

国際結婚の自由

——スペイン人事件決定の検討——

工藤達朗

- 一 国際結婚の難しさ
- 二 スペイン人事件1——事実の概要
- 三 スペイン人事件2——決定理由の検討
 - 1 基本権の保護領域
 - 2 介入と正当化
 - 3 外国法の違憲審査
 - 4 ドイツの抵触規定（民法典施行法一三条）の合憲性
 - 5 スペイン法の適用の違憲性
 - 6 結論と差戻審における解決方法
- 四 民法典施行法の改正

一 国際結婚の難しさ

一般に「国際結婚」といえば、国籍の違う二人が結婚することである。一方が日本人である場合は、日本国内で日本人と外国人が結婚することもあれば、相手方の国で結婚することも、どちらも国籍を有しない第三国で結婚することもある。けれども、ここでは、「国際結婚」とは日本国内で外国人と日本人が結婚することをいうものとする。もっと一般化すれば、A国においてA国人とB国人が結婚することである。このように限定する理由は、結婚するにあたって、日本国内にいる日本人には日本法が適用されるが、外国にいる日本人に日本法が適用されるとは限らず、日本にいても相手方の外国人には日本法が適用されるわけではないからである。

例えば、法の適用に関する通則法二四条一項は、「婚姻の成立は、各当事者につき、その本国法による」と定めているので、結婚を希望する二人がそれぞれの本国法において結婚の要件を満たしていなければならぬ。日本法においても、国際結婚の場合には、日本人同士の結婚と比較して、手続・要件の困難がある。⁽¹⁾ 例え、日本で結婚しようとする外国人は、「婚姻要件具備証明書」をその日本語訳とともに提出しなければならぬ。それによって、その外国人が、本国法の定める結婚の要件（婚姻適齢や独身であることなど）を満たしていることを証明するのである。そしてその要件は日本法と同じとは限らないのである。

婚約者の本国法が、日本法にはない制限を課していた場合、例えば、外国人との結婚を禁止しているとか、異教徒との結婚や異なる人種間の結婚を禁止していた場合、あるいは離婚を認めず、再婚が禁止されている場合はどうなるのか。本国の機関が、結婚予定の外国人に対して「婚姻要件具備証明書」を発行してくれないときは、結婚をあきら

めなければならぬのだろうか。日本国憲法が「婚姻の自由」を保障していること自体に争いはないのであるから、⁽²⁾法の適用に関する通則法二四条一項は違憲ではないか。あるいは、外国法が違憲なのか。その場合、外国法に対して日本の裁判所の違憲審査権は及ぶのか。

ドイツにおいてこの問題が争われたとき、連邦憲法裁判所はドイツの裁判所による外国法の適用を違憲と判断した。これは、「スペイン人事件裁判 (Spanierentscheidung)」とか、「スペイン人事件決定 (Spanier-Beschluss)」と呼ばれる一九七一年三月四日の決定⁽³⁾である。本稿は、この決定を紹介・検討することにした。というのは、この決定は、日本においても、国際私法⁽⁴⁾や家族法⁽⁵⁾の領域ではよく知られているようであるが、憲法学においては必ずしもそうではないからである。ドイツ憲法判例研究会の「ドイツの憲法判例」シリーズ⁽⁶⁾にも収録されていない⁽⁷⁾。この決定を分析することで、日本国憲法における「国際結婚の自由」の問題を考える手がかりとしたいと思う。

二 スペイン人事件 I —— 事実の概要

ドイツで暮らすスペイン人男性とドイツ人女性が結婚を希望した。男性は初婚、女性は再婚である。女性の前婚は、ドイツの裁判所によって正式に（既判力をもって）解消されていた。ところが、その当時のスペイン法は——いったん結婚したなら生涯添い遂げるべきものとされ——離婚を認めていなかった。外国の裁判によって離婚が認められても、スペイン法では公序に反するという理由で無効とされるので、女性はまだ婚姻（前婚）が継続しているものとみなされる。ここで再婚を認めれば、スペインでは重婚になってしまう。ドイツでもスペインでも重婚は禁止されているの

で、スペインの行政庁はスペイン人男性に対して婚姻能力証明書を発行しなかった。そこで、スペイン人男性は、ドイツにおいて、婚姻能力証明書の提出を免除するよう申請したが、ハム上級地方裁判所長 (Präsident) は、この申請を却下した。⁽⁸⁾ スペイン人男性は訴訟を提起したが、ハム上級地方裁判所は、後述する連邦通常裁判所の判例に従い、この所長の却下決定を正当であると判示した。

そこで、スペイン人男性とドイツ人女性は共同で、ハム上級地方裁判所の決定に対して、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。⁽⁹⁾ 連邦憲法裁判所は、「ハム上級地方裁判所の一九六八年九月三日の決定は、異議申立人らの基本法六条一項の基本権を侵害している」として、同決定を破棄し、事件をハム上級地方裁判所に差し戻した(主文一)。

三 スペイン人事件2——決定理由の検討

1 基本権の保護領域

現在のドイツにおいて、ある国家行為が基本権侵害か否かを判断する枠組として用いられているのが「三段階審査」である。それによれば、ある国家行為の基本権適合性は、①〔保護領域〕侵害されていると主張されている行為または状態は、基本権の保護領域に属しているか、②〔介入〕問題とされている国家行為は基本権の保護領域に介入しているか、③〔憲法上の正当化〕その介入は憲法上正当化されるか、という三段階の判断で結論が導かれる。⁽¹⁰⁾ 本決定は、五〇年ほど前のものであるが、すでに三段階審査の順序に従って審査しているようである。

そうすると、最初の問題は、そもそも国際結婚の自由が憲法上の権利として認められるのか、である。基本法六条

一項は、「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」と定めるだけである。この規定は個人の基本権を保障するのか、そこには結婚する自由も含まれるのか。基本権の保護領域の問題である。決定はこう述べている。

「連邦憲法裁判所の判例によれば、基本法六条一項は、国家の介入からの保護を求める古典的な基本権であるとともに、制度保障であり、そしてまた、婚姻法と家族法の全体についての価値決定的な原則規範を含んでいる。……この基本権は、自分で選んだパートナーと結婚する権利または自由（婚姻締結の自由）を本質的な構成要素と「含む」（BVerfGE 31, 58 [67]）。

基本法六条一項が、①国家に対する防御権であり、②制度保障（Institutsgarantie）であり、かつ、③価値決定的な原則規範（Grundsatznorm）を含む、というのは、一九五七年の夫婦合算課税違憲決定⁽¹¹⁾以来、二〇〇二年の生活パートナーシップ法合憲判決⁽¹²⁾に至る連邦憲法裁判所の一貫した判例である。婚姻締結の自由が基本権（主観的権利）であるのに対して、制度保障と原則規範は客観的法規範である。制度保障とは、私法上の制度それ自体の核心部分を客観的に保護するもので、公法上の制度を保障する制度的保障と区別される。一つの規定が基本権と制度（的）保障の二つを含むことは、日本国憲法上も例があるので⁽¹⁴⁾、すぐ理解できるが、原則規範は、日本の憲法学ではあまりなじみのない概念である⁽¹⁵⁾。これは、古典的基本権である自由権（国家の介入に対する防御権）とは逆に、国家の積極的な作為義務を要請する規範である。立法者は、婚姻や家族に関する法律を制定し、その中で基本法六条一項の価値決定を実現しなければならぬのである。

本決定は、基本法六条一項が保障する基本権の中に「婚姻締結の自由 (Eheschließungsfreiheit)」が含まれることを明らかにした。これは当該基本権の権利内容であるから、内容的保護領域とすることができる。これにより、二人の異議申立人のうち少なくともドイツ人女性に婚姻締結の自由が保障されていることははっきりした。続いて、ドイツ人と外国人の国際結婚が憲法上保障されるためには、この権利の保障は外国人である異議申立人に及ぶのが問題となる。これは人的保護領域の問題である。¹⁶⁾

「婚姻締結の自由、およびそこから生じる国家による妨害に対する防御権は、基本法一一六条の意味におけるドイツ人に対してだけでなく、外国人および無国籍者に対しても妥当する。他の基本権規定の中には〔保障が〕ドイツ人に限られているものがいくつかあるが、基本法六条一項は、それらとは異なり、ドイツ人への〔保障の〕限定を含むものではなく、それに加えて、人格的な生活形成というすべての人間にとって重要な領域にかかわる基本権である」(BVerfGE 31, 58 [67])。

基本法の定める基本権には、ドイツ人だけに保障される権利 (Deutscherrechte) と、国籍の如何に (ドイツ国籍の有無に) かかわらず、すべての人に保障される権利 (Jedermannrechte) がある。基本法八条 (集会の自由)、九条 (結社の自由)、一一条 (移転の自由)、一二条 (職業選択の自由) などは前者の基本権である。これに対して、基本法六条一項の権利は後者だというのである。したがって、外国人である異議申立人 (スペイン人男性) にも婚姻締結の自由が保障されている。これによって、異議申立人は二人ともに婚姻締結の自由を有するので、自分自身の権利として国際結婚

の自由を主張することができるのである。

2 介入と正当化

一 三段階審査によれば、基本権侵害があるかどうかの審査は、保護領域、介入、憲法上の正当化の三段階を経るのだから、保護領域の次の問題は国家による介入の有無である。

「婚姻法一〇条は、外国人が婚姻を締結する際に、婚姻能力証明書の提出か、あるいはこの提出義務の正式の免除を要求しているのだから、この免除を異議申立人（スペイン人男性）に対して拒絶することは、彼と異議申立人（ドイツ人女性）の婚姻締結の自由の基本権に介入するものである。したがって、この介入が、基本法六条一項と一致した法律規定とその憲法適合的な適用によってカバーされるのかどうか審査されなければならない」（BVerfGE 31. 58 [68]）。

基本権の保護領域への「介入」とは、公権力が基本権の保護領域に属する行為を不可能にすることである。自由な活動の強制的な制限・禁止がそうであるが、ここでは、異議申立人が婚姻能力証明書の提出義務の免除を要求したのに対して、その要求を拒絶したことが介入であるとされているのが注目される。この論法を一般化すれば、給付請求権の場合にも「介入」がありうることになり、したがって、三段階審査を使えることになるが、本決定がそこまでの意味を含むのかははっきりしない。

二 保護領域への介入が肯定されると、次の問題はこの介入が憲法上正当化されるか否かである。介入がどこまで許されるかは、その権利の性質によって異なる。婚姻締結の自由は、どのような性質の権利なのか。

「〔①〕基本法六条一項に基づく婚姻締結の自由については、基本法二条一項が「一般的」行為自由について規定したような一般的制約は妥当しない。〔②〕婚姻締結の自由は「法律の範囲内において」のみ行使できるとの見解は、少なくとも誤解である。基本法六条一項の効力範囲は、婚姻制度を形成する婚姻法・家族法の諸規範に及ぶるものではない。この規定が国家に対して向けた包括的な保護命令は、法律の留保によってもその他の方法によっても制限されない。〔③〕それゆえ、通常法の婚姻法規範を基本法六条一項に照らして審査する際に、この基本権が基本法一九条二項の意味における本質内容において侵害されているか否かだけに照準を合わせるのも、不適切である。なぜなら、基本法一九条二項の本質内容保障によって規定されたぎりぎりの限界は、立法者が基本権の制約について授權されている場合に関するものだからである」(BVerfGE 31, 58 [88 f.])

基本法二条一項は、「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」と定める。自己の人格を自由に発展させる権利とは、人間のあらゆる行為を包括した「一般的行為自由 (Allgemeine Handlungsfreiheit)」を意味する。これが一九五七年のエルフェス判決⁽¹⁷⁾以来の確立した判例であり、通説である。この権利には、他人の権利・憲法的秩序・道徳律という三重の制限 (Schrankentrias) が課されているが、連邦憲法裁判所は、憲法的秩序とは形式的かつ実質的に憲法と一致するすべて

の法規範を意味するとする。そのため、三重の制約は、「法律の留保」と同視されることになる。しかし、この三重の制約は、一般的行為自由の制約根拠にとどまり、他の規定で保障される個別的な基本権の制約根拠にはならない。①は、基本法二条一項の一般的行為自由の三重の制約は、基本法六条一項の婚姻締結の自由には妥当しないことを述べたものである。この点、憲法一三条の公共の福祉をすべての基本権の制約根拠ととらえる日本の判例・通説との違いは明瞭である。⁽¹⁸⁾

個別的な基本権に二条一項の制約は及ばないが、基本法の定める基本権には、法律の留保のない基本権と法律の留保の付いた基本権がある。⁽¹⁹⁾ 後者は、「法律により、または法律の根拠に基づいて」制限される権利であり、屋外集会の自由（八条二項）や職業遂行の自由（二条一項）などがそれにあたる。婚姻の自由は法律の留保が付いていれば、ドイツの抵触規定とそこで援用された外国法という「法律の範囲内」で保障されるにすぎないことになる。もちろん、法律の留保が付いているからといって、明治憲法の臣民の権利については説明されるのは異なり、法律によればいかなる制限も可能だというわけではない。「いかなる場合でも、基本権はその本質内容において侵害されてはならない」（基本法一九条二項）からである。しかし、この本質内容の保障は、それ以上制限されたら権利が否定されたに等しいぎりぎりの限界を保障するものである。②と③は、婚姻締結の自由は法律の留保の付いた基本権ではなく、したがって、本質内容の保障というぎりぎりの限界を超えない限りどんな大幅な制限も可能だというわけではない、と述べたのである。

三 婚姻締結の自由は、法律の留保のない基本権であるが、婚姻という法制度を前提とする。法制度の形成には広い立法裁量が認められるのではないか。本決定は、婚姻への法律による介入は許されないが、法律による婚姻の定義

は必要であるとする。しかし、定義する法律も憲法に照らして審査されなければならないのである。⁽²⁰⁾ 決定はこう述べる。

「それにもかかわらず、婚姻締結の自由は、婚姻締結の形式とその実質的要件を規律する法律を許容するだけではなく、まさに前提としている。そのことは、この基本権が制度保障と不可分に結びついており、制度保障は必然的にある法秩序を要請することから明らかである。基本法六条一項の価値決定の実現は、男性と女性の生活共同体で婚姻として憲法の保護を受けるものを定義し、範囲を画定する家族法の一般規定を必要とする。しかし、このような規定は、婚姻制度を規定する本質的な構成原理を尊重しなければならない。この構成原理は、基本法六条一項が、既存の伝統的な生活形式を、保障された基本権の自由（権としての）性格と他の憲法規範との結合において継受していることから明らかとなる——例えば、一夫一婦制である。たとえ伝統的な民法がこれらの構造原理と広く一致しているとしても、その逆に、制度保障の内容そのものが通常法からはじめて明らかになって良いわけではない。通常法は決して憲法と矛盾することはできないのである。基本法六条一項はそれ自体が基本原理を含む上位の指導的規範であり、むしろ、民法の個々の規定が基本法六条一項に照らして審査されなければならないのである。確かにその際、立法者は相当広い形成の余地を有する。例えば、婚姻締結の形式、婚姻適齢、離婚の要件を規律する場合である。しかしながら、例えば、婚姻締結の実質的または形式的要件があまりに厳格またはあまりに些末で、婚姻締結の自由または憲法自体から生じる婚姻のその他の構造原理と一致しないこともありうる。同様に、個別事件における法律規定の適用が、それに違反し、あるいは、比例原則のような一般的憲

法原理を侵害することもありうる」(BVerfGE 31, 58 [69 f.]。

人と人の様々な結びつきの中から何が「婚姻」として保護されるのかは、法律で定義しなければならない。しかし、立法者は全く自由に婚姻を定義できるわけではない。制度保障は、一夫一婦制のような、歴史的・伝統的に形成された既存の制度を保障するものだから、それを無視した法律の規律は、婚姻の自由への介入になる。また、法律の規定自体は合憲でも、その適用が(比例原則に違反して)違憲とされる場合もあるのである。

3 外国法の違憲審査

一 本件で問題なのは、婚姻の障害になっているのは、ドイツ法ではなくスペイン法であるということである。スペイン法は離婚を認めない。外国で離婚した場合も公序に反するという理由で無効とするので、異議申立人(ドイツ人女性)は重婚になってしまうのである。しかし、ドイツ法では離婚は成立しており、この女性は婚姻締結の自由を回復している。それでは、外国法に対してドイツの憲法裁判権は及ぶのか。本決定は、婚姻締結の自由に対する介入がドイツの抵触規定によって援用された外国法の適用に基づくからといって、憲法上の審査を排除する理由にはならないとする。本決定が大きな反響を呼んだのは、ここに理由がある。この決定が下されるまで有力だったのは、連邦通常裁判所の見解である。本決定はその見解を次のように要約する。

連邦通常裁判所の見解によると、「国際私法の領域において、ドイツ憲法の影響は、大きく縮小されて問題に

なるに過ぎない。(①) 確かに、ドイツの抵触規定それ自体は、基本法、とくに基本権との一致が審査されるべきである。しばしばこの審査は、とくに抵触規定が技術的・価値中立的性格であることを理由として、概括的なものにとどまり、それどころか恣意の禁止や、あるいは基本法一九条二項の本質内容の保障の審査だけに限られているけれども(憲法上の審査はされるべきである)。(②) それに対して、ドイツの抵触規定によって援用された外国法の適用の場合には、基本権の尊重は原則として問題とされるべきではない。連邦通常裁判所は、「強度の内国的関連性を有する事実関係の場合でさえ、ドイツ憲法を完全に排除しようとする。法的行為の効果が基本法の効力範囲を超える場合、すなわち、外国と何らかの関連性を有する事実関係の場合には、憲法の諸原則は、人権も含めて、外国法に反して適用されるべきではない」。その後の判決でこの見解を若干修正し、民法典施行法三〇条の範囲内においてのみ憲法上の審査を認めた。私法上の法律関係にはドイツ私法が適用される前提なので、「憲法の人的効力範囲(Reichweite)と空間的効力範囲は抵触規定によってその範囲が画定される」。つまり、「国際私法の領域で基本権が効力を発揮するのは、民法典施行法三〇条を含むドイツの抵触規定がその可能性を開いた場合に限られる」というのが、連邦通常裁判所の基本的見解である(BVerfGE 31, 58 [71 f])。

ここで問題は二段階に区別されている。第一は、ドイツの抵触規定の合憲性であり〔①〕、第二は、ドイツの抵触規定によって援用された外国法の適用の合憲性である〔②〕。ドイツの抵触規定はドイツの国内法であり、憲法(基本法)よりも下位の法律であるから、憲法に違反することはできない〔①〕。それに対して、外国法の適用に対して憲法の効力は及ばない、ドイツ公序が例外的に適用されることがあるだけであるとされる〔②〕。本決定が下される

までは、これが通説であった。

確かに、外国において通用している外国法に対してドイツの憲法裁判権は及ばない。基本法の効力はドイツ国内にしか及ばないからである。ところが、ここで問題になっているのはドイツ国内で通用している外国法である。もしも、外国と関連のある事実関係には憲法の効力が一切及ばないのであれば、国内に滞在している外国人に国内法を適用できる理由がない。外国人も滞在国の法秩序に服するのが領土高権の意味であり、だからこそ外国人にも憲法上の権利（基本権）が保障されるのである。したがって、外国法であるという理由で、国内の裁判所が違憲の法律を適用すべき義務を負うことにはならないだろう。

もしここで、抵触規定によって援用された外国法は外国法のままで適用されるのであるから、国内法たる憲法は外国法に対して適用されない、というのであれば、国内法であるドイツ公序の適用もあり得ないはずである。外国法に対して公序の適用を認めながら、基本権の適用を認めないのは矛盾している。

あるいは、憲法は公法であり、私法関係は私法の領分である、公法である憲法の効力は私法関係には及ばない、ということかもしれない。そうであれば、私法が特別に憲法の適用を認めた場合だけ憲法は私法関係で効力をもちうるので、結局この場合も、下位法である法律が憲法の効力範囲を決定することになるのである。しかし、現在では（のちに見るリユート判決以来）、私法関係は憲法の効力の及ばない憲法から自由な領域ではなくなった。²¹もしも憲法よりも下位の法律で憲法の適用範囲を広げたり狭めたりできるとすれば、それが可能なのは、先に法律の留保の付いた基本権で見たような、憲法自体がそれを認めた場合に限られる。本決定は、連邦通常裁判所の見解を次のように退けた。

「この見解は、憲法の優位にも、基本権の中心的意義にも適合しない。国際私法においても、基本法一条三項の指導的規範から出発すべきなのであって、この規範は基本法の効力範囲においてすべての国家権力を直接的効力をもって基本権に拘束する。……ドイツ国際私法は、国内法かつ国家法として、基本権に照らして全面的に審査されなければならない」。ただし、審査されるのは、ドイツ立法者による連結点の選択が基本法に一致しているか否かに限られる。個別の事案で適用される外国法の内容がどのようなものになるか、あらかじめ見通すことは不可能である。抵触規定によって援用された外国法を適用した結果がどのようなものになるかわからないのだから、「暗闇の中に飛び込む」に等しい。そのときに、憲法上の審査を中止し、基本権を保護しないのは不当である。「基本権は憲法の不可分の部分を成しているのであり、基本法における国家生活の自由で民主的な秩序の本来的な核心なのである。それゆえ、その射程は、通常法が特定の分野をどのように規律しているかとは無関係に、むしろ、憲法規範それ自体から直接に説明されるべきである。これと異なる見解は、国際私法の特殊性をもってしても正当化されえない」。連邦通常裁判所の基本的理解では、立法者が「基本権から自由な」空間を創り出せることになってしまふ。「民法典施行法三〇条を援用しても、この点は何も変わらない。というのは、この規定が、国際私法の中へ基本権が『進入する入り口 (Einfahrort)』と理解されるのではなく、基本権の適用範囲を狭く限定するものになっているからである。そのため、法律の規定が、憲法規範のランクと射程を決定する結果となってしまうのである」(BVerfGE 31, 58 [22 ff.])。

「この支配的見解は、外国の立法者はその国の憲法だけに拘束され、そして通説によれば、ドイツの抵触規定によって援用された外国法は、内国における適用によって外国法としてのその性質を失うものではない、という

ことによっても正当化されない。たとえこの見解から出発しても、ドイツの行政庁と裁判所による法適用の際に問題なのは、ドイツの国家権力の行使であり、この権力は基本法一条三項と二〇条三項の命令に服しているのである」(BVerfGE 31, 58 [74])。

基本法一条三項は、「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する」と定める。この規定が念頭に置いている公権力は、ドイツの公権力であって、外国の公権力ではない。⁽²²⁾しかし、ここで外国法を適用するのはドイツの裁判所である。「立法は憲法的秩序に、執行権及び裁判は法律及び法に拘束されている」(基本法二〇条三項)から、裁判所は法律に従わなければならないが、その法律は憲法に適合していなければならない。つまり、裁判所は合憲の法律にのみ従うので、違憲の法律に従ってはならないのである。ドイツの国家権力は基本権適合的に活動しなければならないということが、基本法一条三項の意味である。

二 一しかし、ドイツの基本法は国際社会に対して開かれた憲法である。外国法に対する違憲審査は、外国法の尊重という基本法の基本的立場に反するのではないか。

「援用された外国法の適用についても基本法の妥当要求を承認することは、基本法の効力範囲を外国にまで不当に拡張することを意味するものでもなければ、ドイツの価値観を外国に押し付けることを意味するものでもない。外国法は、その国の憲法や、その国の効力範囲の諸事情 (Gegensituation) から切り離されて、基本法との一致が一般的に審査されるのではない。そうではなく、ドイツの国家権力の国内法的行為が、多かれ少なかれ強度

の国内的関連性を有する事実関係に関連して、基本権侵害になるか否かだけが問題とされるのである。その際、外国法の適用が基本権規範に当たって『砕ける』としても、外国法の規定に対する一般的評価がなされるわけではない。外国法の規定は、ドイツの公権力によって適用されるために制定されたのではなく、その国においては是認され、または有意義なものである。そうではなく、その具体的適用が、一定の点でドイツの憲法秩序と調和しないことが確認されるにすぎないのである」。……このような前提の下での基本権の適用は、国際法の一般原則（基本法二二五条）にも、超国家的共同体への拘束（基本法二四条）にも違反しない（BVerfGE 31, 58 [74 ff.]）。

ドイツ国内で適用される外国法の違憲審査を認めても、外国で通用している外国法の効力に影響はないから、ドイツ法を外国に押し付けたことにはならない。また、外国法の規定それ自体が一般的に違憲無効とされるのではなく、ドイツ国内におけるその具体的適用が違憲無効とされるにとどまる。したがって、日本の憲法学の用語を使えば、法令違憲ではなく、適用違憲である。そうであれば外国法の国内適用を違憲無効としても、外国法の尊重と矛盾するわけではないというのである。

三 本決定は、こうして連邦通常裁判所の判例や通説を退けた後で、外国との関連性を有する事実関係に対して、基本権の抑制的な適用を説く。基本権は、外国と関連する事実関係においては、純然たる国内の事実関係においてと全く同じように適用されるわけではない、とする。

「ある基本権は、その本質に従えば、憲法の効力範囲における生活秩序との一定の関連性を前提とすることが

ありうるので、完全または主として外国と関連する事実関係において〔基本権を〕無制限に貫徹することは、基本権保護の意味を誤ることになる。どの程度そうなのか、一般的には決められない。むしろ、当該憲法規範は、その文言、意味および目的によれば、連邦共和国内の公権力の考え得るすべての適用について妥当しようとしているのか、それとも、多かれ少なかれ強度の外国との関連性を有する事実関係の場合には、何らかの区別を許容し、あるいは要請しているのか、ということが、憲法規範の解釈によってその都度確認されるべきなのである。このような作業は、「私法への基本権の照射効 (Ausstrahlung) が問題となる限りでは」、通常の憲法解釈と本質的に異なるものではない (BVerfGE 31, 58 [77])。

ここで「私法への基本権の照射効」が問題となる場面として引用されているのは、一九五八年のリユート判決⁽²³⁾である。この判決は、基本権の第三者効力 (人権規定の私人間効力) を承認した判決としてあまりに有名である。判決は、基本法が基本権の章で樹立した「客観的価値秩序」は、「憲法の基本決定として、法のあらゆる領域で妥当しなくてはならない」 (BVerfGE 7, 198 [205]) (以下、判例集の頁数のみ付記)、として憲法と私法の関係についてこう述べている。

「客観的規範としての基本権は、私法領域を直接支配する諸規定を媒介として、その権利としての内実を發揮する」 (S. 205)。「したがって、一般条項が、基本権が私法に『侵入する入り口 (Eingruchstellen)』であるとされたのは正当である」 (S. 206)。民事裁判官も基本権に拘束されるのであるから、民事法規への基本権の影響を見誤った判決を下した場合、その判決は客観的憲法違反にとどまらず、基本権を侵害する。「憲法裁判所は、通常の裁

判所が、民法の領域において基本権の射程と効力を正しく判定しているか否かを審査しなければならない。……しかし、民事裁判官の判決の法的欠陥を全面的に審査するのは憲法裁判所の任務ではない。憲法裁判所は、基本権の民法への『照射効』だけを判定し、憲法原則の価値内容の効果をそこで発揮させなければならないのである。憲法異議という制度の意味は、立法権、執行権および裁判権のすべての行為が、その『基本権適合性』を審査されるべきことにあるのである（連邦憲法裁判所法九〇条）（S. 207）。

本決定は、私法規定の解釈にあたって憲法の基本権を考慮しなければいけない点で、基本権の第三者効力の場合（リユート判決）も、抵触規定によって援用された外国法の適用の場合（本決定）も、異なるものではない、前者が可能なら、後者も可能はずだ、というわけである。

4 ドイツの抵触規定（民法典施行法一三条）の合憲性

ドイツ抵触規定の合憲性と、抵触規定によって援用されたスペイン法の適用の合憲性が審査されなければならない。本決定は、抵触規定である民法典施行法一三条は憲法に違反するものではないとする。決定は、ドイツ国内における婚姻を、①ドイツ人同士の婚姻、②外国人同士の婚姻、③ドイツ人と外国人の婚姻に三分し、まず、①と②で国籍国の法律に従うとしたことは憲法に反しないとされた。この事件で問題となるのは③である。結婚しようとするドイツ人から見れば、ドイツ法だけでなく外国法も適用されることになる。しかし、これは基本権の過剰な制限ではない（過剰制限禁止（Übermaßverbot）に反しない）として、決定はこう述べた。

「民法典施行法二三条一項によれば、この場合〔ドイツ人と外国人〕の婚姻締結は、一体的な事柄として取り扱われ、国内法秩序か外国法秩序かのいずれか一方に全体が服さなければならぬのではなく、それぞれの婚約者の婚姻能力は、それぞれの婚約者ごとに考察され、その本国法によって判断されるべきものとされている場合には、上述の利益の対立の不相当な (unangemessene) 解決は存在しない。

もちろん、二つの法秩序の同時適用は、ドイツ人パートナーの婚姻締結の自由を、ドイツの法律だけが適用された場合よりも強度に制約することもありうる。外国人婚約者の本国法は、より高い婚姻適齢を定め、あるいは第三者の同意に関してより強度の要件を課すこともありうる。しかし、とりわけ、外国人パートナーの婚姻能力をその本国法によって判定する際に、二面的婚姻障害という法観念によって、ドイツ人パートナーも含められ、その際、その一身に存する理由から、ドイツの制度規定だけが適用されたならば妥当しえないはずの婚姻障害が引き出されることがありうるのである。しかしながら、その限りで存在する可能性は、一つ一つがきわめて異なっているので、外国法の適用に対する立法者の一般的決定を疑問視することはできないのである。

それ故、外国人婚約者の一身に存する人的な婚姻障害の反射から、ドイツ人婚約者の婚姻締結の自由に障害が付け加わるが、通常このことは、ドイツ基本権の担い手の婚姻締結の自由の過剰な (übermäßig) 制限を意味するものではない」。外国人と結婚しようとするドイツ人が、その人的地位について外国の法秩序から生じる特殊性を甘受しなければならぬとしても、「このことは原則として婚姻の本質と矛盾するものではない」。……

(BVerfGE 31, 58 [79 f.])

5 スペイン法の適用の違憲性

民法典施行法一三条一項が合憲であるのに対して、その規定により基準とされたスペイン法の適用は、基本法六条一項に違反する。

ドイツ人女性は、ドイツ法が適用されていれば有していたはずの、スペイン人男性と結婚する自由を、スペイン法の適用によって剝奪されている。これによって同時に、スペイン人男性の婚姻締結の自由も侵害されている。なぜなら、この二人が結婚できるか否かの決定は、二人に対して統一的に下されなければならないからである。

民法典施行法一三条一項によれば、ドイツ人女性の婚姻能力はドイツ法によって判断されるので、前婚は離婚により法律上有効に解消されている。スペイン人男性の婚姻能力を判断するにあたって、スペイン法は離婚を認めないので、女性の婚姻能力は否定されることになる。「この矛盾がすでに、異議申立人〔ドイツ人女性〕の婚姻締結の自由に対する許されない介入を物語っている」。ドイツ法によれば終局的に対世的な効力をもって解消された婚姻を、どうしてスペイン法の適用に当たって存続しているものとみなすのか、理解しがたい。この前婚は、ドイツの裁判所によってドイツ法により解消されたのであって、婚姻の成立も解消も外国の法秩序と何の関連性も有しないがゆえになおさらである。

さらに決定的なのは、スペイン公序に基づいて、ドイツ人女性は重婚となると判断されていることである。スペイン法がドイツの離婚法も離婚判決も承認を拒絶し、ドイツの行政庁や裁判所がこの拒絶をドイツ法に受け入

れるならば、「そこには婚姻締結の自由への許されない介入が存在する。このドイツ人婚約者は、ドイツ法によれば婚姻しておらず、その限りで無制限の婚姻能力を有するのだから、その婚姻能力が、外国人婚約者との関係においても、基本法六条一項やドイツの婚姻規範と一致しない外国の婚姻観に基づき否定されてはならないのである」。これと異なる見解は、跛行婚を回避するための努力によっても正当化されないと (BVerfGE 31, 58 [83])。同様に、ドイツ人婚約者や子ども達を不利益から保護するとの考慮によっても是認されない (S. 84)。以上により、原判決は、異議申立人の婚姻締結の自由への過剰で、かつ比例原則に反する介入 (einen übermäßigen und unverhältnismäßigen Eingriff) を含んでいることは明らかである。……まさにこの領域における法の適用は、基本法の指導理念を注視しなければならない。すなわち、人間が憲法の価値秩序の中心なのであって、法律の規定は自己目的ではないのである。それゆえ、この法的ジレンマからの唯一可能な逃げ道を外国人婚約者の帰化にみることも適切ではない。……帰化の推奨は、国際私法の降伏に等しい。関係人に本国への帰属を放棄させることなく、相応な人的生活形成を可能にすることこそが、まさに国際私法の機能だからである」 (BVerfGE 31, 58 [85])。

本決定は、外国法の適用に対する基本権の効力を肯定したうえで、それによる基本権の制限 (介入) は、「過剰制限禁止」または「比例原則」に違反しており、憲法上正当化できなかつたのであつた。⁽²⁴⁾

本決定は結論としてこう述べた。

「原裁判〔決定〕は異議申立人〔両名〕の基本法六条一項の基本権を侵害している。なぜなら、同裁判所は、異議申立人〔ドイツ人女性〕の一身にかかわり、内国との関連を有する事実を判断するにあたって、基本法六条一項に合致するドイツ法の婚姻観念をスペイン公序によって拒絶し、そこから一つの婚姻障害を導き出したからである。……原裁判を破棄し、事案を上級地方裁判所に差し戻す」(BVerfGE 31, 58 [85 f.])。

差戻審で合憲の判決を下すには、本決定の諸原則に従わなければならない。上で述べた原則に従えば、スペイン法の適用が基本権侵害になる限りで排除されるべきであるが、それを達成する方法は二つある。一つは、「抵触規定によって援用された法の適用を直接限界づける障壁 (Schranke) を基本権の中に見出す」方法であり、もう一つは「民法典施行法三〇条を援用する」方法である。基本権の第三者効力論の用語を用いれば、前者は直接適用説、後者は間接適用説といえよう。連邦憲法裁判所は第二の方法を推奨しているようである。

「第二の解決方法においては、耐えられる基本権侵害と耐えられない基本権侵害が区別されてはならない。むしろ、民法典施行法三〇条を経由した基本権の実現は、この条項を、基本権が国際私法の中に『侵入する入口

〔Einhuchstelle〕と理解されなければならないだろう〔リユート判決を引用〕。その結果、個別事件における外国法の適用によって生じるすべての基本権侵害は、ドイツ公序の介入を引き起こすことになる。その際、正しい基準が次の審査から明らかとなる、すなわち、当該の個別的な基本権は、その文言、内容および機能によれば、他の諸国との同格と、それらの国々の法秩序の独自性を考慮したうえで、外国と関連性を有する事実関係に適用されることを要求しているのか否か、〔要求しているとしたら〕いかなる範囲で要求しているのかを審査することから明らかとなるであろう〕〔BVerfGE 31, 58 [86 f.]〕。

四 民法典施行法の改正

本決定後、ドイツの国際私法の改正が行われた（一九八六年施行）。改正後の民法典施行法六条はこう定める。「他の国の法規は、その適用がドイツ法上の本質的諸原則と明らかに相入れない結果をもたらすときは、適用されない。かかる規定は、とくにその適用が基本権と相入れないときは、適用されない⁽²⁵⁾」。

この新规定に対してドイツの憲法学者はこう評価している。

シュテルンは、「民法典施行法六条は、旧構文の民法典施行法三〇条よりもはるかによく構成されているだけでなく、むしろ、これまで展開されてきた判例法上の諸原則を、新しい構文において明確に表現したのである。このことがとくに当てはまるのは、公序の構成部分としての基本権を明文で強調した第二文についてである⁽²⁶⁾」と述べている。

また、バドゥーラも、「民法典施行法六条二文の規定は、外国法の適用が、個別事件において〔結果として〕基本

権に違反する法的帰結を有するときは、民法典施行法六条一文の意味において、ドイツ法の『本質的』諸原則と『明らかに』一致しないだろうことを明確にしている⁽²⁷⁾、とする。

二人に共通しているのは、民法典施行法六条二文は一文に既に含まれていたことを明文化したととらえていることである。公序を通して基本権の効力が外国法の適用に対して及ぶことは第二文がなくても当然なのである。

これは立法者の意思でもある。政府草案の理由は、こう説明している。

「この規定は、これまで民法典施行法第三〇条中に定められていた留保条項（公序）を、新しい、国際的な法状態に適合する、しかも法の明確性の要請をも顧慮した形式において含んでいる。実質的な内容の変更が求められているわけではない⁽²⁸⁾」。「ドイツ公序の構成部分のうち、重要な、そして優先的に顧慮されるべきものは、基本権である」、「個別具体的事例において見られる他国法の規定の適用による基本権侵害はかくしてドイツ公序と相いれないものとしてつねに当初から排除される。このような侵害は、第一文の意味ではつねに、ドイツ法上の本質的諸原則に対する『明かな』違反である⁽²⁹⁾」。

翻って日本ではどうか。国際私法の代表的テキストの一つは、「国際私法により準拠法として指定された外国法は、その適用にあたっては、公序（法例三三条）に反しない限り、憲法を含むいかなる内国法の制限もうけないとするのが通常の考え方である」と述べた後、連邦憲法裁判所の本決定と民法典施行法の改正に言及し、「わが国においても、同様な解釈があるが、一般的には前述のような伝統的な考え方がとられている⁽³⁰⁾」とする。

このように、国際私法で本決定はよく知られているが、日本では本決定の考え方は取られておらず（むしろ意識的に退けられている）、昔からの連邦通常裁判所の見解が通説であるようである。ここにはドイツとは異なる特別な憲法上の理由が存在するのであろうか。⁽³¹⁾ それとも、国際私法は憲法とは無関係に存続しうる（憲法が減んでも、国際私法は存続する⁽³²⁾）ということであろうか。この問題は稿を改めて検討することにした。⁽³³⁾

- (1) 手塚和彰『外国人と法（第三版）』（有斐閣、二〇〇五年）一五三頁以下。
- (2) 工藤達朗「憲法における婚姻と家族」赤坂正浩・井上典之・大沢秀介・工藤達朗『ファーストステップ憲法』（有斐閣、二〇〇五年）一五二頁以下。ただし、根拠規定を一二条に求めるか二四条に求めるかの対立はある。穴戸常寿「家族」渡辺康行・穴戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I基本権』（日本評論社、二〇一六年）四五三頁以下も参照。
- (3) 連邦憲法裁判所の裁判（*Entscheidung*）は、口頭弁論に基づく判決（*Urteil*）と口頭弁論に基づかない（書面審理に基づく）決定（*Beschluss*）に区別される（連邦憲法裁判所法二五條二項）。中野雅紀「裁判の種類」畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判（第二版）』（中央大学出版社、二〇一三年）一九七―八頁参照。連邦憲法裁判所法二五條二項の翻訳は、同書五七九頁。
- (4) 桑田三郎『国際私法の諸相』（中央大学出版社、一九八七年）八五頁以下（第五章・国際私法と両性平等）、丸岡松雄『スペイン人事件（国際私法著作集第三卷）』（木鐸社、一九九七年）。同書二頁以下に本決定の全訳がある（決定要旨と主文は除く）。本稿でも随時参照させていただいた。ただし、訳文は同一ではない。
- (5) 連邦憲法裁判所の憲法判断が家族法にもたらした影響について、W・ミューラー・フライエンフェルス（田村五郎訳）「二〇世紀におけるドイツ家族法の変遷」同ほか『ドイツ現代家族法』（中央大学出版社、一九九三年）九頁以下。スペイン人事件については、同書一八一―九頁。
- (6) ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）、『ドイツの憲法判例II（第二版）』（信山社、二〇〇六年）、『ドイツの憲法判例III』（信山社、二〇〇八年）、『ドイツの憲法判例IV』（信山社、二〇一八年）。以下、

I~IVと引用。

- (7) めうー〇「スペイン人事件 (Spanier Fall)」と呼ばれる事件がある。一九七四年五月二二日決定である (BVerfGE 37, 217)。こちらはすでに紹介されている。古野豊秋「国籍の異なる両親と子供の国籍」ドイツ憲法判例研究会・注(6) I 16 事件(一一〇頁)。後に、古野豊秋「憲法における家族」(尚学社、二〇一〇年)一四三頁以下に補論を付して収録されている。
- (8) デイター・ヘンリッヒ (佐藤文彦訳・山内惟介監修) 『国際家族法』(日本加除出版株式会社、一九九二年)一六頁参照。
- (9) 憲法異議については、連邦憲法裁判所法九〇条参照。畑尻Ⅱ工藤・注(3) 五九三頁。川又伸彦「判決に対する憲法異議」同書三四二頁。
- (10) 簡単には、工藤達朗「幸福追求権の保護領域」同『憲法学研究』(尚学社、二〇〇九年)五四頁。今日では日本の憲法テキストにも取り入れられている。松本和彦「三段階審査の手法」渡辺ほか・注(2) 五八頁。
- (11) BVerfGE 6 55. 小林博志「夫婦合算課税と婚姻・家族の保護」ドイツ憲法判例研究会・注(6) I 33事件(二〇九頁)。
- (12) BVerfGE 106 313. 三宅雄彦「生活パートナーシップ法の合憲性」ドイツ憲法判例研究会・注(6) III 32事件(一八九頁)。あわせて、ハインリッヒ・デルナー(野澤紀雅Ⅱ宮本ともみ訳)「ドイツにおける生活パートナー関係法」同(野澤紀雅Ⅱ山内惟介編訳)『ドイツ民法・国際私法論集』(中央大学出版部、二〇〇三年)一九頁参照。この問題に関するその後の判例の展開について、鈴木秀美「ドイツ連邦憲法裁判所——制度とその運用」法曹時報七一巻七号二二頁以下参照。
- (13) この点は前に説明したことがある。工藤・注(2) 一五〇頁。
- (14) 例えば、信教の自由と政教分離(二〇条)、学問の自由と大学の自治(二三条)、財産権と私有財産制度(二九条)など。
- (15) 原則規範の概念を日本の憲法学に取り入れようとしたのが、橋本公巨である。同『憲法原論(新版)』(有斐閣、一九七三年)は、基本権規定の内容として、公権と客観的法規範を区別し、後者の例として制度的保障と原則規範をあげる。「原則規範とは、憲法より下位の法のうち一定の分野について最高の規範であるもの、または憲法を含む一切の法秩序の最高の規範であるものをいう」(一六二頁)。そして、憲法二四条は「婚姻および家族に関する事項について原則規範を定めたもの」である(一九二頁)。同『日本国憲法(改訂版)』(有斐閣、一九八八年)一二四頁、二二三頁にも同様の記述がある。ただし、原則規範の概念は当時の日本の学説に受け入れられなかった。

- (16) 内容的保護領域と人的保護領域について、工藤・注(10) 五六頁。
- (17) BVerfGE 6:32. 田口精一「国内旅行の自由と憲法による保障」ドイツ憲法判例研究会・注(6) I 4事件(四二頁)。あわせて、オリヴァー・レプシウス「基準定立権力」マティアス・イエシュテットほか(鈴木秀美Ⅱ高田篤Ⅱ棟居快行Ⅱ松本和彦監訳)『越境する司法』(風行社、二〇一四年) 一五二頁参照。
- (18) 工藤・注(10) 五九頁。長尾一紘『日本国憲法(第三版)』(世界思想社、一九九七年) 二二四頁は、日本では例外的に、一三条の公共の福祉を各別的性格であり、一三条の幸福追求権の制約原理にとどまるとする。
- (19) 工藤達朗「『法律の留保』の付いた基本権」法学新報一一九巻七・八号(二〇一三年) 二〇五頁。
- (20) Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, 24. Aufl. 2008, S. 163, Rn. 647. 同書の第三二版の翻訳として、ボード・ピエロートⅡベルンハルト・シュリンクⅡトルステン・キングレーンⅡラルフ・ポツシャー(永田秀樹Ⅱ倉田原志Ⅱ丸山敦裕訳)『現代ドイツ基本権(第二版)』(法律文化社、二〇一九年) 二四九頁。
- (21) Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, S. 56 ff. ハンス・D・ヤラス(武市周作訳)「基本法一条の序論」同(松原光宏編)『現代ドイツ・ヨーロッパ基本権論』(中央大学出版社、二〇一一年) 九六頁以下。
- (22) Jarass/Pieroth (N 21), S. 54.
- (23) BVerfGE 7:198. 木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効力」ドイツ憲法判例研究会・注(6) I 24事件(一五七頁)。レプシウス・注(17) 一五四—一六六頁の分析が興味深い。
- (24) ここで「過剰制限禁止」と「比例原則」は同義で用いられていると思われるが、日本では一般に「比例原則」の語が用いられる。比例原則について詳しくは、柴田憲司「憲法上の比例原則について(一)(二・完)」法学新報一一六巻九・十号一八三頁、一一・一二号一八五頁(二〇一〇年)、同「比例原則と目的審査」法学新報一二〇巻一・二号二〇一頁。なお、レプシウス・注(17) 一二二頁は、「この比例原則という発見は、憲法学にとっては、憲法の優位や法秩序の段階構造に匹敵する重要なものである。付言すれば、比例原則は、ドイツ法学の世界的大ヒット作に属する」と述べている。
- (25) 桑田三郎Ⅱ山内惟介編著『ドイツ・オーストリア国際私法立法資料』(中央大学出版社、二〇〇〇年) 四一一頁による。
- (26) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 1241.
- (27) Peter Badura, Der räumliche Geltungsbereich der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte,

Bd. 2, 2006, S. 1073 f.

- (28) 桑田＝山内・注(25) 一三九頁。
- (29) 桑田＝山内・注(25) 二四三―四頁。
- (30) 溜池良夫『国際私法講義(第三版)』(有斐閣、二〇〇五年) 二四四―五頁。
- (31) 私はこの問題の存在を、山内惟介「国家法体系における外国法の位置付け——憲法と国際私法との接点を求めて——」比較法雑誌五二巻四号(二〇一九年) 一頁以下によつてはじめて教えられた。スペイン人事件への言及は、三五頁。
- (32) いうまでもなく「憲法は減んでも、行政法は存続する」というオットー・マイヤーの言葉をもじったものである。デイルク・エーラーズ(工藤達朗訳)「憲法と行政法」同(松原光宏編訳)『教会・基本権・公経済法』(中央大学出版部、二〇一七年) 一二三頁参照。
- (33) 工藤達朗「外国法の違憲審査」本誌・法学新報二二七巻七・八号(二〇二二年) 掲載予定。

(本学法科大学院教授)