

米国抵触法上の二・三の問題点

法学研究科第2学年

久保ゼミナール

焔 場 準 一

米国抵触法の取扱う範囲は管轄権、法の選択、外国判決の承認の三部門である。これに反して我国における国際私法の議論は最近に到るまで、法の選択、準拠法の決定に重点が置かれていた。

先ず管轄権 (jurisdiction) の問題を探りあげる。これはさらに “jurisdiction in general” と “jurisdiction of court” とに分たれる。前者は “choice of laws” の前提として国際的規模をもつに対し、後者はむしろ国内的事項である。こゝでは前者のみを問題にする。ビールによれば、法は厳格な属地主義に従わねばならないために、その “空間的適用範囲の劃定” が重要である。法の制定は主権の機能である。故にこれは管轄権の劃定に帰着する……

註1. Beale, Treatise on the Conflict of laws, 1935, §1. 6.

Summary of the Conflict of laws, §11.

元来歴史的に外国法に対して排他的で属地主義的傾向の強いのが、英米法の特色である。ストーリー²の属地主権の原則を受け継ぎながら、外国法がそのまま適用されるとの議論はこれを排し、属地主義の概念を高度に特別化したものに発展させて行つたのがビールである⁴。また彼への激しい非難が集中するのもこの管轄権の原則の設定についてである。そこに窺われる国際主義的傾向の故に「国際法説においては、立法的管轄権という世界的体系の仮説は全く自然で通俗的な性格をもつ。けれども、それは国家主義者の考え方とは合致しない」と批判される⁹。しかしビールの管轄権の原則は、“choice of laws rules” の前提に過ぎない。そのもつ国際的色彩が直ちに “choice of laws rules” の国内法的性格を除いて国際法となすものではなからう⁷。我々は “jurisdiction” と “choice of laws” との次元の差を認識しなければならない。

- 註 2. Nussbaum, Principles of the Private International law, p 24
also pp 26~27, note 33; cf. Western Maid 275 U. S. 419. 432 (1922).
- 註 3. Cheatham, American theories of Conflict of laws, their role and
utility, 58. Harv. L. R. p 365 n. 62.
- 註 4. Cheatham, supra, pp365~366, p 369, p 383; Rabel, Conflict of laws,
Vol. 1 p 61; Cheshire, Private International law. (3rd Ed) p 46.
- 註 5. 尚 Beale, Treatise § 1.10 § 44.2; Cheshire, supra, p 45; Nussbaum,
supra, p 29 also p 34.
- 註 6. Nussbaum, supra, p 29 cf. Beale, Treatise, § 1.12 § 5.1.
- 註 7. cf. Beale, Treatise, § 5.4; What law governs validity of a contract,
23 Harv. L. R. pp7~8.

管轄権の原則への直接の反論は次の様に要約される。すなはち、属地主義から抽出された管轄権の原則によつて、米国⁸抵触法は構成されているのではない。その様な実定的原則は存在しない、というにある。動産に関しては所在地法が排他的主権と管轄権とをもつ、とは単に漠然とした無意味な叙述である。また属人法の標準として住所地法、本国法その他のいずれの法律が適用せらるべきかどうかの問題も、一国の政策⁹から決定されるものであつて、いかなる属地論からも演繹されるものではない。“超国家的権威”のごときものゝ現存しない限り、たとえそれが外国にある人・物に作用すべき性質のものであろうとも、その問題を独自の立場から「自らの正義の観念と政策」¹⁰とに依じて決定しうる権限のある点は承認されねばならない。なるほど現在の国家体制の下にあつては、一国の法は、その領土的限界内においてのみ強行しうる。けれども、これは直ちにその国法が領土外の人・物に関する法律問題に及びえないことを意味するのではない。「法は物理現象ではなく、光波の様に領土的限界に達するまで拡がり、そこで止るといつた様なものではない」¹¹からである。この様にして各国主権は自らが正当・適当と考えるところに従つて抵触規定を決めることが可能である。事実関係とある国との密接な関係、¹²一般的な社会経済的考慮こそ適用さるべき法体系の選択を確定するのである。例えば人の一般的権利能力において、一国の政策が、領土内に住所をもつ者及び市民の保護にあれば、住所地法あるいは本国法が支配する。またそれが内国取引の保護を目的とするならば契約地法が、さらに双方の要素を加味して本国法を原則とし、それによれば無能力なるも訴訟地法によれば能力者なるときは、能力者と取り扱うことも出来よう。そこに共通なものは、ア・プリオリな自然法的な普遍妥当の原則ではなく、それぞれ

つてはいるが、各国の正義の要請に対する反応だけ、と考えられる。従つて一般の問題は常に同一である。すなはち特定の場における正義の要求はなにか、してわが低触規定の精神目的 (controlling policy) はなにかの問題である。」

註 8. Lorenzen, Territoriality , Public policy and the C.O.L, (Selected Articles on the C.O.L) p.4.

cf. Lorenzen, Tort liability and the C.O.L. (Selected Articles) p.364 : The Renvoi theory and the Application of foreign law (Selected Articles) pp.33~34

Heilman, Judicial method and Economic objectives in C. O. L. 43 Yale L. J. p 1083.

註 9. Lorenzen, Territoriality, pp.5~9; Heilman, supra, p.1090.

Goodrich, Conflict of laws, (3rd Ed) p.14.

cf. Rabel, supra, p.90.

註 10. Lorenzen, Territoriality, p. 6, also p.18; Cook, Logical and legal bases of the C.O.L, 1942, p. 41, p. 71; Harper, Policy bases of the C.O.L, Reflexions on reading Prof. Lorenzen's essays, 56 Yale L. J. p. 1161.

註 11. Cook, op, cit, p. 41 also cf, de Sloovere, The local law theory and its implication in the C. O. L, 41 Harv. L. R. p. 451.

註 12 なお、こうした社会経済的のファクターを重視するものとして、

Lorenzen, Developments in the C. O. L. 1902~1942 (Selected Articles) p. 216; Cook, op. cit. p. 248. p 251. pp 439~441; Harper, op. cit. pp. 1161~1162, pp 1169~1171; Heilman, op. cit. p. 1098 ff; cf. Nussbaum, op. cit. p. 34; Dicey, Conflict of laws, 10; Goodrich. op. cit. p 14.

註 13 Lorenzen, Territoriality. p 15, also, Tort, p 367; Nussbaum, op. cit. p. 34; Heilman. op. cit. pp 1088~1089. p 1098; Cook. op. cit. p 41. p 71; Yntema, The Hornbook method and the C. O.L. 37 Yale L. J. p 478.

結局ビールも低触法が コモン・ロー からその法源を抽出するものであるとしているが、米国低触法が彼の管轄権の原則、それをその指導原理となしうるといふ点までは妥当と認められよう。国際的機構による何らかの強制手段、あるいは条約の如き実定的国際法上の制限が見られない限りにおいて管轄権を劃定しても、それはあくまで米国低触法のみによる一つの規準に過ぎない。その様な一方的基準としては存在しうが、その様な規制が国際間に実存すると断じるのは誤りである。けれども問題は、果してその指導原理が属地主義と密接な

関係のある管轄権の原則であるか否かである。この様にピール、あるいはより一般的に既得権説の管轄権の原則についての批判を、我々は米国抵触法的前提、指導原理、精神目的に関する一つの論争と見たい；

次に問題となるのは、涉外事件において、裁判所が現実に強行するのは外国で創設された権利 (*foreign-created right*) か、あるいは逆に訴訟地で創造されたもの (*forum-created right*) であるかの点に関する。前者は伝統的立場であり、後者は新説と呼ばれよう。¹⁴ 一方が既得権説と呼ばれるのに対し、他は“*local law*” 説と俗称される。いずれも、外国法が内国で適用されるものではない点を主張するところに、興味ある共通性を見出しうるのである。

註 14 de Sloovere, *op. cit.*; Falconbridge, *Essays on the C. O. L.* (2nd Ed) Chap. II, esp. pp. 10-37.

ピールによれば、涉外事件において外国法が適用されるとの真意は、外国法が現実に適用され、強行されることを意味するのではなく、外国法の下で創設された権利の承認、あるいは強行である。¹⁵ この場面で問題になるのは、いわゆる第一次的権利 (*primary right*) である。そしてこれは一つの実在、法実在 (*legal entity*) と考えられている。ピールも自認するごとく権利を人為的なものとしても、それが人に付随して持つて歩かれる、いうのは一種の“*metaphor*” に過ぎない。¹⁶ いまピールに従つて甲国法が管轄権をもつと仮定しよう。そこで問題になるのは甲国法が原告主張の権利を創設したか否かである。すでに甲国において、その権利の存在が確認されている場合には、それはむしろ外国判決承認の理論の域に入る。けだし、いかに権利を以つて実在と考へても、それが訴訟によつて現存すると確定されるまでは、現実の実在とはいえず観念的なものに過ぎないからである。そしてその実在を観念的なものと解した場合にも、この甲国法が当該権利を創設したか否かの決定には、当該事件に、いわゆる管轄権をもつ甲国法を参照することなしに、行われようか。これは、その裁判所が外国法を一つの裁判基準として裁判をなすことを示すものであつて、これはとりも直さず外国法を適用しることにならう。従つて我々は、外国法によつて創設された権利の承認においても、外国法の適用が必然的に伴われるものである点を、看過することは出来ないのである。¹⁹ “外国法が適用されるのではなく、外国で創設された権利の承認がなされるのである”。この立論は、それが抵触法の真の機能を表現するために意図せられたものとせば、前述の現実の場

面を不問にする観念的な操作・擬制に止るものといわれねばならない。²⁰いかにも、涉外事件において訴訟地に要請されるのは、一般的な外国法の強行ではない。外国法に基づいた個人の権利の強行、保護を要求される。けれども権利、義務の定義は一応論外にしても、法的に強行しうる権利、義務という意味においては明白に、法と現実との結合した概念を含むものである。従つて外国法によつて創設された権利の強行と、外国法自体の強行との間に明確な差異を設けることは困難である。²¹ピールは、その属地主義的法律観から、ストーリーの、外国法が訴訟地において、法として適用されるとの所論に同意しえなかつた。それで直ちに、この問題を権利の承認、強行といつたものに代えたのであつたが、これはいさゝか慎重さを欠いたものであつたと考えられる。

註 15 Beale, Summary, § 1.

註 16 Beale, Treatise, § 8A, 11. p 69. p 70.

註 17 Beale, Summary, § 2.

註 18 cf. Slater v. Mexican National, R.R.Co. (1904) 194 U. S. 120

Western Union Telegraph Co. v. Brown (1914) 214 U. S. 542

Jacobs v. Colgate, 217 N. Y 235 243, 111. N. E 837 840 (1916)

also Yntema, op. cit. pp476~477; Chetham. op. cit. p380.

註 19 cf Nussbaum, op. cit. p28; Lorenzen, Tort. p 364; Heilman, op. cit. p. 1093; Cheshire, op. cit. p 48.

その意味では、この説は法の機能的側面には眼を閉じるものといえよう。

Yntema, op. cit. p 474; Lorenzen, supra. loc. cit; Heilman. op. cit.

p 1087; Cook, op. cit. p 38.

註 20 cf. Cheatham, op. cit. p 382; Lorenzen, Tort. p 364.

註 21 Cheatham, op. cit. pp 380~381 also cf. Farmers Loan and Trust Co. v. Minnesota, 280. U. S. 204 (1930).

その上、注目すべきは次の一事である。すなはち本説に従えば、外国で創設された権利が問題の中核をなす。従つて一旦それが創設された以上は、その承認にあつて多少の制限を加えられるとしても、いづくにおいても承認される。では外国において創設されなかつた場合はどうなるのか。そこには先在すべき権利が存在しないことになる。故にそれが不法行為に關する賠償請求権である場合には、その請求権は不法行為地法によつて付与せられない限りは、訴訟地において強行すべき何物もないことになる。これと対立するのが、Machado v. Fontes²²である。原告はブラジル法の下では権利をもたなかつたにも拘らず、

賠償をえたのであつた。つまり、この事件では不法行為地法が付与しなかつた権利を訴訟地において付与したのである。²³この様に不法行為——特に被害者の金銭的利益を害しない様な種類の、たとえば“libel”——等については、少くともそれが訴訟地においても不法なる場合には、救済を与える充分な理由を見出しうるのではないかと考えられる。けれども、こうした具体的妥当性をもつた望ましい解決は、既得権説からは生れて来ない。

註 22 2 Q. B. 231 (1897) also *Stater v. Mex. Nat. R. R. Co.*

註 23 *Lorenzen, Tort*, pp 362~363; *Cook, op. cit*, p 371 *comp. Goodrich, op. cit*, p 262.

註 24 *cf. Lorenzen, Tort*, pp 366~367.

そこで我々は「外国で創設された権利の承認強行」を以て、外国法上の法的効果が問題の中心点であることを反映しているだけと解して見よう。²⁵その意味においては、いわゆる既得権説によらない解決は存在しないであろう。²⁶そして“外国法は、それとして適用されない”というのを力説するのが、彼の一つの目的であつたと解したい。ここで注意しなければならないのは、「外国法の適用」という句の意味である。ビールも“外国法は当該事件にあつて、考慮すべき一つの事実を構成する”²⁷“法としてではなく事実として作用する”といっている。外国で全然作用しないことを主張するものではないことが知れよう。しかしその「適用」は全体として(en bloc)受容されるか、全体として拒否されるかのいずれかに限られる。²⁸従つてそれが全体として受容されないときは、外国法の適用はないのであり、外国法の適用があるためには、それが全体として受容される必要がある。その様に「外国法の適用」を解するときは、外国法の一部を参照したり、それをたゞ判決の基準として使用するのみでは、いかにも外国法の適用には到らないのであろう。ストーリーは全面的な外国法の使用を、“comity”により認め、ビールはその全面的な拒否を法の厳格な属地主義から基礎づけ、代りに外国で創設される権利の承認、強行をもち出した。そしてこれが、国際私交通の需要に応じえない不自然な擬制と硬直性、さらには混乱を生ずる一因となつたと信ぜられるのである。²⁹この様にして本説が、複雑な材料を要領よく一つの体系にまとめあげ、裁判への一つの簡明な指針を与えた点は認めるべきであるが、そのためにこそ、法律関係の無限の多数性にかんがみ、より併呑性のある、外国法の一部のみを借りる様な方法さえ望まれていることに注意しなければならない。³⁰

- 註 25 cf. Nussbaum. op. cit, p 30; Lorenzen, Tort, p 364; Cook, op. cit, p 29. p 30.
- 註 26 Nussbaum. op. cit, p 30; de Sloovere, op. cit, 451.
- 註 27 Beale, Treatise, Vol. I p 53, Vol. III p 1664; also Goodrich, op. cit, pp 232~233.
- 註 28 Cheatham, op. cit, p 381.
- 註 29 Cheatham, op. cit. p379. p. 383; Nussbaum, op. cit, p 30; Yntema, op. cit, p 474. p 478; Heilman, op. cit, p 1088; Lorenzen, Validity, p 296; Cook, op. cit, p341; Rabel, op. cit. p 63; Cavers, Choice of law problem, 47 Harv. L. R. p 186; Cheshire, op. cit, pp 54~55; Harper, op. cit, p1174; cf Dodd, The power of the supreme court to review state decisions in the field of C. O. L, 39 Harv. L. R. p 535.
- 註 30 cf. Cheatham, loc. cit, supra; Nussbaum, op. cit, p 73. p 74; Yntema, op. cit, pp 468~469, p 473; Harper, op. cit, p 1162.

新説によれば、涉外事件において裁判所の強行するのは、訴訟地で創設された権利である。米国裁判所は、他所で創設されたいかなる権利、義務をも強行しえない。いかなる裁判所も自国主権の法以外のいかなる法をも強行しえない³¹。法の現実に作用しうるのは、それが制定された国の領域内に限られる。従つて外国法は、訴訟地にあつては法としての効力をもちえない。裁判所が裁判をなすための判決基準として、外国の法令を使用する必要が生じた場合に、上の前提からは、その外 法令が内国法に編入されてその一部とならない限りは、訴訟地裁判所がそれに基づいて判決を下しえないことになる。そのために、涉外私法事件の解決においては外国法の、内国法への編入が必要である。この様にして一見外国法を適用していると考えられる場合にも、実はそれがすでに内国法に編入されて、その一部となつているために、それ従つて創設され、強行される権利・義務は国内的すなはち訴訟地で創設されたものである。そしてこの場合に内国法の一部に編入される規定は当外国において類似、もしくは同一ではあるが純粹に国内的事件に適用される規定である。従つて訴訟地が強行する権利・義務は外国法上で生ずると出来るだけ類似した、自国法上の権利・義務³²である。³³

註 31 Guinness v. Miller, (1923) 291 Fed. 769; The James M' Gee, 300 Fed. 93 at 96; Direction der Disconto-gesellschaft v. U. . Steel Corp.(1924) 300 Fed. 741. Falconbridge. op. cit, p 36; Lorenzen, Tort, p 364.

その意味では本説が既得権説以上に屬地的であるとするもの……
de Sloovere, *op. cit.* p 450.

註 32 Cook, *op. cit.*, pp 20~21, n 41 a at p 21; Falconbridge, *op. cit.* p 134
Cavers, Two local law theories, 63 Harv. L. R. p 824, cf. n.6 loc. cit.
Lorenzen, Theory of Qualification (Selected Articles) pp 108~109; cf.
Beale, Summary, § 2, § 11, § 47, § 48.

註 33 Guinness v. Miller, (1923) 291 Feb. 769; Cook, *op. cit.* p 338, pp 22~16.

さて以上の編入の必要性は、その前提から推せば容易に肯けるとして、次にこの様な編入、合体の過程において内外実質法は夫々、どの様な地位をもつものであろうか。この点に関して我々は次の記述に注目しなければならない。すなわち“現在目前にある 涉外事件に対して訴訟地国内法と類似もしくは同一の範囲をもつ規定を適用すべきか、あるいはどこか他国の国内法と類似、もしくは同一の範囲をもつ規定を適用すべきか³⁴”これによれば、内外の実質法は同様の地位にあり、もし内国法（訴訟地法）が準拠となつた場合にも、それは国内事件に適用される場合と実質的には異つており、たゞその範囲が類似同一であるに過ぎないものと解されよう。外国法を“適用”した場合の、それと範囲の類似、もしくは同一の判決基準が自国法の一部として、編入されねばならないとすれば、上の様に自国々内法と範囲の類似、同一に過ぎない、自国法自体でない判決基準を使用する場合にも、その判決基準は、自国々内法の一部として編入される必要があらう。準拠法が国内法（訴訟地法）だという一事を以て、直ちに、国内法規を判決基準として採ることは許されないことになるからである。けれども、このところに関しては、それ以上一言も触れてはいない。現下の状況の下では、法はその作用に限界を課せられているという前提から、一方が外国法を根拠とするがために、その理由によつてのみ、自国法への編入の過程を必要とする。これに反して、自国法が準拠たるときには、それが恒触法問題においては、本当は、自国々内法と類似、もしくは同一の範囲をもつに過ぎない判決基準であるが、実際には、自国々内法規がそのまま適用される。そしてこの様な涉外事件と、純粋に国内的な事件³⁵における、国内法の質的差異は、単に匱念的なものに止るといふのであろうか。クツクは、ピールの、外国法はそれとして訴訟地において作用しえないのであつて、事実として証明されねばならない、との議論を、全く健全なものと評価している³⁶。こうした点から推論すれば、クツクは、少くとも適用の過程においては、内国法に優位を認めているものと断じることが許されよう。国内に妥当するのは訴訟地の法のみである

事を前提とし、例外的に外国的要素をもつた規定は、先ず編入されて国内法の一部となつてからのみ、訴訟地裁判所が適用、強行しうると説くところは、以上の解釈を助成するものと考えられる。いな、一般的に国内裁判所は、内国立法者によつて制定された法令のみを適用するものであると解すれば、この様ないわば国内法優位説はむしろ自然の結果であらう。³⁷かくのごとく内国法の適用を基本的なものとする限りにおいて、編入は外国法についてののみ存する過程となる。内外実質法は同一の地位を有せず、それはたゞ外国法に、内国における、強行可能性を付与するための操作とされよう。その意味では、前述の議論は、抵触規定の上位性への契機をはらみながらも、徹底さを欠いた、特殊規定論のごとき感を呈するに止まるのである。

註 34 Cook, op. cit. p 338.

註 35 cf Cook, op. cit. p 20~21.

註 36 Cook, op. cit. p 22; cf Beale, Treatise p 106.

註 37 cf Rabel, op. cit. p 63; Cook, op. cit. pp 20~21.

桑田三郎 “アメリカ国際私法における local-law theory について”
(法学新報才61巻才3号) p 93.

通常この “local law theory” が用いられるのは外国で発生した *cause of action* の議論についてである。同一の考え方は、あらゆる種類の法的権利の全体、例えば財産権、個人権についても存在しなければならない。個人についても同様であらう。³⁸もしそうでなければ、この “local law theory” は、国際私法学の全体をカヴァーする一つの指導的立場といえないからである。³⁹人に例をとれば、メインで設立された法人あるいはメインに住所をもつ個人が、他の州、または外国で商業を営んでいると仮定しよう。その場合、本説によれば、当該法人、あるいは自然人は、その各々の州、国において新しい異つた法的人格である。けれども、その自然人であれ、法人であれ、その本国あるいは住所地、設立地において認められた一般的権利能力、それを採りあげて見た場合に、その法的人格は、その行くところどころにおいて付与されねばならないものであろうか。この様な見解は、特に外国法人に関して、社会の需要と相反するものと考えられよう。⁴⁰殊に上述の解釈が困難を感ずるのは、外国主権、あるいは他州官吏が *full faith and credit clause* の保障の下に提訴する場合である。ウイスコンシン州のミルウオーキー郡は同条項により、ウイスコンシンの税に関する決定についてイリノイで提訴しうることが保障されている。また州の保険監督官 (*superintendent of insurance*)、銀行役員は、自らが清算中の会社

債権につき、他州にて訴訟を提起する同様の権限をもつものである。この様な場合には、提訴地において外国元首、他州官吏に新しい法的人格が付与されたと主張しえないのではないかの疑惑がもたれるのである。⁴¹ 不法行為債権、契約締結能力等の個別的権利関係については、たしかにクツクの如き説明でも充分その任務を果たすことが可能である。けれども、これが一般的権利能力、身分関係自体、例えば夫婦、親子の関係等に関しては、必ずしも妥当な議論であるかは疑問である。こうした事態においては、外国で取得された身分等の承認問題となつて来るのではなからうか。

註 38 Cheatham, *op. cit.* p 287.

註 39 *cf.* Nussbaum, *op. cit.* p. 73, p. 73; Wolff, Niboyet's, *de droit international privé français*, Vol. III, 63 L. Q. R. p 332.

註 40 Cheatham, *op. cit.* p. 388; *Bank of Augusta v. Earle*. 11 Pet, 519 588 U. S. (1819).

註 41 *Sapphire*, 11 wall 164 (U. S. 1171); *Milwaukee County v. M. E. White Co.* 296 U. S. 261 (1915); *Clark v. Williard*, 292 U. S. 112 (1914); *Broderick v. Rosner* 294 Q. B. 629 (1915); Cheatham, *op. cit.* p 388.

“local law theory” は訴訟地法に編入された外国法、従つて訴訟地で創設された権利を中心問題とする。訴訟地で提訴されれば、外国権利は訴訟地の訴訟手続に適合させるために変更、修正が加えられるのは必然である。⁴² けれども、この方法が、訴訟地による新たな権利の創設にいたるか否かは疑問である。実質的には外国権利がそのままの形で、裁判所によつて承認される場合、訴訟地における権利創設の重複を認める理由は更にない、といわねばならない。⁴³ 思うに、権利、法の強行可能性が属地的に制限されているとの前提に立つたとしても、そしてその強行のためには、内国的なものに変質している必要があるとしても、それが直ちに訴訟地における法的効果の再設を必要とするものとはいえない。⁴⁴ 有効に成立した法的効果は、いたるところで承認すべきであるとの規定がないとしても、訴訟地抵触規定によつて準拠とされた法によれば、法的効果が有効に成立していると解され、訴訟地がその強行を望む場合には、その再設によらずとも、その承認によつても目的を達しうる。⁴⁵ 特に継続の状態が法的に保護される場合はそうである。けだし承認にはある程度の訴訟地の司法権（主権）の介入を必然的に伴い、それによつて外国で創設された権利は、訴訟地による修正を受けて初めて強行される。その限度における国家権力の介入の事実

も、また、訴訟地は外国法に従い、外国で創設された権利をそのまま強行している、との法律感情を除きうるのではないかと考えられるからである。また現実には、裁判所が外国法を考慮するに際し一々適当な規定を内国法に編入する過程をとり、それに従つて権利を創設するか、というところは、はなはだ疑問である。

註 42 *Guinness v. Miller*. (1923) 291 Fed. 769. 極端な場合、*Machado v. Fontes*, (1897) 2. Q. B. 231 cf. *Cheshire*, op. cit, p 50.

註 43 cf. *Nussbaum*, op. cit, p 36.

註 44 cf. *Restatement*, cf. C. O. L. § 42, Comment d, also § 134. § 614
Nussbaum, op. cit, p. 229.

註 45 *de Sloovere*, op. cit, p 438.

我々は、米国において、“incorporation”なる語が判例に用いられた事実を見るのが可能である。⁴⁶これはまた、外国法事実説をとる米国において、他の事実とは異つたものであるとして、外国法の再審理を説明するためにも使われたのである。⁴⁸しかし上の様な理論構成が、再審の問題を解決しえない点は各論者の一致するところである。⁴⁹これは結局、米国裁判所は、外国主権の指揮に従つてはならないという反対から裁判所を守るためにのみ、設けられたものと解されているが、けだし適切な指摘と思われる。あるいはまた、一方では領土内における主権の絶対性を高唱し、従つてその国の裁判所が執行しうるのは自国法に限るとの前提に立ちながら、外国法が現実にはしばしば、“適用”されていることを見逃しえないがために、以上のごとき理論を立てるに到つたとも解されよう。たゞ外国においては権利が認められず、しかもその様な権利の創設が事件の本質、正義の要請から見て望ましい場合には、訴訟地による権利創設の理論にも充分な根拠のあることを何人も疑わないであろう。しかしこの場合には、もはや権利の再創造ではなく初めての創造である。⁵¹そして本説が、その長所を最も良く發揮しうるのは、この様な場合であると考えられる。既得権説によれば、それが外国で創設された権利の承認の理論であるが故に、外国でそれが創設されない場合には、訴訟地は決して権利を創設しないからである。⁵²

註 46 *Westem Maid* 257 U. S. 419 (1922) (外国法は自国法の一部となる)
Saloshin v. Houle, 85 N. H. 126, 110, 155 Atl, 77 (1911) “外国法は local law となる”。

註 47 *Beale*, *Treatise*, § § 621. 1~621.5, Summary § 14; *Cheatham*, op. cit, p 390, p 391; *Cook*, op. cit. p 22, *Cheshire*, op. cit. pp 169~170;

Dacey, op. cit. (6th Ed) pp 866~867; Falconbridge. op. cit, p 823. p 833; Goodrich, op. cit. pp 232~233; Lorenzen, Story's commentaries (Selected Articles) p 191; Nussbaum, The Problem of proving foreign law, 50 Yale L. J. p 1018; Restatement § 621, Comm. b; Story, § 637; Blume, American Civil Procedure, § 4.07 (1955); McKelvey, Evidence (5th. Ed) p 341, pp 46~48; Wigmore, Evidence § 2588; Theyer, Law and fact in jury trial, 4 Harv. L. R. p 147.

註 48 Saloshin v. Houle, 85 N. H. 126, 155 Atl. 47 (1931);

Hooper v. Moore, 5 Jones L. (N. C.) 130 (1857). cf. Nussbaum, Principles, p 260; Story, § 638; Theyer op. cit. p 172; also McKelvey, op. cit. p 86; Cheatham, op. cit. p 391, n 89.

註 49 Nussbaum, op. cit. p 77, 78; Cheshire, op. cit. p 48.

註 50 Nussbaum op. cit. p 77.

註 51 cf. Machado v. Fontes, (1897) 2. Q. B. 231. also Cook, op. cit.

p 371, n 52; Lorenzen, Tort, p 351 etc; anti Goodrich, op. cit. p 262; Cheshire, op. cit. p 378; Restatement § 384—ii.

註 52 cf. Cheatham, op. cit. p 393.

要するに“local law theory”は国際私法学の全問題を説明するには必ずしも適当ではない。簡単な事件においても法的効果の再創設の概念的操作により複雑化せしめたことは、それが訴訟地のより広い自由とう利点を包蔵するものとしても、やはり相当無理な、人為的メタファーを感じさせよう⁵³。殊にその人為性、高度の技功的なところが窺われるのは、この外国法の編入がその事件限りの効力をもつものと信ぜられるからである。その限りにおいて、いわゆるイタリア学派の難渋している問題に直面することはないのであるが、一々事件が生ずる度に、特に同一の法律関係をもつた類似の事件が再起した場合に、またまた外国法を模してそれと同一の範囲をもつ判決基準を編入するとの説明は、決して最良のものではなからう⁵⁴。既得権説の権利実体説、及びその承認の理論を一種のメタファーであるとした“local law theory”は、この点では自らも同様の批判を避けえない。けだし双方のメタフォリカルな程度に差をつけることは困難であるからである。そして国際私法を間接法として、必然的に不可欠な前提とされる外国の実質法が、もつと簡単に支障なく、裁判所が使用しえないであろうか。訴訟地の国際私法がその適用を、その法体系への参照を命じている、というだけでは不十分であろうか。いずれにせよ、ピールの外国権利承⁵⁵

認論が、外国法は全体として、受容されるか拒否されるかのいずれかであると考へて構成されたものであるのに対して、クツクの編入説は、外国で創設された権利の承認、強行は、これまた全体としてなされねばならないものと信じて、訴訟地による創設、再設へと論を進めたのであらうと解される。

註 53 Cheatham, *op. cit.* p 387; Nussbaum, *op. cit.* p 77.

註 54 Holmes in *Western Maid*, 257 U. S. 419 (1922); *Saloshin v. Houle*, 85 N. H. 126 130 155. *Atl.* 47 (1931); *Gray v. Gray*, 87 N. H. 82 174, *Atl.* 508 (1934) etc.

cf. Nussbaum, *op. cit.* pp 76~78; Rabel, *op. cit.* pp 62~63; Wigmore, *op. cit.* § 2573.

註 55 Nussbaum, *op. cit.* p 36, pp 76~77; Rabel, *op. cit.* pp 62~63. n 56.

川上太郎 “国際私法概念の構成” 国民経済雑誌 75 卷 5 号。

桑田三郎 “国際私法の機能” (法学新報)。

註 56 cf. Nussbaum *op. cit.* p 77 n 33; Rabel *op. cit.* p 63.

註 57 Nussbaum. *op. cit.* p 36; Rabel *op. cit.* p 63; *Cavers, Choice of law problem* p 175.

註 58 Rabel, *op. cit.* p 63; *Goodrich, op. cit.* pp 12~14;
Nussbaum, *op. cit.* p 69.

最後に、いままで述べたクツク、それと同一の立場に属すると考えられているハンド判事の見解を概観することにしよう。通常の理解に従えば “local law theory” の理論的権威としてのクツクに対し、ハンドはその実践面における重鎮といわれる。クツク自身、自己の説を具現したのものとして *Guinness v. Miller*⁶⁰ をあげ、その中の彼の見解を、まさにその様なものとしている。⁶¹ けれども近時はクツクの “local law theory” に対するハンドの “homologous right theory”⁶² として、その間に一つの線を劃するのが妥当と主張される。

註 59 *Cavers, Two local law theories*, p 822; *Falconbridge, op. cit.* p 35; Nussbaum *op. cit.* p 35.

註 60 291 F 769 S. D. N. Y. 1923.

註 61 *Cook, op. cit.* p 26; *de Sloovère, op. cit.* p 421, pp 426~431.

によれば 同判例におけるハンドの見解は必ずしもクツクの論を支えるものではないとする。

see also *Cavers, supra*, p 822, n 1.

註 62 *Cavers, supra*, pp 822~823; *Falconbridge, op. cit.* pp 36~37.

この新しい解釈によれば、ハンドの説が、クツクのそれと同一に断じえないのは以上の三点においてである。すなはちモデルとなるべき権利の先在、管轄権の原則、送致範囲である。ハンド説に従えば、先ず訴訟地抵触規定によつて選ばれたどこかの国において権利がすでに創設されていることが要求され、次にそれが発見されれば、それは訴訟地において創設される権利のモデルとして用いられる。ところがクツクの理論で考えれば、原告の権利が準拠法によつて創設されているか否かは関係ない。訴訟地は、外国法を参照することを適当と考えた場合、当該事件処理のため使用すべき裁判基準を、単に探すだけだからである。またクツクでは送致は原則として外国実質法に対してなされるに止まるが、ハンドは当該事件について外国法上創設された権利を問題とするため、必然的に、外国抵触規定をも考慮に入れなければならない。これこそ、まさにクツクが既得権説の欠点として、激しく非難したところであつたのではないか、⁶³というのである。更に、ハンドの依拠する管轄権の原則は、いわゆる立法的管轄権であつて、これを主張する限り、リステートメントの草案者と同一となる。⁶⁴ところがクツクは、この管轄権の原則を全く仮空のものとして退け、その学説は、涉外私法事件において裁判所を拘束し、指導する規制は一つとして認けていない。裁判所は判例と制定法との限界内で“賢明な審判が要求されている生活事実に関連した全てのもの”を基礎として、自由に選択をなしうるのである。⁶⁵ *Scheer v. Rockne Motor Coporation* では、オンタリオが住所をもたない寄託者に義務を課する管轄権を有するか否かを問題となしているが、これこそまさに既得権説者のなしたところのものである。⁶⁷……

以上の議論を念頭に、ハンドの立場を年代順に、数件の判例について分析すれば、⁶⁸我々は一応次の様に推断を下しえることが知れる。つまり、事件の性質に従つて、あるいはその明瞭さに欠けるところがあるも、ハンドにおいては、外国法上発生する法的効果、権利、義務、責任等々を、訴訟地裁判所が創設する権利のモデルとなし、訴訟地において強行するコピーたる権利の原型とする点では一貫している。そして外国法上“生ずる”(arising) “創設された”(created) は同一の目的で使用されており、その間に重大な差異はなく、必ずしもある一定の法的効果がすでに先在していることを意味するものではない。それは、訴訟地裁判所において強行するために、モデルとなる法的効果が、外国法上認められるべきものでなければならぬ、という一般的な意味においての先在なのであると解される。またこの“先在”すべき法的効果が、本件自体

に対する準拠法適用の結果のものであるか、一般的な、当事者・法律要件共に純粋に国内的な事件に適用された場合のそれであるかについて、ハンド自身の態度は、むしろ無関心というのが正しいであろう。強いて結論すれば、渉外的要素を予想しない純国内的事件として一般化して論じていると解するのが妥当と思われる。この点では、形式的には、本件自体に対するそれを意味するがごとき表現を展開しているが、裁判所の現実の行動を分析したクツクの結論を借りて、“現在訴訟地裁判所に係属している事実関係ではなく、外国裁判所から見て、いかなる渉外的要素をも含んでおらない、類似してはいるが純粋に国内的な事実関係⁷⁰”に適用された場合の法的効果であるといえよう。⁷¹

註 63 *Cavers, supra*, pp 824~825; *Falconbridge, op. cit.* p 36.

註 64 *cf. Restatement § 60; Goodrich, op. cit.* pp 166~168.

註 65 *cf. Cook, op. cit. Chap. I, II, III; Cavers, supra*, p 826; *Lorenzen Territoriality*, p 9.

註 66 68 F 2d 942 (1934); *Cheatham, Goodrich, Griswald, Reese: Cases and materials on C. O. L.* pp 429~432.

註 67 *C. and m.*, p 431; *Cavers, supra*, p 827.

註 68 *Guinness v. Miller* (1923) 291 Fed .769; *Louis-Dreyfus v. Paterson Steamship Ltd.* (*C. and m.* p 500); *Scheer v. Rockne Motor Corp.* (*C. and m.* p 430); *New England Mut. Life Ins. Co. v. Spence*, (*C. and m.* p 636, p 637); *Siegman v. Meyer* (*Beale, A shorter selections on cases on the C. O. L.* p 652, 1941); *Moore v. Mitchell*, (*C. and m.* p 664); (*Irving Trust Co. v. Marryland Casualty Co.* (*C. and m.* p 587).

註 69 *cf. Scheer v. Rockne Motor Corp.* (*Cand m.* p 431, p 432).

註 70 *Cook, op. cit.* p 21, pp 323~324, p 440.

註 71 *cf. Cavers, supra* p 830, p 831, pp 825~826; *Nussbaum, op. cit.* p 76.

前にあげた数件を通じて、ハンドには、たしかに伝統的な管轄権の考え方が底流している。いま、抵触法問題は、(1) ある権利が、どこかの法によつて創設されているか否か、どこの法によつてか、(2) その様にして外国で創設された権利が、どの程度まで効果を与えられるか、(3) それを効果的ならしめるために、どの様な救済が与えられるか、であるという一つの立場と比較すれば、少くともオーストラリアにおいては、非常な親近性を感じうる。たゞビールでは“創設された”というところが明瞭なのに対して、ハンドでは必ずしも判然とせず、ある程度

の伸縮性が見られるのは、すでに述べた。そして、この様に嚴格に、特定の権利が先在するを要しないと解せば、少くともこの点については、一般の管轄権説への非難は逃れうる。けれども他の諸点、すなはち法の属地性、一般的原則の前提等においては反論を避けえず、この意味でクツクの立場と同列に並べることを許されないであろう。ハンドが既得権説から袂別し、クツクに接近するのは、外国法、外国法によつて創設された権利を強行するのではないと主張するところにある。彼によれば、裁判官は自ら座する地の法に従い、⁷³ 外国法上生ずる法的効果を、訴訟地で創設するコピーたる法的効果の原型となし、⁷⁴ つまり外国で課される責任をモデルとして、⁷⁵ それと出来るだけ類似した自国法上の義務を課するのである。⁷⁶ 外国において生じた責任を、訴訟地において強行することは許されず、それが生じた国以外は、それをなしえないからである。⁷⁷ 権利は全て訴訟地で創設されたものである。この場面では、クツクとハンドを同一に包括することが許されよう。しかし前者がモデルとなすのは、⁷⁸ もつぱら外国法規であり、後者は外国権利である。

理論上は以上の様に両者を区別しうる。しかし、現実に裁判所が外国法を考慮するに際し、一々適当な規定を内国法に編入する過程をとり、それに従つて権利を創設するに到るかは、はなはだ疑問である。外国法をそれとして考慮し、それによつて生ずる外国権利に模して、訴訟地で権利を再設するのと、どのくらいの差があろうか。ただ一方では依拠すべき法、創設された権利が共に訴訟地のものであるのに反し、他では権利のみが訴訟地のものである点、法選択における訴訟地の自由の差を考えあわせて、前者が訴訟地の裁量の余地を、より大きく感じさせるという限度で、区別の実益を認めようか。むしろ注目すべきは、本説と既得権説との関係であつて、両者の異なるのは、権利がどこで創設されたかの一点のみである。一方では外国で創設された権利に模して訴訟地で創られる。他方によれば外国で創設された権利を訴訟地で承認する。そして、この承認は必ずしも強行を含まず、訴訟地においてその効力を、認められないこともある。とすれば両説の違いも、実質的には大差なく、ここでも、裁判所は外国法に従うものではない、という頭の中の反対、法律感情を納得させるために、そして強行と結合して権利を論じるために、訴訟地裁判所の扱う権利を訴訟地で創設したものと置き代えたのではないかと推定される。たゞ本説が、取得権説に加えられた硬直性への批判と、訴訟地の裁量の余地については、より伸縮性のあることは容易に知れよう。なおクツクが自らの論文で Guinness

v. Miller におけるハンドの見解を、自説と同一と主張して以来、全ての点において両者の理論が同一であるかのごとき錯覚がいだかれている。しかしクツクの真意は、同事件における、訴訟地で強行される権利についてのハンドの見解、それがまさに自説と同様であると唱えたものと解するのが正しいと信ぜられる。ハンドの説は、ビールの理論を現実に応用し、実践面から修正を加えて、既得権説のもつ硬直性を除き、伸縮性を盛り込んだ結果と考えた方が素直な解釈ではなかろうか。それだからこそ、裁判における現実を分析した、クツクの立場と類似するのは当然であると思われるのである。

註 72 Beale, Summary § 17.

註 73 *Direrion der Disconto-gesellschaft v. U. U. S. Steel Corp.* (1924)
300 Fed 741.

註 74 *The James M'Gee*, 300 Fed 93 at 96 (D. C. S. D. N. Y. 1924).

註 75 *Siegman v. Meyer* (1938) 100 Fed (2nd) 367.

註 76 *Guinness v. Miller*, 291 F 769 S. D. N. Y. 1923.

註 77 *Scheer v. Rockne Motor Corp.* 68 F 2nd 942 (1934).

註 78 *Cook op. cit.* p 21 and n 41a; *Falconbridge, op. cit.* p 36; *Siegman v. Meyer* (1938) 100 Fed (2nd) 367.