HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	西ドイツにおける新法定夫婦財産制について
Author(s)	淺見, 公子
Citation	北海道大學 法學會論集, 8(3-4), 80-107
Issue Date	1958-03
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27767
Type	bulletin (article)
Note	資料
File Information	8(3_4)_P80-107.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

西ドイツにおける新法定夫婦財産制について

浅見公子

はしがき
一、沿革
二、比較法
三、剰余共同制
㈠ 剰余共同制の原理
㈡ 剰余の概念と評価
㈢ 剰余の分配
四、問題点
むすび

この研究に引用した著書・論文の略語を左に掲げる。

Alebrand, AcP 152, 373=Eine Enquête zur Reform des ehelichen Güterrechts.

Arnold, Fam RZ 55, 225=Wird die Familienrechtsreform gelingen?

Beitzke, Fam RZ 54, 156,=Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts.

Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht 1954.

Bosch, Fam RZ 54, 149=Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts.

Bosch, Fam RZ 57, 189=Bemerkungen zum „GlbG".

Braga, Fam RZ 57, 314=Das „ehegüterrechtliche Erbrecht" des überlebenden Ehegatten.

Dölle, Rabels Z 53, 608=Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Problem des künftigen gesetzlichen Güterstandes in Deutschland.

Dölle, Fam RZ 54, 205=Bemerkungen zum künftigen gesetzlichen Güterstand.

Ferid, Fam RZ 57, 70=Zwei Gesichtspunkte zur „erb-

rechtlichen Lösung" des Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten.

Finke, MDR 57, 449=Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz.

Friedmann=Matrimonial Property Law. 1955.

Fröhmer・Stackelberg・Eser=Familie und Ehe. 1956.

Greven, Fam RZ 54, 93=Die Frau und das eheliche Güterrecht.

Kleinheyer, Fam RZ 57, 283=Die Verweigerung des Zugewinn-Ausgleichs wegen grober Unbilligkeit (§ 1381 BGB nF).

Krauss, Fam RZ 54, 89=Verteidigung der Gütergemeinschaft.

Maßfeller, Das Neue Familienrecht=Die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Gesetzentwurf.

Merzbacher, AcP 156, 1=Die Zugewinngemeinschaft—Eine wiederentdeckte Institution des ehelichen Güterrechts.

Müller-Freienfels, JZ 57, 685=Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetz.

Neumayer, Rabels Z 53, 376=Die Kombination von Vermögenstrennung und Vermögensteilhabe im ehelichen Güterrecht.

Rouast, Le régime matrimonial légal dans les législation contemporaines. 1957.

Scheffler, 38 Juristentag=Die Gleichberechtigung der Frau, Verhandlungen des 38 Deutschen Juristentages Teil B.

Schreiber, Fam RZ 54, 125=Selbstbestimmung im Familienrecht, insbesondere im Ehegüterrecht.

Ulmer, 38 Juristentag=Die Gleichberechtigung der Frau. Verhandlungen des 38 Deutschen Juristentages Teil B.

Wahl, Fam RZ 56, 133=Erhöhung des Ehegatten-Erbrechts um ein Viertel als Zugewinn-Ausgleich bei Auflösung der Ehe durch den Tod.

Woopen, Fam RZ 54, 99=Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im französischen Zivilrecht.

Beck'sche Textausgaben. Gleichberechtigungsgesetz 1957.

川井・法協・七三巻六号・七四巻一号—川井健・東西ドイツにおける男女同権論の対立について。

鈴木・法学雑誌・一巻一号・二号—鈴木禄弥・「男女同権」の西ドイツ的理解—「夫婦共同生活における決裁権」を繞る論争について—。

関口—関口晃・妻の法律的地位（江川英文編・フランス民法一五〇年(上)所収）

椿・法学論叢・五九巻五号—ドイツ親族法の改正。

中川・註解―中川善之助監修・註解親族法。
福地・親族法・補遺―福地陽子・現代外国法典叢書・独逸民法・親族法・補遺。
宮崎・新婚姻法―宮崎孝治郎・新婚姻法。
山田・概論―山田晟・ドイツ法概論。
比較婚姻法第二部―台北比較法学会編・比較婚姻法第二部。
註釈親族法(上)―註釈民法全書・註釈親族法(上)。

はしがき

西ドイツにおいて、ながい間の懸案であった親族法を中心とする民法の改正が行われ、「民法の領域における男女同権に関する法律」――「同権法」という法律として、一九五七年・六月十八日に成立した。

この稿では、このうち夫婦の法定財産制をとりあげて紹介をこころみようとするものである。それは剰余共同制[1] (Zugewinngemeinschaft) と呼ばれている。

この制度を特に取上げたのは、第一に、それが同権法の最初の大部分を占める民法改正のうちでもとりわけ主要な部分をなし[2]、「同権法のうちで法律的にもっとも興味ある部分[3]」とされているという、西ドイツにおけるいきさつによるのであることはいうまでもない。

しかし第二に、今のわたくしたちの関心につながりがあるからでもある。すなわち、あたらしい家族法を貫く根本原理である男女同権の確立は、すぐれて財産的な内容をもった規定の仂きに負うのではないかと考えられる。この意味で、西ドイツの同じ分野での法規制を知ることは、意義のあることであろう。そして、この同権法のうちの夫婦の法定財産制は、わたくしたちのこの問いに対する西ドイツとしての端的な解答なのである。

なぜなら、それは法定財産制ではあるが、日本の法にいわゆる夫婦の法定財産制と離婚の際の財産分与の請求とを結びつけた制度であるし、さらに従来の生存配偶者の相続分を変更するという規定をも含むものだからである。

(1) この制度をはじめて紹介された宮崎、山田両教授の訳語による。比較婚姻法第二部二八頁。ドイツ婚姻法九四頁。(前掲書所収)。これに対し、最近「附加利得共同制」と訳して紹介して居られるのは椿・法学論叢五九巻五号・一六五頁および福地・親族法・「補遺」五〇四頁。

(2) 同権法 (Gleichberechtigungsgesetz) は八章より成るが、最初の大部分を占めるのが民法の改正で、親族法を主とし、総則・相続法の改正にも少し触れている。親族法全体の改正については、草案についてではあるがすでに紹介されている。椿・前掲一六二頁以下。

(3) Bosch, Fam RZ 57, S. 195. なお Finke, MDR 57, S. 449; Müller-Freienfels, JZ 57, S. 686.

一　沿　革

夫婦財産制の主な二つの型、すなわちいわゆる所得共同制と、夫の管理権を条件とした夫婦別産制は、すでにフランク時代に見出されるという。[1] 一九〇〇年まで、前者は主としてフランク法領域、したがつて中部および南部に拡がり、ローマ法継受ののちは多くの地方法や都市法に見出されるが、それらはすでに剰余共同制という制度を所得共同制の特別な一変形として知つていたとされている。[2] ヘッセンやビュルテンベルクの法についても同様である。したがつて剰余共同制はあたらしい人為的な創造物なのではない。[3] これに対し、後者はBGBの管理共同制の基礎となつた。[4]

さて、夫婦財産制の改正（を中心とする親族法改正）のこころみは、すでに一九二〇年代にはじまつていた。[5] その後しずまつていたが一九四五年頃再び復活し、一九四九年にボン基本法が制定されるに及んで、男女同権に基く親族法改正のうごきはにわかに活潑になつてきた。

はじめて政府草案が聯邦議会へ提出された一九五二年前後を通じて、多くの学者や実務家達が論議をたたかわせていたが、内外情勢のもつれからこの草案は審議未了のまま一九五三年・三月三十一日を経過し、基本法の男女同権条項に反する法律は無効となつて、法の空白状態が続いていた。このあたりのいきさつはすでに詳細に紹介されている。[6]

その後、一九五四年に第二次政府草案が聯邦議会に提出され、委員会の審議に委ねられた。ここでかなりの変更がなされて、一九五六年・八月十日、法律委員会草案として公にされた。[7] この草案が大体そのまま議会の承認をえて、六月十八日に成立したものである。この法律は、一九五八年・七月一日より施行される。

(1) Maßfeller, Germany, p. 369. (in Friedmann).
(2) Maßfeller, op. cit. p. 370; Merzbacher, AcP 156, S. 9.
(3) Merzbacher, a. a. O. S. 8.
(4) Maßfeller, op. cit. p. 369.
(5) ユーリステン・タークは、一九二四年・一九三一年の二回（三三・三六会議）にわたつて改革提案をとりあげた。この時の講演者はキップ教授、女性の代表として Dr. Munk, Dr. Rebstein-Metzger、その他 Wieruszowski, Dronk であつた。そして、このときのキップの提案は、今回の政府草案および同権法と大綱において一致する。このことは、改革のこころみがこの時期まで遡りうることを示す。Scheffler, 38 Juristentag, S. 23; Merzbacher, AcP 156, S. 2. なお山田・概論七一頁。

(6) 鈴木・法学雑誌一巻一号・二三頁以下。川井・法協七三巻六号・七〇頁。福地・親族法・補遺四八九頁以下。椿・法学論叢五九巻五号・一六二頁。

(7) Braga, Fam RZ 57, S. 885.

この間、特に夫婦の法定財産制の改正が主たる論議の的となつた。なぜなら従来の夫婦の法定財産制は管理共同制であり、それが男女同権の原理に反することについては異論がなかつたからである。

法定財産制を改正するに当つては二つの基本的な要請があつた。第一には、各配偶者は自分が持参した財産および婚姻中にえた財産に対し、全く独立の処分権能をもたねばならないこと。第二には、婚姻の解消の際、各配偶者には原則として他方の財産において何らかの財産分与にあずかる権能が与えられること、である。(1)

そこで、大勢は、別産制を基にして婚姻解消の際に一方の配偶者に他方の財産に対する請求権を与えるという政府草案の立場と、いわゆる所得共同制により同じ目的を達しようとする立場とに集約された。(2)

しかし所得共同制では、いずれにせよ合有財産が存在するので管理に困難を生じるのは止むをえない。管理を夫のみにゆだねれば男女同権に反するであろうし、両配偶者共同してのみ管理することにすれば、夫婦間のあつれきは別としても同意がなかつたときは取引をひどく妨げるであろうことは明らかである。さらに所得共同制は多くの財産団を生ぜしめて、債務負担や清算に対しわずらわしさを招く。法定財産制は簡単で実際的でなければならない。これが、剰余共同制に賛成する側からの所得共同制に対する批判であつた。(3)

これが国民の代表機関たる議会の承認するところとなつたのだが、これに対して財産共同制を唱える側から、この制度は婚姻の本質および現実に適さないとする批判があつたことは、記憶にとどめる必要があろうと思われる。(4)

ところで、これらの夫婦財産制の論議の出発点は、結局、男女同権の原理であり、婚姻と家族に対する把握の仕方である。(5) そして西ドイツにおいては、男女同権は男女の自然的・生物学的差異を重視する機能的同権を意味する。(6) したがつて、妻はもともと家にあつて夫婦と家族共同体のために仂くという考えは、動かしえない前提である。(7)

このことは同権法が、「妻は家事を固有の責任において行う。妻は婚姻および家族における彼女の義務に一致するかぎりにおいて生業活動をする権利がある。」(一三五六条) と規定し、夫婦間の扶養義務について、「妻は労仂、通常は家事を行うことにより、家

族の扶養に対して寄与するという義務を履行する。妻が生業活動の義務があるのは、夫の労働能力・夫婦の収入が家族の扶養に充分でなく、彼等がその財産の元本を使うことが彼等の生活状態にふさわしくないというかぎりにおいてである。」（一三六〇条）と規定することから明らかである。

これに対して対照的なのが東ドイツの男女同権理論で、そこでは事実的同権・経済的同権が唱えられ、婦人が家庭にあつて家事を担当するという原則はもはやゆりうごかされているという。(8)

要するに剰余共同制に対しては、個々の規定についての技術的な批判はともかくとしても、第一にうちにあつては、婚姻の現実をふまえた保守的立場からかなりの批判が予想される。なぜなら西ドイツにおいて通説とされている機能的同権の言葉の下では、前述のごとき男女の自然的・生物学者差異を重視する立場に加えて、婚姻と家族の伝統的な内容を維持しようとする教会の立場も含めて論じられている。(9) したがつて後者からの批判は特に強いと解されるのである。(10)

第二に、外からは、たとえば東ドイツから夫婦財産制のよつて立つ根本原理に対しての批判もあるといわねばならない。この間にあつてこの制度がどのように運用されて行くであろうかということは、今後とも興味のある課題であろう。

(1) Neumayer, Rabels Z 53, 381; Beitzke, Fam RZ 54, S. 156.

(2) 一般的財産共同制を主張した Krauss, Fam RZ 54, 89 ff; Greven, Fam RZ 54, 93 ff. および法定財産制をみとめず、すべてを当事者の自由な財産契約にまかすべしとする Schreiber, Fam RZ 54, 125 ff. およびそれをめぐる論争以外のものは大体これらの立場であつたといつてよい。しかし別産制をつよくうち出すか否か、また明瞭に所得の共同制を主張したか否かにより相異があつた。なお、提案をもうら的に紹介したものとして、Bosch, Fam RZ 54, 149 ff.

(3) このような批判をのべたものとしては Maßfeller, Das Neue Familienrecht, 93 ff; Ulmer, 38 Juristentag, S. 42; Beitzke, Fam RZ 54, S. 154; Wahl, Fam RZ 56, S. 188; Finke, MDR 57, S. 514.

(4) たとえば一般的財産共同制を主張する者は、これこそが婚姻の本質に適するといい、法定財産制は婚姻の現実に適合しなければならないという。Krauss, a. a. O. S. 89. また別産制のもとにおける「ひややかな関係」は婚姻の本質に適さないし、九〇%を占める大多数の中産階級の夫婦の見解と希望にも適さないという。Greven, a. a. O. 93 ff.
また所得を共同制にすべしとする立場は、夫または妻は、婚姻中は通常個人としてではなく「夫婦」または「家族」という共同体の成員として所得をうるのだ、ということを根拠にして、別産制を基礎にする立場を非難する。Bosch, Fam RZ

54, S. 153-154; Dölle, Fam RZ 54, 205 ff.

(5) Bosch, a. a. O. S. 150; Arnold, Fam RZ 55, S. 225.

(6) 西ドイツにおける男女同権の理論については鈴木・法学雑誌一巻一・二号、川井・法協・七三巻六号、七四巻一号。前者は夫婦間の決裁権をめぐる論争をとり上げて西ドイツにおける男女同権論を周密に紹介したものであり、後者は東ドイツとの対比において西ドイツの男女同権を論じたもので、ともに極めて興味ある文けんである。

(7) たとえば「この（夫と妻が）仕事を分つことは、時代に制約された『市民』社会秩序のみならず、多年の西欧国家の文化的・倫理的秩序の基本的な要求なのである。」という。Boehmer, S. 99. またボッシュは次のようにいう。「われわれが、婚姻と家族は夫と妻の間の機能的差異を前提とするという見解、すなわち妻はもともと（もつぱらではないが）家にあつて夫婦と家族共同体のために働くことをのぞまれるという見解をとるかぎりでは、われわれはそのことから財産制の結果を推論しなければならない。けだし生活の資をうることのできる同性より彼女は彼女の家での働きにより不利な立場におかれてはならないし、主婦は家における働きにより生活の資をもうけることさえできず、同じく『夫の業務』において共に働いても自分自身はもうけることはできず、主婦が副業をする場合にも彼女の収入は夫のそれに比してきわめて僅かであろうから。」Bosch, a. a. O. S. 150.

(8) 川井・前掲・六二頁。

(9) 川井・前掲・七三頁。

(10) 西ドイツにおいては、キリスト教が予想以上に人々の生活と結びついていて、法の生れる地盤としてこれを無視することはできないとされている。カトリック的立場から、今度の改正に対して批判的なのは、たとえばボッシュ教授である。これらの点については、現在西ドイツ留学中の川井助教授に御教示いただいた。お礼を申し上げる。

二　比較法

現在、各国の立法例は、別産制をとるものと財産共同制をとるもの、それにこの両者を何らかの形で結びつけようとする中間形態に大別される。[1] この度の西ドイツの財産制はこの第三のグループに属するが、西ドイツはそれを剰余共同制という形で解決した。

ところで、この剰余共同制は西ドイツの発明品ではなく、すでにドイツに古くからあった制度であることは前述した通りであるが、その根本原則は他のヨーロッパの諸国においても法定財産制として実現されており、あるいは法定財産制の草案においてあらわれている。そしてこの度の西ドイツの財産制の成立に直接・間接の寄与をなした。そこで以下に他の国における剰余共同制のあらわれを概観することにする。

まずスイスにおいて一九一二年より全スイスの法定財産制とさ

れた財産結合制がある。[2] この制度の下では、夫婦の財産は妻の特有財産を除きすべて夫の管理・用益に服する。しかし婚姻の解消の際には妻はいわゆる Vorschlag に対する請求権を有する。この Vorschlag はドイツにおける剰余に相当する内容のものであって、その三分の一が債権法上の請求権として妻に帰属する。

ハンガリーにおいて一九〇〇年・一九一三年に作られた民法草案においては、剰余に対する請求権を伴なう別産制の原理が法定財産制としてさだめられていた。[3] この制度は一九四五年の国家変革によって成立しなかったが、[4] その原理がこの度の西ドイツの改正に影響を与えたことは、キップの提案は、実際にはこの草案によったものだといわれていることからも明らかである。[5]

ここで一九二八年の「ハンガリー民法典」のための特別規定を見ると、[6] 婚姻により夫婦間には所得共同制が発生し、それに基づき、婚姻解消後には夫婦財産のうち所得共同財産としてさだまる財産の二分の一が各配偶者に帰属する。この所得共同財産が「剰余」に相当し、この財産の分割および二分の一の引渡しは婚姻解消ののちはじめて請求可能となり、解消前にはこの請求権は譲渡も強制執行も不可能とされている点は、ドイツ法のならったところである。要するに剰余共同制の原型といえよう。

第三に一九二〇年に成立したスエーデンの夫婦財産制がある。[7] この制度はドイツの剰余共同制、およびフランスの改正法案において予定された所得配分制に対して担当強い影響を与えたといわれている。[8]

スエーデンにおいては、各配偶者は婚姻中、持参財産・所得財産に対する管理権・処分権を有する。しかしこの権利はいわゆる配偶者持分権の認められるかぎりで制限されている。婚姻の解消の際には配偶者持分財産は同じ割合すなわち二分の一づつ分けられる。別産制や別居の際にも各配偶者はなお配偶者持分財産の半分を保有する。

配偶者持分財産には原則として夫婦の全財産が算入される——例外として留保財産が認められるが——ということ、および清算に際して一方の配偶者に帰属する配偶者持分財産の二分の一に対する権利は物権法上の権利として構成されているということは、剰余共同制に対する特色である。

一九二九年に成立したフィンランド法[9]においても、婚姻中には別産制が行われ、婚姻解消後には残存する両者の財産の二分の一に対する請求権が一方の配偶者に帰属する。また各配偶者は、スエーデン法におけると同様、他の配偶者の財産において観念的な持分を有する。

最後に、一九三八年法の予備草案として一九三二年に提案され

たフランスのいわゆる「所得参与制」[10] (System de participation aux acquêts) も剰余共同制に原理を同じくする。この制度はすでに紹介されて居り研究もなされているところでもあるからここではふれないが、ただドイツの学者が剰余共同制との比較をしているのでそれを紹介しておこう。ドイツの学者によれば、剰余共同制と所得参与制との差異は、前者が真の別産制であるのに対して後者は所得共同制であることだ、とされている。[11] なぜなら前者にあつては二箇の場合を除いては原則として各配偶者の管理権は独立であるが、後者にあつては、婚姻中の管理権は将来所得財産として分割が予定されるかぎりで、婚姻中一定の財産について制限されるからである。さらに、婚姻の解消と共に、今迄未必的状態においてしか存在しなかつた財産は具体的な所得財産という共通の財産として立ちあらわれることになるからである。したがつて清算および債務負担の複雑性、という所得共同制に対すると同じ批判がなされうるという。また婚姻中において広範囲にわたり財産が差押えられた状態にあることについても、批判の余地があるという。但し以上はあくまでもドイツの学者から見た批判である。

(1) Friedmann, Matrimonial Property Law. なお夫婦財産制の比較法のすぐれた文けんとして Rouast, Le régime matrimonial légal dans les législation contemporaines. がある。

(2) この制度の詳細については Merzbacher, AcP 156, S. 10.

(3) Merzbacher, a. a. O. S. 11.

(4) Merzbacher, a. a. O. S. 12.

(5) Maßfeller, Das Neue Familienrecht, S. 98.

(6) Merzbacher, a. a. O. S. 12.

(7) Merzbacher, a. a. O. S. 13 ff; Friedmann, op. cit. p. 410 et seq.

(8) 宮崎・仏蘭西婚姻法二一八頁。(比較婚姻法第二部所収)。また、技術的に異なる点はあつても、根本的な点で近似性をもつこの制度は、西ドイツの制度の成立のために様々な刺戟と四半世紀にわたる実際上の体験を媒介してくれた、というのは Merzbacher, a. a. O. S. 15.

(9) Merzbacher, a. a. O. S. 15.

(10) この制度を紹介したものとして宮崎・仏蘭西婚姻法二一二頁以下。(比較婚姻法第二部所収)。関口・二〇六頁、二三四頁、二三五頁。

なおドイツの学者がこの制度を紹介して剰余共同制と比較したものとして Dölle, Rabels Z 58, 608 ff. 親族法改正について紹介したものとして Woopen, Fam RZ 54, S. 101 がある。

(11) Dölle, a. a. O. 608 ff.

三　剰余共同制

(一)　剰余共同制の原理

以下に、西ドイツにおいて法定財産制とされることになつた剰余共同制の内容を紹介して行くことにしよう。

「夫婦は、夫婦財産契約により別段の合意をしないときは、剰余共同制の下において生活する。

夫の財産も妻の財産も夫婦の共同財産にはならない。このことは婚姻後に取得した財産にも適用される。しかし夫婦が婚姻中に獲得した剰余は、財産制が終了したときは分配される。」（一三六三条・一項・二項）。

これが夫婦財産制の章の法定財産制の諸規定の冒頭にあげられている規定である。それによると、この制度の下では夫の財産と妻の財産との二つがあるだけだから合有財産のようなものは存在しない。婚姻解消の際に、一方の配偶者に他方の財産に対する分配請求権（Ausgleichsforderung）が帰属するというかぎりでのいわば「共同制」(Gemeinschaft)[1]である。それゆえ政府草案は、誤解を避ける意味で、「剰余分配を伴なう別産制」といつていたが[2]現在でもその性質には変りない[3]。

さて、各配偶者は彼の財産を独立に管理する。（一三六四条、前段）。この独立の管理権を認めることが、この度の財産制の改正点の一つであつたことは前述した。しかし各配偶者は全く独立に管理できるのではなく、法律上二箇の制限に服することになる[4]。

第一、財産全部の処分について

一方の配偶者は彼の財産全部[5]を処分する債務を負うには、他方の配偶者の同意をうる必要がある。同意なくして処分の債務を負つたときは、他方の配偶者が同意するときにかぎり、債務を履行することができる。（一三六五条・一項）。

同意なくしてなされた行為は追認がなければ無効となる[6]。（一三六六条・四項）。単独行為が同意なくしてなされたときも無効である。（一三六七条）。

第三者は、追認されるまでの間、一定の要件の下で取消権をもち（一三六六条・二項）、さらに契約の相手方たる配偶者に他方の追認をうるよう催告することができる。（同条・三項）。追認がなければ拒絶したものとみなされ、契約は無効になる。場合によつては、同意を与えないのに処分されてしまつた配偶者は、無効な処分から生じた権利を第三者に対して裁判上主張することができる。（一三六八条）。

ところで法律行為が通常の管理の原則にかなつているとき[7]は、一定の要件の下で[8]、後見裁判所は申立により他方の同意を補充す

ることができる。

第二、夫婦の生活用具に属する物について

管理権の制限は夫婦の生活用具に属する物についてもなされている。（一三六九条）、これらの物は家族生活の経済的な基礎をなしているからである。(9)

もはや存在しないかまたは無価値となつた物の代りに調えられた生活用具は元の物の所有主の物となる。（一三七〇条）。

後見裁判所による同意の補充・追認・単独行為の無効・第三者に対する裁判上の主張など、第一の場合と同様である。（一三六九条・二項・三項）。

最後に、婚姻中に獲得された剰余の分配はこの財産制が終了してはじめて問題になるとされているので、婚姻中に他方の財産について持分を持つのではないということが注意されなければならない。

(1) 「共同制（ゲマインシャフト）」という術語は、それにより共同の生活と労働の経済的な結果が、特定の時点に共同者のもとに正当に分けられるべきだという考えを表わさるべきときにも、なお通常の意味内容を維持する、というのは Dölle, Rabels Z 53, S. 614.

(2) Maßfeller, Das neue Familienrecht, S. 98.

(3) Müller-Freienfels, JZ 57, S. 692.

(4) 独立の管理権をどの程度制限すべきかについては変遷があつた。第一次政府草案・第二次政府草案・委員会草案においては、財産全部に対する処分のみが制限されていた。もつとも既に、スエーデン法のように広汎にわたる制限をすべしとの提案もあつたが、例えばマスフェラーは、スエーデン法は婚姻継続中にも配偶者持分財産を認めて物権上の持分を問題にしているから、本制度とは根本的に異なると反駁していた。Maßfeller, Das Neue Familienrecht, S. 108–109.

しかしこれに対し、いわゆる Hausgut の自由な処分には何らかの制限を加えるべきである、との提案はかなり多かつた。Dölle, Rabels Z 53, S. 615; Beitzke, Fam RZ 54, S. 159; Boehmer, S. 96–97; SPD Entwurf. (Bosch, Fam RZ 54, S. 151).

結局、いわゆる婚姻生活用具に関する制限をつけ加えて議会の同意をえたものだが、この二つ以外のもの、たとえば土地・住居・生命保険その他これに類する物に関する法律行為についても制限すべしとの提案は、取引の安全のために認められなかつたと説明されている。Finke, MDR 57, S. 514.

(5) 財産全部についての法律行為のおもな場合としては、農業における農地の譲渡、都市にあつては、全財産をなしているところの会社、土地などの処分である。Finke, a. a. O. S. 515.

(6) この意味で、善意取得者の保護も登記簿の信頼も認められず、夫婦の保護が取引の保護に優先している。Bosch, Fam

RZ 57, S. 195.

(7) 通常の管理の原則にかなつていればよいので、それが必要であることを要するわけではない。たとえば、父親が三十歳を越えた息子に（家や土地をふくめた）農場を譲渡することは――この場合、彼も彼の妻も農場を経営するのにまだ充分強健であるときは譲渡は必要ではないのだが――慣習に適しているといえよう。だから妻は、その譲渡契約では隠居分を認めていないとか、他の子供達に充分な補償を残していないというとき、はじめて同意を拒絶できるのである。Finke, a. a. O. S. 515.

(8) 充分な理由なく同意を拒絶したり、猶予ならぬ危険があるときに限られる。充分な理由は、他方の配偶者が法律行為からの収益金を不当に使用し家計を危険におとし入れるおそれがあるときなどに認められる。Finke, a. a. O., S. 515.

(9) 実際にこれに属するのは家具調度（Wohnungseinrichtung）であるが、住居に属する権利はふくまれない。だから一方の配偶者は夫婦の住居を単独で借りたときは単独で解約告知できる。一方のみに属し、住居の建つている土地も、他方の同意なくして処分できる。但しこの土地が全財産をなしているときはこのかぎりでない。一方の配偶者の個人的な使用に定められた物（着物・装身具・労働用具・自動車）などはこれに属さない。Finke, a. a. O. S. 515.

(1) 剰余の概念と評価

(1) 概念

別産制を基礎にしながら、他方の財産における一方の配偶者の財産関与をこれに結びつけたという点に剰余共同制の特質があることは前述したが、この財産関与、すなわち共同的な傾向を代表するのがいわゆる剰余である。法は、剰余とは一方の配偶者の終末財産が当初財産を越えるところの金額をいう（一三七三条）、と簡潔に規定する。そこで剰余を決定するには当初財産と終末財産の概念と評価とが明らかにされねばならない。

(イ) 当初財産

当初財産[1]とは、財産制の開始の際、債務を控除したのちに残つた一方の配偶者の財産をいうが、その際、債務の控除は財産の高を限度とする。[2]（一三七四条・一項）。

一方の配偶者が、婚姻中に死後処分によりまたは将来の相続権と関連して贈与または生計の資として取得した財産は、収入・所得の範疇に属さないかぎり、[3]同じく債務の控除ののち当初財産とされる。（同条・二項）。

そこで当初財産に含まれるのは、まず持参財産、婚姻中、相続や無償の出捐により獲得したもの、であるが、契約自由の意味において、夫婦はそれ以上に一定の財産を当初財産とさだめることができると解されている。[4]

(ロ) 終末財産

終末財産とは、財産制の終了の際に、債務の控除ののち一方の配偶者に属する財産をいう。但し当初財産の場合と異なり、分配請求権者が第一三九〇条（後述）により第三者に請求できるときは、債務は財産の高を越えるかぎりにおいても控除される。（一三七五条・一項）。

さらに、一方の配偶者が財産制の開始ののち無償の出捐をなし債務を負い、財産を浪費し、他方の配偶者に損害を与える行為をして財産が減少したときは、その分だけ終末財産に加算されることになる。（一三七五条）。但し財産制終了の十年以上前のものや他方の配偶者の同意があればこのかぎりでない。（同条・三項）。

以上から、剰余は主として婚姻中に夫婦が労仂によつて獲得したところのものに集中されるということになる。しかし、とにかく剰余というのは計算上の額として現われるのであつて、財産それ自体として現われるものではない。(6)

(2) 当初財産・終末財産の評価、財産目録

右に述べたことから、剰余の算定には、当初財産・終末財産に属する個々の財産および債務の評価が重要な意味をもつことが理解される。

そこで法は、当初財産の評価は財産制のはじめにおける価額、相続または贈与などによつてえられた財産の評価はそれらを取得した時点における価額を基礎とし、終末財産の評価は財産制の終了の際の価額を基礎とすることにした。（一三七六条）。

ところで当初財産の評価には困難がある。なぜなら長い時期をへると価値基準に相当の変化が生じるからである。

そこで当初財産の状態と価値とを共同して財産目録にさだめさせることにした。この財産目録を作成したときは、夫婦相互の関係においては目録は正当だと推定される。（一三七七条・一項）。そして財産目録の作成は強制的ではないけれども、これが作成されていないところでは、一方の配偶者の終末財産はすべてその剰余と推定されることになる。（同条三項）。

(1) ここで「当初財産」という新しい術語を用いることにして従来からの「特有財産」(Sondervermögen) という語を用いなかつたのは、特有財産といえば一般には「持参財産」のみが想起されるにすぎなかつたからである。Merzbacher, AcP 156, S. 6-7.

(2) だから、はじめに一万マルクの財産と一万五千マルクの債務があつたとすれば、その当初財産はゼロであり、マイナス五千マルクなのではない。そこで終末財産が積極財産二万マルクのときは、五千マルク控除ののちの一万五千マルクではなく、二万マルクそのものが終末財産とされるべきである。

Finke, MDR 57, S. 517.

(3) 収入・所得の範疇に属するものとされるのは、たとえば親から月々もらう小遣銭、化粧料など。Finke, a. a. O, S. 517.

(4) Merzbacher, a. a. O, S. 7.

(5) Merzbacher, a. a. O., S. 8.

このように婚姻解消に当つて他方の配偶者が関与する財産を婚姻中に獲得された所得にかぎる立法例としては、スイスの財産結合制、慣習法上発達した従来のハンガリー法・スロバキヤ法、コスタリカ・コロンビア・ウルグワイの法、フランス、オランダで提案された草案、そしてドイツであるとされている。これに反し、原則として婚姻の解消の際に両配偶者に属するすべての財産を分割する立法例としてはオーストリヤの他は、リヒテンシュタイン侯国にだけなお適用される（契約上の）共同制に関するABGBの規定、デンマーク・フィンランド・アイスランド・ノルウエー・スエーデンの法定財産制、ベルギーの一九四七年の草案である。Neumayer, Rabels Z 53, S. 381-382.

(ii) 剰余の分配

(1) 概　説

法に規定された管理権の制限の場合を除けば配偶者は婚姻中には実際は別産制の下で生活する。両配偶者によつてえられた剰余は、財産制が終了してはじめて分配されることになる。

財産制の終了の主な場合は離婚と一方の配偶者の死亡である。婚姻取消の効果には離婚の効果に関する規定が準用され（婚姻法三七条一項）、婚姻無効の際には配偶者の一方が婚姻締結のとき無効なことを知らなかつたならば両配偶者の財産法上の清算には離婚の場合の規定が準用されるべきだから（婚姻法、二六条）、法は、離婚の場合、一方の配偶者の死亡の場合、それに別居の場合について規定している。

ところで最初の政府草案では財産制の終了のすべての場合について、剰余の分配を同一に規定していたのだが、[1] 聯邦議会の委員会の審議の際に修正提案がなされたため、これにしたがつて一方の配偶者の死亡により婚姻が解消したときは異なつた解決をすることにした。[3] しかしこの場合にも生存配偶者は、事情によつては離婚の場合に適用される原則によつても分配請求できるのだから離婚の場合から述べるのが妥当と思われる。

(1) § 1386, R. E. Maßfeller, Das Neue Familienrecht, S. 122.

(2) Wahl, Fam RZ 56, S. 183.

(2) 離婚の際の剰余の分配

(イ) 分配請求権

一方の配偶者の剰余が他方のそれを越えるとき、剰余の二分の

一は他方の配偶者に分配請求権として帰属する。(一三七八条・一項)。

この分配請求権には問題点が二つある。第一は剰余の二分の一について分配請求権が法律上当然に生じることであり、第二はそれが分配請求権、すなわち債務法上の請求権として構成されたことである。どちらもドイツにおいてかなり議論されたところであるので、これについては問題点としてまとめて後述することにしよう。

この分配請求権は財産制の終了とともに発生し、そしてこの時点から相続および譲渡が可能となる。(一三七八条・三項)。分配請求権の額は、財産制終了の際の債務の控除ののち存在する財産の価額によって制限される。(同条・二項)。

また離婚の際には、剰余の算定のためには財産制終了の時点に代つて、離婚の訴が提起された時点が基準にされるべきだと規定されている。(一三八四条)。

(ロ) 報知する義務

各配偶者は原則として自由に彼の財産を管理できるのだから、その結果一方の配偶者は他方の終末財産や価額について何も知らないことがあろう。しかし彼は分配請求権を算定するためにはこれらについての知識が必要である。

そこで各配偶者は、財産制の終了ののち他方に対してその終末財産の現状について知らせる義務がある。(一三七九条・前段)。

(ハ) 出捐の算入

一方の配偶者が他方に対し、これは分配請求権に算入されるべきであるとの明確な指定とともに生前になした出捐は、分配債務の履行として評価される。出捐の価額が夫婦の生活関係から見て通常であるような価額を越えるときは、疑わしい場合はその出捐は分配請求権に算入されたものとみなされる。[1] (一三八〇条・一項二項)。この出捐の価額の決定についてはそれのなされた時点を基準にする。(同条・三項)。

(ニ) 著しい不公平の場合

すでに述べられた剰余の分配の原則は、個々の場合に不公平な結果を生ずるであろうことは予想される。そこで法は、剰余の分配債務者は、その場合の事情によれば著しく不公平である限りにおいて分配債務の履行を拒むことができると規定した。(一三八一条・一項)。

この場合の著しい不公平とは、法が第二項によつて具体的に例示しているものによると、剰余の獲得がより少なかつた配偶者が、長期間を通じて、婚姻関係から生じた経済的な諸義務を有責に履行しなかつた場合ということになつている。[2] (同条・二項)。

このように一項では一般的に規定しているので、具体的にいかなる場合がこれに当るかが問題であるが、まずいわゆる「不真正な剰余」の場合を調整するのだといわれる。すなわち当初財産の評価は、財産制の開始のときを標準としてさだめられるから、その価額の上昇や減少が両配偶者の利益、不利益に作用するであろうことは容易に想像できる。[3] さらに、同一の財産が当初財産と終末財産に属するが、それは財産制の継続中に貨幣の購売力の低下のため名目上の価額だけ増加して実際の価額は変化を蒙らなかったという場合がある。このように、物の価額の変化や価値尺度の変化によって生じる「不真正な剰余」を調整しようとする。[4]

つぎに、この条文による分配請求権の一部または全部の喪失の可能性と、離婚の場合の有責と関係があるか否かが問題とされるが、この点はまとめて後に述べる。

著しい不公平があるときは、債務者は給付拒絶権をもつが、訴訟問題としてはそれが分配請求権者の給付の訴に関するものであれ、債務者の消極的確認の訴に関するものであれ、裁判所が判決によって確定する義務があるとされている。[5]

(1) 出捐の価額が、夫婦の生活関係から見て通常であるような価額を越えるのは、たとえば、夫がその財産から土地(所有)を取得し、妻をその共有者として登記する場合である。このような出捐は、実際にはあらかじめなされた分配というべきである。したがって婚姻解消のときに加算される。

しかし些細な額の出捐に対する加算の要求の生じるのを防ぐため、通常の価額をこえた場合のみ問題になるとした。普通行われる誕生日、クリスマスのプレゼントなどは、それがすでに分配請求権に加算されるべきことがきめられたときにかぎり算入されることになるが、このようなことはまず稀であろう。Finke, MDR 57, S. 519.

(2) たとえば妻の場合には、第一に家事に対する義務をゆるがせにしたこと、第二に夫の業務に対する協力義務の怠慢も入る。夫の場合は生業活動により家族の扶養に必要な資金をうるべき義務に違反したこと。Finke, a. a. O., S. 519.

(3) 一方の配偶者が財産制開始のときに新築の家、または機械や設備を企業内に有していたとき、家や機械や設備は長い間の使用のすえ財産制終了の際にはひどく価値が減少してしまう。そしてその価値により終末財産の評価がなされる。そうするとその配偶者の剰余は、彼が価値減少を越える剰余をえてはじめて考慮されるという結果になろう。他方、配偶者が財産制開始のときには単に耕地 (Acherland) に適する土地を有し、その間に建築用地 (Bauland) になり価値が増加したときは、彼の剰余となり、他方はそれに対し何らの寄与もしないのだから関与させることは問題になろう。 Finke, a. a. O., S. 517.

(4) この趣旨のものとしては、さらに Kleinheyer, FamRZ 57,

S. 285.

(5) Finke, a. a. O., S. 519.

(ホ) 剰余分配債務の猶予・金銭支払以外の方法による履行

即時に支払うことが債務者に特に苛酷にあたり、債権者にとつても現状では正当視されうる場合には、後見裁判所は申立に基づき分配債務を猶予することができる。(一三八二条・一項)。猶予されると債務者は利子を払わねばならない。(同条・二項)。後見裁判所は申立に基づき、猶予された債務のために債務者は担保の提供をすべきことを命じることができる。(同条・三項)。利子の高・担保の提供の方法等については裁判所に裁量権がある。(同条・四項)。猶予の申立は分配請求権についての訴訟が繫属しているかぎりその手続で提出すべきであり(同条・五項)、後見裁判所の決定は取消・変更されうる。(同条・六項)。

分配債務は金銭支払いによるという原則の例外がある。すなわち、後見裁判所は債権者の申立により、債務者はその財産の一定の物を分配請求権へ算入するものとして譲渡すべしと命じることができる。但しそれが、債権者にとり著しい不公平を避けるために必要であり、債務者にも正当視されるときにかぎる。決定では分配請求権に算入されるべき額がさだめられねばならない。(一三八三条・一・二項)。

(3) 剰余の事前の分配

夫婦のえた剰余は、原則として財産制の終了の際はじめて分配されるが、別居の場合には例外として事前に分配を請求できる。[1] すなわち、夫婦が少なくとも三年間別居しているとき、別居生活をする権利のある配偶者は剰余の事前の分配を請求することができる。但し他方も別居をする権利を有するときはこのかぎりではない。[2] (一三八五条)。

別居の場合以外にも法は事前の分配請求を認めるが、これは、原則として自由に認められている管理権に対し、他方の配偶者の利益を保護すべき役割をもつ。すなわち、配偶者が長期間、婚姻上の経済的義務を有責に履行せず、将来も履行しないであろうことが認められうるとき(一三八六条・一項)、さらに、(i)、必要な同意なくして一三六五条に示された種類の法律行為をなし、(ii)彼の財産を一三七五条に示された行為によつて減少させ、将来の分配請求権の危険が気づかわれうるとき、(iii)、配偶者が、充分な理由もなく彼の財産の現状を知らせることをあくまでも拒絶するとき、他方の配偶者は剰余の事前の分配を訴えることができる。(一三八六条・二項)。財産制の終了の時点の代りに、訴の提起をなした時点が剰余算定の基準とされる。(一三八七条)。

剰余の分配が認められた判決の確定とともに、別産制に入る。

（一三八八条）。これ以後は、一方の配偶者は、他方の配偶者が獲得する剰余に関与しえないことになる。[3]

(1) この場合には経済的弱者たる方の配偶者が困窮するであろうことは、経験上予想されうるからである。Finke, MDR 57, S. 520.

(2) BGB一三五三条・二項の解釈によれば、他方の有責のゆえに離婚を請求する権利を与えられている配偶者だけが別居の権利を有し、他方の配偶者の精神病により離婚を訴えうる者、および婚姻法四八条による三年の別居後、離婚を訴えうる者は、別居の権利を有しないとされている。だから無過失の配偶者のみが、単独有責の配偶者に対してのみ請求できる。Finke, a. a. O. S. 520. これに対して、「たとえ一方の配偶者が個人的な事情により別居すべき原因を与えた場合でも、事前の分配を訴求できる権能を与えてよい。」と反対する見解もある。Merzbacher, AcP 156, S. 20-21

(3) この事前の分配により純粋の別産制が行われることになると、それ以後は一方の配偶者は他方の剰余には関与できないことになる。そうするとそれを慮慮してこの事前の分配を請求しなくなるのではないか。その結果、この事前の分配請求は、たとえば第二項にあげられた行為から剰余を守る手段としては、充分効力を発揮しないことになるのではないか、という批判もある。Beitzke, Fam RZ 54, S. 160.

(4) 一方の配偶者の死亡による剰余の分配

財産制の終了するおもな場合は離婚と一方の配偶者の死亡であるが、同権法はこの後の場合については通常の分配とは異なつた解決をした。

すなわち、財産制が一方の配偶者の死亡によつて終了するときは、剰余の分配は生存配偶者の法定相続分を四分の一だけ増加することによつて実現される。その際、配偶者が個々の場合に剰余をえたか否かは問題とされない。（一三七一条・一項）。

したがつて、今後、生存配偶者の相続分は直系卑属が存在するときは遺産の二分の一、被相続人の両親・兄弟等が存在するときは、遺産の四分の三となる。もつともありうる形たとえば妻と子が共同相続人であるとき、妻の相続分は遺産の二分の一である。

このように、死亡による財産制の終了の際には相続分の増加という形で夫婦間の財産関係を清算することにしたものだが、この解決はほぼ妥当とされ、[1] 体系的にも必ずしも不合理ではない[2]と解されている。

しかし、生存配偶者の相続分の額をこのように増加したことについては、他の共同相続人の利益を侵害するという理由から、同権法成立後も異議を唱える見解が多い。[3]

ところで、以上に述べた生存配偶者の相続分の増加は、法定相

続の場合にのみ生じる。しかし、相続法上の重要な原則である遺言の自由は変更されていないのだから、今後も、被相続人は遺産における生存配偶者の持分を法律の規定とは異なったように決定できる。彼は、配偶者に多くあるいは少なく与え、その他の指定をなし、また配偶者を相続から排除することもできる。しかし、この場合にも生存配偶者には何らかの方法で剰余分配請求権を満足させる権能が与えられていなければならない。(4)

そこで、法は、生存配偶者が相続人とならず、また彼にいかなる遺贈も帰属しないときは、彼は離婚の際に適用されると同様の規定にしたがつて、剰余の分配を要求できると規定する。(一三七一条・二項)。彼が全く相続から排除されているときは――それが廃除または相続欠格によるなら――死亡者の相続人は一三八一条(前述)による履行拒絶権能を主張しえようが、常に拒絶できるとは限らず、また全額拒絶できない場合もあると解されている。(5)なお、この場合に、生存配偶者または他の遺留分権利者の遺留分は、増加されない配偶者法定相続分によつて定まると規定されている。(二項・後段)。

しかし生存配偶者が法定相続人であり、または死因処分が与えられているときは、彼は相続法上の持分と、分配請求権とのいずれをとるかにつき選択権を有する。生存配偶者が法定相続分または死因処分により与えられたものを承認するときは、彼はもはや分配請求権を要求しえないと解されている。彼が相続または遺贈を放棄するときに限り、彼は分配請求権を要求できる。生存配偶者が相続を放棄するのは、おそらく被相続人の遺言によつて与えられたものが余りにも少額であるとか、特別の指定によつて制限されるという場合であろう。(6)

放棄する者は、従来の法によれば例外の場合を除いては遺留分請求権を有しないが、この場合には相続を放棄した生存配偶者は剰余の分配と並んで遺留分をも請求できるとされている。遺留分が増加されない相続分にしたがつてきまることは、二項と同様である。生存配偶者が被相続人との契約で、彼の法定相続または遺留分を放棄したときは遺留分は彼に帰属しない。(同条・三項)。

最後に、聯邦議会によつて加えられた規定がある。それによれば、その配偶者の死亡によつて解消された婚姻から生じたのではないところの、死亡配偶者の相続権ある直系卑属――したがつて例えば前婚から生れた死亡配偶者の子供達、死亡した妻の私生児等(7)――に、生存している継親は、必要な範囲で必要な場合に、相当な養育のための手段を提供しなければならない。生存配偶者のこの負担は、一項によつて増加された相続分からのみなされるべきである。(同条・四項)。

(1) たとえば遺留分権が債権として構成されたのは、BGBの立法者達が金銭価値は不動だと信じていたからである。過去四十年間をふり返って、その金銭価値変動が現実に生じうることを知っているわれわれは、死亡による清算を、相続分を増加するすなわち物権上の持分に関与させることにより解決するのは妥当だと解する。Wahl, Fam RZ 56, S. 134-135.

また、死亡による婚姻の解消の際には生存配偶者と子供の間で剰余の確定（これは当初財産や終末財産などの評価をめぐって困難を生じる）に関して争いになるのは不愉快である。このようなときには生存配偶者は剰余請求権を放棄するであろうし、子供が未成年のときは分配は延期されるか、後見人が関与するであろう。とにかく離婚の場合とは事情が異なるという点を指摘するのは Finke, MDR 57, S. 516.

(2) 例えばボッシュは「一三七一条がこのような場所に排列されたことは、財産法的・相続法的なこの規定の資格に関する問題を暗示する。」というだけだが、(Bosch, a. a. O. S. 195.) Wahl は、体系的には家族法委員会の解決には疑念も存在しよう。けだし財産法上の問題が相続法と混淆しているから。しかし、二つの領域を分けることは歴史的な発展の後世的産物なのであるといい、ドイツの慣習において夫婦財産制の相続法上の効果が存在したことや、BGBの所得共同制・動産共同制においては、二法領域の分離にも拘わらず、夫婦財産制と相続法の間の切断は必ずしも守られなかったことを挙げる。そして夫婦財産制と相続法は古来から最も緊密な関係に立っているのであることを指摘する。Wahl, a. a. O. S. 135.

(3) たとえば Ferid, Fam RZ 57, S. 70 ff; Braga, Fam RZ 57, S. 324 ff; Müller-Freienfels, JZ 57, S. 685 ff.

(4) Finke, MDR 57, S. 577.

(5) Finke, a. a. O. S. 578. Merzbacher, AcP 156, S. 26.

(6) Finke, a. a. O. S. 578.

(7) Bosch, a. a. O. S. 169.

(5) 担保の提供・第三者に対する権利

各配偶者の管理権は原則として独立だから、彼は他方の配偶者の将来の分配請求権を危うくするような処分もできるわけである。他方の配偶者は一三七五条・二項（終末財産への加算）および剰余の事前の分配を訴えることにより保護されるが、充分とはいえない。

そこで法は、分配請求権が生じていないときでも担保の提供を要求できるものとした。（一三八九条）。しかし、将来の請求権のためにいつでも担保の提供を要求しうるとすれば、夫婦の平和は危うくされ、当該配偶者の経済的活動は侵害されるから、剰余の事前の分配・離婚の訴が提起されたとき、さらに他方の配偶者の行為により将来の剰余の分配が危惧されるときに限る。担保の提供の請求権を認めることは、配偶者に仮差押または仮処分による緊急の保全処分をする権能を認めることである。

また、一方の配偶者が他方に損害を与える意図で第三者に無償の出捐をしたため、分配請求権が存在しない場合、損害を蒙った配偶者は第三者から受領したものの返還を請求することができる。（一三九〇条一項前段）。第三者は、金銭の支払いにより返還を免れることができる。（同項後段）。

(6) 請求権の時効

分配請求権は、配偶者が財産制の終了を知つた時から三年で時効消滅する。しかし、この事実を知ると否とを問わず、財産制の終了ののちおそくとも三十年で時効消滅する。財産制が配偶者の死亡により終了したときは、遺留分請求権の消滅時効に関する民法二三三二条が適用される。（一三七八条・四項）。

四　問題点

以上から西ドイツのあたらしい夫婦法定財産制のりんかくがほぼ明らかになつた。そこで次に項をあらためて、前に説明を留保しておいた箇所を問題点としてまとめることにする。これらは日本の法律上も興味ある問題だからである。このような観点から取上げたために、取上げ方や説明の重点が、必ずしもドイツでの論議の忠実な反映とはいえなくなつたかも知れないので、ドイツでの論議の程度をそれぞれの箇所でふれておくことにしよう。

(一) 分配請求権

(1) 法的性質

この問題は、所得共同制を主張する立場と別産制を基調にすべしとする立場との論議と結びついて、ドイツではかなり争われた問題である。もともと一方の配偶者の財産における他方の配偶者の関与についての規定の仕方は二通りある。第一は物権法上の持分を設定することであり、第二には分配に対するたんなる債務法上の請求権を与えることである。[1]

前者を支持する立場は所得共同制と結びつき、夫婦の所得財産の一体性を主張し、[2] 単なる債権としてではなく直接に財産に関与させることによつて、真に妻の保護は達成されるのだと説く。[3]

これに対して後者を支持する立場は、なるほど物権上の権利を与えないことは弱点ではあるが、所得共同制を採つたとしても、夫が合有財産を処分したときに妻が返還を請求することは容易でないから同じことであるとし、[4] 或いは離婚の場合には継続期間は長くないから金銭価値の変動は危険でない、という理由で金銭債権に賛成していた。[5]

同権法は後者を採つたものであるが、「貨幣経済の円滑や便宜を目指す経済組織の要請に、物権的な効果を伴なう剰余共同制は適さない。[6]」という理由で支持されている。

この請求権は金銭に対して請求できるのみか、或いは物そのものに対しても請求できるのか。この点については金銭債権であるべきだということに実務家も理論家も一致している。[7] 但し特別の場合に現物によることも許されることについては前述した。

(1) たとえばスエーデン・フィンランド法は前者でありスイス・ハンガリー・フランスの草案が後者であつたことは前述したごとくである。

(2) Bosch, Fam RZ 54, S. 154; Fam RZ 57, S. 195.

(3) Dölle, Fam RZ 54, S. 205.

(4) Beitzke, Fam RZ 54, S. 159.

(5) Wahl, Fam RZ 56, S. 135.

(6) Merzbacher, a. a. O. S. 16.

(7) Ulmer, 38 Juristentag, S. 41; Merzbacher, a. a. O. S. 17.

(2) 分　配

同権法一三七八条・一項によれば、剰余の二分の一に対する分配請求権が法律上当然に配偶者に帰属することになり、夫婦共同生活体の経済的領域においても基本法上の男女同権が確立されたと説明されている。[1] とにかく、従来、離婚の際には不確定な扶養請求権のみを有するに過ぎなかつたドイツの主婦は、今後は、彼女が家事における仂きによつて夫の収入の基礎をきずいたことにより、[2] 夫の下にある所得に平等に参与できることになつた。このようにして分配請求権は、西ドイツにおいては夫婦財産制の体系の中にあつて、明らかに夫婦財産の清算として構成されている。

次に剰余の一定額につき、劃一的に法律上の請求権を生ぜしめることにした根拠をみよう。それは、訴訟において裁判官の裁量に基づいて確定されるような分け前を与えることは、訴訟の源となり、法的安全性を害し、裁判官をして殆んど解決不能の問題の前に立たせることになる、というもので、主としてスイス民法にならつたのだと説明されている。[3] 同権法成立後も、この立場は支持を受けている。[4]

これに対して、婚姻の継続・寄与した範囲・利得獲得のための配偶者の共仂などが考慮されるべきである、として、裁判官に裁量権を与えることを主張した学者や草案もあつた。[5]

日本においては、いわゆる離婚の際の財産分与の額は、一切裁判官の裁量にゆだねられているが、この点は再考の余地があるのではなかろうか。

(1) Merzbacher, AcP 156, S. 18.

(2) Ulmer, 38 Juristentag, S. 41.

(3) Maßfeller, Das Neue Familienrecht, S. 96. さらに彼は

つぎのようにいう。「(裁判官の裁量にゆだねると) どんな弁護士も、裁判官が分配請求権を確定してくれるかどうか、またどの位の金額にきめてくれるか、確実にいうことはできないであろう。訴訟はふえ、どの離婚訴訟にもこの分配請求訴訟が附随することになろう。」すでにウルマーも、「裁判官によつて分配の解決を決定することは適当ではない。それはあまりにも不確かさと争いを伴なうから。」といつていた。

Ulmer, a. a. O. S. 43.

(4) たとえばフィンケは、それによつて剰余の分配が行われることができるような準則を法において確立しておき、裁判所の関与がなくても夫婦が事を成就できるようにする、ということがむしろ必要だと述べている。Finke, MDR 57, S. 516.

(5) Wieruszowski, 33 DJT, S. 331 ff. 357 ff. (Maßfeller, a. a. O. S. 96); SPD Entwurf § 9. III も裁判官に裁量権を与えようとしていた。Dölle もこれに賛成する。Dölle Fam RZ 54, S. 207-208.

次に分配額を剰余の二分の一にしたいきさつをみよう。最初、政府草案は、より多い剰余をえた配偶者——通常は夫であろう——は剰余の四分の一を先に取り、残りを二等分すべきことにしていた。(政府草案・一三八六条・一項)。その根拠は次のようなものである。別産制においては、各配偶者は万一起るかも知れない損失は単独で負わなければならない。多額の剰余をえた配偶者はこの危険を負担した。ところが危険には関与しなかつた他方の配偶者は、所得に対してだけは二分の一まで分配にあずかる。故に、危険を負担した前者に対して何らかの方法で損失の危険を補償することは妥当であり、そのために四分の一を先取分として与えるのである、[1] と。また、スイス民法が、剰余に相当する Vorschlag の三分の一を妻に与えていたことも影響していた。[2]

さらに、剰余の分配を二分の一とさだめて夫の所得獲得のための仂きと妻の家事労仂とを同等に評価するということになると、そこには婚姻の倫理的 (sittlich) な性質に対する考慮が多く入つて来ることになる。夫婦財産の清算という純粋に経済的な側面における解決に、かかる倫理的な見解を持ち込むことは妥当でない。したがつて、剰余の分配に当つては、純粋に経済的に見て価値の多い所得獲得活動をした者に対して、四分の一の先取分をもつて酬いることは妥当である。婚姻においても男女の同権は割一的な平等と混同されることは許されない、[3] と説明していた。

しかし、世論は、この先取分に対しては必ずしも賛成していなかつたことは、たとえばアレブラントのアンケートからもうかがえる。[4] 学者の中には最初から二等分を主張する者があり、政府以外の草案にも同趣旨のものがあつた。[5] たとえばウルマーは、二等分することはすべての夫婦に同じように妥当だとはいえないに

しても、[6] 大多数の夫婦については妥当であろうといい、[7] 法定財産制をつくるに当つては大多数のものから出発すべきで、異なつた特別の場合には夫婦財産契約がなされるべきだといつていた。

そして聯邦議会の委員会の審議のすえ、この四分の一の先取分は除かれ、議会の認めるところとなつた。結局、婚姻における所得というものは、元来、他の目的に向けられた共同関係の隨伴現象にすぎない。各々の人格を包摂する生活・運命共同体の解消に際して、各配偶者のなした寄与を個々的にあとから計算することは妥当でない、[8] とする見解による。

西ドイツにおいて、このように剰余の分配額が二分の一とさだめられたということは、日本において財産分与の額を決定する上において、何らかの参考となるのではあるまいか。

(1) Maßfeller, Das Neue Familienrecht, S. 128.
(2) Dölle, Fam RZ 54, S. 209.
(3) Dölle, a. a. O. S. 208.
(4) 彼は、独自の労働所得共同制なるものを提案して世論に問うたのだが、彼の剰余共同制に対する批判は、主としてこの先取分に向けられた。彼はこの先取分を認めることは妻の消費活動に不利益を与えるものだとし、労働所得の等分を主張した。そしてこのアンケートの結果が彼に有利であつたことは、世論、とくに労働者階級が、剰余共同制なかんづくこの四分の一の先取分を支持しなかつたことを示す。Alebrand, AcP 152, 378 ff.
(5) Ulmer, 33 Juristentag, S. 43; SPD Entwurf §. 9. (Dölle, a. a. O. S. 207.)
(6) 「よい地位にある夫婦においては——実業家・成功した医師・弁護士・芸術家・その他の夫婦においては——妻は働くことから免れた生活状態にあつて彼女自身は同じ価の寄与をしないで、夫が収入を得てくるという利益をエンジョイするということはありうる。」Ulmer, a. a. O. S. 43.
(7) 「しかし、二等分にすることは、おそらく小さな家を建てることができるようにと夫が貯めておくところのものが、妻のつつましい経済的な働きや、彼女の日々の配慮や助力に負うのであるところのあの大多数の夫婦には妥当なことであろう。」Ulmer, a. a. O. S. 43.
(8) Müller-Freienfels, JZ 57, S. 689-690. なお分配請求のときに、剰余をうるときの能力（たとえば発明家・大商人）をも顧慮することは妥当でない。けだし、夫が有能であればあるだけ妻にはそれに応じて高い要求が存在するのだし、しかも大体、有能な者自身、他方の配偶者を自分の適当なパートナーとして見たのであつたのに、今や自分のすぐれた有能さや幸運を争いの場に持ち込むのは意味がない、とする見解もある。Kleinheyer, Fam RZ 57, S. 284.

(二) 分配請求権と離婚後の扶養請求権

同権法は、婚姻法の離婚後の扶養に関する五八条・五九条の規定をそのまま存続させて、のちにあらたな規定をすることを留保したから、今のところは同権法による剰余の分配請求権と、婚姻法による扶養請求権とが存在することになる。そこで両者の関係特に剰余の分配が扶養請求権に与える影響が問題になる。(1)

周知のようにドイツ法における離婚後の扶養は婚姻継続中における扶養義務の残映効果として把握されている。(2) なぜなら、それは有責配偶者が過失なき配偶者に対してなすものであるせよ、両者の財産関係に依存するものだからである。

そこで剰余の分配が行われると、分配金額を受け取つた配偶者——一般には妻——がそれによつて営業を始め、あるいはそのようなものに従事し、または他の方法によつて有利に投資するという状態になつたときはもはや扶養を必要としないものといえよう。他方、剰余を分配した配偶者——一般には夫——の給付能力は、分配により減少することもあろう。

ゆえに双方の財産状態に依存する扶養請求権の問題は、剰余の分配によりかなり影響を受けるであろうことは容易に推察できる。しかしその程度に関しては法に規定がないのだから、個々の場合に問題となる事情を考慮して決定することが、裁判所に課せられた任務である。他方、離婚配偶者は自分で独立し、扶養を必要としなくなるように受け取つたものを最善をつくして使用することが望まれる。もつともこのようなことは、多くの場合、高額の分配をえたときに問題になることではある、といわれている。

(1) この問題について触れていたのは、Finke, MDR 57, S. 521 のみであつたので、本文に紹介したところは彼の見解による。離婚給付と扶養との関係は日本においては興味のあるところなので取上げた。

(2) 宮崎・新婚姻法一八四頁。

(三) 分配請求権と離婚の際の有責

離婚に際し、剰余に対する分配請求権は法律上当然に生ずるが一三八一条は、著しい不公平が生ずるときには、債務者は剰余の分配を拒絶できると規定している。そこで、離婚について有責である分配請求権者に対し、この条文を根拠にして分配債務を拒絶しうるか否かが問題となる。

政府草案は、離婚についてひとり有責と宣言された場合には、これを顧慮すべき旨の規定をしていた。(1) したがつて離婚の際の有責と分配請求権の喪失とは同一視されていた。その根拠は次のようなものであつた。剰余分配請求権は、一方の配偶者が他方の配

偶者個人の下に生じた所得に寄与したことのためにのみ認められたのではない。それは――婚姻共同体の結果として――婚姻の解消に当り一方の配偶者の将来を保障するためにつくられたものである。かかる保障は、配偶者が婚姻に基づく義務を重大な方法で侵したときは認められない。一方の配偶者は、このようなときは婚姻の訴を提起することはできないであろう。なぜなら剰余の分配は経済的にひどく損害を与えることになろうし、このことを知つている配偶者は婚姻に反する事態をためらわずに続けて行けるから、[2]というものであつた。

しかし、その規定の除かれた現在では、分配請求権の喪失と離婚の場合の有責とを、切り離して解するのが一般である。[3] 要するに、このようなときには、剰余の分配が認められた根本思想にもどらなければならない、[4]ということから出発する。ところで有責配偶者にも剰余請求権を認めることに対しては法政策的な見地から非難があるかも知れない。なぜなら、いわば離婚プレミアムを認めたことになり、有責配偶者を不道徳に儲けさせることになるから。しかし法がその分配を認めたのは、両配偶者が同様に所得に関与したからで、このときの協力は婚姻上の過誤によつてはおかされないとする。

つぎに、剰余の分配は分配債務者に経済的に損害を与えるから彼は離婚の訴を提起できないであろうという異議に対しては、その場合に「損害」の下で分配部分が理解されているならそれは不都合である。なぜならこの請求権は「当然」なのであり、他方にとつて損害としてみなされるべきすじあいのものでないから、という。[5]

但し離婚の際の有責を考慮する婚姻法の離婚後の扶養に関する規定が存続するので、分配請求権者が有責であり、債務者が残額では生活を維持できないという場合には、分配請求権と扶養請求権とは相殺されうる。[6]

また婚姻上の過誤により経済的な損害が生じたときは、損害賠償として剰余分配請求権に加算し、あるいは差し引くことが認められるが、これは離婚罰ではなく、損害の補償が問題となるからだとされている。[7]

最後にしかし、配偶者の過誤がとりわけひどいものであるときたとえば殺人・殺人未遂などを犯したときは、分配請求権は一部または全部剝奪することができるとされている。[8] しかし生命をおびやかすことの他にも、故意の虐待・重罪・比較的重い故意の軽罪なども剝奪原因を構成する。すなわち、遺留分剝奪のための規定などが類推されるべきだと解されている。[9]

日本においては、離婚の際に配偶者の有責を問題にすることは

婚姻が倫理的・情緒的・感情的結合体である以上、まぬがれがたいことだとする立場もあるが、[10] 反対にこれを無視すべきだとする見解もある。[11] この点、西ドイツにおける見解は、わが民法上も参考に価するのではなかろうか。

(1) 政府草案一三九一条・三項 Maßfeller, Das Neue Familienrecht, S. 130.

(2) Maßfeller, a. a. O. S. 131.

(3) すでにウルマーは、剰余請求権は全部または一部分剝奪することができるが、しかしこの喪失原因たる有責は離婚における有責とは同義ではないといい、たとえば若しも妻が彼女のものを家計に寄与し、しかし結局姦通罪のために離婚されたときにも、彼女には剰余請求権が存続しなければならないといっていた。Ulmer, 33 Juristentag, S. 44. 同趣旨のものとして、Merzbacher, AcP 156, S. 22; Kleinheyer, Fam RZ 57, S. 284.

(4) Merzbacher, a. a. O. S. 22; Kleinheyer, a. a. O., S. 283-284.

(5) Kleinheyer, a. a. O. S. 284.

(6) Finke, MDR 57, S. 521; Kleinheyer, a. a. O. S. 284.

(7) Kleinheyer, a. a. O. S. 284.

(8) Merzbacher, a. a. O. S. 25; Finke, a. a. O. S. 519; Kleinheyer, a. a. O. S. 284.

(9) Merzbacher, a. a. O. S. 25.

(10) 宮崎・新婚姻法・一九五頁。

(11) 註釈誤族法(上)・二六三頁。註解親族法・一二五頁。我妻・新親族法の解説・法律時報・一九巻・六五二頁。

むすび

以上に西ドイツにおいてあたらしく成立した夫婦財産制を考察してきたが、この制度は、比較法的な見地から見ても、別産制と財産共同制の接点としての性格をもつために特別の興味のあるところだとされている。[1] この意味において、その成立の意義は高く評価されなければならないであろう。

ところで、わたくしたちがこのような制度を参考にする場合には、この制度を支えている西ドイツの社会的・経済的な背景に対する理解が必要であることはいうまでもない。しかし、この問題は今のわたくしの力の及ぶところではないのでふれることはできない。ただ問題のみを指摘すると、第一に、この財産制度の出発点はあくまでも西ドイツ的機能的男女同権理論であり、女性の天職は家庭にあることだという命題であったことがあげられよう。このことは前述のボッシュやボェーマーの言葉からも理解されるがこれは何も学者個人の考えに限られるのではなく、西ドイツ社会の多くの人々の意識を背景にしていると解されるのである。[2]

第二に、慣習上の婦人の地位というものはきわめて高く評価されて居り、他の国々と同様、西ドイツにおいても、「法律における既婚婦人の解放は、ある距離を保ちながらではあるが、社会的経済的領域における彼女の解放に従つて」いると解されることが挙げられねばならない。(3)

以上述べた事情が、日本においてすべてそのまま妥当するか否かには疑問があり、特にわが国においては、婦人の社会的・経済的領域における解放は、法における解放のあとに追随しているというのが実情である。したがつて、わが国における家族法上の男女同権の理論や財産関係の諸規定の運用に当つては、西ドイツとはまた異なつた問題と対決をせまられるであろうことは、否定できないであろう。

(1) Friedmann, Matrimonial Property Law, p. 485.

(2) 西ドイツ留学中の川井助教授に御教示いただいた。なお、西ドイツにおける家族と夫婦についての実態を、アンケートに基づき集録した Fröhmer・Stackelberg・Eser, Familie und Ehe, 25 ff. 275 ff. はこのことを裏書する。

(3) Friedmann, op. cit., p. 451.