

Title	ドイツ倒産法における物上代位： 倒産管財人の処分による代位物の規律
Sub Title	Die dingliche Surrogation im deutschen Insolvenzrecht : Die Regelung über die Surrogate aus den Verfügungen vom Insolvenzverwalter
Author	水津, 太郎(Suizu, Taro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2008
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.81, No.12 (2008. 12) ,p.231- 268
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	藤原淳一郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20081228-0231

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.

ドイツ倒産法における物上代位

——倒産管財人の処分による代位物の規律——

水 津 太 郎

- 一 問題の所在
- 二 ドイツ法における物上代位概念一般
 - (一) 意義
 - (二) 規定
 - (三) 性格
- 三 倒産法における物上代位の基礎
 - (一) 対象の限定
 - 1 「基本状況」
 - 2 処分の有効性の問題
 - (二) 解釈と立法の経緯の概観
 - 1 旧破産法および旧包括執行法における議論状況
 - 2 新倒産法の立法過程
 - 3 新倒産法における議論状況
 - (三) 管財人の法的地位論との関係
- 四 倒産管財人の処分に対する物上代位規定の類推適用
- 五 結語
- (一) 要約
- (二) 比較法的示唆
- (一) 二つの方法
 - (二) 特別財産における物上代位規定の類推適用
 - 1 特別財産における物上代位規定
 - (1) 特別財産の維持
 - (2) 代位条項
 - (3) 小括
 - 2 倒産管財人の処分に対する類推適用
 - (三) 強制執行における物上代位規定の類推適用
 - 1 強制執行における物上代位規定
 - (1) 執行客体上の帰属関係の維持
 - (2) 代位条項
 - (3) 小括
 - 2 倒産管財人の処分に対する類推適用

一 問題の所在

倒産手続において管財人が選任される場合、管財人はその職務の遂行のために倒産財団に属するものを処分する。その際、管財人が（複数の倒産手続を手掛けている際には適切な）倒産財団の管財人として、かつその倒産財団のためにする意思で処分を行うときには、処分により取得されたものが当該倒産財団に帰属すべきことに争いはない。しかし、その根拠はどこに求められるのか。管財人の法的地位をめぐる議論で十分に説明できるのか。他方、次のケースでは結論それ自体にも問題が生じる。すなわち、管財人が私人または他の倒産財団の管財人として、あるいは当該倒産財団のためにする意思を有することなく処分するとき。こうしたケースでも代位物は当該倒産財団に帰属すべきなのか、帰属すべきとしたらその結論はどのように基礎づけられるのか。

これらの問題は、倒産法における物上代位の基本問題とみることができる。しかし、わが国ではこの問いにつき立ち入った考察を行ったものはみあたらない。というより、そもそもこうした問題があること自体、一般に意識されていないようである。⁽²⁾

これに対して、わが国の倒産法制に大きな影響を及ぼしてきたドイツでは、旧破産法（KO）・旧包括執行法（GesO）時代から、簡単にはあるが、この問題につき議論がなされてきた。そして、新倒産法（InsO）施行後には、ハーダーの包括的・体系的研究が登場し、問題全体の構造が明瞭になっている。⁽³⁾⁽⁴⁾

本稿ではこうした状況を踏まえ、問題提起として、ドイツにおける議論状況を整理・分析する。その際には、平板な紹介ではなく、物上代位によりすべての問題を処理すべきとする立場から他説を批判し、自説を基礎づけるという形式をとりたい。問題の所在をクリアするにはそれが適当と思われるからである。

以下では、予備的作業としてドイツ法上の物上代位概念を概説したあと（二）、倒産法における物上代位、さ

らに右に掲げた問題に焦点を絞って考察し(三、四)、最後に、考察の成果を要約するとともに、若干の比較法的示唆を析出することにした(五)。

二 ドイツ法における物上代位概念一般⁽⁵⁾

(一) 意義

ドイツ法上、物上代位(dingliche Surrogation)それ自体に関する明文の規定は存しない⁽⁶⁾。この意味で、物上代位は学理上の概念である。ここではM・ヴォルフの定式⁽⁷⁾を引いておこう。かれの定式は現在一般に共有されている理解を適切に集約したものとみられるからである⁽⁸⁾。

「物上代位は、次のメルクマールによつて特徴づけられる。(1)従前の権利状況が代位物上に継続される、(2)継続は異なる意思表示を顧慮することなく法律により生ずる、(3)取得は第三者の財産を介した経由的取得(Durchgangserwerb)なくして行われる。代位物上の権利取得は特別な移転行為なくして、法律により直接的に生ずるから、物上代位と呼ぶことが適切である」、「物上代位の機能は存立保護(Bestandschutz)の担保にある」。

(二) 規定

物上代位という概念により把握される諸規定は、ドイツ法上あらゆる法領域に散らばっている。民法(BGB)、商法(HGB)、民事訴訟法(ZPO)⁽⁹⁾など。けれども、倒産法(InsO)には明文の規定が存しない⁽¹⁰⁾。後述するように、ここでは類推適用の可否が争われている。関連諸規定の詳細についてはその考察のなかで触れるため、ここでは全体像を示すにとどめよう。

制定法の状況は、次の三つの視点から整理することができる。

第一は、「代位条項 (Surrogationsklausel)」である。これは (1)「通例条項 (regelmässige Klausel)」(2)「資力条項 (Mittelklausel)」(3)「関係条項 (Beziehungsklausel)」(4)その他に分けられる。

(1)は、「特別財産に属する権利に基づき、または特別財産に属するものの滅失、損傷もしくは侵奪の代償として取得されるものは、特別財産に帰属する」という定式である。これはさらに分解され、前者は「権利取得条項 (Rechtserwerbsklausel)」、後者は「代償条項 (Ersatzklausel)」と呼ばれる。

(2)の定式は、「特別財産の資力を用いた法律行為によって取得されるものは、特別財産に帰属する」、(3)のそれは、「特別財産に関する法律行為によって取得されるものは、特別財産に帰属する」である。そして、(4)これら以外のものは固有の定式を持たない。

第二は、代位物発生原因である。物上代位の諸規定は、代位物発生原因が「法律」か、「法律行為」かに相応して、「法律的代位 (gesetzliche Surrogation)」と「法律行為的代位 (rechtsgeschäftliche Surrogation)」に区分される。

第三は、代位問題領域である。物上代位は一般に、「特別財産 (Sondervermögen)」[集合物 (Sachgesamtheit; Sachbegriff)]「個々の対象 (Einzelgegenstand)」と二つの領域に区分して考察される。

本稿の文脈上重要なのは、「特別財産における物上代位」と「強制執行における物上代位」である。

前者の諸規定は、通例条項および資力条項または関係条項を含み(第一(1)(2)(3))、法律的代位および法律行為的代位を把握し(第二)、いうまでもなく特別財産の領域に属する(第三)。これに対して、後者の諸規定は、固有の定式をもたず(第一(4))、法律行為的代位のみを把握し(第二)、個別執行の局面であるから個々の対象の領域に属する(第三)。

(三) 性格

通説の理解を総合すれば、物上代位は、典型的には次のような性格を有するものとみられる。

物上代位とは、客体が交替する場合（代償）に、法律に基づき（法律）、当事者の意見を顧慮せず（当然）、かつ、経由的取得なくして（直接）、財貨帰属を代位物上に確保するものである。すなわち、「代償」性を起点として、「法律＝当然」性と「法律＝直接」性を導き出し、こうして財貨帰属を担保する。その際には、意思（Wille）も、形式（Publizität, Offenheit; Offenkundigkeit）も、いずれも顧慮されない。具体的には、①当事者意思を無視し、②公示いかんを問わずに帰属変動をもたらし、③顕名なくして他人効を生じせしめる。

だから、物上代位では、本質上、私法の一般原理との矛盾衝突が生じる。⁽¹¹⁾ すなわち、①法律行為法における私的自治（Privatautonomie）、②物権法における公示原則（Publizitätsprinzip; Offenkundigkeitsprinzip）、③代理法における顕名主義（Offenheitsgrundsatz; Offenkundigkeitsprinzip）とごった諸原理を、物上代位は破壊する。したがって、物上代位は一般原理ではありえない。あくまで「例外（Ausnahme）」にとどまる。⁽¹²⁾ だから、明文なくして当然に認められるものではない。そうした場合には、類推適用の可否を、一つひとつ個別に吟味していかねばならないのである。⁽¹³⁾

三 倒産法における物上代位の基礎

(一) 対象の限定

1 「基本状況」

さて、物上代位は倒産法上どのようなかたちで問題となるのか。いくつかのケースが問題となるが、重要なも

のは次の三つであると考えられる。⁽¹⁴⁾

一つは、倒産管財人が（取戻権・別除権に服さない）倒産財団に属するものを処分した、というケースである。ここでは、代位物帰属の根拠として物上代位を援用することが必要か、代位物帰属いかにつき管財人の態度または意思は役割を演じるのかが問題となる。

二つは、倒産管財人が取戻権・別除権に服するものを処分した、というケースである。つまり、取戻権・別除権を侵害する処分がなされた場合である。この場合には、取戻権・別除権が代位物上に存続するのか、存続するとしたらその要件はどのようなものかが問題となる。

三つは、倒産手続開始前に債務者が双務契約を締結し、債務者の反対債権に取戻権・別除権が認められる第三者の権利が設定されていたところ、倒産管財人が債務者の債務を履行した、というケースである。問題の所在は、債務の履行に財団の積極財産が用いられた以上、同時履行の抗弁権の消滅による反対債権の実質的な価値増大は、取戻権者・別除権者に帰属すべきではなく、したがって、反対債権は取戻権・別除権の負担を受けずに倒産財団に帰属すべきではないか、という点にある。

これらのうち、本稿は最初のケースに焦点を合わせるものである。倒産法における物上代位の基礎を理解するには、このケースを取り上げることで十分であろう。というのは、このケースが倒産法における物上代位の「本状況 (Grundkonstellation)」であり、他の二ケースは変則的ないし応用的なものとみられるからである。⁽¹⁵⁾

当面のケースについては、次の点に留意しなければならない。⁽¹⁶⁾ すなわち、①管財人の処分を合わせるために、「法律的代位」は考察の対象から除外されること、②「処分 (Vertüfung)」概念につき、「取立て (Einziehung)」が含まれるかどうかには争いがあるが、⁽¹⁷⁾ここでは取立ても含む広義の処分概念を使用し、「譲渡および取立て」という典型的なケースが念頭におかれること、③無償処分は代位物の発生をもたらさないため、ここで

の処分は「有償 (entgeltlich)」処分に限定されることである。

2 処分の有効性の問題

最後に、重要な問題を検討しておく必要がある。それは、処分の「有効性 (Wirksamkeit)」と物上代位の関係である。⁽¹⁸⁾

一般的にいえば、無効処分の場合には代位は問題とならない。⁽¹⁹⁾ というのは、処分が無効である以上、処分されたものはなお特別財産に帰属しているため、代位を認める必要が存しないからである。したがって、無効処分の場合には、権利者が追認した場合あるいは善意取得が成立した場合に限って、代位が必要となる。これに対して、有効処分の場合には、処分は有効である以上、このような限定は問題とならず、つねに代位が問題となる。

したがって、倒産管財人の処分はいかなる場合に有効なのかをまず確定しなければならない。

この問いにつき、支配的見解は次のように理解している。⁽²⁰⁾ 倒産管財人は包括的な管理処分権を有するから (InsO 八〇条一項)、管財人の処分は原則として有効である。管財人がその義務に違反し処分した場合ですらそうであり (InsO 一六四条)、ただその手続目的に明白に反する場合に限って、無効になるとどまる。このように「明白な手続目的違反 (offenbar verfahrenszweckwidrig)」を基準とすることで、手続関与者の利益と法的取引の保護が双方適切に顧慮されるのである。

したがって、倒産管財人が、(複数の倒産手続を手掛けている際には適切な) 倒産財団の管財人として、そうした倒産財団のためにする意思で処分するケース (以下「正当」ケースと呼ぶことがある) のみならず、管財人の態度または意思が適切でなく、この意味において不当に処分したと評価されるべきケース (同様に「不当」ケース) であっても、処分は有効となりうる。

たとえば、次の事例を想定されたい。⁽²¹⁾ [1] 複数の倒産手続を手掛けている管財人が過失により他の倒産財団に属

するものを処分した場合、[2]倒産管財人が意図せずして自己の弁護士としての職務の一環として処分した場合、[3]倒産管財人が管財人資格の開示により足元をみられるのを防ぐためにあえて開示を控えて処分した場合。[1][2]では倒産管財人のほか、事務員の過誤が考えられよう。各々の資格が印刷されている便箋を取り違えて使用してしまうのはありうることである。[3]の際には管財人自身が意識的に管財人資格を秘匿しているが、その目的はあくまでより高額な代金を手に入れるためである。これらの処分はたしかに不当かもしれないけれども、手続目的に明白に反するとまではいいきれない。処分は有効になる。これに対して、次の事例では事情は異なる。[4]倒産管財人が自己または第三者のために反対給付を取得する旨を相手方に示して処分した場合。明白な手続目的違反であることはいうまでもなく、処分は無効となる。

要するに、正当ケースのみならず不当ケースでも、[1][2][3]のように処分が有効になる場合がある。だから、不当ケースにおいても代位が問題となりうる。では、[4]のようにやはり処分が無効となる場合はどうか。追認は観念できず——倒産管財人が追認したとしても無効——、また、手続目的違反の明白が前提となるから善意取得の成立も想定しにくい。もっとも、例外的に善意取得が成立する場合があれば、その際には代位が問題となろう。

次の点を補足しておく。[1][2][3]における処分の有効性がどのように根拠づけられるのか、という問題には本稿は関心を有さない。これは、管財人の法的地位をめぐる議論において応答されるべき問題である。もとより、[1][2][3]のうちのいくつかにつき処分はやはり無効である、という立場も考えられる。しかし、その際には、善意取得が認められる場合に限って代位が問題となるというだけである。そうした立場がありうることは、本稿の考察にとって本質的な問題ではない。²²⁾

(二) 解釈と立法の経緯の概観

1 旧破産法および旧包括執行法における議論状況

ここで、従来の議論を簡単に振り返っておこう。旧破産法（KO）時代には、次のような議論がなされていた。⁽²³⁾ 旧破産法では、破産手続開始時に債務者が有する財産が原則として破産財団となった（KO一条）。これに対して、手続開始後に取得された新得財産は、破産者の自由財産となった。

そうすると、破産管財人の処分により取得されたものは、管財人の固有財産に帰属するのか、破産財団に帰属するのか、あるいは債務者の自由財産に帰属するのか、という問題が生ずる。

破産管財人が正当に処分した場合には、代位物は破産財団に帰属する。この結論にはもとより意見の一致がみられた。しかしながら、その根拠づけについては争いがあった。これに対して、破産管財人が不当に処分した場合に代位物が破産財団に帰属するかどうかは、あまり意識的に議論されなかった。⁽²⁴⁾

こうした状況は、旧包括執行法（GeO）下においても同様であった。⁽²⁴⁾ 問いの捉え方という観点からは、議論は次のように整理できる。倒産法学の側では、この問題を管財人の法的地位の枠内で解決するあるいは解決しようとする態度がみられた。⁽²⁵⁾ この見方にしたがえば、そこでの学説の争いがここでも引き継がれることになる。もともと、倒産法学においても、——適用範囲はともかく——物上代位を援用する有力な論者がいた。⁽²⁶⁾ これに対して、物上代位論の側では、代位物をめぐる議論は管財人の法的地位論とは切り離されていた。その際には一般に、財団の代位物はおよそ財団に帰属する、と説かれた。⁽²⁷⁾ 類推適用の根拠としては、特別財産あるいは強制執行における物上代位の規定が引き合いに出された。

2 新倒産法の立法過程

では、新倒産法（InsO）の立法者は、倒産管財人の処分により取得されたものにつき、どのような規律を企図していたのか。⁽²⁸⁾

新倒産法は、倒産財団の範囲につき大きな変更をもたらした。倒産法委員会第一報告書 (E B) (一九八五年) は、倒産財団は手続開始時の債務者財産のみを把握する⁽²⁹⁾としたが、事後に提出された、討議草案 (D E) (一九八八年)、参事官草案 (R e F) (一九八九年)、政府草案 (R e G) (一九九一年) はいずれも、倒産財団はその範囲を超えて、手続開始後に取得された新得財産も把握することを予定した⁽³⁰⁾。このようにして新倒産法では、「倒産手続は、手続開始時に債務者に帰属し、かつ、債務者がこの手続中に取得する全財産を対象とする」と規定されることになった (I n G O 三五条)。このように膨張主義を採用した理由は、固定主義は比較法的に特殊な地位を占めており、旧破産法が用いた債務者および新債権者保護という論証は説得的でない、ということにある⁽³¹⁾。

しかしながら、立法理由は、「現行破産法とは反対に手続中の債務者のも財団に算入される。……これに対して、倒産管理人が財団の資力により取得するものは、この意味における新得財産ではない⁽³²⁾」とする。これによれば、倒産管財人の処分により取得されたものは、旧破産法と同じく、本来であれば倒産財団に帰属しないことになる⁽³³⁾。

けれども、さらに続けて次のようである。「これらのものもまた——代位 (S u r r o g a t i o n) により、——財団に帰属するということは、これまでにすでに破産財団の限界づけにつき承認されている⁽³⁴⁾」。そして、とくに代位の規定を設けることはしなかった。

立法者による旧法下の議論状況の認識が正当であるかどうかは疑わしい⁽³⁵⁾が、いずれにせよ、立法者が当面の問題につき、次の解決を企図していたことははっきりしている。すなわち、倒産管財人の処分によって取得された代位物は本来的には倒産財団に帰属しないけれども、代位に基づき倒産財団に帰属する、という解決である。

3 新倒産法における議論状況

新倒産法でも、旧破産法および旧包括執行法と同様の状況が継続している⁽³⁶⁾。すなわち、倒産法学の側では、管

財人の法的地位論に還元するもの⁽³⁷⁾、物上代位を援用するものがみられ、物上代位論においては、管財人の法的地位いかにかわらず、物上代位の類推適用が主張された⁽³⁹⁾。もつとも、倒産法学のうち、物上代位を援用するものが旧法に比して増加している。こうした変化が生じたのは、さきの立法資料の影響とみることができよう⁽⁴⁰⁾。

(三) 管財人の法的地位論との関係

このような議論の展開をみると、物上代位と管財人の法的地位をめぐる議論の関係を、あらかじめ分析しておかなければならない。この問いへの一般的な応答は、次のとおりであろう。すなわち、物上代位はあくまで例外的なものであるゆえに、管財人の法的地位論で対処できない場合に限って、その適用が問題となる。つまり、あたかも一般法と特別法の関係のように理解されるというわけである。

そうすると、問題は、次の点に集約される。管財人の法的地位論は、代位物の倒産財団への帰属をめぐるすべての問題を適切に解決しうるのか。もしもこの問いが肯定されるなら、物上代位の出る幕はないといわなければならない⁽⁴¹⁾。

だが、事実はそうではない。「倒産管財人の法的地位をめぐる争いはこの問題との関連では役割を演じない⁽⁴²⁾。という理由はこうである⁽⁴³⁾。

第一に、正当ケースについて。倒産管財人が正当に処分した場合に代位物が倒産財団に帰属するという結論には争いが無い。では、管財人の法的地位論はこの結論を基礎づけることができるのか。代表的・典型的な三つの見解⁽⁴⁴⁾につき考察する。以下の論旨をみればそれで十分であることが明らかになる⁽⁴⁵⁾。

機関説は、倒産財団を独立の法主体、倒産管財人をその機関と規定する。この見解によれば、正当ケースでは代位を援用する必要はなくなるだろう。というのは、倒産管財人の正当な処分により取得されたものの倒産財団

への帰属は、管財人が権利能力ある倒産財団の機関として処分したことによって基礎づけられるからである。しかし、問題はまさに倒産財団の法主体性を受け容れる点にある。⁽⁴⁶⁾ 倒産財団の法主体性を根拠づける明文はない。裏側からいえば、債務者は財産の担い手たる地位を失わず（登記簿参照）、たんに管理処分権を制限されるにすぎない（IsaO 八〇条）のである。

これに対して、職務説（判例・通説）、債務者代理説は、倒産財団の法主体性の否定を前提とする。職務説によれば、倒産管財人は自己の（私的）職務に基づき、自己の名において債務者の有利にも不利にも行為できる。債務者代理説は、倒産管財人は債務者の（法定）代理人であるという。しかし、両見解ともにさきの結論を基礎づけることができない。なぜなら、倒産財団の法主体性の否定を前提とする以上、代位物が非主体的な倒産財団のいずれに帰属するのかが確定されなければならないが、両見解にはこれを確定する論理は含まれていないからである。つまり、両見解は、倒産管財人の正当な処分により取得されたものが債務者に帰属する点を正当化できるだけであり、そのうちの自由財産ではなく、倒産財団に帰属する点を正当化することではできないのである。⁽⁴⁷⁾

第二に、不当ケースについて。倒産管財人が不当に処分した場合に代位物は倒産財団に帰属するのか、という問題についてはあまり意識的に議論されていない。

管財人の処分が不当ではあるが有効な場合、代位物は処分対象が属していた倒産財団に帰属するとみるのが相当である。管財人の固有財産にも、（複数の倒産手続を手掛けている際には）他の倒産財団にも帰属すべきではない。なぜなら、正当ケースですらそうなのだから、いわんや不当ケースにおいて異なる結論を受け容れる理由はどこにもみあたらないからである。⁽⁴⁸⁾ この論理は、管財人の処分が明白な手続目的違反に当たるために無効であるが、にもかかわらず、善意取得により処分が有効になる場合にはより一層妥当する。代位物は同じく処分対象が属していた倒産財団に帰属するとみるべきであろう。以上に対して、不当ケースの際には、倒産管財人に対して

義務違反に基づく損害賠償責任を追及しうる (180六〇条) のだからそれで対処すればよい、と応じることはできない。倒産管財人の固有債権者との競合を考えればこうした債権的救済では不十分だからである。⁽⁵⁰⁾

しかしながら、この結論を管財人の法的地位論により基礎づけるのは、正当ケースにもまして困難である。なぜなら、機関説・職務説・債務者代理説のいずれも、代位物の帰属先につき倒産管財人の態度または意思を基準とするほかない (代表行為・職務行為・代理行為の一般理論) ために、不当処分によって取得された代位物は管財人の固有財産あるいは誤った倒産財団に帰属するとみざるをえないからである。⁽⁵¹⁾

第一・第二ともに、上記分析に異を差し挟み、一般理論のほうを修正・歪曲し、あるいはあらたなドグマをたて、なんとか管財人の法的地位の枠内ですべての結着をつけようとするものがあるかもしれない。しかし、そうした試みにどれだけの意味があるかは疑わしい。物上代位による基礎づけよりも、説得力があるとは思われない。⁽⁵²⁾ ちなみに、少しでも説明困難な部分が残る限り、物上代位の出番が生じる。だから、たとえば、第一のみは管財人の法的地位により対処する、という立場がありうることは、以上の論旨に対する本質的な懐疑とはなりえない。

四 倒産管財人の処分に対する物上代位規定の類推適用

(一) ニつの方法

倒産法の立法者は、倒産管財人の処分により取得されたものは代位によって倒産財団に帰属するとした。しかし、「立法者は代位がどこから導き出されるべきなのかを示さなかった」⁽⁵³⁾。他方、学説上は、次の二つの可能性が提唱されていた。すなわち、第一に、特別財産における物上代位規定の類推適用、第二に、強制執行における物上代位規定の類推適用である。

そこで、以下では、この両者につき立ち入った考察をくわえる。

(二) 特別財産における物上代位規定の類推適用

1 特別財産における物上代位規定⁽⁵⁴⁾

(1) 特別財産の維持

特別財産における物上代位は、次のものに規定されている。(1)表見相続人の有する相続財産(BGB二〇一九条)、(2)共同相続財産(BGB二〇四一条)、(3)先位相続財産(BGB二一一一条一項)、(4)財産共同制における留保財産(BGB一四一八条二項三号)、(5)財産共同制終了後における合有財産(BGB一四七三条)、(6)両親の管理及ばない子の自由財産(BGB一六三八条二項)、(7)組合財産(BGB七一八条⁽⁵⁵⁾)。

特別財産上の物上代位の意義は、一般に、特別財産に属するものの代位物を、特別財産を所持・管理する者の一般財産ではなく、当該特別財産に直接的に帰属させることによって、「特別財産の維持(Erhaltung des Sondervermögens)」⁽⁵⁶⁾を確保するところにあるといわれる。以下、具体的な規律を概観しておこう。

(2) 代位条項

(a) 全体像 通例条項は、その名のとおりほぼすべてに規定されている。(1)のみ例外であるが、通説は類推適用を肯定している。他方、資力条項は(1)(3)、関係条項は(2)(4)(5)(6)に規定されている。各条項の関係を整理すると、通例条項は他の条項と並存的に規定されうるが、資力条項と関係条項は選択的に規定される、ということが出来る。

両規律の関係はこう説明される。通例条項は主として、「法律的代位」を規定するのに対して、資力条項と関係条項は「法律行為的代位」を規定するからである、と。

(b) 通例条項 通例条項は、「権利取得条項」と「代償条項」を合成したものである。一般的な理解によれば、権利取得条項は、①債権取立てにより取得されたもののほか、②付合・混和・加工により取得されたもの、③取得時効により取得されたもの、④物の産出物、⑤埋蔵物発見により取得されたものなどを把握する。他方、代償条項は、⑥損害賠償請求権、⑦保険金請求権、⑧補償金請求権、⑨費用償還請求権、⑩不当利得返還請求権などを把握する。

このように、通例条項は、おおむね法律により生ずる代位物を把握する。例外は、「取立て (Einziehung)」⁽⁵⁷⁾である。取立ては、弁済の法的性質論にもよるが、いずれにせよ法律行為的に取得されることは疑いない。そうすると、なぜ取立てにより取得されたものが権利取得条項により把握されるのか、反対からいえば、どうして資力条項または関係条項により把握されないのが問題となる。⁽⁵⁸⁾

この問いには、一般に、次のように応答されている。取立てにより取得されたものは、「権利規定内容に相応する」⁽⁵⁹⁾、簡単にいえば、「権利内容を実現する」⁽⁶⁰⁾ものであるゆえに、法律行為により取得されるもの一般、「譲渡 (Veräußerung)」を原因として取得されるものとは性格が異なる。シュトラウフは、前者を「実現処分 (Vollzugsverfügung)」⁽⁶¹⁾、後者を「組替処分 (Umsatzverfügung)」⁽⁶¹⁾と区別を定式化している。

本稿との関係では、取立てにより取得されたものの特別財産への帰属の際に、取立行為者の態度および意思は役割を演ずるのかが問題となる。この点については、さきに述べた物上代位の性格規定がそのまま当てはまる。すなわち、行為者の態度および意思といった主観的側面は顧慮されないとすることに異論はみられない。⁽⁶²⁾

(c) 資力条項と関係条項 そうすると、次に問題となるのは、資力条項と関係条項の関係である。両者は同じく、典型的には、譲渡によって取得されるものを把握する。とするなら、なぜ異なる定式が用いられているのか。

この問題は、物上代位論のもっとも重要な論点に位置づけられ、はげしい議論が展開されている。しかし、本稿の文脈では次の点を確認しておけば十分である。

資力条項の際には、条文上はつきりしているように、もっぱら譲渡のために資力が用いられたことのみが基準となる。譲渡行為者の主観的側面いかに問題はならない⁽⁶⁵⁾。

では、関係条項についてはどうか。異なる定式が用いられている以上、異なる規律がとられるべきなのか。しかし、当面のケースとの関係ではそのようには理解されていない。

関係条項の解釈につき、資力が用いられる場合を念頭におくと、譲渡行為者の主観的側面の顧慮をめくり、次の三つの学説が存する。⁽⁶⁴⁾ ①肯定説⁽⁶⁵⁾、②否定説⁽⁶⁶⁾、③折衷説⁽⁶⁷⁾。①が伝統的通説、現在では通説は②、③は有力説とみることができよう。

①によれば、関係条項はこの限りで少なくとも典型的な物上代位とはいえない。この見解は、両定式の相違を次のように説明する。特別財産は「他人の特別財産」と「自己の特別財産」に類型化される。前者では第三者譲渡行為者の主観的側面を顧慮することは相当でないが、後者では所有者譲渡行為者の主観的側面を無視することは相当でない。だから、法律は、前者については資力条項、後者については関係条項という異なる定式を設けた。

しかしながら、倒産管財人が債務者の財産を管理する場合は、「他人の特別財産」の類型に属する。したがって、「自己の特別財産」の際の主観的側面の顧慮に関する上記言説は意味をなさない。

②は、関係条項と資力条項の定式の相違を解釈論上解消しようと志向する。これによれば、譲渡行為者の主観的側面が顧慮されないのはいうまでもない。

③に与するものはおおむねこう考えている。所有者譲渡行為者のみの利益が顧慮されるときには主観的側面

が顧慮されるべきであるけれども、合有財産における債権者のように、第三者の利益も顧慮されるときには、資力条項と同じく、行為者の主観的側面は顧慮されるべきではない。

倒産財団の管理は倒産管財人個人のためではなく、主として倒産債権者のために行われる (InsO 三八条)。だから、この見解に従っても、管財人の主観的側面は顧慮されるべきではないということになる。

以上を要するに、次のことが確認される。少なくとも当面のケースとの関係では、譲渡により取得されたものの特別財産への帰属につき譲渡行為者の態度および意思を顧慮すべきとするものはみられない。⁽⁶⁸⁾

(3) 小括

特別財産における物上代位規定によれば、取立て・譲渡により取得されたものは特別財産に帰属する。その際には、少なくとも当面のケースとの関係では、行為者の態度および意思いかんは問題とされない。

2 倒産管財人の処分に対する類推適用

特別財産における物上代位規定は、倒産管財人の処分に類推適用されうるか。両者の利益状況の類似性が肯定されれば、所問もまた肯定されよう。そして、この類似性の存否は、理論的には、倒産財団は「特別財産 (Sondervermögen)」であるか、という問題に昇華される。

特別財産は、ある人の特定の財産が他の一般財産から区別され、法上特別のルールに服する場合に存する。⁽⁶⁹⁾ この特別取扱いの根拠は、責任 (Haftung)、管理 (Verwaltung) の範囲を規定するところ「目的拘束 (Zweckbindung)」にある。相続財産・留保財産・自由財産・合有財産が特別財産といわれるのは、以上の意味においてである。

では、倒産財団はどうだろうか。倒産財団もまた特別財産とみなされる。⁽⁷⁰⁾ なぜなら、倒産財団は、倒産債権者の引当し (InsO 三八条)、倒産管財人の管理 (InsO 八〇条一項) のために、他の一般財産から法上区別した取扱

いを受けるからである。したがって、特別財産としての倒産財団を維持するべく、特別財産における物上代位規定が類推適用されなければならない。⁽⁷¹⁾

(三) 強制執行における物上代位規定の類推適用

1 強制執行における物上代位規定

(1) 執行客体上の帰属関係の維持

強制執行における物上代位規定では、①金銭執行における換価方法としてなされる、②差押目的物の譲渡と差押目的請求権の取立てが考察される。その際には、③執行客体における執行債権者・債務者以外の者の物権の扱いは顧慮されない。というのは、倒産債権者はつねに金銭により満足をえる(InsO 四五条)①。そして、本稿では、倒産管財人が取戻権・別除権に服さないものを③、譲渡・取立てした②ケースが問題となるからである。以下、「強制執行における物上代位」という際には、こうしたケースが念頭におかれる。

では、強制執行における物上代位は、どのような意義を有するのか。総じて、次のようにいうことができよう。執行客体上の帰属関係、すなわち、(a)執行債権者の差押質権(Pfändungspfandrecht)(動産・債権執行)、(物権に準ずるものと規定されうる)満足権(Befriedigungsbefugnis)(不動産執行)、(b)執行債務者の財産の担い手たる地位(Rechtsinhaberschaft)、(c)執行機関の処分権(Verfügungsmacht)(およびこれに対応する債務者の処分権制限)を、⁽⁷²⁾法上当然に、代位物上に直接存続させるところにある、と。

(2) 代位条項

(a) 全体像 強制執行における物上代位には、特別財産におけるようなまとまった定式があるわけではない。というより、明文中代位の生ずることが明らかでない場合のほうがむしろ多い。以下、差押目的物の譲渡、差押

目的請求権の取立ての順に考察していく。⁽⁷³⁾

(b) 差押目的物の譲渡⁽⁷⁴⁾ 差押目的物の譲渡による換価につき、強制執行法は、(1)動産、(2)権利、(3)不動産を区別している。

まず、(1)について。動産の換価は、原則として執行官により公の競売をとおして行われる（ZPO八一四条）。執行官は最高価競買人に競落する（ZPO八一七条一項）。その際、明文の規定はなく、根拠には若干争いがあるけれども、一般に、「売得金代位（Erlössurrogation）」が生ずると説かれている。⁽⁷⁵⁾ その結果、動産上の帰属関係、すなわち債権者の差押質権、債務者の所有権、執行官の処分権は、法上当然に、売得金上に直接継続する。

次に、(2)について。権利の換価は、原則として債権者への移付により行われる（ZPO八三五条、八三七条）が、当該権利が譲渡可能である限り、譲渡という手段もとられうる（ZPO八四四条、八四六条、八五七条五項）。この場合に、権利上の帰属関係が法上当然に売得金上に直接継続するかどうかについては、明文はなく、具体的な議論もされていない。⁽⁷⁶⁾ しかし、権利の譲渡による換価の際には動産のそれに関する規定を特則なき限り参照すべきとされているから、⁽⁷⁷⁾ 動産の換価の場合と同様に、所問は肯定されるものと思われる。すなわち、ここでも売得金代位が生ずるのである。

最後に、(3)について。不動産の換価は、強制競売により行われる（ZPO八六六条一項）。執行裁判所は最高価競買人に競落する（ZVG八一一条一項）。支配的見解によれば、直接の明文はないけれども（なお、ZVG三七条五号、九二条一項参照）、動産競売の場合と同様に代位が生じ、不動産上の帰属関係、すなわち債権者の満足権、債務者の所有権、執行裁判所の処分権は、原則として法上当然に、競落金上に継続すると理解されている。⁽⁷⁸⁾

以上を要するに、差押目的物の譲渡では、目的物上の差押質権・満足権、担い手たる地位、処分権関係は、代位により法上当然に、売得金上に直接継続する。譲渡行為者が各々執行債権者、執行債務者、執行機関のために

する態度を示し、また、そうした意思を有していることは必要とされない。

(c) 差押目的請求権の取立て⁽⁷⁹⁾ 差押目的請求権の取立てには、一般に、次の二ケースが存する。一つは、第三債務者が執行債権者に対して直接給付し、執行債権者が満足を受けるケース、もう一つは、第三債務者が債務者のために行為する第三者に給付し、債務者が給付物を取得するケースである。典型例は、前者については金銭請求権の移付における取立て（ZPO 八三五条、八三七条）、後者については所有権移転請求権の取立て（ZPO 八四七条、八四七 a 条、八四八条）である。ここでは、後者のケースのみが考察される。倒産法上、倒産債権者は直接給付を受けることができず、したがって、前者に対応するケースは観念することができないからである。

所有権移転請求権の取立ては、(1) 不動産または登記された船舶、(2) 動産に関するそれに区別される⁽⁸⁰⁾。

(1) の際には、明文中、代位が規定されている。すなわち、ZPO 八四八条二項二文、八四七 a 条二項二文によれば、第三債務者が不動産または登記された船舶の所有権移転につき、裁判所により選任された債務者を代理する保管者または受託者（ZPO 八四八条一項・二項一文、八四七 a 条一項・二項一文）と物権的合意および登記を行う場合、代理の効果として所有権が債務者に移転するとともに、債権者は所有権移転請求権上の差押質権の代わりに、法上当然に、不動産または船舶上に保全抵当権を直接取得する⁽⁸¹⁾。ただし、処分権関係は当然には不動産または船舶上に継続しない。すなわち、執行裁判所は、債務者処分権を制限すべく、あらためて不動産または船舶を差し押さえなければならぬ（ZPO 八四七 a 条三項、八四八条三項、ZVG 二〇条一項、一四六条一項、一六二条）。

他方、(2) の際には、代位の明文規定は存しない。ZPO 八四七条一項は、ZPO 八四八条二項二文、八四七 a 条二項二文と異なり、動産は債権者の委任する執行官に引き渡されなければならないとするにとどまる。しかしながら、根拠には若干争いがあるものの、一般にはこう理解されている⁽⁸²⁾。すなわち、第三債務者が動産の所有権

移転につき執行官と物権的合意および引渡しを行う場合、代理の効果として所有権が債務者に移転するとともに、債権者は差押質権の代わりに、法上当然に、動産上に差押質権を直接取得する。のみならず、処分権関係もまた当然に、再度の差押えを要することなく、動産上に継続する。こうした取扱いは、(2)では(1)と異なり、受領者が首尾よく代位物上の管理権を有する執行官であった(ZPO八四七条二項、八一四条以下)、という事情に基づくものである。

以上を要するに、差押目的請求権の取立てでは、目的物上の差押質権・満足権、処分権関係は原則として、代位により法上当然に、給付物上に直接継続する。取立行為者が各々執行債権者、執行機関のためにする態度を示し、また、そうした意思を有していることは必要とされない。

(3) 小括

強制執行における物上代位規定によれば一般に、法上当然に、執行客体上の帰属関係の代位物上への直接継続が生じる。その際には、行為者の態度および意思いかんは問われない。

2 倒産管財人の処分に対する類推適用

強制執行における物上代位規定は、倒産管財人の処分に類推適用されうるか。この問いに応えるには、両者の利益状況を対比しなければならぬ。⁽⁸⁹⁾

第一に、抽象的なレベルでは、両者の利益状況の同質性が肯定される。というのは、強制執行は個別執行(Einzelsvollstreckung)、倒産手続は包括執行(Gesamtvollstreckung)といわれるように、両者は、執行に際して債権者および目的物を個別的に規律するか包括的に規律するか、という点のみを異にするにすぎないからである。

第二に、より具体的に分析してみても、結論は変わらない。まず、(a)執行債権者の差押質権・満足権は、倒産債権者の権利と類似するものとみられる。なぜなら、差押質権・満足権の機能は、事後に差し押さえた者に対す

る優位を確保する点にある（ZPO八〇四条三項、ZVG一〇条一項五号、一一条二項）ところ、倒産債権者もまた、手続開始後に生じた新債権者に対する優位を確保されている（InsO三八条）からである。次に、(b)執行債務者の財産の担い手たる地位と倒産債務者のそれは、同等と理解されなければならない。というのは、強制執行手続上各債権者の満足後の残額が執行債務者へと帰属すべきというのと同じ意味において、——講壇ケースではあるが——倒産手続上全債権者への弁済後の残額は倒産債務者へと帰属すべきだからである。最後に、(c)執行機関の処分権は、倒産管財人の処分権と同質とみられる。その理由は、執行機関の処分権は、事後に行われる換価のために付与されるが、倒産管財人の処分権もまた、事後に行われる換価のために付与されるものだからである。したがって、強制執行における物上代位規定は倒産管財人の処分に類推適用されなければならない。⁽⁸⁵⁾

(四) 総括

総じて、特別財産における物上代位規定も、強制執行における物上代位規定も、いずれも倒産管財人の処分に類推適用される。

二つの方法の関係はこう理解される。両者は相互に関係なく、倒産管財人の処分への類推適用を基礎づける。⁽⁸⁶⁾ もしも要件または効果に差異があるなら、双方の関係を考察する必要が生じよう。だが、これまでの分析から明らかなように、当面の問題に関する限り、そうした事実は存しない。したがって、もしも類推適用に反対したいなら、両者のいずれにも類推の基礎がないことを論証しなければならない。

五 結 語

(一) 要約

以上の考察の成果をまとめると、次のとおりである。

倒産管財人が倒産財団に属するものを正当に処分した場合、その代位物はもとより当該倒産財団に帰属すべきである。この結論は物上代位により基礎づけられる。管財人の法的地位をめぐる議論では解決できない。なぜなら、機関説は倒産財団の法主体性を前提とする点でとりえないし、また、職務説・債務者代理説では代位物が自由財産ではなく倒産財団に帰属する点を正当化することができないからである。

倒産管財人が不当に処分した場合にも、代位物は同じく当該倒産財団に帰属すべきである。不当処分でも手続目的に明白に反しない限り、処分は有効である。そうでなくても善意取得が成立するならば有効処分となる。こうした場合に、正当ケースと区別して、代位物を管財人の固有財産あるいは誤った倒産財団に帰属させる理由はみあたらない。これに対して、倒産管財人の損害賠償責任で対処すればよい、という反論は成り立たない。債権的請求権では救済として不十分だからである。以上の結論を、管財人の法的地位論により基礎づけることはできない。いずれの見解も代位物の帰属先につき、管財人の態度または意思を基準とするほかないからである。これらを問わずに代位物を当該倒産財団に帰属させるには、物上代位を援用するほかない。

その方法としては次の二つが考えられる。一つは、特別財産における物上代位規定の類推適用であり、もう一つは、強制執行における物上代位規定の類推適用である。

前者は特別財産の維持を目的とし、そのために、行為者の態度および意思いかんを問わず、取立て・譲渡により取得されたものを特別財産に帰属せしめる。この規定は倒産管財人の処分にも類推適用されなければならない。

倒産財団も責任・管理の点で他の一般財産から法上区別した取扱いを受ける特別財産であるところ、同じく代位によりこれを維持する必要があるからである。

後者は一般に、執行客体上の帰属関係、すなわち執行債権者の差押質権・満足権、執行債務者の財産の担い手たる地位、執行機関の処分権を法上当然に代位物上に直接継続せしめる。当該規定の類推適用も肯定されなければならぬ。倒産手続も執行の一形式であるし、また、執行客体上の帰属関係の維持という要請は機能的にみて倒産手続にも等しく妥当するからである。

両者は相互に無関係に類推適用を基礎づけるから、双方ともに退けられない限り、類推適用を肯定することができる。

(二) 比較法的示唆

わが国倒産法学の観点からは、以下の点が注目される。

第一に、倒産管財人が正当に処分した代位物が倒産財団に帰属する根拠はなにか、不当処分の際には財団に帰属すべきか、帰属すべきとしたらどのように基礎づけられるか、という問題が議論されていたことそれ自体である。わが国ではそもそもこうした問題は共有されていない。しかし、とくに正当処分の問題は深刻とみられる。この問いに答えられなければ、管財人の正常な職務が法理論上の基礎づけなく行われていることになってしまうからである。膨張主義が採用された新倒産法下ですら、議論が継続していたことを強調しておきたい。

第二に、不当処分ケースにおいて代位物は倒産財団に帰属すべき、という価値判断が提示されていた点である。このことは、不当処分の際には処分の有効性と管財人の損害賠償責任を論じるだけでは十分でなく、代位物の帰属先にも目を配らなければならないことを示している。もっとも、右の論旨が直接に妥当するのは管理型ないし

管財人型に限られることに注意しなければならない。つまり、後見型ないしDIP型については留保が必要である。「他人の特別財産」と「自己の特別財産」を区別する見解が主張されていたことを想起されたい。

第三に、代位物の帰属を基礎づける法律構成として、物上代位が援用されていた点である。管財人の法的地位をめぐる議論では問題を適切に解決できない、という批判は傾聴に値する。わが国では管理機構人格説が有力であるが、同説も財団の法主体性を否定する以上、職務説・債務者代理説に対するのと同様の批判が当てはまる。ただし、かりにこの批判を受け容れたとしても、物上代位による解決を採用しうるかどうかは別問題である。わが国には、制定法上「代位条項」が少ないという基本的な障害がある。また、物上代位の基礎理論研究に乏しく、概念に関する学問上のコンセンサスが存しない。しかし、これらの問題性を認識せしめたことまさしくそれ自体のうちに、もつとも重要な比較法的示唆をみてとるべきであろう。

(1) わが国現行倒産法制上、管財人が選任されるのは、管理型ないし管財人型に属する、破産(清算型)と会社更生(再生型)である。民事再生(再生型)と特別清算(清算型)は後見型ないしDIP型であり、原則として管財人は選任されない。他方、ドイツ現行倒産法(LInsO)は、わが国とは異なり、複数手続型ではなく単一手続型を採用しており、原則として倒産管財人が選任される。ドイツ倒産法一般につき、概説書として、吉野正三郎『ドイツ倒産法入門』(成文堂、二〇〇七年)、研究書として、三上威彦『ドイツ倒産法改正の軌跡』(成文堂、一九九五年)、木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』(成文堂、一九九九年)参照。

(2) 倒産法学における議論状況につき、中田淳一『破産法・和議法(法律学全集三七)』八七―八九、一七六―一八一頁(有斐閣、一九五九年)、齋藤秀夫『麻上雅信』林屋礼二編『注解破産法上巻(第三版)』七三―七四、七八―八四頁(小室直人)中殿政男(青林書院、一九九八年)、伊藤眞『破産法・民事再生法』一四〇―一四五、一七〇―一八一、四七九―四八二頁(有斐閣、二〇〇七年)、竹下守夫編代『大コンメンタール破産法』一三六―一三九頁(高山崇彦、三三〇―三三三頁)「田原陸夫」(青林書院、二〇〇七年)、および、松田二郎『会社更生法(法律学全集三

- 九一)〔新版〕八二―八八、一一〇―一一五頁(有斐閣、一九七六年)、宮脇幸彦・井関浩・山口和男編『注解会社更生法』一八二―一八四頁〔中村勝美〕(青林書院、一九八六年)、伊藤眞・西岡清一郎・桃尾重明編『新しい会社更生法―モデル事例から学ぶ運用上の論点』一五一―一六九頁〔永野厚郎〕(有斐閣、二〇〇四年)、物上代位論における議論状況につき、松岡久和「倒産手続における物上代位」『倒産手続と民事実体法(別冊NBI六〇号)』一〇二―一二頁(商事法務研究会、二〇〇〇年)参照。
- (3) Sirkko HARDER, Insolvenzrechtliche Surrogation, Beiträge zum Insolvenzrecht, Bd. 27, Diss., Köln 2002 (mit Vorwort von Wolfgang MAROTZKE). 簡単な教科書でも参考文献に挙げられている(Reinhard BORK, Einführung in das Insolvenzrecht, JZ-Schriftenreihe, H. 5, 4. Aufl., Tübingen 2005, S. 63)が、代表的なロマンタールでは引かれていない(Wolfram Ernst JAEGER/Wolfram HENCKEL/Walter GERHARDT, Insolvenzzordnung: Großkommentar, Bd. 1, 1. Aufl., Berlin 2004, § 35 [HENCKEL], S. 342, Bd. 2, 1. Aufl. Berlin 2007, § 80 [Peter A. WINDEL], S. 787)。
- (4) 名の後、Dagmar Gunilla WEBER, Vermögensrechtlich und haftungsrechtlich veranlassete Surrogation im Insolvenzverfahren, Berichte aus der Rechtswissenschaft, Diss., Aachen 2003 が公刊されている。しかし、少なくとも当面の問題との関係では、分析の精緻さ・論証の堅固さの点において、ハーターを超えるものではない。
- (5) 全体として、水津太郎「ドイツ法における物上代位の理論的基礎(一)〔四完〕法研八〇巻三号二一―六八頁、四号四五一―九四頁、五号二五―五九頁、六号三三―七三頁(二〇〇七年)参照。文献の引用は基本的にはこれに委ねる。
- (6) Arno WELLE, 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, S. 86; Hubert MENKEN, Die dingliche Surrogation bei den Sondervermögen des Familien- und Erbrechts, Diss., Münster 1991, S. 1.
- (7) Manfred WOLF, Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation, Jus 1975, S. 644, 645, auch vgl. Jus 1976, S. 104.
- (8) その他は次のものを参照。古くは、Reinhard Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetz-

- buche, Marburg 1905, S. 6, 熊澤ト吉' Joachim GERNHUBER, Surrogationen, Bürgerliches Recht: Ein systematisches Repetitorium für Fortgeschrittene, 3. Aufl., Jus-Schriftenreihe, H. 87, München 1991, § 49 I 4, 5, S. 468; Dagmar COESTER-WALTJEN, Die dingliche Surrogation, Jura 1996, S. 24, 25; Heinrich LANGE/Kurt KUCHINKE, Erbrecht: Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001, § 41 I 1, S. 1067.
- (○) Vgl. Dieter STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz: Ein Beitrag zur "dinglichen Surrogation" im Privatrecht, Schriften zum deutschen und europäisches Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 73, Hab., Bielefeld 1972, Tabelle I: Gesetzliche Surrogationsfälle, S. 24-31.
- (㉑) HARDER, supra note 3, Rn. 10, S. 4, Rn. 54, S. 19, Rn. 693, S. 233.
- (㉒) 佐藤 誠之助 著 民法総論 ㉒ WOLF, supra note 7, Jus 1975, S. 643-644, Jus 1976, S. 104 (㉒㉑); GERNHUBER, supra note 8, § 49 I 5, S. 468 (㉒); COESTER-WALTJEN, supra note 8, S. 25, 26, 28 (㉒㉑); LANGE/KUCHINKE, supra note 8, § 41, I 1, S. 1067-1068 (㉒㉑㉒); ferner WELLE, supra note 6, S. 15, 20-21 (㉒㉑㉒); HARDER, supra note 3, 2002, Rn. 4, S. 2, Rn. 3, S. 1-2 (㉒㉑㉒); und Josef KOHLER, Sozial- und Individualgedanken im Rechtserwerb, ARWP, Bd. 10 (1916/17), S. 57, 60 (㉑); Wilhelm WENGLER, Art. "Surrogation", Franz SCHLEGELBERGER (Hrsg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Bd. VI, Berlin 1938, S. 501, 499, 483 (㉒㉑㉒); Andres GIRSBERGER, Die dingliche Surrogation: Der Begriff und seine praktische Bedeutung für das schweizerische Recht Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, H. 200, Diss., Zürich 1955, S. 146-147 (㉒㉑); sowie Dorothee, EINSELE, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips: Unter besonderer Berücksichtigung des Geschäfts für den, den es angeht, der fiduziarischen Treuhand sowie der dingliche Surrogation, JZ 1990, S. 1007-1008 (㉒㉑㉒); Dieter MEDICUS, Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, Academia iuris, 20. Aufl., Köln ua 2004, § 5 III 2c), Rn. 91, S. 60 (㉑)°.
- (㉓) WOLF, supra note 7, Jus 1975, S. 646, Jus 1976, S. 104; COESTER-WALTJEN, supra note 8, S. 25; LANGE/KUCHINKE, supra note 8, § 41 I 1, S. 1068; ferner WELLE, supra note 6, S. 19; MENKEN, supra note 6, S. 2;

HARDER, supra note 3, S. 3.

- (13) 類推適用を完全に否定する見解もあるが、支持されていないことにつき、水津・前掲注(5)理論的基礎(四)四八—四九頁注一七四参照。
- (14) HARDER, supra note 3, Rn. 11-13, S. 4-5, ferner Rn. 694, S. 233, Rn. 699, S. 235, Rn. 707, S. 237.
- (15) 引用は HARDER, supra note 3, Rn. 11, S. 5 und Rn. 694, S. 233. 他にニームスに引くのは、vgl. HARDER, supra note 3, Kap. C und D.
- (16) Vgl. HARDER, supra note 3, Rn. 14, S. 5-6.
- (17) この問題については他の文献を含め、否定説を主張する、Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., Bd. 2, München 2007, § 362 [Joachim WENZEL], Rn. 11, S. 2340 を参照。
- (18) より一般的には、vgl. Rainer BÖHM, Surrogation trotz Unwirksamkeit einer Verfügung: Zum Anwendungsbereich der §§ 816, 2019 (2111, 2041) BGB sowie des § 46 KO, Diss., Hamburg 1973.
- (19) たしかに、処分が無効の場合にも物上代位が生ずべきではないか、という問題が、とくに相続回復請求権における物上代位 (BGB 二〇一九条) をめぐって議論されており、そこでは肯定説が支配的見解である。こうした議論の基礎には、理論的根拠から処分の有効性、したがって事前の追認を代位の要件とする²⁾、事実上、原権利者が原目的物と代位物の双方を喪失する危険が生ずる、という実質的な考慮にある。水津・前掲注(5)理論的基礎(一)五〇頁注二—参照。しかしながら、倒産管財人の処分における物上代位の際には、原権利者である倒産債務者による追認という事態はそもそも観念できない。だから、以上の議論は本稿との関係では意味をなさない。
- (20) 判例・通説をみる。vgl. Wolfram Ernst JAEGER/Wolfram HENCKEL, Konkursordnung: Großkommentar, §§ 1-42, 9. Aufl., Berlin 1997, § 6, Rn. 150, S. 241; Ludwig HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Köln ua 2007, Rn. 14.09, S. 345. しかし、近時では状況に動きがみられる。Vgl. JAEGER-INSO/WINDEL, supra note 3, § 80, Rn. 252, S. 533-535. 本文の基準も代理権濫用原則との調和を念頭においていたが、近時の見解はさらに進めてこれを「直接」適用しようとする。両者の相違は、前者が「明白」に焦点を合わせるのに対して、後者は「相手方保護」を要件として取り込む、という点にある。しかし、本稿では不当処分の際にも処分は有効になりうることを確認すれば十分であ

- るため、この問題には立ち入りなからず。
- (21) HARDER, supra note 3, Rn. 47, S. 17 und Rn. 18, S. 8.
- (22) HARDER, supra note 3, Rn. 14, S. 5, Rn. 15, S. 7, Rn. 18, S. 8 以下、考察対象が有効処分制限されるべきことを繰り返し強調しているが、以下に述べた意義を、この限定されただけの理論的意味があるかは疑わしい。
- (23) 議論全体の分析については、vgl. HARDER, supra note 3, Rn. 21-31, S. 9-12.
- (24) Vgl. HARDER, supra note 3, Rn. 30, S. 12 mit Fn. 39 Literatur.
- (25) Vgl. Konrad HELLMIG, System des deutschen Zivilprozessrechts, Th. 1, Leipzig 1912, § 69, S. 152-160 (解説) ; Wolfram Ernst JAEGER/Friedrich LENT, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Großkomm. tare der Praxis, Bd. 1, 8. Aufl., Berlin 1958, § 1, Rn. 60, S. 38. Vor §§ 6-9, X 2, S. 102-103, § 6, Rn. 2, S. 115-116 (債務者之解説) ; Georg KUHN/Wilhelm UHLENBRUCK, Konkursordnung: Kommentar, 11. Aufl., München 1994, § 1, Rn. 106, S. 87, § 6, Rn. 17, S. 161-166 (職務説) .
- (26) Vgl. JAEGER/HENCKEL, supra note 20, § 1, Rn. 127, S. 60, § 6, Rn. 4 a. E., S. 174, Rn. 37, S. 190-192 (職務説) ; Ludwig HÄSEMAYER, Insolvenzrecht, 1. Aufl., Köln ua 1992, Kap. 9 II 4 c), S. 187-188 und Fn. 78, Kap. 15 I 2 d), II, S. 293-297 (職務説) . 以下、管財人の財団のためにする意思を要件とするか、これを相手方に表示する必要があるか。
- (27) Vgl. Josef KOHLER, Zwölf Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch VI: Das Vermögen als sachrechtliche Einheit, ArchBürgerR, Bd. 22 (1903), S. 13-14; WOLF, supra note 7, Jus 1975, S. 715; WELKE, supra note 6, S. 115-116; und Wolfgang MAROTZKE, Das Anwartschaftsrecht: ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung?, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 41, Diss., Berlin 1977, S. 69-76. (解説説) ; MENKEN, supra note 6, S. 152, 163-164 「財団のために」取得する場合のみ一般原則により帰属する(その点) .
- (28) Vgl. HARDER, supra note 3, Rn. 32-33, S. 12-13.
- (29) Leitsatz 1.1.4 EB. Zu Begründung vgl. Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission fürInsolvenzrecht, Köln 1985, S. 93-95.

- (30) § 39 DE, § 39 RefE, § 42 RegE.
- (31) Begründung zu § 42 RegE, abgedruckt in: Bruno Maria Kübler/Hanns Prütting (Hrsg.), Das neue Insolvenzrecht: InsO/EGInsO, RWS-Dokumentation, Bd. 18, 2. Aufl., Köln 2002, S. 203 und vgl. S. 204.
- (32) Begründung zu § 42 RegE, abgedruckt in: Kübler/Prütting, supra note 31, S. 203 und vgl. S. 204 (傍点水津).
- (33) HARDER, supra note 3, Rn. 217-218, S. 74-75, Rn. 694, S. 233 によれば、倒産管財人の処分により取得されたものが InsO 三五条にいう「債務者がこの手続中に取得する全財産」に含まれないことは、以上の立法者意思のほか、次の体系的根拠からも基礎づけられる。すなわち、倒産法上「債務者 (Schuldner)」といわれる際には、あくまで債務者個人が問題となるにすぎず (たとえば InsO 八〇条以下)、倒産管財人が債務者に対して効果を及ぼす行為をした場合は含意されつぎなうと理解すべきである。この結論は現在でも支持されている。HÄSEMAYER, supra note 20, Rn. 9.28, S. 242; JAEGER-InsO/HENCKEL, supra note 3, § 35, Rn. 150, S. 840; WEBER, supra note 4, S. 41. づれに対して、かりに倒産管財人の処分により取得されたものもまた債務者の新得財産にあたるという見解をとる場合には、正当ケースの際には代位は問題とならぬ。InsO 三五条により規律されるからである。しかし、不当ケースの際には、やはり代位を持ち出さざるをえない。そうしなければ、管財人の固有財産あるいは誤まった倒産財団に帰属してしまつてあろう。したがって、上述の問題につきどう解釈するかは、代位の要否それ自体とは無関係であるといつてよい。
- (34) Begründung zu § 42 RegE, abgedruckt in: Kübler/Prütting, supra note 31, S. 203 und vgl. S. 204 (傍点水津).
- (35) Vgl. HARDER, supra note 3, Rn. 33, S. 13 a. E.
- (36) 議論全体の分析については vgl. HARDER, supra note 3, Rn. 34-38, S. 13-14.
- (37) Vgl. Harald HESS, Insolvenzrecht: Grobkommentar in drei Bänden, C.-F.-Müller-Wirtschaftsrecht, Bd. 1, Heidelberg ua 2007, §§ 35, 36, Rn. 30-54, S. 796-799, § 80, Rn. 183-195, S. 1468-1471, Rn. 315-325, S. 1494-1496 (債務者代理説 (Vertretung kraft Amtes)); Wilhelm Uhlenbruck, Insolvenzordnung: Kommentar,

12. Aufl., München 2003, § 35 [UHLENBRUCK], Rn. 1-11, S. 680-686, § 80 [UHLENBRUCK], Rn. 52-126, S. 1318-1358 (職務記).
- (89) Vgl. Stefan SMID, *Insolvenzordnung (InsO) mit Insolvenzzrechtlicher Vergütungsverordnung (InsVV)*: Kommentar, § 80 [SMID], Rn. 17, S. 471, Rn. 46, S. 480-481 (職務記); BORK, supra note 3, Rn. 68, S. 32, Rn. 119, S. 64-65 mit Fn. 9 (職務記); HÄSEMAYER, supra note 20, Rn. 9, 28, S. 242-243 mit Fn. 129, Rn. 15, 06-15, 09, S. 365-369 (職務記); JAEGER-InsO/HENCKEL, supra note 3, § 35, Rn. 150, S. 840; JAEGER-InsO/WINDEL, supra note 3, § 80, Rn. 12 a. E., S. 356, Rn. 48, S. 386-388 (職務記). ① 意思必要・表示不要とするもの (HÄSEMAYER; JAEGER-InsO/WINDEL [註釋注(89)参照]). なお JAEGER-InsO/HENCKEL は着服ケースは除外されるもの (②) とは認めない (SMID/SMID [財団の資力が用いられた場合にちぎれは十分である]). ; BORK (HADER; WEBER を引用)) に分かれる。
- (90) Vgl. HARDER, supra note 3, Rn. 117, S. 40, Rn. 696, S. 233-234; WEBER, supra note 4, S. 41-56.
- (40) 上の指摘については HARDER, supra note 3, Rn. 38, S. 14.
- (41) もっとも、管財人の法的地位をめぐっては諸説が紛糾しているところ、議論の生産性という観点からは、代位物の問題はあげて物上代位論に委ねてしまふのが賢明ともいえる。「倒産管財人により財団を資力として取得されたものの財団帰属性を、管財人の地位の争いとは無関係に、代位の思想により根拠づけることが上手ければ、理論的争いの意味を限定し、管財人の行為に関する個別の問題を、基礎理論からではなく『それ自体から』判断するものとした努力がなされることへの力となる」といっわけである。HARDER, supra note 3, Rn. 46, S. 16-17, vgl. auch Rn. 201 a. E., S. 70.
- (42) HARDER, supra note 3, Rn. 219, S. 75.
- (43) 分析視角については HARDER, supra note 3, Rn. 41-53, S. 15-19.
- (44) 他の見解を命ぜり vgl. HÄSEMAYER, supra note 20, Rn. 15, 01-15, 09, S. 349-369; JAEGER-InsO/WINDEL, supra note 3, § 80, Rn. 11-20, S. 354-363.
- (45) 新代理説ないし新機関説および中立的行為説の分析については HARDER, supra note 3, Rn. 26-27, S. 10-11, Rn.

44-45, S. 16, Rn. 52-53, S. 19.

(49) Vgl. JAEGER/HENCKEL, supra note 20, § 6, Rn. 167, S. 249; HESS, supra note 37, § 80, Rn. 172, S. 1467; UHLENBRUCK/UHLENBRUCK, supra note 37, § 35, Rn. 4, S. 682, § 56, Rn. 69, S. 1042.

(47) 物上代位論の側からは WELLE, supra note 6, S. 21 が「この事情を端的に表現している。「BGBは、ある人の取得物を……当該人に帰属する複数の財産のうちの一つに分配するための法律制度を、代位のほかに知らない」。倒産法では、JAEGER/HENCKEL, supra note 20, § 6, Rn. 37, S. 191 を参照。職務説の際に代位という構成が必要であることを論証する文脈で、次のように言う。「これによつてなぜ管財人が管財人として行爲する場合に取得するものが、破産から自由な財産ではなく財団のものか説明されるのである」。ちなみに JAEGER-InsO/WINDEL, supra note 3, § 80, Rn. 48, S. 388 でこの叙述が削除されている。

(48) JAEGER/HENCKEL, supra note 20, § 6, Rn. 37, S. 191; JAEGER-InsO/WINDEL, supra note 3, § 80, Rn. 48, S. 388 は、物上代位を引き合ひに出しても管財人の意思を顧慮すべきでない、その積極的・実質的理由として「管財人の保護を指摘する。主観的要件を課することによって「管財人個人の資力の投入がかれの意思に反して財団を利する」事態が防止されるといふわけである。しかし、こうした理由は本稿が念頭におくケース、すなわち管財人が財団に属するものを処分した場合には当てはまらない。

(49) Vgl. HÄSEMAYER, supra note 20, Rn. 9, 28, S. 243 mit Fn. 129 (侵害利得にも触れる) ; JAEGER-InsO/HENCKEL, supra note 3, § 35, Rn. 105, S. 804.

(50) Vgl. WOLF, supra note 7, Jus 1975 S. 715 (ただし固定主義強調) ; WELLE, supra note 6, S. 107, 116; WEBER, supra note 4, S. 54. 同条の損害賠償責任は廉価譲渡の際に代位では穴埋めではなく損害を担保するために補充的に機能する。WEBER, supra note 4, S. 45

(51) Vgl. HARDER, supra note 3, Rn. 52-53, S. 19; WEBER, supra note 4, S. 42-43.

(52) Vgl. JAEGER/HENCKEL, supra note 20, § 6, Rn. 37 a. E., S. 191; JAEGER-InsO/WINDEL, supra note 3, § 80, Rn. 48 a. E., S. 388; und HARDER, supra note 3, Rn. 43 a. E., S. 16, Rn. 51, S. 18, Rn. 53, S. 19; WEBER, supra note 4, S. 42-45.

- (53) HARDER, *supra* note 3, Rn. 55, S. 20.
- (54) 全体として、水津・前掲注(5)理論的基礎(一)二七—三六頁参照。文献の引用は基本的にはこれに委ねる。
- (55) 両親に管理された子の財産(BGB一六四六条)は除外する。これは①一般財産の代位である点②両親の子のためにする意思を要件とする点において、特殊な性格を有する。水津・前掲注(5)理論的基礎(一)四二頁注一〇。
- (56) Statt vieler WOLF, *supra* note 7, Jus 1975, S. 711; MENKEN, *supra* note 6, S. 26, 135.
- (57) Vgl. Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, 14. Aufl., München 1987, § 18 I, S. 236-241.
- (58) どのような問題意識から、取立てにより取得されたものは資力条項または関係条項により把握されるという見解も、少数ながら有力に主張されている。水津・前掲注(5)理論的基礎(一)五四—五五頁注三三参照。
- (59) WOLF, *supra* note 7, Jus 1975, S. 713. Vgl. auch COESTER-WALTJEN, *supra* note 8, S. 26.
- (60) STRAUCH, *supra* note 9, S. 127.
- (61) STRAUCH, *supra* note 9, S. 127.
- (62) Vgl. STRAUCH, *supra* note 9, S. 127-128; WOLF, *supra* note 7, Jus 1975, S. 713, Jus 1976, S. 105; GERNHUBER, *supra* note 8, § 49 I 7, 9, S. 468, 469; COESTER-WALTJEN, *supra* note 8, S. 25-26; LANGE/KUCHINKE, *supra* note 8, § 41 II 2, S. 1069-1070; ferner WELLE, *supra* note 6, S. 91-92. — 屬明權の § 41 HARDER, *supra* note 3, Rn. 87-91, S. 30-32.
- (63) STRAUCH, *supra* note 9, S. 133; WOLF, *supra* note 7, Jus 1975, S. 713; GERNHUBER, *supra* note 8, § 49 I 7, S. 468; COESTER-WALTJEN, *supra* note 8, S. 25-28; ferner WELLE, *supra* note 6, S. 101, 124; MENKEN, *supra* note 6, S. 99, 161; HARDER, *supra* note 3, Rn. 115, S. 40.
- (64) 肯定説・折衷説が譲渡行為者の主観的側面の顧慮を主張する場合には、特別財産のためにする意思を念頭におくのが一般であり、その対外的な認識可能性までをも要求するかどうかはかならずしもはっきりしない。水津・前掲注(5)理論的基礎(一)六一—六二頁注四一参照。しかし、以下でみるように、本稿との関係ではこの問題に立ち入る必要はない。
- (65) THIELE, *Studien zum ehelichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Die Surrogation nach den §*

- 1381, 1382 BGB, AcP, Bd. 91 (1901), S. 12-14; 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, S. 8, 13 を嚆矢とする見解。
- (96) STRAUCH, supra note 9, S. 130-133; WOLF, supra note 7, Jus 1975, S. 713-714, Jus 1976, S. 105; führer KOHLER, supra note 27, S. 9, 12, 14-15; BEYER, supra note 8, insb. S. 222-230.
- (97) WELLE, supra note 6, insb. S. 103-108, 123-126 (大塚仁教授) ; MENKEN, supra note 6, insb. S. 134-136, 161-162; noch HARDER, supra note 3, Rn. 107, S. 38; führer Adolf Engelbert NEUNHAUS, Das Surrogationsprinzip im Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss., Erlangen 1934, insb. S. 8-9, 41, 44; ferner GERNHUBER, supra note 8, § 49 III, S. 473-474; COESTER-WALTJEN, supra note 8, S. 25, 27.
- (98) JAEGER/HENCKEL, supra note 20, § 6, Rn. 37, S. 191; JAEGER-INSO/WINDEL, supra note 3, § 80, Rn. 48, S. 387 で「繼承行為の意思や必要とする見解や支配的となるが、少なむの方面のケースとの関係では正當である」。HARDER, supra note 3, Rn. 96-108, S. 33-38 で確認された。
- (99) Ludwig ENNECCERUS/Hans Carl NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Halbbd. 1, 14. Aufl., Tübingen 1952, § 132, S. 559-563; Karl LARENZ/Manfred WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, Rn. 31-63, S. 386-392; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Bearbeitung, Berlin 2004, Vor §§ 90-103 [Joachim JICKEL/Malte STREPER], Rn. 26-30, S. 11-13.
- (100) ENNECCERUS/NIPPERDEY, supra note 69, § 132 I 2, S. 560; LARENZ/WOLF, supra note 69, Rn. 34, S. 387; Staudinger/JICKEL/STREPER, supra note 69, Rn. 26, S. 12; ferner JAEGER/HENCKEL, supra note 20, § 1, Rn. 49, S. 26; HÄSEMAYER, supra note 20, Rn. 9.03, S. 223; JAEGER-INSO/HENCKEL, supra note 3, § 35, Rn. 71, S. 826.
- (101) Zum Schluss KOHLER, supra note 27, S. 13-14 (他人の特別財産の代位原則の適用〔ただし推定原則〕) ; WOLF, supra note 7, Jus 1975, S. 715 (通例条項・資力条項の類推適用〔ただし固定主義強調〕) ; WELLE, supra

note 6, S. 115-116 (通例条項・資力条項の類推適用) ; HARDER, supra note 3, Rn. 117, S. 40, Rn. 696, S. 233-234 (権利取得条項・資力条項・関係条項の類推適用) ; WEBER, supra note 4, S. 54-56 (BGB 110 四一条の類推適用) ; und JAEGER/HENCKEL, supra note 20, Rn. 37, S. 190-192 (BGB 147 三一条・110 四一条および 146 六一条の類推適用 (BGB 146 六一条は管財人の意思の必要を基礎とけるために援用)) ; HÄSEMAYER, supra note 26, Kap. 9 II 4 c), S. 187 mit Fn. 78 (BGB 110 四一条の類推適用) ; SMID/SMID, supra note 38, Rn. 46, S. 480 (BGB 141 六一条・147 三一条・110 四一条の類推適用 (BGB 71 八一条も引き合つた出で)) ; BORR, supra note 3, Rn. 119, S. 64 Fn. 9 (HADER; WEBER を引用) ; HÄSEMAYER, supra note 20, Rn. 9, 28, S. 242-243 mit Fn. 129 (旧版と同様) ; JAEGER-InsO/HENCKEL, supra note 3, § 35, Rn. 150, S. 840 mit Fn. 315 (旧版と同様) ; JAEGER-InsO/WINDEL, supra note 3, § 80, Rn. 48, S. 386-388 (旧版と同様). 次の点を補足しておく。まず JAEGER/HENCKEL; JAEGER-InsO/WINDEL のように、BGB 146 六一条 (前掲注 (55) 参照) を引き合つて出して管財人の意思の必要を基礎とけることに対しては、次の批判がある。同条は、①一般財産の代位を念頭に (HARDER, supra note 3, Rn. 111, S. 38, Rn. 115, S. 40)、②親子関係の特殊性に基づき、③ (WEBER, supra note 4, S. 55) 規定されたものだから、倒産財団への類推の基礎がなく、④「責任財産の維持」(WEBER, supra note 4, S. 54) という観点からは結論的にも相当ではない。次に、物上代位論の側では少数説であるが、MENKEN, supra note 6, S. 152-153, 163-164, vgl. S. 143-151 は、当面の問題につき物上代位の類推適用を否定している。その理由は要するに、①正当ケースの際には代位の規定がなくても代位物は財団に帰属すること、②不当ケースの場合にはこの限りでないが、利益状況の相違にかんがみれば類推の基礎となる規定はみあたらないことにある。①には三三)で述べた批判があてはまるが、この点には応答されていない。②はこういう意味である。対比されるのは他人が財産を管理するケース、すなわち資力条項を定める BGB 210 九一条および 146 六一条であるが、いずれも管財人が財団を管理する場合は問題状況が異なっている。なお、通例条項の類推適用は認めるが、かれは権利取得条項から取立てを排除する少数見解 (前掲注 (58) 参照) に与しているため、取立てについても代位は否定されることになる。

(22) Vgl. HARDER, supra note 3, Rn. 697, S. 234 und Rn. 174, S. 61, Rn. 197, S. 69, Rn. 204, S. 71 sowie Rn. 122-130, S. 42-45.

- (73) 強制管理において処分がなされる場合についての法解釈等。この点については、vgl. HARDER, *supra* note 3, Rn. 167-172, S. 59-61.
- (74) 義務主体についての vgl. HARDER, *supra* note 3, Rn. 151-166, S. 53-59.
- (75) Leo ROSENBERG/Hans Friedhelm GAUL/Eberhard SCHILKEN, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., München 1997, § 53 III 1 c, S. 821; Hans BROX/Wolf-Dietrich WALKER, Zwangsvollstreckungsrecht, *Academia iuris*, 7. Aufl., Köln ua 2003, Rn. 452, S. 273; Fritz BAUR/Rolf STÜRNER/Alexander BRUNS, Zwangsvollstreckungsrecht, C.-F. Müller-Lehr- und Handbuch, 13. Aufl., Heidelberg ua 2006, Rn. 29.9, S. 367; und Bernhard WIEZOREK/Rolf A. SCHÜTZE, Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grobkommentar, Bd. 4, Teilbd. 2, 3. Aufl., Berlin ua 1999, § 819 [Wolfgang LÜKE], Rn. 2, S. 1036 und Rn. 2; Friedrich STEIN/Martin JONAS, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 7, 22. Aufl., Tübingen 2002, § 819 [Wolfgang Münzberg], Rn. 1-2, S. 1158-1159; Hans-Joachim MUSIELAK, Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl., München 2007, § 819 [Udo BECKER], Rn. 3, S. 2063; Heinz THOMAS/Hans PUTZO, Zivilprozessordnung: Kommentar, 28. Aufl., München 2007, § 819 [Rainer HÜBTREGE], Rn. 1, S. 1105. 衆議院のころは、^① 衆議院の代位原議をなすものとして、ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN [wie gemäß]; BROX/WALKER [vergleichbar]; BAUR/STÜRNER/BRUNS [vgl.]; Musielak/Becker [vgl.]、^② 民法第 114 条 1 文を準用するものとして、Thomas/Putzo/Hübtregge、^③ 民法第 819 条 1 文を準用するものとして、(Wiezorek/Schütze/Lüke) になされる。
- (76) Vgl. HARDER, *supra* note 3, Rn. 161, S. 57.
- (77) Winfried SCHUSCHKE/Wolf-Dietrich WALKER, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz: Kommentar zum achten Buch der Zivilprozessordnung, Bd. 1, 3. Aufl., Köln ua 2002, § 844, Rn. 4, S. 1137; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3, 2. Aufl., München 2001, § 844 [Stefan SMD], Rn. 13, S. 271; 衆議院のころは、Friedrich STEIN/Martin JONAS, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 8, 22. Aufl., Tübingen 2004, § 844 [Wolfgang BREHM], Rn. 11, S. 132.

- (82) BROX/WALKER, *supra* note 75, Rn. 931, S. 527-528; BAUR/STÜRNER/BRUNS, *supra* note 75, Rn.36-25, S. 468-469; Dieter EICKMANN, *Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht: Kurzlehrbuch*, München 1991, § 7 III, S. 68-69; und Friedrich Joseph Paul JAECKEL/Georg GÜTHE, *Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 (Fassung vom 20. Mai 1898)* nebst dem Einführungsgesetz und dem für Preussen ergangenen Ausführungsgesetz vom 23. September 1899 und Kostenbestimmungen: mit Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1909, § 92, Anm. 1, S. 366-367; Friedrich ZELLER/Kurt STÖBER, *Zwangsversteigerungsgesetz: Kommentar zum ZVG der Bundesrepublik Deutschland mit einem Anhang einschlägiger Texte und Tabellen*, 17. Aufl., München 2002, § 91, Anm. 2.5, S. 916-917, § 114, Anm. 1.4, S. 1013; ferner Fritz WECKER, *Die Grundpfandrechte und die Surrogation in der Zwangsversteigerung*, Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, H. 11, Stuttgart 1937, S. 3, 12-16; GERHUBER, *supra* note 8, § 49 III 1 d), S. 471.
- (83) 議論全体に「*vgl.* HARDER, *supra* note 3, Rn. 131-135, S. 45-47, 148-150, S. 53.
- (84) 金銭所有権移転請求権および所有権以外の権利移転請求権の取立については省略する。この点については *vgl.* HARDER, *supra* note 3, Rn. 136-147, S. 48-52.
- (85) この点では差押質権の保全抵当権への変更がみられるが、この現象の分析については *vgl.* WECKER, *supra* note 78, S. 7-9. かれによれば、ZPO 八四八条二項二文は代位物の性質上同一内容の権利による継続が不可能ならし不適當であるところから、「従前の権利が保持していったと可能な限り同一の内容を有する権利」を旧権利者に付与するのとを企図した規定であり、代位の一般理論に位置づければ、このような「権利内容の変更」は明文によりはじめて認められる「例外現象」である。
- (86) ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN, *supra* note 75, § 57 I, S. 883; BROX/WALKER, *supra* note 75, Rn. 705, S. 415; BAUR/STÜRNER/BRUNS, *supra* note 75, Rn. 31.9, S. 400; und Wiczorek/Schütze/Lütke, *supra* note 75, § 847, Rn. 11-14, S. 1191; MünchKomm/SMID, *supra* note 77, § 847, Rn. 9, S. 281; Stein/Jonas/BREHM, *supra* note 75, Rn. 12, S. 146; ferner WOLF, *supra* note 7, Jus 1976, S. 34. 根拠については 明瞭にならざる (ROSENBERG/

- GAUL/SCHILKEN, BAUR/STÜRNER/BRUNS, Wieczorek/Schütze/Lütke) を除くと、①強制執行独自の代位原則とみ
るもの (MünchKomm/Smd; Stein/Jonas/BREHM) ②BGB 二二八七条を類推適用するもの (WOLF) ③ZPO
八四七 a 条二項、八四八条二項、BGB 二二八七条を準用するもの (Brox/WALKER) に分かれる。
- (83) 条文上ははつきりしないが、取得行為者は ZPO 八四八条二項二文、八四七 a 条二項二文と同様、代理人として
行為するよみるのが一般的である。ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN, supra note 75, § 57 I, S. 883; BAUR/STÜRNER/
BRUNS, supra note 75, Rn. 31.10, S. 410; Brox/WALKER, supra note 75, Rn. 705, S. 415 (黙示の代理)。
- (84) Vgl. HARDER, supra note 3, Rn. 173-213, S. 61-73, Rn. 698.
- (85) Zum Schluss MAROTZKE, supra note 27, S. 69-76; HARDER, supra note 3, Rn. 214-215, S. 74, Rn. 697-698,
S. 234.
- (86) HARDER, supra note 3, Rn. 216, S. 74, Rn. 694, S. 233.

本稿は、慶應義塾大学 21 COE-CCC 国際シンポジウム (二〇〇七年十一月二五日) において発表した原稿に加筆・
修正をくわえたものである。また、平成二〇年度科学研究費補助金 (若手研究 (B) : 課題番号 20730076) の助成を受け
た研究成果の一部である。