

国際家族法における当事者自治

小池未来

こいけ みく

同志社大学大学院法学研究科博士後期課程

はじめに

- 1 国際家族法における当事者自治の根拠
- 2 国際家族法上の当事者自治の事項的制限
- 3 若干の検討

おわりに

はじめに

近年、国際家族法における当事者自治の発展が目覚ましい。その立役者といえるのがハーグ国際私法会議と欧州連合である。ハーグ国際私法会議においては当事者による準拠法の指定を認めるものとして、1978年3月14日の夫婦財産制の準拠法に関する条約（以下「ハーグ夫婦財産制条約」という。）、1989年8月1日の死亡による財産の相続の準拠法に関する条約（以下「ハーグ相続条約」という。）、2007年11月23日の扶養義務の準拠法に関する議定書（以下「ハーグ扶養議定書」という。）が作成されている⁽¹⁾。欧州連合では、2008年に同議定書を適用する旨を定めた規則が制定され⁽²⁾、2010年に離婚について、2016年に夫婦財産制について、それぞれ夫婦による準拠法を定める規則を、2012年に相続について被相続人に準拠法の指定を認める規則を採択した⁽³⁾。

このほか、ドイツ、オランダ、ベルギー、スイス等では、その固有の国際私法において、国際家族法の領域で当事者自治が認められてきたが、具体的には、婚姻の身分的効力、夫婦財産制、離婚、相続、氏がその対象となっている⁽⁴⁾。アジアでは、中国が夫婦財産制及び協議離婚について、韓国が夫婦財産制及び相続について、準拠法の指定を認めている⁽⁵⁾。

このように国際機関や各国が、家族法分野において当事者自治を導入してきたのは、それぞれ何らかの必要性があったからであろう。ところで、我が国国

国際私法においては、家族法分野で当事者自治が認められているのは、夫婦財産制についてのみである（法の適用に関する通則法（平成18年法律第78号、以下「通則法」という。）第26条）。我が国では、これ以外の単位法律関係について、さらなる当事者自治を導入する可能性ないし必要性はないのであろうか。

前述のような国際家族法における当事者自治の展開を受けて、当事者自治を根拠づけるため、国際家族法全体を通じた議論が盛んになっている。我が国国際私法への当事者自治導入を立法論として検討するため、本稿では、その端緒として、我が国の視点から国際家族法における当事者自治の根拠づけについて考察することとしたい。立法論としては単位法律関係ごとに利益衡量がおこなわれなければならないが、各法律関係に固有の要素については簡潔に言及するにとどめ、詳細は今後の課題としたい。

以下では、国際家族法における当事者自治の根拠（1）及び国際家族法上の当事者自治の事項的制限（2）について分析した後、若干の検討（3）をおこなう。

1 国際家族法における当事者自治の根拠

国際契約法と同様に、国際家族法においてもいかなる根拠をもって当事者自治が許されるかが議論される。この領域においては、以下のような理論的根拠と実質的根拠が主張される。

(1) 理論的根拠

(a) 実質法上の自治

国際契約法における当事者自治の原則の積極的根拠としては、実質法上契約自由の原則が妥当することが挙げられるが⁽⁶⁾、国際家族法においてもそのような根拠づけがみられる。

国際相続法において当事者自治が盛んに議論される契機となった Dölle の学説においては、当事者自治は主として遺言自由の原則から根拠づけられる。すなわち、債務契約法における当事者自治が実質法上の契約自由に基づいていることを前提に⁽⁷⁾、遺言自由の原則がドイツの相続実質法を支配しているところ、

被相続人は、自らの意思で、誰がその相続人となるか、誰が遺贈を受けるか、相続財産の管理が誰にゆだねられるか等を決定することができ、したがって、遺言自由が契約法の私的自治と類似する現象とみることができるので、被相続人の抵触法上の自治も肯定されるという⁽⁸⁾。

相続以外の領域においては、実質法上の自治から抵触法上の当事者自治を直接に根拠づける見解はみあたらない。しかしながら、婚姻法等の分野において、実質法上任意的な規律が確認される場所では、抵触法上も当事者自治がますます見受けられるようになっており、実質法上と抵触法上の自治の間に相関関係があることが指摘されている⁽⁹⁾。

(b) 連結困難

Dölle の見解とは異なり、Kühne は、国際相続法における当事者自治の根拠を連結困難に求めた⁽¹⁰⁾。すなわち、本国法と住所地法（常居所地法）のいずれが個人と最も密接な関連を有するかを一律に決定することはできない。原則として準拠実質法を顧慮せずに連結点を決定する今日（当時）の大陸ヨーロッパ学説上は、この困難を克服する方法として、「プロパー・ロー」と当事者自治がある。ところが、「プロパー・ロー」は法的安定性が欠如していることが重大な欠点であるので、連結困難から引き出しうる解決策は当事者自治のみであり、それは十分に実施可能な解決策でもある、と。ドイツにおける 1986 年の国際私法改正の際にも Kühne はこの考えを打ち出し、国際親族法においても、立法上一般的な形で規定するには顧慮されるべき利益が多様であることから、当事者自治を導入することを提案した⁽¹¹⁾。1983 年に提出された国際私法改正のための政府草案は、この点について Kühne 草案を引き継いでいる⁽¹²⁾。

この点において、カイロでの 1987 年の万国国際法学会の決議は、夫婦財産制、相続、婚姻の効力並びに離婚及び法的別居について当事者自治を採用した⁽¹³⁾。これは、本国法と住所地法という二元性から生じる難局から逃れるための方法として、妥協的な方法に甘んじるのではなく個人の意思を介入させることを提案するものであると評価されている⁽¹⁴⁾。

また、本国法と常居所地法の間での連結困難は、統一法の作成においても異なった形で現れている。というのも、統一法の作成においては異なる主義を有

する多数の国家がかかわるのであり、それぞれが国籍又は常居所を連結点として主張するので、その調和のために当事者自治が採用されることがある⁽¹⁵⁾。

(c) 個人の権利・自由

当事者自治の根拠を人権⁽¹⁶⁾、基本権⁽¹⁷⁾、あるいは基本的自由⁽¹⁸⁾に求める見解がある。このような根拠を第1次的に持ち出す場合には、当事者自治は原則と理解され、客観的連結がむしろ正当化の必要な例外とみられる⁽¹⁹⁾。

この観点については、Kroll-Ludwigsの研究が詳細である。すなわち、準拠法指定の自由は個人の自己決定により正当化されるのであり、「個人がそれを欲している」というだけで十分である一方⁽²⁰⁾、多様な利益状況からすると、密接関連法への当事者自治の制限は正当化することができず、むしろ、当事者にとっては、「最善の法の探求」と「取引コストの節約」が重要であり、このような主観的な見地から準拠法を指定することが受け入れられるべきである⁽²¹⁾。Kroll-Ludwigsの見解では、弱者保護、第三者保護、公益保護のいずれの観点からしても当事者自治は制限されるべきものではなく⁽²²⁾、国際家族法においても原則として制限なくあらゆる国の法を選択することができるとする。

しかし他方で、今のところ、このような根拠づけが定着しているとの評価に基づく立法例は現れていない⁽²³⁾。また、学説においても、最密接関連原則の放棄を伴う国際私法の根本的な変更の時はまだ来ていないという指摘がある⁽²⁴⁾。

(2) 実質的根拠

(a) 柔軟性

本国法主義を採用する場合、本国以外の国に生活の中心を定め、その地へ統合される利益には対応することができない。この場合において、常居所地法の指定を認めることは、準拠法を当事者の生活関係や実際の生活の中心に適応させることを可能にするという、柔軟性を生み出すことができる⁽²⁵⁾。

他方で、常居所地法主義を採用した場合でも、全ての状況に適合するわけではない。この場合には、本国法の指定を認めることで、文化的アイデンティティーとの結びつきを維持したり⁽²⁶⁾、将来の帰国意思に対応したりすること

が可能になる⁽²⁷⁾。

(b) 予見可能性及び法的安定性

第2に、準拠法指定をすることにより、当事者は準拠法を予見することができるようになり、より大きな法的安定性がもたらされることが挙げられる⁽²⁸⁾。紛争が係属する前に準拠法を指定しさえすれば、いかなる法が適用されるかは当事者にとって明らかとなる⁽²⁹⁾。このようにして予見可能性及び法的安定性が強化されることにより、夫婦間の財産関係においては財産計画が容易になるのであり⁽³⁰⁾、相続においても同様のことがいわれる⁽³¹⁾。

客観的連結の場合に予見可能性ないし法的安定性の欠如が問題となる主な場面は、連結点として常居所や最密接関連地が用いられている場合であるとされる⁽³²⁾。すなわち、それらが自動的に変更されることで準拠法も変更されるため、当事者の予見可能性が害されうる。この場合には、当事者自治により準拠法を固定することで、予見可能性及び法的安定性を強化することができる。法的安定性の欠如は、自由移動にブレーキをかける要因にもなるため、人の自由移動を原則とする欧州連合においては特に問題となる。

さらに、当事者の予見可能性は、以下の法性決定の問題や適応問題が重なることで、ますます害されることになる。

(c) 法性決定・適応問題の回避

第3に、法性決定及び適応問題が回避できることが挙げられる。とりわけ夫婦間の財産関係については、各单位法律関係が相互に関連している一方で、その切り分けが各国において異なっている。そこから、法性決定の問題が生じる。さらに、実際に問題となる場面では困難な適応問題を生じさせる。たとえば、夫婦の一方が死亡した場合において、夫婦財産制の解消と相続財産の移転が異なる法によって規律されるとする。夫婦財産制の準拠法によれば、ある問題が相続法上で解決されるが、相続の準拠法によれば、その問題が夫婦財産法上で解決されるということが起こりうる。複数の制度の間で生じるこのような抵触は、裁判官に対し、これらを適応させるという負担を課すことになる⁽³³⁾。そこで、当事者に準拠法指定を認めることによって、統一的な取り扱いが可能になり⁽³⁴⁾、当事者の予見可能性にも資することになる。

ハーグ夫婦財産制条約及びハーグ相続条約においては、いずれも夫婦財産制と相続の間のこのような問題が認識され、当事者による準拠法の指定がその解決策として資するとされている⁽³⁵⁾。さらに、ハーグ扶養議定書においても、夫婦関係の解消の際における複数の問題への単一の法の適用を確保するために、扶養義務の準拠法として夫婦財産制又は離婚の準拠法を指定することが認められたという経緯がある⁽³⁶⁾。

(d) 手続の充実・容易化

法廷地法が指定されることにより、裁判所が熟知した自国法を正しく適用及び解釈することが確実になる⁽³⁷⁾。このことは、外国法を適用する場合に必要な当該外国法の内容調査にかかる時間及び金銭的なコストを削減し、裁判官にとって手続の運営の負担を減少させることができる一方、法が正確に適用されることは、当事者にとっても利益になる⁽³⁸⁾。

ハーグ扶養議定書は、このような手続の容易化の観点から、親子間の扶養義務に関しても、当事者による準拠法の指定を認めるものである⁽³⁹⁾。

しかし実際には、法廷地法の指定が、外国法の情報収集のための制度が整っていないことや、裁判官が外国法に特化していないことを隠すためのものであるとの批判的な見方もある⁽⁴⁰⁾。

2 国際家族法上の当事者自治の事項的制限

以上のように、国際家族法における当事者自治は、様々な根拠によって支持されうる。もっとも、最初に述べた通り、我が国で当事者自治が認められているのは、家族法の領域では夫婦財産制のみである。また、比較法的にみると、国際家族法への当事者自治の導入例は増加傾向にあるものの、親子関係の成立及び効力並びに婚姻の成立に関しては、ごくわずかな例外を除いて当事者には準拠法の指定が認められていない。このように、国際家族法上の当事者自治は、単位法律関係に応じて事項的に制限されると考えられる。ここでは、それぞれの法律関係についていかなる点が問題とされるか、当事者自治が制限される必要があるのか、簡潔に示したい。

(1) 夫婦財産制

従来の学説では、我が国において夫婦財産制について当事者自治を許す理由として、客観的連結による準拠法が事前に確知しにくい場合もあるため、当事者自治を認めて準拠法の予見を可能にする必要があること、夫婦財産制が身分法的側面とともに財産法的側面を持つこと、当事者自治を採用する国の増加に鑑み、国際的判決調和の観点から我が国でもこれを認めるのが望ましいことの3点が挙げられてきた⁽⁴¹⁾。このうち、夫婦財産制という法律関係の性質に着目しているのは、2点目である。

夫婦財産制に当事者自治を認めるに際しては、第三者に対する影響について議論があった。これについては、準拠法指定の第三者に対する効果を制限することで対処されている⁽⁴²⁾。

(2) 相続

相続は、我が国でも当事者自治の導入が検討されるなど、広く議論されてきた単位法律関係である。相続に特有の当事者自治の根拠としては、実質法上遺言自由が認められていることが挙げられる⁽⁴³⁾。

それに対して、相続について被相続人による準拠法の指定を検討するにあたり問題とされてきたのは、特に推定相続人や遺留分権利者の保護である。この点については、密接な関連を有する法の指定のみを許すことで遺留分権利者の保護に適うとして、当事者自治を認める法制がある⁽⁴⁴⁾

(3) 扶養義務

ハーグ扶養議定書で重視されているのは予見可能性の保障であり、扶養義務の準拠法の指定を可能にすることで、常居所等の状況が変わっても、また、いずれの国で裁判しても、同一の準拠法が適用されることになり、扶養の合意の有効性も確実になるということである⁽⁴⁵⁾。

その一方で、扶養権利者の権利を奪うことになる可能性もあることから、当事者自治に否定的な見解も見られる⁽⁴⁶⁾。これに対しては、子やその他の制限行為能力者との関係では当事者自治を制限して弱者保護を図り、他方、それら

以外の者との関係では、当事者自治を認めることによる利点ゆえにそのような欠点が甘受されうる。

(4) 婚姻の身分的効力及び離婚

これらについては、当事者の保護、第三者の保護、公益の保護等が、当事者自治の否定根拠として挙げられる⁽⁴⁷⁾。これに対し、ドイツが当事者自治を採用した際には、主として強行規定から成る法分野の特色が当事者自治の承認を妨げるものではないと述べられた⁽⁴⁸⁾。当事者自治により利益の多様性が適切に顧慮され、事理に即した柔軟な解決が導かれること、それに伴う予見可能性及び法的安定性の強化が、ここでは重視されている⁽⁴⁹⁾。

その一方で、本国法が適用されるか、法廷地法が適用されるかは異なるが、離婚が客観的に規律されるべきと考える国もあり、EUにおいてもそのような国は、ローマⅢ規則に参加していない⁽⁵⁰⁾。

(5) 氏

当事者に氏の準拠法の指定を認めることは、環境への適応可能性、自己決定権、変更可能性のある連結点を採用した場合における継続性・安定性から根拠づけられる⁽⁵¹⁾。欧州連合では、欧州司法裁判所で判決が下されたことから、氏について当事者自治を認める方向で動いているが⁽⁵²⁾、後述するように、我が国には特有の問題がある。

(6) 婚姻の成立

まず、婚姻の実質的成立要件については、当事者自治を認める国はほとんどない。これについては、どのような婚姻を有効とするかは国家の婚姻秩序に直結するため、強行法規による規律が求められてきたこと、公的利益に関係するものであること、第三者に対しても多様な効果を有するため不適當であることなどが、当事者自治を否定する根拠として挙げられる⁽⁵³⁾。また、本国法への配分的連結によって、自国民に対するコントロールが確保でき、さもなければコントロールが失われてしまうことへの言及もみられる⁽⁵⁴⁾。

婚姻の形式的成立要件については、絶対的婚姻举行地法主義を採用する国と選択的連結を採用する国があるが、いずれにせよ当事者による準拠法の指定は認められていない。絶対的婚姻举行地法主義においては、婚姻の方式が举行地の公益と密接な関係を持つことが根拠として挙げられる⁽⁵⁵⁾。我が国のように選択的連結を採用するのは、1つは、婚姻の成立を可能な限り容易にするためであると説明される⁽⁵⁶⁾。

婚姻の実質的成立要件及び形式的成立要件のいずれも、ほとんどの国において客観的連結が採用されているところ、これらについて当事者自治を導入する希少な例として、スウェーデンが挙げられる⁽⁵⁷⁾。また、婚姻の举行及びその有効性の承認に関するハーグ条約の準備草案においても、次のような規定が置かれていた。すなわち、婚姻の実質的成立要件について、举行地国際私法によることを原則とするが、当事者の一方が国籍を有し、又は常居所を有する国の法の適用を明示的に要求する場合には、婚姻の実質的成立要件は当該国の法によるものとするという規定である⁽⁵⁸⁾。これは婚姻の成立を容易にする趣旨のものであるとされる⁽⁵⁹⁾。ドイツにおいても、国際私法改正に際して、このハーグ条約準備草案の規定に着目し、当事者自治を支持する見解もあった⁽⁶⁰⁾。また、最近でも、婚姻（締結）の自由が基本権であるとして、本国法によれば婚姻することができない場合であっても、内国法に従い婚姻することが可能であるべきとの考えのもと、これを実現するための方法の1つとして、当事者の本国法への原則的連結に加えて、婚姻举行地法の指定を規定することも提案されている⁽⁶¹⁾。

もっとも、婚姻の成立の場面では、当事者自治を認めることは選択的連結の採用と機能的にほとんど異ならない。当事者に準拠法の指定を認めたとしても、当事者が婚姻を成立させない法を指定することはあり得ず、いずれの連結方法が採用されても婚姻が成立する法が適用される。他方で、このような場面では、選択的連結が採用されていても、当事者は要件を満たすことが容易な法によることを強制されず、実質的に準拠法の指定を許されることになる。そのため、選択的連結ではなく当事者自治を認める利点は乏しく、むしろ、選択的連結を採用することで、いずれかの法により要件が満たされていることを審査する責

務を当事者ではなく役所等に負わせることができる⁽⁶²⁾。さらに、この場合には、当事者自治を採用した場合に生じうる準拠法指定行為の有効性についての争いを回避することもできる。前述のハーグ条約は最終的に、選択的連結を採用した。

(7) 親子関係の成立及び効力

親子関係の領域においては、子の利益保護が最大目標とされるため、そのような観点から、子の常居所地法などを基準とする連結点を設定したり、あるいは、選択的連結やセーフガード条項など実質法的利益を考慮した連結を定めたりするなどの連結政策がとられている⁽⁶³⁾。

さらに、親子関係の成立や効力について親子間で準拠法指定の合意をする場面を考えると、未成年の子については、親等の法定代理人が子を代理して準拠法を指定することになり、そうすると子の利益が害されうるということも、当事者自治否定の一要因となる⁽⁶⁴⁾。ハーグ扶養議定書において、特定の手続に限定されない一般的な準拠法指定（第8条）が未成年の子に対する扶養義務に適用されないのも、このことがリスクとして認識されているからである⁽⁶⁵⁾。同様の理由で、親、親権者及び監護権者が準拠法を指定することも認めるべきでないとされる⁽⁶⁶⁾。

3 若干の検討

以下では、以上の議論を踏まえて、我が国において、どのようにして国際家族法における当事者自治が根拠づけられうるか、そして、どのような法律関係について当事者自治の限界が見出されうるかを検討したい。

(1) 国際家族法における当事者自治の根拠

当事者自治の理論的根拠としてまず挙げられるのは、実質法上の自治である。このような根拠は、実質法上の制度に依存するものであるため、個別の分野ごとの検討を必要とすることになる。もっとも、そもそも国際契約法においても、実質法上の契約自由の原則を当事者自治の原則の直接的な根拠づけとすること

には、当事者自治が強行法規を含む法の指定を認めるものであることから、不十分さが指摘されている⁽⁶⁷⁾。

第2の理論的根拠として、連結困難が挙げられた。我が国でも、社会全体のグローバル化の中で、具体的に生起する事例をみれば、国籍や常居所など従来属人法の連結点と考えられてきたもののいずれが最も密接な関係を示す連結点であるかを客観的、一義的に決定するのが困難な事例が増えてきているのではないかと指摘がある⁽⁶⁸⁾。従来問題とされてきたのは、在日韓国・朝鮮人である。特に3世以降の在日韓国・朝鮮人は、日本で生まれ育ち、教育を受け、就職して生活しており、近い将来に帰国して永住する可能性は少なく、彼らの居所地国における生活環境・周辺世界・法律関係との調和のある生活を実現するためには、本国法に代えて居所地国である日本法を選択し、適用を受けられるようにすべきとも主張される⁽⁶⁹⁾。統計でみると、在留外国人数及び海外在留邦人数ともに、最近の増加は緩やかではあるものの、この20年間にも著しく増加しており⁽⁷⁰⁾、本国と異なる国に居住する状況が増大している。そうすると、たとえば、相続については、本国法によるとされ（通則法第36条）、また、婚姻の身分的効力については、夫婦が同一本国と同一常居所をいずれも有する場合には、同一本国法が適用される（同法第25条）ところ、本国法が最も密接な関連を有する法であるとはいえない事例がますます増加しているといえるのではないだろうか。したがって、硬直的な客観的連結に一定の柔軟性を確保する必要があると思われる。

Kühneによれば、このような客観的連結を克服する方法には、「プロパー・ロー」によらしめることと、当事者自治を認めることがある⁽⁷¹⁾。まず、「プロパー・ロー」によらしめる場合には、裁判官が具体的な事例ごとに最も密接な関連を有する法を選択し、適用することになる。これによると、個別事例ごとの最密接関連地法の適用は保障されるが、法的安定性が消滅してしまうことが重大な問題である⁽⁷²⁾。当事者にとっては、裁判官によって決定されるまで、準拠法を予測できないことになる。また、裁判官にとっても、過重な任務を課せられることになる⁽⁷³⁾。

「プロパー・ロー」に具体性を付加し、客観的連結ではあるが柔軟に準拠法

を決定する方法も考えられる。具体的には、ハーグ相統条約第3条のような規定を採用することである。同条によると、本国法と常居所地法が同一である場合にはそれが適用され、そうでない場合には、一定の基準を設けて本国法又は常居所地法のいずれかを優先するが、明らかにより密接な関係を有している場合には他方の法が適用される。同条は、本国法主義と常居所地法主義のいずれもが考慮され、それらが巧みに組み合わせられており、従来からの本国法主義と住所地法主義の二者択一的な対立を解消するのに役立つものであると評価されている⁽⁷⁴⁾。しかし一方で、このような規定には複雑で分かりにくい面が残ることは否定できず、また、「より密接な関係を有していた国」について解釈の余地もあるとされる⁽⁷⁵⁾。このような規定によると、最密接関連地法の適用は保障されるが、紛争が裁判所に係属するまで準拠法が定まらないままとなり、当事者の予見可能性や法的安定性に欠ける部分があると思われる。

当事者自治は、準拠法の選択を当事者に委ねる方法である。この方法によった場合には、当事者が、自身が最も密接に結びつけられている法を指定するとは限らず、むしろ実質法の内容を考慮して準拠法を指定する可能性があるため、最密接関連地法が適用されるか否かは、当事者次第となる。他方で、当事者が最も密接であると考える法の適用を実現するためには、この方法によるほかないと考えられる。なぜなら、他の方法による場合には、当事者はその意見を主張することはできても、最終的な判断は裁判所に委ねられるからである。

前述した2つの方法では、予見可能性及び法的安定性が害されることが問題であったが、当事者自治の最重要機能は、それらの確保であるとされる⁽⁷⁶⁾。もっとも、当事者自治が常に予見可能性や法的安定性を保障するものではないことも指摘されている⁽⁷⁷⁾。すなわち、関係諸国家全てにおいて当事者自治が認められる場合には、準拠法の指定がきわめて有用であるが、そうでない場合には、関係諸国家間での準拠法の一致を達成することができず、不安定性を生み出すことになる。たとえば、関係諸国家全てにおいて同一の連結点が採用されており、そのうちの1か国のみが準拠法の指定を認めている場合がそうである。しかしながら、関係諸国家のうちの1か国のみが当事者自治を許容する場合であっても、一定の状況下では法的安定性もたらされることもある⁽⁷⁸⁾。

関係諸国家において異なる連結点が採用されているが、そのうちの1か国において当事者自治が許されている場合には、当事者自治によって準拠法の一致を達成することができる。また、当事者による準拠法の指定と反致によって、2国間で準拠法が一致する場合もある⁽⁷⁹⁾。このように、当事者自治が関係諸国家全てにおいては認められていないとしても、必ずしも予見不可能性や法的不安定をもたらすわけではない。今後当事者自治が普及していくことで、さらに予見可能性及び法的安定性は高められていくと考えられる。前述のように、これまでハーグ国際私法会議及び欧州連合において、国際的・地域的に当事者自治が導入されてきたのであり、アジアにもその拡大は及んでいる。

さらに、法性決定・適応問題を回避することができるという実際の根拠もまた、当事者自治の支持を強化する材料を与えるだろう。

このように、密接関連性、柔軟性、当事者の予見可能性及び法的安定性その他の実質的根拠を考慮すれば、当事者自治の導入は有意義であると思われる。しかしながら、我が国において、平成元年の法例改正以後も本国法の適用が基本とされ、常居所への連結が部分的な採用にとどまるのは、これら以外の要素も考慮されてのことである。まず、国籍は、住所や常居所よりも連結点として安定しており、関係当事者による操作がより少ないため、継続的な身分関係の創設又は変更が問題となる家族法分野において連結点として適しているとされる⁽⁸⁰⁾。また、戸籍実務上、認定が困難な常居所とは異なり、国籍は連結点として明確であるので、準拠法を正確に決定できることも考慮された⁽⁸¹⁾。1点目については、契約とは異なり準拠法の指定に一定の方式を要求し、かつ、状況の変更がない限り準拠法の変更を合意することを許さないことで、対応することが考えられる。方式については、書面や公正証書によるほか、常居所の認定も伴うので裁判所が関与することも検討しうが、実効性も考慮した上で要件を設定する必要がある。このような形で事前に常居所の認定と準拠法指定の確認ができれば、2点目の問題についても解決することができよう。

(2) 国際家族法上の当事者自治の事項的制限

通則法上、親子関係に関しては、子の利益保護に主眼を置いた種々の客観的

連結が規定されている。もっとも、前述のように、客観的連結において連結点として定められた国籍あるいは常居所よりも、連結点として採用されなかったもう一方の方が当該子にとって密接であるという場合はありうる。しかしながら、子が未成年であれば、法選択合意の主体としての能力が認められないため⁽⁸²⁾、子が自らその意思で準拠法を指定することはできない。その場合には、親等の法定代理人が子を代理して法選択合意を締結することになるが、これによって子の利益が害される可能性があるため、親子関係について準拠法の指定を認めることは妥当でないと考えられる。

親子関係とは異なり、夫婦関係においては、典型的な依存関係や力関係が存在しないことが指摘されている⁽⁸³⁾。もっとも、典型的な力関係が想定される契約関係においても、原則的には準拠法の指定は認められる（通則法第11条及び第12条参照）。したがって、当事者間の関係性という点では、夫婦間での当事者自治は否定されないと考えられる。

婚姻の実質的成立要件については、前述のように、当事者自治を認めることは選択的連結を採用することと同じ結果となるといえる。ところで、平成元年の法例（明治31年法律第10号）改正にあたり、婚姻の実質的成立要件について提案された「婚姻及び親子に関する法例の改正要綱試案」一の別案は、各当事者の本国法（配分的適用）と、「当事者の一方が、婚姻挙行地国の国籍を有し、又は婚姻挙行地に常居所を有するとき」における婚姻挙行地法を選択的連結を定めるものであった。同案では、他方の当事者にとっては婚姻挙行地であるほかは何ら関係のない国の法律が適用される結果となって妥当とは思われないこと、重婚が認められている国で日本人が婚姻を挙行する場合を考えてみると、準拠法上重婚が有効に成立し、無効又は取消原因が存在しないこととなり、問題があることなどが指摘され、実務上も困難な問題が生じることからも、同案は採用されなかった⁽⁸⁴⁾。各当事者につきそれぞれの本国法と常居所地法からの指定を認める場合には、各当事者に適用される法をそれらの中から決定することになるので、婚姻挙行地であること以外の関連を持たない法が適用されることにはならない。しかしながら、日本人には重婚を容認しないとの考えがあることから、準拠法上有効な重婚が生じうる常居所地法の指定を許すことも

同様に問題があると考えられる。また、常居所地法によることを認めれば、形式的審査を前提とする戸籍実務上、常居所の確定にも困難が伴う。

婚姻の形式的成立要件については、婚姻の成立をなるべく広く認めるように選択的連結がすでに採用されている。その連結点には婚姻挙行地が含まれており、本国法と常居所地法からの指定を認めることにどれほどの意義があるかは定かではない。

婚姻の実質的成立要件とは対照的に、婚姻の身分的効力、離婚、扶養義務については、現在の客観的連結のもとでも、常居所地法が適用される可能性はあり、必ずしも本国法による規律は求められていない。前述のような考慮要素を比較衡量した上で、当事者自治の導入が許容されるかを決すべきであろう。

相続の準拠法については、通則法の制定時に当事者による指定も検討した上で見送られたという経緯がある。そこでは、遺留分を除いては相続財産を自由に処分することができるため準拠法の指定まで認める必要性はないこと、当事者自治が認められれば本国法上の遺留分権利者や相続債権者等の利益が害されるおそれが生じること等が指摘された⁽⁸⁵⁾。しかしながら、通則法制定後も、当事者自治を認める方向での立法論が出されており、状況の変化も踏まえると、再検討の余地があると思われる⁽⁸⁶⁾。

最後に、氏については、我が国では、様々な学説が唱えられ、当事者自治を支持する見解もある一方⁽⁸⁷⁾、戸籍実務では、氏は日本人固有のものと考えられ、外国法が準拠法となることが想定されていない。そのため、氏をどのように取り扱うかがまず問題となる。

おわりに

グローバル化に伴い、硬直的な客観的連結では、具体的な涉外家族関係事件において最も密接な法が適用されない事例がますます増加している。この状況に対処するには、当事者自治の導入が最も妥当な解決策であると考えられる。国際契約法においては、量的制限なく準拠法の指定が認められるところ、国際家族法においては、そうではない法制が圧倒的である。国際契約法上は、当事者が、法律行為を国家による監督や操作なしに自身で自己責任により最もよく

規律し、失敗に終わった行動の結果を自身で負担するという利益状況にあることから⁽⁸⁸⁾、無限定な準拠法の指定が認められる。他方で、国際家族法においては一般に、当事者にこのような負担を課すことは妥当ではなく、当事者利益のために、当事者に一定の密接関連性のある法から準拠法を指定するよう量的制限を課すことを一般に正当化することができると考えられる。

本稿では、我が国の視点から、国際家族法の当事者自治の根拠づけについて考察した。立法論としては、単位法律関係ごとに詳細な検討が必要となるところ、本稿での言及は不十分なものとどまる。また、当然のことながら、当事者自治を認めるとすれば、いかなる国の法を指定することができるのか、いつの時点で指定することができるのかについても、単位法律関係ごとに確定する必要がある。さらに、前述のように、準拠法の安定性や戸籍実務との関係から、準拠法指定の方式についても、実効的な方法を検討しなければならない。以上の論点については、今後の課題としたい。

- (1) ハーグ夫婦財産制条約は第3条において、ハーグ相続条約は第5条において、ハーグ扶養議定書は第7条及び第8条において、それぞれ当事者による準拠法の指定を認める。
- (2) Art. 15 of Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, Official Journal 10.1.2009, L 7/1.
- (3) 離婚について、Art. 5 of 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, Official Journal 29.12.2010, L 343/10 (以下「ローマⅢ規則」という。)、夫婦財産制について、Article 22 of Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, Official Journal 8.7.2016, L 183/1 (以下「夫婦財産制規則」という。); 相続について、Arts. 22 & 24 (2) of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, Official Journal 27.7.2012, L 201/107. さらに、登録

パートナーシップ財産制についても当事者自治を認める規則が採択されているが (Art 22 of Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, Official Journal 8.7.2016, L 183/30), 本稿では独立の単位法律関係として取り上げることはしないこととする。

- (4) ドイツ民法施行法旧第 14 条 2 項及び 3 項, 第 15 条 2 項, 旧第 25 条 2 項, 第 10 条 2 項及び 3 項, オランダ民法典第 10 編第 35 条, 第 56 条 2 項, 旧第 145 条 2 項 (ハーグ相続条約を準用), ベルギー国際私法典第 49 条, 旧第 55 条 2 項, 旧第 79 条, スイス国際私法典第 37 条 2 項, 第 52 条, 第 90 条 2 項等。
- (5) それぞれ, 中国涉外民事関係法律適用法第 24 条及び第 26 条, 韓国国際私法第 38 条 2 項及び第 49 条 2 項。
- (6) 山田鎌一『国際私法〔第 3 版〕』(有斐閣, 2004 年) 316 頁, 溜池良夫『国際私法講義〔第 3 版〕』(有斐閣, 2005 年) 352 頁参照。
- (7) G. Kühne, "Testierfreiheit und Rechtswahl im internationalen Erbrecht," *Juristenzeitung*, 1978, p. 404.
- (8) H. Dölle, "Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht," *RebelsZ*, Vol. 30 (1966), p. 222.
- (9) H.-P. Mansel, "Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts," in Leible & Unberath (eds.), *Brauchen wir eine Rom O-Verordnung?* (JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013), p. 263. See also E. Jayme, "Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies," *Yb. Priv. Int. L.*, vol. XI (2009), p. 2; D. Coester-Waltjen & M. Coester, "Rechtswahlmöglichkeiten im Europäischen Kollisionsrecht," in Michaels & Solomon (eds.), *Liber Amicorum Klaus Schurig: zum 70. Geburtstag* (Sellier European Law Publishers, 2012), p. 34.
- (10) G. Kühne, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht* (Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1973), pp. 100 ss.
- (11) G. Kühne, *IPR-Gesetz-Entwurf* (Müller, 1980), pp. 94-95. 国際相続法についても同様である (*Ibid.*, p. 158)。
- (12) RegBegr BR-Drucks 222/83, p. 51. 政府草案の邦訳について, 山内惟介「西ドイツ国際私法改正のための政府草案」桑田三郎 = 山内惟介編『ドイツ・オーストリア国際私法立法資料』(中央大学出版部, 2000 年) 141 頁参照。
- (13) Arts. 3-5 de la résolution "La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé," *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 62-II, (1987), p. 292. こ

- の決議内容は2005年のクラクフ決議において繰り返されており、そこでは、「一般原則」として、各国家が、ある外国人の国籍国と住所地国が異なる場合に、その本国法と住所地法から選択することを当該外国人に対して可能にすることを要求する。Art. A-1 de la résolution “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille,” *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Vol. 71-II, (2006), p. 292.
- (14) See C. Kohler, “L’autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes,” *Recueil des cours*, Vol. 359 (2012), para. 92.
- (15) See A. E. v. Overbeck, “Rapport explicatif,” in le Bureau Permanent de la Conférence (ed.), *Actes et documents de la Treizième session, 4 au 23 octobre 1976*, tome II, Régimes matrimoniaux (Imprimerie nationale, 1978), para. 33; Jayme, *supra* note 9, p. 3.
- (16) J. Basedow, “Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts,” *RebelsZ*, Vol. 75 (2011), pp. 38 ss., 54 ss. は、生来的ないし前国家的な権利と考える。See also E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne,” *Recueil des cours*, Vol. 251 (1995), pp. 147 ss.
- (17) ドイツ基本法第2条による準拠法指定の自由の根拠づけについて、D. Henrich (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung zum Internationales Privatrecht* (Sellier-de Gruyter, 2012), paras. 135-136 [F. Sturm & G. Sturm]. See also S. Leible, “Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?,” in Mansel/ Pfeiffer/ Kronke/ et al. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Band I (Sellier European Law Publishers, 2004), p. 488, note 22.
- (18) 基本的自由からの根拠づけは、国際契約法において主張される。See P. v. Wilmsowsky, “EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit,” *RebelsZ*, Vol. 62 (1998), pp. 3 ss.; U. Magnus (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Vertragsrecht*, Band 1 (Sellier-de Gruyter, 2016), Art. 3 Rom I-VO, para. 3 [U. Magnus].
- (19) Leible, *supra* note 17, p. 503; K. Kroll-Ludwigs, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht* (Mohr Siebeck, 2013), p. 415.
- (20) See Kroll-Ludwigs, *supra* note 19, pp. 148 ss.
- (21) See *Ibid.*, pp. 414 ss., 571 ss.
- (22) See *Ibid.*, pp. 448 ss., 586 ss. ただし、未成年の子や制限行為能力者との関係については別である (*Ibid.*, pp. 468 ss.)。
- (23) See Mansel, *supra* note 9, pp. 264-265.
- (24) Kohler, *supra* note 14, para. 138.

- (25) ローマⅢ規則前文(15)参照。See also K. Kroll, “Hinkende Namensrechtsverhältnisse im Fokus der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit,” *ZVglRWiss*, Vol. 107 (2008), p. 323.
- (26) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, COM (2009) 154 final, para. 4.3.
- (27) A. Fiorini, “The Codification of Private International Law: the Belgian Experience,” *ICLQ*, Vol. 54 (2005), p. 518.
- (28) ローマⅢ規則は、柔軟性の強化と並んで、予見可能性及び法的安定性の強化を当事者自治導入の主たる理由として掲げる (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, para. 6)。ローマⅢ規則前文(15)も参照。See also A. Bonomi, *Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* (2013), at <https://assets.hcch.net/upload/expl39.pdf>, para. 125.
- (29) See S. Rüberg, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht* (Peter Lang, 2006), p. 215.
- (30) S. Corneloup, “Grundlagen der Rechtswahl im Familien- und Erbrecht,” in A. Roth (ed.), *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht* (Nomos, 2013), pp. 18-19; COM (2016) 106 final, para. 5.3.
- (31) See Bonomi, *supra* note 28, para. 21; COM (2009) 154 final, para. 4.3.
- (32) Corneloup, *supra* note 30, p. 19.
- (33) Kohler, *supra* note 14, para. 116.
- (34) See Coester-Waltjen & Coester, *supra* note 9, p. 40; A. Bonomi, “The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations,” *Yb. Priv. Int. L.*, Vol. X (2008), p. 355.
- (35) v. Overbeck, *supra* note 15, para. 32; D. W. M. Waters, “Rapport explicatif,” in le Bureau Permanent de la Conférence (ed.), *Actes et documents de la Seizième session, 3 au 20 octobre 1988*, tome II, Successions - loi applicable (SDU, 1990), para. 61.
- (36) Bonomi, *supra* note 28, paras. 136, 138.
- (37) Rüberg, *supra* note 29, p. 211.
- (38) *Ibid.*, p. 211. 法廷地法に基づく相続財産の簡便な処理について、林貴美「ドイツ国際相続法における準拠法選択に関する一考察——近時の裁判例を手がかりに——」『同志社法学』第49巻2号(1998年)450頁参照。

- (39) Bonomi *supra* note 28, para. 114.
- (40) Rüberg, *supra* note 29, p. 211.
- (41) 中野俊一郎「国際親族・相続法における当事者自治の原則」『神戸法学雑誌』第65巻2号(2015年)2頁。溜池『前掲書』(注6)450頁, 山田『前掲書』(注6)433頁等参照。
- (42) 通則法第26条3項, ハーグ夫婦財産制条約第9条2項, 夫婦財産制規則第28条参照。
- (43) See Dölle, *supra* note 8, p. 205.
- (44) Waters, *supra* note 35, para. 26; COM (2009) 154 final, para. 4.3.
- (45) Bonomi, *supra* note 28, para. 125.
- (46) A. Bonomi, “La réforme des règles de conflit en matière d’obligations alimentaires,” in Piotet & Tappy (eds.), *L’arbre de la méthode et ses fruits civils* (Schulthess, 2006), p. 212.
- (47) See G. Reinhart, “Zur Parteiautonomie im künftigen deutschen internationalen Privatrecht auf den Gebieten des Familien- und Erbrechts,” *ZVglRWiss*, vol. 80 (1981), p. 165; K. Firsching, “Parteiautonomie und Ehwirkungsstatut im IPR-Gesetzentwurf,” *IPRax*, 1984, p. 127.
- (48) BR-Drucks 222/83, p. 51.
- (49) BR-Drucks 222/83, p. 51; ローマⅢ規則前文(15)。
- (50) See K. Boele-Woelki, “To Be, or Not to Be: Enhanced Cooperation in International Divorce Law within the European Union,” *VUWL Rev.*, vol. 39 (2008), p. 785; K. Boele-Woelki, “For Better or for Worse: the Europeanization of International Divorce Law,” *Yb. Priv. Int. L.* vol. 12 (2010), p. 12.
- (51) BR-Drucks 222/83, p. 47; H. Honsell/ N. P. Vogt/ A. K. Schnyder/ S. V. Berti (eds.), *Internationales Privatrecht* (Helbing Lichtenhahn Verlag, 3. Aufl., 2013), Art. 37, para. 25 [T. Geiser/ M. Jametti]; R. Freitag, “Subjektive Anknüpfung: Vorstellung des Vorschlags,” in Dutta/ Helms/ Pintens (eds.), *Ein Name in ganz Europa* (Wolfgang Metzner Verlag, 2016), p. 50ff.
- (52) 2014年に「国際氏名法に関する欧州連合規則のための試案」が公表された。A. Dutta/ R. Frank/ R. Freitag/ T. Helms/ et al., “Ein Name in ganz Europa – Entwurf einer Europäischen Verordnung über das Internationale Namensrecht,” *StAZ*, 2014, p. 33.
- (53) 中野「前掲論文」(注41)48頁; Kroll-Ludwigs, *supra* note 19, p. 527.
- (54) B. Bourdelois, “Relations familiales internationales et *professio juris*,” in d’Avout/ Bureau/ Muir-Watt (eds.), *Les relations privées internationales* (LGDJ, 2014), p. 144; Kroll-Ludwigs, *supra* note 19, p. 527.

- (55) 溜池『前掲書』(注6) 432頁。平成元年改正前法例の制定に際しては、婚姻の方式は各国の立法者が公益上、風俗上、又は徳義上必要なものとして定めたものであるという点が根拠の1つとして挙げられた(法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査會法例議事速記録』(商事法務研究会, 1986年) 129頁〔穂積陳重発言〕)。
- (56) 木棚照一=松岡博=渡辺惺之『国際私法概論〔第5版〕』(有斐閣, 2007年) 204頁〔木棚〕, 奥田安弘『国際家族法』(明石書店, 2015年) 131頁。
- (57) スウェーデンでは、1973年の法改正の際に婚姻の成立について当事者自治が導入された。2009年改正により導入された現在の規定は、原則としてスウェーデン法の適用を定めるが、夫婦のいずれもスウェーデン国籍を持たず、スウェーデンに常居所を有しない場合には、夫婦の一方が国籍又は住所を有する国の法から選択してその適用を主張することができる」と規定する(R. Giesen, “Schweden (Stand: 1.3.2015),” in Henrich (ed.), *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht* (Verlag für Standesamtswesen, 6. Aufl., 211. Lief., 2015), p. 39)。
- (58) “Avant-projet de Convention sur la célébration et la validité des mariages et sur la reconnaissance des décisions relatives au mariage,” in le Bureau Permanent de la Conférence (ed.), *Actes et documents de la Treizième session, 4 au 23 octobre 1976*, tome III, Mariage (Imprimerie nationale, 1978), p. 111, Art. 2, Variante B.
- (59) C. Böhmer & A. Dayer, Jr, “Rapport de la Commission spéciale,” in le Bureau Permanent de la Conférence (ed.), *Actes et documents de la Treizième session, 4 au 23 octobre 1976*, tome III, Mariage (Imprimerie nationale, 1978), pp. 119-120.
- (60) H. Stoll, “Zur Reform des internationalen Eheschließungsrechts in Deutschland,” in Strasser/Schwimann/ Hoyer (eds.), *Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag* (Manz, 1978), p. 296-297.
- (61) D. Henrich, “Privatautonomie, Parteiautonomie: (Familienrechtliche) Zukunftsperspektiven,” *RabelsZ*, Vol. 79 (2015), pp. 765-766.
- (62) Böhmer & Dayer, Jr, *supra* note 59, p. 133.
- (63) 中野「前掲論文」(注41) 48頁。通則法では、第32条が子の国籍や常居所を連結点とし、第28条1項及び第30条1項が選択的連結を定め、第29条1項後段、同条2項後段、第31条1項後段がセーフガード条項を置く(南敏文『改正法例の解説』(法曹会, 1992年) 102頁以下, 114頁以下, 131頁以下, 156頁以下)。ドイツ民法施行法第19条1項は、親子関係の成立を優遇するため選択的連結を定めていると解され(J. v. Hein (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*,

Band 10 (Verlag C. H. Beck, 6. Aufl., 2015), Art. 19, para. 3 [T. Helms]), スイス国際私法典においては、第68条1項が子に対する影響を重視して子の常居所を連結点としたり (Honsell/ Vogt/ Schnyder/ Berti (eds.), *supra* note 63, Art. 68, para. 9, Art. 72, para. 10 [I. Schwander]), 第72条1項が認知保護のため選択的連結を定めたりしている とされる (*Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf* (1979), p. 154; *Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982*, BB1 1983 I, p. 370)。フランス民法典第311-17条も(任意)認知を容易にするため選択的連結を規定しているとされる (B. Audit & L d'Avout, *Droit international privé* (Economica, 9éd. 2013), para. 794)。

(64) 中野「前掲論文」(注41)48-49頁。

(65) Bonomi, *supra* note 28, para. 127.

(66) See M.-C. Foblets & N. Yassari, "Cultural Diversity in the Legal Framework: Modes of Operation," in M.-C. Foblets & N. Yassari (eds.), *Legal Approaches to Cultural Diversity* (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), p. 49; Y. Nishitani, "Global Citizens and Family Relations," *Erasmus Law Review*, Vol. 7, No. 3 (2014), p. 142.

(67) 中野俊一郎「当事者自治原則の正当化根拠」『立命館法学』第339=340号(2011年)320頁; A. Flessner, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht* (J.C.B. Mohr, 1990), pp. 99-100. 櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法(1)』(有斐閣, 2011年)180頁〔中西康〕も参照。

(68) 木棚照一「国際家族法における本国法主義の変遷と当事者自治の原則の導入」棚村政行=小川富之編集代表『家族法の理論と実務(中川淳先生傘寿記念論集)』(日本加除出版, 2011年)23頁。Kühneは国際相続法における連結困難について、最も密接な関連を有する法を適用されるという当事者利益と、法的安定性という秩序利益の2点から分析するが(Kühne, *supra* note 10, pp. 64-65), これらの点からの分析について、木棚照一『国際相続法の研究』(有斐閣, 1995年)204頁以下。

(69) 李好琿「在日韓国人の属人法—婚姻・離婚準拠法を中心に—」『ジュリスト』第1025号(1993年)100頁以下。国友明彦「日本の国際私法における本国法主義」石部雅亮=松本博之=児玉寛編『法の国際化への道』(信山社, 1994年)も参照。

(70) 在留外国人(2011年までは外国人登録者数)について、在留外国人統計(旧登録外国人統計)統計表 http://www.moj.go.jp/housei/toukei/toukei_ichiran_touroku.html 参照, 海外在留邦人数について、海外在留邦人数調査統計平成28年度版(平成27

年(2015年)10月1日現在) <http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000191217.pdf> 参照。

- (71) Kühne, *supra* note 10, pp. 67-68. 木棚『前掲書』(注68)212頁以下も参照。
- (72) Kühne, *supra* note 10, p. 68.
- (73) 木棚『前掲書』(注68)213頁。
- (74) 青木清「相続」国際法学会編『日本と国際法の100年(5)個人と家族』(三省堂, 2001年)236頁。松岡博「涉外相続の準拠法について」『法曹時報』第49巻12号32頁も、同条を積極的に評価する。
- (75) 木棚『前掲書』(注68)125-126頁。
- (76) 中野「前掲論文」(注67)321頁。
- (77) 中野「前掲論文」(注41)49-50頁; A. Bonomi, "Successions internationales: conflits de lois et de juridictions," *Recueil des cours*, Vol. 350 (2011), para. 107.
- (78) Bonomi, *supra* note 77, para. 107.
- (79) 相続準拠法における韓国法から日本法への反致について, 林貴美「韓国国際私法改正の影響——被相続人による準拠法選択を中心に——」『判例タイムズ』第1134号79頁参照。
- (80) 南『前掲書』(注63)46頁。
- (81) 南『前掲書』(注63)46頁。
- (82) 中野「前掲論文」(注41)48頁。
- (83) Kroll-Ludwigs, *supra* note 19, pp. 470 ss. ローマⅢ規則提案の解説においては, 方式要件を付加することの1つの理由として, 弱者である当事者の保護を確保することが挙げられていた (COM (2010) 105 final, p. 7)。仮に夫婦間に力関係があるとしても, 対応策として, 方式要件を厳格に規定することで弱者保護を図ることが考えられる。
- (84) 南『前掲書』(注63)54-56頁。
- (85) 小出邦夫編著『一問一答 新しい国際私法』(商事法務, 2006年)149頁以下, 小出邦夫編著『逐条解説 法の適用に関する通則法〔増補版〕』(商事法務, 2014年)350頁以下。
- (86) 長田真里「相続の準拠法をめぐる立法論的課題」『民商法雑誌』第135巻6号(2007年)1016頁等。
- (87) 松岡博『国際家族法の理論』(大阪大学出版会, 2002年)113頁, 木棚=松岡=渡辺『前掲書』(注56)250頁〔木棚〕。
- (88) See Firsching, *supra* note 47, p. 127.