

# ドイツにおける夫婦財産制の検討（１）

## 剰余共同制の限界と改正の動向

松 久 和 彦

はじめに

第 1 章 日本の議論状況

第 1 節 解釈論の動向

- 1 民法762条と民法768条の理解の端緒
- 2 民法762条に関する学説・判例の理解
- 3 解釈論の展開
  - (1) 初期の議論（1950年代から1970年代）
  - (2) 1970年代後半の議論
  - (3) 1990年代以降の議論

第 2 節 立法論の動向

第 2 章 ドイツにおける立法的解決と剰余共同制

第 1 節 婚姻法及び家族法改正のための第一法律

第 2 節 夫婦財産の清算の一般原則

第 3 章 剰余共同制の運用と問題点

第 1 節 婚姻締結時に有する財産価値の算定（BGB 1374条）

- (1) 婚姻締結時の債務とその弁済
- (2) 立法者の構想
- (3) 連邦通常裁判所の見解
- (4) BGB 1374条 2 項と当初財産の関係
- (5) 小 括

第 2 節 当初財産への加算と BGB 1374条 2 項類推適用

- (1) BGB 1374条 2 項列挙事由
- (2) BGB 1374条 2 項の類推適用の可否
- (3) 小 括

第 3 節 BGB 1381条に基づく給付拒絶権（Leistungsverweigerungsrecht）

- (1) BGB 1381条と判例理論
- (2) BGB 1381条適用の具体的事例
- (3) 判例に対する学説の評価と批判
- (4) 新たな動向
- (5) 婚姻形態の多様化への対応（以上，本号）

第 4 章 報告義務（Auskunftspflicht）

第 5 章 剰余共同制の修正と事業主との婚姻（Unternehmerehe）

第 6 章 ドイツ連邦弁護士連合会の改正提言

おわりに

## はじめに

### 1 問題提起

婚姻中の夫婦の財産関係を規律する法制度を夫婦財産制といい、日本の夫婦財産制は別産制であると解されている(民762条)。これによって、夫婦の財産的独立と夫婦の平等を実現したと評価することができるが、それはあくまで夫婦の形式的な平等であり、実質的な平等を実現することができたのは、夫と同程度の収入や財産を有する妻のみであった。

このことは、戦後日本の社会状況に大きく起因している。戦後の産業構造の変化や高度経済成長期における性別役割分業の固定化によって、夫婦とその間の子どもという家族像が普及し、さらに妻は家事・育児に従事する専業主婦であることが平均的な家族像として日本社会に定着した。別産制では、婚姻中自己の名で得た財産はその者の特有財産となることから、専業主婦である妻には現実的に財産が帰属しないこととなる。婚姻中はそれでもあまり不都合は生じないが、婚姻を解消した際には、妻に財産が帰属しないことから、夫婦間に実質的な不平等が生ずることとなる。このような不平等を解決するものとして、離婚の際には財産分与制度(民768条)、死亡解消の場合には配偶者相続権(民890条)が位置付けられてきた。

特に、財産分与制度の運用では、その法的性質として、婚姻期間中に夫婦が協力して取得した財産を離婚に際して清算するという「夫婦財産の清算(清算的財産分与)」を中核に置き、また解釈によって、特に90年代以降の判例・実務は、清算の対象となる財産を拡大する傾向にあった。さらに清算的財産分与では、分与を求める一方配偶者の財産形成に対する具体的な寄与割合に応じて清算が行われるが、これまでの議論は専業主婦の寄与割合をより2分の1に近づけるものであった。

しかし今日社会状況は大きく変わりつつある。日本的雇用慣行の変化が進行する中で、男性・女性を問わず労働形態は今後さらに大きく変わるこ

とが予測される。1999年に制定された男女共同参画社会基本法に基づく男女共同参画社会の実現といった政策的後押しによって、主婦婚が日本社会における平均的な婚姻形態とは言えない状況にある。2000年の国勢調査報告によれば<sup>1)</sup>、配偶関係別の労働力人口及び割合を見ると、有配偶女性の就業率は48.4%である。この割合は年々増加傾向にあり必然的にそれに対応する形で、共稼ぎ婚が増加することが予測される。また自営業者や事業代表者、専門職有資格者との婚姻形態も依然存在する。今後日本では、婚姻形態がこれまで以上に多様化することが考えられる。

また「新・性別役割分業（共働き婚だが妻のみが家事を負担する）」<sup>2)</sup>に代表されるように、「2分の1ルール」を適用した場合、家事の負担を全く負わなかった夫が、より負担を負っていたにも拘らず多くの財産を形成した妻へ清算を請求しそれが認められることになる。このような清算が衡平なものといえるのかは疑問である。これらのことから、多様化した婚姻形態に対応した新たな財産分与のルール、さらには夫婦財産制を構築する必要があると考える。

## 2 比較対象

そこで、ドイツの夫婦財産制に関する議論との比較・検討を通じて、この課題解決のための有用な手がかりを得たい。その理由として、以下の二点が挙げられる。

第一に、日本では主婦婚が平均的な婚姻形態として存在していたことが指摘されており、また判例・学説もこれまでは専業主婦を前提として議論展開してきた。他方、1900年に制定されたドイツ民法典（以下、「BGB」）では、法制度として「主婦婚（Hausfrauehe）」を規定しており、その点では、日本同様、専業主婦に対応する形で、夫婦間の婚姻期間中及び婚姻解消の財産関係を規律する法制度の総称である夫婦財産法（Güterrecht）の議論は出発している。特に、ドイツにおいて、大多数の夫婦に適用されている法定夫婦財産制である「剰余共同制（Zugewinngemeinschaft）」<sup>3)</sup>

は、その基本モデルとして、主婦婚を想定して規定されていた。しかし、1960年代後半の女性の社会進出に伴い、既婚女性の家庭外での所得活動が急速に発展する。

日本より先に婚姻形態・労働形態の変化が見られ、それに対応してきたドイツの夫婦の財産関係に関する議論展開を確認することで、ドイツにおける婚姻形態の変化への対応に対する批判、またその対応から生じた問題点を分析することは、今後さらなる婚姻形態の多様化が予想されるわが国における夫婦財産制及び財産分与制度の議論に大きな示唆を得ることができると考えられる。

第二に、剰余共同制における離婚時の夫婦財産の清算は、概略すると、夫婦各自の剰余共同制終了時の財産が開始時の財産を上回る価額(剰余)を算定し、一方配偶者の剰余が他方配偶者のそれを上回る場合に、その超過分の2分の1について、剰余を多く獲得した一方配偶者に対する債権的な剰余清算請求権(Zugewinnausgleichanspruch)を剰余の少ない他方配偶者に与えるという方法で行われる。このような方法は、日本の財産分与制度の運用に近似しており、ドイツにおける夫婦財産の清算に関する議論を分析することは、日本の議論にも有益であると思われる。

ドイツの議論状況を見ると、主婦婚から共稼ぎ婚への移行に対応して法改正が行われ、判例・学説でも、衡平な夫婦財産の清算を確保するために議論が展開されてきた。そのひとつの到達点として、ドイツ連邦弁護士連合会(Bundesrechtsanwaltskammer)が公表した提言があげられる。これを主な素材の一つとして用いたい。

### 3 先行研究の意義と限界

これまで日本では、剰余共同制を対象とした論説が公表されてきた<sup>4)</sup>。しかし、これらの論説は、剰余共同制の理念・制度内容・立法経過を論じたものであり、専業主婦である妻の財産権を最大限保護する一種の理想型として、剰余共同制を紹介してきたものである。確かに、これまで日本で

は専業主婦が大多数であり、現実問題として専業主婦を保護することが要請されてきた。その要請に対応するものとして、剰余共同制の基本理念を中心に論ずることは有用であった。しかし、ドイツでは社会状況の変化に伴い様々な議論が展開されてきた。剰余共同制が施行後どのような問題を抱え、さらにはどのような批判がなされてきたか、また実務・判例及び学説がそれをどのように解決してきたかを詳細に論じたものはこれまでになかった。

本稿では、婚姻形態の多様化という社会状況の変化に対して、主婦婚を想定して規定されたドイツの夫婦財産法が、どのような議論を展開し課題を克服しようとしたかを詳細に検討することで、日本における夫婦財産制の議論をさらに進めることが可能であると考ええる。

#### 4 本稿の目的と構成

今日の多様な夫婦のあり方に対応した柔軟で衡平な夫婦財産制の構築の為に、日本に先行して社会状況の変化に対応してきたドイツの議論状況を分析・検討することが本稿の目的である。

本稿では、まず日本における学説を中心としたこれまでの議論状況を確認する。中でも現段階でのひとつの到達点である「2分の1ルール」に至るまで、いかなる問題意識の下で議論されてきたかを確認する。そこでは、戦後の民法改正時から90年代までの見解を年代順に確認する(第1章)。次にドイツの婚姻形態の多様化に対応した立法的解決と法定夫婦財産制である剰余共同制の基本構造を確認した上で(第2章)、婚姻形態の多様化という現象に対し、さらには衡平な夫婦財産の清算を目指して、判例・学説がどのように対応し議論が展開されてきたかを分析する(第3・4・5章)。続いて、これらの議論の到達点として、2004年にドイツ連邦弁護士連合会が公表した「剰余清算請求権の改正に関する連邦弁護士連合会の提言」<sup>5)</sup>を紹介する(第6章)。最終的に、本稿の課題に対する一定の解決策を導きたいと考えている(おわりに)。

## 第1章 日本の議論状況

### 第1節 解釈論の動向

日本における夫婦財産制の議論は、夫婦財産契約の利用が非常に僅かである<sup>6)</sup>ことから、法定夫婦財産制に関する議論が中心であり、とりわけ、法定夫婦財産制と財産分与制度の関連性を中心に、多様な解釈論が展開されてきた。

#### 1 民法762条と民法768条の理解の端緒

明治31年に施行された民法旧規定では、法定夫婦財産制として管理共通制を採用していた<sup>7)</sup>。夫婦は各自の財産を有しているものの、夫は妻の特有財産に対する管理・使用・収益する権限を有していた。そして妻の無能力制度とあいまって、「家」制度の強化、夫(戸主)への財産集中の実現を可能とした<sup>8)</sup>。

第二次世界大戦後、民法改正の国会審議では、夫婦の平等をはかるために夫婦財産は共有財産とすべきであるとして、所得共有制を主張する意見もあった<sup>9)</sup>。しかしながら、財産法的帰属原理に対して、夫婦財産について夫婦共有財産という制度を導入することに伴う複雑さ、また婚姻期間中の協力は婚姻解消の際に認められる財産分与または配偶者相続権によって考慮すれば足りることを理由に所得共同制の採用は否定された<sup>10)</sup>。これらの経緯を経て、夫婦財産制の枠内で夫婦財産の清算が行われることはなくなり、夫婦財産制と財産分与制度の密接な関連性が認められる契機となった<sup>11)</sup>。そして財産分与は、夫婦財産の清算、離婚後扶養、損害賠償等を含めた包括的なものとして位置付けられた。したがって、婚姻期間中の財産の帰属は民法762条によって決せられ、婚姻解消時の財産の帰属は民法768条、民法890条によって決せられることとなった。しかも、民法768条は包括的で明確な基準がないことから、この点に夫婦財産制と財産分与制度を

めぐる議論の端緒が存在しているのである。

## 2 民法762条に関する学説・判例の理解

別産制を採用したことによって、婚姻期間中の夫婦の財産的独立を保護し、夫婦の形式的平等は達成された。しかし形式的平等の実現は新たな問題を生じさせた。すなわち、性別役割分業の固定化された日本の実情では専業主婦が多数を占めており、夫が稼働して得た財産は夫に帰属し、妻には何の財産も帰属しない。したがって夫婦間で実質的平等が達成されないという問題が生ずることになる。そこで経済的弱者である専業主婦保護の必要性から民法760条から762条までの解釈・関連性を含めて多様な解釈論が展開されてきた。

最高裁は、民法762条1項が憲法24条に違反すると主張された事案<sup>12)</sup>において、「憲法24条は、継続的な夫婦関係を全体として観察した上で、婚姻関係における夫と妻とが実質上同等の権利を享有することを期待した趣旨の規定と解すべく、個々具体の法律関係において、常に必ず同一の権利を有すべきものであるということまでの要請を包含するものではない」とし、民法には財産分与請求権、相続権ないし扶養請求権などの権利が規定されており、「夫婦相互の協力、寄与に対しては、これらの権利を行使することにより、結局において夫婦間に実質上の不平等が生じないよう立法上の配慮がなされている」として憲法24条に違反しないことを判示した。

学説の多数も、民法762条を完全な別産制を採用したものと解しており、したがって、夫婦の財産関係について財産法上の帰属原理を修正するものではないとする<sup>13)</sup>。この見解に従えば、民法762条と民法768条の関係は、以下のように解することになる。つまり、民法762条1項は、各配偶者が婚姻前だけでなく婚姻期間中に自己の名義の下で取得した財産もその者の単独所有となることを規定する。そして婚姻期間中に一方配偶者の名義で取得された財産は、他方配偶者の協力によってはじめて取得することができたものであることから、実質的には夫婦の共有財産であり、他方配偶者

は当該財産に対して潜在的持分を有しているとする。その上で婚姻期間中にはこの潜在的持分を顕在化する必要はないが、婚姻解消の際には財産分与または配偶者相続権によって、他方配偶者の潜在的持分の持ち戻しが認められることになる<sup>14)</sup>。

### 3 解釈論の展開

#### (1) 初期の議論(1950年代から1970年代)

学説の多数・判例とは逆に、現行法定夫婦財産制を共有制と解する高根判事の見解がある<sup>15)</sup>。この見解は立法経過に鑑み、現行法の解釈としては無理があり、学説では支持されなかったが、この見解が一つの契機となって学説の多数・判例に対する批判が高まり、様々な解釈論・立法論を生み出すこととなった<sup>16)</sup>。

その後、現行法定夫婦財産制が別産制を採用していることを前提とした上で、一定の範囲において共有(共通)財産の存在を認めようとする見解が主張される。その中でも有力に主張された見解として、我妻栄教授及び加藤永一教授の見解がある。趣旨は学説の多数と大きく隔たるものではないが、民法762条2項を拡張解釈することによって、妻の家事労働による協力を評価し、完全別産制によって生ずる不合理を除去しようとする<sup>17)</sup>。

この見解では、夫婦の財産関係について、夫婦の協力の有無、第三者を害するおそれがあるかないかによって、三種類に分類する。第一種財産は、名実ともに夫婦それぞれの所有する財産であり、民法762条1項の特有財産はこれをさしている。第二種財産は、名実ともに夫婦の共有に属する財産である。第三種財産は、名義は一方配偶者に属しているが、実質的には夫婦の共有に属する財産であるとする。そしてこれら三種類の財産のうち、第二種・第三種財産が婚姻解消の際に夫婦間で分割されることとなる。

この見解の意義は、第三種財産について経済取引の形式的画一性から、対外的に名義人である一方配偶者の所有とする財産として扱いつつ、夫婦内部では実質的共有として捉えるところにある。下級審判決においてもこ

の見解を支持するものがある<sup>18)</sup>。

しかし、婚姻期間中の実質的共有財産の分割請求も認められないということになれば、学説の多数の潜在的共有と同様に、離婚時の清算的財産分与の根拠としての役割しか果たしておらず、物権というよりは「思想」とよぶべきものであること、また第三種財産の実質的共有の根拠として夫婦の協力を挙げているが、協力して取得すると実質的に共有となるとすることは納得することは困難であり、意味・根拠も不明確なままであるから夫婦の理念からアプリオリに導かれたものというほかにないとの批判がある<sup>19)</sup>。

次に、有地亨教授の見解<sup>20)</sup>がある。有地教授はまず諸外国における夫婦財産制の複合形態が出現している原因を分析し、資本主義社会の要請と夫婦間の実質的平等の実現、つまり「商品所有者としての独立の主体性」と「家族内部で夫と同一の生産労働に従事するという評価を与えるべき独立の人格者としての地位」という二面性を実現することが夫婦財産制の使命であり、この点に別産制と共通制を結合した各種の夫婦財産制の複合形態が出現した理由があるとする。

その上で、日本の夫婦財産制と財産分与の理解を、立法経過から詳細に検討する。すなわち、婚姻中の所得・財産の帰属・分割の問題を夫婦財産制の中ではなく、財産分与の中で婚姻解消後に分割することで解決したのであり、この事情を重視すれば完全な別産制ではなく、婚姻期間中に限り各配偶者の財産が分別され婚姻解消後に婚姻期間中の所得が分割されるという別産制と所得共同制の複合形態であると解している。そして日本の夫婦財産制の法的構成は、民法762条によって夫婦の財産の帰属と第三者との関係を規定し、夫婦内部における財産の帰属関係を民法768条によって規定されるとする。この見解によれば、夫婦の協力によって取得した財産は夫婦の共有に属するが、第三者との関係では、この共有が潜在化、観念化し名義人の所有財産として扱われることになる。

婚姻解消時における清算の法的基礎が、婚姻期間中の夫婦の財産関係に

求められなければならない点で、民法768条を夫婦財産制の一規定として位置付けたことに意義がある<sup>21)</sup>。また有地教授は夫婦の協力から共有を導くことなく、夫婦財産制と財産分与を結合し解釈することで、ドイツの剰余共同制あるいはフランスの後得財産分配参加制<sup>22)</sup>を実現しようとした点で、我妻・加藤両教授の見解と異なる。

我妻・加藤両教授、有地教授は、一定の範囲で共有財産の存在を認めようとするが、これらの見解と異なり、婚姻共同体の経済的基礎という観点から夫婦財産の帰属を理論構成する見解が主張されるようになる。

最初に登場したものが、上野雅和教授の見解<sup>23)</sup>である。民法760条の婚姻費用として拋出された夫婦の取得は、夫婦の共同管理下におかれ共有に属すると解されることから、それによって購入された物品、及びそれからの貯蓄は、特別の事情の存しない限り夫婦の共有に属すると解する。

より精緻に理論構成したのが深谷松男教授の見解<sup>24)</sup>である。深谷教授は、「夫婦の消費共同生活」に提供された財産の範囲で共有(合有)となると構成する。その財産は、民法760条の婚姻費用分担によって拋出された財産としている。そして拋出されることによって拋出した一方配偶者との帰属関係が断ち切れ、婚約的消費共同生活のみにその用途を限定された一種の目的財産(合有財産)に変質し、当該財産の帰属関係は夫婦の共有(合有)になると解している。その実体法的根拠を民法762条2項に求め、財産の種類、取得名義等を問わず夫婦の共有(合有)と推定する。そして婚姻解消の際の清算は、この合有財産の分割を意味することになる。

一方で、イギリス法の影響を受け夫婦の財産関係について組合的把握をする見解<sup>25)</sup>がある。人見康子教授は、婚姻共同生活は夫婦間の合意によって維持され、その合意の結果、婚姻費用分担義務として拋出された財産の収入・労力は、組合における出資にも等しく両配偶者の共有とならなければならないと解し、婚姻終了時における分割割合は出資の価格に応じる方が合理的であるとする。したがって、婚姻解消の際の清算は、組合解散の場合の組合財産の清算と類似することになると主張する。ただ「合意

の結果抛出される財産・収入・労力による婚姻生活の運営を円滑ならしめる意味での法則に従わなければならない」とするだけであることから、婚姻関係を組合として把握した上で、婚姻解消の際の清算を組合解散における残余財産の分割(民688条)として位置付けているのかは不明であり、夫婦財産の共有を導くための法的理由として用いていると見ることもできる。

他方、物権的に妻を保護する理論構成ではなく、妻の家事労働を債権的に構成する見解がある。沼正也教授<sup>26)</sup>は、別産制の原則に立ちつつ、妻の家事労働の法的把握を内助の功の程度に応じて夫婦相互間の債権ないし不当利得的に構成されるべきものとする。また、財産法原理を貫徹することから、婚姻期間中にも訴求することが許され、内助の功と扶養請求権は反比例的なものであると解している。この点に沼教授の見解の特徴がある。すなわち、不当利得で回収することによって、妻が経済的に自立することを実現し扶養請求が減少する。他方、不当利得として回収することができない場合に、妻は自立することができないことから、扶養請求が増額することになる。このように経済的自立と扶養の関係を分析した上で、債権回収によって前者を実現することを目的としていたとみることができる。

この見解に対しては、家事労働を具体的に金銭の形で算出することが困難であると批判されてきた。ただこの点に関しては、例えば、ヘルパー料金や女性労働者の平均賃金等によって換算することも可能ではあり、必ずしも具体的な算出方法がないとは断言できない。しかし、仮に家事労働を算出し不当利得として回収することが可能であっても、結局のところ、この見解と同様に、夫の所得を分配することに留まる。目的である妻の経済的自立がこれによって実現するのかどうか疑問である。また不当利得の算出方法として、上記の指標が適しているのかという指標の妥当性の問題も残る。

## (2) 1970年代後半の議論

1970年代後半に入ると、より別産制を強調する見解が主張されるように

なる。それ以前にも、別産制を基礎に解釈論を展開する見解<sup>27)</sup>は存在しているが、夫婦財産制と夫婦財産の清算、さらには婚姻形態の観点からすれば、これまでの議論展開と大きく変わったのは、1970年代後半以降であるといえる。

まず、田中實教授の見解<sup>28)</sup>が挙げられる。田中教授はこれまでの見解がわが国の社会体制に適合しないばかりか、妻の利益を保護するための理論を目指していながら、必ずしも妻に有利な結果を導き出すように作用するわけではなく逆に不利に働くことがあるとして批判する。特に女性が社会に進出して経済的自立を図りつつある中で、このような見解が働く女性に有利になるかどうかを考える必要があることを指摘している。民法の解釈としては、民法762条1項は別産主義を採用したものとし、また2項によって共有の推定を受ける財産の範囲について、むしろ制限的な判断をなすべきであるとする。

鍛冶良堅教授も別産制を前面に出し解釈論を展開されている<sup>29)</sup>。田中教授と同様に、民法762条は財産法の個人原理に従って解釈すべきであり、同条2項の適用範囲は非常に狭いものになると説く。すなわち、取引主体を明確化することを強調し、対第三者関係で当事者として表示された配偶者に権利義務が帰属し夫婦のどちらを当事者として表示したか不明である場合にのみ、民法762条2項の共有の推定が働くとする。また婚姻費用分担として支出された財産は団体的統制に服し、その範囲内において別産制が修正され、夫婦間に共有財産とする意思があったものと事実上推定されるとする。このように理解することによって、我妻・加藤兩教授、有地教授の見解における実質的共有の曖昧さや民法の構成上の無理を克服しようとする。

さらに、我妻・加藤兩教授、有地教授の見解の問題点は、婚姻解消の際の清算を共有財産の分割と把握している点であると批判し、民法762条が婚姻共同体イデオロギーないし共同体の論理を自覚的に排除しようとしていること、そしてそこから生じる不合理を財産分与請求権・配偶者相続権

で是正されるよう立法されていることを承認し、共有財産でなければこれらの権利を認めることができないという固定観念から解放されることが必要であるとする。そして財産分与における清算は、民法762条によって無視された婚姻家族イデオロギーの回復の場として位置付けている。

鍛冶教授は実質的共有とする見解を批判しているが、ここで用いられている「婚姻家族イデオロギー」「団体性」「婚姻共同体」といった概念の定義が不明確であり、また具体的に説明されていないことから疑問が残る。また、婚姻解消全ての場面を想定して議論が展開されていることから、さらなる疑問が生ずる<sup>30)</sup>。

山口純夫教授も別産制を前提とした議論を展開されている<sup>31)</sup>。ここでは、家事労働と生産労働を区別する傾向にある学説・判例を確認した上でこの傾向を否定的に捉えている。そこから、夫婦の共同生活の態様によって、家事労働と生産労働(通常の寄与と特別の寄与)が導かれるが、これはあくまで夫婦関係の一部であり、婚姻関係全体の反映としての夫婦間の財産関係を考える場合、一部である家事労働・生産労働という役割のみで財産分配の評価基準とすることは、全体としての夫婦関係を矮小なものとする危険があると評している。したがって分配基準は夫婦のあり方自体から引き出され、「トータルな関係としての1対1」になるとしている。

これらの見解は別産制を前提とした上で、財産分与請求権・配偶者相続権の中で夫婦間の公平を達成しようとする。さらに婚姻生活の態様に関わらず、夫婦として生活した以上清算割合を同等とすることで、名義に関わらず財産分与の対象となることを導いている。したがって共有財産の分割として位置付けられてきた清算的財産分与から離れることとなる。これらの見解は妻の家事労働の法的評価という観点から脱却する契機となったと位置付けられる。妻の寄与を画一化することで専業主婦である妻の財産権を最大限保障することが意図されていたといえ、やはりこれらの見解の中心にあった婚姻形態は主婦婚であった。一方で、田中教授が指摘されたように、共稼ぎ婚の増加に対応することの必要性が認識され始めたが、まだ

まだ専業主婦が社会的に大多数であったこと、また具体的な結論が導かれなかったこともあり積極的な議論が展開されることはなかった。

### (3) 1990年代以降の議論

ここでは、夫婦財産制を正面から直接議論しておらず、別産制から生じる不合理、夫婦間の実質的不平等の解決を離婚給付の枠内で行うことを検討している。これらによって、完全に妻の家事労働の評価を直接夫婦間の財産帰属関係に反映することから離れ、財産分与の中で夫婦間の公平を図ろうとし、その際の詳細な算定基準を設けることで夫婦間の平等を達成しようとする。

鈴木眞次助教授<sup>32)</sup>は、これまでとは異なる視点から離婚給付を位置付けようとする。離婚給付の目的や性格が、離婚制度の基本理念によって規定されることを前提とした上で、離婚給付の目的を、婚姻期間中の性別役割分業に起因し離婚によって顕在化する妻の経済的不利益の填補に存すると理解している。また妻の経済的不利益には、職業労働を担当する夫の財産および所得能力は増加するのに家事労働を担当する妻の財産が増加しないこと、家事労働を担当する妻の所得能力が低下すること、の二種類が存在し、これに対応して離婚給付の主たる性格を婚姻期間中に夫婦の協力により蓄積された資力の公正な清算、婚姻期間中に家事により減少した配偶者の所得能力を回復する扶養と位置付けている。

さらに、それぞれの決定基準として以下のことを提案する。婚姻期間中に夫婦の一方または双方により有償で取得された財産及び所得能力を夫婦間に平等に分配する。婚姻期間中に家事労働により所得能力を減少させた配偶者に対し、他方の配偶者は婚姻前の所得能力の回復に必要な教育訓練費及び生活費を支払う。

本沢巳代子教授は、婚姻中の性別役割分業によって夫主導で夫婦財産が形成されてきたことを指摘した上で、財産分与における清算的財産分与の法的根拠として、婚姻共同生活に関連した経済的活動の一内容である所得活動によって得られた財産ないし財産的価値のあるものは、夫婦の合意に

従って分かち合われた法的に平等な経済的・肉体的・精神的活動全体の成果であるとする。そして取得された財産ないし財産的価値のあるものは夫婦平等に分配しなければならないとする<sup>33)</sup>。また離婚後扶養についても、性別役割分業、特に女性のM字型就労形態の社会的固定化による女性労働者の低賃金化と離婚後の再就職の困難さを指摘し、「離婚にあたって当事者の経済的衡平を図ることを目的とする『補償』の概念の方が、当事者の有責性や性別などに左右されない中立的なものとして合理的である」として、従来の離婚後扶養ではなく「補償」という概念に置き換えることを主張する<sup>34)</sup>。

ここでは、性別役割分業の観点を導入した意義を、離婚の際の妻の困窮が支配的な婚姻形態から構造的に生じているという事実を明確に意識させ、この構造の認識と自由・平等の理念とに基づいた離婚給付の目的・性格の的確な把握を可能にし、そして明確に合理的で相当な給付をもたらす離婚給付の決定基準の定率を容易にすることにある<sup>35)</sup>、としている。やはり主婦婚を念頭に議論を展開しているといえる。また、「所得能力」の回復と構成することで、夫婦間に現存する財産だけでなく、退職金や年金といった財産についても夫婦財産の清算の対象とすることが可能となる。それらを清算した上でもなお格差の是正が必要な場合に、離婚後の自立を援助する手段として離婚後扶養を位置付けることになる<sup>36)</sup>。

## 第2節 立法論の動向

夫婦財産制の改正の議論で、特に重要であるのは、1975年に公表された「法制審議会民法部会身分法小委員会中間報告」<sup>37)</sup>である。ここでは、法定夫婦財産制として共有制を採用する意見と別産制を維持する意見が併記されていた。

これを契機として、その後多くの論説が公表され夫婦財産制改正に関する議論がなされた<sup>38)</sup>。そこでは、当初別産制と共有制の意見が伯仲しており、特にシンポジウムでは共有制を強く望む意見が出された。

その後、共有制によっても必ずしも妻の保護という問題を解決するものではないこと、特に妻の独立を確保する点から別産制を維持すべきであること、それに関連して妻の経済的自立能力を充実することを考慮すれば別産制の方が適合していること、また別産制と共有制のどちらを採るかといった抽象的な夫婦財産制の議論が実益に乏しく具体的な方向付けがなされなかったことから、別産制を前提とした上でそこから生ずる問題点を法律的に解決する方向へ議論が進んでいった。

1979年に公表された「相続に関する民法改正要綱試案」<sup>39)</sup>は、夫婦財産制については現行法を改正しないとした上で、配偶者相続分の引き上げと寄与分制度の新設によって、相続における生存配偶者の地位は大幅に改善された。妻の経済上不利利益の是正及び死亡解消後の経済的安定の問題が解決したといえる<sup>40)</sup>。この配偶者相続分の改善によって、共有制を支持する意見に応えるという改正の姿勢に対しては、学説は概ね好意的であった<sup>41)</sup>。

その後も、私的な研究会の改正案<sup>42)</sup>が提示されたが、夫婦財産制自体の改正論議ではなく、別産制を基礎とした上でそれを修正する提案がなされ、また配偶者相続分の増加に対応して清算的財産分与の平等割合、離婚後扶養の強化を達成しようとするものであった。

1992年に法務省民事局参事官室から公表された「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告(論点整理)」<sup>43)</sup>は、財産分与の内容について、「事案の性質から内容は自明であり、現に調停及び裁判実務における解釈及び運用で制度の内容は明確にされているので、分与の額及び方法を定める際の具体的な考慮事由を明示する必要はない」とする「a意見」と「現行法規は分与の額及び方法を定める際の具体的な考慮事由が明らかではないので、財産分与における清算の基準を明確にするため、財産形成に対する夫婦双方の寄与度を考慮すべきことを明示し、その割合は原則として、二分の一ずつとすべきである」との「b意見」を併記した。法定夫婦財産制に関しては、共有制を求める意見は記されず、改正を意図するb意見も、現行の財産分与規定における清算基準の不備を補うに過ぎない。またb意

見は、別産制を前提とした上で、夫婦各自の財産について、一方配偶者の財産の婚姻期間中における増加があれば、増加部分の半分は他方配偶者の寄与によるものと評価して、財産分与を算定する制度を意図していると思われる。これらのことから、法定夫婦財産制については別産制の原則に立つ所得参与制(付加利得共通制)の方向に一步進んだといえる<sup>44)</sup>。さらに夫婦財産契約の利用や居住用不動産の処分制限が明記されており<sup>45)</sup>、夫婦財産制及び財産分与制度の議論をさらに進めるものであった。

しかし、1994年の同じく法務省民事局参事官室より公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案(以下、「94年試案」)<sup>46)</sup>及び1996年の「民法等の一部を改正する法律案要綱案(以下、「96年要綱案」)<sup>47)</sup>では、夫婦財産制の議論はなされておらず、前者では夫婦財産契約や居住用不動産の保護については検討課題として注記されるに留まり、後者ではそれらの記載はなかった。

一方で、財産分与に夫婦財産の清算に加えて離婚後扶養ないし補償という概念が用いられ、当事者間の財産上の衡平が目的に含まれることが明らかになった。さらに各当事者の寄与の程度を等しいものとするいわゆる「2分の1ルール」が用いられた。清算的財産分与は、夫婦の協力・内助の功による潜在的・実質的持分の確認から、大きく変化したといえるだろう。以上のような立法論の動向を概観すれば、学説同様の経過を経て別産制によって生ずる夫婦間の実質的な不平等を財産分与の中で解決する方向にあるといえる。

夫婦財産制の枠内ではなく財産分与の中で是正しようとする議論展開の中で形成された「2分の1ルール」は、専業主婦のみに適合した基準であるといえる。一方で、専業主婦としての家事に加え稼働している共稼ぎ婚の場合には、専業主婦の場合よりも寄与度が大きいと評価されてもおかしくない。しかし2分の1を超えて算定することに夫側からの強い抵抗も予測される<sup>48)</sup>。「2分の1ルール」は、どのような婚姻形態を選択しても画一的に適用される。このような扱いでは、共稼ぎ婚を選択した夫婦の形態

に即した衡平な夫婦財産の清算を実現することは不可能である。女性の社会進出を後押しする男女共同参画社会では「2分の1ルール」に加え、社会に進出し働く女性にも対応した夫婦財産の清算のあり方を設ける必要がある。「2分の1ルール」だけのままでは女性の社会進出を結果的に妨げることになり、依然として女性が家事を担うという構造は変わらないのではないだろうか。だからこそ、「2分の1ルール」から脱却し、多様な婚姻形態に対応した夫婦財産の清算に関するルールを構築することが、今後の課題となる。

## 第2章 ドイツにおける立法的解決と剰余共同制

### 第1節 婚姻法及び家族法改正のための第一法律

BGB 施行にあたり、立法者は「主婦婚 (Hausfrauehe)」を法制度化した<sup>49)</sup>。この婚姻像は、第二次世界大戦後基本法3条の平等規定を受けての婚姻法改正においても基本的に維持された。そこには主婦婚が圧倒的多数であるという社会状況が大きく影響している。しかし、1960年代以降有配偶女性の雇用労働分野への進出が顕著に認められる。1970年の段階で有配偶女性の40%が就業しており、主婦婚がもはや一般的といえるものではなくなった。もっとも過半数が就業していないことから主婦婚に代わって共稼ぎ婚 (Doppelverdienerehe) が原則型となったとはいえないものの、少なくとも60年代以降の西ドイツの社会的生産形式には調和的なものではなくなったといえる<sup>50)</sup>。このような社会状況の変化に対して、1976年に「婚姻法及び家族法改正のための第一法律 (Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts)」(以下、「76年改正法」)を制定した。これによって主婦婚の婚姻像を放棄し、夫婦の平等なパートナーシップを基調とした自由・対等の個人の結合関係として婚姻を規定した。これまで残存していた家父長的家族像が完全に排除され、個人主義に基づく家族観が確立することとなった。同時に76年改正法は、女性の雇用拡大という社会的条件の変

化に対応させようとしたものとして見る事ができる<sup>51)</sup>。

しかし、76年改正法は婚姻像を法定することをやめ、パートナーシップを基調としたものに婚姻像を変えたものの、剰余共同制はそのまま維持されることとなった<sup>52)</sup>。その理由として、夫婦の役割分担が具体的にどのようなものであっても夫婦の所得活動と家政執行が等価値のものとして、夫婦が婚姻期間中に取得した財産を清算する剰余共同制の基本理念は通用しうるものであるからと説明されている<sup>53)</sup>。

その後も女性の雇用拡大は進行しており<sup>54)</sup>、主婦婚が今日もはや通常の形態であるとはいえ、若い世代においては社会的に優勢な婚姻生活共同体の形態としては存在していない。主婦婚を唯一のモデルとする剰余共同制が、今後も夫婦それぞれに応じた衡平な財産関係及び夫婦財産の清算を保障するものとして存在することは不可能である。76年改正法によって社会的条件の変化に対応したものの現在では限界があることから、剰余共同制及びその運用さらには剰余共同制改正に関する議論が展開されることとなる。

## 第2節 夫婦財産の清算の一般原則

ドイツも日本同様、夫婦財産契約 (Ehevertrag) によって、夫婦の財産関係を自由に定めることが可能である (BGB 1363条)。ドイツでは、夫婦財産契約は、婚姻締結後もこれを廃止または変更することができる<sup>55)</sup>とされている。夫婦財産契約によって、夫婦は別産制 (Gütertrennung) (BGB 1414条) または財産共同制 (Gütergemeinschaft) (BGB 1415条 ~ 1518条) を選択することができる。その他の場合には、法定夫婦財産制である剰余共同制 (BGB 1363条 ~ 1390条) が適用される。

剰余共同制の本質は別産制であり、婚姻によっても各自の財産所有関係は変わらず、婚姻期間中に取得された夫婦財産はそれを取得した者の所有となり (BGB 1363条 2項)、各配偶者は各自の所有財産を自由に独立して管理することとなる (BGB 1364条)。また所有名義人でない一方配偶者の

利益保護のために、清算の対象となる財産の所有名義人である他方配偶者の処分権を一定範囲で制限することが規定されている(BGB 1365, 1369条)<sup>55)</sup>。

剰余共同制の基本理念は、夫婦が婚姻期間中に取得した財産を、等価値である所得活動(Erwerbtätigkeit)と家政執行(Haushaltsführung)によって取得されたと評価するものであり、その結果、夫婦が婚姻期間中に取得した財産は平等に分配されることとなる。

剰余共同制における夫婦財産の清算は、「相続法上の解決(erbrechtliche Lösung)」「夫婦財産法上の解決(güterrechtliche Lösung)」と呼ばれる2つの形式を定めている。一方配偶者の死亡によって剰余共同制が終了する場合以外は、「夫婦財産法上の解決」として、剰余清算(Zugewinnausgleich)が行われる。

剰余(Zugewinn)は、各配偶者の剰余共同制終了時の財産(Endvermögen。以下、「終局財産」)が、剰余共同制開始時の財産(Anfangsvermögen。以下、「当初財産」)を超える価額であると定義されている(BGB 1373条)。このことから、剰余がマイナスになることはなく、終局財産の価額が当初財産の価額を下回る場合には剰余はゼロとなる。婚姻期間中に生じた債務については、原則として一方配偶者が債務超過の状態になったとしても夫婦間で分割されず、例外としてその債務が婚姻共同生活の枠内で生じたものである場合に限り、離婚後も夫婦で2分の1ずつ負担することとなる<sup>56)</sup>。

剰余について法は簡潔に規定するだけであるから、剰余を算定するためには当初財産と終局財産の概念とその評価を明確にする必要がある。これについて、ドイツでは法文上、詳細な規定が設けられている。

当初財産は、夫婦財産制の開始の際に一方配偶者に帰属している財産で、債務を控除したものと定義されており(BGB 1374条1項)、ほとんどの場合、婚姻締結の際に存在していた財産権のみが当初財産に算入される。また当初財産の確定の際に控除される債務は、婚姻締結の際に現存する積極

財産を限度として考慮されることから、債務超過の場合でも当初財産はマイナスにはならず、その場合には当初財産の価額はゼロと評価される。

婚姻期間中に取得された財産であっても、死因処分、将来の相続権を考慮しての財産取得、贈与、独立資金 (Ausstattung) として取得した財産は、債務を控除した後に当初財産に加算され (BGB 1374条2項)、これによって清算の対象から外されることとなる。これらの財産は、一方配偶者が取得した時点での価額で当初財産に算入される。

終局財産は、夫婦財産制終了時に債務を控除した後に残った一方配偶者に帰属する財産と定義されており (BGB 1375条1項1文)、債務の控除は、当初財産同様積極財産を限度として控除される。よって、終局財産が債務超過となる場合もゼロと評価される。一方配偶者が剰余共同制期間中に、不用意な無償の出捐や浪費、あるいは他方配偶者に不利益になるように財産を減少させた場合には、その減少価額が終局財産に加算される (BGB 1375条2項)。また、この財産減少が夫婦財産制終了の10年以上前になされた場合や、他方配偶者がこれらの財産減少に同意していた場合には、算入されない (BGB 1375条3項)。終局財産には、法的に保護される金銭価値のある地位が算入されるが、弁済期の到来していない将来の貸金請求権や年金請求権はこれに含まれない<sup>57)</sup>。さらに家具令 (Hausratsverordnung) によって分割される家財道具 (Hausrat) も、終局財産に含まれないと解されている<sup>58)</sup>。

終局財産の評価時点は、原則として夫婦財産制の終了時であり、また剰余共同制も離婚判決の確定によって終了することになるが、離婚の場合には、離婚申立 (Scheidungsantrag) が係属した時点を基準として行われる (BGB 1384条)。

夫婦には、剰余共同制の開始にあたって、当初財産を確定する必要があることから、財産目録 (Verzeichnis) 作成に協力するように、一方配偶者が他方配偶者に対して請求することができ (BGB 1377条2項)、作成された財産目録は、反証のないかぎり真実に適合しているものと推定される

(同条1項)。財産目録が作成されなかった場合には、当初財産は存在せず、終局財産が剰余であるものと推定される(同条3項)。

これらによって、各配偶者の剰余が算定された後に、一方配偶者の剰余が他方配偶者の剰余を超える場合に、その差額の2分の1が、一方配偶者から他方配偶者に清算請求権(Ausgleichforderung)の形で与えられる(BGB 1378条1項)。この清算請求権は、夫婦財産制終了とともに、したがって離婚の場合には離婚判決の確定したときに発生する。この時点で、相続可能でありまた譲渡可能であるとされている(BGB 1378条3項1文)。

### 第3章 剰余共同制の運用と問題点

法定夫婦財産制である剰余共同制に対しては、施行当時から、多くの問題点が指摘されてきた。また剰余共同制の特徴の一つである剰余清算については、法文上の詳細な規定に加えて、判例の蓄積によって、当初財産及び終局財産の算定に関する一定の基準が形成されてきた。判例は、実務に対して大きな影響を与え、このような剰余共同制の運用に対しては、様々な観点から多くの議論が展開されてきた。

特に、社会状況の変化、婚姻形態の多様化が進行する中で、これまでのような剰余清算に関する規定の機械的な適用や、判例に基づく実務の運用が、必ずしも衡平な夫婦財産の清算を保障するものではなくなってきたことから、判例の変更や法改正の必要性がさらに指摘されるようになった。それらの中には、剰余共同制を制定した立法者の構想を大きく転換するものも含まれており、剰余共同制はその姿を大きく変えつつある。

本章では、これまでドイツで展開されてきた剰余清算の法規定や判例に関する議論を分析する。これらに関する議論は多く存在するが、2004年に連邦弁護士連合会が公表した改正提言で取り上げられた事項に限定して検討する。

## 第1節 婚姻締結時に有する財産価値の算定 (BGB 1374条)

離婚における夫婦財産の清算の場合、その対象となる剰余は、各配偶者の終局財産が当初財産を超える価額と定義されている (BGB 1373条)<sup>59)</sup>。また当初財産の確定にあたって控除される債務については、現存する積極財産によってカバーされる範囲に限定されており、債務超過の場合には、当初財産がマイナスになることはなく当初財産の価額はゼロと評価される (BGB 1374条1項)<sup>60)</sup>。

### (1) 婚姻締結時の債務とその弁済

BGB 1374条1項後文によって当初財産がゼロと評価されることから、婚姻締結時に<sup>61)</sup>債務超過の状態にあった一方配偶者の剰余は、現存する終局財産の価額となる。その価額を基にして、剰余清算請求権の額やその帰属が判断される。しかし、同条を文言通りに適用することによって、婚姻締結時に債務を有していた一方配偶者を優遇することとなり、他方配偶者にとって不利益となる場合が考えられる。最近の論説では、以下のような設例によって説明されている<sup>62)</sup>。

#### 〔設例〕

「夫は、夫婦財産制開始時に債務30,000ユーロを有していた。一方、妻は積極財産・消極財産いずれも有していなかった。婚姻期間中に、夫婦はそれぞれ40,000ユーロを取得した。夫は、婚姻期間中に獲得した財産を債務の弁済に充てた。」

上記の設例の場合、夫の当初財産・終局財産は、次のように算定される。まず、BGB 1374条1項後文によって、夫の当初財産はゼロとなる。また、夫の終局財産は現存する10,000ユーロと算定され、したがって夫の剰余は10,000ユーロとなる。他方、妻の剰余は40,000ユーロとなる。剰余清算の規定に従えば ( $(40,000 - 10,000) \times 0.5 = 15,000$ )、本設例では夫に15,000

ユーロの剰余清算請求権が付与されることとなる。

このような算定結果をもたらす BGB 1374条1項後文については、多くの批判がなされている。特に、同条に対する批判の先駆けとなったゲルンフーパー (Joachim Gernhuber) は、「剰余共同制の基本理念に対する背信 (Untreue)」であると指摘している<sup>63)</sup>。つまり、剰余共同制は、婚姻期間中の所得活動と家政執行を等価値と評価することによって、取得した一方配偶者の財産に対して他方配偶者が寄与したものととして扱うことを実現しようとするものである。この基本理念に従えば、婚姻期間中に獲得された財産を弁済に用いられた場合には、それに対しても妻の寄与が認められなければならないとする。

さらに、ゲルンフーパーは、「剰余清算を通じて、剰余清算請求権者は義務者の有している債務の半分を引き受けることとなる」と批判する<sup>64)</sup>。本設例によれば、当初財産がマイナスとなりうるのであれば、夫の当初財産はマイナス30,000ユーロとなる。夫の終局財産が10,000ユーロであることから、剰余は40,000ユーロとなる。したがって、本設例では両配偶者の剰余が同額であることから、剰余清算請求権は発生しないこととなる。しかし、当初財産をゼロと評価することで、妻は15,000ユーロの剰余清算義務を負うことになる。計算上、夫が婚姻締結時に有していた債務の半分を負担するのと同じことになると批判する。このように、当初財産がゼロとなり、また清算の対象が現存する財産に限定されることは、債務を有していない配偶者に明らか不利益となる。多くの見解が BGB 1374条1項後文に対して批判的であり、2003年に行われた第15回ドイツ家族法大会 (Deutschen Familiengerichtstag) では、BGB 1374条1項後文を削除しそして当初財産がマイナスとなることを認めるべきであるとする意見がまとめられている<sup>65)</sup>。

他方で、同条を正当化する見解がある。当初財産がマイナスとなりうる場合、現存する全財産及びそれを超える金額の剰余清算請求権を他方配偶

者に認めることもありうる。このことは、他方配偶者を過度に保護するものであり<sup>66)</sup>、このような結果は、「婚姻運命共同体 (eheliche Schicksalsgemeinschaft)」に適合しておらず<sup>67)</sup>、「婚姻の本質 (das Wesen der Ehe)」からも相応ではないとする<sup>68)</sup>。「婚姻運命共同体」という概念によって、BGB 1374条1項後文を根拠づけることについては批判されている。すなわち、「婚姻運命共同体」という概念が何を根拠に基づいて存在しているのかだけでなく、この概念の明確な意味さえも明らかにされていない。さらに婚姻上の運命共同性が認められたとしても、それは婚姻期間中のみ意義のあることであり、一方配偶者が婚姻締結時に有していた債務を婚姻期間中に新たに取得した財産・所得を用いて弁済し、婚姻が解消した後にまで、意義を有しているものではないと批判する。また BGB 1374条1項後文の問題は、同条によって婚姻共同生活に基づいて算定されるべき剰余清算の実現が阻止されていることであり、「婚姻運命共同体」や「婚姻の本質」の問題ではないと批判している<sup>69)</sup>。

## (2) 立法者の構想

剰余共同制に関する立法者の構想は、基本モデルとして想定されている主婦婚に対応させたものであった。剰余共同制の成立にあたっては、夫婦の財産関係の独立を達成した上で、一方配偶者、主に夫が婚姻期間中に取得した財産・利得に対して、他方配偶者である妻の寄与をいかにして最も目的的に保証するかという観点から議論が進展してきた。剰余共同制施行直後は、以下のような設例によって同条に関して説明されてきた<sup>70)</sup>。

### 〔設 例〕

「夫婦財産制の開始時に、一方配偶者が10,000マルクの財産と20,000マルクの債務を持っていると、その当初財産はゼロであり、マイナス10,000マルクではない。そして、その20,000マルクの債務を婚姻期間中に支払い、終局財産が10,000マルクであるとする、終局財産は10,000

マルクだけ当初財産を上回るから、剰余は10,000マルクである。ところが、当初財産がマイナスでありうると、当初財産はマイナス10,000マルクとなり、終局財産は当初財産を20,000マルク上回ることとなり、剰余も20,000マルクとなる。他方配偶者が剰余を得ていないとすると一方配偶者の半分が剰余清算請求権として他方配偶者に帰属することとなる。したがって、債務の控除を積極財産の額を限度とした場合には、他方配偶者に5,000マルクの剰余清算請求権が帰属するが、当初財産がマイナスでありうると、10,000マルクの剰余清算請求権が他方配偶者に帰属することとなる。この場合、清算義務者に現存する財産は10,000マルクであることから、前者の場合には、そこから5,000マルクだけ他方配偶者に移すことになるが、後者の場合には10,000マルク全部を他方配偶者に移さねばならなくなる。」

草案では、原則として、夫婦財産制終了時に夫に現存する財産・所得に対してのみ妻を参与させることとした。このような規定が、事情によっては、他方配偶者、すなわち妻に苛酷な結果をもたらす場合もあることは想定されていた。しかし、このような場合に関しては、妻に帰属することになる剰余清算請求権は、婚姻期間中に行われた労働に対する報酬ではなく家族法上根拠付けられたものであり、また離婚時に自由に処分することが可能な財産・所得を有していない場合、それを超えるような清算義務を夫に課すことは正当ではないとされた。そして、夫の債務弁済後に、夫が取得した財産・所得に対して妻が寄与したものととして扱うことが婚姻の本質に相応するであろう、と説明した<sup>71)</sup>。このような過程を経て、BGB 1374条1項後文は規定されたが、妻が清算義務者となることは念頭に置かれていなかったといえる。

### (3) 連邦通常裁判所の見解

連邦通常裁判所(以下、「BGH」)も、1995年5月3日判決(BGH,

FamRZ 1995, 990.)の中で、この問題を指摘している。

〔事実関係〕

原告X(妻)と被告Y(夫)は1970年10月2日に婚姻し、1991年12月22日に離婚した。

婚姻締結時、Xはドイツ国債(200 DM)を所有しており、Yは乗用車(2,000 DM)を所有していた。XとYは、婚姻締結前に10,000 DMを連帯債務として借入れ、それは2人がXの実家で生活するための自宅の改築費用として用いられた。離婚時のXの終局財産は、80,558.06 DMであり、Yの終局財産は80,005.17 DMと算定された。婚姻期間中、X Y双方ともそれぞれ両親から度々金銭の贈与を受けていたが、その金額等については争われていない(X: 61,938.65 DM。Y: 33,216.43 DM。)

婚姻締結前にXとYが連帯して借り入れた債務は、負担割合が2分の1ずつであることから、双方の当初財産は、婚姻締結時に債務超過しているのでゼロと評価される。そこでX Y間では、BGB 1374条2項の列挙事由によって取得した財産は、剰余清算の法文上ゼロと評価される当初財産に加算されるのか、それとも、計算上マイナスとなる当初財産に加算されるのが争われた。

区裁判所は、X Y双方の計算上マイナスとして算出された当初財産に加算されるとする立場を採用し、X Y間の剰余清算請求権の存否及び金額を判断した。その結果、Xに、Yに対する11,633.06 DMの剰余清算請求権が帰属した。この判断について、Xは控訴し、さらに2,451.61 DMの剰余清算請求権が帰属することを主張した。控訴審である上級地方裁判所では、立法者がBGB 1374条1項後文とBGB 1374条2項の関係を明確に規定していないことを前提として、BGB 1374条2項の列挙事由によって取得した財産を、法文上ゼロと評価される当初財産に加算することは、剰余を減少させるという不衡平をもたらすことになると判断した。

さらに、法文上ゼロと評価される当初財産に加算することで、財産取得時期の僅かな差異によって大きく算定結果が異なることを指摘する。すなわち、婚姻締結前に相続分・遺贈等によって財産を取得した場合、当初財産の算定の際には、マイナスにこれらの財産が加算されることになる。他方、婚姻締結直後にこれらの財産を取得し、法文上ゼロと評価される当初財産に加算される場合には、当初財産が増加し終局財産からこれらの財産が除外されることから、剰余が減少することになる。この取得時期の僅かな差異によって、債務超過している一方配偶者を過度に保護することになり、このような不均衡をもたらす見解を採用することはできないとした。このように判示した上で、第一審の判決を支持し、控訴を棄却した。これに対して、Xが上告した。

〔判決理由〕

BGHは、BGB 1374条1項後文に関する前述の2つの見解を比較している。そして、「剰余清算は、基準となる期日(BGB 1384条)に過剰分(剰余)として現存している財産のみが清算されるべきであるという原則に従っている。清算請求権はこの過剰分の半分に制限され、そこでは債権者の利益を考慮してBGB 1378条2項によるさらなる制限が予定されている。それに加えて、BGB 1374条は、終局財産から控除されることによって現実に取得した剰余を確定する当初財産に関する2つの命題を定めている」として、BGB 1374条1項後文について、その法的性質を述べている。

「BGB 1374条1項後文によれば、一方配偶者が夫婦財産制開始時に有していた債務は、自己の当初財産からその額を限度として控除される。債務超過の場合には、当初財産はゼロと評価されマイナスになることはない。一方配偶者が自己の剰余を婚姻開始時に有していた債務の弁済に用いた場合には、これを通じて、この弁済に対して他方配偶者が寄与したものと扱われる。……(これに対する)異議、すなわちこのような債務の弁済も婚姻期間中の他方配偶者の協力(Mita-

arbeit)によって取得された財産価値と同様であるとするのは、誤った評価をもたらすことになり、また剰余清算の目的にも適わない。なぜなら、(当初財産の確定に当たって控除される債務を)債務全額とするのは、他方配偶者に対して有利な価値清算をもたらすことになるが、このことは債務を弁済した一方配偶者が、自身に実際に現存している財産の半分以上を失うことによつてのみ実現することができる。立法者は、委員会の審議の中でこのような解決法を明確に否定している。剰余清算に関する立法者の構想によれば、経済的な評価方法は重要ではなく、同様に婚姻締結時の債務を婚姻期間中に弁済しえたかどうかも重要ではない。ただ、(夫婦財産制終了時に)現存している積極財産である過剰剰余のみが分割されるべきであり、婚姻締結時に有していた債務の弁済も分割の対象とすべきではないことになる。このことが法政策として誤っており、不衡平なものとして評価される場合には、立法者によつてのみ対策を講じることができる。」

本判決は、債務超過の状態にある一方配偶者が、婚姻期間中にその債務の弁済に充てた金額は、現行規定の枠内では考慮しないことを明確にした。一方で、立法的解決の必要性は指摘しており、このことは多くの学説の見解と一致するものであるといえる。

#### (4) BGB 1374条2項と当初財産の関係

さらに、争点となった債務超過にある当初財産と BGB 1374条2項による当初財産への加算について重要な判断をしている。

〔判決理由〕

BGH は BGB 1374条2項について次のように説明する。「BGB 1374条2項によれば、一方配偶者が夫婦財産制開始後に第三者からの相続、贈与もしくは独立資金(Ausstattung)によって獲得した財産は、剰余清算の対象とならず一方配偶者に帰属するだけである。なぜなら、他方配

偶者はこれらの財産に直接的にも間接的にも寄与していないからである。立法者は、これらの財産取得を～これに関連する債務を控除した後に～当初財産に加算することによって、算定技術上このことを解決した。」

その上で、BGB 1374条 1項と2項の関係について以下のように述べている。「BGB 1374条 1項及び2項に基づく価値評価(Wertansätze)は、両条の基本命題に依じて、それ故に、別々に実現されなければならない。一方配偶者は、他方配偶者が～部分的にも～(BGB 1374条 2項に列挙された)例外的な出捐(privilegierte Zuwendung)<sup>72)</sup>に対して寄与したものと扱うことを必要としていない。マイナスの当初財産にこのような例外的な出捐を加算した場合、他方配偶者を寄与させる結果になる。なぜなら、この方法は加算された当初財産を減少し、それによって剰余が増加するからである。この方法によれば、BGB 1374条 2項の列挙事由による一方配偶者に対する法の保護がもはや実現されないことになる。それゆえに、相続分、贈与等々は、夫婦財産制開始時に存在した債務を弁済するために用いられる必要ない。」

このように判示し、BGB 1374条 2項の列挙事由によって取得された財産を、ゼロと評価された当初財産に加算する見解を採用した。そして本判決では、X・Yの剰余を18,619.41 DM・46,788.74 DMと評価し、Xに14,084.67 DMの剰余清算請求権を認めた。

これに対して、学説ではマイナスの価値に加算することを主張している<sup>73)</sup>。上述のBGHの扱いは、二重に保護することになるから適当でない<sup>74)</sup>と批判する。すなわち、BGHの採用する方法によれば、相続によって取得した財産を剰余清算の対象から除外するだけでなく、それに加えて婚姻期間中に自己の稼働能力によって獲得された財産までも、剰余清算の対象から除外することになると指摘する<sup>75)</sup>。また BGB 1374条 1項の目的は、当初財産がマイナスとなることを基準にして剰余清算請求権が算定されることによって、夫婦財産制終了時に有している積極財産全てが他方配偶者

に移転することを防ぐことであり、同条2項の目的は、加算し婚姻締結時に有する財産と同様に扱うことによって、剰余清算義務者の不公正を低減することにある。したがって、婚姻締結時に有する債務と BGB 1374条2項によって加算される積極財産との清算を認めたととしても、両規定の目的が損なわれることはないと主張するものもある<sup>76)</sup>。

さらに BGH は、BGB 1374条1項と2項は、剰余清算において別々の役割を果たしており、各期日に存在する積極財産と債務だけが調整されるべきであるとしている。そして、BGB 1374条2項によって加算される財産と、婚姻締結時に有している債務と清算することは、法体系及び文言に反するとしている。この点については、BGH は必ずしも法体系から結論を導き出しておらず、ただ単に、当初財産中にある債務は積極財産の金額を限度として控除されそして BGB 1374条2項列挙事由によって取得した財産は「当初財産に加算される」という文言に依拠しているだけであると批判する見解もある<sup>77)</sup>。

また BGB 1374条1項が、一般的な法命題、つまり当初財産はいかなる場合においてもマイナスとなることはないということを定めているのかを判断しなければならないが、BGH はこの問題に関して明確に答えていない。結局のところ、BGH は、剰余清算に関する法規定は矛盾を内包しており、立法者も故意にこれを設けているという思考を前提としているにすぎない。そして明確な立法規定が設けられていない部分に関する問題についても、この思考を適用しようとしているだけにすぎず、解釈による衡平な解決が可能であるにもかかわらず、これを否定する BGH の態度は、いかに衡平な解決を導き出すかという観点並びに公平性の問題を最初から欠いているものであると批判している<sup>78)</sup>。

#### (5) 小 括

これらの説明からも明らかであるように、BGB 1374条1項後文の制定にあたっては、主婦婚を前提に議論がなされてきたことから、剰余清算請

求権者は、婚姻期間中に何ら財産・所得を取得しない妻であり、そして清算義務者は夫であることが念頭に置かれていた。したがって、常に清算の対象となる財産は夫が婚姻期間中に取得した財産・収入であり、現存している夫の財産を限度に、いかにして妻を参与させるかという観点を前面に出すことによって、剰余共同制の基本理念が修正されることとなった。そして、債務超過の当初財産をゼロと評価することは、夫に現存する財産の全額を妻に移すことを防ぐこととなり、夫の離婚後の生活を保障するためにも必要であった。

しかし、主婦婚から共稼ぎ婚が増加する中で、剰余清算の前提となっていた夫婦像は変わりつつある。すなわち、共稼ぎ婚という婚姻形態で婚姻共同生活を送ってきた夫婦には、それぞれの財産を形成する機会があり、妻にも婚姻期間中に取得した財産・所得が存在する。剰余清算では、いかにして財産取得の機会がなかった妻を夫の財産に対して寄与したものとして扱うのかという観点は後退することになる。共稼ぎ婚では、両配偶者が婚姻期間中に財産を形成する機会を有していることから、両配偶者の財産増加分を純粋に比較することが可能となる。したがって、債務超過している当初財産をゼロと評価することで剰余共同制の基本理念を修正する必要はなく、BGB 1374条 1項後文を削除することが、多くの学説で主張されている。

また、BGB 1374条 1項と 2項の関係についても、BGH は立法者の構想に依拠している。これに対して、確かにどのような経過を経て財産が取得されたかを考慮せず、また婚姻締結の際に有している債務が婚姻期間中に弁済されたかどうかも考慮しないということは、約四十年前には公正性を有していたものの、現在においては必ずしもそうとはいえないことが指摘されており<sup>79)</sup>、婚姻形態の多様化という社会状況の変化も、このような見解に大きく影響しているものと思われる。

## 第2節 当初財産への加算と BGB 1374条2項類推適用

当初財産は、夫婦財産制の開始の際に一方配偶者に帰属している財産で、債務を控除したものと定義されており（BGB 1374条1項）、多くの場合、婚姻締結の際に存在していた財産権が当初財産に含まれる。しかし、婚姻期間中に取得された財産であっても、死因処分、将来の相続権を考慮しての財産取得、贈与、または独立資金（Ausstattung）として取得した財産は、債務を控除した後に当初財産に加算され、これによって剰余清算の対象から除外されることとなる。これらの財産は、一方配偶者が取得した時点での価額で当初財産に加算される。

### (1) BGB 1374条2項列挙事由

BGB 1374条2項<sup>80)</sup>によれば、以下のような事由によって取得した財産が、当初財産に加算されることになる。

一方配偶者が、死因処分によって取得した財産である。これには、相続権、遺贈及び義務分請求権、また生命保険の死亡した場合の受取人としての請求権が含まれる。

将来の相続権を考慮して取得した財産。相続前の相続放棄や義務分放棄（BGB 2346条）の代償が含まれる。さらに、財産所有者である親の死亡を条件とした財産譲渡が問題となる。BGH<sup>81)</sup>は、税法上の理由によって、また義務分請求権を考慮して売買契約を締結し、相続人に財産移転をした場合には、「将来の相続権を考慮した」取得と判断し当初財産に加算している。また一方配偶者の親が子である一方配偶者に対して、存命中の用益権を留保した上で不動産を譲渡し、そして夫婦財産制期間中に用益権者である親が死亡したことから用益権が消滅した事案についても、「将来の相続権を考慮した」取得として、当初財産に加算している<sup>82)</sup>。

法定相続に限らず、遺言相続の場合にも、「将来の相続権を考慮した」取得は問題となる。被相続人は、遺言によって、例えば、Aを最初に相続

人とし、被相続人が定めた時期または事実が生じた後に、Bを相続人とする旨を指定することができる(BGB 2100条)。このような場合のAを先位相続人(Vorerbe)、Bを後位相続人(Nacherbe)という。後位相続人は、相続と同時に相続人にはならず、相続財産はまず、先順位相続人に帰属し、そして後位相続開始事由によって初めて相続財産は後位相続人に移転することになる。後位相続前の後位相続人は相続人とは言えないものの、期待権を有しており、譲渡可能であるとされている<sup>83)</sup>。

このような後位相続人の地位に基づく期待権も、「将来の相続権を考慮した」取得として、当初財産に加算される。その場合に、当初財産に加算される期待権の価額が問題となる。この期待権の取り扱いについては、以下のような見解が主張されている<sup>84)</sup>。後位相続に基づく期待権が夫婦財産制期間中に取得した場合には、その価額が当初財産に算入される。しかし、後位相続が開始し、夫婦財産制期間中に相続によって財産を取得したが、実際に相続によって取得した財産の価額が期待権よりも高い場合には、期待権との差額がBGB 1374条2項によって加算されることになる。逆に、後位相続によって取得した財産の価額が期待権よりも低い場合には、実際の後位相続によって取得した財産の価額が当初財産に加算される。また、後位相続が開始することなく、夫婦財産制の終了までに期待権の価値が上昇した場合には、BGB 1374条2項によって、この価値上昇が加算される。

贈与は、BGB 516条と同様に無償の財産支出と解されている。また独立資金(Ausstattung)は、BGB 1624条と同じ財産価値と解しており、例えば婚姻や企業の設立、独立した所得活動の維持のために親から子に対して出捐されたものである。

BGB 1374条2項に基づいて当初財産に加算される財産価値は、取得した時点で当該財産が有している価値であることから、取得時点と終局財産の算定期日の間に生じた財産価値の増加や一方配偶者が相続・贈与により取得した財産を基に、終局財産の算定期日までに貯蓄した金額も剰余清算に含まれることになる<sup>85)</sup>。

一方で、「状況に応じて、収入(Einkunft)に加算されるべきであるもの」(1374条2項後文)は当初財産に加算されない。この規定を解するために参照となる下級審判決が存在する<sup>86)</sup>。事案は、一方配偶者に対して親から婚姻期間中に計25,000 DMを11回に分けて金銭が与えられたものである。金銭給付は、転居、運転免許証の取得、家財道具の調達、といった特別に必要な機会に応じて与えられた。親のこの給付を収入に該当すると判断した。その理由として、それらは財産形成の目的ではなく、あくまで消費の目的のために出捐されたからであるとする。給付の形態に関係なく、経済的な観点にたつて、出捐の意図、受取人の関係及び出捐の機会が重要になる<sup>87)</sup>。消費目的のためになされたが、実際には消費されなかった場合は、当初財産に加算されず剰余清算の対象となる。

BGB 1374条2項の目的は、列挙事由によって取得された財産が、性質上夫婦の寄与・協力に基づいて取得されたものとはいえないから、これらを当初財産に加算することで、清算されることを防ぐことにあると説明されている<sup>88)</sup>。このことから、列挙されていない取得事由について、同規定の類推適用の可否が議論されている。

## (2) BGB 1374条2項の類推適用の可否

BGB 1374条2項の類推適用が問題となった裁判例として、くじ(Lottogewinn)、慰謝料請求権、寡婦に対する連邦年金法(RVO)1302条に基づく給付、連邦救済法に基づく給付、が挙げられる<sup>89)</sup>。

### くじ(Lottogewinn)

• BGH 1976年12月22日判決(BGH FamRZ 1977, 124.)

〔事実関係〕

被告Y(妻)は、1964年頃から週1回程度ナンバーくじを始めるようになり、その後も数種類のくじを購入していた。偶然、Yの代わりに原告X(夫)がくじを購入し、1972年に92,701 DMの剰余金が分配され

た。XはYに当該剰余金を手渡し、Yはこのうち約72,000 DM を分譲住宅の購入資金に充て、これをYの単独所有とした。その後離婚訴訟が提起され、XとYは1974年に離婚した。

離婚確定後、Xは、夫婦間に「くじ組合(Lottogemeinschaft)」が存在していたとして、92,701 DM の約半分である46,000 DM を請求した。その後、Xは訴えを一部取下げ、剰余清算請求として29,000 DM を請求した。X・Yは婚姻締結時に財産を有しておらず、離婚訴訟が提起された時点では、Yは63,000 DM、Xは5,000 DM の財産を有していた。第一審・原審とも、Yに対して、Xに29,000 DM を支払うことを命じた。そこでYは上告した。

〔判決理由〕

「BGB 1374条2項によれば、一方配偶者が夫婦財産制開始後に、死因処分によって、将来の相続分を考慮して、贈与によってもしくは独立資金として取得した財産のみが、その者の当初財産に加算され、それによって剰余清算の対象から除外される。一方配偶者のくじ剰余金(Lottogewinn)はこのような取得を表していない。またBGB 1374条2項はこのような剰余に拡張して適用すべきではない。」「Yは……自己の金銭から(ナンバーくじの代金を)支払っていたことから、Xはその剰余金に対して全く寄与していない。これについて、本事案は、他方配偶者の寄与を欠いている典型的な現象形態としてBGB 1374条2項に規定されている一方配偶者への出捐と類似した関係にある。しかしながらこのことは、当該規定の準用(eine entsprechende Anwendung)を正当化するものではない。」「立法者は、おそらくすでに何度も明確にしているように、BGB 1363条2項後文、1372条以下は厳格に文言通り適用すべき規定であり、それらは離婚による夫婦財産制終了の場合には、夫婦は原則として婚姻期間中に取得した全ての財産に対して、価値算定上対等の持分を有していることを定めている。このことは、夫婦がどのような方法でまたどの範囲で、剰余清算の対象となる個々の財産に対して寄与し

ているか、またその寄与が存在しているのかどうかは左右されない。法は剰余清算請求権を、婚姻生活共同体及び男女同権法を考慮した上で公正に規定している。……したがって、剰余清算に含めるべきではないとする BGB 1374条 2 項の取得事由は、厳格に文言通りに適用し婚姻期間中に取得した財産を清算対象とするという立法上の理念の例外となる。……この例外は、他方配偶者がこれらの取得事由に対して寄与していないということによってのみ正当化されるものではない。そこではこの種の財産取得事由が取得者と出捐者との個人的関係 (persönlichen Beziehungen) もしくはそれに類する特別な状況に基づいていることが重要な役割を果たしている。それゆえに、BGB 1374条 2 項は、本規定によって示された性質以外の財産価値に拡張して適用すべきではない。」と判断し、上告を棄却している。

BGH は、BGB 1374条 2 項に列挙された取得事由が、夫婦の婚姻共同生活に依拠していないという理由だけでなく、出捐者と受領者の個人的な関係に基づいていることを指摘し、類推適用を否定している。同様の見解は、デレ (Hans Dölle)<sup>90)</sup> によって主張されており、本判決でもこの見解が引用されている。デレも、BGB 1374条 2 項の列挙事由はほとんどが個人的関係に基づいていることから、これらの財産を取得し自己の財産を増加することが可能となったのであり、そのような財産を清算の対象とすることはできないとする。しかしデレもこの文言を記しているのみであり、詳細な検討はなされていない。本判決は、BGB 1374条 2 項類推適用に関するリーディングケースであり、これ以降も BGH は一貫して同規定の類推適用を否定している。

#### 慰謝料請求権

- BGH 1981年5月21日判決 (BGHZ 80, 384=FamRZ 1981, 755.)

〔事実関係〕

原告 X (妻) と被告 Y (夫) は、1976年に離婚した。第一審・原審と

も、Yに対して、剰余清算としてXに4,305 DMを支払うよう命じた。その算定手続では、婚姻期間中の事故によってYが慰謝料として取得した連邦主計局手形(Bundesschatzbrief)の金額7,500 DMも剰余清算の対象に含まれていた。Yはこれに対して上告した。

〔判決理由〕

「BGB 847条<sup>91)</sup>による慰謝料請求権は、通常の意味での損害賠償請求権ではなく、2つの機能を有している固有の性質の請求権である。すなわち、それは非財産的損害に対する相応な補償を被害者に提供し、そして同時に満足(Genugtuung)を与えるものである(BGHZ 18巻149頁)。立法者は、形式上は民法上の損害賠償請求権として規定しているが、その内容の点で財産的損害に対する賠償に向けられておらず、現状回復もここでは、財産的損害の現状回復と同様に行われていない。……非財産的損害に対する賠償の規定から、損害賠償の観点とは別の満足機能、特に加害者に帰せられる過失の程度を考慮することで金額に影響を及ぼすことは無視できない。

しかし、慰謝料は金銭価値によって表される。客観的に評価可能である財産地位は、全て金銭価値によって表される。また慰謝料請求権は、契約によりこれを承認した場合または訴訟係属した場合に限り、譲渡または相続可能である(BGB 847条1項2文)。立法者によって選択された、場合によっては個々の事案の公正性を退けなければならない、機械的な剰余清算に関する規定からは、一方配偶者は~BGB 1381条の苛酷条項を留保した上で~相続によって他の人間に移転することが可能である財産全てに対して、一方配偶者を(剰余清算において)寄与したものととして扱うべきであるということが容易に導かれる。……したがって、慰謝料は終局財産に含めるべきものである。」そして、「慰謝料によって購入された手形は、BGB 1374条2項によって当初財産に加算することはなく、またこの例外的な価値を剰余清算から除外することもない。慰謝料は確かに被害者の非財産的侵害の補償及び満足という特別の機能を

有しており、そして慰謝料請求権は他方配偶者が「直接的な関与 (Zutun)」することなく成立するものである。通常婚姻期間中の一方配偶者の財産取得には、直接的もしくは間接的に婚姻パートナーによる寄与・協力がなされているという基本理念に剰余清算は基づいており、このこともまた正当である。それゆえに、婚姻期間中に獲得した財産は、夫婦財産制終了の際に、両配偶者に対等の持分で当然に帰属すべきである。」と判示し、上告を棄却した。

本判決では、損害賠償とは異なり満足機能 (Genugtuung)<sup>92)</sup> を有していることを指摘しながらも、慰謝料請求権が金銭価値で表され、また譲渡・相続可能であることを強調して、剰余清算の対象となりうることを判断した。その上で剰余清算に関する規定の厳格性を引用し、慰謝料請求権を剰余清算の対象から除外することを否定している。また BGB 1381条の適用も否定している。

さらに BGB 1374条 2 項類推適用の問題とは異なるが、損害賠償義務についても BGH は重大な判断をしている<sup>93)</sup>。交通事故による所得活動の喪失を理由とした損害賠償請求は、本来定期金給付によって支払われるのが原則であり、損害賠償請求を一括支払いすることは例外的に位置付けられている (BGB 843条 3 項)。損害賠償義務は、今後長期間に渡る所得活動の喪失を補償するものであり、その多くは終局財産の算定期日を大きく越えて継続するものである。そこで学説では、損害賠償として受領した金額全てを剰余清算から除外する見解だけでなく、終局財産の算定期日後に損害賠償として支払われる部分を終局財産から除外することや、所得活動が減少した分を債務として終局財産で評価すること、が主張されてきた<sup>94)</sup>。しかし BGH は、これらの方法を採用せず剰余清算における「固定性 Starrheit」を指摘し、受領した金額全てを剰余清算の対象となることを判示した。BGB 1381条による修正も否定している<sup>95)</sup>。このような BGH の見解については、重大な身体的な損害に対して他方配偶者に支払われた損害

賠償義務を、なぜ婚姻生活共同体や男女同権の原則に基づいて一方配偶者が寄与したものとして扱うことができるのか十分な理由を示しておらず、学説の批判もこの点に集中している。

#### 寡婦に対するライヒ保険法(RVO)1302条に基づく年金給付

被保険者が死亡した場合、寡婦・寡夫・遺児は、死亡に基づく年金を受給する。ライヒ保険法では、生存配偶者が再婚した場合、寡婦年金に対する請求権が成立し、給付金が支給されることを規定していた<sup>96)</sup>。

・BGH 1981年10月29日判決(BGHZ 82, 149=FamRZ 1982, 147.)

#### 〔事実関係〕

原告X(夫)は、被告Y(妻)と1972年7月28日に婚姻し、1976年3月17日に離婚した。Xは、Yに対して剰余清算を請求した。バーデン・ヴュルテンベルグ州年金庁は、1972年10月と12月に、再婚によって成立する寡婦年金5ヵ年分22,614 DMをYに支払った。

区裁判所は、5ヵ年分の寡婦年金をYの当初財産に加算せず剰余清算の対象とし、利息を加えた9,653.83 DMを剰余清算として支払うことをYに命じた。Yは控訴し、前審を取消すことを主張した。シュトゥットガルト上級地方裁判所は、寡婦年金が前婚の夫の死亡によって認められることから、寡婦年金は再婚前にすでに成立している法律関係に根拠づけられており、したがって夫婦財産制開始後に取得されたことにはならないこと、また同条による給付は、新たな婚姻の準備を支援する目的を有しており、夫婦財産制開始後の剰余とすることはできない、として前審を取消した。これに対してXが上告した。

#### 〔判決理由〕

「当初財産は、法定夫婦財産制開始時に一方配偶者に帰属する経済的価値によって法的に保護されている財産地位を含んでおり、したがって自己の所有物に加えて、算定期日にすでに成立している客観的に評価可能な権利もこれに該当する。それゆえに当初財産には基準となる期日前、

本件では離婚前に成立した財産権のみが含まれる。

RVO 1302条に基づく寡婦の有する補償請求権は、寡婦の婚姻締結によって初めて根拠づけられることから、婚姻締結前に成立しておらず、よって婚姻締結時に有している財産には含まず、婚姻締結以降に取得されたものである。」さらに、婚姻締結前の法律関係に基づいた財産権であっても、将来履行期の到来する反復的な請求権、例えば扶養請求権や労働対価に対する請求権は、当初財産に含まれないとされているが<sup>97)</sup>、本件における寡婦の補償請求権はこのような性質のものではないとして当初財産に含めることを否定した。そして剰余清算請求権を確定するために必要な事実が不十分であるとして、原審を破棄し上級地方裁判所に差戻した。

寡婦に対する給付については、BGH は、当初財産は夫婦財産制開始時に一方配偶者が有していた有体物と当初財産の算定期日前に成立していた財産権であるとした上で、寡婦に対する給付は、再婚によって初めて弁済期の到来した請求権として成立するものであるから、当初財産には含まれず、婚姻期間中に受け取った全金額が終局財産に含まれると判断した。これについては、BGH は寡婦に対する給付が BGB 1374条 1項による当初財産に該当しないことを明らかにしているだけであるが、判決理由を見ると、BGB 1374条 2項の類推適用を否定するものと同様であることから、仮に主張したとしても類推適用は否定されるのではないかと思われる。

一方で、下級審判決ではあるが、寡婦年金を当初財産に含めるものがある<sup>98)</sup>。そこでは、当初財産の算定期日を寡婦年金の給付がなされた日とすることで、当初財産への加算を実現している。ゲルンフーパーは、本判決について妥当としながらも、このように算定期日を移動することは、BGH の算定基準とは大きく異なるものであり、また文言上、このような解釈が一般的にとりうるのかどうかは疑問であるとしている。そして、BGB 1374条 2項の類推適用を否定し、また算定期日の基準も維持した上

で、取得経過の多様性を考慮して当初財産・終局財産の概念を解釈することによって、これらに対応することを主張している<sup>99)</sup>。

連邦救済法に基づく給付

- BGH 1981年1月14日判決 (BGH FamRZ 1981, 239.)

〔事実関係〕

原告X(妻)と被告Y(夫)は、1955年に旧東ドイツで婚姻し、男女同権法が施行された1958年7月1日以前に旧西ドイツに移住した。Yは、第二次世界大戦中の被害のために稼働能力が減少した。これに対する連邦救済法に基づく労働補償を婚姻期間中に受給した(17,773 DM)。そのうち10,000 DMを貯蓄に充てた。XとYは1976年9月に離婚し、その際にXが剰余清算を請求した。

第一審では、XYそれぞれの終局財産の価額についてのみ争われた。地方裁判所は、XYの終局財産をそれぞれ、61.35 DM・8,292.35 DMと認定した。これに基づいて、地方裁判所は、4,000 DMの剰余清算の支払いをYに命じた。

これに対してYは控訴した。そこでは、補償請求権は婚姻締結前にすでに取得しており、また連邦救済法に基づく補償請求権の見込み(Anrechte)は婚姻共同生活の成果とはいえないから、労働補償として受取り貯蓄していた10,000 DMは当初財産に加算されるべきであると主張した。カールスルーエ上級地方裁判所は、3,725.50 DMに剰余清算請求権を減額した。Yは上訴手続中に死亡したことから、相続人がその地位を継承した。Yの遺産保護人(Nachlaßpfleger)が上告した。

〔判決理由〕

「夫婦財産制開始前に生じた法律関係及び継続的債務関係であっても、将来履行期が到来し、かつ個々の反復的な給付に対する請求権～特に労働対価や扶養請求権～を成立させるものは、当初財産に含まれるべきではない。なぜなら、このような権利は、請求権者の評価時点の財産価値

を表しておらず、将来の収入を保証するものであるから」としたうえで、連邦救済法による補償は、戦争被害によって被った被害者の所得減少を補償すること及び被害者に継続的な収入の損失を補償すること、また継続的な被害者の肉体的精神的損失を補償することといった性質を有している、反復的な給付であると判断した。そして労働対価もしくは扶養請求権と同様に評価時点の財産価値を形成しているとはいえないことから、当初財産に含めるべきではないとした。

剰余清算請求権を算出する際には、原則として、当初財産・終局財産それぞれの評価時点に現存している全ての財産価値が評価の対象となる。例えば、婚姻期間中に生じた法律関係に基づいて成立した将来弁済期が到来する権利の場合、それを客観的に金銭価値として評価することが可能であれば、離婚の時点で弁済期が到来していなくても、その価額を終局財産に算入することになる。しかし、将来弁済期が到来する権利であっても、賃金請求権や扶養請求権のように反復的な給付が行われる場合には、評価時点までに弁済されない限り、終局財産に算入されないと解されている<sup>100)</sup>。この見解を当初財産に当てはめた場合、夫婦財産制前に生じた事実関係に基づいた請求権は、当初財産の評価時点までに弁済されない限り、当初財産に算入されないこととなる。本判決では、この見解に立ち、婚姻期間中に弁済期が到来し履行された場合には、婚姻締結前に根拠となる事実関係が生じていても、当初財産に算入することなく終局財産に含まれるとした。

BGHは上述1981年10月29日判決や本判決で、一貫して当初財産の評価時点までに弁済が行われていないことを理由にして、当初財産に算入することを否定している。一方で、個々の事案における衡平性は欠けている<sup>101)</sup>。衡平性を確保するためにBGB 1374条2項の類推適用が主張されてきたものの、BGHはこれを一貫して否定している。

## (3) 小 括

BGB 1374条2項の目的は、婚姻期間中に一方配偶者が特定の取得経過によって獲得した財産が、婚姻共同生活と無関係であることから、これらを剰余清算の対象から除外することであると説明されている。しかし、婚姻共同生活と無関係の財産取得は、BGB 1374条2項に列挙されている事由以外にも存在する。そこでこれらの財産を剰余清算の対象から除外するために、BGB 1374条2項を類推適用することが主張されてきた。BGHは、婚姻生活共同体及び男女同権法の観点の下では、剰余清算の規定を文言通りに適用によって算定される剰余清算請求権は衡平性を確保していると判断しており、目的論的解釈の可能性を排除することによって、これを根拠づけようとしている<sup>102)</sup>。ゲルンフーパーも、立法者は故意にBGB 1374条2項に列挙された取得事由に限定しており、目的論ではなく、一貫した思考に基づいて類推適用を否定しているとして、判例の理由づけを支持している<sup>103)</sup>。しかし剰余共同制の持つ構想自体がすでに疑わしいものであることから、類推適用によって剰余清算から婚姻共同生活に無関係である財産を除外するのではなく、BGB 1374条2項を含めた剰余共同制規定の抜本的な改正の必要性を指摘している<sup>104)</sup>。

他方で、BGHが理由づけとして引用している立法者意思については、シュレーダー(Rudolf Schröder)<sup>105)</sup>が、立法過程からBGB 1374条2項の問題点を指摘している。シュレーダーによれば、立法者はBGB 1374条2項に関しては、詳細な分析や慎重さを欠いており、本質的にはBGB旧1521条をそのまま引き継いでいるとしている。立法者はおそらく、一方配偶者が財産取得に寄与していない財産を他方配偶者から取得することを防ぐために、旧法の規定をそのまま用いていると指摘する。しかし旧法の法体系を見た場合<sup>106)</sup>、まず旧法は取得財産の要件と持参財産の要件をそれぞれ明確にしている。旧法1502条1項は、夫もしくは妻が共同制の間に獲得したものは含有財産になるということを定めており、次に旧法1504条及び1505条で、取得財産の性質による例外が定められている。これらに従え

ば、持参財産には、所得共同制開始時に有していた財産を除けば、一方配偶者が死因処分による財産取得、将来の相続権を考慮しての財産取得、贈与、もしくは独立資金として取得したものが残ることになる。したがって、旧法下では、旧法1521条が独占的に清算対象とならない財産を定めていたのではなく、取得財産の性質や経過に基づいて結果的に清算の対象外として表われる財産を列挙したことになる。このような点からも、BGB 1374条2項が、列挙した取得経過のみを剰余清算の対象外とすることは問題であり、類推適用を認めることによって衡平性を確保すべきであると主張する。

これまで見たように、BGB 1374条2項の適用を限定的に解しているBGHの見解を、学説が批判している状況にある。なお1995年の第11回ドイツ家族法大会は、BGB 1374条2項に、慰謝料請求権を追加することを提言している<sup>107)</sup>。

### 第3節 BGB 1381条<sup>108)</sup>に基づく給付拒絶権 (Leistungsverweigerungsrecht)

剰余清算請求権は、これに関する規定を文言通りに適用することによって、その金額が算定される。その結果が、「その場合の事情によって、著しく不衡平 (nach den Umständen des Falles grob unbillig)」であると認められた場合には、清算義務者となった一方配偶者は、他方配偶者に対する給付を拒絶することができる (BGB 1381条1項)。特に、剰余清算請求権者である他方配偶者が、婚姻関係から生ずる経済上の義務負担 (特に、扶養義務) を長期間に渡り履行しなかった場合には、この「著しい不衡平」が認められると規定されている (同条2項)。給付拒絶権の判断については、剰余清算手続の口頭弁論の終結までに生じた全ての事情を考慮することができるとされている<sup>109)</sup>。つまり、離婚の場合には離婚判決が確定した後生じた事実も含めて給付拒絶権の判断が行われることとなる。BGB 1381条は、清算義務者にとって有益になる場合にのみ適用され、清算請求権者が自己の剰余清算請求権を増額するために用いることはできない<sup>110)</sup>。

したがって、「著しい不衡平」の判断には清算請求権者側の事実が大きく影響することになる。

(1) BGB 1381条と判例理論

BGB 1381条の適用に関しては、裁判例の蓄積によって判例が確立している。この判例の基本姿勢を表すリーディングケースとして、[1] BGH 1966年4月22日判決(BGHZ 46. 343. =FamRZ 1966, 560.)が挙げられる。

〔事実関係〕

原告X(妻)と被告Y(夫)は、1945年に婚姻した。XY間には二人の娘A・Bがいる。Xは、1959年2月頃から、Xより14歳若いYの甥Cと不倫関係を維持しつづけた。Xは、1959年12月と1961年6月にそれぞれD・Eを出産したが、二人の父親はCであった。Yは、Xに対してCとの関係を断つことを要求したが、その後も関係が維持されたことから、Yは離婚訴訟を申立て、Xは剰余清算を請求した。離婚についてはXの過失を離婚原因として、1961年6月6日に成立している。その後XはCと再婚した。

XとYは、婚姻締結後Yが地方行政当局に就職するまでの間、Yの母Fが所有する農園で生活し、共同経営していた。XYの労働に関して、Fからは住居と農園経営に関する一切の権限が与えられたが、Fとの間に雇用関係はなかった。

Yは、1949年に農地を取得したが、その際Fが購入資金(700 DM)を売主に支払った。男女同権法が施行された1958年7月1日時点での価値は11,200 DMであった。Yは1960年10月17日に、当該農地を有限会社Eに売却し、32,000 DMを得た。

Xは、離婚は夫婦間にある組合関係(Gesellschaftsverhältnis)を解消するものであること、またYが婚姻期間中に20,800 DMの剰余を獲得していることから、BGB 1378条1項に基づく剰余清算請求権が成立し

ていることを理由として、10,400 DM の支払いを請求した。

これに対して、Yは、XY間に組合関係は成立しておらず、また剰余清算請求権についても、当該農地はDからYに対して剰余共同制施行前に贈与されたものであること、また BGB 1381条に基づいて、剰余清算請求権の履行を拒絶することを主張した。

フライブルク地方裁判所 (FamRZ 1963, 647) は、Xの剰余清算請求を認容した。これに対してYが控訴した。カールスルーエ上級地方裁判所 (FamRZ 1966, 148) は、Yの主張を支持し、「Xの不倫関係が異常に執拗なもので、とりわけ不誠実でありまた非難されるべきものであること、さらにこのような著しい婚姻義務違反は、Xが剰余に寄与したかどうかを問わず剰余清算請求権の履行を拒絶しうる」として、剰余清算請求を認めなかった。これに対してXが上告した。

〔判決理由〕

XY間の組合関係の存否について、第一審では、XYの生活関係を考慮すれば、組合関係がFの所有する農園でのXYの共同労働・経営の根拠となっていないと判断しているが、控訴審では、この点については言及しておらず剰余清算についてのみを判断している。

この点につき、BGH は、「男女同権法施行前の旧 BGB 1356条 2項によれば、妻は、夫の職業、営業 (Geschäfte) に対する協力義務を負っており、……Xの義務はこれに基づいている」こと、また組合契約の黙示の締結は、「Fの農園におけるXの労働が、旧 BGB 1356条 2項に基づく範囲を超えて行われた場合に認められる。……これに関する基準は存在していないが、少なくともXが婚姻開始もしくは婚姻期間中に、特に重要となる金銭もしくは物の寄与によって農業の発展が達成したことが要求される」が、このような事情が認定されないとして、組合関係を否定している。

また、BGH は現行 BGB 1381条の成立過程から、身分上の婚姻義務違反、すなわち不貞行為それ自体を「著しい不均衡」の根拠とすることに

ついて、控訴審の判断を維持した上でさらに以下のような判断を加えている。

「一般条項である BGB 1381条の他にも、法は、剰余清算の際に、衡平な成果をもたらすための方法を用意している。それは BGB 1386条及び1385条に規定されている剰余の事前清算の訴え及びそれによる剰余共同制の事前終了である。BGB 1386条1項によれば、この訴えは他方配偶者が長期間に渡って婚姻に基づく経済上の義務を履行しておらず、将来においても履行しないことが確実であろう場合に、一方配偶者が提起することができる。……本件に関して特別な意義を有しているのは、BGB 1385条による剰余の事前清算の訴えである。剰余の事前清算の訴えは、夫婦の3年間の別居を要件としている。法規定では、政府草案とは逆に、3年以上の長期間別居の場合には剰余共同制の基盤である婚姻生活共同体がもはや存在していないということを明確にしていない。……BGB 1381条についても、法が義務違反の期間についてどのような要件を提示しているのかを検討した場合、他方配偶者の故意及び婚姻義務違反の関係による給付拒絶権は、義務違反の関係が長期間継続した場合にのみ主張することができる。清算請求権者の義務違反の関係が数年間に及んでいない場合に、剰余清算を完全に拒絶することは一般的にふさわしいものではない。」「結局のところ、BGB 1381条によって剰余清算の履行を完全に拒絶することは、夫婦の婚姻生活共同体が長期間存在し、圧倒的に健全であった場合には、非常に例外的なものになる。』さらに、「剰余清算に関する規定を文言どおりに適用し算定された成果が、結果的に納得できないものであったとしても、このことを著しい不衡平として評価するべきではない」としている。

以上のことから、不貞行為が短期間であり、またこの事実を審理していないことを指摘し、上級地方裁判所の判断についてその根拠が疑わしいものであるとして控訴審判決を破棄した。そして BGB 1381条の適用に必要な全ての事実を議論していないとして、上級地方裁判所に差戻し

ている。

この判決から、以下のような判断基準が明確になる。第一に、原則として剰余清算請求権は、それに関する法規定を文言通りに適用することによって算出されるが、その結果は、一方配偶者がどのような理由でより多くの剰余を獲得したか、もしくは個々の事例における剰余清算請求権を有する他方配偶者の寄与もしくは協力に関係なく衡平であるとしている。したがって、算出結果通りの剰余清算請求権を与えることが、剰余清算義務者に対して「著しく不衡平」と判断される基準は、かなり厳格なものでなければならず、夫婦の婚姻生活共同体が長期間継続し健全な婚姻であった場合に剰余清算請求権の履行を拒絶することは、非常に例外的な場合ではないこととなる。

第二に、重大な婚姻義務違反が「著しい不衡平」の根拠となるかどうかの問題となる場合、義務違反が相当長期間に及んでいる場合にのみ BGB 1381条の給付拒絶権を行使することができる。例外的に長期間の義務違反の要件が必要とされない場合として、例えば、剰余清算請求権を有する他方配偶者が、剰余清算を請求するために、故意に自己の婚姻義務違反に基づいて、剰余清算義務者である一方配偶者に離婚訴訟を提起させた場合が考えられる。また有責でなく離婚意思のない一方配偶者が、他方配偶者に不倫関係を解消させ婚姻を維持することに努めたものの後日離婚した場合も、長期間の婚姻義務違反が存在していないとして、清算請求権者である他方配偶者が BGB 1381条適用を否定することはできないと考えられる<sup>111)</sup>。

さらに、下級審判決ではあるものの、BGB 1381条の判断基準を形成する上で、大きな影響を与えている裁判例も存在する。

[ 2 ] OLG Düsseldorf 1981年1月14日判決 ( OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 262 )

〔事実関係〕

申立人 X ( 妻 ) と被申立人 Y ( 夫 ) は、1957年9月21日に婚姻し 2 人

の子どもA・Bを設けた。XとYは1978年3月頃から、別居を開始し、Xは前夫Kのもとへ引越した。離婚訴訟では、Xは90,000~100,000 DMの剰余清算請求を主張し、場合によっては、離婚成立後に、これとは別に剰余清算の請求することを主張した。

Xは、X Yは離婚すること Bの親の配慮をYに委ねること 年金権の調整を実施することを主張した。これに対して、Yは Xの離婚申立を拒絶すること Bの親の配慮をYに委ねること Xに剰余清算請求権は帰属しないこと XはBの扶養料として月々245 DM支払うこと Xは離婚判決の確定以降、離婚後扶養請求権を有していないことを確定すること等を主張した。

区裁判所は、XとYは離婚すること Bに関する親の配慮をYに委ねること Xに、Yに対する扶養請求権は帰属しておらず、同時にBに関する扶養の申立を却下すること 年金権の調整を行うこと 剰余清算に関するYの申立を却下すること、を判断した。

これに対して、Yは について控訴し、Xに剰余清算請求権が帰属しないこと、予備的に剰余清算請求権の減額を主張した。

〔判決理由〕

BGB 1381条の適用について、「例外的でとりわけ長期間に及ぶもしくは重大な身分上の婚姻義務違反は、経済的影響がない場合でも BGB 1381条 1項における著しい不均衡として評価することができる」とする判例及び通説に従う」とした上で、「(BGB 1381条における著しい不均衡の判断は)通常、BGB 1579条 1項における著しい不均衡のよりも相当厳格に要求されるべきである。なぜなら、剰余清算は、単に現実に取得した過去に完結した財産増加にかかわっているが、~それに対して扶養請求権は~将来にわたって継続的な結合を形成しないから」としている。

[ 3 ] BGH 1989年9月27日判決 (BGH FamRZ 1989, 1276.)

〔事実関係〕

原告X(妻)と被告Y(夫)は、1964年に婚姻にした。1933年に生まれたYは農場経営者であり、1963年12月20日に、契約によってYの両親から約11 haの農業用の土地と牧場共同組合の持分を取得した。婚姻後Xと共に管理経営していたが、1981年9月にXは農場から退去した。1982年8月7日に離婚訴訟が提起され、1983年6月17日に離婚が確定した。

XはYに対して、剰余清算請求訴訟を提起し、Yに200,000 DMの金額の支払いを命じる決定を得た。Yの異議申立に基づいて、区裁判所は、Yの農場の収益価格を調査しYの剰余の存在を否定した。そして剰余清算請求権を認めた決定を破棄し、訴えを棄却した。これに対してXが控訴した。上級地方裁判所は、区裁判所の判決を変更し剰余清算請求権を認めた。これに対してYが上告し、控訴審判決の破棄と控訴審への差戻しを求めた。

〔判決理由〕

BGHは、Yの農場の評価等に関する部分について、上告を棄却している。また、Yが上告審において、剰余清算請求権に対する履行拒絶を主張する際に、「BGB 242条を根拠する場合に、BGB 1381条1項と並んでこの規定を適用する余地はなく、BGB 1381条はその適用範囲において、一般条項であるBGB 242条を適用することができない。」と判示した。

本判決では、学説を参照すると同時に、BGB 1579条2項に関する連邦憲法裁判所1981年7月14日判決<sup>112)</sup>を参照している。BGB 1579条は、離婚後扶養について、扶養義務者に対する扶養請求が著しく不当であると認められる事由を列挙しており、同条2項は、この苛酷条項が共通子の監護・教育による扶養請求権については、一律に適用されないことを規定してい

た<sup>113)</sup>。

同条2項が、苛酷条項の適用を一律に排除することから、扶養請求の排除事由に該当しても離婚した配偶者本人の扶養を含め共通子の監護・教育による扶養請求権が成立し、減額や支払いの猶予は認められなかった。子の利益を考慮すれば、同条2項の基本理念は理解できるが、扶養義務者の扶養能力が低下した場合や、扶養請求権者である一方配偶者が他方配偶者に対して、婚姻期間中に故意の加害や扶養義務の不履行があった場合でも、扶養請求権者である一方配偶者が、子の配慮(elterliche Sorge)を有していれば、この者に対する扶養請求権が確保されることになる。これに対して、BGB 242条を適用することで、少なくとも、子の配慮に必要な限度にまで減額することが考えられてきた。これに関して、連邦憲法裁判所は「一般的な衡平原則を適用することは、BGB 1579条2項の明確な文言と意義に反することになる」として、BGB 242条を適用することを否定した<sup>114)</sup>。

一般条項である BGB 242条との関係を考えて、BGB 1579条は特別規定として定められており、この特別な規範の範疇の中で判断するべきであるということを明確にしているといえる。この裁判例を参照していることからすれば、BGB 1381条が特別規定としての性格を有しているとした上で、その適用領域では特別な規範で判断することを明示したといえる。

他方、学説では、必ずしも「衡平」と「信義誠実」の機能及び適用領域の違いによって、BGB 242条の適用が否定されるものではないとする見解もある<sup>115)</sup>。解釈によって発展してきた BGB 242条の適用領域の中でも、特に背反行為の禁止(venire contra factum proprium)、不誠実な権利取得(der unredliche Rechtserwerb)といった法概念は BGB 1381条の適用が問題となる場合でも、適用可能であるとしている。

これらの裁判例を始めとして、BGB 1381条の規定目的から、適用に関する一般的な基準が判例として確立しており、まとめると以下のようになる<sup>116)</sup>。

- A：剰余清算の規定を文言通りに適用することによって算出された結果は、衡平なものであり、この算定結果を修正するような BGB 1381条の適用は、原則として認められない。
- B：「著しい不衡平」は、剰余清算請求権者の有責な婚姻義務違反を前提としている。またそこで考慮される婚姻義務違反は、必ずしも経済的なものだけではなく、身分上の婚姻義務違反、特に不貞行為についても BGB 1381条の適用対象となる<sup>117)</sup>。
- C：しかし「著しい不衡平」の判断については、条文上規定されていないが、長期間の義務違反が存在することが要求されている。
- D：衡平条項 (Billigkeitsklausel) である BGB 1381条は、清算義務者の利益となる場合にのみ適用される。剰余清算請求権者が婚姻期間中に行った婚姻義務違反が、BGB 1381条の考慮すべき事情となる。また、婚姻期間中の清算義務者の態様は、問題とはならないとされている。さらに清算請求権の増額のために用いることはできない。
- E：離婚後の扶養請求権に関する抗弁権を規定する BGB 1579条において用いられている「著しい不衡平 (grob unbillig)」よりも、厳格に適用されている。
- F：BGH は、BGB 1381条の適用可否が問題となる領域では、一般条項である信義則を定める BGB 242条を適用することができないとする見解を採用している。

## (2) BGB 1381条適用の具体的事例

このような判例に基づいて BGB 1381条が適用された裁判例や、学説での適用に関する議論を見ると、事案に応じて、以下のように分類することができる<sup>118)</sup>。

### 長期間の別居

離婚するまでに、長期間の別居が存在する場合、BGB 1381条が適用さ

れるかどうかについては、BGH は厳格に当該規定を運用してきた。長期間の別居に関して BGH が最初に判断した裁判例は、以下のような事案であった。

[ 4 ] BGH 1980年7月9日判決 (BGH FamRZ 1980, 877.)

〔事案関係〕

「原告 X (妻) と被告 Y (夫) は、1954年に婚姻した。1958年7月1日の男女同権法施行以降、X と Y は剰余共同制の下で生活していた。Y は1960年頃までトラック運転手として働いていた。1958年に、Y はトラック運送業者として独立することを決断し、その過程で、女性 Z と知り合った。Z の経済的援助と8,000 DM の消費貸借によって、Y は2台のトラックを購入し、1960年中頃に運送業者として独立した。同時に X と Y は別居するに至った。

1962年以降、Y は Z と共に、ドイツ北部で大規模なトラック運送業を設立した。X は、1960年12月以降、織職工として南ドイツで生活していた。X は1973年7月5日に離婚訴訟を提起し、1973年12月21日に離婚が確定した。

1975年3月26日に、X は剰余清算請求の訴訟を提起した。X と Y の間では、Y のみが剰余を取得したこと、Y の剰余が別居後に形成されたこと、Y の剰余が7,431,030 DM であること、について争いはなかった。これに基づいて、X は3,715,515 DM を請求したが、Y はBGB 1381条を引用し、剰余清算が、著しく不衡平であることを主張した。その根拠として、婚姻共同生活の中で Y の仕事の発展に対する X の寄与・協力がなく、家政執行も十分に行わなかったこと、X 自身に婚姻義務違反にあたる交際があったこと、さらに Y の剰余全てが、長期である別居期間中に取得されたものであることを主張した。」

〔判決理由〕

「……～ここで問題となっているように～清算義務を負う一方配偶者

が全ての剰余を別居後に初めて取得した場合には、これと関連して、この別居の原因となった清算請求権を有する他方配偶者の婚姻義務違反の態様が重要となる。著しい不衡平の問題を審理する際には、裁判官は各事例における全ての事情を考慮しなければならない。」「結局のところ、もはや回復できないほど破綻した婚姻において、X Y間の長期間の別居後に初めて、Xの寄与なくYの剰余を形成したことは、いずれにしてもここでは些細なことである。」「裁判官は、Xの当時の婚姻義務違反を重大なものとして評価すべきではない。なぜなら、婚姻の経済的成果に持続的な影響を与えていないからである」と判断した上で、BGB 1381条の適用を否定し、上告を棄却した。

BGH は、剰余が別居期間中に獲得されたという事実は、「ここでは些細なもの」であって「著しい不衡平」ではないと判断し、さらに夫婦の別居は、Yが別の女性との関係が開始したことに起因することを指摘し、BGB 1381条の適用を否定した。これに対して、Xの婚姻義務違反の態様もまた、X Y間の別居の原因となりうるが、このことは重要視しなかった。換言すれば、BGH は、単に長期の別居期間中に剰余が取得されたという事実だけでなく、剰余清算請求権者である一方配偶者が別居の原因となった事実を引き起こしたこと、さらに剰余清算請求権者の婚姻義務違反が経済的な成果に対して影響を与えることを、BGB 1381条を適用するために要求しているといえる<sup>119)</sup>。

このような BGH の見解は近年変わりつつある。その契機となった裁判例は、以下のような事案であった。

[ 5 ] BGH 2002年2月6日判決 (BGH FamRZ 2002, 606.)

〔事実関係〕

「原告 X (妻) は、1973年に夫 Z と婚姻したが、1976年に別居しそれ以降 Z とは音信不通であった。1993年11月22日に、Z は離婚訴訟を提起し X に送達された。1994年1月4日に Z は死亡した。X は、相続人と

なっていないことから、BGB 1371条2項前文に基づいて、相続人である被告Y(Zの妹)に剰余清算請求を行った。Zは印刷業を営んでおり、多くの会社を所有していた。Zの遺産のほとんどが、別居期間中に取得されたものであったことから、剰余清算の対象となる財産範囲について争われた。」

〔判決理由〕

Zの遺産評価、剰余清算の対象の範囲となる財産等については、上級地方裁判所の判断を支持しているものの、「……上級地方裁判所はBGB 1381条を誤って適用しており、そして事実の不完全な認定によって、剰余清算が著しく不衡平ではないという結論に至っている。」とし、さらに、「上級地方裁判所は、新たに審理する際には、BGB 1381条適用の根拠となる別居原因や事実関係のほかに、非常に長期の別居期間、とりわけ、Zが自己の終局財産を別居期間中に取得した場合には、この終局財産は、婚姻生活共同体に関する内部的関連(innere Beziehung)を欠いているということを考慮しなければならない。」「剰余清算は、婚姻期間中に共同で取得された財産に対する分割という基本理念に基づいて用いられるべきである。特定の場合には、BGB 1381条1項は、剰余清算請求権者の行為態様を前提とすることなく剰余清算請求権の算定に関する規定を文言通りに適用することによって生じる著しく不衡平であり、かつ忍容できない方法で公正感情に反している(dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechenden)算定結果を、修正することが可能である。」と判示した上で、控訴審判決を破棄し、この点につき新たに審理するために、上級地方裁判所に差戻した。

この見解によれば、長期間の別居があり、その剰余取得に際して夫婦の実態がない場合にはBGB 1381条1項を適用することによって算定結果を修正することが可能となる。婚姻が事実上破綻している場合には、婚姻生活共同体が形式上継続していたとしても、原則として、実質的に破綻して

いる時期に取得した財産を剰余清算の対象から除外することになる。従来  
の判例基準と比べれば、剰余清算をより夫婦の実体に即して算定しようと  
するものであり、また「著しい不衡平」の存否についてもより客観的な判  
断を可能にするものと見ることができる。

さらに、BGHは「長期間の別居」と「内部的関連 (innere Beziehung)」  
という2つの要件を設けていることから、2つの事例が区別される。第一  
に、清算義務者の剰余が、確かに別居開始後に初めて形成されたが、少な  
くとも間接的にも別居開始前の婚姻生活共同体に基づいている場合には、  
「内部的関連」が存在すると判断され、剰余清算が実質的に根拠付けられ  
ることになる。他方、別居開始前の婚姻生活共同体と関連のない剰余、例  
えば、別居後に新たなパートナーと共同して、新たに剰余が形成された場  
合には、BGB 1381条の判断の中で、剰余清算について「内部的関連」が  
欠如していることを主張することができる<sup>120)</sup>。

#### 短期間の婚姻

学説では、婚姻期間の長短は、通常問題にならないとされており<sup>121)</sup>、  
判例も、夫婦が形式上長期の婚姻期間が存在しないか、もしくは長期間共  
同生活をしていないかどうかは重要視されていない<sup>122)</sup>。したがって、時  
間的要素は剰余清算においては重要視されておらず、婚姻締結から離婚申  
立の送達までに生じた財産増加が常に基準となる。例外的に、著しく短い  
婚姻期間中に生じた財産増加が、すでに婚姻締結前に有していた財産に基  
づいている場合には、時間的要素を考慮して「著しい不衡平」となり、  
BGB 1381条の対象となるとされている<sup>123)</sup>。

#### 財産取得に関する夫婦の不均衡

学説では、次のような場合も検討されている。例えば、夫が大企業の所  
有者であり、夫が自己の才覚・能力によって婚姻期間中に著しい財産価値  
の増加を実現し、またその財産が会社財産に含まれることがある。一方妻  
は専業主婦であり全く稼働していない。このような場合に、剰余清算に関

する規定を文言通りに適用すると、これらの財産が清算の対象となる。

このような場合には、剰余清算請求権者である妻はこれらの財産に対して寄与・協力していないこと、また剰余清算請求権は、剰余を獲得していない他方配偶者の各事例において認められた寄与・協力によって算定すべきであることを理由に、BGB 1381条を適用して剰余清算に関する規定を文言通りに適用することによって生じる算定結果を修正することを肯定する。

しかしながら、剰余共同制では、どのような理由によって一方配偶者が多い多くの剰余を獲得したかどうかは重要ではなく、あくまで、夫婦の財産価値を形式的に対置・比較することで、剰余清算が行われるべきであるとして、このような場合に BGB 1381条を適用することを否定する見解もある<sup>124)</sup>。

#### 不貞行為

不貞行為に関するこれまでの BGH の見解を概観すれば、剰余清算請求権者である一方配偶者が不貞行為を行った場合には、剰余清算請求権は、減額もしくは履行が拒絶されている<sup>125)</sup>。このような BGH の見解に対しては、多くの問題点が指摘されている。

一方配偶者に不貞行為はあるものの、家政執行が行われている場合であっても、剰余清算請求権は減額もしくは拒絶されている。例えば、八ム上級地方裁判所1989年2月16日判決<sup>126)</sup>は、33年の婚姻期間のうち、最後の3年間に剰余清算請求権者である妻が不貞行為をした事例である。本判決では BGB 1381条を適用し、算定された剰余清算請求権の金額の3分の1に減額した。

本判決では、妻の不貞行為及びその態様が婚姻の経済的成果に全く影響を与えておらず家政執行が行われていたこと、また夫の暴力によって妻が負傷したといった事実は全く考慮されなかった。剰余共同制は婚姻期間中に夫婦の協力によって取得した財産を均等に分配することを理念としてお

り、妻が家政執行を行っている以上、婚姻期間中の夫の財産取得に対する寄与は認められるはずであり、このような適用は、家政執行を行っていた妻の不貞行為を、まさに罰するものとして機能することとなるとの批判がある<sup>127)</sup>。

このような判例の見解は、有責主義離婚を採用していた1976年以前の離婚法下での裁判例だけでなく、破綻主義離婚を採用した76年改正法施行後にも維持されている。不貞行為に基づいて剰余清算請求権の減額もしくは拒絶を認めることは、破綻主義離婚の理念と矛盾することになりかねない。このことから、不貞行為を理由とした BGB 1381条の適用は原則として認めるべきではなく、例外的事例においてのみ認められるべきであるとする見解がある<sup>128)</sup>。さらには法定夫婦財産制の基本理念に基づいて、経済的負担に関する婚姻義務違反についてのみ BGB 1381条が適用されるように運用を限定すべきとする見解もある<sup>129)</sup>。

### (3) 判例に対する学説の評価と批判

これらの実務の運用に対して、シュヴァーブ (Dieter Schwab) は、BGB 1381条に関する議論は、いまだ成熟したものではないと評している。とりわけ、剰余清算請求権者の身分上の婚姻義務違反を理由とした「著しい不均衡」の問題について不十分であるとしている<sup>130)</sup>。例えば、妻が夫の稼働領域において共同で労働した場合、夫名義の財産が増加することとなり、この財産増加に対する寄与・協力は明確なものである。たとえ、妻が不貞行為を行っていたとしても、寄与・協力が認められる限りでは、夫婦財産の清算は認められるべきであり、剰余清算請求権は婚姻関係から生ずる身分上の義務の違反とは無関係のはずであるとする。しかし、BGHの見解は、剰余清算が財産価値形成に対する寄与・協力ではなく、婚姻生活共同体及び男女同権法の理念によって根拠づけることで、財産形成に関する議論から離れようとしていると、シュヴァーブは指摘する。そして剰余清算請求権は財産増加に対する寄与・協力に基づいて判断すべきである

とする。その上で、婚姻共同生活を鑑みて、他方配偶者の財産増加に対する具体的な協力が明確になる自営業者や家業協力型の夫婦形態と、家族上の責務 (familiäre Aufgaben) を考慮した上で、一方配偶者が自己の財産形成を断念し家政執行を行っている主婦婚の場合、とに区別して、BGB 1381条の適用可否を判断すべきであるとしている<sup>131)</sup>。

さらに、他方配偶者の財産取得に対して一方配偶者が寄与したものととして扱うことが明らかに不衡平であると認められる場合、例えば上述のBGB 1374条2項の類推適用が検討されている財産については、BGB 1381条によって剰余清算の対象から除外すべきであり、それによって、BGB 1381条の存在意義がより強調されるとしている。これに関して、シュヴァーブは、1995年に行われた第11回ドイツ家族法大会 (Deutsche Familiengerichtstag) で報告を行っており、そこでは BGB 1381条の適用領域を拡大することを主張し、特に剰余清算に関する規定を文言通りに適用することによって生ずる不均衡に対して BGB 1381条を適用するべきであることを主張している<sup>132)</sup>。

シュレーダー (Rudolf Schröder)<sup>133)</sup> も、「著しい不衡平」を含めた BGB 1381条の議論や概念の定義が十分でないことを指摘している。シュヴァーブと同様に、BGH による運用が問題のあるとしている。裁判官が、厳格に文言通り適用すべきであるという剰余清算の名目上の「本質」を引用することで、裁判官の本来の任務である「著しい不衡平」の判断を拒んでおり、それによって BGB 1381条の適用を妨げていると批判する。そして、剰余清算に関する規定を文言通りに適用することによって不衡平が生じているということは、BGB 1381条を適用するのに十分な理由であり、個々の事例におけるこのような不衡平に対して、同条を適用することは、厳格に文言通り適用すべきであるとされる剰余清算と各事例における衡平性の要請を調和させることにつながると主張し、このような方法を認めないことは、剰余共同制に対する信用性を失うことになると批判する。さらに、財産形成に対する寄与・協力に基づいて剰余清算は考慮すべきであるとし

た上で、BGB 1381条の適用する場面を、長期間の別居、著しい財産増加が実現したことと比較して、あまりにも婚姻期間が短い場合、婚姻生活共同体との関連性のない取得経過によって財産が増加し、この財産を他の方法を用いて剰余清算の対象から除外することができない場合、の3つに限定すべきであると主張している。

またロンメル(Wolrad Rommel)は、BGB 1381条に関する[1][3][4]を始めとするBGHの裁判例を分析し、BGHは、BGB 1381条を解釈するにあたって、その基礎にある体系上の解釈規則を明確にしておらず、裁判官が恣意的に様々な解釈方法を採用し混合させていると指摘する<sup>134)</sup>。さらに、明確な体系的な解釈規則が提示されていないことから、同条の客観的意義や歴史的背景またそれらに対する裁判官の評価によって、ケースバイケースで同条の解釈規則を変更しており、判例としての体系性はなく、個々の事例が用いている根拠との整合性はないと指摘する。結局のところBGHは、裁判官が各事例において問題となる認定事実を恣意的に選択し、それを強調することで同条の適用を否定しているにすぎないと批判している<sup>135)</sup>。

#### (4) 新たな動向

剰余清算が問題となる事例では、信義則を定めるBGB 242条を適用する余地がないとBGHは解してきた。しかし、最近のBGHの判決には、信義則を適用することによって、剰余清算の規定を文言通りに適用することで生じた算定結果を修正する裁判例が存在する。

[6] BGH 2004年4月21日判決(BGH FamRZ 2004, 1352.)

〔事実関係〕

「申立人X(夫)と被申立人Y(妻)は、1998年11月30日に定年前退職したXに支払われた補償が、Xの終局財産に含まれるのかどうかについて争っている。

XとYは1977年7月15日に婚姻し、Yの離婚訴訟の申立によって、2000年7月28日に離婚が確定した。その際に、離婚判決と結合して、Xは、Yに対して14,215 DMの剰余清算を支払うことが命じられた。これに対して、XY双方が控訴した。

上級地方裁判所は、当該補償を含め雇用主から支払われた補償をXの終局財産とし、その額を210,937 DMと認定した。しかし、Xが終局財産の算定期日から控訴審判決までの間、Yに対して月々1,670 DMの扶養料を支払っていることを鑑みて、著しい不均衡である二重負担を減少するためとして、BGB 1381条を適用しYの剰余清算請求権の金額を172,200 DMの半額である86,100 DMに減少し、XY双方の控訴を棄却した。これに対してXは上告し、上級地方裁判所の剰余清算請求権の金額が利息を含めて7,013 DM多いことを主張した。」

〔判決理由〕

「当事者間では、Yは当初財産・終局財産共に有していないこと、Xは～問題となっている補償を除いて～当初財産を有しておらず、終局財産として、14,026 DMを有していること、について争いはない。……この扶養料の支払いは、XYの扶養に関する合意によって、少なくともXの労働関係終了によって黙示的に締結された合意によって変更することなく維持したままであり、すなわち継続的な労働収入の代わりに支払われた補償金額を、合意の上で扶養上重要なものとして評価していると判断することができる。」「当事者は私的自治の枠内で(BGB 1408条1項)、このような黙示の合意でもって補償を夫婦財産契約により夫婦財産法上の清算に含めることができ、その代わりに彼らの扶養法上の清算を合意することができる。ここで問題となる合意については、夫婦財産契約で要求されている形式は適切なものではない。Yの要求する剰余清算による当該補償の清算が前述の合意に反しており、またYがすでに多額の支払いを得、さらに剰余清算の支払いに固執している場合には、信義誠実の原則に反するものである。

このような補償に対する二重の清算、つまり扶養法上でも夫婦財産法上でも清算することは、当該財産地位がすでに扶養法もしくは年金権の調整 (Versorgungsausgleich) の方法といった他の方法で清算されている限り、夫婦財産法上の清算は行われるべきではないとする原則に反している。」

以上のように判示した上で、本事例においては当事者がどのような要件の下で扶養に関する合意が根拠付けられるか、とりわけ、扶養に関する合意によって、Xの全ての補償が夫婦財産法上清算すべきものとされているかどうかについて、確認されていないことから、控訴審判決を破棄し、上級地方裁判所に差戻した。

ここで問題となったのは、離婚後の扶養請求権と剰余清算請求権の算定であった。婚姻期間中に、夫が定年前退職した際に支払われた退職一時金が、離婚申立の際に夫に現存していた。この退職一時金のような給付は、通常、離婚後扶養における扶養義務者の扶養能力の判断や扶養料算定の基礎として考慮される<sup>136)</sup>。剰余算定の際には、文言通りに規定を適用することから、夫婦財産制終了時に現存している場合には、退職一時金は終局財産に算入されることとなる。したがって、一方では離婚後扶養として考慮され、他方では終局財産に加算されることから、退職一時金を二重に考慮することとなる。

このような不衡平を是正するために、これまでもいくつかの試みがなされてきた。下級審<sup>137)</sup>には、「著しい不衡平」に該当することを認めた上で、さらに、剰余清算請求権者である妻は、毎月一定額を得ていることから、このような金銭は、BGB 1380条の事前受領 (Vorausempfang) に該当するとして、BGB 1381条を適用し、算定結果を修正するものもある。

BGH は、離婚後扶養に関する判例<sup>138)</sup>との整合性を重視し、退職一時金を剰余清算の対象とする旨の離婚後扶養に関する合意を構成することで、退職一時金に関する問題を解決しようとした。そこでは、夫婦財産契約に

よって明確にこれらを合意することを要求していた。しかしながら、離婚後扶養に関する合意のみを締結している夫婦が、同時に剰余清算に関する合意を締結することは通常考えられず、剰余清算に関するこのような合意が当事者の意思によって締結されることはないことから実用的なものではなく、結局夫婦間に衡平な結果をもたらすことは不可能であるとして、批判されてきた<sup>139)</sup>。

本事案では、夫婦財産契約の形で夫婦間の明確な合意が存在していない場合でも、黙示の合意が認められる場合には、それに反する清算方法を要求することは信義則に反するとした。換言すれば、このような事情が認められる場合、剰余清算の規定を文言通りに適用することで生じた算定結果を、信義則を通じて修正することが明確にされたといえる。これまではBGB 1381条の運用によって、適用対象外とされてきた不衡平な算定結果についても、修正される可能性が見出されることとなった。剰余共同制の運用における新たな動向として、注目される<sup>140)</sup>。

#### (5) 婚姻形態の多様化への対応

このように BGB 1381条に基づく給付拒絶権に関しては、BGH の判例によって確立した基準に対して、様々な観点から批判がなされている。特に、剰余清算に関する規定を文言通りに適用することによって生ずる不衡平に対して同条を適用しないとする BGH の判例は、これまでは剰余共同制の基本理念に合うものであり、またそのような運用も正当なものとして位置付けられてきた。しかしシュヴァーブ等による一連の批判によって BGB 1381条の判例は大きく変わりつつある。剰余清算に関する規定を文言通りに適用して算出される算定結果が衡平性を確保していると評価することは、共稼ぎ婚が増加している今日のドイツの社会状況下では、困難となることが予測される。BGB 1381条の適用範囲を拡大することは多様化する婚姻形態の中で、夫婦財産の清算における衡平性を確保することにつながる。  
[ 5 ] も長期間に及び別居が存在した事例であり、BGB 1381条に関する判

例の変更とまではいえないものの、BGH が新たな要件を示した上で判断し、さらには剰余清算に関する規定を文言通りに適用することによって生ずる不衡平を修正することも指摘している<sup>141)</sup>。BGB 1381条の適用範囲が拡大することも考えられる。

一方で、[ 6 ]のように、信義則を適用することによって算定結果を修正しようとする裁判例も表われている。BGB 1381条の適用可否が争われる場合、特別規定である本条で判断され、一般規定である BGB 242条を適用することはできないとされてきた。個々の事例における衡平な夫婦財産の清算を実現するために、BGH がこれまで確立してきた判例を維持しつつ、いかにして不衡平を是正しようとしているかを示しているものと位置付けることができる。今後、BGH が BGB 1381条の適用範囲をどの程度まで拡大し、また信義則の適用が認められるのはどのような事案となるのか、分析・検討する必要がある。

なお学説では以下の場合に適用の余地が検討されている。BGB 1381条は剰余清算請求権者の婚姻義務違反が存在することを前提に、「著しい不衡平」に該当する場合に、剰余清算請求権の履行を拒絶することを規定している。しかし、剰余清算義務者となった一方配偶者が、婚姻期間中に婚姻義務を履行しないことや、婚姻期間中故意に剰余清算請求権者である他方配偶者の身体に傷害を与えた場合が考えられる。このような場合を、立法者は明らかに想定しておらず、このような場合にまで、信義則の適用を否定することが妥当であるのかどうかは問題である。そこで、剰余清算の規定を文言通りに適用することで生じた算定結果を修正することで、相応の成果が得られるような場合には、信義則を規定する BGB 242条を適用すべきであるとしている<sup>142)</sup>。

( 2 ・ 完 へ つ づ く )

- 1) 国立社会保障・人口問題研究所編『2005 人口の動向 日本と世界～人口統計資料集』(財団法人厚生統計協会, 2005年) 146頁。
- 2) 国立社会保障・人口問題研究所が1998年と2003年に実施した第二回全国家族動向調査

ドイツにおける夫婦財産制の検討(1)(松久)

(2001年公表)及び第三回全国家族動向調査(2006年公表)によれば、妻が常勤雇用で働く場合で夫が全く家事をしない割合はそれぞれ27.6%・20.6%である。

- 3) 「Zugewinngemeinschaft」の邦訳には「剰余共同制」の他にも、「附加利得共通(共同)制」があり、邦訳の共通理解が採られている状況ではない。本稿では、D. シュヴァーブ著・鈴木祿弥訳『ドイツ家族法』(創文社、1986年)に従い「剰余共同制」とする。
- 4) 本沢巳代子『離婚給付の研究』(一粒社、1998年)。太田武男=椿寿夫「西ドイツの新親族法について」法学論叢64巻3号(1958年)128頁以下。浅見公子「西ドイツにおける新法定夫婦財産制について」北大法学会論集8巻3・4号(1952年)80頁以下。人見康子「西ドイツにおける法定夫婦財産制の問題点」『現代夫婦財産法の展開』(鳳倉、1970年)111頁以下。右近建男「西ドイツ」比較法研究37(1975年)43頁以下。山口純夫「西ドイツにおける夫婦財産制の展開(一)~(四)」甲南法学14巻3・4号(1974年)91頁以下、15巻3・4号(1975年)181頁以下、16巻1~4合併号(1976年)1頁以下、18巻1・2号(1978年)45頁以下。山田晟「離婚の場合における夫婦の財産関係の清算(一)(二・完)」成蹊法学17号(1981年)23頁以下、18号(1981年)1頁以下。
- 5) Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zur Reform des Zugewinnausgleichsrechts, Familie und Recht, 2004, S. 485~488.
- 6) 夫婦財産契約の利用は、1964年から1973年までの10年間で、その登記件数は32件に過ぎないことが報告されている(井関浩「法制審議会民法部会身分法小委員会の中間報告について」ジュリ596号(1975年)82頁)。また、夫婦財産契約制度について研究するものに、佐藤良雄『夫婦財産契約論』(千倉書房・1984年)がある。
- 7) 明治初期から現行法定夫婦財産制までの民法草案・改正案等を概観するものに、有地亨「夫婦財産制に関する一考察」法政研究32巻2~6合併号(1966年)590頁以下、人見・前注(4)168頁以下、毛利麻子「夫婦財産制の展開」法学ジャーナル32号(1982年)63頁がある。
- 8) 犬伏由子「夫婦財産制」星野英一編『民法講座7』(日本評論社、1984年)100頁。
- 9) 我妻栄『戦後における民法改正の経過』(日本評論社、1956年)62頁、255頁、259~260頁。
- 10) 犬伏・前注(8)102頁~103頁。
- 11) 財産分与に関する審議経過については、高野耕一『財産分与・家事調停の道』(日本評論社、1988年)、水野紀子「離婚給付の系譜的考察(一)(二・完)」法学協会雑誌100巻(1983年)9号80頁、12号1頁において詳細に検討されている。
- 12) 最判昭36・9・6民集15巻8号2047頁。1957年度の所得税の確定申告で、原告名義で取得した総所得のうち、事業所得と給与所得は妻の家庭における協力によって得た所得であり、それぞれ夫婦に帰属すべきものとして、これらを夫婦で均分した。その額に、自己固有の配当所得を加算した金額を、夫婦各自の総所得として確定申告したところ、国税局がこれを認めず、更正処分をした上で課税した。原告が、所得税法が前提とする民法762条1項は、婚姻中の夫の所得が夫婦の協力に基づいて得られた事実を無視するものであり、憲法24条に違反するとした事案である。
- 13) 中川善之助『親族法(上)』(青林書院、1957年)237頁、有泉亨『注釈親族法(上)』

- (有斐閣, 1950年) 221頁, 我妻栄 = 立石芳枝『親族法相続法』(日本評論社, 1952年) 118頁, 小室直人「夫婦の財産の区別」中川善之助教授還暦記念『家族法大系』(有斐閣, 1959年) 258頁。
- 14) 犬伏由子「法定財産制」石川稔 = 中川淳 = 米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版, 1993年) 153頁。中川淳「財産分与制度の性質」中川善之助教授還暦記念『家族法大系』(有斐閣, 1959年) 37頁以下。しかし, 婚姻期間中は一方配偶者の収入に対する他方配偶者の協力は直接反映されないことになり, またここでは清算的財産分与は, 実質的共有財産である夫婦財産の分割として理解されることになるが, 婚姻期間中の別産制と婚姻解消時の清算的財産分与の関連性が不明確であること, さらに婚姻期間中に当該財産の名義人である一方配偶者による一方的な処分に対して, 他方配偶者が潜在的持分の取り戻しを受けられないおそれもある。
- 15) 高根義三郎「夫婦財産共有について」判例時報73号(1956年) 1頁。
- 16) 犬伏・前注(8) 108頁。
- 17) 我妻栄『親族法』(有斐閣, 1961年) 102頁, 加藤永一「夫婦の財産関係について(一)(二)」民商法雑誌46巻1号(1962年) 3頁, 3号(1962年) 82頁以下。
- 18) 夫名義の不動産を夫婦の共有としたものに, 水戸地判昭51・2・25判タ342号(1977年) 250頁, 大阪高判昭57・1140家月36巻1号(1984年) 139頁, 札幌高判昭61・6・26判タ614号(1986年) 70頁。預金・債券について夫婦の準共有としたものに, 名古屋高判昭58・6・15判タ508号(1983年) 112頁, 東京地判昭59・7・12判タ542号(1985年) 243頁, 浦和地判昭支判平1・9・13判時1348号(1990年) 124頁。
- 19) 鍛冶良堅「『婚姻中に自己の名で得た財産』の意義」中川善之助教授追悼記念『現代家族法大系』(有斐閣, 1980年) 55頁。
- 20) 有地・前注(7) 569頁以下。
- 21) 久貴忠彦他『民法講義(7)』(有斐閣, 1977年) 101頁(右近建男)でも, 民法762条と民法768条を関連させて解釈する必要性を指摘している。
- 22) 後得財産分配参加制(participation aux acquets)(1569条~1581条)は, フランスの約定夫婦財産制の一つであり, 婚姻中は別産制のように運営され, 婚姻解消時に共通制のように清算がされ, 制度および夫婦財産の清算の方法は, ドイツの剰余共同制に類似している。また, 両者の相違点として, 剰余清算請求権が, 死亡解消以外の原因による夫婦財産制の終了の場合に発生するのに対し, 後得財産分配請求権は, 全ての婚姻解消の場合に発生すること, 剰余共同制の当初財産の評価は婚姻開始時であるのに対し, 後得財産分配参加制では, 婚姻解消時を基準として評価されること, 剰余共同制では, 金銭による清算という原則が厳格にとられ, 例外的に現物による清算がなされるが, 後得財産分配参加制では, より弾力的に現物清算が認められていること, また後得財産分配参加制では, 裁判官の裁量が, 剰余共同制に比べて広範に認められていること, が挙げられる(山口俊夫『概説フランス法 上』(東京大学出版会, 1981年) 426~428頁)。
- 23) 上野雅和「夫婦財産帰属の論理」松山商大論集15巻2号(1964年) 23頁。
- 24) 深谷松男「夫婦の協力と夫婦財産関係」金沢法学12巻1・2号(1966年) 190頁。
- 25) 人見・前注(4) 216頁。

- 26) 沼正也『『内助の功』の法的把握』法セ68号(1961年)70頁。
- 27) 別産制の立場に立ち、妻の協力を二分し、妻が生産労働により夫に協力する場合に取得された財産は、財産法的な原理によって夫の単独所有となるが、これは不当利得であり、妻からの不当利得返還請求権が認められるとする。一方で、妻の家事労働と同様の評価を受けるべきものは、夫の財産取得ではなく、夫による婚姻費用負担であるとする。しかし、有力説と異なり婚姻費用として拠出されても帰属主体を変えるものではなく、他方配偶者には、民法752条に基づいて婚姻法上の利用権のみが付与され、婚姻解消時に、夫婦財産関係の「清算」として、財産分与によりこの利用権の清算が行われるとする(佐藤義彦『婚姻財産の帰属・利用・分配についての一考察』同志社法学115号(1969年)21頁)。
- 28) 田中實『夫婦財産制の一考察』高梨公之教授還暦記念『婚姻法の研究(下)』(有斐閣、1975年)239頁)。
- 29) 鍛冶・前注(19)55頁以下。
- 30) 生前解消の際の婚姻共同体イデオロギーを回復するものとして清算的財産分与を位置付けており、平等な夫婦によって婚姻共同体が構成されていることから当然に平等分配の原則が導かれるとする。しかし死亡解消の場合には、相続人の多少、相続人の種類・範囲によって生存配偶者が取得する財産の割合が変化することになる。配偶者相続権に、婚姻期間中に築かれた財産に対する清算的機能を含めて考える場合、生前解消同様の割合で清算されなければならないはずである。両局面で異なる清算としての機能を繋ぐ概念として「婚姻家族イデオロギー」といった概念が用いられているのか、またこの概念によって説明可能であるのか、さらなる検討が必要である。
- 31) 山口純夫『家事労働の評価』中川善之助教授追悼記念『現代家族法大系』(有斐閣、1980年)62頁以下。
- 32) 鈴木真次『離婚給付の決定基準』(1992年、弘文堂)229頁。文中の表現については、鈴木真次『離婚給付の性格とその決定基準』川井健編『講座・現代家族法2』(日本評論社、1991年)243頁を参照した。
- 33) 本沢・前注(4)235~236頁。
- 34) 「補償」の概念を、「婚姻ないし婚姻共同生活関係に関連して婚姻後に生じた、婚姻前の状態に戻すことのできないものであり、夫婦財産または年金権の調整の対象とならないが、何らかの形で金銭的に調整することが必要かつ可能なものについて、離婚のさいに夫婦間でできるだけ平等となるように、衡平の観点から債権的に調整する」と定義している。
- 35) 鈴木・前注(32)230頁。
- 36) 二宮周平『家族法(第二版)』(新世社、2005年)102頁。
- 37) ジュリ596号(1975年)83頁以下。
- 38) 全国家事調停婦人委員懇談会「法制審議会における身分法小委員会の中間報告をめぐって 配偶者の相続分・夫婦財産制・寄与分」ケース研究153号(1976年)14頁以下、同「夫婦財産制を考える 別産制か共有制か」ケース研究158号(1977年)16頁以下、浅見公子「夫婦財産制の改正について」ジュリ596号(1975年)44頁以下、泉久雄「相続人・相続分等に関する中間報告について」ジュリ596号(1975年)19頁以下、野田愛子「法制審議会民法部会身分法小委員会中間報告書の論点」ジュリ596号(1975年)23頁

以下、人見康子「相続人・相続分等に関する審議と妻の地位」ジュリ596号(1975年)31頁以下、有地亨「夫婦財産制に関する最近の諸外国の立法傾向に関連して」ジュリ596号(1975年)36頁以下、右建男「身分法小委員会の中間報告について」ジュリ596号(1975年)50頁以下、鍛冶千鶴子「夫婦財産制の今日的課題」ジュリ総合特集・現代の女性(1975年)206頁以下、島津一郎「妻の法的地位 現行民法の夫婦財産制をどう考えるか」法セ255号(1976年)124頁以下、乾てい子「夫婦の財産関係」自由と正義29巻5号(1978年)11頁以下。

- 39) ジュリ699号(1972年)44頁以下。
- 40) 加藤一郎「相続法の改正(上)」ジュリ721号(1980年)73~74頁。
- 41) 浅見公子「相続に関する民法改正要綱試案を読んで」ジュリ699号(1981年)43頁。鍛冶良堅「改正相続法の問題点」法律論叢53巻3=4号(1981年)26頁。
- 42) 家族法実務研究会「夫婦の財産関係についての法改正試案 夫婦財産制・財産分与・居住用不動産に関する保護をめぐって」判タ487号(1983年)60,61頁。
- 43) ジュリ1019号(1993年)87頁以下。
- 44) 伊藤昌司「夫婦財産制論議の行方」ジュリ1019号(1993年)56頁。
- 45) これらの問題については、二宮周平『家族法改正を考える』(日本評論社,1993年)111頁,榊原富士子=吉岡睦子=福島瑞穂『婚姻が変わる,家族が変わる』(日本評論社,1993年)104頁,鈴木隆史「夫婦の居住の確保」・犬伏由子「夫婦財産契約をより利用しやすくするために」婚姻法改正を考える会編『ゼミナール婚姻法改正』(日本評論社,1995年)95頁・117頁以下,で詳細に検討されている。
- 46) ジュリ1050号(1994年)214頁以下。
- 47) ジュリ1084号(1996年)126頁以下。
- 48) 千藤洋三「夫婦財産制と財産分与」民商法雑誌111巻4=5合併号(1995年)600~601頁。
- 49) BGB立法過程時やドイツの社会状況の変化については、広渡清吾「西ドイツの離婚」利谷信義・江守五夫・稲本洋之助編『離婚の法社会学 欧米と日本』(東京大学出版会,1988年)231頁以下において詳細に検討されている。
- 50) 広渡清吾「西ドイツの女性と法」法セ増刊・総合特集シリーズ30『女性そして男性』(1985年)195頁。
- 51) 右建男『婚姻法および家族法改正のための第一法律草案』理由仮訳(一)法学雑誌(大阪市立大学)19巻(1972年)2号145頁以下。
- 52) 主婦婚を想定して規定された剰余共同制がそれでもなお維持されてきた理由として、以下のことが推測される。第一に、主婦婚から共稼ぎ婚への移行が確認されたとはいえ、全ての婚姻に占める共稼ぎ婚の割合が過半数ではなく、共稼ぎ婚が社会的に優勢な婚姻形態として存在していなかったことが考えられる。第二に、夫婦が、共稼ぎ婚の形態で婚姻生活を営んでいるとはいえ、妻の多くが家事・育児の全てを担い、妻の就業形態としてはパートタイム労働が多かったことが考えられる。したがって、共稼ぎ婚への移行の中でも、妻の多くが家政執行を担っていたことから、夫との間に生じた収入格差を是正する必要性が認められ、剰余共同制における夫婦財産の清算の方式は、まだ公正性を有していたといえる。

ドイツにおける夫婦財産制の検討(1)(松久)

- 53) 本沢・前注(4)123頁。
- 54) 本沢巳代子「西ドイツ」季刊・年金と雇用8巻3号(1990年)30頁, Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 1997, Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2005, S. 80.によれば, 1986年, 1996年, 2004年における全就業者に締める女性の割合は, それぞれ39.5%・42.5%・42.3%であり, 有配偶女性の就業率(15歳以上65歳未満)は, 48.4%・62.5%・64.8%である。
- 55) 財産処分制限については, 常岡史子「ドイツの附加利得共通制における処分制限規定(1)~(3)」民商法雑誌108巻2号, 3号, 4号(1993年), において詳細に検討されている。
- 56) 本沢・前注(4)125頁。
- 57) 本沢・前注(4)127頁。BGH FamRZ 1981, 239; 1982, 147.
- 58) 本沢・前注(4)127頁。BGH FamRZ 1984, 144; 1991, 43, 49.
- 59) BGB 1373条  
Zugewinn ist der Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten das Anfangsvermögen übersteigt.  
(仮訳)  
「剰余は, 一方配偶者の終局財産が, 当初財産を超える額をいう」
- 60) BGB 1374条1項  
Anfangsvermögen ist das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten beim Eintritt des Güterstands gehört; die Verbindlichkeiten können nur bis zur Höhe des Vermögens abgezogen werden.  
(仮訳)  
「当初財産は, 夫婦財産制が開始した時点で, 債務を控除した後的一方配偶者に帰属する財産をいう。債務の控除は, 財産の額を限度とする。」
- 61) ドイツでは婚姻期間中に夫婦財産制を変更することが認められている。したがって, 婚姻締結時だけでなく婚姻期間中にも新たに剰余共同制の下で生活する場合がある。しかし大部分は婚姻締結時から剰余共同制で生活していることから, 引用部分は除き, 「婚姻締結時」とした。
- 62) Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., 2004, Kap. 1, Rn. 19, S. 7.
- 63) Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 5. Aufl., 2006, § 36 III 22, 23, S. 395~396.
- 64) Gernhuber/Coester-Waltjen, a. O. (Fn. 63), § 36 III 23, S. 396. その他の論説でも, 「法政策上, 誤っている」(Burkhard Thile in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4. Familienrecht, §§ 1363-1563, (von Burkhard Thile, Eckhard Rehme), Neubearb. 2000, § 1374 Rn. 14, S. 188. (以下, 「Staudinger/Thile」)), 「基本法上憂慮すべきものである」(Gerhard Struck, Gläubigerschutz und Familienschutz, AcP 187 (1987), 404, 409ff.)と評されている。
- 65) FamRZ 2003, 1906, 1908.

- 66) Dölle, Familienrecht, Bd. 1, 1964, S. 800.
- 67) Dieter Heckelmann in; Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. neubearb. Aufl., 2004, § 1374 Rn. 5, S. 3875.
- 68) Dieter Heckelmann in; Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9 Aufl., 1993, § 1374 Rn. 6, S. 3872.
- 69) Struck, a. a. O. (Fn. 64), S. 419ff.
- 70) 山口・前注(4)・(三)15~16頁。
- 71) 山口・前注(4)・(三)16頁。
- 72) 原文は「privilegierte Zuwendung」であることから、訳語としては「特権的な出捐」が適切であろう。婚姻期間中に取得した財産は原則として剰余清算の対象となるが、その例外として、本規定が規定されていることを鑑みて「例外的な出捐」と意識した。
- 73) Dieter Schwab, Neue Rechtsprechung zum Zugewinnausgleich, FamRZ 1984 (「以下, Schwab」), S. 434; Dieter Schwab in; Dieter Schwab, Handbuch des Scheidungsrecht, 5. Aufl., 2004, VII (「以下, Schwab」), Rn. 142, S. 1629.; Erman/Heckelmann, Kommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch, 11., neuearb. Aufl., 2004, § 1374 Rn. 9, S. 3877.; Gernhuber/Coester-Waltjen, a. a. O. (Fn. 63), § 36 III, 23, S. 396. 4. Johannsen/Henrich/Jaeger, § 1374 Rn 29.
- 74) Schwab, a. O. (Fn. 73), Rn. 142, S. 1629.
- 75) Dieter Schwab in; Deutscher Familiengerichtstag (11, 1995, Brühl, Köln): Ansprachen und Referate, Berichte und Ergebniss der Arbeitskreise, 1996, 「以下, Schwab」 S. 41ff.
- 76) Thomas Rauscher, Grundfragen des Zugewinnausgleichs, JURA 2003 S. 467.
- 77) Schwab, a. a. O. (Fn. 75), S. 41.
- 78) Schwab, a. a. O. (Fn. 75), S. 41.
- 79) Schwab, a. a. O. (Fn. 75), S. 41.
- 80) BGB 1374条2項

Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstands von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt, wird nach Abzug der Verbindlichkeiten dem Anfangsvermögen hinzugerechnet, soweit es nicht den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen ist.

(仮訳)

「一方配偶者が、夫婦財産制の開始後に、死因処分によって、もしくは将来の相続権を考慮して、贈与によって、もしくは独立資金として獲得した財産は、債務を控除した後に、当初財産に加算する。但し、状況に応じて所得に加算すべきものは、この限りでない。」

- 81) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), S. 529.
- 82) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), S. 529.
- 83) ドイツ相続法研究会編「遺言(五)」ドイツ相続法注解2「」民商法雑誌104巻3号(1991年)420頁以下〔右近建男〕。
- 84) Rauscher, a. a. O. (Fn. 76), S. 468.
- 85) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), S. 434

ドイツにおける夫婦財産制の検討(1)(松久)

- 86) OLG Zweibrücken, FamRZ 1984, 276.
- 87) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), S. 434.
- 88) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), Rn. 125, S. 1620.
- 89) Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 62), Kap. I, Rn. 33, S. 11.; Schwab, a. a. O. (Fn. 73), Rn. 143, S. 1629.
- 90) Dölle, a. a. O. (Fn. 66), § 59, II, S. 800, 801.
- 91) 2002年施行の「第二損害賠償法規定改正法 (Zweites Gesetz zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften)」により, BGB 253条が慰謝料請求権について包括的性質を有する条文となり, 契約責任や危殆化責任にも慰謝料請求権が認められることとなった。また, BGB 847条は列挙されていた法益が新設された BGB 253条 2項に移行したことから廃止された。(潮見佳男「ドイツにおける損害賠償法規定の改正と交通事故賠償法の課題」民商法雑誌125巻2号(2001年)151頁, 仮屋篤子「ドイツにおける慰謝料請求権」関東学院法学12巻3号(2003年)82頁)。
- 92) 満足機能については, 吉村良一「戦後西ドイツにおける慰謝料本質論の展開(一)(二・完)」民商法雑誌76巻4号(1977年)546頁, 5号(1977年)672頁, で紹介されている。
- 93) BGHZ 82, 145=FamRZ 1982, 148.
- 94) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), Rn. 145, S. 1630.
- 95) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), Rn. 145, S. 1630. OLG Stuttgart FamRZ 2002, 99. では, BGB 1381条を適用している。
- 96) ライヒ保険法は, 1992年施行の年金改革法により, 社会法典 (Sozialgesetzbuch) 第六編に統合して規定されている。社会法典は大及び小の寡婦 (夫) 年金を設けている。通常の受給付与期間を充足した被保険者である配偶者の死亡によって「小寡婦 (夫) 年金 (kleine Witwenrente)」を受給し, さらに寡婦が18歳未満のまたは障害のある子どもを養育し, 満45歳以上に達し, または就労不能若しくは稼得不能の場合には「大寡婦 (夫) 年金 (große Witwenrente)」に対する請求権を取得する。また, 再婚の場合, 最初の再婚では, 24ヶ月分の給付金が支給される (ドイツ連邦労働社会省編・ドイツ研究会翻訳『ドイツ社会保障総覧』(ぎょうせい, 1993年)181頁。)
- 97) BGH, FamRZ 1981, 239.
- 98) Gernhuber, Probleme der Zugewinnngemeinschaft, NJW 1991, S. 2242.
- 99) Gernhuber, a. O. (Fn. 98), S. 2243.
- 100) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), Rn. 340, S. 1582; Dieter Schwab, Familienrecht, 14. Aufl., 2006, Rn. 254, S. 125.
- 101) BGH 2003年8月27日判決 (FamRZ 2003, 1544) も同様の見解に立っている。
- 102) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), Rn. 143, S. 1629.
- 103) Gernhuber, Geld und Güter in Zugewinnngausgleich, FamRZ 1984 S. 1057.
- 104) Gernhuber, a. O. (Fn. 103), S. 1058.
- 105) Rudolf Schröder, Der Zugewinn auf dem Prüfstand, FamRZ 1997, S. 3.
- 106) 管理共通制では, 夫婦の財産は 夫の財産 妻の持参財産 妻の留保財産に分け

られ、妻が婚姻締結時に有していた財産や婚姻期間中に有していた財産は、 を除いてに含まれる。

- 107) Deutscher Familiengerichtstag, a. a. O. (Fn. 75), S. 123.
- 108) BGB 1381条
- (1) Der Schuldner kann die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falles grob unbillig wäre.
  - (2) Grobe Unbilligkeit kann insbesondere dann vorliegen, wenn der Ehegatte, der den geringeren Zugewinn erzielt hat, längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat.
- (仮訳)
- 「第1項 債務者は、剰余清算が、その場合の事情によって、著しく不衡平である場合に限り、清算請求の履行を拒むことができる。
- 第2項 著しい不衡平は、とりわけ、剰余のより少ない配偶者が、婚姻関係から生じた経済的な義務負担を長期間に渡り、有責に履行しない場合に存在する。」
- 109) BGH, FamRZ 1970, 483; 1973, 254. 両判決とも、剰余清算手続が離婚後に進められたのにも関わらず、離婚判決確定の時期を考慮することなく、清算義務者の給付拒絶権の可否を判断している。これに反する裁判例として、OLG Düsseldorf, FamRZ 1987, 821 がある。ここでは、離婚時の終局財産の算定期日を定める BGB 1384条を、衡平性判断の期日として解した上で、離婚判決が確定するまでに生じた事情に基づいて、給付拒絶権の判断を行っている。
- 110) Schwab , a. a. O. (Fn. 73), Rn. 250, S. 1673. Gernhuber/Coester-Waltjen, a. a. O. (Fn. 63), § 36 VII 97, S. 414.
- 111) Schwab , a. a. O. (Fn. 73), S. 529.
- 112) BverfG, FamRZ 1981, 745, 750.
- 113) 本沢・前注(4) 172頁。
- 114) この連邦憲法裁判所判決では、BGB 1579条2項の規定が憲法違反の疑いがあるとした。このため、1986年の扶養法変更法によって、本規定は削除された。
- 115) Staudinger/Thile, a. a. O. (Fn. 64), § 1381 Rn. 7, S. 269.
- 116) Walter Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 2005, Rn. 609, S. 169. Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 62), Kap. 1, Rn. 405, S. 108.
- 117) Schwab , a. a. O. (Fn. 73), Rn. 254ff., S. 1673ff.
- 118) 分類については Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 62), Kap. 1, Rn. 406ff.; Kogel, a. a. O. (Fn. 114), Rn. 611ff., S. 170ff.
- 119) Schwab , a. a. O. (Fn. 73), S. 529.
- 120) Schwab , a. a. O. (Fn. 73), Rn. 264, S. 1680.
- 121) Gerd Bruder Müller in: Palant, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 63. Aufl., 2004, § 1381 Rn. 18, S. 1678.
- 122) Schwab , a. a. O. (Fn. 73), Rn. 253, S. 1674.

ドイツにおける夫婦財産制の検討(1)(松久)

- 123) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), Rn. 253, S. 1674.
- 124) Kogel, a. a. O. (Fn. 116), Rn. 621, S. 172.
- 125) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), Rn. 253, S. 1674.; Schwab, a. a. O. (Fn. 73), S. 529; Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 62), Kap. 1, Rn. 409ff., S. 110ff.
- 126) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), S. 529; OLG Hamm, FamRZ 1989, 1188.
- 127) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), Rn. 253, S. 1674. Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 62), Kap. 1, Rn. 419, S. 112. 本判決の批評には、このような運用に対し、妻の不貞行為は著しく重大であり、逆に夫のそれはほとんど重要視しないとする家父長制の文化の中で固定した信条が作用しているのではないかと指摘するものもある(Barbelies Wiegmann, FamRZ 1990, 627, 629.)
- 128) Kogel, a. a. O. (Fn. 116), Rn. 614, S. 170.
- 129) Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 62), Kap. 1, Rn. 420, S. 112.
- 130) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), S. 530.
- 131) Schwab, a. a. O. (Fn. 73), S. 530. シュヴァーブは、デュッセルドルフ上級地方裁判所1981年1月14日判決(FamRZ 1981, 262.)を参照しているが、そこでは、自営業者や家業協力型の夫婦形態の場合には、両配偶者の経済的負担・寄与と身分上の婚姻義務違反を相關的に構成し、各配偶者の婚姻共同生活における経済的負担・寄与がより大きいほど、身分上の婚姻義務違反を考慮する程度はより低くなることが述べられている。
- 132) Schwab, a. a. O. (Fn. 75), S. 76.
- 133) Schröder, a. a. O. (Fn. 103), S. 6.
- 134) Wolrad Rommel, Billigkeit und Zugewinnausgleich, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 147, 1991, S. 63.
- 135) Rommel, a. O. (Fn. 134), S. 73.
- 136) 本沢巳代子『破綻主義の採用と離婚給付』(大阪府立大学経済研究叢書71, 1990年)56~57頁。
- 137) Walter Kogel, FamRZ 2004, 1866. OLG Frankfurt FamRZ 2000, 611.
- 138) BGH FamRZ 2001, 278, 282.
- 139) Kogel, a. a. O. (Fn. 137), S. 1866. BGH FamRZ 2004, 1352 の原審でも、離婚後扶養に関する明確な夫婦間の合意が夫婦財産契約(Ehevertrag)の形式で存在していないとして、算定結果を修正することを否定している。
- 140) Kogel, a. a. O. (Fn. 137), S. 1867. このような二重の清算を回避することを明確にした裁判例に、BGH 2002年12月11日判決(Fam RZ 2003, 432)がある。
- 141) 「忍容できない方法で公正感情に反している(dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechenden)」という文言は、BGH, LM, § 1381 Nr. 6 (FamRZ 1973, 254ff) で用いられており、さらに BGH 1980年3月26日判決(BGH FamRZ 1980, 768.)でも引用され、BGB 1381条適用を厳格に解してきた BGH の立場を示すものである。これに該当することを示したことも、今後の判例の動向に影響を与えらると思われる。
- 142) Kogel, a. a. O. (Fn. 116), Rn. 611, S. 170.

〔付記〕 本稿執筆中、立命館大学法学部とミュンヘン大学法学部の協定に基づく

ドイツ学術交流会(DAAD)のプログラムにより、約4ヶ月間のミュンヘン大学への留学の機会を得た。本稿にはその研究成果の一部が含まれる。滞在中は、ミュンヘン大学のDagmar Coester-Waltjen教授に熱心に御指導いただいた。また、本プログラムに関し、本学の渡辺惺之教授には大変お世話になった。この場を借りて御礼申し上げる。