



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。



スイス法定夫婦財産制の研究

松倉耕作

序論

- 第一章 所有権関係
- 第二章 管理・用益・処分権
- 第三章 夫婦財産の解消
- 第四章 剰余・不足の清算
- 第五章 改正草案および契約財産制
の可否にかえり

<参考資料>

1. テクスト
2. 欧文参考文献
3. 邦文参考文献

序論

一、本稿は、別稿「生存配偶者の相続権」
 に予告した公約を果すものあり、⁽¹⁾ 現行スイ
 ス法定夫婦財産制および改正第一次草案の紹

介を目的とする。近時の諸外国における動向、
 さらには家族をとりまく諸要因の変動にとも
 なう世界的な意味での家族の果たす役割の変
 化にともない、いずも法定夫婦財産制は、家
 族法における最も重要なテーマの一つとされ
 るに到っている。かような動向の表現として、
 1975年度の第38回比較法学会においては、法定
 夫婦財産制に関する統一シンポジウムが開か
 れ、その後1975年8月1日、法務省民事局参事
 官室の名で、「法制審議会民法部会身分法小
 委員会中間報告について」と題して、夫婦財
 産制に関する問題について、同審議会における
 調査審議の結果が公表せられるとともに、こ
 れに関する各界の意見が求められた。

かくのごとく、近時のわが国の法定夫婦財産
 制を改正しようとする動きは、着実に急速
 に高まりつつある。亦記「中間報告」によれ
 ば⁽²⁾ 諸々の問題点について、審議会メンバー
 の意見が分かれたか、法定夫婦財産制をいかに
 構築するかは、「国民生活に重大な影響を

及ぼす問題であるから、国民の意識の推移、諸外国の立法の動向及び学界の研究の進展等を考慮して、更に検討されることとなる。

すなわち今日、そこでべき法改正への足掛かりとして、まず立法後の法的安定性⁽¹⁾の見地から、比較法的研究が切望されている。しかし、これを以て公表せられた諸研究は、わが国におりて外国法研究のつねとして、伊保英・米独・仏の諸国のそれにかぎられている。

筆者は、前記「スイス民法における生存配偶者の相続権」を執筆して、当該条より、夫婦財産制そのものを個別的に比較するのではなく、より一般的に各国のもとでの配偶者の地位、さらには各国法典の特色を踏まえたいえ、研究対象とする各国の夫婦財産制を把握する必要のあるものと考えた。

後者のスイス民法典の特色を踏まえたい個別研究は、筆者自身に課せられた生涯の課題であり、現在の筆者の力では、とうとうこれを達成しえない。それゆえ、むしろ筆者の「配

偶者の地位」から、この問題にアプローチする方法をとった。

スイス民法のもとでの配偶者の地位を総括し、これを踏まえたいえ、法定夫婦財産制に近づくこと、筆者のネライである。しかし、たとえ民法の枠内であつても、配偶者に関するべき規定を検討することは、かたがたしも必要ではない。筆者はこれについて、つぎの三つの課題を設定した。その一は、生存配偶者相続権であり、その二は、法定夫婦財産制であり、その三は、婚姻の一般的効力を前提とした生存中の財産分割、とくに離婚時の財産分割である。第一・第二の課題は、第一三章、第四章をみよことと、とくに「配偶者の死のとき及び視喪をおりは」、いわは「車の両輪の」とく表裏の関係にあり、夫婦関係の解消に際する夫婦の財産分割であり、とりわけ第一のそれは、婚姻生活と語いついで夫婦の財産関係である。筆者の考えによれば、少くともこれら三つの課題を総合的に研究する

：とにより、配偶者の地位は、より体系的に位置づけられるものと思われよう。

本稿の課題については、すでに一応の研究を終えている。そして本稿は、本稿の課題を果すようとするものである。本稿を公表するに先立ち、その準備作業として、夫婦財産契約について「スイス民法における夫婦財産契約」、持戻財産について「スイス民法における夫婦の持戻財産——契約に基づく持戻財産を中心として」および「スイス民法における特定持戻財産」等の研究を公表したので、これらとの関係について触れておこう。

まず、スイス法のもとでの夫婦財産契約は、これとえば「夫婦財産制の選択(178条)、持戻財産の設定(190条)、剰余持分の修正(214条)等の規定と密接な関係をもつものばかりではなく、婚姻後の夫婦財産契約も可能とせられることもあり、法構成のうえでは、山が国にありませぬにより遙かに主要な内容を内包する。他方、スイス法のもとでの持戻財産は、主として妻

の地位に肉付するといふべきである。法定夫婦財産制の構成から、対等三者関係を別とすれば、妻の地位の高揚とみることができよう。194条以下の法定財産制は、肉付規定ではないが、スイス法のもとできわめて重要な位置を占める持戻財産の存在を無視して、法定財産制のみをその研究対象とすることは、本をみれば、おぼろしい結果に陥る危険がある。

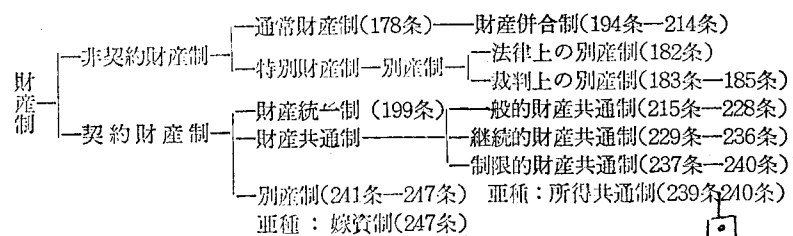
かかる理由により、本稿に先立ち「夫婦財産契約」および「持戻財産」を公表した。本稿はこれら諸稿を前提としておこう。その意味でも、本稿とあわせて、前記諸稿を讀んでおくに付けたい。以下本論に入ります。前記、不必要な誤解を避けるため、夫婦財産制の構成およびその概要を示しておこう。

二、スイス民法上、夫婦財産制 *Güterrecht der Ehegatten* に関する規則は、民法第6節(節は民法典を通じて連続して数えられる)に規定され、1747条(178条-251条)のテラストにこれに充てられておる。⁽⁵⁾ 全体の展望を容易に可及るため、

その節を款以下に分ければ、上記の五つの款に分けられる。

- 第一款 総則 Allgemeine Vorschriften (178条-193条)
- 第二款 財産併合制 Güterverbindung (194条-214条)
- 第三款 財産共通制 Gütergemeinschaft (215条-240条)
- 第四款 別産制 Gütertrennung (241条-247条)
- 第五款 夫婦財産制登記簿 Güterrechtsregister (248条-251条)

さらに、各財産制別に全体の構成を述べ、つぎのごとき内容を有している。



と云ふ、現行民法典の夫婦財産制は、これと云ふ、ベルン施行法 Bern Einführungsgesetz のごとく、⁽¹⁶⁾ 可成りの財産法上の地位をも含めたいわゆる家族財産制 Familiengüterrecht を規定するものではない。しかし、例外的に当該婚姻関係より生まれつきの生存配偶者との間、継続的財産共通制の存続する場合を除いて、夫婦間での夫婦財産法上の財

産肉体的規定されるべきではない。しかし、夫婦の財産肉体的、すなわち前記第六節夫婦財産制の規定つくされていなければならぬ。これと云ふ民法を例にとれば、婚姻中にあっては、妻の職業 Beruf od. Gewerbe (167条)、妻の訴訟能力 (168条)、夫婦間の強制執行 (173-176条)、夫婦間の法律行為 (177条)、さらに一方配偶者の死亡以下夫婦財産法上の清算にあつては、生存配偶者の相続権 (とくに、462条、471条4号、473条) 等の各規定以下に補充されている。また、特別法にあつては、「債務徴収のための破産に関する連邦法」の規定のしほしほ：これに關係する。⁽¹⁷⁾

民法の範囲内でも少し補足しよう。
まず、婚姻の効力との関係では、夫婦間の夫婦財産契約により、いかなる財産制を選択しようとも、婚姻の効力に基づき財産法上の影響をうける(これとは、162条からその理を明言する)。民法典は夫婦財産を経済的単一体 wirtschaftliche Einheit と捉え、夫をその管理者とする。

ドイツ民法旧法のごとく、夫を妻の財産につ
いての代理人 Sachwalter とはみない。スイス
民法典は、当時の諸外国の法典に比し、夫によ
り大きな自由を与えてゐるが、妻の財産に対
する夫の権利と、この観点に立つてはよく、
両(配偶)者の夫婦財産に対する関係から出発す
る。すなわち、夫は共同体の主長として家族
を扶養する任務を担ふ(160条2項、201条)、
妻は制限的の範囲で、共同体の共同代理人と
位置づけられる(163条、166条、200条1項、203条)。
さらに、ドイツ旧法のごとくは、妻は剰余に
ついての持分を有しえなかつたが、スイス法
のごとくは、妻も剰余受益者とされた(214条参照⁽⁵⁾)。
他方、相続法との関係では、たとえば、ベ
ルンやバーゼル等のカントン法においては、
夫婦財産制と生存配偶者の相続権は、緊密な
関係において規律され、たとえば一方配偶者
の死亡の際して、他方配偶者は、原則として
夫婦財産法上もしくは相続法上の一方の清算
のみ関与しえぬ。これに反し現行民法によ

れば、夫婦財産法上の清算とそれにつづく相
続法上のそれとは区別されている。すなわち、
生存配偶者は、まず夫婦財産法上の清算によ
り、自己の編入財産 eingebrachtes Gut や他方
配偶者の財産団に対する補償債権をとり戻さ
れ、さらに死者の相続人とともに、死者の特
有財産・編入財産等に対して、相続法上の清
算によつて、相続請求権を有する(ただし、延
続的財産共通制の際には、これら清算が延期
される、229条以下参照)。この二点ばかり注
意すべき点がある。

次に、ジュリーク私法典行法のポイント法
では、ドイツ民法典と同様に、家具などの特
定不動産については、いわゆる先取分等の特権
が認められていたが、~~現行民法典は~~、現行民法典は、夫婦財
産法上もしくは相続法上もかかる特権を認めない⁽⁹⁾。

次に、例外的に、連邦の相続法が適用さ
れる場合がある。たとえば、新法施行後も、
夫婦のカントンの夫婦財産制のもとにとどま
る場合や、民法施行法9条1項に示されて、

従前の相続法に於てこの場合の如き場合に於ては、⁽¹⁰¹⁾
 もともとの夫は、民法施行(1912年)から50年
 余を経た今日では、ほとんど實際上の問題を
 生じない事柄である。⁽¹¹¹⁾

つぎに、夫婦財産制総則⁽¹²²⁾に關する178条によ
 れば、財産併合制 Güterverbindung, union des
 biens, unione dei beni は、通常財産制であ
 り、かつ法定財産制であると位置づけられる。
 この通常財産制とは、夫婦の意思を基⁽¹²³⁾
 (178条)財産制であり、法律の規定もしくは裁判
 官の命令により別産制を生ずる特別⁽¹²⁴⁾財産制
 (182条以下)に對置せられる概念であり、この
 法定財産制とは、前述した契約財産制(215条以
 下)に對置せられるものである。いかにいへば、
 財産併合制は、夫婦財産契約(179-81条)により
 これと異なる契約財産制に締結されない場合、
 もしくは特別の理由により特別財産制に基⁽¹²⁵⁾
 づいて別産制の生じない場合、原則として夫婦
 の~~婚姻~~婚姻時より、法律に基づいて生ずる別産制
 であると云ふ。財産併合制に關する194条

214条を、この印する欄外に Marginalien, Randtitel od.
 Randnote により分類すれば、つぎのごとく表わされる。⁽¹³¹⁾

- A. 所有権関係
 - I. 夫婦財産 (194条)
 - II. 夫婦の所有権 (195条)
 - III. 証明 (196条)
 - IV. 財産目録
 - 1. 調整及び証拠力 (197条)
 - 2. 評価の効力 (198条)
 - V. 妻の財産に対する夫の所有権 (199条)
- B. 管理・収益・処分権
 - I. 管理権 (200条)
 - II. 用益権 (201条)
 - III. 処分権
 - 1. 夫の処分権 (202条)
 - 2. 妻の処分権
 - a. 通則 (203条)
 - b. 相続の放棄 (204条)
- C. 妻の利益の保全 (205条)
- D. 責任
 - I. 夫の責任 (206条)
 - II. 妻の責任
 - 1. 全財産をもつてする責任 (207条)
 - 2. 持分財産をもつてする責任 (208条)
- E. 神償請求
 - I. 発生 (209条)
 - II. 夫の破産及び差押
 - 1. 妻の請求 (210条)
 - 2. 優先権 (211条)
- F. 夫婦財産の解消
 - I. 妻の死亡 (212条)
 - II. 夫の死亡 (213条)
 - III. 剰余が不足 (214条)

三、Güterverbindung という表現は、予て之を
 私法典を編纂⁽¹³²⁾した Bluntschli が予て之を私法典に
 おいて用いた名称といはれてゐる。⁽¹³³⁾ しかし、

スイス法定財産制は、財産併合制は、かつてのドイツ法や BGB において用いられていた同一名称の財産制と、その内容のすべてにおいて一致するものではない。このことは、ZGB の財産併合制は、多くの異なる要素を含んでいる。Tuer 教授によれば、かつてのそれと比し、例外的に夫の権能を強化せられていたところも存在するが、概してこれを弱められており、これを「System des Mannesegoismus」との悪名を付せられた財産併合制は、その厳格性が回避され、緩和されている。(25)

この点の詳細を論じることは本稿の目的外であるので、とくに妻の地位の著しく改善されたこととして、妻の利益を保全するため、妻はいつでも自己の輸入財産のために担保の請求をなすことができ、および夫婦財産の解消時において、その剰余に参加しうることのみを指摘しておこう。

現行財産併合制は、所有権の別産 (Getrenntheit des Eigentums) : 管理・用益の統一 (Einheit der

Verwaltung und Nutzung という = 本の柱より構成される。これをその内容よりみれば、ZGB の財産併合制は、ZGB の意味での別産制の要素と財産共通制の要素とを並存せしめる。(26)

すなわち、夫婦の所有権は原則として 195 条、201 条 3 項、199 条を例外として別産であり、債務および責任も分離されている (206 条以下参照)。

これに反し、統一的管理のため、夫の財産と妻の財産と — 各自の持所有財産を除いて — 夫婦財産として併合される。夫婦財産の管理権は、原則として夫の手中にあり、夫婦共同体の代理権限という制限された枠内、妻も帰属する (163 条、166 条、200 条、202 条、203 条)。

さらに、債務に対する妻の責任は、とくに共同家政に関して生じた債務について、夫が支払能力を有しない限り、才 = 次的責任を負うことができる。夫婦財産制の解消に際しては、夫婦財産の剰余に参加する (154 条、189 条、214 条)。

他方、各当事者から財産制をみれば、夫にとりては、財産併合制は財産統一制より不都合

合であり、妻にとつては、財産併合制は別産制の長所をもつてはなから、他面々の~~短所~~をもつてはなから、債権者にとつては、財産共通制・財産統一制の方がより有利である。(47)

つぎに、財産併合制の修正せらるる場合について触れておこう。財産併合制は、夫婦財産契約の締結されることによつて、本来の規則とは異なる姿となる。

まず、財産併合制の枠内での修正として、たとえば、妻の編入財産の一部の特有財産とせられることによつて、夫の管理・用益を除外せられたり、さらには、剰余・不足について法定持分を修正せられたりする場合がある(現行法上は、いふまでも夫婦財産契約以下を参照)。前者の場合には、特有財産の設定によつて、これによつて別産制の規定が適用せられることによつて、財産併合制に服する財産と別産制に服する特有財産が並存することになり、その意味で、「特有財産は部分的別産制である」Sondergut ist partielle Güter-

Mitteilung と表現される。(48)

他方、財産併合制と他の財産制と総合され、いわゆる複合財産制の生ずる場合がある。複合財産制は、夫婦間主として契約財産制に服してゐるが、これから明確に除外せられたい財産物を中心、財産併合制に服するとする形が登場する。たとえば、財産共通制にあっては、夫婦財産契約によつて、一定の妻の財産を共通財産から除外せられ、これを財産併合制に服する(238条1項)、財産共通制の所得 Erzeugungenschaft に制限せられたいとす、婚姻の成立の際もしくは婚姻中、夫もしくは妻によつて編入せられたい財産について、財産併合制が適用せられる(239条3項)、別産制にあっては、妻の財産の一定額を婚費 Ehesteuer と指定するにとり、これを財産併合制の規則に服せしめられる(247条1項、2項)、などの場合がある。(49)

最後に、後述するごとく、財産併合制は当時の夫婦をとりまく経済的關係よりの慣行に基つてよく適合してゐるから之に、これの

法定財産制として採用せられたいのである、
 とくに1950年代に入ってからドイツに
 いたる動向から、スイスにも強い影響を及ぼして
 いる。その詳細は後述第5章で扱うとして、
 ここではその結論を一言で述べれば、第1次草
 案（1962年改正草案）のごとく、新たな財産制
 を法定財産制とすべし、とする立場と、夫婦
 財産契約の締結を容易化（たとえば、契約締結
 に要する経費を安くする、契約締結の方式を緩和
 する）することにより、財産制選択の自由が活用せ
 られることを前提に、現行財産併合制を法定
 財産制として維持すべし、⁽²⁰⁾とする立場に二分される。
 今後の展開が注目される点と云うべきである。

- (1) 拙稿「生計配偶者」(4) 114頁。
- (2) ジュリスト 596号 (1975年) 84頁中2段にある。
- (3) ちなみに、スイス法定夫婦財産制に關するものとして、中川善之助・加藤永一「スイス婚姻法」新比較婚姻法IV (1962年) があるにすぎない。同書 1076-79頁参照。
- (4) ちなみに、筆者自身のスイス法研究は、つぎの三つの領域に中心を置ける。① スイス家族法に關する一般的研究（たとえば、~~スイス民法に關する結婚推定~~「スイス民法に關する結婚推定」(4)-(4) ケース研究 154号-157号, 1976年ドイツに属する）、② スイス民法・家族法に關する研究資料（巻末に掲げられた「スイス民法典」ほかの資料が中心に属する）、③ 家族法の特設分野に關する研究（「相続人の寄与」、「夫婦財産契約」、「生計配偶者」、「特有財産」、「法定特有財産」、および本稿が中心に属する）。
- (5) 法定夫婦財産制と財産併合制 Güterverbindung についての立法資料はつぎのごとくである。第1次草案 VE ^{Art. 223-44} 理由書 Erläuterungen S. 176ff. (ただし、引用頁数は初版による)、~~第1次草案~~ 専門委員会議事録 ExpKom. I S. 261ff., 第2次草案 E Art. 209-30, 連邦議会議事録 StenBull 下院 NR 15 S. 696-715 上院 SaR 15 S. 1132-41。
 なお、上記立法資料のうち、第1次・第2次草案の

各テキストは、本書巻末の参考資料「テキスト」のみに収録した。この立~~法~~法資料については、拙稿「研究資料」149頁以下、同「オイゲン・フーバー」242頁以下参照。その他、スイス民法を研究する邦語文献として、巻末に~~示~~示諸稿を参照せよ。また、記述的章柄については、つとつと引用箇所を割愛し、巻末の参考文献に示す文献については、原則として著者名の併記引用を省略し、断りなく。

(6) siehe Bern EG Art. 144, 146, 149, 151, 152 usw. 同施行法は、Zürcher Kommentarの第6巻に収録されている。

(7) BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (テキスト集に於て、拙稿「スイス年報1973」68頁参照。翻訳として、石川明・スイス債務取立及び破産法規則の法務資料420号(1974年)がある。その他、石川明「スイス債務取立及び破産法の改正作業について」判夕327号(1976年)75頁以下参照。

とくに、妻に対する債務徴収(同法68~~条~~条bis)、夫婦の差押参加特権(同111条)、夫の破産における順位(219条)等が重要である。このうち一般論には、Blumenstein, F., Der Einfluss des neuen ZGB auf das Schuldbetreibungsrecht. ZBJV 48⁽¹⁹¹²⁾ 265. 個々の例には、z.B. Saxer, H., Das Privileg der Ehefrau im Konkurs des Ehemannes. Diss. Zürich. Zürich, Buchdruckerei Schöpfheim AG, 1927.

(8) vgl. Näheres insbes. bei Wieland, K., Zur Vereinheitlichung des ehelichen Güterrecht. ZSR nF 18(1899) S. 319ff (insbes. 332ff)

(9) テーリル法については、これら拙稿「生存配偶者」(1) 100-101頁参照。

(10) vgl. dieszugehörig BGE 45 I 309, 45 II 413. 念のため付言するが、判例集の引用⁽¹⁾にあつては、参照すべき事柄が直接述べらるる頁数を示すのがスイスの慣行である。前者の判決は、302頁ありは「予が」、中が国のごとく、判決の「予が」頁数を引用するのは、判決全体を参照せよの場合にかぎられる。このうち、拙稿「スイス法への誘い」201頁以下参照。

(11) なお、民法施行法と夫婦財産制との関係については、z.B. Lemp, Kommentar Vorbem. zum 6. Titel N. 14-45, さらに国際法との関係については、ders., N. 46-92 が詳細である。

(12) 夫婦財産制総則の内容は、欄外注にその概要を詳しく分けてある。

- A 通常財産制 Ordentlicher Güterstand (178年)
- B 夫婦財産契約 Güterstand des Ehevertrag (179-81年)
- C 特別財産制 Ausserordentlicher Güterstand (182-87年)
- D 財産制の変更 Wechsel des Güterstandes (188-89年)
- E 特有財産 Sondergut (190-93年)

(13) このうち、財産目録(197-98年)、妻の財産に対する夫の所有権(199年、契約財産制の一つである財産統一制)、妻の処分権(203-4年)、妻の利益の保全(205年)、債務責任(205-6年)、補償請求(209-11年)

等は、直接には本稿の対象としない。近く別稿にて補足の予定である。

(14) Egger, Kommentar Art. 194 N.1; Lemp, Kommentar Vorbem. zu Art. 194 N.4. (なお、学説の列挙にあたっては、出版年度のふたつ順に列挙する。原則として)

(15) Tuon, ZGB S.181.

(16) Lemp, Kommentar Vorbem. zu Art. 194 N.8; Rappold S.29; Keller S.104 u. 105. 少し補足しよう。まず第一に、241条以下の契約別産制の際には、妻の財産と夫のそれとは、法的にも ~~法的~~ 経済的にも、その所有者の手中にとどまり、互にわち、その所有物についての所有、管理、用益、処分等の権利行使は、当該物に対する所有者のみがこれを有する。立法者は、とくに所有権関係について、この明解かつ単純な財産制を、財産併合制にもとれた。おかげで、201年3項の物に対する例外として、各自の所有物は、各自の所有にとどまり、と。

第二に、215条以下の意味での財産共通制のものである、財産併合制のものである。妻の縮入財産や夫の縮入財産は、それぞれの別所有性 *gütertrennende Eigenschaft* を失ひ、両財産は経済的にも法的にも、共通財産 *Gesamtgut* へと結合される。すなわち各配偶者は、自己の財産の単独所有者ではなく、共通財産の

共同所有者となり、この構成は、夫婦共同体が ~~財~~ 財産共同体を基礎とみしその思想をあらわし、
« Ein Leib, ein Gut » の原則を表現したものである。財産併合制もこのような要素をもつ。すなわち、各自の特有財産を例外として、両配偶者の財産を併合し、これを夫婦財産とする。夫婦財産が原則として婚姻費用を負担する。この要項に、所有権に關しては別産制とする(各自の縮入財産の扱いはこれがあらわす)が、婚姻経済に關しては、共同体思想を前面に出し、共通制的要素とする(夫婦財産の管理・用益等に關する扱いはこれがあらわす)ものといえよう。

(17) vgl. Lemp, Kommentar Vorbem. zu Art. 194 N.9.

(18) 拙稿「特有財産」31頁参照。

(19) その他に、妻の縮入財産を法律により夫の所有に移行せしめ、妻がその評価額について、補償請求権を取得するという財産統一制が存在するが、これはかつてのカント民法の如く、独立の財産制とは考えられておらず、むしろ財産併合制の亜種 *Arart* と位置づけられている (vgl. Lemp, Kommentar Vorbem. zu Art. 194 N.10) ので、少なくとも妻の縮入財産についてこのような複合財産制の ~~生じ余地がない~~

(20) siehe z.B. Lemp, a. a. O., N.9

第一章 所有権関係

法定財産制と財産併合制においては、各配偶者の編入財産および婚姻中の取得財産のうち、各自の編入財産・持産財産を除くことにより所得 *Errungenschaft* たる財産団が存在する。本章では、これら各財産のいづれも配偶者に帰属するべきという所有権関係を扱う。194条以下の補外注では、財産統一制に關する199条を除けば、所有権関係を7つの項目に分かつ。すなわち、「I 夫婦財産」(194条)、「II 夫婦の所有権」(195条)、「III 証明」(196条)、「IV 財産目録」(197-98条)などである。以下の叙述の順序として、夫婦財産(1-節)、夫婦財産内部の所有権関係(2-節)、立証責任(3-節)の順に稿を進めよう。財産目録については、これを割愛してこれを予めお断りしておく。

1-1 夫婦財産

一、夫婦財産を構成する財産およびその所有権関係は、後述2-2節に扱うこととし、こ

こでは夫婦財産に關する一般的な事柄を扱うこととせよう。夫婦財産の内容は、194条に規定される。本章は、直接的にはこの所有権関係を扱うものではないが、財産併合制の基本的規範となるものである。すなわち、それ以外の持産財産を例外として(194条2項参照)、両配偶者の財産が夫婦財産へと併合される。各配偶者の持産財産は、それを所有する当該配偶者の個人的利益に奉仕すべき財産を意味するから、このように夫婦財産は、立法者から見て E. Huber の見解によれば⁽²⁾、婚姻の目的、すなわち夫婦および夫婦共同体の必要に直接奉仕する財産である⁽³⁾。

スイス民法の意味上の財産併合制は、多くの学説が強調する⁽⁴⁾ように、妻の編入財産に対する夫の支配を意味するものではなく、夫婦財産の存続を本質とするものであるから、いかなる必要もない。この併合されるべきであるか。

すなわち、民法典の制定・施行当時のスイスは、農業国であった。すなわち、峰計産業をほ

はじめとする主要産業は、いわゆる家内工業が主流を占めていた。かような領域では、両配偶者のあつての財産を、夫婦財産へと併合すべき必要が存在する。かような経済的諸関係の慣行に、財産併合制が最もよく適合していることに加え、この法定財産制として採用せられたのである。(4)

すなわち夫婦財産を夫の管理・用益に服せしめる根拠についていわれる。当時の社会背景として家族の実態を基礎とすれば、夫が収入獲得活動(Gewerbe)の任務を担当するのを通常とし、民法も、かような実態を踏まえて、夫を「家族共同体の長」Haupt der Gemeinschaft, chef de l'union conjugale, capo della unione conjugale であり、代表者 Vertreter, rappresentante であると位置づけ(160条1項)。そして、家庭内での夫と妻との合業責任へと準く。すなわち夫は、共同体の長たる地位にある帰属として、家族(妻子)を扶養する任務を担当し(160条2項)、妻は、家事 Haushalt, ménage,

economia domestica を担当する(161条1項)。かような法構成を前提として、主として夫が夫婦財産を管理・用益するものとされる。

以上要するに、夫は、家族の内部関係において、共同体の長であり、家族を扶養する責任者である。すなわち、家族の外部関係に対しては、夫が代表者である。夫はこの義務と責任を果す。財政的うらづけとして、夫婦財産が夫の手甲に帰属するものである。しかし、スイス民法の財産併合制は、所有権の統一 Eigentumseinheit という観点よりみれば、これを貫徹する財産統一制や財産共通制ではない。後二者の契約財産制は、経済的には有用ではあるが、妻にとつてその地位の危険を伴うといわれることも少なくない。民法は、この財産制の経済的有用性を重視した結果、夫婦の合意を基礎とする夫婦財産契約によつて、この財産制を選択しうるとした。

二、あつて詳述するごとく、夫婦財産は、夫の財産(編入財産下の所得)と妻の(編入

財産)から構成される。しかし、夫の特有財産の
 財産は、これを夫婦財産へと併合せられるわけ
 ではない。各自の特有財産(190-193条)は、夫
 婦財産へと併合せられない。これは、194条2項に
 より明言されている。(16) とは、194条2項の
 文言は、「妻の特有財産」が夫婦財産へと併合
 せられないというに過ぎず、夫のそれにはな
 らず解れていない。しかし通説は、夫の特有
 財産も夫婦財産に含まれるものではない旨を、
 明言する。し当然の前提としていえる。(17)

才2項の文詞について、これとはLemp判事
 は、つづのごとく説明する。通常の場合、妻
 の特有財産のみの問題となり、夫のそれは、
 とくに外部(才三者)に対する債務責任に關して
 は、夫の他の財産(これとは「編入財産」とい
 られる)実益は存在しない。(18) Lemp判事はこのよ
 うに述べ、立法者の「妻の」というので無造作
 に立法したものと推測する。しかし、夫婦の
 内部関係については、夫の特有財産と夫婦財
 産(とくに夫の編入財産)とを区別する実益は、

は、よく存在してはいるわけではない。夫の特有
 財産は、これとは①夫婦財産契約(190条)、②
 才三者の贈与(190条)、③法定特有財産(これに
 191条1号に於てのみ)、④それらの代償物等を原
 因として生じるに過ぎない。①は財産的価
 値の大小は任意である。②・③の物
 件は、抽象的可能性としては、高価な特有財
 産であることである。また、特有財産の代償
 物件とその果実は、特有財産としての存在意
 義は少くはない。これら特有財産は、剰余(154条、189条、214条)を増加させることもなく、
 不足を減少させることもない。夫のそれによ
 りては、夫のみが単独の管理・用益・処分権
 を有する。とくに、前者の剰余の算定に際し
 て、特有財産の編入財産の大小は現
 在にない。

その実益として、夫婦財産に關する立法
 の規範は、194条・195条に於て見られる。しかし、
 194条に於ては、夫婦財産の内容は積極的に限
 定せられておらず、これに特有財産を除く

その旨を定めるとはできない。他方、195条は、夫婦財産に対する所有権及び債権の編入財産の範囲について一定の基準を定める。学説は、194条、209条、214条などを根拠としていう。夫婦財産の対象たる財産は、動産や土地についての所有権のみならず、物権、債権、無体財産権、形成権等の「それらからの財産的価値ある権利」⁽⁹⁾もしくは「権利の対象たるもの又は物」⁽¹⁰⁾を含む。その意味は、夫婦財産法上いうところの所有権とは、かなり狭し物権法上の所有権と同一ではない⁽¹¹⁾（詳細は本節参照）。

三、財産併合制に際して、夫の財産物件および妻のそれは、原則としてそれぞれ単独所有にとどまる。夫婦財産に關して、夫と妻との所有権の別種は、195条において明記されていゝ。その理は、それぞれ特有財産および相互の債権について明らかでない。しかし、財産統一制（199条）および部分的財産統一制（201条3項の物件）はその例外である。これらの場合においても、夫が単独所有権者であるが、

本来妻の所有に帰すべき財産であるところから、妻がこれら物件に代えて補償請求権を取得する。これら財産統一制は、財産併合制の亜種と位置づけられてはいるが、契約財産制の一種であるので、これ以上には立ち入らない。しかし、602条2項（遺産分割義務の遺産についての合有）を例外として、単独所有の原則であり、かかる602条2項に基づく合有関係は、夫婦財産法の枠外をいゝ共同所有関係である。

四、財産併合制に關する194条-214条の規定のうち、*「夫婦財産」* *eheliches Vermögen, biens matrimoniaux, sostanza conjugale* 等の語を用いていゝ箇所は少なくない（たとえば、194条1項、195条1項・2項、197条2項、199条、200条、201条、202条1項、203条、209条2項、214条2項）。学説によれば、夫婦財産は原則として積極財産のみを意味するものと解される⁽¹²⁾。たとえば、200条1項は、「夫が夫婦財産を管理スル」と規定する。ここを管理の対象となす夫婦財産は、

積極財産を意味する。債務は管理、甲益の対
象となりえないからである。(13)

これに反し、214条2項は「夫婦財産 =
不足が生じた場合 = ハ、ソノ不足額ハ、夫
モシクハソノ相続人ノ負担ニ属ス」。同項は、
夫婦財産（これし、同項のフウニス語テラストニハ、
この語が使用されてい）の概念を、別の意
味で用いてゐる。すなわち、このニハ、夫婦財
産中の積極財産の総和から債務を控除し、
いわゆる純粋財産 Reinvermögen を意味する。
この意味では、前述した狭義の夫婦財産に債
務を含めた概念といえる。しかし、広義のこ
れは、財産制の変更、離婚、一方配偶者の死
亡等を理由として、財産併合制が解消された
ときに初めて意味をもつてゐない。それゆ
え本稿でも、とくに断わりなく、夫婦
財産の意義を積極財産すなわち狭義のこの
意義に用いる。

五、夫の財産と妻の財産との併合せうれ
財産複合体としての夫婦財産は、夫婦財産の

併合せうれる帰属として、経済的単一体を形
成する。また、夫婦財産その自体は、い
わゆる法人格 Persönlichkeit を有せず、法律に
よって特別のとり扱いはなされることではない。⁽¹⁴⁾
また、財産共通制の場合のこのこと、合有財産
Gesamthandvermögen と呼ぶこともなく、同じ
所有権者（とくは夫）に帰属するともない。す
なわち所有権に属しては、201条3項のこのこと
物件を例外として、別所有の原則であるから、
法律上共同所有権 gemeinschaftliches Eigentum
(646条以下)の生ずることではない。この理は、夫
婦財産法上の所得 Ernungenschaft 家具、夫
婦居住の家屋・土地のこのこと、いわゆる家族財
産 Hausgüter にあつても同様である。⁽¹⁵⁾

この別産併合制の特性について、若干の
予備知識を提供して置く。

まず各自の編入財産に対する所有権は、夫
と妻とのそれぞれに分離帰属して来てゐる。
この意味での所有権は、別産といえる。これに
は、唯一の例外がある。201条3項のこのこと

る。同項の「現金、その他代替物」
 又「種類ノニニヨリテ定メラレタル無記名証券」
 夫の所有権を以て移転し、妻はこれによ
 り、その価格に對する補償請求権を所有す
 る⁽¹⁶⁾。しかし、これら財産が妻の特有財産にあ
 る場合には、夫婦が財産併合制に服してゐる
 ときでも、夫の所有権には移転せず、妻自身
 がこれらについて所有権を有する⁽¹⁷⁾。

他方、夫婦財産の管理権に關して(200条)、妻
 の処分権に關して(203条)、さらには夫婦財産の
 解消に關して(154条、189条、214条)、特別な規
 範に服するといふと共に、夫婦財産併合によつて
 その統一の利用の帰結を表現される。

すなわち、管理権は、夫婦双方に帰属する。し
 かし、夫のそれは、原則として無制限に認め
 られてゐるのに対し、妻のそれは、「夫婦共同
 体ノ代理権ヲ有スルニ限度ニテ之ヲ行フ」(200条3項)と認
 められるべきでない。この点において、特有
 財産の別管理 *Trennung der Verwaltung* の原則
 に服するのと異なる⁽¹⁸⁾。これら異なるのは、両

財産団の目的に由来する。すなわち特有財産
 は、一方配偶者の純粹に個人的に必要に服せ
 せしめられるに依り、その管理権は、ほゞ一
 方配偶者に帰属する。と、この夫婦財産中の
 妻の編入財産は、「夫婦共同体のため」との
 経済的考慮に基づき、夫の統一的管理権の
 対象とされる。

夫はまた、夫婦財産について用益権 *Nutzung*
 を有する(201条1項)。この場合、自己の財産
 (編入財産)については所有権者として、また、
 妻の編入財産については、201条1項に基づき
 て、それから使用収益権を取得する。これに
 反し、とくに妻の特有財産は、妻の用益権に
 服する(242条1項、245条参照)。妻は自己の特
 有財産の管理を、夫に委託するときも同様であ
 る。夫は妻の特有財産を管理するときには、
 夫は特有財産より生ずる収益を、婚姻費用の
 命担保として請求しう⁽¹⁹⁾。

つぎに、債務責任は、その責任対象となる
 財産に異なる。すなわち、夫の債務責任は

は、206条がこれを定める。この夫の責任は、全財産(夫の特有財産を含む)をもつてする責任、すなわち全財産債務 Vollschnlden である(206条参照)。これに反し、妻の債務責任は、夫のそれと異なり、二種に分けられている。その一つは、全財産債務であり(207条参照)、他の一つは、特有財産のみを責任財産とする債務、すなわちいわゆる特有財産債務 Sonder-⁽¹⁾gattschnlden である(財産併合制度について208条、財産共通制について221条)。その他、妻の特有財産のみ、一定の要件のもとで、責任を負う例として、いわゆる婚姻費用分担義務(192条)が存在する。これについては別に稿を触れる。⁽²⁾

つぎに、占有権に移る。夫婦財産に併合せられた諸財産中、夫の編入財産、201条3項の如く夫の所有に移行した妻の編入財産、さらには所得 Ernungenschaft 等について、夫は自己占有 selbständiger Besitz をなす。また、妻の編入財産(夫の所有に移行したものを

除く)については、管理権者および使用収益権者 Nutzungsberechtigter として、代理占有 ~~un~~ selbständiger Besitz する。しかもこの場合、妻もしくは夫のみが、事実上排他的な管理・使用収益をなしているか、もしくは夫も妻もこれを共同使用しているか、という事実上の利用状況にかかわらず、かような結論が承認せられていた。⁽¹⁾

他方、妻の占有権は、夫婦財産中の一定の物件に対する代理占有権にとどまる。これは一定の物件とは、夫と共同して、もしくは排他的に妻のみが使用している物件、妻が夫婦共同体の代理人として、管理権もしくは処分権を有する物件(163条、166条、200条3項、203条参照)さらには、事実上妻のみが支配する物件などを含む。妻はこれらの物件について占有権を認められるのは、夫への扶助義務(159条3項)・扶養義務(160条2項)をその根拠とす。⁽²⁾

夫は、妻の編入財産について事実上の権限 tatsächliche Gewalt による前述の意味での

占有権の級に認容せらるべき旨を求め、請求権を有す。⁽²³⁾ 夫は、この権限によつてはじめて、占有権者とすべきであるが、級は、この権限を濫用するとは許されず。いかに云わば、夫の妻の権利濫用であるとすれば、妻は引渡を拒否する⁽²⁴⁾。しかし、夫が夫の権限を取得してゐる限り、926条以下に基づく諸権利(いわゆる占有の訴等)を主張するに妨げない。他方、妻もまた、級者の利用権(Gebrauchsrecht)管理権および処分権を要求するに妨げない。夫婦財産—夫の編入財産および所得をも含めて—によつての事実上の権限を、妻に認容すべき旨を求め、請求権を有す。

上記請求権は、夫のそれであるが、妻のそれである、権利の確認を求めるとは可能である。Klagbar⁽²⁵⁾が、強行執行することはできない nicht vollstreckbar⁽²⁶⁾とされる(173条による制限)。夫婦財産中のある物件について、夫婦の「それ」の事実上の権限を有するが、もしくは両者のこれを有するものか、事情によつて異なる。

すなわち、夫婦の居住する場所 ~~XXXXXX~~ の保管された物件について、その利用状況を問われ、両配偶者からこれ以上記権限を有す。すなわち、夫婦の居住(Wohnung)以外に存在する物件についても、同様である。これとは、銀行に預けられた有価証券の如き例⁽²⁵⁾である。他方、一方配偶者のもとに所存する物件についてのみ、事実上の権限は、他方配偶者から一時的に不在でも構わない限り、一方配偶者に専属する⁽²⁶⁾。

(六、最後に、夫婦財産の成立と消滅についてのみ)。夫婦財産は、財産併合制の原則と見なす⁽²⁷⁾。財産併合制は、通例の場合には婚姻の成立とともに発生するが、夫婦財産は婚姻の成立のときから存在するに似る。と、したがって、婚姻後の夫婦財産契約を認め、例外的に財産併合制に婚姻成立後に生ずるに妨げない。これとは、かつて別産制であった財産共通制などの財産制に取替して、夫婦財産契約によつて、これを財産併合制に変更した場合(188条以下参照)

かこれにあたる。かつ)の場合に於て、夫婦の内部関係では、その旨の合意の下、2財産併合制の効果を生じたか、対外三者関係では、夫婦財産制登記簿への登記を必要とする。(21)

夫婦財産は、財産併合制の始まりの際に、各配偶者に帰属してこの財産のみならず、財産併合制(可成り婚姻)の継続中、夫婦に帰属してこの財産も、——それの持所有財産とならないうまうり——夫婦財産に帰属する。これとは、相続、有償もしくは無償の法律行為によつて、各配偶者に帰属してこの財産のみならず、婚姻の際もしくは財産併合制への移行の際に、それらかの財産も存在したとき、または持所有財産以外の財産も存在したとき、当初は、夫婦財産と呼ぶべき財産も存在しない。しかし、この場合でも財産併合制が成立する。(22)

夫婦財産は、別段の法律行為を要せず、財産併合制の発生とともに、法律(194条)に基づいて発生する。このことは、とくに「妻の」とを意味する。妻の財産(可成り妻の編入財

産)は、通常の場合婚姻とともに、これら夫婦の管理権・用益権に服する。……これを、妻の編入財産を夫の管理・用益に服せしめたため、これとは占有移転等の行為を必要としない、この意味で、「編入」Einbringungという持別の法律行為を要せず、「編入」は法律上当然に行われたのである。(23)この理は、これとは「遺産(継承)による」、当然に相続人が被相続人の権利を承継するのと同様である。したがって、婚姻の締結とともにもしくは財産併合制の開始とともに、さう婚姻中の取得にあつては取得とともに、法律により編入財産が生じる。その際、占有の移転、登記簿への登記等をも必要とせず、夫婦のそれら編入の事実を知つて、これら物件を可成り占有してこの等も問題とならなう。(24)

「編入」は法律上当然に生じるから、夫婦にそれがない、他に秘密にしてこの財産があつても、これも夫婦財産に帰属する。(25)したがって、夫の編入の事実を知つて、さう否かは同

題ではない。同様のこととは物上代位により編入財産への帰属、もしくは特有財産たる資格を失ない、それにより編入財産となつる場合でも同様である。相続との関係は、一々注意すべきことである。それは、帰属の時点である。遺産相続において、具体的に当該配偶者の個人的所有に帰属するものは、遺産分割のときからである。しかし、夫婦財産への帰属に関しては、通説・判例によれば、遺産分割のときから~~帰属~~帰属するのではない、相続開始の時点から、夫婦財産に帰属するとされる。(33)

他方、夫婦財産の存続も、婚姻の存在に依存する。婚姻関係の存在しなくなり、夫婦財産の存続を認めざる必要性もない。したがって、婚姻無効宣告(132条以下)により(とくに、134条2項参照)、離婚(137条以下)により(とくに、154条参照)、もしくは一方配偶者の死により婚姻の解消(失踪宣告を含む、38条)により(とくに、212条-214条参照)、夫婦財産も解消せられる。これらの事由から、夫婦財産解消の原因となるのは、

上述したように明記してある(詳細は才三章参照)。しかし、102条に基づく婚姻の解消をもつて、いよいよ解消するのではない。(34) 別産制の開始するとも同様である。この点は、「婚姻中 = 別産制が開始スルトキハ、夫婦財産ハ、夫ノ固有財産(Eigentum)トシテ妻ノ固有財産ニ分離スル」(189条1項)と明記されている。これに、「別産制」Gütertrennung というのは、182条-185条の特別財産制としての別産制をさし、夫婦財産契約により選択せられる「別産制」(241条-247条)とは異なる。(35)

他方、家族共同体の~~終止~~終止(170条)は、これと区別裁判官 Eheschutzrichter からこれに同意するときは、夫婦財産を解消しない。しかし、これをもち夫婦財産中のあり財産について、占有関係および管理・収益の変更を等する。(36) 同じことは裁判上の別産の場合にも等する。夫婦が別産した場合に、裁判官ハ、別産ノ期間中オヨビ夫婦ノ諸関係ヲ~~法的~~法的ニテ、従来ノ夫婦財産制ヲ廢止スベキカモシクハコレヲ

継続スベキカヲ決定スル(155条1項)。ト、
 ともこの場合、夫婦a一方の財産分離(183条
 4条)を請求したとすは、これを拒否にとあ
 するもaとすれ(155条2項参照)。また、
 一方配偶者の判断能力、禁治産、行意能力の
 制限等の事情の存しても、夫婦財産解消の原
 因とすべし(187条)。

以上おれおれは、夫婦財産を其自体のとり
 扱ひをみても可し。しかし、比較法的にみても興
 味もたれどは、むしろその構成内容にあ
 る。その次節では、夫婦財産を構成する財
 産権およびこれによつて夫婦のいづれかの所有
 主体とすべしをみる必要あり。

(1) 所有権関係は肉体的立法資料: VE Art. 223ff., Erl
 S. 176ff., E Art. 209ff., Stoen Bull NR 15 S. 696ff., StR 15 1132ff.
 5年刊, <I= BGBI= おける所有権関係と ZGB のそ
 のとを比較する最近の文献として, Rappold S. 33ff.; Gmür,
 R., Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem
 deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Bern, Verlag Stämpfli,
 1965, S. 77ff.; Haller S. 58ff., S. 86ff.

(2) Huber, Erläuterungen S. 160ff.
 (3) 以後の学説も同様の認識に立つ。z.B. Gmür, Kommentar
 Art. 194 N. 6; Egger, Kommentar Art. 194 N. 4, 201 N. 6; Lemp,
 Kommentar Art. 194 N. 4; Tuor, ZGB S. 176; Keller S. 105 usw.

(4) z.B. Lemp, Kommentar Art. 194 N. 1 und Vorbem. zum 2. Abs. N. 5-7.

(5) Huber, E., Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetz-
~~gebung~~ gebung über das eheliche Güterrecht. Referat auf
 dem Juristentage zu Basel. ZSR nF 18 (1894) S. 481ff.;
 Wieland, a. a. O., S. 328ff.

なお、現行法の^{夫婦}財産~~制~~制とカントン法のもとのそのそでは、
 たとえ同一名称が用いられても、その内容いけがりのズレが
 ある。その裏にあって、各カントンはその財産制を採用し
 ている(vgl. Lemp, Kommentar Vorbem. zum 6. Titel N. 2).

財産併命制をとりカントン: Zürich, Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Glarus, Zug, Appenzell, St. Gallen.

財産統一制をとりカントン: Bern, Aargau. その他, Freiburg や Wandt も若干の制限つきながら之を採用。且所得共通制を

とりカントン: Neuenburg, Wallis, Solothurn, Schaffhausen, Graubünden. 一般的財産共通制をとりカントン: Basel (ただし

部分的に), Thurgau. フランス民法を模倣し、不動産

Mobilier や収入に制限をかけた財産共通制をとりカントン:

Genève, ベルンのエウ地区。女家資制を伴う別産制を

とりカントン: Tessin.

(6) 特有財産に関する邦語文献として、拙稿「特有財産」

および「法定特有財産」を参照せよ。

なお、夫婦財産と特有財産との関係については、z.B.

Lemp, Kommentar N.1-4. また、両財産の限界については、

z.B. Bartholmès, F., De la condition de la femme mariée sous le régime du Ccs. Thèse Genève. Genève, Ed. Atar, 1918, S.113ff.

; Mindlin, R., Das Sondergut der Ehegatten im ehelichen Güterrecht des schweiz. ZGB. Diss. Zürich. Rheineck, Buchdruckerei

A. Indermann, 1940, S.1ff, 49ff. (なお、Bartholmès

著作のドイツ語文献についても、ドイツ語文献における

と同様に、ページを P. を用いず、S. で示す方が判りにあく。

(7) z.B. Egger, Kommentar Art.194 N.4; Knapp S.5 Nr.13ff.; Deschenaux S.509a; Lemp, Kommentar Art.194 N.4 und Vorbem.

zu Art.178 N.1; Rappold S.30f.; Schnellmann S.28; Keller S.105f. ともていふは異説が中にある。z.B. Droin, C., Les effets

général du mariage et le régime matrimonial. Genève, Rousseau & Cie, 1916, S.413.

(8) Lemp, Kommentar Art.194 N.4; 拙稿「法定特有財産」57頁。

(9) Lemp, Kommentar Art.194 N.6; Wiederkehr S.4 und dortige Zitate; Mathé S.22; Keller S.126 usw.

(10) z.B. Droin, a. a. O., S.414; Knapp S.4 Nr.7; Lemp, Kommentar Art.194 N.6, 195 N.7; Knadolfer S.35 usw.

(11) Keller S.126.

(12) ~~Curti~~ Curti, Kommentar Art.194 N.3, 195 N.7 以降の多数説

である。z.B. Bartholmès S.126 Anm.2, 199; Knapp S.4 Nr.9ff.; Lemp, Kommentar Art.194 N.7; Rappold S.30 (ただし、妻の

輸入財産についての言及に際しては拙稿)。少数説としては、Egger, Kommentar Art.195 N.4 をはじめとして、Lemp 所掲に

引用した学説をみよ。少数説との関係については、法は夫婦財産の概念を、2種類の異なり意味に用いる。狭義のそれは積極財産の意味に用

11, 債義の2つは、214条2項の2つ、債務や補償債務を控除した後の純粋財産の範囲に解する。少数説は、所有権関係のもとの夫婦財産が、積極財産を意味すると捉えるのに反し、少数説は広義に解するものといえる。

- (13) Trib S.58; Schnellmann S.27.
- (14) 2つを明言するものとして、Rappold S.31; Mathe S.22; Keller S.105. 2つに Keller 教授は、かたは扱いは「財産」という点では、80条以下の財団法人財産や財産共有制のもとの共通財産と同様だとう。
- (15) vgl. Karer S.78; Wiederkehr S.3.
- (16) 3つは、199年7月天への所有権移転を天規定が、同年の「財産統一制」に對する規定であるので、本稿の対象外である。
- (17) 拙稿「法定特有財産」89-90頁参照。
- (18) 同上91頁参照。なお、管理権が分離せしめられた結果おこなう管理行為の内容については、同論文 91-94頁参照。
- (19) 同上 95頁。
- (20) 2つについては、同上 94頁参照。
- (21) vgl. BGE 62 II 197f. 本号は、妻の帰入財産を分離し、2つを妻の管理に委ねる旨の合意 が、夫婦間の法律行為ではなく、単なる事実行為であること、197年2項の後見官庁の同意を要しない、と主張する（第4節脚注27参照）が、本文と

の関係では、天かかか妻の帰入財産について、引渡すべく占有権を有する（924条1項 ~~を~~）を明言する。

- なお、特有財産に ~~を~~ についての占有権については、拙稿「法定特有財産」90頁、7つ、夫婦財産に對するその詳細については、Egger, Kommentar Art. 200 N.10f.; Lemp, Kommentar Art. 194 N.12 (und dortige Zitate).
- (22) 2つについては、vgl. Egger, Kommentar Art. 200 N.15; Knapp S.59 Nr. 237f.; Lemp, a. a. O.
- (23) vgl. BGE 47 II 137. 帰入により引渡しを拒絶する権利を行使する（vgl. BGE a. F. S. 1373). vgl. M. Egger, Kommentar Art. 200 N.11
- (24) Egger, Kommentar Art. 200 N.10; Lemp, Kommentar Art. 194 N.13. これに前者は、引渡しを拒絶し得る場合に、94条の例を示す。
- (25) vgl. BGE 62 II 197 (第4節脚注27参照) は、おかし例である。
- (26) vgl. BGE 39 I 506 (SchKG 109条の「保管」に對する)。
なお、SchKG 106条・109条の意味での「保管」については、Egger, Kommentar Art. 200 N.12; Lemp, Kommentar ₂₂ Vorbem zum 1. Abs. N.19.
- (27) 財産併合制の開始時と明言する例として、BGE 91 II 90, Rappold S.31.
- (28) 詳解用については、拙稿「夫婦財産契約」(2) 51頁以下参照。
- (29) 通説。z. B. Egger, Kommentar Art. 194 N.3; Lemp, Kommentar Art. 194 N.15.

(30) 通説. Egger, Kommentar Art. 194 N. 3, 195 N. 5, 7; Lemp, Kommentar Art. 194 N. 16, 195 N. 17. Rappold S. 31 にも前提となる。

(31) 3. B. Egger, Kommentar Art. 195 N. 7; Wiederkehr S. 7.

(32) Lemp, Kommentar Art. 194 N. 6; 195 N. 7; Schnellmann S. 46.

(33) 3. B. Knapp S. 10 Na. 38 f.; Lemp, Kommentar Art. 194 N. 16. 139 及び 292 は、傍論として中々触れずが、結論を唱える。事案は、相続放棄契約の締結であり、妻は夫の同窓 (204 年参照) を要しない、と中々例である。

(34) 3. B. Eichhorn, R., Der gesetzliche ordentliche Güterstand des schweizerischen Zivilgesetzbuches im Vergleich mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen. Deggenndorf, J. Nothhaft, 1911, S. 123; Denzler S. 8; Lemp, Kommentar Art. 194 N. 17. O. a. M. Curti, Kommentar Art. 212 N. 2; Trüb S. 123. 三ヶ国語テキストととも

(35) いかにもテキスト上は、同一用語が用いられる (~~同~~ Gütertrennung, separation de biens, separazione dei beni)。夫婦財産契約により成立する別産制を、かりに契約別産制と名づけ、182-85 条のものを法定別産制と名づけることあり、中には区別するが、むしろ後者のものを、穂積詠の「財産分離」と訳すのも一方法かと思われる (むしろ穂積詠では、両者とも「財産分離」と訳出する)。

(36) Lemp, Kommentar Art. 170 N. 4, 190 N. 12 f.

(37) 通説. 3. B. Egger, Kommentar Art. 194 N. 3; Lemp, Kommentar Art. 194 N. 17

才^②節 夫婦財産内部の所有権関係^③
財産併合制においては、夫婦財産と並んで妻の編入財産、特有財産なる財産団が存在する。妻の所有に帰属する各財産は、債務責任との関係では、一定の債務に対して完全債務 Vollschnlden を負い (207 条)、または、いわゆる特有財産債務 Sondergutschnlden に対しては特有財産のみをもって責任を負う (208 条) のに対して、妻の編入財産とそれ自体は、独立の責任対象を形成しない。つまり編入財産のみをもってする責任は存在しない。とすると編入財産は、夫の管理・用益に服するに過ぎず、法的に特別取扱いはうけず。しかも、妻の財産内部でも、その特有財産に対して内部的な独立性を有する (209 条参照)。これらの区別は、財産併合制の存続中にも与らるること、夫婦財産の清算、とくに剰余・不足の算定 (214 条) や破産特権 (210 条) を判断するに際して重要な役割をもつ。以下では、妻の所有に帰属する妻の編入財産と、夫の所有に帰属する夫の編入

財産・所得とに分けて、これらの内容をみよ
みよ (11)

1. 妻の編入財産

一、法文上、妻の「編入財産」⁽¹²⁾ eingebrachtes Gut, apport, apporto と似た表現として、「妻の財産」 Frauengut, biens de la femme, beni della moglie など語が用いられている。財産併合制の諸規定に関していえば、たとえば、編入財産の語は、195条1項・2項、205条1項、197条1項（ただし、「ドイツ語テキストのみは、das eingebrachte Eingegengut と表現あり）、201条1項・2項（ただし、以下ではドイツ語テキストのみは、eingebraachtes Frauengut と表現あり）、202条1項、209条1項、210条1項、211条1項、212条1項 など用いられている。これに反し、ドイツ語テキスト「妻の財産」 Frauengut の語は、195条2項（フランス語テキストに於ては、apports de la femme、イタリア語テキストに於ては、apporto della moglie）同3項（franz. T.: ses apports, ital. T.: lei ap-

porti）、196条1項（フランス語テキスト、イタリア語テキストとも195条2項と同じ）。同2項（franz. T.: biens de la femme, ital. T.: beni della moglie）、214条1項（franz. T.: apports, ital. T.: beni apportati）など用いられている。

これら用語に関して、ベルター・コッペルの執筆者 Lemp 判事は、つぎの如く述べている。「Eh に Frauengut と表現する場合は、~~eingebrachtes~~ eingebrachtes Frauengut と表現する場合は、区別するに要する。Frauengut のもとは、妻の可及の財産の理解され、これに反し、eingebrachtes Frauengut のもとは、夫婦財産に帰属する財産のみが理解される。とゆえ、（編入財産は）特有財産に對する（概念にあり）、と⁽²⁾「編入財産」に關する Lemp 判事の叙述は、ドイツ語テキストによつても誤解を生じる余地のない。しかし、「妻の財産」に關するに於ては、若干誤解を招き得る。とくに、214条1項では、ドイツ語テキストは、Frauengut の語を用いるが、フランス語テキストに於ては ~~apports~~ 語を用

ストは、上述のごとき編入財産を意味する語
 が用いられてゐる。すなわち、筆者自身の印象と
 しても、学説はかたがた夫の妻の財産 *Frauen-*
gut と編入財産 *eingebrauchtes Gut* を明確に
 区別せしめ、むしろ前者を後者の代用語として
 用いてゐる場合が少くない⁽¹⁾。

と云ふスイス民法は、ドイツ旧法と異な
 り、195条1項において、妻の編入財産を積極
 的に規定する。しかし、この規定は、ごく抽
 象的に、妻の編入財産に属すべき物件につい
 て規定するにとどまり、具体的にいかん物件
 がこれに属するかについては、及ばざらざら
 してゐない。先述のごとき通説によれば、夫
 婦財産は、各配偶者の編入財産と所得との三
 種の財産団から構成されるから、それによれ
 ば、妻の所有する物件ではあるが、夫の管理
 ・用益に服し夫婦財産へと併合される財産を、
 編入財産と呼ぶのである⁽²⁾。

編入財産は妻の一般的財産であつて、特
 有財産にあらざる可なりな財産(権)がこれに含

まれる⁽³⁾。すなわち、妻の編入財産は、通説に
 よれば、その特有財産にあらざる可なりな財
 産を包括する概念である⁽⁴⁾。それゆゑ、夫婦財
 産法上妻の所有に属する財産団としては、そ
 の特有財産および編入財産の二種のみが存在
 する。いふかえれば、妻所有の財産物件は、
 いづれかの財産団に帰属する⁽⁵⁾。しかし、特有
 財産となすのは例外とされるから、通常の場合
 には、編入財産に帰属してゐるといふ(193
 条参照)。特有財産については、別稿において
 詳述しるので、以下では妻の編入財産の内容
 をみよう。なお、ここを述べるとは、原則
 として夫の編入財産についても妥当であるとす
 るのが通説である。

二、妻の編入財産の具体的内容を見るに、
 債務、補償債務について一言しておこう。さ
 き夫婦財産について述べたごとく、195条に
 よる夫婦財産は、原則として積極財産として
 のそれを意味する。それと同様に、妻の編入
 財産についても、積極財産のみを考慮する。

算の時矣、初めて并済期に達す。

かかる意味での補償請求権に關して、夫婦財産中の個々の財産団は、積極財産と並んで、消極財産を含みうるかという点について争いはある。この問題は、より具体的には、夫の財産に対する妻の編入財産の補償債権・債務への帰属の問題として現われる。より具体的にいえば、妻が夫に対して補償請求権を有する場合⁽¹³⁾は、妻が夫に対して (198条、199条、201条、209条、213条)は、その場合に妻の補償請求権は、妻の編入財産に帰するか否かについて、学説は命令される⁽¹⁴⁾。

これら学説上の相違は、法文詞それ自体にその原因がみい出される。195条1項、210条、212条及び213条のテキストの存在は、実際上は、妻の編入財産に基づく補償請求権の除外を暗示する⁽¹⁵⁾。この概念は、これら条項において、明白に区別されている。他方、194条、209条、214条の各テキストは、逆の帰結を導く。この法文の、二種の意義をもつものと考えれば、

債務については考慮されないので原則とする⁽¹²⁾。しかし、妻の編入財産も夫婦財産中の一財産団に属するから、とくに夫婦財産法上の清算の際には、債務とも関連しこれを無視しえないことは、のちに第五章において述べるところである。

債務との関連において、編入財産に帰属するか否かの論議の対象とすることは、補償請求権である。これは、財産併合制開始時において、夫や第三者に対して妻の有する債権、すなわち債務法上の債権とは区別される⁽¹⁷⁾。夫婦財産中の個々の財産団内に生じる補償請求権は、特別な地位をもつ。補償請求権は、夫婦財産法上もしくはその他の理由に基づいて、夫婦財産中の各財産団内もしくはそれらと特有財産との間に生じうる。各財産団内の不当利得の清算を求めた権利を、補償請求権 *Entsatzansprüche* といふしは補償債権 *Entsatzforderlung* と呼ぶ⁽¹⁸⁾。かかる請求権は、法が別段の定め(209条1項・2項)⁽¹⁹⁾をしていない限り、夫婦財産法上の清

これら二つの解釈により、一つの解答が
 存在可能かは不確かである。すなわち、補償請求
 権が編入財産に算入されれば、すなわち、補償請
 求権は夫の管理・用益に服すれば、逆に算入
 されなければ、夫のそれに服する事となる。
 しかし、夫のこのような権利は、財産制の継続
 中には、現実のものとなりえない。なぜなら、
 補償請求権が管理・用益権者自身に何くから
 不あり、かつそれゆえ補償請求権は、婚姻中
 は弁済期に達しないものとされるのである。

もっとも、補償請求権の妻の編入財産に帰
 属すると解したとしても、前述のごとくこれ
 についての管理・用益権の、実際には行使さ
 れないという事情の存在は、非帰属を認め
 る決定的な根拠とはならない。さらに非帰
 属を肯定し、これが夫婦財産中の特別な力
 ゴリに帰属と解すれば、財産併合制の財産
 関係がいさ以上複雑になることも事実であ
 る。しかし、これら学説のいずれに立つても、
 夫婦財産法上の清算に際しては、のちに詳述

すなわち、補償請求権の存在を無視しえず、
 これを考慮に入れて剰余・不足等を算定する
 必要があり、この点については異論はない。
 この点を重視すれば、補償債権・債務も編入
 財産に含まれることになるし、またこれを別
 個の問題と捉えれば、含まれないことになる。
 この論争は、諸極すなわち純理論的であるか
 らず、⁽⁴⁾ 実務上当事者の利害関係にほとんど
 影響するところがない。それゆえ本稿では、
 これら論争の事実を指摘するにとり、具体
 的に編入財産の内容へと稿を進めよう。

2. 妻の編入財産の由来

一、ある物件が、編入財産に資格を有す
 るかどうかを吟味するには、編入財産にその物
 件の出所・由来の側面からのアプローチと、
 当該物件・権利の性質の側面からのそれとの
 必要である。まず、前者の側面からみよう。
 編入財産の由来によりこれを区別すれば、大
 体二つに大別できると、①婚姻締結当時

有し此財産(195条1項)、②婚姻中相続するは
 その他方法により、無償に取得し此財産(195条1項)、
 ④妻の収入および妻の譲入財産の収益(195条3項、
 此に夫への移行系)、さらには、③譲入財産の代償物件(196条2項)等
 の主たる財産である。⁽¹⁵⁾

二、婚姻締結当時、妻に所有し居る此
 財産および譲入財産となす(195条1項)。これに、
 201条3項に列挙された物件(現金、その他代
 替物、これに種類のみにより定められた無
 記名証券)は、後述のごとく夫の所有に移り、
 夫婦財産中の所得に帰属するから、これら物
 件を除く此財産が譲入財産である。とすに、
 195条1項のテキストは、「婚姻締結当時」zur
 Zeit der Eheschliessung 妻に所有し居る此財産が、
 妻の譲入財産の一類型であると規定する。と
 るに、婚姻後これと之は別産制から財産併合
 制へと財産制の変更されることもありうる。
 このような場合には、過去の婚姻当時妻に
 所有し居る此財産が、妻の譲入財産となす
 わりにはな

く、むしろ財産併合制へと変更せられた
 時点において、妻の所有し居る此財産が、
 妻の譲入財産にあたりたりする。とすに、
 財産併合制の始まる時点に、妻に帰属して
 居る此財産もしくは過去の財産併合制の
 清算により帰属し居る此財産が、195条
 のいう妻の譲入財産となる。⁽¹⁶⁾
 Lemp教授は、「婚姻締結当時」という表現は、
 上述のごとく誤解を生ぜしめ得るに、
 「財産併合制の開始(時点) - zu Beginn der
 Güterverbindung」と規定すべきであ
 り、これと主張する。⁽¹⁷⁾
 現行テキストは、「婚姻締結当時」と規定
 して居る。これは、財産併合制の開始
 するに、通常の場合には、婚姻と同時
 である。前婚においてもしくは従前の
 財産制のもとに、妻の特有財産であ
 り、これは、原則として妻の譲入
 財産でありうる。これに、
 場合、現存の婚姻において既に現在
 の夫婦財産制のもとに、特有財産と
 しての要件を満したる此財産は、
 特有財産となすのである。これを除
 く此財産が、譲入財産に帰属する
 こととなる。⁽¹⁸⁾

婚姻当時(婚姻中、これとは財産併合制へと変更された場合には、財産併合制の開始当時)⁽²⁰⁾ 妻の編入財産たりうる財産は、その由来により、いくつかのカテゴリーに分けられることとなる。

1) Spargut 婚姻前または元々労働収入を貯蓄してこの場合、それが妻の「職業用財産」(191条2号)に属するものではない限りは、妻の特有財産とならず、その編入財産にとどまる。他方、婚姻中妻が取得する労働収入は、妻の特定特有財産である(191条3号)⁽²¹⁾。それゆえ、妻が婚姻締結前に取得したものの財産物権・果実が、それが特有財産とならずにカテゴリー、このカテゴリーに入る。それゆえ、妻もしくは婚姻の女性 Baur へ、自己の Spargut をその特有財産としてしめるとすれば、夫もしくは婚姻者との間では、その旨の夫婦財産契約を締結する必要がある⁽²¹⁾。

2) Mitgift od. Heiratsgut 嫁にこころい嫁資給付 Mitgift は、後述する Ansteuer より

も広義に用いられ、両親(場合にFリ近親者)から花嫁に子娘の婚姻に際して贈られる贈物を了す⁽²²⁾。両親はその娘に対して Mitgift を贈るべき法律上の義務を負っているわけではなく⁽²³⁾、Schneidmann 教授によれば、これこそ「道徳的義務」+ sittliche pflicht (債63条)にある⁽²⁴⁾。道徳的義務の履行は、贈与とはみられていない。(債239条3項)。かかき意味での Mitgift は、妻の特有財産、妻の編入財産のいかに帰属するか、もしくは201条3項の要件のもとで夫の所有に移行する(可能な取得となる)。特有財産とならないのは、190条1項にいう「第三者の贈与」の要件を満たす場合である⁽²⁵⁾。とくに重要なのは、「贈与物件は後贈者の特有財産にべし」との趣旨の意思表示^{の存在}である⁽²⁶⁾。かかき意思表示により、贈与者は当該物件に、後贈者の特有財産に資格を与えようとする⁽²⁷⁾。それゆえ、特有財産とならずにこれにより夫の所有に移行しないとしても、こころい妻の編入財産に属するものと

「子」

1) Aussteuer od. Ausstattung ドイツ法
 旧法においては、婚姻に際 Aussteuer (同1620条)
 と分家金 Ausstattung (同1624条) とを区別し、
 前者は、婚姻女子娘の世帯の建設維持のため
 に必要とせられる各種の財産をさし、後者は
 より広義に、男女を問わず子の婚姻または親
 の家庭より独立することと趣旨として、父・
 母より世帯または生活上の身分の創設もしくは
 維持のために出捐せられる一切の財産をさ
 すものとされた⁽⁴⁹⁾。しかし、現行スイス法のもと
 には、Ausstattungの停止及び義務(626条2項)
 に服する旨を定められたが、学説上も Aussteuer
 と区別され用いられている⁽⁵⁰⁾。

婚姻に際としての Aussteuer も、前記嫁資 Mit-
 gift と同様、両親の法律上の義務ではなく、
 裁判例に下れば、両親のこれを可能とすると
 して行われていた慣行 Übung にすぎない⁽⁴⁹⁾。そ
 れゆえ、一般的には、その履行を請求しえな
 い道徳的義務と解される⁽⁵⁰⁾。Aussteuer のあつた

件は、場合によつては、特有財産と「子」と
 もあり(191条1号)。特有財産と「子」ならぬ
 編入財産と「子」⁽⁵¹⁾。これに帰属する場合は、Mit-
 gift に際して述べたところと同様である。Aussteuer
 を交付する旨の約束は、無方式で行なわれる。
 かつた約束がなされた場合には、約束者
 の両親は、娘に対して債務法上の義務を負う
 ことがあり、かつた約束を根拠としてこれらに、
 その夫に対して履行すべき債務を負うことが
 行ない。しかし、その履行請求権は編入財産
 に属するのて、受贈者の夫は、その管理者と
 しての地位に基づいて、その履行を要するこ
 とがなされる。

⇒ その余の財産物件 婚姻締結前、
 贈与もしくは相続により妻に帰属して「子」物
 件も、妻の「婚姻締結当時所有する財産」として
 「子」ならぬから、これら後述の「子」として特有財産
 と「子」ならぬが、婚姻締結のときから妻の
 編入財産と「子」。それでは、かつた「子」
 においては、特有財産と「子」のほかに「子」場

合にありうが、場面として二程考えられる。

まず第一は、たとえは未婚の娘に対する贈与か、それが生存中の贈与であれ、死因知命以下でものであれ、娘の将来の婚姻において、贈与者が当該贈与物件に特有財産たる資格を与えうるか、という場面に登場する。討論において、学説はこれを肯定する⁽⁴²⁾。その根拠は、190条1項以下「才三者の贈与」は、その時期において、婚姻前もしくは婚姻中のいかなることも可能である⁽⁴³⁾、とある点に依拠される。もちろんこのことも当該贈与物件は、娘の「特有財産たるべし」との贈与者たる才三者の明示的・黙示的の意思表示に基づき具体的能度行使の要することはいふまでもない。しかし、前記「将来の婚姻」に特定していふことを要するかどうかは、文献上知りえない。

才三、贈与者たる才三者は、当該婚姻中のみならず、将来再婚した場合（その場合、通説によれば、前婚の特有財産は、原則として後婚の編入財産となる。「婚姻(後婚)締結当時

有する財産（以下に述べる）にも、特有財産たるべき資格を有する旨の指定権が認められるか。この点については、前記に別稿において詳述した⁽⁴⁴⁾。こゝでは結論のみを示せば、才三者は「妻の再婚に際しても、妻の特有財産たるべし」との趣旨の指定権が認められる。この点については異論は存しない。しかし、さうして明示的の意思表示が存在しない場合には、少数説もみられるが通説によれば、「妻の特有財産たるべし」との才三者の意思表示は、贈与当時の婚姻~~締結~~（すなわち前婚）関係を前提とするとの立場に立ち、才三者の明示的の意思表示の存在しなかり、その後の婚姻において、当然にはふたたび特有財産たる資格を有しない、ものと考えられる。

三、つぎに、「婚姻中＝、相続その他方法により、無償に取得する財産」は、妻の編入財産となる（195条1項）。この点については、死による妻の編入財産としては、死による遺贈（四参照）、贈与（五参照）その他の無償の財産

帰属(六参照)等により財産のこれに属する。各
911-70の説明に入ると、若干注意すべき
点がある。

この点については「婚姻中」während der Ehe
と規定せられたのは、婚姻締結のときより婚
姻の解消まで、夫婦の財産併合制に服してい
る通常の場合を表現しなくてはならない。その意
味では、前述した「婚姻締結当時」の財産併合
制開始当時に意味したものと同様に、この「婚
姻中」とは、正確に言えば、財産併合制の存
続中の意味である^①。婚姻中では、共同世
帯の廃止せられたとしても、また夫婦の裁判上
別居していても、なお財産併合制の存
続するから、編入財産が生じうる。したが
って、婚姻中の財産併合制を終了、解消せら
れたときからは、財産併合中の存続中に、妻に
無償で帰属した財産は、妻の編入財産である^②。

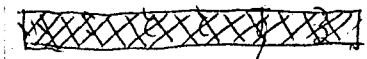
ところで、婚姻中無償で帰属した財産があ
っても、①「契約に基づく特有財産」(190条1項)
もしくは「法定特有財産」(191条1号~3号)の案件

をみれば、このように、妻の特有財産となる
とある。また、②201条3項により、夫の所
有権に移行することにより、編入財産から除
外される。したがって、このようにして、妻
の編入財産となるのは、前記①・②の事由に
おけるような財産物件にかぎられる。①財産の
内容は別稿をとりあげた。結論のみを述べば、
いわゆる「契約に基づく特有財産」には二種類
存在し、夫婦財産契約に基づいて設定せられ
た特有財産と、第三者の贈与に基づく特有財
産のそれである^③。

ただし、後者については、他方配偶者(こ
れは夫婦共同体)におけるその債権者の期待権(こ
れを「財産併合制」もしくは「財産共通制」に際
して、妻の遺留分(夫婦財産、共通財産に入
るとの権利)を保護する目的、遺留分の制約
(190条2項)の存するに注意すべきである。
すなわち、「配偶者ノ一方が、遺留分を以て
その親族より請求するべき財産ハ、特有財産
トして贈与を受くること」により、(190条

2項、なお遺留分については470条-72条)。したがって、遺留分権者たる相続人から、遺留分減殺請求権(522条)を行使した場合に於ては、その限度の特有財産たる資格を失ない、妻の編入財産となる⁽⁸⁾。

他方、「法定特有財産」として、テクスト上三種類の特有財産が用意される。「個人的使用に供する物件」、「職業用財産」、「労働収入」がこれにあたる。これについても、別稿において詳細に紹介してある⁽⁹⁾。ここには繰り返さない。



つぎに、財産は「無償に」*unentgeltlich* 取得せられたことを要する⁽¹⁰⁾。妻の代償 *Ersatz* を支払って取得した財産は、191条3号により妻の特有財産となるが、195条3項により夫の所有物とならざるを得ない⁽¹¹⁾。もしくは代償の原則により、妻の特有財産・編入財産のいずれかに帰属する。

無償性に關して少し詳述しよう。妻の反対給付を提議するに反し取得したものの、もし

くは相応の損失をこうするに反し妻に帰属せしめたものは、妻は無償に取得したものである⁽¹²⁾。取得物の価値が反対給付もしくは損失の価値を超えるときには、とくに処分者から、その利益を妻に帰せしめようとするときは、その剰余額 *Mehrbetrag* が無償に取得したものと見られ、したがって、編入財産となるが、もしくは、これと元は201条3項の物件であれば、編入財産に対する代償請求権を発生せしめる⁽¹³⁾。また、債務法239条3項にいう道徳的義務 *sittliche pflicht* の履行(たとえば債63条参照)に基づく財産取得も、無償に取得した財産である⁽¹⁴⁾。

以上述べた事柄を前提として、婚姻(財産併合制の継続)中、無償に妻に帰属する財産物件は、その由来により、つぎの70-70に分けることとなる。

四、財産併合制中、相続により取得した財産も、195条1項にいう「無償に取得した財産」にあたる⁽¹⁵⁾。相続を原因とする妻への可成りな去損は、それが法定相続によるとその他の死

因知命によるとを向わら、弁済ニて述べ除
外事由にあたらなかり、妻の編入財産に
帰属する。すなわち、被相続人の出捐物件を
特有財産と指定した場合⁽⁴⁵⁾よる190条2項(遺
留令)の制約に該当する場合を除き、すべて妻
の編入財産となるのである。

1) 法定相続(権)に基づく財産帰属 これ
に基づく財産取得は、妻の編入財産となるこ
とは、夫婦財産法上ならぬ問題も生じない。
これに、婚姻した女性(妻)による相続放棄は夫の
同意を要する(205条1項)のと、さらには将来の
相続(権)を考慮してなされる相続表収契約Erbaus-
kauf(495条)等に注意しなければならない。前者についで
は後日に別稿で扱い、後者は口で扱う。

2) 死因知命による出捐 この出捐によ
る場合には、出捐は無償となされ、額のみ、
出捐が編入財産に帰属するしはそれを増加さ
せる。それに加え、妻と被相続人との間に、
相続人指定もしくは遺贈(とくに相続契約による)
を行なうことで、反対給付が約束せられたと

ときには、反対給付と出捐との価値を比較して、
出捐の額の超え部分のみは無償の出捐にあ
たる⁽⁴⁶⁾。さらに反対給付が妻の特有財産に由来
するときは、これにより取得物は妻の特有財
産となる⁽⁴⁷⁾。反対給付が夫の財産(特有財産、編
入財産、所得)から行われたいときは、出捐物
によつて夫の費消を充足するに用いられ
るかもしれぬ夫の費消相当額を妻に對する夫
の補償請求権を生ぜしめ(209条1項)。それか
ら、財産価格の帰属の問題は、死因知命に
基づく出捐から、価格相応に分配される。す
なわち、たとえばあり財産物件が、夫婦財産
法上の清算の際に、いふれ配偶者に現実
に帰属する場合は、相続法上の物権法上の標準
にそれによつて判断されるわけである⁽⁴⁸⁾。具体的
には、主として以下の原因に基づいて出捐が
なされる。

第一に、相続人の指定(483条)、補充的相続
人の指定Ersatzerbeinsetzung(484条-87条)による。
後者は、一人もしくは数人の相続人もしくは

後遺者か、相続開始前に死亡したり相続放棄
をなした場合に、相続財産もしくは遺贈の帰
属すべき者との指定をいう(487条)。これらの
場合には、前述した法定相続に基づく出捐の
場合と異ならない。

オニ、先位相続人の指定 Vorerbeneinsetzung
(488条-92条)によつて。これによつて、指定相続人
たる先行相続人に対し、相続財産・遺産を後
位相続人に引渡すべき義務を課すること允許
される(488条1項・3項)。引渡すべき物件が
遺贈に基づくものである場合(488条3項)には、
講学上先位遺贈 Vorvermächtnis と呼ばれ、先
位相続人の規定が準用されている。妻が先位
相続人として取得した財産は、195条1項の一
般規定にしかかゝり、その編入財産となる。

しかしこれでは、後位相続人の諸権利は、と
くに490条2項・3項に基づき、夫の管理・用
益権等の権利に優先する⁽⁴⁹⁾。かかる夫の権利は、
妻の権利の存在を前提としており、妻の権利
よりも広くなりえないからである。

オニ、遺贈(484条-86条)及び補充遺贈
Ersatzvermächtnis(487条)等によつて。ここには、
被相続人によつて遺贈物件を妻の特有財産と
指定可能な場合のほか、遺贈物件の種類によ
り、妻の特有財産となつてゐるものもある。たと
えば、遺贈物件が、首飾等の装飾品である場合
にこれにあつてゐる。かかる物件は、191条1号の個
人的使用に供する物件にあつてゐるからである⁽⁵⁰⁾。

オ四、相続買収契約 Erbschaftkauf(495条)によつて。
相続売収契約は、一種の相続放棄契約である⁽⁵¹⁾
(495条の補外注には、相続の放棄 Erbverzicht と記
される)。かかる出捐行表は、厳密には、生存
者間の法律行表と解されるが、相続法上の相続
放棄と密接に結合してゐる。514条によれば、
相続買収契約が履行されないときは、
放棄を解除しうる⁽⁵²⁾。かかる契約に基づく出捐
も、それが特有財産とならない限り、妻の
編入財産に帰属する。なぜなら、相続開始前
の相続権は、妻の財産の構成要素にあつてゐ
るからである⁽⁵³⁾。

才五に、負担 Auflage (482条) による。被相続人は、相続法上の負担により、受贈者をして才三存に妻に支出すべき義務を課しうる。かような負担に基づく支出により、相続法上複雑な問題が生じうる。本稿の範囲外であるので割愛する。 財産譲渡(たとえば、534条、62条参照)も、無償の財産

才六に、より一般的に受領者の将来の相続権を考慮してなされる取得である。(53) 前述した相続売却契約も、この類型の財産取得の一様である。これらの場合において、支出に基づく給付が、婚姻前になされたかもしくは婚姻後になされたかは問題とならず、いずれの場合も妻の編入財産となることには障害はない。(54)

五、婚姻中の無償取得に基づく才三存の編入財産として、生存者間の贈与が存在する。社会的機能としては、前述四に述べた「死亡による支出」よりも、より重要である。この点も、贈与者が贈与物件を妻の特有財産と指定した場合、さらには贈与物件が201条3項の物件にあたり、夫の所有に移行する場合に

は、これらの物件が妻の編入財産に帰属しないことは、前述した「死亡による支出」にありきと同様である。生存者間の贈与は、その要件により、「他方配偶者(とくは夫)からの贈与」と「才三存からの贈与」に区別すべきことを要する。

1) 夫からの贈与 配偶者間でも法律行為(可処分性)に乏しい(贈与)の許されることは、177条1項がこれを明示している。したがって、夫が自己の所得、持所有財産、編入財産から、妻に贈与することは、夫の自由裁量の範囲内で行なうことができる。逆に妻の編入財産を利用して、夫婦間の法律行為を行なうことは、妻の編入財産を保全する必要上、後見官庁の承認を要求せられる(177条2項)が、夫のそれについては、かかる制約は存しない。それゆえ学説・判例は、夫からの贈与にあっては、177条2項の反対解釈から、後見官庁の承認を必要としないものとし、⁽⁵⁵⁾ 夫からの贈与物件も、妻の編入財産に帰属するものと解する。⁽⁵⁷⁾

他方、夫がこれをとくは妻の特有財産とす

ることも可能である。これら夫婦間の贈与による特有財産の設定は、才三春の贈与によるものと異なり、つねに夫婦財産契約の方式を不
 必ことを要する。⁽⁵⁸⁾ 夫婦財産制を遂行する夫婦
 財産契約と同様に、夫婦財産契約による特有
 財産の設定も余り行われないうち、⁽⁵⁹⁾ 夫か
 ら妻への贈与による妻の特有財産の生じた
 のは、たとえば妻に装飾品を贈与することによ
 り、191条1号を根拠とする法定特有財産を
 生ぜしめたことが多いものと思われる。

② 才三春からの贈与 才三春が妻へ贈
 与した財産物件は、それが特有財産もしくは
 201条3項の物件にあたりない限り、すべて
 2編入財産となる。この点問題となるのは、
 贈与がいかれの配偶者に行われべきかを決定し
 えない場合である。いかにいへば、贈与者が
 妻もしくは夫の一方のみ贈与する意思があ
 り、または、もしくは夫婦両者に贈与する意思が
 ある、これらの問題となる。

いわゆる結婚贈与 Hochzeitsgeschenke は、贈

与物件によるか、妻か夫への贈与が夫婦の
 一方へ贈与されることよりも、むしろ夫婦
 もしくは両婚約者に行われることが多いであ
 る。⁽⁶⁰⁾ しかし、その他の贈与にあつては、贈
 与物件をいかれの財産団へ帰属せしむべきか
 の問題が生ずる。この基準としては、贈与
 物件の種類により、または贈与者と一方配偶
 者との関係（たとえば、贈与が妻の親族もしく
 は知人から行われれば）により、夫婦のい
 かに贈与せられべきかを判断される。Lemp判
 事によれば、贈与物が妻の親族もしくは知人
 から由来するときには、贈与物が妻の編入財産
 に属するものと推定し、夫婦共通の知人から
 の贈与に際しては夫婦の共有となり、これに
 ついての妻の持分がその編入財産に帰属する
 ものと推定する。⁽⁶¹⁾ これらの基準により、明確
 に判断しえないときは夫婦の共有に属し、
 その場合には、共有持分が妻と夫のそれぞれの
 編入財産に帰属するもしくは所得に帰属
 する。⁽⁶²⁾

も、とも、贈与物件の所得に帰属するのは、婚姻締結後になされた贈与にかぎられる。(65) 婚姻前に贈与せられた財産物件は、原則として、その二のうちの一方配偶者の編入財産に帰属するからである。その他、贈与の形態によれば、たとえば受贈者の子母の626条による持ち戻しを請求されるときには、前述した婚姻仕度 Aussteuer や嫁資 Mitgift としての出捐とみられること少なくない。しかし、法定相続制(459条-65条)の例外に立つ者から贈与せられた Aussteuer や Mitgift は、つねにここをいう贈与にあたるものとされる。(66)

六、婚姻中の無償の財産帰属のオミグルール
 70には、その他の無償の財産帰属があげられる。これに関する例をいくつか拾い出してみたい。

1) 投機行差による収益金
 ... 夫婦が投機によつてえた収益金等 Spiel- und Spekulationsgewinne が持戻財産に属するか、とくに191条3号の労働収入を根拠とするに於てはか

については、学説上争いがある。(67) 多数説によれば、さうな財産帰属は、それに何けて消費せられた財産団に属するからしくはこれを増加されるものとする。(68) それによれば、たとえば Lemp 利率は富くし等の賞金 Lotteriegewinne を例にとり、妻の編入財産を出捐することによりこれをえた場合には、その編入財産に帰属し、特有財産を出捐した場合には、特有財産に帰属するとされる。しかし、これと特有財産となすとしても、その根拠を191条3号の労働に基き、特有財産の果実・収益と解される。(69)

2) 無主物先占等
 無主物先占(658条, 718条-19条)、発見(722条, 723条3項, 724条3項)、逸失物(725条)、取得時効(661条-62条, 728条等)による財産取得も無償の財産取得であり、原則として妻の編入財産となる。(68) これらの行差により、当該物件について所有権ないし報酬を具体的に取得するから否かはそれらの規定に譲り、ここにはとくに財産帰属について若干注

意可べき点を指摘するにとどめる。埋蔵物もしくは学術上価値ある物件は、妻の特有財産に属する物件より出現せられた場合には、埋蔵物もしくはこれに代わる報酬は、編入財産ではなく特有財産である。(69) 特有財産にあてられない場合には、195条3項により夫の財産となるのではなく、妻の編入財産となる。(90) 同様に、取得時効にあつても、たとえば「装飾品のごとく法定特有財産(191条1号)と見らるる場合にかつて、妻の編入財産となる。(20)

ハ) 不当利得 妻が債務法62条、63条の意味で「不当 = 他人ノ財産ヨリ利得ヲ工ル」財産物件も無償の財産取得である。(22) ここに不当利得に基づき妻の負担する債務は、妻に出捐せられた財産物件に対する反対給付ではない。したがって、出捐せられた財産物件の種類によつては、これによる取得物件は、妻の編入財産もしくは特有財産のいずれに帰属するかは決定しえない。それゆえ学説は、62条2項の規定を手前かりとして、出捐の根拠に

より財産帰属を決定しようとする。Lemp判事によれば、たとえ、雇主が妻に錯誤により存在し得ない給与の弁済をなしたとき(債63条、民191条3号) ~~も~~ もしくは誰かが妻に出捐を特有財産として出捐したとき(190条1項)は、出捐物もしくはそれによつて取得せられた代償物は、出捐の根拠を欠く、不当である、原因が実現され得ないもしくは後に消滅したということ(債62条2項参照)に確定せられた場合でも、それは妻の特有財産として扱われる。(21) その他の場合には、当該物件の返還のときまで、妻の編入財産に属する(なお不当利得に基づく債権については、後述へ参照)。

1) 契約法
 => 保険契約 生命保険契約 < BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 > 81条によれば、保険契約者の配偶者もしくは直系卑属が保険契約の受益者 Begünstigte であるときは、たとえ「契約者の破産を開始せられたときから、契約者にかわりその権利・義務を継承する権利 Eintrittsrecht (81条欄外注参照)を

(同法)

有する。之によ、同条により夫によ、締結せられ保険契約を妻に継承したときは、妻はこの時点に存在する買戻請求権を無償で取得するにとなる。それゆえ、183条3号も185条によ、特別別産制の生じか、存在財産併合制の存続する場合に、前記買戻請求権は妻の編入財産である。⁽⁷⁴⁾

ホ) 法律により帰属する諸権利は、これに対して権利者たる妻が、自己の財産を費消することはないかぎり、同様に無償で取得されにとなる。これとて、いわゆる「農地維持法」*« BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 »*の6条によ、先買権 *Vorkaufsrecht* がこれにあたる。⁽⁷⁵⁾

ハ) 損害の賠償をおよぶ請求権および不当利得に基づく債権は、いふれも無償で取得したもののとはいえない。これらの権利は、当然には妻の編入財産となるわけではなく、損害を受けた財産に帰属する。それゆ、損害を受けた財産が妻の編入財産であるときにか

り、これによる損害賠償請求権・不当利得返還請求権が編入財産となる。⁽⁷⁶⁾ 同様のことは、妻の受けた損失を調整するにため、公法上発生する債権においても争う。さうな例としては、不当な拘禁に対する損害賠償請求権、租税の返還請求権等をあげることになる。⁽⁷⁷⁾

ト) 最後に、編入財産に属する個々の物件の価値変動をみよう。財産併合制の継続中、本来の財産価値が下ら編入財産の編入時のそれと変わらなことも少なくない。かような場合の処理について、法はなから触れていない。⁽⁷⁸⁾ 妻は編入財産の所有者たるに、その経済的価値を増大した場合にも、その利得は妻がこれを享受する。このことは、とくに離婚、別産制の発生(189条参照)、一方配偶者の死亡等によ、夫婦財産の解消に際して意味をもつ。価値増大の典型例としては、これとて、農地の宅地化、記名株式相場の高騰などが考えられる。これら価値の増大は、偶然のそれであつても不慮しいそれであつても、夫

婦財産の解消に際して、妻は自己の所有に帰する旨を主張するところである。

これに反して、価値増加がもたらす他方配偶者の、通常の管理の枠を超えたる特別な努力・行爲を負つていふときはどうであろうか。連邦判決のなかには、かかる場合にも、他と区別しないかのこゝと見解もみられる⁽⁸¹⁾。通説判例の見解によれば、これによつて増加した価格は所得に属し、将来の夫婦財産法上の清算に際して、他方配偶者との内分割するべき剰余の基礎財産となるものとされ⁽⁸²⁾。そして、その他の原因に基づく価値増加は、景気変動等の偶然的事由によるものとみて、当該編入財産の所有者に帰属する⁽⁸³⁾。とくに *Wiederkehr* 氏はいう。「物件の価格増加は、当該物件とその物权的運命をともにし、かつ比喩的意味において、当該物件の新に構成部分となされる。それゆゑ物件の剰余 *Mehrwert* は、当該物件と一体 *unteilbares Ganzes* を形成する。…しかし、ある種の価格増加のため、他の

財産に対する補償請求権 *Ausgleichsansprüche* が存在しうるかどうかは、別の問題である。…しかしその場合でも、債権的権利にあつない^(81a)と。

池方、たとえば通常の使用等の必然な…し偶然の事由により価値の減少した場合にも、価値増加の場合と同様に、当該物件の所有者がその危険を負担せねばならない。いいかえれば、価格が減少した場合としてみても、一方配偶者が他方に対して補償請求権を取得しない。これに対する例外は、たとえば夫が管理義務を怠り、その責任を負ふべき場合にかざられる⁽⁸²⁾。

七、195条1項には、妻の編入財産に帰属する財産として、妻が婚姻締結当時有した財産および相続を代表し得る無償取得物件が例示される。妻の編入財産の才三の力テゴリに属するものは、「特有財産から編入財産への変更」をなした場合である。財産併合制の過程で、特有財産に資格を喪失した妻の財産物件は、そのすべてが妻の編入財産となる⁽⁸³⁾。

しかし、法は特有財産に資格を終了する時期については、なんらの定めも同意を以てない。一般的には、特有財産はそれの発生・設定する原因となつたこととの法的根拠が、なお存続するかぎりでのみ存続する運命にある(例外: 19条3号の労働収入)。しかし、この法的根拠が消滅・喪失することにより、特有財産の法的特別存在、すなわち、特有財産を特別財産としてとり扱うべき根拠なしは必要なくなり、特有財産はふたたびその所有者の一般財産と混同することとなる。資格喪失原因は、各特有財産により異なるが、大別してつぎの二つに命ぜられることとなる。

1) 法律による変更
 すなわち、「才三者の贈与」に基づき設定せられた特有財産は、夫婦の合意のほか、贈与者たる才三者の同意をうることにより、妻の編入財産へと変更される。しかし、才三者が死亡してゐれば、夫婦財産契約によつてこれをなすことがないであろう⁽⁸⁴⁾。もっとも、資格を喪失し編入財産となつた財

産物件も、夫婦財産契約によりふたたび特有財産となしうることとは、その他の場合でも同様である。つぎに、法定特有財産にあつては、「個人的使用上(191条1号)」「職業用財産上」の使用状況を基礎とした「事実的要件」を欠くことにより、特有財産に資格を失う。しかし、「労働収入」は労働を辞した場合にも、それのみでは資格を失わない。もっともこれらの法定特有財産も、夫婦財産契約により編入財産へ変更されることにより、その資格を失うこともある⁽⁸⁵⁾。特有財産たる物件が売却せられれば、売却物件それ自体が売主たる妻の特有財産ではありえないから、それにより取得した代償物が特有財産である。

2) 夫婦財産契約による変更
 妻の特有財産に資格を付与せられたことのある財産物件は、夫婦財産契約によりこの資格をふたたび奪われる⁽⁸⁶⁾。しかし、妻がなお当該物件の所有権者であるかぎり、妻の編入財産にとどまる。ここに注意すべきは、かような夫婦財

産契約の許されるのは、い、ん法定特有財産となつた財産を、妻の編入財産へと変更する場合にかぎられ、たとえは「婚姻当初の夫婦財産契約によリ、将来取得する法定特有財産(とくに労働収入)を、編入財産に帰属すべき旨の合意はなしえない。かかる合意は、強行法規違反として無効である。

八、本稿では、妻の編入財産の代償財産を、編入財産の才田カテゴリーとして説明するが、妻の編入財産は妻の特有財産以外の特別な財産団を形成する趣旨ではない⁽⁸⁷⁾。その意味では、その余のカテゴリーに属する財産物件も同様である。さらに、夫婦財産中の各財産はよひ各自の特有財産も、すべてこれらに代りて代償物に含まれり。196条2項は、とくに妻の編入財産についてこの趣旨を規定しこれに可⁽⁸⁸⁾

い、か、る物件は妻の代償財産にあたるかは、スイス夫婦財産法上における重要な問題であり、これまで優れた研究も少なくない⁽⁸⁹⁾。本稿では、その概要を素描するにとどめり。妻

の編入財産も、その他の財産と同様に、婚姻の継続中にその構成内容にかわり：と少なくない。たとえは妻の編入財産中の物件は他の財産物件にかわり、二種の物件間に一定の関連性にあつた場合に、物上代位 Subrogation となつた代償取得 Ersatzanschaffung とよひ、これに一定の効果を認められる。民法196条2項はいう。「婚姻中妻ノ財産ニ対スル代償 Ersatz トニテ取得セラレタル財産ハ、妻ノ財産ニ属スルモノト推定スル」。それゆゑ、新たに取得せられた財産物件が、夫の財産に帰属するものと夫婦間に合意する：と可能であり、さうな合意を欠くとき、もしくは合意の存在が証明されないときは、それが妻に帰属することとなる。

かような規定の主たる矛先はいついて学説はいう。代償物件を夫の財産へ帰属せしめると、妻の補償債権を発生せしめることとなる。それは夫の自由処分を委ねることとなり、また補償債権は夫の資力に依存する度合に

よい。それゆえ法はこれを発生せしめ、可能なかぎり広い範囲で、その所有権を妻に保持させようとする。これにより、夫に対する補償請求権と位置づけられ、よりよく妻の財産が保全される。(90)

2項の適用範囲は、妻の編入財産と夫のそれとの限界づけについてのみ適用せられ、妻の編入財産と妻の特有財産との限界づけは、193条によりなされる。それにより、後述する一定の要件を満たすかぎり、係争物件が夫の財産ではなく、妻の編入財産に属すると推定せられる結果、夫の財産のみに定められた196条1項の立証規定は、妻の編入財産のみに推定により補完されることになる。(91) さらにこの推定は、夫婦間のみならず、これらの相続人に対する関係にも適用せられる。(92) したがって、妻やその相続人・債権者にとつては、彼らにとつて不利な規定とされる1項の推定を和らげる機能をもつことになる。しかし、夫やその相続人・債権者にとつても、たとえ

ば本来なら妻に対し補償債務を負うべきところから、代償物件が存在していることにより、補償債務を負担しないに済むという形で、2項の利益をうけることもある。(93) しかし、2項の要件は、権利を主張するもの、すなわち(代償)取得財産の編入財産への帰属を主張する各当事者によって証明されることを要する(198条参照)(94)。その意味で、つねに妻の立証義務を負うわけにはない。この点では、196条1項の立証責任と同様である。

ところで夫は、妻の編入財産に代えて代償財産を創造すべき義務を負っているわけではなく、さらに2項の存在により、代償財産が妻の編入財産へと無償に帰属するわけではない。もし夫の財産が売却において取得せられた財産物件が、物上代位 Surrogationにより妻の編入財産となるときは、夫が妻に対しして補償請求権を取得するか、もしくは滅失した編入財産に対する補償請求権を失う。(95) 共同世帯における使用によつて価値の異なる

となり、それゆえに補充された編入財産について、夫の賠償義務を負うかについては、学説上争いがある⁽⁹⁶⁾。しかし、通常の使用をなした場合にあっては、夫は賠償義務を負わないとあることは異論がない。夫は妻の編入財産を利益・使用する権利を有しており、妻は婚姻費用の負担について妻の協力義務が存在するからである。

最後に、財産の取得が、一部は夫の財産から他の一部は妻の編入財産の出捐によりなされたときは、取得せられた財産物件の帰属する財産団が、他の財産団に対して補償債務を負うことになる。取得に起因する債務は、代償物件を取得した財産団の負担となるからである。

九、196条2項の推定の要件、いかに元々は同項の意味上の物上代位が存在するところでは、つぎの要件をみたすことを要する。

1) 夫が取得に關して2項の推定は、物、債権、その他権利の「取得 + Anschaffung」を要件

とす。取得は有償で行われざるを通常とする。しかし、有償でないことを要件とすべきではないから、たとえば夫が、滅失した妻の編入財産の代償として、たゞしらの物件を無償で取得した場合にも適用せられる。他方、妻以下に無償の取得に際しては、取得物は妻に属し妻の編入財産となるから(195条1項参照)、196条2項の推定の例く余地がない。しかし、201条3項所掲の現金、その他代替物等の物件の取得せられたときは、これら物件が201条3項に於て、つねに夫の所有に移行するから、2項は適用されない。同様に、記名証券、指図証券、さらには土地についての物件の取得に際しても、同様に2項の推定の余地がない⁽⁹⁷⁾。たゞし、いかに配偶者がこれら権利を取得したかは、証券もしくは登記簿により明らかとなり得るからである。

2) つぎに、取得せられた物件は、代償されべきもの(通常は妻の編入財産)と同様^様にあり必要はない⁽⁹⁸⁾。同様であることは、いかに代

償意思 Ersatzwillen ありとの帰話を容易にす
 るべきでない。また、夫の名義取得せられた
 場合のみ二項の適用せられずわけではない。⁽⁹⁷⁾
 取得せられた物件に対する反対給付は、妻の
 編入財産もしくは夫の財産のいかに由来す
 るかは問題ではなく、一部は妻のそれ一部は
 夫のそれからなされることもある。

ハ) 通説によれば、妻の編入財産中の財産物件
 の代償の必要性ある ersatzbedürftig 場合のみ、
 二項の推定は適用せられる。⁽⁹⁸⁾ ここで妻の
 編入財産の種類は問題とならない。しかし、
 2、夫と云は夫に対する妻の債権も、取得物
 に対する反対給付として才三者の債権譲渡さ
 れることにより、これによる取得物の代償物
 件として妻の編入財産となる。取得は夫の財
 産の売却において行われるときでも、ドイツ
 民法旧1382条と異なり、物上代償は家具に制
 限せられない。その意味では、ドイツ新法1370
 条と同様である。もっとも、代償すべき財
 産は、その滅失のときこそ妻の編入財産に帰属

してゐることを要する。しかし、201条3項に
 より夫の所有に移行した物件は、滅失のとき
 こそ妻の編入財産に帰属してゐるに過ぎない。
 この点で、離婚や別産制への移行の場合と異
 なる。⁽¹⁰¹⁾ 言い換え、夫と云は夫の編入した
 金銭により取得した物件は、妻の編入財産と
 は推定されない。⁽¹⁰²⁾

代償の必要性のあり例として、抽象的にほ
 つぎの二つ例にあげられる。①財産物件が
 妻の所有から滅失したとき（夫と云は、農地
 等の国による公用徴収）、②財産物件が目的
 あり本来の使用に役立たず、無価値に等しく
 なったとき（夫と云は、家具や車等の損傷。
 ただし、その原因は消耗・事変、夫・妻もし
 くは才三者の過失によるかを問わない）、③
 妻の所有物が才三者の所有へと移行したとき
 もしくは移行するとき（夫と云は、妻が結婚
 前子娘に Ausstem として料理器具を持参させ
 たり売却したとき）などのことである。いず

れにして、当該財産物件の状態、性質、法的地位の、およびこれ等から妻の編入財産から滅失・分離されるような物件につき、これを必要として。

他方、これに従来の使用方法と異なる使用がなされるに可及し、その使用価値を失わすか、妻の所有にともなう物件は、代償の必要性ありとほいえず。たとえば、これまで家族の住居として妻の編入財産たるアパートを、別荘 Ferienhaus として使用されるため、家族用に新たなアパートを購入したとき、妻の編入した車を妻の営業において専用することにより、妻の特有財産となつたため、新たな車を家族の必要上購入したとき、なにかこの例にある。

⇒ 代償の必要性あり財産物件の「代償として」 zum Ersatz, en remploi, in sostituzione 取得されることを要する(以下これを代償関係とす)。あり財産物件の損失・損害と他の財産物件の取得との共通の法律上の原因によるとき、も

しくは妻の編入財産に属する権利に基づいて取得したとすには、⁽¹⁰⁹⁾この事件がこれらに満たされるときとなる。たとえば二つの株式会社を合併されたため、旧会社の株式を新会社のそれと交換された場合に新株式は旧株式の代償物である。⁽¹¹⁰⁾ 合有もしくは共有の分割により帰属する物件は、分割すべき物についての持分権の代償物である。⁽¹¹¹⁾ さらに、共通の法律上の原因は、無償の法律行為にかからない。それゆえ、取得のための反対給付が、妻の編入財産の売却することにより行われるときにも、二項が適用される。⁽¹¹²⁾ 処分物件と取得物件の同種性が要求せられるわけではないから、たとえば自転車とミニバイクを交換されたときにも、両者の間に代償関係が存在する。

同様に、妻が第三者に対して支払債権に基づき、第三者のものを譲り受けたりも代償として支払われる。なぜなら、かかる債権も、妻の編入財産から派生したものであるからである。たとえば、損害保険、公用徴収、不法行為、

不当利得等に基づく債権にこれにあたる。⁽¹⁰³⁾

他方、一方財産の分離・滅失と他方財産の取得とから、法的な代償関係に立派とも、事実上の関連のありと、これとえば「飼犬の死亡したため、代わりの犬を購入したときにも、やはり「代償として」取得したといえる。これとしかような場合には、新しい財産物件の取得が夫もしくは妻（これと夫婦共同体の代理権限を有するがかりで）の意思（よりよきはその証明）のうえに、代償とみなされよという意思の存在が必ずある⁽¹⁰⁴⁾。かかる意思を代償意思 *Entsatzwill* とよぶが、代償意思は、新しい財産物件の取得が他の物件の滅失・分離に先行する場合にはも存在する。これとえば古い車を売却する前に、新しい車を購入した場合にはこれにあたる⁽¹⁰⁵⁾。

九、最後に、これとて我々は、編入財産の由来によりこれを区別してきれば、この編入財産は子物件の性質上の要件について一瞥~~して~~しておこう。

195条1項にいう妻の編入財産は、有体物としての物に限定せられず、なんらかの財産物価値を有する権利（例として債権、無体財産権など）に及ぶ。しかも、この権利は、譲渡性あり *übertragbar* 権利であることを要する。これらの点は、すでに述べた。妻の編入財産について、その所有権は妻に留保せられよ、管理・収益権は夫に移行する。これは財産併合制の原則である。ここに、法律行為上譲渡性を欠く権利 *unübertragbare Recht* も、上記原則に及ぶが、夫の管理・収益に移行するに及ぶか。いいかえれば、譲渡性を欠く財産物権も、妻の編入財産に帰属しよとあるか。学説は、これを肯定する⁽¹⁰⁶⁾。これとえば、居住権 *Wohnrecht* は、譲渡・相続性を有しない（776条2項参照）。したがって、居住権の特権に及ぶ妻のみ、これを行使する。夫は、事実上妻のみこの利益を享有せよと必要のありとはいうまでもないが、譲渡性を欠く権利も、当該権利の財産権的性格に基

がい、抽象的に、夫もこれを管理・収益しう、とされる。

つまり、夫も期待権は、妻の編入財産に資格を有せ、したがって夫婦財産に属しえない。この夫は可及に述べた。それでは、「権利の存否について争いある権利」bestrittene Rechte はどうであろうか。学説は、一般論としてあるが、この種の権利も夫も期待権ではなく、妻の編入財産にいう場合があるという。(112)

妻の夫に対する債権も妻の編入財産である。とくに、婚姻前から夫に妻に帰属していった債権について、このことが強調される。(113) しかし、そのような債権は、婚姻もしくは財産併合制の開始とともに、当然に夫婦財産に併合される。したがって、夫の管理・用益に服することになる。しかし、たとえば夫に対する債権が、夫の管理・用益に服することによって、これに消滅するわけではない。(114) さらに、編入財産としての債権の存続に拘り、その債権

の編入のとき、財産的にいかなる価値を有していか、いかにえれば、編入の当時より強制執行をなしていか、どの程度の財産的価値を有していか、等の夫は問題とならない。(115)

3. 夫の所有に帰属する財産

一、夫の所有にある財産物件は、その特有財産を除き、すべて夫婦財産の構成財産となる。夫婦財産中の夫の所有する財産物件は、妻の編入財産を除いて、夫の所有に帰属する(195条2項)。しかし、妻の編入財産を除くすべて夫婦財産が、夫の編入財産となるわけではない。学説・判例によれば、夫婦財産は、才三番目のルテグリーに属する財産団として、いわゆる所得 Erwerbenschaft, ~~acquts~~, ^{acquêts}, ^{acquist} なる財産団が存在する。(116) したがって、夫の所有に帰属する財産団は、夫の編入財産と所得とが存在することになる。その所得からみよ。

二、通説によれば、各配偶者の所有する財産物件のうち、夫婦財産に帰属しないのは、

それ以外の特有財産にかぎられる。(117) として、
 前述の二とく、夫婦財産中、妻の財産
 団として所得の存在を肯定せられるわけであ
 るから、財産併合制に関するテキスト(194条-
 214条)のなかには、所得の語はみられない。
 ところから195条2項はつぎの二とくいう。「夫ハ
 自己の編入財産ヲヨビ妻ノ編入財産ニテ
 ルスベテノ夫婦財産ニ対シテ所有権ヲ有ス」。
 この規定によれば、各自の編入財産のほか、
 この対象とする所得の存在を肯定せられて
 いる。

所得の存在を肯定せられても、これに関す
 る規定に存在しないのであるから、前述の妻
 の編入財産の場合と異なり、その内容をテキ
 ストより導き出すことはできない。前記195条
 2項のテキストを前提とすれば、消極的には、
 各自の編入財産以外の夫婦財産中の財産物件
 から、所得を構成するものといえよう。学説・
 判例によれば、財産併合制のもとでの所得の
 内容は、立法資料に示された見解と同様に、⁽¹¹⁸⁾

「わが所得共通制に関する239条2項のもと
 での所得と、同趣旨下であると捉える。(119)

239条2項は所得の概念についていう。「婚
 姻中ニ取得セラレ、かつ編入財産ノ代償トシ
 テ取得セラレザルニ非ラザル物件ハ所得・・・」
 となり、と。ところから、所得共通制のもと
 の取得物 *Errungene* は、夫婦の合有 *Gesamt-*
eigentum に関するから、財産併合制のもとでは、
 所得と夫の編入財産とは、統一的に夫の所有
 に帰属してゐる。それゆゑ、財産併合制の
 もとでの所得を積極的に定義するには、239条
 2項の規定をいとはつぎの二とく修正する
 ことが必要である。すなわち、—

Was ~~während~~ während der Ehe erworben
 und nicht als Ersatz für eingebrachte Ver-
 mögenswerte angeschafft worden ist, bildet
 die Errungenschaft und steht im Eigentum
des Mannes (194条2項の部分は、239条2項と異な
 る部分を示す)。

しかし、この定義には、つぎの留保を必要

とす。内題となすべき財産物件は、無条件
 以婚姻中取得せられし物件にかぎられない。
 より広く、婚姻締結の際に存在しし財産物件
 も、それが夫婦各自の編入財産と立証されな
 いかぎり(196条1項)、所得に含まれる。この場
 合には、妻の編入財産は、なんら補償債権を
 取得しなすのを通常とす。この結果、無償
 の取得物も所得となりうる。それゆえ所得の
 定義は、結局つぎのとく表現することによ
 るよう⁽¹²⁰⁾

Was während der Ehe erworben und nicht
 als Ersatz für eingebrachte Vermögenswerte
 angeschafft worden ist, bildet zusammen
 mit jenen Vermögenswerten, deren Eigenschaft
 als eingebrachtes Gut die Ehegatten nicht
 mehr nachzuweisen ~~was~~ vermögen, die
 Errungenschaft.

所得と214条1項にいう剰余との区別はさ
 おいて⁽¹²¹⁾ 結局所得とは、各自の特有財産、各
 自の編入財産、編入財産の~~代償~~代償として取得せ

られし財産物件 sog. Surrogation 等を除き、
 婚姻中取得せられしもの財産(権)を意味す
 るものといえり。しるがごとく、所得に属す
 財産は、すべし夫婦財産に帰属し、夫婦の
 別の編入財産・特有財産ともならない⁽¹²²⁾

三、具体的には、つぎの二とす物件・財産
 (権)が所得に属する。

1) 夫婦の労働収入 夫の労働収入は、
 妻のそれ(191条3号)と異なり、夫の特有財産
 とはならない。さらに、195条1項により、婚
 姻当時(すなわち財産併合制の開始当時)存しし、
 婚姻前の労働収入に基きし貯蓄もしくは婚姻
 前の労働に基きし、婚姻中受領ししそれを
 除いて、夫の労働収入はすべし所得に属す。
 夫の労働収入が所得に属する旨は、かぎらず
 しもテラスト上明記せられていざしければな
 いか、学説はこれをもこれを当然のこととす⁽¹²³⁾

他方、妻の労働収入については、これを区
 別するに必要あり。なせばなら、妻のそれは、
 191条3号の要件をみたすかぎりにおいて、

その特有財産とすべきである。したがって、
 191条2号・3号による妻の労働収入は、夫婦財
 産とならざる所得には帰属しない。⁽¹²⁴⁾ しかし、191条
 3号のテキストは、「妻ノ独立ノ労働ニ基ヅク
 収入」der Erwerb der Ehefrau aus selbstän-
 digen Arbeit とすわけを抽象的に規定するに
 すぎないが、学説・判例は法上あまり制限的に
 解されている。したがって、その要件を厳しく
 する妻の労働収入は、可成り所得に帰するこ
 とになる。191条3号以下に妻の労働収入に
 ついては、あとの別稿に詳しい詳述
 して置く。⁽¹²⁵⁾ ここでは一、二注意すべき点を指
 摘するにとどめる。

まず妻が自己の職業・営業において、労働
 を投下することにより取得した労働に基づく
 収益は、191条3号にいう「労働収入」にあて
 らない。「職業用財産」より生ずる収益は、
 「特有財産」の特有財産を生ずる法理により
 特有財産となる。それゆえ、かかる収益は、
 191条2号に基づく特有財産である。⁽¹²⁶⁾

他方、これとは「夫の生業 Hausgeschäften」
 対して、妻の労働を投下（すなわち参与）した場合
 には、労働投下の内容と妻の協力義務とを
 対比して、協力義務を起さざる労働をなした場合
 ののみ、これによつてその収入が妻の特有
 財産となるものとされる。⁽¹²⁷⁾（これに、後述⇒参
 照）。それゆえ、かかる労働収入以外のそれは、
 妻の編入財産となる（これとは、婚姻
 前の労働に由来する労働収入の婚姻後支払わ
 れたこととは、かかる労働収入は、195条のいう
 「妻の婚姻当時有する財産」として、妻の編入
 財産となる⁽¹²⁸⁾）を除いて、可成り所得に帰する
 こと⁽¹²⁹⁾。これとは、妻の協力義務の枠内では、夫の
 職業・営業において、夫を援助したることにより、
 夫婦財産を増加せしめた場合も、家事労働を
 するににより、間接的に夫婦財産を増加せ
 しめた場合には、これにより増加した部分は、
 妻の特有財産とならず、夫婦財産中の所得と
 なる。

2) 夫婦各自の編入財産の収益 妻の編

入財産の収益は、その取得しうべきときより、夫の所有に移行する旨は、195条3項に明記される。夫の所有に移行するに、夫の編入財産と子のそれはなく、所得に帰属する(195条3項、201条1項参照)⁽³⁰⁾。夫の編入財産の収益も同様である⁽³¹⁾。

1) 未成年子の労働収益入など 未成年子の労働収入について、スイス民法は、ドイツ民法のごとく後見主義をとらず、むしろ吸収主義を基調としている⁽³²⁾。それゆえ、「子が自己の労働=自己に取得する財産は、子が未成年に両親、家族共同体=自己に父母と同居スル限り、父母=帰属スル」(295条1項参照)し、労働収入以外の子の財産は、ことごとく子の特有財産となり、父母はこれを管理・用益する権利・義務を有するにすぎない、290条1項、292条参照)。その他、子の財産を用益するにとりて収益(294条以下)、子の財産の代替物等も同様である⁽³³⁾。それゆえ、これら財産物件も所得の対象となる。

2) 妻の労働収入は、前述のごとく妻の特有財産とされるに、婚姻費用を弁済するため、必要不限度に夫にこれを提供すべき義務が課せられてゐる(192条、246条)。かかる弁済金も所得に属する⁽³⁴⁾。も、とも、かかる弁済金は、婚姻費用を支弁するに必要不限度にかぎられてゐるから、通常はこれらに費消されるべき運命にあるので、所得に属するということにさほどの意義はみられない。しかし、ごく例外的に、必要不限度を超えて妻の弁済金を支出し、夫との立証がなされし場合に、209条2項を根拠として、これにより妻の夫に対して、補償債権を取得するに、その意味では、所得に属するかの否かを論ずる必要がある。

3) 現金、その他代替物、これら種類のみならず、定められた無記名証券は、201条3項により夫の所有に移行する。通説によれば、これら物件も所得に属する⁽³⁵⁾。そして、妻はこれに代えて、その価格について補償請求権を取得するにすぎない。しかし、例外的に、婚

姻の無効宣告や離婚等による婚姻の解消もしくは特別別産制への移行の際には、これら物件はなお現存してゐるかもしくは附合・混和(727条)等の生じてゐないかぎり、妻はこれら物件もしくはその代償物件をとり戻しうるものとされる⁽¹³⁶⁾。その場合には、補償請求権が消滅するとはいふまでもない。

1) 所得に属する物件の代償物 当該財産団に属する物件の代償物は、原則として、当該財産団に属するからである(これとは、196条2項参照)⁽¹³⁷⁾。

1) 婚姻中の取得物 所得への帰属は、婚姻中の取得物にかぎられるはずである。ところが最近の判例によれば、物件取得が特殊の状況のもとにあるとき、すなわち夫が婚姻前、将来の妻に対して重要な財政的援助のもとに、夫自身の名で将来の婚姻の必要のため物件を調達したときは、夫婦財産法上の清算の際して、取得者は夫の編入財産に属せず、所得に属する、とすべきものとされている⁽¹³⁸⁾。

1) 由来の知らざる財産物件 あり財産物件が、夫婦財産に属するか、もしくは一方配偶者の特有財産に属するかについて争ひが生じうる。これについて193条は、誰が立証責任を負うか、を定め、いかなる財産団に帰属するかを争はれるとき、これについて誰が主張・立証責任を負担し、誰がその利益を甘受せねばならないかを規定する⁽¹³⁹⁾。この一方配偶者の特有財産なる旨を主張する場合には、その旨の立証責任を負い、それが奏功しないときは、その人に対する関係では、当該物件が夫婦財産に属するものと扱われる。かくして夫婦財産に属するとして扱われる物件は、196条1項により妻の編入財産との立証がなされない限り、内部的には所得に属するものと扱われる。したがって、由来の知らざる財産物件は、結局所得に属するものと扱われることになる⁽¹⁴⁰⁾。

1) 他の財産団に対する補償債権 補償債権が、とくに妻の夫に対するそれら、編入

財産に^荷するが否かについては争いがあるが、
通説によれば、他の財産団(たとえば、夫もし
しくは妻の編入財産)に対する補償債権も所得
に属する。(141)

その他、クレジットによる取得物 Krediterwerbungen⁽⁴²⁾、所得自体の価格増加分⁽⁴³⁾等も同様に所得に帰属する。後者については、編入財産の際に述べたと同様の理由に基づく。

財産併合制上のいわゆる所得は、上記のごとき財産物件を包摂する概念であるが、テキスト上用いられる用語はよく(たとえば、契約財産制については、たとえば239条において Errungenschaft の語が用いられている)、講学上の概念である。さらにたとえば Kanner 教授によれば、各自の編入財産と所得との区別は、剰余不足の算定もしくは補償請求権の算定に際して必要とされるべきが、これら両財産の区別は、婚姻の継続する限り、概念上の区別を認めない。(144)

その意味では、これら各財産団の区別の実

益は、離婚(154条)や一方配偶者の死亡による夫婦財産の解消に際して、始めて生ずることになる。すなわち、婚姻中と同様に、夫の所得の所有者であり、妻は原則として、財産併合制の解消に際して、特定の物件に対する物权的請求権をもつたのではなく、夫(もしくはその相続人)に対して、いわゆる剰余請求権を取得するべきでない。詳細については、剰余の分割に際して述べることとする。

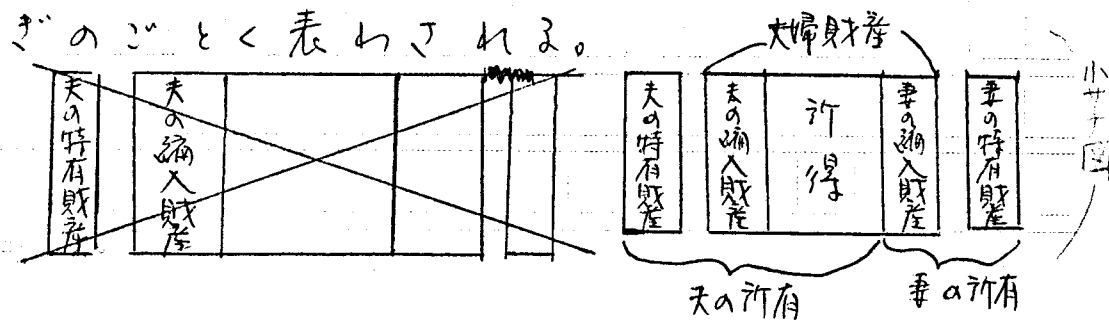
四、つぎに、夫の編入財産へと稿を進めよう。195条2項は妻の編入財産への言及を認めず、夫のそれは、195条2項を直接的に⁽⁴⁵⁾解してよい。しかし、195条1項は抽象的にあるが、妻の編入財産を定義しているのに対し、195条2項は夫の編入財産の内容を示している。その理由は、195条の機能にある。すなわち、195条の規制対象は、その欄外注に示されるごとく、「夫と妻との所有権」« Eigentum von Mann und Frau » を対象とするのに対し、194条-199条は欄外注

は、「所有権関係」《Eigentumsverhältnisse》をその対象とする。したがって、195条の規制対象は、夫婦財産中の各財産団についての所有権の規制にある。195条はこの課題を述べ、夫婦財産中、妻の所有に帰属する部分を限界づけることにより、消極的にそれはあり、その余の財産は夫の所有に属することを示している。

しかし、夫の編入財産とはいかなる財産をさすのかは、いざんとして明らかでない。なぜなら、夫婦財産中夫に帰属する部分は、夫の編入財産と同一ではないからである。むしろ夫の財産 *Mannesgut* は、195条2項にいう夫の編入財産と並んで、妻の編入財産にあらざるべき夫婦財産、すなわち所得を包摂する。両財産団は同一の所有権すなわち夫に帰属しているものの、この財産複合体の解消は、夫婦財産法上の清算の問題である。195条はそれ自体の問題の対象ではない。いかにいへば、財産併合制の終了に際して、所得と剰余の基

礎財産を形成する。よって剰余等の算定のために、両財産団の分離すなわち夫の編入財産と所得との限界づけが必要となる。それすなわち実際的な分離すなわち物権法的分離、さらには両財産団間の補償債権の主張等は、夫の財産と妻の編入財産との間のそれと同様に、事実上は行われない。したがって、財産併合制の継続すなわち、両財産団間の区別は、計算上はなされていなければならないといえよう。⁽¹⁴⁵⁾

その点について、法は夫の編入財産の範囲について、明示的にはこれに触れていない。通説⁽¹⁴⁶⁾判例⁽¹⁴⁷⁾によれば、妻の編入財産について述べたことと同様であるとされた。それゆえ、夫の編入財産の具体的内容については、前述した「妻の編入財産」の項を参照されたい。⁽¹⁴⁸⁾以上みてきた夫の財産と妻のそれとを、各財産団別に所有権関係を図示すれば、下記のごとく表わされる。



(1) 三種の財産団にわかつなが通説である。z.B. Wiederkehr S. 3; Mathé S. 23. 本稿もこれに倣って分類する。

(1a) ちなみに、この語のドイツ民法とスイス民法における訳語として、「固有財産」、「持参財産」といった訳語がみられるが、「輸入財産」の語を用いた根拠はついで、拙稿「特有財産」23頁脚注9参照。

なお、かつてのカントン法においては、Weibergut od. zugebrachtes, eingekehrtes Gut などの語も用いられていた。

(2) Lemp, Kommentar Art. 195 N. 3.

(3) z.B. Lüscher, A., Mein-Dein-Unser. Wie ordne ich meine Ehe wirtschaftlich? や Wiederkehr 論文では、かような区別なく用いられている。むしろ、Rappald S. 30 a 2 とく、Frauengut を婚姻締結（正確には財産併合開始）の際に、妻の所有に帰した財産の意味に用い、これを特有財産 Sondergut を含めた意味に用いようとしている。

なお、Mathé S. 23 にはおとし、Frauengut は妻の所有に帰すべきの財産、これに反し、eingebrachtes Frauengut は、夫婦財産に帰属する財産をさし、そのうち特有財産も所得に列せざる財産をさす（gl. M. Lemp, Kommentar Art. 195 N. 3）。

(4) z.B. Egger, Kommentar Art. 195 N. 1; Lemp, Kommentar

Art. 195 N. 3 は ~~この趣旨~~ の趣旨を明言する。gl. M. Wiederkehr S. 3.

(5) z.B. Lemp, Kommentar Art. 195 N. 3; Wiederkehr S. 3.

なお、Karrer S. 78 u. 80 は、輸入財産と婚姻中無償（195条1項）もしくは有償（196条2項）で取得した物件、妻の収入や妻の財産の果実（195条3項）等と概念上区別するごときであるが、通説（z.B. Lemp, a. a. O.）にはおとし、これらもすべてが輸入財産と包括される。Karrer 氏のように輸入財産は、婚姻・財産開始当時のものを意味するのではなからう。かような用語法は、上記財産は固有財産 Eigengut（Karrer S. 80）と表現すべきにならざる。なお、Karrer 氏は、輸入財産の天然果実・法定果実を、同じく固有財産から除外する。これは物件は、所得に属するものである。

(6) Trüb S. 50; Schnellmann S. 29.

(7) Deschemaux S. 510 2f.; Lemp, Kommentar Art. 195 N. 3. 裁判例と12は、siehe ZR 5801 (zit. Schnellmann S. 29 Anm. 12).

(8) 通説。z.B. Lemp, Kommentar Art. 195 N. 5; Rappald S. 30.

a.M. 裁判例と12, SJZ 15 10 Nr. 4 (主として、夫も知分が通常の管理の範囲内か否かの判例基準に因る)、学説と12, z.B. Gemmel, A., Das Surrogationsprinzip und seine Anwendung beim Sondergut und beim eingebrachten

Frauenrecht des ZGB. Diss. Zürich. Richterwiel, Buch- und
Kunstdruckerei, 1932, S.103; Denzler S.61; Münch S.24f.
両説の相違について、第1節脚注に記す。

(9) 以下の学説もその認識に立。明々の例、z.B. Mathé S.2f.

(10) siehe z.B. Lemp, Kommentar Art.209 N.1.

また、妻の補償請求権は、縮入時の価額を基礎
として査定するのではなく、売却金 Erlöseに基づいて二中
をたす (Lemp, a.a.O., Art.195 N.38)。二中に反し、201年3
項もしくは199年にもつて、夫の所有権に移行した物件に対
して補償請求権は、移行時の縮入時の評価額
を基礎とする。この評価額は、のちに価格が増大した
ときも、原則として変更がない (Lemp, a.a.O.; Wiederkehr S.5)

(11) 夫婦財産が妻の特有財産に於いて、補償 Anm.7.)

請求権を有する場合がある。妻の特有財産が負担すべき特有
財産債務を、夫婦財産から償却した場合が二中に
あつた)、この場合には、婚姻中に補償請求権を
とがてらる(209条2項参照)。二二の特有財産債務が、
夫婦財産中の妻の縮入財産から償却されたときは、
二中において生じた補償請求権は、前述の場合と異な
り、妻の縮入財産に属する (vgl. Lemp, a.a.O., Art.195
N.6)。その他、197年2項 Knapp S.9 Nr.85;
のそとでの補償請求権のとり扱いは、siehe Lemp, a.a.O., Art.197 N.5

(12) 縮入財産への帰属を否定する学説、Droin, a.a.O., S.416;
Bartholmäss, a.a.O., S.126; Huber, J., Die güterrechtliche
Auseinandersetzung infolge Ehescheidung. Diss. Bern.
Bazzenheid, E. Kalberer Buchdruckerei, 1936, S.26ff.;
Lemp, Kommentar Art.195 N.6; Rappold S.30; Tuor, ZGB S.182;
Keller S.106. もとも Kellen 教授は、当然に夫の管理・利益に服す
べし、そのため不帰財産と見做す妻の縮入財産に属するべしとす。

他方、帰属を肯定する説が通説有力である。Lemp 前掲書に
引用する学説の例は、z.B. Deschenaux S.5102; Wiederkehr
S.7f.; Simonius S.30; Schnellhuam S.45; Mathé S.25f.;
Kradolfer S.39 usw. 本文に於ては実質的根拠の例は、法的
性質として代償取得と同様、縮入財産の代償物の一種と
解するべきである (vgl. insbes. Simonius, a.a.O.).

(13) z.B. Denzler S.60. dazu Münch S.24; Mathé S.25.

(14) Wiederkehr S.5 u. 8. auch vgl. zur Kontroverse Lemp,
~~Knapp~~ Kommentar Art.194 N.7-9; 195 N.5 und die
dortigen Literaturangaben sowie Denzler S.17 u. 60 und
insbes. Liebermann, R., Die sachenrechtliche Nutzniessung.
Diss. Zürich. Zürich, Buchdruckerei J. Frey AG, 1934, S.69. (親)

(15) 本文中に示した①・②・③・④の各財産を、固有財産

Eigentum と表現する学説 (z.B. Kauer S.80. フランス語では, Deschenaux S.578a のように, appoints に代えて propres) と少
 なくないが, ここでは通説 (z.B. Wiedenkahn S.7) にし
 たが, 縮入財産と呼び(たが, Deschenaux S.578a は,
 その余の学説と異なり, 固有財産の如くに, 190年・191年の
 意味での特有財産をも含むものと見てゐる)。すなわち, 改正
 草案 (Studienkommission S.138) は, 195年1項の縮入財
 産(本文中の①・②財産)を, 固有財産と表わす。ただし改正
 草案のここでは, 現行196年2項のものと③財産物(本文
 中の③財産)を含め, 71195年3項の物(本文中の④財産)
 は, 当然に固有財産に含まれることになる。

①・②・③の各財産の内容は, 本~~草案~~文中に後述する
 ので, ここではこれらに比し特殊な地位を占めることの
 の妻の収入 Einkünfte と妻の縮入財産の天然果実について,
 予め説明して置く。これらの物(すなわち, 妻の特有財
 産にあつたがかり, その取得しうべきと見たり, 71195年
 元物より分離するべきと見たり, その所有(後述するのとく
 べて)に帰属する(195年3項)。こゝで妻の収入
 とは, 妻の労働等により取得したる(独立の労働力により
 取得するは, 191年3号により妻の法定特有財産と見るので,

の中を除く取得物) といは 定期的給付、これには妻の
 縮入財産の法定果実として請求しうべきの ~~所得~~ を
 する (vgl. BGH 81 II 92. 1972年判例は、~~所得~~
~~所得~~ の区分を肯定する前提として、この理を導く)。
 後者の例としては、契約関係もしくは法律の規定に基づいて
 生じた利息(これには遺贈利息)、株式譲渡の定期的給付
 (これには劇場等への無料入場券)、賃料 Miet- und ~~所得~~
 Pachtzinse, 妻が現実に年金 Leibrente od. Pension とし
 て受け取る金銭、無件財産権に基づく収入、用益権に
 基づく収入などである (vgl. Lemp, Kommentar Art.195
 N.45 und dortige Zitate)。その他、妻の子の財産収益も、
 子の扶養および教育に費すに必要とする場合は、妻の収入 ~~所得~~
 とする。すなわち、~~所得~~ 商事会社 (償552条以下) と
 して産業組合 (同552条以下) の清算の際に帰属する清算
 金 Liquidationsgewinne は、こゝでいう収入に含めらるべき
 (Knapp S.50 Nr.209)。同様に、株主が新株 ^{引受} ~~取得~~ 権に基
 づいて取得した株式も、収入に含めらるべき (BGH 46 II 473,
 82 II 493; Egger, Kommentar Art.201 N.2; Knapp, S.10
 Nr.40; Lemp, Kommentar Art.195 und dort zit. ~~の~~ Literaturen)。
 その他、富くじ等の賞金について、拙稿「法定特有財産」82頁脚注
 95参照。

こゝでは、BG 46 Ⅱ 473 を紹介して置く。事件の判
決要旨は、株式の利益について、無償株式 Gratisaktien の
発行に際し株主は、新株 ~~引当~~ 権を有し、利益権者は新
株に就いて利益権のみを取得する、とあるのである。
事實関係はつぎのとおり。S 男は、その相続人の
原告 X は、Neulhausen の PUL 二重会社 の 6 株式を譲渡す
て取得。被相続人の妻の被告 Y 女は、462 年 2 項に於
て利益権の利益権を取得。数年後、前記会社が増資中、
その際現在 6 株式に、5 株式に額面 1,000 円。のボーナス
株式 Bonusaktie が無償で割り当てられた。X は保有する
6 株式に基づき無償株式を得、1 持分権を 637.50 円。
で売却。6 株式の所有者としての X および利益権者としての
Y 女の両当事者は、ボーナス株式および前記持分権につ
き、所有権を主張（おなじみの Y 女は、二重 ~~図~~ 双方の収
益金に就き利益権を主張）。

二重 ~~図~~ 一審判決は、ボーナス株式 1,000 円。は、旧
5 株式の果実とみなすべしであるから、X は Y に
この 1,000 円。を支払うべし、と。しかし、株式自体は X の
所有に属する。その根拠は、と。新株引当権は
自体は利益権ではなく、基本権の拡張にあるから、

^(前記)
新株引当権として持分権も、新株引当権としての資格
を有する。ゆえに持分権も、X の所有に属する、と。二重 ~~図~~
原審は、ボーナス株式および持分権に基づく利益権の
所有権を X へ、双方の利益権を Y 女に帰属せしめられ、
と判決して、一審判決を一部修正。しかし原審は、新株
は旧株式の果実ではなく、その拡張にあるから、
新株を X の所有権者に帰属せしめらるべきである。二重 ~~図~~
Y 女は、X はボーナス株式および持分権の双方に
所有権も利益権も有する、と二重 ~~図~~ 上告（Y も自分が双方の
所有権・利益権を有すると付帯上告）したが、連邦裁判所は、
原判決を支持して上告を棄却した。

他方、妻の縮小財産の天然果実は、とりわけ農業
経営や動物飼育が生かす。643 年 ~~図~~ は、天然果実
とは、「定期的産出物および通常その物の用法に
依り採取されるモノ」をいう。前者の例として、果物、
干草、ヒギラウ、穀類等がある。二重 ~~図~~ 判例は、
BG 58 Ⅱ 57. (本事件は夫の債権者との銀行が、
家畜 20 年頭、農器具、干草等を差押しの常業につき、判
決は、財産併合制のもとでは、妻の地 ~~所有権~~
が生かす天然果実は、その分離のときから夫の所有権

に帰属するが、妻は二つ以上の所有権を主張し得ない、しかし
 債権者は例外として SchKG 107条の訴の方法によりその
 差押えを、とす。後者の例としては、ミネラルウォーター、
 石、岩石等をいう(詳しくは、siehe Leemann, Kommentar
 Art. 642 N. 4ff.; Haab, Kommentar Art. 643 N. 2ff.;
 Meier-Hayoz, Kommentar Art. 643 N. 5ff.).

よって、妻の縮小財産の法定果実・天然果実が、
 夫の所有に帰属するといふことは、195年2項・201条に基
 づく夫の用益権から、当然に帰結するといふことである。
 195年3項の存在意義は、よくはわからず時点から、二つ
 が夫に帰属するからといふ点にある。本項により、夫は
 管理権だけである、二つ以上の物について所有権^を取
 得する。したがって、法定果実にあつては、夫が直接第三
 者に対して債権者となり、また妻の収入は、その併済
 期より夫の所有に移行する。ここで夫は、妻の縮小財産
 の代理人といふ管理人(168条2項, 200条)の資格を
 請求するのではなく、自己の権利に基づき債権者として、
 利息債権等を請求するのである(inibes. Lemp, Kommentar
 Art. 195 N. 48 und dortige Zitate)。すなわち、逆いふは
 3項時点から、妻の収入は夫の債務の支払い差押えのうち

ことになり、³ BGE 57 II 44f. (gl. M. BGE 46 II 4) ~~が~~
 が参考とする。本項は、妻の名義で登記せられた土地を、夫の
 債権者が、差押^えした夫の財産が充分であるため、VO über
 die Zwangsverwertung von Grundstücken 10年2号に基づいて
 差押えを認め、その命令により債務名義を
 得た場合には、差押え中の債務者夫婦の異議中
 立を認めず執行する(Exw. 1)。同様に、妻の土地を債
 権者のために現在および将来の債権債権の差押え
 も否定する(Exw. 2)。債務責任の問題については、詳しく
 は別稿にて扱うことにしたい。

つぎに、第三者が併済期前に合併した場合には、
 併済期を子である、その時点から夫は合併物に夫の
 所有権を取付た(3.B. Lemp, a.a.O.)。なお、195年3
 項はいつの時点から、夫がかかる権利を本来的に
 持っている、ごく通常の場合を規定するにすぎない。
 にもかかわらず、収入の併済期の到来前には、財産
 併合制の解消せられた場合にも、妻の現存する法定果
 実の一部を夫の債務法上請求権が、夫もしくはその
 相続人が妻もしくはその相続人に対して生じるのか
 については、学説上の争いがある(siehe hiervon Egger,

Kommentar Art. 195 N. 20; Lemp, Kommentar Art. 195 N. 49f. und dort zist. Autoren). 肯定説は、1757年の類推適用を主張する。また、3項は所有権関係を定めるため、財産併合制の開始の際およびその解消の際に、用益権の限界の範囲に、1756年1項が準用されるべきかについても争いがある。否定説が有力である(vgl. diesbezüglich Lemp, Kommentar Art. 195 N. 51).

最後に、夫への所有権帰属について、妻の特有財産に關する規定が留保されている。したがって、契約に基づく(190年)または法律の規定に基づく特有財産(191年)たる天然・法定の果実、とくに妻の職業遂行に基づく収入(191年2号)、独立の労働に基づく収入等(同3号)は、妻の特有財産に属する。したがって、これらのものは、夫の所有するもの所得には帰属しない。

(16) なお、特別財産制と12の~~特別~~別産制(181年以下)に入ること、財産併合制への復^{法定}帰属については、Lemp, Kommentar Art. 187 N. 11.

(17) z.B. Lemp, Kommentar Art. 195 N. 15. また、最近の判例BGE 91 II 90も、正不存には財産併合制の開始時を争う旨を明言する。

(18) Knapp S. 8 Nr. 28. auch vgl. Lemp, Kommentar Art. 190 N. 47, 191 N. 5, 195 N. 16.

(19) なお、婚姻中に財産併合制の開始(「これら」、財産共同制や別産制から併合制へ変更)した場合には、z.B. Knapp S. 9 Nr. 32f.; Schnellmann S. 37f.

(20) 拙稿「法定特有財産」83-84頁参照。191年3号は、婚姻中の労働収入にのみ適用されるからである。

(21) 必ず明言するものとして、z.B. Knapp S. 8 Nr. 27.

(22) また「これら」は、Schnellmann S. 35f. は、夫婦財産法上の帰属については、MitgiftとAussteuerとを区別し、^{田島・近藤}なお、「独逸民法IV」親族法(現代外国法典叢書4)1955年10321頁参照。

(23) Lemp, Kommentar Art. 195 N. 19; Schnellmann S. 36. anders siehe Bern EG Art. 146 (同72条について、序論脚注6を参照)。

(24) 詳細については、拙稿「特有財産」53頁以下参照。

(25) 同論文56頁以下。

(26) Lemp, Kommentar Art. 195 N. 19. 結果同旨、Keller S. 106.

(27) 田島・近藤 前掲書 317, 320, 520頁参照。なお、小田・ドイツ法概論II・1973年 240頁参照。

(28) z.B. Lemp, Kommentar Art. 195 N. 20.

(29) ⁽¹⁹¹⁵⁾ SJZ II 56 Nr. 50. (裁判例として)

(30) vgl. BGH 45 II 298. 夫が息子への口頭の遺言を根拠として、
息子がその遺言を執行するに必要にして、判決は、かかる遺言の
履行を執行し得る事、善徳の義務に解する。 (債64年2項)

(31) z.B. Lemp, Kommentar Art. 195 N. 21; Schnellmann S. 35f.; Keller S. 106.

(32) Schnellmann S. 35 はその趣旨を思中せよ。

(33) 二冊に於いて、拙稿「特有財産」53頁参照。

(34) 拙稿「特有財産」61-62頁参照。

(35) z.B. BGH 91 II 90 に中を明言す。

(36) 裁判例として、vgl. ZBJV 45 (1909) 597. 事案は、夫の破
産後妻の父から妻への贈与(夫の銀行債務の利率)に因りて、妻が
破産財団に在りて、夫に在りて補償債権を根拠として、その返還請求を以てし得る。

(37) 二冊に於いての詳しき説明に於いては、拙稿「特有財産」32-53頁、53-66頁参照。

(38) 遺留分の制約に於いては、拙稿「特有財産」62-66頁参照。

(39) 二冊に於いての詳しき説明に於いては、拙稿「法定特有財産」59-66頁、66-76頁、77-89頁参照。

(40) なお、念のためには付言すべし、妻の共同財産たるものは、
婚姻中「無償」で取得せられたるものには拘りなく、
「有償」で取得せられたるものも、共同財産たるもの(vgl.
Egger, Kommentar Art. 195 N. 3; Karren S. 98; Wiederkehr S. 7).

たは後者は、196年2項の要件(第3節2. 号)を満ちる
必要が「女子」であるが、195年1項の女子共同財産と異なり。

(1) 夫が、共同財産を売却するに於いては、売却金は、
201年3項に於いて夫の所有に帰行し得ることを案件として、
妻の共同財産に帰属す。(Wiederkehr S. 7; Tuor, ZGB
S. 182f. vgl. dazu BGH 52 II 9).

(41) z.B. Lemp, Kommentar Art. 195 N. 25.

(42) vgl. 学説として、Knapp S. 12 Nr. 48ff.; 裁判例として、
SJE 18, 181 Nr. 40, BGH 74 II 148, vgl. auch ^(BGE) 150 II 433x
(1921/22).

(主たる争いは、裁判上の別産制の女子争いに
帰する事、剰余の算定に在りて)

(後述脚注148に紹介).

- (43) 3の例として、拙稿「特有財産」54-55頁参照。
- (44) 相続に際して、いつから編入財産に帰属するかの帰属時期について、通説・判例には、遺産分割のときは遺贈の履行のときからではなく、相続開始のときから編入財産となる。z.B. Lemp, Kommentar Art. 195 N. 26; BGE 51 II 267. 本判例は、遺産分割前の相続放棄および妻の編入財産について、第三者(妻の姉姪)との訴訟に際して夫の訴訟遂行について、この理を前提とする。
- (45) 3の場合にも、被相続人の子に「指定権」を明記するとして、z.B. Schnellmann S. 37, 38. だが、遺言の子の場合には、後述の子生存者向の贈与の下の場合と異なり、^(たとえ遺贈)「特有財産の子へ」との趣旨の明白性が要求されることとなる。この点については、拙稿「特有財産」56-57頁参照。
- (46) Schnellmann S. 39は3の趣旨を思いつく。
- (47) vgl. Knapp S. 9; Deschenaux S. 509a Anm. 219; Lemp, Kommentar Art. 195 N. 26.
- (48) vgl. Schnellmann S. 39.
- (49) Lemp, Kommentar Art. 195 N. 26; Schnellmann S. 39.
- (50) 3の余の「個人的使用に供する物件」の具体的な内容については、拙稿「特有財産」64-65頁参照。

- (51) ほか、ドイツ語テキストおよびイタリア語テキストは、相続放棄契約 Erbverzichtvertrag, contratto di rinuncia d'eredità と相続買収契約とを並列するが、フランス語テキストは、これを renonciation à succession と語で包括している。
 - (52) z.B. Escher, Kommentar Art. 495 N. 4; Tuer, Kommentar Art. 495 N. 2.
 - (53) vgl. insbes. Lemp, Kommentar Art. 195 N. 27. 同様に、相続買収契約に基づき取得した財産が、妻の特有財産と同一の場合について、拙稿「特有財産」59頁参照。
 - (54) BGE 82 II 336. Näheres siehe Egger, Kommentar ^{Art.} 195 N. 3; Lemp, Kommentar Art. 195 N. 27; Schnellmann S. 27.
 - (55) 2の明記の例として、Lemp, Kommentar Art. 195 N. 27.
 - (56) z.B. Schnellmann S. 40 ^(1926/27)
 - (57) 通説・判例。裁判例として、StJZ 23 329 Nr. 254, BGE 47 II 119, 82 II 100f. 学説として、Démarejz S. 143; Kapp S. 10 Nr. 40; Lemp, Kommentar Art. 195 N. 28; Schnellmann, a. a. O.
- 前者の判例は、夫が妻への贈与物 (spöofn. 3種のギョーベ Güter の贈与) の妻の特有財産上の遺産を否定するとして、夫が夫婦向の贈与は、後見官庁の承認を要せるとする(被相続人の両親の親系が相続人が、被相続人の妻を被告として、贈与の無効等を争った例)。他方、後者の判例は、通常財産制の下で、婚姻中妻に子に与えられた生命保険の保険金が

天門有の財産から

無償の

夫にあり(支払いは例に於て、妻の夫(医師)に対する(特別の協働)関係が認められる(ただし、この租税とこの妻の寄与分計算は不定である。siehe Erw. 3) 本件に於ては、妻は無償の出捐を目的として、夫が保険金を支払ったものも認められる(ただし、これは妻の給付財産に帰属する)。この帰属を争うに際して、本文の法理を前提とする(Erw. 4)。本件は、相続人たる妻が、約15年間夫の事務に協力したことを租税として、被相続人の兄弟を被告として、寄与分の計算等をお求めの例である。

- (58) 詳細については、拙稿「特有財産」41頁以下参照。
- (59) 二つに關する具体例については、拙稿「特有財産」39頁脚注19参照。

(60) Schnellmann S. 41. a. M. Lemp, Kommentar Art. 195 N. 28 は、この場合こそ、贈与者の意思を吟味する必要性がつかないという。

(61) Lemp, Kommentar Art. 195 N. 28. 妻の両親から直接受け継いだものとして、妻の給付財産であるとして例として、BG 52 II 6, 14 II 1. 前者の判決は、離婚した妻Sの子から、夫Dに対してのこの債権の取立に於いて、後妻Pが補償請求権をお求め、同裁判に参加した例に於て、妻の両親から夫への金銭交付の基にPの補償請求権を肯定する前提として、夫が金銭も妻の給付財産に属するものとした。後者の判例は、離婚の際に妻の給付財産の返還の例に於て、婚前の妻の両親(154年)

から持戻すに於いて、取引価格が1万フラン安く売却した土地代金の差額1万フランを、妻の給付財産に於ては、1 意味を穿たずである。⊗ 事實 を要するならば のこととし。

原告B女の母から被告L男に土地を売却。この際、取引価格より1万フラン安く売却した。この1万フランが原告B女の帰属すべきものと口頭で合意されたこととし、B女が子供を遺棄した際には、この1万フランが B女の 相続人 ~~に~~ 帰属すべきことが合意された(本件土地は、L男の単独名義に於て)。その後、L男は本件土地を詐外Mに転売。B-L夫婦の離婚の際に、B女からL男に於いて、前記1万フランの返還 ~~を~~ をお求め。判決は夫が第一に B女 返還の例に於ては、前記1万フランの返還を合意した例に於て、夫が夫の意思を解釈するに於て、離婚の場合にも 妥当なべきであるとの前提に立ち(原判決も同様)、本件のことは、厳格にいうならばB女が自己の給付財産を給付したものであるから、これは妻の給付財産と見ることが相当である。したがって、被告L男が1万フラン安く本件土地を購入した分は、夫婦財産法上は、母からB女への現金の出捐と同旨である。結局本件では、夫が妻の両親から、婚前の離婚を前提として (妻の財産としてその財産物と取得したとき)には、妻から夫に贈与せられた場合

と異なり、当該物件（万が一 1万フラン）を直接払い
見当りの中へとの主たる、商標始の所得にその返還を
拒否するにこれができぬ、とせられたのである。

(62) 3.B. Schnellmann S.41. Lemp, Kommentar Art.195 N.28 にも同趣旨と思ふ。

(63) 明条約には、Schnellmann S.41. 以下に、選利判決 BGE
96 II 313 (後述脚注 138 判決) が例外を認める。

(64) 3.B. Schnellmann S.41.

(65) 二つにわけては、拙稿「法定特有財産」82頁参照。

(66) 3.B. Droim, a. a. O. (才一節脚注 7 引甲文南大), S.416;

Münch S.47; Lemp, Kommentar Art.195 N.34; Schnellmann S.42.

その他、拙稿「法定特有財産」87頁 317の諸文献参照。 a.M. Knapp S.15 Nr.49ff.

(67) Lemp, Kommentar Art.191 N.15, 195 N.34.

(68) 3.B. Lemp, Kommentar Art.195 N.30; Schnellmann S.42. a.M. Münch S.47.

(69) Lemp, a. a. O.; Schnellmann, a. a. O.

(70) 3.B. Fenner S.122 Anm.221; Trüb S.77ff.; Liebrich, Fl., Vom Recht
des Ehemannes am eingebrachten Frauengute. Diss. Basel, S.82
Anm.26; Moppert S.87 usw.

(71) Schnellmann, a. a. O. Lemp, a. a. O. はかかるが 17 頁
以下に「はかかるが」、同趣旨と思ふ。

(72) Lemp, Kommentar Art.195 N.31; Schnellmann S.42.

(73) Insbes. Lemp, a. a. O. Schnellmann, a. a. O. にも同趣旨と思ふ。

(74) Lemp, Kommentar Art.195 N.18, 29 und dort zitate; Schnell-
mann S.42; Keller S.106. 以下に、生命保険契約法の注釈を引く。

VVG Art.81 Abs.1: Sind der Ehegatte oder die Nachkommen
des Versicherungnehmers Begünstigte aus einem Lebensversiche-
rungsvertrage, so treten sie, sofern sie es nicht ausdrücklich
ablehnen, mit dem Zeitpunkte, in dem gegen den Versicherungsnehmer
ein Verlustschein vorliegt oder über ihn der Konkurs eröffnet
wird, an seiner Stelle in die Rechte und Pflichten aus dem Versiche-
rungsvertrage ein.

(75) vgl. Obfer Thurgau, Bericht 1954 Nr.2 (zit. Lemp, Kommentar Art.195 N.32).

(76) 3.B. Lemp, Kommentar Art.195 N.33.

(77) Lemp, a. a. O. 以下に「起人格的の財産の侵害の中へ」といふ言
く「損害賠償請求権」に引くは、siehe Lemp, Kommentar Art.190 N.6.

(78) 二つにわけては、最近の論文を引く、vgl. Hinderling S.107ff.;
ders., SJZ 61 (1965) S.17ff.; Wiederkehr insbes. S.27ff.

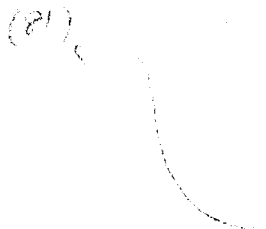
(79) BGE 88 II 143 (vgl. Kritik bei Hinderling S.107ff.).

以下に、最近の判例 BGE 96 ~~II 143~~ II 99 は、これに明白に
「はかかるが」、前掲判決を「変更」するに引く。

(80) 通説・判例。 3.B. Hinderling S.114; Wiederkehr S.86ff.;

Schnellmann S.48; Tuor, ZGB S.183; Knadolfer S.39 und dortige Zitate. 以下は、Tuor, ZGB S.183 Anm.3 に於
 中は、妻所有の宅地に夫の財産で家屋を建築し、後日 ~~価格~~
~~価格~~ 価格 ^が 増大した場合に於て、物民法上は妻が
 土地・家屋を所有するが、夫婦財産法上は妻の編
 入財産 (亦即ち夫婦財産法上の妻の所有物) と
 なるが、それは土地価格に限定される。

判例として、BGE 50 II 435 (後述脚注 148 参照),
 74 II 145, 91 II 91, 96 II 308. 詳細は第四巻で扱
 うことにする。



- (81) Schnellmann S.48 Anm. 110 und ^{die} dort zit. Entscheide.
- (81a) Wiederkehr S.8.
- (82) Lemp, Kommentar Art.195 N.39; Tuor, ZGB S.184; Schnellmann S.48; Knadolfer S.40 und dortige Zitate. auch siehe Lemp, Kommen-
 tar Art.189 N.12. BGE 52 II 11, 52 II 423. 夫の財産に於て、BGE
 58 II 326. Näheres insbes. Hindenling S.107ff.; derselbe,
 SJZ 61 S.17ff.
- (83) Lemp, Kommentar Art.191 N.5 und die dort zit. Autoren.
- (84) 以下に於て、拙稿 ~~「特有財産」~~ 「特有財産」31頁, 60頁参照.
- (85) 以上に於て、以下に拙稿「法定特有財産」96頁参照.
- (86) 拙稿「特有財産」31頁, 47頁参照.
- (87) 以下を明言するのと 12, z.B. Mathé S.23.
- (88) z.B. Lemp, Kommentar Art.195 N.15; Mathé S.23. 3
 の他、Keller S.106 (vgl. M. Lemp, a.a.O.) は、夫の財産に於て
 もこの趣旨を ~~前提とする~~ 前提とする。以下、特有財産に於ては、
 拙稿「~~特有財産~~ 特有財産」27-28頁, 同「法定特有財産」56頁脚注 2 参照.
- (89) ~~vgl.~~ vgl. Gemier S.87ff.; Lemp, Kommentar Art.196 N.15ff.;
 ders., Ersatzanschaffungen nach ehelichem Güterrecht.
 ZBJV 93 (1957) S.289ff.; Simonius insbes. S.36ff., 65ff., 79ff.
~~ZBJV~~
 (90) Lemp, ZBJV 93 S.303f. 以下は物上代位に於ては、Lemp,
 a.a.O., S.289ff.; Simonius S.125ff.

(91) 以上と同じ, insbes. Lemp, ZBJV 93 S.304; ders., Kommentar Art.196 N.16f.

(93) vgl. BGE 52 II 5 (前掲 82 判決).

(92) 通説・判例. Eichhorn S.51; Lemp, Kommentar Art.196 N.8; BGE 50 II 314.

(94) Knapp S.39 Nr.164; Lemp, Kommentar Art.196 N.19.

(95) 前者の例と同じ, BGE 81 II 96. 後者の例と同じ, BGE 52 II 11.

ただし、夫が滅失して妻の納入財産に代えて、夫の財産の出捐
に於いて取得した物件を、贈与の意思で夫に与えることは、夫は相続請求
権を行使し得ない(= 夫は) 子に与える(Keller S.106). かし、夫が
滅失して妻の納入財産を、自己の財産から賠償してもらう事案
が存在しても、その中でもは贈与の性質は認められる(a.M.
Knapp S.41 Nr.176). 結局、贈与の意思の有無は、債務者の財産
の不足に 17 かがうては(Lemp, Kommentar Art.196 N.24).

(96) vgl. Lemp, Kommentar Art.196 N.23 und dortige Zitate.

(97) Knapp S.40 Nr.170; Lemp, Kommentar Art.196 N.28 und dort zit. Autoren.

(98) 通説・裁判例. Deménil 86f.; Knapp S.40 Nr.169; Lemp,
Kommentar Art.196 N.29. 裁判例と同じ, ZBJV 68 (132) (1939) (2)

(99) Näheres siehe Lemp, Kommentar Art.196 N.30.

(100) z.B. Lemp, Kommentar Art.196 N.32; Schnellmann S.44.

(101) Lemp, Kommentar Art.196 N.33 und dortige Zitate. かつ、
商賈等の場合と同じくは, siehe Lemp, Kommentar Art.159 N.6.

(102) 同前と同じ, siehe Lemp, Kommentar Art.193 N.33 und dort zit. Urteile.

(103) 以上と同じくは, siehe Knapp S.42 Nr.177; Lemp, Kommentar
Art.196 N.34; Schnellmann S.44.

(104) vgl. z.B. §§ 1370, 1473, 1524 BGB aF.

(105) vgl. BGE 82 II 492. Lemp, ZBJV 92 S.293 Anm.1; Merz,
ZBJV 94 S.9.

(106) a.M. 3.3 には Eichhorn S.68 は、沖を所得に属するに
する例と同じく, z.B. siehe Lemp, Kommentar Art.196 N.35f.

(107) vgl. § 1381 BGB aF.

(108) z.B. Lemp, Kommentar Art.196 N.38; Schnellmann S.45.
auch vgl. § 1370, 1473, 1524 BGB aF; § 1473 BGB nF.

(109) 通説・裁判例. Lemp, Kommentar Art.196 N.40; Schnellmann
S.45. ZBJV 68 132 (前掲 98 判決). かつ、滅失して物件に代わること
と意思は、取得物件と妻の所有との意思と区別し、= 前者の意思に代わること(Lemp,
a.a.o.)

(110) z.B. Knapp S.41 Nr.172f., 42 Nr.179; Lemp, Kommentar
Art.196 N.41. かつ、2項の推定が否定される例に於いては触れられて、

① 取得物件の夫の所有に帰属せしめようとの意思(の) 証明により、
2項の推定が否定される。取得物件に反対の条件が、妻の
納入財産から出捐する(= 夫は) ことについては、この意思の有無を否定
し得ない。これは、夫の第2土地を取得するため、もしも夫

の常業の収入の機械類を取得するに際して、妻の編入財産を
費消するにあり、その資金を調査して ~~XXXXXX~~ とし、夫が
取得物件の所有権者となり、妻が補償請求権を有するの意
思の存する場合も少くなくあり得る (vgl. Lemp, a.a.O., Art. 196 N. 42f.).

⑩ 妻子が代償物件の取得を放棄し、これを夫の命意
によりた場合には、夫婦財産契約に於てこれを要
せず、かりに之中にあり得るにせよ、181条2項にいう後見官
の承認を必要とする (vgl. Lemp, a.a.O., N. 49).

(111) z.B. Egger, Kommentar Art. 195 N. 17; Lemp, Kommen-
tar Art. 195 N. 7; Schwellmann S. 45.

(112) Lemp, Kommentar Art. 195 N. 7.

なお、夫人の期待権が夫婦財産に帰属し得ることは
本文に述べた通りである (z.B. Lemp, Kommentar Art. 194 N. 6
では理由づけがなされているが、Wiederkehr S. 6 は、財産
的価値の無いことを根拠とする。この点については、BGH 62 II 12
(vgl. M. BGH 84 II 12) が参考となる。本邦では、所有
の常業の収入の所、年金金庫に対して有する権利が、
期待権の性質を有するが、これは財産的価値を有する権利
であるから、他の事情により異なり得る。

以下判決内容を詳しく紹介する。判決は「う、

郵便職員としての原告夫が、逓那公務員としての保
険金庫へ払込金として保険料 (3,190 Fr.) は、原告の経
済的地位にかいて積極的要素と評価し得るべきである
が、原告の財産 Bestandteil を構成しない。保険契
約に基いて請求権 (VUG 17条) と異なり、請求権者
の処分権が奪われていない (BG über die Versicherungs-
kasse vom 30. September 1919, 8条2項)。また、強制執行に
おける (同法 8条1項)。この点、同金庫に対する請求権
は、財産的価値を有しない。私的保険の場合のこ
とを、保険者の有する買戻し Rückkauf 問題とする
ない。払込金額に相当する損失補償 Abgangsent-schädigung
は、前記逓那法 8条に於ては、財産権とは見做ら
ない。また、損失補償は保険契約者の退職の場合、その
地位喪失の場合に於いて、并立期が到来する
からである。この意味で損失補償は、一定の年限の
経過によりその性質を固定した資産であり、所有の
評価は不可能である。この保険金庫への請求
権は、151条の意味での期待権 (というべきである)、
これは逓那公務員の妻に、あつては直接に (寡婦
年金、同法 31条以下) 又はこれを間接的に権利者である

免令

夫の理由として(疾病年金等、24年以下)妻に帰属する。
 したがって、金庫に対する請求権は、151年の意味での期待
 権として処理され、離婚開始の時点が期待権の喪失
 は、離婚開始不決定の枠内で ~~考慮~~ 考慮されるべきである。
 (なお本件では、妻の夫に対する協力が特有財産として争点とな
 りながらも争点ではないが、この点では、拙稿「特有財産」45頁
 脚注39で紹介した)。

また、本件と同様の事案である BGE 84 II 2 (前掲
 62 II 12)との類似点: 離婚開始に伴って、夫の年金金庫に対する
 請求権を、年金算定の基礎財産とすべき主張、請求権
 者が妻、離婚開始後の責任者が妻; 主たる異点:
 夫がカントン銀行の銀行員)は、BGE 62 II 12 前掲を
 引継ぎ・確認しており、その後の下級裁判例 SJE
 56 (1960) 92 Nr. 34 (財産的価値の期待権は、
 離婚開始の時点の財産分割にあつては、151年の枠内で考慮
 されるべきである)にも引継ぎされている。

(113) ←

(1917)

(1915)
~~(1915)~~

(1922)

- (113) z.B. SJE 13 (58 Nr. 14, ZBJV 51 (568, 58 (25.
- (114) Trib. S. 80; Lemp, Kommentar Art. 195 N. 10 und dort Zitate
- (115) ただし、訴訟法学者や裁判例には反対説が少なくない。siehe
 Lemp, Kommentar Art. 195 N. 10 und dort zit. Entscheide und Autoren.
 なお、夫婦財産(とくに編入財産)の具体例については、Denzler S. 59;
 Knapp S. 4 Nr. 7; Lemp, Kommentar Art. 195 N. 8ff.; Wiederkehr S. 4f.;
 Mathé S. 22 等に説き及ぶ。
- (116) さらに、BGE 82 II 492 は、各自の編入財産、夫婦財産、各
 自の特有財産の5種の財産団に区別する。この夫婦の財産
 を分けられたことにより、本文中の分類は、194年1項の意味での「夫
 婦財産」を分けられたことにより、前記判例とは前提を異にする。
- (117) z.B. Lemp, Kommentar Art. 194 Nr. 4, 195 N. 40; Rappold S. 31.
- (118) vgl. Prot. Exp. Komm. I S. 209.
- (119) z.B. Wiederkehr S. 12; Schnellmann S. 52; Keller S. 108
 などは、いづれもこれを明言する。

もっとも239年の規定は、所得共通制のものである所得
 をとし、ここでは所得が夫婦の共通財産となり、各配偶者
 がこれを所有する。これに反し、財産併合制のものである、夫の
 が所得についての所有権者である。これらの相違が存するが、
 所得の内容については、239年2項において同一財産
 とするところを解するところである。

(120) Wiederkeln S.13 にあらず。
 (121) 通説 (z.B. Wiederkeln S.13 u.12; Tuon, ZGB S.184; Mathé S.27; Keller S.107) によれば、概念上所得と剰余とは区別され、本文に述べた意味において、婚姻中取得せしめられた現実の財産物件が原則として所得に属する。この物件は、夫婦財産法上(通常は物件法上)夫の所有に帰属する。他方、一方配偶者の死に際して分割対象となる剰余は、給料に計算上の概念である。これとは、いふ所の営業収益から家を買入すのは、当該家は二つの特有財産といふは編入財産から買入せしめられたものであるから、所得に帰属する。このこととは、家の買入に際して、債務(これとは、妻の借入といふ特有財産からの)を負つたか否かは問はずとすべし。よって、剰余の算定に際しては、債務を控除し、かつ補償債務を弁済したのちの積極残額を意味するから、剰余は概念上つねに所得と一致するわけである(vgl. Tuon, ZGB S.184; Mathé S.28)。詳細は田中については後述する。

(122) 同前、Tuon, ZGB S.184 Anm.4 によれば、前記1の場合(脚注80)の場合には、例外として所得が物件法上の夫の所有となるが、妻の所有となる。他方、これとは、Lemp,

Kommentar Art.194 N.44 は、(夫)の妻にけ言及してあらず、物権法上の所有権と夫婦財産法上のそれとの構成を否定する趣旨を認むべき。

(123) 明示的には、Schneidmann S.54; Mathé S.27; Knadolfer S.45; Keller S.108. その他、拙稿「法定特有財産」27頁参照。

(124) Wiederkeln S.13; Mathé S.27 Anm.25; Keller S.108.

(125) この要件については、拙稿「法定特有財産」79-89頁参照。

(126) 拙稿「法定特有財産」79頁。

(127) 同前、拙稿「法定特有財産」85-89頁参照。

(128) 拙稿「法定特有財産」83頁。

(129) 結論同前、Karrer S.81; Schneidmann S.54; Mathé S.27.

(130) 沖の明言はこれにて、Deschenaux S.578a; Rappold S.30f.; Karrer S.81; Wiederkeln S.13; Schneidmann S.54; Mathé S.27; Keller S.108.

(131) z.B. Schneidmann S.54; Mathé S.27; Keller S.108.

(132) 拙稿「相続人の寄与」(2) 438頁脚注b.

(133) Knadolfer S.45.

(134) z.B. Wiederkeln S.13.

(135) Hinderling S.110; ders., SJZ 61(1965) 22 Anm. 23; Wiederkeln S.12f.; Rappold S.31; Schneidmann S.49, 54; Mathé S.27; Keller S.107f. 有償で夫にこれを移転する(insbes. Mathé, Keller).
 a.M. z.B. Knapp S.22 Nn.95, 28 Nn.130; Deschenaux S.511a.

は 帰入財産と解する。所得に属すると解する、補償請求権
(201年3項)というほか、なお所得財団に帰する剰余を認め
るとはならず、これを不当と解する。vgl. insbes. Knapp S. 277 Nr.
832; Knadolfer S. 45. その他, Jeylun S. 24; Tuer, ZGB S. 152
も所得への帰属を否定する趣旨と思わし。

- (136) 明末節には、z.B. Mathé S. 28; Keller S. 108, 127.
- (137) Karer S. 81; Schnellmann S. 54. なお、この原則の適用例
にみる。契約に基づき特有財産については、拙稿「特有財産」28頁
脚注2、法定の中については、拙稿「法定特有財産」56頁脚注2参照。
- (138) BGH 96 II 313. 父子事件の存在の場合には、所得への帰属
せしめよとかが後行するべきことを前提とする。vgl. M. Keller S. 108.
- (139) 詳説田にみれば、拙稿「法定特有財産」98-106頁参照。
- (140) z.B. Knadolfer S. 46 und dortige Zitate.
- (141) Karer S. 81; Mathé S. 27; Knadolfer S. 39, 46.
- (142) Simonius S. 32, 140f.; Knadolfer S. 45.
- (143) Wiederkeln S. 13.
- (144) Karer S. 79.
- (145) Denzler S. 83f.; Lemp, Kommentar Art. 213 N. 5.

なお、夫婦財産法上の清算に際する分割債と、財産分割判決
執行中の所得と夫の帰入財産との関係にみれば、insbes. siehe
Denzler S. 63ff.

(148) Lemp, Kommentar Art. 195 N. 42 und dortige Autoren. ferner
Wiederkeln S. 6f., 10; Schnellmann S. 36f., 53; Mathé S. 24, 26;
Keller S. 107. 判例例として、z.B. BGH 40 II 169, 50 II 433,
(1487) 62 II 337, 75 II 276, 82 II 492, 91 II 90 等は、この
もこの理を明言はしは当然の前提とする。こゝには
よく、このうち ~~明言はしは~~ ^{べきの} 判例を紹介して ~~明言はしは~~ ^{べきの} 判例を紹介して

また、BGH 50 II 433 には、特許の相続権を考慮して
夫に帰入するべきである、夫の帰入財産に属するものである。本件
1審判決は、J男・L女夫婦の離婚を認め、^{補償}J男から原告L女
に対し、剰余の半に当たる 6,571 Fr. を返還する命じた。
この点にみれば、高裁判決も同様 (J男原告, L女付帯原告)。
漢陽高等裁判所は、結論として J男の原告を認め、原判決を
破棄差戻し、認定事実から J男の土地・家屋等を 6万フランで売却。J男は
この土地を分譲・転売
したところ、36,490 Fr. の利得を得た。この利得 (30%)
訴訟当時 23,448 Fr. 残存するにみれば (第1審判決)
と、L女は剰余として 3の1/3 の 7,815 Fr. を主張。原案は
基本としてはこれを認めたが、債権額と減額させ
(J男の遺言により、~~この利得のうち~~ 他相続人の遺留
分を考慮して、この利得のうち 2,835.42 Fr. を持戻す

べもたと 12, 17 = 7 = 6 美, 利率を 20, 631.05 Fl. と算
 出し、L 女の割合持分を 6, 871 Fl. と算出 (7 = 7 = 6)。二つ
 ついて J 男は主たる。土地売却に基づき利得は、利率と
 扱われるべきではない。なぜなら、土地の真の価格は J 男
 への売却当時方々に 96, 000 Fl. であり、父は 30 20 を
 知っていた、にも関わらずが 60, 000 Fl. で売却したところから、
 この差額分を J 男へ贈与する意思があったと推定される。

この争いは、結局本件利得が夫の縮小財産と見なす所得
 の「お中」に属するかどうかという問題に帰着する。月誌 195 年
 において、妻の縮小財産の概念を未規定だったが、同様の
 方法において、二つは夫の中にも適用されるべきである。
 として、ド民 1521 年と異なり、夫が持分の相続権を考
 慮して贈与にあり取得した物件も、中に含むべき。本件
 のように、持分の相続人が持分の相続人、および別
 を安く売却した場合にも贈与と推定されるべきである、この場合
 には、当該物件の真の取引価格 Verkaufspreis が、現
 実の売買価格を越える分が贈与とあり。このことは、贈与
 者が取引価格より安いことを知っていたことを要件とする
 が、諸般の事情（推定）を考慮すれば、J 男の父がこれを
 知っていたと認められる。

しかし、その後 J 男が転売したことに伴う利得を、悪債
 贈与の意思で売却したかは明白ではない。この利得の一部
 は、一つには分筆に帰属する。しかし、この利得は、それ
 が本件の管理行為を越えて J 男の活動に基づくと
 するには、所得とみなされる。そして、付属設備を含めた
 本件土地の取引価格が調査・確定されたことと要する。
 J 男への売却と J 男の転売との間、17 年か二・三週間しか
 経過してはいないので、さ（この）本件では、利得が
 土地価格の騰起にともなう価値増加に帰するとは
 帰結しない。この点、利得が縮小財産と見なす所得
 の「お中」に帰するかは断定しない。結局本件では、
 J 男の土地の一部認容し、L 女に返還すべき利率の算定
 に関し、父から J 男への売却当時の取引価格等を
 確定するべく厚密に差戻すことである。

(14B) とくに、夫の縮小財産を具体的に例示するところ
 (17, さ（この）, siehe Lemp, Kommentar Art. 195
 N.42f.; Wiederkehr S.10.

3 立証責任

本節では、妻の編入財産に属する旨の主張をなす場合の立証責任、すなわちある財産物件が、夫婦財産中の妻の編入財産なる旨を主張する際のそれを扱う。立証責任に関しては、193条の特有財産に同じく同様の規定をいっているの、これと対比しながら稿を進めることとする。

一、夫婦財産の清算に際して、またある場合には、財産併合制の継続中に、ある財産物件が夫婦のいづれに帰属するかの争われることがある。さうな場合について、196条1項はいう。「配偶者ノ一方ハ、アル財産ハ妻ノ編入財産ナルコトヲ主張スル場合ニハ、コレニ関スル立証責任ヲ負フ」。

ローマ法においては、妻のすべての財産が夫の所有と推定せられた。近くはドイツ旧民法においても、同様の推定規定が存在した。すなわち、夫婦の一方または双方の所有にある不動産(代替物を含む)は、夫の債権者に対する

関係では、夫の所有との推定がなされた(ドイツ旧1362条1項)。ここはドイツ旧法が、不動産を中心とする債権者に対する関係という相対的制限を課しているのに対し、スイス民法は、財産併合制に関する196条1項において、ある財産物件が、妻の編入財産に属すると主張する各配偶者に立証責任を負うものとし、夫の財産との推定の及ぶ範囲を拡大していることが知られる。学説によれば、この規定は現実には推定ではなく、立証責任の分配を意味する⁽¹⁾。

特有財産に関する立証責任を規定する193条が、その基本思想において、夫婦内部の財産関係においては、特有財産の発生はつねに例外にあるが、夫婦財産への帰属の原則であるとの趣旨を表現している⁽²⁾。これと同様に、196条1項は、妻の編入財産なることを主張する場合のみ、これについて立証を要すると規定するから、夫婦財産中の財産物件が、妻に帰属するよりも、むしろ夫に帰属するとの思想から去脱するものであると評しえよう。

本項により、ある財産物件が少なくとも夫の財産、または夫の所有に属するとの事実上の推定を主張しうるようになる⁽³⁾。このような規定は、とくに夫と取引をなす者三者にとり、きわめて好都合である。なぜなら、たとえば妻の特有財産を差押え債権者であれば、夫から異議申し立てされると、妻の債権者か、当該物件の妻の特有財産たる資格を証明することをするのに対し⁽⁴⁾、たとえば夫が妻の同意なく妻の編入財産を処分した場合に、夫と取引した者三者か、この点については善意の者三者であるかぎり、妻の同意(202条1項)の存在しなくてもみなされ(202条2項)、妻がこれについて反証をなすことを要するからである。

二、つぎに、本項の適用範囲は、財産併合制に服する夫婦の夫婦財産中の夫の財産と妻の編入財産との限界づりのみ適用される⁽⁵⁾ (財産共通制にあっては、215条3項参照)。言い換えれば、夫婦財産中のある物件が、いずれの

財団に属するかという帰属の争いに適用される⁽⁶⁾。この点については、ドイツ語テキストは「Frauengut」というべきが、本項の対象とする妻の財産は、妻の編入財産であることのみならずとも明らかではない。とすると、フランス語テキストおよびイタリア語のこれは、妻の財産を意味する「biens de la femme, beni della moglie」の語を用いるが、より厳密に妻の編入財産を意味する「apport, apporto」の語を用いる(用語の区別については、第一節参照)。これらフランス語・イタリア語テキストを根拠として、学説は、本項にいう妻の財産が妻の編入財産をさすものと解する⁽⁷⁾。

他方、同じく立証責任に関する193条は、特有財産についての立証責任に関する。特有財産は、それがいずれの特有財産であれば、夫婦財産に帰属しない。したがって、193条のもとは、夫婦財産への帰属ではなく、特有財産たる資格が証明されることを要する⁽⁸⁾。この財産併合制にあっては、妻の特有財産のみ

との主張をなすには、①妻の財産の存在する
 との証明(196条1項)、②妻の財産のうち、ある財
 産物件が特有財産に属するとの証明(193条)の
 二重の証明を要する。①の証明は奏功してい
 るから、②の証明の余地はない。したがって、
 ある財産物件が妻の財産に帰属する旨を立証
 せられなれば、その場合においては、それが編入財産と
 主張せられればよい。また特有財産と主張
 せられればよい。すなわち、夫の所有ととり扱
 われることになる。

以上述べた193条との対比より明らかである
 とく、本項の適用領域は、夫婦のうちの特有財
 産かという特有財産の帰属・資格の問題を扱
 うのではなく、夫婦財産内部での帰属の争い
 を前提とする。夫婦財産内部での帰属の争い
 に適用されるべきではないから、これとえば、ある
 財産物件が妻に帰属するか、もしくは夫婦以
 外の第三者(たとえば子供)に帰属するかの争
 われる場合には、本項の適用はない。さよう
 な場合には、立証責任に関する一般原則(8条)

おとこも有者の所有権推定(930条)の規定が適
 用される。この点では、特有財産にありると同
 様である。なぜなら、193条も196条の規定は、
 8条の予定する特則を定められていないから、
 これら特則に該当してないケースにおいては、一
 般原則にしかたがうからである。

三、つぎに証明の内容に移ろう。196条1
 項の証明の対象となる財産物件は、原則とし
 てその対象の種類は問われない。したがって、
 物権、債権、その他の権利のすべてに適用さ
 れる。これでは、当該編入財産の利用せられ
 る目的 Zweck od. Zweckbestimmung とい
 う態様は問題とならぬであろうか。特有
 財産にあることは、前記述べたのとく、一方配
 偶者の所有権者との「法的要件」に加えて、
 個人的使用(191条1号)、職業遂行(同2号)、独
 立の労働に基づく(同3号)との「事実的要件」
 を満たしていることを要し、さらには191
 条1号・2号のそれについては、「事実的要件」
 が不存としていなければならない。と
 りから、こ

この問題とある妻の編入財産にあつては、これを用いられる目的・態様は、証明の詳細に際して直接証拠として主張されうが、特有財産におけるとは異なり、利用の目的・態様自体は、直接的には証明の対象とならなぬものと解される。かように結論が分かれるのは、両者の立法趣旨に由来するものと思われる。

かような一般理論を前提として、ある物件についての事実上の権利を、いかなる配偶者が所有するかは、立証責任にとって主要な問題ではなぬとの帰結が導かれる。裁判例に於いてこの問題が具体的に登場するのは、930条の推定規定に關してである。すなわち同条は、動産の占有者はその物の所有者と推定し(930条1項)、旧占有者はその占有の当該物の所有者と推定する(同条2項)。かような推定規定が存在するにもかかわらず、裁判例によれば、夫婦財産中の財産物件は、夫もしくは妻のいずれに属するかの問題については、930条の推定に及ばないものとし、196条の

枠内の問題として処理する。…か之れは、196条1項の規定に930条に優先するものである。

しかもこの理は、夫婦が別居するとしてもかわらない。すなわち、動産たる妻の編入財産を夫もしくは夫婦以外の第三者が占有する場合においても、これらの者の所有との推定は及ばぬ。いかなる場合も、妻の編入財産である旨を主張する人が、これについての立証責任を負う(この点に於いて、^{1974年}民法旧1362条1項と異なる)。すなわちと云は、夫が妻の動産を占有し、夫の債権者がこれを差押え、当該動産が妻の編入財産に属すると夫が主張した場合に、ドイツ民法1362条・スイス民法930条との相違が生じることを知れよう。

同じく証明の内容に關して、妻の編入財産たることを主張するに際して、いかなる事実が証明されることを要するかは問題とす。Lemp判事によれば、一般的には、①と云は、第三者からの譲渡によつて、もしくは相続によつて、妻のこれに属するとの事実、②ある

特定の時兵に於いて、妻に属したとの事実の証明を要すか、例外的に、ある財産物件が妻の財産に対する代償として取得せられたとの理由に基づくとき(196条2項)には、④もとの財産物件が妻の編入財産に属し、新たに取得せられた代償物件が、もとの物件に代わって取得された旨の事実を立証することになる。

妻の編入財産に土地がある場合に、たとえば土地についての単独所有権もしくはこれについての持分が妻の編入財産たることは、登記簿によつて明らかになり得る。すなわち、「土地登記簿 = 登記せられた土地 = 所有権」の権利の推定……「登記せられた土地 = 所有権」(937条1項)。したがって、たとえば「土地登記簿に妻の所有権として登記(958条1号)せられてあれば、妻の所有権が推定せられる。その限度に於いて、さうな土地については本項の推定は無効である。もっとも、係争の相手方は、登記が違法な登記(たとえば、975条以下により)である旨の証明の許される

ことはさうでもない。かようなして妻の所有権もしくは共有権が確定せられたときには、原則としてその由来、すなわちいかなる法的原因に基づいて妻がこれを取得したかは、原則として問題とならなからぬ。補償債権の存在も除外せられるわけではない。

最後に、財産物件についての権利、たとえば「現存する所有権の帰属に関する争い」のほかの場合に利用せられたる兵にも触れておこう。夫婦財産法上、妻の編入財産に代えて、妻が夫に対して補償請求権を取得する場合が少なくない。たとえば、財産統一制 Gütereinheit に関する199条によれば、「妻の財産を夫婦財産に編入し、かつ夫婦財産契約により許価額を付して、これを夫の所有に移行せしめるときには、妻が財産許価額相当の補償請求権を取得する。財産併合制にあつては、201条3項により夫の所有に移行する物件については、~~同~~ ~~条~~ 様の趣旨が規定される。その他、妻の編入財産と夫の財産との不当利得についても、

補償請求権が生じる(209条1項)。学説によれば、かような補償請求権の発生には、妻の編入財産の存在しることが予定せられる結果、妻の補償請求権を判断する前提問題としても、196条1項の立証責任の役立つ⁽¹⁸⁾。かような場合には、係争物件にかつて妻の編入財産に帰属しなくともしくは帰属すべきでないかの立証されることとなる。さらに、179条3項による夫婦財産契約締結前の財産責任を判断する際にも、196条1項の適用されるが、刑事事件については適用されない⁽¹⁹⁾。検査官の立証すべき事柄であるかゆえである。

四、つぎに、196条1項は、夫婦間での妻の編入財産の存在に関する争いのみ適用されるのであるか。特有財産に関する193条の適用領域について、通説・判例によれば、夫婦間での争いのみならず、①一方配偶者と他方の法的承継者(たとえば、相続人)との争い、②一方配偶者と第三者(たとえば、他方配偶者の債権者)との争い、③第三者間(たとえば、夫

婦それぞれが債権者)の争い、のいずれにも適用される⁽²⁰⁾。

しかし、編入財産に関する学説は、特有財産に関するそれらと多少色彩が異なる。一方配偶者と第三者との争いについては後述するとして、まず、夫婦間および一方配偶者と他方の相続人とのそれからみよう。

まず第一に、夫婦間の争いについても、196条1項の適用領域を制限する見解がみられる。それによれば、夫婦財産は財産制にかかわらずなく、夫婦の固有財産 Eigengut へと帰属してゐるものがあるから、離婚の際する清算については、196条1項の適用されない⁽²¹⁾別産制(とくに189条の特別別産制)への移行の際する清算についても、同様に196条1項の適用を排除する見解が少なくない⁽²²⁾。

次に、一方配偶者の死亡の際する清算、または一方配偶者と他方配偶者の相続人との間の清算についても、196条1項の適用を排除すべきとの有力説がみられる⁽²³⁾。とくに Egger 教

授けられれば、妻の単独所有権との証明が必要
 ない。一方、夫婦間では、共有の承認
 が最も正当である。したがって場合には、
 夫の財産(所得の趣旨と思われる)と解さるべ
 きものとされる。(24)

かような少数説も存在するが、今日の通説
 ・判例は、以上のとおりである。結論的
 には196条1項の適用を肯定する。(25) その根拠は、
 夫婦が可し不明らな場合は、清算態様に
 区別、すなわち離婚による(154条)か、
 特別別産制の発生による(189条)、さら
 には死亡による(212条-213条)により、立
 法上の区別が存在せし、これを区別するに必
 要性を認められたいことを理由とするもの
 と思われる。

これらすべての場合に、妻は自己の編入し
 た財産物件を、それが現存するかぎり、返還
 請求するにたふす(詳細は、才三参考)。
 さらに、離婚も別産制への移行に際しては、
 199条もしくは201条3項により、夫の所有

に移行した物件の返還(それが現存しないとき
 には、価額相当の補償請求権)がこれに加わ
 る。もし196条1項が存在しなれば、たと
 えは夫側から、夫婦財産の剰余・不足の確定の
 ために、夫婦財産の解消するべきの場合に
 ついて、当該物件が夫により編入せられた旨
 を証明せしめなければならぬのと同様に、妻は
 より一般的に举证責任を定めず民法8条によ
 り、これを証明しなければならぬこととなる。(26)

とすべし、夫婦財産が夫により管理され、
 それゆえの証明手段から、夫側の手段に存在
 するのを通常とするから、196条1項の規定
 の存在には、妻側に不利である。(27) それゆえに、
 この規定の短所を補足する手段として、妻が
 編入に際してその証拠を保全するべく努力(たと
 えば、197条以下の財産目録の調整)すべき旨
 を説くとともに、裁判官による釈明権の行使
 もしくは証拠の慎重な評価が強調される。(28)

他方、一方配偶者と才三者との争いにおい
 ては、通説・判例ともに、196条1項の適用を

肯定する。かかる者三者としては、一方配偶者の債権者もしくは他方配偶者の破産財産が登場する例が多い⁽⁹⁹⁾。

以上みてきたとおりから明らかとなつて、196条1項の通用領域に關して、有力な少数説は存在するものの、三者内の争いを別とすれば、通説・判例によつておぼろげに、最初に述べた193条の通用領域と同一の結論に落着いてゐることを明らかとなつた。

五、立証責任を負う当事者について、三ヶ国語のいずれのテキストによつても、トアル財産が妻ノ編入財産ナルコトヲ主張スルニ主として、一方配偶者に限定せられることとてある。しかし、これを述べたところから明らかとなつて、かかる主張をなすものか、配偶者、死に配偶者の相続人、三者(とくに一方配偶者の債権者)のいずれであれ、主張するものか立証責任を負う。一方配偶者のみならず、たとえば、夫の占有中の物件を差押えられた場合など、双方配偶者とも、これの妻

の編入財産なる旨の主張をなす場合のごとく、双方配偶者のこの義務を負ふこともある。その意味で、立証責任を負担する当事者の範囲について、特有財産におけるそれとの違ひは存しない⁽¹⁰⁰⁾。

さらに、かかる場合において、いずれのものか原告であるか被告であるかは、まづよく問題ではない⁽¹⁰¹⁾。この点も、特有財産におけると同様である⁽¹⁰²⁾。

いかなる証明方法により、妻の編入財産との帰属を証明せられるかは、それぞれのカントンの訴訟法(民事訴訟法はいまだ連邦法に依つてゐない)に依つて異なる。判例によれば⁽¹⁰³⁾、連邦法はこれについて別段の制限を置いてゐない。しかしその場合でも、民法9条(公文书による立証)、10条(法律行為の効力に關し、連邦法上特別の方式を規定しないときは、カントン法において特別の方式を規定しなさい)、さらに債務法963条(一定の場合における商業帳簿及び営業上の信書の提出義務)等の規定に

拘束される。連法上規定される文書の例として
 は、たとえば、前記土地登記簿をはじめ
 めとして、夫婦財産契約書、夫婦財産制登記
 簿、夫婦財産制登記簿令⁽³⁹⁾5条3項、24条3項
 の意味での特有財産目録 Sondergutsverzeichnisse、
 民法197条以下の財産目録、債務法957条に
 よる商業帳簿などがあふ。これらのうち、特
 有財産におけると同様である⁽⁴⁰⁾。

なお、裁判例によれば、妻の編入財産につ
 いて受取証 Empfangsschein は、かつてのベル
 ン法におけると同等の証拠価値を有するもの
 ではないが、これに証拠価値を認めることは
 可能であり⁽⁴¹⁾、また、方式違反により無効とな
 る夫婦財産契約も、証拠として役立つもの
 だとされる⁽⁴²⁾。

つぎに、提示せられた証拠のいかんを評価せ
 られるべきかの問題も、前記証拠方法と同様
 に、すべてカントンの訴訟法に任せよう。こ
 のうち、特有財産におけるとまた同様であ
 る⁽⁴³⁾。たとえば、妻が財産を編入し、これを

共同世帯の必要のためもしくは夫のために費
 消せられたという点について、重要な手続的
 裏付けを得たと裁判官が確信したときは、196条
 1項に基づき妻の補償請求権が証明せられた
 ものと解される⁽⁴⁴⁾。さらに、Knapp 教授によれ
 ば、自動車の登録が妻の名で行なわれていれば、
 反証のあふまぬ、これを妻の自動車を評価し
 うべきものとされる⁽⁴⁵⁾。

最後に、立法責任に関する現行法の規制に
 対する批判も少なくない⁽⁴⁶⁾。批判は要するに、
 多くの場合夫婦間での財産目録(197条以下)等の
 文書の作成されず、結果的にその不利益は、
 ほとんどの場合妻(およびその相続人)とその債
 権者が負うことになる、ということになるよ
 う。しかし、比較的最近においても、現行法
 の立場を擁護する有力説も少なくない。ここ
 では、とくに Schwellmann 論文により、その
 論拠を要約しておこう⁽⁴⁷⁾。

① 196条1項の実際上の適用範囲は、想像
 されるほど広くない。

才一、立証責任に関して、不動産 Immobilien は、妻にとって不利益には適用されないものとされる。すなわち、不動産の帰属関係の争いにおいては、登記簿によって妻の権利推定が肯定せられる方向での援用は可能である(参考三参照)が、妻の不利益となす方向でのそれは行えない。と。しかし、196条1項は、不動産にも適用されるべきである。かく解しても、土地登記簿によって、これを否定することはさほど困難ではない。(42)

才二、債務法上の権利においては、196条1項の助力をほとんど必要としない。なぜなら、いづれの配偶者に権利が帰属するかは、より一般的に、当該権利の基礎となる法律関係を明らかにすることにより、その争いから明らかとなるからである。(43)

才三、多くの場合に、夫婦財産の主要構成財産となる有価証券の帰属関係に関して、196条1項の規定が実際上の意義を有する場合は、201条3項のいう無記名証券の場合にかか

られる。

(42) 196条1項は、同一項により重大な制限が課せられている。すなわち、「婚姻中妻の編入財産に代償として取得せられたる財産物件は、妻の編入財産に属するものと推定される。したがって、たとえば妻のものは夫婦財産中に現存している財産物件は、かつ妻の編入財産である、これを証明する場合、さらには、帰属の争われる財産物件は、かつ妻に帰属して編入財産に代わる物件である旨の証明を行わなければならない。当該係争物件は妻の編入財産に属するものと推定される。(43)

(43) 196条1項の規定は、195条2項との関連づけで捉えられるべきである。そこには夫は、自己の編入財産および妻の編入財産を除くすべての夫婦財産について、所有権を有している。妻の編入財産に非ざる夫婦財産中の夫の所有する財産物件は、夫の所有に属しているから、夫婦財産中の財産物件の帰属に関する立証責任の規定は、夫側の有利なよ

うに傾むくのは当然のことである。(46)

③ 196条1項の規定は、つねに夫の有利なように機能するわけではない。たとえば、夫の債権者から夫婦財産中の妻の編入財産を差押えられた場合に、それら妻の編入財産に属する旨を夫が主張するには、債権者の責に属する立証責任を負うことになる。(47)

④ 以上を妻以下に196条1項の証明の負担が、この場合にも、当該物件が夫の編入財産となるわけではない。なぜなら、所得が夫の編入財産からの区別をなすには、立証責任に關する一般原則(8条)により夫がこれを証明せねばならない。(亦述=参照)。これに基づいて、夫が自己の編入財産存在を証明しえない場合には、当該物件は所得に属し、剰余分割に際して、妻もこれに参加しうる。

つまり改正草案は、かつて Deschenaux 教授の主張したごとく、(48) 以上を「財産目録により反対の証明がなされるまでは、配偶者のすべての財産に剰余(現行法のもとでの所得に相当する)に属するものとされてきた(詳細は後述(14)節参照)。

要約

法定財産制と財産併合制は、所有権の分離可能な別産制と管理・用益権の統一を確立として構成される。財産併合制が法定財産制とせられる根拠としていわれる。民法典制定・施行当時のスイスは農業国であり、時計産業をはじめとする主要産業は、いわゆる家内工業の主流を占めていた。かつうな領域では、両配偶者のすべての財産を夫婦財産へと併合可能な必要が存在する。財産併合制は、立法者 E. Huber の言によれば、かつうな経済的諸関係に基づいて慣行(半数近くのカント)が財産併合制をとったこと(1)に最も適合していたこと、これが法定財産制として採用された。

i) とくに所有権関係についていえば、とくに編入財産についての所有権は別産制をとり、婚姻経済については、共通制ないしは共同体思想の前面に登場する。それゆえ、たとえば、195条3項、201条3項等の物件は別産制の例外を形成し、所得に帰属する。

ii) 夫婦財産は夫婦各自の編入財産および所得から構成される。特有財産は夫婦財産には併合されない。妻の編入財産(夫のそれとほぼ同様)はその出所により、①婚姻締結当時有した財産、②婚姻中相続またはその他の方法により無償で取得した財産、③妻の収入および妻の編入財産より生ずる収益(ただし、夫への移行前にかぎられる)、④編入財産の代償物件等に命じることから生ずる(もっとも、これら物件も一方配偶者の所有財産となることが少なくない)。①・②・③の各財産は、わが民法762条1項にいう「特有財産」とほぼその範囲に等しい(ただし、201条3項所記載の物件は異なるとする)。

iii) 所得は夫の所有に帰し、その内容は所得共通制に關する239条2項のもとでの所得と同趣旨と解される。結局所得とは、抽象的に、各自の特有財産・編入財産およびこれらの代償物件を除き、婚姻中に取得せられべきべきの財産権を意味する。具体的に、夫婦の労

働収入、各自の編入財産の収益、未成年者の労働収入(ただし制限がある)、201条3項の物件、婚姻前の取得物(ただし一定の制限のもとでのみ)、由来の知らざる財産、他の財産団に対する補償債権等がこれにあたる(もっとも、これら物件も一方配偶者の所有財産となることがある)。もっとも、所得は講学上の概念であり、各自の編入財産と所得との区別は、とくに剰余・不足の算出ししくは補償請求権の算定に際して必要となることがあらず、婚姻が継続する限りは、夫の妻の編入財産の処分をなすについて、妻の同意を要する問題とならば、概念上の財産をあることがない。

iv) 所有権の分離の原則から、つぎの帰結が生じる。夫の破産および差押に際して、妻は自己の編入財産を、これが現物にてもしくは代償物件として存在する限り、自己に引渡すべく要求できる。これが存しないときは、それの代えて補償請求権を取得する。さらに、夫の債務が妻の財産(その逆も同様)から弁済せ

られるときは、相互の補償請求権が生じる。
これら清算は、婚姻解消による清算もしくは
持別別産制の発生する際に行われる。

持別別産制

- (1) z.B. Genier Kommentar Art. 8 N. 13, 17; Lemp, Kommentar Art. 196 N. 1.
- (2) 拙稿「法定特有財産」98頁。なお、特有財産に関する立証責任については、同論文 98-106頁参照。
- (3) z.B. Joghier S. 58; Genier S. 112; Denzler S. 75 Anm. 2.
- (4) 拙稿「法定特有財産」101頁および脚注 146 引用判決参照。
- (5) a.M. Egger, Kommentar Art. 196 N. 2 によれば、本項の推定は夫婦財産に限定せらるるが、両配偶者のどちらの財産(妻の特有財産を含む)に及ぶ、詳説は明らかではない。
- (6) z.B. Lemp, Kommentar Art. 196 N. 2; Keller S. 128.
- (7) 拙稿「法定特有財産」100-101頁。ニニニ特有財産としての資格とは、一方配偶者が所有者たるものの「法的要件」と、個人的使用、職業遂行、独立の労働に基づく等の「事実的要件」を意味する(同58頁)。191年1号・2号の特有財産について、後者の要件がなお存続しているかが、とくに問題となり(同101頁)。
- (8) 明文的には、Knapp S. 65; Lemp, Kommentar Art. 196 N. 2.

- auch vgl. Egger, Kommentar Art. 196 N. 2; Deschenaux S. 516 f.
- (9) z.B. Lemp, Kommentar Art. 196 N. 3.
 - (10) 拙稿「法定特有財産」100頁参照。
 - (11) なお、「労働収入」(191年3号)を基礎とする特有財産は、「事実的要件」が後日欠落しても、なお特有財産としての資格を失わな。その意味で 1号・2号の種と異なる。詳説は拙稿「法定特有財産」96頁に譲る。
 - (12) z.B. Lemp, Kommentar Art. 196 N. 5. したがって、たとえは一方配偶者がその物件を保管 Gewahrsam (711) との事実上、間接証拠としての価値を有するにすぎない(Lemp, a.a.O., N. 6).
 - (13) 学説に 12, Münch S. 31; Lemp, Kommentar Art. 196 N. 3 und dortige Zitate; Schnellmann S. 52. 裁判例に 12, SJZ 13 349 Nr. 88, 14 58 Nr. 19.
 また、とくにこの訴訟にかいては、別産制への移行は 196年 1項は適用せらるるが、占有配偶者のみで、930年の推定が適用せらる。vgl. ZBJV 90 (1954) 462, SJZ 13 (1917) 348 Nr. 88.
 - (14) Lemp, Kommentar Art. 196 N. 4.
 - (15) 明文的には、Egger, Kommentar Art. 196 N. 2.
 - (16) vgl. BGE 58 II 334; Knapp S. 16 Nr. 75f.; Lemp, Kommentar Art. 196 N. 7x und dortige Zitate.
 - (17) siehe diesbezüglich bei Lemp, Kommentar Art. 196 N. 7 und dort zit. Entscheide.
(die)

- (18) z.B. Lemp, Kommentar Art. 196 N.8.
- (19) Lemp, a.a.O.
- (20) 拙稿「法定特有財産」101-102頁参照。
- (21) Blocher, E., Ueber die vermögensliche Auseinandersetzung bei der Ehescheidung. ZSR nF 36 (1917) S.254; Denzler S.13; Münch S.41. a.M. Rossel et Mentaha 1 S.344.
- (22) Blocher, a.a.O., S.255 Anm. 8 の 3 の趣旨を。 vgl. auch Bartholmès a.a.O. (第1節脚注6引用文献), S.129; Droin, a.a.O., (第1節脚注7引用文献), S.443.
- (23) Egger, Kommentar Art. 196 N.4.
- (24) Egger, a.a.O. 以下一般論として、 \times の夫の相続人は別産制発生後の清算の際、離婚時にその始末の清算の際においては一方配偶者の死にその中の場合の \times の中の場合にかゝるも、本項の特定の利益をうけることを明言する。
- (25) vgl. BGE 58 II 334 (一方配偶者と他方配偶者の相続人同の清算)。 Lemp, Kommentar Art. 196 N.9 und dortige Zitate; Keller S.129.
- (26) vgl. ZBJV 86 144; Knapp S.69. auch siehe Lemp, Kommentar Art. 189 N.13, 196 N.10, 212/13 N.14, 214 N.23.
- (27) vgl. Guérin, Kommentar Art. 196 N.5; Bartholmès S.128; Guhl S.11.
- (28) Lemp, Kommentar Art. 196 N.10 は本文の趣旨である。

- (29) z.B. Gerner S.113; Knapp S.66; Keller S.108, 129. a.M. Sichelmann S.49f. 裁判1911と12、BGE 43 II 471f., 61 II 317, SJZ 13 (1917) 348 Nr.88, 52 (1956) 49 Nr.26, ZBJV 87 (1958) 356 usw.
- (30) 特有財産に際しての清算は、拙稿「法定特有財産」102頁、105頁参照。
- (31) z.B. BGE 57 II 182, 62 II 317, SJZ 13 (1917) 348 Nr.88; 34 (1937/38) 108 Nr.18, 38 (1941/42) 315 Nr.147, ZBJV 87 (1958) 356 usw.
- (32) 拙稿「法定特有財産」102頁参照。
- (33) Lemp, Kommentar Art. 196 N.13 にもある。
- (34) 同令は、 \times の Schöenberger (ドイツ語版) や Scyboz et Gillet (フランス語版) のテキスト集 (拙稿「212年報 1972」238頁参照) に、付録として収録されている旨を付言しておく。
- (35) 拙稿「法定特有財産」105-106頁参照。
- (36) 30 1911と12, ZBJV 54 ~~437~~ 437. (1918)
- (37) vgl. BGE 44 II 337
 その他、学説の拙稿 \times の \times として、贈与契約書、銀行清算書、~~納税~~ 等 (vgl. Karrer S.81, 84), auch siehe dazu Lemp, Kommentar Art. 242 N.8-17.

- (38) 拙稿「法定特有財産」106頁参照。
- (39) vgl. BGH 52 II 421
- (40) Knapp S.18 Nr.82.
- (41) z.B. siehe Egger, Kommentar Art.196 N.3f.; Denzler S.76;
 Genner S.112ff.; Fuhr S.11f.; Münch S.30f. usw.
- (42) Schnellmann S.50ff.
- (43) z.B. Knapp S.66 Nr.261.
- (44) Denzler S.77 以下参照。
- (45) Denzler S.77 以下同旨。
- (46) 以下同旨, Lemp, Kommentar N.1.
- (47) 以下参照, insbes. siehe Schnellmann S.51.
- (48) Deschenaux S.578₂.
- (49) 以下支持有力学説と云ふ, Karrer. vgl. auch
 §1377 Abs.3 BGB.

才 = 華 管理の用益の処分権

200条 - 204条の欄外注 Randtitel od. Randnote
以下には、夫婦財産(これ以上とくは妻の持
有財産を除く)の管理、処分、用益に
関し、各配偶者の地位が規定される。これを図
示すれば下記の如くである。

B. 管理の用益の処分権

- I. 管理権 (200条)
- II. 用益権 (201条)
- III. 処分権
 - 1. 夫の処分権 (202条)
 - 2. 妻の処分権
 - a. 通則 (203条)
 - b. 相続の放棄 (204条)

本稿の対象とするのは、これらのうち、200条 -
202条に限られる。法数の制約のため、妻の
処分権(203条①204条)を別稿に譲、^①

これらの条項は、法定財産制において、最
も重要な内容を含んでいる。法定財産制の構
成面よりこれをみれば、Karrer氏の指摘する
ごとく、夫婦財産中の各財産物件についての
所有権関係がいかに位置づけられているか、

各配偶者にとり、それについての管理権回
処分権の問題より、^② 遙かに重要性をもつ。と
ころ、実際上の問題としては、現行法および
改正草案のいずれも、別所有の原則を維持し
ていくことからも明らかである。各財産物
件に対する所有権関係よりも、むしろ管理を
基礎とする処分・用益関係をいかに位置づけ
るかの点に、問題の視点が移っていきものと
いえる。

本論に入る前に、ごく簡単にその内容を概
観しておく。管理の用益等の諸機能を
夫に集中せしめていくが、これは夫の個
人的利益のためではなく、その扶養義務(160条
2項)をほいめとする諸々の義務を達成するた
め、夫婦共同体の利益をはかると夫に付与
されたものである。^③ いかにいへば、夫婦共
同体の長でありかつ代表者 Vertreter (160条1項、
162条)である夫の役割を機能せしめるため、
妻に由来する財産物件を、統一的に夫の管理・
用益に委ねられていくべきではない。^④ 夫のこれ

ら権能の内容について法は沈黙してゐる。学説においては、これを委任法に依拠せんとする説もみられる⁽⁵⁾。この4により夫の機能を捉扱するとは困難である。通説に於ては夫の権能はむしろ、用益権者の権能とも一致せず、それより広汎な権能を許す⁽⁶⁾。

すなわち、夫婦財産(夫の所有に帰するものを含み)についての管理権処分権は、一定の制約のもとに、原則として夫がこれを有する。しかし、妻が163条-166条により夫婦共同体を代理 *Vertretung* する権能を有し、かつその限度においては、妻もこれらの権能を有する(管理権については200条3項、処分権については203条参照)。これに反し、夫婦財産についての用益権は、専ら婚姻債務の負担を負う夫に帰する⁽⁷⁾。その場合、対象となる財産が夫の所有に属するか否りに関しては、夫はこれを所有権者として用益し、それが妻の編入財産であるか否りに関しては、夫は201条1項に基づき用益権を取得する。

前述により明らかとなるべく、夫のこれらの権能は、妻の行差能力を制限するものではない⁽⁸⁾。その反面、夫の行差無能力のときもしくは夫の行差能力が制限せられてゐるときには、夫がこれらの権能を有しないことはいふまでもない。その際妻は、BGB旧1418条3-5号とは異なり夫の行差能力を根拠として、たとひに別産制をおめするとは不可能であり(これに、171条旧183条参照)、また、たとひ285条や295条に基づき、妻の編入財産についての用益権を剝奪することもできないものとされ、これらの場合には、夫の後見人ないしは保佐人の選任をおめすべきものとされる⁽⁹⁾。

以下では、管理権(オ4節)、処分権(オ5節)用益権(オ6節) ~~夫の責任(オ7節)~~ の順に稿を進め、より詳細にその内容に入る。

オ4節 管理権

管理と処分とは、実際上の問題としては、大抵専ら夫に厳密に区別される場合も少な

人ない。こゝでは、厳格な意味での管理・処分
 といふ自体の意味には立ち入らず、一般論と
 してのこゝろ二つの基本的な機能の達しを、
 主としていかに示す。管理 Verwalten は、あ
 る一定の特異な財産物件の改良、維持、
 支配 Bewirtschaften を意味する。より具体的
 のいへば、管理とは、一財産物件の存する経
 済的価値を保全する目的をもつ活動 Tätigkeit
 を意味する。すなわち、経済的価値とは、その目
 的との関連において、財産の存するところの
 ことである⁽¹⁰⁾。それゆゑ抽象的にいへば、夫
 の行状に妻の編入財産の目的維持 Zweckhaltung
 に従ふときは、それはこゝろ管理に属
 する。そうでないときは管理をなすことには
 ならない。

以下では、夫による管理と妻による管
 理の順に稿を進める。⁽¹¹⁾

1. 夫による管理

① 財産併合制においては、夫婦財産に属
 する各財産物件の機能を、より円滑に發揮せ

しめるとゆゑ、管理の処分権および用益権は
 一人の手で統一される。この職務のトシ
 には、可なり述べて理由から、原則として夫に
 集中され例外的に妻に委ねられる⁽¹²⁾。

主として、管理の対象からみよう。夫による管
 理の対象は、200条1項より明らかにならんとく、
 夫婦財産である。夫婦財産には、既述のい
 とく、夫の所有に属するものと、妻の所有に属
 するものとが存在し得る。夫婦財産中のあり物
 件は、夫の所有に帰属するがかりには、それ
 に対する夫の管理権は、彼の所有権の發露に
 あり、それゆゑこゝろ管理権は、一般的に
 所有権者の存するところの権能と異ならずなり。
 この理は、199条もしくは201条3項に基づき、
 夫の所有権を行使する財産物件の管理に關し
 ても、なんら違ひは存しない。しかるに、
 ドイツ民法旧1377条2項もスイス民法774条
 3項のいごとく、元本の保全から利息を生ずる
 投資をなすに義務を負担せしめ、夫はそれ
 ら物件を自由に処分するにたがふこととせらる。

これに反し、妻の所有に帰属する編入財産
 に対する夫の管理権は、もも特殊性を有し、
 場合によつては後述 ~~が~~ ありとく、
 夫の管理義務違反を根拠として、夫の賠償責
 任を生ぜしめる。この意味で、妻の編入財産
 に対する管理は、法的にみればより重要性を有
 するともいえる^⑩。より具体的にいへば、夫
 は妻の財産の 代理人 Stellvertreter としてこれを
 を管理するのではなく、婚姻法上の家長とし
 ての夫の一般的地位という固有の権利に基
 づき、管理を行っており、この意味におい
 て、通常の管理と異なる^⑪。

さらに、第三者関係において、夫の管理権
と妻の財産に關して第三者の取得した諸権利
(たとえば質権や用益権)と抵触する場合には、
 たとえば夫がこれら第三者の権利の存在を、過
失なく知らなかつたときでも、第三者の権利
が夫の管理権に優先する。この点において、
 妻の編入財産に対する夫の管理権の性格が、
 よく表現されてゐる。したがつて、203条の場

合以外では、妻の編入財産に關する債権の債
務者は、夫の同意なく妻に給付しても、これは
は有効な弁済とならない。同様に、妻が夫の
同意なく妻の編入財産を処分すること(たとえば
 下、妻の債権を担保する質権を消滅^⑫せしめる
 こと)も有効ではない。

⑫ 夫の管理権は、いつ発生し、いつ消滅す
 るのであろうか。妻の編入財産に対する夫の
 管理権を中心として、その発生、消滅の
 制限をみてみよう。まず発生について、個々の
財産物件が妻の編入財産(すなわち夫婦財産)
に帰属すると、これらに夫は法律によつて、
それによつて管理権を取得する。したがつて、
 通常の場合には、第一章に述べたこととく、
財産併合制の開始時から、夫の権利が生じる
ことになる^⑬。他方、消滅については、その原
 因により、つぎの二つの原因によりと別される。

1) ある財産物件が、妻の編入財産から脱落
した場合には、夫はこれによつて管理権を失
う。これは^⑭帰属の終了、すなわち妻の編入財

産から脱落し管理権を向付な...から、それら
 譲渡によるものではないから、それら当該物件の妻
 の持産財産となるか否かについては問題とな
 りない。また、とも夫に対する譲渡によるものは、妻
 の編入財産に対する夫の管理権という意味での
 管理権は消滅するから、夫自身の所有権に基
 づく夫の管理権は消滅しない。その意味で、
 相対的な管理権喪失といえる。例外的に妻か
 ら夫への譲渡により、夫の持産財産となる場
 合には、当該持産財産は、財産併合制の規制
 の対象となる。これは、これを述べたこと
 により明らかである。

2) さらに、財産併合制の解消せられた場合
 にも、夫の管理権は消滅する。これは管理原
 因となる法的要件の欠落に基づく管理権の消
 滅といえる。

また財産併合制が継続して存続し、ある財
 産物件の妻の編入財産に帰属するにもかかわらず
 らず、妻の編入財産についての夫の管理権の
 婚姻保護もしくは145条と169条-171条の規定

により、量的な制限をうけることである。⁽¹²⁾ま
 ず、婚姻保護の枠内での夫の管理権への干渉
 の例としては、170条3項によるものと、171条
 によるものがある。⁽¹³⁾

第一に、共同世帯停止の成立の要件の存在
 可否とすれば、裁判官の一方配偶者の申請に
 基づいて、一方配偶者より他方配偶者に対する
 扶養料の支払を定めようとする旨の規定である
 (170条3項)。これは、二つの夫婦共同体の財

政上の問題の規制の必要である。しかし、こ
 れにより、これは、夫の管理権能は影響をうける
 ことを原則とする。妻の扶養の方法については、一
 般的には定期的な金銭給付の方法にとられる。
 しかし、事情により、これは、妻の編入財産の全
 部または一部を、妻に引渡されようする場合も
 存在する。妻がそれらを自ら管理し、それによ
 り生じる収益により自己の扶養を支弁しう
 ることを可能ならしめるためである。

第二に、夫が妻子を扶養する義務を怠ら
 ずる場合には、裁判官は、夫婦財産関係の如何

いかかわらず、両配偶者の債務者に対して、
 その支払の全部または一部を、妻に給付すべ
 き旨を命ずることである(171条参照)。かかる
 命令がなせられれば、その限度で夫
 は、当該債権についての管理権を失う。通説
 によれば、171条による命令は、妻の債権のみ
 ならず、夫の債権についても争得するものと
 される⁽¹¹⁹⁾。それによって、夫の債務者に対して、
 妻への給付を命ぜられれば、これに妻
 の編入財産についての夫の管理権への干渉と
 なるのみならず、夫の債務法上の権利への干
 渉ともなる⁽¹²⁰⁾。本条を根拠として、夫の給付債
 権をも、妻への給付を命じうるものと思われ
 る。この点を明言せしめ否定する文献をみ
 だしえられよう。

才三は、145条を根拠として、夫の管理権が
 制限せられた場合がある。可なり同条は、
 離婚の訴え提起せられた場合には、裁判官が、
 妻の住居および扶養、夫婦財産関係または子
 の養育等に関し、訴訟継続中に係りし案件に

仮処分をなす旨を規定する。学説も判例
 によれば、テグストにいう離婚訴訟には、別
 居訴訟 ~~Trennungsklage~~ Trennungsklage も含まれる⁽¹²¹⁾。

その実はず⁽¹²²⁾、妻の編入財産に属す
 る管理の実際上の問題となるのは、夫婦の訴訟
 の継続中、可なり実際に別居してゐる場合に
 かぎりであろう。さうな場合には、亦述した
 170条の場合と同様に、定期的な金銭給付に代
 えて、妻の編入財産の全部もしくは一部を妻
 自身の管理・用益に委ねるべき旨の処分を命
 ぜられることになり、夫の管理権が制限され
 ることになる。また、これでも、171条亦述
 と同様に、両配偶者の債務者に対して、妻へ
 給付すべく命じし処分も可能である⁽¹²³⁾。一般的
 にいえば、あらゆる種類の夫の管理の制限も
 ししくは停止は、夫の後見もしくは保佐と同様
 の結果に導かれることになる。これに制限も
 ししくは停止の根拠は、夫婦共同体の一定の事
 情の変更にあるのではなく、夫自身が行つた
 管理権が通常に行使せられた場合の要件であ

る、夫の行意能力が制限・停止されたことである。

→ さらに、管理権の相対的消滅に関して、夫以外のものでない管理の問題である。夫の管理権は一身専属権 *höchstpersönliches Recht* であり、それゆえ第三者に譲渡しえないと解するのが通説である⁽²³⁾ (も、とも、夫以後見人服する場合には、夫の管理権は消滅するのではない、夫に代わってその後見人に判行使されるのである)⁽²³⁾。これに対し、管理権を譲渡するのではないかと、夫が第三者に管理を委託しようとするのと手通説の認めるところである⁽²⁴⁾。

最後に、夫が一時的に管理権を放棄し妻に管理せしめることにより⁽²⁵⁾、その限定的管理権を失う。夫の200条1項に基づく管理権を一時的に放棄したときは、妻に属する通常管理権能(200条3項)のみ、166条を根拠として、当該物件に関して拡大せられたこととなる⁽²⁶⁾。さらに、争いとなされた夫婦内の合意は、夫婦財産契約の方式を要せず、また、177条2項による後見官庁の同意もしくは248条による夫婦

財産制登記簿への必要を必要としない⁽²⁷⁾。しかし、妻の管理権能が拡大せられたことにより、夫は固有の管理権を失うわけでもなく、また将来の管理権を放棄したことになるわけでもない。いかにいっても、夫の管理権は消滅時効の対象とならない。それゆえ、夫は管理権を、婚姻関係の継続する限り、その全部もしくは一部をふたたび自己にとり戻すことが可能である⁽²⁸⁾。これにより、夫は妻の特別代理権を、廃止しないし制限することもできない⁽²⁹⁾。

③ 管理権の内容について、200条1項は「夫は夫婦財産を管理する」と定められているが、その内容についてはなんら触れられていない。しかしこのことは、夫婦財産に含まれる財産物件の多様性および個々の家族関係を考慮すれば別段驚くべきことではない。夫は管理の名のもとに、可能かつ必要と思えるすべてのことを行なう権能を有す。それゆえ個々のケースにより、個々の解決が~~見~~見出されたこと

を申す。管理対象となる物件の種類に応じて、法的もしくは事実的性質に応じて、別様の管理の行われるか合目的である。(30)

その意味では夫の管理行意は、量的にはなんらの制限もない。すなわち、個々の物件の経済的価値を維持するに必要なる行意を、法律の枠内を許される方法で、任意に管理することのできるものである。(31) 以上、「通常管理」という質的制限に服するから、物件の価値を維持するに、通常必要とされる行意に制限されない。夫による管理の態様は、かくあるべく個々の事案により異なりうるから、管理行意を類型化し、これを分類することとは、かたよくしも適切ではない。(32) それゆえ本稿において、一般的に意味する管理の概念を示すこととせよ。(33)

一般的に言えば管理 Verwaltung とは、財産の利用、維持、保全を意味する。夫婦財産法上いうところの管理には、事実上の管理と法律上のそれとの両者を包含しと解するが通

説である。(34) 管理概念の説明については、学説により若干の差異がある。(35) 以上はこれ以上立ち入らなるとして可い。

まず第一に、夫は事実上の管理をなす権限を有する。それによつて夫は、妻の歸入財産を維持し、用益し、保全するものである。(36) 以上は事実上の管理権限に基づいて、事実上の支配力及び占有を求めし請求権を有する。

次に、法的な関係における管理権も夫に帰属する。これによつて夫は、財産物件の維持管理に必要とされる法律行意をなし、法的取引をなすことのできる。かような意味での管理の例としては、たとえば、賃貸借契約の締結、売却、債権の告知、株主総会における株式の代表(用益権者として、債権者として参照)、債務徴収や破産手続における債権者としての妻の代理などあらゆる法律行意が含まれる。(37)

(四) つぎに、200条1項に基づく管理の範囲は、原則として制限されていない。以上、

管理と結びついで義務によつて制限されるべきでない。その意味で、夫は妻の編入財産の管理者として、自由なかつ独立した地位を占めてゐる。夫は自己に委ねられし妻の財産物件の価値を維持するのみならず、これを増加させることもできる。夫婦財産の管理の利益を夫の手で委ねる目的は、これら財産物件を可能なかぎり有効に、夫婦共同体の経済的必要性を満たすことにある。とはいへ夫に課せられた第一の任務は、妻の編入財産の維持に努めることであり、第二次的には、管理行を遂げて所得を増加せしめ、これにより将来の夫婦財産の清算の際する妻の参加にあるかき剰余を増加させることにある。(38)

管理の範囲は制限されていない。このことから、202条1項のこゝと通常管理の枠内の行をのみならず、特別な管理行をもなすこともでき、その点において、知令権における夫の権限と相違する。(39) しかし、管理の必要となす法律行をの締結については、

つぎの点に注意すべきである。権利等の取得行を、すくなく無制限に許される。(40) 可能なら、妻の編入財産の管理人として、妻のために夫は任意の権利を取得しうす。その場合、夫が自己の名を法律行をとなすか、しくは妻の名をとなすかは、夫婦間の関係については問題ではない。

さらに、義務負担行をについても、夫は自己の名で締結するものとすべきである(162条2項)。その他に、管理の枠内で夫が妻のために義務負担行を締結するに欲する場合があります。うす。この点、200条1項の規定は、適法な授権なくして、妻に債務を負かせしむ可能性を、夫に与えつたものので、妻がよかかき授権を付与されぬかぎり、夫は自己の名で義務負担行を締結するに安するものとされ(41) 結論としては、夫に知令の場合も同様である。

207条2項はその例外である。妻もしくは夫により共同世帯のために法律行をなすこととす(これは、夫が妻の編入財産にこれと修繕を

せらとす)は、夫の支払能力を有しないかぎり、妻は法律により共同責任を負う。この場合を別とすれば、妻の債務を負いもしくは共同債務を負うのは、妻自からか、自己の名で法律行為を締結した場合、夫の代理の規定(債22条)に於いて、妻の代りにこれを締結した場合にかざらぬ。

夫はとくに妻の編入財産の管理にあたり、以上の制限に服するものではない、より一般的な制限として、夫は管理権を夫婦共同体の利益となるべく行使することを要し、しかもその場合、信義則(2条)に於いて行動することを要する。言い換えれば、共同体の利益に反して、これを濫用することは許されない。しかし、かかる意味での制限は、夫婦間でのみ意味があるにすぎず、第三者に対する関係では、夫の管理権濫用を根拠として、管理行為の無効等の主張をなしえないものとされる。(42)

2. 妻による管理

(一) 夫婦財産は夫婦共同体に役立ち、財産である。妻も制限的範囲において、共同体を代理する権限を有する(163条 166条)。この範囲内において、妻は夫婦財産を管理する権限を有し(200条3項)、かつ夫婦財産の処分権を有する。それゆえ、妻の管理権は処分権を詳細に観察するに依り、その前提として妻の代理権能を吟味するに必要とするものがある。本稿はこれを前提として、夫の管理権と対比する意味で、その限度で妻の管理権を示すにとどめる。

妻の管理処分権は、妻が夫婦共同体において占める地位よりの当然帰属であり、財産併合制の本質と矛盾するものではない。なぜなら、財産併合制は、妻および妻の財産に対する夫の支配という思想に基づくのではなく、原則的財産のもとで、具体的共同管理・利益を通じて、両財産の併合に努めようとするものである。(43)

(二) 妻の管理権の対象は、前述した趣旨に

り得れば、これに妻の編入財産のみならず、
 編入財産中夫の所有に帰属する部分にも及ぶ
 と解されるのは、⁽⁴⁴⁾ 当然の事と見
 られる。しかし夫婦財産は、必然的にある範囲
 の範囲であり、妻の管理に服するわけではない。
 このことは、管理権の範囲とその内容をみよ。

163条1項に規定されること、世帯の日常
 の事務を行うために必要ならば、妻は共
 同体の代理権（いわゆる鍵の権利）を有する。
 この範囲において、妻は夫婦財産を事實上管理
 する権利の義務を有する。⁽⁴⁵⁾ このことは、161条
 3項の「家事執行」からの帰結でもある。他
 方、同じ範囲において、法的管理権が妻に帰
 属する。すなわち、妻が世帯に役立つ財産物
 件を、取得・維持・管理等をなすに必要なる法
 律行為の締結に必要なる着手をなすことにな
 る。163条1項にいう妻の代理権がなす
 ことである。

妻による管理は、本質的には夫のそれに相
 応する。妻は管理行為を、原則として夫婦共

同体の名で行わねばならない、とあるのは通
 説である。⁽⁴⁶⁾ しかし、明示的に行うことを要せ
 ず、夫個人の名でもしくは妻自身の名で締結
 する行為、明示的に示してあるというこ
 とになる。⁽⁴⁷⁾ 夫の管理権と同様に、妻のそれは
 一身専属権である。しかし、代理人等を用い
 ることは、これと矛盾するものではない。
 すなわち、夫の場合と同様に、妻の管理権は妻の
 義務でもあるので、妻はこれを譲渡・放棄し
 えない。⁽⁴⁸⁾ さらに管理義務から夫への報告義務
 が帰結される。

つぎに、妻はより広い代理権、すなわち特
 別代理権をもつことがある。これは夫から妻
 に付与する権利である（166条参照）。かかる特
 別代理権に相應して特別管理権が認められる。
 これは無制限であることを要せず、その範囲
 及び対象は夫がこれを決定する。これと
 えば夫は、これを事實上の管理に制限したり、
 夫婦財産中の特定の物件に制限したり、具
 体的な特定の法律行為もしくは一定の種類

法律行為、さらには時間的に（たとえば夫の従軍中もしくは商用旅行中）制限を付与することになり⁽¹⁶⁷⁾。

特別管理の代理権能は、要するに鍵の権利を超えて、共同体を代理する（たとえばの財産の管理する権能をい）。これは明示的に夫から妻に付与されることを要しないことは、166条の明言することからである。具体的に、たとえばつぎの場合に成立する。①財産併合制を維持しつつ、夫が妻に対して、妻の編入財産の自由な管理の処分権を付与したとき、②共同世帯の廃止の際して、裁判官が夫婦財産中の特定物件の使用を妻に専任したとき（170条参照）。これにより、明らかでなく、特別管理権能は、明示的に与えられることを要せず、黙示の態で与えられる⁽¹⁶⁸⁾。

つぎに、債務責任に関して、妻はその通常のもしくは特別の管理権能の行使により、第三者と締結する法律行為に基づく債務は、それら妻の編入財産に因り、もしくは夫の財産に因り、夫にこれを負担する

(206条3項)。しかし、夫が支払能力を有しないかぎり、債務は共同世帯の範囲に生じたことを要件として、才二次的に妻が責任を負う（207条2項）。妻の代理権能を超えたときは、208条1項3号により妻が全財産債務を負担する。

③ 妻の管理権の存続期間について、通常のはそれは法律により当然に付与されることにより、財産制の開始（通常は婚姻成立の時）のときから始まり、他方、特別管理権は、夫の意思表示もしくは裁判官の判決が与えられるときから始まる。いすれの管理権も、夫婦財産法上の清算の終りをもち、ついで終了するのとはなく、財産併合制の終りとともに終る。ただし、婚姻がなお存続するときには、つぎの点に注意する必要がある。すなわち、別産制への移行の際しても、161条3項（妻の家事義務）、163条（妻の鍵の権利）、166条（特別代理権）等に基づく権利義務を有し、さらにはこれら規定に基づいて、妻は、もはや存在しない夫婦財産については、夫の財産を管理する権能を有する。

他方、通常の管理権は、妻から「鍵の取柄」の剥奪が行われれば制限(164条)されたと見れば、その制限は消滅する。しかし、剥奪は制限が裁判官により解除せられること(165条)により、示すところから回復される。また特別代理権は、特別管理権と同様に、166条に基づき、夫により自由に剥奪される。さらには、これらからえられたるべき関係はもはや存在しないこと(たとえば夫の不在が終了したとき)により消滅する。妻の判断能力もしくは禁治産宣告を下されたときは、通常管理権と特別のそれと、法律行為上の関係はもはや存在しない。しかし後見人に移行しない⁽¹⁶⁷⁾事実上の管理は、鍵の権利の枠内において、内部的に(161条3項)妻に列せらる。

④ 最後に、妻の管理義務と責任をみる。夫婦財産の管理は世帯の遂行に属する(161条3項)からいへば、管理は妻の権利であるのみならず義務でもある。また、夫の病气も不在となれば、それらから差支えのめるとし、

もしくは夫に欠ける知識を妻が有するときは、妻は妻の補佐義務 *Beistandspflicht* (159条3項、161条2項)に基づいて、より広い管理義務を負うことになる⁽¹⁶²⁾。しかし、妻の管理義務は、夫のそれと異なり妻の管理権と一致するものではない。妻のそれは、夫婦財産の管理が妻の義務に属する家事の執行に属するからいへば(161条3項)もしくは妻の補佐義務の存在からいへばのみ妻の管理義務が存在する。義務違反が存在する場合に、夫は169条により裁判官の知命もしくは164条により妻の権利の剥奪は制限を求めるといえる。

つぎに責任について、妻自身の管理行態により妻の編入財産の価値を減少したときは、夫はこれについて賠償責任を負う^(172条2項参照)。これに反して、妻がその管理行態にないで、夫の財産を減少させ、それにより妻が夫婦財産の不足を生じさせたときは、妻はこれについて過失の有無とも責任を負わねばならない。(154条2項、189条2項、214条2項)⁽¹⁷¹⁾

§§ 1364, 1373-82, nF §1364; ABGB §§ 1227-41; Cc Art. 1531, 1533, 1587-1581 (1965年法); Ccital. Art. 173-4, 184-5, 198, 220-2 (F.E.L.10法).

しかし、管理行為と損害との、相当の因果関係に於ての場合にのみ責任を負うことはいふまでもない。その余の英法については、夫の責任(前7節参照)の場合とほぼ同様であるので、ここにはこれ以上は述べて入らぬ。(59)

第4節 脚注

- (1) 前者は、よくドイツ民法における管理・用益・処分権とスイス民法におけるそれとの比較を説く最近の文献として、Rappold S.43ff.; Haller S.27ff., 127ff.
- (2) vgl. Karren S.84. ロロニの英法では立法段階から、Wieland, K., Zur Vereinfachung des ehelichen Güterrechts ZSR nF 18 (1899) S.324 により強調せられてゐる。
- (3) Egger, Kommentar Art. 200 N.3; Knapp S.94 Nr.309; Mathé S.45; Knadolfer S.48 ほか94の学説が、このことを強調する。
- (4) z.B. Knadolfer S.48 Anm.6 は、夫の権能を家族法上の Herrschaftsrecht におよぶ。同様に、Keller S.109 によれば、統一的な管理の目的は、夫婦共同体の利益にのみならず、夫婦財産の有用な利用を容易にすることを目的とする。
- (5) z.B. Simonius S.98; ders., ZSR 87 (1968) I S.62; Knadolfer S.48.

- (6) z.B. Knapp S.103 Nr. 345; Lemp, Kommentar Art. 201 N.32; Knadolfer S.51; Keller S.110. なお、夫婦財産中の妻の縮小財産に於ける夫の権能を、いわゆる絶対権 absolutes Recht と捉えざるでは異説の存しかねないところだが、これを物权的権利 dingliches Recht と呼ぶべきかについては争ひがある。siehe diesbezüglich bei Lemp, Kommentar Art. 200 N.2.
- (7) Rappold S.371 によれば、201年頃には妻が完全に奪われてゐる、と云う。
- (8) vgl. Lemp, Kommentar Vorbem. 5. Titel N.17, Art. 200 N.4 und dortige zit. Kritik bei H. Meyer S.170ff., 199.
- (9) z.B. Lemp, Kommentar Art. 200 N.4 und dortige Zitate.
- (10) Jegher S.82 によれば、むしろ外に、管理権に關する立法資料:
- (11) VE Art. 228; Erläuterungen S.179, 184; E Art. 215; Sten Bull 15 S.701, 1139. auch vgl. 7-1-11 民法典 ZPG §589 (カントン法に於ては、「Art. 228 1711 1712 のが慣行である」); BGB aF ~~§813ff., 1384ff.~~
- (12) z.B. Tuor, ZGB S.189ff. でも、夫の管理が原則であつて、妻のそれだけが例外として説明せられてゐる。
念のため付け加えれば、
- (13) なお、Schneidmann S.59 によれば、夫の管理権の対象は、妻の縮小財産にかゝる中でのこのべき表現がみられるが、夫の所有に帰属する財産を除外する趣旨ではなく、夫婦財産法上の重要な意味をもつものが、妻のそれに対する管理に於けるその意味である。

以下
8p.

(14) vgl. Lemp, Kommentar Art. 200 N.3 und dortige Zitate.

(15) vgl. SJZ 22 () 10 Nr.3, 22 () 138 Nr.118.

(16) 明不約には、Rappold S.31.

(17) とくに、Schnellmann S.57 Anm. 12 には、妻の縮入財産に於ける夫の管理権限は、原則として量的にのみ制限される。したがって、夫の妻の縮入財産に於ける夫の之を奪うことは許さず、一部の財産に於ける夫の之を制限し得るのみ。

(18) vgl. insbes. Lemp, Kommentar Art. 170 N.12ff., 171 N.11, 18ff.; Schnellmann S.58f.

(19) Schlatter S.95; Schnellmann S.58.

(20) 夫の命令の効力に於ては(註1), ^{Siehe} Lemp, Kommentar Art. 171 N.18-20.

(21) 通説・判例。z.B. Schnellmann S.58; BGE 76 II 96, 91 II 76.

(22) Etter, E., Die vorsorglichen Maßregeln im Ehescheidungs- u. Ehetrennungsprozess nach Art. 145 ZGB. Aarau, H. R. Sauerländer & Cie., 1935, S.64; ^{Diss. Zürich.} Hinderling, H., Das schweizerische Ehescheidungsrecht. ^{Zürich,} Schulthess, Verlag, 1967, S.196. 3. Aufl.

(23) z.B. Rappold S.38; Lemp, Kommentar Art. 200 N.19; Schnellmann S.59.

(232) Egger, Kommentar Art. 200 N.7; Lemp, Kommentar Art. 200 N.4. 後見に行なわれる場合について, siehe insbes. Schnellmann S.110ff.

(24) Lemp, Kommentar Art. 200 N.9 und dortige Zitate.

(25) vgl. BGE 62 II 198. 本件では、妻の縮入財産の3万フラン相当額を分商し、夫の名でバーチン勸業金庫の金庫に預け、妻にも金庫の鍵が渡された。妻から夫に交付された証書には、夫が2万フランを受け取った、この金額を妻の縮入財産から控除する、妻の自由処分分に委ねられた2万フランについては夫の責任を免除する、等が記されている。判決は、夫が妻の当該縮入財産に於ける夫の権利放棄を有効と明言した(争点については、後述脚注27参照)。

その余の下級審裁判例については、vgl. Lemp, Kommentar Art. 200 N.9. ともに、夫が妻とともに組合 Gesellschaft に入社した事実および妻の組合持分を妻の縮入財産から引当されたこと(事実上)については、放棄に当たると解される(Lemp, a. a. O.; BGE 68 III 44)が、有力の少数説もみられる(Knapp S.47 Nr.193, 195, 48 Nr.198f.).

(26) Lemp, a. a. O. 同 a. M. Knapp S.98 Nr.323f.

(27) Lemp, a. a. O. auch ^{Siehe} Lemp, Kommentar Art. 171 N.8.

その他、1977年2項に於いて、BGE 62 II 194 (脚注25引用例)。同判決は、財産併合制に服する夫婦間において、妻の縮入財産の一部(2万フラン相当額)を、夫から妻に引渡す

旨の合意(ただし、脚注25に示したごとく、妻から夫への旨の証書を交付方式をとる)をなし、これを実行した事案。本件は夫死後、妻が遺言執行人を相手として、前記2万フランを含む妻の縮入財産 75,822.25 Fr. の返還を請求する根拠として、①妻は前記証書の交付を強制せられた、②士事官合意は1977年2項の後見官庁の承認を欠いて無効、③合意は実行中であり、等を主張。二中について判決は「①の合意は実行中であり、②のごとく夫は原告に妻の意思に反して強制せられたとの証拠がない。また、③のごとき合意は夫の事実行為であり、1977年2項に「法律行為に当たるが、これによつて1977年2項の後見官庁の承認を要しない(判例集197-98頁参照)。結論として、夫は妻の管理処分を委託した2万フランを除く縮入財産を返還する義務を負う」として、妻の訴えを却下した。

(28) 通説・判例。Moppert S.110ff.; Knapp S.95 Nr.312, 98 Nr.324ff., 167 Anm.113; Descheaux S.519a; Tuon, ZGB S.189. 裁判例として、BGE 74 II 74, 79 II 146. (427)

427

(29) Näheres siehe insbes. Karrer S.86ff.
 (30) vgl. Grün, Kommentar Art.202 N.12; Jegher S.82f.
 (31) Knapp S.102 Nr.339; Lemp, Kommentar Art.200 N.12ff.; Schnellmann S.55.
 (32) Mathe S.63. その他, Moppert S.98も同趣旨であろう。
 (33) 200年1項は「夫は夫婦財産を管理する」と規定するが、夫の管理義務は、200年1項から導き出されるものでないが、(結論として) ~~管理権を~~ 管理義務を規定するものが(通説判例) (z.B. BGE 74 II 74; Rappold S.38; Schnellmann S.60; Mathe S.60, 63; Knudolfer S.51; Keller S.110)である。1項の夫は夫の管理義務を明言してないが、学説は、①2項で夫が管理費用を負担するに、②夫婦共同性から夫の地位(夫婦共同性の存在を基礎とせずとも)は、夫婦財産を管理するに地位にあるから夫は夫婦財産を管理する地位(夫婦財産を管理するから)が、主として夫に委ねられるものとして、管理の負担が夫の義務とすべきに課せられる)の二項から、管理義務を導き出す。管理義務は、本又の ~~管理権~~ 管理権の発生に消滅と異なりとされている。妻は夫の

1. 管理義務を免除し、且その流入財産を自
 己の管理するに可なりとす (vgl. Lemp, Kom-
 mentar Art. 200 N. 17, 201 N. 38). 管理義務は、利益
 と密接な関係があるものとして通常とす (vgl. Schnell-
 mann S. 92f.). かし法上は、その流入財産が
 本人の収益をもちうるに於ては ~~その~~ ^{「それか」} 管理
 財産に不足する場合は、又は管理義務
 を負わなければならない (通説。z.B. Knapp S. 103 Nr. 345; Simonius
 ZSR 87 I S. 62f.; Mathé S. 52f.; Knadolfen S. 51.).

夫の管理義務 (夫が管理義務をいふがゆゑに
 とすは、其は 169-171 年の差か裁判官の件請
 を本とする。義務違反の効果については、別稿を参照)
 から、つぎの諸義務が導かれる。① 夫は其の流
 入財産を維持し、保険の付する義務がある。後
 者のつては、1767 年 1 項が準用される (vgl. Schnell-
 mann S. 60f. その他、Lemp, Kommentar Art. 200 N. 18 und
 die dort zit. Entscheide und Autoren. a.M. Keller S. 110
 は、管理義務の存在を以ては肯定するが、これに
 は「保険契約を締結するに於て、これを維持し
 保全する必要はない」とす)。② 夫は流入財産を

生産が fruchtbar なる状態に保ち、かつその価値を増
 大せしむる義務を負う。③ 夫は自己の帰属する利
 益、裁判上 (168 年 2 項参照) 主張しうが、その
 権利が土地に於て 207 年の子債務責任を負い、
 負担の債務 (これに不不動産担保の利息) とす
 るべき義務を負う (これを内部のいかに配
 偶者が負担するかは、管理費用の負担及び債務責
 任の問題である)。④ 流入財産から継続的に収益
 が生じ、社会的観点から善良なる管理の要求せ
 られる場合は、夫は其の流入財産を維持する
 ための費用を、事情にあつてはこれを改良
 するに於て (Lemp, Kommentar Art. 200 N. 19 und dortige
 Zitate; Keller S. 110. a.M. Liebrich S. 17f.). 此は、
 其の土地に由屋を建てたり、水路を改良したり、
 使貸家屋の設備や浴室を備へたりするに於
 ける例としてあげられる (改良の改良なり)。⑤ の義務を
 担保するに於ては、上記の維持の限度を超
 える費用を支出するに於て、夫はこれに補償をせらる。
 ⑥ の責は、その土地 Liegenschaft につき、紛争
 がおこるがゆゑに、夫婦財産制の解消に際して、
 夫がこれに於て 11 年間の内心の生いよるに於て
 いかん。

(34) z.B. Trüb S.42; Egger, Kommentar Art.200 N.4, 8; Knapp S.125 N. 412f.; Lemp, Kommentar Art.200 N.10f.; Schnellmann S.55.

(35) siehe insbes. Egger, Kommentar Art.200 N.4; Schnellmann S.56.

(36) Liebrich S.16; Egger, Kommentar Art.200 N.8; Moppert S.71; Knapp S.125 N.412; Deschenaux S.5202 Anm.257. 39他, Kurren S.85; Keller S.110 も = 中々 当然の前提とす。

(37) = 中々 肉の 学説 判例の 詳述 については, insbes. Egger, Kommentar Art.200 N.5ff.; Lemp, Kommentar Art.200 N.11; Keller S.110.

39他, 妻の 編入 財産 に関する 訴訟 については 168年 2項, 相続の 放棄 については 204年, 債務の 弁済 については, z.B. Lemp, Kommentar Art.194 N.7 と 中々 参考 とす。

(38) = 中々 管理費用 に関する。200条 2項 以下は、
「夫は 管理費用を負担す」と規定される。費用負担義務の
内容 以下の 範囲 については 以下 既に 述べた。すなわち、
かかる 支出 管理費用 であり、かかる 範囲 には 夫
が これを 負担 する。管理費用の 負担 について、夫の
義務 と 物民法 上の 用益 権者 の 権利 と の 間 には、ある 程度 の
類似性 が 存在 する けれども、264条 - 267条 の 規定 により、
この 夫の 管理費用 の 問題を みる ことは 不完全 である。
すなわち、管理費用 を負担 する 夫の 義務 は、用益 権者 の 権利

よりも 包括的 な 権能 であり、かつ より 広汎 な 義務 であるから
である (Trüb 109)。

夫の 管理費用 を負担 する とは、夫婦 財産 制 の 清算
以降 して、これを 妻の 編入 財産 や 両方 の 持分 財産 に 負担 する
のではなく、夫婦 財産 制 下 の 夫の 財産 に これを 負担 する
ことを 意味 する。(Lemp, Kommentar Art.200 N.22, これ
及び Schnellmann S.66 以下 以下)。この 費用 は、(夫の) 編入
財産 もしくは 持分 財産 ではない (とす) の 夫の 財産、すなわち
所得 の 負担 と なる ものとす。両説 にも 違ひ なく、
の 存在 は、剰余 の 分割 に 影響 する (とす) の 少く なく、管理
費用 の 存在 は、債務 にも あり、後述 第 四章 以下 以下)
剰余 を 減少 せしめ、もしくは 不足 を 増加 せしめるとなる。
さらに、結局 には、配偶者 の 間に、生じた 損失 を
負担 する こと、剰余 の 分割 上の 不足 の 負担 に関する 規定 (150
条 2項, 189条 2項, 214条) により 決まる こととなる。もちろん、
夫が 現実 に 管理費用 を負担 したとしても、これを 根拠 として、たと
えば 夫の 剰余 持分 が 増加 する ことは ない (z.B. Lemp, Kommentar
Art.200 N.22)。

中々 の 管理費用 を負担 する 夫の 義務 は、夫の 使用 収益 権
から 帰属 する。すなわち、夫は すべて の 夫婦 財産 について、自ら

印子使用収益を、夫婦共同体のために請けしうべきものとあり、
 夫はそれにより生じ得るべき費用を、負担するものとされる
 のである(通説)。しかし、夫の費用負担義務は、用益権と相
 互関係にあるのではない。それゆえ、妻の譲入財産から生じる収
 益から、その管理費用を支弁しえないと、むしろこれに不足すると
 して夫は管理費用の負担を免れられない(通説, Lemp,
 Kommentar Art. 200 N. 24 und dortige Zitate; Schnellmann
 S. 66 und dortige Zitate)。この点では、夫と子別産制の方
 が好都合である。いすれも配偶者の管理行為による管理費用を
 負担するからといって、通説は、夫もしくは妻のいずれの管理行為に
 よるかを問わない(z. B. Lemp, Kommentar Art. 200 N. 25;
 Keller S. 114)ものとし、かつ夫の財産の管理費用から夫の負担
 とするとは自明のこととする(z. B. Lemp, Kommentar Art.
 200 N. 23; Schnellmann S. 65)。他方、妻の譲入財産に對す
 ることに關して、200条2項は妻の譲入財産の負担するとの誤解を
 避けるために、念のため設けられたとの説明(Lemp, a. a. O.,
 N. 23; Keller S. 114 もほぼ同様)に対し、これは妻の譲入財
 産に關してのみの規定にすぎないとの説明(Schnellmann S. 65)も
 みられる。その点では、2項の中心の夫婦財産の管理費用
 に適用されることとするとは、貴論の存しないことである。

2項の「Kosten der Verwaltung, frais des gestlon,
 spense dell'amministrazione」(「表現は、ハブリーに
 解されている。第1草案228条では、「laufenden Kosten und
 Lasten der Verwaltung」と表現されており、Huber教授の理
 由書(Huber, Erläuterung S. 180)に「通常管理に
 際して通常収益 Einnahmeから支払われるもの」とあること
 の中心の費用にこれが含まれる。これに対し現行200条2項の
 通常費用のみならず、202条1項の意味での特別な管理行為に
 引生じたこれにも適用される。一般的に用語法については、
 これは税金や利息は「Kosten」に含まれないから、第1草案
 案の「Lasten」と明記されていない現行法のものも、
 これを管理費用に含めて解される。したがって、この管理費用は、
 一般的に「夫婦財産の維持、利用、保全と直接関連し、
 かつ収益を支払われるものを通常とすべき金銭その他の給付
 について中心の費用を意味する(通説の判例, z. B. Lemp,
 Kommentar Art. 200 N. 26; Keller S. 114; BGE 58 II 92,
 62 III 150)」。

具体的管理費用としては、用益権者の負担に相応する費用に
 關する規定を適用せらるるから、少し具体例を示しておく。

- ① 妻の譲入財産の通常管理の費用に關する費用(265条1項

の費用)。財産物又は存続を維持するために要する補修費や改修費
 についてある。通常の管理を超えたる補修費(たとえば、屋根を
 へて新しくする費用)などは大改修を要する場合でも、物民法上の利益
 取得の場合(765条3項)とは異なり、夫はUF)な修繕をなすべき
 ともされる。しかし、これらの費用の負担に關しては、夫はUF)と
 ともに判断される。Moppert S. 179に於ては、夫婦財産の
 解消の時点で、いづれが配偶者から費用を負担すべきか判断する
 べきとし、その基準を、UF)な大改修か、妻もしくは夫(正確に
 いう所得)がいづれに役立、とかの点に求める。これに於ては、大改
 修の着手と夫婦財産法上の清算との間に、比較的長期間の時日
 が存在し、その結果、着手された大改修より生じる利益を夫はUF)
 といふことは、夫がその費用の全部もしくは一部を負担すべきか
 公平とすべき。これに反し、着手後夫はUF)清算となつたとき
 は、妻のUF)の利益をうけたものとして、妻がこれを負担すべきである(同S. 80)

② 保険金として要する費用(767条2項の準用)。これは妻の編入
 財産もしくはその果実回収益の損害に關する保険である。この
 保険金は管理費用である(Lemp, Kommentar Art. 200 N. 28, 28.
 vgl. BGB aF § 1385 Ziff. 3)。これに反し、妻の編入財産の保護のため
 に締結せられたるべき保険の保険金、たとえば妻の火災保険
 や疾病保険のそれは、夫が負担すべきではない、これは扶養義務

の結果として負担するべきである(160条と項参照)。つまり、妻の編入
 である生命保険の保険金は、管理費用ではない(Lemp, Kom-
 mentar Art. 200 N. 28 引用の学説・判例, Schnellmann S. 67)。

③ 妻の編入財産の負担となす債務の利息(765条1項, 766条の準用)妻
 の債務の弁済は、たとえ債務の収益をもつて妻の編入財産の負担と
 なり、その収益が交付せられるとすべし、これは管理費用ではない
 (Lemp, Kommentar Art. 200 N. 31. a. M. Egger, Kommentar
 Art. 200 N. 13; Knapp 123 N. 409)。これに反し、妻の債務の
 利息は、債務、妻の編入財産の負担となす限り、これを限度として、
 管理費用となす(通説判例, Lemp, Kommentar Art. 200
 N. 29 und dortige Zitate. a. M. Schnellmann S. 67f. 以下
 同様これを否定す)。しかし、妻の編入財産が存在しない場合に
 いて、夫は妻の債務を支払う義務を要せず(Lemp, Kommentar
 Art. 200 N. 30; Barthelme S. 140 Anm. 3)。また夫の利息
 を支払つたときとは、夫は後に帰属する妻の財産から賠償をうけ、
 もしくは夫が妻の特有財産に対する補償請求権をより保護された
 (Lemp. a. a. O. a. M. Schnellmann S. 68に於ては、妻の編入
 財産が存在しないときでも、編入財産の取得に生じた債務
 の利息は、管理費用だとされる)。

④ 訴訟費用。当該争いから、妻の編入財産の維持・管理に役立つ

場合には、訴訟費用も管理費用として、夫に負担されるべきである
 (Trib 112; Lemp, Kommentar Art. 200 N. 32)。また、
 訴訟の遂行も、管理の枠内で行われるべきである。管理の枠を超え
 る訴訟の費用は、妻の負担となる (vgl. Beispiele bei Lemp,
 a. a. O.)。しかし、訴訟が夫もしくは妻の、それと並行して行
 われる場合には問題とならない (Egger, Kommentar Art. 200 N. 13)。

④ 税金等の公法上の負担。妻の編入財産及び既済の編入財産
 より生じた収益とにかかるところの税金 (たとえば、財産税、印紙税、
 文化貢税、不動産登録税、所得税など) は、夫に負担される
 べきである。これに反し、相続税、贈与税、資本利子税、富くじ税、
 など、一度利のその財産の負担となる性格を有する公法上の
 公課は、管理費用として、夫に負担されるべきである (Lemp,
 Kommentar Art. 200 N. 33; Schnellmann S. 69)。また、人頭
 税や祭祀税 Kultussteuer など、妻個人に課せられる公課は、
 管理費用として、夫に負担される (a. M. Trib 110, Egger, Kommentar
 Art. 200 N. 13 も同旨)。160条2項に基づき、夫に負担されるべきである。

以上の管理費用については別表 (z. B. Egger, Kommentar Art. 200
 N. 13, Lemp, Kommentar Art. 200 N. 27-35; Schnellmann S. 66-69 usw)
 に譲る。ところで、管理費用負担の問題は、実際の意義が判明しにくく
 なる。たとえば、200条2項 (管理費用)、159条3項 (扶養義務)、160条2項

(扶養義務) のいふこれに基づいて、夫婦共同体の負担となるべきの
 費用を、原則として夫に引当せられるべきであるからである (z. B. Schnell
 mann S. 69)。これに反して、例外的に妻が負担すべき費用も存在す
 る。価格維持や価格増大、財産物件の保護等のために必要となる出費
 の中にはこれがある。たとえば、道路や下水の建設のために土地所有^者
 の負担する分担金、土地改良のために分担金 (820条, 110条施行法 93条)
 など、その例である (vgl. Moppert S. 81 f.; Knapp S. 123
 Nr. 407; Lemp, Kommentar Art. 200 N. 34)。

最後に、費用負担の規定は、夫婦内での費用負担を規定するにすぎな
 いと解するものが多数存在する。これは、たとえば、^者三存に對しては、
 財産併合制の一般の責任規定 (とくに 612条1項, 206条2号・3号,
 207条2項, 208条1項3号) に適用される (Lemp, Kommentar, Art.
 200 N. 21 und ~~die~~ ^{derartige} Zitat, Keller S. 114)。管理費用の問題
 は、夫婦の内部の負担の問題といふことは、夫婦内部の問題であ
 る。他方、この費用を誰が支払うべきか、および^者三存の夫婦のいずれに
 對して請求しうるか、また請求するべきか、は、対外的な問題
 でもある。この点については、Egger, Kommentar Art. 200 N. 14;
 Gmür, Kommentar Art. 200 N. 24; Knapp S. 120 Nr. 393 ff.,
 Liebrich S. 24 f.; Moppert S. 84; Schnellmann S. 70 f. に譲る。

- (39) かがり指摘を以てしては、Lemp, Kommentar Art. 200 N. 12; Keller S. 109.
- (40) Egger, Kommentar Art. 200 N. 18; Lemp, Kommentar Art. 200 N. 13.
- (41) Jegher S. 83; Egger, ^{„Kommentar“} Art. 200 N. 18; Lemp, Kommentar Art. 200 N. 14 und dortige Zitate; Schnellmann S. 57; Keller S. 110. a.M. Cunti, Kommentar Art. 200 N. 2.
- (42) vgl. Lemp, Kommentar Art. 200 N. 16.
- (43) vgl. Lemp, Kommentar Vorbem. zum 2. Abschnitt N. 5-7.
- (44) Egger, Kommentar Art. 200 N. 15; Knapp S. 97 Nr. 320; Schnellmann S. 61; Keller S. 112 usw.
- (45) (1) かがり、(2) 元本を以てしての債権に属する債権の利息を以てして元本を受けとる権利を有し得べし。vgl. SJZ 22 (1925/26) 138; ^{Nr. 118} Egger, Kommentar Art. 200 N. 15. ところで、通常の管理権も夫の不任等のときいふ、(1) かがり、(2) 元本を以てしての債権に属する債権の利息を以てして元本を受けとる権利を有し得べし。siehe Egger, Kommentar Art. 200 N. 16 und ^{dortige} Zitate.
- (46) z.B. Knapp S. 102 Nr. 338; Schnellmann S. 61.
- (47) Lemp, Kommentar Art. 163 N. 5. ところで、Egger, Kommentar Art. 200 N. 15 によれば、(1) かがり、(2) 元本を以てしての債権に属する債権の利息を以てして元本を受けとる権利を有し得べし。vgl. z.B. Schnellmann S. 61f.
- (48) z.B. Egger, Kommentar Art. 200 N. 7.
- (49) z.B. Schnellmann S. 63; Keller S. 113.

- (50) Knapp S. 98 Nr. 322; Lemp, Kommentar Art. 200 N. 39; Schnellmann S. 63f.; Keller S. 113. 裁判例として、12, 1345 57 II 388 (事案の内容については、拙稿「特有財産」42頁脚注30参照).
- (51) Lemp, Kommentar Art. 163 N. 3.
- (52) Keller S. 113.
- (53) Lemp, Kommentar Art. 200 N. 44; Keller S. 114.
- (54) vgl. Lemp, Kommentar Art. 200 N. 44f.

第5節 処分権

202条-209条は、夫婦財産について夫婦それぞれが知分権を規定する⁽¹⁾。しかし、夫と妻の知分権は同様ではない。夫が主に知分権者である。夫による知分権の対象は、夫婦財産法により帰属する財産別に4区分、一括の処分命令はできない。

(1) 夫婦財産中、夫に帰属する財産。これとは、夫の編入財産、199条(これし財産統一制に属する)および201条3項以下、夫の所有権(取得と返却)に移行した財産、その余の所得にこれがある。その内容は下に紹介した。これら財産について夫は、夫婦財産法上の制限なく、自己の所有権に基づいてこれを処分する。202条1項の規定は、夫が弁済諸財産について、知分権を有してこれを、自明の弁済としてい⁽²⁾。

(2) 妻の編入財産(これし、199条、201条項以下夫の所有に移行する物件を除く)。それら、夫婦財産を併合せられるが、その妻の所有権を留保せられ

るべき財産にこれがある。202条1項は夫の知分権の対象として規定するが、それによらずに財産である。

かつこの対象に対する知分権は、夫に付与されている権能の一つであり、それにより夫は夫婦共同体における夫の義務(159条以下参照)を、よりよく履行するに努めるべきである。許すの処分は通常管理の枠内での管理行為に留まらざる限り、夫は妻の編入財産を自由に処分するに努める。知分権をこれを超えるときは、それについて妻の同意を必要とする。

1. 夫による処分

(一) 妻の編入財産について夫の知分権能は、いわゆる他人の財産 fremdes Vermögen について知分権である。かかる知分権能は、夫婦財産のその法定の目的を、可能ならしめり円滑に達成すべく、夫に付与されている権能の一つである。スイス法は、夫がかかる財産物件を処分するに際して、夫自身の名で行使し、

ある特定の場合一のみ、妻の同意を要するとい
う構成をとる。(13) しかも、夫の処分権は、妻
への授権によつて下はなく、すべしの場合
において、法律に基く権利として行使される。(14)

かつこのカントは法の財産併合制のもとに
は、若干のカントは、妻の編入財産中の動
産についてのみ処分権を認め、(15) その他カ
ントは、妻の編入財産のすべてについて処分
権を認められている。他方、BGB旧1375条は、よ
りきいしい立場に立ち、原則として妻の編入
財産のすべてを処分について、妻の同意を要求
している。現行民法典は、これら二つの三
不干のことも従つて行っている。現行法の要義は、
妻の財産の管理に置かれて(16) いるから、
妻の編入財産の財産価値の多少や、しほ種類
によつて、夫の処分権を制限するといふ三
不干をとらない。むしろ夫の処分は、妻の編
入財産について「通常管理」という枠を
超えるか否かにより、妻の同意の必要か否か
という基準を設けている。(17)

この限界を超えたり、かぎり、夫は妻の編入
財産について、処分自由を保障されている。
したがって、個々の財産物件、たとえば夫婦
居住の家屋の否かといふことにより、夫の処
分権を制限する構成をとっていない。それ
ゆえに上述の制限内では、妻の編入財産のすべ
この財産物件を処分することも可能であるこ
とになる。このゆえに、編入財産に対する~~権利~~
として夫の処分権の範囲は、妻の処分
同意しなくてはならない異なる。

(三) 前述した意味において、夫の処分権の
対象は、655条1項の意味での不動産 Liegenschaft
であるか、動産、債務法の意味での債権、制
限物権、その他財産権(たとえば無体財産権)
であるか、区別されない。こゝではとくに、処
分の対象は土地 Grundstückもしくは土地に
つきの権利(605条参照)である場合を、少し詳
しくみる。通説や裁判例によれば、この場
合でも処分は通常管理の枠内にとどまら
ざり、妻の同意を要せず、夫が自己の名にお

いって単独で、妻の編入財産を処分しようとする
こと⁽⁹⁾。

この通説は裁判例の見解に対しては、若干
の少数説のみである。少数説の根拠には、つ
ぎの二つの項目に要約できよう⁽¹⁰⁾。

その第一は、登記の要件について963条1項
および964条1項に關する。すなわち、963条1項によ
れば、登記の申請は、土地所有者の書面によ
る意思表示に基づき、なされる。これに基づいて
登記がなされる。他方、964条1項によれば、
登記の抹消や変更の際には、「登記簿上権利
を有する者」*der aus dem Eintrage berechtigten*
*Person*の書面による意思表示に基づくことを
要する。それゆえ、夫のみではこれらの処分を
なすことができない。

第二は、登記所の権限に關する。登記所は
りすれば、夫の処分が通常管理に属するか
否かを審査する可能性も管轄権をも有しない。
それゆえ、夫による処分が、通常管理に属
するかどうかを判断しなくては⁽¹¹⁾。

以上の少数説に対し、通説はつぎのこ
とを反論する。通説によれば、まず前提として、
夫婦財産法上の処分権を規定する202条は、
物民法963条1項および964条の特別規定にあ
ると解される。通常の場合をとり扱う963条
および964条のもとでは、処分権は、所有権
者および登記上権利を有する者に帰属してい
る。しかし、特別の場合をとり扱う202条の
もとでは、処分権は、部分的かつ通常管理
の枠内で——203条に基づきその処分権能を留
保して——夫に帰属している。以上の立場に
立ち、夫婦財産法上の処分権に關しては、202条
が優先して適用せられる、との帰結を導く⁽¹²⁾。

次に、一般的に登記の要件について、処分
権の前提要件の証明、すなわち、~~土地登記簿~~
~~上の処分~~、登記、変更、抹消等の土地登記
簿上の処分は、処分権およびその権原に關す
る証明を必要とする(965条1項、2項3項)。こ
れと同様に、202条にあることも、登記所は、か
かる処分権の前提要件が満たされているかどうか

かを審理すべきことを要する。よ：で実際には、登記官 Grundbuchverwalter は、登記簿上妻の所有権を知りうる場合には、自己の責任を回避すべきため、夫以下の申請のほかに、あらゆる場合に於いて、書面による妻の同意を要する（122）といわれる。

③、よ：で「つぎに、202条1項の意味上の処分とは、いかなる処分を意味するかの点か。多数説によれば、202条の意味上の処分は、法律行為による処分のみを意味し、事実上のそれを含む（14）。よ：で、たとえば妻の編入財産に属する家の改築もしくは土地の経営方法の変更は、いかなる程度に範囲を越え、妻の同意なくして夫に認められれば、管理権・用益権の問題とされることになる。よ：で「いかにいへば、夫の事実上の処分に対するポイントとして、制限は、管理の側面から保全されるのである。これに対し少数説は、より広義に及ぶ事実上の処分を含むものと解する（15）。

通説の見解は、一般論としてドイツ法上のいかなる処分も、権利もしくは法律関係に直接かかわる法律行為（たとえば、譲渡、放棄、負担の設定）を意味することからの結論である（16）。少数説との結論的差異としては、少数説によれば、事実上の処分を及ぼすも、それが通常管理の枠を超えなければ、妻の同意を要することにはならない。通説によれば、妻の同意は、それと問題とならず、管理の枠を超えれば処分行為を及ぼす場合にも、原則として妻の同意を要する。よ：で、たとえば「とくは高価な妻の家をとり替^換す場合にも、そのための妻の同意が必要となる。しかし、通説の立場では、場合により夫の管理義務違反を根拠として、妻から夫に対する賠償請求の問題が生じる（17）。

つぎに、202条による処分は、夫のみならずに行う法律行為を前提としていふ（通説）。夫婦間の法律行為について、よ：で「妻の編入財産に属するときは、177条2項により後見官庁の

承認が要求せられた。すなわち、夫婦間での
 これは、202条の対象とならず、177条2項が通
 用されるのである。同様に、妻の編入財産に
 ついて夫婦財産契約について、夫婦財産
 契約に ~~ついて~~ 夫婦財産関係に関する諸規定内部の問題として処理せられ、202条は適用されない。
 かりにこれらから202条の対象となすべしと
 177条2項以下の夫婦財産契約のいふこと
 ても、夫婦間の合意(すなわち妻の同意)が存在
 してゐると前提であるから、適用される
 ...) としてもよい。適用の余地はないと
 ...) 方が正確である。(15)

(四) 202条1項によれば、夫による処分は「通
 常の管理」 *gewöhnliche Verwaltung*, ⁽¹⁶⁾ *simple*
administration, *ordinaria amministrazione*
 であるときは、夫は妻の同意なくして、妻の
 編入財産を処分するに足りるから、通常
 の管理を超えた処分行為を行ふには、妻の同意
 を必要とする。妻の同意を要するかどうかは、
 処分行為が通常管理に属するかどうかにか

かである。それゆえ、「妻の同意」に乏しく
 なるから、この点を明らかにして置かう。

通常管理かそれを超えた管理(以下これを便宜上特別管理と呼ぶ)かの区別は、一
 般的にはこれを確定しえない。一般論として
 ... えば、善良なる夫であれば通常管理である
 う管理か、通常管理の範囲を決定する事にか
 りとなる。これとえばJegher教授は、管理法
 動の主目的が、財産物件の経済的価値の維持
 であるところから、通常管理⁽¹⁷⁾ 経済的価値
 の維持と等しく(18) するから、夫が財産物件の経済
 的価値を維持すべく努力するに足り、欠して
 通常管理の限界を超えないともいう。しか
 し、かかる構成は、Jegher教授自身の認め
 構成の抽象性はさておいても、かなり不
 的確ではない。これとえば、もはや収益性のな
 い不動産を売却する行為は、妻の編入財産の
 経済的価値を維持する行為であることは疑
 ...) であるから、一般論としては、通常管理と
 はいえない。

されずは、いかに又いかにより、
 通常管理と特別管理を区別するかと云
 へ、Schneidmann氏も指摘する事と⁽²⁰⁾、
 同様の事案に即して判断する以外に
 ない。裁判官のこの問題を判断す
 るに於ては、民法4条の「正義と公平
 に依りて判断する事あり」と⁽²¹⁾以下に
 は主としてLemp教授の「^{ほか}」
 にかゝり、簡単に一応の基準をみてお
 こす⁽²²⁾。

通常管理と「通常」のそれとあるとの
 「管理」は「通常」のそれとあるとの
 要件を必要とする。

夫が唯一に、管理を命ずる事と⁽²³⁾。然
 令は、編入せられた妻の財産の維持管理を
~~命ずる事と~~ 専ら經營に奉仕する事とあること
 を要する。それにあたるかといふのは、
 客観的の観点からだけではない。夫が法律行
 為によつて達成したことの目的も、判断の基
 礎とすべからぬ。したがって、同種類
 の命令が、ある場合には管理を命ずる、他の

場合にはそれにあつたといふことか
 生じうる。此と云へば、当該物件の世帯
 としても營業にも役立たない、保存
 にもはや可能ではない、もしくは
 多大の費用を要する、その物の
 売却として思い出たとして、
 情のものとす、これら物件を売却し、
 これによつて別の物件を調達する
 ことは、管理行為といふ。

これに反して、つぎの「^{ほか}」
 夫の妻の編入財産を処分する
 ことは、管理行為とはいへない。
 此と云へば、その売却金を利
 己的の目的に費消する
 意図がありとす、夫の
 妻の財産を投機に用ひ、
 もしくはこれを贈与し
 たりとす、さらには、
 夫の債務者のために、
 妻の財産を抵当に入れ
 る行為も同様である。
 しかし、同じく抵当に
 入れるとしても、妻
 の財産への執行を避
 けよるために、妻の
 債務者に対して抵当
 に入れる行為は、
 妻の財産の管理にあ
 たる。

唯一に、命令は「通常」の管理を命ずる事と

を要する。ここには、前述した「管理」に於けるとは異なり、一般的に経験則を基礎として、良心的な夫を以てば、財産の管理のゆえに、通常いふ如き処分を行うか、という客観的な標準から判断される。具体的には、その如きうな夫の判断の基準となる。①処分権能の範囲は、夫婦の別居の有無等の具体的事情により異なる。たとえは、妻の不在や病気の如きにより同意を求めないもしくは求めないとき、さらには処分を延期すると、妻に損害を与えたり、この事情の存するときは、処分権能の範囲はより狭くなる。②通常管理に属するか否かは、その行為の頻度ではなく、当該夫婦に於けるその処分行為の重要性の観点から判断される。③管理される財産物件の性質によっても異なる。妻の編入財産はその営業用財産より構成される。夫がその営業を自ら遂行してゐるときは、夫の管理権は狭くなる。④しかし、妻が営業を自己の名で、自己の計算を遂行してゐるときは、それは妻の所有

財産に属するから、夫の管理には服すまい。

2. 妻の同意

① 夫が妻の編入財産を処分するに於ては、処分行為が通常管理の範囲内にある場合を除いて、妻の同意を必要とする。いかにいへば、夫は妻の同意をうける場合に限り、権利として通常管理の範囲を超えて処分を行うことができる。法が妻の同意を要求するのは、いうまでもなく妻を保護するためである。妻の財産損害を護る手段として、いろいろの方法が考えられるが、スイム法はこれと同一の方法により担保しようとする。

すなわち、通常管理の範囲を超えて処分行為によって、妻の意思を奪収し、すなわちその同意を要求する。すなわち、対等関係では、一定の場合には善意の第三者を保護することにより、妻の利益を犠牲にするという方法を通じて取引の安全をはかっている。これにより妻のうける損害は、妻から夫に対する

る損害賠償請求により補填する構成をとる。
 前者の契は、法的には妻自身の「ニテ」が
 を認められたりするので、後者の契は、夫の
 資力等に依存する割合が強く、法の構成上、
 妻の保護には徹せず、当初より取引の安全を
 優先せしめていたことに注意すべきである。

(二) 同意の内容に乏しく。法は妻の同
 意を要求するの法、結婚して夫の行差能力を
 制限する趣旨ではなく、他人(妻)の財産につい
 ての夫の処分権能を制限する趣旨であること
 が分かる⁽²⁷⁾。しかも、妻の編入財産、すなわち
 夫の所有に帰属した、財産物件に關して、管
 理の弊を起さず処分権能を制限するにすぎない
 ことより、スイス法の特徴のみられる。

処分についての同意は、原則として妻自身
 が行うが、妻の後見に付されたことによりは、
 その後見人がこれを行うこととなる。後者は
 ついては後述し、まず妻自身の同意からみる
 う。処分についての同意するかどうかは、妻の裁
 量に委ねられている。一般論として、妻の同意

を拒絶した場合について、此とは夫は裁判
 所を通じて妻に同意するべく^訴請するが、もし
 くは、此とはドイツ民法旧1829条やフラン
 ス民法旧217条のとく、妻の同意なくして処
 分しうる権能を、判決等によつて夫に付する
 方法が考えられる。しかしスイスの学説は、
 同意なき処分によつて取引の安全を優先せし
 めていた(後述参照)こともあり、同意をな
 すか否かは、完全に妻自身の判断に委ねてい
 る。したがって、上述のことより手段によつて、
 妻の同意を訴求する途はないものと解される⁽²⁸⁾。

これ、妻の同意を拒絶した場合には、通説
 によれば、同意拒絶に対して、つぎの対
 抗手段が妻に残されている。

① 民法184条2号を根拠として、夫が~~別~~^{法定}
 別産制(契約別産制とは異なる)を要求するこ
 とができ、これを承認せられれば、それによつて
 妻の財産の管理の下にこれによる生ずる責任
 から脱却するに可能である⁽²⁹⁾。

② 同意の拒絶はしつこくはそれと他の事実とあ

「また、夫婦共同生活を危険にさらしおそれ
 があるとき又は、169条の要件のもとに、裁
 判官が婚姻共同生活の保護のために、必要な
 処分をなすことのできる。しかしこの場合不
 も、裁判官は、妻に同意すべく強制すること
 もできず、判決等により同意に代る
 決定をなすこともできない。

したがって、妻に後見が付されたとき、も
 しくは保佐人 Beirat (395条参照) やそのための
 特別代理人 Beistand (392条1号参照) が存在する
 ときは、これらの権限の枠内において、これ
 らの者が同意ないし拒絶をなす権限を有する。⁽³¹⁰⁾

~~特別代理人 Beistand~~ 妻自身は完全な行為
 能力を保有しているから、たとえ病氣目不在
 等の理由により、自から同意をなしえないと
 して、それでは代理人を選任しえない場合、選任
 せられる。⁽³¹¹⁾

③ 夫の処分行為に対する妻の同意 Einarwilligung, consentement, consenso は、妻の編入財
 産を夫に処分する旨を、妻に承認するとの内

容を有する意思表示を意味する。したがって
 同意は、妻の一方的な法律行為である。と
 りで、妻の編入財産について、いかにして「夫
 婦間の法律行為」をなすかは、後見官の承
 認を要する(177条2項参照)。しかし、この
 の妻の同意は、夫と第三者との間になされた
 処分行為についてなされたものであるから、
 妻に同意をなすとき、177条2項にいう後見
 官の承認は問題とならない。⁽³¹²⁾

したがって同意の時期について、202条1項の予
 クストは、妻の「同意」と規定するにすぎな
 い。これを厳格に解釈すれば、この同意は
 狭義の同意、すなわち処分に先立つもしくは
 処分と同時になされた同意のみを意味し、処
 分後の同意、すなわち追認 Genehmigung を除
 外する趣旨とも解する余地が残っている。
 不足なく追認を「同意」に含ませないとの説も
 ある。⁽³¹³⁾ しかし、通説は判例は、207条の
 見解と同様に、⁽³¹⁴⁾ 処分前承認する意思表示
 のみならず、処分後の追認(すなわち追認、債38条

上項参照)をも含め、法的な意味での同意 Zustimmung を意味するものと解する。(31) その根拠とするところは、学説により若干のニュアンスの差異のみであり、立法の趣意としても規定の目的、およびこれに追認と狭義の同意とを区別すべき明確な根拠の存在しないことから帰結される。

(四) 以上では、同意はいかなる方式によるか、で考えられるのである。202条1項は「同意」とだけ記述されている。一般的には、明示的意思表示による同意が考えられるが、通常と異なる、あるいはそれと限定せられず、同意ありと推認せしめらるる事の場合(202条1項、具体的行為による同意)から、同意ありと判断せられる場合も少なくない。通説や判例とも、口頭もしくは書面による明示的同意と並んで、かつ、具体的行為による同意を認め(31)。

さらに、同意意思を伝達する相手、すなわち同意の相手方については、夫もしくは処分

当事者たる者、またはこれらの両者に何れか一方の問題とされない。なぜなら同意は、受領の~~必要~~の行為、一方的な行為から成る。したがって同意は、法律行為に關してのみならず、第三者に何れか一方、夫もしくは当事者たる者、妻の同意の意思を知り、これと同等の重要性はなく、これが存在するとは同等の重要性(32) ない。これに關して、たとえば、夫が第三者との間で成る売買契約の文書に、妻が署名した場合に、これにより妻の同意が表示されたものと解され、同意の相手方は、同時にこれらの両者に何れか一方と解する判例のみ(33)。

以上のことと、通説や判例によれば、登記簿への登記の問題とならば、不動産も権利の処分の際には、同意は無方式にこれを成すことができ、特定の方式を要しない。この理は、たとえば夫が債権譲渡という処分を成すことについて、一定の方式を要せられていない場合でも、これにより妻の

同意は、同様に無方式で行われる。(39)

しかし、...の場合でも、無方式というわけでは無い。夫婦財産法上は無方式で行われる。登記簿と関係簿について、登記簿上確定された権利については、同意が書面によらずに行われることを要する場合も存在する。これとは、登記所 Grundbuchamt に対する関係簿について、登記申請の際して、登記要件(963条以下参照)を満たす必要があり、ここには所有権もしくは土地についての制限物権等に關する処分同意は、妻の書面による同意が要求される。したがって、登記簿管理人 Grundbuchverwalter は、妻の同意が、書面によらずに行われていないかを注意しなければならない(963条1項, 964条1項参照)(40)

テクスト上は、上述のことが要件が要求されているから、実務上はここでもまた、妻の処分同意している旨を、明確に知らしめる意思表示をすべきとされる。その場合、登記官 Grundbuchführer に対して、妻の同意した旨の

意思表示が個人的に向けられる必要はない。したがって、これとは、ある特定の処分を行うことについて、夫への委任 Verteilung einer Vollmacht od. Vollmachts schreiben によるものでない。これによらず同意が存在するものとして処理される。(41)

(五) 同意の意思表示は、各処分行表として行われるが一般的である。しかし、テクスト上は、各処分行表として、反復して同意が付与されるべきことを要求されているわけでは無い。その多数説は、同意はある特定の処分行表についてのみならず、一個の同意により、すべての処分(もしくは妻のすべての輸入財産についての処分)を行おうとする意味での、いわゆる包括授権 Generalvollmacht を付与することは可能である(42)。取引の安全を重視するゆえである。これに対して、少数説は(43) 包括授権を付与すれば、202条1項の保護目的が失われる。多数説の結論は、とくに土地に關して、妻に対して危険をもちら

す。法律により妻に付与された権利を、
 弱体化し、しほましくこれを奪ってしまふ
 危険がある。かかる認識のもとに少数説は、
 複数^の処分行為に対する同意を認めるとは
 できず、これを限定しうる処分行為あり
 ことを要する。

最後に、同意の撤回を認めらるるか否かは、
 夫の処分に着目しては否かにより異なる。通
 説によれば、夫の処分に着目する場合は、妻
 は、同意を撤回するに可能である。⁽¹⁴⁴⁾ これ
 に反し、夫の処分行為に有効に着目した後
 は、妻は、原則として、同意を撤回しえない。
 その意味で、いったんなされた同意には、一
 定の拘束力がある。しかし、債務
 法23条以下の要件のもとで、同意をなすに
 つき、錯誤、詐欺もしくは脅迫等の事実を認め
 られるときは、妻は、同意の拘束力を有
 しえない旨の主張をなすに可能である(民法
 7条に基づく債務法総則規定の準用)。

以上の結果、妻の同意には、つぎの二つあり

意味がある。①同意は、当該法律行為に拘束
 力を与える。②同意の存在により、妻が当該
 処分によつて受けるかもしれない損害に
 ついて、後述するごとき夫の責任が排除される。

3. 違反処分の効果

① 違反処分とは、管理の権を起して
 夫が妻の歸入財産を処分するに、これによ
 りての妻の同意の存するに要するに不
 かならぬ、同意を元にして夫がなした処分を
 いう。かかる意味での違反処分の効力は、夫
 婦内及び第三者に対するそれと分けて考慮
 するに便宜である。まず前者からみる。

夫が妻の同意を元にして、同意を必要とす
 る処分をなした場合に、妻の歸入財産の管
 理者としての夫の義務を怠るにこととなる。
 かかる場合でも、処分の無効を主張するに
 加えず、かつ処分の無効を成功のうらに主張
 しえないときは、妻は損害をうけなぬのを通常
 とする。しかし、第三者に対して、妻の同意

欠如を対抗しえないとき、もしくは同意を欠くにもかかわらず、対才三者関係の処分行為が完全に有効となるときには、妻に損害が生じうる。それゆえ、妻の同意(追認を含む)を欠くときは、つねに妻に対する夫の賠償責任が生じる可能性がある。これと元は、Keller教授は、その根拠を201条1項の類推解釈より導く。

すなわち、違反処分に対する夫の責任は、用益権についてのみならず、管理権も処分権についても適用される、と。(詳細は前節参照)。

今妻の編入財産についての処分が無効 unguiltig とすれば、処分の対象とせしめられ当該権利は妻のものとなる。妻の同意を欠く夫の処分行為は、なんらの効力を生ぜしめないので、処分以前の法律状態とならざる原状を回復するの、なんらの行為をなすことを要しない場合もある。しかし、これと元は「処分の目的物について相手方に移転してゐる場合の」とく、無効の主張をなすべき場合もある。その下は、妻のみならず夫も編入財産の管

理人として、処分無効の主張をなしうる。⁽¹⁴⁵⁾ 処分無効の主張は、個々の物民法上の規定に依りてなされる。すなわち、処分の目的が不動産の際には、925条1項以下に登記抹消もしくは変更の訴 Grundbuchberichtigungsklage をなす。また、動産の際には、いんげんの物权的請求権に關する 641条2項 (場合によっては、占有訴権に關する 936条1項) に基づいて、当該動産の返還請求をなす (詳細は、後述) 対才三者に対する効果上の項参照)。

処分 ~~無効~~ ^{無効} の主張が可能であるにもかかわらず、夫が無効の主張をなすことを拒否しるとき、もしくは級にとつてこれ不可能であるときは、夫に代わって妻自身がこれをなす。場合によっては、妻のみならず訴訟を遂行するにとも可能である。⁽¹⁴⁶⁾ これの点も、後述あり 対才三者に対する効果の場合と同様である。無効の主張せしめられたに依り、処分の効果が発生せず、結果的に 処分と 対才三者の間に違せられぬ場合には、夫の善意の 対才三者に対し

る、損害賠償責任(債97条1項)を負うことになり、
 夫が妻の同意なくその編入財産を処分
 することにより、妻に生じ得る財産的
 損害について、妻に対する夫の損害賠償責任
 が生じる(42)この場合、損害発生の原因が、夫
 の処分無効の主張を怠ったことによるか、
 もしくは妻の同意を欠いたことによるか、処
 分の後述の子理由から有効となり得ること
 にか、の是非は問題ではない。

(三) つぎに、第三者に対する効果はどうか。
 通常管理を超えた妻の編入財産
 について処分を行った場合に、処分行為の無効
 を妻の同意の有無に全面的に依存せしめると
 すれば、処分相手方たる第三者は、この行為
 の善悪を事前に知る必要はない。すなわち
 ①当該男性が結婚しているかどうか、し
 ていれば、か否が夫婦財産制のもとにあるか、
 ②処分の対象たる財産物件が、妻の編入財産に
 属するかどうか、③夫の所有処分行為が、通
 常管理の枠を超えたかどうか、④前記②、③

か肯定されるときには、妻の同意の有無が
 否か。

もしかような民法構成をとるとすれば、
 実際取引に於いて夫を支持すべきこと
 とは明かであり、とうとう今日の取引界の
 要請に答えることにはなっていないであろう。
 民法に入法は、妻の同意の有無と処分効果
 とを直接結びつけるという方法をとる、亦
 三者の保護をなす取引の安全との調和を企
 てること。202条2項は、「第三者が前
 項の同意を知り得ず、又は知り得ずが
 りし場合、又はその財産が妻に属するこ
 とを、何人とも認められ得ずがらるる場合
 には、前項の同意アリとするものと看做すこと
 得」と。後段をいいかえれば、誰からみ
 ても妻の編入財産に属することからい
 えば、第三者が妻の同意の不存在をい
 不知を主張しえない、との趣旨である。

かかる構成により、妻の利益と取引の安全
 の保護という利益との調和せしめようとする結果

として、了らぬ例外的な場合を別とすれば、才三者は前述した事柄(とくに妻の同意の存在)について、別段の事柄の調査を要しないこととなる。202条2項の内容は順次これからみられるとして、かかる構成に対する批判の存在はとも事実であり、⁽⁴⁸⁾また、その文詞に議論の余地を残していることも疑いなく存在する。しかし、202条の内容を、その意図するところとして捉えれば、結局その趣旨を解すれば、才三者が同意の欠いていないことを知り、もしくは知りべきであるから、例外的に同意は知分行の要件とされる。⁽⁴⁹⁾しかし、誰からみても妻の所有物と明らかでないときは、当該財産物件の処分は、この規則から除外される。すなわち、このことは原則として、才三者は同意が存在したと見なされる。

三、つぎの場合には、同意の不存在が、知命の無効に影響を及ぼすこととなる。すなわち、①妻の同意欠如を才三者が知っていたとき

き、②妻の同意欠如を才三者が知らなかつたとき、③誰の目からも、妻の所有物と明らかでないとき、以下これを命説しよう。

すなわち、知命の相手方である才三者が、妻の知命に同意して、たいむを知っていたときは、夫側は同意の欠如を根拠として、知命の無効 *ungültig* を主張するところである。⁽⁵⁰⁾ ... かく述べれば、同意の不存在を才三者に対抗することはできない。たとえ後述するごとく、誰の目からも妻の所有財産に属しないと見えた事情の存在する場合に、たとえ妻の同意の欠如があるとしても、才三者が寛容であるとしても、才三者は202条2項を根拠として、妻の同意があるものとみなされる。すなわち、この問題の対象は、かかる事情の存在しない場合にかぎられる。

才三者が妻の同意欠如を知っていたときは、たいむは寛容は「たいむの時点を基準とする」であろう。判例によれば、⁽⁵¹⁾ 郵政振替について、

処分権能を欠く者による質権 Pfandrecht の設定に際して、取得者の善意の場合のみ質権が成立する。とを前提とし、善意・悪意の基準時を、質権設定契約の時点とす。通説もまた、ここを問題とする 202 条 1 項の妻の同意に際して、才三者の悪意は、処分の時点の標準となるものと解する⁽⁵²⁾。したがって、基本行差は処分の時点で善意であるか否か、才三者がその後で同意欠如を知り、これとは問題ではない。同意の欠如を知り、これとはなり得るから、妻の同意を拒絶しこれとはなり得ない妻の同意を求めたか、これとは知り、これとはなり得る場合も含まれる⁽⁵³⁾。

「同意の欠如を知り、これとはなり得る」というのは、同意の必要とされることと事実を知り、これとはなり得ることを要件とする⁽⁵⁴⁾。すなわち、後述する同意欠如を「知るべき」である場合と異なり、才三者は、処分者は未婚である、その固有財産を処分する、もしくは妻の編入財産の通常の管理の枠内で取引すると信じられるため、妻

の同意により、これと関係なくと誤信しこれとはなり得る。才三者の同意欠如を知り、これとはなり得ない⁽⁵⁵⁾。これに反し、才三者は法の不知を根拠として、善意の抗弁となしこれとはなり得ない。したがって、これとはなり得ない、夫の妻の編入財産について、任意に妻の同意なくして処分しうると誤信した場合に、これとはなり得ない善意保護をうけられないものとする。

(四) 同様に、才三者は妻の同意欠如を「知るべき」である、これとはなり得ない場合にも、善意保護をうけこれとはなり得ない。法がこれの場合に才三者の取得を保護しこれとはなり得ないとは、202 条 2 項の規定からストレートにかかると結論を導きこれとはなり得ない⁽⁵⁶⁾。通説は 202 条 2 項の一般原則から帰結する⁽⁵⁷⁾。すなわち同条 1 項に於ては、善意は推定せられるが、同条 2 項はこれを制限している。「各場合ニ依りて要出せらるべし」に注意を以て用いたならば、善意は了り得ない者へ、善意を援用するに了り得ない。したがって、知るべきである、これとはなり得ない、才三者は各場合に依りて要出せられる

べき注意 Aufmerksamkeit を、果たしただか否かに
より判断される。こゝでもまた、処分の時点
での事実を基礎として、「知るべきであらうか」
か否かに判断される。(57)

知るべきであらうか、と Wissenmüssen od. Wissen-
sallem か否かは、上記の基準にしたがって判
断されるのであるが、それではいかにある場合
かこれに当てはまるか。裁判例によれば、
同意の欠如を知りべきであらうかというこ
とになり、第三者の同意の明らかな非難を知
るべきであらうかと非難されることはない。(58) 同
意欠如を知りべきであらうか、すなわち必要な
注意を果たさなかつた例として、下記の3つ
の場合があげられる。① ~~夫婦間の~~

① 夫が妻の編入財産を処分した旨を知り、
それによつて、これと云はば妻の同意したと夫の説明
をうけこれにもかかわらなかつたからこれを確
認する手段を講じなかつた場合

② 第三者が過失により、これと云はば処分者の
婚姻して以来、その固有財産を処分した、

通常管理の枠内で取引すると誤信してこれ
同意の必要なき旨を知らなかつた場合。

③ 第三者の同意の存在についての疑念を抱い
た場合。(59)

これらに反し、処分物件の妻の編入財産に
関する旨を、夫が第三者に説明しなかつた場
合については、学説はわかれる。多数説によ
れば(60) 第三者は、196条1項の規定を根拠として、
夫の固有財産とみなさうと解される。これ
に反し、少数説はこの結論を不当とす。(61) 第
三者は取引の安全をネライとすとのに反し、後
者は妻の保護のウエイトをたかく述べた。

「知るべきであらうか」というのは、諸君知らな
いことの過失の問題とされるのであるが、過
失の程度は基準はどうであらうか。学説は、
債務法 99条を基準とす(民法参照)。すなわ
ち、重過失のみならず、軽過失の場合(債 99
条1項参照)にも、知るべきであらうかといふ非
難を根拠つけた。また、注意の程度は、処分
行為の性質により異なることを前提とす

が、取引の債務者(才三者)のみに、才三らの利益を目的として...とすは、これらゆきをか
 以判断される(同二項参照)。他方、過失の基準
 は、才三者の教育程度 Bildung, 職業、経験
 等を、判断の基礎とされる。

さらにまた、夫婦の人的関係も、— 才三
 者のそれを知りもしくは知りべき事情にある
 とすは、— 重なる意味をもつことにある。学
 説はその例として、才三者の夫婦の緊張関係
 (たとえば夫婦仲の円満否か)もしくは夫の浪費
 癖を知っているとか、といった場合をあげ、そ
 れにもかかわらず、そのか妻の購入財産に荷
 する旨を知りべき下あ、たとこの例に
 物件を、夫から購入したときは、才三者は善
 意を主張しえないものとする。(64) 同様、夫の
 妻にトリ付与された代理権を濫用して...
 たとえは、委託者たる妻の指示(たとえは...)旨を、
 才三者が知りべき下あ、たとすも、才三者は
 その取得を保護しない。(65) その他、一般的に
 注意義務の問題について、判決は、その余の

善意の才三者の保護を法が要求する場合に準
 じて処理して...。(64)

具体的事案に即して、妻の同意欠如について、
 必要かつ相当な注意 Aufmerksamkeit od.
 Sorgfalt を才三者が果たさなかつたときは、
 その効果として処分は無効 ungfällig とされる
 又は、前述した「知つて...とす」と同様であ
 る。(65) これに反し、才三者の必要な注意を果
 したかぎりには、たとえ妻の同意を欠いて...
 も、処分は有効である。これにより、妻の損
 害をうけるときは、後に詳述するごとく責任
 を生ぜしめる。

(五) 最後、「誰のみても、妻の所有する
 こと明らか」 « für jedermann als der Ehefrau
 gehörig erkennbar » である場合には、才三者
 は、たとえ同意の存在すると信じたとす、ま
 たか、また錯誤に過失のたふるときも、同意の
 欠如を対抗しえない。法は：こすは、Knapp
 教授の指摘するごとく、(65a) 妻の購入財産を二種
 のそれ、すなわち妻の購入財産の公然性を

所有する財産としからずる財産に分類してある。かかる公然性を所有する財産の処分からなす場合においては、これによりての妻の同意は、つねに有効要件であり、しかも可成りの場合においては、同意の必要性は絶対的である。すなわち、妻三者は妻の同意の存在するものと信じられざるまでも、妻の同意欠如の善意を主張しえない。(66) 他方、誰の目にも妻の財産に属する旨が明らかでない所の財産に關しては、たとえ妻三者が妻の財産に帰属する旨を知り、たとえ妻三者が異議を許さるものとされ(67) ても、また、妻の編入財産との公然性ある場合でも、3条1項以下に善意推定がけられ(68) なく。

つぎに、「誰のみても、妻に属する」とか明らかとの文詞は、文字通りに解されず、通説によれば(69) 平均人を意味するものとされる。具体例を示そう。

① 夫が、当該物件が妻の名で登記簿へ登記されてあるときは、誰もか妻の財産と認識しう(70) とも、とも不動産にあつては、妻の財

産との認識可能性の問題は、さほど實際的意義を有しない。なぜなら登記簿管理人 Grundbuchverwalterは、通常範囲を超えざる妻の編入財産の処分について、妻の同意なくしては妻の不動産の処分を認めないからである。(71)

② 妻を権利者と明示してある、もしくは裏書等によつて権利者と明示してある記名証券および指図証券は、誰の目にも妻の財産と認識しう(72)。

③ 債務法976条にいう譲渡的無記名証券、不動産もしくは土地登記簿に土地として登記せられたる権利(民655条参照)以外の動産 Fahnis (すなわち妻の名もしくは花押 Monogramm により、妻のそれと認識されざるもの(73) もしくは夫の家族に非なく、妻の ~~相続人~~ 家族に由来すること(74) 明確であるもの)、妻の相続人および相続人請求権等は、妻の財産であること明白である(74)。

これに反し、以下の場合には、妻の編入財産との公然性を有しないものとされる。

① 何れ某の妻の財産にたとえうたがはるも

しくは主として妻が当該財産を公然と利用して
いる場合

④ たとえば、登記簿へ所有権留保の登記⁽¹²⁵⁾
もしくは家畜証券登記簿(885条参照)へ登記さ
れている場合

① 197条に基づく、ある物件の妻の編入財産
に属すると目録への記載は、他の登記し
た夫婦財産契約上の約定は、夫婦財産制登記
簿に登記されている場合。しかし場合でも、
元来公然性を有するといえない。

② 妻が債権者と示されている表面による契
約もしくは債務証券 Schuldurkund (邦文に
指図証券等の有価証券を除く)、預金通帳 Spar-
heft が存在する場合。債権については、たと
えば譲渡等の処分をなすには、必ずしも証券
の交付を要しないからである。

③ 無記名証券(債 978条以下)は、配偶者
にこれを201条3項の意味で個性化する(たと
えば、妻の名で銀行に預け)場合。

④ これを見ても基準にしたがい、才

三者の妻の同意欠如を主張しえないときは、
処分後の妻の追認の「おまじり」、他人の財産
の処分として扱われ、処分は無効 unwirksam
である⁽¹²⁶⁾。その結果、処分が不動産の所有権に關
するときは、その所有権は妻のもとも
なり、641条2項のいわゆる物权的請求権に
基づいて、処分の相手方である第三者
に権利を承継し広範囲の取得者(933条参
照)に対して、処分目的物の返還請求をなす
る。処分の態様は、制限物件の設定である場
合も、同様に返還請求をなす。また、処
分の土地に關するときは、違法登記に關す
る975条1項を根拠として、登記抹消および変
更登記をなすことができる。債権に關する処分
(譲渡、更改、債務引受など)にあっても、処分者
と同様に妻が債権者たる地位にとどまる。そ
の余の権利(たとえば無体財産権)の処分無効
の場合も、これと同様である。

処分が無効と認めれば、第三者と夫との間
には、妻の処分を同意するとの明示的「おまじり」は

然示的條件の付された... 夫の債務負担行為の履行期が到来し、夫が債務を履行しなかつた場合は、遅滞の効果が発生するから、それ以外に、妻の追認を行うことを要件として、追履行を行ふことも、もしくは妻の編入財産からの給付に代えて、他の方法で債務を給付しようとする場合もある。これらも、他人の財産の売買と同様に考えればよい。最終的に不履行が確定したときには、債務法上の効果が生ずる。すなわち、債務不履行に基づく損害賠償請求権(債97条1項)もしくは契約解除および損害賠償請求の前提として、夫の過失が必要とされる。

~~(詳細は第7章を参照)~~

つまり、知分無効の主張は、第三者もこれをなすことはできないから、通説によれば、妻のみならず夫自身もこれを主張できる⁽²²²⁾。そしてまた、知分無効の結果生じた物の返還請求権は、夫が唯一に夫により行使されるべきものといわれる。なぜなら、そうす

ると、妻の編入財産の管理を通じてからである。他方、妻自身もかかる権利を有する。その場合に重要なのは、203条により妻に認められた管理権を起えたとすても、妻自身からこれを行使しよう⁽²²⁸⁾とするときは、かような権利をめぐり第三者との訴訟に際しては、妻のみならずこれを行使しようとする⁽²²⁹⁾とされる。である。

最後に、立証責任に關して... 元は、第三者の善意は推定される(3条1項参照)。したがって、当該物件が妻の編入財産である、知分の通常管理の様を起え、妻の同意を欠く等の事実については、第三者も知っていたとしてもしくは知らなかつたとしても、知分の無効を主張し、その結果生じた返還請求を主張する配偶者が、これらの事実および相手方の善意・過失等を、主張立証するに必要とする。さらにまた、当該財産物件は、誰の目にも妻に属するに明らかとの公然性の証明についても、同様に夫婦側の認識可能性を、配偶者から主張立証することによって、第三者の善意の主張を排除するに足りるからである⁽²³⁰⁾。

11月 1365-70; Cc. Art. 1535,
1387-1581 (1965年法); Ccital.
Art. 170, 187-90, 220 (1970年法).

1月 11月

- (1) 三稿のうち、妻の持分の知分(203年, 204年)を割愛した。後日別稿にて発表の予定である。うち、202年の立法資料はつぎの通りである。
VE Art. 230-31; Erläuterungen S. 180; E Art. 217; Stembull 15 S. 702. auch vgl. 72-74 和法典 ZPG §§ 590, 591; BGB aF §§ 1375ff.
- (2) Vgl. Rappold S. 39.
- (3) Auszugsweise zit. Lemp, Kommentar Art. 202 N. 2 und dortige Literatur. 304 ff., Lotz S. 420; Rappold S. 39; Schnellmann S. 72. a.M. für den Grundbuchverkehr Egger Art. 200 N. 9.
- (4) z.B. Schnellmann S. 18ff.; BGB 41 II 16 は「これ」明言せず、事實は、201年3項同202年2項に「これ」、妻の名義で妻の持分債務証券への通用可能性 (Ew. 1 und 2) がある。177年2項同3項に「これ」、202年1項の場合に「これ」も、後見官府の同意が必要か (Ew. 3) である (後述脚注32参照)。
- (5) Vgl. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich vom 4. September 1887 §§ 590-91; Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen vom 2. April 1864 §§ 139, 141; Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zug vom 23. September 1861 § 33.
P5行
カントン法は、bes. E. Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Basel, C. Detloff's Buchhandlung, 1886, S. 266-73. (Bd. 1.)

- (6) カントン法は「これ」は「これ」に批判がある。妻の縮小財産の「これ」に「これ」は妻の同意を前提としてその不動産に「これ」の知分権を認めることも、夫として「これ」に「これ」の知分権能を「これ」の「これ」であり、かつ「これ」は妻の財産を危険から「これ」。さらに後者の規制は、土地の保有の階層には適当だが、今日の取引生活から「これ」の地位の「これ」は、前記二つの解決方法は「これ」に「これ」。妻の協力と妻の土地に「これ」の行為に「これ」の「これ」に「これ」に「これ」。「これ」の所有「これ」妻の保護に「これ」。「これ」の不動産の所有証券等の価値の高「これ」今日「これ」適当「これ」。vgl. Huber, Erläuterungen S. 180; Egger, Kommentar Art. 202 N. 1.
- (7) Vgl. auch VE Art. 230, E Art. 217. 201年1次草案231年「これ」は、例外的に夫が充分な担保を提供した場合に、夫として妻の動産 Mobilienvermögen について「これ」の知分権を付与「これ」と「これ」提案が「これ」に「これ」が、法典化「これ」に「これ」に「これ」に「これ」。
- (8) Vgl. SJZ 15 (1918/19) 10 Nr. 1. Lemp, Kommentar Art. 202 N. 4 und dortige Zitate; Schnellmann S. 75.

(9) z.B. Joghier S.105, 108; Egger, Kommentar Art.202 N.9.

(10) Schnellmann S.75 は登記所の任務に因りていう。同題とすべきは知分行差が、通常の管理を超えよか否かを決定するのことが登記所の任務である。すなわちすなわち、登記所はすなわち審査を題して、知分行が通常の管理の枠内であるとの結論に達したときには、妻 ~~の~~ 費用としての同意を要せず、通常の管理の枠外であるときには、すなわちを要するものとす。すなわち、少数説との差異は、登記所の審査権の問題である。

(11) z.B. Lemp, Kommentar Art.202 N.4.

(12) Lemp, a.a.O.

(13) 知分行の「法外行為」について、Lemp, Kommentar Art.202 N.8 には、学説の判例が要約されている。

なお、縮入財産に因る債務負担行為も知分行の対象から除外される。すなわち、知分行本文の条項より見て、法律行為による財産権（所有権、制限物権、債権等）に直接因る行為（z.B. veräußern belastet, geändert, aufheben）を意味するからである（Keller S.115）。債務負担行為としては、夫の知

分行差により妻が債務を負担する場合と、夫がすなわちを負担する場合とに分かれる。すなわち前者の場合、すなわちが妻の縮入財産に因りて、妻として債務を負担せしむることが可能であることが、学説はすなわちを否定し、むしろ通常の管理の枠内においても、2017条2項の場合を別として、妻の債務を課せしむるべきである。（Egger, Kommentar Art.202 N.3f.; Lemp, Kommentar Art.200 N.4, 202 N.9. すなわちの区別の実益について、vgl. Egger, a.a.O.）。すなわちに反し、妻の縮入財産に因りて、夫自身が債務を負担する場合は、妻の同意なくして可能である。すなわちには、夫が妻の縮入財産に属する物について、売買契約、贈与の約束、賃貸借契約に因り所有権を行使し使用権を移転する等の約束をせしむ場合等がすなわちである。すなわちの知分行差は、すなわち他人の物の売買等にあたり、債務証工から知分行差が適法に行われべきことは疑いがない（vgl. Egger, ~~1~~ Kommentar Art.202 N.4）。すなわち、契約履行時にかゝると、夫が妻の同意するべきである場合については、夫は債務者に対し、事情によりて換

最近の学説は1112 後注26 参照。

寄附償責任を與う = 4 に 273。

- (14) Egger, Kommentar Art. 202 N.3; Lemp, Kommentar Art. 202 N.5 und dortige Zitate; Schnellmann S.72f.; Mathle S.67 Anm. 95 und dortige Autoren; Knadlfer S.49; Keller S.115 usw.
- (15) Cunti, Kommentar Art. 202 N.2; Droim S.499; Guin, Kommentar Art. 202 N.9; Simonius ZSR nF 87 I S.64f. ←

とて、通説に於て、Egger, Kommentar Art. 202 N.3の
ごとく、妻の孝順感情を害すの場合 (1112 273、妻
の両親の家屋を改築の貸貸する場合) にて、妻
の同意を要す (274に反す) とすは、妻は 169年の
保護をうける) の説を以てするが、274が限定
的の例示に於て、かたうたしは明らかでない。

- (16) 一般論として、¹² 知分の¹² 知分について、bes. Tuhn/Siegwart, a.a.O., Bd.1 S.185.
- (17) 274、夫の知分権限の発生、消滅、制限については、
管理権については述べたことと参照すべし。や
や特殊な制限は、通常の管理を超えて夫の知
分については、妻の同意が必要という事である。
274では、妻の縮入財産については夫の知分
権限が、後述に制限をうけることである。vgl. Schnellmann S.74.
- (18) 274に、夫の管理に属する妻の縮入財産に

属して、才三者との間に訴訟内煩が生じること
には、夫が妻を代理する (168条2項)。夫婦財
産法の根拠からこれを扱うものとして、¹² 子。B.
Lemp, Kommentar Art. 202 N.7; Schnellmann S.88ff.

- (19) Jegher S.82f.
- (20) Schnellmann S.77.
- (21) Jegher S.83; Moppert S.48; Knapp S.131 Nr.427; Lemp, Kom-
mentar Art. 202 N.12.
- (22) 以下は、Egger, Kommentar Art. 202; Lemp, Kommentar Art.
202 N.11ff.; Rappold S.39f. の要約。
- (23) Vgl. 子。B. Mathle S.68. 274、知分は量時的制限
を受ける。その中に通常の管理の枠内の知分 (202
条1項) のみならず、妻の同意を要するが、¹² 子。B.
274に於て、夫の知分権限は、その
管理権限と区別を受ける。vgl. Mathle S.68.
- (24) 子。B. Guin, Kommentar Art. 202 N.14; Egger, Kommentar
Art. 202 N.7. 274、Lemp, Kommentar Art. 202 N.14 274は、
学説・判例に基いて、「通常の管理」に属する
具体例が列挙されている、詳細については後述。
- (25) Mathle S.71.

(27) 同意を要する処分については、平又前述のとおり、
法執行差い子との解除とのが通説である
(前注¹⁴をみよ)が、通常管理の科う起之の事案ニ
の管理のついても、202条を類推適用するに
最近の有力説がみられる (vgl. Knudolfer S.49 und
dortige Zitate). ... 子についても、妻の保護を不^らげ^ることである。

(28) 子. B. Lemp, Kommentar Art. 202 N.16; Schnellmann S.98.

(28) Liebrich S.46; Lemp, Kommentar Art. 202 N.17; Schnellmann S.98.

(29) 例外的に Mopper S.50 は、同様に 189 年 2 項の
規定から、夫の(30)処分について妻の同意を
必要とする。しかるに借い子では、処分が
夫婦共同の利益に適合するときは、互に
かかる義務を負うことである。

(30) 子. B. Egger, ^{Kommentar} Art. 202 N.8. ^{手紙} BGE 67 II 86 は、395 年
2 項の行着について、妻の ~~本人~~ ^{特別代理} 人が同意を有する旨を明言する。

(31) 子. Huber, Erläuterungen S.181 で認められる
ように、特別代理人の代り主務官庁
が処分の承認をなすことがいわれるが、現行法
ではこれを解せずである。これについては、siehe
Bartholmess S.141; Rossel et Memtha f.1. S.354;
Liebrich S.46; Egger, Kommentar Art. 202 N.8.

(32) 通説の判例。子. B. Egger, Kommentar Art. 202 N.8; Lemp,
Kommentar Art. 202 N.19 und die dort zit. Autoren; Tuor, ZGB
S.191. auch siehe bes. Lemp, Kommentar Art. 197 N.8, 47.

197 年 2 項の承認が問題とされる判例とし
て、子. B. BGE 41 II 7, 49 II 43, 59 II 7, 75 I 3 usw.
また BGE 41 II 7 では、202 年 1 項の場合に於いて
も、後見官庁の承認が必要が否かが争われた。
原告の夫 M が被告から借りた金銭の動産担保
として、債務証券 (原告妻の所有する土地の(買)取
代金の残額について訴外 M を債務者とする) を
被告 S に交付 (被告に交付された動産担保
証券には、M 男の妻 M 女もサインしている)。こ
れについて M 女は言う。本件契約は民法 9 年
2 項の意味での共同の意思表示を欠く、夫婦
間での旨の夫婦財産契約が締結されたこと、
担保の入れ子については 197 年の後見官庁の承認を
欠いている。よって無効である。これに對
し被告 S は言う。これにこそ承認を必要
としても、債務証券は 201 年 3 項により夫の所
有に帰行したものである、夫の処分は

果するもの。中之い後見官庁の同意を要する
（判例集9-10頁参照）。結局本件は、本件担
保設定行為が通常の管理の枠を超えて中云、
妻の同意を必要とするとの前提の上で、妻
の同意が存するか否か、之を以て後見官
庁の承認を要するものとすべし。

最後に BGH 75 I 183 号、妻の所有する
債務証券を夫の債権者への担保として申渡す
こと、夫婦が財産併合制の上にある、債務
証券が妻の縮入財産に属するといふ、夫が
これを担保に入れようとする、202年いなり妻の同
意を要するとの前提に立つ。ところが本件は、
申渡すことにより債務証券の担保
設定が、197年3項の意味での妻の債務創設に
なるもの中、197年の後見官庁の承認を
必要とするとして中云（202年いなりの中心は、
債権者登記簿における債務証券の担保
提供者の登記要件に關する）。

- (33) Jegher S.96f.
- (34) Huber, Erläuterungen S.181.

(35) Vgl. BGH 59 II 10 (前注32参照)。Egger, Kommentar Art.
202 N.9; Knapp S.132 Nr.430; Lemp, Kommentar Art.202 N.20
und dazugehörige Zitate; Tuor, ZGB S.191; Schnellmann S.79;
Mothé S.61; Knadolfer S.51; Keller S.116.

(36) z.B. Rappold S.40; Lemp, Kommentar Art.202 N.21;
Schnellmann S.80; Keller S.116 等は、"かれとこれを
明言する。他方、判例の上では、同意は一般に
いは同意の意思表示によることを以てするもの
通常であるが、妻の行為の態様から同意ありと
推認せしめる場合も少なくない（脚注32^引判
判決ほか、BGH 52 II 193f.）。

具体的行為の態様に基き同意ありと認
められる場合にも、本文に述べた意思表示と
同意は、何れの場合においても同意、一定の種
類の知分としていふより知分の同意が推論
される。したがって、これらに夫が一定の
種類の知分を付するといふは妻の縮入財産を
一般的に知分し、これを夫の意のままに用い
る場合には、妻が夫の事情を認識して
これを否認するものといふことは、事情による

- (49) 但しその例外は、動産に於ける所有権を以ては物权的権利に關してのみならず(3=2)は、第三者は714条2項, 884条2項を以て之を以ては、同法が必要とあり、その他の物权的取得に關しては適用されず。vgl. Osterstag, Kommentar Art. 933 N.32; Oeflinger, Kommentar Art. 884 N.351.
- (50) 通説。z.B. Egger, Kommentar Art. 202 N.11; Lemp, Kommentar Art. 202 N.27 は之を前提とし、Schnellmann S.84 は之を明言す。
- (51) Vgl. BGE 72 II 251 (民法一般論と見)。)
- (52) z.B. Egger, Kommentar Art. 202 N.13 und dortige Zitate; Knapp S.137 Nr. 449; Lemp, Kommentar Art. 202 N.27; ~~Schnellmann S.40~~ Schnellmann S.84. Rappold S.40;
- (53) Lemp, a.a.O.; Schnellmann S.84 f.
- (54) z.B. Lemp, Kommentar Art. 202 N.28.
- (55) z.B. Droin, a.a.O., S.510; Lemp, a.a.O.
- (56) Droin, a.a.O., S.508; Schlatter S.36; Schnellmann S.85; Keller S.117.
- (57) Vgl. Schnellmann S.57
- (58) siehe als Beispiel Obfer Solothurn, Bericht 1952 Nr.21. (zit. Lemp, Kommentar Art. 202 N.29). 学説に之を引く者、z.B. Schnellmann S.85;
- (59) Insbes. Egger, Art. 202 N. 11.
Kommentar

- (60) z.B. Knapp S.135 Nr.444ff.; Deschemaux S.526 a.
- (61) z.B. Lemp, Kommentar Art. 202 N.30 (理由不詳).
- (62) Lemp, Kommentar Art. 202 N.31.
- (63) Vgl. 77 II 144. 但し、夫婦財産制登記簿との關係は、第三者の知悉を義務に關しては248年参照。
~~□~~

(64) Gmür, Kommentar Art. 202 N.12a 1131 1141 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1151, 1152, 1153, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158, 1159, 1160, 1161, 1162, 1163, 1164, 1165, 1166, 1167, 1168, 1169, 1170, 1171, 1172, 1173, 1174, 1175, 1176, 1177, 1178, 1179, 1180, 1181, 1182, 1183, 1184, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200. (格式のその意見に反して紛争し人の返還請求と善意取得の両方), 83 頁 132 (登記名証券と担保と12取得の時の銀行の注意義務の両方). その他下級審裁判例として, ZBJV 62 (1936) 150, 91 (1951) 240. 最高, 217年2級, 913年2級, 974年1級参照.

(65) 明子氏以下, z.B. Schnellmann S.81f., insbes. S.85.

(65a) Knapp S.136 N.446.

(66) z.B. Lemp, Kommentar Art. 202 N.33; Schnellmann S.83.

(67) Lemp, Kommentar Art. 202 N.33, a.M. Liebrich S.44

(68) Rappold S.40.

(69) z.B. Droin, a.a.O., S.509; Lemp, Kommentar Art. 202 N.34; Schnellmann S.83f.

(70) Egger, Kommentar Art. 202 N.13; Lemp, Kommentar Art. 202 N.35 und dortige Zitate; Keller S.117. 裁判例として, BGH 59 II 9. 登記簿上妻の名が登記せられていない場合は, 誰からかとも妻の財産であると明白であるとの前提に立ち, 二者を担保とするのは, 妻の同意がないと帰結する (即注32参照).

(71) Schnellmann S.83f.; Keller S.117. 事実の詳判に依りては

(72) 立法後PGからの見解 (Huber, Erläuterungen S.182;

StenBull 15 S.702) であり, その後の通説は判例に依りては。vgl. Schnellmann S.84; Keller S.117; BGH 58 II 318 前掲 (妻名義の所有証券の例).

(73) Huber, Erläuterungen S.182.

(74) Vgl. BGH 52 II 193.

(75) Vgl. BGH 42 II 580, 56 II 186, 60 II 195. 下級審裁判例として, ZBJV 62 (1926) 21.

(76) 一般論として, Tuhr/Siegwart, a.a.O., S.207. 夫婦財産制については, Egger, Kommentar Art. 202 N.14; Schnellmann S.72; Keller S.117

(77) Lemp, Kommentar Art. 202 N.38 und dortige Zitate, a.M. Bartholmäss S.141は, 夫婦間における, 妻の財産としての認め.

(78) Egger, Kommentar Art. 202 N.14; Lemp, Kommentar Art. 202 N.38 und 200 N.36ff.

(79) Egger, a.a.O.; Lemp, Kommentar Art. 168 N.25; Schnellmann S.88-91.

(80) z.B. vgl. Lemp, Kommentar Art. 202 N.39.

第6節 用益権

夫婦財産法上の用益権を位置づけるには、一方の用益権の管理権・処分権に対する関係、他方の物民法上の用益権との関係を明らかにする必要がある。前者の点は何書に譲るとして⁽¹⁾、ここには本論に立ち入るに先立ち、物民法上の用益権との関係を、ごく簡単にみる⁽²⁾。

201条1項にいう夫の用益権は、妻の編入財産から生じる諸利益を、夫婦共同体のために請求しうる夫の権利である。夫へ権限を移転するの点、夫婦共同体の経済的存続を可能にするに必要であるので、夫のニーズを満足させることにあるのではない。夫に付与されている純粋の果実収取権に関しては、夫婦財産法上の用益権は、用益権者への物権的権利としての用益権を有する権利を付与する物民法上の用益権と一致している。物民法上の用益権におけると同様に、ここにも果実収取権の存在は、通例物件自体の経済的価値を保全しつつ、所有権者には不利益な所有権者

としてとどまる。それゆえ夫の用益権は、原則として権利者に付与されている純粋の果実収取権と異なる点において、物民法上のそれと相違している。

これに反して、その余の点では、夫に妻からいふ管理権の管理義務⁽³⁾の内容は、物民法上のそれとはかなり相違する。文献においては夫の権利の義務は、つねに物民法上の用益権者のそれより広いと強調される⁽⁴⁾。すなわち、夫の用益権は、745条以下の物民法上の用益権の定規ではない。物民法上の用益権は、原則として、設定により発生する(746条)もしくは土地についての法定用益権のみが主たるものである。これに反し、夫の用益権の発生は、婚姻によつて夫婦財産制の存在を要件とする。さらに物民法上の用益権は、とりわけそれを負担する物件の消滅、権利者の死亡、法人格の解消とともに消滅する(748条⁽⁵⁾-749条)。これに反し、夫婦財産法上の用益権は、婚姻の解消、財産制の解消とともに消滅するゆえに、その存続も

婚姻における財産併合制の存続と、つよく語ら
ついでである。しかし、夫の用益権は、物
権法上の用益権と並列し、それと並列するも
のではない。

通常の間接権者であれば、原則として自己
の間接権を自由に処分できるが、夫婦財産法
上の用益権者たる夫は、前節でも述べたとく、
管理の枠内においてのみ、妻の権利を処分す
ることからなるべきでない。この点でも夫の
用益権は、物権法上のそれとは対置せられる
べきものといえる⁽¹⁵⁾。201条1項の規定は、夫
の責任について、通常の間接権法上の用益権者
と同様の責任(752条)を負う旨を規定するが、
その余の点では、物権法上の用益権に関する
諸規定から、補充的にも適用せられることになく、
その一部から、夫の間接権に適合しうべきが
ない⁽¹⁶⁾。準用されるのは類推適用である⁽¹⁶⁾。
結局夫の間接権は、子の財産についての両親
の間接権(292条以下)にもとも近似的である。

民法747条、748条1項、761条2項において、

土地に対する制限物権としての「法定用益権」
«gesetzliche Nutzniessung»に関する規定が
みられる。今問題とする「夫の間接権」も相
続権の内容として登場する用益権(これとは、
460条、462条⁽⁴⁾、463条)と同様に、法の規定に基づ
いて登場する用益権という意味では、法定用
益権と呼ぶこともできる。しかし、夫の間接
権は、この点でも物権法上の法定用益権と
も異なり、さらに、民法745条以下に規定
される物権法上の用益権とも本質的に異なる。
その主たる相違点は、後述するごとく、用益権
の発生および消滅に関する点である。

夫の間接権は、いわゆる絶対権ではない⁽¹⁷⁾、
しかし物権dingliches Rechtではない⁽¹⁸⁾。今日
の財産併合制における夫の諸権能は、管理権
および処分権と結合する点から見て、か
つてのドイツ民法745条以下に規定された夫の間接権よりも、
著しく強化せられており、さらに、~~ドイツ~~ドイツ
民法⁽¹⁹⁾383条の夫の間接権よりも勝るものとい
えられている⁽¹⁸⁾。そしてドイツ民法上夫の地位

かしく強けせられてゐる矣として、201条3項に列挙されし諸物件に夫の所有に移行すること、および202条に規定せられたること、通常管理の枠内にこゝまゝ夫の処分権の特筆されよう。

1. 夫婦の用益権

① 夫婦財産についての夫の管理権は、才4節に述べたごとく、夫婦共同体の長としての夫の地位に基づいて、専ら夫に帰属せしめられた。それと同様の理由により、夫婦財産(とくに妻の編入財産)に対する用益権も、夫に帰属せしめられてゐる(201条1項)。しかし、ことと妻の編入財産に対する用益権は、夫に専属するものではなく、一定の場合には妻にもこれに帰属する、と解する、のが通説である。本稿では、妻の用益権(後述=参照)にもごく簡単に触れるが、主として扱うのは夫のそれである。

すなわち、夫の用益権の性質からみよう。かつてのドイツ法、たとえばテューリッヒ私法典(

ZBPG od. ZPG §589)は、夫が妻の後見人であることを根拠として、妻の編入財産に対する夫の用益権を導いた。しかし現行民法典は、管理と用益とを併合することによって、夫婦共同体の利益を追求するにため、夫婦財産の統一的な利用を、より有効ならしめることを目的としている。この意味において、用益権を夫に帰属せしめる目的は、かつてのドイツ法にありとそれと大きく異なる。

夫は共同体の代表者として、以下の義務を負つてゐる(これに違反する場合には、これとは183条1号参照)。
① 妻を扶助する義務(159条3項)、
② 家族(妻の子)を扶養する義務(160条2項)、
③ 夫婦共同生活を保護する義務(169条)、
④ 妻の財産を管理し、管理用益に要する費用を負担する義務(200条1項、2項)。これら義務と夫の用益権との関係について一言しておこう。編入財産より生ずるすべての使用収益は、原則として夫に帰属する。とこの間、夫が前記諸義務を負担するならば、妻の財産についての

用益権を享受してゐるからと云ふはなく、夫婦
 共同体の代表者たる地位に置かれてゐるからと
 云ふ事。それゆゑ、夫の扶助的扶養義務と
 用益権とは、相互になんらの依存関係に存し
 ない。その結果、妻の編入財産よりなんらの
 収益を生じないとしても、専ら収益を扶養等
 に用ひる必要費用 *Verwendete od. Nötige* を遂
 かに下すものとすとも、夫の扶養義務それ自
 体の消滅をさしかりではない。(12) しかし、管理に
 より夫は多くの義務を負担するから、通常の場合
 にこれにより夫のうけり利益がまさるといふ
 ことは明らかでない。(13) 学説の中には、夫の
 管理権と用益権とは、相互に不可分の結合に
 あり、二つの独立した権能ではない、との
 説が少なくない。(14)

他方、用益権を行使することにより夫にも
 たらす収益から、その必要経費を控除した用
 益の純額 *Reinertrag* は、とくに家族のため
 に消費されるべきであるとする説がみられる。(15)
 これに反し、有力説は、法のまづうな規定を

用意してゐることを、夫の扶養義務と用益
 権享受との法律上分断せられてゐることを等
 主たる根拠として、夫にとくにまづうな法的
 義務を認めない。そしてむしろ、これらに關
 して争ひを生じた場合には、夫による婚姻費
 用の用途の方位が適當か否かという問題の
 解決に消せしめ、その判断を裁判官に委ねる
 べきだとされる。(16) この立場によれば、まづう
 な問題は、160条2項の注意義務違反なしは
 183条1項の義務違反があるかどうかという
 問題として登場するにすぎない。

これら伝統的学説に対し、Schneidmann説
 は *yes = yes* を唱へた。(17) Schneidmann説
 によれば、前提として、編入財産の果実を
 その管理費用、とくに扶養のために消費すべき
 義務を負わない、妻の編入財産より生じること
 得る使用収益を、そのために消費すべき義
 務はない、とあり、これは、前記 Lemp説とほ
 ぼ同様の結論を導く。まづこれに、扶養費用
 負担の義務は、用益権とつねに一致するわけ

ではない、としてこの点も通説に似たかう
 か、収益の多少により、夫の義務の範囲を拡大・縮小しようとする。すなわち、妻の編入財産より生ずる収益が、比較的多いときには、夫の財政上の義務も相対的にその範囲が広がる。それにも反し、妻の編入財産から生ずる使用収益の一部が、夫の経済的に自由に消費できなくなり、夫の財産がなわら「所得」の増加を可能にする。これとは逆に、妻の編入財産の収益が、さほど少ないかもしくはほとんどなく存在しないときには、登記上の夫の財産上の義務の範囲も、相対的に減少する。しかし、夫の義務が消滅するものではない、とある点では、通説に似たよう。

(二) つぎに、妻の用益権がなわら妻に下り使用収益に移る。個々の事実上のお上の法律上の行態から構成される管理処分とは異なり、用益権は統一的なものである。用益権は、妻の編入財産から生じる受益 Vorteil をために請求権を、その本質とする。少なくとも、

これは通常の場合である。しかし、夫がなぜかかす請求権を妻に譲与すべきでないのか、という根拠はここにない。しかし、一定の手続に似た譲与が可能な点から、問題される余地を残す。

179条に於ては、夫婦もしくは婚姻者は、夫婦の夫婦財産法上の関係を規律する契約によつて、法に定められた財産制を選択すること可能である。また、一定の枠内では、法定もしくは契約財産制の内容を修正もしくはこれらを相互に組合せること可能である。

その点、つぎの点の問題となる。すなわち、編入財産より生ずる使用収益を、妻に帰属せよとの合意が、財産併合制の枠内で許されるか否か、もしくはこれによつて財産併合制の本質がつかく侵かされるか否か。

これについて Moppert 氏は、「夫の用益権はこれを放棄しえない」ものと位置づけ、⁽¹⁸⁾ その理由としてつぎの三点を指摘する。

まず第一に、Moppert 氏によれば、「夫から妻

の編入財産の使用収益が奪われるときは、夫が負担すべき管理費用の全部もしくは一部が免除される⁽¹⁹⁾。しかし、この問題の対象とされるのは、Moppert 氏の指摘するところ、用益権の~~奪~~奪ではなく、用益権の放棄なのである。立法者が夫婦財産法上夫に課した義務は、使用収益より受ける利益とかけ離れた夫がこれを果したければならない。しかし、夫の義務は、権利の行使とは一致せず、両者はその範囲を異にする。もしそうとすれば、Schneidmann 氏の指摘するところ⁽²⁰⁾、夫のその管理義務・扶養義務にこれらにこれを履行しなくてはならず、妻の編入財産の使用収益を誰か行うかは、夫自身に決定するところとなる。

すなわち、Moppert 説によれば⁽²¹⁾、「管理(権)のみを有し、用益(権)を有しない夫は、夫により管理される財産物件から、もし管理・用益の場合と同様の利益 Nutzen を生ぜしめるとすれば、無私の模範となる」。ここに、夫が

ら直接的もしくは実質的「利益」を、妻の編入財産から受けることも、これを受け得る場合と同様に、平均的「夫」の念入りな管理すべきか否かの点は、Moppert 説には無視されている。法的「観点」よりすれば、ある「一」つの「解決方法」が許されるという問題と、それが一般的な「普遍性」を有するかという問題とは、多少、よく別個の問題である。立法者の思想を推測すれば、妻もまたそれが可能であるかぎり、婚姻費用について財政上の負担を負うべきであると考えられる。立法者は、妻の編入財産について用益に基づく利益を定める権利を、夫に付与したものである。とすれば、夫の~~既~~既財産中の任意の財産物件を、その妻に贈与することは⁽²²⁾、夫の自由である。しかし、妻の編入財産の果実もまた、夫の財産(所得)に帰属する。

しかし、ここに、財産併合制の本質を侵すような夫婦財産契約について、妻の編入財産の使用収益より生じる財産物件を、夫に許す

此範圍内でこれを妻に贈与する旨を、夫婦財産契約中に定めなければ、201条1項の不当に厳格に解釈されることとなる。かかる認識のもとに、Schmellmann氏(23)「家族法のほとんどの規定は、弱者(子及び妻)の保護もしくは一般的な利益の保護を目的としている。(24)妻の編入財産について夫の権能を定めた法の規定は、弱者の保護をなすものである。この方向で解釈されるべきである。----- (しかし前述の場合には)、むしろ妻の保護を必要としない。むしろ反対に、妻の編入財産より生ずる利益 Nutzenの全部もしくは一部を、夫婦財産契約により、夫から妻へと出捐しようとする旨を、妻にとりて大ききメリットがある」と。

すなわち、Moppert氏(24)「用益権から除外されることにより、夫は家族扶養の負担について妻の負担給付を放棄し得ることとなる。すなわちこれは、別産制のもとにある場合よりも、夫にとりて不利である。296条によ

る負担給付の放棄は、家族および扶養のため、妻の負担を必要とする事情(将来)生じる可能性のあること、将来にわたってその効力認められることには、条件つき有効とすべき。この見解に対しては、反対説が少なくない。(25)これによれば、夫の経済状態が不安を感じさせるものではない場合には、妻の編入財産から生じる利益を放棄しようとするものとされる。

以上を要約すれば、Moppert氏は、Egger氏(26)の見解を基礎として、妻の編入財産について夫の用益権を、妻のために放棄することは無効である *nichtig* との立場に立つ。すなわち、Egger教授は、夫の用益権および管理権を除外する旨の契約は、夫婦間では別産制が妥当である(27)との帰結を導く。

(三) つぎに、用益権の譲渡性についてみてみよう。物民法上の用益権に関する258条1項によれば、「用益権は、他人に譲渡し得、これを行使せしむることも得るが、これに例外的に、それが一筆専属権(201条、292条参照)

であることばかり、譲渡性を有しないものとされる。

本条の用益権は、生存配偶者が未成年卑属に対して有するそれと同様⁽²⁸⁾に、いわゆる家族法上の(より厳密に言えば、夫婦財産法上の)用益権であり、——のらに詳述するごとく——物件法上のそれとは、法的性質を異にしてゐる。そこで、かような家族法上の用益権としての本条のそれか、譲渡性を有するものか否かか問題となる。こゝでは、とくに夫による譲渡と債権者の差押とか問題の対象とされる。まづ、前者からみてみよう。

夫の有する用益権それ自体は、一身専属権 *höchst persönliches od. höchstpersönliches Recht* であり、かつ譲渡しえない。この結論には、異論のみられない⁽²⁹⁾。しかし、ついでに、用益権それ自体を譲渡しえないかの点については、ほとんど説明のみられない。家族法上の用益権には、物件法上のそれと異なる諸規定が全面的に、準用⁽³⁰⁾されし類推適用されるもの

であること、譲渡不可との帰結は、前述した258条1項を前提として、三段論法的に一身専属権イコール譲渡不可能と等しいものではない。むしろ、本条の用益権は、その家族法上の地位である点からの帰結とみるべきであろう。すなわち、その帰属の面よりみれば、夫は法的地位と不可一体のものであり、その行使の面よりみれば、家族扶養の義務を、夫みずから課す必要もなされる⁽³¹⁾と推測できる。他方、全体としての用益権それ自体を譲渡しえないと同様に、全体としての用益権を放棄しえない⁽³⁰⁾から、本条の用益権は、婚姻関係の存続可否により存続可否のものであるから、消滅時効にかからず、権利の失効もなしというべきである⁽³¹⁾。

以上述べるとすれば、全体としての用益権をその対象とした。しかし、個々の財産に対する用益権に關しては、やや異なりとり扱いはなされてゐる。裁判例によれば、これとは、個々の物件についての用益権は、夫がこれを

処分しうるとし、⁽³²⁾ 夫は、個々の収益 Ertrag を
 妻に委ねることはできるとする。⁽³³⁾ 学説も、結
 論としては、これらの結論を支持するようにな
 る。⁽³⁴⁾ その結果、夫の用益権から除外せられ
 る財産物件は、原則として妻が管理すること
 になる。他方また、妻の編入財産の一部を
 その特有財産とするとは、契約として夫婦
 財産契約により、夫の用益権を一部除外し
 るものともみることができよう。

とするが、いわゆる「妻の財産」のうち、
 201条3項により夫の所有権に移行する若干の
 物件を除いて、妻の編入財産は、そのすべてが
 夫の管理・用益に服するものから、財産併合
 制の法理である。それでは、自己の編入財産
 から、夫の管理権・用益権を排除し得ると思
 える妻は、いかなる手段が残されているか
 であるか。このためには、つぎの3つの手
 段が存在する。その一は、夫婦財産契約であ
 り、その二は、第三者の贈与であり、その三
 は、別産制の合意である。前者については、

下で別稿において詳述したのと、詳細はそ
 れに譲るとする。

用益権の譲渡性に関し、⁽³⁵⁾ 夫は問題とな
 るのは、第三者(とくに債権者)の差押である。こ
 の場合も、夫による譲渡について述べたこと
 とほぼ同様の結論が導かれてくる。⁽³⁵⁾ また、
 夫の債権者は、用益権それ自体(全体としての用
 益権)を差押えることはできずない。しかし、個
 々の収益は、これを差押えることはできない。
 したがって差押えるに際しては、つぎの3つの要
 件を満たしていることを要す。

① 差押えの時期は、個々の収益が夫の所有
 権に帰属したときにかざられる。⁽³⁶⁾ この時期につ
 いて、195条3項は、前述のとく、妻の収
 入(法定果実を含む)が并済期(すなわち、取得し
 うべきとき)から、さらに編入財産の天然果実
 から、元物から分離のとよめると定めよう。とく
 には、天然果実については Knapp や Trib が、ま
 た法定果実については Egger がこの見解をとる。⁽³⁷⁾

② つねに、「債務徴収のために破産に関与する

連邦法「BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889」(zit. SchKG) 93条⁽³³⁾は、差押え等
うり債権について制限を設けているので、その
枠内では差押えられたことを要する。しかし、
又、個々の収奪は、執行官の判断により、債
務者(天)およびその家族にとり、不可欠のもの
のべあると見れば、これを差押えられたこととなら
ない。しかも、妻の編入財産から生じた債務
が弁済される場合にかぎり、妻の編入財産に
ついての夫の用益権から生じる財産物件を差
押えうる⁽³⁴⁾。

② 個々の収奪は、用益権上の管理と結びつ
いて負担 Lasten を負担する必要がある場合
にかぎる⁽⁴⁰⁾。

その他、同様の制限は、破産財団への収奪
の取立て⁽⁴¹⁾、および仮差押 Arrest の実行の際
にも争うべきものとされる。

2. 用益権の範囲の内容

① 夫が、用益権の発生に制限の消滅から

みし)。用益権の成立については、物权法 746
条同 747 条に一般的な規定が存在する。それによ
れば、用益権を設定する場合は、不動産または
債権に關しては、権利者たる用益権者へこれを
移転することを要し、655 条の意味での土地
Grundstück に關しては、土地登記簿 (958 条
2 項) に登記することを要する (746 条 1 項参照)。
不動産または土地に對する用益権の取得および
その登記については、別段の定めのある場合を
除き、所有権に關する規定 (656 条 - 61 条, 714 条
以下) が準用される (746 条 2 項参照)。さらに、土
地に關する法定用益権は、その権利の存在を
知れず第三者に對しては、土地登記簿への登
記 (746 条 1 項, 561 条) なくして設立 (747 条 1 項参
照)、かかる法定用益権は、登記により何人
に對しても効力を生ずる (同条 2 項参照, 無登記
の効果 については 971 条)。

以上が物权法上の用益権に關する一般原則
である。それでは、この家族法上 (修正
確定 といえ、夫婦財産法上) の用益権 (以下に

を夫の用益権と呼ぶ)にも、登記原則は適用されるのである。通説はこれを否定し、この夫の用益権には、登記746条・747条は適用されないものとする。(44) それによれば、夫の用益権は、物権法上の用益権の如く、設定により成立するのではなく、婚姻による財産併合制の成立とともに、これらに成立回生する。すなわち、当事者夫婦が婚姻成立のときから、財産併合制に服するときは、婚姻の成立とともに発生し、夫婦間には契約財産制に服し、後はこれを財産併合制に変更しなくては、変更の基礎となす夫婦財産契約が、夫婦財産制登記簿に登記されていなければ、夫の用益権は、夫婦財産契約の効力から、夫の用益権が成立する。(45)

他方、夫の用益権も生存配偶者等の用益権(412-413条)と同様に、法定用益権にはあるが、登記747条は適用されない。したがって、これによる権利の存在を知らずして第三者に対し

しても、用益権の存在を主張するとして、土地登記簿への登記は不要であり、登記されなくてもよいとされる。(46)

通常の場合には、夫の用益権は、特定の財産物件のみを把握するのみならず、財産併合制の規則に服する妻の財産を全体として、その時々の構成財産を(握)する。すなわちこれは、妻の譲与財産の代償物、もしくは贈与同相読等を原因として、財産併合制の継続中に妻の財産に帰属した物件にも、夫の用益権が及ぶ。この場合には、夫の用益権は、妻がこれらの物件を取得した時点から、——夫の物件取得の事実を知ったときからか、かからず、——当然に成立する。

つまり、夫の用益権の量的制限は、とりわけ171条による婚姻保護の枠内では不可能である。すなわち同条はいう。夫が妻がその子の扶養を懈怠した場合には、夫婦財産関係の如何にかからず、裁判官は、両配偶者の債務者に対して、その并済の全部もしくは一部を妻に

交付すべく、命じることができ。このため
 共同生活の目的の配慮を怠るときには、夫か
 ら妻の財産利益の享受を奪われることは、さ
 らぬで意義深い⁽⁴⁷⁾。同様の規定は170条にもみら
 れる。すなわち共同世帯の廃止の場合には、
 裁判官が170条1項に基づき、妻以外の編入財
 産中のある物件を割当てることがあり、夫の
 用益権は、婚姻保護基準の枠内に制限される
 ことになる。

さらに、夫の用益権は、離婚訴訟中もしくは
 別居訴訟中のあつては、145条により制限さ
 れうる。すなわちその場合は、妻の財産が充分
 存在できるときは、妻(場合によっては)の扶養
 のため、裁判官は、妻の編入財産中の物件を
 妻に引渡せしめ、その固有の利用を命じること
 ができる。これは夫の用益権に対する制限
 は、直接的には処分制限としても機能するこ
 とがあるから、ドイツ法やわが国で論じられて
 いるときは直接的な処分行為に対する制限では
 ないという点で、スイス法の特徴をみることに

ができる。

最後に、用益権の消滅について、物民法748
 条には詳細な規定は置かれておらず、夫の
 用益権の消滅は748条によらぬ、と解する
 のが通説である⁽⁴⁸⁾。それによれば、夫の用益権
 は、一方配偶者の死亡(失踪宣告を含む)、婚姻
 の解消もしくは無効宣告(134条)、離婚、財産
 併合制の廃止等により、絶対的に消滅する。
 編入財産が妻もしくは夫の特有財産(財産併合
 中であつては⁽⁴⁹⁾)や共同財産(財産共通制)、
 第三者の所有⁽⁵⁰⁾となることにより、さらには、
 たとえば別居中の妻のために、特定物件から
 夫の用益権を奪う旨の裁判官の命令⁽⁵¹⁾により、
 夫の用益権は相対的に消滅する。しかし、夫
 の禁治宣告をうけたにすぎない場合には、こ
 れのみによつて夫の用益権が消滅するわけは
 ない⁽⁵²⁾。用益権の終了に際しては、とくに夫
 に対する用益物件の返請出権が生じるから、こ
 れは1751条に基づくのではなく、154条、159条、
 112条等のそれぞれが該当する条項に基づいて
 発せられる。

(二) つぎに、用益権の目的の对象に移る。夫の用益権の主要な对象は、妻の編入財産である。夫の用益権の目的は、201条3項新掲の物件(現金、その他の代替物、無記名証券)は、特別な地位を有する中、これを別個に扱う(後述を参照)。

すなわち、夫の用益権の对象となる財産は、妻への帰属の時期を問わない。すなわち婚姻の始まりの時、もしくは財産併合制の始まりの時、すなわち妻に帰属して以来、もしくは後日初めて妻に帰属して以来にかかわらず、すべての妻の編入財産を对象とする。すなわち、財産の種類も問題とならない。すなわち、不動産・不動産のみならず、動産も、夫の用益権の对象となる。これらの点は、夫婦財産に帰属する財産の説明の際して述べたと同様である。すなわち、これ以上は述べない。すなわち、当該財産物件が、夫個人によって行使される物件である

ることを要するから、これは、通説はこれを肯定するのに対して、⁽⁵²⁾有力な少数説のみから⁽⁵³⁾後説にすれば、夫は当該物件を妻によって行使せしめ、とを通じて、これとえば扶養の必要がなければならなく、そのことは夫自身の利益ともなりうるとを根拠とする。すなわち、妻の編入財産に債権があることもあり。これとえば「才三君に対する債権は、夫に對するものからこれに依り、才三君に對する債権である」といふことは、夫がこれとしくはその利益を取りとるか、併せてとらざる(195条723条1項参照)。しかし、用益権の对象となる債権の解除通告(723条2項)、弁済および新投資(774条)、譲渡請求権(775条)等は適用されない⁽⁵⁴⁾。とくに給付の对象は、弁済せらるる元本である場合には、774条2項にすれば、用益権の目的となるのであるから、これら夫の用益権の对象となるのは、同項を根拠とするのではなく、201条を根拠とする。すなわち、夫自身に對する債権は、その弁済期が夫の用益権の存

在りることにより、2延期せられるわけにはないが、1通説によれば、用益の継続中は無利息とされる。⁽⁵⁵⁾

最後に、妻の編入~~財産~~した物件の営業 Geschäft であるときは、妻みずから営業を営む場合以下、191条2号により妻の特有財産となる。妻の特有財産には、夫の用益権が及ぶべくもなから、営業は夫の用益権の対象となることは、この妻の特有財産ではないから、1編入財産として扱ってこれを帯する。それゆえ、1と云はば、夫がその営業を継続するもしくはこれを夫の名で賃貸するにともなう、夫が用益権を行使するにともなう。

③ つぎに、用益権の内容をみよう。201条1項以下は夫の用益権は、財産併合制で夫に帰属する権利であり、夫が夫婦共同体のために請求できるという権利である。しかし意味上の用益権の内容については最も注目すべきは、妻が当該財産について有する権利を超えて、1存在する夫の用益権下、当該物件に対して存

在り才^三右の権利におくはるる事あり。その具体例として、1と云はば「1今妻の相続により遺産を取取し、1片所有権」を譲取したものとあれば、1かかす所有権の負担となつて、1は被相続人の父母の用益権(相続権としての権利)が存在する(存在する妻の所有権は、いわゆる裸の所有権として存在する)が、夫は当該遺産について用益権を取得し得ない。

1と云はば、1と云はば夫は、妻の編入財産たる遺産について用益権を取得せず、所有権者たる妻の諸権利を保護するにその規定(759条以下)に基づいて、用益権者たる被相続人の父母に対して行使する管理権のみを夫に帰属する⁽⁵⁶⁾がゆえに、違法な行為物の性質に直して使用に對する異議申立(759条)、所有権を危うくする際の担保請求(760条1項、消費物として所有価証券に用益目的物である場合の1については、同条2項4項参照)、用益権者に相当の期間内に担保を給付した¹場合、もしくは所有権者の異議申立にもかかると。

物の違法な使用を停止する場合の一時的占有
 権を請求するに当り、そのための管理人選任の請求
 (762条)、公証財産目録 Inventar mit öffentlicher
 Beurkundung の調整請求 (763条)等がこれである。(57)

かような制約を別とすれば、夫は用益権の
 内容として、その請求権を有する。すなわち
 夫、法定の夫婦間の天然の果実(後述に参照)を求
 める権利(195条3項)、占有を求めるとき、財産
 物件の使用 Gebrauch(後述に参照)を求めるとき
 (755条1項の準用)⁽⁵⁸⁾ である。夫の所有する管理権
 は、物民法上の用益権者の管理権(255条1項)に
 下るのではない、夫婦財産法上の管理権に属
 する200条1項に上る。夫は帰属するもの
 である。同様で、処分権は202条に上る。し
 かし、一株式会社における用益権(773-775条)⁽⁵⁹⁾の場合
 には、用益権者の株式会社代表者としての規定(債
 690条2項)が適用される。

(四) 夫婦財産帰属の目的物としての果実
 については、前記に述べた。ここに掲げるのは、
 夫が用益権の目的物として請求する果実である

る。かかる意味での果実も、これを広義に解
 し、天然果実と法定果実⁽⁵⁹⁾とに分かつのが便宜
 である。

すなわち、天然果実からいおう。643条2項によ
 り、天然果実とは、「定期的産出物としての
 通常解釈上の子物よりその用法に上り、
 2取得された収穫物」をいう。我々の扱うところ
 との関連では、いわゆる農業経営により生じ
 る、狭義の天然果実とは、穀物、草木、シルク
 など、羊毛が重要である⁽⁶⁰⁾。他方、広義の天然
 果実としては、石類、採石、泥炭、鉱物等もみ
 られる。これらにしても、天然果実はつねに
 物 Sachen である。

他方、農家経営以外の通常の大規模な
 には、夫の用益権の目的物たる妻の編入財産と
 しては、法定果実の比重がより高いのを通常
 とする。すなわち、今日の金銭経済社会では、
 妻の編入財産としての夫の用益権として、
 法定果実はより重要な位置を占めている。
 法定果実の概念は別書に譲るとして⁽⁶¹⁾、ここに

びしくいものもみられる。また) 物とし
 ては、家具、自動車等の財産にあげられる。
 か) 物件に対する夫の用益権の内容は、
 これら物件を「使用+Gebrauch」する可能性と
 いう形で表わされる。もちろん、これら財産
 も、その利用状況によっては、果実を生ぜし
 むることも可能である(たとえば、自動車の賃
 貸)。しかし、通常の場合には、家族による使
 用という方法により利用されることが多い。⁽⁶⁸⁾

夫の妻の編入財産を「使用」する際にも、
 物民法上の用益権者と同様に、善良なる管理
 者の注意をもって、使用をなすことを要する
 (755条3項参照)。いかにいっても、通常
 の用法による使用によつて、同一目的物の
 価格が減少したとしても、夫はこれによ
 り損害を賠償する必要はない。⁽⁶⁹⁾
 この点も物民法上の用益権者と同様であ
 る(752条3項参照)。目的物の合法的な使
 用による無価値化によつて、価値が消失し
 たとしても同様である。これに反して、規
 則に反して使用により

惹起せられた価格の減少に対しては、夫に
 賠償するを要する。~~詳細はオオ...~~
 最後に、物民法上の用益権者との相違に
 ついて、物民法上の用益権者には、所有
 権者の財産価値に経済的用途の変更を加
 えることについては、という大まかな制
 約がある(769条)のに対し、通説によ
 る(120)通常の管理における通常
 の用益の観点からみて正当であるとき
 は、夫は之の管理権下での用益権によ
 り、財産物権の経済的用法を変更(たと
 えば農地の宅地化)しうものといわれ
 る。この点においても、夫の権利は、物
 民法上の用益権者よりも、より広汎な
 である。

(六) 夫の用益権の対象は、前述した
 妻の編入財産である。夫の用益権の
 対象は、現金、その他の代替物、無
 記名証券は、特殊な地位を占めてい
 る。201条3項はこれ自身の内包す
 る問題として、(171) ことには、夫
 の使用収益に拘連して、これら規則の
 地位に拘連

とある。201条3項所掲の上記物件は、本来は妻の編入財産に帰属すべき物件である。然るに、妻の所有に帰属し、その持分財産たる資格を有し得べきの財産物件は、妻の編入財産に帰属すべきものではない。とこの立法は、195条1項の原則の例外として、これらの物件を夫の所有に移行せしめていふ。これらの物件は夫の手中に把握され、その性質上夫の財産と不可分に混交するおそれから、法はこのを195条1項の例外としていふのである。⁽¹²²⁾ しかるに、ドイツ民法旧1376-77条の如く、妻の所有権を存続させれば、これは非實際的であり、むしろ濫用の危険があり、とくに債権者に不当な損害を与える危険がある。⁽¹²³⁾

201条3項の適用された場合の事件については別書に譲り、⁽¹²⁴⁾ ここではその効果について素断するにとどめる。

また、201条3項以下夫の所有に移行せらるる~~妻~~財産に対して、夫婦のいかなる地位に立つたか、772条以下は、物権法上

の用益権者は、他に別段の定めのない場合においては、消費物 Verbrauchbare Sachen, その他⁽¹²⁵⁾の評價物(財産に評價を付して用益権者に引渡されし物)について、所有権もしくは処分権を取得し、しかもこれらの物件の価格につき、所有権者に対して賠償責任を負う(同条1項但書)。本条と201条3項とは、外観的に類似し内容も規定するが、目的物の範囲も異なり、またその立法趣旨も異なる。これによれば、201条3項によれば、夫が代替物について所有権を獲得し得る、もしくは無記名証券から派生する諸権利を云々とするには、夫とこれらの物件との間には、いかんにかんがえなく転義の用益権と同様の関係が生ずる。すなわちこれは、夫が子爵位は、前記772条に照らして、終局的には財産併合制による支配され、夫婦財産法上は、199条の事件を適用することはなく、部分的財産統一制 teilweise Gütereinheit を選択したのと同様の関係が生ずる。⁽¹²⁵⁾ より具体的にいえば、管理・用益の面では、夫の固有財産として資格を保持し

また、獲得した物件についてその所有権回復権を、夫婦財産の構成部分として、夫の管理に用益する。他方、処分権の面では、夫は202条の制限のない自由な処分権を有し、妻は203条のように、これら金銭の権利の範囲内において、夫と並んで処分権を有する。⁽¹²⁶⁾

夫婦財産制の存続するがかりでは、当該物件に対して上述のものと関係なく。しかもその間、夫は獲得した物件もしくは無記名証券について、202条3項と異なり、これに用益的物や農作物、家畜、商品など、これと同種の同性質の物件を返還する義務もなし、またこれを返還する権利も有する。この理は、夫の財産について破産の開始されたり、もしくは夫に対して第三者が差押をなしたときでも、同じく異なることとなる。したがって、妻は、夫の所有を移行した財産の引渡を要求しえない。⁽¹²⁷⁾ 一方配偶者の死亡による婚姻の解消の際にも、移行せられた財産は、同様に妻もその相続人にも、所有権が

復帰するということになる。これに対し、別産制の開始、離婚、もしくは婚姻の無効宣告等により、財産併合制が解消せられた場合には、やはり取戻しが必要である。したがって、これらの場合には、移行せられた代替物・無記名証券から、その夫のものとして現物として存在するが、それによって妻が所有権者となる。⁽¹²⁸⁾

夫の所有権を移行した代替物および無記名証券の価格について、これと云は「財産制の解消の際に、⁽¹²⁹⁾ 妻は夫に対して補償請求権を取得する。この補償請求権は、夫が善良なる管理の義務を違反したため、これによって夫の過失によって発生する賠償請求権とは異なり、法律に基づく所有権移行という単純な事実に基づいて発生するものである。

つまり、物権法上の用益権者と異なり、用益権者と同種・同性質の物権を返還するとは異なる。この点については述べた。夫婦財産法上の用益権者たる妻は、201条3項に基づき補償請求権の内容として、つねに金銭を請求しう

子に可及ない。(120) 問題は、夫が通貨を支払うこととを要するからである。この夫は債務法の問題ではないから、結論のみを述べておく。妻の編入した通貨は外国通貨もしくは金貨であるとしても、夫は内国通貨を支払うことを要する(債89条1項参照)。編入時に夫婦の住所が外国にあるときは、夫は当該外国通貨を支払わなければならないから、これを存しなくてはならない。内国通貨を支払わなければならない。この場合には、補償請求権の弁済時期の差額相場により換算されることを要する。(121)

補償請求額算定の基準時は、後述することと夫婦間の合意の存し方により、所有権が夫に移行した時点の代替物のための無記名証券の価格を基準とする。(122) したがって、夫がこれら物件を処分した時点のもしくは補償請求権の弁済期が発生時点の当該物件の価格は問題とならない。したがって、たとえその間に価格の変動があっても、とくに価格の減少については妻の過失からいえない。

の利益および損失は夫の負担となる。(123) もっとも、たとえ価格が増加したとしても、それは夫の個人的利益に属するからではない。財産制継続中にあっては、夫の義務を果して財政的な補助となるわけが、それ一方配偶者の死亡による財産制解消にあっては、~~妻の~~ ~~財産制解消に~~ 剰余基礎額が増加するわけが、これに比べても、程度は異なる。妻もその利益を享受することにはかわりがない。逆に、妻の過失により価格が減少したときは、214条2項にいう不足を算出する際に、妻がこれを負担すべきから問題が生じる(詳細については後述参照)。

夫への所有権移行時に、補償額算定の基準時であるから、当事者夫婦の合意により、基準価格を変更することは可能である。この方式等には別段の制約は存しないから、最も効果的かつ方法は、198条に示すようにある。したがって、198条1項に示すように、財産目録中に評価を付し、かつ公正証書によることを確定

しておけば、財産価格が減少したる場合にも、
補償義務はその評価価格によりて定まる。物
件を譲渡したる場合などには、その売却金も
しくは譲渡時の市場価格を基準とするに
する⁽¹⁵⁹⁾。

以上おそれれば、財産併合制のもとでの管
理処分権の内容を、主として夫の権
能の側面からみて置く。この点、夫の
ら権能を行使するに依り、妻の財産価格
を減少するに少くなくない。その点
問題を、よく夫の責任の面からみる必要
がある、この点は後日別稿に扱うこととする。

密約

法定財産制に於て財産併合制は、登記別所有
の原則と並んで、その第一の柱として、夫婦
財産の管理権と利益権を、原則として夫の手
中に統一する。この方法により、集約的かつ
経済的な夫婦財産の利用、且つ160条2項
の夫の扶養義務等を、より円滑に果しうること

を可能にし、かつ容易にせんことを目的とし
ていふ。かかる目的のもとに、管理権と処分
権と利益権は、つぎの如く各配偶者に分配
せられる。

i) 管理権は両配偶者ともに認められ、
夫には無制限に帰属する(200条1項)の如く、
妻には制限的に、すなわち妻が夫婦共同体を
代理するに於て(163条)を有するに依りて帰属
するに於て(200条3項)。妻の編入財産に
ついて義務に及ぶ管理に於ては、
夫が責任を負う。その根拠は、利益違反の責
任に關する201条1項に於て認められる。

ii) 妻の編入財産についての処分権は、妻の
同意ある場合(202条1項)を除いて、通常、管
理の枠内にとどまるに依りてのみ夫に帰属す
る。夫の処分権能を逸脱し、それにより妻に
損害をうけるときには、夫は妻に対し損害賠
償責任を負う。他方妻は、その管理の場合と
同様、妻が夫婦共同体の代理権を有するに
依りて、夫婦財産(夫の所有に帰属するものを含み)

活の保護に關する 169 条以下、夫婦間、法律
 行為に關する 177 条二項四項、持別別産制に
 關する 182 条以下 (とくし妻の申請に基づく 183
条)、夫に後見人を付する 370 条等¹⁾ にこれがある。
 他方、法定財産制の枠内では、財産目録 (192
 条、198 条)、夫の報告と担保提供義務 (205 条
 1 項四二項) 等の規定²⁾ にこれに役立つ。他方、
 改正草案³⁾ のもとでは妻の固有財産の保護とし
 て、これを夫の管理に委ねるときには、財産
 併合制の規定の準用せられ、こゝではとくに
 将来の剰余の保護が中心課題となる。

- (3) 用益義務を肯定するものが通説であり (z.B. Egger, Kommentar Art. 201 N.1; Wiederkehr S. 95; Knäudler S. 52)。
 がしかし、管理義務の場合と異なり、⁴⁾ 中には違反
 した妻の損害賠償債権は生じない (Knäudler
 S. 52)。この意味で用益義務は「⁵⁾ Obliegen-
 heit に等しい。Obliegenheit についても、z.B. siehe
 Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkung zu Art. 1 N. 78
- (4) z.B. Egger, Kommentar Art. 201 N. 1 u. 6; Lemp, Kommentar
 Art. 201 N. 20; Keller S. 124f. ⁶⁾ Moppert S. 71;
- (5) Vgl. Lemp, Kommentar Art. 201 N. 6f.
- (6) Egger, Kommentar Art. 201 N. 1; Lemp, Kommentar Art. 201
 N. ⁷⁾ 9; Schnellmann S. 92f.; Keller S. 125. vgl. auch BGE
 58 II 92.
- (7) z.B. Knäudler S. 47 (管理権と用益権のついでに中
 と括弧あり)。auch ders., S. 47 Anm. 2.
- (8) Vgl. Lemp, Kommentar Art. 201 N. 5.
- (9) Vgl. VE Art. 229 Abs. 1, E Art. 216 Abs. 1. 前者 (第
 1 次草案) はこの趣旨を明言する。
- (10) ZPG § 589: Der Ehemann ist vom Rechten wegen
 der eheliche Vormund der Frau. Er verwaltet ihr Vermögen

¹⁾ z.B. siehe Schnellmann S. 92f.
²⁾ 用益権に關する立法資料: VE Art. 229; Huber,
 Erläuterungen S. 182; E Art. 216. * vgl. auch ZPG § 593;
 BGB aF §§ 1376-77, 1383-90, nF 1364; ABGB §§ 1227-41;
 Ccfr. ⁸⁾ Art. 1562, nF ⁹⁾ 1530, 1532-3, (1534), 1587-1581 (1965 年法); Ccital.
 Art. 182-4, (215-7) (1961 旧法)。

und vertritt dieselbe nach aussen.

上記テキストは、Schneider, A., Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Zürich, Verlag Schulthess, 1888. 127.

- (11) Vgl. Egger, Kommentar Art. 201 N.1; Rappold S.37.
- (12) z.B. Schnellmann S.102; Keller S.124. 之に後者は、
其の義務が収益の存否および額に依存し(その旨明言あり).
- (13) Moppert S.112; Mathé S.45.
- (14) z.B. Egger, Kommentar Art. 200 N.7 及び 12, Gmür, Kommentar Art. 200 N.2f.; Denzler S.38. Joghler S.65;
同様のことは、物権法上の用益権(1955年2項)にもいえる。
- (15) z.B. Leuenberger S.154, 159. vgl. auch BGE aF §1389.
- (16) z.B. Lemp, Kommentar Art. 201 N.2.
- (17) Schnellmann S.102.
- (18) Moppert S.105ff.
- (19) Ibid. S.106.
- (20) Schnellmann S.103.
- (21) Moppert ~~S.106~~ S.106.
- (22) 同様の事例は 12, z.B. BGE 74 II 74.
- (23) Schnellmann S.103f.

(22) 1974
273
127?

- (24) Moppert S.107.
- (25) Bes. Schnellmann S.104.
- (26) Egger, Kommentar Art. 179 N.11; Gmür, Kommentar Art. 179 N.28.
- (27) Lotz S.400 Anm. 51; Liebrich S.81 とも結果同説。
之に於て前者は、かかる結論は当事者の意思と一致
(そのことあり) と推測あり。
- (28) 租税「生存配偶者」(3) 15段以下参照。
- (29) z.B. Trüb S.160; Lotz S.395; Egger, Kommentar Art. 201 N.4; Moppert S.113ff.; Knapp S.115 Nr.397; Rappold S.38; Lemp, Kommentar Art. 201 N.3. 同様のことは、後日
撤回しうることと留保(12, 任意の収益を妻
に委ねることは可能である(z.B. Egger, a.a.O.)).
- (30) z.B. Gmür, Kommentar Art. 201 N.3; Lotz S.399;
Egger, Kommentar Art. 179 N.11, 201 N.4; Moppert S.104ff.;
Lemp, Kommentar Art. 201 N.3.
a.M. Curt, Kommentar Art. 201 N.1; Schnellmann S.96, 102ff.
- (31) 通説・11171. BGE 74 II 74; Lotz S.399; Lemp,
Kommentar Art. 201 N.3; Schnellmann S.95.
- (32) z.B. SJZ 22 (1925/26) 120 Nr.97.
- (33) BGE 62 II 198 (第4節 1911年25号参照).

- (34) z.B. Lemp, Kommentar Art. 201 N.3.
- (35) z.B. Egger, Kommentar Art. 201 N.4 § 17 1. u. 4. 12, Liebrich S.81; Steiner S.356; Leuenberger S.151ff.
- (36) Steiner S.357; Lemp, Kommentar Art. 195 N.48, 50.
- (37) Knapp S.30 Nr. 137f.; Trüb S.102; Egger, Kommentar Art. 201 N.9.
- (38) SchKG Art. 93: « ... Nutzniessungen und deren Erträge ... können nur soweit gepfändet werden, als sie nicht nach dem Ermessen des Betreibungsbeamten für den Schuldner und seine Familie unumgänglich notwendig sind. »
- (39) Moppert S.117; Knapp S.115 Nr. 378; Lemp, Kommentar Art. 201 N.4. siehe auch Egger, Kommentar Art. 201 N.4.
- (40) 以上は、z.B. Lemp, a.a.O. 1731ff. 1. 中を参考せよ。
- (41) Leuenberger S.157 177 掲の 171 174 号参照。
- (42) Vgl. SchKG 295: « Der Arrest wird nach den im den Artikeln 91-109 für die Pfändung aufgestellten Vorschriften vollzogen »
 参考; F. v. ZPO §§ 928, 930-32 参照。
- (43) z.B. Lemp, Kommentar Art. 201 N.8; Schwellmann S.99ff.

- (44) 同様に、187 条 2 項 の 場合 に は、裁判官 の 財 産 併 合 制 の 回 復 に 伴 っ て 降 伏 が 行 っ た 甲 益 権 が 成 立 回 復 生 じ る こと に 依 存 する。
- (45) 39 他、122 2 17 會 社 母 親 の 甲 益 権 (460 条)、株 主 の 甲 益 権 (247 条 2 項)、株 出 未 成 年 子 の 甲 益 権 母 親 の 甲 益 権 (292 条)、非 株 出 未 成 年 子 の 甲 益 権 父 母 の 甲 益 権 (327 条) 等 も 法 定 甲 益 権 の 例 として 扱 っ て 可 い。
- (46) z.B. Moppert S.29; Lemp, Kommentar Art. 201 N.8 und dortige Autoren. 裁判例として、ZBJV 58 (1922) 83 掲。
- (47) 以上は、z.B. Leuenberger, H.R., Schutz der ehelichen Gemeinschaft S.164f.; Schlatter S.95.
- (48) z.B. Lemp, Kommentar Art. 201 N.9.
- (49) BGE. 59 III 181. nach Art. 169ff. ZGB. Diss. Bern. Bern, Stämpfli Verlag, 1944,

- (50) siehe Lemp, Kommentar Art. 170 N.14.
- (51) z.B. Lemp, Kommentar Art. 200 N.4, 201 N.9.
- (52) z.B. Trüb S.80; Lotz S.397; Liebrich S.82; Ritter S.46f.
- (53) Lemp, Kommentar Art. 201 N.10.
- (54) z.B. Egger, Kommentar Art. 201 N.2.
- (55) Egger, Kommentar Art. 201 N.2; Lemp, Kommentar Art. 201 N.11 und dazugehörige Zitate. Lに補償請求権の利益と無利益とを区別するに注意, vgl. Liebrich S.65, 82.
- (56) Liebrich S.83; Lemp, Kommentar Art. 201 N.13.
- (57) 同様に、Lemp, Kommentar Art. 201 N.13 は、この請求権を天に肯定するに注意するが、1859年-63年、1864年2項の3項の各規定は、木の甲益権には準用とされている旨を明言する説もなされる (vgl. Jeyher S.76; Moppert S.119ff.). 夫婦間の利益の存在と一般の所有権者と甲益権者との間の区別を述べれば、前者の区別が遙かに少ないことを指摘する。夫婦間の区別は、183年以下、197-205年により夫婦は行方不明の権利を有する夫婦共同体の保護に因りて 169-172年により処理するに注意する。
- (58) Vgl. BGB § 83 I 345; Meier-Hayoz, Kommentar Art.

- 643 N.20; Keller S.125. 112の甲益と木の権利の区別は、注意する、siehe Lemp, Kommentar Art. 195, N.49, 51.
- (59) Mathé S.99 Anm. 252; Knadolfer S.49. 一般に注意, siehe Meier-Hayoz, Kommentar Art. 643 N.17.
- (60) Trüb S.90; Meier-Hayoz, Kommentar Art. 643 N.6, 11.
- (61) z.B. Meier-Hayoz, Kommentar Art. 643 N.18. 同様に、夫婦財産法上の規定を以てして、Meier-Hayoz説は狭義にすぎないことを指摘する。vgl. Schnellmann S.95.
- (62) Leemann, Kommentar Art. 757 N.4.
- (63) Meier-Hayoz, Kommentar Art. 643 N.8.
- (64) 同様に、株式の新株引受権も基本権に属する。簡潔には、Egger, Kommentar Art. 201 N.2; Mathé S.101f.
- (65) 同様に、甲益権者が通常の程度を超えて果実を收取した場合は (1868年1項) には、その超過部分も所有権者に帰属する (同2項)。
- (66) Moppert S.92; Lemp, Kommentar Art. 201 N.15 und dazugehörige Zitate. a.M. Liebrich S.84.
その他に、甲益権の目的物が森林や鉱物の区別として土地の構成部分より採取する甲益権について、物民法上の甲益権に因りて規定 (1770年,

771条) 1準用を肯定するものが通説といえよう。
詳しういって、siehe z.B. Knapp S.29 Nr.134; Liebrich
S.88f.; Lemp, Kommentar Art.201 N.15. ^{手紙} 利益権行使の方
法は通常の収益に限定せよなり (768年1項, 770年
1項, 771年参照)。利用超過については、z.B. Lemp, Kommentar Art.201 N.16.

- (67) z.B. Knapp S.116 Nr.383f.; Knadolfer S.49.
- (68) 一般には、siehe Meier-Hayoz, Kommentar Art. 643 N.20; Haab, Kommentar Art. 643 N.2.
- (69) Vgl. BGE 52 II 423. Knapp S.102 Nr.341; Lemp, Kom-
mentar Art.201 N.18 und dortige Zitate.
- (70) Trüb S.82; Jegher S.70; Moppert S.69ff.; Mathé S.64,
99. a.M. Curti, Kommentar Art.201 N.1; Deschenaux S.5222.
- (71) 241条については、z.B. Schnellmann S.48ff.
- (72) Vgl. Lemp, Kommentar Art.201 N.45; Schnellmann S.48.
- (73) 52条に、立派段階についてはその方の心算の動意を、
201年3項所掲の物と同一様で、324条の2、2
条の所有権に移行せよとの提案を以て
せよ、注釈化せよといはるるなり (Lemp, a.a.O.).
- (74) Vgl. z.B. Egger, Kommentar Art.201 N.10ff.; Lemp, Kommen-
tar Art.201 N.46-63 und dortige Zitate; Schnellmann S.49f.
und dortige Zitate; Mathé S.113ff.

- (75) Vgl. BGE 47 II 132.
- (76) Vgl. Lemp, Kommentar Art.201 N.64.
- (77) Lemp, Kommentar Art.210 N.10.
- (78) Lemp, Kommentar Art.189 N.8, 15, 201 N.65 und dortige Zitate.
- (79) 201年3項の~~債権~~並に特別の債権を以て主張
し得るは、意味上の補償請求権の天の債権者の強制執行回差等
により損失をこうするに、そのうち特別財
産に限定せよとの破産が開始せよとの
(195年参照) かつその(194年, 210年, 211年参照)。
= かつ特別の場合を別とすれば、一方配当者
の破産、別産制への移行を以ては始期に意欲
宣告のとき、これにより補償請求権が発生す
る (vgl. Lemp, Kommentar Art.201 N.71).
- (80) Vgl. BGE 80 II 104.
- (81) z.B. Knapp S.28 Nr.129; Lemp, Kommentar Art.201 N.68.
- (82) 通説同判例。Lemp, Kommentar Art.201 N.68 und dortige
Zitate. 裁判例として、BGE 52 II 9, SJZ 34 (1937/38) 297 Nr.223.
- (83) Lemp, Kommentar Art.201 N.70 und dortige Zitate. BGE
52 II 426 にも早同説。

(84) 201年3項の意旨からの補償請求は、妻の財産に属し夫の管理回用益権が及ぼす、と判断
 のが通説であり(子. B. Lemp, Kommentar Art. 201 N. 71).
 (したがって、1111条2項との関係では、妻の歸入財
 産と同様の扱われの結果として(Lemp, Kommentar
 Art. 1111 N. 15; Widmer S. 360), 妻が夫との経済行
 為に、二つの適法に処分 ~~を~~ (むしろ、
 放棄はし得ず、siehe Lemp, a. a. O., N. 19) あり
 は、後見官庁の同意を要するに過ぎない。

(85) 二つのことは、bes. siehe Schmellmann S. 106-34.

第三章 夫婦財産の解消

夫婦のいづれかの死亡があれば、夫婦財産が解消せられ、死亡配偶者との相続人が存在する限り、夫婦財産法上の清算が行われる。これを要する。夫婦財産が解消せしめられる法律上の原因として、その他に婚姻の無効(134条2項)、離婚(154条)、法規に基づき別産制の発生(189条)、夫の財産の破産もしくは差押(210-11条)等が存在するが、本章では、一方配偶者の死亡による夫婦財産の解消に限定して、その清算手続を概観するにとどめる。(1)

第1節 概説

かつてのコンセンサス法、たとえばバルニ法によれば、夫婦財産法上の権利・義務関係は、一方配偶者の死亡により、それらの影響をうけず(2)。これに反し、現行民法典によれば、生存配偶者と共通の子との間、夫婦が服してこの夫婦財産制が継続して存続する場合(継続的財産共通制、229条以下)を例外

として、一方配偶者の死亡により、財産併合制、すなわち夫婦財産法上の諸関係は、強制的に解消せしめられる。いづれかといえば、夫婦財産の解消は、夫婦財産法上の清算、すなわち各自の編入財産の分離及び夫婦財産法上の債権・債務の徴収・償却により処理されることとなる。(3)

1. 死亡による夫婦財産の解消

一、財産併合制、すなわち夫婦財産法上の関係は、強制的に解消せしめられる結果として、たとえば、199条および201条3項以下に補償請求権は、財産併合制の解消——とくは一方配偶者の死亡を原因とする——と同様に、弁済期が到来する(209条1項はこれを明言する)。すなわち、妻の編入財産についてこの夫の管理権・用益権・処分権は、財産併合制の存在を前提とするものがあるから、この前提を欠くに到れば、——200条-201条は、これらに及ぶ触れず——当然に終了する(4)。この理は、夫の

3.

相続人の、天死亡後において、⁽⁵⁾ 民法605条2項もしくは606条に基づいて、生存配偶者たる妻を扶養するところからなる。その結果、夫婦財産は夫の財産および妻の財産へと解消せられ、法的に分離せられる。そして、生存配偶者と死亡配偶者の相続人との、夫婦財産法上のレヴェルにおいて、これら財産の分割・清算当事者として登場する。

二、212条-214条の欄外注は、「夫婦財産の解消」(F. Auflösung des ehelichen Vermögens)の名のもとに、つぎの三つの事柄を規定する。すなわち、「I 夫の死亡」、「II 妻の死亡」、「III 剰余金不足」のそれぞれである。212条は妻の死亡の場合、213条は夫の死亡の場合に、それぞれ~~規定~~適用される。そして、剰余金の分割に關する214条は、これら両方の場合に適用される(最後の問題は第五章に扱う)。

212条-214条の予クストは、夫婦財産の解消原因として、両配偶者それぞれが死亡を掲げることからなる。しかし、一方配偶者について夫

踪宣告(38条)からなされることも、212条以下に適用される⁽⁴⁾。したがって、婚姻が夫踪宣告により解消せられるとき(102条)は、死亡と同様のとり扱いはなされず結果として212条以下の夫婦財産の清算規定が適用せられ、離婚に際する夫婦財産の清算に關する154条は適用されない⁽⁷⁾。これらの点は既述したとおり、これ以上は立ち入らない。

三、さらに、ここでもとり扱う212条-214条に關する夫婦財産の清算 Auseinandersetzung は、婚姻の無効(134条2項)もしくは離婚(154条)、法規に基づき別産制の発生(189条)、夫の財産の破産もしくは差押(210-11条)等による夫婦財産の解消・清算とは、概念上区別される。もっとも、これらに際する夫婦財産の清算の内容は、死亡に際するそれと多少の近似⁽⁸⁾がある。

これらの場合の清算については、まず離婚に際する154条はいう。婚姻が離婚により解消せられる場合には、夫婦財産制の如何にかかわらず、夫婦財産は、夫の固有財産 Eigentum

るよび妻の財産に帰属する(同条1項)。さらに、
 剰余は、夫婦財産制(たとえば、財産併合制に
 あつては214条、別産制にあつては240条)にし
 たかつて分配され、不足は——妻の責に帰す
 旨が証明された場合を除いて——夫のこれを負
 担する(同条2項)。(9)

他方、法規に基づき——夫婦財産契約(178
 条)に基づきそれを行ふ——持別別産制(182
 条-5条)に因り189条は——)。婚姻中に別産制
 が開始せられたときは、債権者の権利を留保
 して、夫婦財産は夫の所有権によつて妻のそれ
 に分離され(同条1項)、剰余は、別産制前の財
 産制 *bisherige Güterstände* にしたかつて分配され、
 不足は、——妻の責に帰す旨が証明された場合
 を除いて——夫のこれを負担する(10)(同条2項)。

これらの規定と、一方配偶者の死亡に因り
 219条1項・2項と対比すれば、両者のま、全く
 同様の趣旨を規定するにともなはれざるであらう。
 可なり、離婚(婚姻無効を含む)、持別別産
 制、一方配偶者の死亡等の事実の発生以前の、

かりに夫婦の財産併合制に服していれしよ
 う。このとき、夫婦財産の不足は、原則とし
 て夫が負担する。他方剰余は、妻側からその1/2、
 夫側からその2/3を取得する。これし、一方配偶
 者の死亡によつてそれの際しては、相続から
 んでくることもあつて、同じ夫婦財産(遺産)
 のもとでも、妻が実質的に取得しようとする
 額は、他の二つの場合と比し、若干多くな
 らず(詳細は後述2.参照)。

以上述べた要に因りて、剰余の分割は、夫
 婦財産の解消されるべきの場合に、等しく
 とり扱われべきか。より具体的にいい換え
 れば、一方配偶者の死亡によつて解消と離婚に
 よつて解消とを区別すべきか、という実問題
 となる。民法は、これを見過ごさずとて、財
 産併合制に際しては、可なりな解消原因にお
 いて剰余分割を等しくとり扱つてい(11)。しか
 し、改正意見は、可なりな統一的方向に
 は進んでいない。かつて1957年に開催せられ
 た夫婦財産制に因りてシニボジウムにおいて、

7.

Deschemaux 教授は、離婚と死亡とを同様の処理を「すべき旨の主張をなしてゐる」ところから、1962年の「家族法改正委員会」Studienkommissionの手による一次草案は、後述すべきごとく、剰余割合の異なりを提案（一方配偶者の死亡の際には、生存配偶者へ剰余の全部を取得し、離婚の際には、それぞれ1/2づつ）をなしてゐる。

四、212-214条は、夫婦財産の解消・清算に關して規定するにすぎず、特有財産については及んでいない。夫婦それぞれの特有財産は、夫婦財産の解消によつて、直接的な影響をうけていない。それら、生存配偶者の特有財産は、いぜんとしてその所有物にとどまる。死亡配偶者の特有財産は、夫婦財産法上の清算対象とはならず、相続法上の規定にしたがひ、遺産に対して相続人の権利として、相続人に移行する⁽¹⁴⁾（後述2. 相続法上の清算との関係を見よ）。かかる帰属の根拠によつて、法は直接これに言及するところからいへば、Keller 教授はつぎの如きことをいう。かかる帰属は、「規定の文詞

によつて特有財産に關する規定の目的から帰属される」と⁽¹⁵⁾

しかし、各配偶者の特有財産も、間接的には、夫婦財産の解消によつて影響をうける。たとへば――

1) ある財産物件が、夫婦財産、特有財産のいずれに帰属するかによつて、争ひのあるところ。この場合の立法責任によつては、196条1項（これは夫婦財産内部への帰属の争ひに關する）ではなく、特有財産の立法責任に關する193条が適用される⁽¹⁵⁾。

2) 妻の特有財産債務が夫婦財産から弁済せられぬ場合、それによつて逆に夫婦財産へ負担する債務が、特有財産から弁済せられぬ場合には、その補償請求は、婚姻中においてこれをなすことによつて（209条2項）。しかし、婚姻中の補償請求権が、請求・履行せられなければ、夫婦財産の解消の際には、夫婦財産および特有財産との間に、これの清算されることを要する。

五、¹⁾、夫婦財産法上の清算は、夫婦の内部的・対内的夫婦財産制 *interne Güterstande* にしるべき行為として行われる。夫婦財産関係は、対内関係（夫婦間及び一方配偶者と他方配偶者の相続人間）と対外関係（夫婦と第三者間）とに異なることありう。これと云ふ、夫婦間では別産制を合意し、その旨を夫婦財産登記簿へ登記・公表して「TF」の場合にこれに依る⁽¹⁷⁾（248条1項参照）。

前述した夫婦財産法上の清算の内容は、債務負担の問題を別として、積極財産の分配、補償請求権、剰余・不足の分配^劃、負担はすべて夫婦の内部的・対内的な問題である（なお、夫婦財産法上、「対内的」という語は、他方配偶者の相続人をも含めて用い⁽¹⁸⁾（248条2項参照）。
 これゆえ、夫婦財産法上の清算は、原則として、夫婦の対内的夫婦財産制にしるべき⁽¹⁹⁾。これによつて、これと云ふ、夫婦間ではなんら夫婦財産契約を締結しなかつた夫婦が法定財産制に依る財産併合制に服する場合には、これに依る

が、清算が行われる。さらには、夫婦間では別産制、財産共通制等の契約財産制が合意され、その旨を夫婦財産登記簿へ登記せられたか否かにかかわらず、別産制、財産共通制にしるべき清算が行われる。以上を明らかりたいとく、対外関係においては夫婦間の財産制に服するにかかわらず、純粹に夫婦内部の財産制にしるべき清算が行われるのである。これゆえ、212条-214条の規定は、夫婦が対内的に財産併合制に服する場合に適用されることとなる。

夫婦財産関係は、婚姻の継続中に変更されることありう。これと云ふ、婚姻当初は財産併合制に服していても、その夫婦財産契約により、財産共通制、別産制等の契約財産制を選擇した場合にこれに依る。その、夫婦間では財産制が変更せられた場合、いふ所の財産制にしるべきこと、夫婦財産の清算が行われるか問題となる。これによつて学説は、一致して配偶者の死亡の時点を以て、

夫婦が服していつい財産制が、清算の基準となる、とある⁽²¹⁾。したがって、2前述の例では、財産共通制、別産制における清算(この場合、結局は189条前述の手続による清算)が基準となる。

六、夫婦は相互に、夫婦財産法の射程距離の外に位置する法律関係に服してゐることありうる。たとえば、二個(おとらおしも二筆の土地とはかぎらぬ)の土地の区画のため、境界上に塀、生垣、隔壁等の設備を設置された場合には、境界設備は相隣者の共有と推定される(670条)。さらには、652条54条に規定される^合有関係に立つことあり⁽²²⁾。さらうな権利関係は、一方もしくは双方の配偶者の死亡により、当然に解消されるべきものでない。もしかろうな権利関係が、一方配偶者の死亡により解消(たとえば、民法345条1項債247, 545条1項2号以下)されるときには、それ⁽²³⁾の規定にしたがつて清算される。この清算は、夫婦財産法上の清算とは異なる。

2. 相続法上の清算との関係

一、民法では、生存配偶者に2種の権利を与えらる。すなわち夫婦財産法上の請求権(214条1項)⁽²³⁾と相続法上のそれ(相続権)である。と：3で、これらの権利を主張する前提として、相続による清算すなわち相続法上の清算と、夫婦財産法上のそれとは、区別されることを要する⁽²⁴⁾。

剰余は、後述のとく、夫婦財産の清算により、2生じる積極残額 Aktivsaldo を意味し、214条3項に相当する夫婦財産契約の存しない限り、同条1項にしたがつて2分配される。すなわち、その半分は夫もしくはその相続人に帰属し、その半分は妻もしくはその直系卑属に帰属する。他方、民法462条は、夫婦が服する夫婦財産制にかたつてそれであるかにかかわらず、先死した配偶者の遺産について、~~所有権~~所有権もしくは用益権(場合によっては、所有権および用益権)を生存配偶者に与える。

生存配偶者の相続権に關する462条は、婚姻を基礎とする人的結合 persönliche Bande に基

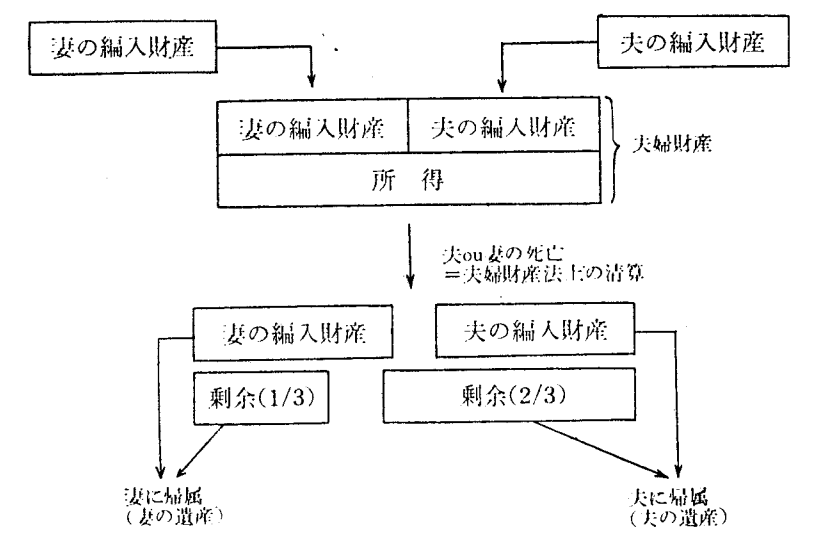
13

づく権利である。いいかえれば、緊密な人的
共同体としての婚姻に基づき、かつ159条3項
 (婚姻の効力としての配偶者相互の権利義務)を根拠
 とする配偶者の扶助義務 Beistandspflicht の表
 現として現われる⁽²⁵⁾。しかし、配偶者相説
 権は、生存配偶者をしり可能な限り従前の
 経済的地位~~と~~かわらない地位を保持せしめる
 ことを目的とする⁽²⁶⁾。

これに反し、214条1項を根拠とする生存配
 偶者の権利は、死亡配偶者の遺産にかかると
 権利は下く、夫婦財産の清算の結果生じた積
 極財産にかかわるわけであり、それゆえ夫婦
 財産法上の性格をもつ⁽²⁷⁾。214条1項の規定は、
 「ゲルマンシャツ的側面を根拠とする、包~~括~~目的
 かつ他方配偶者と共歩する経済的共同体とし
 ての婚姻の思想をその根拠とする」⁽²⁸⁾。いいかえ
 れば、相説権の~~ごとく~~ 緊密な人的関係に立
 つゆえに~~残余持分への参加が~~肯定せられる
 のではなく、夫と同様に妻も残余の形成に参
 与する beitragen による、残余への参加が認

められるのである⁽²⁹⁾。その意味では、相説権の
 ごとくとくに妻の経済的地位を保全するにと
 り目的があるのではなく、むしろ形成せられ
 る残余を分配するといふ補償思想 Abgeltungsge-
danke を基礎とする権利と捉えられる⁽³⁰⁾。

二、夫婦財産法上の清算と相続法上のそれ、
 異なる遺産分割とは、理論的に以上のごと
 と相違を有している~~のであるから~~、両者の違い
 について、理解を助ける意味で、簡単な図を
 示しておく。



214条1項によれば「夫婦財産は妻の財産と夫
 の財産とを分離して、その残余、アル場合ハ、ソ
 の1/2ハ妻マシハソノ返系卑属ニ帰属シ、ソノ

15.

残余ハ夫マヨハソノ相続人ニ帰属スル」。こ
 こニ同項ニイフ「妻ノ財産」≪ Frauengut 〉トハ、
 妻ノ「編入財産」ヲモテトハ、図ニヨリ明ラ
 カキアル。此レ、こノ残余ノ算定ニ際シテ、
 ノ基礎トナシ財産ノ「ル」ハ、特有財産 (191条1号、2号ノ「ル」キヤクニ基ツクそれト同条
 3号ノ「ル」キ法定特有財産トノ双方ヲ含む)
 ノ含テレ「ル」コトニ注意スルコトニアル。
 各自ノ特有財産モ含メテ、夫婦財産法上ノ
 清算ト相続レ「ル」コトノそれ、チ「ル」遺産
 分割ニヨリ清算トモ契約スレバ、「ル」
 表現スルコトカキアル。

1) 夫ノ妻ヨリ先ニ死亡シ「ル」トキ
 トキ夫婦財産法上「ル」コトノ清算ノ結果、妻
 ハ、「残余ノ」ト「妻ノ編入財産」(厳密ニイ
 フ、これニ代ワリ代償物「ル」
 補償請求権ヲ含む。後述参照)ヲ取得シ(此レ
 シ、法的処理トシテ、「残余ノ」モ夫ノ遺産ニ含メテ考
 えラレ「ル」
 特有財産」(此レシ、これは213条ノ夫婦財産法上

ノ清算結果トシ「ル」ヲモ取得スル。他方、相
 続レ「ル」コトノ清算・分割ノ対象トナル夫ノ遺
 産ハ、「残余ノ」ト「夫ノ編入財産」ト「夫ノ特有
 財産」等ニ構成スル。此レ「ル」妻ハ、夫
 ノ遺産ニ対シテ、「ル」法定相続権(462条)モシ
 クハ死因処分ニ基ツク権利(此トイフ、473条1
 項・2項ニ基ツク用益権。此レシ、
 将来ノ再婚ニ際シ「ル」縮減スル、同条項
 参照)ヲ主張スルコトニアル。此レシ、相続
 レ「ル」コトノ法定相続分ノ割合ハ、夫婦財産
 制レ「ル」コトノ残余ノ法定ノ割合ト異ナリ、
 「ル」
 生存配偶者「ル」
 なる。

2) 妻ノ夫ヨリ先ニ死亡シ「ル」トキ
 トキ夫婦財産制レ「ル」コトノ清算「ル」妻ノ
 遺産ハ、「ル」
 なる。

夫婦財産法上ノ夫ノ取得分：「~~残余ノ~~残余ノ」ト
 「夫ノ編入財産」ト「夫ノ特有財産」………①

相続法上ノ夫ノそれ(=妻ノ遺産)：残余ノ」

+「妻の縮小財産」+「妻の特有財産」………②

これゆえに、妻の死亡により、夫は、「①財産」と「②財産×法定相続分率」との合算した財産を取得することになる。

三、以上より、このことから明らかになると、相続人に帰属すべき部分を知らぬ以上は、①夫婦財産法上の清算による、生存配偶者がいかなる財産物件を取得するか、②夫婦財産法上、生存配偶者が死者の相続人に対して、いかほどの債権を有するか、もしくは逆に、相続人に対していかなる債務を負担しているか、等の事柄が前提として確定していることを要する。

これらの事柄の事実とは後述可とするとして、とくにこの三つの点を指摘しておく。

まず第一に、後述可とするとして、夫婦財産法上の清算は、現実にはこの遺産分割に先行し、かつ事実上個々の財産物件が分離されることを要するわけではなく、計算上のみ抽象的に分離されることになり⁽³¹⁾。

すなわち、214条1項を素直に読めば、剰余は、遺産分割に先立ち妻（もしくはその直系卑属）や夫（もしくはその相続人）が、所有権に基づく請求権 Eigentumsansprüche として先取りしようとするものと読める。しかし、通説は、つぎのとく⁽³²⁾。妻が先死し、その直系卑属が存在する場合には、夫婦財産法上清算された、妻の「方の剰余」は、直接卑属に帰属するのではなく、妻の遺産に帰属する。その結果、現実の問題としては、夫もまたその相続分に応じて、この「方の剰余」に帰属すべき財産物件にかかりうる、と⁽³³⁾。

すなわち、妻の死亡に関する212条1項は、夫婦財産法上の清算がなされたから、なお生存配偶者たる夫が、相続権等の相続法上の請求権 erbrechtliche Ansprüche を主張しようとするを明言する。これに反し、夫の死亡に関する213条は、妻の相続権等にはなんら触れていない。212条1項および213条を対比して、文理解釈をすれば、妻は相続権等の主張をなすえない、

19.

との帰属を争く余地はない。

しかし、これより夫と妻とを、そのいずれが死亡したかにより、相続権等によって区別しなかつたこと、生存配偶者たる妻がそれらの理由(相続資格や相続放棄)により、相続権を喪失していかざり、夫の遺産に対する相続権等の主張が可能である。学説もこの趣旨を明言ないしは当然の前提とあり⁽³⁴⁾。この理は、たんに462条に規定されることと法定相続分に基づく権利のみならず、たとえ473条のことと死因処分に基づくそれとも相当する。それゆえ、被相続人たる夫が、死因処分により、遺産のすべてについての用益権(745条以下)を与えた場合(473条1項・2項)には、妻がこれを取得する⁽³⁵⁾。

四、つぎに、一方配偶者の死亡すれば、夫婦財産法上の清算と相続法上のそれとの双方の清算が必要となるのが通常であるが、ごく稀には、前者の清算を必要とする場合がある。死亡配偶者より生存配偶者以

外の相続人(所有権を譲渡した場合のそれとはなく、広義の譲渡権行使前のそれを意味する)が存在しない場合と、両配偶者が同時に死亡した場合とがこれにあたる。

まず前者、生存配偶者が、被相続人の唯一の相続人であるとき、相続税を査定するに必要と、その清算の必要性の余地を残しているから、民法上は、夫婦財産法上の清算は無用である。死者の諸権利、すなわち夫婦財産法上生じてそれと、本来は死者の生存配偶者以外の相続人に帰属するばかりしそれのみならず、唯一の相続人たる生存配偶者に帰属するからである。夫婦財産法上生ずべき生存配偶者に対する死者の債権・債務も、混同の法理(債118条)により消滅する。

なお付言すれば、とくに妻が死亡し、娘女が直系卑属以外の相続人を残した場合に、妻の歸入財産が当該相続人等(夫を含む)に帰属するということの意味で、212条1項の清算は必要である。これに反し、214条の意味での剰余・不足の清算は必要ではない(ただし例外的に、妻が不

不足を生ぜしめらば、妻の相続人がこれを負担すること
を要するに、不足の清算を必要とする)。なぜなら、
妻の死亡に際して、妻側の剰余分割当事者は、
夫の場合のごとく相続人 (Erben) ではなく、テク
スト上妻の直系卑属 Nachkommen からなると
いえるからである。

すなわち、夫婦が同時に死亡したとき、もし
いかにいかに長く生存したかを立証できないか
るとき (32条2項) は、夫婦財産法上の清算を
必要とする場合はある。両配偶者の相続人
が、共通する人 (とくに共通の卑属) である場合
には、清算は無用である⁽³⁴⁾ (なお、夫婦相互の相続
権については、542条1項・2項参照)。これに反し、両
者の相続人が異なる場合、いかにいかに、相
続人 A が夫の相続人ではないか、妻の相続人
ではないか (一方配偶者に相続人が存しない
場合も含む) には、清算を必要とする。しかも
この場合には、214条の剰余等の分割をも必要
とする。

五、これをふみてもとより、夫婦

財産解消の概要が明らかとなる。とくに、
夫婦財産の清算に際して登場する問題は、こ
とより夫婦財産中の積極財産の分配の問題にか
がらぬのではない。これに付随して、以下
の問題が生じる。たとえば――

1) 夫婦財産の債務を誰が負担するか (次節3.
「債務の処理」を扱う)。

2) 夫婦財産の解消により、その構成財団に
なる夫の財産と妻の編入財産のトレーパーは、
法的にも事実的にも、新たにそれぞれのもとの
支配に服する。それゆえ、両財団相互間の不
当利得は、補償請求権 (たとえば、199条、201条
3項、209条1項、212条2項、213条) の形式で清算
される。この問題は、具体的には、生存配偶
者と死亡配偶者の相続人ととの清算される。

3) 生存配偶者と死亡配偶者の相続人ととの
夫婦財産法上の債権関係は、それぞれが夫
婦財産の剰余もしくは不足に対して有する
持分・負担部分によつて、さらに影響をうける。
剰余もしくは不足の算定およびそれらの分配

負担は、214条にこれを規定する(剰余不足によつての持分・負担部分の夫婦財産法上の清算への影響によつては、次節4.「清算」の具体例を参照)。

よ: 次節に於ては、具体的に清算手続等に触れなから、これら問題に少し立ち入りてみる。

78 1.1

(1) ここで本頁に關する立法資料を示して置く(下、212条-214条に關する)。VE Art. 218, 240-44; Erläuterungen S. 119ff., 162ff., 191ff.; E Art. 204, 228-30; Botschaft 31f.; StenBull 15 S. 689ff., 701ff., 710ff., 1135, 1138, 1140f. Vgl. auch BGRB aF §§ 1420, 1421, 1423, 1424.

(2) 又、民法の施行(1912.1.1.)によつて、旧民法との關係に於ては、これに於て(Berner) Einföhrungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vom 28. Mai 1911 (zit EG) 148条以下をみよ。このテキストは Zürcher Kommentar の第6巻に45頁以下をみよ (insbes. Bern (S. 390ff.)) 1. Teil

(3) Keller S. 135.

(4) z.B. Haller S. 10. anders Glarus BÜngG § 131. (又、1917民法198条(下、1975年改正前のテキスト)参照。

(5) 遺産分割との關係に於て、各相続人は当然に契約による法律の規定(下、これに604年2項, 605-6条)により、分割を禁止せしむる場合を除き、いつでも遺産の分割を請求する(604年1項)。しかし、相続開始の際の胎児の存在を斟酌するに於て(下、生じて生ずるべきときを要する、544条参照)には、胎児出生のときまで、遺産の分割を延期(取り上げはらう) (605年1項)。かかる場合、妊婦は母は自己の利益に必要の限度に於て、未分割遺産 Gemeinschaftsvermögen, bien indivis に於て利益請求の Anspruch auf den Genuss, droit dans l'intervalle à la jouissance を有する(605年2項を、又、ド民1963年, 2043年, 2141年参照)。

よに、かりに(胎児)の存在に於ても、生後配偶者たる妻は、被相続人の死に於て、被相続人の死の後1ヶ月間、遺産に於て利益請求権を有する(606条, 又、ド民1969年参照)。よに、ドイツ語テキストおよびイタリヤ語テキストでは、利益を行使し得る以外に、被相続人との同居を要するが否かは明らかでないが、フランス語テキストはこれを要する。

- (6) 明和約には、Keller S.136, 171.
- (7) Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.2. u.M. Droim S.578f.
- (8) さらに、最近の離婚裁判に於て夫婦財産の清算の割合が

増加して来た(下の図は、Deschenaux/Tercier S.64 に引く)

	夫に		妻に		合計	
1911/15	17,272	92.03%	1,536	7.95%	18	0.02%
1931/35	19,085	86.37%	2,788	13.52%	25	0.11%
1951	20,369	82.48%	4,295	17.37%	31	0.13%
1961	21,729	82.05%	4,737	17.89%	16	0.06%
1966	23,836	82.77%	4,944	17.17%	19	0.07%
1969	25,220	80.80%	5,980	19.16%	12	0.04%
1970	24,771	79.43%	6,405	20.57%	11	0.04%
1971	24,526	77.69%	7,035	22.28%	8	0.03%

- (9) なお、離婚裁判に於ける夫婦財産法上の清算(154条)については、今後の資料として、後日別稿を執筆予定との事、これを主要な事柄を述べたにやらずに、Vogel, J., Ehevertrag und güterrechtliche Auseinandersetzung. ZBJV 50 (1914) S.122-29.
- Blocher, E., Ueber die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei der Ehescheidung. ZSR nF 36 (1917) S.250-86.
- Brandenberger, E., Die vermögensrechtlichen güterrechtlichen Auseinandersetzung nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich. Stuttgart-Ravenburg, Verlags- und Druckerei-Gesellschaft. 1933.
- Grendelmeyer, P. C., Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung nach

schweizerischem Recht (unter Ausschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung). 1933. — Huber, J., Die güterrechtliche Auseinandersetzung infolge Ehescheidung. Diss. Bern. Bazenhaid, E. Kalberer Buchdruckerei, 1936. — G schke, R., Die Anfechtungsklage bei g uterrechtlicher Auseinandersetzung. SJZ 34 (1938) S.273-80. — Knapp, Ch., De la convention ou du procès ainsi que du jour o  se règle la liquidation des biens au cas de divorce. JT 92 (1944) I S.68-77. — Specker, K., Eheg uterrechtliche Auseinandersetzung. ZVW 1 (1946) S.3-7. Resumé: S.8f. — Loeffler, F., Der Anspruch aus gemischter Lebensversicherung in der güterrechtlichen Auseinandersetzung bei gesetzlicher Erbfolge, Begünstigung und bei Uebertragung durch Verfügung von Todes wegen. SJZ 48 (1952) S.133ff. — Murbach, H., Die prozessuale Behandlung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Ehescheidung nach schweizerischem Recht. Winterthun, P. G. Keller, 1954. — Kehl, R., Die finanziellen Ansprüche der Frau bei der Scheidung. Zürich, Roke-Verlag, 1959. (SA. aus: Die Frau). — Der Lidloch-

anspruch eines Ehegatten, der während der Ehejahre erworben wurde, ist bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung in der Ehescheidung nicht zum Vorschlag zu zählen. SJZ 56 (1960) S.92f. — Bühler, A., Die ehevertragliche Aenderung der Vorschlagsteilung bei der Ehescheidung. SJZ 70 (1974) S.117ff.

(10) 特別のいは法定別産制に降ちて夫婦財産の清算に關しては、Gmür, Egger, Lemp の各エッセイのほかに、Keller S. 86, 88, 95; Haller S. 55 等の文献を参照せよ。この分野と直接関係とある論文は皆無に近しい。さしあつて、Kappeler^{ler}, W., Die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Wechsel des Güterstandes während der Ehe. Diss. Bern. (1939. Bern, Buchdruckerei G. Grunau,

(11) 一方は、剰余・不足の分配に關して 219年3項 (夫婦財産契約に基いての特約) の不足だが、尚ほ 154年・189年に基いて夫婦財産の清算に關しても、同様に適用せよ。vgl. Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.3 (ただし、剰余に關しての言及はあり)、この趣旨を明言してはいるが、これを前提とせよ)。この、財産併合制から財産共通制への移行に降ちて夫婦財産の清算に關しては、z.B. siehe Lemp, Kommentar Art. 189 N.69.

(12) Descheaux S. 585a.

(13) Studienkommission S.140. その他、婦人団体等の改正意見に關しては、z.B. siehe Kauer S.112 Anm.8.

(14) 簡潔には、拙稿「特有財産」24-26頁参照。

(15) Keller S.136. 結果同説、Tuor, ZGB S.191.

(16) 之に關しては、拙稿「法定特有財産」98頁以下参照。

(17) 詳しむに關しては、拙稿「夫婦財産契約」(2) 51頁以下参照。

(18) 拙稿「夫婦財産契約」(1) 55頁脚注および(2) 53頁参照。

(19) 通説・判例。z.B. Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.6; Knadolfer S.3. 裁判例として、BGF 66 II 236f. はこの理を前提とせよ (それは、夫死後生存配偶者と夫婦間に生じた娘との争い。争いの中心は、妻の財産の補償請求権が、消滅時効にかかっているか否かの点にある)。

~~(20) z.B. Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.7.~~

- (20) 子.B. Lemp, Kommentar Art. 212/3 N. 7.
- (21) vgl. BGE 18 III 44. 夫婦がホテル、療養所等の附屬設備を有する土地を妻の父から取返し、登記簿上合有 Gesamteigentum として登記。夫が破産の際、異議申立てを以て例(210年, 211年参照)。判決は、妻として取柄財産の取戻権(210年3項)および優先権(211年)を認めず。
- (22) 通説・判例。子.B. Knapp S. 98 Nr. 202ff.; Lemp, Kommentar Art. 212/3 N. 8; BGE 78 II 310f. 本判決は離婚の際の夫婦財産の清算に関する。単式組合(債 544年1項)が、夫婦財産契約に「子財産共通制が締結せしめられた」とし、編入財産にあつたものと、二中についての補償請求権に関する事案。夫婦が土地を買入れ、二中を登記簿令 Grundbuchverordnung 33年3項に規定せしめた合有登記を以てし、判決は二中を単式組合にあつたと解し、それゆゑ合有財産の清算は、組合法に「二中が」ものとする。
- (23) 下例。以下は法定財産制に限定して述べらる。
- (24) 通説・判例。vgl. 子.B. BGE 9 505, 14 60, 12 I 244. Escher, Kommentar Art. 462 N. 5; Tuor, Kommentar Art. 462 N. 57a; ders., ZGB S. 191; Keller S. 145; Knadlfer S. 2ff.

- 夫婦財産法上の清算は、相続法上の二中の前提とする。なぜなら、二中が「二中」といふは——少くとも計算上二中が「二中」——此者の遺産の範囲が確定する。この遺産について生存配偶者が相続法上の持分を以て(462年, 471年4号, 473年)。したがって生存配偶者の相続分は、夫婦財産法上の請求権には依存しない。
- (25) vgl. Lemp, Kommentar Vorbem. Art. 159ff. N. 2.
- (26) Escher, Kommentar Art. 462 N. 2; Tuor, Kommentar Art. 462 N. 7; BGE 92 II 320. 31他、拙稿「生存配偶者」(1) 56頁参照。
- (27) Huber, Erläuterungen S. 193 以下の通説・判例。子.B. Gmür, Kommentar Art. 214 N. 23; Egger, Kommentar Art. 214 N. 10; Lemp, Kommentar Art. 214 N. 11; BGE 82 II 488. (下例は離婚の際の清算例)。
- (28) Knadlfer S. 3 に於て。31他、二中 Liebnich S. 4 は、214年12項が「二中」の要素を実現したものと採らる。
- (29) 妻が現実に剰余の形成に寄与したかどうかは尚疑問である(通説・判例)。vgl. Knadlfer S. 5; BGE 82 ~~II 486~~ II 486; SJZ 57 (1961) 195 Nr. 69. 107. 剰余の分配に^(前掲)参加する権利は、「二中」の清算は、夫婦財産契約上の清算に依り、二中を以て清算するものとする。(通説・判例)。Egger, Kommentar Art. 214 N. 4; BGE 82 II 486 前掲; SJZ 65 (1969) 315 Nr. 152.

(30) z.B. Knadlfer S.4. 結果同説, Egger, Kommentar Art. 214 N.2. 注: 剰余規定の発生次第に於て, insbes siehe Knadlfer S.18ff.

(31) z.B. Tuer, ZGB S.194 はこの趣旨を認めておられる。

(32) Tuer, a.a.O.

(33) 二つに分けて直接答へる公表せしむる裁判判決は存しない。
(しかし、BGE 80 II 195ff. は傍論として「... 1/3の剰余(七)遺産に属し、彼(夫)は二つに分けての遺産分割に關しては...」の場合、(夫の ~~相続~~ 請求権は、) 相続共同体に於ける債権、その中から夫の妻側に於ける債権を以てし、...」と。

(34) Lüscher, a.a.O. (第2節脚注3引用文献), S.45ff.; Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.10.

(35) 他面、夫婦財産法上生じた不足は、原則として夫の負担となす結果、夫の遺産額が縮小し、生存配偶者の妻は、相続上の資格で加わりの遺産分割に於いては、この縮小遺産で満足する必要がある。Näheres z.B. bei Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.10.

(36) これは、子Aが夫(父)の相続に於て、放棄・欠格等の事由の存する場合に、子A・Bが「二つに分けて」共同の相続人と解するかのことは、文献上明白ではない。

第9節 夫婦財産法上の清算

一、夫婦財産法上の清算は、具体的にいかん手順に基づいて実行されるのであるのか。清算と遺産分割の規定との関係は次節でとりあげ、本節では、1. 清算対象としての夫婦財産、2. 夫と妻の財産への解消、3. 債務の処理、4. 清算の具体例、5. 補償請求権、の順に具体的な清算手順を概観する。

夫婦財産法上の清算として、2種類の清算が存在する⁽¹⁾。その一つは、所有関係 Eigentumsverhältnisse の分離であり、他の一つは、夫婦

財産に対する両配偶者の価格持分 Wertanteil
 の清算である。前者の清算は、講学上「所有権
 分離」Eigentumsausscheidung と呼ばれる。所有
 権分離は、婚姻の解消、夫の死亡によるそ
 れである、また、また妻の死亡によるそれであ
 る。この二つは同時に進行し、その清算手続
 は比較的簡単である。これに対し、後者の清
 算は、講学上「財産分離」Vermögensteilung
 と呼ばれる。財産分離は、所有権分離のこ
 と、夫婦同時に進行することが不可能であり、個
 々別々の処理を必要とする。

二、本論に入る前に、これら二種の清算を
 概観しておこう。

まず第一に、妻の編入財産がいまだ現存し、
 それを夫の所有に移行せしめ、妻の所有にとど
 まるか、という点の確定される。これが現存
 するとき、妻は現物にて *in natura* 引渡さ
 れる。妻の編入財産を除いたその余のすべての
 財産は、原則として夫の所有にとどまると
 なる。妻が自己の所有(物)であることを立証しな

らなければ、夫の財産である。未消却の
 債務も、それぞれ配偶者に分離される。これ
 とは、各自の婚姻前の債務、相続した土地
 と結びついた債務にこれにあたる。

次に、夫婦財産が、代償物 *Ersatzstücke*
 の調達や編入財産の価格変更によるほか、そ
 の構成内容が変化するから、このときは、夫婦
 財産法上の清算は、前述した所有権分離をも
 つて終了する。ところが、そうではない場合に
 は、つぎのような清算手続を必要とする。

まず、編入財産の構成内容が変化しるとき
 は、夫に対する妻の補償請求権もしくはその
 逆のそれが生じる。かかる補償請求権は、一
 方配偶者の死亡とともに、弁済期に達する。
 相互の債権が存在する場合には、相互に相殺
 される。

他方、夫婦財産の価格が増減したときは、
 夫婦財産の各構成財産の負担する債務を控除
 してのみ、現物にて現存する財産の所有者
 へ割り当てられ(その際、自然的な価格の増減は問題

と異なる)から現存しない物件に対する補償請求取の問題が登場する。これらを清算してのち、なお積極残額 Aktivsaldo が残るとき、剰余を生じることとなる。逆に、財産から債務を弁済することから、夫婦それぞれが編入財産を返済・引渡す資力が不足する場合は、不足が生じることとなる。剰余・不足の問題は、次章の対象となる。



1. 清算対象としての夫婦財産

一、夫婦財産の概念・内容についてはすでに詳述した。さらに明らかにしたこととく、夫婦財産とは、原則として積極財産のみを意味する。とすると、夫婦財産の清算とはいつても、その所有権関係の点では、原則としてこの問題の対象とならない。なぜなら、Karrer 氏もいうごとく⁽⁴⁾概念的には所有権は別所有であり、また夫婦財産の解消により、夫婦間の所有権関係に変更が生じるものではないからである。

二、この問題とあるのは、その解消または清算の対象となる夫婦財産とは、いかなる時点での夫婦財産かという点である。遺産分割と同様に、夫婦財産法上の清算の具体的にはこれを実行されるべきには、一方配偶者の死亡のときから、いくばくかの時日を経ているのを通常とするので、かような問題が生じる。これについて学説によれば、夫婦のうち先に死亡した配偶者の死亡した時点での夫婦財産の清算の対象となるものとされる⁽⁵⁾。

それによつて、一方配偶者の死亡の時点において、もはや存在しない財産(物理的もしくは法的に消滅・滅失したそれ)もはや夫婦財産に帰属してはいない財産(たとえば、一方配偶者の編入財産もしくは所得か、夫婦財産契約により他方の特有財産とせられた財産)は、もはや解消の対象とはならない。同様に、死亡の時点ではいまだ夫婦財産に帰属しない財産、たとえば一方配偶者の死亡による損害賠償請求権、慰謝料請求権なども、清算対象とはならない。これ

らば、夫婦財産法とかわりなく、他方配偶者や相続人に帰属する。(162)

2. 夫および妻の財産への解消

一、一方配偶者の死亡により、夫婦財産はつぎの二つの財産団に分離される。すなわち、

① 妻の縮入財産(195条1項)、② その他の余の所有の財産へと。ここに②の財産には、妻の縮入財産以外のその他の余の所有の財産(すなわち、既述の如く、妻の特有財産は夫婦財産には含まれていないので、これを含まない)、とくに夫の縮入財産および所得をいう(195条2項・3項)。
 したがって、所有の所得 Erzungenschaft も夫の財産に属し、(191) また妻が、妻の所有に属する旨を証明しえなかつた財産も、夫所有の原則とされること(帰属)として、夫の財産とみなされる(196条1項を根拠とする)。

①・②各財産団への帰属については、婚姻時の財産ではなく、死亡の時点での財産(関係)の標準となる。212条と213条とは、後述の如く

く文詞が若干異なるが、各財産団への帰属については、妻の死亡したのかもしくは夫の死亡したのかは、それらの違いを生じない。ここにはとくに、妻の縮入財産について、この点を確認してみよう。妻の縮入財産に關しては、テグスト上若干表現のしかたが異なっている。すなわち、212条はこれに「妻の縮入財産」 das eingebrachte Frauengut と規定するにすぎないが、213条は、より明確に「現存する妻の縮入財産」 das noch vorhandene Frauengut (すなわち、テグスト上は筆者以下)と表現する(すなわち、イタリヤ語テキストは、ドイツ語テキストと同様の区別を認め、フランス語テキストはかような区別を用いていないが、これもこれに「妻の縮入財産」と規定する)。

上述のごときフランス語テキストに於ては、夫死亡(213条)か妻死亡(212条)かにより、分離される財産団の相違がないこと(明らか)と認められる。その財産団の内容 — とくに妻の縮入財産の — も不明確である。これに反し、ドイツ語テキストおよびイタリア語テキストによ

れば、分離せられたる財団の内容は、——とくに
 編入財産についていへば、「現存する妻の編入財
 産」であるから——フランス語テキストに比し、
 やや具体的である。しかし、これらテキスト
 から、212条と213条を異なる文詞を用いていよ
 うとせば、無用の誤解を生ぜしめられる。

これらの異はさておいて、結論において、
 妻側の団に帰する財産は、「妻の現存する編
 入財産」であるとすべしといへば、異説のみられ
 ない⁽¹⁰⁾。妻側からこれをみれば、妻の編入財産
 は婚姻当時とはその~~構成~~構成が変化すること
 あり、妻側の夫婦財産の清算により、自己に
 とり戻しうるものは、先に死亡した配偶者の死
 亡の時点において、その妻の所有に帰してい
 る財産にかぎられる。それから、婚姻当時
 妻の編入した財産（より正確にいへば、財産併
 合制の開始当時妻の編入したそれ）は、婚姻の
 継続中減少した分について、199条もしくは201
 条3項により夫の所有に帰した財産は、もはや
 や夫婦財産解消、清算に及ぶ。——後二者

はこれとて、現存していても——妻側の財団に
 は帰属しない（これらの問題は、補償請求権の形
 式で残存しかつ清算される）。これらの物件の
 代償物の形（たとえば、妻の持参金をテレビを購入
 し、一方配偶者の死亡の時点で、これらがお現存してい
 る場合）で存在している場合も同様である。

二、つぎに、夫婦間を法律行為にせられ、
 それに基づいて所有権は、他方配偶者に移転
 した財産物件も、その返へる例外を除いて、
 他方の財団に復帰するとはない。

1) たとえば、177条2項（妻の編入財産に関
 する夫婦間の法律行為について、後見官の承
 認を法律行為の有効要件とする）の要求する後
 見官の承認をえて、妻が自己の編入財産中
 のある物件を、たとえば、売買、贈与等によ
 り、夫の所有に移転せしめられた場合には、もはや
 妻の編入財産には復帰しない。

2) 1)とは逆に、妻の法律行為（たとえば、
 贈与もしくは売買）により、夫から所有権をえ
 た物件（かかる法律行為については、177条2項の適用が

41.

51) および夫婦財産制の解消の時点において、
 52) 夫婦財産中の妻の所有に係る物件は、夫の所有
 権へと復帰することはない。したがって、
 清算の際して妻側の財団に属する⁽¹¹²⁾

他方、一才配偶者の死亡により、所有権が
 復帰する場合がある。たとえば、受贈者として
 妻が、贈与者として夫より先に死亡した場合に、
 贈与の目的物へ贈与者へ復帰 Rückfall するに
 合意したとき(債247条1項)がこれにあたる。
 この復帰権 Rückfallsrecht は、才三者に影響
 することなくないが、土地もしくは工
 地に対する制限物権にあっては、土地登記簿
 に仮登記(959条)がなされる(債247条2項)。も
 っとも学説・判例は、債務法247条の趣旨をよ
 り一般化し、遅くとも夫婦財産制の解消の際に、夫
 から妻へ移行せられた所有権が復帰するべき旨の
 明示的・黙示的の合意を認め⁽¹¹³⁾

とくに Knapp 教授は、夫の財産(夫の特有財産、編
 入財産もしくはこれらの代替物を含む)からの出捐によ
 り、妻の名義で有価証券を購入した場合も、

42.

さらに妻の名義で預金等をなした場合に、い
 ても、一種の復帰権を肯定する⁽¹¹⁴⁾。これを受け
 る Lemp 教授は、かかる状況を生ぜしめ夫婦
 の意思に応じて、夫から妻への贈与の存在が
 肯定されるべき場合には、夫婦財産の解消の際
 して、当該物件が妻の財産にとどまるものと
 し、しからざり場合(贈与の意思なき場合も復
 帰の合意なきとき)には、妻の所有にとどま
 り、夫から妻に対する補償請求権を認めると
 いう形で、この問題を統一的に処理しよう
 あり⁽¹¹⁵⁾。結局、この問題は、当事者夫婦の意思
 解釈の問題に帰することになり。

なお、念のため付言すれば、夫婦の
 の編入財産も、編入当時のまま現存して
 物件のみを編入財産とするのではなく、その
 代償物件も、当該配偶者の編入財産として、
 清算の際して分離されることを要する。同様
 に、199条もしくは201条3項により、夫の所有に
 移行した物件(現金、その他の代替物もしくは
 債権の種類のみにより定められた無記名証券など)

も、夫の所有に帰する物件の分配を拒否せず、
 価格について、補償請求権を有するにすぎない
 から、夫に対してこれら物件それ自体の返還
 を請求することはできない⁽¹⁶⁾。妻の収入および
 妻の財産の天然果実も、195条3項により、
 夫の~~所有~~に帰属した場合も同様である。

三、かくのごとく、夫婦財産の解消により、
 両財産団が分離せられることから、つぎの帰
 結が導かれる。

1) 妻もしくはその相続人は妻の縮入財産
 を、夫もしくはその相続人はその余の財産の
 分配を主張しようとする。したがって、一方当事者
 (生存配偶者もしくは死者の相続人)は、当該物
 件の自己に分配されるべき権利を有するが故に、
 たとえ他方の意思に反してもこれを實現する
 ことが可能である。

2) 夫婦財産法上の清算の結果、他方当事
 者に対して有するその余の請求権(たとえば、
 補償請求権、剰余もしくは不足についての持
 分請求権)は、特定の物件の分配もしくは他方

当事者の所有に帰する物件の分配を拒否せず、
 金銭債権に帰するにすぎない。ただし、これによ
 りの債務者は、債権者が同意すれば、金銭
 以外の方法によつて履行することが可能であ
 る⁽¹⁷⁾。逆にいえば、債権者は金銭以外の請求を
 行はせない⁽¹⁸⁾。金銭債権が原則であるから、
 たとえ債務者が相応の金銭を所有せよ、債務者
 の積極財産を金銭に換価するにすぎないことにより、不
 利益を受りすぎない、この理はかわらない⁽¹⁹⁾。

四、夫婦財産が解消せられ、各当事者の
 財産をとり戻すについては、夫婦財産制が当事
 者(それやその相続人を含む)の内部的財産制と才
 三者に対する外部的財産制とが一致するかどうか
 により⁽²⁰⁾、若干その処理が異なる。

すなわち、外部的財産制と内部的財産制とが一
 致するときには、妻の縮入財産についての夫
 の管理・用益権が、一方配偶者の死亡とともに
 法律によつて消滅するということにより、
 夫婦財産が解消され、これによりすべてかく
 みつくされる。その結果、妻の縮入財産は、

45.

夫もしくはその相続人を過して、妻の相続人
 もしくは妻自身に引渡されねばならぬ。何
 らの物件についての所有権は、夫婦財産の解
 消によつては変わることもなく、相続法によ
 つて所有権の移転が生ずる。すなわち、妻の
 死亡の際には、その相続人が妻の編入財産
 の所有権となり、夫の死亡の際には、夫の
 財産は相続法により、その所有者が変更され
 る。

これに反して、外部的には、たとえは、財
 産統一制(199条)もしくは一般的財産共通制(215
 条以下)に服し、内部的には法定財産制にしか
 かつていないため、内部的な権利関係
 と一致しないときは、⁽²¹⁾ 前述の場合と異なり、
 夫婦財産の解消により、夫婦財産法上の所有
 権変更を生ぜしめる。所有権の変更は、たと
 え土地所有権にあつても、法律によつて当然
 に生ずる。しかつて、土地登記簿への登記
 を経ることなく、所有権が変更される。しか
 つて、実際的な物件の引渡は、かつても

46.

しくは新しい所有者(もしくはこれらの相続人)の
 請求に基づいて、さらには夫婦財産契約に基
 づいてとり返されることとなる。一才配偶者の
 死亡前に、死亡後の所有権変更を前提として、
 予めこれを夫婦財産制登記簿へ登記する必要
 はなく、さうな登記請求権は生じないものと
 される。⁽²²⁾

五、相続共同体もしくは共有の解消にあつ
 ては、当事者間の分割契約を必要とある。と
 りか、夫婦財産法上の夫婦財産の解消は、
 当事者間にさうな契約を必要としない。夫
 婦財産法上、前述のとく所有権の変更が生
 じるときも同様である。いかなの場合も、夫
 婦財産が法律上当然に、解消・分離せられる
 からである。⁽²³⁾

それゆえに、妻もしくはその相続人は、妻
 の編入財産が、夫もしくは妻の死亡の時点に
 おいて存在した状態に、妻の編入財産につい
 て制限物権を有する第三者の権利は、さうな
 物権の設定が妻の同意なく、たとえ夫の管

理権に基いて創設された場合でも、一方配偶者の死亡後も、その子も存続することになり、妻もしくはその相続人はかか子制限物権つきの権利を取得することになる。

3. 債務の処理

一、夫婦それぞれがの債務は、前述した別債務の原則により、各配偶者からこれを負担する。これに反し、たとえば、夫婦財産制を変更した結果、一方配偶者の所有財産が、他方配偶者の所有に移転したときは、新所有者たる配偶者から、当該財産の負担となる債務を弁済することとなる(188条2項)。この規定は、別債務原則の一例外である。したがって、別債務の原則は、財産併合制の終了によっても、なから影響をうけない。いしかえれば、夫婦財産の解消は、夫婦の才三者に対する債務には影響を及ぼさない⁽⁴⁴⁾。したがって、これら債務を有する生存配偶者は、いせんとして債務者に^ととらえる。

他方、死亡配偶者の債務は、相続法によつて、その相続人に移転する。相続人の遺産債務に対する責任は、連帯責任(債143条以下)である(民603条)。債務の相続人に移転する英は、抵当債務 pfandschulden についても変わらない。才三者に対する債務の夫婦の内部関係において、いおれの財団の負担とならば、夫婦間の補償請求権の発生に関し重要でありおれゆえ夫婦財産の剰余・不足の算定によつて、少からぬ影響を及ぼす。これに反し、債権者に対する関係では、前述した債務責任に^しにかうた、この問題は、才から影響をうけない。

二、別債務・別責任の原則は、一方配偶者から、他方配偶者の所有に帰属する財産を、給付すべき義務がある場合でもかわらない。いしかえれば、夫から、妻の編入財産の管理者として、これと同意をえて、夫の名を締結された債務契約 Schuldverträge を、妻(妻死亡のときはその相続人)は履行すべき義務を負わない。

念のため書き添えれば、契約内容の履行義務を負担しないというのは、一方配偶者の死亡を原因とする夫婦財産の解消・清算の帰結としては、かかる債務を負担しないとの趣旨であり、相続の効果として、債務責任を負担するかどうかは、これとは別個の問題である。妻が夫の相続を放棄することにより、夫の相続人たる地位を失うことなく、その相続人であるときは、妻は、相続の効果として、相続人としての債務責任を負担することはない。

同様に、夫が妻の編入財産を、賃貸しはじめた(vermietenもしくはverpachtenのいふこと)、財産併合制の終了後、なお契約を継続して履行すべき義務は、原則として、夫自身もしくはその相続人のみ存続する⁽⁴⁷⁾。ここに、妻が賃貸借契約に同意したとしてもしくは賃借人たる第三者が妻の同意が存在したと主張しうるか(202条2項参照)といふことは、問題ではない⁽⁴⁸⁾。しかし、債務法259条、281条、281条bis、281条ter

の各規定は、ここに準用される。その場合妻は、「第三者」の地位にあり、可処分物の取得者 Erwerbenの地位にあるものとされる⁽⁴⁹⁾。

4. 清算の具体例

一、夫婦財産法上の清算を通じて、つぎのことか確定されるべきである。可処分、生存配偶者か、死亡配偶者の相続人に対していかん債権(請求権)を有し、彼らに対していかん債務を負担しているかを。これらか確定されることにより、生存配偶者か、死者の相続人としての分配に及ぶべき遺産の範囲が確定する⁽⁵⁰⁾。Lemp教授は、かかる清算を、とくに相続法上のそれと対比して、「夫婦財産法上の清算」güterrechtliche Auseinandersetzungと呼ぶ⁽⁵¹⁾。この清算においては、夫婦財産法上の諸規定に基づく請求権のほか、相続法上の請求権を除いて、その他のあらゆる請求権、たとえば物権法(たとえば、土地・建築材料の提供に関する671-673条、726条)、債権法(たとえば夫婦間の法律行為ほか)に

51.

基づくそれが包括される。夫婦財産法の側面からみれば、とくに夫婦内の補償請求権、妻(場合によってはその相続人)の請求権(とくに剰余の分割を求められ)、さらには夫(場合によってはその相続人)の請求権(とくに不足財産の全部もしくは一部を、妻の帰責事由に基づいて生じたことを根拠として、妻側に転嫁せしめようとする)等の問題が、ここでの主要問題となる。

二、剰余の分割については、次章に具体例を紹介するとして、ここでは、一時的清算の具体例を示すにとどめる。後述する例(第18節3. 四に引用した例)において、清算は下記の通りされる。

妻の特有財産に対する夫婦財産(夫)の補償請求権	-----	5,000
夫婦財産(夫)に対する妻の特有財産の補償請求権	-----	4,000
編入財産に代わって妻の補償請求権	-----	24,000
妻の編入財産に対する夫婦財産(夫)の補償請求権	-----	15,000
剰余財産についての妻の持分	-----	60,000
残額(夫に対する妻の債権)	-----	68,000
		<hr/>
		88,000 88,000

52.

上記の例においては、夫の死亡により、夫婦財産法上、妻は、8万フランの級々の固有財産⁷⁷⁷ + 夫の相続人に対する債権 68,000フラン = 148,000 Fr. を取得する。他方、級々の債務 1万 Fr. を弁済しなければならず、結局、純粋財産として、138,000フランを取得する。この額は、級々の純粋財産 79,000 Fr. (80,000 + 24,000 - 25,000 = 79,000 Fr.) + 妻の剰余についての持分 60,000 Fr. (180,000 x 1/3) = 139,000 Fr. から、妻の特有財産に対して、夫婦財産の所有する補償請求権、特有財産の反対債権をこえり 1,000 Fr. を控除すると、結局、139,000 - 1,000 = 138,000 Fr. と一致する。

夫の相続人は、夫婦財産の積極財産の35 295,000 Fr. (328,000 - 80,000) を得る。他方、夫の相続人は、妻に対して 68,000 Fr. の債権をもち、妻に対して 240,000 Fr. の債務を負う。総計 108,000 Fr. の債務を負う。その結果、相続人は純額 137,000 Fr. を取得する。この金額は、夫の純粋の編入財産 26,000 Fr. (32,000 + 14,000 - 20,000) + 級々の剰余持分 120,000 (180,000 x 2/3) と合わせると 146,000 と一致する、夫の特有財産に

対する夫婦財産の所有する補償請求権が持所有財産の反対債権をこえり 9,000 Fr. を控除すると、結局 $146,000 - 9,000 = 137,000$ Fr. と一致する。

つまり、夫婦財産が 125,000 Fr.、妻の負担に不足 20,000 Fr. とし、その余は同様とすれば、そのときは夫婦財産法上の清算はつまりのと一致する。

妻の持所有財産に対する夫婦財産(夫)の補償請求権	-----	5,000
夫婦財産(夫)に対する夫の持所有財産の補償請求権	----	4,000
編入財産に代わる妻の補償請求権	-----	24,000
妻の編入財産に対する夫婦財産(夫)の補償請求権	-----	15,000
妻の負担する不足財産	-----	20,000
残額(妻に対する夫の債権)	-----	12,000
		<hr/>
		40,000 40,000

上記の例においては、妻は自己の固有財産 8,000 Fr. を取得し、他面、夫の相続人に対して 12,000 Fr. の債権をもち、夫に対して 10,000 Fr. の債務を負う。その結果、妻は純額 58,000 Fr. を取得することになる。他方、夫の相続人は、夫婦財産から、45,000 Fr. ($125,000 - 80,000$) を取得する。これに、妻に対する債権 12,000 Fr. を加え

と 57,000 Fr. となる。ところが妻に対して、40,000 Fr. の債務を負う。その結果、純粋財産 Reinvermögen は、結局 17,000 Fr. となる。(31)

- (1) 水戸とく、Tuon, ZGB S.192f. による。
- (2) Ausführlich z.B. Tuon, ZGB S.184f.
- (3) Haller S.10.
- (4) Karer S.108f.
- (5) z.B. Keller S.137.
- (6) なお、夫婦財産制の解消に伴う生命保険金請求権については、z.B. siehe Lemp, Kommentar Art.214 N.28ff. und dortige Zitate. さらに最近の文献として、Kradolfer S.126ff. おおむ実務家の手による文献として、Kuhn, M., Die Behandlung anwartschaftlicher Versicherungsansprüche in der güterrechtlichen Auseinandersetzung. SJZ 71 (1975) S.153-60 がある。後者の文献は、離婚、法定別産制の発生(182条以下)、一方配偶者の死等による夫婦財産法上の清算に伴う生命保険金請

権利のとり扱いは、其中より簡潔に要約 (一方配偶者の
これによるものは、154-56頁参照)。

(7) 二重の^{以下}に属入財産には、妻の財産の代償として取得
せしめられた物件 (196条2項) および旧1382条の^{以下}代償
家具 Ersatzhaushaltungsstände も含み得る (vgl. Haller
S.10). 詳細については、第2節 1. 参照。

(8) 清算に際して、本文の^中二重の財産団に^中かつの
通説である。z.B. Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.14; Keller S.136.

(9) Freiburg Anst. 1918/22 27 (zit. Lemp, a.a.O.).

(10) z.B. Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.14; Keller S.137.

(11) a.M. Widmer S.359. 亦、離婚始 (婚姻の無効を含む)
や法定別産制の発生の際には、201条3項により夫の所
有に移行した物件 (とくに代替物) も、中か 取得する
べきであり、亦、妻の^{以下}に分離し得る (z.B. Haller S.10).
その結果、一方配偶者の^{以下}による夫婦財産の解消
と、その余の原因による^{以下}は、剰余の額が異なりである。

(12) 以上については、Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.16; Tuer,
ZGB S.192. 後者は^{以下}を例として、これは^{以下}
贈子の意思なく、所得の属する財産の営業収益から、
妻名義で土地を取得した場合には、妻の所有に^{以下}
なり、なり。

(13) vgl. BGE 58 335. 学説も^{以下}を^{以下}、z.B. Knapp S.17
Nr.76; Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.17.

(14) Knapp S.17 Nr.76.

(15) Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.17.

(16) z.B. Denzler S.88 Anm.4; Münch S.28; Lemp, Kommentar
Art. 212/13 N.18. a.M. SJZ 21 (1924/25) 78 Nr.76

(17) a.M. Münch S.70f.

(18) anders BGE nF § 1383.

(19) Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.17. a.M. Knapp S.296 Anm. 28.

(20) 拙稿「夫婦財産契約」(1) 55頁以下, (2) 51頁以下参照。

(21) siehe Lemp, Kommentar Vorbem. zum 1. Abs. N.18; 拙稿「夫婦財産契約」(2) 52頁。

(22) Näheres bei Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.20f. 亦、665条3項参照。

(23) 亦、当事者が^{以下}の^{以下}と異なり合意^{以下}の場合の処理
については、insbes. siehe Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.23.

(24) 通説。z.B. Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.25; Keller S.137f.

(25) 亦、学説は^{以下}の^{以下}。肯定説: Rosset et Mentha S.371;
Liebrich S.38f.; Denzler S.30ff.; Knapp S.112 Nr.374f. 否
定説: Gmür, Kommentar Art. 212 N.23; Droin, a.a.O.,
S.57 ^{1f.} 契約が通常の方法で締結^{以下}の^{以下}が^{以下}, 亦、同じ契約関係が^{以下}の場合
Roboz S.70;

(26) Lemp, Kommentar Art. 212/13 N.26. 亦、旧1423年
と旧1429-30年
を比較し。

- (27) vgl. BGB aF §1423.
- (28) Tuer, BGB S.191; 稿稿「特種財産」25-26頁参照.
- (29) Lemp, Kommentar Ant. 212/13 N.27.
- (30) 即ち、本利剰余が発生・増加 万あるに於ては、一方配
偶者、一方配偶者 (夫に於ては妻の一方中のみ) の一方が
消極的寄与が原因となり、剰余が発生せず も一方
増加 万あるに於ては、他方配偶者が一方配
偶者の一方の寄与の責任を担いしうが、積極
・消極の両談が中より、積極談が有力である。
vgl. hierzu Lemp, Kommentar Ant. 212/13 N.27.
即ち、第11節 五 参照。
- (31) 即ち、夫婦財産の清算に際して、相互の補償請求権
が問題となり、本文に述べた ような事も明らか
である (212条2項, 213条参照)。本稿では、中より詳細
を割愛す。中より、siehe Lemp, Kommentar Ant. 212/13 N.32-45.

10
第10節 清算と遺産分割規定

夫婦財産法上の清算は、具体的にいつからいつまで
手続に基づいて実現されるのか。212
条-213条はこれについて、さらに具体的な内容を
定めていない。そこで以下では、1. 清算ま
での夫婦財産の保全、2. 清算の時期、3.
清算の手続、4. どの点を中心として、相続法
とくに遺産分割に関する規定は、夫婦財産の
清算に際して準則と成りうるか、成りうる
のであれば、どの程度準則と成りうるかを、個々
の規定を通じて明らかにしてみよう。

1. 清算までの夫婦財産の保全

一、民法典は、夫婦財産の清算されたまでの
の保全手続について、さらに規定をも用意
していない。これに反し、相続開始後遺産分
割までの相続財産については、その保全に関
する規定が用意されている (551条以下)。夫婦
財産法上の清算に際して、551条以下の保全規
定が適用されるのか。通説はこれを

否定する⁽¹⁾。すなわち、「相続(財産)を保全するに
 ために定められた規範は、夫婦財産法上の清算
 には、直接的にも適用されべきではないし、
 また適用されべきではないし、また準用さ
 れるべきでもない⁽²⁾。なぜなら、財産併合制
 の解消されたら、編入財産および夫婦財産に
 ついての目録の調整もしくは205条2項による
 担保の提供を求める可能性がなくなるからで
 ある。しかし、妻もしくはその権利承継者で
 ある直系卑属が剰余の分配を受けるときは、か
 つて設定せられた担保はその効力を保持する⁽³⁾。
 さらに、夫はすべての夫婦財産について報告
 義務を負い、清算に関与する人は、それがい
 必要で報告をすべき義務を負う⁽⁴⁾。

と、この間、実際に剰余^余の分配がなされるの
 は、通常遺産分割の際してなされることもあ
 り、一方配偶者の死亡から多少時日を経てい
 ることも少なくない。そこでこの問題にも、
 剰余持分保持の必要があり、その際先記報告
 等のほか、相続財産の保全に關する551条以

下の諸規定と同様の保全手段が可能か、とい
 うの点については問題である。

二、これは、夫の死亡した場合に限定し
 てこれをみてみよう⁽⁵⁾。このとき夫の遺産は相
 続人に移行し(560条)相続人が複数存在する場
 合には、遺産分割まで遺産は、相続人全員の
 共有関係(相続共同体)の形成される(620条1項)から、
 財産について処分等を行うには、原則として全員
 の同意を要する(同条2項)。と、このスイス法
 上、妻が相続共同体の構成員とならざる場合とな
 らない場合とがある。そのいずれの場合かに
 より、この点の議論が分かれる。

1) 妻が相続共同体の構成員であるとき
 1) 462条1項は、生存配偶者が被相続人の直
 系卑属と競合する際に、生存配偶者に「1/2の用
 益権」かもしくは「1/4の所有権」かの選取権を与え
 る。選取権がいつまで行使されるべきかにつ
 いて法はなんらの規定をも用意していない⁽⁶⁾。
 しかし、妻はおそらくとも遺産分割の機会に選
 取することをする。さもなくば遺産分割の

実行されなければならずである。その意味で選択
 下、遺産分割に必要準備行為であるとわか
 れる⁽¹⁷⁾

かりに妻が用益権を選択せず「 $\frac{1}{4}$ の所有権」
 を選択したときは⁽¹⁸⁾、その他の被相続人の血
 族と競合する場合(462条2項)と同様(このときは、
 妻はつねに相続共同体の構成員となる)⁽¹⁹⁾に、妻も
 相続共同体の構成員となる⁽²⁰⁾。それゆえここ
 は妻は、相続共同体の構成員であることを根拠
 として、自己の剰余持分(214条1項の法定持分
 および同条3項の契約持分の両者を含む)を保全す
 る手段として、遺産目録の調整(553条1項3号)
 を請求することができる⁽²¹⁾。

この財産目録には、遺産に属する財産および
 債務のみが記載される。しかし、夫婦財産
 制によつて、生存配偶者に対してその余の相
 続人に帰属する債権もまたこれに含まれる。

これとは逆に、相続債務として、生存配偶者
 が夫婦財産制に基づいて、他方配偶者の相続
 人に請求しうべき債権がこれに記載されるこ

とを要する。したがって、生存配偶者の債権・
 債務を確定するために、事実関係の調査が
 行われる必要がある。その際、妻の補入財産
 の価格および相続人が妻に補償・賠償すべき
 価格等の調査の中心的課題となる⁽²²⁾。

2) 妻が相続共同体の構成員に非らざると
 き 他方、妻が⁽²³⁾相続人の直系卑属との競
 合に際して、「 $\frac{1}{2}$ の用益権」を選択したときは、
 それにより妻は受遺者に似た地位を取得し、
 もしくは473条以下の遺贈用益権 *Nutzniessungs-*
vermächtnis を取得する⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾。しかし、これらの場
 合には、妻は所有権者のあつまりたる相続共
 同体の構成員とはならない⁽¹⁶⁾。それゆえ相続共
 同体の構成員ならば有すべき目録調整請求権
 を有し得ないものとされる。しかし、ここは妻
 がかかる権利を有していないというのは、相続共
 同体の構成員であることを前提とする553条1項3
 号に基づきそれ(同条は、目録調整請求権者を「相続
 人」に限定する)を主張しえないというべきでない。

民法は、裁判所の遺産目録の調整を命ずるべ

き場合として、三種の事実を列挙(553条1項1号~3号参照)する。しかしこれら事実の発生は、連邦法としての民法上法定せられたいケイスにすぎない。民法は553条1項1号~3号のほか、とくにカントニ法に基き、目録調整命令の存在を予定する(同条3項参照)。財産(=正は所得)の封印 Siegelung に関する552条も同様である。したがって、もしカントニ法の民法の規定する事実以外に、特別の定めをなしておれば、妻は相続共同体の構成員か否かにかかわらず、552条の財産の封印⁽¹⁹⁾および553条3項に基き、目録の調整等⁽²⁰⁾を請求することも可能である。

これらの手段により、遺産の減少・変更を防ぐことも可能となる。結婚生存配偶者は妻が用益権を登記した場合に、封印請求権・目録調整請求権の存在は、カントニ法に依存することとなる。

三、同じく遺産の保全処分の一環として、遺産管理の制残に同意されている(554-5条参照)が、ある相続人が継続してか、代理人

を置くことなく不在^在であるとき(554条1項)、相続人と申出^出の存^存のい^いずれも^もその相続権を認^認明^明し^しえ^えない^いとき、もしくはある相続人の存在が不^不確^確実^実なとき(同条2項)、被相続人のあ^ある^るの相続人の明^明ら^らか^かな^ない^いとき(同条3項)、その他特別の場合のために法が遺産管理を命^命じ^じて^ている^るとき^き⁽²¹⁾(同条4項)、さらには、相続人の存在する^{する}か否^かか^から^ら明^明ら^らか^かな^なら^らない^いため、相続人を探索等の目的のために法が遺産管理を命^命じ^じら^られ^れるとき(555条、なお393条3号をみよ)等^等に^にお^おけ^けら^られ^れる^る⁽²²⁾。これらの場合には、管理行^行を^をな^なす^すた^ため^めに^に必^必要^要な^な相^相続^続人^人の^の協^協力^力を^を期^期待^待し^しえ^えない^いか^から^らい^いて、遺産管理を命^命じ^じら^られる^る⁽²³⁾。

これら遺産の保全処分としての遺産管理を命^命じ^じら^られ^れる^る場合^合に^に⁽²⁴⁾、生存配偶者の編入財産も、死亡配偶者の遺産管理の対象となる^るのである^らう^うか^か。この種の問題に言及する学説・裁判例は行^行と^とい^いて^てみ^みあ^あら^らな^ない^いか^から^らい^いて、有力説によれば、生存配偶者の所有物(すなわちその編入財産)は、死亡配偶者の遺産管理に服^服す^すない^いとの前提^前に^に

15.

之ヲ。しかか、このれによるときは、生存配偶者として妻は、被相続人の死に可れはなむら、これと元夫の遺産について遺産管理の命ぜられぬときでも、自己の編入財産の引渡をおめ、自からそれを管理する権利を有することとなる⁽²³⁾。

夫の遺産についての遺産管理に服せないとする根拠は、文献上明らかではない。推測するに、遺産管理は被相続人の遺産にすべきものの保全を目的とする制度であるが、生存配偶者の編入財産は、被相続人の遺産に帰属すべきものではないからいえて、遺産管理の対象から除外せられ、との趣旨かと思われる。夫婦財産法上の清算を前提とすれば、以上の帰結は理論上当然のことであるが、実際問題としては、ある物件が夫の財産もしくは妻の編入財産のいかれに帰属するか争われたことありう。その場合には、もとより196条にしかか、妻自身か自己の編入財産なる旨の証明規定によつて処理され、かかる証明

16.

が捺印しなむるときには、遺産管理に服せしめられることとなるかと思われ。

四、最後に、終意処分たる遺言書が存在する場合について、556条以下の諸規定は、一定の者に対し、これを遅滞なく管轄官庁へ提出すべき旨を要する(556条1項・2項)。この規定との関係において、もし夫婦財産契約が存在する場合には、夫婦財産法上の清算を執行する前提として、その契約書を管轄官庁へ提出することを要するか。

学説はこれを否定してつぎの⁽²⁴⁾とくいう。遺産の封印、遺産目録の調整、遺産の管理等を委託せられ官庁お下の遺言執行人(554条2項以下)は、後見人(同条3項以下)は、いかん物件が遺産に属するか、相続人の生存配偶者に対して、夫婦財産法上のいかなる債務を負担するか、それとを決定する必要に存する限度で、夫婦財産契約の内容等も考慮を払う必要があると見ない。しかか、これらの者は、夫婦財産契約書と自己を、管轄

官庁へ提出する必要はない。⁽²⁶⁾ もつとも、かりに契約書を提出する義務があるとしても、遺言書を遅滞なく提出されたら、この場合に関する通説・判例の見解(遺言書の有効性については、⁽²⁷⁾ 下んらの影響も及ばない)を前提とすれば、⁽²⁸⁾ 夫婦財産契約の効力その自体には、下んら影響も及ばないであろう。

2. 清算の時期

*一、夫婦財産法上の請求権は、一方配偶者の死亡の時点に清算期が到来する。したがって、死亡と同時にこれを主張することが可能となる。これについて、官庁による給付の延期および遺産分割の延期との関係の問題となる。

手前が著者について、ドイツ民法現行1382条やテューリッヒ私法典899条・ツーク民法典268条などにおいて、管轄官庁が夫の相続人をして、妻の融入財産を返還もしくは妻の債権の償却について、給付延期をなすものとした。

しかし、現行民法典ほかから立場をとらない。⁽²⁹⁾

他方、後者がなわら遺産分割との関係でも、清算時期の問題となりう。各共同相続人は相続人間の契約もしくは法律の規定により遺産の分割を延期せられたる場合を除いて、いつでもこれを請求しうることである。⁽³⁰⁾ (604条1項)。相続人間の契約はさておいて、ここは「法律の規定」とは、たとえは、604条2項や605条・606条をさす。604条2項によれば、一相続人の請求に基づいてたゞちに遺産分割をなせば、遺産の価値の著しく減少される危険のある場合に、共同相続人の一人の請求に基づいて、裁判官は、遺産全体の分割もしくは遺産中の個々の物件の分割を、一時延期せしめることができる。同様に605条によれば、胎児の存在する場合に、その相続権を斟酌すべきとき(544条)は、胎児の出生まで、遺産分割を延期すべきものとされる。

かような規定を前提として、かゝる要件の存在する場合には、夫婦財産法上の清算も延期

するべきか、というの⁽²⁹⁾この問題である。
 結論として学説は、604条2項の事実の存する
 場合でも、⁽³⁰⁾また605条の⁽³¹⁾ごとく胎児の存する場
 合でも、い⁽³²⁾ずれも清算を延期する根拠は得
 ないとする。その根拠はか⁽³³⁾つら⁽³⁴⁾か⁽³⁵⁾しも明らか
 ではない。遺産分割は被相続人に帰属してい
 る遺産の分割を⁽³⁶⁾するもの⁽³⁷⁾であり、夫婦財産の
 清算はこれとは別個の問題である。さらには、
 後者の清算が前者の清算(分割)に先行するとは
 なら⁽³⁸⁾ず不都合はなく、むしろ後者が前者に先
 行すべき性質のもの⁽³⁹⁾である。か⁽⁴⁰⁾つうな理由か
 ら、遺産分割の延期事由は、夫婦財産法上の
 清算のそれ⁽⁴¹⁾であること⁽⁴²⁾を⁽⁴³⁾察しない⁽⁴⁴⁾と考⁽⁴⁵⁾え⁽⁴⁶⁾られ⁽⁴⁷⁾
 ている⁽⁴⁸⁾のである⁽⁴⁹⁾。

しかし、か⁽⁵⁰⁾つうな思考は、604条2項の⁽⁵¹⁾
 ごとく相続人(と⁽⁵²⁾くに生存配偶者以外⁽⁵³⁾のそれ)の存
 在が⁽⁵⁴⁾予定せられる⁽⁵⁵⁾場合⁽⁵⁶⁾には、と⁽⁵⁷⁾くに、相続人
 の⁽⁵⁸⁾数が増⁽⁵⁹⁾加しても、生存配偶者の⁽⁶⁰⁾剰余の⁽⁶¹⁾とり
 分⁽⁶²⁾は⁽⁶³⁾変⁽⁶⁴⁾わ⁽⁶⁵⁾ら⁽⁶⁶⁾ない⁽⁶⁷⁾から、さ⁽⁶⁸⁾ほ⁽⁶⁹⁾と⁽⁷⁰⁾不⁽⁷¹⁾都合⁽⁷²⁾は⁽⁷³⁾生⁽⁷⁴⁾じ⁽⁷⁵⁾な
 い⁽⁷⁶⁾である⁽⁷⁷⁾から、605条2項の⁽⁷⁸⁾よう⁽⁷⁹⁾な⁽⁸⁰⁾事⁽⁸¹⁾実⁽⁸²⁾の⁽⁸³⁾存⁽⁸⁴⁾在⁽⁸⁵⁾

る⁽⁸⁶⁾場合⁽⁸⁷⁾には、ま⁽⁸⁸⁾つ⁽⁸⁹⁾と⁽⁹⁰⁾く⁽⁹¹⁾問⁽⁹²⁾題⁽⁹³⁾と⁽⁹⁴⁾さ⁽⁹⁵⁾れ⁽⁹⁶⁾る⁽⁹⁷⁾余⁽⁹⁸⁾地⁽⁹⁹⁾の⁽¹⁰⁰⁾な
 い⁽¹⁰¹⁾ではない。胎児の⁽¹⁰²⁾存⁽¹⁰³⁾在⁽¹⁰⁴⁾する⁽¹⁰⁵⁾場合⁽¹⁰⁶⁾と⁽¹⁰⁷⁾い⁽¹⁰⁸⁾う⁽¹⁰⁹⁾の⁽¹¹⁰⁾こ
 ろ⁽¹¹¹⁾から、通常⁽¹¹²⁾の場合⁽¹¹³⁾(夫⁽¹¹⁴⁾の⁽¹¹⁵⁾非⁽¹¹⁶⁾嫡⁽¹¹⁷⁾出⁽¹¹⁸⁾胎⁽¹¹⁹⁾児⁽¹²⁰⁾の⁽¹²¹⁾存⁽¹²²⁾在⁽¹²³⁾を
 除⁽¹²⁴⁾外⁽¹²⁵⁾すれば⁽¹²⁶⁾)夫⁽¹²⁷⁾の⁽¹²⁸⁾死⁽¹²⁹⁾亡⁽¹³⁰⁾が⁽¹³¹⁾前⁽¹³²⁾提⁽¹³³⁾と⁽¹³⁴⁾な⁽¹³⁵⁾る。

こ⁽¹³⁶⁾こ⁽¹³⁷⁾と⁽¹³⁸⁾く⁽¹³⁹⁾は⁽¹⁴⁰⁾妻⁽¹⁴¹⁾と⁽¹⁴²⁾の⁽¹⁴³⁾同⁽¹⁴⁴⁾に⁽¹⁴⁵⁾剰⁽¹⁴⁶⁾余⁽¹⁴⁷⁾分⁽¹⁴⁸⁾割⁽¹⁴⁹⁾の⁽¹⁵⁰⁾当⁽¹⁵¹⁾事⁽¹⁵²⁾者⁽¹⁵³⁾
 と⁽¹⁵⁴⁾して⁽¹⁵⁵⁾登⁽¹⁵⁶⁾場⁽¹⁵⁷⁾す⁽¹⁵⁸⁾る⁽¹⁵⁹⁾の⁽¹⁶⁰⁾は、夫⁽¹⁶¹⁾の⁽¹⁶²⁾相⁽¹⁶³⁾続⁽¹⁶⁴⁾人⁽¹⁶⁵⁾(214条1項。
 妻⁽¹⁶⁶⁾死⁽¹⁶⁷⁾亡⁽¹⁶⁸⁾の⁽¹⁶⁹⁾場⁽¹⁷⁰⁾合⁽¹⁷¹⁾に⁽¹⁷²⁾は、その⁽¹⁷³⁾近⁽¹⁷⁴⁾親⁽¹⁷⁵⁾卑⁽¹⁷⁶⁾属⁽¹⁷⁷⁾と⁽¹⁷⁸⁾さ⁽¹⁷⁹⁾れ⁽¹⁸⁰⁾る⁽¹⁸¹⁾者⁽¹⁸²⁾の⁽¹⁸³⁾異⁽¹⁸⁴⁾
 なる⁽¹⁸⁵⁾)である⁽¹⁸⁶⁾から、い⁽¹⁸⁷⁾ま⁽¹⁸⁸⁾か⁽¹⁸⁹⁾り⁽¹⁹⁰⁾は⁽¹⁹¹⁾胎⁽¹⁹²⁾児⁽¹⁹³⁾の⁽¹⁹⁴⁾ほ⁽¹⁹⁵⁾か⁽¹⁹⁶⁾に⁽¹⁹⁷⁾相⁽¹⁹⁸⁾続⁽¹⁹⁹⁾
 人⁽²⁰⁰⁾に⁽²⁰¹⁾さ⁽²⁰²⁾る⁽²⁰³⁾べき⁽²⁰⁴⁾人⁽²⁰⁵⁾の⁽²⁰⁶⁾存⁽²⁰⁷⁾在⁽²⁰⁸⁾し⁽²⁰⁹⁾な⁽²¹⁰⁾い⁽²¹¹⁾場⁽²¹²⁾合⁽²¹³⁾に⁽²¹⁴⁾は、夫⁽²¹⁵⁾婦⁽²¹⁶⁾財⁽²¹⁷⁾産⁽²¹⁸⁾
 法⁽²¹⁹⁾上⁽²²⁰⁾の⁽²²¹⁾清⁽²²²⁾算⁽²²³⁾の⁽²²⁴⁾結⁽²²⁵⁾果⁽²²⁶⁾妻⁽²²⁷⁾の⁽²²⁸⁾取⁽²²⁹⁾得⁽²³⁰⁾す⁽²³¹⁾る⁽²³²⁾と⁽²³³⁾り⁽²³⁴⁾分⁽²³⁵⁾は⁽²³⁶⁾入⁽²³⁷⁾
 り⁽²³⁸⁾な⁽²³⁹⁾違⁽²⁴⁰⁾い⁽²⁴¹⁾が⁽²⁴²⁾生⁽²⁴³⁾じ⁽²⁴⁴⁾う⁽²⁴⁵⁾る。な⁽²⁴⁶⁾せ⁽²⁴⁷⁾な⁽²⁴⁸⁾ら、夫⁽²⁴⁹⁾の⁽²⁵⁰⁾相⁽²⁵¹⁾続⁽²⁵²⁾人⁽²⁵³⁾
 の⁽²⁵⁴⁾全⁽²⁵⁵⁾く⁽²⁵⁶⁾存⁽²⁵⁷⁾在⁽²⁵⁸⁾し⁽²⁵⁹⁾な⁽²⁶⁰⁾い⁽²⁶¹⁾場⁽²⁶²⁾合⁽²⁶³⁾に⁽²⁶⁴⁾は、妻⁽²⁶⁵⁾が⁽²⁶⁶⁾夫⁽²⁶⁷⁾の⁽²⁶⁸⁾遺⁽²⁶⁹⁾産⁽²⁷⁰⁾に⁽²⁷¹⁾つ⁽²⁷²⁾いて⁽²⁷³⁾
 単⁽²⁷⁴⁾独⁽²⁷⁵⁾所⁽²⁷⁶⁾有⁽²⁷⁷⁾権⁽²⁷⁸⁾者⁽²⁷⁹⁾と⁽²⁸⁰⁾な⁽²⁸¹⁾る⁽²⁸²⁾(462条)に⁽²⁸³⁾り⁽²⁸⁴⁾て⁽²⁸⁵⁾な⁽²⁸⁶⁾く、夫⁽²⁸⁷⁾の⁽²⁸⁸⁾相⁽²⁸⁹⁾続⁽²⁹⁰⁾
 人⁽²⁹¹⁾に⁽²⁹²⁾帰⁽²⁹³⁾す⁽²⁹⁴⁾べき⁽²⁹⁵⁾か⁽²⁹⁶⁾り⁽²⁹⁷⁾し⁽²⁹⁸⁾剰⁽²⁹⁹⁾余⁽³⁰⁰⁾も⁽³⁰¹⁾あ⁽³⁰²⁾る⁽³⁰³⁾妻⁽³⁰⁴⁾に⁽³⁰⁵⁾帰⁽³⁰⁶⁾属⁽³⁰⁷⁾す⁽³⁰⁸⁾
 る。と⁽³⁰⁹⁾こ⁽³¹⁰⁾ろ⁽³¹¹⁾か、胎⁽³¹²⁾児⁽³¹³⁾の⁽³¹⁴⁾生⁽³¹⁵⁾き⁽³¹⁶⁾て⁽³¹⁷⁾生⁽³¹⁸⁾ま⁽³¹⁹⁾れ⁽³²⁰⁾れば⁽³²¹⁾、妻⁽³²²⁾の⁽³²³⁾
 と⁽³²⁴⁾り⁽³²⁵⁾分⁽³²⁶⁾は、実⁽³²⁷⁾質⁽³²⁸⁾上⁽³²⁹⁾の⁽³³⁰⁾そ⁽³³¹⁾れ⁽³³²⁾は⁽³³³⁾別⁽³³⁴⁾と⁽³³⁵⁾して⁽³³⁶⁾計⁽³³⁷⁾算⁽³³⁸⁾上⁽³³⁹⁾は⁽³⁴⁰⁾
 減⁽³⁴¹⁾少⁽³⁴²⁾す⁽³⁴³⁾る。そ⁽³⁴⁴⁾れ⁽³⁴⁵⁾ゆ⁽³⁴⁶⁾え、か⁽³⁴⁷⁾つ⁽³⁴⁸⁾う⁽³⁴⁹⁾な⁽³⁵⁰⁾場⁽³⁵¹⁾合⁽³⁵²⁾に⁽³⁵³⁾は、夫⁽³⁵⁴⁾
 婦⁽³⁵⁵⁾財⁽³⁵⁶⁾産⁽³⁵⁷⁾の⁽³⁵⁸⁾清⁽³⁵⁹⁾算⁽³⁶⁰⁾を⁽³⁶¹⁾急⁽³⁶²⁾に⁽³⁶³⁾特⁽³⁶⁴⁾別⁽³⁶⁵⁾な⁽³⁶⁶⁾事⁽³⁶⁷⁾情⁽³⁶⁸⁾の⁽³⁶⁹⁾存⁽³⁷⁰⁾し⁽³⁷¹⁾な⁽³⁷²⁾い⁽³⁷³⁾か⁽³⁷⁴⁾
 り、605条2項と⁽³⁷⁵⁾同⁽³⁷⁶⁾様⁽³⁷⁷⁾に、胎⁽³⁷⁸⁾児⁽³⁷⁹⁾の⁽³⁸⁰⁾出⁽³⁸¹⁾生⁽³⁸²⁾す⁽³⁸³⁾
 る⁽³⁸⁴⁾こ⁽³⁸⁵⁾ろ⁽³⁸⁶⁾で⁽³⁸⁷⁾清⁽³⁸⁸⁾算⁽³⁸⁹⁾を⁽³⁹⁰⁾延⁽³⁹¹⁾期⁽³⁹²⁾す⁽³⁹³⁾べき⁽³⁹⁴⁾必⁽³⁹⁵⁾要⁽³⁹⁶⁾が⁽³⁹⁷⁾な⁽³⁹⁸⁾い⁽³⁹⁹⁾わけ⁽⁴⁰⁰⁾に⁽⁴⁰¹⁾な⁽⁴⁰²⁾ら⁽⁴⁰³⁾

い。③) も、とも、胎児のほか、被相続人の相続人の子、亡く存しないというのは、まわめ？ 稀なケースであろうから、一般論としては、通説の立場によつても、まわめの不合理的は生じないものと思われよ。

二、つぎに、遺産債務の并済について、「債務徴収および破産に関する連邦法」(SchKG) 59条1項および民法586条の制限の問題となる。

まず、債務徴収および破産に関する連邦法59条1項は、強制執行 Betreibung を停止する事由の一つとしてつぎのとく定めよ。「遺産債務を根拠とする強制執行(同法49条および民法602条, 603条, 639条, 640条)において、被相続人の死亡の日から2週間(同法58条)および相続放棄のための熟慮期間等(民法566-76条, 580条, 586条)の満了するまでは、強制執行が停止される」(相続人等のための権利停止 Rechtsstillstand と呼ばれる)。

他方、民法586条によれば、遺産目録の調整中は、遺産債務を根拠とする強制執行 Betreibung

をなす(同条1項)、消滅時効(債134条)は、その進行を停止し(同条2項)、さらに緊急の場合を除いて、訴訟を継続しもしくは訴を提起しえないものとされる(同条3項)。

これらの制限がこゝにも適用されるかについて、学説はいろいろ。「遺産債務のため定められた SchKG 59条1項および民法586条の制限は、夫婦財産法上の関係に基づく相続人の債務にも適用される。他方、生存配偶者下、夫婦財産法上の債務のためにも、SchKG 58条の権利停止 Rechtsstillstand を享有する」(俵英松倉)。

したがって、生存配偶者たる妻が、かりに所有権を譲取し得たならば、相続人たる資格において、SchKG 59条1項および民法586条の権利停止を主張すべきから、これに反し用益権を譲取すれば、やはり相続共同体の構成員ではないのよ、SchKG 58条の権利停止(配偶者等の死亡に依り、死亡の日から2週間権利停止)の主張が可能とすべきではない。それゆえ、かりに生存配偶者の妻であるとすれば、

妻から被相続人に対する、夫婦財産法上の債権は、財産目録調整中もしくは熟慮期間内等
の理由により、その行使が制限されること
になり。

他方、相続人から妻に対する同様の債権は、
妻の所有権・用益権のいずれを選択したか
により、権利停止の期間が異なる。これらの事
柄を妻の立場からみれば、級々の用益権を
選択したことがない場合には、とくに財産目
録調整中を以て、級々の権利が不当に
主張しえられない危険性がある。しかし、スイ
スの文献中これに触れるものはみいじえな
かった。

三、最後に、夫婦財産法上の清算は、実際
問題としては、遺産分割の際に、なされるの
を通常とするのか、現実にはこれを遺産分割に
先行することとする⁽³⁰⁾。さらに、生存配偶
者の遺産分割およびそれについての訴訟に参
加することについては、その結果に拘束され
ないことはいうまでもない⁽³¹⁾。

3. 清算の手続

一、遺産分割にあつては、原則として各共
同~~相続~~相続人の合意により、自由な分割方法を
定めることができ(607条2項)。これについて
例外は二種存在する。すなわち608条と609条と
により定められる。まず609条は、被相続人の死因
処分(498条以下)により、分割方法等について
準則 Ordnung を定められた場合(608条1項)には、
かかる準則は、相続人の遺産分割の合意を不
可にあり、拘束力をもつ(同条2項)。他方、609条
によれば、ある相続人の遺産に対する権利を
取得(635条)し、もしくはこれを差押え、または
ある相続人に対して不足証券 Verluistscheine を
所有し債権者の請求に基づいて、管轄官庁が
当該相続人に代わって、遺産分割に参加する
ことを要する(同条1項)。

この二の問題は、遺産分割の準則とされた
前記608条・609条の事実が存在する場合に、夫
婦財産法上の清算がこれに拘束せられること
は従属するかどうかという点にある。学説はこれ

の場合もこれを否定する。(38) 理由は明言せられていないが、遺産分割についての被相続人の処分行為は官庁の参加は、いづれも遺産分割のみを対象とする規定である。遺産の分割にはあてられない夫婦財産法上の清算には、かかる規定の拘束が及ばない、と解するゆえである。このことから、清算にあつては、つぎの帰結が導かれる。

1) 実際の清算は、生存配偶者と他方配偶者の相続人との間の合意 *Verständigung* によつて行われる。

2) カントンは、清算に関して当事者間の争いのない場合には、清算を官庁に委ねることができない。(39)

二、遺言執行人(517条-18条)の存在する場合も同様に解される。遺言執行人は被相続人からの遺言の執行を、受任しもしくは受任したものと見做される場合(517条2項参照)には、被相続人による別段の指定のない限り、官選遺言管理人 *amtlicher Erbschaftsverwalter* (554-

55条, 595-96条)と同一の権利義務を有する(518条1項)。遺言執行人は、かかる権利義務を根拠として、被相続人の意思を代表し *vertreten*、とくに遺産を管理し被相続人の債務を弁済し、遺贈を履行しかつ被相続人の指定もしくは法律の規定(610条以下)に従つて、遺産の分割を行う(518条2項)こととなる。

とこの間、遺産分割の際にかような権利義務を有する遺言執行人も、夫婦財産法上の清算においては、生存配偶者の上位に立つものではない、相続人に代わつてこれに参加するにすぎない。それによつて、遺言執行人は、夫婦財産を全体として交付 *behandigen* ないしは管理すべき義務を負担するわけではなく、これらのうち被相続人の相続人に帰属せらるべき部分(これは遺産に帰属するゆえ)のみを管理すればよい。(40) さらに、債権・債務にあつても、夫婦財産法上の清算にそれによつて相続人の債権を徴収し、かつ相続人の債務を償却すればよい。しかも、遺言執行人による処分は、生

生存配偶者を拘束しない。

要するに、遺言執行人は被相続人の意思を代表するものであり、被相続人の~~権利~~^{権限}及び一般的な夫婦財産法上の清算において、積極的・消極的権利義務を有しないというので、ここでの結論である。

三、さらにまた、遺産の相続人の請求に基づき(593条)、もしくは遺産債権者のそれに基づき(594条)、公的清算 *amtliche Liquidation* に付された場合でも、生存配偶者は、それの存しない場合と同様に、夫婦財産法上の当事者たる地位を保有する。すなわちここには、管轄官庁もしくはそれが兼任した一人または数人の遺産管理人が公的清算の任にある(595条1項)が、この遺産管理人は、夫婦財産法レウエルでは、これに夫婦財産法上の債権・債務を徴収・償却するにすぎず、彼の存在による生存配偶者の地位が制約されることはない。

この理は、破産的清算 *Konkursamtliche Liquidation* においても変わらない。すなわち、相続

財産の債務超過の場合に、清算は破産法の規定(同法221条以下)にしかつて、破産官吏 *Konkursamt* によって行われる(597条)が、ここでも生存配偶者は、自己の編入財産をとり戻し、かつ自己の債権をうけいれらるることになる。

四、公的財産目録の調整については、前述した遺産目録に際して述べたこととあはまる。相続を放棄する権限を有する相続人(566条、相続権の喪失について571条2項)は、一定の期間・手続にしかつて、公的財産目録の調整を請求する権利を有する(580条1項・2項)。この目録は、カントン法の規定にしかつて、管轄官庁がこれを調整し、遺産、遺産債務等が評価を付して列記せられる(581条1項)。その際官庁は、財産目録の調整に際して適当な公告方法により、被相続人の債権者・債務者に対して、債権・債務を申出さるべく催告をなす(582条1項)。

生存配偶者はこの催告に基づいて、夫婦財産法上の自己の債権・債務を申出さることを要

し、⁽⁴³⁾もしこれを怠れば、590条により処理される。すなわち、申出を懈怠したため、財産目録にその債権が記載せられなかった債権者に対しては、相続人は、自己の固有財産をもつてもその相続財産をもつても責任を負わない。例外的に、債権者が自己の過失によりその申出を怠った場合、もしくは債権の申出を怠ったにもかかわらず、財産目録に記載せられなかったときは、相続人は相続財産より利益をうりたる限度において責任を負う(590条)。ただし、これら規定は債権・債務、すなわち夫婦財産法上のそれに関するもので、生存配偶者が夫婦財産のうち自己の所有物(たとえば編入財産)として要求しうる物件については、申出を怠ることを要しない。たとえばこれを申出することを怠っても、自己に権利を失わない。⁽⁴⁴⁾

最後に、夫婦財産法上の清算において、生存配偶者と、相続人(もしくは遺言執行人等)とが、意思が一致しない場合には、当事者の請求に基づいて、裁判官が判断する。⁽⁴⁵⁾

要約

本章を扱った夫婦財産法上の清算とは、語句「清算」のことを意味する。

i) 一方配偶者の死亡により、夫婦財産は解消せられ、その結果、妻の編入財産についての夫の権利(管理・用益・処分権)は消滅する。しかし、「所有権分離」という意味での夫婦財産の解消するだけではない、すべてが終わるわけではない。いわゆる「財産分割」という夫婦財産法上の清算を必要とする。すなわち、夫婦財産法上生じた債務の処理や夫の財産と妻の編入財産との間の相互補償等がこれにあてられる。いかなる場合においても、各自の特有財産は、直接清算の対象とはならず、むしろそのトレーサーとして死亡配偶者の相続人に帰属する。もっとも、一方の特有財産と他の財産団との補償請求権等の問題が生じることもある。

ii) 夫婦財産法上の清算と相続法上の清算とは、厳格に区別されることを要する。相続

法レウ"エ"からこれをみれば、死者の遺産の範囲を確定するうえに、死者の清算の必要となる。概念的には両者は全く異なり、¹⁵であるが、夫婦財産制の内容にかんじるとは、生存配偶者の相続権は大きな影響をうける。その意味でも、両者を総括して見地から、生存配偶者の地位をみることは必要である。

iii) 清算の実行に際して、遺産分割の規定が準則とならうとせば、生存配偶者の相続権として所有権・用益権のいづれを選択したか、¹⁶ポイントに法に特別規定が存在するか等により、結論の異なる場合も少なくない。しかし一般的には、夫婦財産法上の清算と、遺産分割とは、概念的には分割対象を異にするゆえに、原則として遺産分割をとりまく各規定は、死者の準則とならないものと解される。もっとも、遺産債務の弁済に關する民法ほかの制限は、ここにもなんらかの形で機能する。

- (1) 3. B. Lemp, Kommentar Art. 212/13 N. 48; Knadolfer S. 101.
- (2) Lemp, a. a. O.
- (3) 3. B. Gmür, Kommentar Art. 212 N. 18; Lemp, Kommentar Art. 205 N. 15.
- (4) 3. B. Egger, Kommentar Art. 212/13 N. 8; Lemp, Kommentar Art. 205 N. 3.
- (5) 妻の30%の場合に於ては、最近のセロと12, insbes. Knadolfer S. 103.
- (6) 選択権に於ては、拙稿「生存配偶者」(1) 112頁以下。子に、選択権の集期限が法定枠中をいかにしてかろゆくの間延が¹⁷生じている。これに於ては、同論文 123頁以下参照。
- (7) 拙稿「生存配偶者」(1) 125頁。
- (8) 遺産分割時にも、正当な理由なく選択権を行使しない場合は、裁判官の判決により、通常所有権の選択が¹⁸なされることにより処理される、拙稿「生存配偶者」(1) 127頁。
- (9) これに於ては、拙稿「生存配偶者」(4) 103頁以下参照。
- (10) vgl. Tuor/Picconomi, Kommentar Art. 602 N. 2 f.
- (11) 3. B. Lemp, Kommentar Art. 212/13 N. 50; Knadolfer S. 102. 5項に、Lemp教授は、妻が「相続人」であることのみ目録調巻を請求してはならないが、ここでの「¹⁹」相続人とは、相続権と所有権を有する、²⁰なる直系卑属との交差合に於ては、所有権を²¹選択して生存配偶者の意味である。
- (12) Lemp, Kommentar N. 50 und dortige Zitate. 同前、公的

貝才産目録系に於ては、同書 N.58 参照。

(13) 厳密に云へば、受遺者の地位か、用益権を継承した配
偶者の地位の方が強固である。詳しうては、拙稿「生計
配偶者」(2) 36頁以下参照。

(14) z.B. siehe Tuor/Picenoni, Kommentar Art.602 N.3.

(15) 被相続人の死因区分に基づき行子の中身用益権をいう。遺贈用益
権に於ては主として問題外に於ては、下記に拙稿「生計配偶者」(2) 37頁, 88頁, (3) 26頁以下
参照。

(16) 通説。拙稿「生計配偶者」(2) 36-37頁参照。

(17) vgl. Escher, Kommentar Art.552 N.1; Tuor/Picenoni, Kommentar
Art.552 N.1. ニに封解に於ては、ほとんどこのカントンが中心を定め
ていふ (Escher, a.a.O., N.3; Tuor/Picenoni, a.a.O., N.3ff.).

(18) カントン法の規定に於ては、siehe Tuor/Picenoni, Kommentar
Art.553 N.3ff.; Escher, Kommentar Art.553 N.13. 尤もに、
Aargau, Appenzell A.-Rh., Basel-Land, Basel-Stadt, Luzern,
Schaffhausen, Solothurn, Waadt, Bern 等のカントンは、民法の施行
法や特別の命令の形式で、民法の定め以外にも目録調査を
命ずる場合を定めいふ。

(19) 下記に、後任相続人の相続権を保全するため、遺産管
理が命ぜられた場合 (490年) のほか、相続人が行方不明の
ため、相続開始 (537年) の際、その生計が証明されたか

った場合には、官庁がその者の相続分を管理する (548年)、
遺言書が提出せられた場合、一定の手続きを経てのみ、遺
産をかりに法定相続人に引渡すか、もしくは遺産管理を
命ずる (556年)、その他遺産の公的清算が管轄官庁と
通じられた場合 (595-96年) 等が中心にある。

(20) 下記に、この早急の執行の場合でも、被相続人
自身が遺言執行人を指定した場合には、これが遺産管理
を執行し (554条2項)、また、被相続人が後見人を取った
場合には、原則としてこの後見人が遺産管理を執行 (同年3項)。

(21) Tuor, ZGB S.368.

(22) なお、遺産管理命令がなされた場合の効力について併
論には、siehe Tuor, ZGB S.368f.

(23) z.B. Lemp, Kommentar Art.212/13 N.51.

(24) z.B. Lemp, Kommentar Art.212/13 N.52. 尤もに、Tuor, ZGB
S.370 や BGE 90 II 391 (下記遺言書に關する) は、夫婦財産契約
に於ては直接論及はしないが、提出義務 (遺言書の) 適用
上、相続契約には及ぼす旨を強調する。

(25) なお、Basel-Stadt の民法施行法 138条2項は、
« Im Inventar ist anzugeben, ob Eheverträge, Erbverträge oder letztwillige
Verfügungen vorhanden sind. » (以下は、Schönenberger,

Zürcher Kommentar. Zürich, Schulthess, 1939. 以下) と
いふ (なお、同法 136-38 年参照)。この目録 Inventar には、
134 年以下の規定が相続の効力を定むことであるが 138 年
12 頁に目録に記載したものはすべてが別巻にあり、こゝから
明らかである。また、遺産目録とある。したがって、都市バーセル
では例外的に、遺産目録中に夫婦財産契約の存在が明記されている。

(26) ^{z.B.} Tuon, ZGB S. 370; BGE 90 II 391 前掲。

(27) 以下、フーヤヒ私法史は、1853-56 年のうち (このうちでは、拙稿
「スイス民法史」(21 頁以下) における、1887 年民法改正法のテキストである。
テキスト原典を参照していただく。Lemp, Kommentar Art. 212/13 N. 53 以下。

(28) 以下にこの理は、被相続人の死因区分により、遺産の
全部にわたる生存配偶者が用益権を取得した場合 (473
年) においてのみ (vgl. Tuon, ZGB S. 395; BGE 86 II 458f.)
なお、例外的に分割が延期された場合について前掲 ^{siehe} Tuon, ZGB S. 395f.

(29) z.B. Egger, Kommentar Art. 212/13 N. 7; Demzler S. 92; Knapp
S. 257; Lemp, Kommentar Art. 212/13 N. 53.

(30) z.B. Demzler S. 92 Anm. 1; Lemp, Kommentar Art. 212/13 N. 53.
a.M. z.B. Knapp S. 257.

(31) 第 8 節 脚注 5 とあり。

(32) 拙稿「生存配偶者」(1) 83-84 頁参照。

(33) 以下、Knapp S. 257 は、^① 以下の特殊事情の存在に別して、
一般論として清算の延期がなされることである。

(34) 以下に、遺産債務の権利停止について、siehe BGE 90 II 455 insbes. Erw. 5

(35) z.B. Lemp, Kommentar Art. 212/13 N. 53.

(36) a.M. Tuon, Kommentar Art. 518 N. 18 は、生存配偶者が相続
人である (万が一所有権を継承した) ときは、遺産分割が実行
される必要はない。この前提等は不詳。

(37) z.B. Urteil des BGer vom 5. Mai 1939 (判例集未登載判
決。zit. Lemp, Kommentar Art. 213/13 N. 54 und Knapp S. 258).

(38) Lemp, Kommentar Art. 212/13 N. 55. 以下、609 年 1 項の文言及びあり。

(39) 以下に、609 年 2 項は 1 項の場合のほかに、遺産分割に
官庁が参加し、その旨をコンテラ法に留保している。しかし、こ
の問題は万が一清算に際して官庁の協力権 Mitwirkungsrecht
を主張するものではないことである。siehe diesbezüglich
bei Tuon/Picenoni, Kommentar Art. 609 N. 17ff.

(40) SJZ 43 (1947) III Nr. 49.

(41) Knapp S. 259; Lemp, Kommentar Art. 212/13 N. 56. a.M.
Tuon, Kommentar Art. 518 N. 18 以下に、生存配偶者が相続人
に属する (万が一所有権を継承した) ときは、夫婦財産法上の
清算が遺産分割に先行することの前提に立ち、遺言

執行人の権限が、遺産分割の仕方、夫婦財産法上の清算にも及ぶ。この帰結を導く。また、生存配偶者が用益権を選取した場合には、同様の結論を導く。

(42) このことは、SchKG 219条により、第4順位の優先権をうける(民211年参照)。

(43) さらに、民法582条の中身の催告 Rechnungsruf により、たとえはAargauの民法施行法45条は、この規定を置く。

§45. Bei amtlichen Rechnungsrufen über dem Ehemann ist die Ehefrau von der Amtsstelle, welche die Eingaben entgegennimmt, noch besonders zu der Eingabe ihrer Frauengutsansprüche aufzufordern.

(44) Kant Ger Wallis, Bericht 1940 62 (zit, Lemp, Kommentar Art. 217/13 N. 58).

(45) 事務管轄の裁判籍 Gerichtsstand は、カントの訴訟法により(例、Lemp, Kommentar Art. 217/13 N. 59)。この後者については、相対に同法の538条によりその説(Knapp S. 260)も行中。

なお、債権主張の管轄裁判所の規定は民法59条との関係について、siehe Lemp, a. a. O.

「第四章-剰余・不足の清算」へ