

Title	一九世紀後期・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(一) : 現代ドイツにおける物上代位論の前史として
Sub Title	Über den Satz "pretium succedit in locum rei, res in locum pretii" in der Lehre vom gemeinen Recht um das Ende des 19. Jahrhunderts
Author	水津, 太郎(Suizu, Taro)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	2008
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.81, No.4 (2008. 4) ,p.29- 76
JaLC DOI	
Abstract	一 問題の所在 二 一九世紀後期中葉における議論状況 (一) 中期の論者のその後 (二) universitas iuris と universitas facti の区別の擁護 1 議論状況の分析 2 主観的意味における ius 3 客観的意味における ius (三) 法諺に対する消極的評価 1 議論状況の分析 2 制限適用説 3 適用否定説(以上本号) (四) 「自己展開能力(Selbstentwicklung)」理論の展開 1 議論状況の分析 2 特有財産をめぐる展開 3 universitas rerum 一般をめぐる展開 三 一九世紀後期末葉における議論状況 (一) ヴイントシャイトとデルンブルク (二) 二つのDissertation 四 一九世紀ドイツ普通法学全体の総括 五 結語(以上八一巻五号)
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20080428-0029">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20080428-0029</a>

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.

# 一九世紀後期・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(一)

——現代ドイツにおける物上代位論の前史として——

水 津 太 郎

- 一 問題の所在
- 二 一九世紀後期初中葉における議論状況
  - (一) 中期の論者のその後
  - (二) *universitas iuris*と*universitas facti*の区別の擁護
    - 1 議論状況の分析
    - 2 主観的意味における*ius*
    - 3 客観的意味における*ius*
  - (三) 法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》に対する消極的評価
    - 1 議論状況の分析
- 三 制限適用説
  - 2 適用否定説……………(以上本号)
  - 3 「自己展開能力 (*Selbstentwicklung*)」理論の展開
- (四) 議論状況の分析
  - 1 特有財産をめぐる展開
  - 2 *universitas rerum*一般をめぐる展開
  - 3 一九世紀後期末葉における議論状況
- 四 一九世紀ドイツ普通法学全体の総括
  - (一) *Wainton*シャイトとデルンブルク
  - (二) *Dissertation*
- 五 結 語……………(以上八一巻五号)

一 問題の所在

本稿の課題は、一九世紀の前期にハッセとミューレンブルッフがACP論文において展開し、中期においてキールフ『理論』による反論を受けつつも、サヴィニー、プフタを中心に、ファンゲロウ、さらにヴェヒター『論究』において受容された従来の *universitas rerum* 理論に対する批判が、後期においてどのように受け止められたのかを追跡するとともに、これを踏まえて、一九世紀ドイツ普通法学全体における法諺〈代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う (*Preium succedit in locum rei, res in locum pretii*)〉をめぐる議論の展開につき、現代の物上代位 (*dingliche Surrogation*) との関係も視野に入れながらこれを分析することにある。

右のような課題は、たしかに、ドイツにおける多数の物上代位研究によつてすでに取り組まれている。本稿がこれらの先行研究に多くを負っているのはいうまでもない。しかしながら、本論で明らかにするように、一般的に受け容れられている評価のなかにも実証的には維持しがたい部分と、看過できない相違があるにもかかわらず通常一まとめに取り扱われている学説・理論がみられ、このことが、一九世紀普通法学の、現代法学との関係を含めた評価を少なくとも一部、不精確ないし不相当ならしめているように思われる。本稿では、各著者のテクストをあらためて読み直し、右の諸点を可能な限り改善しながら、一九世紀普通法学におけるかの法諺をめぐる議論の展開を描き出していきたい。

二 一九世紀後期初中葉における議論状況

(一) 中期の論者のその後

中期の論者のうち、ファンゲロウ、プフタ、ヴェヒターの三者は後期において自己の見解を修正ないし強化している。

(a) ファンゲロウ<sup>(3)</sup> ファンゲロウが『パンデクテン講義入門』第三版(一八四三年)において主張した見解は、第六版以降これを引き継いだ『パンデクテン体系書』最終第七版(一八六三年)まで基本的に維持された。ただし、現代では指摘するものはみられないが<sup>(4)</sup>——最終版において一部改説されている。

ファンゲロウが一貫して主張したことは、かれ自身いたるところで引用するように、ハッセとミュールンブルッフの論文の圧縮にはかならない。それは次のようなものである。<sup>(5)</sup>旧理論は *universitas rerum* を *universitas iuris* と *universitas facti* に区別し、*universitas iuris* とくに相続財産と特有財産につき、(1)《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》(《代位するものは代位されるものの性質を受取る (Surrogatum capit naturam eius, in cuius locum surrogatum est)》とも表現される) ルール (Regel)、(2)対物的包括訴権 (in rem actio universalis) が適用されるとしていたけれども、双方ともに不当である。その理由は次の点にある。(1)については、①相続財産占有者が相続財産中の物を売却した場合、相続人には一般に売却代金ではなく物それ自体を請求することが許容されており、D. 5, 3, 22の表現もこのことを前提としたものであること、②このルールを *universitas iuris* 一般に拡張するものと読まれてきた D. 5, 3, 20, 10は、真正な解釈によればたんに包括承継のみを念頭においたものであること、(2)については、① D. 5, 3, 20, 10は対物的包括訴権拡張の拠り所としても引き合いに出されたけれども、こうした解釈が不当であることは(1)②の理由から自明であること、②とくに特有財産の対物的包括訴権なるものが許容されていないことは D. 6, 1, 56から明白であること。したがって、「*universitates iuris* と *universitates facti* の間のかの混乱している区別をまったく顧慮せずに、*universitates rerum* に関する法原則を定立するほうが確実によらぬ」。これに対して、Grosse ad D. 15, 2, 1, 8に「したがって、*universitas iuris* を *universitas iuri-*

umとみ、その特質を有体物のみならず無体物も含むという点に求める見解がある。そうすると、相続財産や特有財産といった様々な universitas が一つにまとめられることになろう。だが、各々の universitas は「名称」はともかく「法原則」は共有しないのだから、こうした見解は相当でない。

しかしながら、第六版まではハッセとミューレンブルッフにはみいだされない、次のような主張がなされていた。<sup>(6)</sup>「universitas rerumが法上も一つの総体と認められうるか、あるいは、法上はただ個々の部分のみが考慮されうるか」をあらゆるケースにおいて吟味する必要がある、前者であれば *juristische universitas* であり、「新たな観念的な権利客体が創設される」が、後者であれば *faktische universitas* にすぎず、「法上はつねにただ複数の個々物が存在する」。けれども、この主張は最終第七版にいたり撤回される。<sup>(7)</sup>引用文献と主張内容を顧慮すれば、この撤回は *faktische universitas* は *Universität* ではない、<sup>(8)</sup>としてファンゲロウを名指しで批判した、ヴェヒター『論究』の解釈を全面的に受け容れたものとみることができよう。けれども、皮肉なことに、ヴェヒター自身はのちに『パンデクテン』においてファンゲロウ類似の区別を呼び戻していることは後で (d) みるとおりである。

ところで、以上のように、ファンゲロウの基本的主張を、ハッセとミューレンブルッフの論文の圧縮と規定することには留保をつける必要があるかもしれない。というのは、かれは「結論」において旧理論における右記命題 (1) (2) を「もっぱら完全に相続財産の諸特質」であると規定しているところ、<sup>(9)</sup>命題 (1) を相続財産に適用するという点では、とりわけミューレンブルッフの見解と相容れないからである。事実、一般には、この相違が強調されている。<sup>(10)</sup>もつとも、ファンゲロウは、相続請求の規律それ自体についてはミューレンブルッフの解釈を完全に受け容れている (右記 (1) ①) ことに注意しなければならないであろう。

- (b) プフタ<sup>(11)</sup> プフタ 『提要講座』(二八四二年)、『パンデクテン』第三版(二八四五年)では、ハッセとミュー

レンブルッフの論文における主張が支持されていた。このことは校訂版の最終のもの(各々一八八一年、一八七七年)まで変更されていない。かれの自己規定としてはそのとおりであり、とくに指摘する文献もみあたらないけれども、後期の考察との関係では、*universitas iuris*と*universitas facti*の区別につき、次の点を補足しておかなければならない。

たしかに、プフタは両者の区別を退けており、この点に限ってみればハッセとミュールンブルッフの見解と同意である。しかしながら、かれの批判は、両者を*universitas rerum*に統合するという点にのみ向けられている。反対からいえば、「物」「有体部分」を構成要素とする*universitas rerum (distansium)*(畜群、在庫商品など)と「権利」「無体部分」を構成要素とする*universitas*(相続財産、特有財産、嫁資のような)財産を区別することそれ自体は受け容れている。つまり、後者を「物(*res Sache*)」に組み入れることに反対しているにすぎない。<sup>(13)</sup>そうであるとすれば、あらゆる意味での区別を否定するハッセとミュールンブルッフの論文とは——プフタ自身の理解には反するけれども——、根本的に異なる見解であるといわなければならない。

さて、プフタは『パンデクテン』第三版の翌年、一八四六年に没したが、死後かれの講義をもとに出版された『現代ローマ法講義』第一巻(二八四七年)には、補遺XVIとして、のちにしばしば引用されることになる、『*res transit in locum pretii, pretium in locum rei*原則(Grundsatz)について」が収められている。これは同原則についての『提要講座』『パンデクテン』の主張を詳しく展開したものである。その叙述はのちの第一二版(一八七三年)にいたるまで変更されていない。<sup>(14)</sup>

プフタはこう説き起こしている。<sup>(15)</sup>ある者が「他人により」自己の金銭をもって物を購入された際にはかれが購入物の所有者になる、というケースが多くみられるといわれる。たしかに、未成年者、軍人、妻の際にはこうした事態が生じるかのようにである。しかし、その意味は、他の方法では代価を取得できない場合に自己の金銭によ

って購入された物を vindicieren できる優先権 (Beneficium iuris) がかれらに付与されるといふにすぎない。「しかしながら、これらの命題がその文脈から掴み取られ、そこから universitates iuris に妥当するといわれるかの絶対的なルール (absolute Regel) が形成されたのです」。

プフタによれば、このルールは主として相続財産に適用され、D. 5. 3. 22 がその根拠として挙げられた。けれども、同法文によってこのルールを導くことは許され<sup>(16)</sup>ない。D. 5. 3. 22 では、相続財産占有者が同一物を再購入した際にはこの物のみを返還すれば足りるのかどうか<sup>(16)</sup>が問題となった。たとえば、高価で売却し廉価で再購入した場合などに争いとなる。悪意占有者はもとより、善意占有者にもこうした抗弁は認められない。なぜなら、占有者は利益をうるべきではないから。したがって、善意占有者は物と利益 (lucrum) 「差額」を返還しなければならぬ。パウルスはこの文脈において、ユウエンティウス元老院議決の基礎となったかのハドリアーヌス帝の宣示 *in locum hereditariae rei venditiae pretium eius successisse* を引いたにすぎない。「注意しなさい、法学者はこの意見を述べていないし、ここから推論してもいけない、この意見は事柄の比喩的表現 (uneigentlicher Ausdruck) であって、原理 (Prinzip) ではないのです」。もしも原理であるとしたら、結論は正当化されないであろう。というのは、もしもそうであれば、①代金に限って、また、② *rei vindicatio* によっても請求できるということになってしまふからである。最後にこう結んでいる。「つまり、かのルール (Regel) によって指示されるのは、ただ相続請求が利益に拡張されるという結果 (Folge) だけであって、それ以上のことはありません。かのルールは誤って (falsch) います、これをルールとみるなら誤った結論に到達してしまふでしょう」。

(c) ヴエヒター<sup>(17)</sup> ヴエヒター 『論究』(一八四五年) はハッセとミューレンブルッフの論文の主張を基本的に受け容れたものであったが、かれの死後、遺稿を基礎として出版された『パンデクテン』(一八八〇—八一年)<sup>(18)</sup>では若干の修正が行われている。両者の関係は一般には詳しく検討されていないけれども、次のような相違がみられ

るのである。

第一に、理論史の分析について。『論究』では、旧理論は *universitas iuris* 及び *universitas facti* を区別する命題として、(1)《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》の適否、(2) 対物的包括訴訟の可否、(3) 担保責任の存否の三つを挙げていたと分析されていたのに対して、『パンデクテン』ではなんの断りもなく、命題(1)(2)のみが挙げられており、命題(3)は落とされている。<sup>(19)</sup> そもそも命題(3)は『論究』以前にはみられなかったものであり、これに対してはのちにウンガーがその学説史研究において実証的な批判をくわえたところである。<sup>(21)</sup> 『パンデクテン』では認識を改めたものということができよう。現代ではもはや旧理論の特徴として命題(3)を挙げるものはみあたらない。<sup>(22)</sup>

第二に、*universitas iuris* 及び *universitas facti* の区別について。『論究』では、「両者の間には」徹底的、一般的、本質的な区別なるものは法関係上生じない、「すべての区別は拒否されなければならない。この区別は事実、実際上の意味を有しない。そして、この区別に実際上の意味を付与しようとするならば、諸々の不当と誤謬に陥るのである」と断じられていたが、『パンデクテン』では、「その「総体論の考察の」際には、古い論者たちがそうしたのと同じように、二つの本質上異なるカテゴリーを区別しなければならぬ。ただ、この論者たちは諸ケースとその意味を誤って解釈していたのである」と説かれている。<sup>(23)</sup> この両テキストの関係はどう読まれるべきか。まず、『パンデクテン』で展開された「正しい」解釈をみてよう。<sup>(24)</sup> それは、一言でいえば、法が総体を「真正な法上の統一体、*universitas*」として取り扱っているか否かに応じて区別しなければならない、というものである。(1)これが肯定されるならば、「言葉の」本来の意味での *iuris universitas* を語ることができる。次の場合が挙げられる。すなわち、(a) 相続財産につき、(i) 包括承継、(ii) 対物的包括訴訟(相続請求)、(iii) 《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》が適用されるとき。さらに、(b) 特有財産は「二重の観点から」*universitas iuris* を

形成する。(a)軍営特有財産の資力により取得されたものが軍営特有財産に帰属するというように(C. 12. 37. 1)、  
 「代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う」が様々な各特有財産の分配基準として適用されるほか、(b)軍営  
 特有財産、準軍営特有財産、(ユ帝法によれば)外来特有財産では包括承継が生じるため、その際には(a)の(i)(ii)(iii)  
 が適用される。とくに留意すべき点として、①財産は以上の関係を除いては法上統一体として取り扱われず、と  
 くに生者の間で財産全体を法律行為により移転することはできないこと、②包括承継(a)(ii)と(b)以外には対物  
 的包括訴訟は認められず、財産の一部が無権原の第三者のもとにある際には個物として返還請求しなければなら  
 ないこと(D. 6. 1. 56)が挙げられ、最後に、③「代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う」につき注意が促  
 されるが、この点については第三のところでも引用する。他方、(2) *universitas iuris* ではない場合には、一般には  
*universitas facti* などと呼ばれているが、「法上は統一体は存しない」。すなわち、こうした総体は、(a)観念上の  
 特別な権利客体を形成しない(D. 41. 3. 30. 2)、畜群の *vindicatio* は実際上の必要から一体的に取り扱われるが、  
 それでも個物を捨象するものではない、(b)法律行為の際には一定の関係において一体として取り扱われる(譲渡、  
 担保設定、遺贈など)けれども、「総体の」概念のもとにまとめられた物件(Dies)の「一体的な取扱いはたんに  
 処分者の推測された意思に基づく、つまりもっぱら意思解釈の問題である」。以上をみれば明らかのように、「パ  
 ンデクテン」で説かれた個別の解釈は、『論究』で主張されたものと違いがない。そうすると、『論究』における  
 区別それ自体を否定するかのような言辞は、旧理論的な区別を否定するというように割り引いて読まなければ  
 ならず、『パンデクテン』ではかつての区別に新たな意味を付与し、これに応じてみずからの個別の解釈を体系  
 的に提示したということになる。

第三に、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。『論究』では、この法諺は「相続財  
 産の際にすら……精確にみればいかに誤った諸判断に到達せざるをえないかが明らかに」 「まったく同様に、

……一般的なものとしてはいわゆる *universitas juris* なるものの他のグループ、すなわち特有財産および嫁資の際にも適用されない」と説かれていたのに対して、『パンデクテン』では、「もっぱら包括承継と *Bic. 2a* [(a) (iii)・(b) (a)] に述べられた限定的な関係においてのみ適用される。ひとはこの命題を他の諸ケースに適用してはならない」と述べられている。<sup>(25)</sup> しかし、ここでも、『論究』で相続財産と特有財産の代位物につき示された個別の解釈は、『パンデクテン』でもとくに変更されていないことに注意しなければならない。<sup>(26)</sup> 軍営特有財産についてはさきにもたとおり、相続請求については相続財産中の物の売却代金の規律につき簡潔に言及されるにとどまるけれども、足りないところは『論究』の参照が指示されているのである。とすれば、両テキストは同一の事柄を、一方では消極的に、他方では積極的に示したものと受け取ることもできよう。しかしながら、『論究』では相続請求につき、ミューレンブルッフをそのまま引き写したかのような徹底した否定的言辭が用いられていたことを想起すれば、『パンデクテン』に至り、この法諺の意味それ自体を読み替えた、とみるほうが相当であるように思われる。

## (二) *universitas iuris* と *universitas facti* の区別の擁護

ハッセとミューレンブルッフが *universitas rerum* における *universitas iuris* と *universitas facti* の区別を退けて以来、中期ではこれを支持するものもみられたが、キールルフの反論を嚆矢として、後期に入ると区別そのものを放棄するものは一般にはみられなくなった。

### 1 議論状況の分析

この区別擁護論の陣営はけっして一枚岩ではないが、現代でもきちんと整理されておらず、議論の見通しは非常に悪い状態にある。<sup>(27)</sup> しかし、『区別基準』<sup>(28)</sup> については、広く注目を集めた、ビルクマイヤー「法的意味におけ

る財産について』(一八七九年)における分析が手掛かりとなろう。これを基礎としながら本稿なりにまとめ直す<sup>(29)</sup>と、次のとおりである。

両者の区別基準につき、(1)内容、(2)基礎、(3)規律のいづれに重きをおくかによって大別される。そして、(1)の観点からは、*ius*は主観的意味のそれ、すなわち「権利」と把握され、(2)(3)の観点からは、客観的意味のそれ、すなわち「法」と把握される。(1)説によれば、*universitas iuris*と*universitas facti*は、(a)有体物と無体物の総体、有体物の総体、(b)権利の総体、(有体)物(または権利客体)の総体というように区別される。これは Grosse ad D. 15, 2, 1, 8 (a)説<sup>(30)</sup>に端を発する伝統的見解であり、キールルフ (b)説を経由して、プフタ、ジントニス、ベッカー (b)説、ゾイフェルト、アルント、ケーラー (a)説などに受け継がれている。他方、(2)説は、*universitas iuris*は法上創設された総体であるのに対して、*universitas facti*は事実上創設された総体であるという。近世において有力に主張された考え方であり、テイボー、近時ではベヒマン、ビルクマイヤーによって支持されている。そして、(3)説によれば、*universitas iuris*と*universitas facti*は、法上統一体として取り扱われる総体か、たんに事実上統一体として取り扱われる総体かによって区別される。ヘプナー、グリユック、シユヴェツペ、さらにファンゲロウ旧説、ヴェヒター『パンデクテン』、ノイナーがこれに与している。用法につき次の点を確認しておく。普通法上、(少なくとも狭義の)*universitas rerum*を*universitas facti*と同定するもの、*universitas iuris*を*universitas iurium*、他方、*universitas facti*を*universitas hominis*と表記するものがしばしばみられ、*universitas facti*は*universitas*とはなるともいわれる。こうした用法とさまの学説との対応関係を分析すると、次のとおりである。(1)説、とくに(b)説によれば、*universitas iuris*はより精確には*universitas iurium*であり、*res* (有体物)から構成されな以上これを*universitas rerum*の下位分類に位置づけることは相当でなく、(少なくとも狭義の)*universitas rerum*は*universitas facti*のみを指示する、端的には*universitas facti*とはな

くもつばら *universitas rerum* という表現が用いられる。他方、(2)(3)説によれば、*universitas facti* は *universitas hominis* とも呼ばれ、権利の総体として現れる場合にはいずれの *universitas* であつても *universitas iurium* と表記されることになる。そして、(3)説によれば、(1)(2)説とは異なり、*universitas facti* は事実上の統一体にすぎない以上、もはや *universitas* とみるに当たらないとも断じられる。

さらに、もう一つ、*「区別対象」* という分析視角を設定することも考えられる。かの法諺との関係では、*universitas iuris* として、(ア)相続財産、特有財産、嫁資といった、のちに「特別財産 (Sondervermögen)」と呼ばれる財産のみを想定するのか、それとも、(イ)財産一般を想定するのか、という視点が重要である。この点はビルクマイヤーからも看過されているが、かの法諺の位置づけを明らかにするためには無視できない。具体例を挙げるもののみ、抽象的定式を顧慮しないで整理すると、(ア)説が伝統的見解、そして多数説であるといえよう。<sup>(31)</sup> すなわち、(ア)説は、Grosse ad D. 15, 2, 1, 8 を嚆矢として、ヘプナー、グリユックを経由し、プフタ、アルンツ、ゾイフェルト、ケーラー、ベヒマン、ノイナー、ヴェヒター『パンデクテン』、ベツカーに受け継がれている。これに対して、(イ)説に与するのは、シュヴェツペ、キールルフ、さらにビルクマイヤーである。

以下では、これらのうち、区別基準から出発し、*iuris* を主観的意味に理解するものとして、ジンテニス (1)(b) 説・不明)、ゾイフェルト (1)(a) 説・(ア)説)、*iuris* を客観的意味に理解するものとして、ベヒマン (2) 説・(ア)説)、ノイナー (3) 説・(ア)説)、さらにビルクマイヤー (2) 説・(イ) 説) を考察する。他のものは結論のみであるか、すでに紹介したもので、ここで取り上げる必要をみない。

## 2 主観的意味における *iuris*

(a) ジンテニス<sup>(33)</sup> ジンテニスは『実務普通私法』(一八四四年)<sup>(34)</sup> のなかで、ミュールンブルッフの論文を詳細に分析・検討したあと、これに反対したキールルフの姿勢に同調し、物の総体としての *universitas rerum* を

*universitas iuris* から区別する必要があることをあらためて強調した。主張内容は最終第三版(一八六八年)でも変更されていない。

旧理論は *universitas iuris* と *universitas facti* を区別し、前者につき、(a) 対物的包括訴権と、(b) 法ルール(Rechtsregel) であるかの法諺を適用していた。これに対して、ミューレンブルッフはこうした区別とルールの結合とともに、区別それ自体をも退け、端的に *universitas rerum* という一般的概念のみを承認した。さて、ジメンニスによれば、かれの主張のうち、「初めから終わりまで」正当といえるのは次の二点である。すなわち、<sup>(35)</sup>

(i) *universitas rerum* あるはこの概念の区別から単純に結論を導くだけでは各総体の法的性質につき正当な認識には到達しないこと、(ii) 生者の中で *universitas* が処分される場合には集合名によって指示されるだけの個々の物と権利に姿を変えること。「したがって、区別と結論の一般的結合を否定した部分に限ってのみ正当である。」<sup>(36)</sup>

これに対して、区別それ自体を退けることは正当でない。一つは、体系上の理由である。「体系上の根拠からみれば、この物権法(Sachenrecht) ではもっぱら個々の物(有体物) からなる観念的総体(Begriffsganzes) のみを取り扱われる、という点において一つの区別がかたく保持されなければならない」。ミューレンブルッフは *universitas rerum* ≡ *universitas facti*, *Sacheneinheit* が無体物から構成されようことの論証として、資本または営業の一体的処分に關する法文(D. 32, 64; D. 31, 77, 16) を引いているけれども、この取扱いが正当であることと物権法においてこうした *universitas rerum* を定立してよいことは別問題であり、証明としては弱い。もう一つは、実際上の理由である。「すべての *universitas* (以前のいわゆる *facti* と *iuris*) を「ちゃませにすること(völliges Zusammenmischen) は、「右記」体系上の反対根拠を除いても、かつての根拠のない対比が実際に誘発したのと同じくらい、ひどい害悪(Uebel) に引き入れがちであるのは確実である」。だから、近時キールフがミューレンブルッフに反論し、両者の区別をふたたび受け容れたことは、—— Rechtsobject u. practisches

Objectといわれ独自の用語の正当性はともかく——この限りで支持されなければならない。

ジテンニスは、以上の考察から次のように結論する。<sup>(37)</sup> *universitas rerum*, すなわち「複数の個々の物、より精確には動産をもとに把握することによって生じる観念的な統一」(畜群、図書館など)は、それ以外の *universitas*, いわゆる *universitas iuris* から区別されなければならない。

なお、他説との関係においては、次の指摘を引いておく必要がある。<sup>(38)</sup> (1) *universitas rerum* は「法上」一に統一体、他には個々の部分として現れるけれども、いずれが現れるかにつき一定のメルクマールは存しない、しかし、所有権は総体と個物上に存し、占有・取得時効は個物上、担保・契約・遺言は当事者意思によるなど、大枠を示すことはできる、(2) 用いた *universitas rerum* に適用される諸規定の多くは、*universitas iuris* にも当てはまる、しかしながら、*universitas iuris* は *universitas rerum* のように「互いに一まとめにすることは認められず」<sup>(39)</sup>、各々の総体につき体系上個別に考察されなければならない。「したがって、規律による区別は正当でない。」

(b) ゴイフェルト<sup>(40)</sup> ゴイフェルト『実務パンデクテン法』第二版(一八四八年)<sup>(41)</sup>は、本文でこの *universitas iuris* と *universitas facti* の区別につき伝統的通説を紹介するものの、脚注ではハッセとミュレンブルッフの論文にしたがい、区別否定説に与するかのよう述べていた。しかし、第三版(一八五二年)において叙述が書き改められ、最終第四版(一八六〇年)でもそのまま維持されている。もともと、その内容はごく簡潔なものにすぎない。<sup>(42)</sup>

*universitas (rerum)* は「統一体として権利の対象である個々の物の複数」と理解される。その「主たるケース」は故人の相続であり、その際には非常に多種多様で分散した個々のものからなる積極財産消極財産の総体が統一体として一つの行為によって相続人に移転する(包括承継)。通常このケースは *universitas iuris* という表現によ

って特別扱いされる。これと対比して、畜群、在庫商品などが *Sacheneinheit* として権利客体である場合には、*universitas facti* と呼ばれる。いわゆる *universitas iuris* にはルール (*Regel*) としてのかの法詔が適用される (相続請求、軍営特有財産)。

ゾイフェルトは、こうした一般的な説明を行いつつも、第二版では次のように注記していた。「*universitas iuris* と *universitas facti* の法上意味のある区別は法律において根拠づけられないことを、ハッセとミューレンブルッフが説得的に証明した」。しかし、第三版以降では、この叙述は次のように書き改められている。「上記の表現も、いわゆる *universitas iuris* としてかつてまとめられた複数の諸ケースについての共通の諸原則も、いずれもわれわれの法源には現れない」。この変更につきとくに理由は付されておらず、また、とくに分析するものもみあたらない。けれども、それが区別擁護論の再興時期に対応していることを顧慮すると、第三版にいたり、区別それ自体を否定するわけではない」というように改説したものと読むのが相当であろう。

### 3 客観的意味における *ius*

(a) ベヒマン<sup>(44)</sup> ベヒマン『ローマ嫁資法』第二卷(一八六七年)における基礎の相違を起点とした区別擁護論は、当人も認める<sup>(45)</sup> とおり、ごく簡潔な考察を基礎とするものではあるけれども、一つの異論としてのちの学説から注目を集めることになった。

ベヒマンによれば、「新理論は *universitas iuris* の概念を否定する点において行きすぎである<sup>(46)</sup>。ハッセ、そしてミューレンブルッフは *universitas* の相対的性質を指摘し、学界からも受け容れられているが、このことと *universitas iuris* 概念の否定は直結しない。かれは嫁資「返還」義務 (*Dotalobligation*) の対象との関連において次のように説いている<sup>(47)</sup>。

あらゆる *universitas* は現実の、*(real)* 存在ではなく、抽象 (*Abstraktion*) である。つまり、われわれの意識

(Bewusstsein) のなかに統一的觀念 (einheitliche Vorstellung) として現れる。だから、複数の客体はこうした觀念を想起せしめるなららかの關係 (Beziehung) に立つに相違ない。そして、「この……關係はまず第一に事實上与えられる」「生活 (Leben) によつて創設され、あらゆる法の前に存在する」。いわゆる universitas rerum [universitas facti]<sup>(48)</sup> の際にはそうである。法はこうした universitas を res singulares として規律することも可能であるが、もし「つねに」そうするならば粗野で不器用 (roh und ungefüge) とのそしりを免れない。なぜなら、各人の好みではなく、普遍的ないわば先天的な直感にしたがい (nach allgemeiner, gleichsam angeborener Anschauung) この關係が与えられたなら、法もこれを引き裂いてはならないからである。もつとも、さらに「複数の客體相互の……關係は法により創設された、つまり純粹に法的なそれでもありうる」。ここに属するのは相続財産、特有財産であるが、嫁資もまたそうである。法源上ただ一度だけ universitas dotis という表現がみられる (D. 33, 4, 1, 4) のはタウトロギーに他ならない。この universitas iuris の際には、法は複数の権利客體を、一つまたは複数の關係において「あたかもただ唯一の統一的な権利客體が存在するかのように」取り扱う。こうした取扱いは、(a) 取得との關係 (包括承継の有無)、(b) 存在と範圍との關係 (増減能力の可否) にみられる。しかし、両者が同時に付与される必要はない。嫁資には (b) は承認されるが、(a) はこの限りでない。「このように理解すれば、ハツセとミューレンブルッフ以来、ほとんど評判を失つた universitas facti と universitas iuris の対比は疑いなくその正当性を手に入れるのである」。

(b) ノイナー<sup>(49)</sup> ノイナー「私法上の法關係の本質と態様」(一八六六年) は私法体系全体の構想を提示した画期的研究であるが、そのうちの第二章「私法關係の態様」第三節「財産に関する法關係」第四款「總體とみなされた人の財産」において、universitas iuris と universitas facti の区別が規律の相違の観点から擁護されている。

ノイナーのいうところを理解するには、前提として、かれによる universitas と財産 (Vermögen) の概念を簡

単にみておかなければならない。<sup>(50)</sup> まず、*universitas* とは「一に (*in unum*) 翻訳された多 (*Vieltelt*)」であるけれども、「法的な意味でも統一体であるかどうか」はこの概念だけでは決定されない、次に、財産は、「理念的 (*ideell*)」意味のそれと、「現実的 (*reell*)」意味のそれに区別される。前者は、根本的には人の財産能力 (*Vermögensfähigkeit*)、副次的には積極財産と消極財産のうちに現れ、人それ自体の代表 (*repräsentieren*) とみられるのに対して、後者は、たんに積極財産の総計にすぎない。ノイナーは、*universitas rerum* は *universitas iuris* と *universitas facti* に区別され、前者は理念的意味の財産、後者は現実的意味の財産に属するといいい、両者の区別基準につき自己の主張を圧縮したかたちで次のように提示している。<sup>(51)</sup>

*universitas iuris* とは、複数の財産客体が「たんに生活の事実上の觀念のみならず、同時に法上現実のものとして承認されている」概念のもとにある場合に存する。だから、*iuris nomen*、法上の統一体、固有の権利客体とみなされる。*universitas iuris* が實際上明白に現れるのは相続財産である。すなわち、(a) 包括承継、(b) 対物的包括訴訟 (相続請求)、(c) 「少なくとも一定の程度では」《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》(vgl. D. 5, 3, 22) 「具体的意味は不明」のほか、(d) 古い法では相続財産それ自体の占有・取得時効も認められたし、さらに、(e) 「現実の」構成要素がなくても存続しうる。このことは特定相続が生じる場合、たとえば家子の遺言の対象とされた軍営特有財産、準軍営特有財産にも妥当する (D. 5, 3, 20, 10)。

これに対して、*universitas facti* とは、複数の物または権利 (つねに積極財産のみ) が「法ではなく生活の事実上の觀念だけが現実のもの、統一体および客体とみなしている」概念のもとにある場合に存する。だから、たんに *nomen facti*、法上は *res singulae* の集合とみなされる。このことは、(a) 占有・取得時効、(b) 所有権、(c) *Vindication*、(d) 引渡し、(e) 承継 (特定承継)、さらに、(f) 「現実の」構成要素なきそれは存在しえないことに現れる。なお、法律行為 (売却、担保設定、遺贈など) の際には意思に委ねられる問題が同一の原則によって一体的に処理

されるけれども、あくまで、当事者意思によるところ、「これによって法的意味での universitas になるのではない」。 *universitas facti* は構成要素に応じて次の二つに区別される。一つは、「ある程度同一の種類に属する有体物のみからなる」もの。畜群、在庫商品、図書館、土地の属具などが属する。 *universitas* そのものの *Vindication* が許容されているが、たんに実益から個々のそれがまとめられたにすぎず、法的意味での *universitas* が觀念されているわけではない。もう一つは、「あるいは有体物と権利、簡潔にはきわめて様々な客体からなる」もの。したがって、しばしば <sup>(52)</sup> *„Vermögen“, universitas iurium* とも呼ばれる。これに属するのは、*res peculiares* の総計の意味での特有財産、<sup>(52)</sup> 嫁資、結納など。法的意味での *universitas* ではないことは、(a) 債権債務共存の不可能、(b) 包括承継の不存在、(c) *universitas* そのものの *Vindication* の不許容（権利も構成要素となりうるから第一類型の意味でのそれも認められない）から確認される。

こうしてノイナーによれば、*universitas iuris* と *universitas facti* の対比は、人の法に目を向ければ、*universitas personarum* と *societas personarum* の対比に相應するところになる。「…… *universitas iuris* と *universitas facti* の対比はしばしば誤って理解されていたのだけれど、「対比され自体は」 いくら反対が述べられたとしても、現実に正当であり、法学上役に立つものである」。<sup>(53)</sup>

(c) *ビルクマイヤー*<sup>(54)</sup> *ビルクマイヤー* 『財産』（一八七九年）における考察は難渋であるが、要するに、法源上の根拠を探り、基礎の相違から出発してそこから内容の相違を演繹し、規律の相違を示すとともに若干の補足を行い、両区別の法源上理論上実際上の相当性を基礎づけるものとみることができるとしている。

ハッセとミュールレンブルッフは区別論に対して、その法源的基礎の不在を批判した。けれども、*ビルクマイヤー* によれば、この批判は適切でない。<sup>(55)</sup> 「われわれはこれに反対して D. 50, 16, 49 を引き合いに出したい。われわれの信じるところでは、この法文には *universitas* はおおよそ *universitas iuris* と *universitas facti* に区分されるよ

いうことがたしかに隠されているのである」。D. 50, 16, 49<sup>(56)</sup>では、個々の bona (Einzelbona) は「法的意味での (im Sinne des Rechts)」それ、すなわち「権利 (Rechte)」と、「自然的意味での (im natürlichen Sinn)」それ、すなわち「財 (Güter)」が区別されているとみる事ができる。さて、前者はきわめて様々な法源のなかで universitas bonorum, 財産統一 (Vermögen-Einheit) に結合されている。では、後者はどうか。ローマ人がこれを統一に結合していたことは説得的には論証できない。けれども、今日ではこうした統一がみられるのである。このことは経済学者の叙述から完全に証明される<sup>(57)</sup>。かれらは法上の関係をまったく顧慮せず、必要の充足のために事実上ある人の意のままになる財の総体 (Inbegriff von Gütern) を財産 (Vermögen) と呼び、これを統一体とみなしている。したがって、われわれは二つの財産を有する。「権利の統一体としての法的意味における財産と、財・価値の統一体としての自然的または純粹に経済的な意味における財産」。前者を universitas iuris, 後者を universitas facti と呼ぶ。こうしてみれば、この区別は「少なくとも間接的には」「おのずと」D. 50, 16, 49 に基礎を有することが明らかになる。

ところで、この定義を一見すると、両者の相違は Grosse ad D. 15, 2, 1, 8 のようにその内容に求められるかのようにある。「だが、この区別のメルクマールは本来的なものではなく、それ自体はおいっそう深いところにあるものの帰結にすぎないかのように入れわれには思われる」。では、その「本来的ないし深奥にあるメルクマール」とはなにか。<sup>(58)</sup>ビルクマイヤーによれば、それは、近時ではヒヒマンにより主張された、「universitas juris は法秩序 (Rechtsordnung)」、universitas facti は日常生活 (tägliches Leben) により創設された統一」というメルクマールである。この背後には「法秩序が財産を統一体として独立に作出した」というテーゼがある。このテーゼは次のように論証される。①相続財産は純粹な法概念とみなされ (iuris nomen)、corpus がなくても存続しうる。他方、②日常生活であれば、こゝまでの抽象には至らない。それはつねに有体的基礎 (körperliche Grundlage)

に基づき感覺 (Sinn) によってのみ統一体を創設できる。家屋、<sup>(59)</sup>畜群、図書館のように。そして、③法秩序は法にとつて必要不可欠な場合には日常生活の統一観念を利用する。たとえば、畜群の vindicatio や家屋の所有権取得の取扱いである。けれども、こうした現象を根拠に、だからそれらは事実上の統一体ではありえないなどというのは不当である。つまり、③法秩序と日常生活の財産統一の観念は異なる。日常生活にとつては主観的な意味では有体的支配 (körperliches Beherrschen)、客観的な意味では物体 (Körper) そのものであるのに対して、法秩序にとつては主観客観いずれにせよ無体的ななにか (etwas Unkörperliches)、より精確には主観的にみれば Recht、客観的にみれば Rechtsgesamtheit である。「法秩序は通俗的な生活よりも早く、あるいは少なくともその解釈とまったく無関係に、法秩序固有の財産概念を、法のためのためにみずから創設した」。「法による創設いかにという視角からみると」、「法的意味における財産、universitas iuris としてのそれは絶対的、な統一体である」のに対して、「universitas facti は法的にはただ相対的な統一体にすぎない」。ヴィントシャイトは財産もまず第一には事実上の統合であるとしているけれども、この主張は根拠のないものといわなければならない。

こうした universitas iuris と universitas facti の基礎の相違は、その内容の相違を当然に生ぜしめる。<sup>(60)</sup>日常生活は自然的かつ感覺的解釈により純粹に事実上の理由をもとに結合されているものを統一体とするのに対して、法秩序は一定の法目的のために法上の性格、内的関係を有するものを統一体とする。つまり、日常生活により創設される統一体は有体物を基礎とするものの、他の内容上の制限を受けないのに対して、法秩序により創設される統一体は法上の関係に規定された内容上の制限を受ける。たとえば、畜群概念は自然の性向により創設されるから、他人の所有する家畜が混在していてもなおその性格を失わないが、他方、universitas bonorum が債権者の責任財産のために創設される際には、事実上の関係は問題とならず、もっぱら債務者の権利のみを包含する。要するに、「universitas iuris としての財産の特質からおのずと universitas iurium としての特質も判明する。あら

ゆゑ *universitas facti* を示す *universitas rerum* (*corporalium nec non incorporalium*) とは異なるのである」。ハッセによれば法上の統一体との関係では物理性いかんはまったく問題とならないとされるが、いまや不当な見解と断じてよい。

さて、問題は両者の区別の実際の意義である。この区別には実益があるのか。ブルクマイヤーは次の二点を指摘する。<sup>(62)</sup> *universitas iuris* は「法領域のいたるところで」統一体として登場するのに対して、*universitas facti* は「法上はただ散発的な諸関係においてのみ」統一体として取り扱われること、もう一つは *universitas iuris* はもっぱら権利のみから構成されるという点にかかわる。後者を敷衍すると以下のとおりである。*universitas facti* では法上は異なる人に帰属するものも結合されうる。つまり、*universitas* は法上 A に帰属するけれども、構成要素の一部は A ではなく B に帰属する場合がある。こうした際に、A が無権原者 C から *universitas* を *vindicieren* した場合、C は B への一部帰属をもって抗弁できないが、A はのちに B から *vindicieren* されることになる。畜群の *vindicatio* では、原告は大部分の家畜を所有していることを証明すればよく、被告は訴外第三者の家畜の存在いかんを問わずすべてを原告に返還しなければならぬが、このことはもとより真正所有者の権利を奪うものではない (D. 6, 1, 1, 3; D. 6, 1, 2; D. 6, 1, 23, 5)。他方、*universitas iuris* の際にはこうした事態は観念できない。*universitas iuris* では法上単一人に帰属する権利しか結合されえない。だから、A が有する *universitas* の一構成要素を第三者が取得する場合には、その構成要素は *universitas* したがって A に帰属することを停止することになる。相続請求の際には、たしかに原告はすべての構成要素が自己に帰属することを証明する必要はないけれども、しかし被告は故人の無権利の証明によって免責されると理解されている (法源上は明示的でない) から、<sup>(63)</sup> 場合でも *universitas* と構成要素の帰属主体の同一性が担保されている。ミューレンブルッフは畜群の *vindicatio* と相続請求の区別を転倒させようと企てているけれども、以上のことから支持できない。

最後に、次の問題が残されている。すなわち、*universitas iuris*には、*universitas bonorum*そのもの、そして *universitas bonorum defuncti*である相続財産のみならず、特有財産と嫁資もまた含まれるのか。ビルクマイヤーによれば、特有財産訴権・嫁資「返還」義務との関係といった「法により統一体として承認されるところでは」肯定される。<sup>(63)</sup> なぜなら、①これらは *universitas bonorum iuris* から分離される以上、権利のみから構成されなければならず、この意味において本質的かつ始原的に法秩序により創設されたものであるし、②法秩序が自己の *bonorum universitas iuris* を多くのより小さな統一体に分割することを許可したならば、当事者がこの許可を用いたという一事だけでこれらを *universitas facti* と呼ぶことは相当でないほか、③特有財産と嫁資は一貫して *universitas bonorum* のアナロジーと規定されるからである。③は、いずれも権利から構成されること（内容の観点）と、*universitas bonorum* が担い手の経済上の必要一般に仕える一方、特有財産と嫁資は奴隷または家子の独立経営の実施あるいは夫婦生活の経済上の必要の充足に特別に仕えること（目的の観点「一般／特殊の関係」）に基づく。だから、特有財産と嫁資は法源上も明示的に *patrimonium* と呼ばれている。ミューレンブルッフは、特有財産は家長の意思により創設されるとし、区別否定の一論拠としているが、内容は権利に限られる以上完全な自由は認められていないし、他面、法秩序の許可を用いただけで *universitas facti* とみるのは誤りである。

### (三) 法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》に対する消極的評価

以上のように、ハッセとミューレンブルッフの批判は *universitas iuris* と *universitas facti* の区別それ自体を排斥するにはいたらなかった。しかし、かれらの批判は法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》に對して重要な影響をもたらした。それは、一方で、*universitas iuris* の一般的メルクマールとしての役割を否定され、他方で、もはや無制限には適用されなくなったのである。

1 議論状況の分析

のちにみるシュレーターの *Dissertation* 以来、ひろく流布した見方によれば、この議論状況はさらに細かく次のように分析される。<sup>(64)</sup> 出発点は、この法諺に対するハッセとミュールンブルッフの態度の相違の認識である。これまでの考察から明らかなどおり、普通法学ではハッセとミュールンブルッフの見解は同一視される傾向があったけれども、分析的にみれば両者の間には次の相違がみられる。すなわち、ハッセはこの法諺の適用を一応は認めているのに対して、ミュールンブルッフは適用それ自体を否定しているのである。<sup>(65)</sup> この視点から読み直すと、学説は、(1)制限適用説(ハッセの系譜)と、(2)適用否定説(ミュールンブルッフの系譜)に分類できる。(1)では、相続財産につきかつ部分的に適用するものが一般といえ、(2)では、債権的效果しか認めない見解の登場が目される。

<sup>(66)</sup> この分析視角にしたがいつつ、しばしばみられる誤りを修正して代表的な学説を振り分けると、次のようになる。(1)説には、(a)相続財産につき適用を肯定するものに、ファンゲロウ、ツィマーマン、アルンツ、ケーラー、ノイナー、このうち、(b)相続財産および特有財産につき適用を肯定するものに、ゾイフェルト、ヴェヒター『パインデクテン』がある。これに対して、(2)説は、サヴィニー、プファ、そしてキールルフ、ヴェヒター『論究』を経由してとくに次のものに受け継がれている。(a)相続請求については、債権的效果説の嚆矢となったシュレーダーと、これを支持したケーラー、レオンハルト、(b)特有財産については、後述のように(四)異なる「理論」を用意する、マンドリ、フィッティング、ペルニーチェ、(c)嫁資については、ベヒマン。

以下では、これらのうち、順に、(1)説として、ゾイフェルト、アルンツ、ケーラー、(2)説として、シュレーダー、ケーラー、ベヒマンを取り上げる。その際には、ファンゲロウとヴェヒターを考察したときに留意したように、形式的な適否のみならず、具体的な意味にも着目する。なお、ここで取り上げなかったものは、さきにも

たものとのちに触れるもの、ごく簡潔なものである。<sup>(67)</sup>

## 2 制限適用説

(a) ゾイフェルト<sup>(68)</sup> ゾイフェルト『実務パンデクテン法』第二版(一八四八—四九年)<sup>(69)</sup>は *universitas iuris* と *universitas facti* の区別とは異なり、かの法諺については後の版でも大きな変更はみられない。ただし、死後に出版された第一巻第四版(一八六〇年)では生前の欄外注に基づくとみられる定式の校訂がなされている。<sup>(70)</sup>

すでにみたとおり、ゾイフェルトによれば、*universitas iuris* の主たるケースは積極財産消極財産の一体的移転(包括承継)が生じる相続の際にみられ、畜群、在庫商品など、*Sacheneinheit* とある *universitas facti* から区別される。そして、*universitas iuris* には「通常〈物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う〉と表現される」<sup>(71)</sup>「ルール (Regel)」が適用される。第四版によれば、*universitas iuris* の返還を求める者は「本来はこれに属さないが、そのもののために (*für*) —— とりわけその資力によって (*aus den Mitteln*) —— 購入されたもの、あるいは手放された物の地位を占めたものすべて」を請求できると定式化されている。これに対して、第三版までは *für y aus den Mitteln* は *oder y* 結ばれ、「資力によってまたはただそのものために」というように表現されていた。<sup>(72)</sup>

このルールが適用されるのは相続請求と特有財産である。<sup>(72)</sup> まず、相続請求につき、このルールが引き合いに出される第一巻と第三巻の各脚注では、*D. 5, 3, 20, pr. 2; D. 5, 3, 20, 12; D. 5, 3, 22* が挙げられている。そこで、これらの法文を脚注で引く本文を逆引きすると、こう解説されている。すなわち、<sup>(1)</sup> *D. 5, 3, 20, pr. 1*: 相続財産あるいはその個々の構成要素のために購入された物の返還もまた、とりわけその購入が相続財産の資力によって行われた場合に、請求することができる。<sup>(2)</sup> *D. 5, 3, 20, 2; D. 5, 3, 20, 12*: 物が譲渡された場合、原告は悪意占有者より物それ自体と果実の調達あるいはその価値と利息のいずれか一方を請求することができる。なお、*D.*

5, 3, 22の解説はなされていないが、区別論批判の文脈でミュールンブルッフ、そしてファンゲロウを引いているから、かれらのそれに従うつもりであろう。以上の法文およびその解釈ともに校訂前後で大きな変化はみられないから、一般的定式の修正は、右(1)の具体的叙述に対応してなされたにすぎないものとみることが出来る。他方、特有財産については次のように説かれている。通常は D. 5, 3, 20, 10を根拠として特有財産一般に対する適用が肯定されているが、ハッセとミュールンブルッフによりこの法文はたんにその相続と関連しているにすぎないことが示された。「——ちなみに、この命題(§85)はまったく異なる意味ではあるけれども、軍営特有財産につき実際に生じる。すなわち、軍人が軍営特有財産の資力により取得するものは——一般ルールによって——家長の財産に帰属するのではなく、——その特有財産の一部になるとされるのである」(C. 12, 37, 1)。

なお、ゾイフェルトはこのルールとの関連で、次のことを補足している。<sup>(73)</sup>すなわち、古い文献によくみられる命題《代位するものは代位されるものの性質を受取る》は「この一般性のままでは誤りである」。そこでは、C. 3, 32, 6「受寄者が寄託者の金銭を用いて自己のために購入した物は寄託者に直接帰属しない」などの参照が指示されている。

(b) アルンツ<sup>(74)</sup> アルンツ『パンデクテン体系書』第一巻はかの法諺については初版(一八五二年)から最終第一四版(一八八九年)以来一貫して、ごく簡潔、そして曖昧に触れるにとどまる。<sup>(75)</sup>

同書によれば、*universitas rerum* は有体物の総体(畜群など)、*universitas iuris* は有体物と無体物の総体、財産関係の総体(相続財産、嫁資、特有財産)と規定され、*universitas iuris* につき<sup>(76)</sup>注記される。「《物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》ルール(Regel)?」。アルンツ自身が参照を指示したのは、ハッセとミュールンブルッフ、それにヴェヒター「論究」とヴィントシャイトであり、のちに補訂者がこれにヴェヒター「パンデクテン」とビルクマイヤーを付け加えている。

もつとも、アルンツは『民事法論集』第二卷（一八七三年）に収められた相続請求に関する二論文において、次の諸点につきかの法諺に言及している。

第一に、相続人は相続財産占有者による購入物も相続請求により返還請求できる、という点につき、《物は代価の地位を襲う》を引いている。<sup>(76)</sup> 判断基準は相続財産のために、(E) 購入されたかどうかであるところ、(1) 請求が認められるのは、(a) 相続財産中の金銭が使用された場合のみならず、(b) 占有者個人の金銭が使用された場合も——もちろん代金の償還を要するが——含まれる反面、(2) 相続財産のためではなく、他の利益において (E) *anderweitigem Interesse*) 購入された場合には、たとえ相続財産中の金銭が使用されたとしても請求は認められない (D. 5. 3. 20, pr. 1; vgl. D. 5. 3. 25, 1)。《物は代価の地位を襲う》はこうした全体の理解を前提に、あくまで(1) (a) の規律のみを表すことを明示して挙げられている。

第二に、相続人は相続財産中の物の売却代金のみを相続請求により返還請求できる、という点につき、《代価は物の地位を襲う》を引いている。<sup>(77)</sup> 悪意の相続財産占有者によって相続財産中の物が譲渡された場合、(1) 管理にとつて不可欠 (*Nothwendigkeit*) であった際には、(a) 相続人はあくまで売却代金のみを請求できるとどまる——ただし真正価値以上でもよい—— (D. 5. 3. 20, 2; D. 5. 3. 20, 12; D. 5. 3. 20, 21; D. 5. 3. 33, 1) けれども、(b) 有責に廉価で譲渡されたときには真正価値の賠償を請求できる (D. 5. 3. 25, 2; D. 5. 3. 31, 3; D. 5. 3. 54, 2)。<sup>(78)</sup> 他方、(2) そうした事情がなく、悪意で譲渡された際には、相続人は物それ自体と付加物それができなければ評価額、あるいは、売却代金と利息を選択的に請求できる (D. 5. 3. 20, 21; D. 5. 3. 25, 8; D. 5. 3. 25, 10; D. 5. 3. 33, 1; D. 5. 3. 36, 3)。ここで《代価は物の地位を襲う》が挙げられるのは、あくまで(1) (a) の規律との関係に限られている。

第三に、売却代金に対する相続請求が特有財産訴権の規律に服するか、という問いとの関連において、《代価は物の地位を襲う》を引いている。<sup>(78)</sup> 特殊な文脈であるため、必要な限りで立ち入っておこう。パウルスは、まず、

D. 5, 3, 34, 1において、相続人は相続財産中の物が家子または奴隷のもとに存する場合「ケースⅠ」、物の返還可能性が存する際には、家長または主人に対して相続請求を提起できること、そして、ユリーアーンヌスを引きながら、このことは「家長または」主人が「家子または奴隷が取得した」相続財産中の物の売却代金を特有財産に有する場合「ケースⅡ」にも、*quasi a iuris possessore*（権利占有者についてのよう）に肯定されることを指摘する。次に、D. 5, 3, 36 pr. において、ケースⅡにつき特有財産訴権の規律、すなわち特有財産廃止後一年の短期消滅時効と権力所有者の権力服従者に対する債権の控除権が適用されるかどうかを問い、プロクルスとユリーアーンヌスの否定的見解を引く。いずれも適用されない、*quia non de peculio agatur, sed hereditas petatur*（なぜなら特有財産につき訴えられるのではなく相続財産が請求されるから）。パウルスは、この見解を *si pretia habeat servus vel filius familias*（もし奴隷または家子が売却代金を有するならば）正当という。最後に、家子または奴隷が売却代金として受領した金銭を消費してしまっただが、他の特有財産から支払うことができる場合「ケースⅢ」を問題とし、マルキアーンヌスに依拠しつつ、この場合にはあたかも特有財産につき訴えられたかのように規律されなければならぬことを指摘する。アルンツはこのうち、ケースⅡの設問に対する解答を「代価は物の地位を襲う」によって基礎づけている。以下の論理である。もしも売却代金が「人的義務、本来の *Obligatio*」を基礎づけるとみるなら、「たんに相続請求の形式で受け容れられた特有財産訴権」が存するはずだから、肯定説に到達するであろう、しかしそう考えられてはいない以上、ここでは「売却代金そのものが相続財産に属するものとみなさされている」といわなければならぬ。

(c) ケーラー<sup>(79)</sup> ケーラーの遺稿をもとにした『パンデクテン』（一八六二年）は、ときおり制限適用説の例として取り上げられているけれども、非常に一般的・抽象的な叙述であり、法諺に込められた意味を確定するのは困難である。この事態はのちの第二版（一八六七年）でも変わりが無い。<sup>(81)</sup>

universitas iuris は相続財産、特有財産、嫁資のような無体物をも含んだ観念的総体であり、図書館、畜群、在庫商品などといった有体物のみの観念的総体である universitas facti から区別される。だが、旧来のようにこの区別を不当に一般化するのは相当でない。《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》あるいは《代位するものは代位されるものの性質を受取る》ルール (Regel) も、「これを定立してよいのは相続財産の際にのみかつただ特別な関係においてだけであり、すべての universitas iuris につき一般に定立してはならないのである」。しかしながら、総論各論を含め、法文の引用も、右以上の説明もみいだされない。なお、物の区分一般についてはあるが、ハッセ、ミュレンブルッフ、ヴェヒター『論究』などの参照が指示されている。

### 3 適用否定説

(a) シュレーダー<sup>(82)</sup> シュレーダーは『相続財産回復訴訟の際の利益』(一八七六年)のなかで、D. 5, 3, 22の読み方と債権的効果説の展開を軸として、かの法諺を徹底的に批判した。その内容を本稿なりに整理すると、以下のようになる。

シュレーダーは批判の冒頭、次のように述べる。<sup>(83)</sup> 法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》のような解釈は「それが要求する拡張のままで維持できないことはわたくしにとつて確実なように思われる」。一般理論はもとより法源もその根拠とはならない。「財産総体 (Vermögensganzes) の本質」は構成要素の交替にもかかわらず同一性が維持されることを説明するにすぎず、次の問いの答えを教示するものでは絶対でない。「占有者が取得の事実の性質によれば自己の権利に帰する、「はずの」法律行為により取得したもの……がどのようにして universitas の一部となりうるのか」。そして、法源上もかの解釈は基礎づけられないのである。

D. 5, 3, 22 が主たる典拠とされたのは、パウルスがかのハドリアーヌス帝の宣示 *quia potest existimari in locum hereditariae rei venditiae pretium eius successisse et quodammodo ipsam hereditarium factum* を引く

からである。しかし、シュレエダーによれば、この言明は根拠とはならない。<sup>(84)</sup> (1) パウルスはそのもそももこうした主張をしていない。①かれは同一物が再購入された際に善意占有者は物と利益「差額」を返還すべきという文脈で右宣示を引用している。とすれば、物は相続財産の一部に留まったことを前提としていたはずである。そうでなければ、代金のみを、しかし全代金を返還させたに相違ないから。②これに対して、物は売却により一旦分離されたがふたたびまた搬入された、というふううに反論してはならない。物が売却により分離されたとしたら、再購入の際には疑わしいときには相続財産の一部とはならない「表見相続人の財産となる」<sup>(85)</sup> D. 5, 3, 25, 1 inf. はこのことを明示しているのである。(2) ハドリアヌス帝の宣示も額面どおりに受取ることとはできない。①右に引用された著名な言明には *potest* (べき) と *quomodo* (いかに) が含まれているのを正しく評価するなら、「これによって法命題 (Rechtssatz) など語られていない」ことが確信される。また、②「次に論証されるように占有者は債権的な返還義務を負うにすぎないから」、この言明は「比喩的な説明 (Bildliche Erklärung)、人為的な正当化 (künstliche Rechtfertigung)」以外のなものでもない。すでにミューレンブルッフは①①、プフタは①①②②ともに同旨を述べていたのである。

シュレエダーは結論としてこう主張する。<sup>(86)</sup> 「売却代金そのもの……が相続財産に帰属するとはけつて語ってはならない、せいぜいのところ、取得されたものの移転に向けての占有者に対する請求権が相続財産の一部となる、ということができよう」① D. 5, 3, 16, 5; D. 5, 3, 16, 7; D. 5, 3, 20, 17; D. 5, 3, 18 pr.; D. 5, 3, 20, 40, 2 などによれば、相続財産の売却代金がまだ回収されていない場合、占有者は債権を譲渡すればよいとされている。そして、② D. 5, 3, 25, 18 は、売却代金が回収された場合につき、これに対する相続請求を「人的な給付 (personales personales)」と規定しているからである。

反対説の挙げる法文は、以下の考察によって「証明」力を喪失する。<sup>(86)</sup> (1) アルンツは D. 5, 3, 36 pr. を引き合

いに出す。しかし、同法文は売却代金を相続財産の一部とするものではない。①同法文に先立つ D. 5. 3, 34, 1 のなかで、売却代金は「家長または」主人から *quasi a juris possessore*、すなわち *obligatorisch* またはそれに類する請求原因に基づき返還されると説かれている。<sup>(85)</sup> ②ケース II の設問に対する解答を基礎づけるのに売却代金が相続財産の一部になることを仮定する必要はない、「家長または」主人の責任の原因は「家子または」奴隷の一方的活動による利得にあるところ、こうした場合に一年時効と控除権が観念されないのは不法行為などのケースと同じと見做すべく、本解答はこの一般原則の適用にほかならないとみられるからである。②ヴィントシャイトは D. 5. 3, 22 との関連でよく知られた D. 18, 4, 21 を引く。ここでは相続財産売主のちに相続財産中の物を第三者に売却した場合、物の滅失後に相続財産買主に売却代金が与えられている。だが、この法文は当面の問題とかわりを持たない。①売却代金に対する *Obligation* が問題となっていないにすぎない、また、②相続財産売主と相続財産占有者の間には、相続財産の法上の所有者であるか否かという本質的な相違が存するからである。(3) 近世では D. 4, 2, 18 を援用するものがみられたけれども、明らかに不当である。というのは、この法文では相続請求は占有者による対象の交替にもかかわらず存続することのみが述べられているにすぎないから。

さらに、次の法文はかの解釈と「完全に対立している」。<sup>(86)</sup> (1) D. 5. 3, 20, 6b は、相続人はたとえ売却物が相続請求以前に *deperire* (滅失) または *deminui* (喪失) していても売却代金を請求できるというから、反対に、こうした事情が存しない場合にも相続人が売却代金を請求できることは他の法文からも判明するように疑いない。そして、D. 5. 3, 21 は *deminui* には時効取得され、相続財産から分離した場合も含まれると注記するから、物は売却および引渡しがなされても時効取得されるまでは相続財産の一部とみなされることが証明される。「そうであるなら、代金がそれ以前に物の代わりにきちんと相続財産に入ることとはできないのである」。(2) D. 5. 3, 13, 45; D. 5. 3, 13, 8 によれば、相続財産占有者が相続財産を売却した場合、相続人は買主に対して相続財産につき準相続

請求 (*hereditatis petitio utilis*) を有する。しかし、買主に対する請求が「*pro utilis actio*」といわれる理由は、買主が占有するのは *pro emptore* であつて *pro herede* または *pro possessore* ではないといふ一点に尽きる。にもかかわらず、「代金」が相続財産に帰属する、ということでも語ろうとするのか？ そういふならば、相続財産は本来の財産とならんでその等価物を含むことになってしまふであろう」。ちなみに、D. 5, 3, 25, 17 にいう買主の先決訴権の抗弁 (*exceptio praedicti*) は反論になりえない。このことは、同抗弁は買主が売主に追奪請求できない場合には付与されない、という命題からすでに判明する。そうした場合にはやはり二重帰属に到達してしまふからである。

なお、以上にみた法文はすべて売却代金の規律にかかわるものである。けれども、シュレーダーによれば、同一の理は購入されたものの規律についても妥当する<sup>(89)</sup>。相続財産のために購入されるものが相続財産に「直接」帰属するという主張のために、D. 5, 3, 20 pr.: D. 5, 3, 20, 1 が引き合いに出される。しかし、相当でない。①これらの法文は相続財産占有者により購入された物がいかなる要件のもとで相続請求の対象を形成するのかにつき判断するにすぎず、相続財産への「直接」帰属の根拠となるものではない。② D. 5, 3, 20 pr. はフロレンス写本では *Item veniunt in hereditatem* とされており、一見すると誤解を招きやすくなつているところ、このテキストはモムゼン版にしたがい *Item veniunt in hereditatis petitionem* と校訂されなければならない。

(b) コーラー<sup>(90)</sup> コーラーはシュレーダーの論文が出版された翌年、KvJSchr.の第一九卷(一八七七年)にこの論文に対する好意的な書評をあらわし、そのなかで、シュレーダーのかの法諺に対する批判のうち、債権的効果説のところを明晰なかたちで定式化した。今日では——おそらくかれの名声も相まって——同説に与する代表的なテキストとみなされている<sup>(91)</sup>。コーラーは次のように断じた<sup>(92)</sup>。

通説は「誤っている」。相続人と新たに取得されたものとの関係、すなわち未回収既回収の売却代金、新たに

購入された物などとの関係は直接的なもの (directes) ではない。そうではなく、間接的なもの (indirectes)、相続財産占有者の人格をとおして仲介されたもの (vermitteltes) である。つまり、相続人は未回収の売却代金の債権者 (creditor)、売却代金または新取得物の所有者 (Eigenthümer) ではなく、相続財産占有者に対して売却訴権 (actio venditi) の譲渡、売却代金または新取得物の所有権移転に向けられた債権的請求権 (obligatorischer Anspruch) を有するにすぎない。「シュレーダーも説くように」とくに売却訴権の譲渡については、D. 5, 3, 16, 45; D. 5, 3, 16, 7; D. 5, 3, 18 pr.; D. 5, 3, 20, 40, 2などをみれば「法源は疑いの余地を残していない」。「アルンツが反対説の論拠として引く」D. 5, 3, 34, 1; D. 5, 3, 35; D. 5, 3, 36 pr. もこの解釈と矛盾しない。ローマ法は家長または主人の直接責任を他の同種のケースでも承認しているからである。

「要するに、《物は代価の地位を襲うあるいはその逆》というのではなく、特殊な事情のもとで、物に対する権利の代わりに、売却代金返還に対する債権的請求権が入り、「反対に」相続財産中の金銭に対する権利の代わりに、この金銭により取得された物の所有権移転に向けられた債権的請求権が入るのである」。

(c) ベヒマン<sup>(93)</sup> ベヒマン「嫁資法」第二卷(一八六七年)は既述のように区別擁護論を展開したあと、嫁資返還債務の対象を具体的に考察するなかで、かの法諺の役割を完全に否定した。かれの議論は後世のそれをつよく規定している。<sup>(94)</sup> 妻の同意の有無という視角から、要点を絞って考察しておこう。

まず、「嫁資の書換え」(permutatio dotis)<sup>(95)</sup>が行われた場合。これは「これまでの嫁資客体の代わりに他の物を嫁資とすべきという夫と妻の間の合意」をいい、交換契約 (Tauschvertrag) と規定することができる。本稿との関連では次の諸点が確認されるべきであろう。一つは、嫁資が設定された後にはじめて行われること。これと對比されるのは、設定時に行われる「評価された嫁資 (dos aestimata)」、すなわち実際の嫁資の代わりにその価値に相応する一定の金額を嫁資とすべきという夫婦の合意である。二つは、妻に不利益でない場合に限って完全に

許容されること。妻に不利益な場合には嫁資の契約は存在しないものとみなされ、本来の嫁資客体が嫁資にとどまる (D. 23, 3, 25; D. 23, 3, 26)。三つは、「夫が妻の同意をえて、嫁資物を売却または交換し、反対に、嫁資金錢によつて物を購入する場合」もこの概念に含まれること。つまり、ここでも「金銭または物は嫁資となる」(D. 24, 3, 50; D. 23, 3, 32; D. 23, 4, 32 pr.)。しかし、右定式を前提とすれば、この関係につき独立の視点を定立するのは明らかに無駄である。こうした *permutatio dotis* による嫁資客体の交替の際にはかの法諺はまったく問題とされていない。

次に、夫により「*一方的任意譲渡*」「*購入*」が行われたケース<sup>(96)</sup>。この場合には嫁資の交替は認められない。ベヒマンによれば、「一般的にはまったく使えずかつ証明されていない命題 (96a) 《物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》をはなから用いようとするな」と、ただこの結論にのみ到達しうるのである。なぜなら、①夫の一方的処分による嫁資客体の変動は説得的に基礎づけられないから。ひとたび嫁資が妻に手に入れられた (*dos mulieri acquisita est*) あと、この嫁資がどの客体から形成されるのかにつき夫の自由が認められないことは、その他の嫁資関係と同様である。この点だけでもすでに決定的であるが、②嫁資客体の交替には法源上明示的に妻の同意が要求されていること、すなわちそれは *permutatio dotis* が存するケースに制限されていることが付け加わる。もしも夫の一方的処分により同一の効果が生じるのだとしたら、こうした合意の強調には意味がなくなってしまう。さらにいっそう明確かつ説得的なのは、③直接にかつ明示の言葉をもって右仮説に反対する D. 24, 3, 50 である。同法文は、*dos aestimata* のあと、物の存在に応じて物それ自体の返還か評価価値の返還かを区別すべきという合意「*特約*」が締結された場合に、物売却のケースにつき、*si neque volente neque ratum habente muliere venissent* (もしも妻の同意も追認もなく生じたのなら)、物返還を要するといふ。いわんや *dos aestimata* がまったく存しないところではますます同じことが妥当するはずであらう。

この解釈に対しては、よく知られた次の命題が問題となる。<sup>(57)</sup> ガーイウス：Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur (嫁資金錢により購入されたものは嫁資に属するものとみなされる) (D. 23, 3, 54)；ウルピアーヌス：in his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint (嫁資として与えられたもの、あるいは嫁資に準ずるものとして嫁資により購入されたものに限って「妻は優先する」) (D. 24, 3, 22, [13] ult.)。セヒマンによれば、両命題は本来的には、古典法における妻の請求特権 (privilegium exigendi) となわち嫁資請求の物的担保 (現物先取りによる他の債権者からの優先) と関連するにすぎず、右解釈に反対するものではない。ウルピアーヌスがかの命題をこうした「まったく特定の関係」において定立していることはその文脈から明らかである。これを超えて一般的な意味を付与する義務も、権利も、いずれも存しない。他方、ガーイウスによる「箴言風の」命題は「まったく普遍的に」語られているが、これは『国庫担保土地の競落人の表題を有する法務官の告示注解 (libro ad edictum praetoris titulo de praedatoribus)』に基づくから、同じく妻の privilegium exigendi と関連している。ユ帝法では praediatra 制度はすでに消失していたところ、右命題は編纂上 C. 5, 12, 30 において創設された妻の dingliche Rechtsmittel と関連づけられたものと解釈される。この解釈に反対したいなら、次の二つの逃げ道しか残されていない。一つは、妻の同意を前提していることと読むこと、二つは、まったく文字どおり「一般的に」読むこと。しかし、前者もやはり制限解釈——異なる意味ではあるが——を決断しなければならないことには変わりがない、「だから優位性を主張できない」。後者は次の理由から相当でない。すでにみたように、①一義的な法源に矛盾する、論理的に一貫しない、妻の利益に反する。のみならず、②夫の一方的処分による嫁資客体の変動という重要かつ深刻な命題が、法源上ただ一度だけ、特殊な作品からの脈絡なき抜書きのなかで表明されていると読むのは無理があるからである。

(一) これについては、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ノッセンとシュ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)、同「一九世紀中期・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—キールルッフの反論とヴェヒターの検討を中心として—」法研八〇巻一二号二〇五—二二六頁(二〇〇七年)参照。

(二) Edger WINDMÜLLER, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Diss., Leipzig 1902; Josef KOHLER, Zwölf Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch VI. Das Vermögen als sachrechtliche Einheit, ArchBürger, Bd. 22 (1903), S. 1-20; Fritz RAASCH, Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage: Nach gemeinem und bürgerlichem Recht, Diss., Greifswald 1903; Alfred WALLER, „Surrogation“: Eine Studie aus dem modernen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Bedeutung des Problems der Einheit und Identität, Diss., Bonn 1904; Reinhard BEYER, Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche, Marburg 1905; Wilhelm WENGLER, Art. „Surrogation“, Franz Schlegelberger (Hg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Bd. VI, Berlin 1938, S. 460-502; Andreas GIRSBERGER, Die dingliche Surrogation: Der Begriff und seine praktische Bedeutung für das schweizerische Recht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, H. 200, Diss., Zürich 1955 (Schweiz); Dieter STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssatz: Ein Beitrag zur „dinglichen Surrogation“ im Privatrecht, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 73, Hab., Bielefeld 1972; Arno WEILE, 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; Hubert MENKEN, Die dingliche Surrogation bei den Sondervermögen des Familien- und Erbrechts, Diss., Münster 1991 usw. 各号' 民法家業の発展と相続法改革の歴史' 2007年8月、August SCHERER, Erklärung des Satzes: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei, Diss., Göttingen 1890; Ferdinand SCHULTE, Inwiefern unterscheidet sich der Satz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei in



- (10) フォンゲロウを制限適用説に分類し、シュレーレンブルッフを嚆矢とする適用否定説と対比するのは、SCHERER, res succedit, S. 13; SCHULTE, res succedit, S. 9; WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 7; RAASCH, Surrogationsprinzip, S. 16-17; GRSBERGER, dingliche Surrogation, S. 27 Fn. 10, vgl. S. 20, 25 (各々要義); WELLE, pretium succedit, S. 73 Fn. 11; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 12. 更に WALTER, Surrogation, S. 10 und Fn. 1; STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssatz, S. 20 Fn. 11 等。フォンゲロウを制限適用説に分類し、シュレーレンブルッフの法論の「フォンゲロウ」ニ関する論議を参照せよ。後掲注(5)を参照。
- (11) Georg Friedrich PUCHTA, Cursus der Institutionen, I. Aufl., Bd. II, Leipzig 1842, 9. Aufl., Bd. II, Leipzig 1881; Id., Pandekten, 3. Aufl., Leipzig 1845, 12. Aufl., Leipzig 1877; Id., Von dem Grundsatz: res transit in locum pretii, pretium in locum rei, in: Vorlesungen über das heutige römische Recht, I. Aufl., Bd. I, Leipzig 1847, Beilage XVI, S. 448-449, 6. Aufl., Bd. I, Leipzig 1873, Beilage XVI, S. 506-507.
- (12) シュレーレンブルッフ『法學叢書』「フォンゲロウ」に關する論議を自注に於て採り入った分析を、ヘンリクス等。SCHERER, res succedit, S. 16; WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 7; RAASCH, Surrogationsprinzip, S. 17; STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssatz, S. 20 Fn. 10; WELLE, pretium succedit, S. 73 Fn. 13.
- (13) PUCHTA, Cursus<sup>2</sup> II, § 222, S. 493 und Fn. 1; Id., Cursus<sup>3</sup> II, § 222, S. 129-130 und Fn. 1; Id., Pandekten<sup>3</sup>, § 35, S. 48 Fn. d, Id., Pandekten<sup>2</sup>, § 35, S. 52-53 Fn. d.
- (14) SCHERER, res succedit, S. 16-17; SCHULTE, res succedit, S. 6 Fn. 1; RAASCH, Surrogationsprinzip, S. 14 Fn. 2, S. 36 Fn. 12; WELLE, pretium succedit, S. 73 Fn. 13; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 11 (§ 149 以下) 等。S. 449 の註釋を参照せよ。Vgl. auch S. VIII).
- (15) PUCHTA, Vorlesungen<sup>1</sup> I, S. 448-449, ZIt. S. 448; Id., Vorlesungen<sup>1</sup> I, S. 506-507, ZIt. S. 507.
- (16) PUCHTA, Vorlesungen<sup>1</sup> I, S. 448-449, ZIt. S. 449; Id., Vorlesungen<sup>1</sup> I, S. 507-508, ZIt. S. 507-508, 508.
- (17) Carl Georg WÄCHTER, Ueber Sachgesammtheiten (rerum universitates) überhaupt und in besonderer Beziehung auf Pfandrecht, in: Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht, H. 1, Stuttgart 1845; Carl Georg von WÄCHTER, Pandekten, Bd. I-II, Leipzig 1880-1881. 本編の註釋に於て「フォンゲロウ」

準・中期二二五—二二六頁で簡単に措論している。

- (8) STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtssatz*, S. 19 Fn. 11; WELLE, *preium succedit*, S. 73 Fn. 10. *ハバ*は「*ハバ*」  
 WINDMÜLLER, *preium succedit*, S. 6 4<sup>e</sup>. この法詠をめぐって両者の関係について慎重な表現をよっている。そのなかで  
 れか一方のみしか顧慮しなごうは「SCHERER, *res succedit, passim*; SCHULTE, *res succedit*, S. 12; WALLER, *Surrogation,*  
*passim* [編纂] 6 6<sup>e</sup>) GRSBERGER, *dingliche Surrogation*, S. 27 Fn. 10; MENKEN, *dingliche Surrogation*, S. 12 (『*レ*  
*ハントント*』6 6<sup>e</sup>).
- (9) WÄCHTER, *Erförterungen*, S. 2-3; VON WÄCHTER, *Pandekten I*, § 59, S. 262-263.
- (10) Statt vieler Christian Friedrich Mühlentruch, *Ueber die s. g. juris und facti universitates*, in: *AcP*, Bd. 17  
 (1834), S. 326-327.
- (11) Joseph Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Bd. 1, 5. Aufl., Leipzig 1892, § 57, S. 473  
 Fn. 10. ムンカーは「*ハントター*が命題②について引用する普通法学者は THIBAUT, *System*, § 482 の「*ハバ*」  
 ナンポーは同所で担保責任について *universitas facti* を觀念するものとして契約目的をなされた場合の *universitas iuris*  
 と同様の規律が妥当するところについて、他の普通法学者を譲って「わたへ」がみる限りでは「命題③」を挙げる  
 ものな「*ハバ*」は「*ハバ*」を「*ハバ*」と断っている。
- (12) SCHERER, *res succedit*, S. 4-8; SCHULTE, *res succedit*, S. 5-8; WINDMÜLLER, *preium succedit*, S. 4-5; KOHLER,  
*ArchBürgR*, S. 4; RAASCH, *Surrogationsprinzip*, S. 13-15; WALLER, *Surrogation*, S. 5-7; WENGLER, *Surrogation*, S. 481;  
 GRSBERGER, *dingliche Surrogation*, S. 24-27, 29-30; STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtssatz*, S. 19; WELLE, *preium*  
*succedit*, S. 58-70; MENKEN, *dingliche Surrogation*, S. 6-9.
- (13) WÄCHTER, *Erförterungen*, S. 14; VON WÄCHTER, *Pandekten I*, § 59, S. 263.
- (14) VON WÄCHTER, *Pandekten I*, § 59, S. 267-299 (1), S. 263-267 (2), *ZfR*, S. 263, 265, 267.
- (15) WÄCHTER, *Erförterungen*, S. 8; VON WÄCHTER, *Pandekten I*, § 59, S. 269.
- (16) VON WÄCHTER, *Pandekten I*, § 59, S. 268 und Fn. 25; *Id.*, *Pandekten II*, § 308, S. 784-786.
- (17) *ハバ*の「*ハバ*」は次の「*ハバ*」を指摘している必要がある。その「*ハバ*」は「*ハバ*」が直接の批判対象

としたのは——論題から明らかでない——*universitas iuris*と*universitas facti*の区別であった。かの法諺が攻撃されたのはそれが *universitas iuris* の特質と理解されていたからである。そうであるとすれば、中期後期の普通法学説を評価する際に、かの法諺に対する態度だけを切り取って考察するのは不十分であるといわなければならない。にもかかわらず、後世の研究では区別論に対する考察はしっかりとなされない傾向にある。そもそも区別論に触れないものとして、SCHULTE, *res succedit*, S. 9; RASCH, *Surrogationsprinzip*, S. 16; KOHLER, *ArchBürgR.*, S. 4; WENGLER, *Surrogation*, S. 481; STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, S. 19; 区別維持の結論のみに触れるものとして、SCHERER, *res succedit*, S. 11; WINDMÜLLER, *pretium succedit*, S. 5-7; GRSBERGER, *Die dingliche Surrogation*, S. 29-30 und S. 29 Fn. 19 (脚注でビルクマイヤーの参照指示、財産については立ち入った考察を述べざる) ; WELLE, *pretium succedit*, S. 72 und Fn. 9 (脚注でビルクマイヤー、マンドリ、とくにビルクマイヤーの参照指示)。一次資料を精査する)となく区別が放棄されたこと不当にも断じるのは、MENKEN, *dingliche Surrogation*, S. 13. これに対して、WALLER, *Surrogation*, S. 69-75 und S. 8 Fn. 1は区別論につき立ち入った分析・検討をくわえるが、キールルフに依拠しつつ自己の見解を展開するものがあり、学説史研究ではない。

(88) Statt vieler Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl., Bd. I, Frankfurt a.M. 1906, § 42, S. 178-179 Fn. 1a und die dort Genannten.

(89) Karl BIRKMEYER, *Ueber das Vermögen im juristischen Sinne: Römisch-rechtliche Quellenstudien*, Erlangen 1879, S. 103-105, vgl. auch S. 101-102は四つの学説に分類している。各々次のように区別するという。(a)総体の創設が法・法秩序によるかあるいは人間の意思・通常生活の言語慣用と必要によるか、(b)法領域でも総体として承認され取り扱われるかあるいはたんに日常生活のもとのみそうされるか(たとえば、かの法諺が適用されるか否か)、(c)総体の構成要素が有体的なそれと無体的なそれであるかたんに有体的なそれであるか(なお、前者を権利のみとするものもある)、(d)人格化された総体かあるいはそうされていない総体か。(a)(b)(c)説については、副田隆重「相続回復請求権に関する一考察(一)」(名法七八号五六頁注二七(一九七九年))がすでに紹介している。本稿がビルクマイヤーの分類を変更修正補充したところは次のとおりである。第一に、学説の整理につき、*res*を主観的意味に理解するか客観的意味に理解するかという視点から、(c)説と(a)(b)説の対比を際立たせる一方、きわめてまれである(d)説を省

略した。第二に、著者の位置づけにつき、区別否定説として引用されているプファとファンゲロウ旧説を各々正しく振り分けなおすとともに、ジンテニス、ベッカー、ゾイフェルト、ケーラー、ヴェヒター『パンデクテン』をあらたに付加した。第三に、学説と用法の關係につき、(c)説括弧書説と *universitas iurium*, (a)説と *universitas hominis* の対応關係しか指摘されていないが、(b)説と実証の両面から、*universitas iurium*, *universitas hominis* の位置づけを見直すとともに、*universitas rerum*, *universitas facti* の關係を整理し、*universitas rerum* と *universitas facti* の主張を合わせて分析した。

(30) Grosse ad D. 15, 2, 1, 8 *ubi* „sed pecunium est universitas *incorporea et iuris*, in qua actiones continentur; sed illud [Inst. 2, 23, 9] est verum de corpore aliquo vel corporea universitate, ut equito.“ (Zt. BRKMEYER, Vermögen, S. 104 (強調と補足は水津)) とあるが、一般には、有体物のみならず無体物からも構成されると読まれた。S. nur MÄHLENBRUCH, AcP, S. 325; BRKMEYER, Vermögen, S. 104.

(31) ちなみに、区別否定説も批判対象として、(ア)説を想定するものが多かった。ハッセ、ミューレンブルッフ、サヴィニー、ファンゲロウ新説。これに対して、(イ)説を想定していたのは、ヴェヒター『論究』。Johann Christian Hasse, Ueber Universitas juris und rerum, und über Universal- und Singular-Succession, AcP, Bd. 5 (1822), S. 11 (特有財産・嫁資・相続財産) ; MÜHLENBRUCH, AcP, S. 326, 329 (相続財産・特有財産・嫁資。ただし、S. 344-345 は財産一般も標的たる) ; Friedrich Carl von SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, § 57, S. 378 und Fn. m (相続財産・特有財産・嫁資 [「一定の目的のために特別に限定された財産」]) ; Wächter, Erörterungen, § 1, S. 2 (総財産・特有財産 [多数説によれば] 嫁資)。ファンゲロウ新説については前節で示した。

(32) 典拠をまとめ示しておく。括弧内は順に *universitas iuris* と *universitas facti* の区別基準と *universitas iuris* の具体例である。Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe, Frankfurt a.M. 1783, § 278, S. 203 (法律それ自身が総体と承認するか・かの法諺が適用されるか・権利を把握しうるかの三基準 [したがって(3)説と(1)(b)説の総合ともいえるが、前二者が(3)説を志向しているため、ビルクマイヤーと同じく、(3)では(3)説に分類した]、相続財産・特有財産) ; Christian Friedrich von Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Helfeld, 2. Aufl., T. II, Erlangen 1800,

- § 172 a, S. 506 (法律が総体とみなし特別な諸権利を認めたところの無体物からも構成される総体と、たんに共通の種類に属する複数の個々の有体物の総体 (「」)でも重点はしたが、ブルクマイヤーと同様、(3)説に分類した)・相続財産・特有財産) ; Anton Friedrich Justus THIBAUT, System des Pandekten-Rechts, 5. Aufl., Bd. I, Jena 1818, S. 262, S. 198 (法律され自体により積極消極財産からなる多様なものが結合された総体と、自由意志により他の個別の物件が結合された総体・財産) ; Albrecht SCHWEPPE, Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, Bd. 1, 4. Aufl., Göttingen 1828, § 92, S. 206-208, § 93, S. 208-209 (法が総体とみられた個々の物のみとみるか、総財産・相続財産・家子財産・嫁資) ; Johann Friedrich Martin KIERULFF, Theorie des gemeinen Civilrechts, Bd. I, Altona 1839, § 13 B. 5), S. 321-322 (*Rechtsobjekt* の統一体・*practisches Object* の統一体・財産) ; Friedrich Ludwig VON KELLER, Pandekten: Vorlesungen, 2. Aufl., Bd. I, Leipzig 1867, § 45, S. 108 (有体物と無体物の総体と有体物の総体・相続財産・特有財産・嫁資) ; Ernst Immanuel BEKKER, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. I, Weimar 1886, § 71, S. 293 Fn. f (権利の総体と権利客体の総体・相続財産・嫁資・特有財産) ; Ludwig ARNDTS Ritter von Arneseberg, Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl., Stuttgart 1889, § 48, S. 64 und S. 65 Anm. 5 (有体物と無体物・財産関係の総体と有体物の総体・相続財産・嫁資・特有財産)・なお、マンドリイの態度の変遷については、後掲注(10) (18) 参照。
- (33) Carl Friedrich Ferdinand SINTENIS, Das practische gemeine Civilrecht, 1. Aufl., Bd. I, Leipzig 1844, 3. Aufl., Bd. I, Leipzig 1868.
- (34) 出版年 (一八四四年) からすれば本来「中期」で取り扱われるべき文献であるけれども、同期の掉尾に位置づけられた WÄCHTER, *Erörterungen*, S. 2-4 (一八四五年) においてなお顧慮されていなかったため、学説史という観点から「後期」で考察する「」にしたいところをお断りしておへ。
- (35) SINTENIS, *Civilrecht* I, § 41, Fn. 60; S. 435 Linkespalte; id., *Civilrecht* 3, § 41, Fn. 60; S. 440 Linkespalte. ちなみに、初めから終わりまで「正当」とはつわなかつたのは次の四点である。(i) すべての universitas は個々が総体に消失することを共有し、あらゆる交替を顧慮せずと同じものであり続ける。(ii) 多くの universitas はただ特別な関係にのみ実際上の利益を提供し、これを除けばすべては個々の法関係に解消される。(iii) universitas が構成要素の減少によ

ら既述の如き事情に於ては、<sup>(25)</sup> universitas 上の担保権の際には特別の如き条項を以て。

- (25) SENTENIS, *Civilrecht* I, § 41, Fn. 60: S. 435 Linkespalte-Rechtespalte; id., *Civilrecht*<sup>2</sup> I, § 41, Fn. 60: S. 440 Linkespalte-Rechtespalte.
- (26) SENTENIS, *Civilrecht* I, § 41, S. 433-444, Fn. 60: S. 436 Linkespalte; id., *Civilrecht*<sup>2</sup> I, § 41, S. 439-440, Fn. 60: S. 440 Rechtespalte.
- (27) SENTENIS, *Civilrecht* I, § 41, S. 433-444, Fn. 60: S. 435 Rechtespalte, S. 436 Linkespalte, Zft. S. 441; id., *Civilrecht*<sup>2</sup> I, § 41, S. 441-443, Fn. 60: S. 440 Linkespalte-Rechtespalte, Zft. S. 441.
- (28) 上の担保権を重視する者、シントリスの *universitas iuris* による概念を採りしるべき論者の如きも。
- (29) SENTENIS, *Civilrecht*<sup>1</sup> I, § 41, Fn. 60: S. 435 Rechtespalte; id., *Civilrecht*<sup>2</sup> I, § 41, Fn. 60: S. 440 Linkespalte.
- (30) Johann Adam SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, 1. Aufl., Bd. I, Würzburg 1825, 2. Aufl., Bd. I, Würzburg 1848, 3. Aufl., Bd. I, Würzburg 1852, 4. Aufl., Bd. I, Würzburg 1860.
- (31) 各著者の本の初版は一八二五年である。上の著者は其のローマン法の AcP 論文を刊行するが、ノッヤの AcP 論文 (ドイツローマン法の未公開のラテン語論文) を基礎として、第二版と回覧が主張を採るというわけである。SEUFFERT, *Pandekten*<sup>1</sup> I, § 62, S. 75-76 und Fn. 3.
- (32) SEUFFERT, *Pandekten*<sup>2</sup> I, § 62, S. 75 und Fn. 3; id., *Pandekten*<sup>3</sup> I, § 62, S. 82 und Fn. 3; id., *Pandekten*<sup>1</sup> I, § 62, S. 73 und Fn. 3.
- (33) WALLER, *Surrogation*, S. 10 Fn. 1; WELLE, *pretium succedit*, S. 73 Fn. 10; MENKEN, *dingliche Surrogation*, S. 12 Fn. 6.
- (34) August BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, Abt. II, Erlangen 1967.
- (35) BECHMANN, *Dotalrecht* II, § 95, S. 182.
- (36) BECHMANN, *Dotalrecht* II, § 95, S. 181.
- (37) BECHMANN, *Dotalrecht* II, § 94, S. 176, § 95, S. 182-186, Zft. S. 183, 184, S. 184 Fn. 2.
- (38) 各著者 BECHMANN, *Dotalrecht* II, § 95, S. 183-184, insb. S. 182 Fn. 1 以下 *universitates rerum distantium* の如き

- 「*universitates rerum cohaerentium*」を事実上の *universitas* とするのを強調し、事実上の *universitas* の説明の際にはむしろ *universitates rerum cohaerentium* に属する家屋を取り上げようとするのを補足しようとする。
- (49) Carl NEUNER, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse: Eine civilistische Ausführung, nebst einem Anhang, den Grundriß zu einem neuen Systeme für die Darstellung des Pandektenrechts enthaltend*, Kiel 1866. 全体として、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』六六―六八頁(創文社、一九七九年)「初出」一九五八年」参照。
- (50) NEUNER, *Privatrechtsverhältnisse*, S. 99-100, 90-91, 98, ZIt. S. 100, 90. よびまた、BRKMEYER, *Vermögen*, S. 102 47, 111 に引用された *universitas* の定義を「そのことを明確な」定式化しようとする。
- (51) NEUNER, *Privatrechtsverhältnisse*, S. 100-103, ZIt. S. 100, 101, 102, 103.
- (52) NEUNER, *Privatrechtsverhältnisse*, S. 103 Fn. 1 und S. 97 Fn. 1 によれば、特有財産や自己体は「その性質から *universitas iuris* とは異なるが、財産能力を有しなると他権者の財産である以上」「自権者のみの *universitas iuris civilis*」に対してのみ「*universitas iuris naturalis*」とすべきであるとされる。
- (53) NEUNER, *Privatrechtsverhältnisse*, S. 99.
- (54) Karl BRKMEYER, *Ueber das Vermögen im juristischen Sinne: Römisch-rechtliche Quellenstudien*, Erlangen 1879.
- (55) BRKMEYER, *Vermögen*, S. 105-108, ZIt. S. 105, 108 und S. VII.
- (56) D. 50, 16, 49 は次のように述べている。「bonorum“ appellatio aut naturalis aut civilis est („bona“ という名称は *naturalis* なされるか、*civilis* なされるかのいずれかである)。bona の呼び名は元來 *beare* (幸福にする) に由来するが、*beare* は *prodesse* (役に立つ) をいう。しかし、bona に算入されるのは、*quae domini nostri sunt* (われわれの所有に属するもの) だけではなく、*si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint* (善意でわれわれより占有されるものは地上権であれば) 含まれる。同じく次のものもまた、*si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur* (訴権、請求、訴求のうちにある限り、なやなら、これらのすべてが bona に属するものとみなされるからである)。この法文については、ヴァイントシャイトが異なる解釈を提示していたが、ビルクマイヤーの論者を受け、のちの版では撤回されている。後掲注(139)参照。

- (75) Karl Heinrich Rau, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, Lehrbuch der politischen Ökonomie, Bd. 1, Abt. 1, 8. Aufl., Leipzig und Heidelberg 1868, § 2, S. 2, S. 3 Fn. 4; Karl Umpfenbach, Die Volkswirtschaftslehre oder National-Ökonomie, Würzburg 1867, § 5, S. 7, 8; Wilhelm Roscher, System der Volkswirtschaft: ein Hand- und Lesebuch für Geschäftsmänner und Studierende, Bd. 1, 9. Aufl., Stuttgart 1871, § 3, S. 5-6; Albert Eberhard Friedrich Schäffle, Das gesellschaftliche System der menschlichen Wirtschaft: ein Lehr- und Handbuch der Nationalökonomie für höhere Unterrichtsanstalten und Gebildete jeden Standes, 2. Aufl., Tübingen 1867, § 12, S. 40, § 15, S. 47-48, § 18, S. 57. ヲベツトマンハの叙述を参照。財産とは「財産を持つてゐる (vermögend) 人によつて結成せられた財の總本 (Güter-Ganzes)」。「財産はある人の財の統一体 (Einheit)」である。
- (76) BRCKMEYER, Vermögen, S. 108-113, Zft. S. 108, 109, 111 Fn. 353, S. 113.
- (77) BRCKMEYER, Vermögen, S. 109-110 Fn. 350, 351 以下 *universitates rerum cohaerentium* の抽象性についてコメントに賛同を示してゐる。
- (78) BRCKMEYER, Vermögen, S. 113-115, Zft. S. 115.
- (79) BRCKMEYER, Vermögen, S. 113-114 以下 *universitas facti* について詳細な考察を与えるけれども、その内容については明瞭を欠いてゐる。しかし、有体物は必要不可欠だが無体物を含むことも可能、という立場と読むのが相当である。なぜなら、「通俗的な觀念が有体的基礎にたつて創設された統一体に無体的な個々の構成要素〔役務給付・生活關係など〕もともに含めることは排斥されなく」(S. 111)、「万有 (das ganze Weltall) は最終番では *universitas facti* である」(S. 114) とする一方、私法は *bonorum universitas facti* や *jurium universitas* と呼ぶべきである。ヘイナラーの見解とは異なることを注記してゐる (S. 108 Fn. 346)。決定的には、本文引用のとおり “*universitas rerum (corporatum nec non incorporatum)*” (S. 115 [強調水津: ではないと云ふわけでもない]) とおられてゐるからである。
- (80) BRCKMEYER, Vermögen, S. 116-122, Zft. S. 116.
- (81) BRCKMEYER, Vermögen, S. 30 und Fn. 102, S. 122-124, Zft. S. 124.
- (82) SCHERRER, res succedit, S. 8-17; SCHULTE, res succedit, S. 8-10; WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 5-7; RAASCH,

Surrogationsprinzip, S. 12-17; WELLE, *pretium succedit*, S. 71-74; MENKEN, *dingliche Surrogation*, S. 9-13. もちろんシェーラーのブライオリティは後続文献において無視されている。なお、債権的効果説の位置づけは文献により一定していない。初期のものはこれを適用否定説に分類していた(シェーラー、シュルテ、ラーシェ)が、近時では制限適用説の一種に分類するものがみられる(ヴェレ、メンケン)。本稿は、一次資料(コーラー、シュレーター)の理解にしたがって、適用否定説の立場から叙述している。以上に対して、ハッセとグレンブルッフの相違をどうに際立たせるかは、WALLER, *Surrogation*, S. 7-11; KOHLER, *ArchBürgR*, S. 5; WENGLER, *Surrogation*, S. 481; STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, S. 19 (ただし「ヴァラー以外は、かく簡潔」)。

(65) 典拠とされたのは現在ではよく知られた次のテクストである。HASSE, *AcP*, S. 7: 「命題 (Satz) [物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う]は相続財産、特有財産、また嫁資の際に異なる意味と限界を有する (eine andere Bedeutung und Grenze haben)」「MÜHLBRUCH, *AcP*, S. 323: 「[universaliaに属する物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う]ルール (Regel) とは、完全に放棄されなければならない (ganz aufgegeben werden müssen)」。

(66) 第一に、相続財産以外にはかの法諺を主張するものは誰もいなかったというものが多し。SCHERRER, *res succedit*, S. 62, auch S. 12-15; SCHULTE, *res succedit*, S. 9; RASCH, *Surrogationsprinzip*, S. 16-17; WALLER, *Surrogation*, S. 10-11; WELLE, *pretium succedit*, S. 74; MENKEN, *dingliche Surrogation*, S. 13. だが、ヤエウター「パンチマンチン」フエルトは特有財産についてもかの法諺の適用を明言しているから、実証的に維持できない。これに対して、消極的評価が一般になつたであろう程度にとどめるのが、WINDMÜLLER, *pretium succedit*, S. 6-7; GRSBERGER, *dingliche Surrogation*, S. 27 und Fn. 10; STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, S. 19. 第二に、近時では適用否定説とコンビンチニスを挙げるものがみられる。GRSBERGER, *dingliche Surrogation*, S. 27 und Fn. 8; WELLE, *pretium succedit*, S. 73 Fn. 13; MENKEN, *dingliche Surrogation*, S. 11 und Fn. 5. しかしながら、コンビンチニスが「トーレンブルッフの主張のうち、支持すると明言した点を見ると (二)2(a)・前掲注(35)」ハッセ流の制限適用説に与するものと読むのが相当なように思われる。少なくとも、シュレーレンブルッフと同じく適用否定説をとっていると断定する根拠はない。なお、以下のものはコンビンチニスを適用否定説に挙げてゐる。SCHERRER, *res succedit*, S. 15-17; SCHULTE, *res suc-*

- cedit, S. 10; RAASCH, Surrogationsprinzip, S. 17; WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 7; STRAUCH, Mehrtheilicher Rechtssatz, S. 19 Fn. 10 (ただし「ふちれんやんやんシントリスを参照せよ」).
- (67) 省略されたものの典拠は VON SAVIGNY, System I, § 57, S. 378-379; PUCHTA, Cursus II, § 222, S. 493 und Fn. 1; ID., Pandekten<sup>3</sup>, § 35, S. 48 Fn. d, § 149, S. 212 Fn. d.; KERUF, Theorie, § 13, S. 320-321 Fn. 1; ZIMMERMANN, Beitrag zur Lehre von der hereditatis petitio, AcP, Bd. 29 (1846), S. 217 (「被相続人の死亡後に付加された相続財産中の物の付加物、相続財産対象の売却代金、相続財産中の金銭により購入された物、相続財産債権の取立物なども、周知の原則〔Grundsatz〕《物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》によって、相続訴訟の対象を形成する」。次の二点において相当特殊。(a) かの法諺の意味をひろく捉えていること、(b) 購入物につき資力の由来のみを基準としていること。だが、この一文のみから理由を推測することはできない。ツィンブレンの特殊性を顧慮するのは、SCHERER, res succedit, S. 11-12 [(b)の指摘]、他方、とくに警戒せず、制限適用説として他のものでもあげるのは、WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 6; WELLE, pretium succedit, S. 73 Fn. 10; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 12 Fn. 6; Rudolf LEONHARD, Der Erbschaftsbesitz, Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des Deutschen Reiches, Bd. II, H. 3, Jena 1899, S. 65-66.
- (68) Johann Adam SEUFFERT, Praktisches Pandektenrecht, 1. Aufl., Bd. I, II, Würzburg 1825, 2. Aufl., Bd. I, III, Würzburg 1848, 1849, 3. Aufl., Bd. I, Würzburg 1852, 4. Aufl., Bd. I, III, Würzburg 1860, 1872.
- (69) 「インフォルムは、 universitas iuris の區別と同様 (前掲注(註)参照) すべし一八二五年の初版でも第二版と同旨を述べていた。ただし「代位するものは代位されるものの性質を受取る」に関する説明は第二版以降に付加されたものである。SEUFFERT, Pandekten<sup>1</sup>, § 62, S. 76 und Fn. 4, 5; ID., Pandekten<sup>1</sup>, III, § 578, S. 193 und Fn. 4, S. 195 und Fn. 20, 23.
- (70) SEUFFERT, Pandekten<sup>1</sup>, I, Vorwort, S. XI.
- (71) SEUFFERT, Pandekten<sup>1</sup>, I, § 62, S. 75; ID., Pandekten<sup>3</sup>, I, § 62, S. 82; ID., Pandekten<sup>1</sup>, I, § 62, S. 73.
- (72) SEUFFERT, Pandekten<sup>1</sup>, I, § 62, S. 75-76 Fn. 4; ID., Pandekten<sup>2</sup>, III, § 578, S. 199 und Fn. 4, S. 200-201 und Fn. 20, 23; ID., Pandekten<sup>1</sup>, I, § 62, S. 73 Fn. 4; ID., Pandekten<sup>1</sup>, III, § 578, S. 255 und Fn. 5, S. 258-259 und Fn. 20, 23 (hered-



- (78) ただし ARNDT, Wesen und Umfang, S. 357 Fn. 130 自身が「この弱点を認識して」D. 5, 3, 34, 1 に於ける quasi a iuris possessore とするトランスポートは私見で「これを合致しなく」と述べていた。
- (80) SCHRÖDER, Commodum, S. 39-40, Zit. S. 39.
- (81) SCHRÖDER, Commodum, S. 38-39 und S. 12 Fn. 20.
- (82) Josef KOHLER, Besprechung von Franz Schröder: Das Commodum bei Erbschaftsklage, KrVJSchr, Bd. 19 (1877), S. 498-511.
- (83) SCHERER, res succedit, S. 17 und Fn. 2; SCHULTE, res succedit, S. 10 und Fn. 11; WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 76 und Fn. 161; RAASCH, Surrogationsprinzip, S. 17 und Fn. 17, S. 46 und Fn. 36; GRESERGER, dingliche Surrogation, S. 20 und Fn. 28; WELLE, pretium succedit, S. 73 und Fn. 12, 14.
- (84) KOHLER, KrVJSchr, S. 508-510, vgl. auch S. 500, Zit. S. 509-510. なお「ローラーは本文引用箇所につき続き」の關係は制限的財産共同制とする諸国において固有財産と共同財産 (Propre = und Gemeinschaftsvermögen) の間に存するされとある程度 (einigermaben) 対比される。「原語挿入部分の意味は明確でないが、相続請求とは異なり、同一主体に帰属する複数財産間の割当てが問題となることを示しているものと思われる。なお「のちの KOHLER, ArchBürgR, S. 9, 12 は同じく「た代位」の二類型をはっきりと区別している」「同じくも法律上の代位 (Subrogation) が部分または価値におおて生じ、あるものが一の財産から他の財産に流れると、この財産關係において特徴的な償還請求権 (Ausgleichsansprüche) が生ずるといふ」次のものを引いている。フランス民法典一四〇七条、一四三三條、一四三六條、一四三七條、一四六八條、一四七〇條およびバイエルン民法の体系書 Paul ROTH, Bayrisches Civilrecht, Bd. I, Tübingen 1871, § 58, S. 350, 351 [S. 351 Fn. 33 はかの法詔を法命題 (Rechtssatz) として援用するが「S. 351 はただちに「しかしながらこのことは一般的には承認されていない」と補足」、否定説または部分肯定説を紹介している。]
- (85) August BECHMANN, Das römische Dotalrecht, Abt. II, Erlangen 1967.
- (86) SCHERER, res succedit, S. 66-68; SCHULTE, res succedit, S. 25-30; WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 31-37; BEYER, Surrogation, S. 40-59; WELLE, pretium succedit, S. 40-47 und S. 74 Fn. 15. ただし「すべての解釈が支持され

ているというわけではない。これについては、バイヤーとサエレを参照。

(95) BECHMANN, Dotatrecht II, § 103, S. 212, § 105, S. 227-228, ZfL S. 212, 227, 228.

(96) BECHMANN, Dotatrecht II, § 106, S. 231-232, ZfL S. 231.

(97) BECHMANN, Dotatrecht II, § 106, S. 233-234, § 171, S. 463-466, ZfL S. 233. なるくストマンが C. 5, 12, 12 中「見自説を支持するかのようなのであるが」この問題とは関連がないという (§ 106, S. 233)。なぜなら、文言どおり読めば、夫が嫁資金銭により購入した不動産が直接的に妻に取得されるかが問われ、帝はこれを否定するけれども、購入不動産が嫁資にすら属さないかどうかにはまったく立ち入っていないからである。