

Title	ドイツ法における物上代位の理論的基礎(四・完)
Sub Title	Eine theoretische Grundlage der dinglichen Surrogation im deutschen Recht (4)
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.6 (2007. 6) ,p.33- 73
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20070628-0033

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（四・完）

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	……………(以上八十卷三号)
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	……………(以上八十卷四号)
2 特質	
(一) 原理	
(二) 体系	
(三) 地位	
3 構成	
(一) 思想	……………(以上八十卷五号)
(二) 目的	
(三) 構造	
四 結語	……………(以上本号)

(二) 目的⁽¹⁸⁾

シュトラウフのように、従来のパラダイムを転換し、物上代位の原理相反的特質は個人主義的見地に規定された仮象にすぎず、社会思想的見地からはむしろ反対に法倫理的原理とみなされるというのなら、——原理相反的特質の正当化根拠を問うという意味での——「目的論」は思想レベルの議論に還元されうる。これに対して、従来のパラダイムを維持する場合には、原理相反的特質を受け容れざるをえないであろうから、右の意味での目的論が独立の問題として立ち現れる。シュトラウフを否定するだけでは済まされないのである。物上代位では、なぜ私的自治・公示原則・顕名主義の破壊が正当化されるのか。思想レベルで棚上げされた問題は、目的論において応答されなければならない。

(1) 一般原理性の肯否 応答の仕方としては、まず第一に、次のような目的を模索することが考えられる。すなわち、原理相反性を克服し、——したがって、原則性の承認と包括的な拡張を帰結するところの——「一般原理性」を基礎づけるようなそれである。なにもシュトラウフシエーマに依拠しなければ、こうした意味での目的したがって一般原理性を肯定できないわけではないであろう。

このような試みが可能かどうかは、ドイツ民法典制定後、ただちに登場した代位に関する数多くの研究、たとえば、ヴィントミューラー・バイヤー・ノイハウスなどによって、いち早く取り上げられた。もとよりそれらの関心の持ち方は様々であったし、細部の点では意見の相違もみられたが、この問いを否定するという限りでは、意見の一致が存したといつてよい。⁽¹⁹⁾ ヴェツカーは、これらの初期の研究の成果を、次のように要約している。

「代位思想の……個々の諸研究は、この思想が現行法ではただ例外としてのみ適用され、一般的に妥当しかつ統一的に貫徹された『代位の原理 (Surrogationsprinzip)』としては形成されていない、という認識に到達した限りで意義深かった」⁽²⁰⁾。

このような見方は、ヴォルフ・ゲルンフーバー・ケスター・ヴァルチエン・ランゲ／クヒンケエといった現在の支配的見解にも受け継がれている⁽¹⁷⁾。それもしばしば一層明確ないし断固たる表現をとって。というのは、そのあいだに、シュトラウフの挑戦があったからである。シュトラウフに対する批判は、思想レベルの問題のみならず、一般原理性の承認それ自体にも向けられていた。このことは、その批判の内容を分析すれば明らかであろう。そこには、思想的基礎づけの非正当性と同時に、原理相反的特質の克服の困難性、統一的原理への包摂の不適切性、一般的拡張の帰結の不当性が示されていたから。このようにして、支配的見解は、シュトラウフを退けるとともに、物上代位の一般原理性それ自体をもまた否定するのである⁽¹⁸⁾。

以上を要するに、支配的見解によれば、物上代位は一般原理ではない。あくまで「例外 (Ausnahme)」にとどまる。だから、せいぜい個別の類推適用が肯定されるにすぎない⁽¹⁹⁾。この意味において、物上代位は、「最後の手段 (ultima ratio)」である⁽²⁰⁾。

(2) 二つの視角 こうした前提にたつと、目的論へのアプローチの仕方は、次の二つに絞られることになる。一方では、統一的目的——しかしながら、カズイスティクな拡張のみを正当化するようなそれを模索するか、他方では、統一的目的ではなく、類型的目的を模索するか。

(a) 統一的アプローチ 前者に属するものとして、もつとも知られているのは、物上代位の目的を「衡平 (Billigkeit)」に還元する見解である。これは比較的古い文献、ヴァイントミュラー・ヴァラー・ヴェングラーなどにみいだされる⁽²¹⁾。

この見解のように、物上代位を衡平法レベルに位置づけるのなら、物上代位とその原理相反性の関係は明瞭に把握されるように思われる。物上代位は、一般的な法原理の形式的な適用により生ずる不都合を、衡平の理念にかんがみ実質的な観点から個別具体的に調整するものである、というわけである。ここでは、不当利得におけ

る衡平説が容易に想起される。事実興味深いことに、ヴァラーは、不当利得衡平説と同様に、かのポンポーニウスの命題《何人も他人の損失により利得せざるは、自然にしたがい衡平であるから (*Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorum*)》(D. 12, 6, 14 [Pomponius lib. 21 ad Sab.]) を援用しているのである⁽¹⁷⁸⁾。

しかしながら、そうであるとする、不当利得衡平説と同様に、その茫漠性が問題となる。「衡平思想はあまりにも一般的(したがってここ解釈論においては無内容)⁽¹⁷⁹⁾」、という批判が生じるのも理解しうるところであろう。かくして、物上代位においても、あたかも不当利得におけるのと同じく、類型的目的の構想——類型論に目を転じなければならぬ⁽¹⁸⁰⁾。

(b) 類型的アプローチ 本稿が着目する「類型論」とは、物上代位の原理、相反的特質・一般原理性の不存、类推許容範囲の規定を明確に意識しつつ、各々の目的の定式化を試みるものである。反対からいうと、こうした意識を有さずに、漫然と、物上代位の各規定の作用上の共通点を指摘しただけのようなものは、類型論と呼ぶに値しない。初期の研究では、雑多に散らばった物上代位の各規定を説明・整理することに関心が集中せざるをえず、類型的考察を含んでいても、右の意味での類型論とはいいたいが多かつた⁽¹⁸¹⁾。とくにバイヤーの浩瀚な研究が、この種の非類型論の典型として挙げられよう。この時期に提唱された特別財産類型論(一一(二)(b)第二)について、同じことが当てはまる。というのは、その一次的な関心は、あくまで特別財産における物上代位の作用局面的類型化(資力条項と関係条項の定式の相違の説明)に向けられていたから⁽¹⁸²⁾。シュトラウフはかつての学説につき、次のような評価を下している。

「以前の研究は」本質的には、この「物上代位という法」形象の法上(あるいは事実上)の現象形態を説明することに従事しており、「法的代償の意味(Sinn)の問題につきあまり参与するところがないのである」⁽¹⁸³⁾。

こうした状況を明確に打破したのは、シュトラウフの登場後、これをただちに退け、現在の物上代位論の基礎を構築したヴォルフである。⁽¹⁸⁾

ヴォルフによれば、物上代位は、当事者意思を顧慮せず法律上直接的に生じ、そうして「存立保護」を担保するものであるところ、とりわけその顕名主義相反性・法的取引利益にかんがみれば、これを適用するには「諸々の特別な根拠」が必要とされる。「重要なことは、物上代位をそのつど (jeweils) 諸々の特別な根拠により正当化することである」。

では、諸々の特別な根拠とはなにか。ヴォルフはこの問いに応えるべく、物上代位の各規定の目的——かれの言葉によれば「複数の様々な諸原理 (ein Mehrzahl verschiedener Prinzipien)」の解明を試みる。その結論は、以下のとおりである。第一に、特別財産における物上代位は、①「責任財産維持」原理 (1) [2] [3] [4] [5]、②「管理一体性維持」原理 (2) [3] [6] [7] により正当化される。第二に、集合物における物上代位を正当化するのには、次の原理である。「使用による損耗を顧慮した所有権および経済的一体性の維持」 (12) [13] [14]。第三に、個々の対象における物上代位は、①「法律による権利侵奪の代償」 (16) [17] [22]、②「物権の存立保護機能の担保」の各原理により正当化される。②はさらに、(a)「消滅と解消を目的とした責任負担対象」におけるもの「原権利の性格に着目」 (19) [23] と、(b)「原状回復目的を有する権利」におけるもの「代位権の性格に着目」 (18) [21] に区別される。そして、特別財産・集合物・個々の対象のいずれにおいても、たんなる「所有者保護」原理は物上代位を正当化するものとはみなされえない。⁽¹⁹⁾ それを認めることは物上代位の一般的類推適用の肯定に繋がり、自己の出発点に反するからである。

ヴォルフは、これらの定式を基礎として、物上代位の類推適用の範囲を規定する。「この諸々の基本原理に依拠する場合にだけ、物上代位の適用の拡張につき信ずるにたる (zuverlässig) 判断がえられるのである」。簡潔

にまとめると、次のようになる。第一に、特別財産の諸原理について。(1)相続回復請求権への通例条項の類推適用(一)は肯定される。債務者の表見相続人への支払はBGB二〇一九条二項または二三六七条により相続人に対して有効になりうるところ、責任財産維持原理(①)が給付物の相続財産への帰属を要求するから。(2)関係条項における「関係」(二)「四」「五」「六」「精確には、典型的物上代位の適用範囲の問題」については、特別財産維持「①②原理」にかんがみれば特別財産の資力が用いられる場合「客観的關係Ⅰ」には主観的意思を顧慮することは相当でなく、他方、そうでない場合「客観的關係Ⅱ」には「増加」が問題となり「代位を越え出る」から主観的意思を顧慮することが相当である「第三説」。(3)組合財産における「ために」(七)「右」と同様の留保」は、関係条項(資力条項を包摂する(右(2)参照))の意味に理解すべきである。その理由は、管理一体性維持原理(①)からは組合の名における法律行為を要求するものとみるべきではないことにある。(4)遺言執行者・遺産管理人・破産「倒産」管財人に対する代位条項の類推適用(八)「九」「十一」は、責任財産維持・管理一体性維持原理(①②)にかんがみ肯定される(具体的には資力条項と通例条項を挙げる)が、信託財産に対する代位条項の類推適用(一〇)は否定される。法的取引利益を確保すべく、物上代位をとまなう特別財産の新類型は法律行為によっては創設されえないとみるべきだからである(物権法定主義に比肩する「特別財産類型強制」)。第二に、集合物の原理について。在庫商品の譲渡担保に対する類推適用(一五)は否定される。というのは、「一二」「一三」は典型的な利益関係の存在を前提とするが、こうした関係は担保権と換価権を保障するところの譲渡担保には存しないし、また、「一四」は特殊な家族法上の関係に組込まれており、この限りにおいて在庫商品に関して一般化しにくいから。第三に、個々の対象の諸原理について。①原理につき、譲渡担保および所有権留保に対する類推適用(二六)は否定される。その理由は、処分者の処分は所有者としての地位または処分授權に基づくところ、法律上の権利侵害が存しないことにある⁽¹⁸⁶⁾。②原理の、質権者および所有権取得への期待権を有する者(解除条件

付譲渡担保設定者、留保買主）に対する類推適用（25—26）は肯定される。質権は典型物権であり、また、所有権取得に対する期待権は所有権と同質のより少ないものだからである。そして、②(a)原理は原権利対象が期待権の場合（25—26）にも、②(b)原理は代位権対象が損害賠償債権の場合（24—25—26）にも、類推適用される。というのは、期待権は債権と同様、完全権の取得とこれによる自己の消滅を目的とするところの発展段階にある権利であるし（②(a)原理）、また、損害賠償債権は保険金債権と目的機能的同質性を有するから（②(b)原理）。最後に、所有者に対する類推適用（27）は、所有者保護原理の否定にかんがみ認められない。

このように、ヴォルフは、物上代位の全領域にわたる包括的な類型論を、その解釈論上の帰結とともに提示した。もとより両者の結合の仕方は論理必然的なものではない。結論それ自体の当否は本稿の関心から外れる。注目すべきは、物上代位を正当化する根拠・目的を個別に定式化し、一次的にはそこから——つまり物上代位論内、在的に——適用範囲を規定・制限していこうとするその思考枠組みである。

ヴォルフの類型論に承接し、自己の態度を明示するものは、これを基本的に支持するもの（ケスター＝ヴァルチエン）⁽¹⁸⁷⁾と、特別財産につき明確な反対を唱えるもの（ヴェレ・メンケン）⁽¹⁸⁸⁾に分かれる。後者は、特別財産類型論を承継しつつこれを発展させている⁽¹⁸⁹⁾。他方、とくにヴォルフ類型論に承接することなく、物上代位全体につき異なる類型化を概括的に提示するもの（ゲルンフーパー）⁽¹⁹⁰⁾もみられる。しかしながら、いずれにせよ、ヴォルフ類型論全体を深化させたり、あるいは、これに匹敵するような包括的な対案を提示するといった作業は、現在でもなお行われていない。

（三） 構造

物上代位は、——その思想・目的いかにについては争いがあるものの——当事者意思を顧慮せず法律上直接的に、原目的物上の財貨帰属を代位物上に確保する。しかし、そこでは一体なにが生じているのか。

(1) 従来の研究状況 まず、ドイツ民法典制定後、シュトラウフの研究が公刊されるまでの間の学説が、この問題につきどのように考えていたのかをみておこう。

(a) 客体承継論 この時期の研究の多く、たとえば、特別財産を中心とするものでは、コーラー・バイヤー、包括的なものでは、ヴィントミュラー・ノイハウスなどは、次のような理解を共有していた。物上代位の際にはある対象が他の対象に置き換わる、つまり、対象の交替が生じる。⁽¹⁹¹⁾ こうした「客体承継 (Objektnachfolge)」論⁽¹⁹²⁾ とも呼ぶべき構想は、*universitas iuris* との結合において展開してきた法諺《*pretium succedit*》およびこのモデルを受け容れたドイツ民法典立法者の立場を承継したものである。⁽¹⁹³⁾ しかしながら、逆に、そうした正統性を有するために、右の構想はいわば自明のものとして定義的に繰り返されるにとどまっていた。

そうしたなか、ヴェッカーは、個々の対象を中心とした研究において、客体承継論に明確な解釈論上の構成を与え、その徹底した適用を主張した。⁽¹⁹⁴⁾

ヴェッカーによれば、「代位法律要件 (Surrogationsbestand)」と「代位法律効果 (Surrogationsrechtfolgerung)」は、各々次のように規定される。すなわち、要件は「法関係のうちで対象 (給付対象、権利対象) の交替が生じること」、効果は「代位物が被代位物の法状況を受け継ぐこと」である。このような理解が、「かれの主張する」「代位目的」——対象を侵害された者に可能な限り本来の権利を維持する——に適合するのである。

したがって、代位においては、「同一権利」の継続が「原則」である。代位物が不動産の場合であっても登記は必要とされない (「19」「23」参照)。たしかに、「権利内容変更」が生じる場合があるけれども、それはあくまで「明示」規定を必要とする「例外現象」にとどまる。「23」において、給付物が不動産の場合には質権は保全抵当権へと変更すると定められているように。⁽¹⁹⁵⁾ この規定は、代位物の性質上同一権利の存続が困難であるところ、なるべく従前の権利と同一の権利を維持しようとしたものである。もっとも、明示規定なき権利内容変更ケース

もあるようにみえる。「17」において、売却代金がただちに支払われない場合には、物の所有者は債権を取得することになるゆえに、所有権は明示規定なくして代位により債権に変化してはならないから。しかし、この場合には、代位により債権が「物」の代わりになり、所有権はこれとともに消滅したにすぎないから、代位による「所有権」から債権への権利変更はなんら問題になっておらず、ここで権利内容変更を認めるのは「誤り」である。⁽¹⁹⁾

ヴェッカーは、客体承継論を徹底する見地から、物上代位と債権的代位の区別を「明白」に「不当」と断じる。物上代位を対象交替レベルで理解するならば、理論上、代位には物権的・債権的の区別が生じる余地はない。すなわち、「物権的または人的「債権的」であるのは、代位ではなく、代位がそこで生じる法関係と、……代位物につき権利者に帰属する権利にほかならない」。この主張を受け容れる限り、両代位の区別は、厳密に考えるならば、代位を権利取得という側面から把握してはじめて基礎づけられることになる。

(b) 権利取得論 では、そのような「権利取得 (Rechtserwerb)」論⁽²⁰⁾でも呼ぶべき構想は、いつ生まれたのか。嚆矢とみなされているのは、特別財産を中心とする研究では、ラーシュ、包括的な研究では、オステマイヤー⁽²¹⁾である。しかしながら、これらの初期の研究では、「権利」「法的利益」の保護・移行が漠然と説かれているにすぎなかった。このような状態はそれ以後もそれほど変化はないように思われる。⁽²⁰⁾

権利取得論として注目すべき見解は、時期的にはヴェッカーと相前後して現れた、ヴェングラーのそれである。ヴェングラーは、代位一般の比較法研究に取り組むなかで、次のように説いた。⁽²⁰⁾

代位事象は、「諸権利が他の諸権利「かつては財産要素であったがいまやそうではなくなったもの」の『代わり (an Stelle)』生じること」を内容とする。ところが、物上代位はかならずしも権利取得をもたらすわけではない。つまり、特別財産類型論という帰属財産の交代が問題となるどころ（自己の特別財産）では、権利取得

は生じない。ヴェングラーは、次のように応じている。“an-die-Stelle-‘Preten’は、つねに権利取得を意味するのではなく、「より厳密にいえば」、「代位物上の「権利」所持者と権利の間の法関係が、代位された権利とその所持者の間に存したのと同じ、の、関係 (Beziehung von derselben Art) であること」を意味するのである。

とはいえ、権利取得が生じる場合には、物上代位は、契約・取得時効・相続などと同じレベルに位置づけられるところの「物権と債権の特殊な取得方式」である。だが、そうすると、権利取得に関する諸原理と正面から衝突してしまう。ヴェングラーは、「代位と権利取得の形式に関する諸規定との関係」という章をたて、「物権の自動的移転」は、公示のもとでのみ物権がある権利者から他の権利者へと移転させるといいたいのが法秩序が採用しているルールと矛盾するが、物上代位の主要ケースをこのルールにはめ込むことは「構造上」「まったく不可能」であるから、ドイツ法およびスイス法は「形式主義を採用しているにもかかわらず」一般にその遵守を要求していないという。他の原理との関係および思想レベルの正当化についてはすでに述べたとおりである (一) (1)。

以上、双方の比較的古い時期の議論をみてきたが、ここでは次の点に留意しなければならない。すなわち、この時期においては、一般に、そもそも二つの構想がありうることにすら明確に知られていない。ヴェツカー・ヴェングラーにおいてさえ、対立する構想を退けるという意識がまったくみられない。両構想の対立が図式化されたのは、それ以後——具体的にはかのシュトラウフの登場時である。

(2) シュトラウフの構想 シュトラウフは、二つの構想の対立という視角から従来の見解を整理・分析・検討し、客体承継論と従来の権利取得論のいずれをも退け、独自の権利取得論を展開した。⁽²⁸⁾

シュトラウフによれば、法諺《*pretium-succedit*》『ドイツ民法典立法者および大多数の学説が受け容れている客体承継論は、「何重にも誤っている」』。その主たる理由は、次のとおりである。① Sache, Gegenstand を前

面に出し、Personを後景に退ける、という思考様式はわれわれの法秩序に相応しない、②この定式は外見的現象を記述するのみであり、肝心の、だれが・いかなる権利を取得するのかについてなにも語らない、③対象交替により旧対象上の権利は消滅する、「客体なき (objektlos)」権利は認められない、という原則に反している。

したがって、少数説ではあるけれども、権利取得論の試みのほうが正当である。しかしながら、従来のもそれは、次のような問題があった。まず、かつての論者は客体承継論といういわば正統的解釈から離反するにもかかわらず、その多くは自覚的な基礎づけ——なぜ権利取得の側から把握しなければならぬのか——を提示していなかった。次に、物上代位においては、一人ではなく、複数の権利者が存在するという事実を看過していた。⁽²⁸⁾しかし、もしもこの点を看過するならば、物上代位と通常の有償権利取得（売買など）との限界を引くことができなくなってしまう。

シュトラウフは、このようにして、いわば複数権利取得論を主張するにいたる。その結論が集約された定式については、すでにみたとおりである(一)(2)。物上代位は「複数の法的代償」に取って代われ、それは「侵害された共同的権利の特殊な権利取得方式」に位置づけられる。

しかしながら、そうすると、ヴェングラーの気に掛けていた問題には、どう対処されるのか。第一に、権利取得把握の限界について。シュトラウフによれば、自己の特別財産において法的人格は二つに区別される場所、他人の特別財産と同じように、そこでも複数権利者の存在が認められ、したがって権利取得が問題となりうる。具体的には、「4」では、「社会的に拘束された自然的人格〔含有財産担い手に対応する配偶者〕と社会的に拘束されていない『法的』人格〔留保財産担い手に対応する配偶者〕という「人格分割」が認められるという。⁽²⁹⁾第二に、通常の権利取得諸原理との衝突について。シュトラウフも、「複数の法的代償の特殊性」という節の第一番目、「権利取得一般との関係」という項目において、とくに私的自治との関係を問題とし、そこでは思想レ

ベルの正当化を試みている (一)(2)。

以上のように、シュトラウフにより、二つの構想の対立と権利取得論の優位が提示されたわけであるが、その後の学説はこうした問題につき概して大きな関心を寄せていない。

すなわち、現在の代表的定式のいくつかは、こうした問題を意識することなく、従来どおり客体承継論的な説明を行っており(ゲルンフーパー・ケスター・リヴァルチエン)⁽²⁰⁵⁾、また、問題として自覚的に取り上げるものも、その解釈論的意義につき懐疑的な態度を示している(ヴォルフ・ハーダー)⁽²⁰⁶⁾⁽²⁰⁷⁾。

四 結語

(1) 本稿は、ドイツ法における物上代位の理論的基礎を説明することを課題とした。その成果を圧縮して示すと、次のとおりである。

ドイツ法においては、①特別財産、②集合物、③個々の対象のすべてにわたり、多くの物上代位の規定が存する。特別財産上の規定は各種の定式を共有し、物上代位の基本的な適用例とみなされるが、集合物・個々の対象上の規定は概して雑多であり、適用例としても派生的なものに位置づけられる。物上代位は、特別財産の維持(①)、経済的一体性の維持(②)、その他、添付・遺失物・用益権・抵当権・質権の際に各々の物権的権利の維持(③)をもたらす。こうした意義にかんがみ、明文がない場合には類推適用の可否が争われる。第三者保護は、原則として、代位物が動産・不動産の際には公信規定、債権の際には債権譲渡の債務者保護規定により図られる⁽²⁰⁸⁾けれども、個々の対象につき債権上の制限物権が問題となる場合には、利益状況に応じて特別な規律がなされる⁽²⁰⁹⁾(以上、二)。

では、翻って、物上代位とはなにか。

一般的な理解によれば、それは、対象が交替する場合（代償）に、法律に基づき（法律）、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。各要素の規定関係を分析すると、「代償」性から「法律」当然「性」と「法律」直接「性」が導かれ、これらを仲介として財貨帰属が確保されるものといえる。しかしながら、こうした定式は、物上代位の典型的性格を示したものであり、変則的存在を排斥するものではけっしてない。法律的代位では「法律」当然「性」はそもそも問題とならないし、いくつかの規定はこれらの要素の一つないし複数を欠いている。つまり、右の定式は、全規定の統一・画的説明を企図するものではない。むしろ諸規定の規範内容の相違を精確に認識するための範型として機能しているものとみうる（以上、三二）。

物上代位は、その典型的性格にかんがみれば、①私的自治、②公示原則、③顕名主義という一般的な法原理と矛盾・衝突する。つまり、物上代位は、意思（①）と形式（②③）に関する法原理をもとに破壊するものである。この法概念は、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。系譜的には、法諺《*pretium succedit*》という特別財産における法律行為的代位を起点に生成された、コメンタトールン由来の反ローマ法的格言に遡り、比較法的には、*subrogation réelle*（フランス）、*(dingliche) Surrogation*（スイス）といった他の大陸法系諸国における概念に相応し、また、英米法との比較においてはエクイティ上の救済に属する *constructive trust* に類するものと説かれる（以上、三三）。

物上代位の原理相反的特質は、その私法体系上の位置づけの問題を引き起こす。古典的なパラダイムを転換し、物上代位を「社会」共同体」思想を実現する「一般原理」とみ、原理相反的特質を思想レベルで克服しようと試

みるものもあるが、支配的見解はこうした構想を退け、それと同時にまた、およそ一般原理性確立の試みを断念し、物上代位はあくまで「例外」であるという前提から出発する。そこでは、あたかも不当利得論のように、一方では、「衡平」法レベルの統一的正当化、他方では、個々の規定群を正当化する「類型的目的」の規定といった試みが行われる。物上代位の構造については、体系レベルの問題として、これを「客体」の側から把握する伝統的立場を維持すべきか、そうではなく、「権利」の側から把握し直すべきかが争われている(以上、三(三))。

ドイツにおいて、総論的にしろ、各論的にしろ、「物上代位」が語られる際には、おおむね以上のような理解・議論枠組みが前提とされているといつてよい。

(2) では、こうしたドイツの、いわば「物上代位観」は、わが国のそれといかに対比されるのか。補論として、やや一般的な視座から、若干の諸点を指摘しておく。

第一に、関心領域について。ドイツでは、主として「特別財産」における「法律行為的代位」が取り上げられる。しかし、物上代位一般に視野を広げた研究も盛んであり、重要な業績が多数公刊されている。全体の関心は、物上代位がそもそもなぜ、いかなる範囲で、どのようにして認められるのか、という——各論的考察で用いた言葉を使えば——「意義」に集中しており、「第三者保護」については物上代位論一般としては大きな関心が寄せられていない。これに対して、わが国では、物上代位の主要問題としては、「担保物権」のそれが取り上げられている。とりわけ近年では、「抵当権」に基づく、「賃料債権」に対する物上代位、なかでもその限界としての「第三者保護」に多くの関心が集中している。物上代位一般に視野を広げた研究はほとんどみあたらない。

第二に、概念構想について。ドイツでは、物上代位概念は、ひろく原目的物上の財貨帰属を代位物上に確保するものとして構想されている。つまり、財貨帰属法の基礎的概念、より精確には、対象交替の際に物権的権利が債権的権利へと解消されてしまうという事態を防止するためのそれとして確立されている。こうした理解から、

私法体系上対象交替における財貨帰属の保護が問題となる様々な局面を、物上代位という概念のもとに包摂し、各々の相互関連性を分析・検討するとともに、規定の欠缺の際には類推適用の可能性を考察するという議論枠組みが定着している。これに対して、わが国では、物上代位概念は、伝統的かつ一般的には、担保物権の価値権的性格・優先弁済的効力と結合するものとして構想されている。つまり、対象上の特定の権利およびその性格・効力——担保物権・価値権・優先弁済効と不可分のものとなさされている。こうした理解から、物上代位論は通常、担保物権論の一部に解消され、対象交替における財貨帰属の保護という問題を全体的視野において考察する場としての役割を与えられていない。⁽²⁰⁾

第三に、問題構成について。ドイツでは、物上代位を理解する際に、まず第一に、原理・思想・体系といったいわば基礎理論的問題に取り組む傾向が顕著である。そこには、財貨帰属の成立の際に適用される一般的な法原理は一旦成立した帰属関係が対象交替により変動する場合にはそのままでは適合しないという認識と、こうした事態を私法体系上どのように受け止めるかという問題意識があるように思われる。これに対して、わが国では、一般に、物上代位論としてそうした基礎理論的問題が取り上げられることは少ない。このことは、とりもなおさず、右のような認識・問題意識が希薄であるということである。利害関係人の利益衡量を起点とした機能的考察はきわめて綿密になされているが、⁽²¹⁾反面、そのような考察と相補的であるべき理論的考察はかならずしも十分に行われていないように思われる。

以上の相違の原因を分析・検討するとともに、わが国における物上代位概念の有様を、とくに制定法の状況に留意しつつより具体的に確定し、そうしたうえで、これをどのように把握すべきかにつき解釈論上の問題を意識しながら考察をくわえること、これが次の課題である。

- (168) 本節でいう「目的」と、本文二・1・2・3の各(二)で用いてきた「意義」との関係は、次のとおりである。以下でみるように、「この目的」「目的論」「統一的目的」「類型的目的」といった用語には、各々特殊な意味が付与されている。これらに対して「意義」というのは、このような限定を付すこととなへ、日常的な意味において使用した。
- (169) WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 2, 7, 12 (STRAUCH, Hab., 1972, S. 186 Fn. 2) サイントシユラーの態度を曖昧と評価するが、断片性と例外性が説かれてくるという、少なくとも本稿の意味での一般原理性は否定されているものとみてよい); Beyer, Surrogation, 1905, S. 7-8 (特別財産における代位については統一的な原理の存在を認めるようであるが [S. 336-337 und S. 8]) あくまで例外性が前提とされているという、やはり本稿の意味での一般原理性を疑うものではない); NEUHAUS, Diss., 1934, S. 75-76. 彼の他の論者について vgl. STRAUCH, Hab., 1972, S. 186-187.
- (170) WECKER, Grundpfandrechte, 1937, S. 2.
- (171) WOLF, Jus 1975, S. 646, Jus 1976, S. 104; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25, 28; GERNUHBER, BüRG, 1991, § 49 I 3, 6, S. 467, 468; LANGE/KUCHINKE, EHR, 2001, § 41, I 1, S. 1067-1068; ferner WELLE, Diss., 1987, S. 19; MENKEN, Diss., 1991, S. 2; HARDER, Diss., 2002, S. 3.
- (172) WOLF, Jus 1975, S. 646 以下「物上代位の基本原理」という節において、シュトラウフ、批判と基本原理否定の論理を完全に結合している。ちなみに、この部分の叙述は、シュトラウフ批判としても、こともよく知られたものである。 Vgl. WELLE, Diss., 1987, S. 114 Fn. 20; GERNUHBER, BüRG, 1991, § 49 I 6, S. 468; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25 Fn. 11; HARDER, Diss., 2002, S. 3.
- (173) Z. B. BEYER, Surrogation, 1905, S. 8; WECKER, Grundpfandrechte, 1937, S. 2; WOLF, Jus 1975, S. 646, Jus 1976, S. 104; WELLE, Diss., 1987, S. 19; MENKEN, Diss., 1991, S. 2; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25; LANGE/KUCHINKE, EHR, 2001, § 41, I 1, S. 1068; HARDER, Diss., 2002, S. 3.
- (174) 物上代位の類推能力 (Analogiefähigkeit) については、一步進へるこれを否定する見解もある。代表的には、SPINDLER, Diss., 1914, S. 103; SAUTER, Diss., 1934, S. 35. その根拠は、要するに、①物上代位は一般法原理を破壊す

る例外規定であるが、②そうした規定は法律の明文がなければ認められず、③明文なくして拡張すると法的安定性を害する、というにある。しかし、一定の範囲で肯定するほうが支配的である。Wolf, Jus 1975, S. 646; GERNHUBER, Bürger, 1991, § 49 III 1 e), S. 471 usw.; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 28 (ただし「一層制限的」); LANGE/KUCHENF, ErbR, 2001, § 41, VII 1, S. 1077; weiter WELLE, Diss. 1987, S. 109-112; MENKEN, Diss. 1991, S. 139-141; HARDER, Diss. 2002, S. 3. 否定説に対しては「ヴェレとメンケンが詳細に反論している。その論旨は、詰まるところ、①例外規定であることからのただちに類推適用の全面排除を基礎づけることはできない、②一般法原理の破壊はかならず明文を要するというのも同じく適切でない、③法的安定性も絶対的なものではなく他の利益により制約されうる、とこうにある。

(175) RUST, Diss. 1965, S. 38.

(176) なお、対案として、次の二つの構想を提示しておく。一つは、「財貨帰属法の一般原理としての物上代位」という構想である。これによれば、物上代位は財貨帰属保護目的を有し、原理相反的特質はこの目的により克服されるから、対象交替により財貨帰属が侵害されればどこでも、物上代位の類推適用が肯定される。この構想は検討の余地があるように思われる。しかし、本文に挙げた理由をみるならば、支配的見解がこれを支持することはまずないであろう。ゲルンフーバーの叙述を引いておく。「法秩序の財貨分配機能はしばしば、財貨喪失の際に財貨割当を自動的に継続させるものとしての代位「が生じること」を容易に推測させる。にもかからわず、現行法は一般的な代位原理からひろく遠ざけられているのである」(GERNHUBER, Bürger, 1991, § 49 I 3, S. 467, 続いて「とくに延長された所有権留保・譲渡担保を取り上げ、代位が認められないから担保が法律行為により延長されている」と説明している)。もう一つは、「特別財産の一般原理としての物上代位」という構想である。これによれば、物上代位は特別財産維持目的を有し、原理相反的特質はこの目的により克服されるから、特別財産において対象交替が生ずればどこでも、物上代位の類推適用が肯定される。この構想は事実、とくに初期の段階で主張された。代表的には、KOLLER, ArchBürger, Bd. 22 (1903), insb. S. 5, 8-9; id., ARWP, Bd. 10 (1916/17), S. 60-61 (財産の特殊性を顧慮して社会思想に由来する代位原則を適用したとみている。財産性と社会思想を合わせて、代位の一般原理性を基礎づけたものと分析することができよう。なお、具体的には、特別財産の管理を確保するものとみているが [S. 8 前掲注(18)]、こうした説明

は相続回復請求権の物上代位〔一〕には貫徹しえない(表見相続人は管理権を有しないから)、と批判されている〔Wolf, Jus 1975, S. 712 Fn. 18〕; ferner SCHMITT, Diss., 1902, S. 34, 56; FEIST, Diss., 1903, S. 96-97. 支配的見解がこうした構想までをも退ける背景には、本文に述べた理由のほか、法諺《*prethium-succedit*》を退けた後期普通法学の影響があるものとみられる。エンネクツェルス/ニッパードイの叙述を引いておこう。「たいていの特別財産については、分離する財産対象がその代わりに生じる他の対象により置き換えられるという原則(Grundsatz)が妥当する〔原注六・早期普通法理論は特別財産、いわゆる *universitas iuris* につき、物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う、という一般命題を定立した。しかし、この命題はただ相続財産について、しかもそこですら限定された範囲においてのみ妥当する。D. 5, 3, 20, pr. 1; D. 5, 3, 33, 1 (interpol.)。この命題に反対したのはとくにハッゼとミューレンブルッフであり、それ以来は「両者の考え方が」一般の見解となつている。しかし、「コーラー」の見解も参照。けれども、このいわゆる代位原理(Surrogationsprinzip)は、特別財産それぞれにつき重大な相違をともなつてのみ妥当し、ときとこで同一の特別財産についでさえ、特別財産が問題となる様々な諸関係に応じて相違が存するのである」(ENNECCERUS/NIPPERDEY, AllgT. 1952, § 132 II, S. 561 und Fn. 6. 確認しておく)、ここで使われている原則・原理という用語は、本稿での一般原理性とは意味が異なる。このことは、反対説としてコーラーが引用されていることから明白であろう。なお、コーラーは、ビザンティン期ローマ法・ゲルマン固有法・コメントートの解釈にも実り多きものがあるとし、後期普通法学の古典的ローマ法至上主義的態度を強く批判していることを補足しておく〔KOHLER, ArchBürger, Bd. 22 (1903), S. 5, II; id., ARWP, Bd. 10 (1916/17), S. 61〕。しかしながら、この構想の当否についても一度立ち入って検討する必要があるように思われる。

(17) WINDMULLER, Diss., 1902, S. 69, 95 (他人の特別財産と個々の対象につき); WALLER, Diss., 1904, S. 68 (「個々の法関係の自己展開」〔前掲注(14)〕につき); WENGLER, RyGHwb VI, 1938, S. 500, 501, 502 (代位全体につき)、ちなみに KOHLER, ARWP, Bd. 10 (1916/17), S. 62 も、「衡平法」を引き合いに出しており、衡平説の代表的論客の一人とみなされているが、財産上の代位の一般原理性を肯定しているところ(前掲注(16))。なお、財産以外の代位については一切触れておらず、どう考えているのかは不明である、本文の文脈における「衡平説」には当てはまらない。なお、シュトラウフは衡平説に批判的であるけれども(後掲注(17))、「合目的性に焦点を合わせあちこちに法的代價

- を命ずるといふ立法者の考慮」(本文三二(三)(1)参照)は物上代位の諸ケースのうちに統一的目的をみようとするものに「他の選択の余地をほとんど残さなかった」として一定の理解を示していることが興味深い(Strauch, Hab., 1972, S. 184)。衡平説につき「全体として」vgl. Strauch, Hab., 1972, S. 174, 183-184。
- (178) WALTER, Diss., 1904, S. 68 (不当利得とともに)の包括的な立法上の原理に役立つこと)。
- (179) STRAUCH, Hab., 1972, S. 183 (次の箇所も参照。「代償取得を衡平に還元することは不適切なように思われる。なぜなら、そうした試みのすべてはこの法形象の解釈論上の内容を把握する道を遮断するに相違ないから」(S. 38))。
- (180) なお、近時の代表的な文献では、物上代位の目的として衡平を指摘するものはみあたらない。Vgl. WOLF, Jus 1975, S. 643-646, 710-717, Jus 1976, S. 32-36, 104-106; GENNHER, Bürger, 1991, § 49, S. 467-474; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 24-28; LANGEL/KUCHINKA, ErBR, 2001, § 41, S. 1067-1078; weiter WELLE, Diss., 1987; MENKEN, Diss., 1991; HARDER, Diss., 2002。
- (181) 具体的には、次のとおりである。第一に、特別財産の物上代位について。BEYER, Surrogation, 1905, S. 83-338 (①相続財産、②夫婦財産法、③子の財産、④民法典のその他の財産〔組合財産・権利能力なき社団の財産〕の順に考察するが、この区分は考察の便宜以上の意味を有するものではない。バイヤーは、ほとんどすべての問題につき徹底的な考察をくわえているが、逆にそうであるがゆえに、原理的視点が後景に退く結果となっている。この限りでは、「すべての特別財産を包摂するかれの叙述は原理的な検討を欠いている」という消極的評価が正鵠を射ているように思われる [Strauch, Hab., 1972, S. 186; 前掲注(18)も参照])。この時期において通説的であった特別財産類型論については、後掲注(18)参照。第二に、個々の対象(・集合物)の物上代位について。WINDMULLER, Diss., 1902, S. 94-110 (①「当該対象に関する権利者の優遇」〔16〕〔21〕、②「当該対象に関する権利者の諸権利の制限」〔17〕〔22〕に類型化する。前掲注(85)(86)(92)参照。しかしながら、この類型化はたんに物上代位の作用を分析したものにすぎない。しかも、そうした分析としても適切とは思われない。〔17〕〔22〕を「制限」とみるときは(制限物権の存続を享受しうる)制限物権者に着目しているところ、いつの間にか視点が交代しているからである。この批判につき STRAUCH, Hab., 1972, S. 43-44, なお、ヴァイントミュラーは一般には衡平目的を説いている [前掲注(17)]);

Neuhaus, Diss., 1934, S. 57-63 (①属具 [12] [13])、②遺失物 [17]、③質権 II 売却代金 [22]、④添付 [16]、⑤給付物 [19] [23] といったふうに考察をくわえているが〔前掲注(70)(85)(86)(89)参照〕、これはあくまで作用上の共通点に着目した区分にすぎない)；Wecker, Grundpfandrechte, 1937, S. 3 (個々の対象における代位)「すべてに共通の特別目的」は、「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」であるという。前掲注(85)(86)(89)(92)参照。これが本文の意味での個々の対象類型全体を正当化する「目的」であるのなら、個々の対象につき相当広範囲の類推適用が帰結されることになる。しかし、ヴェッカーは類推適用を一切否定している(S. 2 Fn. 9, S. 7)。だが、そうであるなら、右目的は現行規定の正当化・類推範囲の規定にとって十分なものとはいえず、本文の意味での「目的」には当てはまらないことになる。なお、Strauch, Hab., 1972, S. 187 は「ヴェッカーだけが個々の対象における『代位原理』を受け容れる」としているが、本稿の意味での一般原理ではないことを確認しておく、第一・第二をとおして、その他の論者に「き」vgl. Strauch, Hab., 1972, S. 174 und 2. Kap.

(187a) Beyer, Surrogation, 1905, 101ff. Strauch, Hab., 1972, S. 186, auch S. 39. 前掲注(81)(88)参照。

(182) ただし、次の点を留保する必要がある。特別財産類型論は、①帰属主体交替・資力条項・客観的代位、②帰属財産交替・関係条項・主観的代位という類型に合わせ、財産存立維持(①)、財産管理維持(②)という目的の相違を説いていた。この相違はすでに嚆矢となった Thiele, AcP, Bd. 91 (1901), S. 12-14; Windtuller, Diss. 1902, S. 11, 69 においてみられる。この目的規定は、本文のような問題意識に根ざしたものではなく、また、茫漠としてはいくけれども、典型的物上代位の射程範囲を①類型に限定するというかれらの主張を基礎づける限りでは、意義を有するものであった。

(183) Strauch, Hab., 1972, S. 174 (シュトラウフの用法によれば「意味 (Sinn)」とは「法的事象の展開の基礎となるもの・法体系中の地位の提示を可能ならしめるもの」である (S. 173))。

(184) Wolf, Jus 1975, S. 643-646, 710-717, Jus 1976, S. 32-36, 104-106, zit. Jus 1975, S. 646, 711, 712, 714, 716, Jus 1976, S. 32, 33, 34, 104. 前掲注(89)(70)(72)(85)(86)(88)(92)参照。詳しくは、水津・前掲注(2)所有権四〇六一—四一四頁。

(185) 「6」は、「保護人が子の財産を資力としてかれ個人の財産へとあるものを取得する場合」(顕名不備などにより子の財産の代位物が保護人の財産に帰属してしまう場合)にも、裁判所の監督・許可制度は絶対的な担保とはならないために、子(所有者保護という観点から適用される。しかし、これは子の財産が他人の法定管理に服することの代償であって(本文第三)①と同趣旨)、あくまで「例外的」なものである。一般には、所有者保護+αが必要とされる。Wolf, Jus 1975, S. 712, Jus 1976, S. 105, 前掲注(18)(19)(49)参照。

(186) ただし、「16」の所有権留保に対する類推適用は肯定される。Wolf, Jus 1976, S. 36, 前掲注(83) [26] ①参照。

(187) ケスター・ヴァルチェンは、みずからは概括的な目的を挙げ、「個々の諸目的」についてはヴォルフの参照を指示している(COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 25 Fn. 11)。基礎理論全体につきヴォルフの影響が強いが(S. 24-26)、具体的な解釈に関しては見解を異にする部分がある。すなわち、彼女は、「ただ若干の、少なくともあるが特別に重要な問題領域」(S. 26)として「組合法」「相続法」の物上代位を選び出し、これらのみを考察するが、その際には次の二点において明確にヴォルフと異なる結論をとる。第一に、組合財産における法律行為的代位を否定し、直接代理行為を要求する(S. 27)。なぜなら、①顕名主義の不遵守は、②組合の名における行為を要求したとしても、BGB七二〇条の適用領域(前掲注(52)参照)はわずかではあるが残されている(合手的拘束不認識のケース)から、第二に、関係条項の解釈につき、「2」については第二説ないし第三説的理解を支持するようであるが、「4」については第一説をとる(S. 25, 27)(前掲注(47))。しかしながら、この区別はたんに注釈書の見解にしたがっただけのようであり、詳しい理由は述べられていない。

(187a) ちなみに、ヴェレは特別財産とは異なり(後掲注(188)(189)、個々の対象についてはヴォルフの類型論にしたがうようである(WELLE, Diss., 1987, S. 109 Fn. 1)。

(188) 両者は一致して、「責任財産維持」原理につき反対する。といっても、ヴェレとメンケンの間にも相違がある。ヴェレは、およそ「責任財産維持」原理は物上代位を正当化しえないとみているようであるが、具体的には相続法ケース、(1) [2] [3] のみにつき簡潔に検討をくわえるだけである(WELLE, Diss., 1987, S. 104 Fn. 68)。ヴェレによれば、[1] [2] [3] の物上代位は、立法資料(1) [3] または条文の体系的地位(2) から判明するよ

うに、いずれも相続人または共同相続人の保護を目的としている。たしかに相続債権者の利益にもなりうるが、それは「(好ましい) 副次的効果」にすぎない。他方、メンケン¹⁸⁹⁾は、いずれも徹底した分析・検討を行い、「責任財産維持」原理は合有財産、清算共同関係の物上代位〔2〕〔5〕を正当化しうるが、その他の物上代位〔1〕〔3〕〔4〕〔6〕についてはこれを正当化しえないと結論づける (Meyken, Diss., 1991, passim)。一方、〔2〕〔5〕の正当化となりうる理由は、——それらが運転財産ではないから (ヴォルフ)、——というのではなく——清算共同関係にあるからである (S. 113-117, 129-130)。他方、〔1〕〔3〕〔4〕〔6〕の正当化となりえない理由は、おおむね次のとおりである。〔1〕については、表見相続人ではなく、単純な無権利者が相続財産を処分した場合には物上代位が生じないことを説明できなくなる、相続人が無限責任を負う場合には本来であれば同規定は不要ということになってしまうが (ヴォルフも認める)、そういうよりは相続債権者利益は相続人保護の間接的效果とみるほうが適切であることなど (S. 32-60)〔c〕については、かりにこの規定がなくても相続債権者の利益は (少なくとも) 害されることはないから、相続債権者利益をこの規定の正当化根拠とみることはできないこと (S. 90-92)〔4〕については、留保財産債権者利益を正当化根拠とみると、「関係条項につき第二説または第三説をとらざるをえず」配偶者が留保財産の代位物を自由に合有財産に組み入れることができなくなってしまう、自由活動の確保という目的と相容れないことなど (S. 104-107)〔6〕については、もとよりヴォルフも責任財産維持原理を持ち出しておらず、メンケンもそうした考えを相手にしていない (S. 123-124)。

(189) ヴェレとメンケン¹⁸⁹⁾は、ともに特別財産類型論の系譜に属するといえるが (その類型的目的につき、前掲注(182)参照)、いずれも各類型と原理相反的特質の関係、「関係条項に主観的代位」定式の再検討、類推許容範囲の精密な規定を含むという点において特色を有する。ただし、ヴェレが特別財産類型それ自体から出発しているのに対して、メンケン¹⁸⁹⁾はあくまで規範目的の探求から出発しているところ、ヴェレとは異なり、従来の類型論の枠には収まらないものともみうる。いずれにせよ、両者の見解は特別財産物上代位論の (一つの・有力な) 到達点であることは疑いがないから、若干煩雑になるけれども、その論旨を両者のテキストに即して概観しておくことにしよう (例示は本文中で挙げたものに限る。ただし、BGB 一六四六条 (前掲注(10)第二) だけは例外とする。なお、ともに組合財産〔7〕については立ち入った考察をくわえない。本注は前掲注(18)(47)における両者の見解の叙述を敷衍するものである)。

ヴェレは次のように主張する（WELLE, Diss., 1887）。第一に、「特別財産類型について」（S. 16-18, 101, 102, 105, 125）。特別財産は以下のように類型化される。①「他人の特別財産」（「1」「3」）（形式的には②であるが実質的には①に属する）、BGB一六四六条）。ここでは代位は「権利取得」として作用するところ、意思表示と代理に関する一般原理の例外に位置づけられる。その目的は「財産保持」にある。②「自己の特別財産」（「4」「6」）。ここでは代位は「権利取得」として作用せず、「取得物が一般財産に帰属するかまたは特別財産に帰属するのかを取得者の意思にかかわらず決する」。だから、代位は意思表示に関する一般原理のみの例外に位置づけられる。その目的は「財産管理」にある。なお、③含有財産ケース（「2」「5」）は各人が単独の処分権を有しているわけではないから、②ではなく①に属すると解すべきである。第二に、代位条項について（S. 103-108, 124-126）。「資力条項」と「関係条項と通例条項」の区別は、①②のケースの区別に相応し、「他人の特別財産」では「資力条項」、「自己の特別財産」では「関係条項と通例条項」が規定されている（立法資料を根拠とする）。このような関係条項と資力条項の規律対象の相違にかんがみれば、「関係条項」は「代位」ではなく「指定」〔前掲注（四）〕。ヴェレは主観的代位¹¹第一説の意味で、使用していることに注意¹²を定めたものと解すべきである。なぜなら、関係条項は自己の特別財産を規律対象とするから、特別財産の資力により取得されたものが取得者の意思いかんにかかわらず当該特別財産に組入れられるとすれば、「正当化困難な所有者処分権の拘束」を意味することになるから。つまり、「法律行為的代位」〔客観的代位〕を規定したのは「資力条項」のみであり（法諺《*patium succedi*》の「再生」）、「関係条項」は「指定」を定めたものにはすぎない（「自己展開能力」理論の受容）。なお、次の点に注意すべきである。一つに、立法者は不当にも③のケースを①ではなく②に属するとしていること。ヴェレによれば、注釈書の分裂状況（前掲注（42））は、このような立法者の誤謬から説明される。二つに、通例条項は明文なき資力条項（「1」）。BGB一六四六条は問題としていない）にも付加されるということ。なぜなら、法律行為的代位（資力条項）が規定されたならば、より小さなものとして法律的地位（通例条項）も規定されたものとみてよいから。要するに、「他人の特別財産」では「通例条項と資力条項」により「法律的地位と法律行為的代位」、「自己の特別財産」では「通例条項と関係条項」により「法律的地位と指定」が適用される。ちなみに、ヴェレは立法論としてはこう述べている。一つに、「他人の特別財産」では「財産管理」も容易にするべく「指定」をくわえるべきである、二つに、「主観的留保をとまう資力条項」（BGB一六

四六条)は「財産保持」目的を達成するのに不相当(義務違反の賠償請求権では不十分)だから主観的留保を取り除くべきである、三つに、「自己の特別財産」では所有者処分権尊重の見地から将来にあっても「法律行為的代位」を定めるべきではない、四つに、③ケースは②ではなく①の規律に服せしめるべきである。第三に、類推適用について(S. 109-120)。(1)遺言執行者・遺産管理人・破産「倒産」管財人〔8〕〔9〕〔11〕)に対して、「通例条項と資力条項」の類推適用が肯定される。なぜなら、右遺産・破産「倒産」財団は他人の特別財産であるところ、財産保持目的が右類推適用を要求するからである。(2)信託財産〔10〕)に対しては、次の理由から〔3〕(先位相続財産)が類推適用される。まず、信託財産も特別財産である(ヴォルフに反対)。というのは、信託財産は受託者固有財産から次のようにして区別されるから。すなわち、一方では、受託者は規則的に信託財産を固有財産から分離して管理することを義務づけられ、他方では、信託財産は破産「倒産」または強制執行において取戻しまたは第三者異議の訴えにより受託者債権者の差押えにより侵奪されえない。次に、他人の特別財産か(①)自己の特別財産か(②)が問題となるも、信託財産は形式的には②であるが実質的には①であり、この点において〔3〕と同様に理解される。他方、メンケン¹⁾は次のように主張する(MENKEN, Diss., 1991)。第一に、各代位条項の規範目的と解釈について(S. 109-101, 134-136, 141-143, 161-162)。(1)資力条項は、「規定が財産の所有者、場合によっては財産に対する期待権の所持者を第三者の処分の諸結果から保護する場合」〔1〕(財産所有者)、「〔3〕(期待権者)」、BGB 一六四六条(財産所有者)に規定されている。BGB 一六四六条の主観的留保は、同条が、子の計算で取得した両親が本来であれば必要な子への移転行為を失念することが多いという事情にかんがみ規定されたことに由来するものである。(2)関係条項は、(a)「規定が処分せる財産所有者の諸利益を保護している場合」〔4〕〔6〕、(b)「規定により処分財産所有者と財産の債権者達の諸利益がともに同時に保護されている場合」〔2〕〔5〕に規定されている。このような規範目的の相違から(a)と(b)は異なるふうに解釈されなければならない。すなわち、(a)の場合には財産所有者の自由活動が承認かつ維持されているから、特別財産のために取得するという処分財産所有者の主観的意思がつねに取得物の特別財産への帰属の要件とされなければならないのに対して「主観的代位」第一説²⁾、(b)の場合には特別財産の債権者の利益も保護されるから、右意思の存否いかんにかかわらず特別財産の資力により取得されればそれだけで取得物の特別財産への帰属を承認しなければならない「客観的代位包摂」第三説³⁾。(1)と(2)の区別は「他人の特別財産」と「自己の特別

財産」の各ケースの区別に大体相応し（二3）は形式的には自己の特別財産、（1）は「権利取得」として作用するから顕名主義を破壊するのに対して、（2）は「代位物が関係者の一般財産とならんで存する特別財産に帰属する」というように作用するから「ある者のあらゆる取得はその者の一般財産に帰属する」という「一般法ルール」の例外をもたす。要するに、「他人の特別財産」では「資力条項」、「自己の特別財産」では「関係条項」が規定され、後者には第一説的意味のもの（財産所有者の利益のみの保護）と第三説的意味のもの（財産債権者の利益をも保護）があるという解される。立法論と解釈論の差を除けばヴェレの見解と結論的には同一であると分析できる。（3）通例条項は、「この条項がなければ一般財産に帰属するところの法律により生ずる財産所有者の権利取得が問題となる」場合（二2）「3」「4」「5」「6」に規定されている。BGB一六四六条に同条項が欠けているのは、取得されたものが通例条項がなくてもそこに帰属するところの子の一般財産が問題となつていからである。他方、財産所有者保護という目的は法律上の代位物が相続人の一般財産ではなく相続財産に帰属することを要求するから、「1」における同条項の欠缺は計画に反するルールの欠缺とみられるために、同条項が類推適用されなければならない。第二に、類推適用について（S. 143-159, 163-165）。（1）遺言執行・遺産管理・破産「倒産」（8）（9）（11）について。①通例条項は遺言執行者・遺産管理人・破産「倒産」管財人の際にも類推適用される。なぜなら、遺産・破産「倒産」財団の際には法律により創設された特別財産が問題となり、その目的は当該財産の法律上の代位物が管理人の管理権能に帰属することを必要とするからである。しかし、②関係条項の類推適用は問題とならない。ただし、関係条項はただ取得物の同一の財産所有者の複数財産内の一つへの帰属が生ずるところの諸ケースのみを規律するが、遺言執行者・遺産管理人・破産「倒産」管財人における物上代位の類推適用は法律上の権利取得の一つをもたすからである。では、③そのようなケースを規律するBGB一六四六条、「1」の資力条項の類推適用はどうか。結論として、ともに排斥される。ただし、BGB一六四六条の規範目的にかんがみれば同条は管理人が管理された特別財産とかれ固有の財産の間を区別しないという危険が存する場合にのみ類推適用されうるが、このような危険は遺言執行者・遺産管理人・破産「倒産」管財人の際には存しないし、また、「1」は遺産が表見相続人のもとにある場合に相続人に生じる特別な危険を顧慮して規定されたものであるから、右場合に対して一般化できないからである。（2）信託について（10）。物上代位の類推適用は一切認められない（ヴォルフを引用）。なぜなら、法的取引安全の見地からは物上代位をとまなう

特別財産の法律行為による新創設は否定されなければならぬ、他方、このように解したとしても委託者は一定の範囲で適切な合意により財産減少の危険から身を守りうるからである。

(190) ゲルンフーパーは、次の四類型を提示している (GERNBERGER, BÜRG. 1991, § 49 III, S. 470-474) (例示は本文で取り上げたものに限る)。①対象上規定された財貨帰属の維持 ([12]・[13]・[14]・[18]・[21]・[22] [BGB 一二四七条二文]・[19] [23])、②他人の管理における財産の維持 ([1]・[2])、③含有財産の維持 ([2]・[5]・[7])、④留保財産の維持 ([4]・[6])。前掲注(18)(85)(86)(89)(92)参照。具体的な解釈論については、次のとおりである。運転財産性を理由に、組合財産における法律行為的代位を否定する (III, 3a), S. 473)。関係条項につき「[2]」に関しては、一般とは異なり、第二説ないし第三説的理解を支持するようであり (III, 3b), S. 473) (前掲注(47))、類推適用は「[8] [25]」につき肯定し (III, 1e), §, 2 d), S. 471, 472, 473)、「[24] [26]」(法律行為的代位)につき否定する (I 2, II, 2, e), S. 467, 471)。いずれも多くの理由を説かない。ゲルンフーパーは、原理相反的特質・一般原理性の不在の意識は強いが (I, 3, 6, S. 467, 468)「それを類型の立て方に反映しておらず、したがって、個々の解釈を一次的に規定する類型論の構築に至っていない。強くいうなら、かれの類型論は本文の意味での「類型論」というに値しないことになろう。

(191) 各々の代位に関する定式を参照。KOHLEK, ArchBürg. Bd. 22 (1903), S. 9 (「あらゆる財産は財産として管理され、財産より取得されるものはこの財産に取得される」); BEYER, Surrogation, 1905, S. 6 (前掲注(10)参照); und WINDMÜLLER, Diss., 1902, S. 1 (「ある物から法的に展開するもの、すなわちとくに法律行為あるいはまたその他の出来事によりこの物の代わりになるものが、特定の諸関係にあつて本来の物が存したところと同一の法的状況に入るといふ現象」); NEUBAUS, Diss., 1934, S. 2 (「ある物の他の物(とその取得)による代償」。なお、SRAUCCI, Hab., 1972, S. 45 Fn. 26 は「ノイハウスには「財産価値を権利主体に維持する」[S. 4]などのテキストもみられることから、かれの位置づけに悩みを示すが、全体としては代償事象が前面に出ていることから、結局客体承継論に分類してゐる」)とした「対象から出発する試み (Ansatz beim Gegenstand)」につき「全体として」SRAUCCI, Hab., 1972, S. 36-39, 42-45, 47-50。

(201) SRAUCCI, Hab., 1972, S. 126。

- (93) Vgl. STRAUCH, Hab., 1972, passim, insb. S. 57, 234.
- (94) WECKER, Grundpfandrechte, 1937, S. 1-11, zit. S. 5, 5-6, 6, 7, 10. 詳しくは、水津・前掲注(2)公示四六八一四七二頁。ただし、それ以前にも、THELEN, LZ 1932, S. 1089-1092 がその骨子を主張していた。LOCHER, ActP, Bd. 147 (1941), S. 324 は、ヴェッカーの見解を、「同一権利継続という点にかんがみ——同一性理論 (Identitätsheorie)」と呼んでいる。ヴェッカーを支持するものとして、GIESBERGER, Diss., 1955, S. 77, 80, 83 (ただし、「物上代位」と債権的代位の区分はなお承認するようである (S. 80))；SUSSET, Diss., 1968, S. 31-32, 119 Fn. 193.
- (95) 「9」において、給付物が消費物の場合には用益権は不真正用益権へと変更すると定められているのも同様である。WECKER, Grundpfandrechte, 1937, S. 8. この点につき、前掲注(91)第一参照。
- (96) ヴェッカーは、興味深いことに、権利の上の「所有権」概念 (VON GIERKE, DPR II, 1905, § 120 VI 8, S. 367) を認める場合にも同一の結論がえられると補足している。WECKER, Grundpfandrechte, 1937, S. 10 Fn. 21.
- (97) その他「17」(BGB 九六六条)につき、所有者との関係では物上代位とみ、そうでない者との関係では債権的代位とみるのは相当でないと論難している。WECKER, Grundpfandrechte, 1937, S. 5. この点につき、前掲注(88)第一参照。なお、各論的考察におけるヴェッカーの諸説(前掲注(85)(86)(89)(92))に、「…(または対象給付への権利)を有する者」という括弧書が入っていたのは、かれが代位の両区分を認めないためである。
- (98) STRAUCH, Hab., 1972, passim, z. B. S. 235.
- (99) RAASCH, Diss., 1903, S. 23, 24 (代位原理の思想は「なんらかの権利が付与された者に、かれの権利の享受ができるだけ害されることなく維持され続けるべきであること」)にあり、具体的には次のように示されるという。「対象上人的「債権的」に権利が付与されている者の権利は、その代位物上にもただ人的な権利が存するべきであり、ある対象につき物権的に保護されている者には、この物権的保護が当該対象の代位物についても与えられるべきである」。ここでは、債権取得代位(債権的代位)と物権取得代位(物上代位)の双方が説明されている)；OSTERMEYER, Diss., 1905, S. 11 (代位命題の意味は、概念上次の場合に限って問題となるという。「ある対象の所持者に代償または売却代金の承継がさしあたり生じている際に、その本来の対象につき利益を有する者の法的利益もまた、そのあらたな客体へと移行する場合」)；STRAUCH, Hab., 1972, S. 40, 46 によれば、両者の右叙述が「関与者の権利から出発する試み

「Ansatz beim Recht des Betroffenen)」の嚆矢である。

- (200) STRAUCH, Hab., 1972, S. 40-42, 46-47 に挙げられた文献を参照せられたい。
- (201) WENGLER, RvglHwb VI, 1938, insb. S. 463-464, 482-483, 499, zit. S. 464, 482, 499.
- (202) STRAUCH, Hab., 1972, insb. S. 17, 42, 48-50, 57-58, 94-95, 158, 177-180, 190, 234, zit. S. 42, 49, 57, 95, 190, 235. 詳しくは、水津・前掲注(2)公示四七二一四七五頁。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。
- (203) しかし、ヴェングラーは、本文三三(一)でみたように、すでに代位における「二当事者関係」の「多数当事者関係」への改造に着目していた。シュトラウフは、従来の諸見解のなかでもヴェングラーを別格扱いしているが、それでもなお不当に低い評価しか与えていないようにみえる。Vgl. STRAUCH, Hab., 1972, S. 47 Fh. 10, S. 174-176, 181.
- (204) ちなみに、シュトラウフは、特別財産概念を「一応留保つきだが(後述引用内傍線部参照)否定している。STRAUCH, Hab., 1972, S. 81-82, 99-100, 201, 206, 234, zit. S. 82. 前掲注(8)参照。その理由は、次のとおりである。
- ① 通説によれば特別財産と一般財産は「目的拘束」の有無により区別されるが、特別財産の目的拘束と一般財産の多様な目的との区別が明瞭でない場合がみられるし、突き詰めて考えれば、そもそも目的それ自体が捉えどころのない概念である。そして、② 特別財産なるものに一貫して認められるのは、一般財産とは異なり、権利が一人ではなく複数人に帰属することであるが、この権利帰属の複数性は個々の対象における物上代位の際にもみられるから。「——少なくとも代位については——特別財産といわゆる個々の法関係の間に質的区別は存しない。」
- (205) GENHUBER, BürgerR, 1991, § 49 I 4, 5, S. 468; CONSTER-WALTEN, Jura 1996, S. 25, 24. 本文三一(一)定式参照。
- (206) WOLF, Jus 1975, S. 645 Fh. 11 (本文三一(一)で引用した定式のメルクマール(1)「従前の権利状況が代位物上に継続される」)の注釈において、次のように述べる。これまでの支配的見解は権利状況継続を法諺《*pretium-suc-cedit*》にしたがい客体承継論により説明していたが、「シュトラウフが正当に指摘した」ように、「この観念は維持されえない」。例証として、ヴェッカーが「例外現象」として引き合いに出したケースを挙げる。しかし、「ここまで述べたあとで」「しかしながら、この認識によってあまり多くのものはえられない」と結んでいる。HARDER, Diss., 2002, S. 2 (結論は同じだから、棚上げしてよ」とする)。

(207) 問題の所在と補足事項を述べておく。問題は、物上代位を、対象交替が生しても客体それ自体を不変とみなすものとみるか(客体承継論)、あるいは、対象交替にともない一旦消滅した諸権利を新対象上に再度復活させるものとみるか(権利取得論)、という点にある。前者によれば、物上代位の法効果は客体の同一性の規定とみなされ(権利変動不存在)、物上代位は法体系上権利客体論に位置づけられる(権利客体論)のに対して、後者によれば、物上代位の法効果は新対象上への諸権利の設定とみなされ(権利変動存在)、物上代位は体系上権利変動論——ただし、通常の権利取得原理を破壊するという点において特殊——に位置づけられる(権利変動論)。両者は論理上択一関係にあるから、関心を持つ以上は、厳密に区別しなければならぬ。客体承継論によれば、——私的自治・公示原則・顕名主義は一次的には権利取得のみに妥当し、権利客体の領域にはそのままでは妥当しないとして——原理相反的特質を構造レベルにおいてある程度緩和して受け止めることができるかもしれない(ヴェツカー・ヴェングラー・シュトラウフにおける関連箇所〔本文(三)(1)(a)(b)・(2)〕参照)。他方、権利取得論の構想は、フランス・スイスとは異なり、主体の代位をすでに *Surrogation* ではなく *gesetzlicher Forderungübergang* の一つ、すなわち権利移転に還元しているドイツにおいては、主体のみならず、客体の代位も権利移転に還元し、すべてを権利のレベルで把握しようとする体系構想に接合する余地があるように思われる。なお、客体承継論と権利取得論を場合によって使い分けることも想定されうる。とくに近時、ヴェレとメンケン¹⁾は特別財産類型論的分析から、こうした方向性を明瞭に打ち出している(他人の特別財産Ⅱ権利取得論・自己の特別財産Ⅱ客体承継論)。WELLE, *Diss.*, 1987, S. 16-18; MENKEN, *Diss.*, 1991, S. 161-162. 前掲注(189)参照。

(208) ドイツにおいては、債権譲渡は譲渡人と譲受人の合意のみにより(債務者に対して)効力が生じるから、債務者保護規定は、債権の帰属変動に関与しえない債務者を保護するという意味を有する。したがって、債権譲渡の債務者保護規定準用の意味は、物上代位により債権の帰属変動が生じたことを前提として、これに関与しえない債務者の保護を図るということにある。本文二一(三)第一・前掲注(51)(54)(55)、なお、本文二一(三)第三の初め・前掲注(99)(100)も参照。わが国の制度に照らしてみれば、準占有者弁済規定(四七八条。この規定はフランス法に由来する)の準用というような意味を有するものと分析しうる。

(209) 「差押え」が要求されるのは、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位(二〇二)に限られる。こうした規律は、

質料債権が収益の代償として把握される以上、収益の規律と同様に、「処分権」が設定者に付与されるべき」という価値判断・理論構成を前提として採用されたものである。本文二二三(三)第三・最後、前掲注(104)文献参照。

(210) ドイツにおいては、一般に、物上代位との関連において価値権を取り上げるものはみあたらない。Vgl. WOLF, Jus 1975, S. 643-646, 710-717, Jus 1976, S. 32-36, 104-106; GERHUBER, Bürger, 1991, § 49, S. 467-474; COESTER-WALTJEN, Jura 1996, S. 24-28; LANGE/KUCHINKE, ErBR, 2001, § 41, S. 1067-1078; weiter WELLE, Diss., 1987; MENKEN, Diss., 1991; HARDER, Diss., 2002. 価値権説の主唱者であるローラー博士は、物上代位に関する論文では価値権に「*びきびき*」と言及してならず (KOLLER, ArchBürger, Bd. 22 (1903), S. 1-20; id., ARWP, Bd. 10 (1916/17), S. 56-62) また、価値権に関する主たる論文でも物上代位との関係については考察していない (id., AcP, Bd. 41 (1910), S. 155-208)。そして、体系書においても「代位取得 (Ersatz- oder Subrogationserwerb)」の項目ではまったく価値権に触れておらず (id., Bürger II/2, 1919, § 86, I-III, S. 244-246)。「価値権の性質 (Natur des Wertrechts)」のところでも——代位概念を援用することなく、むしろ価値権と保険法の関係という観点から——保険金に対する価値権の存続 (211) を説明しているのが目を引く程度である (§ 127, VI, S. 371, 372. Vgl. auch VII, S. 373-474)。もっとも、スイスに目を転じれば、物上代位と価値権の関係につき興味深い指摘がみいだされる。すなわち、ギルスベルガーは、「物上代位と価値権 (dingliche Surrogation und Wertrecht)」という節において、両者の関係につき次のように述べている (GERSBERGER, Diss., 1955, S. 92-93)。まず、物上代位と価値権の関連性をとくに指摘したのは、フランス法字であるという。フランスでは、財産以外における物上代位の理論的基礎を提供するものとして、財産上の物上代位を「目的的统一体 (Zweckeinheit)」すなわち *patrimoine d'affectation* 概念により基礎づけ、これを起点として、物上代位にとって重要であるのは財産性いかんではなく、「目的 (Zweck)」により結合された客体 (物質的特定性ではなく「価値 (Wert)」により把握される) であるかどうかである」という考え方 (SAELLIS) が主張された。ギルスベルガーによれば、フランス法学はこのような「多くの奇妙な道 (der viele seltsame Weg)」を辿って、物上代位と価値権の関連性に行き当たったのである。次に「こうしたフランス法的思考がスイス法にとって興味深いのは、とくに担保権にまつてであるという。そして、KOLLER, AcP, Bd. 41 (1910), S. 155-208 も引きつづ、担保権における物上代位と価値権の関係を分析・検討する。担保権が物質権ではなく価値権である

という命題によれば、「担保権における」物上代位を次のように定義し直すことが考えられる。「たんに価値のみを客体とする法関係における対象の交替」。しかし、キルスベルガーによれば、この新定義は独創的ではあるけれども適切とはいえない。なぜなら、担保権はあくまで特定の目的物のうえに成立するから。立法者が担保権における物上代位をその価値権的性格により基礎づけたとしても、そうして規定された物上代位は法技術的観点からは「価値ではなく」目的物と関連するものとみななければならず、したがって、「担保権は価値権であるというテーゼから」明文がな
いと（二）ろに拡張することは許されない。

(211) 水津・前掲注(2)公示四五九一四九〇頁、所有権三九三―四二七頁は、その問題性を具体的に示したものである。

引用欧語文献

ARNHUTS, Ludwig, Lehrbuch der Pandekten, München 1852.

BAUDUS, Christian, Privatautonomie und Sondervermögen im Spiegel der dinglichen Surrogation: Zu Francisco Javier Andrés Santos, Subrogación real y patrimonios especiales en el derecho romano clásico, in: SCDR, Bd. 15 (2003), S. 133-138.

BAR, Fritz/BAUR, Jürgen F./STURNER, Rolf, Sachenrecht, 17. Aufl., München 1999.

BEHR, Volker, Wertverfolgung: Rechtsvergleichende Überlegungen zur Abgrenzung kollidierender Gläubigerinteressen, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 133, Hab., Frankfurt a.M. 1986.

BEHRENDTS, Okko/KNUTTEL, Rolf/KRUPPSCHE, Berthold/SEILER, Hans Hermann, Corpus iuris civilis: Text und Übersetzung: Auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. II, Heidelberg 1995.

BEYER, Reinhard, Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche, Marburg 1905.

BINDER, Julius, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, T. 3, Leipzig 1905.

BIRKMEYER, Karl, Ueber das Vermögen im juristischcn Sinne: Römisch-rechtliche Quellenstudien, Erlangen 1879.

- BOCKEMÜHL, Justus, Die Surrogationsformeln des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss., Köln 1958.
- BOHM, Rainer, Surrogation trotz Unwirksamkeit einer Verfügung: Zum Anwendungsbereich der §§ 816, 2019 (2111, 2041) BGB sowie des § 46 KO, Diss., Hamburg 1973.
- BRAUNS-PACKENIUS, Otfried, Der Surrogationsgedanke in der Vergangenheit und im heutigen bürgerlichen Recht, Diss., Frankfurt a.M. 1952.
- BRASKEN, Norbert, Der Schutz der Hypothekengläubiger bei Gebäudeversicherung, Veröffentlichungen des Seminars für Versicherungswissenschaft der Universität Hamburg und des Versicherungswissenschaftlichen Vereins in Hamburg e.V., H. 22, Karlsruhe 1964.
- COESTER-WALTJEN, Dagmar, Die dingliche Surrogation, in: Jura 1996, S. 24-28.
- DAUNER-LIEB, Barbara, Unternehmen in Sondervermögen: Haftung und Haftungsbeschränkung: Zugleich ein Beitrag zum Unternehmen im Erbgang, Jus privatum, Bd. 35, Hab., Tübingen 1998.
- DERNBURG, Heinrich, Pandekten, Bd. I, 7. Aufl., Berlin 1902.
- DERNBURG, Heinrich, Pandekten, Bd. III, 7. Aufl., Berlin 1903.
- DOPFNER, Julius, Das Wesen der universitates facti und juris: Ihre Bedeutung im praktischen Rechte, Diss., Erlangen 1899.
- EINSELE, Dorothee, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips: Unter besonderer Berücksichtigung des Geschäfts für den, den es angeht, der fiduziarischen Treuhand sowie der dingliche Surrogation, in: JZ 1990, S. 1005-1014.
- ENNECCERUS, Ludwig/NIPPERDEY, Hans Carl, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Halbbd. 1, 14. Aufl., Tübingen 1952.
- ENNECCERUS, Ludwig/WOLFF, Martin/RAISER, Ludwig, Sachenrecht: Ein Lehrbuch, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. III, 10. Aufl., Tübingen 1957.
- FEIST, Otto, Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrechte des bürgerlichen Gesetzbuches

- für das deutsche Reich. Diss., Tübingen 1903.
- FLUME, Werner. Das Rechtsgeschäft, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, 4. Aufl., Berlin 1992.
- FROMM, Klaus, Die Surrogation von Haushaltsgegenständen und ihre Berechtigung im Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft: Eine Untersuchung zu § 1370 BGB, Diss., Kiel 1969.
- FROMMHOFF, Ingo, Die Gläubigerkonkurrenz bei einem Eingriff in das Eigentum und beschränkte dingliche Rechte: Unter besonderer Berücksichtigung des Miteigentums und des Anwartschaftsrechts an einer beweglichen Sache: Zugleich ein Beitrag zu den Gläubigermehrheiten nach §§ 420ff. BGB und zur dinglichen Surrogation, Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Diss., Frankfurt a.M. 2004.
- GENNER, Albert, Das Surrogationsprinzip und seine Anwendung beim Sondergut und beim eingebrachten Praugut des ZGB, Diss., Zürich 1932.
- GERKEN, Annemarie, Die Sicherung des Pfandgläubigers durch dingliche Surrogation bei Forderungs- und Rechtspfand, Diss., Köln 1964.
- GENNHUBER, Joachim, Bürgerliches Recht: Ein systematisches Repetitorium für Fortgeschrittene, 3. Aufl., Jus-Schriftenreihe, H. 87, München 1991.
- GERNHUBER, Joachim/COESTER-WALTJEN, Dagmar, Familienrecht, 5. Aufl., München 2006.
- VON GERKE, Otto, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889.
- VON GERKE, Otto, Deutsches Privatrecht, Bd. II, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. II, T. 3, Bd. II, Leipzig 1905.
- GIESELER, Norbert, Die Surrogatshypotheken: Die Tabbestände und ihre rechtliche Behandlung, Berichte aus der Rechtswissenschaft, Diss., Aachen 1995.
- GIRSBERGER, Andreas, Die dingliche Surrogation: Der Begriff und seine praktische Bedeutung für das schweizerische Recht, Diss., Zürich 1955.

- Gross, Rolf, Zur Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB im Rahmen des § 2041 Satz 1 BGB, in: MDR 1965, S. 443-445.
- HARDER, Sirko, Insolvenzzrechtliche Surrogation, Beiträge zum Insolvenzrecht, Bd. 27, Diss., Köln 2002.
- HASSE, Johann Christian, Ueber Universitas juris und rerum, und über Universal- und Singular-Succession, in: ACP, Bd. 5 (1822), S. 1-68.
- HOLLDACK, Felix, Die Anwendung und Bedeutung des Grundsatzes: "Pretium succedit in locum rei" in bürgerlichen Gesetzbuch des Deutschen Reichs, in: Grünhutsz, Bd. 32 (1905), S. 557-598.
- KOHLER, Josef, Zwölf Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch VI: Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, in: ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 1-20.
- KOHLER, Josef, Substanzrecht und Wertrecht, in: ACP, Bd. 41 (1910), S. 155-208.
- KOHLER, Josef, Sozial- und Individualgedanken im Rechtserwerb, in: ARWP, Bd. 10 (1916/17), S. 56-62.
- KOHLER, Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, T. 2, Berlin 1919.
- KREBBER, Sebastian, Das Verhältnis von sachenrechtlicher Zuordnung kraft dinglicher Bezugs- und Mittelsurrogation und kraft originären Eigentumserwerb, in: FamRZ 2000, S. 197-204.
- KURPSCH, Berthold, Besprechung von Arno Welte: In universalius pretium succedit in locum rei, res in locum pretii, in: ZNR, Bd. 11 (1989), S. 193-195.
- LANGER, Heinrich/KUCHENKE, Kurt, Erbrecht: Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001.
- LARPE, Werner, Aufrechnung bei Rechtsgeschäften mit Surrogation nach § 1381 BGB und verwandten Fällen des Familien- und Erbrechts, Diss., Köln 1938.
- LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 14. Aufl., München 1987.
- LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Halbbd. 1, 13. Aufl., München 1986.
- LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Halbbd. 2, 13. Aufl., München 1994.
- LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.
- LEONHARD, Rudolf, Der Erbschaftsbesitz, Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des Deutschen

- Reiches, Bd. 2, H. 3, Jena 1899.
- LINDENBERG, Ernst, Die dingliche Surrogation beim Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss., Heidelberg 1912.
- LOCHER, Besprechung von Fritz Wecker: Die Grundpfandrechte und die Surrogation in der Zwangsversteigerung, in: AcP, Bd. 147 (1941), S. 323-326.
- LOHNG, Martin, Probleme der dinglichen Surrogation am Beispiel der §§ 1370, 2019 BGB, in: JA 2003, S. 990-995.
- LOPAU, Eberhard, Besprechung von Dieter Strauch: Mehrheitlicher Rechtsersatz, in: AcP, Bd. 174 (1974), S. 419-420.
- MARTIN, Rudolf, Kritische Betrachtungen zur Lehre vom Sondervermögen, in: AcP, Bd. 102 (1907), S. 444-459.
- MENDICS, Dieter, Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, Academia iuris: Lehrbücher der Rechtswissenschaft, 20. Aufl., Köln ua 2004.
- MENKEN, Hubert, Die dingliche Surrogation bei den Sondervermögen des Familien- und Erbrechts, Diss., Münster 1991.
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. III, Berlin/Leipzig 1888.
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. V, Berlin/Leipzig 1888.
- MUCDAN, Benno (Hr.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, Berlin 1899.
- MUCDAN, Benno (Hr.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. V, Berlin 1900.
- MÜHLENBRUCH, Christian Friedrich, Ueber die s. g. iuris und facti universitas, in: AcP, Bd. 17 (1834), S. 321-379.
- MÜHLENBRUCH, Christian Friedrich, Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 3. Aufl., T. 2, Halle 1840.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., München, Bd. 9, Erbrecht, §§ 1922-2385, 1997.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., München, Bd. 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 2001; Bd. 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 2003; Bd. 3, Schuldrecht Besonderer Teil I, §§ 433-610, 2004; Bd. 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 705-853, 2004; Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854-1296, 2004;

- Bd. 7, Familienrecht I, §§ 1297-1588, 2000; Bd. 8, Familienrecht II, §§ 1589-1921, 2002; Bd. 9, Erbrecht, §§ 1922-2385, 2004.
- NEUBAUS, Adolf Engelbert, Das Surrogationsprinzip im Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss., Erlangen 1934.
- OSTERMEYER, Willi, Bedeutung und Anwendungsfälle des Grundsatzes "Pretium succedit in locum rei": Nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Diss., Greifswald 1905.
- OSWALD, Hans, Das Prinzip der dinglichen Surrogation und seine Geltung im Erbrecht des Zivilgesetzbuches, Diss., Basel 1937.
- OTTO, Karl Eduard/SCHILLING, Bruno/SINTENIS, Karl Friedrich Ferdinand, Das Corpus Iuris Civilis (Romani), Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig 1839.
- PRINGSHEIM, Fritz, Der Kauf mit fremdem Geld: Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für dem Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht, Romanistische Beiträge zur Rechtsgeschichte, H. 1, Hab., Leipzig 1916.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. V, Berlin 1898.
- PUCHTA, Georg Friedrich, Von dem Grundsatz: *res transit in locum pretii, pretium in locum rei*, in: Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 1, 6. Aufl., Leipzig 1873.
- PUCHTA, Georg Friedrich, Pandekten, 12. Aufl., Leipzig 1877.
- RAASCH, Fritz, Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage: Nach gemeinem und bürgerlichem Recht, Diss., Greifswald 1903.
- RUST, Hilmar Friedrich, Die dingliche Surrogation im französischen Zivilrecht, Diss., München 1965.
- SAUTER, Heinz, Die Surrogation im BGB: Begriff und Rechtswirkung, Diss., Erlangen 1934.
- VON SAVIGNY, Friedrich Carl, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840.
- SCHERER, August, Erklärung des Satzes: *Res succedit in locum pretii, pretium in locum rei*, Diss., Göttingen 1890.

- SCHMITT, Ernst, *Die Surrogation im bürgerlichen Gesetzbuch*, Diss., Gießen 1902.
- SCHRODER, Jan, *Zum Übergang inhaltlich variabler Verpflichtungen auf den Erben*, in: JZ 1978, S. 379-385.
- SCHULTE, Ferdinand, *Inwiefern unterscheidet sich der Satz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei in der Erbschaftsklage und der Dotalklage?*, Diss., Erlangen 1897.
- SCHWAB, Karl Heinz/FRÜTTING, Hanns, *Sachenrecht: Ein Studienbuch*, Juristische Kurz-Lehrbücher, 32. Aufl., München 2006.
- SERICK, Rolf, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Bd. II, Heidelberg 1965.
- SEUFFERT, Johann Adam, *Praktisches Pandektenrecht*, Bd. I, 3. Aufl., Würzburg 1860.
- SINTENIS, Carl Friedrich Ferdinand, *Das practische gemeine Civilecht*, Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1868.
- SOERGEL, Hans Theodor, *Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Stuttgart ua, Bd. 1, Allgemeiner Teil I, 13. Aufl., §§ 1-103, 2000; Bd. 2, Schuldrecht I, 12. Aufl., §§ 241-432, 1990; Bd. 4/1, Schuldrecht III/1, §§ 516-651, 12. Aufl., 1997; Bd. 4, Schuldrecht III, §§ 705-853, 11. Aufl., 1985; Bd. 12, Schuldrecht 10, §§ 823-853, 13. Aufl., 2005; Bd. 14, Sachenrecht I, §§ 854-984, 13. Aufl., 2002; Bd. 16, Sachenrecht 3, §§ 1018-1296, 13. Aufl., 2001; Bd. 7, Familienrecht I, §§ 1297-1588, 12. Aufl., 1988; Bd. 8, Familienrecht II, §§ 1589-1921, 12. Aufl., 1987; Bd. 21, Erbrecht I, §§ 1922-2063, 13. Aufl., 2002; Bd. 22, Erbrecht 2, §§ 2064-2273, 13. Aufl., 2002/2003.
- SPINDLER, Paul, *Die dingliche Surrogation beim Gesellschaftsvermögen*, im Familien- und Erbrecht nach dem B. G. B., Diss., Strassburg 1914.
- VON STAUDINGER, Julius, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, Buch 1, Allgemeiner Teil: §§ 21-79, Neubearbeitung, 2005; §§ 90-133, Bearbeitung, 2004; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 255-304, Neubearbeitung, 2004; §§ 397-432, Bearbeitung, 1999; §§ 581-606, Neubearbeitung, 2005; §§ 705-740, Bearbeitung, 2003; §§ 840-853, Bearbeitung, 2002; Buch 3, Sachenrecht: §§ 925-984, Neubearbeitung, 2004; §§ 1018-1112, Neubearbeitung, 2002; §§ 1113-1203, Neubearbeitung, 2002;

- §§ 1204-1296, Neubearbeitung, 2002; Buch 4, Familienrecht: §§ 1363-1563, Neubearbeitung, 2000; §§ 1638-1683, Bearbeitung, 2000; Buch 5, Erbrecht: §§ 1967-2063, Neubearbeitung, 2002; §§ 2064-2196, Neubearbeitung, 2003.
- STEIN, Friedrich/JONAS, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 8, §§ 828-915h, 22. Aufl., Tübingen 2004.
- STRAUCH, Dieter, Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny, Schriften zur Rechtslehre und Politik, Bd. 23, Diss., Bonn 1960.
- STRAUCH, Dieter, Mehrheitlicher Rechtsersatz: Ein Beitrag zur "dinglichen Surrogation" im Privatrecht, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 73, Hab., Bielefeld 1972.
- STRUCK, Fritz, Besprechung von Arno Welle: In universaliibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii, in: SZ, Bd. 111 (1994), S. 616-621.
- SUSSET, Franz, Der Surrogationsgedanke im Flurbereinigungsrecht, Diss., Tübingen 1968.
- THELEN, Ludwig, Die Surrogation in der Zwangsversteigerung, in: LZ 1932, S. 1089-1100.
- THIELE, Studien zum eheichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Die Surrogation nach den § 1381, 1382 BGB, in: AcP, Bd. 91 (1901), S. 1-72.
- TUCH, Horst/ARLOTH, Frank, Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. II, 3. Aufl., München 2002.
- VON TUHR, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Leipzig 1910.
- UNGER, Hans, Die Aufgaben der dinglichen Ersetzung (Surrogation) für die Sonderung des Nachlasses im Erbrecht des BGB, Diss., Halle 1935.
- VON VANGEROW, Karl Adolph, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, 7. Aufl., Marburg/Leipzig 1865.
- WACHTER, Carl Georg, Ueber Sachgesammtheiten (rerum universitates) überhaupt und in besonderer Beziehung auf Pfandrecht, in: Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht, H. 1, Stuttgart 1845.

- WACHTER, Carl Georg, Pandekten, Bd. I, Leipzig 1880.
- WALLER, Alfred, "Surrogation.": Eine Studie aus dem modernen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Bedeutung des Problems der Einheit und Identität. Diss., Bonn 1904.
- WALTER, Gerhard, Besprechung von Dieter Strauch: Mehrheitlicher Rechtsersatz, in: JZ 1973, S. 680.
- WEBER, Dagmar Gunila, Vermögenrechtlich und haftungsrechtlich veranlasste Surrogation im Insolvenzverfahren, Berichte aus der Rechtswissenschaft. Diss., Aachen 2003.
- WEBER, Klaus (Hg.), Creifelds-Rechtswörterbuch, 17. Aufl., München 2002.
- WEBER, Fritz, Die Grundpfandrechte und die Surrogation in der Zwangsversteigerung, Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, H. 11, Stuttgart 1937.
- WELLE, Arno, In universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii: Eine Untersuchung zur Entwicklungsgeschichte der dinglichen Surrogation bei Sondervermögen, Schriften zur Rechtsgeschichte, H. 40, Diss., Berlin 1987.
- WENGLER, Wilhelm, Art. "Surrogation", in: Franz Schlegelberger (Hg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Bd. VI, Berlin 1938.
- WESENER, Gunter, Besprechung von Francisco Javier Andrés Santos: Subrogación real y patrimonios especiales en el derecho romano clásico, in: SZ, Bd. 117 (2000), S. 535-539.
- WESTERMANN, Harry, Personengesellschaftsrecht: BGB-Gesellschaft, OHG, KG, Handbuch der Personengesellschaften, 3. Aufl., Köln 1975.
- WESTERMANN, Harry, Sachenrecht: Ein Lehrbuch, C. F. Müller großes Lehrbuch, Harn Peter Westermann/Karl -Heinz Gursky/Dieter Eickmann (Fortf.), 7. Aufl., Heidelberg 1998.
- WIEACKER, Franz, Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung: Ein Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht, in: DRW, Bd. 6 (1941), S. 49-66, in: Christian Wolfschläger (Hg.), Zivilistische Schriften (1934-1942), Frankfurt a.M. 2000.

- WEACKER, Franz, Zum System des deutschen Vermögensrechts, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, H. 126, Leipzig 1941, in: Christian Wollschläger (Hg.), Zivilistische Schriften (1934-1942), Frankfurt a.M. 2000.
- WEACKER, Franz, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, in: ACP, Bd. 148 (1943), S. 57-104.
- WIERSZOWSKI, Alfred, Handbuch des Eheerbes mit Ausschluss des Eheschließungs- und Ehescheidungsrechtes, Bd. II, Düsseldorf 1904.
- WIURCK, Walter, Gläubigerordnung und Wertverfolgung, in: JBl 1949, S. 29-33.
- WINDMÜLLER, Edger, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Diss., Leipzig 1902.
- WINDSCHEID, Bernhard/KIPP, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 1900.
- WINDSCHEID, Bernhard/KIPP, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. III, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 1901.
- WOLF, Ernst, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl., Köln ua 1979.
- WOLF, Manfred, Besprechung von Dieter Strauch: Mehrheitlicher Rechtsersatz, in: NJW 1973, S. 1969-1970.
- WOLF, Manfred, Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation, in: Jus 1975, S. 643-646, 710-717, Jus 1976, S. 32-36, 104-106.

【訂正】

以下において内容に関わる誤記がありましたので、訂正させていただきます。

第八十卷第三号

二六頁表 II

〔10〕倒産財団、〔11〕信託財産 ↓ 〔10〕信託財産、〔11〕倒産財団 (二八頁一二行目の表記を優先)

四五頁七行目
六四頁二行目

後見(…)と保護(…) ↓ 後見(…)、保護(…) および世話 (Betreuung)
いずれも、含有財産、〔…〕に限っては ↓ いずれも、〔2〕〔5〕に限っては

第八十卷第四号

六八頁一六行目

H B G ↓ H G B

第八十卷第五号

三九頁二〇行目

D G B ↓ B G B

三九頁二一行目

Z B O ↓ G B O