



スイス法定夫婦財産制の研究

松倉, 耕作

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

1977-10-19

(Date of Publication)

2008-08-05

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲0197

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1000197>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



第四章 剰余・不足の清算

本章では、剰余請求権の内容、剰余・不足の算定方法、具体的な剰余の分割と不足の負担等を考察する。これら分野は、とくに剰余の法的性質をどう捉えるかについて、学説の流動する分野である。さらに、事柄の性質上、抽象的な説明によつては、内容を把握するに困難であるので、具体例を例示しながらその清算手続を素描してみよう⁽¹⁾。

第10節 概説

かつてのドイツ法のもとでは、現行212条および213条に規定されるのとく、夫婦財産が夫の財産および妻の購入財産へと解消せられ、さらに各財団内相互の補償債取回債務が償却せられたことにより、夫婦財産法上の清算は原則として終了した。すなわち、そこでは「妻の財産は増減せざらん」*Frauenvermögen soll weder wachsen noch schwinden*との一般的な法規範が存在した⁽²⁾。したがって、夫婦財産の管理回

用益権としての、さらにはその一部としての所有権存としての夫は、一方では夫婦財産の増加ありことによる利得、他方ではこれが減少ありことによる損失を、すべて一身に負った。かつての制度のもとでは、原則として妻の剰余参加は考えられなかった⁽³⁾。

ところが現行民法典は、不足の負担に關しては、「妻の財産は増減せざらん」との系記一般原則を排していき、剰余の分割に關しては、この原理を排除し、妻も剰余分割当事者と取りうるとしていた。これは、剰余当事者の有する剰余請求権とは、いかなる内容の権利であろうか。

1. 剰余の帰属と不足の負担

一、現行法のもとでは、妻も剰余分割当事者とされるのであるが、ここはごく簡単に、立法過程をふりかえってみたい⁽⁴⁾。

立法過程における審議は、妻に剰余持分を認めようか否かについてはなく、むしろ、いかなる形

でこれを認めるといふ点に、論議が集中してゐる。すなわち、妻の剰余形成に対する具体的寄与度に応じて、妻の剰余持分は段階をつける(争ひある場合には、裁判官がこれを決定する)べきか、剰余分割当事者を妻のみで限定するか、もしくはその相続人(とくにその直系卑属)にまで拡大するべきか、の二点の具体的な中心課題とされた。

189⁴年のいわゆる「部分草案」Teilentwurfの162条2項によれば、夫の死亡に際して、剰余の $\frac{1}{2}$ が妻に帰属するとされた。この相続人にはかかる権利が認められてゐた(同161条参照)⁽⁵⁾。ところが、1896年の「連邦司法省案」⁽⁶⁾ die Departementalentswürfe des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes (zit. DE) (とくに同241条, 243条参照)によつて1900年の第1次草案では、剰余形成に対する妻の寄与度を基準として、妻の剰余参加を認めるとする方向に転換された。すなわち、第1次草案242条2項および244条は、「妻もしくはその直系卑

属は、妻の財産の収益 Einkünfte もしくは妻の活動 Tätigkeit より剰余が形成せられたかぎりについて、相應の剰余持分を請求するこゝとができる」。当事者間に合意がえられないときは、裁判官からの裁量により、持分額を確定する。

第1次草案の起草者 E. F. Beer は、同草案に対する理由書 Erläuterungen において、前記司法省案や第1次草案のとす方向を、衡平考量 Billigkeits Erwägungen に基づくものと解説する⁽⁷⁾。級によれば、剰余持分権は、細々の夫婦の具体的生活関係に基づいて、細々別々に判断されるべきものとの前提に立つ。

しかし、かかる方向を剰余の分割を処理することとは、いかにして裁判官の負担を重くし、かえつて争ひの程となり、むしろ細々の事案により、各裁判官の判断にばうつきを生ずることになり、結果的に法的安定性を害するとの見地から、専門委員会は、むしろ1894年の部分草案のとく、確定した持分を妻に

与える立場にもどる。そして当初は、1894年草案と同様に、妻の取得可能な持分割合を剰余の半とす子方針に進んでいながら、かくてはかつてのポルトガルの規則と余りにもかけ離れるとの考慮が御座り、結果的には、剰余の半に落ちつき(第2次草案 230条参照)、これが現行法へと持込まれたわけである。

214条1項の成立史から明らかになると、同項は、Liver 教授⁽¹⁹⁾のいう意味での、民法典のよって立つ「労働保護の原則」Prinzip vom Schutz der Arbeit を表現したものと解される⁽²⁰⁾。すなわち妻は、直接的には、192条(妻の特有財産も、別荘制の規定にしたがい婚姻費用分担義務を負う)、195条(妻の収入および妻の財産中の天然果実の夫への所有権移行)もしくは間接的にも、家庭における妻の活動や夫の営業 Geschäft における妻の協力 Mithilfe を通じて⁽¹¹⁾、剰余形成に寄与 beitragen してゐるとの認識がこの規定の基礎となつてゐる⁽¹²⁾。すなわち妻の卑荷の剰余請求権も、補償思想に基づくものではない、她

料は衡平考量がその基礎となつてゐる⁽¹³⁾。

二、その結果、今日妻に剰余の分割に参加せしめることには衡平であるとする根拠を、つぎの二つとく要約しよう。

1) 妻は自己の特有財産から婚姻費用を分担可能な要求せられる(192条1項句2項、246条1項句2項)。しかも、かかる分担金に関して、夫は妻に補償義務を負わない(246条3項)。その結果、夫の分担金に相対的に縮小せられ、夫は貯蓄可能なことか可能である。

2) 妻の編入財産より生ずる収益および妻の収入(これに、191条3号に基づく特有財産を除く)が、一定の時期より夫の所有に移行する(195条3項)。

3) 妻は家事 Haushalt を行うことにより、さらには夫の営業等に助力してゐる。

主として以上述べた三つの根拠から、通常の関係のもとでは、妻もまた夫の財産(とくに所得)の増大に寄与してゐる。それゆゑ学説も、妻に剰余の分割に参加しうるとする214条1項

の規定を、すわめて当然のことと捉える⁽¹⁴⁾。さら
に進んで、改正第一次草案を起草した「家族
法研究委員会」は、生存配偶者たる妻に、剩
余のものを付与すべき提案をなしている(オも章
参照)ことは、すわめて注目すべきである。

他方、妻にも不足の負担を認めよべしとす
る根拠は、主として婚姻の効力としての夫婦
の権利義務におめられ⁽¹⁵⁾。すなわち――

1) 妻は夫婦共同体の代理権を有する限度で、
夫婦財産についての管理権を有する(200条3項)。
かかる場合に、不注意な管理により、夫婦財
産を減少せしめることありう。

2) 婚姻の効力として、妻は夫に協力 *Beistand*
すべき義務が課せられて⁽¹⁶⁾、妻がかか
る義務等を拒否すれば怠慢なため、夫婦財産
が減少する危険がある(159条-161条参照)。

3) 妻の家事執行が主たるため、夫による夫
婦財産の形成に關して足る⁽¹⁷⁾ことになり、
間接的に不足発生の原因をつくる。

以上のゆえに214条は、妻に剰余について持

分権を与えたとともに、一定の要件のもとで、
妻にも不足を負担すべき義務を課した。

三、214条1項は、剰余 *Vorschlag, benefice, augmento* の法
の定め⁽¹⁸⁾受益者⁽¹⁹⁾に「帰属する」*gehört*と規定する⁽²⁰⁾。帰属の意義については
若干の説明を要する。民法施行後、比較的当初
にあっては、とくに妻の剰余をおめする権利を
物权的な権利と解する説がみられ⁽²¹⁾。この説
は、「帰属する」というテキストの文詞に最も
忠実に解釈せよとあるが、1930年代以降にはか
ような見解を主張する説はほとんどみられな⁽²²⁾。

すなわち、その後の学説によれば、剰余の
性質をつぎの⁽²³⁾とく要約することかきま⁽²⁴⁾。
剰余の分配は、実質的には所得の分配といえ
るが、剰余イコール所得ではなく、所得に属す
る物权的権利そのものの分配を意味するわけ
ではない⁽²⁵⁾。剰余の受益者に「帰属する」という
のは、所有権関係についていうのではない。
剰余は訛弊⁽²⁶⁾の数的な概念 *zahlenmässiger Begriff*
すなわち計算上生じる積極残額 *aktiver Saldo*

od. Aktivsaldo を意味する⁽¹¹⁹⁾ (なお、剰余の算定方式は、後述することとく主として二方式の主張される。それゆえにより具体的算出方法が異なり、それに対応して剰余の抽象的概念も異なる。具体的には後述する)。

それゆえ、圧倒的多数の学説は、立法者 Huber の第一次草案理由書に示した見解⁽¹²⁰⁾と同様に、(妻の)剰余請求権は、特定の財産物件に対する物权的な権利ではなく、夫もしくはその相続人に対する債権と捉える⁽¹²¹⁾。判例もまた、1954年の連邦判決により⁽¹²²⁾、学説の見解にしたがう旨を初めて明らかにした⁽¹²³⁾。下級審ではそれ以前から、~~判例~~^{通説}に示されていた⁽¹²⁴⁾。

ちなみに、改正第一次草案では、「帰属する」
«gehört» という子づらわしい表現から生じる無用の誤解を避けるため、死亡による剰余の分割にあつては、「剰余の生存配偶者---に、帰属する fällt」とすれ(草案N条1項)⁽¹²⁵⁾。また、離婚によるそれにあつては、「---各配偶者は、剰余を取得する erhält---」(同N条1項)⁽¹²⁶⁾と表現

せられていた。

四、以上述べたところから明らかになると、剰余請求権は債権であり、所得中の特定物件に対する所有権を基礎とす分割請求を求めた権利ではなく、つねに金銭債権として登場する。この理は、剰余持分の修正を意図する夫婦財産契約によつて、妻が剰余のすべてを取得する場合⁽¹²⁷⁾(¹²⁸節参照)でも、なるまい。それゆえ、とくに妻の剰余請求権は、夫婦財産(正確には所得)が増大していきかゆえに⁽¹²⁹⁾、夫もしくはその相続人に対して、夫婦財産の積極残額により確定せられた金銭債権を後領し徴収する権能であると定義づけよう⁽¹³⁰⁾(直系卑属等のそれについては後述次節I三参照) 剰余請求権の債権的性質は、夫婦財産契約によつても、これを覆えしえなぬものとされた⁽¹³¹⁾。

五、他方、214条にいう不足 Rückschlag, deficit, diminuzione もまた、剰余と同様の数的な概念であり、所得の減少 Minderung in der Substanz を意味する⁽¹³²⁾。これは、計算上生じ

る消極残額 Passivsaldo を意味するにすぎない。⁽²⁹⁾
 したがって、かりに妻の不足を惹起したことが証明せられ、妻かその全部もしくは一部を負担すべきときも、夫(もしくはその相続人)の妻の相続人(もしくは妻)に対する金銭債権として登場するにすぎない。妻の不足を惹起した限度で、夫側の妻の編入財産中の特定物件に対して、所有権を取得するわけではない。

六、以上述べた剰余の不足に基づく債権は、夫婦財産法上の清算について妥当するにすぎない。生存配偶者はこの他に、相続法上の清算に基づいて、死亡配偶者の遺産に対して、ときには他の共同相続人とともに、単独所有権もしくは共同所有権を取得する(ただし、生存配偶者の相続人の選任に際し、所有権を選任した場合)。生存配偶者がかかる権利を有するとする場合は、前記1894年部分草案(162条2項)では明記せられていたが、その後の2次草案(230条)及び現行法(214条1項)では、かかる留保条項が削除せられてゐる。しかし、現行

法のもとでも、生存配偶者の相続権の存在は、当然のこととせられてゐるにすぎない。これらの点はすでに詳述したので、詳細はそれらに譲ることとする。⁽³¹⁾

2. 剰余請求権

一、すでに述べたごとく、妻側の剰余持分請求権(持分と呼ぶことは若干問題があるが、以下では214条1項に基づく妻の権利を、便宜上かく呼ぶことにする)⁽³⁾は、物权的な性格をもつものではなく、債权的な性格を有するにすぎない。それでは、かかる債権がいつから発生するのだろうか。学説は二分される。

まず、大戦前の学説はつぎのごとく主張する。剰余持分請求権は、財産制解消のときに初めて生ずる。それ以前には、「剰余」なるものは存在しない。したがって、いまだ夫婦財産制が継続し存続するがぎり、妻にはなんらの権利も帰属しない。このように解するのが伝統的な学説の立場であり、⁽²⁾かつそれを承継

する判例の見解を、³²⁾ したがって、この見解によれば、かかる潜在的持分権は、具体的に顕在化するのほ、婚姻の無効宣告(134条)、離婚(154条)、法規に基づく特別財産制の発生(189条)、一方配偶者の死亡(214条)等の原因により、夫婦財産制が解消せられるときである。

これに対し、大戦後こゝに Knapp 教授以降の最近の主要な学説は、³³⁾ 夫婦財産制の継続中にも、一定の限度において妻の剰余持分請求権を認め、³⁴⁾ したがって、この見解も、財産制の継続中においてもこれを認め、かかる潜在的持分権が具体的に顕在化するのほ、原則として財産制の終了のときから始めて生ずるとする。³⁵⁾

これら学説は、妻の剰余持分の保護を最終的なべきとあり、その前提として、剰余持分請求権の社会的権利性 *droit de nature sociale*, さらさら社会的にこれを保護する必要性を強調する。³⁶⁾ 他方、これを認めず法律構成の点では、つぎの二つの方向に分けるところ

できる。その一つは、Wegmann の提唱にかかる条件附相続権であり、他の一つは Knapp 教授以降の多くの学説のとる期待権説である。いかに見解も、意識的無意識的にか夫の不当な所得の処分を防止しようとするところには一致がある。

また、Wegmann の見解によれば、妻の剰余持分請求権は、もて財産制の継続中にも存在する、³⁷⁾ したがって解消せられるときに初めて現実化する。その意味で、夫の所有に移行して妻の財産の亡めへの補償請求権と同様である。³⁸⁾ その意味で、かかる妻の権利は、一種の条件附権利といえる。

他方、もう一方の説は、剰余持分請求権を、一種の期待権と捉える。この立場は 1950 年以降 ³⁹⁾ 有力となりつつある。とくに親族回相続法上「期待権」*Anwartschaft* od. *Anwartschaftsrecht* の語句は、離婚についての 151 条 1 項や 後位相続人の担保についての 490 条 3 項等に用いられる。学説は、一般論として期待権

の語を、一種の停止条件附権利者の法的地位を特徴づける意味で用い⁽³⁷⁾、スイス法上⁽⁴⁰⁾に於て明確な論理的説明がなされてい⁽⁴⁰⁾ない。
 それゆえに期待权的構成をなす⁽⁴⁰⁾については、主としてドイツ法のもとでの期待权概念に依⁽⁴⁰⁾ってゐる。期待权の法的分析は別表⁽⁴¹⁾に譲り、こゝでは、二国間の實際的問題をとりあげることにより両説の結果的差異を指摘するにとめたい。

二、剰余持分請求権を一種の期待权と捉える結果、その譲渡性、質入 *Verpfändung*、差押等の問題となす。實際問題としては、これらの実例の見解と実際の差異を生ぜしめる領域といえよう。

まず第一に、債権の譲渡性について、一般的に学説は、原則として債権は譲渡性を有するものと解⁽⁴²⁾ず。また、債権の任意譲渡に關する債務法 164 条 1 項によれば、持分権の譲渡により、給付内容を変更ないしは危険にするものではない⁽⁴³⁾。債権者ハ、法律、合

意のタハ法律關係ノ性質ハコシテ妨ケザル限リ、ソノ有スル債権ヲ債務者ハ承諾ナクシテ亦三者ニ譲渡スルコトヲ得⁽⁴⁴⁾。これら一般法を前提として、つぎの帰結を導く。妻は、夫婦財産制の継続中⁽⁴⁵⁾でも、その生成中の剰余債権を、亦三者に譲渡⁽⁴⁶⁾すること可能である。しかし、妻がこれをなすには、原則として夫の同意を必要とする⁽⁴⁷⁾。なぜなら、譲渡は処分行為であり、夫婦財産とくは所得についての妻の処分権は、制限せられてゐるからである⁽⁴⁸⁾。もっとも、實際問題として、妻が現実にこれを処分した場合に、処分時における剰余の算出基準や財産制解消時のその清算等は知りえない。

亦ニ、持分権の質入も可能とせられ⁽⁴⁹⁾。その根拠として、899 条 1 項の債権の質入も、基本的に前述した債務法 164 条 1 項を基準として判断⁽⁴⁶⁾すべしとすべきである⁽⁴⁶⁾。より単純には、付加的に 899 条 1 項にいう「債権ヲハソノ他の権利ハ、譲渡スルコトヲ得ベキ場合」

限り質入スルコトヲ得」などの趣旨から帰結されることである。

最後に、差押えについては、一方配偶者の差押えにより、他方配偶者に対する権利は、破産財団に加えられる(175条2項)の正、差押債権者は、級別175条1項により、差押を経たとしても全部の弁済をうけえない場合のみ、はじめに妻の専ら債権を差押えうるものとされる⁽⁴²⁾。

三、それでは、妻が将来取得すべき剰余について、妻は報告ないしは担保の提供を求めうるのか。205条1項によれば、夫はいつでも妻の請求に応じて、夫の管理に属する妻の財産の状況を報告すべき義務を負う。さらに同条2項によれば、妻はいつでも夫に対して担保を請求することができる。これら夫の報告義務・担保提供義務、剰余についても要求されるのかという点については、問題はない。所得に対する夫の権利、とくに処分権について、法律上からみると規定せ

られていないことからは、かような問題が提起されるに至っていない。

将来報告義務について、Lemp教授はこれを消極的に解する⁽⁴³⁾。205条により妻が夫の権利を取得する場合は、妻の編入財産にかぎられていふことを根拠とする。判例も、Lemp説に比し、こつぎのこつとくいう。「財産併合制において、夫は婚姻の継続中妻の編入財産に関せざりかぎり、夫婦財産(の状況)について、妻に対して報告義務を負わない⁽⁴⁴⁾」。しかし、かような判例の見解については、有力な批判がなされていふ。

Merz教授⁽⁴⁵⁾は、前記1964年判決の判例回顧においてあるとく批判を投げかけ、最近では、Kradolfer氏もMerz見解を発展させた⁽⁴⁶⁾。彼は夫の報告義務は妻の編入財産についてだけなく、夫婦財産のすべてに及ぶとの前提に立ち、その法的根拠を、財産併合制における妻の利益を保全する必要性および婚姻の人的効力に求めらる。

手前が前者についていう。妻は夫の所有に移
行した妻の編入財産などについて、補償請求
権を有する。かかる妻の権利が担保されるた
めには、205条1項に基づく妻の権利は、所得
を含む夫の固有財産にも及ぼしめる必要があ
る。(52) 205条の欄外注に「妻の利益の保全」と明記
してあることから、かような結論を推測せし
める。それゆえ、妻は、夫の財産とならざる所
得について報告を要するところが可能である。

さらに、後者の婚姻の効力についていう。
夫婦は婚姻の効力として、共同生活の福祉を
保持し(159条2項)、相互に諸々の具体的義務
(159条3項, 160条2項, 192条-246条)を課すべき
義務を負う。これらの義務を課すには、その
基礎となる財産の状況に通じていることが必要
である。(53) それゆえ、妻は、夫の固有財産とな
らざる所得についても、夫から報告を受けよう
する権利を有する。(54)

四、つぎに、夫の担保提供義務についても、
伝統的な学説は、報告義務と同様の理由によ

り、これを消極的に解する。(55) 判例としては連
邦判決は存在しないが、下級審は、通説と同
様の立場にとりものと(56) 夫の担保提供義務を肯定
する判例のみられる。それはいう。「205条によ
れば妻はいつでも妻の編入財産について担保
の提供を求めようする権利を有する。…さうな
権利は、妻の編入財産についてののみならず、剩
余にも及ぶ」。(57)

しかし、これら伝統的な学説に対しては、
有力な批判が少なくない。とくにKnappe教授
はいう。「妻が将来剰余に参加(する権利)は、
205条2項の担保により保障される必要はない」
(58) その比較的最近の論文は、いまだにKnappe
説を支持する。(59) これら学説は、夫婦財産解消
時点を、可能なかぎりこれを維持することを
旨とししており、その理論的根拠を、妻の
剰余請求権を期待権と捉える点から出發する。
詳細については、別稿を掲げたい。(60)

五、つぎに、本来剰余が発生もしくは増加
すべきであるにもかかわらず、一方配偶者

の行意(不作意を含む)により、剰余の発生せよ
 もしくは増加したから、これを根拠として、
 他方配偶者のこれに関する損害の賠償償を請
 ねしうるのであるか。Lemp教授ほかの見解
 によれば、これとは剰余の発生を妨げること
 (具体的内容不詳)は、夫は妻の権利を侵害し
 ることにはならない。それゆえ、夫は妻に対し
 て損害賠償義務を負うことはない⁽¹⁾。これに反
 し、夫の管理義務違反 Misswirtschaft により所
 得の損失をうけたりもしくは減少した場合に
 ついて、夫の損害賠償義務を肯定する見解も
 少なくない⁽²⁾。この立場によれば、夫の損害賠
 償義務は債務法41条2項に示される債権の
 発生時は、剰余債権と同様に、夫婦財産制の
 解消時に発生し、その主体は妻もしくはその
 直系卑属である。しかしこの種の損害賠償の
 問題も、債務法の枠内で処理せらるべき問
 題であるので、これ以上には立ち入らない。

六、以上みてきたごとく、剰余請求権の法
 的性質をいかに位置づけらるべきかについて、学説

は、まず流動期にあると評しえようか、こ
 こは伝統的の学説および判例の立場のもとで、
 より具体的の問題をいくつか示してある。

また、財産併合制の解消する前に、妻が夫
 に対して、自分の剰余持分を支払うべく請
 ねしうるか。裁判例によれば、離婚に要する
 費用を支弁するにため、もしくは親族の扶養を
 支弁するにため、妻が夫から請求をすることが少
 なくない⁽³⁾。しかし、このような妻の請求は認め
 られない。夫からの請求は、伝統的学説・判例
 の立場からは、きわめて当然の帰着とされ
 るが、前述した期待権説からも、同様の結論に
 到着するものと思われる。なお、扶養義務との
 関連では、妻が父=者(これとは妻の両親、兄
 弟)を扶養すべきか否か、もしくは扶養すべきと
 すれば、どの程度の扶養費を負担すべきか等
 の事柄は、扶養法固有の問題であり、財産併
 合制の継続中であるか否かにより、妻の取得すべき
 剰余を考慮することなく判断せられる⁽⁴⁾。

つぎに、財産併合制の継続中に、夫が妻に

対して、妻の剰余持分に相当する財産を支払
 うべき場合はどうであろうか。通説・判例
 によれば、これによつて夫側の妻側の剰余
 債務が消滅しないものと解される。いいかえ
 るれば、夫が妻に対してかかる本捐をなしたと
 きは、それが贈与と解される場合を例外とし
 て、⁽⁶⁵⁾妻側の将来の債権に因して出捐したものと
 解される。⁽⁶⁶⁾ したがって、妻(もしくはその相続人)
 の承継行為と財産併合制の解消により生じる
 妻側の剰余債権とが相殺されることを要する。
 これに反して、財産~~併合~~制解消の時点で、剰余
 が存在しない等の理由により、妻の剰余債権が
 生じない場合には、夫(もしくはその相続人)
 から妻の相続人(もしくは妻)に対する不当利得返
 還請求権を生ぜしめることとなる。⁽⁶⁷⁾

他方、不足が妻により惹起せられたこと
 より生じる夫側の権利も、前述の二つの原因
 による財産併合制の解消とともに、かつその
 時点ではじめて生じる。解消前においては、
 夫側に将来妻側に対して債権を取得すべき期

待権 Anwartschaft が存在するにすぎない。そ
 れゆえ、この期待権を根拠として、妻の同意
 なく202条に基づき妻の編入財産を処分する権
 能を夫は有しない。⁽⁶⁹⁾

さらに、財産併合~~中~~に不足の存在が明らか
 となれば、不足が妻により惹起せられたか
 否かにかかわらず、夫が妻の婚姻費用分担義
 務(192条)を定める根拠となりうる。したがっ
 て、夫が財産併合中、192条の分担義務の範囲
 を超えて、本来なら生ずべき不足を弁済した
 ときは、この給付がなされた不足が生じたに
 ある旨を、夫婦財産制解消の際に証明せら
 れることを要件として、夫側から妻側に対す
 る不当利得請求権を生ぜしめる。

第10節 附注

(1) 本章に關する立法資料については、⁽⁷⁾第10節脚注1参照。
 ところで、本章の對象としての剰余の分割に關しては、
 本稿の参考資料にも示したごとく、ふよくあり
 外くの文献が存在する。なかでも、Simonius

用いし学説が少なくない。しかし、Tuon, ZGB S.194 によれば、剰余は特定の財産を意味する概念ではなく、計算上の概念にすぎないから、共同財についてはない。その中へ、正確にこれを表現するには、剰余分割 Vorschlagssteilung と呼ぶべきだとする。本稿でもこれにしよう。

(5) 筆者自身は同草案に於て、ドイツ語版のフランス語版のテキストを所有するが、ここではドイツ語版のものを示す。

Art.161 (妻死の場合): Stirbt unter dem ordentlichen Güterstand die Ehefrau, so hat der Ehemann ..., ihren Erben das eingebrachte Frauengut herauszugeben. Für das fehlende hat er, soweit er verantwortlich ist, unter Abrechnung dessen, was er von der Ehefrau zu fordern, Ersatz zu leisten.

Art. 162 Abs. 2 (夫死の場合): Ueberdies fällt ihn (Ehefrau) aus dem Mannesvermögen, ..., die Hälfte des Vorschlages als Eigentum zu.

さらに、同草案 Teilentwurf über — die Wirkung der Ehe (1894) の立法上の位置づけについては、拙稿「オイゲン・ローバー」242頁参照。さらに、スイス法律家協会での討議資料として、vgl. Die Grundlagen einer schweizeri-

87 (1968) I

ZSR 財論文, Knadolfer 論文, Moon 論文 (後二者は Dissertation) 等の最近の文献では、法定財産制の重要が、別所有, 管理回用益権の統一から、むしろ剰余分割をいかに捉えるかに移っていきその認識に立つ。さらに、立法当時と比し婦人の地位の重要性が著しく変わっていきその認識のせいで、剰余の社会性やむしろ剰余保護の必要性を重視し、これをいかに保護するかがこの点に、大きなウェイトが置かれている。とくに、剰余算定の基礎財産とすべき所得が夫の所有に委ねられ、法が所得に対する夫の権利に与える制限を設けていこうとしたこと、~~その~~ ^銭 税利が移すかという点 (insbes. Knadolfer S.22ff.).

(2) vgl. Bluntschli, Deutsches Privatrecht. 3. Aufl. S.589; Heusler, A., Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd.2. Leipzig, 1885, S.399 (zit. Lemp, Kommentar Art.214 N.1 und Haller S.11).

(3) カントン法についてはさしつかえなし, siehe Knadolfer S.15f.

(4) なお、剰余分割に伴って、剰余共同体 Vorschlagsgemeinschaft もいはい質的には所得の分割であることから、所得共同体 Erzungenschaftgemeinschaft の概念を

schen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht. Referat von E. Huber, ZSR aF 13 (1894) S.481ff. und Martin, A., Quels sont les principes qu'il conviendrait de placer à la base d'une législation fédérale sur le droit matrimonial quant aux biens? S.568ff. auch siehe: Diskussion

(6) die Departementalentwürfe über — das Personen- und Familiennrecht (1896). 5石井に、同年案の立法上の位置づけについては、拙稿「オイゲン・ローバー」243頁参照。 (S.690ff.)

(7) Huber, Erläuterungen S.192.

(8) Protokoll der Expertenkommission (1901) S.231ff.

(9) vgl. Liver, Kommentar Einleitung zu Art.1-10 N.106ff.

(10) Knadolfer S.19.

(11) Vgl. insbes. BGE 95 II 129f.

(12) <1> E. Huber からの主張と同様。 Huber, E., Die Stellung der Frau im Entwurfe eines schweizerischen Civilgesetzbuches. Bern, 1901, S.7f. (= Vortrag. In den schweiz. Blättern für Wirtschaft. und Sozialpolitik, IX S.501ff.); ders., Zehn Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen Recht. Bern, 1911, S.143f. ("不中に見").

(13) vgl. Huber, Erläuterungen S.120; ders., Zehn Vorträge S.144 (未見); Knadolfer S.61f.

(14) 立法資料も同様の認識に立つ。 3.B. Botschaft des Bundesrats (1904) 32; StenBull NR 1905 S.703; StenBull SR ~~1905~~ S.1140. 3の後の同様の見解を述べる。 3.B. Rossel et Menzha 1 Nr.510; Egger, Kommentar Art.214 N.2; Lemp, Kommentar Art.214 N.2; Haller S.11f.

(15) 3.B. Lemp, Kommentar Art.214 N.2; Haller S.12.

(16) 5石井に、剰余分割については、法定財産制から婚姻の無効宣告(134年2項), 離婚(154年), 法定別産制の発生(189年3項), 一方配偶者の死亡(212-13年)の"中"の原因として解消せられたことを問中より、214年1項に"より"分割せられた。 vgl. Haller S.48f.

(17) 3.B. Roboz S.118ff.; Hegglin S.122f. 7石. Candi, Kommentar Art.214 N.4は、相続分と同様の不平等と提す。

(18) 立法段階からの見解(Huber, Erläuterungen S.119; StenBull 15 901, 1140)。 3の後の学説も12, 3.B. Lang S.15ff.; Tuor, ZGB S.184; Haller S.11, 48; Knadolfer S.63. 3石井に、未見 M.B.V.R 35 Nr.229 S.435の表現は、所得そのものの分配との誤解を生ぜ"ぬ"余地が"あり、適切では"ない" (vgl. Lemp, Kommentar Art.214 N.3).

(19) 通説・判例。 3.B. Kauer S.109; Lemp, Kommentar Art.

第59にその額面価格で評価すべきである、
 二の理は、その完全な弁済をその中の場合で
 も同様である。逆にその日の財産的価値を
 その有する債権は、そのその価値を喪失して
 其の時その評価のしむがう。二の中にその報告の
 欠陥は、剰余の分割（その際、そのそのその解
 消せられた所得関係に基づく請求権の算定が重
 要である）と遺産分割（そのそのそのの権利者
 間の清算を範囲する）との基本となる相違を認
 識するものである。

←

- (23) 下級審裁判例については、siehe^① Knadolfer S.61 Anm.13.
 比較的最近の例として、SJZ 65 (1969) 230 Nr.113.
- (24) Studienkommission S.138.
- (25) Studienkommission S.145.
- (26) Déményez S.146f.; Lemp, Kommentar Art.214 N.3.
- (27) 下は、妻の持戻し義務の剰余価値が、^① 1/2剰余
 を超えるときは、^② 夫の方が債権者となる。vgl.
 Kappeler, a. a. O. (第17節脚注10^③引用文献), S.32; Moor S.32;
 Lemp, Kommentar Art.189 N.51; Mathé S.28. vgl. auch
 BGE 98 II 308 (離婚に際して夫婦財産の清算に際し、第17節脚注22と同事件)
- (28) z.B. Moor S.60f.; Lemp, Kommentar Art.214 N.85. 裁
 判例については、siehe Knadolfer S.61 Anm.18.
- (29) 通説・判例。z.B. Kauer S.110; Haller S.49; Keller
 S.141, 144; BGE 58 II 326. 本件争争は、離婚訴訟
 に際して、不足の概念が争争中の事実であるが、
 その中の付随して、縮小財産の価格が増大しても新
 得財産^④は増加分について補償請求権を取得し、
 偶然の価格減少については、所得財産は補償債
 務を負担しない、妻のその不足が惹起せられたと
 いうことが、等しい利率にそのその、便宜上 二に
 示すところ。

本件は、154年2項、214年2項の不足の概念および妻の療養費を支払ったことが、妻が不足を生じた場合にありかという論点である。事案関係の詳細は右の通りとも明らかではないが、おおよそのことは以下の通りである。原告夫妻は離婚訴訟に際して、被告妻が不足を負担すべきであると主張、彼の主張によれば、夫の縮入財産たる不動産 Liegenschaft を 15,000 Fr. で売却（売却は、婚姻中建築せられた家屋の売却）した。ところが、その代償物として現存する家具は、せいぜい 10,000 Fr. の価値しかない。そのうえ、5,000 Fr. 余の不足が生じた。その他、妻の療養費（詳細不詳）も、夫の縮入財産から弁済した。ゆえに妻は、これらの支出の不足を夫に賠償すべき義務を負う。原告は、本件訴訟について 2,000 Fr. 以上の請求を認容（被告）。

裁判官の結論として被告妻の上告を認めた。本件では、原告がその固有財産（婚姻当時の縮入財産およびその代償物）を取戻したというだけでは「足りぬ」。したがって問題は、夫が

かかき不足を妻の負担としうかである。判決はこう。154年2項と214年2項の範囲での不足とは、剰余の場合にはその現存する夫の財産を現物として引渡すべく請求するのと同じく、夫婦財産と夫の縮入財産の価格減少を意味する中から引渡すべく、計算上生じた消極効果の意味するものである。本件原告の請求は、結局のところ夫の固有財産の価格減少の一部を、妻が賠償すべきことを意味している。しかし、その価格減少は、昇進の範囲での不足であるというので、おかしな請求は未当である（なお、偶然の価格増加および通常の使用と価格減少については、第2節 六 参照）。

他方、妻が不足を負担するとは、妻自身がその負担を惹起したことを要する。しかし、それが夫婦共同の必要費を支弁するに必要（Sachwert）（容易に換算しがたいものはこれを換算して受けとるに不利な受けとる）を回避した場合は、妻はむしろ夫自身が彼の財産の

不足を生かしてこれをなす。その際、夫が二
 小の自給的でありながら、むしろ妻の求むるに
 応じておこなうのは問題ではない。夫が婚姻中の
 必要と認められる彼の財産権を著しく変更せ
 る(女子が遺言をした場合には、可能な限り
 婚姻前の経済状態を、亦これを回復させる)と
 する154年の条文(vgl. BGE 47 II 129)は、これ
 や達成したものである。本件のように、夫が縮小財
 産が費消せられ、その代償物が夫婦財産中に存
 在しない場合においては、妻が二小の二倍
 償義務を負うことには、① 夫の収入を超えての
 費がなされ、② 夫が支出し、夫がこれに妻
 の責任があり、③ 夫が妻に対して扶養義務の
 履行の際に、士族の支出を避けようとする
 等の要件が必要である。これらは、妻の治療
 費(とくに療養のための滞在費)は、せいぜい
 1000Fr.程度である。ところが本件では、原告
 夫が不足を主張し、その前記要件を満たしてい
 ることが、夫の請求は失当である。

- (20) 前記リスト(前注5と48) 162年2項の婚姻部分に、
 «... neben ihrem erbrechtlichen Anspruch an der übrigen
 Verlassenschaft, ...» の語句が入る。
- (31) 才8節2. 参照。
- (32) Grün, Kommentar Art. 214 N. 22; Dénégaz S. 145ff.;
 Münch S. 70. 第2次大戦後も同様の立場をとるとして、
 Müller S. 15; Kauer S. 109. 以上、Keller S. 141に中前提とす。
- (33) 子. B. BGE 45 II 171 (夫が破産した例), 71 I 164,
 82 II 487 (高(始)例)。とくに最後の
 の判決は、「婚姻中は妻は(後用始し死) 剰余を
 有しない。... 一方配偶者の権利(剰余持分請求権、筆
 者注)は、夫婦財産制の解消(とくに)にほい
 生い」と、と明言する。 (Cavim S. 119; Wegmann S. 40;)
- (34) 子. B. Knapp S. 270 N. 810ff.; Deschenaux S. 5232; Lemp,
 Kommentar Art. 214 N. 6; Wiederkehr S. 21; Klaus S. 76;
 Rappold S. 71; Moon S. 15ff.; Simonius ZSR 81 (1968)
 I S. 65; Knudolfer S. 65ff. usw.
- (35) Inshes. Cavim S. 119; Wegmann S. 41.
- (36) スイスにおいて中を強調するものは Moon S. 37ff. である、
 その後に最近では、Knudolfer がこの理

を発展させている。Näheres siehe Knadolfer S.66ff.

(37) Wegmann S.41. その他、その直前の1950年 Cavim論文 (insbes. S.119) も、財産^利継続中の存続巧み表の権利との観点から出発したが、論旨^をのこりは Wegmann 以下に明確には主張されていない。

(38) z.B. Knapp S.270 Nr.810; Deschenaux S.5232; Simonius ZSR 87 (1968) I S.66. その他、そのほか、Speiser ZSR 48 (1929) S.199 以下、Jaeggi ZSR 76 (1957) I S.403 (Knapp論文の書評); ~~Hinderling~~ Hinderling SJZ 61 (1965) S.19 Anm. 10; Gnossen SJZ 63 (1967) S.155 usw.

(39) z.B. Tuhn/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. 2. Aufl. 2. Bd. Zürich, Polygraphische Verlag, 1944, S.707f. (554ff. = 本書の第3版が出版中のため)

(40) Hinweise bei Knadolfer S.70.

(41) 本文7-2の観点から、ドイツ法のそれとの素描を最近のスイス文献として、z.B. Moon S.20ff.; Knadolfer S.61ff.

(42) 債務法の主たる解説書は、"が"の中での立場をとり、

vgl. Tuhn/Siegwart, a.a.O., S.795; von Büren, B., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. Zürich, Schulthess Verlag, 1964, S.321, 329; Guhl/Merz/Kummer,

Das Schweizerische Obligationenrecht. 6. Aufl. Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1972, S.238.

(43) Insbes. Tuhn/Siegwart, a.a.O., S.791.

(44) z.B. Knadolfer S.74. a.M. Lemp, Kommentar Art.214 N.88 はかなり詳しくも明確ではないが、その同意には言及しない。

(45) Ausführlich Lemp, Kommentar Art.203 N.11 und dortige Zitate.

(46) Knadolfer S.74 はその趣旨が。

(47) Ausführlich z.B. Knadolfer S.74ff.

(48) z.B. Lemp, Kommentar Art.214 N.7, 205 N.9. 結果同様, Haller S.51.

(49) Vgl. BGE 90 II 469.

(50) Merz ZBJV 101 (1965) S.379ff. は始末中にも、かかる義務が存続巧みと。

(51) 以下に引くのは、~~Hinderling~~ 主として Knadolfer S.95ff. に戻るとはできない。

(52) 一般論として同様の見解に立つものとして、Merz, a.a.O., S.380f. をはじめとして、Egger, Kommentar Art.205 N.3; Knapp S.105 Nr.497; Deschenaux S.5282. 以下、Lemp, Kommentar Art.205 N.9 はこれを否定する。

(53) Vgl. Lemp, Kommentar Art.205 N.9.

- (54) 同前、報告義務の範囲については、z.B. Kradolfer S.97.
- (55) Lempp, Kommentar Art. 205 N.20 u. 214 N.7. その他, Deschenaux S.5282f. も同旨が。
- (56) Vgl. SJZ 53 (1957) 256 Nr.113.
- (57) ZR 41 (1942) Nr.99 (zit. Kradolfer S.98 Anm.12).
- (58) Knapp S.156 Nr.501. Knapp教授に先立ち、同様の趣旨を述べたとして、Speiser ZSR 48 (1929) S.199.
- (59) z.B. Moon S.28f.; Kradolfer S.98ff. とくに後者が詳述あり。
- (60) 同前、とくに妻の剰余持分を保護する手段として、法は冲を意識した明示的規定を用意している。ところが、とくに剰余算定の基礎財産として ~~所得~~ 所得の所有権者による夫の行爲(不作為も含め)により、結果的に妻の剰余持分が減少せしめられることがある。たとえば、所得の譲渡、所得の価値を減少せしめ管理、債務の負担。とくに法定財産制開始前の夫の債務を所得から弁済する行爲などがこれである。かような夫の行爲から、所得の価値を保持するため、間接的にこれらの規定が役立つ。

④ 婚姻法上の規定。婚姻の効力に関しは159年以下の規定が、妻の期待権保護に責任あり。万が一、

配偶者双方の権利義務に関しは159年2項同3項、夫婦財産に関しは夫の報告義務を並く秘匿しは160年2項、夫婦共同生活の保護に関しは169年以下、裁判上の別産制に関しは183年、その他離婚(訴訟)中の裁判官により仮処分に関しは145年などがその主である。

⑤ 法定財産法上の規定。この領域では、とくに205条が中心となる。同条で夫の所有に移行した妻の財産(その一部が所得とあり)を直接対象とする規定であるが、この規定の趣旨を拡大し、妻の将来の剰余持分保護に責任せしめようとする見解がみられる。この際2項の担保請求が主たる手段となる。

⑥ 別の条の規定。夫が善良の風俗に反するやり方で、所得を減少せしめた場合には、前記④・⑤のほかに最終的的手段として、不法行爲に基づく損害賠償請求(債41年以下)が最も中心的な手段である。

これらの予防的ないしは阻止的手段により、とくに妻の将来の剰余持分の保護を期すことができる。これらの問題とより深い関係にあるのは、婚姻に関しは一般論の規定にも深く立ち入りねばならないこともあり、後日の検討課題としていいたい。なお、

Haller S.51-57;

- > 中からついでに、z.B. (Kradolfer S.116-140. 59 15、担保提供との関係で夫の処分制限 (とくに不動産登記簿銀行取引に ついてのそれ) に ついては、Kradolfer S.88ff. Hinderling Festsätze S.109 Anm. 6;
- (61) z.B. Knapp S.271 Nr.812; Lemp, Kommentar Art.212/13 N.27, 214 N.8; Simonius ZSR nF 87 (1968) I S.66.
- (62) Wegmann S.41; Deschemaux S.523^{II} und dort Anm. 270; Kradolfer S.130ff.
- (63) siehe BZüR 34 Nr.180, 38 Nr.34^{II}, 39 Nr.127, 40 Nr.103 S.269 (zit. Lemp, Kommentar Art.214 N.6). かつ中妻の請求を否定す。
- (64) SJZ 23 (1926/27) 122 Nr.90. a.M. MBVR 35 Nr.229 (不具). 前者の如く、婚姻前妻の所得に基く年金契約 Rentenvertrag に ついては、妻の持分の全財産をもちて責任を負う。また、扶養額算定に際して、財産併合制に於て妻の資産扶養の評價に際しては、夫の資産扶養におよび収益は考慮すべし。また、妻は剰余に ついての持分請求権を、婚姻解消に際してはじめて取得するからである (Geneve 裁判 1926. 4. 30).
- (65) Vgl. BGE 45 II 171 所掲.
- (66) 通説・判例集。z.B. Knapp S.17 Nr.78; Deschemaux S.511a; Lemp, Kommentar Art.214 N.9. 裁判例として、BGE 62 II 12 } BGen in Semjud 60 388 (zit. Lemp, a. a. O. 公式判例集 未登載判決).

~~(その節は11231111判決)~~

前者の判決はつぎのごとし。原審は被告H女の不貞を理由として、原告夫の離婚請求を認容。この際剰余の算定に際して、夫の営業に於ては婚姻以来十数年にわたる妻の協力に於ては代償が、夫婦財産に含まれよとの立場に立ち、これを基礎として剰余の1/2を妻に付与(妻H上告)。妻は争う。前記代償は妻自身の特有財産であるので、夫婦財産からこれを除外して剰余を算定すべきである。この点については、結論的には原判決を支持して、つぎのごとくいう。婚姻中の夫の営業に於ては、妻の協力を対して代償 Entgelt, salaire として、夫から妻に出捐せしむる財産は、191年3号の法律での「妻の独立の労働」に於ては認めらるべきであり、妻の特有財産ではなく、夫婦財産に属する。なお、利息又かろは具体的数値が明らかでないから、少し補足する。結局本件では、夫婦財産は 26,739 Fr. とあり、剰余は 8,239 Fr. とある。このうち妻に帰属すべき持分は 2,746.35 Fr. である。一方に妻H女は、これに前記協力の代償として、3,464.5 Fr. (二入額に ついては当事者同

に第「か」(2)) を受けており、本来受けていた利息
余剰分(2)) , 3,464.5 - 2,746.35 = 718,15 Fr. オーバー
12 利息を受ければいいので、これはこの利息の
余剰分を返しにたい、と主張したのである。

(67) BGE 62 II 12 (前注66判例) は、離婚に伴って清算
算に因ってこの理を前提とする。

(68) Vgl. Knapp S.14 Nr. 61; Deschenaux S.546a Anm. ~~23~~
327; Lemp, Kommentar Art.214 N.9.

(69) これは明言した例として、z.B. Lemp, Kommentar Art.214 N.10.

11回

第11回 剰余不足の算定方法

本節に述べたとおり、剰余請求権の
内容が明らかとなつた。よって本節では、剰
余不足を算定する基礎財産の内容および剰
余不足の算定方法を、具体例を示しながら
明らかにしよう。

I. 算定のための基礎財産

一、214条は、剰余不足を算定する前提と
して、夫婦財産から「夫の財産および妻の財
産の分離」を要求する。これら両財産を夫婦
財産から分離し、しかる後に残存する財産の
剰余・不足を算定するための「基礎財産」と
なる。しかし、スイス法のもとでの剰余は、
ドイツ法のとく、法定財産制の開始時の夫
婦財産(当初財産)の価格と、その解消の際の財
産(終末財産)の価格とを、比較することによつては
算定される。すなわち、夫婦財産は、婚姻中
増減するのを通常とするから、婚姻当時(正
確には、財産併合制の開始当時)両配偶者の

編入財産の価格の合計は、解消当時の夫婦財産の価格と一致しないのが通例である。同様のことは、両配偶者の編入財産についてもいえる。そして、剰余不足の算定の時期は、夫婦財産の解消と同様に、夫婦財産制の解消時（すなわち、ここでは、一方配偶者の死亡時）を基礎として算定される。

二、以下に述べるところは、その具体例をのらにいくつか例示するのみ、それにより一層明確に理解されうるものと思われらる、ここに全体的な概説をしておこう。

214条にいう「夫の財産」および「妻の財産」とは、これをを用いてきた意味とは若干その内容が異なる。ここに「夫の財産」、「妻の財産」とは、各配偶者の、婚姻当初および婚姻中、夫婦財産へと編入した財産を意味する。したがって、「妻の財産」とは、その持所有財産を除く、妻の編入財産を意味する。これは、これをこの用語法と大差はない。しかし、これをを用いた「夫の財産」とは、所得も本来妻の財産である財産が、

法律に基づき、夫の所有に移行した財産（これとは、201条3項、195条3項）も含まれていく。ところで、ここにいう「夫の財産」は、前述した「妻の財産」と同内容を意味するにほかにならないから、解消のとき、夫婦財産のうち夫の所有に帰属していった財産と同意義ではない^①。さらに、ここにいう「編入財産」は、195条のそれとは異なり、夫及び妻の編入した財産物件（代償物を含む）そのものを意味するのではなく、剰余・不足を算定するための計算上の概念であることに注意すべきである。

各財団内での価値変動 *wertmässige Verschiebungen* の生じることがある。直接的なそれとしては、これとえばある物件が一方財団から他方財団へと混合もしくは結合により生じる。間接的なそれとしては、一方財団から給付するべき債務等を、他方財団から給付せられることにより生じる。その他、各財団内での相互の不当利得を調整する意味での補償請求権が生じることもある。これらの価値変動による補

償債権は、剰余不足の算定に際して清算されることを要する。しかしこれらすべて計算上の概念にすぎないことは、前述した「編入財産」と同様である。

三、214条をみれば明らかになると、ここでは「夫の財産」、「妻の財産」というふうに、積極財産のみ言及されている。債務は問題の対象とならないのであろうか。この点については、第一次草案の「理由書」を執筆したE.フーバーも、債務が考慮の対象となることを当然の前提とする⁽²⁾。その後の学説もまた、この趣旨を明言する⁽³⁾。214条は「剰余」Vorschlag, *bénéfice*のみならず、「不足」Rückschlag, *déficit*の算定に言及しているのである。補償債務を含む債務を考慮しないことにより、不足の生じる道理はありえないから、学説がこれを当然の理と解する⁽⁴⁾ことは、説明を要しないであろう⁽⁵⁾。

四、債務を考慮しなくても、剰余・不足を算定するとしても、これをどのように方式のつかい排除するかは、大別して二つの考え方が

がある。しかし、いずれの考え方をとるにも、214条の「夫婦財産」から、これに積極財産から構成される財団を意味するのではなく、債務(とくに夫婦財産の負担となる債務)を控(除)していわゆる純粋夫婦財産 *eheliches Reinvermögen* を意味すると捉えるべきは、違いない⁽⁵⁾。

これに反し、夫婦財産(とくに所得)の債務(その負担となすべき補償債務を含む)を除くその余の債務(たとえば、妻の編入財産の負担となすべき債務)を、いずれの財団から計算上控除するかについては、若干見解の相違がみられる。しかしいずれの方法によらず剰余・不足の算定も、その到達する剰余・不足の額に相違が生じるわけではなく、いずれの方法によらずの、より簡潔にわかりよいかという違いは可なり。

2. Tuor方式

一、まず、Tuor教授に代表される算定方法(以下これを「Tuor方式」と呼ぶ)からみてみよう。

後述ある Lemp 教授に代表されるけれど、一言
 でいえば、所得財団を他の財産団から限界か
 け、所得財団のみを貸方と借方に分けて、剰
 余・不足を一括して算定しようとする。これ
 に対し、Tuor 教授による算定方法は、「夫婦財
 産」、「夫の編入財産」、「妻の編入財産」の三つの
 財産ごとく、個別的にプラスマイナスを算定し、
 これらの合計から全体としての剰余と不足を導
 き出すことに特色がある^⑩。

二、Tuor 式を示す前に、この説の考え方
 について、ごく簡略に少し補足説明を加えて
 おこう。まず第一に、夫婦財産の目録が存在
 すれば、それに基づいて夫婦財産の内容を知
 ることができる。しかし、その場合、積極財
 産は、婚姻解消の時点での価格にしたがって
 評価される^⑪。しかも、その時点において、夫婦
 財産の負担とならねばならない債務を控除す
 る。すなわち、「純粋夫婦財産」(以下これを、ehe-
 liches Reinvermögen とする)を EhV と略記する)を
 算出する。つまり、両配偶者の編入財産(他財産

との内に存する、補償債権と補償債務の差額を
 差引計算して残高を含む)から、この財産団の
 負担とならねばならない債務等を控除する(以下これを、
 das eingebrachte Gut des Mannes とする)を EM
 と略記し、妻のそれを EF と略記する)。最後に、
 編入財産の額から、婚姻中の債務(婚姻中弁
 済されたか否かにかかわらず)を。後述例2と
 例3を対比せよ)、婚姻中生じた債務等を控除
 する。ここで、とくに妻に関していえば、妻の
 財産に関して婚姻中生じた債務としては、207
 条1項2号から同5号に列挙される債務(たとえば、
 不法行爲債務)および207条2項の規定
 されることと、共同家務政債務に対して、夫の
 支払能力を欠く限度で負担する才二次的債務
 等がある。この点において、夫の「婚姻中生じ
 た債務」と相違する。

三、以上の点から、つぎの式をうること
 ができる^⑫(ただし以下の例は、剰余の分配に
 ついて夫婦財産契約が存在しないものとす)。

$$\textcircled{A} V(\text{Vorschlag}) = \text{EhV} - (\text{EF} + \text{EM})$$

この公式の個々の財産団 (EhV, EF, EM) の算定は、それぞれつぎの ⑥、⑦、⑧ の各公式により算定される。

$$\textcircled{6} \text{ EhV} = \text{EhA} - (\text{MP} + \text{FP})$$

すなわち、この公式は、純粋夫婦財産 = 夫婦財産中の積極財産 Eheliche Aktiven - (夫の納入財産中の消極財産 Mannespassiven + 妻の消極財産 Frauenpassiven) との意味をもつ。すなわち、持産財産中の積極財産は、考慮の対象とならない。持産財産は、剰余不足を算定する基礎財産とならなければならない。そして、配偶者それぞれが持産財産に対して負担する債務は、通常の婚姻債務として扱われる。

$$\textcircled{7} \text{ EM} = \text{Vorh S} + (\text{ErsF} - \text{ErsSch}) - \text{VEhSch}$$

すなわち、夫の純粋財産 = 現存物件 (代償物件を含む) Vorhandene Sache + (補償債権 Ersatzforderungen と補償債務 Ersatzschulden との差額) - 婚姻前債務 voreheliche Schulden との意味をもつ。

$$\textcircled{8} \text{ EF} = \text{Vorh S} + (\text{ErsF} - \text{ErsSch}) - \text{VEhSch} - \text{EhSch}$$

公式⑧は、夫の純粋納入財産に関する公式⑦と同様の計算方法により算定される。ただし⑧の場合には、妻の納入財産のみを負担となす婚姻債務 eheliche Schulden (すなわち、207条1項2号-5号列挙の債務) も控除される点に異なる。

四、以上のことより上の公式に基づいて、剰余不足の算定についての具体例をいくつか示しておく。

8p.

例1: 夫が妻子物件を納入し、それが婚姻解消時において、2,000 Fr. と評価される(以下では、とくに断らないうちは、婚姻解消時の評価額を意味する)。他方、妻が婚姻解消前には10,000 Fr. の価値を有する婚姻仕度 Aussteuer として婚姻の際に贈物 Mitgift として40,000 Fr. の有価証券を所有している。そして、純粋夫婦間で100,000 Fr. 残存し得るとすれば、

$$\text{Vorschlag} = 100,000 - (40,000 + 10,000 + 2,000) = 48,000 \text{ Fr.}$$

すなわち、このとき妻側が16,000 Fr. の剰余を取得し、その余が夫側に帰属することになる。

なり(剰余算定は後述可也)。ここに前記10,000Fr.の婚姻仕度が妻により現物でとり返されれば、これを夫婦財産に含めしめ、そのかわりに妻の編入財産の中へは算入しなす考え方もあり、その場合には、 $Vorschlag = 90,000 - (40,000 + 2,000) = 48,000 \text{ Fr.}$ となり、この方法によっても、結論的な差異は生じない。

8P. 例2: つぎに、夫婦財産の負担となすべき消極財産の残存可也例をあげよう。妻は25,000Fr.の物件を編入し、婚姻解消の際も同価値を保持して置く。他方、夫は50,000Fr.の積極財産と12,000Fr.の消極財産(いまは未償却)を有し、夫婦財産中の積極財産は90,000Fr.としよう。

$$V = (90,000 - 12,000) - [25,000 + (50,000 - 12,000)] = 15,000 \text{ Fr.}$$

ここに未償却の債務12,000Fr.は、純粹夫婦財産の算定式および夫の純粹編入財産の算定式の両方に登場可也、注意されたい。この夫

は、計算を複雑化するとのLemp方式側の批判のいっしょにあげられてゐる(詳細は後述可也)。

例3: 前述例2において、夫の債務は婚姻中に併済されて置くとしてしよう。そのとき夫の積極財産がその分だけ減少することになる。しかし、剰余は、 $V = 78,000 - (25,000 + 38,000) = 15,000 \text{ Fr.}$ となり、結果的には例2の結論と同じこととなる。

8P. このことから、債務は併済されて置くか否か、おのづから併済は夫の財産(所得を含む)・妻の編入財産のいづれから併済されれば、剰余の算定に關する可也、結果的な差異を生ぜしめざる可也、このことが知られる(もちろん、最終的な清算は、いづれの財産から併済されればかにより、それに応じて変わることはいうまでもない)。要するに、債務は婚姻中に併済されておれば、編入財産の価値がそれだけ減少して置くだけにとどまらず、公式上現われてくる編入財産の価格は、債務併済によりそれだけ価格の変動となること知られよう。

例4: つぎに、編入時と解消時との間に、

編入財産に価格変動がある例をあげよう。妻が80,000 DMを編入した。それが差替相場の変動により、解消時にはわずか20,000 Fr.以下落したとある。夫は家屋を編入し、当時50,000 Fr.であったが、解消時には80,000 Fr.に騰貴した。夫婦財産として、200,000 Fr.の積極財産と30,000 Fr.の消極財産が残ったとしよう。

$$V = (200,000 - 30,000) - (20,000 + 80,000) = 70,000 \text{ Fr.}$$

8p 例5: つぎに、例2と例4とをくみ合わせれば例をあげよう。妻の編入物件は家屋で、編入当時は80,000 Fr.であったが、解消時には70,000以下落したとある。しかも、この家屋に40,000 Fr.の土地担保債務 Grundpfandschuldが存在し、婚姻中10,000 Fr.を弁済された。また、婚姻中妻の犯した不法行意債務6,000 Fr.を弁済された。他方、夫はこれといたって編入財産を有せず、~~5,000 Fr.~~5,000 Fr.の債務を弁済したとある。そして夫婦財産として、85,000 Fr.の積極財産と前記担保債務のほか、なお45,000 Fr.の消極財産が残存したとしよう。このとき、純粹夫婦財産

を算出するには、残存担保債務30,000 Fr.をも考慮に入れる必要があるから、前記⑥の式より、 $EhV = EhA - (MP + FP) = 85,000 - (45,000 + 30,000)$ と導かれる。さらに、妻の編入財産は、前記④の式より、 $EF = V_{\text{妻}} S + (E_{\text{妻}} F - E_{\text{妻}} Sch) - VEhSch - Ehsch = 70,000 - 40,000 - 6,000$ と導かれる。これゆえ、

$$V = EhV - (EF + EM) = [85,000 - (45,000 + 30,000)] - [(70,000 - 40,000 - 6,000) + ~~5,000~~(-5,000)] = -9,000 \text{ Fr.}$$

8p (不足の発生)

例6: つぎの例はやや複雑な計算を要する。もっとも現実味のある例である。妻は8,000 Fr.の婚姻仕度 Aussteuer (婚姻解消時には損傷を受けしとある) 及び10,000 Fr.の婚姻贈与 Mitgiftを現金で、また評価額15,000 Fr.の宅地等を編入した。さらに、相続により、現金および無記名証券25,000 Fr.と、妻により支払われるべき2,000 Fr.の相続債務を承継した。他方、夫は、婚姻仕度 Aussteuerとして3,000 Fr.の財産を編入した。同額の債務を負担して

11 以下、これを妻の婚姻贈与から并済した
 (妻に対して3,000 Fr.の補償債務を生じること
 あり)。さらに、相続により、2,000 Fr.の家
 具 Mobilien 及び 6,000 Fr.の家屋持分 Hausan-
 teil を承継した。後者を共同相続人の一人
 に 10,000 Fr.を売却した。婚姻中夫婦は、妻の
 編入財産に土地に夫婦居住に供する家屋を
 建てた。その建築費用 80,000 Fr.。この家屋は、
 婚姻解消時には、土地ととも 105,000 Fr.の評
 価額を有している。他面 40,000 Fr.の相当
 債務を負担している。そのほか、目録には、
 種々の積極財産 60,000 Fr. 及び 婚姻中取得
 せられた家具 10,000 Fr.が掲げられている。他
 方、債務として、銀行債務 7,000 Fr. 及び 家
 政債務 760 Fr.が残存している(ここに
 剰余の算定に際しては、妻が夫の編入した婚姻住
 居 8,000 Fr.、3,000 Fr. 及び 夫の相続した家
 具 2,000 Fr.はこれらも考慮しない。例1参照)。
 計算が複雑なため、各項目の内訳を示
 して置く。

積極夫婦財産:	消極夫婦財産:
105,000 (夫婦居住の土地家屋)	40,000 (相当債務)
10,000 (妻の婚姻贈与)	7,000 (銀行債務)
60,000 (その他の積極財産)	760 (家政債務)
<u>175,000 Fr.</u>	<u>47,760 Fr.</u>

妻の積極財産:	妻の消極財産:
105,000 (夫婦居住の土地家屋)	80,000 (家屋建築費)
25,000 (現金・無記名証券)	<u>2,000 (相続債権)</u>
10,000 (夫に対する補償債権)	82,000 Fr.
<u>140,000 Fr.</u>	

8p.

(補入)

夫の巡り財産
10,000 (家屋持分の代償金)
<u>-3,000 (妻への補償債務)</u>
7,000 Fr.

以上の内訳から、つぎの結果をうきと
 びます:

$$V = (175,000 - 47,760) - [(140,000 - 82,000) + 7,000] = 62,240 \text{ Fr.}$$

以上を念のため付言すれば、

妻の編入財産たる宅地 15,000 Fm. は前記計算中に登場してゐないが、これは夫婦居住の土地家を 105,000 Fm. にかわつてゐるためである。

3. Lemp方式

一、他方、Lemp教授に代表されるもう一つの代表的な算定方法(以下これを「Lemp方式」と呼ぶ)を説明しておこう。Lemp説の具体例を示す前に、この立場の前提理論をみてみる。

夫婦財産中の積極財産において、その損益計算の帰属は、— 既述のこととく — かつたとしても所有権の帰属と一致してゐないから、ある物件は夫(もしくは妻)の編入財産に帰属し、またある物件は、夫の所有に帰属すべき所得に帰属して。これと同様に、消極財産についても、それか夫もしくは妻のいふかの債務とすべきかを区別する必要がある。さらに、夫の債務は、一部はその編入財産の負担となり、一部は所得財団の負担となる。妻の債務にあつても、その編入財産から負担

せられべきではない、所得から履行すべき債務が存在する。したがつて、妻にあつても夫の場合と同様の区別の必要である。

他方、積極財産および消極財産に属する夫婦財産の分配の負担に際して、両配偶者の持所有財産は、その分配の負担の対象とならない。これゆゑ、夫婦それぞれの所有に帰属する財産物件について、それぞれが持所有財産・編入財産のいずれに帰属するかの、明確にされたことを必要とする。したがつて、たとえば、夫もしくは妻の持所有財産の債務は、剰余・不足を算出する基礎財産とならない。これを分離して考える必要がある。これ以外の債務は、それぞれの財団の負担とならうから、剰余・不足を算出する基礎財産となる。さらにまた、前述したごとく、一方財団の他方財団に対する補償請求権は、一方財団の積極財産として、他方財団の消極財産として、それぞれ清算される必要がある。

二、以上述べたごとく、それぞれの財産

別個に、積極財産(補償請求権を含む)と消極財産(補償債務を含む)それぞれが帰属が明確にされる。しかし、このことは、各財団内(とくに、特有財産と編入財産内)の最終的な帰属を決定するに際して必要となるが、剰余の不足の算定には、所得財団を中心とした帰属を知ることが必要である。すなわち、いかなる積極財産(補償請求権を含む)が、所得財団に帰属するかのほか、いかなる消極財産(補償債務を含む)が所得財団の負担とされるべきかである。これによるときは、所得財団に属する積極財産もしくは消極財産が、婚姻中に存在してその他の財団にいかんして配分されるかは、剰余・不足の算定に際して問題とならない。

いかにいへば、夫婦財産の剰余・不足を算定するに際しては、つぎのことを知る必要がある。あり財産物件もしくは補償請求権が、特有財産に属するもしくは編入財産に属するか。所得に帰する補償請求権が、特有財産と編入財産のいかに対する権利があるか。

あり債務は特有財産の負担となすのもしくは編入財産の負担となすの。以上を明らかにすると、Lemp方式によれば、所得財団を中心として、所得財団と夫婦のその他の財団と限界がけりることにより、剰余の不足が算定されるというきわめて単純な方法を主張する。

三、以上の一般理論を前提として、これによって算定される具体例を示そう。

後述する四つのケースを例として、Lemp方式により剰余を算出すれば、つぎの通り簡単な計算でいえることとなる。すなわち、――

所得	-----	213,000
夫に対する所得の補償請求権	-----	18,000
妻に対する所得の補償請求権	-----	20,000
		<u>251,000</u>
所得の負担となす債務	-----	28,000
所得に対する夫の補償請求権	-----	15,000
所得に対する妻の補償請求権	-----	28,000
		<u>71,000</u>
		180,000 (剰余)

上記の例では、積極残額 Aktivsaldo が残る。

この点、剰余を生じることになり、これに
 反し、かりに消極残額 Passivsaldo を生じれば、
 不足を生じることになる。⁽¹³⁾ 上記の例により明
 らかなごとく、Lemp 説は、つぎの公式から剰
 余・不足を算定する：

$$\text{剰余(不足)} = (\text{所得} + \text{所得の補償請求権}) - (\text{所得の債務} + \text{所得の補償債務})$$

これらすべては、すべて先死した配
 偶者の死亡の時点を基準とすることは、前述し
 た Tuor 方式と同様である。⁽¹⁴⁾

四、Lemp 教授によれば、⁽¹⁵⁾ Lemp 方式によれば、
 前述のごとき単純な公式より導かれる剰余
 (不足)の算定は、Tuor 方式によるとつぎのごと
 き複雑な計算を要することになる。

天婦財産中の積極財産	-----	325,000
妻の持産に対する天婦財産の補償請求権	-----	5,000
夫の持産に対する天婦財産の補償請求権	-----	10,000
天婦財産の負担となる夫の債務	-----	40,000
天婦財産(妻の編入財産)の負担となる妻の債務	-----	10,000
天婦財産に対する妻の持産の補償請求権	-----	4,000
天婦財産に対する夫の持産の補償請求権	-----	1,000
妻の固有財産 Eigengut	-----	80,000

8P

編入財産に代わり妻の補償請求権		24,000
妻の編入財産の負担となる債務	10,000	
妻の編入財産に対する夫の補償請求権	15,000	✕
夫の固有財産		32,000
夫の編入財産に代わり補償請求権		14,000
夫の編入財産の負担となる債務	12,000	
夫の編入財産に対する補償請求権	8,000	✕
残額 (こゝには剰余)		180,000
	385,000	385,000

五、Lemp 方式の立場から、Tuor 方式への主たる
 批判は、結局のところつぎの点に要約され
 る。

① 上記の計算例により明らかになごとく、Tuor
 方式によれば、各財団別の積極財産・消極財
 産の点で各財団内の補償関係は、すべて明ら
 かたされなければならない。Lemp 方式では、所得
 についてののみ、これを明らかたされなければならない。

② Tuor 方式はむしろ ~~より~~ Ulmeyer をしている。
 可なり、いま夫婦財産の負担となる債務の
 存在し得ることから、「純粋夫婦財産」として「純粋
 編入財産」を導くために、この「可なり」も債務

に登場し、計算上二度手回りをなす(とくに、Tur
方式の例2参照。同様のことは、夫婦財産に対する
特有財産の補償請求権についてもいえる)。
他方、積極財産についても、同じく二度手回
りを要する。これとは、特有財産に対する夫婦
財産の補償請求権が存在したとある。これは、
まず第一に、「純粋夫婦財産」の積極財産の算定
に登場し、さらにまた、「純粋編入財産」の算定
についても登場する。Lemp方式には、かよう
な回り道を必要としない。

以上の批判に対し、とくに才之真の批判は、
Tur教授も承知している¹⁰。しかしLemp方式に
対する反論はとくになされていず、かような
計算上の一見複雑さは存在するが、結局Tur~~は~~
自身は、Tur方式がより判りよいと述べてい
る¹¹。

11
脚注

- (1) Vgl. BGE 62 II 329 (争いの中心は商標権に關する)。
- (2) Huber, Erläuterungen S.193.
- (3) z.B. Lemp, Kommentar Art.194 N.16; Keller S.141.
- (4) なお、既述のとおり、214年2項は夫婦財産の概念
を、例外的に債務をも含めて、二重控除してこれ
を純粋夫婦財産 eheliches Reinvermögen の意に用い
る。この純粋夫婦財産から、「夫の財産および妻の
財産 Mannes- und Frauengut」であった夫婦それぞれ
の純粋編入財産が分離せられるのである(Keller S.137
u. 141)。民法における、夫婦財産は、通例——と
くに夫婦財産の解消に際しても——消極財産を含
むが積極財産のみを意味する。したがって214年2項の
みは、この概念を意義のそれぞれであった債務をも
含めて意味 ~~純粋夫婦財産~~ に用いている(vgl. Keller S.137)。
- (5) 婚姻債務を控除し、かつ夫の財産と妻のそれぞれを
分離し、さらに各財産同間の補償債権債務を清
算してのち、プラス財産であった積極残額がのこ
れば、剰余が生じたことになる。これに反して、マ
イナス財産であった消極残額がのこれば、不足が生じた
ことになる(vgl. Haller S.48)。しかし計算上の剰余で
あることは既述した。

(6) Vgl. Tuor, ZGB S.195ff. その他に, Egger, Kommentar Art. 214 N.6; Demzler S.85; Münch S.66; Déménéaz S.31ff. 等、
かかす Tuor 方式を支持す。BGE 82 II 487 も同旨か。

(7) Vgl. BGE 80 II 195 (第10節即注 22 参照)。

(8) なお、ここには Tuor, ZGB S.195 では、夫に「夫婦
財産」の「純粋財産」と記すのみで、これが債務を
控除したものを指すことか、公式に示す中では各号
(EhV, EF, EM etc.) から明瞭には不明か、以下の
本文の説明をみれば、これが「純粋夫婦財産」等を
意味するものと明らかならう。

(9) 以下の例は、主に Tuor, ZGB S.196ff. にあり。

(10) Lemp, ~~Art. 214~~ Kommentar Art. 214 N.7. 中を支持
するとして、z.B. Deschenaux S.5862, 最近では、z.B.
Karrer S.110ff.; Keller S.141ff.

(11) Lemp 方式によれば、所得とその他の各財産間との
間の補償債権債務の清算および所得の負担
と他の債務を控除することにより、積極残額
と消極残額が等しい。これを剰余もしくは不
足と呼ぶべきであらう。

とすべし、第一次草案を起草して「家族法研究

委員会」も、ほぼ Lemp 方式と同様の方法により
剰余を算出したことあり (Studienkommission S.138)。なお、
vgl.

„Bei Auflösung der Ehe bildet das Reimvermögen,
das einem Ehegatten nach Abzug des im die Ehe eingebrachten
oder während der Ehe durch Erbgang oder auf andere
Weise unentgeltlich erworbenen Eigengutes sowie der
Ersatzanschaffungen für solches Vermögen gehört, seinen Vorschlag.“

ここで各配偶者の「純粋財産」には、債務のみならず、
積極消極の補償債権も含まれる (vgl. Karrer S.110 Anm.2).

- (12) 以下の例は、主に Lemp, Kommentar Art. 214 N.19ff. にあり。
- (13) Lemp, Kommentar Art. 214 N.19; Karrer S.110.
- (14) Lemp, a.a.O. und dortige Zitate.
- (15) Vgl. Lemp, Kommentar Art. 214 N.21f.
- (16) Tuor, ZGB S.195 Anm. 13.
- (17) なお、Tuor 方式, Lemp 方式を公式化したことには、siehe Keller S.142.

なお、この方式により、所得、夫婦財産の他
の財産 (特有財産や純粋財産) に対して補償請求権、
所得の補償債務、所得の負担と他の債務等の内容
が明らかになることを要するが、本稿ではこの
問題を割愛した。中にはこれに反対するものも、siehe
Lemp, Kommentar Art. 214 N.23-59.

第十三節 剰余の分割と不足の負担

剰余の分割に關して、夫婦財産契約(179条-181条)により、法定の割合(214条1項目2項)と異なる合意がなされた場合はこれに代り(214条3項)。夫婦財産契約の存する場合については、後述のとおり取り扱うことにして、それがない場合の剰余分割からみてみよう。

1. 剰余の分割

一、当事者間の、夫婦財産契約に基づく別段の合意の存しない限り、法定の割合すなわち剰余は、その方が夫(夫死亡の場合には、その相続人 Erben)に、その方が妻(妻死亡の場合には、その直系卑屬 Nachkommen)に、それぞれ分割せられる。夫側と妻側とで、剰余分割当事者が異なっているか、これはテキスト上明記されていることに基く^①。

不足を惹起した原因を別として、剰余を生ぜしめた法的原因は問題とならない。これについて1900年の第一次草案242条は、かなり限

定的である。すなわち、同条1項によれば、剰余は原則として、夫もしくはその相続人のみ帰属すべきものとする。しかし、同条2項によれば、剰余が、妻の収入もしくは妻の活動 Tätigkeit から生じた場合のみ、その寄与度に応じて、剰余に対する持分について、剰余請求権 Anspruch auf den Vorschlag (第一次草案242条補外注参照)を、妻もしくはその直系卑屬が取得する、とする。

しかし、かような解決方法は、いかに訴訟を生ぜしめるとの理由から、拡大専門委員会では、これを削除すべく主張せられた^②。その結果、1904年の第二次草案230条1項では、剰余についての妻の寄与度を問うことなく、
— 現行法と同様に — 妻もしくはその直系卑屬が、法定持分として剰余の1/2を取得するものとされた(各草案テキストは、後掲参考資料をみよ)。

以上の立法過程の素描からも明らかであるように、剰余の分割は、これに關する夫婦財産契

約により別段の合意がなされない限り、
 ねに法定の割合にしたがい、夫婦の生活様式、
 両配偶者の家と度^①と^②は、原則として一切考
 慮されない^③。連邦裁判所判決もこの趣旨を明
 言する^④。

二、と^⑤は、夫側と妻側とでは、剰余^⑥
 に対する持分の割合が異なる。夫婦は共同生活
 を継続することにより、経済的に前進するの
 が通常であるので、かかる持分割合は、ほと
 んどの場合夫に有利である。伝統的な学説は
 これを正当とみるものも少なくない^⑦。そ
 の根拠を穿約すれば、つぎの二点に求めら
 れる。

第一に、剰余は、編入財産からの収益 Ertrag
 に基づいて生じるよりも、労働 Arbeit に基
 いて生じるのを通則とす。と^⑧は、妻の
 独立の労働に基づく収入は、妻自身の持
 有財産に帰属し(191条3号)、剰余を算定する際
 の基礎財産とはならない。これに反し、夫のそれ
 は、全額夫婦財産に帰属し、剰余分離の際

に、妻側にも流れ運命にある。

第二に、特殊の事情の存する際には、夫婦
 財産契約により是正の途を残しているの
 ため、かたしを不当としない。

しかし、かような立法を不当とみる説も少
 くない。

第三に、立法当時との社会状況の違いを根拠
 としていう。剰余分割の割合を、夫側と妻側
 とを2:1と定めたと^⑨は、1907年の立法当時と
 しては、道徳的かつ至当な解決方法と考
 られた。ところが、今日ではほとんどの夫婦の
 生活実態がその法意識に適合しない。可
 能ならば、剰余の一部を妻の編入財産の果
 実より形成せられる可能性のあると^⑩も、
 今日の意味での剰余は、夫の労働の産物
 Produkt と考えられるべきではなく、妻の
 協力 Mitarbeit (夫の営業 Gewerbe に対
 するそれ、妻固有の収入獲得活動、さら
 には192条に基づく婚姻費用の負担によ
 りそれら^⑪)の成果でもある。

さらに、法政策的観点からいう。死亡によ

夫婦財産制の解消が通常であり、かつ最もよく生じる解消原因である⁽⁷⁾。生存配偶者の扶養を担保するにため、しかも可能な限り婚姻中と同程度にそれを担保するにためは、生存配偶者の剰余持分を多くあることが望ましい。それによら、相続法レヴェルでは、法的相続分は固定的であり(相続は、まだ親系主義の思想が強いため)、用益権(473条参照)により生存配偶者を優遇するにも、とくに直系尊属との競合に際しては、いろいろの制約があるのを、夫婦財産法レヴェルでの生存配偶者の優遇が最も望ましい⁽⁸⁾。

それゆえ、2対の割合は不当であり、夫側と妻側とは平等にとり扱われるべきである。かような認識のもとに、現在までの判例・学説の立場を前提として、平等に扱うべき必要性が、より突出せられる根拠として追加的にいう。

1) 判例によれば、妻が夫の営業 Betrieb に自分の労力を投入した際も、報酬については明

示的な合意の存しない限り、それらこれについての補償請求権(可成り寡与分の請求)を主張しえないとされる⁽⁹⁾。

2) 妻が家庭内での協力義務および婚姻費用分担義務(とくに192条2項参照)の枠内の活動を行なったときは、これは法的義務の履行にほかならないから、これを超える活動をなした場合にも⁽¹⁰⁾、それな法的義務の履行(とくに192条2項に基くそれ)にほかならないゆえに、それら返還請求を行ない、とある説も少くない。

かような理由により、今日では、ごく少数の例外的意見を除いて⁽¹¹⁾、剰余の分割に肉して、夫と妻とを平等に扱うことは、当然のことと意識されるに致して、と許しえよう⁽¹²⁾。そして、今後の動向については、~~その~~ ^{それら}、かつて Deschenaux 教授によつて主張せられたごとく⁽¹³⁾、剰余の分割割合を夫と妻とにそれぞれ $\frac{1}{2}$ ずつとするか、もしくは近時の改正草案の主張するごとく⁽¹⁴⁾、生存配偶者(草案によればそれか夫か妻かを問わない)が剰余の方を取得するべき

か、という方向に論議されよう。

他方、離婚により、夫婦財産制の解消して
とるは、⁽¹⁵⁾ 状況は原則的には、死亡による解消
の際のそれとは異なる。すなわちここには、
生存配偶者と被相続人の血族との利害の対立
ありのことはなく、各配偶者同士の間にある。
将来の生活のために、二人とも生きていくに
必要の範囲の経済的配慮を必要とする。それゆえ
に、両者の剰余について同等の権利をもつこ
とを望ましいものとされる。⁽¹⁶⁾

三、つぎに、剰余受益者もしくは剰余参加
者の資格について一瞥しておこう。剰余受益
者に、相続欠格(540条)、相続廃除(477条)もしくは
相続放棄(566条以下)等の事由が存在する場合には、
これらのものは、剰余の分割に参加する資格
を剥奪されるのである。

これとは別個の問題であり、633条の寡子
令に基づく補償請求~~権~~に関しては、寡子は、か
かる事由により相続人たる資格を喪失した場合
には、やはり補償請求を主張しえないもの

とされている。かかる話論は、通説によれば、
寡子の主体を法定相続人に限定していること
から導かれる。⁽¹⁷⁾

他方、ここでの剰余受益者たる資格に関し
ては、通説によれば、たとえば妻もしくはその
直系卑属が、夫に対して540条に列举され
る行状を犯した場合にも、剰余についての持
分を喪失しないものとされる。⁽¹⁸⁾ 同様のことは、
477条の夫に対する相続廃除に相当する事由の
存する場合にも認められる。その理由は、学
説により若干=エア=ス⁽¹⁹⁾を異にするが、結局
剰余に参加する権利は、相続権に基づく権利
ではなく、夫婦財産法上認められた権利にあ
ることを根拠とする。

つぎに、いさかりに妻の死亡した場合、
このとき妻側の剰余受益者として、妻の直系
卑属が、その剰余をおよぼす剰余請求権を取得す
る。ここでの剰余の割合は、後述すること
く、夫婦内での夫婦財産契約によつてのみ変
更される。とこの間、剰余の受益者たる資

格は、通説によれば、遺言によつて相続人たる直系卑属に制限ありことが可能であるとされる⁽²⁴⁾。

三、つぎに、剰余は死者の遺産に帰属するかか問題とされる。すでに述べたごとく、剰余についての妻の直系卑属の権利も、妻のそれ(前節1回参照)と同様に、夫に対する債権とく金融債権である。卑属の剰余請求権を債権的権利と捉える事は、ほぼ学説の承認するところであるが、剰余が妻の遺産に属するかについては、見解が分かれる。少数説によれば、⁽²⁵⁾「1/2の剰余」は妻の遺産には帰属せず妻の直系卑属に直接帰属し、かつ直系卑属の遺留分算定について考慮されない、とされる。

しかし、その後の通説⁽²⁶⁾・裁判例は、妻の直系卑属を特別扱いはり理由に乏しいことを主たる根拠として、才1項の趣旨をつぎのごとく解する。生存配偶者たる夫は、妻の直系卑属を遺したとすのみ、「1/2の剰余」を支払うべき債務を負う。直系卑属の債権は、妻の遺産の

一部を形成する。それゆえ、通例夫婦含むとこの才1項の相続人がこれに属する⁽²⁷⁾。

つぎに直系卑属の意味について、ここへいう直系卑属 Nachkommenとは、子、孫 Gradeを含むことはいふまでもない。概念としては、457条、471条のそれと同意義である。父母を同じくする直系卑属であることを字しない⁽²⁸⁾。母の非嫡出子も含まれる。非嫡出子か、⁽²⁹⁾と元は妻の息子の非嫡出子であるときは、非嫡出子の認知もしくは判決によつて、父子の身分関係が生じた場合にかぎり(461条参照)、ここへいう直系卑属たる資格をもつ。他方、妻が養子とした子(1972年改正前には、夫婦が各自養子をとることが可能であつた)およびその直系卑属も214条1項の意味での直系卑属である。ただし相続の承認前、養子継続が解消せられていふことを要する⁽³⁰⁾(268条3項、465条参照)。これに反し、妻の直系卑属として養子とせられたものは、214条1項の意味での直系卑属にあたりない。

四、最後に前節に示した剰余の不足に因する計算例をもとにして、Tuor教授の説明にしたがって、実際の清算方法を通過する剰余の分割を要約しておこう^④。

まず、各配偶者に現物にて分離されるべき物件は、各自に引渡される(Tuor教授はこれを所有権分離 Eigentumsausscheidung と呼ぶ)。

これに基づいて、配偶者双方の他方配偶者に対して所有する補償請求権の差額が計算される(前節例6のその具体例である)。そして最後に、剰余についての各自の持分が算出される。

ここで、補償債権、剰余債権、さらには不足を負担すべき債務の存在は、さき述べてきたごとく、所有権に基づく特定物件を求めた請求権が生じるのではないが、これらに債権的権利 obligatorische Forderung が生じることがない^⑤。これは、通説・判例と同様である。

以上の一般論を前提として、前節に示した例2、例3、例6の結論は、つぎのとくである。

①) 例2では、妻(もしくはその相続人)所有

権に基づいて 25,000 Fr. の編入財産をとり戻し、夫に対して剰余の1/3、すなわち 5,000 Fr. ($15,000 \times \frac{1}{3}$) の金銭債権を取得する(ただし、妻側の剰余請求権者は、妻自身もしくははその直系卑属にかぎられる)。他方、夫(もしくはその相続人)は、その余の財産を取得する。結局妻側は、 $25,000 + 5,000 = 30,000$ Fr. 相当額を取得するようになる。

②) つぎに、例3でも、結論としては、例2の場合と同様になる(もっとも、夫側の現実の取得分は、債務を弁済した分だけ減少するが、これら未弁済から 12,000 Fr. の債務を負担することになるから、結局において、最終的に取得財産価額にかわりはらない)。とこうで、例3において、夫の債務が妻の編入財産から弁済されたとすれば、妻の計算上の編入財産は、13,000 Fr. ($25,000 - 12,000$) となる。とこうのときとは、剰余債権 5,000 Fr. ($\frac{1}{3}$ の剰余 = $\{28,000 - [(25,000 - 12,000) + 50,000]\} \times \frac{1}{3} = 15,000 \times \frac{1}{3}$) と並んで、夫に対して補償債権 12,000 Fr. を取得する

ることになる。その他に、編入財産の代償物
 13,000 Fr. 相当額を取得することはいふまでも
 ない。したがって、妻側の総取得額は、前掲
¹⁾の場合とかわらない。ただし、²⁾の場合
 の場合でも、妻側の最終的な総取得額はかわ
 らないが、²⁾の後存の場合には、¹⁾の場合に
 比し、妻側の財産内容が、夫側に対する債権
 の占める比率が増加していき、妻側の経
 済的財産価値が、夫(もしくはその相続人)の資
 力により影響をうける度合い強まることにな
 る(同様のことは、妻により不足が惹起せら
 れる場合にもあてはまる)。

1) 最後、例6の場合には、妻は自己の土
 地のうえに建築して家屋を取得するが、同時に
 40,000 Fr. の相当債務をも負担する。10,000 Fr. の
 婚姻贈与として25,000 Fr. の相続財産(現金と
 無記名証券)等の物件は、編入と同時に夫の
 所有に移行していき(201条3項)のち、 $10,000 +$
 $25,000 = 35,000$ Fr. について、夫に対する補償請
 求権を有する。他方、夫は妻に対して、妻の

相続債務2,000 Fr. の弁済債務として建築費用
 80,000 - 家屋建築のための相当債務40,000 の
 差額40,000 Fr. を合計して42,000 Fr. の補償債権
 を有する。双方の補償債権を相殺すれば、夫
 が妻に対して7,000 Fr. ($42,000 - 35,000$) の債権を
 有することになる。

と、3) 妻は夫に対して、剰余の1/3にあ
 たる20,747 Fr. ($62,240 \times \frac{1}{3}$) の剰余債権を有す
 ることになるから、夫の補償債権と妻の剰余
 債権とを相殺すれば、結局妻が夫に対して、
 $20,747 - 7,000 = 13,747$ Fr. を有することになる。
 これゆえ、結論的には妻は、40,000 Fr. の相当債
 務の付いた土地家屋と、夫に対する13,474 Fr.
 の債権を取得するわけである。他方、夫は、
 妻に対して13,474 Fr. と7,760 Fr. (銀行債務7,000 +
 家政債務760) の債務弁済義務を負うとともに、
 その他の財産物件として70,000 Fr. (目録に掲げられ
 た積極財産60,000 + 婚姻中に取得した家具10,000)
 を取得する。

これゆえ、実質的に夫婦の取得命令は、つぎ

のこりとくである。

$$\text{妻} : \frac{105,000}{\cancel{10,500}} + 13,747 - 40,000 = 78,747 \text{ Fr.}$$

$$\text{夫} : (60,000 + 10,000) - (13,747 + 7,760) = 48,493 \text{ Fr.}$$

妻の取得分 78,747 Fr. は、彼女の編入財産の価格 (140,000 - 82,000 = 58,000) と剰余の半 (妻 20,747) とを合算した額に相当する。また、夫の取得分 48,493 Fr. は、彼の編入財産の価格 (10,000 - 3,000 = 7,000) と剰余の半 (41,493) とを合算した額に相当する (なお、以上の計算例では、各自の婚姻仕度 Aussteuer 及び夫の相続した家具を考慮していない旨を付け加えておく)。

※

2. 不足の負担

214条2項によれば、夫婦財産に不足が生じた場合には、原則として、夫もしくはその相続人が、すべての不足を負担すべきものとされる。妻は婚姻生活の負担について、妻の編入財産の収益もしくは192条の制限内 (妻が必要な範囲内) で、192条3号に基づく特有財産 — 労働

収入 — を、家政の必要のため使用すべき義務がある) によつて、負担義務を負うべきでない。他方夫は、妻子を扶養 Unterhalten すべき義務を負う (160条2項、272条)。したがって、不足を生ぜしめた原因が、夫の扶養義務の履行に帰因する際には、夫をして不足を負わせしめることは、さしあたり当然の帰結といえる。とこ30214条2項の規定は、不足を惹起せしめた債務の内容を問題とせず、原則として、すべて夫がこれを負担すべきものとすべから、亦記扶養義務を超え、重い責任を夫側に課したものと見えよう。

ここには、夫が不足を惹起せしめたことによつて、なんら責任のない場合、たとえは「獲得した財産物件の予見しなかった価格減少に帰因する場合」も、夫側に不足を負担する。207条2項によつては、共同家政に關して負担せられた債務に關して、夫が支払能力を有しない限度において、妻が責任を負う。しかし、不足の負担に關しては、さうで妻 (側) の才 =

次的責任が認められない。したがって、たとえ夫の財産が、不足を弁済する資力を有しない場合でも、妻側はなんら責任を負うことを要しない。⁽²⁸⁾

二、以上のごとく、不足の負担に關して夫婦財産の存しないかぎり、夫のみが不足を負担すべきものとされる。これは、カント法以来の「妻の財産は増減せず」*« Frauengut soll weder wachsen noch schwinden »*との原理に基くものである。現行民法典も、不足の負担について、かかる原理に基いてゐる。

しかしこの原則には、テクスト上のいくつかの例外が認められる。すなわち、妻が不足を生ぜしめた場合にかぎり、妻もしくはその相談人(妻の直系卑属に限定されない)⁽²⁹⁾が不足を負担せねばならない。

「妻が不足を生ぜしめた」との挙証責任は、妻もしくはその相談人が負う。その場合、夫以下で不足が生ぜしめられたのではない、と証明せられたら足りず、⁽³⁰⁾妻により惹

起せられた旨の立証を要する。⁽³¹⁾「妻が不足を生ぜしめた」というためには、妻に帰責事由の存することを要しない、とするのが立法~~時~~当初からの通説・裁判例の見解である。⁽³²⁾したがって、妻の過失により不足が生じたことを要せず、不可避免的に生ぜしめられた債務・支出も、妻側の負担すべき不足の原因となすことありう。⁽³³⁾(後述具体例を参照されたい)。

三、それでは具体的に、妻が不足を生ぜしめた場合とは、いかなる場合をいうのであろうか。抽象的にいえば、①妻が夫の意思に反する自己の行差により不足を惹起したとき、②夫の同意は存するが、不足を夫側に負担せしめること、公平でないと思われた状況のもとで、妻の必要 *Bedürfnis* もしくは希望 *Wunsch* を満足せしめることにより不足が生じたとき、③これによつて生じた財産の減少について、妻が夫(もしくはその相談人)に対して、~~賠償~~損害賠償もしくは補償の義務を負担しないときには、妻によつて不足が生ぜし

められたいといえる。

これらについて、少し補足しよう。①のごとく夫の同意の存しない場合を別として、②のごとく夫の同意の存すれば、妻の不足を負担すべき義務が解消せられるわけではない。しかし、妻の必要もしくは希望の、夫の同意のもとに満足せられたとき、よほどの婚姻の平和をみだす危険があることなく、夫がこれに反対すべき状況にある場合には、夫もしくはその相談人側も、不足の全部もしくは一部を負担せしめざるが公平であるとされる。その意味で、妻側もしくは夫側が、かたがたその全部を負担しなければならないというものはないことが知られる。実際的にも、夫の同意の存在が妻にとって免罪符とされては、妻側の不足について責任を負うのは、さうめん外的な場合に限定せられることとなる。

つぎに④の点について、所得財産の減少が生ずれば、妻はよほどの214条2項を根拠として、その責任が向われるわけではない。たと

えば、結果的には214条2項にありると同様に債務責任を負うとしても、その根拠が別債務原則に基づいて、妻により負担せられた債務（たとえば、特有財産債務や不法行為債務）が、妻の財産の負担となることもあり、また、夫婦財産に対する管理義務違反を根拠として、夫側に対して補償債務を負うべきな場合もある。したがって、たとえ一方配偶者が、自己の財産を処分したときは、彼はこれを自己の利益と損失において、これをなしたものと推定されるから、これによる損失について、他方配偶者に賠償を請求することはできず、万一の損失はみずから負わねばならない。

妻が夫婦共同体の代理する権利が制限せられていることもあって、不足が生ずるのは、夫自身か自から創設せられないしは行った、もしくは少くとも夫の同意して債務負担・支出・行為等に基づくものである。ここには、前述した抽象的規範を前提として、学説や判例法上妻による不足の惹起とされる具体例をい

くゝを列挙するに始めよう。

① 妻の病氣 怪我等により、当該家庭の経済力よりみて、非常な出費を要したとき⁽³⁸⁾

② 当該家庭の経済力よりみて、夫の身分相応な扶養義務の範囲を超え高価な旅行をなしたとき(これし、妻によりつらく要せられたことを要する)⁽³⁹⁾

③ 当該家庭にとって不必要な物件の調達に妻により要せられたとき⁽⁴⁰⁾

④ 妻側の原因で行旅により別居生活を余儀なくせられ、これにより家計費が増大したとき⁽⁴¹⁾

⑤ 妻により強く要せられた結果、妻の近親者のために保証をなし、損害をうけたとき⁽⁴²⁾

⑥ 夫の血族でない妻の子を扶養したとき、もしくはこの子の婚姻等に際して持参金などの婚姻贈与をなしたとき⁽⁴³⁾

以上列挙した例は、学説により少しづつ=ユア=スに異なっており、それらの例はかゝらぬとしても具体例は異なるので、これらすべてを妻側の不足負担の例と解さるべきではない

にあらう。さらに、もう一矢注意すべき点がある。学説によれば、たとえは妻の不法行差債務も不足の原因となることがあるものの少ない⁽⁴⁴⁾と云うが、他方において、これにより間接的に不足を生ぜしめる原因となることはある(たとえば、かかる債務を所得より弁済したときなど)、直接的には214条2項の不足とならう⁽⁴⁵⁾との説がみられる。かく、最終的には妻側の債務(不足を原因とする債務、夫側に対する補償債務、妻の財産債務)となる点では話論を異にしなから、その根拠を不足における見解とその余の債務原因における見解とを混然一体としていふというのが筆者のうける印象である。もともとスイスでは、下級審判決を含めて、公表判決例が少くない——事件そのものの⁽⁴⁶⁾わが国に比しては少ないであらうか——こともあつて、具体的な事案に即して論究のめいめいな文行をいふことも起因不足とも思われる。

その点については、いさしくも妻の不足

を惹起したとされれば、たとえ夫婦財産かも
よばら夫の財産から成り立ち、もしくは妻の
編入財産も不足を償うのに充分でないとしても
も、妻側の責任は免責されが、夫側に対して
不足債務を負うことになる。

3. 夫婦財産契約に基づく特約

一、214条3項によれば、夫婦は、夫婦内の
夫婦財産契約により、同条1項・2項の規定さ
れる剰余・不足の分配・負担と異なる合意を
行うことが可能である。かかる契約は、婚姻
の开始後に締結される(179条1項)。既に婚姻中
の締結にあつては、契約は、契約能力(180条)、
契約の方式(181条1項)等の要件を満たすほか、
その後見官庁の承認を必要とする(181条2項)。
しかし、夫婦財産制登記への登記(181条3項)され
ていないことは必要ではない。このように剰余・
不足の分配負担は、対内関係(一方配偶者の
相続人を含む)でのそれを意味するからである。
夫婦財産契約については、別稿において詳論

したので、それに譲ることとする⁽⁴⁶⁾
このように夫婦財産契約とは、法の用意す
る財産制(たとえば、一般的財産共通制や別産
制)の一つを違ふという意味での財産に限定せ
られない。かかる夫婦財産契約を締結した
際に、付随的に剰余不足の割合を修正(たと
えば、一般的財産契約制にあつては226条1項、
別産制にあつては240条3項)せられるのが通
常であるが、夫婦の法定財産制たる財産併合
制に服する際には、原則として、かかる意
味での夫婦財産契約の存在しないのを通常と
する。したがって、このように夫婦財産契約
は、財産併合制に服していて、夫婦財産契約
により持産財産を設定するのと同様に⁽⁴⁸⁾、剰余・
不足の割合の修正のみを目的とする夫婦財産
契約でもよしつかえないこと知られる⁽⁴⁹⁾。

二、1項と2項の規定される剰余の分配と
不足の負担は、すべて夫婦に適用され
なければならない。それゆえにこの項は、夫婦
財産契約によつて、法定の割合の修正する途

を用いてゐる。一般的に、一方配偶者が労働もしくはその輸入財産からの収益により、法定の持分を超えざる範囲で、剰余の発生に寄与した場合に、とくにかかる修正が考慮されるべきだと いわれる⁽⁵²⁾。しかし、法律上どのような要件が課せられてゐるわけでは無い。通説・判例によれば、契約自由の原則にしたがって、当事者夫婦は、「好きなとき、好きなように」、剰余の不足の分配の負担に用いる合意をなすうるとされる⁽⁵³⁾。

3項は、剰余の不足について、1項の2項と異なり「分割」*Beteiligung, répartition, modo di ripartire*の可能性があるとする。この「分割」の解釈について、いさしくも剰余の存在するかがり、つねに両配偶者ともに、剰余の分割にあづかるべきであるとの趣旨を表明してゐるべきであろうか。いいかえれば、当事者の合意は分割の比率のみ及び、一方配偶者のそれを零としておならない旨を宣言してゐるべきであろうか。かゝるは、妻は剰余持分を放棄すること

は許されるか、夫がこれを放棄することをお無効とする説もみられる⁽⁵²⁾。この立場は、財産(剰余)の承継は、相続承継と同様に、父系に流れるべしとの価値観に基礎づけられてゐるものと思われり。と、この、かりに分割の比率に限界を置くとしても、たとえば、1:100から可能ならば、それとも1:1000でもよいのかという疑問が生じる⁽⁵³⁾。亦記Aesch説は、この点には答えていない。214条3項の240条3項等の文詞を文字どおり解して、たとえば1:10,000でも分割したことになるとするのは、一方配偶者側を零とするのとほとんどかわらないことになる。それゆえ、今日の通説・判例は、すべての剰余(中には不足をも)を一方配偶者もしくはその相続人に帰属せしめる旨の合意も有効であることを明言するしは当然の前提としてゐる⁽⁵⁴⁾(ただし、夫婦財産契約の締結せられた前後の事情により、権利濫用の決せられざる余地がある。後述参照)。「と、この婚姻中に締結せられた夫婦財産契約にあつては、その効力発生要

件として、後見官庁の承認を必要とし、⁽⁵³⁾ 後見官庁の承認は、これによつて契約当事者(とくに妻)の保護をその主たる目的としてゐる。⁽⁵⁴⁾ それゆゑ、承認付与に際して、当事者の利益⁽⁵⁵⁾、債権者の利益などの審査をなすのであるが、契約の各当事者の自由意思に基づいて締結されたものであるが、夫から妻へ(もしくはその逆)財産を譲与する旨の契約されてゐるという一事をもち、承認を拒否する~~正当~~^{正当}事由ありえないとされた。⁽⁵⁶⁾ それゆゑ、たとえ可成りの剰余を一方配偶者に帰属せしめる合意がなされてゐても、後見官庁は承認を拒否するべきではない。⁽⁵⁷⁾

剰余の分割については、一方配偶者に確定した額(たとえば10,000 Ffr.)を与え、他方配偶者にその剰余を与える旨の合意も有効である。かような確定した額によつて、たとえば相互に、1:2, 2:1, 1:3, 3:1と云ふふうな、分数的割合によつても可能である。1:1とする場合は半々の折半とすべきである。もっとも通常の合意かと思われた。また、確定的な最高額(

といふ、⁽⁵⁸⁾ かつしくは2万Ffr.を限度とする)もしくは最低額を合意することも可能である。⁽⁵⁹⁾

三、他方、不足の負担に關して、214条2項は、妻が不足を惹起せしめたる旨を証明せしめたる場合には、妻がこれを負担する旨を定め、剰余の分配の特約について述べた理由は、不足によつても妥当する。したがつて、いづれの配偶者が不足を惹起せしめたるかにかかわらず、一方配偶者(もしくはその相続人)が、これを負担する旨の合意も有効である。⁽⁶⁰⁾ しかし、他方配偶者が、善良なる同俗(gute Sitten)に反するやり方を、不足を生ぜしめたる場合には、不足財産を負担する旨の、あつたしなされた合意は、その限度を拘束力を欠くものとされる。⁽⁶¹⁾

つぎに、剰余分配の割合と不足負担の割合は、同一であることは同一に近しいことを要するのではないか。いふかえれば、妻が剰余の半を取ることができる旨の合意がなされたならば、妻は不足によつても、その半によつて責任を負うべきことと要求せられたのではないか。通説によれば、

剰余は不足をそれぞれに充て、別個の特約が
 れることも有効だとする。しかし、もっ
 とも極端な場合として、剰余のすべてを一方
 配偶者に命配し、その反対に不足をすべて他
 方配偶者に負担せしめる特約も有効である。⁽⁶²⁾

四、~~たまたま~~特約の効力~~が~~は拘束力を、
 債務法151条以下の意味での「条件」に括いづけ
 ることも~~以下では、かような例を~~可能である。⁽⁶³⁾
 以下では、かような例をいくつか拾い出して
 みよう。

1) まず、解消原因により区別する例として、
 死亡による財産併合制の解消(212-14条)につい
 てのみ、合意した内容にしたがって剰余は不足
 を命配に負担し、離婚(154条)も法規に基づ
 く別産制(189条)によるその解消にあつては、
 法律の規定(214条1項の2項)にしたがって合
 意。⁽⁶⁴⁾

2) つぎに、受益主体の違いによつて区別す
 る例として、夫の相続人が直系卑属である場
 合のみ、合意にしたがって、その他の相続人

(たとえば、尊属や兄弟姉妹)である場合には、
 法律の規定(171条)が合意。⁽⁶⁵⁾

3) 同様に受益主体により区別する例として、
 妻の相続人に肉して、直系卑属以外の相続人
 の相続する場合にも、各の剰余と異なる持分
 を合意すること。⁽⁶⁶⁾

4) 夫婦それぞれが事柄に肉して、条件に服
 せしめることも可能である。たとえば、夫が
 妻に先立ち死亡した場合に、妻にすべての
 剰余を帰属する、旨の特約がこれにあつた。
 かかの特約は、実質的には死因処分(とくに相
 続契約法468条)の内容を含んでいる。⁽⁶⁷⁾ それゆえ、
~~かかの特約を~~相続契約の方式によ
 ることを要するとの少数説は裁判例もみられ
 るが、多数説はこれを生存者の
 法律行為と捉え、夫婦財産契約をもつて成
 立し得る。⁽⁶⁸⁾

5) 最後に、不足の負担についで合意も、
 一方配偶者の死亡という条件に服せしめよう。
 その際、相続契約によることを必要としない。

しにかつて、先死した配偶者へ、不足財産を負担せしめるとするも、相続契約の方式によることを要せず、さうな特約は、善良の風俗には反し得ないものとされる⁽⁹⁾。

五、法定の割合と異なる特約が、当事者の婚姻(正確には、財産併合制の開始)後、しばらく時局的経過を経たのちに、夫婦財産契約により合意せられた場合はどうであろうか。わが法と異なり、婚姻後も夫婦財産契約の締結が可能であるから、かゝる問題が生じうる。

学説によれば、たとえ婚姻後に夫婦財産契約により特約がなされた場合でも、特約の効力は、婚姻(財産併合制)のはじめから、夫婦財産の解消時まで発生し得るの剰余回不足に適用されるの原則とされる。しかし、かゝる意味での特約の遡及効を制限し、契約締結のときから生じる剰余回不足は、法律で定められた割合で分配し、契約締結後のそれのみが、特約にしかつて合意されたことも可能である⁽¹⁰⁾。

それによつて、夫婦財産契約もしくは遺

言によつて、剰余持分についての法定の割合を変更するのことはなく、一方配偶者をしり、特定物件に対する所有権を取得せしめるとは可能であろうか。通説はこれを否定する⁽¹¹⁾。その理由はつぎのとおりである。第一、一方配偶者によつて、他方配偶者に帰属する剰余請求権は債権であり、特定財産物件に対する権利ではない。その理は、夫婦財産契約も遺言によつても変更しえない。第二、たとく夫婦財産契約の対象は、夫婦の夫婦財産法上の諸関係の形成に限定せられる⁽¹²⁾。たとえ婚姻の人的な効力に関しても、夫婦財産契約の合意の及ばないのと同様に、前述の二つと合意によつて変更されえない事柄である。かりに特定物件(たとえば、取得中の土地)に対する権利を変更しようとするならば、Twe教授のいうごとく、一方配偶者の死亡後に、剰余当事者間に関して特別な合意をなすことにより、一方の所有する剰余請求権を、特約物件に対する所有権に変更することが可能と見らう⁽¹³⁾。

六、つぎに、遺留分との関係についても一瞥しておこう。一方配偶者から他方配偶者へ、夫婦財産契約によつて、剰余について法定の持分割合以上の権利を与えた場合、もしくは逆に、たとえば妻が不足を負担する義務を負つた場合には、相続人の遺留分は決定によつて影響を及ぼし、かつ不利益を与えよること少なくない。いまこれとてば、法定財産制に服するA男B女夫婦から、A男 $\frac{3}{4}$ B女 $\frac{1}{4}$ との剰余分割を合意し、剰余について法定持分より少ない割合を授けよる配偶者B女が死亡したとすれば、夫婦財産法上の清算の結果、剰余分割が法律にしたがって行われれば場合よりも、B女の遺産(その特有財産、編入財産、 $\frac{1}{4}$ の剰余からB女の遺産を形成する)から、実質的には減少する。なぜなら、剰余分割が法定の割合にしたがって行われれば場合よりも少ない遺産に対して、相続人(他方配偶者およびB女の直系卑属)からその請求権を主張するにすぎないので、これら相続人の実質的な遺留分は、減少するにすぎないからである。

他方また、死亡配偶者の直系卑属が、夫婦財産契約により優遇せられていゝ生存配偶者A男の直系卑属でないとき、たとえばB女の前婚の子やB女の養子(これら1972年改正前にはみかか子養子も存在する)たる直系卑属は、将来A男の相続人について、なんら相続権を有しない。それゆゑ、かかる直系卑属は、A男の死亡の際して、彼らの遺留分請求権の損失を償う可能性を有しなかつたこととなる。彼らにとつては、夫婦財産契約による剰余分割によつて生ぜしめられ、かつ減少せしめられた遺産が、最終的な遺留分算定の基礎となる。同様のことは、それ以外の遺留分相続人(たとえば、両親や兄弟姉妹)についても妥当する。⁽⁶⁾

よつて、前述のごとき合意の存する場合に、相続法上の遺留分保護規定が適用されるか、と云ふのがこの問題である。立法者をして、相続法および226条2項における処分自由(470条以下、522条以下)の制限へと動かししめよ

法感情は、214条3項の場合においても226条2項の場合と同様に、遺留分の強制的な保護を要するものと思われ、連邦裁判所^②はかかる保護を認めない。その他の下級審裁判所および後見官庁の取扱い例も、連邦判決に倣っている^③。

さらに、連邦裁判所判決および通説によれば、前述のごとく、夫婦財産契約により、すべての剰余を一方配偶者に割り当てることが可能である。それでは、かような合意に基づいて、生存配偶者の現実にかつての剰余もしくは法定持分を越える剰余を取得する場合に、522条(減殺の許しに関する通則)もしくは527条3項、4項(生存者間の贈与に対する減殺)を根拠として、相続人による減殺の許しが可能であろうか。学説のなかには、226条2項(一般的財産共通制に際して、共通財産を折半することの法定持分——225条——を修正した場合に、死亡配偶者の直系卑属は、被相続人の死亡の際に現存する共通財産の1/4を奪われたい権利を有する)を準用して、

減殺の許しを肯定する説もみられるが、^④多数説はFの判例は、①214条3項には、226条2項のごとき制限を欠いている、②522条・527条は、夫婦財産法上の処分(とくに、214条3項による剰余持分の修正)に対し、明示的な制限を欠いていない、③立法者の考えには、このような制限を設ける意見が存したから、等を主たる根拠として、原則として減殺の許しを服しないものとする^⑤。

また、権利濫用の法理(2条)により、夫婦財産契約もしくは夫婦財産契約中の剰余持分を修正して当該条項の取消の可能性を認めず学説・判例も少なくないが、権利濫用の認められる要件については、学説により非常な違いがある^⑥。

七、直接214条3項の問題とはされないが、間接的にはこれとも関連する問題もいくつかある。一方配偶者の、自己の死亡に基づいて生ずべき剰余についての自己の持分を、他方配偶者もしくは第三者に帰属せしめることは可能

がある。たとえば妻が、自分の 剰余を おめえ 自
己の債権を、生存配偶者たる夫に帰属せしめ
る行意、もしくは妻の 遺産 から 自分の 剰余持分
を、夫に取得せしめる行意等がある。しかし、この
ように法律行意に基づく出捐
は、214条3項にいう合意とは区別される⁽⁸⁾。し
たが、この 法律行意を有効ならしめ
るには、その 夫婦財産契約もしくは遺言
を必要とする⁽⁹⁾。法律上相続人たる資格を有し
ない者等は、かかる方式によつてのみ、剰
余持分の主体とならう⁽¹⁰⁾。なお、かかる出捐
は、夫婦財産中の 特定物件 の遺贈とも区別さ
れる。遺贈をなすに於ては、各配偶者は、
剰余もしくは不足の分配・負担を考慮するこ
となく、自己の所有に帰属する物件を遺贈し
うる。

さらに、たとえば、夫の死亡の場合に、妻
によつて惹起せられたる 自己 の不足を負担
すべく、妻が夫の相続人に対して義務を負う
旨の合意または妻が先死した場合に、妻によ

り惹起せられたる不足の補償 Ausgleich を放棄
すべく、妻が夫の相続人に対して義務を負う
旨の合意は、214条3項の範囲外の問題であ
る。かような例のごとき、約束の履行を一方
配偶者の死亡にかからしめるとは、死因処分
Verfügung von Todes wegen といふことを要する。

夫の死亡することにより、もし剰余が存在
すれば、妻は剰余持分を請求できる。しかし
妻が夫の剰余持分請求をなすようなのは、夫
の死亡することを経る必要はない。とこ
ろ 学説 によれば、妻が将来取得可能な
持分請求権を、第三者（たとえば妻もしくは夫
の直系卑属）に譲渡しようとする。これに
ついては、636条1項との関係の問題となす。
すなわち、同項によれば、相続開始時に、相
続に際して、相続人および被相続人の立会 Mitwir-
kung, concours, intervento もしくは同意を要す
して、共同相続人の一人もしくは第三者との間にな
された契約は、無効である。妻が夫の立会も
しくは同意をえて、上述のごとき契約を締結

すれば、636条1項の反対解釈より、 α - α - β 契約は有効とす。とす。学説は、 α - α - β 契約には636条準用されず、 β と α との立会も同意も存在しない場合でも、これを有効と解す。同様に、不足の代償 *Ersatz* を求める夫の将来の債権を、夫は妻の立会も同意なくして、 α - β 三者に譲渡しようとする。(57)

その理由は明らかではない。推測するに、剰余の分配、不足の代償等を求める権利は、相続に関するそれではない、すなわちこの各配偶者の行状は、前記636条にいう推定「相続人」として β と α の行状にあらずと解すかゆえであろう。(58)

つぎに、これも214条3項の問題ではないか、一方配偶者の死亡後、他方配偶者と一方配偶者の直系卑属もしくは相続人との間、214条1項・2項と異なる合意を β と α の場合はどうであろうか。学説は、 α - α - β 合意も有効であるとす。しかも、214条1項と2項と異なる合意のみならず、夫婦財産契約(214条1項2項を修

正しければ)と異なる合意も有効とする。(59)

その理由は明らかではないが、一方配偶者の死亡後、おそろく当事者が更改契約を締結せられたものと解するものと思われる。同様に3項の合意は、剰余の算定については及ばないが、(60)一方配偶者の死亡後、剰余受益者間におそろく β と α 合意を β と α とすことも、それが当事者間の内部的効力にとどまるかぎり、許されるものと思われる。

ハ、夫婦財産契約も、契約の一種にはからず、 β と α から、債務法23条以下(契約締結の瑕疵)に服する。すなわち、剰余の不足の分配の負担についての合意、錯誤、詐欺、強迫等により締結せられたときは、夫婦それぞれもしくはそれらの相続人により、取消・無効を主張せられる。(61) とす。夫婦財産契約の廃止は、相続契約と異なり書面 *schriftliche Uebereinkunft* によりなされる(相続契約については、民513条参照)。契約の締結、変更の際と同様に、新たに夫婦財産契約により、不

る。これを廃止することを要する。(179条3項、180条1項、248条1項、「夫婦財産制登記簿」に関する命令(27条)。したがって、遺言によっても、これを廃止することはできない。⁹⁰

その他に、剰余もしくは不足の分割は、夫婦財産契約により修正せられることにより、債権者の不利益をうけることがある。そのような場合に、債権者の夫婦財産契約を取消しうるかという問題や、契約当事者の、信義則とくに事情変更の原則を根拠として、夫婦財産契約をとり取消しうるかという問題がある。

また前者について、通説によれば、「債務徴収のための破産に関する連法法(285条以下)による債権者の取消権は、婚姻下の財産併合制の存続する限り、原則として認められないとされる。これは例外的に、たとえば妻が法律もしくは夫婦財産契約により妻に与えられた剰余持分を求めた権利を、もしくはこの権利に基づいて生じた債権を、全部もしくは一部を放棄した場合や、もしくは妻が法律によ

れば負担する必要のない不足債務を負った場合については、同法286条(288条)の要件のもとで、妻の債権者に取消権が認められるものとされる(夫についても同様である)⁹¹。

つぎに後者について、たとえば、夫が自分自身は多くの編入財産を所有しているため、すべての剰余を妻に対する相続権を放棄した。そのうち夫が自己の編入財産を、不可避的な事情により完全に失った。これによって夫は事実上無資力となるにもかかわらず、妻の死亡の際して、その相続人に剰余のすべてを引渡さねばならない。このような事情が存在する場合については、夫婦財産契約の内容をそのまま適用・履行するならば、著しく信義に反するゆえに、剰余は不足の分割についての夫婦財産契約をとり消しうるものとされる。⁹² 事情変更の原則に基づいて、夫婦財産契約の取消されるケースにある。もっとも、これに関する裁判例は存在しないようである。⁹³

要約

本章の内容は、結局つきのことと要約することになる。

(i) 剰余分割当事者は、夫死亡の場合と妻死亡の場合とを異ならず。たとえば、妻が先死し、その直系卑属の存しないときは、夫婦財産法上、夫は剰余分割をなす必要がない。しかし、夫が、妻の両親、兄弟姉妹もしくはその他の相続人と競合して、妻の遺産を分割する際には、遺産分割に先立ち、夫が夫の剰余を取得する。剰余の分割は、(広義の)夫婦財産法上の清算であるの点、たとえば夫が判断無能力 *Urteilsunfähigkeit* の状態にあり、妻を殺害した場合でも、この理はかわらない。

(ii) 妻 (もしくは直系卑属) は、自己の剰余持分 *Vorschlagsanteil* について、所有権に基づく請求権 *Eigentumsansprüche* を有するものではない。夫 (もしくはその相続人) に対して、一定額の金銭を求め、債権的権利 *obligatorische Forderung*

を有するにすぎない。しかし、当事者がこれに関与する特別な合意をなすことにより、特定の物件 (たとえば、所得中の土地) に対する権利に変更するとは可能である。

(iii) 剰余の分割もしくは不足の負担に関与するに投いは、これについての夫婦財産契約の存否により異なる。これについての夫婦財産契約が存在する場合には、これらの清算方法は、当該夫婦財産契約に依る。連邦裁判所判決によれば、夫婦財産契約により、夫の剰余を、一方配偶者に割当てることが可能である。しかも、そのような合意に基づいて一方配偶者が夫の剰余を取得しても、相続法上の遺留分減殺の訴 *Herabsetzungsklage* (522条以下) による減殺の対象とはならない。しかし、そのような合意が権利の濫用となす場合は、合意条項が修正される。

他方、夫婦の剰余が不足について、夫婦財産契約により別段の約定をなした場合には、214条1項の2項に依る。とくに不足に

「...のえは、こゝでは旧来の「妻の財産は増減せず」
 « Frauengut soll weder wachsen noch schrumpfen »との原理に支配せられるため、原則として、夫側の不足を負担する。これは唯一の例外として、妻の不足を生ぜしめられた場合にのみ、妻（もしくはその相続人）の不足を負担せねばならない。

(iv) 最後に、夫婦財産法上の規範に基かない請求権として、とり分け夫婦間の法律行為に基づく債務法上の債権および物権法上の債権（たとえば、671条-703条、726条以下参照）の清算されることを要する。しかし、これら非夫婦財産法上の債権は、その弁済期に達してはそれだけの固有の規定に依るもので、かたがたとしても財産併合制の解消の時点にされることを要するわけではない。

(v) 清算手続は、話局→3の2とく図示されよう。

	妻側	夫側
夫婦財産の解消	妻の納入財産	夫の納入財産 + 所得
第三者に対する債務の確定	第三者に対する妻の債務は、妻の債務	第三者に対する夫の債務は夫の債務
夫婦相互の補償債権の確定・清算	夫（もしくはその相続人）に対する妻の補償債権の取得	妻（もしくはその相続人）に対する夫の補償債権の取得
剰余の分割	1/3	2/3
不足の負担	妻により発起せられた場合にのみ負担する	原則として両者を負担する
非夫婦財産法上の債権の確定・清算	夫に対する債権の取得	妻に対する債権の取得

小ザイター

12 附記

(1) 夫側と妻側とで、剰余分割当事者が異なり
 ことに711では、従来より批判が少なくて済んだ（z.B. Haller S.50 und die dort zitierte Literatur）。そこで改正第1次草案では、剰余分割当事者を生存配偶者および死亡配偶者の相続人と改めた（同草案M条1項参照，vgl. Studienkommission S.138 u. 145）。
 現行法のもとでは、たとえば妻が死し彼女に

直系卑属が存せが、妻の両親や兄弟姉妹が遺 =
之れに之に依り、夫が之の剰余を取得たり。
之が改正草案に於ては、かゝる場合にモ、
夫と妻の相続人との間で剰余が分配せらるるに依り。

- (2) siehe Prot. ExpKomm. Orig. Ausgabe 1 S.22⁸ff. 2. Ausgabe 1 S.285ff. (筆者は前者を採る)
- (3) Lemp, Kommentar Art.214 N.60 und dortige Zitate. 此の例外的に、通常の範囲を超えて妻の寄与が妻の特有財産を生じることについて、拙稿「法定特有財産」87頁参照。
- (4) BGE 82 II 486.
- (5) z.B. Lemp, Kommentar Art.214 N.61; Keller S.143. 即ち、夫が不足を負擔するべきを考慮するに、持分の割合の異なりを以て、之に依り男女平等に及ぼすことなし (Karrer S.110ff.).
- (6) Vgl. die eingehenden Ausführungen bei Stocker ~~S.367a~~ S.367a. ff.; Haller S.49.
- (7) 7 附註 8 の図表参照。その他、判例については、z.B. Bühler, Kommentar Einleitung zu Art.137 S.80, 87.
- (8) z.B. Karrer S.112ff. 之はドイツ法の^等対比から結論を導く。
- (9) z.B. BGE 94 II 208; 82 II 94. 例外的に之が請求すること 174 と 172, BGE 94 II 126ff. かし、改正草案の

203年^エ (vgl. Studienkommission S.147) は之を認め、

4a) 妻が夫の生業 Hausgeschäfte に対して、労働を授け下した場合には、妻が191年3号を根拠として、之に依りて夫の収入の収益について、特有財産の存在を主張しうることについては、場合により結論を異にする。通常の程度を超えての範囲内での夫以外に協力にあつては、妻は特有財産の取得を主張し得ることなし。~~之~~ 中に反し、唯だに家事労働の通常の協力義務の範囲を超えて、妻が労働を授け下した場合には、之に依りて妻は、特有財産を取得するに解するのが、通説の判例である (拙稿「法定特有財産」87-89頁参照)。即ち、夫の労働授下 (其の理髪店経営の協力) について、夫から妻に對する報酬請求を肯定するに依りて、黙示の雇傭契約の存在を認めたる BGE 66 II 232 (本判決の内容は、拙稿前掲論文 67頁脚注 46 および 88頁脚注 112 に詳述す) が存在する。之に依りて本判決も、前提の価値観として、妻の寄与に際して通説の判例と異なるといふことも思われないが、寄与者が夫であつたため、妻の之れを

191年3号(本号は妻の労働収入の片をその特有財産と宣言する)を根拠としてこのため、同一の結論を導くためには、「黙示の契約」理論を用いるのである。

(10) 上記の場合には、中にはある程度の夫の扶養義務に差がある負担から必ず金銭負担が解放される、中にはある所得のうちを剰余が増える。かような場合には妻は、むしろ自己の出捐として労働収入が特有財産として別産制の規定に服する(191年3号)ゆえに、返還請求をすればよいのであるが、中には夫の対外的消費債権の存在を証明する必要がある、かかる証明は実際には不可能に近い。vgl. z.B. Meyer, H. H., Das Eherecht unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung von Mann und Frau. Diss. Zürich. Bern, H. Lang & Cie., 1937, S. 164. ferner vgl. BGE 81 II 187.

(11) 前述 17-18から、z.B. Lemp ZSR nF 76 (1957) S. 647 2ff.; Ziegler ZSR nF 76 (1957) S. 638a.

(12) z.B. Stocker S. 370a; Schweizer ZSR nF 76 (1957) S. 640a; Rappold S. 81f.; Haller S. 49f. usw.

(13) Deschenaux S. 586a.

(14) Studienkommission S. 138. gl. M. Karer S. 112ff.

(15) これは「贈与物の概念と狭義のその解とから、siehe Karer S. 112 u. 117.

(16) z.B. Deschenaux S. 586a; Karer S. 117; Studienkommission S. 145f. . ebenso BGE 83 § 1372ff., insbes. § 1378.

(17) 拙稿「相続人の寄与」(1) 427頁参照。また、改正法について、拙稿「改正法における直系卑属の寄与——1972年改正法について」(資料) アカデミア 54号(1977年)参照。

(18) Knapp S. 259 Nr. 769; Lemp, Kommentar Art. 214 N. 62; Fulpius, J., Le conjoint survivant en droit matrimonial et successoral suisse. Genève, Georg & Cie., 1969, S. 161ff.; Knadolfer S. 5. 522ff. BGE 74 II 207 は、この問題には答えていない。また、Démény S. 154; Knapp S. 279 Nr. 837 は、これは反対の趣旨が。

むしろ、Tuon, ZGB S. 194 以下は、夫が判断能力の制限にある、妻を養育した場合には、妻の対外的剰余を取得すると明言する。

(19) とくは Tuon, ZGB S. 194 は、この趣旨を明言する。

(20) Lemp, Kommentar Art. 214 N. 63 und die dort zit.

Literatur. 他方, Roboz S.126f.; Dénéréaz S.151ff. 等は、遺言に子と云ふ語あり、夫婦財産契約に子と云ふ語あり。

(21) 3.B. Kaufmann S.231; Roboz S.126f.; Droim S.590; Dénéréaz S.148ff.; Suter-Wyrsch S.139f. vgl. auch Tuor, ZGB S.194.

(22) Lemp, Kommentar Art.214 N.63 und dortige Zitate. 60年代以降の学説として、3.B. Moon S.19; Fulpius, a.a.O., S.25. Keller S.141f. とも同視す。他方、裁判例にはあるが、BG 80 II 195f. (10 号) 脚注22参照) 遺言に「帰属する旨を明言す。下級審裁判例については、siehe Lemp, a.a.O.

さらに、夫およびその相続人の剰余請求権については、Dénéréaz S.145; Knapp S.267 Nr.999; Cavim S.119; Moon S.42; Knadolfer S.12f.; BG 82 II 487 等を参照せよ。一言で(要)あるが、妻(と云ふ)の死による、二つの者は新たな権利を取得するのではなく、原則として所得の所有者との地位に差がないとして、「 $\frac{1}{3}$ の剰余」を取得するが、妻側の死による。

(23) 修正法については別稿の用紙があるが、もしあれば、拙稿「スルヤ報 1973」19 頁以下参照。

(24) 以下の記述は主として、Tuor, ZGB S.198ff に従うべきである。

(25) Vgl. Tuor, ZGB S.198.

(26) Tuor, ZGB S.199 には、「21,493 + と云ふが、41,493 (62,240 $\times \frac{2}{3} = 41,493$) の誤植である。

(27) Keller S.142 はこの趣旨である。

(28) 通説。3.B. Lemp, Kommentar Art.214 N.66. vgl. auch Blocher ZSR nF 36 S.281.

(29) 通説。3.B. Lemp, Kommentar Art.214 N.67; Tuor, ZGB S.194 等は、妻死の際に、妻により生じた不足を負担するのは、剰余分割当事者として妻の遺産年届に限定し、妻の相続人であることを明言す。

(30) Vgl. BG 78 II 305.

(31) 3.B. Lemp, Kommentar Art.214 N.67; Tuor, ZGB S.194f.; Haller S.11; Keller S.143.

(32) 3.B. Curti, Kommentar Art. 214 N.16; Droim S.594; Hegglin S.125; Denzler S.115; Knapp S.280; Lemp, Kommentar Art.214 N.68. 裁判例として、ZBJV 68 (1932) 126.

(33) もっとも、これには Tuor, ZGB S.195 は、妻の過失を要しないとするが、通説にはたがいつつも、本文後半の二つは妻の健康を害したことに生じた(別)の費用を原因として、不足が生じた場合について、214条2項にいう「妻が不足を生じしやう」場合にのみである。

- (34) Lemp, Kommentar Art. 214 N. 69 1に於る。
- (35) 3.B. Lemp, Kommentar Art. 214 N. 70.
- (36) a. M. Egger, Kommentar Art. 214 N. 15 1に於ける、=此等の債務負担により生じた行爲も、内部約には妻の負担となり得るに、妻の不足の惹起に於ては妻の負担となる。
- (37) Studienkommission S. 119; Karrer S. 118.
- (38) 3.B. Huber, Erläuterungen S. 145 以降の通説。 3.B. Bartholmès S. 134; Hegglim S. 125; Egger, Kommentar Art. 214 N. 14; Demzler S. 115; Münch S. 73; Knapp S. 280; Haller S. 12: 裁判例 1711 と 12, Vgl. BGE 58 II 328 (10 印刷印 29 判例 1711 大)。
- (39) Lemp, Kommentar Art. 214 N. 71.
- (40) Lemp, a. a. O. 1と2に於ける反対説が有力である。 3.B. BGE 58 II 328 前掲; Egger, Kommentar Art. 214 N. 15; Knapp S. 280 N. 840. 尤もに Egger 教授は、より高い生活水準を望むのは当然のことと考へるに於ては、かく帰すべき理由が明らかでない。 他方、本文の例には逆に、夫婦の身分相応の必要を満たすために要した費用は、たとへば妻の行爲により惹起せられたとしても、夫の負担となり得る。 判例 (BGE 52 II 424, 58 II 305) の通説 (3.B. Guhl

- ZBJV 90 248) もこの理を当然の前提とする。
- (41) Egger, Kommentar Art. 214 N. 14. 裁判例 1711 と 12, ZBJV 68 (1932) 126.
 - (42) Gmür, Kommentar Art. 214 N. 31.
 - (43) Bartholmès S. 134; Demzler S. 115; Münch S. 73; Egger, Kommentar Art. 214 N. 14; Knapp S. 280. 尤もに、学説により若干の制限が付けられる。 a. M. Lemp, Kommentar Art. 214 N. 72 は、妻の親族への援助をなした際には、夫から妻に対する補償請求権を発生せしめられるが、妻の不足の原因はこれに在り、(44) 3.B. Huber, Erläuterungen S. 193; Rosset et Menzha 1 S. 374; Egger, Kommentar Art. 214 N. 15.
 - (45) Lemp, Kommentar Art. 214 N. 72 は、夫が妻への補償請求権を発生せしめるときは、⁵⁷³妻の債務に於けるものとする。
 - (46) 拙稿「夫婦財産契約」(1)・(2)参照。 なお、夫婦財産契約に基づく特約について、Moon 論文 (1966年) が 214 条 3 項の是非を評し、尤も、離婚時に際しては、Bühler, A., Die ehewertragliche Aenderung der Vorschlags-teilung bei Ehescheidung が最新の資料と云ふ。 尤もに、尤もに、Gmür, Kommentar Art. 214 N. 332 のように、離婚時に際しては、夫婦財産契約の修正を認めようとするが、反対説 (3.B.

Mutzien ZSR 11F 56 185) も少なくあつた。

(47) 例外的に夫婦財産契約により、法定財産制が
選択せらるる例については、拙稿「夫婦財産契約」(1) 35-6頁参照。

(48) 上記の通り、拙稿「夫婦財産契約」(1) 46-7頁, 51頁以下, 同「特有
財産」37頁以下, 2<1= 41頁参照。

(49) 拙稿「夫婦財産契約」(1) 49頁, 52頁参照。

(50) 同 57頁脚注27参照。

(51) Vgl. BGE 82 II 486. Lemp, Kommentar Art. 214 N.75 und dortige Zitate.
← a.M. Egger, Kommentar (1. Aufl.) Art. 214 Bem. 5 (夫^夫 ~~夫~~)。少数
説は、親生発生に於ける寄与度と法定の割合が著しく均
衡を欠く場合にのみ、持分修正が是認せらるる、と考へておられる。

なお、夫婦財産契約の自由に対する一般的制限については、
拙稿「夫婦財産契約」(1) 47頁以下, 53に ~~遺留分~~ 遺留分の制限に
ついては、同(2) 85頁脚注65参照。

(52) Rüssch, A., Die Begünstigung des Überlebenden Ehegatten
unter besonderer Berücksichtigung des Art. 493 ZGB. Diss.
Zürich. 1938, S. 267; Aesch S. 191. 2<1= 後者は、妻は

2<1= 放棄して、2<2= からの労働収入が妻の特有
財産として妻のみにあつたが、夫に付かす
特有財産(夫の特有財産)と割合の比に差を認めしめようとした

Wil/St. Gallen, Buchdruckerei H. Gegenbauers Erben,

(夫の剰余を生存配偶者に帰属するが契約中の例)

2、両者の地位の違ひを強調する。

(53) Klaus S. 30 は 2<1= 中略す。

(54) ~~Enzler~~, Kommentar Art. 214 N. 32; Egger, Kommentar Art. 214
N. 17; Lemp, Kommentar Art. 214 N. 76 und dortige Zitate; Klaus
S. 31 Anm. 5 und dortige Zitate. 裁判例については、vgl. BGE
58 II 2, 81 II 413 (夫の財産共通制に際して、後述脚注81を参照)、
82 II 417 usw. 2<1= は、(最初の場合を以て)。本号は
夫婦財産契約により、夫の剰余を生存配偶者に帰属する例として、
1912年の婚姻 (T=M 夫婦) は、25年の後述官庁の承認
を経て、① 夫婦財産制として、194年以下の法定財産
制に1に相当し、② 婚姻中の剰余の分割は214条1項
により、一方配偶者の死の際には、生存配偶者は剰
余の夫の2を取付た、③ 不足の負担は法定のし
めが、等の夫婦財産契約を締結。27年夫が死
して、相続人として妻M女および共通の子M男
17名(未成年)が3あり、2<1= の者は、夫の個人財産
21,913.6 Fr. についての遺言分割契約を締結。他方、
夫の財産と妻の2<1= の分割として、23,484.45
Fr. の剰余が存した。2<1= が後述官庁に、子供全
員を16,435.2 Fr.) と取得するに同意するに付
(算出根拠不詳)。

記契約の追認を拒否して、後見官府の勸めにより、子の保佐人 Beistand が母 M 女を被告として、本件訴え提起（1審回2審不詳）。その理由として、子 M 男等は、被相続人の遺産から 28,177.55 Fl. (父の縮入財産の $\frac{1}{4}$ から余剰の $\frac{2}{3}$) を取得したが、そのうちの自由分 $\frac{1}{16}$ を控除して前記金額の $\frac{3}{4}$ を得た 22,894.2 Fl. を取得したほかである。つまり、前記夫婦間の合意は、相続契約の方式を欠いていると主張された。

このことについて連邦裁判所は、結論的には夫婦財産契約のいさりあつたの剰余を生か配偶者に帰属せしめる旨の合意は有効であるとして上告を棄却した。判決はいう、夫婦が財産併合制に服するときは、214条1項にいうがごとく、夫婦財産の解体に際し、夫の財産から妻のものを分離して、残存の剰余の $\frac{1}{2}$ が妻に、 $\frac{1}{2}$ の正等分属に帰属し、その余の $\frac{1}{2}$ は夫に、 $\frac{1}{2}$ の相続人に帰属する。ところが214条3項によれば、剰余の分割については、夫婦財産契約により別段の合意をなすことが可能である。よって214条1項のいう剰

余分割の¹⁼²¹¹²規定規定は、(かかる別段の合意の存しない場合の)補充的規定である。しかも、²この間の子当業者の合意は、夫婦財産契約の下として、当業者の署名、公証 öffentliche Beurkundung、後見官府の承認 (ただし、婚姻後の契約の場合は、181条2項) 等のほかには、これらの制限が課せられていない。よって、夫婦が剰余の分割につき条件を付しなすことも、³この私的自治の範囲内の⁴事項である。本件夫婦財産契約は、この趣旨に解され、なされた、夫の死により財産制に終る場合においては、妻が夫の剰余を取得し、⁵これは逆に妻の死により⁶その中に際しては、夫が夫の剰余を取得する、と。

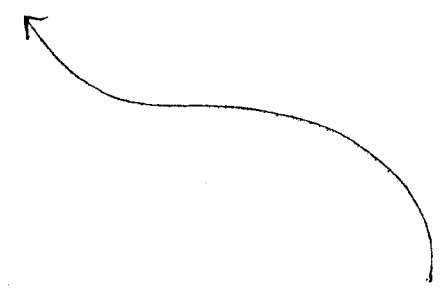
よって、相続契約との関係については、原告(土主人)はいう、一方配偶者の死に際して、本件夫婦財産契約が有効であることは、214条3項の方式にいうがごとく、⁷よって相続契約の方式(証人2人の署名等、512条回499条以下参照)を必要とする。よってこの判決はいう、離婚や⁸法定別産制の発生した場合を前提して、

法定の割合分割割合と異なる割合が成立する場合は、
 214条3項の割合は、特殊
 事例を別として、
 214条3項の割合に
 ついて適用される。か
 く解せば、214条3項の
 規定は、その存続義務を
 受ける者（判例
 集2巻以下でこれを詳論
 する）。

最後に、相続人の関係
 について法定割合割合と異なる割合は、
 効果
 の点については相続人に影響を及ぼさ
 ない。財産共有制に
 関する226条1項の
 規定は、
 225条1項の2項（一
 方の配偶者の死
 による場合は、
 共有財産の1/2が
 生存配偶者に、
 その余の1/2が
 死した配偶者の
 相続人にそれぞれ
 帰属する）と異なる
 分割方法と、夫婦
 財産契約のあり
 ない割合が成立
 することが可能
 である。よって、
 226条2項の
 規定は、かかる
 夫婦財産契約が
 存在する場合に
 は、
 死した配偶者の
 直系卑属は、
 その死した
 配偶者の
 共有財産の1/4
 を受け
 取るものと
 なる。この割合
 の対象となる
 財産は、
 共有財産である。
 したがって、
 共有財産の

分割について割合の割合が
 成立する場合は、
 214条3項の割合は、
 特殊事例を別として、
 214条3項の割合に
 ついて適用される。
 かく解せば、
 214条3項の
 規定は、その存続
 義務を受ける者
 （判例集2巻以下
 でこれを詳論す
 る）。

最後に、
 相続人の関係
 について法定
 割合割合と異なる
 割合は、
 効果
 の点については
 相続人に影響を
 及ぼさない。
 財産共有制に
 関する226条1
 項の規定は、
 225条1項の2
 項（一
 方の配偶者の死
 による場合は、
 共有財産の1/2
 が生存配偶者に、
 その余の1/2が
 死した配偶者の
 相続人にそれぞれ
 帰属する）と異なる
 分割方法と、
 夫婦財産契約の
 ありない割合が
 成立することが
 可能である。
 よって、
 226条2項の
 規定は、
 かかる夫婦財産
 契約が存在する
 場合
 には、
 死した配偶者の
 直系卑属は、
 その死した
 配偶者の
 共有財産の1/4
 を受け
 取るものと
 なる。この割合
 の対象となる
 財産は、
 共有財産である。
 したがって、
 共有財産の



この点、上記命令書の法的性質及び制限については、siehe Klaus S. 74 ff.

学説については、Lemp, Kommentar Art. 214 N. 81 ~~及び~~ Klaus S. 34 1:511ff. につき参考してください。

(71) 3. B. Lemp, Kommentar Art. 214 N. 82; Klaus S. 33. a.M. Rüsch (S. 46 Anm. 34 (71)) は、かかる命令書と善良の風俗に反するとの点。

(72) 税法上の取り扱いの点を裁判例については、bes. siehe Lemp, Kommentar Art. 214 N. 84.

(73) 3. B. Aesch S. 192; Lemp, Kommentar Art. 214 N. 85. a.M. Rüsch, a. a. O., S. 17 (71) はこれを認める。

(74) 夫婦財産契約の類型については、拙稿「夫婦財産契約」(1) 35頁以下参照。

(75) もちろん、Tuor 教授はかかる東欧契約を認めるが、一方既婚者の地位については明確に認めていない。本文の趣旨かと見做す。

(76) この点については、相続人の種類等により、場合を分けて詳論する必要は乏しく、insbes. siehe Klaus S. 27ff. 同様に不足の負担については場合を分けて、ders., S. 29ff.

(77) Vgl. BGE 52 II 1 (脚注 54 引用), 82 II 477. 契約による剰余利益の変更は、両方相続法上の制限（これは遺留分）に服しないとの立場に立つ。gl. M. 3. B. BGE 53 II 9, 81 II 422ff.; Stocker S. 375a ff.; Karren S. 111. ところで、遺留分保護を強調する立場から、判例に反対の点も認められる。この点については、siehe Klaus S. 65ff.

(78) 3. B. SJZ 48 (1952) 253 Nr. 98 及び Lemp, Kommentar Art. 214 N. 91 1:511ff. につき参照せよ。他方、Egger, Kommentar Art. 214 N. 18f. は、遺留分を侵し得るべきが、^{引用は} 裁判例 (BGE 53 II 97 参照) から導かれる限り、^{結局は} 権利濫用を禁ずる趣旨を以てする。

(79) Lemp, Kommentar Art. 214 N. 92 und die dort zit. Literatur

(80) Vgl. BGE 58 II 1 (脚注 54 引用判決), 82 II 477. Näheres siehe Lemp, Kommentar Art. 214 N. 92; Klaus S. 68 und dortige Zitate. 以下は後者の論議がその要を十分詳しう述べている。

(81) siehe diesbezüglich bei Lemp, Kommentar Art. N. 92-94; Klaus S. 124ff. 裁判例としては、BGE 53 II 99 (拙稿「夫婦財産契約」(1) 41頁脚注 29 引用判決), 81 II 413 (拙稿同論文 (2) 81頁脚注 50 引用判決), 77 I 3 (同 85頁脚注 45 引用判決)。

(82) Lemp, Kommentar Art. 214 N. 86 und dortige Zitate.

(83) 3. B. Kaufmann S. 231; Proin (S. 595); Guld ZBJV 48 (1912) S. 43. 裁判例としては、ZBJV 50 (1914) 583 = SJZ 10 (1914) 327 Nr. 92.

(84) 3. B. Bloch SJZ 49 (1953) S. 4 Anm. 4; Lemp, Kommentar Art. 214 N. 86; Moos S. 63; Klaus S. 40 a.M. Kpmapp S. 287 Nr. 863. 以下、Egger 教授も多数説の立場を所採として、夫婦財産契約により剰余利益者を特定する命令書も

有効である旨が実務上承認されていること (vgl. SBR III 750 VII, 3. d. Egger, Kommentar Art. 214 N. 17).

(85) 3. B. Lemp, Kommentar Art. 214 N. 88.

(86) 同前, 最近の有力説が、剰余割合請求と期待権と提すところから、同様の結論を導くことについては、¹⁰ 附節 2. = 参照.

(87) 3. B. Lemp, a. a. O.

(88) 3. B. Gmür, Kommentar Art. 214 N. 32 がこれを前提とする。

(89) 拙稿「夫婦財産契約」(1) 57頁参照。

(90) 通説(判例)。3. B. Stocker S. 359a; BGE 81 II 426

Erw. 5 (ただし、本件は 214 年 3 項の夫婦財産契約ではなく、財産共通制においてこれと同趣旨を規定する 226 年に関する)。原告丁男(被相続人の兄弟)は主張す。

被相続人は、本件夫婦財産契約(本契約締結後、夫婦の共同知分により他に別段の合意がなされたことがない)、一方配偶者の死により、本件の

共通財産は一件として vollständig und im ganzen Umfange umgeteilt 生存配偶者に帰属する旨の合意をなす)の締結後、遺言を作成しなかった。

このことは、被相続人が遺産の分割割合(本

件では共通財産の分割割合)および全財産を生ずる配偶者に帰属せしめる旨の合意(226 年 1 項に基づく)を改め、なされた被相続人は前記夫婦財産契約を廃止しこれを撤回し、と、これについて判決している。夫婦財産契約および夫婦財産法上の清算(なされた法定財産強制のことはよくい剰余の清算に関する合意)に関し得る合意は、遺言いふとしても廃止せしめられ、その前提に立ち、夫婦財産契約中の前記合意は、なお有効に存続する、と。

(91) 3. B. Gmür, Kommentar Art. 214 N. 31; Lemp, Kommentar Art. 214 N. 100 und die dort ziti. Literatur.

(92) 3. B. Lemp, Kommentar Art. 214 N. 99.

(93) 3. 4. 他、法律の規定する剰余割合以上の、他方配偶者の剰余を分割する旨の合意を一種の贈与(附注 60 参照)と提す、贈与に因る取扱いが認められることについては、siehe Lemp, Kommentar Art. 214 N. 98; Klaus S. 55 ff. 同前, 法定割合以上の剰余を取得する者の相続税・贈与税については、bes. siehe Lemp, Kommentar Art. 214 N. 101. (若干のカントンの相続税・贈与税の該当年文が引用されている)、裁判例についても言及している旨を付言しておく。

第五章

中六八二七
→

本章においては、1962年公表せられた改正草案の下の契約財産制を扱う。改正草案は、まだ第一次草案が公表せられていない。草案内容の具体的検討は、今後の筆者の課題として留保し、本稿では改正草案の概要を示すこととせらる。

第1節 改正草案

一、諸外国に於けると同様、夫婦財産制について従来しばしば改正論がなされてきた。民法典制定(1907年)以前も、別産制を法定財産制とすべしとすべきは少なくなく、民法典制定後、スイス民法典もやはり時代の落し子たる宿命は避けられず、財産併合制を法定財産制として採用した。しかし、妻の編入財産を夫の管理・用益に委ねる財産併合制の諸規則は、立法以降の家族をとりまく大なる社会的変動に直面して、もはや今日の時代に適合し得ないとの認識が、しばしば生じた。

い、スイス国民の意識のなかには芽ほえていたのではない。これら国民意識を反映してか、ほとんどの婦人団体は陳情書は、妻が自己の編入財産についての管理・用益~~と~~処分等の権利を保有すべしと求め、加えて、剰余の分割について、妻側——それと夫側と異なり、剰余受益者が相続人ではなく、妻の直系卑属にかつらるる——が優るといふのは不当であると断じている。

これらの動向を背景として、かつて1928年のスイス法律家協会 der Schweizerische Juristenverein の総会において、改正問題がとり上げられた。しかし、この段階では、いまだ機が熟してはいないとの認識が多数を占めた。その後第一次大戦後、西ドイツにおいて改正問題がとり上げられたのと呼応するべく、1957年のスイス法律家協会の総会において、改正問題が真正面からとり上げられるに至り、「夫婦財産制」を「~~二~~」と改定するに決した。

二、報告者の一人である Deschemaux フライブルグ
 大学教授の結論は、財産併合制を法定財産制
 とし、それによつて、所得についての相
 互的処分制限をとらう、原則的別産制を法定
 財産制とすべし、剰余の法定持分を夫婦それ
 ぞれ半づつとすべし、とあるものである。

他方、もう一人の報告者 Stocker 連邦裁判所判
 事の結論は、判例により必要とされる若干の
 修正を認めるとして、現行財産併合制を保持
 すべきと述べた。討論の結果、
 廃止派が維持派と二分された。しかし、
 現行夫婦財産制は、十分に改正を受けるべ
 き時期に至つていないとの見解については、意見
 の一致がみられた⁽³⁾。そして同年「家族法改正」の
 ための研究委員会 Die Studienkommission für
 die Revision des Familienrechts des Schweizeri-
 schen Zivilgesetzbuches が設置せられた⁽⁴⁾ (以下:
 これを「改正委員会」と呼ぶ)。

1962年改正委員会は、連邦司法・警察省に
 改正予備草案(第1次草案)を提示した。これは、

« Bericht der Studienkommission für die
 Teilrevision des Familienrecht (Ausserheheli-
 chen-, Adoptions- und Ehegüterrecht) erstattet
 dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (am
 13. Juni 1962) » の名で出版せられていゝ (zit.
 Studienkommission)⁽⁵⁾。

三、以下では、改正委員会により提示せら
 れた第1次草案の内容をこゝに簡単に紹介する。

改正委員会は、新法定財産制として「自己管
 理制 + Eigenverwaltung」を採用⁽⁶⁾ 立場をとる
 が、その前提として、つぎの認識を述べた⁽⁶⁾。

- ① 現行の法定財産制及び財産併合制は、長
 所より短所の方が多い。
- ② スイス民法の意味での別産制も、必ずし
 も現存の我が国の諸関係に適した財産制とは認め
 られない。現行別産制のもとは、他方配偶
 者の財産により生じた財産増加は、一方配偶
 者(とくに夫)に帰してしまい、婚姻解消の際して、
 他方配偶者もその剰余の^{分配}~~分~~に参加しえない
 という欠陥がある。それゆゑ、別産制のもと

夫あり妻ありも、夫婦の素面による合意により、
協同配偶者からその財産増加について持分を
持つよう可能性が示されるべきである^①

以上の認識を前提として、改正委員会は、
新法定財産制として、別産制のイレメントと
財産併合制のそれとを含むところの「自己管
理制」を採用する。自己管理制は、一言でい
えば、「婚姻解消の際その剰余への参加と結ぶ
こと、婚姻中の一種の別産制^② eine Art
Gütertrennung während der Ehe mit Vorschlags-
beteiligung bei Auflösung der Ehe」となる。
自己管理制はその本質においてその内容を
もつ：

①各配偶者が婚姻中、自己の固有財産 *Eigen-
gut* および収入 *Erwerb* について管理権・用益権・
処分権を有する。

②婚姻の解消の際して各配偶者は、他方配
偶者の剰余 *Vorschlag* について持分 *Anteil* を有
する。

③一方配偶者の死による解消と離婚によ

るそれとは区別される。すなわち、前者の場合
合には、生存配偶者 — それ即ち夫である妻に
あれ — 他方配偶者の剰余の者を取戻すこと
のほか、相続請求権をも有するとはいうま
でもない。後者の場合には、原則として各配
偶者が、剰余の1/2を取戻す。

以上の認識のもとに、自己管理制が法定財
産制とせられる結果、現行178条1F、2Fの
ごとく改正せられることになり、(以下では、イ
タリック体の部分は、現行法と対比して改正予定部
分を示す)。Die Ehegatten stehen unter den
Vorschriften der Eigenverwaltung, insofern^{8P.}
sie nicht.....

したがって、自己管理制の採入せられる際に、
他方配偶者の剰余期待権を保護するべく、
所得についての、一方配偶者の処分能力 *Ver-
fügungsfähigkeit* を制限すべきか問題とせら
れた。かつて *Deschemaux* 教授は、他方配偶者
の所得への一方配偶者の現実の参加を保全す
るためには、所得についての処分制限が不可

欠付と主張してゐた。⁽⁹⁾ 同様に各種婦人団体も、家具 Hausrat も土地（とり分け夫婦の居住の用に供するもの）の処分について、他方配偶者（こゝに妻）の同意の必要と制限を要求した。

これらの制限説に対し、1957年の法曹大会 Juristentag の多数意見は、これを否定すべく要求あり⁽¹⁰⁾。それによれば、さような制限を導入すれば、銀行、登記所、さらには取引の相手方たる者三者も、一方配偶者の処分のために、他方配偶者の署名 Unterschrift を要求するに依り、このことは取引の円滑を害し、改正草案の基本姿勢に逆行して、夫婦の強い相互の依存関係を要求することになる。改正委員会も、これら多数説を採用し、処分制限を放棄する立場に立つ⁽¹¹⁾。

1. 夫婦財産制の総則

一、夫婦財産制の総則に關して、夫婦財産契約の方式の改正が予定せられる。すなわち、現行法によれば、夫婦財産契約の締結、変更、

廃止を許すには、公証 öffentliche Beurkundung（181条1項）および婚姻中締結せられた夫婦財産契約に於ては、その他に後見官庁の承認（181条2項）という二重の方式規定を必要とする。⁽¹²⁾

ところが、後者の後見官庁の承認の規定は、こゝに妻の保護を目的として規定せられたものであるが、実際にはかたがたしむるような方向に機能してゐない⁽¹³⁾。改正委員会の見解によれば、むしろ短所の方が多いとみる。すなわち、婚姻中の夫婦財産契約に際する後見官庁の承認を不要とし、181条2項を削除すべく提案する。その結果、婚姻中の夫婦財産契約の締結と同様に、その効力が生ずるためには、公証のみで足りることになる。

さらに、夫婦財産契約に關して、もう一莫重大な改正が予定せられる。すなわち、改正法のもとでは、夫婦財産契約を必要とするのは、新しい夫婦財産制を設定することという本来の夫婦財産契約にかぎられる。より具体的に「えは、とえは、夫婦の契約財産制を遂行

下る場合也、契約財産制から法定財産制に
自己管理制に変更する場合には、夫婦財産契
約の下に之を要するが、その余の夫婦財産
法上の合意をなすには、これらを書面による
合意とする。後者の例としては、特有財産を
設定する合意(現行190条)、剰余持分を修正する
合意(214条3項、226条1項、240条3項)、特定財産
を別産制から除外する旨の合意(241条2項)な
どにこれにあたる。

その他、夫婦財産契約の第三者に対して効
力が生ずるためには、夫婦財産制登記簿への
登記を要するとする181条3項および夫婦財
産制登記簿に関する248条-251条の各規定は、
現行法と下り存続せられる。181条3項は、第
2項と異なり、夫婦財産制登記簿に関する規
定(248条以下)と結びついて、第三者の保護に
役立つ。すなわち、夫婦財産契約の「第三者
に対する効力を生ずるため」は、夫婦財産制登
記簿に登記せられ、かつ公にせられしこと
を要する(248条1項)。もちろん、第三者に対し

夫婦財産契約の効力を主張する場合は、登記
を要するということとなり、第三者に対する
関係において、登記すべき法律上の義務は存
するわけではない。その意味で、登記するの
否かは、契約締結者の自由意思に委ねられ
る。

二、つぎ、同じく総則中の特別財産制に
関して、若干の改正が予定せられる。通常財
産制としての財産併合制の際には、この財産
制の変更の可能性、すなわち他方配偶者の意
思にかかわらず、一方配偶者の申請(183条-
4条)もしくは債権者の申請(185条)に基づき、
裁判官による特別別産制の命令を規定するこ
とが必要であった。

ところが、改正法のもとでは現行の財産併
合制は、財産共通制と同様に、契約財産制の
一つとして存続が予定せられているので、一
方配偶者の申請に基づく財産併合制の裁判上
の解消を、不可能とすることは不可欠であ
る。それゆえ、改正委員会では、183条にこの

とを明記するに必要あり (ただし、法律上の別
 産制に關する 182 条は改正の予定 ~~あり~~ ない)。ただし、
 裁判官が変更を命令するものは、現行法の
 ごとく別産制への変更を命ずるのではなく、
 新法定財産制たる自己管理制を命じうるもの
 とされる点に異なる。さらに、契約財産制を
 廃止するに必要の要件は、現行法では個々の
 事由の理由が列挙せられてゐるが、改正^{草案}案はこ
 れを「重大なる事由」と包括してゐる。重大なる事
 由に存するか否かは、裁判官の裁量による。

以上の結果、結論的に現行 183 条は、つぎの
 ごとく改定されるべきとされる:

Der Richter hat auf Begehren eines Ehegats^{1911.7}
 ten aus wichtigen Gründen bei einem vertra-
 glichen Güterstand die Eigenverwaltung oder bei
 der Eigenverwaltung die sofortige Vorschlags-
 teilung anzuordnen.

183 条が上記のごとく改正せられると、184 条・
 185 条は不要とされるので、これら削除せられ
 る。他方、186 条 2 項・3 項は、これらの改正によ

も下い、つぎのごとく修正される。

Art. 186 Abs. 2: Die gerichtliche Gütertrennung,
 Eigenverwaltung oder sofortige Vorschlagsteilung
^{1911.7}
 wird auf den Zeitpunkt der ~~Am~~ Anbringung des
 Begehrens zurückbezogen.

Art. 186 Abs. 3: Der Eintritt der gesetzlichen
 oder gerichtlichen Gütertrennung, der gericht-
 lichen Eigenverwaltung und der sofortigen
 Vorschlagsteilung wird zur Eintragung in das
 Güterrechtsregister von Amtes wegen angemeldet.

2. 法定財産制

一、改正委員会は、新法定財産制として、
 自己管理制 Eigenverwaltung を採用すべく提案
 する。自己管理制は、改正委員会自身の表現
 によれば、既に述べたごとく、「婚姻解消時に
 おける剰余への参加をとらう、婚姻中の一
 種の別産制」だとされる。こゝでは、各条文
 別に改正草案の内容を紹介しよう。

自己管理制のもとでも、現行の財産併合制

の際と同様に、^①「」の財産団が存在する。
 夫の財産と妻のそれ、^②「」かえれば、一方に
 夫の固有財産 Eigengut と妻のそれが存在し、
 他方に夫の収入 Erwerb と妻のそれが存在し、
 それらの計算上の最終の結果が、婚姻解消の
 際に剰余を生ぜしめる。現行の財産併合制に
 おいては、夫婦財産(夫の編入財産、妻のそれ、
 所得)、夫および妻の特有財産等の財産団の区
 別を要し、自己管理制のもとでは、これ
 らの区別は不要である^③。

二、自己管理制のもとでは、婚姻中各配偶
 者は、各自の固有財産(Art. A参照)および収入
 (Art. B参照)を、それぞれみずから所有・管理・
 利益ありものとすれ、^④「Art. A」の「^⑤」のテ
 ストに示されている。

Bei der Eigenverwaltung hat jeder Ehegatte
^{1911.2}
 Eigentum, Verwaltung und Nutzung an dem
 Vermögen, das ihm zur Zeit der Eheschliessung
 oder der Annahme dieses Güterstandes gehört
 oder ihm während der Ehe infolge von Erbgang

oder auf andere Weise unentgeltlich zufällt

上記に示されたごとく、固有財産には、つ
 ぎの諸物件が包摂される。

①夫婦の一方が婚姻締結当時有した財産(比
 較: 195条1項)。

②夫婦財産契約により、自己管理制以外の
 財産制が選択せられたり、自己管理制
 の開始 Annahme の当時、一方配偶者に帰属し
 た財産(比較: 195条1項)。

③場合によ、これは、婚姻中相続もしくは
 の他の方法によ、無償に一方配偶者に帰
 属した財産(比較: 195条1項)。

以上①、②、③の各財産物件は、現行195条
 1項・2項と対比すれば、現行の財産併合制の
 もとでいう編入財産に相当する^⑥こと知ら
 らう。^⑦これ、現行195条1項の「^⑧」上は妻
 の編入財産に言及するにすぎないのに対し、
 改正草案は両配偶者の固有財産に触れず、
 是である。^⑨「Art. A」によ、妻も自己の固有財
 産について、現行法と同様に所有権を有する

のみならず、管理権・用益権を有することになり、制度のうえでも、各配偶者の平等が宣言せられたこととなる。

なお、念のため付言すれば、通常の場合には、前記①財産と②財産とは、同一の財産となる。②財産が生じるのは、婚姻後法定財産制が開始した場合である。いいかえれば、婚姻当時は、たとえば財産併合制や財産共通制を選択した夫婦が、その婚姻中に法定財産制による自己管理制に変更した場合に、かかる財産が生じるわけである。ところが現実には、ほとんどの夫婦は、婚姻当初より法定財産制に服するのび、②財産の生ずる余地はなく、①財産のみが生じることとなる。

三、つぎに、「Art. B」は、各配偶者の収入および配偶者の家計に關する。すなわち各配偶者の収入(同条1項)は、別産制の当然の帰結として、それぞれが配偶者に帰属する(同条1項)。

すなわち、Jeder Ehegatte hat das Eigentum an seinem Erwerb. (1911.11.17) ^{EP}

現行法のもとでは、妻の労働収入は、191条3号の要件を満足するかぎりにおいて妻の法定特有財産として、妻がこれについての所有権を有している。しかし、191条3号の適用にあつては、学説・判例によりその要件がしばしば緩和せられていとももの、やはり独立の労働という制約が課せられていた⁽¹⁹⁾。しかも、その余の収入(195条3項参照)は、妻の編入財産として、原則として夫の所有に移行した。改正草案は、これらすべての収入について、各配偶者の所有主体であることを宣言したものであり(245条と比較せよ)。

他方、とくに妻の家計について明文の規定が用意されている。改正委員会の表現によるところによれば、「妻が夫の営業 Betrieb において夫に協働し、それにより使用人 Angestellter に代わるといふことは少なくない。逆に、夫が妻の営業において協働する場合も稀ではない。ところが、ほとんどの場合、なんら明文的な労働契約 Anstellungsvertrag が締結せ

(雇傭契約)

られていないのを通常とする。それゆえ、債
務法旧320条を根拠として、家与分 Lohnanspruch
が発生してゐるかどうかは、簡単に決まら
ない。

よ：草案は、他方配偶者 — それか夫と
あれ妻とあれ — の営業について、若しく協
力して配偶者に、相当の補償を求め権利を
与える。この請求権 Anspruch の請求時期は、
婚姻の解消に際して主張されるのを通常とす
るが、改正委員会(規定上明文化していか)の説明によれば、婚姻中
もこれを請求可能なことである。しかも
かかる補償請求権は、婚姻中は債務法137条
項3号により、消滅時期に進行しない。

Anbeitet ein Ehegatte bei der selbständigen
Erwerbstätigkeit des andern in erheblichem
Masse mit, so hat er Anspruch auf eine
angemessene Entschädigung.

つまり、後述のごとく財産併合制(これ、
自己管理制のもとでは契約財産制となる)および
別産制のもとでも、B条2項とまづ同一

の規定が置かれた予定である。家与分の清算
を、「相当の補償」という債権的権利と捉えらる
は、卑属のそれと共通する。しかし、要件の
尖り、他方配偶者の独立の営業に限定する尖
り、家与行爲を労務提供に限定する尖り、卑
属のそれより狭くなる。

四、つまり「Art. C」は、財産目録の調整に
関する。改正委員会の言によれば、「この最高
の法制度と云々も、証明の不十分の中
えに wegen mangelnden Beweises、請求権
が主張しえないから、制度の役に立たな
い。婚姻の解消せられたら、時日を経た
らざるを通常とする。それゆえ、現行197条
のごとく、各配偶者についても、公正証書
もつた目録 Inventar mit öffentlicher
Unkunde の作成を請求しうる。さうな目録
には、当然のこととして高次の証拠力 erhöhte
Beweiskraft が付与される」

「Art. C」により、他方配偶者は、財産目録の
調整に際して、協力すべき義務を負うことに

である。目録の証拠力は、197条2項と同様に考
えられている。すなわち、内部的公的目録
öffentliche Inventarの調整されるべき期間には
絶対的ではないが、197条2項のとく、6ヶ月の期
間内に調整せられた目録は、夫婦の内部関係
では、正確との推定がなされる。しかし、現
行法におけると同様に、反証が許されるもの
と解されている。⁽²³⁾

以上の前提のもとに、< Art. C > における
テキストが用意されている。

Jeder Ehegatte kann jederzeit verlangen,
dass über das Eigengut ein Inventar mit
öffentlicher Urkunde errichtet werde.

他方、上記テキストには現われているが、
目録の調整を強制すべきか否かが論議されて
いる。改正委員会は、上記に示したごとく、前
記補償請求取の保全をネーイとして、一方配
偶者に目録調整請求取を認めたい。ところが、
これを強制し、夫婦にかかると義務を課せば、
夫婦間の内部に、たとえば剰余の保全の意味

があるばかりでなく、第三者にとっても、と
くに他方配偶者への強制執行の際して有益な
であろうことは疑いがない。しかし実際には、
夫婦が目録を調整しないことの方が通常であ
ると思われ、目録調整を義務的なもの
として強制することは、たとえ調整されない
場合にも家と分制度が水泡に帰する危険があ
り、むしろ弊害が多い。このような認識に基づ
き、目録の調整は、現行法におけると同様に、
任意的なものとせられた。

なお、付随的に付け加えるならば、改正委
員会は、目録の調整を奨励する意味で、身分
登録吏 Zivilstandesbeamte に、たとえ婚姻届
の提出の際して、夫婦の財産目録の効果の説
明ありことを願わしい、という。しかし、か
かき身分登録吏の説明義務は、民法典中に規
定されており、むしろ特別命令によることが
望ましいとの認識に基づ⁽²⁴⁾。さらに、本条に
予定せられた公的財産目録と並んで、現行197
条と同様に、私的財産目録も、この証拠文

書とともに保管されたらば、これ以下は証明が可能とせられ、その内容に関しても、また調整の時点に関しても、その証拠力を軽視するべきではない、とされる。

五、妻が自己の固有財産を夫の管理に委ねる場合の法律関係は、その返還請求に関し、「Ant. D」は「フグ」のウラストを用意する。

Soweit die Ehefrau dem Ehemann Vermögenswert überlässt, gelten für die Verwaltung, Nutzung und Ersatzpflicht die Regeln der Güterverbindung.

Die Ehefrau kann diese Vermögenswerte wieder an sich ziehen, jedoch nicht zur Unzeit.

現行の財産併合制のもとでは、妻の編入財産は、夫の管理に服する(200条1項)。と、このほか、夫婦財産制のもとでは、法の規定と異なり、妻が自己の編入財産を、自らから管理している場合が少なくない。これと同様に、自己管理制のもとでは、前記「Ant. A」に示されるように、妻が自己の固有財産を自らから管理する権利を有するが、あるが、このほか、この法の規

定とは異なり、妻がこれを夫の管理に委ねることも多いと思われ。と、このほか、この場合、現実には、財産併合制に服するとの夫婦財産契約が締結されることが、容易に推測される。それゆえ、妻が夫に事實上管理を委ねる財産については、たとえこの夫婦財産を財産併合制の規定に服せしめざるが夫婦財産契約の存しない場合でも、その管理・用益にたいし補償義務については、財産併合制の規定に服せしめることが、正当なものであると見られる。

も、とも、これは、現行法と比して大きな相違が存在する。すなわち、現行の財産併合制のもとでは、法律により妻の編入財産は、強制的に夫の管理に委ねられるが、自己管理制のもとでは、妻が任意にこれをなす場合、財産併合制の規定に服せしめられる。さらに、妻がこの財産を、自らに自己のものとして戻すか否かは、現行法の比とて夫の意思に依存するとはならず、妻

の4の意思によつてとり戻しうる。2項はこの趣旨を明言するものではない。^{D条}

夫の管理に委ねた物件を、いづれも自己にとり戻し、妻自身の管理に服せしむることを容認するのを原則とすべし、少し制限がある。たとえば、妻の管理のために財産物件を夫に委ねるのではなく、ある特定の目的のために、これをなすことがある。たとえば、夫が自己の営業を遂行するため、妻の土地を利用していきるときなどはこれにあたる。さうな場合、妻の財産にはなんらの危険もないのを通常とするのは、妻側から告知期間を定めず、いづれも返還請求しうるものとすれば、事情により夫が経済的に大きな打撃を受け、とくに経済的破綻を惹起せしめる危険がある。それゆえ、2項後段において、夫の不利な時期には、返還請求をなしえないとの制約が付けられている(236条3項と対比せよ)。

六、相続放棄について、「Art. E」は、つぎの規定を用意する。

Zur Ausschlagung einer Erbschaft bedarf ein Ehegatte der Einwilligung des andern.
1941??

Wenn ein Ehegatte eine überschuldete Erbschaft entgegen dem Willen des andern nicht ausschlägt, so kann dieser den Entscheid der Vormundschaftsbehörde anrufen.

1項・2項とも、財産共通制に関する218条と極めて酷似する。また、財産併合制に関する204条とも似ている。ただし、204条では妻の相続放棄のみに関するに反し、前記「Art. E」は、218条と同様に、夫婦相互の相続放棄に適用される。とくに、財産併合制のもとでは、夫は妻の編入財産について用益権を取得する(201条1項)のは、妻が積極遺産を放棄しないというのと比べて、夫はなほ関心を有している。

とくにかえりては、つぎのようないふことが慣行化していきといわれる。たとひ分け妻の父の死亡に際して、娘が父より相続した遺産を、事実上の相続放棄をなすことにより、これを母(被相続人の妻)の手で委ねることか……。

このことは、相続権者たる娘の夫の諒解のもとで行われていることが多い。このような事実上の相続放棄により、妻の相続分の少ないことを改善することから、今日広い領域で実行されている^①。法定の手続にしたがって放棄が行われるわけではないので、実際には204条2項(妻の放棄を拒否し、夫の同意を拒否した場合)には、妻は後見官の裁決を求めるところ(予定)に予定されることと、後見官の関与してくる必要性は、まづなく存在しないほどである。

2項は、一方配偶者から他方配偶者の意思に反して、債務超過の遺産を放棄した場合に、他方配偶者の後見官の裁決を求めようとする途を認めるところである。その趣旨について、204条2項および218条2項と軌を一にする。これら二つがストに於いては、債務超過の遺産の放棄につき旨が明示せられていないから、「Ant. E」はこれを明言している点に異なす。

相続放棄について、夫婦の意思の一致を望

ましいことは、むしろ自己管理制のみにとどまらない。それゆえに、財産併合制にあつても、また財産共通制にあつても、他方配偶者の同意を要求している。また実際的にも、積極遺産 — それが夫側から由来するものばかり、妻側から由来するものばかり — が放棄されないということについて、家族共同体の利益の存するところから、現実には親に対する孝心 Pietätsgrund からか、債務超過の遺産の放棄されたいことと稀にほなく、結果的には相続人が過重な負担を背負いしむこととあり、これにより肉痛的には、他方配偶者に影響を及ぼすこと少くからざるものがある。それゆえに2項は、かかる遺産を放棄する権利を、直接的に他方配偶者に認めるところといえよう^②。

七、つぎに、「Ant. F」は、婚姻費用の分担に關して、現行246条(別産制の際の婚姻費用の負担)とほぼ同様の趣旨を定める。

Auf Verlangen des Ehemannes hat die Ehefrau von ihrem Einkommen aus Arbeitserwerb

81

oder Vermögensertrag oder, in dringenden Fällen, aus ihrem Vermögen einen angemessenen Beitrag an die ehelichen Lasten zu leisten.

Können sich die Ehegatten über die Höhe des Beitrages nicht verständigen, so hat auf Begehren des einen oder andern Ehegatten der Richter zu entscheiden.

Hat die Ehefrau wegen mangelhafter Erfüllung der Unterhaltspflicht durch den Ehemann mehr an die ehelichen Lasten beigetragen, so kann ihr bei Tode des Ehemannes oder bei Scheidung eine angemessene Entschädigung zugesprochen ~~wird~~ werden.

両配偶者の婚姻費用 eheliche Lasten を負担すべき義務を負うことは、婚姻の一般的効力たる配偶者それぞれに権利義務に関する159条、160条、161条から帰結される。現行別産制のもとでは、妻の婚姻費用を負担すべき義務を負うのと同様の理により、別産制の一柱たる自己管理制のもとでは、かかる妻の義務が

肯定される。ここに、夫が才一に家族の扶養のために配慮すべしとの夫の義務は、家族共同体のために配慮するにあり。したがって、婚姻費用は原則として夫が負担す。他方、妻はこの義務を、家事を行うことにより果敢のを通例とす。と、したがって、自己管理制の際には、妻は自己の固有財産、場合によっては労働収入や財産収益をみずからの手に所有している。ゆえに、かかる範囲で婚姻費用を令担すべき義務を負うことが明示的に確定されることを要する。

夫が、妻の労働収入を所有するときには、これは妻の持産財産とされるが、現行法のもとでは、妻がこれから婚姻費用を令担すべきものとされる(192条および246条参照)。改正委員会の考えによれば、同じ規則の自己管理制のもとでも妥当すべきものとされる。

つまり、妻の譲入財産から生ずる財産収益は、現行の財産併合制のもとでは、法律により強制的に、夫の所有に移行せしめられる。

他方、自己管理制のもとでは、妻の財産収益
 の婚姻費用を負担することと役立つべきであ
 るとの前提に立つた、かかる妻の義務が現実
 に発生するのには、前記労働収入と同様に、夫
 から請求を受けられる場合にかぎられ、かつ相当
 な範囲にかぎられる。それゆえ、現行法では、
 夫の用益権能以下り物権(妻の財産に強制執行
 をなすことと権利²⁹)を有していることにな
 るが、自己管理制のもとでは、妻の義務は、
 債権的義務 *persönliche Verpflichtung* たる性
 質を有しないこととなる。

最後に、夫の扶養義務は現行法におけると
 異ならぬが、妻の固有財産それ自体の婚姻
 費用負担義務は、必要かつ緊急の場合にかぎ
 られ、かつ相当の範囲にかぎられる。相当の
 範囲との制約は、労働収入や財産収益と共通
 するが、~~緊急~~緊急の場合とのそれは、妻の固有財
 産にのみ認められている点に異なる。

以上の婚姻費用の負担について争いあると
 きは、裁判官が妻の負担額を決定する。この

ことは、草案171条と軌をいつくす。⁽³⁰⁾ したが、
 夫の扶養義務を十分に果たさないため、妻が
 家族の扶養のため、妻の資力 *Mittel* から相
 当の範囲を超えて、婚姻費用を負担したとき
 は、妻は婚姻の解消——夫の死亡によるそれ
 である、離婚によるそれである——の際して、
 相当の補償を求め権利を有する。もっとも
 かかる債権は、改正委員会の説明によれば、
 妻にのみ帰属し、その相続人には認められな
 いものとする。⁽³¹⁾

八、つぎに、「Art. 6」は、夫婦それぞれの
 収入および固有財産についての相互の報告義
 務を定める。

Die Ehegatten sind zu gegenseitiger Aus-
^{1711??}kunft über ihr Einkommen und Vermögen ver-
pflichtet.

Bei Verweigerung ~~dies~~ ^{dieses} dieser Auskunft
trifft auf Begehren eines Ehegatten der Richter
die angemessenen Anordnungen.

Er kann insbesondere jeden Ehegatten unter

Strafandrohung zur Enteilung von Aufschluss und zur Vorlage der Ausweise über Einkommen und Vermögen verhalten, Drittpersonen einvernehmen sowie nötigenfalls die vorzeitige Vorschlagsteilung anordnen.

本条は、主として夫婦相互の経済的利益を担保することをネウイとしており、Tとく、婚姻費用についての夫の扶養額 Unterhaltsbeitrag の確定、場合においては、妻の負担額を確定するために相互に報告義務を課したものとせられるが⁽³²⁾、才=次的には、それら目的とあわせて、将来生かべかりし剰余の保護をも目的としていることは、3項の趣意よりして明らかであろう。

と、3で、現行205条1項は、妻の利益を保全するため、妻の編入財産の状況に因して、妻の請求に基づいて、夫のみにかかき義務を負っている。つまり、夫の固有財産および収入については、妻に対して報告義務を負っていない。しかし、かかる規制については、従

来より批判が強く、とくにBSFやSFGなどの婦人団体は、両配偶者に相互的報告義務を課すべく要求していき、学説においてもこれを支持するものも少なくなく⁽³³⁾。本条は、これら批判をうけ、相互的報告義務を明文化したものである。

つまり、各配偶者の報告請求権を強調するため、報告の拒絶に対して、現行205条2項のときと比べて担保請求権にとどまらず、より強力な手段を認める。すなわち、報告を拒絶した配偶者に対して、刑法292条の公然な命令に対する不服従を根拠として、拘留 Haft や罰金 Besse 等の刑罰を課す途も考えられており、さらには、裁判官が才三者をして調査せしめる権限をもつものとされる⁽³⁴⁾。

最後に、他方配偶者の協働や償約により獲得せられた剰余は、危険にさらされたような場合には、より強力な裁判官の剰余の専断分割を命じうることとなる。

九、いふれ家庭にとりても、債務の存在

し、一方が望みし... ことはいうまでもない。
 一方の意識は、古今東西を問わぬ共通する
 ものらしく、スラスラと、一方配偶者、他
 方配偶者の債務を弁済するといふケラス少し
 づつなさい。債務弁済は他方配偶者のために応
 じてなされることもありますが、さうな要求と
 かかわりなく弁済されることもある。いふれ
 ぬとしても、債務弁済はなされるは、債務者
 たる配偶者に利益をもたらすことはかわりな
 い。よって改正委員会は、一方配偶者、他方
 配偶者の債務を、贈与の意思で弁済したとす
 るには、明示的になされることを要するとの
 前提に立ち、他方配偶者のために応じて債務
 が弁済されたか否かにかかわらず、これらの
 いふれの場合にあつても、消費貸借の存す
 るものと推定すべきであるとの立場に立ち、
 < Art. 11 > はその求償を定める。

Hat ein Ehegatte im ausdrücklichen oder
 stillschweigenden Einverständnis mit dem anderen
 ohne schenkungsabsicht dessen Schulden bezahlt,

so kann er das Bezahlte jederzeit zurückfordern.
 と、すなわち、財産併合制にあつては、夫婦間
 の債務の清算に肉して、二通りの規定のみら
 れる。すなわち、妻の編入財産の債務を夫
 の財産から弁済したとき、すなわち、夫の債務
 を妻の編入財産から弁済したとき、いふれも
 補償請求権が生ずる。しかし、この債権は、
 財産併合制の解消（これは通常婚姻の解消時と
 一致する）の際にはじめて弁済期が到来する（209
 条1項）。すなわち、妻の特有財産債務は夫婦財
 産から弁済されたとき、もしくは逆に、夫の
 債務を妻の特有財産から弁済せられたときは、
 弁済の場合と異なり、すなわち婚姻中の補償請
 求することの許される。したがって、改正草
 案のとり立場は、自己管理制のもとでのこの
 問題を、現行の特有財産についての処理と同
 様の解決方法をとるものといえる。

この規定から、つぎの帰結が導かれる。^①
 ①他方配偶者のために、金銭を用立てた配
 偶者は、婚姻の解消までそのことを要せず、

「いつでも」返還を請求できる。

② 弁済されないときには、他方配偶者に対して強制執行することが可能である。

④ かつう債権は、婚姻中はそれぞれ清算が実行されるまでは、消滅時効にかからない。

十、妻がその固有財産を夫の管理に委託した場合の、夫婦間の法律関係については、前述した「Ant. D」がこれを扱う。73の「Ant. J」は、第三者に対する関係に~~対~~おける妻の破産特権 Konkursprivileg を規定する。妻の破産特権は、スイス法上市民権を得ており(財産併合制に際する210-211条参照)、実務上も認められてくる。かかる破産特権の認められるのは、財産併合制においては、妻は自己の謫入財産を、夫の管理に委託せられたら、それゆえ法は、妻の謫入財産の消滅することを防止すべきである、との思想に基づく。

と、3で、財産併合制の際にも、夫は妻の同意を得ずして、妻の謫入財産を処分しえないものとされており(202条1項)、多くの場合、

たとえば、妻の財産が記名証券や土地から構成せられるときには、妻の同意なくして処分する自体が不可能である。したがって、そのような場合には、前述した根拠は、破産特権についてはあてられない。ところが破産特権は、財産共通制に服する妻にも認められており(224条)、スイス法律家協会の討論において、さらには多くの婦人団体から、破産特権を新財産制へと拡張するべく要求せられており、別産制にも拡張するほどの主張も少なくはなかった。改正委員会もこれらの主張を⁽³⁰⁾したがって、「Ant. J」に妻の破産特権を規定する。

Hat ein Ehegatte dem andern sein Vermögen ganz oder teilweise überlassen, so kann er im Konkurse oder bei Pfändung des andern Ehegatten die noch vorhandenen Vermögenswerte an sich ziehen.

Soweit die Hälfte der Forderung nicht gedeckt ist, steht dem betreffenden Ehegatten für den Rest dieser Hälfte ein Verrecht

nach Schuldbeitrags- und Konkursrecht zu.

夫婦財産制のいかんにかかわらず、破産特
 権を認めらるる根拠を、改正委員会はその
 ために、「夫婦は——双方ともに——自己の
 財産をもつて、他方配偶者を助力すべき道徳
 的な moralisch 強制のもとにある。ゆえに、
 自己管理制のもとでも、両配偶者相互の破産
 特権が認められること公平である」⁽³⁷⁾ 改正
 委員会の提案する破産特権は、その内容にお
 いて、現行の財産併合制におけるそれと同様
 である。

土、前記「Ant. F」の3項によれば、夫の扶
 養義務を十分に履行しないことを原因として、
 妻の自己の固有財産および収入等から、相当
 な範囲を超えて婚姻費用を負担したときは、
 妻は夫に対して補償請求権を取得した。と
 りか、改正草案の当該条項によれば、妻は夫
 の死もしくは離婚の際して、ほじめてかか
 る補償を請求しうるものとされる。とすれば、
 どのような事実の発生を以て、夫に対して

破産・差押がなされた場合には、妻の補償請
 求権も有名無実な権利と化す危険がある。
 よって改正委員会は、少くとも上述のごとく
 費消された財産については、夫の破産・差押
 の際しては、破産物権を認めるとの正義の
 理念に通うとの認識に至り、つぎの「Ant. K」
 を用意する。

Das gleich Vorrecht steht der Ehefrau im
¹⁹¹¹⁻¹²
Konkurse oder bei Pfändung des Ehemannes
zu, wenn sie wegen mangelnder Erfüllung
der Unterhaltspflicht durch den Ehemann
ihr Vermögen für die Bedürfnisse des Haus-
halts verwendet hat.

ただし、つぎの条に注意すべきである。本
 条の優先権は、出資した財産の妻の固有財産
 に限定されているので、死もしくは離婚
 の際の清算とは異なり、妻の収入を出資した場
 合には適用されない⁽³⁸⁾。この条は、妻の編入財
 産とならば妻の財産のためにのみ規定されて
 いることと軌をいつべし(211条1項参照)。

« Art. J » の F の « Art. K » の 置かぬこと
 とにより、「債務徴収および破産に関する連
 邦法」SchKG 219条は、つぎのとく改正さ
 れる必要がある。

Vierte Klasse → 中米 = 2011

Die Hälfte der Forderung der Ehefrau
 des Gemeinschuldners für ihr nicht mehr
 vorhandenes Frauengut, das sie unter der
 Eigenverwaltung dem Ehemann überlassen
 oder in Erfüllung seiner Unterhaltspflicht
 für die Bedürfnisse des Haushalts verwen-
 det, oder das sie unter der Güterverbim-
 dung oder unter der Gütergemeinschaft
 eingebracht hat, soweit sie nicht durch
 die Rücknahme der noch vorhandenen Ver-
 mögenswerte und durch die ihr gegebenen
 Sicherheiten für die Hälfte bereits gedeckt
 ist.

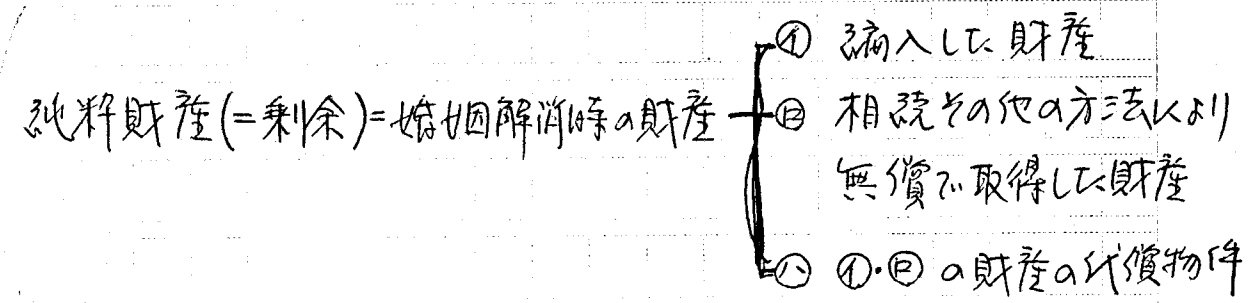
±、剰余の分割割合は次条 « Art. M » に規
 定される。本条 « Art. L » は、それと先立ち、

自己管理制のもとでの剰余をつぎのとく定
 義付ける。

Bei Auflösung der Ehe bildet das Reimver-
 mögen, das einem Ehegatten nach Abzug des
 in die Ehe eingebrachten oder während
 der Ehe durch Erbgang oder auf andere
 Weise unentgeltlich erworbenen Eigengutes
 sowie der Ersatzanschaffungen für solches
 Vermögen gehört, seinen Vorschlag.

Bis zum Beweis des Gegenteils wird ein
 Vermögenswert zum Vorschlag gerechnet.

本条第1項は、剰余の定義を規定する。こ
 れを図示すればつぎのとくである。



自己管理制のもとでの固有財産 Eigengut は、
 本条に述べたのとく、財産併合制のもとでの
 編入財産にあたる。すなわち、前記 図の ①、

②、① ~~は~~ 財産がそれである。しかし固有財産
 下、一方配偶者の死亡により婚姻の解消の際
 して、そのおへてか、生存配偶者もしくは死
 者の相続人に帰属する。前記「Art. L」はこ
 の旨を明言してはいないが、改正委員会はこの
 を当然のこととあり⁽⁹¹⁾。さらに、改正委員会の
 説明によれば、「固有財産はその大部分(定義
 の)遺産から成り立つことが多い。...死亡配偶
 者の両親より相続した財産は、その直系卑属
 (子、子~~ら~~、ひま~~ら~~)へと帰属せしめるとか、
 両親の意思に添うことになろう⁽⁹²⁾。かような
 理由から、固有財産たる前記①・②・③財産
 は、相続の対象たる遺産を形成し、夫婦財産
 法レウエールの剰余の分割から除外せられる。

他方、反対の立証がなされた場合は、ある
 物件は剰余財産の基礎財産に属するものと推
 定される。立証は、たとえば、財産目録や遺
 産分割契約書によつてなされるか、ある物件
 が、一方配偶者の固有財産に属する旨を主張
 する者は、その旨を主張・立証する必要がある⁽⁹³⁾

ることになり。

三、離婚の際の剰余の分割は後述「Art. N」
 に規定せられ、つぎの「Art. M」は、一方配偶
 者の死亡の際のそれを定める。

Bei Tod eines Ehegatten fällt sein Vorschlag
 zu zwei Dritteln an den Überlebenden und zu
 einem Drittel, unter Vorbehalt der erbrecht-
 lichen Ansprüche des Überlebenden, an die
 Erben des Verstorbenen.

Durch schriftliche Vereinbarung kann,
 unter Vorbehalt des Pflichtteils der Nachkom-
 men des Verstorbenen, eine andere Beteiligung
 am Vorschlag vereinbart werden.

Bedeutet die gesetzliche oder vereinbarte
 Vorschlagsteilung eine offensichtliche Härte
 für die Nachkommen, so kann der Richter
 auf deren Begehren eine abweichende Teilung
 anordnen.

これは、現行の財産併合制214条と比較し
 2、つぎの三頁を指摘するにとどめ⁽⁹⁴⁾。

すなわち、214条1項では、妻側が剰余の
 分を取得し、夫側がその分を取得するものと
 せられていたが、改正草案では、生存配偶者
 — それか夫であれ妻であれ — がその分を
 取得し、死者の相続人がその分を取得するも
 のとする(これら割合は、後述する草案214条1項に
 関しても同様の改正が予定せられる)。とくに夫の
 死亡した場合の妻の取得分が、大きくかわる
 ことになる。

すなわち、妻側の剰余受益者が、現行法では
 妻の直系卑属に限定せられていたが、改正草
 案によれば、妻の相続人も剰余受益者たる資
 格を有するものとする(草案214条1項も同様で
 ある)。この点も、妻が死亡し、その相続人が
 直系卑属以外の人である場合に、夫にとって
 大きな影響がある。

すなわち、現行の通説・判例によれば、214条
 3項により剰余持分が修正せられた場合におい
 て、これと元剰余の半分との妻に付する旨の
 夫婦財産契約が締結せられた場合においても、

夫の相続人は、遺留分侵害を根拠として、か
 かる夫婦財産契約を取消しえないものとする
 こと⁽⁴²⁾。しかし改正草案は、とくに死者の直
 系卑属に限定して、その遺留分を侵しえない
 ものとする。現行法のもとでの妻の剰余持分
 と改正草案のもとでのそれとは、大きな相違の
 存するとの基礎事情の違いを重視したものと
 思われる。

尚、離婚による婚姻の解消の場合には、そ
 の状況は、一方配偶者の死亡による解消の場
 合と異なり、大きく異なる。離婚に際しては、各配
 偶者それぞれ、自己の新たな生活を始める必
 要がある。そして両配偶者ともに、可能なか
 ぎり同じ経済的立場をもつことを望ましい⁽⁴³⁾。
 かかる考慮に基づき、各配偶者それぞれ剰余
 の半分づつの剰余を取得するものとする(14条)⁽⁴⁴⁾。

Bei Scheidung erhält jeder Ehegatte die
 Hälfte des Vorschlages des anderen.

Die Ehefrau kann jedoch unter Verzicht
 auf die Hälfte des Vorschlages des Ehemannes

ihren Erwerb nebst ihrem Eigen gut ganz behalten.

Bedeutet die eine oder die andere Teilungsart eine offensichtliche Härte für einen Ehegatten, so kann der Richter auf dessen Begehren eine abweichende Teilung anordnen.

まず第一項の趣旨を具体例を示そう。いまかりに、妻の剰余を4万フランとし、夫のそれと6万フランとすれば、妻の取得分 = 妻の剰余の1/2 + 夫の剰余の1/2 = 2万 + 3万 = 5万フランとなる(夫の取得分も同じである)。いいかえれば、各配偶者は、両配偶者の剰余の合計(すなわち、婚姻中取得せられたべき積極残額 Aktivsaldo⁽⁴⁵⁾)の1/2ずつを取得するようになる。

他方、第二項は、妻が夫の財産に対して1/2の剰余を放棄して、自己の収入および固有財産を保有する特権を認める。いまかりに、妻の剰余が7万フラン、夫のそれが3万フランとする。このとき第一項による妻の取得分は、 $(7+3) \times 1/2 = 5$ 万フランとなり、第二項によるそれは7万フランとなる。

この例から明らかになると、妻の剰余が夫のそれより多くなっているとき、かかる特権を妻が享受することはできる。改正委員会の説明によれば、妻がかかる特権を認めるのは、たとえ「婚姻中妻の収入から剰余を形成しえたときは、それにより彼等にとって、家事の遂行と並んで、特別な骨折をなしたことを意味する」⁽⁴⁶⁾からであるとする。

最後に、第三項は裁判官による剰余持分の修正を規定する。改正委員会の説明によれば、「第一項のいう1/2ずつの剰余の分割は、ある場合には、たとえ、剰余が全部一方配偶者の営業に投資されているとき、もしくは一方配偶者にとって(分割を拒むこと)非常な困難を意味するときもありうる。このような場合には、裁判官が異なる分割を命じる権限を有する」⁽⁴⁷⁾。一方配偶者の死亡の際と異なり、離婚の際には、すでに裁判官の由で訴訟が提起されており、彼ら当事者の財産関係を審理していることから、彼の任務を命令で解決

あるためには、級に必要の権限を与えておく
ことと望ましく、ゆえに⁽⁴⁸⁾ 裁判官にかかる権限
が認められるのである。

以上わけわけは、法定財産制に関する改正
草案の内容をみてきたが、契約財産制につい
ても、若干の改正が予定されているので、
以下その概要をみておこう。

3. 契約財産制

一、現行法定財産制たる財産併合制は、自
己管理制のもとでも、財産共通制等と同様に、
契約財産制の一つとして、その存続が予定せ
られていたが、若干の一部改正が予定され
ている。

まず第一に、配偶者として妻が夫に対する
窮乏について、通説・判例の原則としてこれを
否定する立場をとって、これはこととは、これを述べ
るべきとあり⁽⁴⁹⁾。しかし、改正草案は、前
記B条2項と同様と規定を、現行203条Aに規
定するべく提案する。すなわち、

Arbeitet ein Ehegatte bei der selbständigen
Erwerbstätigkeit des anderen in erheblichem
Masse mit, so hat er Anspruch auf eine
angemessene Entschädigung.

本条に予定せられる補償請求取の内容につ
いては、前記「Ant. B」に際して述べたこと（前
掲2. 三参照）が妥当であるので、ここに繰り返
えさない。

二、つぎに、妻の利益の保全に関する205条
1項は、つぎの点と一部改正が予定される。

Der Ehemann hat der Ehefrau jederzeit über
sein Einkommen und Vermögen sowie über den
Stand ihres eingebrachten Gutes Auskunft zu
geben.

本項は、自己管理制における報告義務を定
める「Ant. G」と同様に、財産併合制におい
ても、夫婦のその収入および財産について相互
に報告しあうことが正当である、との認識に
基づく⁽⁵⁰⁾。現行法のもとでは、妻は自己の編入
財産についての報告を求めた権利を有する

にとどまらず、改正草案によれば、夫の収入財産についても、報告をおこなうこととなる。

三、剰余の分割に関する214条1項も、つぎのとく一部改正せられる。

Ergibt sich nach Ausscheidung des Mannes- und Frauengutes ein Vorschlag, so gehört er beim Tod eines Ehegatten zu zwei Dritteln dem überlebenden Ehegatten und zu einem Drittel, unter Vorbehalt der erbrechtlichen Ansprüche des Überlebenden, den Erben des Verstorbenen.

上記により明らかとなる、生存配偶者——それか夫であれ妻であれ——の剰余持分が $\frac{1}{3}$ から $\frac{2}{3}$ とせられる(もちろん、現行法のもとでも、妻が死亡した場合の夫の剰余持分は $\frac{2}{3}$ とされるから、剰余持分に関するかぎり、夫にとつては現行法と同様といえる)。生存配偶者も、より多くの剰余の取得せしめる趣旨を有するものは、自己管理制におけると同様である。さらに、妻側の剰余受益者が直系卑属から相続人へと括

張せられる(その結果、妻死亡の場合に、妻側の収入が相続人となることにより、夫の取得令に現行法との相違が生じる)。学説の主張にしかたなくとものである。したがって、この点も自己管理制におけると同様の改正がなされるわけである。

他方、夫婦財産契約による剰余・不足の割合の修正に関して、214条3項を一部修正して、つぎの規定がなされる。

Durch schriftliche Vereinbarung kann, unter Vorbehalt des Pflichtteils der Nachkommen des Verstorbenen, eine andere Beteiligung am Vorschlag oder Rückschlag verabredet werden.

これら改正は、主としてつぎの二点に関する改正を意味する。まず第一に、夫婦の合意により、剰余・不足を修正できるとしても、とくに直系卑属の遺留令を害することがない(前述2. + 3参照)。第二に、剰余・不足の修正は、現行法のとく、夫婦財産契約によることを要せられ、これら夫婦間の書面による

合意を以てする。後者の場合は、新たな夫婦財産制を選択可能な場合のみ、夫婦財産契約という方式によることが可能なとの原則(前述1.参照)を反映した結果である。

最後に、前述14条3項と同様に、214条4項につきの規定が新設される。

Bedeutet die gesetzliche oder vereinbarte Vorschlagsteilung eine offensichtliche Härte für die Nachkommen, so kann der Richter auf deren Begehren eine abweichende Teilung anordnen.

五、つぎに、同じく契約財産制の一つである財産共通制 Gütergemeinschaft (214条-240条)は、自己管理制のものであるが、契約財産制の一類型としてその存続が予定されているが、若干の改定が予定される。

まず第一に、剰余の分割に関する226条1項は、つぎのとく一部改正が予定される。

An Stellung der Teilung nach Hälften kann durch schriftliche Vereinbarung eine

andere Teilung gesetzt werden.

上記改正は、夫婦財産制を選択可能な際は、夫婦財産契約の方式をふたえることが可能なが、その余の修正は、夫婦間の書面による合意を以てする(前述1.参照)とすることが延長線上の帰結である。

つぎに、現行法のもとでは、一般的財産共通制のほか、継続的財産共通制、制限的財産共通制、所得共通制等の3種の亜種が認められているが、改正委員会の見解によれば、かくのとく多様な財産制を認めるとは不審であり、いかに複雑とならばかであることがない⁽⁵⁷⁾。それゆえ改正委員会は、財産共通制としては、一般的財産共通制のみを存続せしめ、その他選択財産制に関する229条-240条を削除すべく提案する。

さらに、226条2項に関して、若干論議せられた。同項によれば、死亡配偶者の直系卑属は、夫婦間の夫婦財産契約によっても、共同財産の1/4を奪われたいものとされる。と:

うが、死亡配偶者の両親や兄弟姉妹のほかに、その他の親族にとつては、かかる制限は存しない。それゆえ、直系卑属の存しない夫婦は、夫婦の一方の死亡に際して、夫婦が相互に共通財産のすべてを取得する旨の夫婦財産契約を締結することによつて、これらの者の相続権を完全に排除することが可能となる。

かような事実を前提として、改正委員会では、夫婦財産契約により、共通財産のすべてが生存配偶者に帰属するときは、生存配偶者の死亡後に、被相続人の相続人に、その半額を帰属せしめようと考えられたが、しかし結局は、これから法律関係を複雑ならしめる危険がある。さらには、子のない夫婦は、終意処分により、相当な処分をなすうまとの考慮から、さうな規定を設けることは断念せられた。⁽¹²⁾

六、法定財産制として予定せられる自己管理制度は、下に述べるごとく、別産制の一種である。すなわち、自己管理制度と並んで、

夫婦契約財産制としての別産制(241条-247条)を存置すべきか問題とせられたが、改正委員会の結論は、存置すべきに落着いた。別産制に際しては、自己管理制度におけるとく、他方配偶者の剰余についてその持分を求めるという権利を相互に有しない。しかし、たとえ子のない夫婦も、各自が多くの収入と財産を有していて、経済的に独立している夫婦にあっては、なお完全な別産制が望ましいこともありうる。このゆえに、別産制に存続せしめられた。別産制においては、収入・財産についての相互の報告義務は存しないという点にも、この制度のメリットがある。

別産制に服してゐる夫婦も、他方配偶者の死亡後、その取得物 Erwerb の一部を、相互に取得したいとの希望をもつことがある。それゆえ改正委員会は、241条3項に7項の規定を新設すべきものとす。

Die Ehegatten können schriftlich vereinbaren, dass dem einen bei Auflösung der Ehe ein

^{1x11-7}

Anteil an dem während der Ehe entstandenen Vermögenszuwachs des anderen zufällt.

七、最後に、自己管理制の導入およびその他の改正とともに、施行規定として、つぎの各条がストの同意せられている。

Uebergangsrecht → 中々へ

Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes tritt für die Ehegatten, die in diesem Zeitpunkt unter dem Güterstand der Güterverbindung stehen, unter Vorbehalt von Abs. 2 der Güterstand der Eigengenverwaltung ein.

8P. Sie verbleiben unter dem Güterstand der Güterverbindung, jedoch mit den Aenderungen gemäss diesem Gesetz, wenn sie innert Jahresfrist ihre Erklärung, diesen Güterstand beizubehalten, dem Güterrechtsregister zur Veröffentlichung einreichen.

Haben sie vor Inkrafttreten dieses Gesetzes einen anderen Güterstand vereinbart, so verbleiben sie unter dem Güterstand des Ehevertrages, jedoch mit den Aenderungen nach diesem Gesetz.

脚注

第14節脚注

- (1) 改正草案の内容を、ドイツ法と比較力を文献として、さしあたい Haller 論文 (1971年) が有益であろう。その他、拙稿「スイス年報」¹⁹⁷² 245-46頁、同「年報」⁽²¹²⁾ 1973 44頁、45頁引用文献参照。
- (2) 二つについて、Stocker 連邦裁判官判事と Deschenaux フライブルグ大学教授の報告原稿が公表されている。siehe Stocker, W., Zum schweizerischen Ehegüterrecht. Referat und Mitteilungen. ZSR nF 76 (1957) S. 329a ff. (SA. Schweizerischen Juristenverein. Referate und Mitteilungen. Heft 3, 1957. Zum Schweizerischen Ehegüterrecht. Revisionspostulate und Auslegungsfragen. Referat von Dr. Werner Stocker, Bundesrichter. Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1957. ちなみに、本論稿は、ZSR 誌の SA であるもので、双方とも頁数は、たゞ同一である); Deschenaux, H., Revision du régime matrimonial. Referate und Mitteilung. Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1957. S. 485a ff. [= ZSR nF 76 (1957) S. 485a ff.].
- なお、草案が提示されたまでの改正への

努力にっしては，z.B. Knadolfer S.19 ff.

(3) 現行の通常財産制にっして、賛成・反対の論拠を要約する資料として，Studienkommission S.113-16.

(4) 改正委員会は，1957年12月13日付連邦司法・警察省の命により設置され、女性2名を含むものの6人のメンバーより構成される。おのち、又シャートル大学教授 J.-M. Grosse (委員長)、スイス婦人協会副会長 E. Nägeli 嬢、L. Ruckstuhl 夫人、チューリッヒ後見官庁副長官 G. Spitzer、連邦裁判所判事 W. Stocker、さらに連邦司法省から A. Muff 氏。おびて法学博士の称号を有するものはいうまでもないが、女性2名を含むおあび各委員の出身地が、順に又シャートル、グインタートール、グール、チューリッヒ、ローザンヌ、バールンと分布して、いかにもスイスらしい。

なお、この委員会は、養子法(おびて改正・施行せられ)、非嫡出子法、夫婦財産制の3部門の改正のため設置せられた。委員会の課題等にっしては，Studienkommission S.2 ff.

(5) ~~改正~~改正草案が公表せられたのは、1966年4月

5日、連邦参事会 Bundesrat, conseil fédéral は、連邦裁判所、各種連邦官庁、カント政府、その他33種の利害関係団体を招き、第1次草案に對する意見の提示を要請した。1971年4月連邦司法・警察省は、これらより提示せられた諸意見を各案又別に要約して、「第1次草案に對する改正意見書」を出版した。これには、«Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Bericht und Vorentwurf der Studienkommission Grosse vom 13. Juni 1962 und 28. Juni 1965 über die Revision des Familienrechts. F. Das eheliche Güterrecht (Art. 178-241 ZGB)» (zit. Zusammenstellung) の名が付せられたり。

(6) vgl. Studienkommission S.117.

(7) z.B. Stocker S.371a ff.

(8) vgl. Studienkommission S.123.

なお、五十嵐教授は、Haller 論文にまつ、新法定財産制の内容は全体として、「西ドイツの剩余共同制に近似したものである」(五十嵐清・比較民法学の諸問題 1976年一粒社)

225頁脚注16^二参照)と述べられ、さらに、Kradolfer氏によれば、ドイツ民法の付加利得共通制と同様に、「相互の剰余清算をとてこう別産制」 eine mit gegenseitigem Vorschlagsausgleich reombinierte Gütertrennung と表現される (Kradolfer S.26).

(9) とくに、Deschenaux S.482a がこれを強調する。

(10) Hierzu ZSR 76 (1957), Voten Schweizer S.639a, Lemp S.46a, Leuch S.654a 等の各意見参照。

(11) Studienkommission S.117ff. ために少数意見が示される (op. cit. S.118ff). その他, Zusammenstellung S.25ff (72-77に高裁意見) および S.136ff (法律家協会意見) 等参照。

(12) 詳細については、拙稿「夫婦財産契約」(2) 66頁以下参照。

(13) 詳細については、拙稿「夫婦財産契約」(2) とくに 77-92頁参照。さらに、おかしな規制に対する批判として、同67頁脚注2引用の諸文献をみよ。

(14) これについては、夫婦間で安易な合意がなされる危険があるとの理由により、反対の子見解が少なくない。とくに特有財産については、拙稿「法定特有財産」108-9頁参照。

(15) 以上については、siehe Studienkommission S.120f.

(16) 以下については、siehe Studienkommission S.121f.

(17) ちなみに、自己管理制のもとでは、各配偶者の特有財産は、契約財産制(とくに、財産併合制および財産共通制)のもとでのみ登場する(拙稿「法定特有財産」107頁参照)から、特有財産の財産団が生じない。 auch vgl. Kradolfer S.26 Anm. 5 und dortige Zitate.

なお、Kradolfer S.26は、草案A条・B条とともに、編入財産(固有財産の意)、収入、各自の剰余の4種の財産団に分けている。本文中の分類は、改正委員会の説明に1たがった。

(18) Studienkommission S.138 はこれを明言する。

(19) 詳細については、拙稿「法定特有財産」77頁以下参照。

(20) vgl. Studienkommission S.125 あり引用。

なお、とくに夫の営業行為による寄与を根拠として、妻が191条3号の特有財産を取得するからといって、拙稿「法定特有財産」87頁以下参照。

(21) 改正草案も、財産併合制に降ろす同様の規定に際して説明に際して、「633条にのみ直系

さらに、3月後の改正内容について、拙稿「スイス法における直系卑属の寄与——1972年改正法について」(資料> アカデミア 54号(1977年) 頁以下。

卑属の補償請求権と同様の請求権」であることを明言する (vgl. Studienkommission S.146).

ちなみに、卑属の両親に対する寄与については、拙稿「相続人の寄与」(2)に(1)が「スイス法」を扱う。なお、この分野の最新の研究として、Imhof, B. M., Die neuen Bestimmungen zum Lidlohn (Art. 334, 334^{bis} und 603 II ZGB). Diss. Freiburg/Schweiz. Brig, Tscherrig Verlag, 1975. 154 S.

- (22) vgl. Studienkommission S.126 及び 311ff.
- (23) Studienkommission S.126. なお、現行法のもとでの反証については、z. B. Lemp, Berner Kommentar Art.197 N.20.
- (24) Studienkommission S.127.
- (25) Studienkommission S.127.
- (26) vgl. Studienkommission S.127f.
- (27) vgl. Studienkommission S.129 及び 311ff.
- (28) 2項は、(字) Knapp S.142 Nr.468 に「たが」たとのこと。auch siehe Lemp, Berner Kommentar Art.204 N.22.
- (29) vgl. Studienkommission S.131 である。

- (30) VE Art.171 Abs.1: Der Richter hat auf Begehren eines Ehegatten nötigen falls die Beiträge des einem Ehegatten an den andern für dessen Unterhalt und die laufenden Bedürfnisse des Haushalts festzusetzen.
- (31) vgl. Studienkommission S.132.
- (32) siehe Studienkommission S.132; Kradolfer S.26.
- (33) z. B. Deschenaux S.328a; Kaufmann, ZSR 76 (1957) S.650a.
- (34) vgl. Studienkommission S.133.
- (35) siehe Studienkommission S.134f.
- (36) siehe ZSR 76 (1957.), Voten Billeter S.641a; Kaufmann S.649a; Leuch S.653a.
- (37) vgl. Studienkommission S.136 及び 311ff.
- (38) Studienkommission S.137 は「これ」を明言する。
- (39) siehe Studienkommission S.138.
- (40) vgl. Studienkommission S.138 及び 311ff.
- (41) 剰余分割については、改正草案は詳細な解説を付している (vgl. Studienkommission S.138-45). 詳細については今後の研究に俟てたい。
- (42) 第五章第3節3. 6 参照。
- (43) vgl. Studienkommission S.145.

(44) 最近の資料によれば、婚姻継続年報は、右図のごとくである (vgl. Deschenaux/Tercier, Le Mariage et le divorce. Berne, ed. Stämpfli, 1974. S. 88. 以下詳細には, Bühler, Berner Kommentar

婚姻継続年数	
0~1年	5.80%
2~5年	29.13%
6~9年	21.95%
10~19年	28.46%
20年以上	14.78%

Einleitung zu Art. 137 S. 81) が、改正草案の七とでも、剰余料分の割合は、婚姻年数の長短により影響をうける。ちなみに、離婚の訴が認められる割合は、しだいに高くなりつつある。参考のため、統計数値を示しておく。

	訴の総数	却下数	離婚数
1915	1,706	110 6.45%	1,536 90.04%
1935	3,261	165 5.06%	3,015 92.46%
1945	4,066	223 5.48%	3,726 91.16%
1955	4,690	186 3.97%	4,416 94.16%
1965	5,192	129 2.48%	4,977 95.86%
1970	6,520	94 1.44%	6,405 98.24%
1971	7,157	94 1.31%	7,035 98.30%

出典: Deschenaux/Tercier, a. a. O., S. 88.

上記数値は、当該年度に訴えられたものの、この程度承認されることを示すものである。

さらに、離婚時の子を有する夫婦が99% (vgl. Deschenaux/Tercier, a. a. O., S. 88)。この点も、わが国における相違事情が異なるものと見られる。

子の数	1951年	1971年
0	48.00%	39.26%
1	26.08%	28.04%
2	16.16%	20.99%
3以上	9.78%	11.34%

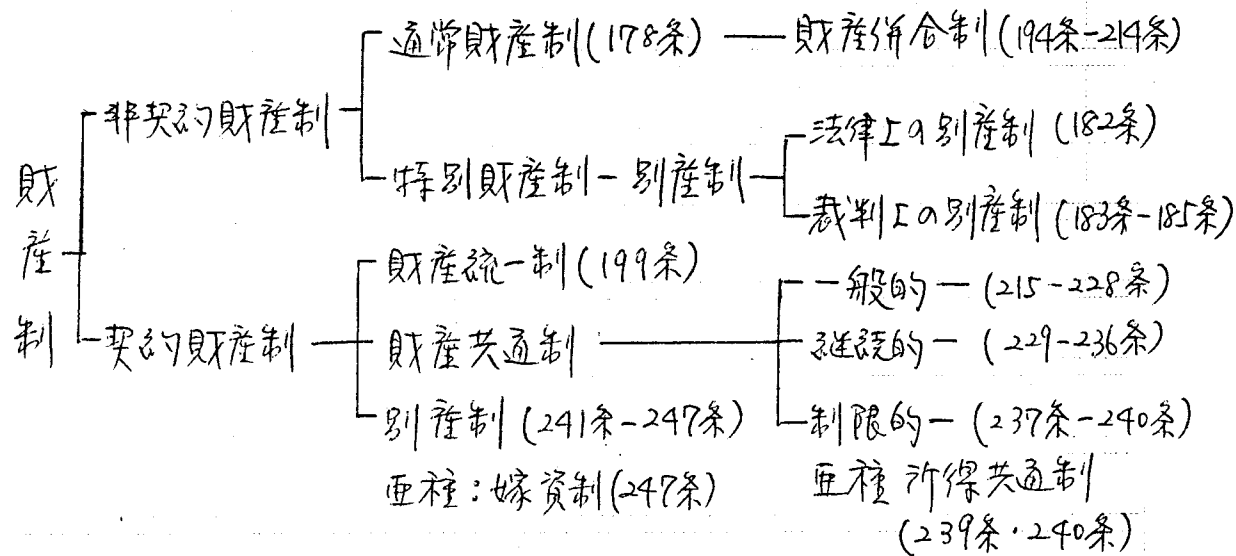
- (45) Studienkommission S. 145 にある。
- (46) vgl. Studienkommission S. 145 あり引用。
- (47) vgl. Studienkommission S. 146 あり引用。
- (48) vgl. Studienkommission S. 146.
- (49) 連邦裁判所判決とて、z. B. BGE 74 II 202 (五章五節 脚注 9 参照), 82 II 94 (一章〇節 脚注 〇〇 参照)。
- (50) siehe Studienkommission S. 147.
- (51) siehe Studienkommission S. 149.
- (52) vgl. Studienkommission S. 149.

才^{十五}節 契約財産制

これまで紹介した法定財産制及び財産併合制に関する説明の下から、契約財産制のしほ登場した。法定財産制を理解するにも、契約財産制に関する理解を必要とする。さらには、一口に別産制といっても、国によりその中味が異なる。たとえば、同じスイスを例にとっても、現行財産併合制において、各配偶者の編入財産がそれぞれ配偶者の所有に帰すると、いう意味では、財産併合制もまた別産制だといえる。ところがその内容は、契約財産制の「別産制」とは著しく異なる。他方、自己管理制も別産制の一種ではあるが、改正草案のもとではこれとは別に、契約財産制としての「別産制」が存在する。かような認識を以て、法定財産制についての理解を補足するために、本節において契約財産制の骨組を概観して置く。

契約財産制の内容をみる前に、夫婦財産制全般の構成を示しておく。民法才六節「夫婦

財産制」は、つぎのとおり内容を有している。



夫婦の財産関係は、まず夫婦財産契約のしから、形成され、これによつて契約財産制の選択せられない場合以外は、法律によつてもしくは裁判官によつて特別財産制の生じられるが、通常財産制及び財産併合制にしろかうと異なる。契約財産制の選択せられるのは、おおよそ2~3%程度だといわれらるる。

1. 財産共通制 Gütergemeinschaft

財産共通制は、前述のとおり、夫婦財産契約により選択せられる契約財産制のうち、

ある。Tuor教授によれば、夫婦内に共通の子が存在しない場合に適用される財産制だとされる。⁽²⁾
 その理由についてはこの説明は正しではないが、おそらく剰余の持分、法定財産制の場合と異なり、各配偶者それぞれが1/2とされることによるので、子への影響が大きくなるであろうと思われる。財産共通制には、さらに図示されていないごとく、三種のものが存在する。しかしながら、三種のうち最も、一般的財産共通制が主要形態であり、その他の二種は、機能的にも従属的であると考えられている。この財産制は、夫婦の財産から一つの共通財産を構成し、各配偶者間でも共同してその所有者となるという点では、法定財産制とは大きな相違がみられる。ところが、個々の条文を財産併合制のそれと比較すれば明らかになると、215条以下のテキストは、その大部分用語上194条以下によっている部分も少なくない。とくに221条の債務責任のテキストは、用語上も208条のそれと全く同一文字が用いられている。

(1) 一般的財産共通制 *allgemeine Gütergemeinschaft*
 この財産制においては、夫もしくは妻の編入財産が、経済的および法的にも統一財団に結合される。夫および妻は、編入財産についての本来の所有権を失ない、共通財産 *Gesamtgut od. Gemeinschaftsgut* についての共同所有者 *gemeinschaftliche Eigentümer* となる。言い換えれば、共同所有者は夫婦内に、物権編入共有 *Miteigentum* と呼ばれる合手的共同体 *Gemeinschaft zur gesamten Hand* が生じるのである。各配偶者が婚姻当時所有する財産、婚姻中に取得される財産およびその他の収入・収益は、特有財産を除き、すべて夫婦の共通財産となる。その反面、すべてが不足については、夫婦が共同して負担しなければならない。これらの点は、法定財産制の際と著しく異なっている。

これに注意すべきことは、夫婦それぞれの財産および収入が共通財産を構成するが、特有財産はこれから除外される点である。特有財産

は、法定財産制の際と同様に、当該特有財産の所有権者たる配偶者の所有、管理・用益・処分を服する。この点は別稿にて詳述したのと、これ以外には立ち入らない。

以上のより明らかになると、この財産制のもとは、抽象的には、共通財産と各配偶者の特有財産とが存在する。財産併合制においては、一方に各配偶者の編入財産、所得およびそれらを総括した夫婦財産が存在し、他方に各配偶者の特有財産が存在した。しかも、個々の財団とそれらについての所有構成は異なり、この結果、財産共通制のもとの財産構成および所有構成は、別産制とは異なる。しかし、財産併合制のそれよりも、遙かに単純なことが知られる。

以上のことより基本構造から、以下の具体的権利・義務関係が生じる。

1) 共通財産の管理・処分 共通財産に属する物件を管理権の様を起して処分するには夫婦共同もしくは他方配偶者の同意のもと

に、一方配偶者のよりなされることを要す(217条1項)。この場合、財産の出所、すなわち、処分の対象たる物件が夫婦のいずれの編入財産であるかは考慮されない(法定財産制と比較せよ)。同意の欠如があることについて善意の第三者は、財産併合制の際と同様に保護される(217条2項)。

他方、妻もしくは夫が相続放棄をなすには、他方配偶者の同意を必要とする(218条1項)。財産併合制においては、妻の相続放棄については、夫の同意が要求せられた(204条1項)が、財産~~併合~~^{共通}制では夫および妻が等置せられて、この同意が拒絶せられた場合には、一方配偶者は、後見官庁の裁決を求めるところとなる(218条2項)。この点も、財産併合制の場合(204条2項)と異ならず同様である。財産併合制では、裁決を求めるとは、つねに妻が不在で、この点では各配偶者がこれを求めうることは異なることがない。しかし、相続放棄については他方配偶者の同意が要求せられることがなく、相続放棄契約については、これ

を不安と解するの判断例の立場にある。なお
 共通財産それ自体の処分ではないから、これに
 対する持分を処分する際に、同様に他方配
 偶者の同意をうけることを要する(215条2項)。

管理行爲の権限は、財産併合制の際と同様
 に、夫婦共同体の代理に關する規定にしたが
 う。すなわち、夫が共通財産を管理し(216条1項)、
 妻は夫婦共同体を代理する権限を有するから
 りにおいて、共通財産の管理権を取得する(216
 条3項)。管理に要する費用は、共通財産の負担
 とする(216条2項)。

2) 債務責任 第三者に対する債務は、
 共通財産から支払われるから、法は以下に述べら
 れる諸債務について、共通財産による責任と並
 んで、夫もしくは妻の個人的責任をも定める。
 219条によれば、夫はつぎの債務について、そ
 の特有財産および共通財産をもつて責任を負う。

- 一 配偶者双方の婚姻前の債務
- 二 妻が夫婦共同体を代理することにより
 して負担した債務

三 その他、夫が婚姻中に負担した債務も
 しくは妻が共通財産の負担として負担した債務
 他方、220条によれば、妻はつぎの債務につ
 いて、その特有財産および共通財産をもつて
 責任を負う。

- 一 婚姻前の債務
- 二 妻が夫の同意を乞取、もしくは夫の利益
 のために後見官庁の承認をえて負担した債務
- 三 日常の職業もしくは営業を行うに際
 して生じた債務
- 四 自己のために開始した相談によつて生
 じた債務
- 五 不法行爲によつて生じた債務

共同財産のその他の債務に關しては、妻が
 特有財産をもつて、責任を負うことにはならない(220
 条3項)から、例外的に、共同家政のために自己も
 しくは夫によりて負担せられた債務に対しては、
 共通財産および夫の特有財産からこれを併済する資力を
 有する場合には、妻の特有財産が第一
 次的な責任を負う(220条2項)。

最後に、婚姻中および婚姻解消後において、妻の持所有財産のみをもって責任を負えなければならない。いわゆる持所有財産債務 Sondergutsschuldenとして、221条1項は、つぎの債務を列挙する。

- 一 持所有財産債務として負担した債務
- 二 夫の同意をえ取して負担した債務
- 三 夫婦共同体の代理権限を踰越して負担した債務

これら諸債務は、法定財産制の際の妻の持所有財産債務(208条参照)とほぼ同一規定である。

いふにせよ、テキスト上共通財産のみが、責任対象となる債務は存在しない。なお、共通財産制の継続中、共通財産の負担に属する債務について強制執行された場合は、夫に対して行われる(222条)。

3) 死亡による清算 財産共通制は、離婚(154条)、他の財産制へ移行するための新法による夫婦財産契約の締結(179条1項)、特別財産制の開始(182条以下)、さらには一方配偶者の死亡(225条)等により解消される。財産共通制が解消された

ことにより、共通財産の清算が行われることを要する。清算の際には、統一的財産複合体 einheitlicher Güterkomplexとしての共通財産が全体の清算の対象となる。したがってこの際、法定財産制におけるごとく、各自の持入財産を分離することを要しない。むしろここには、妻は、剰余のみならず、不足についても持分(負担部分)を有する。

ただ不足の負担については、民法典は、カントン古法以来の慣習法に由来して、共通財産債務 Gesamtgutsschulden に対する生存妻の責任を制限する。すなわち、妻は、共通財産の清算によって受ける財産価格を限定して、共通財産債務に対して責任を負えなければならない(227条3項)。逆にいえば、妻は、自己に帰属すべき持分を放棄することにより、共通財産債務に対する責任を免れることができる。もっとも、かかる責任は、債務が共通財産債務にかかわる場合に限定せられるから、共通財産債務を取り目的に自己の債務でもある場合(たとえば、

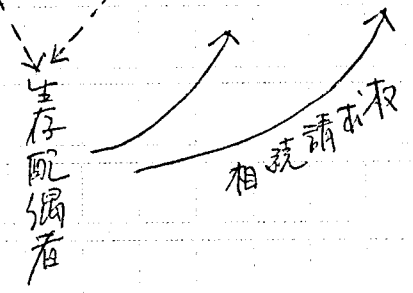
220条債務)には、前記法理の適用はない。これに
反し、妻が死亡し、生存配偶者が又である場
合には、妻の場合と異なり、共通財産のすべ
ての債務に対して責任を負う。

ここでは、死亡の際の清算についての説明し
よう。配偶者の一方が死亡したときは、
夫婦財産法上の清算される。

特 共通財産 特

↓ 夫の死亡

特 1/2 1/2 特



ここでも生存配偶者も、
相続人たる資格を有
するが、被相続
人の相続人として、
その相続法上の権利
(相続権)を主張するこ
とができる(225条2項)。

しかしこれでは、生存
配偶者が相続資格者であるときは、離婚によ
って取得する場合以上には取得しえない(225条
3項)ので、夫婦財産法上の清算に基づく、共通財
産の半のものを取得することになる。その意味
では、相続資格に乏しいことは、夫婦財産法上の

清算には影響を及ぼさない。以上清算割合
は、当事者間で別段の合意の存在しない、法
定のそれである。夫婦が、夫婦財産契約によ
り、法定の清算割合と異なる割合を合意した
ときは、遺産が法定相続分に優先するのと同
様の理屈により、夫婦財産契約に基づくそれ
が優先する(226条1項)。⁽⁵⁾ 夫婦財産契約によ
り異なる合意がなされたときは、一方配偶者の
死亡の際のみならず、離婚の際にも、合意さ
れた割合に分割される。このような契約は、
相続法上の契約ではなく、夫婦財産法上の契
約である。⁽⁶⁾ しかし、夫婦財産契約の方式によ
らずに、相続契約の方式をとったときは、相続
契約と解される。⁽⁷⁾

ところで、夫婦財産法上の契約として、夫
婦財産契約による清算割合が、無制限に当事
者の自由に委ねられれば、結果的に相続財産
が存在しなくなり、このことは被相続人の相
続人、これによる直系卑属の利益を害する危
険がある。よって法は、かかる夫婦財産契約

の自由に一定の制約を認めらる。すなわち、被相続人の死亡の際に「現存する共通財産の1/4」
 Viertel des bei seinem Tode vorhandenen Gesamtvermögensは、死亡した配偶者の直系卑属から奪い元々のもものと定める(226条2項)⁽⁸⁾。

死亡配偶者の犠牲にないで、生存配偶者を優待する目的で、これとえば「3/4」のことになることがある。

① 財産併合制から財産共通制へ移行する。

② 可決の財産~~併合~~^{共通}制に服している際には、分割(すなわち清算)の比率を1:3とする。

①、②のいずれも、才三者に対する責任はさておき、夫婦財産関係の内部問題であるので、夫婦財産制登記簿への登記を怠らぬので、抽象的に見ればかような合意のなされた危険は~~低い~~高い。よって判例は、直系卑属の相続権の保護を第一として、一方配偶者の死亡直前に死亡を考慮して締結せられた、分割割合についての合意を無効と解し、その根拠を権利濫用の法理におく⁽⁹⁾。

以上のとき基本的構造に比し、若干の例外が存する。

① 分割の際して、生存配偶者は、自己の編入した財産物件から債務を清算して、自己に引渡すべく請求しうる。しかし、死亡配偶者の相続人は、かかる権利を有し得ない⁽¹⁰⁾。

② 分割は持分にして行われざるべからず、離婚の際(154条)および別産制への移行の際(189条)の編入財産にして行われざるべし。

③ 夫の破産もしくは共通財産中のある物件の差押の際しては、妻は、財産併合制の際と同様に、現物として存在する財産を、自己の所有物として返還請求することはできない。しかし、自己の編入した財産に代えて、この財産の価格に応じた債権的権利を主張できる。この債権は、その1/2を限度として破産特権Konkursprivilegをうける(224条)。

(2) 継続的財産共通制⁽¹¹⁾ fortgesetzte Gütergemeinschaft
 この財産制は、夫婦間の財産制ではなく、一方配偶者の死亡後、生存配

偏存とその共通の子との間に適用された財産制である。その意味では、本来の夫婦財産制ではない。この財産制は、家族の利益のために、一方配偶者の死亡を超えて財産共通制の効果を存続させるものであり、所有関係の共通性と経済的支配の共通性を実現するものである⁽¹²⁾。

1) 成立 財産共通性を継続する場合は、当事者の自由意思がなければ生存配偶者と共通の子との間の合意に基づく。この合意は、別段の方式を必要としない。財産共通制の登記せられていれば、死亡配偶者に代えて子を登記すれば、本財産制の成立する。その際、共通の子の^て同意を要するわけではない⁽¹³⁾。子はその意思に反して継続的財産共通制への加入を強制せられることはない。しかし、未成年の子がこれに加入する場合は、この子の利益を主たる制度的保障として、法は後見官の同意を要求する(229条2項)。

2) 範囲 死亡配偶者の死亡前に存在した共通財産はそのまま凍結される。それから

2、本財産制の終了せられた後も、前述した夫婦財産法上の清算はもたらさるること、相続法上の清算、おなじく遺産分割請求権も生じない(229条3項)。この共通財産は、従来の夫婦財産法上の財産制の継続中生じる当事者の収入(Einkünfte und Erwerb)等より構成される。ただし、相続もしくは贈与等により、一方当事者に無償で帰属した物件は、原則として、これを後継者の持所有財産となすので、当事者の別段の合意をしなければ、これら物件は、共通財産から除かれる(230条2項)。それと並んで契約により特有財産を設定することも可能である。

おなじくの子の継続的財産共通制を欲する^{とはか}が~~ない~~がらない。つまりAは、ここから除外ないし脱落したときは、財産共通は、従来のAの夫婦財産について成立する^{とはか}ならない。Aの相続分がAに分割されたことを要する。その際では、225条(法定の分割割合)もしくは226条(夫婦財産契約に基づく分割割合)により、

夫婦財産法上の清算をなし、これを基礎として、死亡配偶者の遺産の範囲を確定し、Aの相続分が決まる。すなわち、この間の共同財産の範囲は、Aの相続分を控除した財産ということになる。

生存配偶者が夫または妻であるかにかかわらず、この財産制の代表者 Haupt は、生存配偶者である。これは具体的に、共同財産についての管理権、代理権が生存配偶者に帰属するという形で登場する(231条1項)。しかし、子が成年に達していれば、当事者間の合意によって、これらの権限を、当該成年子に委ねることも可能である(231条2項)。

3) 解消 継続的財産共同制の解消原因として、法は四種の解消原因を定める。すなわち、①意思表示による解消、②法律による解消、③判決によるそれ、④子の一人の婚姻・死亡によるそれ、等である。これらの解消原因は、財産共同制それ自体の解消原因となることもあり、当該子が共同制から脱退すること

とにより、交通制をなお継続することは可能である⁽¹⁴⁾。

① 意思表示による解消 生存配偶者はいつでもこの財産制の解消を意思表示することができ(232条1項)。また成年の子は、同様にいつでも各自もしくは共同して、財産共同より脱退できる(同条2項)。子が未成年の場合には、後見官がその旨の意思表示をなす(同条3項)。

② 法律による解消 法の定めによる一定の事実が生じた場合に、解消せしめられる。たとえば、生存配偶者の死亡・再婚、生存配偶者もしくは子の破産がその例である(233条1項1号・2項)。しかし、子の一人が破産したばかりの場合には、その他の当事者からこの子の脱退を請求するにことよって、なお財産制の解消を回避し、これを継続することは可能である。これは、いわゆる相対的解消といえる。

③ 判決による解消 債権者が配偶者もしくは子の一人に対して差押えをなしたか、

債権が満足せられぬときは、判決以下で
 財産制の解消を申し立てることになり(234条1項)。
 しかしこの場合、子の一人の債権者より解消
 を申し立てられたいと希望するときは、残余の当
 事者から、その子の脱退を請求することにより、
 解消を回避することが可能である(同条2項)。
 これも相対的解消といえる。

③ 子の死亡・婚姻による解消 子の一
 人が婚姻したときは、残余の当事者は、その
 子の脱退を請求することになり(235条1項)。

他方、子の死亡したときは、その子の直系
 卑属を遺しなかったかにより異なる。もし、
 直系卑属を遺してあるときは、子が婚姻し
 た場合と同様に、子の直系卑属の脱退を請求
 することになり(同条2項)。直系卑属を遺し
 ないで死亡したときは、その持分は原則として、
 共同財産に残留する。しかし、共同制に参加
 してないとしても脱退した兄弟姉妹の請求
 権は留保される(同条3項)。

4) 分割 継続的財産共同制の解消

その子の一人の脱退に際して分割及び清算は、
 一般的財産共同制の際のそれ(225条)に比べて、
 行われず。したがって、共同財産の各は、
 生存配偶者側(それが死亡しているときは、そ
 の相続人)へ、他の各は先死した配偶者側、す
 らわくその相続人へ帰属する。その際、生存
 配偶者は、子に帰属する持分に対し、相続法
 上の請求権(462条-64条)を有する(236条2項)。注意
 すべきは、これら夫婦財産法上の清算も相続
 法上の分割は、先死した配偶者の死亡の時点
 での財産状態を基礎とすることができる。清算
 及び分割の時点でのそれを基礎とすることは
 ある(236条1項はこれを明記する)⁽¹⁵⁾。なお、分割・
 清算の時期については、不適当な時期(Unzeit)
 にないという制約がある(236条3項)。

(3) 制限的財産共同制 beschränkte Gütergemein-
 schaft 制限的財産共同制は、夫婦財産
 契約により、特定の財産物件もしくはある種
 の財産(たとえば土地)を、共同財産から除外する
 ことにより設定される(237条1項)。財産共同

制を選択する際に、かような除外を合意するの
を通常とするが、いかん一般的財産共通制に
服し、後日あらためて夫婦財産契約により、
特定物件が除外せられることもある。制限的
財産共通制には、下記の三種の型態が認めら
れる。

1) 別産制をともなう制限的財産共通制
夫婦財産契約により、共通財産から除外せら
れる財産(以下これを、除外財産とす)が、別産
制の規定に服する場合である。民法は、除外
財産が、いかん財産制に服せしめられるか
について、当事者間に別段の合意がなされな
いときは、これを別産制に服するものとす
る(237条2項)。したがって、別産制をともなう制
限的財産~~共有~~共通制の原則であり、後述する二種
のそれは、これの亜種と考えられる。

2) 財産併合制をともなう制限的財産共通制
除外財産を、夫婦財産契約により、法定財
産制に財産併合制に服せしめられる場合にこれ
にあたる(238条1項)。しかし、明示的に財産

併合制に服せしめざる旨の合意がなされず、夫
婦財産契約により、とくに妻の除外財産を、
夫の管理・用益に委ねる場合がある。か
ような場合には、当事者は、~~除外~~除外財産を財産
併合制に服せしめる意思が存するものと推測
される。この民法は、これを推定する(238条2
項)。かような推定がなされるのは、妻の除外
財産にかざられる。この点、238条2項の規定
から明白であるが、論理的にも夫の除外財産
を妻の管理・用益に服せしめたとして、財
産併合制に適合しない。したがって、かよう
な場合には、原則にもとり、別産制をともな
うそれが適用されることになる。

3) 所得共通制 *Erzungenschaftsgemeinschaft*
共通財産の範囲を、夫婦財産契約により、婚
姻中の所得(*Erzungenschaft*)に制限する場合
これにあたる。この所得とは、婚姻中取得
せられる物件をとり、編入財産 *eingebachte*
Vermögenswerte の代償として取得せられる物件は
これから除外せられる(239条2項)。所得の意

義・内容は、夫婦財産の説明の折に説明して
あり、それ譲子。

この財産制が選択せられることにより、所
得に含まれる財産は、財産併合制のときとは
異なり夫に帰せられ、夫婦に共通して帰属す
ることとなる。すなわち、所得以外の除外財産、
すなわち、婚姻当時各配偶者が有した財産と
婚姻中各配偶者に帰属した編入財産は、
法定財産制に服する(239条3項)。すなわち、
この財産制のもとでは、所得の処分は、夫婦
共同で行われ、夫婦の除外せられた編入財産
の処分は、法定財産制に服する^⑫。

共通財産制の解消に際して、剰余は、各配
偶者がそれぞれ半ずつ取得する。一方配偶者
の死亡による解消に際しては、生存配偶者の
半、死亡配偶者の相続人の半をそれぞれ取得
する(240条1項)。生存配偶者の、さうして相続請
求権を有する場合は、一般的財産共通制等と同
様である。他方、不足は夫もしくはその相続
人の不足である。不足は妻により惹起せられる

旨に証明せられれば、妻が負担する(240条
2項)。ただし、夫婦財産契約により、剰余・
不足の分配・負担について、別段の合意をなす
ことは可能である(240条3項)。これらの点は、
法定財産制の際と同様である。

2. 別産制 Gütertrennung

別産制は、法律的には最も単純な夫婦財産
制である。ここには各配偶者が、自己の財産
の所有権者であり、管理・用益・処分権者不
ある。いっかえれば、別産制のもとでは、夫
婦は、原則として夫婦財産法上の影響をうけ
ず、婚姻の人的効力に基づく効果をうけるこ
ととなる。夫婦財産法上の影響をうけるのは、
夫婦共同体を形成することから生じる効果に
かぎられる。

別産制に服する夫婦も、夫婦ではないが、
婚姻の人的効力に服する。したがって、これ
を夫が家長であり、夫が妻の住所を決定し、
対外的に夫婦共同体を代表する。他方、妻は、

いわゆる鍵の権利を有する。その他、各配偶者は、159条に規定される相互の義務を負う。また、他方配偶者に対する強制執行の原則として禁止される(173条)。

これに反し、財産法上の関係では、相互の依存、従属関係は存しない。したがって、妻は夫と同様に、自己のすべての財産について所有権を有する。各配偶者はそれぞれ自己の財産について、管理権、処分権を有し、さらに用益権を有する(242条1項)。各自が、婚姻前もしくは婚姻中負担せられた自己の固有の債務に対して責任を負う(243条2項)。労働収入、財産収益なども、すべて当該配偶者に帰属する(245条)。さらに、夫が破産したとき、妻は夫に対して、通常債権者としての地位に置かれていなければならないので、妻の夫に対する債権は、夫から優先権 Konkursprivileg をうけられない。この理は、妻がその財産を夫の管理に委ねた場合も変わらない(244条1項。ただし「~~嫁~~家資」の存する場合を除く、同条2項参照)。

夫婦間の合意により、諸々の契約関係の生じることがある。かような契約は、編入財産もしくは共通財産に関するものではないので、177条2項にいう後見官の承認を要しない。たとえば、夫婦間の消費貸借(利息の有無にかかわらず)、貸借、贈与、売買等の契約は、夫婦の一方のみで成立し得ると同様と扱われる。妻が自己の財産の全部もしくは一部を夫の管理に委ねるとき、それは夫婦財産法上の性質をもつものではないが、債務法上のものとして扱われる⁽¹³⁾。かような場合には、通例委任契約がなされることがある⁽¹⁴⁾。それゆえ妻は管理権の回復を請求することができることになり(242条3項さらには債務法401条1項)、かかる権利を妻が放棄しても、無効とされる(242条3項)。242条2項は、かような財産委託について、その特別な規定を用意する。すなわち、夫は妻に対し婚姻中計算義務を負わせ、委託せられた財産より生じる収入を婚姻費用の分租として請求することができるものと推定する⁽¹⁵⁾。もと

由学説によれば、かかる推定は、当事者間がこれと異なる別段の合意の存在しない場合にかぎりされる⁽¹⁾。

他方、かような委任によれば、夫婦財産契約によつて、妻が夫に婚姻中の一定の目的婚姻費用の負担、247条1項の^{ため}に自己の財産の管理を委任することになる。民法はかかる財産を嫁資 Ehesteuer, dot (247条) と呼ぶ(カト法は Mitgift と呼ばれてゐたがこれにあたる)。嫁資は、別段の合意の存在にかぎり、通常、財産併合制に服する(247条2項)。それゆゑ妻の所有にとどまり、夫の管理用益に服する。他面、嫁資が夫婦財産契約によつて、財産目録、および199条による評価を付して、夫の所有に移転されることにある。これによつて、ローマ法も普通法^(の比)の Dotalsystem に似た関係が創造される。

別産制は、①夫婦財産契約もしくは②法律上の規定、③判決等に基づいて生じる。②、③によつて別産制に際しては、各配偶者の全財産

が別産制に服することになる(242条1項)が、④によつてこれに際しては、特定物件をこれから除外することが可能である(同条2項)。

別産制の際も、夫が婚姻費用を負担し、妻が子どもを扶養することをする。それゆゑ、夫は、妻が夫婦共同体を代理する^{範囲内}になし^て行^つた^り生^じた^債務^に対^して、夫の全財産をもつて責任を負う(243条1項)。しかし、妻も子に、家族の扶養に寄与すべきである。前述した嫁資はその一例である。と^ころ^の法^は、さ^うな^らず^な夫婦財産契約によつて合意を欠くときにも、法律によつて、夫が妻に対し相当な婚姻費用を分担せしめ^る請求する権利を認め(246条1項)、分担額について配偶者間^に合意の^無き場合は、管轄官庁がこれを定める(同条2項)。しかも、妻が分担金を出資した場合にも、夫はこれについて補償義務を負わ^{ない}(同条3項)。この理は、夫が支払能力を欠くため、妻が注意に^て家族の扶養のため出資したときも異なら^{ない}。

	財産併合制 Güterverbindung	財産統一制 Gütereinheit	財産共通制 Gütergemeinschaft	併行財産制 Ersatzgemeinschaft	別産制 Gütertrennung
所有権	別	夫	共同	共同	別
用益権	夫	夫	共同	夫	別
処分権	夫 夫・妻の別輸入財産に於いては妻の同意	夫	共同	夫 夫・妻の別輸入財産に於いては妻の同意	別
分割	各自 夫は $\frac{2}{3}$ 、妻は $\frac{1}{3}$ の直接承継を除去し、妻に有利な起算の場合を除去し、夫	夫 夫・妻の別輸入財産に於いては妻の同意	併行 併行	併行 併行	各自の財産の増加・減少に於いて、各自に平等

ドイツ民法は、夫もしくは妻の共同家政の債務について、妻の財産が債権者に対し責任を負う旨を定める。しかし、妻のこの責任は、夫の支払能力を有しない場合にのみ生じる才二次的責任である(243条3項)。この妻の責任は、財産併合制の際にも認められている。

夫婦財産法上の清算も、さわめて単純である。各配偶者は自己の財産をとり戻せばよい。補償請求権は生じないのが原則とすから、244条1項のいうごとく、夫の破産に際しても、妻は優先権を有しない。さうな物権が生じるのは、247条2項により妻が夫の嫁資として管理を委託した場合にかざられる。

以上述べた各財産制を、法定財産制を含めて簡単な図に示せば、つぎのようである。

本脚注

脚注

auch siehe Lemp, Berner Kommentar
~~Verbesserung~~ Art. 178 N. 7.

(1) 拙稿「夫婦財産契約」(4) 32頁脚注3, 拙稿「契約に
基づく特有財産」39頁脚注18・19参照。なお, 契約財
産制を選択した詳細な統計がある(図参照)。

年	財産共同制	別居制	3人制	合計	
1958	3	7	11	2	352
1959	1	10	24	-	425
1960	1	4	5	2	435
1961	1	6	8	-	400
1962	1	2	11	4	452
1963	-	2	2	-	406
1964	-	2	6	2	478
1964	9	29	66	9	2948
合計	0.2%	1.0%	2.2%	3.4%	100%

上記統計数値は、都市バーセル後見官庁
に、登記を求めた夫婦財産契約の内訳を
示す(出典: Zusammenstellung der Vernehmlassungen
zum Bericht und Vorentwurf der Studienkommission
Grossen vom 13. Juni 1962 und 28. Juni 1965 über
die Revision des Familienrechts. Ft. Das eheliche
Güterrecht (Art. 178-241 ZGB), 1971, S. 191)。
上記図表において、「内部的」とは、夫婦財
産契約が締結せられたが、それが夫婦財産制
登記簿に登記せられたことのみ、夫婦の内
部的関係においてのみ、契約財産制の効力
が生ずる場合をいう。他方、「外部的」とは、
それが登記せられたりする場合をいう。詳細
については、拙稿「夫婦財産契約」(4) 55頁以下、
同(2) 51頁以下参照。

- (2) Tuon, ZGB S. 199.
- (3) z.B. BGE 77 II 292.
- (4) 簡略には、拙稿「生存配偶者」(2) 70頁参照。
- (5) なお、改正草案におけるは、剰余持分を修正
するには、夫婦間の書面による合意のみでな

しうを二に二分(前節3.五参照).

(6) 通説・判例。3.B. Tuon, ZGB S.201, BGE 76 II ^{10.}

(7) 通説・判例。3.B. Tuon, ZGB S.201, BGE 76 II 13ff.

なお、夫婦財産契約から相続契約への無効行為の転換を認めた判例に於いて、拙稿「夫婦財産契約」(4) 55頁脚注35引用の判例をみよ。

(8) もっとも、この1/4は事情にあつては、卑属の遺留分よりも著しく少くあることがあり。これについて、中川・加藤 相続法 1081頁は、こ

の「1/4」を遺留分と解するが、おろそかにも遺留分を意味するわけでは無い。vgl. Tuon, ZGB S.201.

(9) 判例に於いては、第五卷第三節3.六および脚注81引用の諸判決を参照せよ。

(10) Tuon, ZGB S.202.

(11) 改正草案には、以下に述べた継続的財産共通制、制限的財産共通制、所得共通制等の財産制は廃止され予定である(前節3.五参照)。

(12) Tuon, ZGB S.202 によれば、財産併合制に際して同様の内容を実現しようとするならば、民法336条以下の家産共有 Gemeinderschaft, indivision^{on}

の立法に於いて必要とせらる。

(13) 中川・加藤 前掲書 1081頁では、継続的財産共通制は、「子供全部との間で継続せしむることができるとあり。よかこの子供と継続する事が可能とあり趣旨が之思われが、子供全員と継続する事と要するとの誤解を生かす余地がある。

(14) 中川・加藤 前掲書 1082頁では、「これ等の原因があるときは、財産共通制そのものの廃止を以て当事者の脱退が認められる」とあるが、こゝでの当事者のなかには、生存配偶者を含むものが多く誤解を生かす。脱退により共通制がなお継続せしむるは、子の一人に於ける。これについては、233条2項(子の一人の破産)、234条(子の一人に於ける差押)、235条1項(子の一人の婚姻)、235条2項(子の一人の死)等を参照せよ。

(15) 学説の詳細については、siehe, Lemp, Berner Kommentar Art. 236 N.9.

(16) 中川・加藤 前掲書 1083頁に「... 特別財産の代償として...」(教授は、特有財産 Sondergut を、

特別財産の語で表現する) との表現は、誤解を生じし。

(17) もつと、こゝでも除外財産を別産制に服せしむることは可能である。vgl. Tuor, ZGB S. 205.

(18) BGE 89 II 413.

(19) 拙稿「法定特有財産」93頁以下参照。例外は、その他の契約関係によるものである。siehe diesbezüglich Lemp, Berner Kommentar Art. 242 N. 25.

(20) vgl. BGE 43 II 469ff.

(21) Tuor, ZGB S. 207.

(22) BGE 81 II 186ff.

(23) Tuor, ZGB S. 203; Keller S. 158 等による。

学
8p

1. テキスト
我が国の民法研究者のなかにも、^{現行}スイス民法典のテキスト集を所有しおられる方が、さゆめて少数かと思中する(ちなみに、テキスト集については、拙稿「研究資料」100頁以下、拙稿「スイス年報1972」238頁以下参照)。そこで、こゝまでの筆者自身の諸論稿と同様に、読者の便宜を考え、本稿でも「法定財産制」の該当条文を抽出して置く。現行法については、~~筆者~~筆者自身は「三ヶ国語テキスト」(z. B. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. Ausgabe in den drei Nationalsprachen. Bern, Verlag A. Franke, 1908)を所有し「おかげ」^で、新数の制約のため、ドイツ語版テキストのみを掲げざる(ちなみに、ベルンのSchweizerische Bundeskanzleiから、三ヶ国語の各テキスト集が、二・三年に一度くらいの間隔で各別別に出版せられる。テキストのみを知りたい人には、さゆめて安価な価格で購入できる)。

さゆり本稿では、第1次草案(1900年)および第2次草案(1904年)の各テキストをも収録した。こゝろテキストを所有しおられる方が、我が国では皆無に近いと思中するからである(なお、第1次草案のみは、

E. Huber, Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. 2. Aufl. 2. Bd. Bern, Buchdruckerei Bücher & Co., 1914, S. 506ff. 天祥財産制は 536頁以下 (1 = 507 も = 424 42 = 267 267 = 307)

(1) 第1次草案 6. Titel Die Güterstände
1. Abschnitt Die Güterverbindung

A. Eigentumsverhältnisse.
I. Das eheliche Vermögen.
 223. Die Güterverbindung verbindet alles Vermögen, das die Ehegatten zur Zeit der Trauung haben und später durch Erbgang oder auf andere Weise erwerben, mit Ausnahme des Sondergutes, zum ehelichen Vermögen.
 Behauptet ein Ehegatte, dass ein Vermögenswert zum Frauengut gehöre, so ist er hierfür beweispflichtig.

II. Das Eigengut der Ehegatten.
 224. Das Mannes- und das Frauengut verbleibt dem Ehegatten, der es in die Verbindung eingebracht hat.
 Die Errungenschaft gehört dem Ehemanne.
 Die Einkünfte der Ehefrau und die natürlichen Früchte des Frauengutes gehören nach der Fälligkeit oder Trennung, unter Vorbehalt der Bestimmungen über das Sondergut, zur Errungenschaft.

III. Neuanschaffungen.
 225. Werden während der Ehe zum Ersatz für Vermögenswerte des Mannes oder der Frau Anschaffungen gemacht, so werden diese, soweit nicht eine andere Absicht anzunehmen ist, dem Eigengute, dem das weggefallene Stück angehört hat, zugewiesen.

IV. Inventar.
1. Errichtung und Beweiskraft.
 226. Mann oder Frau können jederzeit verlangen, dass über das eingebrachte Eigengut ein Inventar mit öffentlicher Urkunde errichtet werde.
 Ist ein solches innerhalb sechs Monaten nach dem Einbringen errichtet und sowohl mit öffentlich beglaubigtem Datum, als mit der Unterschrift der beiden Ehegatten oder der Verlobten, sowie gegebenen Falles ihrer Vertreter, versehen, so wird es bis zu erbrachtem Gegenbeweis für richtig erachtet.

2. Bedeutung der Schätzung.
 227. Wird mit dem Inventar eine Schätzung verbunden, so bestimmt sich die gegenseitige Ersatzpflicht der Ehegatten für die fehlenden Vermögenswerte nach dieser Schätzung.

B. Die Verwaltung und Nutzung.
I. Die Verwaltung.
 228. Der Ehemann hat für die ordentliche Verwaltung des ehelichen Vermögens zu sorgen.
 Er trägt die laufenden Kosten und Lasten der Verwaltung.
 Der Ehefrau steht die Verwaltung insoweit zu, als sie zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft berechtigt ist.

II. Die Nutzung.
 229. Der Ehemann hat als Haupt der ehelichen Gemeinschaft die Nutzung am eingebrachten Frauengut und ist gleich einem Nutzniesser verantwortlich.
 Eine weitere Verantwortlichkeit besteht für ihn auch dann nicht, wenn die Gegenstände des Frauengutes im Inventar geschätzt worden sind.
 Bares Geld und andere vertretbare Sachen des Frauengutes gehen in das Eigentum des Ehemannes über, und die Ehefrau erhält für deren Wert eine Forderung an den Mann.

III. Die Verfügungsbezugnis.
1. Des Ehemannes.
 a) Nach dem Güterstand.
 230. Der Ehemann kann über Vermögenswerte des eingebrachten Frauengutes, die nicht in sein Eigentum übergegangen sind, ausserhalb der ordentlichen Verwaltung nur mit Einwilligung der Ehefrau verfügen.
 Der Dritte, mit dem der Ehemann handelt, darf jedoch diese Einwilligung voraussetzen, sofern er nicht weiss, dass die Frau sie verweigert, oder sofern die Vermögenswerte nicht für jedermann erkennbar als der Frau gehörig bezeichnet sind.

b) Bei Sicherstellung.
 231. Leistet der Ehemann auf Verlangen der Ehefrau oder aus freien Stücken volle Sicherheit für das eingebrachte bewegliche Frauengut, so erhält er über die beweglichen Vermögenswerte desselben die freie Verfügungsbezugnis.

2. Der Ehefrau.
 232. In Vertretung der ehelichen Gemeinschaft hat die Ehefrau über das eheliche Vermögen die freie Verfügung.
 Im übrigen kann sie über die Vermögenswerte, auch wenn sie dem eingebrachten Frauengut angehören, nur mit Einwilligung des Ehemannes verfügen.
 Die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft kann sie nur mit Einwilligung des Ehemannes, oder wenn er sich weigert, mit Einwilligung der Vormundschaftsbeförde erklären.

C. Sicherung der Ehefrau.
 233. Für das in das eheliche Vermögen eingebrachte Frauengut kann der Ehemann jederzeit durch die Ehefrau zur Sicherstellung angehalten werden.

Sind Gegenstände während der Ehe in guten Treuen unter dem Schätzungswerte veräussert worden, so tritt der erzielte Preis an die Stelle der Schätzungssumme.
 Der Schätzung im Inventar kann die Bestimmung beigefügt werden, dass jeder künftige Mehrwert dem Vorschlag und jeder künftige Minderwert dem Rückschlag zuzurechnen sei.

D. Die Haftung.
I. Für voreheliche
Schulden.

234. Für die vorehelichen Schulden des Ehemannes haftet nur der Ehemann.

Für die vorehelichen Schulden der Ehefrau haftet die Ehefrau, ohne Rücksicht auf die dem Ehemann aus dem Güterstand zustehenden Rechte.

II. Für eheliche
Schulden.
1. Haftung des
Mannes.

235. Für die Schulden, die während der Ehe der Ehemann schuldig wird, sowie für diejenigen, die die Ehefrau als Vertreterin der ehelichen Gemeinschaft einget, ist nur der Ehemann haftbar.

2. Haftung der
Frau.

236. Für Vertragsschulden, die die Ehefrau ohne Einwilligung des Ehemannes oder, bei Verhandlungen mit diesem, der Vormundschaftsbehörde eingegangen hat, haftet nur ihr Sondergut.

Für alle andern Schulden, die während der Ehe die Ehefrau schuldig wird, mit Einschluss der aus dem regelmässigen Betriebe ihres Berufes oder Gewerbes entstandenen, ist sie persönlich mit ihrem ganzen Vermögen haftbar, ohne Rücksicht auf die dem Ehemann aus dem Güterstand zustehenden Rechte.

E. Ersatzforderungen.
I. Fälligkeit.

237. Sind Schulden, für die das eingebrachte Frauengut haftet, aus dem Mannesgut oder Schulden des Mannes aus dem eingebrachten Frauengut getilgt, so besteht eine Ersatzforderung, die jedoch, unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, erst mit der Aufhebung der Güterverbindung fällig wird.

Sind Schulden des Ehemannes oder solche, für die das eingebrachte Frauengut haftet, aus dem Sondergut der Frau, oder Sondergutsschulden der Frau aus dem Mannesgut oder dem eingebrachten Frauengut getilgt worden, so kann die Ausgleichung schon während der Ehe gefordert werden.

II. Konkurs des
Ehemannes.
1. Anspruch der
Ehefrau.

238. Im Konkurse des Ehemannes, sowie bei der Pfändung von Vermögenswerten desselben, kann die Ehefrau ihre Ersatzforderung für das eingebrachte und nicht mehr vorhandene Frauengut anmelden.

Gegenforderungen des Ehemannes werden in Abzug gebracht.

Die noch vorhandenen Vermögenswerte zieht die Ehefrau als Eigentümerin an sich.

2. Vorrecht.

239. Erfährt die Ehefrau durch die Zurücknahme ihres Eigentums und die Verwertung der Frauengutssicherheiten nicht für die Hälfte des Frauengutes Deckung, so geniesst ihre Ersatzforderung für den Rest dieser Hälfte ein Vorrecht nach Betreibungs- und Konkursgesetz.

Eine Abtretung des Vorrechts ist nicht statthaft.

F. Auflösung des ehelichen Vermögens.
I. Tod der Ehefrau.

240. Stirbt die Ehefrau, so fällt das eingebrachte Frauengut, mit Vorbehalt der erbrechtlichen Ansprüche des Ehemannes, an die Erben der Frau.

Für das Fehlende hat der Ehemann, soweit er verantwortlich ist und unter Abrechnung dessen, was er von der Ehefrau zu fordern hat, Ersatz zu leisten.

II. Tod des Ehemannes.

241. Stirbt der Ehemann, so nimmt die Ehefrau das noch vorhandene eingebrachte Frauengut zurück und kann gegen die Erben für das fehlende ihren Ersatzanspruch geltend machen.

III. Vor- und Rückschlag.
1. Anspruch auf den Vorschlag.

242. Ergibt sich nach Erhebung des Mannes-pund Frauengutes ein Vorschlag, so gehört er dem Mann oder seinen Erben.

Die Frau oder ihre Nachkommen können aber, insoweit der Vorschlag aus den Einkünften des Frauengutes oder der Tätigkeit der Frau gemacht worden ist, einen verhältnismässigen Anteil am Vorschlag herausverlangen.

2. Tragung des Rückschlages.

243. Erzeigt das eheliche Vermögen einen Rückschlag, so wird er vom Manne oder seinen Erben getragen, soweit er nicht nachweisbar durch die Ehefrau verursacht worden ist.

3. Mass der Beteiligung.

244. Haben die Ehegatten über den Anteil der Ehefrau oder ihrer Nachkommen am Vor- oder Rückschlag keine Verabredung getroffen, so entscheidet im Streitfall der Richter nach seinem Ermessen.

(2) 第2次草案

6. Titel Die Güterstände

1. Abschnitt Die Güterverbindung

209.

A. Eigentumsverhältnisse.
I. Das eheliche Vermögen.

Die Güterverbindung verbindet alles Vermögen, das die Ehegatten zur Zeit der Eheschließung haben und später durch Erbgang oder auf andere Weise erwerben, mit Ausnahme des Sondergutes, zum ehelichen Vermögen.

Behauptet ein Ehegatte, daß ein Vermögenswert zum Frauengut gehöre, so ist er hierfür beweispflichtig.

210.

I. Das Eigengut der Ehegatten.

Die Ehefrau behält das Eigentum am eingebrachten Gute.

Alles übrige eheliche Vermögen gehört dem Ehemanne.

Die Einkünfte der Ehefrau und die natürlichen Früchte des Frauengutes werden, unter Vorbehalt der Bestimmungen über das Sondergut, Eigentum des Mannes mit der Fälligkeit oder Trennung.

211.

II. Anschaffungen.

Werden während der Ehe zum Ersatz für Vermögenswerte der Frau Anschaffungen gemacht, so gehören sie, soweit nicht eine andere Absicht anzunehmen ist, zum Frauengut.

212.

IV. Inventar.
1. Errichtung und Beweiskraft.

Der Mann oder Frau können jederzeit verlangen, daß über das eingebrachte Eigengut ein Inventar mit öffentlicher Urkunde errichtet werde.

Ist ein solches innerhalb sechs Monaten nach dem Einbringen errichtet und sowohl mit öffentlich beglaubigtem

Datum, als mit der Unterschrift der beiden Ehegatten oder der Verlobten, sowie gegebenen Falles ihrer gesetzlichen Vertreter, versehen, so wird es bis zu erbrachtem Gegenbeweis für richtig erachtet.

213.

2. Bedeutung der Schätzung.

Wird mit dem Inventar eine Schätzung verbunden, so bestimmt sich die gegenseitige Ersatzpflicht der Ehegatten für die fehlenden Vermögenswerte nach dieser Schätzung.

Sind Gegenstände während der Ehe in guten Treuen unter dem Schätzwerte veräußert worden, so tritt der erzielte Preis an die Stelle der Schätzungssumme.

214.

V. Eigentum des Ehemannes am Frauengut.

Mit der Schätzung im Inventar kann, unter Beobachtung der Vorschriften über den Ehevertrag, innerhalb sechs Monaten nach dem Einbringen des Frauengutes mit Wirkung auch gegenüber Dritten die Bestimmung verbunden werden, daß der Ehemann Eigentümer des Frauengutes sein und die Frauengutsforderung unverändert bleiben soll.

215.

B. Die Verwaltung und Nutzung.
I. Die Verwaltung.

Der Ehemann hat für die ordentliche Verwaltung des ehelichen Vermögens zu sorgen.

Er trägt die Kosten der Verwaltung.

Der Ehefrau steht die Verwaltung insoweit zu, als sie zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft berechtigt ist.

216.

II. Die Nutzung.

Der Ehemann hat als Haupt der ehelichen Gemeinschaft die Nutzung am eingebrachten Frauengut, und ist gleich einem Nutznißer verantwortlich, (743).

~~151~~

Eine weitere Verantwortlichkeit besteht für ihn auch dann nicht, wenn die Gegenstände des Frauengutes im Inventar geschätzt worden sind.

Bares Geld, vertretbare Sachen und Inhaberpapiere, die nur der Gattung nach bestimmt sind, gehen in das Eigentum des Ehemannes über, und die Ehefrau erhält für deren Wert eine Forderung an den Mann.

217.

III. Die Verfügungs-
befugnis.
1. Des Ehemannes.

Der Ehemann kann über Vermögenswerte des eingebrachten Frauengutes, die nicht in sein Eigentum übergegangen sind, über die ordentliche Verwaltung hinaus nur mit Einwilligung der Ehefrau verfügen.

Der Dritte, mit dem der Ehemann handelt, darf jedoch diese Einwilligung voraussetzen, sofern er nicht weiß oder wissen muß, daß sie mangelt, oder sofern die Vermögenswerte nicht für jedermann erkennbar als der Frau gehörig bezeichnet sind.

218.

2. Der Ehefrau.
2. Im allgemeinen.

In Vertretung der ehelichen Gemeinschaft hat die Ehefrau über das eheliche Vermögen die freie Verfügung.

Im übrigen kann sie über die Vermögenswerte, auch wenn sie zum eingebrachten Frauengut gehören, nur mit Einwilligung des Ehemannes verfügen.

219.

b. Betreffend An-
nahme und Aus-
schlagung von
Erbenschaften.

Zur Ausschlagung einer Erbschaft bedarf die Ehefrau der Einwilligung des Ehemannes oder, wenn er sich weigert, der Vormundschaftsbehörde.

Der Ehemann kann an Stelle der Ehefrau während der ihr zustehenden Frist (568) die Erbschaft ausschlagen, wenn die Vormundschaftsbehörde einwilligt.

220.

Für das in das eheliche Vermögen eingebrachte Frauengut kann die Ehefrau vom Ehemann jederzeit Sicherstellung verlangen.

Der Ehemann hat ihr auf Verlangen jederzeit über den Stand dieses Gutes Auskunft zu geben.

221.

Für die vorehelichen Schulden des Ehemannes haftet nur der Ehemann.

Für die vorehelichen Schulden der Ehefrau haftet nur die Ehefrau, aber ohne Rücksicht auf die dem Ehemann aus dem Güterstand zustehenden Rechte.

222.

Der Ehemann ist haftbar für die Schulden, die er während der Ehe schuldig wird, sowie für diejenigen, die sich aus der Vertretung der ehelichen Gemeinschaft durch die Ehefrau ergeben.

223.

Die Ehefrau haftet mit ihrem ganzen Vermögen, ohne Rücksicht auf die dem Ehemann aus dem Güterstande zustehenden Rechte:

1. für die Schulden, die sie mit Einwilligung des Ehemannes begründet hat,
2. für die Schulden, die aus dem regelmäßigen Betriebe ihres Berufes oder Gewerbes entstanden sind,
3. für die von ihr eingegangenen Haushaltsschulden, insofern der Ehemann nicht zahlungsfähig ist,
4. für die Schulden aus Erbschaften, die auf sie übergegangen sind,
5. für die Schulden aus unerlaubten Handlungen.

C. Sicherung der Ehefrau.

D. Die Haftung.
I. Für voreheliche Schulden.

II. Für eheliche Schulden.
1. Haftung des Mannes.

2. Haftung der Frau.
a. Mit dem ganzen Vermögen.

b. Mit dem Wert des Sonderguts.

224.

Die Ehefrau ist während und nach der Ehe nur mit dem Werte ihres Sonderguts verpflichtet:

1. für die Schulden, die sie ausdrücklich als Sondergutschulden begründet hat,
2. für die Schulden, die sie ohne Einwilligung des Ehemannes oder, bei einem mit diesem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, (185), ohne Einwilligung der Vormundschaftsbehörde begründet hat,
3. für die Schulden, die sie in Überschreitung ihrer Befugnis zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft begründet hat.

Vorbehalten bleiben die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung.

225.

Sind Schulden, für die das eingebrachte Frauengut haftet, aus dem Mannesgut oder Schulden des Mannes aus dem eingebrachten Frauengut getilgt, so besteht eine Ersatzforderung, die jedoch, unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, erst mit der Aufhebung der Güterverbindung fällig wird.

Sind Schulden des Ehemannes oder solche, für die das eingebrachte Frauengut haftet, aus dem Sondergut der Frau, oder Sondergutschulden der Frau aus dem Mannesgut oder dem eingebrachten Frauengut getilgt worden, so kann die Ausgleichung schon während der Ehe gefordert werden.

226.

Im Konkurse des Ehemannes, sowie bei der Pfändung von Vermögenswerten desselben, kann die Ehefrau ihre Ersatzforderung für das eingebrachte und nicht mehr vorhandene Frauengut anmelden.

E. Ersatzforderungen.
I. Fälligkeit.

II. Konkurs des Ehemannes.
1. Anspruch der Ehefrau.

Gegenforderungen des Ehemannes werden in Abzug gebracht.

Die noch vorhandenen Vermögenswerte zieht die Ehefrau als Eigentümerin an sich.

左=入レ

左
三
入
し
ル

227.

Erfährt die Ehefrau durch die Zurücknahme ihres Eigentums und die Verwertung der Frauengutssicherheiten nicht für die Hälfte des Frauengutes Deckung, so genießt ihre Ersatzforderung für den Rest dieser Hälfte ein Vorrecht nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.

Eine Abtretung des Vorrechts, sowie ein Verzicht auf dasselbe zu gunsten einzelner Gläubiger hat keine Rechtskraft.

2. Vorrecht.

228.

Stirbt die Ehefrau, so fällt das eingebrachte Frauengut, mit Vorbehalt der erbrechtlichen Ansprüche des Ehemannes, an die Erben der Frau.

Für das Fehlende hat der Ehemann, soweit er verantwortlich ist und unter Abrechnung dessen, was er von der Ehefrau zu fordern hat, Ersatz zu leisten.

F. Auflösung des ehelichen Vermögens
I. Tod der Ehefrau

229.

Stirbt der Ehemann, so nimmt die Ehefrau das noch vorhandene eingebrachte Frauengut zurück und kann gegen die Erben für das fehlende den Ersatzanspruch geltend machen.

II. Tod des Ehemannes.

230.

Ergibt sich nach der Ausscheidung des Mannes- und des Frauengutes ein Vorschlag, so gehört er zu einem Drittel der Ehefrau oder ihren Nachkommen und im übrigen dem Ehemann oder seinen Erben.

III. Vor- und Rückschlag.

Erzeigt das eheliche Vermögen einen Rückschlag, so wird er vom Ehemanne oder seinen Erben getragen, soweit er nicht nachweisbar durch die Ehefrau verursacht worden ist.

(3) 現行法

Zweiter Abschnitt: Die Güterverbindung

Art. 194

¹ Die Güterverbindung vereinigt alles Vermögen, das den Ehegatten zur Zeit der Eheschliessung gehört oder während der Ehe auf sie übergeht, zum ehelichen Vermögen.

A. Eigentumsverhältnisse
I. Eheliches Vermögen

² Ausgenommen hievon ist das Sondergut der Ehefrau.

Art. 195

¹ Was vom ehelichen Vermögen zur Zeit der Eheschliessung der Ehefrau gehört oder ihr während der Ehe infolge von Erbgang oder auf andere Weise unentgeltlich zufällt, ist ihr eingebrachtes Gut und bleibt ihr Eigentum.

II. Eigentum von Mann und Frau

² Der Ehemann hat das Eigentum an dem von ihm eingebrachten Gute und an allem ehelichen Vermögen, das nicht Frauengut ist,

³ Die Einkünfte der Ehefrau und die natürlichen Früchte des Frauengutes werden unter Vorbehalt der Bestimmungen über das Sondergut auf den Zeitpunkt ihrer Fälligkeit oder Trennung Eigentum des Ehemannes.

Art. 196

¹ Behauptet ein Ehegatte, dass ein Vermögenswert zum Frauengut gehöre, so ist er hiefür beweispflichtig.

III. Beweis

² Werden während der Ehe zum Ersatz für Vermögenswerte der Ehefrau Anschaffungen gemacht, so wird vermutet, dass sie zum Frauengute gehören.

Art. 197

¹ Sowohl der Ehemann als die Ehefrau können jederzeit verlangen, dass über das eingebrachte Eigengut ein Inventar mit öffentlicher Urkunde errichtet werde.

IV. Inventar
1. Errichtung und Beweiskraft

² Ist ein solches Inventar binnen sechs Monaten nach der Einbringung errichtet worden, so wird es als richtig vermutet.

Art. 198

2. Bedeutung der Schätzung

¹ Wird mit dem Inventar eine Schätzung verbunden und diese durch die öffentliche Urkunde festgestellt, so bestimmt sich die gegenseitige Ersatzpflicht der Ehegatten für die fehlenden Vermögenswerte nach dieser Schätzung.

² Sind Gegenstände in guten Treuen während der Ehe unter dem Schätzungswerte veräußert worden, so tritt der Erlös an die Stelle der Schätzungssumme.

Art. 199

V. Eigentum des Ehemannes am Frauengut

Mit der Schätzung kann unter Beobachtung der Vorschriften über den Ehevertrag binnen sechs Monaten nach der Einbringung des Frauengutes die Bestimmung verbunden werden, dass das Frauengut zum Schätzungsbetrag in das Eigentum des Ehemannes übergehen und die Frauengutsforderung unverändert bleiben soll.

Art. 200

B. Verwaltung, Nutzung, Verfügungsbefugnis
I. Verwaltung

¹ Der Ehemann verwaltet das eheliche Vermögen.
² Er trägt die Kosten der Verwaltung.
³ Der Ehefrau steht die Verwaltung insoweit zu, als sie zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft berechtigt ist.

Art. 201

II. Nutzung

¹ Der Ehemann hat die Nutzung am eingebrachten Frauengut und ist hieraus gleich einem Nutzniesser verantwortlich.
² Diese Verantwortlichkeit wird durch die Schätzung des Frauengutes im Inventar nicht erhöht.
³ Bares Geld, andere vertretbare Sachen und Inhaberpapiere, die nur der Gattung nach bestimmt worden sind, gehen in das Eigentum des Ehemannes über, und die Ehefrau erhält für deren Wert eine Ersatzforderung.

Art. 202

III. Verfügungsbefugnis
1. Des Ehemannes

¹ Der Ehemann bedarf zur Verfügung über Vermögenswerte des eingebrachten Frauengutes, die nicht in sein Eigentum übergegangen sind, der Einwilligung der Ehefrau, sobald es sich um mehr als die gewöhnliche Verwaltung handelt.
² Dritte dürfen jedoch diese Einwilligung voraussetzen, sofern sie nicht wissen oder wissen sollten, dass sie mangelt, oder sofern

die Vermögenswerte nicht für jedermann als der Ehefrau gehörig erkennbar sind.

Art. 203

Soweit die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft es rechtfertigt, hat die Ehefrau die Verfügung über das eheliche Vermögen.

2. Der Ehefrau
a. Im allgemeinen

Art. 204

¹ Zur Ausschlagung einer Erbschaft bedarf die Ehefrau der Einwilligung des Ehemannes.
² Gegen die Verweigerung kann die Ehefrau die Entscheidung der Vormundschaftsbehörde anrufen.

b. Ausschlagung von Erbschaften

Art. 205

¹ Der Ehemann hat der Ehefrau auf Verlangen jederzeit über den Stand ihres eingebrachten Gutes Auskunft zu geben.
² Die Ehefrau kann jederzeit Sicherstellung verlangen.
³ Die Anfechtungsklage nach dem Bundesgesetz vom 11. April 1889¹⁾ über Schuldbetreibung und Konkurs bleibt vorbehalten.

C. Sicherung der Ehefrau

Art. 206

Der Ehemann ist haftbar:
1. für seine vorehelichen Schulden;
2. für die Schulden, die er während der Ehe begründet;
3. für die Schulden, die sich aus der Vertretung der ehelichen Gemeinschaft durch die Ehefrau ergeben.

D. Haftung
I. Haftung des Ehemannes

Art. 207

¹ Die Ehefrau haftet mit ihrem ganzen Vermögen, ohne Rücksicht auf die dem Ehemann aus dem Güterstande zustehenden Rechte:
1. für ihre vorehelichen Schulden;
2. für die Schulden, die sie mit Einwilligung des Ehemannes oder bei Verpflichtungen zu seinen Gunsten mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde begründet;
3. für die Schulden, die aus dem regelmässigen Betriebe ihres Berufes oder Gewerbes entstehen;
4. für die Schulden aus Erbschaften, die auf sie übergehen;
5. für die Schulden aus unerlaubten Handlungen.

II. Haftung der Ehefrau
1. Mit dem ganzen Vermögen

² Für die Schulden, die von ihr oder vom Ehemanne für den gemeinsamen Haushalt eingegangen werden, haftet sie, soweit der Ehemann nicht zahlungsfähig ist.

Art. 208

2. Mit dem Sondergut

¹ Die Ehefrau ist während und nach der Ehe nur mit dem Werte ihres Sonderguts verpflichtet:
1. für die Schulden, die sie als Sondergutsschulden begründet;
2. für die Schulden, die sie ohne Einwilligung des Ehemannes begründet;
3. für die Schulden, die sie in Überschreitung ihrer Befugnis zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft begründet.
² Vorbehalten bleiben die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Art. 209

E. Ersatzforderungen
I. Fälligkeit

¹ Sind Schulden, für die das eingebrachte Frauengut haftet, aus dem Mannesgut oder Schulden des Mannes aus dem eingebrachten Frauengut getilgt worden, so besteht eine Ersatzforderung, die jedoch unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen erst mit der Aufhebung der Güterverbindung fällig wird.
² Sind Sondergutsschulden der Ehefrau aus dem ehelichen Vermögen oder Schulden, für die eheliches Vermögen haftet, aus dem Sondergute getilgt worden, so kann die Ausgleichung schon während der Ehe gefordert werden.

Art. 210

II. Konkurs des Ehemannes und Pfändung
I. Anspruch der Ehefrau

¹ Im Konkurse und bei der Pfändung von Vermögenswerten des Ehemannes kann die Ehefrau ihre Ersatzforderung für das eingebrachte und nicht mehr vorhandene Frauengut geltend machen.
² Gegenforderungen des Ehemannes werden in Abzug gebracht.
³ Die noch vorhandenen Vermögenswerte kann die Ehefrau als Eigentümerin an sich ziehen.

(Zürich, Verlag Schulthess)

89

石. 欧文参考文献 本稿のテーマに直接関係する主要参考文献を示してある(ただし、民法施行後のものにかぎる)。

(1) インヤンツール・概説書 民法典に因して、「Bernier Kommentar」(Bern, Verlag Stämpfli) と「Zürcher Kommentar」が存在する(とくに、家族法に因するものについては、林稿「スイス年報1973」64頁以下参照)。民法全般にわたる概説書としては、Tuor「民法」が有益である(以下、出版年度順である)。

- Curti, E., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, mit Erläuterungen. Zürich, Verlag Schulthess, 1911.
- Gmür, M., Berner Kommentar zum ZGB. Bd. II. Abt. 1. Art. 90-257 ZGB. 2. Aufl. 1923 (本書の3版は、後述 Lemp インヤンツールである)。
- Egger, A., Zürcher Kommentar zum ZGB. Bd. II. Abt. 1. Art. 90-251 ZGB. 2. Aufl. 1936.
- Rossel, V./Mentha, F.-H., Manuel du droit civil suisse. tome 1, 1^{re} Ed. 1909, tome 1, 2^e Ed. Lausanne et Genève, Payat, 1922 (引用は2版である)。
- Lemp, P., Berner Kommentar zum ZGB. Bd. II. Abt. 1. Tlbd. 2. Art. 159-251. 3. Aufl. 1968.

brachten Frauengutes gedeckt, so genießt ihre Ersatzforderung für den Rest dieser Hälfte ein Vorrecht nach dem Bundesgesetz vom 11. April 1889¹⁾ über Schuldbetreibung und Konkurs.

²⁾ Die Abtretung des Vorrechts sowie der Verzicht auf dasselbe zugunsten einzelner Gläubiger sind ungültig.

Art. 212

¹⁾ Stirbt die Ehefrau, so fällt das eingebrachte Frauengut mit Vorbehalt der erbrechtlichen Ansprüche des Ehemannes an die Erben der Frau.

F. Auflösung des ehelichen Vermögens
I. Tod der Ehefrau

²⁾ Für das Fehlende hat der Ehemann, soweit er verantwortlich ist und unter Anrechnung dessen, was er von der Ehefrau zu fordern hat, Ersatz zu leisten.

Art. 213

Stirbt der Ehemann, so nimmt die Ehefrau das noch vorhandene eingebrachte Frauengut zurück und kann gegen die Erben für das Fehlende die Ersatzforderung geltend machen.

II. Tod des Ehemannes

Art. 214

¹⁾ Ergibt sich nach der Ausscheidung des Mannes- und Frauengutes ein Vorschlag, so gehört er zu einem Drittel der Ehefrau oder ihren Nachkommen und im übrigen dem Ehemann oder seinen Erben.

III. Vor- und Rückschlag

²⁾ Erzeugt das eheliche Vermögen einen Rückschlag, so wird er vom Ehemanne oder seinen Erben getragen, soweit nicht nachgewiesen wird, dass ihn die Ehefrau verursacht hat.

³⁾ Durch Ehevertrag kann eine andere Beteiligung am Vorschlag oder Rückschlag verabredet werden.

Art. 211

2. Vorrecht

¹⁾ Wird die Ehefrau durch die Zurücknahme ihres Eigentums und die ihr gegebenen Sicherheiten nicht für die Hälfte des einge-

• Gmür, R., Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Bern, Verlag Stämpfli, 1965.

• Tuor, P./Schnyder, B./Jäggi, P., Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 8. Aufl. Zürich, Polygraphischer Verlag, 1968ff. (1976年に第9版が出版された。317頁が第8版~~317~~に置き。zit. Tuor, ZGB).

• Keller, M., Lehrbuch des Eherechts. Bern, Verlag Stämpfli, 1973.

• Deschenaux, H./Tercier, P., Le mariage et le divorce. Bern, Verlag Stämpfli, 1974.

• Gutzwiller, M./Hug, K./Meyer, F./Wengle, R., Grundriss des schweizerischen Privat- und Steuerrechtes. 4. Teil: Familienrecht. Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1975.

(2) 一般の夫婦 二 = 二の夫婦財産制に因る一般の夫婦の例を以て (ただし、戦後の修正あり)。

• Fuhr, Th., Sicherung und Begünstigung der Ehegatten nach ehelichen Güterrecht und Erbrecht. Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. P.

Tuor. Zürich, Polygraphischer Verlag, 1946, S. 9ff.

• Javin, P., Régime matrimonial et droit de succession. In: Mélanges François Guisan. Recueil de travaux publié par la Faculté de droit. Lausanne, Librairie de l'université, 1950, S. 105ff.

• Knapp, Ch., Le régime matrimonial de l'union des biens. Neuchâtel, La Baconnière, 1956.

• Grosse, J.-M., L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille. (Leçon inaugurale prononcée par J.-M. G. le 25 janvier 1957 à l'occasion de son installation dans de droit civil et procédures civiles). Neuchâtel, Secrétariat de l'Université, 1957.

• Deschenaux, H., Revision du régime matrimonial. Referat und Mitteilungen. ZSR nF 76 (1957) ⁴⁸⁵~~485~~ ff. (SA. Schweizerischen Juristenverein. Referate und Mitteilungen. ~~Basel~~ Basel, Verlag Helbing und Lichtenhahn, 1957, 485ff.).

• Stocker, W., Zum schweizerischen Ehegüterrecht. Referate und Mitteilungen. ZSR nF 76 (1957) 329ff.

recht. Revisionspostulate und Auslegungssfragen. ZSR
nF 76 (1957) 329a ff.

- Oftinger, C., Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines: Suisse. Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris. tome 13. Paris, Les Ed. de l'Épargne, 1957.

- Lüscher, H. K., Die Rechtsstellung der Ehefrau im Bankverkehr nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich. [ASR nF Heft 333]. Bern, Stämpfli, 1958.

- Thalmann-Antenen, H., Die Stellung der Frau im schweizerischen Familien- und Erbrecht. Zürich, Schulthess, 1958. [Schriftenreihe des Bundes schweiz. Frauenvereine 2]. (1117: La situation de la femme selon le Code civil suisse. Droit de la femme et droit des successions. Trad. par Renée Cattin-Robert. Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1951).

- Lemp, P., Äußerer und innerer Güterstand. ZBJV 96 (1960) 209 ff.

- Friedrich, H.-P., Problem aus dem Güterverbindungsrecht. Unter spezieller Berücksichtigung der

Beurkundungspraxis. Vortrag. Zofingen, Aargauischer Notariatsgesellschaft, 1960.

- Abnavanel, P., Le mari partie aux procès contre la femme dans l'union des biens. SJZ 59 (1963) 167 ff.

- Rappold, J., Güterverbindung und Zugewinnsgemeinschaft im rechtsvergleichender Darstellung. Diss. Zürich. Zürich, Schulthess, 1963. [Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft nF Heft 240].

- Flügel, W., Zu einigen Fragen aus dem ehelichen Güterrecht und dem Erbrecht. BJM Jg 1965 S. 110 ff.

- Karrer, M., Gleichberechtigung von Mann und Frau im ehelichen Güterrecht. Diss. Zürich. Zürich, Schulthess, 1965. [Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft nF Heft 250].

- Marty, V., Zur zivilrechtlichen Gleichberechtigung von Mann und Frau. In: Gleiches Recht für die Schweizer Frau, S. 64 ff.

- Picenoni, V., Das Ineinandergreifen güterrechtlicher und erbrechtlicher Vorschriften. ZBGR 46 (1965) 193.

- Fulpius, J., Le conjoint survivant en droit matrimonial et successoral suisse. Thèse Genève. Genève, Libr. Georg, 1968.
- Simonius, P., Die güterrechtliche Surrogation. Habschr. Basel. Basel/Stuttgart, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1970. [Basler Studien zur Rechtswissenschaft 94].
- Haller, M., Auf dem Weg zu einem neuen ordentlichen Güterstand. Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1971. [Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft nF Heft 359].
- Klaus, R., Pflichtteilsrecht und güterrechtliche Verfügungen. Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1971. [Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft nF Heft 378].
- Mathé, B., Die Entstehung von Frauengutsfondierungen im Güterstand der Güterverbindung. Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1971. [Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft nF 1382]
- Kradolfer, Ch., Schutz des Recht der Ehefrau auf Vorschlags teilhabe im ordentlichen Güterstand der Güterverbindung. Diss. Zürich. Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1974. [Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft nF Heft 445]
- Perrin, J.-F., Opinion publique et droit du mariage.

- Genève, Georg Verlag, 1974.
- Wegmann, A., Rechtsbuch der Schweizer Frau. Zürich, Buechler, 1975.
- ③ 何れも又解 以下には、各章別に主要な参考文献を例示する。 ~~雑誌~~ 雑誌論文については、原則として、ZSR, SJZ, ZBJV 等の雑誌に限定する(ただし、民法~~改正~~後には可なり)。
- i) 第三章 所有権関係:
- Eichhorn, R., Der gesetzliche ordentliche Güterstand des schweiz. ZGB im Vergleich mit dem deutschen BGB. Diss. Erlangen. Deggendorf, J. Nothhaft, 1911. Zivilgesetzbuches
 - Friedleben, C., Der gesetzliche Güterstand des schweiz. ~~ZGB~~ im Vergleich zum BGB für das Deutsche Reich. Diss. Erlangen. Frankfurt a.M., Buchdruckerei Ludwig Wahl, 1911.
 - Schnüriger, J., Die Bedeutung der Aussteuer im schweiz. ~~Zivilgesetz~~ Zivilrecht. Diss. Freiburg. Schweiz. An., 1928.
 - Genner, A., Das Surrogationsprinzip und seine Anwendung beim Sondergut und beim eingebrachten Frauengut des ZGB. Diss. Zürich. Richterswil, Buch- und Kunstdruckerei, 1932.

- Ginsberger, A., Die dingliche Surrogation. ^(D)Diss. Zürich. Aarau, Sauerländer, 1956. [Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft nF Heft 200]
- Lemp, P., Ersatzanschaffungen nach ehelichem Güterrecht. ZBJV 93 (1957) 289ff.
- Hinderling, H., Wertsteigerungen eingebrachter Güter bei der Güterverbindung. Festgabe zum Schweiz. Juristentag. 1963, S. 107ff. Basel,
- Hinderling, H., Wertsteigerung und Ersatzforderungen bei der Güterverbindung. SJZ 61 (1965) 17ff.
- Wiederkehr, A. J., Die Berücksichtigung der Wertsteigerungen der eingebrachten Güter bei der Vorschlagsberechnung. Zürich, Verlag Schulthess, 1966. [Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft nF Heft 258].
- Schnellmann, H., Die Rechtsbeziehungen des Ehemannes zum eingebrachten Gut der Ehefrau. Diss. Zürich. Bern, Herbert Lang, 1969. [Europäische Hochschulschriften. Reihe II: Rechtswissenschaft. 13].
auch siehe Deschemaux S. 576ff., Stocker S. 3372ff., Rappold S. 29ff., Karrer S. 78ff., Mathé S. 17ff., Keller S. 104ff. und S. 126ff., Knadolfer S. 35ff.

- ii) 才 = 章 管理・用益・処分権:
- Trüb, H., Das Nutzungsrecht des Ehemannes und der Eltern nach schweizerischem Zivilgesetzbuch. Bern, Verlag Stämpfli, 1915. [ASR Heft 59].
- Lotz, A., Das Recht des Ehemannes am eingebrachten Frauengut im System des gesetzlichen Güterstandes. ZSR nF 38 (1919) 381.
- Jegher, S., Ueber das Verfügungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Gute der Ehefrau. Diss. Zürich. Zürich, Druck A.-G. Gebr. Leemann & Co., 1929. Locarno, V. Carminati Verlag.
- Simen, E., Das Dispositionsrecht des Nutzniessers und des Nutzungsberechtigten nach ZGB. Diss. Bern. 1929.
- Steiner, E., Ist das Nutzungsrecht des Ehemannes am Frauengute pfändbar. SJZ 26 (1930) 356.
- André, G., De l'usufruit des actions. Etude de droit civil comparé. Thèse Lausanne, Lausanne, Impr. La Concorde, 1930.
- Tabin, P., De la situation du mari comme propriétaire des biens fungibles de la femme dans le régime de l'union des biens, ~~art.~~ art. 201 Ccs. Thèse Fribourg. Sierre, Imprimerie Sierroise, 1938.
(Droits Suisse, Français, Italien, Allemand et Autrichien).

- Moppert, A., Die Nutzniessung in ihrem Verhältnis zu den familienrechtlichen Nutzungsrechten. Diss. Basel Basel, 1939. In Maschinenschrift.
- Leuenberger, H., Die Zwangsverwertung der Nutzung des Ehemannes am eingebrachten Frauengut in der gegen ihre gerichteten Schuldbetreibung. ZBJV 78 (1942) 151.
- Ritter, B., Die Nutzungsberechtigten des schweiz. ZGB, speziell deren Pflichten. Diss. Basel. 1947. ^{In Ma-}schinenschrift.
- Nussbaum, H., Der Nachweis des materiellen Verfügungsrecht nach Art. 965 ZGB (insbesondere im Güterrecht und bei den Handelsgesellschaften. Diss. Zürich. Aarau, Verlag H. R. Sauerländer & Co., 1950.
- Schlatter, E., Die Aenderung und Aufhebung des Güterstandes in ihren Wirkungen auf die Rechte Dritter. Zürich, Verlag Gutwenger, 1952.
- Widmer, H., Die Wertsteigerung auf Grundstücken und die Güterverbindungsfran. SJZ 51 (1955) 357.
auch siehe Rappold S. 36ff., Karrer S. 84ff., Schnellmann S. 55ff. und S. 127ff., Mathé S. 43ff., Keller S. 109ff., Kradolfer S. 47ff.

- iii) 第三章・第四章 夫婦財産の解消・剩餘・不足の清算:
• Kaufmann, J., Das Verhältnis von Art. 214 Abs. 1 ZGB zum Erbrecht. SJZ 8 (1912) 231.
- Roboz, J., De la liquidation du régime de l'union des biens. Thèse Genève. Genève, Imprim. Atar, 1915.
- Jahn, W., Der Anspruch der Ehefrau auf den Vorschlag nach dem schweiz. ZGB und das ehelichen Güterrecht des BGB. Diss. Breslau 1923.
- Hegglin, A., Der Vor-□ und Rückschlag im schweizerischen ehelichen Güterrecht. Diss. Freiburg. Zug, Buchdruckerei J. Kündigs Erben, 1926.
- Denzler, O., Die Liquidation der Güterverbindung infolge Todes eines Ehegatten. Diss. Zürich. Zürich, Diss.-Druckerei A.-G. Gebr. Leemann & Co., 1937.
- Lang, F., Die Begriffe Vor-□ und Rückschlag und Errungenschaft und ihre Beziehungen zu dem Vermögensmassen im ehelichen Güterrecht, mit Beilage Die Vermögensbilanzen im ehelichen Güterrecht. ^{2 Bde.} Diss. Basel 1938.
- Münch, H., Die Ermittlung und Behandlung des Vor-□ und Rückschlages im ehelichen Güterrecht des Schweiz.

Diss. Zürich, Zürich, Ernst Lang Verlag, 1941.

• Déméréaz, Ph., Le calcul du bénéfice de l'union conjugale dans le régime matrimonial légal. Thèse Lausanne. Vevey, Imprimerie Säuberlin & Pfeiffer S.A., 1946.

• Wegmann, A., Der Vorschlagsanspruch der Ehefrau bei böswilliger Verhinderung einer Vorschlagsbildung durch Ehemann. SJZ 47 (1951) 40.

• Müller, O., Zur Berechnung des ehgüterrechtlichen Vorschlags. ZBJV 88 (1952) 1.

• Egger, A., Ehevertragliche Vereinbarungen über den Vorschlag, ZGB-Art. 214 Abs. 3. ZBGR 33 (1952) 165.

• Sutter-Wyrsch, J., Der ~~Anspruch~~ ^{Anteil} Vorschlagsanteil der Nachkommen der Ehefrau. SJZ 48 (1952) 139.

• ~~Redel~~ Bloch, K., Vorschlagsverteilung der Ehegatten und Pflichtteilsrecht der Erben. SJZ 49 (1953) 1.

• v. Aesche, R., Zur Frage der Vorschlagsverteilung gemäss Art. 214 Abs. 3 ZGB. SJZ 49 (1953) 189.

• Bernand, A., Note sur la répartition conventionnelle entre les époux, particulièrement en faveur de la femme, du bénéfice de l'union conjugale dans le régime légal

de l'union des biens (art. 214 al. 3 C.c.). ZBGR 38 (1957) 65.

• Moon, P., La convention sur le bénéfice dans le régime matrimonial de l'union des biens. Thèse Lausanne. Lausanne, Imprimerie centrale, 1966.

• Klaus, R., Pflichtteilsrecht und güterrechtliche Verfügungen. Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1971. [Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft nF Heft 378].

• Gfeller, P., Die Begünstigung des überlebenden Ehegatten nach schweizerischem Ew- und Güterrecht. Schweizerische Anzeigerzeitung 47 (1966) 1341, 48 (1967) 24

iv) 第五章 改正草案:

• Spitzer, G., Von der Teilrevision des Familienrechts. In: Probleme und Ziele der vormundschaftlichen Fürsorge, Festschrift zum 50 jährigen Besten der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder. 1963, S. 149ff.

• Werkes, T., Die Revisionsvorschläge zur Güterverbindung im Vergleich mit der Zugewinnsgemeinschaft. Diss. Basel. 1964.

• Partialrevision des Familienrechts. Revision partielle du droit de famille. ZZW 34 (1966) 194, 386, 433.

- Grossen, J.-M., Observations comparatives à propos de la réforme du droit suisse de la famille. ZVW 21 (1966) 121.
- ders., Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Revision des schweizerischen Familienrecht. ZVW. 22 (1967) 1.
- Kehl, R., Die Familienrechtsreform. Eine Nachlese zu den Anträgen der Studienkommission. ZSR 86 (1967) (147) ^I
- ders., La réforme du régime matrimonial de l'union des biens et le droit comparé. SJZ 63 (1967) 149.
- Hausheer, H., Das Familienrecht des schweizerischen ZGB: Teilreform oder Totalrevision in kleinem Schritten. ZBJV 109 (1973) 257.

⁸⁹
付記: 本稿で用いた主たる単行本は、バーゼル大学おおいスイ国立図書館にてコピーされたものである。また、参考文献は、名城大学法学部図書館にて参照された。記して感謝の意に代えられた。参考のため、名城大学図書館に所蔵するスイスの定期刊行物を示しておこう。

- ZBJV 1 (1864) - 99 (1963).
- SJZ 1 (1905) - 72 (1976) +
- ZSR aF 1 (1852) - 22 (1881), nF 1 (1882) - 95 (1976) +
- BGE (選邦裁判所公式判例集) 1 (1875) - 93 (1967).
- Die Praxis des Bundesgerichts (私版判例速報誌) 1 (1921) - 60 (1974).

3. 邦文参考文献 本稿のテーマと密接な関係のある主要文献を示しておこう (公表4頁を参照)。

- 木村誠治郎「瑞西将来の民法における婦人の地位を論ず」志林1巻8号(1900年)。
- ^国岡村可「瑞西民法における妻の地位」京都法学8巻7号(1913年)。
- 櫻積重遠「スイス民法の家制」日本社会学院年報6巻1号-3号(1918年) [同 親族法79頁以下にその転載がある]。
- 中川善之助「スイス民法における家・家長・家長権」法時6巻5号(1934年)。
- 同「スイスにおける家と家長」家族制度全集叢論篇IV所収(1936年)。
- 内山慶之進「スイスにおける商婚の合併」新報60巻7-8号(1953年)。
- 高木国博「スイス民法における家族財団」六甲台論集5巻2号(1958年)。
- 中川善之助・加藤永一「スイス離婚法」比較法研究18号(1959年)。
- 加藤永一「スイス商婚法における若干の問題」東地法学会雑誌10号(1960年)。
- 内山慶之進「スイス商婚法における財産法上の効果」(4)-(3) 青山法学2巻2号, 3巻1号・2号(1960年)。
- 中川善之助・加藤永一「スイス離婚法」新比較離婚法IV所収(1962年)。
- 松倉耕作「相続財産の形成・維持に及ぼす相続人の寄与」(4)-(3) 民商68巻3号-5号(1973年)。同3号⁴26頁以下でスイス法を扱う。[「相続人の寄与」と同条記す]。

- ・ 同 「スイス民法における生存配偶者の相続権」(4)-(4) 名城法学 23巻1号-24巻1号(1973-74年)。[「生存配偶者」と略記あり]。
- ・ 同 「スイス民法における未婚財産契約」(4)・(2) (南山大学) アカデミア 49号・50号(1975-76年)。[「未婚財産契約」と略記あり]。
- ・ 同 「スイス民法における未婚の特有財産——契約に基づく特有財産を中心として」 アカデミア 51号(1976年)。[「特有財産」と略記あり]。
- ・ 同 「スイス民法における法定特有財産」 アカデミア 52号(1976年)。[「法定特有財産」と略記あり]。
- ・ 加藤永一 「スイス民法における婚姻の效果——婚姻義務違反とその救済」 高梨還厂記念『婚姻法の研究上』所収(1976年)。
「その他、スイス民法に關する一般的研究資料として、以下の諸文献を参照せよ。」
- ・ 松倉耕作 「スイス民法典の系統とその特色」 名城法学 23巻2号(1974年)。[「スイス民法典」と略記あり]。
- ・ 同 「スイス法への誘い」 同 24巻1号(1974年)。
- ・ 同 「オイゲン・フーバー(1849-1923年)——スイス民法典立法者の横顔」 同 24巻2・3追悼号(1975年)。
- ・ 同 「スイス民法典に關する研究資料」 同 24巻4号(1975年)。[「研究資料」と略記あり]。
- ・ 同 「スイス年報(1970-72年)——スイス民法典に關する

研究資料を求め」 同 24巻4号(1975年)。[「スイス年報 1972」と略記あり]。

- ・ 同 「スイス年報(1973年)——家族法に關する研究資料を求め」 アカデミア 53号(1976年)。[「スイス年報 1973」と略記あり]。
- ・ 同 「スイス法における直系卑属の寄与——1972年改正法について」 アカデミア 54号(1977年)。

詰ひにかえり(4)

④ 口(1)のわかれかゝれを不学んぶるに内容を前提として、スイス法の特徴について総括しておこう。スイス民法典の特徴を一言で表現すれば、立法当時におけるその近代性とスイス民族的性格にあらわれる。その内容については別稿において触れたいと(1)く、スイス諸カントンにおける民法典編纂に際しては、ごく少数のカントンを除いて、オーストリア、ドイツ、フランスなどの隣国諸法の影響を強く受けてい(2)る。その際、夫婦財産制に關してい(3)えば、妻および妻の財産に対する、かなり強い夫の後見Muntern保持されることが常である。

さらに、スイス民法典は、多くの領域に純粹にドイツ法の息吹の影響を受けてい(4)るにもかゝらず、かつてのカントン法に於けると同様、その内容において、旧来のスイス法の固有性~~を~~を尊重してい(5)ることに注意しなければならぬ。しかも伝統的な法制度を

恭しく取り入れてい(6)るにもかゝらず、その制度当時としては、近代的な~~な~~法制度を包蔵してい(7)る。その一つとして指摘されるのは、家庭内での母の地位⁽⁸⁾、すなわち婚姻以下の妻の地位の改善、原則的な夫と妻との平等、妻の特有財産制度、生存配偶者の相続権の拡大等⁽⁹⁾に對する慎重な配慮⁽¹⁰⁾にかゝられてい(11)る。その具体的な内容については、本論において折々触れたい。

これらの基本的構造を前提として、現行法定財産に於ける財産併合制は、スイス民法典の意味での契約別産制の要素と財産共通の要素とを併存せしめ(12)る。すなわちここには、所有権⁽¹³⁾についてはい(14)わゆる別産制をとるが、夫婦財産の管理・用益等の権能は、原則として夫の手中に集中される。かような財産制を法定財産制へと採用せられた背景には、民法制定当時の社会・産業構造および統一法制定前のカントン法や慣行の存在を無視しな(15)らぬ。今日では世界一の国民所得を得てい(16)るに至

このころ、当時主要産業のいかに中々家内工業
業にすぎず、全体的にはいかに農業が主体で
あった。(4)

~~地方~~ 有地教授によれば、フランスでは、
1907年7月13日法によつて、妻には、夫から
独立して職業に従事する自由、自分の所得、
報酬を処分する自由の保障がなるとともに、
妻の労働の結果得た財産に対して個別的な管
理権を認められた制度、すなわち「留保財産 (biens
réservés) 制度」なども、かような(夫の支配を
排除する、松倉注)要請に応じたものである。と
いふ、このように(剰余財産など生ずる余地が
ない状態の、松倉注)場合の別産制はどちらか
といへば夫と妻の平等が十分には確立されて
いない状態では、夫の支配から妻の所得を譲る
という、いわば消極的な機能を果たすといえ
よう。(5) と評される。フランス法に対
すると同様のことから、フランス持存財産制度も
フランス法定財産制にもあてはまる。いかにい
ても財産併合制は、当時の夫婦をとりまく社

会日経済関係が中心横行にも、ともよく適合
してあり、この法定財産制とせられたのは、
は、それだけの合理制であったのである。

口(2)口それでは、フランス法定財産制は、今日
の意味での世界の夫婦財産制よりみれば、ど
のほうに部類に位置づけられるべきか。こ
れは、島津教授の紹介に基づき、現
在夫婦財産制をみてみよう。(6)

それによれば、今日の世界の夫婦財産制は、
夫別して、別産制、裁量制、据置き共有制、
共有制の四種のどれかに分類される。

まず第一に、別産制とは、個々の財産取得
の際して、夫婦のいづれか金を出費したことを基
準として、取得財産の所有権の帰属を決定す
る制度のことである。これといへば、最判昭34年7
月14日(民集13巻1032頁)事件の事は、いかに
中々家事労働のほかに、家業である旅館業の
手伝いの管理の仕事も携わって来たのである
から、この「家庭経済の全体像を考慮す
ることなく」、金銭の出所のみに手掛かりと

して、取得財産たる(妻名義で登記された)旅館の敷地の所有者を夫と認定した例がある。しかし、いわゆる equal property system は夫婦共同生活の実情に合致し、とくに妻の家事労働を平等に評価しえないため、これに代わる制度が必要として、とくに衆知の通りである。

二、裁量制 separation of property with a discretion in the court とは、いわゆる別産制を基礎とすると、離婚や別居などの婚姻終了に際して、裁判所の裁量により、配偶者一方から他方への財産譲渡もしくはそれに対する金銭の支払いを命じる制度とされる。たとえば、わが民法768条の財産分与の制度の一例である。

三、据置き共有制 deferred sharing or deferred community of property とは、婚姻継続中は別産制に似て、離婚や別居に際して、各配偶者は所得(婚姻中の蓄積財産)について、平等分配にあたり権利を有すると

あり制度とされる。たとえば、西ドイツの付加所得共有制にこれにあたる。島津教授によれば、これは、「極端な別産制と完全な共有制とを詰み線上に存在する」といえる⁽²⁾。

四、共有制とは、各自の持分財産(別産)を除いて、婚姻中の取得財産およびそれらの代償財産は、夫婦共同体の財産に帰属し、各配偶者は共同体財産について、それぞれ半分の現在の権利(持分)を有し、共同体の債務を併済してのうちに残存する財産は、共同体の解散(たとえば一方配偶者の死亡や離婚)に際して、各配偶者に平等に帰属するといふ制度とされる。たとえば、フランスおよびスイス圏諸国の法定財産制にこれにあたる。

かかき分類においては、各財産についての管理回用益回処分等の態様につき、よく考慮されていない。その点については、スイス現行法は、西ドイツの付加所得共有制と同様に、「据置き共有制」に位置づけられる。同様に、スイス改正第1次草案も、スイス法の意味を

の契約別産制を基礎とするか、とくに剰余の清算については、基本的に¹は財産併合制下の剰余清算を導入し、婚姻の解消に際して剰余の清算口分割を認めるところ(剰余清算を発生せしめる法的理由は、それ以外の法領域に異ならず⁽⁸⁾、その主なものは、一方配偶者の死亡と離婚である)。したがって、スイス改正草案も、現行法と同様に、前述した「据置き共有制」をとるものといえる。

さらに、改正草案M条3項と同24条1項(一方配偶者の死亡に際する剰余の分割)および同N条3項(離婚に際するそれ)は、裁量制をとり入れたものといえる。すなわちこれは、法定ないし合意に基づく剰余分割⁽⁹⁾、直系卑属世(もしくは⁸他方配偶者)にとつて明らか¹⁰に過酷であるときは、その請求をよって、裁判官がそれと異なる分割を命ずることとなるものがある。もっとも、これはいう裁判官の裁量は、本来いわれるところの裁量とは、若干¹¹ニ入る異にある。

sp.

以上の意味において、スイス改正草案は、いわゆる据置き共有~~制~~を基礎とし、ごく限定的に裁量制をとり入れた法制と位置づけようが、同じく据置き共有制をとる現行法定財産制とは、著しくその内容が相違する。すなわち、現行法および改正草案の自己管理制は、自己の固有財産は別所有であるという意味で、ともいわれる別産制を基礎とするか、とりわけその管理→収益口処分関係および剰余の取得割合が大きく異なる。同様のことは、これらとドイツ新法との対比においてもいえる。ここに、スイス改正草案の、死亡による場合と離婚による場合とで、剰余の割合に差異を設けてゐる点も、現行法に対する一つの特色でもある。

剰余の分割については、婦人団体の陳情書は、妻のため¹²に現行法より優遇せられ¹³剰余の分割を容れ¹⁴る。その際とくにBSFやSFG等の婦人団体は、⁽⁹⁾婚姻中の可¹⁵なる所得 Ersparte すなわち夫の剰余と妻のそれとを分割せし

との立場から出發する。しかも、死亡による婚姻の解消に際しても、また婚姻によるものに際しても、両配偶者の剰余の合計を $\frac{1}{2}$ ずつ折半すべく要求していい。

これについて「改正委員会とはいう⁽¹⁰⁾。剰余の $\frac{1}{2}$ の分割は、見かけのうえでは夫婦の平等を実現するものと見える。しかし、一方配偶者の死亡の際には、夫と妻とは、等しい権利を有する当事者として対立関係にあるのではなく、むしろ生存配偶者と死亡配偶者の相続人との対置される^{べき}である。したがって、この $\frac{1}{2}$ の分割は夫婦の平等を実現する^{こと}にはならない。ことに妻は、現行法に比して、 $\frac{1}{2} - \frac{1}{3} = \frac{1}{6}$ だけ夫の剰余を多く取得するにすぎないから、現行法に比し本質的地位の改善にはならない。現行法上の妻の持産財産制度を考慮すれば、とくに妻の労働収入を得ている場合などは、現行法より妻の取得割合が少なくなることとされ^{べき}ではないであろう。とすれば、夫の相続人との対比において、改正

草案の立場は、相当の合理的根拠を有するものと思われ⁽¹¹⁾。

かくのごとく、スイスでは、わが国にあり^るものと区別産制が共有制(もしくは~~共同制~~ないしは共同制)かという論議はほとんどなされておらず、むしろ剰余の取得割合をいかに配分するかに視点が向けられている。

剰余の算出は、 $\text{剰余} = \text{婚姻解消時の財産} - (\text{編入財産} + \text{相続その他の方法により無償で取得した財産} + \text{これらの代償財産})$ の公式より算出される(改正草案₅条参照)。この帰属不明の財産は、反対の立証がなされるまでは、剰余算定の基礎財産に属するものと推定される。現行法のもとでは、夫の所有と推定は存する結果として、妻の持産財産との立証および妻の編入財産との立証を要した:とと比し、さきゆえに夫より改正と評しよう。

つぎに、剰余の取得を妻の立場からみれば、夫死亡の際の妻は剰余の $\frac{2}{3}$ を取得し、離婚の際には妻はその $\frac{1}{2}$ を取得する。これとは、妻

の剰余を4万フラン、夫のそれを6万フランとすれば、妻の取得分 = $4 \times \frac{1}{2} + 6 \times \frac{1}{2} = 5$ 万フランを取得する。とすると、妻の剰余が7万フラン、夫のそれを3万フランとすると、妻は夫の剰余を放棄して、自己の剰余の7万フランを保有することが可能である。わが国においても、共働きをして職業人として自立しようとする婦人および夫より収入の多い婦人には、いわゆる別産制擁護の考え方が非常に強いといわれるが、スイスの改正方向は、これら^の要望を満ちることになる。

他方、改正草案によれば、いわゆる寄与分(著しく協力した配偶者^が、他方配偶者に相当の補償を求めた権利)の清算を、婚姻解消に際してのみならず、婚姻中にもこれを請求する途^が用^がなれている。かかる権利は、卑属のそれと同様に債権的権利にすぎないが、かかる規定は、自己管理制のみならず、契約別産制のものとも置かれたことは、現行法を大きく前進せしめるものと評価できる。わが国でも、ここ^に離婚の際の

財産分与請求権を保全する^{こと}をネウイとし、婚姻の継続中も離婚請求を前提とする^{こと}となし、所得を保全するための規定を設け、と^{する}提言がみられる。⁽⁴²⁾

財産制にかんじ^かか^りなく、専^業の清算を導入する^{こと}とは、その手続^がも^ろ複雑^ななるであろうが、わが国においても絶対に不可能な^{こと}とは^なない。一定の場合(たとえば、共同体の存在を危うくする行^動のありと^す)に、専^業の清算を認め^る方向を承認すれば、前記据置^き共有制に内存^{する}欠陥の^一つと指摘せ^られ^る婚姻中の不平等^が是正せ^られ^ることにも役立つ。

以上の簡単な叙述から^も明^らか^らず^に、同じ据置^き共有制にあり^{ても}、^いろ^いろ^のアイエー^ンのあり^{よう}と^する^{こと}も明^らか^らず、^スイ^ス改正草案の方向は、^分制限^の夫^を別^とすれば、概して西ドイツ法に比し、妻を有利にし^{よう}と^する。これに規定^上妻の地位を高め^{よう}と^するばかり^でなく、設^法の^実行^を担保^{する}規定にも^特重^な配^慮が^はら^われて^い

と氏は、他人の石とすべし其の少くなくない。

さうな規定として、たとえば夫婦の権利(たとえば将来の剰余請求権や寄与分を求めた債権)の保全をネウイとして、目録の調整請求権(ただし、現行法および改正草案とも、強制的なものではなく任意的)を明記するとともに、目録の調整を奨励する意味で、たとえば婚姻届の提出に際して、目録調整の効果等を説明すべき義務を身分登録吏に課せうとする。同様の制度として、相互の報告義務(現行法は夫のみにかかき義務を認めず)の範囲の拡大(現行法は妻の編入財産についてのみ報告義務の対象とするが、改正草案は夫の固有財産および収入に拡大する)および報告義務の強化(報告拒絶に対する拘留や罰金、裁判所のインジUNCTIONによる調査権)が企てられている。

これらの制度はわが国にはなじみ難い点もみられようが、現在の夫婦関係の多様性を前提とすれば、一つの制度的保障を付与するものといえよう。それわが国では、制度の枠組

となるしほそれに対する批判には多くの工面に費やされていながら、当該制度の運用の容易化ならしほその実行担保の面は、やや軽んじられる傾向がないでもない。

①(5)のとおり、共有性の特色ならしほ難点として、①夫婦の財産がいくつかの財産団に命られる、②財産制の解消に際して、各財産団内の清算を必要とする、③いづれの債務もどの財産を引当てるとするをめぐって複雑な問題が生ずる、等の指摘がみられる⁽²⁾。これをもち、共有制のみならず必然的な結果とすれば、この理はスイス法には辱しない。別産制を基礎とすると、いう意味で、スイス現行法および改正草案を、いわゆる別産制と位置づけるとすれば、上記①②③の問題はすべて現行スイス法でも同様の問題があり、改正草案のもともともその複雑さは現行法に比しかなり簡略化されたことにならうが、やはり存続する問題はある。また、④⑤の点では、程度差はあれ、纯粹別産制のも

でも生じる問題である、これを共有制必然の運命と位置づけることは問題かあるう。

つぎに、夫婦財産制に対する国民の多様な要請に答えるためには、いくつかの財産制を民法典上用意するとの前提のもと、たとえば、裁量制あるいは据置き共有制を法定財産制とし、このほか法定財産制と~~別産制~~別産制とを定め、婚姻当昇者が法定財産制によることを欲しない場合に、そのいづれかを選択させるべしとの提言が有力に主張されている。(14)

筆者もこの説に賛成したい。決定的な国民的同意の得られず、現状では、かつうな方向のものとも無難である。これに加えてつぎは、
①現行法のごとく、これ以外の財産制選択の余地を残すべからずなく、いくつかのX=ユ-を用意する必要がある、②基礎事情の変動に配慮するべく、婚姻後の財産制選択(これと夫婦財産契約とを結びつけるかは別として)の途を残すことか必要である。(15) ③、④承認せ

られることを前提として、一定の制限(たとえば第三者保護の規定を留保して)のもとに、不法のごとく、複合財産制選択の途を残すことか、より強力的な運用を期待すべきであるか。

これらの場合に、夫婦財産契約と語らうか問題となる。従来わが国では、夫婦財産契約の締結それ自体が少なかったこともあり、その存在理由も乏しいことを根拠として、夫婦財産契約の規定を廃止する方向に進んでいす。(17) しかし、筆者のごとき立場に立てば、ここに改めて夫婦財産契約の存廢の是非を問われよう。かつうな契約か、わが国国民感情になじみにくいとの指摘はそれとして、婚姻後の契約締結を認め、たとえば婚姻届時に、契約の存在も契約締結の効果等を書面による説明の両方法により、国民を啓蒙することを前提に、夫婦財産契約の活用を努めようべきではないだろうか。

また、剰余(所得)の分配を、遺言のみならず

かせず、夫婦財産契約もしくは書面による合意により可能とする方向も検討の価値がある。前者に於ては、実行困難(これにより)とすれば、夫婦財産契約の存在価値は一層大(増)すとすれば、当事者夫婦間の合意もしくはそれプラス公証等の要件を付加することは考えられる。

④ ④ 処分制限について、婚姻中別産を基礎とする西ドイツ付加所得共通制のもとでは、家族の利益保護ならぬは婚姻共同体の保護のため、いわゆる総括的財産に同する処分行為を制限する(BGB 1365条)、また家庭用別産の処分も制限される。一方配偶者からこれらの処分をなすには、他方配偶者の同意を必要とし(不当な同意拒絶ならぬは病氣等により同意をなす元ないときには、後見裁判所による同意の途が残る(BGB, 1369条)、同意をなすに付すれは処分行為(場合によっては義務負担行為)は無効となり、処分行為をなす配偶者から他方配偶者のいふれから、処分行為の無効を主張して財産の取戻しを請求しう(

8p.

BGB 1368条)。別産についてこそ善意取得は認められないといわれ(18)。同様に、婚姻生活の存続を危くする財産の管理・処分についても、多くの法制は、なんらかの特別の配慮をなしてこのを通常とする(19)。

他方、現行スイス法のもとでは、妻の譲入財産については、その同意とこの形式での制限が存するが、西ドイツほかの法制と異なり、財産対象によつて制限するということをとらない。処分行為の有効無効を、他方配偶者の同意の存否に全面的に依存せしめるとすれば、処分の相手方と第三者は、処分前からのこの調査を要せられることになる(20)。これでは取引の円滑を害するにたる。

一般に夫婦財産法上考慮されるべき利益の一つとして、家庭生活の財産的安定化と取引の安全との調和が要求せられる。社会主義体制のもとでは前者が重視されたのに対して、資本主義体制のもとでは後者が重視された(21)。とすれば、現行スイス法は、西ドイツ改正法

以上に取引の安全を重視してあり、さらに改正草案は、より以上にこれを重視する方向に進もうとする(ただし、現行法のもとでの処分制限と、改正草案のもとでのそれとは、処分制限の対象に大きな相違⁵がみられる)。これ、スイス改正草案のもとでの処分制限と(一)のほか、他方配偶者の固有財産ないしは収入に対するこれを意味し、わが法のもとでいわれる処分制限とは若干意味が異なる。さらに、スイス改正草案のもとでは、将来の剰余保護ないしは寡少分の清算清算の制度等も存するが、処分制限を必要とする度合も相対的に少ないことも注意すべきであろう。

1975年「法制審議会民法部会身分法小委員会」より、いわゆる「中間報告」が公表された。中間報告に掲げられていた共有制と別産制とは、対立的な意見としてとり上げられていた。とこの間、各国の夫婦財産制に關する立法・改正の動向をみれば、「従来存在していた共同制と別産制との対立は今では次第

に矢向け、両者を融合した共通の制度の樹立に何か、この世界は動きつつある⁽²³⁾。前記中間報告のいう別産制にあつても、婚姻中にあり得る財産処分制限や配偶者の潜在的持分の具体化等が検討課題とされており、かなり共有的色彩を盛り込んだ別産制が予定されている。とすれば、中間報告のいう共有制と別産制とは、少くとも婚姻解消に際する婚姻中に取得した財産の分割については、両説の差はほとんど生じないであろう⁽²⁴⁾。

とすれば、いわゆる別産制ないしは共有制の一方を排他的にとり入れたのではなく、わが国の国情にそつと「複合財産制」をめぐらすべきであろう。いかにえれば、たとえば据置きた共有制を基礎としても、ここに共有的要素ないしは裁量制をとり入れたるをえね、その際いかに複合財産制がわが国の国情にもとも適合しやうかを、あるべき理念を他岸にみよえ、現実性をふまえて論ずる段階に達していると思われぬ。別産制ないしは共有制を

固定的・回確定的な法制と捉えて、こゝに批判
 の目を集中するとは、あまり生産的とはい
 えない。その意味では、いかに別産制とし
 くは共有制にも、いづれかの「ハーエーレ」の
 ありうることとを認識し、より具体的な提案を
 もとにして論争を望みたい。

口(25)口最後に、「法定財産制は一般的に最も
 欠点の少ないものではないから、…夫婦
 財産制の理念は、(a)夫婦一体の理念を合致し、
 (b)各配偶者の平等をみとめ、(c)各配偶者を他
 方の勝手な行状から保護し、(d)簡潔明瞭であ
 り、債権者を害しないものではないからならな
 い」といわれる。(25)

これによつて才一、現行スイス法定財産
 制の諸規定(とくに妻の編入財産について)の
 か、Kamerlinのいうのとく妻を冷遇する最
 多例があることはよくとして、(26)今日的意味
 での男女平等の理念をとりければ、きわめて不
 算であり、妻の財産についての管理・処分権
 について、妻の意思によるものではないから、法律により

当然に夫に移行し、妻の経済的活動の自由を
 制限するといふことは、近代の法思想と到底
 底符号しない。その意味では、偉大なスイス
 民法典もやはり時代の落し子であり、こゝに批判
 は免かれえない。新しい法定財産制として、
 西ドイツの付加所得共同制に近い自己管理制を
 提示せよといふことは、きわめて当然の要求に
 すぎないと思われ。

才一、一方配偶者の処分制限の問題は、
 債権者の保護~~の~~は取引の安全ともかかわ
 る問題である。スイス改正草案は、現行法と
 同様に直接的な処分制限の手段を注意せず、
 むしろ取引の安全を重視する方向に進もうと
 する。その前提には、各配偶者の他方配偶者
 からの独立を志向せんとする方向にもあるが、
 それによつても家族法以外の領域(たとえば登記法)
 への影響は少くなく、法規の簡潔性もそ
 のたわれ。とすれば、直接的な処分制限を設
 けずとも、より肉詰りの婚姻共同体保護を
 視念から、夫の横暴を防止するスイス法の方

何も、一つの解釈の途を提示するものと思われず、
 いうまでもなく、比較法的考察を可能には、
 各国法制の特徴についての理解を必要とする。
 各国立法は、それぞれが国の特殊な社会事情
 (ニとニ妻の置かれていた状況)の生産物である。

かつ、その事情を捨象して、制度のみを比較対
 照したり、これらにわが国の解釈の参考とする
 ことは、きわめて危険である。「各国の夫婦
 財産法に夫婦の平等実現という同一目標に向
 って歩み寄りつつあるも、なおかつその差異
 があるのは、前述した夫婦の社会的実在にな
 る差異があり、この実在の差異が婚姻関係の
 法的把握に反映しているにほかならないのである」⁽²⁷⁾

筆者自身もかような認識に基づき、本稿の序
 論においても述べたように、生存配偶者の相続
 権、夫婦財産制、離婚の際の子財産分割等
 を中心として、スイス家族法における妻の地
 位を把握し、わが国やドイツ法との比
 較考察~~を~~をしてみたいと考えているので、今の段階
 では、比較法的観点から具体的な提案をさ

し控える。一般的に「スイス法(加)---ドイツ
 法に對する一つの批判である...」⁽²⁸⁾とすれば、
 今後のスイス法の動向は、わが国にとり、き
 まりき興味のもたれるところである。

(1977年2月26日脱稿)

- (1) 拙稿「スイス民法典」131-38頁で簡単に示すに能くす。
- (2) 簡潔には、同上 118-24頁参照。
- (3) ほか、財産併合制成立時子の経過を簡潔に素描するものとして、Rappold S.3-8, ゾムトイ民法との比較的思考について、Ibid. S.13f.
- (4) 簡潔には、本稿第1節(1)参照。
- (5) 有地喜「夫婦財産制に関する最近の諸外国の立法傾向に關連して」ジュリスト596号 39頁より引用(1975年)。
- (6) 島津一郎「家族財産について」高梨暹「記念回婚法の研究(1976年)361頁以下にある。その概要を要約するものとして、島津一郎「妻の法的地位——現代民法の夫婦財産制をどう考へるか(パネルディスカッション)」法学セミナー255号(1976年)125頁。
- (7) 島津 前掲論文 375頁にある。
- (8) 同じくは、島津 前掲論文 375頁参照。
- (9) Anregungen des Bundes schweizerischer Frauenverein (zit. BSF) vom 18. Juni 1959, 27. Juni 1959 und 23. Oktober 1959; Anregungen ~~des Schweizerischen~~

der Sozialdemokratischen Frauengruppen der Schweiz (zit. SFG) vom 15. Juni 1959.

(10) 以下は、Studienkommission S.139f.の要約。

(11) ほか、同じく SKF (Anregungen des Schweizerischen Katholischen Frauenbundes vom 24. März 1959, ergänzt am 12. April 1960) における婦人団体の提案のうちには、これに就いて子の婚姻の解消に際して、夫の剰余を生存配偶者に帰属せしめ、その再婚に際しては、先死した配偶者の直系卑属(とくに両配偶者の共通の直系卑属がこれ)のみには留保条件を置くべく要求された。これについて改正委員会が考へたところでは、これでは生存配偶者の再婚に干渉するにせざる、これを前婚配偶者の相続人の許等の余地を残すことは好ましくない。すなわち、再婚の際には、先死配偶者の剰余について妻の持分は、自己管理制のもとでは、現行法のごとく再婚した夫の管理に服せしめ、剰余はむしろ妻の手中にとどまり、新に結婚した妻の固有財産となる。しかもそれは、

贈子があつた中、場合を別として、妻の死の際にも、再婚した夫に帰属せよ、妻の血族として前婚より出生した子に帰属する。この点、SKFの主張は、子の留保条件は不要である (vgl. Studienkommission S. 139f.).

(12) 法学三十一 255号前掲 133頁 (東浦琴言)。人見康子「相続人の相続分等に関する審議と妻の地位」ジュリスト 596号 (1975年) 32頁第2段目と同趣旨。

(13) 島津前掲 369-72頁、人見前掲 32頁第1段目参照。

(14) 島津前掲 386頁。

(15) 同旨、人見前掲 32頁第1段目。

(16) 拙稿「夫婦財産契約」(1) 参照。

(17) 五十嵐清回比較民法学の諸問題 (1976年) 228頁および同所引用の文献参照。

(18) 以上いつ、いつ、いつ、右近健男「比較法」37号 46頁以下、谷口知平 同 73-74頁以下参照。

なお、例外的に信義則上無効の主張が拒否された例にいつ、いつ、谷口前掲 74頁参照。

(19) いつ、いつ、谷口前掲 77頁以下。

(20) 本稿第5節(1)参照。

(21) 田中宗「夫婦別産制の一考察」婚姻法の研究 下(高梨逸「記念」(1976年) 240頁, 248頁。

(22) 1975年8月1日付の公表せられた「法制審議会民法部会身民法小委員会中間報告」後の文献として、~~中略~~、~~中略~~ 本稿に引用した文献

の何れか、いつ、いつ、ジュリスト 596号(特集)前掲の泉、野田、浅見、右近の各教授の論稿(1975年9月)の何れか、有地亨「現代夫婦財産制の課題」法律のいつ、いつ 28巻10号(1975年10月)4頁以下、

中川淳「妻の家事労働の法的評価」同誌 13頁以下、高梨克彦「妻の地位と税法上の問題点」同誌 37頁以下、比較法研究 37号所載の坂本、人見、浅見、裕子、の各教授の論稿(1975年10月)、

X「中間報告について」≪座談会≫T-ス研究 152号(1975年12月) 14頁以下、

X「配属者の相続分・夫婦財産制・寄与分」≪座談会≫T-ス研究 153号(1976年2月) 14頁以下、

X「夫婦財産制を考へよ - 別産制か共有制か -」≪座談会≫T-ス研究 158号(1976年12月) 16頁以下。

- (23) 五十嵐 前掲書 202頁より引用。同旨 有地ジニスト論文 38頁
- (24) 有地ジニスト論文 37頁, 同旨 五十嵐 前掲書 229-30頁.
- (25) 山田 巖田 ドイツ法概論 II (新版) 有斐閣全集 (1973年) 227-228頁以下。同様に、Kaerner S. 174 f. には、法定財産制に際して考慮すべき利益として、その他に、人格の思想、共同体保護の思想等が掲げられる。とくに平等思想との関係については、Kaerner S. 9 ff., 野田 前掲 25頁第4段目参照。
- (26) Kaerner S. 85
- (27) 人見 康子 「現代夫婦財産法の展開」 国会 (1970年) 249頁
- (28) 石川 明 「スズ債務取立及び破産法の改正作業について」 判例タイムズ 327号 (1976年) 377頁。