

氏名 (生年月日)	<small>トク ナガ エリコ</small> 徳 永 江利子 (1978年12月21日)
学位の種類	博士 (法学)
学位記番号	法博甲第136号
学位授与の日付	2020年3月18日
学位授与の要件	中央大学学位規則第4条第1項
学位論文題目	ドイツにおける仮装婚 (Scheinehe) 規定の歴史的変遷 —社会意識との関連を視野に入れて—
論文審査委員	主査 野澤 紀雅 副査 新井 誠・鈴木 博人・原田 純孝

内容の要旨及び審査の結果

I. 本論文の主題と構成

1. 主題

本論文の主題は、ドイツ民法における仮装婚規定の歴史的変遷を検討するとともに、その変遷と社会意識との関連を考察することにある。

2. 構成

本論文の構成は以下のとおりである。

序章

第1章 前史：BGB 制定からナチス期前

第2章 仮装婚規定の誕生から廃止まで

第3章 仮装婚規定廃止後から復活前

第4章 仮装婚規定の復活とその後の展開

第5章 仮装婚規定の変遷と社会意識

終章

II. 本論文の概要

1. 序章

本章は、本論文全体の構想を集約的に整理した部分である。最初に、本論文の主題が具体的に

述べられている。すなわち、ドイツ民法における仮装婚規定の変遷を問題となる時期ごとの立法資料、学説、裁判例を用いて整理すること、そして、その際には立法史、学説史を超えて、法と社会意識の関連も重視して検討することが課題とされている。

本論文で問題とされる仮装婚とは、「婚姻生活共同体を創設する意思なく、婚姻に付随する法的効果の一部を獲得するために締結された婚姻」である。現行のドイツ民法典（BGB）では仮装婚は取消しの対象とされている。仮装婚に関する規定は BGB 制定時には議論の末に採用されなかったが、ナチス期の 1933 年の改正により、氏取得のための婚姻（家名婚）を無効とする規定が置かれた。その後、1938 年に新たに制定された婚姻法に、国籍取得のための婚姻（国籍婚）を無効とする規定が加えられた。そして、第二次大戦後のナチス否定の過程において国籍婚を無効とする規定が削除され、1976 年には家名婚の規定も削除され、仮装婚規定は姿を消すことになる。しかし、その後の 1998 年改正により仮装婚規定が復活することとなった。しかも、その規定はかつてのように個別の仮装婚類型に限定することなく、仮装婚一般を取消しの対象とする広範なものであり、さらに、取消しの対象となりうることが明白である場合には、身分吏が婚姻手続への協力を拒絶しなければならないとの規定も加えられ、事後的な取消しのみならず、仮装婚の成立段階でも規制を加える制度となっている。

筆者は、このような仮装婚規定の変遷過程を検討する中で、個別立法の理由書における矛盾や立法経緯自体の不合理性に違和感を覚えたという。そして、どの時期においても仮装婚の本質は変わらないにもかかわらず、仮装婚規定の制定時には仮装婚は「婚姻制度の濫用」として効力を否定されるのに対し、規定廃止時には仮装婚規定が「個人生活への不当な介入」と見なされ仮装婚も有効とされる。このことは、仮装婚の効力は当事者の問題ではなく、それを評価する側の問題である。婚姻意思についても、当事者の有する婚姻意思の問題ではなく、何をもちて婚姻意思とみなすかという、婚姻意思を評価する側の問題である。さらに、婚姻には「制度としての婚姻」と「契約としての婚姻」と 2 つの側面があることに着目すると、仮装婚規定は前者の側面を重視した規定であって、それを評価する側に婚姻の制度的側面を重視する意識が高まると、仮装婚規定が制定されることになる。

さらに筆者は、そのような制度としての性質を重視する意識の変化の要因の 1 つとしてその当時の社会状況があると考えている。つまり、仮装婚を評価する側である社会が「制度としての婚姻」を重視する程度が仮装婚規定の変遷に影響を与えている。そのような観点から、筆者が着目するのが、仮装婚規定が制定される前のドイツには劇的な社会変動と経済不況が生じているという事実である。社会変動と経済不況によって個人の生活が脅かされると、個人が強い不安に陥り、これが社会不安を引き起こして制度を重視する意識につながり、そのことが仮装婚規定の制定にもある程度の影響を与えたと考えられるのである。

仮装婚規定の歴史的変遷を跡づけると同時に、その変遷を社会意識との関連において考察するという本論文の主題が以上のように整理されている。

2. 第1章 前史：BGB 制定からナチス期前

第1節では、1875年の帝国法により導入され、基本的に現在まで維持されているドイツにおける婚姻締結の方式が解説されている。ドイツにおける婚姻締結には権限ある身分吏(Standesbeamte)の協力が不可欠である。すなわち、婚姻当事者は自ら身分吏の面前に赴いて、婚姻の意思表示をなし、これを受けた身分吏が婚姻の成立を宣言するという民事婚の手続である。このような婚姻締結手続を前提として、婚姻意思のとらえ方に関して、身分吏の面前での意思表示が重要であるのか、それとも当事者の内心の意思が重要なのかという問題が論じられた。

第2節では、BGBの編纂過程でも議論の対象とされたコーラー(J. Kohler)の「形式的合意主義」が紹介されている。コーラーは、身分吏という国家機関の協力と婚姻の法的安定性を重視して、当事者に婚姻の外観の作出のみを意図するという取り決めがあったとしても、当該婚姻は有効との見解をとっていた。筆者によれば、これはコーラー自身が依拠する表示主義の立場からの帰結ではなく、身分吏が関与する婚姻の特殊性に由来する結論であると考えられる。この形式的合意主義の説明に続いて、コーラー説を参照した裁判例が紹介されている。

第3節では、BGBの編纂過程における仮装婚問題の扱いが整理されている。プランク(G. Planck)が起草した部分草案では、実際に婚姻を成立させる意思なくして、婚姻の外観のみを引き起こすためになされた婚姻締結は無効とする規定が提案されていた。しかし、第一委員会は、法的安定性への配慮から虚偽表示による婚姻であっても有効であるとした。また、第二委員会では婚姻取消の対象とすべきとの提案がなされたが、これも否決されている。かくして、BGBに仮装婚の効力を定める規定は採用されず、仮装婚といえども有効とされた。

第4節では、BGB施行後における仮装婚をめぐる議論の内容が検討されている。法律規定がないにもかかわらず、学説では仮装婚について言及が見られるが、それらは必ずしも整合性のある議論ではなかった。一方では、婚姻の無効原因・取消原因が限定列举とされていることから、総則編の規定による無効・取消しが考えられないという点では仮装婚であっても有効と解されていた。しかし、他方では、婚姻の一般的効力として婚姻生活共同体の義務が規定されていることから、それを制限する当事者の取決めがあることに着目して、仮装婚の効力を否定的に解するものが少なくなかった。

第5節では、当時の議論状況の現代的理解として対称的な2人の論者の見解が紹介されている。1人はアイスフェルト(J. Eisfeld)である。その見解は、当事者が単純に婚姻の外観のみを追求する「虚偽表示による婚姻」と、当事者が婚姻に付随する法的効果の一部を求めており、その効果を得るために有効な婚姻を意図している「手段化された婚姻」を区別する点で特徴的である。そして、その見解によれば、コーラーの学説やBGB制定時の議論で肯定されたのは前者であり、後者の婚姻が有効とされるのは婚姻が必要的定型行為であって、身分吏の面前で表明された意思のみが意味を持つからであるとする。これに対して、ルンプ(S. Lumpp)は上記の区分を否定し、婚姻の効果から切り離された婚姻は想定できないとする。その所説によれば、婚姻の成立とその

効果として規定された婚姻生活共同体創設の義務は不可分のものであり、BGB は内心の意思まで要求しているのであり、仮装婚は本来無効とされるはずであるが、BGB に規定がないために有効となったとされる。筆者によれば、このような両者の見解の相違は、それぞれが前提として考えている婚姻像が異なることに由来するという。また、いずれにしても、その当時において仮装婚はまれであったため、あくまでも理論上の問題として議論されたという。

3. 第2章 仮装婚規定の誕生から廃止まで

第1節では、ドイツ民法最初の仮装婚規定である1325a条の内容と制定に至る経緯が記述されている。この規定は、1933年11月23日の「婚姻締結および養子縁組の際の濫用に対する法律」により導入されたものであり、同条1項は、婚姻生活共同体が創設されることなく、妻に夫の氏の使用を可能にするためになされた婚姻（家名婚）は無効であるとした。その適用範囲について、学説では、他の仮装婚類型にも類推適用を肯定するものもあったが、一般的には家名婚に限定されると解されていた。

その立法理由書では、貴族名を取得するために金銭授受を伴って行われる婚姻が増加しており、「ドイツ貴族協会」からもその対策が求められていたこと、第三帝国も、家族秩序の基礎となる婚姻制度がそのような取引（「悪徳商売」）のために利用されることを放置できないという趣旨が述べられている。筆者は、関係機関やヒトラーとの間で交わされた書簡の分析から、ヒトラー達には、貴族協会の要請に応える意図はなかったとしている。むしろ、その独特の優生思想から、遺伝的に健全で人種的に価値ある子供の産出を目的とするナチスにとって、1325a条の導入は民族共同体に資する婚姻のみを保護するという姿勢を明確にするための改正であったという。

第2節では、仮装婚規定の適用を拡大し、国籍取得のための婚姻（国籍婚）をも無効とした、1938年制定の婚姻法（Ehegesetz）23条1項が扱われている。条文としてはBGB1325a条に国籍取得目的が加えられた内容である。そして、その条文がBGBから婚姻法規定を切り離して新たに制定された婚姻法に置かれたのである。その立法理由としては、オーストリアの併合による法の統一の必要、オーストリアにおける国籍婚の頻発と対策の要望、家名婚に関するBGB1325a条を国籍婚に類推適用することに疑義が生じていたことが挙げられている。筆者は、オーストリア側の関係資料や類推適用の可否をめぐるライヒ裁判所と司法省の交信記録（書簡）等の分析から、オーストリア当局は仮装婚規定を考えていたもののその拡大には慎重であったこと、むしろ、司法省としては、「健全な民族の感覚」を基準として仮装婚を無効とする一般条項的な規定が構想されていたが、必ずしも否定されるべきではない婚姻までもそれに含まれるおそれに配慮して国籍婚に限定したという経緯が述べられている。

学説では、婚姻法23条により無効とされるのが、明確に規定された家名婚と国籍婚に限定されるとする説と、他の類型にも類推適用できるという説に分かれていたが、今日の研究では、後者が支配的見解であったとされている。類推適用の可否については、当時の裁判例も統一性を欠い

ていた。

第3節では、第二次大戦後から1976年の改正により仮装婚規定が全面的に削除されるまでの推移と状況がまとめられている。ナチス体制の崩壊とともに、仮装婚規定も縮小された。1946年に改正された婚姻法は、その19条において無効とされる仮装婚から国籍婚を削除し、家名婚のみを残した。国籍婚についての規定が結婚を手段としてナチスの迫害から逃れる可能性を阻止した、という理由が挙げられている。英米軍事政権は婚姻法23条をナチスの人種差別政策に関係する規定とみなしたのである。

その当時の学説と判例では、残された家名婚規定がその他の仮装婚に類推できるかが、なおも論じられていた。しかし、この規定の存続そのものを疑問視する主張も見られるようになった。この規定は夫婦の内心を問題とするから、その審査が「夫婦のプライバシー領域への不必要な侵害」「人格領域への糾問的介入」となり、婚姻制度の濫用よりもはるかに重大な危険を伴うという批判や、家名婚規定が趣旨としていた貴族名保護は民主主義の原則に反するといった批判もあった。この時期には、家名婚の意味を限定的に解して、19条の適用を否定した1件の裁判例が報告されているにすぎない。

1976年の「婚姻法改正第一法律」により、婚姻法19条は廃止され、仮装婚規定は姿を消すこととなった。廃止には反対論もあったが、20年間適用例のない規定であること、家名婚の問題には、婚姻締結時の意思表示には条件・期限を付することができないとする同法13条によって対処できることが指摘されている。

第4節では、1933年の制定から1976年の廃止に至るまでの仮装婚規定の変遷に対する、アイスフェルトとルンプの対照的な理解が紹介されている。アイスフェルトは、仮装婚規定がなかった当初のBGBとの比較において、ナチス以後の状態を批判的に捉える。すなわち、BGBにおける婚姻の意思とは婚姻の成立自体に向けられた意思であったが、家名婚等の規律により、婚姻の効果である生活共同体創設への意思が婚姻の有効性要件とされたことを指摘する。そして、国家の目的のために婚姻を非私事化し、婚姻に対する国家的統制の道を開いたという評価を与える。これに対してルンプは、BGB当初の規定においても、婚姻生活共同体への義務が婚姻の効果として規定されていることから、仮装婚規定がなかった段階でも、ナチスの仮装婚規定においても婚姻共同体への実質的意思が求められていることに違いはないと理解している。

第5節では、「当時のドイツ社会」という見出しの下、この間における社会変動との関連が考察の対象とされている。その関連を問題とする理由として、仮装婚の本質に変化がないにもかかわらずそれを規制する法律が変化した原因を考えるにあたって、筆者は、評価する側の社会の意識の変化に着目する必要があるとする。そして、その社会意識の変遷は、個々の立法がなされる以前に見出されるのであり、ナチス期の立法については、ヴァイマル時代の社会変動が問題となる。本節では、第一次大戦の敗戦からナチスの政権掌握までの、政治的・経済的・社会的混乱の状況が時代の推移にしたがって叙述されている。そして筆者によれば、こうした激動の時代に何度も生活と人生を破壊され、未来に絶望した人々が求めたのは「現実中存在するものへの保障」

であった。このような大衆を支持基盤として政権を獲得したナチスもその要求に応えなければならなかった。仮装婚という「現実に存在しないもの」の保障は当時の社会意識に合わず、そうした状況が仮装婚規定の導入に促進的に作用したという。

4. 第3章 仮装婚規定廃止後から復活前

本章では、仮装婚規定が廃止されてから復活するまでの1976年から1997年までの時期が検討されている。この時期に問題となる新たな類型の仮装婚は、外国人が滞在許可を取得するためにドイツ国籍者と締結する婚姻（滞在婚）であった。滞在婚がこの時期に問題化した背景には、外国人労働者政策の変更がある。すなわち、戦後の労働力不足を補うために当初積極的に展開された外国人出稼ぎ労働者の受け入れ政策が、1970年代、特に石油危機を契機として制限に転じたことである。婚姻は憲法上特別の保護を受けることから、婚姻により配偶者としての滞在許可が容易に得られるからである。第1節では、この間における外国人労働者政策の展開と実態が整理されている。

第2節では、滞在婚を疑われる事案に関する裁判例が、身分吏による婚姻締結手続の拒否の場面と、滞在婚の離婚手続における訴訟費用援助の場面に分けて述べられている。前者の場面では、例えば婚姻締結を希望する当事者に顕著な年齢差があり、言語による意思疎通も困難であるといった場合に身分吏が婚姻手続の実行を拒否できるか、ということが問題となる。その場合の法的根拠としては、第1に、条件・期限付きの意思表示を禁止する婚姻法13条2項の規定が挙げられるが、これを認める裁判例は少ない。第2には、滞在婚は権利の濫用として許されないとするものがある。学説の多くはこの見解を支持したが、婚姻生活共同体が持たれるかどうかは、婚姻締結後に明らかになる事実であるから、締結段階で滞在婚と認定するのは推測にすぎないという批判もあった。第3の見解は、滞在婚の締結段階での阻止に否定的な立場であり、婚姻法における婚姻禁止規定では婚姻締結の動機は問題とされておらず、これらは限定列举である以上、滞在婚の締結を阻止する法的根拠はないとする裁判例が紹介されている。また、離婚手続のための訴訟費用援助の申立てについては、離婚による権利追求は「恣意的」であって民事訴訟法114条の要件を満たさない、あるいは、特に婚姻締結時に金銭の授受があった場合には、その金銭は離婚の準備金であるからそれで費用をまかなうべきであるとする裁判例があった。

第3節では、この時期における議論の理解として、滞在婚のみを問題とした判例は当時の移民政策を反映しており、政治的危機状態に際しての民法の価値転換の例であると位置づけるアイスフェルトの見解がまず紹介されている。これに対してルンプの見解は、当時問題となったのは、仮装婚規定が存在しないことは、婚姻生活共同体を営む意思がない婚姻締結であっても婚姻が成立することを意味するののかということであり、婚姻の成立にはその意思が不可欠であるとの結論を支持している。

第4節では、この時期における社会変動との関係が考察されている。判例による滞在婚阻止の

背景には当時の滞在婚への危機感があり、その危機感を高めた背景には1973年の石油危機を契機とした経済不況があり、それにより不安が高まった社会では、滞在婚を有効な婚姻として受け入れる余裕がなかったというのが、筆者の理解である。

5. 第4章 仮装婚規定の復活とその後の展開

本章では、1998年の「婚姻締結法改正法」により復活した仮装婚規定の内容、立法理由および学説の評価、その後運用状況が整理され、さらにこの復活を促したと考えられる社会変動についての考察がなされている。この改正により、婚姻の成立要件に関する規定が以前の婚姻法からBGBに戻され、仮装婚規定もその中に置かれることになった。

第1節では、その改正内容が解説されている。すなわち、BGB1314条2項5号は1353条1項の〔婚姻生活協同体の〕義務を設定しないことについて合意がある場合を取消しの対象とし、さらに、婚姻締結手続の執行に関する1310条1項では、当該婚姻が1314条2項により取り消しうることが明白である場合には、身分吏は協力を拒絶しなければならないと規定された。ナチス時代に制定されたかつての仮装婚規定と比較して、この改正による仮装婚規制は個別類型に限定しない一般的な規律であり、しかも成立段階での阻止と成立後の取消しという2つの場面で規制するという広範な内容となっている。

第2節ではその立法理由が紹介されている。連邦議会に提出された政府草案には、仮装婚の規定は置かれていなかったところ、ドイツ身分吏連邦協会が滞在婚を事前規制するために、婚姻締結申請について裁判所の決定が得られる規定を提案した。また、連邦参議院も規定された婚姻禁止事由だけでは滞在婚を規制できないことに危惧を持ち、政府に再検討を依頼した。しかし政府は、仮装婚審査の困難を挙げてこれに応じなかった。最終的に、この規定が置かれたのは連邦議会の法務委員会の提案による。その提案においても、具体的な適用事例の基準は曖昧であり、滞在婚についての言及もなかった。

学説の評価をまとめた第3節の記述によれば、学説は新法の規定を徹底的に批判するものと、無条件に肯定するものの両極に分かれていた。否定的見解は、婚姻締結時における動機の審査が困難であり、仮装婚の疑いだけで拒絶されるそれがあること、あり得る仮装婚の規制は外国人法、税法、年金法等の個別の法律に委ねることで足りること、そして、不必要な規定によって規制することは婚姻締結の自由の侵害であり、婚姻に対する特別の保護を定めた基本法6条1項に違反すると解している。これに対して肯定説は、婚姻制度の空洞化を予防的に阻止するという国家の利益から身分吏による審査の必要性が強調され、憲法違反の疑念については、基本法上の保護を受ける婚姻は家族法の具体的規定によって定まるのであり、婚姻生活共同体の義務を負わない仮装婚は憲法上の保護を受ける婚姻ではないと主張する。

第4節では、新法下での判例の状況がまとめられている。まず、仮装婚の取消しに関しては、判例自体がきわめて少ないが、当事者双方の婚姻締結時点での意思を問わず、締結後の外部的印

象を基準として共同生活が存在すれば取消しができないという基準が示されているという。また、身分吏の協力拒絶に関しては、BGB1310 条 1 項の「明白」という文言を根拠に、可能な限り婚姻締結を認めようとする傾向にある。

第 5 節では、この時期における仮装婚規定の復活と社会変動との関連が考察されている。連邦政府が身分吏による審査の困難を指摘して一貫して消極的な姿勢をとっていたにもかかわらず、その懸念の解消策を示すことなく、これまででない広範な仮装婚の規制がなされた。筆者はそのことに違和感を覚えるとし、復活前の時期における社会状況に目を向け、東西ドイツの統一による大きな社会変動があったことに注目する。統一後の経済的、財政的困難、旧東西ドイツの社会体制の相違に由来する国民内部での「心の壁」の生成、政権交代といった当時の状況の変化が描き出され、そこにはナチス期に仮装婚規定が誕生した頃と共通する社会変動があると指摘している。加えて、その当時に問題となっていたのが滞婚であったことから、外国人排撃の意識も規定復活を後押ししたという。

6. 第 5 章 仮装婚規定の変遷と社会意識

本章では、仮装婚規定の変遷と社会状況との関係に焦点を当てた考察がなされている。仮装婚規定はナチス期に誕生したが、いったん廃止の後、1998 年に復活していることから、仮装婚規定はナチスという特殊な要因のみよって誕生したのではない。筆者は、仮装婚規定が生まれる時には、その前に大規模な社会変動があり、それが一因となって仮装婚に対する社会の評価を変化させると考えている。

第 1 節では、これまで考察してきた各時期における社会状況が、仮装規定の制定、追加、一部廃止、全面廃止、復活という変遷との関係において整理されている。

第 2 節では、「社会が危機的状況に陥ると社会不安が生まれ、この社会不安の影響を仮装婚規定も受けている」という著者の見解が説明されている。すなわち、社会不安は個人の生活危機に由来するが、社会全体を覆うまでに発展すると、個人に還元できない社会独自の不安となり、それが個人の意識にも影響を与える。その社会不安は生活保障を求める政治的要求となり、現状への不満を向け、生活保障を要求する。時の政権がこれに応えられなければ、政情不安となり、改革を求める政権交代が起こり、それが絶対的権力に結びつくこともある。そのような変革を求める声に後押しされた権力は個人よりも社会制度を重視するようになる。婚姻に関してもその制度的側面が重視されるようになり、個人の自由よりも制度の安定性や正当性が重視され、仮装婚は「婚姻制度の濫用」といった評価を受け禁止されることになる。著者は、1933 年と 1998 年の仮装婚規定の背景としてそのような社会状況の変化が見られるとする。一方、社会が危機を脱すると、社会に代わって個人、個人の自由が重視されるようになり、婚姻に関しても「契約としての婚姻」という側面が重視されるようになり、仮装婚規定は個人生活への不当な介入であるとして否定的に受け止められるようになる。1976 年における仮装婚規定の廃止の背景にはこのような社会意識

の変化があるとする。

第3節では、仮装婚規定の変遷と社会意識の関係に関する筆者の見解を、デュルケーム (E. Durkheim) の社会学理論によって説明する試みがなされている。筆者は、その理論において社会学の固有の研究対象とされる「社会的事実」に着目する。社会的事実とは、「行動や思考、感覚といった諸形式から成り立っており、個人に対しては外在し、かつ個人のうえにいやおうなく影響を課することのできる一種の強制力」を持つものであり、「社会の意識」もこれに含まれる。また、社会的事実は法や道徳のように可視性があり、一定の普遍性を有しているものだけでなく、熱狂や憤激のように可視性のない一過性のもも含む幅の広いものであるという。筆者は、本論文において仮装婚の変遷に関連づけられた社会意識がデュルケームのそれと同一のものといえるかどうかは今後の研究課題としつつ、少なくとも個人の意識とは別に社会の意識が存在し、それは個人に影響を及ぼすという視点はその社会学理論によっても説明できるとしている。

7. 終章

本章では、第1節において立法史・学説史の総括がなされ、どの時期においても仮装婚規定が当事者の婚姻意思の問題として検討されており、とりわけ「婚姻生活共同体への意思」が重視されていることが確認されている。

第2節では、法と社会意識の関連についての総括がなされ、仮装婚の変遷には各時期固有の原因があったことは否定できないが、それでもなお社会意識に着目することが重要であるとする。ここで筆者は、論者の婚姻観の相違によって婚姻意思の理解が異なってくることを、アイスフェルトとルンプの見解を対照させて簡潔に整理している。婚姻の契約的側面を重視する前者の立場では、婚姻の意思は締結それ自体への意思であり、仮装婚規定は婚姻の国家的統制と考えられる。これに対して婚姻の制度的側面を重視する後者の立場では、婚姻の意思は婚姻生活共同体を営むという実質的な意思であり、仮装婚の効力が否定されるのは当然の結論ということになる。筆者は、仮装婚規定を婚姻意思の視点だけで分析すると、無意識的ではあれ個人的な婚姻観が反映されてしまうことを問題視し、その時代の社会意識に着目することで、婚姻のいずれの側面が重視されるかを知ることができれば、婚姻の有効性の基準もある程度明らかになるのではないかと述べている。

最後の第3節では、ドイツでの仮装婚規定をめぐる議論は、婚姻意思をめぐる日本の学説状況にも寄与することが指摘されている。筆者によれば、実質的意思説とそれを批判する形式的意思説の対立に、具体的定型説、法律的定型説、法的意思説が加わり、決め手に欠ける行き詰まりの状態にあるとする。その中では、法律的定型説がルンプの見解に近いものであるという。また、婚姻意思と同じく身分行為の枠内で問題とされる縁組意思に関する最近の最高裁判例を法律的定型説と親和的であるとする論評もあることが指摘されている。

今後の研究では、ドイツの学説との近接にも留意しつつ日本の婚姻意思論についての研究を行

い、その際には、法と社会意識の関連についても、両国の諸条件の相違を踏まえた比較検討が必要であると述べて、本論文の締めくくりとしている。

Ⅲ. 本論文の評価

本論文は、ドイツにおける仮装婚規定の歴史的変遷を整理して叙述することを第1の課題としている。日本では、仮装婚の効力は民法742条1号にいう「婚姻をする意思」の解釈問題として論じられる。家族法学の理論体系では、協議離婚や（普通）養子縁組、協議離婚等とともに「身分行為」という上位概念に組み込まれ、「身分行為意思」を生活事実の実現に向けた実質的意思ととらえるか、それともそれらの行為が戸籍上の届出を要件とすることから当該の届出をなす形式的意思ととらえるか、さらには、実質・形式の対立を超えて、当該行為によって意欲される法的効果に着目するかといった議論が展開されている。

このような意味において、仮装婚の効力と婚姻意思の解釈は家族法学の基礎理論にかかわる問題である。こうした問題の重要性にもかかわらず、婚姻意思に関する比較法的研究は意外に少ない。ドイツ法についていえば、家名婚や滞在婚に関する判例や学説を紹介する若干の論考が公刊されているにとどまる。本論文は、ドイツ民法の制定から現在に至るまでの通史的な研究であり、これほどの時間的幅を持った研究はこれまで例がない。さらに、立法過程に関しては豊富な一次資料を用いた入念な説明と分析がなされており、その部分の信頼性は高いといえる。

もっとも、歴史研究としてはともかく、比較法的研究としてはいささか物足りない部分もある。日本法との比較を念頭に置くとすれば、仮装婚の効力の変遷についても整理した記述が求められるからである。例えば、1933年以降の規定では無効とされていたのに対し、現行法では婚姻取消しの一事由とされている。その相違は、訴えの当事者適格や裁判の遡及効等の問題とも関連すると考えられる。今後筆者が予定している日本法との比較研究においては、仮装婚規定の実際運用にかかる、そうした個別的部分の変化をも検討の対象とすることが期待される。また、日本法では戸籍法上の届出が婚姻の成立要件とされている点が、権限ある身分吏による挙式を要件とするドイツ法と異なる。比較法的考察にあたっては、こうした婚姻締結の方式の顕著な相違から生ずる差異も考察の対象となるであろう。このような比較法的考察の物足りなさはあるものの、そのことによって、ドイツ法研究の空白部分を埋める労作であるという本論文の評価が否定されることはない。

本論文のもう1つの課題は、ドイツにおける仮装婚規定の変遷をもたらした社会的要因の探求である。この課題は当初から設定されていたものではなく、個別の立法過程における資料の検討から生じた疑問に由来する。立法理由書の記述と史実との不一致や、草案になかった規制が最終段階で半ば強引に取り込まれたことの不自然さである。そのことから筆者は、仮装婚に対する社会的評価の変遷に目を向けている。その際の手がかりとなるのは、各時代の仮装婚問題の現代的理解に見られる、契約的婚姻観と制度的婚姻観の対立である。筆者は、いずれかの立場に与するような評価は

避けて、それぞれの婚姻観の隆盛を1つの社会的事象としてとらえている。主として経済的な激動から生み出される社会不安が高まった時期には制度的側面が重視されて仮装婚の規制が行われ、経済的にも社会的にも安定した時期には、契約的側面が尊重されて規制が廃止されるという関係性が見られるという。さらに、筆者は、社会不安から制度重視の社会的意識が形成され、それが政治権力によって法制度として実現されるに至るメカニズムを社会学的なアプローチによって論証しよう試みている。

本論文におけるこのような法と社会の関連性の視点は、仮装婚規定の改廃という実定法の変遷の研究から得られたオリジナリティーの高い問題意識である。そして筆者は、この問題意識を本論の副産物として傍らに置くことなく、進んでその分析と論証に取り組んでいる。社会不安と仮装婚規制との間に一定の因果関係を考えることは、少なくとも筆者が叙述し指摘する歴史的事実を見る限りは、論証を試みるに値する1つの仮説といえよう。もっとも、社会不安から制度変更に至るプロセスの論証は、抽象的な概念を駆使するにとどまっている部分もあり、必ずしも成功しているとはいえない。この点に関しては、ドイツの各時代の社会意識から問題とされた婚姻法以外の領域における類似の事例の検討や、さらに、仮装婚問題に限定するなら、比較的最近になって滞在婚の規制を念頭に置いた改正が行われた近隣諸国（フランス、スイス）との比較も有意義であろう。しかし、本論文の課題設定の範囲でそこまでの検討を求めることは過大であらう。むしろ、公式の立法資料をも批判的に検討し、法規範の変遷の要因として社会的意識の変化を想定するという、広い意味での「法と社会」の視点は法学研究者として常に意識しておくべき方法であり、筆者の視野の広さを示している。本論文のテーマについてその点を掘り下げて追究しようとした筆者の姿勢と努力は評価に値する。

IV. 結論

以上を総合的に判断し、審査委員一同は、本論文は博士（法学）の学位を授与するに値するものと評価する。

以 上