

Rome III 規則による離婚および法的別居の準拠法

The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under the Rome III Regulation

平成国際大学教授 入稻福 智

はじめに

2013年7月1日、新たにクロアチアが欧州連合（European Union）に加盟した。同国にとってEU加盟とは、膨大な量のヨーロッパ法（EU法の蓄積¹）の受け入れを意味する²。過去60年間³にわたりEU法は、質量共に、ダイナミックに発展してきたが、その重点は公法分野に置かれている⁴。これに対し、私法分野、その中でも「家族法のヨーロッパ化」は、いまだに大きく進展していない⁵。その背景には、一国の伝統・文化や公序良俗を強く反映している家族法は、EU加盟国間ですら大きく異なっており、統一ないし調整は容易ではないことがある。欧州統合過程では、むしろ各国の identities が（従来にも増して）尊重されており⁶、家族法（実体法）を制定する権限は、現在でもEUには与えられていない（後述第1章〔補論〕実体法（家族法）の制定に関するEUの権限参照）。その一方で、EUは人の移動の自由を厚く保障しているため⁷、欧州統合は渉外的法律関係（特に、国際結婚・

-
- 1 EU法の蓄積（*acquis communautaire* [アキ・コミュノテール]）について、筆者のホームページ（<http://eu-info.jp/law/en2-old.html> [2014年1月10日現在]）を参照されたい。なお、膨大化したEU法体系の簡素化が近時の政策課題となっている。See *Binnenmarkt: „REFIT“ – Pläne der Kommission zur Vereinfachung des EU-Rechts*, EuZW 2013.
 - 2 第3国のEU加盟要件はEU条約第49条で定められている。その中に、EU法の蓄積（*acquis communautaire*）は含まれていないが、1993年6月の欧州理事会で採択された「コペンハーゲン基準」で挙げられている。同基準について、筆者のホームページ（<http://eu-info.jp/law/en2-old.html> [2014年1月10日現在]）を参照されたい。See also Werner Meng, in Hans von der Groeben and Jürgen Schwarze eds., *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 6th edition, C. H. Beck 2003, Art. 49 EUV, paras. 79-82; Christoph Ohler, in Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf and Martin Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 51. Ergänzungslieferung, C. H. Beck 2013, Art. 49 EUV, paras. 20, 31, 44 and 58.
 - 3 EUの前身の一つである欧州石炭・鉄鋼共同体は1952年に設立された。
 - 4 この点に関し、筆写のホームページ（<http://eu-info.jp/law/structures.html> [2014年1月10日現在]）を参照されたい。
 - 5 私法分野におけるEU法の発展に関し、Katja Langenbucher ed., *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, Nomos-Verlagsgesellschaft 2005; Sebastian A. E. Martens, *Ein Europa, ein Privatrecht – Die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts*, EuZW 2010, pp. 527-530; Oliver Remien, *Europäisches Privatrecht als Verfassungsfrage*, pp. 699-720 を参照されたい。
 - 6 EU条約第4条第2項参照。この規定において、EUは尊重しなければならないと定められている加盟国の identities の概念やこの規定の適用範囲について、Armin von Bogdandy and Stefan Schill, in Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf and Martin Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 51. Ergänzungslieferung, C. H. Beck 2013, Art. 4 EUV, paras. 10-30 を参照されたい。
 - 7 EU域内市場では、人の他に、商品、サービスおよび資本の移動の自由が保障されてお

離婚⁸⁾の発生と不可分の関係にあり、抵触規定の整備が重要な課題になっているが、EUが権限を得るのは、1999年5月にアムステルダム条約が発効するまで待たなければならなかった⁹⁾。この権限を行使し、EUは、2010年12月、離婚や法的別居に関する抵触法（Rome III 規則¹⁰⁾）を制定した。その最大の特徴は、条件付きながら、準拠法を選択する権利を当事者に与えている点にあるが（第3章 III 参照）、前述した家族法の特殊性に鑑み、特別な立法手続に従い制定された。また、全ての加盟国で施行されているわけではない（第2章参照）。さらに、同性婚の成立（厳密には、その解消）といった政治・政策的に議論のある問題について加盟国の独自性を尊重する一方（第13条、第3章 II. I 参照）、離婚に好意的な政策決定も行っている（第10条、第3章 II. G 参照）。本稿では、このEU独自の抵触法について解説し、重要な論点について検討する。

なお、本稿で取り上げるEU抵触法は、一般に、Rome III 規則と呼ばれており¹¹⁾、本稿でもこの例に倣うものとする。“III”は財産法分野で先行して制定されている2つのEU抵

り、これらをEU法上の4つの基本的自由と呼ぶ。その一つである人の移動の自由は非EU加盟国の国民にも保障されるが、労働者やその家族などを対象にしている。1993年11月に発効したマーストリヒト条約に基づき、働いていない者に対しても移動の自由が保障されるようになったが、これはEU市民の権利（基本権）として、EU加盟国の国民にのみ保障される。この点について筆者のホームページ（<http://eu-info.jp/r/4free.html> [2014年1月10日現在]）を参照されたい。

⁸⁾ EU内では国際結婚と同様に、国際離婚の件数も少なくない。例えば、近年、ドイツでは離婚に関する事例の約15パーセント（約3万件）は涉外事件とされている。See Commission of the European Communities, GREEN PAPER on applicable law and jurisdiction in divorce matters, COM(2005) 82 final, p. 3. See also Bettina Heiderhoff, in Heinz Georg Bamberger and Herbert Roth eds., Beck'scher Online-Kommentar BGB, 28th edition, C. H. Beck 2013, Art. 17 EGBGB, para. 4. それゆえ、抵触法の整備が重視されてきた。なお、婚姻の成立に関する国内抵触法をEUレベルで統一する動きはないが、Rome III 規則は、離婚や法的別居の先決問題としての婚姻成立の準拠法は法廷地の国際私法に従って決定されるとしている（本文第3章 II.D 参照）。

⁹⁾ 拙稿「EU国際私法（成文法）の概要」平成国際大学社会・情報科学研究所編『平成国際大学社会・情報科学研究所論集』第11号（2011年3月）49～82頁（49～50頁および53～54頁）を参照されたい。

なお、1999年6月に下された判決において、ECJ（European Court of Justice）は、国内抵触法はEC条約の適用範囲に含まれないと判断している。Case C-430/97 *Johannsen v Johannsen* [1999] ECR I-3475.

¹⁰⁾ 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 2010 L No. 343, p. 10.

¹¹⁾ 例えば、Urs Peter Gruber, *Scheidung auf Europäisch - die Rom III-Verordnung*, IPRax 2012, pp. 381-393; Tobias Helms, *Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung*, FamRZ 2011, pp. 1765-1671; Heinz-Peter Mansel, Karsten Thorn and Rolf Wagner, *Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses - Flickenteppich des Einheitsrechts*, IPRax 2013, pp. 1-36, 35; Thomas Rauscher, *Anpassung des IPR an die Rom III-VO*, FPR 2013, pp. 257-262 を参照されたい。

触法に次ぐ、第 3 の立法例であることを指しているが¹²、“Rome”とは、EU 抵触規則の前身にあたる加盟国間の抵触法条約が Rome 条約¹³と呼ばれていたことを受けている。つまり、当時、EU には抵触法を制定する権限が与えられていなかったため、加盟国間で条約が制定されたが、後に EU に権限が与えられたことを受け、Rome 条約を廃止し、EU 独自の抵触規則が制定される一方で、法令名には“Rome”が引き継がれた。なお、先に制定された Rome I 規則や Rome II 規則とは異なり、Rome III という呼称が法令名の中でも正式に用いられているわけではないが¹⁴、すでに広く用いられている¹⁵。欧州委員会も 2005 年 3 月に発表したグリーンペーパーの中で Rome III という語を用いており¹⁶、立法作業も Rome III 計画として進められた。

第 1 章 Rome III 規則の目的

EU は域内における人の移動の自由を保障しているが¹⁷、実際に他の加盟国へ移動すると準拠法が変わり、当事者にとって不都合な状況が生じることがある。例えば、スペイン人夫婦はアイルランドに常居所を移し生活していたが、夫婦関係が悪化したため、アイルランドの裁判所に離婚の訴えを提起する場合（国際裁判管轄について、新 Brussels II 規則第 3 条第 1 項第 a 号参照）、準拠法はアイルランド法になる（同国の国際私法によれば、当事者の国籍を問わず、法廷地法が離婚の準拠法になる）。スペイン法に比べ、アイルランド法は離婚の成立要件を厳しく定めているため、離婚が認められなくなるとすれば、当事者の正当な期待（共通本国法に基づく離婚）に反することが起きる¹⁸。

¹² Rome I 規則と Rome II 規則を含めた EU 抵触法について、拙稿・前掲論文（『平成国際大学社会・情報科学研究所論集』第 11 号）49～82 頁を参照されたい。

¹³ Convention on the law applicable to contractual obligations, OJ 1980 L No. 266, p. 1; OJ 1998 C No. 27, p. 34. 同条約について、拙稿・前掲論文（『平成国際大学社会・情報科学研究所論集』第 11 号）50 頁を参照されたい。

¹⁴ Rome III 規則の英文による正式名称については、前掲注 10 を参照されたい。他方、Rome I 規則および Rome II 規則の正式名称は以下の通りである。

- REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)
- 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 (Rome II)

¹⁵ 前掲注 11 内の文献を参照されたい。See also Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 381 note 11.

¹⁶ Commission of the European Communities, *op. cit.*, COM (2005) 82 final, p. 3.

なお、当初、欧州委員会は、Rome III 規則という新しい EU 法を制定するのではなく、すでに施行されていた新 Brussels II 規則の中に抵触規定を盛り込むことを検討していた。

¹⁷ 前掲注 7 を参照されたい。

¹⁸ Commission of the European Communities, GREEN PAPER, *op. cit.*, p. 5. なお、アイルランド法、イタリア法、スロバキア法、スロベニア法やポーランド法は離婚の要

これに対し、移動に伴い準拠法が変更されとすれば生じる問題もある。例えば、長年、ドイツで生活し、ドイツ社会に溶け込んでいるイタリア人夫婦はドイツ法に基づく離婚を希望しているが¹⁹、ドイツの国際私法によれば、本国法であるイタリア法が準拠法になる。同法は離婚の・要件を厳格に定めているため（例えば、夫婦は離婚する前に法的別居をしなければならない）、離婚の成立に関する当事者の期待や予見可能性が損なわれる²⁰。

なお、EU内には中東・アフリカ諸国からの移民も少なくなく（後にEU加盟国の国籍を取得する者もいる）²¹、準拠法の決定・適用に関し、同様の問題が生じている。例えば、イラン人夫婦がドイツに移住した後、ドイツで離婚する場合、ドイツ国際私法によれば、イラン法が準拠法になるが（Rome III 規則施行前のEGBGB 旧第17条第1項参照）、イラン法は離婚に関し女性を不利に扱っているため（talaqによる離婚）、その適用が問題になる²²。また、ドイツに移住したエジプト人夫婦は、エジプト法に従い、私的離婚を行うことを希望しているが、ドイツ法は私的離婚を認めていないため、その成立ないしエジプトにおける私的離婚の効力が争われることがある²³。なお、同様の問題は、例えば、ドイツ人男性がタイに移住し、タイ人女性と結婚したが、後に、タイ法に従い私的離婚をする場合にも生じる²⁴。

このように他の加盟国へ移動すれば不利益を被ったり、自らの権利²⁵行使に支障が生じるとすれば、人の移動の自由の保障は形骸化する（なお、加盟国間で制度が異なっていること自体、自由な移動を妨げる）。これを改善するため、アムステルダム条約によって、EU（当時のEC）には必要な措置を講じる権限が与えられるようになった²⁶。それに基づき、

件を厳しく定めているが、スペイン法は実質的に無条件で離婚を認める。スウェーデン法も離婚にリベラルである。See Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 381.

¹⁹ なお、ドイツに常居所を置くイタリア人夫婦であれ、共通本国法（イタリア法）による離婚を希望する場合も考えられる。本文第3章 III. A. 4 ③ を参照されたい。

²⁰ Commission of the European Communities, GREEN PAPER, *op. cit.*, p. 4.

²¹ Julia Koch, Die Anwendung islamischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts im Internationalen Privatrecht der EU-Mitgliedstaaten, Peter Lang 2012, p. 17.

²² AG Frankfurt, 35 F 4153/87, NJW 1989, p. 1434; OLG Köln, 21 WF 151/95, FamRZ 1996, p. 1147; OLG Hamm, 3 UF 267/12. モロッコ法も同様に女性を不利に扱っており、同法に基づく離婚を認めなかったドイツの裁判例として、OLG Hamm, 2 WF 259/09, BeckRS 2010, 06463. Talaqによる離婚について、本文第3章 II. G を参照されたい。

²³ OLG München, 34 Wx 80/10.

²⁴ BGHZ 82, 34 = NJW 1982, p. 517.

²⁵ ここでは、離婚し、再婚する権利または消極的婚姻の自由が問題になる。この点について、本文第3章 II 参照されたい。

²⁶ この点について、拙稿・前掲論文（『平成国際大学社会・情報科学研究所論集』第11号）49～50頁および53～54頁を参照されたい。

一連の EU 法が制定されているが²⁷、先に発展したのは国内民事手続法の統一である²⁸。詳しくは、EU 市民が自国以外の加盟国（移住先）でも裁判を受けられるようにするため、EU（当時は EC）は、2000 年 11 月に Brussels II 規則²⁹を制定し、離婚等に関する訴えの管轄原因を拡充している³⁰。また、国際裁判管轄や外国判決の承認にかかる国内法を統一し

²⁷ Matthias Rossi, in Christian Calliess and Matthias Ruffert eds., EUV/AEUV, 4th edition, C. H. Beck 2011, Art. 81 AEUV, para. 12; Peter Winkler v. Mohrenfels, in Franz Jürgen Säcker and Roland Rixecker eds., Münchener Kommentar zum BGB, vol. 10, 5th edition, C. H. Beck 2010, Art. 17 EGBGB, para. 2. See also Rolf Wagner, Die Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts zehn Jahre nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags, NJW 2009, pp. 1911-1916; Rolf Wagner, Die Rechtsinstrumente der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen – Eine Bestandsaufnahme, NJW 2013, pp. 3128-3132.

²⁸ なお、EU は域内市場に関する権限に基づき、かねてより多くの措置を発しているが、ここでは、アムステルダム条約に基づき与えられた権限（「自由、安全および正義の空間」の政策分野における権限）を行使して発動された措置を指す。それ以前より与えられている権限（私法分野における権限）との関係について、Burkhard Hess, in Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf and Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 51. Ergänzungslieferung, C. H. Beck 2013, Art. 81 AEUV, para. 8-13 を参照されたい。

²⁹ 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 2000 L No. 160, pp. 19-36. なお、この規則は、以下に示すように、2003 年 11 月、また、マルタの EU 加盟に伴い 2004 年 12 月に改正されているが、離婚にかかる規定は改められていない。

- 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 2003 L No. 338, pp. 1-29.

- Council Regulation (EC) No 2116/2004 of 2 December 2004 amending Regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, as regards treaties with the Holy See, OJ 2004 L No. 367, pp. 1-2.

この EU 理事会規則は、一般に、Brussels II 規則（改正後は新 Brussels II 規則ないし Brussels IIa 規則）と呼ばれるているが、その内容について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/r/brussels2.html> [2014 年 1 月 10 日現在]) を参照されたい。See also Christian Kohler, Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union: Die Verordnung „Brüssel II“, NJW 2001, pp. 10-15.

なお、この規則はデンマークでは適用されない（本文第 2 章 III 参照）。

³⁰ 例えば、ドイツ法は、離婚する夫婦が共に外国人であるときは、両者の常居所がドイツにある場合にのみ、同国の国際裁判管轄を認めるが（FamFG 第 98 条第 1 項第 2 号）、Brussels II 規則第 2 条（新 Brussels II 規則では第 3 条）第 1 項第 a 号は、そのような場合の他に、例えば、①両当事者の最後の常居所地国や（ただし、当事者の一方が引き続き常居所を置く場合に限り）、②一方の当事者の常居所地国にも管轄権を与えている。

なお、Brussels II 規則は当事者の本国の管轄権を制限している。つまり、同規則第

ている³¹。

これに対し、抵触法の整備はなかなか進展せず、加盟国間で大きく異なったままであった³²。そのため、他の EU 加盟国に移住し、そこで提訴することによって離婚の準拠法が変わるとすれば、準拠法の決定や紛争解決に関する当事者の予見可能性や法的安定性が害されるといった問題が指摘された³³。また、紛争の長期化を招くおそれがあるだけでなく、

2 条（新規則第 3 条）は、主として、当事者の常居所地国の国際裁判管轄を認め、本国の管轄権は、両当事者の本国が同じ場合に限定している（第 1 項第 b 号）。この点において、同規則は国内法上の管轄権を制限する効果を持つ。例えば、ドイツ法は、当事者の一方がドイツ人であるか、婚姻時にドイツ人であったときは、同国の国際裁判管轄を認めるが（FamFG 第 98 条第 1 項）、Brussels II 規則が優先して適用されるため（EU の機能に関する条約第 288 条第 2 項）、この国際裁判管轄は生じない。この点について、BGH, Urteil vom 20. 2. 2013, XII ZR 8/11, NJW-RR 2013, p. 641, paras. 13-18. また、批判として、Winkler v. Mohrenfels, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 293. なお、新 Brussels II 規則第 3 条～第 5 条より加盟国の国際裁判管轄が生じないとき、各国は、自国の法に従い、自らの管轄権の有無について検討しなければならない（同規則第 7 条）。同規則からは生じないが、ドイツ法に従い、ドイツの裁判所が国際裁判管轄を持つケース（例えば、米国に常居所を置くドイツ人とフランス人の夫婦の離婚の訴え）について、Kohler, op. cit., NJW 2001, p. 10, note 14.

³¹ Brussels II 規則によって加盟国法が統一される前は、例えば、ある夫婦は、同一内容の離婚の訴えを、各国法に従い、各国で提起することができた。例えば、A 国の裁判所によって離婚請求が退けられたとすれば、B 国の裁判所に提訴することができた。

³² 例えば、オランダ、スペイン、ドイツ（EGBGB 第 17 条第 1 項前段〔なお、この規定は離婚は婚姻の効力の準拠法によると定め、婚姻の効力の準拠法を当事者は選択しうるため、離婚の準拠法も選択しうることになるが、選択しうるのは婚姻の効力の準拠法であり、それと離婚の準拠法を分離して選択することは認められない〕）、ベルギーといった一部の加盟国は当事者による準拠法の選択を認めていたが、大半の加盟国は認めていなかった。また、連結政策に大きな違いがあった。詳しくは、多くの加盟国は両当事者の共通の国籍を第 1 の連結点としていたが、常居所地や法廷地を連結点にする加盟国もあった。法廷地を連結点にする加盟国として（つまり、涉外離婚であれ、内国法を準拠法とする国として）、アイルランド、イギリス、オランダ、スウェーデン、デンマーク、フィンランドが挙げられる。See Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 381, note 3 and 4.

なお、加盟国の実体法は国際私法よりも異なっていた。詳しくは、（ほぼ）無条件に離婚を認める加盟国も存在する一方で（フィンランド、スウェーデンおよびスペイン）、非常に厳格な要件を設けている加盟国もある（アイルランド、イタリア、スロバキア、ポーランド）。See Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 381, note 5 and 6. なお、Rome III 規則制定時、マルタ法は離婚を認めていなかったが、2011 年 7 月の法改正により、現在は、認めている（マルタ民法第 66B 条参照）。

³³ 一国の法の内容は変わらないとしても、涉外事件を規律する準拠法が容易に、または頻繁に変更されるとすれば、法的安定性が保たれないことになる。EU の立法手続にお

人の自由な移動を妨げかねない³⁴。なお、前述したように、EU が民事手続法を制定したことにより、離婚の訴えは本国以外の加盟国でも提起することが可能になったが（つまり、Brussels II 規則はフォーラム・ショッピングを容易にした³⁵）、当事者の一方が自らに有利に準拠法が指定される国を探し出して提訴し、相手方当事者に不利益を与えることも望ましくない³⁶。このような事態に対処するために Rome III 規則は制定され、離婚や法的別居に関する国内抵触法を統一している³⁷。それと同時に、同規則は当事者による準拠法の選択を（条件付きで）認め、準拠法が柔軟かつ安定的に決定されるようにしている³⁸。

〔補論〕 実体法（家族法）の制定に関する EU の権限

前述した通り、国内抵触法の統一は人の移動の自由を実効的に保障するために必要になる。また、EU 法は本国以外の加盟国における提訴を可能にしているため（これも人の移動の自由を実効的に保障するためである）、フォーラム・ショッピングを抑制するために抵触法の統一が重要になるが、離婚や法的別居に関する実体法を統一すれば、目的はよりよく達成される。しかし、EU にこの権限は与えられていない。つまり、EU の機能に関する条約第 81 条は、手続法や抵触法の制定・整備に関する権限を EU に与えているが、実体法については権限を与えていない³⁹。

なお、第 81 条第 3 項に基づき、EU には（渉外的⁴⁰）家族法を制定する権限が与えられ

いては、この意味において、法的安定性 (legal certainty/Rechtssicherheit) という概念が用いられており、また、それを高めることが Rome III 規則の目的とされている（例えば、同規則前文第 29 立法理由参照）。この点について、Commission of the European Communities, 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. 3 を参照されたい。

³⁴ Commission of the European Communities, op. cit., COM(2005) 82 final, pp. 4-5.

³⁵ 実際のケースとして、Case C-168/08 Hadadi v Mesko [2009] ECR I-6871, para. 57. なお、ここでいうフォーラム・ショッピングは違法ではなく、Brussels II 規則に基づき行われるものであり、ECJ (European Court of Justice) もそれを批判しているわけではない。

³⁶ Rome III 規則前文は、この点について指摘しているが、自らに有利な抵触法を持つ地の裁判所に提訴するといった forum shopping は当事者の一方によるとは限らない。つまり、EU 加盟国は私的離婚を認めていないため、当事者間に争いはない場合でも、離婚の成立には裁判所の関与が必要になるが、両当事者が双方に有利に準拠法が決定される加盟国の裁判所に離婚を申し立てるケースも考えられる。

³⁷ Rome III 規則前文第 9 および第 29 立法理由参照。

³⁸ Rome III 規則前文第 15 立法理由参照。

³⁹ Rossi, op. cit., Art. 81 AEUV, para. 15. ECJ (European Court of Justice) の狭い解釈について Remien, EuR 2005, op. cit., p. 706.

⁴⁰ ヨーロッパ統合を目的として設けられた EU の性質上 (EU 条約前文参照)、純粋な国内事件ないし案件に関し、EU は権限を持たない。See Hess, op. cit., Art. 81 AEUV, paras. 26-30.

ていると考えることもできようが、この規定は前項と切り離して解釈してはならない。つまり、(渉外的) 家族法に関する措置とは、第 2 項が定める案件に関わるもの、具体的には、民事手続法および抵触法でなければならない⁴¹。第 3 項が (渉外的) 家族法ではなく、家事手続法と定めていれば、上述したような誤った解釈を犯すこともないため、家事手続法と定められるべきであったとする趣旨の学説もあるが⁴²、手続法に限定されるわけではない。つまり、抵触法も含まれる (第 2 項第 c 号参照)。

第 2 章 Rome III 規則の制定、EU 法としての性質および施行

I. 立法過程

前章で説明した目的を達成するため、EU は、アムステルダム条約 (1999 年 5 月発効) によって与えられた権限を行使して独自の抵触規定を設け、加盟国法の統一を図ることになった。

EU の立法手続において、法案を提出する権限は欧州委員会にのみ与えられているが、まず、1998 年 12 月の加盟国首脳会議 (欧州理事会) では、アムステルダム条約の発効をにらみ、離婚に関する EU 抵触法整備に関する検討が⁴³、また、2004 年 11 月の同会議では、グリーンペーパーの作成が欧州委員会に対して要請された⁴⁴。これを受け、委員会は 2005 年 3 月にグリーンペーパー⁴⁵を、また、2006 年 7 月に法案 (第 1 次案) ⁴⁶を提出している。同案は、当事者に準拠法の選択を認める点で (または選択しうる法に関し) 従来の国内法と異なっており、斬新であった。なお、国内抵触法を統一するため、新たに EU 法を制定するのではなく、新 Brussels II 規則 (離婚等に関する訴えの裁判管轄や外国判決の承認に関する EU 法) の中に抵触規定を挿入すべきとされた⁴⁷。

立法権者は EU 理事会であるが⁴⁸、同機関は全加盟国⁴⁹の閣僚級の代表で構成される (EU

⁴¹ 第 2 項が定める案件について Hess, *op. cit.*, Art. 81 AEUV, paras. 37-54.

⁴² Rossi, *op. cit.*, para. 34.

⁴³ 1998 年 12 月の EU 加盟国首脳会議 (欧州理事会) では「ウィーン行動計画」(Vienna Action Plan) が採択され、アムステルダム条約の発効に合わせ、抵触法を整備することが政策課題の一つとして挙げられている。See OJ 1999 C No. 19, p. 1.

⁴⁴ 詳しくは、2004 年 11 月の EU 加盟国首脳会議 (欧州理事会) では「ハーグ・プログラム」が採択され、EU 抵触法 (離婚) に関するグリーンペーパーの作成が欧州委員会に対して要請されている。

⁴⁵ Commission of the European Communities, *op. cit.*, COM(2005) 82 final.

⁴⁶ Commission of the European Communities, *op. cit.*, COM(2006) 399 final. この法案 (新 Brussels II 規則改正案) について、Christian Kohler, *Einheitliche Kollisionsnormen für Ehesachen in der Europäischen Union: Vorschläge und Vorbehalte*, FPR 2008, pp. 193-196, 194.

⁴⁷ その他の改正事項 (新 Brussels II 規則第 3 条や第 7 条の改正) について、Commission of the European Communities, *op. cit.*, COM(2006) 399 final pp. 8-11 を参照されたい。

⁴⁸ 欧州議会にも立法権限が与えられており、通常、EU 理事会は同議会と共同で EU 法を制定するが (EU の機能に関する条約第 251 条参照)、家族法の分野では、理事会が唯

条約第 16 条第 2 項参照)。懸案の抵触規定を設けるには、その全会一致の議決を必要とするが⁵⁰、かねてより加盟国の立場は大きく異なっており（注 30 および 32 参照）、歩み寄りは見られなかった。特に、離婚にリベラルな法制度を持つスウェーデンは、従来通り、法廷地法が準拠法になるべきであるとし、当事者による準拠法の選択に強く反発した⁵¹。同様に、家族法の分野では外国法の適用を認めない加盟国があり（例えば、イギリスやアイルランド）、近い将来における抵触法の統一は不可能と解された。そのため、理事会は、2008 年 6 月、全ての加盟国の支持の下、抵触規定を設けることを断念し、一部の加盟国間でのみ立法作業を進めることを決定した⁵²。詳細には、当時の EU 加盟 27 ヶ国中、15 ヶ国⁵³（その内、ギリシャは後に脱退している）で「緊密な政策協力」（Enhanced Cooperation）を立ち上げ⁵⁴、抵触規定の導入を目指すことを決めた⁵⁵。

一の立法者である。また、通常、理事会は多数決で議決をとるが、家族法の制定に関しては、全会一致による。これは、家族法は加盟国の伝統や文化に密接に関連しているため、加盟国政府の代表で構成される理事会を立法者とし（すなわち、EU 市民によって議員が直接、選出される欧州議会の関与を排除する）、かつ、多数決で法律が制定されるのを阻止するためである。See Rossi, *op. cit.*, para. 35。また、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/r/council.html> [2014 年 1 月 10 日現在]) を参照されたい。

⁴⁹ なお、デンマークは参加していない。また、イギリスとアイルランドも参加しなかった。この点について、拙稿・前掲論文（『平成国際大学社会・情報科学研究所論集』第 11 号）56～57 頁および 62～63 頁を参照されたい。

⁵⁰ EU の機能に関する条約第 81 条第 3 項第 2 文参照。なお、全加盟国の賛成を必要とするか、または、多数決でよいかは制定される EU 法によって異なっているが、詳細は、EU 基本条約で定められている。この点について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/r/council.html> [2014 年 1 月 10 日現在]) を参照されたい。

⁵¹ 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, pp. 1673-1681, 1678; Christian Kohler, *op. cit.*, FPR 2008, p. 195; Winkler v. Mohrenfels, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 6.

⁵² See Fact Sheet of the Council, 2008 (http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/jha/101000.pdf [2014 年 1 月 10 日現在]) .

⁵³ 50 音順に、イタリア、オーストリア、ギリシャ、スペイン、スロベニア、ドイツ、ハンガリー、フランス、ブルガリア、ベルギー、ポルトガル、マルタ、ラトビア、ルクセンブルク、ルーマニアの 15 ヶ国である。

なお、「緊密な政策協力」を開始するには、少なくとも 9 ヶ国の参加を必要とする (EU 条約第 20 条第 2 項後段)。

⁵⁴ 通常、EU 理事会には全ての加盟国の閣僚級の代表が参加し、政策決定を行うが、加盟国数の大幅増 (2004 年 5 月の EU 東方拡大) によって、それが困難になることが想定された。そのため、1997 年 10 月に制定されたアムステルダム条約 (発効は 1999 年 5 月) は、一部の加盟国間でのみ、EU 統合をさらに推し進めることを認める「緊密な政策協力」(Enhanced Cooperation) 制度を導入した。条約改正の度に、同制度は改正されているが、現在は、EU 条約第 20 条および EU の機能に関する条約第 326 条以下

これを受け、欧州委員会は、2010年3月、新 Brussels II 規則に抵触規定を挿入するのではなく、独立した別個の法、つまり、Rome III 規則を制定する法案⁵⁶を EU 理事会に提出し、それに概ね沿った形で⁵⁷、同年12月、Rome III 規則は制定された⁵⁸。

II. EU 法としての特殊性

Rome III 規則は EU 理事会によって制定された EU 法（第2次法⁵⁹）である。ただし、理事会は、全ての加盟国ではなく、Rome III 規則の制定に賛同する約半数の加盟国のみで構成され、これらの国でしか適用されない（後述本章 III 参照）。その点で同規則は通常の EU 法とは異なるが、EU の主たる立法機関である理事会が制定した EU 法であることに変わりはない⁶⁰。ただし、Rome III 規則のように、「緊密な政府間協力」の枠内で制定された第2次法は、いわゆる「EU 法の蓄積」（アキ・コミュニテール）に含まれないため、新規加盟国はその受け入れを義務付けられない（EU 条約第20条第4項後段）⁶¹。

なお、Rome III 規則より先に制定された Rome I 規則や Rome II 規則も全ての加盟国で施行されているわけではない（デンマークでは適用されない⁶²）。また、Brussels II 規則を含む EU 民事手続法も全ての加盟国で施行されているわけではないが（デンマークでは適

で定められている。

なお、Rome III 規則の制定は「緊密な政策協力」が行われた最初のケースである。その開始を申請した加盟国とその時期について、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 2010 L No. 189, p. 12, Preamble (5) を参照されたい。

⁵⁵ COUNCIL DECISION of 12 July 2010, op. cit., Article 1.

⁵⁶ European Commission, 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.

⁵⁷ 欧州委員会の規則案と異なる点として、特別な公序規定が立法手続上で提案され、Rome III 規則第10条が設けられたことが挙げられる。同規定について、本文後述第2章 II.G を参照されたい。

⁵⁸ Rome III 規則の立法過程について Hess, op. cit., Art. 81 AEUV, paras. 62-64 を参照されたい。

⁵⁹ 加盟国によって制定される EU 基本条約を第1次法、また、それに従い、EU の機関によって制定される法を第2次法と呼ぶ。詳細は筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/r/5-1.html> [2014年1月10日現在]) を参照されたい。

⁶⁰ 「緊密な政策協力」の一環として（EU の機能に関する条約第330条参照）、EU 理事会によって制定された法令も EU 第2次法である。Rudolf Geiger, in Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan and Markus Kotzur, EUV/AEUV, C. H. Beck 2010, 5th edition, Art. 327 AEUV.

⁶¹ その他の問題点について、Andreas Haratsch, Christian Koenig and Matthias Pechstein, Europarecht, 8th edition, Mohr Siebeck 2012, para. 83 を参照されたい。

⁶² この点について、拙稿・前掲論文（『平成国際大学社会・情報科学研究所論集』第11号）56～61頁を参照されたい。

用されない⁶³）、これらは「緊密な政府間協力」として制定された第2次法ではない。つまり、特定の加盟国の不参加（いわゆる **opting out**）は、すでにアムステルダム条約において認められている。この特則は **Rome III** 規則にも適用されたが、同協力制度の下で制定された **Rome III** 規則の参加国はさらに限定されている。

III. 施行

Rome III 規則は2012年6月21日より（第21条）、以下の14のEU加盟国で施行されている⁶⁴。つまり、全体の半数の加盟国でしか適用されていないが⁶⁵、2014年5月22日、リトアニアが加わることが決まっている⁶⁶。なお、2013年7月1日、新たにクロアチアがEUに加盟したが、同国は **Rome III** 規則に参加していない（他方、民事手続法分野では参加している）⁶⁷。参加国が限定されていることは、フォーラム・ショッピングの抑制という同規則の目的を実現するどころか、かえってそれを助長する危険性を孕んでいる。つまり、**Rome III** 規則は、国内抵触法とは異なり、準拠法の選択を（より広く）認めているため、同規則参加国で提訴する者も出てくると解される。

• **Rome III** 規則の参加国

イタリア、オーストリア、スペイン、スロベニア、ドイツ、ハンガリー、フランス、ブルガリア、ベルギー、ポルトガル、マルタ、ラトビア、ルクセンブルク、ルーマニア

2014年5月22日より、リトアニア

リトアニアを除く、これらの国々では、**Rome III** 規則は、施行開始日である2012年6

⁶³ この点について、筆者のホームページ（<http://eu-info.jp/r/brussels2.html> [2014年1月10日現在]）を参照されたい。

⁶⁴ この点について、EU（欧州委員会）の公式サイト（http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_information_en.htm [2013年8月1日現在]）を参照されたい。

⁶⁵ 2013年12月現在、EUには28の国が加盟している。**Rome III** 規則には半数の加盟国しか参加していないことに対する批判的な見解として、Peter Pietsch, *Rechtswahl für Ehesachen nach „Rom III“*, NJW 2012, pp. 1768-1770, 1770.

⁶⁶ 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, OJ 2012 L No. 323, pp. 18-19.
なお、その他のEU加盟国が後から参加することも可能であり、それが奨励されている（**Rome III** 規則前文第8立法理由参照）。

⁶⁷ この点について、EU（欧州委員会）の公式サイト（https://e-justice.europa.eu/content_croatia_cooperation_in_civil_matters-276-en.do?init=true [2014年1月10日現在]）を参照されたい。

月 21 日以降に開始された⁶⁸裁判手続 (legal proceeding/gerichtliche Verfahren) か、同日以降に締結された準拠法選択の合意に適用されているが (第 18 条第 1 項第 1 款)⁶⁹、同日より前に結ばれた合意であれ、第 6 条および第 7 条の要件に合致し、手続が同日以降に開始される場合は有効であると第 18 条第 1 項第 2 款は定める⁷⁰。その通りであるとすれば、施行日より前に締結された合意は第 5 条の要件を満たす必要がない (第 18 条第 1 項第 2 款は第 5 条を挙げていないためである)。つまり、第 5 条は、当事者が選択しうる準拠法を常居所地法、本国法または法廷地法に限定しているが、このような制限を受けない (詳しくは後述第 3 章 II 参照)。第 18 条は移行措置について定める規定であることを考慮すると、そのような特別な取り扱いが許される可能性も否定できないが、そうであるとすれば、第 7 条所定の要件を満たすべき必然性もない。他方、当事者による準拠法の選択を認める一方で、それに制限を設ける第 5 条は Rome III 規則の最も重要な規定であり、それが適用されないとするのは、同規則を空文化するものとして支持しえない。文献上、第 18 条第 1 項第 2 款は誤りであり、第 5 条の要件も満たす必要があるとする見解が主張されているが⁷¹、私見も同様に考える。なお、厳密には、第 6 条は合意の要件について定めていないため、除外すべきと解される。

国内法に従って準拠法が選択され、施行日より前に訴えが提起されている場合は、同選択に Rome III 規則は適用されない (第 18 条第 2 項)。ただし、同選択が施行日以降に変更されるときは、Rome III 規則に従う必要がある⁷²。

IV. 国内抵触法の整備

Rome III 規則の「規則」(regulation) とは、国内法への置き換えを必要とせず、直接、適用される形態の EU 法である (EU の機能に関する条約第 288 条第 2 項参照)。そのため、同規則を施行するため、参加国は特に措置を発しなくてもよい⁷³。ただし、同規則に則し、国内法の改正が必要になると解される。例えば、ドイツは国内抵触法、特に、離婚の準拠法等について定めていた EGBGB 第 17 条を改めている⁷⁴。現在、この規定⁷⁵は、Rome III

⁶⁸ Rome III 規則は裁判手続の開始時について定めていないが、新 Brussels II 規則も同様に定めていない。この点について、Rolf Wagner, *Ausländische Rechtshängigkeit in Ehesachen unter besonderer Berücksichtigung der EG-Verordnungen Brüssel II und Brüssel II a*, FPR 2004, pp. 286-291 を参照されたい。

⁶⁹ リトアニアについては、同国が Rome III 規則に参加する 2014 年 5 月 22 日以降に開始された裁判手続か、同日以降に締結された準拠法選択の合意に適用される。See COMMISSION DECISION of 21 November 2012, op. cit., Article 3 (1).

⁷⁰ See Heiderhoff, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 186.

⁷¹ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 384, note 46.

⁷² Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 384.

⁷³ なお、ドイツ国際私法 (EGBGB) 第 3 条は、Rome III 規則が国内抵触法 (EGBGB) に優先して適用される旨を定めるが、このような規定がなくとも、同規則はドイツ国内で優先して適用される。

⁷⁴ Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die

規則が定めていない案件、特に、離婚後の財産分与の準拠法（第 3 項）について定めているが⁷⁶、離婚や法的別居の準拠法は、直接、Rome III 規則に従い決定される。

なお、Rome III 規則は、訴訟手続中の準拠法選択について、参加国が独自の規定を設けることを認めている（第 5 条第 3 項および第 7 条第 2 項～第 4 項）。ドイツはこの権限に基づき、第 1 審の口頭弁論終結時まで当事者は準拠法を選択しうるとし（EGBGB 第 46d 条第 2 項）、また、公証人による認証を準拠法選択の要件に加えている（第 1 項）。

V. 新 Brussels II 規則との関係

前述したように、EU は、Rome III 規則を制定するより先に、Brussels II 規則を設け、離婚等の国際裁判管轄や外国判決の承認に関する国内法を統一している。同規則は後に改正され、現在は新 Brussels II 規則が施行されているが⁷⁷、当初は、それをさらに改正し、その中に抵触規定を取り入れるものとされていた。しかし、その実現に必要な全加盟国の支持を得ることができなかつたため、賛成する一部の加盟国間でのみ Rome III 規則を制定することになった（前述第 2 章 I 参照）。ただし、同規則と（新）Brussels II 規則は一体の関係にあり、両者の適用範囲や解釈は合致していなければならないとされている（前文第 10 立法理由⁷⁸）。それゆえ、例えば、婚姻や常居所の概念は統一されなければならないと解される（後述第 3 章 II. A. 2 参照）。また、重国籍者の本国（法）の決定は、適用範囲や解釈に関する問題ではないが、両規則の適用には調和が求められるという趣旨を考慮すると、同じように行われるべきである。つまり、イタリアとスペインの国籍を持つ当事者につき、新 Brussels II 規則の適用にあたっては、スペインを本国とする一方で、Rome III 規則の適用にあたっては、スペイン法が本国法に当たることを否定するといったことは、法の適用の安定性や当事者の信頼を損ねるため、あってはならない（重国籍者の本国法の決定について、後述第 3 章 II. A. 2 参照）。

なお、新 Brussels II 規則の方が先に施行されており、同規則について、すでに確立している解釈・適用方法が基準になると解される（Rome III 規則第 2 条参照）。また、Rome III 規則は約半数の加盟国でしか施行されていないことを考慮すると（なお、それらの加盟国は新 Brussels II 規則にも参加している）、それによって新 Brussels II 規則の解釈・適用が

Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts vom 23.01.2013, BGBl. I S. 101. See also BT-Drucks 17/11049; Thomas Rauscher, op. cit., FPR 2013, pp. 257-262.

⁷⁵ 改正後の第 17 条は、2013 年 1 月 29 日より適用されている。なお、Rome III 規則は、2012 年 6 月 21 日以降に開始された手続等に適用されるが（本文第 2 章 III 参照）、それより前に開始された手続には旧第 17 条が適用される。

⁷⁶ 現行第 17 条の解釈・適用に関する問題について、Rauscher, op. cit., FPR 2013, p. 260.

⁷⁷ この点について、前掲注 29 を参照されたい。

⁷⁸ ただし、第 10 立法理由は、婚姻の無効についてはこの限りではない旨を定める。つまり、新 Brussels II 規則とは異なり、Rome III 規則は婚姻の無効には適用されない。

変更されることは適切ではない⁷⁹。

VI. 第3国との間で締結された条約との関係

Rome III 規則は、その制定前に参加国が第3国との間で締結していた国際条約の適用に影響を及ぼさない。つまり、同条約が優先して適用される⁸⁰。なお、参加国は Rome III 規則の適用に重大な影響を及ぼす条約を締結していないとされている⁸¹。

第3章 Rome III 規則の内容

I. 序

Rome III 規則の最大の特徴は、家族法の分野で準拠法を選択する権利を当事者に与えている点にある（第5条）。ただし、選択しうるのは当事者に密接に関係する地の法（常居所地法または本国法）か法廷地法に限られる⁸²。当事者が準拠法を選択していないときは、まず、常居所地が考慮され（第5条第1項第a号および第b号）、従来の国内法が主たる連結点にしていた（両当事者に共通の）国籍は副次的な連結点に過ぎない（第c号）。この点において、Rome III 規則は多くの加盟国の実務に大きな変化をもたらしている（後述 III 参照）。

Rome III 規則は離婚と婚姻関係の解消を伴わない法的別居についてのみ定めており、それらの前提となる婚姻の成立や、その他の先決問題、また、離婚や法的別居に付随する問題については定めていない（または、それらは国内抵触法によると定めていると捉えることもできる）。なお、EU 内でも同性婚が容認される傾向にあるが⁸³、その解消も「離婚」または「法的別居」に該当し、Rome III 規則が適用されるかという点について同規則は明

⁷⁹ 反対の見解として、Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 382. Gruber は、Rome III 規則が同性婚にも適用されるため、新 Brussels II 規則も同様に適用されなければならないとする。

⁸⁰ 第19条第1項参照。同趣旨の規定は、Rome I 規則（第25条第1項）および Rome II 規則（第28条第1項）にも存在する。Rome I 規則に関し、拙稿「Rome I 規則と EU 加盟国の条約の関係」平成国際大学社会・情報科学研究所編『平成国際大学社会・情報科学研究所論集』第12号（2012年3月）21～36頁を参照されたい。

⁸¹ Winkler v. Mohrenfels, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, paras. 8-10.

⁸² Rome III 規則第15立法理由は、準拠法を選択が限定的であることを明記する（“[...] this Regulation should enhance the parties' autonomy in the areas of divorce and legal separation by giving them a *limited possibility* to choose the law applicable to their divorce or legal separation” [斜体は筆者による協調]）。

⁸³ 2014年1月現在、同性婚を法的に認めている Rome III 規則参加国は、オランダ、スペイン、ベルギー、ポルトガル、フランスであり、その他のヨーロッパ諸国としては、ノルウェー、スウェーデン、アイスランド、デンマーク、イギリスが挙げられる。See Bettina Heiderhoff, in Heinz Georg Bamberger and Herbert Roth eds., Beck'scher Online-Kommentar BGB, 28th edition, C. H. Beck 2013, Art. 17b EGBGB, para. 5.1; Peter Mankowski and Friederike Höffmann, Scheidung ausländischer gleichgeschlechtlicher Ehen in Deutschland?, IPRax 2011, pp. 247-254, 248-250.

確に定めていない。つまり、近時の法の発展に明瞭に対応していない（後述 II.A.1 参照）。他方、政策的に議論のあるこの問題につき、個々の参加国の立場を尊重しており、同性婚の成立を認めない国の裁判所は、その離婚について判断しなくてもよいとする（第 13 条、後述 II.I 参照）。

その他の特徴として、Rome III 規則は離婚にリベラルであり、離婚を禁止する外国準拠法の適用を排除している点や、離婚の申立て（ないし離婚原因）に関し、一方の配偶者（異性）が不利に扱われることを容認しない点が挙げられる（第 10 条、後述 II.G 参照）。これは EU 国際私法上の公序として捉えることができるが、その他に一般公序規定も設けられている（第 12 条、後述 II.H 参照）。なお、反致は認めていない（第 11 条、後述 II.F 参照）。

Rome III 規則は EU 加盟国（厳密には、同規則の制定に参加した約半数の加盟国に限られる）の国際私法を統一する機能を持つが⁸⁴、幾つかの点で加盟国には裁量権が与えられている。例えば、準拠法選択の形式を追加したり、訴訟手続中の準拠法選択について、加盟国は独自の規定を設けることができる（後述 III.A.3 参照）。また、前述したように、先決問題の準拠法は法廷地の国際私法による（後述 II.D 参照）。離婚や法的別居に付随する特定の法律問題の準拠法についても同様である（後述 II.A 参照）。さらに、重国籍者の本国法の決定も法廷地の国際私法によるが、EU の一般原則が無条件に尊重されなければならない（前文第 22 立法理由、後述 III.A.2 参照）。

II. 総論

A. 適用範囲（第 1 条）

1. 離婚および法的別居

Rome III 規則は離婚と婚姻関係の解消を伴わない法的別居 (legal separation /Trennung ohne Auflösung des Ehebandes)⁸⁵に適用される（同規則第 1 条第 1 項、離婚に伴う問題について後述 3 参照）。これに対し、婚姻の無効には適用されない（第 1 条第 2 項第 c 号）。また、婚姻の存在や有効性に関する問題にも適用されないが（第 b 号）、このような先決問題の準拠法は法廷地の国際私法に従って決定される（後述 II.D 参照）。

特殊な先決問題として同性間の婚姻の成立が挙げられるが、Rome III 規則は、同性婚の

⁸⁴ 域内市場に関し、EU は主として、加盟国法の調整を行っているが（EU の機能に関する条約第 114 条）、手続法や抵触法の整備は「自由、安全および正義の空間」の創設を目的とする措置であり、EU 第 2 次法は加盟国法を調整するにとどまらない。See Hess, *op. cit.*, Art. 81 AEUV, paras. 1-2 and 8-15.

⁸⁵ 法的別居は、イタリア民法第 151 条 (separazione giudiziale)、オランダ民法第 169 条以下 (scheiding van tafel en bed)、スペイン民法第 81 条ないし第 84 条 (separación)、フランス民法第 296 条ないし第 309 条 (séparation de corps)、ポルトガル民法第 1794 条以下 (separação judicial de pessoas e bens)、ルクセンブルク民法第 306 条ないし第 311 条 (séparation de corps) で定められている。See also Heiderhoff, *op. cit.*, paras. 13 and 88. また、法的別居から離婚への変更について、本文第 2 章 III.B (Rome III 規則第 9 条) を参照されたい。

解消にも適用されるか明確に定めていない。私的離婚⁸⁶への適用についても同様であり、異なる見解が主張されているが⁸⁷、以下のように考えるべきである。

① 同性間の婚姻の解消（同性間の離婚）

Rome III 規則が施行されている EU 加盟国の内、同性婚を認めているのは少数であり⁸⁸、それを認めない大多数の加盟国の国内法秩序において、離婚とは異性間の婚姻の解消のみを指すと解されるが⁸⁹、そのような加盟国では、同性婚の解消にも Rome III 規則は適用されるかという問題が生じる⁹⁰。根拠を示すことなく、これを否定する見解の方が多く主張されているが⁹¹、肯定すべきである。なぜなら、確かに、同規則は明確に定めていないが、同性婚の解消にも適用されることが想定されているためである。つまり、第 13 条⁹²は、Rome

⁸⁶ 私的離婚とは裁判所の関与ないし裁判手続を必要とせずに成立する離婚である。Rome III 規則参加国は、このタイプの離婚を認めていないため（例えばドイツ国際私法〔EGBGB〕第 17 条第 2 項を参照）、厳密には、第 3 国法に基づき参加国内で行われる私的離婚の成立・効力の準拠法や、第 3 国で行われた私的離婚の承認の準拠法の決定に関し、Rome III 規則の適用が問題になる。

⁸⁷ 同性婚への適用について、例えば、Gruber, op. cit., IPRax 2012, pp. 382-383; Heiderhoff, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 18 を参照されたい。また、私的離婚への適用について、例えば、Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 383; Heiderhoff, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 3; Rauscher, op. cit., FPR 2013, pp. 258 and 260 を参照されたい。

⁸⁸ EU 内の状況について、前掲注 83 を参照されたい。

⁸⁹ Heiderhoff, op. cit., Art. 17b EGBGB, para. 12.

⁹⁰ 例えば、同性婚を認めていないドイツでは、同性婚の解消の準拠法は、一般に、離婚に関する抵触規定（EGBGB 第 17 条）ではなく、同性間のパートナーシップに関する抵触規定（第 17b 条）を類推適用し、決定されていた。Heiderhoff, op. cit., Art. 17b EGBGB, paras. 11-12. 学説の対立について、Michael Coester, in Franz Jürgen Säcker and Roland Rixecker eds., Münchener Kommentar zum BGB, 5th edition, C. H. Beck 2010, Art. 17b EGBGB, paras. 144-148 を参照されたい。

なお、同性婚を認める参加国は、その解消を異性間の婚姻の解消と同じように扱わなければならないと解される。この点に関する ECJ の判断について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/law/so-maruko.html> [2014 年 1 月 10 日現在]) を参照されたい。特に、Rome III 規則は、離婚等の準拠法を選択する権利を当事者に与えているため、これが平等に保障されるようであればならない。

⁹¹ Marianne Andrae, Kollisionsrecht nach dem Lissabonner Vertrag, FPR 2010, pp. 505-510, 506; Eckart Brödermann and Joachim Rosengarten, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (IPR/IZVR), Verlag Franz Vahlen 2012, para. 486; Pietsch, op. cit., NJW 2012, p. 1768; Rauscher, op. cit., FPR 2013, p. 257, note 19.

⁹² 第 13 条は以下のように定める。

Article 13 Differences in national law

Nothing in this Regulation shall oblige the courts of a participating Member State whose law does not provide for divorce or *does not deem the marriage in question valid for the purposes of divorce proceedings* to pronounce a divorce by virtue of the application of this Regulation [斜体は筆者による強調] .

なお、同規定に関し、Rome III 規則前文第 26 立法理由を参照されたい。

III 規則に従い決定される準拠法は認めるものの、法廷地法 (Rome III 規則参加国の法) は認めていない形態の婚姻に関し特例を設けているが、このような特殊な婚姻とは同性婚である (第 13 条について後述 I 参照)⁹³。なお、Rome III 規則は、同性間の婚姻にも適用するかどうかの判断を加盟国に委ねているとし、第 13 条に言及する見解もあるが⁹⁴、同規定より、その論拠は導かれぬ。つまり、同条は、同性婚の成立を認めていない参加国の裁判所は、その解消について判断する義務を負わない旨を定めているに過ぎない。また、Rome III 規則はその適用範囲に関する判断を加盟国に委ねているわけではない。そう解さないとすれば、例えば、同規則に基づき、同性間の離婚に関し、準拠法の選択が認められる参加国とそうではない参加国が生じ、法廷地の決定が重要になるが、これはフォーラム・ショッピングのインセンティブとなり、同規則の目的・趣旨に反する。また、同一のケースであれ、ある参加国では Rome III 規則に従い準拠法が決定されるが、他の参加国では国内法に従い決定されるというような状況は、適用の統一性が重視される EU 法秩序の根幹に反する⁹⁵。なお、同規則は、法の適用に関する通則法第 25 条のように「夫婦」と定めているわけではなく、配偶者 (spouse/Ehegatte) という表現を用いているため、婚姻は異性間に限定されるわけではない。

同様の問題は、Rome III 規則と平行な関係にある新 Brussels II 規則についても生じているが、ドイツでは、Rome III 規則に関する問題と同様に、加盟国の判断に委ねられているとする見解が有力である⁹⁶。つまり、加盟国法上、同性婚も婚姻に当たるとされるのであれば、新 Brussels II 規則が適用されるとする⁹⁷。実際に、この見解に従い、国際裁判管轄を決定したと解される裁判例も存在するが⁹⁸、各国が独自の判断を下してよいとすれば、新 Brussels II 規則の適用に齟齬が生じる危険性がある。つまり、同性婚を認めるオランダやスペインでは同規則に従い、その解消に関する訴えの国際裁判管轄が決定されるのに対し、認めないドイツでは国内法に従い、決定されることになる。

新 Brussels II 規則と Rome III 規則の適用範囲は合致していなければならないため (前述第 3 章 V 参照)⁹⁹、前者が同性婚には適用されないとすると、後者も適用されないこと

⁹³ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 382; Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 18.

⁹⁴ Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 18. なお、Heiderhoff によれば、通説は Rome III 規則が同性間の婚姻関係に適用されることを否定する。

⁹⁵ EU 法の適用を統一する重要性は EU 裁判所の判決において指摘されている。See C-168/08 Hadadi v Mesko [2009] ECR I-6871, para. 38.

⁹⁶ 学説について、Mankowski and Höffmann, *op. cit.*, p. 252, note 101.

⁹⁷ Michael Coester, in Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker and Roland Rixecker eds., *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 10, 4th edition, C. H. Beck 2006, Art. 13 EGBGB, para. 5; Kohler, *op. cit.*, FPR 2008, p. 193, note 4.

⁹⁸ AG Münster, 56 F 79/09, NJW-RR 2010, pp. 1308-1309; FamFR 2010, p. 167. このケースにおいて、ミュンスター簡易裁判所は、オランダ法に基づき成立した同性間の婚姻の解消に関する申立ての裁判管轄を、新 Brussels II 規則ではなく、国内手続法 (ドイツ民事訴訟法第 606a 条第 1 項または第 661 条) に照らし判断している。

⁹⁹ Rome III 規則前文第 10 立法理由参照。なお、新 Brussels II 規則は、Rome III 規則と

になるが、そのような解釈・運用は、同性婚を認める国が増えつつあるという近時の法の発展に必ずしも合致していない¹⁰⁰。なお、Brussels II 規則は、1998年5月に締結された Brussels II 条約を基礎とし、2000年5月に制定されているが、当時、同性婚や同性間のパートナーシップの成立を認める加盟国はまだ存在せず¹⁰¹、EU法の整備について検討する時期になかった¹⁰²。Brussels II 規則は同性婚の解消にも適用されるかという問題を検討する際には、この点を考慮する必要がある。

ところで、Rome III 規則は同性婚の解消には適用されないとするならば、その準拠法について定める抵触規定が別個、必要になるが、これは離婚や法的別居に関する抵触規定を包括的に定めるといった Rome III 規則の目的に反するという批判もある¹⁰³。同規則は適用されず、国内抵触法に従い準拠法が指定されるとすれば、法廷地国の決定が重要となり、人の移動の自由の実効的な保障およびフォーラム・ショッピングの抑制という Rome III 規則の目的が達成されないと述べる方が説得力に富むと解されるが、同規則内の規定を類推適用するのであれば、結果として、目的は達成される。ただし、この EU 抵触法は同性間の離婚の準拠法について定めていないという解釈を前提にするならば、参加国の国際私法が適用されなければならない。つまり、EU法が定めていないことは加盟国法による。それゆえ、国内抵触法が同離婚の準拠法について定めているときはそれに従い、定めていないときは、その他の国内抵触規定に従い準拠法を決定しなければならない。

ドイツ法は同性婚を認めておらず、婚姻は男女間でのみ成立する。国際私法 (EGBGB) 上の婚姻または離婚の概念も同様に解されているため、外国法に基づき成立した同性間の婚姻およびその離婚の準拠法は、婚姻や離婚に関する抵触規定 (EGBGB 第 13 条および第 17 条) に従い決定されるのではなく、パートナーシップに関する規定 (第 17b 条) を類推適用し、決定されてきた¹⁰⁴。なお、ドイツ法上、パートナーシップは同性

は異なり、婚姻の有効性にも適用されることは同立法理由でも触れられている。

¹⁰⁰ 現在、立法作業が行われている婚姻財産に関する訴えの裁判管轄、準拠法および承認・執行に関する EU 理事会規則案は同性婚を婚姻として、また、同性婚の解消を離婚として扱っている。See 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.

¹⁰¹ EU 加盟国の中で最初に同性婚を法的に認めたのはオランダであるが、その法的根拠となった国内法 (Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek I van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, Staatsblad 2001, 9) の施行が開始されたのは、2001年4月1日である。

¹⁰² Kohler, op. cit., NJW 2001, p. 15.

¹⁰³ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 382.

¹⁰⁴ 前掲注 90 を参照されたい。なお、パートナーシップに関する規定を類推適用するに過ぎないため、同性婚をパートナーシップとして性質決定しているわけではないと解される。

間でのみ成立し¹⁰⁵、この点で同性間の婚姻と共通している。**Rome III** 規則が施行されている現在でも、このような実務（つまり、国内抵触規定の適用）が継続されるとすれば、同規則による参加国抵触規定の統一という目的は達成されない。なお、国内抵触法（EGBGB 第 17b 条）ではなく、**Rome III** 規則内の離婚に関する規定を類推適用するのであれば、このような問題は生じない。ただし、国内抵触法にも離婚に関する規定は存在したが、あえて別の規定（つまり、同性間のパートナーシップに関する規定）が類推適用されてきたため、**Rome III** 規則内の離婚に関する規定を類推適用することは整合性に欠ける。

これに対し、私見のように、**Rome III** 規則は同性婚の解消にも適用されると考えるならば、同性婚を認めていない参加国も、同規則の適用に関しては、同性婚を婚姻として、また、その解消も離婚に当たると捉えることになるが、EU 法は国内法に照らし解釈するのではなく、EU 法独自の解釈を行わなければならないことは、すでに EU 裁判所の判例法を通し確立されている¹⁰⁶。**Rome III** 規則上の婚姻や離婚には同性間の婚姻や離婚が含まれると解釈しても、国内実体法が改正（つまり、同性婚の容認化）されるわけではない。

Rome III 規則は同性間の離婚にも適用されると考える場合、先決問題の処理の方法も同規則に従うことになる。つまり、同性婚の成立は、法廷地の国際私法に従い決定された法に基づき判断される（先決問題について、後述 D 参照）。そのようにして決定された準拠法が同性婚を認めていない場合は、離婚の前提となる法律関係が存在しないため、裁判所は訴え（同性間の離婚の訴え）を退けなければならない。他方、準拠法が同性間の婚姻を認めているときは、**Rome III** 規則に従い、離婚の準拠法を決定する必要がある。例えば、スペインに常居所を持つスペイン人の男性兩名が結婚し、イタリアに常居所を移した後、本国スペインの裁判所に離婚の訴えを提起するケースにおいて¹⁰⁷、当事者が準拠法を選択していないときは、イタリア法（つまり、提訴時の共通常居所地法）が準拠法となる（**Rome III** 規則第 8 条第 a 号）。スペイン法とは異なり、イタリア法は同性間の婚姻について定めていないが、先決問題である婚姻の成立・有効性は、法廷地の国際私法、つまり、スペインの国際私法に基づき決定された準拠法による。従って、準拠法はスペイン法（当事者の本国法）となる¹⁰⁸。その結果、婚姻は成立しうるが、離婚はイタリア法により、同法は同性間の離婚について定めていないため¹⁰⁹、スペインの裁判所は離婚を成立させることがで

¹⁰⁵ これに対し、オランダ法のように、男女間でのパートナーシップ形成を認める立法例もある。

¹⁰⁶ C-168/08 *Hadadi v Mesko* [2009] ECR I-6871, para. 38.

¹⁰⁷ 裁判管轄について新 *Brussels II* 規則第 3 条第 1 項第 b 号参照。

¹⁰⁸ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 382.

¹⁰⁹ このような場合、つまり、離婚の準拠法が同性間の離婚について定めていないケースでは、**Rome III** 規則第 10 条は適用されないと解される。この点について、本文第 3 章 II.G.1 を参照されたい。

きないと解される¹¹⁰。ただし、公序規定（Rome III 規則第 12 条、後述 H 参照）に基づき、イタリア法の適用を排除することは可能である。

これとは異なり、訴えが常居所地国であるイタリアの裁判所に提起されるならば、先決問題の準拠法が同性婚を認めているかどうかにかかわらず¹¹¹、法廷地法が同性間の離婚について定めていないため、裁判所は離婚に関する実体的判断を拒むことができる（第 13 条、後述 I 参照）。なお、法廷地法だけではなく、Rome III 規則に従い決定された離婚の準拠法も同性婚の成立を認めず、また、その離婚について定めていないときも、裁判所は第 13 条に従い、離婚に関する裁判を拒否しようと解される¹¹²。

② 私的離婚

Rome III 規則参加国は裁判離婚制度を採用しており、裁判所の関与を必要としない私的離婚を認めていない（両当事者が離婚に同意している場合であれ、裁判所に申し出なければならぬ）¹¹³。従って、この種の離婚は第 3 国法に基づきなされることになる。第 3 国で行われた¹¹⁴私的離婚の有効性は、外国判決の承認に関する規定ではなく（裁判離婚ではないため、判決は下されない）¹¹⁵、国際私法に従い決定される準拠法に照らし判断されるが¹¹⁶、Rome III 規則がこの国際私法に当たるか、つまり、同規則は私的離婚にも適用されるかどうか検討を要する¹¹⁷。

¹¹⁰ 異なる見解として、Pietro Franzina, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of December 2010*, CDT 2011, pp. 85-129, 123 (para. 78).

¹¹¹ 厳密には、先決問題の準拠法上、同性婚が有効に成立しないとき、イタリアの裁判所は離婚の訴えを退けなければならない。

¹¹² Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 383, note 22.

¹¹³ See Deutscher Bundestag, Drucksache 17/11049, p. 8 (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/110/1711049.pdf> [2014 年 1 月 10 日現在]) .

国内における私的離婚を禁止する規定として、例えば、ドイツ国際私法（EGBGB）第 17 条第 2 項を参照されたい。なお、同条は Rome III 規定の施行に合わせて改正されているが（本文第 2 章 IV 参照）、第 2 項の文言・内容は従来と同じである。See also Deutscher Bundestag, Drucksache 17/11049, *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁴ なお、ドイツ法は、ドイツ国内における私的離婚を認めていない（EGBGB 第 17 条第 2 項）。当事者が私的離婚を認める外国法に従い、ドイツ国内で離婚したとしても、有効な離婚として認められず、婚姻関係が存続する。BGH, IVb ZB 718/80, NJW 1982, p. 517. See also Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 77,

¹¹⁵ 外国裁判所の離婚認容判決の承認であれば、国内民事訴訟法や新 Brussels II 規則による（同規則は、EU 加盟国の裁判所の判決の承認に関し適用される）。この点に関するドイツ連邦裁判所の判決として、BGHZ 176, 365.

¹¹⁶ Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, paras. 81-83. なお、外国法に基づき成立した私的離婚の承認については、抵触法上の公序規定の適用も併せて検討されるべきである。See Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 95.

¹¹⁷ なお、新 Brussels II 規則が適用される EU 加盟国間であれば、承認国は、国際私法に従い決定される準拠法に照らし審査することなく、他の加盟国で成立した離婚を承認しなければならない。

Rome III 規則は私的離婚にも適用されるかという点について、文献上、異なる見解が主張されている。これを否定する根拠として挙げられているのは、①同規則と新 Brussels II 規則の適用範囲は同じであること（前文第 10 立法理由参照）、つまり、新 Brussels II 規則は裁判離婚手続について定める EU 法であること、②Rome III 規則は、裁判所やその他の公的機関による法律関係の形成（離婚）への適用を想定して定められていること、また、③立法過程において私的離婚は検討されなかった、つまり、立法者は私的離婚を見落としていたことである¹¹⁸。実際に、Rome III 規則は裁判手続（*gerichtliches Verfahren*）にのみ適用されると定めている（第 18 条第 1 項）。しかし、それゆえに、私的離婚への適用を否定することはできないと解される。なぜなら、第 3 国で行われた私的離婚の有効性や承認を争い、Rome III 規則参加国の裁判所に訴えが提起されることがあるためである¹¹⁹。つまり、この場合には、同規則は裁判手続にのみ適用されるという前掲の要件は満たされる。また、このような訴えの国際裁判管轄は新 Brussels II 規則による。したがって、同規則と Rome III 規則の適用範囲が合致すべきであることは、むしろ、後者が私的離婚にも適用されることの根拠となる¹²⁰。

欧州委員会や EU 理事会は私的離婚を見落としていたと解することも可能であるが¹²¹、Rome III 規則が私的離婚について特に定めていないのは、むしろ、参加国の実質法でも定められていないためと考えるべきであろう。同様に、参加国の国際私法も裁判離婚と私的離婚を特に区別しておらず、離婚に関する抵触規定は後者にも適用されていたことを考慮すると¹²²、Rome III 規則も同じように適用してよいと解される。なお、ドイツ政府は、私的離婚の準拠法も Rome III 規則によると捉えており¹²³、それに沿った形でドイツ国際私法（EGBGB）は改正された。つまり、現在、EGBGB には私的離婚を含め、離婚の準拠法について定める規定は存在しない。それゆえ、あらゆる形態の離婚の準拠法は Rome III 規則に従い決定される。なお、同規則が適用されない法律関係は、第 1 条第 2 項で列記されているが、私的離婚は挙げられていない。

ただし、Rome III 規則は私的離婚にも適用されるとすると、一部の規定の適用に関し問題が生じないわけではない。詳しくは、第 5 条第 1 項第 d 号によれば、当事者は法廷地法

¹¹⁸ 私的離婚への適用を否定する文献について、Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 383, note 30 and 31. なお、Gruber は、Rome III 規則の立法過程において、私的離婚は見落とされていたとするが、それゆえに私的離婚への適用を否定することには問題があるとする。

¹¹⁹ Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, paras. 81-83.

¹²⁰ Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 3. 私的離婚への適用を肯定する学説として、その他に、Rauscher, *op. cit.*, FPR 2013, pp. 258 and 260 を参照されたい。

¹²¹ 前掲注 118 参照。

¹²² See Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, paras. 81-83 and 95. 離婚に関する国内抵触規定（EGBGB 第 17 条）は私的離婚にも適用されるとした判例として、BGHZ 176, 365 を参照されたい。

¹²³ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/11049, p. 8 (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/110/1711049.pdf> [2014 年 1 月 10 日現在]).

を準拠法に指定しうるが、法廷地法、つまり、参加国の法は私的離婚を認めていない。また、第 8 条第 d 号は、当事者が準拠法を選択しないケースで、法廷地法が準拠法になる場合について定めているが、この規定についても同様のことが当てはまる¹²⁴。もっとも、私的離婚を希望する当事者がそれを認めない法を準拠法に指定することは想定しがたい。また、第 3 国法に基づく私的離婚の効力を参加国で主張する者は、その第 3 国法を準拠法に指定すると解されるため、第 8 条第 d 号の適用も想定しがたい。

2. パートナーシップの解消

婚姻に類似する制度として、パートナーシップがあるが¹²⁵、Rome III 規則は、その解消には適用されないと解される¹²⁶。なぜなら、同規則の適用は婚姻関係の存在を前提にしているが（前文第 10 立法理由参照）、概念・制度上、婚姻とパートナーシップは異なるためである¹²⁷。また、Rome III 規則と同じように解釈・適用されるべき新 Brussels II 規則も、パートナーシップの解消には適用されない¹²⁸。もっとも、人の移動の自由を実効的に保障するという両規則の目的に照らすならば、パートナーシップも対象にすべきであったと解される。なお、財産関係事件の裁判管轄や準拠法等については、パートナーシップについても規則を設けることが欧州委員会によって提案されている。詳しくは、委員会は婚姻とパートナーシップを明確に区別し、それぞれ独自の規則を制定すべきとしているが¹²⁹、こ

¹²⁴ See Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 384, note 33.

¹²⁵ 法的パートナーシップ制度（civil partnershi/eingetragene Partnerschaft）は、ヨーロッパでは、デンマークが 1989 年に導入したのを初めとし、多くの国で採用されている。ドイツでは、パートナーシップは同性間でのみ許されるのに対し（つまり、同性間では婚姻が許容されていないことの代替制度である）、オランダ、フランス、ベルギーまたスペインの一部の地域のように、異性間でも認める国もある。See Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17b EGBGB, paras. 4-6.1 and 13.

¹²⁶ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 383.

¹²⁷ なお、ドイツの実務・通説は、婚姻とパートナーシップは異なる制度であるが、同性婚は前者ではなく、後者に含まれると捉えている。これは、同国では、婚姻は異性間でのみ成立し、他方、パートナーシップは同性間でのみ成立するといった特殊性に基づいている。したがって、オランダやフランス等で認められている異性間のパートナーシップは、ドイツでは一般に、パートナーシップではなく、婚姻として捉えられる。See Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17b EGBGB, paras. 11-14 and 46.

¹²⁸ See Helmut Borth and Mathias Grandel, in Hans-Joachim Musirak and Helmut Borth, *FamFG*, 4th ed., VO EG Nr. 2201/2003, Art. 3, para. 2.

¹²⁹ 欧州委員会は、次に示すように、婚姻とパートナーシップについて、それぞれ独立した規則案を作成している。

- 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.
- Proposal for a COUNCIL REGULATION on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, COM (2011) 127 final.

のことからも Rome III 規則はパートナーシップの解消を対象にしていると推察される。

私見のように考える場合、パートナーシップ解消の準拠法は、従来通り、国内抵触法による。例えば、ドイツでは EGBGB 第 17b 条によるが、Rome III 規則が施行されている現在でも、この規定が存続していることは、同規則がパートナーシップの解消には適用されないことを裏付けている。

なお、当事者間の法律関係はパートナーシップに当たるか、または婚姻に該当し、その解消には Rome III 規則が適用されるかどうかは、離婚の先決問題として（同時に性質決定の問題でもある）、法廷地の国際私法に従い決定された準拠法による（後述 D 参照）。

3. 離婚および法的別居に付随する問題

新 Brussels II 規則に同じく、Rome III 規則も離婚に伴う問題や付随的な問題について定めていない。特に、婚姻の財産法上の問題（the property consequences of the marriage）（第 1 条第 2 項第 e 号）や扶養義務（第 g 号）は明文で適用範囲から除外されている（前文第 10 立法理由も参照されたい）。これらの問題の準拠法は、法廷地の国際私法に従い決定される。つまり、離婚や法的別居の成立は Rome III 規則、それに付随する問題は法廷地の国際私法（参加国が締結している条約を含む）によるが、これは準拠法の決定を複雑にしかねない。これを防ぐため、ドイツ法のように、付随する問題は Rome III 規則に従い決定される離婚の準拠法によると定めることもできる¹³⁰。つまり、同規則は離婚や法的別居に付随する問題には適用されないが、それらは離婚や法的別居の準拠法によるとすれば、同規則の適用範囲が拡大し、準拠法の決定を一元化することができる（同様の例として、1973 年のハーグ条約第 8 条〔扶養義務〕を参照されたい）。

B. 渉外的性質

Rome III 規則は複数の国に関わる法律問題に適用されるが（第 1 条第 1 項）、同規則に参加している他の EU 加盟国である必要はなく、他国との関連性があれば足りる¹³¹。

なお、Rome III 規則が適用されるケースを増やすためにも、渉外的性質は緩やかに解釈すべき旨を説く見解もあるが¹³²、同規則の適用事例を多くする必要性はない。特に、EU 内における人の移動の自由を実効的に保障するという立法趣旨を重視するならば、非 EU 加盟国との関連性を緩やかに解釈すべき理由はない。

Rome III 規則は当事者による準拠法の選択を認めているが（第 3 章 III.2 参照）、選択する時点で渉外的性質を有していなくても良いとする見解が主張されている。なぜなら、第 5

¹³⁰ ただし、全ての付随する問題が離婚の準拠法によるわけではない。ドイツ国際私法（EGBGB）新第 17 条参照。See Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, paras. 102-102a.

¹³¹ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 384.

¹³² Rossi, *op. cit.*, Art. 81 AEUV, para. 12.

条第 1 項によれば、当事者は選択時における常居所地法を準拠法に指定し、準拠法を固定、つまり、他国への移住に伴い準拠法が変更されることを阻止することができるが、選択の時点で涉外的性質が存在しなければならないとすれば、規定のこの趣旨が損なわれるためであるとする¹³³。もっとも、選択時に涉外的性質を全く有さないケースでも、当事者は、将来に備え、Rome III 規則に従い、準拠法を選択するか疑問である。つまり、同国人同士で結婚し、かつ、本国に居住する両名が、将来、涉外離婚を行うことを想定し、同規則に従い準拠法を指定するようなことは想定しがたい。なお、Rome III 規則は参加国でしか施行されていないため、その他の国（EU 加盟国も含まれる）の裁判所に訴えが提起される場合、同選択は法的効力を持たない。また、新 Brussels II 規則は、離婚や法的別居に関し、管轄の合意を認めていない点も併せて考慮すべきである¹³⁴。つまり、涉外的性質を全く有さないが、将来、Rome III 規則参加国に提訴することを想定し、同規則に従い準拠法を選択するケースは極めてまれと考えられる。

なお、前述したケースとは逆に、準拠法を選択した時点では涉外的性質を備えていたが、その後失われる場合にも、Rome III 規則は適用されるとする見解が主張されているが¹³⁵、純粋な国内事件に国際私法を適用する必要はない。

C. 普遍的適用 (universal application) (第 4 条)

Rome III 規則に従い指定される準拠法は、同規則の制定に参加した EU 加盟国の法に限定されない。つまり、その他の加盟国や第 3 国の法であってもよい（第 4 条および前文第 12 立法理由参照）。ただし、同規則は、離婚を禁止するか、離婚や法的別居に関し男女を差別する外国法の適用を排除している（第 10 条、後述 G 参照）。

より重要なのは、Rome III 規則は、参加国に全く関わらない涉外事件にも適用されることである。この点で、2 国間条約における抵触規定が当事国に関わる涉外事件にのみ適用されるのとは異なっている。なお、Rome III 規則は全ての涉外事件に適用されるため、前述したように、同規則に参加する EU 加盟国が限定されていることは、参加国の実務に影響を及ぼさない。

D. 先決問題と性質決定

涉外離婚のケースでは先決問題が生じることがよくある。例えば、離婚の前提となる婚姻の成立（婚姻関係の存在）や承認であるが、第 1 条第 2 項第 b 号は、これらの先決問題に Rome III 規則は適用されないと定める。その他の問題も含め、先決問題一般は法廷地の

¹³³ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 384. See also Hiederhoff, *op. cit.*, para. 50.

¹³⁴ なお、離婚や法的別居の申立てについて管轄権を有する裁判所は、新 Brussels II 規則第 3 条に従い決定されるが、同申立てと関連性を有する親権に関わる案件についても同裁判所の管轄とするよう当事者は合意することができる（第 12 条）。ただし、離婚や法的別居の申立てにつき、管轄の合意は認められていない。

¹³⁵ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 384.

国際私法による（前文第 10 立法理由参照）¹³⁶。国内抵触法が指定する先決問題の準拠法によれば婚姻関係が存在しないと判断されるとき、裁判所は離婚の申立てを退けなければならない¹³⁷。

なお、離婚の先決問題である婚姻関係の存在について検討するに際しては、検討すべき法律関係は婚姻か、またはパートナーシップとして捉えるべきかという問題が生じることもある。このような性質決定に関する問題について Rome III 規則は定めていないため、法廷地の国際私法の立場によると解される。

E. 不統一法国の法が準拠法に指定される場合（第 14 条、第 15 条）

不統一法国に関し、第 14 条は、常居所が連結点であるときは、その常居所がある地域の法を準拠法とすると定める（第 b 号）。当事者の国籍が連結点となっているときは、その国の抵触規定によるが、抵触規定が無いときは、当事者が選択した地域の法を、選択していないときは、当事者が最も密接な関係を持つ地域の法を準拠法とする（第 c 号）。なお、第 14 条は選択しうる法を限定していないため、当事者は全く関わりのない地域の法を指定することも可能であると解されるが、これは準拠法を選択について定める第 5 条の趣旨・内容に合致しない¹³⁸。もっとも、選択の対象は予め限定されていると解釈すべきであるため、つまり、当事者は、本国内のいずれかの地域の法を選択しうるに過ぎないと捉えるべきであるため¹³⁹、大きな問題は生じないと考えられる。

人的不統一法国については、その国の抵触規定によるが（第 15 条前段）、そのような規定が無いときは、一方の当事者または両当事者に最も密接に関係する法による（後段）。

F. 反致（第 11 条）

Rome III 規則第 11 条は反致を否認している。これは準拠法の決定を容易にし、かつ、安定させるためである¹⁴⁰。また、反致は当事者による準拠法を選択を認める規則の本質に合致しない。つまり、当事者が準拠法を選択しても、反致を成立させることで、準拠法を変更することが可能になる。他方、準拠法が選択されていないケースでも反致を否認することは批判されている（なお、第 8 条第 d 号は法廷地法を準拠法に指定している）。なぜなら、

¹³⁶ ドイツの通説も同様に、離婚の先決問題の準拠法は法廷地の国際私法に従い決定されるところとしていた。学説の対立について、Winkler v. Mohrenfels, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 77 を参照されたい。

¹³⁷ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 389.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ なお、第 14 条第 c 号は、以下に引用するように、この点について明確に定めているわけではない（斜体は筆者による強調）。

(c) any reference to nationality shall refer to the territorial unit designated by the law of that State, or, in the absence of relevant rules, *to the territorial unit chosen by the parties* or, in absence of choice, to the territorial unit with which the spouse or spouses has or have the closest connection.

¹⁴⁰ Commission of the European Communities, op. cit., COM (2006) final, p. 8.

これは国際判決の調和を害するだけでなく¹⁴¹、裁判官や当事者の負担を増やすためである¹⁴²。このような問題も存在するが、EU 国際私法（Rome III 規則に限定されない）は、準拠法の決定を容易かつ安定させるため、反致を一括して否認している¹⁴³。

G. 法廷地法の適用 — EU 公序としての男女平等と離婚する権利の実効的保障（第 10 条）

1. EU 国際私法上の公序

Rome III 規則第 10 条は、同規則に従い決定された外国法を適用せず、法廷地法によることを義務付けているが、これは、外国準拠法が離婚について定めていないか、配偶者の一方を性別に基づき差別している場合に関する特例である¹⁴⁴。同趣旨の規定はスペイン法にも存在し（スペイン民法第 107 条第 2 項第 c 号¹⁴⁵）、スペイン政府のイニシアチブに基づき採り入れられたとされているが¹⁴⁶、EU 公序の内容を具体的に定め（公序のヨーロッパ化）¹⁴⁷、Rome III 規則の適用の統一に貢献すると解される。EU 公序の詳細は以下の通りである。

① 外国準拠法が離婚について定めていない場合

第 10 条に基づき法廷地法の適用が義務付けられるのは、まず、準拠法（外国法）が離婚

¹⁴¹ Kohler, *op. cit.*, FamRZ 2008, p. 1679; Klaus Schurig, Eine hinkende Vereinheitlichung des internationalen Ehescheidungsrechts in Europa, in Herbert Kronke and Karsten Thorn eds., Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Giesecking Verlag 2011, pp. 405-414, 412-413.

¹⁴² Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 388.

¹⁴³ Rome I 規則第 20 条および Rome II 規則第 24 条参照。

¹⁴⁴ 前文第 26 立法理由参照。なお、本文中で述べたように、第 10 条は、このような場合に法廷地法の適用を義務付けているが、これは、法廷地法は離婚制度を持ち、また、離婚や法的別居について男女を差別していないことを前提にしている。

¹⁴⁵ スペイン民法第 107 条第 2 項第 c 号は、少なくとも配偶者の一方がスペイン国籍を有するか、スペイン国内に常居所を置く場合において、外国準拠法が①別居や離婚について定めていないか、または、②別居や離婚について配偶者の一方を差別したり、公序に反するときは、スペイン法を適用すると定めている。この規定の適用に関し、Peter Scholz and Roland Krause, Später Sieg der Freiheit: Die Kehrtwende der Rechtsprechung zu unscheidbaren ausländischen Ehen, Teil 2, FuR 2/2009, pp. 1-8, 5-7 を参照されたい。

¹⁴⁶ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 391, note 131. なお、欧州委員会によって作成された Rome III 規則案では、第 10 条に相当する規定を設けることは提案されていない。See Winkler v. Mohrenfels, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 67.

スペイン民法第 107 条第 2 項第 c 号は、配偶者の少なくとも一方がスペイン国籍を有するか、スペイン国内に常居所を置くことを要件として挙げているが（前掲注 145 参照）、Rome III 規則第 10 条は、当事者の国籍や常居所地を限定しておらず、全ての者に適用される。この点で、内国関連性を問わない（本文後述参照）。また、従来のドイツ国際私法（EGBGB）第 17 条第 1 項後段との比較について、Hiederhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 62 を参照されたい。

¹⁴⁷ 第 10 条が男女を差別する外国法を挙げている点について、See Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, paras. 63 and 137、また、公序のヨーロッパ化について、Koch, *op. cit.*, p. 21 を参照されたい。

について定めていない場合である（前文第 26 立法理由参照）（なお、第 10 条は法的別居を挙げていないが、これは離婚のように一般的な制度ではないためと解される）。例えば、フィリピン法のように、外国法上、離婚制度そのものが設けられていない場合がそれに当たる¹⁴⁸。また、離婚を禁止するカノン法（教会法）が、人的不統一法である当事者の本国の国際私法に従い、準拠法に指定される場合も、第 10 条が適用されると解される¹⁴⁹。これに対し、外国準拠法は離婚を禁止していないが、具体的なケースでは事件の特殊性に基づき¹⁵⁰、または離婚の成立要件が非常に厳格であるため¹⁵¹、離婚が成立しないときは、第 10 条ではなく、第 12 条（公序規定）の適用が問題になる（第 12 条について、後述 H 参照）。

なお、現在、全ての Rome III 規則参加国は離婚を認めているが、国内の裁判所が離婚を禁止する外国法に従い、離婚を認めないことは公序に反するかという点については争いがある¹⁵²。この問題を検討するに際しては、カトリック教ないし教会法（カノン法）の影響を強く受けていた参加国では、（比較的）近年まで、離婚は国内法秩序の本質的要素に反するとして禁止されていたが、それが大転換し、現在では離婚が許容されるようになったという点も考慮に入れるべきである¹⁵³。それに合わせ抵触法も改められ、外国準拠法が離婚について定めていないとき¹⁵⁴、または、外国準拠法によれば離婚が成立しないときは¹⁵⁵、国内法を適用すると定めていた参加国もあった。この問題について、Rome III 規則第 10 条は、離婚を禁止する外国法（の適用¹⁵⁶）は EU の公序に反することを明確にし、全ての参加国において Rome III 規則が統一的に適用されるようにしていると解される。また、従来の参加国の抵触法のように、内国関連性を要件として掲げていないため、配偶者の国籍や常居所地等を問わず、全ての者の離婚について法廷地法の適用を義務付けているとも解される（内国関連性について、後述 5 参照）。

¹⁴⁸ 離婚を完全に禁止する国として、その他に、アンドローラ、サンマリノ、ドミニカ共和国、バチカン市国が挙げられる。See Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 68.1.

¹⁴⁹ Rome III 規則施行前のケースであるが、ドイツ国際私法に照らした裁判例として、BGH, XII ZR 79/04, JZ 2007, pp. 738-741, 740 を参照されたい。See also Thomas Rauscher, Anmerkung, JZ 2007, pp. 741-744.

¹⁵⁰ Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 62.

¹⁵¹ Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 138.

¹⁵² Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, paras. 67-69.

¹⁵³ スペインの例について、Scholz and Krause, *op. cit.*, FuR 2/2009, pp. 5-7 を参照されたい。ドイツ国内裁判所の判断について、BGH, XII ZR 79/04, JZ 2007, pp. 738-744, 740-741 を見よ。

¹⁵⁴ スペイン民法第 107 条第 2 項第 c 号参照。

¹⁵⁵ ドイツ国際私法（EGBGB）第 17 条第 1 項後段参照。なお、この規定は、外国準拠法が離婚を一律禁止している場合だけではなく、離婚を認めているが、具体的なケースで離婚が成立しない場合にも、ドイツ法への変更を認める。See Winkler v. Mohrenfels, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 71.

¹⁵⁶ なお、詳しくは後述するように、第 10 条の文言を重視するならば、同規定は、離婚を禁止するか、または、離婚に関し男女を差別する外国法の適用がではなく、そのような外国法そのものが EU の公序に反する。

ところで、外国準拠法は離婚制度自体は設けているが、同性間の婚姻の解消については定めていない場合の取り扱いについては特別の検討を要する。一般に、ある国の法が同性間の離婚について定めていないのは、そもそも同性婚の成立を認めていないため、つまり、規定を設ける必要性がないためと解される¹⁵⁷。要するに、同性婚の成立とその離婚は表裏一体の関係にあると考えられるが、同性婚の成立といった政策・法的に議論のある問題については、各国の立場を尊重すべきであり、法廷地法の適用を義務付けることは適切ではない。なお、同性婚を禁止しても、全ての EU 加盟国（つまり、全ての Rome III 規則参加国）が加盟し、ヨーロッパの公序と位置付けられている欧州人権条約に反するわけではない¹⁵⁸。また、そもそも、Rome III 規則第 10 条が適用されるとすれば、外国法の代わりに適用される法廷地法が同性婚の成立やその解消について定めているとは限らない。法廷地法が同性婚について定めていない場合、裁判所は、その離婚について判断しなくてもよい（第 13 条、後述 I 参照）。このように Rome III 規則は、婚姻の成立に関する各国の立場を尊重しているため、外国準拠法が同性婚の成立や離婚について定めていないときも、裁判所は判断しなくてよいと解される。もっとも、裁判離婚しか認められていない参加国において、裁判所が同性婚の解消を言い渡さないとすれば、当事者の離婚する権利や、結婚する権利（厳密には、離婚し、再婚する権利）が保障されないという問題が生じる（後述 I. 2 参照）。そのため、特に、法廷地法が同性婚の成立やその解消を認めているときは、公序規定（Rome III 規則第 12 条）に基づき、外国準拠法の適用を排除し、法廷地法を適用すべきである。

なお、Rome III 規則の施行前のケースであるが、オランダ法に基づき成立した同性婚の解消が問題になったケースにおいて、ドイツの裁判所は、離婚の準拠法（イタリア法）は同性婚の成立や解消について定めていないため、同性間のパートナーシップの準拠法（オランダ法）に照らし、離婚を成立させた¹⁵⁹。これは離婚の権利を保障するためであるが、ドイツ法は婚姻を異性間に留保し、同性間にはパートナーシップの形成しか認めていない。そのため、外国法に基づき成立した同性間の婚姻は、婚姻と捉えるべきか、パートナーシップとして捉えるべきかという特殊な問題（離婚の先決問題の対象となる法律関係の性質決定）がある。婚姻は男女間でのみ成立するという基本原則に照らし、後者の方が有力で

¹⁵⁷ これに対し、同性婚の成立を認めるが、その解消は認めないとする立法例があるとするれば、同時に、異性間でも離婚を容認しないと考えられる。このような場合は、離婚が一般的に禁止されているため、第 10 条が適用される。なお、異性間では離婚を認めるが、同性間では認めないとする場合は、第 10 条ではなく、第 12 条（公序規定）の適用が問題になる。また、外国準拠法がどのように定めているかに拘わらず、法廷地法（Rome III 規則参加国法）が同性婚を認めていないとき、裁判所は外国準拠法を適用する義務を負わない（第 13 条）。

¹⁵⁸ ECHR, 30141/04, *Schalk and Kopf v Austria*, NJW 2011, p. 1421. See Albrecht Weber, *Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 2010*, NJW 2011, pp. 3067-3075, 3069-3070.

¹⁵⁹ AG Münster, 56 F 79/09, NJW-RR 2010, pp. 1308-1309; FamFR 2010, p. 167.

あるが¹⁶⁰、このケースでは、離婚の準拠法は同性婚の成立や離婚について定めていないため、パートナーシップとして性質決定した。つまり、性質決定を準拠法の内容に照らし行っている。そのため、方法論的に問題があるが、離婚の準拠法が同性婚について定めていないときの対処法としては、結論において妥当である。なお、このケースでは、結果として、同性婚の解消は、その成立の準拠法によることになったが、抵触規定をそのように改めるべきか（つまり、離婚は婚姻成立の準拠法によることとする）検討するに値する。

② 外国準拠法が離婚や法的別居に関し、一方の配偶者を差別しているとき

同様に、外国準拠法が離婚や法的別居に関し、一方の配偶者を、その性にに基づき差別している場合も法廷地法による。前述したように、同様の規定はスペイン民法にも存在し（民法第107条第2項第c号）、スペイン政府のイニシアチブに基づき採り入れられたとされているが¹⁶¹、そのような規定を持たない加盟国でも、公序違反を理由に、女性を差別する外国法規の適用は排除されることがあった¹⁶²。

なお、第10条は、外国法が夫婦を差別している場合に関する特例として説明されることもあるが¹⁶³、以下に引用するように、同条では夫婦ないし男女という表現が用いられているわけではない。このことからRome III規則は同性婚の解消にも適用されると解されるが（本章II.A.1参照）、第10条は性別に基づく差別について定めているため（なお、人種や宗教など、その他の事由に基づく差別は含まれていない）、異性間の婚姻（夫婦）についてのみ適用される。

Article 10 Application of the law of the forum

Where the law applicable pursuant to Article 5 or Article 8 makes no provision for divorce or does not grant one of the *spouses* equal access to divorce or legal separation *on grounds of their sex*, the law of the forum shall apply [斜体は筆者による強調] .¹⁶⁴

¹⁶⁰ 前掲注 90 を参照されたい。

¹⁶¹ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 391, note 131. スペイン民法第 107 条第 2 項第 c 号の内容について、前掲注 145 を参照されたい。なお、同法は差別を性別に基づくものに限定しているわけではない。

¹⁶² ドイツの実務について、Winkler v. Mohrenfels, op. cit., Art. 17 EGBGB, paras. 110-111.

¹⁶³ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 391.

¹⁶⁴ なお、第 10 条の文言 (equal access to divorce or legal separation/égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps/gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes) を重視するならば、離婚や法的別居の申立てに関する男女差別が問題になると捉えることもできるが、離婚原因について、女性を不利に扱っている場合も含まれると解される。Winkler v. Mohrenfels, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 114, note 1.

性別に基づく差別とは、例えば、離婚や別居を申し出る権利が男性にしか与えられていない場合を指す¹⁶⁵。これは、妻を追い出し (talaq)、一方的に離婚を成立させることを夫にのみ認めるイスラム法上の離婚(talaq による離婚)を想定していると説明されているが¹⁶⁶、ユダヤ法も同様に關係してくる¹⁶⁷。

なお、talaq による離婚は、男女差別の他に、それが私的離婚であるため、Rome III参加国の公序に反しないかといった問題もある¹⁶⁸。これは全ての参加国法が裁判離婚しか認めていないことによるが(前述本章II.A.1参照)、裁判上、talaq がなされるのであれば(または裁判外でなされた talaq が裁判上で再度、行われるのであれば)、私的離婚であることより生じる問題は解決される¹⁶⁹。

ところで、指定された準拠法が男女を差別していれば、直ちにその適用が排除されるのか、それとも、ある具体的なケースに準拠法を適用すると不当な結果が生じる場合でなければならないかといった問題があるが¹⁷⁰、第10条の趣旨は配偶者の一方が不利な状況に置かれることを禁ずることにあるとすれば、後者で足りる。例えば、前述したように、イスラム法は一方的に離婚を成立させる権利を夫にのみを与えているが、具体的なケースでは、妻も離婚に同意しているならば、イスラム法の準拠法性を否定し、法廷地法によるべき必然性はない¹⁷¹。なお、法廷地法の適用は男女差別を除去するだけであり、離婚の成立まで

¹⁶⁵ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 391.

¹⁶⁶ Kohler, op. cit., FamRZ 2008, p. 1678. イスラム法上の talaq に基づく離婚と公序良俗違反について、Winkler v. Mohrenfels, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 112, note 2.

¹⁶⁷ Christoph Herfarth, Die Scheidung nach dem jüdischen Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht, Universitätsverlag Winter 2000, pp. 21 et seq and 28 et seq.; Christoph Herfarth, Get-Statutes und ihr Anwendbarkeit in Deutschland, IPRax 2002, pp. 17-18.

¹⁶⁸ さらに、手続法上の問題について、BGH, XII ZR 225/01, NJW-RR 2005, p. 81 を参照されたい。

¹⁶⁹ BGH, op. cit., NJW-RR 2005, p. 81. See Heiderhoff, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 93. ただし、talaq による離婚が第3国で裁判所が関与せずに行われ、その承認が Rome III 規則参加国に求められるときは、公序違反について検討を要する。Winkler v. Mohrenfels, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 113.

¹⁷⁰ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 391, note 134.

¹⁷¹ Heiderhoff, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 63 (なお、矛盾する説明として、para. 137) ; Winkler v. Mohrenfels, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 112, note 6 and paras. 141-144. 同旨のドイツ国内裁判所の判決として、OLG Köln, 21 WF 151/95, FamRZ 1996, p. 1147; OLG Hamm, 3 UF 267/12; OLG Hamm, 2 WF 259/09, BeckRS 2010, 06463. See also BGH, XII ZR 225/01, NJW-RR 2005, p. 81. また、Rome III 規則施行後における同旨のドイツ国内裁判所の判決として、OLG Hamm, 3 UF 267/12. なお、このケースでは、夫に代わり talaq を宣言する権利(代理権)が妻に与えられており、当事者が準拠法に指定したイラン法によっても離婚が成立するため、裁判所は talaq を認めるイラン法は Rome III 規則第10条もしくは第12条に基づき排除されるべきかどうか判断していない。Talaq を宣言する権利を妻に与える合意も、イラン法上、有効である点について、BGH, XII ZR 225/01, I. 4. d), NJW-RR 2005, pp. 81-87, 84 を参照されたい。

保障するわけではない¹⁷²。つまり、法廷地法上の要件が満たされなければ、離婚は成立しない。

準拠法の内容を抽象的に判断するのではなく、その適用結果を考慮すべきと捉える根拠として、さらに、Rome III規則の第24立法理由を指摘する見解があるが¹⁷³、同理由の文言は以下の通りである。

In bestimmten Situationen, in denen das anzuwendende Recht eine Ehescheidung nicht zulässt oder einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zu einem Scheidungs- oder Trennungsverfahren gewährt, sollte jedoch das Recht des angerufenen Gerichts maßgebend sein. Der Ordre-public-Vorbehalt sollte hiervon jedoch unberührt bleiben [斜体は筆者による協調] .

英文による同立法理由は次の通りである。

In certain situations, such as where the applicable law makes no provision for divorce or where it does not grant one of the spouses equal access to divorce or legal separation on grounds of their sex, the law of the court seized should nevertheless apply. This, however, should be without prejudice to the public policy clause [斜体は筆者による協調] .

冒頭の “*In bestimmten Situationen/In certain situations*” は、具体的なケースで準拠法を適用した場合という趣旨ではないため、それを根拠に、第10条の適用に際しては準拠法の適用結果が問われると捉えるのは適切ではない。

これに対し、Rome III規定には公序規定（第12条）も設けられていることを考慮すると、抽象的に判断すべきとする見解も有力に主張されている。つまり、同規定については、具体的なケースにおける準拠法の適用が公序に反するかどうか検討しなければならないが、第10条も同じであるとすれば、あえて第10条を設ける必要はなかったと考えられる¹⁷⁴。特

これとは異なる裁判例として、AG München, IPRax 1982, 250; AG Frankfurt, 35 F 4153/87, NJW 1989, p. 1434.

See also Michael Bolz, *Verstoßung der Ehefrau nach islamischem Recht und deutscher ordre public*, NJW 1990, pp. 620-622, 621; OLG Frankfurt, NJW 1985, p. 1293.

¹⁷² なお、Winkler v. Mohrenfels, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 114 は、夫にのみ離婚を言い渡す権利を与えるイスラム法の適用が排除されるとすれば、女性にも同じ権利が与えられるとするが、性別を問わず、この権利を誰にも与えないという形でも男女平等は実現されるため、適切ではない。

¹⁷³ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 391.

¹⁷⁴ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 391. なお、同所において、Gruber は、第16立法理由からも同旨の結論が導かれるとしている。つまり、第16立法理由は当事者による準

に、規定の文言、つまり、第13条とは異なり、第10条は「外国準拠法の適用が」とは定めていないことを重視するならば、抽象的に判断すべきと解される¹⁷⁵。また、EUは当事者によるイスラム法の選択を一括して認めず、*talaq* がヨーロッパにもたらされるのを防ごうとしていると考えることもできる（もっとも、実際にそのような意図があったとすれば、外交的に大きな問題を生じさせる）¹⁷⁶。抽象的に判断されるとすれば、具体的妥当性について裁判官は判断しなくて済み、負担が軽減されるといった実益もある¹⁷⁷。さらに、外国準拠法は妻を差別しているが、それを適用しても、不当な結果が生じないケースにおいても、その適用を排除すべきかという点について、参加国の実務は統一されていなかったが¹⁷⁸、**Rome III**規則第10条は、この問題を明確に解決し、EU法の適用の統一に貢献しているといえることもできる¹⁷⁹。もっとも、硬直的な取扱いは当事者の期待や実情に即した紛争解決という国際私法の理念に合致するとは限らないばかりか、国際的判決の調和を害する（つまり準拠法国では離婚は成立するが、**Rome III**規則参加国では成立しない¹⁸⁰）といった欠点がある。特に、差別されている妻が離婚に応じているケースでは、外国準拠法に従い、離婚を成立させる方が同人の権利保護に資すると解される。それゆえ、第10条の文言には合致しないが、外国法適用の具体的妥当性が問われると解すべきである。なお、モデルになったとされるスペイン民法も、「外国法の適用が」とは定めていない¹⁸¹。

私見とは異なり、外国法の内容を抽象的に判断するとすれば、第10条は抵触規定というより、実質規定としての機能を持つことになるが、EUにはそのような規定を制定する権限は与えられていないことが指摘されている（EUの機能に関する条約第81条第2項第e号および前述第1章〔補論〕参照）¹⁸²。もっとも、第10条は、あくまでも準拠法を指定しているだけであり（法廷地法の適用を義務付けている）、離婚について実体的に定めているわけではない。むしろ、第10条は、参加国の実質法が離婚について定め、また、男女差別を行っていないことを前提にしており（つまり、法廷地となる参加国の法も離婚について規定していなかったり、男女差別を行っている場合は、法廷法によるべき理由はない）、参加国の実質法の内容や立法権に干渉していない。

拠法の選択に関してではあるが、EU基本諸条約やEU基本権憲章に合致しない法（ここでは離婚に関し男女を差別する法）を当事者は選択しえないと抽象的に定めている。

¹⁷⁵ Marcel Gade, *Schwerpunktbereich IPR: Die Rom III-VO*, *JuS* 2013, pp. 779-783, 782. なお、Gadeは、外国法の適用排除から生じる国際摩擦を緩和するため、規定の文言とは異なる運用も可能であるとする。

¹⁷⁶ Gruber, *op. cit.*, *IPRax* 2012, p. 391; Heiderhoff, *op. cit.*, para. 137.

¹⁷⁷ Gruber, *op. cit.*, *IPRax* 2012, p. 391, note 140.

¹⁷⁸ 前掲注 153 を参照されたい。

¹⁷⁹ Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 63.

¹⁸⁰ なお、Gruberは、法廷地法の適用は跛行婚を生み出すと述べているが、そもそも、第10条は離婚に関する規定であるため、婚姻を発生させることはない。Gruber, *op. cit.*, *IPRax* 2012, p. 391.

¹⁸¹ 前掲注 145 参照。

¹⁸² Gruber, *op. cit.*, *IPRax* 2012, p. 391, note 139.

なお、第10条は、その文言通りに適用すべきかという点については、同規定は内国関連性についても定めていない点を指摘することができる。従来の国内抵触法上の実務では、それが求められていたことも併せて検討すると¹⁸³、実際に、内国関連性が不要とされるかは疑わしく（後述5参照）、規定の不備も否定できない。

2. 第12条（公序）との関係

Rome III規則第12条は伝統的な公序規定に相当し、第10条はその特別規定に当たると解される¹⁸⁴。ただし、この特則が一般規定より先に置かれていることや（一般規定は第12条であるのに対し、特別規定は第10条である）、両規定の間に反致に関する規定（第11条）が存在する。これらの点を考慮すると、第10条を公序に関する特別規定と捉えるのは適切ではないが、Rome III規則の体系にこそ問題があり、個々の規定の内容を考慮するならば、第10条は公序に関する特則として捉えるべきである。従来の加盟国の実務においても、これと同趣旨の国内抵触規定は公序に関する特別規定として捉えられていたことも¹⁸⁵、この解釈を裏付ける。

Rome III規則が一般公序規定（第12条）の他に、第10条を設けているのは、EU国際私法上の公序を明確にし、適用の統一を確保するためと解される。

3. 当事者が指定した準拠法の適用排除

第10条に従い、排除される準拠法は当事者が選択したものであってもよいことが同規定より明確に読み取れる。つまり、当事者が離婚を認めないフィリピン法を選択する場合であれ、裁判所はそれによらず、法廷地法に照らし離婚を成立させることができる。それゆえ、Rome III規則は離婚に好意的であり、離婚の成立を私的自治（準拠法の選択）に優先させていると評されている。また、「離婚に関する基本権」（Grundrechte auf Scheidung）を不可侵の権利として保障するものと解されている¹⁸⁶。従来のRome III規則参加国の実務でも、離婚する権利は憲法上の基本権として扱われ、離婚を禁止する外国法の排除（公序違反）が検討されていた¹⁸⁷。ただし、法廷地法上の要件が満たされなければ、離婚は成立

¹⁸³ Winkler v. Mohrenfels, op. cit., Art. 17 EGBGB, paras. 110-111 and 115.

¹⁸⁴ そのように捉える文献として、例えば、Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 391; Heiderhoff, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 67 を参照されたい。

¹⁸⁵ 例えば、スペイン法について、Scholz and Krause, op. cit., FuR 2/2009, p. 7 を参照されたい。また、前掲注 145 を見よ。

¹⁸⁶ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 391. See also Heiderhoff, op. cit., Art. 17 EGBGB, paras. 57 and 62. なお、その一方で、Rome III規則は、離婚を認めない参加国の裁判所は、外国準拠法に照らし、離婚の成立を言い渡すことが義務付けられないとする（第13条）。

¹⁸⁷ 例えば、ドイツ基本法第6条第1項は、婚姻と家族は特別に保護されると定めるが、これより、結婚する権利だけではなく、消極的結婚としての離婚（再婚する権利行使の前提である離婚）も基本権として保護されると解されている。See BGH, XII ZR 79/04, JZ 2007, pp. 738-741, 740; Heiderhoff, op. cit., Art. 17 EGBGB, paras. 67-68.

しない。

4. 準拠法の適用排除後の処理 — 法廷地法の適用

第12条とは異なり、第10条は外国準拠法の適用排除後の処理について定めている。つまり、その場合には法廷地法が適用される。なお、排除される準拠法が当事者によって選択されたものであるときは、直ちに法廷地法を適用するのではなく、第8条の代替的な連結点に照らし、準拠法を決定すべきとする見解が主張されている¹⁸⁸。つまり、当事者の常居所地法か、本国法の適用について検討すべきということである。確かに、その方が事件の実情により合致した解決が得られる可能性もあるが、常居所地法や本国法も離婚を禁止していたり、両性を差別しているとすれば、第12条の目的は達成されないといった欠点がある。

なお、離婚を禁止する外国法の適用排除は、離婚の成立を保障するものではない。つまり、離婚が成立するには法廷地法上の要件が満たされなければならない。裁判所が離婚の成立を認める場合には、その外国における効力（準拠法での承認）が問題になる¹⁸⁹。

5. 内国関連性

外国準拠法の適用を排除し、法廷地法を適用するには内国関連性が必要と解されるが¹⁹⁰、第10条はこの点について定めていない¹⁹¹。同規定は、裁判官の負担を軽減するため、外国法の適用を一律、つまり、内国関連性の有無を問わず、排除していると捉えることも可能である。実際に、そうであるとすれば、自国の国籍を有するか¹⁹²、自国内に常居所を置く者についてのみ¹⁹³、法廷地法への変更を認めていた国内抵触法と大きく異なることになる。特に、ドイツでは、問題点を明確に認識し、議論した上で、特例の適用を自国民に限定していた¹⁹⁴。他方、Rome III 規則参加国の裁判所が自国民の離婚についてのみ、準拠法を変更するとすれば、EU法の大原則である国籍に基づく差別禁止に抵触する¹⁹⁵。第10条が当

国際私法と基本権保護の関係について、Hans Jürgen Sonnenberger, in Franz Jürgen Säcker and Roland Rixecker eds., Münchener Kommentar zum BGB, vol. 10, 5th edition, C. H. Beck 2010, EGBGB, Einleitung, paras. 322-330 を参照されたい。

¹⁸⁸ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 391.

¹⁸⁹ Scholz and Krause, op. cit., FuR 2/2009, p. 7.

¹⁹⁰ Heiderhoff, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 68. See also Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 391.

¹⁹¹ これに対し、第10条のモデルになったとされるスペイン民法第107条第2項第c号は、配偶者の一方がスペイン国籍を有するか、スペインに常居所を置いていることを要件として掲げている。同規定について、前掲注145を参照されたい。

¹⁹² ドイツ国際私法（EGBGB）第17条第1項後段およびスペイン民法第107条第2項第c号。

¹⁹³ スペイン民法第107条第2項第c号。

¹⁹⁴ Winkler v. Mohrenfels, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 67.

¹⁹⁵ EUの機能に関する条約第18条参照。また、新Brussels II規則に関するECJの判断として、Case C-323/95 Hayes v Kronenberger [1997] ECR I-1711, para. 18 を参照されたい。

事者の国籍を問題にしていけないのは、そのためと解される。もっとも、前述した国籍に基づく差別の禁止は EU 加盟国の国民を平等に扱うことのみを求めているため、第 3 国の国民については、内国関連性を要件にしても問題は生じない。なお、法廷地法に従った裁判所の判断は、第 3 国、特に、当初の準拠法で承認されず、跛行的な離婚を発生させる危険性があるため、慎重な運用が求められる。一般公序規定である第 12 条も内国関連性については定めていないが、第 10 条の適用についても不明な点が残る。

H. 公序（第 12 条）

第 12 条は、Rome III 規則に従い指定された準拠法の適用が法廷地国の公序に明らかに反するときを限り、その適用を排除することができることと定める。外国準拠法の適用を排除する点では第 10 条と同じであるが、この規定が特定のケースを明記しているのに対し、第 12 条は特定していない。それゆえ、第 10 条と比較し、第 12 条は一般公序規定と呼ばれている¹⁹⁶。なお、公序規定に基づく外国法の排除は、EU 基本権憲章、特に、あらゆる差別を禁止する第 12 条に反してはならない（第 25 立法理由）。

第 10 条は、指定された準拠法の代わりに法廷地法が適用されることを明確にしているが（第 24 立法理由参照）、この点について第 12 条は定めていない。また、内国関連性を要件とするかについては、両規定とも定めていない。このように公序規定の適用に関しては不明な点が残されている。

I. 実体的判断の拒否（第 13 条）

1. 準拠法に照らした判断が義務付けられない場合

Rome III 規則第 13 条は、離婚を禁止する参加国や、離婚の前提となる婚姻の成立を認めない参加国は、同規則の適用に際し、離婚の成立を言い渡す義務を負わないと定める。同条には“Differences in national law”という見出しが付けられているが、厳密には、法廷地法の内容と Rome III 規則に従い指定された外国準拠法の内容が異なるケースに関し、法廷地法の立場を尊重する趣旨で設けられたと解される。この特例が認められるケースの詳細は以下の通りである。

① 法廷地法が離婚について定めていない場合

参加国の国内法が離婚について定めていない場合、つまり、国内法上、離婚制度が存在しない場合¹⁹⁷、同国の裁判所は外国準拠法に照らし離婚を成立させなくてもよい。これは参加国の実体法上の立場を尊重するものであるが、その他にも、外国実体法と内国手続法の不調和や公序（外国法の適用排除）といった国際私法上の問題を考慮していると解され

¹⁹⁶ 前掲注 184 に挙げた文献を参照されたい。

¹⁹⁷ これに対し、外国準拠法は離婚を認めているが、具体的なケースでは要件が満たされないため、離婚は成立しないというケースに Rome III 規則第 13 条は適用されない。

る。なお、Rome III 規則の制定時、EU 内では唯一マルタが離婚を禁止していたため、第 13 条はマルタ条項と呼ばれているが¹⁹⁸、現在は、同国も離婚を容認している（マルタ民法第 66B 条）¹⁹⁹。その他の参加国においても、将来、離婚が禁止されることはないと考えられるため、このケースが適用されることもないと解される²⁰⁰。

これに対し、別居制度を持たない参加国は存在するが（例えば、ドイツ）、第 13 条は、法廷地法が別居について定めていない場合について規定していない。したがって、このような場合、裁判所は、外国準拠法に照らし、別居について判断しなければならないが、法廷地法上、特に問題は生じないと解される²⁰¹。

② 法廷地法が離婚の前提となる婚姻の成立を認めていない場合

離婚は婚姻関係の存在を前提にするが、法廷地法、つまり、Rome III 規則参加国の法²⁰²によれば、この前提が存在しない場合にも、裁判所は離婚を成立させなくてよい。なお、全ての参加国で婚姻は一般に認められているため、第 13 条は特殊な形態の婚姻、つまり、同性婚を想定していると解される。例えば、ドイツのように、同性間の婚姻を容認していない参加国の裁判所は、外国法に従い成立した同性間の婚姻について、その離婚を成立させることが義務付けられない。これは、法廷地法が離婚について定めていない場合と同様に、参加国の実体法上の違いだけでなく²⁰³、外国実体法と内国手続法の不調和や公序といった国際私法上の問題を考慮した特例と解されるが、同性婚を認めない参加国の裁判所がその離婚を認容する判断を下しても、同国の公序に反しないと考えられる。なぜなら、ここでは同性婚の成立ではなく、その離婚が問題になっているため、離婚認容判決は同性婚を積極的に認めることにはならず、むしろ、同性婚を容認しない国内法と同じ状況をもたら

¹⁹⁸ Kohler, op. cit., FPR 2008, p. 195; Eva Becker, Die Vereinheitlichung von Kollisionsnormen im europäischen Familienrecht - Rom III, NJW 2011, pp. 1543-1546, 1544.

¹⁹⁹ 国民投票の結果を受け、2011 年 7 月に民法が改正されるまで、人口の 98% がカトリック教徒であるマルタは離婚を禁止していた。この点について、Anwaltskanzlei von der Wehl の サイト (<http://www.ehescheidung24.de/blog/2011/05/31/scheidung-jetzt-auch-auf-malta-moeglich> [2014 年 1 月 10 日現在]) を参照されたい。なお、マルタは 2004 年 5 月に EU に加盟している。

²⁰⁰ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 389.

²⁰¹ ドイツ法は別居について定めていないが、外国準拠法が定める別居の成立について判断しうるとするドイツ裁判所の判例として、BGHZ 47, 324 = NJW 1967, pp. 2109-2113; BGH, NJW 1988, pp. 636-638.

²⁰² なお、Rome III 規則を適用するにあたり、先決問題の準拠法は法廷地の国際私法に基づき決定されるが、第 13 条の適用に際しては、このようにして決定される先決問題の準拠法ではなく、法廷地法が離婚の前提である婚姻の成立を認めているかどうかの問題になる。

²⁰³ EU 内でも同性婚を認める国が増えているとはいえ、まだ少数である。この点について、第 3 章 II. A を参照されたい。

すためである。また、緊密な国家統合体である EU 内でも同性婚を認める国が増えつつあるが、そのようなパートナー国の法が準拠法に指定される時は、裁判所がこれを適用して離婚を成立させても公序に反しないと解される²⁰⁴。逆に、離婚を成立させないことの方が基本権（消極的婚姻の自由ないし結婚する権利〔離婚し、再婚する権利〕）保護の要請に反し、参加国の公序に抵触すると考えられる²⁰⁵。

なお、離婚の先決問題の準拠法によれば、婚姻関係は存在するが、離婚の準拠法によれば成立しないといた特殊なケース（例えば、同性婚の解消が申し立てられたケースにおいて、先決問題の準拠法によれば同性婚は成立するが、離婚の準拠法によれば同性婚は成立しない場合）について Rome III 規則は定めていない。法廷地法もそのような婚姻の成立をみとめていないときは、第 13 条に従い、裁判所は実体的判断を回避することができるかと解されるが、前述したように、権利保護の要請に反する。他方、法廷地法がそのような婚姻の成立を認めているときは、第 10 条もしくは第 12 条に基づき、離婚の準拠法の適用を排除し、法廷地法によるべきであると考えられる。

2. 基本権の保護

第 13 条が定めるケースに該当するとき、参加国の裁判所は事案を取り調べることなく、申立てを却下することができるが²⁰⁶、実際にこれがなされれば、各国憲法²⁰⁷や EU 基本権憲章第 47 条および欧州人権条約第 6 条が保障する裁判を受ける権利が保障されないことになる²⁰⁸。特に、当事者は、そのような参加国でしか訴えを提起できない場合に重大な問題が生じる²⁰⁹。例えば、オランダ人男性とイタリア人男性がオランダでオランダ法に基づき結婚し、その後、双方の常居所をドイツに移す場合²¹⁰、新 Brussels II 規則によれば、離婚の訴えはドイツの裁判所にしか提起できない（同規則第 3 条第 1 項第 a 号および第 b 号参照）。ドイツ法は同性間の婚姻を認めていないため、ドイツの裁判所は判断を拒否しうることになるが、実際に申立てを却下するとすれば、裁判を受ける権利が保障されない危険性が生じる。

²⁰⁴ AG Münster, 56 F 79/09, NJW-RR 2010, pp. 1308-1309; FamFR 2010, p. 167.

²⁰⁵ Winkler v. Mohrenfel, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 115; BGHZ 41, 136, 147; BGHZ 42, 7, 11.

²⁰⁶ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 390.

²⁰⁷ 例えば、ドイツ基本法第 1 条第 2 項および第 20 条第 3 項参照。

²⁰⁸ 裁判を受ける権利（法的審問を受ける）や実効的な司法救済を受ける権利の重要性は、EU 裁判所の判例法でも強調されている。この点について、拙稿「EC の smart sanctions と司法救済 ～ EC 裁判所の Kadi and Al Barakaat 判決を踏まえて～」平成国際大学法政学会編『平成法政研究』第 14 巻第 1 号（2009 年 11 月）79～151 頁（109～121 頁以下）を参照されたい。また、EU 法上の基本権保護と国際私法上の公序について、Sonnenberger, op. cit., EGBGB, Einleitung, paras. 339-348 を参照されたい。

²⁰⁹ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 390.

²¹⁰ 類似するケースとして、AG Münster, 56 F 79/09, NJW-RR 2010, pp. 1308-1309; FamFR 2010, p. 167.

より深刻な問題は、離婚する権利ないし消極的婚姻の自由が保障されないことであるが、離婚が成立しなければ、再婚できないため、基本権としての婚姻（再婚）の自由を保障する上でも、裁判所が離婚を成立させることは重要である²¹¹。それゆえ、管轄しうる参加国が一つしかない場合、同国の裁判所は離婚について判断しなければならないという形で、**Rome III** 規則第 13 条を運用すべきとする見解が主張されているが²¹²、私見もそのように解する。また、上述した点を考慮すると、同性婚の成立を認めていない参加国の裁判所は、外国法に基づき成立した同性婚の解消について判断しなくてもよいとする趣旨の規定である第 13 条は、内容的に支持しえないだけでなく、実務上の重要性にも欠けると解される。同規定は、法廷地国が離婚について定めていないときも、裁判所は離婚について判断しなくてもよいと定めるが（前述(a)参照）、同様の批判が当てはまる。

なお、新 **Brussels II** 規則第 3 条～第 5 条より加盟国の国際裁判管轄権が生じないとき、各国は、自国の法に従い、自らの管轄権の有無について検討しなければならない（同規則第 7 条）。前掲のケースでは、ドイツの裁判所が管轄権を有するため、この特例は適用されないが、**Rome III** 規則第 13 条に基づき、裁判所が実体的判断を下さない場合には、当事者の裁判を受ける権利を保障するため、また、離婚する権利や離婚した後に再婚する権利を保障するため、準用すべきであろう²¹³。なお、当事者がドイツからオランダに帰国するか、その他の同性婚を認める参加国に常居所を移すならば、それらの国で訴え、離婚認容判決を得ることが可能になる。しかし、これはオランダからドイツ（またはその他の同性婚を認めない参加国）への移住を抑制する効果を持ち、EU 内における人の移動の自由の実効的な保障に抵触する。

3. 代替的な司法判断

ところで、ドイツ法は、同性間の婚姻は認めないが、パートナーシップの形成・締結を認めており、外国法に基づき成立した同性間の婚姻の解消はパートナーシップの解消に準ずるものとして扱われてきた。つまり、パートナーシップの解消に関する抵触規定（**EGBGB** 第 17b 条）を類推適用して準拠法が決定され、その解消について審理されてきた²¹⁴。**Rome III** 規則第 13 条を根拠に、裁判所が同性間の離婚について判断を下さない場合、裁判所は、

²¹¹ 前掲注 187 を参照されたい。

²¹² Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 390.

²¹³ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 390. この問題について、BGH, Urteil v. 20. 2. 2013, XII ZR 8/11, NJW-RR 2013, pp. 641-643, paras. 19-28 を参照せよ。このケースでは、新 **Brussels II** 規則第 3 条第 1 項より、マルタの国際裁判管轄が導かれるが、マルタ法は離婚について定めていないため、同国の裁判所は離婚について判断を下すことができず、ドイツは第 7 条が定める例外的管轄権を持つべきかが問題になったが、BGH（ドイツ連邦通常裁判所）は、判決の時点において、マルタ法は改正され、離婚について定めているため、マルタの裁判所は離婚について判断することができ、例外的管轄権の有無について判断する必要ないとした。

²¹⁴ 前掲注 90 を参照されたい。

従来の実務と同じように、パートナーシップの解消を言い渡すことができるか、または、そうすべきかについては検討を要する。確かに、離婚する権利ないし再婚する権利（基本権としての婚姻の自由）を保障するには裁判所の関与が不可欠であるが（ドイツ法上、ドイツ国内では私的離婚が許されない²¹⁵）、裁判所が離婚ではなく、パートナーシップの解消を言い渡すことは、当事者の要望に合致しないばかりか、同性婚が認められている加盟国、とりわけ、同性婚成立の準拠法で問題を発生させるため²¹⁶、適切ではない。ドイツ法上、婚姻や離婚は異性間でのみ認められているため、同性間の法律関係はパートナーシップの締結・解消としてしか扱えないのであれば²¹⁷、Rome III 規則第 13 条に基づき当事者の申立てを却下し、離婚の言い渡しが可能な国で裁判が行われるようにすべきである。他国が管轄権を有さないといった特殊なケースでは、Rome III 規則は同性婚の解消にも適用されると解すべきであるため（前述参照）、パートナーシップに関する国内抵触規定の類推適用ではなく、同規則に従い準拠法を決定し、手続は離婚（つまり、異性間の婚姻の解消）もしくはパートナーシップの解消に関する規定を準用し、離婚の成立を言い渡すべきであると考えられる²¹⁸。

III. 各論

A. 当事者による準拠法の選択（第 5 条）

1. 序

第 5 条は当事者による準拠法の選択を認める。これは EU 内における人の移動を活性化するには、準拠法の決定を柔軟にし、かつ、安定させる必要があるためである²¹⁹。例えば、ドイツ人夫婦がスウェーデンに移住した結果（法廷地もスウェーデンとする）、離婚の準拠法は本国法ではなく、法廷地法になるとすれば（スウェーデンの国際私法によれば、法廷地法が準拠法となる）、当事者の意図や予想に反する結果が生じかねない。逆に、長年、ドイツで生活し、ドイツ社会に溶け込んでいるイタリア人夫婦は、ドイツ法に基づく離婚を希望しているが（法廷地国はドイツまたはイタリアとする）、本国法が準拠法になる場合も同様である（ドイツおよびイタリアの国際私法によれば、本国法が準拠法になる）²²⁰。当事者が準拠法を指定しうるとすれば、このような問題は解決される。

なお、前掲のスウェーデンのように、Rome III 規則に参加していない EU 加盟国または第 3 国の裁判所に訴えが提起される場合、同選択は効力を持たない。それゆえ、準拠法の選択に際しては、将来、どの国の裁判所に訴えを提起することになるか予め想定しておく

²¹⁵ この点について、前掲注 86 を参照されたい。

²¹⁶ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 390.

²¹⁷ Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17b EGBGB, paras. 11-12.

²¹⁸ なお、イラン法上の *talaq* に基づく離婚をドイツ国内で行う場合の手続的問題について、BGH, XII ZR 225/01, NJW-RR 2005, pp. 81-87 を参照されたい。

²¹⁹ Rome III 規則第 15 立法理由参照。

²²⁰ Commission of the European Communities, *op. cit.*, COM(2005) 82 final, p. 4.

必要もあるが、新 Brussels II 規則は、離婚や法的別居に関し、管轄の合意を認めていないため注意を要する。

2. 選択しうる法

第 5 条は当事者が選択しうる準拠法として以下の法を挙げるが、これらは当事者が準拠法を選択しなかった場合において、第 8 条に従って指定される準拠法と基本的に同じである（後述 4 参照）。つまり、当事者による選択の幅は限定されているが、これは「エキゾチックな」法の選択を阻止するためである²²¹。

なお、参加国の国際私法の中には準拠法の選択を認める例があった²²²。例えば、従来のドイツ国際私法（EGBGB）第 17 条第 1 項²²³は、離婚は婚姻の効力の準拠法によるとしていたが、同法を当事者は選択することができたため（第 14 条第 3 項）、間接的に、離婚の準拠法の選択も可能であった²²⁴。ただし、離婚の準拠法のみを選択することは許されていなかった（つまり、選択できるのは、あくまでも婚姻の効力の準拠法であった）。また、選択しうるのは、一方の当事者の本国法のみであった。なお、両当事者の本国法が共通であるときは、それが準拠法になるため（第 14 条第 1 項第 1 号）、当事者は準拠法を選択できない²²⁵。これらの点において、Rome III 規則は従来のドイツ法と大きく異なっている²²⁶。

① 共通常居所地国法（第 5 条第 1 項第 a 号および第 b 号）

当事者は、まず、選択時の共通常居所地国法を準拠法に指定することができる（第 5 条第 1 項第 a 号）²²⁷。選択時に常居所地国が共通でないときは、最後に共通の常居所があった国の法を選択しうるが、その当時、一方の当事者がその国に常居所を置いていなければならない（第 b 号）。なお、いずれの場合も、常居所とは、準拠法選択時におけるものを指

²²¹ Commission of the European Communities, op. cit., COM(2006) 399 final, p. 4 (“The choice is confined to laws with which the marriage has a close connection to avoid the application of "exotic" laws with which the spouses have little or no connection”).

²²² 前掲注 32 参照。

²²³ この規定は、Rome III 規則の施行に伴い改正されている（本文第 2 章 IV 参照）。

²²⁴ また、ドイツ国際私法第 14 条第 2 項は、重国籍者は複数の本国法の中から、婚姻の効力の準拠法を選択しうることを定める。

²²⁵ さらに、両当事者の常居所地国が共通であり、その国が当事者の一方の本国である場合にも、準拠法の選択は許されないが（EGBGB 第 14 条第 3 項前段）、この場合には、共通常居所地法（これは当事者の一方の本国法でもある）が準拠法となる（同第 1 項第 2 号）。要するに、両当事者は本国法が同じではなく、かつ、常居所地法も同じではない場合に、どちらかの本国法を準拠法に指定することができる。See Juliana Mörsdorf-Schulte, in Heinz Georg Bamberger and Herbert Roth eds., Beck'scher Online-Kommentar BGB, 28th edition, C. H. Beck 2013, Art. 14 EGBGB, paras. 46-49.

²²⁶ See Winkler v. Mohrenfels, op. cit., Art. 17 EGBGB, para. 41.

²²⁷ なお、常居所地国が人的不統一法域である場合について、Hammje, Rev. crit. dr. intern, prive 2011, pp. 291 et seq., 315, para. 24 を参照されたい。

す。したがって、その後、当事者の常居所地国が変更されても、選択に影響を及ぼさないが、これは EU 内における人の移動の活性化に貢献する。

多くのケースにおいて、常居所地法とは法廷地法になると考えられる（新 Brussels II 規則も、常居所地国に裁判管轄権を与えている）。つまり、一般に、当事者は常居所地の裁判所に提訴すると想定されるが、当事者が準拠法を選択しない場合でも、法廷地法（つまり、常居所地法）が準拠法に指定されることがある（第 8 条第 a 号、後述 4 参照）。

・ 常居所の概念

Rome III 規則は常居所について定義していないが、国内法に照らし解釈されるべきとも規定されていないため、同概念は EU 法独自の概念として、Rome III 規則の趣旨や目的に照らし解釈されなければならない。なぜなら、そうしなければ、同規則の適用が参加国間で異なる危険性が生じるためである²²⁸。解釈を統一する上では、EU 裁判所の判断（同裁判所が示す解釈基準）が重要な指針となる（EU 条約第 19 条第 1 項参照）。

なお、解釈に際しては、Rome III 規則と平行な関係にある新 Brussels II 規則との調整を図る必要がある。つまり、後者でも常居所の概念が用いられているが²²⁹、それらは同じように解釈されなければならない²³⁰。そうではなく、例えば、当事者の常居所がドイツにあると認定され、同国の裁判所に離婚の訴えを提起することが許される一方で（新 Brussels II 規則第 3 条第 1 項第 a 号）、Rome III 規則の適用に際しては、ドイツ法は常居所地国法ではないと判断されれば、混乱が生じる。

ECJ (European Court of Justice) は、新 Brussels II 規則第 8 条および第 10 条における常居所を単なる一時的な滞在地ではなく、実際の生活の中心地として捉えている²³¹。また、ある程度の持続性ないし規則性が求められるが、滞在期間は判断の一要素に過ぎないとして特定していない²³²。それゆえ、国内抵触法（例えば、ドイツ国際私法）上の概念と本質的に異ならないと解される²³³。

② 各人の本国法（第 5 条第 1 項第 c 号）

当事者は、選択時における各人の本国法を準拠法に指定することができる（第 5 条第 1 項

²²⁸ Case 327/82 Ekro [1984] ECR 107, para. 11; Case C-98/07 Nordania Finans and BG Factoring [2008] ECR I-1281, para. 17; Case C-523/07 A [2009] ECR I-2805, para. 34; Case C-168/08 Hadadi v Mesko [2009] ECR I-6871, para. 38.

²²⁹ 例えば、新 Brussels II 規則第 8 条および第 10 条。

²³⁰ Rome III 規則前文第 10 立法理由参照。なお、同規則第 5 条第 1 項第 a 号および第 b 号（当事者の常居所地法）は、新 Brussels II 規則第 3 条第 1 項に依拠して設けられた。See Becker, *op. cit.*, NJW 2011, p. 1544.

²³¹ Case 497/10 PPU Mercredi [2010] ECR I-14309, paras. 49, 51 and 56.

²³² *Ibidem*, paras. 44 and 51.

²³³ Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 47; Winkler v. Mohrenfels, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 294.

第 c 号)。その後、国籍が変更されても、選択に影響を及ぼさない。

・ 重国籍者の本国法

重国籍者の本国法の決定は法廷地法によるが、EU の一般原則が無条件に尊重されなければならない²³⁴。この一般原則としては、特に、国籍に基づく差別の禁止が挙げられる²³⁵。なお、新 Brussels II 規則第 3 条第 1 項第 b 号の適用に関しては、ECJ (European Court of Justice) は重国籍者の本国法の決定に際しては、全ての本国法が等しく扱われなければならないと判断している²³⁶。それゆえ、実効的ではない本国の法、つまり、国籍を有する以外に関わりを持たない国の法を準拠法にすることも認められなければならないが、この司法判断は規定の文言、目的および文脈 (コンテキスト) に基づいている。つまり、新 Brussels II 規則第 3 条第 1 項第 b 号は、重国籍者の国籍 (本国法) は実効的なものでなければならないと定めていないばかりか、その目的や文脈より、重国籍者の本国とは最も実効的な国でなければならないことは導かれない²³⁷。Rome III 規則は新 Brussels II 規則と調和するように解釈・適用することが求められているため²³⁸、Rome III 規則の適用に関しても、重国籍者の本国法は、実効的なものに限定されないとすべきである²³⁹。

なお、無国籍者や難民について、Rome III 規則は定めていないが、重国籍者の場合と同様に、国内法 (または加盟国が締結している条約) によると解される²⁴⁰。

③ 法廷地法 (第 5 条第 1 項第 d 号)

当事者は、さらに法廷地法を選択することができるが (5 条第 1 項第 d 号)、新 Brussels II 規則は、多くの国に管轄権を与えているため²⁴¹、準拠法選択の幅も広がっている²⁴²。

ところで、当事者は、実際にどの国の裁判所に訴えを提起するか決める前に、または、

²³⁴ Rome III 規則前文第 22 立法理由参照。

²³⁵ 同原則について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/r/rights.html#dis> [2014 年 1 月 10 日現在]) を参照されたい。

²³⁶ Case C-168/08 Hadadi v Mesko [2009] ECR I-6871.

²³⁷ Ibidem, paras. 51-57.

²³⁸ 本文第 2 章 V および Rome III 規則前文第 10 立法理由参照。なお、ドイツ語による第 22 立法理由の文言 (“in dieser Voerodnung”) を重視するならば、本国法の決定に関しては、新 Brussels II 規則とは切り離し、独自の解釈を行うべきとも解されるという見解が主張されている。Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 386. しかし、他の言語による同立法理由からは、そのような解釈は導かれない。また、同立法理由は、新 Brussels II 規則との関係について一切触れていない。

²³⁹ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 385.

²⁴⁰ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 386.

²⁴¹ 例えば、新 Brussels II 規則第 3 条第 1 項第 a 号によれば、当事者の一方の常居所地国の裁判所に管轄権が与えられる。第 6 条および第 7 条は、国内法に照らし管轄裁判所を決定することも認める。なお、同規則が定める国際裁判管轄について、前掲注 30 を参照されたい。

²⁴² Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 386.

受訴裁判所の管轄権が確定する前に、法廷地法を準拠法に指定しうるかといった問題がある。これが認められるとすれば、当事者は、どの国の法が法廷地法になるのかを正確に認識することなく、準拠法を選択しうることになる（いわゆる *floating choice of law*）²⁴³。Rome III 規則は明確に定めていないが、前文第 18 立法理由に照らすならば（後述 3④参照）、認められないと解される²⁴⁴。ただし、同立法理由が準拠法選択の要件を補充的に定めているかは疑わしい（後述 3④参照）。なお、ドイツ語による Rome III 規則第 5 条第 1 項第 d 号の文言（*angerufenes Gericht*）を重視するならば、法廷地法とは、訴えが提起された裁判所（受訴裁判所）の所在地法と解釈することも可能であるが、他の多くの言語は単に法廷地法（例えば *the law of the forum*）と定めるのみであり、そのような解釈は導かれない。また、第 5 条第 2 項および第 3 項を勘案すると（後述 3①参照）、準拠法を選択は、提訴する前に行わなければならないと解される。

なお、準拠法を選択に際し、当事者は法廷地法とは具体的にどの国（不統一法国であれば地域）の法であるかを特定していなければならないとする場合、訴えが却下されるか、当事者が他の国の裁判所に提訴するとき、選択は効力を持たない。

3. 選択の要件

① 時期

準拠法を選択およびその変更は、遅くとも、裁判所に離婚または法的別居を申し立てる時までになされていなければならない（第 5 条第 2 項²⁴⁵）。ただし、法廷地法が認めるならば、裁判手続中の選択も許される（第 3 項〔なお、同項は、裁判手続中の変更については定めていない〕）。例えば、ドイツ法は第 1 審の口頭弁論終結時までこれを認める（EGBGB 第 46d 条第 2 項）。手続中の選択ないし第 8 条に従い指定された準拠法の変更は手続の長期化につながりかねないが、当事者の意思を尊重した柔軟な準拠法の決定を可能にする。

なお、裁判所への申立て時について、Rome III 規則は特に定めていないが、新 Brussels II 規則と同じように扱われるべきとされている²⁴⁶。それゆえ、例えば、手続を開始させる書類または同等の書類が裁判所に提出された時が申立て時となる²⁴⁷。

²⁴³ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 386.

²⁴⁴ Helms, *op. cit.*, pp. 1767-1768; Gruber, *op. cit.*, p. 386.

²⁴⁵ Rome III 規則第 5 条第 2 項は次のように定める。

Without prejudice to paragraph 3, an agreement designating the applicable law may be concluded and modified at any time, but at the latest *at the time the court is seized*（斜体は筆者による強調）。新 Brussels II 規則第 16 条の文言も併せて検討すると（後掲注 247 参照），“at the time the court is seized”とは、裁判所に離婚または法的別居を申立てた時、厳密には、手続の開始を求める書類または同等の書類が裁判所に提出された時と解される。同旨のドイツ国内裁判所の判断について、OLG Hamm, 3 UF 267/12, C. III. 4.) を参照されたい。

²⁴⁶ Rome III 規則前文第 13 立法理由参照。

²⁴⁷ 新 Brussels II 規則第 16 条参照。同規定は次のように定める（なお、同規定は 1 項しかないが、第 1 項を示す“1”が付けられている）。

② 形式

裁判所への申立て前になされる準拠法の選択および変更は、日付けのある書面²⁴⁸を用い、かつ、両当事者がそれに署名することを要するが（第7条第1項前段²⁴⁹）、参加国は要件を追加することができる（第2項～第4項）²⁵⁰。そのため、参加国間で要件が異なることもありうるが、その場合は、選択時の常居所地法が定める要件を満たす必要がある。詳細には、選択時、両当事者が参加国内に常居所を置き、その国が共通であるときは、その国が定める要件を（第2項）、常居所地国が異なるときは、どちらか一方の常居所地国の要件を充足しなければならない（第3項）。これに対し、一方のみが参加国内に常居所を置くときは、その国の法による（第4項）²⁵¹。両者とも第3国に常居所を置く場合について Rome III 規則は定めていないが、この場合は法廷地国（同規則参加国）の法によると解される。

手続中の選択には、前述した要件は適用されないが（第7条第1項前段の反対解釈）、そもそも、このような選択を認めるかどうかは参加国に委ねられており（第5条第3項前段、前述参照）、許容するならば、選択の要件も同時に定めると解される²⁵²。なお、第5条第3項後段は、手続中の選択は、法廷地法に従い、裁判所で記録されなければならないことを予め定めている。

Rome I 規則や Rome II 規則も当事者による準拠法の選択を認めているが、同選択は明白になされるだけでなく、黙示的であってもよいとする（Rome I 規則第3条第1項中段お

Article 16 Seising of a Court

1. A court shall be deemed to be seised:

(a) at the time when the document instituting the proceedings or an equivalent document is lodged with the court, provided that the applicant has not subsequently failed to take the steps he was required to take to have service effected on the respondent;

or

(b) if the document has to be served before being lodged with the court, at the time when it is received by the authority responsible for service, provided that the applicant has not subsequently failed to take the steps he was required to take to have the document lodged with the court.

²⁴⁸ ただし、保存可能であれば、電子文書も書面として扱われる（第7条第1項後段）。

²⁴⁹ なお、Rome I 規則と Rome II 規則も当事者による準拠法の選択を認めているが、Rome III 規則のように、同選択の形式については定めていない。

²⁵⁰ 例えば、ドイツ法は公証人の関与を必要としている（EGBGB 第46b条参照）。この点について、Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 54. なお、公証人の認証を必要とするのは、他の準拠法の選択（EGBGB 第14条第4項および第15条第3項）と同じである。

²⁵¹ 例えば、参加国 A は独自の要件を設けるが、参加国 B は設けていないケースにおいて、当事者がそれぞれ A 国と B 国に常居所を置くとき、準拠法の選択は A 国法による必要はない（つまり、Rome III 規則第7条の要件を満たしていればよい）。これに対し、当事者の一方が A 国、他方が非参加国に常居所を置くときは、A 国法に従わなければならない。See Rauscher, *op. cit.*, FPR 2013, pp. 260-261.

²⁵² Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 387.

よび Rome II 規則第 14 条第 1 項第 2 款)²⁵³。これに対し、Rome III 規則はこの点について何ら定めていない。Rome I 規則や Rome II 規則のように、選択は明白でなければならぬと規定しているわけではないため、黙示的な選択も認められるとする見解が主張されているが²⁵⁴、これは両規則が黙示的な選択も同時に認めていることを見落としており、支持しえない。その他に、Rome III 規則第 6 条第 2 項によれば、準拠法選択に関する同意としては当事者の単なる行為 (Verhalten/conduct) で十分であることも、黙示的な選択の有効性を裏付ける根拠として挙げられているが²⁵⁵、説得力に欠ける。そもそも、同規定は、配偶者の一方が選択に同意していなかったと主張する場合、つまり、選択ないし合意の存在が争われる場合について規定しており、それゆえに、単に当事者の行為と規定していると解される。

③ EU 基本権憲章に違反しないこと

当事者は EU 基本権憲章に反する法を準拠法に指定することは許されない (前文第 16 立法理由)。そのような法が選択されるときは、選択がなかったものとして、第 8 条に従い準拠法が決定されると解されるが (後述 4 参照)、同憲章第 12 条が禁止する男女差別が含まれているときは、第 10 条に従い、法廷地法が適用される (前述第 3 章 II.G 参照)。

④ 当事者が準拠法の内容を認識していること

Rome III 規則は、当事者が準拠法の内容を適切かつ詳細に認識した上で、選択することを要件として掲げていない。他方、前文第 18 立法理由は、当事者は準拠法選択の社会的および法的効果を正確に認識していなければならないと定めているが²⁵⁶、これを準拠法選択

²⁵³ Rome I 規則第 3 条第 1 項は次のように定める。

1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

²⁵⁴ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 387.

²⁵⁵ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 387, note 83.

²⁵⁶ 英文、独文および仏文による前文第 18 立法理由は次のように定めているが、当事者は選択する準拠法の内容をどの程度、認識していなければならないかという重要な点について、完全に一致していないと解される。

(18) The informed choice of both spouses is a basic principle of this Regulation. Each spouse should know exactly what are the legal and social implications of the choice of applicable law. The possibility of choosing the applicable law by common agreement should be without prejudice to the rights of, and equal opportunities for, the two spouses. Hence judges in the participating Member States should be aware of the importance of an informed choice on the part of the two spouses concerning the legal implications of the choice-of-law agreement concluded.

(18) Diese Verordnung sieht als wesentlichen Grundsatz vor, dass beide Ehegatten ihre Rechtswahl in voller Sachkenntnis treffen. Jeder Ehegatte sollte sich genau

の補足的要件として捉えるべきではない²⁵⁷。なぜなら、立法者がこのような要件を設けることを望んでいたとすれば、例えば、ハーグ議定書第 8 条第 5 項²⁵⁸を参考にしながら、明瞭に定めることも可能であったと解されるためである。前文第 19 立法理由も併せて検討するならば、同第 18 立法理由は国内の立法者や受訴裁判所の裁判官に向けられている、つまり、国内の立法者は、第 18 立法理由の要請を満たすように国内法を整備し、また、裁判官はそれが充足されていることを確保すると捉えるべきである²⁵⁹。なお、要件を厳しくすれば、準拠法の選択が成立しえず、Rome III 規則を設けた意義が失われることにもなる。

⑤ 合意の存在や実体的有効性の準拠法

準拠法選択の形式については前述した通りであるが、同選択に関する合意の存在や実体的有効性は、選択が有効であれば準拠法になる法に照らし判断される（第 6 条第 1 項）。ただし、これは正当でないと考えられる場合、配偶者は、裁判所への申立て時における自らの常居所地国法を援用し、合意の存在を争うことができる（第 2 項²⁶⁰）。この規定は Rome I 規則第 10 条第 2 項をベースにしているが、同規定はいつの時点における常居所地国法か特定していないのに対し、Rome III 規則第 6 条第 2 項は、申立て時の常居所地国法として

über die rechtlichen und sozialen Folgen der Rechtswahl im Klaren sein. Die Rechte und die Chancengleichheit der beiden Ehegatten dürfen durch die Möglichkeit einer einvernehmlichen Rechtswahl nicht beeinträchtigt werden. Die Richter in den teilnehmenden Mitgliedstaaten sollten daher wissen, dass es darauf ankommt, dass die Ehegatten ihre Rechtswahlvereinbarung in voller Kenntnis der Rechtsfolgen schließen.

(18) Le choix éclairé des deux conjoints est un principe essentiel du présent règlement. Chaque époux devrait savoir exactement quelles sont les conséquences juridiques et sociales du choix de la loi applicable. La possibilité de choisir d'un commun accord la loi applicable devrait être sans préjudice des droits et de l'égalité des chances des deux époux. À cet égard, les juges des États membres participants devraient être conscients de l'importance d'un choix éclairé des deux époux concernant les conséquences juridiques de la convention conclue sur le choix de la loi.

²⁵⁷ Gruber, op. cit., IPRax 2012, pp. 386-386; Becker, op. cit., NJW 2011, p. 1545.

²⁵⁸ The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, OJ 2009 L No. 331, p. 19. なお、このハーグ議定書は、2009 年、EC（当時は EU ではなく、EC が管轄権を有していた）によって締結されている。See COUNCIL DECISION of 30 November 2009 on the conclusion by the European Community of the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, OJ 2009 L No. 331, p. 17.

²⁵⁹ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 386-386.

²⁶⁰ 第 6 条第 2 項は次のように定める。

Nevertheless, a spouse, in order to establish that he did not consent, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence at the time the court is seized if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in paragraph 1.

いる。それゆえ、当事者は常居所地国を変更することによって合意の存在を争うことができるようになるが、これは合意の安定性を害し、問題である²⁶¹。

4. 当事者が準拠法を選択していない場合

当事者が Rome III 規則に従い準拠法を選択していない場合は、当事者に密接に関係する法が準拠法となる²⁶²。これは基本的に、当事者が選択しうる法と同一であるが、具体的には以下の通りである。

① 共通常居所地国法（第 8 条第 a 号および第 b 号）

当事者が準拠法を選択していないときは、まず、裁判所への申立て時における当事者の共通常居所地国法が準拠法となる（第 8 条第 a 号）。同法が無いときは、最後の共通常居所地国法が準拠法となるが、最後に常居所地国が共通であったのは、申立て時より 1 年以内でなければならず、かつ、当事者の一方は、申立て時においても、そこに常居所を置いていなければならない²⁶³（第 b 号²⁶⁴）。なお、申立て時の判断は新 Brussels II 規則第 16 条による（前文第 13 立法理由第 2 文および前述 3①参照）。

② 共通本国法（第 c 号）

前述した共通常居所地国法が無い場合において、両当事者の本国法が共通のときは、同法が準拠法となる（第 c 号）。

③ 法廷地法（第 d 号）

前述した共通常居所地国法も共通本国法も無いときは、法廷地法が準拠法となる（第 d 号）。つまり、本国法を異にする両当事者が準拠法を選択せず、申立ての時点において、すでに 1 年を超えて異なる国に常居所を置くときは、法廷地法による。

第 d 号は隠れた反致と同じ効果をもたらすが、実情に即さないとして批判されている²⁶⁵。つまり、新 Brussels II 規則によれば、当事者の一方は、相手方当事者が全く関わりを持たない地で離婚等を裁判所に申し立てることが許されるが²⁶⁶、そのような地の法（法廷地法）

²⁶¹ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 387.

²⁶² 前文第 21 立法理由参照。

²⁶³ なお、当事者が準拠法に指定しうる法として、第 5 条第 1 項第 b 号は、最後の共通常居所地国法を挙げており、これは第 8 条第 b 号と同じであるが、第 8 条第 b 号は、当事者の常居所地国が共通であったのは、裁判所への申立て時より 1 年以内でなければならないという時間的な制約を設けている。

²⁶⁴ 第 8 条第 a 号および第 b 号は、新 Brussels II 規則第 3 条第 1 項第 a 号を参考にして

いる。

²⁶⁵ Kohler, op. cit., FamRZ 2008, p. 1679.

²⁶⁶ 新 Brussels II 規則第 3 条第 1 項第 a 号（5. Spiegelstrich）は、当事者が自らの新しい常居所地国で訴えることを認める。

が準拠法になるのは、相手方当事者の期待や予見可能性に反すると考えられる。特に、両当事者は長年にわたり同居していたが、一方の当事者が他国に常居所を移し、1年後に同国の裁判所に離婚や法的別居を申し立てる場合に当てはまる。そのため、第 d 号は、Rome III 規則の目的に反し、自らに有利に準拠法が決定される国で提訴するフォーラム・ショッピングを助長するという批判もある²⁶⁷。

これに対し、裁判所に申し立てる時点においても両当事者の常居所地国が同じであるときは、その国の法が本国法に優先するため、例えば、ドイツに常居所を持つイタリア人夫婦の一方がドイツ国内の裁判所に離婚の訴えを提起するとき、準拠法はイタリア法ではなく、ドイツ法になる。もっとも、共通常居所地国法の方が共通本国法より当事者により密接で、実情に即した紛争の解決を可能にするとは一概に言えない。また、人の移動の自由を実効的に保障するという Rome III 規則の目的に合致しないこともありうる。つまり、イタリア人夫婦がドイツに常居所を移した結果、準拠法が望ましくない形で変更されるとすれば、移住を抑制しかねない。

なお、前述したように、当事者が準拠法を選択していない場合について、Rome III 規則第 8 条は、まず、(両)当事者の常居所地国法を準拠法に指定しているが、これは、新 Brussels II 規則第 3 条が (両)当事者の常居所地国に国際裁判管轄権を与えていることを併せて考慮すると、法廷地法が準拠法になるとういうことである。これは国籍の異なる当事者の期待に合致するとともに (EU では、本国を共通にする夫婦が他の加盟国で生活するといったケースにならび、A 国人と B 国人が結婚し、C 国で生活するといったケースが想定されているが、この場合、共通本国法は無く、常居所地国法が当事者の期待に最もよく合致すると解される)、裁判所の負担を軽減させ、また、当事者が重国籍者、無国籍者および難民である場合の処理を容易にするメリットがある。

B. 法的別居から離婚に変更する場合の準拠法 (第 9 条)

1. 法的別居の準拠法の適用

法的別居を離婚に変更する場合 (なお、別居の準拠法上、変更が認められている必要がある²⁶⁸)、離婚は別居の準拠法による²⁶⁹。これは、法的別居と離婚の一貫性に関する当事者の期待を保護するためである²⁷⁰。それゆえ、当事者が法的別居の準拠法とは異なる法を離婚の準拠法に指定しているときは、それによる (第 9 条第 1 項)。

なお、Rome III 規則には特段の定めがないため、法的別居と離婚が同一の国で行われると場合と、異なる国で行われる場合とで違いは生じないと解される。つまり、後者のケースでも、当事者による準拠法選択がない限り、離婚は法的別居の準拠法によると考えられ

²⁶⁷ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 388.

²⁶⁸ 別居を離婚に変更することを認める例として、マルタ民法第 66F 条が挙げられる。

²⁶⁹ 従来のドイツ国際私法に関し、Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 15.

²⁷⁰ Rome III 規則前文第 23 立法理由参照。

る²⁷¹。これは、法的別居が同規則に参加していない EU 加盟国や第 3 国で行われた場合も同様である。それゆえ、参加国は、非参加国の抵触規則（別居に関する抵触規定）に従わなければならないこともあるが、当事者の利益を優先すべきと解される²⁷²。

2. 法的別居の準拠法が離婚への変更について定めていない場合

法的別居の準拠法が同別居から離婚への変更について定めていないときは、法的別居の準拠法によらず、第 8 条に従い準拠法が決定されるが、当事者が準拠法を選択しているときは、それによる（第 9 条第 2 項）。この趣旨は離婚に対する当事者の期待を保護することであり、同時に、離婚する権利を実効的に保障するためと解されるが、前述したように、当事者が準拠法を指定している場合には、それが優先する。なお、第 10 条によれば、準拠法が離婚について定めていないときは法廷地法によるが（前述参照）、第 9 条第 2 項のように、第 8 条に従い決定されるとする方が実情に即した紛争の解決が可能になると解される。

おわりに ～ Rome III 規則の評価

前述したように、Rome III 規則は、EU 内における人の移動の自由を実効的に保障し、また、フォーラム・ショッピングを抑制するために制定されたが、フォーラム・ショッピングは、他ならぬ EU 法によって助長されたことがすでに指摘されている。つまり、Brussels II 規則は本国以外の EU 加盟国で（も）訴えることを可能にしているため、当事者は自らに有利に準拠法が決定される加盟国を見つけ、そこで提訴することができる。裁判所の判断によって離婚が成立すれば、当事者はその承認を（異なる国際私法を持つ）他の加盟国に求めることができるが、新 Brussels II 規則第 21 条に基づき、外国裁判所の判断は自動的に承認される。つまり、フォーラム・ショッピングによって、当事者は承認国の国際私法を排除することも可能になる。EU のように国家間の統合が高度に発展した共同体では、加盟国（パートナー国）の国際私法の機能が継続的に害される状況は望ましくないため、抵触法の統一も必要になった²⁷³。

Rome III 規則の制定により、跛行的な国内法の統一²⁷⁴、つまり、EU レベルでの立法は国際民事手続法の分野に限定されていた状況は改善された。ただし、それによって参加国の抵触法の機能は回復するのではなく、完全に失われることになった。つまり、Rome III 規則は従来の国内抵触法を廃止し、それに代わり適用される新法である。ただし、その適用範囲は離婚と法的別居に限定される。パートナーシップの解消については定めていない

²⁷¹ Gruber, op. cit., IPRax 2012, p. 388.

²⁷² Ibidem.

²⁷³ Kohler, op. cit., FPR 2008, p. 193; Kohler, op. cit., NJW 2001, pp. 14-15.

²⁷⁴ EU レベルにおける「跛行的な法の統一」(hinkende Rechtsvereinheitlichung) ないし片面的な法の統一を指摘する文献として、Kohler, op. cit., FPR 2008, p. 193; Schurig, op. cit., pp. 405-414 を参照されたい。

点を指して、跛行的な国内法の統一と捉える見解が主張されているように²⁷⁵、近時の法の発展に対応していない。この批判は同性婚についても当てはまるが、私見とは異なり、**Rome III** 規則は同性婚の解消には適用されない、または、その判断は参加国に委ねられているとするならば、より大きな問題が生じる（前述第3章 II.A.1 参照）。その他、私的離婚への適用についても明確に定められていない一方で、第10条については、規定の文言通り、外国法の内容は抽象的に判断されるかといった問題がある。

Rome III 規則は、常居所の概念、公序規定の適用要件の詳細や外国法の適用排除後の準拠法、また、外国法の内容が不明な場合の処理の仕方についても定めていないが、これらは EU 国際私法独自の概念・問題として、国内法とは切り離して解釈・処理される。他方、重国籍者の本国法の決定は国内法の理論によるが、EU 裁判所の判断が参照されなければならない。このような違いはあるものの、いわゆる総論に属する問題・事項は、他の EU 抵触法、つまり、**Rome I** 規則や **Rome II** 規則（また、部分的に EU 国際民事手続法）と統括して規定することも可能であり、いわゆる **Rome 0**（ローマ・ゼロ）規則の制定に関する研究もすでに行われている²⁷⁶。

なお、**Rome III** 規則は離婚や法的別居に付随する問題についても定めておらず、これらは国内法に委ねられているが、これらは離婚や法的別居の準拠法によると定めるならば、体系的に処理することができる（ドイツ国際私法〔EGBGB〕新第17条参照）。

第3の跛行性として、**Rome III** 規則は半数の EU 加盟国でしか施行されていない点を指摘しうる。つまり、同規則は、全ての加盟国が参加して制定されているわけではないのである²⁷⁷。同規則の制定に際し、1996年発効のアムステルダム条約によって導入された「緊密な政府間協力」が初めて運用されることになったが、これは離婚等の準拠法に関する加盟国の見解が激しく対立していることによる。特に、外国法の適用に強く抵抗する国があり、これらの国は **Rome III** 規則に参加していないが、EU のように緊密な国家統合を実現している組織の加盟国がパートナー国の法の適用を受け入れないのは国際協調の精神にもとるとして批判しうる²⁷⁸。なお、この国際私法政策上の対立は実体法上の相違に由来する。つまり、外国実体法の適用を認めないのは、その内容が国内実体法と大きく異なるためである。これは抵触法はもとより、実体法の統一が困難であることを示唆しているが²⁷⁹、EU には権限すら与えられていない（第1章〔補論〕参照）。

なお、**Rome III** 規則の参加国が限定されていることに基づき、フォーラム・ショッピングはむしろ助長される可能性がある²⁸⁰。つまり、同規則は、国内抵触法と異なり、当事者による準拠法の選択を（広く）認めるため、参加国で提訴する者も出てくるであろう。

²⁷⁵ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 383; Schurig, *op. cit.*, pp. 410-411.

²⁷⁶ Mansel, Thorn and Wagner, *op. cit.*, IPRax 2013, p. 2.

²⁷⁷ この点に関する批判的見解として、Pietsch, *op. cit.*, NJW 2012, p. 1770.

²⁷⁸ See Kohler, *op. cit.*, FPR 2008, p. 195.

²⁷⁹ Pietsch, *op. cit.*, NJW 2012, p. 1770.

²⁸⁰ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 382.

このような問題点はあるとはいえ、**Rome III** 規則は参加国の国際私法を部分的に統一していること、特に、当事者による準拠法の選択を認め、従来の国内抵触法を大きく変更していること²⁸¹、または、従来の国内法に比べ、選択の幅を広げていることは、準拠法の決定や紛争解決に関する当事者の予見可能性を高めるだけではなく、近時の傾向にも合致し、評価しうる²⁸²。ただし、当事者の家族法上の身分に関わる選択であるため、その要件、具体的には、当事者が選択した準拠法の内容を十分認識していることについて、より厳密に定めるべきであったと解される²⁸³。なお、準拠法の選択が実際に行われるかどうかは疑わしい。文献上、すでに懐疑的な見解が主張されているが²⁸⁴、外国人と結婚し、本国以外に常居所を置く当事者が（共通）常居所地国で提訴し、法廷地法の適用を望むのであれば、準拠法を選択する必要はない。また、共通常居所地国以外で提訴する場合であれ、共通常居所地国法の適用を望むのであれば、準拠法を選択する必要がない。

いずれにせよ、この当事者自治には制限が設けられており、常居所地国法、本国法および法廷地法の中から選択されなければならない（第5条）。これらは、当事者が準拠法を選択していない場合に、第8条に従って指定される準拠法と同じであり、当事者はその中より一つ選択しうるに過ぎない。

また、選択された準拠法が離婚を禁止しているか、離婚に関し男女を差別しているときは、適用されないという点で（第13条）、当事者自治は制限される²⁸⁵。つまり、「離婚に関する基本権」（**Grundrechte auf Scheidung**）が当事者自治に優先する²⁸⁶。もともと、離婚の成立まで保障されているわけではない。例えば、従来のドイツ国際私法（**EGBGB**）第17条第1項後段は、離婚の準拠法（すなわち、婚姻の効力の準拠法）によって離婚が成立しないとき、離婚を申し立てた配偶者が訴訟係属時に²⁸⁷ドイツ人であるか、または婚姻成立時にドイツ人であったときは、ドイツ法によるとしていたが²⁸⁸、**Rome III** 規則は、代替的な準拠法の適用を認めていない。なお、同規則は離婚を禁止している外国準拠法の適用を認めない点で離婚に友好的であると説明されているが²⁸⁹、離婚を認めない参加国の裁判

²⁸¹ 従来のドイツ国際私法における準拠法の選択について、本文第3章 III.A.2 を参照されたい。

²⁸² See Kohler, *op. cit.*, FPR 2008, p. 195

²⁸³ *Ibidem.*

²⁸⁴ See Gerfried Fischer, *Internationales Scheidungsrecht – einschließlich Scheidungsfolgen*, ZAR 2013, pp. 161-162, 162. また、拙稿・前掲論文（『平成国際大学社会・情報科学研究所論集』第11号）70～71頁を参照されたい。

なお、従来のドイツの実務においても、当事者が準拠法を選択したのはまれであった点について、Mörsdorf-Schulte, *op. cit.*, Art. 14 EGBGB, para. 43 を参照されたい。

²⁸⁵ さらに、EU基本権憲章にも違反してはならない（前文第16立法理由）。

²⁸⁶ Gruber, *op. cit.*, IPRax 2012, p. 391.

²⁸⁷ なお、この時点については争いがある。See Winkler v. Mohrenfels, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, para. 70.

²⁸⁸ なお、この規定は、**Rome III** 規則の発効に伴い削除された。従来の規定について、Heiderhoff, *op. cit.*, Art. 17 EGBGB, paras. 57-61.

²⁸⁹ 前掲注186内の文献を参照されたい。

所は、(同規則に従って指定される外国準拠法に照らし)離婚を言い渡す義務を負わないとされており(第10条)、必ずしも離婚に友好的であるとは言えない。

当事者が準拠法を選択していないときは、本国法より常居所地法を優先させている点で、**Rome III** 規則は画期的と解される。ただし、これは、移動に伴い、準拠法が変更される不利益に対処するという同規則の目的の実現に貢献しない。他方、**Brussels II** 規則との調和は図られるが(つまり、同規則は常居所地国の管轄権を重視する)、本国法主義の放棄・軽視は大きな問題を提起しよう。抵触規定を全ての加盟国の支持のもとに導入することができなかったのは、そのためでもある。もっとも、EU内では、例えば、ドイツ人夫婦がフランスに移住した後、離婚するといったケースだけではなく、ドイツ人とオランダ人からなるカップルがフランスに移住し、後に離婚するケースのように、より多くの国に関わる事例も決して稀ではないため、国籍は連結点として機能しないといった側面がある。なお、このように、より多くの国との関連性が生じれば生じるほど、準拠法の実現は困難になる。当事者が国内外の実体法の内容を詳しく知った上で準拠法が選択できるようにするため、また、裁判所による外国法の解釈・適用を支援するため、欧州委員会は、インターネット上の情報サイトを定期的に更新するものとされている²⁹⁰。

Rome III 規則のように、国籍より常居所を優先させる立法例は、両当事者の国籍が同じであったり、また、常居所地との関連性が薄い場合(例えば、短期間の滞在に止まったり、常居所を頻繁に変更する場合)には問題が生じよう²⁹¹。当事者による準拠法の実現を認めることには、これを補う意義を併せ持っている。

ところで、第3国のみに関わる涉外事件にも、**Rome III** 規則を適用すべきかどうかについては検討を要する。なぜなら、EUの権限は、伝統的に、域内市場に関する案件に限定されているためである(注40参照)。ただし、現行法は、域内市場の実効性を維持・実現するために必要であることを立法理由の一つとして挙げ(EUの機能に関する条約第81条第2項)、従来のようにそれに限定しているわけではない(EC条約第65条)。

第3国のみに関わるケースに同規則は適用されないとすれば、参加国は、域内市場に関わるケースに適用される抵触規定(**Rome III** 規則)と、それ以外のケースに適用される抵触規定を区別しなければならず、法体系が複雑化する。**Rome III** 規則は、2国間条約のように、国内抵触規定を補充し、また、その特例となるものではなく、第1義的な国内抵触規定として直接的に適用されることを考慮すると、普遍的適用性を備えていなければならない。なお、同規則は反致を認めず(第11条)、また、外国準拠法の適用を排除し、法廷地法によるべき場合を具体的に定めるなど(第10条)、適用の安定性、とりわけ、参加国

²⁹⁰ **Rome III** 規則前文第14および第17立法理由参照。欧州委員会のサイト(European Judicial Network in civil and commercial matters)のアドレスは<http://ec.europa.eu/civiljustice/>(2014年1月10日現在)である。また、European e-Justice Portalのサイト(<https://e-justice.europa.eu> [2014年1月10日現在])も参照されたい。

²⁹¹ Heiderhoff, op. cit., para. 3. See also Franzina, op. cit., p. 97.

間で適用が異ならないようにするための配慮をしていると解される。同様の観点から、**Rome III** 規則は最密接関係地を連結点にしていないと説明されることもあるが²⁹²、実際には特別な場合に用いられている（第 14 条第 c 号）。その判定基準を同規則は明示していないが、①常居所、②重国籍者の本国法、③公序規定の適用、④同性婚の解消や私的離婚への適用、⑤当事者による準拠法選択の要件、⑥裁判所が実体的判断を拒否した後の処理など、今後の実務運用で明らかにされなければならない点も少なくない。

²⁹² Kohler, *op. cit.*, FPR 2008, p. 195.