

フェルレープニスの機能 (二)

——ドイツ民法第一二九七条乃至第一三〇二条の研究——

佐藤良雄

一、はしがき

二、法的性質

三、一般的効果(以上二四号)

四、成立——その一——(本号)

四、成立——その一——

(一) フェルレープニスの成立をめぐる問題点のあらましをまず述べておこう。問題はほぼ三種に区別できるといってよいであろう。第一は、いわゆる成立方式であり、フェルレープニスが成立するために何らかの形式を要す

フェルレープニスの機能 (一)

フェルレープニスの機能 (1)

るかという問題である。第二は、民法総則における一般の法律行為の能力（ドイツ民法第一〇四条ないし一二五条）、意思表示（同法第一一六条ないし一四四条）、条件及期間（同法第一五八条ないし一六三条）などの規定が、フェルレープニスに対して、どの程度適用されるかという問題である。第三は、いわゆる婚姻障碍事由が、フェルレープニスの成立をも妨げるか、とくに既婚者のなしたフェルレープニスの効力如何の問題である。右のいづれについても、制定法は規定を置いていない。したがってその解決は、判例・学説に任せられてきた。本稿は、主として判例の紹介・検討を課題とし、学説のそれは他日の課題とすることは、前稿にも述べたところであるが、判例の紹介に必要な範囲で、今日の学説のあらましにも、まえもって触れておくことにしよう。

(1) 成立の方式 フェルレープニスの成立には、一定の方式ないし形式は必要でないことについては殆んど異論がないようである。「フェルレープニスの成立は、無方式の契約によって生ずる」⁽¹⁾、「フェルレープニスは、何らの形式をも要しない」⁽²⁾、「フェルローブングに対して、形式は定められていない」⁽³⁾などと云われている。従って要件は、当事者の合意のみである。すなわち、「真面目な結婚の約束が、フェルレープニスを、恋愛関係 (Liebschaft) から区別する」⁽⁴⁾、「フェルレープニスは、契約によって、正確に云えば、性の異なる二人の人間の、共に婚姻を成立させることを欲するという、また、彼等の親密な関係を社会に対して正当化するようなブラウトシュタントの共同体的関係を成立させるといふ明示された意思の合致によって成立する」⁽⁵⁾、「フェルレープニスは、将来婚姻を共に成立させようというブラウトロイテ (Brauteute 即ちフェルレープニスの当事者たる男女―筆者註⁽⁶⁾)の合意によって成立する。彼等が将来の婚姻の締結を約束すること、即ち、彼等がその重要性を意識しながら、将来の婚姻締結の確約として理解されうるような態度を明示するといふことが必要であり、且つそれで充分であ

(7) などと云われている。

当事者の意思表示ないし合意のみで、フェルレープニスは成立するのであるから、指環の交換、肖像や贈物の交換、近親者や知人への通知の如き儀礼的行為や、愛情の告白、性的な献身、同衾・同棲などの性的な行為、或は相手方を婚約者などと称したりすることなどは成立の要件ではないことになる。(8)

右の成立方式に関してよく知られている先例としては、一九一七年四月二日ライヒ裁判所判決と、一九二八年六月一五日ライヒ裁判所判決がある。(9)

一九一七年判決は、相互的な愛情の承認や、そのうえに結ばれた信頼関係の開始は、それだけでフェルレープニスの成立を包含しているとは云えず、フェルレープニスは、相互に与えられ、承認された結婚の約束によって成立する旨を判示したものである。この事件の請求、訴訟の経過や事実関係などはほとんど明かでないが、原控訴審は、「当事者の属しているドイツの教養ある階層の慣習によれば、愛情の相互的な承認と、信頼関係の開始は、それだけで、間もなく共同して婚姻を成立させようという相互的な意思の表示を含んでいる」と述べて、フェルレープニスの成立を認めた。Y男の上告に対して、本上告審判決も、結論においてはフェルレープニスの成立を認め、原控訴審判決を支持し上告を棄却したのであるが、その理由づけにおいて右の原控訴審判決の掲げた命題を批判した。すなわち、本上告審判決によれば、「愛情の承認」や「信頼関係の開始」によって、しばしばフェルレープニスが成立することは確かにその通りであるが、「相互的な愛情の承認や、そのうえに結ばれた信頼関係の開始が、フェルレープニスの成立を包含している」という内容の一般的な経験法則は定立されるべきではないのである。けだし、一般の親族間でも、将来の婚姻成立の意図なしに、親密な愛情関係が存在するからで

フェルレープニスの機能 (二)

ある。そこで本判決は、結局、個々の場合について、結婚の約束がなされたか否かを詳細に検討すべきだとする。ここで注意すべきことは、本判決が、右約束の認定にさいして、指環の交換、肖像や贈物の交換、近親者や知人への通知などの経過が生じたかどうか、生じなかったとすればその理由は何かを重視すべきだと説いている点である。本判決が約束ないし合意のみでフェルレープニスが成立することを判示していることは前述の如くであるが、従来の学説上では、むしろ右の点が、すなわち、約束ないし合意の認定にさいして指環の交換等々の経過を重視すべしとの点が、とくに注目されてきたようである。しかし、少くとも、右の点だけをとりだして本判決を論ずることは正当であるまい。判旨はあくまでも指環の交換等々を成立要件たる約束ないし合意の認定の重要ではあるがやはり一つの材料として挙げてゐるに過ぎないと理解すべきだと思われるからである。さて、本上告審判決はかくの如く、原控訴審判決の定立した命題を批判するが、フェルレープニスの成立という結論においては原審判決を支持する。その理由はこうである。右命題の定立にもかかわらず、原審判決の結論は、右命題に基いてなされてはいない。ただし、原審判決は、一九一〇年以来継続してきた当事者間の恋愛関係を、結局当事者間のフェルレープニスの成立を立証するには充分でないのみならず、フェルレープニスは、Y男が、一九一一年一〇月以後に、当事者の同棲 (Zusammensein) にさいして、次のような意思表示をなしたときに、なされたのみなしたからである。その意思表示の内容は次のようなものであった。「私達は、愛の悦楽に至ることなく、私達の青春から立去ろうとしている。私達がいま性的に結合するならば、それは私達にとって良いことである。私達二人は、そのことによって、私達の神経の衰弱 (Nervosität) から逃れるだろう。私は君に、私の母の名において誓う。君は私にとって、世界中で最も愛すべき存在である。私が誰かと結婚するとすれば、私は君と結婚し、

他の誰とも結婚することはないであろう」。右の意思表示のうちに、Y男のX女との結婚の意図の確定をみとめた原審判決を本判決は支持する。さらに、これに対するX女の承諾を、X女がY男の約束を信じてY男となした同衾 (Beiwohnung) のうちに見出した原審判決を支持する。そして右Y男の意思表示とX女の承諾とによってフェルレープニス が成立したとする原審判決を正当とする。ただし、「フェルレープニスは、相互に与えられ、承認された婚姻の約束によって成立する」からである。本判決について事実関係の詳細は明かでない。しかし右判文から、少なくとも「恋愛関係」 (Liebesverhältnis) およびそれにひきつづく「同衾」 (Beiwohnung) ないし「同棲」 (Zusammensein) が存在したことは確実とみてよいであろう。

一九二八年判決は、フェルローブング (Verlobung) という言葉の二重性を説いた判決として知られている。また、指環の交換、近親者や知人に対する通知ないし公示自体は、フェルレープニスを成立させうるものではないことを判示した判決としても引用されている。この判決についても出典の記載が簡略なために、事実関係などが殆んど明かでないが、刑事事件に関する判決であること、原審たる陪審裁判所が、フェルレープニスの成立を否定したのに対し、本上告審が、その点の審理不尽を指摘して破棄差戻したものであることがうかがわれる。本件の被告人Y女が、Kなる者とフェルローベンしていたかどうかが問題となったのであるが、訊問に対するY女の陳述が、彼女はKとはフェルローベンしておらず、クリスマスにKとフェルローベンするつもりであったとの趣旨だったところから、陪審裁判所は、真面目に与えられた結婚の約束としてのフェルレープニスは存在しなかったと結論した。すでにこの陪審裁判所において、Y女とKとの間に「関係」 (Verhältnis) ないし「恋愛関係」 (Gehen mit) が存在し、それが「性交」 (Geschlechtsverkehr) と結びついていたことが明かにされている。

たようである。しかし陪審裁判所は、それらの事実を、決して、真面目な結婚約束をうらづけるものではないと判示したのであったらしい。そして、本上告審判決もその点は正当であるとする。しかし、陪審裁判所は、かかる関係が存在しても、両当事者のいづれもそれに拘束されないことの理由づけとして、前叙Y女のKとフェルローベンしておらず、クリスマスにフェルローベンするつもりであったとの陳述をとりあげ、当事者間のフェルローブとその拘束は、クリスマスに初めて生ずる筈だったと付け加えていた。本上告審判決はこの点を批判する。すなわち、ここに、陪審裁判所が一般に知られている「フェルローブ」という言葉の二重性を十分に理解していなかったことの明白な可能性が指摘されねばならないという。上告審判決によれば、フェルローブは、あるときには、ほとんど無形式に与えられる結婚の約束そのものの意味において用いられる。しかし非常にしばしば世間に対する結婚の約束の公示の意味においても用いられるのであり、後者の意味で用いられるときには、通常前者の意味における無方式の結婚の約束としてのフェルローブは、すでに久しい以前に存在しているものなのである。そしていま、Y女の陳述で云われている「フェルローブ」は、後者の公示の場合を指しているように思われ、この点の吟味を陪審裁判所が欠いているのは審理不実だと云うのである。破棄差戻判決としての性格上であろうが、上告審判決自身は、Y女の云うフェルローブが後者の意味であることも、またフェルローブでないしフェルレーブニスが合意ないし約束によって成立することなどについても明言してはいないが、判決の趣旨としては、そのような意見に立っているものと見受けられる。さて本判決の事実関係についても、右判文から、当事者間に、恋愛的関係が、性交ないし性的交渉を伴って存在したことだけがうかがわれる。

かように、フェルレーブニスが、当事者の結婚の約束ないし合意だけで成立するということは、学説・判例上

疑いのないところのように見受けられるのであるが、しかしこのことは、一般に、その他の判決の具体的判断において、当事者の約束ないし合意のみで、成立を認めているということまでは、必ずしも意味してはいないのでなかるうか。⁽¹¹⁾或は、仮に当事者の合意のみが指標ないし要件とされているとしても、指環の交換、近親者や知人への通知の如き儀礼的行為や、同棲や子の出生の如き性的生活関係と無関係に、かかる合意の存在の確定がなされるのではないとも思われる。事実、先例たる右二判決のいづれにおいても、同棲・同衾ないし性交渉が存在しており、かつ一九一七年判決においては、Y男の結婚の意図に対するX女の承諾の意思は、X女のY男に対する同衾 (Beiwohnung) のうちに見出されてすらいるのである。さらにまた、ましてや、このことが、一般に、フェルレープニスなる概念によって判例上で指称されている婚姻外の男女関係が、結婚の約束ないし合意のみものに止ることを意味するのではないことは勿論である。

ところで、意思の表示ないし合意は、口頭でも書面でもすることができ、また使者によつてもすることができると考えられているが、代理人によつて為しうるかについては問題があり、学説は否定的に解している。ただし「個人は、生涯の人格的な、自己を拘束する行為に関しては、自ら判断すべき」⁽¹²⁾だからである。この点については、明確な先例はみあたらないが、多少関連する判決としては、一九二〇年一月八日ライヒ裁判所判決が引用されている。この判決は、前稿(一)(二三頁・一三八頁)で既に紹介したように、一般の代理に関するものではなく、未成年者がフェルレープニスを解除するにさいして法定代理人の同意を要するかが問題となり、その同意を不要と判示した事例である。未成年者については、後述の如くフェルレープニスの成立には法定代理人の同意を要するかが問題とされており、一般の代理とは区別されて論じられているので、本判決を一般の代理についての先例

フヘルレープニス機能(下)

と考えることは妥当ではない。なお本判決における男女も、フヘルレープニスの期間中に、同衾 (Beiwohnung) したことが認められることは前述の如くである⁽¹⁴⁾。

- (1) Beitzke, Familienrecht, 10. Aufl., 1962, S. 16.
- (2) Lehmann, Deutsches Familienrecht, 3. Aufl., 1960, S. 27.
- (3) Dölle, Familienrecht, 1964, S. 67.
- (4) Beitzke, a. a. O.
- (5) Lehmann, a. a. O.
- (6) Brautleute, Brautstand などの原語を、本稿では、Verlöbnis, Verlobung などと同様に邦訳しないで用いる。これらの原語をこのように訳出するかという問題が、本稿の中心問題となっているからである(本稿(一)まえがき参照)。
- (7) Dölle, a. a. O.
- (8) なおそのほか Staudinger, Kommentar zum BGB, IV, 1926, S. 11 も、「ドイツ民法によれば、フヘルレープニス契約は、無方式に、また黙示的に締結されることがある」と述べている。また、Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnis, 1900, S. 69 も、「新法即ちドイツ民法典のもとで、フヘルレープニスは、無方式(formlos)に生ずると明言しているが、ここでは、諸階層におけるフヘルレープニス成立の慣行に言及しており、興味深い。もっともここで述べられていることは、一九〇〇年初頭の事情であり注意を要するが、まず、口頭であれ、文書であれ、具体的な行為による黙示のものであれ、全ての明瞭な意思表示によって成立すること、将来の婚姻締結の約束の意味における結婚の約束までには必要とせず、ブラウトロイテ (Brautleute) となるという合意が明かになるような約束でよいこと、を述べたあと、諸階層の慣行に触れて次のように云っている。「上流の社会階層に属する者や市民や農民については、裁判官は、彼がこの事実問題を前にしたとき、困難には滅多に遭遇しない。指環の交換、家庭内での祝事を伴

った口頭での発表、近親者や知人に宛てられた通知による文書での発表、農民の場合には、事前におこなわれる媒酌 (Freiwerbung) と、手打 (Handschlag) や恐らくまたあちこちでは手打の酒 (Weinkaud) 又は手附金 (Draufgeld) を伴った締結と並んで、見合 (Beschau) など、これら全てが一般に、フェルレーブニスの意思とフェルレーブニスに対する保証を伴って完了する。しかしてまた、あまり形式的でない労働者層においても、恋愛かブラウトシャフト (Brautschaft) かが本主に疑われることは、そう度々は起らない。そこでもまた指環の交換の習慣がまだ消滅しておらず、なかつく、ブラウトロイテとしての行動が、そこでもまだ、多かれ少なかれ慣習によって規定されている。ただ、人は、異った社会階層とその考え方とその慣習を取り違えるべきではなく、一つの階級から他の階級へ持ち込んだりしさえしなければよいのである。前以つてなされた交渉 (Verkehr) に因る妊娠は、農民のあいだでは、今日でもなお、殆んど原則として、フェルレーブニスへ導くものである。けだし、交渉の結果をもたらしたような少女を捨てることは、悪事とされているからである。都会の住民の低い階層においては、かような考え方は十分に支配的ではない。あやまちが知人の視野から容易にかくれうるという事情が、ここでは、フェルレーブニスに対する道徳的強制の確立をさまたげている」と。彼国における慣行の実態に対する興味もさることながら、一方で無方式の合意という要件を規定しながら、他方で階層や地方によって、この合意の徴表を別異に考えようという態度は、我が国の場合についても参考になるだけでなく、本書及びその著書が従来与えてきた影響の大きさを考え合せると、判例や学説における考え方の一端もしのばれて、この点からも興味深いのである。

アウグスト・Dittenberger, Das Verähnlichungsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1901, S. 61 ff. 24. 右 Stutz の立場をなすに「やえなうし批判しておひ見逃すことかできなう。すなわち Dittenberger も「民法によれば、フェルレーブニスは、形式 (Form) とは結びついていない」という。次に立法過程において、方式を定めようという提案が容れられなかった事情に触れたあと、結局、方式が要求されないとすれば、民法は真面目フェルレーブニスの機能 (二)

フェルレープニスの機能(二)

目に考えられた結婚の約束のみを、フェルレープニスとみなしていることになるという。したがって単なる恋愛関係(Liebeschaft)はフェルレープニスではないことになる。そこでフェルレープニスと恋愛関係の相異点が問題となるが、何時でも通用するような区別の基準は存在せず、真面目な将来の結婚の約束があったかどうか、個々の裁判官によつて認定されねばならず、しかもその場合、階層による慣習の相異に注意せねばならない。この点は Stutz と同様であり、たとえば、二人の血族でも姻族でもなく、又道徳的な関係でも非難の余地のない未婚の若い教養ある階級出身の男女が、度々公然と腕を組んで現れたとしたら、彼らはフェルレープニスを成立させたと認められてよい。かように上流の階級では、比較的フェルレープニスは公然化されるが、低い階級においてはそうではない。このように Dittenberger も、一定の階層の一定の慣行がフェルレープニス成立のめやすになることを認めるが、以上みてきたように、彼の場合は Stutz と異り、フェルレープニスは、将来の婚姻についての真面目な約束によつて成立するのであり、Stutz の如くプラウトロイテになるという約束で足りるのではない。すなわち、「恋人は、楽しむことを欲し、人生を楽しむ。彼らはたんに恋愛関係すなわち、現在を欲しているにすぎない。しかしプラウトロイテはたんにそのようなものを欲するだけでなく、なかんづく、かつ第一に、将来を、すなわち婚姻を欲する」のである。そして、「Stutz の理論は、プラウトシャフトと恋愛関係の区別を全く不可能にするものであろう。」と云う。結局彼によれば、「フェルレープニスは全く無方式であり、それゆえ、慣行によつて求められる全ての当事者による行為、たとえば近親者や知人に対する通知、花婿の訪問(Brautbesuch)の如きものは、フェルレープニスの法的有効性には、いささかの影響を有さず、単に微表(間接の証拠)たる意味を有しうるにすぎない。とくに、フェルレープニスの指環の習慣的な授与の如きは、フェルレープニスの成立の法的行為に対しては何らの関係にも立つものではない」ということになる。

かように、フェルレープニスの無要式性については、ほぼ異論なしとしても、約束ないし合意の内容如何、慣行的

行事の有する意味の如何については、従来きほど一致してきたわけではないことが、右の紹介からもうかがわれよう。その学説の検討は、我國の婚姻予約の研究にとつても、少なからず参考となるであろうが、その詳細な検討は他に譲ることとし、ここでは、以上のきわめてあらゆる紹介に止めておくことにしたい。

(9) Warn Rspr. (= Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht im *der amtl. Sammlung der Entscheidungen des RG* abdruckt ist, hrsg. v. Warneyer) 1917, Nr. 273.

(10) JW. (= Juristische Wochenschrift) 1928, S. 3047, 18.

(11) しかし、抽象的規範でなく具体的判断を、各判決について検討する作業は、まだ行っていない。したがってここではただ問題を提起するだけに止めざるをえない。しかし、あえて若干の憶測を述べれば、抽象的規範としては、かくの如く合意ないし意思表示のみで成立するとは云いながらも、その合意ないし意思表示は、一定の儀礼や性的関係の存在をまつて初めて確定し、或は認定されるということにより、結局は、儀礼や性関係が、実質的には、或は間接的には、フェルレープニスの要件ないし指標とされていることになるのではなからうか。

(12) Dölle, a. a. O., S. 67 乃至 Betzke, a. a. O., S. 16 も、フェルレープニスは高度に個人的な法律行為であるから、代理はみとめられないと述べている。また、Lehmann, a. a. O. S. 28 も、代理は、原則として認められないとするが、その理由としては、かかる代理は、善良の風俗に反するためだとしている。もっとも、ここで否定されているのは、意思についての代理 (Vertretung im Willen) であり、表示についての代理 (Vertretung in der Erklärung) は否定されていない。Staudinger, a. a. O. S. 10-11 も、フェルレープニスによって成立する関係の高度に個人的な (Höchstpersönlich) 性質を考慮して、この契約の締結における代理を否定している。但し、ここでは否定されているのは、意思の代理だけであり、表示の代理は否定されていない。ところで、右シュタウディングガーも指摘している如く、かくては、絶対的行為無能力者 (本稿(一)二三九頁註(1)参照) の法定代理人も、制限行為能力者の法定代理人もフェルレープニスの機能(二)

フェルレープニスの機能 (二)

代理してフェルレープニス契約を結ぶことができないことになり、制限行為能力者は法定代理人の同意があればできるとしても、結局、絶対的行為無能力者は（同意によっても法律行為をなしえないから）有効なフェルレープニス契約を締結しえないということになる。Dittenberger, a. a. O., S. 65 ff. も、意思についての代理を否定する。ここでは、その理由は、結婚の約束としてのフェルレープニスの性質から説明されている。ただし婚姻とは、一般に、当事者の相識ること (gegenseitige Bekanntschaft) にもとづいて生ずべきものであり、婚姻の成立に対する義務もかかる基礎なしには課せらるべきではないからである。

この点で、Stutz, a. a. O., S. 71 ff. の代理に関する見解はこれらとちや異なる。Stutz は、特別委任 (Spezialvollmacht) にもとづいてそれが生じたときには、フェルレープニスに関しても意思についての代理をみとめようとする。すなわち次のように云う。「たとえば、海外の任地に居て帰国できないドイツの宣教師が、故国の信頼できる人に、そこで彼に伴侶を探すことを委任し、彼が彼のために適当な相手を見付けたときに、彼に代って当事者とフェルレープニスを締結することを委任するようなことは十分に考えうるし、また実さいに生ずることがある。もし、かかる宣教師の婚約女が、このフェルロープンクにもとづいて当該の伝道地へ旅行をし、婚約男が、フェルレープニスを破棄したら、旅行の費用もまた、婚姻を予期してなされた出費として賠償されるべきである」と。前記 Dittenberger はこれに反対し、特別委任による意思の代理を認めるか否かは、学説上一つの論点となってきたが、近時発刊された Thönissen, Grundfragen des Verlobnisrechts, 1964, 136 ff. は、養成説の立場をとり、次のように論じている（なお、フェルレープニスに関する主要な論著としては、右 Stutz と Dittenberger のものがあるが、いずれも一九〇〇年初頭のものであり、その後は、Dissertation に属する論著はかなりみられ、雑誌論文も若干みられるもの、久しく多少とも権威のある詳細な論著は現れなかつた如くであるが、右テニッセンの論著は、内容が民法総則との関係を主としているものの、フェルレープニスに関する久々の文献と云えよう）。

第一に、法定代理人によるフェルローブンは、勿論みとめられない。第二に、任意代理人によるフェルローブンスも原則としてみとめられない。しかしここで問題となっているのは、ドイツ民法二三八条第一項（善良の風俗に反する法律行為は無効とする）であり、それは、個別的なケースについての個々の評価をみとめている。したがって、やむをえざる障碍が、事前に相識することを阻んでおり、事前に相識することの放棄が、真面目な信念に基いているときには、例外がみとめられるべきである。しかし、その場合には、詳細な事項まで委された特別委任が要求されねばならない。そのさい委任者は、如何なる特徴（年令、宗教、地位、精神的・肉体的・性質上の素質）を彼が予定しており、いかなる特徴に重きをおいていないかを知らせておかねばならない。あらかじめ、異性なら誰でもブラウトシュタントを成立させるといふ義務を負わせることは、常に反道徳的である。

(13) RGZ 98, 13

(14) わが国の「婚姻予約」ないし「婚約」・「内縁」についても、その「成立要件」が一つの重要な法律問題であることは云う迄もない。わが国の場合も成立方式（無方式か否か、外形的事実の役割如何）や婚姻障碍事由（適令・重婚禁止・同意など）が問題となっていることは、ドイツの場合と同様である。しかしドイツの場合と異り、わが国の判例上では、総則における行為能力・意思表示・条件及期限・代理などの規定の適用如何の点は、従来さほど問題とされてこなかった。ただ、錯誤に関する事例が若干みられることと、婚姻適令の適用の有無の問題が、行為能力にも関連して論じられていることぐらいが指摘しうるにすぎない。その理由は、にわかに論定しがたいが、いかなる論点が判例上に登場するかは結局は当事者の主張や抗弁の内容に制約されるのであるから、当事者の訴訟技術が、ドイツの場合ほど厳密でないことにもその一因があるのであろうかとも思われる。同時にその背景には学説における解明の不充分も存在するのであろう。

(2) 次に民法総則との関係について述べる。主要な問題は、ドイツ民法一〇四条以下の行為能力（Geschäftsfähigkeit）の機能（F）

フェルレープニスの機能(三)

fähigkeit) に関する規定、同法一一六条以下の意思表示 (Willenserklärung) に関する規定、同法一五八条以下の条件及期限 (Bedingung, Zeitbestimmung) に関する規定のフェルレープニスに対する適用の有無であるが、そのほか、同法一三四・一三八条(禁止せられたる行為、良俗違反の行為の効力)、同法一六四条以下(代理—これについては前述)の適用についても問題がある。ここでも問題の所在と通説的見解のあらましをまず説明し、次に各々につき先例を事実関係を中心に紹介してゆくことにしよう。⁽¹⁾

(イ) 行為能力について。ドイツ民法における行為能力の規定の内容に関しては、前稿(一)一三九頁で簡単ではあるが触れておいた。またフェルレープニスに、民法総則の行為能力の規定(とくに法定代理人の同意を要する旨の同法一〇七条)の適用があるかの問題が、フェルレープニスの法的性質(契約か否か)に関連して争われてきたことも、前稿(一)一三四頁で一言触れておいた。満七才未満の者や精神病者及び精神病のゆえに禁治産の宣告を受けた者などのいわゆる絶対的行為無能力者のなしたフェルレープニスが無効であることは、殆んど異論がない。⁽²⁾しかし、七才を超えた未成年者(満二一才未満)や心神耗弱・飲酒癖・浪費の故に禁治産宣告を受けた者、いわゆる制限的行為能力者については問題がある。テニッセンによれば、問題は三つある。第一は、制限行為能力者のなすフェルレープニスは、それが有効となるために、法定代理人の同意を要するかという、⁽³⁾最もよく論ぜられる問題であるが、そのほか、第二に、監護権を有する親やその他の監護権者が同時に法定代理人でないようなときには、これらの者の同意をも、未成年者のフェルレープニスは必要とするか、⁽⁴⁾第三に未成年者の有効なフェルレープニスに対しては、最低年令が要求されるべきか、換言すれば、婚姻適令にならって、特別のフェルレープニス適令が要求されるべきか⁽⁵⁾というような点も問題とされる。ここでは、主として、右第一の点をとりあげよう。

学説は三つのグループに分けられる。⁽⁶⁾ 第一のグループは、法定代理人の同意を要件とするものである。本稿で紹介している Beizke, Dittenberger, Staudinger, Stutz など⁽⁷⁾これに属し、Dölle のテキストもこの立場に立っている。そのほかこの説をとるものは数多く、判例もこの立場に立っている。⁽⁷⁾ 第二のグループは、法定代理人の同意を不要とするものである。⁽⁸⁾ 第三のグループは、中間説で、完全に有効な（即ち当事者双方にとって有効な）フェルレープニスのためには法定代理人の同意を要するが、同意なきフェルレープニスも、行為能力ある当事者には効力を生ずる（従って不当に破棄すれば賠償責任を生ずる）とするものである。⁽⁹⁾ このうち、第一の説が通説とみとめられている。民法施行直後は、反対説（第二、第三のグループ）もかなり強かつたのであるが、その後第一のグループが有力となり今日に及んでいる。しかし、近時再び反対説が有力になりつつあることが指摘されている。⁽¹¹⁾

さて、この問題に関する先例としては、一九〇五年九月二日ライヒ裁判所判決⁽¹²⁾、一九二〇年一月八日ライヒ裁判所判決⁽¹³⁾がある。⁽¹⁴⁾ この一九〇五年判決と一九二〇年判決については、他の個所で既に紹介した。⁽¹⁵⁾ 一九〇五年判決は、既述の如く、要するに、フェルレープニスの成立については民法総則が適用され、未成年者はそのフェルレープニスに対して一〇七条により法定代理人の同意を要することを判示したものである。また一九二〇年判決は、むしろフェルレープニスの解除について法定代理人の同意を要さないとの判示に重点があつた判決であるが、そのさい成立についても触れ、成立には、未成年者の場合は法定代理人の同意を要すると判示している。両件の事実関係と訴訟の経過も前述した如くであり、ここでは、一九〇五年判決の事實は、度々同衾がなされ男児すら出生しているものであること、一九二〇年判決のそれは、フェルレープニスの期間中同衾を生じたものであ

フェルレープニスの機能 (三)

ることだけを重ねて注意しておこう。⁽¹⁶⁾

(一) 一般に民法総則がフェルレープニスに適用されるかについては、三つの学説が区別されている。すなわち、Thönnissen, a. a. O., S. 7 ff. によれば、第一のグループは、総則の直接的適用をみとめるもの、第二のグループは、直接の適用ではないが、(フェルレープニスに) ぶさわしい (entsprechend) 適用をみとめるもの、第三のグループは適用をみとめず、フェルレープニスの性質から判断したり、婚姻法の規定に依拠したりするものである。フェルレープニスの法的性質について、契約説をとる学者は概して第一のグループを形成し、事実説をとる者は、第二・第三のグループを形成するようである (両説をとる者のリストは Thönnissen, a. a. O., S. 140 ff. にもある) が、必ずしも両者は完全に一致しない。両者の比較は興味深いが他日の課題としよう。ところで、一般論としての総則適用説・不適用説は、総則中の個々の規定の適用説・不適用説と必ずしも一致しない。一般には適用をみとめる者も、ある条文については適用を否定することがあるので注意を要する。

なお、総則とフェルレープニスの関係は、民法総則ないし財産法と親族法ないし家族法との関係 (適用の有無・範囲) という、わが国でも論じられている根本問題とつらなっている。その意味でこの問題を追求することはきわめて重要であるが、ここでは問題の指摘のみに止めざるをえない。

(2) Beitzke, a. a. O., S. 16; Lehmann, a. a. O., S. 27; Dille, a. a. O., S. 68; Staudinger, a. a. O., S. 9; Stutz, a. a. O., S. 62; Dittenberger, a. a. O., S. 85; Thönnissen, a. a. O., S. 15 以上を参照しあたりに参考文献はよく行爲無能力者 (Geschäftsunfähiger) のフェルレープニスを無効としている。しかし、その理由づけには若干の差異があることに注意を要しよう。ややおおまかに云えば、フェルレープニスを契約とする説では、民法総則の適用ありとし、したがって民法一〇五条 (「行爲無能力者ノ意思表示ハ之ヲ無効トス。意識喪失ノ状態又ハ精神活動ノ一時的障碍ノ状態ノ下ニ為シタル意思表示モ亦、之ヲ無効トス」) を適用して、右の結論に達する。これに対し、

フェルレーブニスを契約と考えず、また契約と考えても、家族的な契約と考えたり或は何らかの特殊な契約と考える論者の場合には、たとえ同じ結論に達するとしてもやや事情が異ってくる。法的性質に関する学説の分化が、成立や効果に関するいかなる学説の分化を導くかについての整理は、いづれ果すべき話題であるが、たとえばこの場合、Beitzke, Staudinger, Dölle, Stutz, Dittenberger などはいづれも一〇四条及一〇五条をその根拠として引用しており（しかしこれらが全て同じ意味で契約説と云えるかどうかは疑問であり、そこにはまた論者により学説分類の相異もある）、これに対し、特殊の契約説（家族的契約説）をとる Lehmann は、条文に根拠を求めず、当事者の精神的成熟を基準としているのである。

(3) 問題となる条文は二つある。一つは、民法一〇六条以下である。未成年者については一〇七条、その他の制限行為能力者については一一四条が、同意の必要を定めている。もう一つは、婚姻法 (Ehesatz) における婚姻適令の規定である。同法一条は、男子の婚姻適令を二才（成年と同じ）、女子のそれを一六才としている（但し一定の場合後見裁判所は右の制限を除去できる）。そして、同法三条一項は、未成年者と制限行為能力者はその婚姻に法定代理人の同意を要すとしている。もともと未成年者と云っても、この場合男子は未成年（二一才未満）では婚姻できないのだから、問題となるのは女子のみ（二六才以上二一才まで）である。かくて、未成年の女子と、制限行為能力者については、民法総則と婚姻法の右各条の双方から、フェルレーブニスに法定代理人の同意を要するのではないかとの問題が生じてくるわけである。

(4) この問題は、婚姻法三条二項の準用があるかということの意味する。同条同項は「未成年者ノ法定代理人が同時ニ其ノ者ノ身体ニ対スル監護ノ義務ヲ有セザルトキ若ハ法定代理人ノ外ニ他人ガ監護ノ権利ヲ有スルトキハ監護権者ノ同意ヲモ併セ得ルコトヲ要ス」としているからである。たとえば、父母の一方が制限行為能力者となり、親権を失ったような場合、その者は法定代理権は失うが、子の身上監護義務は失わず、法定代理人と共にこれを有することになるフェルレーブニスの機能 (1)

フエルレープニスの機能 (ト)

(ドイツ民法一六七三条)。このような場合、子の婚姻については、監護権のみを有する親の同意をまなす必要とするのである。

- (5) 婚姻適合のいふは、前註(ウ)を参照。
- (6) Thönissen, a. a. O., S. 17 ff. の分類に従って紹介する。
- (7) フエルレープニスに民法総則の適用をみとめる論者は、概して法定代理人の同意必要説をとっている。しかし必ずしも前者が完全に一致してはなからず。不一致の例として、Goldmann や Dniestrzanski が挙げられる。また Beitzke の意見は、異説をいっている。この説をとる者はおもて多く、牧野にとりかかると。右のほか Crome, Ennecerus-Wolff, Erman-Siebert, Palandt-Lauterbach, Schmidt などにも詳細のいふは、Thönissen, a. a. O., S. 19 ff. をみよ。
- (8) Lehmann のいふは、この説はもつたが、近時、第三のグループに改説した。そのほか Dernburg, Kohler などにも詳細は Thönissen, a. a. O., S. 20 ff.
- (9) Beitzke がかりの説をいふたが、近時第一のグループに改説した。このほか Lehmann, Dietz, Mitteis などにも、詳細は Thönissen, a. a. O., S. 21.
- (10) 他に、Dernburg, Dniestrzanski, Goldmann, Hellmann, Hellwig, Henle, Kohler, Mathias, Meisner, Nathan, Titze など。
- (11) 他に、Boehmer, Lehmann, Mitteis, Schnitzerling など。
- (12) RGZ 61, 267
- (13) RGZ 98, 13
- (14) 他に、RG JW 1906, 9 Nr. 3 なども未見。

(15) 一九〇五年判決については、本稿(一)二三〇頁・二三六頁以下、一九二〇年判決については、同(一)二三一頁・二三八頁参照。

(16) なお、これに附随して、解除に同意を要するかの問題があり、これと前記第二(監護権者の同意)、第三(適令)の問題は、本項「総則との関係」のうちの意思表示・条件及期限等、さらに次項「婚姻障碍事由との関係」と併せて、次稿(三)において「成立―その二―」として扱うことにする。筆者の不幸から内容が中断されたことをお詫びする。

(未完)