慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ドイツ法における物上代位の理論的基礎(二)
Sub Title	Eine theoretische Grundlage der dinglichen Surrogation im deutschen Recht (2)
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.4 (2007. 4) ,p.45- 94
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20070428-0045

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
二　物上代位の主な諸規定
1　特別財産
(一)　条文
(二)　意義
(三)　限界――第三者保護……（以上八十巻三号）
2　集合物
(一)　条文
(二)　意義
(三)　限界――第三者保護
3　個々の対象
(一)　条文
(二)　意義
(三)　限界――第三者保護
三　物上代位の理論的基礎
1　概念
(一)　定義
(二)　典型
(三)　変則……（以上本号）
2　特質
(一)　原理
(二)　体系
(三)　地位
3　構成
(一)　思想……（以上八十巻五号）
(二)　目的
(三)　構造
四　結語……（以上八十巻六号）

2　集合物[58]

(一)　条文

「集合物（Sachgesamtheit; Sachinbegriff）[59]」とは、「継続的な共同目的により客観的に結合させられているために、一般取引観念上単一の客体とみなされる個々の物の総体[60]」をいう。古くは、畜群、図書館、現代では、在庫商品、属具、美術館などが、その例として挙げられる。家財道具もここに属する[61]。

集合物における物上代位は、明文上、属具（Inventare）[62]と、家財道具（Haushaltsgegenstände）[63]につき定められている[64]。

すなわち、前者については、[12] 用益賃貸借（BGB五八二a条二項二文）、[13] 用益権[65]（BGB一〇四八条一項二文）、後者については、[14] 剰余共同制（BGB一三七〇条）。

他方、明文が欠けている場合としては、とくに、[15] 在庫商品の譲渡担保が挙げられる。これについては、類推適用いかんが問題とされる[66][67]。

(二)　意義

(1)　集合物における物上代位の意義は、概括的には、「経済的一体性の維持（Erhaltung der Wirtschaftseinheit）[68]」にあるといえる[69]。明文あるものにつき敷衍すると、次のとおりである。

(2)　属具　[12] [13] は、用益賃借人・用益権者が調達した物は、「それを属具へ組入れるとともに」、用益賃貸人・用益権設定者の「所有になる」と定める[70]。

不動産の用益賃借人は、用益賃貸借終了の際に評価額をもって返還すべき義務を負担し、評価額を定めて属具を受け取った場合には、法律上、正常な経営の範囲内において個々の属具につき処分権を有する（BGB五八二a条一項二文）。また、用益権者は、不動産が属具とともに用益権の目的とされた場合には、法律上、個々の属具

につき正常な経営の範囲内において処分権を有する（BGB一〇四八条一項一文）。

他方、用益賃借人・用益権者は、属具調達義務を負担する（BGB五八二a条二項一文、一〇四八条二文前段）。本来であれば、用益賃借人・用益権者がこうして個々の属具を調達したとしても、用益賃貸人・用益権設定者の属具所有権の取得は、あくまで用益賃借人・用益権者の意思に委ねられることになろう。そこで、［12］［13］は、用益賃借人・用益権者により調達された個々の属具は、属具組入れとともに、法律上当然に、用益賃貸人・用益権設定者に対して帰属すると定めた。(71)

(3) 家財道具　［14］は、剰余共同制の際に、「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」と定める。(72)

夫婦はともに、自己の家財道具を共同の使用に供する（婚姻上の共同生活義務〔BGB一三五三条〕）。とすれば、家財道具の価値が喪失するのは、共同の使用の結果ということになる。

しかし、新たな家財道具がその代わりに調達された場合にも、それが従前の所有者に帰属するとは限らない。一方配偶者の所有に属する家財道具を他方配偶者が買い換えた場合、他方配偶者が自己に帰属させる意思のもと、自己の名において行為するときには、一般原則によれば、新たな家財道具は他方配偶者の所有になってしまう。そこで、［14］は、そのようにして調達された家財道具は、法律上当然に、旧家財道具が帰属していた配偶者の所有になると定めた。(73)

㈢　限界――第三者保護

集合物を構成していた旧属具・家財道具の所有関係は、物上代位により、法律上当然に、新たにこれを構成するに至った属具・家財道具上に継続する。

第三者は、こうした所有関係の継続を当然には関知しえない。それでも、用益賃借人・用益権者は、新たに調

達した属具につき通常処分権を有するから、その限りでは第三者は害されない。しかしながら、そうした場合以外では、第三者の信頼保護[74]が問題となる。[75]

個々の属具・家財道具は動産であるから、この問題については、公信の一般規定（ＢＧＢ九三二条以下）により対処されることになろう。[76]

3　個々の対象[77]

㈠　条文

物上代位は、特別財産と集合物のみならず、「個々の対象（Einzelgegenstände）」[78]の際にも定められている。

個々の対象における物上代位の諸規定は、雑然としているが、[79]条文の順序にしたがい、代位物とともに示すと、次のようになる。[80]

［16］添付＝共有持分（ＢＧＢ九四九条二文）、［17］遺失物＝売却代金（ＢＧＢ九六六条二項三文、九七五条二文、九七九条二項）、［18］用益権＝保険金債権（ＢＧＢ一〇四六条一項）、［19］用益権＝給付物[81]（ＢＧＢ一〇七五条）、［20］抵当権＝賃料債権（ＢＧＢ一一二三条一項）、［21］抵当権＝保険金債権（ＢＧＢ一一二七条一項）、［22］質権＝売却代金（ＢＧＢ一二一九条二項、一二四七条）、［23］質権＝給付物（ＢＧＢ一二八七条）。

これらを代位物の観点から捉え直せば、共有持分（［16］）、売却代金（［17］［22］）、給付物（［19］［23］）、保険金債権（［18］［21］）、賃料債権（［20］）、というように整理できる。なお、売却代金（［17］［22］）には、「売却代金は物に代わるものとする」という共通の定式が存するため、とくに「承継条項（Nachfolgeklausel）」と呼ぶものがある。[82]

他方、明文のないケースでは、類推適用が問題となる。とくに議論されるものは、次のとおりである。[83][84]

[24] 用益権・抵当権＝損害賠償債権（[18] [21]）、[25] 質権＝保険金債権・損害賠償債権（[18] [21]）、期待権（[19] [23]）、[26] 譲渡担保・所有権留保＝代金債権（[17] [22]）、給付物（[19] [23]）、期待権（[19] [23]）、保険金債権・損害賠償債権（[18] [21]）、[27] 所有権＝代金債権（[17] [22]）。

(二) 意義

(1) 個々の対象における物上代位は、様々な意義を有する。明文あるものにつき、代位物毎に考察すると、次のとおりである。

(2) 共有持分　[16] は、添付により所有権の目的物が共有持分に転化する場合、物の上に成立していた「権利は物の代わりになる持分の上に継続する」と定める。[85]

添付により物の所有権が消滅する場合には、物の上に存した権利もすべて消滅する（BGB九四九条一文）。権利を喪失した者たちは、不当利得の規定にしたがい、利得をえた者に対して償金請求をするほかない（BGB九五一条）。

ところで、数個の動産が付合（BGB九四七条）または混和（BGB九四八条）した場合には、動産所有者間に共有関係が成立しうる。旧物上の所有者たちは物の代わりに共有持分を取得する。しかしながら、一般原則によれば、他の権利者の物権的権利は消滅したままである。そこで、[16] は、旧物上の物権的権利は、法律上直接的に、共有持分上に継続すると定めた。

(3) 売却代金　[17] [22] は、いずれも承継条項、すなわち「売却代金は物に代わるものとする」と定める。[86]

遺失物は、一定の場合に競売に付される。すなわち、通常の場合には、遺失物保全のため（BGB九六六条二項）、または、管轄官庁により（BGB九七五条）、いわゆる交通の場での拾得（Verkehrsfund）の場合には、官庁・交通営造物により（BGB九七九条一項）。また、動産質権の際には、質権保全のため（BGB一二一九条一

項）、または、質権実行として（BGB一二三三条、一二四五条、一二四六条）、質物は競売に付される。競売をとおして、競落人は遺失物・質物上の所有権を取得する。[87]

もちろん、競落人はそれと引換えに売却代金を支払う。しかしながら、遺失物・質物上の物権的権利、すなわち遺失者の所有権・拾得者の物権的期待権、質権設定者の所有権・質権者の質権などは、当然には売却代金上に反映されず、あくまで消滅したままであるのが原則である。そこで、[17]［22］は、こうした遺失物・質物上の物権的権利は、法律上直接的に、売却代金上に継続すると定めた。[88]

(4) 給付物　［19］［23］は、債権上の用益権・質権の際には、債務者の給付とともに、債権者は「給付された物を取得し」、用益権者・質権者は「その物の上の用益権」「質権を取得する」と定める。[89]

利息付でない債権を目的とする用益権者は、単独で目的債権を取り立てる権能を有する（BGB一〇七四条）。また、債権質の際には、被担保債権の弁済期が未到来のときは、債権質権者は、債権者との共同にのみ給付を請求でき、債務者は、債権質権者と債権者との共同にのみ給付をなしうる（BGB一二八一条）。被担保債権の弁済期が到来したときは、債権質権者は、単独で目的債権を取り立てる権能を取得する（BGB一二八二条）。第三債務者が、用益権者または質権者と債権者の共同もしくは質権者に給付する場合には、目的債権は消滅し（BGB三六二条）、これとともに債権上の用益権・質権も消滅する。[90]

ここでは、債権消滅の代わりに給付物が生じる。しかしながら、用益権・質権の目的である債権が消滅した以上、再度の設定行為がなされれば格別、そうでない限り、用益権・質権は給付物上に存立しえないのが原則である。そこで、［19］［23］は、法律上直接的に、債権者が給付物の所有者となるとともに、用益権者・質権者はその物の上の用益権・質権を取得することを定めた。[91]

(5) 保険金債権　［18］［21］は、用益権者は「保険者に対する債権上に用益権を有」し、抵当権は「保険者に

対する債権に拡張される」ことを定める。[92]

物上用益権者は、保険が正常な経営に合する場合には保険義務を負い、保険金債権を用益権設定者に帰属せしめることを要する（ＢＧＢ一〇四五条一項）。抵当権の際には用益権とは異なり、抵当権者はもとより、抵当権設定者にも、法律上保険義務は規定されていない。しかし、抵当貸付条件には通常抵当債務者の保険義務が含まれており、義務不履行の場合には、抵当権者はＢＧＢ一一三四条を引き合いに出しうる。目的物の滅失という保険事故が生じた場合には、これとともに用益権・抵当権も消滅する。

他方、用益権設定者・抵当権設定者は、消滅した物と引換えに保険金債権を取得する。だが、用益権・抵当権はあくまで物を目的としていたから、一般原則によるならば、用益権・抵当権は代償債権には及ばず、消滅したままであるという帰結を受け容れるほかない。そこで、[18][21]は、用益権・抵当権は、法律上直接的に、保険金債権に対して存続するものと定めた。[93]

(6) 賃料債権　[20]は、抵当権は、不動産が使用賃貸借または用益賃貸借されるときには、「その賃料債権に拡張される」と定める。[94]

抵当権は、本来不動産の収益を把握する（ＢＧＢ一一二〇条参照）。しかし、用益賃貸借がなされた場合には、用益賃借人が天然果実を収受し、抵当権者は強制競売または強制管理による差押えをしても、この収受に容喙しえない（ＺＶＧ二一条三項、一五二条二項）。使用賃貸借がなされた場合、果実収受は問題とならないが、使用賃借人が不動産を使用し、抵当権者は強制競売または強制管理による差押えによってもこの使用利益に介入しえないところ（同）、この意味において用益賃貸借のケースと同一の理が妥当する。

その反面、用益賃料債権・使用賃料債権は、賃貸人である抵当権設定者に帰属する。これらの債権は収益の対価として生じたものであるが、にもかかわらず、一般原則上は、抵当権の効力がこれらの債権に及ぶとみること

はできない。そこで、[20] は、抵当権は、法律上直接的に、賃料債権に対して存続するものと定めた。

㈢　限界――第三者保護

物上代位は、個々の対象に存した物権的権利を、法律上直接的に、代位物上に継続せしめる。

しかしながら、こうした物権的権利の継続は、第三者を害するおそれがありうる。そこで、第三者保護が問題となる。

第一に、代位物が売却代金の場合（[17] [22]）には、大きな問題は生じない。公の競売において取得されるのが原則であり、その手続において第三者は保護されうるからである。[95]

第二に、代位物が動産・不動産の場合（[16]・[19] [23]）には、善意の第三者は、公信制度（占有〔ＢＧＢ九三二条以下〕、不動産登記〔ＢＧＢ八九二条〕）により保護されることになろう。[96][97]

第三に、代位物が債権の場合（[18] [21]・[20]）には、債権上の制限物権の規律・原目的物と代位物の関係から、事態は複雑になっている。

まず、用益権＝保険金債権（[18]）については、「利息付債権の用益権に関する規定」（ＢＧＢ一〇七六条以下、一〇七〇条以下）により規律される（ＢＧＢ一〇四六条）。[98]

すなわち、用益権設定者は、用益権者の同意なくして保険金債権を処分しえず（ＢＧＢ一〇七一条）、保険者は、用益権者と設定者との共同にのみ給付をなしうる（ＢＧＢ一〇七七条）。

しかしながら、一般に、債権譲渡に関する規定が準用されるところ（ＢＧＢ一〇七〇条一項）、保険者は債務者保護規定（ＢＧＢ四〇六条ないし四〇八条）[99]を援用することができる。だから、善意の保険者が害されることはない。[100]

次に、抵当権＝保険金債権（[21]）については、以下のとおりである。[101]

建物保険の場合には、「質入した債権に関する規定」（BGB一二七三条以下）により規律される（BGB一一二八条三項本文）[102]。

すなわち、抵当権設定者は、抵当権者の同意なくして保険金債権を処分しえず（BGB一二七六条）、保険者は、被担保債権の弁済期到来前には、抵当権者と設定者の共同にのみ給付をなしえ（BGB一二八一条）、その後には、抵当権者のみに給付しなければならない（BGB一二八二条）。

もっとも、保険者または設定者が抵当権者に損害発生を通知してから一ヶ月以内に抵当権者が異議を述べなかった場合には、保険者の設定者に対する保険金の支払いは有効となる（BGB一一二八条一項）。ただし、抵当権者により抵当権の存在の届出がなされていたときには、書面による同意がなければ設定者に対する支払いは有効にならない（同二項）。なお、一般に、債権譲渡に関する規定が準用されるところ（BGB一一二八条三項前段、一二七五条）、保険者は債務者保護規定（BGB四〇六条ないし四〇八条）を援用することができるはずであるが、登記簿上判明する抵当権についてはその不知を主張しえないから（BGB一一二八条三項後段）、通常保険者は善意であっても保護されない[103]。

建物以外の保険の場合には、賃料債権に準じて処理される（BGB一一二九条〔[20]参照〕）。

最後に、抵当権＝賃料債権（[20]）については、収益の代償という観点から、その取扱いに相応した規律（BGB一一二一条参照〔設定者の経済活動の自由の確保＝処分権付与〕）がなされている（BGB一一二三条二項以下）[104]。

まず、抵当権設定者は、差押前であれば、自由に賃料債権の取立て、譲渡、質入れその他の処分をすることができ、それらの処分により賃料債権に対する抵当責任は消滅あるいは劣後する（BGB一一二四条一項）。ただし、賃料債権の事前処分に関してはこの限りでなく、差押えがなされた月の翌月以降あるいは差押えがその月の一五日以降に行われた場合には翌々月以降の時期についての賃料債権の処分は、抵当権者に対して無効である（同二

項）。

次に、賃料債権が抵当権者のために差し押えられることなく、満期から一年を経過したときには、抵当責任を免れる（BGB一一二三条二項一文）。ただし、賃料前払特約があるときはこの限りでなく、特約された期限から一年を経過しても抵当権の効力は消滅せず、差押えがなされた月の翌月以降あるいは差押えがその月の一五日以降に行われた場合には翌々月以降の時期に関する賃料に対しては、抵当責任が存続する（同二文）。

三　物上代位の理論的基礎

ドイツにおいては、前節でみたような諸規定が「物上代位の諸規定」と規定され、これにつき様々な議論が行われてきた。こうした「物上代位」論が成立しうるのは、ドイツのドグマーティクにおいて、「物上代位」という法概念に関して、一定の理解が共有されているからにほかならない。そうでなければ、「物上代位」につき語ることはできないであろう。では、それは一体どのようなものか。

1　概念[105]

まず第一に、物上代位の概念規定につき考察しよう。最初に、提案されている諸定式をみ（一）、次いで、そこから典型的性格を抽出し（二）、最後に、こうした性格を有しない諸規定を指摘するとともに、物上代位の概念規定の持つ意味につき一言する（三）。

（一）　定式

物上代位は、現在の一般的見解を代表するものによれば、次のように定式化されている。[106]

「物上代位は、次のメルクマールによって特徴づけられる。(1)従前の権利状況が代位物上に継続される、(2)継続

は異なる意思表示を顧慮することなく法律により生ずる、(3)取得は第三者の財産を介した経由的取得（Durchgangserwerb）なくして行われる。代位物上の権利取得は特別な移転行為なくして法律により直接的に生ずるから、物上代位と呼ぶことが適切である」、「物上代位の機能は存立保護（Bestandschutz）の担保にある」（ヴォルフ）[107]。

「物上代位は、帰属が割り当てられたある対象を、帰属の同一性（gleiche Zuordnung）の担保のために、他の対象の直接的な介入をとおして代償することを意味する」、「ある対象が物上代位により、譲渡人と取得者の法律行為上の意思に反して、第三者に帰属せしめられる場合（…）、その第三者は法律により命じられた取得行為における取得主体の変更の結果、譲渡人から直接的に（つまり経由的取得なくして…）取得するのである」（ゲルンフーバー）[108]。

「物上代位は、次のように定義されうる。すなわち、本来の対象の代わりに法律により――すなわち、通常、権利者の意思も、中間的な権利者の経由的取得もなくして――他の対象が入り、旧対象上に存した法的地位が新対象上に変わらぬかたちで継続することをいう」、「物上代位とともに、財産の帰属（Vermögenszurechnung）が直接的かつ自動的に法律により行われることが示されるべきである」、「［物上代位の］すべての諸規定の機能は、存立保護に還元されうる」（ケスター＝ヴァルチェン）[109]。

これらの定式は二〇世紀後半のものであるが[110]、ドイツ普通法以来の議論の成果を集約したものとみられ、細部の相違を別とすれば、これらが物上代位の、少なくとも典型的な描像であることに異論はないといってよい[110a]。

(二) 典型

以上の諸定式を踏まえて、われわれなりに再定式化すると、ドイツ法における物上代位とは、次のような概念であるとまとめることができよう[111]。すなわち、

対象が交替する場合（代償）に、法律に基づき（法律）、具体的には、当事者の意思を顧慮せず（当然）、かつ、経由的取得なくして（直接）、原目的物上の存立、より精確には、財貨帰属を代位物上に確保するものである。

各要素の規定関係は、次のように分析されうる。物上代位においては、代償関係の存在を起点として、法律上、当事者の意思の不顧慮と、経由的取得の不存在という双方の性格が導かれ、その結果、原目的物上の財貨帰属が担保される。つまり、「代償」性という一点から、「法律＝当然」性と「法律＝直接」性という二つの性格が導かれ、この二つの性格を仲介として、財貨帰属が担保されているものといえよう。

もっとも、代償関係がありさえすれば、物上代位が一般に適用されるかどうかは別問題である。後述のとおり、支配的見解はこれを否定し、むしろなんらかの特別目的がなければ適用されないとみていることに留意されたい（三3(二)参照）。

(三) 変則

このように、物上代位は、「代償」「法律」「当然」「直接」というメルクマールにより特徴づけられる。しかしながら、前節でみてきた諸規定には、こうした典型的性格の一部がそもそも問題とならないあるいは欠缺するものが存する。物上代位には多様な諸ケースが含まれる[112]、と説かれるゆえんである。整理すると、以下のようになろう。

(1) 第一に、典型的性格の一部が問題とならないものについて。ここには、いわゆる法律的代位[113]が属する。

すなわち、法律的代位においては、「法律＝当然」性という性格はそもそも役割を演じない。というのは、もともと法律による代位物が問題となる以上、意思との乖離ははじめから問題とならないからである。反対からいえば、「法律＝当然」性が問題となるのは、法律行為的代位に限られる[114]。つまり、先述の定式は、物上代位一般というよりは、法律行為的代位を念頭において規定されたものである。ドイツ物上代位論においては、法律的代

位に対する関心は、法律行為的代位に比して著しく低い。

(2) 第二に、典型的性格の一部を欠くものについて。まとめて示すと、大要次のとおりである。[115]

一は、「代償」性を欠くものである。(1)共同相続財産、財産共同制継続中の留保財産、財産共同制終了後の合有財産、子の自由財産では、関係条項が規定されている（[2][4][5][6]）。関係条項につき、資力の出所は顧慮されないとするならば（第一説・第三説の一局面）、特別財産の資力によらずに取得されたものも、特別財産に帰属しうる。(2)通例条項は、相続回復請求権（[1]）を除いて規定されている（[2][3][4][5][6][7]）。そのうち、権利取得条項は、添付・取得時効・元物・埋蔵物発見などから取得された物を把握するが（②ないし⑤）、これはあくまで「増加取得」「拡張取得」であるとみうる。(3)用益賃借人・用益権者による調達属具は、用益賃貸人・用益権設定者の「所有になる」（[12][13]）、調達家財道具は、「その物が帰属していた配偶者の所有になる」（[14]）。だが、いずれも調達資力の由来は問われていない。用益賃借人・用益権者が自己の資力により属具を購入し、一方配偶者が自己の資力により他方配偶者に帰属していた家財道具を買い換えたとしても、属具は用益賃貸人・用益権設定者、家財道具は地方配偶者の所有になる。要するに、(1)(2)(3)においては、（厳密な意味での）代償関係が存しない。[116]

二は、「法律＝当然」性を欠くものである。関係条項の解釈の際に（[2][4][5][6]）、主観的関係を顧慮する見解をとるならば（第一説・第三説の一局面）、特別財産所持者により取得されたものは、特別財産のために取得するという意思のもとなされなければ、特別財産に帰属しない。つまり、ここでは、代位は意思に依存しており、法律上当然に生ずるものではない。[117]

三は、「法律＝直接」性を欠くものである。用益賃借人・用益権者による調達属具は、「それを属具へ組入れるとともに」、用益賃貸人・用益権設定者の所有になる（[12][13]）。反対からいえば、属具へ組入れる前には、

調達属具は、用益賃借人・用益権者に帰属する。すなわち、用益賃貸人・用益権設定者は調達属具を、経由的に取得しうるにすぎない。だから、法律上の直接帰属は生じない。

以上を分析的にみれば、一は物上「代位」、二・三は「物上」代位の性格が疑わしいということができよう。そうすると、各要素の規定関係との関連が問題となりうる。

一方では、「代償」性を欠くならば、「法律＝当然」性および「法律＝直接」性は導かれないのではないか。この疑問が生じるのは、一である。この問いに対しては、――「代償」性の欠缺という前提それ自体を疑う以外には――理論上、二つの方向からの応答が可能である。

一つは、「代償」性に代わる別の論理を持ち出し、なお「法律＝当然」性および「法律＝直接」性を正当化すること。この方向にあるのは、一(2)である（ただし、「法律＝当然」性は問題とならない〔第一〕）。具体的には、財産経営の正常な展開の確保といったことから正当化される。[118]

もう一つは、「代償」性がない以上、「法律＝当然」性および「法律＝直接」性を認めることはできないとすること。一(1)のうちの関係条項・第三説、一(3)のうちの［12］［13］はこの方向にあるともみうる。すなわち、関係条項・第三説は、「代償」性を欠く場合には、「法律＝当然」性が失われるとし（二）[119]、［12］［13］は、「法律＝直接」性を欠くとする（三）。もっとも、前者では、「法律＝直接」性はなお認められるし、他方、後者では、「法律＝当然」性はなお認められる。また、［14］では、「法律＝当然」性と「法律＝直接」性がともに認められている。先の(2)と同様、「代償」性とは切り離された論理を用意することになろう。[120]

他方では、「代償」性の存在にもかかわらず、「法律＝当然」性および「法律＝直接」性が否定されるのなら、それはなぜか。この種の疑問は、二のうちの関係条項・第一説で生じうる（ただし、「法律＝直接」性は承認されている）。これに対して、関係条項・第一説は、「代償」性と「法律＝当然」性の接続を否定する論理として、特

別財産類型論を用意した（二1㈡(b)第二）。より一般的には、先述のように㈡、物上代位は代償関係がありさえすれば認められるものではなく、むしろ特別目的がない限り、否定されるのが原則であるという応答も可能であろう。

このように、物上代位の典型的性格の一部が欠けるものについては、とくに意識することなく物上代位というものもあるが、[120a] 物上代位の変則的な適用例というもの、あるいは一歩進み、物上代位ではないというものが有力である。[121]

(3) 以上を総じて、次のようにいうことができよう。物上代位の概念規定は、ある規定につき「物上代位だからこうである」と断定するために、あるいは、すべての規定を矛盾なく説明するために構想されているのではけっしてない。物上代位の典型的性格を措定しつつ、各規定につきあらためて吟味を施し、変則的規定については典型的性格のどこが欠けているかを明確にする、という思考プロセスがとられている。こうした典型／変則の枠組みは、一方、統一的定式の強制による複雑な事象の単純化の弊害を予防しつつ、他方、定式不存在による問題の所在の不明朗という事態を回避するものであるとみることができよう。

(58) 集合物における物上代位につき、全体として、Wolf, Jus 1975, S. 643-644, Jus 1976, S. 32-33, 105（かれのいうWirtschaftseinheitはSachgesamtheitと同義とみてよいと思われる〔S. 33 und zwar VI. Vor〕); Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 5, III 1a)-c), S. 468, 470-471（ただし、集合物性を意識していない); früher Neuhaus, Diss., 1934, S. 57-58 und 30-34; noch Strauch, Hab., 1972, S. 78-80 und passim.

(59) 集合物概念につき、一般には、Enneccerus/Nipperdey, AllgT, 1952, § 121 III, S. 501-503; Larenz/Wolf, AllgT, 2004, § 20 II 3, Rn. 37-38, S. 357-358; und Soergel/Marly, 2000, Vor § 90, Rn. 6-8, S. 530-531; MünchKomm/Holch, 2001, § 90, Rn. 40-42, S. 912-913; Staudinger/Jickeli/Stieper, 2004, Vor §§ 90-103, Rn. 17

-20, S. 8-10; 池田雅則「集合財産担保に関する基礎的考察（一）―日独諸制度の横断的比較―」北法四五巻四号五九九―六一六頁（一九九四年）。物上代位の観点からは、次の点が注目される（特別財産〔前掲注（8）〕対照）。集合物は、①物（および事実上）（Sache）の「総体（Gesammtheit; Inbegriff）」である（中世ローマ法学・普通法学における *universitas facti*（*s. rerum*）に対応する。Sache の意味は普通法時代の *factum*（*s. res*）の解釈と関連して現在でも不明朗なように思われる）、②独立の権利主体性はもちろん問題とならない、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い（特定原則）、④統一の原則は規定されておらず、特別財産とは異なり、物上代位も集合物に特徴的な規律とはみなされえない。④にかんがみ、物上代位論の側からは、集合物概念に対する関心は特別財産概念に比して著しく低い。Statt vieler Wolf, Jus 1976, S. 32, 105（特別財産概念に関する叙述〔Jus 1975, S. 710, Jus 1976, S. 104-105〕と対比されたい）; noch Strauch, Hab., 1972, S. 79-80（特別財産概念のような綿密な分析・検討を経ずに、③の観点から、集合物は個々の対象と等値されるべきと結論づける〔それならば、特別財産についてもそういえば足りたように思われる〕）. しかし、集合物と特別財産は、同じく Gesamtheit（*universitas*）であるにもかかわらず、なぜ物上代位の妥当に差異がみられるのか、という古くて新しい問題は、Recht/Sache（*ius/factum*（*s. res*））の意味が一義的でないことも相まって、沿革的理由以上には、なお明らかでないように思われる（古くはこの問題の考察がしばしばなされた。Vgl. Windmuller, Diss., 1902, S. 9-10; Neuhaus, Diss., 1934, S. 56-57; eingehend Girsberger, Diss., 1955, S. 86-91）。こゝでは問題の指摘に留める。

(60) Von Gierke, DPR II, 1905, § 104 II, S. 53（ただし、ギールケは、周知のように、通説と異なり〔前掲注(59)参照〕、集合物それ自体の処分をも肯定する〔S. 53-55〕。なお、物上代位の一般的妥当も認めるようである〔S. 53 und zwar Ende〕）.

(61) 少なくとも物上代位の文脈では、支配的見解である。Wolf, Jus 1976, S. 32, 105; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 16; weiter Welle, Diss., 1987, S. 15-16; Menken, Diss., 1991, S. 4; früher Beyer, Surrogation, 1905, S. 279; Neuhaus, Diss., 1934, S. 31; eingehend Fromm, Diss., 1969, S. 68-69. 明示的に反対するのは、Strauch, Hab., 1972, S. 78 Fn. 13; Staudinger/Jickeli/Stieper, 2004, Vor §§ 90-103, Rn. 20, S. 10（こゝずれも物

上代位は集合物の一部ではなく、個々の物としての家財道具と関連するという）. Soergel/Lange, 1988, § 1370, insb. Rn. 2, 4, S. 210, 211; Staudinger/Thiele, 2000, § 1370, insb. Rn. 1-4, 5, S. 120; MünchKomm/Koch, 2000, § 1370, insb. Rn. 1-3, 6, S. 456, 457 では、あまり明瞭でない。

(62) 属具とは、「不動産経営に用いるよう規定され、不動産との相応しい場所的関係にある動産の総体」（Staudinger/Emmerich/Veit, 2005, Vor §§ 582-583a, Rn. 5, S. 242）をいう。ＢＧＢ五八二ａ条とＢＧＢ一〇四八条において、この概念に意味上の相違はみられない。属具は、従物よりも広く、不動産の構成部分をも包摂する。たとえば、レストランの場合には、在庫、食器戸棚、冷凍装置、農業の場合には、乳用家畜、未収穫の果実、農地経営のために存する器具などが、属具に当たる。Soergel/Heintzmann, 1997, Vor § 582, Rn. 4, S. 1141; MünchKomm/Harke, 2004, § 582, Rn. 2, S. 2036; Staudinger/Emmerich/Veit, 2005, Vor §§ 582-583a, Rn. 5-7, S. 242; und Soergel/Stürner, 2001, § 1048, Rn. 2, S. 63; Staudinger/Frank, 2002, § 1048, Rn. 1 S. 494; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1048, Rn. 3, S. 1514.

(63) 家財道具とは、「各個の家政の目的に役立つよう規定されているすべての対象」（Staudinger/Thiele, 2000, § 1370, Rn. 5, S. 120）をいう。ＢＧＢ一三七〇条はこの概念を、ＢＧＢ一三六九条（家財道具の処分制限）と本質上同じように用いる。対象（Gegenstand）は、一般よりも狭く解され（後掲注(78)参照）、不動産および権利を含まず、動産に限定される（所有権留保付売買における期待権については争いあり）。具体的には、住居（庭・物置などを含む）の家具調度品・設備などが、家財道具に当たる。家政に役立つことが必要だから、個人的な使用、仕事、投資のためのもの（ピアノ、営業設備、投資目的の美術品など）は除外される。Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, 2006, § 35 III, V, Rn. 55, S. 382; ferner Soergel/Lange, 1988, § 1370, Rn. 8, 14, S. 211, 213, § 1369, Rn. 8-15, S. 206-208; Staudinger/Thiele, 2000, § 1370, Rn. 5, S. 120, § 1369, Rn. 11-32, S. 122-126; MünchKomm/Koch, 2000, § 1370, Rn. 6, S. 457, § 1369, Rn. 6-10, S. 448-450.

(64) 次の点に留意されたい。第一に、ＢＧＢ二一一条二項も、［12］［13］［14］と同趣旨である。同条項は、「先位相続人が相続財産中の土地の属具に組入れたものも、相続財産に属する」と定める。［12］［13］と同趣旨とみるものに、Wolf, Jus 1975, S. 712-714, Jus 1976, S. 105; früher Neuhaus, Diss., 1934, S. 58; noch Strauch, Hab., 1972,

S. 79, aber S. 110-111; und Soergel/Harder/Wegmann, 2002/2003, § 2111, Rn. 17, S. 210; Staudinger/Avenarius, 2003, § 2111, Rn. 33, S. 376; MünchKomm/Gursky, 2004, § 2111, Rn. 19, S. 1005, ［14］と同趣旨とみるものに、Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 1 a), S. 471; Lange/Kuchinke, ErbR, 2001, § 41 III 3, S. 1075. ここでは、［12］［13］［14］の説明により代替させた。Vgl. Wolf, Jus 1976, S. 32 Fn. 1, S. 105; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 1 a)-c), S. 470-471. 第二に、不動産の用益権者が、用益権終了の際に評価額をもって返還すべき義務を負担し、評価額を定めて属具を受け取った場合には、［12］の規定が準用される（BGB一〇四八条二項）。Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 1 b), S. 471; und Soergel/Stürner, 2001, § 1048, Rn. 6, S. 64; Staudinger/Frank, 2002, § 1048, Rn. 9-10, S. 495-496; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1048, Rn. 7, S. 1515.

(65) 用益権（Nießbrauch）とは、物の収益を収受する物権をいう（役権〔Dienstbarkeiten〕の一種）（BGB一〇三〇条以下）。所有者の収益を排除するという「圧迫的」性格を有するから、所有者が用益権を認めた者との関係でのみ存続する。したがって、譲渡・相続は認められない（BGB一〇五九条、一〇六一条）。つまり、この制限物権の本質的特徴は、包括的収益権性と一身専属性に存する。Baur/Stürner, SachenR, 1999, § 3 B II 1, Rn. 37, § 32 I 1, Rn. 1, S. 23, 360.

(66) 議論状況につき、Wolf, Jus 1975, S. 646, Jus 1976, S. 32-33, 105; ferner Baur/Stürner, SachenR, 1999, § 57 B III, Rn. 14, S. 713; Staudinger/Jickeli/Stieper, 2004, Vor §§ 90-103, Rn. 20, S. 10. ドイツでは、周知のとおり、当事者は法律行為により代償商品・転売代金債権に対して担保を延長するのが通例である（延長された譲渡担保〔verlängerte Sicherungsübereignung〕）。この法技術は、物上代位の否定を前提とする。推測されるように、理論上、否定説が支配的である。支配的見解は、要するに、物上代位の一般原理性の不存在から出発し、個々の諸規定も利益状況の相違から類推しえないなどと主張する（後掲注(83)［26］①文献も参照）。なお、ドイツにおける譲渡担保は信託行為理論により基礎づけられるため、一次的には特別財産における代位原理の類推適用が問題となることに留意されたい（前掲注(14)参照）。

(67) 別産制は、［14］（家財道具）に対応する規定を持たない。明示的には、Soergel/Lange, 1988, § 1370, Rn. 1, S. 210. にもかかわらず、類推適用は問題とされていない。主たる理由としては、［14］が剰余共同制に特有の処分制限

規定に引き続き規定されていることが挙げられようが（処分制限規定につき、Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, 2001, § 35 I, Rn. 2, 4, S. 367. 詳しくは、常岡史子「ドイツの附加利得共通制における処分制限規定（一）―（三・完）―その日本法への示唆―」民商一〇八巻二号二三二―二五一頁、三号四一三―四三六頁、四・五号六八五―七一一頁〔一九九三年〕）、それのみならず、この規定に対する立法論的な批判が強いこと（後掲注(72)）も理由の一つとみられる。

(68) この一般的定式につき、Wolf, Jus 1976, S. 32（より精確には、経済的統一体を構成する個々の物上の所有権的地位の維持という意味のようである〔insb. S. 105〕）; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 11.

(69) 代位物による代位も承認されうることをあらかじめ指摘しておく。特別財産におけるほどには明らかではないが（前掲注(31)参照）、少なくとも［14］では、明示的に指摘されている。Staudinger/Thiele, 2000, § 1370, Rn. 28, S. 125; MünchKomm/Koch, 2000, § 1370, Rn. 6, S. 457. 物上代位により代位物は集合物（「総体」）の一部を構成する以上、属具についても同一の理が妥当するものと思われる。

(70) 以下につき、次のものを参照（叙述形式に関しては、前掲注(18)に同じ）。Wolf, Jus 1976, S. 32, 105（使用による損耗後にも経済的一体性を維持する〔［14］と一部同趣旨〕）; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 1 b), c), S. 470, 471（対象上規定された財貨帰属の維持〔［14］・［22］・［19］［23］・［18］［21］と同趣旨〕）; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 11（経済的一体性維持〔［12］。［14］と同趣旨〕）; früher Neuhaus, Diss., 1934, insb. S. 57（不動産の属具の価値の維持）; noch Strauch, Hab., 1972, S. 79-80, 110, 114, 119, schließlich. S. 152（かれの定式〔前掲注(18)参照〕から外れるとみる）. 個別には、次のとおり。Soergel/Heintzmann, 1997, § 582a, Rn. 2, 4, 8, 9-14, S. 1146, 1148-1149; MünchKomm/Harke, 2004, § 582a, Rn. 3, 4, 5, S. 2038, 2039, 2039-2040; Staudinger/Emmerich/Veit, 2005, § 582a, Rn. 5, 13, 16, 21-29, S. 250, 251, 252, 253-254（以上［12］。BGB五八一a条は全体として、「用益賃貸借関係終了の際に機能的な営業を用益賃貸人に供与する」〔ハインツマン〕）; Soergel/Stürner, 2001, § 1048, Rn. 1, 4, 5, S. 63, 64; Staudinger/Frank, 2002, § 1048, Rn. 4, 6, 7-8, S. 494, 495; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1048, Rn. 1, 5, 6, S. 1514, 1515.（以上［13］。BGB一〇四八条一項は全体として、「正常な経営」を可能とすべく、用益賃借人に「処分権」を付与するとともに、「補充調達義務」と「物上代位」を規定する〔ポールマン〕。なお、シ

ュテュルナーとフランクは、代位は〔物権法上の〕例外規定であり一般化できないことを強調する）.

(71) 次の二点に留意されたい。第一に、直接取得は生じない。調達属具は、「組入れ（Einverleibung）」とともに、用益賃貸人・用益権設定者に帰属する。反対からいえば、組入前には、用益賃借人・用益権者に帰属する。Soergel/Heintzmann, 1997, § 582a, Rn. 11, S. 1149; MünchKomm/Harke, 2004, § 582a, Rn. 5, S. 2039; Staudinger/Emmerich/Veit, 2005, § 582a, Rn. 23, S. 253（以上［12］）; Soergel/Stürner, 2001, § 1048, Rn. 5, S. 64; Staudinger/Frank, 2002, § 1048, Rn. 7, S. 495; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1048, Rn. 6, S. 1515（以上［13］）. したがって、用益賃貸人・用益権設定者は、調達属具を、用益賃借人・用益権者を介して経由的に取得するにすぎない。Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 1 b) c), S. 471; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 8（［12］）; früher Neuhaus, Diss., 1934, insb. S. 57-58. 第二に、（厳密な意味での）代償関係には疑問がありうる。旧属具と新属具の交換は要件とされていない。別の角度からいうと、調達資力が用益賃貸人・用益権設定者に由来しなくても代位が発生する。Soergel/Heintzmann, 1997, § 582a, Rn. 10, S. 1148; MünchKomm/Harke, 2004, § 582a, Rn. 5, 2040; Staudinger/Emmerich/Veit, 2005, § 582a, Rn. 21, 29, S. 253, 254（以上［12］。超過属具すら含み、調整は終了時における用益賃貸人の受取りの認否〔BGB五八二a条三項二文〕により行われるという）; Soergel/Stürner, 2001, § 1048, Rn. 4, 5, S. 64; Staudinger/Frank, 2002, § 1048, Rn. 6, 8, S. 495; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1048, Rn. 5, 6, S. 1515（以上［13］）. そうすると、関係条項をめぐる議論からすれば（本文二1㈡(2)(a)、用益賃貸人・用益権設定者の調達属具の取得は、（厳密な意味での）代償による取得であるとはいいがたい。Strauch, Hab., 1972, S. 110; Welle, Diss., 1987, S. 15. しかしながら、この場合には、代償性の不存在を問題にしないものがある。Wolf, Jus 1976, S. 32, 105; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 1 b), c), S. 470, 471; früher Neuhaus, Diss., 1934, insb. S. 57, 58（経済的関連性があるから良いという〔ただし、超過属具を除く〕）. いずれにせよ、以上二点から、［12］［13］が物上代位の規定といえかどうかには疑問が生じうる。全体として、本文三1㈢参照。

(72) 以下につき、次のものを参照（叙述形式に関しては、前掲注(18)に同じ）。Wolf, Jus 1975, S. 643-644, Jus 1976, S. 32, 104, 105（使用による損耗後にも家財道具上の所有権的地位を維持すると同時に、所有状況の明確化にも寄与する〔前掲注(70)参照。後者が付加される〕）; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 5, III 1 a), S. 468, 470-471（対

象上規定された財貨帰属の維持〔前掲注(70)参照〕); Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 11（経済的一体性維持〔前掲注(70)参照〕); noch Strauch, Hab., 1972, S. 78, 103, 111, 119, 144, 149, schließlich S. 158, 235, insb. S. 154（共同的権利の原状回復〔前掲注(18)参照〕）. 個別には、次のとおり。Soergel/Lange, 1988, § 1370, insb. Rn. 2, 12, 13, 14, S. 210, 212-213; Staudinger/Thiele, 2000, § 1370, insb. Rn. 1-4, 16, 21, S. 120, 123, 124; MünchKomm/Koch, 2000, § 1370, insb. Rn. 1-3, 4-5, S. 456, 456-457（「所有関係の維持」と「[所有をめぐる] 権利の明確性」〔コッホ〕。ランゲは、旧法と同様に、この規定は夫婦の通常の意思に適合するというが、コッホは、経験的に未証明であるとし、ティーレは、規範論的に拒絶する。コッホによれば、代位の法効果は「つねに説得的なわけではない」、つまり、「規範目的を超える利得」が家財道具を所有していた配偶者に生じるおそれがある〔ただし、財産制終了時に剰余清算により調整されうる〕。ティーレによれば、代位による解決は「法政策的には疑わしい」、[男女同権を基礎とする] 現行法では代位意思の仮定から出発できない、「一次的目的」は所有状況の明確性の創設にある。ティーレには、この規定に対する包括的批判を試みた、フロム〔Fromm, Diss., 1969, insb. S. 96-98〕の影響が強いように思われる〔vgl. Schrifttum〕).

(73) 次の二点に留意されたい。第一に、直接取得が生じない場合がありうる。[14] は、[12] [13] とは異なり、組入れ要件を明示的に規定していない。しかし、いわゆる「買い溜め（Vorrat）」事例では、事後の家財道具への組入れによりはじめて代位が生じると理解するものがある。これによれば、経由的取得が生じうる（前掲注(71)第一参照）。Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 1 a), S. 470-471; und MünchKomm/Koch, 2000, § 1370, Rn. 5, S. 457. より消極的なのは、Soergel/Lange, 1988, § 1370, Rn. 9, S. 211-212; Staudinger/Thiele, 2000, § 1370, Rn. 23, S. 124（この事例では [14] は適用されないという）. 第二に、（厳密な意味での）代償関係には疑問がありうる。旧家財道具と新家財道具の交換は要件とされていない。別の角度からいうと、調達資力が旧家財道具所有者に由来しなくても代位が発生する。Soergel/Lange, 1988, § 1370, Rn. 9, 12, 13, S. 211, 212; Staudinger/Thiele, 2000, § 1370, insb. Rn. 6-7, 10, 17-18, S. 121, 122, 123; MünchKomm/Koch, 2000, § 1370, insb. Rn. 4, 7-8, 10, S. 456, 457. そうすると、関係条項をめぐる議論からすれば（本文二1㈡(2)(a)、一方配偶者の調達家財道具の取得は、（厳密な意味での）代償による取得であるとはいいがたい。Strauch, Hab., 1972, S. 111; Welle, Diss., 1987, S. 15-16; früher

Beyer, Surrogation, 1905, S. 283. しかしながら、この場合には、代償性の不存在を問題にしないものがある。Wolf, Jus 1975, S. 643-644, Jus 1976, S. 32, 104, 105; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 1 a), S. 470-471; früher Neuhaus, Diss., 1934, S. 30（経済的関連性があるから良いという）. いずれにせよ、以上二点から、[14] が物上代位の規定といえるかどうかには疑問が生じうる。全体として、後述三 1 ㈢参照。

(74) 所有関係の継続が問題となる以上、保護すべき第三者は、債務者以外の第三者である。なお、債権は一般原則どおり調達者のみに帰属するから、契約相手方＝債務者は害されない。Strauch, Hab., 1972, S. 111, 114, 119, 144, 149（債務者以外の第三者保護については未検討）.

(75) もっとも、この前提には、次の疑問が生じうる。まず、属具について。[12] では、用益期間終了後・返還前における物上代位の適否につき、次の議論がある。ハインツマンは、「物権法の公示原則」にかんがみれば、第三者に認識しえない「自動的な所有権取得」を期間終了後にまで認めるべきではないとし、否定説に立つ。Soergel/Heintzmann, 1997, § 582a, Rn. 14, S. 1149. 他方、ハルケはこれに反対し、属具「組入れ」（用益関係に関しては用益賃借人の占有）があるところ、公示は期間継続中と変わらずに担保されるといい、肯定説に立つ。MünchKomm/Harke, 2004, § 582a, Rn. 5, S. 2039. ハルケの考え方を貫徹すれば、公示は組入れで十分だから、第三者の信頼保護は一般に問題とならない。しかし、ハルケの公示に関する叙述は割り引いて読む必要があるように思われる。なぜなら、ハルケは、終了後・返還前における用益賃借人の処分権の可否につき、ハインツマンと異なり（Soergel/Heintzmann, 1997, § 582a, Rn. 8, S. 1147-1148）、肯定説をとっており（MünchKomm/Harke, 2004, § 582a, Rn. 4, S. 2039）、[公示ではなく] 処分権により第三者は害されない、と考えている節があるからである（vgl. auch MünchKomm/Harke, 2004, § 582a, Rn. 4 und zwar Ende, S. 2039〔処分権が消滅または発生しない場合には善意取得が生じうると断言する。この叙述は公示のそれと整合的でない〕）. 次に、家財道具について。[14] では、所有関係の明確性がその趣旨の一つとして挙げられる（前掲注(72)）。というのは、資力・主体・意思を問わず、旧家財道具の所有者という一点のみが基準となるからである（したがって、「対象代位〔Gegenstandssurrogation〕」と呼ぶものがある〔Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, 2006, § 34 III 1, Rn. 31, S. 365〕）。Wolf, Jus 1976, S. 32; und Soergel/Lange, 1988, § 1370, Rn. 2, S. 210; Staudinger/Thiele, 2000, § 1370, insb. Rn. 2, S. 120（「一次的目的」

という）; MünchKomm/Koch, 2000, §1370, Rn. 2, S. 456. 明確性と公示性の関係は明らかでないが、両者に一定の連絡を認めるならば、第三者の信頼はむしろ物上代位により保護されるとみる余地がある。しかし、両者は基本的には別次元の問題のように思われる。

(76) 家財道具については、次の点に留意されたい。家財道具の処分制限（BGB一三六九条）（前掲注(67)）は、善意取得を排除するいわゆる「絶対的な譲渡禁止（absolutes Veräußerungsverbot）である。Baur/Stürner, SachenR, 1999, §52 C IV, Rn. 30, S. 604. 同条は、文言上、家財道具を所有する配偶者の処分を制限するものであるが、家財道具を所有しない配偶者の処分にも類推適用されないかが議論されている。肯定説によれば、善意取得はもちろん排除されるが、他方、否定説にたつ場合でも、家財道具には通常［直接］共同占有が成立するから、善意取得は大抵BGB九三五条一項（占有離脱物〔直接占有の・意思なき喪失（Baur/Stürner, SachenR, 1999, §52 E II, Rn. 37, S. 608）〕の例外）により挫折すると説かれている。Soergel/Lange, 1988, §1369, Rn. 16, S. 208; Staudinger/Thiele, 2000, §1369, Rn. 34-37, S. 127-128; MünchKomm/Koch, 2000, §1369, Rn. 13-14, S. 450-451. この議論は、物上代位により法律上当然に取得された家財道具についてもそのまま妥当するものと思われる。

(77) 個々の対象における物上代位につき、全体として、Wolf, Jus 1975, S. 643-644, Jus 1976, S. 33-36, 106; Gernhuber, BürgR, 1991, §49 III 1 e)-g), S. 471-472; früher Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 3-11; weiter Windmüller, Diss., 1902, S. 94-110; Neuhaus, Diss., 1934, S. 59-63; noch Strauch, Hab., 1972, S. 69-78 und passim.

(78) 対象概念につき、一般には、Enneccerus/Nipperdey, AllgT, 1952, §121 I, S. 494-495; Larenz/Wolf, AllgT, 2004, §20 I 1, 2, V 4, Rn. 1-3, 4-6, 88, S. 350-351, 372（以下の三区分を強調）; und Soergel/Marly, 2000, Vor §90, Rn. 1-3, S. 529-530; MünchKomm/Holch, 2001, §90, Rn. 1-3, S. 903-904; Staudinger/Jickeli/Stieper, 2004, Vor §§90-103, Rn. 3-7, S. 4-6; 曾田厚「物の抽象性と有体性（一）（二・完）」法協九一巻三号四五三―五〇九頁、四号六一四―六二九頁（一九七一年）［ただし、物概念中心］。物上代位の観点からは、次の点が注目される。対象概念は一義的でないが、第一に、「権利客体（Rechtsobjekt）」としての対象（Gegenstand eines Herrschafts- oder Nutzungsrechts）は、実質的には、「財産的価値を有しかつ個別化されうる自然的世界の全客体」（Wieacker, AcP,

Bd. 148 (1943), S. 65) と定義され、有体的対象、すなわち物（Sache）（BGB九〇条参照）のみならず、無体的対象、たとえば（知的財産権の対象としての無体財産などのほか）、用益権および質権の対象としての債権をも含む、第二に、「処分客体（Verfügungsobjekt）」としての対象（Gegenstand, über den ein Rechtssubjekt durch Rechtsgeschäft verfügen kann）は、処分可能なすべての権利および法関係、すなわち（物権、契約関係などのほか）、債権をも含む。物上代位の文脈において、「個々の物（Einzelsache）」ではなく、「個々の対象（Einzelgegenstände）」という用語が使われるのは（Strauch, Hab., 1972, S. 234; Wolf, Jus 1976, S. 643; weiter Welle, Diss., 1987, S. 86; früher Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 1; weiter Windmuller, Diss., 1902, S. 96; Neuhaus, Diss., 1934, S. 57）、そこでは物のみならず権利、ことに債権も問題となるからであると思われる（後掲注(111)第三参照）。ちなみに、「個々の法関係（Einzelrechtsverhältnisse）」というものもあるが（この用語につき、Strauch, Hab., 1972, insb. S. 33, 69 Fn. 2）、同趣旨であろう。

(79) Statt vieler Strauch, Hab., 1972, insb. S. 125 und 33.

(80) 次の点に留意されたい。第一に、約定質権に関するBGB一二一九条二項、一二四七条（[22]）、一二八七条（[23]）は、法定質権（gesetzliches Pfandrecht）にも準用される（BGB一二五七条）。Soergel/Habersack, 2001, §1257, Rn. 5, 8, S. 436, 437; MünchKomm/Damrau, 2004, §1257, Rn. 7, S. 2250, 新田・前掲注(1)㈠五三頁注一。ドイツには先取特権制度はなく、あらかじめ給付を行わざるをえない給付者の担保のために、法定質権が個別に規定されている。具体的には、①占有を伴うもの（Besitzpfandrecht）として、BGB六四七条（請負人）、HBG三九七条（問屋）、四四一条（運送人）、四六四条（運送取扱人）、四七五b条（倉庫営業者）、②占有を伴わないもの（besitzloses Pfandrecht (od. Einbringungspfandrecht)）として、BGB五五九条（使用賃貸人）、五八一条二項、五九二条（用益賃貸人）、七〇四条（旅館主）などがある。Baur/Stürner, SachenR, 1999, §55 A I 2, Rn. 2, 36, S. 671, 689. ちなみに、動産売買先取特権に相当するものはなく、所有権留保が用いられている。Vgl, Baur/Stürner, SachenR, 1999, §59 A I 1, Rn. 1, S. 742. したがって、動産売買先取特権の物上代位と機能上対応するのは、所有権留保の物上代位（後掲注(83)参照）である。詳しくは、尾島・前掲注(1)一〇四頁、小川・前掲注(1)七頁、石口・前掲注(1)三頁参照。第二に、抵当権に関するBGB一一二三条一項（[20]）、一一二七条一項（[21]）は、土地債務

(Grundschuld) および定期土地債務（Rentenschuld）にも準用される（ＢＧＢ一一九二条、一二〇〇条）。Soergel/Konzen, 2001, §1192, Rn. 2, S. 346; Staudinger/Wolfsteiner, 2002, §1192, Rn. 5, S. 773; MünchKomm/Eickmann, 2004, §1192, Rn. 2, S. 2121; und Staudinger/Wolfsteiner, 2002, §1199, Rn. 4, S. 806; MünchKomm/Eickmann, 2004, §1199, Rn. 2, S. 2134, 新田・前掲注(1)(二)一四七頁。第三に、動産質権の私的売却に関するＢＧＢ一二四七条（[12]）は、強制執行による売却（ＢＧＢ一二三三条二項）の際にも準用される。Soergel/Habersack, 2001, §1247, Rn. 2, S. 424; Staudinger/Wiegand, 2002, §1247, Rn. 26. S. 184, 新田・前掲注(1)(一)五一頁。もっとも、質物の換価方式としては、強制執行による売却ではなく、私的売却（Privatverkauf）（債務名義不要）（ＢＧＢ一二三三条一項）が「通常のケース（Normalfall）」である。その際には、①原則として公の競売の手続により、②質権の存在・弁済期到来などの適法性要件と、③設定者への通知などの秩序規定を遵守する必要がある。なお、この形式の一部は、合意または裁判所の命令により変更が可能とされている（ＢＧＢ一二四五、一二四六条）。Baur/Stürner, SachenR, 1999, §55 B IV 1-4, Rn. 24-30, S. 683-686. こうした承継条項（(二)③本文）は、明文規定はどこにもないが、抵当権実行としての強制競売の際にも妥当すると解されている。Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 12-16; Strauch, Hab., 1972, S. 117-118; 新田・前掲注(1)(二)一四七―一五一頁（代位により成立する権利の性質につき争いあり。分析につき、vgl. insb. Strauch, Hab., 1972, S. 118 Fn. 9). 抵当権については、私的執行はいかなる形式によるものも禁止されているから、抵当権者はつねに強制執行の方式をとる必要がある。Baur/Stürner, SachenR, 1999, §40 IV 3, Rn. 24, S. 476. 第四に、債権質の私的実行に関するＢＧＢ一二八七条（[23]）に対応する規定は、強制執行による実行（ＢＧＢ一二七七条）においても規定されている（ＺＰＯ八四七条、八四七ａ条、八四八条二項〔八四七条は明示的でないが、そう解するのが一般である〕）。Strauch, Hab., 1972, S. 31, 142, 143, 157; Wolf, Jus 1976, S. 33 Fn. 13; ferner Stein/Jonas/Brehm, 2004, §847, Rn. 11, S. 146. 権利質の実行は、動産質とは異なり、強制執行によるのが原則であるけれども（ＢＧＢ一二七七条）、重要な例外として、債権質については私的実行（債務名義不要）（ＢＧＢ一一二八条）が認められている。通常は、私的実行の方式がとられることになろう。Baur/Stürner, SachenR, 1999, §62 B I 2, II 4, C III 2, Rn. 18-19, 30, 48, S. 783, 786, 791-792. 第五に、賃料債権に対する抵当責任に関するＢＧＢ一一二三条（[20]）は、一般には、物上代位の規定として挙げられていない。

Strauch, Hab., 1972, S. 26, 153; Wolf, Jus 1975, S. 645 Fn. 13, Jus 1976, S. 33-35; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III, S. 470-474; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 6; weiter Welle, Diss., 1987, S. 15 Fn. 32; früher Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 3; weiter Windmüller, Diss., 1902, S. 101-110; Neuhaus, Diss., 1934, S. 59-63. ただし、Staudinger/Wolfsteiner, 2002, § 1123, Rn. 1, S. 183; MünchKomm/Eickmann, 2004, § 1123, Rn. 1, S. 1824 は、Surrogationsprinzip によるという。反対に、わが国では、物上代位の適用例として紹介するのが一般である。鈴木・前掲注(1)一四三頁から中田・前掲注(1)二一六頁まで多数。そうしないのは、竹下・前掲注(1)一八、二一、二二頁注二三。独日ともに、物上代位という説明は、主として、Motive III, S. 651, 653-654, 658, 663 = Mugdan III, S. 363, 365, 367-368, 370 (An-die-Stelle-Treten モデルに依拠する); Enneccerus/Wolff/Raiser, SachenR, 1957, § 135 IV, S. 552（Surrogationsgedanke という）に遠因を有するようである（右記文献参照）。他方、総論レベルで物上代位の規定として挙げられないのは、特別財産における物上代位において、賃料債権を果実の一つとして増加取得・拡張取得として位置づけるものが多数だからであろう（前掲注(33)第三）。後掲注(116)も参照。

(81) 債権上の用益権（Nießbrauch an Forderungen）につき問題となる。用益権（前掲注(65)参照）は、債権上にも成立しうる（BGB一〇六八条以下、一〇七四条以下）。以下の考察との関連で重要な点を、債権上の質権（Pfandrecht an Forderungen）（BGB一二七三条以下、一二七九条以下）（[23]）と対比しながら、あらかじめ整理しておく。第一に、設定・債務者保護について。債権用益権の設定は、債権譲渡に関する規定（BGB三九八条）によるから（BGB一〇六九条）、債権者と用益権者の合意のみにより行われる。債務者は、債権譲渡に関する債務者保護規定（BGB四〇四条以下）により保護される（BGB一〇七〇条）。他方、債権質の設定も、債権譲渡に関する規定（BGB三九八条）によるから（BGB一二七四条）、債権者と質権者の合意により行われる。しかし、それのみでは足りず、債権者による債務者への「通知（Anzeige）」が制度上必要とされている（BGB一二八〇条〔付加的要件〕）。したがって、質権についても債権譲渡に関する債務者保護規定（BGB四〇四条以下）が準用されているが（BGB一二七五条）、その解釈の際には若干の注意を要する。まず、債権者に対する給付などによる免責（BGB四〇七条）は、一般には問題とならない。なぜなら、債務者は通知により悪意となるから。もっとも、通知の効力発生には「到達（Zugang）」のみが必要とされ、債務者の認識取得は要件とされていないから、到達にもかかわらず不

知であった債務者の免責はなお問題となりうる。次に、債権者の譲渡通知による免責（ＢＧＢ四〇九条）は、質入通知が同条の要件を構成するため、かならず問題となる。このように、債権質設定につき通知が要求されたのは、動産質設定における公示の要求に対応したものと説明されている。敷衍すれば、動産譲渡・用益権設定にも公示が必要とされるが（ＢＧＢ九二九条、一〇三二条）、動産質設定の際にはこうした一般の場合に比して公示の要求が厳格であるところ（占有改定による設定は認められない）（ＢＧＢ一二〇五条）、これに相即して、債権質設定については、債権譲渡・債権用益権設定とは異なり、合意のほかに通知が要件とされたということであろう。なお、この通知の要求のために、債権質は実際にはあまり使われておらず、債権譲渡担保（Sicherungsabtretung）に取って代わられている。Baur/Stürner, SachenR, 1999, § 60 II 2, Rn. 8, 11, § 61 I 3, Rn. 7, § 62 B II 2, Rn. 25, S. 773-774, 777, 785; ferner Soergel/Stürner, 2001, § 1069, Rn. 2, S. 88, § 1070, Rn. 2, S. 90; Staudinger/Frank, 2002,§ 1069, Rn. 2, S. 573, § 1070, Rn. 3, S. 625; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1069, Rn. 7, S. 1593-1594, § 1070, Rn. 2-3, S. 1597; und Soergel/Habersack, 2001, § 1275, Rn. 2, S. 452, § 1280, Rn. 1, 7, S. 456, 457; Staudinger/Wiegand, 2002, § 1275, Rn. 2-4, S. 278, § 1280, Rn. 1, 10, S. 287-288, 290-291; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1275, Rn. 2, S. 2297, § 1280, Rn. 1, 9, S. 2306, 2308（ちなみに、債権質の通知要件につき、代表的教科書では、債権譲渡とは異なり物権法に規定されているからという説明が与えられているが〔Medicus, BürgR, 2004, § 3 I 1, Rn. 26, S. 20〕、それでは同じく物権法に規定されている債権用益権につき通知が不要とされている理由を説明できない）。第二に、取立権について。債権用益権では、目的債権の性格に応じて、次の二つに類型化される。まず、①利息付きでない債権を目的とする用益権者、典型的には、動産・不動産所有権移転請求権上の用益権者は、単独で目的債権を取り立てる権能を有し（ＢＧＢ一〇七四条）、②利息付きの債権を目的とする用益権者は、債権者との共同にのみ給付を請求できる（ＢＧＢ一〇七七条）。用益権者の用益は、①では、債権それ自体ではなく、取り立てられた給付物につきはじめて実現されるのに対して、②では、債権それ自体、すなわち利息収受をもってすでに実現されているところ、単独取立権を認める理由はないからである。他方、債権質では、弁済期到来の有無に応じて、二つに類型化される。まず、①債権質権者は、弁済期到来前には、債権者との共同にのみ給付をなしえ（ＢＧＢ一二八一条）、次に、②弁済期到来後には、単独で目的債権を取り立てる権能を取得する（ＢＧＢ一二八二条）。つまり、弁済期到来の有無を機軸とした

債権質権者の法的地位の強弱の法的構成は、目的債権の性格を機軸とした用益権者の法的地位の強弱のそれに対応するものとして構想されている（①②の順番は逆となる）。BAUR/STÜRNER, SachenR, 1999, § 61 II 1, Rn. 12–14, § 62 B II 2, Rn. 27, 30, S. 778, 786; ferner Soergel/STÜRNER, 2001, § 1074, Rn. 1, S. 92, § 1076, Rn. 1, S. 93–94, § 1077, Rn. 1, S. 94; Staudinger/FRANK, 2002, § 1074, Rn. 1, 3, S. 632, § 1076, Rn. 1, S. 638, §§ 1077, 1078, Rn. 1, S. 641; MünchKomm/POHLMANN, 2004, § 1074, Rn. 1, S. 1605, § 1076, Rn. 1, S. 1610, § 1077, Rn. 1, S. 1611; und Soergel/HABERSACK, 2001, § 1281, Rn. 1, S. 458, § 1282, Rn. 1, S. 459; Staudinger/WIEGAND, 2002, § 1281, Rn. 1, S. 291–292, § 1282, Rn. 1, S. 294; MünchKomm/DAMRAU, 2004, § 1281, Rn. 1, S. 2309–2310, § 1282, Rn. 1, S. 2313.

(82) STRAUCH, Hab., 1972, S. 126（「代償条項（Ersatzklausel）」という名称も考えられるが、他のケース〔本文二1㈠(2)(a)代償条項〕と被ってしまうから相当でないという〔Fn. 4)).その他、著名なものは、「代金代位（Erlössurrogation）」（WOLF, Jus 1976, S. 33）。ちなみに、新田・前掲注(1)㈠五〇、五二頁は、代位物が売却代金債権ではなく、「金銭それ自体」であることに注目し、その理由を探求しているが、「売却代金」という文言は、競売では即時支払いが一般であるという事情に由来しており（なお、質権につき、BGB一二三八条二項、一二三九条一項二文参照）、そうでない場合には売却代金債権が代位物となりうることを排斥するものではないように思われる。分析につき、WECKER, Grundpfandrechte, 1937, S. 9 und zwar 3) a); STRAUCH, Hab., 1972, S. 140–141 Fn. 2, S. 152–153. なお、転売代金債権に対する（譲渡担保・）所有権留保につき代金代位の類推適用を問題とする、WOLF, Jus 1975, S. 35, 36, 106.

(83) 議論状況につき、各々以下を参照。［24］用益権・抵当権の損害賠償債権に対する物上代位につき、WOLF, Jus 1976, S. 34 und zwar 3 b), 106; GERNHUBER, BürgR, 1991, § 49 III 1 e), S. 472; noch STRAUCH, Hab., 1972, S. 208; ferner FROMMHOLD, Diss., 2003, 栗田・前掲注(1)五一九頁。肯定説が有力である。否定説は、明文規定の不存在・物上代位の例外的性格を前提とするが、所有者と制限物権者の損害賠償請求権の共存による解決は、権利関係の明確性、実質的妥当性および保険金債権と損害賠償債権の目的的機能的同質性という点から相当でないから。［25］①質権の保険金債権・損害賠償債権に対する物上代位につき、WOLF, Jus 1976, S. 35 und zwar 3 c), 106; GERNHUBER, BürgR, 1991, § 49 III 1 e), S. 471; ferner Staudinger/WOLFSTEINER, 2002, § 1127, Rn. 2, S. 206. 否定説も存する

が、質権も物権・換価権的性格を有するため、用益権・抵当権と区別する理由はなく、保険金債権に対する物上代位も肯定されるというのが有力である。他方、損害賠償請求権については、[24] の解釈と関連する。②期待権質の期待権実現により取得された物に対する物上代位につき、Wolf, Jus 1976, S. 34 und zwar 2 b), 106; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 1 g), S. 472; noch Strauch, Hab., 1972, S. 197-199; ferner Gerken, Diss., 1964, S. 78-159. 典型的には、留保買主が期待権を質入れした場合、留保買主が代金を完済したときに、期待権上の質権が取得物上にも当然に及ぶかどうかが問題となる。通説は、少なくとも約定質・法定質に関しては（差押質については留保）、期待権と所有権の段階的・交替的関係にかんがみ、物上代位を肯定する。[26] ①譲渡担保・所有権留保の転売代金債権に対する物上代位につき、Wolf, Jus 1975, S. 646, Jus 1976, S. 35 und zwar 4 a), 5, 36, 106; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 3, S. 467; noch Strauch, Hab., 1972, S. 203, 204-205, 223-224, 227-233, 米倉・前掲注(1)一四九―一五〇頁（所有権留保〔延長された所有権留保と包括債権譲渡の競合におけるいわゆる代位説の紹介〕）、杉下・前掲注(1)一五三―一五四頁（譲渡担保）。延長された譲渡担保・所有権留保（verlängerte Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt）という法技術の発展から知られるように、理論上否定説が支配的である（全体として、前掲注(66)参照〔譲渡担保に関する末尾の補足を含む〕）。なお、複数の留保売主により提供された材料が新たな製品に加工された場合、製造者が単独所有権を取得しないときには（BGB九五〇条の任意規定性肯定説をとる場合あるいは仕事価値が材料価値より低い場合）、[16] が留保買主の期待権のために類推適用されるというものがある。Wolf, Jus 1976, S. 36 und zwar 5, 106（譲渡担保の同種事例については言及がないが、同様に解することができよう）. 延長された譲渡担保・所有権留保は製造・流通過程における担保の延長を目的としており、②給付物、③期待権、④保険金債権・損害賠償債権のような代位物を把握するものではない。Vgl. Baur/Stürner, SachenR, 1999, § 57 B I, Rn. 7, § 59 A II, S. 709, 744. そこで、②③④の議論状況が問題となるが、一般に、①に比して肯定的に解される傾向がある（[24] [25] ②の解釈とも関連する）。理論上は、特別財産における物上代位につき通例条項は資力条項・関係条項に比して類推適用能力が高い、という事象と類比できよう（前掲注(14)第二参照。①は資力条項・関係条項、②③④は通例条項に相応する）（vgl. statt vieler Serick, ES II, 1965, S. 84-87〔信託＝譲渡担保におけるいわゆる「代位の禁止（Surrogationsverbot）」から出発するが、立法者の命令の統一性したがって一般原理性を根拠として、

代償条項相当部分につき例外を認める。この種の見解は有力である（vgl. STRAUCH, Hab., 1972, S. 223 Fn. 6)）。文献は、次のとおり。②債権譲渡担保の給付実現により取得された物に対する物上代位につき、WOLF, Jus 1976, S. 35, und zwar 4 b) aa), 36; noch STRAUCH, Hab., 1972, S. 214-215. ③期待権譲渡担保の期待権実現により取得された物に対する物上代位につき、WOLF, Jus 1976, 4 b) aa), S. 35, 106; noch STRAUCH, Hab., 1972, S. 197-199. ④譲渡担保・所有権留保の保険金債権・損害賠償債権に対する物上代位につき、WOLF, Jus 1976, S. 35 und zwar 4 b) bb), 36, 106; noch STRAUCH, Hab., 1972, S. 208. [27] 所有権の代金債権に対する物上代位につき、WOLF, Jus 1975, S. 646, 712 und zwar c)（ただし、代位物として直接代金を念頭におく）; weiter HARDER, Diss., 2002, S. 3; noch STRAUCH, Hab., 1972, S. 217-218, 222, 水津・前掲注(2)所有権四一七頁。否定説が支配的である。取引安全の保護、BGB八一六条一項一文の存在のほか、より基本的には、単純な所有者保護の承認は物上代位の一般原理の承認と相即しており、これを承認しえない以上、否定説をとらざるをえない、という思考が存するものとみられる。

(84) 質権は、[20]（賃料債権）に対応する規定を持たない。にもかかわらず、[21]（保険金債権）とは異なり、類推適用は問題とされていない。こうした状況は、[20] が総論レベルでは物上代位の規定と理解されていないため、体系的考察がなされていないこと（前掲注(80)第五）のほか、より基本的には、わが国でもよく指摘されるように、質権に基づく賃料債権に対する物上代位は、実際上ほとんど問題となりえないことに由来するものと思われる。

(85) 以下につき、次のものを参照（叙述形式に関しては、前掲注(18)に同じ）。WOLF, Jus 1976, S. 33（法律による権利侵奪の代わり〔[17] [22] と同趣旨〕）; früher WECKER, Grundpfandrechte, 1937, S. 4, 6, schließlich S. 3（対象上の権利〔または対象給付への権利〕を有する者を、かれが関与しない対象の〔譲渡または〕滅失から、可能な限り害することなく守ること〔個々の対象全体に通底する特別目的。本文三3㈢参照〕）; weiter WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 94, 106, 107（当該対象に関する権利者の優遇〔[21] と同趣旨〕）; NEUHAUS, Diss., 1934, S. 62（諸負担の代償上への物権的効果をともなう移転）; noch STRAUCH, Hab., 1972, S. 73, 103, 111-112, 144, schließlich S. 158, 235, insb. S. 152（共同的権利の原状回復〔前掲注(18)参照〕）. 個別には、次のとおり。Soergel/HENSSLER, 2002, § 949, Rn. 2, S. 563; Staudinger/WIEGAND, 2004, § 949, Rn. 3, S. 514; MünchKomm/FÜLLER, 2004, § 949, Rn. 1, 3, S. 955（BGB九四九条の「基本思想」は、「第三者の権利は所有権が完全に喪失する際にのみ消滅し、他方、共同…所有権

が取得される際には存続する」というにある〔フュラー。同三文の説明を省略〕).

(86) 以下につき、次のものを参照（叙述形式に関しては、前掲注(18)に同じ）。Wolf, Jus 1976, S. 33, 106（法律による権利侵奪〔非所有者による所有権侵害の許容〕の代わり〔前掲注(85)参照〕); Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 1 f), S. 470, 471（対象上規定された財貨帰属の維持〔前掲注(70)参照〕。ただし、ＢＧＢ一二四七条〔[12]〕につき。具体的には、所有者と他物権者を「超過質物換価」による危険から保護するという); Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 11（権利喪失の調整。ただし、ＢＧＢ一二四七条〔[12]〕につき); früher Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 4, 5, 9, schließlich S. 3（対象上の権利〔または対象給付への権利〕を有する者を、かれが関与しない対象の譲渡〔または滅失〕から、可能な限り害することなく守ること〔前掲注(85)参照〕); weiter Windmuller, Diss., 1902, S. 119-110（当該対象に関する権利者の諸権利の制限); Neuhaus, Diss., 1934, S. 59-61（遺失物または質物の所有者に、物的権利者による競売とともに、獲得された売却代金上の所有権を、自己の名で行為されたとしても直接的に取得させる); noch Strauch, Hab., 1972, insb. S. 165, 226, schließlich S. 158, 235, insb. S. 152-153（共同的権利の原状回復〔前掲注(18)参照〕). 個別には、次のとおり。Soergel/Henssler, 2002, § 966. Rn. 3, S. 611; Staudinger/Gursky, 2004, § 966, Rn. 7, S. 707; MünchKomm/Quack, 2004, § 966, Rn. 1, 5, S.1035, 1036; und Soergel/Henssler, 2002, § 975, Rn. 1, S. 619; MünchKomm/Quack, 2004, § 975, Rn. 1, 2, S. 1042; und Soergel/Henssler, 2002, § 979, Rn. 3, S. 625; Staudinger/Gursky, 2004 § 979, Rn. 2, S. 740（以上［17］。ＢＧＢ九六六条全体につき、「遺失者の財産、できる限りはその所有権を維持すること」〔クァック〕); Soergel/Habersack, 2001, § 1219, Rn. 4, S. 396; Staudinger/Wiegand, 2002, § 1219, Rn. 1, 7, S. 108, 109; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1219, Rn. 5, S. 2192; und Soergel/Habersack, 2001, § 1247, Rn. 1, 3-4, 7, S. 424-425; Staudinger/Wiegand, 2002, § 1247, Rn. 1-4, 7-22, S. 179-183; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1247, Rn. 2-3, 5-6, S. 2232-2234（以上［22］。ＢＧＢ一二一九条全体につき、「質権者の担保が危険に晒される」限りで、質権者に競売権を与え、法効果として「売却代金は質物に代わる」ものとした〔ヴィーガント〕。なお、ＢＧＢ一二四七条については問題がある。後掲注(88)第二参照). [22] につき、新田・前掲注(1)㈠四九―五二頁。

(87) 不適法な売却の場合（遺失物・質物の保全要件または質権の実行要件が欠ける場合）にも、動産の善意取得規定

（ＢＧＢ九三二条以下）の準用により、善意の競落人は質物・遺失物上の所有権を取得しうる（ＢＧＢ一二四四条〔同条は質権実行につき定めるが、一般に、遺失物・質物保全要件欠缺の際にも準用ないし類推適用されると解されている〕）。この場合にも物上代位は適用される。遺失物・質物保全要件欠缺につき、Soergel/Henssler, 2002, § 966, Rn. 3, 4, S. 611; Staudinger/Gursky, 2004, § 966, Rn. 6, 7, S. 706, 707; MünchKomm/Quack, 2004, § 966, Rn. 4, 5, S. 1036（以上［17］）; Soergel/Habersack, 2001, § 1219, Rn. 3, 4, S. 396; Staudinger/Wiegand, 2002, § 1219, Rn. 5, 7, S. 109; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1219, Rn. 4, 5, S. 2192（以上［22］），質権実行要件欠缺につき、Soergel/Habersack, 2001, § 1247, Rn. 7, S. 425; Staudinger/Wiegand, 2002, § 1247, Rn. 14-17, S. 183; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1247, Rn. 6, S. 2234, 新田・前掲注(1)(一五〇頁。なお、所有者の追認がある場合も同様のように思われる。追認を待たずに物上代位が生じるか否かという問題は、特別財産と異なり（前掲注(21)参照）、議論されていない。

(88) 次の点を補足しておく。第一に、規制権利について。拾得物・質物上の権利義務関係は、全体として売却代金上に継続する。承継条項の曖昧性から疑義が生じうるが、物上代位による基礎づけを要するのは、そのうち物権的権利関係のみとみられる。詳細な分析は、Windmüller, Diss., 1902, S. 110, 個別には、Staudinger/Gursky, 2004, § 966, Rn. 7, S. 707; MünchKomm/Quack, 2004, § 966, Rn. 5, S. 1035（以上［17］。ただし、いずれも所有権のみに着目）; Soergel/Habersack, 2001, § 1219, Rn. 4, S. 396; Staudinger/Wiegand, 2002, § 1219, Rn. 7, S. 109; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1219, Rn. 5, S. 2192（以上［22］）. これに対して、Neuhaus, Diss., 1934, S. 60（法関係の継続一般を物上代位の作用とみるようである）; ferner Soergel/Henssler, 2002, § 975, Rn. 1, S. 619. 第二に、規制範囲について。ＢＧＢ一二四七条（［12］）には、複雑な問題がある。同条は、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し（一文）、「その他の場合には」売却代金は質物に代わるものとする（二文）。支配的見解は、この規定を素直に読み、おおむね次のように理解する。物上代位が適用されるのは、売却代金が質権者に帰すべきでないケースに限られる（二文）。典型的には、①売却代金が実行質権の被担保債権額を上回る場合が想定され、その他、②実行質権者よりも先順位の権利者が存する場合（先順位の権利が存続するとき〔ＢＧＢ一二四二条二文〕は除かれる）、イレギュラーではあるが、③売却が不適法な場合（前掲

注(87)参照）である。反対に、売却代金が質権者に帰すべき通常のケースでは、物上代位は適用されない（一文）。その際には、実行質権者は、競落人からＢＧＢ九二九条（物権的合意と引渡し）により売却代金上の所有権を取得し（物権的効果）、これとともに満足効（Befriedigungswirkung）が生じる（債権的効果）（明文上後者のみ規定）。したがって、一部のみ質権者に帰すべき中間ケース（①）では、実行質権者と質権設定者は売却代金上の共有者（Miteigentümer）となる。要するに、物上代位は実行質権者に売却代金が帰すべき範囲では発生せず、実行質権者の質権の売却代金上の継続は観念されない。Wolf, Jus 1976, S. 33; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 1 f), S. 471; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 11; früher Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 3; weiter Windmüller, Diss., 1902, S. 110; noch Strauch, Hab., 1972, S. 153（いずれも概括的であるが、二文のみを物上代位規定とみる）. 個別には、Soergel/Habersack, 2001, § 1247, Rn. 1, 3-4, 7, S. 424-425; Staudinger/Wiegand, 2002, § 1247, Rn. 1-4, 7-22, S. 179-183; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1247, Rn. 2-3, 5-6, S. 2232-2234（いずれも詳細な分析・検討を含み、ＢＧＢ一二四七条をして、一文は、Traditionsprinzip を基礎とし、二文は、Surrogationsprinzip を定める〔二つの異なる原理の並存〕と定式化する）. 新田・前掲注(1)㈠四九―五〇、五三―五四頁注三も支配的見解を前提として紹介する（なお、不適法な私的売却〔③〕を中心に紹介するが、これは典型事例ではない）。しかし、こうした考え方に対しては、E・ヴォルフによる有力な異論がある。かれによれば、ＢＧＢ一二四七条においては、物上代位が無制限に適用される。したがって、物上代位は実行質権者に売却代金が帰すべき範囲でも発生し、実行質権者の質権の売却代金上の継続が観念される（実行質権者は売却代金から満足を受けうる。だから、この限りで結論上は支配的見解と一致する〔Staudinger/Wiegand, 2002, § 1247, Rn. 3, S. 179〕）。その基本的な論拠は、質権保全のための売却と質権実行としての売却は内容上同一であるから、物上代位も両者において同様に適用される（ＢＧＢ一二一九条二項〔本文〕参照）、という点にある。支配的見解に対しては、とくに中間ケース（①）における共有構成を取り上げ、こう論難する。実行質権者単独による売却代金の現物分割を認めることができなくなってしまう（ＢＧＢ七五二条、七四七条二文）、共有期間中に被担保債権額が変動した場合、共有持分もこれに付従するとみるほかないが、付従性ある共有権なるものは存しない、満足は被担保債権に応じた単独所有権の取得によってのみ生ずるから、共有持分の取得では満足効は生じえないはずであるなど。E. Wolf, SachenR, 1979, § 8 C II c), S. 348-351; ferner

NEUHAUS, Diss., 1934, S. 59, 61（概括的であるが、結論上E・ヴォルフと同旨か）. この見解に対して、ヴィーガントは、法関係の明確化・単一化の利益にくわえ、他の代位のルールとの一致（BGB一二一九条二項〔[12]〕、一二八七条〔[23]〕）を指摘し、一定の肯定的評価を与えるが、結論としては、支配的見解を支持する。しかし、その理由は、要するに、立法者の解決およびこれに対応した支配的見解の解釈は、立法史・文言に正面から逆らって排斥するほどには不当なものではない、という消極的なものである。Staudinger/WIEGAND, 2002, § 1247, Rn. 4, S. 179-180. 本文では、叙述（他のケースとの統一的説明）と理解（条文の拘束を免れているわれわれからみれば支配的見解は理解困難）の便宜上、E・ヴォルフ的な説明を行ったが、支配的見解によれば、物上代位の適用範囲は限定されることに留意されたい。

(89) 以下につき、次のものを参照（叙述形式に関しては、前掲注(18)に同じ）。WOLF, Jus 1976, S. 33-34, 106（物権が消滅と交替を目的とした対象上に存する際に、物権の存立保護機能を担保する〔[18]［23］とは適用場面が異なるのみであり、物権の存立保護という点では同趣旨〕）; GERNHUBER, BürgR, 1991, § 49 III 1 g), S. 470, 471-472（対象上規定された財貨帰属の維持〔前掲注(70)参照〕）; früher WECKER, Grundpfandrechte, 1937, S. 4, 7-9, 10-11, schließlich S. 3（対象上の権利〔または対象給付への権利〕を有する者を、かれが関与しない対象の〔譲渡または〕滅失から、可能な限り害することなく守ること〔前掲注(85)参照〕）; weiter NEUHAUS, Diss., 1934, S. 62-63（債務者の給付により消滅した権利の代わりに負担の対象が生ずる）; noch STRAUCH, Hab., 1972, S. 74, 142, 214, schließlich S. 158, 235, insb. S. 153, 154（共同的権利の原状回復〔前掲注(18)参照〕）. 個別には、次のとおり。Soergel/STÜRNER, 2001, § 1075, Rn. 1, 2, S. 93; Staudinger/FRANK, 2002, § 1075, Rn. 1-8, S. 634-637; MünchKomm/POHLMANN, 2004, § 1075, Rn. 1-5, S. 1607-1609（以上［19］。「用益権者に対する給付の効果」〔フランク〕。なお、ポールマンは、弁済行為につき用益権者を債権者の法定代理人とみ、債権者の権利取得はあくまで法律行為による取得であるという）; Soergel/HABERSACK, 2001, § 1287, Rn. 1-2, 4, 8, S. 464-465; Staudinger/WIEGAND, 2002, § 1287, Rn. 1-2, 9, 12, 15, S. 304-308; MünchKomm/DAMRAU, 2004, § 1287, Rn. 1, 2, 4-6, 13, S. 2323-2326（以上［23］。「物権の存立保護」〔ヴィーガント。ヴォルフ論文参照〕）. ［23］につき、新田・前掲注(1)㈠五九―六七頁。

(90) 不適法な給付の場合（債権者〔のみ〕に給付した場合）にも、債権譲渡における債務者保護規定（BGB四〇七

条）の準用により、善意の債務者の給付は目的債権の消滅をもたらしうる（BGB一〇七〇条、一二七五条）（前掲注(81)参照）。[19]では、一般に、この場合にも物上代位の適用が肯定されている。Soergel/Stürner, 2001, § 1075, Rn. 2, S. 93; Staudinger/Frank, 2002, § 1075, Rn. 12, S. 638; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1075, Rn. 6, 8, S. 1609. 他方、[23]では、否定説も有力である。ハバーザックとダムラウは、質権者はこの場合には給付物上にいかなる意味でも占有を有しないという。これによれば、再度の質権設定が必要となる。Soergel/Habersack, 2001, § 1287, Rn. 3, S. 464; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1287, Rn. 7, S. 2325. 他方、ヴィーガントは、この場合にも質権者の保護の必要は存するといい、肯定説をとる。Staudinger/Wiegand, 2002, § 1287, Rn. 7-8, S.306. 否定説については、次の点を指摘しておく。一つは、用益権との関係である。占有不存在を根拠とするなら、[19]でも否定説をとるほうが首尾一貫する。だが、もしも区別説を正当化するなら、質権では公示が厳格に要求されていること（設定につき、前掲注(81)。また、存続につき、BGB一二五三条〔質物返還による質権消滅〕。公示の厳格性は、この二つに現れている〔Baur/Stürner, SachenR, 1999, § 55 A I 3, Rn. 6, S. 673〕）を引き合いに出すことになろう。もう一つは、給付物が不動産の場合との関係である。この場合には、否定説といえども、一般原則に反して登記は不要であるとする（Soergel/Habersack, 2001, § 1287, Rn. 8, S. 465; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1287, Rn. 13, S. 2326）。しかし、そうであるならば、動産においても占有不存在を理由として代位を排斥することは困難なように思われる。なお、質権者の追認がある場合にも以上の議論が妥当する。Staudinger/Frank, 2002, § 1075, Rn. 12, S. 638; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1075, Rn. 6, 8, S. 1609（以上[19]）、MünchKomm/Damrau, 2004, § 1287, Rn. 8, S. 2325（[23]）。追認を待たずに物上代位が生じるか否かという問題は、特別財産とは異なり（前掲注(21)参照）、議論されていない。

(91) 次の点を補足しておく。第一に、規制権利について。給付物上の物上代位は、対象の変更に相即して、権利内容が変更する場合がある。すなわち、[19]の際には、給付物が消費物の場合には、用益権者は不真正用益権（uneigentlicher Nießbrauch）（〔用益権終了後の価格賠償をともなう〕所有権〔BGB一〇六七条〕）を取得し（BGB一〇七五条二項）、[23]の際には、給付物が不動産の場合には、質権者は保全抵当権（Sicherungshypothek）、登録された船舶または造船の場合には、船舶抵当権（Schiffshypothek）を取得する（BGB一二八七条二文）。

Soergel/Stürner, 2001, § 1075, Rn. 3, S. 93; Staudinger/Frank, 2002, § 1075, Rn. 9, S. 637; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1075, Rn. 7, S. 1609（以上［19］）; Soergel/Habersack, 2001, § 1287, Rn. 8, S. 465; Staudinger/Wiegand, 2002, § 1287, Rn. 11, 19, S. 307, 310; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1287, Rn. 8, S. 2325（以上［23］）. この現象につきもっとも立ち入った分析を行ったヴェッカーによれば、［19］［23］は、代位物の性質上同一内容の権利による継続が不可能ないし不適当であるところ、「従前の権利が保持していたのと可能な限り同一の内容を有する権利」を旧権利者に付与することを企図した規定であり、代位の一般理論に位置づければ、こうした「権利内容の変更」は明文によりはじめて認められる「例外現象」であると分析される。Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 7–9. ただし、一般には、ＢＧＢ一〇七五条二項（［19］）は、ＢＧＢ一二八七条二文（［23］）と異なり、物上代位の規定として挙げられないことが多い。Strauch, Hab., 1972, S. 26, 153; Wolf, Jus 1975, S. 645 Fn. 13, Jus 1976, S. 33; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III g), S. 471; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 6; weiter Welle, Diss., 1987, S. 15 Fn. 32; früher Neuhaus, Diss., 1934, S. 62. 第二に、規制範囲について。金銭債権の給付の場合には、特殊な問題がある。用益権については、金銭は消費物であるから、用益権者が金銭上の不真正用益権者となるというだけである（第一参照）。Soergel/Stürner, 2001, § 1075, Rn. 3, S. 93. 他方、質権については、細かな（しかし体系上は無視できない）議論がある。ＢＧＢ一二八八条は、金銭債権につき、［23］の特別規定を定める。同条一項は、被担保債権の弁済期が未到来の場合につき、取立金銭の運用方法を定めたものである。同種の規定は、用益権にも存する（ＢＧＢ一〇七九条［［19］の特別規定］）。この特別規定を根拠として、金銭債権の給付の場合には、物上代位が否定されるというものもある。MünchKomm/Damrau, 2004, § 1287, Rn. 1, S. 2323. 新田・前掲注(1)㈠五七、六四頁注一も否定説から紹介する。しかし、肯定説のほうが有力とみられる。Soergel/Habersack, 2001, § 1287, Rn. 1, S. 464; Staudinger/Wiegand, 2002, § 1288, Rn. 2, S. 311. ハバーザックによれば、同条項は、質権を負担した取立金銭の運用に関する債権者と質権者間の内的関係を規制したにすぎない。われわれが体系的観点から付加するなら、用益権の規律との対比（ＢＧＢ一〇七九条があっても、金銭上の不真正用益権の存続は認められている）からも、否定説には理由がないように思われる。他方、同条二項は、被担保債権の弁済期が到来している場合につき、取立金銭が「満足のために質権者に帰すべき限りにおいて」債権は債権者から弁済されたものとみなすとする。これはＢＧＢ一

二四七条一文（[22]）に準ずる規定であるところ、その解釈が反映される（前掲注(88)第二参照）。したがって、支配的見解によれば、物上代位は適用されず、質権者は、取立金銭につき［23］とは異なり所有権を取得する。Soergel/Habersack, 2001, § 1288, Rn. 4, S. 466-467; Staudinger/Wiegand, 2002, § 1288, Rn. 3, S. 311（明快な分析）; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1288, Rn. 4, S. 2328. 新田・前掲注(1)㈠五八―五九頁注三もこう説明する。他方、E・ヴォルフによれば、物上代位が適用され、質権者は取立金銭につき［23］と同様に質権を取得することになる。E. Wolf, SachenR, 1979, § 14 A VII g), S. 610-611. 問題は、取立金銭が質権者に帰すべきでない場合、つまり、BGB一二四七条二文（[12]）に対応するケースである（明文なし）。議論があるのは、①加重取立（加重部分）、②不適法取立（質権不存在）である（先順位者がいる場合は、②に準ずるものとみられる）。ヴィーガントによれば、いずれの場合にも善意の債務者は保護されえ（BGB一二七五条、一二八〇条、四〇九条〔四〇九条につき善意必要説にたつようである（同条の解釈としては異説: vgl. Larenz, SchuldR I, 1987, § 34 IV, S. 593 und Fn. 57)]）（前掲注(81)参照）、その限りで物上代位が適用される。Staudinger/Wiegand, 2002, § 1288, Rn. 4, S. 312. 他方、ダムラウは、①ではそもそも免責は問題とならず、②では問題となるけれども、やはり物上代位は適用されず、いずれも不当利得により調整されるとし、反対説はBGB一二四七条とは異なり明文が存しないことを看過していると批判する。MünchKomm/Damrau, 2004, § 1288, Rn. 5-6, S. 2328-2329; ferner Soergel/Habersack, 2001, § 1288, Rn. 5, S. 467（同旨）.

(92) 以下につき、次のものを参照（叙述形式に関しては、前掲注(18)に同じ）。Wolf, Jus 1976, S. 34-35, 106（原状回復目的を有する権利が生じた際に、物権の存立保護機能を拡張する〔前掲注(89)参照〕）; Gernhuber, BürgrR, 1991, § 49 III 1 e), S. 471（対象上規定された財貨帰属の維持〔前掲注(70)参照〕。具体的には、制限物権の安定した存立を保護する）; früher Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 4, schließlich S. 3（対象上の権利〔または対象給付への権利〕を有する者を、かれが関与しない対象の〔譲渡または〕滅失から、可能な限り害することなく守ること〔前掲注(85)参照〕）; weiter Windmüller, Diss., 1902, S. 94, 106（当該対象に関する権利者の優遇〔[21] につき〕〔前掲注(85)参照〕）; noch Strauch, Hab., 1972, S. 72-73, 109-110, schließlich S. 158, 235, insb. S. 153（共同的権利の原状回復〔前掲注(18)〕）. 個別には、次のとおり。Soergel/Stürner, 2001, § 1046, Rn. 1, S. 60; Staudinger/

Frank, 2002, § 1046, Rn. 1-2, S. 480-481; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1046, Rn. 1-2, S. 1507-1508（以上［18］。「経済上の代位物としての保険金債権」上に用益権を維持し、「用益目的物につき所有者と用益権者間に存するのと同一の法的な結びつき」をこれに移行する〔フランク〕）; Soergel/Konzen, 2001, § 1127, Rn. 1-2, S. 206-207; Staudinger/Wolfsteiner, 2002, § 1127, Rn. 1-7, 16, S. 207, 209; MünchKomm/Eickmann, 2004, § 1127, Rn. 1, 3, S. 1838（以上［21］。「代位物としての保険金債権」が「保険目的物それ自体と同様に」抵当責任を負担すべきという立法思想を基礎とする〔ヴォルフシュタイナー〕。コンツェンとヴォルフシュタイナーは、「例外」規定であることを強調する。ヴォルフシュタイナーは、正当化として「不動産取引の特別な必要」「抵当権者保護といった重大な実際上の必要」を挙げる）. ［21］につき、とくに、石田・前掲注(1)一三五―一五一頁。

(93) 総論の文献では、［18］［21］ともに物上代位の規定とみることに異論はないといってよい。Strauch, Hab., 1972, S. 26, 153; Wolf, Jus 1975, S. 645 Fn. 13, Jus 1976, S. 34; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III g), S. 471; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 6; weiter Welle, Diss., 1987, S. 15 Fn. 32; früher Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 3; weiter Windmüller, Diss., 1902, S. 106（［21］につき）. 各論でも、注釈書レベルでは、一般に、代位により説明がなされる。Staudinger/Frank, 2002, § 1046, Rn. 1, S. 480; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1046, Rn. 1, S. 1507（以上［18］）; Staudinger/Wolfsteiner, 2002, § 1127, Rn. 2, S. 207; MünchKomm/Eickmann, 2004, § 1127, Rn. 1, 5, S. 1838, 1839（以上［21］）. しかし、個別論文では、古くから異論が存する。Vgl. Brisken, Gebäudeversicherung, 1964, S. 11-13. 詳しくは、とくに、石田・前掲注(1)一五一―一五四頁。ここでは総論の状況につき、次の点を指摘しておく。［18］では、用益権者は保険義務を負い、新たに保険契約を締結するか、保険契約がすでに存する場合には設定者に保険料を支払わなければならないから（ＢＧＢ一〇四五条）（保険義務は用益権者が設定者に対して法律上負担する物の保存義務の一つ〔ＢＧＢ一〇三六条二項、一〇四一条〕〔Baur/Stürner, SachenR, 1999, § 32 III, Rn. 21, 22, S. 364, 365］。ちなみに、用益賃貸借の場合には、用益賃貸人が保存義務を負担する〔ＢＧＢ五八一条、五三六条〕〔Larenz, SchuldR II/1, 1986, § 49 I, S. 280〕）、これを代位とみることも一応理解できる。他方、［21］では、抵当権者は通常保険料を支払わない、すなわち資力を負担しないところ、関係条項をめぐる議論からすれば（本文二1㈡(2)(a)、代位による基礎づけに疑義が生じてもよさそうである。にもかかわらず、

こうした疑義が生じていないのは、保険金債権は、一般に、法律的代位のカテゴリーで把握されていることが原因と思われる（前掲注(35)参照）。後掲注(116)も参照。

(94) Soergel/Konzen, 2001, § 1123, Rn. 1, S. 200-201; Staudinger/Wolfsteiner, 2002, § 1123, Rn. 1, S. 183-184; MünchKomm/Eickmann, 2004, § 1123, Rn. 1, 6, S. 1824-1285（「使用賃借人・用益賃借人は不動産の差押えによりその賃借権・果実収受を侵害されない〔ZVG二一条三項〕、その代わりに」使用賃料債権・用益賃料債権は抵当責任を負担する〔ヴォルフシュタイナー〕）. とくに、斎藤・前掲注(1)賃料二〇三―二二二頁（天然果実が生じる場合）、中田・前掲注(1)六〇―六九頁（天然果実が生じない場合）。一般には物上代位と理解されていないから（前掲注(80)第五参照）、総論の文献は参照しえない。

(95) Strauch, Hab., 1972, S. 147（ただし、競落人保護に焦点を合わせる）. なお、手続外の第三者の保護は、第二（本文）と同じく、公信制度（BGB九三二条以下）によることになろう（なお、金銭については、占有離脱物の例外も適用されないから〔BGB九三五条二項〕〔例外の例外〕〔Baur/Stürner, SachenR, 1999, § 52 A I 1, E I, IV 1, Rn. 7, 36, 47, S. 593, 607, 612〕、物上代位発生後、所有者が直接占有を取得し、意思なくしてこれを喪失した場合でも、つねに善意取得が認められる）。

(96) 新田・前掲注(1)㈠一八二頁（[23]）の分析と同旨。代位物が不動産の場合（[19] [23] で生じうる）には、用益権者・質権者は、登記の訂正を求めることができ（BGB八九四条、GBO一二条）、これにより善意取得を防止しうる。Soergel/Stürner, 2001, § 1075, Rn. 2, S. 93; Staudinger/Frank, 2002, § 1075, Rn. 5, S. 636; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1075, Rn. 5, S. 1609（以上 [19]）; Soergel/Habersack, 2001, § 1287, Rn. 8, S. 465; Staudinger/Wiegand, 2002, § 1287, Rn. 15, S. 308（以上 [23]）; 新田・前掲注(1)㈠六二頁（[23]）（善意取得防止機能まで触れるのは、ハバーザックと新田）。ちなみに、Strauch, Hab., 1972, S. 148-148, 149 は、第三者保護として、[16] につき付合または混和における権利喪失者、[19] [23] につき債権用益権・債権質権設定における債務者を取り上げており、動産・不動産に関する新権利関与者保護を問題とする本稿とは視角を異にする。

(97) ただし、[23] につき、次の点に留意されたい（以下、単純化のため、直接共同占有事案を念頭におく）。被担保債権の弁済期が未到来の場合、債権質権者は債権者との共同にのみ給付を請求でき、債務者は債権質権者と債権者と

の共同にのみ給付をなしうるところ（ＢＧＢ一二八一条）、給付物が動産の際には、動産上の共同占有が成立することになる。一般に、質権設定には単独直接占有が必要であるが、共同占有であっても合手的なもの（合手的共同占有〔gesamthandrisches Mitbesitz〕）であれば良い（ＢＧＢ一二〇六条）（たとえば、自動車の質入れの際に、質権者が車の鍵を、設定者がエンジンの鍵を持つ場合〔Baur/Stürner, SachenR, 1999, § 55 B II 3, Rn. 17, S. 680〕）。しかし、物上代位の際には、こうした合手的共同占有でなくても、質権は成立する。もっとも、質権者が合手的共同占有への転換を怠り、単純な共同占有で満足していた場合には、ＢＧＢ一二五三条（質物返還による質権消滅）の類推適用により、質権は消滅するのではないかが争われている。ヴィーガントは支配的見解にたち、法律上予定された占有形態の尊重という観点から質権の消滅を説くが、ダムラウは、消滅における占有を厳格に解すべきでなく、また、支配的見解はいつ消滅を認めるのか不明朗であるなどとしてこれに反対する。Staudinger/Wiegand, 2002, § 1288, Rn. 2, S. 311; MünchKomm/Damrau, 2004, § 1287, Rn. 4, S. 2324; noch Soergel/Habersack, 2001, § 1287, Rn. 5, S. 464-465（ハバーザックは、ＢＧＢ一二八一条の解釈として合手的共同占有給付を承認かつ義務づける、という解決を模索する），新田・前掲注(1)㈠六一―六二頁も参照。支配的見解によれば、ここでは第三者保護は公示により図られているとみることができよう。

(98) Soergel/Stürner, 2001, § 1046, Rn. 2, S. 60; Staudinger/Frank, 2002, § 1046, Rn. 3, S. 481; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1046, Rn. 3, S. 1508. ちなみに、Strauch, Hab., 1972, S. 148 は、第三者保護の考察の際に、「保険の諸ケース」として［21］のみを取り上げ、［18］を落としているが、一般には両者とも保険の諸ケースとして考察するにもかかわらず（S. 109 Fn. 3, S. 139 Fn. 2, S. 153）、ここでのみそうしない理由は明らかでない。

(99) 特別財産の場合と異なり（前掲注(51)参照）、物上代位における準用範囲の調整に関する議論は存しない。ここでは、［1］［2］［3］［5］にしたがい、ＢＧＢ四〇六条ないし四〇八条を挙げておいた。ちなみに、Soergel/Stürner, 2001, § 1046, Rn. 2, S. 60 はＢＧＢ四〇六条以下、Staudinger/Frank, 2002, § 1046, Rn. 3, S. 481 は主にＢＧＢ四〇七条、MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1046, Rn. 3, S. 1508 はＢＧＢ四〇四条以下を挙げている。

(100) 抵当権＝保険金債権（［21］）との異同につき、あらかじめ次の点を指摘しておく。第一に、ＢＧＢ一一二八条三項後段は、支配的見解によれば、用益権には準用されない。というのは、同規定は「不動産信用の利益」における例

外的なものだから。したがって、保険者は登記簿上判明する用益権についてもその不知を主張しうる。第二に、ＢＧＢ一一二八条二項は、用益権に準用する必要はない。なぜなら、用益権の届出は、すでに保険者の悪意を基礎づけるから。第三に、ＢＧＢ一一二八条一項の準用は議論されていないが、これはむしろ（三項後段にも増して）準用否定が当然と理解されているからであろう。第四に、用益権の場合には、用益権者自身が保険契約を締結することがあるところ（前掲注(93)参照）、その際には保険者は用益権継続につきもとより悪意となることに注意する必要がある。第五に、抵当権の場合と同様に、設定者の保険金債権の処分は禁じられるところ（ＢＧＢ一〇七一条）、債務者以外の第三者は保護されない（債権譲渡に関する規定は役に立たない〔前掲注(55)参照〕）。抵当権＝賃料債権（後述[20]）との相違に留意されたい。以上につき、Soergel/Stürner, 2001, § 1046, Rn. 2, S. 60; Staudinger/Frank, 2002, § 1046, Rn. 3, S. 481; MünchKomm/Pohlmann, 2004, § 1046, Rn. 3, S. 1508.

(101) Strauch, Hab., 1972, S. 110, 148; und Soergel/Konzen, 2001, § 1128, Rn. 1-4, S. 208-209, § 1129, Rn. 1, S. 209; Staudinger/Wolfsteiner, 2002, § 1127, Rn. 8-9, S. 207-208, § 1128, Rn. 1, 8, 10-12, 17, 20, 26, S. 214, 216, 217-218, 219, § 1129, Rn. 1, S. 1884; MünchKomm/Eickmann, 2004, § 1128, Rn. 1-4, 6, 17-21, S. 1841-1843, § 1129, Rn. 1, S. 1884, 全体として、詳しくは、鈴木・前掲注(1)一二一―一二四頁、竹下・前掲注(1)二〇―二三、二九―三三、三三―三四、三九―四〇、四二頁、新田・前掲注(1)㈢一五九―一七〇頁、斎藤・前掲注(1)法構造二九六―三一三頁。

(102) この規定から、建物保険の場合には、抵当権は物上代位により質権に転化するのか、あるいは、条文の順序・文言どおり、あくまで抵当権のまま質権的規律に服するだけなのかが問題となる。とはいえ、総論の文献では、この問題には関心が払われていない。強いていえば、抵当権説が一般といえようか。ヴェッカーが「権利内容の変更」ケースとして（前掲注(91)参照）、建物保険の場合を取り上げていないことがまずもって目を引く。Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 7-11. その他、特段の言及がないものは、抵当権説とみることができよう。Strauch, Hab., 1972, S. 110, 148, 153（ただし、最後の箇所では「抵当権（質権）」とする）; Wolf, Jus 1976, S. 34; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III e), S. 471; früher Windmüller, Diss., 1902, S. 106. 各論でも、注釈書レベルでは、大きな関心は寄せられていない。Soergel/Konzen, 2001, § 1128, Rn. 2, S. 208（「質権」というが、自覚的な態度決定とはみ

られない); Staudinger/Wolfsteiner, 2002, § 1128, Rn. 10, S. 216（ペンディング); MünchKomm/Eickmann, 2004, § 1128, Rn. 1, 3, 17, S. 1841, 1843（一応抵当権説か). この問題は、若干の論者より、個別論文において掘り下げられている。Vgl. Brisken, Gebäudeversicherung, 1964, S. 16-22. 詳しくは、とくに石田・前掲注(1)一五四―一五六頁。もしも質権説にたつなら、[19]［23］と同じく、物上代位による権利変更ケースの一つとみることになろう。

(103) 用益権＝保険金債権（[18]）との異同につき、前掲注(100)参照。固有の問題につき、次の点を補足しておく。第一に、ＢＧＢ一二三八条三項後段の文言によれば、登記簿上 ersichtlich でない抵当権については、債務者は自己の善意を主張しうると思われるが、そのようなケースはごく稀であろう。一般に、保険者の保護は、もっぱらＢＧＢ一一二八条一項、二項に委ねられており、債権譲渡に関する債務者保護規定の準用は問題とされていない。Soergel/Konzen, 2001, § 1128, Rn. 3, S. 208, aber Rn. 4, S. 208 und zwar Ende; Staudinger/Wolfsteiner, 2002, § 1128, Rn. 1, 26-38, S. 219-221; MünchKomm/Eickmann, 2004, § 1128, Rn. 1, 3, 6-16, S. 1841-1843. なお、三項後段につき、新田・前掲注(1)㈡一六二―一六三頁も参照。第二に、ＢＧＢ一一二八条一項、二項は、保険契約上、いわゆる「原状回復条項（Wiederherstellungsklausel）」が規定されている場合には適用されず（ＢＧＢ一一三〇条)、この場合には保険者は設定者に対して保険金を支払いうる。そして、実務上はそうしたケースが一般であるところ、右規定の実際的意義は乏しいといわれる。Soergel/Konzen, 2001, § 1128, Rn. 1, S. 208, § 1130, Rn. 2, S. 209; Staudinger/Wolfsteiner, 2002, § 1128, Rn. 1, S. 214, § 1130, Rn. 1, S. 225; MünchKomm/Eickmann, 2004, § 1128, Rn. 3, 7, 17, S. 1841, 1842, 1843, § 1130, Rn. 3, S. 1846.

(104) Soergel/Konzen, 2001, § 1123, Rn. 1, 5, S. 201-202, 202-203, § 1124, Rn. 1, 3, 10, S. 202, 203, 204; Staudinger/Wolfsteiner, 2002, § 1123, Rn. 12, 24-26, S. 186, 189, § 1124, Rn. 1, 2, 17, S. 190-191, 196; MünchKomm/Eickmann, 2004, § 1123, Rn. 2-3, 5, 13-16, S. 1824, 1826, § 1124, Rn. 1-2. 3, 8, 11, 34, S. 1828-1829, 1830, 1833. 全体として、詳しくは、鈴木・前掲注(1)一四三―一四七頁、竹下・前掲注(1)一八―一九、二九、三七―三九、四一頁、新田・前掲注(1)㈡一五一―一五八頁。

(105) そもそも物上代位は、「法概念（Rechtsbegriff）」なのか、「法制度（Rechtsinstitut）」なのか、あるいは「主観法＝権利（subjektives Recht）」なのか、といった疑問も生じうる。しかし、一般にはほとんど意識されていないか

ら、ここでは立ち入らない。この問題は、一方では、物上代位の本質論、他方では、法概念・法制度・権利の本質論と関連するであろう。さしあたり、Brauns-Packenius, Diss., 1952, S. 33-36.

(106) Vgl. zunächst Medicus, BürgR, 2004, § 23, Rn. 603a, S. 395 Fn. 131; ferner Larenz/Wolf, AllgT, 2004, § 21, Rn. 47, S. 389 Fn. 43; Baur/Stürner, SachenR, 1999, § 57, Rn. 14, S. 713 Fn. 11; Lange/Kuchinke, ErbR, 2001, § 41, S. 1078（Medicusは以下の三者を挙げる。Larenz/Wolfは Wolf, Coester-Waltjen, Strauch, Baur/Stürnerは Gernhuber, Strauch, Wolfの参照を指示し、Lange/Kuchinkeは Strauch, Wolfなど多数を挙げる〔いずれも引用順〕。Strauchの引用も多いがそれは研究上無視しえない異端という意味である〔vgl. Medicus〕。なお、Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, 2006 には文献の参照指示がないが、いずれも当人である）.

(107) Wolf, Jus. 1975, S. 644, 645（債権的代位との対比の意識が強い。かれの挙げる具体例につき、水津・前掲注(2)所有権四二三―四二四頁注四一、四二を参照されたい）.

(108) Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 4, 5, S. 468（代位は広い意味でも用いられるが、法律用語上は「ある一定の対象が法関係の範囲においてその代わりに生じた他の対象と交替すること」が理解されるとしたあと、債権的代位との区別において、このように定義する）.

(109) Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25, 24（ヴォルフの定式と近似している。ただし、物上代位の規定は様々な内容を有するから、その特徴づけは「控えめに〔*cum grano salis*〕」のみ可能である、という留保付）.

(110) 二〇世紀前半のものとしては、バイヤーの四要件が著名である（Beyer, Surrogation, 1905, S. 6）。「代位概念は次のことを要件とする。1．ある対象がそれの帰属する財産から分離されなければならない。2．対象の分離とともに他の対象が取得されなければならない。3．このようにして取得された対象（対象に対する請求権のみではけっしてない）が分離した対象の帰属していた財産に入らなければならない。4．この財産への加入は取得者の意思に依存することなく行われなければならない」（原文はすべてゲシュペルト）。この定式に従う論者につき、vgl. Strauch, Hab., 1972, S. 39 Fn. 36.

(110 a) Statt vieler Lange/Kuchinke, ErbR, 2001, § 41 I 1, S. 1067; weiter Welle, Diss., 1987, S. 15; Menken, Diss., 1991, S. 1; Harder, Diss., 2002, S. 1-2.

(111) 以下の定式と dingliche Surrogation という用語の関係につき、次の点を補足しておく。第一に、こうした性格を有するもののみが Surrogation であり、obligatorische Surrogation（本文三2(一)）は Surrogation ではない、というものがある。代表は、Beyer, Surrogation, 1905, S. 6, 7（前掲注(110)参照〔要件3．の欠缺〕）．そこまでいわなくても、dingliche Surrogation を Surrogation の典型とみるものがある。ニュアンスは異なるが、Wengler, Rvgl-Hwb VI, 1938, S. 463（dingliche Surrogation を Surrogation の「理念型」とする）; Welle, Diss., 1987, S. 15（「dingliche Surrogation のみが原則として代位と呼ばれるべきである」）; Lange/Kuchinke, ErbR, 2001, § 41 I 1, S. 1067（少なくとも概念規定レベルでは、Surrogation をもっぱら dingliche Surrogation の意味に限定して使用する）; Harder, Diss., 2002, S. 4（dingliche Surrogation と obligatorische Surrogation はまったく異なるから、同じ Surrogation により指示するのは相当でなく、dingliche Surrogation のみを Surrogation と呼ぶという）．これに対して、明示的に反対するのは、Neuhaus, Diss., 1934, S. 4（バイヤーの見解は、代位思想の淵源である法諺中のラテン語 *succedo, sapio*〔本文三2(三)〕の用法上は正当であるけれども、当今の Surrogation は obligatorische Surrogation を含めて使用されているところ、こうした意味の変遷を顧慮せず、本来的用法にこだわるならば、「不明確性と混乱」を引き起こすだけであるという）．第二に、こうした性格を有するもののうち、dingliche Surrogation は帰属主体の交替が問題となる場合に限定され、帰属財産の交替のみが問題となる場合には dinglich といいえない、というものがある。これは伝統的な特別財産類型論（二1(二)(2)(b)第二）からの主張である。Windmüller, Diss., 1902, insb. S. 28（こうした用法を当然の前提としている）; ferner Wieruszowski, ErbR II, 1904, S. 320（物権的作用は、帰属財産の交替では帰属主体の交替と同じ意味では問題となりえず、その際にも Dinglichkeit を語るとすれば、「特別財産との法的経済的関連性ある取得物が法により特別財産の性質を受取る」という限りにおいてのみであるという）．しかし、この流れを汲むものであってすら、少なくとも現在では、こうした用法をとるものはみられない。Welle, Diss., 1987, insb. S. 15; Menken, Diss., 1991, insb. S. 4; noch schon Neuhaus, Diss., 1934, insb. S. 6. もとより、一般には、dingliche Surrogation と呼ぶことに異論はない。Statt vieler Strauch, Hab., 1972, S. 27-28; Wolf, Jus. 1975, S. 711-712; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 III 3-4, S. 473-474; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 6. ちなみに、特別財産以外においては、つねに帰属主体の交替が問題となることを確認しておく。

Vgl. Welle, Diss., 1987, S. 19. 第三に、こうした性格を有するものは、dingliche Surrogationではなく、unmittelbare Surrogationというほうが本来であれば適切であった、というものがある。なぜなら、Sacheのみならず、Recht, ことにForderungも直接帰属せしめられるから。この見方は有力である。Wolf, Jus. 1975, S. 645; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 24; weiter Harder, Diss., 2002, S. 2（二〇〇二年一月一日に挿入された［1］［2］［3］［5］の公式表題では、unmittelbare Ersetzungという用語が用いられたことを指摘する); noch Strauch, Hab., S. 184 (unmittelbare Surrogationという代替提案はしないが同旨). 第二・第三については、Dinglichkeitの理解の仕方（物権性本質論）にかかわるものと思われる。いわゆる帰属（Zuordnung）論によれば、（少なくとも第三については）まさしくdingliche Surrogationということができよう。帰属論については、Wieacker, ZS, 2000, S. 348-355 (zuerst 1941), S, 387-396 (zuerst 1941); Westermann, SachenR, 1998, §2, S. 8-15（本稿の文脈では、とくにヴィアッカー・第一論文〔Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung〕が重要。紹介として、林良平「物権関係債権関係の交錯―ヴィアッカー氏の民法改組に関する提言の紹介―」斎藤還暦『法と裁判』〔有斐閣、一九四二年〕).

(112) Statt vieler Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25.

(113) 法律的代位と法律行為的代位という区別につき、本文二1㈡(2)(a)参照。そこでは一般に議論の多い、特別財産における物上代位につき分析したが、集合物・個々の対象の際にももちろん問題となる。明文あるものにつき、シュトラウフの一覧表（Strauch, Hab., 1972, S. 152-154, Eingriff und Drittverhältnis）を参考に整理しておく。すなわち、法律的代位は、共有持分（［16］）、法律行為的代位は、属具（［12］［13］）、家財道具（［14］）、売却代金（［17］［22］）、給付物（［19］［23］〔前掲注(33)第一参照〕）。保険金債権（［18］［21］）、賃料債権（［20］）は、両義的である（前掲注(35)、前掲注(33)第三参照）。

(114) 敷衍すると、法律的代位では、一元的に法定作用が働くため、意思との乖離ははじめから問題とならないが、法律行為的代位では、代位物は法律行為により生じるが、代位は法律により生じるという、「法定的取得と法律行為的取得の特徴的な混合」がみられるところ、その法律行為的側面から、意思との乖離が問題となるというわけである。鋭利な分析は、Einsele, JZ 1990, S. 1007-1008 (zit. S. 1008).

(115) 以下、一(1)につき、本文二1(二)(2)(a)関係条項、(2)につき、前掲注(33)第二、(3)につき、前掲注(71)第二、前掲注(73)第二、二につき、二1(二)(2)(a)関係条項、三につき、前掲注(71)第一参照。その他、特別財産におけるクレジット取引（[1]ないし[7]）（前掲注(18)[1]の注釈書）、家財道具における買い溜め事例（[14]）（前掲注(73)第二）、保険金債権に対する抵当責任（[21]）（前掲注(93)）、についても、疑義を示しておいた。

(116) 問題は、「代償」性の判断基準である。総論レベルの一般的な見解をまとめると、次の場合には、代償性が欠けるとみられているものといえる。まず、法律的代位については、原目的物上の権利がなお存続する場合、次に、法律行為的代位については、代位物取得の資力が代位取得者に由来しない場合。Vgl. Strauch, Hab., 1972, S. 128, 131; Wolf, Jus 1975, S. 714, Jus 1976, S. 105（法律行為的代位についてのみ）; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 9, S. 469; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 26（法律的代位についてのみ）; weiter Welle, Diss., 1987, S. 15-16, 91-92, 104-106, 125; Menken, Diss., 1991, insb. S. 93, 113, 134, 141, 161; früher Kohler, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 15（法律行為的代位のみ）; Beyer, Surrogation, 1905, S. 229-230（同）; weiter Neuhaus, Diss., 1934, insb. S. 21, 24. 本文は、一貫してこれに従って説明している。この基準につき、次の点を補足しておきたい。第一に、法律的代位と法律行為的代位の交錯について。保険金債権につき、法律行為的代位として把握する場合には、保険料を代位取得者が支払う必要があるのに対して、法律的代位として把握する場合には、それがなくても――権利消滅を理由として――代償性が承認されうる。前掲注(35)（代償条項と資力条項・関係条項のいずれで把握するかという議論）、前掲注(93)（保険金債権に対する抵当責任における代償性）参照。反対に、賃料債権につき、果実の論理を介して、法律的代位的に構成する場合には、「増加取得」「拡張取得」とみられるのに対して、法律行為的代位と構成する場合には、――資力に由来するという理由から――代償性が肯定される余地がある。前掲注(33)第三（代償条項と資力条項・関係条項のいずれで把握するかという議論〔後者で把握する場合には資力＝客観的関係Ⅰが肯定されていたことに注意されたい〕）、前掲注(80)第五・前掲注(94)（賃料債権に対する抵当責任における代償性〔収益の代償という視角は法律行為的代位構成と分析できる〕）参照。この論理関係は、一般的な見解を総合したものにすぎず、もとより異論を排斥するものではない（賃料については、すでに、一方では、法律的代位的に構成した場合でも、元物の価値喪失との関連性が存する限りでは代位思想が妥当しうるというもの〔Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 26 Fn. 22〕、他

方では、法律行為的代位的に構成した場合でも「増加取得」と規定するもの〔Welle, Diss., 1987, S. 92〕がみられる）。第二に、法律行為的代位における資力基準について。資力基準はもっぱら原目的物に着目したものである。しかしながら、代位物の性格から、「代償」性を肯定しえないか。本文二1㈡(2)(a)関係条項の用語法でいえば、「代償」性は、客観的関係Ⅰのみならず、客観的関係Ⅱからも肯定されるように思われる。資力基準の限界につき、次の三点を指摘しておく（順に、特別財産・集合物・個々の対象と関連する）。まず、関係条項の際に、客観的関係＝典型的な遺産管理のみが要件であり、主観的関係は不要という考え方が存するけれども（Staudinger/Werner, 2002, § 2041, Rn. 6-7, S. 626-628; Soergel/Gaul, 1988, § 1473, Rn. 2, S. 494〔前掲注(42)〕）、これは資力基準の限界を指摘するものとみうること、次に、関係条項 (1) のところではもっぱら資力基準により「代償」性を判断しながら、他方、[12] [13] [14]（属具・家財道具）(3) のところではいずれも「代償」性の欠缺を問題にしない、という跛行的な説明が、代表的論者のなかにみられること（Wolf, Jus 1975, S. 644, 714, Jus 1976, S. 32, 106; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 9 und 5, S. 469 und 468〔むしろいずれも [14] を物上代位の代表例の一つであるかのように紹介している〕; früher Neuhaus, Diss., 1934, S. 30, 57〔[12] [13] [14] のところでは経済的関連性があれば良いという〕）、最後に、[21]（保険金債権に対する抵当責任）につき、とくに代位物の性質は問題とされていないが、いずれと解してもなお代償性を肯定したいのなら、代位物の性格に着目せざるをえないと思われること（前掲注(92)ヴォルフおよび注釈書の見解参照〕）である。なお、次の点を確認しておきたい。すなわち、「代償」性の判断基準に議論があるとしても、（少なくとも典型的な）代位を問題とする限り、「代償」性を起点とした論理を排斥することは許されない、この意味において、「代償事象は代位の本質に属する」（Strauch, Hab., 1972, S. 108〔指示代名詞を置き換えた〕）。

(117) ＢＧＢ一六四六条（両親に管理された子の財産）も、両親の意思を問題としていたところ（前掲注(10)第二）、関係条項における主観的関係必要説（第一説・第三説の一局面）との関係が問題となりうる。両者は「法律＝当然」性の欠缺という点では共通する。Strauch, Hab., 1972, S. 132-133; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 7, S. 26 Fn. 19. しかし、両者は、次の二点において異なるものとみられる。第一に、特別財産のために取得する意思は、存在が代位発生を根拠づける積極的要件であるのに対して、子のために取得する意思は、不存在が代位発生を排除する

消極的要件であるという点。明快な分析は、EINSELE, JZ 1990. S. 1007. 第二に、特別財産のために取得する意思は、直接代理の際に問題となる法効果帰属意思であるのに対して、子のために取得する意思は、間接代理の際に問題となる経済効果帰属意思（「子の計算により」）であるという点。この対比それ自体を指摘するものは見当たらないが、BGB 一六四六条は両親が自己の名ではあるが子の計算により取得する場合（間接代理）において作用すると理解されている。GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, FamR, 2006, § 63 III, Rn. 16, S. 790; ferner Staudinger/ENGLER, 2000, § 1646, Rn. 10, 11, S. 65; MünchKomm/HUBER, 2002, § 1646, Rn. 2, 9, S. 884, 885.

(118) STRAUCH, Hab., 1972, S. 128（立法者が通例条項を挿入した意図は、「特別財産をその存立において維持すること」〔代償取得〕のみならず、「正常な経営の範囲においてこれをさらに発展させること」〔増加取得〕にあったと分析する）. 一般には、「代償」性欠缺という指摘がなされるに留まり、基礎づけにつき十分な顧慮が図られていない。

(119) この論理関係が明瞭なのは、STRAUCH, Hab., 1972, S. 133; WOLF, Jus 1975, S. 714.

(120) 前者については、意識的な基礎づけとして、「経済的一体性」を説くものがある（Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 8, S. 472〔ID., Jus 1975, S. 714 ではこうした基礎づけに言及していなかった。ただし、この基礎づけが適切かどうかは別問題である〕）。ちなみに、関係条項・第一説によれば、「代償」性いかんを問わずに「法律＝直接」性が承認されるが、特別財産類型論者は、同説の理由として、――むしろ「法律＝当然」性否定という側面が前面に出ているけれども（本文後述）――財産存立維持（資力条項）と対比された、財産管理維持（関係条項）を挙げている。THIELE, AcP, Bd. 91 (1901), S. 12-14; WINDMULLER, Diss., 1902, S. 11, 69; neuerdings WELLE, Diss., 1987, S. 105, 125; MENKEN, Diss., 1991, S. 113, 162. 他方、後者については、次の留保が必要である。というのは、[12] [13] [14] は、一般的基準に適合しないにもかかわらず、そもそも「代償」性を欠くとみないものがあるから（前掲注(116)後半）。そして、「代償」性を欠くとみるものも、それ以上の基礎づけは明瞭でない。STRAUCH, Hab., 1972, S. 110; WELLE, Diss., 1987, S. 15; früher BEYER, Surrogation, 1905, S. 283. ここでは「代償」性欠缺とみる場合には別個の論理が必要であることを指摘するに留める。

(120a) 注釈書に一般にみられる。Soergel/WOLF, 2002, § 2041, Rn. 1, 8, 11, S. 470, 472（ID., Jus 1975, S. 714 よりも態度を緩和している）; Staudinger/WERNER, 2002, § 2041, Rn. 1, 2, 6, S. 625, 627;（以上 [2]）; Soergel/HARDER/

Wegmann, 2002/2003, §2111, Rn. 1, 2, S. 205; Staudinger/Avenarius, 2003, §2111, Rn. 1, 14, S. 366, 369; MünchKomm/Gursky, §2111, 2004, Rn. 1, 7, S. 999, 1001（以上［3］）; Staudinger/Thiele, 2000, §1418, Rn. 35, 43, 48, S. 457, 458, 459（［4］）; Soergel/Gaul, 1988, §1473, Rn. 2, 3, S. 493-494; Staudinger/Thiele, 2000, §1473, Rn. 2, S. 695（［5］）; Soergel/Strätz, 1987, §1638, Rn. 8, S. 392（以上［6］）; Soergel/Heintzmann, 1997, §582a, Rn. 10, S. 1148; MünchKomm/Harke, 2004, §582a, Rn. 5, S. 2039（以上［12］）; MünchKomm/Pohlmann, 2004, §1048, Rn. 6, S. 1515（以上［13］）; Staudinger/Thiele, 2000, §1370, insb. Rn. 4, S. 120; MünchKomm/Koch, 2000, §1370, Rn. 4, S. 456（以上［14］）.

(121) 議論状況は、次のとおりである。第一に、特別財産と関連する取得物が、その資力に由来しないにもかかわらず、特別財産への組入れの意思をとおして、そこに帰属せしめられる場合（一(1)、二〔「代償」性、「法律＝当然」性欠缺〕）。このケースは、関係条項解釈の重要性にかんがみ、とくに問題とされる。有力説は、代位ではなく「指定（Bewidmung）」であるという。提唱者は、Kohler, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 14-15. この用語に従うのは、Strauch, Hab., 1972, S. 131-133; weiter Welle, Diss., 1987, S. 16（ただし、より広く、関係条項・第一説の意味で用いる）; Menken, Diss., 1991, S. 113, 161; früher Beyer, Surrogation, 1905, S. 229-230; ferner Bockemühl, Diss., 1958（代位と指定という視点から包括的分析を行う）. これに触れることなく、代位ではないというものとして、「代償」性欠缺の観点から、Wolf, Jus 1975, S. 714; Gernhuber, BürgR, 1991, §49 I 9, S. 469., 他方、Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 26 Fn. 19 は、「法律＝当然」性欠缺の観点から、物上代位の「規則的な」適用例ではないという。なお、「法律＝当然」性欠缺の場合には、一般に、物上代位の少なくとも典型ケースとは理解されていないことにつき、前掲注(10)第二(2)参照。こうした見解に対して、明示的に反対するのは、Neuhaus, Diss., 1934, S. 9-10（コーラーの用語は、「完全には正当でないように思われる、少なくとも誤解を招きやすい」。なぜなら、資力条項＝客観的代位と関係条項＝主観的代位は「適用ケース」は異なるけれども、「基本思想」は同様であるから。しかし、「指定」概念は、コーラー自身および一般の用法によれば、資力が特別財産に由来しない場合のみを把握するものである。ノイハウス自身、こうした場合には「取得物は代位物でない」と断言しているから〔S. 24〕、この限りでは右見解と対立するものではない。ただし、ノイハウスは、当今の言語慣用にかんがみれば、「法律＝当然」性がなくて

も物上代位というに妨げないとするから、やはり結論的には反対することになろう［もっとも、この主張の前提は現在では崩壊している（右記参照）］）；Harder, Diss., 2002, S. 2-3（「ある対象が他の対象に置換わらずそれに付加わる場合にも代位に言及しうるか」と問い、右ケースを取り上げ、これを代位とみない多数説〔シュトラウフ・ヴェレ・ヴォルフ〕を批判する。その理由は、［18］［21］では一部滅失にとどまり、用益権・抵当権がなお存続する場合にも代位を語られているところ、首尾一貫すれば、「ある対象上の権利状況が一般規則を逸脱して他の対象上の権利状況を範とする場合」には、つねに代位といいうるから。結論として、「代償代位（Ersetzungssurrogation）」と「拡張代位（Erstreckungssurrogation）」の区別を提唱する。ただし、「法律＝当然」性がない場合には、「原則的な」代位ではないというから、この限りでは右見解と一致しよう）．第二に、権利取得条項により、添付・取得時効・元物・埋蔵物発見などから取得された物が把握される場合（一⑵〔「代償」性欠缺〕）。この場合には、代位ではないというものが一般である。Strauch, Hab., 1972, S. 128; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 9, S. 469; weiter Welle, Diss., 1987, S. 91-92; Menken, Diss., 1991, insb. S. 93（ただし、曖昧）; früher Neuhaus, Diss., 1934, insb. S. 21. 明確な異論として、Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 26（「［権利取得条項］代位の特徴は…自動的な財産増加〔Vermögenszuwach〕にある」）．なお、ハーダーは法律的代位を考察対象から外しているところ（Harder, Diss., 2002, S. 24）、明示的な言及はないが、その考え方（第一末尾）を貫徹すれば、この場合にも「拡張代位」を語りうることになろう。第三に、用益賃借人・用益権者による調達属具が用益賃貸人・用益権設定者に帰属する場合（一⑶、三〔「代償」性・「法律＝直接」性欠缺〕）。Welle, Diss., 1987, S. 15 は、「代償」性欠缺から、代位ではないといい、他方、Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 8（［12］）は、「法律＝直接」性欠缺から、物上代位の「規則的な」適用例ではないという。これに対して、明示的に反対するのは、Neuhaus, Diss., 1934, S. 56-57（そもそも「代償」性は経済的関連性があればよく〔前提の否定〕、また、この経済的関連性は「組入れ」行為によりはじめて明確になるから）．第四に、一方配偶者による調達家財道具が他方配偶者に帰属する場合（一⑶〔「代償」性欠缺〕）。Beyer, Surrogation, 1905, S. 283; Welle, Diss., 1987, S. 15 は、「代償」性欠缺から、代位ではないという。これに対して、明示的に反対するのは、Neuhaus, Diss., 1934, S. 56-57（そもそも「代償」性は経済的関連性があればよいという〔前提の否定〕）．