* の言葉を用いても、そこに一連の精神的連続の存在することが容易に肯けられるのであり、英国法においては、外国判決の承認の理論に關する限りは、他のいづれの国のそれよりもたえず国際主義的であったし又現在も益々国際主義的傾向を強めているものと言うことが出来よう。そのみならず、この *Travers v. Holley* の判例の意義は、これを契機として、相互主義理論に新生面が開拓され、それが近代的な国際的精神をもって基礎づけられることによって、兎角硬化し勝ちな、国際私法理論一般に、観念的に終らない着実な、国際主義的普遍妥当な基礎づけへの途を切り開いてゆく出発点となり得るものでないかという点にある。^(一四) *Hodson* 判事自身は後の *In re Trepana Mines Ltd.* (1960)^(一五) で「*Travers* 事

件は婚姻身分に関する事件における *in rem* の判決に限定されたものであり、私の認めている限りでは *matrimonial case* 以外の事件には必ずしもあてはまらない」と述べているが現に *Cheshire* はその最新版(第六版一九六一年)で、この *Travers v. Holley* の判例の原則を婚姻事件以外の二つの場合に類推適用すべきことを提案している。その一つは、英国の裁判所が外国にある土地に関して人的強制を加える判決を下すことを認めた *Penn v. Baltimore* 事件の原則は、逆に、外国裁判所が英国にある土地に関して附与した類似の判決の承認にも適用されるべきであるといふのである。^(一八) 例えばカリフォルニアに住む *X* に対して、彼が詐欺によって取得した英国の土地を、もとの所有者 *Y* に再譲渡すべきであるという判決をカリフォルニアの裁判所が下した場合、英国の裁判所はその判決の *extra-territorial* の効力を承認して、*Y* の訴にもとづいて、*X* に対してそのカリフォルニアの判決を有効なものとして強制すべきではなからうかというのである。「この *Travers v. Holley* の判決に示された *reciprocity* の精神は離婚以外の、他の関係においても欠いてよいものではない」と *Cheshire* は言っている。^(一九) 第二は、裁判管轄区域外の送達に関して英国には裁判所規則の *Order XI (R.S.C.)* という特別規定があるのであるが、*Cheshire* は *Travers* 事件の原則を、この *Order XI* に盛り込まれている条項と実質的に類似の外国法の下に外国裁判所の送達がなされ、それによって裁判管轄権を確立した外国の判決の承認の場合に類推適用すべきことを提案している。^(二〇) このように *Cheshire* が *Travers v. Holley* の原則を尊重するばかりでなく、その新しい相互主義の精神を英国国際私法規則の国際主義化の為に積極的に活用しようとしているとは充分注目に値することである。^(二一)

(1) *Avmitage v. A.-G.* (1906) p. 135, 75 L. J. P.42, *Webb and Brown*, op. cit. p. 227

(11) *Cheshire*, op. cit. p. 394~395

- (三) Kahn Freund, op. cit. p. 28
- (四) Kahn Freund, op. cit. p. 29
- (五) Northwestern University Law Review (1954—55) p. 594—641, p. 752—779
- (六) I. C. L. Q. (1952) p. 181—195
- (七) Russell, op. cit. p. 181
- (八) Kahn Freund, op. cit. p. 29
- (九) Kahn Freund, op. cit. p. 29
- (一〇) Russell, op. cit. p. 181
- (一一) Kahn Freund (op. cit. p. 29—30) は「ホドソン判事は英國の婚姻法の専門家として *horror matrimonii clandestinis* 即ち跛行婚の発生をおそれて判示したものとと思われる」という。
- (一二) Fenton v. Fenton (1957) V. L. R. 17
- (一三) Dicey, op. cit. p. 319
- (一四) Cheshire, op. cit. p. 624, p. 652
- (一五) In re Trepca Mines Ltd. (1960) I. W. L. R. 1273, 1281
- (一六) Cheshire, op. cit. p. 652
- (一七) Penn v. Baltimore (1750) I Ves, Sen. 444
- (一八) Cheshire, op. cit. p. 623
- (一九) Cheshire, op. cit. p. 624. 然し Cheshire もみとめているように、また英國にはこれに関する判例がないのみならず、事
実カナダの最高裁判所は一九三二年の *Duke v. Andler* (1932) S. C. R. 734 事件で、英國の裁判所は、その外國の土地に關す

る人的な判決が extra-territorial の効力をもつとはみていないとし、外国の類似の判決を承認しなかった。

(二一〇) Rules of the Supreme Court Order XI 「これは人的訴訟の場合に不在の被告に対しても次の場合に英国の裁判所に送達せらるるものである (a) Where the whole subject-matter is land situated within the jurisdiction (The most obvious example of this is an action for the recovery of land) [Order XI R. I(a)] (b) When an act, deed, will, contract, obligation or liability affecting land within the jurisdiction is sought to be construed, rectified set aside or enforced in the action. [Order XI R. I (d)]」

(二一一) Cheshire, op. cit. p.652

(二一二) この「英国法における外国判決承認の条件としての相互主義に関する考察」の研究は昭和三六年度科学研究費（各個研究）の交付をうけて研究したものの一部である。