

ドイツにおける夫婦財産制の検討 (3 ・ 完)

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

第 3 節 BGB 1379 条に関する裁判例の展開

第 4 節 事業主との婚姻における報告請求権と価額算定

第 5 節 小 括 (以上, 313 号)

第 5 章 婚姻形態の多様化と剰余共同制の修正

第 1 節 問題の所在

第 2 節 夫婦財産契約と離婚効果に関する合意 (Scheidungsvereinbarung)

1 夫婦財産契約 (Ehevertrag)

(1) BGB における夫婦財産契約

(2) 年金等の清算 (Versorgungsausgleich)

(3) 広義の夫婦財産契約

2 離婚効果に関する合意 (Scheidungsvereinbarung)

第 3 節 婚姻形態の多様化への対応

1 学説における議論展開

(1) 議論の端緒

(2) 76 年改正法以降の議論

(3) ランゲンフェルド (Gritt Langenfeld) の見解

2 裁判例における議論

3 小 括

第 4 節 剰余共同制の修正

1 夫婦財産契約による剰余共同制の修正

(1) 当初財産及び終局財産の確定

- (2) 剰余清算請求権の設定
 - (3) 特定の対象財産及び収入の剰余清算からの排除
 - (4) 修正が無効となる事項
 - 2 婚姻形態に応じた夫婦財産契約の類型
 - (1) ライフステージに応じた分類
 - (2) 配偶者の特性に着目した分類
 - (3) その他の特性による分類
 - 3 離婚効果に関する合意
 - (1) 離婚効果に関する合意
 - (2) 離婚効果に関する合意の類型
 - 4 小 括
- 第6章 ドイツ弁護士連合会の改正提言
- 第1節 問題点と改正提言の内容
 - 第2節 改正提言の評価と位置づけ
- おわりに (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1節 問題の所在

第3・4章で確認されたように、ドイツにおいては、法定夫婦財産制である剰余共同制に夫婦財産の清算に関する規定を詳細に設け、さらに豊富な裁判例によって、衡平な夫婦財産の清算を実現しているとみることができる。また、衡平な清算を実現する上で必要となる各配偶者が他方の財産状態を正確に把握することも、実体法では両配偶者に報告義務を課し、さらに詳細な手続を設けることでこれを実現している。そして、剰余共同制の解釈、実務の運用の中で、婚姻形態の多様化への対応が試みられている。

しかしながら、上述のとおり、剰余共同制は主婦婚を念頭において導入されたものである。女性の雇用拡大が進行することによって、今日では、日本同様ドイツにおいても主婦婚がもはや一般的な婚姻形態であるとはいえないことから、剰余共同制における夫婦財産の清算が、全ての夫婦に衡平な夫婦財産の清算を実現しているとは言えず、解釈や実務の運用での対応でも限界がある。

このような状況の中で、ドイツでは、剰余共同制の解釈や実務での対応

とは別に、夫婦が自らの望む婚姻形態に応じた夫婦間の財産関係を構築することが議論されてきた。また、この議論の中からは、特に剰余共同制の個別規定を修正・変更することによって、各夫婦の婚姻形態に応じた財産関係を実現している。さらには婚姻形態に応じた夫婦財産契約の類型が実務上構築されている。

本章では、婚姻形態の多様化に対応してきたドイツの議論展開を、学説と裁判例の両面から検討する。まず、夫婦が婚姻時もしくは婚姻中に、自分たちの望む婚姻共同生活・婚姻形態に応じた財産関係を形成するために用いる「夫婦財産契約（Ehevertrag）」と、離婚時に婚姻形態に応じた夫婦財産の清算を実現するために用いられる「離婚効果に関する合意（Scheidungsvereinbarung）」の2つの合意について確認する（第2節）。その上で、学説及び裁判例における婚姻形態の多様化の議論を分析・検討する（第3節）。さらに、夫婦が婚姻形態に応じて、具体的にどのような内容の合意を締結することができるのかを、ランゲンフェルド（Gritt Langenfeld）の議論¹⁾を中心に紹介する（第4節）。これらの検討を通じて、日本における夫婦財産契約の利用に関する立法的解決や、財産分与における婚姻形態に応じた夫婦財産の清算の手がかりを得たい。

第2節 夫婦財産契約と離婚効果に関する合意（Scheidungsvereinbarung）

1 夫婦財産契約（Ehevertrag）

(1) BGBにおける夫婦財産契約

夫婦は、夫婦財産契約（Ehevertrag）によって、夫婦の財産関係を規定することができ、婚姻締結後もこれを廃止または変更することが可能である（BGB 1408条²⁾ 1項）。BGB 1408条は夫婦財産契約の自由を定めており、夫婦財産法における契約自由の原則に関する私法上の根拠として解されている³⁾。同条1項の文言は、1900年に施行された旧 BGB 1432条と同じものであり、また1957年の男女同権法制定の際には、男女同権の原則によっても契約内容が制限されることはなく、夫婦はこの原則と一致しない

内容の夫婦財産契約を締結することができる」と説明されている⁴⁾。夫婦財産契約によって、夫婦はBGBに予定されている別産制(Gütertrennung)(BGB 1414条)や財産共同制(Gütergemeinschaft)(BGB 1415条~1518条)を選択するだけでなく、これらの夫婦財産制や法定夫婦財産制である剰余共同制(BGB 1363条~1390条)を修正することも可能である⁵⁾。

一方で、夫婦財産契約の自由に対する一定の制限が設けられている。第一に、BGB 138条等の財産法上の合意に関する一般規定が適用される。第二に、BGB 1409条⁶⁾の制限がある。同条は、現行法上施行されていない夫婦財産制や外国法の夫婦財産制を選択することを禁止している。しかし、同条の禁止は形式上の意味だけであり、夫婦財産契約の文言にこれに該当する夫婦財産制の名称を記載することのみを禁止していると解されている⁷⁾。したがって、これらの夫婦財産制の各規定を夫婦財産契約の中で明示することで、この内容を実現することは可能であるとされている⁸⁾。

また夫婦財産法に内在する夫婦財産契約の制限が存在するのかが学説上議論されてきた。これについては、“夫婦財産制の本質に反する⁹⁾”、“夫婦財産制を変性する(denaturieren)¹⁰⁾”、“特定の夫婦財産制との関連性をなくす¹¹⁾”、“夫婦財産契約の規定目的に反する意図で締結した¹²⁾”、“夫婦財産法の規定に関する“困惑(Perplexität)の禁止に反する¹³⁾”場合には、当該夫婦財産契約は無効であると説明されてきた¹⁴⁾。これらの議論について、デレ(Hans Dölle)は、それぞれの見解が実務上有意義な異なる結論を導くことはなく、実務上無意味であるとしている¹⁵⁾。

さらに、第三者との法律関係を定める規定と異なる内容を合意することはできないとされており¹⁶⁾、剰余共同制に規定されている処分制限(BGB 1365条, 1369条以下)を、夫婦財産契約によって、制限・廃止すること、また一方配偶者についてのみこれを制限・廃止することは可能であるが、処分制度の範囲を拡張することはできない。財産共同制における、対外関係に関する規定も、第三者への影響から変更することはできない。

これらの他にも、各配偶者がそれぞれ異なる夫婦財産制を採用すること、

所有する財産に応じて異なる夫婦財産制を適用すること、また強行規定と解されている規定を夫婦財産契約によって修正することは禁止されている。

（2）年金等の清算（Versorgungsausgleich）

BGB 1408条2項は、年金等の清算（Versorgungsausgleich）と同時に、1976年制定の「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 Familienrecht）」（以下、「76年改正法」）によって新たに規定されたものである。これによって、年金等の清算に関する合意も夫婦財産契約の中で規定することが可能となった。同規定は、年金等の清算に関する契約自由の原則を明示したものであり、夫婦財産契約による年金等の清算の全部排除だけでなく、夫婦関係や各配偶者の望みに適合させるために一部を排除することも認められている。これは、私的自治の原則に適うものであると説明されている¹⁷⁾。

ただし、BGB 1408条2項2文は、契約締結後1年以内に離婚訴訟が提起された場合には、年金等の清算に関する合意は無効となる。他方、BGB 1587条¹⁸⁾は、離婚に関連した年金等の清算に関する合意を締結することが可能であると定めている。BGB 1587条¹⁸⁾は、BGB 1408条2項2文の合意よりも要件を厳格に定めており、両者の適用範囲、すなわち「離婚に関連した」合意の解釈が問題となる。裁判例では、夫婦間に具体的な離婚の予定があったとしてもBGB 1587条¹⁸⁾は適用しておらず¹⁹⁾、また年金等の清算に関する夫婦財産契約が締結された際に、すでに離婚訴訟が提起されていた場合であっても、BGB 1587条¹⁸⁾は適用していない²⁰⁾。したがって、BGB 1408条2項2文は、文言を超えて適用範囲が拡張しているといえる。

（3）広義の夫婦財産契約

夫婦財産契約は、夫婦の財産上の関係を契約によって規律するものであり、日本においても同様に理解されている。一方、ドイツでは、76年改正法により年金等の清算の全部・一部排除及び修正を認めて以降、夫婦財産契約の意義・機能が拡大している。

年金等の清算は、剰余共同制の離婚時における剰余清算の基本理念を、老齢・職業不能・所得不能の発生を支給要件とする年金・恩給等に対する期待(Anwartschaften)または見込(Ansichten)へ拡張したものであり²¹⁾、また離婚後扶養と異なり、年金等の清算は過去に取得した財産価値に対する寄与が算定の際に問題となることから、年金等の清算にはBGB 1408条1項の意味での「夫婦財産法上の関係」と関連が認められる。したがって、BGB 1408条2項によって夫婦財産契約の適用範囲が拡張したとはいえ、本来の夫婦財産契約の目的を超えたものとはいえ、立法者の目的も単にBGB 1410条以下の規定を年金等の清算に適用させることになったのである²²⁾。

しかしながら、今日の実務では、夫婦財産契約の規定内容が拡大し、BGB 1408条1項の夫婦財産制に関する合意、BGB 1408条2項の年金等の清算に関する合意だけでなく、扶養をはじめとする離婚効果に関する合意が含まれ、これらの家族法上の合意だけでなく、債務負担割合等の債務法・物権法に関する内容も見られるようになる²³⁾。このような夫婦財産契約を「広義の夫婦財産契約(Ehevertrag im erweiteren Sinn)²⁴⁾」、

のみを規定する本来の夫婦財産契約を「狭義の夫婦財産契約(Ehevertrag im engen Sinn)」と区別され、実務では前者が多く用いられている²⁵⁾。

2 離婚効果に関する合意(Scheidungsvereinbarung)

広義の夫婦財産契約の他にも、夫婦は、離婚効果に関して合意することができる。特に、BGB 1565条、1566条1項、ドイツ民事訴訟法(以下、「ZPO」)630条の「合意離婚(einvernehmliche Ehescheidung)」の際には、離婚することだけでなく、親の配慮(elterliche Sorge)(BGB 1682条以下)、面接交渉権(Umgangsrecht)(BGB 1684条)、離婚後扶養(BGB 1569条以下、1588 c条以下)、養育費(BGB 1601条以下)、婚姻同居及び家具(Hausrat)に関する事項の合意を、家庭裁判所に離婚

を申し立てる際に提示しなければならない。このような合意離婚は「裁判上の和解（gerichtliche Vergleich）」によってなされることが多いが、離婚申立前に裁判外で合意することも可能であり、その際には公証人による公正証書（Notarurkunde）の作成が必要である²⁶⁾。さらに、夫婦が離婚申立前に離婚効果に関する合意を締結する場合には、夫婦財産の清算、債務の負担割合、年金等の清算に関する事項を合意することも可能である。

このことから、～の親子関係に関する事項を除いて、広義の夫婦財産契約と離婚効果に関する合意の間には、その内容に明確な差はないといえる。両者を区別するとすれば、夫婦財産契約は、婚姻前または婚姻後に締結されるものであり、締結時には具体的な離婚を想定していない。離婚効果に関する合意は、例えば別居前といった、婚姻が完全に破綻した状況の下で締結されるものである。両者の概念は明確に区別されておらず、文献においても多義的に用いられている状況にある。

第3節 婚姻形態の多様化への対応

1 学説における議論展開

(1) 議論の端緒

婚姻形態の多様化に対応した夫婦間の財産関係に関する議論は、ドイツで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ようになった1960年代後半に見られるようになる。この時期、婚姻形態に基づいて婚姻法、離婚効果を立法することを主張した論説に、ラム（Thilo Ramm）の見解がある²⁷⁾。76年改正法施行前から、婚姻形態に応じた具体的な規定を提示しており、ドイツにおける共稼ぎ婚への対応を認識した議論の端緒として位置付けることができる。ラムは、1969年以降活発となった婚姻法改正の議論の中で、連邦司法省が公表した草案²⁸⁾に対して批判を展開している。特に、ラムは婚姻法改正に関する連邦司法省草案が、当時の社会状況の変化、特に婚姻形態が主婦婚から「稼働婚（Berufstätigenehe）²⁹⁾」へ移

行っている時期における対応が不十分であったとした上で、新たな婚姻法における基本モデルとして主婦婚と稼働婚を提示し、それぞれに応じた具体的な婚姻法と離婚効果の規定を設けることを主張している。

ラムの見解³⁰⁾では、夫婦は婚姻締結時に、主婦婚か稼働婚を選択し、その最初の決定を、公示手続内で行うとする。そして婚姻費用分担に関する規定を、稼働婚については、「稼働婚の夫婦は、彼らの収入に応じて互いに共通の婚姻執行の費用及び共通の子どもの養育に関する費用を支出する。一方配偶者が他方配偶者よりも高額な支出を行う義務を負った場合には、一方配偶者は他方配偶者に補償を請求する意図はないと推定される」とする。一方、主婦婚については、「妻は、婚姻生活共同体の家政を行う権限を有し、義務を負う。夫婦の共同生活関係に基づいて通常である場合には、家政における労働及び夫の仕事(Geschäft)について、妻は義務を負う」とする。ラムは、夫婦は私的自治の原則に基づいて婚姻形態を決定するのであるが、社会的・経済的強者である夫には、福祉国家の原則に基づいて、主婦を社会的に保障する義務を負うとしている。

法定夫婦財産制についても、稼働婚と主婦婚を区別し、両者の共通規定として、「1. 両配偶者が稼働している場合には、別産制とする。2. 一方配偶者のみが稼働している場合には、剰余共同制とする」と定める。さらに、「夫婦はその都度、『実際の関係(tatsächlichen Verhältnissen)』に適合した夫婦財産制で生活する。夫婦は、夫婦財産契約によって、異なる規定を合意することができる」とし、「実際の関係」に基づいて、婚姻期間中に2つの夫婦財産制を入れ替えることになることになる。離婚の際には、剰余共同制の期間についてのみ剰余清算が行われる。

また、夫婦財産契約を濫用することによって社会的・経済的強者である夫が自己に有利になるよう、剰余共同制を修正することを防ぐために、主婦婚における夫婦財産契約に一定の制限を設けている。ラムは、「主婦婚の際に、夫婦財産契約によって剰余共同制を排除もしくは変更する場合、妻は離婚時に剰余清算請求権を有する。その額は裁判官によって決められ

る。その際に、夫婦の剰余は婚姻期間、夫婦双方の能力及び、特に妻が稼働を放棄したことによって被る損失を相応に考慮しなければならない」と規定することで、これに対応しようとする。

さらに、「実際の関係」に適合することから、婚姻期間中に法定夫婦財産制が数回変更されることが考えられる。特に妻が妊娠、出産そして育児のために稼働を断念することが考えられる。この期間中における社会的地位の維持を考慮せず、夫婦財産の清算を考慮しない場合には、夫婦間に実質的な不平等が生ずることになる。したがって、妻が再び稼働することで別産制が適用され、妻が剰余清算請求権を失うことは著しく不衡平なものとなることから、ラムは、別産制の期間が存在するのにも関わらず、妻に全婚姻期間を対象とした剰余清算請求権が認められるべきだとする。規定案として、「実際の関係の変更によって、夫婦が法定夫婦財産制を変更した場合、妻は、全婚姻期間に関する剰余の清算を請求することができる。夫婦が別居しており、妻が稼働を開始する義務を負う前の別居期間にはこれを適用しない」と提示する。原則として剰余清算を認めながらも、別居期間中に生じた剰余に関しては、剰余清算請求権を否定することで、衡平な夫婦財産の清算を保証することを意図しているといえる。

（2）76年改正法以降の議論

その後、76年改正法は、これまで法定されていた婚姻像である主婦婚を放棄し、婚姻を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規定した。しかしながら、法定夫婦財産制は主婦婚が念頭に置かれた剰余共同制のままであった。76年改正法によって、特定の婚姻形態を法定することを放棄しており、もはや客観的に規定された婚姻の本質は存在しないことになる。しかし、離婚効果の規定は、主婦婚を念頭においており、両者は大きく矛盾していることになる³¹⁾。婚姻期間中の婚姻共同生活を考慮することなく、画一的な夫婦財産の清算がなされることから、婚姻期間中の夫婦関係はほとんど意味のないことになる。この矛盾

に対して、シュヴァーブ(Dieter Schwab)は、法定の離婚効果が、現実の婚姻共同生活からますます乖離することを危惧している³²⁾。このようなことから、婚姻形態に応じた婚姻法・離婚効果の必要性が指摘されてきた。

ゲルンフーバー(Joachim Gernhuber)は、剰余共同制は「夫婦財産制開始時にわずかな積極財産を有し、夫婦財産制終了時により多くの積極財産を有する主婦婚」についてのみ公正性を保障しており、その他の婚姻形態に対しては、これを欠いていると指摘する³³⁾。そして、現行法は夫婦が現実に生活した夫婦が望む婚姻形態と夫婦財産制及び離婚効果が一致していないことから、様々な婚姻形態を法律によって規定し、それぞれに対応した夫婦財産制を規定すべきであると主張する³⁴⁾。ゲルンフーバーは、特定の婚姻形態を念頭に置いた婚姻法は、現代的な立法必要性に適しておらず、またこれまで明らかに衡平性に反している場合でさえも、夫婦は夫婦財産契約をめったに利用しておらず、夫婦財産契約によって特定の婚姻形態を念頭に置いた婚姻法の不衡平を取り除くことはできないことから、立法者がこのような婚姻法を廃止することによってのみ、現実の多様な婚姻形態に対応することができる³⁵⁾。

さらに、多様な婚姻形態に応じた婚姻法を規定することは、衡平な結果を夫婦それぞれにもたらすだけでなく、夫婦が選択した婚姻形態にとって不十分であり、また適用すべきでない法的効果から夫婦を守ることになるとし、さらに婚姻形態に応じて離婚効果を細分化することについては、BGB 1356条³⁶⁾が規定するように、婚姻共同生活の内容に関する形成の自由を夫婦に認めており、法的に婚姻形態の形成は可能であるとする³⁷⁾。そして、多様に婚姻法を規定することによって、婚姻形態の多様化に対応する必要がある、またそれを行うことができるのにも関わらず、立法者はそれを怠っているのが現状であると批判する³⁸⁾。そして、ゲルンフーバーは、「主婦(夫)婚」、「共稼ぎ婚」、例えば夫婦で経営している小売店のよう、一方配偶者が他方配偶者の稼働領域で共同して働く「家業協力婚

（Mitarbetsche）」、フルタイムで稼働する一方配偶者とパートタイマーである他方配偶者との「パートタイムによる収入を伴う婚姻（Zuverdiensteh）」の4つを婚姻形態として法律に規定し、それぞれに応じた夫婦財産制及び離婚効果を規定することを提示する。

ヘルツォーク（Roman Herzog）は、現行法について、立法者は夫婦の財産関係及び人的関係を正当に構成するために、夫婦が様々な婚姻形態を自由に形成することを認めていないとし³⁹⁾、婚姻形態を規定することを主張する。一方、ボッシュ（F. W. Bosch）は、基本法6条1項が婚姻に関する一般規定だけでなく、「特定の婚姻形態を定める法」をも含んでいるのかどうかは疑わしいとしながらも、様々な社会的なグループを、法定のわずかな婚姻形態に含めることになり、それによって選択可能な婚姻形態の区別を設けることができないことから、婚姻形態の選択可能性は否定している⁴⁰⁾。

婚姻形態を法定することを主張する見解と異なり、ハッテンハウアー（Hans Hattenhauer）は、国家によって定められた安定性の基準によって夫婦が拘束されることなく、夫婦の理想形を最も実現しやすくするために、特定の婚姻形態を選択することなく、夫婦財産契約によって、夫婦の財産関係だけでなく、人的関係についても自由に規定するようにするべきであると主張する⁴¹⁾。

婚姻形態の多様化に関するこれらの議論は、その必要性が説かれていたものの、婚姻形態を規定する見解に対しては、どの婚姻形態を規定し、どれだけ多くの形態を法定するのか、現実の婚姻形態を簡潔に規定することができるのか、法定することによって現存する紛争状況を満足に解決することができるのか、またハッテンハウアーの見解に対しては、

夫婦間の社会的・経済的な立場を反映した夫婦財産契約が締結されることにより、弱者保護が困難になること、法的安定性を欠くこと、等の多くの問題点が指摘され、さらに具体的な規定内容等の結論が導かれなかったことから、改正に至るまでの積極的な議論が展開されることはな

かった。

(3) ランゲンフェルド (Gritt Langenfeld) の見解

このような議論状況の後に、ランゲンフェルド (Gritt Langenfeld) は、新たな観点から、婚姻形態の多様化への対応を議論している。ランゲンフェルドもこれまでの議論と同様に、76年改正法により特定の婚姻形態及び婚姻上の役割分担を明確に定めた規定を放棄したことから、法が特定の婚姻形態に基づく夫婦財産制及び離婚効果を規定することは許されないと主張する⁴²⁾。また、夫婦財産制や離婚効果が、主婦婚という特定の婚姻形態に適合するように規定していることから、共稼ぎ婚等の主婦婚以外の婚姻形態には現行法は適合していないとする。例えば、共稼ぎ夫婦が共に完全に稼働し、家政執行や婚姻費用の分担も均等に分担していた場合、法定の算定手続によって生ずる剰余清算や年金等の清算は、夫婦の労働所得の差額を補うものとなることから、単に婚姻という事実だけで、このような不公正な清算がもたらされることになると批判する。さらに、現行の年金等の清算や離婚後扶養は、主婦婚のような婚姻形態を念頭に置いており、結局のところ、剰余清算、年金等の清算及び離婚後扶養は、婚姻期間中に自己の財産形成を放棄した者に対する補償を実現しているにすぎないと指摘する。このことから、夫婦は、BGB 1356条1項によって、自らの望む婚姻形態によって生活することが保障されているものの、夫婦財産制や離婚効果については主婦婚を念頭に置いていることから、両者を結合しななければならないと主張する⁴³⁾。

その上で、ランゲンフェルドは、法律で規定した婚姻形態が多数である場合には、それぞれの婚姻形態の定義づけが困難となり、また婚姻形態に対応した衡平な夫婦財産の清算及び離婚効果による保護を実現するためには、当該夫婦が婚姻期間中にどのような婚姻形態で生活していたかを判断することになる。この場合に、裁判官が判断することになるが、裁判官の事後的な価値判断の余地を与えることになり、裁判官の判断如何によって

は、夫婦が望んだ婚姻形態とは異なるものとして判断することも考えられ、このような事後的な価値判断の可能性は排除するべきであると指摘する。そして立法者が特定の婚姻形態に対応して離婚効果を規定したことは、夫婦財産契約による夫婦に応じた財産関係の形成の自由と関連しており、法定の夫婦財産制規定及び離婚効果を夫婦財産契約によって修正することだけが、唯一の解決策であると主張する⁴⁴⁾。

この点について、ランゲンフェルドの見解を否定的に捉えるものがある。ウアバッハ（Stefan Urbach）は、婚姻形態を法定することで、全ての夫婦に対する衡平性の要求に適合することは現実的には期待することはできないが、婚姻形態が法定されることによって、必然的に夫婦財産契約による合意の可能性が排除される理由はなく、夫婦財産契約による修正の可能性を維持した上で、婚姻形態に対応した包括的な離婚効果を規定すべきであり、どの婚姻形態に該当するかは、判例の蓄積等によって、ある程度は解決することが可能であると指摘する⁴⁵⁾。

さらに、ランゲンフェルドは、予防法学⁴⁶⁾の観点から婚姻形態に応じた夫婦財産契約の類型を提示する。ランゲンフェルドは、契約を締結する際に夫婦にとって重要となる現在及び将来の事実関係から、様々な婚姻形態及び各形態の利益状況を考慮した契約内容を形成し類型化する。このような類型を明確にすることで、契約内容を形成する際に必要となる情報を提供し、また生じうる問題を明らかにすることで当事者の利益と目的を達成しようとする。そして、事実関係に着目した婚姻形態の形成と衡平な契約内容の基準としての契約類型を作ることで、紛争の低下や公正性の保障を実現しようとする。このことから、ランゲンフェルドは、夫婦財産契約によって、当該夫婦に適合していない法規定を廃止・修正することで当該夫婦に公正な婚姻秩序を形成することを保障し、そして契約当事者である夫婦及び婚約者が公正と承認する婚姻形態に対応した様々な夫婦財産契約の規定カタログを提示している。このような夫婦財産契約の位置づけは、基本法6条の婚姻と家族の保護の要請の下で、各夫婦の自由な意思の尊重と

公平性の実現を図る現実的な手段としての機能を有するとしている⁴⁷⁾。

その後、夫婦が生活する婚姻形態と夫婦財産制及び離婚効果の乖離を指摘し、夫婦財産契約によってこれを修正する見解が主張されるようになる。この点で、ランゲンフェルドの見解に賛同するものもある。ダウナー＝リープ(Babara Dauner-Lieb)は、夫婦はどのような婚姻形態の下で生活するのかを自由に選択することができ、同時に法定の夫婦財産制及び離婚効果を、夫婦が行う生活様式に適合することが可能であるとし、夫婦財産契約の自由を夫婦の婚姻形態の選択の自由の帰結として位置づける⁴⁸⁾。

その際に、法が定める離婚効果を全て排除するような夫婦財産契約は、夫婦が選択した婚姻形態が、一方配偶者のみが就業・稼働する「単独稼働婚(Einzelverdienerehe)」とは異なり、その結果、法が予定する保護及び補償の必要性が全く生じない場合にのみ認められるとする。その上で、様々な婚姻形態に対する夫婦財産契約の内容モデルの必要性を提言しており、「単独稼働婚への移行が考えられる若い共稼ぎ婚夫婦」、「高齢者の婚姻」等を挙げている⁴⁹⁾。

さらにダウナー＝リープは、夫婦が夫婦財産契約を形成する上で必要な法的知識を得るためには、公証人による助言が不可欠であるとし、公証人がこれまで以上に夫婦財産契約に対して積極的に関与し、特に若い婚約者に対しては、あまりにも楽観的な生活計画を改めること、そして婚姻締結時に予期していなかった共稼ぎ婚から単独稼働婚への移行の際の清算について明確に定めることを勧めるよう要求している⁵⁰⁾。

このことから、ランゲンフェルドやダウナー＝リープは、夫婦財産契約を、ゲルンフーパーのように夫婦間の契約自由の「アリバイ的存在」として不完全なものと評価するのではなく、法が定める特定の婚姻形態と、夫婦が生活しているもしくは望む生活形態が適合していない場合における修正可能性を保障するものとして理解している。特定の婚姻形態を念頭に置く夫婦財産制及び離婚効果と、夫婦が生活する婚姻形態を適合させるための夫婦財産契約とすることで現行法体系中での実用的な解決を提示してい

ると評価することができる。

2 裁判例における議論

裁判例においても、婚姻形態に対応した夫婦財産契約、特に剰余共同制の修正に関する裁判例が多く見られる。ここでは代表的な裁判例を紹介する。

[1] BGH 1997年3月26日判決 (BGH FamRZ 1997, 800.)

〔事実関係〕

申立人 X (妻) と相手方 Y (夫) は1968年に婚姻し、1993年に X が離婚を申立てた。Y は独立した企業主であり、婚姻期間中に Y の企業 A は大企業へと成長し、離婚申立時には国内外に1800人を超える労働者がいた。

X と Y は、1989年10月10日に“夫婦財産契約と扶養契約”と称する夫婦財産契約（以下、「本契約」）を締結し、公正証書（Notarurkunde）を作成した（BGB 1410条）。本契約の中で、X と Y は、いかなる夫婦財産制終了の場合でも、Y の所有する「事業に関連する全ての財産」を剰余清算の対象としないこと、Y の所有するその他の財産から、企業上必要な投資を支出するかどうか、またこれらの投資を剰余清算の対象とするかどうかは、Y が判断すること、この合意内容に関する補償として、Y は、X に対して1000万 DM を支払うこと、この金額やその代償物、収益を含め、X の終局財産の算定の際には考慮せず、また剰余清算の対象にもしないことを合意した。

同時に X と Y は、互いに BGB 1365条の処分制限、他方の相続財産に対する義務分請求権も互いに放棄し、さらに X は不動産甲・乙に対する自己の共有持分を無償で Y に譲渡した。年金等の清算に関しては、X と Y は、法定のままであることを明確にした。その他に、X と Y は互いが法定の別居扶養請求権及び離婚後扶養を放棄し、その代わりに、Y

は、Xに月々14,000 DMの金額の約定扶養請求権を認め、そしてXに三年内に新たな中型車を無償で提供することを合意した。

本事案では、離婚と併合して申立てられた剰余清算の段階訴訟の中で、Yの終局財産の状態に関する報告の範囲について争われた。

第一審で、Yは事業に関連のない財産に関する財産目録を提示した上で、算定期日でのYの終局財産の財産状態は、債務が積極財産を4750万DM超えていることを明らかにした。区裁判所は、この財産目録を「十分に詳細化した」ものではないと評価し、Yに算定期日でのYの終局財産の状態について個別的に詳細に記載した上で再度報告することを命じた。Xが請求した事業に関連する財産を含めたさらなる報告及び本契約の無効を確認する予備的請求は棄却された。

上級地方裁判所は、Yの事業に関連している財産を剰余清算から排除するXY間の本契約を有効と判断し、その結果、BGB 1379条に基づく報告請求権は、剰余清算の対象とならない終局財産の状態を対象としていないとして、Xの控訴を棄却した。

これに対して、Xは上告し、控訴の申立に加え、法定夫婦財産制の修正と評価される本契約は、BGB 1378条3項3文に違反しており、また本契約を全体的に評価すると、Yは良俗に反してXを冷遇していることから無効であるから、Yの事業に関連する財産も剰余清算に含まれるとして、Xに「(事業に関連する財産を含めた)終局財産の状態に関する」報告を請求した。

〔判決理由〕

「BGB 1408条によれば、原則として夫婦財産契約によって夫婦財産制を廃止もしくは変更することは夫婦の自由である。したがって、夫婦は、常に剰余清算を完全にもしくは一部排除すること、法律が予定するものとは異なる割合もしくは方法での分割や法規定とは異なる内容を合意することができる。特に、特定の財産やこれに含まれる財産及び収益を(剰余清算から)排除することで、BGB 1375条とは異なる

る終局財産の取り決めを行うことも認められている。同様に、本事案では、Yの企業財産と本契約に基づくXの1,000万DM、さらにその代償物及びその収益を排除している。

XYによる夫婦財産契約の合意が、全体的な内容から、将来生じうるXの剰余清算請求権の放棄も含んでいると見てとることもできるであろう。このことは、～継続もしくは少なくとも予定されている離婚訴訟手続を除いて～夫婦財産契約の形式によっても認められない。なぜなら、BGB 1378条3項3文は、BGB 1408条によって認められた夫婦財産契約の自由を内容上制限しているからである。……XYがこの結果を想定していたならば、XYは剰余清算を完全に排除し、それによって別産制を採用することができたであろう（BGB 1414条）。またXYは、別産制を合意した上で、剰余清算請求権を1,000万DMに制限することも可能であった。このことは、剰余共同制の終了によってもたらされることであることから、BGB 1378条3項3文に矛盾するものではないといえる。XYはこれらの代わりに、法定夫婦財産制を維持した上で、単にこれを制限することを明確に合意したのである。公正証書（Notarurkunde）が作成された本契約は、全体的にもまた副次的にも将来生じうるXの剰余清算請求権の“構造上隠された”放棄を示しているものではない。」

「また、BGB 1408条によって認められた夫婦財産契約の自由が、法定夫婦財産制の内在的理念を限度とした上で、これを修正することを認めているのかという問題を判断する必要はない。なぜなら、XY間の夫婦財産契約による取り決めは、～Yの主張とは異なり～剰余共同制が持つ特定の規定目的をもはや放棄しているといえるほど、剰余共同制の大幅な変更をもたらしていないからである。」

「法は、伝統的な“主婦婚”のモデルとは異なる、多様な婚姻生活共同体存在している社会状況を、BGB 1356条で定められている家族内部の役割分業の自由によってのみ考慮するのではなく、さらに、夫

夫婦財産制を夫婦財産契約上の形成の自由に委ねることによっても考慮することを検討しなければならない。……法定夫婦財産制は、財産取得が～通常は、稼働能力や小規模企業の所有者のような～典型的な家族生活共同体の規模内で行われている多くの夫婦について衡平な夫婦財産制を予定している。

この規模を超えた財産増加～例えば、企業主もしくは著しい財産の所有者～を実現する場合は、この婚姻形態から現実的にはかなりかけ離れている。このことから、剰余共同制の規定は変更しないままでも適しているのか、またこのような例でも常に衡平な清算を保障しているのかどうかという問題が生ずる。」

「したがって、夫婦が『通常ではない (außergewöhnliche)』関係に配慮した上で、その他の点では法定の離婚効果を志向した際に、(剰余共同制の)変更を合意することは、夫婦財産制の『変性 (Denaturierung)』とはならない。……一方配偶者が事業主である場合、通常剰余清算義務者が取得した企業の収益力と価値増加に基づいて、将来的に成立する剰余清算請求権が形成される。企業を解散することでこの請求権を充足することが多く、存続が脅かされることも多々ある。剰余清算によって、保護されるべき第三者の利益、例えば共同社員もしくは労働者に対して、後々まで影響することになる。それゆえに、婚姻締結時から別産制を合意していない企業主～特に家族内企業の性格を有している場合～が、企業もしくはその持分を剰余清算の対象としない場合には、文献の多くが、夫婦財産契約によって、いわゆる修正された夫婦財産制の合意を締結することを勧めている。1978年に施行されたオーストリアの法定夫婦財産制の新規定は、事業主との婚姻における夫婦財産法上の関係に関する衡平な形成を表しており、そこでは企業や事業のための投資に用いられた分は、離婚時に婚姻期間中に取得された財産の分割の対象とはならないとしている。」

さらに、本契約は BGB 138, 242条によって無効とならない、

Xは、YがXを不利に扱う目的で、企業上関連していないYの財産から投資を行っていることを主張しているが、このような事実はない、さらにBGB 1379条1項に基づく報告請求権は、BGB 1375条2項によって加算されるべき財産減少を対象としていないことを判示し、上告を棄却している。

それまでの実務では、事業主との婚姻の場合には、企業保護の観点から別産制を選択することが勧められていた⁵¹⁾。しかしながら、多くの場合事業主であるのは夫であり、妻は専業主婦であったことから妻が自身の財産を形成することがなく、また別産制を選択することで夫婦財産の清算が行われないことから、妻を保護する必要性が指摘されていた。事業用財産や社員としての地位を夫婦財産契約によって剰余清算の対象から排除することによって、事業主である一方配偶者の事業用財産以外の財産に関する価値増加については剰余清算が行われることから、この点に別産制との違いがある。

本判決以降、事業主との婚姻において、夫婦財産契約によって、事業用財産や社員としての地位を剰余清算の対象から排除することが実務では勧められるようになる⁵²⁾。これによって、夫婦財産契約によって別産制を選択した場合と同様に、事業主である一方配偶者の事業用財産及び企業自体の保護を実現する。

BGHはこの種の契約類型を許容し、特に婚姻形態の多様化に対するこのような解決方針の実用性を認めている⁵³⁾。BGHは、夫婦財産契約の自由によって、「主婦婚」という夫婦財産法におけるモデルとは異なる多様な婚姻共同生活関係が存在する社会状況の変化を考慮し、これを認めることで、婚姻形態に応じた夫婦財産契約による財産関係の形成の根拠としている。

一方で、本判決は、剰余共同制を変更することなく適用された場合に、ほとんどの財産が事業用財産であることが多く、剰余清算請求権の履行に

よって、会社の解散や存続の危機となることも珍しくないことから企業保護の必要性も指摘しており、事業用財産もしくは社員としての地位を剰余清算の対象から排除するという現代的な夫婦財産制に関する合意の根拠として、1978年にオーストリアで施行された法定夫婦財産制の新規定⁵⁴⁾を指示し、これによって事業用財産及び取得した社員としての地位を、離婚時の婚姻期間中に取得した財産の分割から排除することを実現している。

本判決以降、実務においては、事業主との個人の場合には、剰余共同制を夫婦財産契約によって修正することが勧められ、その他の婚姻形態についても、どのような剰余共同制の修正が可能かという議論が展開されていく⁵⁵⁾。

連邦憲法裁判所2001年2月6日判決⁵⁶⁾、2001年3月29日判決⁵⁷⁾によれば、契約自由の原則は、各人の自己決定の条件が、現実的に備わっていることを前提としており、特に一方的な契約上の負担を設定し、そしてこれが契約相手方の著しく不均衡な交渉地位に基づくことが明白である場合、つまり契約内容を事実上一方的に規定することができるという一方当事者の契約関係における優位性が問題となる場合には、裁判所による規制が認められると判断する。また夫婦財産契約の際にも、契約の対等性が保障されていない場合には、同権のパートナーシップとして基本法上要請される婚姻の保護が、裁判所による規制に服することを可能にし、場合によっては、民法上の一般条項による夫婦財産契約の修正をも可能にする。さらに婚姻締結の自由は、無制限の夫婦財産契約の形成の自由、特に一方的な夫婦財産契約上の負担分配を正当化していないから、このような裁判所による内容規制は婚姻締結の自由に矛盾しないとしている。連邦憲法裁判所判決によって、契約当事者の対等性を欠いており、そして一方的な負担分配が契約内容に現れている場合に、夫婦財産契約の内容規制が認められた。

[2] BGH 2004年2月11日判決⁵⁸⁾ (BGHZ 158, 81. =FamRZ 2004, 601.)

〔事実関係〕

申立人 X (夫) と相手方 Y (妻) は1985年に婚姻し、翌年に子 A、1989年には子 B が誕生した。X は、企業コンサルタントとして働いていた。Y は、大学で歴史学を専攻しており、婚姻当時、発掘作業に従事し、博士学位の取得も望んでいたが、妊娠したことからこれを機に家事育児に専念することとした。

1988年2月17日に、X と Y は、夫婦財産契約を締結し、その内容は、離婚の際には、子どもの扶養 (Betreuungsunterhalt) に関する Y の請求権を除く、全ての離婚後扶養請求権を、XY 双方が放棄すること、夫婦財産制は別産制とし、これまでの婚姻期間中にも剰余は生じていないこと (念のため、剰余清算請求権も XY 双方放棄することも明記)、XY 双方は、年金等の清算を放棄すること、年金等の清算の代わりに、X は Y が満60歳に到達した時点で 80,000 DM の保険金が支払われる定期金支払選択権 (Rentenwahlrecht) 付の生命保険契約を締結し、その保険料を支払うこと、離婚の際には、X は Y に対して、保険料の3ヶ年分を補償金として支払い、その後は保険料支払いを行わないこと、であった。

1999年2月に、X と Y は別居を開始した。A と B は、XY 間の合意に基づいて Y と共に生活し、X は養育費を支払い続けた。

2001年11月に、X は離婚訴訟を申し立てた。区裁判所は、離婚を認容し、また年金等の清算に関する請求権も成立しないと判断した。また、X に Y に対して基本扶養料 (Elementarunterhalt) として月々 3,671 DM、老齢年金のための準備扶養料 (Vorsorgeunterhalt) として月々 1,081 DM を支払うことを命じた。さらに、その他の扶養、離婚と併合した段階訴訟での報告、剰余清算に関する Y の請求を棄却した。

これに対して、Y が控訴した。上級地方裁判所 (OLG München FamRZ 2003, 35.) は、連邦憲法裁判所判決 (BVerfG 2001年2月6日

判決 = FamRZ 2001, 343; BVerfG 2001年 3 月29日判決 = FamRZ 2001, 985.) の基準によれば, XY 間の夫婦財産契約は無効であり, また X の財産状態から XY 間に剰余清算請求権が成立することから, X は, X の終局財産に関する報告を Y に提供しなければならないとした。夫婦財産契約の扶養放棄に関する合意については, X の財産状態及び収入を鑑みれば, X が扶養請求権者となることはなく, Y は自身が稼働することで, A・B の養育のために必要な金額を保障することは不可能であることから, Y が著しく冷遇されているといえ, 扶養放棄に関する合意も無効であると判断し, これらを判断するために必要な事実が不十分であるとして, X の終局財産に関する報告を除く Y の請求を区裁判所へ差し戻した。さらに, X に, Y に対して月々 2,897 ユーロの基本扶養料と 952 ユーロの準備扶養料を支払うことを命じた。これに対して, X が上告した。

〔判決理由〕

「離婚後扶養, 剰余及び年金等の清算に関する法規定は, 原則として, 夫婦の契約による処分に服する。現行法は, 権利を有する一方配偶者の利益のために, 離婚効果に対する最低限不可欠のものを定めていない。」

「……立法者は, BGB 1353・1356条において, ~原則として守られている基本法 6 条参照 ~ 夫婦の婚姻生活共同体を自己責任で, また法定の要請から自由に彼らの個別の思想及び必要性に応じて形成する夫婦の権利を保証している。離婚効果に関連した契約の自由は, その限りではこの保証された権利の必要的な補足であり, 適法な必要性に基づいて, 夫婦の個々の婚姻モデルにより適するために法定の離婚効果とは異なるものを合意することになる。したがって, パートナーの生活リスク, 例えば, 婚姻前すでに被っていた疾病もしくは専門教育に従事していることは明白で稼働基盤を期待することができず, とりわけ, 夫婦相互の共同責任から排除される。」

「しかしながら、離婚効果が原則として、夫婦の契約に基づく合意によって自由に処分することができたとしても、法規定の目的が、この合意によってその効果を奪われることにはならない。合意によって、負担を負う一方配偶者に対して、このような負担を負うことを、～他方配偶者の利益及び当該合意の効力に対する他方配偶者の信頼を相応に考慮しても、また婚姻の本質を理性的に評価する際には～、期待することができない程に明らかに一方的であり、また婚姻生活共同体の個別の関係によっても正当化することができない負担分配が成立した場合には、これに該当するであろう。このような場合に、夫婦財産契約による法規定の排除が、離婚効果の中心領域（Kernbereich）をより直接的に介入している場合には、一方配偶者の負担はかなり重大なものとなり、他方配偶者の利益に対しては、より正確な審査が求められる。」

「剰余清算は、夫婦財産契約上の任意性を最も広く行使することを実証している。……婚姻生活共同体及び～また男女同権のパートナーシップも～必然的に、財産共同体を意味していない。…確かに、法定夫婦財産制は、婚姻期間中に共同で取得した財産に対する夫婦の等価値の関与（gleiche Teilhabe）を予定している。そこには、夫婦は、経済上等価値の方法で財産形成に寄与しているという標準化された観念（typisierende Verstellung）が基にある。しかしながら、この～ただ仮定的な～等価値性は、夫婦が法規定の夫婦財産制の修正もしくは排除によって夫婦の内部の財産秩序を、夫婦が予定しているもしくはこれまで営んできた婚姻形態に適合させることを妨げるものではなく、法規定と異なる固有の経済上の評価を定めることを妨げるものでもない。」

このように判示した上で、本事案では、上級地方裁判所によって認定された事実関係が不十分であり、これを基にして裁判所による内容規制の可否を判断することはできないとして、この点につき新たに審

理するために、原審を一部破棄し、高等地方裁判所へ差し戻した。

本判決は、上述の一連の連邦憲法裁判所判決を受け、夫婦財産契約の自由をめぐる法解釈上の問題に関して判断したものである⁵⁹⁾。本判決は、裁判所による内容規制の解釈の前提として、において、契約自由を強調している。しかしながら、この原則を本判決は詳細に根拠づけていない。本判決で明確にされた夫婦財産契約の自由の正当化の根拠は、剰余清算については で明らかにされたように、法定の離婚効果が一方配偶者のみが稼働する単独稼働婚・主婦婚といった、特定の婚姻形態のみを規定しており、その他を欠いていることから、法定の離婚効果を生きてきた婚姻形態に適応させる必要がある点であるといえる⁶⁰⁾。その上で、夫婦財産契約の内容とその制限を判断しているが、 から明らかなように、夫婦財産の清算である剰余清算は、離婚効果の中心領域 (Kernbereich) の中で、最も夫婦財産契約による合意に馴染むものであると判断している。

3 小 括

ここで確認されたように、剰余共同制施行後、婚姻形態を法定しそれに応じた夫婦財産制を規定する議論が展開されてきた。この議論は立法論にとどまり、婚姻法や離婚法に大きな影響を与えることはなかった。しかしながら、婚姻形態に応じた夫婦財産制を構築し、夫婦自らが望む婚姻形態とそれに応じた夫婦財産制の選択を保障することを志向した議論は、76年改正法以降、今日の議論にも影響を与えていることは明らかである。夫婦財産契約による婚姻形態に応じた夫婦財産制の修正に関する議論は、立法論にとどまった議論の問題点を克服したものとして位置づけることができるであろう。そして、夫婦財産契約が、その意義・機能として、夫婦が生活する婚姻形態に対応する夫婦間の財産関係を形成するために位置づけられていることを確認することができる。

このような議論は、裁判例 [1] においても見てとれる。夫婦間の財産

関係の形成における契約の自由を前提として、夫婦が望む婚姻形態に応じた財産関係を形成することを認めている。その一方で、一連の連邦憲法裁判所判決によって、夫婦財産契約に対する新たな規制の基準を提示している。そこでは、夫婦財産契約の内容に関して、契約による負担が一方的に分配されていることを挙げ、さらに契約の当事者である夫婦が、自己決定を妨げられていること、すなわち、契約による負担を一方的に分配されることによって不利益を被る一方配偶者が、著しく不均衡な交渉上の地位にあり、そしてその結果生ずる当該契約関係における他方配偶者の優位性を、契約内容の規制に関する基準としている。

これを受けて、BGHは、裁判例〔2〕において、離婚効果に関する個別規定の保護目的に応じて、これらを5段階に分類し、この順位が高ければ高いほど、契約による排除の余地を狭くしている。また、裁判例〔1〕で示された一般条項による内容規制について、BGB 138条の良俗違反とBGB 242条の信義則を段階的に適用することを明らかにした。

剰余共同制が主婦婚を前提に議論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。しかし、主婦婚から共稼ぎ婚への移行が増加する中で、さらには専業主婦であったとしても婚姻パートナーの職業等の特性によっては、剰余共同制の法規定が必ずしも衡平な夫婦財産の清算を保証しているとは言えない。それぞれの婚姻形態に応じた夫婦間の財産関係を形成し、そして婚姻形態に応じた夫婦財産制及び離婚効果の規定を類型化することで衡平性を保証するドイツの議論は、夫婦財産契約の意義やその内容規制の基準を含め、日本における多様化した婚姻形態に対応した夫婦間の財産関係や財産分与のルール構築を検討する上で有益である。

第4節 剰余共同制の修正

婚姻形態に応じた夫婦間の財産関係を検討する上で、ドイツでは法定夫

夫婦財産制である剰余共同制のどの規定を廃止・修正することができるかが議論されてきた。その議論経過から、具体的な婚姻形態とそれに適合する夫婦間の財産関係に関する具体的な規定内容が形成されてきた。これまでドイツで展開されてきた様々な婚姻形態に対応した夫婦の財産関係に関する具体的な規定内容を検討する。

1 夫婦財産契約による剰余共同制の修正

夫婦財産契約による剰余共同制の修正に関する議論は、多く存在するが、ここでは全ての婚姻形態に共通する事項について取り上げ、その他の事項は、特に問題となる婚姻形態のところで取り上げることにする。

(1) 当初財産及び終局財産の確定

剰余 (Zugewinn) は、各配偶者の剰余共同制終了時の財産 (以下、「終局財産」) が、剰余共同制開始時の財産 (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。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）。

このような法律が定める個々の対象財産の算出と評価を行うことなく、夫婦財産契約によって、当初財産及び終局財産の価額を確定することができる。夫婦財産契約による当初財産の価額の確定は、両配偶者が婚姻締結時に有している財産による現実に存在している財産に限定して行うことができる。また特に当初財産を有していない一方配偶者には、あらかじめ当初財産の価額を設定することが勧められるが、その場合には、BGB 1374条2項によって当初財産へ加算される財産の価額が、設定した金額より高くなることも考えられることから、同規定による加算の対象財産を明確に記載することが勧められる⁶¹⁾。

また、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、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)。このことから、BGB 1377条1項による財産目録の提出が推奨されており、夫婦財産契約に証明として添付する。この財産目録には、個々に挙げられた当初財産の対象財産を評価し、後々の財産評価に関する争いを排除するために、当初財産の価値を明確に確定し、そして当初財産の価額を確定した場合にも異なる評価を行わないことを夫婦財産契約に明記することが勧められる⁶²⁾。さらに、当初財産及びBGB 1374条2項による例外的な取得の対象となる財産を、終局財産と同様に、夫婦財産制終了時の価額で算定することを合意することができる。

終局財産については、両配偶者の終局財産の価額を夫婦財産契約によって確定することができる。また一方配偶者についてのみそれを確定することも可能である。さらに、例えば、消費者物価指数等の指標を用いることで終局財産の価額を変動させる旨を夫婦財産契約で定めることもできる⁶³⁾。

(2) 剰余清算請求権の設定

夫婦財産契約によって、両配偶者の剰余清算請求権の排除を合意することができる。BGB 1378条1項が予定する剰余の均等分割を夫婦財産契約によって修正することも可能である。清算割合を2分の1より増加することも低下することも可能であるが、実務ではほとんど用いられていない⁶⁴⁾。

また、剰余清算請求権を一定額に制限することができる。ここでは、婚姻期間に関係なく金額を決定することも、婚姻期間に応じて段階的に金額を設定することもでき、また例えば、一定の金額に婚姻年数を乗じた金額を剰余清算請求権とすることも可能である。剰余清算請求権の排除と比較すると、剰余清算請求権の金額を一定に設定することは、離婚の際に、法規定によって算出される実際の剰余清算請求の金額より低く設定すること

ができるという長所がある⁶⁵⁾。さらに、婚姻期間中の一定期間、例えば、子どもの出産・養育のために、妻が仕事を中断した期間について、剰余清算を行うことを夫婦財産契約で合意することも可能である⁶⁶⁾。

剰余清算請求権は、夫婦財産制終了により履行可能となるが、夫婦財産契約によって支払いの猶予を定めることもできる。一方で、離婚訴訟での剰余清算の算定期日は、離婚訴訟が法的係属した時点とされていることから（BGB 1384条）、離婚訴訟の法的係属と夫婦財産制の終了、すなわち離婚判決の既判力の発生までに、剰余清算義務を負う一方配偶者が、故意に財産を減少するおそれがある。剰余清算請求権者を保護する目的を持つBGB 1378条2項は、夫婦財産制終了時点での財産状態を基にして剰余清算請求権の限度額を定めているが、解釈・判例では、規定趣旨より、算定期日を基準にして、剰余清算請求権の限度額を定めるとしている⁶⁷⁾。さらに、BGB 1389条の定める「将来の剰余清算の権利を著しく侵害するおそれ」存在する場合には、剰余清算請求権の金額を変更しない旨をあらかじめ合意することができる⁶⁸⁾。

（3） 特定の対象財産及び収入の剰余清算からの排除

夫婦財産契約によって、剰余清算の対象となる特定の財産、例えば事業用財産を剰余清算から排除することができる。対象財産に付従する債務が存在する場合には、対象財産を剰余清算から除外すると同時に、債務も剰余清算から除外することを夫婦財産契約に明記する。また対象財産からの果実・収益が生ずる場合には、果実・収益を剰余清算から除外するのか、またどの程度排除するのかを夫婦財産契約に明記する。清算の対象となる財産の代償物、例えば、土地を売却した際の売却益は、対象財産を剰余清算からの排除すると同様に、代償物も剰余清算から排除することを夫婦財産契約に明記しなければならない。不動産に抵当権等が設定されている場合には、その債務も排除することを夫婦財産契約に明記することが勧められる。

(4) 修正が無効となる事項

死亡の場合には、BGB 1371条⁶⁹⁾ 1 項によって剰余清算は、生存配偶者の法定相続分が4分の1増加することで実現する。この増加分である4分の1を夫婦財産契約で変更することはできない。また、BGB 1371条4項に基づく特別請求権も夫婦財産契約で排除・変更することができない。さらには、第三者保護規定である BGB 1378条2 項の排除や修正、BGB 1379条の報告義務、BGB 1378条3 項3 文も夫婦財産契約で合意することはできない⁷⁰⁾。

2 婚姻形態に応じた夫婦財産契約の類型

ここでは、具体的な婚姻形態を提示した上で、それに対応する具体的な夫婦財産契約の内容、特に剰余共同制の修正に関する学説および夫婦財産契約形成における実務的な対処の方法を確認する⁷¹⁾。

(1) ライフステージに応じた分類

共稼ぎ婚

両配偶者が現在稼働している、またこの生活状況を維持することを望んでいる場合には、各配偶者が稼働し、自己の財産を形成していることから、剰余清算・年金等の清算・離婚後扶養といった法定の離婚効果を、夫婦財産契約によって排除することを望む者が多い。しかし、子どもの出生によって、この婚姻形態が前提とする生活様式は変化する。すなわち、子どもの出産・養育のために、多くの場合が、自身の就業・稼働を断念し、それによって剰余共同制や法定の離婚効果が予定する状態になることもある。このような場合に、両配偶者の希望である離婚効果の排除だけを夫婦財産契約に記載することは、子どもを養育する一方配偶者に不利なものとなりがねない。

そこで、子どもの出生等の将来生じうる婚姻状況の変化を考慮して、夫婦財産契約によって、子どものいない共稼ぎ婚の婚姻形態から、単独稼働

婚（Einzelveidnerrehe）への移行をあらかじめ規定しておくことが解決策として考えられる。この移行を解除条件として夫婦財産契約に規定することで、子どもを出生し、それによって一方配偶者が自己の稼働能力を完全にもしくは一部放棄した場合には、両配偶者が望む法定の離婚効果の排除を解除する。離婚の際には、この時点から剰余及び年金等の清算を算定し、この期間を考慮した法定の離婚後扶養を負うとすることができる⁷²⁾。

このような夫婦財産契約は、標準的な解決方法であり、子どものいない共稼ぎ夫婦にとって推奨されるものである⁷³⁾。また、このような子どもの出生による一方配偶者の稼働能力の断念もしくは制限は、夫婦財産契約によって、弱い立場にある一方配偶者を保護する法定の離婚効果の適用をもたらしていることから、裁判所による内容規制の対象とならない⁷⁴⁾。この夫婦財産契約類型の特徴は、特定の出来事、ここでは子どもの出生による一方配偶者の稼働能力の制限及び断念を解除条件とすることであるが、解除条件ではなく、一方配偶者に解除権（Rücktrittrecht）を留保させることも可能である⁷⁵⁾。

パートナー婚（Partnerschaftsehe）

ここで問題となるのは、両配偶者の収入及び財産関係について、他方に依拠していない者同士の婚姻であり、子どもも望んでおらず、また婚姻による様々な義務の負担も拒否している場合である。さらに、婚姻前にすでに長期の共同生活があり、例えば婚姻による税法上の優遇や相続権のみを望む者同士の婚姻が考えられる。

このような場合には、両配偶者の財産と収入に差が存在していても、これを婚姻によって清算するべきではなく、また両配偶者も離婚の際に財産の清算や年金等の清算の期待権を婚姻期間中に取得することを望んでいないことから、離婚の際には他方に対する全ての請求権を放棄するように規定することになる。

そこでこの婚姻形態では、夫婦財産契約によって全ての離婚効果を排除し、これに対する補償も設けないことが考えられる。夫婦の財産関係につ

いては、別産制もしくは剰余清算請求権を放棄することを合意し、年金等の清算、離婚後扶養も放棄する。

また婚姻により配偶者相続権を有することが考えられることから、各配偶者の相続に関する取り決めを夫婦財産契約と併せて合意し、各配偶者の相続人指定や、両配偶者が同時死亡した場合の規定、さらにはどちらか一方が先死した場合の相続に関する規定を記載することができる。

ここでは、両配偶者が自身の生活する婚姻形態に対して、法定夫婦財産法及び全ての離婚効果を不適合なものとして評価し、そしてこの全てを排除することになるが、上述[1][2]をはじめとするBGHの判例によれば、このような合意内容は、望まれる平等取り扱いであるパートナーシップを夫婦財産契約の自由において具体化していることから裁判所による内容規制の対象とならないことになる。

しかし、夫婦の一方が、夫婦財産契約締結後に労働環境が変化し、一方配偶者に保護が必要な状況になった場合に、裁判所による内容規制の対象となるかが問題となるが、夫婦は明確に自己責任で労働市場のリスクを提示し、その限りでは、離婚後連帯することを望んでいないことから、一方配偶者の労働環境の悪化もしくは稼働能力を完全に喪失したとしても、裁判所の内容規制の対象にはならないとされている⁷⁶⁾。

剰余清算、年金等の清算及び離婚後扶養の排除といった剰余共同制の修正の他に、別産制を選択することも考えられる。夫婦が相互に他方の財産を相続することを望む場合には、相続性法上非課税になる剰余清算があることから、これを考慮して剰余共同制の修正が推奨される。相続を望まない場合には、別産制を選択すべきであり、万一の場合に備え、お互いの義務分請求権を放棄する旨を夫婦財産契約で明記すべきであるとされている⁷⁷⁾。

（2）配偶者の特性に着目した分類

事業主との婚姻

事業主との婚姻に関しては、様々な夫婦財産契約による剰余共同制の修正が提示されている。

（i）事業用財産の排除⁷⁸⁾

企業は、一方では婚姻及び家族の生活基盤であるが、他方で離婚によってその存続が危まれることもある。子どもがおり、かつ莫大な財産を有していないという、婚姻形態に適合している法定の夫婦財産制及び離婚効果は、事業主との婚姻と最も適合しないものであるといえる。夫婦財産契約による剰余共同制の修正は、事業主との婚姻では、上述裁判例〔1〕以降多く用いられている。離婚時における衡平な離婚効果の実現と企業保護の要請との調和のために用いられることが多く、何代にも渡り継承されている家族企業の場合には、特にこのような夫婦財産契約が必要となる。事業主との婚姻では、事業主である一方配偶者は、夫婦間に著しい収入及び財産格差が生ずることから、離婚効果に基づく金銭給付を極力制限しようとする。その一方で、企業に関与していない他方配偶者に対して、これまでのような企業保護に特化した別産制の選択によって不利益を被らせることはできない。このような婚姻形態では、剰余清算の対象となる事業用財産を具体的に排除することで衡平な清算を実現し、実務では事業に関与していない他方配偶者がこのような夫婦財産契約に納得することも多い⁷⁹⁾。

事業用財産や社員としての地位は、夫婦財産契約によって、剰余清算の対象としないことを合意することができる。したがって、当初財産でも終局財産でも考慮しないことになる。これによって、別産制を合意した場合と同様に、事業用財産及び企業自体は保護されることになる。別産制を合意する場合と決定的に異なるのは、事業主である一方配偶者の企業用財産以外の価値増加については、剰余清算の対象となり、事業に関与していない配偶者を経済的に不遇な状態から保護することになる。これまで、例えば家族企業の社員には、社員と配偶者との婚姻する場合、別産制の合意を

約款で義務付けることが多かった。しかし、この種の約款は社員の婚姻締結の自由への侵害として良俗違反とは言えないまでも、現在では適切な内容とはいえず、このような場合には夫婦財産契約によって、社員としての地位を夫婦財産の清算の対象に含まないことを明記することで同様の効果をもたらすことができる⁸⁰⁾。

(ii) 事業用財産を排除する上での問題点

a) 事業用財産の把握 事業用財産を剰余清算の対象から排除する上で、事業主である一方配偶者の事業用財産を正確に把握することが問題となる。夫婦財産契約締結時に、事業主である一方配偶者が、すでに事業用財産もしくは社員としての地位を単独所有している場合には、これら財産は、特に会社法の規定によって正確に把握することが可能であることから、夫婦財産契約への詳細な記載も可能となる。また、事業主である一方配偶者がすでに企業の単独所有者である場合には、この企業の財産状態を商業登記簿によって把握する。また営業決算に基づいて企業上の積極財産及び消極財産を明らかにし、例えば、登記簿による不動産の記載や貸借対照表等によって財産状態を把握することができる。

しかし、夫婦財産契約締結時に、一方配偶者が商人としての営業行為を計画している場合には、財産状態の把握が困難となる。さらに、企業がすでに存在している場合には、企業の構成や法によって認められる企業形態の変更をあらかじめ夫婦財産契約で考慮しなければならない。例えば、家族企業の場合には、会社形態に関する法形式の選択、個人企業に代わる企業体の成立の可能性、企業グループの成立、企業分割による財産清算の可能性等を考慮して、このような将来生じうる変更も、夫婦財産契約においてあらかじめ規定することが考えられる⁸¹⁾。

事業主である一方配偶者によって営まれている企業に属しているのではなく、単に外観上会社財産である財産については、剰余清算の対象となる。例えば、私的な土地所有を個人企業所有へ変更すること等があげられる。このように、事業主である一方配偶者の事業用財産を剰余清算の対象から

排除する場合には、極力詳細に対象となる財産を記載することが必要となる⁸²⁾。

b) 事業主による財産状態の操作　事業主である一方配偶者による財産状態の操作に注意する必要がある。これまで確認されたように、事業主との婚姻における夫婦財産契約の形成では、事業主である一方配偶者の私的財産と、事業用財産を区別している。例えば、婚姻が破綻し別居が開始し、離婚訴訟間近である場合に、事業に関与していない他方配偶者に不利益になるように私的財産から事業用財産へ移すことで、剰余清算の対象を減少することが考えられる。また、ある企業への私的財産からの出資が事業に必要な出資であるかどうかの判断は、困難なものである。事業主は通常専門的な知識を有しているものの、事業に関与していない他方配偶者がこれを判断することは不可能である。この種の財産状態の操作を夫婦財産契約によって完全に回避することは不可能であるから、解決手段として、上記の例では、剰余清算の算定期日を別居時に前倒し、別居開始前にこの算定期日を合意すること、また剰余清算の算出の際に、公認会計士等の鑑定人による財産状態の鑑定を行う旨の条項を設けることが考えられる⁸³⁾。

c) 事業主の死亡　事業主である一方配偶者が死亡した場合に、生存配偶者が相続人とはならず、かつ生存配偶者に遺贈も帰属しない場合には、剰余清算における「相続法上の解決」は行われない。しかし、このような場合に生存配偶者がより少ない剰余を獲得した際には、相続人に対する剰余清算請求権（BGB 1371条2項）が生存配偶者に帰属することになる。生存配偶者の明確な相続分放棄もしくは義務分放棄にもかかわらず、BGB 1371条2項による剰余清算請求権を選択した場合には、相続法上の地位に関係なく剰余清算を請求することができる。

BGB 1371条2項による剰余清算から事業用財産を排除することが認められるかどうかについては、一部では否定する見解があるものの、多くは、BGB 1371条2項の剰余清算請求権の場合でも事業用財産を排除することが認めている⁸⁴⁾。しかしながら、相続税法の規定を考慮すると、この場合

に剰余清算から事業用財産を排除することは、困難であることから、事業用財産の排除は、離婚の場合のみ認めべきであるとされている⁸⁵⁾。

d) 事業収益・収入の取扱い 企業が事業主とその家族の生活基盤であることから、事業用財産や企業からの収益は家族の生活に用いられると同時に、事業主である一方配偶者の私的財産を構築する収入を表している。したがって、事業用財産から得られた収益を全て剰余清算の対象としないことは衡平な規定内容とはいえず、事業主である一方配偶者の収入については、私的財産に含まれ、剰余清算の対象となることを明らかにする必要がある⁸⁶⁾。

e) 事業に係わる財産支出の取扱い 事業に係わる財産支出の取扱いは、事業用財産を剰余清算から排除する際に特に問題となる。事業主である一方配偶者が、離婚前に他方配偶者の剰余清算請求権を減額するために、清算対象となる私的財産を企業財産に移す危険性があるが、他方で営業上の理由によって、例えば企業存続の危機の際に、私的財産から企業財産に投資する必要がある。

これに関しては、オーストリア婚姻法91条2項は、「夫婦の使用財産または夫婦の一方または双方に帰属する、営業での蓄財が〔婚姻へと〕編入される(ingebbracht)か、またはそのような営業のために費消されたときは、編入の価額または費消された価額を持戻す。これを分割するさいには、編入または費消により各配偶者にどのような利益があったか、および編入された、または費消された蓄財がどの程度営業利益に由来するのかを考慮しなければならない。分割によって、営業の存立が危険にさらされてはならない。」と規定している⁸⁷⁾。これによって、事業に関する財産支出を考慮することが可能としている。

そこで、事業上必要となる投資を認める一方で、事業主である一方配偶者が財産状態の操作を否定するために、事業上必要となる財産支出に関する規定を設けることが考えられる。 特定期間内、例えば離婚訴訟係属前2年間の投資は、剰余清算に加算すること、 私的財産と企業財産と

の区別を考慮して、算定期日を離婚申立の係属ではなく別居時点とすること、私的財産からの投資を営業上の理由から必要な場合にのみ認める旨の原則を記載し、離婚時におけるこれに関する判断を鑑定人に委ねることが挙げられる⁸⁸⁾。

f) その他の問題点 さらに、離婚の際に、事業用財産を剰余清算から排除した上で、事業主である一方配偶者の私的財産と、他方配偶者の財産を比較し、他方配偶者がより多くの剰余を取得し、それによって他方配偶者が剰余清算義務を負うことが考えられる。事業主である一方配偶者が事業用財産を所有していることを考慮すると、他方配偶者よりもより多くの自由に処分できる財産を有していることから、夫婦財産契約を締結する際には事業主である一方配偶者が他方配偶者に対する剰余清算請求権を有していないことを合意することができる。また、BGB 1365条及び1369条の処分制限は、法定夫婦財産制において、剰余清算請求権を保護するために設けられたものである。夫婦財産契約によって剰余清算請求権が排除された場合には、その存在は正当性がないことから、剰余清算の排除の合意と同時に、処分制限の排除も合意するべきである⁸⁹⁾。

このことから、以下のようにまとめることができる。

A：事業用財産を、明確に剰余清算から排除するが、その他の財産は剰余清算に含まれるとする法定夫婦財産制の修正は、裁判上の内容規制の対象とならない。上述裁判例[2]によって明らかにされたBGHの中心領域の考えによれば、剰余清算は離婚効果の最も外の領域にあり、最も契約の自由が認められている。

B：その上で、事業主との婚姻における夫婦財産契約では、剰余清算と同時に、年金等の清算及び離婚後扶養に関する制限も締結した場合には、裁判所の内容規制の対象となる。剰余清算の排除には、通常他方配偶者に対するその他の補償が必要となる。離婚後扶養及び老齢扶養の金額の制限は、それが著しく高額の場合にのみが認められる。

C：事業主との婚姻であっても、離婚後扶養及び年金等の清算を法定の

まま維持することで、他方配偶者の生活が保証されている場合には、別産制を合意することが可能である。また離婚に際して、事業主である一方配偶者が企業を存続する場合、企業は将来の収入の基盤であり、またそれによって将来の扶養保障を維持することになるから、他方配偶者の利益にもなる。

(iii) 全ての離婚効果の排除

例えば、子どもを望んでいない年配の事業主との婚姻の場合に、事業主である一方配偶者は、夫婦財産契約によって別産制を合意することで、自身の企業・業務を保護し、さらに年金等の清算や離婚後扶養を排除することで、離婚時の金銭給付の負担を軽減しようとする。事業主である一方配偶者よりも若く、また収入及び財産も少ない他方配偶者にとっては、離婚効果の排除の代わりに、その他の方法による補償を夫婦財産契約で規定することが必要となる。このような場合に、別産制の合意を行うこと自体は裁判所による内容規制の対象とはならないが、さらに年金等の清算及び離婚後扶養請求権が排除されている場合には、この排除の結果、不均衡な状況が生ずることになる。

そこで、夫婦財産契約では全ての離婚効果を排除するが、その代わりに、生命保険金や一定額を支払うこと等の補償を締結する。全ての離婚効果の排除が認められるかどうかは、婚姻形態もしくは補償に基づいて判断されるが、例の事実関係からはこれを正当化することができず、離婚効果の排除に対する補償が必要となる。契約内容が裁判所による内容規制の対象となるかどうかは、補償の性質及び範囲による。しかし、両配偶者の計画と異なり子どもが誕生した場合には、離婚効果を全て排除することは、裁判所による内容規制の対象となりうる⁹⁰⁾。

(iv) 自営業者における事業用財産の排除

自営業者等が有する事業用財産を剰余清算から排除する際には、企業の場合と同様、剰余清算対象となる私的財産と清算の対象とならない事業用財産に区別することになる。事業用財産は、それぞれの事業形態によって

定められるから、企業の場合に比べて区別することが容易である。さらに、自営業者等は特定の空間で営まれていることから、例えば、婚姻住居で医療業務を営んでいる場合には、診察室や待合室は私的財産に含まれる。したがって、夫婦財産契約による詳細な財産の記載も可能となると考えられる⁹¹⁾。

夫婦財産契約による規定は、自営業者等の業務で用いられる不動産に関しても存在する。例えば、業務が区分所有権の住居で行われている場合には、この区分所有権は剰余清算から排除することになる。また、区分所有権上に他方配偶者所有の住居が建てられており、そこで業務を行っている場合には、第三者からの住居の取得を機会として、もしくは自営業者である一方配偶者への住居の移転を機会にして、離婚の際に返還請求権を合意することができる。これによって当該住居は清算とは無関係に業務財産に含まれることになる。

また、業務を理由とした消費貸借は、業務用財産と共に剰余清算の対象から排除し、私的財産からこれを差し引くことは認めるべきではないとする。この旨を明確に夫婦財産契約に規定すべきであるとされる。

さらに、自営業者等の業務に必要な初期投資は、剰余清算から排除されるべきである。初期投資のために取得した財産、例えば、医師が婚姻期間中に購入した医療器具を、清算の対象とすることは、業務の存続を危うくすることになるから、これらの財産はBGB 1374条2項の「例外的な取得」として、剰余清算の対象から排除し、そしてこれらの財産が自営業者等である一方配偶者の私的財産に含まれ、算定基準となる当初財産にも加算することを、夫婦財産契約で明確に規定する。自営業者等の業務から得られた収益は、企業の収益とは異なり、その全てを私的財産に含め、事業上必要となる投資も無制限に認めることが推奨される。このことは、自営業者である一方配偶者による財産状態操作の危険性が、企業の場合よりも少ないことから根拠づけられる。自営業者は通常、設備投資準備金専用の口座を有していないことから、自営業者の私的財産の使用は不可避であり、

私的財産に含めることが勧められる⁹²⁾。

(v) 評価手続

事業用財産及び企業所有の不動産を具体的に剰余清算から排除しない場合でも、夫婦財産契約で、評価手続をあらかじめ規定することで紛争を回避することができる。事業用財産の評価、特に自営業者等の業務財産や内在的価値の算定に関しては、裁判例や職能団体による算定基準によって評価方法が確立していることから⁹³⁾、これらを夫婦財産契約で記載することも可能である⁹⁴⁾。

(vi) 別産制

事業用財産を剰余清算から排除する目的は、企業保護の観点から、事業用財産を他方配偶者に移転させないことにあり、事業に関与していない他方配偶者に対して、事業主である一方配偶者の私的財産に関する価値増加のみを婚姻解消時に分割することである。

このような場合には、剰余共同制の修正の他に、生命保険などの補償を付した上で別産制の合意を行うことも考えられる。上記裁判例[2]によれば、別産制の合意もしくは剰余清算の排除を夫婦財産契約で合意することは、原則として当事者の自由である。その一方で、他方配偶者が離婚の際に相応に保障されるかどうかは裁判所による内容規制にとって重要となる。離婚の場合における他方配偶者への相応な保障が可能である場合には、それらを合意することができる。ここでは、例えば、金銭による直接的な給付もしくは住居需要を充足するために不動産を譲渡することによって実現する。死亡による婚姻解消の際に、事業に関与していない他方配偶者の権利を、夫婦の合意もしくは事業主である一方配偶者の最終意思によって確定する場合には、別産制を合意することが勧められる。その際には、通常義務分放棄も夫婦財産契約の規定に加えられる。他方で、相続税法上の優遇を考慮する場合には、剰余共同制の修正を合意することが勧められる⁹⁵⁾。

資産家の相続人との婚姻

例えば、一方配偶者もしくは両配偶者が、婚姻期間中に、親やその他の親族から生前遺贈として財産を取得する場合や相続によって莫大な財産を取得する場合がある。このような場合、かつての実務では、別産制を選択することが多かったが、今日では、財産を取得する夫婦が、この対象財産に生ずる将来的な価値増加を、剰余清算の対象としない旨を夫婦財産契約で規定している。すなわち、取得する財産が、当初財産及び BGB 1374条 2項の例外的な取得であることを夫婦財産契約に明記することで、剰余清算の対象から排除する。これによって、取得した財産が離婚による剰余清算の対象とならず、他方でその他の婚姻期間中に取得した財産については、剰余清算が行われることとなり、別産制を選択したことによる不衡平を回避することが可能となる⁹⁶⁾。

ここでは、剰余清算から除外される対象財産を夫婦財産契約で明確に指定し、そして当初財産の価額を夫婦財産契約に記載すること、また夫婦財産契約に添付した財産目録に基づいて対象財産の価額を確定することによって、取得した時点での状態及び価値を正確に把握することを可能にし離婚の際に、当初財産の価額算定を容易にする⁹⁷⁾。

剰余清算から除外した対象財産に付随している債務、例えば土地担保債務については、債務の付従性を考慮しなければならない。また、終局財産は夫婦財産制終了時に現存する財産から債務を控除したもものとして規定されていることから（BGB 1375条）、債務のみを剰余清算の算定に含めることで財産を減少することになる。したがって、夫婦財産契約では、除外される対象財産に付従する債務も剰余清算の算定から排除することを、明確に規定しておく必要がある⁹⁸⁾。

さらに、剰余清算から除外された対象財産が収益・果実を生じる場合、例えば婚姻期間中に親から相続した家屋不動産から家賃収入がある場合、この果実を剰余清算から排除すべきかどうか、またどの程度排除するのかを、夫婦財産契約で明確に規定する必要がある。規定する際には、家屋不

動産の維持費や税負担等の継続的な負担を考慮する。多くの場合、全ての果実を剰余清算から排除し、当該不動産の所有者に全ての果実を帰属させ、維持費や税負担も引き受けることを規定する。また、当該家屋不動産を売却することも考えられる。その場合には、剰余清算から排除された当該家屋不動産の代償物も剰余清算から排除することを、夫婦財産契約に明確に規定することが勧められている⁹⁹⁾。

年齢差・財産状態の差が著しい場合

例えば、夫が病院長で妻が看護師である場合や、夫が企業顧問弁護士で妻がその助手のように、財産状態や年齢に著しい差が存在している者の婚姻の場合には、同様、年齢差、財産・収入差が存在していることから、婚姻期間や生活状況からは不相応な夫婦財産の清算等が生ずることが考えられる。

このような婚姻形態では、a 剰余清算の金額や清算割合の設定、b 年金等の清算を排除する代わりに生命保険金等によって補償すること、c 離婚後扶養の算定の際には、法規定とは異なり、扶養請求権者の稼働状況に応じて決定すること等を規定することができる¹⁰⁰⁾。

多重債務者との婚姻

例えば、婚姻締結時に債務を負っている者と債務を負っていない者が婚姻する場合には、後者が他方の債務を負担しなければならないのか、もしくは保証・抵当を与えねばならないのかという危惧が生ずる。

このような婚姻形態では、夫婦が法定夫婦財産制で生活する場合には、当初財産を夫婦財産契約で設定することが実務上勧められている。例えば、夫が50,000ユーロの債務を有しているが、妻は債務・財産を有しておらず、両配偶者が婚姻期間中に50,000ユーロを取得し、夫が債務の弁済に充て、妻が貯蓄していた場合、剰余清算の規定を適用すると、妻が夫に対して25,000ユーロを剰余清算として支払うことになる。夫婦財産契約によって、一方配偶者の当初財産を、婚姻締結時に有する債務と同額のマイナスの金額に設定することで、すなわち夫の当初財産をマイナス50,000

ユーロと夫婦財産契約上設定することで、このような不衡平な結果を回避することができる¹⁰¹⁾。

(3) その他の特性による分類

婚姻前に同居期間のある場合

婚姻前にすでに長期間共同生活が行われていた場合には、婚姻前に財産が形成されていることも多く、離婚の際には夫婦はこれらの財産を剰余清算に含めることを望むと考え、このことは衡平な夫婦財産の清算ともいえる¹⁰²⁾。

このような婚姻形態では、夫婦財産制開始時と規定されている当初財産の算定期日を、夫婦財産契約によって、共同生活の開始時に移すことが解決策として挙げるることができる。

また、同居期間の特定が困難であり、婚姻前の共同生活期間中に形成した財産が、一方配偶者の名義となっている場合には、剰余清算の算定期日に関する法規定を変更せずに、夫婦財産契約によって、一方配偶者の当初財産を低く設定することも挙げられる。この方法が簡便であり、また剰余清算のシステムに適合しているとも指摘されている。例えば、同居期間中に夫名義の土地（100,000 ユーロ）の上に、家屋（400,000 ユーロ）を建てた。この場合に、夫の当初財産を 100,000 ユーロと設定することで、共同で形成した家屋の価値 400,000 ユーロを剰余清算に含めることができる。

夫に前妻との子どもがいる場合

例えば、離婚した年配の夫が再婚する際に、前婚の子どもと生活する妻を養育費等によって保障しなければならない。さらに後婚の妻との離婚についてあらかじめ定める場合には、夫婦財産の清算に関しては、前婚の子どもの影響を可能な限り除く必要がある。

この婚姻形態では、剰余共同制から財産共同制（Gütergemeinschaft）への移行が勧められる。これまで、財産共同制は、特に農業の領域において用いられてきた。その他にも、例えば、財産状況が著しく異なる後婚の

配偶者を保護する場合にも有用である。すなわち、財産共同制へ移行することによって、後婚の妻との婚姻期間中に取得した財産は合有財産 (Gesamtgut) となり、夫と後婚の妻との合有となる。そして、後婚の解消の際には、この合有財産が夫婦財産の清算の対象となる。また、前婚の子どもに対する養育費は、財産共同制への移行によって構成される留保財産 (Vorbehaltsgut) から支出されることとなる。それによって、財産支出に関する前婚の子どもの影響を可能な限り取り除くことを実現しようとする。

ここでの夫婦財産契約の目的は、後婚の妻を長期間保障し、後婚を安定させることである。しかし、このような場合に、相続税法では、財産共同制の下で一方配偶者が獲得した財産は、生者間での贈与とみなされることから、後婚の妻は、贈与税の対象となることに注意する必要があるとされる¹⁰³⁾。

高齢者の再婚の場合

例えば、寡夫(婦)もしくは離婚した高齢者で、それぞれ前婚の成人した子どもを有する者が再婚を望んだ場合、一方では、推定相続人である子どもの相続に関する見込みを害することを防ぎ、他方で再婚後の離婚の場合には、離婚によって生ずる負担を軽減しようとする。

この婚姻形態では、全ての離婚効果の排除し、さらにお互いの相続分及び義務分の放棄が必要となる。一方配偶者が自己の住居を出て、他方配偶者の婚姻住居での生活を望む場合には、一方配偶者の婚姻住居を保障するために、他方配偶者が先死の際には一方配偶者に居住権 (Wohnungsrecht) を与えることを規定する必要がある。しかし、このような居住権は被相続人の卑属の義務分請求権の対象となりうる。そこで、所有者である一方配偶者の卑属に、夫婦財産契約の公正証書 (Notarurkunde) 作成に立ち合わせ、彼らに権利の効力や住居権遺産に関する義務分請求権の行使を放棄する義務分放棄を明確にすることが必要になる。これに関しては、義務分請求権を請求しうる他方配偶者の推定相続人が、公正証書 (Notarurkunde)

で同意を明示すべきであるとされる。

での夫婦財産契約と同様に、高齢者の再婚の夫婦財産契約の場合には、全ての離婚効果を排除することが必要であり、裁判所による内容規制の対象とはならない。また死亡による婚姻解消の際の剰余清算も排除されるべきであるから、別産制を合意することが勧められている。年金等の清算は、各配偶者が継続的な保障を有していることを鑑みて明確に排除すべきである。離婚後扶養も同様に放棄する旨を夫婦財産契約で規定する。このような排除は、夫婦の利益状況だけでなく、それぞれの子どもの利益状況にも適うものである¹⁰⁴⁾。

3 離婚効果に関する合意

(1) 離婚効果に関する合意

ドイツでは、夫婦が離婚を望んでいる場合には、1年以上の別居期間を要件として、最終的に家庭裁判所による離婚判決を得ることで離婚が成立する。このような合意離婚（*einvernehmliche Ehescheidung*）の際には、離婚訴訟手続の中で離婚効果に関する合意を行わなければならない。多くは「裁判上の和解（*gerichtliche Vergleich*）」によってなされているが、裁判外で、公証人による認証を得れば、離婚効果に関する合意は有効となる。このような離婚効果に関する合意では、特に財産清算に関する合意を行うことが勧められている。それは、裁判所の管轄が詳細に分かれており、例えば家庭裁判所は、夫婦財産制と家財道具をのみを管轄としており、区裁判所及び地方裁判所では、婚姻を前提とした出捐の返還や共有物の分割競売等が管轄となり、このことから、離婚手続が長期化し費用もかさむことになる。

ここでは、財産清算に関してどのような合意を行うことができるのかを検討する。その上で、婚姻形態に応じた離婚効果に関する合意の類型を紹介する¹⁰⁵⁾。

(i) 夫婦財産制の終了¹⁰⁶⁾

まず、離婚効果に関する合意では、剰余共同制もしくは財産共同制の下で夫婦が生活している場合には、別居時に、別産制を合意することで、その夫婦財産制を終了する。これによって、離婚申立までに各配偶者がさらなる財産取得もしくは債務を負ったとしても、それらに対する他方の関与を否定することができ、また剰余共同制で生活していた夫婦の場合には、剰余清算の算定期日を確定することができる。

(ii) 夫婦財産の清算

財産清算について、離婚効果に関する合意の中核となるのは夫婦財産の清算である。剰余共同制で生活している夫婦の場合に、離婚効果に関する合意の中で法規定を適用し、各配偶者の具体的な対象財産を指示した上で剰余を算定し、剰余清算請求権を算出することは実務ではほとんど行われておらず、多くの場合には対象財産の具体的な分割方法に合意し、それを記載することで剰余清算が処理されたとする。また、判例によって認められている夫婦間出捐(Ehegattenzuwendungen)を、離婚効果に関する合意の中で確定し、その返還等を規定することができる。また、支払方法、履行遅滞の際の取り決め、利息、強制執行に関する取り決めを規定することができる。財産共同制で生活している夫婦の場合には、含有財産の清算に関する規定を合意する¹⁰⁷⁾。

(iii) 婚姻住居に関する合意

夫婦が共有する土地の上に婚姻住居が存在する場合、それぞれ2分の1ずつ持分を有していることが多い。婚姻住居に関する合意については、様々な合意内容が考えられる。

まず、夫婦共有のまま婚姻住居を存続させた上で、一方配偶者が婚姻住居を単独で使用することを合意することが考えられる。他方配偶者の共有持分の使用に関する対価、例えば賃料として取得することや、賃料の代わりにこの使用を扶養として評価する賃貸借契約を規定することができる。特に後者のような規定は、単独で使用する一方配偶者が、高齢である場合や、未成熟子と共に生活している場合に有益である¹⁰⁸⁾。したがって、こ

のような賃貸借契約は、期限を設けて締結されることが多い。

また、一方配偶者の共有持分を他方配偶者へ譲渡し、この譲渡を夫婦財産の清算もしくはその他の請求権に対する履行として合意することが考えられる。このような規定は、一方配偶者が家屋を譲渡する意思を有しており、全体的な財産状況からもこのような解決が容認される場合に認められる。

婚姻住居に土地抵当権（Grundpfandrecht）が設定されている場合に、一方配偶者の共有持分を他方配偶者へ譲渡する際には、土地抵当権設定者の変更、すなわち他方配偶者のみを土地抵当権設定者とするを債権者側と規定することになる。しかし、通常は離婚による変更を銀行側は拒否する。持分を譲渡した場合の債務負担に関する問題は、土地抵当権設定契約締結時に明確にする必要がある。土地抵当権設定者の変更に関する規定を債権者と合意することができない場合には、夫婦間の内部関係での支払免除や求償の義務を規定することができる。さらに、婚姻住居を離婚時に売却することもあらかじめ合意することができる。その際には、売却代金をどのように分割するのかを規定することになる¹⁰⁹⁾。

婚姻住居を賃借している場合には、賃貸人との合意によって、婚姻住居に居住する一方配偶者との賃貸借関係の継続を規定することができる。また、賃料や保証金、賃貸人が有する請求権の免除等を賃貸人と合意することができ、合意の際には公証人による認証が必要となる（ZPO 794条5号）。

(iv) その他の財産¹¹⁰⁾

生命保険金に関しては、受取人の変更、保険金の分割、生命保険の譲渡や生命保険契約の保険料支払いに関する規定を合意することができる。

夫婦の共同口座の清算を規定することができる。一方配偶者の単独名義口座の場合には、他方配偶者に処分権限を認めていた場合には、他方配偶者の代理権を撤回し、これを金融機関にすぐに伝える必要がある。

家具令（HausratsVO）による分割の対象となる家財道具に関する分割

方法を規定することができる。この合意に基づいて家財道具を分割されることとなり、実務ではこの種の規定を合意することが多い。

土地抵当権が設定されていないローンや債務の場合には、債権者との協議の上で、夫婦のどちらがこの債務を将来にわたり弁済するのか、また夫婦間の内部関係で求償に関する規定を設けることができる。

(2) 離婚効果に関する合意の類型

夫婦財産契約が、将来的な婚姻共同生活や離婚効果を事前に規定し、そして夫婦が計画したもしくは生活している婚姻形態に基づいて規定内容を形成するのに対して、離婚効果に関する合意は、破綻した婚姻における具体的な財産の清算を規定するものである。離婚効果に関する合意は、個々の事例における具体的な清算の結果であるから、離婚効果に関する合意の類型は、夫婦財産契約類型とは異なるものである。しかしながら、離婚効果に関する合意の際にも、事例を類型化し、それに基づく離婚効果に関する合意の類型を示すことで、離婚訴訟申立前にどのような取り決めを行うことができるのかを明らかにすることが可能になる。

婚姻期間が短く、子どもがいない共稼ぎ婚夫婦の場合

例えば、婚姻期間が4年間で子どものいない共稼ぎ婚の夫婦が、同等の収入を有し、また婚姻期間中に収入以外の財産取得がないとする。

まず、別産制を合意することによって夫婦財産制を終了させ、BGB 1372条に基づいて剰余を算定する。剰余の算定に関しては、BGB 1373条以下の規定を指示し、剰余清算請求権の算出経過を具体的に記載されるか、単に対象財産の具体的な分割方法に合意し、それを記載することができる。若い夫婦の場合には両配偶者が財産を形成していないことが多く、また共稼ぎ婚夫婦の財産状態の差は、収入格差を表していることが多い。したがって、剰余清算の理念に適うものではないことから、剰余清算請求権は成立しない。夫婦財産の清算の対象となる財産を両配偶者が共有している場合には、それを一方配偶者の単独所有に譲渡することができ、場合に

よって一方配偶者の清算金額に含めることができる。

また、年金等の清算を排除することができるが、BGB 1587条oによる排除に関する要件を具備する必要がある¹¹¹⁾。離婚後扶養についても排除することができる。

家具令による分割の対象となる家財道具について、離婚効果に関する合意によって規定することができる。この合意に基づく規定は、公正証書（Notarurkunde）を作成することによって強制執行可能な債務名義となる。また、婚姻住居に関する合意も可能である。家具令による法定の基準は、婚姻住居の法律関係を、離婚後裁判前の期間、衡平な基準で規定する（家具令2条）¹¹²⁾。一方配偶者が婚姻住居を単独所有していることを裁判所は考慮するが、非所有者である他方配偶者のために賃貸借関係を設けることが多い。しかし、婚姻住居の場合の賃貸借関係を自由に処分することができず、貸借人が契約の変更を行う場合には、家庭裁判所による判断が必要となる（家具令5条1項）。このことから、離婚申立前に婚姻住居に関する夫婦の意見を一致させ、離婚効果に関する合意で婚姻住居の法律関係について規定する¹¹³⁾。

実務では、夫婦が家財道具の分割について一致している場合には、各配偶者が単独所有及び単独利用する具体的な財産のリストを提出させている¹¹⁴⁾。その際に、未だ代金が支払われておらず、また所有権留保の状態にある家財道具を誰が所有し、また将来誰が単独で支払っていくのかを明確に規定する必要がある（家具令10条）。また、このような家財道具の分割は、通常離婚効果に関する合意締結前に行い、その際には家財道具はすでに分割されている旨を公正証書に記載しなければならないとされている。

生存配偶者の法定相続分は、夫婦の別居によって排除されるのではなく、被相続人の死亡の際に婚姻破綻の要件が備わっており、そして被相続人が離婚を申し立てたもしくは夫婦がそれに同意していた場合に初めて排除される（BGB 1933条）。したがって、離婚効果に関する合意では、一方配偶者がすでに離婚申立を申請しており、他方配偶者が離婚について同意して

いる場合には、相続分及び義務分放棄を規定する必要はないことになる。

離婚効果に関する合意について統一的な形式、例えば公正証書(Notarurkunde)は予定されていない。個々の規定内容によって公正証書が必要となる。ZPO 630条3項によって執行可能な債務名義が提示されている場合には公正証書が必要である(ZPO 794条1項5号)。年金等の清算に関する合意の際にも、BGB 1408条2項、1410条、1587条oから公正証書が必要となる。また相続分及び義務分放棄は、BGB 2348条から公正証書が必要であるが、BGB 1585条cによる扶養の合意には、原則として公正証書は必要ではないとされている。

子どもがいる主婦婚夫婦の場合

例えば、妻が長年専業主婦であり、夫の平均的な収入で生活していた夫婦が、未成熟子がいる中で離婚する場合が挙げられる。

離婚後扶養に関する規定を合意するが、離婚効果に関する合意で離婚後扶養の算出基盤と算出方法を詳細に記載する必要がある。そして、ZPO 323条による扶養料変更の訴えの際には、家庭裁判所はこのデータに基づいて扶養料を算定する。しかし、ZPO 323条に基づく変更手続は、どのような場合に扶養合意の変更を行うのか、またどのように行うのかについての具体的な規定を定めていない。これについては、BGB 242条のもとで学説・判例上論じられてきた行為基礎喪失の理論(Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage)が参考となり、当事者が契約の基礎となる事情について、契約内容を変更しないまま拘束することが信義則に反し、したがって事情の変化によって債務者にとって期待しえない(unzumutbar)結果を生ずるかどうかが判断基準となる¹¹⁵⁾。どのような事情が合意の基礎となり、それらをどのように評価するかという問題については、当事者の意思が重要であり、裁判官はこれを確認することになる。

また、BGB 1578条2項によれば、適切な疾病保険の費用や学校教育・職業教育の費用も扶養権利者の生活必需に含まれる。妻は、離婚の既判力から3ヶ月間は、法定疾病保険における自由なさらなる保険を失すること

はない（社会法典5編9条2項）。また、BGB 1578条3項によれば、適切な老齢年金・職業不能年金・所得不能年金の保険料も、扶養権利者の生活必需に含まれる。このような準備扶養は、いわゆる「ブレーメン算定表（Bremener Tabelle）」によって算定される。離婚効果に関する合意では、どのような場合に準備扶養を適用するかを規定することができる。

未成熟子の扶養についても規定することができる。BGB 1629条2項2文によれば、子どもの監護権を有する一方の親は、他方に対して、扶養請求権を主張することができる。また、BGB 1629条3項1文は、夫婦が別居する、もしくは両配偶者間で婚姻事件が法的係属するとすぐに、子ども固有の名において裁判上の金銭請求を行うことができる。さらに未成熟子の扶養料は、「デュッセルドルフ算定表（Düsseldorfer Tabelle）」を参照して規定する。これらについても離婚後扶養で規定することができる。親の配慮、監護権についても、離婚効果に関する合意で同時に規定することができる¹¹⁶⁾。

一方配偶者の一方的な理由による離婚の場合

例えば、夫婦が長年共稼ぎ婚として生活していたが、妻が上司と親密な関係となり、これが原因で婚姻が破綻した。妻は十分な収入を得ており、夫婦には未成熟子がいる。また、婚姻住居は夫の単独所有であり、その土地が夫の親から譲渡されたものであったとする。

妻は、離婚後も働くことを明らかにしていることから、離婚後扶養を放棄することができる。また、親の配慮は原則として、両親が共同して行われるが、BGB 1671条によって、一方配偶者が同意することで、他方配偶者単独の親の配慮を規定することができる。

上記の場合以外にも、事業主との婚姻の場合における離婚効果に関する合意では、離婚後扶養や年金等の清算を排除することができる。これらの放棄に対する補償を設ける必要があり、生命保険契約を締結することで、裁判所による内容規制の対象とならない。保険金受給額については、BGB 1587条b2項が標準となり、法定年金において保障されている金額の総額

が基準となる。また保険金支払形態についても規定する必要がある¹¹⁷⁾。

また、夫婦が公務員として働いているが、両配偶者の給与体系は異なる場合には、剰余清算を排除し、同時に婚姻締結前に夫婦財産契約によって離婚後扶養を放棄する。しかし公務員法による手当等の関係から、年金等の清算は維持したままにすることが勧められている¹¹⁸⁾。

4 小 括

本章の検討からも明らかになったように、ドイツの夫婦財産制の議論は、法定夫婦財産制である剰余共同制が主婦婚を念頭に置いた夫婦財産制であることを前提として、夫婦財産契約を、多様化する婚姻形態に適合するための手段として位置づけることで、社会状況の変化に対応しようとするものである。また、実務では様々な婚姻形態に対する夫婦財産契約の規定モデルを構築している。

特に、夫婦財産契約の合意内容に関するモデルでは、それぞれの婚姻形態に適合した内容を構築するために、剰余共同制を修正することでこれを実現している。事業主との婚姻や共稼ぎ婚といった、これまで剰余共同制に対応していないと批判されてきた婚姻形態に対応する夫婦財産契約の規定モデルを明確に提示している。これによって、夫婦間での衡平な夫婦財産の清算を実現するだけでなく、各夫婦に応じた離婚後の生活保障の内容も明確にし、さらには利害関係人との利益調整をも可能にしている。このような様々な利益調整を考慮した婚姻形態に対応した夫婦財産契約の内容モデルを示すことで、夫婦財産契約の合意内容に対する裁判所による内容規制の対象とならない、予防的な契約モデルを提示していると理解することができる。

離婚効果に関する合意についても、別居時に夫婦財産制を終了させ、別産制とすることによって、婚姻関係の破綻後に生じた一方配偶者の財産関係に対する他方配偶者の関与を否定することを可能にする。そして、法定の離婚効果とは異なる清算方法の合意や、婚姻期間中に取得した婚姻同居

の分割や利用方法を合意することによって、実質的に夫婦の婚姻共同生活に応じた財産関係の清算を実現しようとする。

また、このような夫婦財産契約や離婚効果に関する合意の規定モデルについては、これらの法情報を契約当事者に伝え、判断材料を明示し、契約当事者に十分に理解させるためには公証人による高度で積極的な関与が期待されていることも確認することができる。

第6章 ドイツ弁護士連合会の改正提言

これまでみてきたように、ドイツでは、詳細な法規定だけでなく、実務における多くの判例の蓄積によって、夫婦財産の衡平な清算を保障することが試みられてきた。他方で、実務での剰余共同制の運用は、多くの問題点を有しており、それに対する批判が展開されてきた。また、学説では、婚姻形態の多様化という観点から、剰余共同制自体に対する批判や、実務における剰余共同制の運用に関する議論がなされてきた。

このような状況の中で、2004年、連邦弁護士連合会（Bundesrechtsanwaltskammer）は、「剰余清算権の改正に関する連邦弁護士連合会の提言（Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zur Reform des Zugewinnausgleichsrechts）¹⁹⁾」（以下、「改正提言」）を公表した。改正提言では、これまで議論されてきた問題点について、立法による解決や、確立してきた判例・実務上の運用を修正することを提示しており、剰余共同制に関するこれまでの議論の到達点として位置付けることができる。

特に、連邦弁護士連合会は、剰余共同制には改正すべき個別的な問題点が数多く存在しており、またそれぞれについて改正する必要性があることを主張する。しかし、剰余共同制が施行時から、すでに誤っていたものとして評価すべきかどうかについては、連邦弁護士連合会内で一致していない。この点については、改正提言では詳細に述べられていないものの、剰余共同制が主婦婚を基本モデルとして想定していたことから、その他の婚

姻形態には、夫婦財産の清算について、衡平性が保証されていたのか疑わしいとする学説の批判がこのような評価に影響していると考えられる。

改正提言でも、社会状況の変化、特に共稼ぎ婚の増加の中で、剰余共同制の規定を機械的に適用することが、必ずしも衡平な夫婦財産の清算の成果をもたらすとは限らないとしている。そしてこの提言の目的が、社会状況の変化に対応するためのものであり、各規定の問題点の改正と、BGB 1381条の適用範囲を拡大することで、剰余共同制の中で衡平な夫婦財産の清算を保証することを試みている。以下では、改正提言をもとに、ドイツにおける剰余共同制の議論の到達点と今後の改正動向を確認したい¹²⁰⁾。

第1節 問題点と改正提言の内容

1 剰余清算と家財道具分割の関係

剰余共同制は、別産制を基礎としていることから、婚姻期間中に取得した積極財産は、その種類に関係なく、名義人に帰属することとなる。しかしながら、これには、例外が存在する。一定の家庭用動産については、家具令(HausratsVO)が適用される。

家具令の対象となる家財道具を、離婚の際の剰余清算に含めるかどうか問題となり、実務においても、その解釈は分かれていた。BGHは、「家財道具」を剰余共同制に含めないとする見解を示した¹²¹⁾。従って、「家財道具」は、剰余共同制の対象となる「財産」には含まれず、これ以降、判例・実務上では定着している状況にある。

改正提言の中では、裁判例が確立していることから、家具令の対象となる「家財道具」が、剰余清算の基礎となる当初財産及び終局財産に含まれず、家具令の対象となることを明文化すべきであると提案する。

また、婚姻に際して、婚資として持参した財産(Aussteuergegenstand)であり、かつ「家財道具」とされる動産を、所有する一方配偶者の当初財産に含めるかどうか争われている。下級審判決では、このような財産が一方配偶者の単独所有である場合には、当初財産に含めて、剰余清算を評

価している¹²²⁾。剰余清算の対象となる「財産」と「家財道具」を完全に区別したこと、長期間に及ぶ婚姻関係の場合には、事実関係を明確にし、取得時期の価値を算出することが事実上困難であることを理由として、実用的であり、裁判官の「公平な裁量」によって分配される家具令に基づいて判断されるべきであることを改正提言は主張する。これによって、家財道具は、完全に剰余清算から排除されることになる。

さらに、改正提言は、BGB 1370条との関係についても言及している。BGB 1370条は、滅却または無価値となった「婚姻生活に関わる世帯道具（Gegenstände des eheliche Haushalts）」¹²³⁾の代わりに購入された物は、もとの物の所有者である一方配偶者に帰属することを規定する。これに関しても改正提言は、一方配偶者が婚姻期間中に婚姻共同体として獲得した資金から、対象となる財産が、より価値のあるもの、もしくは完全に等価値のあるものとして置き換えられ、そして一方配偶者が単独所有者となったことで利益を得た場合には、このような事実が家具令における家財道具の分割に関して考慮されることを、明文上規定すべきであると主張している。

2 剰余清算と年金権の清算（Versorgungsausgleich）の区別

ドイツでは、離婚の際に行われる夫婦財産の清算は、夫婦財産制によるものだけでなく、種々の法規定によって行われる。年金権の清算の対象となる年金権等は、夫婦が将来、「老齢または職業不能ないし所得不能の発生を支給要件とする年金・恩給等に対する期待（Anwartschaft）または見込み（Aussichten）」で、「夫婦の財産を用いてまたは労働によって取得した年金・恩給権である」（BGB 1587条1項）。婚姻期間の終了時における夫婦それぞれの期待権または期待、見込みの価額を比較し、多い方の配偶者は少ない方の配偶者に差額の半分を分与することによって行われる¹²⁴⁾。

また、年金権の清算は、継続的な定期金給付に対する請求権（Anrechte

auf wiederkehrende Rentenleistungen) だけを対象とするものであり、対象となる年金・恩給等の給付が一括支払いによって行われる場合には、それが老後の生活を目的とするものであったとしても、年金権の清算に含まれないこととなる¹²⁵⁾。

改正提言では、年金権の清算に関して私保険に関する問題のみを扱っている。私保険の場合、約款で、保険金支払いに関する選択権(Wahlrecht)が予定されていることがある。例えば、貯蓄型の生命保険契約に基づく保険金の場合、一般的には、被保険者の死亡によって、保険金が一括して、受取人に支払われる。その際に、受取人に、生命保険金受取方法に関して、定期金払いでの受取りを選択する権利が付されていることがある。このような私保険における選択権が、終局財産の算定期日までに行使されない場合には、年金権の清算の対象とはならないとされている¹²⁶⁾。

しかし、私保険における保険金受取方法に関する選択権が、剰余清算請求権の算定や年金権の清算の算定期日となる離婚訴訟係属後に行使された場合、問題となる私保険は、その受取状況が変化することになり、年金権の清算に関する評価期日の後に、清算されるべき年金権等が減少することになる。したがって、受取状況の変化は、清算請求権者である一方配偶者に不利益となる。そこで、改正提言では、算定期日の原則を強化し、期日で私保険の性質を決定することで、期日後に剰余清算や年金権の清算の請求権を有する一方配偶者の不利益を排除すべきであるとしている¹²⁷⁾。

3 剰余清算と相続法の関係

「相続法上の解決」についても、改正提言は、学説上議論されてきた問題点の指摘を採り入れていない。剰余清算の理念には反するものの、生存配偶者が望まない限り剰余清算の算定を行わず、画一的に清算をすることで剰余清算の複雑さを回避しようとする現行システムの合理性を重視しているのであろうか。なお分析が必要である。

改正提言の中では、「相続法上の解決」を、相続法全体の中で、とりわ

け、義務分法改正の中で議論すべきであることを述べている。しかし他方で、連邦弁護士連合会の家族法委員会の委員の調査によれば、「相続法上の解決」は、具体的な剰余を算定することなく、また、被相続人よりも生存配偶者が多くの剰余を取得したかどうかに関わりなく行われることから、剰余清算の基本理念からは大きくかけ離れているものの、このような現行法における生存配偶者の法的状況は、国民の圧倒的な支持を受けていることから、これを考慮して、改正すべきでないとしている。

4 剰余清算と旧東ドイツ地域

1990年に、ドイツが再統一されたことによって、旧東ドイツ地域の持参不動産（eingebrachten Immobilien）や相続不動産の価値が増加した。その増加分が剰余清算の対象となるかどうかが問題となり、これまで長い間議論されてきた。

この点に関して、判例上明確な解決策はみられない。また学説では、BGB 1374条2項を類推適用することによって、剰余清算の対象から除外することを主張しており¹²⁸⁾、他方で、このような価値増加を、剰余清算の対象に含めることを肯定する見解も主張されている¹²⁹⁾。改正提言では、現行法の解釈による解決ではなく、立法的に解決すべきであることを主張している¹³⁰⁾。

5 報告義務（BGB 1379条）と期日規定（BGB 1384条）

剰余清算の算定に際して、各配偶者は、自己の当初財産の価額を最大限高く評価しようとし、また終局財産を極力低く評価することが考えられ、衡平な清算が保証されないおそれがある。そこで、剰余共同制は、各配偶者の当初財産及び終局財産の財産状態に関する報告の規定を設けている。

当初財産に関しては、BGB 1377条が、各配偶者は、他方配偶者に対して、当初財産の存在と価値が査定された目録を作成するための協力を請求することができることを規定している。このような目録が作成されていな

い場合には、終局財産が剰余であると推定されることとなる。このような当初財産に関する目録は、あまり作成されていないのが実情である¹³¹⁾。

しかし剰余清算請求権者の決定及びその請求権の金額は、潜在的な剰余清算義務を負う一方配偶者の当初財産がどれぐらいの額になるのかということによって常に左右される。そこで、改正提言では乱訴を防止する観点から、潜在的な剰余清算義務者である一方配偶者の当初財産の状況を、他方配偶者が把握していないことから提起される剰余清算に関する訴訟は回避すべきであり、そのためにBGB 1379条の報告義務の適用範囲を、当初財産及びBGB 1374条2項によって当初財産に加算される例外的な財産取得に拡張すべきであることを主張している。現行規定よりも広く報告義務を課すことで、両配偶者の当初財産の状況を正確に把握することを実現し、同時に訴訟率の低下を図ろうとする。また、同様の見解は、第15回ドイツ家族法大会(Deutsche Familiengerichtstag)でも主張されている¹³²⁾。

終局財産に関しては、BGB 1379条で、各配偶者に報告義務を課している。婚姻無効及び離婚訴訟が提起された時点以降(BGB 1379条2項)、その他の場合には夫婦財産制の終了によって(BGB 1379条1項)発生する。

他方で、扶養に関しては、扶養関係に関与している人々の経済的状況についての情報提供義務を規定している(BGB 1605条)。扶養請求権ないし扶養義務の確定に必要な限り、直系血族は、相互に自己の収入及び財産についての情報を与える義務があり(BGB 1605条1項1文)、他の直系血族からの要求があれば、自己の収入の証明(BGB 1605条1項2文)を提出しなければならないとされている¹³³⁾。

BGB 1379条では、法的根拠を欠いていることから、このような扶養の情報提供に関する運用を、剰余清算請求手続の中で行うことができないと解するのが、通説・判例の見解である¹³⁴⁾。また、報告義務の目録は、原則として、報告請求権者が評価することができるように、終局財産に帰属する財産価値を、財産の数、性質及び価値を構成する要素に応じて、個別的に記載されなければならないとされているが¹³⁵⁾、目録記載の詳細さの

度合いは、剰余清算請求を行うために十分な財産状況を把握することができるかどうかによって定まるとされており、証拠資料の提出を要求することはできないとされている¹³⁶⁾。改正提言では、BGB 1379条の報告義務を解釈によって、常にBGB 1605条で認められている証明資料の提出義務まで拡張すべきであると主張する。

BGB 1384条の期日規定では、離婚の場合の終局財産の算定期日を規定しており、離婚訴訟を提起した時点としている。一方で、剰余清算請求権は、夫婦財産制の終了時、したがって、離婚の場合には、離婚判決が確定した時に発生することになる。しかしながら、提起から確定までの間に、自己の財産を処分することで、清算請求権者となる一方配偶者が不利に扱われる事態も生じうる。また、夫婦が離婚訴訟を提起する前に、長期間の別居に至っていた場合、別居期間中に自己の財産を処分することも考えられる。しかし、長期間の別居の場合でも、原則として、離婚訴訟を提起した時点が基準となる¹³⁷⁾。

連邦弁護士連合会は、このような問題からBGB 1384条は不十分なものであり、改正する必要があると評価しているものの、この問題に関しては、これまで長い間学説上議論されてきており、連邦弁護士連合会も具体的な解決策を議論の中から得ることができなかったと述べている。改正提言では、期日規定とそれと併せて規定されている報告義務について、採りうる解決策として、以下の2つを提示している。

報告義務に関する確立した判例を明文化することを提案している。BGB 1375条2項は、他方配偶者を不利に扱う意図で行った行為によって婚姻期間中に一方配偶者の財産が減少した場合には、その減少額が終局財産に加算されることを規定している。また判例では、客観的に他方配偶者を不利に扱う取引行為が行われている根拠となりうる場合には、別居期間、さらには、別居に近い状態における財産処分の場合に、報告義務は拡張されている。ここでは、BGB 1384条の期日規定とそれに適用されるBGB 1379条を分離し、別居状態が認められる時点に報告義務を課すことで、別

居期間中の財産処分に対処しようとしている。

BGB 1384条の期日規定とこれに適用する BGB 1379条による報告義務を現行規定のまま維持した上で、報告義務のみを拡張しようとする。その際に、別居期日にも報告義務を課すか、両配偶者が BGB 1384条の期日の前年の12月31日時点での各々の財産状況を提供し、証明しなければならないとすることを提案している。

報告義務を別居時点へ拡張する場合、別居時点の確定とその方法が問題となる。このことは実際にはかなり困難なものである。そこで、改正提言では、別居時点の確定について、生活パートナーシップ法やスイス民法を参照している。

生活パートナーシップ法15条は、生活パートナーシップの解消について規定しており、生活パートナーの一方または双方の申立に基づいて、裁判所の判決によって解消する。この点では、離婚の場合と同じであるといえる(BGB 1564条)。しかし、離婚が、解消の要件として、婚姻の破綻のみを定めているが(BGB 1565条1項1文)、生活パートナーシップでは破綻を解消の要件としていない。その代わりに、生活パートナーシップの当事者は、原則として、生活パートナーシップの継続を望まない旨の意思表示をし、それについて、公証を得、そのときから一定の期間を経ることが必要とされる¹³⁸⁾。また、スイス民法では、別居が認定された場合には、請求された日に遡って、夫婦財産制(所得参与制)が解消され、スイス民法155条によって、別産制が生じる。その際、裁判所が別居時点を決定する¹³⁹⁾。改正提言では、いずれかの手続を採用することを主張している。

6 当初財産

BGB 1374条1項は、債務超過の場合には、当初財産が最低限ゼロと評価する。改正提言は本規定を改正されるべきであり、夫婦財産制開始時に債務超過の場合でも、当初財産の価額をゼロとすることなく、マイナスのまま評価されるべきであることを主張している。そして、BGB 1374条2

項で列挙されている取得経過によって獲得された財産が、債務超過した当初財産と算定上相殺することを、明記すべきであるとしている。

BGB 1381条に関する判例は、剰余清算に関する規定を機械的に適用することによって夫婦間に不衡平が生じても、この規定を適用しないことを明確にしている。したがって、当初財産の超過債務を考慮しないことから、非常に多くの不衡平な結果が生じている。これについて、改正提言では、このような不衡平に対しても、BGB 1381条を適用すべきであることを主張する。そして、債務超過の場合に、当初財産をマイナスのまま評価すること及びBGB 1374条2項によって当初財産に加算される財産を、債務超過した当初財産と算定上相殺することが不衡平な結果をもたらす場合には、BGB 1381条を適用することによって不衡平を是正することを主張する。またBGB 1374条2項によって当初財産に加算されない財産については、「状況に応じて所得に加算されるべきではない」と同条但書で規定されているが、これをより狭く解すべきであるとしている。

婚姻期間中に、夫婦に対して、一方配偶者の両親から財産の支出がなされることがある。改正提言では、これらの財産支出が、一方配偶者に対するものであるかどうか疑わしい場合には、実子である一方配偶者のみに対する支出であり、他方配偶者に対するものではないとする推定の規定を設けることを提案している。これによって、訴訟率の低下を図っている。

また、BGB 1374条2項の類推適用の可否については、改正提言でも結論は出されていない。これまで同様に、類推適用を否定し当初財産への加算を制限するか、もしくは、新たに当初財産への加算の対象となる財産を創設すべきか、ということは、最終的には立法者によって決定されるべきであるとしている。

7 BGB 1375条2項による終局財産への加算

終局財産の算定の際にも一定の財産については加算が行われる。目的は、夫婦財産制の期間中に生じた特定の財産減少が起こらなかつたものとして

取り扱うことである。BGB 1375条 2 項は、一方配偶者が自己の剰余を任意に減少することで、他方配偶者の負担とすることを阻止する。一方配偶者が夫婦財産制の開始後に、一方配偶者が、道徳的義務 (Sittenpflicht) もしくは儀礼的作法 (Geboten des Anstandes) に適わない無償の出捐を行った場合、財産を浪費した場合、もしくは他方配偶者を不利に扱う意図で行為を行った場合には、その減少額が加算されることとなる。財産減少が生じたその時点で有していた価格が加算される (BGB 1376条 2 項)。

これに関して、改正提言は離婚までの別居期間については加算の要件を弱める、すなわち別居期間中の財産減少の加算対象を広げること、もしくは BGB 1375条 2 項による加算を主張する一方配偶者に、問題となる財産減少が夫婦の合意に基づいたものではないこと、道徳的義務や儀礼的作法から婚姻共同生活に適切でないと判断される財産減少が、必要不可欠なものではなかったこと、そして加算を主張する一方配偶者を不利に扱う目的ではなく行われたことに対する立証責任を課すべきであるとしている。

8 夫婦財産制によらない財産の清算

ドイツでは、判例によって、夫婦財産制の規定によらない財産の清算が認められてきた。その中でも、判例・学説によって大きく発展してきたものに「婚姻を前提とした出捐 (ehebedingten Zuwendung)¹⁴⁰⁾」「夫婦内部組合 (Ehegatten-Innengesellschaft)¹⁴¹⁾」がある。両者とも、婚姻期間中の財産移転が多様なものであることから、夫婦財産制の規定によって、十分に対処しきれないことから、判例上形成されてきたものである。

特に、「婚姻を前提とした出捐」に関しては、BGB 1380条との関係も含めて、学説・判例上議論されてきたものである。「婚姻を前提とした出捐」は、婚姻期間中に、一方配偶者が他方配偶者に、反対給付なく財産を移転した場合に、この夫婦間の財産移転を「特殊な種類の家族法上の契約

（familienrechtliche Vertrag besonder Art）」によるものとして捉えている。そして、夫婦もしくは婚姻共同生活の性質から生じる行為基礎（Geschäftsgrundlage）が消滅したことから、当該財産を返還することができる¹⁴²⁾。

判例・通説はすでに、「婚姻を前提とした出捐」に関する判例理論に対して、剰余共同制の優位性を強調してきた。すなわち、「婚姻を前提とした出捐」に基づく清算請求権は、通常は剰余共同制の清算の規定によって排除され、剰余清算の結果が不衡平ないし不適當の場合にのみ適用される。判断基準として、婚姻期間、出捐時の夫婦の資産状況、夫婦の現在の資産状況、夫婦の年齢、今後取得可能な財産、出捐によって生じた事情、出捐の目的、受領者のなした給付（育児や家事などの労務給付など）の要素が総合的に考慮される¹⁴³⁾。

改正提言は、この判例理論は例外的に夫婦間の利益清算が夫婦財産法の条文を通じて実現されえない場合、例えば夫婦財産契約によって別産制の合意をしているために、夫婦間の利益清算が行われない場合に、この方法を用いて、夫婦間の清算を実現することは有益であると評価している。その上で、「婚姻を前提とした出捐」に関する判例理論は、法律の中に取り入れられるべきであり、剰余清算の算定結果が当該夫婦にとって衡平ないし適当な清算をもたらしていない場合にも、適用されるべきであると主張している。

他方で、改正提言は、「夫婦内部組合」に関して発展してきた判例理論は法律の中に取り込むことをするべきではないと判断している¹⁴⁴⁾。

第2節 改正提言の評価と位置づけ

改正提言は、共稼ぎ婚の増加という社会状況の変化に対応することを目的として、これまで議論されてきた問題点について一定の結論を述べている。改正提言全ての項目が、必ずしもこの目的に対応しているわけではなく、総論として共稼ぎ婚の増加への対応を掲げ、個々の問題点に関する一

定の具体的な解決策を提示しているものとして位置付けることができる。この改正提言の目的に具体的に対応しているといえるものは、報告義務と当初財産の項目である。これらの内容は、学説において議論されてきた動向とも一致している。この2つの項目に限らず他の項目についても、ドイツにおいても、今後さらなる議論が必要とされる問題点であり、衡平な夫婦財産の清算を保証するために必要不可欠なものであるといえる。

お わ り に

本稿は、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この課題を克服してきたかを分析することに主眼を置くものである。日本の夫婦財産制及び財産分与制度の解釈・立法論として、ドイツの諸制度をそのまま導入することを主張するものではない。しかしながら、ドイツの議論からは、今日の多様な夫婦のあり方に対応した衡平な夫婦財産制を構築するために必要となる視点を提供していると思われる。

日本での財産分与における夫婦財産の清算は、剰余共同制における夫婦財産の清算に類似する方法が採られてきた。そこでは、多くの場合、財産分与請求権者となるのは専業主婦であった妻であったことから、財産分与の権利性をより明瞭にすることで、妻の財産上の保護を実現してきた。しかし、両配偶者の財産状況を正確に把握するための手段や詳細な財産評価方法は確立されてこなかった。事業主との婚姻の場合にも、夫が所有する法人の資産をどのように評価するかが問題となり、実務でも一定の解決が試みられてきた¹⁴⁵⁾。しかしながら、有形資産の価値の総額のみを対象とするだけであり、企業の種類・規模に応じた価値評価方法を確立するまでには至らなかった。また、専門職有資格者や事業代表者の地位については、清算の対象とすることの可否や具体的な評価方法は指摘されてきたものの¹⁴⁶⁾、具体的な評価方法は提示されてこなかった。日本では、協議離婚

の段階で弁護士が関与することが多いことから、事業に関する特定の財産を清算対象から除外したり、企業主及び専門職有資格者の財産や事業を正確に把握することは、協議離婚の合意内容を形成する上で有益なものとなる。ドイツの議論は、この課題を解決する上で参考にすることができる。

ドイツの議論状況からは、衡平な夫婦財産の清算を実現するための詳細な法規定と裁判例の積み重ねを確認することができるのと同時に、これを支える機能を有する報告義務制度が重要な役割を果たしている。夫婦財産の清算の対象となる財産状態を正確に把握することは、いかなる婚姻形態においても必要不可欠である。

日本では、専業主婦が多かったことから、妻の法的地位を保護するためにも財産分与の権利性を強調することが議論の中心となり、また夫婦生活の実態からは、夫が外で働き妻が家庭を維持することから、婚姻期間中は妻が夫の給与等の収入を容易に把握できると認識されていたこともあり、離婚時の夫婦の財産開示に関する議論は積極的に行われなかった。

一方で、財産分与制度以外では、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、給付対象の特定・立証の困難を克服することを目的とした、財産状態の把握、立証責任に関する解釈が試みられている。その一例として、相続回復請求権（民884条）が挙げられる。副田隆重教授は、「相続の場合、相続人が相続財産の事実支配を確立する以前にそれが侵奪された場合、相続人は、相続という法律関係の特質のゆえに責なくして自己の権利の存在・範囲（したがって損害の存在・範囲）を立証できず、そのため充分な訴訟追行が困難となる。他方で、準事務管理の場合……他人の特許権等を無断盗用して過大な収益を上げたような場合、準事務管理を肯定する立場からは、盗用者の獲得収益を剥奪するための収益引渡（結果引渡）請求権とその収益確定の手段として事務管理・てん末報告請求権とが認められている。この場合、右の報告請求が認められていないならば、本人（特許権者）は全収益の引渡を請求しようといっ

ても収益の範囲を覚知・立証できず、収益剥奪は結局不可能となるだろう。その意味で、相続回復請求における通知交付請求（または義務）と準事務管理における報告請求権（または義務）とは、同質の機能を果たしようといえよう」とした上で、「証拠資料開示機能の側面から準事務管理をとらえる場合には、その要件は従来より緩和されてよいように思われる。すなわち、悪意事務管理だけでなく誤想事務管理もまた本稿にいう準事務管理とされ、通知交付義務が承認されなければならない。換言すれば、表見相続人は、善意・悪意にかかわらず通知交付義務を負うわけである。このように解すれば、相続回復請求権に準事務管理（報告義務）を適用することも十分に可能であると考え」として、相続人でない者と相続人との関係を準事務管理と捉えることで、この問題を克服しようとする¹⁴⁷⁾。

夫婦財産制終了時に各配偶者が所有する財産状態を全て開示し、そこから夫婦財産の清算の対象となる財産を確定することにより、正確な財産状態の把握を実現することを念頭にすると、財産開示の必要性は、相続人でない者がどういう財産を支配・管理しているのかを明確にする必要がある相続回復請求権と同様に認められるものである。しかし、日本の夫婦財産制は別産制と解されており、各配偶者が自己の財産を所有し管理する。したがって、他人の事務を悪意で権限なしに自己の利益を図るために管理するという準事務管理の要件を充たしておらず、準事務管理の法理をここで用いることはできないと思われる。

他方で、相続回復請求権と異なり、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、夫婦間の権利・義務の存在を前提とした上で、非訟事件手続の中で、その具体的内容を形成するものであるといえる。夫婦は、財産分与の具体的内容を形成するために協議を行うことが予定されている（民768条2項）。協議を経て、財産分与をさせるべきかどうか、財産分与の額や給付方法に関する一定の内容を合意することになる。財産分与という法律関係の特質から、自己の権利の存否及び範囲を十分に把握することができず、本来得られるべき結

果を得ることができないことも考えられる。協議において適切な情報を得ていたならば、異なる内容を合意し、またこのような不衡平が生ずることを防ぐことができる。現行法は、各人が自身で財産状態に関する情報等を収集し、立証することを前提としているが、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独力で正確に把握することは困難である。各配偶者は自己の財産状態について最も良く知る者であるから、夫婦間には常に財産状態に関する情報の格差が存在している。このような財産状態に関する情報の格差が存在する場合には、財産分与に関する合意内容を形成する過程において、夫婦間には実質的な不平等が生じているといえ、これを是正する必要がある。このような状況から、財産分与制度が協議を前提としていることを鑑みて、財産分与の規定趣旨もしくは信義誠実の原則(民1条2項)によって、各配偶者に財産状態を開示することを義務付けることはできないのではないだろうか。立法論としては、情報提供請求権及びそれに対応する情報提供義務について具体的に規定するべきであろう。

1994年に法務省民事局参事官室から公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」(以下、「要綱試案」)¹⁴⁸⁾は、「2分の1ルール」を採用すべきことを明らかにした。これ以降、実務の多くはこれを採用している。これまでの日本の議論状況からも、専業主婦を念頭に置いて規定されていることは明らかであり、またドイツの議論からも「2分の1ルール」が全ての婚姻形態に衡平性を保障していないことは明らかであり、特に共稼ぎ婚のように、夫婦間に稼働能力と家事の平等な負担が達成されているような場合には、「2分の1ルール」は無用であろう。しかし、ドイツでも、子どもの出生・養育のために共稼ぎ婚姻から主婦婚へと婚姻形態が移行した場合には、剰余共同制へ移行することを夫婦財産契約で合意することが勧められていることから、家事負担・養育を担う専業主婦に関しては、「2分の1ルール」は意味があるといえる。

一方で、要綱試案は、「一切の事情を考慮」して、財産分与をさせるべきかどうか並びに額及び方法を定めるとしている。財産分与を行う場合の

事情内容を列挙しているものの、どのような事情が考慮されることによって、「2分の1ルール」の適用外とされるのかは、明確にされていないことから、この点もドイツの議論が参考になると思われる。

もっとも、夫婦財産の清算を財産分与の中核と解し、主婦婚に対応した財産分与に関する議論は、1990年代以降の「補償」概念の導入を主張する見解によって大きく揺らいでいる¹⁴⁹⁾。夫婦財産の清算は、「婚姻解消による法定夫婦財産制の終了」を説明するものであり、やはり夫婦財産制の枠内で処理すべきではないかと考える¹⁵⁰⁾。その上で、離婚給付の枠内で補償しなければならない要素は何であるのかを検討することになる。

そして、このような問題を検討する上で、婚姻形態に応じた夫婦財産契約の合意内容に関する類型を提示することは、様々な婚姻形態に応じた衡平な夫婦財産の清算を可能にするだけでなく、離婚給付に関しても、夫婦に相応な離婚給付の実現を可能にするものと考えられる。夫婦財産契約の利用を容易なものとするために、婚姻後も夫婦財産契約を締結することができ、またこれを変更することができる制度に改めることについては、多くの見解がこのような法改正の議論方向を支持している¹⁵¹⁾。同時に利用を容易にするためには、夫婦財産契約によって、夫婦がどのような合意内容を規定することができるのかを明確にすることも求められる。さらに、夫婦財産契約に解除条件を設けることで柔軟な対応を実現することが可能である。婚姻形態に応じた夫婦財産契約の類型を提示するというドイツの議論は、この課題を克服する上で十分に参考になるとともに、夫婦の自由な婚姻形態の選択、すなわち当事者の意思の尊重と夫婦の実質的な平等の調和を実現することができると思われる。

夫婦財産契約に関しては、契約当事者である夫婦の間に対等性を欠いている場合や契約内容に対する裁判所の内容規制の根拠や適用範囲といった、契約自由とその制限が大きな検討課題となる。また、夫婦財産の清算としての性質をも有する配偶者相続権を含めて議論する必要があると考えられる。このような問題については、今後別に検討したい。

(完)

- 1) Gritt Langenfeld, Handbuch des Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 5. Aufl., 2006.
 - 2) BGB § 1408 Ehevertrag, Vertragsfreiheit.
 - (1) Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern.
 - (2) In einem Ehevertrag können die Ehegatten durch eine ausdrückliche Vereinbarung auch den Versorgungsausgleich ausschließen. Der Ausschluss ist unwirksam, wenn innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluss Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt wird.
- (仮訳)
- 「BGB 1408条〔夫婦財産契約, 契約の自由〕
- (1) 夫婦は、契約(夫婦財産契約)によって、夫婦の財産関係を定めることができる。特に、婚姻締結後にも夫婦財産制を廃止または変更することができる。
 - (2) 夫婦は、夫婦財産契約において、明示上の合意によって、年金等の清算(Versorgungsausgleich)も排除することができる。この排除は、契約締結後一年以内に離婚訴訟が提起された場合には、無効となる。」
- 3) Dagmer Coester-Waltjen, Liebe-Freiheit-guten Sitten, Grenzen autonomer Gestaltung der Ehe und ihrer Folgen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft, Band , Bürgerliches Recht, 2000, S. 985, 991; Rainer Kanzleiter in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Familienrecht , 4. Aufl., 2000, (以下, 「MünchKomm/Kanzleiter」), 1§ 408, Rn. 1, S. 606.
 - 4) Ingeborg Schwenzer, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 196 (1996), S. 94; Herbert Grziwotz, Das Ende der Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht?, FamRZ 1997, S. 587; MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 3), § 1408, Rn. 10, S. 608.
 - 5) MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 3), § 1408, Rn. 1 ff, S. 606 ff; 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., 2007, (以下, 「Staudinger/Thiele」), § 1408, Rn. 5 ff, S. 390 ff; Gerd Brudermüller in; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. neubearb. Aufl., 2007, § 1408, Rn. 13 ff, S. 1676 ff.
 - 6) BGB § 1409 Beschränkung der Vertragsfreiheit. Der Güterstand kann nicht durch Verweisung auf nicht mehr geltens oder ausländisches Recht bestimmt werden.

(仮訳)

「BGB 1409条〔契約自由の制限〕

夫婦財産制は、現に施行されていない法律もしくは外国法を指示する（Verweisung）ことによって、これを定めることはできない。」

- 7) Staudinger/Thiele, a.a.O. (Fn. 5), § 1409, Rn. 2, S. 423.
- 8) MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 3), § 1409, Rn. 1, S. 619.
- 9) Eberhard Körner, Die Grenzen der Vertragfreiheit im neuen Güterrecht, 1961, S. 47, 181ff.
- 10) Joachim Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl., 1980, § 32, , 4, S. 441ff.
- 11) Günter Beitzke, Familienrecht, 24über. Aufl., 1985, § 13, , 4, S. 224.
- 12) Gernhuber, a.a.O. (Fn. 10), § 32, , 6, S. 436.
- 13) Alexander Knur, Probleme der Zugewinngemeinschaft, DNotZ 1957, S. 463.
- 14) MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 3), § 1408, Rn. 13, S. 608; Staudinger/Thiele, a.a.O. (Fn. 5), Vorbem zu §§ 1408, Rn. 20 ff, S. 377ff.
- 15) Hans Dölle, Familienrecht , § 43, , 2, S. 821.; MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 3), § 1408, Rn. 13, S. 609.
- 16) MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 3), § 1408, Rn. 14 ff, S. 609 ff.
- 17) BGH NJW 1986, 802.; BGH NJW 1986, 2316, 2317; BGH NJW 1997, 126.
- 18) 条文仮訳については、本沢巳代子『離婚給付の研究』（一粒社，1998年）205頁以下参照。BGB § 1587o Vereinbarung über den Ausgleich.

(1) Die Ehegatten können im Zusammenhang mit der Scheidung eine Vereinbarung über den Ausgleich von Anwartschaften oder Anrechten auf eine Versorgung wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit (§ 1587) schließen. Durch die Vereinbarung können Anwartschaftsrechte in einer gesetzlichen Rentenversicherung nach § 1587b Abs.1 oder 2 nicht begründet oder übertragen werden.

(2) Der Vereinbarung nach Absatz 1 muss notariell beurkundet werden. § 127a ist entsprechend anzuwenden. Die Vereinbarung bedarf der Genehmigung des Familiengerichts. Die Genehmigung soll nur verweigert werden, wenn unter Einbeziehung der Unterhaltsregelung und der Vermögensauseinandersetzung offensichtlich die vereinbarte Leistung nicht zu einer dem Ziel des Versorgungsausgleichs entsprechenden Sicherung des Berechtigten geeignet ist oder zu keinem nach Art und Höhe angemessenen Ausgleich unter den Ehegatten führt.

（仮訳）

「BGB 1587条 o（清算に関する合意）」

(1) 夫婦は、離婚に伴って、老齢または職業不能ないし所得不能に基づく年金等に対する期待（Anwartschaft）または権利の清算に関する合意を締結することができる。1587条 b 1 項または 2 項による法定年金保険に対する期待権は、合意によって創設ないし譲渡することができない。

(2) 前項の合意は、公正証書（Notarurkunde）を作成しなければならない。127条 a

をこれに準用する。この合意には、家庭裁判所の承認 (Genehmigung) が必要である。扶養に関する規定と財産分割とを含め、合意された (反対) 給付が、年金等の清算の目的に応じた清算請求権者に対する補償に適用していない、またはその方法及び金額に応じた相応な清算が夫婦間で行われない場合には、承認を与えることはできない。」

- 19) BGH FamRZ 1983, 459; Staudinger/Thiele, a.a.O. (Fn. 5), § 1408, Rn. 46, S. 402.
- 20) BGH FamRZ 1986, 788.
- 21) 本沢・前注 (18) 191頁。
- 22) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Kap. 1, Rn. 2, S. 1.
- 23) Ludwig Bergschneider, Verträge in Familiensachen, 3. Aufl., 2006, Rn. 7. S. 2.
- 24) この用語の他にも、「der erweiter Ehevertrag」(Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl., 2006, (以下, 「Gernhuber/Coester-Waltjen/5. Aufl.」), § 32, S. 345.) 等が挙げられる。
- 25) Christof Münch, Die Unternehmerehe, 2007, Rn. 468, S. 173; Ludwig Bergschneider, a.a.O. (Fn. 23), Rn. 10, S. 3.
- 26) オリバー・フランツ・ケストラー, 神谷遊訳「ドイツにおける離婚の効果に関する合意」広島法科大学院論集第 3 号 (2007 年) 279頁以下。
- 27) Thilo Ramm, Zur Neuregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen, JZ 1970, S. 705ff.
- 28) Diskussionsentwurf eines Gesetzes über die Neuregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen, 1970 Bonn Deutscher Bundes-Verlag.
- 29) 「稼働婚 (Berufstätigenehe)」は、ラム特有の用語であり、定義は明確ではない。意味するところは、共稼ぎ婚に等しいと思われる。
- 30) Ramm, a.a.O. (Fn. 27), S. 751ff.
- 31) Dieter Schwab, Zum Eheverständnis der Eherechtsreform in: Schwab, Geschichtliches Recht und moderne Zeiten, Heidelberg 1995, S. 238.
- 32) Dieter Schwab, Eheschließungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft in: Schwab, Geschichtliches Recht und moderne Zeiten, Heidelberg 1995, S. 216.
- 33) Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrecht, 4. Aufl., 1994, (以下, 「Gernhuber/Coester-Waltjen/4. Aufl.」), § 34, S. 495.
- 34) Joachim Gernhuber, Eherecht und Ehetypen, 1981, S. 6 f.
- 35) Gernhuber/Coester-Waltjen/4. Aufl., a.a.O. (Fn. 33), § 31 I, S. 467.
- 36) BGB § 1356 Haushaltsführung, Erwerbstätigkeit.
 - (1) Die Ehegatten regeln die Haushaltsführung im gegenseitigen Einvernehmen. Ist die Haushaltsführung einem der Ehegatten überlassen, so leitet dieser den Haushalt in eigener Verantwortung.
 - (2) Beide Ehegatten sind berechtigt, erwerbstätig zu sein. Bei der Wahl und Ausübung einer Erwerbstätigkeit haben sie auf die Belange des anderen Ehegatten und der Familie die gebotene Rücksicht zu nehmen.

(仮訳)

「BGB 1356条〔家政執行, 稼働能力〕

- (1) 夫婦は, 家政執行を相互の協議において規定する。家政執行を一方配偶者に委ねる場合には, この者は, 固有の責任において家政を行う。
 - (2) 両配偶者は, 稼働する権限を有する。稼働能力の選択または行使の際には, 夫婦は, 他方配偶者及び家族の利益を考慮しなければならない。」
- 37) Gernhuber, a.a.O. (Fn. 34), S. 12; Knöpfel Gottfried, Gerechtigkeit und nahehehlicher Unterhalt ~ eine ungeloste Frage, AcP191 (1991), S. 107ff.
 - 38) Gernhuber/Coester-Waltjen/4. Aufl., a.a.O. (Fn. 33), § 31 1. S. 467; Gernhuber, a.a.O. (Fn. 34), S. 12.
 - 39) Roman Herzog, Ehe und Familie in der Verfassungsordnung, Die neue Ordnung, 1988, S. 116, 121.
 - 40) F. W. Bosch, Neue Entwicklungen im Familienrecht, 1990, S. 13. しかし, その後婚姻法改正に関する立法草案に対しては, 多様性のうちのわずかなものから規準化した国家による若干の婚姻形態が公正なものであるかどうかを指摘し, Herzog による法定の婚姻形態の選択の理念に賛同している (F. W. Bosch, Staatliches und kirchliches Eherecht-in Harmonie oder im Konflikt?, FamRZ 1998, 655ff, 674ff.)
 - 41) Hans Hattenhauer, Die Privatisierung der Ehe, ZRP 1985, S. 201; Über ehestabilisierende Rechtstechniken, FamRZ 1989, S. 232.
 - 42) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 116, S. 32.
 - 43) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 116, S. 32.
 - 44) Langenfeld Gerrit, Ehevertragsgestaltung nach Ehetypen, FamRZ 1987, S. 11ff.
 - 45) Stefan Urbach, Unzulänglichkeiten der Zugewinnngemeinschaft, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1990, S. 42.
 - 46) Junker/Kamanabrou, Vertragsgestaltung, 2. Aufl., 2007, Rn. 12ff, S. 5ff.
 - 47) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 120, 121, S. 34.
 - 48) Babara Dauner-Lieb, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht. Zugleich Anmerkungen und Fragen zum Urteil des BVerfG vom 6.2.2002-1 BvR 12/92, AcP 201, 2001, S. 295ff, 315.
 - 49) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 48), S. 315.
 - 50) Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn. 48), S. 315, 330.
 - 51) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 453, S. 129; Beate Heis, Vertragsgestaltung in Familiensachen, 2007, Teil 2, § 1, Rn. 195, S. 211, 212.
 - 52) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 454 ff, S. 129ff; Heis, a.a.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 113ff, S. 186 ff.
 - 53) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 455.S. 129.
 - 54) 1978年施行のオーストリア婚姻法82条1項3号及び4号では, 「個人的使用に供する財産」「職業用財産」「営業用財産」「営業に係わる持ち分」を婚姻解消の際の夫婦財産の清算である「婚資などの分割」から排除している(松倉耕作「オーストリア家族法の改正

- 案(2006年度)」名城ロースクールレビュー4号(2006年)13頁)。これに対して、ホンゼル(Heinrich Honsell)は、これらの財産に該当するかどうかの判断は画一的に行うのではなく、夫婦の共同生活に応じて柔軟に行うべきであると主張する(Die Neuordnung des gesetzlichen Güterrechts in Österreich, FamRZ 1980, 93, 95.)
- 55) 評釈でも、本判決を肯定するものが多い(Joachim Gernhuber, EWiR, 13/1997, S. 591, 592; Gerhard Hohloch, JuS 1998, 81.)
- 56) BVerfG FamRZ 2001, 343.
- 57) BVerfG FamRZ 2001, 985.
- 58) 本判決を紹介するものに、三宅利昌「離婚給付をめぐる契約の自由とその制限について～ドイツにおける夫婦財産契約をめぐる契約内容の規制の判断基準を中心として～」創価法学36巻1号(2006年)45頁以下。
- 59) 本判決を紹介するものに、三宅・前注(58)54頁以下。古野豊秋「ドイツ憲法判例研究(一二四)契約の自由とその限界～夫婦財産契約事件」自治研究80巻5号(2004年)146頁参照。
- 60) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 45.S. 13. その後, BGH は, BGH 2005年5月25日判決(BGH FamRZ 2005, 1444, 1447.)で、「離婚効果制度の基礎にある婚姻・子どもの養育等により職業活動における不利益を, 離婚後に清算するという思想と, 各夫婦の夫婦財産契約による合意が相容れるものであるかどうかは, 合意の基礎, 契約締結時に夫婦が抱いていた婚姻形態や現実に営まれた婚姻形態によって, 個別に判断する」としている。BGH は, 婚姻形態に応じて法定の離婚効果を適合させることに, 夫婦財産契約の自由の根拠としているといえる。
- 61) BGH FamRZ 1997, 800 = NJW 1997, 2339; MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 3), § 1408, Rn. 14, S. 609; Jörg Mayer in; Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, §§ 1297-2385 · EGBGB · CISG, 2003, (以下「Bamberger/Roth/J.Mayer」), § 1408, Rn. 13, S. 259; Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 498, S. 140; HeiB, a.a.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 63ff. S. 174.
- 62) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 500, 501, S. 141; HeiB, a.a.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 62, 63, S. 174.
- 63) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 508, 509, S. 142, 143.; Bamberger/Roth/J.Mayer, a.a.O. (Fn. 61), § 1408, Rn. 13, S. 259.
- 64) BGHZ 86, 143, 151. = NJW 1983, 753; Staudinger/Thiele, a.a.O. (Fn. 5), § 1408, Rn. 9, S. 391.; MünchKomm/Koch, a.a.O. (Fn. 3), § 1378, Rn. 37, S. 535; Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 517, S. 145; Bergschneider, a.a.O. (Fn. 23), Rn. 673, S. 218.; Wolfgang Jaeger in; Johannsen/Henreich, Eherecht, 4. überarb. Aufl., 2003, § 1372, Rn. 4, S. 173; Göran Berger, Die „modifizierte Zugewinnngemeinschaft“ in zivil- und steuerrechtlicher Sicht, 1989, S. 127ff.; Cypionka, Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich in Ehevertrag und Scheidungsfolgenverträgen, MittRhNotK 1986, S. 157, 162.;
- 65) HeiB, a.a.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 150, S. 198; Bamberger/Roth/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 61), § 1408, Rn. 13, S. 259.

- 66) BGH NJW 1990, 1363 = FamRZ 1990, 273; OLG Hamm, FamRZ 1990, 416; Bamberger/Roth/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 61), § 1408, Rn. 13, S. 259; Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 493, S. 139.
- 67) BGH FamRZ 1988, 925; OLG Hamburg NJW 1964, 1079; OLG Hamm FamRZ 1983, 592; FamRZ 1986, 1106; Dieter Schwab in; Dieter Schwab, Handbuch des Scheidungsrecht, 5. neubearb. Aufl. 2004, , Rn. 180, S. 1643.
- 68) Susanne Frey, Die Sicherung des künftigen Zugewinnausgleich, 1990, S. 98.
- 69) BGB § 1371 Zugewinnausgleich im Todesfall.
- (1) Wird der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet, so wird der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht; hierbei ist unerheblich, ob die Ehegatten in einzelnen Falle einen Zugewinn erzielt haben.
 - (2) Wird der überlebende Ehegatte nicht Erbe und sthet ihm auch kein Vermachtnis zu, so kann er Ausgleich des Zugewinns nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangen; der Pflichtteil des überlebende Ehegatten oder eines anderen pflichtteilsberechtigten bestimmt sich in diesem Falle nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten.
 - (3) Schlägt der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus, so kann er neben dem Ausgleich des Zugewinns den Pflichtteil auch dann verlangen, wenn dieser ihm nach den erbrechtlichen Bestimmungen nicht zustände; dies gilt nicht, wenn er durch Vertrag mit seinem Ehegatten auf sein gesetzliches Erbrecht oder sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat.
 - (4) Sind erbberechtigte Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten, welche nicht aus der durch den Tod dieses Ehegatten aufgelösten Ehe stammen, vorhaben, so ist der überlebende Ehegatte verpflichtet, diesen Abkömmlingen, wenn und soweit sie dessen bedürfen, die Mittel zu einer angemessenen Ausbildung aus dem nach Absatz 1 zusätzlich gewährten Viertel zu gewähren.

(仮訳)

「BGB 1371条〔死亡の場合における剰余清算〕

- (1) 夫婦財産制が一方配偶者の死亡によって終了した場合には、剰余清算は、生存配偶者の法定相続分を相続財産の4分の1増加することによって、これを行う。この場合、夫婦が、個々の事例において、剰余を取得したかどうかを問わない。
- (2) 生存配偶者が相続人とならず、また遺贈も受けていない場合には、1373条ないし1383条及び1390条によって、剰余清算を請求することができる。生存配偶者及びその他の義務分権者の義務分は、増加しない一方配偶者の法定相続分によって定まる。
- (3) 生存配偶者が相続放棄した場合には、生存配偶者が相続法の規定によれば義務分を有していない場合でも、剰余清算と並んで、義務分を請求することができる。生存配偶者が、他方配偶者との契約によって、法定相続権または義務分を放棄した場合には、この限りではない。

(4) 死亡した一方配偶者の相続権のある直系卑属であり、その死亡によって解消した婚姻から出生していない者が存在する場合には、生存配偶者は、この者が必要とした場合には、またその限りにおいて、第一項に基づいて増加された4分の1の中から、相応な養育のための資金 (Mittel zu einer angemessenen Ausbildung) を与える義務を負う。」

- 70) Bamberger/Roth/J. Mayer, aa.O. (Fn. 61), § 1408, Rn. 14, S. 260; Hans Friedheim Gaul in: Soegel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 7, Familienrecht, 12.Aufl., 1989, (以下, 「Soegel/Gaul」), § 1371, Rn. 7, 16, S. 220, 221.; MünchKomm/Koch, aa.O. (Fn. 3), § 1378, Rn. 36, 37, S. 535.; Staudinger/Thiele, aa.O. (Fn. 5), § 1371, Rn. 4ff, S. 147ff.; Cypionka, aa.O. (Fn. 64), S. 165.; Gernhuber/Coester-Waltjen/5.Aufl., aa.O. (Fn. 24), § 37, S. 423f.; Berger, aa.O. (Fn. 64), S. 120; Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 424, S. 122; Heis, aa.O. (Fn. 51), Teil 2, Rn. 44, S. 169, 170.
- 71) 具体的な婚姻形態については, Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Kap. 8, Rn. 1235ff, S. 349ff.
- 72) Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 493, S. 139, Rn. 1245, S. 351.
- 73) Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 1245, S. 351.
- 74) Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 1247, S. 351; Günter Brambring, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 5.Aufl., 2005, S. 3.
- 75) Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Kap. 4, Rn. 495, 496, S. 140; Heiß, aa.O. (Fn. 51), Rn. 179, S. 208.
- 76) Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 1286, S. 372.
- 77) Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 1286, S. 372.
- 78) BGH FamRZ 1997, 800, 801 = NJW 1997, 2339, 2341.; OLG Stuttgart DNotZ 1983, 693; Schwab, aa.O. (Fn. 67), Rn. 318, S. 1702.; Knur, aa.O. (Fn. 13), S. 475.; Münch, aa.O. (Fn. 25), Rn. 785, S. 277ff.; Heis, aa.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 113ff, S. 186ff.; Nicole Plate, Die modifizierte Zugewinnngemeinschaft im Ehevertrag von Unternehmern, MittRhNotK 1999, S. 264.
- 79) Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 1264, S. 360.
- 80) Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 454, S. 128.
- 81) Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 462, S. 131.; Heiß, aa.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 116ff, S. 186ff.
- 82) Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 462, S. 131.; Plate, aa.O. (Fn. 78), S. 266. 税法上の概念である「企業財産 (Betriebsvermögen)」は, これを夫婦財産契約の中で用いることは多くの問題が生ずることから, 夫婦財産契約でこれを用いる場合には, 対象となる財産をさらに詳細に記載する必要があるとされている (Münch, aa.O. (Fn. 25), Rn. 790ff, S. 278ff.)
- 83) Münch, aa.O. (Fn. 25), Rn. 799, S. 282; Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 466, 474, S. 131ff.; Heiß, aa.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 118, S. 191.
- 84) Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 469, S. 132.
- 85) Bernd Wegmann, Eheverträge, 2.Aufl., 2002, S. 66.
- 86) Münch, aa.O. (Fn. 25), Rn. 796, S. 282.; Langenfeld, aa.O. (Fn. 1), Rn. 470, S. 133.; Plate, aa.O. (Fn. 78), S. 265.

- 87) 条文訳については、松倉・前注(54)14～15頁参照。
- 88) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 473, S. 133.
- 89) Bamberger/Roth/J.Mayer, a.a.O. (Fn. 61), § 1408, Rn. 13, S. 259; MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 3), § 1408, Rn. 14, S. 609; Heiβ, a.a.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 44, S. 169; Berger, a.a.O. (Fn. 64), S. 118; Soergel/Gaul, a.a.O. (Fn. 70), § 1408, Rn. 18, S. 355, 356.
- 90) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1280, S. 368, 389.
- 91) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 450, S. 135.
- 92) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 484, S. 136; Heiβ, a.a.O. (Fn. 51), Teil 2, Rn. 147, 148, S. 197.
- 93) 拙稿「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～」立命館法学313号(2007年)159頁～167頁。
- 94) Soergel//Roth/Gaul, a.a.O. (Fn. 70), § 1408, Rn. 18, S. 355, 356; Plate, a.a.O. (Fn. 78), S. 269 f.; Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 512ff, S. 143ff; Plate, a.a.O. (Fn. 78), S. 269, 270.
- 95) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 487, S. 137.
- 96) Bamberger/Roth/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 61), § 1408, Rn. 13, S. 259; Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1257, S. 357.
- 97) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 443, S. 126; Heiβ, a.a.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 64, 65, S. 174, Rn. 87ff, S. 179ff.
- 98) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 444, S. 126.
- 99) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 445ff, S. 126, 127; Heiβ, a.a.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 93ff, S. 181ff.
- 100) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1291ff, S. 374ff.
- 101) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1309ff, S. 380; Heiβ, a.a.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 67, S. 175.
- 102) OLG Hamburg NJW 1964, 1074; Staudinger/Thile, a.a.O. (Fn. 5), § 1374, Rn. 19, 20, S. 202, 203; Gernhuber/Coester-Waltjen/5. Aufl., a.a.O. (Fn. 24), § 36 Rn. 5, S. 397, 398; Heiβ, a.a.O. (Fn. 51), Teil 2, § 1, Rn. 108, S. 185.
- 103) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1321, S. 383.
- 104) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1302, S. 377.
- 105) 類型については, Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1098ff, S. 296ff.
- 106) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 880, S. 399; Heiβ, a.a.O. (Fn. 51), Teil 3, § 1, Rn. 2, S. 399.
- 107) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 884ff, S. 239; Heiβ, a.a.O. (Fn. 51), Teil 3, § 2, Rn. 230, S. 498.
- 108) Heiβ, a.a.O. (Fn. 51), Rn. 31, 32, S. 422.
- 109) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 889, S. 240; Heiβ, a.a.O. (Fn. 51), Teil 3, Rn. 119, S. 455.
- 110) Heiβ, a.a.O. (Fn. 51), Teil 3, § 3, Rn. 50, S. 547.
- 111) 離婚の際に, 年金権の清算に関する合意をすることができ(BGB 1587条○1項), その内容は原則として自由であるが, しかし衡平の見地から, 公正証書(Notarurkunde)の作成(BGB 1587条○2項1文)と家庭裁判所の承認(Genehmigung)が要求されている(BGB 1587条○2項3文)。家庭裁判所の承認が与えられるかの判断基準については, 反対給付の合意の有無(BGB 1587条○2項4文), 年金権の清算により期待される権利と等価値の保護が他の方法で与えられているか, が判断基準となる。また, 年金権の

清算の排除事由（BGB 1587条c）が存在する場合，あらゆる事情からして，老齢・職業不能ないし所得不能による保障を必要としない場合には，補償のない年金等の清算の放棄も認められる（本沢・前注（18）205頁）。

- 112) 宮本ともみ「離婚後の家具分配～ドイツ家具令（HausratsVO）の考察を中心として～（一）」法学新報103巻9号（1997年）135頁以下。
- 113) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1107, S. 298.
- 114) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1107, S. 298, 299; Heiß, a.a.O. (Fn.), Teil. 4, Rn. 5, S. 908.
- 115) 椿寿夫・右近建男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社，1998年）32頁以下〔田中克志〕参照。
- 116) Heiß, a.a.O. (Fn. 51), Teil. 4, § 6, Rn. 1ff, S. 894ff.
- 117) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1141, S. 309.
- 118) Langenfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1143, S. 310.
- 119) Familie und Recht, 2004, S. 485～488.
- 120) 剰余共同制の改正に関する問題点をまとめた特集に，Reformbedarf im Zugewinnausgleich, FPR 2007, S. 164ff. がある。改正提言同様の問題提起を行っているものが多い。
- 121) 宮本・前注（112）148頁。
- 122) OLG Celle FamRZ 2000, 226.
- 123) 家具令では対象となる「家財道具」を「住居設備品（Wohnungseinrichtung）およびその他の家財道具（Hausrat）」と定めているが，この概念は，BGB 1369条，1370条で用いられている「婚姻生活に関わる世帯道具（Gegenstände des eheliche Haushalts）」と一致する概念であると一般に解されている。宮本・前注（112）169頁。
- 124) 本沢・前注（18）196頁。
- 125) Schwab, a.a.O. (Fn. 67), , Rn. 26, S. 1578.
- 126) 本沢・前注（18）196頁。BGH FamRZ 1984, 156 = NJW 1984, 299.
- 127) BGH は，一括支払いの権利を付した定期金生命保険契約の場合に，離婚訴訟の法的係属後に権利者がこれを行行使した際には，この生命保険金を年金等の清算の対象とはならないと判示している（BGH, FamRZ 2003, 664, 745.）。
- 128) Holtfester/Neuhaus-Pieper, Vermögensgesetz und Zugewinn, FamRZ 2002, 1526.
- 129) Koch, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Zugewinnausgleich, FamRZ 2003, 197 ff, 201.
- 130) BGHは，旧東ドイツ地域で相続した不動産の原状回復請求権（Restitutionsanspruch）が，当初財産に含まれるかどうかの問題となった事案で，原状回復請求権は，被相続人の死因処分によって取得したのではなく，また当該当初財産の代償物ではないことから，当初財産に含まれず，剰余清算の対象に含まれるとしている（BGHZ 157, 379 = FamRZ 2004, 781.）。
- 131) Dieter Schwab, Familienrecht, 15.Aufl., 2007, Rn. 252, S. 125, 126.
- 132) Die Empfehlung des 15. Deutschen Familiengerichtstags, FamRZ, 2003, 1906, 1908.
- 133) D. シュヴァープ著・鈴木祿弥訳『ドイツ家族法』（創文社，1986年）290頁。

- 134) Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., 2004, Kap.I, Rn. 47, S. 35.; MünchKomm/Koch, aa.O. (Fn. 3), § 1379, Rn20, S. 539, 540.; Gerd Brudermüller in; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 66 Aufl., 2007, § 1379, Rn 12.S. 1680.
- 135) BGHZ 84, 31, 32=NJW 1982, 1643.; OLG München FamRZ 1995, 737.
- 136) Gerd Weinreich in; Weinreich/Klein, Kompaktcommentar Familienrecht, 2. Aufl., 2005, § 1379, Rn. 11, S. 477.; MünchKomm/Koch, aa.O. (Fn. 3), § 1379, Rn. 16, S. 538.; Bamberger/Roth/J. Mayer, aa.O. (Fn. 61), § 1379, Rn. 5, S. 229.
- 137) Staudinger/Thiele, aa.O. (Fn. 5), § 1379, Rn9, S. 272.; OLG Hamm FamRZ 1987, 701.
- 138) ドイツの生活パートナーシップ法については、渡邊泰彦助教授が詳細に分析されている。特に、「ドイツ生活パートナーシップ法の概要(一)(二・完)」戸籍757号(2004年)1頁以下,759号(2004年)1頁以下,「翻訳 生活パートナーシップ法条文仮訳」東北学院大学法学政治学研究所紀要13号(2005年)113頁以下,を参照した。当事者双方が生活パートナーシップの廃止を請求している,又は請求相手方が廃止に同意しているとき,又はパートナーシップ生活共同体を再び回復することが期待できない場合には1年間,生活パートナーの一方のみが廃止を請求した場合には,3年間別居していることが要求されている。
- 139) 松倉耕作『スイス家族法・相続法』(信山社,1996年)33,50頁。
- 140) 「婚姻に関連した出捐(ehebezogene Zuwendung)」,「夫婦間の無名出捐(unbenannten Zuwendung unter Ehegatten)」と表記されることもある。この概念については、後藤亜季「ドイツにおける夫婦財産制によらない財産清算～『婚姻に関連した出捐(ehebezogene Zuwendung)』について～」中央大学大学院研究年報第32号法学研究科篇(2002年)91頁以下。
- 141) 夫婦内部組合については、伊藤司「配偶者の協力義務とその清算～ドイツにおける配偶者内部組合の法理の検討を中心として～(一)(二)(三・完)」法学(東北大学)58巻6号(1994年)41頁以下,59巻1号(1995年)29頁,59巻4号(1995年)46頁。
- 142) 後藤・前注(140)99頁
- 143) 後藤・前注(140)99頁。
- 144) 改正提言の記述はこれのみである。なお夫婦内部組合の法理は、学説の多くは、剰余共同制で生活していた夫婦に認める必要はなく、別産制の夫婦にこそ夫婦財産制以外の清算請求権が必要であるとしていることから、このような見解も大きく影響を与えていると考えられる。また、第17回ドイツ家族法大会(Deutscher Familiengerichtstag)では、黙示に締結されたとする夫婦内部組合の法理の適用範囲を拡張することに対して、税法上の観点等を考慮して対応すべきであるとしている(FamRZ 2007, S. 2040.)
- 145) 二宮周平・榊原富士子『離婚判例ガイド(第2版)』(有斐閣,2005年)112頁。
- 146) 二宮・榊原・前注(145)109頁以下,本沢・前注(18)245頁,鈴木真次『離婚給付の決定基準』(弘文堂,1992年)265頁。
- 147) 副田隆重「相続回復請求権に関する一考察(四)(完)」名古屋大学法政論集80号(1979年)328,344頁以下。副田教授は、「他人の事務を無権限,悪意で自己のために行う場合」を「悪意事務管理」,「他人の事務を自己の事務と誤信して処理する場合」を「誤想事務管

理」とし、表見相続人が悪意である場合には前者、表見相続人が善意である場合は後者に該当するとしている（同343頁）。

- 148) ジュリ1050号217頁。
- 149) 水野貴浩「フランス離婚給付法の再出発（二・完）」民商法雑誌129巻（2003年）2号231頁。
- 150) 緒方直人「財産分与請求権の本質」有地享編『現代家族法の諸問題』（弘文堂、1990年）252頁、犬伏由子「法定財産制」石川稔ほか編『家族法改正への課題』（日本加除出版、1993年）139頁、伊藤昌司「法制審身分小委の一九七五年（昭和五〇）中間報告と夫婦財産『共有』制」中川淳先生古稀祝賀論集『新世紀へ向かう家族法』（日本加除出版、1998年）133頁、本沢・前注（18）271頁以下。
- 151) 佐藤良雄「夫婦財産契約」石川稔ほか編・前注（150）123頁、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）117頁以下、有地享『新版 家族法概論』（法律文化社、2003年）97頁以下。二宮周平『家族法（第二版）』（新世社、2005年）41頁。

〔補〕 2007年11月7日に、連邦司法省（Bundesministerium der Justiz）は、剰余清算、婚姻住居及び家財道具に関する改正草案を公表した（Dieter Büte, Die geplante Reform des Güterrechts, FuR 2008, S. 105 ff.）。そこでは、剰余清算の基本原則どおりに、夫婦が婚姻期間中に実際に取得した財産的成果を清算すること、また清算対象となる財産の不正な操作を防ぐ、少なくとも現在よりもこれを困難にすることを改正の目的としている。

具体的な改正内容として、改正草案は、当初財産の価額をマイナスと算定することを可能にする（BGB 1374条）、財産状態に関する証拠資料提出の請求権を認め、報告義務を強化する（BGB 1379条）、離婚の際の剰余清算に関する算定期日を早める（BGB 1384条）、不正な財産移転に対する一時的な法的保護を強化する、家具令を廃止し、必要となる規定のみを民法典へ移す（BGB 1568条a、BGB 1568条b）ことを挙げており、その多くは、本稿で明らかにしたドイツの議論状況を反映したものである。改正に向けた審議状況は注目に値する。改正草案の詳細については、別項にて検討したい。

〔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。