

翻 訳

フランソア・ローラン「19 世紀フランス・ベルギーから見た英米の国際私法」

小 梁 吉 章

【訳者解説】

1 出典

本稿は、François Laurent, *Droit civil international*, Tome II, Bruyant-Christophe & Co, et A. Marescq, 1880 (フランソア・ローラン著『国際民事法』第 2 巻)の一部の訳出である。標題は訳出部分の内容にしたがって訳者が付けた。

本書は全 8 巻からなる膨大な国際私法の体系書である。第 1 巻は、国際私法の機能と理論の形成史を記述している。14 世紀の後期注釈学派の法規分類理論 (スタトゥータ理論)、デュムーランとダルジャントレの理論、オランダ理論、18 世紀のフランス理論、英米の理論、サヴィニー理論などを広範かつ詳細に紹介している。第 2 巻は、第 1 章で外国人の地位を説明するが、頁数は多くなく、ほとんどを第 2 章の属人法と属地法の記述にあてており、本稿はその第 74 項から第 86 項に当たる。著者は欧州大陸の法規分類理論に対する英米の法学者の意見を取り上げているが、その視点は 19 世紀の法規分類理論に立っており、当然にその後の国際私法理論の発展を反映していない。しかしそのためかえって欧州大陸と英米の国際私法の理論の違いが鮮明になっている。なお、第 3 巻は国籍と住所、第 4 巻は人の能力と婚姻、第 5 巻と第 6 巻は婚姻と親子関係、第 7 巻は相続、第 8 巻は契約を説明している。

2 双方の批判

ローラン教授は、すでに本書第1巻の英米の国際私法理論の分析においても辛辣な批判をしていたが、ここでも英米の国際私法理論に容赦ない批判を加えている。その第1巻の該当部分の一部を引用すると、「中世のフランス慣習法は各地の法規だったが、成文化され法典化された。一方、イギリスのコモン・ローは成文化も法典化もされず、いまだに欧州中世のように変化し続けている・・・16世紀のフランスとベルギーには慣習法はすべて属地的という格言があり、各領地の慣習法はその領地内では絶対的であって、他の領地の慣習法には何の効力も認められなかった。つまり、慣習法はそれが成立し、発展した領地外に及ばないと理解されていたのである。こうした属地性 (*réalité*) は、中世欧州に中小の封建領地が存在したことによるものであり、封建主権という性格から、土地に直結し、人は土地の付属物にすぎないとされ・・・イギリスではいまだにこの状態にある。この封建体制はノルマン・コンクエストによってイギリスに移植され、法律上王制をとるから、主権者は国王一人ではあるが、封建制の根深さは他に例を見ない」(第1巻544-545頁第377項)。イギリスでは1925年まで、おなじ所有権でも、不動産 (*real property*) と動産 (*personal property*) が分けられていたように、土地に対する執着には根深いものがあるから、この指摘には頷くことができる。またローラン教授はアメリカについて「その裁判官は、国家利益に合致するときは属人法を認め、利益が脅かされるときは拒否する」とし、その国際私法理論を利益理論 (*Doctrine de l'intérêt*) としている。もとより19世紀に生きたローラン教授が20世紀アメリカの抵触法革命を知る由もないが、その理論を知れば、さらにこの認識を強めよう。

一方に批判させるのは公平ではないから、英米の法学者の言い分にも耳を傾けてみよう。訳出した個所ではローラン教授は頻繁にアメリカのストーリー判事の著作『法律抵触注釈』(*Commentaries on the Conflict of Laws*) から引用しているので、同判事の言を見ることにしよう。ストーリーは「イギリスのコモン・ローの学者は、自国法の外国での効力について体系的に研究してこな

かった」と反省しながらも、すぐに「欧州大陸のシヴィル・ローの学者は法規の理論的分類に終始し、煩瑣な議論をするばかりで、なんの役にも立たない」とこきおろしている（同書 9, 10 頁）。またイギリスのフィリモア判事は『国際法注釈』（*Commentaries upon International Law*）第 1 巻で「国際私法の体系書に法規分類理論の説明がなければ、歴史の説明が充分でないといわれよう。また専門用語の説明を欠くことになるので、法律理論を理解できないとお叱りを受けよう。しかし法規分類理論は国際私法に確固とした明解な指標を与えるものではない。というのも法規分類理論には異説が多く、分類の基本原則があいまいで、適用が恣意的、また分類について意見の一致がないからである」と批判している（同書 241 頁）。

たしかに大陸の法学者は、法規の分類の原則で意見は一致しないが、根本にある法規を分類するという考え方に異論がない。この点で法規分類自体を認めない英米の法学者と大陸の法学者のあいだには埋めがたい溝がある。

3 著者について

著者のフランソア・ローラン教授は、1810 年 7 月 8 日、現在のルクセンブルグ市の中心部に生れた。1795 年以降、現在のベルギーとルクセンブルグはフランスの領土であったから、ローラン教授は、ルクセンブルグで基礎教育を受けた後、ベルギーのルーヴァン大学で文学の教育を受け、さらにその後、リエージュ大学で法学を学び、1832 年 7 月 17 日に同大学で法学博士の学位を得た。なお、両大学とも 1816 年の設立である。その後、ルクセンブルグに戻り、1833 年 7 月 6 日、弁護士誓約をしたが、リエージュ大学時代の恩師であり、当時、独立したばかりのベルギーの司法大臣であったアントワヌ・エルンスによって、1834 年、ベルギー司法省部長 (*chef de bureau*) に任じられ、翌年 1 月ブリュッセルに赴任した。翌年に局長 (*chef de division*) に昇格するほど頭角を現したが、エルンスト大臣は法学者としてのローラン教授の能力を評価、1836 年 4 月 11 日、ヘント大学の行政法、公法などの教授に任じられ、

その後民事法に転じた。同大学で1882年まで教鞭をとり、1887年2月11日肺炎のためヘントで死去、享年76歳。

ローラン教授の特異な点は、その国籍の変遷である。フランスの森林県(*département des Forêts*)だったときのルクセンブルグに生れたのでフランス人とされ、ナポレオン退位後にオランダ領に入ったのでオランダ人となり、オランダから独立するとルクセンブルグ国籍を得るが、一方で、1830年に独立したベルギーの公僕としてベルギー国籍も得て、1839年にルクセンブルグ国籍を放棄している。時代は近代主権国家の形成のまっただなかにあり、ローラン教授自身、国籍がなんども変わるという経験をしたから、国家と国籍に多大の関心を持ったこと、従来 of 封建領主が土地に執着し、人民を顧みなかったことに反感を覚えたこと、いずれもきわめて当然である。

ローラン教授の著作としては、上記の『国際民事法』と後述の『ベルギー民法典改正草案』のほか、『法制史研究』(*Études sur l'histoire de gens et des relations internationales*)全18巻(1850年初版、その後*Études sur l'histoire de l'humanité*, 1855-1870に改題)、『民法原理』(*Principes de droit civil*)全33巻(1869年から1878年)などがあり、いずれも膨大である。ローラン教授には、カトリック教会との対立、自由派としての活動など、国際私法学者の枠に収まりきれない面があり、興味深い人物である。

4 訳出の意義

わが国の国際私法は、ローラン教授の陣営である大陸法の国際私法の考え方をとる。旧法例(明治23年法律第97号)は「人ノ身分及ヒ能力ハ其本國法ニ従フ」(3条1項)、「動産・不動産ハ其所在地ノ法律ニ従フ」(4条1項)と規定し、これはナポレオン法典の3条3項と2項と同趣旨である(訳注1)。

上記の旧法例は結局、施行されず、その後明治30年(1897年)からは法典調査会で法例の改正が討議された。そこで改正案の起案に当たって多くの既存の例が参考にされたが、そのなかでもローラン教授が起案した民法典改正案が

参照されている (訳注 2)。この民法典改正案の成立経緯を若干説明する。

1879 年 4 月 3 日、当時のベルギーの司法大臣で自由派のジュール・バラ (Jules Bara) は当時ベルギーでもっとも有力な民事法学者とされていたローラン教授に民法典の改正案の起案を委嘱した。ローラン教授は早速、開始し、一部は 1882 年 5 月 31 日に議会で改正案として上程され、その後もローラン教授は作業を続け、1884 年に完成した。しかし 1884 年 6 月 16 日の選挙で政治の主導権は保守派に移り、就任した保守派シャルル・オエスト (Charles Woeste) 司法大臣は、同月 18 日、ローラン教授に上程された改正案を取り下げると通知し、改正案起案作業の中止を命じた。この改正案は『ベルギー民法典改正草案』 (*Avant-projet de révision du Code civil*) 全 6 巻として 1882 年から 1885 年にかけて Bruylant 社から刊行され、現地の事情にかかわらず、わが国では民法起草にあたり、この「ローラン案」を参照した。

ローラン教授が依拠する法規分類理論は、不動産が社会的に重要な財産だった時代の産物であって、現代のように財産のなかにおける有体財産の優位が崩れ、債権や知的財産権という無形財産が重要になった時代に十分に機能するかという問題はある。しかし法規を属人的か属地的かに分類する考え方自体は引き続き有効と思われる。問題は、ローランの時代には考慮されていなかった債権や知的財産権の連結点についてであろう。

また、ローラン教授は指摘していないが、訳者にはアメリカの国際私法が人の身分と能力を属地的に処理し、属人法を適用しないことに歴史的制約があるように思う。旧世界から遠路はるばる新世界に着いてみたら、本国での身分がそのままでは堪ったものではないという自然な感情の反映と考えるからである (訳注 3)。現代のアメリカ国際私法で言われるドゥーイング・ビジネスの法理にも、新世界では旧世界の論理は通用しないのだ、という感情がひそんでいるように思われる。自由な国際主義者であるローラン教授がこうした属地性に国家のエゴイズムを見て、これに異を唱えるのは当然だろう。ただ 19 世紀と異なり、現代のように人の往来が甚だしく、ビジネスの展開が

国際的な時代には、属人的ではなく、属地的に処理する以外に方法がないことも否定できない。

【本文】(第2巻第2章「属人法・属地法」第1節「身分と能力に関する法律」第2款「外国法第2号「英米法」)(訳注4)

第1：英米法と欧州法の対立

74 ウォートンは著書『抵触法論』の属人法 (*lois personnelles*) に関する章を、「人にはだれでも身分 (*état*) があること、身分はその住所地法 (*loi de son domicile*) によること、このことは全員が認めている」という国際私法の将来にとって重要な一節で始めている。「住所」(*domicile*) ということばには注意を要する。英米では属人法 (*statut personnel*) の連結点を住所地とし、これは欧州法も同じだったが、ナポレオン法典、イタリア民法典、オランダ法典は人に関する法規の連結点を「国籍」(*nationalité*) に変更しており、この違いは重要なので後述する(訳注5)。ウォートンはさらに「では人が外国を旅行し、住所 (*domicile*) を得るまでには至らないが、そこにしばらく居住する (*réside*) 場合、属人法が同人に与えた身分や能力はそのままか。仮に属人法によると未成年だった場合、領地法上 (*d'après la loi territoriale*) では成人とされてもやはり未成年なのか。この者が住所を有する国で精神的障害のため行為能力を制限されていた場合、能力制限がない地でも行為能力を制限されるのか。言い換えると、人の身分に関する法律は、その領地の外でも効力を有するのか。この国際私法の問題について、欧州大陸の法学者はイギリス、アメリカの裁判所といつも対立する」としている。ウォートンは、これら二つの理論を収斂させる原則を見つける方法はないかと自問した⁽¹⁾。この対立

(1) Wharton, *A Treatise on the conflict of laws*, p. 81, § 84. 本書第1巻の第316項と比較。(訳注6)

は根本的であるだけに重要な問題である。これはウオートンがいうような単に人の身分に関する問題ではない。属地法と属人法が覇権を争い、国際私法の根本に異議が呈されている。国際私法の存在自体が問われているのである。

あるイギリスの法学者は、イギリスでは人の身分と能力をその属人法によるとしたことはないとしている。これはウェストレイクであるが、さらに続けて、イギリス法が現在のままであるならば、当地での法律関係 (*rappports juridiques qui ont leur siège chez nous, transactions having their seat here*) において、外国法が定めた成人年齢、外国人の属人法が決めた能力の有無などをイギリスの裁判官は一顧だにしない、としている⁽²⁾。イギリスの裁判所は、コモン・ローというイギリス、アメリカで共通の法しか認めておらず、外国法を適用することはない。コモン・ローが英米人に適用されるかぎり、外国人の属人法を認めないということは、属人法が考慮されるべき事項、すなわち個人の身分や家族関係であるが、これらについて国際私法が存在しないことを意味する。国際私法は性質上、普遍的であり、すべての国家・国民に関係する。しかしこのことを認めない者やこの基本原則を拒否する者がいるなら、属人性が問題になる場合、真っ向から対立する二つの考え方があることになるから、国際私法は存在しないことになる。グロチウスが平和と戦争の法と呼んだ国際公法の世界で国家同士が対立すれば、国際公法は存在し得ない。いまは同様に、国際私法も存在し得ない。いたるところで学説も判例も分裂、対立している。欧州大陸では真理であることが海を渡ると誤りである。彼岸と此岸で違うとは正義はなんとおかしなものよ、とはパスカルの言である(訳注8)。英米の法学者は、意味もなく、欧州大陸の法学者のあいだに法規分類にあたって対立があるというが、この点は後述する。国際私法という法分野は、形成途上にあり、条約で成文化して初めて明確になり、安定するのであっ

(2) Westlake, *A Treatise on private international law*, p. 382, no. 401, p. 384, no. 402 (London, 1858). (訳注7)

て、法規分類理論における対立は、英米法と大陸法のあいだのような根本的なものではない。大陸の法学者で、なんらかの権威のある学者はすべて属人法を認めており、また大陸の裁判所は適用している。これが大陸法である。細かい点では対立はあるが、この対立は英米の法学者がいうような深刻なものではなく、英米の法学者は、統合に向かって意見の一致が広がりを見せていること、対立が解消されようとしていることを見過ごしている。英米と大陸の法学者のあいだでの不一致のほうが大きく、溝は深い。大陸には毎日変化し、前進する法がある。大陸法はすでに属人法を認めているのであるが、他方、英米には万古不変で、属人法を否定するコモン・ローがある。しかし万古不変は真理だけである。とはいっても統合は不可能とあきらめるのは目標を放棄する安易な態度であり、統合を断念してはならない。なにが対立点か、理由はなにか見てみよう。結局、コモン・ローも真理ではなく、一つの事実にすぎず、世界を支配するのは事実ではなく、思想である。このように考えれば、真理は一つだから、収斂させることもできよう。

75 ストーリは、外国の法学者の理論を論じ、英米の法学者の理論と比較し、多少とも疑わしい点には触れずに、一般に認められたコモン・ローの原則を次の原則にまとめた。これは本稿で検討する問題の一つの要点である。慣習法はすべて属地的であるという格言があり、これによれば、対立はあり得ないという意見があり、過去の属地主義 (*réalistes*) が理論の特質と利点として称揚したのはこの安定性であって、法規分類理論に立ち、属人法を認める学者 (*statutaires*) は、自らが担う課題の困難に怖気づき、属地主義の格言にすがりつくかもしれない⁽³⁾。しかし属地主義の主張には多くの点で反論の余地がある。ストーリ自身もコモン・ローがあいまいかつ不安定と白状しており⁽⁴⁾、言うまでもなく、コモン・ローは慣習法であり、不確実性は慣習法の特徴で

(3) 本書第1巻504頁参照。(訳注9)

(4) Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 138, § 100 (de la 7e édition). (訳注10)

ある。

ストーリーの第一原則は「住所地で、そこにある財産に関して行った行為、取得した権利、締結した契約を評価する場合には、人の身分と能力は住所地法による。これらの行為、権利、契約が住所地によって有効な場合、どこでも有効とされ、逆に、住所地法で無効の場合、どこでも無効である」としている⁽⁵⁾。

この第一規則は法規分類理論 (*statutaires*) からの借りもので、英米の裁判所でも認めている。では、コモン・ローと大陸法は法規分類理論からスターとしているという点では一致しているのかといえ、そうではない。実をいえば、ストーリーが挙げた英米法理論の第一規則は、法規分類理論ではなく、単に適法な行為は有効であるという原則を適用したもので、当事者が居住し、また目的物財産が所在する地で行われた行為がその地で有効であれば、これがどこでも有効であるというのにはあらためて言うまでもない。法規分類理論の論者のなかでも属地主義的傾向のある者 (*réalistes*) でも、行為地に所在する財産について、行為の当事者がその地に住所を有する場合に、行為をした地の法律上能力者とされる者の行為が有効であることに反論することはない。属地性の原則から、この行為は有効であるとされ、属地法によって、この行為の有効性が他国で問題とされることに反対する。住所との関係、財産との関係、さらには能力との関係、これらのすべての関係で、フランス法上有効とされる行為を、アメリカでコモン・ローによって無効にする権利があるわけがない。これを無効とするためには、アメリカの主権がフランスに住所を有する者、フランスに所在する財産、フランス法上の国民の能力に及ぶものとしなければならない。たしかにコモン・ローはアメリカ居住者、アメリカに所在する財産に主権を有するが、英米の法律はその自国で主人であっても、国外や世界中でそうであるとはいえない。

(5) Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 138, § 101, p. 65, § 64. (訳注 11)

ストーリーは、関係当事者の能力に第一原則を適用する。未成年者が住所地に所在する財産を処分する場合、この処分行為が住所地法上有効であれば、アメリカでは有効とされ、この処分行為が住所地法上無効であれば、どこでも無効であるとしている。同様に、既婚婦人が住所地法上、その夫の許可を得ずに財産について契約し、処分することができないという場合、夫が契約または譲渡を許可しなければ、この契約や譲渡はアメリカであれ、契約行為がなされた住所地であれ、無効のはずである(訳注12)。ところが、ストーリーは、英米の法学者の属地主義的傾向を示す留保を付けている。ストーリーは、外国での行為の有効性を認めることを拒否する領地の法(*loi territoriale*)があるとし、この場合当然、第一原則ではなく禁止が優先することになる。裁判官は奉職する地の法に服さなければならないから、現実にはこのとおりだろう。しかし法理論で制限しなければ、例外が原則を壊すことになりかねないから、法廷地国の公序に反するような外国での行為だけに限定する必要があるが、ストーリーはこうした制限を付けていない。

76 本来の属人法(*vrai statut personnel*)は、人が住所地でそこに所在する財産に関して行った行為だけに制限されるものではない。属人法の特徴は、それが人に付帯することで、住所地以外でも、財産がどこにあらうと処分にあたって、どこまでも影のようにつきまとうことである。ストーリーは、法規分類理論とはなにかをこの点で説明しているが⁽⁶⁾、大陸の法学者と英米の法学者の理論を比較するため、いくつか引用している。18世紀のフランスの法規分類学者のブルノアは、国家間に当然にあるべき一般的な協調および敬意に基づいて、人の身分と能力に関する規定はすべての慣習法に見られること、商業取引や社会という高度の必要性から慣習法相互のあいだに適用範囲を設けることを述べている⁽⁷⁾。現代の学者パルデスも同じ趣旨のことを述べ、「個人

(6) Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 66, §§ 65-67. (訳注13)

(7) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 152, 172. (訳注14)

の能力がその属人法によることは文明国家の一般的合意である」としている⁽⁸⁾。

イタリアの法学者については、その特徴である属人性 (*personnalité*) に対する熱い感覚をいえばよいだろう。イタリアの法学者にとって人の身分と能力を定める法規が属人的であることを否定するのは、太陽光を否定することと同じで、理解不能なことである。「南国の温暖な太陽は人の知性を熟させるが、北国の寒冷な気候は知性の成長も発展も遅らせる。遠方に商売に行ったら、イタリア人がラップランド人となり、ラップランド人がイタリア人になるのか」とエスペルソンは皮肉ったが、これは誤りではない⁽⁹⁾。

では英米の法学者の主張に戻ろう。ストーリーの第二原則は「関係当事者の住所地以外で、当事者が住所を有する地に所在しない財産について、行為がなされ、権利が取得され、契約が行われた場合、人の身分、能力および条件については、法律事実があった地の法による」としている。この場合、アメリカの裁判所は属人法をまったく考慮せず、契約地・行為地法 (*lex loci contractus aut actus*) にしたがうことになる。ストーリーは説明として「たとえば成人年齢を 25 歳としている属人法上、未成年者であって、その住所地では契約することができない者も、成人年齢を 21 歳としている国では成人であり能力者とされ、契約することができ、婚姻契約などいかなる契約もすることができる」としている。この第二原則は行為能力制限者すべてに適用される。そうすると (フランスの) 慣習法地域で婚姻した婦人は、夫の許可を得なければ、自分の財産管理も含めて義務を負うことはできないが、成文法地域で契約するなら、夫の許可を得なくても財産管理行為をすることができることになる。(ストーリーによれば) 人の能力を定めるのは、属人法や本国法ではなく、契約地・行為地法である⁽¹⁰⁾。外国人であれ、自国民であれ、領地の法律がそこにいる者すべてに適用され、アメリカの法学者にとってはこれが正解

(8) Pardessus, *Droit commercial*, t. VI, no. 1482, 1°. (訳注 15)

(9) Èsperson, *Il principio di nazionalità*, p. 50-52. (訳注 16)

(10) Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 138, § 101, p. 139, § 103.

なのである。イタリアの法学者は河を渡り、山を越すと人の能力も変わるのを不思議に思うから、この主張は奇妙に映るだろう。

英米の法学者は、文字どおり契約地・行為地法 (*loi du contrat ou du l'acte*) に執着する。そうするとおかしいことになる。属人法を否定しながらも、ときにはこれを考慮することになるからである。21歳のプロシア人がベルギーで契約をしたとすると、この者は属人法では未成年者なので行為無能力であり、その行為は無効である。このプロシア人は属人法を根拠に、行為無能力であるから無効であると主張するが、コモン・ローは属人法を認めないにもかかわらず、イギリスでもこの契約は無効とされる。英米の法学者は例外的に外国人の属人法を考慮するのではない。あるイギリスの裁判官は、同国裁判所はイギリス法しか認めていないと言っている。ではなぜプロシア人の属人法によれば無効であるが、契約地法 (*lex contractûs*) 上は有効な契約を無効にできるのか。たとえばベルギーの立法者は、契約に対して有効・無効を決める権限があり、契約を無効ということもできるのであるから、各国の立法者はそれぞれ自国では主役なのであって、属人法を認めることが必要であるなら、属人法を領地の法としているのも自由であり、英米の法学者はこうしたものとして属人法を考慮する⁽¹¹⁾。ことほどさようにコモン・ローは領地法を尊重し、主権の力を尊ぶが、コモン・ローは主権の表現だからである。

77 ストーリはこうした前提から属人法に対立する第三原則として「成人・未成年者、婚姻契約能力の有無、家族関係、後見、親権解除の問題、要するに人の能力の有無が問題になる場合は、出生地であれ、本人の意思または法律の定めによって得た住所であれ、住所地法を考慮することなく、契約・行為の有効・無効は契約地・行為地法 (*lex loci contractus aut actus*) による」としている⁽¹²⁾。すでに未成年者の例を挙げたが、これについてはルイジアナ州

(11) Westlake, *A Treatise on private international Law*, p. 386 et s. (訳注 17)

(12) Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 139, § 103. (訳注 18)

最高裁判決があり、ネガティブな評価がされている(訳注 19)。この判決は「学者は、人の身分と能力に関する法律は属人法であり、どこにしようと属人法によるとし、未成年者、成人の規定はこれにあたるとしている」と述べている。同判決がいう「学者」とは欧州大陸の法学者のことである。アメリカの裁判官の意見はどうか。アメリカの裁判官は、国家利益に合致するときは属人法を認め、それが脅かされるときは拒否する。ルイジアナ州最高裁判決はさらに「わが州法が成人年齢を 25 歳と定めていたとしても、属人法上 21 歳で成人とされる者は、わが州で有効に契約することができる。しかしわが州法は 21 歳を成人年齢としている。属人法上 25 歳まで未成年である外国人は、わが国では 24 歳でも契約することができる。しかしこの外国人が契約相手のルイジアナ州民に対して無能力の抗弁 (*exciper de son incapacité*) を主張した場合、これを認めるべきではない」としている(訳注 20)。この判決に賛同する者は少ない。リヴァモア(訳注 21)とストーリーは反対し(訳注 22)、フィリモアはこれを怪物的と評している⁽¹³⁾。しかし、ルイジアナ州最高裁はアメリカの理論を適用しただけであって、その表現がやや繊細を欠いたことは否めないが、これが利益衡量の問題であることを明らかにしたのである。第三者の利益については後述することとし、まずは法理の問題である。アメリカの法学者は属人法を否定する。論理的にはルイジアナ州最高裁はどうあろうと棄却すべきであり、契約地法 (*lex loci contractûs*) に固執すべきだったが、この判決も言うほど罪作りでもない。属地主義者は属人法を拒否しても国際礼讓 (*courtoisie internationale*) を認めているが、これは利益理論そのものである⁽¹⁴⁾。

78 礼讓は封建的な属地主義への対応である。しかし国際的な都合への配慮は各国の裁量であるから、属地主義の基本的原則はそのままであり、対応と

(13) Wharton, *A Treatise on the conflict of laws*, p. 102, § 114; Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 75, § 75. (訳注 23)

(14) 本書第 1 巻第 323 項 482 頁を参照。(訳注：ヤン・フットの理論紹介の個所)

111 - フランソア・ローラン「19世紀フランス・ベルギーから見た英米の国際私法」(小梁) して十分とはいえない。さて領地法には主権性が付いて回るが、これこそ封建制の特性である。英米の法学者がその理論の封建的な起源を知っているかどうか知るところではないが⁽¹⁵⁾、既述のとおり、国際私法の歴史を無視しているようである。英米における権威はフベルスであり、中世に遡る属地主義を展開した。

オランダの法学者フベルスは、次の原則を国際私法の基本としたが、これらは属地主義者のものである。

- I 各国の法律は、支配権のおよぶ領土内でのみ適用される。
- II 法律は国家臣民すべてを拘束する。居住者か一次滞在者かを問わず、領土内にいる者すべては臣民とみなされる。
- III 第三原則は、厳格な前記二原則を礼讓によって緩和するが、これは有用性に基づく。絶対主権の理論における権限が問題になる場合、利益が法理を変えるのではなく⁽¹⁶⁾、これはフットのいう絶対権 (*droit mordicus*) であり、外国人財産の収用を含めてすべての主権者の行為を正当化する。

アメリカのすぐれた裁判官ケントがいうように(訳注25)、これはコモン・ローの原則でもある。属地主義者の基本定理はなにかといえば慣習法はすべて属地的ということであり、属人主義では変えようもない。ケントは法を論じて「一国の法はその領土内にとどまり、それ以外に及ばない」(*statuta suis clauduntur territoris, nec ultra territorium dispertuntur*) を引用する。では国際礼讓とはなにか。ケントはフベルスにしたがって国家が領土内で外国法の適用を認める場合、その法律の性質によるのではなく、それが有益だからであるとす。 「他国またはその臣民の主権・権利を損なわないかぎり」(*quatenus sine praejudicio indulgentium fieri potest*) である(訳注26)。これは属地主義そ

(15) 本書第1巻第377項544頁を参照。(訳注：英米の国際私法理論を利益理論として紹介する箇所)

(16) Hubert, *Proelectiones*, liber I, tit. III, De Conflictu legum, no. 2 (t. II, p. 25, de l'édition de Louvain, 1766). (訳注24)

のものである。英米の法学者は、大陸の属地主義者からこれを取り入れたのではなく、大陸の学者の名を挙げてはいるが、単なる箔づけであって、基本的に封建的なコモン・ローからこの原則を引き出しており、これはイギリスに封建体制を移植したノルマン・コンクエストの遺産であり、この伝統が人々の考え方を押さえつけ、英米の法学者に知らないうちに浸みついたのである。英米の法学者に連綿と伝えられた伝統原則を正しいものと信じ、国際私法の法典化の基礎にしようとしている。ダドリ・フィールドは国際私法の法典化という時期尚早の試みをしたが、草案で人の能力を不動産の所在地によるものとした⁽¹⁷⁾。英米の法学者が国際私法をこのように法典化しようとしても、合意は期待できまい。ストーリーがどう言おうと、大陸の法学者はノルマン・コンクエストに戻ることはない。封建制は大陸法学者の理想ではないのである。

さいわいダドリ・フィールドの試みは失敗し、国際私法という形成途上の規則を法典化することは早すぎた。ダドリ・フィールドは封建的伝統に対する反感を考慮していなかったのであり、本書の歴史に関する導入部で述べたとおりである⁽¹⁸⁾。これには時間が必要である。過去から現在に向かって進歩の定理にしたがって間断なく変化しており、歴史はその方向を示している。国際法の分野でも進歩は著しく、属人性は拡大し、属地性は後退している。大陸の国際私法理論には大きな変革がある。英米法はこれまで抵抗したが、属人性が侵入しており、大陸法学者が信ずるように、英米の国際私法理論にとっても真理であるとわかれば、属人法理論が優位に立とう。

属人性が本質的であるといっても、英米の属地主義がすべて誤りというわけではない。主権性という考え方自体は間違っておらず、主権の表現である法律が個々の利害、権利に関係すること、社会的利益（公序）と権利が争われる場合、主権の権力の表現である法律が個人の利益と権利の上に立つこ

(17) Field, *International Code*, p. 378, art. 542-544. (訳注 27)

(18) 本書第 1 巻 587 頁第 400-402 項参照。(訳注 28)

とに異論はない。この点では英米の法学者と完全に一致しており、ここに統合と調和の端緒があろう。また属地主義の原則には十分な考慮に値する点もある。アメリカの裁判所が権利よりも利益を優先すると、とたんに大陸の法学者の良識が目覚まし、永遠の正義の名において反論することになる。しかし利益が優先してはならない理由はない。立法者の仕事は一般的な利益を調整することにあるから、一般的な利益であれば立法者は考慮しなければならない。ところで英米の法学者が属人法理論に反対する場合には、第三者の利益を挙げるが、これも一般的な利益であり、第三者の利益も満足させなければならない。この点も、大陸の理論と英米の理論という相互に排除し合う理論を統合する端緒になるかもしれない。また誤解から理論が対立している面もある。英米の法学者の属人性に対する反論にはなんの根拠もないものも見受けられる。真理を求めるならば、また協調が必要ならば、相互理解もできよう。国際私法の存立可能性が問われている。妥協し、統合することが求められており、これをしなければ、国際私法は成立し得ない。すなわち、国際私法がないことは人々の間に関係を築くことができず、法律関係が存在しないことであり、政治的にも、私的な関係においても永遠の分裂を余儀なくされよう。このような結果を招く理論が真理を表わすわけがない。

第2：英米の理論と法規分類理論

79 英米の法学者は法規分類を拒否する。法規分類理論 (*sutatutaires*) の学者が際限なく議論にあけくれ、理論に安定もなく意味もないと批判する。ストーリーは、詳細に、過去と現在の大陸の法学者の説を紹介している。ほとんどの大陸の法学者は属人法理論を肯定しているが、細部を見ると、表面的には一致していても際限のない分裂に陥っていて、身分には能力も含まれるとしている意見が大半であるが、この点ですでに異論があり、また身分には能力も含まれるとしている意見のなかでも、一般的能力と特別的能力に分ける意見もあり、さらになにを属人法、なにを属地法としているか、という点に

なると、これが理論の基本であるにもかかわらず、百家争鳴であって、たとえばすぐれた学者であるメルランでさえも、あるときは属地法といい、あるとき属人法と言ったりして、一貫しておらず、こうした窮境を脱するため、法規分類理論をとる学者は例外を設けるが、この例外が多すぎ、そもそもの原則がなくなり、ある問題についてそれがいったい原則なのか、例外なのかという点で議論が生じ、不安定になっている、としている⁽¹⁹⁾。

これではまるでバベルの塔の復活である。しかしこの混乱のなかの少なくとも一部は、ストーリー自身に原因があるようである。ストーリーが参照した文献を見ると、それらの文献の法学者はみな同じ法規分類理論をとっており、同じ原則に立っている。すでに 16 世紀には、法規分類理論のなかに分裂があり、実務家は属地主義的で、慣習法はすべて属地法であるという封建的格言に執着していたが、その一方、属人法を認める法学者にとってこうした伝統への盲目的執着は愚かしく、滑稽にさえ映っていた。意見の対立は、守旧派と革新派のあいだだけでなく、理論的指導者のあいだでもあった。すなわちデュムーラン（訳注 29）とダルジャントレ（訳注 30）の二人はなにごとによらず対立した。ただしフランスでは学説、判例ともに属人法に肯定的であった。これは外国で有名であるが、かならずしも一級といえないフロラン（訳注 31）とブルノアの意見でもある。16 世紀の大学者（デュムーランとダルジャントレ）に匹敵するのはブイエ院長（訳注 32）であり、理論を深化させ、大革命によって法規分類議論がいったん収束するときにも、現代に通ずる理論の先導役となったのである。オランダでは属地法論が支配的である。ブルグンドゥス（訳注 33）やフット（訳注 34）といった一級の法学者は、属人法に否定的か、あるいは法的効力を失わせるような制限を加えなければこれを認めようとしなかったが、ロデンプルク（訳注 35）のような優れた司法官はこうした反対意見にはくみしなかった。当時は国際私法という名称は存在しな

(19) Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 49, § 50-54.

かったが、このように二つの意見が、国際私法理論を分けていたのであり、いまだ対立状態にある。アメリカの法学者がしたことといえば、大陸の法学者がすべて同じ一つの理論を奉じ、解釈していると思込み、その間の意見の違いを批判したことである。現実を抽象化し、歴史的発展を抽象化したのである。現代の学者で言えば、国際私法理論を批判するため、サヴィニーとストーリーを並べ、あるいはマンチーニ（訳注 36）とウオートンを並べて、その間に矛盾があるというようなものである。いままでの法規分類をめぐる意見の対立は必然であって、こうした矛盾は当然だったから対立があるというのは正しい。属人性は、反論や対立を通じて前進してきたのである。これは停止した理論ではなく、数世紀のあいだゆったりとした歩みで発展してきた。この長年の発展を指導した原理を研究し、それが生み出し、反対にかかわらず発展してきた原理を捕捉しなければならない。このように見れば、矛盾や不安定は恥ずべきものではなく、必要だったのであり、かえって自然なことである。法規分類理論に矛盾や不安定がないというのではなく、矛盾や不安定があったからといって悪いわけではない。属地主義は慣習法の属地性と絶対主権という絶対原則に基づいているから、首尾一貫しているというが、すぐれた法学者であるフットのような属地主義者も、慣習法の属地的性質が実務に適さないことを知っていたのであり、国際関係を維持するために国際礼让に頼らざるを得なかったから、法律上は愚策であるが、実務には充分としてこれを認めたのである。一方、属人法を認める法規分類学者は、難しい状況に陥らざるを得ない。法規分類学者は、国際法の埒外に身を置かなければ、慣習法の属地性を否定することができない。かつての法規は慣習法であり、その性質上、伝統に縛られたからである。伝統的な法を無視して、慣習法の属地性を否定することもできず、一方で、法秩序として属人法が排除されないようにその地位を獲得しなければならなかった。文字どおり綱渡りだったのである。先人のこうした大胆な試みを許し、属地法が支配していたときに属人法の地位を認めさせた先人の柔軟性、賢慮を称えるべきだろう。グイエ

院長は伝統をひっくり返し、疑わしいときは属人法を原則としたが、これは黙示的にすべては属人法であると宣言したことに等しい。しかしこれは行き過ぎだった。属人法とは別に、土地に結びつき、そこにいる者すべてに適用される属地法というものがあったからである。

80 イギリスの法学者もアメリカの法学者と同様、法規分類理論の歴史的発展を無視している。この点は強調しなければならないが、これは批判のために批判しているのではなく、英米法学者の目をこちらに向かせたいからである。そのためには英米の国際私法理論を法規分類理論から遠ざける原因となっている偏見を一掃しなければならず、根拠がないことを明らかにしなければならない。ウェストレイクは、法の属人性は、人の身分による例外を除いて、人と物について法が統一されていた時代の産物であるとしたが⁽²⁰⁾、これは正しくない。イタリアではローマ法が共通法だったという意味では法の統一があったということはできるが、都市や共同体ごとに固有の法規があったから、法の統一も現実でなく、表面的であって、属人法理論が出現したのも、都市・共同体の法規の抵触があったからである。したがってウェストレイクが、属人法は法が統一されている国でしか適用し得ないという、イタリアの法の事情からいえば、まったくの誤りである。法が統一されたところでは、そもそも属人法に存在理由はなく、現にイタリアやフランスの都市・共同体のあいだで法の統一はなかった。ただし後期注釈学派の時代に、封建領地の法律は領地の主権の行うものだったから、領地の法律との対立の萌芽として、すでに国家法との対抗という別の対立があった。慣習法は属地的であるという格言は、まさに慣習法の主権性と同義だったのである。こうした必然的な永続的な対立のなかにあって、属人的であるからどこでもつねに適用されるという法律が存在し得ただろうか。属人法が認められるための戦場だったのであり、属人法は、法の統一ではなく複数国の法の抵触を前提としていたので

(20) Westlake, *A Treatise on private international Law*, p. 64, § 72. (訳注 37)

ある。後期注釈学派の時代状況は、フランスでの法規分類理論の時代状況でもあった。この時代を法の統一の時代と考えること自体誤りであり、ウェストレイクが、デュムーランはローマ法を欧州の共通法と想定したというのは間違いであり⁽²¹⁾、事実とは逆で、デュムーランは、ローマ法をフランスの共通法としようという動きに抗し、フランスの共通法は複数の慣習法であって、ギ・コキユ(訳注38)も同じ考えであり、両者ともローマ教会にもローマ法にも好感を持たなかった。すでに第1巻の歴史に関する個所でいくつか引用したとおり、この点に疑問の余地はない⁽²²⁾。慣習法はフランスでは一般的だったが、その地域差は際限がなかった。この多様性の原因はなにか。封建制の時代は、領地の所有者である領主また城主は、領地や城内では君主だった。各地の古い主権の遺物である慣習法同士が抵触した。したがって属人法を法の統一によるもので、そこに存在根拠があるとしているのは、事実と反する偏見であって、法の統一はどこにもなかったのである。

英米の法学者は、法規分類理論の出発点ですでに誤解しており、当然、長年の法規分類理論の学者の研究の成果についても誤解している。英米の法学者は、共通法とともに地域の慣習法が支配する国において属人法が存在するとした。かつてのイタリアにはあてはまるかもしれない。しかし現代では、ドイツを除きローマ法は普遍法ではない。こうした状況のもとでは国家または国の主権 (*la souveraineté de la nation ou de l'Etat*) の表現として各地の法律しかなかった時代に属人法が存在する余地はなかった。これはフェリックス(訳注40)の理解であり、このためフェリックスは属地法という領地原則に復帰したのである。ウェストレイクは、フェリックスが欧州大陸で属地法理論を完成しつつあったときに、その著書の評釈をしたデマンジャ(訳注41)が属人法を認めたとして、これを中世への回帰であると批判したが、ウェス

(21) Westlake, *A Treatise on private international Law*, p. 63, § 71.

(22) 本書第1巻344頁第250項を参照。(訳注39)

トレイクの記述は歴史的事実をゆがめている。フェリックスこそ代表的な伝統派であり、伝統派が出発点としたのは、慣習法の属地的性格であって、これは封建性に由来する。この意味では、ナポレオン法典の起草者が伝統派であるように、フェリックスは遅れてきた属地主義であるということができ、デマンジャは、部分的とはいえ、フランスのもう一つの伝統である属人法原則⁽²³⁾、すなわちデュムーラン、コキエユ、ブイエといった著名な学者に影響されていた。奇妙なことはウェストレイクは法規の属地性理論を進歩と勘違いしながら、この進歩を妨げる原則を設けていることで、「法律は物ではなく、人を支配する。法律が物または財産上に成立した権利をいうのは、権利が人に帰属するからである」と述べている⁽²⁴⁾。これは「場所が人を支配することはなく、むしろ人が場所と物を支配するのであり、これは最大限の思慮と尊厳からである」としたデュムーランが述べたところで⁽²⁵⁾、これこそ慣習法の属地性理論に対抗する理論の萌芽、あるいは英米の法学者のいう財産所在地原則に対抗するような理論の萌芽であって、すべての法律を属地法とし、すべての法律関係に属地法を適用するのではなく、事案が社会的利益（公序）にかかわる場合は例外的に属地性を認めるが、それ以外すべてを属人法とし、財産の所在地ではなく、本国法によって準拠法を定める理論の萌芽である。

81 属地主義の根本的な問題は、領地主権がその領土のすべての人と物に及ぶという思想にある。これは封建制に根ざした理論である。領主はその領地のなかでは君主であるように、土地がその所有者に主権者の権力を与えるのである。すべて外国の主権が排除されるのは、その所在地を越えては、外国の土地に主権が及ばないからである。したがって外国人は属人的な法律を主張することができず、属人法は存在せず、属地法しか存在しないのであり、

(23) フェリックスとその注釈者であるデマンジャの意見対立について後述。重要な点である。(訳注 42)

(24) Westlake, *A Treatise on private international Law*, p. 65, § 72, p. 66, § 74. (訳注 43)

(25) Dumoulin, *Consil*, XVI, n° 2 (*Opéra*, t. II, p. 854).

土地が主権者であるから、ある領地に足を踏み入れた者はそれだけでこの土地を支配する法律、あるいはその地の法律に服することになる。領地主権の原則は、政治的には封建制が崩壊したあとも残り、大領主の領地を統合した国王は、従来の領主に認められた人と物に対する絶対的支配の理論を残したのであって、周知のごとく法学者は、封建性は法学者にとって書かれた理性であるローマ法に反するとし、従来の封建領主ではなく、国王という絶対主権者に取り入れた。ここから主権者は絶対であり、無制限であるというどこでも見られる偏見が生れ、自然法あるいは万民法を研究する者も同じように誤ったのである。その結果はきわめて深刻であり、原則の誤りを正すべきだった。国は、外国人に対しては義務を負わないから、その領地から外国人を追い出すこともでき、受け入れても、権利を認める必要はないという偏見である。絶対法 (*droit mordicus*) をいうフットのように慣習法の属地性を偏愛する法学者の理論がこれであり、伝統的な偏見の力はきわめて強く、1789年の大革命の後もポルタリス(訳注44)は立法議会 (*le corps législatif*) で、主権はすべてであるか、そうでなければ無である、と述べ、この原則を披露している。大革命も主権者を変えただけで、主権の性質までは変えなかったのであり、国王から国民国家に主権は移ったが、絶対性は残った。この理論には致命的な欠陥があり、ナポレオンは主権者の人民の機関であると自称したが、独裁をしいたのである⁽²⁶⁾。

過去の理論は少なくとも学説上は克服された。シャトーブリアンは王は去ると書いたが(訳注46)、去ろうと残ろうとたいした問題ではなく、王は保

(26) この点に関する証言は多数あるが、この誤った理論が英米の法学者に受継されたというにとどめよう。Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 683, § 541; Wharton, *A Treatise on the conflict of laws*, p. 102, § 114; Phillimore, *International law*, (t. IV, p.2) 。フィリモアは脚注でイギリスの学者による1832年の自然法に関する著書の一節を挙げている。絶対主権の誤った理論については既述(本書第1巻526頁、第365項以下)。今後とも明かにするつもりである。これはきわめて重要な国際私法の問題だからである。(訳注45)

護者、邪魔者のいずれにもなりうる。問題は君主の存在ではなく、主権理論にある。ことばは同じでも、意味がまったく違うことがあるから、誤ってはならない。いまでは主権は絶対権力を意味しないし、一つの役割にすぎず、これは義務であって、義務を負う者にはこれを履行する手段もなければならず、主権者に権限があっても、それは社会における機関としての権限である。したがって以前のような枠組みで問題提起すべきではなく、主権者の権限はなにか、制限はあるのか無制限なのか、社会に絶対的な権限があるかを問うべきである。大陸の諸憲法は不可侵の人権があるとしている。人は人間として権利を有するのであり、フランスの 1791 年憲法は権利を譲渡できないもので、時効もないとしているが、この意味である。こうしたあたらしい概念が国際法に移され、これを完全に変容させ、人類が共通の法のもとで生活できるように、国の独立性も他国の権利と調和させなければならない⁽²⁷⁾。国際私法についても、その統一は可能であり、またそうしなければならず、その実現は属人法の理論によるべきであって、人はどこでもその属人法の適用を受けるべきである。これは主権の譲歩ではなく、また多様な国籍を混ぜ合わせるものでもなく、主権者の権利が問題になる場合は、外国人の属人法も属地法に譲歩する。これが属地性の主張者も同意する法規分類理論であり、国際礼讓と呼ばれるものも、法理に基づくものでなければならない。

82 では、英米の法学者が法規分類理論に矛盾があり、不安定であると批判している点に戻ろう。たしかに批判のとおりであって、大陸の重要な法学者であり、陣営を異にするブイエもフットも指摘している。両者とも、この不安定の原因を取り上げていないが、これは長いあいだ研究をしても、説明がつかないからである。その原因は、出発点が慣習法の属地性、すなわち主権性にあったのである。主権を前面に押し出すと、属人性が排除されるが、両

(27) Bluntschili, *Völkerrecht*, p. 88, no. 65 et 66. これは著書『法制史研究』のとくにギリシャ、ローマ、宗教改革、大革命の研究において依存した意見である。(訳注 47)

101 - フランソワ・ローラン「19世紀フランス・ベルギーから見た英米の国際私法」(小梁) 者ともに属人法の存在を認めており、おそらくこれは必要がなせるわざだろう。属人性と、これを排除する属地性という調和不可能な二つの原則を調整できるのだろうか。矛盾と不安定を回避する方法は一つしかなかった。属地主義者は、法規は領地に閉じ込められる (*renfermée*) とした。領地法の支配を絶対的にするためには、人を出生地に閉じ込め、その地から出ないようにし、外国人が入らないようにしなければならない。万里の長城に囲まれた中国は、属地法に基づいた主権の理想形だったが、これでは人には自由がなく、息苦しい。属地主義者のなかでももっとも論理的なヤン・フットは、論争ではひるむことはなかったが、その理論が実行不可能であることを認め、厳格な法ではできないことを礼讓に頼り、便宜の名で、外国法も受け入れて国際関係に影響がないようにした。

これが英米の国際私法の到達点であり、英米の法学者のなかでもひととき優れた裁判官であるケントが達した結論でもあって、「一国家の法律がその領地内でしか効果も権威もないことに疑問の余地はなく、他国でそれにながしかの効果を与えるという場合、それ自身の力によって (*ex proprio vigore*) ではなく、礼讓による (*ex comitate*) のであり、またフベルスがいうように他国またはその臣民の主権・権利を損なわないかぎり (*quatenus sine praejudicio indulgentium fieri potest*) である」としている。ストーリーは、このケントの表現を引用し、さらに強調してこの意見に賛意を表している⁽²⁸⁾。ストーリーは、いかなる国家にもそれを害する外国法を認める義務はないという。仮にこれが属人法を主張する外国人の法に対して社会的利益の法(公序則)が優先する意味ならば、反論の余地はないが、ストーリーは、いかなる国家もその国民を害する外国法の効力を認めないとしている。例のルイジアナ州最高裁判決はストーリーの理論に反対であるが、このストーリーの結論は、この判

(28) Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 136, § 98; Kent, *Commentaries on American law*, t. II, p. 617 (12e édition). (訳注 48)

決に一脈通じるものがある、同最高裁裁判官は、当事者のアメリカ人にとって利益になれば属人法を認め、害があれば排除している（第 77 項を参照）。パスカルがいったように河の向こう岸か手前かで法が変わるのではなく、原告の利害によって変わるのである。

83 このように（英米の理論では）礼讓が法に取って代わり、礼讓はそれぞれ国の利害によるのである。この点は重要である。本書第 1 巻の国際私法の歴史に関する個所でその証拠を挙げた（訳注 49）。さらにストーリーは英米の法学者から引用し、イギリスのすぐれた法学者であるバージがルイジアナ州最高裁判決と同意見を述べているのを紹介しているが⁽²⁹⁾、同最高裁判決のような率直さでないが、実質的には賛成している。属人法を便宜的にしか認めないのだから、なにごとにも各国裁判所の裁量により、利益理論が浸透した裁判所ではつねに外国人よりも自国民に有利な判決する結果になる。ストーリーは、国家はそれぞれ実質的利益にもっとも有利であると判断する原則・規則にしたがって統治するとした⁽³⁰⁾。この実質的利益とはなにか。国家が決めれば、一般原則ができあがり、個々の事件の審理で感情的になっても、それとは独立して判断されることになるが、これは、利益が競合し、事件に判断を下さなければならない裁判官の役目であって、裁判官を導びくものは、国家利益にしたがって判断せよという規則であって、裁判官にとっては国家利益が当該事件における自国民の利益となる。

問題は、利益と法の争いである。裁判官の役割は利益を評価することではなく、より高次のもののはずであり、司法機関たる裁判官は法にしたがうべきである。この区別は重要である。利益は性質上、可変であり、ルイジアナ州最高裁判決はこのことの反論の余地のない証拠であり、裁判所はあるときは属人法によって判断し、あるときは逆に国家利益を優先させることになる。

(29) Burge, *Commentaries on colonial and foreign law*, (partie I, chap. IV, p. 27, 28); Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 77, note 2. (訳注 50)

(30) Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 141 et s., § 106. (訳注 51)

法にしたがえば事情は異なり、立法者が改正しないかぎり、また法律は永遠の普遍の正義の表現として永続性を旨として定められている。改正するとしても頻繁ではなく、法は同じであり、改正するのも完成に近づけるために手を加えるのである。この違いは重要な点である。国際私法の基礎が法であるならば、統一することも期待でき、国際私法における前進はそのめざましい証拠であって、法規分類論者が手をこまねいているのに対して、ドイツ学派とイタリア学派は、サヴィニーの国際法的共同体論、マンチーニの国民性理論という原則を立てている。これらの理論に異論が存在することをいまとやかくいうべきでなく、少なくとも統一の可能性をうかがわせ、可能な範囲では統一できよう。一方、礼讓理論または利益理論では、それぞれの国家が利益を判断し、主権的な審判者となるから、国際私法の統一はまず不可能である。この点が英米の法学者との論争における決定的なポイントである。

84 コモン・ローの法学者は、矛盾と不安定を理由に属人法を拒否する。慣習法の属地性、すなわち法律事実の地の法律、すなわち契約地・行為地法 (*lex loci contractus aut actus*) に固執する。これが属地主義の原則である。この原則が法規分類理論の矛盾や不安定性を一掃できるか。英米の法学者がその理論の結果を受け入れるなら一掃もできよう。領地法の主権性は論理的に、すべての外国法、すなわちいわゆる属人法も属地法も排除する。これはヤン・フットが科学的な厳密さで示したところであるが、フットは法律がその領地内に限定されるならば、国民もまた領地のなかに閉じ込めなければならないことを認めており、そうすると各国民は鎖国状態になり、国際関係はあり得ないことになる。フットは(オランダという)商業国の国民であり、自身がいう絶対法 (*droit mordicus*) が現実には不可能であることを承知していた。この理由は、世界の商業を二分し、重要な要素である英米二国についてはさらに妥当する。モンテスキューは「商業の歴史は、人々の交流の歴史である」と書いている(訳注52)。英米二国 (*les Anglo-Saxons*)こそ、サヴィニーのいう国際法的共同体という理想の実現にふさわしいはずである。コモン・ロー

はこの目標に達することができるか。ここで人類の分割と対抗という現実
に直面する。コモン・ローは封建法であって、11 世紀にウィリアム征服王がイ
ギリスに移植したものである。封建制は孤立の体制であって、慣習法は属地
法であるという格言は、英米法のなかに生き続けており、封建思想にしたがっ
て発展し、小国が分立し、孤立していた中世欧州の封建制時代のように、当
然国際私法の否定に結びつく。人々に適用される法を統一することとコモン・
ローは根本的に相容れないのである。法規分類などの点で、英米法が統一さ
れていないことに驚くまでもない。ストーリー自身が次のとおり述べている。

すなわち属人法について各国の法学者が教えている様々な理論を取り上げ
て、その議論の結果を問ひ、ストーリーは「各国家が適用し、あるいは適用を
排除する規則は、各国家が正義とし、あるいは国際的な対応としてとる考え
方にしたがって、認めあるいは排除する規則であり、正しくはこの点で国家
がしたがうべき一般的な法律も道徳的思想も、政治的観点もないというべき
であり、ある国が認めるものを他の国が排除し、ある国が拒否するものを他
の国が受け入れることはある」としている⁽³¹⁾。ストーリーは大陸の法学者の法
規分類における意見の対立を批判したが、ここにこそバベルの塔があり、そ
の分裂は修復できないほど重症である。この分裂は学者のあいだだけでなく、
分裂は人々にも広がり、国家が個人よりもエゴイストであることを知らない
者はいない。国家はいつでもどこでも野心的な利益から、あるいは勢力拡大
を動機としているが、まだ各国のエリートには献身と自己犠牲を知る尊敬す
べき人々もいる。英米の国際私法理論には、さまざまな利益対立がある。こ
の結論は絶望的であって、こうした対立が永遠に続くことを教える国際私法、
抵触法の研究になんの意味があるのかととまどうに違いない。このようなこ
とになったのもひとえに法規分類理論のせい、とって非難するかもしれない。

(31) Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 74, § 73, p. 136, § 98.

英米の法学者の誤りは、原則に戻ることなく、事実の問題として前例にしたがって処理するためであり、裁判官が現実にもそうしているように、法は理論における正義の発現であるのに、法をおとしめている。(法規分類理論のなかの) 論争や判例の不統一をあげつらうのではなく、後期注釈学派以来の長年の研究に一貫した法理を求めれば、表面では混乱しているように見えても、実は統一に向かっていること、不安定のなかにも新理論が登場し、それまで調和不可能とされた社会的利益(公序)と個人の権利を調和させようとしていることが分かるはずである。英米の法学者以上に、国家間の関係の促進に熱心な者はいないはずであり、そうであるならば、世界中どこでも人と人の関係は法が支配するとすべきだろう。国際法的共同体を構築するのは属地法理論ではない。ある法規分類論者がいうように⁽³²⁾、国際法的共同体は各国民も各国の法律も対立することを前提とする。こうした普遍的な対立状態を終息させ、人々が友好的な関係に入り、すべての国家の人々が、法の共同体の市民のようにたがいを遇する。私的関係の領域では、実はひとつの大きな共同体(*une grande république*)があるのであり、英米人も商業については国家の境界を知らないはずである。中国や日本が設けていた壁を打ち壊したのはかれらではないか(訳注54)。英米人といえども論理的になることができ、コモン・ローが英米人とその他の人々のあいだに設けた壁を壊すこともできよう。ここで利益と法が手を携えることも可能である。正義と国家に対する尊敬の念から、ドイツ人学者とイタリア人学者が打ちたてようとした国際法的共同体は、商業の利益にもなる。

第3：法規分類理論に対する英米理論からの反論

85 英米の法学者が属人法に反対する理由のなかには、誤解に基づくものがある。人々と考え方を調和させるうえで障害になるから、取り除くべきであ

(32) Boullenois。本書第1巻51頁第21項を参照。(訳注53)

る。国際法の歴史を読むと、蛮族 (*les Barbares*) の侵入以降、属人法が設けられたとしているものがある。また属人法あるいは属人的法規を人の身分と能力に関する法律としていることがある。同じように属人法というのが英米の法学者に誤解を与えているようで、法規の属人性を蛮族の法律の属人性が再生したものと誤解している。蛮族の属人法と法規分類理論の属人法を混同したらどうなるかは予想されていた。ゲルマン民族の属人性は野蛮性を示しており、属人法から属地法に変化し、属地的になったことは蛮族の時代から進歩したことであって、法律の属人性の主張は中世への回帰であって、蛮族侵入時代へ復帰することになるという⁽³³⁾。

この批判には理解の混乱が見られる。ウオートンはこの批判を主導しているが、国際私法理論の属人法と蛮族法の属人性を同一視する誤りを冒している。これは本書の歴史に関する章で説明したとおりであり⁽³⁴⁾、蛮族法は刑事法などすべての法を含んでいるが、属人法は私的法律関係の法律だけであり、刑事事件のように社会的利益（公序）が問題になる場合は、外国人も属地法によって規制されるのである。現代法が蛮族の時代に回帰することはなく、社会的利益（公序）にかかわる場合に、属地的要素を考慮するのであり、主権の権限に関する法律は属地的であるとして、属地法を認めるのである。すでにここに誤解がある。属地法とは別に属人法を設けるのは、属人法が主権にかかわるものでなく、私的利益に関するものだからである。

英米の法学者の属人法に対する批判は、私的利益に関する法律と公的事項の法律を混同し、法律を区別をしないために生じる誤解である。この混同の

(33) Wharton, *A Treatise on the conflict of laws*, §§ 5-14, Territory a necessity of modern culture. シュミットも、属地主義が近代国家の原則であるとしている (Schmid, *Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen*, Jena, 1863)。この点は、ストーリー『法律抵触注釈』136 頁第 97 項にあるスコットランドの裁判所判決を参照のこと。(訳注 55)

(34) 本書第 1 巻 235 頁第 168-177 項。

詳細は後述するが、現在は歴史について述べており、この点でのウオートンの誤りは明らかである⁽³⁵⁾。ウオートンは初期の後期注釈学派が蛮族法の属人性に親近感を持ったと考えた。しかしウオートンは、この主張の根拠についてなにも明らかにせず、この主張の逆が正しい。法が人種によって異なる前提として、人種の違いがなければならぬが、すでに12世紀には、フランクのサリ族がなにか、フランクのリプアリア族、ブルゴンド族、アラマン族、ロンバルド族がなにか、ローマ人がなにかなど分からなくなっていたのであり、人種の混交が法の属人的性格を失わせ、同時にカロリング朝帝国の廃墟の上に、中小の封建国家が樹立され、そこで属人的要素が属地的要素がとって代えられていた。中世を支配したのは属人性ではなく、属地性であり、これから慣習法はすべて属地的という格言となり、これは蛮族法の属人性の対極だったのである。後期注釈学派の成果は、ウオートンがいうような属人性原則と属地的原則の宥和などではまったくなく、属人法をすべて排した慣習法の属地性に対抗したことであり、封建時代には人の能力を含めすべてが属地的だったことがこれを証明する。後期注釈学派が初めて、属人的性格を主張したのであり、領地が支配する時代に、後期注釈学派は人の身分と能力を考慮すること、これを属地法ではなく、人の住所地法によることを主張したのである。

ウオートンの考え方は単純で、法の属人性は(ゲルマン民族という)征服種族、武装階級の支配が原因であるとした⁽³⁶⁾。サヴィニーも、法律の属人性が現れるのはゲルマン民族の征服後であるとしているが、フランクのサリ族が支配したことが、人種によって法律が多様化したことの原因であるなどと言ったことはなく、だれもそのようなことを言っていない。フランク族は、被征服民、ローマ人、ゲルマン族の慣習をそのままにし、ローマ人には蛮族

(35) Wharton, *A Treatise on the conflict of laws*, p. 678. (訳注 56)

(36) Wharton, *A Treatise on the conflict of laws*, p. 21.

が有した権利の半分しかなかったとしても、それは帝国ローマ人を前にした蛮族の傲慢のせいであり、階級の影はなく、封建的な貴族支配はまだ萌したばかりであって、形成までにはまだ5世紀を要した。

86 さて、スコットランドの裁判官がいうように⁽³⁷⁾、外国法を属人法として認めることは、人種によって属人法が異なる蛮族法への退行であるというのは、正しいのだろうか。属人的な法体系にはたしかに蛮族的要素はあり、ゲルマン民族には国家や主権の概念は欠けていたし、私的利益の個人的関係しか存在しなかった。これは蛮族の印である。主権という思想は、中小の封建領地のなかにも出現するもので、そこで属地的性質を得たのであり、この意味では、英米の法学者が属地性は一つの進歩というのは理由がある。しかしまた、封建的な属地性には、人を土地に結びつけ、人を物の付属品にするという野蛮な側面があることもたしかである。この法律の属地性の底にはこの野蛮な性格があり、これを英米の法学者は文明の成果であるといい、これはブルグンドゥスの意見（訳注58）でもあるが、このベルギーの法学者はなにが属地法なのかを教えている。

後期注釈学派は、(反対に)物が人の付属物であるという。この主張は個人の尊重を重視する人種である英米の法学者にこそふさわしい。この原則に異を唱える者はなかろう。そして属地法原則はこの逆なのである。ブルグンドゥスはまず、財産が人にとって血であり魂であるという。これは財産が主であるという趣旨であり、ブルグンドゥスによると、財産のない人は、生者のなかの死人のごときものである。したがって人は不動産の法律にしたがい、その性質を取得するといひ、人は財産に引かれ、物に支配されるのである。後期注釈学派は、いま大陸法学者がしているように、属人法は領地外に所在するものにもおよぼした。ブルグンドゥスはこの理論を愚論として退け、人

(37) Lord Meadowbank (Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, p. 136 de la 7e édition). (訳注57)

を能力者、無能力者にするのは財産であるとし、これは中世の時代に土地の有無によって人を貴族と農奴に分けたのと同じである⁽³⁸⁾。これが属地法論の主張であり、未熟というべきである。これが個人を尊ぶ人種である英米人の趣味に合うのだろうか。人を土地の付属物にすることは野蛮というべきだろう。この野蛮な性格が属地法理論の底にあるにもかかわらず、英米の法学者は主張するのである。領地法が絶対権力として、それが人と物に命じることが原則としているのは野蛮ではないのか。しかしこれが属地主義の理論であり、慣習法はすべて属地的という属地主義者が大事にする格言の意味するところであって、慣習法が主権者だから、属地的であって、この絶対的な主権が人も物も支配するのである。こうした考えに立てば、属人法を考慮する余地はなくなるが、主権者は外国人がその領地に入ることを禁じることができ、外国人を受け入れるとしても、外国人に手を伸ばして、それを主権者の意のままにすることができ、外国人になんら権利を認めないものである以上、野蛮な考え方と言わざるを得ない。属地主義者のなかでも論理的だったヤン・フットは、領地の主権者にすべての権限があるとした。

英米の法学者には、あらためてこうした主権性はその趣味に合うのかと問いたい。ゲルマン民族を野蛮と批判するが、一体どちらが野蛮なのか。ローマ帝国を滅ぼした蛮族に国家や主権の発想はなかったのであり、社会の形成を困難にし、すべてを個々人の力のおもむくままにして、野蛮な時代に、暴力の支配と社会的正義の思想の破壊に導いた。蛮族に国家の発想がなかったとしても、英米の法学者は、人には権利があること、国家がこれを保護する役目があることを忘れてはいないか。公平に言えば、属人法、属地法の二つの原則は、その領域をはみ出さなければ、それぞれ正当である。ゲルマン民族の個人主義は、現代人、とくに英米人の特徴である個人の自由原則を最初に明かにしたのである。英米の法学者が哲学的な観点から歴史を勉強すれば、

(38) 本書第1巻第307項、442頁を参照。

少々大げさに言えば、現代人の祖先たちをつき動かした個人意識を野蛮などとは呼びはしないだろう。また社会のなかでの人々の共存を可能にするために、主権という思想も認めなければならない。したがって互いに排除しあっているような二つの原則それぞれに存在意義がある。国際私法の理論は、この二つの原則の共存にある。二つの原理、すなわち、私的利益に関する法律は個人の領域であるから属人法により、公的利益に関する法律は領地の法の領域である、という原則を引き出すことができよう。属人法と属地法、すなわち外国法と領地の法が抵触するときは、社会的利益（公序）に関しては領地の法が優先する。つまり、属人法と属地法のあいだに対立はなく、それぞれがその領域で適用されるのである。

訳注：

1：旧法例を改正した法例（明治 31 年法律第 10 号）は、3 条 1 項で「人ノ能力ハ其本国法ニ依リテ之ヲ定ム」、10 条 1 項で「動産及ヒ不動産ニ関スル物権其他登記スヘキ権利ハ其目的物ノ所在地法ニ依ル」と規定した。

2：わが国の旧法例の起草にあたってはフランス民法典前加編（1 条から 6 条、titre préliminaire）、1865 年イタリア民法典 1 条から 12 条、ベルギーの 1882 年改正案と 1887 年改正案の各前加編を参考にしている。このうちベルギー 1882 年改正案は、ローラン教授が起草した。旧法例の 1 条（法例の施行日）、2 条（法例の非遡及）、3 条（人の身分、能力の準拠法）、4 条（動産、不動産の準拠法）、5 条（契約についての当事者自治）は、それぞれローラン改正案 1～3 条、4 条、11 条と 12 条、13 条、14 条と類似する。旧法例のそれ以外の規定もローラン案に原案を見出すことができる。

3：これは訳者の空論ともいえない。ケント（訳注 25 を参照）の『アメリカ法注釈』第 2 巻の冒頭は、植民地時代のマサチューセッツの住民らが「イギリスの自由民としての特権をこの国にも持ち込んだと主張した」こと（They insisted that they brought with them into this country priviledges of English freemen）、また「イギリスのコモン・ローの適用を受け」たこと（that the respective colonies were entitled to the common law of England）を述べながら、1777 年の最初の憲法の後には「いかなる権威もこの国の人民には及ばない」（it was declared that no authority should be exercised over the people or members of this state）としたとしている（1 頁）。この記述からは、独立し、外国の支配や関与を認めないことが外国法の排除の源

であると考えられる。またうがった見方ではあるが、アメリカが属地主義をとるのは、奴隷制の存続とも関係があるのではないか。ストーリーは「本国で奴隷であって、そこでは契約能力を認められない者は、奴隷制度がない国に移住しても、相変わらず奴隷のままなのか」と問い、「奴隷制を廃止したイギリスではこの者は事実上 (*ipso facto*) 自由民とされ、奴隷状態から解放される」としているが(92頁)、こう書いた当時、アメリカには奴隷制があったから、逆の問題提起、すなわち奴隷制度がない国から奴隷制度がある国に移住して、属地法によって奴隷化される可能性を問うべきではなかったか。アメリカの奴隷の数は1770年には40万人、1800年には100万人(全人口の20%)、1865年に制度が廃止される前の1860年に400万人余(全人口の15%)と推定されている(Thomas Piketty, *Le capital au XXI^e siècle*, 2013, pp.250-255)。

4: 第2巻第1章は「外国人の条件」と題し、第1節「フランス法」、第2節「外国法」で構成される。第2章「属人法と属地法」(*Lois personnelles et lois réelles*)は、第1節「身分と能力に関する法律」、第2節「親族・相続法」、第3節「属地法・物権法」(*lois réelles*)、第4節「公法と私法」、第5節「方式に関する法律」、第6節「証拠、公示、外国法の効力」である。第1節は、第1款「フランス法」、第2款「外国法」の2項で構成され、「外国法」は「大陸法」と「英米法」に分けられている。本稿は、「英米法」の「英米法と大陸法の対立」と「学説と立法」のうち、第74項から第86項までを訳出した。

5: 1795年から1814年までベルギーはフランスの領土であったから、ナポレオン法典はベルギーで施行された。同第3条1項で警察および安全に関する法律 (*les lois de police et de sûretés*) は領土内に居住する者すべてに強制されること、同2項で外国人が所有するものを含め、不動産は所在地法によること、同3項で人の身分と能力に関する法律は、外国に居住していても、フランス人を規制することを規定している。

6: Francis Wharton (1820年-1889年) はジョージ・ワシントン大学教授。著書『抵触法論』(*Treatise on the conflict of laws*) は1872年初版。ローラン教授が引用した個所の原文は、It is no longer doubted that a person domiciled in a country has his status, so far as concerns that a country, determined by its laws. But when he travels abroad, and resides temporarily in a foreign land, without acquiring a domicile in such land, does the statut impressed on him by the law of his actual domicile continue? (a) If he is a minor in his domicile, is he a minor, by force of such law, in a foreign land in which he may be resident, although, by the law of such land, persons of his age have arrived at majority? If, in his domicile, he has no capacity whatever for legal rights, does this incapacity, by force of this law, adhere to him in foreign land in which no such restrictions exist? in other word, do statues which determine personal status have extra-territorial force? Upon no question in international law do the jurists of continent of Europe, on the one side, come in more constant conflict with the courts of England and of the United States, on the other side. である。ほぼ同様の記述が本書第1巻第376項(543頁)にある。またローラン教授の本書第1巻第316項(463

頁) で、成人年齢の国による違いを取り上げ、物は土地についているが、人の場合には物理的、道徳的、政治的な考慮から成人年齢が決められ、これは立法者の意思である、としている。

7 : John Westlake (1828 年 -1913 年) はケンブリッジ大学教授などを歴任。著書『国際私法または抵触法論』(*Treatise on private international law or the conflict of laws*) は 1858 年刊。本書の第 149 項で「属地法と属人法の分類は大陸法の特徴であり、イギリスで知られていないわけではないが、イギリス法では重要ではない。その事情は、大陸法と異なり、イギリス法が、法規分類理論が外国で発展するまえに、全体として確立したためである」と記している。

8 : 原文は、Plaisante justice qu'une rivière ou une montagne borne. Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà. (河や山を境にするおかしな正義。ピレネーのこちらの真実が向こうでは嘘)。この句は、Robert Phillimore, *Commentaries upon International law. Private International Law or Comity*, Vol. IV, 2nd ed., 1874, p.10 も引用。

9 : ローラン教授は、本書第 1 巻第 348 項 (504 頁) で、フローラン (訳注 31 を参照) が属人法を限定したことを挙げている。

10 : Joseph Story (1779 年 -1845 年) はアメリカの法学者、判事。ローラン教授が参照した『法律抵触注釈』(*Commentaries on the Conflict of laws*) の第 7 版を参照できなかったので、第 8 版 (1883 年刊) を見ると、第 100 項で人の身分、能力、条件の準拠法について英米の判例を検討し、leaving others of a more doubtful character and extent to be decided という表現があり、ローラン教授の引用はこの個所と思われる。

11 : ストーリの『法律抵触注釈』第 8 版では、第 101 項に、The capacity, state, and condition of persons according to the law of their domicile will generally be regarded as to acts done, rights acquired, and contracts made in the place of their domicile, touching property situated therein. とある。

12 : ナポレオン法典 1124 条は、既婚婦人を未成年者、禁治産者とともに行為能力制限者とした。フランスでは 1938 年 2 月 18 日法律でこれを廃止し、ベルギーはさらに遅く 1958 年 4 月 30 日法で廃止した。

13 : ストーリの『法律抵触注釈』第 8 版では、第 65-67 項でブルノア、フローランなどの理論を紹介する。

14 : Louis Boullenois (1680 年 -1762 年) はパリ高等法院付き弁護士。著書『法、慣習法、法規の属人性と属地性論』(*Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes, ou statuts*, 1766 年刊) 第 1 巻 152 頁で「属地法 (*les Statuts réels*) がその領地の範囲に限られるという原則に異論はない」、「属人法 (*les Status personnels*) が裁判権の領域 (*jurisdiction*) の外に及ぶという原則はダルジャントレなど諸学者のいうところである」とし、172 頁で「法律が人の身分を定め、人に条件を課す場合、単に身分、条件を定めることで満足している

のではなく、より広範に、社会関係から人の身分を決定し、社会における行為能力者と行為能力制限者、または商事に要する行為の能力者と無能力者を定め、規制することを目的としている」と述べている。

15: Jean-Marie Pardessus (1772年-1853年) はフランスの裁判官、政治家、パリ大学教授(商法)。主著『商法講義』全4巻(*Cours de droit commercial*, 1813-1817年刊)の第4巻(1816年刊)第1482項は「契約当事者の能力に関する外国法の適用」について「商行為(*un acte*)は契約能力者だけが行うことができ、個人の能力がその属人法によることは文明国家の一般的合意である」としている。

16: Pietro Èsperson (1833年-1917年) はイタリア・パヴィア大学の国際法の教授。著書『国籍原則』(*Il principio di nazionalità*)は1868年刊。ローラン教授は、引用個所として50-52頁としているが、49頁ではないかと思われる。

17: ウェストレイクの著書486頁(第404項)では、23歳のイギリス人がプロシア(成人年齢25歳)した場合、プロシアの裁判所は契約を有効としているとしている。

18: ストーリの『法律抵触注釈』第8版では、第103項に、we may deduce, as corollary, that in regard to questions of minority or majority competency or incompetency to marry, incapacities incident to coverure, guardianship, emancipation, and other personal qualities and disabilities, the law of the domicil of birth, or the law of any acquired and fixed domicil, is not generally to govern, but the *lex loci contractus aut actus*, the law of the place where the contract is made or the act done. とある。

19: ここで挙げられたルイジアナ州最高裁判決は1827年の *Saul v. His creditors*, 5 Mart.(n.s.) 569, 1827 WL 1936 (La.), 16 Am.Dec. 212 である。同判決は、The writers on this subject, with scarcely any exception, agree, that the laws or statutes which regulate minority and majority, and those which fix the state and condition of man, are personal statutes, and follow and govern him, in every country. としている。

20: ルイジアナ州最高裁判決の該当個所は、Now supposing the case of our law fixing the age of majority at twenty-five, and the country in which a man was born and lived, previous to his coming here, placing it at twenty-one, no objection could be perhaps made to the rule just stated, and it may be, and we believe, would be true, that a contract made here at any time between the two periods already mentioned, would bind him. But reverse the facts of this case, and suppose, as is the truth, that our law placed the age of majority at twenty-one; that twenty-five was the period at which a man ceased to be a minor in the country where he resided; and that at the age of twenty-four he came into this state, and entered into contracts; — would it be permitted that he should, in our courts, and to the demand of one of our citizens, plead, as a protection against his engagements, the laws of a foreign country, of which the people of Louisiana had no knowledge. である。

21: Samuel Livermore (1786年-1833年) はアメリカの法学者。1828年に『国家の実定法

の矛盾から生じる問題について』(Dissertations on the Questions which arise from The Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations) を発刊。パヴィア大学のデ・ノヴァ教授は「リヴァモアは(本件での)ルイジアナ最高裁判所の棄却を受けて、大陸の法学者の観点に従い、そのテクニクを学ぶべく筆を執った」とし、その著書のタイトルもブルノアの *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des loix et des coutumes* (Paris, 1732) に倣ったとしている (Rodolfo de Nova, *The First American Book on Conflict of Laws*, *The American Journal of Legal History*, Vol. 8, No. 2 (Apr., 1964), pp. 136-156)。

22: ストーリの『法律抵触注釈』第 8 版第 75 項以下を参照 (95 頁以下)。ストーリーは *Even courts of justice do not assume to know what the laws of foreign country are, but require them to be proived.* としている。

23: ローラン教授は、Phillimore の著作の個所を記していない。Robert Phillimore (1810 年-1885 年) はイギリスの裁判官で『国際法注釈』(*Commentaries upon International Law*) 全 4 巻 (1854-1874) はイギリスの最初の国際私法体系書。その第 1 巻 (1854 年刊) 260 頁で、*The Court of Louisiana, in a celebrated and leading case, came to the monstrous conclusion.* としている。

24: Ulrik Huber (1636 年-1694 年) はオランダの国際私法理論の創設者の一人。その抵触法公理三原則については、Ernest Lorenzen, *Huber's De Conflictu Legum*, "13 Ill. L. R. 376 1918-1919 を参照した。

25: James Kent (1763 年-1847 年) はアメリカの裁判官 (ニューヨーク司法官)、コロンビア大学教授など歴任。著書『アメリカ法注釈』(*Commentaries on American Law*) 全 4 巻 (1826-1830) の第 2 巻第 457 項で、フベルスの抵触法公理を説明している。

26: ラテン語表記の部分の前者はフベルスの第一公理、後者はその第三公理の一部である。

27: David Dudley-Field (1805 年-1894 年) はアメリカの法学者。著書『国際法典草案』(*Draft. Outline of International Code*, 1872 年) は仏訳され、『*Projet de droit international*』として 1881 年に刊行。第 542 項で *The civil capacity and incapacity of an individual in reference to a transaction with living persons...are governed by the law of the place where transaction is had, whatever may be his national character or domicil, or the place of his birth.* とある。ダドリ・フィールドは 1873 年の万国国際法学会の設立発起人の一人。

28: 本書第 1 巻第 4 章は「利益理論」を取り上げ、第 1 款「英米理論」、第 2 款「英米の属地主義」、第 3 款「礼讓または法理」であり、ローラン教授がいう第 400-402 項では、礼讓と正義を論じている。

29: Charles Dumoulin (1500 年-1566 年) はフランスの法学者。16 世紀の初めにパリ慣習法の編纂作業が行われ、デムーランはその注釈を行った。後期注釈学派のアプローチがカズイステイクであったのに対して、デムーランは「法性決定」(*qualification*) の概念を導入し、国際私法学の発展に寄与した。

30 : Bertrand d'Argentré (1519年 -1590年) はフランスの法学者、ブルターニュ高等法院裁判官。『ブルターニュ慣習法注釈』(*Coustumes générales des pays et duché de Bretagne*) を刊行した。ブルターニュは1532年にフランス王国に統合されたばかりで、王権への抵抗意識があり、ダルジャントレの理論には、ブルターニュの独自性を守ろうとしている封建的な属地性が強く残っている。属人法(*statut personnel*)と属地法(*statut réel*)を区分するアプローチは、ダルジャントレの功績であるが、さらに混合法(*statut mixte*)も設けた。ルスアルン教授らは、ダルジャントレの属地主義がオランダを経てイギリスに移植されたとしている(Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, 5^e éd., p. 76)。

31 : Louis Froland (1656年 -1746年) はパリ高等法院付き弁護士、法学者で、ブルノア(訳注13を参照)、ジャン・ブイエ(訳注32を参照)とともに近代のフランス国際私法学を確立。著書に『法規の性格に関する覚書』(*Memoires concernant la nature et la qualité des statu*, 1729年)などがある。

32 : Jean Bouhier de Savigny (1673年 -1746年) はブルゴーニュ高等法院院長、アカデミー会員。『ブルゴーニュ公領慣習法』(*Les Coutumes du duché de Bourgogne, avec les anciennes coutumes tant générales que locales de la même province*, 全2巻, 1742年 -1746年)などがある。

33 : Nicolas Burgundus (Nicolas de Bourgoingne) (1586年 -1649年) はベルギーの法学者で、1621年に『フランドル慣習法』を刊行し、同書はオランダ、フランスに広まった。同書はロデンプルクやポール・フットの著書に先行するもので、「ダルジャントレが『ブルターニュ慣習法注釈』で展開した問題はすでに本書にある」とされている(1848年10月16日のDe Babay 検察官の講演録を参照)。ブルグンドゥス(ブルゴワンニュ、ブルゴーニュ)はベルギーのアンギアンに生れ、ルーヴァンで法律を学び、ヘントで弁護士となり、1627年にバイエルのインゴルシュタト大学の教授になった。ローラン教授はなんとかブルグンドゥスを引用しているが、おなじヘントの地に滞在した者として親近感があったのかもしれない。

34 : Jan Voet (1647年 -1714年) はオランダの法学者で、国際私法のオランダ理論の樹立者の一人。

35 : Christiaan Rodenburgh (1608年 -1668年) はオランダの法学者。ブルノアは上記の主著でロデンプルクの著書からの引用を挿入している。

36 : Pasquale Stanislao Mancini (1817年 -1888年) はイタリアの法学者、ナポリ、トリノで国際法を講じ、1861年のイタリア統一後、国会議員となり、1876年から1878年まで司法大臣、1881年には外務大臣を務め、イタリア商法典の起草者でもある。属人主義者とされ、ローラン教授とは意見が近い。

37 : この個所で、ウェストレイクは、that they are only applicable to a commonwealth of nations in which the law is derived from one uniform source, such as the Roman law has been for the continent of Europe. としている。

38 : Guy Coquille (1523年 -1603年) はフランスの法学者、弁護士、詩人で、著書『フラン

ス法制』(*Institution au droit des françois*) (1607 年版) の 27 頁「共通の正義の法」の項で「わが国の慣習法は、正義・司法の手段として、ローマ法よりも的確」としている。

39: 第 1 卷 344 頁第 250 項で、ローラン教授はデュムーランとコキークを評し、「デュムーランは国王と人民の機関である法律顧問として、コキークほど温和でなく、そのスタイルは厳しく精力的だった」、「デュムーランは、コキークがしたように結論をまとめることはしなかった」が、「デュムーランはもっとも偉大な慣習法支持者だった」としている。

40: Jean-Jacques Gaspard Foelix (1791 年 -1853 年) はフランスの弁護士、法学者。主著に『国際私法概論』(*Trraité du droit international privé ou conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*) があり、これをドマンジャが補足している。

41: Charles Demangeat (1820 年 -1896 年) は、フランスの法学者で、上記のフェリックスの著書の注釈のほかに、『ローマ法入門』がある。

42: ローラン教授は、本書第 2 卷 512 頁 (第 281 項) で、フェリックスとその付注をしたデマンジャの意見の違いを説明している。デマンジャはフェリックスが外国法の効力を認めなかったが、これはフェリックスが裁判官と立法者の役割を混同したのではないかと異議を呈している。

43: ローラン教授が引用するウェストレイクの著書の 66 頁は、Persons are governed by laws, not things; and the law of property are merely addressed to persons in relation to their conduct about things. である。

44: Jean-Étienne-Marie Portalis (1746 年 -1807 年) はナポレオン法典起草者の一人。1801 年 1 月 21 日の演説で「主権 (*le pouvoir souverain*) は、外国人または自国民がこの権限に服さなければ、主権を設けた目的を果たすことができない。主権は物についても人についても制限されることはない。そうでなければ主権であり得ない (*Il n'est rien s'il n'est tout*)。外国人も居住する国の公権力に対して抗する法律上の例外にはなり得ない。領地に居住することは主権に服すことである。これはすべての国家の政治的権利である」と述べている。しかし、その一方で「主権は属地的でもあり、属人的でもある」としている。

45: ローラン教授は「フィリモアは脚注でイギリスの学者による 1832 年の自然法の著書の一節を挙げている」と書いているが、この自然法の著書とは、ラザフォードの『自然法論』(*Ratherford's Inst. of natural Law* (2nd. edit. 1832)) であり、Civil Laws, when they causelessly and unreasonably exclude foreigners either from coming into the territories at all, or from trading there, are inhospitable; but these inhospitable civil laws are no other wise contrary to the laws of nations, than as this law, like the general law of nature, enjoins the duty of humanity and benevolence. とある。なお、ローラン教授はストーリーの著書からの引用箇所を p. 683, p. 541 と記載しているが、これは p. 683, § 541 の誤りと思われる。ストーリーはこの個所で、In regard to foreigners resident in a country, although some jurists deny the right of a nation generally to legislate over them, it would seem clear, upon general principles of international law, that such a right does exist. として

いる。

46 : François-René de Chateaubriand (1768年-1848年)の『墓の彼方からの回想』(*Mémoires d'outre-tombe*)の *La mort de Fontanes* の章にこの記述がある。「社会では私的にも公的にも動向 (*allures*) がある。私的には出会いと別れ、家族のできごと、生と死、悲喜こもごもで、時代によって見かけは違う。後者では、大臣の交替、戦の勝ち負け、宮廷の交渉、王の退出、王国の崩壊などなど」とある。

47 : Johann Kaspar Bluntschli (1808年-1881年)はスイス生まれの法学者で、ハイデルベルク等で教鞭をとった。1873年のヘントにおける万国国際法学会設立の際の11人の発起人の一人である。当時、ヘント大学にいたローラン教授も同学会の設立に関与したようで、ニス教授によると、両者のあいだに長年の交流があったようである (Ernest Nys, François Laurent, sa vie et ses oeuvres, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1887, p. 422)。

48 : ケントの『アメリカ法注釈』第2巻は、前半で人の権利 (*rights of persons*)、後半で個人財産 (*personal property*) について記述し、その617頁(第12版)は第41項「本人と代理人」(Of Principal and Agent) を取り上げ、*There is no doubt of the truth of the general proposition, that the law of a country have no binding force beyond its territorial limits; and their authority is admitted in other states, not ex proprio vigore, but ex comitate* とし、その後でフベルスの表現を引用している。ストーリーは「本件についての考察から得られる結論は、フベルスの原則はきわめて正しいということで、いずれの国家もそれまたはその国民を害する外国法を適用する義務を負わない」とし、ケントと同様にフベルスの表現を引用している。

49 : 本書第1巻第1部第4章「利益理論」第3款「礼讓か法か」を参照。

50 : William Burge (1786年-1849年)はイギリスの法学者、枢密顧問官。著書『植民地と外国の法注釈』(*Commentaries on Colonial and Foreign Laws*, 1838年刊)。ストーリーの『法律抵触注釈』(第8版)172頁にバージからの引用がある。

51 : ローラン教授が引用する個所で、ストーリーは、*In short, every nation, in these and the like case, will govern itself by such rules and principles as are best adapted in its own judgment to subserve its own substantial interests and fixed policy, and to uphold its own institutions, as well as to promote a liberal intercourse, and a spirit of confidence and reciprocal comity with all other nations.* と記している。

52 : モンテスキュー『法の精神』第21編第5章を参照。

53 : ローラン教授が挙げる本書第1巻の該当箇所は、後期注釈学派からフランス理論への発展を説明する。

54 : ここで「中国と日本」が出てくるが、これはフィリモアの著書を参照したためと思われる。フィリモアの『国際法注釈』第4巻(1874年刊)に「中国と日本が開国してからは、一時滞在者であれ、居住者であれ、欧州だけでなく、世界中、外国人がいらないところはない」

とある (2 頁)。

55: ウオートンは、第 1 巻第 1 章で、コモン・ローは国際法の原則でもありとし、とくに第 7 項で大陸における国家の法規の偏在性 (ubiquity of national status) を取り上げている。

Territory a necessity of modern culture に類似した表現は、第 104 項の注に the maintenance of the supremacy of territorial law is an essential of modern culture とあり、その後シユミットの名と著書を挙げている。また第 1041/3 項では、Laurent, the sturdiest of all recent advocates of the exclusive authority of the law of nationality とし、ウオートンはローラン教授などが主張する属人性を批判する。Reinhold Schmid (1800 年 -1873 年) は、ドイツの法学者。

56: ウオートンの著書の 678 頁は動産の属地性、21 頁は刑事法の属地性を述べている。

57: Alexander Maconochie, Lord Meadowbank (1777 年 -1861 年) は、スコットランドの裁判官であり、スコットランドの領地を有した。

58: ローラン教授は第 1 巻で「封建的な国では、土地が人を呼び、人は土地の付属物になる」というブルグンドゥスの言葉を引用している。