HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際私法の基礎理論（一）
Author(s)	ノイハウス，パウル・ハインリッヒ；櫻田，嘉章//訳
Citation	北大法学論集，30(2)，123-141
Issue Date	1979-10-17
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16286
Type	departmental bulletin paper
File Information	30(2)_p123-141.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

〈翻訳〉

パウル・ハインリッヒ・ノイハウス著「国際私法の基礎理論」第二版（一）

櫻田嘉章

〈訳者はしがき〉

本書の著者であるパウル・ハインリッヒ・ノイハウス氏（PAUL HEINRICH NEUHAUS）は、国際的にその名を知られているマックス・プランク外国私法・国際私法研究所の研究員であり、ハンブルク大学で教授となられた人である。今更饒舌を弄するまでもなく教授は西ドイツにおける伝統的国際私法学の代表者の一人であり、その学殖の豊かさ、広さ、深さの点においては他の追随を許さぬ大家である。ここに訳出を試みる Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. (1977) は、名著の誉高い一九六二年の第一版を大幅に改訂・増補したものであり、長らくその完成が待たれていたものである。殊にその間に強まったアメリカ国際私法からのインパクトに対し、伝統的国際私法の立場から応えた本書は、まさに現代ドイツ国際私法学の最高水準を示す、国際私法の基礎理論に関する権威ある基本書であるといえよう。その内容の紹介・批評は他日に期すとして、およそ国際私法理論の学習・研究に必要な基礎的知識が、高度の理論的水準を保ちながら極めて分り易く説かれている本書は、わが国の国際私法学徒にとっても必読の書である。非才を省みず敢えて本書の翻訳

に着手したのは、本書のこのような豊かな内容にうたれたためであるが、更にノイハウス教授の国際私法学にかける情熱に畏敬の念を抱いたからである。仮訳とはいえ筆者のこの拙い日本語訳があるいは本書の価値を損うのではないかと恐れながらも、訳者の誤解や誤訳については読者諸賢の御叱正を頂いて、ともかくもできるだけ早い時期に最後まで完成させたいと考えている。

書名について一言すれば、原題の「基本概念」を「基礎理論」と敢えて意訳したのは、著者のはしがきにもかかわらず本論の内容からすれば、まさに「国際私法の基礎理論」と表現することが日本語のひびきとして当を得ていると考えたからである。翻訳に当っては原文に忠実であることを心掛けたが、場合によっては大幅に意訳したところもあり、予めおことわりして寛恕を乞う次第である。

最後に本書の翻訳を快諾され、出版社の許可までとって頂いたノイハウス教授に謝意を表すると共に、今日まで翻訳の着手が遅延したことをおわび申し上げたい。

*なお、本書第一版の紹介が既に桑田三郎教授によってなされている(法学新報七〇巻八号、国際私法研究三二七頁以下参照)。更に、ノイハウス教授についてはたとえば DÖLLE, RabelsZ Bd. 38 (1974) H. 2-3 をみられたい。

はしがき

本書は主として私がこの三十年の間に国際私法・国際訴訟法について書き記したものを集め、最新の資料を加味して体系としてまとめあげたものである。その中心をなすのはいずこの国においても同じ様にあらわれ、しかも国際私法の理解に必須の総論の諸問題であり、国毎に異っている個別的問題は例示的にふれるにとどめた。

一九六二年の第一版に比べれば多数の比較的小さな補充の他に十節分の追加がなされている。即ち、国際私法の歴史、連結点「行為地」及び「旗国」、基本権、国際手続法に関する一章並びに国際私法の法典化に関する補遺がそれである。更に最新の動向を顧慮するために第一章「基本観念」に著しく手を加えた。それは第一版が、当時においてはまだほとんど異論の唱えられることのなかった伝来的国際私法をまず叙述し説明しようとしていたのに対して、本第二版は種々の批判に対して伝来的国際私法の正当性を主張し、その生命力を示そうとするものだからである。

マックス・プランク外国私法・国際私法研究所の内外にあって本書の完成に助言と批判を惜しまれなかった諸氏に感謝の念を禁じえないものであるが、本書執筆以外の義務を広く免除して下さった所長コンラッド・ツヴァイゲルト (Konrad Zweigert) 教授には殊に謝意を表するものである。同僚ヤン・クロフォラー

(Jan Kropholler) 私講師は変らない忍耐力でもってまず執筆について、ついで草稿に目をとおされた後にはその整理について私を励まし、多くの加筆訂正に御助力頂いた。弁護士クリスタ・ハイニンク (Christa Heining) 夫人には無数の引用の照合について非常な御努力を頂いたし、カルロス・ブェノ・グスマン (Carlos Bueno Guzmán) 博士ならびにペーター・ドプフェル (Peter Dopffel) 博士には校正に御協力を頂いた。

マカロフ (A. N. Makarov) への本書の献呈は、私が個人として負うことの多い大家であり旧友である人に対してというだけではなくて、最も純粋な客観性とヨーロッパ的視野の点ですべての国際私法学者の模範であった、そして今も模範である人に対してである。

草稿は一九七五年十一月に完成したが、個別的には資料の補足を施した。

ハンブルク　一九七六年六月

H・N・

第一版へのはしがきから

本書の書名は国際私法の明瞭な概念が重要であるという著者の信念に基づいている。それは法規の欠缺補充のために概念に創造的な力を与える過去の概念法学の意味においてでなく、また実定法を一つの閉鎖的体系に徹底的に固定するという意味においてでもない。即ち、法の継続的形成と、時代に即した変遷は可能でなければならず、それは結局法的良心の問題である。しかしながら、そのことはこの良心、いいかえれば法感覚に過大な要求をつきつけ、同時に法的安定性を著しく危険にさらし、すべての実定的に定めのない問題を直接に裁判官の個人的な決定に委ねることになりかねない。これはまさに国際私法についていえることである。国際私法の制定法による定めはあまりに多くの問題を未解決のままに残しており、しかもその際に自然な法感情に訴えることがあまりにも少いからである。それは国際私法が係争事実関係を多くは直接に規律することなく、それを律するために援用される法律を定めるにすぎないことに基因する。斯学の大家であればその解決にあたっては論理的考慮にとらわれず、その豊かな経験に基づいた、適切な結果に対する勘によって導かれることであろうが、稀にしか国際私法に携わることのない、従ってその問題の行きつきうるところについてわずかの展望しかもたない平均的法律家や、ましてや初心者たる学生にとっては、事案をまず型通りに解決し、合理的に理解し、習得することの可能な規則を必要とするのである。意図された結果の公平さの検討、ならびにその規則によって把えられることのなかった諸問題の決定は、その後の問題であるといってよい。

資　料

目　次

略号表

第一章　基本観念
第一節　国際私法（概念、特質、名称）
第二節　統一法
第三節　決定法と指定法
第四節　国際私法の問題の把え方
第五節　国際私法における正義
第六節　判決の調和
第七節　法廷地法―自国法志向
第八節　国際法
第九節　比較法
第十節　歴　史
第二章　牴触規定の構成要件
第十一節　牴触規定
第十二節　類型化か個別化か
第十三節　性質決定
第十四節　性質決定の対象
第十五節　性質決定の準拠法
第十六節　部分問題―先行問題
第十七節　方式と実質
第三章　連結総説
第十八節　連結素
第十九節　累積連結
第二十節　連結の公理
第二十一節　既得権保護
第二十二節　Favor negotii――有利原則
第二十三節　属地性
第二十四節　特徴的内容の法
第二十五節　Fraus legis
第四章　個別連結について
第二十六節　属人法の連結
第二十七節　国　籍
第二十八節　住所（Domizil）
第二十九節　常居所
第三十節　行為地
第三十一節　所在地
第三十二節　旗　国
第三十三節　当事者自治
第三十四節　推定的（hypothetischer）当事者意思
第五章　連結の特別問題
第三十五節　反　致
第三十六節　反致の促進的連結と抑制的連結
第三十七節　隠れた反致
第三十八節　優先適用（Näherberechtigung）――自己抑制
第三十九節　準拠法変更

第四十節 不変更性
第四十一節 地際私法
第四十二節 人際法
第六章 外国法の適用
第四十三節 外国法適用の過程
第四十四節 外国法適用の範囲
第四十五節 相互性と報復
第四十六節 先決問題——代用 (Substitution)
第四十七節 適 応
第四十八節 畋行的法律関係
第四十九節 公 序
第五十節 基本権
第五十一節 特別留保条項
第五十二節 補充法
第七章 手 続
第五十三節 国際民事手続法
第五十四節 裁判権——「制度固有の管轄権」(wesensseigene Zuständigkeit)
第五十五節 国際的管轄権
第五十六節 国際的管轄権の規準
第五十七節 Forum causae—forum legis (並行)
第五十八節 外国手続の承認
補遺・国際私法の法典化か
諸索引

略　号　表

1. 引用文献略記表

DICEY/MORRIS
=On the Conflict of Laws[9] (London 1973)

GAMILLSCHEG, Int. ArbeitsR
=Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht) (1959)

IPG
=Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht

KAHN, Abhandlungen
=Abhandlungen zum internationalen Privatrecht I und II (1928)

KEGEL, IPR
=Internationales Privatrecht, Ein Studienbuch[3] (1971)

KROPHOLLER, EinheitsR
=Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren (1975)

MAKAROV, Allg. Lehren
=Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts[2] (1962)

MUGDAN
=Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich I (1899)

NEUHAUS, Verpflichtungen
=Die Verpflichtungen des unehelichen Vaters im deutschen internationalen Privatrecht (1953)

RAAPE, IPR
=Internationales Privatrecht[5] (1961)

RABEL, Aufsätze
=Gesammelte Aufsätze II (1965), III (1967)

–, Conflict
=The Conflict of Laws, A Comparative Study I (Ann Arbor 1945, 2. Aufl. 1958), II (1947, 2. Aufl. 1960), IV (1958)

–, Qualifikation
=Das Problem der Qualifikation: RabelsZ 5 (1931) 241 ff. = Aufsätze II 189 ff. (auch als Sonderausgabe Darmstadt 1961)

Restatement[2]
=American Law Institute, Restatement of the Law Second, Conflict of Laws 2d, I und II (1971)

Rvgl. Hwb.
=Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes

SAVIGNY
=System des heutigen Römischen Rechts VIII (1849, auch Nachdruck Darmstadt 1956)

SCHNITZER, IPR
=Handbuch des Internationalen Privatrechts[4] I (Basel 1957), II (1958)

STAUDINGER (-GAMILLSCHEG)
=Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[10,11], EGBGB Teil 3 (=Sonderausgabe Internationales Privatrecht II; 1972)

Vorschläge ...
=Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts (1962), ... Kindschafts-, Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts (1966), ... Erbrechts (1969), ... Personen- und Sachenrechts (1972)

M. WOLFF, IPR
=Das internationale Privatrecht Deutschlands[3] (1954)

--, Priv. Int. L.
=Private International Law[2] (Oxford 1950)

ZWEIGERT/KROPHOLLER
=Sources of International Uniform Law - Sources du droit uniforme international - Quellen des internationalen Einheitsrechts I (Leiden 1971)

2. その他の略号

ここに記載しなかった定期刊行物は RabelsZ, Gesamtregister für Jg. 1 (1927)-25(1960) および Zeitschriftenverzeichnis (1966), または英米判例の一般的形式に従って略記される。

ABGB	=(österr.) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abk.	=Abkommen
ABl. EG	=Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
a. E.	=am Ende
a. F.	=alter Fassung
AG	=Amtsgericht
AktG	=Aktiengesetz
ALR	=Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Amtsbl.	=Amtsblatt
App.	=Appellationsgericht
BAnz.	=Bundesanzeiger
BArbG	=Bundesarbeitsgericht
BayObLG	=Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bespr.	=Besprechung
bespr.	=besprochen
BeurkG	=Beurkundungsgesetz
BG	=(Schweizer) Bundesgericht
BGB	=Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	=Bundesgerichtshof

BSozG	=Bundessozialgericht
BT-Drucksache	=Bundestagsdrucksache
BVerfG	=Bundesverfassungsgericht
B-VG	=(österr.) Bundes-Verfassungsgesetz
B. W.	=(niederländ.) Burgerlijk Wetboek
c.	=*contra*
can.	=canon, canones
Cass.	=Cour de Cassation
C. c.	=Code civil, Código civil
C. civ.	=Codice civile
C. I. C.	=Codex Iuris Canonici
C. I. E. C.	=Commission Internationale d'Etat Civil
C. J.	=Chief Justice
Cmd., Cmnd.	=Command Paper (Paper represented by command of Her Majesty)
C. nav.	=Codice della navigazione
C. p. c.	=Code de procédure civile, Codice di procedura civile
C. pen.	=Código penal
D	=Digesta
D. I. P., d. i. p.	=Derecho internacional privado, Diritto internazionale privato, Droit international privé
Disp. prel.	=Disposizioni preliminari
Diss.	=Dissertation
DVO	=Durchführungsverordnung
ebd.	=ebendort
E. C. E.	=Economic Commission for Europe
EG	=Einführungsgesetz zum/zur
EG	=Europäische Gemeinschaft (en)
EWG	=Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FamGB	=Familiengesetzbuch
FamRÄndG	=Familienrechtsänderungsgesetz
FGG	=Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fs.	=Festschrift, Festgabe, Liber amicorum etc.
G	=Gesetz
GBl.	=Gesetzblatt
GG	=Grundgesetz
GleichberG	=Gleichberechtigungsgesetz
GVG	=Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	=Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

HGB	=Handelsgesetzbuch
IGH	=Internationaler Gerichtshof
ILR	=Interlokales Recht
Institut	=Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
Int. Enc. Comp. L	=International Encyclopedia of Comparative Law
IPG	=Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht
IPR	=Internationales Privatrecht, Internationalprivatrecht, Internationaal Privaatrecht
IZR	=Internationales Zivilverfahrensrecht
J.	=Judge, Justice
JN	=Jurisdiktionsnorm
J. O.	=Journal officiel
Kass.	=Kassationsgericht
KG	=Kammergericht
KO	=Konkursordnung
L. cost.	=Legge costituzionale
LG	=Landgericht
MilRegG	=Gesetz der Militärregierung
mschr.	=maschinenschriftlich (e)
N.	=Fußnote
NAG	=(Schweizer) Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter
N. B. W.	=(niederländ.) Nieuw Burgerlijk Wetboek
NEG	=Nichtehelichengesetz
N. F.	=Neue Folge
n. F.	=neuer Fassung
O	=Ordnung
OG	=Obergericht
OGH	=Oberster Gerichtshof
OLG	=Oberlandesgericht
OLGZ	=Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	=Obligationenrecht
OVerwG	=Oberverwaltungsgericht
Prot.	=Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
Rb.	=Arrondissements-Rechtbank
Rev. roum. sci.soc.	=Revue roumaine des sciences sociales, Série de sciences juridiques

RGW	=Rat für Gegenseitige Wirtschaftshilfe (Comecon)
RIW/AWD	=Recht der Internationalen Wirtschaft, Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
RuStAG	=Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
Rvgl. Hwb.	=Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht
Rz.	=Randzhl
s.	=siehe
s. a.	=siehe auch
SchKG	=Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
scil.	=scilicet
s. d.	=siehe dort
sec.	=section
secs.	=sections
StAngG	=Staatsangehörigkeitsgesetz
Stat. Jb.	=Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland
Stbl.	=Staatsblad
s. v.	=sub verbo
Trib. (corr.)	=Tribunal (correctionnel)
Übereink.	=Übereinkommen
v.	=versus
VerwG	=Verwaltungsgericht
VO	=Verordnung
VOBl.	=Verordnungsblatt
Vorschläge	=Vorschläge und Gutachten zur Reform
Wet A. B.	=Wet houdende Algemeene Bepalingen
WEU	=Westeuropäische Union
ZGB	=Zivilgesetzbuch
ZPO	=Zivilprozeßordnung
ZSchweizR	=Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge
ZVG	=Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

第一章　基本観念

第一節　国際私法（概念、特質、名称）

I、国際私法の**概念**は三義におよび、三通りに理解することができる。

1、国際私法とは**その語の意義においては**国際的に妥当する私法であり、最も恵まれた場合には世界法となるが、いずれにしろ「多国的」(„mehrstaatliches") 私法をいう。(1) 最も適切には「国際的統一法」(„internationales Einheitsrecht") と称され、(2) たとえば一九三〇・三一年のジュネーヴ統一手形・小切手法条約、(3) あるいは一九六四年の国際動産売買に関する統一法を含んでいる。(4)（詳細は後述第二節統一法参照）。

2、**広義の、厳格でない意義における**国際私法とは、国際的要素、「渉外関係」(Auβenbeziehung) を伴う私的関係に関連するすべての法をいう。即ち、各個別国家の（national《staatlich》）法律の空間的妥当範囲をこえる私法的事実関係に関する法なのである。これに含まれるのはたとえば輸出入契約に関する規定、あるいは国籍の異なる者の婚姻に関する規定がある。これらの規定は同時に語義における国際私法ともなりうる（たとえば、上述統一売買法）。しかし内国における外国人の法的地位に関する規定（いわゆる外人法《Fremdenrecht》、詳細は後述第三節Ⅰ－b参照）、あるいは外国遺産の取り扱いに関する規定のような純国内的な法であることもある（この点についての詳細は後述第三節決定法《Entscheidungsrecht》と**指定法**《Verweisungsrecht》参照）。

3、**狭義の、専門的意義における**国際私法は（ＩＰＲと略称）、2、で述べられた法の一部である。即ち、それは国際的内容を有する事実関係を直接に規律することなく、関連する法律のうちの一を指定することによって規律するのである（それ故指定法である）。別の言い方をすれば国際私法は個々の法律の適用範囲を境界づける（従って法適用法である）、しかもその法律が内国で効力を有する限りは内国法と共に外国法のそれをも定めるのである。従ってその起源においては一般的にそうはいえないとしても、少くともその機能においてはいわば法上の法なのである。狭義の、最後に述べた国際私法が―牴触法とも称されるが（後述Ⅲ2参照）―本書の主な対象である。

狭義の国際私法に付属するものとして、国籍法、外人法、国際民事手続法もこの名称の下でしばしば取り扱われている。国籍法を国際私法に含めるのは、国籍の一般的概念が何ら存在せず私法

目的のための特別の国籍と—これは当然国際私法に属するが—、公法のための特別の国籍とがあった時代の産物である。[5] 国際民事手続法に関しては後述の第七章を参照されたい。

(1) MARTIN WOLFF, IPR 4 の表現である。

(2) KROPHOLLER, EinheitsR 6ff. 参照。

(3) 後注 (33)。

(4) 後注 (32)。

(5) この点については MAKAROV, Allg. Lehren 103ff. 参照。

II、狭義の国際私法の特質は、法上の法としてのその機能から生じる。その特別の魅力も、またその問題性もその点に由来する。(しかもたいていの国では、国際私法はそのごくわずかの部分が立法、あるいは拘束力ある先例によって確定されているにすぎない。従ってこの分野では学説並びに裁判官による法発見に特に豊かな活動領域がみとめられている。)

第一に、その他の国内法とは反対に、国際私法は原則としていくつもの法律と関係を有しており、このような形で自国法の限界をこえて我々の視野を広げる。その限りでは国際私法は比較法に近づく。今日ではこの二つの分野は、以前には特に法哲学と法史に課せられていた教育的使命を果している。今ここで実定的に妥当している自国法も、内容的にそれと異る他の規範を観察することで相対化されていく。その規範が、法哲学によって理論的に構想されたものであれ、法史や比較法によって経験的に他の時代・空間の内に見出されるものであっても、である。

第二に、それが相互に限界を定めている個々の実質法より、抽象のより高度なレベルで国際私法は機能している。その限りでは実体法上の請求権をめぐる紛争を形式的手続で解決し、その請求権を直接実質的に理由づけようとすることのない訴訟法と比べることができる。この国際私法の高度の抽象性が多くの者を魅了するのだが、また具体的な事実、承認されている価値の基盤を失ってしまうという危険をももたらすのである。

これら二つの基準——即ち、多数法への関連性と抽象性——の結びつきがあらわれるのは国際私法以外では恐らくその主な部分で裁判所の上に立つ法である国際民事手続法においてだけである(後述第五十三節III参照)。

国際私法の複雑さがその極に達するのは、準拠実質法の選択以前に更に適用さるべき抵触法をまず定めねばならない場合、即ちいわば「第二次の抵触法」が発生する場合である(後述第三十五節反致、第三十八節優先適用、第四十一節地際私法参照)。

従ってマックス・グッツヴィラー (MAX GUTZWILLER) がか

って引用した、ある聡明なフランスのロマニストの意地の悪い言葉も分ろうというものである。[6] 即ち「国際私法の理論……それは夜のトンネルの中での黒人の戦いである」。足もとの頼りない沼のある陰気な湿地としての国際私法に関するブロッサーのよく引用される言葉も同様である。[7]「抵触法の領域は、ズブズブの泥沼に満ち満ちた、しかも奇妙で不可解な専門語で謎めいた問題について理論を立てる、学識はあるが奇矯な教授達が住んでいる、陰鬱な湿地である。普通の裁判所や法律家は、それにまきこまれ迷いこむと全く途方にくれてしまうのである」。あるいは国際私法をドイツ語で端的に「へりくつをこねる教授連の発明」とよぶ者もある。[8]

しかしながら、国際私法は、国際的法交通に参加する諸国の間で完全な法統一がなされない限りは不可欠である。なぜなら圧倒的に外国関連性を伴っている事案へ常に国内法のみを適用すること、また準拠法に関する決定を、事案毎に、内容的に「より適切な(bessere)」法についての主観的とならざるをえない判断に従ってのみ行うことは、正義と法的安定性の禁じているところである(詳細は後述第五節正義)。

国際私法を根本的に単純化しようとする試みは、これまでのところすべてそれを仔細にみれば期待を裏切るものである。[9] 複雑さを求める密教的欲望と「恐るべき単純化論者」(terribles simplificateurs)」の要求の間に中道を見出すことが重要である。

(6) MAX GUTZWILLER, RabelsZ 11 (1937) 326.

(7) PROSSER, Mich. L. Rev. 51 (1952/53) 971.

(8) GENTINETTA, Die lex fori internationaler Handelsschiedgerichte (Bern 1973) 31 による。

(9) 詳細は後注 (129) 参照。

Ⅲ、名称問題はいまだに未解決である。

1、百度も争われた百年来の「国際私法 (Internationales Privatrecht)」というドイツ語の名称は、„private international law"[9] の不運な翻訳である(フランス語では国際法たる droit international public に対立するものとしての droit international privé である)。それでもこの名称は、すべての望み通りのそれに対する下位概念、並行概念が適宜造り出されうる点では実際的ではある。即ち、下位概念としては国際人事法、国際債権法、国際物権法等があり、並行概念としては国際手続法、国際行政法、国際刑法、地際法(カントン間、ゾーン間、セクター間)、人際法(宗教間、種族間)、時際法等々がある。その反面「国際私法」はいささか重苦しく、特に形容詞形 „international privatrechtlich"

はそうである（ドイツ語の生れ損いである iprechtlich や IPR. lich は問題にしないにしても）。

その実質においては国際私法という名称は二重の誤解を招く。第一に、この法は必ずしも国際的な法とはいえず、大部分は純粋に国内的な（national）、国家的な（staatlich）法である（一、三の条約や場合によっては国際的慣習法上の個別的規定を除いては。後述第八節国際法参照）。エルンスト・ラーベル（ERNST RABEL）は従ってまさしく „lucus a non lucendo"[*1] を口にしている。[11]

国際私法はその法源や性質に従えば必ずしもそうとはいえないにしても、国際的事実関係に関わっているからその対象に従ってやはり国際的な法である、という一般に行われる説明は言葉の使い方の上で当っていない。たとえばある雑誌が国際的な対象を扱っているからというだけでそれをも国際的とは称しえないからである。勿論他の法律用語の表現が同じ様な批判をうけることもある。たとえば「民法（bürgerliches Recht）」や「公法（öffentliches Recht）」であるが、しかしこれらの造語は―仮に誤っていたとしても―どのみち何らの誤解をもひきおこすことはない。なぜなら恐らく誰も市民によって創造された法や、あるいは何らかの私的に形成された法と対立する法を想い浮べることはないだろうからである。それに対して「国際私法」という名称はまず門外漢には（その法源と性質において）真に国際的な法の意味に誤解される。[12]

第二に「国際的」という言葉からは―素人に限らず―、国際私法は国際的な、即ちいくつかの主権国家にまたがる事実関係にのみ関わっており、他方同一国家の幾つかの個別法に関係をもつような事実関係に対しては国際私法に類似しながら同じとはいえない特別の「地際」法がなければならないという誤った見解がでてくる。このような誤解については更に後述する（第四十一節地際私法）。

「すべての名称のうちでたしかに最も誤ったもの、つまり『国際私法』といっても、まだしも一番危険性の小さいものである。なぜなら誰もがそれが誤っていること、いかに誤っているのかを知っているからである」[13]という説明は、上述したところによれば恐らくあまりにも楽観的にすぎるであろう。

それに対して国際私法という名称が正当であるのは、その後半の部分「私法」についてである。主権の主体としての国家に関わることなく私的関係を規律するすべての法は、たとえそれが同時に―国際私法のように―相異る私法相互の適用範囲を画定しているとしても、私法である。[14] その場合には国際私法規範の外的な体裁は重要ではない。つまり、それが民事法典の法文中にあるのか（たとえばフランス）、特別の条文編成によって前置されている

か（イタリアのように）、民法典の施行法の中にあるのか（特にドイツ、ブラジル）、あるいは特別法の中にあるのか（たとえばポーランドとチェコスロヴァキア）は問題ではない。

以前には droit international privé と droit international public の区別に際して、一方にのみ私人の関与しているとの法律関係も国際私法に含めるという一般的な傾向があった（たとえば、訴訟法関係、為替法関係、税法関係、刑法関係）。それは droit international public を古典的国際法、つまり国家とそれと同等の法人間の関係の法へと限定するためにであった。[15] 今日ではこのような用語法は一般にはもう行われなくなってしまっている。ただ折にふれて国際手続法、あるいは国際行政法上の個別的な問題が明瞭な限界がないのでまだ国際私法に入れられることがあるにすぎない。しかしながら、このような国際私法の隣接領域に対しての包括的名称はない。「国際公法（internationales öffentliches Recht）」という表現には、国際法たる droit international public との混同の恐れがある。そして抵触公法（öffentliches Kollisionsrecht）（抵触私法（privates Kollisionsrecht）に対する）なる名称は、[17] その対象よりも公法（又は私法）というその規定の性格が問題とされているかのような印象をひきおこす。更に私法と公法の区別は一部の外国では知られておらずドイツにおいても争われているので、国際行政法、国際刑法、国際手続法に対する総称はあきらめるにこしたことがないようである。

2、専門的意義の国際私法に対するその他の名称のうちには、それと同等あるいはそれ以上にすぐれたものとみとめられるものはない。しかし表現の継続性、あるいはさいさい望ましい表現上の変化のためにも、一度みとめられた名称はすべて許さるべきであろう。以下においては国際私法規定に対しては特に「抵触規定」（Kollisionsnorm）という名称がしばしば用いられる。ただ個々の名称の弱点だけはわきまえておかねばならない。

それらの名称についてより詳細には以下のことがいえる。

「抵触法（Kollisionsrecht）」と「衝突法（Konfliktsrecht）」という名称[*2]には古くからの伝統がある。[18] しかしながら現在ではそれらは素人には船舶の衝突、もしくは労働紛争を思い浮べさせる点で不都合であるにとどまらない。幾つかの法律と関係するすべての事実関係が、それらの法律の「抵触」あるいは「衝突」をひきおこすかのような誤った観念をもよびおこすのである。それが当っているのはどの法律もができるだけ頻繁に（あるいはできるだけ稀に）適用されたいという要求をする場合だけであろう。しかしそれは全く問題になりえないし、しかも実際の抵触のおそれがあれば、それを避けるのが国際私法のまず第一の任務である。[19] その次にはじめて外国規定の妥当要求とで生ずる抵触についての決定がくるのである（そのような要求をそもそも承知する場合においては、である。後述第四節II1参照）。最後に「抵触法」およ

び「衝突法」の表現は、国際私法にだけ特徴的なのではなくて、各々準拠される手続法、行政法、刑法等に関する規定についてもあてはまる。

上述の疑念は「**法適用法**（Rechtsanwendungsrecht）」および「**指定法**（Verweisungsrecht）」（あるいは更に「**送致法**（Zuweisungsrecht）」も）という名称にも同様に生ずる。前者は国際私法の内容に相応するものであり、後者はその特徴的な手段を示している。しかも「法適用法」という語は鈍重にひびく。新造語「招致規範（Heranziehungsnorm）」にもこれはいえる。[20]

同様に私法に限らないのが英語の „choice of law" の名称である。その文字通りの翻訳「法選択（Rechtswahl）」は、それ以外にドイツ語圏では国際私法全体の機能というよりも特に当事者による準拠法の自由な選択に対して普通に用いられている（いわゆる当事者自治、後述第三十一節）。„transnational law" という表現は、異る分野をよりよく区別するためというよりは、全く逆にそれらを包括するためにジェサップ（JESSUP）によって意識的に広められたものである。[21] ius privatum gentium（万民私法）についても同様のことがいえる。[22]

「**渉外私法**（Außenprivatrecht）」という名称は、[23] 渉外的関連性（Außenbeziehung）を有する事案がいかにして規律されるべきかをはっきりさせていない。従ってこの名称は専門的意義での国際私法に対しては、その特質が問題とされる限りではすすめられない。[24] 更にそれの翻訳は難しい。—昔の名称である「限界法（Grenzrecht）」「国家間（Zwischenstaatliches）」私法もしくは「私法間法（Zwischenprivatrecht）」については第一版参照（六頁以下）。[*3]

(10) STORY, Commentaries on the Conflict of Laws (Boston 1834) § 9「この公法の分野は適切に国際私法と名付けられる」参照。ドイツ語の形は SCHAEFFNER, Entwicklung des internationalen Privatrechts (Frankfurt a. M. 1841) にはじめてあらわれる。

(11) RABEL, RabelsZ 1 (1927) 41＝Aufsätze II 42.

(12) まさにそのために専門用語としては大文字ではじまる „Internationales Privatrecht" と書く方が良く、それに対して並行的名称であり、誤解の恐れがないものについては „interlokal" 等と書く。

(13) WIETHÖLTER, Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des IPR (1956; bespr. in RabelsZ 23 [1958] 365 ff.) 111 による。

(14) 国際私法を私法と分類するか公法とするかは連邦国家においては立法管轄権にとって重要でありうる。たとえば Beitzke, GG und IPR（後注（130））5-10 参照。

(15) ノイマイヤー（K. NEUMEYER）は一九〇一年以来次のテーゼを主張していた「国際行政法は国際私法の新たに基礎づけらるべき一分野である」と。NEUMEYER, Internationales Verwaltungsrecht IV (1936) Vorwort S. III.

(16) 結論として昔の広い用語法を再び用いるよう主張した最後の者は(国際刑法、国際税法をも含めて) VALLINDAS, Droit international privé ‚lato sensu' ou ‚stricto sensu', in: Mélanges Maury I (1960) 509 ff.; DERS., La structure de la règle de conflit: Rec. des Cours 101 (1960-III) 327 (336).

(17) たとえば BGH 17. 12. 1959, BGHZ 31, 367 (370 f.)= IzRspr. 1958-59 Nr. 136. はニーデラーに従っている、NIEDERER, Schw. Jb. Int. R 11 (1954) 93.

(18) ドイツではベルティウス HERTIUS, Dissertatio de collisione legum (1688) 以来第一の表現が支配的である。アングロ・アメリカ圏では、オランダ人ヒューバー ULRICUS HUBER, De conflictu legum (1684) の影響によって „(law of the) conflict of laws" あるいは単純に „conflicts law" と呼ぶ。最近ではドイツ語化されて „Konfliktsrecht" となっている。

(19) フランスの一九二一年七月二十四日の「フランス法とアルザス・ロレーヌ地方の法の抵触を回避し規律する法律 („Loi prévenant [...] et réglant les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine ..." (J. O. 26. 7. 1921))」という適切なタイトルを参照せよ。

(20) SCHNITZER, IPR I 46.

(21) JESSUP, Transnational Law (New Haven, Conn., 1956) 2: 「国際公法・私法ともに含まれ、そのような標準的カテゴリーに完全には入らない他の規則をも含む」。その点について VALLINDAS Int. Comp. L. Q. 8 (1959) 630: 「国際的汎神論」。見受けるところジェサップはヴァルカー WALKER, IPR[5] (Wien 1934) 13. によって報告された用語法を知らなかったのであろう。W. は「国際的に共通な私法」としての「いわゆる transnational な私法」について述べている。それは「歴史的事実に基づいて、あるいは国際法上の協定に従って成立」したという(明らかに GUTZWILLER, International. privatrecht, in: STAMMLER, Das gesamte deutsche Recht [1931] 1548 に従っている。それに対して、DERS., Int. Jb. f. Schiedsgerichtswesen 3 [1931] 131 は「国際法的なもの」と、トランスナショナルな(共通の)国際私法」、「国際法的実質私法とトランスナショナルな実質私法」を区別しようとしている)。ジェサップとハリソン (HARRISON (1879)) の表現 „intermunicipal law" に従って——FREDERIC HARRISON, On Jurisprudence and the Conflict of Laws (1919) 6, 130 ff. 参照——エクシュン (ÖKÇÜN) は „Transmunicipal Law" (Ankara 1968) という。この名称は、地域間法、人際法も抵触法に属すべきことを明らかにし、異るレベルで機能する法的実体の種々の法の関係をも把えるべきこと、従って KEGEL, IPR 20 のいわゆる「段階抵触法 (Rangkollisionsrecht)」即ち個別法 (個別国家、カントン等々の)、全体的

国家法、諸国家共同体の法、国際法の限界を画する法である（後述第十一節VI参照）。

(22) この名称は、ラインシュタイン（RHEINSTEIN）の記念論文集（一九六九年）の書名に冠せられた。それは国際私法と統一法の外に諸国の国内法をも収めている。

(23) 既に RAAPE in STAUDINGERS Kommentar zum BGB⁹ VI/2 (1931) 29 は同旨。最近の一九七二年九月八日の「渉外税法」(Außensteuergesetz) 参照 (BGBl. I 1713)。

(24) DEUTSCH, AcP 165 (1965) 182:「種々の言語における一致を破壊する」参照。第一版（七頁）ではこの表現を実質特別法に対するものとしてすすめておいた。しかし、この提案は何らの反響もみていない。

〈訳注〉

*1 「明るくない森」の意でクインティヌスに由来するという。ラテン語の語呂合せで、森 (lucus) という言葉は明るくない (non lucet) というところからきているので、lucus a non lucendo というのは言葉の上では重複し矛盾している。従ってある人又は物の本質が名称と矛盾している場合にこの表現が用いられる。

*2 通常 Kollision は衝突、Konflikt は紛争と解されるようであるが、本書では Kollisionsrecht を一貫して抵触法と訳しているので、ここでも以上のように訳してみた。

*3 本書においては削除された第一版六、七頁のコメントの部分を以下に収録しておこう。

「限界法」という名称[13]もまた特徴をあらわすものとはいえない。それはむしろ国家等の地理的限界や種々の法律の適用範囲を純粋に観念上画定することを思い浮べさせる。[14] フランケンシュタイン (FRANKENSTEIN)[15] が期待したようなこの名称の慣用はなされていない。

ライヒ裁判所が特に頻用した造語「国家間法」には言葉の上だけでみれば民族に代えてより適切に国家を問題にしているという長所がある。しかしながらそれ以外ではこの名称に対してもまた「国際私法」という表現に対してなされた問題がのこる。更にカントン間、ゾーン間、セクター間、人際、種族間法等々に対してのそれと相応するドイツ語の造語をするのがむずかしい。

私法間法という用語（チーテルマン (ZITELMANN)[16]）は全く不明瞭である。その言葉ですぐ思い浮ぶのはむしろ時限的暫定法[17]かあるいは調整法であろう。

(13) FRANZ LEONHARD, Erfüllungsort und Schuldort (1907) 68 ff. passim（但し説明なし）、及び FRANKENSTEIN, IPR (Grenzrecht) I (1926) 264 f. カーンはそれ以前に (KAHN, Jherings Jb. 39 (1898) 1 f. = Abhandlungen zum IPR (1928) I 162 f.) 双方的抵触規定を、„Abgrenzungsnormen" とか „Grenznormen," とよんでいた。これは恐らくサヴィニー

(SAVIGNY) の用いた表現『法規の支配の場所的限界』によるものであろう。

(14) SCHNITZER, IPR I 28 のいう『あまりに空間的に把えすぎている』を参照のこと。

(15) FRANKENSTEIN aaO (前注(13))。

(16) NUSSBAUM, Deutsches IPR (1932) 16:『経過規定も含む』参照。

(17) GUTZWILLER in STAMMLER, Das gesamte deutsche Recht (1931) 1551:『私法上のインターラーケン』。

(以上第一章第一節)