

法選択における権利

——ブリルメイヤーの政治的権利理論——

伊 藤 敬 也

I. はじめに

アメリカの抵触法学では、抵触法革命¹⁾以来現在まで、法選択方法論に関する議論が続いている。これまでの主張は、政策的利益を基底とするもの²⁾と当事者の権利を基底とするもの³⁾に大別することができる。代表的な利益基底理論であるカーリー (Brainerd Currie) の利益分析論は、法を統治手段と捉え、当該事件に関わりを持つ諸州が有する政策的利益を比較衡量し、いずれの利益が優先されるべきかを定めることが法選択の目的だと説明する⁴⁾。これに対し、当事者の権利を基底とするビール (Joseph Henry Beale) の既得権論は、ある法秩序において正当に承認された権利を法秩序の境界を越えた場合にも承認・執行することが法選択の目的だと考える⁵⁾。両主張の対立は単なる観念的議論にとどまらず、具体的問題の解決を探求する際にも言及される。

現在、サイバースペースに関する法的議論において、抵触法学的側面にも関心が向けられ始めている。そこでは、サイバースペースに対する法規制懷疑論と伝統的な場所的法選択理論との密接な関連が指摘され⁶⁾、法選択方法論の対立に関する議論がサイバースペース上の法的問題を抵触法的に処理することの可能性と関係することが指摘されている⁷⁾。

しかし、利益分析論と既得権論との対立において問題とされているのは、法

選択方法論だけではない。抵触法における価値および目的が同時に問題とされているのである。実質法においては、解釈方法は解釈者の「結果の妥当性」評価に左右され⁸⁾、解釈方法決定の前段階で「結果の妥当性」の評価に基づき、数種の解釈方法論の間で選択が行われる⁹⁾。このことは抵触法の解釈にもあてはまるのだろうか。

実質法の解釈方法の決定において結果の妥当性評価が要求されるのは、結果の妥当性確保が実質法の法目的、価値だと広く認められているからだと考えられる。しかし、抵触法の解釈において、このことは決して自明ではない。伝統的な抵触法理論では、結果の妥当性評価を否定しさえもする¹⁰⁾。抵触法の法目的、価値として主張されているものは決して一様ではないのである¹¹⁾。

利益分析論と既得権論はこの点で明確に対立する。すでに述べたように、利益分析論は統治機構の政策的利益を抵触法における価値として、政策的利益の確保が抵触法の法目的だと主張する。これに対し、既得権論は当事者の権利に価値をおき、既得権の保護を抵触法の法目的としている。

抵触法における価値および目的的理解について両者は根本的に相違する。抵触法においても価値および目的の対立が解釈に大きく影響するのである。両主張の対立を価値および目的に注目して把握することは、現在のアメリカ抵触法学の議論状況を正確に理解するためにも重要であろう。

この点を主題とする論文は多くない。しかし、利益分析論批判の流れの中で、利益分析論と既得権論との対立が根本的には価値および目的の対立であることを明確に意識しつつ新たな理論の提示を試みるものが最近の論文のうちに現れている¹²⁾。本稿では、そのうち、現在のアメリカ抵触法理論に大きな影響を及ぼしているブリルメイヤー (Lea Brilmayer) の諸稿を中心に、権利基底的法選択理論に関する主張を検討する。

次章では、まず、最近の利益分析論をめぐる議論に共通する「応用法理学 (applied jurisprudence) としての抵触法学」¹³⁾という研究視角に言及する。その上で、第三章においてブリルメイヤーの提示する理論モデルを概観し、終章で若干の検討を加えることとする。

II. 応用法理学としての抵触法学

抵触法革命は、そもそも、当時の時代思潮としての法現実主義¹⁴⁾を背景に成立したものである。抵触法革命の主要な担い手であるカーリー自身は独自の社会理論に基づくポスト現実主義者であったとも評価されているが¹⁵⁾、抵触法革命は法現実主義を事実上の思想的基礎にしていた¹⁶⁾。

19、20世紀のアメリカにおいて、法現実主義的抵触法学者達は、抵触法学の開拓者であると同時に法理学の分野における法現実主義の開拓者でもあり、アメリカ法思想の形成者であった¹⁷⁾。抵触法革命の波がヨーロッパの岸に到着した¹⁸⁾のは、革命的抵触法理論が明確な思想的基礎を有していたからに他ならない。

しかし、法現実主義がその後のアメリカ法学の思想的潮流と齟齬を生じたことから、利益分析論は批判、修正の対象となっていく¹⁹⁾。1980年代後半に入ると、抵触法学者のうちに、カーリー批判のみに終始せず利益分析論に替わる新たな理論の提示を積極的に試みる者が現れる²⁰⁾。

1987年には、当時イェール大学助教授であったデイン (Perry Dane) によって、その後の抵触法理論に大きな影響を与えたすぐれた論文²¹⁾が発表され、ブリルメイヤー²²⁾、シンガー²³⁾ (Joseph William Singer)、クレイマー²⁴⁾ (Larry Kramer) 等がこれに続いた²⁵⁾。

このうち、デインおよびブリルメイヤーはともに、個人の権利の存在を否定する認容しがたい功利主義的な法現実主義思想の反映だとして利益分析論を批判する²⁶⁾。両者は、ビールの既得権論をそのままに採用するわけではないが、法選択は当事者の権利確定の問題であり、州の利益は直接には法選択に関係しないとの見解を維持している²⁷⁾。

このような利益分析論批判および既得権論の再評価の試みに限らず最近のアメリカ抵触法学に共通しているのが、応用法理学としての抵触法学という研究視角である。ローウェンフェルド (Andreas F. Lowenfeld) は、ハンコック (Moffatt Hancock) の著書²⁸⁾に対する書評の中で次のような抵触法学観を述

べている。

「…法学は、例えば知的歴史の一枝と見なすべきであると私は考えている。…
抵触法学が応用法理学であるとの見解を著者（および評者）と共有する者にと
って、ハンコックのここ四半世紀にわたって書かれた論文集を読むことは
一つの楽しみである」²⁹⁾

革命的抵触法学説は既得権論の付随的前提および細目だけでなく法理学的核
心をも攻撃した。しかし、これまでの既得権論再評価の試みにはこの法理学的
核心への批判に応じようとするものが少なかったとデインは指摘する³⁰⁾。デ
インにとって応用法理学とは法の性質についての根本的理念を検討する取組で
あり、そこで検討された理念が法選択方法論の基礎になると考えている³¹⁾。デ
インの研究態度に共感を示しつつも、デインのように既得権論をほぼそのままに再
評価するのではなく、現実 に即したより具体的な法選択モデルを提示しようと
したのがブリルメイヤーである。

次章では、ブリルメイヤーが、このような研究視角に立ちながら抵触法的価
値として何を提示し、具体的な抵触法理論をどのように展開しているのかを整
理していく。

III. 法選択の政治的権利モデル

1. 政治的権利

ブリルメイヤーは次のような問いかけから出発する。

「…コネティカット州の州民である私はトバゴ共和国を一度も訪れたことが
ないと仮定しよう。私は、トバゴ国民に関わる取引に一度も従事したことは
なく、トバゴに影響を及ぼすような行為をしたこともない。仮にトバゴ島が
私に対する裁判手続を開始し、トバゴ法を適用するならば、それは適切な権
限範囲を逸脱するものと考えられる。…トバゴには、私に対し強制力を行使
する根拠が何一つない。何らかの方法によってトバゴが私に対する判決を執
行できるとすれば、ほとんどの者は、これをはなはだしい不公平と考えるの
ではないだろうか」³²⁾

ブリルメイヤーは、この問いに対して、実質法によって達成すべき政策に加え、州際問題に特徴的な、抵触法によって達成すべき政策が存在することを認める³³⁾。しかし、伝統的既得権論は、州際体系の必要性または適切な法選択原理が何であるかについて詳細に説明してはおらず、もはや法選択理論として十分なものではない。

このような認識のもと、ブリルメイヤーは、法選択上の公平の問題に適用される法選択原理である「政治的権利 (political rights)」を抵触法の中心的価値として示し、政治的権利の保護を核とする法選択モデルを展開する。ブリルメイヤーが抵触法的価値としてあげる政治的権利とはどのようなものであろうか。

州は、通常の営みにおいて、自州の様々な実質政策を促進することができる。しかし、複数州が関係する場合においては、自州の政策促進のみを目的として採られがちな法廷地法主義に対して抵触法的制限が必要になる³⁴⁾。このような場合に外在的制限原理³⁵⁾として機能するのが政治的権利である。

ブリルメイヤーは、ビールの用いた伝統的既得権概念を抵触法における権利という用語の唯一の内容として扱うのは誤りであり、現代の法思想により合致し、抵触法にとってより適切な権利概念が存在すると主張する³⁶⁾。政治的権利は、コモン・ロー上の公平の理念に基づき「付随制限 (side constraints)」³⁷⁾として州の行動を原理的に制限するものである³⁸⁾。

法選択の政治的権利モデルにおける「権利」とは、伝統的既得権論が主張した剣としての積極的権利ではない。正統性を欠く州の強制から自由でいるための盾としての消極的権利である³⁹⁾。消極的権利は個人に対する州の強制力を制限する原理に含まれ、一般的な政治的権利モデルを州際状況における法選択に応用するものである⁴⁰⁾。

ブリルメイヤーは、政治道德哲学に拠りながら二つの段階に分けて議論を展開している。第一に、なぜ政治的権利が法選択にとって重要なのかについて述べ、第二に、政治的権利概念の具体的内容とは何かについて説明する。第一の段階においてブリルメイヤーは、裁判を離れて権利が存在することを否定する

法現実主義に基づく利益分析論を批判する。

法現実主義的の抵触法学者は、権利という用語は裁判官の実際の行動を予測するためには不十分だとして伝統的既得権論を批判した⁴¹⁾。また、利益分析論は、裁判官は準拠法選定の際に競合する法規範の背後にある政策目的を第一に分析しなければならないとしていた⁴²⁾。利益分析論にとって立法は道具的行為である。立法者および裁判官の役割は裁判以前に存在する当事者の権利に法的効果を与えることではなく、ある社会的目的を達成するための規範を形成することと考えられていたとブリルメイヤーは指摘する⁴³⁾。

また、伝統的既得権論が矯正的正義を重視し義務論⁴⁴⁾的であったのに対し、利益分析論は帰結主義⁴⁵⁾的なものであった⁴⁶⁾。帰結主義的の抵触法理論の問題は、功利主義の立場から個人を社会的目的に対する単なる手段として扱うことにある。帰結主義は、一時的な訴訟当事者の公平を顧みることなく、場合によっては個人が社会の一般善の犠牲になることを要求または容認する⁴⁷⁾。帰結主義のこのような問題性から、ブリルメイヤーは権利を基底とする法選択理論の提示を試みたと考えられる。だが、帰結主義の問題性は伝統的既得権論を再び採ることによっても解消できるのではないだろうか。

ビールにおいても、法選択の目的は当事者の権利の執行にあった。しかし、法選択において考慮されるべき権利とは何かという問いに対するビールの回答は、法現実主義者が指摘したように権利という理念自体が無意味だという理由ではないにせよ、不適切なものであった⁴⁸⁾。ビールの言う既得権はいずれかの準拠実質法によってあらかじめ確定されていなければならない、いずれの法が準拠法になるのかという問いに対して論理的循環に陥り回答不可能になるとブリルメイヤーは指摘する⁴⁹⁾。

これに対し、ブリルメイヤーが提示する政治的権利概念は、当事者間の水平的な積極的権利である伝統的既得権概念とは異なり、準拠実質法による第一義的定義を必要とせず権利基底の抵触法理論の新たな基礎となりうる⁵⁰⁾。政治的権利概念は、個人の犠牲を伴う公共善の追求において正統性を欠く州の強制力行使（法適用）は制限されるとの理念から直接に導かれ、州と個人との政治的

関係における規範構造から生じる垂直的な消極的権利である⁵¹⁾。

以上のように、第一の段階として利益分析論の権利概念批判を再批判することによって権利の重要性を主張し、第二段階として裁判による司法的承認を必要とせずにポスト現実主義の世界においても語られうる権利とは政治的権利であると述べた上で⁵²⁾、法選択において政治的権利が確保されているというための基準について説明している。

州際事件では複数の社会が関係するため、当事者の少なくともいずれか一方は必然的に自身が属していない社会の公共善の促進のために犠牲となる。しかし、訴訟当事者に対する州の権限の正統性は複数州の関係する事件において最も稀薄となり、州は自身の正当な権限が有限であることを認めなければならない⁵³⁾。ブリルメイヤーにおいて、法の適用と強制力の行使は同義である。特に法廷地法として法を適用する強制の権原を州が与えられるのは、その強制が適切であるかどうかについての境界条件を設定する政治的正統性基準を満たす場合に限られる⁵⁴⁾。

2. 正統性の基準

ブリルメイヤーは、法選択において政治的権利が確保されていると評価するための基準の候補として、合意および住所 (consent and domicile)、属地性 (territoriality) という連結素をあげる。これらは等順位ではなく、住所が第一に優先する連結素とされている。政治的権利理論においても、利益分析論と同様に住所地法の適用が原則となる。

a. 住 所

政治的権利理論では、準拠実質法の適用によって負担を課される者（政治的権利を制限される者）が当該準拠法所属法秩序に住所を有している場合および当該法秩序に服する意思を明示している場合には、法選択および結果としての法適用に正統性を認める⁵⁵⁾。

通常、自発的に住所を選択している者が一部にはいるとしても多くの者は出

生地に「消極的」住所を有しているにすぎず、住所を州の強制力に服することの承認根拠と見なすことはできない⁵⁶⁾。しかし、市民権または住所は、大半の政治哲学者が認めるように、当該法に服することの合意の表現である選挙での投票による立法過程への参加の基礎となり、州の権限および州への従属義務の承認を最も強力に正当化しうる根拠の一つとなる⁵⁷⁾。

政治的権利モデルの法選択は、政治的権利の侵害の有無を判断するために伝統的既得権論とは異なり準拠実質法の内容の調査をあらかじめ求める。さらに、利益分析論とは異なり利益ではなく準拠実質法の適用の結果として課される負担を重要な要素として考慮する⁵⁸⁾。重要なのは、利益が見込まれるかどうかではなく、負担が正当化されるかどうかである⁵⁹⁾。

政治的権利モデルにおいても、利益分析論と同様に住所を基準として真正の抵触と虚偽の抵触とを区別する⁶⁰⁾。両当事者が共通住所を有しているか同一内容の実質法を有する州の出身である場合が虚偽の抵触とされる。このような場合、共通住所地法の適用により当事者の政治的権利が侵害されることはなく、住所を基準とする法選択の正統性が承認される。虚偽の抵触の場合には、プリルメイヤーは利益分析論が採る方法を否定していない⁶¹⁾。

各当事者が異なる住所を有する場合、真正の抵触があるハード・ケースとなる。A州に住所を有するXとB州に住所を有するYとの紛争に対してA州法が適用されその結果Xが有利となる場合、A州法の適用により負担を課されるYとA州との間には政治的に正統な関係はなく、Yの政治的権利が侵害されていることになる。他方、A州法の適用によりXが負担を課されYが有利となる場合には、両当事者共に政治的権利を侵害されておらず有効な法選択と認められる。

前者の、各当事者が各自の所属する州法の適用によって利益を得る場合が政治的権利理論において最も解決困難な事件となる。このような時、利益分析論が原則として法廷地法の適用を主張する⁶²⁾のに対し、政治的権利理論では他の正当化根拠を吟味し尽くしていないとして判断を保留し、次順位の正当化根拠、連結点を探求する⁶³⁾。プリルメイヤーが次順位の正当化根拠としてあげている

のが属地性である。

b. 属 地 性

ある者が他の法域において特定の結果を意図して行動するとき、その者は明らかに当該法秩序の法に服する黙示意思を有しているといえることができる⁶⁴⁾。国家は自国の領域内において自国と何らかの関係を有する行動が当事者により自発的になされた場合に限り当事者が自国法に服する黙示意思を有していると「公平に」推定することが許される⁶⁵⁾。

ブリルメイヤーによれば、政治的権利理論と同様に利益分析論も領域性を考慮してはいるが、領域というものの哲学的扱いが異なる⁶⁶⁾。利益分析論は州(国家)権限の実質的優先性に基づき結果主義的正当化根拠として領域を扱う。これに対し、政治的権利理論は領域を義務論的正当化根拠の一部として扱い、州(国家)と個人との関連が特定州(国家)の実質的正義概念を強制することを公平とするに足るものかどうかを問う。両者の対立は領域性概念の重要性についてではなく、異なる法理学的枠組の中で領域的想定をどのように利用すべきかという点につき生じる⁶⁷⁾。

住所を基準として法選択問題を解決することが不可能な場合、政治過程への参加という事実によって法選択を正当化することができないため、州の権限行使を正当化するためには個人による何らかの領域に対する意図的な行為が必要となる。当事者の意思を無視して行為規範の効果を個人に及ぼすことはできない⁶⁸⁾。このような制限と負担への着目とを組み合わせることによって、一方当事者による不当な法選択操作を回避することができる⁶⁹⁾。

c. 相 互 性

これまで述べてきた政治的権利理論を採用することによって、いずれの州が強制力の行使において正統性を有するかという問いには答えることができよう。これにより、虚偽の抵触の場合ならびに真正の抵触において住所を正当化基準としうる場合および属地性に正当化根拠を求めることができる場合には法

選択問題を解決できる。そしてまた、無限定な法廷地法主義を容認しないための原理的根拠を示しうる。しかし、政治的権利が法選択における制限原理として提示されていることから、政治的権利を基準として正統性を有すると評価される法秩序が複数となることは稀ではない。

「当事者の消極的な政治的権利を侵さない複数候補のうち内国民に対して最も有利となり外国民に対して最も不利となるような法を適用する」⁷⁰⁾法選択規則は、これまでに示された正統性基準を満たしているとしてもなお不公平であろう。当事者は、たとえ正統な政治的権限を有する州によるものであったとしても、その権限の行使により生じる全体的な結果について公平に取り扱われる権利をさらに有している。法廷地にはなお、複数の候補の中から最終的に適用される準拠法を特定するために当事者の消極的政治的権利以外の何かに基礎を置いた法選択を行う責任が残されている⁷¹⁾。

通常の非涉外事件の場合、個々人は長期的にはある規則から利得および損失の双方が生じるべきことを期待している。実質法の次元においては、同一の法の適用によってある場合には利得を得、他の場合には失うことが等しく起こりうるという意味において保険数理的均衡⁷²⁾ (actuarial balance) が保たれる⁷³⁾。しかし、抵触法においては特定の者（例えば法廷地民）が常に有利となることがありえ、保険数理的均衡を保つためには実質法とは異なる考慮が必要となる。抵触法は富の再分配を期待される法分野ではないため、保険数理的均衡が熱望されるのである⁷⁴⁾。

法選択において保険数理的均衡を達成するためには二つの方法が考えられる。一つは法域選択的法選択によるものであり、もう一つは相互性の一般原則を採用するものである。

伝統的な法域選択的法選択は、準拠法の候補となる実質法の内容を法選択の段階において調査せず、それ故に実質法適用の結果に左右されないという意味において抵触法の次元での保険数理的均衡が保たれる⁷⁵⁾。法域選択的法選択は、当事者の政治的権利を尊重する限りにおいてプリルメイヤーの提示する政治的権利理論の要請に適う。しかし、場所的な法選択規則が形成されたのは不法行

為および契約等における行為の大部分が対面的であった時代であり、現在とは状況が大いに異なる。今日では、電話やコンピューターを介して商取引を行い、離れた地の被告に対して生産物責任を問い、国境を越える申込により株式を取得することが容易に起こりうる。このように取引が多く、州、国家の境界を越える広がりを見せている状況においては、場所的割当は恣意的なだけでなく当事者の権利を侵害するおそれ強い⁷⁶⁾。例えば一つの渉外的契約において、交渉、締結および履行が全く同一の地でなされることは稀であり、「契約地」の確定においてこれらの複数の要素から一つの要素のみを他に優先するものとして扱うことは擁護しがたい⁷⁷⁾。同様の意味において、通信技術の発展した現代においてはサヴィニイ型の法選択理論および重心理論はともに理想から程遠いと評価されている⁷⁸⁾。

他方、保険数理的均衡と相互性との関係は以下のように説明される。例えば、両訴訟当事者のうち若い者に有利となる法を常を選択することは保険数理的均衡の要請を満たす。訴訟において自分が若い場合と相手が若い場合とが等しい可能性で存在するからである。しかし、このような法選択は、特定の事件において特定の当事者が有利となることと不利となることとが等しい確率でないという意味において相互性の基準を満たさない。ブリルメイヤーが付加的な要請として相互性の語を用いるのは、裁判官は競合する複数法の内容について完全に盲目である必要はないが、少なくとも、いずれの側の当事者が利益を受けるかということに基づいて準拠法を決定してはならないと考えるからである⁷⁹⁾。

IV. 若干の検討

ブリルメイヤーが政治的権利理論を提示したことの意義は二つある。一つは研究視角としての意義であり、もう一つは法選択理論としての意義である。

ブリルメイヤーは、実定法の研究においても法理学の成果を無視すべきではないという態度を具体的な法選択理論の提示において貫徹した。このような研究視角はわが国においても舩場教授がすでに示しており⁸⁰⁾、法理学の成果を無価値なものにしないためにも決して軽視してはならない⁸¹⁾。ブリルメイヤーは

法選択を州（あるいは国家）の強制力の適切な範囲の確定に関する政治理論の問題として捉えているため⁸²⁾、政治的権利理論は伝統的既得権論よりも法理学における現代的権利論⁸³⁾と多くの点で共通する⁸⁴⁾。牴触法学は現代法理学の成果を積極的に導入すべきだとブリルメイヤーは説く⁸⁵⁾。

政治的権利理論では実際にドウォーキン (Ronald Dworkin) の法解釈理論が参照されている⁸⁶⁾。ドウォーキンは解釈に関する議論の前提として対象をイージー・ケースとハード・ケースに分類し、ハード・ケースの場合において裁判官による自由裁量、司法的立法の可否等をめぐり法解釈方法論について困難な問題が生じることを指摘する。ブリルメイヤーは真正の牴触が存在する場合をハード・ケースとし⁸⁷⁾、ドウォーキンと同様にハード・ケースにおける適切な法選択方法論の構築を試みた。

法解釈の実践としての構成的解釈 (constructive interpretation) は創造性と制約という相反する二つの契機をはらんでいる。この制約という観点につきドウォーキンが統合性 (integrity) 概念をあげたのになら、ブリルメイヤーは当事者の消極的権利保護の要請を提示した。政治的権利理論は「統合性としての法」観念の基礎にある「政府による強制的な権力行使は、過去に自ら下した決定に従い、個人の権利を侵害しない限りにおいて正当化される」⁸⁸⁾との命題に従う。法は自己の選択が単に決定権能を持つ主体によってなされたことだけではなく、「パレート最適点」まで未調整状態を改善する正しい解決であることを要求する⁸⁹⁾。法選択においても人々の「正当化を争う権利」は保障されるべきであり、正当化要求を黙殺するような法選択は不正である以前に正義要求自体を放棄していると見なされるべき点で強盗の脅迫と変わらない⁹⁰⁾。

準拠法の適用により当事者に負担を課す法秩序と負担を強いられる当事者との間に正統性ある政治的關係が存在することを要求することにより、法選択においても「司法的統合性原理 (the adjudicative principle of integrity)」⁹¹⁾が守られるとブリルメイヤーは考えているように思われる。しかし、論文にあげられている事例からも明らかなように、ブリルメイヤーは自身の理論の射程を州際事件に限定していない。国際事件を射程に含めるとすると、国際状況にお

いても司法的統合性原理が存在しうること暗黙の前提としていることになる。国際的な司法的統合性原理が存在するためには主権枠組において示される国家共同体を超えるメタ共同体が想定可能でなければならない。州境と国境とを当然に同一することはできず、メタ共同体の想定は無自覚に自然法を観念することと同じではないかとの疑問が残る。

第二に、政治的権利理論は法選択理論として、理論的な貢献を果たすとともに裁判実務にも一定の影響を及ぼしている。まず、政治的権利理論の理論的貢献は、法選択の段階においても「発見のプロセス」と「正当化のプロセス」とを明確に区別し、「正当化のプロセス」に議論の重点を移すことを提案した点にある。法選択の政治的権利モデルは準拠法を唯一に確定することを目的とするものではない。法選択の方法そのものについては柔軟な姿勢を示しつつ、正当化される法選択がどのようなものを明確にしたのである。

政治的権利理論によって最も正統性を欠くとされるのが法廷地法の絶対的優先適用である。政治的権利理論は、強い批判の対象である利益分析論さえも原則的には許容するが、真正の抵触において法廷地法の適用を主張することから利益分析論を正当な法選択理論とは認めない。わが国においても、法廷地法主義に対しては従来より強い批判が加えられてきた⁹²⁾。折茂教授は法の機能の一側面である行為規範性に着目し、訴訟の提起を待って初めて決定する法廷地の法の行為規範性を否定する⁹³⁾。ブリルメイヤーの主張は、折茂教授と同様のことを当事者の消極的政治的権利という用語を用いて指摘したものである。

ブリルメイヤーは自身の政治的権利基底法選択理論が対人管轄に関する理論と類似することを認めている⁹⁴⁾。このことは、外国でなされた国家干渉の効果の問題に関連して提起された準拠法選択アプローチへの疑問⁹⁵⁾との関係においても重要である。当然のことながら、上記の問いは特殊な問題について提起されたものであり、ただちに一般的な法選択問題へと敷衍化しうるものではないが、法選択をブリルメイヤーのように捉えたとすれば、外国国家行為の効果について承認アプローチと準拠法選択アプローチとを統一的に説明する手掛かりを得ることができよう。

政治的権利理論は純理論的に貢献するだけでなく、実際の裁判実務にも影響を及ぼしている⁹⁶⁾。裁判における現在の権利基底の法選択理論としては、デインの論文が1989年の裁判において引用されているにすぎない⁹⁷⁾。しかし、1985年のニューヨーク州の判決⁹⁸⁾は、ブリルメイヤーが指摘したように⁹⁹⁾、利益分析論を法域選択的に用いている¹⁰⁰⁾。さらに、1993年の同州の判決¹⁰¹⁾は、「法廷地州は法廷地に住所を有する者のみを保護し、または、自州法のみを優先する」との推定を覆すための決め手 (tie breaker)¹⁰²⁾として不法行為地法を適用した。

最近の裁判の多くは形式上第二リステイトメントに従っているため、これらの裁判例が政治的権利理論の考え方を採用したものとするのは早急である。しかし、第二リステイトメントが様々な理論の折衷の上に成立したことは、報告者であるリース (Willis L.M. Reese) 自身が後に認めている¹⁰³⁾。州裁判所の多くは「抵触法の一般原則を定めた6条の挿入によって第二リステイトメントの名の下にあらゆる方法論を採用することが可能となった」¹⁰⁴⁾ことから第二リステイトメントの採用に向かった。「第二リステイトメントの方向性のない多義的性格が準拠法の決定について事後的な理論的正当化を招いている」¹⁰⁵⁾という意味において「アメリカの弁護士および裁判官はヨーロッパの法律家が想像しているのとは全く異なった形でアメリカ法律協会の『準法典』を用いている」¹⁰⁶⁾のである。

このようなリステイトメント観を前提として上記の裁判例を見たとき、少なくとも裁判実務において利益分析論に替わる新たな理論が求められていることが認められる。上記裁判では、ブリルメイヤーの主張と同様に法廷地法適用の絶対性が排除されている。ブリルメイヤーがデインに触発され法選択過程における権利に再び焦点を当て、消極的政治的権利というより適切な権利概念を示したことは正当に評価すべきである。

しかし、政治的権利理論の前半の審査を通過する法秩序が複数ある場合にいかにして準拠法を唯一に決定すべきかという、政治的権利理論にとって決定的な問題については、ただ漠然と相互性の要請をあげるのみで実際には何も解決手段を提供できていない。結果として、政治的権利理論は裁判理論としての利

用可能性において貧弱であるために、ブリルメイヤーの論文を明確に引用する裁判例は見られない。

これまで述べてきたように、ブリルメイヤーの法選択理論には部分的に一定の意義を認めることができる。例えば、政治的権利保護の要請を国際的私法交通の安全、判決の国際的調和または法選択における両性平等といった諸理念と等位にある抵触法的価値と見ることも決して不可能ではない。また、サイバースペース上の法律問題などの現代的課題について抵触法的解決を模索する際には特に、伝統的法選択理論に対するブリルメイヤーの批判が妥当する。政治的権利理論には将来的な解決について示唆を得ることのできる点が少なくないと言えよう。しかしながら、裁判理論として法例の解釈への示唆とするためにはなお検討すべき多くの課題が残る。個別的問題への具体的応用については今後の検討課題としたい。

註

- 1) 抵触法革命の概略およびその影響について、石黒一憲「現代国際私法の歴史的位相をめぐって—ヨーロッパ国際私法の危機的状況—」法協百年論集 3 巻563～74頁 (1983), 同『国際私法』59～66頁 (新世社, 1994), 溜池良夫『国際私法講義〔第二版〕』52～60頁 (有斐閣, 1999), 道垣内正人『ポイント国際私法〔総論〕』67～70頁 (有斐閣, 1999)を参照。See also Gerhard Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, 112 COLLECTED COURSES 91, 95, 105 (1964); Friedrich K. Juenger, *General Course on Private International Law* (1983), 193 COLLECTED COURSES 119, 154, 207-52 (1985); Jun Akiba, *Functional Analysis Approach Analyzed*, 4 HITOTSUBASHI J. L. & POL. 23, 23 (1965).
- 2) See, e.g., Walter Wheeler Cook, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, 33 YALE L.J. 457 (1924); DAVID F. CAVERS, *SELECTED ESSAYS 1933-1983* (1985); BRAINERD CURRIE, *SELECTED ESSAYS ON THE CONFLICT OF LAWS* (1963).
- 3) See, e.g., 1 JOSEPH HENRY BEALE, *TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS* (1935).
- 4) See, CURRIE, *supra* note 2, at 117-18, 143-46. See also G. Kegel, *Fundamental*

- Approach, in* INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW III, PRIVATE INTERNATIONAL LAW 31-32 (K. LIPSTEIN chief ed., 1987). また、折茂豊『国際私法講話』155頁（有斐閣，1978）も参照。
- 5) 西賢「既得権説」国際法学会編『国際関係法辞典』169頁（三省堂，1995），同「国際私法における最近の既得権説」同『国際私法の基礎』1頁以下（晃洋書房，1983）を参照。特にビールの既得権論については、川上太郎「ビールとアメリカ国際私法」大平善梧編『国際私法の基本問題（久保還暦記念）』23頁以下（有信堂，1962）を参照。
- 6) Jack L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, 65 U. CHI. L. REV. 1199, 1205-08 (1998).
- 7) *Id.* See also David G. Post, *Governing Cyberspace*, 43 WAYNE L. REV. 155, 158-59 (1996). 道垣内教授も同様の指摘をしている。道垣内正人「インターネットを通じた不法行為・著作権侵害の準拠法」日本国際経済法学会編『サイバースペースと国際取引法（日本国際経済法学会年報第8号）』175頁註4（法律文化社，1999）を参照。
- 8) 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』20～24頁（有斐閣，1997）を参照。これについては、同『現代の法解釈学に関する一つのおぼえがき』同『国家への関心と人間への関心』223頁以下（日本評論社，1991）も参照。
- 9) 広中俊雄『民法綱要』1巻総論上62～63頁（創文社，1989）を参照。また、多喜寛「国際法における解釈方法論上の問題」同『国際私法の基本的課題』47～79頁（中央大学出版部，1999）も参照。
- 10) 道垣内・前掲書（註1）223～24頁。このような規律方法の安全性を担保するものとして公序則があることについて、同書54，253～56頁も参照。
- 11) 澤木敬郎「国際私法における利益衡量」澤木敬郎＝舩場準一編『国際私法の争点（新版）』31，32頁（1996）を参照。また、ジュリスト・法例制定100年特集の座談会における佐藤教授の発言も参照せよ。舩場準一他『「法例」—現状と課題，将来への展望（座談会）』ジュリ1143号10頁（1998）。
- 12) Perry Dane, *Vested Rights, "Vestedness," and Choice of Law*, 96 YALE L. J. 1191 (1987) [hereinafter Dane, *Vestedness*]; Lea Brilmayer, *Rights, Fairness, and Choice of Law*, 98 YALE L.J. 1277 (1989) *a little modified and reprinted in* CONFLICT OF LAWS 219 (2d ed. 1995) [hereinafter BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS]; L. Brilmayer, *Post-modernism in American Choice of Law*, in LIBER MEMORIALIS FRANÇOIS LAURENT 695 (JOHAN ERAUW et al. eds., 1989) [hereinafter Brilmayer, *Post-modernism*]. See also Winston P. Nagan, *Theory and Method in Private International Law: A Policy-Oriented, International Perspec-*

- tive, in supra* LIBER MEMORIALIS 907 [hereinafter Nagan, *Theory and Method*].
- 13) Andreas F. Lowenfeld, *Revolt Against Intellectual Tyranny*, 38 STAN. L. REV. 1411, 1411 (1986) (book review).
 - 14) 20世紀のアメリカにおいては現実主義が法学に限らず時代の支配的思想であったことについて、松浦好治「アメリカ型積極国家とリーガル・リアリズム—法哲学の社会的機能—」日本法哲学会編『20世紀の法哲学（法哲学年報1997）』240頁以下（有斐閣，1998）を参照。
 - 15) Nagan, *Theory and Method*, at 910, 912. See also Alfred Hill, *The Judicial Function in Choice of Law*, 85 COLUM. L. REV. 1585, 1588 n.6 (1985).
 - 16) Michael S. Green, *Legal Realism, Lex Fori, and the Choice-of-Law Revolution*, 104 YALE L.J. 967, 967 (1994).
 - 17) Nagan, *Theory and Method*, at 911.
 - 18) 溜池・前掲書（註1）57頁。
 - 19) Dane, *Vestedness*, at 1193, 1242, 1245. See also Larry Kramer, *Rethinking Choice of Law*, 90 COLUM. L. REV. 277, 278 (1990). これまでの利益分析論批判の経緯については、Herma Hill Kay, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, 215 COLLECTED COURSES 9, 78, 102-05 (1989) を参照。
 - 20) これらの理論の概略については、不破茂「アメリカ抵触法理論における抵触的正義の再評価（上）」愛媛法学2巻1号71～86頁（1997）を参照。
 - 21) Dane, *Vestedness*.
 - 22) ブリルメイヤーは、カーリーから直接の教えを受けた利益分析論の強い支持者であるケイのもとで抵触法を学んだが、最も先鋭な利益分析論の批判者である。See L. Brilmayer, *Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent*, 78 MICH. L. REV. 392 (1980); L. Brilmayer, *Methods and Objectives in the Conflict of Laws: A Challenge*, 35 MERCER L. REV. 555 (1984); L. Brilmayer, *Governmental Interest Analysis: A House Without Foundations*, 46 OHIO ST. L.J. 459 (1985). See also H.H. Kay, "The Entrails of a Goat": Reflections on Reading Lea Brilmayer's *Hague Lectures*, 48 MERCER L. REV. 891 (1997). また、三浦正人「アメリカ抵触法における法選択方法論—セドラー教授の論文（一九八三年）に就いて—」名城法学37巻649～54頁（1988）および不破茂「統治利益分析論の現代の展開」愛媛法学会雑誌22巻3・4合併号202～08頁（1996）を参照。
 - 23) Joseph William Singer, *Real Conflicts*, 69 B.U. L. REV. 1 (1989); J.W. Singer, *Facing Real Conflicts*, 24 CORNELL INT'L. L.J. 197 (1991).
 - 24) Kramer, *supra* note 19; L. Kramer, *More Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, 24 CORNELL INT'L. L.J. 245 (1991).

- 25) Kay, *supra* note 19, at 105.
- 26) Kramer, *supra* note 19, at 279.
- 27) *Id.*
- 28) MOFFATT HANCOCK, STUDIES IN MODERN CHOICE OF LAW: TORTS, INSURANCE, LAND TITLES (1984). ハンコック自身は利益分析論の支持者である。
- 29) Lowenfeld, *supra* note 13, at 1411.
- 30) Dane, *Vestedness*, at 1192-93.
- 31) *Id.* at 1193.
- 32) Brilmayer, *Post-modernism*, at 702.
- 33) See L. Brilmayer, *The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules*, 252 COLLECTED COURSES 9, 19-36 (1995).
- 34) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 220.
- 35) *Cf.* Dane, *Vestedness*, at 1263.
- 36) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 222-23.
- 37) ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 29 (1974).
- 38) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 221, 223. これに対し、政治的権利概念はコモン・ローの実体化から派生するものではないとする者もいる。See Jeffrey Brand-Ballard, *Legitimacy, Consequentialism, and Conflict of Laws: Lea Brilmayer's Rights-Based Theory*, 30 NEW ENG. L. REV. 39, 40 (1995).
- 39) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 221, 223.
- 40) *Id.*
- 41) See, e.g., Cook, *supra* note 2, at 475-76.
- 42) CURRIE, *supra* note 2, at 183-84.
- 43) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 225.
- 44) 義務論については、若松良樹「権利・価値・規範—義務論的制約と二重の効果の原則を手掛かりに—」山下正男編『法的思考の研究』245頁以下（京都大学人文科学研究所，1993）を参照。
- 45) 帰結主義については、今井弘道「帰結主義・権利・市民的政治文化＝試論—J. S. ミルと M. ウェーバーに即して—」同上書261頁以下を参照。
- 46) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 226-27. 帰結主義を採用することによって事後的住所 (after-acquired domicile) の処理に問題が生じることを指摘している。*Cf.* Dane, *Vestedness*, at 1260-63.
- 47) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 228.
- 48) *Id.* at 233.

- 49) *Id.* See also Kegel, *supra* note 1.
- 50) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 233.
- 51) *Id.* at 223, 233. See also L. BRILMAYER, JUSTIFYING INTERNATIONAL ACTS 2-3 (1989).
- 52) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 233-34.
- 53) *Id.* at 236.
- 54) *Id.*
- 55) *Id.* at 243. 政治的権利モデルは第一にアメリカ抵触法理論として示されたものであるため、住所を国籍にすると州際問題の解決には役に立たない。アメリカ抵触法理論の有効性を検討する際にはこの点に注意する必要がある。See Kay, *supra* note 19, at 90-92; Kegel, *supra* note 1, at 96. Cf. Nagan, *Theory and Method*, at 909-10.
- 56) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 251.
- 57) *Id.* at 241, 251. See also L. Brilmayer, *Liberalism, Community, and State Borders*, 41 DUKE L.J. 1, part II (1991). 同論文においてブリルメイヤーは州際状況における州の権限の正統性と住所の関係をより詳細に検討しているが本稿ではこれ以上触れない。
- 58) Brilmayer, *Post-modernism*, at 704.
- 59) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 244.
- 60) *Id.* at 245-46.
- 61) See *id.* at 259-62.
- 62) See, e.g., CURRIE, *supra* note 2, at 184.
- 63) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 246.
- 64) *Id.* at 247.
- 65) *Id.* at 248-49.
- 66) *Id.* at 250-51.
- 67) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 251.
- 68) *Id.*
- 69) このような観点から、ブリルメイヤーは抵触法第一リステイトメントの以下の諸規定を批判している。Restatement (First) of Conflict of Laws §§311, 323, 325, 326, 377.
- 70) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 254.
- 71) *Id.* at 223 n.13, 253.
- 72) 保険数理は統計学的手法を用い確率理論を実際問題に応用するための理論である。保険数理においては保険契約の長期性が考慮される(守田常直『保険数学』

- 1, 3頁 (生命保険文化研究所, 1963))。また, 保険数理士は契約者配当について公正・衡平性を確保する義務を負う (金森久雄他編『経済辞典〔第三版〕』6, 1113頁 (有斐閣, 1999))。つまり, ここでの保険数理的均衡とは, 個々の事件における個々の当事者間の公平ではなく, ある統計表における全体的な均衡が保たれることをいう。一時的な個々の静的均衡ではなく, 個々の変動を伴う長期的な全体の動的安定を目指す普遍主義的处理である。逆適用一般における普遍主義的处理については, 松浦好治「法的思考における普遍主義と状況重視主義—ルールをめぐる言語と非言語—」『法的思考の研究』(前掲註44) 138頁を参照。
- 73) 消費者保護等の目的のために不均衡な法もあり得る。しかし, 法が不均衡であるのは, 現実が反対に不均衡である場合に限られる。See *id.* at 255 n.94.
- 74) *Id.* at 256.
- 75) *Id.* at 258.
- 76) *Id.*
- 77) *Id.*
- 78) *Id.* at 258-59.
- 79) *Id.* at 254 n.93.
- 80) 妹場準一「国際私法の上位性について」一橋論叢43巻1号102頁以下 (1960) を参照。
- 81) 抵触法处理の必要性を国家の礼讓, 自然法思想に求めるのと同様に, 規範的相対主義の抵触法の意義を検討することなども考えられよう。井上達夫『共生の作法』10~14頁 (創文社, 1994), 長尾龍一『争う神々』29頁 (信山社, 1998) を参照。
- 82) Brilmayer, *Post-modernism*, at 702.
- 83) See, e.g., RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* (6th printing, 1997). 同書については, 平野仁彦「Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press (1977) (紹介)」アメリカ法1980第2号 (1980) 等を参照。ドウォーキンに限らず, 現在においても権利を語るべきことについて, 佐藤節子「実体化思考からの解放—権利論より—」青山法学論集39巻1号1頁以下 (1997), 平野仁彦「権利の主張とその実現—アメリカ法との対比で」岩村正彦他編『現代法学の思想と方法 (岩波講座・現代の法15)』177頁以下 (岩波書店, 1997) を参照。
- 84) Brilmayer, *Post-modernism*, at 702.
- 85) *Id.* at 703. ブリルメイヤーはまた州際状況におけるより一般的な政治道德哲学の問題についても発言している。See L. Brilmayer, *Interstate Preemption: the Right to travel, the Right to Life, and the Right to Die*, 91 MICH. L. REV. 873 (1993).

- 86) See BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 229.
- 87) *Id.* at 245.
- 88) R. DWORKIN, LAW'S EMPIRE 92 (1986).
- 89) 井上達夫「〈正義への企て〉としての法」『現代法学の思想と方法』（前掲註83）112頁。
- 90) 同上論文113頁を参照。
- 91) DWORKIN, *supra* note 88, at 225.
- 92) 「…法廷地法主義というのは…国際私法そのものの存在の必要性を否定しようとする主義にはかならない」折茂豊「『属地主義』学説の一側面—普遍的国際私法規範の認否をめぐる—」『国際私法の基本問題』（前掲註5）70頁。
- 93) 折茂・前掲書（註4）17～18頁。Cf. BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 251.
- 94) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 238-39.
- 95) 横溝大「国際預金取引への国家干渉に関する抵触法的考察」金沢法学40巻2号 212, 213頁（1998）。
- 96) See generally Stewart E. Sterk, *The Marginal Relevance of Choice of Law Theory*, 142 U. PA. L. REV. 949, 961-92 (1994).
- 97) *Id.* at 972 n.109.
- 98) Schultz v. Boy Scouts of Am., Inc., 480 N.E.2d. 679 (N.Y. 1985).
- 99) BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, at 261, 263.
- 100) Sterk, *supra* note 96, at 972-73.
- 101) Cooney v. Osgood Mach., Inc., 612 N.E.2d. 277 (N.Y. 1993).
- 102) *Id.* at 281-82.
- 103) Willis L.M. Reese, *The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited*, MERCER L. REV. 501, 508 (1983).
- 104) Kay, *supra* note 19, at 37.
- 105) L. Kramer, *Choice of Law in the American Courts in 1990: Trends and Developments*, 39 AM. J. COMP. L. 465, 466 (1991).
- 106) Nagan, *Theory and Method*, at 908.