

帝政期ドイツにおける夫婦財産契約～理論と実務の懸隔

一橋大学 屋敷二郎

藤本 パワーポイントのものがレジュメがわりということで、あと三つの資料がお手元にありますでしょうか。それでは、「帝政期ドイツにおける夫婦財産契約」ということで屋敷二郎さんにお話を伺いたいと思います。質疑も含めて大体 40 分から 45 分ぐらいでお願いします。

屋敷 レジュメのほうにはだれが話をするのか書かれていません。印刷してから気がついたので、パワーポイントのほうは直しておきました。私は屋敷です。きょうは契約についてのワークショップということですので、近年私が取り組んでいる帝政期ドイツにおける夫婦財産契約の話をしたいと思います。(以下、パワーポイント使用)

前置きとして言えば、ヨーロッパのカトリック世界における秘蹟としての婚姻の変化・変容です。それ以前は秘蹟ではなかったのですが、中世に一たん秘蹟になって、それが近世の特に宗教改革の過程で世俗化が再び進む。再び進む過程でもろもろの妥協の産物として、とりわけプロテスタント地域においては市民婚と教会婚の分離が生じるということです。このあたりは深入りすると切りがないので、そういうふうにと流しておきまして、結局問題なのは、全く教会を介さない形での婚姻という考え方については、近代に入ってもなおかなり違和感があるところだったということで、それに対して市民婚、国家による婚姻の成立あるいは婚姻が成立したという保証というものをどう位置づけていくのかというのが、これからお話をする 19 世紀のドイツにおいては非常に大きな問題になったということです。

先ほどの堀川さん（の報告）にも出てきましたが、ドイツといえばやはりカントとサヴィニーが出てきます。カントはもう深入りしませんが、サヴィニーについて話をすると、婚姻というのは一体制度なのか契約なのかというのが 19 世紀ドイツにおいて非常に大きな争点になります。ドイツ帝国が 1870 年に成立した後は、有名なビスマルク（Otto von Bismarck）の文化闘争の一環として単なる学問上の議論にとどまらない政治的闘争へと発展する。というのも、ビスマルクの文化闘争というのは、とりわけプロテスタントのプロイセン政府とカトリックのバイエルン政府との対決という側面を非常に強く持っていたわけですから。その中で市民婚と教会婚の分離が進んでいない南ドイツのとりわけバイエルン（Bayern）と、市民婚がむしろ同時代の先進国フランスなどと比べても非常に突出していたプロイセン（Preußen）との対決という側面があったということです。

なので、単純に学問だけの話でもないということになるわけですが、そういうことへの発展ということも頭に置いた上で学問の次元に戻ると、基本的に婚姻については制度なのか契約なのかというまず大きな区別（があります）。それから仮に制度だとして、それはどういう意味での制度なのかということです。これについては、実は制度だというほうが通説的な立場であったわけですがけれども、その中でサヴィニーは彼自身の非常に特異な民族精神論——特異と言いましたけれどもむしろそれがサヴィニーの影響力のもとで通説的な

地位を確立するわけですが、つまり法と言語と習俗というものが同時発展していくという歴史法学のテーゼ、民族精神論というものがまず出発点にあります。

内藤さんが（もう帰って）いなくなっていましたでしたが、婚姻というものは人間の繁殖衝動が人倫の構成要素として文明化されたものと、サヴィニーは『現代ローマ法体系』の第1巻の中で述べています。そういう繁殖衝動とかが人間の文化発展とともに文明化して制度化されていく。それを法という形で定式化し、それに国家権力の命令の裏づけを与えたものが法的な婚姻制度なのだというわけです。

そうだとすると、まず真っ先にあるのは婚姻という現実のほうであって、それをサヴィニーは自然的制度と呼ぶわけです。対比されているのはサヴィニーが毛嫌いしていたプロイセン一般ラント法（ALR）です。これは啓蒙主義の合理精神に基づいて、国家が合理的に目的を設定する、例えば出産や相互扶養であるといった目的を設定した上で、そのための制度としての婚姻というものを国家が設定しているという考え方です。こういう人為的な制度という考え方は、さらに突き進んでいくと婚姻を締結する個人がその目的・内容、つまり国家が設定したのとは違う目的や意図を持って、その婚姻の内容を決めていくというようなところにも発展し得るわけで、そこまで進んでしまうと、婚姻の本質はむしろ制度というよりも契約であると考えることになっていきます。

こういう議論の大前提があって、かつまた自然としての制度というのが通説的な立場になっているという状態の中でドイツ帝国が成立し、そしてドイツ民法典（BGB）の草案の準備が始まることになります。ここでは、婚姻法全体を扱うわけではなくて夫婦財産法、その中でも夫婦財産契約を扱うわけですが、夫婦財産法に限定していくと、夫婦財産法は一方においては家族関係の中の財産法的な側面を扱うものですので、その限りにおいて財産法的な思考法に非常に強く影響されることになりますが、他方においてももちろん夫婦財産法は家族法の一部であって、まさに先ほどのような婚姻に対する観念を非常に強く反映してくることになります。

結論的にいえば、先ほどのサヴィニーのような制度としての婚姻という考え方から、割とストレートに夫婦財産法もまた制度として存在するのであるというのがコンセンサス、暗黙の了解のようなものになっていて、その上で新たな法典が編纂されるに当たって統一的な夫婦財産法をつくろうということになります。統一的なものをつくろうということになったわけですが、そのためには現状の把握が必要であるということで、ドイツ法律家大会が協力体制をしきまして、調査・鑑定が行われるわけです。夫婦財産法というのはドイツ民法典が扱うべき法のすべての領域において最も分裂した状態にあるというのが、ドイツ法律家大会の結論でした。

婚姻法や離婚法などは例えば旧来の教会による統一的なルール、あるいはその後の国家的な統一ルールの形成が、地域ごとではあるけれどもある程度は進んでいました。財産法の分野では、地域をまたぐ取引の需要があったこともありますので、全ドイツ的なルール形成がかなり進んでいた。ところが、夫婦財産法はそれこそ下手をすると村ごと、町ごと

に違うというような状況になっていて、地域の中でも非常に多岐に分裂した状態にあり、実に 100 種類以上のヴァリエーションがあったと言われます。

その結果どうするかということが議論されまして、その全体を五つの類型に分けた上で、それぞれ当てはめる地域を決めようというような案も出たわけです。統一的な夫婦財産法の形成は無理だから、地域分割しよう。こういう発想も非常に制度的な発想で、それぞれの地域ごとの制度を決めようという発想になっていました。これは、夫婦自身が自己決定する夫婦財産法という発想が、編纂者の側に非常に欠如していたということをあらわす証拠と言えるだろうということです。

この(「DAS DEUTSCHE REICH」の地図)のためにわざわざ画面を大きくしたのですが、ドイツ帝国の領土がこのようになっているわけです。これがどういうふうになるのかといいますと、まず管理共同制と呼ばれる類型がありまして、これは逆に言うと管理・収益だけが共同ということになりますので、ベースは別産制ということになります。これは、主として北ドイツで一般的で、ザクセン民法とプロイセン一般ラント法がこれを法定財産制と決めていました。このブルーはプロイセンの領土ですが、基本的にこの全域です。それとザクセン (Sachsen) 王国になりますので領域的には非常に広い。

ただし、プロイセンといってもこれは行政区分上のプロイセンの統治下に入っているというだけのことなので、このすべてが管理共同制だったわけではありません。これは人口でいうと 1600 万人ぐらいいたということです。当時のドイツの人口は 5200 万人ぐらいと言われているのですが、そのうちの 1600 万人なので、これが最大数ということになります。

これに対して財産共同制あるいは一般的財産共同制と呼ばれるものがあって、これがそれに次ぐ 1400 万人の人口を持っています。これは非常に保守的な制度だと言われるんですが、保守的といえどもバイエルンと相場が決まっております、バイエルンが一番中心になります。

そのほかに実は例えばプロイセンでも、プロイセンという国家の名称の由来になっている Westpreußen (西プロイセン)、Ostpreußen (東プロイセン)、現在ここはポーランドで、東プロイセンのケーニヒスベルク (Königsberg) などはロシアの飛び地になっています。現在でいうとロシアとポーランドということになりますが、このあたりの地域はプロイセンのそもそもの発祥の地ではあるわけですが、プロイセン政府が中心的に考えていた管理共同制とは違うシステムをとっているということになります。あとはヴェストファーレン (Westfalen) がやはり財産共同制をとっています。

その次に多いのが、これも何と訳すのか(難しいのですが) Errungenschaftsgemeinschaft (獲得財産共同制) と呼ばれるものがありまして、管理共同制の場合は、財産を夫婦が別々に持った上で、その管理・収益はすべて夫がやる。だから管理が共同というわけですが、それに対して管理は共同ではなくて夫が管理する制度だろうという女性運動の批判がありましたけれども、確かにもっともな指摘だと思います。財産共同制は夫婦の財産は全部溶け合って一つになってしまう。この場合もやはり管理するのは夫ということになる。管理

するのは常に夫なのでわざわざ言いませんが、財産が溶け合ってしまうか、別々のままだけれども一応夫が管理しているという状態になります。

これに対して、獲得財産財産制というのは何かというと、夫婦の生活の上で新たに獲得された財産だけが共同になるというものです。持参財産あるいは婚姻後に相続した財産や贈与で受け取った財産というのは、この共同財産の中に入らないという仕組みです。現代ドイツの場合は剰余共同制で、それと少し違う仕組みになりますけれども、獲得財産共同制にはそれなりにモダンなところがありましたので、ドイツ帝国が崩壊した後、東ドイツではドイツの再統一まで法定財産制であり続けたということです。何となく古臭いところもあるんですけれども、それなりにモダンで女性運動にも受け入れる余地がある仕組みだということです。これが 1000 万人ぐらいいた。ヴュルテンベルク (Württemberg) とそれに隣接するバイエルンの一部でこの方法がとられていました。東ドイツは（離れた）この辺ですので全然関係ないんですけれども、ヴュルテンベルクやバイエルンの慣習だったと。

それからもう一つこれと非常によく似たもので、ただし少し違うのは、動産共同制 (Fahrnisgemeinschaft) と呼ばれるもので、婚姻中の獲得財産にプラスして婚前から持っている動産が共同所有の対象になるというものです。これは、当時のフランス民法の法定財産制がこのシステムをとっていて、それをフランスから受け継いだという経緯がありますので Rheinprovinz、Rheinland (ライン川流域) 地方と、同じくもう少し南に行きましてバーデン (Baden) 地方のあたりが、動産共同制というフランス民法のやり方をとっている。これが 900 万人ぐらいいました。

残りの 300 万人がどういう仕組みをとっていたかということ、Dotalsystem と呼ばれるものの、つまりローマ法の Dos のやり方をとっていて、いろいろ訳し方はあるんですが婚資制ととりあえず訳しておきます。これは例えばハノーファー (Hannover) とかヴェストファーレンの一部であるとか、あちこちいろいろ飛び地であるのですが、ポンメルン (Pommern) とかメクレンブルク (Mecklenburg) のあたり、あとはヘッセン (Hessen) のあたり、要するに中部ドイツのあたりから、当時はまだ東がありますので現在の北東にかけてのあたりに割と広く広がっていた。ただし、人口でいうと非常に少ない。

この辺もおもしろいところで、19 世紀ドイツ民法ができるまでという、サヴィニーの印象があまりにも強いので、ローマ法一辺倒という感じがするのですが、夫婦財産法を見るとローマ法なんて圧倒的少数ということがわかります。こういう分裂状況があつて、しかも今のはかなり大ざっぱに類型化された後の状況ということになりますので、これが非常にばらばらになっているということです。

いま言葉で言ったこれを人口分布という形でグラフにするとこうなります (グラフを示す)。実際に法典草案が作成される過程で、結局、婚資制というのはシステムとして管理共同制に非常に似ていとされました。というのも、婚姻に際して妻が夫に婚資を与えて、その婚資を夫が管理し、果実を婚姻費用に充当するというやり方で、離婚の際はそれが妻に返還されるということですから、婚資の部分が夫に与えられるのか、それとも形式的に

は別産のままで残るのかというだけの違いになりますので、プランク（Gottlieb Planck）を初めとする編纂者たちは婚資制は管理共同制に吸収してしまえということでもとまって、何とサヴィニーの好みとは正反対にプロイセン法が勝って、ローマ法をそこに吸収してしまうなどということをやっています。

この辺も編纂史の観点からすると非常におもしろいところですが、いずれにしても最終的にプランクが立てた編纂の方針というのは第1段階としてまずこの夫婦財産法の類型化を行って、ある程度見通しがつくようにしようと。それから第2段階として統一的な財産法の形成を行おうというわけで、そのために地域分割というような方法はとらずに、最終的なゴールを管理共同制と定めた上で、そこにどうにかして統合していこうと考えます。

そのための手段としてプランクが導入したのが、実はこの夫婦財産契約というものであったわけです。夫婦財産契約というのは、プロイセン一般ラント法やフランス民法にも規定がありますので、当時のドイツにおいて全く未知の法制度というわけではありませんでしたけれども、実際にはどのぐらい広がっているかという点で非常にまれな話で、ドイツ民法典制定当時にはあまり知られていない制度でした。ここでプランクは統一法形成のための手段として夫婦財産契約というものを考えていたので、あくまでも類型間の選択ということ念頭に置いているわけです。つまり逆に言うと、契約自由のようなものはそこでは想定されていないわけで、先ほど分けた類型の中から選ぶための手段にすぎないのです。ただし、諸般の事情で婚資制というのを管理共同制に吸収した上で、それとは別に完全な別産制というものをつくる。これは基本的にもう代替手段で、ほかのどれでもないという場合にしようがないので別産制にするというような位置づけです。要するに、編纂者たちは基本的に管理共同制を別産制の修正版と捉えていたので、修正版が何らかの事情で破綻したらオリジナルの（完全な）別産制が出てくる、ということです。

こういう5類型をつくるわけですが、この中で最終的にはドイツ全土を管理共同制に統一するというプランのもとで、基本的には契約自由というような発想はなくて、この五つの中から選びなさいということです。そうするとそれを全くフラットに選べるようにするというのでは、最終的に管理共同制に集約するということが起きませんので、そのかわりにプランクがとった方法は、何もしなければ管理共同制になるという仕組みです。ほかのものについては、夫婦財産契約を結んでこれを選びますよという選択をして、しかもその時点で当事者間での効力は生じますが、第三者に対する対抗力を持つためにはさらに、それまでドイツに全く存在しなかった夫婦財産登記簿というものに登記をして初めて対抗力を持つという形にするわけです。

そうすると夫婦が別産制でいきましょうねとか、財産共同制でいきましょうね、昔ながらの村の風習どおりにやりましょうねというような合意をただけでは対抗力がないことになってしまいますから、わざわざ登記をするという手間をとらないと自分たちの望んだ方法でやることはできない。そうするとそれは一つのハードルになるわけで、そのハードルがあるがゆえにおのずと財産共同制や獲得財産共同制の地域でも少しずつ管理共同制に流れてい

くだろう。最終的にはそうやって統一するんだと。つまり、一方的に命令して統一するという発想はないわけですが、結果的には管理共同制に持っていくということを非常に明確に意図していました。

このプランクの意図は、例えば草案批判を展開したギールケ (Otto von Gierke) などには非常に明確に認識されています。プリント資料の束の中の3ページ目です。これはギールケの有名な民法典草案批判の本ですが、そのコピーの線を引いてあるところを見ますと、「受け継がれた習俗への接続に負担を課し、困難にするのは極めて不当である」とあります。管理共同制を除く類型だけに登記が要求されていて、これは伝統を守ることに対してわざわざハードルを高くしている、極めて不当なことだと批判しています。逆に言うと、ギールケはこのプランクの意図を非常に正確に見抜いていたということもわかります。

ちなみに、さっき言及しようと思って飛ばしてしまったのですが、いま飛ばした1枚目と2枚目のところは、ヴィントシャイトの有名な『Pandekten 法教科書 (Lehrbuch des Pandektenrechts)』です。そこでは夫婦財産法に関しては、目次のところを見ますと Dos (婚資制) の話だけがあって、次のページには婚資契約の話は載っているけれども、『Pandekten 法教科書』なので当然ですが Pandekten 法に出てくる夫婦財産制しか書いていない。したがって、ギールケは、法典草案はヴィントシャイトのコピーだ、条文の型に流し込んだだけだと批判したわけですが、夫婦財産法に関しては、逆にヴィントシャイトは完全に無視されているとも言えるのです。

続いて今度は女性運動の立場に触れようと思います。当時の女性運動がこれに対してどういうふうにとらえていたのかといいますと、これは男女同権の観点からすると当然ですが、とにかく何でもかんでも夫の管理、夫の管理というふうにするのはけしからんと思ったわけで、これまた制度としてですが、むしろ画一的に別産制を法定財産制とするべきだという主張をして、ゆえに法典反対の立場をとることになります。ただ、それがどのぐらい現実味のある話だったかというと、これはまた全く別の問題になってくるわけで、むしろそういう立場から逆に裏切り者として批判されたエミリー・ケンピン (Emilie Kempin) のほうがずっと現実が見えていて先駆的だったのではないのかというのが、私がここ数年来いつも言っている話になります。

それに関しては、同じ先ほどのプリントの束のところで、もう2枚余分にめくっていたいて最後の2枚のところ。マリアンネ・ウェーバー (Marianne Weber) とカミーラ・イエリネック (Camilla Jellinek) の著作をそれぞれコピーして持ってきました。これはどちらも、かの有名なウェーバー (Max Weber) と、かの有名なイエリネック (Georg Jellinek) の奥さんです。それぞれ非常に急進的な女性運動家、女性運動思想家としても知られる人物です。ただ、例えばマリアンネ・ウェーバーなどは管理共同制というのは女性の隷従・隷属をもたらすような実に野蛮な制度だなどと批判したりして、それはそれなりにそうかもしれないとは思いますが、現実の女性たちにとって本当にそれで大丈夫だった

んだらうかという疑念は実はあります。

このプリントのアンダーラインを引いているところなどを見ても、別産制というのは職業婦人にとって非常に大事なことなんだよと。これはそれなりに説得力があるわけですが、それに続けて財産のない人たちにとっても重要なんだと。なぜ重要かという、財産のない家庭というのは、結局かつかつでやっていくわけで、入ってきた夫婦の収入をすべて生活のために使い切ってしまうような生活をする。そうだとすると、というかマリアンネ・ウェーバーに言わせれば、そうだからこそ、夫婦の共同生活、婚姻費用に対する妻の貢献というのをより明確にし、人格の独立というのをもたらす別産制にするべきだというわけです。ただ、離婚したらどうするのかとか、財産がないからこそいざというときの保障をどうすれば大きくできるかというような発想は、マリアンネ・ウェーバーなどには基本的に欠けています。

マリアンネ・ウェーバーと同時期に活躍していた、その次のイエリネックのものはそこから20年ぐらい後に書かれたもので、カミーラ・イエリネックが進んでいたというよりも、カミーラ・イエリネックはもともとマリアンネ・ウェーバーとほとんど同じ見解の持ち主だったんですが、20年ぐらいたつ間に見解が変わっていったと考えてください。これまたアンダーラインを引いているところです。法定財産制は別産制にするべきだ、ただしそれは婚姻が継続している間だけである。婚姻が解かれる場合、つまり離婚したりするような場合には、それはある種の獲得財産共同制にならなければいけない。つまり、婚姻継続中は別産制だけれども、離婚したりした場合には夫婦でいた間にふえた財産の部分については共同だったと考えて、それを二等分するようなやり方でなければいけない。

要するに、一般論としていえば男のほうが断然稼ぎが多いので、それをこちらはもう別産制だからということで分けてしまうと、別れた妻のほうが生活が成り立たない。だからふえた部分については夫と妻が協力して、形式的には夫のほうが収入が多かったかもしれない、でもそれは内助の功というものもあるというような発想です。それで合わせたものを二等分して分けましようと言っていて、これはまだ1928年ですけども、これはまさに第二次世界大戦後に西ドイツが導入し、現在に至るまでドイツで法定財産制として用いられている剰余共同制と呼ばれる仕組みです。

さっき獲得財産財産制は東ドイツでは法定財産制だと言いましたが、これと別産制をミックスしたような剰余共同制（Zugewingemeinschaft）と呼ばれるものが西ドイツ及び現在の統一ドイツの法定財産制となっています。この剰余共同制に当たる考え方を、イエリネックは主張するに至っているわけです。逆に言うと、20年たって別産制の主張がいかにも非現実的だったかということのカミーラ・イエリネックは納得するに至ったということになります。

この辺は、実は日本との関係でもおもしろいところがありまして、我妻栄が日本の戦後のGHQ改革の一環で民法典の家族編で夫婦財産法の編纂に当たったときに、GHQの指導もありましたので別産制をとるという方針は決まっていたわけですが、それに対して当

時の婦人運動のほうから大変なクレームが来たということを、後に我妻は述懐しています。そこで言わんとしていることは要するにそんなことをしたら内助の功はどうなるんだという話で、結果的にそれははねつけられまして皆さんご承知のように別産制が現在でも日本では法定財産制として採用されているわけです。

ただ、これは堀川さんがよくご存じのように、民法学者と判例はそれをどんどん内助の功を認めるほうに、要するに別産制をどんどん別産制ではないほうに向かって解釈してきました。先進的なフェミニストの観点からすると、まさにこれこそ解釈改憲ならぬ解釈改民法で、改悪であるということになりますけれども、それもこのような状況と照らしてみると非常におもしろいところです。

話を帝政期ドイツに戻しますと、それに対して例えばエミリー・ケンピンなどは、基本的には法典はそういうふうに決まったんだからしょうがないわけで、法典の中の使える部分をどんどん使っていったほうがいいじゃないかという立場をとっていました。こちらの何やらおもしろい写真が載っているプリント（『**Frauenleben-Frauenrecht**』の資料）を見ていただければと思います。その3枚目のところに、『妻となる人のための 52 カ条（**Rechtsbrevier für deutsche Ehefrauen, 52 Merksprüche aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch mit Erläuterungen**）』というエミリー・ケンピンの著作があります。これを見ても、結構多くの部分が夫婦財産契約に割かれている。

例えば次の「8. **Spruch**」というところです。第8としまして、フィアンセと夫婦財産契約を結ぶのを忘れないようにと。しかもそのときには夫婦別産制を選びなさい。そしてできれば親戚の人の力をかりてやりなさい。つまり1対1の交渉だと不利になるからと言っています。その次の「9. **Spruch**」のところでは、もし結婚するときに（契約を）し忘れても大丈夫、結婚した後でもいつでも夫婦財産契約は結べるんですよ。次のページに行きまして、今度は「10. **Spruch**」です。もし別産制を合意することができなかったとしても、それでもやはり夫婦財産契約を結んで、その中で自分の財産を留保財産に加えるようにしてもらいなさい。この辺あたりからプランクの考えていたものと少し違うことになります。そもそも別産制を選びましょうという女性運動の立場自体が違うのですが、それでも五つの中から選びましょうということではあったわけですが、この辺から少し変わってきます。

絶対に財産共同制なんか選んではいけませんというのが「11. **Spruch**」です。「12. **Spruch**」は実用的な情報で、夫婦財産契約を結んだらちゃんと登記をきなさいと。それから、その次の「13. **Spruch**」も実用的な知恵という意味では割とおもしろいところで、別産制をする場合でも、夫がその財産を自分の事業に使いたいと言ったときは、与えてしまうのではなくてちゃんと貸すようにきなさい、**Darlehen**をきなさいと言っています。こういう実用的な知識を普及して、法典そのものはもう決まっちゃったのだから、その中の使えるツールを使って最大限に権利を確保しようという立場をとる。

これは実はケンピンだけではなくて、後に女性運動の団体などもそういう立場をとるよ

うになっていくわけですが、そればかりではなくて、特に女性の立場とか何とかというのではなしに、単純に手引書として非常に多くの類似の刊行物が出てきます。そのうちの一つを読めるかなと思ってスクリーンに拡大して映したのですが、やはり読めないですね。例えば「UNSER NEUES RECHT (私たちの新しい法)」「Rechte und Pflichten der Ehefrau (妻の権利と義務)」というわかりやすく書かれた、表紙からして何となく通俗書っぽい感じですが、そういうものの中で夫婦財産契約というようなことで、いろいろ詳しく書かれていたりします。

その中を見るといろいろおもしろいことが書かれていて、例えば夫婦は自由に夫婦財産関係を婚姻前または婚姻中に契約によって結ぶことができる。完全に契約自由の立場に立っているんですね。個別具体的な内容については、好むとおりに決めてもいいし、その際に何らの法規定にも縛られないというふうに書いてあります。字がつぶれて読めませんが、しかし、そのような契約を結ぶのは難しく、また大抵の場合には不要ですから、民法典の中には伝統的な夫婦財産法が類型化されているので、それを選んでもいいですよという書き方をしています。

同じような立場はもう一つのプリント(「Frauenleben-Frauenrecht」)のほうにも出てきます。わざわざ同じようなものをもう一つ持ってきたのは、1枚めくってみますと、そこに夫婦別産制を結ぶ際の契約のひな形が載っています。こういうふうにして結べばいいですよというような、自分の人名とか職業、日付だけ変えれば、すぐ役所に持っていけるような実用的な手引書が非常にたくさんつくられています。しかもそれが例えばどのようなものかという、中にはこのスライドで出ているような法的アドバイスだけに絞ったものもあれば、場合によっては女性運動の団体の機関誌などに載ったりもしているのですが、必ずしも女性の権利という感じのものばかりではありません。

例えばこのプリントなどはまさにそうですけれども、これは(本の)扉のところをコピーしたのですが、扉のところにわざわざカラー写真がついていて、お客様が12名の場合、結婚式の食卓をどういうふうに整えればいいでしょうかというような、およそフェミニズムの対極にありそうな文献にもさっきのようなひな形が出てくるわけです。

ちなみに、今たまたま夫婦別産制のひな形を持ってきましたが、この本は今のテーブル(の写真)などにもありますように、女性運動の立場なんか全然反映していないものですので、これはすべての類型についてのひな形が載っています。こういうもので描かれてくる夫婦財産契約の姿というのはどうもプランクが考えていたものとは違うということが、少しイメージしていただけたでしょうか。

それで誤解と混乱と書いたわけですが、そういう状況というのは講壇の法学者たちに全く知られていなかったわけではなくて、例えばデルンブルク(Heinrich Dernburg)の著作、これはさっきの資料プリントの束のちょうど飛ばした真ん中あたりのところです。マリアンネ・ウェーバーの前のところになりますけれども、デルンブルクの『ドイツ帝国及びプロイセンの民法(Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens)』という本

です。これによりますと、法定財産制というのは素人だけではなくて専門家にとっても、この管理共同制の民法典のルールは非常に難しいと。民法典施行後8年たっているわけですが、すけれども。しかし同時に、民法典が定めたほかの財産共同制のさまざまな類型というのはどれもこれも時代おくれであると。しかも非常におもしろいんですが、デルンブルクははっきり明言しているんですね。契約自由は夫婦財産契約に適用されると。

この三つの前提条件から導き出される結果として、「ドイツ人の法観念にとっては理想にほど遠いけれども、単純で実用的なため別産制が急速に普及している」のだそうです。これは非常におもしろい指摘であって、プランクが考えた姿とも女性運動が主張していた立場とも全く違う夫婦財産契約の状況というのがここに見えてきています。

しかももう一つ、これはさっきのデルンブルクのプリントの2枚目の189ページの下の方のアンダーラインを引いたところですが、ここで非常におもしろい指摘をされていて、「別産制の場合でも妻は夫に財産の管理を全面的または部分的にゆだねることが多い」というんですね。それは一体どういう財産制なんだということになるわけですが、ここから逆に言えば、まさにデルンブルクが言うように法定財産制を回避し、かつほかの財産制があまりにも魅力がなさ過ぎるので、結果的にみんな別産制を選択し、かつ別産制として想定されているルールとは全く違う実際の運用をやっているということになるわけです。

ちなみにさっきの堀川さんのお話にありましたオーストリアのABGB（オーストリア民法典）が非常に早く別産制を導入しているわけですが、オーストリア民法典のもとにおいても、19世紀オーストリアにおいては妻が夫に財産管理をゆだねることが普通であったと言われています。つまり、別産制を選択するからといって、女性運動が期待したものとは違って、女性の経済的人格の自立というものを実現するということには、実は必ずしもなっていないということです。

これはデルンブルクではないのですが、民法典の法定財産制の管理共同制に対する批判として、例えば管理共同制のもとでは婚姻費用を夫が負担するということになっていて、その代償として妻の財産の管理・収益権が与えられるということになっているわけですが、これは逆に言うと、さっきマリアンネ・ウェーバーが言及していたような財産のない妻と結婚している場合などには、結局何のメリットもないことになります。プランクは、だからこそ管理共同制を法定財産制にして、財産のない妻に対しても保護を提供しようとしたわけですが、財産のない女性と結婚した男性にとっては、法定財産制は全く魅力がないということにすらなるわけで、単に複雑なだけではなくて、そこから法定財産制を回避する傾向が出たことの一端にもなっている。そう言う批判者もいます。

では具体的に、夫婦財産契約というのがどういうものであるかということで、内藤さんが帰ってしまったのですが、内藤さんにスキャンしてもらったデータの一端を出してみました。これはバーデン公国（大公国）、つまりフランス民法典の影響下にあった中のマンハイム（Mannheim）市の夫婦財産登記簿のコピーですが、最初の横線のところまでが本来の登記内容ということになります。中身を見ると、1901年2月4日にフーゲという夫妻が、

Gütertrennung vereinbart とありますので、別産制を合意ということで、それを登記しているということになります。2月4日に合意しているわけですが、登記されたのは2月21日ということになります。

これが本来の登記内容ですが、これはちょっとおもしろいのは、恐らく第二次世界大戦後の物資不足に由来する、エコはエコでもエコロジーではなくてエコノミーのほうだと思いますが、真ん中にもう一回線を引きまして、本来はここはその後の変化があった場合に書く欄ですが、そうではなくて同じ用紙を再利用しています。今度は第二次大戦後のベッペ夫妻です。フーゲさんとベッペさんは全然関係ない人です。日付を見ても1947年の11月30日に、しかも **Fahrnisgemeinschaft** とありますので、動産共同制ですね。ここはフランス法領域ですので、まあまああり得る話ですが、動産共同制を合意したと書いてあります。

これは本来の使い方になるわけですが、そのベッペ夫妻は後で2年たって気が変わったみたいで、1949年の8月5日に、上で合意した **Fahrnisgemeinschaft**（動産共同制）を廃止することに合意したとあって、また登記されています。ベッペ夫妻は最初は動産共同制を採用したのですが、それを後に廃止した。廃止したことについて特にそれ以上何も書かれていませんので、その場合は民法典のルールとして別産制が採用されることになります。

本来の使い方とそれを変えた場合のケースと、ちょっとしたリサイクルがあっっておもしろいので、このページにしました。こういうような形で夫婦財産登記というのがなされています。こういうものについて当時、オイゲン・エールリッヒ（**Eugen Ehrlich**）などを初めとする法社会学の研究が始まった。マックス・ウェーバーも同時代人ですし、最近私が注目している人としてアルトゥール・ヌスバウム（**Arthur Nussbaum**）という人がいるんですが、この人が特にこの問題についても言及しています。

家族法の大部分と相続法の一部は実務においてほとんど適用されていないという書き出しで、非常に衝撃的なことを言っていて、その背景としては、この夫婦財産登記簿自体が民法典によって導入された新たな制度ということもありまして、公証人が非常に混乱しているわけです。しかも民法典そのものの規定を見てもさまざまな規定が使われていない。例えば妻の雇用契約に対して夫が同意を与えない場合に裁判所が代替するという規定がありますが、これに関する申請はほとんどない。ほとんど使われていないけれども、例外があって、その条項を使った申請がなされる場合があるが、それは完全な誤解に基づいて、妻の就労には裁判所の許可が必要だというふうに勘違いして申請してくる場合がほとんどだという状況であるということです。

いまスクリーンに映したグラフは、皆さんのプリントのほうにもありますけれども、ベルリン市の夫婦財産契約登記数の動向です。ベルリン市は当時の人口が154万人ぐらいあったわけですが、その中で夫婦財産契約がどういうふうに動いているかということです。これは最後にくっ々と落ち込んでいますが、この1927年は統計データが上半期だけなので、実際はこの倍ぐらいあって1926年とほとんど変わらないというふうに見えていいと思います。

そうすると、ちょっと特異年として 1923 年のところがぐっと落ち込んでいるのですが、それを除くと漸増現象、緩やかに上昇カーブを描いていると見ていいと思います。

いや、そんなことはない真ん中（1914 から 1918 年ごろ）が落ち込んでいるじゃないかというのですが、ここはドイツ人がほとんど結婚しなかった時期、つまり第一次世界大戦に当たりますので結婚できそうな年齢の男性はみんな戦場に行っているということで、ここは別にしますと、当初 1000 件から 1300 件程度だったのが、緩やかに倍増していくというふうに見ていくことができます。

ちなみに現在は、私が昨年（ベルリン市全体の夫婦財産登記を管轄する）シャルロッテンブルク区裁判所の登記官から直接聞いた話では、1 年に 300 件ぐらいベルリン市で夫婦財産契約があるということです、この時期よりも大幅に減っている。しかも人口はこの時期の倍の 300 万人ぐらいいますから、そういう意味でもかなり減っているわけですが、それはともかくとしまして、この当時の内容を見ますと、圧倒的部分は別産制の選択という形になっています。これについては、先ほどのような理由に加えて、さらに夫が妻の負債にも責任を負うという誤解が当時非常に広がっていて、そこから自己防衛をするために結んだケースが結構あるのではないかという裁判所の当時の登記官の証言が残っています。

このベルリン市の数というのは非常に興味深くて、これを多いととるか少ないととるか難しいところですが、基本的にプロイセン一般ラント法は管理共同制をとっていて、もともとベルリンでは管理共同制が使われていたので、ベルリンは昔ながらのやり方をそのまま続けると、そのまま B G B（ドイツ民法典）が認めてくれるという有利な立場にあったわけで、本来約定財産制をとる理由があまりない場所です。そういう目で見ると、この登記数というのは非常に多いようにも見える。ただし、これはヌスバウムも指摘しているのですが、ベルリンは人口流入の大きさではほかのドイツの都市とは比べ物にならないので、要するによそ者が相当入ってきている。その人たちのことは無視できないでしょうということはありません。

今度はバイエルンについてです。ヌスバウムはバイエルンについても触れています。これまた登記がなされた内訳は圧倒的に別産制です。

ちなみに、いまスクリーンに映っているこの建物は（統計の話をするので）バイエルンの統計局の写真を出すつもりだったのですが、先ほどミュンヘンに詳しい周さんに、これはバイエルンの統計局ではないという指摘を受けました。ミュンヘン地方裁判所（Justizpalast）だそうです。すみません、隣の建物の写真を持ってきてしまいました。

登記数を見ますと、1900 年、ドイツ民法典施行当時は 3271 件で、大戦前は 2500 から 4000 件の間、大戦中はベルリンと同じく激減して、大戦後は 1919 年から 1921 年に 2000 件台を回復するものの、その後は 1600 件以下、1300 から 1600 という数になる。しかし別産制に限っていうと、大戦期を除けばほぼ一定の数を保っていまして、その結果としてバイエルンでは夫婦財産契約を結んで、それを登記する際の割合が、当初は別産制が 46%にすぎなかったものが、この統計が終わる 1927 年には 94%にまで、つまりほとんど全部に

まで増加するということになります。これも非常におもしろいところです。

ただ、バイエルンについては非常におもしろい別の現象がありまして、バイエルンの中のファルツ（Pfalz）地方、西寄りの地方では 1927 年のヌスバウムの研究当時も、獲得財産共同制、民法典編纂以前からの状態が依然として実は支配的だった。ただし、第一次世界大戦の時期から農民の間で、登記をしないという慣習が生まれ定着してしまった。理由は恐らく、戦争で苦しいので登記の費用を節約したいということでした。登記がないと対抗力が生じないわけですがけれども、一つには農村部では匿名性が非常に少ないこと、それから地域全体で獲得財産共同制が行われているので、むしろお互いにみんな相手のことを獲得財産共同制だと思っているということもあって、実際上は何の不都合もなかった。言いかえると、プラנקが考えたような対抗力の有無によって誘導するというような手法は、匿名性が高く、社会関係が複雑で取引量も多い都市部では有効だったかもしれないけれども、農村部ではむしろそれとは反する動きが見られたということです。

一つおもしろい事例を引いておきたいんですけども、これもヌスバウムが言及しているものですが、ヌスバウムが「妄想財産制」と呼んだものです。どういうものかということ、夫婦財産契約によって衣類や消耗品などの妻の個人的使用に供する動産のみが留保財産になって、ほかのすべては法律が留保財産とすべきだとしている、強行規定的なものも含めて、しかも妻の将来の財産も含めてすべて持参財産、本来管理共同制であれば夫の管理に服するものになると。しかしその管理は夫婦両者が共同して行い、その用益については夫に帰するという、はっきり言ってわけのわからない財産制を契約で取り決めて、それを登記してしまったという事例です。

これはヌスバウムに言わせれば、そもそもこんな妄想財産制を登記すべきではなかったのに、登記官には内容審査権が与えられていなくて、申請されたものをそのまま受け付けるしかないという制度になっていたのでこんなことになってしまったというわけです。ただ、ヌスバウムは妄想財産制だと言ってしまったわけですが、これは逆に言うところのこのような登記すら認めてしまうということこそ、むしろ契約的な夫婦財産制理解のあるべき姿とさえ言えるかもしれない。内藤さんは異論があるかもしれませんが、これこそ契約自由がもたらした合意の力ではないでしょうか。制定法の想定などまるで眼中にないような契約こそ、むしろ民衆のたくましい生活力を感じるべきだという主張すら可能なのかもしれない。ただ、割とそういう主張を法社会学者は好むだろうと思うんですが、法事実研究の開拓者であるヌスバウムですら（この事例については）そうは思わなかったようです。

私は、こういう事例こそ、むしろ夫婦財産契約が契約として理解されていたという、非常に極端であるけれども、一つの例ではないかという風に思います。概念法学というのは確かに学界で支配的であったわけだけでも、でも大審院のレベルはまだしも、公証人とかそういうレベル、あるいは民間の一般の人たちのレベルで一体どうだったのかということを見ると、本当に民法典の制定によって法律実証主義の時代が来たなどというふうに単純に言っているのだろうかというのが疑問として出てきます。

最後に「『実像』への多元的アプローチ」と書きましたが、婚姻とか夫婦財産法を制度ととらえる通説への疑問、本当にそれは通説だったのか、あるいは通説だったとしてどのぐらい効力があったのか。それから夫婦財産契約というのは制度内の過渡的選択手続だというふうにとらえていた立法者、プランクなどの意思というものがどの程度の効力を持つ話なのか、どの程度の射程のある話なのか。あるいはもっと話を大きくして、制定法規範というのは一体どのぐらいの実務的な効力を持っているんだというような諸問題へのアプローチを考えねばならないと思います。

こういうことを考えると、パンデクテン法学がドイツ民法典に流れ込んでそれが法律実証主義の時代へ来たという、現代に至るまで学界において維持されている図式に対して強い疑問を抱かざるを得ないということです。じゃあおまえはどうするんだということですが、基本的には従来の研究がしばしば看過してきた女性運動などの世論や、あるいは実務の中でも特に大審院のような最高裁レベルではない一般の公証人などの実務家の現実、あるいは学者の見解の中でも法社会学者、エールリッヒやヌスバウムなど学界の主流派とは言えない人たち——デルンブルク自身もそうですけれども、その見解というようなものを加えていく必要がある。

ただ、それを判例通説に置きかえるというのは私は非現実的だと考えていて、それはそれでまた間違った見方、ゆがんだ見方になるだろうと思っていまして、実像へのアプローチというのはそういうものをすべて多元的に加味・加算していくようなものでなければならない。逆に言うと、立法とか学説あるいは判例、実務、世論などの総体として社会的現実というものが存在するわけで、それを見て初めて実像というのが見えてくるのではないだろうかということを、契約プロジェクトから完全に外れてしまいましたけれども、帝政期ドイツの夫婦財産契約についての問題と歴史を整理しながら最後のまとめということにしたいと思います。

あと1点、全く触れなかった「ドイツ婦人問題史：夫婦財産法コレクション（マイクロフィッシュ版）」というプリントは、最近一橋大学法学部の特別図書費で購入された貴重なコレクションで、全部まとめて一橋大学附属図書館に入っています。利用者が私1人だと寂しいので皆さんぜひご利用いただければと思います。どうもありがとうございました。

藤本 屋敷さん、ありがとうございました。まず屋敷さんの報告の内容に関するご質問等々をしていただければと思います。

私から確認をしたいんですけども、結局B G Bの法典上のレベルにおいては財産契約のはっきりとした合意がない場合には、どの制度が適用されるんですか。

屋敷 管理共同制です。

藤本 先ほど登記簿の話のところで、最後にベッペさんが最初は動産共同制だったけれども、それをやめるというふうに登録したと。やめたからどうしたと書いていない。この場合は別産制になるというふうにおっしゃったんですが、これはどういうことですか。

屋敷 それは非常にややこしいんですが、番号をつけますと1（管理共同制）、2（財産

共同制)、3 (獲得財産共同制)、4 (動産共同制)、婚資制はペケになりましたから5 (別産制)になります。それで法規定をみますと、別産制はほかの財産制とフラットに並んでいないんですね。フラットに並んでいないという意味では管理共同制はまずフラットに並んでいないのですが、まず管理共同制が一つ法定財産制として飛び抜けた地位にあって、ドイツ民法典の原始規定には約定財産制という節があって、そこに書かれているのは実は財産共同制、獲得財産共同制、動産共同制の三つだけです。

別産制はどこに書かれているかというと、法定財産制の最後に書かれています。この別産制というのは、言ってみれば補充的な位置づけを与えられていて、直接的には管理共同制が廃止された場合に、しかも夫婦がほかの財産制を合意できなかった場合に、しょうがないので別産制にする。何もない状態にするわけにはいかないので、何らかの仕組みを持たせなければいけない。でも夫婦が明示的に管理共同制を拒否しているということになると、それを補充するものとして別産制が導入される。それはほかのものを選択しない限りということになるんですが、別産制の補充規定というのが一般化されて、獲得財産共同制とかその他の共同制が廃止された場合にも、この補充規定のほうに来るというふうになっています。

ですから第5の類型というべきか、むしろ1.5の類型というべきか、位置づけとしてはもうちょっと低いので1.01ぐらいの類型という感じで、管理共同制にぶら下がる形で補充規定として存在していて、その補充性というのがそれ以下の約定財産制の部分についても一種の補充的効力を与えられていると見られている。なので、法定財産制は管理共同制けれども、ほかの財産制をまず採用して、それを廃止して、しかも廃止したときに次にどうすると決めないと、この1.01の別産制のほうに行ってしまう。そういうことです。

藤本 わかりました。ほかには。

屋敷 ついでに補足しておくと、西ドイツは1953年から1958年までの間、実は管理共同制ではなくて別産制を法定財産制として採用しているんですね。理由は何かというのと、1953年に管理共同制に対して男女平等違反ということで憲法裁判所が違憲判決を出してしまいます。ドイツの憲法裁判所は抽象的な規範統制というのをやりますので、抽象的に出すと法律が全部死んでしまう。その結果、民法典の管理共同制に関する部分が全部違憲無効になってしまったので、それでまさにこの補充規定が生きてしまいます。ですから、全員について拒否された状態になって、それで自動的に補充規定が繰り上がって別産制が法定財産制になってしまったと。

それに関して、一方においては保守的な政治家がそれじゃあいかなだろうということで、他方においては日本と同様に婦人運動の一部が内助の功を主張したということもあったので、最終的に1958年の男女同権法が施行されたときに、現在の剰余共同制が導入されて改めて置きかわったということです。

藤本 ほかにはございますでしょうか。では、とりあえず屋敷さんの報告は一たんここで終わりということですね。先ほど堀川さんには拍手しなかったような気がしますので、

お2人まとめて。(拍手)