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(三)
Sub Title	Eine theoretische Grundlage der dinglichen Surrogation im deutschen Recht (3)
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.5 (2007. 5) ,p.25- 59
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20070528-0025

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（三）

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……（以上八十巻三号）
2　集合物
(一)　条文
(二)　意義
(三)　限界
3　個々の対象
(一)　条文
(二)　意義
(三)　限界
三　物上代位の理論的基礎
1　概念
(一)　定義
(二)　典型
(三)　変則……（以上八十巻四号）
2　特質
(一)　原理
(二)　体系
(三)　地位
3　構成
(一)　思想……（以上本号）
(二)　目的
(三)　構造
四　結語……（以上八十巻六号）

2　特質

物上代位という法概念は、どのような特質を有するのか。以下、原理（一）、体系（二）、系譜・比較法的地位（三）という三つの視角から分析しておこう。

（一）　原理

(1)　物上代位は、しばしば「法の理性に反して（*contra rationem iuris*）」[122] 生じるといわれる。というのは、物上代位には、その性格上、一般的な法原理との矛盾・対立がみられるからである。具体的には、次のとおりである。[123]

第一に、法律行為法における私的自治（Privatautonomie）に反する。

「個人が個人の意思によって法関係をみずから形成しうる原理」[124] が私的自治と呼ばれる。この原理は、基本法（GG二条一項）に源を有する。私的自治は、人間の自己決定（Serstbestimmung）の一般原理の一部であり、その適用は、法関係形成における個人の自己支配性（Selbstherrlichkeit）の承認を意味する。だから、私的自治による法関係の形成は、個人がこれを意欲したことのみにより正当化される。

しかしながら、物上代位は、この原理を破壊する。[125] なぜなら、その際には、法律行為当事者の意思が顧慮されないから。すなわち、代位物を取得しようとした者およびこの者に対して代位物を取得させようとした者の意思は、物上代位ではまったく問題とされない。物上代位は、かれらの意思がないときはもとより、たとえかれらの意思に反したときでも、法律上当然に、代位物を原目的物上の権利者に割り当てるのである。

第二に、物権法における公示原則（Publizitätsprinzip; Offenkundigkeitsprinzip）に反する。

物権は、万人に対して効力を有する（絶対性〔Absolutheit〕）。だから、物権変動は、万人に対して公示されなければ効力を生じない。具体的には、物権的合意のほか、動産の場合には、引渡し（Übergabe）（BGB九二九

条）、不動産の場合には、登記（Eintragung）（BGB八七三条）が必要とされる。債権譲渡では、公示原則は妥当せず、旧債権者と新債権者の間の合意のみで効力が生じる（BGB三九八条）けれども、債権が質入れされた場合には、物権的合意のほか、債務者に対する通知（Anzeige）が必要とされる（BGB一二八〇条）。

これに対して、物上代位では、公示原則が顧慮されない。[126] というのは、物上代位は、財貨帰属一般の直接的継続を法律によりもたらすから。すなわち、その際には、代位物が債権の場合はもとより、不動産・動産の場合であっても、財貨の性格いかんを問わず、およそ原目的物上の帰属関係は、法律上直接的に代位物上に継続する。この直接的継続はもっぱら代償関係から基礎づけられ、第三者の認識可能性いかんはまったく問題とされないのである。[127]

第三に、代理法における顕名主義（Offenheitsgrundsatz; Offenkundigkeitsprinzip）[128] に反する。

直接代理では、代理である旨が明らかにされる必要がある。すなわち、代理人はみずからが「本人の名において（im Namen des Vertretenen）」行為するということを、明示・黙示は問わないが、相手方に示さなければならない（BGB一六四条一項）。こうした顕名の要求は、相手方の利益に役立つ。相手方は、顕名がなければ、だれの法律行為が問題となっているのかを知ることができないからである。

けれども、物上代位の際には、顕名主義は無視される。[129] なぜなら、物上代位は、代位物を取得しようとした者とは異なる他人、すなわち代位権利者に対して法律上直接的に代位物を帰属させるところ、直接代理との類似性がみいだされるが、にもかかわらず、代位権利者が相手方に顕名されるかどうかを顧慮しないから。物上代位は、相手方の認識可能性とは無関係に、ただ代償関係の存在のみを基礎として、背後の代位権利者に直接的な財貨帰属をもたらすのである。[130]

以上を要するに、物上代位は、私的自治・公示原則・顕名主義という一般的な法原理に反する。

(2) こうした物上代位の原理相反的特質を、その典型的メルクマールとの関連で分析すると、次のようになろう。

物上代位は、「代償」性を起点として、「法律＝当然」性と「法律＝直接」性を導き出し、これにより財貨帰属を担保するものである。一方、「法律＝当然」性は、私的自治相反性、他方、「法律＝直接」性は、まず、公示なき帰属割当変動という観点から、公示原則相反性、次に、顕名なき他人効という観点から、顕名主義相反性と関連する。

私的自治相反性では、本来顧慮されるべき Wille が顧慮されないのに対して、公示原則・顕名主義相反性では、本来担保されるべき Publizität; Offenheit; Offenkundigkeit が担保されない。前者は、意思の問題、後者は、形式の問題と繋がっている。だから、次のようにまとめることが許されよう。

物上代位は、意思と形式双方に関する法原理をともに破壊するものである。[131]

(二) 体系

物上代位は、他の様々な概念・制度と重なりうる。そこで、体系的な観点からは、「限界づけの問題（Abgrenzungsfragen）」[132]が生じる。具体的には、次のような問題が議論されている。

第一に、「債権的代位（obligatorische Surrogation）」[133]との関係である。[134]債権的代位の例としては、BGB二八五条（代償請求権）、八一六条一項一文（無権利者処分における不当利得）、八一八条一項（不当利得返還請求権の範囲）などが挙げられる。[135]債権的代位の際にも、法律上当然に代償がもたらされる。しかし、物上代位とは異なり、直接帰属は生じない。すなわち、代位物はあくまで債務者に帰属する。債権者は代位物移転に対する請求権を有するにすぎず、債権者は移転を受けるまでは物権的権利を有しない。だから、ここでは経由的取得が存する。つまり、物上代位と債権的代位では、「直接」性の有無、という点において差異が存する。

第二に、「直接代理（unmittelbare Stellvertretung）」（BGB一六四条以下）との関係である。[136] 直接代理は、物上代位と同様、他人に対する財貨の直接帰属をもたらす。しかしながら、先述のように㈠、物上代位には顕名主義が妥当しない。のみならず、そもそも私的自治が排斥されるところ、行為者の意思それ自体が顧慮されない。したがって、行為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した場合でも、他人、すなわち代位権利者への直接帰属が生じる。さらに、直接代理では、法律行為の他人効のみが問題となるのに対して、物上代位には、こうした制限は存しない。すなわち、法律上の代位物の直接帰属および帰属財産の交替も問題となりうる（二1㈡(1)）。つまり、物上代位と直接代理では、――若干曖昧になるが、要するに――「法律＝当然＝直接」性の有無、という点において差異が存する。[137]

第三に、「法定債権移転（gesetzlicher Forderungsübergang）」（BGB四一二条）との関係である。[138] 法定債権移転は、通常、弁済者の求償権強化のために生じる（BGB二六八条三項〔弁済権者〕、四二六条二項〔連帯債務者〕、七七四条一項〔保証人〕、一一四三条一項〔債務者以外の抵当不動産所有者〕など）。[139] この場合にも、代償は法律上当然にもたらされる。しかし、物上代位とは異なり、直接帰属は生じない。すなわち、法定債権移転の際には、文字どおり、債権者に帰属していた債権が、法律上当然に、第三者に対して移転する、という構成がとられる。だから、第三者は債権を、あくまで債権者を介して経由的に取得する。つまり、物上代位と法定債権移転では、「直接」性の有無、という点において差異が存する。

その他、明示的に取り上げられることは少ないが、次のような概念・制度との限界も問題となりうる。[139a]

第一に、「不当利得（ungerechtfertigte Bereicherung）」（BGB八一二条以下）、「損害賠償（Schadensersatz）」（BGB二四九条以下、八二三条以下）との関係である。[140] 不当利得・損害賠償も、「法律」により、ある意味「代償」を認めるものである。しかしながら、物上代位は、次の二点において、これらとは異なる法形象である。す

なわち、物上代位は、不当利得・損害賠償とは異なり、代償の存否には関与せず（代償が発生した後に生じる）（原因）、代償権利者に物権的権利を割り当てる（債務法的請求権では足りない）（作用）。つまり、物上代位と不当利得・損害賠償は、代償に対する物権的介入か、あるいは、債権的介入による代償かによって限界づけられるということができよう。

第二に、「財産（Vermögen）」概念との関係である。[14] ある者の購入した物がその者の財産に帰属するのは、財産の総体（Gesamtheit: Inbegriff）としての性質上当然である。なにも特別な法概念を必要としない。とするならば、財産の変動の際には物上代位概念は不要ではないか。たしかに、ある主体が一般財産のみを所持する場合には、そのようにいいうる。しかし、一般財産のほかに特別財産を所持する場合には、事情が異なる。なぜなら、特別財産の代位物は、一般原則によれば、――一般的総体的性質を有する――一般財産へと帰属してしまうから。この原則を修正するには、財産＝総体を離れた特別な概念、――「物上代位」が必要である。物上代位は通常、財産一般ではなく、特別財産につき語られることに注意されたい。

以上を総じて、物上代位は、債権的代位・直接代理・法定債権移転・不当利得・損害賠償・財産といった隣接の概念・制度から、体系上独立の地位を有するものとして構想されている。[15]

㈢　地位

このように、物上代位は原理・体系上独特の性格を有する。では、こうした法概念は、いかなる経緯で生成され、また、他国のそれとどのように対比されるのか。つまり、物上代位の系譜的・比較法的地位いかんが問題となる。この点につき、ドイツ（ないしドイツ法系国）において一般に知られている、いわば教科書的な理解を簡潔に示すと、おおむね次のとおりである。

(1)　系譜的地位　まず、系譜的[16]には、法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う（*Pretium succedit*

in locum rei, res in locum pretii)〟に遡る。[14]

法諺《*pretium-succedit*》は、古典期ローマ法にはみいだされないが、ビザンティン期にギリシャ法の影響により一部移入され、また、ゲルマン固有法にもその萌芽が存したけれども、一般的な定式化の基礎を築いたのは、スコラ的方法のもと、*universitas iuris* と *universitas facti* (*s. rerum*) の区別を確立した中世ローマ法学、それもコメンタトーレンであった。こうした「ローマ法」がドイツに継受され、厳密な時期の確定は困難であるが、一六世紀頃には、ドイツ普通法学において、主に、D. 5, 3, 22を起点とし、D. 5, 3, 20, 10を仲介として、〝*universitas iuris* の際には法諺《*pretium succedit*》というルールが一般的に妥当する〟、という解釈が流布するようになった。[15][16] このようなコメンタトーレン的解釈は、――人文主義法学者たちの批判を受けつつも――一八世紀の終わり頃までは、疑いなく正当なものとして受け容れられていた。

ところが、一九世紀の初め、歴史法学派の影響のもと、ハッセとミューレンブルッフが典拠批判（Quellenkritik）を行い、D. 5, 3, 22 と D. 5, 3, 20, 10 を含め、ローマ法源上 *universitas iuris* と法諺《*pretium succedit*》なるルールの結合はみいだされないことを論証すると、事態は一変し、同世紀の中後半には、従来のように *universitas iuris* における法諺《*pretium-succedit*》の一般的妥当性を承認するものはみられず、学説は、法諺《*pretium succedit*》のルール性を完全に否定するもの（サヴィニー・ジンテニス・プフタ）[17]、あるいは、限定的な範囲ないし部分に限って肯定するもの（ヴェヒター・ソイフェルト・ファンゲロウ・ヴィントシャイト・デルンブルク）[18] に分かれるという状況にあった。[19] にもかかわらず、ドイツ民法典の立法者は、法諺《*pretium-succedit*》を個々の対象をも含めた広範な領域に適用した。

物上代位という法概念は、このような紆余曲折を経て、現代へと承継されたものである。ここでは、次の二点がとくに注目される。

一つは、物上代位概念の原型は、特別財産における法律行為的代位にみられることである。すなわち、法諺《*pretium-succedit*》は、――D. 5, 3, 22 が基礎とされたことから明白なように――少なくとも本来的には法律行為的代位を問題とするものであり[150]、また、永らくその適用領域とみなされ、反対からいえば、外延を画してきたのは、――D. 5, 3, 20, 10 が引かれたことから知られるように[151]――特別財産であった[152]。

もう一つは、物上代位概念には、大きな評価の変遷があったことである。とくに重要なのは、法諺《*pretium-succedit*》の反ローマ法的性格の原因と、にもかかわらず、これを拡張したドイツ民法典立法者の意図であろう。代表的な論者は、この問題につき次のように応答している。

前者は、ローマ法的諸原理、すなわち「権利主体（Rechtssubjekt）」「意思（Wille）」「行為方式（Art des Geschäfts）」の尊重との衝突[153]、後者は、概括的には、一方では、ゲルマン法学・フランス法学の影響[154]、他方では、――おそらく大方の意見はこれに集約されるであろう――「衡平（Billigkeit）」の観念[155][156]に還元される。

(2) 比較法的地位　次に、比較法的[157][158]には、次のような概念と対応するものと説かれている。

dingliche Surrogation がその源をコメンタトーレンに有する以上、他の大陸法系諸国において類似の概念が存することは当然予想されるところである。事実、dingliche Surrogation は、一般に、――もちろん個別的には相違が存するものの――フランスにおける subrogation réelle, スイスにおける (dingliche) Surrogation に対応するものと了解されている。もっとも、Surrogation 一般に目を広げれば、フランス・スイスと、ドイツでは、基本的な差異がみられる。すなわち、フランス・スイスでは、一般に、subrogation réelle, (dingliche) Surrogation の対概念としては、各々subrogation personnelle, Subrogation (persönliche Surrogation) が挙げられるのに対して、ドイツでは、dingliche Surrogation の対概念として挙げられるのは、obligatorische Surrogation であり、subrogation personnelle, Subrogation (persönliche Surrogation) に相応するケースは、

Surrogationではなく、gesetzlicher Forderungsübergangの一つとして把握される。ドイツでは、本来人の交替を意味した*subrogare*, *surrogare*というラテン語は、法技術的には、むしろ物の交替に限定して用いられているのである。

他方、英米法では、これらの大陸法系諸国とはまた異なり、subrogationという概念はみられるものの、これはもっぱら、subrogation personnelle, Subrogation（persönliche Surrogation）に対応するものとして用いられている。dingliche Surrogation, subrogation réelle,（dingliche）Surrogationに対応するsubrogationはなく、そうした概念に類するようなものもみられない。しかしながら、英米法は、これらを機能的にカバーしうる広範な一般的概念を有している。すなわちそれは、エクイティ上の救済に属するconstructive trustである。

ドイツ（ないしドイツ法系国）では、――とりわけフランス・スイスとの対比について――こうした比較法的理解がひろく共有されている。ここでは、次の二点を確認しておけば十分であろう。

第一に、dingliche Surrogationは特殊ドイツ的な概念ではなく、むしろ基本的には、subrogation réelle,（dingliche）Surrogationといった他の大陸法系諸国における概念と共通するものとみなされていること、第二に、dingliche Surrogation, subrogation réelle,（dingliche）Surrogationという大陸法系の概念は、constructive trustという英米法系の概念と機能的に対応しうるという指摘があることである。

3　構成

最後に、物上代位の理論構成上の諸問題を概観しておく。こうした、いわば物上代位の基礎理論に属するというべき諸問題については、思想（一）、目的（二）、構造（三）の三つに区別して分析することができる。[159] 以下、順に大まかな流れをみていこう。

㈠　思想

物上代位は、私的自治・公示原則・顕名主義という一般的な法原理と衝突する。では、いったいなぜ、どのようにして、こうした法概念を私法体系に組み込むことが正当化されるのか。この問いに根本的に応答しようとすれば、物上代位における思想の問題に行き当たらざるをえない。

(1)　先駆者の問題提起　この問題をはじめて取り上げたのは、コーラーである。[160]

コーラーは、法諺《*pretium-succedit*》はギリシャ法、ゲルマン法的起源を有し、中世ローマ法学、ことにコメンタトーレンにおいて一般化されたこと、これに対して、当事者間において示された形式・名を尊重する古典期ローマ法では承認されておらず、後期普通法学でも拒絶されていたこと、しかしながら、ドイツ民法典は正当にもこれを取り入れたこと、こうした歴史的展開を踏まえて、これを「権利取得における社会思想と個人思想(Sozial- und Individualgedanken im Rechtserwerb)」という対立軸に位置づけ、とくに反ローマ法的・親ギリシャ法性格を意識しながら、その「社会思想」的性格を指摘した。

このように、物上代位を社会思想に適合的とみる考え方は、代位の比較法研究の第一人者であるヴェングラーにもみいだされる。[161]

ヴェングラーは、ひろく大陸法および英米法系諸国における代位概念の比較を基礎として、「私法の思想における代位」を問題とし、代位の「動的かつ社会的な機能(dynamische und soziale Funktion)」を強調した。というのは、代位は「二当事者関係」を「多数当事者関係」へと組み替え、「法律行為は当事者間でのみ作用するという大陸法英米法にまずもって特徴的なドグマ」を粉砕するから。その際には、公示や当事者意思、あるいは権利帰属者の名の開示いかんは問題とされない、つまり「財産法の『通常の』諸原則の破壊」が存する。代位のこのような特徴は、「静的かつ個人主義的な考察方法(statische und individualistische Art der Betrachtung)」で

は説明しきれないのである。結ひとして、将来の法における代位の役割につきこう述べているのが印象深い。「当事者を越える社会的作用（soziale Funktion）を個々の法関係に与える法秩序はどこでも、まさにそうした『横のつながり（Querverbindungen）』を作り出す際に、とくに代位を用いるに相違ないであろう」。

こうして、歴史的にも、比較法的にも、物上代位の社会思想親和的性格、裏側からいえば反個人主義的性格が示されたわけであるが、これらはいまだ茫漠とした指摘にとどまっており、具体的な解釈論上の構成・提言をともなうものではなかった。

⑵　シュトラウフの構想　そうしたなか、このような発想を解釈論レベルに昇華させ、いわば物上代位におけるパラダイム転換を試みたのがシュトラウフである。[162]

シュトラウフによれば、物上代位と呼ばれてきた法事象は、かれ自身の創設にかかる新概念、「複数の法的代償（Mehrheitlicher Rechtsersatz）」により言い表される。いわく、「『複数の法的代償とは、諸々の関係者の意思を顧慮することなく、侵害の際に付与された権利を複数に帰属させることにより、侵害された共同的権利を原状回復するものである』」。物上代位なる法事象では、つねに、一人ひとりの権利が各々個別的に代償されるのではなく、原目的物上の複数人の権利が一挙にまとめて代償されるところ、「広義の『権利共同体（Rechtsgemeinschaft）』」＝「共同的権利（Mitberechtigung）」――これには合有共同体から所有者―占有者関係までが含まれる――という視角からこれを再定式化するのが相当である、というわけである。

この「複数の法的代償」は、三つの「本質的思想」を内包している。すなわち、①「共同的権利」を介した原権利者間の「社会法的拘束（sozialrechtliches Band）」の存在、②「共同的権利」「社会法的拘束」の個々人の各権利と同レベルの要保護性の承認、③「侵害された共同的権利の特殊な権利取得方式」という構成の受容。私的自治を中心とする「一般的な権利取得諸原則が破壊されてしまう」との危惧は、このような思想的基礎を看過し

たものである。「われわれとの関連でもっとも重要なことは、わたくしには、［ドイツ民法典］立法者の個人主義的立場がこの共同的権利の見地から克服されることのように思われる」。「複数の法的代償」は、いまや基本法の社会法治国家原理（GG二〇条一項および二八条一項）、その私法的顕現である「社会（sozial）」＝「共同体（gemeinschaftlich, partnerschaftlich）」思想を実現するものとみなされ、たんなる「法技術的原理」ではなく「法倫理的原理」であると規定されるところ、「共同的権利」が侵害される場合には、「制定法外の法の発展的形成」よる拡張がひろく肯定される。

誤解をおそれず比喩的にいうと、これは、――社会＝共同体モデルへの一元化が志向されている点[163]を捨象すれば――古典的物上代位理論に対置されるところの、関係的物上代位理論とでも呼ぶべき構想である。

しかしながら、こうした構想は、ただちに現れたロパウの書評とヴォルフの画期的論文により徹底的に批判され、ゲルンフーバー・ケスター＝ヴァルチェンといった代表的論客からも明確に拒絶された[164]。現在ではこの構想を支持するものは皆無といってよい[165]。では、かれの構想のなにが問題なのか。ここでの文脈上重要な批判をまとめると、次の二つに整理することができよう[166]。

一つは、物上代位に社会思想をみることはできないという批判、もう一つは、（かりにできたとしても）そこから一般的拡張を帰結するのは相当でないという批判である。

前者の批判は、次のとおりである。シュトラウフは、相続回復請求権の物上代位（［1］）［これは物上代位の正統ケースである〔2㈢(1)〕］を自身のシェーマに取り込む必要から、所有者―占有者関係を「共同的権利」「社会法的拘束」なる概念に無理やり押し込もうとするが、こうした見方は「こじつけ」というほかなく、現行法上も正当化されないし、その他のケースも多種多様であるから、統一的原理により把握しきれるかどうかは疑わしい。

後者の批判は、さらに二つのレベルに分けられる。まず、シュトラウフは、基本法の社会法治国家原理を引き合いに出すが、ほかならぬ法治国家では予見可能性を担保すべく諸規律に矛盾が存しないことが要求されるところ、法律上の規律との矛盾を解消しない限り、それだけでは一般化の試みは正当化されない（基本法原理との関係）。次に、シュトラウフによれば、物上代位は無権利者処分一般についてまで拡張されるけれども、こうした解釈は、明示的に不当利得的処理を定める現行法の規定（八一六条一項一文〔2㈡第一〕）に反するとともに、「法的取引の保護」、とくに財貨帰属に対する債権者の信頼にかんがみれば結論的にも妥当でない（私法的解釈との関係）。

かくして、「シュトラウフの独断的な思想的構築物はついに崩壊するのである」[165]。

(122) Bindler, Erbenstellung III, 1905, § 51 I 3, S. 408 Fn. 21 (vgl. Surauch, Hab., 1972, S. 177 Fn. 2〔この表現をはじめて用いたのはビンダーであるという〕). 同趣旨を述べるものは枚挙の暇がないが、z. B. Lange/Kuchinke, ErbR, 2001, § 41, I 1, S. 1067; weiter Welle, Diss., 1987, S. 19; Menken, Diss., 1991, S. 135; Harder, Diss., 2002, S. 1-2.

(123) 次の二点をあらかじめ指摘しておく。第一に、私的自治・公示原則・顕名主義に関する簡略な説明については、次のものを参照した。Flume, AllgT II, 1992, § 1 1-2, 5, 9, 10, S. 1-2, 6-7, 15-17, 17-20; Larenz/Wolf, AllgT, 2004, § 1 I 1, Rn. 2-3, § 34 Vor, I 2, Rn. 1, 5, S. 2, 624-627（以上、私的自治。本文程度の論述レベルでは両者は同じものとみてよい）; Medicus, BürgR, 2004, § 5 I 1, Rn. 26, S. 20; Baur/Stürner, SachenR, 1999, § 4 II, Rn. 9-11, S. 31-32; ferner Schwab/Prütting, SachenR, 2006, § 5a III, Rn. 31-32, S. 14（以上、公示原則。推定効〔Vermutungswirkung〕・公信効〔Gutglaubenswirkung〕ではなく、移転効〔Übertragungswirkung〕の文脈で用いていることを確認しておく。前掲注(81)第一も参照）; Medicus, BürgR, 2004, § 5 II 1, Rn. 86, S. 55; Flume, AllgT II, 1992, § 44 I, S. 763-766; Larenz/Wolf, AllgT, 2004, § 46 II 3, Rn. 19, S. 834（以上、顕名主義。ただし、フルーメは、顕

名主義の「実際上の正当化」〔かれの立場によれば顕名主義は代理の法形象にアプリオリなものではない〕として、「法関係の明白性・明瞭性」を挙げ、「とくに」と続けて相手方保護につき述べる）．第二に、物上代位の原理相反的特質として、私的自治・公示原則・顕名主義の三つをともに明確に挙げるものはみあたらない。この限りにおいて、本文の叙述は本稿独自のものである。

(124) Flume, AllgT II, 1992, § 1 1, S. 1.

(125) Strauch, Hab., 1972, S. 178-180（取得自治に焦点を合わせる）；ferner Baldus, SCDR, Bd. 15 (2003), Titel und S. 133（Andrés Santos, Subrogación, 1997〔後掲注(143)〕の書評）．私的自治という言葉は用いないとしても、物上代位における意思の不顧慮を説くものは非常に多い。総論的に指摘するものとして、Wolf, Jus 1975, S. 645; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 5, S. 468; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25; Lange/Kuchinke, ErbR, 2001, § 41, I 1, S. 1067; weiter Welle, Diss., 1987, S. 15; Harder, Diss., 2002, S. 2; früher Kohler, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 9, 12（他人の特別財産のケースでは、帰属人決定という「原基本権〔Ur- und Grundrecht〕」の尊重という観点から、代位は「推定原則〔Vermutungsgrundsatz〕」としてのみ妥当するとさえいう〔異説〕）；Beyer, Surrogation, 1905, S. 6; ferner Wengler, RvglHwb VI, 1938, S. 501; Giesberger, Diss., 1955, S. 147; 新田・前掲注(1)(二一八頁（なお、この性質を物上代位概念と直結させるかどうかは別問題である〔前掲注(10)第二(2)、前掲注(21)参照〕）．ちなみに、私的自治はそもそも無限定なものではなく、法秩序の枠内で認められるというメタレベルの主張（Flume, AllgT II, 1992, § 1 2, 9, S. 2, 17; Larenz/Wolf, AllgT, 2004, § 34 I 1, Rn. 5, S. 627）は、この文脈では顧慮していない。次の点を確認しておく。まず、法律的代位では、そもそも私的自治相反性は問題とならない。本文三 1 (1)(1)参照。次に、関係条項（「2」「4」「5」「6」）に関する主観的関係必要説（第一説・第三説の一局面）では、取得者の意思が顧慮されるため、その限りでは私的自治相反性は存しない。本文三 1 (1)(2)二参照。つまり、私的自治相反性は、これらを除いた典型的物上代位における特質といえる。

(126) Einsele, JZ 1990, S. 1007-1008. この論文は公示原則の限界を考察したものとして、代表的な体系書・教科書において基本文献とされているから（Baur/Stürner, SachenR, 1999, § 4 II, Rn. 9, S. 31 Fn. 1; Schwab/Prütting, SachenR, 2006, § 5a III, Rn. 31, S. 14）、物上代位の公示原則相反性は一般の認識といってよいと思われる。もっと

も、物上代位の代表的論文においては、自明であるからか明示的に指摘するものはそれほど多くない。明確なものとして、次のものを引いておく。LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 41, I 1, S. 1068; ferner WENGLER, RvglHwb VI, 1938, S. 498-499; GIESBERGER, Diss., 1955, S. 146; auch LÖHNIG, JA 2003, S. 991（新進の学者の書いたJAのAufsatzであるが〔レーニッヒは当時Wiss. Ass., 現在はProf.〕錯誤（Diss.）・信託（Hab.）のほか、親族・相続などにつき多くの業績がある）、物上代位の例外的性格・類推能力の原則的不存在を指摘し、その理由として、ランゲ／クヒンケェとアインゼーレを参照しつつ、「物上代位の命令は次のようにしてとくに物権法上の公示原則を破壊するから。それは《隠れた〔verborgen〕》権利変動を指示し、そうして取引保護を弱めるのである」という）；新田・前掲注(1)㈠一八頁、水津・前掲注(2)公示四五九―四九〇頁。とくに個々の対象を中心とした論文では、WECKER, Grundpfandrechte, 1937, S. 7-9; ferner GIESELER, Diss., 1995, S. 1-2; FROMMHOLD, Diss., 2003, S. 19. なお、法律上の権利変動には公示原則は妥当しないという一般的言明（BAUR/STÜRNER, SachenR, 1999, § 4 II 1, Rn. 11, S. 32）によれば、物上代位に公示原則が当てはまらないのは当然とみることもできよう。次の点を確認しておく。属具付不動産の用益賃貸借・用益権（一12―一13）では、調達属具は一旦公示どおりに用益権者・用益権者に帰属するから、その限りでは公示原則相反性は存しない。本文三1㈢(2)三、「組入れ」による移転と公示原則の関係については、前掲注(75)参照。つまり、公示原則相反性は、これを除いた典型的物上代位における特質といえる。

(127) ただし、次の点に留保が必要である。総論レベルでは、物上代位と公示原則の関係につき明示するものがそもそも少なく、明示するものもその相反性を一般的に指摘するに留まる。公示原則の側から立ち入った分析を行ったアインゼーレも、物上代位は公示原則をつねに破壊するとみているようである（EINSELE, JZ 1990, insb. S. 1008 und zwar II. Ende）。しかし、われわれの個別的考察によれば、各論レベルでは、物上代位の典型ケースにおいても、一部では、公示原則に対する配慮が制度上あるいは解釈上なされていた。すなわち、まず、留保財産（一4）では、夫婦財産登記簿への登記（DGB一四一八条四項）、先位相続財産（一3）では、代位物が不動産の場合には、後位相続注記の登記（ZBO五一条）が必要とされ（以上、前掲注(57)参照）、次に、給付物上の質権（一23）では、支配的見解は、合手的共同占有が取得されなければ質権は消滅すると理解していた（BGB一二五三条類推適用）（前掲注(97)参照〔BGB一二五三条は公示を厳格にする趣旨と理解されている。BAUR/STÜRNER, SachenR, 1999, § 55 A I

3, Rn. 6, S. 673)。なお、前掲注(90)も参照)。これらにおいては、概括的には、物上代位よりも「法律行為取引の安全が優位を受取った」ものと分析できよう（Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, 2006, § 38 V 6, Rn. 43-45, S. 439〔「4」に関する説明〕)。つまり、物上代位の公示原則相反性も、例外的手当て・解釈を排斥するものではないことに注意が必要である。

(128) 顕名主義は、Offenheitsgrundsatz と表記される場合（Medicus, BürgR, 2004, § 5 II 1, Rn. 86, S. 55; Flume, AllgT II, 1992, § 44 I, S. 763）と、Offenkundigkeitsprinzip と表記される場合（Larenz/Wolf, AllgT, 2004, § 46 II 3, Rn. 19, S. 834）があるようである。そうすると、Offenkundigkeitsprinzip は公示原則の意味で用いられる場合、顕名主義の意味で用いられる場合、あるいは双方の意味で用いられる場合が存することになる。Offenkundigkeitsprinzip の二義性につき、後掲注(131)参照。ただし、代表的な法律用語辞典によれば、Offenkundigkeitsprinzip はもっぱら公示原則を意味するものとされている（Tilch/Arloth (Hg.), DRL II, 2001, S. 3116. 顕名主義は offene Stellvertretung という項目で取り上げられており、そこではフルーメが引用されている〔ibid.〕。なお、Weber (Hg.), CreifeldsRwb, 2002 には項目がない)。

(129) Wolf, Jus 1975, S. 643-644, Jus 1976, S. 104; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 26, 27, 28 が物上代位の原理相反的特質として強調するところである。その他には、Strauch, Hab., 1972, S. 163, 167; weiter Welle, Diss., 1987, S. 17, 20-21; Menken, Diss., 1991, S. 3; Harder, Diss., 2002, S. 1-2; früher Beyer, Surrogation, 1905, S. 7-8; 167-168; weiter Windmüller, Diss., 1902, S. 27; Köhler, ARWP, Bd. 10 (1916/17), S. 57, 60; Wengler, RvglHwb VI, 1938, S. 501. 顕名主義の側から指摘するのは、Medicus, BürgR, 2004, § 5 III 2 c), Rn. 91, S. 60（顕名主義の三つの例外の一つとして物上代位を挙げる); und Einsele, JZ 1990, S. 1007-1008, 1014. 次の点を確認しておく。まず、法律的代位では、代理はもともと問題とならないから、顕名主義相反性も問題とならない（強調するのは、Einsele, JZ 1990, S. 1018, 1014)。次に、属具付不動産の用益賃貸借・用益権（〔12〕〔13〕）では、調達属具は一旦行為者である用益賃借人・用益権者に帰属するから、その限りでは顕名主義相反性は存しない。本文三1㈢(2)三。つまり、顕名主義相反性は、これらを除いた典型的物上代位における特質といえる。

(130) ただし、次の点に留保が必要である。第一に、特別財産類型論との関係について。類型論者には、帰属財産の交

替の際にはそもそも代理は問題とならず、したがって、顕名主義相反性もまた問題とならない、つまり、顕名主義相反性は帰属主体の交替の際に限って問題となる、と説くものがある。とくに明瞭なのは、Menken, Diss., 1991, S. 135, 161; ferner Welle, Diss., 1987, S. 17-18. ただし、一般には、類型論に対する関心の低下と相即して、こうした限定が明示的に説かれることはない。Wolf, Jus 1976, S. 104; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 28; und Medicus, BürgR, 2004, § 5 III 2 c), Rn. 91, S. 60. 顕名主義の側から立ち入った検討を行ったアインゼーレも、こうした考え方には触れていない（Ensele, JZ 1990, S. 1017-1018, 1014）。帰属財産の交替の際には、帰属主体の交替は問題とならないものの、いずれにせよ相手方に帰属先が明らかにされない以上、Offenheitsgrundsatz; Offenkundigkeitsprinzip の要請に反している、と理解しているのかもしれない。第二に、関係条項（[2]-[4]-[5]-[6]）に関する主観的関係必要説（第二説・第三説の一局面）との関係について。この見解によれば、取得者が特別財産のために取得する意思を有することが必要とされる。しかし、この意思が認識可能なものとして示されることを要するかどうかについては、なお若干不明朗である（前掲注(41)）。この点につき、vgl. Harder, Diss., 2002, S. 35）。もしも認識可能性不要説にたつならば、私的自治相反性は格別、顕名主義相反性はなお認められるのに対して、必要説にたつならば、私的自治相反性のみならず顕名主義相反性もまた認められないということになろう。アインゼーレは、不要説を当然の前提として―この認識は前掲注(41)でみたように正当でない―「関係取得の際にも、……顕名の要件は放棄される。なぜなら、行為者の他人のために取得する意思が対外的に認識可能であったことを要しないから」という（Ensele, JZ 1990, S. 1007）。物上代位に関する論文では、この問題につき立ち入った分析・検討をくわえたものはみあたらない。

(131) 公示原則と顕名主義を形式の問題として統合する視点につき、Ensele, JZ 1990, S. 1005-1007, 1007-1008, 1014. アインゼーレによれば、Offenkundigkeitprinzip には、二つのヴァリエーションがある。すなわち、stellvertretungsrechtliches OP（顕名主義）と、sachenrechtliches OP（公示原則）である。両者は基本的に異なる保護目的を有する。前者は「契約相手方」を保護するのに対して、後者は「法的取引一般」を保護するから。物上代位は、通常「(stellvertretungsrechtliches) OP の例外」と説かれているが―この括弧書表記は従来の議論の曖昧性を示したものであろう―、より精確に吟味すれば、「法律行為的行為が必要でない―すなわち法律的代位が問題となる―限りで

は、物上代位は stellvertretungsrechtliches OP の破壊を意味せず、たんに sachenrechtliches OP の破壊を意味するだけである」。

(132) Strauch, Hab., 1972, S. 159.

(133) なお、obligatorische Surrogation はしばしば、schuldrechtliche Surrogation（Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 4, S. 467-468; Lange/Kuchinke, ErbR, 2001, § 41, I 1, S. 1067 Fn. 8; Menken, Diss., S. 1. なお、Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 24; Harder, Diss., 2002, S. 4 は、obligatorische Surrogation と選択的に挙げる）、あるいは、persönliche Surrogation（Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 5）とも表記される。ただし、persönliche Surrogation には、注意が必要である。というのは、異説に属するが、persönliche Surrogation を、フランス・スイスにおける、subrogation personnelle, Subrogation（persönliche Surrogation）（本文三2㈢(2)）に対応する意味で用いるものがあるから。Statt aller Wengler, RvglHwb VI, 1938, S. 464, 485. Dazu insb. Strauch, Hab., 1972, S. 159-160; ferner Waller, Diss., 1904, S. 2-4; Rust, Diss., 1965, S. 3-4.

(134) Strauch, Hab., 1972, S. 120-121, 151, 158; Wolf, Jus 1975, S. 645; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 4, S. 467-468; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 24-25; Lange/Kuchinke, ErbR, 2001, § 41, I 1, S. 1067 und Fn. 8; weiter Welle, Diss., 1987, S. 15; Menken, Diss., S. 1; Harder, Diss., 2002, S. 4; früher Beyer, Surrogation, 1905, S. 6; Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 5; weiter Neuhaus, Diss., 1934, S. 4; 新田・前掲注(1)㈠一六―一八頁、斎藤・前掲注(1)法構造二八七―二八八頁。物上代位と債権的代位の対比は、物上代位の特徴を示すものとして、第一にあるいは特別に引き合いに出されるのが一般である。もっとも、両者の区別には異論も存する。穏やかな主張から順に挙げると、次のとおりである。第一に、両区別につき懐疑的なもの（Wolf, Jus 1975, S. 645 Fn. 13〔双方は「つねに必要な明晰さをもって区別されるわけではない」、この区別は「しばしば不明確性に寄与する」という〕）、第二に、両区別を否定するもの（Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 5-6〔この点につき、本文三3㈢(1)〕）、第三に、そもそも物上代位のみを（もっぱらあるいは本来的な）代位とみるもの（この点につき、前掲注(11)第一）がある。

(135) ＢＧＢ二八五条によれば、債務者の給付義務がＢＧＢ二七五条一項ないし三項により排除された場合、債権者は、債務者がその原因となった事由により債務の目的につき代償利益（stellvertretendes commodum）を取得したとき

は、「代償として受領したものの引渡しまたは代償請求権の譲渡」を請求しうる。このルールは、衡平と当事者意思の推定を基礎とする。債務法現代化法により、ＢＧＢ二八一条から二八五条に移行されたが、核心部分には変更は存しない。ただし、不能法改正にともない、原始的不能（ＢＧＢ二七五条二項）および給付拒絶（同二項および三項）のケースにも適用されるようになった。MünchKomm/Ernerich, 2003, § 285, Rn. 1-3, S. 967-968; Staudinger/Löwisch, 2004, § 285, Rn. 1, 28, S. 714, 721（意思推定には触れず）; 詳しくは、近時のものとして、遠山純弘「法律行為による利益（lucrum ex negotiatione）と代償請求権（一）（二）（三・完）―ドイツにおける議論状況とその問題点―」北園三六巻一号一―三三頁、三八巻一号三三―六三頁、二号三三五―三七五頁（二〇〇〇―二〇〇二年）［ただし、旧法下。他の文献の網羅的引用を含む］。ＢＧＢ八一六条一項一文によれば、無権利者の処分が法律上有効とされる場合には、無権利者は権利者に対して「処分により取得したもの」を返還する義務を負う。侵害利得の特別ケースを定める（争いあり）。他方、ＢＧＢ八一八条一項は、不当利得返還義務の二次的範囲を定める。すなわち、返還義務は、「受領者が利得した権利に基づきまたは利得したもののの滅失、毀損もしくは侵奪の代償として取得するもの」にも及ぶ。ＢＧＢ八一六条と同じく代位責任の規定であるが、同条とは異なり、被代位物がすでに不当利得責任の対象となっていたことが必要とされる。Larenz/Canaris, SchuldR II/2, 1994, § 69 II 1, § 72 Vor. I 1. S. 180-181, 182, 264-265; 詳しくは、とくに、藤原正則「侵害不当利得法の現状―代償請求と利得の返還（Gewinnherausgabe）―」北法四四巻六号一七〇―一六〇八頁（一九九四年）。

(136) Strauch, Hab., 1972, S. 162-167（帰属財産交替との関係を除き、全体として）; Welle, Diss., 1987, S. 17-18, 20-21; Meyken, Diss., 1991, S. 3, 135, 161（以上、代理意思および顕名、帰属財産交替との関係）; Wolf, Jus 1975, S. 643-644, Jus 1976, S. 104; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 26, 27, 28; weiter Harder, Diss., 2002, S. 1-2; früher Beyer, Surrogation, 1905, S. 167-168; weiter Windmüller, Diss., 1902, S. 27（以上、代理意思および顕名との関係）; Wengler, RvglHwb VI, 1938, S. 483（以上、代理意思との関係）. 本文はこれらの一般的文献の叙述を総合したものであるが、次の点を補足しておく必要がある。まず、代理権について。物上代位の際には代理権ももちろん存しないが、無権代理もまた代理であり、代位権利者は追認（ＢＧＢ一七七条）をなせば足りるから、直接代理と

の相違の文脈において取り上げる必要をみない。Vgl. Beyer, Surrogation, 1905, S. 167; Strauch, Hab., 1972, S. 166 Fn. 12. 次に、代理意思について。直接代理の際には、代理人の外部的態度が相手方にとってどう理解されうるか［すなわち対外的な意味での顕名の存否］のみが決定的であり、代理人の内的意思としての代理意思は必要でない、とみるならば（Larenz/Wolf, Allg T, 2004, § 46 II 4, Rn. 28, S. 836; Vertretungswille entbehrlich）、代理意思の存否いかんを直接代理との相違として指摘するのはかならずしも適切でないことになろう。なお、直接代理との対比の際には、次の二つの議論を逸することができない。第一に、法的構成について。物上代位はたしかに直接代理とは異なるが、法律行為の他人効という限りでは近似性があることを否定できない。ここから、物上代位を「当然の代理（notwendige Stellvertretung）」と規定するものが生じる（「当然の代理」理論）。Leonhard, Erbschaftbesitz, 1899, S. 10 を嚆矢とし、Windmüller, Diss., 1902, S. 27, 58 を経由して、次のものに受け継がれている。Insb. Unger, Diss., 1935, S. 22, neuerdings Menken, Diss., 1991, S. 46. これに対して、明確に反対するのは、Beyer, Surrogation, 1905, S. 167-168; Strauch, Hab., 1972, S. 166-167; Welle, Diss., 1987, S. 20-21（論旨はいずれも、代理意思と顕名がない以上、代理と性格規定することはできないというにある）. 第二に、準用について。いずれにせよ、物上代位の際には法律行為の他人効が生じうる以上、代理規定の準用が問題となる。この点につき、BGB 一六六条二項（本人＝代位権利者の主観的事情の顧慮）の準用が肯定されている。Gross, MDR 1965, S. 444-445（共同相続財産［［2］］につき。この問題の基本文献であり、そこではグロスの主張は全面的に受け容れられている〔Soergel/Wolf, 2002, § 2041, Rn. 15, S. 473; Staudinger/Werner, 2002, § 2041, Rn. 2, S. 625; MünchKomm/Heldrich, 2004, § 2041, Rn. 30, S. 635〕）; und Einsele, JZ 1990, S. 1008, 1014（法律行為的代位一般につき）. 「当然の代理」理論の承継者には、肯定説に理論的基礎を与えようという意図が看取されることを付け加えておく（ウンガー・メンケン）。

(137) 直接代理との対比との関連において、以下のものとの対比も考察しておこう。第一に、“Geschäft für den, den es angeht” との関係である。支配的見解によれば、“Geschäft für den, den es angeht” は本人が誰であっても良い行為として、制定法外の顕名主義の例外とされている。なぜなら、その際には相手方は本人の同一性につき保護に値する利益を有しないから。典型的には、双方が即時に履行する現金売買に適用される。Medicus, BürgR, 2004, § 5 II

2 b), Rn. 90, S. 58-60（ただし、全体的に懐疑的）; Flume, AllgT II, 1992, § 44 II, S. 765-775（ただし、この理論は「神話〔Mythos〕」であり、現行法上こうした神話が成立する余地はないと断じる）; Larenz/Wolf, AllgT, 2004, § 46 III 3, Rn. 37-44, S. 838-840（限定的要件のもとで支配的見解を支持する）. そうすると、“Geschäft für den, den es angeht”と物上代位の異同が問題となりうる。この点については、“Geschäft für den, den es angeht”は顕名主義の例外として、この限りにおいて物上代位と近似性を有するけれども、その他の点では直接代理との相違がそのまま妥当するということができよう。Vgl. Strauch, Hab., 1972, S. 168. とくに、“Geschäft für den, den es angeht”では他人のために取得する行為者の意思が必要とされるのに対して、物上代位ではこうした意思の存否が問われない、という相違が強調されている。Wolf, Jus 1975, S. 645; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 26. 第二に、「授権（Ermächtigung）」との関係である。物上代位が顕名主義相反性を有する以上、同じく顕名主義相反性を有する授権との関係が議論されても良いはずである。しかしながら、物上代位と授権の関係を取り上げたものはみあたらない。その理由は、次の点にあるものと思われる。すなわち、授権論では、一般に、処分授権（Verfügungsermächtigung）は認められるが、［物上代位の文脈において問題となりうる］取得授権（Erwerbsermächtigung）は認められず、［代位物］取得行為については直接代理によらなければならない、と理解されていること。Flume, AllgT II, 1992, § 57 I, S. 905-906, 908; Larenz/Wolf, AllgT, 2004, § 46 IV 2, Rn. 51-53, S. 842; 詳しくは、とくに、伊藤進「授権（Ermächtigung）概念の有用性―ドイツの学説を中心として―」『授権・追完・表見代理論（私法研究第一巻）』一―六五頁［初出、一九六六年］―ただし、取得授権それ自体には重点がおかれていない］。第三に、「管理人の地位（Verwalterstellung）」の法的構成論との関係である。行為者を管理人とみうる場合、管理人の地位の法的構成により代位物の直接帰属が基礎づけられるなら、その限りにおいて物上代位概念は不要とならないか。ハーダーは近時、倒産財団における物上代位の理論的基礎としてこの問題に正面から取り組み、倒産管財人の地位に関する債務者代理説・機関説・任務説・新代理説ないし新機関説（K. Schmidt）・中立的行為論（Dölle）の理論的帰結を綿密に分析・検討し、管財人の地位の法的構成論では代位の問題に十分に対処できないことを論証した。Harder, Diss., 2002, S. 15-19. だが、ここではむしろ、ハーダーが補足的根拠としてこう述べていることのほうに注目したい。「倒産管財人により財団を資力として取得されたものの財団帰属性を、管財人の地位の争いとは無関係に、代位の思

想により根拠づけることが上手くいけば、理論的争いの意味を限定し、管財人の行為［態度］に関する個別の問題を、基礎理論からではなく『それ自体から』判断すること、そうした努力がなされることへの力となるのである」（S, 16-17）。ちなみに、管理人の地位は、典型的には、倒産管財人のほか、遺産管理人・遺言執行者につき議論されるが、原理的には、行為者を管理人とみうるあらゆる局面において、問題となりうるであろう。

(138) Wolf, Jus 1975, S. 645; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 26. 法定債権移転については、次の二点を補足しておく。第一に、物上代位との関連における議論のされ方である。法定債権移転は、それ自体が物上代位と対比される、というよりは一般にはむしろ、物上代位とみられる諸規定を法定債権移転と構成できないか、というふうに議論されてきた。とくに取り上げられたのは、相続回復請求権の物上代位（［1］）である。もとよりこの問いは否定されている。著名な分析は、Beyer, Surrogation, 1905, S. 176-177（第三者保護規定の準用制限を指摘）; und Strauch, Hab., 1972, S. 160-162（経由的取得の不存在を指摘）. 第二に、主体の代位という視角からの考察の必要である。法定債権移転は、本文および第一でみたように、直接的な債権移転の存否、すなわちもっぱら権利変動プロセスという視角から物上代位と対比されるのが一般である。しかし、弁済者代位制度を有するわれわれからすると、一方では、弁済者保護の法的構成につき、法定債権移転と構成する場合と、subrogation personnelle, Subrogation (persönliche Surrogation) と構成する場合では、なにか違いが生じるのか、他方では、いずれにせよこの文脈では、むしろ主体と客体の変動という視角から法定債権移転と物上代位を対比するほうが適切ではないか、という疑問が生じる。さしあたり、vgl. Wengler, RvglHwb VI, 1938, S. 463-465, 483-487（もともと persönliche Surrogation とするが、sachliche Surrogation と対比的に考察する）; Rust, Diss., 1965, S. 3-4 (persönliche Surrogation と Forderungsübergang の関係につき、簡潔な考察を含む); Strauch, Hab., 1972, S. 159-160（いずれにも懐疑的スタンスをとる。ただし、ごく短い叙述である）. 興味深いのは、寺田・後掲注(139)三〇一―三〇二頁、斎藤・前掲注(1)法構造二八四―二九〇頁。

(139) Staudinger/Buschie, 1999, § 412, Rn. 5, 7, S. 255, 256; MünchKomm/Roth, 2003, § 412, Rn. 4, S. 2599-2560; 詳しくは、寺田正春「弁済者代位制度論序説（三）―保証人と連帯債務者の代位を中心として―」法雑二〇巻三号三〇一―三三一頁（一九七二年）。

(139a) 以下に挙げるもののほか、近時、Weber, Diss., 2003, S. 19-23 により、「価値追跡（Wertverfolgung）」思想（ヴェーバーは Wilburg, JBl 1949, S. 29-33 と Behr, Hab., 1986 を引く。詳細については、松岡・前掲注(1)法と民主主義三二三―三五三頁、竜法一三三―一九六頁）と代位の関係が考察されている。もっとも、ヴェーバーにとっての問題は、「価値追跡思想によると、あるものが他の対象の価値としてあらわれる場合には（法律による規範化なくして）つねに（広義の）代位が適用されるのではないか、という問いが投げかけうるであろう」（S. 20）というものであり、価値追跡思想と物上代位概念の関係（Wilburg, JBl 1949, S. 29 と Behr, Hab., 1986, S. 595-599 は、物上代位による価値追跡実現に消極的であった。松岡・前掲注(1)法と民主主義三二四、三三一、三四〇頁、竜法一八〇頁、水津・前掲注(2)所有権四二六頁注六一）には関心が向けられていない。

(140) Strauch, Hab., 1972, S. 120-121, 170-171（原因および作用につき）; ferner Wengler, RvglHwb VI, 1938, S. 460-461（作用につき）; Girsberger, Diss., 1955, S. 84（原因につき）. なお、債権的代位は、作用的側面では不当利得・損害賠償と区別されえない。だから、法形象の独立性という観点から、ネガティフな評価を受けることがある。「債権的代位を他の代償方式から限界づけるのは困難である。ある者が侵害された権利の代わりに代償を請求しうるということは私法上損害賠償でも不当利得でもみいだされるのである」（Strauch, Hab., 1972, S. 121）。

(141) Windmüller, Diss., 1902, S. 8-12; Beyer, Surrogation, 1905, S. 4, 7-8. 近時の文献では本文のような説明は特段行われないが、通常、物上代位は特別財産につき語られているから、むしろ当然の前提とされているものとみうる。Statt vieler Strauch, Hab., 1972, S. 35; Wolf, Jus 1975, S. 710, Jus 1976, S. 105; Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 1, 6, III 2-4, S. 467, 468, 472-474; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 26-28; weiter Welle, Diss., 1987, Titel; Menken, Diss., Titel; Harder, Diss., 2002, S. 1, 21. ただし、次の点を補足する必要がある。第一に、一般財産の物上代位について。本文の説明を受け容れたとしても、一般財産が他人の管理に服する場合には、一般財産の物上代位が問題となりうる。Vgl. Windmüller, Diss., 1902, S. 39, 64; Beyer, Surrogation, 1905, S. 8. 一般原則では、その一般財産の代位物がもとの一般財産に帰属することを、――他人の一般財産も同じく一般的総体的性質を有するために――決定することができないから。両親の管理に服する子の一般財産を想起されたい（前掲注(10)第二(1)参照〔BGB一六四六条につき意思への依存性という観点から物上代位否定説が存することは以上の論旨とは無関係であ

る)。したがって、より一般的に定式化すると、およそある主体が複数の財産を所持する場合には、――一般／特別であるか、一般／一般であるかを問わず――物上代位概念が必要になるといえよう。第二に、集合物の物上代位について。一般に、集合物においても、疑いなく物上代位が問題とされている。Statt vieler Strauch, Hab., 1972, S. 78; Wolf, Jus 1976, S. 32, 105; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 11. しかし、集合物も――Recht か Sache かという相違はあるものの――財産と同じく総体（Gesamtheit; Inbegriff）であるところ、集合物概念で足りるのではないか、という疑念が生じうる。けれども、集合物の代位物が集合物を所持する者の一般財産へと流入することを避けるためには、やはり集合物＝総体とは区別された「物上代位」概念が必要であるとみることができよう。Aber dagegen Windmuller, Diss., 1902, S. 9-10（集合物における代位原理の役割を否定するようである）. もっとも、本文・第一・第二の説明に対しては、次のような異論が考えられる。すなわち、そうはいっても、財産・集合物の代位物がもとの財産・集合物に帰属するという法事象を、財産＝集合物＝総体により把握することができないとは思われない。こうした異論を徹底すれば、物上代位概念は個々の対象についてのみ必要とされることになろう。ギルスベルガーは財産＝総体の研究から、まさにこうした結論に行き着いた。Giesberger, Diss., 1955（「財産につき法的―技術的補助手段〔juristisch-technisches Hilfsmittel〕として『物上代位』に言及することは不必要である」〔S. 72〕、「特別財産も一般財産と同様、代位の方法により変更するのではない。むしろその構成要素の交代は財産的性質〔Vermögensnatur〕において基礎づけられる」〔S. 51〕、「集合物も［程度の差はあるが］財産のような展開能力を有する」〔S. 89〕、「個々の対象の際の代位……――これのみがもっぱら代位の名に値する」〔S. 77〕。ちなみに、この論文はスイスのものであるが、ドイツでも同様に取り上げられている〔statt vieler Strauch, Hab., 1972, insb. S. 49-50〕. しかし、こうした見方はまったく相手にされていない。その理由は、次の点にあるものと推測することができる。すなわち、物上代位は *hereditas*（相続財産）、*peculium*（特有財産）、*dos*（嫁資）といった *universitas iuris* を中心に生成・発展してきた概念であるところ、右結論はこうした歴史的沿革に真正面から反するものであること（本文三2㈢(1)）、理論的には、代位物の問題につき、ある主体が複数の財産・集合物を所持する場合を、一般財産のみを所持する場合と同様に構成することは、問題の所在を曖昧にするだけで格別の利益をもたらさないことである。

(142) 反対に、物上代位の体系上の独立的地位を否定し、他の概念・制度に還元可能とするならば、物上代位概念は不

要になる。そして、こうした還元が可能のみならす相当とみるならは、私法体系上もはや物上代位概念を維持すべきではない、という結論にまで到達するであろう。代位否定説として著名な、ヴァラーの見解を参照されたい。WALLER, Diss., 1904（かれによれば、物上代位と呼ばれる法事象は、次の概念により分析可能である。「当然の取得機関〔notwendige Erwerbsorganschaft〕」〔[1] [17] [19] [23] など〕〔S. 40-50〕、「個々の法関係の自己展開〔Selbstentwicklung von Einzelrechtsverhältniss〕」〔[16] [17] [19] [21] [23] など。一部「当然の取得機関」と競合する〕〔S. 51-68. 本来の名称は長いため、STRAUCH, Hab., 1972, S. 51 にならって省略した〕、「集合権利、とくに特別財産の自己展開〔Selbstentwicklung der Rechtsgesamtheit, insbesondere des Sondervermögens〕」〔[2] [3] [4] [5] [6] [7] など〕〔S. 69-90〕、「集合物の代償物上の法定所有権取得〔gesetzlicher Eigentumserwerb an Ersatzstücken einer Sachgesamtheit〕」〔[12] [13] [14] など〕〔S. 90-100〕。だから、代位概念を独立に構想する必要はないし、法事象の多様性にかんがみれば、そのような構想はむしろ不適切といわなければならない〔S. 1, 102, 107-111〕。「もはや代位という法制度につき語ることは許されないであろう」〔S. 111〕）.

(143) 全体として、簡潔には、STRAUCH, Hab., 1972, S. 18-19; weiter MENKEN, Diss., 1991, S. 6-23; früher KOHLER, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 1-5, 10-11; weiter WINDMULLER, Diss., 1902, S. 4-8; 詳細には、WELLE, Diss., 1987, 個別には、とくに、ローマ法につき、PRINGSHEIM, Hab., 1916, 中近世法につき、MUHLENBRUCH, AcP, Bd. 17 (1834), S. 321-379, ドイツ後期普通法につき、BEYER, Surrogation, S. 1-9, 10-82. なお、ヴェレの論文につき、次の点を補足しておく。この論文は、Schriften zur Rechtsgeschichte の第四〇分冊として公刊されたものであるが、ローマ法部分に重点をおいた批判的書評が現れており（STURM, SZ, Bd. 111 (1994), S. 616-621; ferner KUPISCH, ZNR, Bd. 11 (1989), S. 193-195）、両者の対立の様子はわが国でもすでに紹介されている（芹沢悟「相続請求 hereditatis petitio における『物上代位』の可能性について」亜法三〇巻二号一四七―一七四頁〔一九九五年〕）。そこでは、ヴェレの難点として、主に、物上代位概念の限定性（「指定」の排斥）、各法文の解釈の問題性が指摘されている。しかし、代位と「指定」の区別は、すでにみたように、ヴェレ固有のものではけっしてなく、言葉の問題を除けば、「指定」ケースは、少なくとも典型的な代位ではないとみるのがむしろ一般的な理解であるし（前掲注(121)第一参照。ヴェレの用法が一般よりも広いことはこの文脈では問題とならない）、各法文の具体的解釈はともかく、古典

期ローマ法では代位思想はみいだされないという結論は、ヴェレも至るところで引くように、プリングスハイムの画期的研究（Pringsheim, Hab., 1916）以来、ドグマーティクの側ではもとより（statt vieler Strauch, Hab., 1972, S. 18-19）、ローマ法学においても一般に受け容れられている（vgl. Wesener, SZ, Bd. 117 (2000), S. 536 und Fn. 10. ヴェーゼナーは、肯定説をとるかのようである書評者シュトルムを「例外〔eine Ausnahme〕」と呼んでいる）。もとよりその当否は別論であり、近年、古典期ローマ法における物上代位の研究として、Andrés Santos, Subrogación, 1997 が公刊され、いまだ入手できていない（というより能力上十分に理解できるか疑問である）が、書評（Wesener, SZ, Bd. 117 (2000), S. 535-539; Baldus, SCDR, Bd. 15 (2003), S. 133-138）によれば、従来の理解を一部修正する解釈が含まれているようである。なお、ヴェレの論文には問題かないわけではけっしてなく、法史の叙述については全体として、従来の理解を要約しただけの部分が多く、一次資料の綿密な分析・検討を欠くきらいがあることを指摘しておく（この意味において、Kupisch, ZNR Bd. 11 (1989), S. 195; Sturm, SZ, Bd. 111 (1994), S. 618 の限定的・消極的評言はまことに的確である）。

(44) 《代位するものは代位されるものの性質を受け取る（*Surrogatum sapit naturam eius, in cuius locum surrogatum est*）》という法諺が指摘されることもある。両法諺につき、文献の状況を簡単に整理すると、次のとおりである。第一に、両法諺の位置づけについて。後期普通法学では、法諺《*pretium-succedit*》のみを挙げるものが多い。Hasse, AcP, Bd. 5 (1822), S. 7; Arndts, Pand. 1852, § 48, S. 45 Fn. 5; Sintenis, Civil I, 1868, § 41 V, S. 439-440 Fn. 60; Puchta, Vorlesungen I, 1873, S. 507-508; id., Pand, 1877, § 35, S. 52-53 Fn. d, § 149, S. 225 Fn. o; Wachter, Pand I, 1880, § 59, S. 262, 269; Windscheid/Kipp, Pand I, 1900, § 42, S. 154 Fn. 6; Dernburg, Pand I, 1902, § 68, S. 158 Fn. 10. 双方の法諺を挙げるものも、法諺《*pretium-succedit*》にウエイトをおいているようにみえる。Muehlenbruch, AcP, Bd. 17 (1834), S. 323, 327; Wächter, Erörterungen I, 1845, S. 2, 5, 10; Seuffert, Pand I, 1860, § 62, S. 73 und Fn. 5; von Vangerow, Pand I, 1865, § 71 Anm., S. 107; ferner Schieker, Diss., 1890, Titel; Schulte, Diss., 1897, Titel. そうであるからか、物上代位概念の淵源としても、法諺《*pretium-succedit*》のみを引くものが一般である。Statt vieler Köhler, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 4; Wolf, Jus 1975, S. 645 Fn. 11; Menken, Diss., 1991, S. 6; ferner Ennecceru/Nipperdey, AllgT, 1952, § 132 II, S. 561 Fn. 6. 双方の法諺を引

くものもみられるが、そうした場合にも、法諺《*pretium-succedit*》を主たるものとみているようである。Windmüller, Diss., 1902, Titel; Strauch, Hab., 1972, S. 234 und passim; Welle, Diss., 1987, Titel. これに対して、Beyer, Surrogation, 1905, S. 6 は、法諺《*surrogatum-sapit*》は［《*pretium-succedit*》よりも］「明らかに代位概念のモデルとして役立った」という（Strauch, Hab., 1972, S. 38 はこの指摘につき、Motive の引用もせずに簡潔に確定したものと揶揄している）。第二に、両法諺の相違について。まず、(1)法諺《*surrogatum-sapit*》は《*pretium-succedit*》よりも広いとともに狭いというものがある。一方、広いというのは、後者は売買による代位物のみを把握するのに対して、前者は法律行為的代位一般のみならず、法律的代位をも把握するから、他方、狭いというのは、後者は譲渡を原因とした請求権を排斥するが、前者はたんに性質承継を認めるにすぎないところ、代位物による原目的物地位の充塡が完全とはいえないからである。Beyer, Surrogation, 1905, S. 6; Neuhaus, Diss., 1934, S. 1; Welle, Diss., 1987, S. 12（以上の説明につき、次の点を補足しておく。後期普通法学ではこうした説明を少なくとも一般的に説くものはみあたらないこと〔第一の文献参照〕、充塡の完全性については、むしろ法諺《*surrogatum-sapit*》のほうにそうした作用をみるものがあること〔Scherer, Diss., 1890, S. 25-26; Schultze, Diss., 1897, S. 12〕、そうすると、この説明の出所が問題となるが、嚆矢となったバイヤーは一般的にはラテン語の語義を引いているのみであること〔Beyer, Surrogation, 1905, S. 5 Fn. 1〕、充塡の完全性の区別は、絶対的代位と相対的代位の区別と対応していること〔前掲注(30)参照〕である）. 次に、(2)法諺《*surrogatum-sapit*》は《*pretium-succedit*》よりも広いというものがある。Wächter, Erörterungen I, 1845, S. 5, 10; Motive III, S. 29-30 = Mugdan III, S. 16; Strauch, Hab., 1972, S. 19（法諺《*surrogatum-sapit*》につき、「非常に一般的」〔ヴェヒター〕、「より一般的に表現すると」〔理由書〕、「より広い命題」〔シュトラウフ〕という。具体的意味は不明朗だが、(1)と同趣旨であろう）. 最後に、(3)両法諺を互換的に引くものがある。Seuffert, Pand I, 1860, § 62, S. 73 und Fn. 5（曖昧であり、法諺《*surrogatum-sapit*》のほうが一般的とみている余地もあるが、ファンゲロウの参照を指示している）; von Vangerow, Pand I, 1865, § 71 Anm., S. 107（法諺《*pretium-succedit*》のあと、「このようにもよく表現される」として、法諺《*surrogatum-sapit*》を引く）; Windmüller, Diss., 1902, S. 2（両者は「同一の意味で」用いられてきたことを指摘する。ただし、pretium は Äquivalent と解釈されるべきところ、その限りでは、法諺《*sur-*

rogatum-sapit》の表現のほうが適切であるという); LANGE/KUCHINKE, ErbR, 2001, § 41 I 1, S. 1067 Fn. 2（対等のものとして引用する）. 両法諺の位置づけと相違については、コンテクストに即してなお十分に検証する必要があるように思われる。

(145) D. 5, 3, 22 (PAULUS lib. 20 ad ed.) は、相続請求（*hereditatis petitio*）（相続回復請求権の淵源）の際に、善意の相続財産占有者が同一物を再購入した場合には、物のみならず差額も相続人に返還しなければならないとしたパウルス文であり、法諺《*pretium-succedit*》の基礎となったのは、その理由づけとして引用された、ユウェンティウス元老院議決（*SC. Iuventianum*）（後一二九年）に先行するハドリアーヌス帝の宣示の、次のような一章句である。「吟味したまえ、元老院議員諸君。占有者は利益をえず、そして他人の物より得たところの代価を返還することがより衡平ではないだろうか？ なぜなら、その代価は売却された相続財産中の物の地位を襲い、いわば相続財産それ自体が作られたと評価されうるからである（*Dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum*）」。

(146) D. 5, 3, 20, 10 (ULPIANUS lib. 15 ad ed.) は、「しかし、われわれは［ユウェンティウス］元老院議決を相続財産のみならず、軍営特有財産でもその他の *universitas* でも適用する（*Non solum autem in hereditate utimur senatus consulto, sed in peculio castrensi vel alia universitate*）」としたウルピアーヌス文であり、法諺《*pretium-succedit*》の *universitas iuris* 一般に対する拡張を正当化するものとして理解された。

(147) HASSE, AcP, Bd. 5 (1822), S. 1-68; MUHLENBRUCH, AcP, Bd. 17 (1834), S. 321-379; ID., Pand II, 1840, § 223, S. 20-25; 詳しくは、水津太郎「一九世紀前期・ドイツ普通法学における法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》について――支配的見解に対するハッセとミューレンブルッフの批判――」法政論究六四号二〇三―二三九頁（二〇〇五年）。

(148) VON SAVIGNY, System I, 1840, § 57, S. 378-379 und Fn. o, S. 384 Fn. d; SINTENIS, Civil I, 1868, § 41 V, S. 439-440 Fn. 60; PUCHTA, Vorlesungen I, 1873, S. 508; ID., Pand, 1877, § 35, S. 52-53 Fn. d, § 149, S. 225, Fn. o; ferner SCHERER, Diss., 1890, S. 70-71; SCHULTE, Diss., 1897, S. 5, 24-25, noch S. 40.

(149) WACHTER, Erörterungen I, 1845, S. 5-6; SEUFFERT, Pand I, 1860, § 62, S. 73 und Fn. 5; VON VANGEROW, Pand I, 1865, § 71 Anm., S. 108; WACHTER, Pand I, 1880, § 59, S. 262-263, 269-270; WINDSCHEID/KIPP, Pand I, 1900, § 42, S. 154 Fn. 6; ID., Pand III, 1901, § 612, S. 505 Fn. 4（法諺の明示の引用はない）; DERNBURG, Pand I, 1902, § 68, S. 158 Fn. 10; ID., Pand III, 1903, § 172, S. 342.

(150) 法律的代位については、古典期ローマ法・ドイツ後期普通法でも承認されていたという指摘がみられる。WELLE, Diss., 1987, S. 50-51, 122（古典期ローマ法）; BEYER, Surrogation, 1905, S. 80, 336（ドイツ後期普通法）.

(151) D. 5, 3, 20, 10 における *universitas*（*iuris*）は、文脈上 Sondervermögen を意味する（zu Übersetzung BEHRENDS/KNUTEL/KUPISCH/SEILER, CIC II, 1995, S. 525. なお、OTTO/SCHILLING/SINTENIS, CIC I, 1839, S. 609 では Gesammtheit と直訳されていた）。後掲注(152)も参照。

(152) 次の点を補足しておく。*universitas iuris* は、ドイツ語に直訳すれば、Rechtsgesamtheit; Rechtsinbegriff である。そうすると、法諺《*pretium-succedit*》は特別財産ではなく、財産一般に適用されてきたのではないか、という疑問が生じうる。しかし、*universitas iuris* は、そもそも一般に、こうした直訳的理解に反して、① *hereditas*（相続財産）、② *peculium*（特有財産）、③ *dos*（嫁資）といった Sondervermögen を指示するものとされてきた。明瞭なものとして、DERNBURG, Pand I, 1902, § 68, S. 158-159（*universitas iuris* = Sondervermögen〔①②③〕とする）; VON SAVIGNY, System I, 1840, § 57, S. 378 und Fn. m（「一定の目的のために特別に限定された財産」〔①②③〕が *universitas iuris* と呼ばれるという）; HASSE, AcP, Bd. 5 (1822), S. 11; MUHLENBRUCH, AcP, Bd. 17 (1834), S. 326, 329; ARNDTS, Pand, 1852, § 48, S. 45 Fn. 5; SEUFFERT, Pand I, 1860, § 62, S. 72-73 und Fn. 5; VON VANGEROW, Pand I, 1865, § 71 Anm., S. 107; PUCHTA, Pand, 1877, § 35, S. 53 Fn. d（以上、各々次のものをとくに例示する。①②③〔ハッセ・ミュールンブルッフ・プフタ〕、①②〔アルンツ・ソイフェルト・フォンゲロウ〕。ただし、ミュールンブルッフは別の箇所で一般財産と法諺《*pretium-succedit*》の関係も含めて分析する〔S. 344-345〕）, ドイツ民法典においては、ENNECCERUS/NIPPERDEY, AllgT, 1952, § 132 II, S. 561 Fn. 6（*universitas iuris* = Sondervermögen とする）; KOHLER, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 4（①②をとくに例示する〔中世ローマ法学の引用〕）. もっとも、直訳的意味において用いるものも存する。明瞭なものとして、WACHTER, Erörterungen I, 1845,

S. 2, 5-6; ID., Pand I, 1880, § 59, S. 262, 267（一般財産を指示するものとしても用い、法諺《*pretium-succedit*》との関係を分析する）, ドイツ民法典においては、WINDMULLER, Diss., 1902, S. 10（「きわめて単純な」*universitas iuris* として一般財産を挙げ、法諺《*pretium-succedit*》との関係を分析する）; WELLE, Diss., 1987, passim; MENKEN, Diss., 1991, S. 6-17（以上、*universitas iuris* として一般財産も挙げるが、法諺《*pretium-succedit*》の中心的な問題領域は①②③にあったとみているようである）; Staudinger/JICKELI/STIEPER, 2004, Vor §§ 90-103, Rn. 22, 30, S. 10, 13（*universitas iuris* = Rechtsgesamtheit とするが、物上代位は Sondervermögen においてのみ問題とする）. これに対して、*universitas facti*（*s. rerum*）については、括弧書の直訳にしたがい、Sachgesamtheit; Sachinbegriff = 集合物の意味において理解することに問題はない。Statt vieler DERNBURG, Pand I, 1902, § 68, S. 157（*universitas facti* = Sachgesamtheit とする）; WINDSCHEID/KIPP, Pand I, 1900, § 137, S. 604 Fn. 4（*universitas rerum*（*distantium*）= Sachgesamtheit とする）, ドイツ民法典においては、ENNECCERUS/NIPPERDEY, AllgT, 1952, § 121 III, S. 501 Fn. 29; Staudinger/JICKELI/STIEPER, 2004, Vor §§ 90-103, Rn. 17（以上、*universitas facti* = Sachgesamtheit とする）. なお、*ius* と *factum*（*s. res*）の意味、つまり、*universitas iuris* と *universitas facti*（*s. rerum*）, 現代的にいえば、等しく総体であるところの特別財産と集合物の区別基準いかんについては、*ius* の両義性と関連して、古くから争われている（括弧書表記はその表れでもある）。Dazu BIRKMEYER, Vermögen, 1879, S. 101-105; ferner DOPFNER, Diss., 1899. 詳細は別稿に委ねる。

(153) 前二者（権利主体・意思）につき、WELLE, Diss., 1987, S. 25-26, 49-50（この観点から、ローマ法における物上代位の拒絶は、債権譲渡・代理・第三者のための契約が承認されなかったのと同一の理由によるともいう。というのは、いずれも行為主体の意思的要素の顧慮・行為主体間の対内効原則を破壊するものだからである）, 後者（行為方式）につき、KOHLER, ARWP, Bd. 10（1916/17）, S. 57, 60（プリングスハイムの研究を受け、ローマ法は次の「原則」に忠実であったことから、法諺《*pretium succedit*》が認められなかったという。すなわち、「ある対象が売買により取得される場合、所有権［帰属］につき決定的であるのはもっぱら行為方式のみであり、問題となるのは取得行為が誰の名で行われるかということである」という原則である）.

(154) WELLE, Diss., 1987, S. 81, 85, 124（ただし、実証性を欠く）.

(155) Strauch, Hab., 1972, S. 34（前後を含めて引用しておく。「以上から次のことが示される。」ドイツ民法典の起草者たちは、まず第一に普通法上の命題 pretium succedit … を確約したこと。たしかに、この命題は古典期ローマ法に属するものではなく中世においてはじめて生じた、というハッセとミューレンブルッフの証明はドイツ民法典の父たちに知られている。しかし、にもかかわらず、かれらはこの命題を衡平がそれを要求するところで用いるのである。もちろん、法律行為の意思表示に基づく権利取得の一般的な諸原則によりこの原理を限界づけ、特別財産についても無制約にはこれを承認しないけれども」）.

(156) ドイツ民法典の立法者が後期普通法学に比して法諺《*pretium-succedit*》を拡張したのは疑いないが、両者の関係についてはなお分析・検討すべき問題がある。第一に、ドイツ民法典の立法者は法諺《*pretium-succedit*》を原理ないし原則とみていたのか、という問題である。もし否定されるなら、両者間に根本的な乖離はなく、カズイスティックな考慮の結果、たまたま適用領域が拡張されたにすぎない、ということになろう。この問題を考えるに当たって重要とみなされているのは、理由書の次の二つの叙述である。一つは、物権法総論の序言（Vorbemerkung）として述べられたものである。「[法諺《*pretium succedit*》《*surrogatum-sapit*》は、] 一般的な法的真実（allgemaine Rechtswahrheit）ではない。法律は、これを個々の法関係についてのみ実際的考慮に基づき利用しうる」（Motive III, S. 29-30 = Mugdan III, S. 16）。そこでは、EⅠ三四一条［BGB不承継］、四六〇条［BGB不承継］、八九五条（現［16］）、九一三条（現［17］）、一〇〇〇条（現［13］）、一〇〇二条（現［18］）、一〇三四条（現BGB一〇七九条）および一二一九条（現［23］）が参照されている。もう一つは、相続回復請求権に関するEⅠ二〇八一条［現［1］］につき述べられたものである。「すでに［EⅠ］一二九〇条［旧BGB一三七〇条・現［4］と同じ］、一三四九条［現［4］］、一四一四条［旧BGB一五二四条］および一八二五条［現［3］］において妥当するものとされた代位の原則（Surrogationsgrundsatz）は、相続回復請求権についても、承認されなければならない」（Motive V, S. 583 = Mugdan V, S. 312）。両叙述の関係につき、最初期にはこれを矛盾とみるものかあったが（Scherer, Diss., 1890, S. 72〔第一委員会の個人的な意見の相違の表れとする〕）、ドイツ民法典施行の数年後に現れた、Holldack, GrünhutsZ, Bd. 32 (1905), S. 562-563を嚆矢として、現在では次のように整合的に読む見解のほうが有力である（Strauch, Hab., 1972, S. 32-33; Welle, Diss., 1987, S. 86-87）。すなわち、代位の「原則（Grund-

satz)」は、特別財産に限って「承認される（anerkannt werden)」、個々の対象に対しては、実際的考慮に基づきこれを「利用しうる（verwerten können)」にすぎない。なぜなら、Motive V が代位原則の承認に言及するときは、特別財産に関連する条文を適用例として挙げるのみである反面、Motive III が一般的な法的真実ではなく実際的考慮に基づき利用しうるとして挙げる条文は、すべて個々の対象に関するものだから。もっとも、STRAUCH, Hab., 1972, S. 33 は、[個々の対象に関する] 代償請求権 [現ＢＧＢ二八五条] および質物換価における物上代位 [現 [22]] についても、代位の「原理（Prinzip)」が説かれていることを指摘し、こうした解釈の一般化に慎重である。より広範なテクストを渉猟しないと、この問いに応答することはできないであろう。第二に、ドイツ民法典の立法者は法諺《*pretium-succedit*》を厳密にはどの範囲で典型的な物上代位の意味において適用したのか、という問題である。その範囲がもしも現在一般に物上代位と説かれている範囲よりも狭かったとしたら、両者間の実際上の乖離はいわれるよりも少ない、ということになろう。立ち入った考察は別稿に委ね、ここでは次の二つの指摘のみを引いておく。一つは、立法者が法諺《*pretium succedit*》、代位原則に言及する場合には、物上代位と債権的代位の区別、すなわち「直接」性の有無が曖昧であるということ。Insb. STRAUCH, Hab., 1972, S. 34. もう一つは、関係条項に関する諸規定（[2] [4] [5] [6]）は、「代償」性・「法律＝当然」性をつねに有するものとして立法されたわけではないこと。後者につき敷衍すると、次のとおりである。すなわち、立法者は、関係条項につき一貫して、広い意味における客観的関係と、主観的関係を顧慮する姿勢をみせていた。この考え方は法諺《*pretium-succedit*》の排斥後、財産研究を起点として主張された、後世「自己展開能力（Selbstentwicklungsfähigkeit)」理論と呼ばれることになる、有力な後期普通法学説と対応するものであった。Insb. WELLE, Diss., 1987, S. 74-78, 88-108, 123-124; MENKEN, Diss., 1991, S. 13-22. ちなみに、「自己展開能力」理論は、一方では、（立法者を介して）関係条項解釈論上の「主観的代位」（二1㈡(2)(b)第二）、「指定」説（前掲注(121)第一）、他方では、物上代位を財産概念に解消する見解（前掲注(141)後半）に影響を及ぼしていることを付言しておく。

(157) 全体として、WENGLER, RvglHwb VI, 1938, insb. S. 460, 464, 482, 485（代表的な物上代位の包括的比較法研究。やや古いが現在でもよく引用される。ただし、ドイツ法でも persönliche Surrogation を用いる〔前掲注(133)参照〕）; 個別には、フランスとの比較につき、RUST, Diss., 1965, S. 1-4（物上代位の独仏比較法研究。「ドイツ法とフ

ランス法は本質的な諸点につき一致を示している」〔S. 126〕と結論づける）; fernerWALLER, Diss., 1904, S. 2-4, 20-21 und S. 2-3 Fn. 1; BEYER, Surrogation, 1905, S. 4 Fn. 2; NEUHAUS, Diss., 1934, S. 1-2; WELLE, Diss., 1987, S. 13-14, 81; noch STRAUCH, Hab., 1972, S. 159-160 und 18; スイスとの比較につき、GENNER, Diss., 1932, S. 20-21 und Fn. 47; OSWALD, Diss., 1937, S. 4 Fn. 9, S. 5 Fn. 10, 47-48; GIESBERGER, Diss., 1955, S. 13-15, S. 15 Fn. 12, 79-80（いずれもスイス法研究であるが、一般にみられるように、ドイツ・フランスとの比較法研究を含む。なお、ギルスベルガーは、しばしば用いられるSubrogation/Surrogationという対概念は、混同のおそれがあるから、フランス法に倣い、persönliche Surrogation/dingliche Surrogationとしたほうが適当であるという。本文括弧書はこの趣旨を反映させたものである）; 英米との比較につき、GIESBERGER, Diss., 1955, S. 85-86; RUST, Diss., 1965, S. 41 Fn. 27. subrogation personnelleとgesetzlicher Forderungsübergangにつき、寺田正春「弁済者代位制度論序説（二）―保証人と連帯債務者の代位を中心として―」法雑二〇巻二号二〇二―二三〇頁（一九七三年）、同・前掲注(139)三〇一―三三一頁、斎藤・前掲注(1)法構造二八四―二八六頁、subrogation réelleにつき、平野裕之「物上代位（フランス抵当法）」別冊NBL三一号二七五―二七八頁（一九九五年）、下村信江「フランスにおける物上代位の本質論に関する一考察(上)(下)―抵当権の物上代位を中心に―」阪法四六巻三号二八八―三一五頁、四号五三六―五六八頁（一九九六年）、高橋智也「抵当権の物上代位に関する一考察(二)(三・完)―フランスsubrogation réelle理論の歴史的展開からの示唆―」都法三九巻一号七〇九―七二五頁、三九巻二号七五九―七九六頁（一九九七―一九九九年）、直井義典「抵当権の物上代位と物的代位」本郷法政紀要八号三九四―四〇五頁（一九九九年）、今尾真「所有権移転型担保に基づく物上代位に関する基礎的考察（一）―フランス法における物的代位subrogation réelleを手掛りとして―」明学六七五号一三―七九頁（二〇〇二年）、constructive trustにつき、道垣内弘人『信託法理と私法体系』七三―七六、八五―九三頁（有斐閣、一九九六年）［イギリス］、松岡久和「アメリカ法における追及の法理と特定性―違法な金銭混和事例を中心に―」林献呈『現代における物権法と債権法の交錯』三六一―三九四頁（有斐閣、一九九八年）［アメリカ］。

(158) なお、WENGLER, RvglHwb VI, 1938, S. 460-503は、本稿の見地から興味深い指摘を数多く含んでいる。ここでは二点を引いておく。まず、dingliche Surrogationの比較法研究の際には、「代位の指標としての権利移転の

Dinglichkeit“ 基準は、物権債権を鋭利に分離しない法秩序のもとでは役立たない」（S. 462）（そこでかれは、„schliche Surrogation“ という用語を創設し、ドイツ法的には obligatorische Surrogation とみられる諸規定・規律を含めて考察を行う〔S. 465-483〕）、次に、英米法の評価につき、「英米法は…（pörsonliche）„subrogation“ と対比された sachliche Surrogation という［法］形象を知らず、相応しい名称を与えるに至っていないにもかかわらず、そこではヨーロッパ大陸法の代位理論の願望（Traum）は大部分実現されている」、すなわち「sachliche Surrogation は、„constructive trust“［und „right of following the trust“］…によって実際上いまではすでに一般法原則（allgemeiner Rechtsgrundsatz）として貫徹されているのである」（S. 482）。

(159) 水津・前掲注(2)所有権三九七頁では、「目的」と「構造」の二つの視角を設定したが、ここでは「目的」から「思想」の部分を取り出し、視角をもう一つくわえるとともに、「目的」を大きく二つ、細かくいえば三つのレベルに区別して分析を行うことにする。ドイツではこの種の議論は茫漠としており、全体の見通しがつきにくい状況にある。

(160) Kohler, ARWP, Bd. 10 (1916/17), S. 56-57, 60-61. zit. Titel; ferner id., ArchBürgR, Bd. 22 (1903), insb. S. 4-5, 11. なお、コーラーにおける社会思想・個人思想の用法は若干曖昧であり（本文中には二回しか出てこない）、むしろローマ法的原理を――取引の安全に資するという意味において――社会思想の発現とみていると読む余地もあるが、そう言い切ることに躊躇を覚えるのはもとより、シュトラウフがコーラーを社会思想による基礎づけの先駆者とみなしていることから（Strauch, Hab., 1972, S. 181）、学説史の叙述を目的とする本稿では、右のような読みを排斥するのが適当であると判断した。

(161) Wengler, RvglHwb VI, 1938, insb. S. 500-502 und 483, 499, zit. 500, 501, 502.

(162) Strauch, Hab., 1972, insb. S. 15, 58, 149-151, 158, 177-181, 189-190, 190-194, 200, 235, zit. 71, 158, 177, 179, 190, 191, 193, 200, 235. 詳しくは、水津・前掲注(2)所有権三九七―四〇五頁。以下は、シュトラウフのやや難渋な叙述を本稿の視座から噛み砕いて要約したものである。

(163) コーラーは、一般には個人思想に優位を与え（Kohler, ARWP, Bd. 10 (1916/17), S. 58〔「われわれが一般にローマ法的原理に優先を与えなければならないことは疑いないであろう。そうすることが取引において明確かつ確実な関係を作り出すから」〕）、ヴェングラーは代位において個人思想と社会思想の並存を認める（Wengler, RvglHwb

VI, 1938, S. 502〔代位の「個人主義的」「機能」も合わせて指摘する。かれはそれを「侵害された財産の原状回復」にみており、シュトラウフとの評価の相違が注目される〕）のに対して、シュトラウフは、ギールケを思想的バックボーンとして（Strauch, Hab., 1972, S. 179, 182, 193-194. Insb. von Gierke, Aufgabe, 1889）、私法はもとより、法全体の社会化を目論んでいる（passim, insb. S. 193〔「すべての法は社会的傾向を有するべきである」〕）。なお、シュトラウフは法史学者でもあり、（時期的には物上代位研究に先行する）その最初の業績はサヴィニー研究（内在外在批判を含む〔II. Teil〕）であったことに興味が惹かれる。Strauch, Diss., 1960（よく知られており、三年後には第二版も出ている）.

(164) Lopau, AcP, Bd. 174 (1974), S. 419-420; Wolf, Jus 1975, S. 646 (noch id., NJW 1973, S. 1969-1970); ferner Gernhuber, BürgR, 1991, § 49 I 6, S. 468; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 11. 管見の及ぶ限りでは、シュトラウフを支持するのは、Walter, JZ 1973, S. 680 のみ（ただし、まだ批判が出ていなかった時点の、わずか半頁の書評であることを割り引く必要がある）。

(165) 明示的に拒絶するのは、Welle, Diss., 1987, S. 114 Fn. 20; Harder, Diss., 2002, S. 3; Frommhold, Diss., 2003, S. 20-21. 一般に、シュトラウフの定式により物上代位の諸規定を説明するものはみあたらないから（本文二1 2 3の各㈡における対応脚注参照）、かれの構想を退けるという点では意見の一致があるものとみてよい。

(166) Vgl. insb. Lopau, AcP, Bd. 174 (1974), S. 419-420; Wolf, Jus 1975, S. 646; Coester-Waltjen, Jura 1996, S. 25 Fn. 11; Frommhold, Diss., 2003, S. 20-21.

(167) Lopau, AcP, Bd. 174 (1974), S. 420. ロパウの書評は、シュトラウフの著書を否定することだけに費やされており、その批判の仕方は「氷のように冷たい（harsch）」（Frommhold, Diss., 2003, S. 21 Fn. 126）。引用したのは結ひの一文である。