

ドイツ裁判所におけるシリア人児童婚事件

——バンベルク上級地方裁判所決定とその評価——

山内 惟介

- I はじめに
- II シリア人児童婚事件
 - 1 事案の概要
 - 2 バンベルク上級地方裁判所決定
 - 3 バンベルク上級地方裁判所決定に対する評価
- III 結びに代えて

“言語と文化は必ずしも全部が一致するわけではありません。……言語が理解できれば異文化が理解できるという……ものでもありません”*

I はじめに

1 法の適用に関する通則法がそうであるように、国際私法分野の法源は概ね国家法として制定されている。このことは、独立抵触規定についても従属抵触規定についてもすべて一国の最高法規（憲法規範）との整合性が確保されていなければならないという意味に理解することができよう¹⁾。

* 青木保『異文化理解』（岩波新書740）（岩波書店、2001年）139頁以下。

1) 国内実質法が憲法の統制下に置かれている点は、国家法体系の構成原理からすぐに導かれ得る。これに対して、準拠法に指定された外国実質法が違憲立法審査の対象となるか否かについては、国際私法分野の場合、概ね否定説が採用

準拠法決定機能を有する法廷地独立抵触規定の連結点概念をどのように書き表すべきかをめぐってドイツで展開された両性平等論議²⁾の影響を受けて、わが国でもかつて一方の性のみに言及する構成(「夫の本国法」および「父の本国法」)が日本国憲法第14条第1項および第24条第2項に照らしていかん評価されるべきかについて論じられたことがあった³⁾。わが国の場合、この問題は、司法判断に先んじて、連結点が「夫婦に同一の法」に改められたことによって立法的解決をみた⁴⁾。

されていた(木棚照一「民事判例研究498 離婚の際の親権者指定の準拠法と法例30条」法律時報50巻2号135頁以下、溜池良夫『国際私法〔第3版〕』(有斐閣、2005年)244頁、出口耕自『論点講義 国際私法』(法学書院、2015年)138頁他)。これに対して、肯定説の可能性を指摘した私見(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54巻4号1頁以下、3頁および24-45頁)については、憲法分野からも賛意が示されている(工藤達朗「国際結婚の自由——スペイン人事件決定の検討——」法学新報127巻3・4合併号(野沢紀雅先生退職記念号)143-170頁および同「外国法の違憲審査」法学新報127巻7・8合併号223-249頁)。

- 2) 溜池良夫「国際私法と両性平等」民商法雑誌37巻2号3頁以下、桑田三郎「国際私法と両性平等」戸籍時報307号4頁以下(後に、桑田三郎著『国際私法の諸相』(中央大学出版部、1987年85頁以下に収録)他参照)。
- 3) 山内惟介「国際私法における両性平等について——イタリアにおける展開——」法学新報96巻11・12号(橋本公巨教授古稀記念論文集)677頁以下(同『国際公序法の研究』(中央大学出版部、2001年)181頁以下に収録)。
- 4) 法例の一部を改正する法律(平成元年法律第27号、平成2年1月1日施行)に基づいて、改正前の「第十四条 婚姻ノ効力ハ夫ノ本国法ニ依ル」、「第十五条 夫婦財産制ハ婚姻ノ当時ニ於ケル夫ノ本国法ニ依ル」、「第十六条 離婚ハ其原因タル事実ノ発生シタル時ニ於ケル夫ノ本国法ニ依ル但裁判所ハ其原因タル事実カ日本ノ法律ニ依ルモ離婚ノ原因タルトキニ非サレハ離婚ノ宣告ヲ為スコトヲ得ス」および「第二十条 親子間ノ法律関係ハ父ノ本国法ニ依ル若シ父アラサルトキハ母ノ本国法ニ依ル」は、それぞれ、「第十四条 婚姻ノ効力ハ夫婦ノ本国法ガ同一ナルトキハ其法律ニ依リ其法律ナキ場合ニ於テ夫婦ノ常居所地法ガ同一ナルトキハ其法律ニ依ル其何レノ法律モナキトキハ夫婦ニ最モ密接ナル関係アル地ノ法律ニ依ル」、「第十五条 前条ノ規定ハ夫婦財産制ニ之ヲ

2 ドイツでは、今また、国際私法規定の表現形式をめぐって新たな憲法論議が起きている⁵⁾。その契機を提供したのは、2017年7月17日の児童婚撲滅法⁶⁾により新設された民法典施行法第13条第3項第1号⁷⁾であった。この問題を顕在化させたシリア人児童婚事件は、2018年11月14日の連邦通常裁判所の提示決定を経て、上記規定の合憲性審査のため、連邦憲法裁判所に係属中である⁸⁾。以下では、連邦憲法裁判所の国際私法規定に対する

準用ス……」,「第十六条 第十四条ノ規定ハ離婚ニ之ヲ準用ス但夫婦ノ一方ガ日本ニ常居所ヲ有スル日本人ナルトキハ離婚ハ日本ノ法律ニ依ル」および「第二十一条 親子間ノ法律関係ハ子ノ本国法ガ父又ハ母ノ本国法若シ父母ノ一方アラザルトキハ他ノ一方ノ本国法ト同一ナル場合ニ於テハ子ノ本国法ニ依リ其他ノ場合ニ於テハ子ノ常居所地法ニ依ル」に改められた (<http://nomenclator.la.cocan.jp/ip/jsup/rev/hourei/r005.htm> (2021年5月1日確認))。

- 5) Rüdiger Ernst, Nichtigkeit ausländischer Kinderehen verfassungswidrig?, Deutsche Richterzeitung Heft5/2019, SS.182-185他。
- 6) Gesetz zur Bekämpfung der Kinderehen, BGBl. I 2017 S. 2429 Teil I Nr. 48 zuletzt geändert durch Artikel 347 V. v. 19.06.2020 BGBl. I S. 1328; https://dejure.org/BGBl/2017/BGBl_I_S_2429 (2021年5月1日確認); https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s2429.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s2429.pdf%27%5D_1614112607166 (2021年5月1日確認); https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bekaempfung_Kinderehe.html (2021年5月1日確認)。
- 7) 民法典施行法第13条(婚姻締結)第1項は「婚姻締結の成立要件は、各婚約者(Verlobter)につき、その者が属する国の法に拠る。」と定め、同条第3項は「婚約者の婚姻適齢(Ehemündigkeit)が第1項に従って外国法に拠る場合において、次の各号に掲げるとき、その婚姻はドイツ法に従い」とする本文に続け、第1号で「婚約者が婚姻締結時に16歳に達していなかったとき、無効とする」とし、第2号で「婚約者が婚姻締結時に16歳に達していたが、18歳に達していなかったとき、取り消すことができる。」と規定する。(<https://dejure.org/gesetze/EGBGB/13.html>; <https://www.buzer.de/gesetz/5257/a100516.htm> (2021年5月1日確認))。
- 8) AG Aschaffenburg, 07.03.2016-7 F 2013/15, OLG Bamberg, Beschluss v.

憲法的評価を取り上げる前段階として、バンベルク上級地方裁判所決定⁹⁾の紹介と検討が行われる。児童婚の是非が、法律構成上、女子差別撤廃条約の適用可能性にも関わるという意味において、小稿を、新たな旅立ちを迎えられた国際法学者・北村泰三教授への餞としたい¹⁰⁾。

II シリア人児童婚事件

1 事案の概要

1 はじめに、バンベルク上級地方裁判所の認定¹¹⁾に即して、本件の事実関係を確認しておこう。

シリア人男性H (1994年1月1日生まれ, 21歳)と従兄妹の関係にあるシリア人女性A (2001年1月1日生まれ, 14歳)は、2015年2月10日、シリア・アラブ共和国イドリブ県サラケブにあるシャリーア裁判所で適法に婚姻を

12.05.2016-2 UF 58/16 (<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-09621?AspxAutoDetectCookieSupport=1> (2021年5月1日確認)); <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Bamberg&Datum=12.05.2016&Aktenzeichen=2%20UF%2058%2F16> (2021年5月1日確認)), BGH, 14.11.2018 - XII ZB 292/16 (<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=14.11.2018&Aktenzeichen=XII%20ZB%20292%2F16> (2021年5月1日確認)), Bundesverfassungsgericht-1 BvL 7/18- (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/12/1s20191205_1bvl000718.html (2021年5月1日確認))。

9) バンベルク上級地方裁判所2016年5月12日決定(OLG Bamberg, Entscheidung vom 12.05.2016-2 UF 58/16), FamRZ Hef15/2016, SS.1270-1274, MDR 2016, 772他。

10) 北村泰三教授とは、同教授の熊本大学在職時から交流があっただけでなく、筆者の退職時には「EU市民権としての居住、移転の自由の一側面——『福祉リズム』批判と欧州司法裁判所の判断をめぐる——」を御寄稿戴いた(法学新報123巻5・6号171頁以下)。教授のさらなる御活躍を期待したい。

11) 前注8) および9)。

締結した。激化した同国の内戦状態から逃れるため、二人はバルカン・ルートを経て2015年8月27日にドイツに入国した。バイエルン州北部ウンターフランケン行政管区シュヴァインフルト市の第一次受入施設での難民登録後、二人は同管区内アシャッフエンブルク市に移った。Aは、2015年2月の婚姻締結以降、Hと同居していたが、2015年9月10日、アシャッフエンブルク市青少年福祉事務所（以下、「X」と略記）の職員に保護され、Hと引き離された。

Aの保護を求めるXの申立に対し、アシャッフエンブルク区裁判所（家庭裁判所）は、2015年9月16日、Aに対する親権の停止を確認するとともに、Aを後見に付し、Xを後見人（Vormund）に任命した（親権停止・後見人選任に関するアシャッフエンブルク区裁判所2015年9月16日決定）。Xは、Aに対する居住地指定権を行使して、Aの身柄を近隣都市の单身未成年女子用の青少年福祉施設に移した（居住地指定に関するXの行政処分（a））。Xは、Aの身柄拘束以降、HとAの面会をX同席のもとでしか認めていなかった（面会交流に関するXの行政処分（b））。行政処分（b）の背景には、自分の意思を持たずHの意のままに動かされ、Xが立ち会わなければ、性に関する自己決定能力を欠くAとHの性交渉が予想されるところ、二人の年齢差からみて、刑法典第182条による刑事罰の可能性が考慮されることへのXの危惧があった。

2 2015年9月10日以降、Aとの面会を果たせなかったHは、アシャッフエンブルク区裁判所への照会によりAの所在を確認した後、Aの引渡をXに求めた。Xがこれを拒絶したため、Hは、2015年12月4日、アシャッフエンブルク区裁判所2015年9月16日決定に異議を申し立て、アラビア文字によるシリアの公証済み婚姻証明書、ドイツ語訳を付した公証済み婚姻証明書およびアラビア文字によるシリアの公証済み婚姻成立確認書、各1通を添えて、HとAが婚姻関係にある旨を述べるとともに、XによるAの身柄拘束の不当性を主張し、Xを被告として妻Aの「返還」（引渡）を求める訴えをアシャッフエンブルク区裁判所に提起した。

アシャッフエンブルク区裁判所は、2016年1月28日、面会交流規制に関するHの申立の当否を判断すべく、Aにつき新たな手続補佐人 (Verfahrensbeiständin) を任命するとともに、手続補佐人選任の時点をもってXによるAの身柄拘束が終了したと考え、Aに対する身柄拘束の当否および身柄拘束処分取消の可否の双方につき判断対象が失われたことで判断の必要性が欠けていると判示した (Aの引渡を求めたHの請求に関するアシャッフエンブルク区裁判所2016年1月28日決定)。その後、同裁判所は、Hの請求を、近隣都市の市青少年福祉施設に移されているAとの面会交流をどのようなかたちでHに認めるべきかという別の論点に読み替えて、その当否を判断すべく、審理を続行した。

3 アシャッフエンブルク区裁判所は、2016年3月7日、HとAの面会交流をX同席のもとでしか認めなかったXの行政処分 (b) を取り消し、新たにHとAは、2016年3月11日の金曜日以降、毎週金曜日午後5時から日曜日の24時まで過ごす権利を有する旨、決定した (HとAの面会交流についての行政処分 (b) の取消および代替策に関するアシャッフエンブルク区裁判所2016年3月7日決定¹²⁾)。同決定の要点は、(a) 2015年9月以降、HとAの常居所がアシャッフエンブルク市にあるため、面会交流の規律態様如何はドイツ法に拠る。(b) Hが民法典第1685条第2項第1文の意味における「子の身近な関係者 (enge Bezugspersonen des Kindes)」に当たるため、HもAとの面会交流権を有する。(c) 以上により、X同席のもとでの週2時間の面会交流 (Xの行政処分 (b)) は子の福祉にそぐわない。(d) 性に関する自己決定能力がAに欠けているが、刑法典第182条第3項の犯罪構成要件が充たされる恐れはない。(e) AとHはシリアで夫婦として共同生活を送っており、本件婚姻は、Aの自由意思に反した強制結婚に当たらない、これらにあった。

4 Xは、アシャッフエンブルク区裁判所2016年3月7日決定に異議を

12) 前注8)。

唱え、面会方法に関するXの行政処分（b）を取り消す旨のアシャッフエンブルク区裁判所2016年3月7日決定の執行を一時停止すること、HA間の面会交流に関するアシャッフエンブルク区裁判所2016年3月7日決定を変更し、第三者同席のもとで毎週一度14時から17時までの時間をHと過ごす権利をAに認める旨の決定を下すこと、これら2点を求めて、バンベルク上級地方裁判所に抗告した。Xはその理由として、年齢からみて自立した生活を送れないAにつき、第三者を交えず、Hとの面会交流を認めれば、Aが妊娠する可能性が高く、Aを保護できないこと、AおよびHは、2016年3月10日に「長時間作用型の注射を3か月間打つ」という避妊方法を選んでしたが、医師の所見では、さらに4週間も注射を打ち続けた上に避妊薬を使用しなければ、避妊の効果が上がらない点からみて、実効性のある避妊方法は見当たらないこと、これらを主張した。

5 バンベルク上級地方裁判所は、2016年3月18日、同席者を交えず面会させれば、上記の効力停止に因る不利益を上回る結果が生じる恐れがあるという理由で、Xの行政処分（b）を取り消したアシャッフエンブルク区裁判所2016年3月7日決定の効力の一時停止を決定した（アシャッフエンブルク区裁判所2016年3月7日決定の効力の一時停止に関するバンベルク上級地方裁判所2016年3月18日決定）。バンベルク上級地方裁判所は、アシャッフエンブルク区裁判所が2016年1月28日に選任したAの事務補佐人から出された病気辞任の申し出を受け入れ、2016年4月4日、新しい事務補佐人を選任する旨、決定した（新事務補佐人選任に関するバンベルク上級地方裁判所2016年4月4日決定）。

2 バンベルク上級地方裁判所決定

1 バンベルク上級地方裁判所は、2016年5月12日、2つの請求（(c) Xの行政処分（b）を取り消す旨のアシャッフエンブルク区裁判所2016年3月7日決定の執行の一時停止、(d) HA間の面会交流に関する同区裁判所2016年3月7日決定の、第三者同席のもとで毎週一度14時から17時までの時間をHと過ごす権利をA

に認める旨の決定への変更)を内容とするXの抗告を手続法上適法¹³⁾と判断した後、同区裁判所2016年3月7日決定を前提としたXの抗告を棄却した(主文第1項)だけでなく、さらに進んで同区裁判所2016年3月7日決定を破棄した(主文第2項)。判旨は、主文第2項につき、上記区裁判所決定の破棄が「原判断の改善を求める訴えにおいて原判断よりも厳しい判断を下してはならない」との禁止原則(reformatio in peius)¹⁴⁾に違反しない旨、強調する。控訴審が下した2つの判断(抗告棄却(主文第1項)および原審決定破棄(主文第2項))には、同一の法的論点に対する評価が含まれている。このため、両者の審理は一括して行われている。

2 控訴審はまず、ドイツ裁判所が後見人による居住地および面会交流方法の決定権に関する事件につき国際裁判管轄権を有することを確認した。判旨は、婚姻事件および親責任についての手続に関する裁判の管轄権および承認・執行についての、ならびに、規則(EC)2000年第1347号の廃止についての2003年11月27日のヨーロッパ理事会規則(EC)2003年第2201号¹⁵⁾(ブリュッセルII a 規則、以下、「EC婚姻規則」と略記)第1条第1項b号

13) 判旨は、「本件抗告が適法か否かを審査する入口段階では、後見人であるXがAの居住地を決定する権利、詳しく言えば、Aと他の者との面会交流が問題とされた事案でAの居住地を決定する権利をXが有するという仮説が採用されなければならない。」と述べる(第13段落)。

14) この原則は、英語では「change for the worse」と表現される。「reformatio」は変化・変更を、「peius」は悪化・改悪を意味する。

15) Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX:32003R2201> (2021年5月1日確認)), 「婚姻事件および父母の責任に関する手続における裁判管轄ならびに裁判の承認および執行に関する2003年11月27日の理事会の(EG) Nr.2201/2003規則、ならびに(EG) Nr.1347/2000規則の廃止のための理事会の(EG) Nr.2201/2003規則(官報ABl. (EG) 2003 Nr.L338,1ff., 改正2004年12月2日ABl. (EG) 2004

および第2項の適用範囲内に本件が含まれると判断して、第8条第1項¹⁶⁾の「常居所」概念を解釈するにあたり、3つの基準（(a) 加盟国が常居所概念を主体的に解釈できる、(b) ドイツでは、社会的・家庭的な環境へ子が統合された地（子の生活関係の中心地）を常居所とする、(c) 原則として滞在期間を含む客観的基準により常居所の有無を決定する）を掲げた。判旨は、2015年9月中旬から裁判時までAが約8か月間ドイツに滞在し続けているという客観的事実、シリアでの戦争を避けてドイツでの生活継続を目的としているというAの主観的意思、これらに基づいてAの常居所がドイツにあると認定し、ドイツ裁判所の国際裁判管轄権を肯定した。さらに、判旨は、Aの法的地位（難民）を考慮して新たな法源を追加した。EC婚姻規則第13条第2項¹⁷⁾、親責任と子の保護措置の領域における管轄権、準拠法、承認、執行および協力に関するハーグ条約¹⁸⁾（以下、「ハーグ子保護条約」と略記）第6条¹⁹⁾、1951年7月28日の難民の地位に関するジュネーブ条約（以下、「難民条約」と略記）²⁰⁾第16条²¹⁾および1967年1月31日の難民の法的地位に関する

Nr.L367,1ff.) —略称「ブリュッセルIIa規則」法務資料464号（「欧州連合（EU）民事手続法」85頁以下（<http://www.moj.go.jp/content/001155126.pdf>（2021年5月1日確認））。

16) 「申立時に子が常居所を有する加盟国の裁判所が管轄権を有する。」

17) 「子の常居所が確定できない場合でも、子が所在する加盟国の裁判所が管轄権を有する。」

18) Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern (KSÜ) (<https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/full-text/?cid=70>（2021年5月1日確認））。

19) 「難民である子が所在する加盟国の裁判所が管轄権を有する。」

20) Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) (https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/03/Genfer_Fluechtlingskonvention_und_New_Yorker_Protokoll.pdf（2021年5月1日確認））。

議定書²²⁾第1条第1項²³⁾、これらがそうである。判旨は、本件Aの常居所認定が可能であると考えてEC婚姻規則第13条第2項を後に回し、EC婚姻規則第61条(a)号に基づいてEC婚姻規則をハーグ子保護条約に優先し、また、ドイツの家事非訟事件手続法²⁴⁾第97条第1項第2文²⁵⁾に依拠してEC婚姻規則を家事非訟事件手続法第99条²⁶⁾に優先させていた。

3 これに続くのが実体法上の論点を規律する準拠法の決定である。居住地ならびに面会交流の可否および方法如何の決定権（親責任に含まれる身上監護事項の一部）の準拠法を決めるにあたり、判旨は、民法典施行法第21条²⁷⁾に代えて、ハーグ子保護条約を適用し、ドイツ裁判所の国際的裁判管轄権が認められる（ハーグ子保護条約第6条）ため、ハーグ子保護条約第15

21) 「難民にも裁判を受ける権利を保障する。」

22) Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (<https://www.fluechtlingskonvention.de/protokoll-ueber-die-rechtsstellung-der-fluechtlinge-3272/> (2021年5月1日確認); https://www.unhcr.org/jp/treaty_1967 (2021年5月1日確認))。

23) 「この議定書の締約国は、2に定義する難民に対し、条約第2条から第34条までの規定を適用することを約束する。」

24) Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) (<https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/>; <https://dejure.org/gesetze/FamFG> (2021年5月1日確認))。

25) 「ヨーロッパ連合の立法行為による諸規定は影響を受ない。」(https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/_97.html (2021年5月1日確認); <https://dejure.org/gesetze/FamFG/97.html> (2021年5月1日確認); https://www.buzer.de/97_FamFG.htm (2021年5月1日確認))。

26) 同条は親子関係事件におけるドイツ裁判所の管轄権を定める。(https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/_99.html (2021年5月1日確認); <https://dejure.org/gesetze/FamFG/99.html> (2021年5月1日確認); https://www.buzer.de/99_FamFG.htm (2021年5月1日確認))。

27) 「親子関係は、子が常居所を有する国の法に拠る。」(<https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG033100377> (2021年5月1日確認))。

条第1項²⁸⁾に基づいてドイツ法を準拠法に指定した²⁹⁾。

ドイツの民法典第1800条³⁰⁾および第1633条³¹⁾によれば、Aはアシャッフエンブルク区裁判所2015年9月16日決定に基づいて後見に服するが、未成年者Aの居住地および面会交流の決定権は後見人ではなく、Aに帰属する。ハーグ子保護条約第16条第3項³²⁾および第4項³³⁾、ジュネーヴ難民条約第12条第2項第1文³⁴⁾ならびにシリア親子法に拠っても、シリアで2015

-
- 28) 「第2章に基づく管轄権を行使する際、締約国の当局は自国の法律を適用する。」
- 29) ハーグ子保護条約第20条によれば、「本章は、準拠法に指定された法が非締約国法であるときも、適用される。」判旨は、さらに、当事者の住所（Wohnsitz）がシリアに残されていない点を考慮し、難民条約第12条第1文（「難民については、その属人法は住所を有する国の法律とし、住所を有しないときは、居所を有する国の法律とするものとする。」）によっても、ハーグ子保護条約と同じ法律効果が生じる点を指摘する。
- 30) 「後見人が被後見人の身边を世話する権利および義務は、第1631条ないし第1632条に従って規律される。後見人は、被後見人をみずから世話し、教育するとともに、世話および教育を保障する義務を負う。」(<https://dejure.org/gesetze/BGB/1800.html> (2021年5月1日確認); https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1800.html (2021年5月1日確認))。
- 31) 「婚姻関係にあるかまたは婚姻関係にあった未成年者の身上監護は、その者の一身に関する事項の代理に限定される。」(<https://www.buzer.de/gesetz/6597/al62902-0.htm> (2021年5月1日確認)) なお、この規定は、児童婚撲滅法（前注6）により廃止されている。
- 32) 「子の常居所地国法により生じる親責任は、子の常居所が他の国に変更された後も、存続する。」(https://nortonsafe.search.ask.com/web?q=Art.%2016%20Abs.%203%2C%20Abs.%204%20KS%C3%9C&o=APN11915&geo=ja_JP&prt=&ctype=&ver=&chn=&tpr=121 (2021年5月1日確認))。
- 33) 「子の常居所が変更される時、法律上の親責任が親責任を担っていない者に移転するか否かは、新常态居所地国法に拠る。」(https://nortonsafe.search.ask.com/web?q=Art.%2016%20Abs.%203%2C%20Abs.%204%20KS%C3%9C&o=APN11915&geo=ja_JP&prt=&ctype=&ver=&chn=&tpr=121 (2021年5月1日確認))。

年2月に行われたHとの婚姻締結により、Aに関する親責任が消滅しているため、Aの居住地および面会交流の決定権は後見人にはない。

4 判旨は、A H間の婚姻の成否という先決問題の準拠法決定方法につき格別の説明を加えないまま、法廷地の独立抵触規定を適用する独立連結説(法廷地法説)を採用する。AもHも、婚姻締結当時、シリア国民であったため、婚姻締結の実質的成立要件については、民法典施行法第13条第1項に従い、シリア法に拠る。シリアは、婚姻、離婚、遺産相続等、個人の身分・地位に関する事項について多元的法制を採用する³⁵⁾。判旨によれば、1975年12月31日改正法により変更された表現形式における、1953年9月17日のシリア身分法³⁶⁾(Personalstatutgesetz, Syrian Law of Personal Status)が適用され、「AもHもイスラム教スンニ派の信者であるため、ドルーズ派回教徒やユダヤ教、キリスト教の信者のために設けられたシリア身分法第307条、第308条による特則は、適用されない」。ただ、人的不統一法国法指定時の法律構成に触れていないため、どの部分的法秩序に拠るべきかに関して、判旨が間接指定主義(法の適用に関する通則法第40条第1項に相当する。)を採用していたか否かは明らかではない。

判旨は、シリア身分法に依拠して、イスラム教スンニ派信者の婚姻の成

34) 「難民が属人法に基づいてすでに取得した権利、特に婚姻に伴う権利は、難民が締約国法に定められる手続に従う必要があるときはこれに従うことを条件として、当該締約国により尊重される。」

35) 「家族関係を規定する主要法源、すなわち、1953年のシリア身分法(Syrian Law of Personal Status)……の基礎は、主にイスラム法源、特にハナフィー派法学(イスラム法学)(Hanafi fiqh (Islamic jurisprudence))にある。ドルーズ人、ユダヤ人、キリスト教徒は、結婚、離婚、遺産相続など、個人の地位に関する重要事項はそれぞれの法に拠る。」「Anfragebeantwortung zu Syrien: Informationen zum Ehe recht und Praxis: religiöse Ehen, Registrierung, Vertragsschließung [a-9346-v2], 13. Oktober 2015」(<https://www.ecoi.net/de/dokument/1213490.html> (2021年5月1日確認))。

36) <https://www.global-regulation.com/translation/syria/3370708/law-59-of-1953-personal-status-law.html> (2021年5月1日確認)。

立要件が具備されていることを確認する。すなわち、婚姻締結は男女間の契約であり（第1条）、一方当事者の申込みと相手方による承諾を婚姻の成立要件とする（第5条）。申込みと承諾は、口頭、文書または申込みと承諾の意味で通常理解される表現形式で表示される（第6条、第7条）。婚姻契約を有効とするためには、イスラム教を信仰する、精神面で健全な成人の男性2人または男性1人と女性2人の証人の出席を要する（第12条）。婚姻当事者が精神的に健全で性的に成熟していれば、この者は婚姻能力を有する（第15条）。18歳に達した男性および17歳に達した女性は婚姻能力を有する（第16条）。但し、男性が15歳に、女性が13歳に達した場合において、所定の判断権限を有する裁判官が、身体の発達と性的な成熟が十分であるとみなす者は例外的に婚姻を締結することができる（第18条）。未成年者が婚姻を締結する場合において、同第21条以下の諸規定に基づいて婚姻後見人が選任されているとき、原則的な加重要件として、父または祖父の同意が必要とされる（第18条第2項）。当事者は必要書類を添えて裁判官に婚姻許可を申請し、裁判官または権限ある司法官が婚姻のための儀式を挙行し、儀式に関する記録を作成し、当事者は婚姻証明書の写しを送付して戸籍事務所で婚姻の登記を行う（第40条ないし第45条）。判旨は、2016年4月18日の期日に通訳により改めて翻訳された関係文書に基づき、必要な要件をすべて充たす本件婚姻のシリアでの有効性を確認するとともに、HA間の婚姻がドイツでも有効であることを認めた。

5 準拠外国実質法の適用結果を法廷地国で受け入れるか否かという点は、法廷地公序条項（民法典施行法第6条、従属抵触規定）によって判断される。判旨は、民法典施行法第11条および第13条第1項により指定された婚姻の方式および実質の成立要件の準拠法によれば本件婚姻が有効であると解した上で、シリアで適法に婚姻した当事者の婚姻時の年齢が民法典第1303条に基づく婚姻の下限年齢を下回っていればすぐにドイツ公序違反となるか否か、また、何歳下回っていればドイツ公序違反となるかといった点につき実務上争いがある³⁷⁾ことを確認するものの、ドイツ公序違反とな

るか否かの判断を回避する³⁸⁾。しかしながら、それにも拘らず、判旨は、公序条項を積極的に適用して、公序に反しないと判断していたようにみえる。それは、法廷地法（ドイツ法）では民法典第1303条所定の婚姻適齢規定を遵守していない婚姻が同第1314条第1項により取り消し得るにすぎないと述べる一方で、当事者の本国法（シリア法）でも婚姻適齢を下回る婚姻が、同居要件を欠く場合に無効婚とされるものの、同居要件を具備するときは取り消し得る婚姻にとどまる（シリア身分法第51条第1項）とする説明に留意すると、婚姻適齢を下回る「瑕疵ある」婚姻が当然無効ではなく、取消事由にとどまるという意味で共通性がみられるため、公序条項に拠る

37) 公序違反を肯定した先例として、KG FamRZ 2012, 1495 (14歳のレバノン人女性)、公序違反を否定した先例として、AG Tübingen ZfJ 1992, 48 (14歳のドイツ国民とウルグアイで婚姻適齢の下限とされる12歳のウルグアイ人少女とのウルグアイでの婚姻)が、また、婚姻適齢規定違反は婚姻の有効性に影響を与えないと判示した先例として、LG Hamburg, FamRZ 1969, 565がある。岩本珠実「イスラムと女性の人権―国連での討議をとおして―」創価大学大学院紀要29号125-142 (https://www.soka.ac.jp/files/ja/20170525_112552.pdf)では、国名が明示されていないが、「イスラム法では男性は12歳、女性は9歳という年齢での結婚が可能」(128頁)と記されている。「世界の192か国の結婚が可能な年齢の一覧」(<https://marriage.visa-ok.jp/category5/entry53.html> (2021年5月1日確認))。

38) 「本件では、ドイツ公序違反となるか否かという点の判断は先送りされている。というのは、公序違反が認定される場合でさえ、婚姻は有効に存在するはずだからである。ドイツ従属抵触規定が定める公序良俗違反の法律効果は、準拠法として指定された外国法上の規定を適用しないことである。こうみると、どのような法律効果が生じるかは、まずもって、婚姻適齢の引下げに関するシリア身分法第18条という例外規定を考慮しないままで、どのようにすれば、公序違反と判断された法、つまり、シリア婚姻法が定める法律効果がどのようなものなのかの判断内容に応じて、変わり得る。というのは、この点では、ドイツの公序に反するとされたシリアの現行法規の適用が排除されたことで生じる規律の欠缺を、できる限り、当のシリア法に従って埋めることが、まず試みられなければならないからである (BGH NJW 1993, 848)。」(第24段落)

修正を行う必要がなく、外国法の適用結果がドイツの基本的法観念からみてもはや堪えがたい結果をもたらすとは言い得ない旨、判旨が指摘しているからである（第27段落）³⁹⁾。バンベルク上級地方裁判所決定は、最後に、14歳の者を性的関係の相手方とする行為を禁じる刑法典第182条第3項⁴⁰⁾（第28段落）や子の福祉を尊重する国連児童の権利条約（第29段落）を考慮に入れても、AH間の婚姻を有効とするシリア法の適用結果をドイツ公序違反とみるには及ばないと結ぶ。

3 バンベルク上級地方裁判所決定に対する評価

1 このバンベルク上級地方裁判所決定に対しては、概して否定的評価が向けられている⁴¹⁾。実定法解釈論の観点からは、ネールス⁴²⁾（エアランゲン大学）とマンコウスキ⁴³⁾（ハンブルク大学）の評釈が取り上げられな

39) 本件では、AH間の婚姻の無効や取消（民法典1313条）を求める訴えは提起されていない。

40) BGH StV 2008, 238（第28段落）。

41) Legal Tribune Online: 14-jährige Syrerin wirksam verheiratet (<https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/olg-bamberg-2uf5816-jugendamt-aufenthalt-minderjaehrige-heirat-ehe-syrien/>（2021年5月1日確認））、「バンベルク上級地方裁判所の本件裁判は、世論では、むしろ批判的に受け止められており、たとえば、バイエルン州法務大臣、ヴィンフリート・バウスバック（Winfried Bausback）は、この決定は公序良俗に反するか否かの基準に関してあまりにも曖昧に過ぎると批判した。……連邦法務大臣、ハイコ・マース（Heiko Maas）も、外国で締結された未成年者の婚姻は原則としてドイツでは承認できないという見方に理解を示している。」（Benedikt Nehls, Entscheidungsbesprechung zum Beschluss des OLG Bamberg v. 12.5.2016 (http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2016_5_1051.pdf（2021年5月1日確認）））。

42) Nehls, Entscheidungsbesprechung zum Beschluss des OLG Bamberg（前注41））。

43) Peter Mankowski, Anmerkung zum Beschluss des OLG Bamberg vom 12.5.2016, FamRZ Heft 15/2016, SS.1274-1276.

ればならない。

(a) ネールスは、AH間の婚姻をドイツでも有効と判断したバンベルク上級地方裁判所決定の結論に理解を示す。それは、愛し合い、自由な意思のもとに二人がシリアで婚姻を締結したという点で、本件婚姻が、経済的、社会的および文化的権利に関する国際規約⁴⁴⁾第10条第1号第2文⁴⁵⁾と整合している上、婚姻を有効と認めてもAの福祉が害される恐れはなく、二人の意思を無視して引き離せば、人間関係の点で新たな問題が生じると考えたことによる。それにも拘らず、彼は、同決定の法律構成に疑問を示す。

(b) そのひとつは、未成年者の婚姻を承認しないことが子の福祉に適う(と判断される余地がある)点からみて、バンベルク上級地方裁判所が女子差別撤廃条約⁴⁶⁾第16条第2項⁴⁷⁾の適用可能性に触れていなかった点に関わる。この点が強調されるのは、条約がドイツ連邦共和国の国内法に優先して適用される(基本法第59条第2項)からである。

(i) まずAが女子差別撤廃条約第16条第2項に言う「子」に当たるか否かが判断されなければならないが、同条約にこの点に関する定義規定はない。国連女子差別撤廃委員会⁴⁸⁾の1994年版総括所見21号⁴⁹⁾に、18歳未満の

44) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (2021年5月1日確認); https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/2_b_004.html (2021年5月1日確認))。

45) 「婚姻は、両当事者の自由な合意に基づいて成立するものでなければならない。」

46) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York, 18 December 1979 (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> (2021年5月1日確認); https://www.gender.go.jp/international/int_kaigi/int_teppai/joyaku.html (2021年5月1日確認))。

47) 「児童の婚約および婚姻は、法的効果を有しないものとし、また、婚姻最低年齢を定めおよび公の登録所への婚姻の登録を義務付けるためのすべての必要な措置(立法を含む。)がとられなければならない。」

48) The Committee on the Elimination of Discrimination against Women

者は婚姻に伴う義務と責任を果たすことができないと記されていた点を考慮すると、18歳未満の者を「子」と解する余地がある（国連児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）⁵⁰第1条では、18歳未満の者が「子」とされている）。市民のおよび政治的権利に関する国際規約⁵¹について国連人権委員会が担うのと同様の任務を国連女子差別撤廃委員会が果たしているとみれば、国連女子差別撤廃委員会の判断を本件でも参照できようが、国連女子差別撤廃委員会の解釈は国際法上の拘束力を持たないため、18歳未満説に法的根拠はない。婚姻適齢を明示しない条約、たとえば、市民のおよび政治的権利に関する国際規約第23条第2項⁵²では、「適齢期」が定義されておらず、条約法に関するウィーン条約⁵³第32条⁵⁴により、解釈の補助手段として参

(CEDAW) (UN-Ausschuss für die Beseitigung für die Diskriminierung der Frau) (<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx> (2021年5月1日確認); <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/committee.htm> (2021年5月1日確認))。

49) UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), CEDAW General Recommendation No. 21: Equality in Marriage and Family Relations, 1994 (<https://www.refworld.org/docid/48abd52c0.html> (2021年5月1日確認); <https://www.refworld.org/docid/48abd52c0.html> (2021年5月1日確認)), Egalité dans le mariage et les rapports familiaux (<https://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52d91efd4> (2021年5月1日確認))。

50) United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC) (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx> (2021年5月1日確認); <https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/zenbun.html> (2021年5月1日確認))。

51) International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (2021年5月1日確認); https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/2c_001.html (2021年5月1日確認))。

52) 「適齢期 (marriageable age) の男女に、婚姻を締結し、家庭を築く権利が認められる。」

53) Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) (https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (2021年5月1日 確

照される同条同項の準備草案 (Travaux préparatoires) では、婚姻下限年齢は15歳を下回ってはならないとされていた⁵⁵⁾。婚姻の同意、婚姻の下限年齢および婚姻の登録に関する国連条約⁵⁶⁾第2条⁵⁷⁾では締約国は婚姻の下限年齢を定めると規定され、国連総会の勧告によれば、婚姻の下限年齢は15歳を下回ってはならないとされていたが、国連総会の勧告が国際法上拘束力を持たないため、15歳未満説にも限界がある。人権と基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約 (ヨーロッパ人権条約)⁵⁸⁾第12条⁵⁹⁾には、この権利

認) ; https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/B-S56-0581_1.pdf (2021年5月1日確認)。

- 54) 「前条の規定の適用により得られた意味を確認するため、または次の各号に掲げる場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業および条約の締結の際の事情に依拠することができる。(a) 前条の規定の適用による解釈によっては意味が曖昧または不明確である場合、(b) 前条の規定の適用による解釈により明らかに常識に反したまたは不合理な結果がもたらされる場合」
- 55) 同準備草案では、「結婚可能な年齢」が、一方では成年と認められる年齢の意味に、他方では身体的成熟度の意味に理解されており、いずれの意味を優先するかについて関係国間で合意が得られなかった。
- 56) Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages (Übereinkommen über die Erklärung des Ehwillens, das Mindestheiratsalter und die Registrierungen von Eheschließungen) (1962年11月7日採択、国際連合総会第17回会期決議 1763 A (XVII)) (<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx> (2021年5月1日確認); <https://www.un.org/Depts/german/uebereinkommen/ar1763-a-xvii-oebgbl.pdf> (2021年5月1日確認); <http://hrlibrary.umn.edu/japanese/Jo1ccmar.html> (2021年5月1日確認))。
- 57) 「締約国は、婚姻の下限年齢を定める法律を制定する。下限年齢に達しない者は適法に婚姻を締結することができない。但し、所管官庁が、事情の重要性を考慮して、婚姻当事者の利益を尊重し、年齢要件を免除するときは、この限りではない。」
- 58) (58) Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten). (Convention for the Protection of Human

の行使を詳細に規制する国内法を明示的に指定するものの、ヨーロッパ人権裁判所（Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)）は婚姻可能な下限年齢について今なお判断を示していない。条約法に関するウィーン条約第31条第3項b号では、自国での解釈のために他国の国家実行を参照することが定められているが、諸国の国家実行が分裂し、統一的指針は得られない。このため、女子差別撤廃条約第16条第2項における「子(child)」の定義について、国際法から拘束力のある解釈を引き出すことはできず、法廷地国の裁判所がそのつど任意に解釈するほかはない。

(ii) 女子差別撤廃条約第16条第2項に言う「法的効力を有しない (shall have no legal effect; keine Rechtswirksamkeit)」を条約法に関するウィーン条約第31条第1項⁶⁰⁾に基づいて言葉の通常の意味で解釈すると、女子差別撤廃条約第16条第2項に違反して締結された婚姻は法的には無となることを意味する。この文言は、第16条第2項に違反する婚姻が最初から無効 (nichtig, 絶対無効) という意味と、婚姻締結後に行われる所定の手続終了時以後は効力を持たない (ungültig, 相対無効) という意味と、両様に解釈される。いずれの解釈も、本件婚姻が取り消し得るに過ぎず、無効ではないと判示したバンベルク上級地方裁判所の見解とは異なる。

(c) 第2の疑問は、バンベルク上級地方裁判所決定が公序条項（従属抵

Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights (ECHR) (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680063764> (2021年5月1日確認); <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680063765> (2021年5月1日確認); https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (2021年5月1日確認); https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf%23page=9 (2021年5月1日確認))。

59) 「適齢期 (im heiratsfähigen Alter; marriageable age) の男女は、当該権利の行使を定める国内法に従って、結婚し、家庭を築く権利を有する。」

60) 「条約は、文脈によりかつその趣旨および目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。」(解釈に関する一般的規則)

触規定)の適用を先送りした点に関わる。ネールスは、AとHの常居所がドイツにあるという認定によって、公序違反の有無を問う際に、連邦通常裁判所の判例法上設けられた「国内的牽連性 (Inlandsbeziehung⁶¹⁾)」の要件が、本件では充足されていると考え、公序違反の有無を審理すべきであったとする。尤も、彼が考える公序の概念は、国際法上の公序概念(「国際法と関連する公序 (völkerrechtsbezogener Ordre-Public)」)であって、民法典施行法第6条所定のそれではない⁶²⁾。ボン基本法⁶³⁾第59条第2項第1文⁶⁴⁾により国内的効力を有する女子差別撤廃条約の第16条第2項は「国際法と関連する公序」とみなすことができる。女子差別撤廃条約第16条第2項が定める法律要件が本件でも具備されているとみると、シリア身分法第51条第1項からみてHとAの婚姻関係がシリア法上無効ではないとしても、女子差別撤廃条約第16条第2項に基づいて本件婚姻のドイツでの承認を妨げることができるし、ヨーロッパ人権条約、市民的および政治的権利に関する国際規約、経済的、社会的および文化的権利に関する国際規約、国連児童

61) Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. Tübingen 1997, S.225; Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. München 2004, S.521他。

62) ネールスは、「民法典施行法第6条からみると、本件事案を女子差別撤廃条約第16条第2項の適用対象とすることには問題があるように見える。というのは、最も深刻な国際法違反行為、つまり、国際法上いかなる逸脱も許されない強行規範という意味でのユス・コーゲンス(条約法に関するウィーン条約第53条)違反となる行為が「国際公序 (völkerrechtlicher Ordre-Public)」に含まれているため、専門用語から言えば、女子差別撤廃条約第16条第2項は「国際公序 (völkerrechtlicher Ordre-Public)」に当たらないからである。」とも述べている(前注41)。

63) <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html#BJNR000010949BJNE008100314> (2021年5月1日確認)。

64) 「連邦の政治的関係を規律するかまたは連邦法の規律事項を対象とする条約は、連邦法の制定を介して、連邦法の規律事項を所管する各機関の同意または協力を必要とする。」

の権利に関する条約のような人権に関する諸条約の規定によっても同じ結論を導くことができる。

このようなネールスの理解は、抵触法分野で伝統的に維持されてきた公序条項の適用過程とは内容を異にする。というのは、独立抵触規定により準拠法に指定されたシリア実質法の適用結果を法廷地公序規定が内包する不文の涉外実質規定の適用結果と対比して当該外国実質法規の適用結果を法廷地国で排除するか否かを定めることに代えて、彼の場合、ドイツ抵触法上のいわゆる「公序」⁶⁵⁾概念に、人権に関する諸条約の内容を取り入れた国際法上の公序概念（「国際法と関連する公序（völkerrechtsbezogener Ordre-Public）」）を包摂し、これを適用することによって、シリア身分法の適用結果を排除する構成だからである。彼は、女子差別撤廃条約第16条第2項によってシリア身分法の該当規定の適用結果が排除されている以上、この排除によって生じた欠缺をシリア身分法第51条第1項によって補充すべきではないとする。女子差別撤廃条約第16条第2項の意味・目的が、性的事項に関する自己決定を含めて、幼い少女を保護することにある以上、当該婚姻を無効とする以外の選択肢はないと考えるからである⁶⁶⁾。

3 ネールスと異なり、マンコウスキイ⁶⁷⁾は、バンベルク上級地方裁

65) 民法典施行法第6条第1文は、「外国の法規は、その適用によって、ドイツ法上の本質的諸原則と明らかに相容れない結果がもたらされるとき、これを適用してはならない(Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist)。」と定める(<https://dejure.org/gesetze/EGBGB/6.html> (2021年5月1日確認); http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal_nrw.cgi?xid=140204.7 (2021年5月1日確認))。

66) 女子差別撤廃条約第16条第2項によってシリア身分法の該当規定の適用結果を排除すること、すなわち、シリア法上有効な婚姻という法的評価を否定することは、必然的に、当該婚姻の無効をもたらすという意味で、わが国の欠缺否認説と同旨の構成がここに見出されるとも言い得る。

67) <https://www.jura.uni-hamburg.de/en/die-fakultaet/personenverzeichnis/>

判所決定における公序条項（民法典施行法第6条）の適用過程に対して直截に異論を提示する⁶⁸⁾。婚姻締結に必要な下限年齢（婚姻適齢）は、ドイツ国際私法上、婚姻の方式ではなく、婚姻の実質的成立要件（一方要件）であって、民法典施行法第13条第1項により指定される準拠法に拠るとする原則的説明に続けて、彼は、外国で外国人同士が婚姻を締結しているとき、当該婚姻をドイツでも有効と認めるか否かは常に公序条項のもとでの法的評価に服するとしながら、当事者の一方がドイツ人であれば、児童婚を禁止するため、婚姻適齢規定を双方向的婚姻障碍とみる解釈論⁶⁹⁾を示す。父母の同意があっても、14歳の者の婚姻締結（ウルグアイ法、ベトナム法およびレバノン法）をドイツで拒否するという彼の主張の前提には、強制婚姻や強姦といった犯罪行為に近い極端なケース（刑法典第182条）を婚姻の一形態とみてはならないとする価値判断がある。

公序違反か否かの判断にあたり、マンコウスキは、婚姻に関する諸条約に下限年齢規定がない現状⁷⁰⁾よりも、ドイツが婚姻意思、婚姻下限年齢および婚姻締結の登録に関する国連条約に加盟しているという事実（ドイツの政策決定）を重視しようとする。児童婚は望ましくないという評価のもとで、何歳を婚姻の下限年齢とすべきかについては緻密な検討を要するとして、彼は、民法典第1303条第2項⁷¹⁾に基づく16歳説のほか、ヨーロッパ

mankowski-peter.html

68) Mankowski, a.a.O. (前注 43)), S.1276.

69) 婚姻当事者の一方が自国民であるか否かによって法律構成を変えるこのような解釈論が一般的価値基準（正義衡平、法的安定性）に照らして維持され得るか否かは、別途、検討を要しよう。

70) 市民のおよび政治的権利に関する国際規約第23条第2項、女子差別撤廃条約第16条第2項、ヨーロッパ人権条約第12条、婚姻意思、婚姻下限年齢および婚姻締結の登録に関する国連条約第2条。

71) バンベルク上級地方裁判所判決当時、ドイツ民法典第1303条第2項（§ 1303 BGB a.F. (alte Fassung) in der vor dem 22.07.2017 geltenden Fassung）は以下のように表現されていた。

パで見出される最も低い制限年齢にも対応しかつ現代における青少年の心身の発達状況を考慮するバランスの良い妥協案として15歳説を提示する。

最後に、彼は、公序条項発動後の欠缺を補充する代用法規の決定基準につき、できる限り本来の準拠法を適用しようとする判例の動向に異を唱え、「公序条項という、実定法上の従属抵触規定を適用して、(代替的な)法律効果をドイツ法に従って決定する方がずっと簡単である」⁷²⁾と主張する。それは、彼の場合、法廷地法には見られない独特の解決策が示されるという意味で、準拠法として外国法を適用することにそれなりの長所があると認めつつも、散々苦勞して間違えないように外国法を適用するよりも、端的にドイツ法を適用する方が、基本権との整合性を確保することができるし、不快に感じられない結果が得られる点が重視されているからである。

III 結びに代えて

外国法研究には、冒頭のコトワザに記したように、異文化理解の壁が繰返し現れる。小稿では、憲法と国際私法との関係を理解するにあたり、児童婚の許否に関する近年のドイツ裁判例を批判的に検証する作業の一環として、バンベルク上級地方裁判所決定とこれに対する評釈が素材とされた。公序条項の適用過程において、ドイツの体系書等に現れた伝統的なそれと

“家庭裁判所は、婚姻の締結を申し立てる者が16歳に達し、婚姻の相手方が成年であるとき、申立により、この規定の適用を免除することができる。”

この第1303条は、2017年7月17日の児童婚撲滅法（前注6）によって、大幅に変更されている。変更後の第1303条（§ 1303 BGB n.F. (neue Fassung) in der am 22.07.2017 geltenden Fassung durch Artikel 1 G. v. 17.07.2017 BGBI. I S. 2429）の第1項は「何人も、成年に達する前に、婚姻を締結してはならない。」と定め、第2項は「16歳に達していない者との婚姻は、無効とする。」旨、規定する。新旧法文の対比については、<https://www.buzer.de/s1.htm?g=BGB+21.07.2017&a=1303>（2021年5月1日確認）参照。

72) Mankowski, a.a.O. (前注43), S.1276.

はやや異なる理解がみられるなど、新たな法律構成の可能性も示唆されていた。上記決定に続く連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の判断⁷³⁾については、紙幅の制約から、別稿に譲られなければならない。異なる法秩序の間だけでなく、一国の関連する法分野（憲法と国際私法）の間でも、実のある対話を実現しようとするれば、双方の側で格別の努力が継続されなければならない。

(本学名誉教授)

73) 前注8)。