

# 博士論文

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——

令和2年3月

中央大学大学院法学研究科民事法専攻博士課程後期課程

徳永 江利子

# 目次

## 序章

- 第1節 分析対象・方法
- 第2節 本論文の構成

## 第1章 前史：BGB 制定からナチス期前

- 第1節 婚姻締結手続き
- 第2節 コーラーの「形式的合意主義 (formales Konsensprinzip)」
- 第3節 BGB における仮装婚
- 第4節 BGB 施行後の仮装婚をめぐる議論
- 第5節 現在の理解
  - 第1款 アイスフェルトの理解
  - 第2款 ルンプの理解

## 小括

## 第2章 仮装婚規定の誕生から廃止まで

- 第1節 仮装婚規定の誕生
  - 第1款 仮装婚規定の変遷
  - 第2款 1933 年仮装婚規定
  - 第3款 立法理由
  - 第4款 ナチスの理論
- 第2節 1938 年仮装婚規定
  - 第1款 立法理由
  - 第2款 学説・判例
- 第3節 戦後の仮装婚規定
  - 第1款 1946 年婚姻法
  - 第2款 学説・判例
  - 第3款 仮装婚規定の廃止
- 第4節 現在の理解
- 第5節 当時のドイツ社会
  - 第1款 法と社会変動の関連を考察する意義
  - 第2款 社会変動
    - ①第一次世界大戦
    - ②ヴァイマル共和国成立とヴェルサイユ条約

- ③賠償問題
- ④ハイパーインフレ
- ⑤ナチ党の躍進
- ⑥第三帝国（強制的同一化）
- ⑦ナチスの経済政策

第3款 1938年婚姻法

第4款 戦後

小括

### 第3章 仮装婚規定廃止後から復活前

第1節 滞在婚問題の背景

第2節 判例

第1款 滞在婚締結の場面

- ①婚姻法13条2項を根拠とする説
- ②権利濫用論を根拠とする説
- ③婚姻法上の婚姻障害を根拠とする説

第2款 滞在婚解消の場面

- ①ZPO114条の「恣意的」を根拠とする判例
- ②準備金を根拠とする判例

第3節 現在の理解

第1款 アイスフェルトの理解

第2款 ルンプの理解

第4節 社会変動と法の関連

小括

### 第4章 仮装婚規定の復活とその後の展開

第1節 復活した仮装婚規定

第2節 立法理由

第3節 学説

第1款 身分吏による動機の審査

第2款 仮装婚規定の必要性

第4節 判例

第1款 婚姻取消しの可否（BGB1314条2項5号）

第2款 身分吏の協力拒絶（BGB1310条1項2文後段；現行1310条1項3文1号）

第3款 仮装婚の疑い提示（PStG45条2項；現行49条2項）

第4款 仮装婚解消の場面（訴訟費用援助の承認：ZPO114条）

## 第5節 社会変動との関連

### 第1款 東西ドイツ統一

### 第2款 心の壁

### 第3款 コール政権からシュレーダー政権へ

## 第6節 社会変動と仮装婚規定の復活

### 小括

## 第5章 仮装婚規定の変遷と社会意識

### 第1節 仮装婚規定の変遷と当時の社会状況

#### 第1款 1933年仮装婚規定の制定頃の社会状況

#### 第2款 1938年仮装婚規定の制定頃の社会状況

#### 第3款 1946年仮装婚規定制定頃の社会状況

#### 第4款 1976年仮装婚規定の廃止頃の社会状況

#### 第5款 1998年仮装婚規定の制定頃の社会状況

#### 第6款 社会状況との関連

### 第2節 社会変動の影響

### 第3節 デュルケームと「社会の意識」

### 小括

## 終章

### 第1節 立法史・学説史の総括

### 第2節 法と社会意識の関連の総括

### 第3節 日本への示唆と今後の研究方針

## 序章

### 第1節 分析対象・方法

本論文は、ドイツ民法における仮装婚規定の歴史の変遷を検討するものである。具体的には、前史（仮装婚規定の制定前）・仮装婚規定の制定・改廃・復活という各時期の立法資料、学説、裁判例を整理すると同時に、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。法と社会意識の関連を重視するのは、筆者が仮装婚規定の歴史の変遷を検討していくうちに、仮装婚規定には立法資料には表れない当時の社会意識も影響していると考えに至ったためである。以下では、まず仮装婚とはどのような婚姻なのか、仮装婚の定義を確認し、次に法と社会意識の関連を重視する理由を述べる。

仮装婚（Scheinehe）についての先行研究は日本においても存在し、そのなかで仮装婚とは、「形式的には法律の要求する要式をすべて備えて法律上の婚姻として成立しているのに、事実上の共同生活が一切営まれていないという形式上の婚姻」<sup>1</sup>、「婚姻の本質をなす婚姻生活共同体の創設は目的とせず、婚姻締結により生ずる特定の法的利益を獲得するためにだけ締結される婚姻」<sup>2</sup>と説明されている。婚姻生活共同体とは、ドイツ民法 1353 条 1 項 2 文「夫婦は互いに婚姻生活共同体を義務づけられる」に定められたものであり、この規定は日本民法 752 条（同居協力扶助義務）に当たるものである。したがって仮装婚には 2 つの特徴がある。1 つは、婚姻の実体がない形式だけの婚姻であり、しかも当事者は最初から婚姻の実体を欠く意図をもって婚姻締結をしている点である。もう 1 つは、当事者は婚姻に付随する効果の一部を獲得するために婚姻を締結するという点である。見方を変えれば、仮装婚とは当事者が求める効果を得るための婚姻の手段化であり、婚姻制度の濫用ともみなし得るものなのである。以上の特徴を踏まえて、本論文における仮装婚とは「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」のことをいう。例えば、氏取得のための婚姻、国籍取得のための婚姻、滞在許可取得のための婚姻などが、これにあたる。

このような仮装婚の効力については、仮装婚当事者の問題、とりわけ婚姻意思の問題として考えられている。ドイツにおける仮装婚規定の歴史の変遷は次の通りである。現在のドイツでは民法典（Bürgerliches Gesetzbuch：以下「BGB」と略記する）1314 条 2 項 5 号により、仮装婚は取消しの対象とされている。もっとも、このように仮装婚を規制する規定は、BGB 制定時には議論の末に採用されなかったものであった。仮装婚規定の誕生はナチス期の 1933 年のことであり、この時は「氏取得のための婚姻（家名婚）」が BGB1325a 条によ

---

<sup>1</sup> 宮崎幹朗『婚姻成立過程の研究』（以下、宮崎『婚姻成立過程』として引用）成文堂（2003 年）、123 頁。

<sup>2</sup> 神谷遊「西ドイツにおける仮装婚の取扱い」（以下、神谷「仮装婚の取扱い」として引用）判例タイムズ 613 号 37 頁以下（1986 年）、37 頁。

り無効とされた。やがてオーストリア併合を契機として 1938 年婚姻法 23 条 1 項により、「家名婚」に加えて「国籍取得のための婚姻（国籍婚）」も無効とされた。こうしてナチス期に誕生した偽装婚規定は、戦後になるとナチス否定の過程で廃止されることになった。1946 年婚姻法 19 条 1 項により「国籍婚」という婚姻無効原因が削除され、1976 年には「家名婚」という婚姻無効原因も削除されて、偽装婚規定は完全に姿を消した。その後、外国人労働者問題を背景とする「滞在許可取得のための婚姻（滞在婚）」という新たな偽装婚類型が登場すると、その効力をめぐって主に 1980 年代に判例で争われた。そして、1998 年に偽装婚規定は復活した。復活した偽装婚規定は従来のものとは異なり、特定の偽装婚に限定しない一般的な偽装婚規定であった。偽装婚は BGB1314 条 2 項 5 号により取消しの対象とされ、さらにドイツでは身分吏が婚姻締結に協力することが不可欠であることから、偽装婚として取消しとなることが明白である場合には、BGB1310 条 1 項 2 文後段（現行 1310 条 1 項 3 文 1 号）により、身分吏は婚姻締結への協力を拒絶しなければならないとされたのであった。以上の変遷を図示すると、下図となる。

1896 年	規定なし
1933 年	家名婚：無効（BGB1325a 条）
1938 年	家名婚：無効（婚姻法 23 条 1 項） 国籍婚：無効（婚姻法 23 条 1 項）
1946 年	家名婚：無効（婚姻法 19 条 1 項） 国籍婚：削除
1976 年	規定なし（偽装婚規定の廃止）
1998 年	一般的な偽装婚規定 締結前：身分吏による協力拒絶 （BGB1310 条 1 項 2 文後段：現行 1310 条 1 項 3 文 1 号） 締結後：取消し（BGB1314 条 2 項 5 号）

このような変遷から、筆者は次の疑問を抱き、それが法と社会意識の関連を重視することにつながったのであった。なぜ BGB 制定時には採用されなかった偽装婚規定がナチス期に誕生したのか。そして、なぜ戦後に廃止されたにもかかわらず、1998 年に復活したのか。ナチス期に誕生したことを考えると、偽装婚規定にはナチス独特の婚姻観が影響していると考えられる。しかし、ナチスのみを理由とすると、ナチス崩壊後の 1998 年に復活したことが不可解である。もちろん、偽装婚規定の制定理由は立法理由書に述べられており、本論文においても検討を行っている。すると、そこで述べられている事実には矛盾があることが明らかとなるのである。ナチス期の資料には事実と異なることが述べられており、1998 年の復活時の資料では当初は制定に否定的であったにもかかわらず、合理的な理由もないまま突然制定することになるといった矛盾が明らかになるのである。

筆者は、仮装婚規定の歴史の変遷を研究するなかで、こうした立法理由書の矛盾にも違和感を覚え、仮装婚規定の制定には他の要因も影響しているのではないかと考えた。そうした視点で仮装婚規定の変遷を検討するなかで、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と廃止時では、仮装婚に対する評価が大きく異なることに注目するに至った。制定時には、仮装婚は「婚姻制度の濫用」とみなされ、婚姻の法的安定性のために仮装婚規定が必要と考えられている。しかし、廃止時には仮装婚規定が「個人生活への不当な介入」とみなされ、「仮装婚であっても有効」とされるのである。これは換言すれば、仮装婚の効力は当事者の問題ではなく、仮装婚の効力を評価する側の問題であることを示している。婚姻意思についても、仮装婚当事者の有する婚姻意思の内容の問題ではなく、何をもちいて婚姻意思とみなすか、婚姻意思を評価する側の問題として捉えることになる。さらに婚姻には「制度としての婚姻」と「契約としての婚姻」という2つの側面があることを考えれば、仮装婚規定は「制度としての婚姻」を重視した規定であって、仮装婚を評価する側に「制度としての婚姻」を重視する意識が高まると、仮装婚規定は制定されるということになる。

そのように考えると次に問題となるのは、「制度としての婚姻」を重視する意識の変化は何故に生じるのかということである。筆者は、変化の要因の1つに当時の社会状況があると考えている。仮装婚を評価する側とは、すなわち社会であり、当時の社会状況から生まれた社会意識がどの程度「制度としての婚姻」を重視するかが、仮装婚規定の変遷への影響となると考えるからである。そこで本論文では、当時のドイツ社会にも注目し、法と社会意識の関連についても視野に加えて検討している。ここでその関連について簡潔に述べれば、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。これが当時の社会意識に影響を及ぼし、仮装婚規定制定を促したというのが、筆者の考えである。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は強い不安に陥り、これが社会不安をひき起こして制度への意識を強化することにつながり、仮装婚規定の制定にもある程度影響したと考えているのである。この点については本論文の第5章にて、社会意識の存在を論じたフランスの社会学者デュルケームの理論も参照しつつ、社会意識が仮装婚規定の歴史の変遷にどのように影響しているのかを検討している。

したがって、本論文の特色は次の2点である。1つは、ドイツ民法における仮装婚規定の100年以上にわたる歴史の変遷をまとめた点である。日本においてもドイツの仮装婚規定について論じた先行研究は存在するが、制定前の議論から現在に至るまでの通史をまとめた日本の研究は、本論文の他には見当たらない。もう1つの特色は、法と社会意識の関連も視野に加えている点である。立法史・学説史に関する文献を整理することに加えて、法と社会意識の関連という筆者独自の視点から、仮装婚規定の変遷を検討しているのである。もっとも、法と社会意識の関連に注目しているとはいえ、本論文は立法理由書や先行研究で述べられた仮装婚規定の制定理由を否定するものではない。従来述べられてきた理由の他に、制度としての婚姻を重視する意識の高まりも仮装婚規定の制定を促したのではないかと考えて

いるのである。

このように仮装婚規定の歴史の変遷を法と社会意識との関連も視野に加えて分析する本論文は、日本における婚姻意思論、より広くは日本独特の身分行為論を再検討する際の比較法的な知見を得ることを目的とする。すなわち、法制度の歴史の変遷の要因である社会状況およびそれから生まれる社会意識との関連を視野に取り込むことが極めて重要であるとの認識の下、ドイツ法の仮装婚規定の歴史の変遷を検討し、同時に法と社会の動的な相互関係を探ることを本論文の課題としているのである。

## 第 2 節 本論文の構成

仮装婚規定の歴史の変遷は、具体的には上述の通り、BGB 制定時に不採用となったものの、ナチス期である 1933 年に誕生してから戦後の 1946 年改正と 1976 年の廃止を経て、1998 年に復活するというものである。したがって時代区分は、「BGB 制定からナチス期前 (1896 年～1932 年)」、「ナチス期の仮装婚規定誕生と戦後の廃止 (1933 年～1976 年)」、「仮装婚規定廃止後から復活前 (1977 年～1997 年)」、「仮装婚規定復活から現在 (1998 年～現在)」となる。本論文もこの時代区分に合わせて、「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」として、各章で仮装婚規定の変遷、学説、判例、社会状況を検討したうえで、「第 5 章 仮装婚規定の変遷と社会意識」において、法と社会意識の関連を考察している。



## 第1章 前史：BGB 制定からナチス期前

BGB で偽装婚についての規定が最初に置かれたのは、ナチス期の 1933 年のことである。本章では、その偽装婚規定制定の前史として、BGB の制定から 1932 年までの偽装婚の取扱いを検討する<sup>3</sup>。制定当初の BGB には偽装婚規定は存在しなかったが、それは偽装婚を考慮していなかったということではない。BGB の編纂過程で偽装婚規定は提案されており、審議の結果、採用されなかったという経緯があるのである。どのような偽装婚規定が提案され、なぜ採用されなかったのか。この時期の偽装婚をめぐる議論の中で、まず注目すべきはコーラー (Josef Kohler) の「形式的合意主義 (formales Konsensprinzip)」である。これは簡単にいえば、「婚姻の場合、所定の方式に従って締結されれば有効」とするものである。この理論は BGB 制定時にも参照されている。そこで本章では、まずコーラーの理論および BGB 編纂過程における偽装婚規定の審議を検討し、さらに当時の学説が婚姻意思をどのように考えたのかを検討する。そして最後に、現在この時期の議論がどのように理解されているかを検討する。

### 第1節 婚姻締結手続き

偽装婚を検討するにあたって、最初にドイツの婚姻締結手続きを確認しておく。婚姻の形式的成立要件である婚姻締結手続きは、BGB より早く 1875 年に「身分登録及び婚姻締結に関する帝国法律 (Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 : 以下「RPStG」と略記する)」<sup>4</sup>により定められた。これは、いわゆる民事婚 (Zivilehe) を統一的に導入したものである<sup>5</sup>。BGB はこの法律を前提とする形で立法された。以下、両者を交えて手続きを概観する。なお、婚姻締結手続きは、条文番号の変更といった形式的な改正はあるものの、現在まで本論文に関わる実質的な大きな変更はない。しかし、1998 年以降のいくつかの規定改正では、ここで概観する内容とは多少異なる内容となったため、ここでは 1997 年までの婚姻締結手続きをまとめて概観する<sup>6</sup>。

1997 年までの婚姻締結手続きでは、次の点に注意が必要である。その手続きは当初 1900 年の BGB と 1875 年の RPStG によって定められていた。その後、BGB の婚姻締結と離婚

<sup>3</sup> 本章の記述は、拙稿「ドイツ民法典における「偽装婚」問題——BGB からナチス期前の状況を中心として——」(以下、拙稿「偽装婚問題」として引用) 大学院研究年報法学研究科篇 (中央大学) 38 号 135 頁以下 (2009 年) を本論文の全体的構成に合わせて加筆修正したものである。

<sup>4</sup> RGL., S.23.

<sup>5</sup> 民事婚がどのような状況下で生まれたかについては、常岡史子「ドイツ民法典への強制的「民事婚」と有責主義的離婚制度の導入——国家と教会の相剋とその止揚——」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』九州大学出版会 (1999 年)、457 頁以下に詳しい。

<sup>6</sup> 1998 年以降の婚姻締結手続きについては、第 4 章第 1 節を参照されたい。

に関する規定はナチス期の 1938 年に切り離され、新たに制定された婚姻法 (Ehegesetz : 以下「婚姻法」と略記する) で別途規定された。また RPStG は、1937 年以降は身分登録法 (Personenstandsgesetz : 以下「PStG」と略記する) となっている<sup>7</sup>。これらを踏まえて、手続きは以下の通りである。

婚姻を締結する者は、管轄権ある身分吏 (Standesbeamte) に婚姻締結に法律上必要な要件が存在することを証明しなければならない (RPStG45 条 1 項)。その際、出生証明書と同意権者の同意を公証して提示しなければならない (RPStG45 条 2 項)。管轄権ある身分吏とは、婚約者の一方が住所または常居所のある地区を管轄する身分吏である (BGB1320 条 2 項、RPStG42 条 1 項、1938 年婚姻法 19 条 2 項、1946 年婚姻法 15 条 2 項)。身分吏は、証書の内容を確認したうえで、当該婚姻締結申請を告示することができる (RPStG45 条 3 項)。この告示を婚姻予告 (Aufgebot) といい、婚姻予告とは、当該婚姻に隠れた婚姻障害を身分吏に申告させるための公告手続きである。婚姻予告は婚姻締結の前に行われなければならない (BGB1316 条 1 項 1 文、RPStG44 条 1 項、PStG3 条 1 項 1 文、1938 年婚姻法 16 条 1 項、1946 年婚姻法 12 条 1 項)。婚姻予告は、婚姻を締結するものが住所を有する 1 つの市町村 (Gemeinde) または複数の市町村において、名前と氏、婚姻を締結する者および両親の身分または生業ならびに居所を、2 週間市役所 (Rathshaus) または公民館 (Gemeindehaus) あるいは他の地方官庁にある公示のための特定の場所で掲示することによって行われる (RPStG46 条、PStG3 条 1 項 2 文——PStG では、掲示は 1 週間とされた)。婚姻障害があるとわかった場合、身分吏は婚姻締結を拒絶しなければならない (RPStG48 条)。また、婚姻が締結されることなく、婚姻予告の実行から 6 週間経過した場合、婚姻予告は効力を失う (RPStG51 条)。身分吏に婚姻障害が申告されなかった場合、婚姻予告の期間満了後、婚姻締結が行われる (PStG6 条 1 項)。

婚姻は、管轄権ある身分吏の面前で締結されなければならない (BGB1320 条 1 項、1875 年 RPStG41 条、1938 年婚姻法 19 条 1 項、1946 年婚姻法 15 条 1 項)。婚姻締結は、婚約者が自ら双方同時に身分吏の面前に赴いて、婚姻を互いに成立させる意思を表示することによって締結される (BGB1317 条 1 項 1 文、1938 年婚姻法 17 条 1 項、1946 年婚姻法 13 条 1 項)。身分吏は意思表示を受理するために準備されていなければならない (BGB1317 条 1 項 2 文)。身分吏は婚姻締結の際に 2 人の証人の立会いのうえ、各当事者に順次婚姻を互いに成立させることを望むかを尋ねる。当事者双方がその問いを肯定した後、身分吏は、法律の力により今や適法に結ばれた夫婦であることを宣言する (BGB1318 条 1 項、RPStG52 条、1938 年婚姻法 18 条、1946 年婚姻法 14 条——ナチス期は「法律の力により」は「帝国の名において」とされた)。そして、身分吏は婚姻締結を婚姻登録簿

---

<sup>7</sup> 身分登録法は 1937 年、1957 年の改正を経て、2007 年 2 月 19 日公布の Personenstandsrechtsreformgesetz (PStRG, BGBI. I S.122) により全面改正された。身分登録法改正の歴史については : Gaaz, Berthold u. Heinrich Bornhofen: Personenstandsgesetz, Handkommentar mit Materialien (Frankfurt am Main, Berlin, 2008), S.17f.

(Heirathsregister) に登録する (BGB1318 条 3 項、RPStG1 条・54 条、1938 年婚姻法 18 条 2 項、1946 年婚姻法 14 条 2 項、PStG9 条——PStG では婚姻簿 (Heiratsbuch) とされた)。身分吏が公務の執行を拒絶した場合は、当事者は当該身分吏の管轄地区にある裁判所に、公務の執行を申し立てることができる (RPStG11 条 3 項、PStG45 条 1 項——PStG では、さらに身分吏が婚姻障害の存在を疑う場合に公務を執行すべきか区裁判所 (Amtsgericht) の決定を求めることもできた : PStG45 条 2 項)。

このような手続きによって婚姻を締結するドイツでは、身分吏の面前での婚姻意思の表示と身分吏の協力が、婚姻を有効に締結するための不可欠な要件なのである。この「身分吏の面前での意思表示」という要件は、婚姻の有効性には身分吏に対してなされた表示が重要なのか、それとも実際の内心の意思が重要なのか、という点で本論文において重要な視点である。以上のことを念頭において、次にコーラーの「形式的合意主義」の内容から検討する。

## 第 2 節 コーラーの「形式的合意主義 (formales Konsensprinzip)」

コーラーが形式的合意主義について論じた主要著作は 2 つある。1 つは「心裡留保と虚偽表示についての研究」<sup>8</sup>であり、もう 1 つは「私法における意思について」<sup>9</sup>である。このコーラーの理論について、現在では異なる理解が存在する。ここではまず、コーラーがどのような主張をしたのかを検討する。

コーラーが心裡留保と虚偽表示について上記の論文を最初に発表したのは、1878 年のことであった。その当時のドイツの学界では、「意思主義」と「表示主義」の議論が展開されていた<sup>10</sup>。こうした中でコーラーは、意思と表示を 2 つの事象として分けて考え、表示よりも意思が優先すると考えることを「間違っている」と批判した<sup>11</sup>。コーラーによれば、民法上重要な意思は表示と不可分なのであり、法は意思と表示を扱っているのではなく、外見上の意思の展開を扱っているのだという<sup>12</sup>。そして、この外見上の意思の展開を「意思行動 (Willensaktion)」と呼び、この作用には身体と精神、外面と内面、現象と意思が不可分に合わさって存在するという<sup>13</sup>。つまり、コーラーは意思と表示を一体と捉え、これを意思行動と呼んで法の対象としたのである。このような前提で心裡留保を検討したコーラーは、当時の通説が意思と表示の意識的不一致を認めていることに異議を唱えた。コーラーによれば、意思と表示が故意に矛盾することは考えられないという。「意思行動において故意の矛盾は全く考えられない。なぜなら、いわゆる矛盾 [筆者注 : 意思と表示の矛盾] は純粹に心

---

<sup>8</sup> Studien über Mentalreservation und Simulation, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (JherJb), Bd. 16 (1878), S. 91ff.

<sup>9</sup> Ueber den Willen im Privatrecht, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (JherJb), Bd. 28 (1889), S. 166ff..

<sup>10</sup> 川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法 (3) 総則 (3)』有斐閣 (2003 年)、43、57 頁 [川島武宜]。

<sup>11</sup> Kohler, JherJb 16 (1878), S. 91.

<sup>12</sup> Kohler, JherJb 16 (1878), S. 92f.

<sup>13</sup> Ebd.

理的な内心の魂の活動でのみ認められ得るが、このような活動は法的事実として考慮されないからである<sup>14</sup>。内心の意思は考慮しないということから、コーラーの考える意思とは「表示意思」であるといえる。この点で、コーラーは表示主義者と位置づけられよう<sup>15</sup>。こうしてコーラーは心裡留保による意思表示を有効と結論づけ、この点では通説と一致するが、しかしその根拠は、内心の意思は法律上考慮されないとする点で、通説とは異なっているのである<sup>16</sup>。

次にコーラーは虚偽表示について検討している。コーラーは虚偽表示の場合、表示と内心の意思は一致しているが、表示全体の中に、当事者が第三者に通知したいこととは異なる表示があるものと理解している<sup>17</sup>。この例として、文書に署名し、同時にその義務を負わないうえに署名は単なる仮装であると表示する者を挙げている<sup>18</sup>。そしてこの場合、義務を負う意思を述べたのではないという<sup>19</sup>。こうしてコーラーは、署名を伴った口頭による表示など、表示の一部ではなく全体を考慮することを強調し<sup>20</sup>、表示全体の中で第三者への表示と異なる表示がある場合には、表示全体が無効と考えたのであった。

このような虚偽表示の中でも、コーラーが特に興味深いと考えたのは、多数当事者への虚偽表示であった<sup>21</sup>。この場合は「屈折によって様々な色に分けられる光」<sup>22</sup>のように、法律上様々な表示形態が考えられるので、コーラーは特別に意味のある 2 つの行為のみを検討した。1 つは①「多くの独立した関係に帰す行為」であり、もう 1 つは②「統一的にそれ自体の中で完結するが、再びいくつかの法的関係に入る効果を有する行為」である<sup>23</sup>。①は多数当事者への意思表示の問題であり、②は 1 つの表示が完全に通知されたのか、部分的なものなのかの問題であるという<sup>24</sup>。コーラーは①を検討した後に<sup>25</sup>②についても検討し、この行為は「統一的な法律的行為 (einheitlicher Rechtsakt) が、その結果としてのみ行為自体から多くの法的効果をひきおこす」ものであると表現する<sup>26</sup>。そしてこうした行為の中でも、婚姻と相続の承認 (Erbantretung) という 2 つのみに言及し、両方とも 1 つの意思表

---

<sup>14</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.95.

<sup>15</sup> 岡松参太郎『法律行為論 全』京都法学会 (1914 年)、130 頁 註 14 でもコーラーは表示主義者として扱われている。

<sup>16</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.95.

<sup>17</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.98.

<sup>18</sup> Ebd.

<sup>19</sup> Ebd.

<sup>20</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.99.

<sup>21</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.113.

<sup>22</sup> Ebd.

<sup>23</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.113f.

<sup>24</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.114.

<sup>25</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.114ff. ①の例として無記名証券と指図証券という創造的行為が検討され、その他の例として命令 (jussus) と代理 (Vollmacht) という、第三者が私的な財産領域に立ち入ることを許す行為が検討されている。ここでは本論文に直接関連しないので論じない。

<sup>26</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.120.

示だけでよいので、あらゆる人に対して表示する必要はなく、しかも行われるか否かの二者択一なので、仮装の意思があるか否かに左右されないとした<sup>27</sup>。相続の承認についてコーラーは、適当な機関での表示<sup>28</sup>、確かな公表<sup>29</sup>が必要であることを指摘したうえで、法律が第三者保護のために国家機関の協力を規定したことに注目する<sup>30</sup>。この国家機関の協力は、身分吏という国家機関が協力する婚姻の場合は、さらに明白であるという。婚姻の場合、「国家機関の面前で公の方法で実行された途端、意思表示のあらゆる決定的契機はそれに相当する公的な行為で示される」<sup>31</sup>ため、「当事者双方がお互いだけで芝居を興行することを取り決めたことは法的に些細なことであり、意思表示の基準は行為の場所や時間によって制限される」<sup>32</sup>。したがって「身分吏の面前で当事者 2 人が互いに——何が問題かをわかって——『はい』という言葉 (Jawort) を言ったら、彼らは婚姻により結び付けられ」<sup>33</sup>るといふ。このようにコーラーは、婚姻の場合に当事者が制約されるのは場所と時間のみであり、婚姻意思の表示と自覚して表示すれば、内心の意思にかかわらず有効な婚姻になるとして表示意思のみを求め、その根拠として国家機関の協力を注目するのである。

この「国家機関の協力」に注目する観点は、その後の論文「私法における意思について」にも受け継がれた。帝国身分登録法によって身分吏の協力が不可欠となり、また身分吏が行う行為も規定されていることが注目されているのである<sup>34</sup>。このことから、身分吏は質問に対する当事者の答えの内容ではなく、肯定が正しく行われたか、婚姻が締結されたかを審査しなければならないという<sup>35</sup>。したがって婚姻締結契約の場合、身分吏の面前で公に質問に答えて行われた表明だけが契約に含まれるという<sup>36</sup>。それ以外に相談されたことは全て契約外であり、婚姻締結の際に事前の相談事が黙示に援用されたとすることもできない。なぜなら黙示の場合は身分吏に知られないので、心裡留保として婚姻は有効になるためであるという<sup>37</sup>。その結果、虚偽表示による婚姻は不可能としている<sup>38</sup>。仮に虚偽表示の取り決めが

---

<sup>27</sup> Ebd.

<sup>28</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.122f.

<sup>29</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.125.

<sup>30</sup> Kohler, JherJb 16(1878), S.126. この例として、フランス法を取り入れたバーデン法では相続放棄が公知登録簿 (Offenkundigkeitsbuch) に記載されて、公に閲覧できたことが挙げられている。この制度については、下記の URL 記事を参照した。

<https://www.leo-bw.de/themenmodul/sudwestdeutsche-archivalienkunde/archivaliengattungen/register/handelsregister-und-akten> (2019年3月18日確認)。

<sup>31</sup> Ebd.

<sup>32</sup> Ebd.

<sup>33</sup> Ebd.

<sup>34</sup> 「身分吏は当事者に尋ね、その答えに応じて、今や法律の力により適法に結ばれたと表示しなければならない (Standesgesetz 52 条)」と述べている : Kohler, JherJb 28(1889), S.179.

<sup>35</sup> Ebd.

<sup>36</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S.180.

<sup>37</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S.180f.

<sup>38</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S.166.

有効なら、その取り決めの内容や撤回が問題になるが、これは婚姻制度を根本的に乱し、公の方式が提供する保障を不確実にするからである<sup>39</sup>。コーラーにとって婚姻制度の目的とは、婚姻締結が公的なものである理由と同一であり、それは誰が夫婦であることを確定して、明確に認識できるようにすることである<sup>40</sup>。ここでは虚偽表示による婚姻の有効性について、婚姻の法的安定性が重視されている。

一方でコーラーは、このような婚姻制度の目的に反する虚偽表示による婚姻について、具体的な事例を挙げてこれを「仮装婚 (Scheinehe)」と表現している<sup>41</sup>。したがってコーラーにとって仮装婚とは、虚偽表示による婚姻であり、不可能な婚姻ということになる。この例として、「事前に婚姻は仮装で締結されるに過ぎないという公正証書を作成したうえで、両親の強要により締結される婚姻」<sup>42</sup>、「私通 (Concubinat) に婚姻の外観を与えるため、確定日付のついた虚偽表示の文書を作成したうえで締結される婚姻」<sup>43</sup>が挙げられている。前者の場合は公正証書に基づいて婚姻の無効を主張することは法秩序が許さず、後者の場合は「婚姻という高度で神聖化された制度を濫用する」<sup>44</sup>仮装の本質に結びつくものであって、誰が夫婦なのか確定するという制度の目的に反するという<sup>45</sup>。コーラーによれば、このような身分吏の面前での表示とは反対の意図があり、しかもその意図を互いに表示して何らかの方法で取り決めを行った場合でも、これは虚偽表示ではなく心裡留保であり、したがって有効であるという<sup>46</sup>。

コーラーはこのように婚姻を通常の契約とは異なるものとして、婚姻独自の理論を主張するのである。このような例外扱いは効果意思を扱う際にも表れている。コーラーは効果意思 (Rechtsfolgewille) について検討する中で錯誤について言及し、ここで錯誤による婚姻を検討して婚姻独自の理論を展開している<sup>47</sup>。コーラーによれば錯誤による婚姻の場合、婚姻の有効性は否定されるが、これは錯誤に過失がある場合でもあてはまるという<sup>48</sup>。例えば身分吏ではない人を身分吏と思って婚姻意思の表示をした者は、その錯誤に過失がある場合でも、婚姻意思の表示をしたことにはならないという<sup>49</sup>。婚姻締結者の事前の取り決めは当事者の恣意によるもので婚姻の法的安定性のために法的には考慮せず、虚偽表示による婚姻を有効とするが、他方で錯誤には偶然的要素があるため、やはり法的安定性のために過失に左右されずに錯誤による婚姻の有効性を否定するのである。

このように、コーラーは身分吏という国家機関の協力、婚姻の法的安定性という観点から

---

<sup>39</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S. 182f.

<sup>40</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S. 168.

<sup>41</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S. 167f.

<sup>42</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S. 167.

<sup>43</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S. 168.

<sup>44</sup> Ebd.

<sup>45</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S. 167f.

<sup>46</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S. 168f.

<sup>47</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S. 230f.

<sup>48</sup> Kohler, JherJb 28(1889), S. 230.

<sup>49</sup> Ebd.

婚姻の特殊性を強調し、婚姻の効力は当事者の取り決めや過失による錯誤に左右されないとした。当事者による取り決めがあっても婚姻は有効であり、他方で錯誤による婚姻の場合は過失があっても有効な婚姻ではない。こうして婚姻の有効性を判断する基準を独特なものにしたコーラーは、婚姻締結の場合は身分吏の面前で表示された表明だけを考慮するとしたが、これは婚姻の特殊性によるものであり、コーラーが表示主義者であることとは関係がないようである。

このコーラーの理論は、判例でも引き合いに出された。それは、相続権取得のための婚姻が問題となった **OLG Hamburg 1896 年 11 月 4 日判決**であった<sup>50</sup>。これは **BGB** 発効以前のものとしては、唯一の公表事例である。21 歳の男性と婚姻した 59 歳の原告女性が、祖父の遺言に基づいて遺産管理人に相続分の引渡しを求めた事案で、ここではそもそも原告女性の婚姻が相続権を目的とした仮装婚であるかが争われた。原告女性の祖父は、遺言者の遺産は息子とその妻が亡くなって、彼らの子（3 人姉妹）が全員結婚するまで遺産管理人によって管理されるという遺言を残していた。この時すでに原告女性以外の 2 人の姉は結婚しており、末娘である原告女性が結婚すれば、遺言による条件が満たされて遺産が引き渡されるという状態にあった。遺産管理人はこの状況を受けて、相続分の引渡しを拒絶し、この婚姻は祖父の遺産について相続分返還請求権を原告女性に取得させるという目的のためだけになされたものであり、婚姻生活共同体に入る意思の欠けた虚偽表示による婚姻であると主張した。これに対して裁判所は、ローマ法や教会法では虚偽表示による婚姻は無効であったが、私的な契約法という領域を越えて、公的な権威ある人の積極的な関与と結び付いた法領域では根拠があるとは認められないと述べた。そして婚姻締結は公開という保障をもって行われること、婚姻締結は撤回も変更もできない多くの効果をもたらし、公共の利益と全ての道徳的國家の基礎に直接関連すること、したがって、意思表示はなされたように妥当し、黙示の留保または表示されない反対の意思表示は、法的には何の影響もないという理由を挙げ、「ドイツにおける身分登録と婚姻締結についての帝国法律 [RPSStG] の公布以来、虚偽表示という異議はもはやどのような場合でも不可能である」<sup>51</sup>と判示した。この判決の参照として、コーラーと後述の **BGB** 第一草案理由書が引き合いに出されているのである。

この **OLG Hamburg** の考え方は、**RPSStG** 公布により婚姻締結には身分吏の協力が不可欠となったことと、撤回も変更もできない多くの効果をもたらし、公共の利益と道徳的國家の基礎に直接関連するという、婚姻の特殊性に注目したものである。そのため、いったん婚姻締結が行われた以上、婚姻は一律に有効となるのであり、婚姻の有効性は婚姻締結者の実際の動機や内心の意思に左右されないというコーラーと同一の見解を裁判所も明らかにしたものとえよう。

### 第 3 節 **BGB** における仮装婚

<sup>50</sup> Seuffert's Archiv Band53(1898),Nr.90(S.162f.).

<sup>51</sup> Seuffert's Archiv Band53(1898),S.163.

制定当時における BGB には、仮装婚について直接規定した条文は存在しなかった。しかし、BGB の編纂過程においては仮装婚規定が提案され、審議の結果、仮装婚規定は採用されなかったという経緯があった<sup>52</sup>。そこで、以下では BGB の編纂過程において、仮装婚規定がどのように審議され、どのような理由で採用されなかったのかを検討する。

BGB は 1874 年に参議院が準備委員会を設置し、第一委員会と第二委員会を経て、1896 年 8 月 24 日にライヒ官報によって公布され、1900 年 1 月 1 日より施行された<sup>53</sup>。BGB は何人かの委員によって起草され、家族法編を起草したのはプランク (Gottlieb Planck) であった。プランクは自らが起草した部分草案において、婚姻意思について、次のような婚姻無効原因の規定を提案した。

41 条「婚姻締結契約は、以下の場合にのみ無効 (nichtig) である。

1. 婚姻締結者の一方が、婚姻締結時に行為無能力または婚姻不適齢であった場合。
2. 婚姻締結が、婚姻締結者の取り決めによれば、実際に婚姻を成立させる意思ではなく、婚姻締結の外観をひき起こす目的のために行われた場合。
3. 婚姻締結者が異性ではない場合。
4. 婚姻が 9 条 [重婚]、10 条 [近親婚]、および 12 条 [相姦者] の規定に違反する場合。
5. 婚姻締結が 28 条 [身分吏の面前での婚姻締結] と 31 条 [身分吏の面前に双方同時に赴いて、証人 2 人の出席の下で婚姻締結を表示する] で定められた方式を遵守せずになされた場合。」<sup>54</sup>

この条文の第 2 号では、取り決めによって婚姻意思なく婚姻締結が行われた場合が挙げられており、ここで問題となった仮装婚は「虚偽表示による婚姻」として考えられていたのであった。プランク自身はこのような婚姻を扱う理由を「近代では、特に国家機関の協力が規定された法律行為の意思と意思表示の関係について、法学では激しい論争が生じたことを考慮」し、「この草案は法典の明確性と明快性のために、41 条で婚姻の無効という事例を余すところなく規定することが望まれている」<sup>55</sup>と説明する。そして虚偽表示による婚姻を

---

<sup>52</sup> この経緯については : Einfeld, Jens: Die Scheinehe in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, (Tübingen, 2005), (以下、Einfeld, Scheinehe と略記する), S.39-44. に詳しい。また、Lumpp, Stephanie: Die Scheineheproblematik in Gegenwart und Vergangenheit. Eine dogmatische Untersuchung des fehlenden Willens zur ehelichen Lebensgemeinschaft, (Berlin, 2007), (以下、Lumpp, Scheineheproblematik と略記する), S.60 にも記述がある。

<sup>53</sup> BGB 編纂過程全体については : 石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」(以下、石部「編纂史概説」として引用) 石部編・前掲書 3 頁以下に詳しい。

<sup>54</sup> Einfeld, Scheinehe, S.40; Jakobs, Horst Heinrich u. Werner Schubert (Hrsg.): Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Familienrecht, Bd.1, §§1297-1563, (Berlin u. New York, 1987), S.146.

<sup>55</sup> Schubert, Werner (Hrsg.): Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur



有効とするコーラーの見解に言及し<sup>56</sup>、「むしろ契約法の一般原則<sup>57</sup>に従い、婚姻の概念と道徳的性質を考えれば、虚偽表示の場合、婚姻は無効とみなされなければならない」<sup>58</sup>とする。さらに、婚姻の本質にとって不可欠な婚姻締結者の実際の同意がない虚偽表示による婚姻は、法的にも道徳的にも婚姻ではない関係を創設するだけであり、公益もこうした婚姻が有効と扱われることを望まないとしている<sup>59</sup>。

この規定は 1885 年 5 月 6 日の第 433 回会議で審議された。その審議の始めに、プランク自らが 41 条 2 号を「2. 委員会草案 94 条と 95 条によって、法律行為が無効である要件が存在する場合」という規定に替えることを提案した<sup>60</sup>。委員会草案 94 条、95 条とは後の BGB116 条（心裡留保）、117 条（虚偽表示）である<sup>61</sup>。プランクはこの規定に変更する理由について、総則への指定がより簡素であり、委員会草案 94 条では契約相手に心裡留保が知られていた場合も意思表示を無効とするため、最初の条文では明確でなかった心裡留保を含むとしている<sup>62</sup>。委員会はプランクの修正案をそのままの条文では審議せず、「婚姻は、法律行為を心裡留保または虚偽表示により無効とする要件がある場合、無効と宣告される。」という規定に書き替えて審議した<sup>63</sup>。その結果、プランクのいう実際に婚姻を成立させる意思はなく、婚姻締結の外観をひき起こす目的のためになされた婚姻は無効という提案は、委員会で否決された<sup>64</sup>。委員会は、この規定が意思ドグマに則していることを認めながら、次のような実際的理由から、意思ドグマの例外が認められるとしたのである。「公共の利益は仮装婚の締結を甘受することを許さない。このような婚姻の可能性を指摘することすら、法律上重大である。婚姻締結制度は濫用を受け付けない。定められた方式で婚姻の締結を表示する者は、その言葉に責任をもたなければならない。仮装婚[の無効]を許容 (Gestattung) すれば、離婚に課されるべき原則およびそれらの原則が加える制限も無意味なものにし、事実上の関係に期限付き婚姻とほとんど同じような可能性を許してしまうだろう。婚姻締結の方式を濫用する故に、懲らしめるために婚姻締結者に [有効な] 婚姻という刑罰を科すこ

---

Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Familienrecht, Bd. 1, Eingehung und Wirkungen der Ehe, Eheverträge (Verf.: Gottlieb Planck), (Berlin u. New York, 1983), S. 323.

<sup>56</sup> Planck, Redaktorenvorlage, Familienrecht I, S. 324 (neue Paginierung).

<sup>57</sup> 意思ドグマ (Willensdogma) のことである: Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, Familienrecht I, S. 149.

<sup>58</sup> Planck, Redaktorenvorlage, Familienrecht I, S. 324 (neue Paginierung).

<sup>59</sup> Ebd.

<sup>60</sup> Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, Familienrecht I, S. 147.

<sup>61</sup> Jakobs, Horst Heinrich u. Werner Schubert (Hrsg.): Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil, Bd. 1, (Berlin u. New York, 1985), S. 580ff.

<sup>62</sup> Planck, Redaktorenvorlage, Familienrecht I, S. 359f. (neue Paginierung).

<sup>63</sup> Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, Familienrecht I, S. 149.

<sup>64</sup> Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, Familienrecht I, S. 150.

とはできないという異論は、大して重要なものではない。法律が虚偽表示を考えなければ、このような婚姻は自然と行われぬ」<sup>65</sup>。つまり、委員会は公共の利益、離婚の要件とその要件の制限の空洞化、規定化による期限付き婚姻の可能性を懸念したのであった。ここにいう期限付き婚姻とは、最初から虚偽表示を意図して婚姻締結を行いながら、後に虚偽表示による婚姻と主張して無効にするというものである。また、一部からは意思理論の観点からの批判もあったようである。つまり、身分吏も婚姻締結の当事者の1人と考えれば、婚姻の意思表示が伪装されていることが身分吏には知られていないのだから、心裡留保を理由として無効ということはできないはずだというのである<sup>66</sup>。

こうして第一委員会は、主に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」とした<sup>67</sup>。この委員会の結論に基づいて、第一草案が1887年に完成した。やがて第二委員会が開かれ<sup>68</sup>、ここでも伪装婚規定が審議された。婚姻取消規定<sup>69</sup>の1259b条として、次のような規定が提案されたのである。

1259b条「配偶者の一方が婚姻締結の際に婚姻締結の意図(Absicht)を有していなかった場合、婚姻は取り消すことができる。ただし、他方配偶者がその留保を知っていた、または伪装婚の締結に同意した場合でも、心裡留保または伪装婚を締結する意図は考慮されない。」

70

「婚姻締結の意図を有していなかった場合」という文言から、ここでも伪装婚は虚偽表示

---

<sup>65</sup> Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, Familienrecht I, S.149. 第一草案理由書にもほぼ同一の理由が挙げられており、虚偽表示と心裡留保の場合、婚姻は無効となるのか普通法では見解が分かれていたが、BGBによって心裡留保と虚偽表示は、どのような場合でも婚姻の有効性に影響しないことにされたと説明されている：Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, Bd. IV, 2. Aufl., (Berlin, 1896), S.55.

<sup>66</sup> Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, Familienrecht I, S.149f.

<sup>67</sup> 法律行為である婚姻締結には、法律行為の一般原則が適用されるかという問題に対しては、婚姻の道徳的特徴、婚姻にある公益を考えると、婚姻の無効・取消しには別途規定が必要であり、したがって総則規定が適用される余地はほとんどないと説明されている：Motive, S.44.

<sup>68</sup> 第二委員会の前に、第一草案は帝国司法庁準備委員会(Vorkommission des Reichsjustizamtes)によって審議されている。しかし、ここでは家族法と相続法は全く扱われなかった：石部「編纂史概説」石部編・前掲書43頁。

<sup>69</sup> 当時の「取消し」とは、取消しの効果が遡及する「Anfechtung」である。BGB制定当初は婚姻の取消しも総則の取消しと同様、取消しの効果が遡及するとされたが、1946年婚姻法(Ehegesetz, BGBI. III, S.4)により、婚姻の取消しは「Aufhebung」となった。Aufhebungの場合、取消しの効果は遡及しない。

<sup>70</sup> Einfeld, Scheinehe, S.43; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Bde. 1-7, (Berlin, 1897-1899), Bd. 4, S. 73.

による婚姻として審議されたといえよう。規定の内容自体は承認されたが<sup>71</sup>、第二委員会はこの規定を否決した。婚姻取消原因を限定列挙している第一草案の 1259 条は、「婚姻は、以下の場合のみ取り消しできる。」という文言で限定列挙であることを強調していることから、もはやこの規定で十分であるというのがその理由であった<sup>72</sup>。

こうして BGB に仮装婚の効力を定める直接の規定は採用されず、「仮装婚といえども有効」とされた。立法者はこの理由として、公益という婚姻の独自性、離婚法の空洞化、期限付き婚姻の可能性など、主に法的安定性の確保に求めたのだった。

#### 第 4 節 BGB 施行後の仮装婚をめぐる議論

BGB には仮装婚規定が存在しないにもかかわらず、学説では仮装婚についての言及がなされている。仮装婚が言及されたのは、BGB の想定する婚姻とはどのようなものかを検討する中でのことである。BGB の婚姻の特徴の中でも学説が注目したことの 1 つは、婚姻の無効原因 (1323 条) と取消原因 (1330 条) が限定列挙されていることであった<sup>73</sup>。このことから、婚姻締結は法律行為ではあるが、法律行為を無効とする総則規定は適用されないと考えられた<sup>74</sup>。ここで問題とされた総則規定とは 116 条 (心裡留保)、117 条 (虚偽表示)、

<sup>71</sup> 「この草案の精神に合致すると述べられたことには、異議を唱えられなかった」とある：Protokolle, Bd. 4, S. 79.

<sup>72</sup> Protokolle, Bd. 4, S. 79. 1259 条とは次の規定である：1259 条「婚姻は、以下の場合のみ取り消しできる。1. 婚姻締結者の一方が、強迫または詐欺によって違法に意思決定した場合。詐欺が婚姻締結の相手方によってなされたものではない場合、当該婚姻は相手方が婚姻締結の際に詐欺を知っていた、または知りうるべきであった場合のみ、取り消しできる。特に婚姻締結者の一方が、相手方によって違法に婚姻締結を意思決定した詐欺とみなされるのは、相手方の人的な属性または状況が秘密にされていた場合であり、それらを知っていれば婚姻目的について分別をもって評価した際に、婚姻締結をしなかったに違いないことが予見された場合。2. 婚姻締結者の一方が、そもそも婚姻を締結する意思または相手方と婚姻を締結する意思を婚姻締結の際に有しておらず、この表示された意思と実際の意思の合致がないことが、表示者の錯誤による場合。3. 婚姻締結者の一方が、婚姻締結の時点で婚姻適齢に達していなかった場合。4. 婚姻締結者の一方が婚姻締結の時点で、または 1251 条 [行為無能力] の場合は同意者が同意の時点で行為能力に制限があり、婚姻締結または承諾への法定代理人の同意がなかった場合。」：

Mugdan, Benno (Hrsg. u. Bearb.) : Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. 4, Familienrecht, (Berlin, 1899), (Neudruck, Aalen, 1979), S. I X.

<sup>73</sup> 1323 条「婚姻は 1324 条から 1328 条の場合のみ無効である」。1324 条 (方式違反)、1325 条 (行為無能力)、1326 条 (重婚)、1327 条 (近親婚)、1328 条 (相姦者の婚姻)。1330 条「婚姻は 1331 条から 1335 条および 1350 条の場合のみ取消されうる」。1331 条 (法定代理人の同意の欠缺)、1332 条・1333 条 (錯誤)、1334 条 (詐欺)、1335 条 (強迫)、1350 条 (前婚配偶者の失踪宣告後の生存による後婚の取消)。

<sup>74</sup> Kipp, Theodor u. Martin Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2.2, Das Familienrecht, 18.-20. Aufl. (Marburg, 1928), S. 73; Oertmann, Paul: Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1. Aufl. von Karl Gareis), Berlin, 1927, (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, hrsg. v. Johannes Biermann, Georg Frommhold u. a.), S. 497; Planck/Unzner, BGB-Komm., Bd. 4.1, 4. Aufl., 1928, S. 65,

118条（非真意表示）、138条（公序良俗）である。これらの総則規定に該当する場合でも、婚姻の場合は無効原因にも取消原因にも列挙されていないため、有効になると考えられたのであった。このような婚姻の具体例として、仮装婚が考えられているのである。例えば、「男性のいる市町村（Gemeinde）からの立ち退きを不可能にするための婚姻締結」<sup>75</sup>、「女性に貴族名を取得させるための婚姻締結」<sup>76</sup>、「警察法と刑法を回避するため」<sup>77</sup>、あるいは不潔な生業を隠すため<sup>78</sup>の売春斡旋者と売春婦との婚姻、「お金のための結婚（Geldheirat）」<sup>79</sup>である。

しかし、このように仮装婚の例が考慮されていることから、当時の学説は仮装婚を有効としていたとは簡単にいえないようである。なぜなら仮装婚（Scheinehe）という言葉は使用されているものの、そこで述べられる婚姻の性質は文献によって異なるからである。例えば仮装婚という言葉で表現されたものとして、「1323条から1328条により無効な婚姻」<sup>80</sup>、「取消可能な婚姻」<sup>81</sup>、「法的に存在しない婚姻」<sup>82</sup>がある。このように、仮装婚という言葉で表現される婚姻には統一性がない。当時は仮装婚という言葉が、仮装婚の本来の特徴まで考慮して使用されているのか、疑問視されるような状況なのである。この「仮装婚の特徴まで考慮されているのか」という疑問は、仮装婚の具体的な特徴を検討する段階になるとさらに明確になる。仮装婚の特徴の1つとして、当事者は婚姻の本質をなす婚姻生活共同体を創設しないということが挙げられる。今日同様、当時も婚姻生活共同体は婚姻の一般的効力に規定されており、婚姻に付随する効果に注目した議論は当時も行われている。そこで検討されたのは、婚姻の一般的効力を制限または排除する取り決めが事前になされた場合、この取り決めは婚姻の有効性に影響するののかという観点であった。この点についても学説に議論があり、例えば（a）「一般的効力は婚姻と不可分に結びついているため許されないとするもの」<sup>83</sup>、（b）「一般的効力は婚姻の道徳的本質である点に注目して138条により無効と

---

78.

<sup>75</sup> Planck/Unzner, BGB-Komm., Bd. 4.1, 4. Aufl., 1928, S. 65.

<sup>76</sup> Planck/Unzner, BGB-Komm., Bd. 4.1, 4. Aufl., 1928, S. 65; Kipp/Wolff, Lehrbuch, Bd. 2.2, 18.-20. Aufl., 1928, S. 73.

<sup>77</sup> Oertmann, BGB-AT, 3. Aufl., 1927, S. 497.

<sup>78</sup> Kipp/Wolff, Lehrbuch, Bd. 2.2, 18.-20. Aufl., 1928, S. 73.

<sup>79</sup> Ebd.

<sup>80</sup> Cosack, Konrad u. Heinrich Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 7. u. 8. Aufl., (Jena, 1924), S. 97; Stölzel, Otto: Das Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 in heutiger Gestalt nebst Ergänzungen, (Berlin, 1904), S. 96.

<sup>81</sup> Goldmann, Eduard; L. Lilienthal u. L. Sternberg: Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, Bd. 3, Familienrecht, 2. Aufl. (Berlin, 1921), S. 44. ここでは無効な婚姻も仮装婚とされているが、後発的な事情によって初めから有効とみなされる婚姻は仮装婚ではないとされている。この例として方式違反（1324条）による無効な婚姻が挙げられている。この場合、一定期間の同居によって婚姻は有効とみなされる（1324条2項）。

<sup>82</sup> Dernburg, Heinrich: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 4, Deutsches Familienrecht, 4. Aufl. (Halle/S., 1908), S. 68, Fn. 2. 無効な婚姻との違いは、無効な婚姻の場合は既判力ある無効宣告がなされるまで有効である点にあるという。

<sup>83</sup> Planck, Gottlieb (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz,

するもの」<sup>84</sup>、(c)「法制度である婚姻はその成立・終了が強行規定によって定められているので、婚姻生活共同体が樹立されないことを理由に有効性は否定されず、したがって有効とする見解」<sup>85</sup>がある。このうち、(c)婚姻は強行規定であるという点に注目する中には、婚姻締結を「必要的定型行為 (notwendiges Typengeschäft)」と表現するものもあった<sup>86</sup>。しかも婚姻締結の場合、締結されれば必然的に婚姻の効果が発生することから、当事者が事前に取り決めを行った場合でも、婚姻の効果はその取り決めによらずに発生することになるという<sup>87</sup>。このように、婚姻生活共同体への取り決めについては見解が分かれていた。このことから、仮装婚をめぐる当時の議論は整合性のないものだったといえよう。なぜなら、婚姻の一般的効力が排除された婚姻は総則規定が適用されないという場面と、婚姻生活共同体への取り決め注目する場面では、仮装婚の扱いが異なるからである。前者の場面では仮装婚でも有効とされ、後者の場面では必ずしも有効とはされていない。「氏取得のための婚姻」といった上述の事例でも、当事者は婚姻に付随する効果が目的なのであって、婚姻生活共同体を創設することは考えられない。したがって当時の仮装婚についての学説状況は、婚姻の有効性を検討する際には仮装婚でも有効としながら、婚姻の一般的効力を検討する際には必ずしも有効とはしないという曖昧な状況なのであった。

## 第5節 現在の理解

これまでコーラーから BGB 施行後の学説状況まで、仮装婚をめぐる議論の変遷を追ってきた。この変遷について、現在では異なる理解を示す論文が公刊されている。1つはアイスフェルト (Jens Eisfeld) の „Die Scheinehe in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert“ であり、もう1つはルンプ (Stephanie Lumpp) の „Die Scheineheproblematik in Gegenwart und Vergangenheit“ である。ルンプは、アイスフェルトの見解に対して批判的な評価をしている。ここでは、この2つの文献を通して、コーラーから BGB を経て、その後の学説までの理解の相違を検討する。

---

Bd.4, Familienrecht, 1.u.2. Aufl., (Berlin, 1901), S.81. また、Planck/Unzner, BGB-Komm., Bd.4.1, 4. Aufl., 1928, S.128. においても、このような取り決めは原則的に許されないとされている。ここでは婚姻生活共同体を規定する 1353 条が、婚姻の成立によって他方配偶者に負う道徳的義務に夫婦が応えているかを判断する基準であることが注目されている：S.123.

<sup>84</sup> Lehmann, H.O. : Das Bürgerliche Recht. Eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd.2, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, (Marburg, 1898), S.278.

<sup>85</sup> Endemann, Friedrich : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd.2.2, Familienrecht, 8.u.9. Aufl. (Berlin, 1908), S.31. ただし、夫婦が婚姻生活共同体を樹立しないことについて、一致していることを必要とする：S.31 Fn.6.

<sup>86</sup> Kohler, Josef : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.3.1, Familienrecht, (Berlin, 1915), S.90.

<sup>87</sup> Ebd. ここでは例として、婚姻の人格的効果を排除する取り決めをした婚姻が挙げられている。

## 第1款 アイスフェルトの理解

アイスフェルトは、コーラーの「心裡留保と虚偽表示についての研究」と「私法における意思について」を検討したうえで、まずコーラーが意思と表示を不可分の統一体とみなし、これを「意思行動 (Willensaktion)」と呼ぶことに注目した<sup>88</sup>。そして、コーラーが心裡留保と虚偽表示の有効性について、それぞれ次のように考えたとする。つまり、心裡留保は、意思と表示の矛盾が法的な要件事実として考慮されないため有効であり、虚偽表示は、契約相手方に対して開示された留保が、なされた表示を無力化するために無効である<sup>89</sup>。このことから、アイスフェルトはコーラーの考える意思と表示の関係について、「客観的な意思表示を常に意思の表出としても解釈することにより、意思独自の意義を否定した。その結果、表示に対立する意思はありえない」<sup>90</sup>と理解した。そして虚偽表示のような、契約の相手方に対して開示された留保がなされた表示を無力化するということが考えられるのは、法律行為の効果が契約当事者だけに限定される場合であるとコーラーの見解を理解し、この例外として婚姻と相続の承認が挙げられているのだと解釈する<sup>91</sup>。アイスフェルトの理解によれば、婚姻が例外となるのは、身分吏の協力という婚姻締結の公的な側面のためである<sup>92</sup>。そして婚姻の場合には身分吏の面前でなされた表示のみが重要であるというコーラーの叙述を引用して<sup>93</sup>、「身分局における婚姻締結が、婚姻締結者間の虚偽表示の取り決めに不可能にする」<sup>94</sup>と理解する。コーラーがこのような考えた理由について、アイスフェルトはコーラーが表示主義者であることを認めたとうえで、コーラーのこのような理論は表示主義に関係なく、あくまで法的安定性にあると理解した。この法的安定性は、身分局における婚姻締結の公開性により保障されるという<sup>95</sup>。

こうして虚偽表示の取り決めがあっても、身分吏に婚姻意思を表示すれば、一律に有効になるという考え方から、アイスフェルトは「コーラーにとっては、婚姻締結自体に対する意思だけが決定的であった」<sup>96</sup>と評している。そして、身分吏は当事者の意思の内容まで審査する必要はなく、問いに対する肯定が正しく行われたかを審査すればよいというコーラーの叙述を引用して<sup>97</sup>、「婚姻締結により追求する婚約者らの目標は、コーラーにとっては婚姻締結契約の有効性に関して重要なものではなかったのだ」<sup>98</sup>という。こうしてアイスフェルトは、コーラーの考え方を単なる婚姻締結へ向けられた意思が重要であり、これ以外

---

<sup>88</sup> Eisfeld, Scheinehe, S.30.

<sup>89</sup> Eisfeld, Scheinehe, S.31.

<sup>90</sup> Eisfeld, Scheinehe, S.30f.

<sup>91</sup> Eisfeld, Scheinehe, S.31.

<sup>92</sup> Ebd.

<sup>93</sup> Eisfeld, Scheinehe, S.31f.

<sup>94</sup> Eisfeld, Scheinehe, S.32.

<sup>95</sup> 以上、Eisfeld, Scheinehe, S.32.

<sup>96</sup> Eisfeld, Scheinehe, S.33.

<sup>97</sup> Eisfeld, Scheinehe, S.33f.

<sup>98</sup> Eisfeld, Scheinehe, S.33.

に婚姻生活共同体への意思までは求めていないものであると理解した。そして形式的合意主義 (formales Konsensprinzip) は、ここから導きだされたのだとする<sup>99</sup>。したがって形式的合意主義を仮装婚に適用すれば、「婚姻締結当事者には、いかなる時点でも婚姻生活共同体を創設する意思がないという状況にもかかわらず、有効な婚姻という結果になる」<sup>100</sup>という。

ここでアイスフェルトの理解に特徴的なのは、「虚偽表示による婚姻 (simulierte Ehe)」と「手段化された婚姻 (instrumentalisierte Ehe)」とを区別し、前者は 117 条 1 項の通謀虚偽表示、後者は仮装婚に相当するという見解をとっていることである。このように区別する理由について、アイスフェルトは次のように説明する。虚偽表示による婚姻は当事者が婚姻という外観のみを追求するものであり、婚姻の有効性を求めていない。他方、手段化された婚姻は、婚姻に付随する法的効果の一部を求めており、当事者は目的とする効果を得るために有効な婚姻を意図している<sup>101</sup>。したがって虚偽表示による婚姻という概念には手段化という観点がない<sup>102</sup>。アイスフェルトのこの区別によれば、コーラーが考えた「事前に婚姻は仮装であることを取り決めたとえで、両親の強要によって締結する婚姻」や「私通 (Concubinat) を婚姻に見せかけるために締結する婚姻」の場合、当事者が望むのは婚姻という外観のみであり、当事者に婚姻の効果を求める意思はないので「虚偽表示による婚姻」ということになる<sup>103</sup>。他方、氏取得のための婚姻といった仮装婚の場合、当事者は氏取得という法的効果は求めており、その法的効果のみを得るために婚姻を手段として利用するという点で「手段化された婚姻」ということになるのである<sup>104</sup>。

このようなアイスフェルトの理解によれば、コーラーが形式的合意主義を主張するなかで考えていた仮装婚とは、法的に有効な婚姻締結の表面上の外観のみが重要な婚姻であって、そこに手段化された婚姻という観点は考慮されていなかった<sup>105</sup>。本論文にいう仮装婚とはアイスフェルトの区別では「手段化された婚姻」にあたるため、この理解ではコーラーは本論文の仮装婚を前提として婚姻の有効性を主張したのではないことになる。しかしアイ

---

<sup>99</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 34.

<sup>100</sup> Ebd.

<sup>101</sup> 仮装婚当事者は有効な婚姻を意図しているという考え方自体は、アイスフェルト独自のものではないようである。同様の見解を主張するコンリング (Jobst Conring) は、その根拠としてナチス時代以降の判例や文献を列挙している：Conring, Jobst: *Rechtliche Behandlung von „Scheinehen“ nach der Reform des deutschen Eheschließungsrechts*, (Frankfurt am Main, Berlin, 2002), (以下、Conring, *Rechtliche Behandlung* と略記する), S. 6 Fn 23.

<sup>102</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 15. アイスフェルトは、この他に 117 条 1 項の虚偽表示と仮装婚が異なる理由として、117 条 1 項の虚偽表示の場合、当事者にとっては法律行為の内容も重要だが、仮装婚の場合は婚姻という法律行為の内容 (生活関係) までは望んでいない点でも異なるというヴィスク (Peter Wysk) の文献を挙げている：Eisfeld, Scheinehe, S. 2 Fn. 10.

<sup>103</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 19.

<sup>104</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 20.

<sup>105</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 19.

スフェルトによれば、形式的合意主義を採れば婚姻締結自体に対する表示意思だけが重要であるので、結果的に仮装婚も有効になるという<sup>106</sup>。もっとも、コーラー自身はこのような区別をしておらず、このことはアイスフェルトも認めている。コーラーが両者を区別しない理由について、アイスフェルトは手段化された婚姻という事例は当時まれであったということを示している<sup>107</sup>。つまりアイスフェルトは、実際上の重要性がないため、コーラーは虚偽表示による婚姻についての理論をそのまま婚姻全般にあてはめたと考えたようである。

この虚偽表示による婚姻と手段化された婚姻という区別は、仮装婚規定についての BGB 審議過程を検討する際にも貫かれている<sup>108</sup>。アイスフェルトはこの区別によっても、第一・第二委員会ともに虚偽表示による婚姻が議論されたと考えている<sup>109</sup>。第一委員会が虚偽表示という婚姻無効原因を採用しなかったことについて、「第一委員会は——まったく明らかにヨゼフ・コーラーの影響下で——虚偽表示された婚姻締結の有効性についての見解に従った。第一委員会は、夫婦の意思による婚姻紐帯の解消可能性を認めない法制度としての婚姻の重要な意義で論拠を示し、これにより婚姻締結に対する意思ドグマの例外を根拠づけた。(…)虚偽表示による婚姻締結という例外の場合では、立法者は婚姻締結意思を考慮することを採らず、結論的にはコーラーによっても強調された法的安定性の意義を採ると決めた」<sup>110</sup>と評している。委員会が法的安定性と身分吏という国家機関の関与を重視した点に注目し<sup>111</sup>、形式的合意主義を採用したのだと理解したのである<sup>112</sup>。第二委員会についてはあまり検討されておらず、それほど注目していないようである<sup>113</sup>。このように、審議対象は虚偽表示による婚姻であったが、BGB はコーラーの形式的合意主義を採用したため、手段化された婚姻＝仮装婚でも有効となるというのが、アイスフェルトの理解である。

BGB 施行後の学説状況についても、アイスフェルトは虚偽表示による婚姻と手段化された婚姻を注意深く区別して検討している。BGB は虚偽表示による婚姻を有効としたため、学説でもこれが通説であったと理解し、この理由を婚姻無効原因と婚姻取消原因の限定列

---

<sup>106</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.34.

<sup>107</sup> 以上、Eisfeld,Scheinehe,S.21.

<sup>108</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.39-44.

<sup>109</sup> 第一委員会について「この研究の根底にある意義における仮装婚〔手段化された婚姻〕は、BGB 委員会での審議の対象ではなかった」と述べている：

Eisfeld,Scheinehe,S.43.また第二委員会について「第二委員会でも虚偽表示による婚姻が審議の対象だった」としている：Ebd.

<sup>110</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.42f.

<sup>111</sup> 身分吏が重視されたという点について、アイスフェルトは身分吏を婚姻締結当事者と考えれば心裡留保によって無効とはいえないはずだという審議過程の議論を引用し、この指摘は「明らかにヨゼフ・コーラーの影響下で」行われたとしている：

Eisfeld,Scheinehe,S.42.しかし、議事録のこの部分にコーラーの名前や文献は載っていないため、これだけでコーラーの影響を受けているとするのは疑問である。

<sup>112</sup> 第一委員会で虚偽表示による婚姻が無効原因として採用されなかったことについて、「結果的にコーラーによって創設された形式的合意主義に打ち勝つことはできなかった」と評している：Eisfeld,Scheinehe,S.53f.

<sup>113</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.43f.



挙に求めている<sup>114</sup>。この理由によれば、手段化された婚姻も同様に有効と考えられそうである。しかしアイスフェルトは、手段化された婚姻の有効性を限定列举ではなく、必要的定型行為という理論に求めた<sup>115</sup>。アイスフェルトによれば、当時の学説では婚姻の人格的效果はこれを排除する取り決めに左右されない点で強行法であり、また婚姻生活共同体創設が制限または排除される契約は、138条（公序良俗）の一般的見解によれば無効となるべきものであったが、婚姻無効原因の限定列举から婚姻は無効とならないとされたという<sup>116</sup>。婚姻の一般的効力を定めた1353条以下に違反する取り決めは法的拘束力がなく、せいぜい夫婦間に一致がある場合に限り、効果があるに過ぎない<sup>117</sup>。したがって必要的定型行為説によれば、婚姻効果の発生も婚姻の効力も当事者の取り決めに左右されない。このことから必要的定型行為は形式的合意主義に相当するという<sup>118</sup>。アイスフェルトは、必要的定型行為という考え方によれば婚姻の有効性は当事者の動機や取り決めに左右されないため、婚姻意思には内心の意思ではなく、身分吏の面前で表明された意思のみが重要なのだと理解した。そのため表示意思のみを必要とするコーラーの形式的合意主義と合致するとしたのである。したがってアイスフェルトによれば、当時の学説では手段化された婚姻も有効と扱われたということになる<sup>119</sup>。

またアイスフェルトは、仮装婚（Scheinehe）という言葉が当時の学説において様々な意味で使われたことにも言及し、当時の仮装婚とは様々な理由で瑕疵がある婚姻のことを指したとする<sup>120</sup>。ここでアイスフェルトは、当時、虚偽表示による婚姻が婚姻無効原因ではなく、婚姻取消原因で扱われていたことに注目する<sup>121</sup>。アイスフェルトによれば、取消原因とは意思の瑕疵が問題となる規定であるため、取消原因で扱われた虚偽表示による婚姻は、意思欠缺の事案だけが考えられたことになるとしている<sup>122</sup>。したがって虚偽表示による婚姻は瑕疵ある婚姻の1つということになり、このことから、当時は仮装婚と虚偽表示による婚姻が同じ意味で使用され、手段化された婚姻という観点はどちらの概念にも属さなかったと理解している<sup>123</sup>。アイスフェルトの区別では、仮装婚とは手段化された婚姻であるた

---

<sup>114</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.46,54.

<sup>115</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.47f.

<sup>116</sup> Ebd. アイスフェルトは婚姻生活共同体への取り決めについて、138条により無効とする見解と、婚姻無効原因の限定列举により無効とはならないという見解をつなげて、このように理解している。しかし、このように関連させることが可能かは疑問である。

<sup>117</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.48.

<sup>118</sup> Ebd.

<sup>119</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.54. アイスフェルトがこのような結論に至るのは、そもそもアイスフェルト自身が、婚姻生活共同体を規定する1353条が婚姻の効果に規定されていることから、これは有効な婚姻締結を前提とするものであるため、婚姻意思は婚姻締結契約の締結にのみ関連し、婚姻生活共同体創設には関連しないと考えているためではないだろうか。参照：Eisfeld,Scheinehe,S.50 Fn.63.

<sup>120</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.50f.

<sup>121</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.51.

<sup>122</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.51f.

<sup>123</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.51,54f.

め、このような当時の理解は間違っていることになる。アイスフェルトは当時の学説が自身の区別と異なる理由について、当時は仮装婚自体がまれであったため、虚偽表示による婚姻に実際上の重要性がほとんど認められなかったことを挙げている<sup>124</sup>。

このように、アイスフェルトは形式的合意主義について、婚姻締結自体に向けられた意思のみを必要とする理論と理解した。そしてBGBは形式的合意主義を採用したのだと理解し、その後の学説にある必要的定型行為説も結果的に形式的合意主義と同一であると理解した。したがって当時はBGBも学説も婚姻意思に内心の効果意思は求めておらず、表示意思のみあればよいと理解したのである。この結果、仮装婚は有効ということになる。また、アイスフェルトによれば仮装婚とは「手段化された婚姻」であり、当事者は意図する効果を得るために有効な婚姻を望むため、内心の効果意思をもって婚姻締結を行うのであり、この点で単なる婚姻の外観のみを求める「虚偽表示による婚姻」とは区別されるという。

## 第2款 ルンプの理解

ルンプもコーラーの理論について、コーラーが1875年の帝国身分登録法(RPStG)に注目し、身分吏に対してなされた表示だけが婚姻の有効性にとって重要であると主張することを認めている<sup>125</sup>。当事者の事前の取り決めは婚姻の有効性にかかわりなく、身分吏は婚約者の肯定が適切になされ、これによって契約が締結されたかのみを審査すればよいとして、アイスフェルトとほぼ同一の結論を導き出す<sup>126</sup>。しかし、ルンプはアイスフェルトの文献を引用したうえで<sup>127</sup>、コーラーの理論についてアイスフェルトの理解を批判している。アイスフェルトの理解の中でルンプが疑問視したのは、コーラーは婚姻意思に婚姻生活共同体創設への意思は求めていないという点であった<sup>128</sup>。ルンプによれば、コーラーが論じているのは虚偽表示と心裡留保という、内心の意思と表示との間に意識的な不一致があった場合であり、コーラーがこの場合に内心の意思の重要性を認めなかったのは結果論に過ぎないという<sup>129</sup>。その証拠としてルンプは、錯誤による婚姻意思の表示の場合、それは婚姻意思の表示ではないとするコーラーの叙述を引用している<sup>130</sup>。錯誤の場合は婚姻意思がないとすれば、無意識的な不一致の場合は婚姻の有効性に影響するということである。そもそも婚姻の場合、表明された意思のみが重要とされたのは、身分吏による協力という理由からであった<sup>131</sup>。したがって身分吏による協力を重視すれば、表明された意思のみが重要としているだけであり、このことだけをもって「形式的合意主義から、婚姻締結の表示に表された意思が(婚姻という)単なる形式的な法的紐帯の創設にのみ関係するという言明は、決して引き出され

<sup>124</sup> 当時の仮装婚の実態について詳しくは：Eisfeld,Scheinehe,3章。

<sup>125</sup> Lumpp,Scheineheproblematik,S.27f.

<sup>126</sup> Lumpp,Scheineheproblematik,S.28.

<sup>127</sup> Lumpp,Scheineheproblematik,S.28,Fn.66.

<sup>128</sup> Lumpp,Scheineheproblematik,S.71.

<sup>129</sup> Lumpp,Scheineheproblematik,S.28; S.28,Fn.67.

<sup>130</sup> Lumpp,Scheineheproblematik,S.28,Fn.67.

<sup>131</sup> Lumpp,Scheineheproblematik,S.28.

えない。むしろ反対である」(強調は原著者による)<sup>132</sup>と主張する。

この理解は、BGB の理解についてもアイスフェルトと異なる理解をすることになる。アイスフェルトは BGB の審議過程を詳細に検討して、審議の結果、BGB には形式的合意主義が採用されたので、BGB は婚姻生活共同体への意思を必要としていないと理解した。これに対して、ルンプは審議過程を特に検討せず<sup>133</sup>、むしろ実際に施行された BGB を分析して BGB の婚姻意思を明らかにする。ルンプが注目したのは、BGB が 1353 条 1 項で「夫婦は互いに婚姻生活共同体の義務を負う」と規定していることであつた<sup>134</sup>。このことから、1353 条によって婚姻生活共同体が義務づけられている以上、夫婦には婚姻を成立させておきながら、その後の婚姻生活共同体は創設しないという自由は存在しないと主張した<sup>135</sup>。したがって婚姻の成立には、その後の婚姻生活共同体も不可分に結びついており、当事者の取り決めによって排除することはできないということになる。そういう性質である婚姻の成立に対して「はい」と言った者は、確実に婚姻生活共同体への意思があるとみなされるといふ<sup>136</sup>。つまりルンプは、婚姻締結時の当事者の「はい」という言葉は、単純に婚姻の成立に同意したのではなく、その後の婚姻生活共同体創設まで含めて同意した言葉だと理解するのである。

また、BGB には施行された時点で、すでに婚姻締結者の内心の意思について規定があつたことから、BGB が常に婚姻締結自体への意思のみを問題としているとはいえないとしている。すなわち、婚姻の意思表示が錯誤(1332 条、1333 条)、詐欺(1334 条)、強迫(1335 条)によって行われた場合、当該婚姻は取り消すことができた。つまり意思の無意識的欠缺と意思の瑕疵の場合は、婚姻の存立に影響したのである。これに対して、意識的欠缺の場合は規定がないので、婚姻の存立に影響しない。つまり意識的欠缺の場合は、実際の意味よりも表示が優先するのである。しかし、無意識的欠缺と意思の瑕疵の場合は婚姻の存立に影響するので、表示よりも実際の意味が優先することになる。このように BGB は実際の意味を優先させることもあるため、常に内心の意思を不要とするのではないというのである。その結果、BGB は原則的に表示が実際の意味に優先するとしているのであつて、これはどのような場合でも表示意思さえあればよいとする形式的合意主義ではなく、「相対的形式的合意主義 (relativiertes formales Konsensprinzip)」なのだといふ<sup>137</sup>。

それでは、なぜ BGB に仮装婚規定は設けられなかったのか。ルンプはこの点について BGB の立法過程ではなく、次のような様々な事情にその理由を求めている。まず、当時は仮装婚がまれな事例であり、そのため仮装婚規定を設けても実際上無意味なものになつて

---

<sup>132</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 71.

<sup>133</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 60. に簡単な記述がある。

<sup>134</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 67.

<sup>135</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 70f.

<sup>136</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 71.

<sup>137</sup> 以上、参照：Lumpp, Scheineheproblematik, S. 91f.

しまうという状況であった<sup>138</sup>。また、法社会学的な理由として、当時は婚姻が社会や国家の秩序の基本的要素とみなされたため、婚姻にはまったく例外的な地位が与えられた。そのため婚姻締結制度の濫用を防止する必要性があり、法律が偽装婚を考慮しないことが、かえって濫用を防止すると考えられた<sup>139</sup>。また偽装婚の場合でも、後に本当に婚姻を成立させる意思をもつ可能性までは無視できなかった<sup>140</sup>。ただし、これは公益が偽装婚を許しているということではなく、当時は婚姻が社会や国家の秩序の基本的要素とみなされたことから、法的安定性が高度に求められ、その結果、偽装婚でも有効とされたのだという<sup>141</sup>。さらに偽装婚規定を設けることで期限付き婚姻が行われ、婚姻が濫用されて離婚法が空洞化すること、最初は婚姻意思があったが、後に嫌になった場合に偽装婚を偽装することを防止するという理由もあった<sup>142</sup>。また、BGB 施行まで婚姻法として通用したカノン法が婚姻生活共同体への意思まで求めていたにもかかわらず、BGB が短期間の審議でこれと異なる婚姻像を構成することは不可能であった<sup>143</sup>。このように様々な理由から、BGB には偽装婚規定が設けられなかったというのである。ルンプはこの背景として、1875 年の RPSStG が身分吏の協力によって法的安定性の確保を追求したことから、必然的に偽装婚の有効性が考えられたことを挙げている<sup>144</sup>。このように偽装婚規定の不存在は表示意思のみを求めるという理由からではないことや、BGB が婚姻生活共同体を義務づけていることから、BGB は内心の効果意思まで求めていたのだと結論づける。すなわち「婚姻締結者は婚姻意思の表示によって単なる『成立への意欲 (Eingehenwollen)』だけではなく、扶助共同体 (Beistandsgemeinschaft) という意味での婚姻生活共同体創設の義務を負う法律効果意思 (Rechtsfolgewille) も表示していたのであった」<sup>145</sup>というのである。

次に BGB 施行後の学説の理解を検討する。ルンプはまず当時の学説では、婚姻無効原因と取消原因の限定列挙から、虚偽表示による婚姻や偽装婚は完全有効とされていたと理解する<sup>146</sup>。当事者が婚姻生活共同体創設を意図していない虚偽表示による婚姻や偽装婚を有効とするなら、当時の学説は婚姻生活共同体創設への意思を求めていないことになるのだろうか。この点について、ルンプは当時の学説が虚偽表示による婚姻や偽装婚を有効としたのは、婚姻無効原因と取消原因の限定列挙によるものであり、また BGB が偽装婚を列挙しなかったのは上述の様々な理由によるものであるから、学説では婚姻生活共同体創設への意思が求められなかったとまではいえないとしている<sup>147</sup>。

---

<sup>138</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 79f.

<sup>139</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 80f. 濫用防止のため、法律が偽装婚規定を設けなければ自然と偽装婚は行われなくなるという文脈での立法者の見解が引用されている。

<sup>140</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 82.

<sup>141</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 81f.

<sup>142</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 83.

<sup>143</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 83f.

<sup>144</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 84f.

<sup>145</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 92.

<sup>146</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 76, 79.

<sup>147</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 76.

ルンプはアイスフェルトが形式的合意主義に相当するとした「必要的定型行為」についても検討を加え、この理論は婚姻の成立のみに注目しているのかと疑問を呈する。すなわち、必要的定型行為を主張した者は表示主義者であり<sup>148</sup>、そのため外部に表明された意思を優先させているのであって、これだけで婚姻の実質に向けられた意思を求めていないとまではいえないというのである<sup>149</sup>。また、BGBは婚姻の道徳的本質について、婚姻締結法ではなく婚姻効果法（1353条以下）の中で規定していることにも注目し、あらゆる契約は成立＝法的関係創設の表明と変わらないのであるから、婚姻の場合も成立への意思は、法的関係創設への意思であると理解する<sup>150</sup>。BGBには婚姻生活共同体が婚姻効果法に規定されていたので、法的関係創設への意思＝婚姻生活共同体への意思という内心の意思まで求められたというのである。

このように、コーラーの理論にせよ、BGBならびに必要的定型行為という理論にせよ、全て一貫して婚姻に内心の効果意思を求めているというのが、ルンプの分析である。ルンプによれば、アイスフェルトが仮装婚を有効とする論拠にした「虚偽表示による婚姻」と「手段化された婚姻」という区別も誤りであり、むしろ両者には共通性があるという<sup>151</sup>。アイスフェルトが両者を区別するのは、そもそも虚偽行為について、当時は法律行為の外観のみを作り出すものであって、当事者には法的な有効性を引き起こす意思はないとされていたことに由来する<sup>152</sup>。このことから、婚姻の外観のみを作り出すことが目的である虚偽表示による婚姻は117条1項の虚偽行為に相当し、法的効果を部分的に求めている手段化された婚姻（仮装婚）とは異なるというのである。しかしルンプは「婚姻締結者が婚姻締結の時点で、婚姻生活共同体を創設する意思はないという共通性がある」と指摘する<sup>153</sup>。ルンプによれば、当時の主観的な内心の意思の内容は、表示意思（*Erklärungswille*）と効果意思（*Geschäftswille*）に区別されたという<sup>154</sup>。当時の表示意思とは、表示の伝達へ向けられた意思であり、今日の行為意思（*Handlungswille*）に相当した<sup>155</sup>。そのため身分吏の面前で意思表示する婚姻の場合、仮装婚であっても表示意思が存在したという<sup>156</sup>。一方、効果意思とは我々の精神上で生じる行為像を実現させる意思であり、したがって一定の法的効果をひき起こすことに向けられ、表示上に示されて客観化された法律効果意思（*Rechtsfolgswille*）の主観的側面であった<sup>157</sup>。そのため効果意思が存在するのは、表示者が自身の表示で表したことを実際にも意欲した場合であり、婚姻にあてはめれば、婚姻締結

---

<sup>148</sup> ここではエンデマン（Friedrich Endemann）が挙げられている：

Lumpp, *Scheineheproblematik*, S. 71f.

<sup>149</sup> Lumpp, *Scheineheproblematik*, S. 72.

<sup>150</sup> Ebd.

<sup>151</sup> Lumpp, *Scheineheproblematik*, S. 74.

<sup>152</sup> Einfeld, *Scheinehe*, S. 15.

<sup>153</sup> Lumpp, *Scheineheproblematik*, S. 74.

<sup>154</sup> Ebd.

<sup>155</sup> Lumpp, *Scheineheproblematik*, S. 86f.

<sup>156</sup> Lumpp, *Scheineheproblematik*, S. 87.

<sup>157</sup> Lumpp, *Scheineheproblematik*, S. 88.

者が主観的にも婚姻生活共同体創設の義務を負う意欲があった場合に効果意思をもって婚姻締結を行ったということになるという<sup>158</sup>。ルンプによれば、虚偽表示による婚姻の場合、当事者には婚姻生活共同体を創設する義務を法的に負う意思だけでなく、婚姻に全面的に法的な有効性をもたせる意思も欠けていた。したがって婚姻意思の表示を伝達する際、婚姻締結者に効果意思はなかったという<sup>159</sup>。他方、手段化された婚姻の場合では、仮装婚の当事者が意図するのは響きのよい氏の取得、相続財産の取得、国外退去からの保護といった、有効な婚姻締結と結び付けられた副次的効果を享受することだけであり、婚姻生活共同体創設の意思はやはり欠けていた<sup>160</sup>。そのため仮装婚の当事者は、婚姻意思の表示の際に効果意思はなかったという<sup>161</sup>。このように、虚偽表示による婚姻と手段化された婚姻には共通性があるというのである。

さらにルンプは、アイスフェルトの区別の根拠である「手段化された婚姻の場合、副次的効果を得るために当事者は有効な婚姻を意図している」という見解にも疑問を呈している。確かに仮装婚の当事者は、これらの副次的効果を享受するために主観的にも婚姻の法律上の有効性を意図したといえるが、しかしそれは重要なことではないという<sup>162</sup>。この理由として、当時の圧倒的見解によれば、婚姻は婚姻意思の表示を単に交換することで成立するとされていたことを挙げている<sup>163</sup>。婚姻とは婚姻締結がなされれば成立するものであり、成立と同時に婚姻の効果が自動的に発生するものである。そのため婚姻締結さえ行えば、当事者は有効な婚姻を求めていなくても婚姻の効果を享受することができる。また有効な婚姻を意図したのであれば、当事者は婚姻の効果である婚姻生活共同体への義務も望んでいたことになるが、仮装婚の場合、当事者は婚姻生活共同体への義務を望んでいない。これらを考え合わせれば、仮装婚当事者は婚姻締結という形式のみを成立させて、結果的に生じた婚姻の効果を享受するに過ぎないということになるのである<sup>164</sup>。ルンプは仮装婚当事者には婚姻生活共同体創設への意思が実際は欠けているが、法律上はその創設を意欲していたと区別するアイスフェルトの見解を「技巧的」<sup>165</sup>と批判している。ルンプによれば仮装婚とは「婚姻生活共同体への意思の意識的欠缺で特徴づけられる」<sup>166</sup>ものであり、したがって虚偽表示による婚姻と同様、117条1項の「通謀虚偽表示」と同一であるという<sup>167</sup>。こうしてルンプは「虚偽表示による婚姻＝手段化された婚姻＝仮装婚＝通謀虚偽表示（BGB117条1項）」と結論づけ、アイスフェルトの区別を拒絶するのである。ルンプにとって仮装婚とは、内心

---

<sup>158</sup> Ebd.

<sup>159</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 88f.

<sup>160</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 89.

<sup>161</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 90.

<sup>162</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 89.

<sup>163</sup> Ebd.

<sup>164</sup> 参照：Lumpp, Scheineheproblematik, S. 89f.

<sup>165</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 90.

<sup>166</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 73.

<sup>167</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 92.

の効果意思がない婚姻であり、無効となるべきものであった。

このようにアイスフェルトとルンプの理解は大きく異なっている。アイスフェルトはコーラー、BGB、学説ともに婚姻意思は表示意思のみであると理解し、ルンプは対照的にいずれも内心の効果意思まで含んでいると理解するのである。このような理解の違いは、そもそもアイスフェルトとルンプが前提として考えている婚姻像が異なることから生じていると思われる。ルンプは BGB が 1353 条で婚姻生活共同体を義務づけていることから、婚姻の成立と婚姻生活共同体が不可分に結びついていることに注目する。さらに、当時の BGB における婚姻が民事婚という 1 つの形態のみであり、婚姻締結者の実質的処分自由を定めなかったことを指摘し<sup>168</sup>、婚姻成立と不可分な婚姻生活共同体は、当事者の意思で排除できないと理解する。そのため婚姻意思を表示すれば、それは表示者の真意に左右されずに、一律に民法上の婚姻を求める定型的意味と理解されるのである。したがってルンプが考えている婚姻とは、「いったん成立させたら当事者の意思にかかわらず、自動的に効果が全面的に発生する」ものであるといえよう。これに対してアイスフェルトは、「婚姻の外観のみを求める婚姻」についても検討しており、ここではルンプのような「法律上の婚姻には法的効果が不可分に付随する」という視点がない。これは言い換えれば、「制度としての婚姻」を意識するかどうかの違いといえよう。このように、両者はそもそも前提としている婚姻像から異なるのである。

## 小括

コーラーは形式的合意主義を論じるなかで仮装婚についても検討した。その際、婚姻には身分吏という国家機関が関与することと、婚姻の法的安定性に注目し、婚姻の特殊性を強調して婚姻の効力は当事者の取り決めに左右されずに有効であるとした。法的安定性への配慮は BGB 編纂過程でも重視され、仮装婚規定は審議の末に採用されず、仮装婚でも有効とされた。BGB 施行後の学説状況においても、仮装婚は有効とされた。しかし、「仮装婚」の定義が一貫していないため、婚姻の有効性という観点で仮装婚を検討する場合には仮装婚でも有効としながら、婚姻の一般的効力という観点で仮装婚を検討すると必ずしも有効とはされないといった、曖昧な状況であった。このような仮装婚の定義や有効性が曖昧であったのは、当時は仮装婚自体がまれであったため、仮装婚は実際上の問題ではなく、理論上の問題に過ぎなかったからであった。

現在ではこのような状況について異なる理解が存在する。アイスフェルトは、BGB は表示意思のみを求めていると理解するため仮装婚でも有効となるが、他方でルンプは内心の意思まで求めていると理解するため、仮装婚は本来は無効であるが、BGB に規定がないため有効という理解になる。このような両者の理解の違いは、そもそも前提として考えている婚姻像が異なっていることから生じていたのであった。

いずれにせよ、BGB 施行後の社会では仮装婚はまれであったため、実際上の問題ではな

---

<sup>168</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S.86.

く、あくまで理論上の問題に過ぎなかった。しかしその後、偽装婚は社会問題としてクローズアップされることとなったのである。その背景には「ナチス政権」という背景があった。1933年から始まるナチス時代を1つの契機として偽装婚問題は大きく展開し、ドイツ史上初の偽装婚規定が制定されるのである。次章では、この偽装婚規定の誕生について、当時の社会状況も交えながら詳細な分析を試みる。



## 第2章 偽装婚規定の誕生から廃止まで

1933年はドイツ婚姻法にとってもドイツ社会にとっても一大転換の年となった。この年に首相の座に就いたヒトラー（Adolf Hitler）はナチス政権を樹立し、ドイツを反ユダヤ主義、極端な民族主義的国家へと大きく改造させた。それはドイツ史上にとどまらず、人類史上からみても壮大な経験であった。

ドイツ婚姻法では、ナチス政権樹立の年である1933年に早くも大きな転換がなされた。この年、ドイツ史上初めての偽装婚規定が誕生したのである。BGB制定時に議論がなされたものの導入が見送られた偽装婚規定が、ナチス時代という国家大転換の時代になぜ誕生したのか。立法資料を検討すると、興味深いことに、そこに述べられていることだけでは説明できない事実が浮かび上がる。立法資料で説明できないのならば、その理由は他に求められなければならない。その理由を探るために、本章では当時のドイツ社会をヴァイマル共和国時代まで遡って検討する。ヴァイマル期の社会を検討の視野に入れるのは、偽装婚規定がナチス政権誕生と同じ年に誕生していることから、偽装婚規定誕生の直接の契機はナチス政権としても、その理由はナチス期前のヴァイマル期に求められると考えるからである。

本章では、まず偽装婚規定誕生から廃止までを検討し、次に法と社会変動の関連を検討するため、当時のドイツ社会を検討する。偽装婚規定についての具体的な検討期間は、誕生した1933年から戦後に廃止される1976年までである。この期間の偽装婚規定については、日本においてもすでに先行研究が存在し<sup>169</sup>、大いに示唆を得た。これらの研究に加えて、本章では当時の社会状況も視野に入れて検討する。

### 第1節 偽装婚規定の誕生

最初に偽装婚規定の誕生について検討する。ドイツ史上初の偽装婚規定は、どのようにして誕生したのか。ナチス時代という特殊な時代に誕生したが故に、その解釈や意義を理解するには慎重な検討を要する。検討にあたっては、最初に規定の誕生から廃止までの変遷を確認したうえで、誕生した偽装婚規定とはどのような規定なのかを検討し、次になぜ偽装婚規定が誕生したのか、立法理由を検討する。

#### 第1款 偽装婚規定の変遷

まず、ここでナチス偽装婚規定の誕生から廃止までの変遷を確認しておく。偽装婚規定は1933年に誕生し、その後1938年および1946年に改正され、1976年に廃止された。ここ

---

<sup>169</sup> 偽装婚規定の誕生から廃止までを追ったものとして：宮崎『婚姻成立過程』第6章（123-144頁）；神谷「偽装婚の取扱い」38頁（注2-4、8-9）。なお、本章の第1節から第4節までの概要については、拙稿「ナチス婚姻法と偽装婚問題」法学新報（中央大学）116巻11・12号291頁以下（2010年）参照。

で注意しなければならないことが2点ある。1つは、仮装婚規定は誕生から廃止まで一貫して同一の法律に定められていたのではないという点であり、もう1つは規定が規制の対象とした仮装婚の類型もそれぞれ異なるという点である。

まず仮装婚規定を定めた法律について、最初に誕生した時点では1933年BGBに規定がおかれていたが、後に改正を受けた際には1938年婚姻法と1946年婚姻法にそれぞれ規定がおかれていた。最終的に廃止されたのは1976年婚姻法においてのことである。したがって、仮装婚規定はBGBと婚姻法という異なる法律で定められていたということである。次に、規律の対象とされた仮装婚類型について、最初の仮装婚規定であるBGB1325a条では、仮装婚のなかでも「氏取得のための婚姻（家名婚）」が無効とされた。その後、この規定は1938年婚姻法では婚姻法23条として受け継がれ、ここで新たに「国籍取得のための婚姻（国籍婚）」という仮装婚類型も婚姻無効原因として加えられた。第二次世界大戦後では、ナチス政権崩壊とともに戦勝国による民主化、ナチス否定が行われ、その一環としてナチス時代の法律も改められた。婚姻法も見直しの対象となり、このとき仮装婚規定は1946年婚姻法19条となり、ここで「国籍婚」という婚姻無効原因が削除され、当初の規定と同一の「家名婚」のみを無効とする規定に改正された。その後、1976年に婚姻法が改正された際に婚姻法19条も削除され、仮装婚規定は姿を消した。

このように仮装婚規定は、誕生から廃止までの間に法律も対象も各段階で異なっているのである。以上の変遷を図示すると、下図のようになる。この点にも留意しながら、以下に検討を加える。

	法律	対象
誕生	1933年 BGB1325a 条	家名婚
改正①	1938年 婚姻法 23 条 1 項	家名婚 国籍婚
改正②	1946年 婚姻法 19 条 1 項	家名婚
廃止	1976年 婚姻法	

## 第2款 1933年仮装婚規定

それでは、誕生した仮装婚規定はどのような規定であったのかを検討する。最初の仮装婚規定はBGB1325a条である。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（以下「濫用防止法」と略記する）」<sup>170</sup> 1号によってBGBに導入された。BGB1325a条とは、次の規定である。

### BGB1325a 条

「婚姻生活共同体が創設されることなく、専らあるいは主として、妻に夫の氏の使用を可能

<sup>170</sup> 正式名称：Gesetz gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt,(RGL., I ,S.979).

にする目的のために婚姻が締結された場合、婚姻は無効である。

夫婦が婚姻締結後 5 年間、またはそれ以前に配偶者の一方が死亡した場合には、少なくともその死亡まで 3 年間夫婦として共同生活した場合、婚姻は初めから有効とみなす。この規定は 5 年満了時または夫婦の一方の死亡時に無効の訴えが提起されている場合には適用されない」。

婚姻生活共同体を創設する意図なしに婚姻締結のみを行う婚姻には多様な類型が考えられるが、BGB1325a 条は仮装婚の中でも「氏取得のための婚姻 (Namensehe : 以下「家名婚」と略記する)」を無効とした<sup>171</sup>。1325a 条の 1 項は家名婚の要件を定めた規定であり、2 項は婚姻締結後に婚姻生活共同体が実現していた場合の追完についての規定である。1 項に定められた家名婚の要件は 2 つあり、1 つは婚姻生活共同体が創設されないこと、もう 1 つは婚姻の目的が専らあるいは主として、妻に夫の氏の使用を可能にすることであるという点である<sup>172</sup>。

1 つ目の要件である婚姻生活共同体とは、1353 条で夫婦に義務づけられているものであり、具体的には共同生活、誠実、相互扶助 (gegenseitige Unterstützung)、夫婦の義務の履行とされた。ここにいう夫婦の義務の履行とは、嫡出子たる子の産出と当時は考えられた。また、「婚姻生活共同体が創設されない」という文言から、たとえ妻への氏の付与 (Namensübertragung) が明白であっても、婚姻生活共同体が意図された婚姻であれば、1325a 条は適用されないとされた。

2 つ目の要件である「婚姻の目的が専らあるいは主として、妻に夫の氏の使用を可能にすること」について、「専らあるいは主として」氏の付与が目的であるということから、婚姻生活共同体は創設されないという取り決めがあっても、氏の付与を重要な目的としない婚姻であれば有効とされた。また「主として」氏の付与を目的とする場合には、妻の子に夫の氏を取得させる場合も含まれた。

さらに、1 項に定められた 2 つの要件は、両者とも婚姻締結の時点で夫婦双方に存在していなければならなかった。したがって、当事者双方が最初は共同生活を意図していたが、婚姻締結後に別居する意思を有した場合や、当事者の一方は婚姻締結の際に共同生活を意図していたが、他方は意図していなかったという場合には、この規定の適用対象とはされなかった。

---

<sup>171</sup> 以下の BGB1325a 条についての解説は、次の文献による。Dölle,Hans:Das Gesetz gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt v.23.Nov.1933(RGBl. I ,979ff.),in:JW1933,S.2859ff.;Brandis,Ernst:Zum Gesetz gegen Mißbräuche bei der Ehe und der Annahme an Kindes Statt,in:JW1933,S.2862ff.;ders.,Zum Gesetz über Mißbrauch bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt,in:StAZ1934,S.14ff.

<sup>172</sup> 当時の婚姻による氏の変更は、BGB1355 条によって妻が夫の氏を取得すると法定されていた。

また、1325a 条による婚姻の無効は、1325 条から 1328 条による無効<sup>173</sup>について規定した 1329 条により、一方当事者の死亡または離婚によって解消されていない限り、婚姻無効の訴えによって初めて主張できるとされた。1325a 条による婚姻無効の訴えは、出訴権者と訴訟係属中の当事者死亡の場合の 2 点で、その他の無効原因による訴えとは異なる点がある。まず、その他の無効原因による場合には、出訴権者は検察官と配偶者双方とされ（旧民事訴訟法 632 条——以下「ZPO」と略記する）、ZPO628 条により、判決の確定前に配偶者の一方が死亡した場合には、訴訟は本案に関し終了したとみなされる。これに対して、1325a 条による婚姻無効の出訴権者は、濫用防止法 2 条 1 号によって、検察官のみに限定されている。婚姻無効の出訴権者を検察官に限定したのは、不純な動機から婚姻を締結した当事者に訴権を認めることはふさわしくないうえ、夫の家族といった第三者に認めるのも好ましくないと考えられたからである。そこで、もし第三者が家名婚によって利益を侵害されたとして、当該婚姻の無効を主張したいのであれば、検察官に異議を申し立てるという方法しかなかった。

さらに、この無効の訴えは訴訟係属中に当事者の一方が死亡、もしくは離婚によって解消した場合でも、確認の訴えに移行して争うことができるとされた。この確認の訴えは、夫の死亡もしくは離婚による解消の場合は妻に対してなされた（濫用防止法 2 条 2 号）。離婚解消の場合でも夫ではなく妻に対して訴えがなされるのは、妻が氏を不正に取得したという点が重視されたからである。また、妻の死亡による解消の場合には、子に対して非嫡出子であることを確認する訴えがなされた（濫用防止法 2 条 2 号）<sup>174</sup>。妻死亡の場合でも夫が訴訟当事者とされないのは、濫用防止法の意図することが、あくまで不当に夫の氏を称する人を規律することであるためである。1325a 条による無効は、濫用防止法 4 条により、本法施行前に締結された婚姻のうち 1918 年 11 月 8 日以降に締結された婚姻に遡及して適用された。ただし、婚姻無効の訴えは本法施行後 6 ヶ月以内に提起されなければならなかった（濫用防止法 4 条）。

婚姻締結の際に 1325a 条による婚姻障害があることが判明した場合、身分吏は婚姻締結を拒絶しなければならないと定められていた（1875 年 RPSStG48 条）。しかし、実際には婚姻締結の時点で、婚姻生活共同体が創設されず、妻への氏の付与が目的である婚姻であると明らかになることはほとんどないと考えられたため、もし身分吏が疑念を抱いた場合は監督官庁へ照会し、指示を求めることとされた。

学説では、BGB1325a 条は適用範囲の問題として議論された。具体的には、条文に「氏取得」と具体的な文言があることを重視して、適用範囲を家名婚のみに限定するものと、「氏取得」を列挙した意図に注目して、他の仮装婚への類推適用を主張するものに分かれた。前者の家名婚のみに限定する見解は、1325a 条の対象は金銭の授受を伴って夫の氏を妻に付

<sup>173</sup> 1325 条（行為無能力）、1326 条（重婚）、1327 条（近親婚）、1328 条（相姦婚）。

<sup>174</sup> 1325a 条の導入に伴って、BGB1699 条に 3 項が追加され、家名婚の子は非嫡出子とされた（濫用防止法 1 条 2 号）。

与させるという悪徳商売のような類型のみが該当するべきであり、婚姻の目的が専らまたは主として氏取得でない場合には、たとえ婚姻生活共同体への意思がなくても 1325a 条は適用されないという<sup>175</sup>。なぜなら、氏取得以外の他の仮装婚類型は比較的まれであり、一般的な仮装婚規定としてしまうと、効力を否定する理由がない婚姻にまで適用されてしまうからである<sup>176</sup>。ここにいう効力を否定する理由がない婚姻として、高齢者同士の婚姻や臨終婚が挙げられている<sup>177</sup>。婚姻生活共同体の具体的な内容の 1 つに「嫡出子たる子の産出」という夫婦の義務の履行があるが、これらの婚姻では、子の産出のための性的交渉を望むことができない。しかし、そもそも子の産出には夫婦の年齢や健康状態が重要となるため、それだけで 1325a 条による無効とはならないというのであった<sup>178</sup>。

これに対して、家名婚以外の仮装婚にも類推適用できると主張する見解は、1325a 条の「氏取得」という文言は無効要件の限定列挙ではなく、むしろ婚姻無効の要件は夫婦双方の意思の不純性であることを表すものであると解釈する<sup>179</sup>。立法者は、戦後のドイツで家名婚が広範に締結されたという事実を前提として立法したのであるから、最も多い婚姻濫用の事例として家名婚を引き合いに出したに過ぎず、したがって「氏取得」という文言は単なる例示に過ぎないというのである<sup>180</sup>。そのため、1325a 条は他の仮装婚にも適用可能であると主張する。そして類推適用する際の要件として、次の 2 点を挙げる。1 つは、婚姻という国家制度によって、単なる家名婚と同じく重大な濫用がなされるということが確実であることであり、もう 1 つは、婚約者双方が婚姻生活共同体への意思を有していないことである<sup>181</sup>。類推適用の対象となる婚姻としては、子に嫡出性を付与するための婚姻が挙げられている<sup>182</sup>。このように、学説では BGB1325a 条の適用範囲について議論があったが、今日ではこの規定が「氏取得」を列挙していることから、家名婚に限定して適用される規定と一般的には考えられたと理解されている<sup>183</sup>。

### 第 3 款 立法理由

次に、ドイツ史上初の仮装婚規定である BGB1325a 条はなぜ誕生したのか、立法理由を検討する。立法理由書<sup>184</sup>によれば、仮装婚規定の立法は、家族法領域での退廃現象と戦うことを目的としているという。ここにいう退廃現象とは、由緒ある有力な一家の氏を有する者

<sup>175</sup> Brandis, JW1933, S.2864.

<sup>176</sup> Brandis, JW1933, S.2864.

<sup>177</sup> Brandis, StAZ1934, S.15-16.

<sup>178</sup> Brandis, StAZ1934, S.16.

<sup>179</sup> Maßfeller, Franz: Anmerkung zum Urteil des RG vom 25.7.1935, in: DJ 1935, S.1498f., S.1499.; ders., Anmerkung zum Beschluß des KG vom 23.10.1936, in: StAZ 1937, S.101ff., S.103.

<sup>180</sup> Maßfeller, StAZ 1947, S.103.

<sup>181</sup> Maßfeller, StAZ 1937, S.103.

<sup>182</sup> Maßfeller, DJ 1935, S.1499.

<sup>183</sup> Eisfeld, Scheinehe, S.127, 153.

<sup>184</sup> DJ 1933, S.765.

が、虚栄やたいいほとんど誠実でない動機から、有名な氏を求める女性と婚姻を成立させる現象をいう。そしてこのような婚姻をなすにあたって金銭の授受がなされ、婚姻生活共同体は全く創設されないか、短期間創設されるだけに過ぎず、むしろできるだけ早く離婚することが当事者間で取り決められていることもあったという。このような退廃現象は、第一次世界大戦後に人々の厳格な道德観が弛緩してきたことから増加したという。立法理由書には、このような婚姻を同一人物が複数回にわたって締結した事例が確認されたと指摘されている。このような婚姻について、主に問題となるのは、貴族名譲渡のための仮装婚であるという。この際の氏の売り手は、インフレ時代に零落した初老の貴族が多く、氏の取得者はユダヤ人が際立って多いと述べられている。

そして、このような厄介な状況と戦うには、現行法では不十分であるとしている。なぜなら、現行法で婚姻無効原因を定めた BGB1323 条は、婚姻無効原因を 1324 条（方式違反）、1325 条（行為無能力）、1326 条（重婚）、1327 条（近親婚）、1328 条（相姦者）に該当する場合のみに限定しているため、婚姻が不純な動機から締結されたという理由や、夫婦が実際の婚姻生活共同体を創設する意思がないという理由では無効の訴えが法律上許されないからである。そのため、多くの立派な家族の保護に値する利益が甚大に害されたことは明白であり、このようなことは特にドイツ貴族協会（Deutsche Adelsgenossenschaft）<sup>185</sup>により、以前から立法という方法で対策をとることが求められていたという。第三帝国も婚姻という家族秩序の基礎となる制度が、悪徳商売のために利用されることをこれ以上許すことはできず、そのためこのような厄介な現象を排除するために家名婚の無効を提案するとしている。

以上の立法理由書の説明を要約すると、1325a 条の立法理由は次の 3 点に要約されよう。第一に、当時主に由緒ある貴族名を取得するために、婚姻生活共同体を意図しない仮装婚が金銭の授受を伴って締結されるという事態が増加した。第二に、このような仮装婚に対して、ドイツ貴族協会から立法によって規律することが要請された。第三に、第三帝国としても家族秩序の基礎となる婚姻制度がこのようなことに利用されることは許すことができなかつた。こうして、多様な類型があり得る仮装婚のなかでも、家名婚のみを排除する規定が導入されたということになる。したがって、1325a 条は「家名婚」を対象としているが、その中でもとりわけ「貴族名取得のための婚姻」を念頭においたものであることになる。そして、ドイツ貴族協会の立法要請があったという記述が立法理由書に述べられていることから、1325a 条は、この要請に応えたものであると読み取れよう。それでは、以上の立法理由書の説明について、次は立法資料から検討する<sup>186</sup>。

---

<sup>185</sup> この協会は 1874 年に創設された団体であり、州部局（Landesabteilungen）と地方支部（Ortsgruppen）における約 1 万 5,000 の華族（Standesgenossen）を統合した最も大きな貴族団体である。参照：Sacher, Hermann (Hrsg.): Staatslexikon im Auftrag der Görres-Gesellschaft unter Mitwirkung zahlreicher Fachleute, Bd. 1, 5. Aufl., (Freiburg im Breisgau, 1926), S. 42.

<sup>186</sup> ナチス時代の法律は帝国政府が制定する政府立法であったため、ここにいう立法資料

1933年6月22日にドイツ貴族協会はヒトラーに謁見し、その際に立法要請の意見書を提出している<sup>187</sup>。協会は、まず歴史的貴族の利害を重視し、純粋な貴族を守るための活動が第三帝国で厳しく行われることを要請している。このような活動はドイツ貴族協会が行っても、それは協会内の活動にとどまるため、全ての貴族を対象とする活動とするには帝国政府の援助が必要であるという<sup>188</sup>。そして、貴族称号と家族名を平等としたヴァイマル憲法109条3項<sup>189</sup>によって、ヴァイマル憲法が施行される以前の1919年までは取得することができなかった貴族称号を無数の人が手に入れることができるようになったと指摘し<sup>190</sup>、その結果、貴族称号は「不潔で良俗に反する金銭行為の対象」<sup>191</sup>となったと主張している。このような氏の不正取引（*Namensschiebung*）には、特に養子縁組と婚姻締結が利用されているという<sup>192</sup>。

本論文の対象とする仮装婚については、氏の不正取引にのみ利用された仮装婚が、BGBでは真意が欠けていることを理由に当該婚姻を無効または取消にすることができないことを指摘し<sup>193</sup>、ドイツの貴族からユダヤ人とユダヤ混血の人を排除するために、次の立法要請を行っている<sup>194</sup>。1つ目の要請は、非嫡出子や貴族称号を得た後の婚姻によって生まれた嫡出子などに貴族称号が受け継がれることのない、ヴァイマル憲法以前の状態に戻ることである<sup>195</sup>。2つ目は、BGB1323条に仮装婚の取消（*Anfechtung*）を認める補足がなされることである<sup>196</sup>。3つ目の要請は、アーリア人ではない者が貴族称号を称してはならないというものである。そのため、19世紀から20世紀にかけてユダヤ人家族が貴族になるということ

---

とは、関係機関やヒトラーの間で交わされた書簡のことである。当時は後述の通り、1933年3月23日の全権委任法（授権法）によって立法権が帝国議会から帝国政府へ移されたため、議会や委員会の議事録といった公表資料が存在しない。この時代の立法資料はベルリンの連邦公文書館（*Bundesarchiv Berlin*—以下 *BArch.*）とウィーンのオーストリア国立公文書館（*Österreichisches Staatsarchiv*—以下 *ÖstA.*）に保存されている。この資料のどこを参照するかは、アイスフェルトの指摘に従った。またこの文献においても立法資料の検討がなされている：*Eisfeld, Scheinehe, 4・5章*。

<sup>187</sup> *BArch., Reichskanzlei (R43 II), Nr. 1554*（以下 *R43 II/1554*）, *Bl. 63-75*. またアイスフェルトによれば、帝国司法省へも意見書を送付している：*Eisfeld, Scheinehe, S. 111f.*

<sup>188</sup> *BArch., R43 II/1554, Bl. 64.*

<sup>189</sup> ヴァイマル憲法109条3項とは次の規定である。109条3項「出生又は門地による公法上の特権及び不利益取扱いは、廃止されるものとする。貴族の称号は氏名の一部としてのみ通用し、かつ、今後これを授与することはもはや許されない。」邦訳：高田敏＝初宿正典・編訳『ドイツ憲法集』（第7版）（以下、高田＝初宿・編訳『ドイツ憲法集』として引用）信山社（2016）、136頁。

<sup>190</sup> *BArch., R43 II/1554, Bl. 70.*

<sup>191</sup> *BArch., R43 II/1554, Bl. 71.*

<sup>192</sup> *BArch., R43 II/1554, Bl. 71.*

<sup>193</sup> *BArch., R43 II/1554, Bl. 71.*

<sup>194</sup> *BArch., R43 II/1554, Bl. 73.*

<sup>195</sup> *BArch., R43 II/1554, Bl. 73.*

<sup>196</sup> *BArch., R43 II/1554, Bl. 73.*

が生じたが、これは解消されて元に戻ることを切に願っている<sup>197</sup>。そして、貴族でない者が貴族称号を得る氏の変更について、1918年11月9日以降に行われたものは全て解消されるか、あるいは貴族称号の抹消によって是正されることを要請する。このような是正は、少なくともアーリア人ではない者が貴族称号を得た場合や、貴族称号を得るための氏の変更が不純な動機によるものである場合には行われるようにと要請している<sup>198</sup>。

以上の要請を実現するために、さらに協会は自らが主導的立場になる2つの要請を行っている。1つは、貴族に関するあらゆる問題について、ドイツ貴族協会の承認を要し、官庁への指令を発するにあたってはドイツ貴族協会と連携することである<sup>199</sup>。もう1つは、最終審で貴族称号の使用を認可する決定を行う上級裁判所の設置であり、これにはドイツ貴族協会が人選を提案するとしている<sup>200</sup>。

これらのドイツ貴族協会の要請に対して、ヒトラーは1933年6月30日の書簡で、帝国司法省に対して意見を求めた<sup>201</sup>。当時の帝国司法大臣ギュルトナー (Franz Gürtner) の返答は、1933年7月14日の書簡で次の通り述べられている<sup>202</sup>。ギュルトナーは、まずドイツ貴族協会の要請について、仮装養子縁組や仮装婚によって貴族名を取得した家族を排除しようとする点では、協会の要請は当然であると理解を示している<sup>203</sup>。したがって、いくつかある協会の要請のなかでも、この点については仮装婚を無効とする法律を考慮することが可能であるが、ただし、その法律は貴族に限定されない一般的な法律であるべきであった<sup>204</sup>。そして、協会のその他の要請については、貴族名を称する者がその貴族称号によって、人種上も道徳上も特別価値の高い人間であると明示することになるとの深い憂慮を示している<sup>205</sup>。

この返答を受けてヒトラーは、1933年10月に貴族名を取得する目的でのみなされた仮装婚は今後できる限り阻止すべきであり、できれば遡及効のある取消しとするべきであるとして、帝国司法省に帝国内務省と共同して対応を講じることを求めた<sup>206</sup>。また、その他のドイツ貴族協会の要請については、帝国司法省の提案に同意し、貴族に特別な権利を与えることになるとして拒絶した<sup>207</sup>。

以上の事実から、次のことがいえよう。立法理由書にはドイツ貴族協会からの立法要請に応じて、BGB1325a条が制定されたと読み取れる記述があり、確かにドイツ貴族協会から

---

<sup>197</sup> BArch.,R43 II/1554,BI.73-74.

<sup>198</sup> BArch.,R43 II/1554,BI.74.

<sup>199</sup> BArch.,R43 II/1554,BI.74.

<sup>200</sup> BArch.,R43 II/1554,BI.74-75.

<sup>201</sup> 1933年6月30日の書簡：BArch.,R43 II/1554,BI.79.

<sup>202</sup> BArch.,R43 II/1554,BI.80f.

<sup>203</sup> BArch.,R43 II/1554,BI.80.

<sup>204</sup> BArch.,R43 II/1554,BI.80.

<sup>205</sup> BArch.,R43 II/1554,BI.80.

<sup>206</sup> 1933年10月のメモ：BArch.,R43 II/1554,BI.93.

<sup>207</sup> BArch.,R43 II/1554,BI.93.



の立法要請はなされていた。しかし、ギュルトナーとヒトラーの意見交換から明らかな通り、協会が指摘する家族法上の仮装行為に対応が必要であることには同意するものの、一方で貴族を特別な地位にすることには懸念を示していることから、BGB1325a 条の制定は、結果的に協会の要請に応える形になったに過ぎず、ヒトラー達には協会の要請に応える意図はなかったということになる。

#### 第4款 ナチスの理論

それでは、BGB1325a 条はなぜ制定されたのか。その理由として第一に考えられるのは、優生学的観念に独自の精神を結びつけたナチス独特の世界観である<sup>208</sup>。ナチスにとって第一に重要なのは民族であり、個人よりも民族が優位にたち、国家すらも独自の政治的意義を有することはなく、ただ民族の組織形態としての意義を有するに過ぎなかった。ここにいう民族とは、同じ血によって結ばれた種族のことであり、なかでもアーリア人は全体のために自己犠牲を払うことを厭わないという精神が最も発達している文化創造者であり、反対に自己犠牲の精神が全くないユダヤ人は文化破壊者であるという。したがって、人類文化のほとんどはアーリア人によるものであり、アーリア人が死滅すれば人類文化も存在しないとする。こうしてナチスは、文化と結びつけて論じることで、アーリア人の優越性とユダヤ人の劣等性を主張するのである。

そして、あらゆる動物は同種の仲間との間に子孫をなすことから、種の純粋性を保持することは自然の本能であり、自然の法則であるという。そのため、優秀種族と劣等種族の結合は自然の摂理に反することであって、優秀種族の水準の低下を招き、肉体的精神的退歩を招くという。そして古い文化が滅びたのは、アーリア人が多民族と混交することで血の純粋性を失い、種族水準が低下したためであるという。こうして民族にとっては「血」が重要であり、特にその「純粋性」が重視されるというのである。こうして民族、とりわけアーリア人には、純粋な血を維持することが要請されることになる。

この民族は、同時に共同体という機能も果たしていた。国家という存在よりも民族という存在を重視するナチスにとって、それは当然の帰結であった。民族共同体 (Volksgemeinschaft) とは観念的な存在ではなく、現に生きた存在であって、それはドイツ民族であり、アーリア人である。民族共同体は単に人を結合させる外部的枠組みではなく、共同体精神 (Gemeinschaftsgeist) の共有という内部的紐帯によって人々が結合する共同体である。共同体精神は、同一民族の間でのみ生じることが可能である。なぜなら、民族の素質が同一であることによるのみ、同一の思考・感情・行動という協同が可能であるからである。こうしてナチスは、民族共同体を現実に基礎づけられた生きた存在として捉え、その一員を民族同胞 (Volksgenosse) と呼称した。ナチスにとっては、優秀種族であるアーリア人のみが存在することが民族共同体の維持に不可欠と考えられたため、「アーリア人の血の

---

<sup>208</sup> 以下のナチスの世界観についての記述は、次の文献による：俵静夫『ナチス国家の理論』有斐閣（1945）、23-56頁。

「純粋性の維持」を何よりも重視することになったのである。このような考え方は、ナチスが自らのイデオロギーを表したナチ党綱領 25 条に表されている。ナチ党綱領 4 条「民族同胞たる者に限り、国家公民たることができる。信仰のいかんを問わず、ドイツ人の血統をもつ者に限り、民族同胞たることができる。したがって、ユダヤ人は民族同胞たることを得ない」<sup>209</sup>という条項は、ユダヤ人の劣等性と血の純粋性というナチスの観念を最もよく表す条項である。

このような独特の世界観をもつナチスは、婚姻と家族についてもやはり独特の観念を有していた<sup>210</sup>。民族共同体の維持のために「アーリア人の血の純粋性の維持」が不可欠とするナチスにとって、婚姻と家族は民族共同体の基礎であり、民族共同体の価値と存在を左右するものであった。とりわけ婚姻には「種及び人種の維持並びに増加」という意味と目的があり、しかもそれは婚姻の唯一の意味と目的であるという。そのため、婚姻には「遺伝的に健全で人種的に価値ある子供の産出」が求められた。

実際、ドイツ法アカデミーの家族法委員会委員長メスマー（Möbmer）は、「婚姻とは民族共同体によって認められ、相互の誠実、愛、尊敬に基づく継続的な 2 人の生活共同体であり、婚姻の目的は夫婦の和合した共同作業による公共福祉の保持と促進、および健全な子の産出と育成である」と述べている<sup>211</sup>。もっとも、「遺伝的に健全で人種的に価値ある子供の産出」は婚姻外でも可能であるが、遺伝的人種的に健全な素質の継承を管理する必要から、婚姻という制度がとりわけ重要なものとなった。このように婚姻を理解するナチスにとって、婚姻は当事者間の自由意思に基づくものではなく、民族共同体という全体に資する制度であった。

以上のナチスの観念を踏まえて BGB1325a 条に目を転ずると、その立法理由は次の通りに述べられよう。すなわち、「遺伝的に健全で人種的に価値ある子供の産出」という目的を掲げるナチスにとって、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だった。BGB1325a 条の立法理由は、理由書にある貴族保護のためではなかったのである。この「民族共同体に資する婚姻のみを保護する」という姿勢は、後にドイツ民族の血統を保護するためにユダヤ人との婚姻と性的交渉を禁止した 1935 年 9 月 15 日の血統保護法（Blutschutzgesetz）と、優生学的理由による婚姻禁止を定めた

---

<sup>209</sup> ワルター・ホーフナー（救仁郷繁・訳）『ナチス・ドキュメント』ペリかん社（1975 年）、41 頁。

<sup>210</sup> 以下のナチスの婚姻観・家族観についての記述は、次の文献による：我妻栄「ナチスの私法」我妻栄・編『ナチスの法律』日本評論社（1934 年）33 頁以下、79 頁；ティロ・ラム「ナチズムにおける家族法とユーゲント法」H. ロットロイナーほか・編、ナチス法理論研究会・訳『法、法哲学とナチズム』みすず書房（1987 年）111 頁以下、113 頁；南利明『ナチス・ドイツの社会と国家 民族共同体の形成と展開』勁草書房（1998 年）、279-286 頁。

<sup>211</sup> Maßfeller, Anmerkung zum Beschluß des KG vom 23.10.1936, in: StAZ 1937, S. 101ff., S. 103.

1935年10月18日の婚姻健全法（Ehegesundheitsgesetz）<sup>212</sup>によって決定的に打ち出されることになった。そしてナチスは、この姿勢をやがて併合したオーストリアにも通用させるのである。

## 第2節 1938年仮装婚規定

ナチスは1938年3月にオーストリアを併合し、この併合を契機としてBGB第4編に定められた婚姻と離婚の規定を廃止し、それらを新たに制定した婚姻法（Ehegesetz）<sup>213</sup>によって別途規定した<sup>214</sup>。ナチスにとっては民族共同体の存続維持のために婚姻にはとりわけ高い意義が認められているため<sup>215</sup>、ドイツとオーストリア両国の婚姻締結法と離婚法を統一する必要が生じたのである<sup>216</sup>。制定された新たな婚姻法では、仮装婚についての規定も修正されており、婚姻法23条として次のように規定された<sup>217</sup>。

### 1938年婚姻法23条

「婚姻生活共同体が創設されることなく、専らあるいは主に、妻に夫の氏の使用もしくは夫の国籍の取得を可能にする目的のために婚姻が締結された場合、婚姻は無効である。

しかし夫婦が婚姻締結後5年間、または夫婦の一方がそれ以前に死亡した場合には、少なくとも死亡まで3年間夫婦として共同生活していた場合、婚姻は初めから有効とみなす。ただし、5年の満了時または夫婦の一方の死亡時に無効の訴えが提起されている場合、この限りではない」。

これにより、家名婚に加えて「国籍取得のための婚姻（Staatsangehörigkeitsehe：以下「国籍婚」と略記する）」も無効とされた<sup>218</sup>。1項では、婚姻無効の要件として「婚姻生活

---

<sup>212</sup> 婚姻健全法については、以下の文献を参照：谷口知平「ドイツ婚姻健全法」民商法雑誌5巻1号200頁以下（1937年）。

<sup>213</sup> RGL., I 1938,S.807.

<sup>214</sup> 参照：西村剋「新独逸婚姻法」法学協会雑誌57巻9号69頁以下（1939年）、69-70頁。

<sup>215</sup> Volkmar,Erich:Das neue Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht,in:DJ 1938,S.1118ff.,S.1118.

<sup>216</sup> DJ 1938,S.1102;谷口知平「ドイツの新婚姻法（一九三八年七月六日法）」民商法雑誌8巻5号198頁以下（1938年）、198-199頁；門坂正人「西ドイツ婚姻法の発展」大阪経大論集68号79頁以下（1969年）、79頁。

<sup>217</sup> RGL., I ,S.809.

<sup>218</sup> 以下の1938年婚姻法23条の解説は、次の文献による：

Anz,Heinrich:Eheschließung,Ehenichtigkeit und Eheaufhebung nach dem Gesetz vom 6. Juli 1938,in:JW 1938,S.2069ff.;Volkmar,DJ 1938,S.1118ff.;Volkmar,Erich;Hans Autoni;Ernst Ludwig Rexroth;Hans G. Ficker;Heinrich Anz:Großdeutsches Eherecht.Kommentar zum Ehegesetz vom 6. Juli 1938 mit sämtlichen Durchführungsvorschriften,(München u.Berlin,1939), (以下、Volkmar/Anz,Großdeutsches Eherecht として引用) ,S.105f.

共同体が創設されないこと」および「婚姻の目的が専らあるいは主に氏取得もしくは国籍取得である」という2点が定められている。このうち、最も重要な要件とみなされたのは「婚姻生活共同体が創設されないこと」であり、とりわけ「婚姻生活共同体創設への意思の欠缺」という点が重視された。この意思欠缺は、婚姻締結時に夫婦双方に必要とされた。したがって、妻のみが意思欠缺であった場合や、妻の意思欠缺を夫は知っていたが、夫には婚姻生活共同体への意思があった場合には、婚姻は有効であった。反対に、婚姻締結時に夫婦双方とも婚姻生活共同体への意思がなければ、後に不純な動機をあきらめて婚姻生活共同体を創設した場合でも婚姻は無効であった。

また BGB1325a 条と同様に、婚姻法 23 条による婚姻の無効は婚姻無効の訴えによるものとされ、この訴えは婚姻法 28 条 1 項によって検察官のみが提起できるものとされた。これは、重要な民族の利害または公の秩序に反することを理由に婚姻を無効とするため、第一に検察官が出訴権者とされ、さらに家名婚と国籍婚の場合は利己的な目的を追求するために婚姻を意識的に濫用した点が問題であるため、当事者夫婦は出訴権者とされなかったためである。

他方、婚姻無効の訴えには BGB1325a 条の場合とは異なる点もあった。BGB1325a 条では、婚姻が一方配偶者の死亡または離婚によってすでに解消していた場合、濫用防止法 2 条 2 号により婚姻無効の訴えではなく、無効確認の訴えを提起するものとされていた。これに対して 1938 年婚姻法では、このような場合でも婚姻無効の訴えを提起することとされた。これは婚姻法 27 条によって、婚姻が無効の訴えに基づく裁判所の判決によって無効と宣告されない限り、何人も婚姻の無効を主張できないと修正されたためである。ただし、配偶者双方が死亡した場合には、28 条 3 項により、もはや無効の訴えを提起することができなかった。しかし子が存在する場合には、検察官は子に対して非嫡出子であることを確認する訴えを提起することができた (29 条 3 項)。子は、夫婦のいずれかが生存中は婚姻が 23 条によって無効と宣告されて初めて非嫡出子とされたが (29 条 1 項)、配偶者双方が死亡した場合は婚姻無効の訴えが不可能となるため、子に対して確認の訴えがなされるのである。そして非嫡出子であることが確認されて初めて、第三者は子が非嫡出子であることを主張することができた (29 条 2 項)。

このように、仮装婚規定は 1933 年 BGB1325a 条から 1938 年婚姻法 23 条へと姿を変え、適用対象も家名婚に加えて国籍婚にも拡大された。このような規定がなぜ制定されたのか、次に立法理由を検討する。

#### 第 1 款 立法理由

婚姻法 23 条が新たに国籍婚という無効原因を加えた理由は、立法理由書に次のように述べられている。まず、この法律は第一にオーストリアと帝国で通用する婚姻締結法と離婚法

を統一するためであるという<sup>219</sup>。そして婚姻法 23 条については、次の通り述べている<sup>220</sup>。

「1933 年 11 月 23 日の婚姻締結の際の濫用に対する法律 (RGBl., I S.979) 1 条により BGB に導入された、家名婚の無効を扱う 1325a 条は、23 条により婚姻が専らまたは主に、妻に夫の国籍を取得させる目的のために締結された事例にも拡大される。このような明文による適用範囲の拡大は、とりわけオーストリアの当局 (Stelle) によって望まれたことである。なぜならオーストリアでは、オーストリア国籍の取得によってウィーンでの職業定住の可能性を得るために、望ましくない外国人女性が形式婚姻 (Formehe) を成立させる事態が頻繁に生じていたからである」。

この他の理由として立法理由書には、この適用範囲の拡大はドイツ帝国にとっても意味があるということが述べられている。なぜなら、すでに BGB1325a 条が国籍婚へ類推適用されるのか疑いが浮上していたため、この点を明確にする意味があるというのである<sup>221</sup>。

以上の記述から、婚姻法 23 条の立法理由は次の 3 点に集約できよう。1 つは、オーストリア併合による法の統一の必要性、2 つ目はオーストリアのウィーンにおける国籍婚の頻発、3 つ目はドイツにおいて BGB1325a 条が国籍婚へ類推適用できるか疑いが生じていたという事実である。それでは、これらの事実が実際に立法理由となったのかを次に検討する。

まず 1 つ目のオーストリア併合による法の統一の必要性について、これは疑いのない事実である。ドイツとオーストリアでは婚姻制度が異なっていたため、ナチス国内でなされる婚姻の要件や方式を統一する必要があった。このことは、ナチス国家におけるあらゆる民族生活の基礎として、婚姻が重大な意義を有するという認識からなされたものであった<sup>222</sup>。したがって、確かに 1938 年の婚姻法改正はオーストリア併合を契機になされたものであったのである。

それでは、2 つ目のウィーンにおける国籍婚の頻発については、どうであろうか。今日の研究では、ウィーンにおける国籍婚の頻発という事実は、1938 年婚姻法についての帝国司法省の書類にもオーストリア法務省の書類にも該当する記載がないとされている<sup>223</sup>。さらに立法資料を検討すると、むしろオーストリアでは仮装婚を法律で規制することに否定的であったことが明らかになる。

ウィーンにおける仮装婚についての管轄は、オーストリア連邦総理府 (Bundeskanzleramt) 第 6 部局にあった。連邦総理府は併合前の 1938 年に国籍法の草案 6 条 1 項 2 文前段で、外国人女性が国籍 (Bundesbürgerschaft) を取得するためにのみ仮装婚を成立させたという理由によって受け入れられない場合、婚姻締結によって国籍を取得しないと規定した<sup>224</sup>。この規定の草案理由には、外国人女性の中でも特に女子大学生が、

---

<sup>219</sup> DJ 1938,S.1102.

<sup>220</sup> DJ 1938,S.1105.

<sup>221</sup> Ebd.

<sup>222</sup> DJ 1938,S.1102; Volkmar,DJ 1938,S.1118.

<sup>223</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.144.

<sup>224</sup> オーストリアの立法資料には細かい整理記号がついていないため、そのまま引用す

国籍を取得して就職の可能性を確保するために、婚姻生活共同体を引き受ける意思が全くない相手方と仮装婚を行うという事態が指摘されている<sup>225</sup>。

連邦総理府は1938年2月15日にこの草案理由を公表すると、複数の連邦大臣、州政府首相(Landeshauptmannschaft)、ウィーンの市町村参事会(Wiener Magistrat)へ意見を求めた。これに対しては様々な異論が寄せられており、全面的賛成という見解はなかった。例えば、オーバーエスターライヒの州政府首相は、仮装婚であるという基準としてどのような状況が考慮されるのかを少なくとも命令という方法で明確にしなければ、管轄権ある行政官庁が確認するのに困難であるという意見を送付した<sup>226</sup>。また、ウィーンの市町村参事会は1938年3月1日の書簡において、無国籍となる事態や両性の合意に基づく仮装婚の届出といった事態が生じることへの懸念を示している<sup>227</sup>。さらにオーストリア連邦法務省は、外国人妻の国籍が主観的評価に左右されるという指摘をした<sup>228</sup>。

このように、すでに併合前に国籍婚に対処する仮装婚規定は考えられていたが、オーストリアでは仮装婚規定に対して慎重な姿勢であった。したがって、立法理由書で述べられたようにオーストリアで仮装婚規定の適用拡大が求められていたのかは、疑わしいと言わざるを得ない。少なくとも立法資料から、立法理由書にあるような積極的な働きかけが行われたことが明らかにならないのである。

それでは、3つ目の「ドイツにおいてBGB1325a条が国籍婚へ類推適用できるか疑いが生じていたという事実」はどうであろうか。立法資料には、この「疑い」にあたると思われる事例についての頻繁な交信が残されている。それはドイツ人男性とオーストリア人女性が1935年3月27日に締結した婚姻であり、当該婚姻は初めから婚姻生活共同体を一度も意図せず、むしろ女性に職業的売春による国外退去を回避させて他の男性との恋愛関係を継続させるために、女性にドイツ国籍を取得させた仮装婚ではないかと疑われた事例であった。そのため検事長がBGB1325a条に基づいて、婚姻無効の訴えを提起したのである。

この事例の経緯は、ライヒ裁判所検事長から帝国司法省への1937年10月29日の書簡に述べられている<sup>229</sup>。それによれば、LG Stuttgartは1937年6月24日の判決で、婚姻締結の際に女性に男性名を取得させることが重要な目的ではなかったことを確認しながら、BGB1325a条の類推適用を認めた<sup>230</sup>。これに対して女性が控訴し、婚姻は氏取得のためではなく国籍取得のためであったから、1325a条にはあたらないと主張した。OLG Stuttgart

---

る。ÖstA.,Archiv der Republik(AdR);Bundeskanzleramt(BKA);Abteilung6,238.193/1937,in:141.258/1938,Sign.40.

<sup>225</sup> Ebd.草案理由の4頁。

<sup>226</sup> Ebd.オーバーエスターライヒの州政府首相からの1938年2月24日の書簡。

<sup>227</sup> Ebd.ウィーンの市町村参事会からの1938年3月1日の書簡4頁。

<sup>228</sup> Ebd.オーストリア連邦法務省からの1938年3月8日の書簡。

<sup>229</sup> BArch.,Reichsministerium der Justiz(R3001/R22),Nr.454(以下R22/454),Bl.177-179.

<sup>230</sup> BArch.,R22/454,Bl.177.

は 1937 年 9 月 13 日の判決<sup>231</sup>で、婚姻無効原因を定める BGB1323 条に国籍取得という無効原因がないことに注目し、原審を破棄して検事長の婚姻無効の訴えを棄却した<sup>232</sup>。これに対し検事側が「婚姻締結によって道徳的法的に非難すべき効果が意図された事例全てに BGB1325a 条が適用されなければならない」として、ライヒ裁判所へ上告したのであった<sup>233</sup>。

上告後、ライヒ裁判所検事長は上記 1937 年 10 月 29 日の書簡で、BGB1323 条「婚姻は 1324 条から 1328 条の場合に限り無効である」の「限り」という文言によって類推適用は完全に排除されると自身の見解を述べたうえで、OLG の見解は妥当と思われるので上告を取り下げようと思うが、帝国司法省はどのように考えるかと意見を求めた<sup>234</sup>。これに対して帝国司法大臣ギュルトナーは、1937 年 11 月 24 日のライヒ裁判所検事長宛の書簡において、次のような見解を示した<sup>235</sup>。「妻にとって婚姻締結による国籍取得は必然的に夫の氏の取得と同時に生じるのであり、それゆえ婚姻締結者双方は仮装婚創設の際にこの法的効果もひき起こす意思であった」<sup>236</sup>。そのため、「国籍取得という目的のために締結された婚姻も、婚姻生活共同体が初めから創設されないあらゆる婚姻と同様に、単なる家名婚に過ぎない」<sup>237</sup>。そして BGB1325a 条によって家名婚が無効とされる以上、婚姻成立の際に婚姻締結者双方が氏取得という不純な意思に加えて、さらに別の不道徳な動機を有する国籍婚は、なおのこと無効でなければならないという。こうして帝国司法大臣は、ライヒ裁判所検事長に上告を取り下げず、この見解を上告理由にしてライヒ裁判所にこの問題について態度を明確にさせるようにと要請した<sup>238</sup>。

ライヒ裁判所第 4 民事部は 1938 年 4 月 7 日判決において、国籍婚へ BGB1325a 条を類推適用することを認めた<sup>239</sup>。ただし、その理由は帝国司法大臣の見解とは異なるものであった。ライヒ裁判所は、婚姻によって氏を取得する意思それ自体は道徳的に非難すべきこととは認められず、道徳的に非難すべきかの判断は氏取得以外の別の目的によってなされるべきであるとした<sup>240</sup>。しかし 1325a 条は家名婚を全て無効としているため、この規定は婚姻の道徳性を問題にしていない<sup>241</sup>。こうしてライヒ裁判所は、BGB1325a 条は不道徳な目的のために締結された全ての仮装婚を無効とする規定であるという、帝国司法大臣の見解と

---

<sup>231</sup> Ebd.

<sup>232</sup> BArch.,R22/454,Bl.178.

<sup>233</sup> BArch.,R22/454,Bl.179.

<sup>234</sup> Ebd.

<sup>235</sup> BArch.,R22/454,Bl.182f.

<sup>236</sup> BArch.,R22/454,Bl.182.

<sup>237</sup> BArch.,R22/454,Bl.183.

<sup>238</sup> Ebd.

<sup>239</sup> BArch.,R22/454,Bl.194-200.この判例については、宮崎・前掲書、127-128 頁にも述べられている。

<sup>240</sup> BArch.,R22/454,Bl.197f.

<sup>241</sup> BArch.,R22/454,Bl.198.

同一の上告理由を否定した<sup>242</sup>。そのうえで、国籍婚は家名婚と次の 3 点で類似していると指摘する。第一に、仮装婚が重大な濫用の危険を伴い、実際に第一次世界大戦後に濫用された点である。第二に、婚姻による目的達成を阻止しても、別の方法〔帰化〕によって達成することが可能である点である。第三に、国籍取得のみを目的としても、他の法的効果も受け入れなければならないという 3 点である。このように国籍婚は家名婚と利益状況が合致するので、類推適用できるとしたのであった<sup>243</sup>。また、婚姻無効原因の限定列举を定める BGB1323 条もこの類推適用を妨げないという。なぜならこの規定は、婚姻締結に BGB 総則の規定を適用することを阻止する意図であるに過ぎず、特別規定を法と類似した法律事実へ類推適用することまで阻止する意図ではないからである<sup>244</sup>。こうしてライヒ裁判所は、結果的に国籍婚への類推適用を認めるという帝国司法大臣と同一の結論に達したが、その理由づけでは大臣の見解を否定したのであった。

帝国司法省はこのライヒ裁判所の理由を問題視した。1938 年 5 月 13 日にライヒ裁判所事務官と電話交渉を行って判決の公表延期を求め、関係者が直接接触するまで公表は延期することが取り決められた<sup>245</sup>。続いて帝国司法大臣からライヒ裁判所長へ 1938 年 6 月 2 日に書簡が送付され、ここでも判決理由を全て公表することは控えるようにとの要請がなされている<sup>246</sup>。ここで大臣はその理由を 2 つ挙げている。1 つは、家名婚それ自体が道徳的に非難すべきであるという理由である。婚姻が専らまたは主に妻に夫の氏を取得させるという目的のために締結され、実際の婚姻生活共同体は意図されないという場合でも、氏取得という意思「それ自体」は道徳的に非難すべきではないというライヒ裁判所の見解は、今日の見解とも BGB1325a 条の精神とも合致しないという。なぜなら、家名婚「それ自体」が道徳的に非難すべきである故に無効になるからである。ライヒ裁判所が述べるように道徳的に正当化される家名婚が無効になるということは考えられない<sup>247</sup>。もう 1 つの理由は、家族法の領域でどのような処置が差し迫って必要とされ、その実行のために必要な規定はどのように定められるかという決定は、立法者だけの義務であるという理由である。したがってライヒ裁判所が今日の見解と合致しない法律の解釈を述べたことは、帝国政府の立法者を非難する意思であるとみなされるだろうと警告する<sup>248</sup>。

この結果、ライヒ裁判所は 1938 年 6 月 27 日の帝国司法大臣宛の書簡で、第 4 民事部はライヒ裁判所決定集での判決の公表を見合わせるとの決定を報告した<sup>249</sup>。その後、この判決は判決文から「不道徳な目的のために締結された全ての仮装婚は無効でなければならないということ BGB1325a 条から引き出すことはできない」という旨の箇所が省略されたう

---

<sup>242</sup> Ebd.

<sup>243</sup> BArch.,R22/454,Bl.199f.

<sup>244</sup> BArch.,R22/454,Bl.200.

<sup>245</sup> 1938 年 5 月 13 日のメモ : BArch.,R22/454,Bl.193.

<sup>246</sup> BArch.,R22/454,Bl.203-205.

<sup>247</sup> BArch.,R22/454,Bl.205.

<sup>248</sup> BArch.,R22/454,Bl.205.

<sup>249</sup> BArch.,R22/454,Bl.208.



えで、雑誌に掲載された<sup>250</sup>。以上の交信記録から、立法理由書にある「ドイツにおいて BGB1325a 条が国籍婚へ類推適用できるか疑いが生じていた」という事実は、この事例をめぐる議論を指すものといえるであろう。

さらに立法資料を検討すると、立法者が想定していた 23 条の適用範囲も明らかになる。帝国司法省局長からドイツ法アカデミーの家族法委員会委員長メスマー宛の 1938 年 4 月 29 日の書簡には、婚姻法草案とその理由が述べられている<sup>251</sup>。この中で 23 条の理由は、「この規定の幅広い拡張、特に一般条項の採用は見合わされた。なぜならこの場合、健全な民族の感覚によれば即座に拒絶されるべきでない婚姻（臨終婚、老齢の主人とその家政婦との婚姻締結）も無効とされる危険がある」ためであると説明されている<sup>252</sup>。この拒絶理由から、立法者は全ての仮装婚を無効と考えていたのではなく、「健全な民族の感覚」を基準として仮装婚を無効とする意図であったことが明らかになる。もっとも、健全な民族の感覚とは具体的に何であるかは、資料には述べられていない。そのため結局のところ 23 条の適用範囲は曖昧となるのであった。

## 第 2 款 学説・判例

婚姻法 23 条をめぐる学説では、ここでも BGB1325a 条と同様に、無効となる婚姻は文言通り家名婚と国籍婚に限定されるのか、それとも他の仮装婚にも適用できるのかという適用範囲についての議論がなされた。他の仮装婚にも適用可能であるとする学説は、婚姻法 23 条の「主に」という文言に注目している。もっとも、婚姻法 23 条が家名婚と国籍婚をわざわざ列挙していることから、健全な民族の感覚によれば即座に拒絶されない婚姻も無効とされる危険を回避するために、一般的な仮装婚規定とはされなかったことは認めている。それでも他の仮装婚に適用可能とする理由については、配偶者双方が婚姻生活共同体の創設を意図することなく、婚姻がある不純な目的を達成するために、取り決め通りに婚姻の外観をつくるために締結されたに過ぎない場合は、実際には家名婚に含まれる事例であるという説明や<sup>253</sup>、利己的な目的のための婚姻の濫用という点では家名婚や国籍婚と同じ事情にあるといった説明がなされた<sup>254</sup>。具体的に適用可能な婚姻として挙げられた事例は、「売春婦と売春斡旋者との婚姻」<sup>255</sup>、「妻が外部に対して名誉を回復させるための婚姻」<sup>256</sup>、「子に嫡出性を付与するための婚姻」<sup>257</sup>である。これとは反対に、婚姻法 23 条の適用範囲を家名婚と国籍婚のみに限定する見解も主張された。ここでは 23 条の「専ら」という文言が重視されている。23 条がわざわざ「氏取得」と「国籍取得」を挙げていることから、立

<sup>250</sup> JW 1938,S.1724f.

<sup>251</sup> BArch.,R22/463,Bl.37ff.

<sup>252</sup> BArch.,R22/463,Bl.58.

<sup>253</sup> Volkmar/Anz,Großdeutsches Eherecht,S.105.

<sup>254</sup> Anz,JW(1938),S.2075.

<sup>255</sup> Volkmar/Anz,Großdeutsches Eherecht,S.106.

<sup>256</sup> Ebd.

<sup>257</sup> Ebd.

法者が一般的な仮装婚規定を設けることを断念したことは明らかであるため、この例示は限定列举であると主張するのである<sup>258</sup>。

このように、婚姻法 23 条の適用範囲についての学説の議論は、条文の趣旨と文言のどちらを重視するかによって異なる見解が主張された。しかし今日では、BGB1325a 条の時とは反対に、家名婚と国籍婚以外の他の仮装婚にも類推適用できるとするのが支配的な見解であったと理解されている<sup>259</sup>。

判例においても、婚姻法 23 条の適用範囲は一貫しなかった。婚姻法 23 条の類推適用を否定した判例として、ライヒ裁判所 1943 年 4 月 21 日判決がある<sup>260</sup>。ここでライヒ裁判所は「生まれてくる子に嫡出性を付与するための婚姻」に 23 条を適用することを否定した。なぜなら、この婚姻では妻に夫の氏を取得させることが夫婦にとって決定的に重要なことではなかったからである。さらに、ライヒ裁判所は家名婚を最初に無効とした BGB1325a 条の公式理由書に立ち返り、そもそも 1325a 条は当時生じていた氏の悪徳商売という不都合を除去するために設けられたのであって、立法者は望ましくない婚姻を一般に無効とすることは意図しなかったと指摘する。そして 1938 年婚姻法 23 条が国籍婚という無効原因を追加していることから、国籍婚という特別事例を除いて、立法者は当初の規定を拡大する国家政策上の必要性を認めなかったと述べる。

他方、この判決とは反対に 23 条の類推適用が認められた判例も存在し、それは確認できるもので 2 例ある<sup>261</sup>。1941 年 12 月 16 日の LG Hohensalza の判例は、ウクライナ人男性とドイツ民族の女性との婚姻を争ったものである。この婚姻は、男性が逮捕されることを免れるためにロシアからの出国とドイツへの入国を可能にする目的のためにのみ締結されたものであり、あらかじめ男性がロシア領土を離れたら即座に婚姻を解消することが取り決められていた。そして実際に婚姻生活共同体が創設されることはなく、性的交渉がもたれることも一度もなかった。この事例に対して裁判所は、婚姻法 23 条の「国籍取得」という要件を「国籍取得者が国籍に基づいて待遇改善されることを意図すること」と解釈し、したがって婚姻法 23 条の無効要件は「婚姻生活共同体への意思の欠缺」と「国籍に基づく待遇改善の意図」の 2 点であるとした。そして本事例は、両者とも存在するので、婚姻法 23 条で扱われているものと類似した事例であるとした<sup>262</sup>。

---

<sup>258</sup> Stölzel, Otto: Personenstandsgesetz nebst Ergänzungen und Erläuterungen, 5. Aufl., (Berlin, 1939), S. 398; Scanzoni, Gustav von: Das großdeutsche Ehegesetz vom 6. Juli 1938, 3. Aufl., (Berlin, 1943), S. 45; ders., Anmerkung zum Urteil des RG vom 21. 4. 1943, in: DR 1943, S. 848.

<sup>259</sup> Einfeld, Scheinehe, S. 155.

<sup>260</sup> RG, DR 1943, 847. この判例では、1935 年 6 月 4 日に締結された婚姻が争われているため BGB1325a 条の適用可能性も論じられ、婚姻法 23 条と同じく適用が否定されている。また、この判例については RGZ 171, 79 にも収録されており、宮崎・前掲書、129-130 頁にも挙げられている。

<sup>261</sup> LG Hohensalza, DJ 1942, 769 [裁判種別の記載なし] ; LG Litzmannstadt, DJ 1942, 770 [裁判種別の記載なし] .

<sup>262</sup> LG Hohensalza, DJ 1942, 770 [裁判種別の記載なし] .

もう1つの類推適用を認めた判例は、1941年12月17日のLG Litzmannstadtの判例である。これは、ロシア系移住者がドイツへの移住を可能にするためにドイツ系移住者と婚姻を締結したという事例であった。この事例でも夫婦は婚姻生活共同体の創設を意図せず、また実際に創設しなかった。裁判所は、ドイツへの移住を可能にするためにのみ婚姻が締結されたことと、婚姻生活共同体を創設する意思がないことから、婚姻法23条によって無効とした<sup>263</sup>。

このように1938年婚姻法23条は、少なくともドイツにとっては国籍婚への類推適用を明確にし、健全な民族の感覚に基づいて他の仮装婚も無効とするために立法された規定であるといえる。しかし、具体的な適用範囲は「健全な民族の感覚」が明確ではないため、BGB1325a条と同様に見解が分かれてしまい、かえって曖昧な規定となったのであった。

### 第3節 戦後の仮装婚規定

第二次世界大戦が終結してナチス政権が崩壊すると、ナチス時代への反省と反発から、多くの法律が改正された。こうした状況下で仮装婚規定もナチスとの関連性が指摘されて否定されていったのである。以下では、戦後の仮装婚規定がどのように廃止されたのかを検討する。

#### 第1款 1946年婚姻法

連合国管理委員会は1946年2月20日に管理委員会法律第16号婚姻法を制定し<sup>264</sup>、これは同年3月1日に施行された<sup>265</sup>。1938年婚姻法は、1946年婚姻法79条によって廃止され、仮装婚規定については1946年婚姻法19条として、次のように改正された。

#### 1946年婚姻法19条

「婚姻生活共同体が創設されることなく、専らあるいは主に、妻に夫の氏の使用を可能にする目的のために婚姻が締結された場合、婚姻は無効である。

しかし夫婦が婚姻締結後5年間、または夫婦の一方がそれ以前に死亡した場合には少なくともその死亡まで3年間、夫婦として共同生活していた場合、婚姻は初めから有効とみなす。ただし、5年の満了時または夫婦の一方の死亡時に無効の訴えが提起されている場合は、この限りでない」

この規定によって、国籍婚という婚姻無効原因は廃止され、家名婚のみが無効原因として存続することとなった。国籍婚という無効原因の廃止について、米英軍事政権の法務局員は

---

<sup>263</sup> LG Litzmannstadt, DJ 1942, 770 [裁判種別の記載なし]。理由は資料からは詳らかでない。

<sup>264</sup> BGBl., III, S. 4.

<sup>265</sup> BGBl., III, S. 12.

「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」という理由を挙げている<sup>266</sup>。したがって米英軍事政権は、1938年婚姻法23条をナチスの人種差別政策と関連する規定とみなして、国籍婚という婚姻無効原因を削除したのであった。学説では、この19条が家名婚のみを無効とするため、最初に家名婚を無効としたBGB1325a条当初の規定に立ち返った規定と解釈した<sup>267</sup>。国籍婚については、現在の状況下ではドイツ国籍取得への要望は大して大きくないうえ、国籍取得に障害があってはならないため、有効とみなさなければならないとされたと解釈されている<sup>268</sup>。

婚姻法19条の無効要件は2つあり、1つは「婚姻生活共同体が創設されないこと」、もう1つは「婚姻の目的が専らあるいは主に、妻が夫の氏を取得することにある」ことである<sup>269</sup>。このうち、1つ目の「婚姻生活共同体が創設されないこと」については、ここでは「夫婦が全く婚姻生活共同体を創設しないか、あるいは完全な意味での婚姻生活共同体を創設しないことについて合意していること」と解釈された。ここにいう「完全な意味での婚姻生活共同体」とは、生涯にわたる継続的な共同生活とされた。婚姻法19条にある2つの要件は、両者とも婚姻締結時に夫婦双方に存在しなければならないとされた。夫婦双方が氏取得を意図していなければならないため、妻のみが密かに意図していたという場合には、この要件は満たされないのであった。この19条による無効は、BGB1325a条および1938年婚姻法23条と同様に、無効の訴えによってのみ主張され得るとされた。ただし、無効の訴えの出訴権者はこれまでとは異なり、1946年婚姻法24条1項により、検察官のみならず配偶者双方にも無効の訴えが認められることになった。

## 第2款 学説・判例

学説の議論では、やはり19条においても家名婚以外の仮装婚にも適用できるのかということが争点となった。家名婚以外の仮装婚にも適用可能であると主張する学説は、家名婚を無効とする19条の趣旨に注目している。シュヴィマン (Michael Schwimann) は、最初に家名婚を無効としたBGB1325a条にまで遡って19条の成立史を検討し、BGB1325a条が制定された1933年当時とは状況が変わっていることに注目している<sup>270</sup>。そして、1933年

<sup>266</sup> Etzel, Matthias: Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948), (Tübingen, 1992), S.90.

<sup>267</sup> Dölle, Hans: Familienrecht. Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bd.1, (Karlsruhe, 1964), (以下、Dölle, Familienrecht, Bd.1と略記する), §12 I 1 (S.142).

<sup>268</sup> Ebd.

<sup>269</sup> 以下の1946年婚姻法19条についての解説は、次の文献による: Godin, Reinhard Freiherr von u. Hans Freiherr von Godin: Ehegesetz vom 20. Februar 1946 mit Abdruck der noch in Kraft befindlichen Bestimmungen der Durchführungsverordnungen zum Ehegesetz vom 6. Juli 1938, 2. Aufl., (Berlin, 1950), (以下、Godin, Ehegesetzと略記する), S.48ff.; Erman, Walter (Begr.): Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2, 6. Aufl., (Münster, 1975), S.2293f. (Hefermehl).

<sup>270</sup> Schwimann, Michael: Zur Auslegung des §19 Ehegesetz

当時との状況変化を考えれば、19条の類推適用という方法によらなくても、仮装婚すべてを家名婚の事例に含めることができるという。つまり、当事者の意思にかかわらず婚姻の法的効果は全面的に発生することから、当事者が法的効果の一部のみを求めても夫の氏を取得させる効果は自動的に発生するため、全ての仮装婚は家名婚といえるというのである。この考え方は、BGB1325a条が国籍婚へ適用できるかという問題に対して、帝国司法大臣ギュルトナーが示した見解と同一である。また、婚約者が氏取得以外の法的効果を追求した場合も、婚姻生活共同体を意図せずにその法的効果を享受する場合、やはり婚姻制度の濫用と十分いえるという<sup>271</sup>。家名婚以外に適用できる具体的な事例としては、「子に嫡出性を付与するための婚姻」<sup>272</sup>、「売春斡旋者と売春婦との婚姻」<sup>273</sup>、「国籍取得のための婚姻」<sup>274</sup>などが挙げられた。

一方、19条は適用範囲だけでなく、規定そのものに対しても様々な疑問や批判が寄せられた。19条に対する異論は、大別すると次の3点となる。1つ目は、家名婚以外の仮装婚は無効とせず、ただ家名婚のみを無効とすることへの疑問である。2つめは、19条の要件を実際に確認することは困難であるという指摘である。そして3つ目は、19条の存続自体への批判である。

1つ目の家名婚以外の仮装婚を問題視しないことへの疑問について、家名婚は今日ではもはやほとんど重要なものではなく、家名婚が道徳的に他の仮装婚よりもはるかに非難すべきものであるとはいえないという主張がなされた<sup>275</sup>。したがって、なぜ家名婚だけが無効とされるのか疑問であるという。2つ目の要件確認が困難という指摘について、19条の2つの要件は両者とも夫婦の内心についての要件であるため、その証明を個別に行うことは困難であるという<sup>276</sup>。むしろこのような審査は「夫婦のプライバシーへの不必要な侵害」<sup>277</sup>、「人格領域への糾問的介入」<sup>278</sup>であり、これは婚姻制度が濫用される可能性よりも、はるかに重大な危険を伴うという。国家によって認められる婚姻生活共同体と、国家によって拒絶されるべき婚姻との境界をどこに置くか明らかにすることは、ほとんど不可能であるというのである<sup>279</sup>。3つ目の19条が存続したことへの批判は、19条の成立史に注目して、

---

1946(Namensehe),in:FamRZ 1958,S.45ff.,S.46.

<sup>271</sup> Ebd.

<sup>272</sup> Ebd.

<sup>273</sup> Staudinger/Dietz,Bd.4.1,10.u.11.Aufl.,1975,§19 Ehegesetz,Rn.15.

<sup>274</sup> Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs.Kommentar,hrsg.v.Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern,Bd.4.3,Ehegesetz §1-40,10.u.11.Aufl.,(Berlin,1962),§19 Anm.17.

<sup>275</sup> Dölle,Familienrecht,Bd.1,§12 I 3(S.144).

<sup>276</sup> Godin,Ehegesetz,S.49.この他に要件の証明は困難であると指摘するものとして：

Ramm,Thilo:Eheverbot und Ehenichtigkeit,in:JZ 1963,S.47ff.,S.51

Fn.38;Dölle,Familienrecht,Bd.1,§12 I 3(S.144).

<sup>277</sup> Ramm,JZ 1963,S.52.

<sup>278</sup> Habscheid,Walther J.:Die von Anfang an zerrüttete Ehe,in:NJW 1967,S.2247ff.,S.2247.

<sup>279</sup> Ebd.

19 条は現在の民主主義国家とは相容れない規定であると批判するものである。そして、最初に家名婚を無効とした BGB1325a 条では貴族名取得のための婚姻を阻止するという立法理由が挙げられていたことに注目し、貴族名を保護するための規定の流れをくむ 19 条は、民主主義国家の原則に反するという。民主主義では保護に値する特別な名前は存在せず、したがって貴族名が金銭の授受を伴って妻に付与されるという悪徳商売によって社会的威信が失墜しても、それは些細なことに過ぎないという<sup>280</sup>。また、妻は夫の氏を取得すると定めた BGB1355 条が 19 条の前提となっている点にも注目し、同条は「男性と女性は同権である」と定めた基本法 3 条 2 項の男女同権に違反するため、違憲な規定を前提とした 19 条もやはり違憲であるという<sup>281</sup>。このように、19 条についてはその適用範囲のみならず、19 条という規定の存在自体にまで議論がなされたのであった。

学説では適用範囲をめぐって議論がなされたが、判例で 19 条による仮装婚の無効が争われたのは、わずか 1 例のみであった<sup>282</sup>。これは、女性と婚姻前に生まれた子に対して、男性の氏の使用を可能にするためにのみ締結された婚姻であった。婚姻は 1952 年 5 月 31 日に締結され、同年 12 月 15 日に息子が誕生した。その後、女性は婚姻締結の時点で夫婦双方とも婚姻生活共同体を創設しないという合意がなされており、実際に婚姻生活共同体は創設されなかったとして、婚姻法 19 条による無効を主張したという事案である。女性が婚姻無効を主張したのは、最初の夫が戦死しているため 1956 年の連邦戦争犠牲者援護法 (Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges: Bundesversorgungsgesetz) 44 条 2 項により、年金受給権が得られることから無効を主張したのであった。これに対して裁判所は、次の理由で 19 条の適用を否定した。まず裁判所は婚姻法 19 条の成立史に注目し、当初の BGB では家名婚が婚姻無効原因ではなく、1933 年の濫用防止法によって初めて無効原因となったことを重視した。そして、この時に婚姻無効原因として採用されたのは、1933 年 BGB1325a 条の公式理由書から「響きのよい、特に貴族名の取得に対処する」という目的であったと確認する。このことから、家名婚をそもそも無効原因としたのは氏が金銭の授受を伴って妻に付与されるという悪徳商売に対処するためであって、夫婦の婚姻共同体が意図されなかった婚姻や、女性が男性の氏のみを取得する意図だった婚姻全てが一般に無効であるためではないという。そのうえで、本件当事者の婚姻締結には、このような恥ずべき又は良俗に反する動機が根底にあったとは推定され得ず、むしろ当該婚姻は生まれてくる子のことを考えて締結されたのであるから、無効とはならないとした。こうして判例は、婚姻法 19 条が BGB1325a 条に由来する規定であり、BGB1325a 条は金銭授受を伴う家名婚を問題視した規定であったことを重視して、適用範囲を限定的に解釈したのであった<sup>283</sup>。

---

<sup>280</sup> Ramm, JZ 1963, S. 52.

<sup>281</sup> Ebd.

<sup>282</sup> LG Berlin, JR 1957, 381.

<sup>283</sup> ただし、仮装婚は家名婚以外すべて有効と認められたわけではない。AG Bielefeld 1961 年 4 月 20 日判決 (StAZ 1962, 168) は、仮装婚を理由に身分吏に対し婚姻締結を行わないよう指示した事例である。ここでは、法律上道徳上の効果および義務を伴う婚姻が

このように 1946 年婚姻法 19 条は、従来の仮装婚規定と同様に適用範囲をめぐる議論がなされたうえに、規定の存在自体にまで疑問が投げかけられたのである。適用範囲については、判例は最初の仮装婚規定である BGB1325a 条の立法理由に立ち返り、金銭授受を伴う家名婚のみに限定して適用されるとしたのであった。

### 第 3 款 仮装婚規定の廃止

規定の存在そのものにまで批判が向けられるという、かつてない議論を生じさせた 1946 年婚姻法 19 条は、その後の改正で姿を消すことになった。1976 年 6 月 14 日の「婚姻法と家族法の改正のための第一法律」（婚姻法改革第一法律）<sup>284</sup>は、3 条 1 号で家名婚という婚姻無効原因を廃止した。これによって 1933 年に仮装婚規定が誕生して以来、はじめて仮装婚規定が婚姻法から姿を消したのであった。婚姻法 19 条の削除は、立法手続きの中で連邦法務省により設置された家族法委員会で提案された。そこでは次のように述べられている。

「この婚姻禁止 [婚姻法 19 条] は、今日ではもはや正当化されない。新法と同様に現行法によって、夫婦には婚姻生活を自己の責任により形成する権限がある。これには、両者の合意の限りにおいて、国家のサンクションを免れて別居する権限も含まれる。それ故に、家事共同体 (häusliche Gemeinschaft) をなす意図 (Absicht) なく相続法上、年金法上、税法上の理由から締結される婚姻も、完全に有効である。何故よりによって家名婚の場合にはその重要性が大いに異なるのか、理解できない。家名婚のみをサンクションする公益は認識できない」<sup>285</sup>。

これに対して、連邦議会の法務委員会では 19 条の削除に対する反対意見が述べられた。ここで主張された反対理由は、婚姻法 19 条という規定から、婚姻は今後も伝統的な意味での婚姻生活共同体の樹立を重視し、婚姻生活共同体の内容は夫婦によって勝手に決めることができないということが逆に推論できるというものであった。婚姻生活共同体という概念をより詳細に具体化することはすでに委員会で拒絶されたため、このことを明確にするためには、たとえ間接的な明確化に過ぎなくても 19 条が必要であるという<sup>286</sup>。

このような異論はあったものの、最終的に法務委員会は 19 条を廃止した。法務委員会は、その理由を次のように述べている。

---

婚約者双方によって意図されていないと身分吏が認識した場合、身分吏が協力を拒絶することが認められた。しかしその理由は 19 条に基づくものではなく、「婚姻がある特定の、婚姻の本質外にある目的のためだけに密かに締結される」場合は国家の法律と利益の念頭にはなく、このために国家は身分吏という国家機関を使わせる意思はないというものであった。

<sup>284</sup> BGBl.,S.1421.

<sup>285</sup> Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz:Vorschläge zur Verbesserung der sozialen Sicherung der Ehegatten,zur Neuregelung des Verlöbnisrechts,zur Reform des formellen und materiellen Eheschließungsrechts,sowie zur Ehemündigkeit der Frau,(Bielefeld,1972),S.83.

<sup>286</sup> BT-Drucks.7/4361,S.53.

「家名婚は、婚姻法 19 条の削除によって許されるのではない。婚約者双方が婚姻締結の際に、婚姻が氏取得という目的のために締結されることを認識させる場合、婚姻法 13 条による認容できない条件が問題なのである。婚姻締結はこのような場合、拒絶され得る。

つまり婚姻法 19 条の廃止は、これによって家名婚が許されることになるということを意味するのではなく、むしろ表示されなかった留保はもはや無効原因ではないということの意味するのである。身分吏の面前で婚姻を成立させる意思を表示する者は、この表示を守らなければならない。密かに条件を付した婚姻意思を引き合いにだして婚姻が無効と宣告されるという現行法は、結局のところ婚姻の威信にとって有害なのである。そのうえ、この規定はもはや実的な意義もない。この規定はもはや 20 年間適用されなかった。この規定は古くさい社会状態の遺物である」<sup>287</sup>。

法務委員会は婚姻法 19 条の削除によって家名婚が一般に有効となるとしたのではなく、家名婚は婚姻締結時の意思表示に条件または期限をつけることを禁じた 13 条によって規律すべきであるとしたのであった。したがって、婚姻締結の際に条件が付されていることが認識できる場合には 13 条違反として 17 条によって無効となるが、認識できなかった場合には無効とならないことになる。なぜなら、最初から家名婚を意図して婚姻を締結しながら、後に婚姻意思に条件が付されていたとして婚姻無効の訴えを提起することは<sup>288</sup>、婚姻の威信を傷つけると考えたからである。さらに、この規定は過去 20 年にわたって適用されていないため、もはや実的な意義もないと指摘するのである。

法務委員会の理由から、1946 年婚姻法改正の際とは異なり、婚姻法 19 条の廃止過程でこの規定とナチスとの関係は指摘されていない。したがって 19 条はナチス否定の一環で廃止されたのではなく、家名婚には他の規定で対処できるうえ、過去 20 年間 19 条が適用されていないことから、純粋に実的な意義がないとみなされたために廃止されたのであった。

#### 第 4 節 現在の理解

以上、仮装婚規定の誕生から廃止までを検討した。次に、ナチス時代に誕生した仮装婚規定の変遷について、現在のドイツではどのように理解されているのかを検討する<sup>289</sup>。まず仮装婚規定が誕生した理由について、現在では立法理由書にある理由だけでなく、ナチス時代に誕生したことに注目して、ナチスにとって仮装婚は民族共同体に資さない婚姻であるため、保護に値しない婚姻であったということも理由であると考えられている。すなわち、立法理由書で述べられている貴族名取得のための婚姻の増加や、ユダヤ人による氏取得の阻

<sup>287</sup> BT-Drucks. 7/4361, S. 53f.

<sup>288</sup> 婚姻法 24 条 1 項 1 文によって、配偶者双方も婚姻無効の訴えを提起できた。

<sup>289</sup> ここで検討したのは次の文献である：Eisfeld, Scheinehe, S. 101-175;

Lumpp, Scheineheproblematik, S. 93-140; Hartmann, Kathi-Alexandra: Scheinehen mit deutschen Staatsangehörigen. Struktur, Politik, (deutsch-)deutsches Ehebild, (Berlin, 2008), S. 47-103.



止という理由は、確かに偽装婚規定が誕生する理由の1つであった。しかし、立法理由書には述べられていないが、婚姻生活共同体を創設しない偽装婚は、ナチスが考える婚姻の役割を果たし得ないという点も理由であったと理解されているのである。ナチスが考える婚姻の役割とは、「民族共同体にとって有益な子の産出と育成」である。婚姻生活共同体が創設されない偽装婚は、子の産出という夫婦の義務も果たすことのない婚姻であるため、ナチスの考える婚姻の役割を果たさないことから無効であり、さらに、こうした偽装婚を無効とすることによって、ナチス独特の婚姻観を実現することもまた、偽装婚規定誕生の理由であったと理解されている。そして、戦後の偽装婚規定の廃止過程については、1946年婚姻法による最初の婚姻無効原因の廃止はナチス否定の一環としてなされ、次に完全に偽装婚規定が姿を消した1976年婚姻法改正は、実際上の意義を失ったためであると理解されている。

さらに直近の研究では、偽装婚規定のない制定当初のBGBと比較をしながら、偽装婚規定を通して立法者が求めた婚姻意思を具体的に明らかにしようとするものがある。アイスフェルトは、BGB制定時に偽装婚規定が審議されながら採用されなかった経緯を重視し、当初のBGBでは、婚姻意思とは「婚姻の成立自体に向けられた意思」とであると解釈する。そのため婚姻の内容については夫婦の自由な意思に基づいて決定されることになる。これに対して1933年BGB1325a条は、「BGBの婚姻法体系の根本的な逆転を引き起こした。婚姻生活共同体創設への義務がBGB1353条1項で法的効果や婚姻締結の効果として規定された（そして今日もなおそうである）にもかかわらず、BGB1325a条は婚姻締結自体の有効性の要件のために婚姻生活共同体創設への意思を規定した。婚姻生活共同体は、かつてはその創設が夫婦相互にのみ義務づけられたものであったが、家名婚という婚姻障害により国家によって制御された婚姻要件になった」<sup>290</sup>と主張している。

すなわち、本来BGBの婚姻生活共同体創設の義務は、あくまで婚姻締結の効果であって、当事者が婚姻を締結する際に求められるのは婚姻を締結しようとする意思のみである。しかし1325a条は事実上婚姻生活共同体への意思を求めることになるため、この規定は「婚姻の有効性を『婚姻生活共同体』を成立させる夫婦の意思に左右されるとした」<sup>291</sup>のであり、「国家の目的のために婚姻を非私事化し、民族主義的婚姻法の創設へ多大な貢献をした」<sup>292</sup>という。そのうえ婚姻生活共同体の具体的な内容は曖昧であり、国家の目的に合わせて柔軟に解釈できる可能性があることから、「婚姻は国家の統制下におかれた」<sup>293</sup>と厳しく批判する。また1938年婚姻法23条は、国家による婚姻の管理を拡大できるようにするために、BGB1325a条では不明確であった不道德な婚姻へも適用できる点を明確にするために規定されたと解釈している。1946年婚姻法19条についても、適用範囲を家名婚以外の偽装婚類型へも拡大しようとする見解に注目し、あらゆる婚姻締結は結果として妻への氏の付与になることから、国家の目的に応じて19条の「主な意思」として管轄下におかれることに

<sup>290</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 123.

<sup>291</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 123f.

<sup>292</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 125.

<sup>293</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 129.

なるという。こうして 19 条の適用拡大は、どこまでを限界とするか明確にできないため、戦後においてもナチス時代と同様に国家による婚姻の統制という危険が伴うと批判するのである<sup>294</sup>。

以上のアイسفェルトと異なる見解を述べるのがルンプである。ルンプは、1900年に制定された当初の BGB 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 1353 条 1 項で規定されていることから、最初から BGB には婚姻を成立させておきながら後に婚姻生活共同体を創設しないという夫婦の自由はないと解釈する。同様に BGB1325a 条についても、ナチスの婚姻観と合致しない婚姻は許されないため、夫婦の自由は制限されていると指摘する<sup>295</sup>。したがって制定当初の BGB においても、また 1933 年 BGB1325a 条においても、婚姻生活共同体への実質的な意思が求められている点は変わらないという。実質的な意思を求めながら、1938 年婚姻法 23 条が一般的な仮装婚規定ではなく、家名婚と国籍婚のみを列挙したことについては、家名婚と国籍婚以外の仮装婚は実際上の問題がなかったため、一般的な仮装婚規定を採用する国家政策上の必要性がなかったからであって、家名婚と国籍婚のみが列挙されているからといって、この他の仮装婚が許されるということではないという<sup>296</sup>。したがって、ナチス時代には一貫して婚姻意思に婚姻生活共同体への実質的な意思が求められているとする<sup>297</sup>。

それでは、1946 年婚姻法 19 条による国籍婚という婚姻無効原因の削除は、どのように考えるのか。ルンプによれば、当時の離婚法が破綻主義を採用した一方で（婚姻法 48 条 1 項）、48 条 2 項による無責配偶者の異議申立てが認められており、この異議申立ては婚姻の継続が道徳的に正当化されない場合や（1946 年婚姻法 48 条 2 項 2 文）、異議を申し立てる者に婚姻継続への覚悟が期待できない場合（1961 年婚姻法 48 条 2 項）には認められなかったことから、婚姻は単なる形式的なものではなく、現実に生活共同体が存在して初めて保護に値するとされたことが明らかになるという<sup>298</sup>。

また、婚姻と家族を国家の特別な保護の下におく基本法 6 条 1 項も、これを裏付けるといふ。この規定はあくまで婚姻と家族を本質的構造で保護するものであるとも主張されており、これによれば婚姻の場合、その本質的な構成要素を否定する婚姻生活共同体のない婚姻を形成する夫婦の自由まで保障するものではないという<sup>299</sup>。したがって民法上も憲法上も、婚姻は完全な生活共同体へと法的に秩序づけられた男女の持続的關係と理解されたという<sup>300</sup>。また、当時の BGB および婚姻法には民事婚というただ 1 つの方式しかなく、夫婦には婚姻に対して無制限な自由が認められていたのではないことから、婚姻意思の表示か

---

<sup>294</sup> Eisfeld, Scheinehe, S.170.

<sup>295</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S.96.

<sup>296</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S.109.

<sup>297</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S.110.

<sup>298</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S.122f.

<sup>299</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S.124f.

<sup>300</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S.125.

らは単に成立への意思のみが引き出されるのではなく、常に民法に従った婚姻という家族状態、すなわち婚姻生活共同体創設の義務を負うという効果意思が引き出されたという<sup>301</sup>。

このように両者の見解を比較検討すると、アイスフェルトは、当初の BGB では婚姻締結に向けられた意思のみが婚姻締結時に求められる婚姻意思であるにもかかわらず、ナチス仮装婚規定によって婚姻生活共同体という締結後の婚姻の義務を負う意思まで婚姻締結時に求められることになり、さらにそこにはナチス独特の婚姻観が反映されていたことから、「婚姻の非私事化」、「婚姻の国家による統制化」として、厳しく批判するのである。一方、ルンプは、BGB では婚姻生活共同体が婚姻の義務として規定されていることに注目し、婚姻生活共同体が義務づけられている婚姻を締結する当事者には、婚姻生活共同体への意思も婚姻締結時に求められるのだと解釈する。したがって、当初の BGB とナチス仮装婚規定は矛盾するものではないとして、仮装婚規定を肯定的に評している。

こうして今日ではナチス仮装婚規定について、規定が求める具体的な婚姻意思の問題として検討がなされているが、その内容については異なる理解がなされているのである。

## 第5節 当時のドイツ社会

仮装婚規定の誕生から廃止までを検討したうえで、次に当時の社会状況を検討して、法と社会変動との関連を考察する。考察にあたって、まず法と社会変動の関連を考察する意義を述べ、次に当時のドイツ社会を検討する。

### 第1款 法と社会変動の関連を考察する意義

誕生から廃止までのナチス仮装婚規定の変遷を検討すると、仮装婚規定の誕生、改正、廃止のいずれの段階においても、仮装婚は「婚姻の本質である婚姻生活共同体を創設することなく、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」であることに変わりはない。これは見方を変えれば、仮装婚の本質は変わらないにもかかわらず、時代によって仮装婚を規制する法律が変化しているということである。現在まで仮装婚の効力は当事者の婚姻意思の問題として議論されているが、仮装婚の本質は変わらないという点に注目すれば、仮装婚の効力は当事者の意思内容ではなく、仮装婚をどのように評価するかという評価する側の問題であるといえる。ナチス時代に仮装婚は「民族共同体にとって有害」、「婚姻制度の濫用」、「婚姻の本質に反する」として、いったんは無効とされたが、これは仮装婚が「民族共同体にとって有害」で「婚姻制度の濫用」であり、「婚姻の本質に反する」婚姻であるから無効とされたのではなく、仮装婚を「民族共同体にとって有害」で「婚姻制度の濫用」であり、「婚姻の本質に反する」婚姻と評価したから、無効とされたのである。

それでは、何故ある時には仮装婚を「民族共同体にとって有害」で「婚姻制度の濫用」であり、「婚姻の本質に反する」婚姻と評価し、ある時にはそうではないと評価が変わるのか。仮装婚の本質は同一であるにもかかわらず、同一の婚姻をみて、時によって評価が異なるの

<sup>301</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S.135f.

は何故なのか。それは偽装婚を評価する社会が変わったからである。そして、そのような社会の変容をもたらすものは、それ以前に起こった大規模な社会変動であると筆者は考えている。大規模な社会変動が起こると、どのような社会変容が生じ、それがどのように偽装婚規定にまで影響するのか。この問題を検討するため、少々長くなるが、次に当時のドイツ社会を検討する。

## 第2款 社会変動

ナチス時代から戦後までの間に偽装婚規定に変遷があるのは、この間に偽装婚をどのように評価するのか、社会の意識に変化があったからである。このような意識の変化は何もなくとも自然発生的に生じるのではなく、何らかの変化を受けて生じるのである。そこで、まずは社会がどのように変化してきたのか、それはどれほど劇的な変化であったのかを検討する。ここでは、ナチス時代よりさらに遡って、ヴァイマル共和国時代からの社会変動を検討する。ヴァイマル共和国を対象とするのは、偽装婚規定の誕生の要因にはヴァイマル共和国時代の社会変動があると考えられるためである。なぜなら、偽装婚規定はナチス政権が成立した1933年に誕生しており、したがって誕生の理由はそれ以前に求められなければならないからである。仮にナチス独特の要因が誕生の理由としても、それならば何故1933年にその要因が表面化したのかという問題になり、これもやはりナチス以前にその理由が求められなければならない。ナチスはヴァイマル期に急速に勢力を拡大し、ついには政権を担うまでに上りつめた。そもそも何故ナチスが政権を獲得したのか、その理由はやはりヴァイマル期に求められなければならない。

そしてヴァイマル共和国は、その誕生から終焉までのわずか14年間のうちに数々の激動を経験している。そもそもヴァイマル共和国は、第一次世界大戦の敗戦による賠償問題という巨大な足かせを課せられるところから出発し、その後の社会変動とも相俟って、激動の時代を送ることになったのであった。筆者は、この激動がナチス期の偽装婚規定につながると考えている。そこで、迂遠でもまずは第一次世界大戦からヴァイマル共和国期の社会変動を検討し<sup>302</sup>、それが1933年の偽装婚規定誕生にどのように関わるかを考察する。そのうえで、1938年偽装婚規定時の社会変動はどうであったかを検討する。

---

<sup>302</sup> 以下の社会変動についての記述は、次の文献による：成瀬治＝山田欣吾＝木村靖二・編『世界歴史大系 ドイツ史 3——1890年～現在——』（以下、成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史 3』として引用）山川出版社（1997年）79-335頁；木村靖二・編『新版 世界各国史 13 ドイツ史』（以下、木村・編『ドイツ史』として引用）山川出版社（2001年）279-342頁；林健太郎『ワイマル共和国』（以下、林『ワイマル共和国』として引用）中央公論社（1963年）；若尾祐司＝井上茂子・編著『近代ドイツの歴史——18世紀から現代まで——』（以下、若尾＝井上・編『近代ドイツ』として引用）ミネルヴァ書房（2005年）163-249頁。なお、拙稿「ドイツにおける偽装婚規定の歴史的変遷についての一考察」（以下、拙稿「一考察」として引用）関東学院法学 24 卷 4 号 27 頁以下（2015年）、40-44 頁にも概要が示してある。

## ①第一次世界大戦

第一次世界大戦の直接の引き金となったのは、1914年6月28日にセルビアでオーストリア皇太子夫妻が暗殺された事件である。これに対してオーストリアはセルビアに宣戦布告した。この宣戦布告にあたってオーストリアはドイツの支持を要請しており、これに対してドイツは、戦争は小規模もしくは短期間で終わると考え、オーストリアを支持した。オーストリアが開戦すると、ドイツもロシアが総動員令を発令したことをみて、8月1日に総動員令を発してロシア、フランス、イギリスに宣戦布告した。開戦当初、ドイツ国内では開戦によって近代化の進展による社会全体の閉塞状況が打開されるとの期待から、主に市民階級出身の青年や教養市民層の間で戦争熱が高まった。この状況は「ドイツにもはや党派なし、ドイツ人あるのみ」<sup>303</sup>という皇帝ヴィルヘルム2世（Wilhelm II）の帝国議会における演説にも見られるように、ドイツ国民が一体となって戦争に集中する「城内平和」と呼ばれる状態であった。

ドイツは当初の想定通りに戦争を小規模もしくは短期間で終わらせるため、ロシア軍の集結は遅れると見越して、まず中立国ベルギーに軍の主力を侵攻させ、フランス軍を背後から包囲して壊滅させた後、東部戦線でロシアと戦うという作戦が実行された。しかし、この「シュリーフェン計画」は、マルヌの戦いでベルギーに侵攻したドイツ軍がフランス軍に撃退されることで失敗し、西部戦線は膠着した。東部戦線では、タンネンベルクの戦いでロシアに大勝したが、その後は持久戦となった。こうして、戦争は小規模または短期間で終わるというドイツの当初の見込みは完全に破られた。戦争は急速に拡大し、戦争当事国のみならず、植民地も兵員や物資供給のために戦争に加担することとなり、ヨーロッパを主戦場として全世界に広がった戦争は、世界大戦というかつてない大規模な戦争に発展した。

当初は社会生活を戦争に巻き込まず、その代わりに国内を「城内平和」の名の下に挙国一致体制で統制していたドイツも、急速な戦争拡大に対応せざるを得なくなった。武器・弾薬の消耗はこれまでの戦争とは比較にならないほどであり<sup>304</sup>、物量戦・長期戦に備えた戦時体制の整備が喫緊の課題となった。陸軍省に設置された戦時原料局の指示により、各産業部門で戦時会社が設立され、ほとんどの産業で原料や生産の割当てが統制された。しかし、それでも従来の常識を覆す物量戦に対応するのは困難であった。開戦からわずか3ヶ月で備蓄弾薬が不足すると、兵器・弾薬の大増産のために軍需産業での労働力確保が問題となった。軍は徴兵にあたって職種を問わず男子を兵力としていたため、軍需産業の本格化に労働力の供給が追いつかず、労働力不足が深刻化した。当初は非軍需産業から労働力を移動したり、女性や青少年を労働力として活用したが、それでも労働力需要に追いつかず、ついには捕虜をベルギーやロシア領ポーランドなどの占領地から強制的に労働力として動員することまで行った。しかし、それでも十分ではなく、1916年には「愛国的労働奉仕法」が制定され、

<sup>303</sup> 木村・編『ドイツ史』280頁。

<sup>304</sup> 例えば、マルヌの戦いの頂点では、ドイツ軍の弾薬の消耗は普仏戦争の全消費量の3倍に達したという：成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史3』87頁。

軍務従事者以外の男性には労働義務が課され、軍需工業の労働者には転職が禁止された。こうして戦争が長期化するにつれて、戦争が国内にも大きな影響を及ぼし、ドイツはもてる国力の全てを戦争に集中する総力戦体制へと転換したのであった。

戦争の拡大・長期化は一般市民の社会生活にも多大な影響を及ぼした。戦前、農産物は3割を輸入に頼っていたが、戦争により輸入が途絶え、国内で備蓄もなされていなかったため、食糧不足・価格高騰に陥って食糧事情が悪化した。1915年にパンの配給制が始まったことを皮切りに、ほとんどの食料品が配給制の対象となり、それはやがて衣料品、石鹼といった生活物資にも拡大した。さらに戦争は、食糧事情の悪化だけでなく、労働環境の悪化ももたらした。戦争によって労働時間は戦前と比較して2時間以上も延長し、日曜・夜間労働が常態化した。それにもかかわらず、物資不足による著しい物価上昇に賃金の上昇が追いつかず、実質賃金は1916年には平均27%も低下した<sup>305</sup>。食料も配給制とはいえ、パンの配給が1915年に始まったのに対して、これを統括する戦時食糧局は1916年に設置されるなど、後手にまわる対応によって食糧の安定供給も困難であり、もともと生産量が絶対的に不足していたこともあって、粗悪品や代用品の配給も行われた。また、食糧配給制と最高価格制度は闇市場を出現させ、これによって闇市場を利用できる高額所得者と、利用できない一般市民との間に不平等が生じることになった。1915年には各地で食糧要求デモが起こり、翌年には食糧暴動が諸都市で多発し、軍が出動する事態にまでなった。

こうした労働環境と生活環境の悪化は、ドイツ国内に厭戦・反戦の空気をもたらした。当初は短期戦と考えていたために一時的な忍耐と思っていたドイツ国民も、戦争終結がみえない状況に、自然とデモ・ストライキが発生し、1918年1月には労働者によって大戦中最大の反戦ストライキが行われた。国内の士気が低下するなか、軍部は3月の西部戦線での大攻勢で形成逆転を狙ったが、アメリカによる援軍がある連合軍には兵器・物資面の豊富さで太刀打ちできず、8月の連合軍の攻撃にドイツ軍は後退を重ね、軍部の権威は失墜した。9月にオーストリアとブルガリアが講和交渉を求めると、ドイツでも講和ムードが広がり、講和の障害になると目された皇帝ヴィルヘルム2世の退位を求める声もあがるようになった。

しかし、こうした状況に反したのが海軍であった。1918年10月末、海軍指導部は、海軍の名誉と将校団の名誉を守るために、イギリス艦隊との決戦に全艦隊を出撃させる作戦を命じたのであった。これに反発したのが無意味な死を拒絶した水兵であった。水兵たちは、この「提督たちの反乱」<sup>306</sup>を無謀で無意味な作戦として抗議し、海軍当局と衝突した。当局は抗議する水兵を命令不服従者として逮捕・収監したが、彼らの釈放を要求して第三戦隊の水兵はキール軍港でデモを起こした。この釈放要求デモは翌日に総蜂起へと瞬く間に発展し、兵士評議会が結成され、海軍指導部はもはやこれを抑えることができなかった。この海軍水兵の抗議行動はドイツ各地に拡大し、労働者なども加わった大衆デモとなって、革命へ

<sup>305</sup> 成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史3』96頁。

<sup>306</sup> 木村・編『ドイツ史』288頁。

と発展した。キール軍港での抗議デモからわずか1週間程度のうちに、皇帝ヴィルヘルム2世はオランダに亡命して帝政は消滅し、11月9日に首都ベルリンで共和政が宣言された。1918年11月11日、コンピエーニュで休戦協定が調印され、第一次世界大戦は4年の月日を経てようやく終結した。この大戦におけるドイツの死傷者数は、軍人だけでも死者200万人以上、負傷者400万人以上という未曾有の大戦であった。

## ②ヴァイマル共和国成立とヴェルサイユ条約

1919年1月19日に20歳以上の男女普通選挙権による憲法制定国民議会選挙が初めて実施された。選挙後、国民議会がヴァイマルに召集され、2月11日に大統領としてエーベルト(Friedrich Ebert)、13日に首相をシャイデマン(Philipp Heinrich Scheidemann)として、社会民主党、ドイツ民主党、中央党の三党連立政府が誕生した。この新政府がまず取り組まなければならなかったのは、憲法の制定であった<sup>307</sup>。なぜなら皇帝の退位・亡命とともに、1871年ビスマルク憲法も事実上効力を失っていたからである。新政府成立の時点で、新憲法の制定は相当進展していた。すでに共和政が宣言された翌日の1918年11月10日に仮称「人民委員評議会(Rat der Volksbeauftragten)」が成立していた。憲法草案作成を依頼されたのは、自由主義左派に近い公法学教授プロイス(Hugo Preuß)であった。プロイスは翌月12月に小委員会を構成してヴェーバー(Max Weber)などの意見を聞き、作成された草案は1919年7月31日に可決され、8月11日に大統領エーベルトの認証を受け、1919年8月14日にヴァイマル憲法(Weimarer Reichsverfassung)が公布と同時に発効した。ヴァイマル憲法は181ヶ条から成り、第1編「ドイツ国の構造および任務」と第2編「ドイツ人の基本権及び基本義務」、「経過規定及び付則」に分かれる。この憲法によって、非常権限(48条)をもつ大統領と、議会制民主主義によって福祉国家を目指すことが示された。

しかし、ヴァイマル憲法48条に定められた大統領による非常権限が、結果的にこの憲法を無意味なものにし、大統領独裁の道を開くことになった<sup>308</sup>。48条では、1項で憲法や法

---

<sup>307</sup> 以下のヴァイマル憲法についての記述にあたって、次の文献も参照した：高田＝初宿・編訳『ドイツ憲法集』7-8頁。

<sup>308</sup> ヴァイマル憲法48条とは、次の条文である。1項「あるラントが〔この〕ライヒ憲法又はライヒ法律によって課せられた義務を履行しないときは、ライヒ大統領は、武装兵力を用いてこの義務を履行させることができる。」2項「ドイツ国内において、公共の安全及び秩序に著しい障害が生じ、又はその虞れがあるときは、ライヒ大統領は、公共の安全及び秩序を回復させるために必要な措置をとることができ、必要な場合には、武装兵力を用いて介入することができる。この目的のために、ライヒ大統領は、一時的に第114条〔＝人身の自由〕、第115条〔＝住居の不可侵〕、第117条〔＝信書・郵便・電信電話の秘密〕、第118条〔＝意見表明等の自由〕、第123条〔＝集会の権利〕、第124条〔＝結社の権利〕、及び第153条〔＝所有権の保障〕に定められている基本権の全部又は一部を停止させることができる。」3項「ライヒ大統領は、本条第1項又は第2項に従ってとった措置について、これを遅滞なくライヒ議会に報告しなければならない。これらの措置は、ライヒ議会の要求があれば、失効するものとする。」4項「危険が切迫している場合には、ラン

律による義務をラント（州）が履行しない場合、武力によって義務を履行させる権限が定められ、さらに 2 項で公共の安全と秩序に著しい障害が生じ、またはその恐れがある場合に必要な措置をとることができることとされた。そして、その際には必要ならば武力介入が認められ、人身の自由、住居の不可侵といった基本権を一時的に停止させることも認められた（2 項）。ただし、これらの措置は遅滞なくライヒ議会に報告しなければならず、議会の要求があれば失効されるものとされた（3 項）。この権限は本来、国会休会中や災害・暴動などの突発的な場合を想定して設けられたものであったが、実際には予算など経済・財政問題に拡大して恒常的に用いられた<sup>309</sup>。

国家の根幹を成す憲法が制定された後、ヴァイマル共和国が次に取り組まなければならなかったのは、第一次世界大戦後の処理であった。そのなかでも、とりわけ講和条約は最重要課題であった。ドイツは敗北による打撃を最低限に抑えようと、1918 年 1 月にアメリカの大統領ウィルソン（Woodrow Wilson）が提示した「十四カ条の平和原則」<sup>310</sup>を講和の原則にしようと意図していた。なぜなら、十四カ条の平和原則には民族自決を認める条項があることから、ドイツの領土保全だけでなく、オーストリアとの統合まで可能であると解釈できたうえに、経済障壁の撤廃と通商条件の対等化は、ドイツの復興に道を開くものと考えられたからである。

1919 年 1 月 18 日から敗戦国とロシアを除いた連合国 27 カ国の代表によって、パリ講和会議が開かれた。当初は十四カ条の平和原則が講和の枠組みにされていたが、連合国内部の確執から合意形成は容易ではなく、連合国がようやく講和条件をドイツに提示することができたのは 5 月 7 日のことであった。提示された講和条件は、ドイツが予想していた内容をはるかに上回る厳しいものであった。ドイツ国内には失望と反発が広がり、ドイツ政府は対抗提案を作成するなど抵抗したが、連合国との実質的な交渉がほとんどなされないまま、

---

ト政府は、その領域について、第 2 項に定められているような態様の暫定的措置をとることができる。それらの措置は、ライヒ大統領又はライヒ議会の要求があれば、失効するものとする。」5 項「詳細は、ライヒ法律でこれを定める」。邦訳：高田＝初宿・編訳『ドイツ憲法集』123-124 頁。なお、5 項にいう 48 条についてのライヒ法律は、結局制定されなかった：高田＝初宿・編訳『ドイツ憲法集』124 頁注 7。

<sup>309</sup> 例えば、エーベルト大統領時代には 135 の緊急令がだされ、次のヒンデンブルク大統領の時代には 1930 年から 1932 年末までに 109 の緊急令が発せられている：成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史 3』130 頁。

<sup>310</sup> 十四カ条とは、次の 14 項目から成る。1. 秘密外交の廃止、2. 海洋の自由、3. 経済障壁の撤廃と通商条件の対等化、4. 軍備縮小、5. 植民地再配分要求の公正な調整、6. 全ロシア領からの撤兵、7. ベルギーからの撤兵とベルギーの主権回復、8. 全フランス領からの撤兵とアルザス・ロレーヌのフランスへの返還、9. 民族居住線に沿ったイタリア国境の修正、10. オーストリア＝ハンガリー内諸民族に対する自立的発展の機会の保証、11. ルーマニア・セルビア・モンテネグロからの撤兵、バルカン諸国の政治・経済的自立と領土保全への国際的保証、12. オスマン帝国内のトルコ領土の保全、他諸民族の自立的発展の保証、13. 外海への自由な交通路を与えられた独立ポーランド国家の樹立、14. すべての国家の政治的自立と領土保全を相互に保障する国際組織の設立：木下康彦＝木村靖二＝吉田寅・編『詳説世界史研究』（改訂版）山川出版社（2008）、461-462 頁。



6月16日に連合国は最後通告を発して条約受諾を迫った。調印に反対してシャイデマン首相は退陣してバウアー（Gustav Adolf Bauer）が首相となるなど、ドイツ国内では条約受諾への抵抗があったが、結局ドイツは受諾せざるを得ず、1919年6月28日にヴェルサイユ宮殿の鏡の間で講和条約に調印した。

この講和条約によって、ドイツは全植民地を没収され、西部国境側ではアルザス・ロレーヌをフランスに返還したほか、国境地域の一部をベルギーに割譲した。ザール地方は15年間国際連盟の管理下におかれ、ライン左岸も15年間の連合国側の保障占領を認めて、その占領費はドイツが負担することとされた。東部国境側では、ポーランド再興に伴ってポーゼン州とヴェストプロイセン州をポーランドの外海への通路として割譲し、ダンツィヒ市を国際連盟が管理する自由市へと移行した。ザール地方、シュレーゼン、北部シュレースヴィヒ地域、オイペン・マルメディ等では住民投票によって帰属を決定することとされた。また、オーストリアとの合併は禁止された。軍事面では、国境地域の軍事施設を禁止され、ライン左岸に非武装地帯が設けられた。また、ドイツの軍事力を削減するために徴兵制は廃止され、重砲・航空機・戦車は保有禁止、陸軍兵力は10万人以下に制限され、参謀本部も解散された。海軍兵力は1万6500人、潜水艦の保有禁止、軍艦は1万トン以下に限定され、保有隻数も指定された。さらに、講和条約231条ではドイツとその同盟国による戦争責任が定められ、賠償義務<sup>311</sup>が課された。この条約によって、ドイツは戦前と比較して、領土の13.5%、人口の9%を失い、さらに割譲地域が鉱物資源の豊富な重工業の主要原料・工場設備地域であったため、石炭生産量の約2割、鉄鉱石の8割近くを失い、ジャガイモ・ライ麦生産量の2割近くを失った。また、条約発効後の5年間、ドイツには関税自主権が認められないこととされた。

このように、講和条約はドイツに過大な負担を課すものであったが、ドイツ国内では条約の個別具体的な内容よりも、講和条約が大国ドイツの威信や名誉を傷つける屈辱的なものとみなされ、大きな批判と反発を招いた。すなわち、講和条約がドイツに口頭での異議を認めず、文書による応酬のみで、ほぼ交渉の余地の無い一方的な強要であったこと、ドイツに戦争責任を課す条項が存在すること、ヴィルヘルム2世などを戦争犯罪人として国際法廷に訴追するといった点が、大国ドイツの威信や名誉を傷つけるものとして大きな批判と反発が巻き起こったのである。客観的にみれば、講和条約はドイツに負担を課すものとはいえ、ドイツは占領されることなく、基本的には領土が保全され、経済構造もそのまま残されたため、ロシアを除けばヨーロッパ最大の人口と経済力を保たれた。また、軍備制限は国際的な軍縮の先取りであって、当時の状況下ではむしろ比較的寛大といえるうえ、その後のロシア帝国とハプスブルク帝国の解体とフィンランド、エストニアといった中・東欧地域の新興国家成立により、東ヨーロッパに対して戦前よりも有利な状況となった。しかし、こうした有利な事情は当時のドイツでは考慮されず、講和条約へ強い批判と反発が巻き起こった。そしてこの強い批判と反発は、条約調印に応じたヴァイマル共和国自体への批判と反発につな

---

<sup>311</sup> この時点では具体的な総額は決定されず、1921年に決定することとされた。

がり、その後の共和国は講和条約を修正する修正主義外交を最優先課題とせざるを得なくなるのである。

### ③賠償問題

条約調印時点では具体的に確定していなかった賠償額については、1920年6月から連合国間および連合国とドイツ間で始まった。連合国間では、ヨーロッパの経済回復を優先してドイツに寛容的であったイギリスと、半世紀の間に2度もドイツから侵略を受け、自国の安全保障のためにドイツの弱体化を求めるフランスが対立して難航し、総額2260億金マルクとまとまったのは1921年1月のことであった。ドイツはその莫大な金額に、総額を認める代わりにこれまでの支払い総額を差し引くという対案を提示して条約の修正を求めたが、連合国はこれを認めず、結局、賠償額は5月のロンドン会議で総額1320億金マルクへと修正されたうえで、支払方法は毎年20億マルクと輸出額の26%とし、最初の支払いは25日以内に10億マルクとして、もし拒絶する場合はルール地方占領に踏み切るというロンドン最後通牒をドイツに突きつけた。当時の首相フェーレンバハ (Constantin Fehrenbach) はこれを受諾不可能として退陣したが、拒絶すればルール地方が占領されるという状況でドイツには受諾の他に選択肢はなく、代わって41歳というドイツ史上最年少で首相となったヴィルト (Karl Joseph Wirth) は、やむなく最後通牒を受諾した。ヴィルトはこれまでの方針を転換して、賠償額を認めて忠実に支払いを履行し、連合国との信頼関係を構築したうえで支払いが不可能であることを示し、支払額や支払い条件を修正することを求める方針を採った。しかしこれは条約修正を求める右派から「履行政策」として批判の対象となり、国内不安定化の要因となった。

ヴィルト政府は、履行政策によって忠実に賠償支払いに応じる一方で、条約修正にも取り組んだ。1921年3月にオーバーシュレジエン地域で帰属決定の住民投票が行われた。投票の結果は、ドイツ帰属支持が過半数を超えたが、ドイツの最強国化を懸念するフランスと有力な鉱物資源地域を失うことを恐れたポーランドに配慮して、連合国は4分の3をドイツに、他をポーランド帰属としつつ、ポーランド帰属地帯には同地域で最も重要な炭鉱産出地帯を含めていた。そのためドイツの反発は強く、ヴィルト内閣は抗議の意思を示すため、いったん辞職して第二次ヴィルト内閣を組織するほどであった。1922年4月、ヨーロッパ経済復興会議 (ジェノヴァ会議) 開催中にドイツはロシアと会談し、国交回復、相互の賠償権放棄、最恵国待遇を定めたラパロ条約を締結した。これはドイツの修正主義外交の一環と位置づけられる。

他方、賠償支払いは早くも1921年には外貨不足のため履行が困難となり、同年末には支払猶予を要請せざるを得なくなった。1922年7月には向こう3カ年を含めた支払猶予を求めたが、フランスの反対で実現できなかった。首相ヴィルトは辞任し、大統領エーベルトの指名により、後任にクーノ (Wilhelm Carl Josef Cuno) が就任した。経済人であるクーノはアメリカ経済界とつながりがあったため、賠償問題で影響力のあるアメリカと関係をも

っていることが賠償問題に取り組むうえで有利に働くと考えられた。しかし、クーノ就任直後にルール占領が起これ、ドイツは経済的に危機を迎えることになる。1923年1月10日、フランスとベルギーはドイツの石炭引渡量が不足していることを理由に、イギリスの反対を押し切ってルール地方を占領した。ルール地方はヨーロッパ最大の大炭鉱地帯・大重工業地帯であり、ヴェルサイユ条約の完全履行のための「生産的担保」のためにルール占領がなされたのであった。これにドイツは猛反発し、政府は占領国に対する賠償支払いを拒絶して、「消極的抵抗」を掲げ、ルール地方の全公務員に占領軍への協力を禁止し、物資・原料の搬出を阻止することを指示した。これに対してフランス側は、約14万7000人に及ぶ不服従公務員をルール地方から追放し、占領地域の鉄道をフランス・ベルギーの管理下におくなどして消極的抵抗に対抗した。

#### ④ハイパーインフレ

ルール占領によって最大の工業地域を失ったドイツは、多大な経済的打撃を被った。当時ドイツにはすでにインフレーションが生じていたが、ルール占領はこれに破壊的な打撃を与えたのである。第一次世界大戦中に勝利を前提として、敵国からの戦利品を見越した公債を発行し、これを戦費にあてていたため敗戦によって戦利品も得られず、そのうえ復員兵や失業者の救済などに多額の出費を強いられたことが、インフレを招いたのである。1914年7月には1ドル=4マルクであったのが、クーノ首相が就任する直前の1922年10月半ばには1ドル=4,430マルクにまで下落していた。

このような状況下でドイツはルール地方の消極的抵抗を支援するため、税収がほとんど見込めないにもかかわらず、公務員の給与を最終的には60~100%の割合で公的資金によって支払い、さらにルール自治体への援助や企業支援金などのために莫大な支払いをしなければならなかった。それは結果的に通貨の濫発を招き、1923年秋には造幣局では紙幣印刷が間に合わないとして、132の私企業に紙幣印刷を委託し、それでも追いつかない状況になると、最終的には片面のみ印刷した紙幣が発行された。ルール占領後、通貨は急激に絶望的な下落を記録し、ドイツは歴史的なハイパーインフレーションに陥った。1923年1月31日には1ドル=4万9,000マルクであったのが、半年後の7月24日には1ドル=41万4,000マルク、2週間後の8月8日には1ドル=486万マルクと通貨は加速度的に下落し、10月になると1ドル=4億4,000万マルクであったのが、わずか8日で50億6,000万マルク、11日後には400億マルク、ついに11月半ばには4兆2,000億マルクに達し、マルクは通貨としての信用を完全に失った。ハイパーインフレーションは記録的な物価上昇を招き、特に中産階級は大きな打撃を受けた。日々インフレが進行するため、賃金は即座に物に換えなければならず、紙同然の紙幣を籠やワゴンにつめて買物にでかける光景が日常的にみられた。他方、小売業や農民は売り惜しみし、あるいは物々交換にのみ応じるとしたため、賃金によって生活を支える中産階級は困窮する一方であった。

それまで対仏で一致団結していた国内も、この破滅的なハイパーインフレの前に足並み

をそろえることは困難であり、1923年8月に不信任を突きつけられたクーノはわずか9ヶ月で辞任し、代わってシュトレゼマン（Gustav Stresemann）が首相兼外務大臣となった。シュトレゼマンは消極的抵抗の打ち切りを発表し、ドイツの支払能力を検討する国際専門家委員会の設置を賠償委員会に要請した。これにフランスのルール占領を違法とするイギリスとアメリカが協力し、年末にアメリカの財政専門家ドーズ（Charles G. Dawes）を委員長とする委員会が設置された。

機能不全に陥った通貨については、11月15日より金を基準にした新紙幣レンテンマルクが1レンテンマルク=1兆マルクとして発行された。レンテンマルクの発行により、歴史的なハイパーインフレーションは急速に沈静化した。

一方、ドーズ委員会は1924年1月から円滑な賠償支払いの方法を検討し、4月に賠償委員会にドーズ案と呼ばれる報告書を提出した。ドーズ案では、5年間の経過措置として、8億マルクの外債調達を認める一方、毎年の支払額を初年度の10億金マルクから最終年度の25億金マルクへと増加させ、その支払いにはドイツの自国通貨が使用できるとされた。ドイツはこのドーズ案を受諾し、フランスは1年後にルール地方から撤退することを認めた。これにより、賠償問題は暫定的ながら当面の解決をみたのである。

シュトレゼマンは首相としては短命であったが、その後も留任した外務大臣として手腕を発揮し、ドイツの国際的地位の回復と安定に努めた。シュトレゼマン自身は、基本的にはヴェルサイユ条約の修正を求める修正主義にたつ外交を支持していたが、他方で現実路線にたつて西欧諸国との和解と協調に基づく外交を行った。なかでもフランスとの関係修復に尽力し、これは1925年12月のロカルノ条約調印に結実した。西部国境の現状保障と不可侵を定めたラインラント条約やドイツと隣接するフランス・ベルギー・ポーランド・チェコスロバキアと締結した仲裁裁判条約など、ドイツにとって重要な条約を含むロカルノ条約は1926年9月にドイツが常任理事国として国際連盟に加入することをもって発効した。

こうして国際的地位が安定した頃、国内の政治情勢も一応の安定をみた。1928年5月の総選挙により首相となったミュラー（Hermann Müller）は、大連合内閣を組織した。大連合によって安定した政治運営が可能となり、この時のミュラー内閣は短命に終わる内閣が続くヴァイマル共和国期では最長の内閣となった。この時期のドイツ経済も回復傾向をみせ、例えば工業では、アメリカなどの外貨を導入して化学・電気工業などを中心に新規設備投資が行われた結果、1927年から1928年に戦前の水準に達した。農業も戦前の水準近くにまで達し、この頃のドイツはようやく戦後の混乱による不安定な状況を脱して、内外ともに安定期を迎えた。しかし、この安定は政治的にも経済的にも決して磐石なものではなかった。政治的には、各党が政治的主張を強調し、政党間の対立が強まっていた。経済は貿易収支の赤字が改善されず、アメリカなどからの外資を積極的に導入せざるを得なかった。そのため、この時期の経済はドイツ国内の経済力を基礎としたものではなく、外資を基礎として実現されたものに過ぎなかった。

こうした潜在的な矛盾は、ひとたび問題が降りかかると一気に顕在化した。まず外交では、賠償問題が再び浮上した。ドイツはドーズ案に基づいて賠償支払いを履行していたが、ドーズ案は5年間の暫定案であったため、いよいよ賠償問題を最終的に解決する案が作成されることになったのである。1928年末に発足したアメリカの実業家ヤング(Owen D.Young)を長とする財政専門委員会は、ドーズ案よりもドイツの負担を軽減したヤング案を提示し、これは1929年6月に調印された。ヤング案では、賠償額1139億マルクを年利率5.5%で分割払いするものとされた。そのために、まず37年間で年平均20億6,000万マルクを支払い、その後21年間で年平均17億マルクを支払うという、1988年までの59年間にわたる分割払いであった。ヤング案では、ドイツの実情に合わせて様々な配慮がなされていた。例えば、年次支払額は最初7億、次に17億と徐々に引き上げられることとされ、しかも、そのうち6億余りを絶対額とし、その他は延期可能額とされたのである。さらに、ドーズ案の外債の利子も賠償に組み込まれることとされたため、実質的に賠償額は大幅な減額となった。そのうえ、ドーズ案によって設置された連合国のドイツ経済に対する管理機関は全て廃止され、併せて行われた交渉により連合国のラインラントからの早期撤兵も決定し、1930年6月に撤兵完了した。

このように、賠償額の著しい負担減や連合国によるドイツの監視体制の解除を実現させたヤング案は、ドーズ案よりもはるかにドイツにとって有利な内容であった。それにもかかわらず、ドイツ国内ではヤング案に対する反応は厳しいものであった。ヤング案による支払いが59年間にも及ぶ点が「孫子の代まで負担を強いる」として、批判的とされたのである。また、ヤング案の交渉においても、結局ヴェルサイユ条約の修正には至らなかった点も失望を呼んだ。この国内の反発を巧みに利用したのがナチ党であった。この当時まだ地方の小政党に過ぎなかったナチ党は、ヤング案反対を掲げて他党と組み、全国委員会を結成するなど、全国的に名を挙げたのである。

#### ⑤ナチ党の躍進

ナチ党の前身は1919年にミュンヘンで創設された「ドイツ労働者党(Deutsche Arbeiterpartei : DAP)」という小さな組織であった。1920年2月に大ドイツ建設、ヴェルサイユ条約の破棄、ユダヤ人の追放・迫害などを掲げた二十五カ条綱領を採択し、4月には「国家社会主義ドイツ労働者党(Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei : NSDAP)」と改称した。1919年9月に入党したヒトラーは、その弁舌の才能が大衆への宣伝や集会活動で大いに発揮され、1921年7月には党の独裁権を握るに至った。ナチ党は当初、武力による権力奪取を目指したため、同年の突撃隊(Sturmabteilung : SA)という準軍事組織の創設、1923年11月の政権獲得を目指したヒトラー一揆(ミュンヘン一揆)等、暴力的な活動を行っていたが、ヒトラー一揆の失敗を契機に、選挙に基づく合法的な勢力拡大へと方針を転換した。ヒトラー一揆によって禁止されていたナチ党は、1925年にヒトラーによって再建された。ヴェルサイユ条約の全面的破棄などに代表される徹底した現状否定を掲げた

ナチ党は、その行動力と大衆への宣伝力・訴求力によって、とりわけ現状に不満を抱く青年層を強く惹きつけた。実際、1926年には黨員数5万であったのが、1928年には10万を超え、1932年4月には100万に達したのである。この頃には、大部分の州議会でナチ党は第一党の座を獲得し、もはや州レベルでは議会運営にナチ党の協力が不可欠な状況になっていた。

このように躍進するナチ党であったが、最終的に政権を獲得する決定打になったのは、世界恐慌の勃発であった。1929年10月24日のニューヨーク株式市場の大暴落を契機に始まった世界規模の大恐慌は、ドイツにも深刻な打撃を与え、国内に内在していた矛盾や不安定要因を一気に噴出させた。ミュラー内閣は世界恐慌の対応策として失業保険政策を提示したが、これが頓挫すると退陣に追い込まれた。ミュラー内閣退陣後に首相となったのは、ブリューニング(Heinrich Brüning)であった。首相に就任した1930年3月には、工業生産は早くも前年の3分の2に低下し、失業者は300万人を超えていた。9月に財源不足による増税案をめぐる対立からブリューニングが国会を解散して選挙を行った結果、ナチ党は国会第二党に躍進した。すでに深刻な経済危機が始まり、中間層が危機意識を強めるなか、既存政党の支持基盤が崩れた結果であった。このことは、さらなる経済危機の深刻化と、政府の大統領内閣への移行をもたらした。

当時のドイツ経済は外資とりわけアメリカ資本に依存していたため、アメリカ資本の引揚げは言うまでもなくドイツ経済を根底から揺るがす危機に直結する。ヴェルサイユ条約の全面的破棄・ヴァイマル共和国打倒を公然と掲げるナチ党の躍進は、ドイツの国際的信用を落とし、ドイツ経済にとって致命的なアメリカ資本の引揚げを招くことになった。1930年末には失業者数は400万を突破し、国民に高まる不満は反政府運動を繰り広げるナチスと共鳴した。

もう1つ、ナチ党の躍進がもたらしたものは、大統領内閣という国会不在の政権運営であった。ナチ党が第二党となったことにより国会運営が困難になったため、ブリューニングは恐慌への対策である財政・経済政策綱領をヴァイマル憲法48条に基づく大統領緊急令によって実施することとした。これは緊縮財政とデフレ政策を内容としたもので、これによって歳入不足がいよいよ深刻になると、今度はこの対策のためにたて続けに大統領緊急令による立法化を行った。共和国を否定するナチ党に対抗するため、共和国を支持する社会民主党がブリューニングを間接的に支持したため、国会はこれを止めることができず、国会はその機能を失った。こうして、政府が大統領緊急令によって立法化を行い、それを国会は否定しないという、大統領内閣が誕生したのであった。

混迷する状況のなか、1931年3月にオーストリアと経済的に結合する独奥関税同盟案が発表された。しかし、これはドイツにとって更なる恐慌の悪化をもたらした。隣接諸国への事前の説明もなく発表された同盟案は、ヴェルサイユ条約で禁止されているドイツとオーストリアとの統合の第一歩であるとしてフランスの反発を招いたのである。同盟案は、最終的に国際司法裁判所の裁定によって放棄されることになったが、オーストリア最大の融資

国であるフランスは同盟案発表後、オーストリアから次々に資本を引揚げたため、国際司法裁判所の裁定を待たずして、5月にオーストリア最大の銀行であるクレディット＝アンシュタルトが破産した。この破産の影響はドイツにも波及し、経済は混乱して、もはやドイツには賠償金を支払う力はなくなった。経済の危機は国内の混乱を深め、これをみて外国資本が続々と引揚げられ、さらに経済危機が深刻化するという悪循環が起り、ドイツの混迷は極限に達したのであった。このドイツの破滅を救うため、アメリカ大統領フーヴァー (Herbert Hoover) は6月にドイツの賠償支払いを1年間猶予する「フーヴァー・モラトリアム (Hoover Moratorium)」を発表したが、その直後にドイツの紡績業大手である北ドイツ羊毛会社が倒産し、翌月にはドイツ四大銀行の1つであるダナト銀行が破産した。フーヴァー・モラトリアムは7月に実施されたが効果を発揮することなく、ドイツではダナト銀行の他にも有力銀行が危機に瀕していたため、政府は全金融機関に休業を命じるという、未曾有の金融危機に陥った。

ブリューニング首相は賠償そのものの廃止を狙って、賠償支払いが不可能であることを示すためにデフレ政策に固執した。デフレ政策は主に緊縮と増税であるため、労働者の賃金引下げが進行し、1932年の実質賃金は1929年の3分の2にまで下落した。購買力の低下は経済不況をさらに悪化させることになり、1931年末の失業者数は500万を超え、1932年初頭には600万と、失業者数は加速度的に増加した。職がある労働者も、操業短縮と賃金引下げによって生活水準の下落に苦しむ者が多かった。失業は青少年層を直撃し、生活と未来を破壊された青少年層は、社会体制への強い不満からヴァイマル共和国への批判・否定を主張する抗議活動を展開した。1932年には家を失った放浪者の数が40万人と推定され、犯罪率が上昇し、自殺率は先進工業国中最悪の水準となった。まさにドイツは明日が見えない混迷と混乱の極地に達し、破滅寸前の国家的危機は人々に強い現状打破の欲求をかりたてたのである。

このような中で大統領選挙が行われれば、現状否定をスローガンに掲げるナチ党に有利となるのは当然のことであった。任期満了に伴って1932年に行われた大統領選挙では、1925年のエーベルト死去後に第2代大統領となった現職のヒンデンブルク (Paul von Beneckendorff und von Hindenburg) が再選を果たした。しかし、このとき立候補していたヒトラーは、敗れたものの36%の票を集めており、反共和国の勢力がいかに増加したかが、ここに見て取れる。大統領選後、ブリューニング首相は恐慌・失業対策として、東部の再建不能の大農場を国家が購入し、そこに都市の失業者を移住させるという東部への入植計画案を提示したが、これが東部大農業家層や農村同盟から私有財産の侵害であるとして抗議を受け、大統領ヒンデンブルクも自身が東部大農業家であったこともあり、関係緊急令の署名を拒否した。大統領から事実上の退陣要求を突きつけられた首相ブリューニングは、翌日総辞職し、1932年6月1日、パーペン (Franz von Papen) を首相とする新たな内閣が誕生した。

パーペン内閣は、閣僚9人中7人が貴族という時代錯誤的な内閣であった。パーペン自

身も男爵であったことから、この内閣は「男爵内閣」と揶揄され、国民の支持はおろか、政党からの支持も得られなかった。パーペンは首相となるまでは無名の政治家であったにもかかわらず、このとき首相になれたのは、ひとえに大統領との密接な個人的つながりによって「政治將軍」と評されたシュライヒャー (Kurt von Schleicher) の力によるものであった。シュライヒャーはこのとき国防相に就任し、巨大な政治権力をもった内閣の真の実力者であった。ナチ党ともつながりをもっていたシュライヒャーは、ヒトラーと事前に新選挙実施・SA 禁止令撤回を約束していたため、政府は成立直後に国会を解散した。選挙戦は、死傷者をだすほどの内戦状況を呈する激しいものであった。ナチ党が禁止令を撤回された SA を動員して、社会民主党やドイツ共産党といった反対陣営を襲撃し、これに対抗するため各党も擬似軍事組織を投入した。

一方、このとき外交面では一定の成果が上がっていた。6月中旬から開催されたローザンヌ会議において、ドイツの悲願の1つである賠償の実質的廃止が承認されたのである。また、1932年2月から開催されていたジュネーヴ軍縮会議においても、ドイツの再軍備が受け入れられた。こうしてドイツは、ヴェルサイユ条約の巨大な足かせをほぼ外すことができたが、ドイツ国内ではこの成果はあまり評価されなかった。

1932年7月30日に実施された総選挙によって、ナチ党は230議席を獲得して第一党となった。ナチ党は巨大政党へと変貌し、ヒトラーも政局を左右する重要人物となったのである。シュライヒャーはヒトラーと入閣を打診する会談を密かに行き、さらにヒトラーを首相パーペンおよび大統領ヒンデンブルクとも引き合わせた。頑なに首相職を要求するヒトラーとの溝は埋まらず、むしろナチ党と政府との協力関係を困難にさせる結果となった。

9月12日に開催された国会では、政府の不信任案が可決され、国会は解散された。11月6日の国会選挙では、ナチ党は196議席と初めて議席数を減らした。第一党の地位は保たれたが、これまで躍進を遂げていたナチ党が、ここにきて勢いにブレーキがかかったのである。もともとナチ党は大衆扇動に長けていたヒトラーが重用されたことから見てとれるように、大衆に直接働きかける宣伝活動や集会活動によって支持者を増やしてきた政党である。世界恐慌によって明日の生活すら危ぶまれる危機に直面した人々が、強い不安と恐怖を抱き、いっこうに有効な道筋を示さず混乱するばかりの議会政治へ失望し、未来への希望も抱けない状況で、ヒトラーという強力な指導力をもって従来 of 政党とは異質なナチ党が、これらの原因をヴェルサイユ条約やユダヤ人に帰し、「民族共同体」という新たな国家像によって全ては解決されるという安直だが単純ゆえに誰にでもわかりやすい理屈を強烈に宣伝したとき、そこに救済の道を見いだしても何の不思議もないことである。このように、ナチ党は大衆運動によって躍進したのであるから、裏を返せば、それは強固な支持基盤のない、流動的な支持に過ぎなかったということでもある。

しかし、大衆基盤の脆さが露呈したからといって、ナチ党およびヒトラーの命運がここで尽きることはなかった。この時の選挙によって支持を拡大できなかったのは、首相パーペンも同様であった。政府を支持する勢力は国会のわずか1割に過ぎなかったため、ヒトラー



に再び入閣交渉を行ったがヒトラーの首相職への固執姿勢は変わらず、交渉は失敗した。復古的な国家像を抱くパーペンは、自身を首相に押し上げたシュライヒャーの信頼も失って退陣し、12月3日、今度はそのシュライヒャーが首相となって新内閣を発足させたのであった。けれども、「政治将軍」と評された実力者シュライヒャーによる政府は、わずか2ヶ月ほどで崩壊した。シュライヒャーに見切りをつけられて首相を辞したパーペンが、巻き返しを狙ってヒトラーに接近したのである。両者はヒトラーを首相とすることで一致した。ちょうどその頃、シュライヒャーは東部農業地域に都市の失業者を植民させるという、かつてブリューニングが首相を辞す決定打となった政策を打ち出し、東部の大土地所有者や農村同盟からの反発を受け、東部農業家でもある大統領ヒンデンプルクの不興を買った。さらに東部救済事業での不正支出が農業界の不信を招いた。政策が次々と行き詰り、ナチ党を中心に政治が動くなかで、シュライヒャーは退陣した。次の政権を考えるうえで、もはやナチ党もヒトラーもない政権は考えられない状況であったが、それでも大統領ヒンデンプルクは次期首相にヒトラーを指名することには抵抗があった。しかし、軍部独裁を目指して政治的権力を振るってきたシュライヒャーに代わって、いまや大統領の個人的信用を得ていたパーペンがヒトラーへの不信を取り除くことに努力し、ヒンデンプルクは最終的にヒトラーを首相に指名した。こうして、ナチス政権は誕生したのである。とはいえ、当初のヒトラー政権はナチスと保守派との連立内閣であり、ナチ党からの入閣も3人に過ぎなかったことから、ヒトラーを首相にしても独裁を防止できると考えられていた。しかし、それはすぐに打ち砕かれるのである。こうして、大統領内閣によってすでに空洞化していたヴァイマル憲法に基づく政治制度は、消滅することになった。それは、事実上ヴァイマル共和国の終焉を意味したのである。

このように、ヴァイマル共和国は、わずか14年しかその命脈を保つことはできなかった。初期は敗戦の混乱もあり、テロや一揆などが起こる不安定期であったが、1924年頃には外資導入によって経済回復したことによって国内も一時の混乱を脱し、一応の安定期を迎えた。この時期、ドイツは国際連盟にも加入し（1926年）、国際的地位も回復させることに成功した。しかし、ようやくつかみかけた安定も1929年の世界恐慌によって崩壊した。ヴァイマル条約による苛酷な負担、なかでも賠償問題という巨大な足かせが誕生当初から共和国を苦しませ、最後は世界恐慌という世界規模の経済危機に襲われ、共和国は終始国内の未曾有の混乱を沈静化させることに多大な労力を割かなければならなかった。確かに、ヴァイマル条約にせよ、世界恐慌にせよ、共和国にとって不運な出来事ではあった。しかし、誕生時には当時の先進諸国のなかで最も民主的と評されたヴァイマル憲法を掲げた共和国が短命で終わったのは、やはり共和国内にも理由があったのだという指摘が現在ではなされている<sup>312</sup>。

---

<sup>312</sup> 例えば林氏は、次の3点を指摘しておられる。1. 大統領に強力な権限を与えるヴァイマル憲法48条が、結果的に大統領の独断的行為を許し、「大統領内閣」誕生に至った。2. 各政党が民主主義を実現させるまでに成長していなかった。3. ドイツ国民が上から

このヴァイマル共和国の激動は、人々の生活を破壊し、人生に絶望するほどの劇的な社会変動であった。このような劇的な社会変動は、婚姻制度への意識にも影響を及ぼすことになる。婚姻は人の生活の基盤であり、人生の基盤である。生活や人生が破壊され、生存の危機を覚えた人々は、今ある生活と人生の保障を強く求める。その保障は、将来の夢といった空想の世界の保障ではない。今ここに存在する現実の生活と、その現実の積み重ねから成る人生の保障である。この現実保障への強い要求が社会の成員のほとんどからなされると、それは社会の意識として圧力をもつことになる。このような社会の意識から、ナチス政権といえども逃れることはできない。ナチスは暴力やテロといった非合法的側面が強調されることも多いが、政権獲得はあくまで合法的である。ナチスは、選挙によって合法的に勢力を拡大し、大統領指名という合法的な手続きにのっとり政権を獲得した。選挙という合法的な手段で権力を獲得した以上、現実の保障という社会の要請に応えないという選択肢はない。しかし、当時の社会はあまりに混乱が続き、社会の要請に応えるにはより強力な権力が必要であった。そこで、ナチスは政権獲得後、独裁体制を敷くのである。以下に、その経緯を見てみよう。

#### ⑥第三帝国（強制的同一化）

1933年1月30日、ヒトラーは大統領ヒンデンブルクより首相に任命され、ナチス政権が誕生した。ヒトラーはナチスという巨大な非人道的組織を従えていたとはいえ、その政権掌握はあくまで合法的であった。テロや暴力といった威圧によるのではなく、選挙によって勢力を拡大し、最終的に大統領の指名によって首相に就任したのである。

ヒトラー内閣のメンバーは、首相ヒトラー（ナチ党）、副首相パーペン（無所属）、外務大臣ノイラート（Konstantin von Neurath）（男爵・無所属）、内務大臣フリック（Wilhelm Frick）（ナチ党）、国防大臣ブロンベルク（Werner von Blomberg）（中将・無所属）、財務大臣クローズィク（Johann L. Schwerin von Krosigk）（伯爵・無所属）、郵政大臣兼運輸大臣リュューベナハ（P.E. von Rübenach）（男爵・無所属）、経済大臣兼食糧農業大臣フーゲンベルク（Alfred Hugenberg）（ドイツ国家国民党）、労働大臣ゼルテ（Franz Seldte）（鉄兜団のちナチ党）、無任所大臣ゲーリング（Hermann Wilhelm Göring）（ナチ党）、司法大臣ギュルトナー（ドイツ国家国民党のちナチ党）であった。上記の通り、後にナチ党に入党する者を除いて、当初の閣僚にはナチ党員が3名しかおらず、貴族と保守派との連立内閣であった。しかしそれにもかかわらず、ナチスはその後、公的機関から個人の思想・心情にいたるまで公私を問わず、ナチス思想に基づいて国内を均質化させる「強制的同一化（Gleichschaltung）」を急速に進めたのである。

ヒトラーは直ちに国会を解散し、総選挙を3月5日に実施することとした。選挙中の1933年2月27日夜、オランダ出身の共産主義者によって国会議事堂が放火される「国会議事堂

---

の支配に慣れていて、みずからが国家を形づくる意識と慣行に欠けていた：林『ワイマル共和国』202-207頁。

放火事件」が起こると、政府はこれを共産党の組織的犯行と断定して、翌 28 日より多数の共産党員の検挙を開始した。さらに同日の 1933 年 2 月 28 日に「民族と国家を保護するためのライヒ大統領命令」(Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat)<sup>313</sup>を布告し、「共産主義的な、国家公安を害する暴力行為を防止するため」にヴァイマル憲法 48 条 2 項に列挙された全ての基本権——人身の自由 (114 条)、住居の不可侵 (115 条)、信書・郵便・電信電話の秘密 (117 条)、意見表明等の自由 (118 条)、集会の権利 (123 条)、結社の権利 (124 条)、所有権の保障 (153 条) ——が停止された。この緊急令は、その後のナチス支配の最も重要な法的基礎となった。

多数の反対派を拘束したにもかかわらず、選挙結果はナチ党が全議席数 649 に対して獲得議席 288 と、単独過半数には及ばなかった。しかし、ナチ党は大勝利と宣伝して、ナチス支配を強力に進めていった。まずナチ党の政権掌握がなされていない州に対して、2 月 28 日の大統領命令 2 条<sup>314</sup>に基づいて中央政府が強制執行という形式で介入し、突撃隊・親衛隊 (Schutzstaffel : SS) によるテロも行われ、暴力的にナチ化が行われた。1933 年 3 月 31 日公布の「ラントとライヒとの均制化に関する暫定法律」(Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich) および同年 4 月 7 日の「ライヒ総督法」(Reichsstatthaltergesetz) と呼ばれる「ラントとライヒとの均制化に関する第二法律」(Zweites Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich) の 2 法によって、中央集権化が強力に遂行された。大統領は首相の提案に基づいてプロイセンを除く各州に「ライヒ総督 (Reichsstatthalter)」を任命できることとされた (第二法律 1 条)。ライヒ総督は、首相によって定立された政治方針を遵守する任務を負い、ラント政府首長およびラント政府構成員の任免権など強力な権限が認められた (同条)。また、プロイセンではライヒ総督の権限をライヒ首相が行使するとされたため (第二法律 5 条)、ヒトラーがライヒ総督に就任した。州への強制的同一化は、1934 年 1 月 30 日の「ライヒの改造に関する法律」(Gesetz über den Neuaufbau des Reichs) によって、最終的な局面を迎えた。この法律によってラント議会は廃止され (1 条)、ラント (州) の高権はライヒ (国) に移譲され (2 条 1 項)、ラント政府はライヒ政府に従属するものとされた (2 条 2 項)。こうして「国家権力は、ライヒの事項に関しては、ライヒ憲法に基づいてライヒの機関がこれを行行使し、ラントの事項に関しては、各ラントの憲法に基づいて各ラントの機関がこれを行行使する」というヴァイマル憲法 5 条に代表される国家体制 (ヴァイマル憲法 5 条-19 条) は、完全に排除されたのであった。

さらに 1933 年 3 月 23 日には「民族および国家の危難を除去するための法律」(Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich)、いわゆる「授權法」(Ermächtigungsgesetz)

<sup>313</sup> ナチス政権初期 (1933 年-1934 年) の法律名および各法律の個別の条文の訳出は、次の文献に拠った：高田＝初宿・編訳『ドイツ憲法集』。

<sup>314</sup> 2 条とは、次の条文である：「一ラント [州] において、公共の安全及び秩序の回復に必要な措置がとられないときは、ライヒ政府は、その限りにおいて、ラント最高官庁の権限を一時的に用いることができる」。

が国会で可決された。これは予算と国債を含む法律を制定する立法権を政府に与えるもので(1条)<sup>315</sup>、憲法違反の法律も可能とされた(2条)<sup>316</sup>。さらに法律の認証は首相が行うものとされ(3条)<sup>317</sup>、政府は大統領にも拘束されない立場になった。条約についても、ヴァイマル憲法45条3項に定められた国会の同意は必要としないとされた(4条)。これは憲法改正法律として制定されたため、成立するには全議員の3分の2の出席および出席者の3分の2の賛成が必要であった。単独過半数に達していないナチ党は、審議当日に突撃隊・親衛隊に議場を取り囲ませる等、暴力と詐術を駆使し、最終的に441対94で可決させ、本法は翌24日に公布・施行された。当初、この法律は5条によって1937年4月1日で失効することとされていたが、1937年1月30日の改正法と1939年1月30日の改正法およびヒトラーの布告によって失効は延期され<sup>318</sup>、最終的に1945年まで存続した。この法律によって、ナチスは必要な時に都合の良い法律を制定する基礎を得たのであった。

1933年4月7日には「職業官吏制の再建に関する法」(Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums)によって、「1918年11月9日以降に官吏関係に入った官吏であって、その経歴について予め定められた、若しくは通常的基础的能力、又はその他の適正を有しない者」は免職された(2条)。これに該当する者として、「1914年8月1日以降官吏であった者、[第一次]世界大戦においてドイツ帝国若しくはその同盟国側の戦線で戦った官吏、又はその父若しくは子が[第一次]世界大戦において戦死した官吏」を除いた「アーリア人の血筋をひいていない官吏」(3条)が定められ、非アーリア人であるユダヤ人が公務員の地位から排斥された。その後、同年7月20日の改正によって、免職対象者に「共産党若しくは共産主義的援助・補充組織に所属し、又はその他、共産主義の趣旨に則って活動した官吏」<sup>319</sup>および「将来においてマルクス主義(共産主義又は社会民主主義)の趣旨に則って活動する官吏」も加えられた(2a条)。

次にナチスは他政党を解体し、一党独裁体制を敷いた。まず1933年7月14日に「政党新設禁止法」(Gesetz gegen die Neubildung von Parteien)を公布し、「ドイツにおいて存在する唯一の政党は、国家社会主義ドイツ労働者党である。」(1条)とされ、新政党結成を

---

<sup>315</sup> 1条「ライヒの法律は、ライヒ憲法[ヴァイマル憲法]に定める手続によるのほか、ライヒ政府によってもこれを議決することができる。ライヒ憲法第85条第2項[予算]及び第87条[国債]に掲げられた法律についても同様とする」。

<sup>316</sup> 2条「ライヒ政府の議決したライヒ法律は、ライヒ議会及びライヒ参議院の制度それ自体を対象としない限り、ライヒ憲法に違反することができる。ライヒ大統領の権利は、これにより影響を受けない」。

<sup>317</sup> 3条「ライヒ政府が議決したライヒの法律は、ライヒ首相が認証し、ドイツ国官報をもって公布する。他に別段の定めのない限り、このライヒ法律は、公布の日の翌日から施行する。ライヒ憲法第68条から第77条までの規定[ライヒの立法]は、ライヒ政府の議決する法律には適用しない」。

<sup>318</sup> 詳細は、高田＝初宿・編訳『ドイツ憲法集』157-158頁、注5参照。

<sup>319</sup> ただし、「1933年1月30日以前に、民族的に(national)立ち上がった政府を支持するなんらかの政党又は団体に与し、その民族的運動において傑出した人物であることを自ら実証した者」は、免職を見合わせる事ができた(2a条但書)。

企てる者への罰則も定められた（2条）。さらに1933年12月1日の「党および国家の統一を確保するための法律」（Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat）によって、「国家社会主義革命が勝利を収めた後、国家社会主義ドイツ労働者党は、ドイツ国家思想の担い手となり、国家と不可分に結合しているものとする。」（1条）と定められ、ナチ党と国家の一体化が法律によって保障された。両法によって、ナチスの一党独裁は確立した。

さらに1934年2月14日に「ライヒ参議院の廃止に関する法律」を公布し、ライヒ参議院を廃止し、8月1日には「国家元首法」（Gesetz über das Oberhaupt des Deutschen Staat）を公布して、大統領の官職と首相の官職を統合した（1条）。この時点で大統領はヒンデンブルクであり、本法の施行期日はヒンデンブルク逝去の日とされた（2条）。ヒンデンブルクは翌日の8月1日に死亡し、本法が発効した。これにより、ヒトラーは大統領、首相ならびにナチ党党首を兼務することとなり、独裁権を獲得した。

ナチスは、これらの法律を正当化するにあたって宣伝を巧みに利用した。1933年3月13日に新設された国民啓蒙宣伝省（Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda）は、この点で中心的な役割を果たした。初代大臣にはナチ党の宣伝で敏腕を振るっていたゲッベルス（Paul Joseph Goebbels）が就任し、国民をナチスの理念に従って指導するという名目で激しい言論弾圧と文化統制を行った。他方、宣伝にはラジオが大いに活用された。受信機の価格引下げもあって、ラジオの普及台数は1933年初頭には400万台強であったのが、毎年100万台ずつ増加し、1938年にはラジオ聴取契約者数は900万人に達した。さらに工場・事業所、ホテル宿泊所、役場などの公共施設等で「共同受信」と称した一斉受信が行われた。ラジオは国民に娯楽をもたらしたのはもちろんだが、他方でナチス政策の正当性や政策決定を国民に広く伝達する道具としても機能したのである。こうしてヒトラーが首相に就任してから、わずかの間にナチ化が国内の隅々にまでいきわたるようになったのである。

このように、ナチスは政権獲得後まもなくして独裁体制を敷いた。それは「職業官吏制の再建に関する法」に表れる反ユダヤ主義といった、ナチス独特の世界観を実現させるためという側面もあったが、もう1つは当時の社会の要請に応えるためでもあった。現実の保障を強く求める社会の要請に応えるには、ナチスの指令が即座に実現される体制でなければならない。そのため、州の権限を剥奪する中央集権化、授權法の制定、他政党の解体、参議院の廃止と、次々に独裁化を打ち出したのである。もちろん、このような急激な独裁化を正当化するには、人々の賛同がなければならない。特に戦争やテロといった不安定な社会では、人々の反感を買えば独裁体制もいつ覆されるかわからない。そこで、ナチスは宣伝を巧みに利用して、社会全体をナチ化し、人々の賛同を得やすくしたのである。

とはいえ、ナチスに求められているのは、あくまで現実の保障である。これを実現できなければ、独裁体制も基盤が崩れてしまう。そこでナチスがまず取り組んだのは、経済政策であった。次に、ナチスの経済政策を見てみよう。

## ⑦ナチスの経済政策

ナチス政権にとって、ヴァイマル共和国時代の賠償問題に伴うハイパーインフレや世界恐慌によって生活の基盤を破壊された国民の経済を立て直すことは急務であった。とりわけ失業率の異常な高さから現状打破の強い要請を受けて躍進を遂げてきた変遷に鑑みれば、まず雇用創出政策に取り組むことは不思議ではない。アウトバーン (Autobahn) 建設に代表される公共事業の推進や、1933 年から 1936 年の間だけで国民総生産の 3% を占める雇用創出への巨額の支出も行い、さらにヴァイマル共和国時代から開始されていた労働奉仕事業を本格化させ、国家労働奉仕団 (Reichsarbeitsdienst) を設立して公共事業や農業計画に従事させ、青少年の失業対策とした。このような政策の結果、早くも 1934 年にはその効果が現れ、失業者は急激に減少した。1933 年の平均失業者数が 480 万 4000 (失業率 25.9%) であったのに対し、1934 年には 271 万 8000 (13.5%)、1935 年には 215 万 1000 (10.3%)、1936 年には 159 万 3000 (7.4%) と失業者数が減少していったのである。さらに後述の経済政策によって景気が押し上げられると、1937 年には平均失業者数が 91 万 2000 (失業率 4.1%) とほぼ完全雇用状態となり、1938 年に 42 万 9000 (1.9%) とさらに減少した。

雇用創出政策とともに、破綻したドイツ経済を回復させる経済政策も重要課題であった。一例として農業政策では 1933 年にライヒ世襲農場法 (Reichserbhofgesetz) が施行され、同年のライヒ食糧団 (Reichsnährstand) 設立と共に農業の国家的統制を実現した。ライヒ世襲農場法<sup>320</sup>によって、農業もしくは林業に利用されている所有地で、7.5 ヘクタール以上 125 ヘクタール以下である等の要件<sup>321</sup>を満たしたものは「世襲農場 (Erbhof)」となり、世襲農場の所有者は「農民 (Bauer)」と称され、農民はドイツ国籍を有し、かつドイツ種族もしくは同等の血統を有する自然人でなければならなかった<sup>322</sup>。世襲農場に指定されると、譲渡・負担設定を禁止され、農民死亡の場合は一子相続となり、原則的に金銭債権に基づく強制執行を受けないこととされた。こうして世襲農場は売買や抵当の対象から外れることによって、1933 年当時の経済不況による土地の細分化や重い債務負担による抵当流れを防ぎ、土地所有が安定した。さらにライヒ食糧団を新たに設立し、これに農業生産者、農産物の加工・精製業者、取引業者 (卸・小売業者)、農業組合が強制的に加入され、農業利益団体が統合された。ライヒ食糧団の任務は農業関係者間の利害調整であり、必要な場合には農産物の生産、販売ならびに価格および価格格差を規制する権限も与えられた<sup>323</sup>。ライヒ世襲農場とライヒ食糧団という 2 つの政策によって農業の組織化・強制的同一化が成されたの

<sup>320</sup> ライヒ世襲農場法については、次の文献が詳しい：鈴木直哉「世襲農場法とナチス農地法制の展開」早稲田法学会誌 34 巻 1 頁以下 (1983 年)。

<sup>321</sup> 他の要件は次の通りである：1 つの農業家屋 (Hofstelle) によって分農場

(Vorwerke) なしに経営管理され得るものであること、恒常的に賃貸されているものは世襲農場にならない、農民能力 (Bauernfähigkeit) のある自然人の単独所有であること：鈴木・前掲 7-8 頁。

<sup>322</sup> 農民のその他の要件として、禁治産者でないこと、名誉ある者であり、かつ農場の秩序正しい経営管理を行う能力を有すること、が定められていた：鈴木・前掲 8 頁。

<sup>323</sup> 鈴木・前掲 4 頁。

であった。

ナチスは軍備政策も経済政策の一環として機能させた。授權法によって予算審議権を国会から剥奪したナチスは、さらに国防軍の支出については国防大臣、大蔵大臣、ライヒスバンク総裁の三者による予定資金総額の交渉が行われた後、国防軍当局の裁量によって資金配分が行われることにした。これによって軍備関連支出が増加し、国家支出総額に占める国防軍支出の割合は、1933年の4%から翌年には18%、1936年には39%、1938年に50%と急激に増加した。軍備拡張によって軍需市場が活気を帯び、経済回復に大きく貢献した。

しかし軍備拡大に伴って工業原料の需要が高まると、今度は原料不足が露呈した。1936年3月には、備蓄は1-2か月分しかない状況にあった。工業原料は輸入に依存していたため、同年に原料の国内自給（アウトアルキー：Autarkie）を目指す四ヵ年計画が開始された。これによって輸入に頼っていた天然ゴム、石油、繊維をドイツで産出量の多い石炭などを使って合成ゴム、合成石油、合成繊維で代用するという自給自足が目指された。

こうして雇用創出政策、軍備拡張、農業の組織化によって、世界恐慌の破滅的な経済からドイツは他国に比べてもいち早く回復を果たすことができた。それは深刻な経済不況にさらされていた国民にとって、ヒトラーへの高い評価に結びついた。さらに、一般市民も巻き込むテロや暴力行為を繰り返し、1934年時点で隊員数約350万人に達する巨大組織になっていた突撃隊に対して、ヒトラーは1934年6月に突撃隊の指導者レーム（Ernst Julius Günther Röhm）をはじめ、多数の突撃隊幹部を反逆を企てたとして射殺させた（レーム事件）<sup>324</sup>。これによって突撃隊に代わって親衛隊の地位が上昇することとなったが、突撃隊の暴力行為に悩まされていた国民からは、ヒトラーの支持がさらに高まることとなったのである<sup>325</sup>。

ナチスは破壊された人々の生活を再建するため、経済政策に力を注いだ。ナチスは独裁体制を敷いたからといって、自らの思うままに社会を作り変えたのではなく、むしろその絶対権力ゆえに人々の生活再建・現実保障の要請という社会の意識に拘束されたのである。このように絶対権力が社会の意識に拘束されるならば、その他の場面でもやはり社会の意識に拘束されるのは不思議なことではない。社会が今ある現実を重視するのであれば、その現実重視の姿勢は他の場面でも表れる。これを婚姻に当てはめて考えると、次のように考えられよう。仮装婚は、婚姻生活共同体が創設されない婚姻である。実体がない婚姻は、現実世界では事実として存在しない婚姻である。現実には存在しない婚姻を法律上は有効とみなすのは、無いものを有るものとして扱うことであり、このような考え方は、当時の社会の意識とは相容れなかった。むしろ、当時の社会の意識は現実に存在するものを重視する意識であった。現実に存在しないものは、当時の社会の意識と相容れない。これはナチスの「民族共

---

<sup>324</sup> このとき前首相シュライヒャー夫妻などの保守派も殺害しており、最終的に犠牲者数は90名にのぼった：成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史3』217-219頁。

<sup>325</sup> レーム事件に対する一般市民の反応：成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史3』219-220頁。

同体にとって有害」という考えとも合致するものである。こうして、仮装婚規定の制定が後押しされたと考える。

### 第3款 1938年婚姻法

それでは、1938年に仮装婚規定が修正されて仮装婚の範囲が拡大されたことは、どう見るべきなのか。この頃、ナチスの目は国外へと転じていた。まずは当時の社会状況を簡単に確認しておこう。

国内の整備が一通り完了すると、次にナチスは本格的に外交にのりだした。すでにドイツは1933年10月に再軍備の阻害になるとして国際連盟を脱退していたが、ヴェルサイユ条約によって最終的帰属の決定が国民投票に委ねられていたザール地方が1935年1月の国民投票でドイツへの帰属が圧倒的多数で決定すると、これに続いて同年3月に徴兵制を導入し、再軍備を宣言した。これに対応するため、イギリス・フランス・イタリアの首脳が4月にストレーザで会談してドイツへの非難声明を発表したが、イギリスが6月にドイツと海軍条約を結んで事実上ドイツの再軍備を追認した。さらにナチスは1925年に締結したロカルノ条約を一方向的に破棄して、1936年3月7日に非武装地帯とされたラインラントに軍を進駐させた。これに対してフランス・イギリスおよび国際連盟は抗議したが、それ以上の対応をしなかった。

1938年、ヒトラーの侵攻計画に異議を唱えた国防大臣ブロンベルクと陸軍総司令官フリッツ（Werner von Fritsch）が、スキャンダルを理由に解任された（ブロンベルク・フリッツ危機）。ブロンベルクに代わってヒトラーが三軍の直接指揮権を掌握し、ヒトラーの下で国防軍統合司令部が設置されて、ヒトラーの戦争計画遂行に有利な状況となった。

1938年2月、ヒトラーはオーストリア首相シュシュニク（Kurt von Schuschnigg）に事実上の属国になることを意味する要求をし、シュシュニクもいったんはこれを飲んだが、3月にオーストリア独立をかけて国民投票を行うことを発表すると、ヒトラーは軍を派遣してオーストリアを併合した。ヴェルサイユ条約によってドイツとオーストリアの合併は禁止されていたが、4月10日に行われた国民投票でオーストリア国民の99.7%が合邦に賛成し、オーストリアへのナチス支配が本格化することになった。

オーストリア併合は民族統合という名目があったが、ヒトラーは純粋な領土拡大にも着手した。ヒトラーはチェコスロバキアに対して、350万人のドイツ系住民が居住するドイツ側国境地域のズデーデンを割譲するように要求したのである。これに対してイギリス・フランス・イタリアは、戦争を回避するために協議による解決を目指す宥和政策をとり、1938年10月にミュンヘン会談を開いて、ズデーデン地方をドイツに割譲することを認め、チェコスロバキアにこれを受諾させた。ヒトラーはさらに領土拡大を進め、翌年3月に残部チェコ国家を解体し、チェコのベーメン（ボヘミア）・メーレン（モラヴィア）を保護領としてドイツに編入し、スロヴァキアをドイツの保護国とした。同月には、リトアニアに対してドイツ人居住地域であったメーメル地方を割譲させた。



ヒトラーはポーランドに対してもダンツィヒの返還、ポーランド回廊を通して東プロイセンに通じる鉄道と道路の建設を要求した。これに対して、イギリス・フランスが宥和政策の限界を悟り、方針転換してポーランドへの支援を約束したため、ポーランドは要求を拒絶した。そこでヒトラーは4月にドイツ＝ポーランド不可侵条約と英独海軍協定を解消した。イギリス・フランスは、ソ連と英仏ソ相互援助協定締結交渉を開始したが、この段階になってもなおドイツとの交渉の道を閉ざさないイギリスの姿勢に不信を募らせたソ連は、ドイツと接近する姿勢に転じ、8月19日に独ソ不可侵条約を締結した。この不可侵条約によって、ポーランドとの戦争は局地化できると判断したヒトラーはポーランド侵攻を決断した。

1939年9月1日、ドイツはポーランドに侵攻した。これに対してイギリス・フランスがドイツに宣戦し、第二次世界大戦が始まった。戦争は、ドイツ軍の「電撃戦」と呼ばれる多数の部隊による迅速な奇襲攻撃と、ソ連軍の侵入によって開戦から1ヶ月も経たない9月27日にワルシャワが陥落した。イギリス・フランスは宣戦布告したものの、ポーランドへの武力援助が間に合わず、ポーランドは10月6日に降伏した。その後もヒトラーはデンマーク、ノルウェー、オランダ、ベルギー、フランスと侵攻を続け、短期戦を繰り返した。そして1941年6月22日、独ソ不可侵条約を無視してソ連に奇襲攻撃をしかけ、独ソ戦が開始された。独ソ戦はやがて同年12月に開始された太平洋戦争と一体化し、それまでヨーロッパ周辺に限定されていた戦争が、世界規模の戦争へと新たな段階へ突入したのである。

1938年婚姻法制定の当時は、仮装婚規定が誕生した時のような深刻な経済不況はなかった。むしろ、この頃は経済政策が効を奏して失業率も低下し、1937年には完全雇用状態になっている。筆者の考察によれば、劇的な社会変動が起こって社会の成員たる人々の生活に危機が及ぶと、現実を重視する意識が高まって、それがあらゆる側面に表れる。それならば、なぜ1938年にはむしろ人々の生活は改善していたにもかかわらず、仮装婚規定が強化されるような修正がなされたのか。それは、やはり立法理由にある通り、オーストリア併合によってドイツとオーストリアの法規を統一しなければならなかったという事情が理由であろう。法律には当時の社会意識が影響するといっても、それだけですべての法律の制定・改廃が説明できるわけではなく、その他の事情も組み合わせられてなされるのである。

それでは次に、戦後のナチス否定はどのようにしてなされたのであろうか。当時の状況を簡単に見ておこう。

#### 第4款 戦後

1945年5月8日、ドイツは連合国に無条件降伏した。連合国の次の課題は、敗戦国ドイツの戦後処理であった。ドイツが無条件降伏した翌月の6月5日にイギリス、アメリカ、フランス、ソ連が「ベルリン宣言」で最高統治権力を得たことを宣言すると、この4カ国による正式な分割占領が始まった。これは、各国の占領軍最高司令官が占領地域を統治し、ドイツ全体に関する問題はベルリンの連合国管理委員会が統一的に処理するというものであった。具体的な占領統治の基本方針は、同年8月2日に合意された「ポツダム協定」で定め

られた。ポツダム協定では、政治と経済についての原則が規定されており、そこには前記の4カ国による分割占領、ドイツの最高統治権力は各国の占領軍最高司令官が行使し、ドイツ全体にかかわることは連合管理委員会で共同行使することが規定されているほか、連合管理委員会が達成すべき目標が明記されていた。それは、全面的軍縮と非軍事化、軍需産業の解体、ナチ党の解体と宣伝の禁止（非ナチ化）、ドイツの民主化のための政治生活の全面的改造と平和と国際協力のための準備、軍事的安全の許す限りでの言論・宗教活動の自由と労働組合の再建である。このうち、本論文では非ナチ化と民主化が重要である。また、経済原則では兵器の製造禁止・兵器関連産業の生産活動の制限、独占企業の解体などによる経済の集中排除、生産高の設定・財の分配・対外経済活動の監視などの措置による経済統制などのほか、「占領期間中はドイツは経済的統一体とみなされる」と規定された（14条）。こうして占領中のドイツは、分割占領されながら、経済的には単一の統一体として管理されることとされた<sup>326</sup>。

占領の本格化に伴い、まず実行されたのが「非ナチ化」であった。ナチス政権と国防軍幹部など5,000名以上を戦争犯罪人として訴追したニュルンベルク国際軍事裁判はもちろん、各占領地域においても非ナチ化が行われた。例えば、ソ連占領地区ではナチ党員が多かった裁判官、弁護士、学校教員は大量の解雇がなされた。アメリカ占領地区でもナチ指導者の一掃を目的に公職追放が行われ、やがてそれは民間人にも拡大された。イギリス・フランスの占領地区では、ナチ指導者に限定して非ナチ化が行われた。西側占領地区全体で行われた非ナチ化の結果、1950年2月までに該当件数約366万件、概数で重要犯罪者1667名、重罪者2万3,000名、軽罪者15万名、追従者101万名、無罪121万名、非該当78万名にのぼった<sup>327</sup>。この非ナチ化には法律が含まれていることはもちろんであった。そして、仮装婚規定も非ナチ化の対象とされたのである。1946年に国籍婚という婚姻無効原因が削除されたのは、こうした非ナチ化の一環であった。

それでは、1976年の仮装婚規定の廃止について、それ以前の社会状況はどのようなものであったか。ドイツが東西に分裂し、西ドイツに初代首相アデナウアー（Konrad Adenauer）が就任した1949年当時は、失業率も10%台まで上昇するなど、経済状況はまだ不安定であった。しかし、1951年春頃から朝鮮戦争の影響で輸出が増大すると、西ドイツでは「経済の奇跡」と呼ばれる高度経済成長期を迎え、この経済成長は1960年代半ばまで続いた。経済成長率は1952年から1960年まで平均で年7.7%という高水準を示し、失業率は同期間に8.5%から1.3%まで低下した。さらに同時期には物価も安定しており、物価の平均上昇率は約1.2%に抑えられていた<sup>328</sup>。高度経済成長によって個人の生活も安定し、生活水準も引き上げられた。1950年代末頃より、自動車や電化製品といった耐久消費財が一般家庭でも

<sup>326</sup> しかし実際にはフランスの反対により、ドイツを経済的統一体として管理することはほとんど実行できず、これが後の西ドイツ国家成立へとつながっていくことになった：成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史3』332-333頁。

<sup>327</sup> 成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史3』334頁。

<sup>328</sup> 成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史3』354-355頁。

普及し、個人が豊かな生活を享受できるようになっていった<sup>329</sup>。

1976年に偽装婚規定が廃止される前の社会は高度経済成長期にあり、個人の生活も安定して、さらに豊かな生活へと発展する状況にあった。このような社会では、個人の生活不安もおさまるため、社会不安も低減して政治も安定する。本論文の関心である法と社会変動との関連でいえば、経済発展する社会では個人にも余裕が生まれるため、現実を重視する意識も低下し、現実でないことを受け入れる余裕が生まれることになる。このような意識の下では、偽装婚という現実には存在しない婚姻も「婚姻締結の自由」の名の下に認められることになり、むしろ偽装婚を規制することは、国家による「夫婦のプライバシーへの不必要な侵害」、「人格領域への糾問的介入」とみなされることになるのである。もっとも、これらの見解にはナチス否定の意識もあったかもしれない。しかし、偽装婚も有効とみなす余裕が当時の社会にはあったことも影響したと考えられるのである。そしてこの余裕が、偽装婚規定の廃止を後押ししたと考えるのである。

## 小括

ナチス時代に導入された偽装婚規定は、当初は家名婚のみを無効とし、やがて国籍婚も無効とした。これらの規定は、ナチスにとって有益な「遺伝的に健全で人種的に価値ある子供の産出」という役割を果たす婚姻を保護するためのものであり、ナチスイデオロギー実現の一環であった。戦後、ナチス体制への反動という動向の中で偽装婚規定も否定され、ナチス政策の反映とみなされた国籍婚という無効原因がまず廃止された。その後、偽装婚規定はその適用事例がほぼみられなくなり、ついに意義を失ったとされて家名婚という無効原因も廃止され、偽装婚規定はドイツ法上から姿を消した。

この間の偽装婚の効果についての議論では、偽装婚規定の適用範囲の問題、とりわけ偽装婚規定の要件の1つである「婚姻生活共同体創設への意思の欠缺」は、どのような場合に認められるのかという点が議論された。この議論は、換言すれば当事者の婚姻意思をめぐる議論として、なかでも婚姻意思の内容が論じられたということである。現在でも偽装婚規定が求めた婚姻意思の内容について議論があり、偽装婚規定によって婚姻意思には「婚姻生活共同体への意思」も含まれることになったとして、婚姻意思が偽装婚規定によって転換されたと理解するアイスフェルトは、偽装婚規定を厳しく批判する。他方、ナチス期に誕生したとはいえ、偽装婚規定は当初のBGBと矛盾しないと解釈するルンプは、偽装婚規定にも肯定的な理解をしている。

このように、偽装婚の効力をめぐる問題は当事者の婚姻意思の問題として議論されているが、偽装婚の本質は変化しないにもかかわらず、偽装婚の効力が時代によって異なるという点に注目すれば、偽装婚の効力の問題は偽装婚を評価する側の問題なのである。

それでは、なぜナチス期では偽装婚の効力は否定されたのか。社会変動との関連でいえば、その理由はナチス期以前のヴァイマル期にあった。第一次世界大戦の敗戦により莫大な賠

---

<sup>329</sup> 若尾＝井上・編『近代ドイツ』277頁。

償金を課せられ、大国ドイツの威信を傷つけられた状態から出発したヴァイマル共和国は、賠償問題に苦しみながら、その後もハイパーインフレと世界恐慌という史上稀にみる国家的危機に見舞われた。このような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、「現実に存在するものへの保障」であった。こうした社会意識の中で、ナチスは大衆を支持基盤として、選挙によって政権を獲得した。そのため、ナチス政権は独裁体制を敷いて絶対的権力を獲得しながら、その絶対的権力ゆえにそれを支持する大衆の要求に応えなければならなかったのである。「現実に存在するものへの保障」を要求する当時の社会にあって、偽装婚という「現実に存在しないもの」を保障することは、当時の社会意識に合わず、それ故に偽装婚を無効とする規定の誕生を後押ししたと考えられよう。個人の生活すらも危機に陥らせるほどの社会変動と経済不況が起こると、現実を重視する社会意識が生まれ、その意識は社会のさまざまな場面に反映される。偽装婚規定も、こうした意識の影響を受けていると考える。

反対に、偽装婚規定が廃止された時には、それ以前の社会は高度経済成長期にあった。経済成長によって個人の生活も豊かになり余裕が生まれると、現実を重視する意識は低減し、現実にはないものを保障することも受け入れる意識が高まる。このような意識の下では、偽装婚規定の意義は認識されず、廃止を後押しすることになったのであった。

## 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仮装婚問題について検討する。具体的な時代区分は1976年から1997年までである。1976年に仮装婚規定が廃止された後、ドイツでは新たな仮装婚類型が問題となった。この時期に問題となったのは、滞在許可取得のための婚姻（Aufenthaltsehe：以下「滞在婚」と略記する）である。滞在婚が発生した背景には、当時の経済状況とそれに伴う外国人労働者政策があった。滞在婚に対して判例は、仮装婚を直接規律する規定が存在しないにもかかわらず、新たな仮装婚類型を阻止しようとしている。どのような根拠に基づいて阻止しようとしたのか、本章ではこの点を中心に検討する<sup>330</sup>。

### 第1節 滞在婚問題の背景

滞在婚とは、外国人がドイツにおける滞在権を取得することを目的として、ドイツ国籍者と締結する婚姻のことをいう。外国人が滞在許可を取得するために婚姻を締結するのは、婚姻と家族の特別な保護を定める基本法6条1項<sup>331</sup>が、ドイツ国籍者と婚姻した外国人に対して滞在許可が発給される根拠となると考えられたためである。後述の通り、ドイツでは経済状況に応じて外国人労働者政策を転換させたため、滞在許可発給が困難となった1970年代以降、滞在婚がなされるようになったのである。その数は当時行われた身分吏へのアンケートによると、連邦平均で全婚姻締結の約1%にも上るといわれている<sup>332</sup>。

それでは、滞在婚を生み出した経済状況とはどのようなものであったか。その背景を遡るとドイツの戦後復興にまで至る<sup>333</sup>。ドイツが第二次世界大戦によって被った被害は甚大なものであり、戦死者は軍人で約400万人、民間人で約400万人であったといわれる<sup>334</sup>。主要都市は壊滅的に破壊され、鉄道・郵便などのインフラも休止状態に陥り、さらにその後ド

---

<sup>330</sup> 本章の第1節から第3節の概要については、拙稿「戦後ドイツにおける仮装婚問題」*関東学院法学* 23巻1号1頁以下（2013年）参照。なお、先行研究として、神谷「仮装婚の取扱い」がある。

<sup>331</sup> 基本法6条1項「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」。邦訳：高田＝初宿・編訳『ドイツ憲法集』。なお、本章における基本法の邦訳は、この文献によるものである。

<sup>332</sup> Finger, Peter: "Scheinehen" und Praxis der Standesbeamten-Ergebnisse einer Umfrage, in: *StAZ* 1984, S. 89ff., S. 91.

<sup>333</sup> 以下の戦後復興についての記述は、次の文献による：日本財政経済研究所『西ドイツの経済復興』（以下、日本財政経済研究所『経済復興』として引用）産業経済新聞社（1956年）；大蔵省大臣官房調査課「西ドイツの戦後復興過程」（以下、大蔵省『戦後復興過程』として引用）調査月報45巻9号1頁以下（1956年）；成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史3』329-346頁、354-361頁；木村・編『ドイツ史』351-354頁、357-363頁；若尾＝井上・編『近代ドイツ』275-278頁。

<sup>334</sup> 成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史3』329頁。

ドイツは東西に分断された。このような混乱状態から、西ドイツは「経済の奇跡」といわれる驚異的な復興を短期間で成し遂げた。その復興を支える要因となったのは、アメリカを代表とする諸外国からの援助、通貨改革、財政金融政策、朝鮮戦争であった<sup>335</sup>。1つ目の諸外国からの援助については、終戦後から1952年末までの間にアメリカから38億9,000万ドルの援助がなされており、イギリスとフランスの援助も5億8,000万ドルに上っている<sup>336</sup>。2つ目の通貨改革（1948年）は、通貨価値が下落していたナチス時代の通貨ライヒスマルクから新通貨ドイツマルクへと、10対1の交換比率（10ライヒスマルクにつき1ドイツマルク）で通貨を切り替えたものである。これにより通貨が安定し、「経済復興が本格化したのは、1948年に始まる」<sup>337</sup>と評されるほど、その後の経済復興の礎となった。3つ目の財政金融政策では、とくに注力されたことの1つがインフレの収束である。ドイツは第一次世界大戦後に苛酷なインフレを経験しているため、戦後インフレと朝鮮戦争動乱に伴うインフレの収束に注力した。その結果生み出された物価の安定は、堅実な企業経営を可能とした。4つ目の朝鮮戦争（1950年）は、戦後にドイツ工業に課せられていた様々な制約を取り払って生産性を向上させることに道を開く契機となった。さらに需要喚起により輸出が増大し、その後の高度経済成長を軌道に乗せることにもつながった。

これらの要因を主軸として、ドイツは戦後復興の後に高度経済成長期を迎えた。1952年から1960年までの経済成長率は平均で年7.7%、失業率は同期間に8.5%から1.3%にまで低下して超完全雇用状態となった。この高度経済成長は鈍化の傾向をみせながらも1960年代半ばまで続いたのであった。その結果、ドイツでは労働力不足という問題が深刻化し、この問題に即座に対応する必要に迫られた。こうした状況でドイツが選択したのは、外国人労働者の導入であった<sup>338</sup>。最初の外国人労働者募集協定は、1955年12月にイタリアとの間で締結された。その後、東西冷戦を背景として1961年にベルリンの壁が構築され、東ドイツからの労働力が期待できなくなると、1960年代だけでもスペイン（1960年）、ギリシャ

---

<sup>335</sup> 日本財政経済研究所「経済復興」19頁。

<sup>336</sup> 日本財政経済研究所「経済復興」19頁。

<sup>337</sup> 大蔵省「戦後復興過程」1頁。

<sup>338</sup> 以下の社会的背景や外国人政策に関する記述は次の文献による：杉町真由美「戦後西ドイツにおける外国人労働者政策の推移——「労働力」から「移民」へ——」人間文化学術研究集録9号15頁以下（2000年）；内藤正典・他編『ドイツ再統一とトルコ人移民労働者』明石書店（1991年）；野川忍『外国人労働者法——ドイツの成果と日本の展望』信山社（1993年）；広渡清吾『統一ドイツの法変動——統一の一つの決算』有信堂高文社（1996年）第4章（183-261頁）；同「西ドイツの外国人と外国人政策（一）」社会科学研究41巻6号1頁以下（東京大学社会科学研究所紀要）（1990年）；同「ドイツ外国人法制の新段階——ドイツ統一後の政策展開——」社会科学研究46巻4号1頁以下（東京大学社会科学研究所紀要）（1995年）；同「外国人と外国人政策の論理」東京大学社会科学研究所・編『現代日本社会 第6巻 問題の諸相』東京大学出版会（1992年）377頁以下；前田淳「旧西ドイツにおける外国人労働者導入の政治・経済的諸要因」三田商学研究37巻2号169頁以下（1994年）；森田桐郎・編『国際労働力移動』東京大学出版会（1987年）第7章（219-248頁）[木前利秋]。

(1960年)、トルコ(1960年)、モロッコ(1963年)、ポルトガル(1964年)、チュニジア(1965年)、ユーゴスラヴィア(1968年)と次々に協定を締結し、外国人労働者を積極的に導入していった。その結果、外国人労働者は1960年代半ば以降に急速に増加していったが、注目に値するのは、これらの協定では期限付きで外国人労働者を募集し、期限を迎えたら帰還させるという原則を採っていたという点である。したがって、当初導入された外国人労働者は単なる外国からの出稼ぎ労働者とみなされており、ドイツへの定住や家族の呼び寄せなどの可能性を予め検討するといった、長期的な観点に基づいて募集されたものではなかった。外国人労働者は、あくまで労働力の需給バランスを調整するためのものとして導入されていたのである。

このように積極的に導入されていた外国人労働者は、1973年11月23日の募集停止(Anwerbstopp)によって大きく境遇が変化した。この時点で、すでに外国人労働者は約250万人に達していた。政府は、同年の石油危機勃発とドイツ人失業者の増加により、ドイツの受け入れ能力は限界に達したとして、新規の外国人労働者の受け入れを抑制した。これ以降、ドイツの外国人政策は、新規の外国人労働者の受け入れを拒絶する一方、すでに居住している外国人はドイツ社会へ統合(Integration)させるという方針に転換した。その後も失業者数は増加し、ドイツにおける失業者は1981年には127万2000人(そのうち外国人失業者は13%)に上り、1983年には225万8000人(そのうち外国人失業者は12%)にまで達した。

失業者数の増加は、外国人労働者政策をさらに厳しいものとした。1981年には外国人の子供の呼び寄せを16歳までに限定するなど、外国人の家族を本国から呼び寄せることが制限され、1982年には労働許可のない外国人を雇用した者に対して罰金が2倍に引き上げられる等、外国人を制限する政策が採られた。しかしこうした政策にもかかわらず、外国人の居住者数は減少するどころか、1980年代までむしろ増加し続けた。その理由として、次の3点が挙げられる。1つは、ドイツに居住している外国人は国外退去とされなかったことであり、2つ目は、家族と同居することが人権保護の観点から保障されていたため、外国人の定住化と本国からの家族の呼び寄せが増加したことである。3つ目は、ドイツ国内における外国人出生数の増加である。こうした理由から、厳しい政策にもかかわらず外国人居住者数はかえって増え続けたのであった。このように、当初は単なる労働力の需給バランスを調整するために出稼ぎ労働者として導入された外国人労働者は、石油危機を契機とするドイツの経済不況のなか、やがて移民労働者としてドイツに定住化していったのである。

このような状況を背景として、滞在婚という新たな仮装婚類型が登場したのであった。当時のドイツの婚姻手続きでは、婚姻締結の前に婚姻予告申請を行い、身分吏に婚姻予告を実行してもらう必要があった。しかし、滞在婚のなかには申請の時点で当事者が明らかに不自然な状態にあるため、身分吏に仮装婚と疑われるものもあった。例えば実際に裁判で争われたものでは、「当事者の年齢が10歳以上離れている」<sup>339</sup>、「言語による意思疎通が困難であ

<sup>339</sup> AG Lübeck, StAZ 1980, 339; LG Nürnberg-Fürth, FamRZ 1982, 602 = StAZ 1982, 304.

る」<sup>340</sup>といったものがある。また、滞在婚では婚姻締結にあたって外国人から報酬が支払われていることもあったため、この点でも滞在婚は締結を許すべきか問題となった。このように婚姻制度の濫用ともとれる滞在婚に対し、仮装婚と疑われるような客観的な事情がある場合、いかなる根拠によって規制するのかが、この時期の問題となったのである。

## 第2節 判例

裁判所は仮装婚を直接規律する規定が存在しないなか、滞在婚を締結と解消という2つの場面で規制しようとした。このうち、締結の場面で注目されたのは、婚姻締結に先行して行われる婚姻予告を身分吏が実行するという点であった。すなわち、婚姻予告の申請がなされた時点で、身分吏が滞在婚の疑いを理由に婚姻予告の実行を拒絶することが許されるかが争点となったのである。また、解消の場面で問題となったのは、滞在婚を離婚解消する際に訴訟費用援助（ZPO114条）は承認されるかという点であった。以下では、両者の場面を「滞在婚締結の場面」と「滞在婚解消の場面」に分け、まず締結の場面から検討する。

### 第1款 滞在婚締結の場面

締結の場面で争点となった「婚姻予告の申請がなされた時点で、身分吏が滞在婚の疑いを理由に婚姻予告の実行を拒絶することが許されるか」、すなわち婚姻締結手続きへの身分吏の協力拒絶の可否という問題に対して、判例には身分吏の協力拒絶を肯定するものと否定するもの双方が存在する。さらに協力拒絶を肯定するものは、その根拠として婚姻法13条2項を挙げるものと、権利濫用を挙げるものがある。他方、身分吏の協力拒絶を否定するのは、婚姻法には婚姻障害が限定列挙されていることを根拠とする。

したがって、当時の判例は滞在婚に対して、次の3通りの見解に分かれたのであった。それは、①婚姻法13条2項を根拠に身分吏の協力拒絶を肯定する説、②権利濫用論を根拠に身分吏の協力拒絶を肯定する説、③婚姻法で定める婚姻障害に該当しないことを根拠に身分吏の協力拒絶を否定する説という3通りである<sup>341</sup>。各説の詳しい内容と判例は、次の通

---

（BayObLG, FamRZ 1982,601=StAZ 1982,304 の原審）；BayObLG, FamRZ 1982,601=StAZ 1982,304.（LG Nürnberg-Fürth, FamRZ 1982,602=StAZ 1982,304.の即時再抗告審）；OLG Celle, StAZ 1982,308; BayObLG, FamRZ 1982,603=StAZ 1982,306; OLG Hamm, StAZ 1982,309; OLG Karlsruhe, FamRZ 1982,1210=StAZ 1983,14; OLG Stuttgart, StAZ 1984,99.

<sup>340</sup> AG Duisburg, StAZ 1981,113; AG Lübeck, StAZ 1980,339; AG Lübeck, IPRax 1982,29; LG Braunschweig, StAZ 1981,322（OLG Braunschweig, StAZ 1981,323 の原審）；OLG Braunschweig, StAZ 1981,323; OLG Celle, StAZ 1982,308; BayObLG, FamRZ 1982,603=StAZ 1982,306; OLG Karlsruhe, FamRZ 1982,1210=StAZ 1983,14; OLG Frankfurt am Main, FamRZ 1995,1409=StAZ 1995,139.

<sup>341</sup> 神谷氏は、①婚姻法13条2項を根拠に身分吏の協力拒絶を肯定する説、②権利濫用論を根拠に身分吏の協力拒絶を肯定する説、③婚姻法で定める婚姻障害に該当しないことを根拠に身分吏の協力拒絶を否定する説を、それぞれ①婚姻障害肯定説、②婚姻制度濫用説、③婚姻障害厳格解釈説と名づけておられる：神谷「仮装婚の取扱い」38-39頁。



りである。

#### ①婚姻法 13 条 2 項を根拠とする説

婚姻法 13 条 2 項は婚姻締結の方式について定めた規定であり、身分吏の面前で行う意思表示に条件または期限を付して行うことを禁じるものである。この規定に反して条件または期限を付してなされた意思表示は、婚姻法 17 条 1 項により無効とされた。滞在婚は初めから滞在許可の取得のみを目的として、婚姻生活共同体は創設されず、たいていの場合は婚姻締結後まもなくして離婚解消することが意図されていた。そのため、これが婚姻法 13 条 2 項にいう「条件または期限」に該当すると考えるのが、本説である。したがって、身分吏の面前で当事者が滞在婚を望んで意思表示を行った場合、その意思表示は婚姻法 13 条 2 項の条件または期限の付いた意思表示であるとして、身分吏は協力を拒絶することができるのである。この考え方は、1976 年に仮装婚規定が廃止された際に、家名婚という婚姻無効原因を削除する理由の 1 つとして「家名婚を条件付の婚姻と考えて、婚姻法 13 条により規律することが可能である」と述べられた考え方とも一致するものである<sup>342</sup>。また、婚姻法 13 条 2 項を根拠とすれば、実体法上の婚姻無効原因があると解することができるため、この点でもこの見解は妥当と思われた。

しかし、婚姻法 13 条 2 項のいう「条件または期限付きの意思表示」とは、「条件または期限が外部に表明されている意思表示」を指すというのが通説であり<sup>343</sup>、この点が婚姻法 13 条 2 項を根拠とする際に大きな障壁となった。なぜなら、滞在婚の当事者は初めから婚姻生活共同体を創設する意思はないものの、滞在許可の取得という目的を達成するために有効な婚姻を締結する意思はあるため、意思表示の際に条件または期限付きの婚姻であると表明することは通常あり得ないからである。もっとも、上述の仮装婚規定の廃止理由や実体法に則っているという点から、公表判例中には婚姻法 13 条 2 項を根拠とする見解を採るものも多い。そこで、条件または期限が外部に表明されていない意思表示に対して婚姻法 13 条 2 項はいかなる理由で適用できるのか、この点に留意して判例を検討する。

まず婚姻法 13 条 2 項の滞在婚への適用について、BayObLG 1982 年 4 月 2 日決定は「婚姻は生涯にわたって締結される」という BGB1353 条 1 項 1 文に注目して、滞在婚にも適用できるとした<sup>344</sup>。これは、トルコ国籍の男性とドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、身分吏が滞在婚を疑って協力を拒絶したという事例である。当事者双方とも、かつて別のパートナーと婚姻予告申請をしており、いずれも仮装婚と疑われて実現しなかった経歴があった。さらに女性の方が男性よりも 12 歳年上であって、当事者間の言語による意思疎通は困難な状態であった。当事者らは婚姻予告申請後に、男性の兄弟の住居で男性の家族と

<sup>342</sup> 第 2 章第 3 節第 3 款参照。

<sup>343</sup> Soergel/Heintzmann, Bd. 8, 12. Aufl., 1987, §13 EheG, Rn. 7; Palandt/Diederichsen, 43. Aufl., 1984, §13 EheG, Rn. 3b; MünchKomm/Müller-Gindullis, Bd. 7, 3. Aufl., 1993, §13 EheG, Rn. 10.

<sup>344</sup> BayObLG, FamRZ 1982, 603=StAZ 1982, 306.

共同生活をしていた。

これらの事実に対して裁判所は、まず BGB1353 条 1 項 1 文によって、婚姻期間が生涯にわたることは婚姻概念の切り離せない要素であることから、婚姻法 13 条 2 項によって条件または期限付きの意思表示が許されないことを確認した<sup>345</sup>。そのため、婚姻生活共同体が意図されず、外国人に滞在資格 (Aufenthaltsgenehmigung) を取得させ、あるいは国外退去を阻止することのみが意図され、婚姻は限られた期間でしか望まれていない場合、このような留保または条件は婚姻法 13 条 2 項の意味での条件または期限として解釈することができるという<sup>346</sup>。このようにして本決定は、「滞在婚には婚姻法 13 条 2 項の『条件または期限付きの意思表示』という婚姻障害が存在する」と解釈して、当該規定の滞在婚への適用を認めたのであった。

もともと、本件では裁判所は男性が滞在資格の取得を望んで婚姻を締結する意思であることを認定しながら、当事者らがすでに共同生活をしていることを重視して身分吏の協力拒絶は認めなかった。すでに長いこと共同生活している当事者には、永久に婚姻生活共同体で共同生活する真剣な意図があることは排除されないという<sup>347</sup>。当事者の顕著な年齢の相違と意思疎通が困難であることも、これを妨げない。意思疎通が困難であることは、婚姻期間が長くなるにつれて改善されるであろうという<sup>348</sup>。

婚姻法 13 条 2 項が滞在婚へ適用できるのは、婚姻生活共同体が意図されず、滞在許可取得のみが意図されているからである。本件では当事者らがすでに共同生活をしているため、婚姻生活共同体が意図されていないとは確定できないとして、婚姻法 13 条 2 項の適用が否定されたのであった。また、ここで裁判所は「すでに長いこと」共同生活をしていると述べているため、共同生活の期間を重視しているかのように思われるが、本件の共同生活期間は裁判の時点でまだ 1 年に満たないものであった。したがって、ここでは共同生活の期間よりも、共同生活を営んでいる事実そのものが重視されたのであった。

「滞在婚には、婚姻法 13 条 2 項の婚姻障害が存在する」という見解は、BayObLG 1984 年 2 月 7 日決定でも採用された<sup>349</sup>。これは、レバノン出身で無国籍の男性とドイツ国籍の女性との婚姻予告について、身分吏が滞在婚を疑って区裁判所に決定を求めた事例である。男性は、本件とは別のドイツ国籍の女性との間で婚姻を締結したことによって滞在許可を取得したが、離婚によりその期限が満了し、本件婚姻予告の時点で国外退去強制 (Abschiebung) <sup>350</sup>が目前に差し迫っていた。区裁判所は婚姻予告を実行しないことを身分

---

<sup>345</sup> FamRZ 1982,605=StAZ 1982,308.

<sup>346</sup> Ebd.

<sup>347</sup> Ebd.

<sup>348</sup> FamRZ 1982,604=StAZ 1982,307.

<sup>349</sup> BayObLG, FamRZ 1984,477=StAZ 1984,200.

<sup>350</sup> 1965 年 4 月 28 日の外国人法 (BGBI., I, S.353) 13 条 1 項により、出国義務がありながら、当該外国人の自由意思による出国が確保されない場合、または公共の安全秩序から出国の監視が必要と思われる場合には、国外退去強制が行われることが定められていた。国外退去強制とは、いわゆる強制送還を意味する。なお、国外退去強制については、石井

吏に指示したが、抗告審では滞在婚である十分な手がかりはないとして婚姻予告の実行が指示されたため、監督官庁によって即時再抗告がなされたのであった。これに対して本決定は、上述の BayObLG 1982 年 4 月 2 日決定で示された婚姻法 13 条 2 項についての見解を支持した。しかし、そのうえで即時再抗告は退けられた。当事者の女性が、尋問の際に男性との婚姻を生涯にわたって成立させる意思は真剣なものであると述べており、また男性も仮装婚ではないことを述べた書面を地方裁判所に提出していたことから、本件では仮装婚が意図されているという十分な手がかりはないとされたのであった。

上記 2 件の事例では、結果的に身分吏の協力拒絶は認められなかった。協力拒絶を認めた事例として、BayObLG 1984 年 7 月 6 日決定がある<sup>351</sup>。これは、亡命申請中のパキスタン国籍の男性とドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、身分吏が仮装婚を疑って区裁判所に決定を求めた事例である。男性は本件婚姻予告申請の前に、別のドイツ国籍の女性 H と婚姻予告を申請しており、その申請は女性 H によって仮装婚を成立させる意思であると宣誓に代わる保証がなされたうえで取り下げられていた。本件申請は、この女性 H との申請が取り下げられてからわずか 11 日後になされたものである。区裁判所は身分吏に婚姻予告を指示したため即時抗告がなされ、地方裁判所は当事者双方と女性 H を尋問したうえで、婚姻予告の拒絶を指示したため、即時再抗告がなされたのであった。

裁判所は、地方裁判所の尋問による女性 H の陳述と、女性 H との婚姻予告申請と本件申請との間の期間が短いという状況に注目した原審の決定理由を支持して、即時再抗告を退けた。女性 H の陳述によれば、当事者の男性と婚姻予告を申請した際には仮装婚のみを成立させる意思であり、半年後に離婚訴訟を提起することが取り決められていたという<sup>352</sup>。また、もし本件申請について当事者双方が相互の愛着から婚姻を望んでいるというなら、女性 H との婚姻予告申請時に当事者双方は親密な関係であったにもかかわらず、男性は別の女性と婚姻しようとしていたことになり、当事者の証言は信用できないという<sup>353</sup>。当事者の女性が婚姻締結に同意したのは、男性の窮状に対する同情からなされたものと考えられるのであって、婚姻生活共同体を創設する意思は少なくとも男性にはなかったという<sup>354</sup>。裁判所は以上の原審の決定理由を支持し、本件では「婚姻法 13 条 2 項による婚姻障害が内在する仮装婚が成立させられる」<sup>355</sup>として、身分吏の協力拒絶を認めたのであった。

しかし公表判例中、本説で身分吏の協力拒絶を認めるものは少ない。BayObLG 1984 年 11 月 2 日決定では、身分吏の協力拒絶は認められなかった<sup>356</sup>。これは、亡命申請が拒絶されたチュニジア国籍の男性とドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、身分吏が仮装

---

五郎「ドイツの外国人法」外国の立法 34 巻 1・2 号 159 頁以下（1995 年）、166 頁も参照した。

<sup>351</sup> BayObLG, FamRZ 1984, 1014=StAZ 1984, 341.

<sup>352</sup> FamRZ 1984, 1015=StAZ 1984, 341.

<sup>353</sup> Ebd.

<sup>354</sup> Ebd.

<sup>355</sup> FamRZ 1984, 1015=StAZ 1984, 342.

<sup>356</sup> BayObLG, FamRZ 1985, 475=StAZ 1985, 70.

婚を疑って区裁判所に決定を求めた事例である。第1審・第2審ともに婚姻締結の実行を指示し、これに対してなされた即時再抗告も本決定で退けられた。裁判所は、当事者双方の陳述から婚姻意思がないことは明らかにならなかったという原審の決定理由を支持し、仮装婚の疑いだけでは婚姻予告を拒絶するのに十分ではないとしたのであった。

以上の裁判例から、次のことが明らかになる。「滞在婚には婚姻法13条2項による婚姻障害が存在する」という判例の示す根拠は、条件または期限が明示的に表示されていない滞在婚に婚姻法13条2項をどのように適用するのかという法的問題には直接答えておらず、各事例の事実評価によって適用の可否を判断している。裁判所は各事例で事実を総合的に評価して、滞在許可の取得または国外退去の回避が婚姻の唯一の目的であること、婚姻生活共同体は意図されていないことという2つの事実が認定できる場合には、婚姻法13条2項の婚姻障害が存在するとしうえで、この2つの事実の認定の可否を婚姻法13条2項の適用基準としているのである。そして両者の事実が認定できない場合は「表示されない留保は無効原因ですらない」<sup>357</sup>として協力拒絶を認めないが、認定できる場合には「表示されない留保は無効原因ですらない」という点に触れずに協力拒絶を認めるのである。

しかし、当事者が否定するにもかかわらず、上記2つの事実を認定するにはそれだけの事実が証明されなければならない。実際、協力拒絶を認めたBayObLG 1984年7月6日決定は、仮装婚であることを認めて婚姻予告の申請を取り下げたからわずか11日後に別の女性と婚姻予告申請をするという、極めて不自然な事実があった事例であった。結局、事実認定によって婚姻法13条2項の適用を根拠づけるという方法では、それを認定できるだけの不自然な事実がなければならず、結果的に身分吏の協力拒絶を認めることは困難となった。また、この方法では表示された条件または期限のみを対象とする婚姻法13条2項が、なぜ留保が表示されない滞在婚に適用できるのかという問題をそのまま残すことになり、学説でもこの問題を指摘して批判するものがある<sup>358</sup>。

このように、事実認定によって婚姻法13条2項を適用することには困難があった。一方、判例のなかには事実認定ではなく、身分吏による意思表示の解釈を根拠として適用を認めるものがあった。OLG Hamburg 1982年11月25日決定は、国外退去命令について係争中のトルコ国籍の男性とドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、身分吏が滞在婚であるとして婚姻予告と婚姻締結の実行を拒絶した事例である<sup>359</sup>。身分吏が協力を拒絶したのは、当事者の女性が外国人局に対して婚姻締結は仮装でのみなされるものであり、婚姻締結にあたって男性の父から金銭を受領したと書面で申述したからであった。ただしこの申述は、後に外国人局の係官による詐欺・強迫によるものであったとして、当事者の女性によって取り消されている。第1審・第2審は、身分吏にも裁判所にも婚姻締結の動機を審査する権限はないとして、婚姻予告と婚姻締結の実行を指示したため、即時再抗告がなされた。

<sup>357</sup> BayObLG, FamRZ 1982, 605=StAZ 1982, 308.

<sup>358</sup> Beitzke, Günther: Zum Jahreswechsel, in: StAZ

1983, S. 1ff., S. 3; Soergel/Heintzmann, a. a. O., 12. Aufl., 1987, §13 EheG, Rn. 7.

<sup>359</sup> OLG Hamburg, FamRZ 1983, 64=StAZ 1983, 130=NvWZ 1983, 242.

裁判所は上述の BayObLG 1982 年 4 月 2 日決定を引き合いにだして、婚姻法 13 条 2 項の適用要件と「表示されない留保は無効原因ですらない」ということを確認したうえで、さらに進んで、仮装婚であると身分吏に推論させる重大な状況がある場合には、婚姻締結の意思表示に条件または期限が付されていないかどうかについて、身分吏は意思表示を解釈することができるとした<sup>360</sup>。身分吏による意思表示の解釈は、「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」という基本法 6 条にも違反しないという<sup>361</sup>。なぜなら国家の特別な保護は、明らかに婚姻の本質に反する理由からのみ意図された婚姻の成立に対して、身分吏が意識的に協力することを強制するものではないからである<sup>362</sup>。

身分吏に意思表示の解釈を許す重大な状況とは、裁判所によれば、婚姻予告申請時に当事者双方の意思疎通が不可能であること、他方の名や滞り場所を知らないといったことである<sup>363</sup>。こうした状況がある場合には、身分吏は婚姻予告を拒絶する権限があり、仮装婚が意図されているのかを審理するために最小限度で動機を審査することも許されるという<sup>364</sup>。他方で、当事者に国外退去処分が下されている、意思疎通が困難である、顕著な年齢の相違があるといった一般的な疑いだけでは、婚姻予告を拒絶することはできない<sup>365</sup>。こうして裁判所は、原審では身分吏の審査権の範囲が誤って判断されているとして、原審決定を破棄して差し戻したのであった。

上述の OLG Hamburg 1982 年 11 月 25 日決定で示された、身分吏が当事者の意思表示を解釈することで婚姻法 13 条 2 項を適用するという見解は、「仮装婚であると推論させる重大な状況がある」という事実を補足し、そのような事実がある場合には身分吏が意思表示を解釈することで、留保が表示されない場合にも婚姻法 13 条 2 項が適用できるとしている。しかし、婚姻手続中に当事者がなす意思表示とは、身分吏から婚姻を互いに成立させる意思があるかを尋ねられて「はい (Ja)」と肯定の返事をするのみである。したがって、身分吏が解釈する当事者の意思表示とは「はい」という一言のみであり、この一言から婚姻法 13 条 2 項の留保があると解釈することには疑問が残る。また、仮装婚と推測させる重大な状況があるにせよ、当事者が明白になした実際の意思表示よりも、身分吏の解釈の方が優先されるのは何故か、その理由も明確でない。この点については、後の判例によっても批判がなされている<sup>366</sup>。

## ②権利濫用論を根拠とする説

婚姻法 13 条 2 項を根拠とする判例では、結果的に身分吏による協力拒絶を認めないもの

<sup>360</sup> FamRZ 1983,65=StAZ 1983,131=NvWZ 1983,242-243.

<sup>361</sup> FamRZ 1983,65=StAZ 1983,131=NvWZ 1983,243.

<sup>362</sup> Ebd.

<sup>363</sup> Ebd.

<sup>364</sup> FamRZ 1983,66=StAZ 1983,131-132=NvWZ 1983,243.

<sup>365</sup> FamRZ 1983,65=StAZ 1983,131=NvWZ 1983,243.

<sup>366</sup> LG Kiel, FamRZ 1990,742=StAZ 1990,141=IPRax 1992,255.後述の「③婚姻法上の婚姻障害を根拠とする説」参照。

が多く、滞在婚の阻止という点ではあまり役割を果たさなかった。それに対して、身分吏の協力拒絶を認め、実際に滞在婚の阻止という役割を果たしたのは、権利濫用論を根拠とする見解であった。この見解を採る判例が重視するのは、やはり BGB1353 条による婚姻生活共同体であった。婚姻生活共同体を創設する意思なく、外国人に滞在許可を取得させるためにのみ婚姻締結を行うことは権利濫用であるというのである。本説を採る判例の詳細は、次の通りである。

AG Duisburg 1980 年 5 月 14 日決定は、BGB1353 条に基づいて身分吏の協力拒絶を認めた事例である<sup>367</sup>。これは、トルコ国籍の男性とドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、滞在婚であるとして協力を拒絶した事例であった。当事者は言語による意思疎通が不可能な状態であった。また、婚姻予告申請後に女性はソーシャルワーカーに対して、婚姻は男性にドイツに留まることができるようにするためのもので、男性と共同生活する意思はなく、婚姻締結後 1 年以内には離婚するつもりであることを述べ、これを書き留めた記録文書に署名をしていた。これに対して裁判所は、婚姻を期限付きで成立させるという当事者の取り決めは、「婚姻は生涯にわたって締結される」と定める BGB1353 条 1 項 1 文に違反するものであり、身分吏の婚姻締結の拒絶を正当化するとして、身分吏の協力拒絶を認めたのであった。

その後の AG Lübeck 1980 年 6 月 19 日決定では、権利濫用の要件が明らかにされた<sup>368</sup>。婚姻締結が婚姻秩序への特別重大な違反である場合、身分吏は婚姻締結への協力を拒絶しなければならず、このような重大な違反は、婚姻予告申請で婚姻生活共同体の樹立が意図されておらず、一方当事者にドイツ連邦共和国における滞在許可を手に入れさせることのみを重視する場合に存在するという<sup>369</sup>。本件は、トルコ国籍の男性とドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、滞在婚であるとして身分吏が協力を拒絶した事例である。当事者双方は言語による意思疎通が困難であり、簡単な会話にも通訳が必要な状態であった。この点から裁判所は、本件婚姻予告申請は滞在婚を締結するためのものであると認定した。さらに、当事者の女性には 2 度の離婚歴があり、いずれも短期間で離婚していることから、長期にわたる婚姻生活共同体を創設する真剣な意思はないとした。また男性についても、女性よりも 14 歳若く、女性と直ちにトルコへ移住することは否定したことから、生涯にわたる婚姻を意図していないとした。そしてこのような状況は、トルコ国籍所有者による滞在婚という最近の経験と一致するとして、権利濫用を理由として婚姻予告の拒絶を身分吏に指示したのであった。

ここで示された BGB1353 条 1 項 1 文による婚姻生活共同体への意思がないと認定する要件を上述の「①婚姻法 13 条 2 項を根拠とする説」と比較すると、本説の方が基準は下がっている。①説では、意思疎通が困難である、顕著な年齢の相違があるといった、一般的な

---

<sup>367</sup> AG Duisburg, StAZ 1981, 113.

<sup>368</sup> AG Lübeck, StAZ 1980, 339.

<sup>369</sup> Ebd.

疑いでは婚姻予告を拒絶できないとされたが<sup>370</sup>、本件ではこれらも婚姻生活共同体への意思がない理由として認めたとうえで、婚姻予告の拒絶を認めている。さらに本件では、女性に2度の短期間での離婚歴があることや、男性がトルコへの移住を否定したことも婚姻生活共同体への意思がない理由とされている。決定理由から詳細は明らかにならないものの、これらの事実から「意思がない」とまで認定できるのかは疑問である。このように裁判所が基準を下げた背景には、本件で裁判所が「当地の毎年約50件の婚姻締結のうち、相当な割合の婚姻締結が、トルコ国籍所有者に滞在許可を手に入れさせるという目的のためにのみ利用されている。」<sup>371</sup>と述べていることから、滞在婚への危機感があつたものと考えられる。

その後も権利濫用を根拠とする判例では、婚姻手続きへの身分吏の協力拒絶を認めて、滞在婚を阻止している。AG Lübeck 1980年6月20日決定では、仮装婚の確認に決定的なのは、真の生活共同体に必要となる当事者間の十分な意思疎通が、通訳なしでは不可能であるという事実であるとされた<sup>372</sup>。LG Duisburg 1980年9月24日決定においても、当事者らに婚姻を生涯にわたって成立させる真剣な意思はないとして、婚姻締結の実行を求めた当事者たちからの申立てが退けられた<sup>373</sup>。

AG Kempten 1981年6月22日決定では、議論の余地なく婚姻秩序への重大な違反が存在するとして、身分吏の協力拒絶が認められた<sup>374</sup>。これは、トルコ国籍の男性とドイツ国籍の女性との婚姻締結への身分吏の協力拒絶が争われた事例であり、この婚姻は男性のいとこが女性に報酬5,000マルクを提示したことで申請されたものであった。女性は報酬5,000マルクのうち2,000マルクをすでに受け取っていた。女性は男性のいとこの仲介で初めて男性と知り合い、その後も2、3度会っただけで共同生活は営まれなかった。これに対して裁判所は、家名婚の禁止が廃止されたことに鑑みて、国籍婚や家名婚といった一定の目的を達成するために締結された婚姻は原則的に有効であるが、婚姻締結が権利濫用でなされることになる場合は、身分吏は婚姻締結の際の協力を拒絶することができ、その権利濫用の要件は、婚姻秩序への重大な違反であるとした<sup>375</sup>。そして本件では婚姻秩序への重大な違反が存在するとして、権利濫用を理由に身分吏の協力拒絶を認めたのであった。

OLG Celle 1982年2月18日決定でも、身分吏の協力拒絶が認められた<sup>376</sup>。亡命申請が拒絶されて国外退去強制が差し迫っているトルコ国籍の男性とドイツ国籍の女性との婚姻について、当事者に顕著な年齢の相違があり、言語による意思疎通が極めて限定的であること、女性は売春婦で、裁判で婚約中と述べた時期に別の男性を数日自分の家に泊めていたことから、滞在婚であるとして、身分吏の協力拒絶を認めたのであった。

---

<sup>370</sup> OLG Hamburg, FamRZ 1983, 64 = StAZ 1983, 130 = NVwZ 1983, 242.

<sup>371</sup> StAZ 1980, 339.

<sup>372</sup> AG Lübeck, IPRax 1982, 29. ただし、判旨のみの掲載である。

<sup>373</sup> LG Duisburg, StAZ 1981, 114. 決定文から本件の詳細は明らかにならない。

<sup>374</sup> AG Kempten, StAZ 1981, 298.

<sup>375</sup> StAZ 1981, 299.

<sup>376</sup> OLG Celle, StAZ 1982, 308.

OLG Karlsruhe 1982 年 10 月 7 日決定では、滞在婚は婚姻制度の明白な濫用であり、身分吏は婚姻締結の際の協力を拒絶しなければならないと述べられた<sup>377</sup>。これは、35 歳のトルコ国籍の男性と 69 歳のドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、身分吏が区裁判所へ決定を求めた事例である。男性は離婚歴があり、離婚理由は妻の不妊であった。当事者間での言語による意思疎通は困難な状態であった。第 1 審・第 2 審が身分吏に婚姻予告の実行を指示したため、即時再抗告がなされたのであった。

裁判所は、婚姻という法制度の明白な濫用がある場合、身分吏は婚姻締結の際の協力を拒絶しなければならないが、このような濫用は、とりわけ婚姻生活共同体が意図されないことが認識でき、むしろ婚姻締結は外国人にドイツ連邦共和国の滞在許可を手に入れさせるためにのみ利用される場合に存在することを確認した。そのうえで、「異常ですらある」年齢の相違と、言語による意思疎通が困難であることに注目し、年齢の相違から肉体的関係はなくても精神的関係が存在することもあると認めつつ、本件では意思疎通の困難さから精神的関係は存在しないと判断した。そして、男性が前婚を妻の不妊を理由に離婚解消したことから、なぜ本件婚姻では子をもうけられないことを受け入れるのか、もう 1 度尋問されるべきであるとして、原審に差し戻された。

この OLG Karlsruhe と同一の見解にたつて、OLG Stuttgart 1983 年 7 月 5 日決定でも、28 歳のトルコ国籍の男性と 41 歳のドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、身分吏の協力拒絶が認められた<sup>378</sup>。婚姻制度の濫用が確認される場合に身分吏が協力を拒絶する権利を有するのは、我々の法秩序が濫用を許さないからであるという<sup>379</sup>。

他方、身分吏の協力拒絶を認めずに婚姻手続きの実行を命じたものもある。OLG Frankfurt am Main 1995 年 2 月 23 日決定は、身分吏の協力拒絶を認めなかった事例である<sup>380</sup>。これは、モロッコ国籍の女性とドイツ国籍の男性との婚姻予告が争われたもので、当事者らは言語による意思疎通に困難があり、さらに両者は別々に暮らしていた。しかし、言語による意思疎通は不可能というほど困難ではなく、女性は今後の学習によってドイツ語を上達させていくと述べていた。さらに、当事者は共同生活こそしていないが定期的に会っていて、互いに相手方の私的な事情を知っていた。また、女性はドイツに入国して以来、滞在許可を有していたため、滞在婚を締結する必要性もなかった。これらの事実を鑑みて裁判所は、身分吏は明らかな権利濫用の事例でのみ婚姻締結の際の協力を拒絶することが許されるのであって、最低限度の仮装婚の疑いが残るに過ぎない場合には、婚姻予告を実行して婚姻を締結しなければならないとした。そして本件では、仮装婚が意図されているという十分な手がかりはないとして、身分吏に婚姻予告の実行を指示したのであった。

権利濫用を根拠とする以上の判例では、婚姻生活共同体への意思がないと認定する基準が低いため、身分吏の協力拒絶を認めるものが圧倒的に多い。それは、滞在婚を阻止すると

<sup>377</sup> OLG Karlsruhe, FamRZ 1982, 1210=StAZ 1983, 14.

<sup>378</sup> OLG Stuttgart, StAZ 1984, 99.

<sup>379</sup> Ebd.

<sup>380</sup> OLG Frankfurt am Main, FamRZ 1995, 1409=StAZ 1995, 139.



いう点では役割を果たすが、しかし新たな問題を生じさせることにもならないだろうか。判例はくり返し「婚姻生活共同体への意思がないこと」を理由に挙げて、滞在婚を「婚姻秩序への重大な違反」、「婚姻制度の濫用」として滞在婚を阻止するが、婚姻生活共同体は婚姻締結後に営まれるものであって、婚姻締結の段階で明確に判断することは難しいはずである。つまり判例は、婚姻締結後の夫婦の生活を婚姻締結時に判断し、かつ、その認定も「顕著な年齢の相違」、「言語による意思疎通が困難」といった、一般的な疑いがあればよいとするのである。そうした通常の国際結婚でも起こりうるような疑いに基づいて滞在婚と認定し、婚姻締結を阻止するというのは行き過ぎではないだろうか。

学説においても、単なる仮装婚の疑いでは拒絶するのに十分ではないと批判するものがある<sup>381</sup>。さらに、婚姻法に婚姻禁止が限定列举されていることから、濫用を理由に婚姻を阻止するという事実上の婚姻禁止は、婚姻の法的安定性からドイツ法では許されないことであると指摘するものもある<sup>382</sup>。濫用を理由とすると、どこまでを濫用とするのかという適用範囲の問題もあるという<sup>383</sup>。また、学説には身分吏の協力拒絶自体は認めつつ、身分吏の審査権限を限定的に解釈するものもある<sup>384</sup>。身分吏の審査権限は、婚姻締結の動機と目的を調査する義務または権利が身分吏にあるといえるほど広範なものではないという<sup>385</sup>。

しかし、多くの学説は権利濫用を根拠に滞在婚を阻止することを支持した<sup>386</sup>。支持する学説は、基本法が保障する婚姻締結の自由は、仮装婚の当事者には及ばないと解釈する<sup>387</sup>。仮装婚を成立させる基本権は存在しないという<sup>388</sup>。さらに、仮装婚の当事者には婚姻意思がないという<sup>389</sup>。しかし、そもそも仮装婚かどうかは、婚姻締結後に婚姻生活共同体が創設されないことによって明確になるのである。したがって、婚姻締結の段階で仮装婚であると認定しても、それは推測に基づくものに過ぎない。仮装婚の当事者には基本法の保護が及ばないと解釈しても、そもそもなぜ仮装婚であると推測に基づいて認定できるのか、やはりなぜ婚姻締結の段階で婚姻締結を阻止することが許されるのかという問題は残るのである。

### ③婚姻法上の婚姻障害を根拠とする説

①説と②説は、婚姻手続きへの身分吏の協力拒絶を認めて滞在婚を阻止しようとする見

<sup>381</sup> Soergel/Heintzmann, a.a.O., 12. Aufl., 1987, §13 EheG, Rn. 7

<sup>382</sup> Dölle, Familienrecht, Bd. 1, S. 92.

<sup>383</sup> Dölle, Familienrecht, Bd. 1, S. 92 Fn. 22.

<sup>384</sup> Bussert, R.: Anmerkung zum Beschluß des AG Bielefeld vom 20.4.1961, in: StAZ 1962, S. 169.

<sup>385</sup> Ebd.

<sup>386</sup> Beitzke, StAZ 1983, S. 1ff., S. 3; Bosch, Friedrich Wilhelm: Anmerkung zum Beschluß des OLG Karlsruhe vom 7.10.1982, in: FamRZ 1982, S. 1211; Palandt/Diederichsen, 43. Aufl., 1984, §13

EheG, Rn. 4; MünchKomm/Müller-Gindullis, Bd. 5.1., 2. Aufl., 1989, §13 EheG, Rn. 12.

<sup>387</sup> Beitzke, StAZ 1983, S. 1ff., S. 3; MünchKomm/Müller-Gindullis, Bd. 5.1., 2. Aufl., 1989, §13 EheG, Rn. 12.

<sup>388</sup> MünchKomm/Müller-Gindullis, Bd. 5.1., 2. Aufl., 1989, §13 EheG, Rn. 12.

<sup>389</sup> Ebd.

解であったが、本説は身分吏の協力拒絶を原則的に認めないとする立場にたつ。婚姻法では、4条から10条に婚姻禁止の規定がおかれており、そこには婚姻締結の動機という婚姻禁止は定められていない。本説は、このように婚姻法上の婚姻障害が限定列挙されている点に注目する見解である。本説を採る判例は、具体的には次の事例である。

LG Nürnberg-Fürth 1981年6月22日決定は、24歳のトルコ国籍の男性と60歳のドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、身分吏の協力拒絶を認めなかった事例である<sup>390</sup>。この事例では、当事者間の言語による意思疎通は困難であり、女性は婚姻締結の目的が男性に滞在許可を手に入れさせることであると身分吏に述べていた。他方で当事者らは3ヶ月前から女性の家で共同生活をしてきた。これらの事実を鑑みて裁判所は、滞在許可取得が目的とされた婚姻では、当事者の動機と婚姻制度は調和しえないものであることを認めつつ、しかしその動機によって婚姻予告申請を拒絶することはできないとした。婚姻禁止が婚姻法で限定列挙されていることから、「婚姻がある特定の、婚姻の本質にない目的のために締結されることが身分吏に知られた場合、身分吏には婚姻予告申請を拒絶する権限があるというなら、それは基本法6条1項で保障された婚姻締結の自由という権利を侵害して、新たな婚姻禁止を創設することになるであろう」<sup>391</sup>という。また、婚姻秩序への特別重大な違反である場合には権利濫用を理由に拒絶できるという②説にも触れたうえで、本件では当事者が婚姻前に共同生活していることから、婚姻秩序への特別重大な違反は明らかにならず、顕著な年齢の相違も拒絶理由にはならないとした<sup>392</sup>。

OLG Hamm 1982年7月30日決定も、24歳のトルコ国籍の男性と44歳のドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、婚姻障害の限定列挙を理由に身分吏に婚姻予告の実行を指示した<sup>393</sup>。婚姻法4条から10条の他に婚姻禁止を設けることは立法者のみができることであって、法律で定められたものとは異なる理由から身分吏が婚姻締結への協力を拒絶することは許されないという<sup>394</sup>。外国人の滞在許可の獲得または国外退去強制の回避という目的のために婚姻を締結するという法律上の禁止は存在しないため、身分吏はそれのみを理由にして婚姻予告および婚姻締結を拒絶することは許されない。そして婚姻締結の動機と目的を身分吏が審査することも、動機と目的は婚姻締結にとって重要なことではないとして否定した。さらに顕著な年齢の相違、言語による意思疎通が困難であること、税法上、相続法上、年金法上の意図が婚姻で追求されるということだけで、身分吏が婚姻手続きを拒絶することも認めなかった<sup>395</sup>。この見解によれば、婚姻法による婚姻障害の限定列挙と、滞在許可取得または国外退去強制の回避という婚姻禁止の不存在を根拠に、身分吏の審査は

<sup>390</sup> LG Nürnberg-Fürth, FamRZ 1982,602=StAZ 1982,304.

<sup>391</sup> Ebd.

<sup>392</sup> この決定に対して即時再抗告がなされたが、BayObLG 1982年2月4日決定 (FamRZ 1982,601=StAZ 1982,304) では、当事者の女性が婚姻予告の申請を取り下げたため、この点についての判断はなされず、裁判費用についての決定がなされた。

<sup>393</sup> OLG Hamm, StAZ 1982,309.

<sup>394</sup> Ebd.

<sup>395</sup> StAZ 1982,310.

婚姻法上の婚姻障害の存否のみに限定されるのであって、婚姻締結の動機の審査まで行う権限はないということになる。同様のことは、他の判例でも述べられている<sup>396</sup>。また、本件でも権利濫用を理由に身分吏の協力拒絶を認める②説にも触れられており、ここでは法的安定性を理由に拒絶している<sup>397</sup>。

LG Kiel 1990年2月19日決定では、身分吏の協力拒絶について①説と②説を採らないとしたうえで、身分吏の協力拒絶を認めなかった<sup>398</sup>。これは、40歳のインド国籍の男性と59歳のドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、当事者間の言語による意思疎通が極めて困難であり、男性は亡命申請が拒絶されて現在はインドで暮らしていることから、身分吏が仮装婚を疑って区裁判所に決定を求めた事例である。これに対して裁判所は、①説について、仮装婚には婚姻法13条2項の婚姻障害が内在するという見解と、身分吏が意思表示を解釈することで適用できるとする見解があるが、裁判所はいずれも拒絶した。まず前者の見解については、婚姻障害が婚姻法に限定列挙されているとして拒絶した。また、後者の見解については、この見解を示した上述の OLG Hamburg 1982年11月25日決定を挙げたうえで、なぜ身分吏には解釈の権限があるのか、なぜ当事者の明白な意思表示よりも解釈の方が優先されるのかという点について根拠がないと批判した。そして、結果的に法律で定められていない婚姻障害を創設することに帰着するとして、①説を拒絶したのである<sup>399</sup>。さらに権利濫用を根拠とする②説についても、婚姻法には婚姻障害が限定列挙されていることから否定し、身分吏に婚姻予告の実行を指示したのであった。

③説は、婚姻締結の当事者に顕著な年齢の相違や言語による意思疎通が困難であった滞在婚を疑わせる事実があっても、婚姻法に定めた婚姻障害に該当しない限りは身分吏に協力を命じるという見解である。この見解については、国籍婚と家名婚という婚姻無効原因が廃止されたという経緯に鑑みて支持する学説もあるが<sup>400</sup>、公表された判例の中では本説を採るものは少ない。

滞在婚締結の場面の判例では、当事者間に顕著な年齢の相違がある、言語による意思疎通が困難である、短期間で婚姻予告申請がなされているといった不自然な事実があった場合に身分吏による協力拒絶の可否が争われた。①説では、滞在婚へ婚姻法13条2項を適用させる際の法的問題には答えが出されず、仮装婚であることが確信できる事実を補強することで、適用が認められた。しかし、当事者が仮装婚を否定するにもかかわらず、仮装婚であ

---

<sup>396</sup> OLG Hamburg 1982年11月25日決定 (FamRZ 1983,64=StAZ 1983,130=NvWZ 1983,242 : ①参照) の第1審 (AG 1982年6月28日決定 : FamRZ 1983,64=StAZ 1983,130=NvWZ 1983,242 [OLG Hamburg 決定文より引用 (裁判所名の記載なし)]) と第2審 (LG 1982年9月2日決定 : FamRZ 1983,65=StAZ 1983,130=NvWZ 1983,242 [OLG Hamburg 決定文より引用 (裁判所名の記載なし)])。

<sup>397</sup> StAZ 1982,309.

<sup>398</sup> LG Kiel, FamRZ 1990,742=StAZ 1990,141=IPRax 1992,255.

<sup>399</sup> FamRZ 1990,744, StAZ 1990,143=IPRax 1992,256.

<sup>400</sup> Jayme, Erik: Anmerkung zum Beschluß des AG Lübeck vom 20.6.1980, in: IPRax 1982, S.29.

ると確信させるには、それだけの不自然な事実がなければならぬことになり、結果的に身分吏の協力拒絶を認めたものは少なかった。身分吏による意思表示の解釈を認めて適用させるものもあったが、それは新たな問題を生じさせることになった。結局のところ①説は滞在婚を阻止しようとする見解であるにもかかわらず、実際に滞在婚を阻止することは困難であった。

判例が現実に滞在婚を阻止したのは、②説を根拠としたときであった。偽装婚が権利濫用となるのは、生涯にわたる婚姻生活共同体を定めた BGB1353 条 1 項 1 文に反するからであるという。そして意思疎通が困難である、顕著な年齢の相違があるといった疑いがあれば、当事者に婚姻生活共同体への意思はなく、したがって権利濫用であるとする。②説は、このような偽装婚ではない通常の国際結婚でも生じ得る、一般的な疑いだけでも権利濫用を認めるため、本説を採る判例では圧倒的に身分吏の協力拒絶を認めるものが多い。

他方で判例のなかには、③説を採って滞在婚の疑いがある場合も婚姻締結を認めるものがあった。しかし、このような判例は公表判例中には少なく、上級審で破棄されたものもあった<sup>401</sup>。したがって 1980 年代以降、偽装婚規定が存在しないにもかかわらず、判例は滞在婚を阻止しようとしたのであり、その際に根拠とされたのは権利濫用論であった。このような判例の動向は、一見すると多様な婚姻の締結を否定することにもなりかねないものであるが、それだけ当時は滞在婚に対して強い危機感があったとも考えられるのである<sup>402</sup>。

## 第 2 款 滞在婚解消の場面

滞在婚は締結の場面だけでなく、解消の場面でも争われた。滞在婚締結の時点で偽装婚を疑わせる不自然な事実が身分吏に認識されなければ、身分吏は協力を拒絶する理由がないため、たとえ滞在婚であっても締結されることになる。滞在婚が締結された場合、当事者は初めから婚姻生活共同体を創設する意思がないため、滞在許可取得という目的が達成されると間もなく解消されるのが通常であった。この解消の場面でも、締結された婚姻が滞在婚であることから争われた。

解消の場面でまず問題となるのは、滞在婚の解消は離婚によってなされるのかという点

---

<sup>401</sup> OLG Hamburg 1982 年 11 月 25 日決定 (FamRZ 1983,64=StAZ 1983,130=NvWZ 1983,242 : ①参照) の第 1 審 (AG 1982 年 6 月 28 日決定 : FamRZ 1983,64=StAZ 1983,130=NvWZ 1983,242 [OLG Hamburg 決定文より引用 (裁判所名の記載なし)]) と第 2 審 (LG 1982 年 9 月 2 日決定 : FamRZ 1983,65=StAZ 1983,130=NvWZ 1983,242 [OLG Hamburg 決定文より引用 (裁判所名の記載なし)])。

<sup>402</sup> 他方で判例は、滞在婚ではないと強く認識させる事実があると、上述の一般的な疑いがある場合でも身分吏の協力拒絶を否定する。LG Braunschweig 1981 年 7 月 6 日決定 (StAZ 1981,322) および即時再抗告審である OLG Braunschweig 1981 年 8 月 7 日決定 (StAZ 1981,323) は、言語による意思疎通が困難であるトルコ国籍の男性とドイツ国籍の女性との婚姻予告申請に対して、女性が男性の子を妊娠していることから、滞在許可取得という婚姻の本質にない目的が追求されるとは明白ではなく、意思疎通が困難であることも重要ではないとして、婚姻予告の実行を命じている。

である。ドイツの離婚制度では、日本のように届出のみで離婚が認められる協議離婚制度はなく、当事者の一方または双方の申立てに基づいて裁判所の判決<sup>403</sup>によってのみ離婚解消がなされる（BGB1564条）。離婚はBGB1565条により、夫婦の生活共同体がもはや存在せず、その回復も期待できない場合は婚姻の破綻を理由に離婚が認められ（1項）、また夫婦の別居が1年未満の場合は、申立人にとって婚姻の継続が相手方配偶者の人格に由来する理由から要求できない過酷さがあると認定されたときに認められる（2項）。滞在婚では初めから婚姻生活共同体が創設されず、当事者は同居することなく別々に暮らしているため、このように破綻ではなく、最初から婚姻生活共同体が存在していない場合にもBGB1565条1項が適用できるのかが問題となる。また、滞在婚では滞在許可取得という目的が達成されると直ちに離婚解消することが当事者間で取り決められている場合もあり、その場合は2項の適用が問題となる。このようにBGB1565条の適用の可否という問題に対して、判例はくり返し「締結された仮装婚は完全に有効な婚姻である」と述べて、BGB1565条の適用を認め、滞在婚の離婚解消を認めている<sup>404</sup>。

そこで次に問題となるのは、滞在婚を離婚解消するにあたって訴訟費用援助は許されるのかという点である。ここでは、初めから離婚を前提に締結された婚姻でも、その解消にあたって訴訟費用援助という国費の支出が許されるのかが争われた。この点について判例は、離婚の申立ては認めるものの、訴訟費用援助は認めないとするものがあつた。その根拠は2通りあり、1つは、訴訟費用援助を承認する要件として「権利追求が恣意的でない」ことを定めるZPO114条の「恣意的」という文言に注目するものである。もう1つは、初めから離婚が意図されていたことに注目して、離婚のための準備金を用意すべきであったというものである。具体的な事例は、次の通りであつた。

#### ①ZPO114条の「恣意的」を根拠とする判例

ZPO114条は、訴訟費用援助を認める要件の1つとして「恣意的でない」ことを挙げる<sup>405</sup>。判例の中には、滞在婚では初めから離婚を意図してなされることも多く、これが「恣意的」にあたるとして、訴訟費用援助を認めないものがあつた。OLG Hamm 1982年10月1

---

<sup>403</sup> 裁判による離婚手続きは、2008年12月17日の非訟事件手続法改正法（FGG-Reformgesetz）によって家事事件手続きがZPOから削除され、2009年9月1日施行の「家事事件および非訟事件における手続きに関する法律（FamFG）」で新たに規定されたことに伴い、2009年9月1日より決定（Beschluss）という形式で行われている（FamFG116条、142条）。

<sup>404</sup> AG Kempten, StAZ 1981, 298; OLG Hamm, FamRZ 1982, 1073; OLG Köln, FamRZ 1983, 592; OLG Celle, FamRZ 1984, 279; KG, FamRZ 1985, 73; KG, FamRZ 1985, 1042; OLG Karlsruhe, FamRZ 1986, 680.

<sup>405</sup> ZPO114条「その人的及び経済的關係からして訴訟追行の費用を負担できないか、又は部分的若しくは割賦によらなければ負担することができない当事者は、意図した権利の追求又は防御について十分成功の見込みがありかつ恣意的でないとき認められるときは、申立てにより、訴訟費用の援助を受ける」。邦訳：法務大臣官房司法法制調査部・編『ドイツ民事訴訟法典』法曹会（1993年）。

日決定は、22歳のトルコ国籍の男性と19歳のドイツ国籍の女性との婚姻を離婚解消するために、婚姻締結から2ヵ月後に女性が訴訟費用援助を申し立てた事例である<sup>406</sup>。女性は、締結した婚姻は偽装婚であり、共同生活することもなかったと主張した。これに対して裁判所は、訴訟費用援助は、権利濫用で偽装婚を成立させた人に対して2ヵ月後の離婚解消に金銭を支出するために設けられたのではないと述べた<sup>407</sup>。そして本件では、訴訟費用を立て替えることも扶養義務に含まれるとして、女性の両親が立て替えなければならないとしたのであった。

OLG Stuttgart 1991年9月25日決定では、偽装婚締結者による訴訟費用援助の申立ては権利濫用にあたることが示された<sup>408</sup>。これは、トルコ国籍の男性とドイツ国籍の女性との滞在婚解消のために女性が訴訟費用援助を求めた事例である。これに対して裁判所は、本件の国家資金の請求は権利濫用であると述べた。故意になされた偽装婚は権利濫用が際立つものであり、このような偽装婚を国家資金で解消することは訴訟費用援助の使命ではないという<sup>409</sup>。そして、申立人は恣意的に離婚の必要性をひき起こしたとして、申立てを退けたのであった。

一方、「恣意的」を根拠としながら、申立てを認めた判例も存在する。OLG Celle 1983年12月14日決定では、訴訟費用援助の申立てを権利濫用とする要件が示された<sup>410</sup>。これは、ユーゴスラヴィア国籍の男性とドイツ国籍の女性との離婚解消のために女性が申し立てた事例である。女性は婚姻締結時には18歳で住所不定・無職の薬物中毒者であった。女性は、婚姻締結の報酬として1,500マルクが男性から約束されたために婚姻を締結し、実際に500マルクを受け取っていた。これに対して裁判所は、訴訟費用援助の申立てが権利濫用として拒絶されるのは、その申立てがひどく利己的で不純な利益の達成に向けられており、離婚訴訟の提起と比べれば偽装婚の維持の方が害は少ないと判明する場合であるとした<sup>411</sup>。そして本件では、申立人の女性が薬物中毒であることから、理解力が低下した状態で婚姻締結をしたのであり、この滞在婚からの解放という申立人の要望をひどく利己的で不純とみなすことはできないとした。申立人が受け取った500マルクの報酬についても、薬物を買うために受け取った直後に費消されていることから、ZPO114条の定める経済的要件も否定されないとして、訴訟費用援助を認めたのであった。

以上の裁判例で示された「恣意的」を根拠とする見解は、ZPO114条に基づくものであるとして、一見すると妥当であるように思われる。しかし、114条が恣意的かどうかを問題にするのは、権利の追求についてであって、ここでは離婚請求が恣意的かどうかの問題となるはずである。しかし、判例では離婚請求そのものではなく、締結した婚姻が権利濫用である

---

<sup>406</sup> OLG Hamm, FamRZ 1982, 1073.

<sup>407</sup> Ebd.

<sup>408</sup> OLG Stuttgart, FamRZ 1992, 195.

<sup>409</sup> Ebd.

<sup>410</sup> OLG Celle, FamRZ 1984, 279.

<sup>411</sup> FamRZ 1984, 279.

から訴訟費用援助の申立ても権利濫用であり、したがって恣意的であると解釈するのである。さらに、OLG Celle 1983年12月14日決定は、申立てを権利濫用と認める要件として「申立てがひどく利己的で不純な利益の達成に向けられており、離婚訴訟の提起と比べれば仮装婚の維持の方が害は少ないと判明する場合」を挙げているが、これを要件とすると114条の要件とは異なる基準で申立ての可否が判断されることになる。結局、ZPO114条に基づいているように見えながら、実際には114条とは異なる要件で訴訟費用援助が審査されることになるのである。

## ②準備金を根拠とする判例

滞在婚では、当事者は婚姻締結の目的である滞在許可を取得後、離婚解消することが意図されている。また、婚姻締結にあたって報酬という名目で金銭の授受がなされることも珍しくない。ここで検討する判例は、この点に注目するものである。離婚解消を予期できる当事者は、離婚に費用がかかることも当然予期できるのであって、受け取った報酬から離婚に向けて準備金を自ら用意すべきであったとするのである。

OLG Celle 1983年2月16日決定は、滞在婚にあたって9,000マルクの報酬を得た女性から申立てられた事例である<sup>412</sup>。裁判所は、離婚解消しようとする婚姻が滞在婚であること、申立人が報酬を得ていることに注目して、申立人は婚姻の本質に反し、利己的な理由から婚姻締結という法制度を濫用したのであるから、裁判所を使って仮装婚から免れるしかない状況も故意に背負い込んだことであり、その責任は自ら負わなければならないとした<sup>413</sup>。婚姻締結の時点で離婚には費用がかかることに気を使わなければならなかったのであり、気をつけていれば報酬で準備金を用意することもできたという<sup>414</sup>。そして、この離婚手続きのために訴訟費用援助を承認することは、婚姻締結の濫用にさらに手を貸すことになるとして、申立てを退けたのであった。

OLG Köln 1983年12月2日決定は、トルコ国籍の男性とドイツ国籍の女性との離婚解消のために女性が申し立てた事例である<sup>415</sup>。女性は、婚姻締結時に借金があったため金銭が必要な状態であり、婚姻締結にあたって3,000マルクを受け取っていた。原審は締結された婚姻を公序良俗違反で権利濫用であるとして訴訟費用援助を拒絶したため、女性は抗告し、訴訟費用援助に関する規定は法的非行を理由にサンクションを課すために創設されたのではないと主張した。そのうえ女性は、訴訟費用援助を認めて離婚解消させることで滞在婚を除去することは、公益であるとも主張した。法益としての婚姻の高い地位は、仮装婚をやむを得ない期間を超えて長く存立させることを禁じるのであり、したがって仮装婚を存続させることは法秩序の永続的な侵害になるというという<sup>416</sup>。

---

<sup>412</sup> OLG Celle, FamRZ 1983, 593.

<sup>413</sup> FamRZ 1983, 593.

<sup>414</sup> Ebd.

<sup>415</sup> OLG Köln, FamRZ 1984, 278.

<sup>416</sup> Ebd.

これに対して裁判所は、訴訟費用援助という国費で偽装婚を除去することは、報酬を得て婚姻締結することを直接促進することになると指摘した<sup>417</sup>。そして、婚姻締結から直接著しい金銭上の利益を得るという意図をもって、故意に婚姻という法制度を濫用した国民の援助必要性を国家に負わせることは許されないとした<sup>418</sup>。婚姻が申立人によって意図的に濫用される場合、そのような計算された融資婚（Finanzehhe）を一般民衆の費用で離婚させることへの公益はないという<sup>419</sup>。金銭のためののみ婚姻締結されることを結果的に際限なく奨励することへ国家が関与することを拒絶することが、まさに婚姻という法益のために必要なことであるという<sup>420</sup>。こうして女性の申立ては退けられたのであった。

この見解によれば、婚姻生活共同体を意図せず、報酬のためののみ婚姻締結することは婚姻制度の濫用であって許されないことを認めつつ、締結された偽装婚を解消するために訴訟費用援助を承認することは許されないとすることになる。偽装婚の場合にも訴訟費用援助を認めれば、当事者が望んだ時に離婚解消ができるということになり、当事者にとっては偽装婚を締結する不利益がないため、結果的にこのような婚姻制度の濫用を奨励することになる。そこで、訴訟費用援助を認めないことで望んだ時に離婚解消できないという不利益を当事者に負わせ、このような婚姻締結が今後もなされることを阻止しようとしたのであった。それは、すでに締結された偽装婚という婚姻制度の濫用を結果的に維持することにはなるが、締結された偽装婚を解消するよりも、将来の濫用の阻止を図る方が婚姻という法益に資するといっているのである。

OLG Frankfurt am Main 1995 年 7 月 6 日決定では、インド国籍の男性とドイツ国籍の女性との離婚解消のために、女性から申し立てられた事例である<sup>421</sup>。女性は婚姻締結時に他の男性との子を妊娠していて、婚姻締結はその男性から強要されたものであった。子の父であるこの男性はインド国籍の男性の友人であり、婚姻締結の仲介にあたって 15,000 マルクを受け取っていた。これに対して裁判所は、子の父である男性が受け取った 15,000 マルクから準備金を用意する義務を女性は負っているものであり、したがって訴訟費用援助の必要性を十分証明していないとして、申立てを認めなかった。

他方、「偽装婚締結者には準備金を自分で用意する義務がある」という立場を採りながら、訴訟費用援助を承認したものもある。OLG Karlsruhe 1986 年 4 月 28 日決定は、トルコ国籍の男性から 2,500 マルクの報酬を受け取って婚姻締結したドイツ国籍の女性からの申立てを認めた事例である<sup>422</sup>。婚姻締結時に女性は 4,000 マルクの借金があり、受け取った報酬はその借金返済のために費消された。女性にはその他にも借金があり、収入も十分ではなかった。裁判所はこの点に注目し、このような状況では女性が準備金を用意することはでき

---

<sup>417</sup> FamRZ 1984,279.

<sup>418</sup> Ebd.

<sup>419</sup> Ebd.

<sup>420</sup> Ebd.

<sup>421</sup> OLG Frankfurt am Main, FamRZ 1996,615.

<sup>422</sup> OLG Karlsruhe, FamRZ 1986,680.



なかったとして、訴訟費用援助を承認したのであった。

また、報酬から用意すべき準備金の範囲を制限して、訴訟費用援助を承認したものもある。OLG Hamburg 1983年8月2日決定は、1,500マルクの報酬を受け取ってトルコ国籍の男性と滞在婚を締結した女性からの申立てである<sup>423</sup>。裁判所は、連邦社会扶助法 (Bundessozialhilfegesetz:BSHG) 88条2項8号により、扶助を求めるものに対して社会扶助受給のために小額の資産の活用を要求することは禁じられており、執行令<sup>424</sup> 1条1項b)によって活用を禁じられる小額の資産とは、特別な生活状態にある者の場合は4,000マルクと定められていること、さらにZPO115条2項によって訴訟費用援助にもこれが準用されることから、特別な生活状態で訴訟費用援助を必要とする者には4,000マルクまで援助が認められるとして、女性の申立てを認めた。婚姻締結時に離婚費用が予測できた当事者は、4,000マルクを超える金額部分のみ準備金を用意しなければならないのだという<sup>425</sup>。また、このような仮装婚を離婚解消させることには公益があるという。なぜなら仮装婚夫婦には、例えば既婚者のみに与えられる税制上の特典があり、仮装婚を離婚解消させれば、こうした特典の利用を阻止することができるからである<sup>426</sup>。

報酬から準備金を用意すべきであったという立場にたてば、報酬を受け取っていなければ準備金は用意できないということになる。OLG Nürnberg 1995年2月7日決定では、この理由から訴訟費用援助が承認された<sup>427</sup>。ここでは、訴訟費用援助を申し立てた女性に報酬が支払われたことが証明されていないことから、申立てが承認されたのであった。

準備金を自ら用意すべきであったとする以上の判例は、その理由として離婚解消しようとする婚姻が婚姻制度の濫用である滞在婚であることを挙げる。しかし、この当時は仮装婚を禁じる規定は存在していないのである。そのため、この判例の見解について基本法に違反するかが争われたものがある。BVerfG (連邦憲法裁判所) 1984年7月18日決定は、パキスタン国籍の男性と8,000マルクの報酬を受け取って滞在婚を締結した女性からの申立てである<sup>428</sup>。女性は以前にも別の外国人と仮装婚を締結しており、離婚手続きにあたって訴訟費用は自ら負担することが原則的な義務であるとの指摘を受けていた。女性にとって2度目の仮装婚にあたる本件滞在婚解消のための訴訟費用援助について、第1審・第2審は、訴訟費用援助という制度は社会的法治国家の原理の表れであるが、しかしこのことは、婚姻が本質になじまない利己的な動機から締結された場合も国家の援助が与えられなければならないということを意味しないとした。そして、女性が1度目の仮装婚解消の際に訴訟費用は自分で支払うことを指摘されていることから、なおのこと2度目の仮装婚で受け取っ

---

<sup>423</sup> OLG Hamburg, FamRZ 1983,1230.

<sup>424</sup> 1979年12月6日の「連邦社会扶助法 88条2項8号の執行令改正のための第2命令」(BGBI., I, S.2004)。

<sup>425</sup> FamRZ 1983,1230.

<sup>426</sup> FamRZ 1983,1231.

<sup>427</sup> OLG Nürnberg, FamRZ 1996,615.

<sup>428</sup> BVerfG, FamRZ 1984,1205=NJW 1985,425.

た報酬で準備金を用意すべきであったとして、承認を拒絶したのであった。これに対して、法の下の平等を定めた基本法 3 条 1 項と婚姻締結の自由を保障する基本法 6 条 1 項に反するかが争われた。

結論として裁判所は、仮装婚解消のための訴訟費用援助の申立てを権利濫用として拒絶することが基本法に反するかどうかという点には踏み込まなかった。ここでは、女性がすでに 2 度仮装婚を成立させており、1 度目の仮装婚解消の際に訴訟費用は自らに支払義務があることを指摘されている点に注目して、この状況の下では女性の申立てが拒絶されたことは基本法 3 条 1 項に違反しないとした。さらに、本件では女性の離婚請求を阻止することが法の下に平等に反しないかのみが問題であるとして、基本法 6 条 1 項違反という主張も退けた。

この判断に対して、学説では仮装婚の場合に準備金を自ら用意すべきであるとするのは基本法に違反すると指摘するものがある<sup>429</sup>。訴訟費用援助の承認の拒絶によって結果的に仮装婚が維持されることになり、これは仮装婚を解消して新たな婚姻と家族を創設することが阻止されることになるのであって、基本法 6 条 1 項に違反するという<sup>430</sup>。また、仮装婚当事者は社会復帰を目指して援助を要求するのであり、この社会復帰には婚姻締結の自由が回復されることも含まれる。そのため、訴訟費用援助の承認拒絶はこれを阻止することであって、基本法 20 条 1 項にも違反するという<sup>431</sup>。

また、法治国家である以上、訴訟費用援助という法的保護を拒絶するには、予見可能性を確保するためにその要件が正確に限定されていなければならないという<sup>432</sup>。仮装婚の場合には自ら準備金を用意すべきであるとする、生活費のためにやむを得ず準備金を費消した場合や、仮装婚当事者が病気や未熟さ等から報酬を伴う婚姻を締結した場合も準備金を用意しなければならないのかということになり、当事者にどのような落ち度があれば訴訟費用得援助の承認拒絶が正当化されるのかという問題が生じるという<sup>433</sup>。さらに、「受け取った報酬で準備金を用意すべきである」とすると、当事者が無報酬で締結したと虚偽の主張をした場合には訴訟費用援助を承認することになり、この点でも「準備金」という理由には疑問があるとするのである<sup>434</sup>。

準備金を自分で用意する義務があるとして訴訟費用援助を拒絶する判例は、その根拠を

---

<sup>429</sup> Spangeneberg, Ernst: Versagung von Rechtsschutz bei selbstverschuldeter Not?, in: FamRZ 1985, S. 1105ff.

<sup>430</sup> Spangeneberg, FamRZ 1985, S. 1106.

<sup>431</sup> Ebd. 基本法 20 条 1 項「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」。基本法 20 条はドイツが国民の生活の安定を保障する社会福祉国家であることを定めた条文である。本説では、国民の生活の安定と関連する社会復帰には婚姻締結の自由の回復も含まれると解し、訴訟費用援助の承認拒絶は、それにより婚姻締結の自由の回復が妨げられ、社会復帰を阻止されることにもなるから、基本法 20 条に違反すると解するのである。

<sup>432</sup> Ebd.

<sup>433</sup> Ebd.

<sup>434</sup> Ebd.

締結された婚姻が偽装婚であって、婚姻制度の濫用であることに求める。しかし、ZPO114条が定める要件は、「権利追求に成功の見込みがあり、かつ恣意的でない」ことである。ここでも上述の「恣意的」という文言を根拠とする判例と同じく、114条から離れた解釈がなされてしまっているのである。

もっとも、判例のなかには恣意的という理由も準備金という理由も拒絶したものがある。OLG Köln 1982年12月2日決定は、滞在婚を締結した男性からの申立てである<sup>435</sup>。婚姻締結時に男性は72歳、女性は27歳であった。裁判所は、恣意的を理由に訴訟費用援助を拒絶した上述のOLG Hamm 1982年10月1日を引き合いにだして、「訴訟費用援助は権利濫用で偽装婚を成立させた人に対して、2ヵ月後の離婚解消に金銭を支出するために設けられたのではない」という理由は、本件では訴訟費用援助の承認を妨げるものではないとした。なぜなら、OLG Hammの事例は別居期間が1年未満の離婚請求であるため、BGB1565条2項の適用の問題であるからである。これに対して本件では別居期間が1年を超えているため、OLG Hammが恣意的を理由として訴訟費用援助の承認を拒絶したからといって、その理由は本件には当てはまらないという<sup>436</sup>。

こうして恣意的という理由を拒絶したうえで、次に裁判所は「締結された偽装婚は完全に有効な婚姻である」という前提にたち、有効に締結された以上、偽装婚当事者には婚姻を即座に解消する可能性も原則的に与えられていなければならないとした。そのためには訴訟費用援助も承認されなければならない、そうしなければ富める者は貧しい者よりも有利になってしまうという。これは社会的法治国家の原則に合致しないため、こうした事態は訴訟費用援助によって阻止しなければならないという<sup>437</sup>。そのため、偽装婚当事者は離婚準備金を用意すべきであったとすることは許されないとしたのであった。

OLG Düsseldorf 1994年2月8日決定では、離婚手続きのための訴訟費用援助の承認は、偽装婚であるという理由で直ちに拒絶されることはできないとされた<sup>438</sup>。当事者らが形式的にのみ婚姻したとみなされることや、婚姻締結で滞在許可の取得といった別の目的の達成を意図していたということでは十分ではないという<sup>439</sup>。

滞在婚解消の場面において判例は、訴訟費用援助の承認を拒絶するという方法で、間接的に滞在婚を阻止しようとした。訴訟費用援助を承認しなければ滞在婚は離婚解消できないため、維持され続けることになるにもかかわらず、それよりもこれ以上の滞在婚締結を阻止する方が優先されたのである。その根拠として、判例はZPO114条の「恣意的」という文言と「準備金を用意する義務」を挙げるものに分かれるが、いずれにせよその根底にあるのは「締結された偽装婚は婚姻制度の濫用である」という裁判所の認識である。しかし、偽装婚を「婚姻制度の濫用」と非難するあまり、結果的に訴訟費用援助の要件を定めたZPO114条

<sup>435</sup> OLG Köln, FamRZ 1983, 592.

<sup>436</sup> FamRZ 1983, 593.

<sup>437</sup> Ebd.

<sup>438</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, 1183.ただし、判旨のみの掲載である。

<sup>439</sup> Ebd.

から離れ、裁判所が独自に打ち立てた基準で判断がなされてしまうことになったのであった。

### 第3節 現在の理解

以上の議論に対して、現在はどのように理解されているのであろうか<sup>440</sup>。現在は、当時の議論についての評価が分かれている。アイスフェルトは当時の議論を批判しているのに対して、ルンプは肯定的な評価をしている。この両者の理解の相違は、婚姻意思とは具体的に何かという問題に対する両者の見解の相違によるものである。

#### 第1款 アイスフェルトの理解

アイスフェルトは、当時の通説であった「滞在婚締結の場合は、権利濫用を理由に身分吏の協力を拒絶する」という見解に対して、次の通り、強い批判を加えている。まずアイスフェルトは、当時は家名婚を婚姻無効原因とした婚姻法 19 条が廃止されたことにより仮装婚規定が存在しなかったことから、婚姻締結者の特定の動機が婚姻障害として機能することはあり得ないはずだと指摘する<sup>441</sup>。そして婚姻締結時に当事者の動機を審査する規定が存在しないのだから、当事者が滞在許可取得を動機として婚姻締結に臨んでも、それを理由に身分吏が協力を拒絶することはできないはずだという。

さらに、判例が「婚姻生活共同体の樹立が意図されず、ドイツにおける滞在許可取得を目的とした婚姻締結は、婚姻秩序への重大な違反であるので権利濫用である」としたことに対しても、婚姻生活共同体を義務づけた BGB1353 条 1 項に注目して批判する。BGB1353 条 1 項は婚姻の効果として規定されていたものであるから、婚姻生活共同体を意図していないことを権利濫用の根拠とすることは、婚姻の効果を婚姻締結の要件に転換することになるという<sup>442</sup>。

そもそもアイスフェルトにとっては滞在婚の数自体も少ないという<sup>443</sup>。当時の仮装婚は、身分吏へのアンケートによれば連邦平均で全婚姻締結の約 1%に過ぎず、しかもこのアンケートが行われた当時、すでに仮装婚の数はピークを過ぎていたとする報告もあるという<sup>444</sup>。そのうえ、他の仮装婚の報告においても多くは仮装婚が疑われる事例に過ぎないため仮装婚の数を正確に見積もることはできないとした指摘もあり<sup>445</sup>、こうしたことから当時の仮装婚が多かったとする根拠はないという<sup>446</sup>。このように滞在婚が「婚姻秩序への重大な違反である」根拠に疑問があることから、アイスフェルトは、滞在婚のみを問題とした判例の態

---

<sup>440</sup> ここで検討したのは、次の文献である：Eisfeld,Scheinehe,S.176-213; Lump, Scheineheproblematik,S.141-161.

<sup>441</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.190.

<sup>442</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.189f.

<sup>443</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.209.

<sup>444</sup> Ebd.

<sup>445</sup> Conring,Rechtliche Behandlung,S.17f.

<sup>446</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.209.

度には、当時の移民政策が反映されていると考えるのである<sup>447</sup>。

またアイスフェルトは、滞在婚で目的とされる滞在許可の取得が、外国人法という公法によって判断されるべきことである点も指摘する。したがって民事裁判で外国人配偶者の滞在権を間接的にせよ考慮することは、管轄権のうえでも問題があるという<sup>448</sup>。さらに、滞在婚についての判例には当時の外国人政策が影響していると考えられる結果<sup>449</sup>、「滞在婚についての民事裁判例は、政治的危機状態に際しての民法の価値転換の例とみなされ得る」<sup>450</sup>という。こうしてアイスフェルトは、婚姻の効果である BGB1353 条 1 項が婚姻締結の要件として機能することを批判し、また管轄権上も問題のある滞在婚についての判例には当時の国家政策が反映されていると指摘して、国家政策のために婚姻締結者の動機の審査が可能とされたこと、当時の議論を否定的に評価するのである<sup>451</sup>。

同様に、もう 1 つの身分吏の協力拒絶の根拠である婚姻法 13 条 2 項についても、次のように否定的に評価する。

「この規定は純粋な方式の規定であるにもかかわらず、婚姻法 13 条 2 項も——権利濫用の禁止原則と似たように——婚姻生活共同体への義務を有効な婚姻締結の要件として婚姻法体系に設けることに利用された。1980 年代のドイツでは外国人に批判的な雰囲気が強くなっていったことから、少なくとも権利濫用という考えと婚姻法 13 条 2 項を適用することで滞在婚を阻止する際に追求された目標は、さらなる外国人の移住に限界を設けるという外国人政策上の目的を追求していたことが推定される。滞在婚についての判例が、婚姻締結の手段化という点では滞在婚と同じく問題となる家名婚や他の仮装婚へは拡大されなかったことも、このことに賛同していることを述べている」<sup>452</sup>。

「1980 年代の民事裁判所は、滞在婚という条文にない婚姻禁止によって滞在婚の増加を阻止した。この婚姻禁止から、滞在婚という仮装婚の場合には、婚姻締結の際の協力を拒絶する身分吏の義務が引き出された。家事部は、滞在婚は権利濫用の禁止という原則に違反するという点で、民事裁判所によって創設された婚姻障害を根拠づけた。判例は、このようにして婚姻法の価値転換に成功したが、それは法的にはいくつもの点で疑わしいものであった。立法者が 1976 年に婚姻法 19 条で婚姻締結の動機の審査を可能にする最後の規定を廃止したにもかかわらず、BGB1353 条 1 項に婚姻の効果として規定された婚姻生活共同体への義務は、有効な婚姻の要件になった。しかし家事部は、いわば [立法者のみが行うことができる] 立法という権限を不当に [裁判所自ら] 用いただけではない。権利濫用という考えを婚姻締結という法律行為に適用することは、必然的に認められない婚姻の目的があることを要件とし、またこうした婚姻の目的は意図された婚姻締結の外国人法上の効果での

---

<sup>447</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 211.

<sup>448</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 192.

<sup>449</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 191f.

<sup>450</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 195.

<sup>451</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 192-195.

<sup>452</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 212.

み見出されるため、滞在婚についての判例は、民事裁判所による外国人政策上および外国人法上の評価をも考慮して結論づけた」<sup>453</sup>。

さらに、「滞在婚を離婚によって解消する際に、訴訟費用援助は承認されるか」という問題についても、次のように述べる。

「ZPO114 条における権利追求の『恣意性』という法律要件のメルクマールは、その権利追求の「権利濫用性」によっても充足されるとみなされた。そして、権利追求にある濫用は、滞在婚の仮装の性質からすでに明らかであると考えられた」<sup>454</sup>。したがって、訴訟費用援助の承認に対する決定基準は、権利濫用禁止の原則を持ち出すことで、ZPO114 条による「意図された権利追求の成功の見込み」という本来の重要な基準から、婚姻締結の想定される権利濫用性という基準で置き換えられることになったのだという<sup>455</sup>。

すなわち、アイスフェルトは ZPO114 条 1 文の「恣意的」という文言は、離婚の請求を対象としているものであって、離婚によって解消しようとする婚姻自体は対象としていないことを指摘し<sup>456</sup>、「仮装婚は権利濫用であるから、その仮装婚を離婚によって解消しようとすることも同じく権利濫用となるため、訴訟費用援助は認められない」とする判例の態度には、論理の飛躍があるというのである。

## 第 2 款 ルンプの理解

これに対してルンプは、アイスフェルトの見解とは異なり、当時の議論状況を問題視していない。ルンプは当時の様々な議論についてそれぞれ見解を述べることはしておらず、「仮装婚規定が存在しないにもかかわらず、仮装婚を阻止することが許されるのか」という点に絞って論じている。上記の論点は、換言すれば「仮装婚規定が存在しないことは、婚姻生活共同体への意思がない婚姻締結であっても婚姻が成立するのか」という問題になる。結論から言えば、ルンプは、婚姻生活共同体への意思は婚姻締結に不可欠であるとしている。婚姻締結の動機と婚姻生活共同体創設の義務という婚姻の効果を分離することは作為的であるという<sup>457</sup>。仮装婚規定が存在しない 1976 年から 1997 年の時期においても、婚姻には民事婚というただ 1 つの方式しかないため、婚姻を成立させたいという婚姻締結時の当事者の意思表示からは、婚姻生活共同体への義務が伴う婚姻を締結したいという意思しか引き出され得ないという<sup>458</sup>。

そして 1998 年の仮装婚規定復活も、このことを証明するとしている。仮装婚締結が望ましくないものと考えられていなければ、そもそも 1998 年改正によって新設された「身分吏は、婚姻が 1314 条 2 項により取消しうるものが明白 (offenkundig) である場合、協力を

<sup>453</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 211f.

<sup>454</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 212.

<sup>455</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 212f.

<sup>456</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 199f.

<sup>457</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 146.

<sup>458</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 156.

拒絶しなければならない」という BGB1310 条 1 項 2 文後段の規定は理解できないという<sup>459</sup>。この規定は 1980 年代における法の実際を反映した「終局点」である<sup>460</sup>。BGB1310 条 1 項 2 文後段には、特に 1980 年代以降の議論状況が反映された結果、婚姻生活共同体への意思がないあらゆる婚姻締結に対して身分吏は協力を拒絶しなければならないと定められたのであるから、ここから逆推論すれば 1980 年代以降も仮装婚の締結は立法者の意思に顕著に矛盾すると考えられていたというのである<sup>461</sup>。

しかし、婚姻生活共同体への意思が婚姻締結に不可欠であるなら、そのような意思のない仮装婚でも「締結された仮装婚は完全に有効な婚姻である」とする当時の議論は不可解である。この問題についてルンプは、婚姻の法的安定性を理由に正当化している。すなわち、仮装婚であっても婚姻が締結されれば法的安定性のために有効と扱われる一方、やはり仮装婚は望ましくないものであり、また滞在婚の場合には外国人増加という当時の社会状況も考慮すれば、その妥協点として法的安定性と衝突しない婚姻締結の段階での仮装婚の阻止が許されるというのである<sup>462</sup>。

両者の現在の理解を検討すると、アイスフェルトは婚姻意思とは「婚姻締結に向けられた意思」であることから、婚姻生活共同体への意思の欠缺を理由に滞在婚の締結を阻止しようとした判例の態度を問題視している。さらに、当時は仮装婚規定が存在しないこと、当時の仮装婚の数は問題にするほど多くないこと、裁判管轄の点でも疑問があるとして、当時の判例を批判するのである。滞在婚解消の場面についても、「仮装婚は権利濫用であるから、その仮装婚を離婚によって解消しようとすることも同じく権利濫用となるため、訴訟費用援助は認められない」という、ZPO114 条の要件とは異なる裁判所独自の基準で審査がなされていることを指摘して批判する。これに対してルンプは、婚姻意思には婚姻生活共同体への意思も含まれると考えるため、当時の判例の態度を肯定的に解釈するのである。

#### 第 4 節 社会変動と法の関連

本論文の論点の 1 つである社会変動と法の関連という視点でいえば、滞在婚がなぜこの時期、すなわち 1980 年代に問題になったのかということが問われる。滞在婚の件数は 1980 年代にはピークを過ぎていたといわれているにもかかわらず、判例では権利濫用という理由で滞在婚の阻止が追求された。しかし権利濫用という理由は、上述の通り、新たな問題を生み出すことになる。それでも滞在婚の阻止が追求されたのは、それだけ当時は滞在婚に対する危機感が強かったということであろう。それは、AG Lübeck 1980 年 6 月 19 日決定で「当地の毎年約 50 件の婚姻締結のうち、相当な割合の婚姻締結が、トルコ国籍所有者に滞在許可を手に入れさせるという目的のためにのみ利用されている」<sup>463</sup>と述べられているこ

<sup>459</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 154.

<sup>460</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 154.

<sup>461</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 154.

<sup>462</sup> Lumpp, Scheineheproblematik, S. 155.

<sup>463</sup> StAZ 1980, 339. 「第 2 節第 1 款②権利濫用論を根拠とする説」参照。

とからも、うかがい知ることができる。

また当時、外国人政策の転換によってドイツに留まろうとする外国人が問題となったのは婚姻だけではなく、難民認定申請においても問題となっていた<sup>464</sup>。当時の難民認定の申請手続きでは、外国人はたとえ不法入国の場合でも申請さえすれば、審査結果がでるまでは国外退去を命令されることがなかった。さらに申請件数が増加して審査処理が滞れば、審査結果がでるまでドイツでの労働を継続できるという期待もあり、申請件数が大幅に増加したのである。それに対して1978年の庇護手続迅速化法により、従来の3人審判官制を単任審判官制に改めて審判廷を増やすなど、申請から審査結果までの手続時間の短縮が追求された。また1982年の庇護手続法では、明らかに理由のない申請に対しては本案審査に入らずに却下するという手続が新設された。このように当時のドイツでは、外国人によるドイツ法制度の濫用ともとれる事態が、婚姻だけではなく、様々な場面で現れていた。このような状況が、外国人への危機感となり、滞在婚への危機感となっても何ら不思議なことではない。

それでは、なぜこのような危機感が1980年代に高まったのかという点が、次の問題となる。前章でナチス時代に仮装婚規定が誕生した背景には、社会変動とその後の経済不況があると分析した。これを滞在婚への危機感が強まった1980年代にもあてはめると、それ以前のドイツでは1973年の石油危機を契機とする経済不況に陥っていた。それは外国人労働者政策を転換させるほどの不況である。経済不況によって個人の生活に余裕がなくなると、その意識は社会全体にも広がっていく。そのため当時は、社会に滞在婚を有効な婚姻の1つとして受け入れる余裕がなくなり、滞在婚への意識は危機感となって現れていると考えられるのである。もっとも、ナチス時代とは異なり、1980年代ではそれ以前に大規模な社会変動は見られない。しかし、ナチス時代は仮装婚規定が現実に誕生したのに対し、1980年代は仮装婚規定が制定されなかった。その点で1980年代はナチス時代と異なるのであり、したがって社会変動がなくても、ナチス時代の仮装婚規定誕生についての考察は、ここでもあてはまる。すなわち、判例による滞在婚阻止という傾向の背景には当時の滞在婚への危機感があり、その危機感を強めた背景の1つに石油危機を契機とする経済不況が挙げられるのである。

## 小括

仮装婚規定が廃止された後も仮装婚問題は終わらず、滞在婚という新たな仮装婚類型が問題となった。これには、ドイツの経済状況と外国人労働者政策が大きく関係していた。ドイツでは戦後復興と「経済の奇跡」と称される高度経済成長によって、労働力不足が深刻化していた。この労働力不足を補うため、1960年代より各国から外国人労働者を積極的に受け入れたのである。しかし、1973年の石油危機を契機として経済不況に陥ると、一転して外国人労働者の受入れを制限し、すでにドイツで暮らす外国人労働者には本国への帰国を

---

<sup>464</sup> 以下の難民認定申請についての記述は、次の文献による：本間浩「ドイツにおける難民保護と難民庇護手続法」外国の立法 216号 66頁以下（2003年）、67-68頁。



促した。ところが、このような政策転換にもかかわらず、本国への帰国は思うようにいかず、むしろ本国からの家族の呼び寄せ等によって外国人数は増加した。滞在許可の発給が厳格化されると、外国人が滞在許可を取得するためにのみドイツ国籍所有者と偽装婚を締結するという滞在婚がなされるようになった。こうして滞在婚は新たな問題となり、主に 1980 年代に議論となったのである。

滞在婚に対して、判例は「締結の場面」と「解消の場面」でこの問題を扱った。締結の場面では、滞在婚を阻止する規定はないにもかかわらず、判例は身分吏の協力拒絶を認めるという方法で、滞在婚を阻止する傾向が顕著であった。身分吏が協力を拒絶できる根拠として、婚姻法 13 条 2 項と権利濫用という 2 つの見解が示されたが、前者は婚姻法 13 条 2 項の適用範囲の問題を解決できず、また事実認定の問題から結果的に滞在婚を阻止することはほとんどできなかった。他方、後者は滞在婚の阻止には有効であったが、それ故に「婚姻締結後のことを婚姻締結時に判断する」という新たな問題を生じさせることになった。

解消の場面では、判例は訴訟費用援助の承認を拒絶するという方法で、滞在婚の阻止を図ろうとした。滞在婚の場合は訴訟費用援助が拒絶できる根拠として、ZPO114 条の「恣意的」という文言と、「準備金を用意する義務」が示された。しかし、いずれも離婚解消しようとする滞在婚が権利濫用であるという点から出発したため、訴訟費用援助の要件を定めた ZPO114 条からは離れてしまった。結局、解消の場面でも「訴訟費用援助が裁判所によって設けられた要件で判断される」という問題が生じることになった。

社会変動と法の関連という視点でいえば、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、それほどまでに危機感を強めた 1 つの背景には 1973 年の石油危機を契機とした経済不況があると考えられる。経済不況によって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考えられるのである。

## 第4章 仮装婚規定の復活とその後の展開

本章では、仮装婚規定の復活について、復活した仮装婚規定はどのような規定であり、なぜ復活したのかを考察し、さらに復活した仮装婚規定がその後どのように運用されているのか、その後の展開を検討する。仮装婚規定が誕生した1933年と並んで、仮装婚規定が復活した1998年は重要である。仮装婚規定廃止後、いったんは仮装婚も「婚姻締結の自由」の名の下に有効とされたが、主に1980年代に発展した判例による仮装婚を規制するという取り扱いは、1998年に仮装婚規定が復活することによって法的にも根拠づけられた。ドイツは、婚姻を完全に個人の自由には委ねず、仮装婚を規律対象とする態度を鮮明にしたのである。

仮装婚規定の復活とその後の展開を検討するにあたって、まず、復活した仮装婚規定とは、どのような規定なのかを確認し、仮装婚規定の制定過程を考察する。次に、復活した仮装婚規定はどのように運用されているのか、判例の動向を検討する<sup>465</sup>。そのうえで、本論文の視点である「法と社会変動の関連」を探るために、1998年以前の社会がどのような状況にあったのか、それがどのように仮装婚規定の復活と関連したのかを考察する<sup>466</sup>。

### 第1節 復活した仮装婚規定

仮装婚規定は1998年5月4日の「婚姻締結法の新規定についての法律」(Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts : 婚姻締結法改正法 (Eheschließungsgesetz))<sup>467</sup>によってBGBに復活した。婚姻締結法改正法では、ナチス時代に婚姻法で別途規定されていた婚姻の成立要件に関する規定をBGBに戻し、実体的にも再婚禁止期間を廃止するなどの重要な改正が行われた。復活した仮装婚規定とはどのような規定なのか、最初に関連規定を確認したうえで、仮装婚規定を検討する。

1998年改正により再編されたBGBには「第4款 婚姻の成立要件」に関する中に婚姻締結手続きについての規定が1310条以下に組み込まれた。中でも本論文に係る規定である1310条1項を最初に挙げる。

---

<sup>465</sup> 本章の1998年改正とその後の仮装婚問題の概要については、拙稿「ドイツ民法1998年改正と仮装婚問題」(以下、拙稿「1998年改正」として引用)大学院研究年報法学研究科篇(中央大学)37号91頁以下(2008年);拙稿「ドイツの仮装婚をめぐる裁判例」関東学院法学23巻2号27頁以下(2013年)参照。

<sup>466</sup> 本章の仮装婚規定の復活と社会変動との関連についての考察の概要を叙述したのもとして、拙稿「一考察」参照。

<sup>467</sup> BGBl. I, S.833.

### 1310 条 1 項

「婚姻は、婚姻を互いに成立させる意思をもって、婚姻締結者が身分吏の面前で婚姻締結を意思表示することによって締結される。身分吏は婚姻締結の要件がある場合、婚姻締結への協力を拒絶してはならないが、身分吏は、婚姻が 1314 条 2 項により取消うることが明白 (offenkundig) である場合、協力を拒絶しなければならない。」

その後、1310 条 1 項は、2017 年 7 月 17 日の「児童婚撲滅のための法律」(Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen)<sup>468</sup>により 1 項 2 文が改正され、公布と同時に施行された。しかし、本論文に関わる婚姻締結手続きについては、実質的な変更はない。現行の 1310 条 1 項は次の規定となっている。

### 現行 1310 条 1 項

「婚姻は、婚姻を互いに成立させる意思をもって、婚姻締結者が身分吏の面前で婚姻締結を意思表示することによって締結される。身分吏は婚姻締結の要件がある場合、婚姻締結への協力を拒絶してはならない。身分吏は、次の場合、協力を拒絶しなければならない。

1. 婚姻が 1314 条 2 項により、取消うることが明白 (offenkundig) である場合。
2. 民法典施行法 13 条 3 項 [16 歳未満の婚姻無効および 16 歳以上 18 歳未満の婚姻取消し] により、意図された婚姻が無効である場合、または婚姻の取消しが考えられる場合。」

したがって、2017 年 7 月 17 日以降は 1310 条 1 項 3 文 1 号が仮装婚規定に関連する規定ということになる。

この規定が参照する 1314 条とは、婚姻の取消事由<sup>469</sup>を定める規定である。1314 条はその第 1 項において、重婚 (1306 条)、近親婚 (1307 条) などの場合を取消原因とし<sup>470</sup>、さらに第 2 項において意思能力や意思表示の瑕疵が問題となる場合を列挙している。そして 5 号には次のような取消事由が挙げられている。この 5 号が、本章の主たる検討課題となる仮装婚規定である。

---

<sup>468</sup> BGBl. I S.2429.

<sup>469</sup> ここでの取消とは *Aufhebung* である。*Aufhebung* という用語自体は取消の効果が原則として遡及しない場合に用いられるため、一般的な取消概念とは異なる。しかし本論文で問題となる「取消」は「婚姻の取消」であり、婚姻の取消は日本においても取消の効果が遡及しない (日民 748 条 1 項) 点で同一であるため、本論文では *Aufhebung* を「取消し」と訳す。

<sup>470</sup> BGB1314 条 1 項も「児童婚撲滅のための法律」により改正された。現行 1314 条 1 項は、1 号で 1303 条 (婚姻適齢) に反して婚姻締結時点で 16 歳未満の未成年者が締結した婚姻を新たに取消原因とし、重婚 (1306 条)、近親婚 (1307 条) などの取消原因は 2 号に定められている : BGBl. I S.2429.

#### 1314 条 2 項 5 号

「婚姻はさらに以下の場合に取消され得る。… 5. 配偶者双方が婚姻締結の際に 1353 条 1 項による義務を創設する意思がないことについて、合意があった場合。」

ここで参照されている 1353 条とは、日本民法 752 条（同居協力扶助義務）にあたる規定であり、条文は次の通りである<sup>471</sup>。

#### 1353 条 1 項

「婚姻は生涯にわたって締結される。夫婦は互いに婚姻生活共同体を義務づけられる。夫婦は互いに対して責任を負う。」

1998 年改正による偽装婚規定復活の最大の特徴は 2 点挙げられる。1 つは、ナチス偽装婚規定で見られたような特定の偽装婚に限定しない、一般的な規定であるということである。もう 1 つは、偽装婚の阻止（1310 条 1 項 2 文・現行 1310 条 1 項 3 文 1 号）と締結後の取消（1314 条 2 項 5 号）という、偽装婚締結の前後両方を規定する広範な規定であるということである。したがって、偽装婚の紛争局面は 2 通りあり、1 つは「偽装婚締結の場面」、もう 1 つは「一度締結された偽装婚の解消」という局面となる。

なお、この時期の婚姻締結手続きは、第 1 章で述べた通り、1998 年改正により婚姻予告（Aufgebot）という婚姻締結を予告する公示手続きが廃止されたほかは、従来と実質的な大きな変更はない。婚姻予告が廃止されたのは、婚姻障害が存在した場合でも、第三者によって当該婚姻障害が申告されるという婚姻予告の機能が、特に都市や規模の大きな市町村（Gemeinde）では果たされていないうえに、住民にほとんど婚姻予告自体が知られていないためであった<sup>472</sup>。

婚姻締結手続きが定められている身分登録法（以下「PStG」と略記する）は、2007 年 2 月 19 日の身分登録法改正法（Personenstandsrechtsreformgesetz : PStRG）<sup>473</sup>によって全面改正され、BGB も一部改正がなされた。本章に関わる改正後の規定は、2009 年 1 月 1 日に施行されている。本章の婚姻締結手続きに関する BGB 改正は、BGB1310 条と 1312 条である<sup>474</sup>。これらの改正後の婚姻締結手続きについては、改正前とやはり実質的な大きな変

---

<sup>471</sup> 1353 条 1 項は、2017 年 7 月 20 日の「同性者間の婚姻締結権の導入についての法律」（Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts）（BGBl., I, S.2787.）により 1 文が改正され、2017 年 10 月 1 日に施行された。もっとも、本論文に関わる変更ではない。現行の 1353 条 1 項 1 文は次の規定となっている：「婚姻は、異性もしくは同性の 2 者によって、生涯にわたり締結される」。

<sup>472</sup> BT-Drucks.13/4898,S.13.

<sup>473</sup> BGBl., I, S.122.

<sup>474</sup> BGB1310 条、1312 条の改正のうち、本章の婚姻締結手続きに関する改正は次の通りである。1310 条 3 項 1 号の「婚姻簿（Heiratsbuch）または家族簿（Familienbuch）へ」という文言を「婚姻登録簿（Eheregister）へ」に換える。1312 条 2 項の「身分吏は

更はないが、条文番号が旧法の内容と必ずしも対応していないため、2007年 PStG 改正前の手続きと改正後の現行手続きをここに載せておく。

#### 2007年 PStG 改正前の婚姻締結手続き

婚姻を締結する者は、管轄権ある身分吏の1人に口頭または書面により申請する (PStG4条)。その際、出自証書、家族簿の認証謄本または抄本を身分吏に提出する (PStG5条1項)。管轄権ある身分吏とは、婚姻を締結する者の一方の住所または常居所がある地区を管轄する身分吏である (PStG6条2項1文)。身分吏は締結される婚姻が婚姻障害に触れないか調査し (PStG5条2項1文)、婚姻障害がなければ婚姻を締結できる旨を当事者に通知する (PStG6条1項1文)。

婚姻は、婚姻を締結する者が身分吏の面前で婚姻することを望む旨を宣言することによって締結される (BGB1310条1項1文)。この宣言は、当事者双方自らが同時に出席して行わなければならない (BGB1311条1文)。身分吏は当事者双方に婚姻を互いに成立させる意思があるか尋ね、それに対して当事者は肯定する。当事者双方が肯定すると、身分吏は、今や法律の力により法に従って結ばれた夫婦であることを宣言する (BGB1312条1項1文)。そして、婚姻締結は婚姻簿 (Heiratsbuch) に登録される (BGB1312条2項)。

身分吏は婚姻締結の要件が備わっていれば婚姻締結への協力を拒絶できない (BGB1310条1項2文前段：2017年 BGB1310条1項2文) が、婚姻が BGB1314条2項により取消可能であることが明白な場合は、協力を拒絶しなければならない (BGB1310条1項2文後段：2017年 BGB1310条1項3文1号)。婚姻締結がなされる過程で身分吏が婚姻障害の存在を疑う場合、身分吏は婚姻締結への協力を行うべきかどうかについて、区裁判所 (Amtsgericht) の決定を求めることができる (PStG45条2項1文)。一方、当事者側からも、婚姻障害があると身分吏が判断して婚姻締結への協力を拒絶する場合には、区裁判所に手続きへの協力を申し立てることができる (PStG45条1項)。

#### 2007年 PStG 改正後の婚姻締結手続き (現行手続き)

婚姻締結者は、婚姻締結者の一方が住所または常居所を有する地域に管轄権のある身分局に口頭または書面によって、意図した婚姻締結を申請しなければならない (PStG12条1項1文)。婚姻締結者は、婚姻締結を申請する際に身分、住所または常居所、国籍、過去に婚姻していた場合は最後の婚姻の締結および解消を公文書で証明しなければならない (PStG12条2項)。婚姻締結を申請された身分局は、婚姻障害が存在するかどうか審査しなければならない (PStG13条1項1文)、婚姻要件の審査によって婚姻障害が確認されなかった場合、身分局は婚姻締結者双方に婚姻締結が実施され得ることを通知する (PStG13条4項)。

婚姻締結の前に、婚姻締結者双方は、婚姻締結の申請から婚姻要件に関する実際の関係に

---

婚姻締結を婚姻簿へ登録する」という文言を削除する。参照：BGBL., I ,S.142.

変更が生じたか、また氏 (Ehename) を決定する意思があるかを尋ねられる (PStG14 条 1 項)。婚姻締結は、身分吏に規定に従った職務行為の執行を可能にする、婚姻の意義に相応しい品位ある方式で実施されるべきである (PStG14 条 2 項)。

婚姻は、婚姻締結者双方が身分吏の面前で婚姻を互いに成立させる意思であることを表示することによってのみ締結される (BGB1310 条 1 項 1 文)。この表示は、当事者双方自らが同時に出席して行わなければならない (BGB1311 条 1 文)。身分吏は、婚姻締結の際、婚姻締結者双方に対して個別に婚姻を互いに成立させる意思があるかを尋ね、婚姻締結者双方がその問いを肯定した後、今や法律の力により法に従って結ばれた夫婦であることを宣言する (BGB1312 条 1 文)。婚姻締結は、身分吏によって婚姻締結の後に婚姻登録簿 (Eheregister) に登録される (BGB1310 条 3 項 1 号 ; PStG14 条 3 項 1 文)。

身分吏は、婚姻締結の要件が備わっていれば婚姻締結への協力を拒絶できない (BGB1310 条 1 項 2 文) が、婚姻が BGB1314 条 2 項によって取消可能であることが明白である場合は、協力を拒絶しなければならない (BGB1310 条 1 項 3 文 1 号)。身分吏は、婚姻締結への協力を行うべきかどうか疑いがある場合、裁判所の決定を求めることができる (PStG49 条 2 項 1 文)。一方、当事者は身分吏が婚姻締結への協力を拒絶する場合、裁判所に婚姻締結への協力を申し立てることができる (PStG49 条 1 項)。

仮装婚規定が復活する以前と比べても、身分吏という国家機関が婚姻締結手続きにおいて重要な役割を果たすという点は、従来と同様である。しかし、仮装婚規定が復活した後は、身分吏の果たす役割がさらに重要となった。BGB1314 条 2 項 5 号によって「配偶者双方が婚姻締結の際に婚姻生活共同体への義務を創設する意思がないことについて、合意があった場合」が取消原因となったため、必然的に身分吏には婚姻締結時に婚姻締結者の実質的な意思を審査するという役割が課せられたからである。すでに 1980 年代より発展した判例により、身分吏には仮装婚を阻止する役割が事実上与えられていたが、1998 年改正により、その役割が法律によって根拠づけられたのである。しかし、婚姻締結者の実質的意思の審査といっても、婚姻締結時に当事者が述べるのは、身分吏が婚姻を互いに成立させる意思があるかとの質問に対して、「はい (Ja)」と答えるだけである。その「はい」から、当事者の意思の内容を読み取るというのは、婚姻の取消しという効果の重大性を考えても、難しい問題である。このように、1980 年代より事実上認められていた身分吏による実質的意思の審査は、仮装婚規定の復活によって、審査の実際の困難性という新たな問題を際立たせることになるのである。以上の点を念頭において、次に仮装婚規定はなぜ復活したのか、立法理由を検討する。

## 第 2 節 立法理由

1980 年代以降にみられていた、仮装婚を権利濫用として締結段階で阻止するという判例・学説の傾向に対して、1998 年改正によって復活した仮装婚規定は、1310 条 1 項 2 文後段

(現行 1310 条 1 項 3 文 1 号) による「偽装婚の阻止」と 1314 条 2 項 5 号による「偽装婚の取消し」という、婚姻締結前後で規制する規定となっている。また、1980 年代の判例・学説が「滞在婚」を議論していたのに対して、復活した偽装婚規定は具体的な偽装婚に限定していない。これは、ナチス期に誕生した偽装婚規定が「家名婚」と「国籍婚」を明示して対象を明らかにしていたことと比較しても、やはり対象範囲が広範囲に及ぶものである。このように、復活した偽装婚規定は、これまでとは異なる性質を有する特異な規定なのである。

偽装婚規定はなぜ復活したのか、そして何故このようなこれまでにない特異な規定なのか。そもそも政府は、1998 年の婚姻締結法改正法の立法理由について「一連の婚姻法の規定は今日ではもはや時代に合わないと思われる」と述べている<sup>475</sup>。そして BGB1314 条 2 項 5 号の立法理由について、「立法者は婚姻になじまない目的のために、婚姻制度を利用することを認めないことが明らかになる」と説明している<sup>476</sup>。それでは、このような規定がどのような経緯をたどって復活したのか。立法過程における議論を検討すると、政府はこうした広範な偽装婚規定を当初は考えておらず、それどころか、偽装婚規定自体を必要とすら考えていなかったことが明らかになる。

当初の政府草案には、偽装婚についての規定が BGB にも PStG にもなかった<sup>477</sup>。そこで、ドイツ身分吏連邦協会 (Der Bundesverband der Deutschen Standesbeamtinnen und Standesbeamten) が滞在許可取得のための婚姻締結を阻止する規定を求めて、次の規定を提案したのであった<sup>478</sup>。

「婚姻意思の真剣さへの疑いがある場合、特に婚姻生活共同体が創設されることなく、婚姻が専らまたは主に、非ドイツ人の当事者に滞在権に基づく地位を与えるという目的のために締結される場合、婚姻は締結されてはならない。この場合、身分吏は婚姻締結の申請について裁判所の決定を仰がなければならない。」

このようにドイツ身分吏連邦協会は、滞在婚が疑われる場合には裁判所の決定を仰ぐという規定を提案したが、政府はこの提案を受け入れなかった。その理由は、この提案は決定を裁判所に委ねるだけであり、偽装婚を立証する問題は解決しないというものであった<sup>479</sup>。その後、連邦参議院から連邦政府へ検討依頼 (Prüfbitte) がなされ<sup>480</sup>、1980 年代以降に判例で発展した権利濫用理論の規定化が求められた。連邦参議院はその理由を「提案された草案規定が法律になるなら、身分吏の婚姻締結義務の要件は、婚姻障害が存在するという要件

---

<sup>475</sup> BT-Drucks.13/4898,S.1.

<sup>476</sup> BT-Drucks.13/9416,S.28.

<sup>477</sup> Hepting,Reinhard :Neuerungen im Eheschließungsrecht,in:StAZ 1996,S.257ff., S.260.

<sup>478</sup> Hepting,StAZ 1996,S.260f.

<sup>479</sup> Hepting,StAZ 1996,S.261.

<sup>480</sup> BT-Drucks.13/4898,S.32.

のみにな」り、「したがって実務により展開され、支配的な判例によって認められた、いわゆる権利濫用理論が今後もはや適用されないと考える根拠が存在する」と説明した<sup>481</sup>。連邦参議院は、仮装婚を事実上規制していた権利濫用理論が封印されることによって、仮装婚が自由に締結されることを恐れたようである。しかし、連邦政府はこの検討依頼に応じるとはしたものの、仮装婚を審査する際の実際の困難性を挙げて、婚姻の濫用に対する規定を設けることを拒絶した<sup>482</sup>。意図された仮装婚の基礎になる生活実態は多様であるというのが、その理由であった<sup>483</sup>。年金受給のための婚姻（*Versorgungsehe*）や家名婚のように、考える他の婚姻の本質に合わない全ての婚姻も含まれてしまうため、仮装婚規定は拒絶されるというのであった<sup>484</sup>。

1980年代以降に発展した滞在婚を規制する傾向を考えると、1998年改正では政府は積極的に仮装婚規定を制定したか、あるいは当初は考えていなかったものの提案を受けて抵抗もなく受け入れたのかと予想できるが、こうした過程をみると、そのような予想は誤りであることが明らかになる。むしろ政府は仮装婚規定の提案を繰り返し拒絶しており、当初は仮装婚規定の導入に慎重であったのである。

最終的に1998年改正の内容での仮装婚規定が提案されたのは、連邦議会の法務委員会においてであった。しかし具体的な適用事例については、「明白に権利濫用の婚姻締結」<sup>485</sup>、「共同の表明が欠けている」<sup>486</sup>、「婚姻締結者が互いのことを詳細には知らない」<sup>487</sup>、「顕著な年齢の相違」<sup>488</sup>といった曖昧な表現に終始しており、そもそも仮装婚規定が求められる契機となった「滞在婚」についての言及もなく、その他の具体的な事例の列挙もしていない。政府が当初指摘していた「生活実態は多様であるから、仮装婚かどうか審査することは困難である」という審査の困難性にも応えていない。また、こうした立法経緯から、連邦政府は当初から一般的な仮装婚規定しか考えていなかったと思われる。この理由は資料からは明らかにならないが、学説では基本法3条1項「すべての人は法律の前に平等である」<sup>489</sup>という平等原則を考慮したのではないかと指摘されている<sup>490</sup>。このように、立法過程では不可解な点を残しながらも復活した仮装婚規定について、学説ではどのように評価されているのであろうか。次に学説を検討する。

---

<sup>481</sup> Ebd.

<sup>482</sup> BT-Drucks.13/4898,S.35.

<sup>483</sup> Ebd.

<sup>484</sup> Ebd.

<sup>485</sup> BT-Drucks.13/9416,S.27.

<sup>486</sup> BT-Drucks.13/9416,S.30.

<sup>487</sup> Ebd.

<sup>488</sup> Ebd.

<sup>489</sup> 邦訳：高田＝初宿・編訳『ドイツ憲法集』214頁。本章における基本法の邦訳は、この文献によるものである。

<sup>490</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.245.



### 第3節 学説

仮装婚規定の復活について、学説は徹底的に批判して否定するものと、無条件に肯定するものと、両極端に分かれている。両者の見解は、そもそも着眼点が異なっている。否定的見解は、仮装婚規定が仮装婚といえども「一部の婚姻を排除する」という機能に注目して批判している。これに対して肯定的見解は、仮装婚以外の「通常の婚姻を保護する」という機能に注目しているのである。両者ともに様々な視点で議論がなされているが、以下では「身分吏による動機の審査」、「仮装婚規定の必要性」について、論点ごとに否定的見解と肯定的見解の比較検討を行う。

#### 第1款 身分吏による動機の審査

1314条2項5号で求められる1353条1項による婚姻生活共同体創設への意思は、婚姻締結の際の身分吏による動機の審査を不可避とする。そして、このことは1310条1項2文後段（現行1310条1項3文1号）の身分吏の協力拒絶義務により、さらに強調されている。否定的見解は、この動機の審査がそもそも困難であることを指摘する<sup>491</sup>。締結される婚姻が「仮装婚」であるかどうかは、婚姻締結後に婚姻生活共同体が創設されているかによって判断できるものである。しかし身分吏による動機の審査は、婚姻締結時に仮装婚であるかを判断するものである。したがって身分吏が「仮装婚」と判断した場合、その判断は確信に基づくものではなく、単なる「疑い」に過ぎないのである。単なる疑いで、婚姻締結を拒絶するという重大な結果を招くのは容認できないというのが、第一の批判点である。

また第二の批判点として、「婚姻生活共同体」自体が内容の定まらないものであることから、曖昧な基準によって審査が行われることを挙げている。否定的見解は、曖昧な基準を具体化することの困難性を指摘したうえで、曖昧な基準による動機の審査は婚姻の法的安定性も害すると主張する。さらに第三の批判点として、仮装婚の手がかりがある場合に身分吏の審査を認めるPStG5条4項による情報は、婚姻締結者の私的な情報であるため、憲法上保護された一般的人格権も侵害すると主張する。ここにいうPStG5条4項とは、次の規定である。

#### PStG5条4項

「締結されるべき婚姻が民法典1314条2項によって取り消し得る具体的な手がかりがある場合、身分吏はこれについて必要な範囲で婚約者単独または双方に質問し、彼らに適切な証明の提示を課すことができる。必要な場合には、身分吏は取消原因の存在または不存在の重要な事実についての宣誓に代わる保証もまた要求することができる。」

この規定は2007年の身分登録法改正法によって、現行ではPStG13条2項となっている。現行13条2項とは次の規定であり、旧規定からの実質的な変更はなされていない。

---

<sup>491</sup> Eisfeld,Scheinehe,S.216ff.

## 現行 PStG13 条 2 項

「締結されるべき婚姻が民法典 1314 条 2 項によって取り消し得る具体的な手がかりがある場合、婚姻締結者はこれについて必要な範囲で単独または双方に質問され得る。この供述の証拠として適切な証明の提示は、婚姻締結者に課される。この方法が実態の説明にならない場合、取消原因の存在または不存在の重要な事実についての宣誓に代わる保証もまた要求され得る。」

否定的見解が指摘する PStG5 条 4 項 (現行 13 条 2 項) による一般的人格権の侵害とは、次の問題である。もし身分吏が仮装婚の具体的な手がかりがあるとして婚姻締結者に情報提供を求めた場合、婚姻締結者が情報提供を拒絶すれば、身分吏は仮装婚の疑いを深めて婚姻締結への協力を拒絶することになる。したがって、締結しようとする婚姻がたとえ仮装婚ではなく、情報提供の拒絶は婚姻締結者が私的な情報を提供することに抵抗したことによるものであっても、身分吏が疑いを深めて婚姻締結への協力を拒絶することは考えられるのであり、これでは結果的に婚姻締結者に情報の提供を強制することになってしまう。そのため、こうした点でも一般的人格権の侵害になるというのである。具体的には、一般的人格権の中でも、プライバシーと情報開示についての自己決定権の侵害になるという。さらに、現在は滞在婚の阻止が中心的な問題であることを考えると、身分吏が婚姻締結時に審査するよりも、外国人局 (Ausländerbehörde) が婚姻締結後に審査を行った方が効率的であるという。なぜなら、外国人局による審査は婚姻締結後の婚姻生活の実情を評価することができるので、表面的な状況だけで仮装婚を判断できるからである。

さらに、外国人局による審査では外国人法上の婚姻効果の承認だけが問題であるため、婚姻締結の可否そのものが問題とされる身分吏の審査よりも、情報提供の強制力が弱いという。したがって、婚姻締結後の婚姻生活共同体創設によって判断できる仮装婚を審査するには、外国人局による審査の方が確実であるうえに、一般的人格権の侵害の程度も低いので、身分吏の審査は不必要であるとする。こうして BGB1314 条 2 項 5 号、1310 条 1 項 2 文後段 (現行 1310 条 1 項 3 文 1 号)、PStG5 条 4 項 (現行 13 条 2 項) も不必要であると主張し、不必要な規定は憲法の比例性の原則に違反すると説明する。そして、違憲の規定に基づいて婚姻締結が拒絶されるのは、「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」という基本法 6 条 1 項にも違反し、「婚姻締結の自由」を侵害するというのである。

これに対して肯定的見解は、身分吏による審査の困難性という第一の批判点に対しては具体的な解決策を提示していない。ただ判断基準について、婚姻生活共同体への義務は BGB1353 条 1 項 2 文後段により詳細に定義されているため、表面上の状況だけで仮装婚かどうかを判断できるとしているのみである<sup>492</sup>。「身分吏が単なる疑いのみに基づいて判断す

---

<sup>492</sup> Kern-Eimann, Sandra: Das neue Ehebild des EheschIRG. Eine Untersuchung anhand der Scheineheregelungen, (Frankfurt a.M. usw., 2003), (以下、Kern-Eimann, Ehebild と

ることになる」という問題に対しては、答えていない。それよりも、肯定的見解で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ている<sup>493</sup>。身分吏の審査が基本法 6 条 1 項による「婚姻締結の自由」を侵害するという批判に対しては、基本法 6 条 1 項の「婚姻の保障」は具体的な家族法上の規定を必要とするとし、この具体化された規定が BGB1314 条 2 項 5 号であると説明する<sup>494</sup>。このことから、基本法によって婚姻生活共同体が義務づけられているので、この義務を負う意思のない仮装婚は、そもそも基本法 6 条 1 項の保護を受けないとする<sup>495</sup>。したがって、最初から基本法 6 条 1 項の保護の対象から外れている仮装婚を排除しても、6 条 1 項による婚姻締結の自由を侵害することにはならないという<sup>496</sup>。

また、「婚姻生活共同体」という基準が曖昧であるという第二の批判点に対しては、1998 年改正で新たに加わった「夫婦は互いに対して責任を負う」という 1353 条 1 項 2 文後段によって、婚姻生活共同体の内容は確定されているとする<sup>497</sup>。それでも内容について議論が生じるなら、それは規定の曖昧さのためではなく、解釈可能性のある規定に対して生じる法律学の通常反応であるという<sup>498</sup>。さらに第三の批判点である「身分吏の審査は一般的人格権の侵害である」という問題に対しては、もともと仮装婚は法の保護に値しないので、仮装婚締結者は婚姻の保護という公の利益のために身分吏による審査を受け入れなくてはならないとする<sup>499</sup>。また、その際に提供する情報もプライバシーを侵害するほどの私的な情報である必要はなく、表面上の状況だけで十分仮装婚であるか解明できるとして、基本法 1 条 1 項<sup>500</sup>と 2 条 1 項<sup>501</sup>の一般的人格権にも違反しないとする<sup>502</sup>。外国人局による審査の方が効率的なので身分吏による審査は必要ないという見解に対しては、まず身分吏の審査は必ず行われるのではなく、仮装婚である具体的な手がかりがある場合に限られることを指摘する<sup>503</sup>。さらに、身分吏は独断で婚姻締結への協力を拒絶するだけでなく、区裁判所の決定を求めることもできる（PStG45 条 2 項 1 文：現行 49 条 2 項 1 文）うえ、身分吏が一方的に協力を拒絶する場合は当事者側からも区裁判所に申し立てることができる（PStG45 条 1 項：

---

して引用),S.164.

<sup>493</sup> Kern-Eimann, Ehebild, S.162.

<sup>494</sup> Kern-Eimann, Ehebild, S.157.

<sup>495</sup> Kern-Eimann, Ehebild, S.158.

<sup>496</sup> Kern-Eimann, Ehebild, S.158, 162.

<sup>497</sup> Kern-Eimann, Ehebild, S.148.

<sup>498</sup> Kern-Eimann, Ehebild, S.156.

<sup>499</sup> Kern-Eimann, Ehebild, S.171.

<sup>500</sup> 基本法 1 条 1 項「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である」。

<sup>501</sup> 基本法 2 条 1 項「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道德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」。

<sup>502</sup> Kern-Eimann, Ehebild, S.164.

<sup>503</sup> Kern-Eimann, Ehebild, S.162.

現行 49 条 1 項) ことから<sup>504</sup>、実際に身分吏が審査をする事例は少数であるうえに、協力拒絶には十分に婚姻締結当事者への配慮がなされているので問題にはならないという<sup>505</sup>。十分配慮がなされている以上、婚姻の保護のために身分吏の審査が必要であるという<sup>506</sup>。

## 第 2 款 仮装婚規定の必要性

否定的見解は、考えられる仮装婚の形態として「滞在婚」、「国籍婚」、「年金受給のための婚姻」を挙げ、それぞれ外国人法、国籍法、年金法によって仮装婚による目的達成を阻止できるとする<sup>507</sup>。つまり、仮装婚を行う目的である滞在許可取得、国籍取得、年金受給という効果は、特別法では婚姻の成立だけでなく婚姻生活共同体存立も要件とするとして、婚姻生活共同体を創設しない仮装婚では特別法により目的を達成できないため、必然的に仮装婚を阻止することができるというのである<sup>508</sup>。こうして特別法による仮装婚の阻止が可能であり、しかも婚姻締結者の動機の審査は身分吏よりも外国人局が行う方が効率的である以上、婚姻法に仮装婚規定は不必要であると主張する<sup>509</sup>。したがって不必要な規定は基本法 1 条 1 項と 2 条 1 項による基本権を考えれば、憲法の比例性の原則に違反するという<sup>510</sup>。こうして否定的見解は、仮装婚規定そのものが違憲であり、一般的人格権を侵害するものであると厳しく批判するのである。

これに対して肯定的見解は、特別法による仮装婚の阻止は、社会的外観といった法の範囲外の利益を獲得するための仮装婚の場合には防ぎようがないことから、婚姻保護には間接的にしか役に立たないとする<sup>511</sup>。婚姻によって当事者が得られるものは法的効果だけでなく、社会的利益もある。特別法では、こうした法の対象外となる利益を求める仮装婚を規制することができず、そのため仮装婚の阻止も間接的に役立つに過ぎないというのである。したがって、婚姻保護のためには婚姻生活共同体への意思がない、全ての仮装婚を包括する仮装婚規定が必要なのだと主張するのである<sup>512</sup>。

肯定的見解は、否定的見解が指摘する「仮装婚規定の違憲性」という問題に対しても、「仮装婚」そのものの重大性を強調して反論する。婚姻生活共同体への意思がないこと自体が婚姻への侵害になり、過去の仮装婚事例の総数を考えれば無視できないという<sup>513</sup>。したがって婚姻制度の空洞化を予防的に阻止し、そのために仮装婚の具体的な手がかりによって調査する国家の利益は、真意のある婚姻承諾者の婚姻締結の自由や婚姻の存立保護より重要で

---

<sup>504</sup> Ebd.; 上述の婚姻締結手続きを参照。

<sup>505</sup> Ebd.

<sup>506</sup> Ebd.

<sup>507</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 219ff.

<sup>508</sup> Ebd.

<sup>509</sup> Eisfeld, Scheinehe, S. 256.

<sup>510</sup> Ebd.

<sup>511</sup> Kern-Eimann, Ehebild, S. 160.

<sup>512</sup> Ebd.

<sup>513</sup> Kern-Eimann, Ehebild, S. 162.

あるという<sup>514</sup>。仮装婚の数をどのように評価するかは人それぞれであるが、肯定的見解は明確に「仮装婚事例の総数は無視できない」と評価している。しかし、そもそも仮装婚自体が婚姻締結後の婚姻生活共同体創設によって判断するものである以上、婚姻締結時に仮装婚かどうかを判断するドイツでは、正確な仮装婚の数を把握することは極めて困難である。それにもかかわらず肯定的見解は、わずかに見受けられる資料<sup>515</sup>によって、「無視できない」と評価しているのである。また、仮装婚規定の適用範囲も、条文自体や規定の成立史、体系的な考慮によって十分に解明できるとし<sup>516</sup>、仮装婚規定を擁護するのである。

結局、仮装婚規定を批判する否定的見解は「仮装婚規定の不必要性」を主張しているのである。不必要な規定によって動機の審査や身分吏の協力拒絶が行われることから、憲法により保護された一般的人格権も 6 条 1 項による婚姻締結の自由という基本的権利も侵害されると主張する。仮装婚締結者が追求する法的効果は身分吏による審査ではなく、外国人局による審査によって判断する方が効率的であることも、仮装婚規定の違憲性と不必要性を証明するという。こうして「不必要な規定は違憲である」、したがって「違憲な規定に基づく処理も違憲である」、そのため「違憲な処理を誘発するから不必要である」、「不必要な規定は違憲である」という、一種の循環論法で仮装婚規定を批判するのである。しかし、特別法による仮装婚の阻止は確かに仮装婚の抑止にはなるであろうが、実際に仮装婚が締結された際の処理では問題が生じないだろうか。例えば滞在婚の場合、この方法では婚姻締結によっていったん滞在許可が付与されてから、後に婚姻生活共同体が創設されていないことを理由に滞在許可が取り上げられることになる。こうした処理がはたして妥当なのであるか。また外国人局が審査をするにしても、その際にはやはり「婚姻生活共同体創設とは具体的に何を基準にするのか」という問題にぶつかると思われる。

他方、仮装婚規定を受け入れる肯定的見解は「仮装婚の重大性」に注目し、「仮装婚は基本法の保護を受けない」と解釈することで、仮装婚規定は通常の婚姻を保護するために不可欠な規定であると擁護しているのである。この際に肯定的見解は、「婚姻生活共同体」という基準を妥当なものと解しているが、その説明は一貫していないように思われる。婚姻生活共同体という基準に関しては、詳細に定義されていないので多元的国家に合致するといいつながら、他方では、身分吏の審査に関しては、詳細に定義されているので十分基準になるとしているのである。この点の整合性についての説明が不十分である。

---

<sup>514</sup> Ebd.

<sup>515</sup> Finger, StAZ1984, S.89ff., S.91 では、仮装婚の統計をとることは不可能であり、正確な申告を行うことはできないという身分吏の指摘を紹介したうえで、身分吏の推定では、仮装婚は連邦平均で全婚姻締結数の約 1% に達するとしている。また、Conring, *Rechtliche Behandlung*, S.17f. では、ベルリン、バーデン・ビュルテンベルク、フランクフルト、キール、ニュルンベルク、ハンブルクから仮装婚の数を調べたうえで、これらの数は概算に過ぎないことや疑いのある事例を含むことも多く、また実際に仮装婚であっても身分吏や外国人局に気づかれない場合もあるので、もはや仮装婚の正確な数を見積もることはできないとしている。

<sup>516</sup> Kern-Eimann, *Ehebild*, S.156.

このように仮装婚規定の意義についても評価が分かれる仮装婚規定には、その適用範囲についても様々な見解が主張されている。復活した仮装婚規定が具体的な事例に限定していない点を重視し、あるいは仮装婚は全て滞在婚と性質が同一である点に注目して、全ての仮装婚に適用されるとするものから<sup>517</sup>、仮装婚規定の成立史を考慮して滞在婚に限定するか、少なくとも狭く適用されるとするもの<sup>518</sup>まで様々である。このように、仮装婚規定について学説の評価は様々に分かれており、統一されていないのが現状である。

#### 第4節 判例

学説では仮装婚規定について、その意義にも適用範囲にも議論があるが、判例では仮装婚規定を狭く解釈することによって適用範囲を制限する傾向にあると思われる。以下では、判例の動向を「婚姻取消しの可否（BGB1314条2項5号）」、「身分吏の協力拒絶（BGB1310条1項2文後段；現行1310条1項3文1号）」、「仮装婚の疑い提示（PStG45条2項；現行49条2項）」、「仮装婚解消の場面（訴訟費用援助の承認：ZPO114条）」に分けて検討する。

##### 第1款 婚姻取消しの可否（BGB1314条2項5号）

判例は、仮装婚規定を狭く解釈することによって適用範囲を制限する傾向にある。例えば、判例で問題となる事例の多くは身分吏による協力拒絶について争うものである。1998年改正により仮装婚は事前の締結阻止だけでなく、締結後の取消しも可能となったが、締結後における婚姻の取消しが問題となった事例はわずかである<sup>519</sup>。初めてBGB1314条2項5号が問題となった事例は、OLG Celle 2003年12月10日判決である<sup>520</sup>。この事例は、1314条2項5号による取消しがなし得ないことを定めた1315条1項5号の解釈適用事例であるという点でも重要である。1315条は、取消しの対象となる婚姻が事後的に治癒される要件を定めており、1314条2項5号による取消しについては、1項5号で「配偶者双方が婚姻締結後に夫婦として共同生活していたとき」を治癒の要件としている。

OLG Celle 2003年12月10日判決では、2002年11月18日に婚姻が締結されてから2003年1月半ばまで共同生活が行われており、申立人は相手方の子を学校まで送迎し、宿

---

<sup>517</sup> MünchKomm/Wellenhofer, Bd. 8, 7. Aufl., 2017, §1314, Rn. 29f.; Conring, Rechtliche Behandlung, S. 194f.; Kern-Eimann, Ehebild, S. 153f.; Gernhuber/Coester-Waltjen, 6. Aufl., 2010, §11 Rn. 21; Staudinger/Voppel, 2012, §1314, Rn. 67ff.

<sup>518</sup> Hepting, Reinhard: Das Eheschließungsrecht nach der Reform, in: FamRZ 1998, S. 713ff., S. 722; Otte, Karsten: „Wenn der Schein trägt“—zum zivil-, verfahrens- und kollisionsrechtlichen Umgang mit der sog. „Aufenthaltsehe“ in Deutschland und Europa, in: JuS 2000, S. 148ff., S. 152; Staudinger/Klippel, 13. Aufl., 2000, §1314, Rn. 74ff.; Erman/Roth, Bd. 2, 15. Aufl., 2017, §1314, Rn. 12d; Palandt/Brudermüller, 77. Aufl., 2018, §1314, Rn. 14.

<sup>519</sup> OLG Celle, FamRZ 2004, 949; AG Pankow-Weißensee, FamRZ 2009, 1325=StAZ 2009, 274.

<sup>520</sup> OLG Celle, FamRZ 2004, 949.

題を手伝うなどの養育も行っていた。また、当事者は2002年11月12日に私文書による婚姻契約を作成し、それによれば共同住居を見つけていたことが伺えた。この状況に対して、裁判所は共同生活が行われていた点に注目し、BGB1314条2項5号による取消しを認めなかった。そして「当事者双方がBGB1353条1項による義務を創設する意思がないことについて、婚姻締結の時点で合意していたかどうかは、立ち入る必要がない。なぜなら、(…)当事者らが婚姻締結後に夫婦として一緒に生活し、その結果、BGB1315条1項5号により婚姻の取消しはなし得ない(…)からである」と述べ、婚姻締結時に婚姻生活共同体を創設する意思があるか否かにかかわらず、締結後に共同生活がなされていれば取消しはできないことを明らかにした。それでは、何をもって「夫婦として一緒に生活していた」と認められるのか、共同生活の判断基準について、裁判所は「当事者らが『夫婦として一緒に生活していた』ことは、客観的な状況証拠によって判断することができる。継続を意図した生活共同体の外的印象(…)が基準となり、実際の共同生活が営まれた期間は決定的ではない」と判示し、共同生活の存在は外的印象によって判断できるとして、判断基準は共同生活の期間ではなく、外的印象であることを明らかにした。

BGB1314条2項5号による取消しが認められたのは、AG Pankow-Weißensee 2009年1月13日判決である<sup>521</sup>。これは、インド国籍の男性とドイツ国籍の女性との間で1994年3月25日に締結された婚姻について、男性に無期限の滞在許可を付与させるためにのみ締結された仮装婚(滞在婚)であるとして、女性が取消しを求めた事案である。この事案では、女性は男性に無期限の滞在許可を付与させるために、外国人局(Ausländerbehörde)での尋問において婚姻締結後に共同生活をしていると供述したが、実際には共同生活はなされていなかった。そのため虚偽の供述をしたとして、女性は1999年1月29日の略式命令によって罰金が課されている。この時点で、すでに女性は男性との接触もなくなっていた。当事者の接触は1998年以降なくなっており、男性は本件裁判時には滞在場所も不明となっていたのである。この状況に鑑みて裁判所は、「当事者らは、初めから相手方[インド国籍男性]に滞在資格(Aufenthaltsgenehmigung)を手に入れさせる目標にのみ利用される仮装婚しか成立させない意図であった」として、取消しを認容した。仮装婚を成立させる意図は、婚姻締結後に共同生活がなされていないこと、当事者の接触が1998年以降に絶たれていることに加えて、女性が共同生活について虚偽の供述をしたとして下された略式命令を受け入れたという事実からも明らかになるという。したがってAG Pankow-Weißenseeは取消認容にあたって、婚姻締結後の共同生活が存在しないことを根拠としているのである。これは、上記のOLG Celleが明示した「締結後の外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」という基準と合致するものであり、この基準に従って取消しを認めたのであった。

このように、締結後の取消しについての判例はわずかであり、判例は仮装婚の規制を主に婚姻締結前の場面に制限しようとしている。取消しの場面においても、その基準は「婚姻締

---

<sup>521</sup> AG Pankow-Weißensee, FamRZ 2009, 1325=StAZ 2009, 274.

結後の共同生活の有無」であり、それは「外部的印象」によって判断される。BGB1314 条 2 項 5 号は取消場面を「配偶者双方が婚姻締結の際に 1353 条 1 項による義務を創設する意思がないことについて、合意があった場合」と定めているが、判例は条文のいう「婚姻締結時の意思」ではなく、「締結後の共同生活の有無」を基準としたのである。しかもこの締結後の共同生活は外部的印象で判断されるため、当事者の意思は問題にならないということになる。

#### 第 2 款 身分吏の協力拒絶 (BGB1310 条 1 項 2 文後段; 現行 1310 条 1 項 3 文 1 号)

仮装婚規定をできる限り狭く解釈する判例の態度は、身分吏の協力拒絶についての裁判所の態度に最もよく現れている。ここで裁判所が注目したのは、BGB1310 条 1 項 2 文後段; 現行 1310 条 1 項 3 文 1 号) の「明白 (offenkundig)」という文言であった。

初めに裁判所は、LG Saarbrücken 1999 年 3 月 15 日決定において、「身分吏が婚姻締結への協力を拒絶してよいのは、当事者らの婚姻で、専らかつ明白に、婚姻になじまない目的が追求される場合に限られる」として、身分吏の協力拒絶を否定した<sup>522</sup>。ここで「婚姻になじまない目的」として挙げられたのは、「外国人のために滞在許可を手に入れる」ことと「国外退去を阻止する」ことであった。したがってこれは「身分吏の協力拒絶が許されるのは、仮装婚締結への婚姻締結者の意思が『明白である』場合のみである」ということであり、こうして裁判所は仮装婚規定をできる限り狭く解釈しようという態度を打ち出したのであった。

やがて 1310 条 1 項 2 文後段 (現行 1310 条 1 項 3 文 1 号) による「明白性」の具体的な基準が、AG Saarbrücken 1999 年 12 月 17 日決定によって示された<sup>523</sup>。明白性があるのは「専ら婚姻になじまない目的が、明白に、常に証明可能な仕方では結婚を望む者達により追求される場合」のみであるという<sup>524</sup>。これは、ウズベキスタン国籍の女性が 5 ヶ月間で異なる 4 人の男性と 4 度婚姻締結しようとしたという事例で、身分吏は滞在の延長を意図した仮装婚であるとして協力を拒絶した。これに対して裁判所は、上述の基準を示したうえで「婚姻生活共同体への意思の真剣さへの疑いだけでは十分ではない」として、身分吏の協力拒絶を否定した。この基準にしたがって、AG Heilbronn は身分吏の協力拒絶を否定した<sup>525</sup>。これは、ドイツ国籍女性とユーゴスラヴィア国籍男性との婚姻締結であり、男性が内戦難民として違法にドイツに入国していることから、仮装婚が締結されるとして身分吏が協力を拒絶したという事例である。これに対して AG Heilbronn は、当事者らがドイツ語で意思疎通できること、互いに相手方について矛盾した陳述をしていないこと、顕著な年齢の相違がないこと (裁判時に女性は 21 歳、男性は 27 歳)、女性がまだ 1 度も結婚していないこと、

<sup>522</sup> LG Saarbrücken, FamRZ 2000, 819. ただし、判旨のみの掲載である。

<sup>523</sup> AG Saarbrücken, StAZ 2000, 177.

<sup>524</sup> StAZ 2000, S. 178.

<sup>525</sup> AG Heilbronn, FamRZ 2000, 1364.



女性への金銭または物の贈与もないこと、それどころか当事者らは数ヶ月前から共同生活のための住居を共同で賃貸し、男性は家計のために全収入を女性に自由に使わせていること等を挙げ、「婚約者らは数ヶ月前から実際の生活共同体を営み、この生活共同体は婚姻締結後も継続する意思である」と認定し、したがって「意図された婚姻が仮装婚として取り消し得ることが明白ではない」として、身分吏の協力拒絶を否定した。

同様に、ドイツにおける滞在権を保障するための仮装婚であるとして身分吏が協力を拒絶した婚姻について、LG Köln は身分吏の協力拒絶を否定した<sup>526</sup>。また、OLG Köln 2005年8月22日決定では、当事者の女性が2004年1月から10月までの滞在场所について虚偽の陳述を行ったが、その後の2004年10月から12月まで当事者らが共同生活を営んでいたことから、身分吏の協力拒絶を否定している<sup>527</sup>。これらの判例では、いずれも仮装婚と疑われる事実があったが、裁判所はくり返し「身分吏が協力を拒絶できるのは仮装婚であることが明白である場合であり、単なる疑いの場合は、身分吏は協力しなければならない」という原則を述べている。

また、LG Rostock 2002年6月14日決定では、ベトナム国籍男性とドイツ国籍女性との婚姻について、仮装婚は婚姻生活共同体を実際に営む意思はないという当事者らの意思が要件であるとして、本件の当事者らが身分吏に協力を拒絶された婚姻締結を約2年にわたって裁判で争っていることを考慮し、本件では仮装婚であることが明白ではないとして身分吏に協力を命じた<sup>528</sup>。ここでは、当事者が婚姻締結を争ったという事実から、当事者の婚姻締結への意思だけではなく、婚姻生活共同体創設への意思まで認めたのであった。

さらに、OLG Naumburg 2005年3月2日決定は、婚姻締結を申請したインド国籍男性に国外退去が迫っていた事例で、国外退去が迫っているという状況だけで仮装婚と推定することを拒絶した<sup>529</sup>。その後、ドイツからの退去が迫っているという状況に加えて仮装婚を疑わせる事実があっても、身分吏の協力拒絶を否定した判例が現れた。AG Saarbrücken 2006年1月18日決定は、トーゴ国籍男性が2005年の約半年だけで3人のドイツ国籍女性と3度婚姻申請を行っており、さらに男性には国外退去強制が目前に迫っていたという事例である<sup>530</sup>。男性は2002年にドイツ国籍女性との婚姻によって期限付きで滞在許可を取得しており、その滞在許可の延長は2005年に拒絶されていた（婚姻は2004年に離婚解消されている）。そのため、身分吏は滞在権を得るための仮装婚が意図されているとして、協力を拒絶したのであった。これに対して裁判所は、当事者に顕著な年齢の相違はあるものの、当事者らが共同生活をしていること、ドイツ語による意思疎通に問題がないこと、相手方の女性が純粋な生活共同体を期待しており、したがって生活共同体を創設しないという合意はないことから、仮装婚とは認めず、協力拒絶を否定した。

---

<sup>526</sup> LG Köln, StAZ 2003, 84.

<sup>527</sup> OLG Köln, StAZ 2005, 322.

<sup>528</sup> LG Rostock, FamRZ 2003, 598.

<sup>529</sup> OLG Naumburg, StAZ 2006, 14.

<sup>530</sup> AG Saarbrücken, StAZ 2006, 235.

また、AG Saarbrücken は、ここで仮装婚の具体的な手がかりを列挙した。手がかりとして挙げられたのは、次の事実である。意思疎通が困難であること、顕著な年齢の相違があること、ドイツ人当事者がアルコール依存または薬物依存であること、外国人婚約者の滞在権が空間的に制限されており、かつ婚約者双方の常居所がはるかに離れていること、婚約者の一方または双方が他のパートナーと共同生活をしていること、相手方の個人的な事実や生活状況を互いに知らないこと、直接的接触がないこと、初めて直接知り合った状況について矛盾した陳述がなされること、婚姻成立に対して金銭が支払われていること、婚約者の一方または双方がかつて仮装婚を締結していることである<sup>531</sup>。もっとも、これらの事実を手がかりとしても、仮装婚の認定基準はやはり曖昧である。例えば意思疎通の困難性とはどの程度の困難をいうのか、顕著な年齢の相違とは何歳差をいうのか、やはり曖昧さが残ることになる。また、これらの事実がどの程度重視されるのか、本件のように顕著な年齢の相違はあるが、意思疎通は可能であるといった、複数の事実が対立する場合にはどの事実が優先されるのかという問題もあろう。すなわち、顕著な年齢の相違を優先して意思疎通が可能でも仮装婚とみなすのか、あるいは意思疎通の困難性を優先して、顕著な年齢の相違があっても意思疎通の困難性がなければ仮装婚とはみなさないのか、その判断基準は曖昧なままなのである。

一方、身分吏の協力拒絶を肯定する判例も存在する。最初に協力拒絶を肯定したのは、AG Flensburg 1999年6月4日決定である<sup>532</sup>。これは、国外退去を受けたブルガリア国籍の女性が再入国直後に申請した婚姻締結について、滞在許可取得のためにのみ婚姻を締結しようとする意思であるとして、身分吏の協力拒絶が肯定された事案である。裁判所は、まず女性が1999年3月16日の婚姻申請から約1週間後の3月24日に亡命申請をしていることから、ドイツにおける滞在権を得るためにあらゆる手段を利用していると推論した。そのうえで、女性と相手方の同居期間についての陳述が矛盾していること、3月16日に婚姻申請していながら、4月1日の連邦難民認定庁（Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge）での尋問では、結婚の意思について「まだ決めていない」と矛盾する回答をしていることに鑑み、当該婚姻申請は女性に「ドイツ連邦共和国における滞在許可を手に入れさせるために婚姻締結を意図したに過ぎない」<sup>533</sup>ものとして、協力拒絶を肯定したのであった。

上述のAG Flensburg 決定では、主に陳述の矛盾が婚姻の真意性が欠けている根拠とされたが、陳述の矛盾に加えて、客観的な外部的事実に基づいて真意性がないとした判例もある。LG Kiel 2001年5月29日決定では、ドイツ語の会話が不自由な24歳のトルコ国籍男性と47歳のドイツ国籍女性との婚姻締結が争われた<sup>534</sup>。女性がかつて仮装婚を成立させたことがあり、本件婚姻では男性の父から報酬として3,200マルクを受け取っていた。女性は

<sup>531</sup> StAZ 2006,S.236.

<sup>532</sup> AG Flensburg,StAZ 2000,49.

<sup>533</sup> StAZ 2000,S.50.

<sup>534</sup> LG Kiel,StAZ 2001,362.

婚姻申請をしたその日（2000年7月18日）に身分吏に電話でこれらの事実を伝え、婚姻は偽装婚であって、自分はこのような愚行を再び行う意思はなく、借金返済のために費消した3,200マルクを返済するために社会福祉事務所に貸付申請を行うと述べた。身分吏は実際に社会福祉事務所に申請がなされていることを確認し、同日付の書面で協力を拒絶した。女性は7月20日に再び身分吏のもとを訪れて同様のことを述べたが、7月24日に状況が変わったとして一転して婚姻締結の意思があると述べた。女性の手続代理人による7月31日付の書面によれば、3,200マルクはイスラム教で慣例の贈り物であったこと、相手方男性とその父への誤解が解けて現在は恋愛関係が成立したことが主張された。これに対して区裁判所が偽装婚として身分吏に協力拒絶を命じたため、抗告がなされたのが本件である。LG Kielは、7月18日に女性が本件婚姻は偽装婚であって、このような愚行を再び行う意思はないと述べていること、偽装婚と告白した数日後の7月24日に態度を一転させていること、最低限のドイツ語の知識しかない男性と2週間以内に結婚を考えるほどの関係に発展させることはほとんど不可能であること、当事者間に顕著な年齢の相違があること、そして共同生活期間について手続代理人による書面と当事者らの陳述に矛盾があり、区裁判所の尋問で女性が3,200マルクの用途についても矛盾する陳述を行ったことから、金銭授受および相手方男性とその父を誤解していたというのは、女性がかつて偽装婚を経験していることから考えると口実であるとして、身分吏の協力拒絶を肯定した。その後、当事者は再抗告したが、OLG Schleswig 2001年7月11日決定によって、同様の理由で真意がないとして協力拒絶が肯定された<sup>535</sup>。

LG Frankfurt am Main 2005年2月9日決定では、ドイツ国籍男性と亡命申請中のインド国籍女性との婚姻締結について、通訳なしでは意思疎通が不可能であること、尋問の結果、女性は相手方男性の家族や知り合った場所と日時、結婚を決意した状況などについて、男性と矛盾する陳述を行ったことから、婚姻生活共同体創設への真意がない滞在婚であると判断された<sup>536</sup>。これに対する再抗告もOLG Frankfurt am Main 2005年7月21日決定で同様に退けられ、協力拒絶が肯定された<sup>537</sup>。

このように、身分吏の協力拒絶を争う場面で裁判所の態度は分かれている。AG Saarbrückenは偽装婚の具体的な手がかりをいくつか示したが、全体を通してみると、協力拒絶の可否を判断する際には、意思疎通の困難性といった具体的手がかりよりも、共同生活の有無が決定的に重要な役割を果たしている。協力拒絶が否定された判例では、BGB1310条1項2文後段（現行1310条1項3文1号）の「明白」という文言が重視されており、かつ、共同生活があれば退去が差し迫る状況で約半年のうちに3度婚姻申請しても、明白ではないと判断された<sup>538</sup>。また、共同生活の期間は問題にならない。わずか2ヶ月間の共同

<sup>535</sup> OLG Schleswig, StAZ 2001, 363.

<sup>536</sup> LG Frankfurt am Main, StAZ 2005, 321.

<sup>537</sup> OLG Frankfurt am Main, StAZ 2005, 321.

<sup>538</sup> AG Saarbrücken, StAZ 2006, 235.

生活でも協力拒絶が否定されている<sup>539</sup>。反対に、協力拒絶が肯定されたもので共同生活が存在した事例はない。したがって、判例は「明白」の基準として共同生活の有無を重視しており、共同生活があれば他の具体的手がかりがあっても協力拒絶を認めない傾向にあるといえる。協力拒絶が認められるのは、上述の事例のように、婚姻意思について矛盾する陳述がある<sup>540</sup>、婚姻意思があると主張する当事者本人が数日前に仮装婚であると告白している<sup>541</sup>、意思疎通が困難で相手方の事情を知らない<sup>542</sup>といった、極端な事例に限定されており、したがって全体として裁判所は、身分吏の協力拒絶を認めない方向にあるといえる。

また、この他の判例の傾向として、仮装婚規定が適用される場面も限定されていることが挙げられる。BGB1314条2項5号が全ての仮装婚を対象とする一般的な仮装婚規定であるにもかかわらず、現在のところ身分吏の協力拒絶が問題となる事例は、滞在婚に限られている<sup>543</sup>。

### 第3款 仮装婚の疑い提示 (PStG45条2項; 現行49条2項)

仮装婚規定をできる限り狭く解釈するという裁判所の態度は、PStG45条2項(現行49条2項)の解釈の際にも現れている。この規定によれば、身分吏が仮装婚を疑う際に、裁判所に決定を求める疑いの提示が認められている。それでは、この疑いの提示はどのような場合に認められるのか。この身分吏が疑いを提示できる基準について、最初に判断を下したのが、OLG Düsseldorf 1998年11月2日決定である<sup>544</sup>。ここでOLG Düsseldorfは、厳格な基準を示したのであった。この事例は、婚姻締結が滞在許可取得のために利用されるとして、身分吏が区裁判所に決定を求めたものである。これに対して区裁判所は、婚約者らの尋問によってその疑問はないとして、婚姻締結への協力を指示した。これを不服として監督官庁が行った抗告も地方裁判所が退けたため、再抗告がなされた事例であった。OLGは決定にあたって、1998年の婚姻法締結法改正法により、改正された1310条1項2文後段の「婚姻が1314条2項により取り消し得ることが明白である場合、協力を拒絶しなければならない」という規定における「明白である」という文言に注目した。そして「改正婚姻締結法によれば、単なる疑いだけでは十分ではなく、真剣さが欠けていることが明白でなければならない」<sup>545</sup>、「意図された仮装婚の明白性のみが身分吏の協力拒絶になるが、単なる疑いだけ

<sup>539</sup> OLG Köln, StAZ 2005, 322.

<sup>540</sup> AG Flensburg, StAZ 2000, 49.

<sup>541</sup> LG Kiel, StAZ 2001, 362; OLG Schleswig, StAZ 2001, 363.

<sup>542</sup> LG Frankfurt am Main, StAZ 2005, 321; OLG Frankfurt am Main, StAZ 2005, 321.

<sup>543</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 1999, 225; LG Saarbrücken, FamRZ 2000, 819; AG Flensburg, StAZ 2000, 49; AG Saarbrücken, StAZ 2000, 177; AG Heilbronn, FamRZ 2000, 1364; OLG Thüringen, FamRZ 2000, 1365; LG Kiel, StAZ 2001, 362; OLG Schleswig, StAZ 2001, 363; LG Köln, StAZ 2003, 84; LG Rostock, FamRZ 2003, 598; LG Frankfurt a.M., StAZ 2005, 321; OLG Naumburg, StAZ 2006, 14; OLG Frankfurt a.M., StAZ 2005, 321; OLG Köln, StAZ 2005, 322; AG Saarbrücken, StAZ 2006, 235.

<sup>544</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 1999, 225.

<sup>545</sup> Ebd.

では協力拒絶にならないため、PStG45 条 2 項による疑いの提示は原則的にすでになしえない<sup>546</sup>と判示した。この見解に従えば、身分吏が裁判所に決定を求めることができるのは、仮装婚であることが「疑いなく明白である場合」と厳しく制限されることになる。

これに対して、身分吏の疑いの提示は「単なる疑いでも可能である」という見解もある。上記の OLG Düsseldorf 1998 年 11 月 2 日決定についての論評では、「PStG5 条 4 項の可能性を尽くした後もなお、身分吏に『明白性』から出発するべきかどうかという法律上実際上の疑いが残りうることは、(…) OLG Düsseldorf によっても否認されていない」と指摘されている<sup>547</sup>。その理由として、「PStG45 条 2 項のそれ自体非定型的な規定は、(…) 身分吏の審査手続きを軽減するために 1957 年 5 月 18 日の第二身分登録法改正法 (PStAndG) によって初めて PStG に差し込まれ、公的記録に間違った記載がなされることを監視するための義務から正当であることがはっきりする」ということが挙げられている<sup>548</sup>。また「PStG45 条 2 項が身分吏の審査手続きの迅速化にも役立つはずであり」、「この明らかで一義的な目標設定については何一つ変わらない」ため、「この命令が許容されることは、その疑いが多かれ少なかれもっともなものであるか、明らかに無根拠かにはかわらない」という<sup>549</sup>。

「単なる疑いで可能」という見解は判例でも示された。その事例が、OLG Thüringen 2000 年 3 月 22 日決定である<sup>550</sup>。これはドイツ国籍の女性と、亡命を拒絶されて出国義務のあるインド国籍の男性との婚姻締結に対して、身分吏がインド国籍の男性にドイツにおける滞在権を取得させることのみを目的とした婚姻であると疑って、区裁判所に決定を求めたという事例である。区裁判所は身分吏の主張を認めて協力を差し止めたため、婚約者双方が抗告し、これに対して地方裁判所は区裁判所の決定を破棄して身分吏に協力を指示した。地方裁判所は身分吏の疑いの提示自体は許されるとしたが、当該婚姻締結が滞在許可取得のみを目的とするものであることは認めなかった。これに対する監督官庁の再抗告が本件である。裁判所は、上述の OLG Düsseldorf 1998 年 11 月 2 日決定を引き合いにだしたうえで、なお婚姻締結法改正後も PStG45 条 2 項による身分吏の疑いの提示を許されるものとした。その理由として OLG は、PStG45 条 2 項は婚姻締結法改正法でも改正されなかったこと、PStG45 条 2 項は婚姻締結への協力だけではなく身分吏の全公務を含むこと、PStG45 条 2 項は身分吏の審査手続きの迅速化にも使われるべきであること、身分吏とは異なり、裁判所は裁量によって ZPO の規定を準用して正式な証拠調べを実施することができることを挙げている<sup>551</sup>。

---

<sup>546</sup> Ebd.

<sup>547</sup> Otto, Günter : Anmerkung zum Beschluß des OLG Düsseldorf vom 2.11.1998, in: FamRZ 1999, S.791f., S.791.

<sup>548</sup> Ebd.

<sup>549</sup> FamRZ 1999, S.791f.

<sup>550</sup> OLG Thüringen, FamRZ 2000, 1365.

<sup>551</sup> Ebd.

このように裁判例の中には、身分吏の婚姻締結への協力拒絶（BGB1310 条 1 項 2 文後段；現行 1310 条 1 項 3 文 1 号）の場面と同様、身分吏による疑いの提示（PStG45 条 2 項；現行 49 条 2 項）についても、異なる判断が存在する。しかし上述の通り、全体として裁判所は、BGB1310 条 1 項 2 文後段（現行 1310 条 1 項 3 文 1 号）にある「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。したがって、身分吏が実際に婚姻締結への協力を拒絶することができるのも、仮装婚を疑って裁判所に決定を求めることができるのも、「婚姻が疑いなく明白に仮装婚である」という場合に厳しく制限されることになる。この結果、身分吏は明白性という要件をめぐって肯定しないというえ、たいていの場合は婚姻締結を行うといわれている<sup>552</sup>。こうして仮装婚規定は、特定の仮装婚に限定せず、仮装婚の締結前後双方を規制するという従来になく広範な規定であるにもかかわらず、実際の適用の際には「明白性」を根拠に、その適用が厳しく制限される傾向が顕著に見受けられるのである。

#### 第 4 款 仮装婚解消の場面（訴訟費用援助の承認：ZPO114 条）

裁判所は、1980 年代以降の裁判例と同様に、仮装婚規定の復活後も仮装婚を解消する際の問題も扱っている。ここでの問題は「仮装婚を取消しにより解消するための訴訟費用援助は承認されるか」ということであつた<sup>553</sup>。ここでも判例は 1980 年代以降と同様に、ZPO114 条 1 文（現行 114 条 1 項 1 文）「その人的及び経済的關係からして訴訟追行の費用を負担できないか、または部分的もしくは割賦によらなければ負担することができない当事者は、意図した権利の追求または防御について十分成功の見込みがありかつ恣意的でない」と認められる時には、申し立てにより、訴訟費用の援助を受ける」の「恣意的」にあたるという理由と、「準備金を自ら用意すべきであつた」<sup>554</sup>という 2 通りの理由から、訴訟費用援助の承認を拒絶している。以下では、「恣意的」を理由とする判例から検討する。

OLG Hamm は 2000 年 2 月 4 日決定で、外国人に滞在許可を手に入れさせる目的のためにのみ締結された婚姻の場合、婚姻取消しの申立ては恣意的であると述べた<sup>555</sup>。OLG Naumburg 2003 年 1 月 31 日決定では、トルコ国籍男性に滞在許可を取得させるための滞在婚について、滞在許可、結婚、離婚請求は初めから 1 つのものとして計画されたものであつて、初めから離婚には費用がかかることを知っていながら訴訟費用援助を申し立てて離

---

<sup>552</sup> Flessner, Susanne: Zukunft des Personenstandswesens – Gesprächsrunde, in: StAZ 1999, S. 142ff., S. 143.

<sup>553</sup> 婚姻解消のための訴訟費用援助は、2009 年 9 月 1 日施行の「家事事件および非訟事件における手続きに関する法律（FamFG）」により、「手続費用援助（Verfahrenskostenhilfe）」となった。しかし、手続費用援助の承認には、一部の例外を除いて ZPO の訴訟費用援助の規定が準用されるため（FamFG76 条）、やはり従来の問題が残ることになる。

<sup>554</sup> BGH FamRZ 2005, 1477=NJW 2005, 2781; OLG Rostock, NJW-RR 2007, 1161.

<sup>555</sup> OLG Hamm, FamRZ 2000, 1092. ただし、判旨のみの掲載である。

婚しようとすることは、このうえなく恣意的であるとされた<sup>556</sup>。OLG Koblenz 2003 年 8 月 22 日決定では、上述の OLG Naumburg と同様の理由を挙げ、さらに本件では 2002 年 12 月 6 日の婚姻締結からわずか 5 ヶ月後の 2003 年 5 月 5 日に婚姻取消しのための訴訟費用援助の申立てがなされており、婚姻締結と訴訟費用援助申立ての間隔が短すぎることも、当初から取消しが意図されたものであることを補強するとして、恣意性を理由に承認を拒絶した<sup>557</sup>。

OLG Koblenz 2009 年 4 月 20 日決定でも、上述の OLG Naumburg と同様の理由で「恣意的」を理由に承認は拒絶された<sup>558</sup>。この事例では、滞在婚成立のためにトルコ国籍男性から 1 万ユーロの報酬が約束されていたが、女性は報酬を受け取らなかった。しかし報酬を受け取らなくても、外国人に滞在許可を得させるために、親切心からのみ婚姻を締結する当事者にも訴訟費用援助は承認され得ないとされた。もし承認が許されると、訴訟費用援助という国家的手段での取消しが可能となり、婚姻制度の濫用が可能となるということが、その理由であった。しかし、この理由は法律抗告審である BGH 2011 年 3 月 30 日決定では拒絶された<sup>559</sup>。原審 OLG Koblenz の「恣意的」という理由を拒絶する理由として、BGH は、いったん締結された仮装婚が有効とみなされるなら、離婚要求が仮装婚を解消するための唯一の可能性であるため、訴訟費用援助の申請は権利濫用ではなく恣意的でもないという、1980 年代以降に主張された見解を挙げた<sup>560</sup>。そのうえで BGH は「準備金を自ら用意すべきであった」という理由を採用し、訴訟費用援助の経済的要件について審査を尽くす必要があるとして、原審へ差し戻した。

「準備金を自ら用意すべきであった」という理由は、他の裁判例でもみられる。BGH 2005 年 6 月 22 日決定では、ウクライナ国籍男性と滞在婚を締結した女性が婚姻取消しのための訴訟費用援助を申し立てた事例で、女性は滞在婚の報酬として少なくとも 1 万マルクを受け取っていた<sup>561</sup>。その後、別の男性との間で子が出生し、生物学上の父と婚姻するために女性は婚姻の取消しを求めていたのであった。原審の上級地方裁判所では「恣意的」であることを理由に承認が拒絶された。これに対して BGH は、上述の 2011 年決定と同じく「準備金を自ら用意すべきであった」ことを理由に承認を拒絶した。また、訴訟費用援助が承認されないために婚姻取消しが達成されず、子の実父と婚姻できないことは、基本法 6 条に違反しないという。女性は権利濫用である仮装婚締結によって、自らそのような状況になったからであるというのが、その理由である。また、女性は就労して収入もあるため、自ら手続費用を貯めることができるとして、長いこと仮装婚に留め置かれることもないという<sup>562</sup>。

---

<sup>556</sup> OLG Naumburg, FamRZ 2004, 548.

<sup>557</sup> OLG Koblenz, FamRZ 2004, 548=NJW-RR 2004, 157.

<sup>558</sup> OLG Koblenz, NJW-RR 2009, 1308=FamRZ 2009, 1932 (判旨のみ掲載) =NJW-RR 2011, 1080 (判旨のみ掲載) .

<sup>559</sup> BGH, FamRZ 2011, 872=NJW 2011, 1814.

<sup>560</sup> FamRZ 2011, 873=NJW 2011, 1815.

<sup>561</sup> BGH, FamRZ 2005, 1477=NJW 2005, 2781.

<sup>562</sup> FamRZ 2005, 1478.

「準備金」という理由は、OLG Rostock 2007年4月5日決定でも採用された<sup>563</sup>。この事例では、トルコ国籍男性との滞在婚にあたって、女性は報酬を受け取らなかった。しかし裁判所は、女性が準備金を用意できない状況であったとはいえないとして、報酬を受け取っていない場合でも「準備金」を理由に承認を拒絶した。

もっとも、「準備金」という理由づけによりながら、訴訟費用援助を認めた裁判例もある。OLG Frankfurt am Main 2005年10月14日決定では、中国国籍男性との滞在婚を取り消すための訴訟費用援助の申立てに対して、報酬を受け取った当事者はその報酬から準備金を用意すべきであるが、報酬を受け取らなかった場合は訴訟費用援助の承認を妨げないとして、申立てを認容した<sup>564</sup>。OLG Braunschweig 2017年1月4日決定では、「準備金」という理由が認められる要件として、婚姻締結の際に離婚が予測できたこと、準備金のために用意できる財産または収入が存在したことという2点を挙げ、本件では滞在婚が16年も前であることから、上記2点の要件を満たすことまで要求するのは行き過ぎであるとして、訴訟費用援助が承認された<sup>565</sup>。

訴訟費用援助の承認についての裁判例を検討すると、全体として裁判所は訴訟費用援助を認めない傾向にあると思われる。また、訴訟費用援助によって解消しようとする仮装婚は、事実が公表されているものに限れば、全て滞在婚である。しかし、例えば報酬を受け取っていない事例でも、訴訟費用援助を認めたもの<sup>566</sup>と認めないもの<sup>567</sup>があり、結論が分かっている。同様の事例でも結論が異なる現段階では、滞在婚ならば訴訟費用援助を認めないことになるのかは、まだ定かではない。

## 第5節 社会変動との関連

上述の仮装婚規定の立法過程では、政府は当初くり返し仮装婚規定の提案を拒絶しており、仮装婚規定の復活に慎重であった。さらに、仮装婚規定の復活に直結した連邦議会の法務委員会の提案では、政府が拒絶理由として挙げた「身分吏による審査の実際の困難性」についての具体的な解決策は提示されておらず、適用範囲すらも具体化されていなかった。それにもかかわらず、仮装婚規定は復活した。ここに筆者は違和感を覚えるのである。確かに、仮装婚規定が復活した背景には、滞在婚の増加という事情があったのは間違いないであろう。しかし、問題は滞在婚が法律を改正して規制するほどの仮装婚であったのかという点である。上述の通り、仮装婚は連邦平均で全婚姻締結数の約1%に達するといわれており、仮装婚規定の復活に肯定的な見解は、「過去の仮装婚事例の総数を考えれば無視できない」と評価している。しかし、数に対する評価は主観的評価であって、人によって異なるものであ

<sup>563</sup> OLG Rostock, NJW-RR 2007, 1161.

<sup>564</sup> OLG Frankfurt am Main, FamRZ 2006, 1128.

<sup>565</sup> OLG Braunschweig, FamRZ 2017, 910.

<sup>566</sup> OLG Frankfurt am Main, FamRZ 2006, 1128.

<sup>567</sup> OLG Koblenz, NJW-RR 2009, 1308 = FamRZ 2009, 1932 (判旨のみ掲載) = NJW-RR 2011, 1080 (判旨のみ掲載) .



る。実際、仮装婚規定に否定的な見解は、滞在婚の数は少ないとしている<sup>568</sup>。しかし、ここでは仮装婚の数は多いのか少ないのかという数の評価が問題なのではない。なぜ当初は消極的だった仮装婚規定の復活が実現したのかという点が問題なのである。滞在婚の数のみに注目すると、主観的評価の問題にあたる。さらに視野を広げて社会状況を考察すれば、そのような態度の転換をもたらしたのが見えてくるというのが、筆者の考えである。ナチス期に仮装婚規定が誕生したときは、それ以前に敗戦に伴う賠償金問題に端を発するヴァイマル共和国期の混迷した社会変動があった。それでは、1998年の仮装婚規定の復活では、それ以前にどのような社会変動があったであろうか。視線を1998年より以前に向ければ、そこには東西ドイツ統一という社会変動があったのである。そこで、この東西ドイツ統一はどのようにしてなされ、統一によって社会はどのように変容したのかを検討する。

### 第1款 東西ドイツ統一

1949年に冷戦を背景として、ドイツは西ベルリンと西側占領地域から成るドイツ連邦共和国（西ドイツ）と、東ベルリンと東側占領地域から成るドイツ民主共和国（東ドイツ）に分断された<sup>569</sup>。1961年に設置されたベルリンの壁は、ドイツが分断国家である象徴であった。しかし、1980年代の冷戦終結へと進む国際情勢の波はドイツにも及び、1989年11月9日に分断の象徴であるベルリンの壁が開放されると、東西ドイツは一気に統一へと突き進んだ。その大きな原動力となったのは、当時すでに破綻していた東ドイツの経済に対する東ドイツ国民の失望と救済を求める意識であった。壁の開放以降、東ドイツ政府への不信と経済破綻に苦しむ東ドイツ国民は、次々に西ドイツへ流出し、それは壁が解放された11月の1ヶ月だけで約5万5,000人にも及んだ<sup>570</sup>。他方で、東ドイツ国内ではドイツ統一の要望が高まり、このような状況で1990年3月に東ドイツにおいて初の人民議会の自由選挙が行われると、早期の統一と西ドイツマルクの導入による経済の再建を掲げるキリスト教民主同盟（Christlich-Demokratische Union:CDU）を中心とするドイツ同盟が圧勝し、この選挙結果を受けてドイツ統一は本格的に動き出すことになった。

まず西ドイツマルクの導入は、すでに選挙前の2月に西ドイツ首相コール(Helmut Kohl)と東ドイツ首相モドロウ(Hans Modrow)との間で交渉を開始する旨の同意がなされていたが、それは1990年5月の「通貨、経済、社会連合の創出に関する条約」締結に結実した。これによって、社会主義計画経済であった東ドイツは、西ドイツの資本主義市場経済へとまず経済面で統合されることとなった。7月から東ドイツマルクと西ドイツマルクの交換が開始され、交換比率は賃金と年金は1対1、一定額以上の預金とその他は2対1であった。さ

<sup>568</sup> Einfeld,Scheinehe,S.209.

<sup>569</sup> 以下の東西ドイツ統一とその後の社会についての記述は、次の文献による：成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史3』507-546頁；木村・編『ドイツ史』394-409頁；若尾＝井上・編『近代ドイツ』305-340頁；近藤潤三『統一ドイツの政治的展開』（以下、近藤『政治的展開』として引用）木鐸社（2004）。

<sup>570</sup> 成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史3』528頁。

らに8月には東西ドイツ間で「統一条約 (Einigungsvertrag)」が調印され、東西ドイツ統一は東ドイツが西ドイツへ編入されるという方式でなされることとなった。また、統一には国際的理解も必要であったが、それには東西ドイツの一定の権限を留保する戦勝4カ国——アメリカ、イギリス、フランス、ソ連——による統一の承認が不可欠であった。そのための手続きとして、まず東西ドイツ政府が協議し、これに戦勝4カ国が同意を与えるという2プラス4方式が採られた。

戦勝4カ国のなかでもソ連はドイツ統一に難色を示していた。なぜならワルシャワ条約機構の一員である東ドイツが消滅し、統一ドイツが北大西洋条約機構 (NATO) に加入することが、安全保障面から問題視されたからである。そのため、ソ連は当初、統一ドイツの中立化を主張していた。しかし、これも1990年7月にコールとゴルバチョフ (Mikhail Gorbachev) ソ連共産党書記長との首脳会談によって、ドイツは核・生物・化学兵器を保有せず、兵力を削減し、ソ連軍が撤収するまでNATOの軍事組織を東ドイツに拡大しないということを条件として、統一ドイツはNATOに帰属することが確認された。

また、もう1つの懸案事項がポーランド西部国境であった。この時点でのポーランド西部国境線 (オーデル・ナイセ国境) は、1945年8月のポツダム協定によるものであり、同協定によってポーランドの西部国境の最終的な確定は講和会議まで延期され、オーデル・ナイセ国境は平和条約が成立するまでの暫定的なものとされていた。その後、東ドイツは1950年のゲルリッツ協定でオーデル・ナイセ国境を承認し、西ドイツも1970年のワルシャワ条約で平和条約成立までの国境として認めていたが、最終的な確定は平和条約に委ねられたままであったのである。ポーランドは平和条約によって国境の最終的承認を行うことを主張し、これをフランスも強く支持した。国境問題は一時緊張したが、結局、国境を現状維持とする国境条約を統一ドイツとポーランドの間で締結することになり、この問題も解決した。こうして国際的な懸案事項が払拭された後、1990年9月に4回目の2プラス4会議が開催され、ここで東西ドイツと戦勝4カ国との間で「ドイツ問題の最終的解決に関する条約」が締結された。こうして国際的にドイツ統一が承認されたことを受けて、統一条約の規定にしたがい、1990年10月3日にドイツ統一が実現された。この統一はドイツ連邦共和国基本法23条方式と呼ばれる、旧東ドイツ地域の新5州を西ドイツに編入するという方法で行われた。

しかし、統一はドイツにとって新たな難問を抱えることを意味するものでもあった。東ドイツの経済は、経済政策と社会政策を統一させた無理な経済政策によって停滞し、一党支配体制はこの経済問題を指導者の保身のために放置するという事態を招いていた。さらに1970年代の2度のオイルショックによる世界貿易の縮小などの外的要因も重なり、1980年代には東ドイツ経済は急速に破綻へと転落していったのである。東西ドイツ統一は、東ドイツと西ドイツが対等関係で合併したのではなく、東ドイツが西ドイツに組み込まれる吸収合併という形で行われたため、経済破綻した東ドイツという重荷を高度に経済発展した西ドイツが背負うという図式となった。このことが、やがて様々な問題を生み出すことにつな

がったのである。

まず問題は経済面で現れた<sup>571</sup>。統一直後、コール首相は数年のうちに東ドイツ地域の経済は復興すると述べていたが、実際の東ドイツ地域はそのような楽観視が許されない状況にあった。高速道路などの輸送網はおろか、電話といった通信網の整備すらも不十分であり、インフラすら十分に整備されていないという想像以上に深刻な状況にあったのである。こうしたインフラ整備の必要などから統一直後こそ特需に沸いたが、それは1991年中頃までの一時のことであった。1992年夏以降には世界的な景気停滞の影響もあって、ドイツ経済は生産が急速に落ち込み、設備投資も大幅に減少するなど、戦後最悪とも言われる不況に急速に陥ったのである。

とりわけ失業問題は深刻であった。1992年から倒産件数が増加し、主要企業で大規模な人員整理が行われたこともあって、登録された全国の失業者数は1992年には約300万人であったのが1996年以降には400万人前後を推移した。全国の失業率も1992年には7.7%であったのが、1993年には8.9%、1994年に9.6%と上昇し、1995年に9.4%と若干下降したものの、1996年には10.4%と再び上昇に転じ、1997年には11.4%を記録して、その後も2002年まで概ね10%前後を推移した。主軸である旧西ドイツ地域での失業率をみても、1990年に7.2%であったのが、1993年に7.3%、1995年に8.3%、1997年に9.8%と上昇している。深刻化する失業問題のなかで、25歳以下のいわゆる若年失業者と長期失業者の増大が特に問題視された<sup>572</sup>。

統一後のドイツ経済は、東ドイツ地域をいかに早く復興させるかが重要な課題であった。そのために1990年以降、東ドイツ地域へ巨額の公的資金の移転が行われたが、これが財政収支の悪化をもたらした<sup>573</sup>。西ドイツの一般政府財政収支は、1989年には42億マルクの黒字であったが、1990年に494億マルクの赤字に転じ、その後も1991年に891億マルクの赤字、1992年に930億マルクの赤字と、急激に悪化した<sup>574</sup>。また、統一コストをまかなうために西ドイツ地域では1991年の税制改正により所得税や法人税などが引き上げられ、さらに東ドイツ地域における失業増加に対応するため雇用保険料の引き上げもなされた。この個人の税負担・社会保険料負担の増加は個人消費の抑制を招き、1991年中頃からの経済の低迷を招く一因となった。さらに、増税だけでは十分ではなかったため紙幣の増発を行

---

<sup>571</sup> 以下の経済面についての記述は、主に次の文献による：近藤『政治的展開』49-74頁；茨木秀行「統一後のドイツ経済の課題」海外事情41巻11号18頁以下（1993年）。

<sup>572</sup> 例えば、西ドイツ地域において1993年の失業者数227万人のうち、1年以上職のない人は59万人にのぼった。これは前年比で43%の増加であるという。また、若年労働者の失業も、先進諸国との比率と比べれば高くないにしても、無視できない増加傾向にあった：近藤『政治的展開』50頁。

<sup>573</sup> 例えば1992年の公的資金の移転額は、東ドイツのGDPの60%、西ドイツのGDPの5%に相当する1380億マルクに達したといわれている。また、東独地域への公的資金の移転は投資目的よりも、主に所得補償といった消費目的のために使われていた：茨木・前掲26頁。

<sup>574</sup> 茨木・前掲26頁。

ったところ、これが物価の上昇を招き、勤労者の生活は困窮した。インフレ予防のために政府は 1991 年にやむなく公定歩合を引き上げ、以来 92 年 7 月まで数回にわたって公定歩合を引き上げ続けたが、公定歩合の引上げは金融機関の金利の引上げとなり、金融機関から融資を受ける企業は経営が困難となった。

東ドイツ経済の復興で大きな問題となったのは、賃金コストの高さであり、これには統一前の通貨統合が大きく関係していた。統一前の通貨統合で東ドイツマルクは西ドイツマルクと 1 対 1 で交換されることとされたため、東ドイツ地域の賃金が生産性と釣り合わない高さとなったのである。この賃金コストの高さが、投資家による設備投資を躊躇させる要因となった。また、東ドイツ地域の多くの産業で 1994 年に賃金を西ドイツ地域並みの水準まで引き上げるとする労働協約を締結していたため、これがさらに投資家に敬遠される要因ともなっていた<sup>575</sup>。なかなか東ドイツ経済の自律的な復興が思うようにいかないなか、それに引きずられるようにして、西ドイツ地域の不況もすぐには抜け出せない状況となっていたのである。

## 第 2 款 心の壁

こうした状況で、次の問題が出現した。次の問題は、旧東ドイツ国民と旧西ドイツ国民との間に生まれた心の壁であった<sup>576</sup>。そもそも東と西では、政治体制は一党独裁制と議会制民主主義、経済システムは社会主義と資本主義と根本的に異なり、それは両国民の心性にも深く影響するものである。社会主義の東ドイツで重視される価値は安全であり、しかもそれは国家が国民に与えるものとされた。そのため、東ドイツ国民は必要なものは自らの力で獲得するという心性よりも、国家に与えてもらうという国家に依存する心性が形成された。これに対して資本主義の西ドイツでは、西ドイツ国民は自由競争において必要なものは自己責任で自ら獲得するという心性となる。このような心性は人格形成においても影響するものであり、東西ドイツ国民は同じドイツ人とはいえ、根本的に異なる心性から成る人間であったのである<sup>577</sup>。もっとも、統一の時点でそのような違いはあまり意識されず、東西ドイツの体制が異なる点についても、少なくとも東ドイツ国民にとっては好意的に受け止められていた。というのも、ベルリンの壁開放時、多くの東ドイツ国民が西ドイツへと流出したが、そこで西ドイツの高度な経済活動と豊かな生活様式を目のあたりにした東ドイツ国民は、統一すれば自分もこのような豊かな生活を享受できると夢見ることができたからである<sup>578</sup>。

しかし、東ドイツが西ドイツへ組み込まれるという方式によって統一が実現されると、東

---

<sup>575</sup> 賃金の引き上げは、その後の労使の協議によって 1996 年 7 月まで延期されることとなった。

<sup>576</sup> 以下の心の壁についての記述は、主に次の文献による：近藤潤三『統一ドイツの変容：心の壁・政治倦厭・治安』（以下、近藤『統一ドイツの変容』として引用）木鐸社（1998 年）11-186 頁；若尾＝井上・編『近代ドイツ』330-332 頁。

<sup>577</sup> 近藤『統一ドイツの変容』91-99 頁；若尾＝井上・編『近代ドイツ』331 頁。

<sup>578</sup> 成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史 3』523 頁。

ドイツ国民も容赦なく資本主義市場経済に巻き込まれることになった。自らの心性とはまったく異なる新たな経済システムへの適応は、旧東ドイツ国民には困難なことであった。適応できない旧東ドイツ国民からは、旧西ドイツ国民に対する劣等感と不満が生じ、それは旧東ドイツ国民を「二級国民」<sup>579</sup>と自称する現象となって現れた。また、旧東ドイツ国民に対して「オッシー (Ossi)」、旧西ドイツ国民に対して「ヴェッシー (Wessi)」という造語が使用されるようになり、ここにも心の壁の存在が明らかになる<sup>580</sup>。実際、1995年の世論調査によると、「統一ドイツで旧東ドイツ市民は二級国民かどうか」という質問に対して、旧東ドイツ国民の72%が「そう思う」と回答し、「そう思わない」と回答したのはわずか27%であった<sup>581</sup>。他方、統一そのものに対しては、「統一がなかった方が良かったと思うかどうか」に対して、旧東ドイツ国民の83%は統一を歓迎する回答をし、「東ドイツ時代と比較して現在は良くなったかどうか」という質問には、「かなり良い」9%、「良い」41%、「同じ」27%、「悪い」18%、「かなり悪い」5%という結果であった<sup>582</sup>。すなわち、統一そのものに対しては肯定的であり、その後の生活が改善されたことを多くの旧東ドイツ国民は実感していたのである。しかしその一方で、「期待通りに進展したかどうか」という質問に対しては、「期待より良い」13%、「ほぼ期待通り」33%、「期待よりも悪い」53%であって<sup>583</sup>、多少期待はずれであったという意識がかいまみえる結果となった。

また、経済不安は人々に生活不安をひき起こし、こうしたことも、旧東西ドイツ国民の間に心理的な壁を生じさせる一因になった。東ドイツ地域の経済が低迷し続けるなか、同地域の市民の間で「オスタルジー」と呼ばれる、東ドイツ時代を懐かしむ傾向さえ指摘されるようになったのである。「オスタルジー」とは、「オスト (東)」と「ノスタルジー (郷愁)」を合成した造語である<sup>584</sup>。こうした心の壁の存在は、国家が統一されて経済や法といった制度が統一されても、人々の心の統一はそれに追いついていないという事態を表すものであった。こうした心理的变化は外国人にも向けられた<sup>585</sup>。統一以前より外国人労働者の増加・定住化などの外国人問題はあったが、冷戦終結に伴って政治的迫害を理由に庇護申請者も増加すると<sup>586</sup>、ドイツ国民に外国人排斥感情が高まった。庇護申請者は、ドイツ入国後は審査結果がでるまでの数年間を収容施設で滞在し、その費用は公費負担であった。経済不況に苦しむドイツ国民にとって、国外から流入するこうした外国人の滞在負担は納得できないものであり、庇護申請者の収容施設への襲撃事件が頻発した。なかでも1991年9月に起こっ

579 成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史 3』539頁。

580 近藤『統一ドイツの変容』115頁。

581 成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史 3』540頁。

582 成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史 3』539頁。

583 成瀬＝山田＝木村・編『ドイツ史 3』539-540頁。

584 若尾＝井上・編『近代ドイツ』330-331頁。

585 近藤『政治的展開』126-133頁；若尾＝井上・編『近代ドイツ』332-335頁。

586 庇護申請者数は1988年に10万3,000人、1990年に19万3,000人、1992年には43万8,000人と激増した：近藤『政治的展開』132頁；若尾＝井上・編『近代ドイツ』333頁。

た難民収容施設への大規模な襲撃では、襲撃に拍手喝采を送る住民の姿が衝撃をもって伝えられている。このような外国人への強い不満は、ドイツに定住する外国人にも拡大し、各地で外国人に対する暴力事件が頻発した。このようにドイツ国民は、旧東西ドイツ国民の間で、そして外国人との間でも心理的な分断が起こっていたのである。

### 第3款 コール政権からシュレーダー政権へ

国民の間に深刻な心理的亀裂を生じさせた経済不況は、やがてコール政権にも重大な影響を及ぼした<sup>587</sup>。コール政権は数々の経済対策を打ったが、財政赤字の拡大を止めることはできなかった。ドイツ連邦共和国全体の累積財政赤字は1990年に5420億マルクであったが、1995年に7540億マルク、1999年には1兆3850億マルクと拡大し続けたのである<sup>588</sup>。このような状況で経済政策が重視されるのは当然であり、国民の関心は失業対策に向けられ、選挙の際にも経済政策の成果が重視されることになった。国民の期待に応えられない既成政党への失望感は政党支持の流動化を招き、政局は予断を許さない状況であった。こうした状況で迎えた1994年は、連邦議会選挙、欧州議会選挙、大統領選挙、8つの州議会選挙が行われた「スーパー選挙年」であった。連邦議会選挙では同年に景気が持ち直し、失業者数も減少傾向であったため、コール政権が辛勝して続投することになったが、これはコール政権の勝利というよりも、野党のドイツ社会民主党（Sozialdemokratische Partei Deutschlands:SPD）の求心力の弱さと、党首のスキャンダルによるイメージダウンによってもたらされたものであった。

積極的な支持が得られなかったコール政権は、その後も経済政策に苦慮し、ついに1998年の選挙で政権交代の憂き目にあうことになった。1998年9月の連邦議会選挙の結果、与党のキリスト教民主同盟とキリスト教社会同盟（Christlich-Soziale Union:CSU）は得票率35.1%を獲得したのに対し、野党のドイツ社会民主党は得票率40.9%と、過去最大の得票差を得て勝利したのである。翌月、ドイツ社会民主党、同盟90・緑の党（Bündnis 90/Die Grünen）の連立によるシュレーダー（Gerhard Schröder）政権が発足した。過去にも政権交代は行われたことはあったが、それは連立の組み替えのために行われたものであったため、今回のような与党の敗北・野党の勝利という完全な形での政権交代は、戦後ドイツでは初めてのことであった。

これだけの政治的変動をもたらしたのは、国民の多様化・多元化によって伝統的に特定の政党を支持する意識が希薄となり、政党の固定的基盤が流動化したことや、長期政権への倦厭感、1930年生まれで戦争体験者であるコールよりも、1944年生まれの若いシュレーダーに現状打開の期待を持ちやすかったこと、国民に戦後世代が増加するのに伴って、政治家に

---

<sup>587</sup> 以下の政権交代とその後の政策については、主に次の文献による：近藤『政治的展開』75-125頁、特に75-84頁；若尾＝井上・編『近代ドイツ』325-328頁。

<sup>588</sup> 近藤『政治的展開』63頁；若尾＝井上・編『近代ドイツ』324頁。

も世代交代が行われたこと等、様々な分析がなされているが、やはりコール政権が経済不況から抜け出せなかったことが大きく影響したと考えられる。実際、シュレーダー政権が最初に取り組んだのは経済政策であった。

シュレーダー政権は発足直後にコール政権下でなされた労働者への厳しい政策を改めると、続いて雇用対策に乗り出した。まず1998年末に「雇用、職業教育、競争力のための同盟」という、若年失業者と長期失業者を考慮した職業訓練、社会保障制度改革などをテーマにした政労使の常設的な協議機関を設置した。1999年には軽微雇用関係の新規制に関する法律を成立させ、パートタイム労働や派遣労働などの非正規雇用を低賃金で社会保険料の負担がない軽微雇用にまで拡大することで失業者削減を目指した。また、2000年には総額500億マルクの法人税と個人所得税の大幅減税を定めた税制改革法を成立させた。法人税減税によって企業に競争力を高め、所得税減税によって個人消費を高めることで、景気を底上げしようとしたのである。その他にも2000年にEU域外からの外国人雇用を認めるグリーン・カード制度の導入、2001年の年金改革法制定など、シュレーダー政権は発足直後より経済政策に尽力した。しかし、結果的にこれらの政策は効果をあげなかった。2000年までは景気回復によって財政赤字比率はいったんは低下したものの、2001年のアメリカ同時多発テロによる世界経済の景気反転の影響を受けて、財政赤字比率は2001年に2.8%、2002年に3.6%と再び悪化した<sup>589</sup>。失業者数も2000年には年平均で388万人と減少したが、2001年増加し、2002年初頭には400万人を超えている<sup>590</sup>。

以上の東西ドイツ統一とその後の社会の検討から、注目すべきことは次の点である。まず統一は突如として、しかも急速に行われた点、その後の社会は長いこと経済不況に苦しんだ点、東ドイツ国民と西ドイツ国民の心理的な統一は困難であった点、外国人襲撃事件にみられるように外国人排撃の意識が高まっていた点、政治的にも政権交代という劇的な変化が起こったという点である。政権交代が起こったのは1998年であり、これは仮装婚規定が復活した年でもある。このような劇的な年に仮装婚規定が復活したことからも、それ以前の社会の変容が影響していることが見てとれる。それでは、これらが仮装婚規定の復活とどのように関連するか、次に検討する。

## 第6節 社会変動と仮装婚規定の復活

仮装婚規定が復活した頃の状況には、仮装婚規定が誕生した頃と共通する状況がある。第一に、大規模な社会変動が起こっていた点である。1998年に仮装婚規定が復活する以前に、東西ドイツ統一という大規模な社会変動が起こっていた。しかもそれは誰も予測できないスピードで実現した。1989年11月9日にベルリンの壁が開放されてから、わずか1年も経たない1990年10月3日に東西ドイツは統一したのである。社会主義社会で計画経済を採る東ドイツと、資本主義社会で市場経済を採る西ドイツが統一するには、経済の統一、国

---

<sup>589</sup> 近藤『政治的展開』90頁。

<sup>590</sup> 若尾＝井上・編『近代ドイツ』328頁。

際社会の承認という、ただ 1 つでも困難な問題が横たわっていたにもかかわらず、ひとたび統一の波ができると、その波に乗って多くの困難も一気に越えてしまった。このような急激な社会変動は、その後の社会に大きなひずみをもたらし、長期にわたる経済の低迷と心理的な軋轢を生み出すことにもなった。

第二に、経済不況に陥って人々に不満が高まっていたという点である。国家が突然統一という激変を経験したことによって、東ドイツ国民にとっても、西ドイツ国民にとっても試練が突然襲ってきたのであった。東ドイツ国民にとっては、統一によって経済破綻に陥っていた東ドイツから経済発展した西ドイツへ救済されると思っていたが、実際には統一後の不況で思うように救済されず、それどころか自身も経験のない西ドイツの市場経済に巻き込まれて生活が困窮した。それは市場経済についていけない自らを「二級国民」と自称し、むしろ東ドイツの方がよかったと懐かしむ「オスタルジー」という現象を生むほどであった。生活の向上と維持には、何よりも自分自身が市場経済の厳しい競争に勝ち残っていかなければならないが、計画経済のもとで競争というものを知らない東ドイツ国民にとっては、それは並大抵のことではなかった。その結果、1995年の世論調査からもみてとれるように、統一は期待はずれという不満を抱くことになったのである。西ドイツ国民にとっても、当初こそ統一は歓迎されたが、東ドイツ地域復興のために1991年に増税・社会保険料の引き上げがなされる等、個人への負担が増し、それにもかかわらず経済不況は長引いて生活を直撃し、しかも統一前は黒字であった財政収支は赤字に転落して回復しないという状況は、個人の生活が低迷し、さらに自らが所属する国家も低迷しているという状況であり、西ドイツ国民にとっても期待はずれであり、不満であった。さらに、統一によって分断していたドイツ人が1つになるという期待も外れてしまった。同じドイツ人と思っていた東西ドイツ人は、社会主義と資本主義という異なる原理の下で暮らしていたため、その心性もやはり異なっていた。「オッシー」、「ヴェッシー」という造語は、こうした異なる心性を反映した呼称である。

第三に、政権交代が起こっているという点である。統一によって社会が激変し、その後の経済不況によって生活が行き詰まる。こうした急激で大規模な変化に適応できずに高まる不満は弱者へと向けられ、統一後に増加した庇護申請者への襲撃、さらには定住外国人への襲撃となって現れた。現状への不満は状況を打開できない権力者へも向けられ、それは変革を求める意識となって1998年の政権交代となって現れたのである。この時の政権交代は、野党がかつてない得票を得て勝利し、与党が敗北するという完全な形での政権交代であり、西ドイツでは初めてのことであった。仮装婚規定の復活は政権交代がなされる前の5月のことであったが、その頃には変革の要請から政権交代を生み出すほどの高い不満が社会にあったということである。

それほど高い不満は、元をたどれば個人の生活不安に至る。経済不況によって個人の生活が危機にさらされ、しかもその危機がいつ収束するのか見通しがたたない。日常の当たり前にある生活が終わりの見えない危機に陥ることは、個人に強い危機感を抱かせ、変革を求



める力へと発展する。そこにある意識は、生活保障を求める意識である。そして国民に選ばれて権力の座に就く者は、この国民の意識に応えなければならない。実際、経済政策で成果をあげられなかったコール政権は選挙によって政権の座を追われ、代わりに政権の座についたシュレーダーは真っ先に経済政策に取り組んだ。権力者は、その権力ゆえに国民の意識に拘束されるのである。

生活保障を求める意識は、「現実には生きている個人の現実の生活を保障せよ」という意識であって、それは「現実には存在するものを保障せよ」という意識でもある。そうした意識が強ければ、その意識は他の領域にも影響を及ぼす。偽装婚は実体のない婚姻であり、現実には存在しない婚姻である。偽装婚規定の復活は、「現実には存在しない婚姻は保障しない」という意識の明確化であって、それは「現実には存在するものを保障せよ」という当時の社会意識と合致する。また、復活にあたっては、当時の外国人への反感も大きく作用したであろう。復活した偽装婚規定は滞在婚に限定しない規定であるが、当初の偽装婚規定の提案では滞在婚を想定した規定が提案されており、制定にあたって滞在婚が考慮されているのである。当時の外国人襲撃事件に代表される強い外国人排撃の意識は、滞在婚を規制するための規定を求める意識に合致する。もっとも、偽装婚規定の復活を直接後押ししたのは、制定過程で検討した通り、すでに判例によって事実上の滞在婚規制が行われていたため、法律でこれを根拠づける必要があったという事情であろう。しかし、その制定過程で政府は当初の慎重な姿勢を一変させ、偽装婚規定を復活させている。その姿勢の転換をもたらしたのは、「現実には存在するものを保障せよ」という当時の社会で高まっていた現実保障を求める意識と、強い外国人排撃の意識であったと考えられるのである。

## 小括

1998年改正によって復活した偽装婚規定は、偽装婚を事前に阻止し、締結された偽装婚は事後に取り消すという、締結前後で規制する規定であり、しかも適用対象を限定しない一般的な規定であった。この規定の適用範囲については、学説では議論があるが、判例では滞在婚に限定し、かつ、なるべく婚姻締結を認めようとする傾向がみられる。偽装婚規定はその意義についても評価が分かれており、厳しく批判するものと肯定するものがある。

当時の社会状況を検討すると、偽装婚規定が復活する以前に東西ドイツ統一という大規模な社会変動が起こっており、その後の経済不況によって国民の生活が危機に陥って不満が高まるという状況が生じている。これは、ナチス期に偽装婚規定が誕生した頃の社会と共通する状況である。高まる不満は変革を求める意識へと発展し、政権交代という権力者の交代を実現させた。これほどの高い現実保障の意識は他の領域にも影響を及ぼし、偽装婚規定の復活を後押しした。また、復活以前に問題となっていた偽装婚が滞在婚であり、当初の提案では偽装婚規定は滞在婚に対するものであったことから、当時の外国人排撃の意識も復活の後押しになったと考えられるのである。

## 第5章 仮装婚規定の変遷と社会意識

これまでドイツの仮装婚規定の変遷を社会状況と照らし合わせながら検討した。仮装婚という実体のない婚姻について、当初は規律の対象とされなかったが、ナチス期になると一転して規律対象となり、仮装婚規定は誕生した。仮装婚規定の誕生はナチス期であったが、しかし仮装婚規定はナチスという特殊な要因のみによって誕生したのではない。なぜなら、仮装婚規定は戦後の廃止を経て、1998年に復活したからである。ナチスという特殊な要因のみが仮装婚規定誕生の要因ならば、ナチス崩壊後の1998年に復活することはないはずである。そこで筆者は、仮装婚規定が制定される背景の1つには、仮装婚に対する意識の変化があると考えるのである。これまでの歴史の変遷から、仮装婚は、規律対象となる際には「有害」であり、「婚姻制度の濫用」とみなされるが、規律対象から外れる際には「婚姻締結の自由」が強調され、むしろ仮装婚規定は「夫婦のプライバシーへの不必要な侵害」とみなされることが明らかとなった。それでは、この仮装婚に対する意識の変化は何故に生じるのであろうか。それは様々な要因が考えられるが、本論文ではその要因の1つを当時の社会状況に求めて検討してきた。本章では、社会状況の変化が仮装婚に対する意識にどのように影響して変化を促すのか、主な焦点を仮装婚規定の制定と復活に当てて考察する<sup>591</sup>。

### 第1節 仮装婚規定の変遷と当時の社会状況

ドイツの仮装婚規定と当時の社会状況について、これまで1933年に仮装婚規定が誕生してから1998年に復活するまで時代区分ごとに検討してきた。ここでは仮装婚規定の制定と社会状況の関連を検討するにあたって、まず筆者が仮装婚規定の制定に関わると考える社会状況を中心に、これまでの検討をまとめておく。

#### 第1款 1933年仮装婚規定の制定頃の社会状況<sup>592</sup>

最初に仮装婚規定が制定された1933年は、ナチス政権の誕生という大きな社会変動があった年である。しかし、ナチス時代のことからとって、単純に制定理由をナチスの婚姻観に全て帰するのは妥当でないことは、すでに述べた通りである。婚姻には制度の側面がある以上、婚姻の法的安定性を確保するためには、国家はどのような婚姻を保護するのか基準を示す必要があり、その際に当時の国家政策や婚姻観が反映されるのはやむを得ないことである。したがってナチス仮装婚規定の問題点は、そこに反映された婚姻観が極端な民族主義的イデオロギーであるという点であって、国家政策や婚姻観が反映されること自体は婚姻に最初から内在することであり、ナチスだからといってとりわけ問題となることではない。

<sup>591</sup> 本章の考察は、拙稿「一考察」に加筆修正を加えたものである。

<sup>592</sup> 第2章第5節第2款参照。

むしろ問題となるのは、仮装婚規定を制定させるほどの意識はナチス政権が誕生した直後に制定されていることから、仮装婚規定制定の背景には、それ以前の社会状況が関係していると考えられる。そこで1933年以前の社会状況に目を転じると、ドイツ社会は歴史的な混乱に翻弄されていた。1914年に始まる第一次世界大戦は予想以上の長期戦となり、疲弊した国民の不満はヴァイマル共和国の成立を大きく後押しした。しかし、敗戦に伴って調印を余儀なくされたヴェルサイユ条約による莫大な賠償金は、その後のドイツ社会に壊滅的な混乱をもたらすハイパーインフレーションを招くことになった。ヴァイマル共和国が賠償金問題と苦闘しつつ、ドーズ案、ヤング案を経てようやく最終的な解決の目処がたった直後、今度は世界恐慌によって再びドイツ経済は崩壊の危機に直面した。社会は大きな混乱に陥り、こうした混乱のなかでナチスは勢力を伸ばし、1933年について政権の座に就いた。仮装婚規定が制定されたのは、このナチス政権誕生の年である。

このように、1933年に家名婚の禁止というドイツ史上初の仮装婚規定が誕生したとき、ドイツ社会は第一次世界大戦の敗戦からくり返し経済不況と混乱を経験していたのであった。それはどの国にもいつの時代にも起こりうる程度の不況と混乱ではない。ハイパーインフレーションでは、対ドル交換比率が1ドル=4兆2000億マルクまで暴落し、事実上マルクは通貨の価値を失った。世界恐慌では、失業者数が1930年に300万人を超え、1932年には500万人を超えて、失業率は29.9%を記録した。経済的混乱は政治的混乱も招き、もともと賠償問題への対応をめぐる批判にさらされていたヴァイマル政府に対して、ヒトラーを指導者とするナチスは1932年に第1党へと躍進し、1933年1月にはヒトラーが首相に指名され、ナチス政権が誕生した。

すなわち、仮装婚規定が誕生した時のドイツが経験していた経済不況とは、経済が破綻の危機に直面するほどの不況であり、個人の生活が破壊されるほどの不況であった。将来の展望が見えない状況で生じた混乱は、ヴァイマル共和国の終焉を導くほどの混乱であったのである。このような歴史的な経済不況と混乱の中で、人々の意識が現実に向けられるのは当然のことである。明日の生活すら危うい状況では、人は将来の夢や展望といった、その時点では存在しない実体のないものよりも、現実に存在するものを重視する。日常の生活が脅かされると強い不安にさらされるからである。実体のないものを考えられるのは人に余裕がある時である。まして仮装婚規定が誕生した当時の社会が経験していた危機は、国家が破綻するかもしれないというほどの危機であった。これほどの重大な危機に直面して、人々が現実を重視するなか、仮装婚規定は誕生したのであった。

## 第2款 1938年仮装婚規定の制定頃の社会状況<sup>593</sup>

ナチス政権がまず取り組んだのは経済政策であった。世界恐慌と失業者への対策として、具体的にはアウトバーン建設に代表される公共事業の推進、軍備拡大、労働奉仕事業の推進による青少年の失業者対策などが行われた。ナチスの失業者対策は早期に効果をあげ、1934

---

<sup>593</sup> 第2章第5節第3款参照。

年には減少し始めた失業率はその後も減少を続け、1937年にはほぼ完全雇用状態となった。国内経済が安定してくると、ナチスは武力によるヨーロッパ覇権の奪取を目指して国外に侵攻した。1935年に再軍備を宣言して、非武装地帯とされたラインラントに進駐してヴェルサイユ体制を実質的に崩壊させた。1937年には東方拡大を計画し、翌年オーストリアを併合した。オーストリア併合に伴い、1938年婚姻法が制定され、ここに国籍婚も対象に加えた仮装婚規定が制定された。

#### 第3款 1946年仮装婚規定制定頃の社会状況<sup>594</sup>

1939年9月のポーランド侵攻によって始まった第二次世界大戦は、ドイツが1945年5月に無条件降伏することによって終結した。ナチス政権は崩壊し、ドイツは米・英・仏・ソによって分割占領された。占領統治の方針はポツダム協定によって示され、具体的にはドイツの全面的軍縮と非軍事化、軍需産業の解体、非ナチ化、民主化のための政治生活の全面的改造と平和と国際協力のための準備、独占企業の解体などによる経済の集中排除などであった。ここで示された非ナチ化というナチス否定の流れで、1946年婚姻法では国籍婚という婚姻無効原因が削除され、家名婚のみを対象とする仮装婚規定に修正された。

#### 第4款 1976年仮装婚規定の廃止頃の社会状況<sup>595</sup>

戦後のドイツは主要都市のほとんどが破壊され、冷戦を背景として東西に分断されるという深刻な状況であった。しかしその後の西ドイツは、通貨改革や朝鮮戦争などにより「経済の奇跡」と呼ばれる驚異の復興を遂げた。経済復興は高度経済成長につながり、これは1960年代半ばまで続いた。好調な経済は労働力不足という問題をひき起こし、これに対応するため、外国人労働者の受け入れが開始され、1955年のイタリアとの間で最初の労働者募集協定が締結されると、1960年代にはスペインやギリシャなど各国と協定が次々に締結されていった。

しかし1973年の第一次石油危機は、こうした順調な西ドイツ経済を一転させた。景気が後退し、それまで20万人台であった失業者数は1975年には100万人を超え、76年には失業率が5%を突破した。外国人労働者政策も転換を余儀なくされ、石油危機の同年に募集停止がなされた。その後、増大した失業者数は徐々に減少し、1978年にいったんは100万人をきる回復をみせるまでになったが、1979年の第2次石油危機によって再び雇用状況は悪化した。この2度にわたる石油危機の間に仮装婚規定は廃止された。廃止の提案理由は「夫婦には婚姻生活を自己の責任により形成する権限がある」からであり、直接的な廃止理由は実際的な意義がないということであった。

---

<sup>594</sup> 第2章第5節第4款参照。

<sup>595</sup> 第3章第1節参照。

## 第5款 1998年仮装婚規定の制定頃の社会状況<sup>596</sup>

1990年8月31日の統一条約によって、東ドイツが西ドイツに編入されるという形で同年10月3日に東西ドイツは統一された。しかし、熱狂的に迎えられたドイツ統一は、新たな困難の始まりでもあった。困難はまず経済の場面で現れた。統一直後は旧東ドイツ地域のインフラ整備のために一時は統一特需に沸いたものの、それも短期間で終了すると、ドイツ経済は急速に後退し、全体的に低成長に陥った。早くも1992年から93年にかけてドイツ経済はマイナス成長に転じ、失業率が上昇した。この低迷の理由は、旧東ドイツ経済にあった。計画経済のもとにあった旧東ドイツ経済の生産性は旧西ドイツの約3分の1しかなく、自由競争を基礎とする市場経済に組み込まれることで相当数の失業者が生まれたのである。これは当初よりある程度予想されていたことであったが、旧東ドイツ経済と旧西ドイツ経済の落差はその予想もはるかに超える巨大な落差であった。失業者対策と経済援助に迫られた当時のコール政権は、1991年に所得税、法人税などを引き上げる増税を発表した。しかし、増税だけでは十分ではなかったため紙幣の増発を行ったところ、これが物価の上昇を招き、勤労者の生活を苦しめることになった。インフレ予防のため、政府は1991年にやむなく公定歩合を引き上げ、以来92年7月まで数回にわたって公定歩合を引き上げ続けたが、公定歩合の引上げは金融機関の金利の引上げとなり、金融機関から融資を受ける企業は経営が困難となった。

旧東ドイツの経済的自立が進まない状況に対して、世論は厳しく反発してコール政権に対する支持率も下がり、加えて東西両地域に心理的な壁が生まれた。この「心の壁」は1993年頃より指摘されるようになったものである。旧東ドイツ市民にとっては、統一後の数年で経済が復興するというコール首相の言葉に期待していたが、現実はその真逆の方向に推移して見通しがつかず、また統一によって自由は得たものの生活の激変も同時に経験することで、東ドイツ時代を懐かしむ傾向が生まれたのである。これはノスタルジー（郷愁）とオスト（東）をかけて、オスタルジーと呼ばれる独特の心理傾向であった。また、旧西ドイツ市民も、統一によって東ドイツという大きな負担を抱えて苦しみ、増税などを経験することで生活が困窮し、不満が募っていった。

経済の低迷は政局にも影響した。国民の関心は失業対策に向けられ、選挙の際にも経済運営の成果が重視された。政党支持は流動化し、1994年の連邦議会選挙ではコール政権が同年の景気持ち直しによって辛勝したものの、1998年9月の選挙では与党が敗北して野党が勝利し、翌月シュレーダー政権が誕生した。過去の政権交代は連立の組替えによって行われてきたため、こうした形での政権交代は西ドイツでは初めてのことであった。

こうした社会状況で1998年に仮装婚規定は制定された。政権交代の直前である1998年5月4日の「婚姻締結法の新規定についての法律」によって仮装婚規定は制定され、同年7月1日に施行されたのであった。

---

<sup>596</sup> 第4章第5節参照。

## 第6款 社会状況との関連

以上の社会状況を偽装婚規定の変遷と併せて示したのが、以下の年表である。ここで明らかのように、偽装婚規定が制定される前には必ず社会変動とそれに伴う経済不況が訪れている。1933年制定と1938年制定時には、その前にヴァイマル共和国発足とヴェルサイユ条約に端を発するインフレーション、さらに世界恐慌が起こっている。1998年制定時には東西ドイツの統一とそれに伴う経済の低迷がある。

年表	
1914年	第一次世界大戦（～1918年）
1919年	ヴァイマル共和国成立、ヴェルサイユ条約調印（莫大な賠償金を課される）
1923年	インフレが加速し、ハイパーインフレーションへ
1929年	世界恐慌
1933年	ヴァイマル共和国終焉、ナチス政権誕生 <b>偽装婚規定の制定（家名婚の禁止）</b>
1938年	オーストリア併合、 <b>偽装婚規定の制定（国籍婚の禁止）</b>
1939年	第二次世界大戦（～1945年）
1945年	ドイツ無条件降伏、ナチス政権崩壊
1946年	<b>偽装婚規定の一部削除（国籍婚禁止の削除）</b>
1949年	東西ドイツ分断
1951年	高度経済成長（～1960年代半ば）
1955年	イタリアとの間で最初の外国人労働者募集協定締結
1973年	第一次石油危機、外国人労働者の募集停止
1976年	<b>偽装婚規定の廃止</b>
1979年	第二次石油危機
1990年	東西ドイツ統一
1991年	統一に伴う最初の増税、公定歩合引き上げ
1992年～1993年	ドイツ経済がマイナス成長に転じる
1998年	<b>偽装婚規定の制定（偽装婚一般の阻止・取消し）、</b> コール政権からシュレーダー政権へ政権交代

（拙稿「ドイツにおける偽装婚規定の歴史的変遷についての一考察」関東学院法学 24 巻 4 号 27 頁以下（2015 年）、46 頁の表を引用）

このように指摘すると、次の疑問が生じるであろう。第一に、1938年制定前には規定制定に影響するような経済不況はあったのか、第二に、1946年の偽装婚規定の一部削除について、この当時は第二次世界大戦終結という大きな社会変動を経験し、しかも戦後不況に見舞われているにもかかわらず、なぜ偽装婚規定は制定どころか廃止されているのか、第三に、

仮装婚規定が廃止された 1976 年には、その直前の 1973 年に第一次石油危機が勃発して不況に陥っており、しかもこれは外国人政策の重要な転換点にもなるほどの不況であったにもかかわらず、仮装婚規定はやはり廃止されているという矛盾である。

これらの点について、現段階では次のように考えている。第一点について、1938 年制定の直接的な理由はオーストリア併合である。ここではドイツとオーストリアで同一の法律を適用させるという実務的な理由があったのであり、他の制定時の理由とは質的に異なる。すでに述べた通り、1933 年と 1938 年の制定は、ナチス婚姻観の反映が理由である。1938 年の制定はオーストリア併合を機に 1933 年の規定を拡大させただけである。そのため 1938 年には他の制定時のような経済不況が見られないにもかかわらず、仮装婚規定は制定されたのである。

第二点について、ここで注目すべきは仮装婚規定が一部削除されたことではなく、仮装婚規定が一部とはいえ「存続した」という点である。上述の通り、1946 年の削除理由はナチス否定の流れの中で行われた。しかし、同じくナチスの婚姻観を反映した 1933 年仮装婚規定は存続したのである。また、ここでの仮装婚規定は「制定」ではなく「存続」である。今までなかったものが新たに生まれるときには強い意識の変化が必要であるが、すでにあるものを存続させるためには、それほどの意識の変化は必要とされないであろう。

第三点について、確かに 1976 年の制定前に第一次石油危機による経済不況はあったが、しかしそれは制定直前の 1973 年のことである。筆者が 1933 年制定に影響したと考えるヴァイマル共和国発足とヴェルサイユ条約は 1919 年のことであり、制定の 14 年前である。1998 年制定に影響したと考える東西ドイツ統一は 1990 年であり、制定の 8 年前である。このことから、社会状況の変化が仮装婚規定に影響するには相応の時間がかかるのであって、社会状況の変化と仮装婚規定に即応性はない。したがって、1976 年の規定廃止に影響していたのは直前の 1973 年石油危機ではなく、それ以前の 10 年ほど前まで続いていた高度経済成長であると考えられる。しかし石油危機以降の不況が全く仮装婚規定に影響しなかったわけではなく、1980 年代の判例の滞在婚に対する姿勢の転換につながり、これがドイツ身分吏連邦協会による滞在婚を阻止する規定の要請というかたちで、間接的に 1998 年の仮装婚規定制定に関わったと考える。

## 第 2 節 社会変動の影響

ドイツにおける歴史的変遷をみると、仮装婚規定が新たに制定されるときには、それ以前に劇的な社会変動と経済不況がある。換言すれば、仮装婚規定が制定されるのは社会が危機的状況にあるときである。このことが表すのは何かを次に検討する。

簡潔に言えば、仮装婚規定は当時の危機的状況によって生み出された社会不安の影響を受けているということである。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ことである。しかし、社会不安がなぜ仮装婚規定という、一見すると何の関係もない婚姻法に影響するのか。これを説明するためには、そもそ

も当然のこのように思われる「社会が危機的状況に陥ると、社会不安が生まれる」のは何故なのか、そもそも「社会不安」とは何かということから説明しなければならない。

社会が危機的状況に陥ると社会不安が生まれるのは、社会が危機的状況にあるとき、その社会に所属する個人の生活も危機に陥るからである。とりわけ経済的危機は、個人の生活に直接的に打撃を与える。しかし、自明のこのように思われるこの説明だけでは、社会の危機が社会不安を生む直接の理由にはならない。個人の生活が危機に陥ることによって生まれるのは「個人」の不安であって、「社会」の不安ではないからである。個人の不安が社会の不安になるのは何故か。仮に個人の不安が社会のいたるところに存在するのが社会不安というなら、それは筆者のいう社会不安とは異なる。社会不安とは、単なる個人のもつ不安の集合体ではないからである。社会不安の起源は個人の不安としても、個人の不安が集まり強化され、社会全体を覆う社会不安にまで発展するときには、社会不安はもはや個人の不安には還元できない別の性質をもつ意識になっている。もし社会不安とは個人の不安の単なる集合体であるというなら、社会不安の内容を分析し、その全ての内容が社会の構成員たる個人全員に当てはまらなければならない。しかし、そのようなことはあり得ないであろう。多くの場合、個人は社会不安と部分的に共感するのであって、個人全員が社会不安の内容すべてと共感するのではない。ただ社会不安の主要な点が自己のもつ不安と一致するので、一見すると個人の不安と社会不安が同一のように思われるだけである。したがって社会不安とは、個人から発して、もはや個人に還元できない社会が独自にもつ不安なのである。

次に、なぜ社会が危機的状況に陥ると、社会不安が生まれるのか。それは、社会の危機によって個人にふりかかる危機は、個人の力で対処できない危機だからである。考えてみれば、自己の生活が危機に陥り、個人が不安を抱いたとしても、それが自らの力で対処できる範囲内のことであれば、それはあくまで個人的な不安に留まるはずである。それが個人を超えて社会の意識にまでなるのは、その危機がもはや個人の力ではどうにもならないからである。しかしこのように考えると、なぜ個人は危機から「逃れる」という選択をしないのかという疑問が生まれる。生活が危機に陥るということは、自己の生命が危機に陥っているということである。それにもかかわらず、個人は簡単に所属する社会を捨てて逃亡することはしない。個人が社会から逃れるときは、難民のように戦争や迫害などによって暴力的にその社会にある生活の基盤が奪われるような特殊な場合に限られる。劇的な社会変動と経済不況ぐらいでは、個人は生活が脅かされても社会から逃れるという選択をしない。それは何故なのか。

その理由は、人間が社会的な生物だからであると考ええる。人間は、ただ個人がより集まって社会を形成し、その社会の中で生きるから社会的生物なのではない。人間は意識するか否かにかかわらず常に社会と関わり、社会を前提として生きる生物であり、社会と切り離されて生きることはできないからこそ、社会的生物なのである。個人にとって社会から逃れて所属する社会から切り離されるということは、自己の生命の危機かそれ以上の危機なのである。このように個人にとって不可欠な「社会」という存在は、単に個人が寄り集まって巨大化した集団という単純な存在ではない。社会はいったん形成されると、個人の意識とは別に、



個人を超えた社会の意識をもつ存在となる。この社会意識は個人の意識にも影響し、ときに個人を拘束する。また反対に、社会意識は個人の意識の影響も受ける。このように社会と個人は相互に影響しあい、個人が社会意識の影響を受けて意思決定を行うこともあれば、反対に社会が個人の意識の影響を受けて意思決定を行うこともあるのである。したがって、個人のない社会はあり得ないのと同様、社会のない個人もあり得ないのである。

では、なぜ社会不安という社会の意識が、仮装婚規定に影響するのか。上述の通り、社会不安とは、社会が独自にもつ不安である。この社会不安は、社会が危機的状況——とりわけ経済危機に陥ることによって発生する。なぜなら経済危機は、個人の生活が直接脅かされるため、個人の不安がひき起こされやすいからである。しかも近現代で生じる経済危機は大規模かつ複雑な背景をもつため、もはや個人の力で対処できない危機であることから、個人の生活不安が個人の意識に留まらず、社会不安という社会の意識へと発展するのである。仮装婚規定が新たに制定されたとき（1933年と1998年）、それ以前に経済不況があるのは、このような理由によると考える。

そして、この社会不安という社会の意識は、政情不安に結びつく。なぜなら不安の中には、権力（政府）に対する不満と危機脱却の要求が含まれているからである。個人は自己の生活が脅かされる危機に直面すると、その危機が自らの力で対処できないものであれば、社会に危機の脱却と生活の保障を要求する。もはや自らの力で対処できない危機がふりかかる社会に所属する個人にとって、自己の生活は自らの力のみによって守れるものではなく、個人は社会による保障の下で生活を営む存在となる。したがって生活が危機に陥れば、それは社会の保障が機能していないということになり、個人は社会への不満を抱き、同時に生活の保障を要求する。こうして個人は自己の生活について社会に不満を抱きながらも要求する——要するに自らの命運を社会に委ねるのである。こうした個人の意識は、とりわけ社会を統治する権力（政府）へ向けられる。したがって個人の意識から発展した社会不安は、政情不安を引き起こすのである。実際、仮装婚規定が新たに制定されたとき（1933年と1998年）、その直近で政権交代が起こっている。

政情不安は絶対的権力と結びつきやすい。なぜなら個人は社会、とりわけ権力（政府）に命運を委ねるといっても、ただ権力に全てを任せて黙っているのではないからである。自らの命運がかかっている個人は、権力に確実な危機脱却と生活保障を求め、権力に対してもそれだけの強力な力——絶対的権力を求めるのである。こうして政情不安は絶対的権力に結びつきやすくなり、社会に絶対的権力が誕生するのである。絶対的権力とは、多種多様な個人が所属する社会に一定の道筋を示す強力な力であり、あらゆる困難と抵抗を排除して混沌とした社会に枠組みを作り、社会の進むべき進路を提示するものである。変革を求める声に後押しされて誕生した絶対的権力は、その声に応えなければならない。その結果、個人よりも社会を重視することになり、社会に枠組みを作るために制度を重視することになる。こうして、制度を重視する絶対的権力が社会に誕生すると、その社会には様々な場面で制度を重視する改革がなされる。婚姻は、その一例なのである。制度を重視する社会は、婚姻に対

しても「制度としての婚姻」を重視する。「制度としての婚姻」が重視されると、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」、「婚姻になじまない」とみなされて禁止されることになる。

やがて社会が危機を脱却すると、社会の安定は個人の生活の安定となる。すると今度は、社会に代わって「個人」が重視されるようになる。個人が重視されると、個人の自由や個人の権利が尊重される社会となり、それは社会の様々な場面に現れる。婚姻も例外ではない。婚姻の場合、個人の自由の名の下に「契約としての婚姻」が重視され、それまで婚姻制度の法的安定性を確保するためとされ、肯定的に受けとめられていたはずの仮装婚規定は、個人生活への不当な介入とみなされるようになる。実際、1976年の仮装婚規定廃止が提案された理由として「夫婦には婚姻生活を自己の責任により形成する権限がある」と述べられており、これは個人を重視した理由である。こうして個人が重視されると、仮装婚規定は「不当な介入」として廃止され、仮装婚であっても有効とされるのである。

したがって、いかに法が個人主義を採り、個人の自由や個人の権利を定めても、それだけでは個人の自由や権利が実現されることは難しいのであって、そうした法の適用される社会が個人を重視していることが必要である。社会が個人に注目し、個人の自由や個人の権利を重視するのは、その社会に所属する諸個人に一定レベルの生活が保障されているときである。社会が高度化すると、個人にふりかかる危機はそれだけ複雑かつ大規模になっていき、個人が対処できる能力を超えてしまう。もはや個人のみでは抵抗できない危機が訪れたとき、個人はその危機に、やはり個人を超えた存在——社会によって対処しようとするのである。そこで求められるのは、絶対的権力である。絶対的権力が誕生した社会は、制度を重視する。その影響は様々な場面で現れ、ドイツ婚姻法では仮装婚規定の制定にも影響したのであると考える。婚姻は、性欲と種の保存という人間が生物として持っている本能と密接な制度であり、ここに文化や歴史が絡み合っただけで現在の婚姻制度が成り立っているのではなく、目に見えない婚姻に対する社会の意識も反映されても何ら不思議ではない。

社会の意識をこのように正面から論じるのは、多少なりとも独特と感ぜられるかもしれない。しかし、社会の意識を論じるのは、決して特別なことではない。すでに19世紀末のフランスに社会の意識に注目した学者が存在した。社会学の創始者の1人、エミール・デュルケーム (Emile Durkheim) である。以下では、デュルケームのいう社会の意識を考察する。

### 第3節 デュルケームと「社会の意識」

デュルケームが社会学を志した当時、社会学は学問としてまだ確立しておらず、学界では冷笑すらされていた<sup>597</sup>。そこで、社会学を独立した学問として確立するため、デュルケーム

---

<sup>597</sup> 以下のデュルケームについての記述は、次の文献による：アンソニー・ギデンズ（松尾精文＝西岡八郎＝藤井達也＝小幡正敏＝立松隆介＝内田健・訳）『社会学』（第5版）而

は『社会学的方法の規準』（1895年）において社会学の方法を体系的に示したのであった。デュルケームによれば、社会学が独立した学問として存立するためには、①それが、他のいずれの科学にも帰属しないそれ固有の対象領域をもつこと、②それ固有の観察と説明の方法を備えていることが不可欠の要件であった。そこで、これらを『社会学的方法の規準』で示したのである。デュルケームは、社会学固有の対象を「社会的事実」とし、「社会的事実を物のように考察せよ」という観察の公準と、「社会的事実の決定原因は、個人意識の諸状態ではなく、それに先立って存在していた社会的諸事実のうち探求されなければならない」という説明の公準をたてた。本論文では、このデュルケーム社会学理論に深く立ち入る余裕はないが、この理論の中に本論文で重要な「社会の意識」が含まれている。

まず、デュルケームが社会学固有の研究対象とした「社会的事実」には、社会の意識が含まれている。社会的事実とは「行動、思考および感覚の諸様式から成っていて、個人にたいしては外在し、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もっている。したがって、それらの事実は、表象および行為から成っているという理由からして有機体的現象とは混同されえないし、もっぱら個人意識の内部に、また個人意識によって存在している心理的現象とも混同されえない」<sup>598</sup>と定義されている。社会的事実は個人に対して外在性と強制力（拘束性）を有しているという特徴をもち、表象と行為から成る点で有機体的現象ではなく、個人意識に内在したり個人意識によって存在しているのではないという点で心理的現象とも異なるというのである。このように目に見えないけれども客観的に実在し、個人の外にあって個人を拘束する「社会的事実」こそが、社会学の研究対象であるという。

デュルケームは例として法、道徳、宗教教義などを挙げてこれを説明するが、しかし社会的事実が存在するのは、法のように明確に組織化されたものだけではないとも述べている。明確に組織化されてはいないものの、同じように客観性と個人への影響力をもっているものがあり、デュルケームはこれを「社会的潮流 (courants sociaux)」と呼んで、ここにも社会的事実が存在するとした。社会的潮流とは「たとえば、ひとつの集会のなかに生じる熱狂、憤激、憐憫などの大きな感情の動きは、いかなる個々人の意識をも起源とするものではなく、外部からわれわれ各人にやってきて、有無をいわず各人をそのなかに巻きこんでしまう」<sup>599</sup>ものである。したがって、デュルケームのいう「社会的事実」とは、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のも含むという幅の広いものであるということになる。

---

立書房（2009年）27-30頁；中島道男『エミール・デュルケム——社会の道徳的再建と社会学』（以下、中島『エミール・デュルケム』として引用）東信堂（2001年）；宮島喬『デュルケム社会学理論の研究』東京大学出版会（1977年）；同『デュルケム自殺論』有斐閣（1979年）。

<sup>598</sup> デュルケム（宮島喬・訳）『社会学的方法の規準』（以下、デュルケム『規準』として引用）岩波書店（1978年）54頁。

<sup>599</sup> デュルケム『規準』56頁。

ここで示された社会学の研究対象である「社会的事実」は、思考、感覚、感情などを含むものであり、これは社会の意識を含むものである。「意識」というと「心理」ということにもなる。この点について、確かに『社会学的方法の規準』では、社会的事実は心理的現象とは異なるとしているが、これは社会学が心理学の一類型に過ぎないものと誤解されないために強調した表現であり<sup>600</sup>、当時デュルケームは社会学を確立しようと様々な批判に応じて格闘していた背景<sup>601</sup>を考慮すれば、むしろここでは社会の「心理＝意識」を視野に入れてみるとみるべきである。

『社会学的方法の規準』で示した社会的事実の存在と、外在性と拘束性という性質を証明しようとしたのが『自殺論』（1897年）である。ここにおいて、社会的事実が社会の意識を含むことがより明らかになる。

「なるほどたしかに、社会のなかにも、個人の力をのぞいてはほかに活動的な力はふくまれていない。ただし、個人は、たがいに結合することによって、一種の新しい、それゆえ固有の思惟と感覚の様式をもった心理的存在をつくりあげる。たしかに、社会的事実を生じさせるものとなる基本的な特性は、個々人の精神のなかに胚胎している。しかし、それらが個々人の結合のなかで変容を受けるとき、はじめてそこから社会的事実が生じてくる。というのは、このときのみ、社会的事実が出現してくるからである。個々人の結合もまた、独特の結果を生み出す動因なのだ。ところで、この結合は、それ自身新しいなにものかである。諸個人の意識がたがいにそれぞれ孤立していることをやめて集合し、結合するときには、この世界には変化したなにものかが生じる。したがって当然、その変化がまた別の変化を生み、その新たなものがまた別の新たなものを生み、その構成要素のなかにみいだされなかったような独特の性格をそなえた現象があらわれてくる」<sup>602</sup>。

すなわち、個人が集まって結びつくとき、諸個人のもつ精神——個人の意識——は化学変化のように作用しあい、その結果、個人の意識とは異なる心理的存在——社会の意識——を作り上げるというのである。この社会意識は元をたどれば確かに個人の意識であるが、しかし「結合」という作用を媒介することで、単純に分解して個人の意識に還元することのできない独自の意識になる。この独自の社会意識はさらに新たな変化を生み、それは個人を拘束し、その結果、社会の構成要素である個人には見いだされない独特の性格をもつ社会現象があらわれるという。ここで明らかなように、デュルケームが研究対象とした社会的事実には、

---

<sup>600</sup> デュルケームは、後に『自殺論』において、心理学とは個人の心理を対象とする学問であるのに対し、社会学は個人を超えた集合的実在を対象とする点で異なると論じている：デュルケーム（宮島喬・訳）『自殺論』（以下、デュルケーム『自殺論』として引用）中央公論新社（1985年）13-15頁。

<sup>601</sup> 『社会学的方法の規準』第二版序文には、「この書物が最初に世に問われたとき、かなり激しい論争を引き起こした。一般に流布していた諸思想は、いかにも面くらい、当初ひじょうに強い抵抗を示したため、しばらくのあいだ本書のいわんとするところをほとんど理解してもらえなかった」と苦闘の様子が述べられている：デュルケーム『規準』21頁。

<sup>602</sup> デュルケーム『自殺論』390頁。

「社会の意識」が含まれているのである。

実際、デュルケームは当初より社会の意識についても論じている。社会の意識について言及がなされたのは、『社会学的方法の規準』より遡ること2年前に執筆された『社会分業論』（1893年）においてであった。ここでデュルケームは社会の意識を「集合意識」と名づけて、次のように定義した。

「同じ社会の成員たちの平均に共通な諸信念と諸感情の総体は、固有の生命をもつ一定の体系を形成する。これを集合意識または共同意識 [la conscience collective ou commune] とよぶことができる」<sup>603</sup>。そのうえで、集合意識について次のように論じる。

「それはみずからを明確な一実在たらしめる諸特質をもっている。じっさい、それは諸個人がおかれている個別的な諸条件とは無縁である。個人は過ぎ去るが、集合意識は残る。(…)同様に、それは世代ごとに変わったりはしない。むしろ、ある世代とつぎの世代とを結びつける。それだから、集合意識は諸個人のうちにおいてしか実現されないとはいえ、各人の個別的な諸意識とはまったく異なったものである。それは社会の心理的類型である。様式こそ異なっているが、個人の諸類型とまったく同様に、みずからの属性、みずからの生存条件、みずからの発達様式をもつ類型である」<sup>604</sup>。

デュルケームは、個人の意識とは別に社会の意識が存在することを指摘し、それは心理的類型であり、同じ社会の成員が共通して有している信念と感情の総体であるとみなしたのであった。

このようにデュルケームは社会の意識を「集合意識」として論じたが、この「集合意識 (la conscience collective : 英 collective consciousness)」という用語自体は『社会分業論』で登場して以降、次第に用いられなくなり、代わって「集合表象 (la représentation collective : 英 collective representation)」という用語が用いられるようになる。集合意識から集合表象へと用語を転換した理由についてデュルケーム自身は言及していないようであるが、社会学においては、集合意識という用語が『社会分業論』のキーワードであったために『社会分業論』とあまりにも密接に結びついてしまい、これを払拭するために集合表象という用語に転換したと考えられている<sup>605</sup>。したがって、両者の用語に意味の違いはほとんどないとされている<sup>606</sup>。

集合意識とほぼ同じ意味である集合表象について、デュルケームは『自殺論』において次のように述べている。「社会生活を(…)個人の生活から切り離してしまったからといって、それは、けっして社会生活が心理的なものをなにつくんでいないという意味ではない。

---

603 E. デュルケーム (田原音和・訳) 『社会分業論』 (以下、デュルケーム 『社会分業論』として引用) 青木書店 (1971年) 80頁。

604 デュルケーム 『社会分業論』 81頁。

605 中島 『エミール・デュルケーム』 56-57頁。

606 中島 『エミール・デュルケーム』 56-57頁。本章の脚注で挙げた他のデュルケーム関連の参考文献においても、両者の用語の使用にあたって、意味上の厳密な区別はなされていない。

むしろ反対に、それが、本質的に表象からつくられているものであることは明らかである。ただ、集合表象というものが、個人の表象とまったく別個の性質をもっているまでのことなのだ。もしも、社会心理は個人心理の法則と異なった固有の法則をもっているということを細心に言いそえるならば、社会学は一種の心理学であるといったところで、なんら不都合はない<sup>607</sup>。集合表象は「集団がおのれにかかわりをもつ諸対象との関連でみずからについて考える仕方」<sup>608</sup>を表現するという。社会生活には心理的側面があり、その表象から本質的に社会生活は成り立つが、社会の表象（＝集合表象）は社会を構成する個人の表象とは全く別の性質を有しているというのである。

このようにデュルケームは当初より社会の意識を視野に入れていた。もちろん、筆者のいう社会の意識がデュルケームの社会の意識とまったく同一といえるかは、今後の検討課題である。しかし、社会には個人の意識とは別に社会の意識が独立して存在すること、それは個人が意識するか否かにかかわらず、個人に対して影響力をもち、ときに個人を拘束すること、社会の意識は個人の意識に還元できないこと、『自殺論』で示されたように、一見すると個人的な理由によって行われるかのようにみえる現象にも社会的な理由があることは、本論文における分析の枠組みに社会学的な方法としての妥当性があることについて重要な示唆を与えているように思われる。

## 小括

仮装婚規定の変遷には当時の社会意識も影響を及ぼしている。仮装婚規定が制定された1933年と復活した1998年には、それ以前に劇的な社会変動と経済不況が起こっている。社会変動によって社会に危機が訪れ、さらに経済不況が個人の日常生活まで危ぶまれるほど深刻なものであり、しかも個人の力で対応できないものであると、個人の不安は社会の不安へと発展する。

社会の不安という社会意識は、社会を統治する政権に現状への不満と生活保障を強く要求する。そうした社会意識に応えることができない政権では、政情不安が生じることになる。社会意識は混乱した社会に枠組みと進むべき道を示す強力な力を求めるため、結果的に絶対的権力を生み出すことになりやすい。こうして誕生した絶対的権力は、社会意識に応じて社会に枠組みを与えるため、必然的に制度を重視することになる。こうした制度を重視する姿勢は様々な場面で影響し、婚姻についても「制度としての婚姻」の側面が重視されることになる。

「制度としての婚姻」の側面が重視されると、個人の自由よりも法的安定性が重視され、

---

<sup>607</sup> デュルケーム『自殺論』392頁。なお、ここでは「社会学は一種の心理学であるといっても不都合ではない」と述べているが、デュルケームは様々な著作で社会学は心理学と区別されることを繰り返し述べており、社会学が心理学の一類型であるとは考えていない。筆者がこの文章で注目するのは、デュルケームが社会がもつ多様な側面の中でも、心理的側面に注目して社会を論じているという点である。

<sup>608</sup> デュルケーム『規準』33頁。

仮装婚は法的安定性を侵害する婚姻制度の濫用として規制の対象となり、仮装婚規定の誕生を促すことになる。しかし、やがて社会が危機を脱して安定すると、制度よりも個人の自由が重視されるようになる。婚姻についても「契約としての婚姻」の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として廃止されることが後押しされる。

個人の意識とは別に社会の意識が存在し、社会の意識が影響を及ぼすことについて、デュルケームも同様の見解を述べている。筆者の述べる社会の意識と同一であるかは、今後の検討課題ではあるが、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本論文の視点は、彼の社会学理論によっても説明できると思われる。

## 終章

本論文では、ドイツ偽装婚規定の歴史的変遷について、「立法史・学説史の整理」、「法と社会意識の関連の検討」を行った。終章では、これらの総括を行ったうえで、日本への示唆と今後の研究方針を述べる。

### 第1節 立法史・学説史の総括

立法史・学説史の整理について、各章の要点をまとめると次の通りとなる。

「第1章 前史：BGB 制定からナチス期前」では、BGB 編纂過程における偽装婚規定の議論を検討した。最終的に BGB に偽装婚規定が採用されなかったのは、婚姻の法的安定性が理由であった。当時の学説においても偽装婚は有効とされたが、そもそも偽装婚が締結されることが稀であったため、あくまで理論上の問題に過ぎず、偽装婚の定義すらも曖昧という状況であった。

「第2章 偽装婚規定の誕生から廃止まで」では、ナチス期の偽装婚規定の制定を中心に戦後の廃止までを検討した。ナチス期に偽装婚規定が誕生したのは、ナチスイデオロギーを背景としたナチス独特の婚姻観によるものであった。婚姻には「遺伝的に健全で人種的に価値ある子供の産出」という役割を果たすことが求められたため、この役割を果たしえない偽装婚は無効とされたのであった。1938年の偽装婚規定制定は、オーストリア併合によってドイツとオーストリアに同一の法律を適用させるという実務上の要請によるものであった。戦後、ナチス政権が崩壊してナチス否定がなされると、偽装婚規定も1946年婚姻法によって国籍婚という婚姻無効原因が削除された。その後、偽装婚規定の適用事例がほとんどない状況となり、実際上の意義を失って1976年に完全に廃止されたのであった。

当時の学説では、偽装婚規定の適用範囲をめぐる議論がなされた。ここで議論の中心となったのは、偽装婚規定の要件の1つである「婚姻生活共同体創設への意思の欠缺」は、具体的にどのような場合に認められるのかという点であった。また、1946年婚姻法で国籍婚という婚姻無効原因が削除されると、家名婚という婚姻無効原因を存続させた19条そのものに対して批判が寄せられた。

「第3章 偽装婚規定廃止後から復活前」では、偽装婚規定が存在しない1976年から1997年までの約20年間について、この時期に問題となった「滞在婚」という新たな偽装婚類型が判例においてどのように取り扱われたかを中心に検討した。滞在婚に対して裁判所は、締結と解消という2つの場面で規制しようとした。締結の場面では、滞在婚を婚姻制度の濫用として身分吏の協力拒絶を認めることで、締結を阻止するという傾向が顕著であった。解消の場面では、滞在婚を離婚解消するための訴訟費用援助を認めないという方法で、間接的に滞在婚を阻止しようとする傾向がみられた。しかしその根拠は、訴訟費用援助承認の本来の要件である民事訴訟法114条からは離れた、裁判所独自の基準によるものとなっ



てしまった。

「第4章 仮装婚規定の復活とその後の展開」では、1998年の仮装婚規定の制定理由とその後の判例を中心に検討した。1998年に仮装婚規定が制定された直接の理由は立法資料では明確でない。しかし、1980年代以降に繰り広げられた滞在婚をめぐる議論と、制定前にドイツ身分吏連邦協会による立法要請があったことから、滞在婚を何らかの形で規制する必要性に迫られたことが制定理由の1つと考えられる。学説では復活した仮装婚規定について、不必要であるため違憲とするものと、通常の婚姻を保護するために不可欠な規定であるとするものと、正反対の見解がある。また、適用範囲についても議論があり、全ての仮装婚に適用されるとするものから、規定の成立史を考慮して狭く解釈するものまで、見解は分かれている。

仮装婚規定の立法史・学説史を総括すると、ナチス期の仮装婚規定はナチスイデオロギーを背景とするものであり、戦後まもなくの1946年仮装婚規定はナチス否定の一環である。しかし、その後の仮装婚規定はナチスイデオロギーとは関連がない。1976年の廃止は実際上の意義がないことによるものであり、1998年の復活はそれ以前の滞在婚をめぐる議論が背景にあった。学説では、どの時代区分においても仮装婚規定は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」が重視されているのであった。

## 第2節 法と社会意識の関連の総括

次に、本論文で行った「法と社会意識の関連」については、各章でも検討を行ったが、主に「第5章 仮装婚規定の変遷と社会意識」において考察した。まず注目すべきは、1933年の仮装婚規定の誕生と1998年の復活では、いずれもそれ以前に劇的な社会変動と経済不況が起こっている点である。それは個人の生活すら危機に直面させるほどの深刻なものであり、しかも個人の力で対処できるものではなかった。このように個人の生活が自らの力で対処できない危機に直面すると、個人は強い不安を覚え、それが社会不安という社会の意識を生み出すことになる。この社会意識は生活保障と現状の変革を求めて社会を統治する政権を揺るがすため政情不安をひき起こし、同時に混乱した社会に枠組みを求めるため、絶対的権力と結びつきやすい。こうして変革と新たな枠組みを求める社会意識に後押しされて誕生した絶対的権力は、生活保障を求める社会意識に応えなければならないため、必然的に経済政策に注力し、社会に枠組みを与えるため制度を重視することになる。この姿勢は様々な場面でも表れ、婚姻では「制度としての婚姻」の側面が重視され、婚姻の法的安定性が個人の自由よりも重視されることになる。これが仮装婚規定の制定にも影響しているのである。

このように、仮装婚規定の制定には当時の社会変動と経済不況による意識の変化が影響していると考えられる<sup>609</sup>。しかしこのように論じたからといって、序章でも述べた通り、従

---

<sup>609</sup> 以下の法と社会意識の関連の総括についての記述は、拙稿「一考察」59-60頁に加筆修正を加えたものである。

来理解されてきた偽装婚規定の制定・廃止の理由を否定するものではない。確かに立法理由書や立法資料にある通り、偽装婚が婚姻制度にとって問題であると認識されたことや、偽装婚の件数が見逃せないものであったことも間違いのない理由であろう。また、社会変動による意識の変化が偽装婚規定を制定する直接的な理由とするのも行き過ぎである。意識の変化は制定を後押しすることにはなるが、現実に制定に至るには、やはり直接的な原因が必要である。ナチス期の偽装婚規定誕生の際にはナチス独特のイデオロギーに基づく婚姻観があり、1998年の規定復活の際には1980年代以降の滞在婚についての議論があった。

しかし、それでも筆者は社会の意識に注目することは重要と考える。なぜなら次節に述べるように婚姻意思についての議論は行き詰まりの状況にあるからである。婚姻意思についての議論は、婚姻意思の内容についての議論であり、それは結局「婚姻とは何か」ということについての議論につながる。その結果、婚姻意思の議論には各人の婚姻観が反映され、婚姻意思の存在が婚姻の有効性について決定的な基準となるにもかかわらず、その基準の定式化が困難な状況に陥っている。ドイツにおいても、偽装婚規定についての現在の理解の対立は、結局のところ当人の婚姻観の違いが、偽装婚規定の理解の違いとなって表れているのである。「契約としての婚姻」の側面を重視するアイスフェルトにとって、婚姻意思は「婚姻締結自体に向けられた意思」であり、偽装婚規定は「婚姻の効果である婚姻生活共同体創設の義務を婚姻の要件に転換するもの」であって、「婚姻を国家の統制下におく」規定である。他方、「制度としての婚姻」の側面を重視するルンプは、婚姻の成立と婚姻生活共同体創設の義務が不可分であることに注目し、さらに民事婚というただ1つの方式しかないことからみて、婚姻意思とは「婚姻生活共同体創設の義務を負うという実質的な意思」であり、偽装婚規定は「当初のBGBとも矛盾しない規定」として肯定的に理解することになるのである。このように、偽装婚規定を婚姻意思の視点のみで分析すると、無意識的にも個人的な婚姻観が反映されてしまうのである。そこで、婚姻の有効性を個人の主観に帰着させることのないよう、当時の社会に注目することで、社会がどのような状態のときに婚姻のどちらの側面が重視されるのかを一定程度でも明らかにできれば、その時点での社会状況によって婚姻の有効性の基準がある程度明らかにできると考えるのである。

またこのように考えると、今後の基準もある程度見通しがつくかもしれない。現在の社会は、歴史・文化・言語・民族など、社会のあらゆる特性の違いを超えてつながるグローバル化の時代である。貿易の自由化と人や資本の自由移動は国境を越えた地球規模の交流・交易を可能とし、インターネットの普及など通信情報技術の飛躍的な発展は、時間的な障壁を取り払い、情報の国際化を進展させている。現在は、はるかかなたの国で起こった経済危機が世界中の経済に影響する時代である。地理的・時間的障壁も取り払われ、社会の変化はかつてないスピードで進行している。それは、生物としての人間の能力をはるかに超えるレベルで起こる変化である。このように社会が人間の能力をはるかに超えて進展すると、個人はそれだけ社会に依拠して生きることになる。それに伴って、法制度の展開もこれまでのものとは変わってくるのが予想される。社会の意識に注目する重要性は、今後ますます高まってい

くと思われる。

### 第3節 日本への示唆と今後の研究方針

ドイツでは仮装婚規定は婚姻意思の問題として議論されており、それは日本における婚姻意思論についても次の点が寄与すると考えられる。日本の婚姻意思論では実質的意思説と形式的意思説を中心に議論がなされており、実質的意思説における婚姻意思とは「社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思」<sup>610</sup>である一方、形式的意思説における婚姻意思とは「届出をすることに向けられている意思」<sup>611</sup>である。その後、具体的定型説、法律的定型説、法的意思説が主張されるに至り、日本においても婚姻意思についての解釈は決め手に欠ける行き詰まりの状態である。このうち、本論文で検討した学説のなかでも、ルンプの「婚姻の成立と婚姻生活共同体創設の義務が不可分であることに注目して、婚姻意思を婚姻生活共同体創設の義務を負うという実質的な意思とする解釈」は、日本の婚姻意思論でいえば「民法上の定型に向けられた効果意思」<sup>612</sup>とする法律的定型説に近接しているように思われる。法律的定型説では、この意思是「民法上の定型の主たる内容となっている効果を排除しない意思」<sup>613</sup>と考えられている点も、ルンプの解釈との近接を思わせるのである<sup>614</sup>。

日本では、近時の判例においても法律的定型説に近づいているかに思われるものがある。最判平成29年1月31日（民集71巻1号48頁）では、相続税を節税するための養子縁組が「相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得るものである」として、日本民法802条1号の縁組意思がないときに当たらないとされた。本判決について、学説のなかには「本件養子縁組は、実質的意思説あるいはそれに近い立場を採るのであれば、縁組なしと判断すべき事案ではなかったのか」<sup>615</sup>として疑問を呈し、最高裁のいうように節税の動機と並存する縁組意思があるとすれば、「それは、縁組届の作成意思および／あるいは届出意思と解さざるを得ない」<sup>616</sup>として、最高裁が従来採用してきた実質的意思説から離れていることを指摘するものがある。また、さらに進んで本判決を実質的意思説ではなく、法律的定型説

<sup>610</sup> 最判昭和44年10月31日（民集23巻10号1894頁）。

<sup>611</sup> 末川博『物権・親族・相続』岩波書店（1970年）342頁。

<sup>612</sup> 中川高男「身分行為意思の一考察——縁組意思と民法第九〇条を中心として——」家月17巻2号1頁以下（1965年）、12頁、14頁、34頁。

<sup>613</sup> 中川高男・前掲14頁、34頁。

<sup>614</sup> この論文は養子縁組意思についての論文ではあるが、「身分行為の意思は、かかる民法上の定型に向けられた効果意思であることになる。（…）婚姻（…）等の身分法上の意思もその変動にかかる親族、相続法上の定型に向けられた意思であるということになる」と述べられており、婚姻を含む身分行為意思一般についての立論である：中川高男・前掲12-13頁。

<sup>615</sup> 鈴木伸智「節税のみを目的とする養子縁組の有効性」新・判例解説 Watch21号115頁以下（2017年）、118頁。

<sup>616</sup> 鈴木・前掲118頁。

に親和的なものと評価すべきであるとするものもある<sup>617</sup>。もちろん、これは養子縁組についての判例ではあるが、日本では婚姻と養子縁組を共に創設的身分行為として考えるため、養子縁組でこのような展開があることは婚姻意思を考えるうえでも興味深い。

今後の研究では、上記の婚姻意思についてのドイツと日本の学説の近接にも留意しつつ、日本の婚姻意思論についての検討を行いたい。さらに、法と社会意識の関連についても、あくまでドイツの仮装婚規定の変遷において見出されたものであり、諸条件の相違を踏まえた比較検討が必要となろう。これらの点についても今後の研究課題としたい。

以上

---

<sup>617</sup> 水野貴浩「いわゆる節税養子と縁組意思」月報司法書士 547号 54頁以下（2017年）、59頁。

## 参考文献リスト（ドイツ語文献）

### 【著書】

- Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs.Kommentar,hrsg.v.Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern,Bd.4,3,Ehegesetz §1-40,10.u.11.Aufl.,(Berlin,1962).
- Conring,Jobst:Rechtliche Behandlung von „Scheinehen“ nach der Reform des deutschen Eheschließungsrechts,(Frankfurt am Main,Berlin,2002).
- Cosack,Konrad u.Heinrich Mitteis:Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.Bd.2,7.u.8.Aufl.,(Jena,1924).
- Dernburg,Heinrich :Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens,Bd.4, Deutsches Familienrecht,4.Aufl.(Halle/S.,1908).
- Dölle,Hans:Familienrecht.Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen,Bd.1,(Karlsruhe,1964).
- Einfeld,Jens:Die Scheinehe in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert,(Tübingen, 2005).
- Endemann,Friedrich :Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs,Bd.2,2,Familienrecht,8.u.9. Aufl.(Berlin,1908).
- Erman,Walter(Begr.):Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,Bd.2,6.Aufl.,(Münster,1975).
- Erman, Walter(Begr.):Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGG, EGBGB(Auszug),Erbbaurecht,LPartG,ProdHaftG,VBVG,VersAusglG und WEG,Bd.2, 15.Aufl.,(Köln,2017).
- Etzel,Matthias:Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat(1945-1948),(Tübingen,1992).
- Gaaz,Berthold u. Heinrich Bornhofen:Personenstandsgesetz,Handkommentar mit Materialien (Frankfurt am Main,Berlin,2008).
- Gernhuber,Joachim u.Dagmar Coester-Waltjen:Lehrbuch des Familienrechts,6.Aufl.,(München,2010).
- Godin,Reinhard Freiherr von u. Hans Freiherr von Godin:Ehegesetz vom 20. Februar 1946 mit Abdruck der noch in Kraft befindlichen Bestimmungen der Durchführungsverordnungen zum Ehegesetz vom 6. Juli 1938, 2.Aufl.,(Berlin,1950).
- Goldmann,Eduard;L.Lilienthal u. L.Sternberg :Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt,Bd.3,Familienrecht,2.Aufl.(Berlin,1921).
- Hartmann,Kathi-Alexandra:Scheinehen mit deutschen Staatsangehörigen.Struktur,

- Politik,(deutsch-)deutsches Ehebild,(Berlin,2008).
- Kern-Eimann,Sandra:Das neue Ehebild des EheschIRG.Eine Untersuchung anhand der Scheineheregelungen,(Frankfurt a.M.usw.,2003).
  - Kipp,Theodor u. Martin Wolff:Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,Bd.2.2,Das Familienrecht,18.-20.Aufl.(Marburg,1928).
  - Kohler,Josef :Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,Bd.3.1,Familienrecht,(Berlin,1915).
  - Lehmann,H.O. :Das Bürgerliche Recht.Eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs,Bd.2,Sachenrecht,Familienrecht,Erbrecht,(Marburg,1898).
  - Lumpp,Stephanie:Die Scheineheproblematik in Gegenwart und Vergangenheit.Eine dogmatische Untersuchung des fehlenden Willens zur ehelichen Lebensgemeinschaft,(Berlin,2007).
  - Münchener Kommentar zum Brgerlichen Gesetzbuch,Bd.5.1,Familienrecht, 2.Aufl.,(München,1989).
  - Münchener Kommentar zum Brgerlichen Gesetzbuch,Bd.7,Familienrecht I ,3.Aufl.,(München,1993).
  - Münchener Kommentar zum Brgerlichen Gesetzbuch,Bd.8,Familienrecht I ,7.Aufl.,(München,2017).
  - Oertmann,Paul:Bürgerliches Gesetzbuch.Allgemeiner Teil,3.Aufl.(1.Aufl. von Karl Gareis),Berlin,1927,(Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen,hrsg.v. Johannes Biermann,Georg Frommhold u.a.).
  - Palandt,Otto(Begr.):Bürgerliches Gesetzbuch,bearb.v.Peter Bassenge,Uwe Diederichsen u.a.,43.Aufl.,(München,1984).
  - Palandt,Otto(Begr.):Bürgerliches Gesetzbuch,bearb.v.Gerd Brudermüller,Jürgen Ellemberger u.a.,77.Aufl.,(München,2018).
  - Planck,Gottlieb(Hrsg.),Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz,Bd.4, Familienrecht,1.u.2.Aufl.,(Berlin,1901).
  - Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz,bearb. v.E.Brodmann,L.Busch u.a.,Bd.4.1,Familienrecht(§§1297-1588),4.Aufl.,(Berlin u. Leipzig,1928).
  - Sacher,Hermann(Hrsg.):Staatslexikon im Auftrag der Görres-Gesellschaft unter Mitwirkung zahlreicher Fachleute,Bd.1,5.Aufl.,(Freiburg im Breisgau,1926).
  - Scanzoni,Gustav von:Das großdeutsche Ehegesetz vom 6. Juli 1938,3.Aufl.,(Berlin,1943).
  - Soergel,Hans Theodor(Begr.):Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,Bd.8,Familienrecht II ,12.Aufl.,(Stuttgart usw.,1987).
  - Staudinger,Julius von (Begr.):Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit

Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 4.1, Familienrecht, 10. u. 11. Aufl., (Berlin, 1975).

- Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 4, Familienrecht, 13. Aufl., (Berlin, 2000).
- Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 4, Familienrecht, (Berlin, 2012).
- Stölzel, Otto: Das Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 in heutiger Gestalt nebst Ergänzungen, (Berlin, 1904).
- Stölzel, Otto: Personenstandsgesetz nebst Ergänzungen und Erläuterungen, 5. Aufl., (Berlin, 1939).
- Volkmar, Erich; Hans Autoni; Ernst Ludwig Rexroth; Hans G. Ficker; Heinrich Anz: Großdeutsches Eherecht. Kommentar zum Ehegesetz vom 6. Juli 1938 mit sämtlichen Durchführungsvorschriften, (München u. Berlin, 1939).

#### 【論文】

- Anz, Heinrich: Eheschließung, Ehenichtigkeit und Eheaufhebung nach dem Gesetz vom 6. Juli 1938, in: JW 1938, S. 2069ff.
- Beitzke, Günther: Zum Jahreswechsel, in: StAZ 1983, S. 1ff.
- Bosch, Friedrich Wilhelm: Anmerkung zum Beschluß des OLG Karlsruhe vom 7.10.1982, in: FamRZ 1982, S. 1211.
- Brandis, Ernst: Zum Gesetz gegen Mißbräuche bei der Ehe und der Annahme an Kindes Statt, in: JW 1933, S. 2862ff.
- Brandis, Ernst: Zum Gesetz über Mißbrauch bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt, in: StAZ 1934, S. 14ff.
- Bussert, R.: Anmerkung zum Beschluß des AG Bielefeld vom 20.4.1961, in: StAZ 1962, S. 169.
- Dölle, Hans: Das Gesetz gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt v. 23. Nov. 1933 (RGBl. I, 979ff.), in: JW 1933, S. 2859ff.
- Finger, Peter: "Scheinehen" und Praxis der Standesbeamten - Ergebnisse einer Umfrage, in: StAZ 1984, S. 89ff.
- Flessner, Susanne: Zukunft des Personenstandswesens - Gesprächsrunde, in: StAZ 1999, S. 142ff.
- Habscheid, Walther J.: Die von Anfang an zerrüttete Ehe, in: NJW 1967, S. 2247ff.
- Hepting, Reinhard: Neuerungen im Eheschließungsrecht, in: StAZ 1996, S. 257ff.
- Hepting, Reinhard: Das Eheschließungsrecht nach der Reform, in: FamRZ 1998, S. 713ff.

- Jayme,Erik:Anmerkung zum Beschluß des AG Lübeck vom 20.6.1980,in:IPRax 1982,S.29.
- Kohler,Josef:Studien über Mentalreservation und Simulation ,Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts(JherJb),Bd.16(1878), S.91ff.
- Kohler,Josef: Ueber den Willen im Privatrecht ,Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts(JherJb),Bd.28 (1889),S.166ff.
- Maßfeller,Franz: Anmerkung zum Urteil des RG vom 25.7.1935,in:DJ 1935,S.1498f.
- Maßfeller,Franz: Anmerkung zum Beschluß des KG vom 23.10.1936,in:StAZ 1937,S.101ff.
- Otte,Karsten: „Wenn der Schein trügt“ — zum zivil-,verfahrens- und kollisionsrechtlichen Umgang mit der sog. „Aufenthaltsehe“ in Deutschland und Europa,in:JuS 2000,S.148ff.
- Otto,Günter :Anmerkung zum Beschluß des OLG Düsseldorf vom 2.11.1998,in:FamRZ 1999,S.791f.
- Ramm,Thilo:Eheverbot und Ehenichtigkeit,in:JZ 1963,S.47ff.
- Scanzoni,Gustav von: Anmerkung zum Urteil des RG vom 21.4.1943,in:DR 1943,S.848.
- Schwimann,Michael :Zur Auslegung des §19 Ehegesetz 1946(Namensehe),in:FamRZ 1958,S.45ff.
- Spangeneberg,Ernst:Versagung von Rechtsschutz bei selbstverschuldeter Not?,in:FamRZ 1985,S.1105ff.
- Volkmar,Erich:Das neue Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht,in:DJ 1938, S.1118ff.

#### 【立法資料】

〈未刊行資料〉

- Bundesarchiv Berlin(BArch.)  
Reichskanzlei(R43 II)  
Nr.1523a u. Nr.1554  
Reichsministerium der Justiz(R3001/R22)  
Nr.454 u. Nr.463
- Österreichisches Staatsarchiv(ÖstA.)  
Archiv der Republik(AdR);Bundeskanzleramt(BKA);Abteilung 6  
238.193/1937,in:141.258/1938,Sign.40



〈刊行物〉

- Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses(6.Ausschuß) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung –Drucksache 13/4898-,Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eheschließungsrechts(Eheschließungsrechtsgesetz-EheschlRG),in:Deutscher Bundestag Drucksache 13/9416 vom 10.12.1997.
- Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz:Vorschläge zur Verbesserung der sozialen Sicherung der Ehegatten,zur Neuregelung des Verlöbnißrechts,zur Reform des formellen und materiellen Eheschließungsrechts, sowie zur Ehemündigkeit der Frau,(Bielefeld,1972).
- Gesetz gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt v. 23.11.1933(RGBl., I S.979).Amtliche Begründung des Gesetzentwurfs.,in:DJ 1933, S.765ff.
- Gesetzentwurf der Bundesregierung,Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eheschließungsrechts(Eheschließungsrechtsgesetz-EheschlRG),in: Deutscher Bundestag Drucksache 13/4898 vom 13.6.1996.
- Begründung zu dem Gesetz über die Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6.Juli 1938(RGBl., I S.807).,in:DJ 1938,S.1102ff.
- Jakobs,Horst Heinrich u.Werner Schubert(Hrsg.) :Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Familienrecht,Bd.1,§§1297-1563,(Berlin u.New York,1987).
- Jakobs,Horst Heinrich u.Werner Schubert(Hrsg.) :Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil,Bd.1,(Berlin u.New York,1985).
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, Bd.IV,2.Aufl.,(Berlin,1896).
- Mugdan,Benno(Hrsg.u.Bearb.) : Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich,Bd.4, Familienrecht,(Berlin,1899),(Neudruck, Aalen,1979).
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles,Gebhard, Spahn,Bde.1-7,(Berlin,1897-1899).
- Schubert,Werner(Hrsg.) :Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches,Familienrecht,Bd.1, Eingehung und Wirkungen der Ehe,Eheverträge(Verf.:Gottlieb Planck),(Berlin u.New York,1983).

- Zweiter Bericht und Antrag des Rechtsausschusses(6.Ausschuß) zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts(1.EheRG)-Drucksache 7/650-,in: Deutscher Bundestag Drucksache 7/4361 vom 28.11.1975.

**【URL】**

- Stingl,Martin u.Franz-Josef Ziwes:Handelsregister und Offenkundigkeitsbücher, Registerakten,in:<https://www.leo-bw.de/themenmodul/sudwestdeutsche-archivalienkunde/archivaliengattungen/register/handelsregister-und-akten>  
(2019年3月18日確認)

## 参考文献リスト（邦語文献）

### 【著書】

- ・アンソニー・ギデンズ（松尾精文＝西岡八郎＝藤井達也＝小幡正敏＝立松隆介＝内田健・訳）『社会学』（第5版）而立書房（2009年）
- ・岡松参太郎『法律行為論 全』京都法学会（1914年）
- ・川島武宜＝平井宜雄・編『新版注釈民法（3）総則（3）』有斐閣（2003年）
- ・木下康彦＝木村靖二＝吉田寅・編『詳説世界史研究』（改訂版）山川出版社（2008年）
- ・木村靖二・編『新版 世界各国史 13 ドイツ史』山川出版社（2001年）
- ・近藤潤三『統一ドイツの変容：心の壁・政治倦厭・治安』木鐸社（1998年）
- ・近藤潤三『統一ドイツの政治的展開』木鐸社（2004年）
- ・末川博『物権・親族・相続』岩波書店（1970年）
- ・高田敏＝初宿正典・編訳『ドイツ憲法集』（第7版）信山社（2016年）
- ・俵静夫『ナチス国家の理論』有斐閣（1945年）
- ・E. デュルケム（田原音和・訳）『社会分業論』青木書店（1971年）
- ・デュルケム（宮島喬・訳）『社会学的方法の規準』岩波書店（1978年）
- ・デュルケム（宮島喬・訳）『自殺論』中央公論新社（1985年）
- ・中島道男『エミール・デュルケム——社会の道徳的再建と社会学』東信堂（2001年）
- ・内藤正典・他編『ドイツ再統一とトルコ人移民労働者』明石書店（1991年）
- ・成瀬治＝山田欣吾＝木村靖二・編『世界歴史大系 ドイツ史 3——1890年～現在——』山川出版社（1997年）
- ・日本財政経済研究所『西ドイツの経済復興』産業経済新聞社（1956年）
- ・野川忍『外国人労働者法——ドイツの成果と日本の展望』信山社（1993年）
- ・林健太郎『ワイマル共和国』中央公論社（1963年）
- ・広渡清吾『統一ドイツの法変動——統一の一つの決算』有信堂高文社（1996年）
- ・法務大臣官房司法法制調査部・編『ドイツ民事訴訟法典』法曹会（1993年）
- ・南利明『ナチス・ドイツの社会と国家 民族共同体の形成と展開』勁草書房（1998年）
- ・宮崎幹朗『婚姻成立過程の研究』愛媛大学法学会編（2003年）
- ・宮島喬『デュルケム社会理論の研究』東京大学出版会（1977年）
- ・宮島喬『デュルケム自殺論』有斐閣（1979年）
- ・森田桐郎・編『国際労働力移動』東京大学出版会（1987年）
- ・若尾祐司＝井上茂子・編著『近代ドイツの歴史——18世紀から現代まで——』ミネルヴァ書房（2005年）
- ・ワルター・ホーファー（救仁郷繫・訳）『ナチス・ドキュメント』ペリカン社（1975年）

## 【論文】

- ・石井五郎「ドイツの外国人法」外国の立法 34 卷 1・2 号 159 頁以下（1995 年）
- ・石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』九州大学出版会（1999 年）3 頁以下
- ・茨木秀行「統一後のドイツ経済の課題」海外事情 41 卷 11 号 18 頁以下（1993 年）
- ・大蔵省大臣官房調査課「西ドイツの戦後復興過程」調査月報 45 卷 9 号 1 頁以下（1956 年）
- ・門坂正人「西ドイツ婚姻法の発展」大阪経大論集 68 号 79 頁以下（1969 年）
- ・神谷遊「西ドイツにおける仮装婚の取扱い」判例タイムズ 613 号 37 頁以下（1986 年）
- ・杉町真由美「戦後西ドイツにおける外国人労働者政策の推移——「労働力」から「移民」へ——」人間文化学研究集録 9 号 15 頁以下（2000 年）
- ・鈴木伸智「節税のみを目的とする養子縁組の有効性」新・判例解説 Watch21 号 115 頁以下（2017 年）
- ・鈴木直哉「世襲農場法とナチス農地法制の展開」早稲田法学会誌 34 卷 1 頁以下（1983 年）
- ・常岡史子「ドイツ民法典への強制的「民事婚」と有責主義的離婚制度の導入——国家と教会の相剋とその止揚——」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』九州大学出版会（1999 年）457 頁以下
- ・ティロ・ラム「ナチズムにおける家族法とユーゲント法」H.ロットロイナーほか・編、ナチス法理論研究会・訳『法、法哲学とナチズム』みすず書房（1987 年）111 頁以下
- ・徳永江利子「ドイツ民法 1998 年改正と仮装婚問題」大学院研究年報法学研究科篇（中央大学）37 号 91 頁以下（2008 年）
- ・徳永江利子「ドイツ民法典における「仮装婚」問題——BGB からナチス期前の状況を中心として——」大学院研究年報法学研究科篇（中央大学）38 号 135 頁以下（2009 年）
- ・徳永江利子「ナチス婚姻法と仮装婚問題」法学新報（中央大学）116 卷 11・12 号 291 頁以下（2010 年）
- ・徳永江利子「戦後ドイツにおける仮装婚問題」関東学院法学 23 卷 1 号 1 頁以下（2013 年）
- ・徳永江利子「ドイツの仮装婚をめぐる裁判例」関東学院法学 23 卷 2 号 27 頁以下（2013 年）
- ・徳永江利子「ドイツにおける仮装婚規定の歴史的変遷についての一考察」関東学院法学 24 卷 4 号 27 頁以下（2015 年）
- ・谷口知平「ドイツ婚姻健全法」民商法雑誌 5 卷 1 号 200 頁以下（1937 年）
- ・谷口知平「ドイツの新婚姻法（一九三八年七月六日法）」民商法雑誌 8 卷 5 号 198 頁以下（1938 年）

- ・中川高男「身分行為意思の一考察——縁組意思と民法第九〇条を中心として——」家月 17 卷 2 号 1 頁以下 (1965 年)
- ・西村剋「新独逸婚姻法」法学協会雑誌 57 卷 9 号 69 頁以下 (1939 年)
- ・広渡清吾「西ドイツの外国人と外国人政策 (一)」社会科学研究 41 卷 6 号 1 頁以下 (東京大学社会科学研究所紀要) (1990 年)
- ・広渡清吾「ドイツ外国人法制の新段階——ドイツ統一後の政策展開——」社会科学研究 46 卷 4 号 1 頁以下 (東京大学社会科学研究所紀要) (1995 年)
- ・広渡清吾「外国人と外国人政策の論理」東京大学社会科学研究所・編『現代日本社会 第 6 卷 問題の諸相』東京大学出版会 (1992 年) 377 頁以下
- ・本間浩「ドイツにおける難民保護と難民庇護手続法」外国の立法 216 号 66 頁以下 (2003 年)
- ・前田淳「旧西ドイツにおける外国人労働者導入の政治・経済的諸要因」三田商学研究 37 卷 2 号 169 頁以下 (1994 年)
- ・水野貴浩「いわゆる節税養子と縁組意思」月報司法書士 547 号 54 頁以下 (2017 年)
- ・我妻栄「ナチスの私法」我妻栄・編『ナチスの法律』日本評論社 (1934 年) 33 頁以下

## 判例一覧（裁判年月日順）

- OLG Hamburg 1896 年 11 月 4 日判決 (Seuffert's Archiv Band53(1898),Nr.90(S.162f.))
- LG Stuttgart 1937 年 6 月 24 日判決 (BArch.,R22/454,BI.177)  
(RG,BArch.,R22/454,BI.194 の第 1 審)
- OLG Stuttgart 1937 年 9 月 13 日判決 (BArch.,R22/454,BI.177)  
(RG,BArch.,R22/454,BI.194 の第 2 審)
- RG 1938 年 4 月 7 日判決 (BArch.,R22/454,BI.194)
- LG Hohensalza 1941 年 12 月 16 日 (DJ 1942,769) [裁判種別の記載なし]
- LG Litzmannstadt 1941 年 12 月 17 日 (DJ 1942,770) [裁判種別の記載なし]
- RG 1943 年 4 月 21 日判決 (DR 1943,847; RGZ 171,79)
- LG Berlin 1957 年 5 月 3 日判決 (JR 1957,381)
- AG Bielefeld 1961 年 4 月 20 日判決 (StAZ 1962,168)
- AG Duisburg 1980 年 5 月 14 日決定 (StAZ 1981,113)
- AG Lübeck 1980 年 6 月 19 日決定 (StAZ 1980,339)
- AG Lübeck 1980 年 6 月 20 日決定 (IPRax 1982,29)
- LG Duisburg 1980 年 9 月 24 日決定 (StAZ 1981,114)
- AG Kempten 1981 年 6 月 22 日決定 (StAZ 1981,298)
- LG Nürnberg-Fürth 1981 年 6 月 22 日決定 (FamRZ 1982,602=StAZ 1982,304)  
(BayObLG,FamRZ 1982,601=StAZ 1982,304 の原審)
- LG Braunschweig 1981 年 7 月 6 日決定 (StAZ 1981,322)
- OLG Braunschweig 1981 年 8 月 7 日決定 (StAZ 1981,323)  
(LG Braunschweig, StAZ 1981,322 の即時再抗告審)
- BayObLG 1982 年 2 月 4 日決定 (FamRZ 1982,601=StAZ 1982,304)  
(LG Nürnberg-Fürth, FamRZ 1982,602=StAZ 1982,304 の即時再抗告審)
- OLG Celle 1982 年 2 月 18 日決定 (StAZ 1982,308)
- BayObLG 1982 年 4 月 2 日決定 (FamRZ 1982,603=StAZ 1982,306)
- AG 1982 年 6 月 28 日決定 (FamRZ 1983,64=StAZ 1983,130=NVwZ 1983,242)  
(OLG Hamburg,FamRZ 1983,64=StAZ 1983,130=NVwZ 1983,242 の第 1 審)  
[OLG Hamburg 決定文より引用 (裁判所名の記載なし)]
- OLG Hamm 1982 年 7 月 30 日決定 (StAZ 1982,309)
- LG 1982 年 9 月 2 日決定 (FamRZ 1983,65=StAZ 1983,130=NVwZ 1983,242)  
(OLG Hamburg,FamRZ 1983,64=StAZ 1983,130=NVwZ 1983,242 の第 2 審)  
[OLG Hamburg 決定文より引用 (裁判所名の記載なし)]
- OLG Hamm 1982 年 10 月 1 日決定 (FamRZ 1982,1073)

- OLG Karlsruhe 1982年10月7日決定 (FamRZ 1982,1210=StAZ 1983,14)
- OLG Hamburg 1982年11月25日決定 (FamRZ 1983,64=StAZ 1983,130=NVwZ 1983,242)
- OLG Köln 1982年12月2日決定 (FamRZ 1983,592)
- OLG Celle 1983年2月16日決定 (FamRZ 1983,593)
- OLG Stuttgart 1983年7月5日決定 (StAZ 1984,99)
- OLG Hamburg 1983年8月2日決定 (FamRZ 1983,1230)
- OLG Köln 1983年12月2日決定 (FamRZ 1984,278)
- OLG Celle 1983年12月14日決定 (FamRZ 1984,279)
- BayObLG 1984年2月7日決定 (FamRZ 1984,477=StAZ 1984,200)
- BayObLG 1984年7月6日決定 (FamRZ 1984,1014=StAZ 1984,341)
- BVerfG 1984年7月18日決定 (FamRZ 1984,1205=NJW 1985,425)
- BayObLG 1984年11月2日決定 (FamRZ 1985,475=StAZ 1985,70)
- OLG Karlsruhe 1986年4月28日決定 (FamRZ 1986,680)
- LG Kiel 1990年2月19日決定 (FamRZ 1990,742=StAZ 1990,141=IPRax 1992,255)
- OLG Stuttgart 1991年9月25日決定 (FamRZ 1992,195)
- OLG Düsseldorf 1994年2月8日決定 (FamRZ 1994,1183)
- OLG Nürnberg 1995年2月7日決定 (FamRZ 1996,615)
- OLG Frankfurt am Main 1995年2月23日決定 (FamRZ 1995,1409=StAZ1995,139)
- OLG Frankfurt am Main 1995年7月6日決定 (FamRZ 1996,615)
- OLG Düsseldorf 1998年11月2日決定 (FamRZ 1999,225)
- LG Saarbrücken1999年3月15日決定 (FamRZ 2000,819)
- AG Flensburg 1999年6月4日決定 (StAZ 2000,49)
- AG Saarbrücken 1999年12月17日決定 (StAZ 2000,177)
- OLG Hamm 2000年2月4日決定 (FamRZ 2000,1092)
- AG Heilbronn 2000年3月2日処分 (FamRZ 2000,1364)
- OLG Thüringen 2000年3月22日決定 (FamRZ 2000,1365)
- LG Kiel 2001年5月29日決定 (StAZ 2001,362)  
(OLG Schleswig, StAZ 2001,363の原審)
- OLG Schleswig 2001年7月11日決定 (StAZ 2001,363)  
(LG Kiel, StAZ 2001,362の再抗告審)
- LG Köln 2001年8月28日決定 (StAZ 2003,84)
- LG Rostock 2002年6月14日決定 (FamRZ 2003,598)
- OLG Naumburg 2003年1月31日決定 (FamRZ 2004,548)
- OLG Koblenz 2003年8月22日決定 (FamRZ 2004,548=NJW-RR 2004,157)
- OLG Celle 2003年12月10日判決 (FamRZ 2004,949)

- LG Frankfurt am Main 2005 年 2 月 9 日決定 (StAZ 2005,321)  
(OLG Frankfurt am Main, StAZ 2005,321 の原審)
- OLG Naumburg 2005 年 3 月 2 日決定 (StAZ 2006,14)
- BGH 2005 年 6 月 22 日決定 (FamRZ 2005,1477=NJW 2005,2781)
- OLG Frankfurt am Main 2005 年 7 月 21 日決定 (StAZ 2005,321)  
(LG Frankfurt am Main, StAZ 2005,321 の再抗告審)
- OLG Köln 2005 年 8 月 22 日決定 (StAZ 2005,322)
- OLG Frankfurt am Main 2005 年 10 月 14 日決定 (FamRZ 2006,1128)
- AG Saarbrücken 2006 年 1 月 18 日決定 (StAZ 2006,235)
- OLG Rostock 2007 年 4 月 5 日決定 (NJW-RR 2007,1161)
- AG Pankow-Weißensee 2009 年 1 月 13 日判決 (FamRZ 2009,1325=StAZ 2009,274)
- OLG Koblenz 2009 年 4 月 20 日決定 (FamRZ 2009,1932= NJW-RR 2009,1308=NJW-RR 2011,1080) (BGH, FamRZ 2011,872=NJW 2011,1814 の原審)
- BGH 2011 年 3 月 30 日決定 (FamRZ 2011,872=NJW 2011,1814)  
(OLG Koblenz, FamRZ 2009,1932= NJW-RR 2009,1308=NJW-RR 2011,1080 の法律抗告審)
- OLG Braunschweig 2017 年 1 月 4 日決定 (FamRZ 2017,910)