

EU 国際私法（成文法）の概要

入稻福 智

はじめに

EU 法の特徴として、例えば、発展が速く¹⁾、また、加盟国法に及ぼす影響が大きいことを挙げることができるが、これは国際私法の分野にも当てはまる。つまり、EU は、2007 年 7 月に制定された Rome II 規則²⁾を皮切りに、相次いで独自の抵触法を設け、加盟国法に大きな影響を及ぼしている（第 2 章 4 参照）。一連の EU 第 2 次法は、加盟国内でも直接的に適用され、従来の国内法に置き換わるものであるが（国内抵触法の EU 化³⁾、それまで国際私法の整備は加盟国の権限と解されてきただけに⁴⁾、EU の立法行為を「革命的」と評する文献もある⁵⁾。

このような法の発展の背景には、制度上の基盤整備はさることながら、EU レベルで抵触法を統一する必要性が高まったことがある。従来より、EU 内では労働者や法人の自由な移動が保障されているが⁶⁾、1993 年 11 月にマーストリヒト条約が発効してからは、経済活動を行わない EU 市民に対しても、移動の自由が保障されるようになった。これらは渉外的法律関係の発生を促し、国際私法の重要性を高めているが、加盟国の抵触規則は統一されていなかったため、どの国の抵触法によるかが重要になっていた。より根本的には、国際裁判管轄の決定が問題になるが（法廷地の国際私法が適用されるためである）、複数の加盟国に関わる民事事件は、どの加盟国の裁判所の管轄に属するかが容易に知りえず、また、国際裁判管轄の決定次第で準拠法も異なってくるとすれば、市民は容易に他の加盟国へ移動しえなくなる。そのため、1999 年 5 月に発効したアムステルダム条約は、「自由、安全および正義の空間」を創設し、EU 内における人の移動の自由をより実効的に保障することを新たな政策課題に掲げる一方で⁷⁾、国際民事手続法や抵触法の制定に関する EU（当時は EC）の権限を明確に定めた（EC 条約第 65 条および第 67 条）。

この新しい権限に基づき、EU 抵触法は大きな発展を遂げているが、同法はアムステルダム条約の発効前後で分けて検討するのが一般的であり⁸⁾、本稿もこれに倣うことにする。なお、EU 抵触法と国内法の関係については、ドイツ法を参照する。

ところで、EU 基本諸条約は準拠法の決定について直接的に定めているわけではないが、暗に指定していると解される。例えば、EU 法は域内における法人の自由な移動を保障しているが（EU の機能に関する条約第54条）、このことより、法人の移動に関する問題は設立準拠法によることが導かれる。そうではなく、移転先の法が準拠法となり、それによれば法人格等が否認されるとすれば、他の加盟国に移転することはできなくなる。これは本拠地法ないし事実上の所在地法を準拠法とする加盟国（ドイツ）の国際私法に変更をもたらすものであるが、一連の ECJ 判決において確立されている⁹⁾。本稿では、このような判例法や EU 法上の「隠れた抵触規定」¹⁰⁾については扱わず¹¹⁾、もっぱら成文法について考察する。

第1章 アムステルダム条約発効前の EU 抵触法（成文法）

1. EC の権限と抵触法上の指針

前述したように、欧州統合は必然的に渉外的法律関係の発生をもたらすため、国際私法の整備は非常に重要であるが¹²⁾、EU の前身である EC（EEC）が発足した当初、EC には抵触法に関する権限が明確には与えられていなかった。これは、国際私法の制定は伝統的に加盟国の権限とされてきたためである¹³⁾。そのため、作業は EC の枠外で進められ、1980 年、加盟国は「契約債務の準拠法に関する条約」（ローマ条約）¹⁴⁾を締結している。これは純粋な意味での EU 法（EC 法）ではなく、加盟国間で締結された国際協定であるが、広義の EU 法と捉えることができる¹⁵⁾。なお、同条約が発効したのは、締結から10年以上が経過した1991年4月である。

ところで、EC の立法行為は公法分野に比重が置かれ、私法の制定は限定的であった。しかし、1980年代中旬以降は、域内市場の機能を強化する観点から、特に消費者保護の分野で個別の法令が多数制定されるようになり¹⁶⁾、その中に抵触法上の指針¹⁷⁾が付随的に盛り込まれるようになった¹⁸⁾。例えば、消費者契約内の不当条項に関する指令（Directive 93/13/EEC）¹⁹⁾第6条第2項は以下のように定めていた。

Member States shall take the necessary measures to ensure that the consumer does not lose the protection granted by this Directive by virtue of the choice of the law of a non-Member country as the law applicable to the contract if the latter has a close connection with the territory of the Member States.

この規定に照らし、ドイツは一般約款法（AGBG）第12条を改正しているが²⁰⁾、同条は、契約が外国の法による場合であれ、同契約がドイツの領域と密接に関係するときは、本法（ドイツ一般約款法）を適用すると定めていた。つまり、外国法が指令の消費者保護水準に合致していないかどうかを問わず、ドイツ法²¹⁾を適用するとしているが、前掲の指令第6条第2項に照らすならば、ドイツ法の適用は外国法が指令の消費者保護水準を下回る場合のみでよい。しかしながら、ドイツ一般約款法第12条は、外国法による方が消費者に有利な場合であれ、その適用を排除しており、このような規定の仕方は批判されているが²²⁾、指令は、指令が定めるより厚い消費者保護（例えば、第3国法に基づく、より厚い保護）を加盟国に義務付けているわけではないため、外国法の保護水準の方が高い場合といえども、同法を適用する必要性は指令からは出てこない。指令の保護水準の確保という指令の目的は、それを置き換えたドイツ法を適用することで達成される²³⁾。もっとも、指令は、より消費者に有利な第3国法の適用を排除するものかどうか検討する余地がある。

なお、一般約款法第12条によれば、ドイツ法が適用されるのは、契約がドイツの領域に密接に関係するときであるが、指令第6条第2項は、ドイツの領域に限定しておらず、その他の加盟国の領域に密接に関係する場合であってもよいと解される（その他の加盟国の領域に密接に関係するときは、同国の法を適用することになろう）。一般約款法第12条は後に廃止され、EGBGB第29a条に置き換えられることになったが、第29a条第1項では、この欠陥が除去されている。他方、第3国法が消費者保護に厚い場合であれ、適用が排除されることになる点は一般約款法第12条と同じである。

その他のEC消費者保護指令でも同様の抵触法上の指針が設けられ²⁴⁾、加盟国はそれに照らし、国内法を整備しなくなりましたが、ドイツは2000年6月、EGBGB（ドイツ国際私法典）に第29a条を新設し、同規定の中で統括して定めることにした²⁵⁾。なお、2009年12月、同規定は削除され、第46b条に置き換えられているが²⁶⁾、同条第1項は、契約がEU加盟国またはEEA（欧州経済地域）加盟国²⁷⁾の領域に密接に関係するときは、これらの国の法が契約の準拠法に選択されていない場合であれ、消費者保護指令を実施するために同国が設けた規定によると定める。このような規定の仕方によれば、当事者が指定した準拠法の方が消費者保護に厚い場合であれ、EU加盟国またはEEA加盟国の消費者保護法が適用されることになるため、前述したドイツ一般約款法第12条と同じ問題が生じる。

ところで、指令の性質上、この第2次法では抵触法上の指針が示されるに過ぎず、それに照らし、加盟国は国内法を整備しなければならない。その際、加盟国には裁量権が与え

られているが、準拠法を直接的に指定する指令もある²⁸⁾（ただし、加盟国の立法裁量権を完全に否認するものではない²⁹⁾）。これは国内法の調整という指令の性質に合致しないと解されるが、実務上、容認されている³⁰⁾。

また、2000年6月に制定された e-commerce 指令³¹⁾ (Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council) の第3条第1項および第2項は以下のように定めている。

1. Each Member State shall ensure that the information society services provided by a service provider established on its territory comply with the national provisions applicable in the Member State in question which fall within the coordinated field.
2. Member States may not, for reasons falling within the coordinated field, restrict the freedom to provide information society services from another Member State.

両項より、information society services (e-commerce) はサービス提供者が設置された加盟国の法によると解される。つまり、指令第3条第1項および第2項を抵触規定として捉えることができるが、第1条第4項では、この指令は（その他の）抵触法を設けるものではないことが明記されている（第23立法理由も同旨）。そのため、第3条第1項および第2項の性質・内容については異なる見解が主張されており、例えば、両規定はサービス提供地国（つまり、サービス受入国）の国際私法に干渉するものではなく、同国の実体法の修正を要請するに過ぎないという学説や、両規定は“overriding mandatory provisions/Eingriffsnormen”（法廷地国を除くその他の国の強行法規³²⁾）にあたるとする捉え方が提唱されている³³⁾。もっとも、これらが e-commerce 指令の趣旨・目的に合致しているかどうかは疑わしい。むしろ、第3条第1項および第2項は、サービス提供の自由という EU 法上の大原則より導かれることを明記したものに過ぎないと考えるべきであろう。つまり、ある加盟国内で適法に提供されうるサービスは、他の加盟国内でも自由に提供されなければならない、後者は自国法違反を理由にそれを阻止してはならない。このことより、サービス提供の自由は、輸出国法（サービス提供者の所在地国法）が準拠法になることを前提にしていると解されるが（隠れた抵触規定³⁴⁾）、e-commerce 指令は“additional rules on private international law”を設けるものではないと定める第1条第4項の趣旨は、EU 法上の大原則から導かれること以外に、独自の抵触規則を設けるものではないと捉えることができる。なお、第3条第1項および第2項は information society services (e-commerce) 提供の自由についてのみに定めており、サービス提供地国で生じた法律問題（契約上の問題や法定債

権に関する問題)の準拠法まで指定するものではないと考えることもできる³⁵⁾。

2. 立法手続

前述したように、ECは個々の法令の中で抵触法に関する規定を設けているが、その制定手続は政策分野ないし案件ごとに異なる。抵触法の観点から重要な消費者保護政策であれば、欧州議会とEU理事会が共同で制定するが(EUの機能に関する条約第169条第3項、EC条約第153条第3項)、一連の消費者保護指令は、域内市場に関する措置として発せられている(EUの機能に関する条約第114条、EC条約95条〔旧第100a条〕)。なお、この場合であれ、欧州議会とEU理事会が共同で制定することには変わりはない。欧州議会は投票数の絶対多数決で(EUの機能に関する条約第231条、EC条約第198条)、他方、EU理事会は特定多数決³⁶⁾で(EUの機能に関する条約第238条第2項、EC条約第205条)意思決定を行う。

第2章 アムステルダム条約発効後の抵触法(成文法)

1. EUの権限

1.1. アムステルダム条約体制

1993年11月、マーストリヒト条約が発効し、EU体制が発足するが、当時、EUはいわゆる「3本柱構造」を採用していた。つまり、①従来より存在する三つの欧州共同体を第1の柱とし、②共通外交・安全保障政策を第2の柱、また、③司法内政分野の協力を第3の柱とした。1950年代に設けられた三つの共同体(第1の柱)は、いわゆる「超国家的機関」として発展していたのに対し、第2、第3の柱は、EU発足に際し(初めて公式に)制度化された政策分野であり、緩やかな政府間協力として実施されることになった³⁷⁾。

その後、EU内における人の移動の自由をより実効的に保障するため、「自由、安全および正義の空間」を創設するだけでなく³⁸⁾、これに貢献すべき「民事に関する司法協力」³⁹⁾を第3の柱から切り離し、第1の柱の中に組み入れることが検討される(これは同制度を強化するためである)。このようなEU改革を実現するため、アムステルダム条約が締結され、同条約は1999年5月に発効した。これに伴い、EC条約第65条は改正され、ECは加盟国内で適用されている抵触法の合致(compatibility/compatibilité/Vereinbarkeit)を促進する権限を有することが明文で定められた。なお、抵触法の合致という特殊な概念の内容は必ずしも明確ではないが、従来の実務では、統一という意味で理解されており、国

内法の調整を目的とした指令 (directive) ではなく、統一を目的とする規則 (regulation) が発されている (第3章1.3参照)。

抵触法の制定は、「民事⁴⁰⁾に関する司法協力」の一環として実施されるが、当初、同制度の重点は民事手続法の整備に置かれていた (EC 条約第65条参照)。なお、民事手続法の制定も伝統的には加盟国の権限とされ、加盟国は EU 制度の枠外で条約を制定してきた⁴¹⁾。前述したように、アムステルダム条約によって EU に権限が明確に与えられるようになったが、民事手続法の整備に関し、当時は移行措置が設けられていた (EC 条約第65条参照)。

ところで、EU 法上、民事涉外事件の「国際性」は以下の2点に注意しなければならない。第1に、EC 条約第65条によれば、EC による抵触法の制定は、域内市場を円滑に機能させるために必要な場合に限られる。つまり、EU 加盟国間におけるケースのみを対象にする。そのため、加盟国と第3国に関する事案や、複数の第3国にまたがる法律関係の準拠法を指定するために抵触法を発することは、本来、許されない。もっとも、EC 抵触法の対象・適用範囲をこのように限定することは、法体系を細分化し (域内市場を対象にした抵触法と、その他のケースを対象にした抵触法を設ける必要がある)、実務を混乱させかねたため、一般に支持されていない⁴²⁾。なお、EC 抵触法の中には、実質法が加盟国の法か、または第3国の法であるかを問わず適用される旨を明定するものもあるが (universal application)⁴³⁾、これは EC 抵触法は域内市場における涉外事件にのみ適用されるかどうかとは関係しない。

第2に、EC 条約第65条⁴⁴⁾によれば、民事に関する司法協力は、(加盟国間の) 国境を超えることに関連した案件を対象にする⁴⁵⁾。それゆえ、例えば、ドイツ人がフランス人 (両者の常居所はドイツにあるとする) をドイツの裁判所に訴えるケースや、両当事者の常居所地国が異なる場合であれ、ドイツ人がフランス人に対し、ドイツ国内における債務の履行を求め、ドイツの裁判所に提訴する場合は、民事司法協力の対象とならない。判決の執行や特則手続についても、ある加盟国の裁判所の判決・命令が他の加盟国で執行されるようであればならない⁴⁶⁾。

1.2. ニース条約体制

アムステルダム条約を改正するため、EU 加盟国はニース条約を締結し、新条約は2003年2月に発効した。これによって EC 条約67条には第5項が追加され、EC は家族法の分野でも手続法や抵触法を整備する権限を持つことが明確になった (後述1.3参照)。

1.3. リスボン条約体制

2009年12月にはリスボン条約が発効し、EU 法体系は大きく改正されることになったが、本稿に關係する改革としては、まず、「民事に關する司法協力制度」を含む EU の司法・内務政策は「自由、安全および正義の空間」と呼ばれることになった。また、EC 条約は失効し、代わって EU の機能に關する条約が発効したが、民事手続法や抵触法の制定について定める EC 条約第65条および第67条は、EU の機能に關する条約第81条に統合されることになった。なお、後者は、第2次法⁴⁷⁾の制定を域内市場の適切な機能に必要と解される場合に限定しておらず、むしろ、域内市場の機能維持・強化は第2次法を制定しうる例として挙げているに過ぎないため、前述した問題は生じない（本章1.1参照）。

EC 条約第65条に同じく、EU の機能に關する条約第81条第2項は EU が実施すべき案件を列記している⁴⁸⁾。従来通り、そのほとんどは民事手続に關するものであるが、加盟国で適用されている抵触法の合致（compatibility/compatibilité/Vereinbarkeit）を確保することも含まれている（第81条第2項第c号）。

なお、第81条第3項では、渉外的（厳密には、国境を超えることに關する⁴⁹⁾）家族法に關する措置を發する EU の権限がより明確に定められるようになった（EC 条約第67条第5項について前述参照）。渉外的という文言が新たに付けられているのは、EU は複数の加盟国に關わる案件のみを管轄し、純粋な国内事件については権限を持たないためと解される⁵⁰⁾。なお、EU の機能に關する条約第81条第3項は第2項の特別規定にあたり、第2項を勸案すると、渉外的家族法に關する措置とは民事手続法や抵触法としての性質を有するものを指し、実体法上の措置は含まれないと考えるべきである⁵¹⁾。

2. 立法手続

2.1. アムステルダム条約体制

抵触法の制定を含む「民事に關する司法協力」の立法手続は EC 条約第67条で規定されていたが、それによれば、EU 理事会が単独の立法権者であり、欧州議會は拘束力のない意見を述べうるに過ぎなかった（第1項）。なお、理事会は全会一致の決議に基づき、理事会と欧州議會が共同で法令を制定する手続（EC 条約第251条が定める共同決定手続）に変更することができた（第2項）。法案は欧州委員會によって作成されるが、アムステルダム条約の発効から5年間は、加盟国にもイニシアチブが与えられていた（第1項および第2項）。

2.2. ニース条約体制

2003年2月に発効したニース条約によって、EC条約第67条には第5項が追加され、立法手続は共同決定手続に変更された。つまり、2003年2月以降は、欧州議会とEU理事会が共同でEU民事手続法や抵触法を制定するようになった⁵²⁾。ただし、家族法に関する措置については、従来通り、理事会が唯一の立法権者であった（その議決は全会一致を要する）。

2.3. リスボン条約体制

リスボン条約に基づく現行体制下において、立法手続はEUの機能に関する条約第81条第2項で定められているが、ニース条約施行時とほぼ同一である。つまり、EU抵触法は、EU理事会と欧州議会が共同で、通常の立法手続に従い制定する。また、法案の提出権は欧州委員会にのみ与えられている。ただし、渉外的（厳密には、国境を超えることに関連した）家族法に関する措置については、EU理事会が単独の立法権者となり、欧州議会は拘束力のない意見を述べるに過ぎない（EUの機能に関する条約第81条第3項）。また、理事会の意思決定は、特定多数決ではなく、全会一致による（特別な立法手続）。なお、理事会は、同じく全会一致で、この特別な立法手続を通常の立法手続⁵³⁾に変更することができるが、加盟国議会には、これを阻止する権限が与えられている⁵⁴⁾。

3. イギリス、アイルランドおよびデンマークに関する特例

ところで、アムステルダム条約に基づき、EUの「第3の柱」の諸政策を「第1の柱」に移す際、イギリスとアイルランドは、これらの政策には参加せず、また、同政策の一環として採択された措置に拘束されないとする特例が設けられた（EC条約第69条参照）。ただし、両国は立法作業の開始時または法令の採択後、自国の参加（opt-in）を一方的に宣言することができた（アムステルダム条約附属イギリスとアイルランドの立場に関する議定書第3条～第4条）。これらの特例は現在でも適用される（リスボン条約付属第21議定書第1～第4条参照⁵⁵⁾）。

アムステルダム条約の制定時、デンマークも、「第1の柱」に移されることになった諸政策に参加しないものとされたが、イギリスやアイルランドとは異なり、デンマークは個々の措置に参加することは許されず、すでに適用されている全ての措置を一括して受け入れるか否か選択しうるに過ぎなかった（アムステルダム条約附属デンマークの立場に関する議定書第7条⁵⁶⁾）。しかし、リスボン条約に基づき、デンマークにも両国と同様の権利が

与えられるようになった（リスボン条約付属第22議定書補遺第3条および第4条参照）。

4. EU 第2次法（Rome I～III 規則等）

4.1. 総論

アムステルダム条約の発効後、EUは「民事に関する司法協力」に関する自らの権限を積極的に行使し、多数の法令を制定してきたが、当初、その多くは民事手続を対象にしていた。ただし、2000年5月に採択された破産手続に関する規則（Regulation (EC) No 1346/2000）⁵⁷⁾には多くの抵触規定が盛り込まれている（第4条～第15条）⁵⁸⁾。

民事手続法の整備が進むと、政策の重点は抵触法の制定に移されるようになり、2007年11月には「契約外債務の準拠法に関する規則」（Rome II 規則⁵⁹⁾）、また、2008年6月には「契約債務の準拠法に関する規則」（Rome I 規則⁶⁰⁾）が設けられた（債権の準拠法について、2つの規則が設けられるにいたった経緯について、第3章1.2参照）。広義のEU・EC法である1980年のローマ条約を除き、従来のEU抵触規定は個々の指令の中に付随的に盛り込まれていたのに対し、Rome I 規則と Rome II 規則は債権の準拠法について、包括的に定めている。ただし、例えば、人格権の侵害等に基づく債務関係など、まだ立法作業が完了していない法律関係もある。なお、両規則はデンマークには適用されない。

これに対し、家族法の分野におけるEU抵触法の整備は遅れているが、これは、同分野の国内法が大きく異なっているだけではなく、制度上の特殊性や加盟国の伝統・強行法規に鑑み、各国の譲歩が容易ではないこと⁶¹⁾、さらに、立法手続要件が厳格であるためである（前述2.3参照）。ただし、扶養義務の準拠法に関しては、2008年12月に採択された規則（Regulation (EC) No 4/2009）⁶²⁾に次の1ヶ条が設けられた。

Article 15 Determination of the applicable law

The law applicable to maintenance obligations shall be determined in accordance with the Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations (hereinafter referred to as the 2007 Hague Protocol) in the Member States bound by that instrument.

このようにEUは独自の抵触規定を設けることなく、2007年のハーグ議定書⁶³⁾に完全に依拠しているが、同議定書はEU（当時のEC）が加盟国を代表して締結し⁶⁴⁾、後に批准している⁶⁵⁾。ただし、2011年6月1日現在、まだ発効していないため⁶⁶⁾、EU扶養義務規

規則の適用も開始されていない。つまり、同規則第76条第3項によれば、一部の規定を除き、規則は2011年6月18日より施行されることになっていたが、これは2007年のハーグ議定書の発効が条件であり、その発効をまって適用される。なお、デンマークは、同規則の制定に参加していないが、後に、第3章と第4章を除き、同国に対しても適用される運びとなった⁶⁷⁾。もっとも、準拠法について定める第15条は第3章に属するため、同規定はデンマークに対しては適用されない。イギリスも立法手続には参加していないが、制定後、規則を受け入れている⁶⁸⁾。ただし、同国は（ECによる）2007年のハーグ議定書の締結に参加していないため、第15条の効力は及ばない。なお、アイルランドは規則の制定・締結に加わっている。

また、2010年12月には、「涉外離婚および法的別居⁶⁹⁾の準拠法に関する規則」（Rome III 規則⁷⁰⁾）が制定されたが、同様に、全ての加盟国で適用されるわけではない（後述4.2(3)参照）。なお、このEU第2次法は準拠法についてのみ定めており、手続については別の規則（Brussels IIa 規則⁷¹⁾）が設けられているが、この点で前述した扶養義務に関する規則と異なっている。

夫婦財産や登録パートナーシップの財産の準拠法に関する規則はまだ制定されていないが、欧州委員会は、2011年3月、それぞれ法案を提出している⁷²⁾。

また、相続の準拠法についても、欧州委員会は2009年10月に法案を提出しているが（委員会案第16条～第28条）⁷³⁾、まだ採択されていない。

4.2. 各論

(1) Rome I 規則

1980年6月、当時のEEC加盟国は、「契約債務の準拠法に関する国際協定」（ローマ条約）を締結しているが、「契約債務の準拠法に関する規則」（Rome I 規則）⁷⁴⁾はこの条約に代わるものである（Rome I 規則第24条第1項参照）。つまり、アムステルダム条約に基づき、EUには加盟国で適用されている抵触法を統一する権限が明瞭に与えられるようになったため、ローマ条約をEU独自の法令に置き換える作業が行われた。なお、Rome I 規則はローマ条約の構成や原則を踏襲しているが、内容的には多くの規定で違いがみられる。

Rome I 規則は、2008年6月17日、欧州議会とEU理事会によって共同で制定され、同年7月24日に発効しているが（第29条第1項）、2009年12月18日以降⁷⁵⁾に締結された契約には、ローマ条約ではなく、同規則が適用される（第28条）。ただし、デンマークは同規

則の制定・採択に参加していないため、同国では、従来通り、ローマ条約が適用される。これに対し、アイルランドでは適用される。イギリスも立法手続には参加していたが、採択には加わらなかった。これは、特に、第3国の強行規定の適用に関する欧州委員会案に賛成しなかったためであるが⁷⁶⁾、法案が採択された後、受け入れを表明している⁷⁷⁾。

Rome I 規則の適用範囲は民事および商事に関する契約債務関係に限定され、租税・関税事件および行政事件には適用されない（第1条第1項）。なお、商事に関する案件であれ、会社法やその他の団体・法人に関する法令で定められている事項（法人の設立、登録、法人格、行為能力、内部組織など）には適用されない（第2条第f号）。また、契約締結上の過失責任については適用されないが（第i号）、これは後述する Rome II 規則の対象である⁷⁸⁾。

①当事者による準拠法の選択

Rome I 規則は当事者による準拠法の選択を広く認める。なお、合意は明瞭になされているか、または契約条項ないし事案の状況から十分、的確に読み取れるようであればならない（第3条第1項）。

準拠法の選択時、事案に関するその他の全ての事項が一つの国にのみ関係しているときは、外国法が準拠法に指定されている場合であれ、その国の強行法規が適用される（第3項）。また、事案がもっぱら EU 域内に関わる時、第3国法を準拠法に指定することによって、EU 法上の強行法規⁷⁹⁾の適用を排除することができない（第4項）。

当事者が準拠法を選択していない場合について、ローマ条約は最密接関係地法によるとし（第4条第1項）、特徴的な給付を行う者の常居所地が最密接関係地にあたると推定していたが（第2項）、Rome I 規則は、個々の契約ごとに定めている。例えば、商品（動産）の売買契約については、売主の常居所地国法（第4条第1項第a号）、また、サービス提供にかかる契約については、提供者の常居所地国法とする（第b号）。Rome I 規則第4条第1項は、その他の契約についても定めているが⁸⁰⁾、そのいずれにも該当しないか、複数の類型に該当する契約は、特徴的な給付を行う者の常居所地国法が準拠法となる（第4条第2項）。なお、第1項および第2項が指定する国の法よりも、明らかに⁸¹⁾より密接に関係する国があるときは、その国の法による（第3項）。

②輸送契約

商品輸送契約の準拠法が選択されていない場合については特例が設けられており、輸送者

の常居所がある国の法による。ただし、その国に輸送品の受領地または引渡地か、発送者の常居所がある場合に限る。これらの要件が満たされないときは、当事者間で合意された引渡地がある国の法による（第5条第1項）。

人の輸送契約については、当事者が選択しうる準拠法が限定されており、輸送者の常居所または主たる事務所がある国の法、乗客の常居所地国法、出発地または到着地の法でなければならない（第5条第2項第2款⁸²⁾）。準拠法が選択されていないときは、乗客の常居所地国法によるが、これはその国が出発地または到着地である場合に限る（第5条第2項第1款前段）。そうではないときは、輸送人の常居所地国法による（後段）。

③保険契約

保険契約の準拠法についても選択が認められているが（第7条）、ある特定の保険契約については制限が設けられている（第7条第3項）。なお、従来、保険契約の準拠法は、個々の指令の中で付随的に定められてきたが、Rome I規則第7条が優先して適用される（第23条）。

④消費者契約

保険契約や輸送契約を除く消費者契約についても特例が設けられているが、Rome I規則は、その他の契約のように、まず当事者による準拠法の選択について定めるのではなく、消費者の常居所地国法によるとする（第6条第1項⁸³⁾）。ただし、事業者の職業または商行為が消費者の常居所地国で行われているか、何らかの方法によりその国またはその国を含む複数の国に向けられていること、かつ、契約が事業者のそのような行為の範囲内にある場合に限る。なお、Rome I規則は当事者による準拠法の選択を認めていないわけではない（第6条第2項）。選択されていない場合には、第6条第1項による。なお、準拠法の選択により、消費者の常居所地国（つまり、第6条第1項が定める準拠法）の消費者保護強行規定の適用を排除することはできない。

⑤個別雇用契約

個別雇用契約（Individual employment contracts）についても、当事者による準拠法の選択が認められるが、通常の労務提供地（それを確定しえないときは採用地）の強行法の適用を排除することは許されない（第8条第1項）。準拠法が選択されていないときは、通常の労務提供地、それを確定しえないときは採用地の法による（第2項）。

⑥契約の成立、有効性および形式

なお、契約の成立と有効性は、契約が有効であれば準拠法に指定される法による（第10条第1項）。契約の形式は、契約締結地法か効力の準拠法による（第11条第1項）。遠隔地的契約の形式は効力の準拠法、または、契約締結時における当事者の一方の所在地か常居所地の法による（第2項）。

（2）Rome II 規則

2007年7月11日、欧州議会とEU理事会は共同で「契約外債務関係の準拠法に関する規則」（Rome II 規則）⁸⁴⁾を制定し、同規則は2009年1月11日より施行されている（第32条、ただし、第29条は制定時より適用されている）。また、同規則は、この施行日以降に発生した涉外事件に適用される（第31条）。なお、アイルランドとイギリスは立法手続の段階から参加し、採択にも加わっているため（前文第39立法理由）、Rome II 規則は両国でも効力を有する。他方、デンマークは参加していない。

Rome II 規則は、不法行為、不当利得、事務管理、契約締結上の過失責任（*Culpa in contrahendo*）について定めているが、重点は不法行為に置かれている。なお、私的空間や人格権の侵害および名誉棄損に基づく債権については見解がまとまらず、規則の適用範囲から除外されることになったが（第1条第2項第g号）、欧州委員会は、遅くとも2008年12月末までに、報告書を提出することとなった（第30条第2項）。同報告書は2009年2月に提出されているが⁸⁵⁾、委員会の提案は一つに絞られていない。

また、Rome II 規則は民事および商事に関する契約外債務関係にのみ適用され、租税・関税事件、行政事件または公権力の行使を伴う国の行為ないし不作为に関する責任には適用されない（第1条第1項）。

①不法行為

不法行為に基づく債務関係は結果発生地法によるが（第4条第1項）、被害者と加害者が結果発生時、同一国内に常居所を持つ場合は、同国の法による（第2項）。ただし、結果発生地国や両当事者の常居所地国よりも、明らかに密接に関係する国があるときは、その国の法による（第3項）。

なお、不法行為の特例として、①製造物責任（第5条）、②不正競争または違法な取引制限に関する責任（第6条）、③環境汚染責任（第7条）、④知的所有権の侵害に関する責任（第8条）、⑤違法な労働闘争に関する責任（第9条）について規定が設けられている。

②不当利得

不当利得に基づく債務関係は、不当利得が当事者間の契約または不法行為などより生じている場合は、当該契約または不法行為の準拠法による（第10条第1項）。このような法が特定されない場合において、両当事者が同一国内に常居所を持つときは、その国の法による（第2項）。第1項および第2項によって準拠法が定まらないときは、不当利得発生地の法による（第3項）。なお、第1項～第3項が指定する準拠法国よりも、不当利得に明らかに密接に関係する国があるときは、その国の法による（第4項）。

③事務管理

事務管理に基づく債務関係の準拠法は、不当利得（第10条）の場合と同じ方法で指定される（第11条）。

④契約締結上の過失責任

契約締結上の過失責任（*culpa in contrahendo*）は、契約外債務（法定債務）として性質づけられているが、準拠法は契約債務（任意債務）に準じる。つまり、契約締結上の過失責任は、そのような過失があったにもかかわらず成立した契約または過失がなければ締結されていたであろう契約の準拠法による（第12条第1項）。第1項に従い準拠法が決まらないときは、不法行為（第4条）の場合と同じ方法による（第12条第2項）。

⑤当事者による準拠法の選択

上述したように、Rome II 規則は、原則として、個々の法律関係に最も密接に関係する地を連結点とし準拠法を指定しているが⁸⁶⁾、一定の条件の下、両当事者による準拠法の選択を認める（第14条第1項）。ただし、不正競争または違法な取引制限に関する責任や、知的所有権の侵害に関する責任については、準拠法の選択を認めない（第6条第4項、第8条第3項）。また、原因事実発生時、事案の全ての要素がその他の単一の国（準拠法国ではない、その他の国）に関係しているときは、その国の強行法規の適用を免れない（第14条第2項）。また、原因事実発生時、事案の全ての要素が単一ないし複数の EU 加盟国に関係しているときは、EU 強行法規の適用を免れない（第3項）。

（3）Rome III 規則

2010年12月20日、EU 理事会は「離婚および法的別居の準拠法の分野において、緊密な

政策協力を実施するための規則」(Rome III 規則)⁸⁷⁾を採択した。Rome I 規則や Rome II 規則とは異なり、理事会が単独の立法者となっているが、これは Rome III 規則が家族法の分野の法令であるためである(本章 2.3 参照)。

同規則は、その他にも、立法手続や実施面で特殊であるが、個々の規定の概要を説明する前に、これらの点について解説する。

涉外離婚ないし別居の準拠法を整備する必要性はかねてより指摘されているが、加盟国の実体法および抵触法には大きな違いがみられ、自国の伝統維持に関する各国の要請も強かったため、作業は進展しなかった。しかし、1998年12月に採択された「ウィーン行動計画」には、離婚に関する抵触法の制定が政策課題として盛り込まれ、また、2004年11月に採択された「ハーグ・プログラム」では、欧州委員会によるグリーン・ペーパーの作成が明記されるようになった。委員会は2005年3月にグリーン・ペーパー⁸⁸⁾を、また、2006年7月には規則案⁸⁹⁾を公表し、EU 理事会による審議も開始されたが、法案の採択に必要な全会一致が得られないことが明らかになった(第3章 1.5 参照)。そのため、理事会は、一部の加盟国間でのみ規則を制定することを決定したが、ある政策を特定の加盟国間でのみ実施することを緊密な政策協力と呼ぶ(EU 条約第20条および EU の機能に関する条約第326条～第334条参照)⁹⁰⁾。2010年7月、理事会は要請のあった加盟国に対し、緊密な政策協力の実施を許可し、2010年12月、規則(Rome III)が制定された。同規則は12月30日に発効し、2012年6月21日以降に開始される裁判手続に適用される(第18条)。当初の参加国は、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、ルーマニアの14ヶ国であるが、その他の EU 加盟国にも常時、門戸が開かれている(EU の機能に関する条約第328条第1項)。

Rome III 規則は涉外離婚および法的別居の準拠法についてのみ定めており、手続については別の規則(Brussels IIa 規則)が設けられている⁹¹⁾(この点で前述した扶養義務に関する規則と異なる)。また、婚姻以外の制度(例えば、同性間のパートナーシップ)は対象にしていない⁹²⁾。なお、婚姻であれ、その有効性については適用されない(規則第1条第2項)。

①当事者間による準拠法の選択

規則は当事者(夫婦)による準拠法の選択を認めているが、それは以下の法でなければならない(第5条第1項)。

- ・準拠法を選択した当時の夫婦の共通常居所地国法
- ・夫婦の最後の共通常居地国であり、かつ、準拠法選択時、夫婦の一方がその国に常居所を置いている場合には、その国の法
- ・準拠法選択時の夫または妻の本国法
- ・法廷地法

準拠法の選択および変更はいつでも行うことができるが、遅くとも、訴えが提起されるまでになされなければならない(第5条第2項)。ただし、受訴裁判所国の法(法廷地法)が手続中の準拠法選択を認めるときは、この限りではない(第3項)。

なお、準拠法選択にかかる合意の存在や有効性、また、合意内の個々の規定の存在や有効性は、合意または規定が有効であれば準拠法とされるべき法による(第6条第1項)。ただし、この法に照らし判断することが不適切と解される事情があるとき、一方の配偶者は、提訴時における自らの常居所地国法に照らし合意の成立を争うことができる(第2項)。

準拠法選択の合意は書面でなされなければならない。また、日付の明記と双方の署名を必要とする(第7条第1項)。さらに、合意時における夫婦の共通常居所地国法が定めるその他の要件も満たしていなければならない(第2項)。合意時、夫婦が異なる加盟国(この規則が適用される加盟国)内に常居所を有し、それらの法の定める要件が異なっているときは、どちらか一方の要件を満たしていればよい(第3項)。

夫婦が準拠法を選択していない場合は、提訴時における夫婦の共通常居所地国法による(第8条第a号)。このような法が無いときは、最後の共通常居所地国法による。ただし、提訴時までに1年が経過しておらず、提訴時、夫婦の一方がその国に常居所を持つ場合に限る(第b号)。このような法が無いときは、提訴時における夫婦の共通本国法による(第c号)。このような法もないときは法廷地法による(第d号)。

②マルタ条項(第10条・第13条)および公序(第12条)

第5条または第8条に従い指定された準拠法が離婚について規定していないときは⁹³⁾、法廷地法による(第10条)。例えば、マルタの国内法は離婚を容認していないが、同国の法が準拠法に指定されるとき、他の Rome III 規則参加国の裁判所は法廷地法に照らし、離婚を認めることができる。なお、適用が排除されるのは Rome III 規則参加国の法に限定されず、第3国の法であってもよい(第4条参照)。

他方、第13条は、国内法が離婚について定めていないとき、その国の裁判所は離婚判決

を下すことが義務付けられるわけではないことを明記している。そのため、マルタの裁判所は、外国法に従い、離婚判決を下さなければならないわけではない。なお、第12条は、準拠法の適用が法廷地国の公序に明らかに反するときは、その適用の排除を認める⁹⁴⁾。

第3章 考察

1. EU 抵触法の発展と EU の権限・立法手続

1.1. EU 抵触法の発展

現在、EU の司法・内務政策は「自由、安全および正義の空間」と呼ばれているが、抵触法は同制度内に設けられた「民事に関する司法協力」の一環として制定される。同協力制度は、1999年5月に発効したアムステルダム条約に基づき強化されたが、当初、その重点は外国判決等の相互承認制度の確立に置かれており⁹⁵⁾、Rome II 規則を初めとする抵触法が制定されるようになったのは、2007年7月以降のことである。すでに多数の民事手続法が発せられている現在、政策の重点は抵触法の整備に移されているといつてよいが⁹⁶⁾、EU 抵触法は、準拠法の決定に関する法的安定性を高め、EU 内における人の移動の自由を実効的に保障するだけでなく、すでに整備されている手続法を補完する意義も持ち合わせている。つまり、全ての加盟国の裁判所が同一の準拠法に照らし判決を下すことが、外国判決の相互承認を円滑にする⁹⁷⁾。

ところで、アムステルダム条約発効の約半年前にあたる1998年12月、EU 理事会と欧州委員会は、「ウィーン行動計画」を採択し、①同条約の発効から2年以内に、契約外債務の準拠法に関する抵触法（Rome II）の制定と（必要に応じ）契約債務の準拠法に関するローマ条約（Rome I）の見直しを行うこと、また、②条約発効から5年以内に、離婚の準拠法に関する抵触法（Rome III）制定の可能性について検討することを目標に掲げている⁹⁸⁾。また、2004年11月、欧州理事会は「ハーグ・プログラム」を策定し、Rome I と Rome II の制定作業強化を打ち出すとともに、Rome III に関するグリーン・ペーパーを2005年に提出するよう欧州委員会に要請している⁹⁹⁾。2007年7月には Rome II 規則が、また、2008年6月には Rome I 規則が制定されるが、Rome III については、「ハーグ・プログラム」に代わる政策大綱として欧州理事会が採択した「ストックホルム行動計画」（2009年12月）において、作業継続の必要性が確認されている。また、同計画では、準拠法の整備を会社法や保険契約の分野でも行うことについて触れられている¹⁰⁰⁾。

このような強い政治的イニシアチブに支えられながら、近年、EU 抵触法は急速に発展

してきたが、スウェーデンの抵抗により、Rome III 規則の制定が行き詰まったことは大きな衝撃となった¹⁰¹⁾。最終的に、緊密な政策協力の形式をとることで、法案は採択されているが、2009年11月末まで任期を残していた当時の欧州委員会は、緊密な政策協力の方法によるのではなく、その他の打開策を検討していたとされる¹⁰²⁾。

ところで、法人の準拠法に関する規則はまだ制定されていない。しかし、すでに多くの ECJ 判決が下されているため¹⁰³⁾、それに照らして成文法を整備し、法的安定性を高めることも必要になろう。なお、欧州委員会は、法人の準拠法に関するグリーン・ペーパーを2014年に公表する予定を立てている¹⁰⁴⁾。物権法や家族法の準拠法についても、ECJ は、人の移動の自由や差別禁止という EU 法上の大原則に照らし判断を下しているが¹⁰⁵⁾、それに則し成分法を整備することも必要になろう¹⁰⁶⁾。

1.2. EU 抵触法体系の複雑化と国内抵触法に及ぼす影響

EU 抵触法は、アムステルダム条約の発効前後に分けて考察することが一般的であるが¹⁰⁷⁾、発効後の特徴としては、第1に、加盟国の国際私法に直接的かつ大きく介入する規則 (regulation) が制定されるようになったことが挙げられる。つまり、Rome I～III 規則は、新たな措置を必要とすることなく、加盟国内で直接的に適用される。また、同規則は国内抵触法を統一する機能を持ち、既存の国内抵触規定に代わる新しい規定を設けている (なお、規定範囲が異なるため、国内規定が存続する場合には、それに優先して適用される)。これは、加盟国の特権と解されてきた抵触法の制定が EU レベルで行われるようになったことを意味する (国際私法の EU 化)。この観点から、Rome 規則の制定は革命的と評されることもあるが¹⁰⁸⁾、国際私法の理論としては、伝統的なアプローチが用いられている¹⁰⁹⁾。

第2に、本来の国際私法の機能に特化した、包括的な抵触法が制定されるようになったことを指摘しうる。とはいえ、個々の消費者保護指令における抵触法上の指針が Rome I 規則で統括されているわけではない¹¹⁰⁾。それらは同規則の影響を受けず、従来通り適用されるが (規則第23条)¹¹¹⁾、同規則にも消費者保護に関する独自の規定 (第6条) が設けられている。そのため、それと個々の消費者保護指令の整合性について検討する必要がある (後述2.3 参照)。なお、個々の指令内に特別規定を設けることは今後も禁止されない¹¹²⁾。そのため、Rome I 規則の制定によって EU 抵触法は必ずしも体系化・簡素化されているわけではない。

また、Rome I 規則と Rome II 規則の一本化や、総則・一般規定を統括した法典を設け

る試みはまだみられない。他方、家族法の分野では、さらに細分化されている。

なお、債権の準拠法について、Rome I 規則と Rome II という2つの規則が制定され、また、Rome II 規則の方が先に採択されているのは以下の事情に基づくと解される。契約債務の準拠法は、すでに1980年締結のローマ条約において包括的に定められていたが、契約外債務の準拠法についても条約（Rome II）を制定する必要性が強く認識されるようになった（ウィーン行動計画）。その後、アムステルダム条約の発効に伴い、EU には抵触法を制定する権限が明確に与えられるようになったため、EU 制度の枠外で締結される条約としてではなく、EU 独自の規則として制定する作業が進められた。後に、1980年のローマ条約も、同じく規則として制定し直す必要性が認識されるようになるが、内容面の再検討も同時に行われた（ハーグ・プログラム）。

ところで、指令に照らし、加盟国が個々の国内法を整備するのではなく、単一の国際私法典の中で統括して規定するのであれば、結果として、EU 抵触法も体系化される。例えば、ドイツは、同国の国際私法典である EGBGB において、一連の消費者保護指令の実施に必要な措置をまとめて規定している（第49b条、旧第29a条）。また、広い意味での EU 法であるローマ条約も EGBGB の中に取り込んでいたが（第27条～第37条）¹¹³⁾、これは、ローマ条約がドイツ国内では直接的に適用されないためである。これに対し、Rome I～III 規則は国内法を整備することなく、直接、加盟国内で適用される。そのため、国内法レベルで個々の EU 抵触法を体系化する基盤は失われているが、そのために国内法体系は複雑化している。つまり、Rome I 規則の発効に合わせ、ドイツは EGBGB より契約の準拠法に関する諸規定（第27条～第37条）を削除し、Rome I 規則によらしめている。つまり、契約の準拠法は2つの異なる法令の中で定められている。なお、個々の消費者保護指令を実施するために設けられた規定（第49b条、旧第29a条）は、まだ EGBGB の中に残されているが、Rome I 規則の中にも、消費者保護に関する規定（第6条）が置かれている。両者の関係が明瞭ではないことは国内の立法手続でも指摘されたが、Rome I 規則や指令の立法者である EU 自身も明らかにしておらず、今後の課題とされているに過ぎない（この問題について、第3章2、3参照）¹¹⁴⁾。

他方、Rome II 規則と Rome III 規則との関係については、EGBGB 内に規定（法定債権については第38条～第42条、また、離婚については第17条）が存続しており、EU 法が定めていない案件について適用される。つまり、Rome II 規則と Rome III 内の規定は優先して適用されるに過ぎない。

扶養義務に関しては、EU 規則第15条が依拠する2007年のハーグ議定書がまだ発効して

いないため、EGBGB 第18条¹¹⁵⁾の適用が継続するが、発効後は効力を失う¹¹⁶⁾。

1.3. EU による国内抵触法の統一ないし調整

EU 法上、加盟国法の統一と調整は明確に区別されている。つまり、前者は EU レベルで画一的な法規を設け、個々の加盟国法の違いを完全に取り除くのに対し、後者は国内法の相違を少なくするだけであり、加盟国の立法裁量権を完全に否認するものではない¹¹⁷⁾。そのいずれを EU はなしうるかは、通常、基本諸条約（または第2次法）で定められているが、抵触法に関する権限は必ずしも明確にされていない。つまり、アムステルダム条約に基づき改められた EC 条約65条第c号では、EC の権限は国内抵触法の合致 (compatibility/compatibilité/Vereinbarkeit) を促進することと定め、現行法である EU の機能に関する条約第81条第2項第c号も、同様に、国内抵触法の合致 (compatibility/compatibilité/Vereinbarkeit) を確保するものとしている。合致という特殊な概念は必ずしも明瞭ではなく、調整として理解する文献¹¹⁸⁾や、統一と調整の概念を混同して用いる文献もあるが¹¹⁹⁾、従来の実務に照らせば、統一と捉えるべきである。なお、EC 条約第65条第c号が抵触法の合致を促進することと定めていたのに対し、EU の機能に関する条約第81条第2項第c号は抵触法の合致を確保するものとし、EU の権限を強化している¹²⁰⁾。

ところで、加盟国抵触法の統一に関し、新たな問題が生じている。これは「自由、安全および正義の空間」の政策分野（抵触法や民事手続法の整備が含まれる）では、一部の加盟国の不参加が認められており（第2章3参照）、実際に、オランダでは Rome I～III 規則が適用されないことや、緊密な政策協力として制定された Rome III 規則については、その他の国も参加を見送っているためである（第2章4(3)参照）。それゆえ、この政策分野の第2次法については、どの加盟国で適用されるか検討しなければならないといった特殊な問題がある。

1.4. EU 実質法の適用範囲の拡大

ところで、国は抵触法の制定に際し、自国法の適用範囲を拡大させることができる。これに対し、EU は適用を拡大させるべき独自の私法を持たないため、中立的な立場から準拠法を決定することができるという趣旨の見解が主張されている¹²¹⁾。しかし、実際には、第3国法を準拠法に選択することによって、EU 法上の消費者保護が失われる結果になってしまうとする旨の規定を EU は設けている（第1章1述参照）。なお、製造物責任や消費者保護の分野において、EU が制定してきた指令 (direction) は国内法に置き換え

られなければならない。つまり、実際に適用されるのは、指令ではなく、指令に照らし整備された国内法である。そのため、指令を準拠法に指定することはできない。ただし、欧州委員会が提案している消費者と企業のためのヨーロッパ契約法のように、直接的に適用される EU 法が制定されれば¹²²⁾、それを準拠法に指定することは可能と解される。

1.5. 立法手続上の障害

渉外的家族法に関する措置の採択には、EU 理事会の全会一致、つまり、全加盟国の支持が必要になるが（EU の機能に関する条約第81条第3項）、27ヶ国の見解をまとめることは容易ではないため、規定すべき法律関係を限定するか、幾つかの選択肢を設けざるをえない。なお、法案の採択に全加盟国の支持（EU 理事会の全会一致）が求められるのは、何も家族法に関する措置に限らないが¹²³⁾、「自由、安全および正義の空間」の政策にイギリスは原則として参加しない（アイルランドとオランダも同様である。第2章3参照）。従来より、同国は欧州統合に懐疑的な姿勢を見せているため、その不参加には全会一致の決議を成立させやすくするといった側面もある。

ところで、立法手続上の要件を緩和するため、かねてより根拠条文を変更することが検討されている。例えば、EU の機能に関する条約第114条（EC 条約第95条）によるとすれば、法案の採択に加盟国の全会一致は要求されず、特定多数決で足りる¹²⁴⁾。同条は域内市場の機能維持・強化に必要な措置を講じる権限を EU に与えているが、第81条（民事に関する司法協力）はその特別規定にあたる¹²⁵⁾。つまり、第81条は民事に関する司法協力制度について、特別の立法手続を設けている。そのため、同条によらず、一般規定（第114条）を根拠にするのは適切ではない。特別の定めがある場合、第114条を援用してはならないことは、第114条第1項からも読みとれるが¹²⁶⁾、そもそも、第81条第3項が全会一致の議決を要件としているのは、加盟国の主権や独自性を尊重する必要があるためである。国内法秩序や国内法の伝統の多様性が尊重されなければならないことは第67条第1項でも明記されているが、これに反してまで欧州統合を発展させる必要性があるかは疑問である。第81条第3項は立法手続の変更を認めているため（第2章2.3参照）、立法手続要件の緩和はこの方法によるべきである。なお、第114条に基づき、EU が発することができるのは国内法の調整を目的とした措置である（第1項参照）。そのため、国内法の統一を意図した EU 抵触法の根拠条文としては不適切である。

なお、立法案件は家族法上の措置にあたらないと捉えることができれば、全会一致の要件を回避することができよう。例えば、欧州委員会は、相続は家族法に属しないとし、相

統の民事手続・準拠法に関する規則は、EC 条約第67条第5項（EUの機能に関する条約第81条第2項）に従い、欧州議会とEU理事会が共同で制定することを提案している¹²⁷⁾。この場合、理事会は特定多数決で意思決定を下すが、厳格な立法手続要件を排除するために濫用されてはならない。

ところで、前述したEU立法手続要件（全会一致の決議）の下では、各国の抵触法だけではなく¹²⁸⁾、実体法が大きく異なっていることも、家族法に関するEU抵触法の制定を困難にしている。例えば、離婚等の準拠法（Rome III規則）の制定手続において、スウェーデンは離婚を認めないか、または厳格な条件の下でのみ認める外国法の適用に反対していたのに対し、マルタは離婚を容易に認める外国法（例えばスウェーデン法）の適用に賛成しなかった¹²⁹⁾。このように、抵触法の制定に際し、実質法の内容までもが重視されるようになった結果、EU理事会は全加盟国に共通する抵触法の制定を断念し、一部の加盟国間でのみ適用される第2次法としてRome IIIを制定した。特定の加盟国間でのみ実施される政策を「緊密な政策協力」と呼ぶが、これは加盟国数の増加によって意思決定が麻痺することへの対策として、アムステルダム条約に基づき導入された正式な制度であり¹³⁰⁾、Rome IIIの制定に際し、初めて利用されることになった。確かに、この方法によれば、各国の主権や独自性は維持されることになるが（自らの主張が支持されなかったスウェーデンはRome IIIに参加しておらず、独自の立場を放棄せずに済んだ）、EU内における人の移動の自由を保障し、また、法的安定性を高めるといった抵触法統一の理念に合致しない¹³¹⁾。

2. EU国際私法適用上の問題

2.1. 当事者による準拠法選択

EU抵触法は当事者による準拠法の選択を広く認める。1980年のローマ条約も同様であるが、自らに有利な抵触法を持つ国の裁判所に訴えること（forum shopping）を抑制する働きがある¹³²⁾。また、EUは契約法の分野だけではなく、家族法の分野においても、当事者による準拠法の合意を認めているが、Rome III規則の重点の一つは、まさにここに置かれており、合意の効力や形式について、Rome I規則やRome II規則より詳細に定めている¹³³⁾。扶養義務に関する規則第15条は、ハーグ議定書の抵触規定をそのまま取り込んでいるが（第2章4.1参照）、議定書も準拠法の選択を認めており、従来のドイツ国際私法を改廃する効果を持つ。

私的自治を尊重すること自体は適切であるが、加盟国法の内容に大きな違いがみられる

離婚について、当事者（法律に精通しているとは限らない一般市民）が各国法の内容を熟知したうえで準拠法を適切に選択することができるかは疑わしい¹³⁴⁾。なお、個々の加盟国の法制度や EU 手続法に関する情報の普及を目的とし、2010年7月、e-justice Portal が開設されている¹³⁵⁾。このサイトを利用し、各国の離婚法について調べることも可能である。

ところで、Rome III 規則第8条第a号によれば、当事者によって準拠法が選択されていないときは、夫婦の共通常居所地国法が準拠法となる。適用通則法第27条(第25条の準用)のように、連結点としての国籍が常居所地よりも優先されているわけではないが、涉外離婚の一般的なケースでは、両当事者の国籍が異なると解されるため、指定される準拠法に違いは生じないと解される。なお、夫婦の国籍が同じ場合、両者は共通本国法を準拠法に選択することも十分に考えられる。また、国籍が同一であるにもかかわらず、涉外事件となるのは、夫婦が外国に常居所を持つ場合であるが、そのようなケースでは本国法よりも常居所地国法の方が当事者により密接に関係していることもあろう¹³⁶⁾。

2. 2. 自然人の常居所

Rome I～III 規則では「常居所」(habitual residence/résidence habituelle/gewöhnlicher Aufenthalt) が連結点として多用されているが¹³⁷⁾、Rome I 規則前文第39立法理由では、法的安定性を高めるため、法人等¹³⁸⁾の常居所を明確にする必要性が指摘されている¹³⁹⁾。実際に、第19条において、法人等は本拠地(place of central administration)を常居所地とし(第1項第1款)、契約が支店等の業務として締結されるか、支店等がその履行に責任を負う場合には、当該支店等の所在地を常居所地とすると定められている(第2款)。他方、労働者としての自然人は、その本拠地を常居所とする一方で(第1項第2款)、それ以外の自然人の常居所については規定していない。

Rome II 規則第23条も、法人等や労働者としての自然人の常居所について同じように定めているが、それ以外の自然人の常居所については規定していない。これに対し、法人等や自然人の労働者としての属性が問題にならない Rome III 規則では全く定義されていない。つまり、Rome I～III 規則を通し、労働者としての身分が問われない自然人の常居所は明確にされておらず、解釈・適用上の問題を残している。

不明瞭な概念の解釈について、EU は司法機関によって問題を解決する制度を設けていることを指摘すべきであろう。つまり、EU 抵触法を実際に適用するのは加盟国の裁判所であるが、同裁判所が EU 法の解釈・適用に関し疑義を有するときは、訴訟手続を中断し、

EU 裁判所（厳密には、ECJ¹⁴⁰⁾）に判断を求めることができる（EU の機能に関する条約第267条参照）¹⁴¹⁾。実際に、ECJ は、フィンランドの裁判所の付託を受け、Brussels IIa 規則第8条における常居所の概念についてすでに判断を示しているが¹⁴²⁾、それによれば、Brussels IIa 規則第8条における常居所の概念は、同条の趣旨および Brussels IIa 規則の目的に照らし解釈されなければならない、国内法の観点から解釈されるのではない。また、EU 法上の解釈基準として、以下の点を挙げている。

44 The concept of 'habitual residence' under Article 8 (1) of Regulation No 2201/2003 must be interpreted as meaning that it corresponds to the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment. To that end, in particular the duration, regularity, conditions and reasons for the stay on the territory of a Member State and the family's move to that State, the child's nationality, the place and conditions of attendance at school, linguistic knowledge and the family and social relationships of the child in that State must be taken into consideration. It is for the national court to establish the habitual residence of the child, taking account of all the circumstances specific to each individual case.

滞在期間、継続性、滞在条件や理由が考慮されるのは適切であるが、子供の国籍、学校の場所や出席条件、言語知識、家族・社会関係までもが総合的に考慮されなければならないとすれば、常居所より、むしろ、最密接関係地に相当するように解される。

なお、個々のケースにおける判断は加盟国の裁判所に委ねられているため、加盟国間で判断が異なる可能性もある。前述したように、確かに、EU 法は司法判断によって解決する制度を設けているが、常居所の概念について、ECJ は EU 内の適用・解釈の統一に大きく貢献していない。法的安定性を高めるためには、法人等の常居所と同じように、明定すべきであったと解される。なお、前述した ECJ の判断は Brussels IIa 規則に関するものであり、その他の規則における常居所の概念にも当てはまるかは定かではない¹⁴³⁾。

ところで、EU 法上、明確に定義されていない概念は、加盟国の国際私法に照らし解釈すべきという見解も主張されている¹⁴⁴⁾。しかし、上掲の ECJ 判決が示すように、EU 法内で用いられている概念は、EU 法上の概念であり、EU 法の趣旨・目的に照らして解釈しなければならない¹⁴⁵⁾。

他方、法の適用に関し、EU 法が明確に定めていない場合は、国内法に従うと解される

が、EU法の目的や原則を考慮しなければならない。この点について、Rome III規則は、国籍が連結点となる場合において、当事者が重国籍者であるときは、EUの一般原則¹⁴⁶⁾を完全に考慮しながら、国内法に従い処理するとしている（前文第22立法理由）¹⁴⁷⁾。

2.3. EU 抵触法相互間の問題

前述したように、アムステルダム条約の発効後、包括的な抵触法が複数、制定されているが、これは法体系を複雑にしているだけではなく、適用範囲の区分を困難にしている。例えば、第三者賠償請求権（*jus quaesitum tertio*）や第三者を保護する効力を持つ契約（*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*）には、Rome I規則とRome II規則のどちらが適用されるか明らかではない¹⁴⁸⁾。

また、消費者契約については、Rome I規則第6条だけではなく、従来から存する個々のEU指令が適用されるが（Rome I規則第23条）、両者の関係は必ずしも明確ではない。欧州委員会は、その整合性について検討すべきとされているが（第27条第1項第b号）、以下のように考えることができよう。

Rome I規則第6条によれば、当事者によって準拠法が選択される場合であれ、消費者の常居所地国における消費者保護規定（強行規定）の適用を排除することはできない。なお、この常居所地国はEU加盟国である必要はない。また、選択された準拠法は加盟国法であるか、または第3国法であるかを問わない。選択されていない場合は、消費者の常居所地国法による。

他方、一般に指令では、第3国法が準拠法に指定されている場合についてのみ、指令の保護水準が満たされているか否かが問題になる（これに対し、加盟国法は指令に合致していなければならないため、同法が準拠法に指定される場合は問題にならない）。ただし、契約はEU加盟国（および欧州経済地域締約国）の領域と密接に関係していなければならない。

両者の主な違いは、①準拠法が選択されていない場合の取扱いと、②選択された準拠法の保護水準が低い場合の取扱いに存するが、①について指令は決めていないため、Rome I規則第6条によると解される。

②の問題は、Rome I規則によるならば、消費者は常居所地国法（加盟国法に限らない）によって保護されるのに対し、指令によるならば、EU指令上の保護が与えられれば十分である。また、指令によるならば、第3国法が準拠法に選択される場合にのみ、その適用を排除することができるが、Rome I規則によれば、加盟国法であってもよい。そのため、

加盟国間の権利保護水準の違いは（例えば、ドイツ法が準拠法として選択されるが、フランスに消費者の常居所があり、フランス法の方が保護に厚い場合）、Rome I 規則によってのみ解決することができる¹⁴⁹⁾。

なお、ドイツは、Rome I 規則が国内で直接、適用されるため、従来の国内法上の規定（EGBGB 第27条～第37条）を削除する一方で、個々の消費者保護指令の実施にかかる規定（第49b条¹⁵⁰⁾）を存続させている。EGBGB 第46b 条と Rome I 規則第6 条の関係は、文献上でも検討されているが¹⁵¹⁾、前者が EU 指令を正しく置き換えているかどうか検討を要する（第1章1 参照）。

終わりに

EU 加盟国の国際私法は、もとより外部の影響を強く受けているが¹⁵²⁾、近年は、包括的な EU 抵触法が相次いで制定され、その影響を強く受けるようになっていく。この点について、本稿では、一連の Rome 規則や扶養義務に関する規則を中心に検討したが、分野別では、契約法が最も大きく発展しており、国内抵触法を（ほぼ）完全に書き換えている。もっとも、これは1980年、当時の EEC 加盟国間で締結されたローマ条約を基盤にしている。確かに、Rome I 規則は、この国際法を単に「EU 法化」するものではなく、1980年以降の法や経済の発展を反映しているが、すでに発せられている個々の EU 抵触規定を統括しているわけではない。そのため、法体系は簡素化されず、適用上の課題も残している（第3章2.3 参照）。

他方、家族法の分野において、EU 抵触法はさらに細分化され、法の整備も遅れている。従来より欧州統合は公法分野で発展しており、そもそも私法は対象とされていなかったが¹⁵³⁾、国際私法の制定過程では、国内私法は容易に調整しえないことが浮き彫りになっている（第2章4（3）および第3章1.5 参照）。それに加え、法案の採択には全ての加盟国の賛成が求められるため、家事に関する EU 抵触法の制定は非常に困難になっているが、それゆえに、Rome III 規則は、EU 史上、初めて「緊密な政策協力」という形式で施行されることになり、EU 統合に新しい側面を与えている。

近時の EU 抵触法の目覚ましい発展は、アムステルダム条約に基づき、EU の権限が明確にされたことにも基づいているが（ただし、EU の権限の内容は必ずしも明瞭に定められていない〔第3章1.3 参照〕）、Rome I～III 規則が制定されたのは、同条約の発効から8年以上が経過した後のことである。EU 抵触法の発展は、むしろ、域内における人の移

動の自由をより実効的に保障しようとする強い政治的イニシアチブに支えられてきたといえよう（第3章1.1参照）。ただし、アムステルダム条約は、EU レベルで国内抵触法を統一する法的基盤を明確にすることに成功している。国際私法統一のメリットは、準拠法の決定に関する透明性を高めることにある。これは、EU 域内における人の移動の自由をより実効的に保障することに貢献しうが、準拠法は移動の前と後とで変わらないとするか（つまり、移動前の準拠法が適用され続ける）、移動先でも従来の法律関係が認められるとすれば、この目的は達成される¹⁵⁴⁾。近時の EU 抵触法は、人の移動の自由の保障という目的に限定されず、むしろ、外国判決の相互承認を促進する機能を持ち合わせていると解される。つまり、他の加盟国の裁判所も、同じ準拠法に照らし判断を下しているとすれば、承認が容易になる。なお、個々の特例に基づき（第2章3参照）、全加盟国の抵触規則が完全に統一されているわけではない（第3章1.3参照）。これらは EU 抵触法体系やその適用を複雑にしており、法的安定性の向上という本来の目的の実現を妨げている。規定の統一だけではなく、その適用をも統一するため、課題はまだ残っている。

注 記

- 1) これは発展のテンポが速いことを指し、発展の時期が早いことを指すものではない。つまり、Rome I～III 規則が制定されたのは、2007年7月以降のことであり、その他の分野の EU 法より、かなり遅れて設けられた。また、同じ「民事に関する司法協力」制度に属する民事手続法に比しても、遅れて整備された。この点について、本文第2章4を参照されたい。
- 2) 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), OJ 2007 No L 199, p. 40.
- 3) なお、国内抵触規定が存続し続ける場合には、EU 抵触規定が優先して適用される。
- 4) Anatol Dutta, Europäische Integration und nationales Privatrecht nach dem Vertrag von Lissabon: die Rolle des Internationalen Privatrechts, EuZW 2010, pp. 531–534, 531.
- 5) Ralf Michaels, Die europäische IPR–Revolution. Regulierung, Europäisierung, Mediatisierung, in Dietmar Baetge, Jan von Hein und Michael von Hinden eds., Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler, 2008, pp. 151–173.
- 6) 商品、人、サービスおよび資本の移動の自由を EU 法上の4つの基本的自由と呼ぶが、この点について筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/tr4free.html> [2011年6月1日現在]) を参照されたい。
- 7) この点について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/law/pj2a.html> [2011年6月1日現在]) を参照されたい。また、リスボン条約体制下の「自由、安全および正義の空間」(EU の司法・内務政策) について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/law/fsj-lisbon.html> [2011年6月1日現在]) を参照されたい。
- 8) Christiane Wendehorst, § 8 Internationales Privatrecht, in Katja Langenbucher ed., Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2008, pp. 376–419, paras. 10–32; Hans Jürgen Sonnenberger, Münchener Kommentar zum BGB, 5th edition, 2010, Vol. 10, Einleitung, para. 146.
- 9) Case 81/87 *Daily Mail* [1988] ECR 5483, para. 141; Case C–167/01 *Inspire Art* [2003] ECR I–10155, paras. 64 and 135.
- 10) Jürgen Basedow, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: Favor Offerentis, *RabelsZ* 59 (1995), pp. 1–55, 12.
- 11) これらの点について、拙稿「EC 法上の基本的自由と国際私法」石川明・永田誠・三上威彦編『ボーダ

- レス社会と法〜オスカー・ハルトヴィーク先生追悼論集」(信山社 2009年) 325〜345頁を参照されたい。
- 12) また、伝統的には、自らに有利な抵触法を持つ国で裁判を行うといった、フォーラム・ショッピングを抑制することにも置かれていた。See Burkhard Hess, in Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf and Martin Nettesheim eds., *Das Recht der Europäischen Union*, 43th edition, 2011, Art. 81 AEUV, para. 43; Abbo Junker, *Münchener Kommentar zum BGB*, 5th edition, Vol. 10, 2010, Verordnung (EG) Nr. 864/2007, Vorbemerkung zu Art. 1, para 26.
- 13) Dutta, op. cit., EuZW 2010, p. 531. なお、ECによって加盟国の実質法が統一ないし調整されれば、抵触法を統一する必要性はなくなるという見方もあった。この点について、拙稿・前掲書(注11) 331頁を参照されたい。
- 14) *Convention on the law applicable to contractual obligations*, OJ 1980 No L 266, p. 1; OJ 1998 No C 27, p. 34.
- 15) なお、加盟国はハーグ国際私法会議に参加し、国際私法や国際民事手続法に関する条約を締結しているが、近時はEUも同会議に参加している。ハーグ国際私法会議の影響について、Dutta, op. cit., EuZW 2010, p. 532.
- 16) Sebastian A. E. Martens, *Ein Europa, ein Privatrecht – Die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts*, EuZW 2010, pp. 527–530, 529. また、ミヒヤエル・マーティネック著(拙訳)「EUの消費者保護法に関する一考察」慶應義塾大学法学研究会編『法学研究』第73巻第7号(2000年7月) 51〜76頁を参照されたい。なお、EU消費者保護指令の例は、ドイツ国際私法(EGBGB)第46b条第4項で挙げられている(後掲の注24参照)。
- 17) Sonnenberger, op. cit., para. 183は、これを法規・規定(Normen)ではないとする。確かに、それは直ちに適用されず、加盟国が国内法を整備する際の指針になるに過ぎないが、EU法上は、指令内の規定として捉えられている。
- 18) Wendhorst, op. cit., paras. 50–72.
- 19) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ 1993 No L 95, p. 29.
- 20) Gesetz v. 19. 6. 1996, BGBl 1996 I, Nr. 36, 1013.
§ 12 Internationaler Geltungsbereich
Unterliegt ein Vertrag ausländischem Recht, so sind die Vorschriften dieses Gesetzes gleichwohl anzuwenden, wenn der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufweist. Ein enger Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn
1. der Vertrag auf Grund eines öffentlichen Angebots, einer öffentlichen Werbung oder einer ähnlichen im Geltungsbereich dieses Gesetzes entfaltetens geschäftlichen Tätigkeit des Verwenders zustandekommt und
2. der andere Vertragsteil bei Abgabe seiner auf den Vertragsschluß gerichteten Erklärung seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat und seine Willenserklärung im Geltungsbereich dieses Gesetzes abgibt.
- 21) 指令に照らし、ドイツは国内法を整備しなければならないため、指令の目的である消費者保護は、実際には、ドイツの国内法を通じ実現される。
- 22) Dieter Martiny, *Münchener Kommentar zum BGB*, 4th edition, 2006, Vol. 10, Art. 29a EGBGB, para. 3.
- 23) Martiny, op. cit., 4th edition, Art. 29a EGBGB, para. 3; Martiny, *Münchener Kommentar zum BGB*, 5th edition, 2010, Vol. 10, Art. 46b EGBGB, para. 12.
- 24) Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, OJ 1994 No L 280, p. 83, Art. 9 (“The Member States shall take the measures necessary to ensure that, whatever the law applicable may be, the purchaser is not deprived of the protection afforded by this Directive, if the immovable property concerned is situated within the territory of a Member State.”).
- Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ 1997 No L 144, p. 19, Article 12 (“2. Member States shall take the measures needed to ensure that the consumer does not lose the protection granted by this Directive by virtue of the choice of the law of a non-member country as the law applicable to the contract if the latter has close connection with the territory of one or more Member States.”).
- Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ 1999 No L 171, p. 12, Article 7 (“2. Member States shall take the necessary measures to ensure that consumers are not deprived of the protection afforded by this Directive as a result of opting for the law of a non-member State as the law applicable to the contract where the contract has a close

connection with the territory of the Member States.”).

Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, OJ 2002 No L 271, p. 16, Article 12 (“2. Member States shall take the measures needed to ensure that the consumer does not lose the protection granted by this Directive by virtue of the choice of the law of a non-member country as the law applicable to the contract, if this contract has a close link with the territory of one or more Member States.”).

Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, OJ 2008 No L 133, p. 66, Article 22 (“2. Member States shall ensure that consumers may not waive the rights conferred on them by the provisions of national law implementing or corresponding to this Directive.”).

- 25) Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 26. 6. 2000, BGBl. I, p. 897. なお、この法律によって、EGBGB 第29a条が新設される前は、ドイツは個々の特別法の中で個別に定めてきた。本文中で説明した一般約款法 (AGBG) 第12条や、短期間住居権法 (TzWrG) 第8条を参照されたい。
- 26) Art. 1 Nr. 8 Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 25. Juni 2009, BGBl. I, p. 1574. これは Rome I 規則 (第2章4参照) の発効にかかる改正であるが、それによって、EGBGB 第27条～第37条 (契約の準拠法) は削除されている。
- 27) EEA (欧州経済地域) には、EU 加盟27ヶ国の他に、アイスランド、ノルウェーおよびリヒテンシュタインが加盟しているが、EGBGB 第48b条第1項で EEA 加盟国も挙げられているのは、EC 消費者保護指令がこれらの国でも適用されるためである。EEA について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/law/eea.html> [2011年6月1日現在]) を参照されたい。
- 28) Article 7 of the Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 73/239/EEC, OJ 1988 No L 172, p. 1 ; Article 4 of the Council Directive 90/619/EEC of 8 November 1990 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance, laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 79/267/EEC, OJ 1990 No L 330, p. 50.
- 29) 例えば、指令 (88/357/EEC) 第7条第1項第a号は、保険証券所持者の常居所または主たる事務所が (保険の対象となる) 危険の存する加盟国内にあるときは、保険契約は当該加盟国の法によると定める (前段)。ただし、当事者に準拠法選択を認めるかどうかは加盟国に委ねている (後段)。
- 30) 本来、指令は加盟国に裁量権を与えるものであるが、指令内の規定であれ、その実施が無条件であり、かつ、十分厳密に定めているものは、国内法に置き換えることなく直接的に適用されるという理論が ECJ の判例法を通じ確立しており、このような規定を設けることも容認されている。この点について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/r/direct.html#3> [2011年6月1日現在]) を参照されたい。
- 31) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ 2000 No L 178, p. 1.
- 32) Rome I 規則第9条を参照されたい。
- 33) See Sonnenberger, op. cit., paras. 192–193.
- 34) この点について、拙稿・前掲書 (注11) 330～333頁を参照されたい。
- 35) なお、指令第3条のサービス提供者設置国主義は批判されている。See Sonnenberger, op. cit., paras. 192–193.
- 36) EU 理事会の特定多数決制度について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/r/council.html#3> [2011年6月1日現在]) を参照されたい。
- 37) この点について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/r/2down.html#3pilars> [2011年6月1日現在]) を参照されたい。
- 38) この点について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/law/pj2a.html> [2011年6月1日現在]) を参照されたい。
- 39) その他に、ビザ、庇護および移民政策も「第3の柱」から「第1の柱」に移すことが検討され、アムステルダム条約において実現する。
- 40) なお、詳しくは後述するように、民事に関する司法協力制度は、国境を超えることに関連した民事事件を対象にする (EC 条約第65条、EU の機能に関する条約第81条第1項)。

- 41) この点について、芳賀雅顯「ヨーロッパ国際民事訴訟法の最近の変遷」石川明・石渡哲編『EUの国際民事訴訟法判例』（信山社 2005年）1～23頁（1～3頁）を参照されたい。
- 42) Matthias Rossi, in: Christian Callies and Matthias Ruffert eds., EUV/EGV, 3rd edition, 2007, Art. 65 EGV, para. 16; Sonnenberger, op. cit., para. 151.
- 43) Rome I 規則第2条、Rome II 規則第3条および Rome III 規則第4条（前文内の第12立法理由参照）。
- 44) 現行法である EU の機能に関する条約第81条も同じである。
- 45) ただし、これはもっぱら民事手続に関する要件であり、抵触法の整備には該当しないと解される。この点について、Rome III 規則前文第29立法理由（“ Since the objectives of this Regulation, namely the enhancement of legal certainty, predictability and flexibility in *international* atrimonial proceedings and hence the facilitation of the free movement of persons within the Union, cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reasons of the scale and effects of this Regulation be better achieved at Union level, [...]”〔斜体は筆者による強調〕）を参照されたい。
- 46) See Hess, op. cit., Art. 81 AEUV, paras. 26–30; Rolf Wagner, Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts sieben Jahre nach In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrags, EuZW 2006, pp. 424–428, 424. 家族法の分野の民事手続法について、Rossi, op. cit., Art. 81 AEUV, paras. 35–36.
- 47) EC 条約第61条に同じく、第2次法の形態を特定していないため、EU は、EU の機能に関する条約第28条の意味における規則、指令および決定を発することができる。See Rossi, op. cit., Art. 81 AEUV, para. 16.
- 48) なお、文献上、それらは EC 条約第65条とは異なり、限定列举と解されている。See Markus Kotzur, in Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan and Markus Kotzur eds., EUV/AEUV, 2010, Art. 81 AEUV, para. 6.
- 49) この点について、本章1. 1を参照されたい。
- 50) EU による民事手続法整備の要件として、渉外的要素が必要かという問題について、Hess, op. cit., Art. 81 AEUV, paras. 26–30.
- 51) See Rossi, op. cit., Art. 81 AEUV, para. 15; Becker, op. cit., NJW 2011, p. 1546.
- 52) 欧州議会は投票数の絶対多数決で（EU の機能に関する条約第231条、EC 条約第198条）、他方、EU 理事会は特定多数決で（EU の機能に関する条約第238条第2項、EC 条約第205条）意思決定を行う。
- 53) 通常の立法手続とは、欧州議会と EU 理事会が対等の立法機関となり、前者は投票数の過半数で、また、後者は特定多数決で意思決定を行う手続である（EU の機能に関する条約第294条参照）。
- 54) なお、EU の機能に関する条約第81条は、欧州憲法条約第 III-269条をほぼ完全に承継しているが、2007年の政府間協議では、家族法に関する措置の立法手続の改正について、加盟国議会对拒否権を与えることが新たに決まり、第81条第3項第3款に付け加えられた（欧州憲法条約第 III-269条にはこのような規定は盛り込まれていなかった）。
- 55) この点について、筆者のホームページ（<http://eu-info.jp/law/fsj-lisbon.html>〔2011年6月1日現在〕）を参照されたい。
- 56) これは、デンマーク憲法上、司法・内務政策に関する主権の委譲には国会の特別な多数決または国民投票の実施が必要とされ、イギリスやアイルランドのように、個々の EU 政策への参加は容易ではないと考えられていたためである。See Matthias Rossi, in Christian Callies and Ruffert Matthias eds., EUV/EGV, 3rd edition, 2007, Art. 69 EGV, para. 11.
- 57) Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ 2000 No L 160, p. 1.
- 58) Wendehorst, op. cit., paras. 10–12, 14–40 and 50–78.
- 59) 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), OJ 2007 No L 199, p. 40.
- 60) 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), OJ 2008 No L 177, p. 6.
- 61) Becker, op. cit., NJW 2011, pp. 1543 and 1546.
- 62) Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ 2009 No L 7, p. 1. なお、同規則は EC 条約第67条第2項（家族法に関する措置であるため、第5項によるのではない）に従い、EU 理事会が全会一致で採択している。
- 63) Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.
- 64) 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 No L 331, p. 17.

- 65) DNotI-Report 8/2001, p. 58. ただし、本文中で述べた特例に基づき、イギリスとデンマークは参加していない。つまり、EC による締結・批准の効力は両国には及ばない。そのため、両国に対しては、扶養義務規則第15条に基づく抵触規定統一の効力も生じない。
- 66) 2011年6月現在、批准手続を完了しているのは EU のみである。同議定書の批准状況について、ハーグ国際私法会議のサイト (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=133 [2011年6月1日現在]) を参照されたい。
- 67) OJ 2009 No L 149, p. 80.
- 68) OJ 2009 No L 149, p. 73.
- 69) 法的別居とは婚姻関係の解消を伴わない制度である。
- 70) 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 No L 343, p. 10.
- 71) 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 No L 338, p. 1. この規則について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/t/brussels2.html> [2011年6月1日現在]) を参照されたい。
- 72) Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, COM (2011) 126/2; 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) 127/2. See also Green Paper on Conflict of Laws in Matters concerning Matrimonial Property Regimes, including the Question of Jurisdiction and Mutual Recognition, COM (2006) 400 final.
- 73) 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. なお、この法案において、欧州委員会は、大多数の EU 加盟国の法体系に従い、相続は家族法に属しないと捉えている。Ibidem, p. 3.
- 74) 前掲注60を参照されたい。
- 75) Rome I 規則は2008年7月24日に発効し、2009年12月17日より(“from 17 December 2009”)施行されているが(同規則第29条第2項)、その翌日以降に(“after 17 December 2009”)締結された契約に適用される(第28条)。これらの日付が異なっている点について、Thomas Pfeiffer, Neues Internationales Vertragsrecht – Zur Rom I-Verordnung, EuZW 2008, pp. 622–629, 622.
- 76) 委員会案第8条、Rome I 規則第9条およびローマ条約第7条第1項参照。See also Wagner, op. cit., EuZW 2006, p. 425.
- 77) Rolf Wagner, Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts zehn Jahre nach In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrags, NJW 2009, pp. 1911–1916, 1911.
- 78) ローマ条約では、この点が明確にされていなかったが、管轄および執行に関する EEC 条約 (EuGVÜ) 第5条第3号に関する ECJ の判決を受け、Rome I 第2条第1号は同規定の適用範囲から明確に除外している。See Case C-334/00 *Tacconi v Wagner* [2002] ECR I-7357; Pfeiffer, op. cit., EuZW 2008, p. 622 (note 10).
- 79) この点に関する問題について、Pfeiffer, op. cit., EuZW 2008, p. 625 を参照されたい。
- 80) ローマ条約では定められていなかった、金融商品の売買契約について、Rome I 規定第4条第1項第h号を参照されたい。
- 81) これに対し、ローマ条約第4条第5項後段では、「明らかに」という要件は設けられていなかった。
- 82) この点に関する問題について、Pfeiffer, op. cit., EuZW 2008, p. 626 を参照されたい。
- 83) なお、Rome I 規則第7条は、消費者保護指令内の個々の抵触規定を統括するものではないため、個々の抵触規定は従来通り適用される(第23条)。
- 84) 前掲注59を参照されたい。
- 85) http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/civil/studies/doc/study_privacy_en.pdf (2011年6月1日現在)。
- 86) Junker, op. cit., para. 38.
- 87) 前掲注70を参照されたい。
- 88) COM (2005) 82 final.
- 89) COM (2006) 399 final.
- 90) Rome III 規則前文第4～第5立法理由参照。
- 91) 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 No L 343, p. 10.
- 92) Becker, op. cit., NJW 2011, p. 1543.
- 93) なお、第10条は、準拠法が離婚について規定していないときだけではなく、離婚や婚姻関係の解消を伴わない別居について、性別によって異なる定め方をしているときも、法廷地法によるとする。
- 94) Rome III 規則前文第24～第25立法理由参照。
- 95) Rome I 規則前文第3立法理由参照。なお、2004年5～6月、フランスとオランダで実施された国民投票で欧州憲法条約の批准が否決されたことを受け、EUは深刻な危機に直面したが、民事手続法制定作業は大きな影響を受けなかった。See Wagner, op. cit., EuZW 2006, p. 424. また、欧州憲法条約危機について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/law/top-con.html> [2011年6月1日現在])を参照されたい。
- 96) Hess, op. cit., Art. 81 AEUV, para. 43.
- 97) また、伝統的には、自らに有利な抵触法を持つ国で裁判を行うといった、フォーラム・ショッピングを抑制することも抵触法統一の目的とされてきた。
- 98) Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice, OJ 1999 No 19, p. 1, paras. 40–41.
- 99) Presidency Conclusions of 4/5 November 2004, OJ 2005 No C 53, p. 1, paras. Annex I, 3.4.2.
- 100) Council Document 10724/09, p. 24, 3.1.2.
- 101) Christian Kohler, Einheitliche Kollisionsnormen für Ehesachen in der Europäischen Union: Vorschläge und Vorbehalte, FPR 2008, pp. 193–196.
- 102) Wagner, op. cit., NJW 2009, p. 1912.
- 103) 注9内の判決を参照されたい。
- 104) COM (2010) 171 final, p. 26.
- 105) Case C-148/02 *Garcia Avello* [2003] ECR I-11613; Case C-96/04 *Grunkin-Paul* [2006] ECJ I-3561. ECJの判例法について、拙稿・前掲書(注11) 340–343頁を参照されたい。
- 106) Dutta, op. cit., EuZW 2010, 532.
- 107) 注8内の文献を参照されたい。
- 108) Michaels, op. cit., p. 151.
- 109) Junker, op. cit., para. 25.
- 110) この点を批判する文献として、Pfeiffer, op. cit., EuZW 2008, p. 626.
- 111) この点を批判する文献として、Peter Mankowski, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, pp. 133–152, 135.
- 112) Rome I 規則の制定後に採択されたEU第2次法で、抵触法上の指針を含むものとして、Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, OJ 2008 No L 133, p. 66, Article 22 (“2. Member States shall ensure that consumers may not waive the rights conferred on them by the provisions of national law implementing or corresponding to this Directive.”).
- See also Martiny, op. cit., 5th edition, Art. 46 b EGBGB, para. 3.
- 113) Martiny, op. cit., 4th edition, Vor Art. 27 EGBGB, paras. 2, 7 and 22–23.
- 114) Martiny, op. cit., 5th edition, Art. 46 b EGBGB, para. 1.
- 115) なお、第18条は1973年のハーグ扶養義務の準拠法に関する条約を置き換えたものである。Siehr, in Münchener Kommentar zum BGB, 5th edition, 2010, Vol. 10, Art. 18 EGBGB, para. 10.
- 116) なお、2011年5月23日に制定されたドイツの国内法 (Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 4/2009 und zur Neuordnung bestehender Aus- und Durchführungsbestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Unterhaltsverfahrensrechts vom 27. 05. 2011, BGBl I S. 898) 第12条に基づき、EGBGB 第18条は削除される。
- 117) この点について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/r/5-1.html#directive> [2011年6月1日現在])を参照されたい。
- 118) Hess, op. cit., Art. 81 AEUV, paras. 1–2; Rossi, op. cit., Art. 81 AEUV, para. 22.
- 119) Becker, op. cit., NJW 2011, p. 1543. また、Rome I 規則前文第4立法理由参照。
- 120) Rossi, op. cit., Art. 81 AEUV, para. 22.
- 121) Dutta, op. cit., EuZW 2010, p. 533.
- 122) Claus Tonner, Das Grünbuch zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer, EuZW 2010, pp. 767–771, 768; Martens, op. cit., pp. 529–530.

- 123) 一般に EU 加盟国の重大な利益に大きく関わる分野では、全ての加盟国の支持が求められる。例えば、EU 基本諸条約の改正、第 3 国の EU 加盟、間接税の調整などの案件が挙げられる。
- 124) かつては、EC 条約第 95 条（現在は EU の機能に関する条約第 114 条）を抵触法制定の根拠規定として認める見解も広く主張されていたが、実際に援用されることはなかった。See Sonnenberger, op. cit., para. 146; Rossi, op. cit., Art. 81 AEUV, para. 13.
- 125) Kotzur, op. cit., Art. 81 AEUV, para. 1. See also Stefan Leible, in Rudolf Streinz ed., EUV/EGV, 2003, Art 65 EGV, paras. 30–33.
- 126) Article 114 (“1. *Save where otherwise provided in the Treaties*, the following provisions shall apply for the achievement of the objectives set out in Article 26. [...]” (斜体は筆者による強調)).
- 127) 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, p.3.
- 128) 一部の EU 加盟国（例えばイギリス）は、家事に関し、外国法の適用を原則として認めていない。See Hess, op. cit., Art. 81 AEUV, para. 62 (note 186).
- 129) Dutta, op. cit., EuZW 2010, p. 533.
- 130) EU 条約第 20 条および EU の機能に関する条約第 326 条～第 334 条参照。また、同協力制度について、筆者のホームページ (<http://eu-info.jp/r/flex.html> [2011 年 6 月 1 日現在]) を参照されたい。
- 131) Dutta, op. cit., EuZW 2010, p. 533.
- 132) Hess, op. cit., Art. 81 AEUV, para. 20.
- 133) Rome I 規則第 3 条～第 4 条、Rome II 規則第 14 条、Rome III 規則第 5 条～第 8 条。
- 134) Becker, op. cit., NJW 2011, p. 1544. この点について、Rome III 規則前文は次のように定めている。
“(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.
(19) Rules on material and formal validity should be defined so that the informed choice of the spouses is facilitated and that their consent is respected with a view to ensuring legal certainty as well as better access to justice. [...]”
- 135) e-justice Portal のアドレスは <http://e-justice.europa.eu> (2011 年 6 月 1 日現在) である。
また、加盟国の裁判所が他の加盟国法の調査することを支援するため、European Judicial Network in civil and commercial matters (アドレスは <http://ec.europa.eu/civiljustice> [2011 年 6 月 1 日現在]) が設けられている。See Council Decision 2001/470/EC of 28 May 2001 establishing a European Judicial Network in civil and commercial matters, OJ 2001 No L 174, p. 25.
- 136) Becker, op. cit., NJW 2011, p. 1545. 国籍を連結点とすることに関する EU 法上の問題について、拙稿・前掲書 (注11) 333～334 頁および 341～343 頁を参照されたい。
- 137) 例えば、Rome I 規則第 4 条第 1 項および第 2 項、第 5 条第 1 項および第 2 項、第 6 条第 1 項、第 7 条第 2 項および第 3 項、第 11 条第 2 項および第 3 項を参照されたい。
- 138) なお、Rome I 規則と Rome II 規則は、法人等の概念について定義していない。この点について、Martiny, op. cit., 5th edition, Art. 19 EGBGB, para. 4.
- 139) これは、自然人とは異なり、法人等は常居所を持たないためと解される。なお、Rome I 規則前文第 39 立法理由では、法人等の常居所について、Brussels I 規則第 60 条第 1 項が 3 つの選択肢 (基準) を設けているのに対し、抵触法である Rome I 規則は一つに限定すべきであるとされている。ローマ条約第 4 条第 2 項との比較について、Pfeiffer, op. cit., EuZW 2008, p. 625 を参照されたい。
- 140) 現行 EU 法 (リスボン条約体制) 上、EU 裁判所 (Court of Justice of the European Union) とは、① Court of Justice、② General Court と③ specialised courts の総称であるが (現行 EU 条約第 19 条第 1 項)、国内裁判所からの付託に基づき、EU 法の解釈・適用問題について判断を下す権限が与えられているのは、① Court of Justice である。従来より、同裁判所は ECJ (European Court of Justice) と呼ばれているが、その他の裁判所との区別を明確にするため、以下では ECJ とする。
- 141) なお、「ビザ、庇護、移民およびその他の人の自由な移動に関する政策」の分野において (本稿で考察する「民事に関する司法協力」もこの分野に含まれる)、従来、この権限は加盟国の最終審にのみ与えられていたが (EC 条約第 68 条第 1 項)、現在は、下級審にもこの権限が与えられている (EU の機能に関

- する条約には、EC 条約第1項に相当する規定は盛り込まれていない)。早い段階で ECJ に判断を求めることが可能になったのは適切である。Dutta, op. cit., EuZW 2010, p. 534.
- 142) Case C-523/07 A [2009] ECR I-2805.
- 143) 規則間で概念が異なる例として、例えば、Rome I 規則第6条第1項における消費者の概念は、Brussels I 規則第15条と同じではないことを挙げることができる。See Pfeiffer, op. cit., EuZW 2008, pp. 626-627.
- 144) Sonnenberger, op. cit., para. 153.
- 145) Case C-523/07 A [2009] ECR I-2805, para. 35. EU 第2次法の解釈について、Junker, op. cit., paras. 30-34.
- 146) Rome III 規則前文第30立法理由参照。
- 147) Rome I-III 規則は先決問題についても何ら定めていないが、この問題について、Junker, op. cit., paras. 35-37.
- 148) Anatol Dutta, Das Statut der Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, IPRax 2009, pp. 293-299.
- 149) Stefan Leible, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien, in Hans Schulte-Nölke and Reiner Schulze eds., Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 1999, pp. 353-392, 360; Kristin Nemeth, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz in Europa – Art. 5 EVÜ und die einschlägigen Verbraucherschutzrichtlinien, 2000, p. 97.
- 150) なお、第49b条は Rome I 規則の発効に際し、新たに設けられた規定であり、従来は第29a条であった。Art. 1 Nr. 8 Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 25. Juni 2009, BGBl. I, p. 1574.
- 151) Martiny, op. cit., 5th edition, Art. 46 b EGBGB, paras. 116-117.
- 152) Sonnenberger, op. cit., paras. 100-123 and 284-300.
- 153) または、域内市場の機能維持・強化という観点から、付随的な取り組みがなされたに過ぎない。
- 154) 拙稿・前掲書(注11) 330-335頁参照。