イングランドにおける「既得権」説の克服と 「不法行為のプロパー・ロー」

種村佑介

首都大学東京都市教養学部法学系准教授

はじめに

- 1. イングランドにおける既得権説の克服
- 2. 不法行為地の解釈をめぐる議論と「不法行為のプロパー・ロー」
- 3. 考察

おわりに

はじめに

「不法行為準拠法の柔軟化」が叫ばれて久しい。この柔軟化に向けた動きが、 主として伝統的な不法行為地法主義のもつ硬直性を対象とするものであったこ とは、比較法的にみても異論のないところである。

わが国でも、たとえば、隔地的不法行為の場合の行為地決定⁽¹⁾、生産物責任⁽²⁾、名誉・信用毀損⁽³⁾、公海や無法地域における不法行為⁽⁴⁾、および契約当事者間での不法行為請求の法性決定⁽⁵⁾といった個別的な領域において、法例11条1項の定める不法行為地法主義を緩和するための解釈論的な試みがなされてきた。また、同項の「原因タル事実ノ発生シタル地」を柔軟に解釈することによって妥当な解決を導こうとする見解⁽⁶⁾、当事者による不法行為準拠法の合意⁽⁷⁾や共通常居所地法の例外的な適用を許容する見解⁽⁸⁾、さらには、一般条項的に密接関連法の適用を認める見解⁽⁹⁾などもみられた。これらの議論の蓄積が、法の適用に関する通則法(以下「法適用通則法という」)17条以下の規定にも反映されているといえよう。

アメリカでは、20世紀中葉以降このような不法行為地法主義の硬直性緩和 の動きが伝統的な方法論そのものにも向けられ、伝統的なものを破棄し、新し い方法論にもとづく解決策を提示する契機となった。この点、上述のわが国の [種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 141 議論の多くは、なお伝統的方法論の枠内での発展とみられうるのであり、アメリカの新しい方法論はむしろ、「国際私法の危機⁽¹⁰⁾」として、わが国やヨーロッパ大陸では概して批判的にとらえられてきたように思われる。

もっともこれに対しては、相前後してヨーロッパ国際私法の内部からアメリカの新しい方法論の受容を試みる学説も登場している⁽¹¹⁾。それらの学説が疑問視したのは、法的安定性ないし抵触法的正義を重視する伝統的国際私法の形式主義的・概念主義的な方法論、すなわち、内外実質私法の等価値性を前提に、その法目的や適用の結果を問うことなく、法律関係ごとに準拠法を決定する方法論にほかならない。のみならず、これら伝統的国際私法の方法論を可能にする法理解や社会構造の認識それ自体にも変化がみられることが指摘されたのである。このような観点からは、議論はいまや、対立から止揚へ向かっているといえるのかもしれない。

さて、アメリカの新しい方法論の他国における受容という点で注目すべきもののひとつが、イングランドのモリス(J. H. C. Morris)が提唱した「不法行為のプロパー・ロー」理論である $^{(12)}$ 。

この「不法行為のプロパー・ロー」理論については、伝統的な不法行為地法主義の正当性に疑問を提起し、「不法行為準拠法の柔軟化」を主張した最初期の学説として、しばしばその革新性が指摘される。しかし、モリスはこの理論をまったく自由な立場で論じていたわけではない。彼はアメリカ留学時に上記ヨーロッパの動向に先んじてアメリカの新しい方法論から示唆を受け、そこでえた知見をイングランド国際私法に固有の「プロパー・ロー」の観念に取り込むことにより、同国における「不法行為準拠法の柔軟化」の議論を促す意図もあったとみるべきである。そこに、当時のアメリカにおける議論の単純な紹介にとどまらない、「不法行為のプロパー・ロー」理論の価値を見出すことができる。

とはいえ、そのように解するにあたっては、モリスによる「不法行為のプロパー・ロー」理論の提唱が、当時のイングランドにおいてどのような意味を有していたのかをまず考えなくてはならない。なぜならそれは、*Phillips v. Eyre* 事件判決⁽¹³⁾以来の同国判例法に対する批判のみならず、従来支配的であったダ

イシー(A. V. Dicey)の「既得権」説('acquired rights' theory)の克服をも意味するように思われるからである。このうち、前者については以前別稿で少し触れたところであるけれども⁽¹⁴⁾、後者、すなわち一時はいわゆる権威的典籍(books of authority)⁽¹⁵⁾としてイングランドでその地位を確立していたダイシーの既得権説がどのように克服されたのか、また、そのような既得権説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」理論との間にいかなる関係があるのかについては、これまであまり明確に論じられてこなかったように思われる。

そこで本稿では、モリスの「不法行為のプロパー・ロー」理論提唱の背景に あったイングランドにおける法状況の変化につき、若干の考察を加えてみるこ とにしたい。

以下ではまず、ダイシーの既得権説を概観し、それがイングランドに根づき、最終的に克服されるまでの過程を辿る(1.)。次に、既得権説に内在する法選択の指針としての側面に着目し、それと当時の隔地的不法行為の行為地決定をめぐる議論とのかかわりの中で、モリスの「不法行為のプロパー・ロー」理論が登場したことを明らかにする(2.)。そして、この理論のもつ方法論的な意義について、当時のイングランドにおける状況と現代のわが国のそれとを比較しながら考察し、現時点での私見や展望を述べて(3.)、結びとしたい。

1. イングランドにおける既得権説の克服

(1) ダイシーと理論的方法⁽¹⁶⁾

ダイシーが 1896 年にその初版を刊行した『法の抵触に関するイングランド法提要(A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws) $^{(17)}$ 』(以下,『提要』という)は,その表題からも明らかなように,抵触法または国際私法 $^{(18)}$ の諸規則をイングランド法の一部門として扱う $^{(19)}$ 。

このこともあって、ダイシーは、いわゆる「理論的方法(theoretical method)」には消極的であった。彼は、サヴィニー(Friedrich Carl von Savigny)ら大陸の学者のように、「イングランドのような一国において行われている国際私法の諸規則は、たとえばフランスまたはドイツのような他国において支持されている諸規則と大部分で同じであり、現代的な文明化の影響のもと、このような類似

[種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 143 は増大する傾向にある、との事実から出発し、……国際私法を、すべての文明国によって黙示的に採用された、ある意味で『共通の法(common law)』を構成するものと考えている(20)」わけでは必ずしもないのである。ダイシーの考えでは、ストーリー(Joseph Story)に代表される英米の学者が目的としてきたのは、「何が法であるべきかではなく、何が法であるかを見出すこと」にほかならない(21)。いいかえれば、それは「ある国の権利の域外的作用に関する法([訳者注] 国際私法)がいかなるものであるかを確かめること(22)」に帰着する。したがってこの『提要』においても、本書が国際私法をイングランド法の一部として扱おうとするものであるかぎりは、同国の判例を蒐集し、それを整理する、いわゆる「実証的方法(positive method)」が重視されることになる(23)(24)。

もろともダイシーは、このように実証的方法を重視しつつも、理論的方法を完全には排除していない。彼はまた、「何が法であるかを述べようとする体系的企図は、……ある規則が依拠する根拠に関する説明と矛盾するものでは決してない。イングランド法のその部門([訳者注] 国際私法)は、権利の域外的承認を規律するものであるところ、それは、たんなるまとまりのない公理の集合体ではない。それはむしろ、そのすべてが相互に関係ある諸規則の体系なのである。これらの規則を確かめるにあたっては、……さらに、理論的方法を正当に応用する機会が見出されることになる」とも述べているのである(25)。

こうしてみると、ダイシーにあっては、理論的方法と実証的方法とは対立するものではなく、むしろ前者が後者を補完するものとしてとらえられていたようである⁽²⁶⁾。ダイシーの「既得権 (acquired rights)」の承認に関する原則、すなわち、イングランド裁判所は一般にある外国の法のもとで取得された権利を承認し、強行しているとの考え方は、こうした彼の国際私法の理解とその体系化の必要性から提唱されたものと位置づけることが可能であろう。

さて、ダイシーは、イングランド裁判所の管轄権 $^{(27)}$ と法選択に関する6つの一般原則をまず提示し、それらにもとづいて 800 頁を超える『提要』のすべてを体系的に論じようとしていた $^{(28)}$ 。彼の既得権の承認に関する原則は、具体的には、その一般原則 I(General Principle No.I)に次のような命題として掲げられている。すなわち、「いずれかの文明国の法のもとで正当に取得された権

利は、いかなるものであっても、イングランドの裁判所において承認され、一般に強行される。正当に取得されなかった権利は、いかなるものであっても、イングランドの裁判所では承認されず、または、一般に強行されることはない」と⁽²⁹⁾。ダイシーは、他国に対する礼儀(courtesy)の意味をも含みうる「礼譲(comity)」、に依拠して外国法の適用を論じることには否定的であり、むしろ彼は、渉外的要素を含む事案における外国法の不適用が訴訟当事者に著しい不便宜や不正義をもたらすことから、このような礼譲に代えて、既得権の承認に関する原則を強調するのである⁽³⁰⁾。

加えて、ダイシーの既得権説は、通常いわれるような「外国法の適用」に関 する理論的基礎として⁽³¹⁾のみならず、一定の範囲で、イングランド裁判所が いずれの国の法によるべきかという法選択の指針としても機能しうるもので あった⁽³²⁾。彼によれば、不法行為における不法行為地法の適用も自身の既得 権説から説明されることになる。すなわち、当時のイングランドにおいては、 不法行為地法と法廷地法の折衷主義を定める、いわゆる二重の規則(double rule) が支配的であった⁽³³⁾。ダイシーによれば、この二重の規則に関して、外 国でなされた行為が不法行為となる条件の一つに、「それがなされた国の法に よれば不法である (wrongful) (34)」ことが挙げられるのは、「いずれかの文明国 の法のもとで正当に取得された権利の強行を命ずる原則の明白な結果である | という(35)。後述するように(36)、不法行為における不法行為地法の適用に関し ては、ダイシーの既得権説にもとづく説明と、初期判例の傾向とは、少なくと もその外観において一致するものであった。のみならず、このようなダイシー の説明は、不法行為地の解釈や、その連結点としての妥当性そのものに疑義が 生じる以前には、その理論的な補強という点で積極的な役割さえ担っていたよ うに思われる。

以上から、ダイシーの既得権説は、彼がイングランド法の一部としての国際私法を取り扱うにあたり、主として実証的方法を重視しつつも、他方で必ずしも理論的方法を排除しないという、その折衷主義的な態度から生じたものということができる。そして、この理解が正しいとするならば、たとえば「ストーリーもダイシーも、ときにそれを十分に意識することなく、彼らが放棄したと

[種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 145 する理論的方法に戻っている」といった批判(37)は、ダイシーの態度それ自体 ではなく、むしろ彼が、何が法であるかを離れて、何が法であるべきかを論じ てしまっている点に向けられているとみるべきであろう。この問題意識がイン グランドにおいてどのような意味をもつのかは、ダイシーの『提要』の初版か ら約 40 年後に刊行されたチェシャー(G. C. Cheshire)の『国際私法⁽³⁸⁾』をもっ て「国際私法の発展の新たなステージの幕を切って落とすもの」と評したガ ターリッジ(H. C. Gutteridge)の次の言葉に集約されているように思われる。す なわち、「ダイシーがその主題([訳者注] 国際私法) に新たな生命を吹き込む にあたって、またそれを、過去の時代の知識への盲目的な固執から解放するに あたってなした貢献の価値について、疑う余地はないといえる。誤りはダイ シー自身にではなく、むしろ、イングランドの法律書の文言を、それらが法の 現在の発展を切り抜けて生き残ったのかどうかを顧みず、その言葉通りに永久 に伝えようとする傾向にあるのである | と⁽³⁹⁾。また、ほぼ同じ時期にフォス ター (J. G. Foster) が述べていたのは、ダイシーの著書の欠点は、先例がなく、 ひとつの論理的な体系の定立を妨げないようなところですらしばしば展望が狭 くなる.との事実にあるのであって.本書の危険性は.いくつかの論点に関す るダイシーの理論を当然のことと思う傾向がある裁判所により、彼の理論が過 度に尊重されることにある、ということである⁽⁴⁰⁾。したがって、イングラン ドにおける既得権説の克服は、法の発展を踏まえることなくダイシーの理論に **盲従することがもたらした同国国際私法の硬直化を学説が正当に認識し.**フォ スターのいうところの「論理的な体系」を新たに構築しようとするところから 始まるのである。

(2) 既得権説の克服

チェシャーは、ダイシー以後のイングランド国際私法の新たな時代を代表する法学者の一人として挙げられる⁽⁴¹⁾。彼は、1935年に刊行された自著の初版の序文において、次のように述べている。すなわち、「私がダイシーやウエストレイクのような大家の見解に同意できないと感じ、また、関連性のある先例がやや異なる原則を示している、とあえて、あるいは無謀にも提言した多数の

例が存在する……。事実、イングランドの国際私法の体系がすべてうまくいっているのかどうかは疑わしいであろう」と⁽⁴²⁾。もっとも彼は、この初版においては既得権説を支持している⁽⁴³⁾。ここから、当時はまだ、イングランド国際私法の体系を構築する理論としての同説の妥当性が十分に認識されていたことがうかがえる。

チェシャーによる既得権説の批判は、1938年に刊行された自著の第2版に始まる (44)。ここで彼は、フランスのアルマンジョン (P. Arminjon) の見解 (45)を足掛かりに、外国法の適用が必ずしも外国主権への服従を意味するものではなく、また、外国で取得された権利の承認という論理が循環論に陥るばかりか、反致や先決問題との関係ではイングランドの潮流に反するものであることを指摘する。

そのうえで、チェシャーは大きく二つの結論を導く。まず彼は、イングランド法の一部としての国際私法に従い外国法が適用されたとしても、それは、ダイシーの懸念するようなイングランドの領域主権(territorial sovereignty)の侵害にはならないとする⁽⁴⁶⁾。たとえばイングランドの裁判所が、二名の外国人によりパリで締結された契約の有効性をフランス法の参照によって判断する場合、その裁判所はイングランドの主権者により与えられた同国法の一部としての法選択規則を適用しているのであって⁽⁴⁷⁾、そのこと自体は主権の放棄を意味するものではない。したがってダイシーのように、イングランド裁判所は「外国法を強行しているのではなく、ある外国の法のもとで取得された権利を強行している⁽⁴⁸⁾」とする必要はないのである。

ダイシーとの決定的な違いは、チェシャーの第二の結論に顕著である。すなわち、彼は以下のように続けて、法選択規則がいずれか一つの法理から演繹しうるものではないことを強調するのである。「すべての判決に浸透しているような不可侵の原則は存在しない。しかし、ある外国の国内法がイングランドの国内法に比してより正当な、より便宜な、そして両当事者の期待と一層調和するような解決を提供することになる、ということを示唆する状況のときには、イングランドの裁判官は、当該外国の規範を適用することを躊躇しないのである。いかなる特定の外国法が適用されるべきであるかは、それぞれの法的範疇

[種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 147 におけるさまざまな考慮に左右される。いずれか一つの原則を厳格に順守する ことによっては正義も便宜も促進されないのであり、望ましいのは、多様な原 則がさまざまな法律関係の要請に適合し、またイングランドの社会的、法的、 および経済的伝統と調和しなければならない、ということである。したがって、 たとえば能力を規律すべき法は、訴訟係属中の事項が商事契約か、婚姻に関す る契約か、または財産の譲渡かによって変わることになるのである。さらに、 ある契約の解釈を規律すべき法は、その取引行為が最も密接な関連を有する国 の法であるけれども、この確定には、契約締結地、履行地、当事者の営業中心 地,および、その売買契約(bargain)が表示されている法律言語のようなさま ざまな要因の考慮を必要とする。それぞれの要因に重要性が与えられるけれど も、いずれも排他的なものではないのである。国際私法が精密化学(exact science) でないのはイングランドの他の法部門と同じであり、法学者の省察に もとづき科学的に述べられるものではなく、経験の鉄床(anvil)のうえでうち 延ばされるものなのである⁽⁴⁹⁾。」この結論を導くにあたり、チェシャーは、国 際私法におけるア・プリオリの原理の存在を否定するいわゆるイェール学 派⁽⁵⁰⁾に属するアメリカのクック (W. W. Cook) ⁽⁵¹⁾ やローレンゼン (E. Lorenzen) (52) の諸論文に依拠していた。中でもクックの見解は、1947 年刊行の 第3版においてはそのローカル・ロー理論も含めて詳細に論じられ(53). 旧版 以来のチェシャーの経験主義的、帰納的手法をより強く印象付けることにな る⁽⁵⁴⁾。

イングランドにおいてアルマンジョンやクック,ローレンゼンの見解をいち早く採り入れ,それらを通じて既得権説からなる画一的な理論体系に疑問を抱いていたという点で,チェシャーの批判は当時目を引くものであったように思われる。とりわけクックは,後にアメリカにおいて,「既得権説(vested-rights theory)の信用性を弱めたけれども,それは,一人の知性が他者の知的産物の信用性を弱めうるという点ではこのうえなく徹底したものである」と評されたのであり $^{(55)}$,このクックの見解が,イングランドにおいても同様に,ほころびがみえはじめた既得権説の克服に向けた動きを大きく進展させたといえるであろう $^{(56)}$ 。

モリスもまた,こうした議論状況に影響を受けた者の一人であった。彼は 1949 年に刊行されたダイシーの著書の第6版の編集代表として,本書が現代 の実務家らにとってなおも有用であるためには,ダイシーの見解のいくつかを 修正する必要があると考えていた⁽⁵⁷⁾。

既得権説もその例に漏れず、この第6版において、モリスらは、一般原則1 (General Principle No.1)を「現時の思想と一致させる⁽⁵⁸⁾」べく、これを次のように改めた。すなわち、「イングランドの抵触法規によれば準拠法となる、いずれかの文明国の法のもとで取得された権利は、いかなるものであっても、イングランドの裁判所において承認され、一般に強行される。イングランドの抵触法規により取得されなかった権利はいかなるものであっても、イングランドの裁判所では承認されず、または、一般に強行されることはない」と⁽⁵⁹⁾。

旧版⁽⁶⁰⁾までの一般原則 I と比較すると、この第6版における修正は、新た に「イングランドの抵触法規によれば準拠法となる……国の法のもとで」権利 が取得されることを要件と(し、かつ、「正当に」という文言を削除)している点 に特徴がある。これはたんに、イングランドの裁判所が承認し、また一般に強 行すべきであるのは、同国の抵触法規により準拠法とされる国の法のもとで取 得される権利である、と述べているにすぎないのであり、一種のトートロジー である(61)。しかしながらこの修正は、「どの権利が正当に取得されているのか は、どの場所の法(örtlichen Rechte) に従い、なされた取得を判断しなければな ちないかがまずわかっているときにしか、知ることができない」ので、「正当 に取得された権利が維持されるような場所の法が常に適用されるべきである」 との原則は「循環論をもたらす」とする、かつてのサヴィニーのような批 判⁽⁶²⁾を回避するという意味では重要であった⁽⁶³⁾。ダイシーもこうした批判が あることは十分認識しており、彼は、自身の一般原則 I からそのような属地法 (local law) の適用が必然的に導かれるとするわけではないけれども⁽⁶⁴⁾. モリス らは、この第6版における同原則の修正を通じて、そこに包含されていた法選 択の指針としての可能性を完全に放棄したとみることができるであろう⁽⁶⁵⁾。

先に述べたチェシャーの批判は、このような法選択の指針という面でも、イングランド国際私法の展開の萌芽となりうるものであった。とはいえ彼は、自

[種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 149 身の批判に端を発するイングランドにおける既得権説の克服が、個々の法選択規則、とりわけ不法行為のそれにどのような影響を与えるかについて、この時点ではまだ意識的に論じていたわけではないように思われる。これについては章を改めて論じることにしたい。

2. 不法行為地の解釈をめぐる議論と「不法行為のプロパー・ロー」

(1) 既得権説と不法行為の準拠法

チェシャーは、1935年刊行の自著の初版において、外国でなされた不法行 為の準拠法については不法行為地法と法廷地法の二つの選択肢があるとしつつ。 理論的には不法行為地法主義がより適切であるとして、次のように述べている。 すなわち、「国際私法の目的は、……他の国で取得された既得権(vested rights) を保護することである。適切かつ正当な保護に必要な準備は、当該権利がその 起源を有していた国をわれわれは確定すべきである。というものである。とい うのは、このような方法でしか、われわれは当該権利の真の性質や範囲が判断 されるべき法制度を確定することはできないからである。ある違法行為をなす ことで被害を受けた当事者に与えられる権利の真の源は不法行為地法である。 ということは、人は自らが実際に居合わせる国の法に服従する義務を負う、と の公理からえられるように思われる。彼は、訴えられた行為の当時には当該法 に従って生活しているのであり、当該法だけが、彼の行為の適法性または違法 性を判断するということができるのである。その規定の参照によってしか、被 告の行為が被害を受けた当事者の訴訟で強行しうるような義務(obligation)を 彼に課したかどうかを、われわれは確定することができないのである」と⁽⁶⁶⁾。 この初版におけるチェシャーの立場は、既得権説を前提として「理論的には」 もっぱら不法行為地法が適用されるとするものであった。

チェシャーはその一方で、外国でなされた不法行為に適用されるのが不法行為地法のみであるとすると、法廷地の裁判所は、自らが違法とみなさない行為についても金銭賠償を与え、または、自身の法制度によればまさしく重大な性質の違法行為を構成するような行為について救済を拒絶せざるをえないことに

なるとして⁽⁶⁷⁾,不法行為に関する制度がもつ公序的性質にも一定の理解を示していた。彼は、ここに当時のイングランドにおける二重の規則の意義を見出していたように思われ、同様の分析結果はすでにダイシーの『提要』の初版においても指摘されてきたところである。すなわち、ダイシーはこの規則を、自身の既得権の承認に関する一般原則 I と、現在でいう公序にあたる一般原則 II. (B) との結合的効果によって成立したものであるとしていた⁽⁶⁸⁾。もっとも、ダイシーがチェシャーと異なるのは、彼がこれを規則として正当化し、理論的に補強していた点にある。

ところで、ダイシーやチェシャーによってなされたような不法行為地法主義 の説明は、それ以前のイングランドやアメリカの判例にその端緒を見出すこと ができる。1904年のアメリカ合衆国最高裁判所の Slater v. Mexican National R. Co. 事件判決において、ホームズ裁判官(Holmes J.) は、不法行為責任を規律す る法について、「訴えられた行為は、……義務(obligation)を生じさせ、つまり それは、他の義務と同じく人につき従い、かつ、その者がどこで発見されよう と強行されうる義務(obligatio)である」ところ、「この義務の唯一の源は、そ の行為をした地の法であるので、結果、当該法が、たんにその義務の存在のみ ならず. さらにその範囲についても判断するということになるのである」とし ていた⁽⁶⁹⁾。これはいわゆる「義務理論」と呼ばれるものであり,イングラン ドの判例法上も、この理論により二重の規則の一部としての不法行為地法の適 用が基礎づけられてきた⁽⁷⁰⁾。そして、このような義務理論は既得権説とも親 和的であったのであり、さきのチェシャーによる説明は、上記ホームズ裁判官 の考え方に近いということができるであろう。また、ダイシーが実証的方法に もとづくイングランドの先例の整理という観点から義務理論を既得権説と結び つけて論じていた⁽⁷¹⁾のも、そのかぎりで理由がないわけではない。

アメリカでは、この義務理論がビール(Joseph H. Beale)の「既得権(vested rights)」理論と結びつき、ともに彼の起草する抵触法第一リステイトメント(1934年)の中核を形成するに至っている⁽⁷²⁾。ビールはいう。「原告は、なんらかの法によって不法行為についての訴訟原因を与えられないかぎりは不法行為についての損害を回復することができないのであり、この訴訟原因は、当該

[種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 151 不法行為がなされた地の法によってのみ与えられうるものである。不法行為がなされた地とは侵害の結果(injurious event)が発生する地であるので,その地の法が,したがってそれに適用される法なのである」と(73)。この説明に先立ち,「侵害された権利というのは,人または物をその侵害から保護すべき法によって創設されるそれである」ところ,「そのような法とは,人または物がその侵害の当時に所在する地の法なのである」とするビール独特の考え方が展開されている(74)。これらを基礎にして,彼は「不法行為地とは,原告主張の不法行為について行為者に責任を負わせるのに必要な最終結果(last event)が生じる邦(state)である」とする抵触法第一リステイトメント 377 条(75)の規定を導くのである。それは,いわゆる隔地的不法行為の行為地決定における結果発生地説を意味するものであった。

(2) イングランドにおける隔地的不法行為の行為地決定問題

イングランドにおいて、隔地的不法行為の行為地決定の問題は、すでに 1931 年にはローレンゼンによってロー・クオータリー・レビュー誌上の論 文(76)でドイツの議論が紹介されており、またイングランドの学者によっても、1935 年にはフォスターがこれを指摘していた(77)が、同国において本格的な議論がなされるのは 1940 年代の後半に入ってからである。そして、英語の書籍でこの問題を初めて論じたのは、1945 年に自著の初版(78)を刊行したヴォルフ (Martin Wolff) であるとされる(79)。しかし、既得権説との関係では、チェシャーが 1947 年に刊行された自著の第 3 版において初めて隔地的不法行為における不法行為地の決定の問題に言及しているので、まずはこのチェシャーの見解から紹介することにしたい。

チェシャーはこの問題につき、第3版ではアメリカの抵触法第一リステイトメントにおける「最終結果」の理論に示唆を得つつ、「不法行為地とは、一連の出来事が完成して訴訟原因を創設する最初の場所である」とする結果発生地説を採っていた⁽⁸⁰⁾。先にみたように⁽⁸¹⁾、チェシャーはすでにこの第3版において一般論としては既得権説を批判していたにもかかわらず、この点では既得権にもとづくビールの抵触法第一リステイトメントにおける「最終結果」の理

論に好意的であったということは.若干奇異な印象を受けるかもしれない。し かしながらこれは、当時のイングランドの法状況と無関係ではないように思わ れる。すなわち、イングランドでは、1944年の控訴院の George Monro Ltd. v. American Cyanamid and Chemical Corporation 事件判決(82)が隔地的不法行為の行為 地決定に関する初期の判例として位置付けられており、同判決が、イングラン ド裁判所の管轄権行使の基礎となる被告に対する令状の送達との関係で、当時 の最高法院規則 11 条 1 項 (ee) にいう「訴訟が法域内でなされた不法行為に もとづく」場合にあたるかどうかを判断する際、(傍論としてではあるものの) 不法行為地に関する行動地説を採用したものと一般に考えられていた⁽⁸³⁾。 チェシャーはむしろ、この Monro 事件判決を批判する目的で、上述の結果発生 地説を主張していたと推察される⁽⁸⁴⁾。なお、これと同様の観点からの批判は、 *Monro* 事件判決の評釈⁽⁸⁵⁾を 1944 年に公表していたカーン・フロイント (O. Kahn-Freund) にもみられる。カーン・フロイントは、控訴院の裁判官らが「ど こで損害が生じたか」を問題とせず、損害の発生を一定の法秩序と不法行為責 任とを結びつける要因としては採用しなかったことを批判するのであり、これ については、抵触法第一リステイトメント 377 条などに言及し、損害が生じた 場所をもって不法行為地とする余地があると主張していた(86)。このように. イングランドにおいては、行動地説に好意的とみられる Monro 事件判決への反 発から、まず学説上次第に結果発生地説が優勢となっていったと考えられる。

その一方でヴォルフは、1950年に刊行された自著の第2版においてこの Monro 事件判決に言及し、イングランド裁判所が行動地説を受容していることを率直に認めていた⁽⁸⁷⁾。なぜなら、イングランドにおいては不法行為の準拠法決定につき「二重の規則」が妥当する以上、同国の裁判所は、不法行為地法からは被告の行動が正当化されうる(justifiable)かどうかのみを知りたいのであって、被告の行為した場所(不作為の場合は被告が行為すべき義務を負っていた地)だけが、そのような被告の行動を性格づける権限があるといえるからである⁽⁸⁸⁾。このヴォルフの指摘は、イングランドの二重の規則の成立過程において、後の義務理論に通じる考え方が登場するまでは、不法行為をなしたとされる被告が、自らの行為はそれがなされた地の法によって「正当化される」こ

[種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 153 とを示そうとして不法行為地法に依拠していたという歴史 $^{(89)}$ からみても整合的であるように思われる。しかし,Monro 事件判決後,1948 年の Bata v Bata 事件判決 $^{(90)}$ において,控訴院は,本件と Monro 事件判決は無関係であるとしつつ,名誉毀損の陳述書は,それがスイスで書かれたということよりも,むしろそれがイングランドで公表されたということをもって,(当時の最高法院規則11条1項(ee)にいう)「訴訟が法域内でなされた不法行為に基づく」場合にあたると判示した $^{(91)}$ 。この Bata v. Bata 事件判決の評価は論者によって異なるけれども,学説の中には,前節のチェシャーやアメリカの抵触法第一リステイトメント以来の「最終結果」の理論にこの判決を結びつけて論じるものもみられるところである $^{(92)}$ 。

Monro 事件判決, および Bata v. Bata 事件判決は, いずれもイングランド裁判所の管轄権行使の文脈で論じられたものであった。けれども学説は, これらの判決から法選択の文脈における不法行為地の決定問題を類推してきた。そして上述のように, 1940 年代後半の学説は, Monro 事件判決への反発もあり, ヴォルフを除き, おおむね結果発生地主義に傾きつつあったと整理することができる。したがってこの点だけをみるならば, モリスが「不法行為のプロパー・ロー」理論を提唱する以前のイングランドの不法行為の準拠法に関する議論は, (二重の規則という前提はあるものの) ビールの既得権説, および抵触法第一リステイトメント 377 条の「最終結果」理論が支配的であった 1930 年代のアメリカ合衆国の状況に類似する状況にあったとすることも, あるいは可能であるのかもしれない。

(3) 「最終結果」理論批判

(a) クック

では、1930年代のアメリカにおいて、抵触法第一リステイトメントにおける「最終結果」の理論は、どのようにしてその支配的地位を失うことになるのか。ここでは、第一リステイトメントの翌年の1935年にコロンビア・ロー・レビュー誌に掲載され(93)、後に1942年の自著において補遺とともに再録されているクックの見解を紹介する。

クックはこの論文の中で、ビールやグッドリッジ(Herbert F. Goodrich)の提唱する、隔地的不法行為の行為地決定についての「最終結果」の理論を批判の対象としていた。すなわち、クックによれば、たとえ判例法上の「義務理論」、および、ダイシーやビールらの「外国権利説(foreign right theory)」(既得権説のことである)が放棄されるべきでないとしても、そこから導かれる不法行為地法主義について、行動地と結果発生地の双方が含まれるとすることは解釈上不可能ではない。にもかかわらず、この「最終結果」の理論は、結果発生地のみが訴訟原因を規律することを暗黙の前提としており、行動地を意図的に無視するものであるとするのである(94)。結論としてクックは、自らの採るローカル・ロー理論を基礎としつつ、隔地的不法行為のように問題となる一群の出来事が二つ以上の州と結びついている場合、法廷地は、「それらの出来事の決定的な部分の生じた州の国内規範」を模した判決規範によるべきであるとしていた(95)。

より具体的な解決策は、1942年にこの論文に付された補遺に明確である。 すなわち、クックは、関連性のある「二つ(またはそれ以上)の国内規範のう ち、いずれか原告にとって最も有利なものを受容するのが賢明である」として いた⁽⁹⁶⁾。

(b) モリス

モリスは、1949年の判例評釈⁽⁹⁷⁾においてすでに言及していた「不法行為のプロパー・ロー」理論の内容を発展させ、彼がハーヴァード・ロー・スクールの客員教授であった 1951年、ハーヴァード・ロー・レビュー誌上に「不法行為のプロパー・ロー」と題する論文を公表した⁽⁹⁸⁾。

この論文におけるモリスの出発点もまた、クックと同じく、抵触法第一リステイトメントの「最終結果」の理論に対する批判であった⁽⁹⁹⁾。そのかぎりで、モリスとクックは共通の問題意識に立っていたといえる。しかしモリスは、クックが契約準拠法の決定にあたり、それを「より小さなグループに分解し、社会的要請に合うように取り扱わなければならない⁽¹⁰⁰⁾」とするデプサージュ(dépeçage)、すなわち争点ごとの準拠法決定を認めるのに対して、不法行為との関係では必ずしもそのような立場を採らないことを疑問視する⁽¹⁰¹⁾。した

[種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 155 がって、モリス自身がここで述べようとしていることは、クックによる不法行為についての上記結論部分に呼応するものではないのである。

モリスはむしろ、クックが契約の局面で示した方法論、すなわち、デプサージュとそれによって可能となる個々の争点の重要性に照らした準拠法の探求とを不法行為責任にも応用することで、クックが隔地的不法行為の場合に探求すべきとした、「それらの出来事の決定的な部分の生じた州の国内規範」を明らかにしようとする(102)。そして、このようなデプサージュの認められる範囲(103)、および、モリスが適用すべきとする「われわれの前の特定の状況における一連の行為と結果に最も重要な関連を有しているように思われる法(104)」の決定にあたり、彼は、事案の中で実際に適用の可否が問われている法の内容を精査し、その法の適用意思や、それを擁する国家ないし州の利益が考慮に入れられるべきであるとするのである(105)。

3. 考察

(1) 「不法行為のプロパー・ロー」理論の意義とその背景

2.(3)の比較から、クックとモリスの解決方法の相違は明らかである。クックは、隔地的不法行為においては行動地と結果発生地のいずれもが不法行為地となりうるとするが、選択の唯一の基準は、原告にとって最も有利であるかどうかであった。これに対しモリスは、ときには被告にとって最も有利な法を選択することもありうるとして⁽¹⁰⁶⁾、事案の中で現に問題となっている実質法の内容をも考慮しつつ、より柔軟に「不法行為のプロパー・ロー」を探求しようとするのである。

1. や2. で論じた当時のイングランド国際私法の議論状況からいえば、モリスの「不法行為のプロパー・ロー」理論は、学説を通じて同国においても支配的となりつつあった隔地的不法行為の行為地決定についての「最終結果」の理論がもたらす不法行為準拠法の硬直化に一石を投じるものであったように思われる。そしてこの問題提起は、イングランドにおける不法行為地法主義(さらに広い意味では、属地法の適用)の理論的基礎であった既得権説が克服されてはじめて、その意義が認められるものというべきである。

他方で、モリスの主張する方法論に目を向けるならば、彼の「不法行為のプロパー・ロー」理論は、彼自身述懐しているように、不法行為地の決定を柔軟化する⁽¹⁰⁷⁾にとどまらず、「ルール」としての不法行為地法主義それ自体を排斥し、関連する実質法の目的と個々の争点の重要性とを強調する「アプローチ」をも提示するものであった⁽¹⁰⁸⁾。ここに、モリスの当時における先見性を指摘することができる⁽¹⁰⁹⁾。反面、アメリカ国際私法における新理論と共通する面を有する彼のこのような急進的な方法論は、イングランドでは幅広い支持を獲得するには至らなかった。むしろ同国では、その後、モリスの問題意識には共鳴しつつも、実質法の内容や法目的を必ずしも考慮しない比較的穏健な方法論による不法行為準拠法の柔軟化の可能性が模索されていくことになる⁽¹¹⁰⁾。

以上のような傾向は、隔地的不法行為の行為地決定についてもあてはまるように思われる。たとえば、前章で検討したチェシャーも、1965年に刊行された自著の第7版では従来の結果発生地説を改め、行動地、結果発生地をいずれも「不法行為地」とする柔軟な見解を採用するに至った(もっとも、最終的にそのいずれの法が適用されるかを決める基準は必ずしも明らかではない。また彼は、行動地、結果発生地以外を「不法行為地」とすることには否定的であり、さらに、自身の見解は「不法行為のプロパー・ロー理論とは異なる」と注記している)(1111)。その後、1974年刊行の第9版においては、過失不法行為や厳格責任の不法行為など、不法行為の類型ごとにそれぞれの法規範の背後にある目的を考慮して不法行為地を決定すべきであるとされた(112)。このように、隔地的不法行為の行為地決定の問題はイングランドにおいては不法行為地の柔軟な解釈や類型化の議論を通じて解決に向かうのであり、また、それで十分であった。見方を変えれば、モリスが「不法行為のプロパー・ロー」理論を提唱する契機となった隔地的不法行為の行為地決定の問題は、彼の主張する方法論の有用性を認識させるための背景としては十分でなかったのである。

(2) わが国への示唆

モリスの「不法行為のプロパー・ロー」理論が上述のようなものであるとすれば、そこから、わが国法適用通則法に対し、なんらかの解釈論上の示唆を与

[種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 157 えることはできるであろうか。わが国ではこれまでにも、国際私法の基本理念を事案の解決に最も適切な法、すなわち事件に関連を有する当事者と国の利益を最もよく調整することのできる法の適用に求め、アメリカ国際私法の新しいアプローチに倣い、公序条項(法適用通則法 42条)の積極的活用を主張する見解がみられたところである(113)。そこで、不法行為についても、たとえば法適用通則法 20条の「明らかに……より……密接な関係がある……地の法」の決定につき、モリスの主張するようなアプローチを採り入れる余地はまったくないというべきであろうか。ここでは、本稿で論じてきたイングランドの国際私法学説史における「不法行為のプロパー・ロー」理論の位置づけに照らし、若干の私見を述べておくことにしたい。

周知のとおり、法適用通則法 20 条は、同法 17 条ないし 19 条の例外として、個別具体的な事案ごとに実質的に最も密接な関係をもつ地の法を準拠法とするための規定である。この構造上、20 条は、17 条ないし 19 条のいずれかの規定が適用される場合、すなわち、これらの規定に包摂されるすべての単位法律関係が問題となる場合には、常にその適用の可否を検討する必要があり、きわめて広範な適用範囲を有する規定であるということになる。このような 20 条の適用範囲の広さ、および原則規定との個別的な比較の要請を考えると、同条は、原則規定の定める「ルール」に対して柔軟な「アプローチ」を採用するものであり、具体的事案における正義の実現を目指していると解する方が、一層、この種の例外規定の趣旨に沿うといえるのではないか。

加えて、現代の不法行為類型の多様性はモリスの時代の比ではない。モリスは、自動車運転中の過失、ラジオによる名誉棄損、逃走動物、婦女誘惑、経済的共同謀議、横領についての責任に同一の抵触規定を適用することは社会的に望ましい結果を達成しないとした⁽¹¹⁴⁾。これを現代的な文脈に照らして考えるならば、たとえば原子力損害⁽¹¹⁵⁾を含む国際環境汚染、労働災害⁽¹¹⁶⁾、インターネットによる不正競争⁽¹¹⁷⁾、および知的財産権侵害⁽¹¹⁸⁾などの類型にも同じことがいえるであろう。また、責任保険⁽¹¹⁹⁾や社会保障制度との関係で不法行為法を把握するといった視点も、モリスの時代には必ずしも意識されていなかったというべきである。アメリカの利益分析論の現代的意義は、むしろ、こ

のような社会的・経済的生活の複雑化がもたらした不法行為法の機能変化の中でこそ強調される⁽¹²⁰⁾。

そうとすれば、たとえば法性決定の操作や連結点自体の柔軟な解釈など、これまでの「不法行為準拠法の柔軟化」のための手法とならび、法適用通則法20条の解釈として、デプサージュを含む「不法行為のプロパー・ロー」理論の方法論に依拠することにも十分な理由があり、直ちにその可能性を否定すべきではないであろう。

おわりに

本稿では、モリスが「不法行為のプロパー・ロー」理論を提唱した背景として、イングランドにおける既得権説の克服と、隔地的不法行為における行為地決定の問題の二つがあることを指摘した。これらの検討を通じて、当時のイングランドにおける理論面ならびに実際面での変化が「不法行為のプロパー・ロー」理論の提唱とどのような関係を有していたのか、また、モリスが提示した方法論のもつ意義について、歴史的な文脈と現代的なそれとでは異なる位置づけが与えられうることを明らかにした。

モリスの「不法行為のプロパー・ロー」理論は、「イングランドの現行の規則がもたらしうる不正義⁽¹²¹⁾」から生じる反発にほかならない⁽¹²²⁾。もちろん、そこで問題とされた当時の「規則」は、現在のそれとは大きく異なる。少なくとも不法行為地法主義の硬直性の緩和に関していえば、その必要性はいまや、イングランドの判例や制定法の中でも相当程度意識されている⁽¹²³⁾。

しかし、だからといって「不法行為のプロパー・ロー」理論を単純に過去のものとすべきではない。モリスがこの理論を通じて目指した「不法行為準拠法の柔軟化」のあり方は、事件に関連を有する複数の国の実質法の内容や法目的の考慮という点では、わが国はもとより、イングランドにおいても十分に実現されたとはいえないからである。

適用されるべき法の内容にまで立ち入った法選択は、その可否も含め、現代において再び問い直されるべき時期に来ているように思われる。われわれに求められているのは、不法行為類型の多様化や制度自体の複雑化にともなう不法

[種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 159 行為法の機能変化を認識しつつ,一方で伝統的な方法論を堅持しながら,他方で現代的な議論に合わせた修正の可能性を常に探求し続けることである。

- (1) たとえば、折茂豊『渉外不法行為法論』(有斐閣、1976年) 243 頁以下参照。
- (2) たとえば、佐野寛「生産物責任の法選択に関する一考察(一)(二)(三・完)」 『名古屋大学法政論集』91号(1982年)1頁以下,97号(1983年)114頁以下,99号(1984年)230頁以下参照。
- (3) 出口耕自「国際私法上における名誉毀損」『上智法学論集』38 巻 3 号(1995 年) 125 頁以下参照。
- (4) 公海上の船舶衝突につき、山戸嘉一『海事国際私法論』(有斐閣, 1943年) 332 頁以下、同「海事債権」国際法学会編『国際私法講座(3)』(有斐閣, 1964年) 787頁以下、三浦正人「公海における船舶衝突の準拠法」『大阪市立大学法学雑誌』 12巻2号(1965年) 185頁以下参照。また、木棚照一=松岡博編『基本法コンメ ンタール国際私法』別冊法学セミナー130号(日本評論社, 1994年) 72頁以下 (中野俊一郎) も参照せよ。
- (5) たとえば、国友明彦『国際私法上の当事者利益による性質決定』(有斐閣, 2002 年)7頁以下参照。
- (6) 森田博志「判批」『ジュリスト』1155号(1999年)283頁,同「不法行為の準拠法の決定における『原因事実発生地』の解釈」『千葉大学法学論集』17巻3号(2002年)85頁以下,横溝大「国境を越える不法行為への対応」『ジュリスト』1232号(2002年)134頁参照。
- (7) 中野俊一郎「不法行為に関する準拠法選択の合意」『民商法雑誌』102 巻 6 号 (1990 年) 770 頁以下,同「不法行為準拠法と当事者の意思」澤木敬郎 = 秌場準一編『国際私法の争点』(有斐閣,新版,1996 年) 140 頁,事後的合意につき,岡本善八「国際私法における法定債権」『同志社法学』42 巻 1 号 (1990 年) 65 頁参照。
- (8) 中野俊一郎「渉外的道路交通事故と共通属人法の適用―ドイツ判例理論の展開」 『神戸法学雑誌』41 巻 1 号(1991 年)157 頁以下,木棚=松岡編『前掲書』(注 4) 70 頁(中野)参照。責任保険との関係で,横山潤「不法行為地法主義の限界とそ の例外」『国際私法年報』 2 号(2000 年)81 頁以下参照。
- (9) 松岡博『国際私法における法選択規則構造論』(有斐閣, 1987年) 275 頁以下参照。
- (10) Kegel, Gerhard, "The Crisis of Conflict of Laws", Recueil des Cours, Vol. 112 (1964-II)

(1964), p. 95. これについて、一般的には、パウル・ハインリッヒ・ノイハウス (桑田三郎訳)「ヨーロッパ国際私法上新たな道は存在するか」『法学新報』81巻9号(1974年)133頁以下、櫻田嘉章「『国際私法の危機』とサヴィニー(一)」『国際法外交雑誌』79巻2号(1980年)1頁以下参照。

- (11) いわゆる「政治化」学派がこれである。この学派については、多喜寛「ドイツ国際私法理論における最近の一つの動向」同『近代国際私法の形成と展開』(法律文化社、1979年)61頁以下参照。
- (12) Morris, J.H.C., "The Proper Law of a Tort", Harvard Law Review, Vol. 64, No. 6 (April 1951), p. 881. この理論については、西賢「不法行為のプロパー・ロー」同『国際私法の基礎』(晃洋書房、1983年) 202 頁以下、種村佑介「『不法行為のプロパー・ロー』理論の意義」『早稲田大学大学院法研論集』128号(2008年) 96 頁以下を参照せよ。
- (13) (1870) L.R. 6 Q.B. 1.
- (14) 種村佑介「イングランドにおける不法行為抵触法の史的展開」『早稲田法学会 誌』61巻2号(2011年)225-226頁参照。
- (15) 権威的典籍については, 高柳賢三『英米法源理論』(全訂版, 有斐閣, 1956年) 95-96, 116頁を参照せよ。
- (16) 本節の内容を含むダイシーの国際私法理論の全体像については、種村佑介「ダイシーの国際私法理論に関する一考察—国内法説、既得権説を中心に」『法学会雑誌』54巻2号(2014年)135頁以下を参照せよ。
- (17) Dicey, A.V., A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws (Stevens & Sons, Sweet & Maxwell, 1896; reprinted ed., Vico, 2008).
- (18) ダイシーは、「抵触法(conflict of laws)」、「国際私法(private international law)」のいずれもこの法分野を表す名称としては不正確であり、「権利の域外的承認(the extra-territorial recognition of rights)」がより正確な表現であるけれども、それは説明であって名称ではないとしたうえで、便宜的に、「抵触法」または「国際私法」の語をとくに区別することなく用いているようである。つまり、これらの名称は、ダイシーにとって、ある国、または外国の裁判所がもつ、渉外的要素を含む事案の判断に適用されるべき法制度の選択、および、自国または外国の裁判所によって行使されるべき管轄権の制限に関する諸規則を意味する便宜上の記号でしかない。See ibid., pp. 12-15.

以上を前提に、文意の混乱を避けるためにも、準拠法選択規則を中心とする狭義の国際私法を主として扱う本稿においては、訳文の引用を除き、原則として

- [種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 161 「国際私法」の語を用いることにしたい。なお、わが国における用語法については、 山田鐐一『国際私法』(第3版,有斐閣,2004年)2-3頁を参照せよ。
- (19) Dicey, supra note 17, p. 3. See also Graveson, R.H., "Philosophical Aspects of the English Conflict of Laws" in Comparative Conflict of Laws (Selected Essays, Volume I) (North-Holland Publishing Company, 1977), p. 19. これは、『提要』の前身をなす、彼の『規則形式で講述される、イングランド法の一部門としての住所地法(The Law of Domicil as a Branch of the Law of England, stated in the Form of Rules)』(1879 年)から一貫した考え方である。
- (20) Dicey, supra note 17, p. 15.
- (21) Ibid., pp. 18–19.
- (22) Ibid., p. 18.
- (23) See ibid., p. 20.
- 24 ダイシーの抵触法の取扱いに関する実証的方法と理論的方法については、折茂豊「國際私法における二つの學派(一)一特に大陸學派と比較してのコモン・ロー學派について」『国際法外交雑誌』43巻(1944年)8号2-10頁参照。
- (25) Dicey, *supra* note 17, p. 20.
- (26) See Graveson, supra note 19, p. 22.
- (27) イングランド裁判所の管轄権に関するダイシーの一般原則Ⅲ (いわゆる「実効性の原則 (principle of effectiveness)」) については, 種村佑介「いわゆる『モザンビーク・ルール』について」『早稲田法学』87巻3号(2012年)103-104頁を参照せよ。
- (28) Graveson, supra note 19, p. 20.
- (29) Dicey, supra note 17, p. 22.
- (30) See ibid., pp. 9–10.
- (31) これについては、たとえば、折茂豊「『外国法の適用』に関する若干の学説について」同『国際私法研究』(有斐閣、1992年)3頁以下を参照せよ。
- 32) See Dicey, *supra* note 17, pp. 10-11. See also Bartholomew, G.W., "Dicey and the Development of English Private International Law" *Tasmanian University Law Review*, Vol. 1, No. 2 (July 1959), pp. 245-246. ただし、ダイシーは別の箇所で、この原則が、「属地法 (local law)」、すなわち、あることが行われ、または生じた地の法律、人または物の存する地の法律が常に適用される(属地法主義)というような「普遍的な基準 (universal test)」を与えるものではないことを強調している。Dicey, *supra* note 17, p. 31. このことを前提とすれば、以下の本文で述べる、不法行為における不法行為

地法の適用に関するダイシーの説明も、彼にとっては確定的なものではなく、あくまで便宜的なものにすぎない、と解することになるであろうか。See also ibid., p. 32, n. 1. なお、属地法の定義につき、溜池良夫『国際私法講義』(第 3 版、有斐閣、2005 年)93 頁参照。

- (33) 「一般則として、海外でなされたと主張される違法行為につき、イングランドで訴訟が提起されるためには、二つの条件が充足されなければならない。第一に、当該違法行為は、もしそれがイングランドにおいてなされたならば、訴えうる(actionable)ものであったであろうというような性質のものでなければならない……。第二に、当該行為はそれが行われた地の法によって正当化されうる(justifiable)ものであってはならない。」*Phillips v. Eyre*、(1870) L.R. 6 Q.B. 1, pp. 28-29 per Willes J. のちに「ダブル・アクショナビリティー・ルール」と呼ばれるこの規則の成立過程については、種村「前掲論文」(注 14) 208 頁以下を参照せよ。
- (34) Dicey, *supra* note 17, p. 659 (Rule 175 (1)).
- (35) Ibid., p. 660.
- (36) 後述 2. (1)参照。
- (37) Cook, W.W., Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws (Harvard University Press, 1942), p. 6. また、折茂『前掲書』(注 31) 10 頁注 3、同「前掲論文」(注 24) 12 頁注 8 も参照せよ。
- (38) Cheshire, G.C., *Private International Law* (The Clarendon Press, 1935). 同書がイングランド国際私法の発展に及ぼした影響については、折茂「前掲論文」(注 24) 18-19 頁を参照せよ。
- (39) Gutteridge, H.C., "A New Approach to Private International Law" *Cambridge Law Journal*, Vol. 6, No. 1 (1936), p. 17.
- (40) Foster, J.G., "Some Defects in the English Rules of Conflict of Laws" *British Year Book of International Law*, Vol. 16 (1935), pp. 102-103
- (41) Graveson, supra note 19, p. 25.
- (42) Cheshire, *supra* note 38, p. viii.
- (43) Ibid., pp. 39-41. See Carswell, R.D., "The Doctrine of Vested Rights in Private International Law" *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 8, No. 2 (April 1959), pp. 274-275. また、後述 2.(1)も参照せよ。
- (44) Cheshire, G.C., *Private International Law* (2nd ed., The Clarendon Press, 1938), pp. 86-89.
- (45) Arminjon, P. "La notion des droits acquis en droit international privé", Recueil des Cours,

- [種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 163 Vol. 44 (1933-II) p. 1. これについては、Lorenzen, E.G., "La Notion des Droits Acquis en Droit International Privé. By Pierre Arminjon. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934. pp. 110", Columbia Law Review, Vol. 35, No. 4 (April 1935), p. 630 を参照。
- (46) Cheshire, *supra* note 44, p. 89.
- (47) Ibid., pp. 86-87. この考え方自体はダイシーにおいてもみられたところである。 See Dicey, *supra* note 17, pp. 12-13. しかし特筆すべきは,チェシャーがこれを,既 得権説に対する批判として用いたことである。
- (48) Dicey, ibid., p. 24.
- (49) Cheshire, *supra* note 44, pp. 90-91.
- (50) イェール学派については、折茂豊「國際私法における二つの學派(二・完)― 特に大陸學派と比較してのコモン・ロー學派について」『国際法外交雑誌』 43 巻 9 号 (1944 年) 24-28 頁を参照せよ。
- (51) Cook, W.W., "The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws", *Yale Law Journal*, Vol. 33, No. 5 (March 1924), p. 457.
- (52) Lorenzen, E.G.., "Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws", *Yale Law Journal*, Vol. 33, No. 7 (May 1924), p. 736.
- (53) Cheshire, G.C., *Private International Law* (3rd ed., Oxford University Press, 1947; reprinted ed., 1948), pp. 50-53.
- 54) もっともチェシャーは、経験を重んじるクックの帰納的手法には賛同しつつも、彼のローカル・ロー理論に対しては後に懐疑的な立場に転じており、それは、イングランドの裁判官が外国法を顧慮しなければならない範囲には何らの指針をももたらすものではなく、無益であると述べている。See Cheshire, G.C., Private International Law (5th ed., The Clarendon Press, 1957), p. 36.
- (55) Currie, B., "On the Displacement of the Law of the Forum" in Selected Essays on the Conflict of Laws (Duke University Press, 1963; reprinted ed., William S. Hein, 1990), p. 6.
- (56) See Morris, J.H.C., *The Conflict of Laws* (3rd ed., Stevens and Sons, 1984), pp. 508–510.
- (57) Morris, J.H.C. and Others, *Dicey's Conflict of Laws* (6th ed., Stevens & Sons, Sweet & Maxwell, 1949), p. xiii.
- (58) Morris, *supra* note 56, p. 510.
- (59) Morris and Others, *supra* note 57, p. 11.
- (60) Keith, A.B., A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws (5th ed., Stevens & Sons, Sweet & Maxwell, 1932), p. 17.
- (61) See Bartholomew, supra note 32, p. 247.

- 62) Savigny, F.C., System des heutigen Römischen Rechts (2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1849, Scientia Verlag, 1981), S. 132. サヴィニー(小橋一郎訳)『現代ローマ法体系第8巻』 (成文堂, 2009年) 112 頁参照。
- (63) Bartholomew, supra note 32, p. 247.
- 64) 前掲注32参照。
- (65) See Carswell, supra note 43, p. 280.
- (66) Cheshire, *supra* note 38, p. 215. なお,以上の記述は、若干表現を変更したうえで 1938 年刊行の同書第 2 版においても維持されている。Cheshire, *supra* note 44, p. 294.
- (67) Cheshire, *supra* note 38, pp. 215-216.
- (68) Dicey, supra note 17, p. 659. これについてはまた,種村「前掲論文」(注14) 227-228 頁も参照せよ。
- (69) 194 U.S. 120 (1904), p. 126 per Holmes J.
- (70) Phillips v. Eyre, (1870) L.R. 6 Q.B. 1, p. 28 per Willes J.; The Halley, (1867) L.R. 2 Adm. & Ecc. 3, p. 22 per Sir Robert Phillimore. 種村「前掲論文」(注 14) 217, 221-222 頁参照。
- (71) 前揭注 68 参照。
- (72) See Morris, *supra* note 56, p. 303.
- (73) Beale, J.H., A Treatise on the Conflict of Laws, Vol. 2 (Baker, Voorhis & Co., 1935; reprinted ed., The Lawbook Exchange, Ltd., 2004), p. 1288 (§ 378.1).
- (74) Ibid.
- (75) Restatement, Conflict of Laws (1934) § 377.
- (76) Lorenzen, E.G., "Tort Liability and the Conflict of Laws", Law Quarterly Review, Vol. 47, No. 4 (October 1931), pp. 491 ff.
- (77) Foster, supra note 40, pp. 95-96.
- (78) Wolff, M., Private International Law (Oxford University Press, 1945), pp. 500-504.
- (79) Cowen, Z., "The Locus Delicti in English Private International Law", *British Year Book of International Law*, Vol. 25 (1948), p. 394.
- (80) Cheshire, *supra* note 53, p. 386.
- (81) 前述 1.(2)参照。
- (82) [1944] 1 K.B. 432. 原告(イングランドの会社)が、被告であるニューヨーク州の会社から同州で購入し、イングランドで販売した殺鼠剤の欠陥により原告の顧客が被った損害の賠償を被告に求めた事案である。
- (83) 「ここでなされたと主張される不法行為は、違法な行為または懈怠 (default) で

- [種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 165 あった。それは、その性質に関する警告がなければ危険物となるとされたものの売買であった。当該行為はアメリカでなされたのであり、本国([筆者注] イングランド)でなされたのではないのである。」Ibid., p. 439 per Goddard L. J. 「問題は、その損害を生ぜしめる違法な行為が実際にどこでなされたのか、である。その問題は、たとえ損害が当該訴訟の基礎でありうるとしても、どこでその損害が生じたかではないのである。」Ibid., p. 441 per du Parcq L. J. この Monro 事件判決の評価については、折茂『前掲書』(注 1)252 頁注 10、加来昭隆「英国国際私法における不法行為地の場所決定―法選択と裁判管轄権の交錯(初期判例の傾向)(1)」『福岡大学法学論叢』40巻3=4号(1996年)311 頁以下を参照せよ。
- (84) 事実, チェシャーはそのすぐあとで, *Monro* 事件判決が最高法院規則 11 条の解釈に関するものであることを確認するとともに, 同判決が不法行為地の決定に関する指針とはならないことを示唆している。Cheshire, *supra* note 53, p. 386.
- (85) Kahn-Freund, O., "Where is a Tort Committed?", *Modern Law Review*, Vol. 7, No. 4 (November 1944), p. 243.
- (86) Ibid., pp. 244-245.
- (87) Wolff, M., Private International Law (2nd ed. The Clarendon Press, 1950), pp. 494-495.
- (88) Ibid.
- 89) これについては、種村「前掲論文」(注14)213-215頁を参照せよ。
- (90) [1948] W.N. 366.
- (91) なお, Bata v. Bata 事件判決については,加来昭隆「英国国際私法における不法行為地の場所決定—法選択と裁判管轄権の交錯(初期判例の傾向)(2)」『福岡大学法学論叢』41巻1号(1996年)21-22頁に紹介がある。
- (92) See Cowen, *supra* note 79, pp. 397-398.
- (93) Cook, W.W., "Tort Liability and the Conflict of Laws", *Columbia Law Review*, Vol. 35, No. 2 (February 1935), p. 202.
- (94) See Cook, *supra* note 37, pp. 311–318.
- (95) Ibid., p. 342.
- (96) Ibid., p. 345.
- (97) Morris, J.H.C., "Torts in the Conflict of Laws", *Modern Law Review*, Vol. 12, No. 2 (April 1949), p. 248. この評釈は、渉外的な自動車事故に関するスコットランド民事上級裁判所(Court of Session)の判決である M'Elroy v. M'Allister, 1949 S.C. 110 を対象とするものである。
- 98) Morris, supra note 12, p. 881. この論文については,西「前掲論文」(注 12) 202 頁

以下,種村「前掲論文」(注12)96頁以下を参照せよ。

- (99) Morris, *supra* note 12, pp. 883-884.
- (100) Cook, supra note 37, p. 431.
- (101) See Morris, *supra* note 12, p. 884, n. 16.
- (102) Ibid.
- (103) この点は、リースによるデプサージュの理解が参考となる。See Reese, W.L.M., "Dépeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law", *Columbia Law Review*, Vol. 73, No. 1 (January 1973), p. 58.
- (104) Morris, supra note 12, p. 888.
- (%) See ibid., pp. 887-892. 種村「前揭論文」(注 12) 98-103 頁参照。See also Morris, supra note 56, p. 531.
- (06) Morris, supra note 12, p. 888.
- (107) Morris, supra note 56, p. 322.
- (08) 前掲注 105 参照。
- (109) モリスには、当初からこのような構想があったと考えられる。See Morris, *supra* note 97, pp. 251-252. 西「前掲論文」(注 12) 201 頁, 種村「前掲論文」(注 12) 94-95 頁参照。
- (II) この点は、種村佑介「『不法行為のプロパー・ロー』 理論の英国学説における展開について」『早稲田大学法研論集』 132 号(2009 年) 205 頁以下、同「『不法行為のプロパー・ロー』 理論とコモン・ロー上の例外(1)(2・完)」 『早稲田大学法研論集』 134 号(2010 年) 177 頁以下、135 号(2010 年) 199 頁以下を参照せよ。
- (II) Cheshire, G.C., *Private International Law* (7th ed., Butterworths, 1965), p. 257. なお, チェシャーの学説の推移については、折茂『前掲書』(注1) 275 頁注 10 も参照せよ。
- (II) NORSE, P.M., Cheshire's Private International Law (9th ed., Butterworths, 1974), pp. 291-292. この立場は、1965年のウェッブ=ノースの論文の中で示された結論と 軌を一にするものであり、チェシャーの死後に第9版を改訂したノースの見解を 採り入れたものであると推察される。See Webb, P.R.H. and North, P.M., "Thoughts on the Place of Commission of a Non-Statutory Tort", International and Comparative Law Quarterly, Vo. 14, No. 4 (October 1965), p. 1314.
- (103) 松岡博『現代国際私法講義』(法律文化社,2008年)56 頁以下参照。また,前掲注9も参照せよ。
- (14) Morris, supra note 12, p. 884.

[種村佑介] イングランドにおける「既得権」説の克服と「不法行為のプロパー・ロー」 167

- (13) 道垣内正人「国境を越える原子力損害についての国際私法上の問題」『早稲田法学』87巻3号(2012年)131頁以下参照。
- (16) 折茂『前掲書』(注1)303頁以下参照。
- (II) 横溝大「抵触法における不正競争行為の取扱い―サンゴ砂事件判決を契機として」『知的財産法政策学研究』12号(2006年)185頁以下参照。
- (118) これに関する考察は、種村佑介「知的財産権侵害の準拠法と不法行為準拠法との 関係」『特許庁委託平成22年度産業財産権研究推進事業(平成22~24年度)報 告書』(一般財団法人知的財産研究所、2012年)1頁以下を参照せよ。
- (19) 横山「前掲論文」(注8) 69 頁以下参照。
- (20) Vgl. Joerges, C., Zum Fnnktionswandel des Kollisionsrechts: Die "Governmental Interest Analysis" und die "Krise des Internationalen Privatrechts" (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971), S. 151 ff.
- (21) Morris, J.H.C., Cases on Private International Law (2nd ed., The Clarendon Press, 1951), p. 228.
- (122) Graveson, supra note 19, p. 25.
- (23) 前掲注 110 参照。