

Title	ドイツ法における物上代位の理論的基礎(一)
Sub Title	Eine theoretische Grundlage der dinglichen Surrogation im deutschen Recht (1)
Author	水津, 太郎(Suizu, Taro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2007
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.80, No.3 (2007. 3) ,p.21- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20070328-0021

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ドイツ法における物上代位の理論的基礎（二）

水 津 太 郎

一	課題の設定	三	物上代位の理論的基礎
二	物上代位の主な諸規定	1	概念
1	特別財産	(一)	定義
(一)	条文	(二)	典型
(二)	意義	(三)	変則
(三)	限界——第三者保護……………		……………(以上八十卷四号)
		2	特質
2	集合物	(一)	原理
(一)	条文	(二)	体系
(二)	意義	(三)	地位
(三)	限界	3	構成
3	個々の対象	(一)	思想
(一)	条文	(二)	目的
(二)	意義	(三)	構造
(三)	限界	四	結語……………(以上八十卷五号)

一 課題の設定

本稿は、ドイツ法における物上代位 (dingliche Surrogation) の理論的基礎を説明することを課題とするものである。

ドイツ法には、物上代位の諸規定が多数みられる。そして、ドイツの学説・判例は、古くから、物上代位につき、様々な問題を解決すべく、多彩な議論を積み重ねてきた。しかし、本稿の主たる関心は、このような議論の展開を追跡することにはない。それはまた別の機会に委ねられる。ここではむしろ、このような議論を成立せしめた、物上代位という法概念に関する、ドイツのドグマティックを規定してきた共通の思考形象・問題構成を、

—— 暗黙の前提をも含めて —— 析出することに集中する。本稿の課題が、「理論的基礎 (eine theoretische Grundlage)」の解明にあるというのは、こうした意味である。

わが国では、古くから、「ドイツ法における物上代位」の比較法研究が盛んになされ、多くの解釈論上の成果が挙げられてきた。⁽¹⁾だが、これらの研究は、少なくとも一次的には、わが国に生じた特定の紛争解決を主眼とするものである。このような機能的比較法優位の結果、右に設定したような課題は、—— 研究の蓄積量からすると、ある意味奇妙であるが —— いまだほとんど解明されていない。こうした状況は、ドイツ法それ自体の理解にとってはもとより、日本法との比較という視座からみても、法理論と法実践の不可分的関係にかんがみれば、いわば片手落ちの問題性を含んでいるように思われる。

わが国の実体法解釈論においては、古くから、「物上代位」につき様々な議論が行われている。しかしながら、われわれは、そもそも、「物上代位」という法概念を、わが国私法体系上、どのように理解しており、また、理解すべきなのか、という点については、—— 担保物権の物上代位 (三〇四条) に限定したとしても —— なお不明

朗である。⁽²⁾ 本稿は、ドイツ法の文脈においてドイツ法を理解することに沈潜する。だが、こうした作業は、右のような問いを問う意味と応答の際の理論的視角を提供するものとして読まれることをも展望してなされる。この意味において、わが国の実定法解釈論との接続を失うものではない。

本稿の課題は、以上のような関心・認識・企図に規定されたものである。

以下では、まず、ドイツ法における物上代位の諸規定を考察し（二）、次に、その理論的基礎の解明を試みる（三）。最後に、考察の成果を要約するとともに、ドイツの法状況がわが国の見地からどのように読まれるのかにつき、若干の分析・検討を行う（四）。⁽³⁾

二 物上代位の主な諸規定

ドイツ法には、物上代位の多くの諸規定が存する。しかし、ドイツ法上、「物上代位」それ自体を定義する規定はどこにもみあたらない。立法者も明確には語っていない。⁽⁴⁾ だから、より精確にいうなら、物上代位の諸規定それ自体ではなく、「物上代位の諸規定」と規定された諸規定が存するのであり、そう規定したのは、まさにドイツのドグマ・テイクにほかならない。われわれが以下考察するのは、こうした意味における諸規定である。

考察に際しては、次の方針をとることにする。

第一に、対象は、ドイツ民法典（BGB）の現行の主たる諸規定に限定する。物上代位の諸規定は他にも存するが、物上代位の理論的基礎を解明するという本稿の目的にかんがみれば、ドイツ民法典上の現行の主要な諸規定を考察することをもって必要にして十分だからである。テキストについては、「表1」を参照されたい。

第二に、方法は、全体像の描出に重点をおく。換言すれば、個々の諸規定の細かな諸規律・解釈論には立ち入

[表 I]

ドイツ民法典 (BGB)	
債 務 法	第 582a 条第 2 項 用益賃借人は、属具を正常な経営法則に適した状態で保存し、かつ、その範囲で継続して補充することを要する。用益賃借人が調達した物は、それを属具へ組入れるとともに用益賃借人の所有になる。
	第 718 条第 1 項 組合員の出資および業務執行により組合のために取得されたものは、組合員の共同財産 (組合財産) になる。 第 2 項 組合財産に属する権利に基づきまたは組合財産に属するものの滅失、毀損もしくは侵奪の代償として取得されるものも、組合財産に帰属する。
物 権 法	第 949 条 第 946 条から第 948 条により物の所有権が消滅するときは、その物の上に存する他の権利も消滅する。その物の所有者が共有者になるときは、その権利は物の代わりになる持分の上に継続する。その物の所有者が単独所有者となるときは、その権利は添付物に及ぶ。
	第 966 条第 2 項 物が腐敗するおそれがあるときまたはその保管に不当な費用を要するときは、拾得者は物を公の競売に付することを要する。競売前には管轄官庁に届け出なければならない。その売却代金は物に代わるものとする。
	第 975 条 拾得者の権利は、物または売却代金を管轄官庁に引き渡すことにより、影響を受けない。管轄官庁が物を競売に付したときは、その売却代金は物に代わるものとする。
	第 979 条第 1 項 官庁または交通營造物は、引渡しを受けた物を公の競売に付することができる。官庁および国、連邦または地方団体の交通營造物は、その吏員の一人により競売をなさしめることができる。 第 2 項 その売却代金は物に代わるものとする。
	第 1046 条第 1 項 用益権者は、利息付債権の用益権に関する規定にしたがい、保険者に対する債権上に用益権を有する。
	第 1048 条第 1 項 不動産がその属具とともに用益権の目的であるときは、用益権者は正常な経営の範囲内において個々の属具を処分することができる。用益権者は、通常の滅損のためおよび正常な経営法則にしたがい分離する物の代わりにその補充を調達することを要する；用益権者が調達した物は、それを属具に組入れるとともに属具所有者の所有になる。
	第 1075 条第 1 項 債務者が用益権者に給付するとともに、債権者は給付された物を取得し、かつ、用益権者はその物の上の用益権を取得する。 第 2 項 消費物が給付されたときは、用益権者はその所有権を取得する；この場合には第 1067 条の規定を準用する。
	第 1123 条第 1 項 不動産が使用賃貸借または用益賃貸借の目的とされるときは、抵当権はその賃料債権に拡張される。
	第 1127 条第 1 項 抵当権の目的物が、不動産の所有者または自主占有者のために保険に付されているときは、抵当権は保険者に対する債権に拡張される。

物 権 法	<p>第 1219 条第 1 項 質物が腐敗またはその価値が本質的に減少するおそれがあるため、質権者の担保が害されるときは、質権者は質物を公の競売に付することができる。</p> <p>第 2 項 その売却代金は質物に代わるものとする。</p>
	<p>第 1247 条 質物の売却代金が満足のために質権者に帰すべき限りにおいて、債権は所有者から弁済されたものとみなす。その他の場合には、その売却代金は質物に代わるものとする。</p>
	<p>第 1287 条 債務者が第 1281 条、第 1282 条の規定にしたがい給付するときは、給付とともに、債権者は給付された物を取得し、かつ、質権者はその物の上の質権を取得する。給付が不動産所有権の移転であるときは、質権者は保全抵当権を取得する；給付が登録された船舶または造船所有権の移転であるときは、質権者は船舶抵当権を取得する。</p>
親 族 法	<p>第 1370 条 すでに存在せずまたは無価値となった物の代わりに調達される家財道具は、その物が帰属していた配偶者の所有になる。</p>
	<p>第 1418 条第 2 項 留保財産とは、以下のものをいう。</p> <p>第 3 号 夫婦の一方がその留保財産に属する権利に基づき、留保財産に属するものの滅失、毀損もしくは侵奪の代償としてまたは留保財産に関する法律行為により取得するもの。</p>
	<p>第 1473 条第 1 項 合有財産に属する権利に基づき、合有財産に属するものの滅失、毀損もしくは侵奪の代償としてまたは合有財産に関する法律行為により取得されるものは、合有財産になる。</p> <p>第 2 項 法律行為により取得される債権が合有財産に帰属するときには、債務者が債権の合有財産への帰属を知った時から、債務者に対抗することができる；第 406 条から第 408 条までの規定を準用することを要する。</p>
	<p>第 1638 条第 2 項 子が前項の財産に属する権利に基づき、その財産に属するものの滅失、毀損もしくは侵奪の代償としてまたはその財産に関する法律行為により取得するものもまた同様に、両親は管理することができない。</p>
相 続 法	<p>第 2019 条第 1 項 表見相続人が相続財産の資力を用いた法律行為によって取得するものも、相続財産から取得したものとみなす。</p> <p>第 2 項 前項の方法により取得した債権の相続財産への帰属は、債務者がその帰属を知った時から、債務者に対抗することができる；第 406 条から第 408 条までの規定を準用する。</p>
	<p>第 2041 条 遺産に属する権利に基づき、遺産中のものの滅失、毀損もしくは侵奪の代償としてまたは遺産に関する法律行為により取得されるものは、遺産に帰属する。遺産に関する法律行為により取得された債権に対しては、第 2019 条第 2 項の規定を適用する。</p>
	<p>第 2111 条第 1 項 先位相続人が、相続財産に属する権利に基づき、相続財産中のものの滅失、毀損もしくは侵奪に対する代償としてまたは相続財産の資力を用いた法律行為によって取得するものは、その取得が収益として先位相続人に帰属しない限りで、相続財産に帰属する。法律行為により取得した債権の相続財産への帰属は、債務者がその帰属を知った時から、債務者に対抗することができる。第 406 条から第 408 条までの規定を準用する。</p>

[表 II]

	客体	領域	類型			条文	代位条項・代位物		
1	特別財産	相続法	相続回復請求権			§ 2019	なし	資力条項	
2			共同相続財産			§ 2041		関係条項	
3			先位相続財産			§ 2111 I		資力条項	
4		親族法	夫婦	財産	中	留保財産	§ 1418 II③	通例条項	関係条項
5				共同制	後	合有財産	§ 1473		
6			親子	自由財産		§ 1638 II	なし		
7		債務法	組合財産			§ 718	類推適用	通例条項 または 資力条項	
8		相続法	遺言執行						
9			遺産管理						
10		倒産法	倒産財団						
11		信託	信託財産						
12	集合物	債務法	属具付不動産の用益賃貸借				§ 582 a II 2	調達属具	
13		物権法	属具付不動産の用益権			§ 1048 I 2			
14		親族法	剰余共同制における家財道具			§ 1370	調達家財道具		
15		物権法	在庫商品の譲渡担保			類推適用	在庫商品		
16	個々の対象	物権法	添付			§ 949 2	共有持分		
17			遺失物			§§ 966 II 3, 975 2, 979 II	売却代金(承継条項)		
18			用益権			§ 1046 I	保険金債権		
19						§ 1075	給付物		
20			抵当権			§ 1123 I	質料債権		
21						§ 1127 I	保険金債権		
22			質権			§§ 1219 II, 1247	売却代金(承継条項)		
23						§ 1287	給付物		
24			用益権・抵当権			類推適用	損害賠償債権		
25			質権				保険金債権・損害賠償債権・期待権		
26			譲渡担保・所有権留保				代金債権・給付物・期待権・保険金債権・損害賠償債権		
27	所有権			代金債権					

* 主に、WOLF, Jus 1975, S. 643-646, 710-717, Jus 1976, S. 32-36, 104-106に挙げられた事案類型を図表化した。

* 二 1 2 3 の各(-)における対応脚注も参照。

らない。後者の手法は先行研究によって採用され、すでに成果を挙げているし、⁽⁵⁾本稿の目的との関係では、前者の手法をとるほうが適切だからである。具体的には、客体に応じて整理し、テキストの共通点に留意しながら、体系的な考察を行う。あらかじめ「表II」に概観を載せておく。

こうした対象と方法の策定は、ドイツにおいて物上代位全体が論じられる場合にとられる一般的手法に合するものである。しかし、本稿は、それに比べると、次の二つの特色を有する。

まず、本稿においては、物上代位につき各客体毎に、「条文」を概観し、「意義」をみたあと、「限界」として「第三者保護」につき体系的考察を行うが、ドイツでは、右にいう「条文」と「意義」のみが取り上げられることが一般であり、「第三者保護」が体系的考察の対象とされることはほとんどない。

次に、本稿においては、「特別財産」における物上代位のみならず、「集合物」「個々の対象」のそれにも相当程度の考察を行うが、ドイツでは、物上代位といえ、一次的には前者が想起されるところ、少なくとも物上代位という視角からは、後二者に対する関心は前者のそれよりも圧倒的に低く、そもそも考察対象から省かれることのほうがむしろ一般である。

本稿の考察は、以上二点に限っては、ドイツ物上代位論の一般的関心から外れるないし異なるものであることに留意されたい。

1 特別財産⁽⁶⁾

(一) 条文

財産は、一人に一個帰属するのが原則である。しかし、同一人に一般財産のほかに、それとは区別された財産が帰属し、法律上特別の規律に服する場合がある。こうした取扱いは、責任 (Haftung) や管理 (Verwaltung)

の範囲を規定するといった「目的拘束 (Zweckbindung)」により基礎づけられる。「財産の内部における、特別な基準によりかたく限界づけられた、一般財産のように経済上発展する能力を有する、緊密な諸々の権利の集合 (Kreis)」⁽⁷⁾、これを「特別財産 (Sondervermögen)」⁽⁸⁾と云う。

特別財産においては、右特別規律の一つとして、多くの場合に物上代位が規定されている。具体的には、以下のとおりである。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

「1」表見相続人の占有する相続財産 (相続回復請求権) (BGB 二〇一九条)、「2」共同相続財産 (BGB 二〇四一条)、「3」先位相続財産 (BGB 二一一一条一項)、「4」財産共同制⁽¹²⁾における留保財産 (BGB 一四一八条二項三号)、「5」財産共同制終了後における合有財産 (BGB 一四七三条)、「6」両親の管理の及ばない子の自由財産⁽¹³⁾ (BGB 一六三八条二項)、「7」組合財産 (BGB 七一八条)。

他方、特別財産においても、物上代位の規定が存しないものがある。とくに、次の四つが挙げられる。これらに関しては、類推適用が争われている。⁽¹⁴⁾

「8」遺言執行における遺産、「9」遺産管理における遺産⁽¹⁵⁾、「10」信託財産、「11」倒産財団。

(二) 意義

(1) 特別財産における物上代位の意義は、一言でいえば、「特別財産の維持 (Erhaltung des Sondervermögens)」⁽¹⁶⁾にある。明文あるものに即して敷衍すると、次のとおりである。

特別財産の代位物は、一般原則によれば、これを所持・管理する者の一般 (固有) 財産に帰属する。

相続財産の代位物は表見相続人の財産に帰属し、相続財産性 (真正相続人帰属) (BGB 一九二条) を失う

(「1」)⁽¹⁷⁾、共同相続財産の代位物は共同相続人の持分共同あるいは単独財産に帰属し、合手的拘束 (BGB 二〇三二条以下) を免れる (「2」)、先位相続財産の代位物は先位相続人の固有財産に帰属し、先位相続法的拘束 (BGB

B二一一二条以下）を免れる（〔3〕）、留保財産の代位物は合有財産に帰属し、留保財産性（B G B 一四一八条一項）を失う（〔4〕）、合有財産の代位物は夫婦の持分共同あるいは単独財産に帰属し、合手的拘束（B G B 一四七一、一四七二条）を免れる（〔5〕）、自由財産の代位物は子の一般財産に帰属し、自由財産性（両親の管理の排除）（B G B 一六三八条一項）を失う（〔6〕）、組合財産の代位物は、組合員の持分共同または単独財産に帰属し、合手的拘束（B G B 七一九条以下）を免れる（〔7〕）。

このように、特別財産の代位物がこれを所持・管理する者の一般財産に帰属するならば、特別財産が暫時減少していつてしまう。そこで、「1」ないし「7」は、特別財産の代位物を、法律上直接的に、当該特別財産に帰属せしめた。⁽¹⁸⁾

しかし、このような説明に対しては、次の二方向から疑問が生じよう。

一方は、原目的物との関係での疑問である。物上代位により代位物を特別財産に帰属させなくても、当該特別財産に帰属している原目的物を取り戻せるのではないか。

しかし、こうした疑問には、次のように応えられる。まず、特別財産の所持者が管理処分権を有する場合には、処分は法律上有効であるから、原目的物を取り戻すことはできない。⁽¹⁹⁾次に、これを有しない場合でも、公信制度（占有（B G B 九三二条以下）、不動産登記（B G B 八九二、八九三条）、相続証書（B G B 二三六六、二三七七条⁽²⁰⁾）により、処分は法律上有効になりうる。真正処分権者が無効処分の追認（B G B 一八五条）をしたときにも、原目的物を取り戻すことはできない。⁽²¹⁾さらに、そもそも、原目的物が物理的に滅失・損傷している場合には、原目的物の取戻しは不可能である。

他方は、代位物との関係での疑問である。これは、次の二つに分かれる。

第一に、代位物が特別財産の担い手の直接代理として取得された場合には、代位物はこの者に帰属する。そう

であるなら、物上代位は不要ではないか。

しかし、こうした疑問は、自ずから、直接代理の要件が存しない場合には、物上代位がなければ対処できないことを示している。⁽²²⁾ 自己に帰属させる意思のもと、自己の名において行為がなされた場合には、無権代理の追認 (BGB 一七七条) も無力である。⁽²³⁾ そもそも、代位物が法律により生ずる場合 (後述(2)(a)法律的代位) には、直接代理は問題とならない。帰属財産の交代のみが問題となる場合 (後述(2)(b)第二) についても、直接代理は有効でないという見方もありうる。⁽²⁴⁾

第二に、代位物が特別財産に直接帰属しないとしても、物上代位が必要であるとは限らない。すなわち、代位物ないし損害額を不当利得や不法行為、あるいは法律行為によって特別財産に回復する、という間接的な方法をとれば、それで十分ではないか。

しかし、このような債務法的調整では、特別財産は維持されえない。⁽²⁵⁾ 債務法上の請求権は、物権的権利喪失の十分な代替とはなりえない。その問題性は、典型的には、実体法上、財貨の処分を妨げることができず、また、強制執行・倒産において、帰属法的・優先権的保護を受けることができない、⁽²⁶⁾ というかたちで現れる。なお、法律行為による場合には、右危険のほか、そもそも特別財産は一般に、「運転財産 (werbendes Vermögen)」 (自由な増加を予定する財産) ではない⁽²⁶⁾ ことに留意する必要がある⁽²⁶⁾。

(2) 代位条項 (a) 特別財産における物上代位のテキストには、多くの共通点がみられる。ドイツの学者は、これを「代位条項 (Surrogationsklauseln)」⁽²⁷⁾ と規定する。

代位条項は、以下のように整理される。⁽²⁸⁾



まず、通例（一般に規定されている）条項は、文字どおりほとんどすべての規定にみいだされる。例外は、相続回復請求権（〔1〕）のみである。

次に、資力条項は、相続回復請求権（〔1〕）、先位相続財産（〔3〕）に規定されている反面、関係条項は、共同相続財産（〔2〕）、財産共同制の留保財産（〔4〕）、財産共同制終結後の合有財産（〔5〕）、子の自由財産（〔6〕）に規定されている。

各条項の関係は、次のとおりである。通例条項は、他の条項と並存的に規定されうるが、資力条項と関係条項は、かならず選択的に規定される。

これは、前者は、「法律的代位 (gesetzliche Surrogation)」、すなわち法律による代位物を把握するのに対して、後者は、「法律行為的代位 (rechtsgeschäftliche Surrogation)」、すなわち法律行為による代位物を把握すること⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾に由来する。

これらの予備知識を前提に、具体的な内容をみていこう。⁽³¹⁾

第一に、通例条項とは、「特別財産に属する権利に基づき、または、特別財産に属するものの滅失、損傷もしくは侵奪の代償として取得されるものは、特別財産に帰属する」という定式である。

これは、権利取得条項と代償条項に区別される。

権利取得条項⁽³²⁾とは、前者の定式、すなわち「特別財産に属する権利に基づき取得されるもの」と関連する。

権利取得条項によれば、①債権の弁済として給付されたもののほか、②付合・混和・加工（以下、添付）により取得された物（BGB 九四六条以下）、③取得時効により取得された物（BGB 九三七条）、④物の産出物（BGB 九五三条以下）、⑤埋蔵物発見により取得された物（BGB 九八四条）などが、特別財産に帰属する³³。

他方、代償条項³⁴とは、後者の定式、すなわち「特別財産に帰属するものの滅失、損傷または侵奪の代償として取得されるもの」と関連する。

代償条項によれば、次のものが特別財産に帰属する。①損害賠償請求権、②補償金請求権、③費用償還請求権、④不当利得返還請求権。一般には、⑤保険金請求権もこれに属するとされる³⁵。

第二に、資力条項³⁶とは、「特別財産の資力を用いた法律行為によって取得されるものは、特別財産に帰属する」という定式である。

資力条項は、「特別財産の資力を用いたすべての「広い意味での」交換事象 (alle Austauschvorgänge mit Mitteln des Sondervermögens)」、種類・性格を問わないが、典型的には、売買を原因として取得されたものを特別財産に帰属させる。ここでは、「資力の出所 (Herkunft der Mittel)」³⁷が特別財産であった、という客観的関係のみが決定的である。反対からいえば、それ以外の客観的および主観的関係はまったく問題とならない（関係条項対照³⁸）。

第三に、関係条項³⁹とは、「特別財産に関する法律行為によって取得されるものは、特別財産に帰属する」という定式である。

関係条項には問題が多い。「関係」の意義が不明朗だからである。これを「客観的関係 (objektive Beziehung)」とみるか、「主観的関係 (subjektive Beziehung)」とみるかが争われている。

「客観的関係」は、単純化すると、次の二つに分けられる。一つは、取得のための資力が特別財産に由来すること、もう一つは、取得したものが特別財産のために役立つことである。前者は、「資力の出所」を問題とするが、

後者は、「使用の目的 (Verwendungszweck)」を問題とする。別の言い方をすれば、前者は、出て行ったものに着目するが、後者は、入って来たものに着目する。両者の決定的な相違は、後者は前者と異なり (厳密な意味での) 代償関係がなくても確立されうる、という点にある。便宜のために、前者を客観的關係Ⅰ、後者を客観的關係Ⅱと呼ぶことにしよう。⁽⁴⁰⁾

客観的關係Ⅰについては、資力条項と同様である。客観的關係Ⅱの例は、雑多なものにならざるをえないが、①建物のために家具を取得する場合、②土地の経済的収益に合する他の土地を購入する場合、③家畜のために飼料を調達する場合などが挙げられる。

他方、「主観的關係」とは、特別財産のために取得するという意思があることである。⁽⁴¹⁾

關係条項における「關係」の解釈は、これらの關係概念の組み合わせにより、観念的には多数想定されうる。しかし、理論的・實際的に重要な役割を演じているのは、次の三つの見解である。

客観的關係ⅠまたはⅡとは別に、主観的關係が必要であるとする見解 (第一説)、客観的關係Ⅰがある場合に限定するが、これがある限りは、主観的關係は不要であるとする見解 (第二説)、客観的關係Ⅰがあれば充分であるが、これがない場合にも、客観的關係Ⅱと主観的關係があれば良いとする見解 (第三説)⁽⁴²⁾。

第一説によれば、關係条項と資力条項とは無関係となり、第二説によれば、關係条項は資力条項と一致し、第三説によれば、關係条項は資力条項を包摂することになる。

これらは大きく、第一説と、第二説・第三説に分類できる。というのは、第一説は、第二説・第三説とは異なり、主観的關係を不可欠とする点において、資力条項との接点をみいだしえないからである。⁽⁴³⁾

(b) 体系的な観点からは、なぜ各々の特別財産において代位条項の規定の仕方が異なるのか、換言すれば、「このような相違は実質的に正当化されるのか」という点が問題となる。⁽⁴⁴⁾ 主要な論点をみておこう。

第一に、通例条項の類推適用について。通例条項は、相続回復請求権 (1) のみに規定されていない。しかしながら、*a fortiori* な適用あるいは他の規定 (2) ないし (7) の総合類推・法類推を肯定する見解が一般である。⁽⁴⁵⁾

第二に、資力条項と関係条項の関係について。資力条項と関係条項は、ともに法律行為的代位に関するものである。前者は、相続回復請求権 (1)、先位相続財産 (3)、後者は、共同相続財産 (2)、財産共同制の留保財産 (4)、財産共同制終了後の合有財産 (5)、子の自由財産 (6) に規定されている。そこで、こうしたテクストの相違をいかに解釈するかが問題となる。

学説は、大きく二つの方向に区別できる。一つは、両者の相違を強調する方向、もう一つは、両者の相違を解釈上解消する方向である。前者は、関係条項につき第一説、後者は、関係条項につき第二説・第三説を志向する。伝統的見解は、峻別方向を前提あるいは企図する立場から、次のような類型論を展開した。⁽⁴⁶⁾

特別財産における物上代位には、二つの類型がある。すなわち、本来ならば第三者に帰属するはずの代位物を、所有者に帰属させるという作用を営むもの (第一類型) と、いずれにせよ所有者に帰属する代位物を、所有者の一般財産ではなく、特別財産に帰属させるという作用を営むもの (第二類型) である。われわれなりにまとめれば、第一類型は、帰属主体の交替、第二類型は、帰属財産の交替をもたらす、ということができよう。典型的には、第一類型では、第三者の所持・管理する特別財産 (他人の特別財産)、第二類型では、特別財産の担い手の所持・管理する特別財産 (自己の特別財産) が問題となる。

こうした相違からは、第一類型では、第三者の意思を顧慮することは相当でなく、反対に、第二類型では、所有者の意思を無視することは相当でない。だから、法律は、第一類型では、資力条項すなわち「客観的代位 (objektive Surrogation)」、第二類型では、関係条項すなわち「主観的代位 (subjektive Surrogation)」を規定し

た。

これに対して、とくに近時では、このような解釈を放棄ないし修正する立場が有力である。

つまり、一方では、伝統的類型論を意識せずあるいは少なくとも前面には出さずに、もう一つの方向、すなわち資力条項と関係条項の同定を志向するもの、他方では、類型論的思考を基礎とし、その意味では旧来の方向を一応維持しつつも、両者の峻別の制限を志向するものが存する⁽⁴⁷⁾。

こうした見解は、一般に、言い回しは各々異なるけれども、伝統的見解の形式性、すなわち、特別財産の目的拘束の実質の不顧慮に対する批判を基礎としているものとみられる⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾。

第三に、組合財産について。組合財産（7）については、通例条項は規定されているが（BGB七一八条二項）、資力条項や関係条項は規定されておらず、その代わりに、「組合員の出資および業務執行により組合のために取得されたものは、組合員の共同財産（組合財産）になる」と規定されている（同一項）。そこで、組合財産では法律行為的代位は認められないのか、「ために」の意味が問題とされる⁽⁵⁰⁾。

支配的見解によれば、組合員は「組合の名において」取得しなければならぬ、つまり、「ために」とは直接代理行為を要求したものである。だから、法律行為的代位を定めたものではない。他方、有力見解は、主として組合財産の維持という観点からこれに反対し、「ために」というテキストを資力条項または関係条項として理解する。

（三） 限界——第三者保護

特別財産の代位物は、物上代位により、法律上直接的に、特別財産に帰属する。

しかし、そうすると、財貨帰属の実体と外観に齟齬が生じうる。それでも、特別財産の所持者が代位物につき管理処分権を有する場合、処分が有効になる範囲では、第三者は害されないのであろう。だが、そうした場合以外

には、第三者の信頼保護が問題となる。

第一に、代位物が債権の場合には、法文上、一部の特別財産において法律行為的代位につき、善意の債務者の保護が図られ、この点につき債権譲渡における債務者保護に関する規定（BGB四〇六条ないし四〇八条）が準用されている〔1〕〔2〕〔3〕〔5〕⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾。そして、法律代位あるいは他の特別財産についても、一般規定（BGB八五一条、八九三条、一三六七条）⁽⁵³⁾あるいは右規律の準用により、債務者の信頼を保護すべきものと解されている⁽⁵⁴⁾。だから、善意の債務者が害されることはない⁽⁵⁵⁾。

第二に、代位物が動産・不動産の場合には、債権の場合（第二）とは異なり、特別規定は存しない。その理由は、基底的には、債権とは異なり、動産・不動産については、公信制度（占有（BGB九三三条以下）、不動産登記（BGB八九二条）、相続証書（BGB二三六六条））が整備され、信頼保護が一般的に確立されているからであると⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾みられる。

* 本稿では、欧語文献の引用は略称により、書誌事項の詳細は論文末尾に一括する。

- (1) 抵当権につき、とくに顕著である。主要なものとして、鈴木祿弥「物上代位制度について」『抵当制度の研究』一一五―一六三頁（一粒社、一九六八年）「初出、一九五〇年」、西島梅治「保険金債権に対する物上代位」法政二二三巻一号五七―七二頁（一九五五年）、大森忠夫「担保物権の物上代位と保険金」『続保険契約の法的構造』四五―八一頁（有斐閣、一九五六年）「初出、一九五五年」、竹下守夫「不動産執行と動産執行との限界―ドイツ法の場合―」『不動産執行法の研究』八一―六二頁（有斐閣、一九七七年）「初出、一九六七年」、石田満「建物保険における抵当権者の地位―ドイツ法を中心とする一覚書―」『保険契約法の諸問題』一三一―一七四頁（一粒社、一九七二年）「初出、一九六八年」、新田宗吉「物上代位に関する一考察（一）―（五）完―」『抵当権の物上代位を中心として―』明学二五号一一六七頁、二六号一四五一―一八七頁、二八号八三一―一三六頁、三〇号三一―七四頁、三二号一五七―一九八頁（一

九八〇—一九八四年)、清原泰司「保険金請求権に対する抵当権の物上代位—ドイツ法の示唆—」、『物上代位の法理—金融担保法の一断面—』二〇〇—二二四頁(民法研究会、一九九七年)。「初出、一九八二年」、齋藤和夫「抵当権の物上代位」の法構造—ドイツ法上の『元物型』物上代位における『支払異議』の機能の解明—、法律学科篇『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集』二七七—三一三頁(慶應義塾大学法学部、一九九〇年)、同「質料債権」上への抵当権の物上代位—日本民法上の『収益型』物上代位(民法三七二条・三四条)の特異な「問題性」—、法研六三卷一二号二〇三—二二頁(一九九〇年)、栗田隆「抵当権者の損害賠償請求権と所有者の損害賠償請求権—不真正連帯債権か物上代位か—」、『関法四二卷三・四合併号一〇〇—一〇四五頁(一九九二年)、占部洋之「ドイツ法における抵当不動産質料の事前処分(一)』(三・完)」、阪学二三卷二九—一五四頁、二四卷一—三九—七一頁、二五卷一—一三三—一九五頁(一九九七—一九九八年)、梶山玉香「抵当権者による収益型債権回収について」、『同法四九卷六号一八九八—一九五二頁(一九九八年)、古積健三郎「抵当権の物上代位に基づく質料債権の差押え」』筑波二六号一—四五頁(一九九九年)、田中克志「質料債権をめぐるドイツ不動産担保法の変遷」、『抵当権効力論』三三七頁(信山社、二〇〇二年)。「初出、二〇〇一年」、中田英幸「抵当権に基づく質料債権への物上代位に関する一考察—ドイツ法を手がかりに—」、『法学六九卷二—二〇五—二四二頁(二〇〇五年)』。その他にも、ドイツ物上代位論を手掛かりとするものがしばしばみられる。まず、個々の対象に関しては、債権質につき、給付物上の質権継続との関連において、かならずしも物上代位という理解を示すものではないが、神戸寅次郎「権利質論」、『神戸寅次郎著作集(下)』(慶應義塾大学法学研究会叢書二二)一〇九—一二頁(慶應通信、一九七〇年)。「初出、一九九一年」、所有権留保につき、物上代位という視点からはやや断片的であるが、米倉明「流通過程における所有権留保」、『所有権留保の研究(民法研究第一巻)』一四九—一五〇頁(新青出版、一九九七年)。「初出、一九六六年」、そのうち、動産売買先取特権における物上代位との機能的比較を意識したものとして、尾島茂樹「ファクタリングと動産売買先取特権の物上代位の競合(一)(二)」、『名法一一八号一—〇一—二二頁、一二〇号二九—一三〇頁(一九八八年)、小川浩三「担保権の物上代位と債権譲渡(一)」、『NBL七二六号一—一頁(二〇〇一年)、石口修「建築資材供給者による請負報酬債権への追及効—延長された所有権留保導入への一試論—」、『久留米五四号一—五二頁(二〇〇六年)、譲渡担保につき、延長された譲渡担保の理論的基礎として、ドイツ譲渡担保論における物上代位性の不存在を明確に

指摘するのは、杉下俊郎『製造過程における譲渡担保論序説—日本法にとってドイツ法とは何であったか—』四三—四四、一五三—一五四頁(尚学社、二〇〇六年)、なお、価値追跡につき、松岡久和『価値追跡』説の展開と限界」竜大法創立二十周年記念『法と民主主義の現代的課題』三二四、三三一、三四〇頁(有斐閣、一九八九年)、同「ベールの『価値追跡』について」竜法二二巻二号一八〇頁(一九八九年)、同「判批」法教二二二号一—三頁(二〇〇〇年)。次に、特別財産に関しては、相続回復請求権につき、もともと包括的な分析・検討を加えるのは、副田隆重「相続回復請求権に関する一考察(三)」名法八〇号二九四—二九八頁、三二七—三二九頁(一九七四年)、共同相続財産につき、法的構成論との関連上付随的に触れるものを除くと、有地亨「共同相続関係の法的構造(二・完)」民商五一巻一号四一頁(一九六四年)、高木多喜男「分離財産・代償財産と遺産分割」『遺産分割の法理』一一〇—一二〇頁(有斐閣、一九九二年)「初出、一九八一年」、信託財産につき、直接性原則・代位の禁止につき立ち入った考察を行うものとして、四宮和夫「間接代理に関する一考察—信託との関係を中心として—」『四宮和夫民法論集』七七一—九六頁(弘文堂、一九九〇年)「初出、一九七五年」、なお、組合財産については、一般に、ドイツ法と同様の解決がとられていると評価されている。鈴木祿弥編『新版注釈民法(17)債権(8)』五六—五八頁「品川孝次」(有斐閣、一九九三年)。

(2) 水津太郎「抵当権に基づく物上代位における『公示』の要否とその基礎付け—ドイツ法における dingliche Surrogation の制度構造からの示唆—」法政論究五九号四八〇頁注九、四七六—四七七頁(二〇〇三年)、同「所有権移転型担保に関する物上代位論の基礎—ドイツ法における dingliche Surrogation の制度目的の解明—」法政論究六〇号三九五—三九六頁(二〇〇四年)、斎藤和夫・水津太郎「ドイツ法における物上代位の理論的展開—その一 起点たれ E. WINDMÜLLER の類型論」法研七七巻五号八六頁注二(二〇〇五年)。

(3) 以下引用する欧語文献のうち、物上代位に関するものにつき、次の点を指摘しておく。ドイツでは、物上代位の研究が古くからなされ、文献の数は非常に多いが、現在、基本文献とみなされているのは、次のものである。STRAUCH, Hab., 1972 (物上代位に関する唯一の Habilitationsschrift [教授資格論文])。ただし、その主張は極端異説) : WOLF, Jus 1975, S. 643-646, 710-717, Jus 1976, S. 32-36, 104-106 (シュトラウフをただちに批判し、通説的見地から、物上代位全体につき体系的な考察を行ったもの。現在の物上代位論の基礎を提供。もともと重要な文献に

位置づけられてくる) ; GERNHUBER, Bürger, 1991, § 49, S. 467-474 (Bürgerliches Recht: Ein systematisches Repetitorium の第四章) ; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 24-28 (物上代位の標準的解説を含んだものとも新しい編本) ; LANGE/KUCHINKE, ErbrR, 2001, § 41, S. 1067-1078 (相続法の体系書 [C. H. Beck] であるが、代位について独立した一章を割く) 古くは KOHLER, ArchBürger, Bd. 22 (1903), S. 1-20 (Zwölf Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch の第六章) ; BEYER, Surrogation, 1905 (物上代位に関するものも浩瀚なモノグラフ) ; なお WECKER, Grundpfandrechte, 1937 (個々の対象を中心とした数少ない文献 [後述の整理参照]) ・物上代位に関する Dissertation [博士論文] は、すべて民法典施行後・一九三〇年代くらいまで、大量に公刊され (入手しえた限りでは二九本) 、それ以後も断続的に現れてくるが (同じく一九本) 、近時では、物上代位一般との関連では、次のものが注目されてくる。WELLE, Diss., 1987 (Schriften zur Rechtsgeschichte の第四〇分冊。むしろ解説論としてあることは解説論として注目 [vgl. statt vieler STURM, SZ, Bd. 111 (1994), S. 618; MENKEN, Diss., 1991, S. 2; HARDER, Diss., 2002, S. 1 Fn. 1]) ; MENKEN, Diss., 1991 (簡易製本ものであるが、あつて高い評価を受けている [vgl. statt vieler LANGE/KUCHINKE, ErbrR, 2001, § 41, S. 1078; Staudinger/Gursky, 2002, § 2019, S. 446; HARDER, Diss., 2002, S. 1 Fn. 1]) ; HARDER, Diss., 2002 (Beiträge zum Insolvenzrecht の第二七巻。Wolfgang MAKOTZKE が序文を付し、ハーダーの研究は学問と実務の双方にわたって興味深い、前者すなわち学問的には「倒産内外における物上代位制度の理解への重大な寄与」が重要であるという [S. VI]。Dissertation を基礎とするものとして、vgl. http://www.jura.uni-tuebingen.de/studium/promotionen/2001/ws_dissertationen.html) . 古くは Dissertation については、選別が困難であるけれども、オンライン上を包括的研究として、WINDMÜLLER, Diss., 1992 (この種の研究の嚆矢。基本文献の 1 つ [vgl. statt vieler Staudinger/Gursky, 2002, § 2019, S. 447]) ; NEUHAUS, Diss., 1934 (初期の議論の蓄積を踏まえ、全体をバランスよく分析・検討したものである)。基本文献の 1 つ [vgl. statt vieler HARDER, Diss., 2002, S. 1 Fn. 1]) . 以上の文献を研究領域により整理し直すと、①特別財産を中心とするもの (KOHLER ; BEYER ; COESTER-WALTJEN ; LANGE/KUCHINKE ; WELLE ; MENKEN ; HARDER) 、②包括的なもの (WINDMÜLLER ; NEUHAUS ; STRAUCH ; WOLF ; GERNHUBER) 、③個々の対象を中心とするもの (WECKER) に分けられる (①②③の順番は、その他の文献を含めても、シットラウフが調査した一九七二年の状況 [STRAUCH, Hab., 1972, S.

35) と基本的には変わらない(②③につき若干の増大はみられる)。なお、シュトラウフ・ヴォルフ・ヴェツカー・ヴィントミュラーの見解の概要は、水津・前掲注(2)公示四六八―四七五頁、基礎三九七―四一六頁、水津川斎藤・前掲注(2)五三―一〇三頁参照。以下引用する文献は、本稿の目的にかんがみ、原則としてこうした代表的なものに限定し、その他のものは、文脈に応じて必要と認められる限りで引用する。

(4) Statt vieler SRAUCH, Hab., 1972, insb. S. 34, 35.

(5) ドイツ民法典の注釈書 柚木馨(上村明廣補遺)『独逸民法(II) 債務法』(有斐閣、一九五五年)、「於保不二雄(高木多喜男補遺)『独逸民法(III) 物権法』(有斐閣、一九五五年)」、田島順(近藤英吉(福地陽子補遺)『独逸民法(IV) 親族法』(有斐閣、一九五五年)」、近藤英吉(福地陽子補遺)『独逸民法(V) 相続法』(有斐閣、一九五五年)」、太田武男(佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』(三省堂、一九八九年)」、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、一九九五年)」、ドイツ相続法研究会「遺言(六)―ドイツ相続法注解二一」民商一〇四卷九四号五三―一五四頁〔村田博史〕(一九九一年)」、および、前掲注(一)文献、とりわけ、新田論文。本稿は、これらの業績に多くを負っている。個別的考察の集積からはみえてこなかった、諸規律および解釈論の全体的な構造の解明に重点をおくものである。

(6) 特別財産における物上代位の考察、全体として、WOLF, Jus 1975, S. 710-716, Jus 1976, S. 105; GERNHUBER, BürgerR., 1991, § 49 I, III 2-4, S. 467-468, 472-474; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 26-28; LANGE/KUCHINKE, EBR., 2001, § 41 I 2, II-V, S. 1068, 1069-1077; weiter WELLE, Diss., 1987; MENKEN, Diss., 1991; HARDER, Diss., 2002; früher KOHLER, ArchBürgerR., Bd. 22 (1903), S. 8-17; BEYER, Surrogation, 1905; weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, insb. S. 4-93; NEUHAUS, Diss., 1934, S. 5-47; noch SRAUCH, Hab., 1972, S. 80-99, und passim.

(7) VON TUHR, AllgT I, 1910, § 19, S. 331.

(8) 特別財産概念の考察、一般に、ENNECCERUS/NIPPERDEY, AllgT, 1952, § 132, S. 559-563; LARENZ/WOLF, AllgT, 2004, § 21 III, Rn. 31-63, S. 386-392; und Soergel/MARLY, 2000, Vor § 90, Rn. 9, 12-13, S. 531-532; MünchKomm/HOLCH, 2001, § 90, Rn. 43, 45, S. 913, 914; Staudinger/JICKEL/STIEPER, 2004, Vor §§ 90-103, Rn. 22-23, 26-30, S. 10-11, 11-13; 石田文次郎「財産の独立と主体性」『財産法に於ける動的理論』三〇―三九、五八―六七頁(厳松堂、第五版、一九三六年)「初出、一九二八年」。物上代位の観点からは、次の点が注目される。特別財

産は「①財産 (Vermögen)・企業 (Unternehmen) と並び、権利 (および法) (Recht) の「総体 (Gesamtheit; Inbegriff)」の一つである (中世ローマ法学・普通法学における *universitas iuris* の一つあることはそれ自体と対応する。Recht の意味は普通法時代の *ius* の解釈と関連して現在でも若干不明朗なように思われる)」、②独立の権利主体性は一般に否定される、③義務づけ行為 (債権的行為) は可能であるが、単一の処分行為 (物権的行為) は原則として認められなら (特定原則 (Spezialitätsgrundsatz))、④統一の原則は規定されてはならないが、物上代位は特別財産に特徴的な規律の一つとみなされうる (普通法時代の学説に淵源を有する。原則性の肯否についてはなお争いがある)。④にかんがみ、物上代位論の側から、特別財産概念については集合物・個々の対象に比して特別の顧慮が払われるが、それにもかかわらず、本文に挙げた程度の概念規定がなされるべきである。Vgl. Wolf, Jus 1975, S. 710-711, Jus 1976, S. 104-105; weiter WELT, Diss., 1987, S. 88 Fn. 21; MENKEN, Diss., 1991, S. 50-51; HARDER, Diss., 2002, S. 21-23; früher BEYER, Surrogation, 1905, S. 2-3; KOHLER, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 8 (やや曖昧); weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 10-12; NEUBAUS, Diss., 1934, S. 5-6, 56-57; noch STRAUCH, Hab., 1972, insb. S. 80-82 (カネリマン自身は目的概念の不明瞭性と独自のシニエールの関係から特別財産概念を否定 (異説)) (カネリマン、GERNHUBER, BürgR, 1991, § 49, S. 467-474; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 24-28; LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 41, S. 1067-1078 und passim には概念規定がない)。そのもと、特別財産の研究においても、特別財産概念はドイツにおいて完全に定着しているが、その意義はなお不明朗であることが指摘されている (古くは MARTIN, AcP, Bd. 102 (1907), S. 444, 近時では DAUER-LIEB, Hab., 1998, S. 38, 日本も同じ状況にあるように思われる)。本稿は、物上代位との関連において特別財産概念が重要な位置を占めることを認めるが、ドイツ本国の議論状況にかんがみ、特別財産概念自体にはこれ以上に立ち入らない。

(6) 特別財産には ①一人が所有する場合と、②複数人が所有する場合がある、という見解が支配的であるところ (ENNECCERUS/NIPPERDEY, AllgT, 1952, § 132 I 2, S. 560, 560 Fn. 2; LARENZ/WOLF, AllgT, 2004, § 21 III Vor. 2, Rn. 31, 53-63, S. 386, 390-392; und Soergel/MARLY, 2000, Vor § 90, Rn. 12, S. 531; MünchKomm/Holch, 2001, § 90, Rn. 45, S. 914; Staudinger/JOCKEL/STRIPPER, 2004, Vor §§ 90-103, Rn. 26, S. 12)、『合有財産 (〔～〕 [～])』と ②に属するものとして以下に挙げてくる。さなまた、②を特別財産から区別する異説たつのは、VON THUR, AllgT

1, 1910, § 20, S. 348-366.

(10) 次の点に留意されたい。第一に、財産共同制の合有財産 (BGB 一四一六条一項) は、除外してある。同条は、「夫および妻の財産は、財産共同制により夫婦共同の財産になる (合有財産)。夫または妻が財産共同制中に取得する財産も、合有財産に属する」と定める。これを「もつとも包括的な代位条項」とみるものがある。WOLF, Jus 1975, S. 712 Fn. 19, auch S. 710 Fn. 1, Jus 1976, S. 105. しかし、財産共同制では、夫婦が取得するものは、留保財産・持参財産を除き、すべて合有財産に帰属する。つまり、この合有財産は一般財産である。だから、代位の規定は不要であるし、また、代位の規定では足りない。したがって、同条は代位の規定とはみなされえない。明快なものとして、WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 19-20; BEYER, Surrogation, 1905, S. 298; NEUHAUS, Diss., 1924, S. 40; STRAUCH, Hab., 1972, S. 27, 94-95; WELLE, Diss., 1987, S. 98. など、Soergel/GAU, 1988, § 1416, Rn. 6, S. 409-410; Staudinger/THIELE, 1994, § 1416, Rn. 11, S. 438; MünchKomm/KANZLEITER, § 1416, 2000, Rn. 5, S. 643 ほか、合有財産の変動を物上代位により基礎づけるものはない。第二に、両親に管理された子の財産 (BGB 一六四六条) も、ここでは検討しない。同条一項は、「両親が子の資力により動産を取得するときは、その所有権は取得とともに子に移転する。ただし、両親が子の計算により取得する意思なきときはこの限りでない。とくに無記名証券および白地裏書ある指図証券に関してもまた、同様とする」と定める (詳しくは、新田・前掲注(一)(一四四-四八頁)。これは、次の点で特殊である。まず、(1) 一般財産の代位である点。管理財産は自由財産とは異なり、子の一般財産である。しかし、財産共同制の合有財産 (第一) とは異なり、(行為無能力のために) 他人 (両親) の管理に服するところ、その他人 (両親) の一般財産 (これには代位は不要かつ代位では不十分) と区別する必要が生じるために、代位の規定が必要とされる。明快なものとして、BEYER, Surrogation, 1905, S. 321; STRAUCH, Hab., 1972, S. 81, 83; WELLE, Diss., 1987, S. 89 Fn. 23; HARDER, Diss., 2002, S. 38. しかして、(2) 物上代位、少なくとも通常のそれとはみなされな点。どうなのは、両親の子のためにする意思が要件とされているから (代位物の限定もこの意思要件に由来)。STRAUCH, Hab., 1972, S. 115-116, 128-129 Fn. 1, S. 177 Fn. 1; WOLF, Jus 1975, S. 645 Fn. 12, S. 712 Fn. 23; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25 Fn. 7, S. 26 Fn. 19; weiter WELLE, Diss., 1987, S. 106; HARDER, Diss., 2002, S. 2, 39; früher BEYER, Surrogation, 1905, S. 6 Fn. 4, 321 (物上代位から除外するのは、シュタラプフ、ハイヤー、留保を付

するのは、ヴォルフ〔「真正」でない〕、ケスター＝ヴァルチェン〔「規則的」でない〕、ヴェン〔「緩和」された代位。ただし、別の箇所では意思への依存は代位を排斥するところから〕(S. 15, 104-105)、『ノードー〔「原則的」でない〕〕。これに対して、明示的に反対するのは、MINKEN, Diss., 1991, S. 40 (子が両親による特別な移転行為なくして法律により直接的に権利を取得する以上、物上代位から排斥する根拠は存じないこと)；noch NEUNHAUS, Diss., 1934, S. 9, 11. なお、Soergel/SRÄTZ, 1987, § 1646, Rn. 2, S. 402; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1646, Überschrift, S. 883 は物上代位、Staudinger/ENGLER, 2000, § 1646, Rn. 1, 3, S. 63, 63-64 はたゞの代位とつづる。(1)につき、本文三(2)〔(2)につき、本文三(3)も参照。第三に、相続回復請求権に関するBGB二〇一九条〔1〕は、(誤って)死亡宣告を受けた者(表見的死者)の返還請求権(Herausgabebanspruch des für tot Erklärten)にも準用され(BGB二〇三一条)〕、財産共同制に関するBGB一四一八条二項三号〔4〕、BGB一四七三條〔5〕は、継続財産共同制(fortgesetzte Gütergemeinschaft)にも適用され(BGB一四八六条、一四九七条)〕、組合財産に関するBGB七一八条〔六〕と同様の規律は、権利能力なき社団(nichtrechtsfähige Vereine)にも妥当なる(BGB五四条)〕。Soergel/DIECKMANN, 2002, § 2031, Rn. 5, S. 404; Staudinger/GURSKY, 2002, § 2031, Rn. 6, S. 523; MünchKomm/HELMS, 2004, § 2031, Rn. 5, S. 533; und Soergel/GAU, 1988, § 1486, Rn. 2, S. 517, § 1497, Rn. 10, S. 531; Staudinger/THELE, 2000, § 1486, Rn. 7, S. 758, § 1497, Rn. 16-17, S. 804; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1486, Rn. 2, S. 777, § 1497, Rn. 3, S. 791; und Soergel/HADDING, 2000, § 54, Rn. 20, S. 398; Staudinger/WIECK, 2005, § 54, Rn. 77, S. 350. なお、継続財産共同制とは、一方配偶者の死亡後に継続する財産共同制をいふ。その際には、死亡配偶者の遺産は留保財産および特有財産に限定され、合有財産は同一性を保持したまま共通の卑属との間で存続する。現行法下では強制的なものではなく、夫婦財産契約において明示の合意がある場合にのみ生じる。

GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, FamR, 2006, § 39 I, Rn. 1, 4, S. 465. 後掲法(12)も参照。

(11) 先位相続財産は、被相続人が「後位相続人の指定(Einsetzung eines Nacherben)」を行った場合に生ずる(BGB二一〇条以下)。この制度の淵源は、ローマ＝普通法上の包括的信託遺贈(Universalidekommiss)である。後位相続人は、先位相続人の相続後、一定期間を経過してはじめて相続人となる。後位相続開始前には先位相続人が相続人であるが、その法的地位は後位相続人の期待権を顧慮して制限を受ける。具体的には、対外関係として、管理

処分権制限 (BGB 二一三条以下)、対内関係として、財産管理義務 (BGB 二一三一条以下) など。LANGE/KUCHINKE, *ErbR*, 2001, insb. § 28 I, III, S. 570-571, 581-582. 近藤・前掲注 (5) 一九二頁によれば、「我国に於ても民法施行前の慣習法上は所謂仲継相続として類似の制度が認められていたのであるが、民法はこの制度を踏襲しなかった」(新字体に修正(以下同様)) (なお、同所にフランス民法もこの種の死後処分を禁止している旨の記述があるが、同法は二〇〇七年一月一日施行の新相続法においてこれを導入した (Des libéralités graduelles : 一〇四八条以下))。[3] は、例外として「収益 (Nutzungen) (果実と使用利益 (BGB 一〇〇条)) を代位物から除外している (「その取得が利益として先位相続人に帰属しない限りで」という限定)」。この制度は「遺産」本体 (Substanz) を後位相続人、「収益」を先位相続人に帰属させることを目的とし、このことは、先位相続人は後位相続開始前には相続人、すなわち遺産の支配者であることから基礎づけられるから。したがって、収益は先位相続人固有の自由財産になることに注意する必要がある。Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 1, 15, S. 205, 210; Staudinger/AVENARUS, 2003, § 2111, Rn. 1, 5, 34, S. 366, 367, 377; MünchKomm/Gursky, 2004, § 2111, Rn. 4, 20, S. 1000, 1005.

(12) ドイツの現行夫婦財産制は、法定財産制として、**「残余共同制 (付加利得共通制) (Zugewinnngemeinschaft) (BGB 一三六三条以下)」、契約財産制として、**「財産共同制 (Gütergemeinschaft) (BGB 一四一五条以下)」、契約財産制かつ副次的法定財産制として、**「別産制 (Gütertrennung) (BGB 一四一四条。一三八八条、一四四九条、一四七〇条) を設ける。ちなみに、残余共同制とは、夫婦各自が自己の財産の単独所有者であり、かつ、原則として各々その管理を行うけれども (だから、本来的には Gemeinschaft はなく Gütertrennung である。ただし、一方配偶者は、自己の全財産の処分および家財道具の処分にについては、他方配偶者の同意をえなければならぬ)」、夫婦が婚姻中に獲得した残余が終了時に清算される、というものである。GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, FamR, 2006, insb. § 31 III, Rn. 18, § 34 I, Rn. 1-2, II, Rn. 23, 25, § 35 I, Rn. 2, § 40, Rn. 2, 6, S. 343, 359, 364, 367, 474, 475. 全体概観として、佐藤良雄「夫婦財産制の構造」『夫婦財産契約論 (成城大学法学部研究叢書二)』一四七—一六五頁 (千倉書房、一九八四年)「初出、一九八二年」。******

(13) 子の自由財産は、例外なく保護人 (Pfleger) の管理に服する (BGB 一九〇九条一項二文)。GERNHUBER/

COESTER-WALTJEN, FamR, 2006, § 75 V, Rn. 43, S. 948.

(14) 議論状況は Wolf, Jus 1975, S. 712, 714-717, Jus 1976, S. 105; GENNHUBER, BürgerR, 1991, § 49 III 2, S. 473; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 26, 28; weiter WELLE, Diss., 1987, 109-121, 125-126; MENKEN, Diss., 1991, S. 138-159, 163-165; noch STRAUCH, Hab., 1972, insb. S. 204-207, 218-221, 223-224. 個別に『[8]』『9]』『10]』『11]』に LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 41 I 2, VI, S. 1068, 1077; DAUNER-LIEB, Hab., 1998, S. 101-114, 242-248, [1]』に『[8]』 HARDER, Diss., 2002 (新倒産法 [InsO] を対象とするが、旧破産法 [KO] の議論も十分に考察する)。なお、後見 (Vormundschaft) と保護 (Pflegschaft) に対する類推適用も『9]』と同様に考えられている。次の点を指摘しておく。第一に、特別財産・管理人の性格について、まず、『10]』は『8]』『9]』『11]』とは異なり、法律ではなく、法律行為により創設・規律された(いわゆる直接性原則 [Unmittelbarkeitsprinzip])が妥当する)特別財産(とされるかも問題)であること、次に、『9]』『11]』は『8]』とは異なり、管理人が公的な任命と監督に服するゆえに、一応の保護がすでに与えられていることが、問題の基礎を構成している。これらの事情をどう評価するかにより、類推適用の可否が分かれる。一般に、『8]』『9]』『11]』『10]』の順に、肯定説が減少する傾向がみられる。なお、信託財産の特別財産性を否定する場合には、集合物・個々の対象における代位原理の類推適用も問題となりうることに留意されたい (vgl. WOLF, Jus 1975, S. 716 und zwar Ende [本稿では譲渡担保を代表として挙げるに留める])。第二に、代位条項の種別(2)参照)について、肯定説にたつとしても、どの代位条項が類推適用されるのが問題となる。この点については、一般に、通例条項は、法律行為的代位を定める資力条項・関係条項に比して、類推適用の肯定に支障が少なくとみられている。

(15) 遺産管理 (Nachabverwaltung) (BGB 一九七五条以下。遺産保護 [Nachabpflegschaft] の一つ) は、遺産が十分な場合に、相続人の責任を遺産の限度に限定し、遺産を相続人の固有財産から分離する手続である。反対に、遺産が不十分な場合には、遺産倒産 (Nachabinsolvenz) (BGB 一九七五条以下、InsO 三二五条以下) が行われる。LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, insb. § 46 III 2, IV 2, S. 1186, 1189, auch § 38 IV 4, S. 989. 近藤・前掲注(5) 七三頁によれば、以上の規律は、「大体に於て、我民法の限定承認に關する規定と財産分離に關する規定との結合」である。全体の構造につき、金子敬明「相続財産の重層性をめぐって(三)(四)」法協二二〇巻一〇号一七六四「一

七七〇—一七七頁、一七七四頁注一六、一七、一一号二二〇八一—二二二頁(二〇〇三年)。なお、BGB 一九七八条二項(一九八五条二項二文はこれを準用)は、物上代位を定めたものではなく(だから、類推適用の問題とな⁸⁾)。STRAUCH, Hab., 1972, S. 27, 85, 219; LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 49 VIII 6, S. 1274, auch § 41 VI, S. 1077; weiter MENKEN, Diss., 1991, S. 148; noch NEUHAUS, Diss., 1934, S. 54-55; und Soergel/STEIN, 2002, § 1978, Rn. 4, S. 314, 315; Staudinger/MAROTZKE, 2002, § 1978, Rn. 15, 16-17, S. 151, 151-153 (ただし、法律的代位は認め⁹⁾) ; MünchKomm/SIEGMANN, 2004, § 1978, Rn. 6, S. 400 (同)。異説は、Beyer, Surrogation, 1905, S. 242-243. (9) 意見の一致がも¹⁰⁾のは、この一般的定式に限られ¹¹⁾。Statt vieler Wolf, Jus 1975, S. 711; MENKEN, Diss., 1991, S. 26, 135.

(17) ただし、法律上の代位物は、物上代位の規定がなくとも、法律上直接的に真正相続人に帰属する。この点につき、後掲注(45)参照。

(18) 以上につき、次のものを参照(括弧内は意義に関する各文献の具体的見解を示す)。Wolf, Jus 1975, S. 710-712, Jus 1976, S. 105 (責任財産維持 [1] [2] [3] [4] [5] [6] [7] [8] [9] [10] [11] [12] [13] [14] [15] [16] [17] [18] [19] [20] [21] [22] [23] [24] [25] [26] [27] [28] [29] [30] [31] [32] [33] [34] [35] [36] [37] [38] [39] [40] [41] [42] [43] [44] [45] [46] [47] [48] [49] [50] [51] [52] [53] [54] [55] [56] [57] [58] [59] [60] [61] [62] [63] [64] [65] [66] [67] [68] [69] [70] [71] [72] [73] [74] [75] [76] [77] [78] [79] [80] [81] [82] [83] [84] [85] [86] [87] [88] [89] [90] [91] [92] [93] [94] [95] [96] [97] [98] [99] [100] [101] [102] [103] [104] [105] [106] [107] [108] [109] [110] [111] [112] [113] [114] [115] [116] [117] [118] [119] [120] [121] [122] [123] [124] [125] [126] [127] [128] [129] [130] [131] [132] [133] [134] [135] [136] [137] [138] [139] [140] [141] [142] [143] [144] [145] [146] [147] [148] [149] [150] [151] [152] [153] [154] [155] [156] [157] [158] [159] [160] [161] [162] [163] [164] [165] [166] [167] [168] [169] [170] [171] [172] [173] [174] [175] [176] [177] [178] [179] [180] [181] [182] [183] [184] [185] [186] [187] [188] [189] [190] [191] [192] [193] [194] [195] [196] [197] [198] [199] [200] [201] [202] [203] [204] [205] [206] [207] [208] [209] [210] [211] [212] [213] [214] [215] [216] [217] [218] [219] [220] [221] [222] [223] [224] [225] [226] [227] [228] [229] [230] [231] [232] [233] [234] [235] [236] [237] [238] [239] [240] [241] [242] [243] [244] [245] [246] [247] [248] [249] [250] [251] [252] [253] [254] [255] [256] [257] [258] [259] [260] [261] [262] [263] [264] [265] [266] [267] [268] [269] [270] [271] [272] [273] [274] [275] [276] [277] [278] [279] [280] [281] [282] [283] [284] [285] [286] [287] [288] [289] [290] [291] [292] [293] [294] [295] [296] [297] [298] [299] [300] [301] [302] [303] [304] [305] [306] [307] [308] [309] [310] [311] [312] [313] [314] [315] [316] [317] [318] [319] [320] [321] [322] [323] [324] [325] [326] [327] [328] [329] [330] [331] [332] [333] [334] [335] [336] [337] [338] [339] [340] [341] [342] [343] [344] [345] [346] [347] [348] [349] [350] [351] [352] [353] [354] [355] [356] [357] [358] [359] [360] [361] [362] [363] [364] [365] [366] [367] [368] [369] [370] [371] [372] [373] [374] [375] [376] [377] [378] [379] [380] [381] [382] [383] [384] [385] [386] [387] [388] [389] [390] [391] [392] [393] [394] [395] [396] [397] [398] [399] [400] [401] [402] [403] [404] [405] [406] [407] [408] [409] [410] [411] [412] [413] [414] [415] [416] [417] [418] [419] [420] [421] [422] [423] [424] [425] [426] [427] [428] [429] [430] [431] [432] [433] [434] [435] [436] [437] [438] [439] [440] [441] [442] [443] [444] [445] [446] [447] [448] [449] [450] [451] [452] [453] [454] [455] [456] [457] [458] [459] [460] [461] [462] [463] [464] [465] [466] [467] [468] [469] [470] [471] [472] [473] [474] [475] [476] [477] [478] [479] [480] [481] [482] [483] [484] [485] [486] [487] [488] [489] [490] [491] [492] [493] [494] [495] [496] [497] [498] [499] [500] [501] [502] [503] [504] [505] [506] [507] [508] [509] [510] [511] [512] [513] [514] [515] [516] [517] [518] [519] [520] [521] [522] [523] [524] [525] [526] [527] [528] [529] [530] [531] [532] [533] [534] [535] [536] [537] [538] [539] [540] [541] [542] [543] [544] [545] [546] [547] [548] [549] [550] [551] [552] [553] [554] [555] [556] [557] [558] [559] [560] [561] [562] [563] [564] [565] [566] [567] [568] [569] [570] [571] [572] [573] [574] [575] [576] [577] [578] [579] [580] [581] [582] [583] [584] [585] [586] [587] [588] [589] [590] [591] [592] [593] [594] [595] [596] [597] [598] [599] [600] [601] [602] [603] [604] [605] [606] [607] [608] [609] [610] [611] [612] [613] [614] [615] [616] [617] [618] [619] [620] [621] [622] [623] [624] [625] [626] [627] [628] [629] [630] [631] [632] [633] [634] [635] [636] [637] [638] [639] [640] [641] [642] [643] [644] [645] [646] [647] [648] [649] [650] [651] [652] [653] [654] [655] [656] [657] [658] [659] [660] [661] [662] [663] [664] [665] [666] [667] [668] [669] [670] [671] [672] [673] [674] [675] [676] [677] [678] [679] [680] [681] [682] [683] [684] [685] [686] [687] [688] [689] [690] [691] [692] [693] [694] [695] [696] [697] [698] [699] [700] [701] [702] [703] [704] [705] [706] [707] [708] [709] [710] [711] [712] [713] [714] [715] [716] [717] [718] [719] [720] [721] [722] [723] [724] [725] [726] [727] [728] [729] [730] [731] [732] [733] [734] [735] [736] [737] [738] [739] [740] [741] [742] [743] [744] [745] [746] [747] [748] [749] [750] [751] [752] [753] [754] [755] [756] [757] [758] [759] [760] [761] [762] [763] [764] [765] [766] [767] [768] [769] [770] [771] [772] [773] [774] [775] [776] [777] [778] [779] [780] [781] [782] [783] [784] [785] [786] [787] [788] [789] [790] [791] [792] [793] [794] [795] [796] [797] [798] [799] [800] [801] [802] [803] [804] [805] [806] [807] [808] [809] [810] [811] [812] [813] [814] [815] [816] [817] [818] [819] [820] [821] [822] [823] [824] [825] [826] [827] [828] [829] [830] [831] [832] [833] [834] [835] [836] [837] [838] [839] [840] [841] [842] [843] [844] [845] [846] [847] [848] [849] [850] [851] [852] [853] [854] [855] [856] [857] [858] [859] [860] [861] [862] [863] [864] [865] [866] [867] [868] [869] [870] [871] [872] [873] [874] [875] [876] [877] [878] [879] [880] [881] [882] [883] [884] [885] [886] [887] [888] [889] [890] [891] [892] [893] [894] [895] [896] [897] [898] [899] [900] [901] [902] [903] [904] [905] [906] [907] [908] [909] [910] [911] [912] [913] [914] [915] [916] [917] [918] [919] [920] [921] [922] [923] [924] [925] [926] [927] [928] [929] [930] [931] [932] [933] [934] [935] [936] [937] [938] [939] [940] [941] [942] [943] [944] [945] [946] [947] [948] [949] [950] [951] [952] [953] [954] [955] [956] [957] [958] [959] [960] [961] [962] [963] [964] [965] [966] [967] [968] [969] [970] [971] [972] [973] [974] [975] [976] [977] [978] [979] [980] [981] [982] [983] [984] [985] [986] [987] [988] [989] [990] [991] [992] [993] [994] [995] [996] [997] [998] [999] [1000] [1001] [1002] [1003] [1004] [1005] [1006] [1007] [1008] [1009] [1010] [1011] [1012] [1013] [1014] [1015] [1016] [1017] [1018] [1019] [1020] [1021] [1022] [1023] [1024] [1025] [1026] [1027] [1028] [1029] [1030] [1031] [1032] [1033] [1034] [1035] [1036] [1037] [1038] [1039] [1040] [1041] [1042] [1043] [1044] [1045] [1046] [1047] [1048] [1049] [1050] [1051] [1052] [1053] [1054] [1055] [1056] [1057] [1058] [1059] [1060] [1061] [1062] [1063] [1064] [1065] [1066] [1067] [1068] [1069] [1070] [1071] [1072] [1073] [1074] [1075] [1076] [1077] [1078] [1079] [1080] [1081] [1082] [1083] [1084] [1085] [1086] [1087] [1088] [1089] [1090] [1091] [1092] [1093] [1094] [1095] [1096] [1097] [1098] [1099] [1100] [1101] [1102] [1103] [1104] [1105] [1106] [1107] [1108] [1109] [1110] [1111] [1112] [1113] [1114] [1115] [1116] [1117] [1118] [1119] [1120] [1121] [1122] [1123] [1124] [1125] [1126] [1127] [1128] [1129] [1130] [1131] [1132] [1133] [1134] [1135] [1136] [1137] [1138] [1139] [1140] [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] [1201] [1202] [1203] [1204] [1205] [1206] [1207] [1208] [1209] [1210] [1211] [1212] [1213] [1214] [1215] [1216] [1217] [1218] [1219] [1220] [1221] [1222] [1223] [1224] [1225] [1226] [1227] [1228] [1229] [1230] [1231] [1232] [1233] [1234] [1235] [1236] [1237] [1238] [1239] [1240] [1241] [1242] [1243] [1244] [1245] [1246] [1247] [1248] [1249] [1250] [1251] [1252] [1253] [1254] [1255] [1256] [1257] [1258] [1259] [1260] [1261] [1262] [1263] [1264] [1265] [1266] [1267] [1268] [1269] [1270] [1271] [1272] [1273] [1274] [1275] [1276] [1277] [1278] [1279] [1280] [1281] [1282] [1283] [1284] [1285] [1286] [1287] [1288] [1289] [1290] [1291] [1292] [1293] [1294] [1295] [1296] [1297] [1298] [1299] [1300] [1301] [1302] [1303] [1304] [1305] [1306] [1307] [1308] [1309] [1310] [1311] [1312] [1313] [1314] [1315] [1316] [1317] [1318] [1319] [1320] [1321] [1322] [1323] [1324] [1325] [1326] [1327] [1328] [1329] [1330] [1331] [1332] [1333] [1334] [1335] [1336] [1337] [1338] [1339] [1340] [1341] [1342] [1343] [1344] [1345] [1346] [1347] [1348] [1349] [1350] [1351] [1352] [1353] [1354] [1355] [1356] [1357] [1358] [1359] [1360] [1361] [1362] [1363] [1364] [1365] [1366] [1367] [1368] [1369] [1370] [1371] [1372] [1373] [1374] [1375] [1376] [1377] [1378] [1379] [1380] [1381] [1382] [1383] [1384] [1385] [1386] [1387] [1388] [1389] [1390] [1391] [1392] [1393] [1394] [1395] [1396] [1397] [1398] [1399] [1400] [1401] [1402] [1403] [1404] [1405] [1406] [1407] [1408] [1409] [1410] [1411] [1412] [1413] [1414] [1415] [1416] [1417] [1418] [1419] [1420] [1421] [1422] [1423] [1424] [1425] [1426] [1427] [1428] [1429] [1430] [1431] [1432] [1433] [1434] [1435] [1436] [1437] [1438] [1439] [1440] [1441] [1442] [1443] [1444] [1445] [1446] [1447] [1448] [1449] [1450] [1451] [1452] [1453] [1454] [1455] [1456] [1457] [1458] [1459] [1460] [1461] [1462] [1463] [1464] [1465] [1466] [1467] [1468] [1469] [1470] [1471] [1472] [1473] [1474] [1475] [1476] [1477] [1478] [1479] [1480] [1481] [1482] [1483] [1484] [1485] [1486] [1487] [1488] [1489] [1490] [1491] [1492] [1493] [1494] [1495] [1496] [1497] [1498] [1499] [1500] [1501] [1502] [1503] [1504] [1505] [1506] [1507] [1508] [1509] [1510] [1511] [1512] [1513] [1514] [1515] [1516] [1517] [1518] [1519] [1520] [1521] [1522] [1523] [1524] [1525] [1526] [1527] [1528] [1529] [1530] [1531] [1532] [1533] [1534] [1535] [1536] [1537] [1538] [1539] [1540] [1541] [1542] [1543] [1544] [1545] [1546] [1547] [1548] [1549] [1550] [1551] [1552] [1553] [1554] [1555] [1556] [1557] [1558] [1559] [1560] [1561] [1562] [1563] [1564] [1565] [1566] [1567] [1568] [1569] [1570] [1571] [1572] [1573] [1574] [1575] [1576] [1577] [1578] [1579] [1580] [1581] [1582] [1583] [1584] [1585] [1586] [1587] [1588] [1589] [1590] [1591] [1592] [1593] [1594] [1595] [1596] [1597] [1598] [1599] [1600] [1601] [1602] [1603] [1604] [1605] [1606] [1607] [1608] [1609] [1610] [1611] [1612] [1613] [1614] [1615] [1616] [1617] [1618] [1619] [1620] [1621] [1622] [1623] [1624] [1625] [1626] [1627] [1628] [1629] [1630] [1631] [1632] [1633] [1634] [1635] [1636] [1637] [1638] [1639] [1640] [1641] [1642] [1643] [1644] [1645] [1646] [1647] [1648] [1649] [1650] [1651] [1652] [1653] [1654] [1655] [1656] [1657] [1658] [1659] [1660] [1661] [1662] [1663] [1664] [1665] [1666] [1667] [1668] [1669] [1670] [1671] [1672] [1673] [1674] [1675] [1676] [1677] [1678] [1679] [1680] [1681] [1682] [1683] [1684] [1685] [1686] [1687] [1688] [1689] [1690] [1691] [1692] [1693] [1694] [1695] [1696] [1697] [1698] [1699] [1700] [1701] [1702] [1703] [1704] [1705] [1706] [1707] [1708] [1709] [1710] [1711] [1712] [1713] [1714] [1715] [1716] [1717] [1718] [1719] [1720] [1721] [1722] [1723] [1724] [1725] [1726] [1727] [1728] [1729] [1730] [1731] [1732] [1733] [1734] [1735] [1736] [1737] [1738] [1739] [1740] [1741] [1742] [1743] [1744] [1745] [1746] [1747] [1748] [1749] [1750] [1751] [1752] [1753] [1754] [1755] [1756] [1757] [1758] [1759] [1760] [1761] [1762] [1763] [1764] [1765] [1766] [1767] [1768] [1769] [1770] [1771] [1772] [1773] [1774] [1775] [1776] [1777] [1778] [1779] [1780] [1781] [1782] [1783] [1784] [1785] [1786] [1787] [1788] [1789] [1790] [1791] [1792] [1793] [1794] [1795] [1796] [1797] [1798] [1799] [1800] [1801] [1802] [1803] [1804] [1805] [1806] [1807] [1808] [1809] [1810] [1811] [1812] [1813] [1814] [1815] [1816] [1817] [1818] [1819] [1820] [1821] [1822] [1823] [1824] [1825] [1826] [1827] [1828] [1829] [1830] [1831] [1832] [1833] [1834] [1835] [1836] [1837] [1838] [1839] [1840] [1841] [1842] [1843] [1844] [1845] [1846] [1847] [1848] [1849] [1850] [1851] [1852] [1853] [1854] [1855] [1856] [1857] [1858] [1859] [1860] [1861] [1862] [1863] [1864] [1865] [1866] [1867] [1868] [1869] [1870] [1871] [1872] [1873] [1874] [1875] [1876] [1877] [1878] [1879] [1880] [1881] [1882] [1883] [1884] [1885] [1886] [1887] [1888] [1889] [1890] [1891] [1892] [1893] [1894] [1895] [1896] [1897] [1898] [1899] [1900] [1901] [1902] [1903] [1904] [1905] [1906] [1907] [1908] [1909] [1910] [1911] [1912] [1913] [1914] [1915] [1916] [1917] [1918] [1919] [1920] [1921] [1922] [1923] [1924] [1925] [1926] [1927] [1928] [1929] [1930] [1931] [1932] [1933] [1934] [1935] [1936] [1937] [1938] [1939] [1940] [1941] [1942] [1943] [1944] [1945] [1946] [1947] [1948] [1949] [1950] [1951] [1952] [1953] [1954] [1955] [1956] [1957] [1958] [1959] [1960] [1961] [1962] [1963] [1964] [1965] [1966] [1967] [1968] [1969] [1970] [1971] [1972] [1973] [1974] [1975] [1976] [1977] [1978] [1979] [1980] [1981] [1982] [1983] [1984] [1985] [1986] [1987] [1988] [1989] [1990] [1991] [1992] [1993] [1994] [1995] [1996] [1997] [1998] [1999] [2000] [2001] [2002] [2003] [2004] [2005] [2006] [2007] [2008] [2009] [2010] [2011] [2012] [2013] [2014] [2015] [2016] [2017] [2018] [2019] [2020] [2021] [2022] [2023] [2024] [2025] [2026] [2027] [2028] [2029] [2030] [2031] [2032] [2033] [2034] [2035] [2036] [2037] [2038] [2039] [2040] [2041] [2042] [2043] [2044] [2045] [2046] [2047] [2048] [2049] [2050] [2051] [2052] [2053] [2054] [2055] [2056] [2057] [2058] [2059] [2060] [2061] [2062] [2063] [2064] [2065] [2066] [2067] [2068] [2069] [2070] [2071] [2072] [2073] [2074] [2075] [2076] [2077] [2078] [2079] [2080] [2081] [2082] [2083] [2084] [2085] [2086] [2087] [2088] [2089] [2090] [2091] [2092] [2093] [2094] [2095] [2096] [2097] [2098] [2099] [2100] [2101] [2102] [2103] [2104] [2105] [2106] [2107] [2108] [2109] [2110] [2111] [2112] [2113] [2114] [2115] [2116] [2117] [2118] [2119] [2120] [2121] [2122] [2123] [2124] [2125] [2126] [2127] [2128] [2129] [2130] [2131] [2132] [2133] [2134

ches Literaturblatt 1906, S. 204; STRAUCH, Hab., 1972, S. 39, 186) ゆえに省略。以下注釈書の見解参照) : weiter WINDMULLER, Diss., 1902, insb. S. 8-13, 23-25, 25-31, 66-71 (他人の特別財産: 特別財産の物権的存立維持 [「1」] [ε]) / 自己の特別財産: 特別財産主体の管理確保 [「4」] [ε] / [「2」] [ε] [「7」]) : NEUNHAUS, Diss., 1934, insb. S. 7-8, 41, 43 (基本的にヴァン・アムステルダムと同一方向であるが、合有財産 [「2」] [ε] / [「5」] / [「6」] 区別 [ヴァン・アムステルダムに近う。後掲注(47)参照]) : noch STRAUCH, Hab., 1972, S. 80-99 und passim, schließlich S. 158, 235, insb. S. 152, 154-155 (共同的権利の原状回復 [全物上代位の統一的规定。本文三三(一)参照])。個別には、次のとおり(コメントなき限り、冒頭引用ものを代表)。

Soergel/DIECKMANN, 2002, § 2019, Rn. 1, S. 387; Staudinger/GURSKEY, 2002, § 2019, Rn. 1-4, S. 447-448; MünchKomm/HELMS, 2004, § 2019, Rn. 1, 14, S. 503, 507 (以下「1」)。「相続財産の経済的価値の結合」の担保 [「ニュートマン」]。ブルスキーとヘルムスは相続人と遺産債権者保護を挙げるが、ティータマンは後者を明示しない。なお、クレジット取引は直接帰属の例外とする見解が通説(以下でも問題となる) : Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 1, 14, S. 470, 473 (担保者ヴォルフは Jus 論文の著者と同じ) / Manfred Wolf (法律行為論) 及び(著者) : Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 1, S. 625; MünchKomm/HELDRICH, 2004, § 2041, Rn. 1, 5, 24, S. 627-628, 628, 633-634 (以下「2」)。「遺産分割までの」合有財産としての遺産の経済的一体性とその価値」の維持 [「ヴェルナー」]。ヴォルフとヴェルナーは、共同相続人と遺産債権者保護を挙げるが、ヘルドリッヒは、後者につき疑念を示す(結論においては肯定)。なお、ヴォルフは、商取引の継続という機能も指摘する) : Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 1, S. 205; Staudinger/AVENARUS, 2003, § 2111, Rn. 1, 2, 9, 11, S. 366, 368, 369; MünchKomm/GURSKEY, 2004, § 2111, Rn. 1, 5, S. 999, 1000-1001 (以下「3」)。「後位相続人の期待権により結合された特別財産」の維持 [「マウエナリウス」]。ハーター/ヴェルクマンとマウエナリウスは、後位相続人と遺産債権者保護を挙げるが、ブルスキーは後者につき反対する) : Soergel/GAU, 1988, § 1418, Rn. 10, S. 417; Staudinger/THELE, 2000, § 1418, Rn. 5, 7, 35, S. 451-452, 457; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 10, S. 652 (以下「4」)。「留保財産の通常の管理と存続」の確保 [「ヤーノ」]。カンツライターは明瞭(な) : Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 2, 3, S. 493, 494; Staudinger/THELE, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 695; MünchKomm/KANZLEITER, 2000 § 1473, Rn. 1, 2, S. 749 (以下「5」)。「合有財産は増加しえな(清算段階)」という原則の「制

限」(「チーン」)。ともた [4] 参照 (よくにカンツライナーは同一目的とす) : Soergel/Srrätz, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392; Staudinger/Engler, 2004, § 1638, Rn. 33, S. 12; MünchKomm/Huber, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 (以上 [6])。「財産総体の性格」を有する子の財産は、両親の財産配慮からその形態を問わず「継続的に排除」されるべき(「エンクラー」)。ともた [4] 参照 : Soergel/Hadding, 1985, § 718, Rn. 1, 12, S. 142, 146; Staudinger/Habermeier, 2002, § 718, Rn. 1-2, 8, S. 197-198, 200; MünchKomm/Ulmer, 2004, § 718, Rn. 1, 20, 21, S. 334, 339 (以上 [7])。「組合財産の存立」の保護(「ハバマイヤー」)。ヴォルフ論文参照) : [1] [2] 及び新田・前掲注 (一)(二)一六四四頁。

(19) 処分の有効性の範囲は、管理処分権の帰属主体と物上代位の行為主体適格の組み合わせにより定まる。管理処分権は、[1]では、真正相続人、[3]では、限定的範囲で先位相続人、[4]では、留保財産の帰属する配偶者、[6]では、保護人(前掲注(13))または同意をえた子に帰属し、[2][5][7]においては、合有法理に委ねられる。問題は行為主体いかんである。この問題につき原理的・体系的に応答したのは、Wolf, Jus 1975, S. 712, 713, 714, Jus 1976, S. 105。かれによれば、物上代位の例外的性格から、行為主体は(各条文の体系的地位から判明する)特別財産に対する特別な影響力を有する者に制限され、まづ多くの第三者が特別財産を処分した場合には物上代位は生じない。つまり、一般の債務法的調整に委ねられる。具体的には、行為主体は次の者に限られる。[1]では、表見相続人、[3]では、先位相続人、[4]では、留保財産の帰属する配偶者(Insb. S. 714 Fn. 38) [6]では、保護人および子(明文にもかかわらず、子の財産保護のために保護人も含まれることを強調。Insb. S. 712 Fn. 24) [2][5][7]では、共同相続人・夫婦・組合員(合有共同体の構成員であれば、管理処分権の有無・行為者数は問われない。なお、それ以外でも管理処分権を有する者は含まれる。S. 714 und zwar cc), d))。こうした考え方は一般には、当然の前提とされてきたとみてよい。Soergel/Dieckmann, 2002, § 2019, Rn. 1, 3, S. 387, 388; Staudinger/Gursky, 2002, § 2019, Rn. 4, 12, S. 448, 451; MünchKomm/Helms, 2004, § 2019, Rn. 1, 10, S. 503, 506 (以下 [1]) : Soergel/Harder/Wegmann, 2002/2003, § 2111, Rn. 1, 4, S. 205, 206; Staudinger/Avenarius, 2003, § 2111, Rn. 1, 22, S. 366, 372; MünchKomm/Gursky, 2004, § 2111, Rn. 1, 4, S. 999, 1000 (以下 [c]) : Soergel/Gaur, 1988, § 1418, Rn. 10, 13, S. 417, 418 (他方配偶者に管理を委ねた場合(BGB一四一三条)には物上代位は排斥され

nejus) ; Staudinger/Thiele, 2000, § 1418, Rn. 7, 43, S. 452, 458; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 11, S. 652 (以下 [4]) ; Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 36, S. 13 (以下 [5]) ; Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 7, S. 471; MünchKomm/HELDRICH, § 2041, 2004, Rn. 1, 30, 31, S. 628, 635 (以下 [6]) ; Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 493; Staudinger/Thiele, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 695; MünchKomm/KANZLEITER, 2000 § 1473, Rn. 1, S. 749 (以下 [7]) . など」 Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 10, S. 628 (文意・趣旨・立法過程から、第三者はあつた) ([8]) ; Soergel/STRÄTZ, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 (以下 [9]) . など明白なる) . など Soergel/HADING, 1985, § 718, Rn. 11, S. 145; Staudinger/HABERMAYER, 2002, § 718, Rn. 6, S. 199; MünchKomm/ULMER, 2004, § 718, Rn. 18, S. 338-339 (以下 [7]) . 業務執行組合員 (BGB七〇七・七四四条) ・全組合員 (BGB七〇九条一項) に限定する。しかし、これはヴォルフと異なり法律行為的代位否定説に立つからである (本文(2)(b)第三)。以上によれば [1] では、処分はつねに無効であるが、反対に、[4] では、つねに有効 (カウルの注記も参照) であり、[3] ・[6] ・[2] [5] [7] では、場合によっては、処分無効の問題が生じうることとなる (ただし、[3] については、先位相続人の制限超過処分も、後位相続開始時に後位相続人を害する限度ではじめて無効になることに注意されたい (BGB二二二三条))。この指摘は、Böhm, Diss., 1973, S. 49 (この論文は物上代位と無効処分の関係の基本文献)。

(20) ドイツ法上、占有 (Besitz) 不動産登記 (Grundbuch) 相続証書 (Erbsschein) の三つが、権利外観 (Rechtsschein) の重要な基礎を構成し、公信力 (Öffentlicher Glaube) が付与されている。占有の公信力は動産の譲渡 (BGB九三二条) 、登記の公信力は不動産の譲渡 (登記された者に対する) 弁済その他の処分 (BGB八九二、八九三条) における信頼保護を基礎づける。前者は善意かつ無重過失を要求するが (BGB九三二条二文) 、後者は重過失いかんを問題としない (BGB八九二条一文後段、八九三条) 。この相違は、登記は占有よりも強度の信頼の基礎を提供することから正当化される。相続証書によれば、証書中の相続人のあらゆる遺産対象の全処分は真正相続人のそれとまったく同様に評価される (BGB二三六六、二三六七条) 。相続証書は遺産裁判所の公的証明書であり、登記と同程度の公信力を有するところ、善意は重過失の不存在を要求しない (BGB二三六六条ただし書) 。Meyncus, Bürger, 2004, insb. § 22 Vor. V 1, Rn. 531, 568, S. 346, 371; Baur/Strüner, SachenR, 1999, insb. § 4 II

3, Rn. 16, § 23 IV 1, Rn. 30, § 52 A I 1, Rn. 4, S. 33, 262, 592; LANGE/KUCHINKE, ErBR, 2001, insb. § 39 I 1, VII 1, 3, S. 1000, 1031, 1034, 1036. なお、*„überwiegend“* 相續証書が「1」「2」「3」にわたってそれが提示された場合に限って問題となる。

(21) ここでは、あらかじめの追認の要否（つまり、物上代位は無効処分の場合にも生ずるのか、という点が古くから争われている。議論状況に参考）BOHM, Diss, 1973, S. 25-48; ferner COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 27; LANGE/KUCHINKE, ErBR, 2001, § 41 III 2, S. 1072; weiter WELLE, Diss., 1987, S. 89 Fn. 23; MENKEN, Diss., 1991, S. 123. 個別には「1」に関する Soergel/DIECKMANN, 2002, § 2019, Rn. 3, S. 388; Staudinger/GURSKY, 2002, § 2019, Rn. 12, S. 451-452; MünchKomm/HELMS, 2004, § 2019, Rn. 10-12, S. 506, [2] に関する Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 8, S. 628; MünchKomm/HELDRICH, 2004, § 2041, Rn. 30, S. 635. 現在の支配的見解は不要説にすぎず、追認以前に代位物を請求しようとしている（後になされる追認の法的構成につき争い〔条件構成が一般〕。支配的見解の基礎には、理論的根拠から有効処分は事前の追認を代位の要件とする）、原権利者が事実上、原目的物と代位物の双方を喪失する危険が生じる、という実質的な考慮がある。

(22) 前面に押し出すのは WOLF, Jus 1975, S. 643-644; Jus 1976, S. 104; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 26, 27, 28. 個別には、とくに「代理か代位か」というかたがて議論される（後掲注(50)）。「1」に関する Soergel/HADDING, 1985, § 718, Rn. 11, S. 145-146; Staudinger/HABERMEIER, 2002, § 718, Rn. 6-7, S. 199-200; MünchKomm/ULMER, 2004, § 718, Rn. 18-19, S. 338-339（ただし、いずれも代理を要求する）。

(23) なお、副田・前掲注(一)二九七—二九八頁は「1」につき、真正相続人は表見相続人の無効処分を追認（BG B 一八五条）すれば、BG B二〇一九条を適用した場合と同じく、代位物を取得できる（裁判例が少ないのはそのためである）という。しかし、無効処分の追認は原目的物の処分を有効とするにすぎず、契約当事者の交代をもたらすわけではなからず（vgl. LARENZ/WOLF, AllgT, 2004, § 51 III 1, Rn. 26 und 23, S. 936）、「これにより代位物の直接帰属が生ずる」とはなからず。Soergel/DIECKMANN, 2002, § 2019, Rn. 3, S. 388; Staudinger/GURSKY, 2002, § 2019, Rn. 12, S. 451; MünchKomm/HELMS, 2004, § 2019, Rn. 11, S. 506（いずれも追認により物上代位が生ずるとする）。

(24) 古くから一部の者より説かれてくるが、「ヴェレの決然とした言明を引いておく。」「BG Bは、ある人の取得物を

- …の者に帰属する複数の財産のなかの1つに分配する法制度を「代位のちかこ知らなす」(WELLE, Diss., 1987, S. 21, auch S. 17)。
- (25) 定数的相続人としての WOLF, Jus 1975, S. 644; GERNUBER, Bürger, 1991, § 49 I 4, S. 468; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 24-25, 27; LANGE/KUCHINKE, EhrbR, 2001, § 41, I 1, S. 1068; weiter WELLE, Diss., 1987, S. 15, 103-104; MENKEN, Diss., 1991, insb. S. 65; HARDER, Diss., 2002, S. 4, 233 (直接効果の強調) ; früher KOHLER, Arch-Bürger, Bd. 22 (1903), S. 8-9; BEYER, Surrrogation, 1905, insb. S. 6, 7, 143; weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, insb. S. 26-27, 68-69; NEUHAUS, Diss., 1934, S. 4-5, noch SRAUCH, Hab., 1972, insb. S. 191. 異なるが Soergel/DIECKMANN, 2002, § 2019, Rn. 1, S. 387; Staudinger/Gursky, 2002, § 2019, Rn. 2-3, S. 447-448; MünchKomm/HELMS, 2004, § 2019, Rn. 1, S. 503 (否定的に) ; Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 14, S. 473 (直接効果の強調) ; Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 1, S. 625 (肯定) ; MünchKomm/Heldrich, 2004, § 2041, Rn. 5, S. 628 (否定的に) ; Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 1, S. 205 (肯定的に) ; Staudinger/AVENARIUS, 2003, § 2111, Rn. 1, S. 366 (直接効果の強調) ; MünchKomm/Gursky, 2004, § 2111, Rn. 1, S. 999 (肯定) (否定的に) ; Soergel/GAU, 1988, § 1418, Rn. 11, S. 417 (回復の妨止) ; Staudinger/THEILE, 2000, § 1418, Rn. 7, S. 452 (肯定) (否定的に) ; Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 493 (肯定的に) ; Staudinger/THEILE, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 695 (肯定的に) ; Soergel/STRATZ, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392 (肯定的に) ; Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 33, S. 12 (肯定的に) ; Soergel/THEILE, 1985, § 718, Rn. 12, S. 146 (肯定的に) ; MünchKomm/Ulmer, 2004, § 718, Rn. 21, S. 339 (直接効果の強調) (肯定的に) , 新田・前掲社(一)「二」頁(肯定的に) (肯定的に) 。
- (26) 強調するのぞ、WOLF, Jus 1975, S. 711, Jus 1976, S. 105 (非運転財産性を物上代位の1根拠と位置づける)。他方「否」に運転財産性を ; ferner GERNUBER, Bürger, 1991, § 49 III 3 a), c), S. 473; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 27. 個別に「否」に運転性を Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 1, S. 470; auch MünchKomm/Heldrich, 2004, § 2041, Rn. 22, S. 633, [否] に運転性を Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 493; Staudinger/THEILE, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 695; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1473, Rn. 1, S. 749. の「否」に「運転」の強調

くの否定的回答としても援用されよう。

- (27) 代位条項につき、全体として「SRAUCH, Hab., 1972, S. 123-133; WOLF, Jus 1975, S. 712-714, Jus 1976, S. 105; GERNHUBER, BÜRG, 1991, § 49 I 7-9, S. 468-469; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25-28; LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 41 II-IV, S. 1069-1076; weiter WELLE, Diss., 1987, S. 88-108, 123-124; MENKEN, Diss., 1991, insb. S. 24-25, 70-81, 93-97, 99-101, 108-115, 118-122, 134-136, 161-163; HARDER, Diss., 2002, S. 21-41; früher BEYER, Surrogation, 1905, S. 123-141, 209-214, 222-230; KOHLER, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 14-17; weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 12-13, 15-16, 24-25, 79-80; NEUBAUS, Diss., 1934, insb. S. 8-9, 12-15, 20-24, 41.
- (28) 次の点に留意されたい。第一に「条項」という用語につき批判的なものがある(代表的には「GERNHUBER; BÜRG, 1991, § 49 I 7, S. 468 (法律要件よりは取引条件(約款)として差し扱われるものに近いという)」。『条項』ではなく『代位』『取得』と呼ぶものがしばしば(とくに各論レベルで)みられるのはこうした事情があるのだろう。次も参照)第二に「各条項の名称につき異なった表現を用いるものがある(著名なものとして「通例条項」＝「単純代位(einfache Surrogation)」[LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 41 II, S. 1069]「権利取得条項」＝「結果取得(Folgerwerb)」[GERNHUBER, BÜRG, 1991, § 49 I 7, S. 468; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25]「第三に、権利取得条項と代償条項を一括して「通例条項」と呼ぶこと批判的なものがある(SRAUCH, Hab., 1972, S. 126 (全特別財産には規定されておらず、反面、債権の代位にもみられない(BGB八一八条一項、二二七四条)から)；COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25 Fn. 13 (実益など)) (なお、「関係条項」と「手段条項」を一括して「主体の交替をともなう代位(Surrogation mit Subjektwechsel)」と呼ぶものもあるが[LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 41 I 1, S. 1067]「伝統的な特別財産類型論[本文(b)第二]との関連では、誤解を招きやすい点に思われ(る)最後に、代位条項による区分を個々の対象における物上代位にも適用するものがある(COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25 [19]を権利取得条項とみる))。
- (29) ただし、厳密にみると、両区分は曖昧である(後掲注(33)参照)。なお、この区分は、代位が法律により規定されているか否かについてのものではないことに注意が必要である(NEUBAUS, Diss., 1934, S. 6-7)。
- (30) なお、かつては、代位物が原目的物を完全に充填するか否か、すなわち、代償事象を原因に生じた諸請求権が排

除かれるか否かたまた「絶対的代位 (absolute Surrogation)」と「相対的代位 (relative Surrogation)」とを区分分をなすものがあつた。Insb. Beyer, Surrogation, 1905, S. 7; weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 29 (代位の強弱を表現する)。しかし「現在では、解釈論上ではこの区分は関心を払ふべきでない。Wolf, Jus 1975, S. 643-646, 710-717, Jus 1976, S. 32-36, 104-106; GERNHUBER, Bürger, 1991, § 49, S. 467-474; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 24-28; LANGE/KUCHINKE, ErBR, 2001, § 41, S. 1066-1077; weiter WELLE, Diss., 1987, insb. S. 12, 14; MENKEN, Diss., 1991, passim; HARDER, Diss., 2002, insb. S. 1-4. 物上代位と譲渡請求の存続とならば譲渡手続の異なる問題である」。Strauch, Hab., 1972, S. 172; noch schon Kohler, ArchBürger, Bd. 22 (1903), S. 10-11, 15; Neuhaus, Diss., 1934, S. 4.

(13) 代位物による代位の承認とならざるべきことを指摘している。「種類的代位 (Kettensurrogation)」「幾種の代位 (mehrache Surrogation)」。包括的では「LANGE/KUCHINKE, ErBR, 2001, § 41 I 1, S. 1068, 個別には、相対的の詳細な叙法が展開される相続法コースにおける Soergel/DIECKMANN, 2002, § 2019, Rn. 5, S. 388; Staudinger/Gursky, 2002, § 2019, Rn. 7, S. 449 (表見相続人が相続財産中の不動産を売却し、その代金を抵当権と装資した場合 (RGRRK/KREGELの例))」; MünchKomm/HELMS, 2004, § 2019, Rn. 2, S. 503 (以下「一」); Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 3, 9, S. 470, 472; Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 1, S. 625; MünchKomm/HELDRIICH, 2004, § 2041, Rn. 5, S. 628 (十親を売却してその代金を他の十親を買った場合) (以下「二」); MünchKomm/Gursky, 2004, § 2111, Rn. 5, S. 1001 (以下「三」), 新田・前掲(一)「三〇頁(一)」。物上代位による代位物は特別財産(「総体」)の一部を構成する以上、その他の特別財産との一回の理が妥当であるかと思われぬ。

(14) Strauch, Hab., 1972, S. 127-128; Wolf, Jus 1975, S. 713, Jus 1976, S. 105; GERNHUBER, Bürger, 1991, § 49 I 7, 9, S. 468, 469; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25-26; LANGE/KUCHINKE, ErBR, 2001, § 41 II 2, S. 1069-1070; weiter WELLE, Diss., 1987, S. 91-92; MENKEN, Diss., 1991, insb. S. 93-94; HARDER, Diss., 2002, S. 24-32; früher Beyer, Surrogation, 1905, S. 209-214; weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 16; Neuhaus, Diss., 1934, insb. S. 20-21. ための具体的には Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 4, S. 470-471; Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 3, S. 625-626; MünchKomm/HELDRIICH, 2004, § 2041, Rn. 7-8, S. 629 (以下「四」); Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/

2003, § 2111, Rn. 2, S. 205; Staudinger/AVENARIUS, 2003, § 2111, Rn. 14-17, S. 369-370; MünchKomm/GURSKY, 2004, § 2111, Rn. 7, S. 1001 (以下 [c]); Soergel/GAU, 1988, § 1418, Rn. 11, S. 417; Staudinger/THELE, 2000, § 1418, Rn. 36-38, S. 457-458; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 10, S. 652 (以下 [d]); Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 493-494; Staudinger/THELE, 2000, § 1473, Rn. 3, S. 695-696; MünchKomm/KANZLEITER, 2000 § 1473, Rn. 1, 2, S. 749 (以下 [e]); Soergel/STRATZ, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392; Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 34, S. 12; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 (以下 [f]); Soergel/HADDING, 1985, § 718, Rn. 12, S. 146; Staudinger/HABERMEIER, 2002, § 718, Rn. 8, S. 200-201; MünchKomm/ULMER, 2004, § 718, Rn. 20, S. 339 (以下 [g]), 新田・前掲注(一) [四〇] 頁 ([h]).

(33) しかし、厳密にみるべし、権利取得条項とは異論を不明朗な点が多い(以下の問題は「[g]」のような明文上権利取得条項のみしか有しなすものではないと意義がある [vgl. STRAUCH, Hab., 1972, S. 127; HARDER, Diss., 2002, S. 26, 30])。第一に、①と②については、まず、①は、法律行為または法律行為に準ずる行為による仲介されるのだから(弁済の法的性質 [vgl. LARENZ, SchuldR I, 1987, § 18 I, S. 236-241])により受け取れるか否か(「法律行為的代位」を規定した資力条項または関係条項による把握される)と見る見解がある。BEYER, Surrogation, 1905, insb. S. 214; MENKEN, Diss., 1991, insb. S. 94. 個別に、[c] に関しては Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 2, S. 205; Staudinger/AVENARIUS, 2003, § 2111, Rn. 14, S. 369-370; MünchKomm/GURSKY, § 2111, 2004, Rn. 7, 13, S. 1001, 1003-1004. なお「[g]」に関しては Soergel/HADDING, 1985, § 718, Rn. 12, S. 146; Staudinger/HABERMEIER, 2002, § 718, Rn. 8, S. 200-201; MünchKomm/ULMER, 2004, § 718, Rn. 20, S. 339 (いずれも法律行為的代位の排除を強調 [本文(b)第三も参照])。この見解は、通例条項は「法律的代位」、資力条項と関係条項は、「法律行為的代位」という原則に忠実ならんとするものであるといえる(ただし、逆に、後者には抵当債務の弁済により取得された所有者土地債務・強制競売手続における競落物なども含まれると理解されているため、完全な峻別はなお貫徹されえない)。けれども、本文の理解のほうから支配的である。STRAUCH, Hab., 1972, S. 127; WOLF, Jus 1975, S. 713; Jus 1976, S. 105; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25, 26; LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 41 II 2, S. 1069, aber noch S. 1071 Fn. 25; WEITER WELLE, Diss., 1987, S. 92; HARDER, Diss., 2002, S. 30; früher WINDMÜLLER, Diss., 1902, S.

16; NEUHAUS, Diss., 1934, insb. S. 20. 個別に『Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 4, S. 470; Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 3, S. 625-626; MünchKomm/Heldrich, 2004, § 2041, Rn. 7, S. 629 (以下 [S]) ; Soergel/Gaul, 1988, § 1418, Rn. 11, S. 417 (法律行為の承認) ; Staudinger/THELE, 2000, § 1418, Rn. 36, 38, S. 457; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 10, S. 652 (法律行為の承認) (以下 [4]) ; Soergel/Gaul, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 493-494; Staudinger/THELE, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 695; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1473, Rn. 1, 2, S. 749 (以下 [5])。以下 [4] 参照) ; Soergel/STRÄTZ, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392 (以下 参照) ; Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 34, S. 12; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 (以下 参照) (以下 [9])。以下 [1] に『Staudinger/GURSKY, 2002, § 2019, Rn. 20, S. 455; MünchKomm/HEIMS, 2004, § 2019, Rn. 4, S. 504 (通例条項の類推の必要性を説く文脈に於て)。新田・前掲注(一)(四)頁も [2] に『支配的見解を前提に紹介する。支配的見解によれば、法律行為的代位のうち、①は、通例条項に権利取得条項により把握され、その他、典型的には「譲渡 (Veräußerungen)」により取得される代位物は、資力条項または関係条項により把握されることになる。こうした区別をするのは、①は、「権利規定内容に相応する取得物 (Erwerb, der dem bestimmungsgemäßen Inhalt des Rechts entspricht)」、簡単に言えば、「権利内容を実現する (den Inhalt des Rechts zu verwirklichen)』ものだからである (他の例としては、担保権実行の際に割り当てられる競落金)』。シュニラウは、両者を区別するために、前者を「実現処分 (Vollzugsverfügungen)」、後者を「取引処分 (Umsatzverfügungen)」と呼び (SRAUCH, Hab., 1972, S. 127)。次に『それらと、権利取得条項はあらゆる債権の給付物を把握するのか、換言すれば、債権とは、当初から特別財産に帰属する債権のみをいうのか、そうではなく、代償条項・資力条項・関係条項により把握された債権、つまり代位物としての債権をも含むのか。この問いに明示的に応答するのは、前者である (COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 26, 26 Fn. 16; MünchKomm/Heldrich, § 2041, 2004, Rn. 7, 8, 32, S. 629, 635, 後者は『SRAUCH, Hab., 1972, S. 142-143, 145, 147, auch S. 126, 130. 権利取得条項の給付物包含性を否定する見解は、批判対象として後者をなす。前者を想定して』。Beyer, Surrogation, 1905, S. 210; MENKEN, Diss., 1991, S. 94 und zwar Ende. その他は若干曖昧であるが、前者にたいしものが多数である。Wolf, Jus 1975, S. 713 und zwar b) (ただし、S. 713 und zwar cc) 以下 [1] に『

き通例条項の類推の必要性を説く文脈において、BGB二〇一九条一項、四〇七条により弁済が有効となった場合を挙げており、代位物としての債権の給付物が権利取得条項により把握されることと理解しているようにもみえる。weiter HARDER, Diss., 2002, S. 28, 30; früher WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 47, 55-56. 個別には Soergel/WOLF, 2002, § 204I, Rn. 5, 11, S. 471, 472; Staudinger/WERNER, 2002, § 204I, Rn. 4, 7, Rn S. 626, 627 (以下 [2]); Soergel/GAU, 1988, § 1418, Rn. 12, 13, S. 417-418; Staudinger/THELE, 2000, § 1418, Rn. 38, 41, 45, S. 457, 458, 459; MünchKomm/KANZLEITER, 2000 § 1418, Rn. 10, 11, S. 652 (以下 [4]); Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 494; Staudinger/THELE, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 695; MünchKomm/KANZLEITER, 2000 § 1473, Rn. 1, 2, S. 749 (以下 [4] 参照) (以下 [5]); Soergel/STRÄTZ, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392 (以下 [4] 参照); Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 35, 36, S. 13; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 (以下 [4] 参照) (以下 [6]). なお [1] 及び [6] Staudinger/GURSKY, 2002, § 2019, Rn. 21, S. 456; MünchKomm/HEIMS, 2004, § 2019, Rn. 5, S. 504 (ただし、各々 Rn. 20, S. 455; Rn. 4, S. 504 以下及び「サトル」同様の問題あり)。本文では、これらの立場にも整合するよう、この幅を持たせて叙述しよう。より精確には、前者によれば、たとえは、代償条項は、損害賠償請求権のみならず、賠償物、資力条項・関係条項は、売却代金債権のみならず、売却代金、所有権移転請求権のみならず、目的物所有権をも把握するのに対して、後者によれば、代償条項・資力条項・関係条項は、もっぱら債権のみを把握し、その給付物はすべて権利取得条項による連鎖的代位(前掲注 [2])として把握されることになる。第二に、①-⑥について。一般に、こうした法律による代位物も権利取得条項の例として挙げられる。STRAUCH, Hab., 1972, S. 128 (③④); GERHUBER, Bürger, 1991, § 49 I 9, S. 469 (「拡張取得」を含む) ; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 26 (④) ; weiter WELLE, Diss., 1987, S. 91 (③④) ; MENKEN, Diss., 1991, insb. S. 93 (③④) ; früher BEYER, Surrogation, 1905, insb. S. 210 (③④) ; weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 16 (③) ; NEUHAUS, Diss., 1934, insb. S. 21 (③④⑤) . 個別には Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 2, S. 205; Staudinger/AVENARIUS, 2003, § 2111, Rn. 14, 28, S. 369-370, 374; MünchKomm/GURSKY, § 2111, 2004, Rn. 7, S. 1001 (以下 [7]) 及び [8] 及び [9] (④⑤) (④⑤) (前掲注 [1] 参照) ; Soergel/GAU, 1988, § 1418, Rn. 11, S. 417 (法律による) (⑥) ; Staudinger/THELE, 2000, § 1418, Rn. 36, 37, S. 457 (及び) ; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 10, S. 652

(法権によるもの) (以下 [4]) ; Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 493-494; Staudinger/THEILE, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 695; MünchKomm/KANZLEITER, 2000 § 1473, Rn. 1, 2, S. 749 (以下 [5])。ただし [4] 参照) ; Soergel/STRÄTZ, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392 ([4] 参照) ; Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 34, S. 12 (法権による果実・増収・収益を含む) ; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 ([4] 参照) (以下 [6])。新田・前掲注(一) 114頁の [5] 及び [6] を参照しよう。また、この点については、LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 41 II 2, S. 1069-1070。 [5] と題して Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 4, S. 470-471; Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 3, S. 625-626; MünchKomm/HELDRICH, 2004, § 2041, Rn. 7, S. 629。原始取得規程による帰属禁止は物上代位の必要と相違した場合には優先権発生の必要はないと見なす。 Vgl. LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 41 II 2, S. 1069; Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 15, S. 473; MünchKomm/HELDRICH, 2004, § 2041, Rn. 8, S. 629。この問題については、KREBER, FamRZ 2000, S. 197-204。また、 [6] については、区別をしよう (4) 権利取得条項 (2) の「その他 (Sonstiges)」。 Soergel/HADDING, 1985, § 718, Rn. 12, 13, S. 146; Staudinger/HABERMEIER, 2002, § 718, Rn. 8, 12, S. 200, 202; MünchKomm/ULMER, 2004, § 718, Rn. 20, 23, S. 339, 340。また、この点については、代位物に「増加取得」「拡張取得」があり、代償性を欠くものの、代位取得となるものとの区別が一般である。この点につき、本文三(三)参照。第三(三)の他、賃料につき議論を補足しよう。賃料は「果実 (Früchte)」 (BGB 九条) として権利取得条項による把握を必要とするものではないと多数見なされる。 STRAUCH, Hab., 1972, S. 128 Fn. 10; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 26; früher NEUBAUS, Diss., 1934, insb. S. 21。 更に、 Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 4, S. 470; Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 3, S. 626 ([5]) ; Soergel/GAU, 1988, § 1418, Rn. 11, S. 417; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 10, S. 652 (以下 [7]) ; Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 493; Staudinger/THEILE, 2000, § 1473, Rn. 3, S. 695; MünchKomm/KANZLEITER, 2000 § 1473, Rn. 1, 2, S. 749 ([4] 参照) (以下 [8]) ; Soergel/STRÄTZ, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392 ([4] 参照) ; Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 34, S. 12; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 ([4] 参照) (以下 [9]) ; Soergel/HADDING, 1985, § 718, Rn. 12, S. 146; Staudinger/HABERMEIER, 2002, § 718, Rn. 8, S. 200; MünchKomm/ULMER, 2004, § 718,

Rn. 39-42, S. 458; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 10, S. 652 (以下 [4]); Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 493-494; Staudinger/THELE, 2000, § 1473, Rn. 4, S. 696; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 749 (以下 [5] 参照) (以下 [6]); Soergel/SRÄTZ, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392 (以下 [7] 参照); Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 35, S. 13; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 (以下 [8] 参照) (以下 [9]); Soergel/HADDING, 1985, § 718, Rn. 12, S. 146; Staudinger/HABERMEIER, 2002, § 718, Rn. 9, S. 201; MünchKomm/Ulmer, 2004, § 718, Rn. 21, S. 339 (以下 [10]), 新田・前掲註(一) 1410-1411頁 ([11])。

(5) 泉字と大泉字を区別する。STRAUCH, Hab., 1972, S. 126; WOLF, Jus 1975, S. 713, Jus 1976, S. 105; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25; weiter WELLE, Diss., 1987, S. 92; MENKEN, Diss., 1991, S. 95-96; früher WINDMULLER, Diss., 1902, S. 16; NEUHAUS, Diss., 1934, S. 22-23. 圓原と泉 Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 5, S. 471; MünchKomm/HELDRICH, 2004, § 2041, Rn. 9, S. 629 (以下 [12]); Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 3, S. 206; Staudinger/AVENARIUS, 2003, § 2111, Rn. 18, S. 371; MünchKomm/GURSKY, 2004, § 2111, Rn. 8, S. 1001 (以下 [13]); Soergel/GAU, 1988, § 1418, Rn. 12, S. 417; Staudinger/THELE, 2000, § 1418, Rn. 41, S. 458; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 10, S. 652 (以下 [4]); Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 494; Staudinger/THELE, 2000, § 1473, Rn. 4, S. 696; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 749 (以下 [5] 参照) (以下 [6]); Soergel/SRÄTZ, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392 (以下 [7] 参照); Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 35, S. 13; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 (以下 [8] 参照) (以下 [9]); Soergel/HADDING, 1985, § 718, Rn. 12, S. 146; Staudinger/HABERMEIER, 2002, § 718, Rn. 9, S. 201; MünchKomm/Ulmer, 2004, § 718, Rn. 21, S. 339 (以下 [10])。そのほか、法律行為的代位として端的に資力条項・関係条項の問題があるが、そのうち「前提として法律行為が資力条項・関係条項の要件を充足する必要がある」ともいう(資料と同様の問題 [前掲註(8) 第三])。Vgl. NEUHAUS, Diss., 1934, S. 23 (重疊的とす) ; LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 41 II 2, S. 1071 Fn. 22 (むごる資力条項・関係条項の問題とみる)。個別には、明文上代償条項を有しない [1] に関する Staudinger/GURSKY, 2002, § 2019, Rn. 21, S. 456 (資力条項の問題とするため、保険料の相続財産からの支払いが必要とされる)。これらに対して、代償条項のみ問題があることを強調するのが MENKEN, Diss., 1991, S. 96 (経済上

の填補性があることについて支配的見解を擁護) ; ferner Staudinger/THELLE, 2000, § 1418, Rn. 42, S. 458 (同前)。なお、新田・前掲注(一)〔三〇〕四一頁は跛行的な「[一]」では資力条項「[二]」では代償条項のところに紹介している。

- (39) STRAUCH, Hab., 1972, S. 129-131; WOLF, Jus 1975, S. 712-714, Jus 1976, S. 105; GERNHUBER, BürgerR, 1991, § 49 I 7, S. 468; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 28; weiter WELLE, Diss., 1987, S. 99, 101, 102, 103-108; MENKEN, Diss., 1991, insb. S. 77-81, 134-136; HARDER, Diss., 2002, S. 38-40.; früher KOHLER, ArchBürgerR, Bd. 22 (1903), S. 14-15; BEYER, Surrogation, 1905, insb. S. 123-141; weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 12-13, 43-59, 81-92; NEUBAUS, Diss., 1934, insb. S. 8-9, 12-15. 46の具体的には「Soergel/DRECKMANN, 2002, § 2019, Rn. 4, 6, 7, S. 388-389; Staudinger/GURSKY, 2002, § 2019, Rn. 10-24, S. 450-458; MünchKomm/HELMS, 2004, § 2019, Rn. 5, S. 504 (以下「一」) ; Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 4-5, S. 206-207; Staudinger/AVENARIUS, 2003, § 2111, Rn. 22-32, S. 372-276; MünchKomm/GURSKY, 2004, § 2111, Rn. 9-18, S. 1002-1005 (以下「二」), 新田・前掲注(一)〔二八〕三二頁(「一」)。

(37) 「資力」には「一般に『金銭・動産・不動産・債権その他の権利のすべてが含まれる』と説かれる。Staudinger/GURSKY, 2002, § 2019, Rn. 14, S. 452; MünchKomm/HELMS, 2004, § 2019, Rn. 9, S. 506 (以下「一」) ; Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 4, S. 206 (以下「二」)。そして、『総論レベルでは、物権の権利の制限や『債権』ではないか』という問題が、古くから一部の論者より提起されている。非限定説は経済的意味説、限定説は法的意味説と呼ばれる。経済的意味説によれば、相続人がただ債務法的請求権のみを有するもの(たとえば、購入したけれどもなお所有権を取得していない物)も「資力」に算入されるが、法的意味説によれば、「資力」は相続人が物権的権利を有するものに限定される。議論状況は『WELLE, Diss., 1987, S. 99 Rn. 47; früher BEYER, Surrogation, 1905, S. 125-126; weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 44-47, 82-83; noch STRAUCH, Hab., 1972, S. 129 (特殊な分析), 新田・前掲注(一)〔二八〕三六―三十七頁注一九(「一」)』。よなな『MENKEN, Diss., 1991, insb. S. 71-77』。両説の対立の意味の捉え方が異なるであろう。

- (38) STRAUCH, Hab., 1972, S. 133; WOLF, Jus 1975, S. 713; GERNHUBER, BürgerR, 1991, § 49 I 7, S. 468; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25-28; weiter WELLE, Diss., 1987, S. 101, 124; MENKEN, Diss., 1991, S. 99, 161; HARDER,

- Diss., 2002, S. 39; früher KOHLER, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 14-15; BEYER, Surrogation, 1905, insb. S. 137-138; weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, insb. S. 81-82; NEUHAUS, Diss., 1934, insb. S. 8-9; Soergel/DUECKMANN, 2002, § 2019, Rn. 1, S. 387; Staudinger/Gursky, 2002, § 2019, Rn. 4, 18, S. 448, 454; MünchKomm/HELMS, 2004, § 2019, Rn. 1, 8, S. 503, 505 (ㄱㄱ [ㄱ]); Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 4, S. 206; Staudinger/AVENARIUS, 2003, § 2111, Rn. 22, S. 372; MünchKomm/Gursky, 2004, § 2111, Rn. 9, S. 1002 (ㄱㄱ [ㄱ]), 藤田・前掲注(一)ㄱㄱ一八九頁(一)。なかの表見相続人・共同相続人が相続財産の資力により自己の必要のため取得したものの(衣服など)も相続財産に帰属する。
- (㉟) STRAUCH, Hab., 1972, S. 133; WOLF, Jus 1975, S. 714, Jus 1976, S. 105; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 27; weiter WELLE, Diss., 1987, insb. S. 92-94, 100-102, 103-108; MENKEN, Diss., insb. S. 108-115, 118-122, 134-136; HARDER, Diss., 2002, S. 34; früher KOHLER, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 14-15; BEYER, Surrogation, 1905, insb. S. 222-230; weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 12-13, 15-16; NEUHAUS, Diss., 1934, insb. S. 8, 23-24, 41. ㄱㄱ或ㄱㄱ이다 Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 7-13, S. 471-473; Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 5-10, S. 626-628; MünchKomm/Heldrich, 2004, § 2041, Rn. 12-32, S. 631-635 (ㄱㄱ註釋) (ㄱㄱ [ㄱ]); Soergel/GAU, 1988, § 1418, Rn. 13, S. 417-418; Staudinger/THIELE, 2000, § 1418, Rn. 43-48, S. 458-459; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 11, S. 652 (ㄱㄱ [ㄱ]); Soergel/GAU, 198, § 1473, Rn. 2, S. 494; Staudinger/THIELE, 2000, § 1473, Rn. 5, S. 696; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 749 (ㄱㄱ 參照) (ㄱㄱ [ㄱ]); Soergel/STRÄTZ, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392 (ㄱㄱ 參照); Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 35, S. 13; MünchKomm/Huber, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 (ㄱㄱ 參照) (ㄱㄱ [ㄱ]), 藤田・前掲注(一)ㄱㄱ一頁(ㄱㄱ)。
- (㊴) Vgl. BEYER, Surrogation, 1905, S. 229 (Bezeichnung „Gegenstand I und II“).
- (㊵) 主観的意思の表示は明示のみならず、黙示でもかまわないが、認識可能性が必要というのが一般である(ただし、異論・不明のものあり)。STRAUCH, Hab., 1972, S. 131; WOLF, Jus 1975, S. 714 (不黙とちるべきのみならず〔後掲 Soergel ㄱㄱ註釋〕); GERNHUBER, BürgR, 1991, § 49 I 7, S. 468; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25 Fn. 12 (不明);

- weiter WELLE, Diss., 1987, S. 93, 103 Fn. 62; MENKEN, Diss., insb. S. 113 (下段); HARDER, Diss., 2002, S. 34-35 (同)。題名は 'Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 11, S. 472-473 ([2]) ; Staudinger/THELE, 2000, § 1418, Rn. 44, S. 458-459; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 11, S. 652 (下段) (以下 [4]) ; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 749 ([4] 参照) ([5]) ; Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 36, S. 13; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 ([4] 参照) (以下 [6]) , 新田・前掲注(一) (四一頁 ([2]))°
- (42) 総論の議論状況については、本文(9)第二参照。各論では、現在の状況を整理するべく [2] 以下は第二説・第三説 [4] [6] 以下は第一説 [5] 以下は議論が分かれる傾向にある。Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 8-13, S. 471-473 (第三説) ; Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 6-7, S. 626-628 (第二説変形 [客観的關係 II 典型的な遺産管理のみが要件であり、主観的關係は不要という立場。代表例として客観的關係 I を挙げるが、客観的關係 II でも遺産管理の典型性が認められれば地位を肯定する]) ; MünchKomm/HELDRICH, 2004, § 2041, Rn. 22, 28, S. 633, 634 (第二説 [關係条項の目的論的制限解釈]) (以下 [7]) ; Soergel/GAU, 1988, § 1418, Rn. 13, S. 417-418; Staudinger/THELE, 2000, § 1418, Rn. 43-48, S. 458-459; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 11, S. 652 (以下 [4]) ° 以下は第一説) ; Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 494 (第一説変形 [ヤハナナー ([2]) 同]) ; Staudinger/THELE, 2000, § 1473, Rn. 5, S. 696 (第一説) ; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1473, Rn. 2, S. 749 (第一説 [4] 参照。文意と句読点の強弱) (以下 [5]) ; Soergel/STRATZ, 1987, § 1638, Rn. 8, S. 392 (第一説 [4] 参照) ; Staudinger/ENGLER, 2004, § 1638, Rn. 36, S. 13 (第一説) ; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1638, Rn. 22, S. 860 (第一説 [4] 参照) (以下 [6]) °
- (43) 特別財産外の資力によるが、行為者の意思により特別財産に帰属する場合(第一説・第三説を生じる)は、地位ではなく「指定」である、という有力見解がある。この点につき、本文三一(三)参照。
- (44) Wolf, Jus 1975, S. 713.
- (45) 議論状況は、STRAUCH, Hab., 1972, S. 142-143; Wolf, Jus 1975, S. 713, Jus 1976, S. 105; GERNHUBER, BÜRG, 1991, § 49 III 2, S. 492; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 28; LANGE/KUCHINKER, ErbR, 2001, § 41 II 3, S. 1070-1071; weiter WELLE, Diss., 1987, S. 105-106 Fn. 70; MENKEN, Diss., 1991, S. 141-143; Soergel/DIECKMANN,

- 2002, § 2019, Rn. 6, S. 388; Staudinger/Gursky, 2002, § 2019, Rn. 20, S. 455-456; MünchKomm/Helms, 2004, § 2019, Rn. 4, S. 503-504. 通例条項に規定された代位物は「一般原則により真正相続人に当然に帰属するから(たとえは、損害賠償請求権)」、通例条項の類推適用は不要であるようにもみえる。この疑問には「一般には、次のように応答される。表見相続人に善意弁済がなされた場合(BGB二三六七条など)」、そうでなくとも、相続人が弁済を追認した場合には、代位物は通例条項の類推適用がなければ真正相続人に帰属しない。より積極的には「連鎖的代位(前掲注(31))との関係上、真正相続人の一般財産ではなく相続財産への帰属を認める必要があるなど」と説かれる。
- (46) Thiele, AcP, Bd. 91 (1901), S. 12-14; Windmüller, Diss., 1902, S. 8, 13を嚆矢とする(ヴァンテンリッナーはチェーンを明らかに参照しておらず、両者は無関係とみなすのが相違である[同註Waller, Diss., 1904, S. 28 und Fn. 3])。この系列に属するものとして、z. B. Feist, Diss. 1903, S. 20-23; Rasch, Diss., 1903, S. 20-22; Kohler, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 9, 12; Wieruszowski, Eher II, 1904, S. 317-320; Holdack, Grünhutsz, Bd. 32 (1905), S. 586-587, 590-591; Lindenberg, Diss., 1912, S. 23-24, 31-32; Spindler, Diss., 1914, S. 89-90, 95-96; Neuhaus, Diss., 1934, S. 8-9; Lappe, Diss., 1938, S. 6-7. ただし「ローラー・ノインハウスは、すべての制限的見解を取っている。後掲注(47)参照。
- (47) 前者は「も」同定志向の強い順に挙げると「① MünchKomm/Hedrich, 2004, § 2041, Rn. 20-28, S. 632-634 (関係条項・第三説。ただし「[2]」は「も」)。ノルムリッヒの見解は「前担当者であるマックスのそれを受け継いだもの」である。MünchKomm/Dürz, § 2041, 1997, Rn. 12-28, S. 686-690. マックスの見解は総論レベルでも著名であり「だ)」② Wolf, Jus 1975, S. 713-714, Jus 1976, S. 105, noch Jus 1975, S. 714 und zwar cc); fühler Beyer, Surrogation, 1905, insb. S. 222-230; noch Strauch, Hab., 1972, S. 130-133 (以下「関係条項・第三説」)③ Gerhauer, BürgR, 1991, § 49 III 3-4, S. 473-474, noch Nr. 2, 3, 4; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25, 27 (以下「関係条項・区別説」ともに「[2]」は「も」第三説は「第三説的理解を支持するもの」である)「後者には「も」峻別制限志向の強い順に挙げると「① Kohler, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 9, 12, 14-15 (関係条項・第三説)か、「も」資力条項を「第三説の意味における」関係条項と同様に解釈すべきである)」② Bockemühl, Diss., 1958, S. 120, 137 (関係条項・第三説。代位条項に関する包括的研究)③ Welle, Diss., 1987, insb. S. 103-108, 123-126; Menken,

Diss., 1991, insb. S. 134-136, 161-162; Führer Neuhaus, Diss., 1934, insb. S. 8-9, 41, 44 (以上「関係条項・区別説」いずれも合有財産 [2] [5]。[7] は BGB 七一八条一項の解釈 (本文第三) によるが、少なくともメンケン・ノイハウスは批判的) に限っては第三説をとる。ただし、ヴェレは立法論 (その他、資力条項を (第三説的意味における) 関係条項と同じく規定すべきという)。三者につきとくに、前掲注(18)における各論者対応(弧書参照)。概して前者・②説、後者・③説が現在もつとも有力な見解といえようか。なお、関係条項・区別説につき、注釈書における関係条項解釈の分裂状況も想起されたい (前掲注(42)。この指摘につき WELLE, Diss., 1987, S. 102; MENKEN, Diss., 1991, S. 26)。

(48) Statt vieler MENKEN, Diss., 1991, S. 24-26 (規範目的闡明の不十分を痛烈に批判す)。

(49) その他 (あまり意識されていないけれども) 次の二つの事情が問題の基礎を構成しているように思われる。一つは、特別財産の法的構成である。第一類型と第二類型の峻別は、特別財産の法主体性の否定を前提としている (前掲注(8))。しかし、この前提を受け容れたとしても、特別財産は特別な法主体を創設する、したがって、その際には一般財産の担い手としての人と特別財産の担い手としての人が並存すると考えるならば、両類型の区分は崩壊するものと考えられる。Insb. SCHRODER, JZ 1978, S. 383 (法的構成 (この主張につき vgl. DAUNER-LIEB, Hab., 1998, S. 41)) ; 物上代位の関係につき vgl. STRAUCH, Hab., 1972, S. 93-95, auch S. 82 (ただし、これは特別財産概念の否定に至る)。この解釈を一般に退けたとしても、特別財産の担い手が複数人である場合 (合有財産) (前掲注(6)) については、むしろ第一類型とみるほうが相当なように思われる。Insb. WELLE, Diss., 1987, S. 18, 126。もう一つは、物上代位の行為主体および行為態様である。伝統的類型論によれば、関係条項は帰属主体の交替ではなく、帰属財産の交替を基礎づける。しかし、関係条項の規律領域でも、行為主体および行為態様いかなるかは、一般原則によれば特別財産の担い手と異なる者に代位物が帰属するところ、帰属主体の交替となりうる場合が存する。すなわち、行為主体が特別財産の担い手以外の者 (合有共同体の構成員の一部を含む) であり (前掲注(19)参照)、かつ、行為が直接代理として行われなかった (本文(1)代位物に関する疑問第一参照) 場合である (「4」でも、他方配偶者 [または第三者] の行為主体適格を肯定すれば、同じ問題が生じる)。伝統的類型論は、関係条項はこうした場合には作用しないと考えていたが、有力見解の一部はこうした場合にも作用すべきことを前提としてゐる。Insb. WOLF,

Jus 1975, S. 713, 714.

(50) 議論状況は、SRAUCH, Hab., 1972, S. 136-138; WOLF, Jus 1975, S. 714, Jus 1976, S. 105; GERHUBER, Bürger, 1991, § 49 III 3, S. 473 (なお、肯定説を多数・支配的とするが、少なくとも現在においては適切でない) ; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 27; weiter WELF, Diss., 1987, S. 106, 106 Fn. 71; MENKEN, Diss., 1991, S. 33 und Soergel/HADDING, 1985, § 718, Rn. 11, S. 145-146; Staudinger/HABERMEIER, 2002, § 718, Rn. 6-8, S. 199-200; MünchKomm/ULMER, 2004, § 718, Rn. 18-20, S. 338-339. この争いの根本は、要件として、物上代位と顕名主義の相互関係にある(付随的問題は、後掲注(52)参照)。この点こそ、本文三三(二)参照。

(51) 債務者は真正債権者を認識する前には表見債権者を真正なものとしなすことができ、相殺(BGB四〇六条)、弁済その他(BGB四〇七条)、譲受人に対する弁済その他(BGB四〇八条)において保護される。明文はないが、BGB四〇四条も準用され、認識取得時までに生じた表見債権者に対する抗弁も保護される反面、準用目的は債権者保護ではなく、債務者保護にあるところ、債務者の虚偽行為(Scheingeschäft)の抗弁の排斥を規定するBGB四〇五条は準用されない。なお、(積極的)認識の不存在のみが要求され、過失の存否・程度は問われなく。Soergel/DIECKMANN, 2002, § 2019, Rn. 9, S. 389; Staudinger/GURSKY, 2002, § 2019, Rn. 28-29, S. 458-459; MünchKomm/HELMS, 2004, § 2019, Rn. 17, S. 508 (以下「一」)。これも準用範囲の問題も詳説) ; Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 18, S. 474; Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 11, S. 628-629; MünchKomm/HELDRICH, § 2041, 2004, Rn. 33, S. 635 (以下「二」) ; Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 16, S. 210; Staudinger/AVENARIUS, 2003, § 2111, Rn. 42, S. 380; MünchKomm/GURSKY, 2004, § 2111, Rn. 6, S. 1001 (以下「三」) ; Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 4, S. 494; Staudinger/THELE, 2000, § 1473, Rn. 6, S. 697-698; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1473, Rn. 4-5, S. 750 (以下「四」)。これも主観的要件の解釈につき詳説) , 新田・前掲注(一)二二二-二二三、四一四-四二頁(「一」)「二」。準用範囲の問題には触れず)。ちなみに、債権譲渡法(BGB四〇七条)の解釈として、債務者は(積極的)認識がなす限り、過失いかんを問わず保護されるを解されよう。LAENZ, SchuldR I, 1987, § 34 IV, S. 588; femer Soergel/ZEISS, 1990, § 407, Rn. 6, S. 1850; Staudinger/BUSCHE, 1999, § 407, Rn. 39, S. 234; MünchKomm/ROTH, 2003, § 407, Rn. 14, 18, S. 2586, 2587 (信義誠実違反による排斥の余地は残されよう)。ドイツ

ソ債権譲渡法全体の概観として、石田剛「債権譲渡禁止特約の効力制限に関する基礎的考察—ドイツにおける特約の生成・発展を中心に—」立教七〇号六四一—六八頁(二〇〇六年)。

(52) なお、BGB七二〇条も、BGB七一八条一項(組合財産〔7〕)により取得された債権につき「1」「2」「3」「5」と同様の債務者保護規定を設けている。しかし、支配的見解によれば、組合の名による法律行為が要求されるところ、債務者は通常善意となるために、この規定の存在意義が僅少となる。同条項を資力条項または関係条項とみる有力説は、この弱点を批判している。

(53) BGB八五一条は、動産の侵奪または損傷に基づき損害賠償義務を負担する者が、侵奪または損傷時の物の占有者に対して賠償した場合における、債務者の信頼保護規定である。信頼の基礎は占有であるから、動産の善意取得と同じく、善意であっても重過失がある場合には保護されなく、LARENZ/CANARIS, SchuldR II/2, 1994, § 83 IV, S. 593; ferner Staudinger/VIEWEG, 2002, § 851, Rn. 1, 9, S. 334, 337; MünchKommB/GURSKY, 2004, § 851, Rn. 6, S. 2342; Soergel/KRAUSE, 2005, § 851, Rn. 2, 4, S. 210. BGB八九三条「三三六七条については、前掲注(20)参照」。

(54) 包括的とは、SRAUCH, Hab., 1972, S. 225-226; früher KOHLER, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 16-17; weiter NEUHAUS, Diss., 1934, S. 47; noch LANGE/KUCHNIKE, ErbR, 2001, § 41 V, S. 1071 Fn. 58. 個別には、明示的とは「[c]」のごとき、法律的地位における債務者の信頼保護を一般規定により図るべきことが指摘されるにすぎなく、Soergel/HARDER/VEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 16, S. 210; Staudinger/AVENARIUS, 2003, § 2111, Rn. 43, S. 380; MünchKommB/GURSKY, 2004, § 2111, Rn. 6, S. 1005. なお「1」には、この通例条項に法律的地位を類推する場合に「c」も、Soergel/DRECKMANN, 2002, § 2019, Rn. 6, S. 388; Staudinger/GURSKY, 2002, § 2019, Rn. 20, S. 456 (BGB二〇一九条二項も準用); MünchKommB/HEIMS, 2004, § 2019, Rn. 4, S. 504.

(55) 債務者以外の第三者保護は(債務者保護と離れた独立のものとしては)顧慮されない。そもそもドイツ法では、動産・不動産とは異なり(BGB九二九条、八七三条)、債権譲渡については、公示が要求されていない(BGB三九八条。債権質は別論(BGB二二八〇条))。そして、占有・不動産登記という、外面的標識を欠くために、動産・不動産とは異なり(BGB九三二条以下、八九二条)、善意取得は認められない。善意の譲受人は、債務証書(Schuld-schein)の呈示のもとに譲り受けた場合に限って、債務者の虚偽抗弁の排斥により保護されうるが(BGB四〇五

条)、物上代位との関連ではこの規定は準用されなく(前掲注〔5〕参照)。したがって、第三者は物上代位の発生いかに調査する必要がある。代位に関する部分を除外⁶⁷ Medicus, Bürger, 2004, § 3 I 1, Rn. 26, S. 20, auch § 22 Vor, Rn. 531, S. 346; LARENZ, SchuldR I, 1987, § 34 I, S. 575-576, auch § 34 V, 594-595; BAUR/STURNER, SachenR, 1999, § 4 II 1, 3, Rn. 11, 16, S. 32, 33, auch § 58 A I, Rn. 1, § 60 III, Rn. 11, S. 730, 774. 結論は「新田・前掲注(一)(四二頁) (一八一頁 [一]) [二]」の分析と同様。

(56) この点につき「よく、非権利者処分が問題となる [一]」の立法過程を参照されたい(広く知られている。Statt vieler WELLE, Diss., 1987, S. 101; LANGE/KUCHINKE, ErBR, 2001, § 41 I 1, S. 1067 Fn. 9; Staudinger/Gursky, 2002, § 2019, Rn. 2, S. 447)。[一]は歴史的に物上代位の淵源と規定されているが、第一草案では、後期普通法学における論争を受け、物権的＝直接的効果が拒絶されていた。「そのような規定は、物の取引につき定立された重要な諸原則と矛盾するであろう」(Motive V, S. 584 = MUGDAN V, S. 313) というのがその理由である。しかし、第二委員会では「表見相続人の破産において真正相続人を保護し、相続回復請求権の債権的請求権への解消を防止するという必要性和、次のような許容性を提示し、物上代位を採用することにした。すなわち、「物権的效果を認めることには問題もない。なぜなら、代位により相続財産に帰属したものを表見相続人から取得した第三者は、善意取得に関する諸規定により十分に保護されるからである」(Protokolle V, S. 713 = MUGDAN V, S. 483)。(制限) 権利者処分については「vgl. WOLF, Jus 1975, S. 714 [7]」の法律行為的代位(本文(二)(b)第三)につき肯定説を主張する際に「すなわち境界事例において」不動産につきなお憂慮を示すヴェスターマン(WESTERMANN, PertsG I, 1975, S. 285)に対して、取引の安全は不動産の善意取得(BGB八九二条)により保護されるという。物上代位論の側からは、こうした思考・配慮は当然の前提ということだろう。新田・前掲注(一)(四四頁注一二)(一八〇―一八一頁 [一]) [二]の分析と同旨。なお、真正権利者は登記の訂正を求めることができ(BGB八九四条、GBO二三条)これにより善意取得を防止しうる。一般には「LANGE/KUCHINKE, ErBR, 2001, § 41 I 1, S. 1068, 個別には「[一]に関する」Staudinger/Gursky, 2002, § 2019, Rn. 4, S. 448; MünchKomm/Helms, 2004, § 2019, Rn. 14, S. 507, [一] [二]」に関する「新田・前掲注(一)(四四頁注一二)(善意取得防止機能にまで触れるのは新田)。

(57) 以上につき、次の二点を留保・補足する必要がある。まず、夫婦財産登記簿(Güterrechtsregister)(第一・第

二共通) について。「4」につき、BGB 一四一八条四項によれば、財産対象の留保財産への帰属は、BGB 一四二二条(夫婦財産登記簿の消極的公示力〔設権的効力はなく、また、一般の公信規定を排除しない〕)。MEDICUS, BÜRGER, 2004, § 22 Vor, Rn. 531, S. 346; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, FamR, 2006, § 33 I, V, Rn. 20-25, 26, S. 357-358) に従ってのみ第三者に対して有効であり、この財産対象には代位物も含まれると理解されている。だから、代位物の留保財産性も、夫婦財産登記簿に登記されておらず、相手方が(積極的)認識を有していない場合には、相手方に対して主張されえない。Soergel/GAU, 1988, § 1418, Rn. 16, S. 418; Staudinger/THIELE, 2000, § 1418, Rn. 56, S. 461; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1418, Rn. 15, S. 653。つまり、財産共同制継続中は、夫婦財産登記簿の公示により取引の安全が図られている。しかし、財産共同制終結後には、事情は正反対となる。つまり、夫婦財産登記簿に財産共同制終結の登記がされている場合、一般原則によれば、財産共同制が終結している以上、夫婦により新たに取得されたものはや合有財産とはならないはずであるが、にもかかわらず、物上代位は、この公示とは無関係に、合有財産の代位物を合有財産に帰属させる。ここでは、夫婦財産登記簿の登記は、取引の安全にとつてむしろ有害である。「5」が「4」とは異なり、「1」「2」「3」のよきな善意者保護規定を設けたのは、こうした事情によらぬのである。Soergel/GAU, 1988, § 1473, Rn. 4, S. 494; Staudinger/THIELE, 2000, § 1473, Rn. 6, S. 696-697; MünchKomm/KANZLEITER, 2000, § 1473, Rn. 3, S. 750。つまり、第三者保護につき「5」は、他の物上代位規定と同じく、善意者保護規定を用いているが、「4」は、物上代位を公示に服せしめている。次に、後位相続注記(Nachbenvermerk) (第二) に関して。「3」につき、代位物が不動産の際には、GBO 五一条により、後位相続権の登記がなされなければならないことを理解される。Soergel/HARDER/WEGMANN, 2002/2003, § 2111, Rn. 1, S. 205; Staudinger/AVENARUS, 2003, § 2111, Rn. 10, S. 367-368; MünchKomm/GURSKY, 2004, § 2111, Rn. 5, S. 1001。だから、「3」も「4」と同じく、公示原則により第三者保護を図っている。一般に、物上代位と公示は相容れないものと理解されているから、これらは例外に位置づけられよう。詳細につき、本文三二(一)参照。