

英國國際私法に於ける當事者自治の原則

岡 本 善 八

- 一 はしがき
- 二 英國判例の經過
- 三 衝突規則的指定の規準
- 四 指定の量的制限の問題
- 五 指定の態様
- 六 不法性 (Illegality) の問題

一

國際私法における當事者自治の問題は、夙に實方教授の勞作を得ていることは周知の所であり、わが國に於てもこの問題についての一應の分析がなされているといつて差支がない。⁽²⁾ 然しながら、この問題について英米法の從來若干輕視される傾きが存したことは否定し得ない點であり、この意味において、イギリス法におけるその後の判例の經過をも考慮し、その問題點を検討することも、この問題検討について何らかの新たな手懸りを與えることになりはしまいか、というのが本稿の目的である。

- (1) 實方・「國際私法上に於ける當事者自治の原則」(法學一卷九號乃至一二號)
- (2) 田中(耕)・『世界法の理論』、第二卷、第四一〇頁以下。なお久保・「債權契約の準據法を論ず」(商學評論一〇ノ二・三)、昭

和六年、江川・「契約に於ける強行法の牴觸」(國際二八ノ一)、昭和五年、川上・「涉外的契約關係」(近藤等註釋日本民法債權篇契約總則所收) 昭和一二年等參照

二

涉外的要素を有する契約の實質的効力に關する準據法についてのイギリス國際私法理論には、およそ七〇年に涉る兩學說の對立を見出すことができる。一は、Westlake をその主唱者とする客觀主義の立場であり、他は Dicey を主唱者とする主觀主義の立場である。然し、そのことの充分なる理解のためには、イギリス法における他の分野の分析の場合と同様、ここに於てもまずイギリス判例の發展の跡を辿ることが必要である。

イギリスにおいて、裁判所において國際私法の問題が審理せられるに至つたのは、十七世紀の末葉以後であつて、それ以前においては、この國においては、國際私法の問題は生ずる餘地がなかつた。⁽¹⁾すなわち十七世紀以前においては、各裁判所は専ら法廷地法を適用していたのであり、涉外的事件については専ら裁判管轄權の衝突が問題となつていたにすぎない。⁽²⁾すなわち稍、國際私法的領域に屬する Wiers 事件(一六〇七年)⁽³⁾及び Cottington 事件(一六七八年)⁽⁴⁾に於ても専ら外國判決の承認の問題が取扱われたにすぎず、國際私法固有の問題が現われ始めたのは大概 Blankard v. Galdy (一六九三年)⁽⁵⁾事件、Dungannon v. Hackett (一七〇二年)⁽⁶⁾事件、Smith v. Brown & Cooper (一七〇六年)⁽⁷⁾事件等に於てである。⁽⁸⁾然しイギリス國際私法理論がその特有の仕方で發展した段階、すなわち實質的起源としては、十八世紀に求めることが妥當であるとせられているのである。⁽⁹⁾この當時における契約準據法に關するイギリスの理論、すなわち最も古い理論は、契約舉行地主義 (lex loci contractus celebrati) であつた。而してこの理論の母體と考えられているものは、通常大陸の支配學說特にオランダの Ulric Huber (1647-1714), の《De conflictu legum diversarum in diversis imperiis》(1684) であつた。⁽¹⁰⁾すなわち Huber は、契約をその形式及び實質のす

べてが *lex loci contractus* により決定せらるべきであるとし、その根據として *Digest*〔學說彙纂〕の '*Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret so obligavit*' (各人は、彼が履行をなすべき場所において契約をなしたものとみなさるべきである) という引用を行つた。⁽¹¹⁾ この履行地が擬制的な契約地であるという擬制に基いて、イギリスにおいては、契約地以外の法を適用する場合においても、それを契約地法であると擬制することによつてその適用が可能であるという理論が行われるに至つた。而して、これは一七〇七年におけるイングラントとスコットランドの併合後發生した婚姻事件の効力について舉行地法 (*lex loci celebrationis*) が適用せられるという事情により支持せられると共に、債權契約についても同様の理論が適用される傾向が高まるに至つた。然るにここに一七六〇年に至つて、英國における當事者自治主義の濫傷的判決とせられる、*Mansfield* 卿による *Palmer Robinson Esq. v. Anne Bland* 事件に至つて、行爲地法主義に對する反省の一段階が劃せられる。この *Robinson v. Bland* 事件は、フランス在住のイギリス人相互における一部賭金による、又一部は賭金のための借入によるイギリス拂の債務、すなわち他國所在の自己宛爲替手形の約因の不法性に關する事件であつたが、同判決中には *Mansfield* により *Huber* 及び *Voet* を引用しつゝ「國際禮讓及び國際法により (*ex comitate et jure gentium*) 確立せられた原則は契約の解釋及び執行のためには、訴訟地法でなく契約地法が顧慮されねばならないということである。然しこの原則は當事者が、これと異なる國を選択することを認める」とし、⁽¹²⁾ 又「契約が締結せられるに當り、準據法として契約地以外の法が明示せられる場合には、契約地法は準據法となり得ない」ことが述べられた。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾ そうして *Beale* によれば、「この理論は全く大陸の理論からの借用であり、近代市民法の原理には調和するが、わが米法にはなじまないものである」として ⁽¹⁵⁾ *is no*。

この *Robinson v. Bland* 事件は、直ちに英國々際私法理論における當事者自治主義にその途を開いたというわけではなく、むしろ「その後百年殆んど顧慮せらるる所となら」なかつたのであるが、⁽¹⁶⁾ その後の判例において *lex loci*

contractus を以て單に契約締結地と解せず、そこで契約が締結されたと考えられる國の法（law of the country with a view to the law where the contract was made⁽¹⁷⁾）と解する態度が見出されるに至つた。すなわち、かく廣く解されるに至ると、その法は締結地法であることも、他の法であることも可能となり、ここに履行地法主義（lex loci solutionis）が導入せられる可能性が生じた。すなわちここに前者に優位をおきつつ行爲地法主義と履行地法主義の併用をみるに至つた。然しながら、その後久しきに涉り英國判例の一貫せる態度となつた當事者自治主義は漸く十九世紀半ばにおいて始めて承認せられるに至つた。すなわち當事者自治主義を採用する最初の主要判決として挙げられるものは、一八六五年の *Lloyd v. Guilbert* 事件 L. R. 1 Q. B. 115. Exchequer Chamber) である。この事件は概ね次の経過を辿つてゐる。

原告 *Lloyd* は、イギリス人であつて蘭領西印度のセント・トーマスに於て、フランス人たる被告の所有に屬する *Olivier* 號を、ハイチ島のセント・マルクより、ハーブル、ロンドン、リバプールのうち原告の選擇する港へ向け航行せしめる目的で備船した。原告はセント・マルクに於てリバプール宛の貨物を船積したが、船舶が海難に遭遇した爲、修理のためポルトガルの *Fayal* に寄港の止むなきに至り、そこで船長は船舶・運送料・積荷を擔保として借入を行つた後、リバプールに到達した。その後債權者は返済請求の訴を Court of Admiralty に提起し、船舶及び運賃が債務を辯済するに足らないため、その不足額及び訴訟費用を原告が負擔した。そこで原告は被告に對し損害賠償請求の訴を提起した。この場合、フランス法によれば、被告はフランス法の要件に従つて船舶及び運賃を拋棄しており、従つてそれ以上の責に任ずる必要はないが、イギリス法によるときは、オランダ・ポルトガル・ハイチ等の諸法と同じく船舶所有者は、船舶及び運賃の價額を超えた人的責任を負わねばならない。原告は、これに關し、準據法としては、諸國民の海上取引を規律する所謂「一般海商法」か、契約地たるオランダ法か、擔保設定行爲地たるポルトガル法か、最終的履行地たるイギリス法が適用せらるべきであり、その何れによるも被告はその責任があるとのべる。これに對し、被告は、當事者は默示的に旗國法を指定しているとして、フランス法の適用を主張する。原審は原告の請求棄却。

〔附隨意見〕 *Willes* 判事……當事者の爭を決するためには、先づ契約そのものの用語に考慮が拂わるべきであるが、豫想せざる

事情につきこれを決定することができない時は、當事者がその取引を支配すべき法として、いかなる法を指定せんと欲したか、或は彼らはその問題につきいかなる法の支配に屬したと推定するのが妥當であるかを考慮することが必要である (it is necessary to consider by what general law the parties intended that the transaction should be governed, or rather to what general law it is just to presume that they have submitted themselves in the matter)。およそ法的衝突において當事者の意思をいかに決すべきかについては、學説は分れるが、契約地法が當事者の準據法として意圖し或は意圖したものと推定さるべきであることは通説である。従つて例えば契約が全部的に他國に於て履行せられるとか、主問題が他國に所在する不動産に關するという如き、これと異なる意思を示す特別の事情のない限り契約地法が適用さるべきであるが、かゝる當事者の意思は、契約の性質を決定すべき主問題及び附隨的事情により決定すべきである。かゝる問題については、イギリス判例の態度は未だ確定していない。従つてこれを新たな問題として取扱い、前述の如き契約當事者の權利は彼らが意圖し、又は意圖したと推定することが正當である法により決定せらるべき原則を慎重に適用することにより問題の解決を計らんとするものである。

次に問題となる法を逐次検討するに、先づ原告の主張するその問題に關する海商法の一般原則は存在しているものとはいえないし、次に最終履行地法たるイギリス法については、部分的履行という事實はその契約の性質を決定付けるに足るものとはいえない。次に擔保設定地法たるポルトガル法については、假りにそれが船舶抵當付消費貸借契約 (bottomry) の効力の準據法となるとしても、それに基いて生じた船舶所有者の商人に對する債務の準據法となるものとは考えられない。次にハイチ法についてはこゝにのべられていないから、こゝに論じないとするならば、たゞ問題として残るのは、デンマーク法とフランス法の何れが準據法となるべきかという問題である。

まずデンマーク法については、契約がデンマークに於て締結せられたという根本的な事實があり、又履行の爲の最初の行爲がデンマークにおける拔錨であつたことが指摘せられる。これに對し、フランス法については、第一に、その債務のより負擔的な重要な部分が公海でなされており、かゝる公海における船舶内における民事刑事事件についてはフランスが主權をもち、外國港にある場合に於てもかゝる關係は切斷されないという事情があり、更に船荷證券は通常積荷港に於て發行せられるが、備船契約書は必ずしもそ

でないし、又同一航海についての權利義務が船が船積港に所在していたかどうかにより、船が船積港にない場合は備船契約書の作成地によることは不都合であると思われる。更に船舶が一航海中に於て寄港する毎に民事責任に關する準據法を異にすることは不便極まる。これに反し旗國法を採用する時は、何らかかる不都合は生じない。かくて海損に關し、當事者間における海上貨物運送契約 (contract of affreightment) に於て別段の意思が表示されない限り、旗國法 (the law of ship) を適用すべきであるという一般原則は、當事者のあり得る意思 (Probable intention) に合致するのみならず、最も調和的且つ合理的であり、従つて商取引に従事する者にとつて最も便宜である。⁽¹⁸⁾

その後における判例の態度は「イギリス法はこの種の事件を決するについては、契約地法の如き嚴格な專斷的な規準を以て決定的なものとして取扱わず、各事件について、契約の用語、當事者の地位、一般的附隨的事實を考慮して確定せられた當事者の意思によらしめるとする態度をとつてきた」⁽¹⁹⁾のであり、當事者自治主義を採用し來つたと一應いい得る。然しながらこの點についての理解は、學説は必ずしも一致せず、冒頭にのべた如く、主觀主義と客觀主義の對立をみている。

客觀主義の理論は Westlake (1828-1913) が十六世紀より彼の當面した Robinson v. Bland 事件に至る迄のイギリス判例を分析した結果到達したものであり、その説く所は、「これらの場合において、契約の實質的有効性及び効果を決定する法は、イギリスにおいては實質的關連性の考慮 (Substantial consideration) によつて考慮さるべきであるといえる。而してこの場合契約地法がそのまま優先するのではなく、その取引が最も現實的關連を有する國に對して優先が與えられる」⁽²⁰⁾とする。すなわち現實的關連性の深い法 (most real connection) の適用を主張するものである。これに對し、Dicey (1835-1922) により代表せられる主觀主義の説く所は、「契約の本據法 ('proper law of contract') とは、契約當事者が準據法たることを意圖した、又は意圖したと正當に推定さるべき法を意味する。すなわち當事者がそれに服従せんと意圖し、又は意圖したと正當に推定さるべき法を意味する」として、當事者自治主

義を主張するものである。⁽²¹⁾ すなわち前者はもつぱら、その歴史的分析にその根據をもち、後者はむしろ時代の要求、すなわち公法學者としても著名な論者が特に敏感に受け取つた *Laissez-faire* の要求にその論據を置いてゐる。

これらの兩學說を顧慮しつつ、十九世紀の判例をみるときは、實質的には兩理論が併用されてゐるといつて差支えないであらう。まず、客觀主義を採用してゐる判例として通常引用せられるものとしては、*The Torni 事件* ([1932] p. 78) がある。これは「本船荷證券は、署名地の如何に拘らず英國法によつて解釋されることを要する」という約款をもつ船荷證券に基いて、パレスタインよりイギリスに運送せられた果實の引渡に關し、イギリス商人により提起せられた訴である。この約款が、ヘーグ規則をその内容とする一九二六年のパレスタイン海上運送法に違反するものであつたが、裁判所は、船荷證券が、その國積出のためにパレスタインに於て作成された以上、當事者はパレスタン規則を排除することはできなうとし、この點について契約地法を以て準據法としたものである。更に客觀主義の論據とする事件としては、*Boisevin v. Weil 事件* ([1949] 1 K. B. 482.) がある。

その事實は、原告（オランダ人男子）及被告（イギリス人女子）は、ともに戦争の爲に止むなく當時敵の軍事占領下にあつたモナコに居住してゐた。一九四四年六月及び七月に於て被告は、戦争終了後ポンド當り一六〇フランの割でスターリング貨でイギリスにおいて返送する約束で九六萬フランスを借入れた。被告はその全額について英國銀行宛の白地小切手を振出すと共に、その支配人に宛て引受の依頼狀を發送した。被告は預金勘定なく、原告はその支拂を拒絶せられたので六千ポンド及び利息を回復するため本訴を提起した。これに對し被告は一九三九の金融規制令 (*Finance Regulation*) 第二條及び同年の緊急資力防衛法 (*Emergency Powers Act*) 第三條(1)を援用する。すなわち *Regulation* 第二條は「大藏省の許可ある場合若しくは大藏省のために行つ場合の外、無權限の業者は、無權限の業者からの外國通貨又は金塊の買入又は借入を行つことを得ず、又はそれらの者に對し貸付又は賣却をなし得ない」とのべ、又一九三九年の緊急資力防衛法の第三條(1)は、「別段の定めのない限り防衛立法 (*Defence Regulation*) は、……英連邦内にあるすべての者及び特定國家にある者を除く全英國人に適用せられる」(但しモナコはこれに含まれていない)と述べてゐる。

これに對し、Croom-Johnson 判事は原告勝訴の判決を下したので、被告は控訴した。

これにつき、Dennings 判事は、その附隨意見として次の如くのべる。ここに問題とされている規制立法は、戦時における購入資力保護を目的とするもので、この國に所在する者のすべての外國財産は動員されプールを構成し、外國における必需物資の買入資金に充當せられた。そこで、無制限の外國爲替及び外國貿易は、英貨による借入を増加しプールの負擔を大ならしめるために、これを制限した。一九三九年の Emergency Powers Act. 第三條は、これらの規制が、別段の定めのない限り外國所在の英國人にも適用せられるとする。國際私法理論によれば、合衆國に居住するイギリス人がアメリカ人より弗貨を借入れた場合、契約の効力は契約の準據法により、且つそれは契約地法、當事者自治又は履行地法によらず、最も實質的關係 (the most substantial connexion) ある地の法による。而してその契約が合衆國に於て弗貨拂の時は準據法は合衆國法であり、英連邦における英貨拂の時は準據法は英國法であり、後者の場合は從つて Defence Regulation の適用をみるゝこととなる。すなわち Defence Regulation は、たゞ英國法が準據法である場合にのみ適用せられる。ところで、準據法については、Vita Food Product v. Unus Shipping Co. 事件の判決にも拘らず、當事者はその準據法を自由に約定し得ないものと信ずる。當事者の意思は考慮せざるべき要素の一であるにすぎない。所で本件の場合には、被告の國籍、住所、ロンドンにおける支拂の細目、取引を生ぜしめた事情等からして、イギリスが取引を最も本質的に結合した國家であることはいうまでもない。モナコについては、それが偶然そこで締結せられたという結合關係をもつにすぎない。本契約はイギリス法によれば不法であり、從つて執行をなし得ないとのべる。⁽²²⁾

然しながら主觀主義の立場に立つものとしては、*re Missouri S. S. Co. 事件* [1889]⁽²³⁾、*Hamlyn v. Talisker*

Distillery 事件 [1894]⁽²⁴⁾、*Spurrier v. La Cloche 事件* [1902]⁽²⁵⁾ 等があげられるし、又比較的最近の事件としては

例えば、一九四一年の *Ocean Steamship Company v. Queenland State Wheat Board 事件*⁽²⁶⁾ においては、當

事者の眞意の如何を問わず、明示の文言で得據法が指定せられている時はそれに従うべきことがのべられ、又裁判所規則の Order XI, Rule 1 (e) (iii) に基づいて、新たに英法上の問題となるに至つたといわれる一九二一年の *Bri-*

tish Controlled Oilfields v. Staggs 事件⁽²⁷⁾ においては、實質的關係なき英法の指定を有効と定める等一連の事件が

存するが、特に注目すべき事件としては、一九三九年の *Vita Food Products v. Unus Shipping Co.* 事件⁽²⁸⁾が擧げられる。⁽²⁹⁾

その事實は次の如きである。これは Nova Scotia の最高裁判所からの上訴事件である。上訴人はニューヨーク州により設立せられた會社であり、被上訴人は Nova Scotia 地方法により設立せられた會社である。後者は Nova Scotia の Halifax に於て登録せられた動力船 *Hurry On* 號の所有者であつた。後者は一九三五年一月にニューファンドランドよりニューヨークの上訴人に對し鯡を運送することに同意し、船荷證券はニューファンドランドにおいて双方の代理人により署名せられた。一九三二年のニューファンドランド海上運送法 (*The Newfoundland Carriage of Goods by Sea Act*) は、その第一條において、「本條の規定に従い、附屬書にのべられた規則は、本自治領所在の港より、自治領内外を問はず何れかの港に向けられた海上運送に關し効力を有する」と定め、又第三條は、「本自治領において發行せられる船荷證券又は權利證券であつて、この規則が適用せらるべき契約の證據を包含し、又は證據たる證券は、それが本法に述べられた當該の規定に従つて効力を有する旨を明示せねばならない」と定める。而して本法にのべられる規則は、一船に所謂ヘーグ規則といわれ、且つ一九二二年のブラッセルの國際海法會議の決議する所である。その第三條第八規則は、本規則の定める運送者の責任を輕減するいかなる約定も無効である、とし、又第四條第二規則は、「運送者も船舶も、(a) 航海中及び船舶事務中における船長、船員、水先案内人又は運送者の被傭人の行爲、懈怠、怠慢に基く損失、(c) 海上その他の航行永路における危難、危險、事故に基く損失については、責を負はない」と規定する。然るに本件の場合には、當事者の不注意のため、本規則と廣狹その範圍を異にする免責條項を記載した舊形式の船荷證券を用い、第七條において、運送人は、水先案内人、船長、船員、機關士、沖仲仕その他の使用人の運送業務中における行爲、不注意、怠慢、判斷の誤りにつき責を負わざる旨を規定した。更に又「本契約はイギリス法による」旨を規定し、且つ一八九三年の合衆國 *Harter Act* は合衆國からの船積に適用され、別段の定めなき限り、カナダの港よりの船積については一九一〇年のカナダ海上運送法を適用する旨を記載していた。然るに本船は一九三五年一月ニューファンドランド出航後 *Nova Scotia* 沿岸において船長の怠慢により(認定)遭難し、他船に積替の後ニューヨークに送付したが、それにより上訴人は損害を蒙つた。上訴人は、被上訴人は公運送人 (*Common carrier*) たる地位にあり、運送品の安全保

障の義務を負うと主張する。これに對し被上訴人は、船荷證券又は規則は船長の過失 (negligence) による損害について免責し、且つ本契約はニューファウンドランド法によると主張する。これに對し上訴人は、ニューファウンドランド法によることは認めるが、本船荷證券は一九三二年第三條に反するため、被上訴人は免責されないとする。これに關し Nova Scotia の最高裁判所は上訴人敗訴の判決を下した。

これに關し、Weicht は次の如く述べる。第一に決定さるべき問題は、本法の第一條及び第三條の解釋である。上訴人は、第一條は、本法の規定は本法の規定に従つて適用されるのであるから、第三條の要件を備えない船荷證券には適用されないと主張する。然しながら本裁判所はかくの如く解せず、この文言は第二條、第四條、第五條、第六條及び第六條三節の要件に従うことを意味するものであり、又第三條が指示的规定 (directory) か命令的规定 (imperative) であるかが問題となるが前者と解せられる。次に契約準據法については、イギリス法の原則によれば、契約準據法は當事者の適用を意圖する法であることは確定しており、その意圖は客觀的に確められ且つ明示されていない時は、用語その他の附隨事情より推定さるべきである。ところで Atkin 卿は、この原理を示す最近の *Rex v. International Trustee for, etc., Bondholders A.-G.*, ([1937] A. C. 500, 529) 事件において「彼らの意思は、もしあり得るならば契約に存する明示の意思によるべきであり、それが決定的となる」とのべたが、それはこれに余りにも範圍が廣くそこに何らかの條件付けが必要である。國際私法の問題については、原則は絶對的な用語で一般的に述べることは不可能であり、むしろ推定的に述べられる。然し當事者意思が規準になるというイギリス法の原則が適用せられ、且つ當事者の準據法が明示せられている場合、その意思が善意合法であり且つ公序により排斥せられない限りその條件付けを見出すことは困難である。然しながら本件においては、二つの理由によりイギリス法の選擇は無効であるといわれるかもしれない。すなわち、取引は Nova Scotia の船舶により、それらの國に居住する者相互間においてニューファウンドランドよりニューヨークに船積されたのであるから、イギリス法に關係ある要素は何ら存しないといひ得るかも知れない。然しながら本裁判所はこれを斥けている。英國法との關係は何ら本質的な問題ではない。契約中のイギリス法に對する仲裁條項の存在は、取引の準據法たらしめる。國際取引に親しむイギリス法は、當事者がイギリス人でなく、且つその履行が完全にイギリス外でなされる場合に於ても、仲裁條項として屢々採用せられる。本件においては、該

船舶は、カナダに登録されているが、帝國制定法すなわち一八九四年の The Merchant Shipping Act の支配を受けており、且つ保険引受業者はイギリス人であるように思われる。いかなる場合に於ても、當事者は一般に親しまれているイギリス商法の原則の適用を望むことができる。更に他の理由としては、イギリス法の選擇が、特定の貨物についてハーター法又はカナダ海上運送法の適用をうける旨の船荷證券の約款と矛盾しないことである。それはかゝる法規の實質法的指定は單に契約的効果となるにすぎないのであり、イギリス法が準據法となる場合に於てもイギリス法は他國法を契約内容として指定することを許すものであり、實質的指定とは別に他の法が契約の準據法となることは可能なことであるということによる。本據法は、その明示の文言の註釋及び構成を決定し、制定法的或は默示的條件という關係的背後關係をもたらず。然しながらイギリス國際私法は、正當な場合にのみ外國法の適用を要求する。すなわち *Ralli Bros. v. Compania Naviera Sota y Anar* [1920] 事件の如き事情の下においては、履行地法に反する如き履行を強制しないし、又履行地法は契約の實質についての解釋には何らの影響を與えないが、その地における履行についての附隨事項及び方法を規律する。然しこの場合に合衆國法、カナダ法は準據法としてのイギリス法を排斥しないし、ニューファウンドランド法はニューファウンドランドにおける履行には適用されるかも知れないが、同様イギリス法の準據法たる地位を排斥はしない。かくて船荷證券の準據法としてイギリス法を明示的に指定することを斥けるべき何らの理由は存しない。而して次に問題となるのは、當該船荷證券をニューファウンドランド法が不法 (illegally) とすか否かであるが、然し同法は第三條違反の故にその船荷證券を不法又は無効とみなすべき旨の規定もなく、又三條違反についての罰則も存せず、又その違反を明白に禁止していない。すなわち全く船荷證券が作成せられない海上運送契約を無効ならしむべき理由はない。本件の如き場合の船荷證券を不法とするならば、その不便は非常なものがある。外國商人や銀行家は、船荷證券にニューファウンドランド法による支配が明示されていない限り、ニューファウンドランド法の何たるかを知つて居り或は調査するものとは推定され得ないのであり、ましてイギリス法による支配が明示されている時はそうである。もしそれが額面通りに、その契約に關するすべての條件を明示しているものと考えられないならば、船荷證券による取引は著しく阻害せられる。船荷證券は單に契約條件を表はすという以上の機能を果す。すなわち、裏書された場合には、その所有權を移轉し、又通常行われる如くそれに金錢が前拂せられた時は、擔保として銀行その他の貸主に特別の所有權を移轉する。

本件の場合の如く、船荷證券を以て取引する商人が、船積港に行われる外國法を調査しなくてはならぬか否かは重要な問題である。

右の如き判例の傾向を決定的に斷定付けることは、特に最近の判例を考慮するときはかなり困難を感じざるを得ないが、從來の總體的な發展に關する限り、原則的には主觀主義の立場をとつてゐるものと解して差支えないものと考
えられる。⁽³⁰⁾

(1) すなわち、イギリスにおける國際私法問題の起源は、おおむね一六〇三年における James I の王位就任に始まるとせられる。而して當初の問題は、例えば Calvin 事件 (1608) (7 Rep. 2a) において、イングランドにおける外國人土地所有の禁止に關するイングランド法の適用につき、スコットランド人に對して例外を認むべきか否かが問題とされた如く、おおむねイングランド法とスコットランド法の抵觸の問題であつたとせられる。Schmitthoff, English Conflict of Laws, 2nd ed., 1948, p. 22; R. H. Graveson, The Conflict of Laws, 2nd ed., 1952, p. 24.

學說の上からみても、大陸においては、十三世紀以來 Aldricus, Hugolinus, Accursius, Petrus de Bellapertica 等の國際私法の分野における研究を見出すが、イギリスにおいては、Blackstone はその Commentaries on Law of England (1766-1769) においては何ら國際私法の問題を取扱つて居らず、その最初の國際私法學的研究として Jabez Henry, The Judgment of the Court of Demerara in the case of Odwin v. Forbes, to which is prefixed a treatise on the difference between personal and real statutes, and its effect on foreign judgment and contracts, and marriage and wills. (London 1823); Prater, Case illustrative of the Conflict between the laws of England und Scotland, with regards to marriage, divorce and legitimacy (London, 1835); Dwaris, General Treatises on Statutes (1830-1731) を著し、その後の参考として Burge, Commentaries on the Conflict of Laws (1838); Westlake, Private international law, with principal reference to its practice in England (1858); Robert Phillimore, Private international law or Comity (Commentaries upon international law Vol. IV) (1861) があつた。このように國際私法學の發展の遅れたのは、ノルマン征服以來のコンキーン・ローによる統一の結果、國內的法律衝突が余り問題となつたことと見えてゐる。Alexander N. Sack, Conflict of laws in the History of the English law, (Law, a Century of Progress, 1835-1935, Vol. 3, 1937.) p. 343.

(2) Ronald H. Graveson, The proper law of commercial contracts in the English Legal System. (The Conflicts of laws and international contracts, Michigan Law School 1951. p. 3) Sack, ibid. p. 356.

- (3) 1 Rolle Abridgmt. 530, 12.
- (4) 2 Swans. 326.
- (5) 2 Salk. 411.
- (6) 1 Eq. Cases Abridgmt. 289.
- (7) 2 Salk. 666.
- (8) Wolff. p. 31.
- (9) Graveson *ibid.* p. 24.
- (10) Ulric Huber *De Conflictu Legum* E. J. Lorenzen, Selected Articles on the Conflict of Laws, 1947. p. 138-80. 及び Llewellyn Davies, "The Influence of Huber's De Conflictu Legum on English Private International Law," 18 B. Y. I. L. 49 (1937).
- (11) Digest, 44, 7, 21.
- (12) W. Bl. 234, 256.
- (13) 2 Burrow 1077. Wolff, *ibid.* p. 31, 416; Graveson, *ibid.* p. 172.
- (14) Herbert F. Goodrich, Handbook on the Conflict of laws, 3rd. ed., 1949, p. 327.
- (15) Beale, What law governs the Validity of a Contract, 1909, 23 Harv. L. R. 1, 7; Beale, Conflict of laws, 1935, 1096.
- (16) 實力・前掲論文第一卷・第十號・八三頁。及び Beale, Conflict of Laws (1935). Vol. 2, P. 1095.
- (17) Rothschild v. Currie (1841) 1 Q. B. 43, 49; Allen v. Kemble (1848) 6 Moore P. C. 314, 322.
- (18) J. H. C. Morris, Cases on Private International Law, 2nd ed., 1951, p. 183.
- (19) Per Lord Wright, Mount Albert Borough Council v. Australasian Temperance, etc., Society [1938] A. C. 224, at 240.
- (20) Westlake, Private International Law, 7th ed., 1925, p. 302.
- (21) Dicey-Morris, Conflict of Laws, 6th ed., 1949, Rule 136, p. 579.
- (22) J. H. C. Morris, *ibid.* p. 203.
- (23) [1889.] 42 Ch. Div. 321.

- (24) [1889] App. Cas. 202
- (25) [1902] App. Cas. 446.
- (26) 1 All E. R. 158.
- (27) 66 S. J. 18.
- (28) A. C. 277.
- (29) Graveson, *ibid.* p. 168.
- (30) Beales 氏「當事者自治の原理を以てイギリスにおける支配的原理とすべし」Beale, *What Law Governs the Validity of a Contract*. 1909, 23 Harv. L. R. 194, 207; 2 Beale, *Conflict of Laws*, 1935. 1173.

三

以上のべた如きイギリス判例の態度は、もとより異論は存するが、おおむね當事者自治の原則を容認しているものと解して差えない。しからは當事者自治における最初の問題である、實質的指定 (*die materiellrechtliche Verweisung*) と衝突規則的指定 (*die kollisionsrechtliche Verweisung*) の區別の問題、すなわち指定された法は法として (*as statute*) 作用するか、當事者の契約内容として (*as a set of contractual terms*) 作用するかの問題が、英法上いかなる取扱いを受けているかを、先ず検討する。英法においても、*Dobell & Co. v. The S. S. Rossmore Co., Ltd.* [1895] 事件⁽¹⁾において、すでに Esher 卿の附隨意見として、實質法的指定 (*incorporation*) と衝突規則的指定 (*refereco or submission of contract*) の區別が指摘せられ、この區別は特に締結の時と履行の時との間に法が變更せられた場合に重要であるとせられる。即ちいうまでもなく前者の場合は變更前の法規の適用をみる譯である。

次に兩者を區別する規準については、(1)その契約の一部又は一局面が特定の法により支配さるべきことが明示せら

れる場合（例えば特定法の解釋が適用せられる場合）に、他の點について他法を適用すべきことを示す要素が存在しない場合は、通常衝突規則的指定であるとせられる。⁽²⁾（ロ）これに反し、例えば、英國法により契約を締結する當事者が品物の擔保責任についてはフランス法によると定める時は、フランス法はいはゞ速記術的表現（‘Short-hand’ method）として引用されているのであり、裁判所はこのイギリス法による契約を、フランス法の規定が言葉としてそこに記入されているが如く解釋すればよいとせられる。⁽³⁾更にイギリスの判例においては、海損の場合の運送者の責任に關し、合衆國の舊ハーター法（Harter Act）やイギリス海上運送法（the English-Carriage of Goods by Sea Act, 1924）等が實質的に指定せられてゐる事例の多いことも注目してよい點である。⁽⁴⁾

(1) 2 Q. B. 406, at p. 412.

(2) 例へば *Barcelo v. Electrolytic Zinc Co. of Australasia, Ltd.* (1932) 48 C. L. R. 391. 事件においては、一九〇二年において、ビクトリア女王法に従つて解釋せられる旨の約款を含む社債について、衝突規則的指定とせられ、又 *Vita Food* 事政においても、*Wright v. The Torni*, [1982] p. 78, 84. 事件における、契約はイギリス法により解釋せらるべきであるという約款は準據法としてイギリス法を選択することを意味せず、實質法的指定と解すべきであるとする態度が非難せられ解釋せらるべし」（‘to be constructed’）と「支配せらるべし」（‘shall be governed’）の差異は單に言葉の問題にすぎない、とせられる。

(3) *Dicey-Morris*, *ibid.* p. 587.

四

當事者自治原則が採用される場合に、次に問題となるのは、その選擇についての量的制限の問題である。一般に大陸の理論及び實際によれば、選擇さるべき法の範圍は、契約地法・履行地法・當事者の住所地法又は本國法等、その契約と實質的關連ある法に限られ、かかる範圍を逸脱した場合には、それは實質法的指定と解せられる。⁽¹⁾この點につ

いは、當事者自治主義を採用しているイギリス判例は、從來この點について特に明らかにしたものは存しなかつた。すなわち一八八九年の *In re Missouri Steamship Co.* 事件は、英國船舶によるアメリカよりイギリス向け荷物に關し、アメリカに於て作成せられたイギリス方式の船荷證券の効力に關する事件であるが、「決定さるべき唯一の問題は、當事者が契約の準據法として意圖した法が何であるかという問題である」(Lord Halsbury) として、又一九〇二年の *Spurrier v. La Cloche* 事件においても、「契約に關する當事者の意圖が、準據すべき法を決定するための眞の規準となることは餘りにも明白な事實である」(Lord Lindley) とせられ、又一九三七年の *R. v. International Trustee* 事件においても、「契約に關する明示的な意思が……決定的なものである」とのべているにすぎない⁽⁴⁾。その意味において、準據法選擇の問題自體については、おおむね無制限説に立脚していたものといえるのであるが、然しこの點について特に注目をひくに至つたものは、前述の *Vita Food Products v. Unus Shipping Co.* [1939] 事件である。即ち同事件に關する附隨意見として、Wright 卿は、「意思が決定的であるというイギリス法の原則が適用せられ、且つ契約の準據法選擇に關する當事者の明示意思が存する場合に於て表示せられた意思が善意且つ合法であり、又公序によりその適用を斥くべき理由がない限り、いかなる條件付けが可能であるかを見出すことは困難である」とのべている。すなわち、「英國法との實質的關係は、理論的には必要な要素ではない」としているのである。換言すれば、選擇意思が、(1)善意にして、(2)合法であり、且つ公序に反しない限りに於て自由に選擇し得ることを述べている。このうち、その準據法が法廷地の公序に違反するを得ないという點については殆んど問題はないが、「善意にして合法」(‘bona fide and legal’) の觀念は學者がその不明確を指摘する點である⁽⁵⁾。すなわち眞意と異なる準據法を通謀虚偽表示したことを意味するか、或は内部的關連ある地の法の強行規定潜脱の意圖することを意味するのかが必ずしも明らかでないのである。しかしこの點は、強行的規定潜脱の意思のみでは惡意を構成せず、その選擇が道義的に批難され、且つ異常不合理性であることを必要とするとし、又そこに商取引上の便宜及び常識に合

致する要素が存在するときは、その選擇に内部的關連なき場合に於ても *mala fide* を構成しないとする Wolff の理解が妥當である⁽¹⁾。

- (1) Wolff, *ibid.* p. 417. これに反し、例えば、Batiffol は從來英國學者は量的制限の問題については、無關心であつたと云ふ
- (2) 42 Ch. D. 321, 336.
- (3) A. C. 446, 450.
- (4) A. C. 500, 529.
- (5) この觀念の曖昧をいふのは、[1939] 5 (Law Q. Rev. 323, 325.
- (6) Wolff, *ibid.* p. 419. なお本判例といふのは、Cook, *Theological and legal bases of the conflict of laws*, 1949, p. 419.

五

一、次に當事者指定の態様については、まず明示的選擇 (Express Choice) と默示的選擇 (Implied Choice) とに分れる。

(イ) 明示的選擇がなされるのは、事實上稀であり、それが法律的専門家の參與によつて締結せられた場合であるとか、保險會社、海運會社、鐵道會社その他の大企業が普通約款を使用して締結する場合等である。明示的意思がすべての推定に優先して準據法を決定することは⁽¹⁾いうまでもない⁽²⁾。

(ロ) 當事者の意思が言語によつて明示せられない場合は、その意思は、默示指定 (Implied Choice)、すなわち契約の用語、性質、事件の一般的状态より推斷せられる⁽³⁾。例えば特定國法にのみ特有な用語を使用するとか、當事者が裁判管轄を明示的に指定するとか⁽⁴⁾、仲裁約款を設ける場合等は⁽⁵⁾比載的明らかであるが、その他當事者の住所、營業、國籍等も考慮せらるべきである。しかし、《*Ut res magis valeat quam pereat*》(およそ事物は、これを無効なら

しめるより有効ならしめる方が望ましい」という見地から、契約を有効ならしめる準據法推測に努むべきであるという點についてはとらわれる必要はない、とせられる。⁽⁶⁾

二、右にのべた如き、當事者の明示的選擇は勿論、默示的選擇のなされることも實際上餘り行われぬ。そこで、かかる當事者の選擇がなされざる時は、準據法は如何に決定さるべきかの問題が生ずる。これに對しては、次の如き二つの解決が存在する。その一は、主觀主義 (the subjective theory)、すなわち裁判官は、もし當事者がこの點に留意したならば、選擇したであろうと考えられる法を以て準據法となすべしとするものである。すなわち、假設的意思 (hypothetical intention) を以て準據法となすものである。これは、各國判例の一般的態度であるといひ得る。

これに對する第二の立場は、客觀主義 (the objective theory)、すなわち、その契約が最も重要な關係を有する法 (the law with which the contract has the most substantial connexion) を以て準據法となすべしとし、それはより具體的には、その契約に關連ある客觀的諸要素、すなわち、契約地・履行地・目的物たる土地所在地・當事者の住所、居所、國籍等により決定せられるものである。⁽⁷⁾ 前者は、Dicey-Morris, Wolf⁽⁸⁾ により代表せられ、後者は、Westlake, Cheshire⁽¹¹⁾ により代表せられる。而して判例は、客觀主義を採るかにみえるものもないではないが、原則的には主觀主義を固持しているといえる。⁽¹²⁾

この二主義の優劣については、一般にその區別は理論上意義をもつが、適用の實益という點からすれば、大して差異は存しない。それは、人が當事者の意思を推定するためには、おのづから合理的な人間として彼がその重點を何れに置くかが考慮せらるべきであり、その結果は客觀的な方式をとつた場合と同様の結果を生ぜざるを得ないからである。従つて兩主義の對立は、推定意思の問題よりも當事者指定の範圍の問題により重要な問題が存するものといえる。

かくて當事者の明示又は默示の指定なき場合には、客觀主義と主觀主義の何れの立場を採るとを問はず、その確定の方法としては次の點が考えられる。すなわち、一般的指標としては、その事件の全般的事情を検討すると共に、「契

約の用語に對し、商取引、便宜及び良識についての健全なる觀念を適用することによつて見出さるべき」である。⁽¹³⁾而して主觀主義をとる場合に於ても、現實にいかん意圖せられたかを確定することが問題ではなく、もし彼らが具體的に指定していたならば、合理的な人間として恐らく選擇したであろう法を探究することが問題である點が留意せらるべきである。具體的な指標としては、*Rex v. International Trustee* 事件に關し *Atkin* 卿の擧げる四個の規準が留意せらるべきであらう。⁽¹⁴⁾

(1) 契約締結地法 (lex loci contractus)

これは、イギリスにおいて古くより有力な見解であり、*locus regit actus* の法則は行爲の方式のみならず實質にも適用せられるという法規分類學派の思想に負う。この推定を採る場合には、更に行爲地概念の確定が問題となるが、この點についてはイギリス判例は必ずしも明白でないが、*Benaim v. Debono* 事件⁽¹⁵⁾における *Darling* 卿の附隨意見によれば、英國實質法の解釋に従い、通信による契約の締結の時は、承諾の通知が發せられた地を行爲地としている。然しこの點についてはアメリカの場合の如く嚴格に行爲地法主義を採用しているのではないから、行爲地に偶然的要素が強い時は履行地法を適用するということにより、この困難は容易に救済し得るわけである。⁽¹⁶⁾

(2) 履行地法主義 (lex loci solutionis)

これは、*Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co.* [1891] 1. Q. B. 79 事件に關する *Esher* 卿の意見によつて端的に表現されている。すなわち「すべての商人の商事的感覺によれば、次の如き結論が下される。もし契約が一國で締結せられるが、その一部又は全部が他國に於て履行せらるべきものである場合は、特別の事情のない限り、當事者は履行地法による意圖をもつたものと結論すべきであらう」と。この理論は *Savigny* 及び獨逸、瑞西の判例により支持されたものであるが、英國には *Ulric Huber* その他のオランダ學者により繼承せられ、かれらを通じてイギリス法に導入せられた⁽¹⁷⁾、履行は契約の最後目的であり、又契約地如何は偶然的であるが、履行地はその契約

に本質的なものであるという意味に於て後れ。英國の多數の判例は、行爲地法と同じ重要性においてこれを取扱い、特に契約地外で履行せられる債務については履行地法が適用せられる。更に履行地法が準據法であると否とを問わず債務の實質と履行の問題とを分ち、前者については準據法、後者については履行地法を適用する傾向にある事が留意せらるべきである。然しながら、この理論についても、履行地が數個ある場合や双務契約の場合に決定に困難を感じるが、これについては Morris は、一八九三年の動産賣買法 Sale of Goods Act, 1893 並びに c. i. f. 及び f. o. b. に關する判例により決定すべきことをのべてゐる。⁽¹⁸⁾

(3) 不動産所在地法 (lex situs fundi)

不動産讓渡その他不動産擔保・地代負擔 (rent-charge) の設定を目的とする契約の準據法は、物權移轉の問題そのものが嚴格に物の所在地法によるとは異なり、契約一般の準據法による。⁽¹⁹⁾ たゞかゝる契約については、所在地法を準據法とすべき強い推定が存するといえる。⁽²⁰⁾

(4) 旗國法 (the law of flag)

旗國法とは、船舶が航行中にその國旗を掲げる國家であり、その國旗が數國を包含する時は船舶の登記國を意味する。海上運送契約 (affreightment)、すなわち水上運送を引受け又は水上運送のための船舶を供給する契約については別段の意思が推定されない限り旗國法が適用せられる。⁽²¹⁾ 然しながら船舶の出港前になされた契約については、旗國法が適用されることは少く、旗國法の適用をみるのは、航海中船長の權限においてなされた取引・冒險貸借 (bottomry contract) ⁽²²⁾ 及び差押港における積荷賣買契約等 ⁽²³⁾ に限られる。これは、船長は數種の法の適用をうける多數の積荷所有者に代つて必要的事務を行ねばならぬという實務的便宜の理由と、國際私法上における代理理論の適用の結果であるとせられる。従つて航海前の一般運送契約については、仲裁約款・書類作成の用語又は術語・貨物の引渡及び運賃支拂地・當事者の業務執行地・運送契約書・船荷證券等諸般の要素により當事者の意思が推定されるべきで

あるとせられ、殆んど旗國法は適用せられないといつてよい。これは近代的商取引においては船の國籍は大して重要性をもたないことによる。更にヘーグ規則に基いているイギリス海上運送法(The Carriage of Goods by Sea Act, 1924)は、契約準據法及び船籍如何にかゝらず、大ブリテン及び北アイルランドより出港よりの船積に適用せられることも留意すべきである。たゞし同じヘーグ規則をとる外國からの船積については、當事者が船積國以外の法すなわちヘーグ規則によらない法を選択することを許している。更に海上運送契約の履行についても旗國法は適用せられないが、同時に本據法を適用せられず履行地法によるが、これは一般の契約と同じ理論に基く⁽²⁾。

- (1) Hamlyn v. Tallisker Distillery [1894] A. C. 202; Ex p. Dever (1887) 18 Q. B. D. (C. A.) 660; Perry v. Equitable Life Assurance Society of the United States (1929) 45 T. L. R. 468, 470; Anderson v. Equitable, etc. Society (1926) 42 T. L. R. 123 (C. A.) 306; Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co., Ltd. [1939] A. C. 277 (P. C.)
- (2) Dicey-Morris, p. 584. Wolf; p. 426.
- (3) かくる考え方は、既に上述の Robinson v. Bland (1760) にかつて見出され、比較的最近の事件として R. v. International Trustee. [1937] A. C. 500 がある。
- (4) N. V. Kwik Hoo Tong Handel Maatsch. v. James Finley [1927] A. C. 604 によつては、「當事者がその契約をイギリス裁判管轄に委ねることは、默示的に、その判決を支配する法は法廷地の法であることを承認したものである」と述べられている。
- (5) 26 leading cases として Hamlyn v. Tallisker Distillery [1894] A. C. 202 及び Spurrer v. La Cloche [1902] A. C. (P. C.) 446. がある。
- (6) 及び The Penninsular and Oriental Steam (1865) 3 Moo. P. C. (N. S.) 272
- (7) J. H. C. Morris, Case on Private International Law, 1951. p. 207.
- (8) Dicey-Morris, ibid. p. 574.
- (9) Martin Wolf, ibid. p. 429. 本書では、必ずしも積極的に主觀主義を支持していないが、その前後の敘述からして、かゝ

る推測がなし得る。なお Adolf F. Schnitzer, *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, 1950, Band II p. 562 参照。
 (10) Westlake は「これらの場合において、契約の内面的有効性及び効果を決定する法は、イギリスにおいては實質的關連性の考慮 (substantial consideration) によつて考慮されるべきであるといえる。而してこの場合契約地法がそのまま優先するのではなく、その取引が最も現實的關連を有する國に對し優先が與えられる」とする (Westlake, *A Treatise on Private International Law*, 7th ed. 1925, p. 302.)

(11) Cheshire は「準據法は、それ自體としての (per se) 當事者の意思によるものでない。それは、ウェストンークののべる如く、その取引が最も現實的關係 (the most real connection) を有する……法制が、準據法としてはどのべきであるか」(Cheshire, *Private International Law*, 2d ed., 1938, p. 254-6)。また Cheshire, *International Contracts* (1943), p. 27; *Private International Law*, 3rd ed., 1947, p. 311. 及び Morris, 54 *Law Quarterly Review* (1939) 320, 56 *L. R. R.* 337, 参照。

(12) 從來の判例の態度は、「イギリス法はこの種の事件を決するについては、契約地法又は履行地法の如き嚴格な專斷的な規準を以て決定的なものとして取扱わず、各事件について、契約の用語、當事者の地位、一般的附隨的事實を考慮して確定せられた當事者の意思によつてめるといふ態度をとつてきた」(Mount Albert Borough Council v. *Australasian Temperance* [1938] *A. C.* 224, at 240) といえる。なお Schnitzer がこの事件における Wright 卿の附隨意見の中の「當事者は、約定の文言中に準據法を表示するかも知れぬ……然し大部分の事件においては彼らはそうしない。彼らは全くその問題を考慮しなかつたのかも知れない」といふ部分を以て、客觀主義の一の表現とすること (Schnitzer, *ibid.* S. 561) は是認し難い。何故なら、主觀主義といえども、當事者が考慮しなかつた點については承認し、その假設的前提から出發することに變りはないからである。なお、主觀主義と客觀主義の對立の問題については、A. Nussbaum, *Gründzüge des internationalen Privatrechts*, 1952, S. 154.

(13) *Jacobs v. Crédit Lyonnais*, (1884), 12 *Q. B. D.* (C. A.) 589, 601.

(14) [1937] *A. C.* 500, 529.

(15) [1924] *A. C.* 514 at p. 520.

(16) *Dicey-Morris*, *ibid.* p. 599.

(17) 例えば婚姻事件といふことはあるが *Warrender v. Warrender* (1883), 2 *Cl & Fin.*, 488.

(18) *Didy-Morris*, *ibid.* 602.

- (19) ダイシーは、大陸特にフランスついでドイツにおいては、かかる契約について物の所在地法を、當事者自治その他の要素にかゝわらず優先的に適用する傾向が、イギリス及びアメリカよりも強いことを指摘している (Dicey-Morris, *ibid.* p. 658)
- (20) Dicey-Morris, *ibid.* p. 656. Rule. 144.
- (21) The Lloyd v. Guibert (1865), L. R. 1 Q. B. 115, 125; The Caetano and Maria (1882), 7 P. D. (C. A.) 137, 142.
- (22) The August, [1891] p. 328, 339.
- (23) The Adriatic, [1931] p. 241, 246.
- (24) Dicey-Morris, *ibid.* p. 667.

六

英國々際私法上、契約の不法性 (Illegality) の觀念は、二つの問題に分れる。その一は、契約準據法によつて不法なる契約の無効性は、英國裁判所によつて承認せられるという問題である。これは大陸の場合に於ても同様の取扱ひを受ける點である。その二は、法律潜脱行爲との關連における不法性の觀念である。ここで特に問題となるのは後者である。

(a) 英國國際私法によれば、當該契約が準據法上合法且つ有効である場合においても、その契約地の法によれば不法である場合は、その契約は無効にせられるという議論が存する。⁽¹⁾ この理論は、一八八九年の *Re Missouri Steamship Co.* 事件における Halsbury の附隨意見に負うとせられるが、判例上判決理由 (*ratio decidendi*) として支持せられてゐるものは、一九三二年の *The Torni* 事件以前には存在してゐない。然しながら、一九三九年の *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co., Ltd.* 事件におつては、樞密院 (Privy Council) における Wright 卿の發言により更にこの原則が否認せられ、*The Torni* 事件における判決が支持し得ない旨がのべられてゐる。すなわち樞密院は、準據法でない所の契約地によつて契約を無効ならしめることにより、*Court of Appeal* はイギリス

國際私法の根本原則すなわちが準據法を決定すべき最大の規準であるという原則を破つてゐる、とのべているのであつて、而もこれは單なる附隨意見（*obiter dictum*）の中でなされているのではない。尤もイギリスの裁判所においては第一審裁判所は *Court of Appeal* に拘束されるのであり、樞密院により拘束されないという意味に於ては、先例を覆えたことにはならないが、これにより *Lord Halsbury* の附隨意見及び *Torn* 判決の權威が著しく動搖せしめられるに至つたとせられる。⁽²⁾ また *Graveson* によれば、從來の判決においては多くの場合 *lex loci contractus* が同時に準據法であつたのであるから、*Vita Food Products* 事件以前においては、*lex loci contractus* による不法性が契約を無効ならしめるといふ原則についての英法上の司法的根據は存在していなかつたとのべてゐる。⁽³⁾

(2) 不法性に關する第二の點は、英國々際法においては、契約が準據法上合法であると否とを問はず、その履行に關して履行地法（*lex loci solutionis*）により不法とされているときは、効力なしとせられる。⁽⁴⁾ これは、契約の合法性は一般に準據法により決定せられるという一般原則に對する例外規則である。例えば、*Ralli Bros, v. Compania Naviera Sotay Aznar* 事件（1920）に於ては、⁽⁵⁾ イギリス商社がカルカタよりバルセロナに貨物を運送する爲にスペイン船を傭船し、この場合運賃はトン當り五〇ポンドであり、その半分はスペインにおける引渡に際し支拂われるという約定が存したが、スペイン法によればトン當り八七五 pesetas 以上の運賃が禁止せられていた、そこで船舶所有者がイギリス裁判所に出訴したのであるが、この場合 *Court of Appeal* は履行地法の規定が命令的規定であるか指示的規定であるかを區別することなく、履行地に反するという理由で、契約の執行を拒んでゐる。然しこの場合 *Scrutton* 卿は、「契約が外國において履行せらるべき場合においては、それは、別段の事情のない限り、外國において履行さるべき行爲は、その國の法によつて不法であるべきではない」といふ規約の繼續的有効性を默示的に表現してゐる」として默示的約定の解釋の問題としてのべてゐるのである。⁽⁶⁾ 然しこの事件は準據法がイギリス法であり又その後の *Kleinwort Sons & Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie Aktien-Gesellschaft* 事件〔1939〕

も亦イギリス法であるために、準據法がイギリス法以外である場合においても同様の例外原則が適用せられるか否かについては若干問題が残る。すなわち上述の原則は、完全なる國際私法上の原則でなく、英國實質法の解釋としての側面をもつとせられる見解の生ずる所以である。⁽⁷⁾

- (1) Re Missouri S.S. Co. (1889) 42 Ch. D. 321, dictum of Halsbury L. C. at p. 336; The Torni [1932] p. 78, dictum of Greer L. J. at p. 88, dictum of Slesser L. J. p. 91, なら Scrutton は別の根據から判決に同意している。
- (2) Dicey-Morris, *ibid.* p. 632-633.
- (3) Graveson, *ibid.* p. 179-180.
- (4) Dicey-Morris, *ibid.* p. 638
- (5) 89 L. J. K. B. 999.
- (6) Graveson, *ibid.* p. 180.
- (7) Dicey-Morris, *ibid.* p. 640.