

コンスタンツェ・フィッシャー＝ツェルマーク\*

## 離婚に伴う夫婦間の財産処理

松久和彦\*\* (訳)

### 導 入

オーストリアの婚姻法制度は、主に2つの法律により規定されている。婚姻締結、離婚および婚姻解消の法的効果といった重要な規定は、1938年婚姻法（以下、「婚姻法」）に定められている。これに対して、婚姻の法的効力、すなわち、夫婦間の身分上の権利や義務、扶養請求権および夫婦財産法は、オーストリア一般民法典（以下、「ABGB」）で定められている。したがって、離婚の財産上の効果は、婚姻法に定められている。これらをより理解するためには、まず、婚姻中の夫婦財産法に触れておく必要がある。

### A. 婚姻中の夫婦財産法

#### I. 法定夫婦財産制

夫婦財産法は、ABGB 第1217条以下に規定されている。これらの規定は、夫婦の財産法上の関係を定めており、扶養は含まれていない。

オーストリアの法定夫婦財産制は、別産制である。夫婦が特段の取り決めをしない限り、夫婦は、自身が婚姻に持参した財産および婚姻中に取得した財産の所有者である（ABGB 第1233、1237条）。夫婦は、これらの対象

---

\* コンスタンツェ・フィッシャー＝ツェルマーク ウィーン大学法学部教授

\*\* まつひさ・かずひこ 香川大学大学院連合法務研究科准教授

物に関する処分権限については、原則として、制限されない。ただし、婚姻住居は例外である。夫婦の一方のみが婚姻住居に関する処分権限を有している場合、例えば、夫婦の一方が婚姻住居を単独で所有しており、この婚姻住居に他方配偶者がどうしても住まなければならない場合には、処分権限を有する夫婦の一方は、他方配偶者に対して、居住の可能性を維持しなければならない (ABGB 第97条)。つまり、個人所有の住居の場合は、当該住居を売却してはならないことになる。しかしながら、特定の住居にどうしても住まなければならないという必要性は、夫婦の生活状況に応じた代替りの住居がないときのみ生ずる<sup>1)</sup>。また、婚姻住居の維持は、処分権限を有する夫婦の一方にとって、過大な負担ではない必要がある<sup>2)</sup>。例えば、夫婦の一方の経済状況がとて苦しくて、婚姻住居を売却せざるを得ない場合や、また高額な賃料を支払えなくなった場合は、この限りではない<sup>3)</sup>。

別産制であっても、法律行為によって、例えば、夫婦の一方が他方に不動産の共有持分権を譲渡することで、夫婦間に共有関係を成立することもできる。その他にも ABGB 第1175条以下の民法上の営利組合の規定によって共有関係を成立することができる。これは、2人もしくは複数の人間が、労務、資本および有価物件を共同の利用のために結合する (vereinigen) 場合に成立する。民法上の組合は、黙示に締結することもでき<sup>4)</sup>、共有持分権を取得する権原が与えられる。判例は、例えば、夫婦が共同して家屋を建築した場合に、夫婦間に民法上の組合関係の成立を認めている<sup>5)</sup>。不動産の所有権を有していない夫婦の一方は、他方に対して共

---

1) Hopf/Kathrein, Eherecht, 2.Aufl., 2005, §97 ABGB Anm 3.

2) Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar, 4.Aufl., I, 2012, §97 Rz 9 mwN

3) OGH 5 Ob 88/01d; 7 Ob 100/04p = EFSlg 106.987.

4) RIS-Justiz RS 0022210.

5) Holzner, Ehevermögen bei Scheidung und bei Tod (1998) 52; Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB Praxiskommentar, 3.Aufl., V (2006) §1175 Rz 37 mwN.

有持分の譲渡を請求することができる。

第三者との関係では、別産制は、夫婦の一方が他方の負う債務について一切責任を負うことなく<sup>6)</sup>、自己の財産だけで責任を負い、婚姻パートナーの財産を責任財産とすることはできない。例えば、夫婦は自動車の購入の際に、法律行為によって、共同で債務を負うことができるが、この場合には、夫婦は債権者に連帯して責任を負い、債権者は夫婦双方の財産を差し押さえることもできる。

## II. 財産関係に関する取り決め

夫婦は、法定夫婦財産制である別産制を契約によって変更することができる。これは、夫婦財産契約 (Ehepakt, ABGB 第1217条) によって行われ、婚姻の経済的側面についての包括的な取り決めを目的とし<sup>7)</sup>、また公正証書 (Notariatsakt) によって締結しなければならない<sup>8)</sup>。夫婦、婚姻を予定している婚約者および登録同性パートナーが、夫婦財産契約を締結することができる。当事者は、内容については、法定の種類に拘束されないが、ABGB は財産共有制のみを特別な契約類型として規定している。財産共有制は、とりわけ、農林業を営む夫婦が用いている<sup>9)</sup>。

夫婦は、生前の財産共有制または死亡時の財産共有制を合意することができる。後者は、法律では通常の場合として扱われているが (ABGB 第1234条)、実務では例外的に扱われている<sup>10)</sup>。さらに、どの財産を共有財産とするかによって、一般的財産共有制と制限的財産共有制とに区別される。

---

6) Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 13.Aufl., I (2006) 478.

7) Kerschner, Bürgerliches Recht V, Familienrecht, 4.Aufl.,(2010) Rz 2/96.

8) § 1 Abs 1 lit a NotAkteG.

9) Hinteregger, Familienrecht, 5.Aufl.,(2011) 84.

10) M. Bydlinski in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3.Aufl., II/1 (2002) §1234 Rz 1.

## 1. 生前の財産共有制

生前の財産共有制は、婚姻中にその効力が生ずる。財産共有制は、共有制の対象となる財産 (Gesamtgut, 共有財産) について共有持分を得るための請求権を与える<sup>11)</sup>。不動産の場合には、これに関する登記が必要となる。夫婦が特段の取り決めをしない限り、共有割合はそれぞれ2分の1である (ABGB 第1234条)。

一般的財産共有制は、夫婦それぞれが現在所有する財産および将来取得する財産の全てを対象とする<sup>12)</sup>。共有財産と同時に、特有財産も存在し、これは譲渡することができない。特有財産には、扶養請求権<sup>13)</sup>や著作権<sup>14)</sup>といった一身専属権が含まれる。さらに、夫婦は特定の財産を共有財産としない旨を合意することができる。これは、留保財産と呼ばれている<sup>15)</sup>。例えば、夫婦の一方のみが利用する物件がこれに該当する。

制限的財産共有制は、夫婦の財産の一部を共有財産とする。ここでは、様々なバリエーションが考えられる。制限的財産共有制は、現在所有している財産もしくは将来取得する財産のみを対象とすることができる。疑わしいときは、前者と推定され (ABGB 第1177条, 1233条)、後者は所得共有制と呼ばれている。さらに将来相続によって取得する動産もしくはすでに現存する動産を共有財産とすること (動産共有制) もできる<sup>16)</sup>。したがって、契約当事者の形成の自由に服し、様々な可能性が存在している。例えば、夫婦は、夫婦の一方が婚姻中に取得した財産のみを共有財産とすることを取り決めることもできる。

夫婦は、共有持分権者として、自己の共有持分を単独で処分することができ、例えば、自己の不動産の半分を売却することができる。しかし、こ

---

11) Hinteregger, Familienrecht, 5.Aufl., 84.

12) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 13.Aufl., I 480.

13) Kerschner, Familienrecht, 4.Aufl., Rz 2/98.

14) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 13.Aufl., I 481.

15) Kerschner, Familienrecht, 4.Aufl., Rz 2/98.

16) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 13.Aufl., I 480.

これは内部関係における結合（夫婦一体の理念）に基づく財産共有制の目的に反する。例えば、夫婦の一方が他方の同意なしに共有持分を売却したときは、夫婦間で損害賠償責任が生ずる<sup>17)</sup>。不動産の場合は売却禁止および負担設定禁止を登記することができ、第三者に効力が生ずる（ABGB 第364条c）<sup>18)</sup>。このようにして、土地に対する権利の喪失を防ぐことができる。さらに、ある見解によれば、夫婦財産契約によって共有持分を取得した旨の指示された共有の登記のみによって、売却禁止等の効力が生ずるとする見解もある<sup>19)</sup>。

財産共有制は、他方が負う債務について、別産制と比べて責任が重くなる<sup>20)</sup>。例えば、自動車の購入のためのクレジットのように、夫婦が共同で借り入れた債務については、共有財産と夫婦それぞれの特有財産が責任財産となる。夫婦の一方が単独で借り入れた債務または一身専属的に負担する債務（例えば、慰謝料支払義務や扶養義務）は、一般的財産共有制では、その者の特有財産および共有財産、したがって、他方の持分も責任財産となる。これに対して、制限的財産共有制では、債権者は、他方配偶者の共有持分を責任財産とすることはできない<sup>21)</sup>。

## 2. 死亡時の財産共有制

死亡時の財産共有制は、夫婦の一方の死亡の時点で初めて夫婦の財産関係が変化する。夫婦は、生前は自己の財産を自由に処分することができる<sup>22)</sup>、夫婦の一方の死亡によって、夫婦双方の財産が共有財産となる。債務を控除した後に、共有財産は2つに均等に分割され、一方は生存配偶

---

17) Kerschner, Familienrecht, 4.Aufl., Rz 2/99; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 13.Aufl., I 481.

18) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 13.Aufl., I 482.

19) Nachweise bei Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 13.Aufl., I 482.

20) Dazu Kerschner, Familienrecht, 4.Aufl., Rz 2/100.

21) Siehe Koziol/Welser, Grundriss, 13.Aufl., I 482.

22) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 13.Aufl., I 483.

者に帰属し、他方は被相続人の遺産を構成する (ABGB 第1234条, 1235条)。生存配偶者が、財産共有制とは異なる夫婦財産制の場合に相続によって取得するであろう財産よりも多くの財産を取得したときは、この超過分を相続分および義務分の際に考慮しなければならない (ABGB 第757条第2項)。また、死亡時の財産共有制が適用される場合でも、夫婦は、法定の2分の1とは異なる割合を定めることができ、さらにどの財産を共有財産とするのかを定めることもできる。

## B. 離婚の財産上の効果

### I. 夫婦の使用財産と夫婦の蓄財の分割

オーストリアの婚姻のほとんどが、別産制を採っている。そのため、離婚後の財産分割に関する規定が、特別な意義をもつ。これに関する規定は、婚姻法第81条以下で定められている。それらは、簡単にいえば、剰余共同制を基にしている<sup>23)</sup>。したがって、婚姻中に成立する別産制は、離婚後も効力を持つとは限らず、婚姻中に取得した財産を分割することとなる。夫婦が分割について合意することができないときは、裁判所に申し立てなければならず、裁判所は、非訟事件手続きによって財産の分割を行う。この申立ては、離婚が確定してから1年以内に行う必要がある (婚姻法第95条)。分割請求権は、契約、和解もしくは裁判上の主張がなされていれば、相続、譲渡および差押えが可能となる (婚姻法第96条)。夫婦の一方による分割手続きの開始の際に、裁判上の主張が行われる<sup>24)</sup>。

詳細については、法規定はかなり複雑なものとなっている。第一に、どの財産が分割の対象となるのかについて検討しなければならない。次に、財産分割の際に、裁判官はどのような観点を考慮しなければならないの

---

23) Hinteregger, Familienrecht, 5.Aufl., 83.

24) Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar, 4.Aufl., I, 2012, §96 EheG Rz 1.

か、そして最後に、実際にどのようにしてそれらを実現することができるのか、を検討する。

## 1. どの財産が分割の対象となるのか？

分割の対象となるのは、夫婦の使用財産と夫婦の蓄財である。夫婦の使用財産には、婚姻中に夫婦が使用した動産および不動産が含まれる。法は、婚姻住居および家財道具について明示的に言及しているが（婚姻法第81条第2項）、これは例示にすぎない。夫婦の一方が、いつも、たとえ自分自身が運転をせず、乗せてもらっていただけの場合であっても、2人で所有していた自動車は、夫婦の使用財産に含まれ<sup>25)</sup>、また家族が休暇を過ごした別荘や夫婦が使用したヨットのような高級品<sup>26)</sup>も、使用財産に含まれる。これに対して、夫婦の一方が個人的に使用した対象物や職業を遂行するための対象物は、分割の対象にはならない（婚姻法第82条第1項第2号）。判例は、例えば、装飾品は身につけるものであることから、疑わしい場合には、夫婦の一方のみが使用するとされている<sup>27)</sup>。職業を遂行するための対象物には、例えば、ピアニストのピアノや弁護士の法律に関する蔵書が挙げられる。

夫婦の蓄財は、その性質から使用することを目的としており、夫婦が婚姻生活共同体を維持している間に取得した、全ての財産価値を指す（婚姻法第81条第3項）。例えば、現金、銀行口座の預金、貯蓄、債権、また賃貸目的のために購入した住居が、これに含まれる<sup>28)</sup>。夫婦の使用財産との区別は、時に難しくなることがある。例えば、高価なカーペットや絵画といった高級品は、財産価値であると同時に、家財道具の一部でもある<sup>29)</sup>。

原則として、夫婦が婚姻中に共同で取得した財産のみが分割の対象とな

---

25) Hopf/Kathrein, Eherecht, 2.Aufl., §81 EheG Anm 2.

26) Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB, 4.auf., I, §81 EheG Rz 13 mwN.

27) OGH 1 Ob 699/84 = EFSlg 48.929; 7 Ob 514, 515/88 = EFSlg 57.322.

28) Siehe Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB, 4.Aufl., I, §81 EheG Rz 22.

29) Hopf/Kathrein, Eherecht, 2.Aufl., §81 EheG Anm 6.

る。そのため、夫婦の一方が婚姻時に持参した財産、相続により取得した財産または第三者から贈与された財産は、分割の対象とはならない（婚姻法第82条第1項第1号）。また、これらの経済的な支援の代わりに取得した物、例えば、贈与された金銭を用いて購入した自動車は、分割の対象とならない（代償財産の原則）<sup>30)</sup>。しかし、これらの経済的な支援から利益が生じた場合、例えば、相続した定期預金の利息は、分割の対象となる<sup>31)</sup>。

婚姻住居および家財道具については、特別な規定がある（婚姻法第82条第2項）。婚姻住居とは、共同生活の主な拠点となる住居のことである<sup>32)</sup>。また夫婦は複数の婚姻住居を持つこともある。例えば、冬は市街地の住居に、夏は地方の庭付きの家に住むといった具合である<sup>33)</sup>。家財道具は、家政のための動産であり、アンティーク家具のような高価な対象物を含むこともある<sup>34)</sup>。夫婦の一方が、その生活のために、必要なものを確保するために、婚姻住居および家財道具を継続使用せざるを得ないときは、他方配偶者が婚姻時に持参した場合、相続により取得した場合、または第三者から贈与された場合であっても、これらは分割の対象となる。ただし、判例によれば、分割に際して厳格な基準が設けており、例えば、婚姻住居を失うと、比較的長期間に渡って住むところを失ってしまう危険がある場合である<sup>35)</sup>。また、婚姻時に持参したり、贈与されたり、相続した婚姻住居であっても、夫婦が事前に取り決めた場合や夫婦の子どもにとって考慮すべき必要性がある場合には、分割の対象となる。これは、子どもが自分を取りまく社会的な環境から切り離されてしまうとき、例えば、すでに住み慣れている地域の学校から転校せざるを得なくなる場合に

---

30) Stabentheiner in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., II/4, 2002, §82 EheG Rz 8 mwN.

31) Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB, 4. Aufl., I, §82 Rz 11

32) OGH 6 Ob 246/99s = EFSlg 90.444.

33) Hopf/Kathrein, Eherecht, 2. Aufl., §81 EheG Anm 7.

34) Siehe Stabentheiner in Rummel, ABGB, 3. Aufl., II/4 §81 EheG Rz 9.

35) RIS-Justiz RS 0058370.



認められる<sup>36)</sup>。しかし、この原則は、婚姻時に土地のみを持参し、その上に婚姻中に夫婦が共同で家屋を建築した場合には、適用されない<sup>37)</sup>。この場合、家屋は、婚姻中に取得した婚姻住居と同様に分割の対象となる。

事業（Unternehmen）については、その規模にかかわらず、分割の対象とはならない。また、事業に属する財産や事業の持分についても、これが単なる資本（bloße Wertanlagen）ではない場合は、分割の対象とはならない（婚姻法第82条第1項第3号・第4号）。これは、離婚によって事業の存続が危うくなって、失業する人が出ないようにするためである。事業の持分は、夫婦の一方が、事業の経営に、例えば、社長として参加している場合や、経営に大きな影響力を持っている場合は、単なる資本とはみなされない<sup>38)</sup>。株式の場合は、保有株式の規模によって異なる<sup>39)</sup>。また夫婦の蓄財によって事業を手に入れたり、また事業を立ち上げた場合であっても、分割の対象にはならない<sup>40)</sup>。しかし、事業に投資した価額は、他の財産の分割の際に考慮されることになる（婚姻法第91条第2項）。

どの財産が分割の対象になるかを判断する上で基準となる時点は、婚姻生活共同体が解消された時点である<sup>41)</sup>。したがって、離婚より前の時点となることもある。このことから、婚姻生活がうまくいかず、婚姻の破綻を予見した夫婦の一方が、財産の分割から免れる目的で財産を減少させるおそれがある。可能性として、第三者への贈与や高額な旅行といった贅沢、または個人的に使用する高価な対象物の購入といったことが挙げられる。これによる他方配偶者の不利益を防ぐために、法律は、過去2年の間に、夫婦の一方が、他方配偶者の同意なしに、夫婦の使用財産または夫婦の蓄財を夫婦の生活状況にはふさわしくない形で減少させた場合、減少し

---

36) Hopf/Kathrein, Eherecht, 2.Aufl, §82 Anm 28 mwN.

37) OGH 8 Ob 568/90 = EFSlg 66.505.

38) OGH 3 Ob 122/04v = EFSlg 111.361.

39) Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB, 4.Aufl, I §82 EheG Rz 26 mwN.

40) Hopf/Kathrein, Eherecht, 2.Aufl, §82 EheG Anm 19 mwN.

41) OGH 3 Ob 1/99i = EFSlg 93.906.

た財産の価額を分割の際に考慮されることが定められている（婚姻法第91条第1項）。2年という期間は、婚姻生活共同体が解消された時点から、また離婚まで婚姻生活共同体が維持されていたときは、離婚訴訟が提起された時点から遡って起算される<sup>42)</sup>。分割の際は、財産を減少させた夫婦の一方が、すでにその財産を取得したとみなされ<sup>43)</sup>、その結果、他方配偶者が現在残っている財産からより多くを取得することになる。

## 2. 分割の原則

財産の分割にあたっては、夫婦の使用財産または夫婦の蓄財に関連した債務を考慮しなければならない（婚姻法第81条第1項）。これには、例えば、住居設備を購入するために組んだローンがあり、この場合には、住居を分割する際の価額は減少することになる<sup>44)</sup>。婚姻上の消費のためのその他の債務、例えば、高額な休暇旅行のために組んだローンは、公平（Billigkeit）な場合にのみ考慮されることになる（婚姻法第83条第1項）。

分割は、公平（Billigkeit）に基づいて行われなければならない。したがって、裁判官には一定の裁量の余地がある。ただし、法律は、裁判官が裁判の際に考慮しなければならない事項を列挙している。すでに述べた債務の他に、夫婦の使用財産および夫婦の蓄財を取得するために夫婦それぞれが行った寄与（貢献）および子どもの福祉を考慮しなければならない（婚姻法第83条）。夫婦それぞれによる寄与（貢献）には、仕事をして収入を得るだけでなく、家事または子どもの監護・教育も、寄与（貢献）として評価される。したがって、夫婦の一方のみが仕事をして収入を得ており、他方配偶者が家事と育児を担当している場合は、判例によれば、原則として、同等の寄与（貢献）を行ったと認められる<sup>45)</sup>。

---

42) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 13.Aufl, I 514.

43) Hopf/Kathrein, Ehe recht, 2.Aufl, §91 Anm 6 mwN.

44) Siehe Hopf/Kathrein, Ehe recht, 2.Aufl, §81 Anm 15.

45) RIS-Justiz RS 0057969.

分割は、夫婦の生活領域にできるだけ影響を与えないように行わなければならない（婚姻法第84条）。それは、新しい人生のスタートを容易にするためである。そのため、例えば、大きな住居に住んでおり、そこを改築すれば婚姻住居を分割することができる場合であっても、夫婦に対してその住居を利用するよう求めるべきではない。例えば、夫婦の一方が1階に住み、他方配偶者が2階に住むといった内容の命令が出されることはない。また、離婚した夫婦がこれまでの生活基盤を維持するべきであるという“利益存続（Wohl-Bestehen-Können）”の原則も適用される<sup>46)</sup>。つまり、夫婦が離婚し、財産分割をした結果、夫婦のどちらかが、これまでと同様の生活ができなくなるような事態は避けなければならない。

離婚の有責性は、法律では、分割の基準として挙げられていない。そのため、学説および裁判例では、これをどの程度考慮するべきかについて争いがある<sup>47)</sup>。多くの学説は、有責性には全く意味がないとはみなしていないものの、中心的な意味を持つわけではないとしている。なぜなら、財産の分割は、婚姻にふさわしくない行為を行った者を罰するための手段ではないからである<sup>48)</sup>。しかし、裁判例によれば、離婚について有責でない、または有責性のより少ない夫婦の一方は、一定の範囲内でどの財産を受け取るかを選択することができる<sup>49)</sup>。ただし、それにより他方配偶者が一切補償を受けることなく、または極端に少ない補償のみを受け取って、自己の所有物を失うことは避けなければならない<sup>50)</sup>。

### 3. 分割の方法

裁判所は、分割に際して、所有関係に拘束されない。婚姻法第86条から

---

46) Hopf/Kathrein, Eherecht, 2.Aufl. §83 EheG Anm 16 mwN.

47) Genauer Hopf/Kathrein, Eherecht, 2.Aufl. §83 EheG Anm 13 und 14.

48) Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB, 4.Aufl, I §83 EheG Rz 7; Hopf/Kathrein, Eherecht2 §83 EheG Anm 14.

49) RIS-Justiz RS 0057862.

50) Hopf/Kathrein, Eherecht, 2.Aufl. §83 EheG Anm 14.

第90条までは、公平な分割を実現するために、裁判官がどのような命令を命ずることができるのかを規定している。裁判所の判決は、直接的に所有関係を変更するのではなく、所有権の譲渡に関する法的根拠を与えるだけである<sup>51)</sup>。したがって、不動産の場合には、登記簿への登記が必要となる。

動産の場合には、夫婦の一方から他方配偶者への所有権の移転を命ずることができる。これに対して、不動産の場合は、様々な可能性がある。不動産の場合には、所有権の譲渡の代わりに、物権法上または債務法上の法律関係を設定することができる。例えば、裁判官は、夫が所有する休暇用住居に対する用益権を妻に与えるよう命ずることができる。夫婦の一方が、不動産の所有者ではないものの、法律関係に基づいてこれを使用している場合、例えば、賃借人や果実受領（用益）権者（Fruchtgenussberechtigter）の場合には、所有権者が承諾するときは、この権利を他方配偶者に譲渡することができる。したがって、賃貸人が承諾しているときは、夫が長期間賃借している週末用の別荘の賃借権を、妻に譲渡することができる。

婚姻住居については、特別な可能性がある。夫婦の一方が、家屋の単独所有者である場合は、所有権を他方配偶者に譲渡することができる。夫婦が共同所有者として、例えば、共同の住居所有権の場合は、裁判官は、夫婦の一方の持分を他方配偶者に譲渡することを命ずることができる。また、他方配偶者が所有する婚姻住居に対して、夫婦の一方の物権的または債権的権利を設定することも可能であり、例えば、夫が所有する家屋に対して、妻の果実受領（用益）権（Fruchtgenussrecht）または賃借権を設定することができる。賃貸住居の場合には、夫婦の一方が他方配偶者に代わり賃貸借関係を継続するよう命ずることができ、このとき所有権者の同意を得る必要はない（婚姻法第87条第2項）。しかし、社宅（Dienstwohnung）の場合にのみ、雇用主が裁判所の利用命令に対して同意する必要がある

---

51) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 13.Aufl, I 513.

（婚姻法第88条）。

しかし、不動産の場合は全て現状維持の原則<sup>52)</sup>が適用される。所有権の譲渡もまた物権的権利の設定も、他の方法では公平な財産清算が不可能である場合にのみ命ずることができる（婚姻法第90条）。そのため、夫婦はそれぞれが所有する土地をできる限りそのまま保持すべきということになる<sup>53)</sup>。また、個々の対象物の分配では公平な清算を実現することができない場合は、最終手段として、裁判官は、夫婦の一方に対して、他方配偶者に公平な調整金を支払うよう命ずることができる（婚姻法第94条）。

次に、特別な規定が設けられている債務について取り上げる。なぜ特別かというと、第三者、つまり債権者が関わっているからである。夫婦の使用財産、蓄財および夫婦の生活消費と関連のある債務について、裁判官は、内部関係において、夫婦のどちらが債務を弁済する義務を負うかを命ずることができる（婚姻法第92条）。その際、夫婦双方が責任を負うローンの場合には、内部関係において、債務を弁済する義務を負う夫婦の一方が主たる債務者となり、他方配偶者は保証人としてのみ責任を負うとする旨を、裁判所が、債権者に対して宣告するよう、離婚後1年以内に申立てることができる。（婚姻法第98条）。どちらがローンを弁済する義務を負うかを裁判外で合意した場合にも、この申立てを行うことができる。“ローン”という概念は、広範な意味で理解されており、例えば、自動車を分割払いでの購入した場合も、これに含まれる<sup>54)</sup>。この規定については、学説では、契約誠実の原則に反するとして批判されている<sup>55)</sup>。債権者からみれば、最終不足額支払保証人（Ausfallbürgen）を確保するためには、より厳格な要件を充たさなければならず、難しくなるからである。

---

52) Hopf/Kathrein, Eherecht, 2.Aufl, §90 EheG Anm 1.

53) Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB, 4.Aufl, I §90 EheG Rz 1 mwN.

54) Hopf/Kathrein, Eherecht, 2.Aufl, §98 EheG Anm 5.

55) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 13.Aufl, I 510 f mwN.

#### 4. 財産分割に関する事前の取り決め

離婚にあたり、夫婦は財産分割について自由に決められることができる。これには特別な形式は定められていない(婚姻法第97条第5項)。これに対し、離婚とは関係なく行われる事前の取り決め、例えば、婚姻時に締結した事前の取り決めは、2009年の家族法改正法(FamRÄG)までは、限られた範囲でしか可能ではなかった。夫婦は、夫婦の蓄財について、公正証書の方式によって取り決められることができ、それによって、この財産を裁判所による分割手続の対象外とすることができた。しかし、夫婦の使用財産の放棄もしくはその分割に関する事前の取り決めについては、拘束力がなく、たとえ取り決めがあっても、夫婦の一方が裁判所による財産分割の申立てを行うことが認められていた。その際に、裁判官による決定は、事前の取り決めの内容の通りになるとは限らなかった<sup>56)</sup>。特に、婚姻住居については法改正が必要となった。婚姻時に持参した住居の所有者が離婚の結果として変更する可能性があるため、婚姻を見送る人が多く出てくるようになったからである。改正前の法律では、場合によっては、婚姻しようとする若い人達に両親が住居を提供することを妨げてきた。なぜなら、婚姻が破綻した場合には、他方配偶者に譲渡される可能性があったからである<sup>57)</sup>。

2010年1月1日に施行された2009年の家族法改正法では、事前の取り決めが自由化された。改正後、夫婦は、使用財産についても、婚姻住居も含めて、離婚の場合の規定について取り決められることができる。ただし、事前の取り決めがあるからといって、裁判所による分割手続を完全に排除しているわけではない。しかし、裁判所は、現在では厳格な要件の下でのみ、取り決めとは異なる判断を行うことができる<sup>58)</sup>。詳細については、次の

---

56) Hopf, Neues im Ehe- und Kindschaftsrecht, ÖJZ 2010, 154, 159.

57) Gitschthaler, Die neuen Vorwegvereinbarungen nach dem FamRÄG 2009, EF-Z 2010, 9, 10.

58) Hopf, ÖJZ 2010, 161.

通りである（婚姻法第97条）。

夫婦の蓄財に関する事前の取り決めは、公正証書の方式によることが必要である。裁判所は、当該取り決めが、総合的にみて、夫婦の一方を不公平に害しており、その結果、分割が不相当であるときに限り、事前の取り決めとは異なる判断を行うことができる。このような事態は、夫婦の一方が、著しく不利益を被っており、スズメの涙程度しか財産を得ていないような場合に認められる<sup>59)</sup>。また、この原則は、夫婦の使用財産の分割に関する事前の取り決めについても、同様である。夫婦の使用財産の場合、簡潔な書面による取り決めでも十分であるが、実際には～すでに述べたように～例えば、高価な絵画の場合のように、夫婦の蓄財と夫婦の使用財産との区別が難しい場合も考えられることから、一般的には、公正証書の方式によることが勧められている。

婚姻住居に関する事前取り決めは、全て公正証書の方式で締結しなければならない。婚姻時に持参した、第三者から贈与された、または相続によって取得した婚姻住居については、次のように取り決める。「夫婦は、他方配偶者がその住居に依存しておらず、夫婦の子どももその住居を必要としない場合であっても（婚姻法第82条第2項）、婚姻住居を分割の対象とする」と定めることができる。これを、いわゆる“オプトイン（Opting in）”と呼んでいる。こうした取り決めは、特に、後に夫婦となる2人が婚姻前にすでに家屋を建築したものの、登記簿には夫婦の一方のみが所有者として登記されている場合に、有利なものとなる。特段の取り決めがない限り、このような婚姻住居は婚姻時に持参したものとみなされるため、分割の対象とはならない<sup>60)</sup>。しかし、“オプトイン”よりも現実不起こり得るケースは、これとは反対のケース、いわゆる“オプトアウト（Opting out）”と呼ばれるものである。婚姻時に持参した（贈与された、相続

---

59) Hopf, ÖJZ 2010, 161.

60) Siehe Gitschthaler, EF-Z 2010, 10.

によって取得した) 住居については、一般的に、所有権または物権法上の権利の譲渡の対象外とすることができる(婚姻法第87条第1項)。つまり、両親が住居を子どもに贈与し、それを夫婦の住居として使用した場合は、他方配偶者がその住居を継続して使用する必要があったとしても、他方配偶者が所有権者となることを妨げることができる。

夫婦はまた、事前の取り決めによって、離婚の場合に、どちらが婚姻住居の所有者となるのかを定めることができる。裁判所は、この分配に拘束される。しかしながら、住居の利用に関する取り決めは、裁判所による規制(Kontrolle)の対象となる(婚姻法第97条第3項)。一部の見解によれば、物権法上の用益権の排除の場合にも、これが適用される<sup>61)</sup>。そのため、裁判官は、婚姻住居の所有権の譲渡について、夫婦がこれを排除しているときは、婚姻住居の所有権の譲渡を命ずることができないが、夫婦の一方が所有する住居に対する用益権、例えば、賃借権を他方配偶者に認めることができる<sup>62)</sup>。

婚姻中に取得した婚姻住居の場合は、これとは異なるとするのが通説である。夫婦が、婚姻中に取得した婚姻住居について、所有権の譲渡を排除する場合、この取り決めは裁判所による規制(Kontrolle)の対象となる<sup>63)</sup>。裁判官は、その他の夫婦の使用財産と同様に、もし著しい不公平があり、その実行を求めることができない場合は、事前の取り決めとは異なる判断を行うことができる(婚姻法第97条第2項)。

夫婦は、全ての婚姻住居について、離婚の場合の利用に関する取り決めをすることができる。しかし、その取り決めによって、夫婦の一方、または夫婦の子どもが、その生活に必要なものを十分に満たすことができない

---

61) Schwimann, Neues Recht für Vereinbarungen über nahehehliche Vermögensaufteilung, Zak 2009, 323, 324.

62) Hopf, ÖJZ 2010, 160.

63) Schwimann, Zak 2009, 325; Gitschthaler, EF-Z 2010, 11; Kerschner, Familienrecht4 Rz 2/145d; aA Hopf, ÖJZ 2010, 162; offenbar auch Pesendorfer, Das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009: Änderungen im Eherecht, iFamZ 2009, 261, 264.



場合や、生活状況が明らかに悪化することが避けられない場合は、裁判所は、事前の取り決めとは異なる判断を行うことができる（婚姻法第97条第3項）。立法資料では、これに関する例として、住居から出ていくこととなった夫婦の一方が仕事も失わざるを得ない場合や、転校によって、子どもの成長が危うくなるような場合が挙げられている<sup>64)</sup>。

事前の取り決めの内容が公平なものかどうかを評価する基準となる時点は、分割判決の時点である（婚姻法第97条第2項）。裁判官は、審理に際して、様々な事実関係を考慮しなければならない。例えば、これまでの婚姻生活共同体の生活状況がどのようなものであったか、また婚姻期間や取り決めに先立ち法的アドバイスを受けたかどうかを考慮しなければならない（婚姻法第97条第4項）。婚姻の期間が数ヶ月間しかないときには、離婚までに長期間婚姻が継続した場合と異なり、財産関係を広範にわたり変更することは、著しく不公平なものとなる。

## II. 夫婦財産契約に対する離婚の効力

### 1. 法 規 定

すでに述べたように、夫婦は、夫婦財産契約で、法定されている別産制に代わり、財産共有制を取り決めることができる。夫婦が、離婚時の共有財産の分割に関する合意を得ていない場合や、また別居の場合についてあらかじめ夫婦財産契約で取り決めをしていない場合は、ABGB 第1266条がその法的効果を定めている。有責性がなく離婚した場合や、夫婦双方に同程度の有責性が認められる場合は、夫婦財産契約は離婚によって効力を失い、夫婦は自身が財産共有制開始前に有していた財産を、その増加分を含めて再び取得する<sup>65)</sup>。物件の価値増加が、夫婦の労働収入または投資による場合には、夫婦が同等の方法でそれに寄与しているときは、均等に

---

64) Nachweis bei Hopf, ÖJZ 2010, 161 FN 72.

65) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, 13.Aufl., I 483.

分割する<sup>66)</sup>。次のような例が考えられる。夫婦の一方が財産共有制開始(婚姻)前に有していた土地に、夫婦が共同して週末用の別荘を建築した。土地の住居なしの価額は100,000ユーロであり、住居付きでは200,000ユーロであった。“地上物は土地に従う (superficies solo cedit)”の原則によれば、土地の所有者は、住居の所有者でもある。所有者は、離婚した配偶者に対して、住居の価額の半分である50,000ユーロを支払わなければならない。夫婦の寄与が同等でない場合は、この価値増加分は寄与度に応じて分割される<sup>67)</sup>。

夫婦の一方が、離婚について専ら有責であるもしくは有責性が大きい場合には、共有財産は、婚姻パートナーの死亡の場合と同様に分割される。全ての債務を控除した後に現存する積極財産は、財産共有制において取り決められた持分に応じて分割される。これは、離婚について無責である配偶者にとって、離婚効果よりも不利になることもありうるだろう。例えば、夫婦の一方が、他方よりも多くの財産を財産共有制開始(婚姻)前に有していた場合である。無責の配偶者は、離婚効果とパートナーの死亡の効果のいずれかを選択することができることと解されている(ABGB 第1266条)<sup>68)</sup>。

夫婦の使用財産と夫婦の蓄財を財産共有制の対象としている場合、これらの財産には、夫婦財産契約の失効の法的効果ではなく、婚姻法の離婚後の財産分割に関する規定が適用される<sup>69)</sup>。これは、夫婦の使用財産および蓄財を財産共有制に含めることが、婚姻法が定める分割規定の合意による排除を意味していないことから根拠づけられている<sup>70)</sup>。したがって、これらの財産が財産共有制に服する場合には、すでに述べた原則(上述

---

66) OGH 4 Ob 281/00b=JBl 2001, 309 (Pfersmann) mwN.

67) Siehe OGH 4 Ob 281/00b=JBl 2001, 309 (Pfersmann).

68) Kerschner, Familienrecht, 4.Aufl., Rz 2/103.

69) Kerschner, Familienrecht, 4.Aufl., Rz 2/104.

70) Siehe M. Bydlinski in Rummel, ABGB, 3.Aufl., II/1 §1266 Rz 4.

B. I) に基づいて分割することになり、夫婦財産契約の失効後に夫婦のどちらが所有権を有するかは問題とならない。当然ながら、要件は、離婚が確定した後1年以内に、その分割を裁判上主張すること、または契約によって承認されることである（婚姻法第95条）。

## 2. 夫婦財産契約における取り決め

財産共有制を合意する夫婦は、夫婦財産契約において、離婚の法定の効果を変更し、また自ら財産分割を規定することができる。夫婦財産契約が離婚によって失効したときは、離婚の場合の契約上の取り決めは適用されない。

婚姻住居を含む夫婦の使用財産および夫婦の蓄財についても、夫婦財産契約において、分割をあらかじめ取り決めることができる。夫婦財産契約は、常に公正証書によって締結しなければならないことから、婚姻法が定めるこの要式は、事前の分割の取り決めについても適用される（上述B. I. 4）。この種の合意～またそれが財産共有制の枠内においてなされているときも～については、婚姻法の規定が適用される。したがって、分割手続きが問題となるときは、夫婦財産契約における事前の取り決めも裁判所によるコントロールに服することになる（上述B. I. 4）。

## C. 結 語

私の報告を通じて、オーストリア法における離婚の財産上の効果について、皆さんの理解の助けになることを願っている。改めて、最後に、基本的な原則についてまとめてみたい。婚姻中は法律に基づいて別産制が成立するが、離婚の場合には、婚姻期間中に共同で取得した財産が分割される。婚姻住居および家財道具は、それが婚姻時に持参された、また夫婦の一方が第三者から無償で贈与されたものであっても、分割の対象とすることができる。夫婦は、求められる形式に従って取り決めを行うことによっ

て、法律による分割の規定を事前に変更することができる。このような事前の取り決めは、裁判所による分割の申立てを妨げるものではないが、裁判官は、厳格な要件を充たす場合にのみ、事前の取り決めと異なる判断を行うことができる。