国際離婚法における当事者自治の根拠

――ヨーロッパの立法例を手がかりに――

小池未来

第一章　はじめに
第二章　契約における当事者自治の議論
　第一節　消極的根拠
　第二節　積極的根拠
　　一　契約自由の原則
　　二　憲法上の権利又は基本権・人権
　　三　実際的な利益
　第三節　小括
第三章　離婚における当事者自治(1)――ローマⅢ規則――
　第一節　総説

一　序説
二　規定内容
三　ブリュッセルⅡbis規則との共働
第二節　先行統合の実施としてのローマⅢ規則
一　採択までの経過
二　不参加の理由
第三節　当事者自治に関する議論
第四節　小括
第四章　離婚における当事者自治(2)――ヨーロッパ諸国の立法例――
第一節　オランダ
第二節　ドイツ
第三節　ベルギー
第四節　本章の総括
第五章　検討――離婚における当事者自治の根拠付け
第一節　消極的根拠
第二節　積極的根拠
第三節　小括
第六章　おわりに

第一章　はじめに

当事者自治とは、当事者に準拠法選択を認めることをいう。当事者自治が初めてそれとして明確に姿を現したのは、契約の領域であり、一九世紀末のことであったとされている。[1] その後、ヨーロッパ諸国の学説により広く支持を受けるようになり、二〇世紀の初頭を過ぎる頃には、諸国の立法ないし判例による承認を得るに至ったとされる。[2] 現在では、普遍的に認められた原則であると言われるようになっている。[3][4] 契約における当事者自治の原則を支持しているのは、各国の国際私法だけではない。一九九一年には、万国国際法学会が「私人又は法人の間での国際契約における当事者の意思自治」に関するバーゼル決議において、「当事者の意思自治が国際私法の根本原則の一つであることを考慮して」[5]、当事者自治の原則を承認している。[6] 一九九四年三月一七日の「国際契約の準拠法に関する米州条約」もまた、当事者自治の原則を認めるものである。[7] 欧州連合では、「契約債務の準拠法に関する二〇〇八年六月一七日の欧州議会及び理事会規則」（いわゆる「ローマⅠ規則」）において、当事者自治の原則が採用されている。[8] 二〇〇九年には、ハーグ国際私法会議が「国際商事契約における法選択に関するハーグ原則」プロジェクトを開始し、当事者自治を認める草案を作成した。[9]

以上のように、当事者自治は、契約に関して広く承認されているが、近年、契約以外の領域にも展開してきている。[10] 当事者自治を認める傾向にある代表例は、不法行為である。その理由として、「契約と不法行為は、債権としての基本的性質において異なるところはなく、和解による解決が許され、管轄合意や仲裁合意も可能であるなどの点で共通している」ことや、[11]「諸国の実質法上、不法行為債権も当事者による任意処分が認められ、公益性が強くないこと、……当事者間で判断基準が明確となり紛争解決に資すること、……明確性・確実性に適うこと」[12]などが挙げられている。また、

不法行為に類するものとして、不当利得及び事務管理についても、当事者自治が認められていることがある。[13]

物権については、普遍性の高い抵触規則の一つとして、所在地法主義が根付いているとされる。[14]もっとも、この領域においても、運送中の物に関しては当事者自治を認める立法例がある。たとえば、原則として、運送中の物が発送地に所在すると推定するが、物が仕向地に所在するものとみなす旨の合意をすることを当事者に認めるもの[15]や、単純に当事者による準拠法選択を認めるもの[16]がある。

家族法の領域でも、財産的要素の強い法律関係に関しては、当事者自治の導入が比較的よく見受けられる。夫婦財産制は、その中でも最も早くに当事者自治が導入され、その立場がほぼ確立されている分野であるとされている。[17]もっとも、選択可能な法は、夫婦の一方の本国法、夫婦の一方の常居所地法、場合によっては、物の所在地法に制限されていることが多い。[18]

最近では、相続において当事者自治が認められていることも少なくない。その場合には、当事者自治は、国内的に被相続人に認められた遺言の自由が、国際的関係において敷衍されたものとして考えられている。[19]被相続人が準拠法選択の時又は死亡の時に国籍又は常居所を有していた国の法の選択を認めるもの[20]や、これに加えて夫婦財産制に適用される法を選択することも認めるもの[21]がある。被相続人の本国法を原則とする場合には常居所地法の選択を、常居所地法を原則とする場合には本国法の選択を認める例も多い。[22]また、被相続人の本国法を原則とするが、内国に所在する不動産につき、被相続人が死因処分の方式により法廷地法を選択することを認める立法例もある。[23]

そのほか、婚姻の身分的効力[24]、扶養義務[25]及び離婚[26]についても、当事者自治を認める例がある。

我が国においては、契約（法の適用に関する通則法第七条）のほか、不法行為（同法第二二条）、事務管理及び不当利得（同法第一六条）並びに夫婦財産制（同法第二六条第二項）に関して当事者自治が認められているが、そのような

立法例が比較的多い領域に限られていると思われる。我が国では、これら以外の領域で当事者自治を認める余地はないのであろうか。

前述の例の中でも、離婚は、最近大きな動きがあった領域の一つである。以前から、離婚に関して当事者自治を認める国は存在していたものの、その数は極めて少なかった。そのような状況下で、二〇一〇年一二月二〇日、欧州連合において、「離婚及び法的別居の準拠法の領域における先行統合の実施に関する二〇一〇年一二月二〇日の理事会規則」（いわゆる「ローマⅢ規則」）が採択された。これは、二〇一二年六月二一日に発効したが、欧州連合の全構成国を拘束するものではない。しかし、離婚につき当事者自治を認める国が一挙に増加したことは事実であり、注目に値すると思われる。

そこで、本稿では、ローマⅢ規則の紹介も兼ねて、我が国において離婚につき当事者自治が妥当しうるかを検討することとしたい。もっとも、契約に関しても、当事者自治の根拠はなお議論されているところであり、離婚についてもその根拠を考察する必要があると考える。その際には、契約において唱えられている当事者自治の根拠を手がかりに、離婚における当事者自治の根拠を探ることとする。以下では、まず、第二章において、契約における当事者自治の根拠に関する議論を確認する。次に、離婚につき当事者自治を認める立法例に関し、第三章で欧州連合について、第四章でヨーロッパ諸国について概観する。第五章においては、第二章ないし第四章の議論から示唆を得ながら、離婚における当事者自治の我が国への受容性を検討する。第六章は、本稿のまとめとする。

第二章　契約における当事者自治の議論

本章では、離婚における当事者自治の根拠を考察する手がかりとするため、契約における当事者自治の議論を確認する。契約の領域を取り上げるのは、当事者自治が最初に認められ、議論が最も蓄積されていると思われるからである。

当事者自治の原則は、当事者の選択に従って準拠法を決定する連結方法である。しかし、このような手法は、客観的要素を介して法律関係の「本拠（Sitz）」を探求し、準拠法を決めるという伝統的国際私法の考え方からすると、体系上異質なものであるとされる[27]。そのため、根本的に、なぜ当事者による準拠法選択が許されるのかが議論されてきた。

第一節　消極的根拠

当事者自治の原則の消極的根拠として、国際契約が複数国に関係を持つために最密接関連地を特定しにくいことが主張されている。その代表的な論者はKegelであり、その著書の契約準拠法の項目で最初に、以下の通り連結が困難であることを述べている。すなわち、契約の場合には、当事者利益が重要となる[28]。このことから、第一に、当事者が何らかの行動をなすべき国の法の適用が、第二に、当事者が密接に関連する国の法の適用が考えられる[29]。前者の例として、契約締結地法や履行地法が挙げられるが、契約締結地は偶然でその場限りのものであり、履行地はそれ以上に流動的で概念も不明確である[30]。後者の例には、営業所在地法（商人の場合）、常居所地法及び居所地法（私人の場合）、属人法（商人又は私人の場合。たとえば、本国法、常居所地法又は居所地法）、事務所所在地法（法人及び権利能力なき人的結合体の場合）などがある[31]。その他にも連結点となりうる要素があり、たとえば、当事者が合意した管轄裁判所の属する国の法や、当該契約の基礎とされた契約に適用される法が考えられる[32]。これら全ての当事者利益が、一国に集中すること

もあるが、複数国に分散することもある。[33] 当事者利益が複数国に分散する場合には、慎重な衡量が必要になるのであるが、それは、複数の当事者利益が同等の重みを持つほどに困難化する。[34] このような衡量の困難は、特異な手法をもたらした。[35] 通常の場合、国際私法は、どの法の適用が（一般的に）最も当事者利益に適うかを自ら決定する。[36] しかし、契約の場合には、複数の法に関わる当事者利益について、一般に人を納得させる調整ができないことが多いために当事者に決定権が与えられ、[37] 当事者による合意がないときに限り国際私法が連結を行う。[38] これは、窮余の策（Verlegenheitslösung）である、[39] と。

我が国においても、初期の段階から客観的連結の困難という消極的根拠が唱えられてきた。[40] 田中教授の主張については、江川教授により以下の通り要約されている。すなわち、「債権契約の成立及び効力に関し、たとえば、行為地法、債務履行地法、債務者の本国法というような準拠法が学説上決定せられるにしても、債権関係の性質上いずれでなければならないという必然性は、他の国際私法の原則ほど明瞭でない。また、債権関係を抽象的に観察するならば、その関係のいずれの部分を捉えて連結点としても他の部分を連結点とする反対説を克服するに足らない。博士は、かくの如き、債権契約に関する普遍妥当的な準拠法を決定する困難が、各個の債権関係に関し当事者をして準拠法を選択せしめることの可能性に途を開くものであると説かれている。」[41]「また、博士は、国際私法の範囲において、他の法律関係に関してはたとい諸説が対立している場合があってもその法律関係の性質上ある連結点、例えば、当事者の本国とか不動産の所在地とかは他の連結点に対し断然優越せる地位をもっているが、債権関係に関しては、諸連結的要素はいずれもかくのごとき明瞭な優越性をもたない、これは債権関係が純然たる意思の所在であり、生活事実から遊離した存在であることに起源するものであるとされている。」[42] 折茂教授もまた、一つの根拠として、「客観主義がすでに今日における渉外的取引の実情にそくしえないこと、ひとしく契約債権といっても、その内容・性質において千差万別であり、またそれに関

して、訴訟の実際面にあらわれる問題の形もきわめて変化に富んでいるがゆえに、それにたいする準拠法の決定も、一律的・固定的な仕方でこれをなすことは避けることが望ましいこと」を挙げる。[43]

その後も、客観的連結の困難が当事者自治の原則の根拠として主張されてきたが、[44]反論もある。たとえば、この困難は契約の類型化によりある程度の克服が可能であるから、当事者自治の原則を本則とする理由としては十分でないとの主張[45]や、当事者自治の根拠を連結困難に求めると、翻せば他の連結要素よりも優位性を示す要素を見付けることができれば、それによることになるのは当然であるという考え方につながってくるとの主張がある。[46]

第二節　積極的根拠

契約における当事者自治の主たる積極的根拠は、以下の三点である。すなわち、第一に、実質法上契約自由の原則が妥当すること、第二に、憲法上の権利又は基本権・人権に基づき保障されるものであること、第三に、様々な実際的な利益が得られることである。

一　契約自由の原則

初期において当事者自治の原則を支持したLaurentは、以下のように主張する。すなわち、法律は、公共の利益に関する事項を規律するものと私的利益に関する事項を規律するものとに分けることができ、後者は、個人の自由な活動に委ねられる。[47]たとえ、立法者がそのような事項に関して法律を制定したとしても、当事者は必ずしもそれに従う必要はなく、ここでは、合意が法律に代わる。[48]これが「契約当事者の自治」であり、それは、渉外関係においても認められるべきである。[49]渉外的要素を含む契約の当事者は、その本国において享有する自治の権能を他国においても保有するため、

その契約を任意に選択する法によらしめうる[50]、と。ただし、Laurentは、属人法と属地法により制限を受けることを付言している[51]。

我が国においても、実質法上契約自由の原則が妥当することを当事者自治の原則の積極的根拠とする文献が少なくない[52]。要約すれば、以下の通りである。すなわち、当事者自治の原則は、実質法における契約自由の原則の国際私法への反映ないしは投影であり、諸国の実質法上、契約自由の原則が認められて、債権契約関係についてはなるべく当事者の意思を尊重することが望ましいとされるのであるならば、国際私法上における債権契約の準拠法の決定についても当事者の意思を尊重することが望ましいと考えられる。

もっとも、実質法上の契約自由の原則が任意法規の範囲内で認められるのに対して、国際私法上の当事者自治の原則は、強行法規をも含めた法の選択を当事者に認めるものである。そのため、この見解に対しては、当事者自治の原則の根拠としては不十分な面があるとの指摘[53]や、直接に当事者自治の原則の根拠とするのではなく、さらに上位の私的自治まで遡り、そこから当事者自治の原則も派生するとの説明をするならば、十分にありうる根拠付けであるとの見方がある[54]。また、そもそも市民社会においては、個人がその自由な意思によって権利義務関係を形成することを認めるべきこととされており、その理念を強調していけば、準拠法選択の点も含めて、当事者がその意思に従って権利義務の内容を定めることが認められるべきこととなるとの主張もある[55]。

二　憲法上の権利又は基本権・人権

ドイツにおいては、多くの学者が、準拠法選択を憲法により保障されるものと見ているとされている[56]。より具体的には、ドイツ基本法第二条第一項の「人格の自由な発展」により基礎付けられるとする[57]。これは、日本国憲法第一三条に

相当するものであるとされ、同条の解釈の参考にされてきた[58]。日本国憲法第一三条には一般的自由権（種々の行動の自由も保障する）が含まれると考える者もあるが[59]、そこに準拠法選択の自由が含まれうるかは明らかでない。

より一般的に、基本権ないし人権の見地から当事者自治が説明されることもある[60]。Jayme によれば、一九九一年の万国国際法学会バーゼル決議は、当事者自治が基本権及び人権としての人格の自由な発展に支えられているという趣旨のものである[61]。同決議第二条第一項は、「当事者は、その契約の準拠法を選択する自由を有している。彼らは、あらゆる国家法の適用を合意することができる。」と規定する。同決議は、前文によれば、「当事者の意思自治が国際私法の根本原則の一つであることを考慮し」、「当事者の意思自治がいくつもの条約及び様々な国連決議において個人の自由として述べられてきたことを認め」、採択されたものである。

また、Mancini は、当事者自治について、「無害な自由」という文言を用いて述べている。すなわち、「社会的権力の作用は、個人の無害な、したがって、正当な自由と衝突するところにおいてその機能を停止する。したがって、社会的権力は、過度の不正を犯すことなしに、この無害な自由の支配する不可侵の領域に踏み入ることはできないのである。[62]」Basedow は、Mancini の見解を、人権によって準拠法選択の自由を根拠付ける手がかりと理解し、以下のように主張する[63]。すなわち、「あらゆる国家法秩序より以前に権利が基本的に存在するという人権の考え方からすると、個々の契約当事者による法的安定性創出への努力、つまり準拠法選択は基本的に承認される、という帰結が導かれる。その限りでは、いわば、グローバル化した世界における人権が問題になっているのであり、この人権は、単一の国に留まらず、複数の国々、つまり、契約紛争の解決を管轄する裁判所の所属国すべてに向けられる傾向にある。これらの国々は、マルチ・ジュリスディクショナルな世界における、より法的確実性の高い方向付けの手段として、法選択を認める義務を負う。[64]」Jayme も、このような基礎付けが受け入れられるなら、当事者自治は、契約だけでなく、婚姻又は相続のよ

うに、属人的な問題に関する法律行為にも関わってくると述べている。[65]

このような視点から当事者自治の原則を基礎付ける試みに対し、これが可能かつ適切かどうかは未知数であるとする一方で、当事者自治という手法が、今日、特別な必要性があるところで例外的に認められるものではなく、出発点、デフォルト・ルールとしての地位を獲得しつつあることが窺い知れるとする見方もある。[66]

三　実際的な利益

最近では、当事者自治の根拠として、当事者があらかじめ準拠法を合意していた場合に、その法を適用することにより様々な実際的な利益が得られることが強調されるようになってきていると思われる。

具体的には以下のようなことである。すなわち、当事者が選択した法を適用することにより、当事者の準拠法に関する予見可能性が保障され、当事者の正当な期待が保護され、法的安定性が強化される。[67]また、当事者が選択した法を裁判所が適用すれば、当事者は安心して国際取引に従事しうることになるから、当事者による準拠法選択の承認は、国際取引の安全と円滑を促進することにもなる。[68]さらに、国際取引の当事者は、自らの関係の規律に最適な法を知っており、中立の法やその契約にとって適切な法を選択することができる。[69]加えて、当事者自治の原則には、裁判所にとっても、準拠法の決定を容易にするという利点がある。[70]このことは、裁判所による準拠法認定の手間が省けることや、[71]判決の国際的調和の要請にも適うことにもつながる。[72]

第三節　小括

本章においては、契約における当事者自治の原則について主張されている根拠を確認した。従来最もよく主張されて

きたのは、客観的連結の困難という消極的根拠と、契約自由の原則の国際私法への反映という積極的根拠であるが、いずれも批判がないとは言えない。実際的な利益は、比較的最近になって強調されるようになってきたものであると思われる。実際的な利益という観点からすれば、当事者自治の契約に限らない利用を正当化することができるとされている[73]。さらに、契約以外の法分野において当事者自治が制限的に用いられることが多いことも、この観点から理解することができると言われている[74]。すなわち、法律関係の性質により、その規律に適しており、なおかつ当事者の利益に適う法が限定される場合もありうるからである[75]。

第三章　離婚における当事者自治(1)――ローマⅢ規則――

本章では、欧州連合のローマⅢ規則を題材として、その制度全体を概観し、当事者自治を認める規定を確認した上で、その立法経緯と議論を追い、当事者自治の根拠を探る。

第一節　総説

一　序説

欧州連合では、国際私法の分野において、様々な規則（Regulation）が採択されている。規則の形式がとられる理由は、この分野で欧州連合による立法がなされる場面では、法的安定性及び予見可能性が求められ、それゆえ、明確な統一規則が必要とされるからであるとされる[76]。規則の採択については、ニース条約の発効により、欧州議会と欧州理事会が共同で採択する共同決定手続がとられることとなったが[77]、家族関係については、従来通り欧州理事会が唯一の立法権

者であり、その議決は全会一致を要する。[78]

財産関係では、準拠法選択に関するローマⅠ規則及びローマⅡ規則に加え、手続に関して「民事及び商事事件における裁判管轄並びに裁判の承認及び執行に関する二〇〇〇年一二月二二日の欧州共同体理事会規則」（いわゆる「ブリュッセルⅠ規則」）[79]が採択されている。

家族関係については、最初に、「婚姻事件及び親責任事件に関する裁判管轄並びに裁判の承認及び執行に関する二〇〇〇年五月二九日の理事会規則」（いわゆる「ブリュッセルⅡ規則」）[80]が採択された。これは、後に「婚姻事件及び親責任事件に関する裁判管轄並びに裁判の承認及び執行に関する二〇〇三年一一月二七日の理事会規則」（いわゆる「ブリュッセルⅡbis規則」）[81]によって置き換えられた。また、扶養義務及び相続に関しては、管轄、準拠法並びに裁判の承認及び執行などを規定する規則が採択されている。[82]さらに、夫婦財産制及びパートナーシップ財産制に関しては、提案が公表されているが、これらも、準拠法の問題と管轄並びに裁判の承認及び執行の問題を同じ法律文書で扱おうとしている。[83]

離婚及び法的別居に関する抵触規則を定めるローマⅢ規則は、二〇一〇年一二月二〇日に採択され、二〇一二年六月二一日に発効した。ローマⅢ規則は、前掲の他の規則とは異なり、先行統合（enhanced cooperation）[84]制度を用いて採択されたものである。

先行統合は、多段階統合の一つであり、欧州連合が法行為を採択できない場合に、最後の手段として、いくつかの構成国が先に統合を進めることを可能にするものであるとされる。[85]この制度は、アムステルダム条約により導入され、利用を容易にするため、ニース条約により改正された。[86]しかし、先行統合制度は、適用条件が厳格であることもあり、一度も用いられなかったため、さらに容易に適用すべく、リスボン条約により変更を加えられた。[87]現在、先行統合の手続

については、欧州連合条約第二〇条及び欧州連合運営条約第三二六条ないし第三三四条に規定されている。先行統合は、連合の目的の実現を促進し、連合の利益を保護し、連合の統合過程を強化することを目的とするものである（欧州連合条約第二〇条第一項第二段落）。それはまた、その目的が合理的な期間内に連合全体としては達成されることができない場合に、最後の手段として用いられるうるものであり、少なくとも九構成国が参加することを必要とする（欧州連合条約第二〇条第二項第一文）。手続は、共通外交安全保障政策以外の分野における措置であるか、共通外交安全保障政策の枠組における措置であるかによって区別される（欧州連合運営条約第三二九条）。前者の場合の手続につき、欧州連合運営条約第三二九条第一項は、以下の通り規定する。すなわち、欧州連合条約又は欧州連合運営条約により規律される分野の一つにおいて先行統合を希望する構成国は、欧州委員会に対して申請を行う。この申請を受け、欧州委員会は、理事会に対して提案を提出することができる。提案をするか否かは、欧州委員会の裁量であるが、提案をしない場合には、関係構成国にその理由を通知しなければならない。先行統合の許可は、欧州議会の同意を得た後に、特定多数決によって理事会により与えられる（欧州連合条約第一六条第三項）。設定された先行統合には、他の構成国が後から参加することも可能であり、欧州委員会及び先行統合に参加する構成国は、できる限り多くの構成国の参加を促進することを確保しなければならない（先行統合の開放原則。欧州連合運営条約第三二八条）。もっとも、後から先行統合に参加することを希望する構成国は、先行統合を承認する決定（Decision）が定めた参加条件を満たし、理事会の参加許可を得なければならない（欧州連合運営条約第三三一条）。先行統合の枠組において採択された法行為は、それに参加する構成国のみを拘束する（欧州連合条約第二〇条第四項）。

ローマⅢ規則は、リスボン条約発効後、先行統合制度が初めて用いられた例である。ローマⅢ規則には一五構成国が参加しており、それらの構成国だけがローマⅢ規則に拘束される。

二　規定内容

次に、ローマⅢ規則の規定内容を概観する。

本規則の適用範囲は、第一条に定められている。同条第一項は、「本規則は、法の抵触に関連する事案において、離婚及び法的別居に適用されるものとする。」と規定する。このことから、二つの本規則適用要件が明らかになるとされる[88]。すなわち、第一に、紛争は、婚姻を終了させる離婚又は夫婦の結び付きを弱める法的別居に関連するものでなければならない[89]。同条では、別居後の婚姻の解消については述べられていないが、第九条から、「法的別居の離婚への転換」も扱われることがわかる。また、第一条第二項によれば、本規則は、それが離婚又は法的別居手続の中で先決問題として生じるに過ぎない場合であっても、(a)自然人の権利能力及び行為能力、(b)婚姻の存在、有効性又は承認、(c)婚姻の無効、(d)夫婦の氏、(e)夫婦財産制、(f)親責任、(g)扶養義務、(h)信託又は相続には適用されない。第二に、離婚又は法的別居が国境を越える側面を有するものでなければならない[90]。本規則は、「法の抵触に関連する事案」がどのようなものであるかを具体的に示していない。しかし、たとえば、参加構成国の権限ある機関に紛争が係属した時点で、夫婦が異なる国籍又は常居所を有している場合には、本規則により準拠法が決定されなければならないとされる[91]。さらに、本規則においては、夫婦は、婚姻中に準拠法を選択することを認められているため、訴訟係属時には夫婦が同一国籍であり、その国に常居所を有しており、その国で離婚の申立てがなされたとしても、婚姻中に夫婦の一方がその国とは異なる国に国籍又は常居所を有していた場合には、本規則が適用されると考えられている[92]。

第四条は、「本規則により指定された法は、それが参加構成国の法であると否とを問わず、適用されるものとする。」と規定する。これは、本規則が、欧州連合域内外の国の法を同等に扱うことを意味している。抵触法に関する他の欧州連合規則やハーグ条約でも、同様の規定が置かれている[93]。

第五条第一項によれば、夫婦は、(a)夫婦が合意の締結時においてともに常居所を有する国の法、(b)夫婦が最後にともに常居所を有していた国の法であって、夫婦の一方が合意の締結時においてなお常居所を有する国の法、(c)夫婦の一方が合意の締結時において国籍を有する国の法又は(d)法廷地法から、離婚及び法的別居の準拠法を選択することができる。夫婦は、遅くとも裁判所に係属するまで[94]、いつでも準拠法選択合意を締結し、又は変更することができる（同条第二項）。さらに、法廷地の法が、手続中に裁判所において準拠法を選択することができる旨を定める場合には、夫婦は、手続中にも準拠法を選択することができる（同条第三項）。合意がなされた後に状況が変わることによって、連結点が変更される場合があるが、夫婦が準拠法選択合意を変更することを合意しない限り、準拠法は変更されないままであるとされる[95]。それゆえ、夫婦の一方が合意を変更したくないと考える場合には、他方は、当初の選択に身を委ねるしかないと考えられている[96]。

第七条は、合意の形式的有効性について定めているが、これは、夫婦が自己の選択の影響に確実に気付くようにするためのものであるとされる[97]。前文(18)によれば、影響を認識した選択（informed choice）は、本規則の基本原則である。合意（準拠法選択を変更する合意を含む。）は、書面で明示され、日付が記載され、夫婦双方により署名されなければならない（第七条第一項）。合意がなされた時において夫婦が常居所を有する参加構成国が、これらの合意につき追加の形式的要件を定める場合には、その要件をも満たさなければならない（同条第二項）。また、合意がなされた時において夫婦が異なる参加構成国に常居所を有しており、それらの法が異なる形式的要件を定める場合には、いずれかの法の要件を満たせばよい（同条第三項）。合意がなされた時において夫婦の一方のみが参加構成国に常居所を有し、その国がこれらの合意につき追加の形式的要件を定める場合には、その要件を満たさなければならない（同条第四項）。

第八条は、第五条による選択がない場合における準拠法を段階的に規定している。すなわち、離婚及び法的別居は、

(a)裁判所に係属した時において夫婦がともに常居所を有する国があるときはその法により、それがないときは、(b)夫婦が最後にともに常居所を有していた国（ただし、居住期間が裁判所に係属する一年以内に終了したときに限る。）であって、裁判所に係属した時において夫婦の一方がなお常居所を有する国があるときはその法により、それがないときは、(c)裁判所に係属した時において夫婦双方が国籍を有する国があるときはその法により、それがないときは、(d)係属した裁判所の属する国の法により規律される。

前述のように、ローマⅢ規則は、第四条において構成国でない国の法を含む外国法の適用を認めているが、いくつかの「安全装置（safety mechanisms）」[98]も導入されている。第一に、第一〇条は、第五条又は第八条に従い適用される法が離婚を規定せず、又は夫婦の一方にその性別を理由に離婚もしくは法的別居に対する同等の権利を与えない場合には、法廷地法が適用されると規定する。その結果として、夫婦間の平等という基本原則が保護されるとされている[99]。第二に、第一二条は、公序条項を定めている。それによれば、本規則により指定された法の規定の適用が明らかに法廷地の公序に反する場合には、その国の法の適用を拒絶することができる。第三に、第一三条によれば、本規則は、離婚を規定せず、又は離婚手続上問題の婚姻を有効なものとみなさない法を有する参加構成国の裁判所に、本規則の適用により離婚を宣言することを義務づけるものではない。この規定から利益を受ける国の一つはマルタであったとされる[100]。現在、マルタでは、二〇一一年一月一日に発効した改正民法により離婚が認められているが、ローマⅢ規則採択当時のマルタ法は、離婚を規定していなかった。そのため、改正法発効以前においては、マルタ裁判所に離婚訴訟が提起され、ローマⅢ規則の規定に従い外国法の適用が導かれる場合であっても、マルタ裁判所に、離婚を宣言する義務はなかったということである。また、この規定は、ポーランドなどの同性婚の承認を望まない構成国にも利益を与える[101]。すなわち、同条によれば、同性婚を有効な婚姻とみなさない国は、それに対して離婚を与える義務を負わないのである[102]。

地域的及び人的不統一法国の取扱いについては、第一四条及び第一五条に規定されているが、重国籍者の取り扱いは、各国の法に委ねられている（前文㉒）。

三　ブリュッセルⅡbis 規則との共働

欧州連合構成国において離婚訴訟を提起する場合には、基本的にはブリュッセルⅡbis 規則に従って裁判管轄が決定される。ブリュッセルⅡbis 規則第三条第一項によれば、構成国の裁判所が裁判管轄を有するのは、(a)①夫婦の共通常居所、②夫婦の一方がなお居住している場合には、夫婦の最後の共通常居所、③被告の常居所、④共同申立ての場合には、夫婦の一方の常居所、⑤申立人が申立ての直前に一年間居住している場合、申立人の常居所もしくは⑥申立人が申立ての直前に六ヶ月間居住し、かつ、その国籍を有する場合、申立人の常居所がその国にあるとき、又は(b)夫婦双方がその国の国籍を有するときである。したがって、夫婦がローマⅢ規則第五条第一項(d)の定める法廷地法として選択しうるのは、これらの国の法のいずれかということになる。そうすると、夫婦の最後の共通常居所ではない夫婦の一方の常居所地であって、夫婦のいずれも国籍を有しない国で訴えを提起する場合（(a)③ないし⑤により申し立てることになる。）には、ローマⅢ規則第五条第一項(a)ないし(c)以外の国の法を選択することができることになる。

また、ブリュッセルⅡbis 規則は、判決の承認についても定めている。ブリュッセルⅡbis 規則第二一条第一項によれば、構成国において与えられた判決は、特別の手続なしに他の構成国において承認される。もっとも、第二二条(a)によれば、離婚又は法的別居判決の承認が、承認が求められる構成国の公序に明らかに反する場合には、当該判決は承認されない。

第二節　先行統合の実施としてのローマⅢ規則

一　採択までの経過

(1)　離婚事件における準拠法及び管轄に関するグリーンペーパー

欧州理事会は、離婚準拠法の問題を二度持ち出した。一度目は、一九九八年一二月三日に欧州理事会が採択したウィーン行動計画[103]である。その「民事事件における司法協力」と題する項目において、「その目的は、欧州市民のために生活をより単純にすることである」[104]とし、とられるべき措置が定められている。アムステルダム条約の発効（一九九九年五月一日）から五年以内にとられるべき措置として、「離婚準拠法に関する法律文書（ローマⅢ）を作成する余地を検討する」[105]ことが挙げられた。それは、すなわち、「管轄並びに判決の承認及び執行の領域においてブリュッセルⅡによって踏み出された離婚事件に関する第一歩に次いで、法廷地漁りを妨げるために、準拠法を決定する規則について合意する余地が、徹底した研究に基づいて検討されなければならない」[106]ことを意味する。

二度目は、二〇〇四年一一月四・五日に採択されたハーグ・プログラム[107]である。ハーグ・プログラムは、「自由、安全及び司法の領域」の強化のための優先課題を定めたものであり、その中で、二〇〇五年に離婚事件における抵触法（ローマⅢ）に関するグリーンペーパーを提出することを欧州委員会に求めた[108]。

それに応じて、欧州委員会は、二〇〇五年三月一四日に離婚事件における準拠法及び管轄に関するグリーンペーパー[109]を公表した。その内容は、以下の通りである。欧州連合においては、市民の移動性が増すにつれて、「国際的な」カップル、すなわち、夫婦が異なる国籍を有し、異なる構成国に居住し、又はその国籍とは異なる構成国に居住するようなカップルが増加している。欧州連合域内の離婚件数の多さからすると、離婚事件における準拠法（及び裁判管轄）は、多数の市民に影響を及ぼすことになる。第一に、各構成国の抵触規則間の相違の重大性は、「国際的な」離婚の場合に

多くの問題を生じさせる。まず、各構成国の抵触規則の間の相違とそれらの規則の複雑さを考慮すると、個々の事案にいずれの国の法が適用されるかを予測することは、しばしば困難となる。それゆえ、市民の正当な期待に合致しない結果が生じうる。また、各構成国で抵触規則が異なることから、一定の結果を得るため、ある構成国の裁判所に相手方よりも先に離婚を申し立てるという状況が起こりうる。これらの問題は、構成国の抵触規則の統一によって解消されうる。第二に、当事者自治が不十分であり、柔軟性が欠如している。各構成国の抵触規則は、個々の事件において、夫婦の本国法の適用や法廷地法の適用といった、ある一つの解決策を導き出す。しかしながら、このような客観的連結は、十分に柔軟でない場面がある。たとえば、客観的連結により、夫婦の共通本国法が準拠法として指定される場合であっても、夫婦は、當居所地により密接な関連を有していると感じることがあるが、その事実には注意が払われていない。夫婦に準拠法選択を認める当事者自治を導入すれば、柔軟性の強化を図ることができる。さらに、法的安定性及び予見可能性は、抵触規則の統一により高められるが、それは、当事者自治の導入によりさらに強化されうる。

以上のことが述べられた上で、グリーンペーパーでは、これらの問題に対して、現状維持、統一抵触規則の導入、当事者自治の導入及びそれらの複合という解決策が提示された。欧州委員会は、いくつかの質問を付し、このグリーンペーパーに対するコメントを募集した。準拠法に関しては、とりわけ、「あなたは、抵触規則の統一を支持するか。その論拠は何か。」(Question 2)、「当事者は、準拠法を選択することを認められるべきであるか。その論拠は何か。」(Question 6)、「選択は一定の法に制限されるべきであるか。」(Question 7) などの質問がなされた。

(2) グリーンペーパーに対するコメント

欧州委員会は、グリーンペーパーに対するコメントとして、約六五の返答を受け取った[110]。その多くは、法的安定性及

び予見可能性を強化すること、制限的な当事者自治を導入することの必要性を認めていた。[111] 他方で、抵触規則の統一が外国法の適用を裁判所に義務付けることや、それによって離婚手続における遅延及び費用の増加がもたらされうることに対する懸念が表明された。[112]

グリーンペーパーにおいてなされた質問のうち、「当事者は、準拠法を選択することを認められるべきであるか。その論拠は何か。」(Question 6) について、公開されている範囲ではあるが、各構成国の返答[113]を見てみたい。返答が公開されている構成国は、チェコ共和国、エストニア、フィンランド、アイルランド、ラトビア、スロバキア、スウェーデン、オランダ及び連合王国である。[114] まず、抵触規則を統一することに賛成したのは、チェコ共和国、エストニア、ラトビア及びスロバキアの四構成国であり、反対したのは、フィンランド、アイルランド、スウェーデン、オランダ及び連合王国の五構成国である。賛成側の理由としては、離婚を得やすくすること、法的安定性や予見可能性を高めること、裁判所への殺到を防ぐことが挙げられる。反対側の理由としては、構成国の抵触規則の相違からあまり問題が生じていないこと、外国法の適用が法的安定性を減少させ、費用を増加させ、手続の遅延を引き起こすために外国法の適用を避けたいことが挙げられている。

それに対して、当事者自治の導入に関しては、チェコ共和国、エストニア、ラトビア、フィンランド、スウェーデン、オランダの六構成国が賛成し、スロバキア、アイルランド及び連合王国の三構成国が反対した。賛成側の理由としては、最も容易に離婚を得ることができる法を夫婦が選択できること、準拠法の決定を容易にすること、予見可能性を高めること、結果が市民の正当な期待に合致することが挙げられる。反対側の理由としては、手続の複雑さを不必要に増加させること、離婚しようとしている夫婦が申立て時又は手続中に合意をすることが困難であること、濫用の危険があり、離婚制度に強い影響を与えうること、法廷地漁りを助長させ、法的不安定性、争い、手続の遅延及び費用増加を引き起

こすことが挙げられている。後述のように、最初から統一抵触規則に参加しないことが明らかであった連合王国及びアイルランドを除けば、この中で当事者自治に反対したのはスロバキアのみであった。当事者自治を許容する理由については、おおよそローマⅢ規則の関連文書において述べられていたものと一致すると思われる。

(3) ブリュッセルⅡ規則を改正する規則としてのローマⅢ規則の断念

これらの意見に注意を払って規則提案[115]が提出され、それがローマⅢ規則（提案）と呼ばれることとなった。このローマⅢ規則提案は、ブリュッセルⅡ規則を修正するものとして計画されていた。提案は、具体的には、夫婦による法廷地選択及び離婚に関する抵触規則を導入することを内容としていた。概して、法廷地選択は抵抗なく受け入れられたが、抵触規則については激しく争われたとされている[116]。もっとも、抵触規則に関して断交を引き起こしたのは、当事者による準拠法選択ではなく、それがない場合における規則であったと言われている[117]。

それは、様々な理由から、外国離婚法の適用を好まない国があったためである。スウェーデン及びフィンランドにおいては、離婚権は、基本権であるとみなされている[118]。そのため、「夫婦は、手続に時間を浪費し、又はお金をかけるという危険を冒すことなく、自由に婚姻を終了させることができなくてはならない」[119]のであり、「基本的に制限されていない離婚権もまた、男女間の平等という重要な問題である」とされている[120]。オランダは、法廷地法の適用を強く支持していたが、最終的には、ローマⅢ規則をしぶしぶ受け入れたとされる[121]。連合王国及びアイルランドは、英米法系の伝統ゆえに法廷地法アプローチを採っている[122]。しかし、それらは、アムステルダム条約[123]付属の連合王国及びアイルランドの地位に関する議定書に基づき、個々の法律文書の採択に参加しない権利を有しており、それゆえ、ローマⅢ規則の採択の障害にはならなかったと言われている[124]。とりわけ、スウェーデンが提案に強く反対し続けたため、ブリュッセルⅡ

bis 規則を修正する規則提案は、全会一致要件を満たすことができなかった。[125]

そこで、二〇〇八年七月二八日、ギリシャ、スペイン、イタリア、ルクセンブルク、ハンガリー、オーストリア、ルーマニア及びスロベニアは、婚姻事件の準拠法の領域における先行統合を望むことを表明し、その趣旨で委員会が理事会に提案を提出することを求める要求を委員会に提出した。[126] これらの八構成国に続き、二〇〇八年八月一二日にブルガリアが同一の要求を提出し、二〇〇九年一月一二日にフランス、二〇一〇年四月一五日にドイツ、同年同月二二日にベルギー、同年五月一七日にラトビア、同年同月三一日にマルタ、同年六月四日の理事会会議の間にポルトガルが加わった。[127] なお、ギリシャは、二〇一〇年三月三日にその要求を撤回した。[128] 二〇一〇年三月二四日、委員会は、これらの要求に応じて、離婚及び法的別居の準拠法に関して先行統合の権限を付与する理事会決定の提案[129]と、当該先行統合を実施する理事会規則の提案[130]を同時に採択した。二〇一〇年七月一二日、理事会は、離婚及び法的別居の準拠法の領域において先行統合の権限を付与する決定[131]を採択し、二〇一〇年一二月二〇日にローマⅢ規則が採択された。二〇一二年一一月二一日にはリトアニアの参加が認められ[132]、現在、一五構成国がローマⅢ規則に参加している。

二　不参加の理由

残る一二構成国[133]は、提案された統一抵触規則の内容や政治的な理由から、ローマⅢ規則には参加していない[134]。

その中でも、デンマークは例外である。デンマークは、欧州連合条約及び欧州連合運営条約付属のデンマークの地位に関する議定書第一条及び第二条に基づき、欧州連合運営条約第三部第五編「自由、安全及び司法の領域」に従い提案された措置の採択に参加しないものとされているため、ローマⅢ規則への参加のような個別的な決定をすることはできない。

とりわけ、外国離婚法の適用を受け入れることができないことを主張する構成国が、ローマⅢ規則に参加していない。それらは、主として、法廷地法の適用を支持する[135]。まず、権限のある裁判所が常に法廷地法を適用するという英米法系の伝統から法廷地法の適用を支持する国として、連合王国、アイルランド及びキプロスが挙げられる[136]。連合王国及びアイルランドは、欧州連合条約及び欧州連合運営条約付属の自由、安全及び司法の領域に関する連合王国及びアイルランドの地位に関する議定書第三条に従い、それらが特定の法律文書に参加する意思を示さない限り、欧州連合運営条約第三部第五編に定められる措置の採択には参加しない。そのため、それらがローマⅢ規則に参加しないことは初めから明らかであったと言われている[137]。

スウェーデン及びフィンランドは、参加しないことを率先して決めたとされる[138]。前述のように、スウェーデンは、ブリュッセルⅡbis 規則を修正する規則提案の際に激しく異議を述べ、提案が全会一致要件を満たすことができない原因となっていた。これらの国では、離婚権が基本権であると考えられているため、外国離婚法を適用することはできないとされている[139]。

オランダは、ブリュッセルⅡbis 規則を修正する規則提案にもしぶしぶ同意していただけであり、ローマⅢ規則に参加しないことも容易に決定したとされる[140]。グリーンペーパーに対するコメントによれば、オランダは、そもそも抵触規則の統一を支持していない[141]。オランダは、その理由として、抵触規則の統一が構成国の実質法の相違を乗り越える方法であるとは考えられないこと、オランダ国際私法の自由主義的な性格にもかかわらず、オランダ裁判所への「殺到」が見られないことを挙げている。

その他の不参加構成国も、様々な理由でローマⅢ規則に参加していない。チェコ共和国では、国際私法の専門家による先行統合の支持にもかかわらず、欧州連合に反対するという政治的な決定がなされたとされる[142]。エストニアは、民事

司法協力の枠組で先例を作るであろう先行統合の影響が全く分析されなかったために、先行統合を支持しなかった[143]。しかしながら、識者の見解によれば、これらの二か国は、後々参加することが予想されている[144]。ポーランドは、ローマⅢ規則が同性カップルにポーランドで離婚を得ることを認めることを恐れて、政治的な決定を行ったとされる[145]。しかしながら、ポーランド代表は、まさにこの事項がローマⅢ規則において扱われることになることを見落としていたと考えられている[146]。スロバキアは、多くの理由で先行統合を拒否した[147]。第一に、スロバキアは、先行統合制度が国際私法に関して用いられないことを望んでいた。第二に、裏口的な方法で有責離婚が適用されるようになることを恐れた。第三に、スロバキアには法的別居の制度がないため、スロバキアにおいては、それに関する規則は適用されることができない。第四に、スロバキアはなお、離婚が当事者自治の観念と相容れない「国の支配する」制度であると考えている[148]。ギリシャは、当初は他の構成国とともに先行統合を要求していたが、二〇〇九年に極端な費用削減措置がとられたために、正当な理由なしに全ての諮問委員会を解散させ、その要求を撤回することになったとされている[149]。

第三節　当事者自治に関する議論

学者の中にも、当事者自治を支持する意見がある。Boele-Woelki は、準拠法選択の自由が、夫婦に法的安定性を与えるものであり、歓迎されるべきであるとする[150]。また、Marinai は、準拠法選択の自由を強化することが、より多くの柔軟性を与え、たとえば、構成国の裁判所により宣言された離婚の承認を本国で得ることを望む第三国の国民にとって有益なものとなりうるとしている[151]。

当事者自治の根拠については、様々に述べられている。まず、これが憲法に基づくものであるという見解がある[152]。具体的には、私生活及び家庭生活の尊重についての権利を定める欧州人権条約第八条[153]が当事者自治を保障すると主張する。

同条に基づく私生活及び家庭生活の尊重は、とりわけ、個人の生活に影響を与える基本的な決定を彼ら自身がする権利を含意しているとされる。[154] 欧州司法裁判所及び欧州人権裁判所は、国際家族法に関して、当事者による準拠法の決定が私的及び家族生活に対する基本権であると解釈してきた。[155]

他方で、当事者自治を認める根拠として、欧州連合の統合のための妥協の必要性を挙げるものもある。[156] すなわち、欧州連合においては、本国法主義をとる国と常居所地法主義をとる国が混在しているが、それらを調和させる手段の一つが当事者自治を認めることである。[157] また、外国法の適用を認める大陸法系諸国といかなる場合にも自国法（法廷地法）を適用する英米法系諸国との衝突も解消しなければならない。法廷地法の選択を認める当事者自治は、英米法系諸国への譲歩であり、[158] いずれの制度とも矛盾しない解決策を見付けることを手助けしうるとされる。[159]

さらに、法廷地法の選択を認める理由としては、法廷地法の選択によって、裁判所が自国法を適用することができるようになり、外国法を適用する場合よりも、迅速で経済的な手続が行われうるということが挙げられる。[160]

ここでは、当事者自治が各構成国の妥協のために導入されたものであるという主張が特徴的であると思われる。これは、統一規則を創設するという目的から生じるものであり、欧州連合に特有の理由であると考えられる。

第四節　小括

構成国による全会一致が不可能であったために、ローマⅢ規則は、先行統合の枠組での採択を余儀なくされた。当時、一部の構成国が提案の受け入れに積極的でなかったのが、家族関係事件における国家の認識が異なること、特に、各構成国が離婚を得るために要求する手続的及び実体的事由が異なることの結果であったことは明らかであるとされている。[161]

もっとも、先行統合に参加した構成国も多種多様であると評価されている。[162] すなわち、離婚手続において迅速に結果が出るスペインと、より厳格な要件を課すイタリアや離婚を認めていなかったマルタがともに参加している。また、スウェーデンのような「自由主義的」な構成国が参加していない一方で、アイルランドのような離婚に厳格な構成国も参加していない。これらのことからすると、実質法の相違は、先行統合への参加又は不参加の決定を説明することはできず、抵触規則の相違についても同様であるとされる。[163] 唯一結び付けて考えられるであろう傾向は、離婚に法廷地法を適用する構成国のほとんどが先行統合に参加していないということであるが、このことは、最密接関連地法の原則に従い連結を行う構成国も不参加のグループに含まれていることを考慮すると、過大評価されるべきではないとされている。[164] ローマⅢ規則への参加構成国の構成は、様々な実質法及び抵触規則を持つ国が、離婚について当事者自治を認める可能性があることを示しうると思われる。

第四章　離婚における当事者自治(2)――ヨーロッパ諸国の立法例――

本章では、離婚につき当事者自治を認めている（あるいは、かつて認めていた）オランダ、ドイツ及びベルギーの立法例を当事者自治が導入された順に見ていく。

現在では、ドイツ及びベルギーにおいては、ローマⅢ規則が適用されるのであり、後述の規定はもはや適用されない。しかしながら、当事者自治を導入した理由は各国で異なる。離婚、ひいては、家族法分野における当事者自治の根拠を探究するにあたり、異なるアプローチを理解することは有意義であると思われるため、ドイツ及びベルギーについても本章で扱うこととする。

第一節　オランダ

一　総説

オランダは、ローマⅢ規則に参加していないため、なお自国法を適用して離婚準拠法を決定することとなる。オランダにおいては、二〇一二年一月一日に発効した民法典第一〇編が抵触規則を定める。第五六条によれば、原則として、離婚はオランダ法により規律される（第一項）が、以下の場合には、夫婦の共通本国法が適用される（第二項）。すなわち、(a)夫婦がともにその法を選択するか、又は夫婦の一方によるそのような選択が争われなかった場合又は(b)夫婦の一方がその法を選択し、かつ、夫婦双方が実際にその共通本国との社会的紐帯を有する場合である。

民法典第一〇編の発効まで、離婚の準拠法については、一九八一年の「婚姻の解消及び別居についての法律抵触規則に関する法律」（以下、「離婚抵触法」という。[165]）に規定が置かれていた。それによれば、離婚は、(a)夫婦が共通本国法を有するときは、その法、(b)共通本国法がないときは、夫婦の共通常居所地法、(c)共通本国法及び同一国における常居所地法がないときは、オランダ法により解決される（第一条第一項）。夫婦の一方にとって、共通本国との実効的な社会的紐帯が明らかに欠ける場合は、共通本国法は存在しないものとみなされるが、この場合においても、夫婦がともに共通本国法を選択するか、又は夫婦の一方によるそのような選択が争われなかったときは、その法が適用される（同条第二項）。これらの規定にかかわらず、夫婦がともにオランダ法を選択するか、又は夫婦の一方によるそのような選択が争われなかったときは、その法が適用される（同条第四項）とされていた。

このように、オランダにおいては、一九八一年以降、制定法により制限的な当事者自治が認められてきた。もっとも、新法の規定と旧法の規定とでは、原則と例外が入れ替わっている。新法が原則的にオランダ法に連結し、共通本国法の選択を認めるのに対し、旧法は、共通本国法を第一順位とする段階的連結を原則とし、オランダ法の選択を認めていた。

次項では、制定法上離婚につき当事者自治を認めるに至った過程と規定が改正された経緯を確認する。

二　立法経緯

(1)　離婚抵触法

離婚抵触法は、オランダ最高裁判所（Hoge Raad）の判例により確立された法理を明文化することを第一の目的としていた[166]。離婚抵触法の制定以前は、離婚準拠法を決定するのは、一八二九年五月一五日の「王国の立法のための総則に関する法律」第六条であるとされていた[167]。同条によれば、「人の権利、身分及び能力に関する法律は、オランダ人が外国に居住するときであっても、その者を規律する。」[168]この規定の拡張解釈によって、判例が形成されてきたのであるが、そこでは、以下のような態度がとられてきた。

まず、夫婦双方がオランダ人である場合には、オランダ法が適用される[169]。さらに、夫婦双方が同一の外国国籍を有する場合には、同規定の拡張解釈により、その本国法が一般に適用される[170]。しかしながら、そのような場合であっても、多くの事案において、夫婦がオランダの社会に統合されていることを理由に、オランダ法が適用されてきた[171]。このことは、国籍に代わって「環境（atmosphere）」を基準とし、特定の事案の全ての状況を考慮して、婚姻関係がいずれの国に最も密接に関連しているかを検討する傾向を示しているとされる[172]。また、夫婦が共通国籍を有しない場合にも、裁判所は、様々な理由付けにより、オランダ法の適用を導いてきた[173]。オランダ法は、しばしば、共通住所地法として適用され[174]、最後の共通住所地法として適用されることもあった[175]。さらに、共通本国法がない場合において、法廷地法としてオランダ法を適用する裁判所もあった[176]。時には、明示的に根拠を述べることなく、オランダ法が適用された[177]。このような内国法志向の傾向に影響を与えていたのは、最高裁判所一九〇七年一二月一三日判決（Boon Schmidt 判決）[178]であると

されている。[179] この判決においては、離婚と公の秩序及び善良の風俗の関係性ゆえに、法廷地法としてオランダ法が適用された。

離婚がオランダ法以外の法に服しうることを最高裁判所が認めたのは、一九七〇年代になってからに過ぎないとされている。[180] 外国法の適用可能性を最初に示したのは、最高裁判所一九七三年二月二三日判決[181]であり、同判決は、離婚の準拠法について画期的な立場をとったものとして注目されたと言われる。[182] 最高裁判所は、Boon Schmidt 判決における立場を常にとることを否定し、離婚問題を抵触規則により解決するという方法に途を開いたとされる（もっとも、明確な抵触規則を提示してはいないとされている。[183]）。離婚抵触法上の抵触規則の原型ともいうべき規則を初めて明示したのは、最高裁判所一九七七年五月二七日判決[184]であるとされている。[185] 同判決によれば、「夫婦の一方によりオランダにおいて提起された離婚訴訟は、夫婦双方がオランダ国籍を有するときは、夫婦のいずれの者もその生活がその者とより強い紐帯を有する他国の国籍を同時に有することがないという仮定のもとに、原則として、オランダ法によって規律される。前述のような場合においては、かかる訴訟は、原則として、オランダ国際私法に従って、訴訟提起の当時、夫婦双方が居住している国の法により、また、当事者双方が異なる国に居住しているときは、オランダ法によって規律される。[186]」それに続く最高裁判所一九七九年二月九日判決[187]は、同様の立場をさらに一般化したとされる。[188] すなわち、「夫婦の国籍国とそれらの者との紐帯が大幅に弱められているとき、また、それらの者にとって、オランダとの社会的関係が創出されているときは、それらの者の偶発的な離婚がオランダの公序と最も密接に結び付けられていることが顧慮されなければならないように、その規則に対する例外が考慮されなければならない。[189]」さらに、最高裁判所一九七九年五月四日判決[190]は、一九七七年判決と全く同様の立場をとり、それがオランダ国際私法上の規則であると明言するに至ったとされている。[191]

こうして確立された離婚準拠法選択規則を明文化するため、一九八一年に離婚抵触法が制定された。第一条第一項は、

判例に従い段階的連結を定めている。他方で、同条第四項は、夫婦によるオランダ法の選択を規定している。これは、「離婚保護（*favor divortii*）」の考えに基づくものであるとされる[192]。オランダ法は、夫婦の意思により離婚することを認めており（民法典第一編第一五四条）、夫婦の本国法が離婚を拒否する場合には、夫婦は、オランダ法を選択することにより離婚することができるようになる。

(2) 民法典第一〇編第五六条

離婚抵触法第一条は段階的連結を規定していたが、実際には、極めて多くの場合にオランダ法の適用が導かれていたとされている[193]。そのため、司法権の強い主張と国際私法委員会の助言により、民法典第一〇編においては規定が修正されることとなった[194]。そして、離婚抵触法の規定における連結点の順位が入れ替えられ、共通本国法が夫婦により指定されるか、又は夫婦の一方によるそのような指定が他方により争われない場合を除き、法廷地法であるオランダ法を適用する旨が規定された。

オランダ法が適用されることにより、外国人間で宣言された離婚の承認の機会が減少するのではないかという疑念に対しては、以下のように回答された。すなわち、異なる法制度の存在を尊重し、必要である場合にはそれを優先させる国際的な法秩序の承認を目的とする国際私法の原則を法廷地法が無視するために、一般に、そして原則として、法廷地法の優先は好まれるものではないが、この特定の対象事項についてのオランダの実務における必要性は、優先されなければならない、と[195]。そのため、主として、本国法を承認の基準として用いる国における承認の問題を避けることを意図して、夫婦による準拠法選択が定められているとされる[196]。

三　小括

オランダ国際私法においては、当事者自治がかなり一般的であると言われている。[197] その例は、本稿の主題である離婚のほか、家族法や婚姻法に見られる。[198] 民法典第一〇編第三五条は、夫婦間の財産以外の法律関係を扱う規定であるが、これも当事者自治を導入している。それによれば、夫婦は、共通本国法又は共通常居所地法を選択することができる。登録パートナーシップに関しては第六四条に定められており、パートナーは、登録パートナーシップ制度を導入しているあらゆる法制度を指定することができる。また、夫婦財産制及び相続については、制限的な当事者自治を認めるハーグ条約を批准している。

オランダにおいては、当事者自治の基礎となる目的は、通例は、最大限の法的安定性を達成することであるとされるが、[199] そのほか、柔軟性の向上や、[200] 離婚に関しては、離婚保護の考え[201]からも支持されている。

第二節　ドイツ

一　総説

ローマⅢ規則が発効するまで、ドイツ民法施行法（ＥＧＢＧＢ）[202] 旧第一七条第一項第一文は、「離婚は、離婚訴訟の係属の発生時点において婚姻の一般的効力について基準となる法に服する。」と規定していた。婚姻の一般的効力[203]について定めるＥＧＢＧＢ第一四条は、第一項において段階的連結を規定し、第二項及び第三項において、制限的ではあるが、当事者自治を認めている。第一項は、婚姻の一般的効力が、「夫婦双方が属する国の法又は夫婦の一方がなお属するときは、夫婦双方が婚姻中最後に属した国の法」（第一号）、それがない場合には、「夫婦双方が常居所を有する国の法又は夫婦の一方がなお常居所を有するときは、夫婦双方が婚姻中最後に常居所を有した国の法」（第二号）、それもな

い場合には、「夫婦がともに別の方法で最も密接に結び付けられている国の法」（第三号）に服すると規定する。第二項によれば、「夫婦の一方が複数の国に属する場合であって、他方もその一つに属するときは、夫婦は、第五条第一項の規定にかかわらず、その国の法を選択することができ」[204]、第三項によれば、第一項第一号の要件が存在せず、かつ、「夫婦のいずれもが、夫婦の双方がその常居所を有する国に属しない場合」（第一号）又は「夫婦が同一国にその常居所を有しない場合」（第二号）には、夫婦は、その一方が属する国の法を選択することができる。夫婦は、これらの規定に従い、婚姻の一般的効力の準拠法を選択することによって、離婚準拠法も選択することができた[205]。

もっとも、準拠法選択には一定の制限がある。EGBGB第一四条第二項及び第三項によれば、あらゆる場合に選択することができるのは、（少なくとも）夫婦の一方の本国法のみであり、共通（常）居所地法を選択することはできない。さらに、個々の婚姻の効力に関して、部分的に準拠法選択をすることはできない[206]。婚姻の一般的効力全てに関して、画一的に準拠法選択をすることができるだけであり[207]、離婚もそれに従う。

二　立法経緯

(1)　EGBGB旧第一七条

EGBGB旧第一七条は、一九八六年のEGBGB改正により導入された規定である。それ以前は、離婚は、原則として、訴え提起時において夫が属する国の法に送致されていた。ドイツ国際私法会議は、その最初の態度表明において、すでに夫の法への連結を退けており、第一に、（最後の）共通国籍、第二に、（最後の）共通常居所地、第三に、（最後の）共通居所地を連結点とする段階的連結の導入を考えていた[208]。その時点では、当事者自治の導入は予定されていなかった。段階的連結に基づき離婚が不可能である場合には、婚姻締結時に夫婦の一方が属していた国の法に基づき、婚姻を解消

することができる限りで、その法が適用されるとされた。[209] 一九七七年のドイツ国際私法会議における再検討の際には、階梯（Leiter）の最後の段が（最後の）共通居所地への連結から最密接関連への白地の連結に置き換えられたが、[210] 依然として、当事者自治は認められていなかった。

司法省の委託を受けたKühneの草案において初めて、離婚における当事者自治が現れたとされる。[211] 彼は、離婚時における婚姻の一般的効力の準拠法への併合によって、規定されていた階梯を置き換えた。[212] 彼によれば、婚姻の効力と離婚の連結を同一にすることは、多くの法秩序において、婚姻中の夫婦の義務とその不履行に対する制裁が内容的に相互に関係しているという考慮に基づいている。[213] そして、この内在的な実質法上の関係は、連結を一致させることによって、抵触法上保持されるという。[214] 同様に、NeuhausとKropholler による草案も、離婚が離婚時における婚姻の効力の準拠法に服する旨を規定していた。[215]

他方、マックス・プランク研究所作業グループの提案は、夫婦の一方の本国法、夫婦が共通常居所地を有する国の法又は夫婦が最後に共通常居所地を有していた国の法のいずれかにより根拠付けられる場合には、離婚が認められるとするものであった。[216] 彼らによれば、離婚は、現代の理解では、全ての者がその人格ゆえに、自由権の一形態として、婚姻中の自己及び相手方の行動を顧慮することなしに与えられている抗弁である。[217] それゆえ、離婚要件の基準となる法は、婚姻の効力の準拠法から独立して決定されなければならず、選択的連結が最善であるとした。[218]

一九八三年一〇月二〇日に公表された政府草案は、EGBGB旧第一七条第一項と同じ文言を含んでいた。政府草案は、多くの法秩序において、婚姻中の夫婦の義務及びその不履行の結果が内容的に相互に関係しており、この相互の関係が、婚姻の一般的効力の連結と離婚の要件及び結果の連結の一致によって抵触法上維持されることに言及している。[219] これは、Kühneの草案において述べられていたことと非常に酷似しており、影響を受けたものと思われる。

EGBGB旧第一七条第一項に関しては、政府草案がそのまま採用され、制定された。

(2) EGBGB第一四条

EGBGB第一四条もまた、一九八六年のEGBGB改正によって根本的に変更されたのであり、婚姻の一般的効力の準拠法の選択可能性は、この時初めて導入された[220]。EGBGB旧第一四条は、一方的抵触規定であり、第一項は、「ドイツ人夫婦相互の身分的法律関係は、彼らが外国にその住所を有する場合であっても、ドイツ法に基づき判断される。」と、第二項は、「夫がドイツ国籍を喪失したが、妻がそれを保持している場合にも、ドイツ法が適用される。」と定めていた。それゆえ、ドイツ法が適用されない場合における準拠法は明確でなく、居所地連結への移行、より弱い法の適用及び夫の法への連結が議論されていた[221]。

ドイツ国際私法会議の最初の提案は、段階的連結のみを定めており、第一に、(最後の)共通国籍、第二に、(最後の)共通常居所地に連結し、第三に、現行法とは異なり、(最後の)共通居所地に連結していた[222]。この提案は、鑑定人であるKegelが起草したものであり[223]、「Kegelの梯子」として知られている[224]。一九七七年の再検討の際、彼は最初の提案を支持したが[225]、ドイツ国際私法会議は、第三段階を最密接関連への白地の連結に置き換えた[226]。また、ドイツ国際私法会議は、正当な客観的連結が提供される場合には、婚姻の一般的効力について、当事者による準拠法選択の要求はないことから、当事者自治の導入に反対した[227]。

当事者自治は、Kühneの草案において初めて現れたとされる[228]。もっとも、彼は、二つの特別な組み合わせにおいて、ドイツ法を選択する可能性のみを規定していた。すなわち、共通のドイツ国籍を喪失した場合であって、新たな共通国籍の獲得までの期間(草案第一四条第二項)、又は夫婦が共通の国籍を持たないが、夫婦の一方がドイツ国籍を有する

場合（同条第三項）に、夫婦は、ドイツ法を選択することができる。Kühne によれば、契約における当事者自治の原則は、顧慮されるべき利益の多様性を適切に顧慮するためのものであるが、家族法の領域においてもそのような事情や利益の多様性が見られ、当事者自治が許容されうる[229]。また、当事者自治は、個々の事案に適した解決を導き、予見可能性を促進するための適当な手段であり、当事者による準拠法選択は、法政策上筋が通っており、有意義なものであるとされた[230]。ドイツ国際私法会議においては、多数の委員が準拠法選択に賛成することを表明したほか[231]、Sturm と Lüderitz[232]が肯定的な意見を述べ、Görgens[233]もまた、準拠法選択を認めることには法政策上説得力があるとした。

Neuhaus と Kropholler による提案は、第一に、夫婦の共通常居所地、第二に、最後の共通常居所地（夫婦がこれを維持している必要はない。）、第三に、ある法に対して夫婦が共通して有する最密接関連を連結点とするものであった[235]。この提案においては、婚姻の一般的効力に関する準拠法選択は、普通は夫婦がよく考えないものであり、適当でないと述べられている[236]。それは、一つの行為で（*uno actu*）決定されてはならない、極めて多様な問題（たとえば、住所、扶養、代理権、特定の契約の禁止）に関わる問題であるからである[237]。

マックス・プランク研究所作業グループの提案は、第八条第一項において、第一に、共通国籍、第二に、共通常居所地、第三に、最密接関連（問題に存在する婚姻の効力の性質をその都度考慮する。）への客観的連結を定めていた。他の提案や実際に制定された規定との相違は、第二項において、包括的かつ極めて自由主義的に当事者自治を支持していたことであると言われている[238]。すなわち、準拠法選択は、婚姻の一般的効力に関しても、一般に可能でなければならず、夫婦は、個々の又は全ての婚姻の効力について、客観的な関連を有するあらゆる法秩序を選択することができるものとされた[239]。そのため、夫婦が婚姻の効力の準拠法として選択できるのは、たとえば、現在の本国法又は居所地法だけではないとする[240]。彼らによれば、夫婦には、彼らが最初に移住するつもりである国の法を選択する十分な理由がある[241]。それ

に加えて、このマックス・プランク研究所作業グループの提案では、婚姻の一般的効果と身分的効果とが同時に規定されていたことから、夫婦がその財産の大部分が所在する国の法を選択することにも十分な理由があり、動産については、財産準拠法を所在地別に決めることが有意義でありうるとも述べられている。[242] しかしながら、立法者が、このような状況全てを予測することは不可能であるため、選択可能な法を限定列挙するのではなく、明らかに恣意的な準拠法選択だけを不可能と見ることを提案した。[243]

改正議論の中で、婚姻の効力の準拠法選択の導入は、やはり、幾人かの学者によって、国際的に害するものとして、跋行的な準拠法をもたらすものとして、不必要なものとして、正当な理由のないものとして批判された。[244] 具体的には、以下の通りである。

まず、Reinhart は、当事者自治を批判する論拠として以下の三点を挙げる。第一に、当事者自治と私的自治の間には、根本的な相違がある。[245] すなわち、実質法における私的自治は、任意法規についてのみ有効に用いられうるのであり、私法の多くの領域では司法による内容のコントロールを受けるのに対し、国際私法上の当事者自治を行使すれば、強行規定を含む法秩序全体が排除される。[246] 第二に、婚姻はあらゆる者に対する外部的効果を持っており、それゆえ、本質をなす内容は、法律上の規定から生じなければならない。[247] また、個人に強く関連する制度は、第三者の不利益に（あるいは夫婦自身の不利益にも）濫用されうるため、[248] 第三者の利益の保護ための規定が必要となる。[249] 第三に、公の利益の保護もまた、国際家族法における当事者自治の認容に抵抗する。[250]

Firsching は、この枠組において準拠法選択を認容する必要性がないとして、以下のように主張する。すなわち、準拠法選択の認容は、結局は、政府草案に進歩的な外見を与えることだけに役立つものである。[251] 反対に、他国の立法でよく見られるのは、政府草案第一四条第一項のような、いわゆる Kegel の梯子に基づくものであり、[252] それは、ドイツ国際

私法会議も推奨したように、近代的な立法に合致している。[253] さらに、第一四条第一項の連結は、特別な意味を持っているとされる。[254] それは、その抵触規則が、夫婦財産制（政府草案第一五条第一項）、離婚及びその結果（同第一七条第一項、第三項第一文、第一八条第四項）、嫡出親子関係（同第一九条第一項第一文）、婚姻している場合における親子の法律関係（同第一九条第二項）、準正（同第二一条第一項第一文）並びに準正における選択的連結（同第二二条第二文）に準用されるからである。[255] したがって、この規定は、制限的な範囲であっても、準拠法選択の導入によって容易に外観が損なわれてはならないような一体を成しているという。[256] また、準拠法選択は、裁判所だけではなく、助言を求められる公証人や弁護士、最終的には法律の知識を持たない当事者自身にも熟考することを強いるのであるが、それは、法的不安定性の軽減のほかは、ほとんど何ももたらさないとされている。[257]

また、Firsching は以下のようにも述べている。すなわち、国際契約法における当事者自治の原則は、法律行為を国家による監督や操作なしに自身で自己責任により最もよく規律し、失敗に終わった行動の結果を自身で負担しなければならないという利益状況によって、正当化することができる。[258] しかし、婚姻の効力の準拠法における当事者自治は、ドイツ国際私法会議の拒絶に反して、おそらく最も不適切な領域に余地を与えることになり、説得的ではない。[259] さらに、当事者自治に対する実務の需要もない。[260] 政府草案の理由書において示される例は、フランス人男性とベルギー人女性がニューヨーク又はリアドで生活しているというものである。[261] 立法者は、このような、おそらくドイツの実務では頻繁に発生しない事案のために、包括的に将来への準備を行う必要はない。[262] 国際私法の規定は、例外的な場合に沿うものではなく、通常の場合につき、法的安定性にも合致する明確な規定を国民に保障するものでなければならない、[263] と。

このように、当事者自治の導入に対して批判はあったが、政府草案においては、現行ＥＧＢＧＢ第一四条と実質的には同一の規定が置かれた。そして、表現の調整を経て、現在の規定となった。

三　小括

以上の立法経緯からすると、とりわけ離婚につき当事者による準拠法選択を認めようという動きがあったわけではないようである。それに対して、婚姻の一般的効力については、反対もあったが、当事者自治を支持する意見が少なからず出された。一九八六年のEGBGB改正以前は、国際家族法の領域における連結は、全体として客観的になされていたのであり、改正後初めて、少なくとも一部の領域において、当事者の意思が力を発揮するようになったとされている。[264] 前述したが、これまで、契約に関しては当事者自治の原則が一般に認められてきた。Kühne及び政府草案の理由書[265]は、以下の通り述べている。すなわち、契約における当事者自治の本質的な根拠は、一般化された規定として立法する際に、顧慮されるべき利益を適切に顧慮することが不可能であることにある。[266] もっとも、家族法の領域においても、そのような利益の多様性（たとえば、内国への移住、外国への移住、周囲の環境への適応及び獲得した法的身分の維持又は変動に関する利益）が認められる。[267] そして、主として強行規定からなる法分野の特色は、当事者自治の原理的な承認にとって邪魔になってはいない。[268] さらに、当事者自治は、個々の場合における事理に即した解決策も法適用の予見可能性も促進する適当な手段である、[269] と。

しかしながら、国際契約法のように、広範囲に制限のない準拠法選択は、国際家族法においては認められないとされている。[270] もっとも、そのような準拠法選択は要求されてはないが、国際家族法のさらなる領域への本国法及び常居所地法の間の選択の広がりは、必要不可欠なものと思われている。[271]

第三節　ベルギー

一　総説

ベルギーは、ローマⅢ規則の参加構成国であるため、現在ベルギー裁判所で離婚訴訟が提起されれば、ローマⅢ規則により準拠法が決定されることになる。

もっとも、ベルギーでは、二〇〇四年七月一六日の国際私法典[272]においても、当事者自治が認められていた。すなわち、第五五条は、第一項において段階的連結を定め、第二項において当事者自治を定める。第一項によれば、離婚及び別居は、訴訟の開始時において夫婦双方が常居所を有する国の法（第一号）、同一国に常居所がない場合には、夫婦の最後の共通常居所が所在した国において、夫婦の一方が訴訟の開始時に常居所を有するときは、その国の法（第二号）、最後の共通常居所が所在した国に夫婦の一方の常居所がない場合には、訴訟の開始時において夫婦双方が国籍を保有する国の法（第三号）、その他の場合には、ベルギー法により規律される[273]。第二項は、夫婦が、訴訟の開始時において夫婦双方が国籍を保有する国の法（第一号）又はベルギー法（第二号）から準拠法を選択することができるとする。

ベルギーでは、同法制定以前は、国際私法固有の成文法が存在しておらず、この制定によって初めて当事者自治が認められることとなった。

二　立法経緯

国際私法典制定以前は、関係諸法に分散している諸規定を事案の性質に応じて使い分ける必要があり、極めてわかりにくい状況が生じていたとされる[274]。準拠法の決定については、包括的な規定である一八〇四年の民法典第三条第三文が多くの問題に適用されていた[275]。それによれば、「人の身分及び能力に関する法律は、ベルギー人が外国に在るときも、

その者を支配する。」[276]離婚の場合にもこの規定が適用されたが、それは、現代の離婚保護の傾向に反する結果をもたらしていたと言われている。[277]一九五〇年代、破毀院は、二つの判決[278]において、ベルギー人妻がイタリア人夫と離婚することができないことを宣言した。[279]破毀院は、民法典第三条第三文の国籍ルールを厳格に固守し、離婚の許容性の問題に両者の本国法を配分的に適用した。[280]しかし、そのような配分的連結は、事実上、消極的な累積的適用であり、それらのうち厳格な法を適用することになる。[281]当時のイタリア法が離婚を禁止していたため、破毀院は、これら二つの判決において、ベルギー人妻とイタリア人夫との間の離婚は可能でないと判断することとなった。このような厳格な解決策は、実務における需要を満足させることができないとの評価を受けた。[282]しかしながら、同裁判所が、解釈上これが唯一可能な解決策であると明示的に述べたため、立法者は、早急にベルギー法の適用を規定することによって、ベルギー人に離婚の可能性を保証することとした。[283]一九六〇年六月二七日の「夫婦の少なくとも一方が外国人である場合における離婚の許容性に関する法律」は、法廷地法の適用を外国人間の一定の離婚の許容性及び事由に拡張した。[284]すなわち、外国人の間の婚姻の場合において、一定の原因のための離婚の許容性は、原告たる配偶者の本国法が反対しない限り、ベルギー法によって支配され（第一条）、夫婦の一方がベルギー人である場合においては、離婚の許容性はベルギー法によって支配され（第二条）、離婚原因の決定はベルギー法による（第三条）。このように、同法は、ベルギー法の優先的適用を定めるものであり、[285]ベルギーにおいて「実質的正義」の実現のために、伝統的な抵触法的正義の観念を断念したとされる。[286]同法により規律されない外国人間の離婚については、なお民法典第三条が適用された。[287]同法の採択の一四年後、離婚保護にインスパイアされた学者及び下級審裁判所は、ベルギーに居住する夫婦へのベルギー法の適用を認める属地的な連結を支持して、第三条の放棄を主張した。[288]

一九九六年、ベルギー司法省は、国際私法典を創設する目的で調査を始めるため、多くの学者を招集した。[289]彼らは、

実務的な重要性の拡大にもかかわらず、不十分かつ時代遅れで、不明確な規則に支配されている国際私法分野の法典化を要求した[290]。ベルギー国際私法グループは、三年をかけて最初の草案を完成させた[291]。その条文は、主として、プロセス全体を通して助言を求められた実務家の需要に応えることを目的としていたとされている[292]。一九九八年、政府の専門家による再検討により変更が加えられ、その後、政府により法案が採択された[293]。これは、立法手続に従い助言を得るため、一九九九年四月に国務院に提出された[294]。二〇〇一年に公表された詳細な助言報告書[295]は、二〇〇二年に上院に初めて法案が提出される前に[296]、さらなる変更をもたらした[297]。国際私法典に関する法は、最終的に、二〇〇四年七月一六日に公布され、二〇〇四年一〇月一日に発効した。

三　小括

ベルギーにおいて、家族法分野における当事者自治は、国際私法典が制定されるまで、夫婦財産制の分野においてのみ受け入れられていた[298]。それゆえ、同法は、準拠法選択を認めることにつき新風を吹き込むものであると言われた[299]。ベルギーにおける制限的な当事者自治は、当事者の意思で本国法を適用することを可能にするものである。本国法は、当事者が本国に戻ることを望む場合や、離婚につき本国法主義をとる国において承認が保障されることを望む場合に、重要となるとされる[300]。また、当事者自治は、連結点として常居所を利用することによる不測の事態を避けるために用いられるものでもあると言われている[301]。

同法の離婚準拠法に関する規定は、オランダの離婚抵触法の規定に倣って起草されたものであるとされる[302]。しかし、オランダにおいては、判例の積み重ねを経て、法廷地法の適用を原則とする規定が置かれることとなった一方で、ベルギーは、ローマⅢ規則に参加し、統一抵触規則を採用することによって、オランダとは異なる方向へと進んだ。

第四節　本章の総括

本章では、オランダ、ドイツ及びベルギーにおける国際離婚法について概観した。いずれの国も制限的な当事者自治を認めている（あるいは、かつて認めていた）といえども、その内容は異なる。

第一に、大きな相違として、離婚の準拠法自体の選択を認めているか否かという点がある。ドイツにおいては、離婚準拠法自体は、婚姻の一般的効力の準拠法に従うのであり、婚姻の一般的効力の準拠法につき、制限的な当事者自治が認められているに過ぎない。もっとも、政府草案の理由書は、家族法分野に関して、当事者自治の一定の必要性があることを示唆しており[303]、このことは、婚姻の一般的効力の準拠法だけでなく、離婚準拠法についてもあてはまると考えられる。他方、オランダ及びベルギーにおいては、離婚準拠法自体を選択することができる。これは、ドイツの場合とは異なり、離婚に関する判例の積み重ねから、必然的なものであると思われる。

第二に、原則的連結が段階的連結であるか、法廷地法への連結であるかが異なる。ドイツ及びベルギーは前者であり、オランダは後者である。旧法においてはオランダも段階的連結を原則としていたが、極めて多くの場合にオランダ法が適用されることから、民法典第一〇編の制定に際し、法廷地法であるオランダ法への連結が原則とされた。

第三に、法廷地法に連結されうるか否かが異なる。ドイツにおいては、法廷地法に連結される可能性はない。指定された準拠法によれば離婚することができない場合であっても、それは、原則としてドイツの公序に反するものではなく、また、ドイツ法と比較して婚姻の解消を本質的に困難にし、又は離婚を全く不可能とする外国法を許容しないことも適切でないとされる[304]。それに対して、オランダ及びベルギーは、法廷地法に連結される可能性がある。それは、これらの国が、離婚保護の考えを重視しているからであると思われる。

このような規定内容の相違は、当事者自治を正当化する根拠が各国において異なることに由来すると考えられる。し

たがって、我が国でもいかなる根拠付けにより当事者自治を認めるかによって、規定が変わりうるであろう。

また、我が国において当事者自治を導入するとすれば、立法過程において各国で出された反対意見も克服する必要があると思われる。

第五章　検討――離婚における当事者自治の根拠付け

第二章では契約における当事者自治を、第三章及び第四章では離婚における当事者自治を見てきた。本章では、契約における当事者自治の議論に沿って、各国の離婚における当事者自治の根拠を参照しながら、離婚における当事者自治の根拠について考察し、我が国での妥当性について検討する。

第一節　消極的根拠

契約における当事者自治の原則の消極的根拠として、最密接関連地を特定しにくいということがある。すなわち、国際契約は、複数の国に関連を有するものであるが、複数の法に関わる当事者利益を適切に調整することは困難であり、「窮余の策」として当事者自治を用いる。

最密接関連地を特定しにくいということは、離婚についても言えることであると考えられる。[305] ドイツ政府草案の理由書は、家族法の領域においても、契約と同様に顧慮されるべき利益の多様性が認められるがゆえに、当事者自治が認められるとする。[306] 我が国においては、離婚に限ったことではないが、社会全体のグローバル化に伴い、国籍や常居所など従来属人法の連結点と考えられてきたものが相対化し、客観的、一義的にいずれが最も密接な関連を示す連結点である

かを決定することが困難な事例が増えてきていると見る見解がある。[307] 当事者自治は、これを解決する手段でありうると思われる。ドイツにおいては、属人法の決定における本国法と常居所地法の間の選択に関して、以下のような議論がなされてきた。

まず、Mansel は、国籍がもはや連結の基準となる者（Anknüpfungsperson）の重点ではない場合があることを指摘し、[308] 国籍の実効性についての検討を主張する。[309] その検討にあたって、彼は、Boele-Woelki がオランダ法実務に倣って提案した「国籍を本国との密接な関連の表明とみなすことができないことを明白に示す事実を関係者が主張した場合には、本国法は、例外的に居所地法により置き換えられる」[310] とする規定を支持する。[311] その理由は、その提案が、時間の経過による準拠法の変更の図式化を回避する一方で、通常は抵触法上事理に即した結果をもたらす国籍を優先させるためである。[312] これを主張するかどうかは「関係者」（連結の基準となる者は当然含まれる。[313]）に委ねられるとする。[314] さらに、Mansel によれば、本国法主義に関して、文化的同一性（kulturelle Identität）の観点から、国籍が連結点として機能を発揮しない場合がある。[315] それゆえ、内国に長期にわたり居所を有する外国人のために、属人法につき本国法及び居所地法の間の一般的な選択可能性を与えるべきであるとする。[316] Mansel は、EGBGB 第一四条に言及し、それが事理に即した当事者自治の連結をもたらすと述べる。[317] 国際婚姻法においては、夫婦がともに連結の基準となるのであり、そのために発生しうるデメリットは、選択権によって軽減されるとする。[318] したがって、国際婚姻法においては当事者自治が重要であり、[319] 連結の基準となる者に対して、本国法の代わりに常居所地法を選択する可能性が開かれていなければならないと主張する。[320]

Basedow 及び Diehl-Leistner は、属人法が、人が五年を超えて常居所を有する（定住する）国の法に服し、さもなければ、国籍に基づき決定されることを主張する。[321] 状況によっては、固定的な期間は不都合であるため、当事者の申立

てにより、実効性が検討されなければならないとする。[322] さらに、期間の経過により準拠法の変更という不利な結果がもたらされうるため、当事者に対し、五年の居所期間の経過後に、法分野に応じて一方的又は双方的な準拠法選択により、これまで基準となっていた本国法を準拠法として維持する可能性を与えなければならないとされる。[323]

また、Rohe は、Basedow 及び Diehl-Leistner により持ち出された当事者の準拠法選択権の拡大によって、当事者のある国への統合に沿った精緻化が到達されるとする。[324] Rohe によれば、一般に、当事者は、そのような選択が問題となることについて情報を与えられており、その利益を保持することを心得ている。[325] さらに、Rohe は形式的要件に言及し、それが、情報が与えられておらず「これといった目的もない」準拠法選択を回避しうるのであり、それによって、当事者が自己の利益に不利な判断をする危険が減少すると述べる。[326]

我が国においても、このような本国法と常居所地法の間の選択は妥当するであろうか。法の適用に関する通則法第二七条は、夫婦の同一本国法、夫婦の同一常居所地法、最密接関連地法の順で段階的連結を定める同法第二五条を準用する。夫婦が同一本国法と同一常居所地法のいずれか一方のみを有する場合には、それが最も密接に関連する法であると考えられるため、妥当な解決が図られると思われる。また、いずれも存在しない場合には、最も密接な関連を有する地の法が準拠法として指定される。他方で、夫婦が同一本国法も同一常居所地法も有する場合には、同一本国法が同一常居所地法に優先することになるのであるが、同一常居所地法が同一本国法よりも夫婦に密接であるという場合がありうる。このような場合には、夫婦に同一常居所地法の選択を認めることには理由があると思われる。たとえば、ドイツ人夫婦が、我が国に一〇年以上常居所を有しており、本国に戻る予定がないとする。法の適用に関する通則法第二七条によれば、彼らの離婚には、同一本国法であるドイツ法が適用されることになる。我が国において裁判することを前提にすると、このように、我が国に一定期間居住する外国人夫婦が、同一本国法よりも同一常居所地法の方が密接でありう

る典型例として想定される。厚生労働省の人口動態調査によれば、二〇一二年の我が国における国際離婚（夫婦の一方又は双方が外国人である夫婦の我が国における離婚）は、一七八七八件であり、そのうち、夫婦双方が外国人である離婚は一五九〇件（約九パーセント）である。[327] この中で、前述の例のように、同一本国法よりも同一常居所地法の方が密接であると言える場合を考えると、極めて少数となることが予想される。

それだけでなく、同一本国法と同一常居所地法からの選択を夫婦に委ねることによって、夫婦は、より有利な法を選択することができるようになる。すなわち、夫婦は、同一本国法と同一常居所地法のうち、より容易に離婚することができる国の法を選択しうるようになる。そうすると、当事者自治を認める目的が、より密接な法を適用することであるにもかかわらず、より有利な法が選択されることによって、より密接な法が適用されなくなる可能性がある。したがって、より密接な法を適用する方法としては、当事者自治を用いることが最も適当であるとは言い難いのではないだろうか。

なお、前述のドイツにおける議論が属人法に関するものであるように、本国法と常居所地法のうち、より密接な法を適用するという当事者自治の根拠付けは、離婚だけでなく、属人法に関わる領域全体に妥当しうる。したがって、これを当事者自治を認める根拠とするのであれば、当事者自治は、原則として、属人法に関わる領域全体で認められることになると考えられる。

第二節　積極的根拠

第一に、契約における当事者自治の原則の根拠として、実質法上契約自由の原則が妥当することが挙げられる。もちろん、離婚に関しても契約自由の原則そのものが投影されると主張することはできない。もっとも、当事者自治の原則

を私的自治の観点から根拠付けるとすれば、協議離婚も私的自治を基礎とするものであり、離婚においても当事者自治が認められるとの主張は可能であろう。しかしながら、離婚の観念は各国により異なっている。我が国のほか、中国、台湾、韓国及びタイなどは協議離婚を認めているが[328]、ヨーロッパにおいては、裁判を経なければ離婚することができない国がほとんどである[329]。さらに、離婚事由や別居の要否も様々である。それゆえ、契約自由の原則が世界的に妥当しているからこそ、契約における当事者自治の原則の積極的根拠として私的自治が持ち出されうるのであるとすれば、離婚に関しても同様に根拠付けることは困難であろう。

第二に、憲法上の権利又は基本権・人権を当事者自治の原則の積極的根拠とする見解がある。この見解によれば、基本的に当事者自治が承認されるということになるため、離婚についても当事者自治が根拠付けられると思われる。この見解は、ドイツ学説上は根強く支持されていると言われているとはいえ、我が国において支持する者は多くないと思われる。このような根拠付けが可能かつ適切であるかは未知数とされており[330]、これを根拠と結論付けるには慎重にならざるを得ない。しかしながら、このような根拠に基づくのであれば、あらゆる領域における当事者自治が基本的には承認されることになるのであり、この点については可能性を模索することも無意味ではないと思われる。なお、この見解に立てば、前述のような夫婦の恣意的な準拠法選択に対する懸念は解消されるであろう。憲法上の権利又は基本権・人権から当事者自治を根拠付けるのであれば、夫婦は、基本的にはいかなる準拠法選択も認められるからである。

第三に、最近では、契約における当事者自治の原則の根拠として、様々な実際的な利益が強調されている。この視点からすると、契約に限らず、より広い範囲で当事者自治の原則が正当化されうるとされている[331]。実際に、第三章及び第四章で検討した各立法例も、主としてこの視点から根拠付けられていると思われる。具体的には、法的枠組を柔軟にすること、法的安定性及び予見可能性を強化すること、夫婦により密接に関連する法が選択されること、夫婦の正当な期

待を保護することなどが挙げられている。なお、この夫婦の予見や期待の対象は、（容易に）離婚をすることができる国の法によって自らが離婚をすることができることに対するものではなく、自らが最も密接に関連する国の法によって離婚が規律されることに対するものであると考えるのが妥当であると思われる。さらに、オランダ及びベルギーでは、外国判決の承認の促進も根拠の一つとされていた。また、裁判所による準拠法決定を容易にし、その手間を省くことも、契約と同様離婚にも当てはまると考えられる。離婚特有の利益としては、離婚保護が挙げられる。前述の通り、オランダ及びベルギーは、離婚保護の考えを支持している。また、ローマⅢ規則も、離婚をできる限り容易にすることを志向していると言われているだけでなく[332]、離婚保護がローマⅢ規則の指導的役割を果たす原則であるとされている[333]。さらには、国際私法上も実質的な利益が考慮されることが現在すでに一般的になってきており、離婚保護のような当事者の一定の実質的利益の保護という観点がすでに確立しているとする見解がある[334]。しかし、他方で、ローマⅢ規則を制定した欧州連合域内においても、離婚の成立を容易にすべきであるという方向性が共通するとは言えないとする見解もある[335]。我が国について言えば、法例第一六条但書（法の適用に関する通則法第二七条但書）の設置により、離婚を認めず、又は厳格な要件を定める法によって離婚することができないことが裁判において争われることは、ほとんどなくなった。しかし、同条但書は、本来的には戸籍実務上の便宜のためのものであり、離婚保護を目的とするものではないとされている[336]。我が国の国際私法上、離婚が保護されなければならないほど重要なものであるかは明白でなく、離婚保護を根拠として当事者自治を認めることには疑問が残る。

契約における当事者自治の原則の積極的根拠として挙げられたものの中で、各国の観念にかかわらず、離婚における当事者自治を根拠付けることができるのは、様々な実際的な利益であると考えられる。しかしながら、それぞれがいかなる場合にも強固な根拠であるとは言い切れないと思われる。そのため、様々な実際的な利益を当事者自治の主たる根

拠と位置付けるには、さらなる検討が必要とされるのではないだろうか。さらに、これを根拠とするのであれば、離婚にとどまらず、より広い範囲で当事者自治が認められることになることに留意しなければならないと考えられる。

なお、我が国では未だ離婚保護は確立していないという立場をとるとして、当事者自治を認めること自体が離婚保護につながるかどうかを検討してみたい。準拠法選択の対象としては、本国法、常居所地法及び法廷地法が考えられる。まず、本国法及び常居所地法については、それがいずれの国の法になるかは、当事者の国籍や常居所の所在によるのであり、その連結点の設定には、指定される実質法の内容は考慮されていない。これまで見てきた立法例も、離婚しようとする時だけでなく、婚姻前や婚姻中の準拠法選択も認めており、離婚を不可能又は困難にする法を夫婦が選択することも可能で、ありうることである。したがって、これらの選択を認めることは、直ちに離婚保護の支持となるわけではないと考えられる。法廷地法については、我が国では協議離婚が認められていることから、夫婦双方が離婚を望む場合を想定すると、法廷地法を選択肢とすることは離婚保護につながると言えそうである。もっとも、我が国で離婚訴訟が提起されうるのは、原則として被告の住所地又は例外的に原告の住所地が我が国にある場合であり[337]、法廷地法は、基本的には同一本国法又は同一常居所地法と重複することになると思われる。

第三節　小括

現代においては、人の国際的な移動の増加に従い、離婚に最も密接な関連を有する国を一般的に決定することは、ますます困難になってきている。そのような消極的根拠から、本国法と常居所地法の間でより密接に関連する国の法を夫婦に選択させることには理由があると思われる。もっとも、我が国の現状を考慮すると、同一本国法と同一常居所地法からの選択を認める必要性は乏しいと考えられる。また、そのような根拠付けによって当事者自治を認めたとしても、

夫婦が恣意的な準拠法選択を行い、より密接な関連を有する国の法が適用されない可能性もある。したがって、より密接な法を適用する方法としては、当事者自治を用いることが最も適当であるとは言い難いと思われる。

法的枠組の柔軟化、法的安定性及び予見可能性の強化、夫婦の正当な期待の保護などの実際的な利益は、当事者自治の根拠として妥当性があると思われる。この夫婦の予見や期待の対象は、（容易に）離婚をすることができる国の法によって自らが離婚をすることができることに対するものではなく、自らが最も密接に関連する国の法によって離婚が規律されることに対するものであると考えると、本国法及び常居所地法の選択が認められる。他方、法廷地法については、それが本国又は常居所地と異なる場合には、当事者との間に密接な関連があるとは言えそうにない。それにもかかわらず、法廷地法を選択肢とする理由としては、第一に、裁判所がよく知る法を適用することが当事者の利益になること、第二に、その実質法の内容が当事者に利益を与えることが考えられる。第一の点に関しては、法廷地法の選択を認める根拠となりそうである。しかし、この観点からすると、いかなる単位法律関係においても法廷地法の選択が認められることになり、直ちに根拠として妥当であるとは言えないと思われる。また、離婚保護の考えが未だ我が国において確立したものと言うまでには至っていないという立場からすると、第二の点も支持し難いと考えられる。したがって、法廷地法の選択を認める根拠は希薄であると思われる。なお、本国法及び常居所地法の選択については、前述の恣意的な選択のおそれがある。これが問題であるのか、問題であるとして、許さざるを得ないか、あるいは、解決策を講じることができるのかは、態度を決めかねており、今後の課題としたい。

さらに、憲法上の権利又は基本権・人権による当事者自治の根拠付けには、なお検討される余地があると考えられる。

第六章　おわりに

本稿の目的は、当事者自治が契約以外の領域にも拡大しつつあることに注目し、主要な場面でしか当事者自治が役割を演じていないと思われる我が国において、現在認められている領域以外で当事者自治を受け入れる余地があるかを検討することであった。本稿では特に、二〇一二年一二月二〇日に採択されたローマⅢ規則の紹介も兼ねて、離婚に焦点を当てることとした。

第二章においては、当事者自治が最初に認められ、議論が蓄積されている契約の領域における当事者自治の根拠を概観した。第三章においては、ローマⅢ規則を、第四章においては、ローマⅢ規則制定以前から離婚につき当事者自治を導入していたオランダ、ドイツ及びベルギーの立法例を参照し、その立法経緯などから、当事者自治の根拠を探った。そして、第五章において、これらから示唆を得ながら、離婚における当事者自治が我が国で妥当しうるかを考察した。要約すれば、以下の通りである。すなわち、契約及び離婚のいずれにおいても、最密接関連地を特定することの困難がある。離婚に関しては、本国法と常居所地法のいずれが最も密接な関連を有する法であるかを一般的に決定することが困難を生ずる場合がある。そのような場合には、本国法と常居所地法の間でより密接に関連する国の法を夫婦に選択させることは有意義であると思われる。もっとも、我が国ではそのような必要性が乏しいだけでなく、夫婦が有利な法を選択することにより、より密接な法が適用されない可能性があると考えられる。当事者自治を認めることにより実際的な利益が得られるという点は、離婚についても妥当するが、これを当事者自治の主たる根拠と見るにはさらなる検討が必要であると思われる。憲法上の権利又は基本権・人権による当事者自治の根拠付けについては、十分に考察することができなかった。このような根拠付けが可能であるとすれば、さらに広い範囲で当事者自治が正当化されることになる

のであり、一考する意義があると考えられる。

本稿では、いかなる時点で準拠法を選択するかを特に限定することなく考察を行った。また、前述のように、議論の蓄積があることから、契約における当事者自治の議論を参照した。しかしながら、契約以外の領域の議論を参考にすることも考えられる。第一に、夫婦財産制の準拠法選択と併せて離婚準拠法の選択も行うことを想定することができ、夫婦財産制における当事者自治の議論に沿って、離婚における当事者自治を検討しうるのではないだろうか。第二に、不法行為の場合のように、問題が発生した後で、夫婦が当該問題を解決するルールを決めることも、離婚において想定されうる。この場合には、不法行為において当事者自治を認めている根拠が参考になると思われる。

いかなる領域において当事者自治が認められてきているかは、第一章において述べた通りである。我が国では、現在、契約に加え、不法行為、事務管理、不当利得及び夫婦財産制に関して認められているが、その他の領域においても、当事者自治を認める見解が少なからず出されている[338]。離婚に関しても本稿だけで足りるものでは決してないが、我が国におけるそれ以外の領域への拡大も一考する価値があり、契約の領域に限らない当事者自治の根拠について、今後も研究を続けていきたいと考える。

（1） 折茂豊『当事者自治の原則』（創文社、一九七〇年）一二二頁。すなわち、それは Pasquale Stanislo Mancini, «De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles», Journ. dr. intern. privé, no. 1 (1874), p. 295 においてであり、「契約の形成、債務その他に関する……〔外国人の〕私権の任意的部分……の領域においては、人はみずからそれを欲するならば、その本国の法律にしたがうことができる。また、……その行為をその本国法の定めるところと異なる他の規則によらしめることもできる。」とする（邦訳は、パスクァレ・スタニスロ・マンチーニ（早田芳郎訳）「種々の民事および刑事立法間の抵触の統一的解決を確保するため、若干の一般的国際

私法規定を、一個または数個の国際条約の形式のもとに、すべての国家に対して拘束力あるものとすることの有用性」比較法四号（一九六六年）四五頁、五号（一九六七年）六八頁に従った）。

（2）折茂・前掲注（1）三四頁。

（3）*Axel Flessner*, Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht (1990), S. 97; *Stefan Leible*, Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: Mansel/Pfeiffer/Kohler/Kronke/Hausmann [Hrsg], Festschrift für Erik Jayme, Band I (2004), S. 486.

（4）なお、この領域において、当事者自治の原則を承認していない国もある。たとえば、ブラジル民法施行法第九条（笠原俊宏『国際私法立法総覧』（富山房、一九八九年）三三六頁以下参照）は、契約を契約締結地法によらしめる。ただし、仲裁の場合には、仲裁法（Law No. 9307/1996）により当事者自治が認められている。ウルグアイ民法第二三九条（笠原前掲書五一頁以下参照）は、契約を履行地法によらしめる。もっとも、これらの国においては、準拠法として指定された国の法が当事者自治の原則を認める場合には、反致によってそれが考慮される（*Jürgen Basedow*, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 75 (2011), S. 36）。エジプト民法第一九条（笠原前掲書五七頁以下参照）、イラン民法第九六条（Siehe *Nadjma Yassari*, Das Internationale Vertragsrecht des Irans, IPRax 2009, S. 453f.）、イラク民法第二五条（Siehe *Hilmar Krüger*, Das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht des Irak, IPRax 1988, S. 180ff.）、ヨルダン民法第二〇条（笠原前掲書三九二頁以下参照）及びイエメン民法第三〇条（Siehe *Hilmar Krüger*, Allgemeiner Rechtszustand und internationales Privatrecht der Republik Jemen, RIW 1993, S. 28ff.）は、原則として客観的連結を定めるが、例外的に、当事者が準拠法を合意した場合にはそれによるとする。

（5）Préambule de Session de Bâle «L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privée». *Annuaire de l'Institut de Droit International – Session de Bâle*, vol. 64-II (1992), pp. 382-387.

（6）Article 2 de Session de Bâle « L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privée ».

（7）Article 7 of Inter-American Convention on the law applicable to international contracts.

（8）Article 3 of Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, OJ L 177/6.

（9）Article 2 of Draft Hague principles on the choice of law in international contracts. ハーグ国際私法会議ウェブサイト（http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=49）参照（最終アクセス：二〇一四年六月一日）。

(10) この点については、中野俊一郎「当事者自治原則の正当化根拠」立命館法学三三九＝三四〇号（二〇一一年）三〇一頁において詳細に述べられている。以下で立法例を取り上げるにあたって、一部参考にさせていただいた。

(11) 中野・前掲注（10）三〇八頁。

(12) 松岡博編『国際関係私法入門［第三版］』（有斐閣、二〇一二年）一三五頁。

(13) 「契約外債務の準拠法に関する二〇〇七年七月一一日の欧州議会及び理事会規則」（Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, OJ L 199/40）（いわゆる「ローマⅡ規則」）第一四条など。

(14) 中野・前掲注（10）三一〇頁、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法Ⅰ』（有斐閣、二〇一一年）三六七頁〔竹下啓介〕。

(15) スペイン民法第一〇条第一項（笠原俊宏「外国国際私法立法に関する研究ノート（9）―スペイン民法典中の国際私法規定の改正（一九九〇年）―」国際研究論叢一四巻二号（二〇〇〇年）四七頁以下参照）など。

(16) アルメニア民法第一二七九条（Siehe Zivilgesetzbuch der Republik Armenien: Abschnitt 12 – Internationales Privatrecht, IPRax 2009, S. 96ff.）、中国国際私法第三八条（笠原俊宏「中華人民共和国の新しい国際私法『渉外民事関係法律適用法』の解説（1）」戸籍時報六六三号（二〇一〇年）二頁以下参照）、モンゴル民法第五四七・一・五条（Siehe Neues mongolisches Internationales Privatrecht, IPRax 2003, S. 381ff.）、ルーマニア国際私法第五三条（笠原俊宏「外国国際私法立法に関する研究ノート（1）―ルーマニア国際私法（一九九二年）―（上）」国際研究論叢八巻一号（一九九五年）八九頁以下参照）など。

(17) 笠原俊宏「国際家族法における当事者自治」比較法四〇号（二〇〇三年）二四二頁。たとえば、その先駆けは、夫婦財産制の準拠法に関するハーグ条約（Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes）であり、第三条は、準拠法選択時における夫婦の一方の本国法、準拠法選択時における夫婦の一方の常居所地法又は夫婦の一方の婚姻後における最初の常居所地法から選択することを認めている。

(18) 中国国際私法第二四条、ドイツ民法施行法第一五条第二項、イタリア国際私法第三〇条（笠原俊宏「イタリア国際私法の改正とその特質について」比較法三四号（一九九六年）一〇五頁以下参照）など。

(19) 笠原・前掲注（17）二五〇頁。

(20) 死亡による財産相続の準拠法に関するハーグ条約（Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons）第五条第一項、ベルギー国際私法第七九条など。

(21) フィンランド国際相続法第六条（Siehe *Anne-Katrin Reich*, Neue Kollisionsnormen im finnischen Erbgesetzbuch, IPRax 2002, S. 548ff.）など。

(22) 「相続事件における管轄、準拠法、裁判の承認及び執行、公文書の受領及び執行、並びに欧州相続証明書の導入に関する二〇一二年七月四日の欧州議会及び理事会規則」（Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201/107）第二二条第一項（二〇一五年八月一七日より適用される）、アゼルバイジャン国際私法第一九条第一項（Siehe Übersetzung des Gesetzes der Republik Aserbaidschan über das Internationale Privatrecht vom 6. 6. 2000, IPRax 2003, S. 386ff.）、イタリア国際私法第四六条第二項、韓国国際私法第四九条第二項（青木清「改正韓国国際私法」国際私法年報五号（二〇〇三年）二八頁以下参照）、カザフスタン民法第一一一一条（Siehe *A. Weishaupt*, Neues Kollisions- und Internationales Zivilprozessrecht in der Republik Kasachstan, IPRax 2002, S. 53ff.）、スイス国際私法第九〇条第二項、第九一条第二項（笠原・前掲注（4）一三〇頁以下参照）など。

(23) ドイツ民法施行法第二五条など。

(24) ドイツ民法施行法第一四条第二項及び第三項、スペイン民法第九条第二項など。

(25) 扶養義務の準拠法に関する議定書（Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations）第七条及び第八条など。

(26) 「離婚及び法的別居の準拠法の領域における先行統合の実施に関する二〇一〇年一二月二〇日の理事会規則」（Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ L 343/10）第五条、オランダ民法典第一〇編第五六条、中国国際私法第二六条（協議離婚のみ）など。かつては、ドイツ民法施行法第一七条及びベルギー国際私法典第五五条も認めていた。

(27) 道垣内正人『ポイント国際私法各論〔第二版〕』（有斐閣、二〇一四年）二二二頁、同「国際私法の新たな課題と展望」上智法学論集四九巻三＝四号（二〇〇六年）二五頁、中野・前掲注（10）三〇二頁など。

(28) *Gerhard Kegel*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (1971), S. 253.

(29) *Kegel*, a.a.O. (Fn. 28), S. 253f.

(30) *Kegel*, a.a.O. (Fn. 28), S. 253.

(31) *Kegel*, a.a.O. (Fn. 28), S. 254.

(32) *Kegel*, a.a.O. (Fn. 28), S. 254.

(33) *Kegel*, a.a.O. (Fn. 28), S. 254.

(34) *Kegel*, a.a.O. (Fn. 28), S. 254.

(35) *Kegel*, a.a.O. (Fn. 28), S. 255; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (2004), S. 652.

(36) *Kegel*, a.a.O. (Fn. 28), S. 255; *Kegel/Schurig*, a.a.O. (Fn. 35), S. 652.

(37) *Kegel*, a.a.O. (Fn. 28), S. 255; *Kegel/Schurig*, a.a.O. (Fn. 35), S. 653.

(38) *Kegel*, a.a.O. (Fn. 28), S. 255; *Kegel/Schurig*, a.a.O. (Fn. 35), S. 652.

(39) *Kegel*, a.a.O. (Fn. 28), S. 255; *Kegel/Schurig*, a.a.O. (Fn. 35), S. 653.

(40) 田中耕太郎『世界法の理論』（岩波書店、一九三二年）四二五～四三三頁。

(41) 江川英文「国際私法上の意思自治の原則に関する一考察」田中先生還暦記念『商法の基本問題』（有斐閣、一九五二年）四四八頁。

(42) 江川・前掲注（41）四四八頁。

(43) 折茂豊『国際私法各論〔新版〕』（有斐閣、一九七二年）一一五頁。

(44) たとえば、木棚照一＝松岡博編『基本法コメンタール国際私法』（日本評論社、一九九四年）四〇～四一頁〔佐野寛〕、出口耕自『基本論点国際私法〔第二版〕』（法学書院、二〇〇一年）六八～六九頁、山田鐐一『国際私法〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇四年）三二六頁、溜池良夫『国際私法講義〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇五年）三五一～三五二頁、石黒一憲『国際私法〔第二版〕』（新世社、二〇〇七年）三二六頁、櫻田＝道垣内編・前掲注（14）一七九～一八〇頁〔中西康〕、神前禎＝早川吉尚＝元永和彦『国際私法〔第三版〕』（有斐閣、二〇一二年）一二五頁、櫻田嘉章『国際私法〔第六版〕』（有斐閣、二〇一二年）二一九～二二〇頁、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第七版〕』（有斐閣、二〇一二年）一八一頁など。

(45) 中野俊一郎「法例七条をめぐる解釈論の現状と立法論的課題」ジュリスト一一四三号（一九九八年）三六頁。

(46) 佐藤やよひ「契約―法適用通則法適用に当たっての問題点」ジュリスト一三二五号（二〇〇六年）四九頁。

(47) François Laurent, *Droit civil, international*, t. 7 (1881), p. 512.

(48) Laurent, *supra* note 47, p. 513.

(49) Laurent, *supra* note 47, p. 513.

(50) Laurent, *supra* note 47, p. 514.

(51) Laurent, *supra* note 47, p. 517.

(52) 中野・前掲注（10）三二〇頁。たとえば、田中・前掲注（40）四二六頁、四三一～四三二頁、江川・前掲注（41）四四八～四四九頁、折茂・前掲

注（43）一一五頁、松岡博「国際契約と適用法規」『国際取引と国際私法』（晃洋書房、一九九三年）一七一頁、木棚＝松岡編・前掲注（44）四〇頁〔佐野〕、出口・前掲注（44）六九頁、山田・前掲注（44）三一六頁、溜池・前掲注（44）三五三頁、木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論〔第5版〕』（有斐閣、二〇〇七年）一三〇頁〔松岡博〕、澤木＝道垣内・前掲注（44）一八一頁など。

(53) *Flessner*, a.a.O. (Fn. 3), S. 99f.; 中野・前掲注（45）三六頁など。

(54) 櫻田＝道垣内編・前掲注（14）一八〇頁〔中西〕。パウル・ハインリッヒ・ノイハウス（櫻田嘉章訳）『国際私法の基礎理論〔第二版〕』（成文堂、二〇〇〇年）一六五頁、*Yuko Nishitani*, Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht (2000), S. 324 など参照。佐藤・前掲注（46）四九〜五〇頁もこの方向を示唆するとされる（櫻田＝道垣内編・前掲注（14）一八〇頁注（4）〔中西〕）。

(55) 神前＝早川＝元永・前掲注（44）一一五頁。

(56) *Abbo Junker*, Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen – Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht, IPRax 1993, S. 2. z. B. *Günther Beitzke*, Grundgesetz und Internationalprivatrecht (1961), S. 16f.; *Abbo Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern (1992), S. 54.

(57) *Beitzke*, a.a.O. (Fn. 56), S. 54.

(58) 田口精一「ボン基本法における人格の自由な発展の権利について」法学研究三六巻一一号（一九六三年）一頁、赤坂正浩「人格の自由な発展の権利」法学五〇巻七号（一九八七年）三三頁、實原隆志「憲法一三条の適用場面について」長崎国際大学論叢六巻（二〇〇六年）一五頁など。

(59) 佐々木惣一『改訂日本國憲法論』（有斐閣、一九五四年）四〇三頁、四一一頁以下。

(60) z. B. *Basedow*, a.a.O. (Fn. 4), S. 54ff.; *Volker Lipp*, Parteiautonomie im internationalen Unterhaltrecht, in: Verbeke/Scherpe/Declerck/Helms/Senaeve [Hrsg], Confronting the frontiers of family and succession law (2012), S. 865.

(61) *Erik Jayme*, Die Parteiautonomie im Internationalen Vertragsrecht auf dem Prüfstand – 65. Sitzung des Institut de Droit International in Basel, IPRax 1991, S. 429.

(62) Mancini, *supra* note 1, p. 292.

(63) *Basedow*, a.a.O. (Fn. 4), S. 55.

(64) *Basedow*, a.a.O. (Fn. 4), S. 55. 邦訳は、中野・前掲注（10）三三四頁に従った。

(65) Erik Jayme, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des cours*, vol. 251 (1995), p. 148.

(66) 中野・前掲注（10）三三四頁。

(67) 松岡・前掲注（52）一七一頁、同『現代国際私法講義』（法律文化社、二〇〇八年）九八頁、木棚＝松岡編・前掲注（44）四一頁〔佐野〕、中野・前掲注（45）三六頁、西賢「当事者自治の原則と比較法的動向」『比較国際私法の動向』（晃洋書房、二〇〇二年）七九頁、木棚＝松岡＝渡辺・前掲注（52）一二九頁～一三〇頁〔松岡〕、櫻田＝道垣内編・前掲注（14）一八〇頁〔中西〕、櫻田・前掲注（44）二二〇頁、横山潤『国際私法』（三省堂、二〇一二年）一六三頁など。

(68) 松岡博・前掲注（52）一七一頁、松岡・前掲注（67）九八頁、木棚＝松岡編・前掲注（44）四一頁〔佐野〕、中野・前掲注（45）三六頁、木棚＝松岡＝渡辺・前掲注（52）一二九～一三〇頁〔松岡〕、櫻田＝道垣内編・前掲注（14）一八〇頁〔中西〕など。

(69) 中野・前掲注（45）三六頁、西・前掲注（67）八〇頁、横山・前掲注（67）一六三頁など。

(70) 木棚＝松岡編・前掲注（44）四一頁〔佐野〕、木棚＝松岡＝渡辺・前掲注（52）一三〇頁〔松岡〕、松岡・前掲注（67）九八頁など。

(71) 櫻田・前掲注（44）二二〇頁など。

(72) 木棚＝松岡編・前掲注（44）四一頁〔佐野〕、中野・前掲注（45）三六頁、横山・前掲注（67）一六三頁など。

(73) 中野・前掲注（10）三三一頁。

(74) 中野・前掲注（10）三三一頁。

(75) 中野・前掲注（10）三三一頁。

(76) Proposal for a Council Regulation (EU) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, COM (2010) 105 final, p. 5.

(77) 欧州共同体設立条約第六七条第五項。リスボン条約下でも引き継がれている（欧州連合運営条約第八一条第二項）。

(78) 欧州共同体設立条約第六七条第一項及び第二項。リスボン条約下では、欧州連合運営条約第八一条第三項。

(79) Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12/1.

(80) Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, OJ L 160/19.

(81) Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in

matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338/1.

(82) 扶養義務に関して、Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7/1. 相続に関して、Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201/107.

(83) 夫婦財産制に関して、Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, COM (2011) 126 final. パートナーシップ財産制に関して、Proposal for a Cuncil Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, COM (2011) 127 final.

(84) 本稿では、奥脇直也＝小寺彰編代『国際条約集〔二〇一三年版〕』（有斐閣、二〇一三年）及び中西優美子『EU法』（新世社、二〇一二年）訳に従ったが、そのほか、高度化協力（庄司克宏『新EU法　基礎編』（岩波書店、二〇一三年））、強化された協力（中野・前掲注（10）及び林貴美「EU家族法の動向―離婚、カップルの財産関係及び相続に関するEU規則を中心に」国際私法年報一三号（二〇一一年）五二頁）、強化協力（中村民雄「欧州憲法条約―解説及び翻訳―」衆憲資第五六号）又は緊密な政策協力（入稲福智「EU国際私法（成文法）の概要」平成国際大学研究所論集一一号（二〇一一年）四九頁）などの訳語があてられている。

(85) 中西優・前掲注（84）一二九頁。

(86) 中西優美子「EU条約およびEC条約におけるより緊密な協力制度」日本EU学会年報二二号（二〇〇二年）一二二頁。

(87) 中西優・前掲注（84）一二九頁。

(88) Katharina Boele-Woelki, *For better or for worse: the Europanization of international divorce law*, 12 Yb. Priv. Int. L. 1 (2010), p. 13.

(89) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 13.

(90) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 13.

(91) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 13.

(92) 以下のような例が考えられる。婚姻時において、妻はドイツ国籍、夫はオランダ国籍を有しており、夫婦はいずれもドイツに居住している。婚姻中に夫がドイツ国籍を取得し、その結果、オランダ国籍を喪失した。この場合、離婚の申立ては、おそらくドイツでなされ、その時の事情のみを考

慮すれば、国内事案とされるだろう。しかし、夫がオランダ国籍を喪失するまでは、夫婦は、オランダ法を離婚準拠法として選択することができ、夫がオランダ国籍を喪失した後も、その選択は効力を失わない（Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 13）。

(93) ローマⅠ規則第二条、ローマⅡ規則第三条、製造物責任の準拠法に関するハーグ条約第一一条第二文、扶養義務の準拠法に関するハーグ条約第三条、夫婦財産制の準拠法に関するハーグ条約第二条、代理の準拠法に関するハーグ条約第四条、国際物品売買契約の準拠法に関するハーグ条約第六条、死因相続の準拠法に関するハーグ条約第二条、親責任及び子の保護に関するハーグ条約第二〇条、扶養義務の準拠法に関するハーグ議定書第二条など。

(94) 原文では、「seise」という単語が用いられているが、その意味は、ブリュッセルⅡ bis 規則第一六条に定義されるように理解されるべきであるとされる（*Peter Finger*, Verstärkte Zusammenarbeit einzelner Mitgliedstaaten der europ. Gesetzgebung für das Kollisionsrecht der Ehescheidung, FuR 2011, S. 66）。同条によれば、原則として、手続を開始する書面又はそれと同等の書面が裁判所に提出された時点で、裁判所に係属したものとみなされる。「訴訟係属（*lis pendens*）……」と題する第一九条は、「seise」をその基準としているので、「seise」は「訴訟係属」と訳すのが適当であると思われる。なお、日本の民事訴訟法における訴訟係属は、通説によると、被告への訴状送達時であり（三ケ月章『民事訴訟法』（有斐閣、一九五九年）三三一～三三二頁、斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編著『注解民事訴訟法（6）〔第二版〕』（第一法規、一九九三年）二七一頁〔斎藤秀夫＝賀茂紀久男〕、秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』（日本評論社、二〇〇八年）一六二頁、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第二版〕』（弘文堂、二〇一一年）八二〇頁〔竹下守夫＝上原俊夫〕、賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎編『基本法コンメンタール民事訴訟法2〔第三版追補版〕』（日本評論社、二〇一二年）三九頁〔林屋礼二〕）、概念が異なる。

(95) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 16.

(96) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 16.

(97) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 16.

(98) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 19.

(99) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 19.

(100) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 21.

(101) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 22.

(102) もっとも、現時点では、ポーランドはローマⅢ規則に参加していない。

(103) Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom,

security and justice（“Vienna Action Plan”）, OJ C 19/1.

（104） Vienna Action Plan, para. 39.

（105） Vienna Action Plan, para. 41 (a).

（106） Vienna Action Plan, para. 41 (a).

（107） The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union（“The Hague Programme”）, OJ C 53/1.

（108） The Hague Programme, 3. 4. 2.

（109） Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, COM（2005）82 final.

（110） Proposal for a Council Regulation amending Regulation（EC）No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, COM（2006）399 final, p. 5.

（111） COM（2006）399 final, p. 5.

（112） COM（2006）399 final, p. 5.

（113） 欧州委員会ウェブサイト（http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/divorce_matters/news_contributions_divorce_matters_en.htm）で閲覧可能だったが、現在はアクセスすることができない。

（114） マルタの返答も公開されてはいたが、それは、マルタ法が離婚に関して規定しておらず、それゆえ、マルタ裁判所が離婚事件を扱う管轄を持たなかったために、グリーンペーパーに対してコメントしないことを表明するものだった。

（115） Proposal for a Council Regulation amending Regulation（EC）No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, COM（2006）399 final.

（116） Katharina Boele-Woelki, *To be, or not to be: enhanced cooperation in international divorce law within the European Union*, 39 VUW L. Rev. 779 (2008), p. 784.

（117） Boele-Woelki, *supra* note 116, p. 784.

（118） Boele-Woelki, *supra* note 116, p. 785.

（119） Maarit Jänterä-Jareborg, “Jurisdiction and applicable law in cross-border divorce cases in Europe”, in Basedow/Baum/Nishitani (eds.), *Japanese and European private international law in comparative perspective* (2008), p. 340. スウェーデン及びフィンランドでは、数か月の熟慮期間

を要することもあるが、いかなる事由もなしに一方の申立てにより離婚することができる（スウェーデン婚姻法第五章（離婚）第一条～第五条及びフィンランド婚姻法第二五条～第二七条）。

(120) Jänterä-Jareborg, *supra* note 119, p. 340.

(121) Boele-Woelki, *supra* note 116, p. 785.

(122) Boele-Woelki, *supra* note 116, p. 785.

(123) Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and related acts, OJ C 340.

(124) Boele-Woelki, *supra* note 116, p. 785.

(125) Boele-Woelki, *supra* note 116, p. 785.

(126) Recital (5) of Council Decision of 12 July 2010 authorising enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (2010/405/EU), OJ L 189/12.

(127) Recital (5) of Council Decision of 12 July 2010 authorising enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (2010/405/EU).

(128) Recital (5) of Council Decision of 12 July 2010 authorising enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (2010/405/EU).

(129) Proposal for a Council Decision No .../2010/EU authorising enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, COM (2010) 104 final.

(130) COM (2010) 105 final.

(131) Council Decision of 12 July 2010 authorising enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (2010/405/EU), OJ L 189/12.

(132) Commission Decision of 21 November 2012 confirming the participation of Lithuania in enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (2012/714/EU), OJ L 323/18.

(133) ローマⅢ規則採択当時に構成国でなかったクロアチア（二〇一三年加盟）を除く。

(134) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 9.

(135) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 11.

(136) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 11.

(137) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 11.

(138) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 11.

(139) Boele-Woelki, *supra* note 116, p. 785.

(140) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 11.

(141) Question 2（「あなたは，抵触規則の統一調和を支持するか。その論拠は何か。」）に対するコメント参照。

(142) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 11.

(143) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 11.

(144) Boele-Woelki, *supra* note 88, pp. 11-12 (Information about Czech Republic was provided by Monika Pauknerová, Charles University, Prague, and about Estonia by Karin Rammo, Ministry of Justice of Estonia).

(145) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 12 (Information was provided by Monika Jagielska, University of Silesia in Katowice).

(146) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 12.

(147) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 12.

(148) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 12 (Information was provided by Miloš Hat'apka, Ministry of Justice of the Slovak Republic).

(149) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 12 (Information was provided by Achilles Koutsouradis, University of Thessaloniki).

(150) Boele-Woelki, *supra* note 88, p. 14.

(151) Simone Marinai, *Matrimonial matters and the harmonization of conflict of laws: a way to reduce the role of public policy as a ground for non-recognition of judgments*, 13 Yb. Priv. Int. L. 255 (2011), p. 262.

(152) e.g. Toni Marzal Yetano, *The constitutionalisation of party autonomy in European family law*, 6 (1) J. Priv. Int. L. 115 (2010); Pietro Franzina, *The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, 3 (2) Cuadernos de Derecho Transnacional 85 (2011), para. 44.

(153) 欧州人権条約第八条（私生活及び家族生活が尊重される権利）

一　全ての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する。

二　この権利の行使に対しては、法律の基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。

（邦訳は、奥脇＝小寺編代・前掲注（84）に従った。）

(154) Franzina, *supra* note 152, para. 44.

(155) e.g. European Court of Justice: Judgment of the Court of 4 October 1991 [Case C-159/90], *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and others*, ECR I-04685; Judgment of the Court of 2 October 2003 [Case C-148/02], *Carlos Garcia Avello v Belgian State*, ECR I-11613; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 October 2008 [Case C-353/06], *Stefan Grunkin and Dorothee Regina Paul*, ECR I-07639; European Court of Human Rights: Judgment of the Court of 28 June 2007 [no. 76240/01], *Wagner & J.M.W.L. v Luxembourg*.

(156) e.g. Erik Jayme, *Party autonomy in international family and succession law: new tendencies*, 11 Yb. Priv. Int. L. 1 (2009), p. 3; Franzina, *supra* note 152, para. 45; Thalia Kruger, *Rome III and parties' choice* (October 16, 2012), available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2173334, p. 2; Magdalena Pfeiffer, *Choice of law in international family and succession law*, 2 (4) The Lawyer Quarterly 291 (2012), p. 296.

(157) Jayme, *supra* note 156, p. 3; Franzina, *supra* note 152, para. 45.

(158) Pfeiffer, *supra* note 156, p. 301.

(159) Jayme, *supra* note 156, p. 3.

(160) Pfeiffer, *supra* note 156, p. 301.

(161) Marinai, *supra* note 151, p. 265.

(162) Marinai, *supra* note 151, p. 269.

(163) Marinai, *supra* note 151, p. 269.

(164) Marinai, *supra* note 151, pp. 269-270.

(165) 邦訳は、笠原・前掲注（4）七八頁以下を参照した。なお、他の条文との関係で一部変更を加えている。

(166) J. P. Verheul, *Dutch international divorce act*, 1981 NILR 390, p. 391. なお、第二の目的は、一九六七年九月八日の「婚姻関係についての裁判の承認に関する国際戸籍委員会協定」（いわゆるルクセンブルク条約）及び一九七〇年六月一日の「離婚及び別居の承認に関するハーグ条約」の批准を可能にすることである。

(167) J. P. Verheul, *Divorce in Netherlands private international law*, 1972 NTIR 311, p. 313.

(168) 邦訳は、笠原・前掲注（4）七八頁に従った。

(169) Verheul, *supra* note 167, p. 313.

(170) Verheul, *supra* note 167, p. 313; District Court of Utrecht, 27 November 1968, Asser 83; District Court of Amsterdam, 29 January 1970, NJ 1970, 187; Court of Appeal of Bois-le-Duc, 3 November 1970, NJ 1971, 159.

(171) Verheul, *supra* note 167, p. 313; District Court of Amsterdam, 29 January 1970, NJ 1970, 188; District Court of Utrecht, 14 May 1969, NTIR 1971, 89.

(172) Verheul, *supra* note 167, p. 313.

(173) Verheul, *supra* note 167, p. 313.

(174) Verheul, *supra* note 167, p. 314.

(175) Verheul, *supra* note 167, p. 314; District Court of Leeuwarden, 23 April 1964, NTIR 1965, 408.

(176) Verheul, *supra* note 167, p. 314; Court of Appeal of Amsterdam, 27 June 1969, NTIR 1971, 90; District Court of Amsterdam, 15 July 1971, NJ 1972, 109.

(177) Verheul, *supra* note 167, p. 314.

(178) Weekblad van het recht, 8636.

(179) 杉林信義＝笠原俊宏「オランダの国際離婚法について」秋田法学七号（一九八六年）一七六頁。

(180) Boele-Woelki/Joustra/Steenhoff, “Dutch private international law at the end of the 20th century: pluralism of methods”, in Symeon C. Symeonides (ed.), *Private international law at the end of the 20th century: progress or regress?* (2000), n. 59.

(181) NJ 1973, 366.

(182) 杉林＝笠原・前掲注（179）一七七頁。

(183) A. V. M. Struycken, Jurisprudence (Cour de cassation des Pays-Bas – 23 février 1973, 28 novembre 1975, 27 mai 1977, 9 février 1979 et 4 mai 1979), *Rev. crit. dr. intern. privé 1980*, p. 738.

(184) NJ 1977, 600.

(185) 杉林＝笠原・前掲注(179)一七七頁。

(186) 邦訳は、杉林＝笠原・前掲注(179)一七八頁に従った。

(187) NJ 1979, 546.

(188) 杉林＝笠原・前掲注(179)一七八頁。

(189) 邦訳は、杉林＝笠原・前掲注(179)一七八頁に従った。

(190) NJ 1979, 547.

(191) 杉林＝笠原・前掲注(179)一七九頁。

(192) Boele-Woelki/Joustra/Steenhoff, *supra* note 180, p. 222. なお、民法典第一〇編の規定に関する文献においても、同様のことが述べられている (Boele-Woelki/van Iterson, *The Dutch private international law codification: principles, objectives and opportunities*, 14. 3 EJCL 1 (2010), p. 20)。

(193) Boele-Woelki/van Iterson, *supra* note 192, p. 20; Mathijs H. ten Wolde, *Codification and consolidation of Dutch private international law: the Book 10 Civil Code of the Netherlands*, 13 Yb. Priv. Int. L. 389 (2011), p. 410. なお、説明覚書においても、離婚抵触法第一条のもとでの法実務に合致する実際的な解決策であると述べられている (Kamerstukken II 2009/2010, 32 137, No. 3, p. 42)。

(194) ten Wolde, *supra* note 193, p. 410.

(195) ten Wolde, *supra* note 193, p. 410.

(196) Boele-Woelki/van Iterson, *supra* note 192, p. 20.

(197) Boele-Woelki/van Iterson, *supra* note 192, p. 20.

(198) Boele-Woelki/van Iterson, *supra* note 192, p. 20.

(199) Boele-Woelki/van Iterson, *supra* note 192, p. 20.

(200) Boele-Woelki/Joustra/Steenhoff, *supra* note 180, pp. 211-213.

（201） Boele-Woelki/Joustra/Steenhoff, *supra* note 180, p. 222.

（202） 邦訳は、笠原・前掲注（4）一二四一頁以下を参照した。なお、他の条文との関係で一部変更を加えている。

（203） EGBGB第一四条における一般的効力には、その他の規定に服する夫婦財産制（第一五条）、扶養（第一八条）、成年擬制（第七条第一項第二文）、氏名（第一〇条）は含まれない（Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 5. Aufl. (2010), Art. 14, Rn. 5 [*Siehr*]）。

（204） EGBGB第五条第一項は、「人が属する国の法に送致される場合であって、その者が複数の国に属するときは、その者が、特に、その常居所又はその生活の経過により、最も密接に結び付けられている国の法が適用される。その者がドイツ人でもある場合には、その法的地位が優先する。」と規定する。

（205） 「間接的選択（isolierte Wahl）」と呼ばれることがある（*Alexander Ganz*, Internationales Scheidungsrecht – Eine praktische Einführung – Teil 2 –, FuR 2011, S. 370）。

（206） J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Art 13-18 EGBGB, 13. Aufl. (1996) („*Staudinger/von Bar/Mankowski*“), Art. 14 EGBGB, Rn. 115.

（207） *Staudinger/von Bar/Mankowski*, Art. 14 EGBGB, Rn. 115.

（208） *Wolfgang Lauterbach* [Hrsg], Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts (1962), Ehescheidung § A Abs 1 (S. 3).

（209） *Lauterbach* [Hrsg], a.a.O. (Fn. 208), Ehescheidung § B (S. 4).

（210） *Günther Beitzke* [Hrsg], Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts (1981), Ehescheidung § A (S. 7).

（211） *Staudinger/von Bar/Mankowski*, Art. 17 EGBGB, Rn. 10.

（212） *Gunther Kühne*, IPR-Gesetz-Entwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (1980), § 17 (S. 7).

（213） *Kühne*, a.a.O. (Fn. 212), S. 108.

（214） *Kühne*, a.a.O. (Fn. 212), S. 108.

（215） *Neuhaus/Kropholler*, Entwurf eines Gesetzes über Internationales Privat- und Verfahrensrechts (IPR-GESETZ), RabelsZ 44 (1980), S. 331.

（216） *Max-Planck-Institut*, Thesen zur Reform des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, RabelsZ 44 (1980), These 10 Abs 1 (S. 350).

(217) *Max-Planck-Institut*, a.a.O. (Fn. 216), S. 358.

(218) *Max-Planck-Institut*, a.a.O. (Fn. 216), S. 358.

(219) Gesetzentwurf der Bundesregierung („RegBegr"), BT-Drucks 10/504, S. 60.

(220) *Staudinger/von Bar/Mankowski*, Art. 14 EGBGB, Rn. 113.

(221) *Staudinger/von Bar/Mankowski*, Art. 14 EGBGB, Rn. 7.

(222) *Lauterbach* [Hrsg], a.a.O. (Fn. 208), Ehewirkungen § A (S. 2).

(223) *Gerhard Kegel*, Zur Reform des deutschen internationalen Rechts der persönlichen Ehewirkungen, in: Lauterbach [Hrsg], a.a.O. (Fn. 208), S. 75ff.

(224) *Staudinger/von Bar/Mankowski*, Art. 14 EGBGB, Rn. 8.

(225) *Gerhard Kegel*, Zur Reform des internationalen Rechts der persönlichen Ehewirkungen und des internationalen Scheidungsrechts, in: Beitzke [Hrsg], a.a.O. (Fn. 210), S. 122ff.

(226) *Beitzke* [Hrsg], a.a.O. (Fn. 210), Ehewirkungen § A (S. 5).

(227) Begründungen zu den Gesetzesvorschlägen, in: Beitzke [Hrsg], a.a.O. (Fn. 210), S. 38.

(228) *Staudinger/von Bar/Mankowski*, Art. 14 EGBGB, Rn. 9. Vgl. *Kühne*, a.a.O. (Fn. 212), § 14 Abs2 & 3 (S. 6).

(229) *Kühne*, a.a.O. (Fn. 212), S. 95.

(230) *Kühne*, a.a.O. (Fn. 212), S. 95.

(231) *Kühne*, a.a.O. (Fn. 212), S. 95.

(232) *Fritz Sturm*, Zur Gleichberechtigung im deutschen internationalen Privatrecht, in: Wahl/Serick/NiederLänder [Hrsg], Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung (1967), S. 168ff.

(233) *Alexander Lüderitz*, Anknüpfung im Parteiinteresse, in: Lüderitz/Schröder [Hrsg], Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts: Bewahrung oder Wende?: Festschrift für Gerhard Kegel (1977), S. 51.

(234) *Peter Görgens*, Die materiellrechtliche und kollisionsrechtliche Gleichberechtigung der Ehegatten auf dem Gebiet der persönlichen Ehewirkungen und der elterlichen Gewalt (1976), S. 182f.

(235) *Neuhaus/Kropholler*, a.a.O. (Fn. 215), S. 330.

(236) *Neuhaus/Kropholler*, a.a.O. (Fn. 215), S. 330.

(237) *Neuhaus/Kropholler*, a.a.O. (Fn. 215), S. 330.

(238) *Staudinger/von Bar/Mankowski*, Art. 14 EGBGB, Rn. 11.

(239) *Max-Planck-Institut*, a.a.O. (Fn. 216), S. 358.

(240) *Max-Planck-Institut*, a.a.O. (Fn. 216), S. 358.

(241) *Max-Planck-Institut*, a.a.O. (Fn. 216), S. 358.

(242) *Max-Planck-Institut*, a.a.O. (Fn. 216), S. 358.

(243) *Max-Planck-Institut*, a.a.O. (Fn. 216), S. 358.

(244) *Staudinger/von Bar/Mankowski*, Art. 14 EGBGB, Rn. 114.

(245) *Gert Reinhart*, Zur Parteiautonomie im künftigen deutschen internationalen Privatrecht auf den Gebieten des Familien- und Erbrechts, ZVglRWiss 80 (1981), S. 164.

(246) *Reinhart*, a.a.O. (Fn. 245), S. 164; *Rolf H. Weber*, Parteiautonomie im Internationalen Sachenrecht?, RabelsZ 44 (1980), S. 512; *Murad Ferid*, Internationales Privatrecht: Ein Leitfaden für Studium und Praxis (1975), S. 145; *Karl Firsching*, Einführung in das internationale Privatrecht – einschließlich der Grundzüge des internationalen Verfahrensrechts (1974), S. 202ff.; *Gerhard Kegel*, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. (1977), S. 289ff.

(247) *Reinhart*, a.a.O. (Fn. 245), S. 165; *Ferid*, a.a.O. (Fn. 246), S. 207.

(248) *Reinhart*, a.a.O. (Fn. 245), S. 165; *Weber*, a.a.O. (Fn. 246), S. 514; *Fritz Frhr. von Schwind*, Zweigerts System und das österreichische IPR-Gesetz, in: Bernstein/Drobnig/Kötz [Hrsg], Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag (1981), S. 323.

(249) *Reinhart*, a.a.O. (Fn. 245), S. 165; *Hans Stoll*, J. von Staudingers Kommentar zum Bügerlischen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band I, Lieferung 5, Internationales Sachenrecht (nach Art. 12 (I)) von Hans Stoll, 10./11. Aufl. (1976) („*Staudinger/Stoll*"), Rn. 323.

(250) *Reinhart*, a.a.O. (Fn. 245), S. 165; *Ferid*, a.a.O. (Fn. 246), S. 207; *von Schwind*, a.a.O. (Fn. 248), S. 323.

(251) *Karl Firsching*, Parteiautonomie und Ehewirkungsstatut im IPR-Gesetzentwurf, IPRax 1984, S. 126.

(252) *Firsching*, a.a.O. (Fn. 251), S. 126.

(253) *Firsching*, a.a.O. (Fn. 251), S. 126. Dazu Art. 52 portugiesisch ZGB idF von 1977; §18 Abs. 1 österreichisch IPR-G 1978; Art. 36 jugoslawisch IPR-G 1982; Art. 12 Abs. 2 türkisch IPR-G von 1982.

(254) *Firsching*, a.a.O. (Fn. 251), S. 126.

(255) *Firsching*, a.a.O. (Fn. 251), S. 126.

(256) *Firsching*, a.a.O. (Fn. 251), S. 126.

(257) *Firsching*, a.a.O. (Fn. 251), S. 126.

(258) *Firsching*, a.a.O. (Fn. 251), S. 127. Dazu J. von Staudingers Kommentar zum Bügerlischen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Teil 2b, Internationales Schuldrecht I von Karl Firsching, 10./11. Aufl. (1978) („*Staudinger/Firsching*"), Rn. 318ff.

(259) *Firsching*, a.a.O. (Fn. 251), S. 127.

(260) *Firsching*, a.a.O. (Fn. 251), S. 127.

(261) RegBegr BT-Drucks 10/504, S. 56.

(262) *Firsching*, a.a.O. (Fn. 251), S. 127.

(263) *Firsching*, a.a.O. (Fn. 251), S. 127.

(264) *Leible*, a.a.O. (Fn. 3), S. 500.

(265) 政府草案理由書における記述は，Kühne の提案において述べられていることと酷似しており，この点について政府草案は，Kühne の提案の影響を受けたものと思われる。

(266) *Kühne*, a.a.O. (Fn. 212), S. 94; RegBegr BT-Drucks 10/504, S. 51.

(267) *Kühne*, a.a.O. (Fn. 212), S. 94; RegBegr BT-Drucks 10/504, S. 51. Dazu im einzelnen ausführlich: *Lüderitz*, a.a.O. (Fn. 233), S. 36ff.

(268) *Kühne*, a.a.O. (Fn. 212), S. 94; RegBegr BT-Drucks 10/504, S. 51.

(269) *Kühne*, a.a.O. (Fn. 212), S. 95; RegBegr BT-Drucks 10/504, S. 51.

(270) *Leible*, a.a.O. (Fn. 3), S. 500.

(271) *Leible*, a.a.O. (Fn. 3), S. 500. 詳細は、第五章第一節で述べる。

(272) 邦訳は、長田真里「ベルギー国際私法立法案の紹介（1）」阪大法学五四巻一号（二〇〇四年）三五七頁以下及び笠原俊宏「ベルギー国際私法（二〇〇四年）の邦訳と解説（1）」戸籍時報五九三号（二〇〇六年）二〇頁以下を参照した。なお、他の条文との関係で一部変更を加えている。

(273) 類似の規定が、婚姻の効力（第四八条）及び夫婦財産制（第五一条）に存在する。

(274) 長田・前掲注（272）三五七頁。

(275) 長田・前掲注（272）三五七頁。

(276) 邦訳は、笠原・前掲注（4）三五三頁を参照した。なお、他の条文との関係で一部変更を加えている。

(277) Fallon/Meeusen, "Belgian private international law at the end of the 20th century: progress or regress?", in Symeon C. Symeonides (ed.), *Private international law at the end of the 20th century: progress or regress?* (2000), p. 110.

(278) Cass., 16 mai 1952, 1952, I, 589; Cass., 16 février 1955, 1955, I, 647.

(279) Fallon/Meeusen, *supra* note 277, p. 110.

(280) Fallon/Meeusen, *supra* note 277, p. 110.

(281) Fallon/Meeusen, *supra* note 277, p. 110. 「二〇〇一年七月一日の立法案における第五五条のコメントでも、民法典第三条第三文の適用が「夫婦の本国法の累積的な連結に服させる判例をもたらした。」（Cass., 14 décembre 1978, Bigwood, Pas., 1979, I, p. 445, Arr. Cass. 1978-79, p. 445）と述べられている（Doc Sénat 2-1225/1, p. 85）。

(282) François Rigaux, «Les tendances actuelles du droit international privé belge», *Rev. b. dr. intern.* 1975, p. 7.

(283) Fallon/Meeusen, *supra* note 277, p. 110.

(284) Fallon/Meeusen, *supra* note 277, p. 110.

(285) 笠原俊宏「ベルギー国際私法（二〇〇四年）の邦訳と解説（下）」戸籍時報五四号（二〇〇六年）六二頁。

(286) Fallon/Meeusen, *supra* note 277, p. 110.

(287) Rigaux, *supra* note 282, p. 9; Fallon/Meeusen, *supra* note 277, p. 110.

(288) Fallon/Meeusen, *supra* note 277, p. 110.

(289) Aude Fiorini, *The codification of private international law: the Belgian experience*, 54 Int'l & Comp. L. Q. 499 (2005), p. 507.

(290) Fiorini, *supra* note 289, p. 507.

(291) Fiorini, *supra* note 289, p. 507.

(292) Fiorini, *supra* note 289, p. 507.

(293) Fiorini, *supra* note 289, p. 507.

(294) Fiorini, *supra* note 289, p. 507.

(295) Doc Sénat 2-1225/1, pp. 242-249.

(296) 議会の解散に従い、一年後に再び法案が提出された（See Doc Sénat 3-27/1）。

(297) Doc Sénat 2-1225/1, pp. 1-241.

(298) Fiorini, *supra* note 289, p. 518.

(299) Doc Sénat 2-1225/1, p. 86.

(300) Doc Sénat 2-1225/1, p. 86.

(301) Fiorini, *supra* note 289, p. 509. 新法では、連結点が国籍から常居所地へと変更された。国籍を基準とすることは、以前よりも適切でないと思われ始めており（Doc Sénat 2-1225/1, p. 4）、不変性及び統一性の面ですでに利点を失いつつある。もっとも、常居所地への連結は、移民の融合及び統合を促進するという願望により正当化されるが、同時に、外国人がそのアイデンティティーの重要な側面を奪われると感じる場合には、それは、否定されうる。

(302) Doc Sénat 2-1225/1, p. 86.

(303) RegBegr BT-Drucks 10/504, S. 51.

(304) *Staudingerv/om BarMankowski*, Art. 17 EGBGB, Rn. 106.

(305) なお、契約に関しては、ほとんどの場合において選択可能な法が限定されておらず、当事者自治の目的は、最も密接に関連する法を特定することではない。これを前提として、契約と離婚には、最密接関連地法を一般的に決定することができないという点では共通している部分があると考える。

(306) RegBegr BT-Drucks 10/504, S. 51.

(307) 木棚照一「国際家族法における本国法主義の変遷と当事者自治の原則の導入」中川淳先生傘寿記念論集『家族法の理論と実務』（日本加除出版、二〇一一年）二三頁。

(308) *Heinz-Peter Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität (1988), Rn. 561.

(309) *Mansel*, a.a.O. (Fn. 308), Rn. 568ff.

(310) *Katharina Boele-Woelki*, Die Effektivitätsprüfung der Staatsangehörigkeit im niederländischen internationalen Familienrecht (1983), S. 166.

(311) *Mansel*, a.a.O. (Fn. 308), Rn. 568.

(312) *Mansel*, a.a.O. (Fn. 308), Rn. 568.

(313) *Mansel*, a.a.O. (Fn. 308), Rn. 570.

(314) *Mansel*, a.a.O. (Fn. 308), Rn. 570.

(315) *Heinz-Peter Mansel*, Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht: Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person?, in: Erik Jayme [Hrsg], Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht (2003), S. 137.

(316) *Mansel*, a.a.O. (Fn. 315), S. 138.

(317) *Mansel*, a.a.O. (Fn. 315), S. 139.

(318) *Mansel*, a.a.O. (Fn. 315), S. 139.

(319) *Mansel*, a.a.O. (Fn. 315), S. 139.

(320) *Mansel*, a.a.O. (Fn. 315), S. 140.

(321) *Basedow/Diehl-Leistner*, Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland – Zu den soziologischen und ausländerpolitischen Grundlagen der Nationalitätsanknüpfung im Internationalen Privatrecht –, in: Jayme/Mansel [Hrsg], Nation und Staat im Internationalen Privatrecht: Zum kollisionsrechtlichen Staatsangehörigkeitsprinzip in verfassungsrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Sicht (1990), S. 40.

(322) *Basedow/Diehl-Leistner*, a.a.O. (Fn. 321), S. 41.

(323) *Basedow/Diehl-Leistner*, a.a.O. (Fn. 321), S. 41.

(324) *Mathias Rohe*, Staatsangehörigkeit oder Lebensmittelpunkt?: Anknüpfungsgerechtigkeit im Lichte neuerer Entwicklungen, in: Engel/Weber [Hrsg], Festschrift für Dietrich Rothoeft zum 65. Geburtstag (1994), S. 37.

(325) *Rohe*, a.a.O. (Fn. 324), S. 37.

(326) *Rohe*, a.a.O. (Fn. 324), S. 37.

(327) 厚生労働省「平成二四年（二〇一二）人口動態統計（確定数）の概況」（http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/kakutei12/index.html）参照（最終アクセス：二〇一四年六月一日）。

(328) 韓国につき、木村三男監修『全訂渉外戸籍のための各国法律と要件（上）』（日本加除出版、二〇〇七年）五八頁以下、中国につき、木村三男監修『全訂渉外戸籍のための各国法律と要件（中）』（日本加除出版、二〇〇七年）四八二頁以下、台湾につき、同書五七〇頁以下、タイにつき、同書四一八頁以下。

(329) European e-Justice Portal（https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-en.do）参照（最終アクセス：二〇一四年六月一日）。

(330) 中野・前掲注（10）三三四頁。

(331) 中野・前掲注（10）三三二頁。

(332) *Christian Kohler*, Zur Gestaltung des europäischen Kollisionsrechts für Ehesachen: Der steinige Weg zu einheitlichen Vorschriften über das anwendbare Recht für Scheidung und Trennung, FamRZ 2008, S. 1680.

(333) Franzina, *supra* note 152, para. 21.

(334) 笠原俊宏「渉外離婚の連結規則について」東洋法学四九巻一号（二〇〇五年）七七～七八頁。

(335) 林・前掲注（84）五八頁。

(336) 笠原・前掲注（334）七八頁。

(337) 最大判昭和三九年三月二五日民集一八巻三号四八六頁、最判平成八年六月二四日民集五〇巻七号一四五一頁。

(338) 国際家族法の諸分野について、笠原・前掲注（17）二三九頁、木棚・前掲注（307）一頁など、動産物権について、岡本善八「国際私法における動産物権」同志社法学二〇六号（一九八九年）一頁、笠原俊宏「物権準拠法と当事者の意思」澤木敬郎＝烏場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣、一九九六年）一〇八頁など、相続について、木棚照一「法例二六条、二七条の改正に関する一考察」ジュリスト一一四三号（一九九八年）六九頁、同『国際相続法の研究』（有斐閣、二〇〇三年）一六七頁以下、早川眞一郎「国際的な局面における相続」国際私法年報一号（一九九九年）七九頁、青木清「相続」国際法学会編『日本と国際法の一〇〇年（5）個人と家族』（三省堂、二〇〇一年）二三三頁、松岡博『国際家族法の理論』（大阪大学出版会、二〇〇二年）一二三頁以下、長田真里「相続の準拠法をめぐる立法論的課題」民商法雑誌一三五巻六号（二〇〇七年）七六頁など。