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

――キールルフの反論とヴェヒターの検討を中心として――

水津太郎

一　問題の所在
二　中期の議論状況一般：ハッセとミューレンブルッフの批判の基本的受容――サヴィニー・プフタなど
三　キールルフ『普通私法の理論』における反論
(一)　反論の内容
1　universitas の相対性と法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》の不当性
2　practisches Object と Rechtsobject の意味
3　universitas facti と universitas iuris の区別の基礎づけ
(二)　ミューレンブルッフ『パンデクテン法の体系書』第三版における応答
1　前提の否定
2　態度の緩和
四　ヴェヒター『論究』第一論文：「Sachgesammtheiten (rerum universitates) について」における検討
(一)　旧理論をめぐる状況
(二)　Sachgesammtheit の法的意味
(三)　Sachgesammtheit と代位
1　《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》原則
2　その他の原則
(四)　Sachgesammtheit と対物的包括訴訟・担保責任
1　対物的包括訴訟
2　担保責任
(五)　その他の問題
1　Sachgesammtheit と種類物
2　Sachgesammtheit と占有・物権
(六)　補説：『パンデクテン』との関係
五　結語

一　問題の所在

一九世紀の初期、ハッセとミューレンブルッフは AcP 論文[1]において、従来の universitas rerum 理論を徹底的に批判した。その結果、同世紀の終わり頃には、法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う（Pretium succedit in locum rei, res in locum pretii）》は universitas iuris 固有のルールである、という命題は完全に捨て去られた。ところが、universitas iuris と universitas facti の区別それ自体はなお維持された。この結論はひろく共有されているといってよい[2]。

しかし、なぜ、universitas iuris と universitas facti の区別が維持されたのか、また、いかにして、法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》と universitas iuris の一般的結合に対する否定的態度が定着したのか、という問題については、かならずしも十分に分析されていない。こうした状況は、現在通用している物上代位（dingliche Surrogation）という概念の、歴史的にはもとより理論的な――基礎の不明朗に繋がっている[3]。

右の問題に応答する方策としては、前期と後期の間に「中期」――ミューレンブルッフの AcP 論文（一八三四年）からヴェヒターの『論究』第一論文[4]（一八四五年）まで――という区分を差し挟むのが適当であるように思われる。というのは、この時期には、ハッセとミューレンブルッフの批判が基本的に受容されるなか、後期における区別擁護論の嚆矢とみられるキールルフ『理論』[5][6]が登場し、また、その掉尾を飾るヴェヒターの右論文は、ハッセとミューレンブルッフに比肩する第三の重要な法諺研究と評価されている[7]からである。

そこで、本稿では、キールルフ『理論』とヴェヒター『論究』第一論文を中心として、この「中期」の議論状況を綿密に分析することにしたい[8]。

二　中期の議論状況一般：ハッセとミューレンブルッフの批判の基本的受容
――サヴィニー・プフタなど

サヴィニーは、『現代ローマ法体系』第一巻（一八四〇年）[9]において、「根本的かつ説得力のある方法」による universitas（iuris）研究としてハッセの論文を引用し、相続財産・特有財産・嫁資を包摂する universitas iuris なる表現（Ausdruck）を「真正でない（unächt）」と断じたあと、次のように主張する。「より重要でかつ非難に値するのは、この新しく考案された熟語によって、かの［universitas iuris の］諸ケースに共通の性質を与え、これに幾つかの恣意的に認められた法ルール（Rechtsregel）を適用するようになってしまったことである。しかし、むしろ、この諸ケースの各々はまったく固有の性質を有しており、各々につきその性質と適用される法ルールが個別に確定されなければならない」。従前の議論状況にかんがみれば、この「恣意的に認められた法ルール」というものの一つに、《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》が含まれていることは疑いない。後世の学説が一致して、サヴィニーのこの叙述をもって、この法諺のルール性を否定したものと評価するゆえんである。[10]

プフタもまた、『提要講座』第二巻（一八四二年）[11]において、ハッセの論文を引き合いに出し、次のような「旧理論」はいずれも「不当（unrichtig）」と明言する。すなわち、(1) universitas rerum を universitas iuris（相続財産、特有財産、嫁資のような財産総体）と universitas facti（有体部分からなる無体的総体）に区分すること、(2) universitas iuris の際に「ある物がそこから選ばれ、他の物と（たとえば売買または交換により）置き換えられるならば、その物はかの物の代わりにおのずと当然に universitas iuris の一部となる：res succedit in locum pretii et pretium in locum rei」という「［universitas facti とは］異なるルール（Regel）」を適用すること。さらに、『パンデクテン』第三版（一八四五年）[12]では、ミューレンブルッフの論文を合わせて引用し、同様の論旨を

展開したあと、［ミューレンブルッフの法史研究の成果を取り入れ、］とりわけ D. 5, 3, 22 と D. 5, 3, 20, 10 がこうした universitas iuris および《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》に関する「誤った（irrig）」学説にきっかけを与えたと評価する。

その他、シリング、ヴェニング＝インゲンハイム、ファンゲロウも、両者の批判を基本的に受け容れている。[13] かくして、ハッセとミューレンブルッフの批判は急速に普通法学説に浸透し、この時期においてすでに、一八世紀末の理論[14]を維持するものはもはや皆無という状況になった。〃ハッセとミューレンブルッフ以降〃という学説区分が定着しているのは[15]こうした事情によるのである。

三　キールルフ『普通私法の理論』における反論

ところが、こうした時期にあって、ひとりキールルフは、『普通私法の理論』第一巻（一八三九年）のなかで、ハッセとミューレンブルッフに対して明確な反論を提起した。

㈠　反論の内容

1　universitas の相対性と法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》の不当性[16]

キールルフは、「近時の研究」は正当にも、とくに次の二点を証明したという。一つは、「universitas の相対的（*relativ*）性質（すなわち一の関係において universitas として取り扱われる個々のものも、他の関係ではただ個々のものとみなされるということ）」、もう一つは、「命題（Satz）《universalia において物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》の誤謬」である。

しかしながら、キールルフによれば、universitas facti と universitas iuris の本質的区別を否定することは誤っている。近時の研究はこう論難されなければならない。「practisches Object と Rechtsobject の間の区別が不明確であることから、それらの内容の相違がまさしく universitas rerum と universitas juris の概念を本質上区別することが看過された」、と。では、practisches Object と Rechtsobject とは一体なにか。

2　practisches Object と Rechtsobject の意味[17]

キールルフによれば、practisches Object と Rechtsobject は対概念であり、各々factisches Object, juristisches Object とも表記される[18]。その内容は、大要以下のとおりである。

Rechtsobject は、「意思（Wille）」と「その積極的または消極的な行為（Handlung）としての表れ（Aeußerung）」、practisches Object は、「行為の客体（Object des Handelns）」と定式化され、後者は次のように敷衍される。「主体がその事実上の実現を目的とするところの、特定の事実上の内容、実際的な利益、特定の感性的または道徳的な状態」、あるいは、「権利者の利益がかからしめられている有体的な対象または無体的な事実、Rechtsobject を構成している主体の Dürfen が行使される客体、特定の権利と特定の義務の存立原因である最終的な目的を構成する客体」。

もっとも、これだけでは抽象的で意味がとりづらい。キールルフは、次のような例を挙げている。Rechtsobject は、(a)所有権の際には、権利に服した「個別に特定された物に関する支配」、(b)役権の際には、「権利に服した収益と利用」であり、対物権に服する者は、この領域の内部において権利者の活動を甘受しければならない。(c)対人権の Rechtsobject は、「特定の主体の、積極的または消極的な、つねに個別に特定された行為」である。他方、practisches Object は各々こうである。(a)所有権は、「個別に特定された物」、(b)役権は、「権利者に帰属する使用と収益などの対象としての、他人の所有に存する個別の物」を practisches Object とする。(c)債権の

practisches Object は、「直接的には、有体的な物または無体的な事実、間接的には（つまりそれによって権利者の利益に満足が行われうる執行可能客体としては）、義務者の財産、すなわち債権の直接的な practisches Object の価値に等しい義務者の財産の数量（等価物〔Aequivalent〕）」である。

このような理解から、キールルフは体系上、practisches Object を、法一般（Cap. 1）、権利主体（Cap. 2）、権利義務（Cap. 3）、占有（Cap. 5）と並ぶものに位置づける（Cap. 4）。そして、practisches Object の種類として、動産と不動産（C.）、可分物と不可分物（D.）、主物と付属物とくに従物（E.）に先立ち、「個体の特定性・不特定性というメルクマールによる res の種類」（B.）を挙げ、その際に、特定物（species）（1.）、代替物（2.）、種類物（genus）（3.）、現在物と将来物（4.）に続けて、「res singulae と universitates」を取り上げる（5.）[19]。1 で挙げたキールルフの反論に出会うのは、この universitas に関する論述においてである。

3　universitas facti と universitas iuris の区別の基礎づけ[20]

キールルフは、近時の研究が universitas rerum を universitas facti と universitas iuris に区別する旧来の考え方を退けた点につき、次のように評価する。「いわゆる universitas facti と universitas juris を universitas *rerum* という種のもとに持ち込む古い見解が誤っているのと同じように、双方の本質上の区別を否定することもまた誤っている。universitas facti と universitas juris の区別は、practisches Object と Rechtsobject の間の相違に依拠しているのである」。その論旨を敷衍すると、次のとおりである。universitas facti の例としては、畜群、在庫商品、図書館などが挙げられる。こうした universitas facti のみが、Sacheneinheit = universitas rerum[21]であり、practisches Object に属する。したがって、いわゆる universitas rerum 理論は、universitas facti についてのみ妥当する。キールルフによれば、それは次のようなものである。universitas rerum では、「事実上はそれ自体存立する個体として存在する複数の有体物が、法的には統一体（Einheit）、総

体（universitas）として取り扱われ、法的行為の客体とされる」、その本質上、「ただ統一体のみがここでは客体とみなされ、一つひとつは考慮に入れられない」。数量の増減は universitas と一定数量が結合されている限りで問題となる。こうした総体は「私人の意思的処分」（遺贈、信託遺贈、契約など）によって生ずるが、当事者意思は universitas rerum の新たな種類を創設しえず、「通常生活の風習と語法」に従わなければならない。これに対して、「いわゆる universitas juris は rerum universitas ではまったくない」。universitas iuris は、「なんらかの顧慮のもとで法上統一体として取り扱われる、ある主体の複数の法的な連関・関係（Beziehung und Verhältniss）」を要件とする。だから、ここで統一的取扱いを受けるのは、「物権的に保護された支配、収益もしくは使用が行われまたは債権関係の内容が履行されるところの法的行為の客体（practiche Object）」ではなく、「様々な種類の対物的または対人的権利の内容それ自体、つまり Rechtsobject」である。この universitas iuris と Rechtsobject の相即関係はローマ法上時折明白に示されており（D. 5, 3, 50 pr.; D. 50, 16, 208; D. 50, 16, 178, 1）、この意味において、「“universitas *juris*” という表現も非常に適切」である。総じて、こう定式化される。「universitas juris は、つねに財産（Vermögen）、すなわち金銭価値により評価されうる複数の *Rechtsobject* を把握する」[22]。

キールルフの見解は、practisches Object と Rechtsobject という独自の概念を基礎に置いている。しかし、こうした二つの Object を想定しない一般の考え方によれば――すなわち、practisches Object と Rechtsobject の区別を Rechtsobjekt と Recht の区別に再構成すれば、キールルフの見解は、端的にこう定式化されることになろう[23]。すなわち、「universitas facti では権利客体（Rechts*objekte*）、universitas iuris（iurium）では権利それ自体（*Rechte* selbst）が統一体として現れる」。このようにしてみれば、キールルフの見解は、universitas facti と universitas iuris の区別をその構成要素の相違に求めた、Grosse ad D. 15, 2, 1, 8 の伝統に定位される

ことになる。(24)

(二) ミューレンブルッフ『パンデクテン法の体系書』第三版における応答

1 前提の否定

キールルフの反論が現れた一年後、ミューレンブルッフは、『パンデクテン法の体系書』第二巻第三版〔生前最終版〕（一八三九年）の公刊の際に、ただちにこれに対して応答した。(25)

ミューレンブルッフは、キールルフもまた universitas の相対性と法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》の不当性を受け容れていること（(一)1）を確認する一方、彼の反論の内容を次のように整理する。すなわち、「いわゆる universitas juris は財産（*Vermögen*; bona）として現れる」ことから、「universitas juris と universitas facti の間の対比をふたたび擁護する」ものである、と。

ミューレンブルッフはこの反論に対して、反論の前提を欠くというように応答する。すなわち彼は、このこと自体はすでにみずからも認めており、(26)「universitas juris によって財産を指示することに、実際なんらの異存もありえない」というのである。(27)そうしたあと、［今後生じうる誤解を避けるべく、］自己の主張の核心をあらためて次の四点に要約する。①「人がまさにこの呼称によって誤った抽象化にそそのかされ、これによりきわめて重大な間違いがこの理論に生じたということ」、そして、②「相続財産、特有財産および嫁資を［universitas iuris として］一列に並べることからは、ただの一つも実りのある思考は展開されえないこと」、これに対して、③「Begriffsganzes の本質的な法的特徴：そこに属する個々の権利客体がすべて交替する際にも法上の一体性が存するということは、facti universitas にも他の universitas［universitas iuris］と同じように生じること」、もっとも、④「個々の Begriffsganzes には実際上の相違がみられるが、それはさきの対比の形成にきっかけを

与えたものとはまったく異なる根拠と関連していること」。かくして最後に、「著者は現在でもなおこの主張を正当なものと考えている」と締め括るのである。

2　態度の緩和

このミューレンブルッフの応答はどのように読まれるべきか。ミューレンブルッフは、キールルフの読み方が恣意的であるかのように論じている。しかし、AcP 論文では、「人間の財産をまさしく *juris* universitas として他の Begriffsganzes から区別することには十分な根拠が存しない」、「私はこう考える：universitas juris と universitas facti（とくに rerum universitas とも呼ばれるであろう）の通常の区別は……《universalia において物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》ルール（Regel）とともに完全に放棄されなければならない（*ganz* aufgegeben werden müssen）」[28]と明確に断じられていた。後世においてもこの論文を universitas iuris と universitas facti の区別を否定したものと読むことにつき異論はまったくみられない[29]。ミューレンブルッフの応答の仕方は、――自己の立場をひそかに修正している点において――不誠実であるように見受けられる。

しかし、かりにそうであるとしても、なお次の問題が残されている。すなわち、ミューレンブルッフは『パンデクテン』に至り、AcP 論文の態度を緩和したのではないか。この問題を分析したものはみあたらないが[30]、①②③④の要約のほか、以下の結論的叙述を AcP 論文の右引用・二文目と対比すれば、――本人は認めていないけれども――この問いを肯定すべきように思われる。「この［universitas iuris と universitas facti という］すべての区別は無用（unnütz）であり、いわゆる universitas につき一般に定立されたルール《物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》は完全に誤って（geradezu falsch）いる」［傍点水津］[31]。すなわち、『パンデクテン』では、universitas iuris と universitas facti の区別は役に立たない、と説かれるにとどまっているように読めるのである。

四　ヴェヒター『論究』第一論文：「Sachgesammtheiten (rerum universitates) について」における検討

ヴェヒターは、『ローマ、ドイツおよびヴュルテンベルク私法に基づく諸論究』第一巻（一八四五年）の劈頭を飾る論文（Erste Erörterung）、「Sachgesammtheiten (rerum universitates) について」[32]のなかで、この概念につき包括的検討を試みた。その問題意識はこうである。[33] ハッセとミューレンブルッフの成果によって、「従来支配的であったいわゆる rerum universitates 理論およびそのうえに構築された juris universitates と facti universitates の区別は、近時大多数の私法学者より誤ったものであると認識された」けれども、なお古い見解に対する強い共感がとくに実務においてみられ、また、universitas rerum 理論には諸々の誤りがまだ結びつけられているところ、「簡潔な概観により旧理論を知ること、近時の成果を整理・評価すること、正しく案出されたものの基礎づけを証明し、とくに問いの実際的意味をより精確に展開すること」が適切であろう。

(一)　旧理論をめぐる状況[34]

ヴェヒターによれば、旧理論は次のように要約される。すなわち、(1) universitas rerum は、「それ自体で存立し、物理的には相互に関連しない複数の物の集合体（Inbegriff）」であり、それらの物は「一つの名称のもとで一つの概念のうちにまとめられ、そして（大抵の者が付け加えるように）一定の諸関係のなかで一つの総体（Ganzes）として取り扱われる」。universitas rerum は、universitas iuris と universitas facti (s. hominis) に区別される（多くの者は後者のみを universitas rerum と呼ぶ）。(2) universitas iuris は、「有体物と無体物または

権利の集合体」であり、この集合体は「法律により一つの総体とみなされ、取り扱われ、それ自体としてまったく特殊な諸々の法原則のもとにある」。universitas iuris に含まれるのは、人の総財産、家子の特有財産、（多数説によれば）嫁資である。他方、(3) universitas facti は、「複数の単純な（同種の――と多くの者はなお付加するが、たとえば在庫商品もこれに数えることから首尾一貫していない）有体物の集合体」であり、この集合体は「集合名称（Collectivname）のもとで事実上総体としてまとめられている（そして、――多くの者が付言するように――少なくとも若干の法関係のなかではおそらくまた総体として考慮に値する）」。universitas facti の例は、図書館、畜群、在庫商品、領地属具などである。

そして、universitas iuris と universitates facti は、「法上の観点からは」次の「重要な諸原則」により区別される。〔A〕《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》原則（Grundsatz）の適否。universitas iuris ではこの原則が適用される。すなわち、「juris universitas に帰属する金銭により購入された物は、ふたたび juris universitas に帰属する。この物はまったく同一の法関係のもとに属し、universitas に権利を有する者から請求されうる。そして、この universitas に属する物が売却される場合には、同じようにして、取得された金銭がその物の代わりになる」。しかし、universitas facti の際にはこの原則は適用されない。〔B〕対物的包括訴訟（dingliche Universalklage）の可否。「無権原者が第三者に帰属する juris universitas を占有する場合、その第三者は一つの対物的包括訴訟によってすべての universitas をその占有者から請求できる」。これに対して、universitas facti の際にはこうした対物的包括訴訟は存しない。〔C〕担保責任の存否。universitas iuris と universitas facti の区別には、「なお一つの実際上の重要性」が存する。［すなわち、法的瑕疵の担保責任は、「財産総体（Vermögensganzes）」（相続財産など）の引渡しの際には、その個々の部分につき問題とならないが、こうした免責は「事実上の物総体（faktische Sachengesamtheit）」（畜群、在庫商品）については妥当しない。(35)］

以上のような universitas rerum 理論は「幾重もの間違いと不当性」を有していたが、ハッセとミューレンブルッフがこれを攻撃した結果、いまや次のような状況にあるといってよい。すなわち、サヴィニー、プフタ、シリング、ヴェニング＝インゲンハイム、ファンゲロウ、キールルフ[36]などにみられるように、「近時のたいていの私法学者は、かの見解をその基本思想において退けている」、と。

(二) Sachgesammtheit の法的意味[37]

ヴェヒターによれば、universitas rerum = Sachgesammtheit[38] (od. (sachliches) Begriffsganzes, Gesammtsache) は、法的には次のような意味を有する。「総体に属する個々の部分 (Stück) が交替し変更する際に、総体の法上の関係と性質がそれ自体変わることなく、総体のもとに含まれた個々の部分よりは、もっぱら総体――いうならば――観念 (Begriff) のみが問題となる」。そうすると、問題は次の点に集約される。「複数の物［広義：無体物を含む］が、一定の諸関係において、当面の法関係の特別な性質により［右意味での］法的な総体として……取り扱われうるか、取り扱われるとしたらどの範囲においてか」。この問いとの関係では、有体物の集合なのか、有体物と無体物の集合なのかという区別、すなわち「当該個々物［総体構成要素］そのものの形式と種類」は重要ではない。そして、以下論証されるように (三)(四)、〔A〕〔B〕〔C〕という適用原則の相違も「まったく基礎づけられない」。

かくして、次のように結論される。「［universitas iuris と universitas facti の間には］徹底的一般的本質的な (*durchgreifend, allgemein, wesentlich*) 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[39]」。

(三) Sachgesammtheit と代位

1 《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》原則[40]

ヴェヒターは、命題〔A〕、すなわち「いわゆる juris universitas の際に《物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》原則が妥当し、それは juris universitas に固有のものであるという主張は、それ自体すでに明白に誤りである」と断じる。というのは、Sachgesammtheit の際にはその特別な性質に応じてある程度代位(Surrogierung)が許容されるが、このことは universitas iuris に固有なものではなく、また、あらゆる universitas iuris に拡張されるわけではないからである。

(1) 総論　いうまでもなく、私が財産からあるものを譲渡する場合には、その代わりに取得されたものは私の財産に帰属し、また、私が財産それ自体を処分する場合には、私が事後取得するものも含めて処分される。しかし、このことは universitas iuris のみならず、universitas facti でも妥当する。たとえば、属具付土地(fundus instructus)を信託遺贈した場合である(vgl. D. 33, 7, 12, 27; D. 32, 3, 64)。つまり、この意味では、財産という表現のほうがより包括的であるという点を除いては、「財産の際になにか特有のことが生じるわけではない」。

では、《物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》は、universitas iuris 一般に、「なにか特有のもの」として適用されるのか。次の例をみれば、この問いが否定されることは明白である。すなわち、私の財産の管理人が私の財産を渡さない場合、彼はもちろんその財産を返還しなければならないが、彼が私の金銭により自己のために物を調達したときには、私はこの物を彼から vindiciren できず、ただ賠償請求をなしうるにすぎない。だから、総論レベルでは旧理論を支持していた多くの者も、この原則を universitas iuris のうちの、包括承継(successio per universitatem)、とくに相続財産に限って適用しようとしたのである。

(2) 相続財産　ところが、ヴェヒターによれば、以下の理由から、「相続財産の際にすら《物は代価の地位を襲う》などという命題がその一般性のままではどれほど正当でないか、さらに、ここでもそうした命題は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であろうかが明らかになる」。まず、(1)《代価は物の地位を襲う》について。相続財産占有者が相続財産中の物を譲渡する場合には、真正相続人は通例、相続財産回復訴訟により右物の代位物である代金を請求しうる（D. 5, 3, 16, 5; D. 5, 3, 20, 6; D. 5, 3, 22; D. 5, 3, 29）。「だが、もしも、いまやここでは《代価は物の地位を襲う》原則がまったく一般的に適用される、あるいは、そうした原則から一般的にさきの結論が導かれうると信じるのならば、大きな誤りであろう」。というのは、占有者は他人の財貨から利得すべきでないが、悪意の場合には格別、善意の場合には損害もまた被るべきはない、「《代価は物の地位を襲う》と *juris universitates* の特別な性質なるものではなく、こうした考慮から」以下(a)(b)の取扱いがなされているから。(a)善意占有者は代金を返還しなければならないが、その範囲は現存利益に限られる（D. 5, 3, 25, 11; D. 5, 3, 25, 17; D. 5, 3, 23 pr.）。これに対して、悪意占有者は譲渡につき無条件に責任を負い（vgl. D. 5, 3, 20, 2; D. 5, 3, 33, 1）、物を調達できない場合には、相続人が代金（とその利息）を望まない限り、評価額を支払わなければならない（D. 5, 3, 20, 2; D. 5, 3, 20, 12; D. 5, 3, 20, 16; D. 5, 3, 20, 21; D. 5, 3, 33, 1）。以上において、(b)代金が物の代わりとなるケースは少ない。相続人は一般に、善意占有者が譲受人の追奪訴訟によって損害を被りうる場合を除いて（D. 5, 3, 25, 17）、譲受人から物を請求できるし（D. 5, 3, 13, 4; C. 3, 31, 2）、また、同一物が再取得された場合には、悪意占有者の際には物と代金を選択できるが、善意占有者の際には物（と差額）に制限されるから（D. 5, 3, 22）。次に、(2)《物は代価の地位を襲う》について。相続財産占有者が相続財産のために（für）その利益において（im Interesse）物を調達する場合には、相続人はこの物を請求できる。「しかし、このことを《物は代価の地位を襲う》により表現しようとするならば完全に誤りであろう」。このことは、次の三点から明ら

かである。①〔代償性の不要〕相続人は物を占有者が彼個人の金銭により調達した場合ですら請求しうる、②〔金銭請求の可能〕相続人は、善意占有者が損害を被らず、あるいは、その物が相続財産にとって不可欠ではない限り、あくまで金銭を請求しうる、③〔代償の非本質性〕占有者が自己のために物を購入する場合には、相続財産中の金銭が用いられたとしても、相続人はこの物を請求しえない（D. 5, 3, 20 pr.; D. 5, 3, 1, 6）。

(3) 特有財産・嫁資　そして、「まったく同様に、こうした命題は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」。まず、特有財産については、家子がある特有財産の資力により調達するものがふたたびこの特有財産に帰属する（C. 12, 37, 1）、という規定は、一般には拡張されない。たとえば、無権原の第三者が家子の特有財産から物を売却し、あるいは、その金銭により物を取得した場合には、代金または物は家子の特有財産にならず、家子は事情によっては賠償請求をなしうるにとどまるのである。次に、嫁資については、これとまったく同様に、夫が妻の嫁資の資力により購入するものも、また、嫁資物の譲渡によりえた金銭もいずれも嫁資にはならない。妻の別除権を根拠に［嫁資にも代位が認められると］反論する向きもあろうが、これはかなり特殊なものであるし、普通法上その有効性についても多くの疑義が提起されている(41)。

2　その他の原則(42)

以上の論旨を展開したあと、ヴェヒターは、そのほか代位と結び付けられる以下の二原則についても検討する。

(1) 原則一　一つは、《代位するものは代位されるものの性質を受取る（Surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatur）》という非常に一般的な原則である。しかし、「ある対象と引き換えに受領されたものあるいはある対象の代わりに置かれたものは、一般的にはけっして、たんにそうしたことからただちに、法的にかの対象の代位物として妥当することはない」。つまり、そのためには、(1)「当事者の代位に関する合意」、あるいは、(2)

「特別な法律の規定」のいずれか一方が必要である。(2)の例としては、①遺言処分（D. 32, 3, 64 など）、②用益権者（D. 7, 1, 68, 2; D. 7, 1, 69; D. 7, 1, 70, 2-3）の一方的行為による代位の発生が挙げられる。しかし、通常は、(1)の手法が用いられる。たとえば、①夫婦の合意による嫁資の交替（D. 23, 3, 25-27; D. 23, 4, 21）[43]、②家畜確定評価引受契約（Eisernviehcontract）における家畜の交替などである。しかし、「このような特別な諸原則あるいは当事者の合意が存しないところでは、一方的に行われた代位によっては、代位した物がその代わりに置き換えられるべき物の法関係へと生ずることをえない」。したがって、(a)子の財産上に用益権を有する父は、子の不動産を他のものに置き換えることをえない、(b)私が図書館を売却する場合には、契約締結後に個々の蔵書を他のものと置き換えることをえない、(c)担保権設定者は、担保権者の同意なく、担保目的物を他の物と置き換えることをえないのである。

(2) 原則二　もう一つは、《何人とも他人の損失により利得すべきではない（Nemo damno alterius locupletior fieri debet）》に由来する原則である。これを普遍化する者は、「他人の損失により利得した者に対しては、たんにかつもっぱらこの根拠のみから、賠償に対する事実訴権（actio in factum）がその他人に帰属する」と定式化する[44]。しかし、「この原則もまたその一般性のままでは間違いなく不当なものである」。というのは、この原則は我々の法源と合致しないからである。①時効はもちろんであるが、これをおくとしても、次の原則に反する。②所有者は、善意占有者が費消した果実、譲渡によりえた代金を請求することができない（vgl. C. 3, 32, 6）[45]。そして、③この原則の発現のようにみえる諸々の法源も、その一般的な適用を許すものではないのである。

(四) Sachgesammtheit と対物的包括訴訟・担保責任[46]

ヴェヒターによれば、命題〔A〕のみならず、命題〔B〕〔C〕もまた維持できない。このことは以下のよう

なごく簡潔な考察から論証される。

1　対物的包括訴訟

まず、命題〔B〕、すなわち「いわゆるuniversitates　jurisに関する対物的包括訴訟は、一般的に、universitates factiとの対比においては存しない」、したがって、「この区別もまた基礎づけられない」。というのは、これが認められるのは、「ただ相続財産の際にのみ」であり、「財産の無権原占有が問題となるその他の諸ケースにおいてはこうした訴訟は存しない」から。すなわち、その他のケースでは個々の物をvindiciren しなければならない。私が財産を売却しあるいは贈与するとしても、買主はただ対人的な売却訴訟によってのみ、受贈者はただ対人的な贈与訴訟によってのみ、請求しうるにすぎない。そして、このことは、家子の特有財産にも当てはまるのである（D. 6, 1, 56; D. 33, 8, 5; D. 33, 8, 6 pr.）。

2　担保責任

次に、命題〔C〕に関しては、「その不当性はすでにD. 21, 1, 33 pr. から判明する」。なぜなら、D. 21, 1, 33 pr. [in f.] は、[売却された特有財産に奴隷が存する場合、奴隷の健全性につき売主の担保責任は生ずるべきではないが、このことは土地の属具に奴隷が存する場合にも妥当すべきとしているところ、] 担保責任につきuniversitas iurisである特有財産に妥当することは、universitas factiである土地の属具にも妥当するとみられるからである。

㈤　その他の問題

以上のように、旧理論におけるuniversitas iurisとuniversitas factiの区別が不当であることを論証したあと、ヴェヒターは、残された問題として、Sachgesammtheitと種類物、占有・物権の関係を検討する。

1　Sachgesammtheit と種類物[47]

まず、種類物との関係については、「*Sachgesammtheit*……は、種類物（*genera*）と混同されてはならない」、「総体は……総体それ自体としては特定物（Species）の一つであり、……個体規定的な（der Individualität nach *bestimmt*）諸権利と諸物の集合体を形成する」。具体的には、次のとおりである。①〔売買〕私が畜群を一定の金額で売却する場合には、精確にいえば、私が占有していた特定の畜群が売却される。この際には、事後個々の部分の交替も認められない。②〔遺贈〕私が畜群を遺贈する場合、たしかに、事後私の死亡時までに生じた畜群の構成部分の変動は顧慮されず、死亡時の畜群が遺贈物となる。「しかし、ここでも種類ではなく、特定物、すなわちそれ自体個体として規定されている総体が遺贈されている。つまり、たんなる一般的な種類のメルクマールにより規定された物が遺贈されるのではない」。さらに、次のことが付け加わる。③〔担保〕あるものに担保が設定される場合、種類物であれば義務負担は格別、担保権はこれを特定しない限り成立しえないはずであるが、Sachgesammtheit は特定物だから、Sachgesammtheit 上の担保権が認められるかどうかはともかく（2⑵参照）、たとえば「私の在庫商品」といえば成立時に担保権が成立しうる。以上のことから、「Sachgesammtheit には、種類物の諸原則ではなく、特定物の諸原則が適用されなければならない」。だから、Sachgesammtheit は、法源上も、certa species, certum corpus と呼ばれているのである（D. 35, 2, 30, 4; D. 30, 1, 34, 4-5; D. 30, 1, 51）。

2　Sachgesammtheit と占有・物権

次に、占有・物権との関係については、「占有と物権は、Begriffsganzes それ自体に含まれている個々の有体物に対してのみ存しうる」。

⑴　占有・所有権[48]　すなわち、Sachgesammtheit それ自体の占有が認められないことは当然である。「なに

か観念上のもの（etwas Ideelles）としての Begriffsganzes は占有されえない。たんに Begriffsganzes に含まれた個々の有体物のみが占有の対象である」。このことは、D. 41, 3, 30, 2［畜群それ自体の占有・使用取得の否定］でも明確に承認されている。では、所有権についてはどうか。この点につき、所有権と占有・取得時効を区別し、所有権については Sachgesammtheit 上の所有権を肯定する見解がある[49]。しかし、この見解は相当でない。「ある者が彼に帰属する個々の羊から畜群を形成する場合、我々はその畜群は彼に帰属するという（*sagen*）（vgl. auch D. 6, 1, 1, 3）。けれども、畜群・観念（Begriff）ではなく、彼が有し合わせて畜群を形成している、まさにそれらの個々の部分が彼の所有権の対象である（*sein*）」。類型論に対しては、まず、①占有については所有の意思（animus habendi）が畜群それ自体ではなく個々の部分に向けられているなら、このことは所有権についても同様ではないか、という疑問が生じる。たしかに、②ローマ法上総体としての畜群の Vindication が許容されている［vindicatio gregis］。しかし、「この Vindication が許容されうるのは、ローマ法が観念的な物の上の所有権を承認しているからではなく……［ローマ法上、本来的には singularum rerum dominium のみが存する］」、実際上の必要と事柄の単純化のゆえである」。もしも畜群それ自体に所有権が成立するのなら、個々の部分の所有権は完全に無視され、所有者は個々の部分が自己に属すべきではなくとも、畜群を保持できることになろうが、「法源は明示的にこのことに反対している」。というのは、D. 6, 1, 1, 3; D. 6, 1, 2; D. 6, 1, 3 pr. によれば、畜群の Vindication の原告は、大部分の所有権を取得することを要し、そのなかに被告に属する個々の部分が存した場合には、その部分は畜群の Vindication から取り除かれるから。そもそも、③総体それ自体の所有権はいかにして取得されるのか。先の見解は、D. 41, 3, 30, 2 があるにもかかわらず、D. 18, 1, 35, 6 を根拠として、畜群そのものの引渡（*Tradition*）がありうるという。しかし、D. 18, 1, 35, 6 は畜群それ自体も特定物であるから、畜群の売買もただちに完全であるというにすぎない、すなわち「たんに対象の *Obligation* と売買の

完全なる存在」につき述べるのみである。したがって、畜群が引き渡されるべき場合には、「まさしく個々の部分」が引き渡されなければならならず、「引渡しにより取得する所有権は、ただ現実に引き渡された個々の部分のみを把握するのである」。

(2) 担保権[50] そして、「[以上に] 述べられたことは担保権の際にすら本質的に妥当する。物権はここでもただつねに個々の物のみを把握する」。ここでは、法源が強調する三つの主たるケースが検討される。(1)在庫商品の担保設定。在庫商品が担保設定者のもとに留まる場合、「当事者の意思と当面の関係の性質」によれば、次の「原則」が適用される。①設定者が在庫商品より譲渡した物は担保関係から開放される、②設定者が事後在庫商品へと取得する物は担保関係に属する、①②から、担保権は担保権行使時に在庫商品に含まれるすべての物につき実現可能である（D. 20, 1, 34 pr.）。というのは、「もしも担保設定者が売却するあらゆる部分が担保関係に服し続けるとするなら、彼が在庫商品の買主をみつけられないであろうことはいうまでもない。けれども、その反面、その倉庫を補充する新たな商品が担保関係に属さないとするなら、生き生きとした取引が行われるときには、担保権についてはまもなくもはやなにも残らなくなってしまうであろう」から。ここでは、D. 20, 1, 34 pr. もはっきりと述べているように、「担保権はまさに担保権実行時に存する個々の物のうえに課せられる」。「ただ、個々の物がたんに Begriffsganzes との関係によって詳しく規定され、担保関係に服する個々の物の交替が当該 Begriffsganzes の性格に相応したそれを顧慮して行われるにすぎないのである」。(2)畜群の担保設定。畜群に担保が設定される場合には、在庫商品の場合とは異なり、原則②は適用されるが（D. 20, 1, 13 pr.; vgl. auch D. 20, 1, 32）、原則①は適用されない。なぜなら、「設定者から Gesammtheit より譲渡された物が担保関係から開放され、担保権はたんに担保権行使時になお担保設定者のもとにある部分についてのみ実行可能であるべきであるという意思」は推定されないから。性質上一般に譲渡により交替する Sachgesammtheit に適用される原則 (1)参

照）を、他の Gesammtheit に転用することはできない。「なぜなら、そうしたことは *Begriffsganzes* の性質そのものに存するのではないから」。ここでも、「担保権はつねにたんに個々の物のみを把握する。ただ、指示の仕方と対象の性格が、個々のどの物が把握されそうあり続けるのか、すなわち、事後付加されるものも事後譲渡されるものもまたそうであるのか、ということを決定するだけである」。(3)総財産の担保設定。「まさにこのケースにおいて、universitas juris に関する旧理論が不当であり、維持できない、ということがとりわけまた完全に示される」。というのは、一方、universitas iuris の担保設定に適用される原則・構成は、universitas facti（の非交替型〔(2)参照〕）に適用されるものとまったく異ならず、他方、「無条件の《物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》なるものはここではまったく問題とならない」から。つまり、「ここで適用されることは、いわゆる universitas juris の特別な特性から説明されるのではけっしてない」。財産に担保が設定される場合、「物権［担保権］は、ただ私の財産に属する個々の物と債権のうえにのみ現存しうる」（vgl. D. 20, 1, 15 pr.）。もっとも、あるものが一旦財産に取得されたら、それが財産から譲渡され、Gesammtheit から外れたとしても、担保関係は個々の物のうえに存続し続け、担保権は第三者に対しても行使されうる。総じて、Sachgesammtheit の担保設定は、ただ以下の意味を有するのである。(a)担保権は個々の物のうえに成立しうる。一つ一つ指示されなくても、Begriffsganzes（私の在庫商品、私の畜群、私の財産）に含まれればよい。この場合、(b)担保権は事後 Begriffsganzes に付加された物にも拡張される。当初から含まれあるいは事後に付加された物が譲渡されたとしても、交替型の Gesammtheit を除いて（(1)参照）、担保権は存続する。

(六) 補説：『パンデクテン』との関係

ところで、以上のような『論究』第一論文のヴェヒターの主張は、彼の死後息子によって出版された『パンデ

クテン』第一巻（一八八〇年）のそれとは――一般には意識されていない[51]けれども――微妙に異なっているように思われる。詳しい論証は、「後期」の考察に委ね、ここでは象徴的な、次のテクストを引用するにとどめておこう[52]。「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［universitas iuris と universitas facti］を区別しなければならない。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」、「この［《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》という］命題は、もっぱら包括承継と Blc［相続請求］・2a［家子の特有財産］に述べられた限定的な関係においてのみ適用される。人はこの命題を他の諸ケースに適用してはならない」［いずれも傍点水津］。

五　結語

本稿では、ドイツ法における物上代位の基礎的考察として、ハッセとミューレンブルッフの批判を起点として生じた、一九世紀ドイツ普通法学における universitas rerum 理論の変遷――法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》と universitas iuris の一般的結合の否定および universitas iuris と universitas facti の区別の維持――の意味を明らかにするために、前期と後期の間に「中期」という区分を設定し、そこにおける議論状況を、キールルフ『理論』とヴェヒター『論究』第一論文を中心として、コンテクストに留意しながら分析してきた。

同様の手法で後期の議論状況を分析したあと、一九世紀ドイツ普通法学全体の議論状況を、現代の物上代位論の視座からあらためて総合的・体系的に分析し直すこと、これが次の課題である。

＊　ドイツ語の表記法は各々関連資料のそれにしたがう。
＊　一次資料を再度引用する場合に限って略称を用いて指示する。
＊　引用文中の傍点およびイタリックは原文のゲシュペルト、［……］は水津による補足説明を意味する。

（1）　Johann Christian Hasse, Ueber Universitas juris und rerum, und über Universal- und Singular-Succession, AcP, Bd. 5 (1822), S. 1-68; Christian Friedrich Mühlenbruch, Ueber die s. g. juris und facti universitates, AcP, Bd. 17 (1834), S. 321-379（以下 AcP）．水津太郎「一九世紀前期・ドイツ普通法学における法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》について―支配的見解に対するハッセとミューレンブルッフの批判―」法政論究六四号二〇三―二三九頁（二〇〇五年）。

（2）　Statt vieler August Scherer, Erklärung des Satzes: Res succedit in locum pretii, pretium in locum rei, Diss., Göttingen 1890, S. 11; 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. 72. なお、近時、Hubert Menken, Die dingliche Surrogation bei den Sondervermögen des Familien- und Erbrechts, Diss., Münster 1991, S. 13 は、「universitas iuris と universitas facti という universitas の区別は "res succedit" -Regel の転換とともに放棄された」としているが、実証的ではない。

（3）　水津太郎「ドイツ法における物上代位の理論的基礎(一)(二)(三)」法研七九巻三号四〇―四一頁注八、四号五九―六〇頁注五九、五号四七―四九頁注一四一、五〇―五二頁注一四四、五三―五四頁注一五二、五五―五六頁注一五六（二〇〇七年）参照。

（4）　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（以下 Erörterungen）.

(5) Vgl. insb. Karl Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristishcen Sinne: Römisch-rechtliche Quellenstudien, Erlangen 1879, S. 102.

(6) Johann Friedrich Martin Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, Bd. I, Altona 1839 (以下 Theorie).

(7) S. nur Joseph Unger System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, 5. Aufl., Leipzig 1892, § 57 I, S. 474; und Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearb. v. Theodor Kipp, Bd. 1, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900, § 42, S. 154 Fn. 6; sowie 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. 30.

(8) 本稿では、あくまで中期のコンテクストのもとで分析を行う。二次資料にみられる、本文法諺に関する、(1)法則性の肯否、(2)適用範囲、(3)適用形式といった視角による分析は、後期の考察と合わせて、次稿に委ねることにする。

(9) Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, § 56, S. 378-379 und Fn. o, § 57, S. 384 Fn. d (小橋一郎訳『現代ローマ法体系第一巻』三四三、三三六頁〔成文堂、一九九三年〕)〔訳文変更あり〕.

(10) Statt vieler Dieter Strauch, Mehrheitlicher Rechtsersatz: Ein Beitrag zur "dinglichen Surrogation" im Privatrecht, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 73, Hab., Bielefeld 1972, S. 19 und Fn. 9.

(11) Georg Friedrich Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. II, Leipzig 1842, § 223, S. 493 und Fn. l.

(12) Georg Friedrich Puchta, Pandekten, 3. Aufl., Leipzig 1845, § 35 1), S. 48 Fn. d, § 149, S. 212 Fn. q.

(13) 要点をまとめると、次のとおりである。シリングは、ミューレンブルッフの論文を引用し、旧理論を説明したあと、「いわゆる universitas rerum のこの〔universitas iuris と universitas facti という〕すべての区分は無用 (unnütz) であり、また、universitas juris のすべてにつき《物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》ルール (Regel) が適用されるかのようにいう通常の観念は誤っている (falsch)」と述べる。Friedrich Adolph Schilling, Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts, Bd. I, Leipzig 1834, § 62, S. 235 und

S. 236 Fn. i（しかし、この叙述はミューレンブルッフの『パンデクテン法の体系書』第一巻第三版と近似している。そのため、本文三(二)2におけるミューレンブルッフの問題をそのまま抱え込む事態に陥っている）。ヴェニング＝イングンハイムは、ハッセとミューレンブルッフの論文などを手掛かりとし、①「[universitas rerum の諸ケースでは] すべての諸関係のなかで総体が一つの物として問題となるのではなく、それと同じくらいにしばしば universitas を形成している各々の諸部分が独立の物として問題となる」、また、②「一つの universitas, たとえば相続財産または在庫商品に認められている諸命題を、他のすべての universitas に適用することはできない」と総論的に注意したあと、各論においては、一応 universitas iuris と universitas facti に分けて説明しつつも、①命題（Satz）《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》は「相続財産の際に特別な命令により特殊な関係上一部において真実」であること（他の若干の例も挙げる）、② universitas iuris は「特別な実体規定」、universitas facti は「事物の本性または当事者意志」による統一体というのは「誤った理念」であることなどを指摘する。Johann Nepomuk von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes: Nach Heise's Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behufe von Pandecten-Vorlesungen, Bd. I, 5. Aufl., München 1837, § 76, S. 188-190, insb. S. 189 Fn. c, S. 190 Fn. h, i, k. ファンゲロウは、ハッセとミューレンブルッフの論文に依拠しつつ、旧理論成立の基礎となった D. 5, 3, 22 と D. 5, 3, 20, 10 の解釈の不当性を説き、(a) in rem actio universalis, (b)《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》とも表現される）ルール（Regel）という区別のメルクマールは、「もっぱら完全に相続財産の諸特質」であると［ハッセとミューレンブルッフの論文の読み方としてはかなり不精確であるが］結論づけたあと（旧理論は「純粋な誤解」に基づくという）、各 universitas は「名称」はともかく「法原則」は共有しないから、［明らかにミューレンブルッフの論文の影響を受け］「universitates juris 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い」とする。Karl Adolph von Vangerow, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, Bd. I, 3. Aufl., Marburg 1843, § 71 Anm., S. 88-91（なお、ファンゲロウはこのあと、「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」という問いを提起し、前者であれば *juristische* universitas, 後者であれば *faktishche* universitas であると説いていた

が〔S. 91〕，ヴェヒターの批判を受けたからか〔後掲注(39)(3)参照〕，後の版では削除されている〔Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, 7. Aufl., Marburg/Lepzig 1863, § 71 Anm., S. 109〕).

(14) Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe, Frankfurt am Main 1783, § 278, S. 202-203; Christian Friedrich von Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, T. II, 2. Aufl., Erlangen 1800, § 172 a, S. 505-509; noch Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd. I, Jena 1803, § 240, S. 170.

(15) Josef Kohler, Zwölf Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch VI: Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 5; Reinhard Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche, Marburg 1905, S. 9; Wilhelm Wengler, Art. "Surrogation", in: Franz Schlegelberger (Hg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Bd. VI, Berlin 1938, S. 481; Heinrich Lange/Kurt Kuchinke, Erbrecht: Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001, § 41 I 1, S. 1067 Fn. 1 usw.

(16) Kierulff, Theorie, § 13 B. 5), S. 320-321 Fn. †.

(17) Kierulff, Theorie, § 9, S. 155, § 13 Begriff, S. 308-310. practisches Object と Rechtsobject につき，次の点を補足しておく。第一に，権利義務概念との関係について（§ 9, S. 155)。キールルフによれば，権利は特定の Dürfen，義務は特定の Sollen，前者は特定の意欲と行為の（法律により与えられた）可能性（Möglichkeit)，後者はその必然性（Nothwendigkeit）であり，前者と後者は相伴う（Kein Recht ohne Pflicht)。権利は「必然的につねに意思と消極的あるいは積極的に結合」されており，現代におけるその道徳的本質（sittliches Wesen）は「権利がただ主体と主体との関係，意思と意思との関係とみなされる」ことにある。こうして，権利の Object = Rechtsobject, juristiches Object は意思であり，主体が企図した実際的な利益などは権利の practisches Object, factisches Object にすぎない。practisches Object においては権利と義務が重なり合う（zusammentreffen)。もっとも，ローマ法は直接［意思を仲介することなく］Object, Unfreien にかからしめられる権利を知っている。というのは，ローマ法における所有権の基本的性格は，「所有権は物との直接的な関係とみなされる，すなわち実際的な利益の直接的な客

体である対象が権利の直接的な客体でもある」というにあるから。第二に、有体物無体物概念との関係について（§ 13 Begriff, S. 309 Fn.*）。キールルフによれば、ローマ法における res corporales と res incorpolares の区別は、ガーイウスが D. 1, 8, 1, 1 の後半（Nec ad rem pertinet, …）で Rechtsobject を practisches Object から明白に区別しようとしているように、「practisches Object の区別でも、権利それ自体（Rechte selbst）の区別でもいずれでもない」、「ただこの *Rechtsobject* にのみ適用されうる」。しかし、「かかる区別は本質的にローマ的であって、実際的ではない」。なぜなら、それは「ローマの観念によれば、所有権は個々の有体的に特定された物を、juristisches Object かつ practisches Object として直接的に同時に有する」ことに依拠するが（第一末尾参照）、「このことは真にローマ的ではあるけれども、我々の法の精神に矛盾する観念」だから。Vgl. Johannes Christiansen, Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte im Grundrisse, Altona 1838, S. 405 Fn.*.

(18) Vgl. Kierulff, Theorie, § 13 Begriff, S. 308, § 9, S. 155.

(19) Dazu Kierulff, Inhalt, S. 401-404.

(20) Kierulff, Theorie, § 13 B. 5), S. 317-320, 320-322, 321 Fn.*.

(21) Kierulff, Theorie, § 13 B. 5), S. 319-320 によれば、universitas rerum は次のような体系的地位を有する。通常は res singulae と universitas rerum が区別され、前者には corpora unita（単一物）と res connxae（合成物）が含まれると説かれるが、ローマ法は正当にも res connxae をも *universitas* と呼んでいる（D. 43, 24, 8; D. 6, 1, 23, 5）［さきの universitas rerum との区別を明らかにすべく、結合度の差異に着目して、universitas rerum *distantium* と対置されるところの、universitas rerum *cohaerentium* と表記される］。これらの universitas の区別は次の点にみられる。「この universitas［rerum cohaerentium］では、個々の構成部分とこれらによって形成された総体の区別が、事実上も停止するのに対して、さきの universitas［rerum distantium］では、ただ法上の擬制がこれらの構成要素を一つのものとして取り扱うだけである」（D. 46, 4, 13, 2; D. 41, 3, 30 pr.; D. 41, 1, 7, 11［D. de acquir. rer. dom とあるのは adquir. の誤植］; D. 6, 1, 23, 5; D. 43, 24, 8）。

(22) Kierulff, Theorie, § 13 B. 5), S. 321-322, 322 Fn.* は、universitas iuris につき、次の点を注記している。まず、universitas iuris の範囲は広くも狭くもありうること。すなわち、①広いというのは、「ある主体の積極的・消

極的な財産関係がなんらかの顧慮のもとで統一体として（たとえば承継との関係における相続財産）取り扱われる場合」（積極財産消極財産双方）、②狭いというのは、「たんに積極財産あるいはまたその一定の種類のみが法的な観点において総体とみなされる場合」（積極財産のみ）である。次に、元利記入の貸付金帳簿・銀行業務の信託遺贈（fideicommissum calendarii, fideicommissum mensae negotii）を universitas rerum の例とすることは誤りであること。というのは、ここでは「ただ Rechtsobject の特別な様式、すなわち様々な種類の債権的権利の内容が統一体として取り扱われる」ところ、②の意味での universitas iuris が問題となるから（D. 32, 64; D. 31, 77, 16）。

(23) Alfred Waller, “Surrogation.”: Eine Studie aus dem modernen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Bedeutung des Problems der Einheit und Identität, Diss., Bonn 1904, S. 72, ferner vgl. auch S. 8 Fn. 1 und S. 72 Fn. 3 a. E.

(24) Vgl. insb. Birkmeyer, supra note 5, S. 104［Grosse ad D. 15, 2, 1, 8 については、水津・前掲注(1)一一八、一一九頁参照］.

(25) Christian Friedrich Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts: Nach der Doctrina Pandectarum, T. II, 3. Aufl., Halle 1840, § 223, S. 23-24 Fn. 8a（以下 Pandekten, T. II）.

(26) Muhlenbruch, AcP［具体的な頁の引用はない］のほか、Hallesche Allgemeine Literatur-Zeitung, April 1835, S. 547 における自著紹介を挙げている。

(27) Vgl. Christian Friedrich Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts: Nach der Doctrina Pandectarum, T. III, 3. Aufl., Halle 1840, § 525, S. 41［嫁資について］.

(28) Mühlenbruch, AcP, S. 346 und S. 323.

(29) Birkmeyer, supra note 5, S. 101-102; Scherer, supra note 2, S. 8-10; Windmüller, supra note 7, S. 5; Waller, supra note 23, S. 8 und Fn.1; Welle, supra note 2, S. 71-72; Menken, supra note 2, S. 9 usw.

(30) そもそも一般に現在では、ミューレンブルッフの見解を検討する際に、AcP 論文のほか、『パンデクテン』まで視野に入れるものはみあたらない。Strauch, supra note 10, S. 19; Welle, supra note 2, S. 71-72; Menken, supra note 2, S. 9-11; Lange/Kuchinke, supra note 15, § 41 I 1, S. 1067 Fn. 1 usw. 古くは『パンデクテン』をも含めて

検討するものもあったが、両者の異同は指摘されていない。Scherer, supra note 2, S. 9-11; Windmüller, supra note 7, S. 5-6 usw. 水津・前掲注(1)一一六―一一八頁も同様のものとして取り扱っていた。

(31) Mühlenbruch, Pandekten, T. II, § 223, S. 21. この叙述はすでに 2. Aufl., 1838, § 223, S. 21 にみられる。ちなみに、1. Aufl., 1836, § 223, S. 21 では、「これ [universitas iuris と universitas facti の区別] は概念の混乱に基づき、通説のようにこの対比を法上の区別のメルクマールによって特別に重要なものとなさんとすれば、諸々の実際上の誤謬に至る」とされていた。

(32) ここでの Sachgesammtheit は、universitas iuris と universitas facti を合わせた universitas rerum の意味であり、universitas facti = Sachgesamtheit（いわゆる集合物）という現代的用法（Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Halbbd. 1, 14. Aufl., Tübingen 1952, § 121 III, S. 501 Fn. 29; Joachim Jickeli/Malte Stieper, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 90-133, Bearbeitung, Berlin 2004, Vor zu §§ 90-103, Rn. 17, S. 8）よりも広いことに注意されたい。

(33) Wächter, Erörterungen, S. 1 und § 1, S. 3.

(34) Wächter, Erörterungen, § 1, S. 2-3.

(35) Wächter, Erörterungen, § 1, S. 3 では、具体的内容が示されていないため、同所で引用されている、August Ludwig Reyscher, Das gemeine und württembergische Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1847, § 416, S. 249, 250 [ただし、ヴェヒターが参照したのは初版] によって補足した。もっとも、この命題が普通法学説に共有されていたという認識には問題があり、ここでライシャーとともに典拠として挙げられているテイボーの引用も適切でないことについては、vgl. Unger, supra note 7, § 57 I, S. 473 Fn. 10.

(36) Wächter, Erörterungen, § 1, S. 4 Fn. 2 は、キールルフにつきとくに注記し、ミューレンブルッフ『パンデクテン』第三版における応接 [本文三(二)2] の参照を指示している。

(37) Wachter, Erörterungen, § 2, S. 4-5, 14-15.

(38) Wächter, Erörterungen, § 2, S. 4 und Fn. 3 は、ローマ法源では、universitas という表現はあらゆる総体のた

めに用いられていると指摘したあと、だからといって合成物は res singulae に属さない［universitas rerum に属する］、という見解は不当であると補足している。その理由は、単一物についても総体が問題となる場合には universitas という表現がみられる以上（D. 41, 4, 2, 6; D. 31, 2, 10）、合成物が universitas と呼ばれることはそれが res singulae ではないことを論証しないからである（vgl. D. 6, 1, 1, pr.; D. 6, 1, 1, 3; D. 43, 1, 1 pr.; D. 34, 2, 38, 1）。

(39) Wächter, Erörterungen, § 2, S. 14 Fn. 6a und Fn. 7 は、区別論につき以下(一)(四)の検討の補足として、次の三点を注記している。(1)そもそも区別論には、universitas iuris には数えられないがもっぱら無体物からなるために universitas facti にも数えられない Begriffsganzes が存する（たとえば、D. 32, 3, 68）、という［内在的］難点があった。(2)区別論の第一のきっかけとなった D. 5, 3, 20, 10 の［正しい］解釈に関しては、ハッセとミューレンブルッフ、さらにファンゲロウの参照を指示する。(3)ファンゲロウは universitates rerum を法的なものと事実的なものに区別し、なおこの専門語を維持しようとしているが（前掲注(13)参照）、「この区別もまた賛同されえない」。というのは、彼のいう事実上の Universitas は、Sachgesammtheit の法的意味を否定するものであり、したがって、Universität ではまったくないからである。

(40) Wächter, Erörterungen, § 2, S. 5 (Vor), S. 5-6 ((1)), S. 7-8 ((2)), S 8-9 ((3)).

(41) Wächter, Erörterungen, § 2, S. 9 によれば、ヴュルテンベルクの所得共同制では、配偶者の持参財産との関係でも、「《物は襲う》などの原則は一般原則としては適用されない」。というのは、夫が妻の持参財産中の金銭によりある物を購入する場合はもとより、彼自身の持参財産の金銭によりそうする場合も、いずれも物は妻または夫の持参財産に属することなく、むしろ Errungenschaft に属するからである。

(42) Wächter, Erörterungen, § 2, S. 9-11 ((1)), S. 11-13 ((2)).

(43) Wächter, Erörterungen, § 2, S. 11 und Fn. 5 によれば、ヴュルテンベルクの所得共同制でも、(a)ある配偶者の持参財産中の金銭により購入される物は Errungenschaft ではなく、この配偶者の持参財産に帰属すべきである、という夫婦の合意が認められるのはもとより、(b)ある配偶者の持参財産中の物と交換される物、または、譲渡された物の代わりに購入される同一物は、「疑わしいときには取得された物が喪失物の法上の代位物とみなされる」（b）の後者のケースには異論もあるが、立法論としてはともかく、ラント法とは決定的に矛盾している）。

(44) Georg Wilhelm August SELL, Ueber den Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand mit oder aus dem Schaden eines Andern sich bereichern dürfe, Versuche im Gebiete des Civil-Rechts, T. I, Giessen 1833, S. 1-140.

(45) WÄCHTER, Erörterungen, §2, S. 12-13 は、この点につき、Friedrich Carl VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III, Berlin 1840, Beylage VIII, XXXVI 1, S. 451-452（小橋一郎訳『現代ローマ法体系第三巻』四〇〇―四〇一頁〔成文堂、一九九八年〕）の考察を半頁にわたり引用している。ヴェヒターが原文にない強調（ゲシュペルト）をあえて付した部分のみを挙げておく。「[本文原則は] せいぜい現実に実際的なルールのなかで、個々の要素として含まれているのであって、そこでは、非常に、具体的な諸々の要件と結合して、のみ生気と有効性を持つのであある」[訳文変更あり]。

(46) WÄCHTER, Erörterungen, §2, S. 13-14 (1), S. 14 (2).

(47) WÄCHTER, Erörterungen, §3, S. 15-16, §5, S. 25.

(48) WÄCHTER, Erörterungen, §4, S. 17-20. なお、特示命令（Interdicte）については特殊な考慮が必要とも思われるが、ヴェヒターは、D. 41, 3, 30, 2 との調和から占有はやはり個々物にしか認められないとしつつ（§4, S. 18）、総体の特示命令の必要性は vindicatio gregis と同様の法律構成により顧慮される（§4, S. 20）、という解釈を提案する。

(49) Leopold August WARNKONIG, Ueber den Begriff und die juristische Wichtigkeit der sogenannten Universitas rerum, AcP, Bd. 11 (1828), S. 169-204.

(50) WÄCHTER, Erörterungen, §5, S. 20-25. Sachgesammtheit と担保権の関係は詳細に検討されている（副題„berhaupt und in besonderer Beziehung auf Pfandrecht“参照）。とりわけ、ヴュルテンベルクの新担保法（一八二五年）のもとで、Sachgesammtheit それ自体の担保権の設定が認められるか、という問題につききわめて綿密な分析を行い（§6, S. 25-35）、土地の従物が土地とともに抵当に入れられる場合を除いては「もはやまったく問題となりえない」と結論づけている。

(51) WINDMÜLLER, supra note 7, S. 6 [やや慎重]; STRAUCH, supra note 10, S. 19 Fn. 11; WELLE, supra note 2, S. 73 Fn. 10 usw.

(52) Carl Georg VON WÄCHTER, Pandekten, Bd. I, Leipzig 1880, § 59 IV Vor A, S. 263 und C 3), S. 270［なお，ヴェヒターは一八六九年に枢密顧問官に任命され，それとともに貴族の尊称を与えられたため，ここでは，VON WACHTERとされている。Vgl. Oskar VON WÄCHTER, Carl Georg von Wächter: Leben eines deutschen Juristen, Leipzig 1881, S. 182］.