

# 夫婦財産制法における当事者自治の根拠に関する一考察

——ハーグ夫婦財産制条約、ローマⅣ規則提案、諸外国法と比較して——

小 池 未 来

第一章 はじめに

第二章 比較国際私法

第一節 ハーグ夫婦財産制条約

一 概説

二 抵触規則の概要

三 当事者自治に関する議論

第二節 ドイツ法

一 抵触規則の概要

二 起草過程

三 当事者自治に関する議論

夫婦財産制法における当事者自治の根拠に関する一考察

同志社法学 六七卷三号

六一 (一一三九)

第三節 ベルギー法

第四節 ハーグ夫婦財産制条約以前のフランス法

第五節 ローマIV規則提案

一 概説

二 抵触規則の概要

三 当事者自治に関する議論

第三章 検討

一 当事者自治の許容

二 当事者自治と客観的連結

三 量的制限

四 所在地法の選択

五 フランスの特異性

第四章 おわりに

第一章 はじめに

夫婦財産制における当事者自治は、夫婦財産制の準拠法決定についての三つの立法主義の一つ（意思主義）として国際的に認められてきたものであり、それが家族関係の単位法律関係であるにもかかわらず、広く普及している。当事者自治を認める国には、たとえば、オーストリア、ルーマニア、中央アフリカ共和国、ブルンジ、スイス、スペイン、ポルトガル、トルコ、スウェーデン、フィンランド、イタリア、ベルギー、ガボン、ブルキナファソ、ブラジルなどがある。

るが、前者四か国においては選択肢が制限されておらず、残りは制限している。また、イングランド、スコットランド、オーストラリアにおいては、夫婦財産契約の枠組で準拠法を選択することができ、アメリカ合衆国の多くの州でも同様である。さらに、夫婦財産制につき当事者自治を認める国際条約として、一九七八年三月一四日の夫婦財産制の準拠法に関するハーグ条約（以下、「ハーグ夫婦財産制条約」という。）があり、フランス、オランダ、ルクセンブルクに関して発効している。より最近では、現在欧州連合において提案されている「夫婦財産制事件における裁判管轄、準拠法並びに裁判の承認及び執行に関する理事会規則提案」（以下、「ローマIV規則提案」という。）もまた、当事者自治を認める。

同様に、我が国でも平成元年法例改正以来、夫婦財産制の準拠法の選択を認めている。我が国でこのように当事者自治が認められるのは、家族関係の単位法律関係の中では、夫婦財産制が唯一のものである。平成元年法例改正によって当事者自治が認められたのは、以下のような理由からである。すなわち、一九七八年の夫婦財産制の準拠法に関するハーグ条約やドイツ民法施行法第一五条第二項のように、準拠法の選択制を採用している立法例もあるので、国際私法の統一という観点からこれを導入することに意義があること、財産関係であるから当事者自治を認めるのに適していること、段階的連結では、婚姻当事者にとつて自ら自己の財産関係を規律する法律が明確でなく、また、改正前の法例とは異なり、変更主義を採用しているので、明確性又は固定性を望む当事者の意思を尊重してもよいこと、我が国の民法が夫婦財産契約を認めているので実質法との均衡上、抵触法上も当事者による法選択の余地を認めるのが適当であること、夫婦財産契約の可否、要件は国によって異なり、常にその効力が認められているわけではないこと、選択制について難点とされていた内国取引の保護問題について解決しうること等である。<sup>(2)</sup>なお、準拠法選択に量的制限を設けることについては、夫婦財産制が通常の財産関係とは異なり、夫婦共同体の関連が強いことが理由とされる。<sup>(3)</sup>

以上の立法理由については、「この制度そのものは当事者の意思を尊重するものであり、当事者利益に適うものであ

るが、個々ではそれに加えてあるいはそれ以上に、前述した平成元年法例改正の改正目的の一つ『準拠法の指定の国際的統一を図ること』が意識されている<sup>4)</sup>と評価されている。法務委員会においてもこの点が強調されており、他方で、その他の点にはほとんど言及されていない。法務委員会では、平成元年改正法例の法律案の趣旨の一つとして、夫婦財産制につき当事者自治を認めることによつて、諸外国の国際私法の立法等の動向との調和を図ることが説明されている<sup>5)</sup>。そして、ハーグ国際私法会議で作成された条約に対する対処方法として、条約を批准しないとしても、「その精神をできるだけ取り入れる、その中身を先取りをして国際私法の中に取り込む」ことが考えられ、平成元年改正法例の法律案については、夫婦財産制の準拠法について当事者自治の導入がこのために行われたとされる<sup>6)</sup>。

このように立法の根拠として国際的な統一や調和が強調されることには疑問があり、前述のもの以外の根拠付けもありうるのではないかと考えられる。また、家族法の他の領域における当事者自治の可能性を追求するためには、夫婦財産制の当事者自治の根拠を再確認しておくことも必要であると思われる。その理由の一つとして、その根拠が他の領域でも妥当する可能性があり、そこでも当事者自治を認める余地を考えうるといふことがある。我が国では、夫婦財産制における当事者自治に関しては、あまり活発に議論されていないと思われる。そこで、諸外国の法及び条約を対象とした比較法を行い、これらの点について検討することとしたい。本稿では、ハーグ夫婦財産制条約、欧州連合のローマⅣ規則提案、ドイツ法、ベルギー法、フランス法を取り上げる。まず、ハーグ夫婦財産制条約及びドイツ法は、前述のように、平成元年法例改正の際に考慮されたものである。また、拙稿「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—」では、ローマⅢ規則以前から離婚につき当事者自治を導入していたヨーロッパ諸国として、オランダ、ドイツ及びベルギーを取り上げたが、家族法の領域全体における当事者自治を考察するため本稿でもこれらの国を比較対象としたい。もっとも、オランダはハーグ夫婦財産制条約を批准しているため、個別に検討することはし

ない。前述の拙稿では、欧州連合のローマⅢ規則を扱ったこともあり、ローマⅣ規則提案を紹介も兼ねて取り上げたい。フランスについては、ハーグ夫婦財産制条約発効以前から、その判例が早くから当事者自治を認めてきたのであり、長い伝統を有していること<sup>(8)</sup>から条約発効以前の法を対象に含めることが有意義であると思われる。

以下では、第二章において、ハーグ夫婦財産制条約(第一節)、ドイツ法(第二節)、ベルギー法(第三節)、ハーグ夫婦財産制条約以前のフランス法(第四節)及びローマⅣ規則提案(第五節)の順で比較法を行い、第三章において、これらを踏まえて検討を行う。第四章は、本稿のまとめとする。

## 第二章 比較国際私法

### 第一節 ハーグ夫婦財産制条約

#### 一 概説

ハーグ夫婦財産制条約は、一九七八年三月一日日にハーグ国際私法会議において採択された条約であり、現在はフランス、ルクセンブルク及びオランダの三か国について発効している。条約の締約国数からは「失敗」と評されるが、我が国だけでなく、その他の多くの国にも影響を及ぼしている。

ハーグ国際私法会議において最初に夫婦財産制が現れたのは、一九六八年の第一回外交会議の中であり、その際は、死因相続についての一般的な議論に関連して偶然に検討された<sup>(9)</sup>。その後、一九七二年の第二回外交会議においてやや実質的な議論が行われた<sup>(10)</sup>。代表の中には、その事項が相続に密接に関連しており、それらの事項を分けることが困難であることから、それ自体が正式議題に含まれるべきであるかを疑問視する者もいた<sup>(11)</sup>。しかしながら、極めて多くの代表

がその事項に関する条約に賛成しており、優先されるべきであるとする考えられたため、この時初めてその問題が最終議定書に含まれることとなった。<sup>(12)</sup> 特別委員会は、第一回作業部会を一九七五年二月二四日から三月一日まで開催した。<sup>(13)</sup>

一〇回の会合の中で、条約に導入されるべき主要な準則に関して合意を達成することができ、これらは、「一九七五年二月・三月の特別委員会による暫定的結論」に二八項目に分けて記載された。<sup>(14)</sup> 一九七五年六月九日から一六日の第二回作業部会の際に、特別委員会は、一回の公式会合を開催し、起草委員会及びアドホック委員会もまた、多くの会合を開催した。<sup>(16)</sup> 特別委員会は、最後の会合において準備草案を採択した。<sup>(17)</sup>

ハーグ国際私法会議第一三回外交会議は、*Stultsz* (オランダ) を議長として一九七六年一〇月四日から二三日に開催され、特別委員会の議長であった *Philp* (デンマーク) を議長とする第一委員会に条約の準備を委ねた。<sup>(18)</sup> 第一委員会の二回の会合は、特別委員会の準備草案の第一読会によって進化した。<sup>(19)</sup> 第一委員会は、作業を前進させるために条文を整理させることを目的として起草委員会を設置した。<sup>(20)</sup> さらに三回の会合が、起草委員会の準備草案の議論と、アドホック委員会により準備されたモデルに基づく最終条項に費やされた。<sup>(21)</sup> 条約草案は、二二票の賛成票と二票の白票によって、一九七六年一〇月二日の公式会合中に採択された。一九七六年一〇月二三日によって条約草案を含む第一三回外交会議の最終議定書が署名された後、<sup>(22)</sup> 一九七八年三月一四日に条約が採択された。

## 二 抵触規則の概要

ハーグ夫婦財産制条約は、主たる準則として、夫婦により選択された法を夫婦財産制に適用する旨を規定しており、そのような選択がない場合に代替手段としてのみ、客観的な連結を行う。主観的連結を定める第三条及び第六条は以下のとおりである。

### 第三条

夫婦財産制の準拠法は、婚姻前に夫婦が指定した国の法により規律される。

夫婦は、次の各号に掲げる法の一つのみを指定することができる。

- (1) 指定時において夫婦の一方が国籍を有する国の法
- (2) 指定時において夫婦の一方がその常居所を有する国の法
- (3) 夫婦の一方が婚姻後にその新たな常居所を定める最初の国の法

夫婦により指定された法は、夫婦の全ての財産に適用される。

夫婦は、前三項の規定に基づき法を指定したと否とにかかわらず、不動産の一部又は全部について、当該不動産の所在地法を指定することができる。夫婦は、将来取得すべき不動産について、当該不動産の所在地法により規律される旨を定めることができる。

### 第六条

夫婦は、婚姻中に、従前の準拠法と異なる法を準拠法として指定することができる。

夫婦は、次の各号に掲げる法の一つのみを指定することができる。

- (1) 指定時において夫婦の一方が国籍を有する国の法
  - (2) 指定時において夫婦の一方がその常居所を有する国の法
- 夫婦により指定された法は、夫婦の全ての財産に適用される。

夫婦は、前項又は第三条の規定に基づき法を指定したと否とにかかわらず、不動産の全部又は一部について、

当該不動産の所在地法を指定することができる。夫婦は、将来取得すべき不動産について、当該不動産の所在地法により規律される旨を定めることができる。

客観的連結は第四条に定められており、原則として、「夫婦双方が婚姻後にその新たな常居所を定める国の法」によるが、以下の場合には、夫婦の共通本国法による。すなわち、(1)第五条に規定される宣言がその国においてなされ、かつ、同条第二項の規定により当該夫婦へのその適用が除外されていない場合、(2)その国が本条約の当事国でなく、その国の国際私法規則によれば、その国の法が適用され、かつ、夫婦が婚姻後の最初の常居所を(a)第五条に規定される宣言をした国若しくは(b)本条約の当事国でなく、その国の国際私法が彼らの本国法の適用を規定する国に定める場合、又は(3)夫婦が同一国において婚姻後の最初の常居所を定めない場合である。

準拠法の選択は、婚姻締結前後とも認められる(第三条第一項及び第六条第一項)。婚姻後の準拠法選択については、夫婦が、場合によっては起こりうる常居所又は国籍の変更を顧慮することを可能にするものであるとされている<sup>(24)</sup>。もっとも、そのような状況の変更がなくても、従前の夫婦の一方の本国法から、他方の本国法又は夫婦の双方若しくは一方の常居所地法に準拠法を変更することも単純に可能である<sup>(25)</sup>。

ハーグ夫婦財産制条約においては、準拠法の統一性が原則とされ、夫婦により指定された準拠法は全ての財産に適用されるのであり、原則として、準拠法を個々の財産について指定することはできない(第三条第三項及び第六条第三項)。しかし、例外的に、不動産に関しては、個々の財産の所在地法を選択することが認められる(第三条第四項及び第六条第四項)。不動産に関するこの例外は、不動産を原則として所在地法に服させる法域があることから正当化されるとされている<sup>(26)</sup>。もっとも、当該不動産の所在地法の選択が認められるのみで、ある不動産の所在地法に、他の国に所在する

不動産も服させるといふことはできないとされる。<sup>(27)</sup>

婚姻締結後の準拋法の選択又は変更は、原則として遡及効を有するとされるが、第三者の権利に及ぼし得ないと解されている。<sup>(28)</sup>客觀的連結の場合における準拋法の自動的な変更については、従前の準拋法により獲得された夫婦又は第三者の権利保護のため、<sup>(29)</sup>将来効が規定されている（第八条第一項）が、夫婦は遡及効を合意することができる（同条第二項前段）。この場合についても第三者の権利を害することはできない（同項後段）。

夫婦の一方と第三者との法律関係に対する夫婦財産制の効力についても、夫婦財産制の準拋法を選択している場合には、その法が適用される（第九条第一項）。ただし、締約国は、開示若しくは登記要件を満たす場合又は第三者が夫婦財産制の準拋法について知り、若しくは知るべきであった場合を除き、当該夫婦の一方が夫婦財産制の準拋法を当該第三者に対抗することができない旨の規定を定めることができ（第九条第二項）、不動産が所在する締約国は、当該不動産につき同様の規定を定めることができる（第九条第三項）。第三者との関係においては、夫婦の一方の当該財産の処分権限の有無や責任又は保証の範囲が問題となるからである。<sup>(30)</sup>

第一条は、夫婦による準拋法の選択の結果が重要性を有することから、<sup>(31)</sup>準拋法の選択は、明示的であるか、夫婦財産契約の規定から当然に生じるものでなければならぬとする。明示的に指定する場合には、夫婦が指定する法又は指定が行われた地の法が夫婦財産契約の方式について規定する要件を満たさなければならぬ（第一三条前段）。ただし、いかなる場合であっても、その指定は、書面で、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（同条後段）。

### 三 当事者自治に関する議論

現在では、前述のように多くの国で、夫婦財産制について当事者自治が認められている。しかしながら、ハーグ夫婦財産制条約の起草当時は状況が異なっており、フランスのようないくつかの国が夫婦による準拠法選択を認める一方で、その他のほとんどの法域においては、当事者自治は完全に排除されていた。<sup>(32)</sup>特に、大陸ヨーロッパ諸国では、夫婦財産制が家族法の一部をなしており、家族法の他の事項のように客観的連結に服し、夫の本国法が採用されていた。<sup>(33)</sup>ところが、条約の成立に至るまでの一〇年の間に、夫婦財産制については当事者自治に依拠するという考えが、相続と同様に、ますます支持を得るようになっていった。<sup>(34)</sup>また、公式報告書においては、その考えを支持する理由としては、一般的に、国内実質法においても国際私法においても、金銭的な利益のみが関係する場合には、当事者の意思を可能な限り大きな範囲で考慮するように仕向けているということが挙げられている。<sup>(35)</sup>同様に、夫婦財産制に関しては、当事者自治が、準拠法について安定性を保障し、全締約国におけるその尊重を保障するのに最も適当であるとされている。<sup>(36)</sup>また、それは、多くの事案において、相続準拠法に夫婦財産制を服させる可能性を夫婦に与えるものであり、夫婦財産制と相続という二つの事項に異なる法を適用することから生じる問題を回避させるものであるとされる。<sup>(37)</sup>そのほか、当事者自治の導入が、夫婦財産制を新たな事情に順応させる一方で、夫婦財産制の準拠法の「自動的な変更」を取り入れた際の不便宜を回避する可能性も開くことが述べられている。<sup>(38)</sup>また、選択された法の適用の根拠は夫婦の共通の意思にあり、この解決策は、夫婦の一方のみに関連して存在する要素に依拠する客観的な連結点に対する異議を回避することができるとされている。<sup>(39)</sup>さらに、ハーグ国際私法会議の文脈においては、当事者自治が住所地法主義と本国法主義を調和させるため、この解決策は特に有用であるとされる。<sup>(40)</sup>

ハーグ夫婦財産制条約の起草過程においては、当事者自治を導入することについて一致していた一方で、たとえば売

買契約において許される範囲で当事者自治を拡張することは提案されず、むしろハーグ国際私法会議は、夫婦が関連を有するいくつかの法の中から選択することを認めることが望ましいとの意見を持っていた。<sup>(41)</sup> また、特別委員会では、まず第一に主観的連結に基づき、補助的にのみ、客観的連結に基づき準拠法を決定するシステムを受け入れることについて全員が一致していた。<sup>(42)</sup> ここではこのように主観的連結を優先させる理由については明らかにされていないが、公示報告書においては、「本条約の発効が夫婦財産制の準拠法を指定するという実務を促進することが望まれる」ことが説明されている。<sup>(43)</sup>

前述のようにハーグ夫婦財産制条約第三条においては、(1)指定時における夫婦の一方の本国法、(2)指定時における夫婦の一方の常居所地法、(3)夫婦の一方の婚姻後の最初の常居所地法及び(4)不動産に関しては、その所在地法から選択することができる。本国法の適用については、夫婦の一方が保有する国籍は、それが属する国の法にとって十分な関連とみなされるとされている。<sup>(44)</sup> 常居所地法に関しては、指定時における夫婦の一方の常居所地法と、夫婦の一方の婚姻後の最初の常居所地法を選択することができる。この後者の規定は、夫婦にとって、彼らが婚姻後定住するつもりである国の法にその夫婦財産制を服従させることが婚姻前に可能であるべきであるという考えに一致している。<sup>(45)</sup> また、不動産に關しては、英米法系諸国によって、その法体系において基本的である所在地法が夫婦にとって利用可能となることが切望されていた。<sup>(46)</sup> このことに加えて、あらゆる場合に不動産に關して夫婦財産制が物の所在地法として多くの本条約非当事国の法に服しうることを考慮されなければならない。<sup>(47)</sup> したがって、全ての財産に適用される唯一の法を選択することができることは、夫婦にとって有益であるとされる。<sup>(48)</sup>

ハーグ夫婦財産制条約は、フランス、ルクセンブルク及びオランダというわずか三か国で発効しているのみである。しかし、同条約の失敗は、その客観的連結に原因があり、特に、第四条において住所地主義と本国法主義の間で妥協

が試みられたが、満足させることができず極めて複雑になってしまったことから理由付けられるとされている。<sup>(49)</sup> 実際、ハーグ夫婦財産制条約における当事者自治の許容は、ハーグ国際私法会議で立場の一致をみたのであり、我が国及びドイツをはじめとして多くの国がハーグ夫婦財産制条約の主観的連結から着想を得ていることは事実である。

## 第二節 ドイツ法

### 一 抵触規則の概要

ドイツの側からも、我が国はドイツ法における夫婦財産制の準拠法決定の枠組を引き継いだとされている。<sup>(51)</sup> 異なる部分もあるものの、一見したところは同じ定式を用いているように見える。

ドイツ民法施行法（以下、「EGBGB」という。）第一五条は、婚姻の財産的効力の準拠法につき、以下のように定める。

#### 第一五条

第一項 婚姻の財産的効力は、婚姻締結の際に婚姻の一般的効力について基準となる法に服する。

第二項 夫婦は、その婚姻の財産的効力につき、次の各号に掲げる法を選択することができる。

- (1) 夫婦の一方が属する国の法、
- (2) 夫婦の一方がその常居所を有する国の法、又は
- (3) 不動産に関してはその所在地法。

#### 第三項（省略）

#### 第四項（省略）

ドイツにおいては、夫婦財産制は、原則として三つの基準により支配されるとされている。すなわち、婚姻の一般的効力の準拠法と夫婦財産制の準拠法との並行、連結点の時間的な固定、夫婦財産制に属する財産全体の統一的な取扱いである。<sup>(32)</sup>

婚姻の一般的効力の準拠法については、EGBGB第一四条において規定されている。第一四条第一項はまず段階的連結を定めるが、第二項及び第三項において、限られた場合にはあるが当事者自治が認められている。すなわち、「夫婦は、その一方が複数の国に属する場合において、他方がそれらの国のいずれか一つに属するときは、第五条第一項にかかわらず、当該国の法を選択することができる」（同条第二項）、「夫婦は、第一項第一号の要件が存在せず、かつ、次の各号に掲げる場合には、その一方の属する国の法を選択することができる。(1)夫婦のいずれもが、夫婦双方がその常居所を有する国に属していない場合、又は(2)夫婦が同一国にその常居所を有していない場合」（同条第三項前段）と規定する。夫婦がEGBGB第一四條第二項及び第三項に基づき婚姻締結時点で準拠法選択を行った限りで、EGBGB第一五條第一項の準拠法はその影響を受ける。<sup>(33)</sup>もともと、婚姻の財産的効力の準拠法の基準時点は、婚姻締結時に固定されているため、婚姻の一般的効力の準拠法が、客観的な連結点の変動によってであれ、準拠法選択によってであれ、事後的に変更された場合であっても、そのような変更は婚姻の財産的効力の準拠法には影響を及ぼさない。<sup>(34)</sup>したがって、婚姻生活全体を通して、夫婦財産の統一的な帰属が存在するのであり、これは、予見可能性を生み出し、離婚や夫婦の一方の死亡による婚姻解消後の夫婦財産制の清算を容易にするものである。<sup>(35)</sup>

EGBGB第一五條第二項によると、(1)夫婦の一方が属する国の法、(2)夫婦の一方がその常居所を有する国の法、又

は(3)不動産に関してはその所在地法を選択することができる。本国法に関して重国籍が問題となりうるが、EGBGB第五條第一項は顧慮されるべきでなく、複数の本国法のいずれも選択することができるとする見解がある。<sup>(56)</sup>夫婦の一方の常居所地法については、夫婦がその常居所を異なる国に有することは必要とされず、夫婦が同じ国に常居所を有する場合であっても、常居所地法を選択することができる。<sup>(57)</sup>

準拠法選択は、婚姻中いつでも行われうるだけでなく、婚姻締結前にも行われうる。しかし、後者の場合には、その効力は婚姻を締結して初めて生ずることになる。また、夫婦は、準拠法選択をいつでも破棄又は変更することができる。婚姻中に準拠法を選択した場合も、破棄又は変更した場合も、その効力は将来に向かって生じるとされる。<sup>(58)</sup>それは、法的安定性及び明確性の観点から説明される。<sup>(59)</sup>しかしながら、夫婦は、明示的に遡及効を定めることができる<sup>(60)</sup>とされている。この場合において、法交通は、EGBGB第一六條及びローマI規則第三條第二項後段によって保護されると解されている。

また、EGBGB第一五條第三項は、EGBGB第一四條第四項の準用を定めており、婚姻の一般的効力の準拠法選択を行う場合も、財産的効力の準拠法選択を行う場合も、形式的要件が課される。すなわち、準拠法選択は公正証書によりなされなければならず、外国において選択が行われる場合には、選択された法又は準拠法選択を行った地の夫婦財産契約の形式的要件を満たすことで足りる。

## 二 起草過程

EGBGB第一五條の当事者自治は、一九八六年の国際私法改正において導入されたものである。改正以前においては、当事者の意思は、客観的連結により指定される夫婦財産制の準拠実質法が当事者自治を保障する場合において、反

致又は転致によつてのみ機能していた。<sup>(62)</sup> E G B G B旧第一五条は、第一項において「夫婦財産制は、夫が婚姻締結の際にドイツ人である場合には、ドイツ法に従い判断される」こと、第二項において「夫が婚姻締結後にドイツ国籍を取得し、又は外国人夫婦が内国にその居所を有する場合、夫婦財産制に関しては、夫が婚姻締結時に属する国の法が基準となる。ただし、夫婦は、夫婦財産契約が当該法により許容されないであろう場合にも、夫婦財産契約を締結することができる」ことを規定していた（なお、連邦憲法裁判所は国際私法改正作業中に、夫の本国法のみへの連結につき、基本法第三条第二項違反のために憲法に違反し、無効なものと宣言していた。<sup>(63)</sup>）。

一九六九年に公表された最初のドイツ国際私法会議の改正提案は、婚姻の効力全般につき、現行E G B G B第一四條第一項に対応する段階的連結を定める規定を置き、男女平等を認めたが、当事者自治は規定されなかった。<sup>(64)</sup> 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、一九六九年の提案が本質的には維持されたが、準拠法選択の規定が加えられ、夫婦の一方の本国法、夫婦の一方の居所地法、各不動産に関してはその所在地法の選択が認められた。<sup>(65)</sup> 司法省の委託を受けたKühneは、婚姻の財産的効力につき、婚姻の開始時における婚姻の一般的効力の準拠法が適用されると規定することによつて基準時点を固定し、<sup>(66)</sup> さらに、ドイツ国際私法会議の提案と同じ範囲で当事者自治を認めようとした。<sup>(67)</sup> ここで、現行法の基本的な枠組が作られた。<sup>(68)</sup> このほか、Neuhans/Krophollerとマックス・プランク研究所が提案を提出している。<sup>(69)</sup> いずれの提案も、婚姻の効力（身分的効力も財産的効力も含む）を段階的連結に服させるが、基準時点を固定するものではない。<sup>(70)</sup> 当事者自治については相違があり、Neuhans/Krophollerの提案は、夫婦の一方の本国法若しくは居所地法又は土地に対する権利に関してその所在地法の選択を認めるのに対し、<sup>(71)</sup> マックス・プランク研究所の提案は、客観的な関連が存在するあらゆる法秩序に夫婦財産制を服させることを規定する。<sup>(72)</sup> マックス・プランク研究所の提案は、夫婦がまず移住しようとする国の法又はその財産の大部分が所在する国の法を十分な根拠をもって選択

することや、動産についても準拠法を異なつて指定しうることが重要である場合があることを想定し、立法者がこの種の状況全てを予見することができないために、選択される法を列挙せず、明らかに恣意的な準拠法選択のみを除外することを目的とするものである。<sup>(73)</sup>

結局のところ、政府草案は、Kilmeの草案に本質的に従つたが、当事者自治に関しては、夫婦の一方の本国法又は居所地法の選択を認める一方で、不動産に関する所在地法の選択は規定されなかつた。<sup>(74)</sup>これに対して、マックス・プランク研究所の反対提案においては、夫婦の一方が国籍の取得を望む国の法、夫婦がその常居所を創設することを望む国の法（これらはいずれも、その計画が実現されることを要件とする）、不動産に関しては所在地法、企業の事業財産に関しては企業の本拠地法又はその都度関係する営業所所在地法を政府草案第一五条第二項に加えることが提案された。<sup>(75)</sup>連邦議会法務委員会は、政府草案をほとんど変更しなかつたが、唯一の重要な変更として、EGGBB第一五条第二項第三号の不動産に関する所在地法の選択可能性が導入された。<sup>(76)</sup>

### 三 当事者自治に関する議論

ドイツにおいては、夫婦財産制の準拠法につき、間接的な選択と直接的な選択が認められている。前者は、EGBBB第一四条第二項及び第三項に従ひ婚姻の一般的効力の準拠法を夫婦が選択することによつて、婚姻の財産的効力の準拠法も変更されることになるというものである。後者は、EGBBB第一五条第二項に基づくものである。

EGGBB第一四条第二項及び第三項において一定の当事者自治が認められたのも、一九八六年の国際私法改正においてである。Kilmeは、当事者による準拠法選択一般について、以下のように述べている。すなわち、契約における当事者自治の原則が、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り、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。<sup>(77)</sup>そして、主として強行規定から成る法分野の特色は、当事者自治の原理的な承認にとつて邪魔になつてはいない。<sup>(78)</sup>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、法政策上筋が通つており、有意義なものである。<sup>(79)</sup>と。ドイツ国際私法会議においては、多数の委員が婚姻の一般効力の準拠法選択に賛成することを表明したほか、Stumm<sup>(80)</sup>とLüderitz<sup>(82)</sup>が肯定的な意見を述べ、Görgens<sup>(83)</sup>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。政府草案の理由書もまた、Kühneの草案とほとんど同じことを述べており、この点について政府草案は、Kühneの提案の影響を受けていると思われれる。

前述のように、婚姻の財産的効力に関しては、一九八六年の国際私法改正において当事者自治が認められたのであるが、EGBGB第一五条第二項は、とりわけハーグ夫婦財産制条約を手本としたものである。<sup>(85)</sup>まず、夫婦財産制に限つたことではないが、当事者自治には、予見可能性をもたらすという利点がある。<sup>(86)</sup>そして、ここで同項により認められる選択は、夫婦の生活状況に変更があつた場合に、その夫婦財産制の準拠法をその生活状況に順応させる可能性を夫婦に与えるものであるとされる。<sup>(87)</sup>また、事理に即した準拠法選択は、とりわけ、婚姻締結時の夫婦の常居所を後で確定する苦勞から解放し、<sup>(88)</sup>さらに、夫婦財産制準拠法と相続準拠法の調和を図り、それゆゑ夫婦の一方が死亡した場合において、法性決定及び適応問題を回避することに資するとされる。<sup>(89)</sup>さらに、当事者自治の導入については、条約においても比較法的にも顕著な傾向に従うものであると説明されている。<sup>(90)</sup>

EGBGB第一五条第二項第一号は、夫婦の一方の本国法の選択を定める。とりわけ、夫婦がいずれも国籍を有しない共通常居所地から、夫婦の一方の本国に近い将来に帰国する場合においては、本国法の選択が有意義であるとされる。<sup>(91)</sup>また、このような選択は、夫婦が予測可能な準拠法の変更とそこから生じる問題を回避することを可能にするもの

であるといわれている<sup>(92)</sup>。第二号は、選択肢の一つとして夫婦の一方の常居所地法の選択を定め、国籍と常居所を同列に置いている<sup>(93)</sup>。このことは、婚姻の財産的効力が婚姻の一般的効力よりも極めて狭い範囲でしか文化的な影響を受けない、身分法というよりもむしろ財産法的な性格を有していることから正当化される<sup>(94)</sup>。

第三号は、不動産に関して所在地法の選択を認める。これは、第一に、夫婦財産制において、不動産の所在地の抵触規則が所在地法の強行的な適用を規定する場合に、それを夫婦が顧慮することを可能にし、それによって、所在地法との対立を回避することに資するとされる<sup>(95)</sup>。第二に、当事者自治の承認は不動産交通を容易にするといわれている<sup>(96)</sup>。なぜなら、準拠法を選択する場合には、不動産の所有関係や処分権限を確定するために、夫婦財産制の準拠法を問題とする必要がないからである<sup>(97)</sup>。さもなければ、夫婦の一方が不動産を譲渡し、又はそれに抵当権を設定する場合に、他方の同意が必要であるかを検討しなければならない<sup>(98)</sup>。また、夫婦の一方が不動産を取得する場合、実際に購入した夫婦の一方が所有者となるか、財産共同制に基づき夫婦の共有財産に含まれるかも問題となる<sup>(99)</sup>。したがって、準拠法選択により、一方では、夫婦財産制の準拠外国法の内容の確定のコストが削減され、他方では、購入利益の考慮の必要性が排除される<sup>(100)</sup>。連邦議会法務委員会は、所在地法の選択可能性が「不動産交通における実務的な需要」に役立ち、「とりわけ、外国夫婦財産制法の援用が広範囲にわたる結果をもたらしうる領域（すなわち、外国人夫婦によるドイツに所在する不動産の取得の場合）において実務上の法適用を容易にする」と述べ、これら二つの目的設定によってEGBGB第一条第二項第三号の導入を明示的に根拠付けた<sup>(101)</sup>。

このようにEGBGB第一条第二項は、選択可能な法の範囲を制限しているが、それはまず、当事者自治が、夫婦の生活状況に変更があった場合に、その夫婦財産制の準拠法をその生活状況に順応させる可能性を夫婦に与えるという立法上の目的設定のためであるとされる<sup>(102)</sup>。また、Künneによれば、広範囲な選択可能性の要求は認識されておらず、

同項において認められる選択の範囲は、E G B G B旧第一五条第一項及び第二項並びにB G B第一四〇九条第二項においても規定されていたものに限られており、これを首尾一貫して発展させたものであるにすぎない。政府草案の理由書も同旨である。さらに、Kühneは、オーストリア国際私法典第一九条のような制限のない準拠法選択が、多くの法域における夫婦財産制と相続との密接な関連を必要以上に緩め、それに伴い、双方の事項範囲がともに作用する場合には、調和の障害の増加がもたらされるとする。それに対して、政府草案の理由書においては、婚姻の一般的効力の準拠法との間での協力関係を損なうものと考えられている。また、国際的にも、制限されていない準拠法選択よりも制限的な準拠法選択の方が受け入れられており、国際的なコンセンサスが国際的な判決の調和を保障することを考慮して、国際的に受け入れられているものを採用することも理由の一つとなる。

### 第三節 ベルギー法

ベルギー国際私法典は、二〇〇四年七月一六日に制定され、第四九条において夫婦財産制につき夫婦による準拠法選択を規定する。その制定以前から、夫婦財産契約の当事者自治については認められていた。すなわち、夫婦財産契約の準拠法は、原則として、契約の領域において妥当する当事者自治の原則に従い、夫婦によつて選択されるのであり、夫婦が夫婦財産契約において明示的に準拠法選択を行わなかった場合には、黙示的な意思が探求される。夫婦財産契約が一般に、ある国の法が定める夫婦財産制の類型を参照するものであるため、黙示的な意思を判断する際には、そのことを考慮することができ、他の大部分の契約よりも容易に判断することができるとされる。

また、ある類型の夫婦財産制を選択する場合には、その内容に関していかなる制限も課されない。民法典第一三八七条は、「夫婦は、その夫婦財産契約が公序良俗に反するいかなる規定も含まない場合には、彼らが適当であると

判断するようにそれらを規律する。」と規定するが、このように国内実質法において確保された自由は、涉外要素が含まれる場合には、夫婦がどのような財産制の類型をも選択することができることをより強く正当化するとされる。<sup>(15)</sup>

国際私法典が制定される以前は、民法典旧第一三八九条において、「夫婦は、廃止された法律を単に指定することによって、又は彼らの一方がベルギー人である場合には、外国の法律を単に指定することによって、その夫婦財産契約を設定することができない。彼らは、本章により規定される財産制を採用することを表明することができる。」との定めが置かれていた。この規定は、準拠法として廃止された法を選択することに加え、夫婦の一方がベルギー人である場合に外国法を選択することを禁止する。<sup>(16)</sup> もっとも、これによって準拠法の選択自体は禁止されるが、準拠法として選択すべき外国法から着想を得た条項を含む夫婦財産契約を締結することは禁止されない。<sup>(17)</sup> この規定は、外国人と婚姻したベルギー人が、自身の知らない外国法上の夫婦財産制を単に準拠法を指定することによって採用することを回避することを目的としていた。<sup>(18)</sup> しかしながら、この規定が批判されなかつたという<sup>(19)</sup>ことはなく、国際私法典の立法過程においてもこのような用心が不必要なものであると考えられ、<sup>(20)</sup> 国際私法典制定と同時に改正されることとなった。規定からは「又は彼らの一方がベルギー人である場合には、外国の法律を単に指定することによって」という文言が削除され、したがって、現行の民法典第一三八九条によって禁止されるのは、廃止された法律を抵触法上指定することのみとなった。<sup>(21)</sup>

二〇〇四年の国際私法典制定によって、以下の規定が創設された。

#### 第四九条 夫婦財産制の準拠法

第一項 夫婦財産制は、夫婦により選択された法によって規律される。

第二項 夫婦は、次の各号に掲げる法の一つのみを指定することができる。

- (1) 夫婦が婚姻挙行後最初の常居所を創設する領域が属する国の法
- (2) 夫婦の一方が選択時において常居所を有する領域が属する国の法
- (3) 夫婦の一方が選択時において国籍を有する国の法

#### 第五〇条 法選択に関する特則

第一項 法選択は、婚姻挙行前又は婚姻中になされうる。法選択は、以前の選択を変更することができる。

第二項 選択は、第五二条第一段落に従いなされなければならない。選択は、夫婦の財産全てに関連するものでなければならない。

第三項 夫婦の選択から生じる準拠法の変更は、将来に向かつてのみ効力を有する。夫婦は、第三者の権利を害することがない限りで、合意によって同準則を逸脱することができる。

同法制定の際には、比較法における展開、とりわけ、ハーグ夫婦財産制条約における展開が考慮された。<sup>(18)</sup> 規定から明らかであるように、夫婦には、自由な準拠法選択は認められておらず、量的制限に服する。それは、立法者が、状況と十分な関連があると評価する一定の連結点しか適当であると考えないためである。<sup>(19)</sup> 言い換えれば、ここで列挙されている法は、立法者によって、状況と十分な関連があると評価され、適当なものと考えられているといえる。この規定においては、ハーグ夫婦財産制条約と同様に、婚姻後最初の常居所地法を選択することができる<sup>(20)</sup>とされている。これについては、夫婦が、婚姻締結後、選択した国とは異なる国に常居所を定める場合や、選択した国にいったんは居住するが、その国に常居所を固定しない場合には、準拠法選択は効力を有しないものとなる。

第五〇条第一項によると、準拠法選択は、婚姻前でも婚姻中でもすることができ、準拠法を変更することもできる。選択は、財産全体についてなされなければならないが分割指定をすることは可能でなく、したがって、夫婦はその財産の一部のみに適用される法を指定することはできない<sup>(12)</sup>。また、夫婦が準拠法を選択した場合には、その法は将来に向かって効力を有する。立法資料は、この点でハーグ夫婦財産制条約に触れており、同条約は選択がない場合における準拠法の自動的な変更について規定を置くのみであるが、このような解決策は好ましいとする<sup>(13)</sup>。さらに、準拠法選択の方式は、選択がなされた時における夫婦財産制の準拠法又は選択がなされた領域が属する国の法に従い、最低限の要件として、書面性、日付の記載及び夫婦双方による署名を要求する(第五〇条二項、第五二条第一段落)。

なお、ベルギー国際私法典は、準拠法選択がない場合における客観的連結について、第一順位として、夫婦双方が婚姻挙行後最初の常居所を創設する領域が属する国の法、それがない場合には、第二順位として、夫婦双方が婚姻挙行時において国籍を有する国の法、その他の場合においては、第三順位として、婚姻が挙行された領域が属する国の法を定める(第五一条)。これは婚姻の身分的効力(第四八条)とは別の連結点を定めており、客観的連結の場合でも、夫婦財産制の準拠法と必ずしも一致するものではない。

#### 第四節 ハーグ夫婦財産制条約以前のフランス法

フランスはハーグ夫婦財産制条約の締約国であるが、その批准以前から、夫婦財産制における当事者自治に長い伝統を有している<sup>(14)</sup>。ハーグ夫婦財産制条約は、一九九二年九月一日から発効しており、同条約は、同条約の発効後に婚姻した夫婦又は準拠法を指定した夫婦に適用される(ハーグ夫婦財産制条約第二二条前段)。したがって、同日以前に婚姻した夫婦又は準拠法を指定した夫婦には、なおフランス法が適用されている。なお、同条約は、前述の適用範囲に含ま

れない夫婦にも、宣言によってその適用を拡大することができるが（ハーグ夫婦財産制条約第二一条後段）、そのような宣言はなされていない。

フランスでは、夫婦財産制が当事者自治に従い選択された法に服するということが、基本原則であるとされている。このことは、まず夫婦財産契約がある場合には確實なものとされてきた。<sup>(15)</sup> 夫婦財産契約は、通常の契約として生じ、契約の一般原則が適用される。<sup>(16)</sup> なお、法定財産制を変更することを認めないような強行的な財産制を有する国もあるが、そのような制度はその領域においてのみ効力を有するものであり、夫婦がその国に居住する場合に限り、*lois de police* としてその制度が尊重されることがあるとされる。<sup>(17)</sup>

当事者自治は、法定財産制にも四世紀以上前から拡大されている。<sup>(18)</sup> 当事者自治が認められる以前は、物権準拠法の優先によって、各財産の所在地法（動産については夫婦の住所地に架空の所在決定を行う。）を適用していた。<sup>(19)</sup> この手法によると、各財産を異なる慣習に服させることになり、財産制の統一性を破壊するという不便が生じる。<sup>(20)</sup> すなわち、夫婦の一方の財産が別産制に服し、他方の財産が共有財産制に服する場合に、不当な結果をもたらすこととなる。<sup>(21)</sup>

Dumoulin は、一五二五年の *Garay* 夫妻に関する意見において、夫婦が、契約を締結しないことで、その財産の総体につき、彼らが住所を固定する地の慣習によって採用されている法定財産制に服させることを欲しているとの考えを展開した。<sup>(22)</sup> その論理は、今日もなお裁判所に受け継がれているとされる。<sup>(23)</sup>

この論理に対しては、このような仮定的な黙示の合意が現実の内心に合致しないこと、そして、一般に、夫婦が契約を締結しないのは単純に彼らの財産の運命に無関心であることが反論として挙げられる。<sup>(24)</sup> しかし、この反論の射程範囲は、次の二点から制限される。第一に、夫婦が夫婦財産契約を締結することなく、明示的に法を選択する場合がある。<sup>(25)</sup> この場合には、この準拠法選択の目的は、夫婦財産制を締結する場合と同様に、指定された実質法を適用することであ

るから、夫婦財産制を締結する場合と同様の効果を夫婦の意思に与えることが論理的であると考えられる。<sup>(16)</sup> 第二に、夫婦の意思が表明されず、又は存在しない場合であっても、ある法定財産制が採用されることに對して夫婦の信頼があることがある。<sup>(17)</sup> 当事者の期待の尊重は、抵触規則の最も重要な目的の一つであるため、そのような信頼によって意思が補充されることになる。<sup>(18)</sup> もっとも、そのような信頼は、一般に、婚姻後に存在するのみである。<sup>(19)</sup> そこで、あらゆる場合に適した解決策として、夫婦の信頼の徴候を考慮して、合理的な客観的連結を行うこととされる。<sup>(20)</sup>

夫婦財産契約の準拠法の決定には、ある法を指定するか、ある法の夫婦財産制の準則を再現することで十分であるとされる。<sup>(21)</sup> また、夫婦財産契約のある条項が一つの法によってのみ有効である場合には、特定の条文を引用する場合と同様に、それは極めて信頼できる徴候となる。<sup>(22)</sup> たとえば、フランス人とベルギー人の夫婦が夫婦財産契約を締結する場合、フランス法とベルギー法の内容が近いために、当該契約の内容からはいずれの法に従うものであるかが明らかにならないなど、曖昧な状況は存在しうるが、この場合にもフランスの判例は、夫婦の黙示の意思を探究する。<sup>(23)</sup> さもなければ、客観的な徴候(たとえば、履行地(この場合には夫婦の住所)又は共通国籍)が機能することになる。<sup>(24)</sup>

夫婦財産契約がない場合においても、まずは明示的な意思(明示的に準拠法を選択する場合)又は確実な意思(たとえば、イスラム教のポリガミーについては、各配偶者の個人の利益を唯一保護しうる別産制を選択するものとされる。)が考慮される。<sup>(25)</sup> それらが無い場合には、推定的な意思が考慮される。<sup>(26)</sup> 破産院によれば、推定的な意思の徴候は、最初の婚姻住所である。<sup>(27)</sup> しかし、これは安定的なものでなければならず、一時的な最初の住所は、婚姻時の夫婦の意思又は信頼も、婚姻後の信頼も示唆し得ない。<sup>(28)</sup> このような安定性は、その継続期間によって判断される。<sup>(29)</sup> もっとも、実効的で継続的な最初の住所であっても、夫婦がそれを一時的なものと考え、本国に帰国することや、第三国に移住することをあらかじめ決心していることを様々な徴候が証明する場合には、それは決定的なものと判断されないことがある。<sup>(30)</sup>

このように、フランス法においては、夫婦の意思を探究することによって夫婦財産制の準拠法が決定されるが、そこには柔軟性と現実性という長所がある一方で、確実さが無いという短所があるといわれる<sup>(15)</sup>。

ハーグ夫婦財産制条約との相違について補足すると、まず、フランス法においては選択可能な法には制限がないとされるが、前述のとおり、ハーグ夫婦財産制条約は選択可能な法を制限している。また、フランスにおける準拠法選択に對する唯一の要求は、準拠法の統一性であり、財産の総体は、それがどこに所在しようと、同じ法に服さなければならぬとして、夫婦財産制の不可分性の原則を国際私法上の公序とみなしてきた<sup>(16)</sup>。他方で、ハーグ夫婦財産制条約によると、各不動産を別の法に服させることが夫婦に認められる。さらに、ハーグ夫婦財産制条約等は、あくまで婚姻の（財産的）効力であることを出発点とするが、フランス法は契約を出発点とし、そこから法定財産制にも拡張するものであり、この点が最も特徴的である。

## 第五節 ローマIV規則提案

### 一 概説

夫婦財産制に関する連合立法の採択は、一九九八年のウィーン行動計画で優先事項として確認されたものである<sup>(17)</sup>。二〇〇〇年一月三〇日に理事会によって採択された民事及び商事事件における裁判の相互承認に関するプログラムは、「婚姻関係から生じる財産に関する権利及び婚姻していないカップルの別離の財産的結果」に関して裁判管轄並びに裁判の承認及び執行に関する法文書を起草することを規定した。二〇〇四年一月四・五日に欧州理事会によって採択されたハーグ・プログラム<sup>(18)</sup>は、相互承認プログラムの実施を最優先事項とし、委員会に対して、「裁判管轄及び相互承認の問題を含む夫婦財産制に関する事件における法の抵触についてのグリーン・ペーパー」を提出することを要求し、二

○一一年までに立法を採択する必要性を強調した。二〇〇九年二月一日に欧州理事会により採択されたストックホルム・プログラムもまた、相互承認が夫婦財産制及び婚姻していないカップルの別離の財産的結果に拡張されなければならないと述べている。

これらの要求に対する欧州委員会の行動は以下のとおりである。二〇〇六年七月一七日、委員会は、裁判管轄及び相互承認の問題を含む夫婦財産制に関する事件における法の抵触に関するグリーン・ペーパーを公表した<sup>(15)</sup>。これに対しては四〇の返答があり、二〇〇八年二月五日にその返答を公表している。委員会が立法提案を起草するために設置した専門家グループ PRVIII は、関係する専門分野及び複数の欧州連合の法的伝統を代表する専門家からなるもので、二〇〇八年から二〇一〇年の間に五回の会議を開催した<sup>(16)</sup>。委員会はまた、二〇〇九年九月二八日に一〇〇人の参加者にパブリック・ヒアリングを行ったが、その議論は、特に準拠法、裁判管轄並びに裁判の承認及び執行を対象とする夫婦財産制に関する連合法文書の必要性を確認した。二〇一〇年三月二三日には、起草された提案の要旨を議論するため、国家の専門家との会議が開かれた<sup>(16)</sup>。二〇一〇年一月二七日に採択された「欧州連合市民権レポート二〇一〇」欧州連合市民の権利の障害を取り除く<sup>(16)</sup>において、委員会は、欧州連合が国境を越えて欧州連合市民に与えた権利を彼らが行使しようとする時にその日々の生活において直面する主たる障害の一つとして、国際的なカップルの財産権を取り巻く不安定性を確認した<sup>(16)</sup>。これを改善するため、委員会は、国際的なカップルにとって、いずれの裁判所が裁判管轄を有し、いずれの法が彼らの財産権に適用されるかを知ることが容易にするための立法提案を二〇一一年に採択することを公表した<sup>(16)</sup>。

二〇一一年三月一六日、欧州委員会は、ローマⅣ規則提案を公表した。なお、これには、委員会により行われた夫婦財産制及び登録パートナーシップ財産制に関する規則提案に対する共同影響調査が添付されている。また、二〇一三年

九月一〇日の欧州議会立法決議において、ローマIV規則提案の修正が採択された。<sup>(16)</sup>

## 二 抵触規則の概要

ローマIV規則提案は、裁判管轄、準拠法及び承認執行に関する準則を含むものである。ここでは、抵触規則に関する「第一章 適用範囲及び定義」と「第三章 準拠法」を概観したい。

まず、第一条は適用範囲を定める。ローマIV規則は、夫婦財産制に適用される（第一項前段）が、(a)夫婦の能力、(b)扶養義務、(c)夫婦間の贈与、(d)生存配偶者の相続権、(e)夫婦間で設立された会社、(f)財産に関する物権の性質及び当該権利の開示は、適用範囲から除外される（第三項）。第二条にはいくつかの文言の定義が置かれており、「夫婦財産制」は、「夫婦間及び第三者との関係における夫婦の財産関係に関する一連の準則」と、「夫婦財産契約」は、「夫婦が夫婦間及び第三者との関係においてその財産関係を規律するための合意」と定義されている（a）及び（b）。

第十五条以下が準拠法に関する規定であるが、夫婦による準拠法の選択については、第一六条及び第一八条が以下のように定める。

### 第一六条 準拠法の選択<sup>(16)</sup>

夫婦又は将来の夫婦は、その夫婦財産制の準拠法を選択することができる。ただし、当該準拠法は、次に掲げる法の一つでなければならない。

- (a) 夫婦又は将来の夫婦の共通常居所のある国の法
- (b) 選択がなされた時において夫婦の一方の常居所のある国の法

(c) 選択がなされた時において夫婦又は将来の夫婦の一方が国籍を有する国の法

### 第一八条 準拠法の変更<sup>(18)</sup>

夫婦は、婚姻中いつでも、その夫婦財産制をこれに適用される法以外の法に服させることができる。夫婦が指定する法は、次に掲げる法の一つでなければならぬ。

- (a) 当該選択がなされる時において夫婦の一方の常居所のある国の法
- (b) 当該選択がなされる時において夫婦の一方が国籍を有する国の法

夫婦が別の効力を望まない限り、婚姻中になされる夫婦財産制の準拠法の変更は、将来においてのみ効力を有する。

夫婦が当該準拠法の変更を遡及させることを選択する場合、遡及効は、これに適用される法に従いなされた以前の取引の有効性又は従前の準拠法から引き出される第三者の権利に影響を及ぼさない。

このように、ローマⅣ規則提案は制限的な当事者自治を認める。第一六条は、夫婦又は将来の夫婦に選択権を与えており、婚姻締結前でもその後でも準拠法を選択しうる<sup>(19)</sup>。夫婦が準拠法を選択しない場合、第一七条第一項によれば、夫婦財産制には、(a)婚姻後最初の夫婦の通常常居所地法、それがない場合には、(b)婚姻時における夫婦の共通本国法(夫婦が複数の共通国籍を有する場合には適用されない(第二項))、それがない場合には、(c)全ての状況、特に婚姻が挙行された地を考慮して、夫婦がともに最も密接な関連を有する国の法が適用される。したがって、ローマⅣ規則提案においては、当事者自治が原則、客観的連結が例外とされているといえる。なお、共通本国法に対する通常常居所地法の優

先は、ヨーロッパ抵觸法における一般的な傾向に合致するものであると評価されている。<sup>(10)</sup>

第一六条又は第一七条に従い選択された準拠法は、いつでも変更することができる（第一八条第一段落）。なお、これらの規定に基づく準拠法は、夫婦の財産全てに適用される（第一五條）のであり、分割指定をすることはできない。仮に分割指定を認めると、夫婦財産制の解消の際に、夫婦財産制の統一性の分裂を引き起こし、夫婦財産制に属する各財産への異なる法の適用を引き起こしうるため、問題を孕んでいるとされる。<sup>(11)</sup>

第一八条第二段落によると、準拠法の変更は原則として将来効であるが、夫婦が合意する場合には遡及させることができる。ただし、遡及効は第三者の権利を害しない。また、第三五條は、第三者に対する効力について定めており、原則として、夫婦の一方と第三者との関係に対する夫婦財産制の効力は夫婦財産制の準拠法により規律される（同条第一項）が、構成国の法は、夫婦の一方が、第三者との取引において、夫婦の一方又は他方が当該構成国の領域内に常居所を有し、かつ、当該国の法に規定される開示又は登記の要件を満たさない場合には、第三者が夫婦財産制の準拠法を知り、又は知るべきであったときを除き、夫婦財産制の準拠法に依拠することができると規定することができる（同条第二項）。不動産が所在する構成国の法は、当該財産に関して同様の規定を置くことができる（同条第三項）。準拠法選択は、選択された国の法又は書面が作成された国の法によって夫婦財産契約について規定された方法でなされるものとされ（第一九條第一項）、ハーグ夫婦財産制条約第一三條前段と同一の規定を置いて選択的連結を定める。他方、選択時における夫婦の通常居所地法上の追加的要件の遵守も定める（同条第三項）。また、最低限の要件をローマⅣ規則提案自体が実質規則として定めており、日付が記載され、夫婦双方によって署名された書面において明示的になされなければならない旨が規定されている（同条第二項）。これらの規定は、夫婦のうち弱者（しばしば妻である）を保護するためのものであり、第一次的には、夫婦間の力関係から保護を定めるもので、第三者に対するものではない。<sup>(12)</sup>

なお、第二一条以下は、準拠法に関する総則規定が置かれている。まず、ローマⅣ規則に従い決定される法は、それが構成国の法でない場合であっても適用される(第二一条)。「それを維持することが構成国の公益……を保護するために決定的であると当該国によって見なされるような強行規定」が適用されうる(第二二条)ほか、公序により、ローマⅣ規則により決定される法の適用が拒絶されうる(第三三条)。また、反致の排除(第二四条)や、地域的な法の抵触の解決策(第二五条)について定められている。

### 三 当事者自治に関する議論

協議においては、夫婦財産契約の準拠法を選択する一定の自由を夫婦に与えることを支持する広いコンセンサスが現れたとされている。<sup>(17)</sup> そのための選択肢は、夫婦の現在の状況及び過去の歴史にほとんど関連を有しない法の選択を妨げるため、第一五条において、夫婦又は将来の夫婦の常居所地法又は本国法に明確に制限されており、これらの連結点は、密接な関連を有するものと考えられている。<sup>(18)</sup> 二〇〇八年二月五日に公表されたグリーン・ペーパーの問いに対する返答において、「当事者の意思自治又は『法の宣言』(Question 5)につき、夫婦による準拠法選択については大きな問題はなく、その考えは温かく迎えられたとされる。<sup>(19)</sup> 他方、このような選択が制限されることにも一般的な合意があった。<sup>(20)</sup>

当事者自治の導入に関しては、以下のような意見がみられる。まず、ローマⅣ制規則提案前文(19)は、「夫婦の財産管理を容易にするため、本規則は、財産の性質又は所在にかかわらず、その夫婦財産制に含まれる全ての財産に適用される準拠法につき、彼らが居所又は国籍ゆえに密接な関連を有する法から選択する権限を彼らに与える。……」<sup>(21)</sup>と規定する。また、影響評価(Impact Assessment)においては、「夫婦のために制限的な準拠法選択に関する調和された準則を導入すること」が「いかなる法が適用されるかに対する安定性を増加させる」とされている。<sup>(22)</sup> さらに、欧州経済社会

評議会の意見によると、「欧州経済社会評議会は、夫婦に制限的な準拠法選択を与える準則の導入が、法的安定性を増加させる……ことを望む」ことが表明されている。

また、当事者自治の強化が夫婦の移動の増加を顧慮するものであり、さらに、それが他の領域の連結と合致するため、抵触法の統一が実現されているとの評価があり、当事者自治の制限に関しては、「夫婦の実際の生活状況又はその生活設計とはほとんど関連しない法が選択される」ことの回避によって根拠付けられるとされる<sup>(8)</sup>。

### 第三章 検 討

検討にあたり、まず我が国における夫婦財産制の準拠法の規律方法について確認しておきたい。夫婦財産制の準拠法を定める法の適用に関する通則法（以下、「通則法」という。）第二六条第一項は、婚姻の効力の規定を準用する。それによって、夫婦の同一本国法、夫婦の同一常居所地法、最密接関連地法の段階的連結を原則とする。ここでは、平成元年の法例改正によって変更主義が採用された<sup>(9)</sup>。そして、同条第二項において、当事者自治が認められている。すなわち、夫婦は、夫婦の一方の本国法（第一号）、夫婦の一方の常居所地法（第二号）、不動産に関してはその所在地法を選択することができる。同条には、準拠法選択をなしうる時期、（合意による）準拠法の変更の可否、分割指定の可否などについては定められていない。この点については、平成元年法例改正で不変更主義が変更主義に改められ、準拠法の変更がありうる構造になったことから、準拠法選択をなしうる時期を限定的に考える必要もなく、また、夫婦の合意による準拠法の変更も認められるべきであるとされる<sup>(10)</sup>。また、分割指定についても、当事者自治を認める以上は分割指定も認める方がその本旨に沿い、夫婦の期待に適うものといえる<sup>(11)</sup>とされる。

次に、本稿において取り上げた各立法例及び我が国の通則法につき、準拠法の規律方法の重要な点における相違をまとめ、検討を加えたい。なお、規律方法という側面においては、フランス法は相違が大きすぎるため除外する。

### 一 当事者自治の許容

まず、本稿で取り上げた法は、全て当事者自治を認めている。

ハーグ夫婦財産制条約については、公式報告書において、国内実質法においても国際私法においても金銭的な利益のみが関係する場合には当事者の意思を可能な限り大きな範囲で考慮することが述べられている。また、ローマⅣ規則提案においては、それが夫婦による財産の管理を容易にすることが前文において掲げられている（なお、ローマⅣ規則提案が支持する後述の準拠法の統一性もこれと関係するものであると思われる）。我が国でも、財産関係であることが考慮されており、また、客観的連結による準拠法が明確でないことから、当事者の意思を尊重することとしている。このことは、家族法の領域では、夫婦財産制と相続のみに関連することであり、その他の領域については妥当し得ないと思われる。

また、ハーグ夫婦財産制条約及びドイツ法において、夫婦の生活状況に変更があった場合に、夫婦財産制の準拠法を生活状況に順応させる可能性を夫婦に与えることが根拠の一つとされている。しかしながら、通則法においては変更主義がとられており、「夫婦の生活状況に変更があった場合」には、準拠法も変更されることになる。それゆえ、そのような場合における順応という観点からは、我が国においては当事者自治を基礎付けることはできないと考えられる。むしろ、通則法上の客観的連結で問題となるのは、本国法も常居所地法も同一である夫婦について、常に同一本国法が優先されることである。したがって、ドイツで主張されるように、当事者自治を認めることによって、夫婦の意思に合致

する本国法と常居所地法の間の選択をなしうるとの根拠付けは可能であるように思われる。

さらに、夫婦財産制準拠法を相続準拠法に一致させることよって、夫婦財産制と相続という二つの事項に異なる法を適用することから生じる問題、すなわち、適応問題を回避することができる点とされる。これはハーグ夫婦財産制条約とドイツ法に関して述べられている。適応問題を回避することができるという点は、極めて有用であると思われる。この点は、平成元年年法例改正の際には言及されていない。なお、適応問題は、離婚の際の財産的給付についても現れうる問題である。また、ドイツにおいては、そうすることによって、いずれに法性決定をしても準拠法として指定される外国法は同じであるので、法性決定を回避することができる点とされている。

そのほかには、当事者自治により予見可能性及び法的安定性もたらされるという利点がある。平成元年年法例改正においても、客観的連結による準拠法が明確でないことから、明確性又は固定性を望む当事者の意思を尊重して当事者自治を認めるとされた。これらに加えて、ドイツにおいては、準拠法選択により婚姻締結時の夫婦の常居所を後で確定する苦勞から解放することも考慮されているが、この点は、平成元年年法例改正によって不変更主義から変更主義へと移行した我が国においては妥当しないであろう。

## 二 当事者自治と客観的連結

通則法は、原則を客観的連結、例外を主観的連結とし、ドイツ法も同様であるが、ハーグ夫婦財産制条約、ベルギー法、ローマIV規則提案は、夫婦による準拠法選択を原則とする。また、通則法及びドイツ法は、客観的連結の方法として、婚姻の身分的効力の準拠法に服させるという方法をとるが、ベルギー法は夫婦財産制の客観的連結につき個別の段階的連結を置いている。ハーグ夫婦財産制条約及びローマIV規則提案については、夫婦財産制のみが事項的適用範囲に

含まれるので、それについてのみ独自に段階的連結を定める。ドイツ法が夫婦財産制の準拠法を婚姻の身分的効力の準拠法に従わせるのは、それらの並行を準拠法決定の主義の一つとしてしているからである。通則法もまた、夫婦財産制が、婚姻の効力の一環としてその準拠法と同一の準拠法によるのが適当であるとされたものである。<sup>(16)</sup>ベルギー法、ハーグ夫婦財産制条約及びローマⅣ規則提案によると、夫婦財産制の準拠法と婚姻の身分的効力の準拠法との並行は必ずしも達成されないが、これらが夫婦による準拠法選択を原則としていることから、これらの準拠法が並行すべきであるとは考えていないのではないだろうか。もつとも、夫婦がそのような並行を望むときは、多くの場合、婚姻の身分的効力の準拠法と同じ法を夫婦財産制の準拠法として選択することができ、それによって解決されると思われる。

### 三 量的制限

いずれの法も選択可能な法を制限しているという点で一致している。選択可能な法としては、不動産に関する所在地法を除き、夫婦にとつて密接な関連を有すると評価されるもの、すなわち、本国法及び常居所地法が挙げられている。本国法は、いずれの抵触規則においても夫婦の一方のものでよいとされる。常居所地法については、それが夫婦双方のもの又は夫婦の一方のものであること、また、選択時におけるもの又は婚姻後最初のものであることという条件の組み合わせによって相違がある。このように選択可能な法を夫婦に関連のあるものに限定しながらも、ほとんどの連結点は夫婦の一方のものとされており、ここではそれだけで十分な関連であると考えられている。<sup>(16)</sup>当事者自治が量的制限を課される理由については、密接な関連を有しない法が適用されることを妨げることのほかは明らかでない。また、当事者を選択する法が、なぜ密接な関連を有する法でなければならぬのかについては、説得的な説明がなされていないように思われる。夫婦財産制は、婚姻の効力ではあるが、夫婦間の財産の処遇を決定するものであり、当事者自治を認める

根拠としても財産関係であることが強調されており、そのような観点からすると、量的制限を課すことには疑問が残る。むしろそのように考える場合には、問題となるのは対外的効力であり、準拠法の選択に対する第三者の保護が保障されるのであれば、夫婦間の財産関係につき全て合意に委ねてもよいものと思われる。我が国の平成元年法例改正に際しては、準拠法選択に量的制限を設けることについては、夫婦財産制が通常の財産関係とは異なり、夫婦共同体の関連が強いことが理由とされており、<sup>(87)</sup> 家族法の領域であることが根底にはあるものと思われるが、夫婦財産制の規律につきそれがどれほどの影響を有しうるのかはなお明らかでない。

#### 四 所在地法の選択

不動産に関する所在地法の選択については、通則法、ハーグ夫婦財産制条約及びドイツ法が認める一方で、ベルギー法及びローマⅣ規則提案は認めない。それとともにローマⅣ規則提案は分割指定を全く許さず、ハーグ夫婦財産制条約及びドイツ法も、不動産に関して例外的に認めるのみで、原則として夫婦財産制の準拠法の統一性を支持する（なお、フランス法も同様の立場である）。それに対して、前述のとおり、通則法では分割指定が可能であると解釈されうるし、このような解釈を肯定する見解が多い。ローマⅣ規則においては、分割指定を認めると、夫婦財産制の統一性が崩壊し、夫婦財産制に属する各財産に異なる法が適用されることが問題として挙げられている。しかし、不動産への所在地法の適用を認めないとすると、所在地法との対立を引き起こし、しばしば不動産交通を妨げる結果となる。不動産に関しては、所在地法によることを考え方が一般的であり、夫婦財産制の準拠法決定にも影響を与えていると考えられるが、このことは不動産に特有のことであり、他の家族法の領域ではほとんど関係し得ないものと思われる。

## 五 フランスの特異性

前述のように、本稿で取り上げたフランス法以外の法は、量的制限の課された当事者自治を採用しているが、その根底には、夫婦財産制が家族法の領域に含まれるということがあると考えられる。それに対して、フランスでは意思主義が根付いており、当初は夫婦財産契約が契約であるとして当事者自治が妥当するとされ、それが法定財産制にも拡大された。ここでは選択可能な法は制限されない。このようにフランス法は契約を出発点としており、他の法とは異なっている。そして、このような根拠付けからは、夫婦財産制も含めた国際家族法につき、全体として当事者自治が妥当するとはいえないだろう。フランスにおいてその他の家族法の領域がどのように扱われているかは、今後の研究課題としたい。

## 第四章 おわりに

本稿の目的は、我が国で夫婦財産制の当事者自治について、国際的な統一ないし調和以外によって根拠付けることはできないかを考察し、ひいては、家族法の他の領域における当事者自治の可能性を追求するため、夫婦財産制の当事者自治の根拠を再確認しておくことであった。

第二章においては、ハーグ夫婦財産制条約、ドイツ法、ベルギー法、フランス法、ローマⅣ規則提案を取り上げ、それぞれが夫婦財産制につき準拠法選択を認める根拠を探った。これらの抵触規則には少しずつ差異があるが、それは、それぞれが異なる主義を採用しているからである。第三章においては、その差異をもとに四つの項目に分けて検討を行った。第一の点として、本稿で取り上げた抵触規則はいずれも当事者自治を許容しているが、その根拠は共通する部分

もあれば、異なっている部分もある。第二の点として、当事者自治と客観的連結のいずれを原則とするかにも差異があり、客観的連結について、婚姻の身分的効力と並行させるか、独自の抵触規則を設けているかも異なる。第三の点として、いずれの法も当事者自治を量的に制限しているが、その内容はやや異なっている。第四の点として、所在地法の選択を認めるものと認めないものがあり、これは準拠法の統一性に関わる問題である。

その中では、準拠法選択によって適応問題を回避しようという点が注意を引くものと思われる。実質法上、離婚の際に、夫婦の一方から他方に対して財産的給付がなされることとが少なくなく、このような財産的給付は、夫婦財産制の清算的側面を含むにせよ、離婚後扶養の側面を含むにせよ、国際私法上は同一準拠法に服させるのが妥当であるとされ、離婚準拠法に服するとされる<sup>(9)</sup>。そうすると、夫婦財産の帰属及び構成は夫婦財産制の準拠法に、離婚後扶養は扶養義務の準拠法に、離婚の際の財産的給付は離婚の準拠法によることとなり、これらの準拠法の間で不整合な場面が生じうる<sup>(10)</sup>のであり、その際は適応問題の処理が必要となる。相続の場合にも、生存配偶者を相続人の一人とする法制が広く採用されており、同様の問題が生じうる<sup>(11)</sup>。この解決策として、当事者自治によることは、極めて有用であると思われる。その場合には、夫婦財産制の準拠法として、離婚又は相続の準拠法である外国法を選択することになる。しかしながら、離婚や相続は一時的な処理であるのに対して、夫婦財産制は、夫婦が共同生活する中で常に存在する問題であり、夫婦にとつては、自身の夫婦財産制にとつて最も適当な準拠法を選択することを望むと考えられる。このような場合には、むしろ離婚や相続の準拠法を夫婦財産制の準拠法に引き付けることも考えられる。実際には「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月二〇日の理事会規則」第五条が、相続については、「相続事件における裁判管轄、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・理事会規則」第二条並びに「一九八九年八月一日の死因相続の準拠法

に関する「ハーグ条約」第五条及び第六条が当事者による準拠法選択を認めている。この点についても、今後研究を続けたいと考える。

また、本稿では不十分な言及にとどまったが、ハーグ夫婦財産制条約以前のフランス法は、夫婦財産制における当事者自治について、契約から出発している点で、本稿で取り上げたその他の法とは異なっていた。フランス法における家族法の他の領域との関係は、今後の研究課題としたい。

- (1) 澤木敬郎＝南敏文編『新しい国際私法』（日本加除出版、一九九〇年）一一頁〔澤木敬郎〕。
- (2) 南敏文『改正法例の解説』（法曹会、一九九二年）七四～七五頁。
- (3) 南・前掲注（2）、七一頁。
- (4) 櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第二巻』（有斐閣、二〇一二年）四二頁〔青木清〕。
- (5) 第一四回国会法務委員会第三号（平成元年六月一六日）谷川和穂発言、第一四回国会法務委員会第五号（平成元年六月二〇日）谷川和穂発言。
- (6) 第一四回国会法務委員会第五号（平成元年六月二〇日）藤井正雄発言。
- (7) 櫻田＝道垣内編・前掲注（4）三六頁〔青木〕。
- (8) *Peter Menkowski*, *Internationales Eherecht* (2011) [J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Art 13-17b EGBGB; Anhang zu Art 13 EGBGB], Art. 15 EGBGB, Rn. 92.
- (9) Alfred E. von Overbeck, «Rapport de la Commission spéciales, Actes et documents de la treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, t. II, Régimes matrimoniaux (1978)», p. 140, para. 9.
- (10) von Overbeck, *supra* note 9, p. 140, para. 10.
- (11) von Overbeck, *supra* note 9, p. 140, para. 10.
- (12) von Overbeck, *supra* note 9, p. 140, para. 10.
- (13) von Overbeck, *supra* note 9, p. 140, para. 11.

- (14) von Overbeck, *supra* note 9, pp. 140-141, para. 11.
- (15) von Overbeck, *supra* note 9, p. 141, para. 12.
- (16) von Overbeck, *supra* note 9, p. 141, para. 12.
- (17) von Overbeck, *supra* note 9, p. 141, para. 12.
- (18) Alfred E. von Overbeck, «Rapport explicatif», *Actes et documents de la treizième session de la Haute de droit international privé*, t. II, Régimes matrimoniaux (1978), p. 330, para. 6.
- (19) von Overbeck, *supra* note 18, p. 330, para. 7.
- (20) von Overbeck, *supra* note 18, p. 330, para. 7.
- (21) von Overbeck, *supra* note 18, p. 330, para. 7.
- (22) von Overbeck, *supra* note 18, p. 330, para. 8.
- (23) von Overbeck, *supra* note 18, p. 330, para. 8.
- (24) Günther Belzke, Die 13. Haager Konferenz und der Abkommensentwurf zum ehelichen Güterrecht, *Rabbesz* 41 (1977), S. 464.
- (25) Belzke, a.a.O. (Fn. 24), S. 464.
- (26) Belzke, a.a.O. (Fn. 24), S. 463.
- (27) von Overbeck, *supra* note 18, p. 360, para. 135.
- (28) von Overbeck, *supra* note 18, p. 361, para. 139.
- (29) von Overbeck, *supra* note 18, p. 367, para. 172.
- (30) von Overbeck, *supra* note 18, p. 368, para. 176.
- (31) von Overbeck, *supra* note 18, p. 371, para. 187.
- (32) von Overbeck, *supra* note 18, p. 335, para. 32.
- (33) von Overbeck, *supra* note 18, p. 335, para. 32.
- (34) von Overbeck, *supra* note 18, p. 335, para. 32.
- (35) von Overbeck, *supra* note 9, p. 142, para. 20; von Overbeck, *supra* note 18, p. 335, para. 32.

- (36) von Overbeck, *supra* note 9, p. 142, para. 20; von Overbeck, *supra* note 18, p. 335, para. 32.
- (37) von Overbeck, *supra* note 9, p. 142, para. 20; von Overbeck, *supra* note 18, p. 335, para. 32; *Beitzke*, a.a.O. (Fn. 24), S.461.
- (38) von Overbeck, *supra* note 18, pp. 335-336, para. 33.
- (39) von Overbeck, *supra* note 18, p. 336, para. 34.
- (40) von Overbeck, *supra* note 9, p. 142, para. 20; von Overbeck, *supra* note 18, p. 335, para. 33.
- (41) von Overbeck, *supra* note 18, p. 336, para. 34.
- (42) von Overbeck, *supra* note 9, p. 142, para. 19.
- (43) von Overbeck, *supra* note 18, p. 361, para. 140.
- (44) von Overbeck, *supra* note 18, p. 358, para. 128.
- (45) von Overbeck, *supra* note 18, p. 359, para. 131.
- (46) von Overbeck, *supra* note 18, p. 359, para. 133.
- (47) von Overbeck, *supra* note 18, pp. 359-360, para. 133.
- (48) von Overbeck, *supra* note 18, p. 360, para. 133.
- (49) *Jan Kropholler*, Der Einfluss der Haager Übereinkommen auf die deutsche IPR-Kodifikation, *Radblesz* 57 (1993), S. 217.
- (50) von Overbeck, *supra* note 18, p. 335, para. 31.
- (51) *Mankowski*, a.a.O. (Fn. 8), Art 15 EGBGB, Rn. 96.
- (52) *Mankowski*, a.a.O. (Fn. 8), Art 15 EGBGB, Rn. 2.
- (53) *Mankowski*, a.a.O. (Fn. 8), Art 15 EGBGB, Rn. 1.
- (54) *Mankowski*, a.a.O. (Fn. 8), Art 15 EGBGB, Rn. 1.
- (55) *von Hoffmann-Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (2007), § 8, Rn. 34.
- (56) *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 355.
- (57) *Kropholler*, a.a.O. (Fn. 56), S. 356.
- (58) *Kropholler*, a.a.O. (Fn. 56), S. 355.

(65) *Kropholler*, aa.O. (Fn. 56), S. 355.

(66) *Mankowski*, aa.O. (Fn. 8), Art 15 EGBGB, Rn. 115.

(67) *Mankowski*, aa.O. (Fn. 8), Art 15 EGBGB, Rn. 116; Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks 10/5632, S. 45.

(68) *Mankowski*, aa.O. (Fn. 8), Art 15 EGBGB, Rn. 92.

(69) BVerfG, 22.02.1983, BVerfGE 63, 181.

(74) *Wolfgang Lauterbach* [Hrsg.], *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts* (1962), *Ehewirkungen* § A (S. 2).

[Ehewirkungen § A]

婚姻の効力に関しては、次の各号に掲げる法が順に適用される。

1. 夫婦双方が属する国の法
2. 夫婦双方が婚姻中最後に属していた国の法（ただし、夫婦の一方がなおその国に属している場合に限る）
3. 夫婦双方がその常居所を有する国の法
4. 夫婦双方が婚姻中最後にその常居所を有していた国の法（ただし、夫婦の一方がなおその国に居住している場合に限る）
5. 夫婦双方が居住する国の法
6. 夫婦双方が婚姻中最後に居住していた国の法

(95) *Günther Betzke* [Hrsg.], *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts* (1981), *Ehewirkungen* §§ A & C (S. 5f.).

[Ehewirkungen § A]

婚姻の効力に関しては、次の各号に掲げる法が順に適用される。

1. 夫婦双方が属する国の法
2. 夫婦双方が婚姻中最後に属していた国の法（ただし、夫婦の一方がなおその国に属している場合に限る）
3. 夫婦双方がその常居所を有する国の法
4. 夫婦双方が婚姻中最後にその常居所を有していた国の法（ただし、夫婦の一方がなおその国に居住している場合に限る）

夫婦財産制法における当事者自治の根拠に関する一考察

同志社法学 六七卷三号 一〇一（一一七九）

5. 夫婦が最も密接な関連を有する国の法

[Ehewirkungen § B]

(1) 夫婦は、婚姻締結前又は婚姻締結後に、財産法上の関係に関して以下の法の一つが適用されることを合意することができる。

1. 夫婦の一方が準拠法選択の時点で属する国の法

2. 夫婦の一方が準拠法選択の時点で常居する国の法

(2) 夫婦は、その各不動産をその所在地法に服させることもできる。

[Ehewirkungen § C]

婚姻の効力に関してドイツ法が基準となる場合、夫婦財産制が合意されていたときは、これに関して従前の法が引き続き基準となる。

(96) *Gunther Kühne*, IPR-Gesetz-Entwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (1980), § 15 Abs 1

HS 2 IPR-G-E (S. 6f.).

[§ 15 IPR-G-E]

(1) 婚姻の財産的効力に関しては、夫婦によって選択された法が適用される。そのような選択がない場合、婚姻の開始の際にその身分的効力の

基準となる法が適用される。

(2) 夫婦は、その婚姻の財産法上の効力の準拠法として、以下の法を選択することができる。

1. 夫婦の一方が属する国の法又は

2. 夫婦の一方が常居する国の法又は

3. 不動産に関してはその都度の所在地法

[§ 14 IPR-G-E]

(1) 婚姻の身分的効力、特に夫婦の姓に関しては、次の各号に掲げる法が順に適用される。

1. 夫婦双方が属する国の法

2. 夫婦双方が婚姻中最後に属していた国の法（ただし、夫婦の一方がなおその国に属している場合に限る）

3. 夫婦双方がその常居所を有する国の法

4. 夫婦双方が婚姻中最後にその常居所を有していた国の法（ただし、夫婦の一方がなおその国に居住している場合に限る）

(67) § 15 Abs 2 IPR-G-E (S. 6f.).

(68) *Mankowski*, aa.O. (Fn. 8), Art 15 EGBGB, Rn. 8.

(69) *Neubaus/Kropholler*, Entwurf eines Gesetzes über Internationales Privat- und Verfahrensrecht (IPR-GESFTZ), *Rabelsz 44* (1980), S. 326 und *Max-Planck-Institut*, *Thesen zur Reform des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, *Rabelsz 44* (1980), S. 344. 以下の提案の翻訳については、桑田三郎・山内惟介編著『ドイツ・オーストリア国際私立法資料』（中央大学出版部 二〇〇〇年）七一頁以下（山内惟介）。（本稿では、他の部分との整合性のため、文言に若干の修正を加えた。）

[Art 14 EGBGB-E] (*Neubaus/Kropholler*, S. 330)

婚姻の身分的効力および財産的効力は、夫婦の共通法又は最後の共通法に服し、補助的に、夫婦が最も密接な関係を共通に有する法に服する。婚姻の効力についていずれか他の法が基準とされる場合において、他の法がその排他的適用を要求していないときは、合意された財産制について従前の法が基準とされる。

夫婦は、婚姻の財産法的効力について、婚姻締結の前又は後に、婚姻契約により、夫婦の一方が常居所又は国籍により結びつけられているいずれか他の法を明示的に選択することができる。土地に関する権利について、夫婦は、その所在地法をも選択することができる。（以下、省略。）

[These 8] (*Max-Planck-Institut*, S. 350)

(2) 夫婦は、婚姻の個々の又は全ての効力を客観的關係が存する各法秩序のもとに置くことができる。相異なる国に所在する財産に関する夫婦財産制の準拠法は国ごとに別々に決定されることがある。（以下、省略）

(70) Art 14 Abs 1 (*Neubaus/Kropholler*, aa.O. (Fn. 69), S. 330) und These 8 Abs 1 (*Max-Planck-Institut*, aa.O. (Fn. 69), S. 350).

(71) Art 14 Abs 3 (*Neubaus/Kropholler*, aa.O. (Fn. 69), S. 330).

(72) These 8 Abs 2 S 1 (*Max-Planck-Institut*, aa.O. (Fn. 69), S. 350).

(73) *Max-Planck-Institut*, aa.O. (Fn. 69), S. 358.

(74) Art 15 RegE, BT-Drucks 10/504, S. 9.

(75) *Max-Planck-Institut*, Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts: Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und Internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983, *Rabelsz 47* (1983), S. 633.

(76) Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks 10/5632, S. 11.

夫婦財産制法における当事者自治の根拠に関する一考察

同志社法学 六七卷三号 一〇三（一一一）

- (17) Kühne, aa.O. (Fn. 66), S. 95.
- (18) Kühne, aa.O. (Fn. 66), S. 94.
- (19) Kühne, aa.O. (Fn. 66), S. 95.
- (20) Kühne, aa.O. (Fn. 66), S. 95.
- (21) Fritz Sturm, Zur Gleichberechtigung in deutschen internationalen Privatrecht, in: Wahl/Serick/Niederländer [Hrsg.], Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung (1967), S. 168ff.
- (22) Alexander Linderitz, Anknüpfung im Parteinteresse, in: Linderitz/Schröder [Hrsg.], Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts: Bewahrung oder Wende?: Festschrift für Gerhard Kegel (1977), S. 51.
- (23) Peter Görgens, Die materielle rechtliche und kollisionsrechtliche Gleichberechtigung der Ehegatten auf dem Gebiet der persönlichen Ehwirkungen und der elterlichen Gewalt (1976), S. 182f.
- (24) Gesetzentwurf der Bundesregierung („RegBegr“), BT-Drucks 10/504, S. 51.
- (25) Kropholler, aa.O. (Fn. 49), S. 216; Mankowski, aa.O. (Fn. 8), Art 15 EGBGB, Rn. 96.
- (26) Kropholler, aa.O. (Fn. 49), S. 217.
- (27) RegBegr BT-Drucks 10/504, S. 58; Kühne, aa.O. (Fn. 66), S. 103.
- (28) Rembert Stüb, Ausländer im Grundbuch und im Registerverfahren, Rpfleger 2003, S. 58.
- (29) Günter Beitzke, in: Beitzke [Hrsg.], aa.O. (Fn. 65), S. 149; Mankowski/Osthaus, Gestaltungsmöglichkeiten durch Rechtswahl beim Erbrecht des überlebenden Ehegatten in internationalen Fällen, DnotZ 1997, S. 11; Kurt Sieber, Internationales Privatrecht (2001), S. 19; ders, Gültterrechts- und Erbstattut im deutsch-schweizerischen Rechtsverkehr - Zur Theorie der rechtsfortbildenden internationalen Koordination con IPR-Systemen -, in: Rolf A. Schütze [Hrsg.], Einheit und Vielfalt des Rechts: Festschrift für Reinhold Geimer, S. 1104f.
- (30) RegBegr BT-Drucks 10/504, S. 58.
- (31) Dieter Henrich, Internationales Scheidungsrecht, 6. Aufl. (1992), S. 87; Kropholler, aa.O. (Fn. 56), S. 355.
- (32) Mankowski, aa.O. (Fn. 8), Art 15 EGBGB, Rn. 131.
- (33) Veit Stoll, Rechtswahl im Namens-, Ehe- und Erbrecht (1991), S. 48.



- (17) Doc Sénat 2-1225/1.
- (18) Doc Sénat 2-1225/1.
- (19) Doc Sénat 2-1225/1.
- (20) Doc Sénat 2-1225/1.
- (21) Doc Sénat 2-1225/1.
- (22) Doc Sénat 2-1225/1.
- (23) *Mankowski, a.a.O.* (Fn. 8), Art 15 EGBGB, Rn. 92; *Henrich, a.a.O.* (Fn. 95), S. 567. ハーグ夫婦財産制条約以前のフランス法における判例及び学説の対立については、丸岡松雄「フランス国際私法における夫婦財産制の準據法決定」法学二〇卷二号(一九五六年)五六頁において詳細に検討されし。<sup>98)</sup>
- (24) Mayer/Heuzé, *Droit international privé* (11<sup>e</sup> édition, 2014), no 812.
- (25) Mayer/Heuzé, *supra* note 124, no 812.
- (26) Mayer, *Droit international privé* (4<sup>e</sup> édition, 1991), no 773.
- (27) Mayer, *supra* note 126, no 770.
- (28) Mayer/Heuzé, *supra* note 124, no 812.
- (29) Mayer/Heuzé, *supra* note 124, no 812.
- (30) Mayer/Heuzé, *supra* note 124, no 812.
- (31) Mayer/Heuzé, *supra* note 124, no 812.
- (32) Mayer/Heuzé, *supra* note 124, no 812.
- (33) Mayer/Heuzé, *supra* note 124, no 812.
- (34) Mayer, *supra* note 126, no 771.
- (35) Mayer, *supra* note 126, no 771.
- (36) Mayer, *supra* note 126, no 771.
- (37) Mayer, *supra* note 126, no 771.

- (138) Mayer, *supra* note 126, no 771.
- (139) Mayer, *supra* note 126, no 771.
- (140) Mayer, *supra* note 126, no 771.
- (141) Mayer, *supra* note 126, no 773.
- (142) Mayer, *supra* note 126, no 773.
- (143) Mayer/Heuzé, *supra* note 124, no 813. 前述のように、ハーグ夫婦財産制条約はこれに対して、「準拠法の指定は、明示のものであるか、又は夫婦財産契約の規定から当然に生じるものとなければならぬ」(第一一条後段)とする。
- (144) Mayer, *supra* note 126, no 773.
- (145) Mayer, *supra* note 126, no 774.
- (146) Mayer, *supra* note 126, no 775.
- (147) Mayer, *supra* note 126, no 775.
- (148) Mayer, *supra* note 126, no 777.
- (149) Mayer, *supra* note 126, no 777.
- (150) Mayer, *supra* note 126, no 777.
- (151) Mayer, *supra* note 126, no 778.
- (152) Mayer/Heuzé, *supra* note 124, no 815.
- (153) Mayer/Heuzé, *supra* note 124, no 815.
- (154) Proposal for a council regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (“Rome IV Proposal”), COM(2011) 126 final, Explanatory Memorandum, 1.1.
- (155) Draft programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters, OJ C 12/1.
- (156) The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union, OJ C 53/1.
- (157) The Stockholm Programme: An open and secure Europe serving and protecting citizens, OJ C 115/1.
- (158) Green Paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual

- recognition, COM (2006) 400 final.
- (156) Summary of Replies to the Green Paper on the Conflict of Laws in Matters concerning on Matrimonial Property Regimes, including the Questions of Jurisdiction and Mutual Recognition (“Summary of Replies”), p. 2.
- (160) Rome IV Proposal, Explanatory Memorandum, 2.
- (161) Rome IV Proposal, Explanatory Memorandum, 2.
- (162) Rome IV Proposal, Explanatory Memorandum, 2.
- (163) EU Citizenship Report 2010: Dismantling the obstacles to EU citizens’ rights, COM (2010) 603 final, 2.1.1.
- (164) COM (2010) 603 final, 2.1.1.
- (165) European Parliament legislative resolution of 10 September 2013 on the proposal for a Council regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (P7\_TA-PROV (2013) 0338).
- (166) 二〇一三年九月一〇日の欧州議会立法決議において、以下のちうに修正された。 (Amendment 60, P7\_TA-PROV (2013) 0338)。
- 第一項 夫婦又は将来の夫婦は、次の各号に掲げる法の一つである場合に限り、その夫婦財産制の準拠法を指定又は変更するに同意するに於て、  
 かつ、  
 (a) 当該合意が締結される時において、夫婦若しくは将来の夫婦又はその一方が常居所を有する国の法又は  
 (b) 当該合意が締結される時において、夫婦又は将来の夫婦の一方が国籍を有する国の法。
- 第二項 夫婦が別段の合意をしない限り、婚姻中になされた夫婦財産制の準拠法の変更は、将来に向かってのみ効力を有するものとする。
- 第三項 夫婦が当該準拠法の変更を週及させることを選択する場合には、その週及効は、これに適用される法に従い締結された以前の取引の有効性又は以前の準拠法から引き出される第三者の権利に影響を及ぼさな。
- (167) 二〇一三年九月一〇日の欧州議会立法決議におおては削除された。 (Amendment 64, P7\_TA-PROV (2013) 0338)。
- (168) *Nina Dehloff*, Gitterrecht in Europa - Perspektiven für eine Angleichung auf kollisions- und materielrechtlicher Ebene, in Kronke/Thorn [Hrsg.], Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann (2011), S. 77.
- (169) *Dehloff*, aa.O. (Fn. 168), S. 78.
- (170) Rome IV Proposal, Explanatory Memorandum, 5.3.

- (171) Rome IV Proposal, Explanatory Memorandum, 5.3.
- (172) Rome IV Proposal, Explanatory Memorandum, 5.3.
- (173) Rome IV Proposal, Explanatory Memorandum, 5.3.
- (174) Recital 19 of Rome IV Proposal.
- (175) Summary of Replies, p. 4.
- (176) Summary of Replies, p. 5.
- (177) Recital 19 of Rome IV Proposal.
- (178) Summary of the Impact Assessment, SEC(2011) 328 final, 4.2.
- (179) Summary of the Impact Assessment, 4.1.1.
- (180) *Dehloff*, a.a.O. (Fn. 168), S. 79.
- (181) *Nina Dehloff*, Denn sie wissen nicht, was sie tun: Patrimonie im Internationalen Familienrecht, in: Witzleb/Elger/Mankowski/Merkel/Rehmen [Hrsg.], Festschrift für Dieter Martiny (2014), S. 47.
- (182) 南・前掲注(2) 七三頁。
- (183) 櫻田⇨道垣内編・前掲注(4) 四一頁〔青木〕。
- (184) 櫻田⇨道垣内編・前掲注(4) 四一～四二頁〔青木〕。同様に分割指定を肯定するものとして、溜池良夫『国際私法講義〔第三版〕』(有斐閣、二〇〇五年) 四五二頁、山田録一『国際私法〔第三版〕』(有斐閣、二〇〇四年) 四三三頁、木棚照一⇨松岡博⇨渡辺惺之『国際私法概論〔第五版〕』(有斐閣、二〇〇七年) 二二一頁、木棚照一⇨松岡博編『基本法コンメンタール国際私法』(日本評論社、一九九四) 九八頁〔佐野寛〕など。
- (185) 南・前掲注(2) 七三頁。
- (186) なお、ハーグ夫婦財産制条約の公式報告書においては、「選択された法の適用の根拠は夫婦の共通の意思にあり、この解決策は、夫婦の一方のみに関連して存在する要素に依拠する客観的連結点に対する異議を回避することができ」(von Overbeck, *supra* note 18, p. 336, para. 34) とされている。ここからは、夫婦の一方にしか関連を有しない連結点はそれ自体では不十分であるが、夫婦の意思が付加されることによって準拠法決定のための連結として正当化されると考えることもできるのではないだろうか。
- (187) 南・前掲注(2) 七二頁。

夫婦財産制法における当事者自治の根拠に関する一考察

夫婦財産制法における当事者自治の根拠に関する一考察

同志社法学 六七卷三号

一一〇（一一八八）

(188) 櫻田嘉章 Ⅱ道垣内正人編『注釈国際私法第一卷』（有斐閣、二〇一一年）三六七頁（竹下啓介）。

(189) 櫻田 Ⅱ道垣内編・前掲注（4）六一頁（青木）。

(190) 櫻田 Ⅱ道垣内編・前掲注（4）六一頁（青木）。

(191) 中西康ほか『リーガルクエスト国際私法』（有斐閣、二〇一四年）三〇四頁。