

ドイツにおける夫婦財産制の検討（２）

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

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）

第 2 節 当初財産への加算と BGB 1374条 2 項類推適用

第 3 節 BGB 1381条に基づく給付拒絶権（以上、309号）

第 4 章 報告義務（Auskunftspflicht）

第 1 節 問題の所在

第 2 節 立法経過と BGB 2314条

1 立法理由と目的

2 BGB 2314条の運用

第 3 節 BGB 1379条に関する裁判例の展開

1 BGB 1379条の規定内容

2 報告請求権

3 財産目録と作成の際の立会い

4 価値算出請求権

5 特定の形式による財産目録の作成

第 4 節 事業主との婚姻における報告請求権と価額算定

1 剰余共同制における価額算定の原則

2 剰余清算における企業価値評価

3 自営業者の評価方法と裁判例

4 証拠資料の提出

第 5 節 小 括（以上、本号）

第 5 章 婚姻形態の多様化と剰余共同制の修正

第 6 章 ドイツ連邦弁護士連合会の改正提言

おわりに

第4章 報告義務 (Auskunftspflicht)

第1節 問題の所在

第1章で確認されたように、日本では、94年民法改正要綱試案・96年民法改正法律案要綱が公表されて以来、婚姻後形成された財産は、その名義のいかんを問わずに財産分与の対象とし、また清算の割合を原則2分の1とすることが判例・実務上定着しており、96年の民法改正要綱の内容は実質的に実現しているとみることができる¹⁾。これまでの議論展開によって、財産分与は「夫婦財産の清算」であることが強調され、同時にその権利性もより明確なものとなった²⁾。

それでもなお課題は残る。財産分与はその性質上、権利・義務の発生・消滅等について攻防する通常の民事訴訟とは異なり、権利・義務の存在を前提とした上で、その具体的内容を形成するものであるといえる³⁾。したがって、財産分与の一要素である「夫婦財産の清算」を検討する場合、清算の対象となる「名義のいかんにかかわらず、婚姻後に夫婦の協力によって取得した財産」を特定する必要がある、同時に夫婦のどちらが財産分与請求権者となるのかを明確にしなければならない。そのためには、離婚時に両配偶者が清算の対象となる財産を有しているのかどうか、またどれだけ有しているのかを示すことが要求される。そして、その財産の存在に基づいて具体的内容を形成することで、夫婦財産の清算の衡平性を保証することができるのである。

しかし、日本の実情をみると、このような法制度は十分に整っているとはいえない。財産分与は家事審判事項であり(家事審判法9条1項乙類5号)、離婚訴訟を提起した場合には、それに附帯して財産分与に関する処分を申し立てることができる(人事訴訟法32条1項)。財産分与の調停及び附帯処分の審理であっても、十分な理論的な検討がないまま種々の金銭給付を求めたり、婚姻中に給与が取得されているからそれが貯蓄されて

いるはずであるなどとして、その2分の1相当額の支払いを求めるという主張がなされることが多くあり、清算対象となる財産の立証がなされていないのがほとんどである⁴⁾。また、仮に財産分与請求権者である一方配偶者が、他方配偶者の財産状態を立証できたとしても、それが他方配偶者名義の清算対象となる全財産である確証はなく、場合によっては、他方配偶者が自己の財産を隠匿していることも考えられる。

調停や附帯処分 of 審理の段階では、弁護士法23条の2に基づいて、弁護士が所属弁護士会に照会依頼をし、弁護士会が正当と認められた場合には、弁護士会名で各金融機関等に「報告依頼」を行うことができる。また、裁判所を通じて照会依頼を行うこともできる。これらを通じて、清算の対象となる財産をある程度は把握することができる。しかし近年では、「個人情報保護法」の見地から、これらの依頼を拒絶する金融機関・団体等が増加している。もはや実効性は失われつつある。また、裁判離婚の場合には、裁判所から一方当事者に対して、給与明細等の文書を提出するよう命ずることや、金融機関等に調査委託命令を出すことが可能である⁵⁾。

一方で、協議離婚(民法763条)によって離婚が成立し、また財産分与についても当事者間の協議を通じて財産分与に関する合意を形成した場合には、報告依頼のような制度を利用することは不可能であり、財産状態を把握することすら困難な状況にある。このような状況下で衡平な清算を確保することは不可能である。

夫婦間の財産状態を把握する手段に関しては、これまで議論されてこなかった。確かに、これまで財産分与の権利性をより明瞭にすることが要請されており、この実現が大きな課題であった。それがほぼ実現された今日、実体法上の把握手段をいかに構築するかが重要となる。このことは「2分の1ルール」の典型として念頭に置かれていた主婦婚だけでなく、あらゆる婚姻形態にとっても必要なものである。

他方 BGB は、権利者が自己の権利に関する情報を十分に有していないために、それを行使・実現することが不可能・困難である場合一般につい

て、義務者による権利者に対する情報の提供が広く要請されており、多くの個別規定を設けることでこれを実現している。例えば、売主の報告義務(BGB 444条)、組合脱退者の報告請求権(BGB 740条2項)、子どもの財産管理終了時の親の報告義務(BGB 1698条)が挙げられる。さらに報告履行方法に関する一般規定(BGB 259条・260条)⁶⁾も設けている⁷⁾。BGB 1379条に規定された夫婦財産制終了時の夫婦間の報告義務(Auskunftspflicht)は、こうしたシステムを背景に設けられたものであるといえる。

ここでは、BGB 1379条の制定過程・立法目的を確認し(第2節)、同条の裁判例を検討する(第3節)。

剰余清算では、各配偶者が夫婦財産制終了時に所有する財産の価値を正確に把握するために、清算の対象となる財産の種類に応じて様々な評価方法が裁判例で採用されている。したがって、BGB 1379条の報告義務についても財産の種類に応じて要求される報告の内容が異なる。特に、自営業者や事業代表者、専門職有資格者が有する財産については裁判例によって詳細な報告内容と評価方法が確立している。これらを紹介し(第4節)、日本でのこの課題を解決する手掛かりを得たい。

第2節 立法経過と BGB 2314条

1 立法理由と目的

夫婦財産制終了時における報告義務を規定する BGB 1379条は、1957年の男女同権法により導入された。その理由として第一草案では、各配偶者が、夫婦財産制終了時に他方に対して、自己の終局財産及び債務の状態に関する報告の義務を負うことによって、各配偶者がその剰余を算出し、どれだけの清算請求権がどちらに帰属するのかを明確にすることが可能になると説明する⁸⁾。さらに BGB 1379条の詳細については、BGB 2314条に準ずるとしている。

BGB 2314条は、以下のように規定している。

BGB 2314条

(1) Ist der Pflichtteilsberechtigte nicht Erbe, so hat ihm der Erbe auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen. Der Pflichtteilsberechtigte kann verlangen, dass er bei der Aufnahme des ihm nach § 260 vorzulegenden Verzeichnisses der Nachlassgegenstände zugezogen und dass der Wert der Nachlassgegenstände ermittelt wird. Er kann auch verlangen, dass das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird.

(2) Die Kosten fallen dem Nachlass zur Last.

(仮訳)

「(1) 義務分権者が相続人でない場合、相続人は義務分権者に対して、相続財産の財産状態に関する報告を提供しなければならない。義務分権者は、第260条に基づいて提出される財産目録の作成に関与すること、ならびに相続財産の価値を算出することを請求することができる。各配偶者は、管轄官庁もしくは権限を有する公務員もしくは公証人によって財産目録を作成することを請求することができる。」

(2) 費用は相続財産の負担とする。」

BGB 2314条は、義務分権者に対する相続人の報告義務を規定しており、BGB 制定時に導入されたものである。その立法理由として、『第一草案理由書』(Motive)では、義務分権者が相続財産に直接関与していることは少ないことから、義務分権者に対して相続財産の財産状態に関する報告しなければ、義務分権者は、自己の義務分請求権の金額を明確にすることができず、したがってこのような義務を課さなければ、義務分請求権を主張することができない結果となることを挙げている⁹⁾。

また『第二草案に関する委員会議事録』(Protokolle)では、義務分請求権は相続開始時を基準とする純粋な金銭債権であり、相続財産の価値によって左右されること、義務分請求権の履行までに、相続財産に含

まれる対象財産の価値は変化し、これも相続の現状に含まれること、義務分権者及び相続人は、相続財産の状態と価値を相続開始後できるだけ早く確定するという相続上の利益を有していることを指摘し、この目的を達成するために義務分権者に、相続財産に関する財産目録の提出及び相続財産の価値算出を請求する権利を与えるとする。そして後者は補充的な手段であることを明らかにしている¹⁰⁾。さらに財産目録は管轄官庁、権限のある公務員もしくは公証人によって作成され、費用はその性質上相続財産の負担とならしてしている¹¹⁾。

ここで確認されたように、BGB 1379条は BGB 2314条を基にして規定されており、報告請求権と価値算出請求権に関する立法者の構想も明確にされている。権利者が自己の権利に関する情報を十分に有していないために、それを行使・実現することが不可能で困難であることから、権利者に対する報告を義務づけることで権利の実現を可能にしようとするものであるといえる¹²⁾。

2 BGB 2314条の運用

BGB 2314条と BGB 1379条には密接な関係が認められ、前者の運用は後者の裁判例や議論の展開にも大きな影響を与えている。そこで BGB 2314条の運用を概観しておきたい。

BGB 2314条は「相続人ではない義務分権者」に報告請求権を認めており、報告請求権及び価値算出請求権を有するのは、被相続人の死因処分によって法定相続から排除された、被相続人の卑属、両親、配偶者となる(BGB 2303条)。したがって、彼らが相続契約(BGB 1941条)及び遺言(BGB 1937条以下)によって指定された相続人に対して、これらの請求権を主張することが想定されている。また複数の義務分権者が存在する場合には、各自が報告請求権及び価値算出請求権を主張することができ、BGB 428条の連帯債権者の関係ではないと解され、一方で義務を負う相続人が複数存在する場合、連帯債務者として責任を負う¹³⁾。

報告義務の対象は、全ての相続財産の財産状態であり¹⁴⁾、義務分請求権算定の基礎となる「みなし相続財産」も報告義務の対象となることから¹⁵⁾、BGB 2316条によって義務分請求権算定の際に清算される BGB 2050条以下の被相続人の財産支出¹⁶⁾、相続開始前10年以内に行われた第三者への贈与や「礼儀としてなされる贈与 (Anstandsschenkung)」（BGB 2330条）も報告の対象となる¹⁷⁾。また義務分権者は義務分権を請求するために必要な知識、例えば受贈者の人格や遺贈の放棄の有無等を相続人に求めることができるとされている¹⁸⁾。

相続財産に営利企業が含まれる場合には、企業価値の算出を可能にするために、義務分権者は貸借対照表、損益計算書、その他附属明細書といった企業価値算出のために必要な資料の提出を請求することができ¹⁹⁾、被相続人の死亡前5年間の資料を提出しなければならないとされている²⁰⁾。

一方で、例えば被相続人の死亡によって剰余共同制が終了した場合、夫婦財産の清算である「相続法上の解決 (erbrechtliche Lösung)」が行われ、生存配偶者が相続人である場合にはその法定相続分が増加する。したがって、被相続人が婚姻していたかどうか、夫婦財産制が剰余共同制であったかどうか、また生存配偶者が相続人としての地位を有しているかどうかといった事実は、義務分請求権を算出する上で重要である。したがって、BGB 2314条は、相続財産の価額や財産状態だけでなく、共同相続人の有無、被相続人の夫婦財産制の形態、生存配偶者の相続法上の地位や遺贈の受領の有無といった事実をも報告義務の対象とすることができるかと解されている²¹⁾。

報告請求権と価値算出請求権は区別されており、後者は義務分権者が別に主張しなければならない。また価値算出請求権は、対象となる財産が相続財産に含まれることについて争いがないことを要件としており、その主張・立証責任は義務分権者が負う²²⁾。

報告請求権の内容は、義務を負う相続人の相続財産に関する知識に左右されるが、価値算出請求権の場合には、相続人の相続財産の価値に関する

知識の有無に左右されず、義務分権者が相続人による報告が不十分であると判断する場合には、専門家による価値算出を主張することができる。相続人はこれを甘受しなければならず²³⁾、その費用は相続財産の負担となる(BGB 2314条2項)。

また相続財産に営利企業が含まれる場合に、企業価値算出のために必要な資料が提出されたとしても、義務分権者が相続財産の価値を十分に理解することができない場合には、専門家による鑑定書の作成を請求することができる²⁴⁾。その際の専門家は相続人によって選任された中立的な者でなければならず²⁵⁾、相続人の責任の下で鑑定書を作成しなければならず、その費用は相続財産の負担となる²⁶⁾。

第3節 BGB 1379条に関する裁判例の展開

1 BGB 1379条の規定内容

BGB 1379条は、以下のように規定する。

BGB 1379条

(1) Nach der Beendigung des Güterstands ist jeder Ehegatte verpflichtet, dem anderen Ehegatten über Bestand seines Endvermögens Auskunft zu erteilen. Jeder Ehegatte kann verlangen, dass er bei der Aufnahme des ihm nach § 260 vorzulegenden Verzeichnisses zugezogen und dass der Wert der Vermögensgegenstände und der Verbindlichkeiten ermittelt wird. Er kann auch verlangen, dass das Verzeichnis auf seine Kosten durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird.

(2) Hat ein Ehegatte die Scheidung oder die Aufhebung der Ehe beantragt, gilt Absatz 1 entsprechend.

(仮訳)

「(1) 各配偶者は、夫婦財産制終了後、それぞれの他方に対して、自己

の終局財産の財産状態に関する報告を提供する義務を負う。各配偶者は、第260条に基づいて提出される財産目録の作成に立ち会うこと、ならびに対象財産及び債務の価値を算出することを請求することができる。各配偶者は、自己の費用負担において、管轄官庁もしくは権限を有する公務員もしくは公証人によって財産目録を作成することを請求することができる。

(2) 一方配偶者が離婚もしくは婚姻無効を申立てた場合、前項を準用する。」

BGB 1379条は、報告請求権(同条1項1文)、財産目録(Verzeichniss)作成の際の立会い(同条1項2文前文)、価値算出請求権(同条1項2文後文)、特定の形式による財産目録の作成(同条1項3文)の4つの請求権を規定している。

これらの請求権は、BGB 2314条同様強行規定と解されていることから、合意によって排除することはできず、また夫婦財産契約で BGB 1379条に規定する自己の請求権を放棄することもできない²⁷⁾。

BGB 1379条に規定する報告請求権の実現方法には、次のような特徴がある。他方配偶者が報告を履行しないか、しても不十分である場合には、報告請求権自体の履行を請求することができる。その他にも提示された財産目録について、BGB 260条による「宣誓に代わる保証」を求めることができる(ドイツ民事訴訟法(以下、「ZPO」)889条)。さらに、報告請求権は、離婚効果に関する事項として離婚と併合して主張することはできず²⁸⁾、また報告請求権の履行のみを主張することはほとんど意味がないことから、段階訴訟(Stufenklage)の手続に従って実現される。

段階訴訟は、ZPO 254条²⁹⁾に規定されており、報告・財産目録の提出あるいは宣誓に代わる保証の履行請求(これらを vorbereitender Hilfsanspruch「準備的補助請求」という)に対する審理・判決・履行がなされた後に、主請求(Hauptanspruch)、ここでは剰余清算請求についての審理が開始するというものである。主請求の審理開始時点までは、主

請求に関する訴状の必要的記載事項のうち、請求の対象・原因・申立について特定性が要求されない³⁰⁾。BGB 1379条に関する段階訴訟では、第一段階では「報告・価値算出・証拠資料の提出」を請求し、これに対する判決・履行、第二段階では「宣誓に代わる保証」の訴えとこれに対する判決・履行、そして第三段階では「報告提供によって確定した金額を剰余清算請求として支払え」という給付の訴えに対する判決が順次なされ、当初の請求では、請求の対象を特定しないまま支払を申し立てることになる³¹⁾。また ZPO 254条を類推適用することで、第一段階での「報告の提出」と第二段階の「宣誓に代わる保証」の訴えを併合することができると解されている³²⁾。

また提出された財産目録等に関する「宣誓に代わる保証」は、報告義務者が任意で行う場合には、財産目録が提出されるべき区裁判所で行われ、報告義務者が国内に住所地及び居住地を有している場合には、その地の区裁判所で行うことができる(BGB 261条)。他方、報告義務者がこれを拒否する場合には、報告請求権者が「宣誓に代わる保証」の訴えを提起しなければならない。この義務が認められた場合には、報告義務者は、区裁判所を執行裁判所として、「宣誓に代わる保証」を行う(ZPO 889条)。さらに報告義務者が「宣誓に代わる保証」の履行のために必要な期日に区裁判所に出頭しない場合や、義務履行を拒絶する場合には、執行裁判所は、ZPO 888条で定められた手続きを採り(ZPO 889条2項)、強制金(Zwangsgeld)を課す、または強制拘留(Zwanghaft)を命ずることができる³³⁾。

2 報告請求権

報告請求権は、算定基準となる期日に他方配偶者が所有する終局財産のみを報告の対象としている。したがって、かつて他方配偶者が所有していた対象財産については報告する義務はない³⁴⁾。また報告請求権は、報告請求権者が自己の剰余清算請求権の存在の有無や金額の算定を可能にするこ

とを目的としていることから、報告の対象となる財産は剰余清算の対象となるものに限定され、家具令や年金権の清算といった他の規定によって離婚時に清算される財産地位は、報告の対象とならない³⁵⁾。

(1) BGB 1375条 2項と報告請求権

報告請求権は終局財産のみを対象としているが、終局財産には婚姻期間中の一方配偶者による特定の財産支出(BGB 1375条 2項)³⁶⁾も含まれる。したがって、このような財産支出に関しても報告の対象となるのが問題となる。この問題に関するリーディングケースを紹介する。

【1】BGH 1981年10月29日判決(BGHZ 82, 132 = FamRZ 1982, 27.)

〔事実関係〕

原告X(妻)と被告Y(夫)は、剰余共同制の下で婚姻生活を送っていたが、1977年6月に離婚した。XはYに対して、Yの終局財産と1976年1月1日から1977年3月21日までの財産減少に関する報告を請求した。その後Yは財産目録を提出し、この期間中に財産減少がなかったことを報告した。これに対してXは「Yが自己の良心に従いできる限り完全に終局財産及びそれに加算される財産減少を報告した旨」を宣誓に代えて保証することを請求した。その理由としてXは、Yが公営賭博場に通っていたにもかかわらず、これを財産目録に記載していないことから、Yは報告につき、必要な注意を欠いていることが認められると主張した。これに対してYは、報告請求権はBGB 1375条 2項によって終局財産に加算される財産減少を対象としておらず、またXの主張は算定期日後に公営賭博場に行ったことを問題にしているだけであるとして、Xの請求を棄却することを主張した。

家庭裁判所はXの請求を認容した。これに対してYは控訴したものの、上級地方裁判所は、BGB 1375条 2項によって加算される財産減少も報告の対象としなければ、終局財産の実際の財産状態を明確にすることを目的とする報告請求権は意味のないものとなること、報告請求権

者の利益状況は BGB 2314条における義務分権者のそれと類似しており、同条に関する判決では義務分権者の主張・立証困難を緩和するために義務分請求権算定に含まれる被相続人の出捐も相続人の報告義務に含まれていることを理由にYの控訴を棄却した。Yが上告した。

〔判決理由〕

BGH は、 BGB 1379条 1項が「終局財産」と「加算すべき財産減少」とを明確に区別していること、立法経過から BGB 1379条が BGB 2314条を模倣していることは明らかであるが、BGB 1379条と BGB 2314条の問題状況が異なることから、前者が後者に関する全ての判決を承継しているとはいえないことを指摘し、BGB 1375条 2項の財産減少は、BGB 1379条の報告請求権に含まれないとした。

その上で、「法律関係の性質上、報告請求権者が過失なくして自己の権利の成立や範囲について確知することができず、かつ報告義務者が容易に報告を提供することができる場合には、信義則に基づいて判例上認められている報告請求権によって、剰余清算請求権者の利益は充足される。」と判示し、BGB 242条による報告請求権を BGB 1375条 2項の財産減少について適用することを明らかにした。さらに BGB 260条 2項及び3項の権利も認められ、その要件の下で「宣誓に代わる保証」も要求することができるとした。

しかし、「この報告請求権は、BGB 260条 1項に規定された特定の包括目的 (Inbegriff von Gegenständen)、すなわち BGB 1375条 2項に列挙された財産減少全てを対象としていない。報告請求権者は BGB 1375条 2項の行為に関する具体的な証拠を提示しなければならず、報告義務者はこれについてのみ報告すれば足りる。」そして、BGB 1375条 2項列挙事由に該当する行為について十分具体的な根拠があったとしても、報告に際しては過度な要求をすることはできず、要件を充たしているかどうかは裁判官が判断するとした。

以上のように判示した上で、BGB 242条に基づく報告請求権が成立す

るか否かを新たに審理するために、原審を一部破棄し上級地方裁判所へ差し戻した。

これまで下級審判決及び多くの学説は、BGB 1375条2項の財産減少もBGB 1379条の報告請求権の対象となるとしていた³⁷⁾。これに対して、ゲルンフーパーはBGB 1379条を適用することを否定し、BGB 242条に基づく報告請求権に依ることを主張していた³⁸⁾。

ゲルンフーパーは、BGB 1375条が「終局財産」と「加算すべき財産減少」とに明確に区別していることから、BGB 1379条を直接適用することはできず、また立法者がこの機能を予定していなかったとも認められないことから、BGB 1379条の類推適用も認められないとする。その上で、BGB 1375条2項列举事由は、報告の対象として統一的に把握することが困難であるから、各事由に対する報告請求権を考察すべきであり、そのためにBGB 242条の機能領域として認められてきた報告請求権を適用することを主張した。またBGB 1379条の規定内容から、BGB 242条に基づく報告請求権は、あくまで補助的なものであることから、適用範囲は制限され、要件もBGB 1379条より厳格にすることを主張した。

本判決は、ゲルンフーパーの見解を参照し、BGB 1379条はBGB 1375条2項の財産減少を対象としていない。一定の要件の下で、個々の財産減少に関するBGB 242条に基づく報告請求権を認めている。

本判決以降、BGB 242条に基づく報告請求権が認められた事例として、別居後離婚申立直前に不動産を処分した場合³⁹⁾や生命保険金の払戻金が支払われた場合⁴⁰⁾に、その用途に関する資料が存在しない、もしくは矛盾する資料が提出された事例が挙げられる。これらの場合には、BGB 1375条2項1号の不用意な無償出捐に関して合理的な疑いが認められる。他方、同条2項2号の浪費の場合には、社会通念上贅沢な生活様式と判断されるという事実だけでは認められず、当該配偶者の経済関係とこれまでの生活様式を考慮した上で判断される。BGB 1375条2項3号は、一方配

偶者が財産支出時に他方配偶者に不利益を与えようとする意思を有していたことを証明しなければならない⁴¹⁾。

また最近では以下のような裁判例がある⁴²⁾。婚姻期間中に夫の口座から妻の口座へ月々一定額(1200 DM)が移されていたが、終局財産の算定期日までにそのほとんどが存在していなかったことから、妻が財産の一部を隠匿していると夫は主張し、BGB 242条に基づく報告請求権の成否が問題となった。BGHは夫の主張を認容し、「妻が財産の一部を隠匿している」との事実を主張するだけでBGB 242条に基づく報告請求権を認めるのに十分であると評価している。

(2) 当初財産に関する報告請求権

BGB 1379条は、終局財産のみを対象としており、当初財産は報告の内容には含まれない。またBGB 1377条1項・3項によって、他方配偶者は当初財産を証明しなければならないことから、当初財産に関する報告は必要ないと解されている⁴³⁾。しかしながら下級審判決は判断が分れている。

シュレーズヴィヒ上級地方裁判所1982年12月17日判決(OLG Schleswig FamRZ 1983, 1126.)は、BGB 1379条1項によって当初財産に関する報告請求権を導き出すことはできないものの、裁判例【1】を参照することで、BGB 242条に基づいて当初財産に関する報告請求権も認めることができるとする。そして「剰余清算義務者がBGB 1377条3項による推定を破る場合には、訴訟において証明しなければならない。しかし、剰余清算請求権者は、他方配偶者の当初財産によって自己の剰余清算請求権が減少する場合には、剰余清算請求権の金額が確定する前に、可能な限り正確な情報を得るという公正な利益を有している。」ことから、報告請求権を認めるべきであると判示した。しかしながら、要件は、過失なくして自己の権利の成立や範囲について確知することができず、かつ報告義務者が容易に報告を提供することができることであり、本事案ではこのような事実は認められないことから、BGB 242条に基づく当初財産に関する報告請

求権は成立しないとしている。

他方、カールスルーエ上級地方裁判所1986年8月29日判決(OLG Karlsruhe FamRZ 1986, 1105.)⁴⁴⁾は、BGHが、BGB 242条に基づく報告請求権を認めた裁判例の事実関係に着目する。裁判例【1】は、BGB 1375条2項によって終局財産に加算されるべき金額に関する報告が重要であり、原告が自己の訴えの理由を主張・立証しなければならない事実関係の報告を対象としていた。このことから「原告はこの事実関係を知らなければ、おそらくでたらめな訴えを提起することになり、その際に提出した証拠は不適法な請求の証拠と判断されるリスクを負うことになる。」

他方で、剰余清算義務者の当初財産が問題となる場合、剰余清算請求権者にとっては、剰余清算義務者が当初財産を有していないというBGB 1377条3項の推定は有利となる。この推定を破ることは剰余清算義務者の負担である。「したがって、剰余清算請求権者が当初財産に含まれる積極財産に関する主張・立証責任が負わされることはなく、剰余清算請求権者が自己の主張理由のために、剰余清算義務者の当初財産の知識を持つ必要はない。」この点にBGHが、BGB 242条に基づく報告請求権を認めた事例と本質的な差異が存在し、BGB 242条に基づく当初財産に関する報告請求権は認められないと判断した。

肯定例は、裁判例【1】に依拠し、当初財産に関する報告請求権を認めることで、剰余清算請求権者の利益を保護しようとする。他方否定例では、裁判例【1】の射程範囲を明確することで、信義則による報告請求権を否定する。学説の多くは、BGB 242条による当初財産に関する報告請求権を否定する見解が多い⁴⁵⁾。その理由は、剰余清算請求権者に不利益が及ばないことも影響していると考えられる。しかしながら、婚姻期間中に取得した財産の清算を目的とする剰余共同制の理念からすると、BGB 1377条に規定されている当初財産に関する財産目録がほとんど作成されていない現状は問題であり、衡平性を確保するためにも、当初財産に関する情報提供を強化する必要もある。2002年に行われた第15回ドイツ家族法大会では、

当初財産にまで BGB 1379条に基づく報告義務を拡大することが提案されている⁴⁶⁾。

(3) 婚姻期間中の報告

剰余共同制は別産制を基礎としていることから、各配偶者が自身の財産を管理し、原則として夫婦財産制期間中は、各配偶者が他方に対して自己の財産に関する報告を提出する必要はない。このことから BGB 1379条は、夫婦財産制終了時に各配偶者がそれぞれの他方の終局財産の財産状況を明確にすることを規定している。しかし、婚姻期間中の財産取得等に関する報告を認容する裁判例が存在する。

【2】BGH 1976年6月25日判決(BGH FamRZ 1978, 677.)

〔事実関係〕

原告X(妻)・被告Y(夫)は、1972年に離婚した。XYは剰余共同制で生活していた。XYは剰余清算の対象となる財産について争っている。Xは、Yには提示した口座の他にも別の口座を有していたこと、Yは別居前に、これらの口座を解約したこと、これらの貯蓄は、終局財産の算定期日にはまだ存在していたこと、Yはその貯蓄を住宅建築積立契約に用い、そのことをYはXに隠していることを主張し、1971年1月1日から1972年7月31日までのY所有の口座に関する情報を提供することを請求した。

Yは、Xの訴えを退けることを主張した。Yは、自身の終局財産の状況に関する報告義務をすでに履行しており、また BGB 1375条2項によって終局財産に加算される財産減少も存在していないことから、さらなる報告義務はないことを主張した。地方裁判所は訴えを棄却した。

そこでXは控訴し、Yが自己の終局財産を完全に申告していないことを主張した。さらに、第一審判決を、以下のように変更することを主張した。1971年1月1日から1972年7月31日までのY所有口座に関する情報を提供すること、この情報を提供した後、~もしくはは裁判所

がこのような報告を提供する見込みがあると判断した場合には～Yに対して、宣誓に代わる保証をするよう命ずること。これに対して、Yは、財産目録を必要な注意をもって作成していないと認められる場合には、すでに提供した報告を宣誓によって強化する必要があるが、ここではそのような事実が認められず宣誓に代わる保証を与える法的義務は存在しないとして控訴の棄却を主張した。上級地方裁判所は控訴を棄却したものの上告を認めた。

〔判決理由〕

BGHは、原審がXの請求を棄却したことを受当としながらも、Xの申立全体の文脈から評価すると、Xは、Yがすでに提示した報告に対する宣誓に代わる保証を望んでおり、それによってYが隠匿している財産を明らかにしようとしているとし、宣誓に代わる保証について判断している。

BGB 260条2項に基づく宣誓に代わる保証は、報告内容が不実であるか、提示されても内容が不完全である場合に、Yが必要とされる注意をもって作成されていないという推定の根拠が認められ、その有無は、Yの全状況に基づいて判断される。そこでは、例えば報告が不完全かどうか、手続過程の中で矛盾した申告を行ったかどうかや、報告義務者が、例えば銀行口座証明書や口座取引履歴等の証拠資料を、証明の際に容易に入手することができるにもかかわらず、提出すること拒否した事実も重要となる。さらに、以下の場合にも推定の根拠があると判示した。

「一方配偶者は、BGB 1353条に基づき他方配偶者に対して、婚姻期間中大ざっぱに(in groben Zügen)自己の取得した財産状況の動きについて報告する義務があることに注意しなければならない。……婚姻解消後は、当然ながらこの義務はもはや成立しない。しかし、剰余清算義務者となりうる一方配偶者が、正当な理由なく、本来婚姻期間中に明らかにすべきである財産状況の変化について報告することを拒んだ場合、この拒絶は、他方配偶者に当然帰属すべき剰余清算の完全な給付を妨げよ

うとするために一方配偶者が対象財産を隠した隠す意思があるという根拠となる。このような場合には、通常終局財産の報告に関する宣誓に代わる保証を要求することができる。」このように判示し、BGB 260条2項に関する原判決を破棄し、新たに審理するために上級地方裁判所に差し戻した。

本判決以降、BGB 1379条とは異なる報告義務が生ずることとなった⁴⁷⁾。これによって、一方配偶者が他方配偶者に対して、婚姻生活を維持するために重要となる自己の財産状態に関する情報を継続的に提供することになる。また他方配偶者に経済的発展(wirtschaftliche Entwicklung)に関心を持たせることになることから、このことは婚姻の本質に適しているとされている⁴⁸⁾。この情報提供義務の範囲に関する一般的な基準は存在しておらず、個々の婚姻関係における個人的・経済的關係が特に重要視される。またこの情報提供義務は、BGB 1353条の婚姻生活共同体に基づいていることから、婚姻関係が破綻している場合には、この情報提供義務は認められない⁴⁹⁾。またこの情報提供義務に基づく証拠資料の提出や商業登記簿の閲覧は認められていない⁵⁰⁾。

(4) BGB 273条と報告請求権

BGB 1379条は、「各配偶者」が報告義務を負うと規定していることから、両配偶者が、他方に対する報告請求権を有し、また報告義務を負うことになる。したがって報告義務者が、同一の法律関係に基づいて報告請求権者に対する請求権を有することとなる。BGB 273条⁵¹⁾は、同一の法律関係に基づいて、債務者が債権者に対する請求権を有する場合には、債務者は、債権者が給付を履行するまで、自己の債務の給付を拒絶することができる」と規定している。報告請求権を両配偶者が有していることから、BGB 273条の適用が認められ、留置権(Zurückbehaltungsrecht)を主張することができるかどうかの問題となる。これに関する下級審判決は分かれている。

紛争の実情を認識するために、肯定例を詳しく紹介する。

【3】 シュトゥットガルト上級地方裁判所1981年10月2日判決
(OLG Stuttgart FamRZ 1982, 282.)

〔事実関係〕

原告X(妻)と被告Y(夫)は1966年に婚姻し、剰余共同制の下で生活を送っていたが、1980年に離婚した。離婚確定後、Yは離婚訴訟が係属した1976年10月28日時点での自己の終局財産の財産状態を報告した。しかし、この報告はXが指摘した財産についてのみで、Yの全ての財産も含んでいなかった。Xは、当該報告が不十分なものであるとして、Yの終局財産の財産状態に関する報告を補充し、財産目録を提出することを求めた。

これに対して、Yは、Xが婚姻期間中、貞操義務違反をしていることから、BGB 1381条の「著しい不衡平」に基づく給付拒絶権を考慮した場合、Xの報告請求権の行使は信義則に反すること、同条によって、Xに剰余清算請求権は帰属しないことから、報告請求権を喪失していること等を理由にXの請求を棄却することを主張した。家庭裁判所はXの請求を認容し、Yに対して終局財産に関する報告と財産目録の提出を命じた。Yは控訴し、上述の主張に加え、X自身が自らの終局財産の財産状態を未だYに報告していないことから、留置権を行使しているにすぎないと主張した。

〔判決理由〕

控訴審では、Yは、Xが指摘した対象財産についてのみ報告しており、BGB 1379条に基づく報告としては不十分なものであるとし、Xの報告請求権が消滅していないことを明らかにした。

また留置権の主張については、「Yは、BGB 273条に基づいて、自身に課せられた補足的な報告を、Xが自身に課せられた終局財産に関する報告を提供するまで留保する権限を有している。…… “債務関係の性質から” ~ このことは他の法定の報告請求権の場合と異なるが ~ BGH の

見解からは、BGB 1379条による報告義務者の履行義務は導き出されない。……YはBGB 273・274条によって、Xの終局財産に関する報告の提供に対して、遅滞なく自身の補足的な報告をすることを命ずる。」と判示し、BGB 273条の適用を認めた。

しかし、シュトゥットガルト上級地方裁判所1983年12月22日判決(OLG Stuttgart FamRZ 1984, 273.)は、報告請求権は、主請求の算定を可能にするために必要な前給付(Vorleistung)であること、BGHは、他の法律関係における報告義務に対する留置権を否定しており⁵²⁾、剰余清算請求権においても、このことがあてはまることを理由に、BGB 1379条の報告請求権に対する留置権を否定している。

一方、学説において、BGB 273条適用を否定する見解は、BGB 273条が債務者の反対債権を考慮した上で、債務者を保護するのと同時に、間接的に履行の圧力を加えることを目的としており、BGB 1379条の報告請求権のような準備的(予備的)請求権(vorbereitende Anspruch)の場合は、一般的に適用の対象とならないとしている⁵³⁾。このような報告義務の準備的性質の強調は、BGBで規定されている様々な報告義務で認められるものである⁵⁴⁾。

他方、適用を肯定する見解は、BGB 1379条の特殊性に着目する。BGB 1379条の目的は、各配偶者相互に、それぞれの報告義務を負わせることであり、お互いが終局財産の財産状況を把握することができない場合には、両配偶者とも剰余清算請求権の金額を予測することは不可能であるから、剰余清算では常にこの目的が実現されなければならない。たとえ、BGB 273条を適用したとしても、夫婦に過大な負担を課すことにはならず、剰余清算請求権と結合することによって、直接的に剰余清算請求権の履行の同時性を保証することとなり、夫婦間における剰余清算の衡平性を最大限保証することになると主張する⁵⁵⁾。この議論に関しては、最近下級審判決⁵⁶⁾でBGB 273条を適用することを否定したことから、すでに決着したものとして紹介するものもある⁵⁷⁾。

(5) 報告請求権の消滅と限界

BGB 1379条は強行規定と解されていることから、報告請求権を排除する内容の夫婦財産契約や夫婦間の合意は無効とされている。しかし、報告請求権は剰余清算請求権算定のための補助的・準備的機能を有していることから、婚姻は成立しているものの、共同生活が存在しておらず、一方配偶者の財産取得に対する他方配偶者の直接的・間接的な寄与が明らかに認められず、剰余清算請求が問題とならない場合⁵⁸⁾や、夫婦の両方が婚姻期間中に剰余を取得していないことが明らかであり、剰余清算請求が問題とならない場合⁵⁹⁾には、報告請求権は認められない。

また夫婦財産契約や BGB 1378条 3項 2文による離婚時合意 (Scheidungsverbarung) によって、剰余清算請求権を一定の金額に設定したり、剰余清算請求権を排除した場合にも、報告請求権は認められない⁶⁰⁾。婚姻締結後に別産制の合意を行い、それによってそれまで存在していた剰余清算請求権が排除された場合にも、別産制期間中に関する報告請求権は認められない⁶¹⁾。離婚により生じた剰余清算請求権が両配偶者とも時効となり、双方が時効の抗弁を主張した場合にも報告請求権は認められない。一方配偶者の剰余清算請求権のみが時効となっただけでは、他方配偶者が剰余清算請求権を有することも考えられ、その場合には一方配偶者が報告義務を負うことになるから、両配偶者の報告請求権は消滅しない⁶²⁾。

他方で、BGB 1381条によって剰余清算請求権の一部もしくは全部の履行が拒絶されることから、報告請求権の範囲もそれに応じて変化するか、もしくは報告請求権自体が認められないのかが問題となる。これに関するリーディングケースを紹介する。

【4】 BGH 1965年7月14日判決 (BGHZ 44, 163 = FamRZ 1965, 554.)

〔事実関係〕

原告X(妻)と被告Y(夫)は1956年に婚姻し、1963年に離婚した。XはYに終局財産の状況の報告と、剰余清算を請求した。これに対して、Yは、Xが1960年初めから機械工Uと親密な関係にあり、これを隠して

いた。このことから、XがYに剰余清算を請求することは、著しく不衡平であり、剰余清算という主請求が成立していないことから、Yは、Xに対して報告を提供する義務を負っていないとし、Xの請求を棄却することを主張した。地方裁判所は、Yの終局財産の状況に関する報告を、Xに提供することを命じた。これに対して、Yは控訴した。ニュルンベルク上級地方裁判所は第一審判決を支持し、控訴を棄却した。Yは上告した。

〔判決理由〕

「両配偶者が自己の報告義務を履行することによって、どちらが他方よりも多くの剰余を取得したかが明らかになる。剰余清算義務者が、『著しい不衡平』として剰余清算義務の履行を一部もしくは全部を拒絶することができるかどうかは、BGB 1381条の判断による。この判断の対象となる事情には、いかにして一方配偶者が他方配偶者よりも多くの剰余を取得したかが含まれている。さらに、より少ない剰余を取得した一方配偶者が、長期間に渡り婚姻上の経済的義務を故意に履行しないことが(著しい不衡平を判断する上で)重要となる。このことから BGB 1381条は、どのような方法でまたどの範囲で、一方配偶者が自己及び他方の財産形成を助長したか、もしくは妨げたかを考慮しようとする。……各配偶者の真正な報告によって、剰余清算請求を全部もしくは一部認めることが『著しい不衡平』といえるかどうかの判断に関する基本的な情報を得ることができる。このことから、報告義務は、報告請求権者が剰余清算手続で剰余清算請求権の給付拒絶に関する重要な事実を明らかにした場合にも成立する。また剰余清算義務者の剰余の金額及びその取得経過が確定しない限り、剰余清算請求者に対して剰余請求権請求権をすでに完全に拒絶することはできない。特別な例外として、例えば、報告請求者が剰余清算請求権を有していない旨の確定判決を得ている場合や、刑事判決によって剰余清算請求権者が剰余清算義務者の生命を脅かしていることが確定した場合には報告請求権は、成立しない。」このような

明確な例外が存在していないことから、上級地方裁判所の判決を維持し報告義務を肯定した。しかし終局財産の算定について、算定期日を誤っていることから、この点を修正し、Yに対して1963年1月12日時点でのYの終局財産の財産状態に関する報告をXに提供するよう命じた。

本判決によって、BGB 1381条の適用が認められうる事実関係が存在したとしても、BGB 1379条の報告請求権が成立することが明確になった。また報告請求権を主張することが認められない場合は、あくまで特別な例外であることを示しており、その判断は厳格なものとなる。

3 財産目録と作成の際の立会い

各配偶者は、他方が終局財産に関する財産目録を作成する際に立会うことを請求することができる。またこの請求権は一身専属的な性質ではないことから、第三者、特に専門知識を有する者を自身の代わりに立ち合わせることも可能である⁶³⁾。また報告義務者が財産目録を一度提出した場合であっても、報告請求権者は報告義務者と共同して、改めて個々の対象財産を調査することを請求することができる⁶⁴⁾。

BGB 260条1項によって提出されるべき財産目録には、終局財産の積極財産及び債務の全てが記載されなければならない。また個々の対象財産は、数・性質及び価値形成に影響を与える要素を詳細に記載しなければならない⁶⁵⁾、報告請求権者が単独で、もしくは専門家の補助によって自己の剰余清算請求権を算出することができなければならない。例えば自動車の場合には、製品名、製造年次、走行距離といった事項を記載し、土地の場合には、土地の性質、面積、所在地、建造物の有無とその種類等を記載しなければならない⁶⁶⁾。さらに、取引通念上総体及び集合体とすることが一般的である場合には、財産目録においても、そのように記載しなければならない⁶⁷⁾。例えば、所蔵本や調度品は、原則として集合体として記載される。

財産目録には、価額を記載する必要はなく⁶⁸⁾、また特定の形式も定めら

れておらず、署名も必要ない。しかしながら、財産目録は秩序だったものでなければならず、さらに報告請求権者が再審査することができるような明瞭なものでなければならない。したがって、自己の終局財産に帰属する対象財産を個別に列挙したものや、様々な書式や複数の書類で提出した場合には、報告義務を十分に果たしたものとはいえない⁶⁹⁾。

4 価値算出請求権

価値算出請求権は、終局財産の対象財産及び債務の価額を算出することを請求するものである。価値算出請求権の法的性質を明確にした裁判例を紹介する。

【5】BGH 1982年5月6日判決(BGHZ 84, 31 = FamRZ 1982, 682)

〔事実関係〕

原告X(夫)と被告Y(妻)は、剰余共同制の下で生活していた。Yが離婚を申し立て、Xが剰余清算を請求した。Xの申立てに基づいて、家庭裁判所は1979年2月22日のYの終局財産に関する報告をXに提供するように命じた。

Yは不動産甲を所有している。甲は1972年にYの母から相続分を考慮してYに与えられたもので、後に改築したものである。1980年2月にXに提出されたYの当初財産及び終局財産に関する報告は、甲に関する算定期日での流通価格、1962年及び1966年の統一価値、1978年の火災保険の価値及び担保の存在を記載していた。

Xは、Yの費用負担で、1979年1月における甲の面積を専門家によって評価させることを主張した。家庭裁判所は、この申立てを一部判決によって棄却した。Xは控訴したが、カールスルーエ上級地方裁判所は、下級審判決の多数及び学説の多数に従い、Yの費用負担で専門家による価値算出を行うことを不公正なものと判断し、控訴を棄却した⁷⁰⁾。これに対してXは上告した。

〔判決理由〕

「BGB 1379条 1項 2文後文は、各配偶者に、対象財産及び債務の価値を算出させる権利を与えている。この価値算出請求権は、報告請求権と同時に成立する補助的で特別な請求権である。価値算出義務者は、その能力がある場合には対象財産及び債務の価値を確実に算出し報告しなければならない。その他に、価値算出義務者は必要となる資料を提出しなければならない。それによって報告請求権者は単独で対象財産と債務を評価することが可能となる。なぜなら BGB 1379条 1項の規定の目的は、一方配偶者に公正な剰余及び清算請求権の算定を可能にし、またそれを容易にすることだからである。」

「財産目録の提出もしくは価値算出及び報告請求権の履行に関して生じる費用は、報告義務者が負担すべきである。なぜなら、報告義務者は報告が費用発生原因となるかどうかに関係なく、報告提供を義務づけられているからである。報告提供もしくは価値算出に関連する費用、すなわち財産目録を単独で作成するもしくは価値を単独で算出して報告するためにかかる費用は、報告義務者が負担することとなる。」

「しかし、XはYがすでに提供した報告と同時に甲の価額を算出し提示することを主張していない。Xは、これとは異なる鑑定人による価値算出請求権を主張している。……Xは明確に鑑定人による評価を、Yの費用負担で行うことを請求している。Xにはそのような権利はない。判例及び学説の多数の見解は、鑑定人による価値算出を請求する者にその費用を負担させるものであり、……BGHは、この判例及び学説の多数の見解を採用する。」

「……BGB 1379条が模倣した BGB 2314条の原則と同様に考慮することができない。なぜなら両規定の状況が異なっている。BGB 2314条の場合、相続によって相続人に帰属する相続財産の価値が算出され、同時に義務分権者にもこれに対する請求権が生じる。相続財産の価値算出のために生ずる費用は、相続財産の積極財産から支出される。したがって、

費用は結果的に相続人と義務分権者双方が負担することになる。剰余共同制終了後の状況はこれとは異なる。夫婦の終局財産を確定する場合には、夫婦はそれぞれ自己の財産の所有者として対峙することになる。したがって、BGB 2314条からは、終局財産の価値算出に関する鑑定人の立会による費用をどちらが負担すべきかという問題に関する十分な根拠を見出すことはできない。」

「……報告義務者に費用を負担させることはすべきではない。これによって報告請求権者は、信頼のある鑑定人を設置することが可能になる。確かに、報告義務者所有の対象財産に関する価値確定に鑑定人の補助が必要な場合に、両配偶者が共同で選任した鑑定人に依頼することができ、その費用負担を取り決めることもできる。しかしそれ以外の場合には、報告義務者が鑑定人を選任し鑑定を提示することになり、さらにその費用は報告義務者が負担することから、報告請求権者の利益とならない。なぜなら、報告請求権者は、報告義務者が選任した鑑定人を、自己が選任する鑑定人と同様に信頼することはできないからである。報告義務者は、おそらく鑑定人の選任及び費用負担に反対し、さらにその鑑定を不要なもの、もしくは報告請求権者の利益にならないようにするだろう。報告請求権者が、自身が信頼する鑑定人に依頼できる状況にすることが、報告請求権者によって最も利益に適う。また報告義務者は、鑑定人による鑑定をただ甘受し、報告義務者の対象財産を検証し、評価に必要な資料を閲覧することを許容しなければならない。これらの費用は鑑定人を依頼した者の負担となる。この解決は、両配偶者にとって容易に認めることのできるものである。また報告請求権者にとって鑑定人の立会が現実的に必要であり、このことが紛争の客観化に寄与する場合にのみ当該請求権を提起することができる」と判示し、上級地方裁判所の判断が公正であるとして、Xの上告を棄却した。

本判決によって、価値算出請求権の法的性質は以下のようにまとめるこ

とができる。

価値算出請求権は報告請求権と同時に補助的に成立する請求権であり、単独で請求することはできない。また報告請求権を主張したからといって価値算出が同時に主張されたと解されず、報告請求権とは別に主張しなければならない。

報告義務者は、可能な限りで、自己の終局財産の対象財産及び債務の価額を算出しなければならないが⁷¹⁾、報告義務者自身が鑑定人を選任し、価額を算出することもできる。これらの費用は報告義務者が負担することになる。また両配偶者が共同して鑑定人を選任し、費用負担も両者で取り決めることができる。

報告請求権者は確認ある資料を得る為に必要不可欠である場合にのみ、報告義務者の終局財産及び債務について鑑定人による価値算出を請求することができる。その場合の費用は報告請求権者が負担することになる。また報告義務者は鑑定人による活動を甘受しなければならない。

BGB 1379条 1項 2文の規定目的は、報告請求権者が自己の剰余及び剰余清算請求権に関する正確な評価を行うことを可能にし、その負担を軽減することになることから、必要と認められる場合には、報告請求権者が単独で対象財産及び債務の価値を算出することができるように、報告義務者は必要な証拠資料を提出しなければならない。

5 特定の形式による財産目録の作成

報告請求権者は、自身が費用を負担することで、財産目録を所轄官庁、権限を有する公務員もしくは公証人に作成させることを請求することができる。報告請求権者は、これらの形式による財産目録の作成を単独で行うことはできない。報告請求権者は単に報告義務者に対して、それを行うよう誘発することができるだけである。また報告請求権者が、報告義務者自身が作成した財産目録でさしあたり満足した場合や、報告義務者自身が財産目録を作成し報告することを主張し、報告義務者もそれに従い財産

目録を提出した場合であっても、報告請求権者は特定の形式による財産目録の作成および作成への関与を請求することができる。特別な事実が存在する場合には、BGB 226・242条に基づいてこの請求権が不適法なものとして判断される⁷²⁾。

第4節 事業主との婚姻における報告請求権と価額算定

BGB 1379条の報告請求権によって得られた財産目録及び価値算出に基づいて、各配偶者は、それぞれの他方の剰余を算定し、どちらがどれだけの剰余清算請求権を有するのかを明らかにする。しかし、個々の対象財産及び債務の価額について両配偶者間で一致しない場合には、その価値評価が必要となる。一方で、BGB は全ての対象財産に関する明確な価値評価基準を設けていない。特に事業主との婚姻の場合には、この基準が問題となるが、その者の資格や事業を財産的価値として評価する方法は、裁判例を通じて確立している。

1 剰余共同制における価額算定の原則

剰余清算の対象となる財産を何に基づいて算定するかについては、BGB 1376条4項が農工業に関して収益価値(Ertragswert)に基づいて評価することを規定するだけであり、一般的に“実際の(wirkliche)”かつ“真正な(wahre)”価値を算定しなければならないとされているにすぎない⁷³⁾。

これを実現するために、多くの価値概念が裁判例や学説で提示されてきたが、主に 処分価値、再調達価値、収益価値の3つの価値概念が、対象財産の価値を算出するために用いられる⁷⁴⁾。

処分価値(Veräußerungswert)は、当該対象財産を売却した際に得られる金額であり、主に売却することが決定している場合に用いられる。再調達価値(Wiederschaffungswert)は、当該対象財産と同一種のを再調達するために必要となる金額のことであり、当該対象財産を売却しない場

合に用いられる。収益価値 (Ertragswert) は、当該対象財産を売却することなく所有者によって今後も継続的に利用することが決定している場合に、将来取得するであろう金額を表している。しかし、実際にはこれらの価値概念を単独で用いることはなく、またどの価値概念を用いて対象財産の価額を算定するかは、担当裁判官の裁量によって定まることから⁷⁵⁾、対象財産の種類・性質に応じて各価値概念を適用することが主張されている⁷⁶⁾。

2 剰余清算における企業価値評価

(1) 裁判例での評価方法

剰余清算請求権を算定する際には、各配偶者が所有する全ての財産的地位を考慮する。したがって、一方配偶者が、有限会社や一人会社の社員、合名・合資会社といった人的組合の無限責任社員である場合や、一方配偶者とその家族のみが株主であるような閉鎖型株式会社の経営者であった場合に、その事業自体を当初財産・終局財産算定の際にどのように評価するのが問題となる。

会計学上確立している評価方法を剰余清算においても強制的に適用すべきであると主張する見解⁷⁷⁾もあるが、裁判例では特定の評価方法に依拠することを否定している。企業価値を算出する上で用いられる主要な評価方法は収益価値方法 (Ertragswertmethode) であり、企業が将来生み出す収益を予測し、算定期日時点で当該企業がどれだけの価値を有しているかを算出する方法である。

まず将来生み出す利益を確定するために過去の収益状況を参照する。離婚前3～5ヶ年の平均利益を算出し、それに基づいて将来の利益を予測する方法が確立している。また算定期日により近いものを重要視し、例えば、5ヶ年分の過去の利益を参照する場合、それぞれを1:2:3:4:5の割合で評価することで、当該企業の将来的な利益をより現実的に評価することも考えられる⁷⁸⁾。これによって算定された金額を一定の資本還元率

(Kapitalisierungszinsfuß)⁷⁹⁾で割り、算定期日での収益価値が確定する。また収益価値は企業の内在的価値(のれん)を含んでいることから、収益価値方法で評価された場合には、これを加算しない⁸⁰⁾。さらに算定された価額から事業主の給与が控除される⁸¹⁾。

収益価値方法によると、年平均40,000ユーロの収益を上げた企業の場合、資本還元率を10%とすると、その価値は $40,000 \div 10/100 = 400,000$ ユーロとなる。市場金利や自己資本利益率等を考慮して定められる資本還元率の割合に応じて、企業価値が大きく左右されることとなる⁸²⁾。

事業主である一方配偶者が算定期日に所有する企業が、必ず収益価値方法によって評価されるわけではない。例えば、企業が所有する不動産の価値が過去5ヶ年の収益状況と比べて著しく上回る場合には、企業自体が現実的に有している価値を表す「有形資産価値(Sachwert, Substanzwert)」によって価額が算定される。この場合、当該企業が有する処分可能な財産を再び調達するために必要な経済的支出の総額から、債務を控除した金額となる⁸³⁾。有形資産価値による企業価値の評価は、裁判例では当該企業に関する市場が存在していない場合や、収益価値方法では実際の価値を算出することができない程企業が所有者の特性・能力に依拠している場合に行われ⁸⁴⁾、企業の内在的価値(のれん)が加算される。

また企業が解散することを予定している場合や、債務超過の状態にある場合⁸⁵⁾には、清算価値(Liquidationswert)によって企業価値が算出される。清算価値は、通常企業評価の下限とされており⁸⁶⁾、企業の処分可能な個々の財産を処分した際に得られる金額の総額から債務を控除したものであり、再調達価値より20%から30%も低くなる。

(2) 新たな動向

裁判例では企業価値評価は収益価値方法によることが原則とされているものの、様々な方法が混在していることから、より客観的な評価方法を用いることが主張されている。このような評価方法として、ドイツ公認会計

士研究所 (Institut der Wirtschaftsprüfer) によって公表されている「企業評価に関する原則」(以下「IDW 基準」)⁸⁷⁾が挙げられる。これは公認会計士によって企業評価のために作成されたものであり、定期的に内容が審査されている。最近では2005年10月18日に改訂されている。

2005年の IDW 基準では、企業価値評価に関して、新たに複数の評価方法を採用している。すなわち、従来の裁判例で確立している収益価値方法と、割引キャッシュフロー方式 (Discounted Cash-Flow Method, 以下「DCF 方式」) の2つの方法を用いることで、企業の将来の収益を算出する。さらに企業価値の下限は清算価値であり、純資産価値はもはや必要ないとしている⁸⁸⁾。

では、第一段階として、企業価値に影響を与える様々な要素を、離婚前5ヶ年分の資料に基づいて個々に判断し、企業価値を算出する。そして第一段階で得られた金額を基に、個々の要素が不変的なものか、もしくは恒常的に成長するかどうかを判断する。

は、企業が将来的に生み出すキャッシュフロー⁸⁹⁾によって企業価値を算出する。この評価方法は、企業価値の評価方法として国際的に広がりつつある傾向ではあり、会計学上は確立しつつあるものの、民法上の裁判例ではこれまで用いられていないのが現状である⁹⁰⁾。

IDW 基準では、どちらの評価方法でも同等の企業価値を得ることができるはずであるから、企業価値評価ではどちらかを選択することができる⁹¹⁾。また IDW 基準でも、中小企業の企業価値を評価する場合には、大企業とは異なり経営者の個人的能力に依拠することが多いことから、経営者個人の財産と企業財産を区別し、後者のみを評価対象とするとしている⁹²⁾。

さらに、1995年の“家族法及び相続法における企業価値に関する専門委員会の提言”⁹³⁾や学説では、IDW 基準を剰余清算という固有の目的に適用ものにするために、以下のことを主張している。

事業主である一方配偶者と他方配偶者が財産形成にどれだけ寄与した

かに応じて帰属する価値を算出するのではなく、剰余共同制の理念に従い、婚姻期間中に夫婦によって取得した企業価値を半分にし、各配偶者が剰余清算請求権の履行により同等の価額を得る⁹⁴⁾。

BGB 1382条の猶予のように、剰余清算請求権の履行が遅れる場合であっても、異なる評価方法を採用する必要はない。また当初財産の価額を証明することができない場合には、BGB 1377条3項によって企業価値が剰余として評価される。

事業主である一方配偶者と他方配偶者との間で企業価値評価方法について合意したものの、共同経営者の同意によって当該企業の存続が左右される場合には、評価方法は裁判所によって判断されなければならない(“強制的評価”⁹⁵⁾)。

一方配偶者が所有する企業が剰余清算手続で評価された場合には、当該企業が清算義務者の将来の収入について重要な役割を果たしていても、剰余清算と離婚後扶養の2つの手続で重複して算定されることを防ぐために、当該企業価値は離婚後扶養から除外される⁹⁶⁾。

剰余清算における算定期日は厳格であり、企業価値が当初財産にも終局財産にも含まれる場合には、両期日別々に評価しなければならず、また各算定期日の評価は確定的であり、後に修正することは認められない。各算定期日でそれぞれ認められた企業価値評価方法が適用され、両算定期日の評価方法が同一である必然性はない⁹⁷⁾。

3 自営業者の評価方法と裁判例

企業価値評価では、会計学上の理論を用いることでより客観的な価値を算出し、それに基づいて企業主である一方配偶者の企業の価額を算定している。他方、自営業者の場合には、業務の特性や所有者である一方配偶者の活動・能力に大きく左右されることから、裁判例では企業価値評価とは異なる方法で自営業者の業務を評価している。また各職能団体によって、離婚時における業務の評価基準を設けている。

(1) 評価方法

裁判例では、自営業者の業務価値を、有形資産価値と、内在的価値(のれん)に基づいて算定している。は、業務設備等の有形資産によって算出され、算定期日での再調達価値を基に算定される。これに銀行口座の預金等が加算された上で、債務が控除される。では、自営業者の評判、立地条件、顧客の性質及び構成、業務期間や競争状況等を考慮して判断される⁹⁸⁾。また内在的価値が現実存在しているかどうかは、個々の事例に応じて判断され、当該業務の処分もしくは別の自営業者による対価的な業務の受け入れに関する市場が存在していることが要件となる⁹⁹⁾。一方業務が短期間しか行われていない場合や、自営業者である一方配偶者の個人的能力によって完全に業務が行われている場合には、内在的価値は含まれない¹⁰⁰⁾。自営業者の個人的能力は譲渡できないことから、これらによって算定された価額から、自営業者の給与が控除される¹⁰¹⁾。

(2) 自営業者の業務に関する裁判例

(a) 弁護士業務 (Anwaltskanzlei)

連邦弁護士連合会は、弁護士業務の評価に関する基準を公表している¹⁰²⁾。この基準によれば、債権を含めた全ての有形資産価値を算出した上で内在的価値を算出する。内在的価値は、離婚前3ヶ年分の弁護士業務による売上を算出し、それを平均して価額を算定する。ただし内在的価値の算定では、弁護士業務が発展拡大もしくは縮小傾向にあるかは、最終年度が表していることから、離婚前年度の売上を倍にして評価している。したがって、内在的価値は各年度の売上を総計し、それを4で割った平均額を算出することになる。

その平均額に、0.3から1.0の評価係数を掛ける。評価係数の判断には、
弁護士業務を10年以上継続しているか、顧客数とその種類、
弁護士の年齢や健康状態等が考慮され、多くの場合、0.7と評価される。内在的価値の評価の際に弁護士本人の給与が控除されるかどうかの問題とな

るが、連邦弁護士連合会はこれを否定している¹⁰³⁾。

(b) 税理士業務 (Steuerberaterkanzlei)

税理士業務の評価に関する基準を税理士会が公表しており、BGH もそれに基づいて評価している¹⁰⁴⁾。税理士会の基準によれば、離婚前3年間の平均売上を算出し、それに1.0から1.5の評価係数を掛ける。しかし、売上のほとんどを占める依頼人からの報酬や依頼人の報酬支払状況が悪い場合には、評価指数は1.0以下になる。事務所形態や主な業務内容、顧客層等に関するチェックリストを用いて評価係数を算出している。その価額から税理士本人の給与と所得税を控除し、税理士業務の価額が算定される。

(c) 建築事務所 (Architekturbüro)

建築事務所の評価は、有形資産価値によってのみ行われる。各建築士個人の能力によってその事務所の収益が著しく左右されることから、内在的価値は考慮されない。このことは芸術家と同様である。一方で、建築物の管理のみを業としている場合や、特定施工者による同一建築物を建築している場合には、例外的に内在的価値を評価する¹⁰⁵⁾。

(d) 開業医・医療業務 (Arztpraxis)

医療業務の評価に関しては、1984年のドイツ医師会雑誌 (Deutscher Ärzteblatt) で評価基準が公表されており、その基準は裁判例¹⁰⁶⁾でも採用されている。ドイツ医師会が公表した基準によれば、開業医の業務評価は、

有形資産価値と、内在的価値の総額とされている。は全ての医療器具や機器等の再調達価値によって算出する。また算定期日に履行期が到来している医療費や私的保険の請求権もこれに含まれる。は利益によってではなく、売上に基づいて算出する。離婚前3～5年の平均売上から開業医自身の給与を控除し、その残額に原則3分の1を掛けて内在的価値を算定する。また3分の1という係数は流動的であり、その係数の判断には地域状況や立地条件、医師の過密度、医師の年齢、患者の性質等を考慮する。算定期日までに医療業務を3年以上行っていない場合には、内在的価値は考慮されない¹⁰⁷⁾。

(e) 代理商

会社との代理商契約によって代理店を経営している一方配偶者の業務をどのように評価するかが問題となる。裁判例¹⁰⁸⁾では、再調達価値による有形資産価値に基づいてのみ評価する。また代理商には市場が存在しておらず、代理商契約に基づく業務の利用は当該契約を締結している一方配偶者の能力が大きく左右され、譲渡することもできない。したがって、他人が当該代理商を全く同じ方法で利用することができないことから、内在的価値は原則として考慮されないこととなる。

(f) 手工業者

裁判例¹⁰⁹⁾では、小規模な手工業者の場合にも、再調達価値による有形資産価値に基づいて業務が評価される。特に、製品の品質が所有者の人格・能力に大きく依拠している場合には有形資産価値によってのみ評価される。他方、当該業務に関する市場が存在し、有形資産価値を超えた金額が支払われる場合には内在的価値の存在が考えられる。また内在的価値の判断には、手工業者の立地条件や同一地域での同業種の営業状況等も判断材料となる。多くの労働者を雇う中・大規模な手工業者の場合には、常に内在的価値を考慮することになる。

(g) 定款等の効力

株式会社を含む社団法人の社員としての地位 (Unternehmensbeteiligung) や組合の構成員としての地位は、法規定、定款や寄附行為等で、地位を譲渡することが禁止されていたり、会社清算・組合脱退の際に清算請求権が生じない旨の条項を設けることがある¹¹⁰⁾。このような場合にこれらの法的地位をどのように評価するのが問題となる。社員としての地位に関する一連の裁判例によって評価方法が確立している¹¹¹⁾。

法定夫婦財産制の終了は通常企業脱退の理由とはならず、持分評価は客観的な価値評価方法に基づいて行われる。

剰余清算では、内在的価値を含めた存続中の企業の真正な価値を基に算出すべきであることから、原則として定款等の条項にかかわらず持分

の評価が行われる。

利益取得可能性が婚姻期間中に増大した場合に、この増加分を評価しないことは不公正であることから、持分は市場における利益取得可能性に基づいて評価する¹¹²⁾。

算定期日までに解約している場合には、用益可能性がないことから、定款等で定められた価額で評価する。

持分に基づいて継続的な収入が存在する場合には、剰余清算ではなく離婚後扶養の対象となる¹¹³⁾。

4 証拠資料の提出

報告義務を負う一方配偶者は、他方配偶者に対してBGB 260条に従い、財産目録を作成しなければならず、終局財産の対象財産の数、性質及び価値形成に関する重要な要素を詳細に記載しなければならない。しかし記載に関する一般的な基準がなく、特に企業・自営業者の場合には各業種に応じて業務の評価方法が異なることから、財産目録への記載内容も異なる。

一方で、BGB 1379条の報告請求権は、対象財産の評価に関する証拠資料の提出を含んでいないと解されている¹¹⁴⁾。この点、BGH 1979年10月10日判決(BGHZ 75, 195=FamRZ 1980, 37.)は、「BGB 2314条に基づく義務分権者の報告請求権に関する判例では、会社もしくは会社持分が相続財産に帰属する場合、会社及び会社対象財産の価値に関する報告だけでなく、それぞれの価値を独力で算出するのに必要な会社の証拠資料の提出も認められている。会社もしくは会社持分の評価の際に、会社の収益状況が重要となる場合、実務において展開している相応の要求、すなわち通常では評価期日前5年間損益計算書を付した貸借対照表の提出を請求することができる。この原則は、BGB 1379条に基づく報告請求権についても同様である。」と判示している。

これによって、企業及び社員の地位を評価する場合には、報告請求権者が単独で価額を算出できるように、離婚前5ヶ年分の貸借対照

表及び損益計算書、その他附属明細書といった営業状況に関する資料を財産目録に添付しなければならない。また自営業者も離婚前3～5ヶ年分の損益計算書等の営業に関する資料を財産目録に添付しなければならない。

また共同経営者等の法的保護に値する第三者が存在する場合であっても、これらの資料の提出に関する義務を免れることはできない。また BGB 1379条は強行規定であることから、契約によって守秘義務が設けられた場合であっても、資料提出を拒むことはできない¹¹⁵⁾。しかし、第三者の利益を考慮すると、無制限に資料提出を認めることは避けるべきであることから、例えば、他人に関する情報を提出資料から除外すること¹¹⁶⁾や、証拠資料の提出は、価値評価に関して特別な守秘義務を負う公認会計士に対してのみ行うこと¹¹⁷⁾が主張されている。

第5節 小 括

ここで確認したように、ドイツでは夫婦財産の清算の対象となる財産を正確に把握するという目的を、両配偶者に報告義務を課すことで実現している。さらに、報告義務によって把握した各配偶者の財産状態を基に、財産の種類に応じた価値算出方法を確立している。特に、事業主との婚姻における事業・企業形態に応じた価値評価方法は詳細なものである。

他方、日本の裁判例・実務の現状をみると、夫婦の共同事業財産や会社・法人名義の財産であっても、一定の範囲で清算の対象と認めているものの、有形資産の総額のみが対象とされただけである¹¹⁸⁾。また専門職有資格者や事業代表者としての地位も、財産取得機会を増加させるものであることから、これを清算の対象とすることが主張されてきた¹¹⁹⁾。しかし具体的な価値評価方法までは提示されておらず、実際にこれらを考慮した清算が実現していないのが現状である。職能団体の見解を含めた基準作成とその基準を裁判例によって採用することで、ある程度解決することが可能であることは、ドイツの議論状況からも明らかである。

日本でも、衡平な夫婦財産の清算を保証するためには、このような価値

評価方法を確立することが必要であるが、同時に各配偶者がそれぞれの他方の財産状態を正確に把握することが不可欠である。時に共稼ぎ婚では、両配偶者が財産形成の機会を有しているため、財産分与時に各配偶者の財産状態を明らかにすることは、主婦婚が多数であったこれまでよりも必要となる。

一方、大韓民国では、日本の家事審判法と人事訴訟法の性格を持つ家事訴訟法に、財産分与請求における財産開示及び財産照会制度を新設することが予定されている¹²⁰⁾。大韓民国にも協議離婚制度が設けられているが、協議離婚の場合には、家庭法院での確認を受けた上で、戸籍法による届出を行うことで離婚の効力が生ずる(大韓国民民法836条)。また、協議離婚時には、子供の養育に関する合意が義務づけられているもの(大韓国民民法837条)、財産分与請求については合意が義務づけられておらず、その確認も設けられていない。協議離婚時に両配偶者が、他方の財産状態を正確に把握することは困難であるが、離婚訴訟に附帯した財産分与事件では、これにより離婚に備えて財産を隠匿した場合や自己の財産状態を明らかにしない場合にも、財産状態を容易に把握することが可能になると考えられる¹²¹⁾。裁判離婚制度のみを設けているドイツとは異なる法制度であり、今後の運用実態を含めて、日本のこの課題を考察する上で有益である。

1) 二宮周平「1996年『民法の一部を改正する法律案要綱』とその後の状況」法時78巻11号(2006年)24頁。

2) 大村敦志『家族法(第二版補訂版)』(有斐閣, 2004年)154頁。

3) 東京家庭裁判所家事第六部編『東京家裁における人事訴訟の審理の実情』(判例タイムズ社, 2006年)26頁。

4) 東京家裁・前注(3)26頁。

5) 荘司雅彦『妻が得する熟年離婚』(朝日新書, 2006年)222~224頁。

6) BGB 259・260条の訳は、椿寿夫・右近建男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社, 1998年)75頁以下〔床谷文雄〕参照。

BGB 259条

(1) Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen, hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen

und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

(2) Besteht Grund zu der Annahme, dass die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, so hat der Verpflichtete auf Verlangen zu Protokoll an Eides Statt zu versichern, dass er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei.

(3) In Angelegenheiten von geringer Bedeutung besteht eine Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nicht.

(訳)

「(1) 収入又は支出を伴う管理に関して顛末を報告する義務を負う者は、権利者に対し、収入又は支出を整理してまとめた計算を報告し、かつ、証書を交付するのが通常である限り、証書を提出しなければならない。

(2) 計算中の収入に関する報告につき必要な注意をしていないと認める事由がある時は、義務者は、請求により、自己が良心に従いできる限り完全に収入を報告した旨を宣誓に代えて調書上に保証しなければならない。

(3) 軽微な事務については、宣誓に代わる保証をする義務はない。」

BGB 260条

(1) Wer verpflichtet ist, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu erteilen, hat dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen.

(2) Besteht Grund zu der Annahme, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, so hat der Verpflichtete auf Verlangen zu Protokoll an Eides Statt zu versichern, dass er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei.

(3) Die Vorschrift des § 259 Abs. 3 findet Anwendung.

(訳)

「(1) 目的を包括して引き渡し、又は包括された目的の現状に関して報告する義務を負う者は、権利者に対し、財産目録を提出しなければならない。

(2) 目録を必要な注意をもって作成していないと認める事由があるときは、義務者は、請求により、自己が良心に従いできる限り完全に現状を報告した旨を宣誓に代えて調書上に保証しなければならない。

(3) 第259条第3項の規定は、この場合に適用する。」

7) 岩藤美智子「ドイツ法における報告義務と顛末報告義務(1)」彦根論叢327号(2000年)179頁,187頁。

8) Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau dem Gebiete des bürgerlichen Rechts und über die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts (Familienrechtsgesetz), Deutscher Bundestag-Drucksache Nr. 3802, S. 61, in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages (I. Wahlperiode 1949). 第二草案 (Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, Deutscher Bundestag-Drucksache Nr. 224, in:

Verhandlungen des Deutschen Bundestages (2. Wahlperiode 1953))でも、報告義務は第一草案を変更することなく連邦議会に提出された。

- 9) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, 1888, S. 409.
- 10) Knut Werner Lange in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Erbrecht, 4. Aufl., 2004 (以下「MünchKomm/Lange」), § 2314, Rn. 1, S. 1903.
- 11) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band V, Erbrecht, 1899, S. 519 ~ 521.
- 12) 岩藤・前注(7)199頁。また「ドイツ法においては、権利者が自己の権利に関する情報を十分に有していないために、それを行使・実現することが不可能・困難である場合一般について、義務者による権利者に対する情報の提供が広く要請され」ており、BGBでは、報告義務に関する多くの個別規定を定めることで、この考え方を実現していることを指摘する。
- 13) Albrecht Dieckmann in: Soegel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 23, Erbrecht 3, 13. Aufl., 2002, § 2314, Rn. 9, 10, S. 154.
- 14) BGHZ 33, 373, 374 = NJW 1961, 602, 603.
- 15) BGHZ 89, 24, 27 = NJW 1984, 487; BGHZ 55, 378 = NJW 1971, 842.
- 16) BGHZ 33, 373, 374 = NJW 1961, 602, 603.
- 17) BGH NJW 1962, 245; OLG Hamburg MDR 1956, 169.
- 18) MünchKomm/Lange, a. a. O. (Fn. 10), Rn. 4, S. 1905.
- 19) BGH NJW 1975, 1174, 1177ff.; BGH FamRZ 1965, 135; BGHZ 33 373 = NJW 1961, 602.
- 20) OLG Düsseldorf NJW-RR, 1997, 454; OLG Köln ZEV 1999, 110.
- 21) MünchKomm/Lange, a. a. O. (Fn. 10), Rn. 6, S. 1906; Hans Klingelhoffer, Zuwendungen unter Ehegatten und Erbrecht, NJW 1993, 1097; 被相続人の夫婦財産制について, BGB 2314条の対象に含まれることを肯定した裁判例として, OLG Düsseldorf NJW 1996, 3156 がある。
- 22) BGHZ 7, 134, 136; BGHZ 89, 24, 29f.
- 23) BGHZ 89, 24 = FamRZ 1984, 487, 488.
- 24) BGH NJW 1975, 258.
- 25) BGHZ 89, 24 = NJW 1984, 487, 488; OLG Düsseldorf NJW-RR, 1996, 520.
- 26) OLG Schleswig NJW 1972, 586; OLG München NJW 1974, 2094.
- 27) Gerd Brudermüller in; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. neube., Aufl., 2007, § 1379, Rn. 1, S. 1663; Dieter Büte, Auskunftsansprüche beim Zugewinnausgleich, Familie und Recht 2004, S. 289, 342.
- 28) BGH FamRZ 1997, 811, 812; KG FamRZ 2000, 1292.
- 29) 条文訳は岩藤・前注(7)190頁に依った。

ZPO 254条

Wird mit der Klage auf Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung die Klage

auf Herausgabe desjenigen verbunden, was der Beklagte aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis schuldet, so kann die bestimmte Angabe der Leistungen, die der Kläger beansprucht, vorbehalten werden, bis die Rechnung mitgeteilt, das Vermögensverzeichnis vorgelegt oder die eidesstattliche Versicherung abgegeben ist.

(訳)

「計算書作成もしくは財産目録提出または宣誓に代わる保証を求める訴えと、被告がその原因たる法律関係によって債務を負っているものの引き渡しを求める訴えとを併合するとき、原告の請求している給付を特定する記載は、計算結果の通知、財産目録の提出または宣誓に代わる保証がなされるまでこれを留保することができる」

- 30) 段階訴訟の説明は、岩藤・前注(7)190, 191頁に依った。
- 31) Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., 2004, Kap. 1, Rn. 503, S. 138.
- 32) Eberhard Wieser in; Prozessrechts Kommentar zum BGB, 2. über., Aufl., 2002, § 1379, Rn. 22, S. 569. Gerhard Lüke in; Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., 2001, § 254, Rn. 7, S. 1492. Reinhard Gregerin in; Zöller, Zivilprozessordnung, 25. neu., Aufl., 2005, § 254, Rn. 10, S. 765.
- 33) Wolfgang Krüger in; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2001, § 261, Rn. 2, 3, S. 716; Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 506, S. 139. 「宣誓に代わる保証」について、椿寿夫・右近建男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社, 1998年)74頁以下[床谷文雄]参照。
- 34) BGH FamRZ 1978, 677.
- 35) Palandt/Brudermüller, a. a. O. (Fn. 27), § 1379, Rn. 2, S. 1663.
- 36) BGB 1375条2項によって、一方配偶者が婚姻期間中に、不用意な無償の出捐や浪費、他方配偶者に不利益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。
- 37) OLG Bamberg FamRZ 1980, 574; OLG Karlsruhe FamRZ 1980, 1119. Bosch, FamRZ 1964, 441, 442. Dölle, Familienrecht I, S. 820; Burkhard Thile in: J. von Staudeingens Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4. Familienrecht, §§ 1363-1563, (von Burkhard Thile, Eckhard Rehman), Neubearb., 2000, (以下「Staudinger/Thile」) § 1379, Rn. 12, S. 251; Palandt/Brudermüller, a. a. O. (Fn. 27), § 1379, Rn. 1, S. 1663.
- 38) Joahim Gernhuber in; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Familienrecht, 3. Aufl., 1991, § 1379, Rn. 13, 14, S. 485, 486.
- 39) OLG Köln FamRZ 1999, 1071.
- 40) OLG Karlsruhe OLGR Karlsruhe 2001, 106.
- 41) BGH FamRZ 2000, 948, 950.
- 42) BGH FamRZ 2005, 689.
- 43) Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 467, S. 129.
- 44) この他にも、OLG Karlsruhe FamRZ 1981, 459が挙げられる。

- 45) Wolfgang Jaeger in: Johansen/Henrich, Ehe recht, 4. überarb., Aufl., 2003, (以下「Johannsen・Henrich/Jaeger」) § 1379, Rn. 2, S. 254; Palandt/Brudermüller, a. a. O. (Fn. 27), § 1379, Rn. 2, S. 1663.
- 46) FamRZ 2003, 1908.
- 47) BGB 1379条の報告請求権と区別するために、「情報提供請求権 (Unterrichtungsanspruch)」(Weinreich/Klein, Kompaktkommentar Familienrecht, 2. Aufl., 2005, § 1379, Rn. 23, S. 479.)や「一般的情報提供義務 (allgemeine Unterrichtungspflicht)」(Staudinger/Thiele, a. a. O. (Fn. 37), § 1379, Rn. 2, S. 248.)と表記されている。
- 48) Staudinger/Thiele, a. a. O. (Fn. 37), § 1379, Rn. 2, S. 248.
- 49) Weinreich/Klein, a. a. O. (Fn. 47), § 1379, Rn. 23, S. 479. では、別居期間が1年以上である場合には、この情報提供義務は否定されるとしている。
- 50) OLG Celle FamRZ 1983, 171, 172; OLG Karlsruhe FamRZ 1998, 761; OLG Hamm NJWE-FER 1999, 313; OLG Karlsruhe FuR 2002, 312.
- 51) BGB 273条の訳は、椿寿夫・右近建男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社, 1998年) 97頁以下〔大内和直〕参照。

BGB 273条

(1) Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).

(2) Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, dass er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

(3) Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

(訳)

「(1) 債務者が、自己に義務が生じたのと同一の法律関係により、債権者に対して弁済期に達した請求権を有するときは、債権関係から、異なる結果が生じない限り、債務者は、自己の受けるべき給付の実行があるまでは、債務の目的である給付を拒絶することができる(留置権)。

(2) 目的を返還すべき義務を負う者は、目的に加えた費用又は目的から被った被害に基づいて、弁済期に達した請求権を有するときは、同様の権利を有する。ただし、債務者が故意にした不法行為によって目的を取得したときは、この限りではない。

(3) 債権者は、担保の供与によって留置権の行使を免かれることができる。保証人を立てることをもって担保の供与とすることはできない。」

- 52) BGH は、組合関係解消によって、当事者相互に組合財産関係の清算を促進する義務を負っており、算定に必要な双務的な報告を、他の請求権のために留置することは認められないとしている (BGH WM 1969, 591.)

- 53) Dieter Schwab in; Dieter Schwab, Handbuch des Scheidungsrecht, 5. Aufl., 2004, VII, Rn. 306, S. 1696, Hermann Lange in; Soegel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, Familienrecht I, 12. Aufl., 1988, § 1379, Rn. 13, S. 274; Johannsen-Henrich/Jaeger, a. a. O. (Fn. 45), § 1379, Rn. 14, S. 260.
- 54) 岩藤・前注(7)191頁。
- 55) MÜCHKOMM/GERNHUBER, a. a. O. (Fn. 38), § 1379, Rn. 32, S. 488. GERNHUBER, Probleme in Zugewinnsgemeinschaft, NJW 1991, S. 2240. PALANT/BRUDERMÜLLER, a. a. O. (Fn. 27), § 1379, Rn. 3, S. 1679.
- 56) OLG Brandenburg FamRZ 2002, 1270.
- 57) HAUFLEITER/SCHULZ, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 461, S. 128.
- 58) BGH FamRZ 1980, 768.
- 59) OLG Brandenburg FamRZ 1998, 174; OLG Hamm FamRZ 1998, 1300; OLG Koblenz FamRZ 1985, 286.
- 60) BGH FamRZ 1983, 157; OLG Düsseldorf FamRZ 1989, 181.
- 61) OLG Köln FuR 2001, 764.
- 62) OLG München NJW 1969, 881; OLG Frankfurt FamRZ 1989, 1149.
- 63) STAUDINGER/THILE, a. a. O. (Fn. 37), § 1379, Rn. 23, S. 254.
- 64) KG FamRZ 1998, 1514.
- 65) BGH FamRZ 1982, 683; 1989, 159; FuR 2003, 145, 146.
- 66) WALTER KOEGL, Strategien beim Zugewinnausgleich, 2. Aufl., 2007, Rn. 204, S. 46.
- 67) BGHZ 89, 137, 141 = NJW 1984, 485.
- 68) BGHZ 84, 31 = NJW 1982, 1643.
- 69) OLG Hamm FamRZ 1981, 482; 1983, 812. OLG Jena NJ 1999, 546.
- 70) OLG Karlsruhe FamRZ 1981, 458.
- 71) BGH FamRZ 1991, 316, 317, も同様。
- 72) STAUDINGER/THILE, a. a. O. (Fn. 37), § 1379, Rn. 27, S. 255.
- 73) Schwab, a. a. O. (Fn. 53), Rn. 60, S. 1593; STAUDINGER/THILE, a. a. O. (Fn. 37), § 1376, Rn. 10, S. 215, 216; Dieter Heckelmann in; Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Neubearb., Aufl., 2004, § 1376, Rn. 5, S. 3883; BVerG FamRZ 1985, 256, 260; BGH FamRZ 2005, 99; 1991, 43, 44; 1986, 37, 39; 1986, 776, 779.
- 74) Schwab, a. a. O. (Fn. 53), Rn. 60, S. 1593.
- 75) BGH FamRZ 2005, 99; 2003, 1186, 1187; 1191, 43.
- 76) Schwab, a. a. O. (Fn. 53), Rn. 64, S. 1593.
- 77) PILTZ/WISSMANN, Unternehmensbewertung beim Zugewinnausgleich nach Scheidung, NJW 1985, 2673, 2677.
- 78) HAUFLEITER/SCHULZ, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 99, S. 25.
- 79) 収益価値方法(収益還元方式)は、企業の収益力に基づいて企業価値を評価するものであり、企業の一定期間の将来の収益額を、一定の評価率で除して得た価額を企業価値とするものである。ここで用いる評価率を資本還元率といい、利率や自己資本比率、株式利

回り等を参考に決定する(今井宏・菊地伸『会社の合併』(商事法務, 2005年)122頁参照)

- 80) Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 106, S. 26; Johannsen·Henrich/Jaeger, a. a. O. (Fn. 45), § 1376, Rn. 14, S. 229.
- 81) BGH FamRZ 1991, 361, 364.
- 82) Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 105, S. 25.
- 83) Münch, Die Unternehmerehe, 2007, Rn. 102, 103, S. 40; Johannsen·Henrich/Jaeger, a. a. O. (Fn. 45), § 1376, Rn. 14, S. 229.
- 84) Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 97, 98, 101, S. 25, 26.
- 85) BGH FamRZ 2005, 99.
- 86) Schwab, a. a. O. (Fn. 53), Rn. 93, S. 1606; Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 112, S. 27; Johannsen·Henrich/Jaeger, a. a. O. (Fn. 45), § 1376, Rn. 18, S. 232.
- 87) Institut der Wirtschaftsprüfer, IDW Standard: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen (IDW S 1), WPg 2005, 1303ff.
- 88) IDW, a. a. O. (Fn. 87), S. 1305.
- 89) キャッシュフローとは、税引後当期純利益にノン・キャッシュ費用(減価償却費等)を加算した額から、必要な資本支出額(必要設備投資額等)を控除した額である(江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣, 2006年)16頁)。一方で、例えば、現在の1万円と1年後の1万円は、利率や収益可能性等を考慮すると、必ずしも等価値のものとはいえないことから、将来のある時点で企業が生み出すキャッシュフローをそのまま現在の企業価値評価に用いることは問題となる。そこで、将来企業が生み出すキャッシュフローを現時点の価値に計算し直すことが必要となる。現在の価値に変換するために用いる一定の利率を割引率(資本コスト)といい、割引率を用いて将来のキャッシュフローから現在の企業価値を算定する方式をDCF方式という(渡辺章博・井上光太郎・佐山展生『M&Aとガバナンス』(中央経済社, 2005年)70頁以下, 神戸大学大学院経営学研究室編『経営学大辞典(第2版)』中央経済社, 1999年)667頁〔榊原茂樹〕, マッキンゼー・アンド・カンパニー/ティム・コラー/マーク・フーカート/デイビッド・ヴェッセルズ著, 天野洋世・井上雅史・近藤将士・戸塚隆将訳『企業価値評価 第四版【上】』(ダイヤモンド社, 2006年)115, 392頁以下参照)。
- 90) Münch, a. a. O. (Fn. 83), Rn. 101, S. 39.
- 91) IDW, a. a. O. (Fn. 87), S. 1313. 両者の企業価値評価に差異が生ずるのは、企業のリスク評価や税負担を考慮する場合に異なる指標を用いることによるものであることから、これらを修正することで、同等の企業価値評価が得られるとしている。
- 92) IDW, a. a. O. (Fn. 87), S. 1318.
- 93) Stellungnahme des Hauptfachausschusses zur Unternehmensbewertung zu Familien- und Erbrecht, WPg 1995, S. 522ff.
- 94) Münch, a. a. O. (Fn. 83), Rn. 114, S. 44.
- 95) Piltz/Wissmann, a. a. O. (Fn. 77), S. 2673, 2675.
- 96) Johannsen·Henrich/Jaeger, a. a. O. (Fn. 45), § 1376, Rn. 16, S. 230.

- 97) WPg 1995, S. 523.
- 98) Büte, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 3. Aufl., 2006, Rn. 75, S. 68.
- 99) BGH FamRZ 1977, 38, 40; Johannsen・Henrich/Jaeger, a. a. O. (Fn. 45), § 1376, Rn. 19, S. 233.
- 100) Büte, a. a. O. (Fn. 98), Rn. 75, S. 68; Elisabeth Koch in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Familienrecht I, 4. Aufl., 2000, (以下「MünchKomm/Koch」), § 1376, Rn. 21, S. 514.
- 101) Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 175, S. 44. Schröder, FamRZ 2004, 1108 はこれに反対する。
- 102) BRAK-Mitteilung, 1999, 24; 2004, 222; Büte, a. a. O. (Fn. 98), Rn. 453ff, S. 301ff.
- 103) BRAK-Mitteilung, 2004, 222ff. Romermann/Schröder, NJW 2003, 2709, 2711. はこれに反対する。
- 104) Büte, a. a. O. (Fn. 98), Rn. 194, S. 124; BGH FamRZ 1999, 361; Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 287, S. 74.
- 105) OLG München FamRZ 1984, 1086.
- 106) BGH FamRZ 1991, 43.
- 107) Rudolf Schröder, Bewertung im Zugewinnausgleich, 3. Aufl., 2002, Rn. 175, S. 201ff; Büte, a. a. O. (Fn. 98), Rn. 75, S. 70.
- 108) BGHZ 68, 163 = FamRZ 1977, 386.
- 109) BGHZ 70, 224 = FamRZ 1978, 332.
- 110) BGB 717条, HGB 105条3項によれば, 人的会社の持分は原則として譲渡不可能であるものの, 共同持分者の合意や定款でこれを認めることもできる。また有限会社の持分は有限会社法15条により, 譲渡可能であるが, 定款で譲渡権を制限することが多く, ほとんど自由に譲渡することができない (Münch, a. a. O. (Fn. 84), Rn. 147, S. 57, 58)。
- 111) BGHZ 75, 195 = FamRZ 1980, 37. 分類は Schwab, a. a. O. (Fn. 54), Rn. 94, S. 1607; Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 305, 306, S. 82 参照。
- 112) BGH FamRZ 1986, 1196.
- 113) BGH FamRZ 2003, 432, 433.
- 114) MünchKomm/Koch, a. a. O. (Fn. 100), § 1379, Rn. 20, S. 540, 541; Palandt/Brudermüller, a. a. O. (Fn. 27), § 1379, Rn. 12, S. 1664.
- 115) OLG Hamm FamRZ 1983, 812; Haußleiter/Schulz, a. a. O. (Fn. 31), Kap. 1, Rn. 478, S. 133.
- 116) MünchKomm/Koch, a. a. O. (Fn. 100), § 1379, Rn. 20, S. 540, 541.
- 117) Johannsen・Henrich/Jaeger, a. a. O. (Fn. 45), § 1379, Rn. 8, S. 258.
- 118) 札幌高決昭和44年1月10日家月21巻7号80頁は, 有限会社名義の財産であっても, その実質は, 有限会社設立前の家族経営と変わることなく, また養父母及び夫婦の共働によって営まれていることから, 名義を問わず, 養父母ならびに夫婦の共有財産とみなし, その一定割合を, 夫婦の実質的共有財産として, 財産分与の対象としている。しかし, 財産分与の額を算定する際には, 土地家屋や預金現金といった有形資産の価額のみを評価している。

また、東京高判昭和54年9月25日判時944号55頁では、共同で医薬品配置販売業を営んでいた夫婦の離婚に伴う財産分与が問題となったが、ここでも、事業の財産的価値を高める当該事業が有する内在的価値を問題とすることなく、有形資産の総額に基づいて、財産分与の額を定めている。

- 119) こうした無形の財産を清算対象としないことは不合理である(大津千明『離婚給付に関する実証的研究』(日本評論社, 1990年)119頁, 本沢巳代子『離婚給付の研究』(一粒社, 1998年)245頁)ことから、具体的な清算方法として、専門職有資格者の平均的な生涯所得と資格を有していない者の平均的な生涯所得との差によって推定することができる(鈴木真次『離婚給付の決定基準』(弘文堂, 1992年)265頁)。
- 120) 金亮完「大韓民国・民法及び家事訴訟法の一部を改正する法律案について」戸籍時報609号(2007年)2頁以下。
- 121) 金・前注(120)12頁。

〔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 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。