

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（二・完）

——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 *iuris*
 - 3 客観的意味における *iuris*
 - (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 一九世紀後期末葉における議論状況
 - (一) ヴィ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……………（以上本号）

(四) 「自己展開能力 (Selbstentwicklung)」理論の展開

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が浸透するのと入れ替わるようにして、財産における構成要素の変動を基礎づけるための「理論」として有力に提唱されたのが、いわゆる「自己展開能力 (Selbstentwicklung)」理論である。

1 議論状況の分析

一般的な見方を総合すれば、この理論はミュレンブルッフに萌芽を有し、この時代にひろく注目を集めた特有財産研究、とくにマンドリ「論文と著書がある。以下「前期」「後期」ともいう」、さらにフィッティング、ペルニーチェのそれを経由し、ビルクマイヤーに承継されたものである。⁽⁹⁸⁾

もつとも、かの理論には提唱者と主張された文脈によって差異がみられる。とくに次の点が指摘されなければならない。まず、(1)対象につき、universitas rerum 一般を念頭におくものと、あくまで特有財産を念頭におくものがある。前者はミュレンブルッフ、ビルクマイヤー、後者はいうまでもなくマンドリ、フィッティング、ペルニーチェである。この相違については universitas iuris と同様、はっきりと意識されていないが、かの理論の位置づけに大きな相違をもたらす。⁽¹⁰⁰⁾ 次に、(2)視点につき、物ないし客体を前提とするものと、人ないし行為を強調するものがある。かの理論は後者の立場と同定される傾向があるけれども、後者に与すると断定できるのは、ペルニーチェと、かれの批判に応えた後期マンドリのみである。最後に、(3)要件につき、なんらも規定しないものと、一定の制限を設けるものがある。これは(1)の問題と関連している。すなわち、ミュレンブルッフらは前者、マンドリらは後者にいたる傾向がある。後者は、とくに法律行為に基づく取得物に関して、いかなる基準を定立するのにつき差異がある。前期マンドリ《特有財産との実質的関連性》、ペルニーチェ《特有財産の

拡張目的で、フィッティング（軍営特有財産を顧慮した管理行為）、後期マンドリ（特有財産との客観的かつ主観的関連性）。一般には各論者の相違が際立たされていない⁽¹⁰²⁾。

以下では、特有財産を念頭におくものとして、前期マンドリ、フィッティング、ペルニーチエ、後期マンドリ、*universitas rerum* 一般を念頭におくものとして、ミューレンブルッフ、ビルクマイヤーを順に取り上げる。

2 特有財産をめぐる展開

(a) 前期マンドリ⁽¹⁰³⁾ マンドリがヴェヒターのテュービンゲン大学在職記念に献じた「特有財産の概念と本質について」（一八六九年）は、のちにみるフィッティングの研究とともに、普通法上もとても重要な特有財産研究とみなされるものである⁽¹⁰⁴⁾。そこで主張された「特有財産の自己展開（*Selbstentwicklung des peculium*）」の理論はのちの学説に大きな影響を与えることになった。

マンドリによれば、特有財産は主として特有財産訴権との関連で重要とされた概念であり、こう定式化される⁽¹⁰⁵⁾。「特有財産とは権力服従者の財産、より精確には事実上の財産であり、その個々の構成要素は法上は権力所有者の財産に属するものである」[vgl. *Inst.* 4, 6, 10]。法上ではなく事実上ではあるけれども、あくまで財産である。*peculium* であつて *patrimonium*（固有財産）ではないが、*quasi-patrimonium* と呼ばれる。というのは、特有財産は権力服従者とかれの目的（*Zweck*）に仕える用途（*Bestimmung*）を有し、この用途の統一性のために事実上の統一体と規定されるから。したがって、特有財産は *universitas [iuris]* である⁽¹⁰⁶⁾。しかしながら、ハッセ、ミューレンブルッフ、ヴェヒター『論究』以来、区別論批判が一般に受け容れられた現在では、*universitas* というだけでは法上個々の関係において統一体として規律されうるといふ以上のことは語られず、むしろこの特徴づけを強調することは事柄を一方的かつ不精確に指示することに繋がる。「自己展開能力」理論はこうした認識を前提に、特有財産が *universitas* として規律される局面の一つとして展開されるのである。

特有財産の自己展開は、「権力所有者の許容 (concessio) と現実の供与 (realis datio; Inaturalis datio) なくして特有財産の内容が増加変動すること」と定式化される⁽¹⁰⁷⁾。すなわち、特有財産の成立には本来、(a) 特有財産の許容と、(b) その現実の供与が必要とされる。(a) は、一定の諸価値を権力服従者に quasi-patrimonium、かれ固有の目的に仕える財産として委ねようという権力所有者の判断、(b) は、権力服従者にこれらの諸価値を事実上の目的に用いることができるよう実際に与えることをいう。しかし、このようにして一旦成立したならば、特有財産は (a) (b) の要件を満たさなくてもおのずと展開するのである。法源上、(a) の不要は、① 権力所有者の許容を要求しない諸法文 (D. 41, 2, 44, 1; D. 15, 1, 7, 6; D. 33, 8, 8, 8; D. 41, 2, 1, 5)、決定的には、② 権力所有者が死亡した後にもこうした特有財産の増加を生じさせる Inst. 2, 20, 20 により基礎づけられる。また、(b) についても、明示的にこれを不要とする諸々の法文 (D. 15, 1, 7, 6; D. 15, 1, 7, 5; D. 15, 1, 9 pr.) が存する。このことは「理論的にも」基礎づけられよう。財産の用途と目的は一般に、財産の成果物が財産の持ち主に帰属し、個々の構成要素の価値が法上の形態を変じてもかれに維持されることを当然に要求するからである。

では、こうした特有財産の自己展開はいつ生じるのか。⁽¹⁰⁸⁾ マンドリによれば、それは、〈特有財産との実質的関連性 (materieller Zusammenhang mit dem Peculium)〉が存する場合である。法源のなかでは、ex causa peculiaritatis (特有財産の原因に基づき) (D. 41, 2, 1, 20; D. 41, 2, 1, 22; D. 41, 2, 2; D. 41, 1, 13, 1) や ex rebus peculiaribus (特有財産中の物に基づき) (Inst. 2, 20, 20) などと表現されている。もちろん、patrimonium の際にはこうした要件は問題とならない。それは一人に帰属している権利と物すべての総体だからである。しかし、ある人がなんらかの関係において分離された複数の財産総体を有する場合には、事情が異なる。このことは「例外的な固有財産である」軍営特有財産については明らかである (C. 12, 37, 1) が、「通常の」特有財産についてもまったく同様である。なぜなら、権力服従者の事実上の財産は権力所有者に属する財産の構成要素をかれから割り当てられたことに基

づくところ、特有財産は外見上 *patrimonium* よりもいっそう自己完結的な統一的総体であるとみられるからである。こうした要件を充足するものとしては次の例が挙げられる。すなわち、(1) 特有財産中の物に基づく増加 (*incrementa ex rebus peculiaribus*) (果実など) (D. 15, 2, 3; D. 33, 8, 8; D. 18, 1, 31)。(2) 特有財産に対する第三者の侵害 (窃盗など) によって生じる債権 (D. 15, 1, 7, 5; D. 47, 2, 52, 26)。(3) 権力服従者が特有財産の原因に基づく (*ex causa peculiarit*) 法律行為により取得したものの (D. 41, 2, 1, 5; D. 41, 2, 4; D. 41, 2, 24; D. 41, 2, 44, 1; D. 15, 3, 3, 5; D. 21, 1, 57, 1)。(4) 特有財産から生じる権力所有者に対する債権 (D. 15, 1, 7, 6; D. 15, 1, 49, 2)。このうち、事後大きな問題とされるのは、権力服従者の法律行為による取得 (3) であることをあらかじめ付言しておく。

(b) フィッティング⁽¹⁰⁾ フィッティングの大規模な歴史研究、『軍営特有財産』（一八七一年）では、マンドリにかかる「自己展開能力」理論が発展的に継承され、興味深い分析が行われている。

軍営特有財産の基本的な構成要素は、(a) 軍役中に取得されたものと、(b) 軍役出發の際に贈与されたものであるが、くわえて、〈現存する軍営財産を用いてさらに取得されるもの (was mittels des vorhandenen castrenschen Vermögens weiter erworben wird)〉も含まれる。けれども、フィッティングによればこの表現は完全には精確でない。なぜなら、これらは新たに独立に根拠づけられるのではなく、自然な展開・活動プロセスのたんなる所産であるから。すなわち、軍営特有財産はたんなる個々の部分の総計ではなく、かの D. 5, 3, 20, 10 が過度に強調するように、通常の特有財産と同じく統一的な財産総体、*universitas* と解釈されるところ、「自己の概念上・法上の同一性を損なわずに、個々の構成要素の交替・増加あるいは減少、つまり発展的有機的な活動をする能力」を有する。この *universitas* D. 15, 1, 40 [pr.] [*Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini* (特有財産は発生し増加し減少し消滅する、だからパペーリウス・フロンターは聡明にも特有財産は人間に類似していると述べたのである)」、さらには D. 5, 1, 76 にすでに示されており、

ミューレンブルッフの周知の論文も教えるところであるが、「完全に説得的に証明」したのはマンドリであった。したがって、軍営特有財産は〈この有機的展開の過程で結果として取得されるすべてのもの (alles, was in dem Verlaufe und zufolge dieser organischen Entwicklung erworben wird)〉を把握する。軍営物の果実その他の産出物、賠償請求権などについては問題がないけれども、「家子みずからが取得行為を行う場合」にはそう単純にはいかない。

家子の取得行為は軍営特有財産を無条件には増加できず、〈軍営特有財産を顧慮した管理行為 (Verwaltungs-handlungen in Ansehung des castrense peculium)〉として現れるところに限定される。⁽ⁱⁱⁱ⁾ フィッティングはその理由を次のように説いている。家子は軍営特有財産とならび通常の特有財産も所有し、軍営特有財産に占める特別な地位「固有財産所有者」とならび家子の通常の法的地位「特有財産所有者」を維持し続けるから、家子が軍営特有財産の変動を生じさせるにはもっぱら軍営特有財産と関連する行為が必要である。法源上、このことは *ex causa peculii castrensis* (D. 49, 17, 15, 1) と表現されている。そして、D. 49, 17, 15, 3 によれば通常の特有財産とのアナロジーは明白であるから、マンドリのほかに「総論的な」注意を特別に促す必要をみない。けれども、かれの定式〈特有財産との実質的関連性〉よりは右定式〈特有財産を顧慮した管理行為〉のほうが「わたくしにとつてはなお若干精確かつ特徴を捉えたもののように思われる」。この定式は次の意味を有する (C. 12, 37, 1; D. 29, 2, 42, 3; C. 12, 36, 10; vgl. auch D. 49, 17, 18, 4)。a) 無償取得は管理行為とみなされないから排除される。b) 有償取得もあくまで特有財産を顧慮した管理行為とみなされる場合に限って組入れられる。具体的には、(i) 軍営物の売却により取得される金銭は「いつも」、(ii) 軍営金銭によって購入される物は不動産・動産にかかわりなく「ただ疑わしいとき通常にのみ」そうである。(ii) の際には、家子が通常の特有財産を顧慮してある物 (たとえば通常の特有財産に属する奴隷のために必要な衣類や食品) を購入したなら、「これらの物はたとえ軍営金銭によって支払わ

れたとしても」軍営特有財産ではなく、通常の特有財産に帰属するものとみなされなければならない。⁽¹¹²⁾ 本稿なりに補足すると、この見解はヴェヒター、ゾイフェルトと対立するものである。

(c) ペルニーチエ⁽¹¹³⁾ ペルニーチエ『ラベオー』はマンドリに由来し、フィッティングに承継された特有財産の「自己展開能力」理論に対して明確な異論を提起した。この異論は総論各論双方に及んでいる。

第一に、「自己展開能力」の意味・位置づけについて。⁽¹¹⁴⁾ マンドリは、特有財産の増加につき「自己展開」を主張している。たしかに、こうした場合には特有財産の持ち主の特別な行為が要求されないことが多い「果実、賠償請求権などを指しているものと思われる」。しかし、「もしも特有財産の持ち主を純粋な端役 (reiner Statist) として取り扱うならば完全に不当であろう」、けれども「マンドリはこうした方向に傾きがちなのである」。⁽¹⁾ 特有財産の許容はそもそも、権力服従者に自立した経済活動を達成させるという目的「人の顧慮」から出発し、法制度上受容されたものである。法学はこれを歪めることはできない。⁽²⁾ この見方は特有財産の財産的性質 (Vermögenscharakter), Peculienuiversitas を不可欠の要件としており、特有財産の財産的性質が暫時的に形成されたものであることを看過している。⁽³⁾ トゥーベローの定義 [D. 15, 1, 5, 4: servus habet (奴隷が……有する)] もこの見解を完全に除外している。⁽⁴⁾ 財産の展開のためには権利主体が不可欠のものとして要求される。だから、特有財産の持ち主は自己展開する目的財産の代表者 (Repräsentant) ではなく、その目的に仕える特有財産の事実上の支配者 (factischer Herr) とみななければならない。⁽¹¹⁵⁾

第二に、特有財産増加の定式・要件について。⁽¹¹⁶⁾ 問題とされるのは「特有財産の持ち主の法律行為により特有財産が増加する場合」である。このことが法上可能であることはまったく争われていない。この事実は第一に述べた批判を支えるものでもある。しかしながら、こうした増加能力が承認されるのは、行為が ex causa pecuniä される場合に限られる。そして、この表現は〈特有財産の拡張目的で (zum Zwecke der Erweiterung desselben)〉

と理解されなければならない。その理由はこうである。特有財産の持ち主はしばしば特有財産の用件のほかになお権力所有者の用件も処理しなければならないから、「自己のために締結しようとする行為」によって取得されたものだけを特有財産に帰属させることが不可欠となる。「奴隷が主人の計算で取得した債権を特有財産に帰属させな」D. 15, 3, 3, 5はこのことを明示的に強調している。フィッティングもまた同じ考え方であろう「これはペルニーチェの誤解」が、「特有財産を顧慮した管理行為」と表現している。マンドリによれば「特有財産との実質的関連性」と規定されている。しかし、これらの定式は事柄の事実上の側面のみを捉えるというのなら同意できるけれども、法上明確な観念と結びつけられたものではないのである。

(d) 後期マンドリ⁽¹⁶⁾ マンドリは『普通家族財産法』第二卷（一八七六年）においてみずからの「自己展開能力」理論に対するフィッティングとペルニーチェの批判に応接し、私見をあらためて体系的・総合的に展開し直した。基本的な構想には変更がみられない⁽¹⁷⁾。すなわち、(1)特有財産が *universitas iuris* であることはその財産的性質 (*Vermögensnatur*) から当然導かれるけれども、このことそれ自体では多くは語られなく、「*universitas* 概念への包摂から結論を導出し、法命題を演繹することを認めるであらう *universitas* の一般理論はありえない」、しかし「特有財産の自己展開」を説明するためには適当な性格規定である、(2)特有財産の自己展開は「独立の出捐の要件」（権力所有者の許容と現実の供与）を問題としないが、これが生じるのは新たな価値が *ex causa peculiaris* 敷衍すると「これまでの特有財産価値から直接間接に利用利用負担を課することにより創出されあるいは特有財産にもたらされた場合」、要するに「特有財産との実質的関連性」がある場合に限られる。この構想はフィッティングにより「同意」されたけれども、ペルニーチェからは次の批判を受けた⁽¹⁸⁾。①特有財産の持ち主を端役として取り扱う傾向がある、②特有財産の財産的性格が暫時的に発展してきたことを否定する。しかし、相当でない。①に対しては、旧稿でも権力服従者の法律行為による取得が指摘されていたことを引かなければならない。「か

さねていうなら」「自己展開の本質は、……特有財産がこうしたあらゆる拡張にとつての必要不可欠な基礎を形成することであつて、人間の意思と行為の助力なき拡張「を認めるところ」にはないのである」、果実・賠償請求権など、そうした助力が不要な価値があることはいうまでもないけれども。②の暫時的發展仮説も手掛かりを欠く。すでにブラウトゥスの喜劇『プセウドルス』⁽¹²⁰⁾が十分な反証の手掛かりを与えているし、疑わしいといわれる債権についても、最古の時代にすら——直接の法源上の証拠はもろろんないが——特有財産算定の際に債権が積極財産に組入れられていたことをセルティウスの定式が伝えている（D. 15, 1, 9, 3; D. 15, 1, 17）。ペルニーチェがいうのは「特有財産の法的性質についての学問上の把握・認識の展開」であつて、「この形成物「特有財産」それ自体の展開」ではないのである。

大きな訂正・補充は権力服従者の取得行為の規律にみいだされる⁽¹²¹⁾。まず、*ex causa peculiani*（特有財産との実質的関連性）という一般的な定式はこの局面では、〈特有財産との客観的「実質的と同義」⁽¹²²⁾かつ主観的関連性（*objektiv und subjectiv im Zusammenhang mit Peculium*）〉というように修正される。旧稿では基礎理論に重点がおかれたから、主観的関連性の必要が後景に退いていた。対案として提示されている二つの定式、フィッティング（〈特有財産を顧慮した管理行為〉、ペルニーチェ（特有財産の拡張目的で）はいずれも相当でない。前者は、客観的関連性と主観的関連性の双方が不可欠であることをはっきりと表現するものではなく、後者によれば、主観的関連性のみが強調され、首尾一貫するなら贈与など「の無償取得」も排斥できなくなってしまうからである。次に、両関連性につき詳細な分析・検討がなされる。(1)客観的関連性とは、「特有財産の資力による取得（*Erwerb aus Mitlein des Peculium*）」をいう。その必要は次の点から基礎づけられる。①権力服従者の取得行為による特有財産増加の基礎は特有財産の財産的性質に求められるという一般論、②これを直接要求する法文（D. 41, 2, 24: *quod ex peculi ad eum pervenerit*, D. 15, 1, 56: *Si de peculio agente aliquo deducere velit*）、補足的には、③法律

行為によらない取得物（客観的関連性を当然包含）と軍営特有財産の規律（フイッティングを参照）。具体的には、特有財産中の金銭による物の購入、貸金のための特有財産中の金銭支出のみならず、権力所有者の特有財産責任「特有財産訴権」の広範性に応じて、「有償法律行為によるあらゆる取得」がここに含まれる。(2) 主観的関連性とは、特有財産の持ち主が「特有財産に取得しよう」と (un in das Peculium zu erwerben) 行為をなすことをいう。⁽¹³⁾ 客観的関連性があっても主観的関連性がなければ特有財産は増加されない。① 権力服従者は特有財産の取得により権力所有者の取得手段 (Erwerbswerkzeug) としての能力を失うところ、行為が取得を特有財産のために仲介するのか、それとも直接権力所有者の固有財産のために仲介するのは原理上かれの意思 (Wille) により判断される。⁽¹⁴⁾ ② *peculium nomine, peculiaris causa* へ *domini nomine* を対置する法文 (D. 41, 3, 31, 3; D. 41, 4, 2, 12; D. 21, 1, 51) をみればこのことは明白である。この意思は行為それ自体のなかで表現 (Ausdruck) 明らか (zu Tage treten) にならなければならないかが問題となる。これは *peculium nomine* などという法源上の表現から当然生じる疑問であるけれども、「疑いなく否定されなければならない」。なぜなら、(a) 取得の意思がどこに向けられているかはここでは一般に相手方にとって関心がなく、この点を除いても、(b) この相違「表示の有無」が特有財産への取得を左右するなどということは権力服従者により締結された法律行為の方式についての制度（とくに *sive domino sive sibi sive conservo suo sive impersonaliter stipulari*「権力服従者が要約したものは主体の表示いかんを問わず、また、主体の表示がなくてもひとしく権力所有者に帰属するという問答契約の規律」）をめぐる多くの法文のなかで一言も示唆されていないからである。なお、特有財産が権力服従者の、事実上ではあるが唯一の財産であるところでは、(i) 権力所有者ではなく自己のために取得しようとする意思はかの意思と同定されることを要すること、(ii) 客観的関連性があれば主観的関係の存在を仮定してよいことが強調されなければならない。

3 universitas rerum 一般をめぐる展開

(a) ミューレンブルッフ⁽¹²⁴⁾ さきに指摘したように、「自己展開能力」理論の源流はミューレンブルッフのかのかのACP論文（一八三四年）に遡るといわれている。だから、旧稿でみたところではあるが、ここでも簡単に触れておこう。ちなみに、かれの『パンデクテン法体系書』でも主張の骨子は一貫して変更されていない。そのポイントを命題のかたちで整理すると、次のとおりである。⁽¹²⁵⁾

第一点、*universitas rerum*を*universitas iuris*と*universitas facti*に区別するのは相当でない、およそ*universitas rerum*は「その価値が増加あるいは減少しうるにせよ、個々の物件のあらゆる交替にかかわらずそれ自体同一のものであり続けるところの観念的総体」であり、そこでは「個々は総体の観念に消滅する」、このことは双方ともに変わりがないから。第二点、交替の程度はあらゆる財産客体から構成されるか、ただ有体物のみから構成されるかによって異なる、かつて*universitas iuris*との関係でかの法諺が形成されたのはこうした事情に基づくけれども、この相違を本質的なものとみなすのは困難である、第三点、*universitas rerum*が観念的総体と規定されるのは、あくまで「特別な関係において」かつ「まったく多様な方法によって」にすぎない、一般的に言えば、「物件の交替の際に入って来たものが真の代位物として出て行ったものの代わりとなるのか、なるとしたらどの程度か?、ということとは個々の観念的総体の相違と事実上の諸関係にに応じて異なって規定されなければならない」。

(b) ビルクマイヤー⁽¹²⁶⁾ ビルクマイヤーが『財産』（一八七九年）において*universitas iuris*と*universitas facti*の区別を擁護したのはすでにみたとおりである。そこでは区別の実際の意味を指摘する先立ち、両者に共通する命題として「自己展開能力」理論を取り上げ、かの法諺との関係にも触れている。主張内容は——第三点は強調されていないが、おおむね——ミューレンブルッフと同旨といってよい。⁽¹²⁷⁾

法が多くのものを統一体として取り扱うところでは、統一体が権利客体であることからのみ説明されうる独特

の法的現象が生じるけれども、マンドリ論文のいうように「われわれはこれらに共通の法的効果を多くは指摘できない」。「しかし、」この「数少ない一つ」にはとくに「周知の命題 (Satz)」が属する。すなわち、「統一体の構成要素が変更、減少あるいは増加したとしても統一体それ自体は同一にとどまる、したがって、統一体が時の経過のなかで内部において異なるものになったとしても本来の統一体上に基礎づけられた諸権利は継続する」。このことはよく *universitas* の「自己展開能力」などと呼ばれている。ミューレンブルッフを契機として、マンドリ論文、ペルニーチュエなどによって。法源上の手掛かりも欠けていない。⁽¹⁸⁾ ビルクマイヤーはこの命題につき次の点をコメントしておきたいという。それは「*universitas juris* の際にかつて大きな役割を演じた他の命題《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》は、上述した *universitas* の自己展開能力を財産統一 (Vermögens-einheit) に適用したものの一つにほかならないこと」である。なお、*universitas iuris* と *universitas facti* には実際上の相違がみられる。すなわち、前者は *Rechtseinheit* か、*Wertseinheit* といふ二重の性格からその「吸収力 (*Assimilierungskraft*)」につき後者よりも大きな遊びの余地を有する、財産の自己展開は金銭価値ある権利または法上帰属する価値すべてに認められるのに対して、畜群、図書館のそれはせいぜい家畜、書物のみに認められるにすぎないのである。

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

このように、*universitas iuris* と *universitas facti* の区別がとにかく維持される一方、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が浸透し、反面、それに代わる新たな「理論」として「自己展

開能力」理論がとくに特有財産につき主張された。さて、こうした状況はその後どのように受け止められたのか。一九世紀普通法学の到達点を、ヴィントシャイトとデルンブルクの見解から伺うことにしよう。

(a) ヴィントシャイト⁽¹²⁹⁾ ヴィントシャイト『パンデクテン法体系書』初版（一八六二—七〇年）ないし最終第九版（一九〇六年）の主張はあまり明確でない。その理由は、総論レベルの指摘が曖昧であり、複数の読みの余地を残していること、自己の見解をきちんと定式化していないこと、各版ごとに叙述が——しばしば大きく——変更されていることにある。あらかじめ結論を簡潔に示しておく。財産一般である *universitas iurium* と物の総体である *universitas rerum* を区別する、かの法諺と前者の一般的結合を否定し、相続請求の際にのみその一部を適用する、特有財産に関する「自己展開能力」理論に賛意を示す。以下、具体的にみていこう。

ヴィントシャイトが *universitas rerum* 理論につき包括的に言及したところでは、次のように主張されている⁽¹³⁰⁾。従来は、法規定による (*durch Rechtsvorschrift*) 総体である *universitas iuris* (*iurium* ではなく) と、事実上の統合 (*Zusammenfassung*) により生じる総体である *universitas hominis oder facti* (たとえば畜群、図書館) の対比が試みられた。しかし、「この対比は間違っている」。なぜなら、財産 (*Vermögen*) もまず第一には事実上の統合である「反面」、*universitas facti* もまた法上の統合であることが少なくない (*nicht minder sein*) からである。そして、「この区別で、*universitas iuris* に誤って (*fälschlicherweise*) 帰せられた特質」につき、ハッセとミューレンブルッフの論文、さらにヴェヒター『論究』、その他ファンゲロウとウンガー「の学説史研究部分」の参照を指示する。これらは初版の叙述であるが、その後以下のように補正されている。重要な点は、反対説による *universitas iuris* の説明につき *durch Rechtsvorschrift* が *durch das Recht oder für das Recht* (法によるあるいは法のための) に訂正されたこと、誤った特質¹³¹のあとに「とくに《物は代価の地位を襲う》」との注記がなされたこと（ともに第六版）、総論レベルの文献につき、シンテニス、ヴェヒター『パンデクテン』、さらに「近時では」

との付記とともにビルクマイヤーが追加されたこと（前者第三版、後二者第六版）である。⁽¹³¹⁾ こうした変遷を追跡するものはみあたらないが、⁽¹³²⁾ 反対説の訂正の意味は、同じときにビルクマイヤーの追加があったことにかんがみると、かれの研究から *ius* の客観的理解にも二説があることを知るとともに、両説を合わせて退ける趣旨と理解するのが相当であろう。ちなみに、ビルクマイヤーはヴィントシャイトの批判を根拠のないものと断じていたが、これに対しては、第六版において「〔ビルクマイヤー〕は総体〔統一体〕としての財産概念が法によってはじめて創設されたということに固執している」と括弧書で応接するにとどまる。以上からは、ヴィントシャイトが *ius* の客観的理解およびかの法諺と *universitas iuris* の一般的結合を不当なものとみていることは明白である。しかしながら、区別それ自体を排斥し、また、かの法諺それ自体を否定するつもりなのかは、立場の異なる文献が一括して引用されているため、確定することができない。⁽¹³³⁾ この点については、他の箇所および各版の変遷を顧慮する必要がある。

まず、区別論につき、明確には定式化されていないけれども、⁽¹³⁴⁾ 諸々の叙述を総合すれば、次のように理解することができよう。⁽¹³⁵⁾ 財産権 (*Vermögensrechte*) の総体 (*universitas iurium*) と、物 (*Sachen*) = 有体物 (*körperliche Sachen*) の総体 (集合物 [*Sachgesamtheit*]) (*universitas rerum (distantium)*) の区別を保持する。財産権と呼ばれるのは、「権利者自身のためにかれに帰属する」という「物権と債権の共通の性質」であり、「ある人に帰属している財産権」がかれの財産 (*Vermögen*) を形成する。なぜこのように区別するのはかは語られていないが、権利と物をめぐる法関係につき、無体物 (*unkörperliche Sachen*) 概念を媒介として両者を同一に規律することに對する懷疑が繰り返し表明されているところ、ジテンニスの引用も相まって、要するに、権利と物の区別が各総体のそれに昇華されたものと読むのが相当であろう。もつとも、総体それ自体はいずれも無体物であり、どの程度有体物とパラレルに規律されるかにつき個別の考察を要することには変わりがないとみているから、二つの総体

を区別する実地的な意味は疑わしい。以上は初版以来一貫しているのに対して、次の点には補正変更がみられる。一方、財産につき、第六版で確定された最終の定式は次のとおりである。財産の際には「人に帰属する財産権が個々ではなく統一（Einheit）⁽¹³⁷⁾、まさにそれがこの人に帰属するという点にかかる統一として解釈される」。その多様な側面は積極財産・消極財産という表現をもって指示される。前者に限られる（狭義「純粹財産（reines Vermögen）」）のは債権者との関係、両者ともに含まれるのは相続である。これに対して、第三版までは相続の際には財産それ自体が権利の対象（Gegenstand）であると説かれていた。しかし、第四版以降は撤回されるとともに、こうした問いそれ自体が抹消されている⁽¹³⁸⁾。また、第五版までと第六版以降では財産の指示の仕方に差異がみられる。けれども、これは法文の解釈を理由とするものであり、内容上の変更は存しないといつてよい⁽¹³⁹⁾。他方、集合物については、初版では「一連の個々の有体物の、特別な物と考えられた総体への観念的な統合」という定式が与えられていたが、第四版以降は削除され、代替案も出されていない。この訂正は、集合物それ自体が権利の対象となりうるかという問題につき、同版以降、それまでの全面肯定説から制限肯定説、すなわち畜群その他の自然的総体（Naturganzen）に限って肯定する立場に改説したことに由来するものであろう⁽¹⁴⁰⁾。初版以来一貫して、集合物一般として触れられるのは右問題に限られていることを付言しておく。

次に、かの法諺については、文字どおりこれを引くところはみあたらない⁽¹⁴¹⁾。しかし、一般に指摘されるように⁽¹⁴²⁾、相続請求につき《代価は物の地位を襲う》の適用を肯定しているものと読むのが相当である⁽¹⁴³⁾。というのは、相続財産中の物の代わりに取得された売却代金は相続財産に帰属するとされ、とくに悪意占有者責任につき、D. 5, 3, 22を引く⁽¹⁴⁴⁾にD. 18, 4, 21を参照し、「その真の根拠は売却代金は売却された物の代わりとなり、これによって相続財産となったことにある」というほか、そもそも「誤った特質」と指摘されていたのはとくに《物は代価の地位を襲う》に限られていたから。そうであるとしても、次の点が指摘されていることをみておかなければ

ばならない。(1)善意占有者は取得した売却代金が残存している限りで責任を負う(D. 5. 3. 20, 17-20; D. 5. 3. 23-25, 1; D. 5. 3. 16, 5; D. 5. 3. 18 pr.) が、同一物を再購入した際には物と収益「差額」の返還を要する(D. 5. 3. 22)。(2)悪意占有者の責任は利得に制限されず、同一物再購入ケースでは物と売却代金につき選択的に責任を負い(D. 5. 3. 23)、廉価で売却した場合には真正価値につき責任を負う(D. 5. 3. 20, 21)、(3)相続人の物に対する請求は、善意占有者が買主の追奪請求を介して間接的に利得以上の責任を負担するとき(D. 5. 3. 25, 17)、物が相続財産それ自体の利益において譲渡されたとき(D. 5. 3. 20, 1-2; D. 5. 3. 33, 1; D. 5. 3. 53; D. 5. 3. 20, 12, D. 5. 3. 20, 16; D. 5. 3. 5 pr.) には挫折する。これらについては初版以来変更はみられない。ところで、シュレーダーは、ヴィントシャイトが引いたD. 5. 3. 22とD. 18, 4, 21は売却代金の相続財産への「直接」帰属の根拠とはならないと批判していた。これに対して、ヴィントシャイトは第四版において応接し、かれの著書全体につき消極的評価を下している。⁽¹⁴⁵⁾すなわち、文言解釈は決定的なものではなく、実質的根拠によって支えられなければならない、著者自身かならずしもこうした考慮を否定していない、「わたくしは、ローマ法が実際には指示された取得物を『相続財産』とは解釈していなかったことにつきかが試みる証明を、成功したものとは考えない」。以上に対して、《物は代価の地位を襲う》を認めるものと読むことはできないことを確認しておく。⁽¹⁴⁶⁾先述した「誤った特質」の指摘のほか、「相続財産のために購入されたものが相続財産に帰属する」「たしかに相続財産中の金銭によって購入されたが、相続財産のために購入されたのではないものはそうではない。D. 5. 3. 20 pr. 1」と説かれているからである。

最後に、ヴィントシャイトの「自己展開能力」理論に対する評価をみておこう。特有財産の構成要素については特有財産訴権との関係で触れられているけれども、その変動についての本文の叙述は明確性を欠く。第四版以降「特有財産それ自体がおのずと増加する」との補注がなされるが、その説明はすべてマンドリの自己展開能力理論(論文と著書(後者は第五版追加))に委ねられている。⁽¹⁴⁷⁾軍営特有財産の構成要素については変動という視角

からは整理されておらず、脚注において断片的に触れられるにとどまる。これについては第四版以降、「詳しいものとして」フィッティングが引用されている。⁽¹⁴⁸⁾

(b) デルンブルク⁽¹⁴⁹⁾ デルンブルク『パンデクテン』初版（一八八四—八七年）ないし最終第七版（一九〇二—〇三年）の主張は、ヴィントシャイトと異なりきわめて明瞭である。もとより各版では若干の相違がみられるが、根本的な見解は変更されていない。それは、*universitas iuris* と *universitas facti* を内容の観点から区別し、前者では特別財産を想定する、かの法諺については相続請求の際に《代価は物の地位を襲う》の適用を認める、特有財産の構成要素の変動については『新理論』に委ねる、というものである。つまり、—— *universitas iuris* として特別財産を想定する点を除けば——本稿の読みでのヴィントシャイト説と同様とみてよい。もっとも、かれはそれ以前に相続請求に関する論文（一八五一年）を公刊しており、『パンデクテン』との関係に若干の問題を残している。この点も合わせてみていこう。

デルンブルクによれば、「特別財産 (*Sondernvermögen*) —— *universitas iuris*」と「集合物 (*Sachgesamtheit*) —— *universitates facti*」は次のように区別される。⁽¹⁵⁰⁾ 前者は、「共通の原因または同種の経済上の用途の結果、一定の関係において (*in bestimmten Beziehungen*) 法上統一 (Einheit) とみなされる財産の構成要素 (*Vermögensbestandteile*) の総計 (*Summe*)」である。つぎに財産 (*Vermögen*) 「一般」とは「人の金銭価値ある権利 (*Rechte*) の総体」その構成要素 (*Bestandteile*) はローマ人によれば「有体物」と「無体物」つまり「権利」であるが、有体物とは実際にはその物に対する所有権の意味である。初版では特別財産につき *Summe* は *Kreis* であり、*in bestimmten Beziehungen* という制限が脱落し、財産につき *Rechte* が *Güter* となっていたけれども、第二版以降は右のように改められている。特別財産の例は、相続財産、特有財産、嫁資、今日では合名会社の財産である。ここでは同一性を維持したまま構成要素の変増加減少が生じうる (D. 15, 1, 40 pr.)。しかし、あくまで様々な

根拠と目的から統一体として取り扱われるのだから、共通の法命題を定立することはできない。これに対して、後者は、「それ自体で固有の価値を有する独立の有体物が経済上、取引のなかである程度まで統一体とみなされる総体 (Ganzes) と結合され」たものである。初版・第二版では表現に変動があるものの、第三版以降はこの定式で安定している。その説明については内容上も振れ幅が大きい⁽¹⁵²⁾が、第四版に至って次のように確定されている。例は、自然的総体として畜群、占有者の特別な執り行い (Veranstaltung) により創設されるものとして図書館、絵画収集品、在庫商品。これらが法上の統一体として取り扱われるかどうかは絶対的には決定できない。一方、とくにヴェヒター『論究』が主張したようにに、占有と所有権は個々の部分上に存続する、畜群の vindicatio は訴訟上の軽減措置にすぎない、ヴァイントシャイトの類型論は「内的根拠を有せず、法源もこうした妙な結論の受容を強制していない」(Vielheitの側面)、他方、「畜群」の用益権の際には、用益権者に古い家畜が帰属する反面、若い家畜の補充義務が課せられる(個々の家畜の用益権者が若い家畜の補充義務を負担しない一方、古い家畜に権利を有しないのと対比される) (D. 7, 1, 70, 3; D. 7, 4, 31) (Einheitの側面)。

以上のように、universitas iurisとuniversitas factiは統一体の内容が「様々な種類の財産構成要素」であるか、「同種の有体的客体」であるかによって区別される⁽¹⁵³⁾。だから、universitas iurisはuniversitas iuriumともいわれるだろう。この考え方はGlosse ad D. 15, 2, 1, 8に由来し、キールルフによって擁護されている⁽¹⁵⁴⁾。ここでは次のことが指摘されなければならない。まず、ハッセとミューレンブルッフはuniversitas iuris概念の放棄を企てているけれども、ビルクマイヤーが指摘するように、「今日のたいていの著者たちは正当にもこの点ではかれらに従っていない」。次に、区別のメルクマールを「法により創設された統一体」か「人間の意思により創設された統一体」かに求めるものがある。近時ではとくにベヒマンが挙げられる「この文脈ではなぜかビルクマイヤーは引かれていない」。しかしながら、「このことは正当でない」。なぜなら、いずれも生活関係 (Lebensverhältnis)

のなかに根源を有し、そして法において承認されるのは変わりがないからである。最後に、古いドグマティクはすべての *universitas iuris* につきかの法諺と包括訴訟の二つを認めようとしていたけれども、「双方ともに正当でなかった」。ハッセとミューレンブルッフの「功績」は次の真実の強調にある。すなわち、「諸々の *universitas* はただ相対的に、すなわち個々の関係のなかでかつ様々な方法において法上の統一体を形成する」ということである。ちなみに、ここではとくに取り上げられていないが、両者の区別を「規律」の相違に求める見解もまた退けられているものとみることができよう。というのは、特別財産もあくまで相対的な *universitas* であり、共通の法命題は定立できないという反面、集合物も場合によっては法上の統一体として取り扱われうらうからである。

さて、このようにしてかの法諺はもはや「共通の法命題」ではない。では、いつ「個別に」適用されるのか。『パンデクテン』が挙げるのはよく知られた次のケースであり、また、それに限られる。⁽¹⁵⁾ すなわち、相続請求の際に「本来の遺産構成要素の代わりに生じた金銭および金銭請求権、とくに譲渡された遺産の売却代金が遺産に帰属する」場合である。ここでは D. 5, 3, 22 におけるかのハドリアーヌス帝の宣示に断片を有する《代価は物の地位を襲う》が適用される。注意すべきは、こう説かれているとしても、(1) 善意占有者は利得の範囲を超えて責任を負わない (D. 5, 3, 36, 4)、(2) 悪意占有者にはこうした制限はない、(3) 相続人は強制の理由なく譲渡されたときには売却代金ではなくこの物の価値を選択的に請求できる (D. 5, 3, 36, 3) と指摘されていることである。これらの解釈は初版以来一貫して維持されているけれども、その三〇年余り前に公刊された相続請求に関する論文では、D. 5, 3, 25, 18 を引きながら相続財産中の物の売却代金の規律との関係において「相続請求は人的な給付を含む」と説かれていた。⁽¹⁶⁾ そうであるとなると、シュレーダー、コラーにしたがえば、たんに債権的効果しか生じない以上、売却代金を請求できるからといって、《代価は物の地位を襲う》の適用とはいえないようにも思わ

れる。そのため、デルンブルクの位置づけにはやや混乱がみられる。⁽¹⁵⁷⁾この点については『パンデクテン』において改説したものとみるのが相当であろう。というのは、右解釈は「相続請求」訴訟の対象は増加減少を被り構成要素の変動に服する特別財産 (besonderes Vermögen) とみなされる」という命題の一部であることが明示され、その注釈では反対説としてシュレーダーが引用されているからである。⁽¹⁵⁸⁾これに対して、反対ケース、すなわち「遺産の利益においてその必要のために、とくに相続財産中の金銭によって購入された客体が同じく遺産に帰属する」(D. 5, 3, 20 pr. 1) という場合には、『物は代価の地位を襲う』は——明らかに意図的に——引かれていないことを付言しておく。⁽¹⁵⁹⁾

デルンブルクの「自己展開能力」理論に対する評価については次の点を指摘しておく。当時実際的でなかった通常の特有財産については構成要素の変動につきそもそも叙述が存しない。軍営特有財産の構成要素の変動についても説明がみあたらない。詳細はあげてマンドリとフィッティングの研究に委ねられている。⁽¹⁶⁰⁾

(J) IIC Dissertation

最後に、シェーラーとシュルテの Dissertation を考察する。これらは現代でもなお引用される、⁽¹⁶¹⁾一九世紀の末に公刊された法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》を直接の主題とする包括的研究であるところ、後期普通法研究の掉尾を飾るのに相応しいと思われるからである。⁽¹⁶²⁾

(a) シェーラー⁽¹⁶³⁾ 「命題 (Satz) 《物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》の歴史は、法源のある命題をそれが本来もつばら規定されていた関連から引き離すときに、いかに誤った結論に陥るのか、どれほど大きな概念の混乱が生じるのかをわれわれに示している」。⁽¹⁶⁴⁾シェーラーはこう書き出したあと、歴史的展開を辿り、法諺の意味を明確にしたのちに、法源の態度を分析・検討し、結論を定式化する。しかし、歴史的展開の叙述のう

ち、みるべきところはすでにさきに取り上げたから、ここでは省略する。なお、最後に、当時公表間もなかった BGB 第一草案および『理由書』につき評価を下しているが、この点については次稿で考察することにした。

シェーラーはかの法諺の歴史的展開を追跡したあと、その「意味」を「文言」から確定しようと試みる⁽¹⁶⁾。その前提として、この法諺は、①「総体 (Ganzes)」との関係でのみ、しかし、②「第三者の諸権利が問題となる場合」に限って問題となるという。なぜなら、「地位 (Rang)」の空白と補充が問題となるのは総体との関係に限られ⁽¹⁾、また、財産の代替性は一般には「集合概念としての財産の性質の結果」であるところ、第三者の諸権利が関与しない限り、特別な法命題は不要だから⁽²⁾。こう論じたあと、法源の文言の意味を次のように確定する。⁽¹⁾《物 (res)》《代価 (pretium)》。一方、《物》については「財産構成要素 (Vermögensbestandteil)」(最広義) または「有体物 (res corporales)」(狭義) のいずれの理解も可能である。他方、《代価》についてはそうではない。次のいずれと理解すべきかが問題となる。「金銭価値・真正価値 (Geldwert; verum pretium)」あるいは「価格 (Preis)」、後者には意思に基づく「売却代金」と、意思に基づかない「公用収容……補償金」「損害……賠償金」「保険金」が含まれる。ちなみに、「賃金」「賃料」という理解は「われわれの命題の領域では」あらかじめ排除される。これらは物それ自体ではなく労働または収益の代わりだからである。以上の分析を基礎に、かれはこう考察する。すなわち、《代価は物の地位を襲う》ではいずれと理解してもかまわないが、《物は代価の地位を襲う》では「売却代金」の意味で理解しなければならない。その理由は、特殊な交換財貨である物と一般の交換財貨である金銭の相違にかんがみれば、物が代価の代わりになったというには法律行為の仲介を要することなどにある。もつとも、《代価は物の地位を襲う》の際にもここでは「売却代金」と規定される。なぜなら、様々な解釈がありうるとしたら適用不可能か恣意的適用に到達するであらうし、こうした理解が学説(グリュック、ミューレンブルッフ、ヴェヒター)と、法源 (D. 5, 3, 20 pr.; D. 5, 3, 20, 1; D. 5, 3, 20, 6b; D. 5, 3, 20, 15-17; D. 5, 3, 20,

21: D. 5, 3, 22; D. 5, 3, 25, 1) に適合するとみられるからである。(2)《地位を襲う (succedit in locum)》。《地位を襲う》を最広義に解釈すると、他の法諺すなわち《代位するものは代位されるものの性質を受取る》と同一の意味を有することになる。その特徴は、①代位物の性質承継、②地位の当然の充填にあるとみられるけれども、こうした解釈は相当でない。その理由は、たとえば非代替物の売却の際に取得された代金を非代替物と規定し、盗品購入の際に自己の代金を支払った買主へ盗品所有権の移転を認めるのは倒錯していること①、原所有者の権利および処分者の返還義務の対象を当然に代位物へと制限するのは法源上も目的の見地からも相当でないこと②にある。かの法諺は「少なくともまさに叙述された意味では」維持できない。近時の学説がこの法諺に消極的評価を下しているのは正当であるが、支配的見解はなお限定肯定説をとっている「各論者におけるかの法諺の理解が実証的に確定されているわけではない」。しかし、プフタの『講義』が示唆するように、一見かの法諺が適用されたかのようにみえるケースも、「法効果の真の原因 (Ursache)」はじつは「まったく異なる要素 (Moment)」にある。いまや、この主張が法源によつて根拠づけられなければならない。

シェラーの法源研究は、おおむねミューレンブルッフ、ヴェヒター、シュレーダー、マンドリ、フィッティング、ベヒマンの研究の総合といつてよい。だから、ごく簡潔に論旨を整理するにとどめよう。第一に、相続財産について。まず、『代価は物の地位を襲う』は基礎づけられない。⁽¹⁶⁷⁾(1)「主たる典拠」パウルスが D. 5, 3, 22 で引いたハドリアヌス帝の宣示はそれ自体では根拠とならない。①宣示の表現 (poteſt, quodammodo)、②宣示の性格 (法命題「元老院議決それ自体」ではなくその動機づけ (Begündung)、③宣示引用の文脈 (パウルスは自己の判断の理由づけとして引用)、④パウルスの判断内容 (同一物再購入の際には善意占有者は物と差額の返還義務を負う) がその根拠である。(2)「相続財産占有者の義務」物を売却した場合、善意占有者は売却代金を返還しなければならぬが、それはあくまで利得の範囲に限られ (D. 5, 3, 23 pr.; D. 5, 3, 25, 16)、それ以上の責任を負わない。

他方、悪意占有者はつねに売却代金とその利息の返還を要し、廉価で売却した際には真正価値とその利息を返還しなければならない。のみならず、擬制占有者（*fictus possessor*）⁽¹⁶⁷⁾（D. 5. 3. 20, 6c usw.）、物と付加物それ自体、それができないときには評価額の返還義務を負う（D. 5. 3. 20, 21）。以上の理は物が滅失した場合にも同様である。この取扱いをかの法諺の適用とみるのは相当でない。①つねに売却代金を請求できるわけでも、かならずそれに制限されるわけでもない。②そもそも善意悪意の区別それ自体を基礎づけられない。③「相続人の権利」相続人は物が売却された場合には一般に、売却代金のみならず物それ自体も請求することができる。しかし、かの法諺ではこの選択権（*Wahlrecht*）を説明できない。なお、次の場合には相続人の請求は売却代金に制限されうる。（a）善意占有者が買主による追奪請求に晒される場合（D. 5. 3. 25, 17）、（b）悪意占有者が相続財産にとつて不可欠な譲渡を行った場合（D. 5. 3. 33, 1）、（c）物それ自体が滅失した場合。だが、制限の根拠はかの法諺ではない。それは、善意占有者の利得限度責任規定の潜脱の防止（a）、悪意占有者が負担する管理責任との均衡・公平（b）、もっぱら自然上の原因（c）にある。④「相続財産への帰属」法源は売却代金が相続財産に帰属するなどという擬制を用いていない。あくまで売却代金占有者は相続請求の被告となりうるというだけである（D. 5. 3. 16, 1; D. 5. 3. 16, 2; D. 5. 3. 16, 5; D. 5. 3. 16, 7; D. 5. 3. 25, 1; D. 5. 3. 34, 1）。⁽¹⁶⁸⁾ 次に、《物は代価の地位を襲う》についても結論は変わらない。⁽¹⁶⁹⁾ ①「主たる典拠」D. 5. 3. 22のような手掛かりは存しない。よく引かれるD. 5. 3. 20においても *succedere* という表現はまったくみられない。②「相続財産占有者の義務」相続財産占有者は善意悪意を問わず、相続財産のために（*ad*）購入した場合、購入物の返還義務を負うけれども、反対に、自己のためにそうした場合にはこの限りでない（D. 5. 3. 20 pr. 1）。このことは購入資金の出所が相続財産であるか占有者の固有財産であるかにかかわらない。とすれば、この取扱いの根拠はかの法諺ではなく、相続財産の占有を顧慮してこれを機縁に取得したかどうかにある。なお、相続財産中の金銭を用いた場合には金銭返還義務も負うけれども、

善意占有者は利得の範囲で返還すればよく、したがってまた購入物の返還により免責されうる。(3)「相続人の権利」相続人は右要件を充足する場合に限って購入物を請求できるが、そうした場合で、かつ、相続財産中の金銭が用いられたときには金銭返還請求もなしうる(選択権)。ただし、(a)善意占有者に対しては利得の範囲のみ請求でき、したがってまた購入物返還をもって対抗される、(b)悪意占有者に対しても購入が不可欠であった際には購入物しか請求できない。(4)「相続財産への帰属」根拠とされる D. 5, 3, 20 [pr.] *veniunt in hereditatem* は、次の法文「1」との関係上、*veniunt in hereditatem petitionem* と読まれなければならない、購入物の相続財産への帰属を支持するものではない。⁽¹⁶⁾ 第二に、相続財産以外のケースについて。①かの法諺は相続財産にすら妥当せず、⁽¹⁷⁾ ② D. 5, 3, 20, 10 も拡張を許容しない以上、他のケースに対する適用は問題とならない。個別にみると次のとおりである。まず、特有財産・軍営特有財産には、たしかに構成要素の変動が認められている (D. 15, 1, 40 pr.; C. 12, 36, 1, 4) けれども、これはかの法諺ではなく、マンドリとフィッティングがいうところの「財産としての特質」によって根拠づけられる「詳しい分析はなされていない」。⁽¹⁸⁾ 次に、嫁資についてはこうである。夫は非代替物なら現物、代替物なら同種同量の物を返還しなければならないという原則 [vgl. D. 23, 3, 42] がある以上、その逸脱が認められるのは、(1)「特別な」法規定か、あるいは、(2)夫婦の意思の合致に限られる。(1)には、公用収容のケースなど、(2)には、(a)嫁資の書換え (*prenuntatio*) (妻にとって有利であることが必要 [D. 23, 3, 26]) を夫婦が明示的に合意する場合、(b)夫による嫁資物の譲渡または嫁資金銭による購入に妻が同意を与える場合が考えられる。これに対して、夫が一方的に無権限で譲渡した場合には、妻は第三者に *rei vindicatio*、夫に利益賠償を請求できる。D. 23, 4, 54 は嫁資金銭による購入物は嫁資になるというが、その趣旨は妻の金銭請求を排除するところではなく、夫が金銭を支払わない場合に妻に購入物を請求する権利を与える、つまり妻の担保のための特別な法規定「(1)の一種」というにあるから、このことは矛盾しない。かの法諺の適用は存しないのである。

最後に、担保権につき、当事者が総財産または集合物に担保を設定した際には、実行までに生じた担保客体の変動が認められているが、その根拠はかの法諺ではなく、当事者意思あるいは担保客体の経済的用途に存する。

シェーラーは自己の結論を次の三点にまとめる。⁽¹⁷⁵⁾すなわち、(a)法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》が法源上相続財産の領域で現れるのは「法命題 (Rechtssatz)」ではなく、「他の根拠に基づく法効果の表現 (Ausdruck)」としてだけであること、このように、(b)この法諺は相続財産の領域ですら妥当しない以上、旧理論により好まれた相続財産以外の領域に対する拡張もまた「完全に拠り所を失う」こと、「その反面、」(c)この法諺に他の根拠に基づく法効果の表現以上のものを認めないなら、旧理論のように *universitas iuris* に制限されることはなく、「同じく集合物 (Sachgesamtheit) にも適用されうる」こと。

(b) シュルテ⁽¹⁷⁴⁾ シュルテの研究は、相続請求と嫁資訴権におけるかの法諺、とくに《物は代価の地位を襲う》の相違を考察したものである。「市民法における定義はすべて危険である (Omnis definitio in jure civili periculosa est)」というローマの法学者の言明を充分には理解できなかったことから、とりわけ抽象好きなドイツ人は、現実には存在しない法命題を手にし、そしてことによると小さかった一つの誤りにいっそう重要な事柄が結びつけられ、最後にはそもそも出発点が見失われたのである。……命題《物は代価の地位を襲い代価は物の地位を襲う》はこのことの一例をわれわれに提供している。⁽¹⁷⁵⁾こうした懐疑的態度を示したあと、歴史的展開を振り返り、各々の規律と両者の相違を考察し、最後に施行を間近に控えたドイツ民法典に簡潔なコメントを付する。引用こそされていないが、シェーラーの研究を下敷きになっているのは明白であり、かれの独創性は主として両者の対比部分に限られるから、この部分に重点をおいてみていく。最後のコメントは次稿であらためて取り上げることにしたい。

シュルテは、相続請求と嫁資訴権における《物は代価の地位を襲う》の妥当性につき、みずから結論を定式化

している。一方、相続請求についてはこうである。《物は代価の地位を襲う》を D. 5, 3, 20 から導くことはできない。それは他の根拠に基づく法効果を、ほぼ正しく書き換えたもの (eine annähernd richtige Umschreibung) である。かの法諺では次の規律を根拠づけられない。まず、要件との関係。二つのケースが区別される。(a) 善意の相続財産占有者が相続財産のために (iii) 相続財産中の金銭または自己の金銭により物を購入した場合、相続人は物のみを請求でき、また、占有者は物のみを給付できる。⁽¹⁷⁸⁾ (b) 善意の相続財産占有者が相続財産中の金銭により自己のために購入した場合には、相続人は金銭のみを請求することができるけれども、他面、占有者は物を自己の利得として引き渡すことにより対抗できる。次に、効果との関係。相続人は相続請求により購入物をあくまで人的給付 (praestationes personales) として請求できるのみである。他方、嫁資訴権についてはこうである。⁽¹⁷⁹⁾ 妻の同意がある場合とない場合に分けられる。夫が妻の同意とともに婚姻継続中に嫁資金銭によって物を購入した場合、妻の意思が認められかつ妻に不利益が生じないなら、この物は金銭の代わりとなる。《物は代価の地位を襲う》は「ここで、そしてまたここでのみ」法状況を完全に指示する。しかしながら、妻の同意がない場合には、妻は依然として金銭を請求することができる。だから、妻も夫も《物は代価の地位を襲う》を引き合いに出すことはできない。妻は金銭請求の担保のために、夫の財産中に存する物に対する Vindikation を有する。この Vindikation は、夫が婚姻解消後または事実上の倒産後に物を譲渡した場合には、第三者に対しても無制限に主張できる。

こうした相違は次の諸点から特徴づけられる。⁽¹⁸⁰⁾ (1) 相続請求の際には、真正相続人の利益と、とくにローマ相続制度の複雑性から容易に生じうる相続財産占有者およびその債権者の利益の調和、ならびに、財産総体における交替の必要性和不可欠性にかんがみ、「善意の相続財産占有者が相続財産のために購入を行ったときに」相続人にその有利不利いかんにかかわらず、一方では、承認の義務が課せられ、他方では、請求の権利が与えられた。

これに對して、嫁資訴権の際には、こうした歴史的・制度的基礎はなく、夫による家族生活の濫用・浪費に對して妻を保護すること、そうすることが帝國存続にとつても必要との顧慮から、最後には夫の財産に對する一般抵当權が付与された。(2)「善意の相続財産占有者が相続財産のために購入を行った場合、」相続請求の規律は、《危險が歸する者に利益が歸さなくてはならぬ》(Commodum eius esse debet, cuius est periculum)という原理を基礎とし、購入物に對する請求權はあくまで对人的性質 (persönlicher Natur) にとどまり、けつして真正相続人の人格と結合されているわけではないから、特定承繼人もこの權利を主張できる。これに對して、嫁資訴権の規律は、右の原理ではなく、夫の財産中に存する物に對する Vindikation は妻の有利にのみ働き、その對物的性格 (dinglicher Natur) から、婚姻解消後または事実上の倒産後に譲渡された場合には他の物權に優先する反面、妻の特權 (Privileg) としての性格を有するために、妻とその相續人以外の他人はこれを行使することはできない。

四 一九世紀ドイツ普通法学全体の總括

以上の後期の考察を踏まえ、一九世紀ドイツ普通法学全体の議論を、法諺《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》を基点にすえ、総論的ないし基礎理論的な視角から、現代の物上代位論⁽¹⁸⁾との關係も顧慮しつつ總括すると、以下になるろう。

(a) 發展史 一八世紀末のドイツ普通法学では、中世ローマ法学に萌芽を有する次のような universitas rerum 理論が支配的であつた。それは、universitas rerum を universitas iuris ⅴ universitas facti に區別し、前者には後者と異なる規律、とくに對物的包括訴權とかの法諺が妥当する、というものである。一九世紀の初めにハ

ツセとミューレンブルッフがACP論文において批判したのは、こうした一と他の差異を絶対的なものと前提する二分法理論であり、その戦略として用いられたのは典拠批判 (Quellenkritik) という手法であった。これらの批判は一時は完全に受容されたが、一九世紀の末には *universitas iuris* と *universitas facti* の区別それ自体を放棄するのは相当でない、という認識で一致した。けれども、かれらの批判の主眼の一つ、すなわち *universitas iuris* とかの法諺の一般的結合は不当である、という点は共有された。こうして、かの法諺につき一般適用説は姿を消し、制限適用説対適用否定説という対立構図が成立する一方、「自己展開能力」理論という新たな理論が提唱されるに至った。以下、区別論と法諺論に分けて若干の問題を分析しよう。

(b) 区別論 第一に、*universitas iuris* と *universitas facti* の区別はなぜ維持されたのか。区別擁護論の嚆矢となった中期の論者・キールフと、後期末葉に属するヴィントシャイトとデルンブルクはともに、*iuris* を主観的意味つまり「権利」と理解し、「内容」の相違により両者の区別を基礎づけた。これは、Glosse ad D. 15, 2, 1, 8 を淵源とする伝統的見解に連なるものである。これらの間には、プフタ、ジンテニス、ゾイフェルトなど、同じく *iuris* を主観的意味に理解するものと、反対に、これを客観的意味つまり「法」と理解するものが対立していた。後者の陣営のうち、ベヒマン、ビルクマイヤーなどは「基礎」の相違に着目するのに対して、ヴェヒター『パンデクテン』、ノイナーなどは「規律」の相違に着目する。なぜヴィントシャイトとデルンブルクは伝統的見解に与したのか。論旨をまとめると、それは、総体をめぐる法と事実の混交・事実の基底性、(有体)物と権利(無体物)の区別という体系的視座から、*universitas* の相対的性質を前提として、*iuris* の主観的理解による区別を支持するのが相当というにある。次の点を指摘しておこう。そもそもハッセとミューレンブルッフの批判の主眼は、一と他の絶対的差異を貫徹する思考様式それ自体にあり、この意味において「区別放棄」というのはレトリックにすぎなかった節がある。つまり、*universitas* の相対的性質さえ受容されるなら、区別を定立することにつき

絶対に反対というわけではない。この読みが恣意的でないことは、ミューレンブルッフ自身が『パンデクテン』第三版においてキールッフの反論に対して、「*universitas iuris*」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」と応接していたこと引けば十分であろう。反対に、逆説的ではあるけれども、ハッセとミューレンブルッフが *universitas* の相対的性質を論証したことによって、かえって哲学的・体系的・便宜的視座から區別を定立することが容易になったといえる。両區別から絶対的に結論が引き出されるのではないとすれば、安んじて區別それ自体につきもっぱら一般的視座から語ることができる、というわけである。けれども、このことは、個別具体的な問題の解決という視点からは區別それ自体を普遍抽象的に論ずる実益が少なくなったことを意味する。現代では一般に區別論それ自体にはまったく関心が寄せられていないのは以上の事情によるのであろう。

第二に、*universitas iuris* の際にはなにが想定されていたのか。具体的には、特別財産が想定されていたのか、財産一般が想定されていたのか。前者にたつのが伝統的見解、普通法学上も多数説であった。すなわち、*universitas iuris* の例としては相続財産、特有財産、（一般には）嫁資を挙げるものが多かった。プフタ、アルンツ、ゾイフェルト、ベヒマン、ノイナー、ヴェヒター『パンデクテン』など、末葉ではデルンブルク。これに対して、後者に与したのは、キールッフ、ビルクマイヤーなど、末葉ではヴィントシャイト。もっとも、各論者が立場の相違を明確に意識していたかどうかは疑わしい。この問いとの関連では次の点が指摘されなければならない。一つは、もともと *universitas iuris* に妥当するとみなされていた特別の規律は、特別財産、とくに相続財産を念頭においたものであったこと。かの法諺については D. 5, 3, 22 と D. 5, 3, 20, 10 が主たる典拠とされてきたことを示せば足りる。この問題にはまたすぐあとで立ち返るだろう。二つは、*universitas* の相対的性質が受容されると *universitas iuris* の想定対象を限定する意味が小さくなること。このことは一の裏面である。*universitas iuris* だからといって当然に特別の規律が適用されるわけではないとしたら、想定対象を財産一般に広げることにな

障害はないものとみられるからである。三つは、想定対象の問題と区別基準の問題の関連性。普通法上この点がとくに意識されていた形跡はない。現代でも区別論それ自体に対する関心の低下と相即して、一般論としては語られていない。しかし、特別財産については、法、より精確には、法律によらなければ創設できない、法律上の特別な規律が適用される、などと説かれている¹⁸⁾。ここでは特別財産につき、後期末葉にヴィントシャイトとデルンブルクによって一旦捨て去られた普通法学説、すなわち *iuris* の客観的理解がふたたび復活しているのを見てとることができる。

(c) 法諺論 第一に、法諺と *universitas* 概念の関係について。三つの問いを立てよう。まず、*universitas* であるならその交替のためにかの法諺を援用する必要はないのではないか。普通法上、この問いが否定され、かの法諺と *universitas* が別個のものとしてきたことは歴史的展開をみれば明白である。問題は否定の有様であり、それが顕現するのは財産においてである。普通法上一般に、かの法諺は財産一般の交替ではなく、相続財産、特有財産、嫁資のような特別財産の交替を基礎づける、つまり、一般原則によれば当該財産には帰属しないであろう取得物を、これに反して当該財産に帰属させるものと構想されていた。このことは *universitas iuris* として特別財産を想定する多数説にとっては自明であったとみられる。だが、明示的に説くものも欠けてない。ヴェヒター『論究』、シュレーダー、さらにシェーラー。特有財産をめぐる「自己展開能力」理論も同じレベルに位置づけることができる。マンドリが定式化したように、それは、「権力所有者の許容 (*concessio*) と現実の供与 (*realis datio*; [*naturalis datio*]) 「本来の成立要件」なくして特有財産の内容が増加変動すること」を基礎づける理論であった。これに対して、かの法諺は財産一般の交替を基礎づけるものである、と積極的に述べるものはいいだせない。キールルフは適用否定説、ヴィントシャイトは制限適用説であるが、その適用範囲は相続財産であった。もっとも、ビルクマイヤーは「自己展開能力」理論につきこの立場に与することを明言し、もってかの

法諺をこれに吸収しようと試みた。「universitas juris の際にかつて大きな役割を演じた他の命題《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》は、上述した universitas の自己展開能力を財産統一体に適用したものの一つにほかならない」。現代ではこの立場を承継し、財産上の物上代位を財産理論に解消しようと試みる見解が存する⁽¹⁸⁵⁾。しかし、異端中の異端にすぎない。支配的見解は特別財産上の物上代位の固有な作用に独立の意義を認めることを当然の前提としている⁽¹⁸⁶⁾。次に、universitas それ自体の権利客体性とかの法諺はどのような関係にあるのか。普通法学は両者の問題を切斷していた。すなわち、universitas それ自体の権利客体性が肯定されてもかの法諺が当然に適用されるわけではなく、反対に、それが否定されるとかの法諺が当然に適用されないというわけでもない。このように両問題が別個であることは、かの法諺についての議論の仕方から知ることができる。前者は、たとえばゾイフェルト、ノイナーなど、後者は、とくにヴェヒター『論究』の構成、ヴィントシャイトの相続をめぐる改説を参照。普通法学ではヴェヒター『論究』以来、権利客体性否定説が通説となった。この状況は現代でも変化はなく、権利客体性の問題と物上代位の問題が区別されることも同じく自明のものとされている⁽¹⁸⁶⁾。最後に、かの法諺は universitas 以外、つまり個々の対象には適用されないのか。普通法学は次の立場を当然の前提としていた。universitas だからといってかの法諺が当然に適用されるわけではないが、他方、それはあくまで universitas 固有の属性の一つである。後期末葉にはじめてかの法諺の意味につき立ち入った分析をくわえたシェラーが、それは総体との関係でのみ問題となる、なぜなら地位の空白と補充が問題となるのは総体との関係に限られるから、という非論理的な断定を臆面もなく下しているところに、こうした観念がいかに強固なものであったかをみてとることができる。その主たる要因は、universitas rerum 論の枠内で生成・発展してきたという歴史的経緯に求められよう。他方、「自己展開能力」理論が universitas に限って適用されたのは理論上当然の帰結である。つまり、普通法学は、「代価」という視角から私法体系上の様々な諸事象を総合的・体系的に

把握するには至らなかった。この点では物上代位論とは異なっている⁽¹⁸⁷⁾。けれども、多くの関心が特別財産のそれに集中しているという事情はこうした普通法学の伝統を抜きにしては説明できないであろう。

第二に、法諺が有する意味について。普通法学の議論は見通しがあまりよくない。物上代位論の視座を借用し、次の諸点から秩序をもたらすのが適切である。(1)客体承継論／権利取得論。客体の側から出発し、対象の交替として把握するのか、主体の側から出発し、権利の取得として把握するのか。かの法諺は *universitas rerum* 論、つまり客体論の一環として議論されてきた。というよりむしろ、客体が主体かという問いそれ自体意識されていなかったとみてよい。他方、「自己展開能力」理論の際には一部のものがこの問いを自覚的に定立した。その嚆矢はペルニーチェ、かれは前者を退け、後者に与した。これを基本的に受け容れたのは後期マンドリであった。物上代位における客体承継論はかの法諺の立場を忠実に承継したものである。権利取得論のうちには自己の独創を強調するものもあるが、その萌芽はすでに「自己展開能力」理論の一部にみいだされるように思われる。(2)私的自治・顕名主義・公示原則相反性。普通法学は一般に、かの法諺につき意思・顕名・公示の顧慮ないし遵守を格別必要としていない。つまり、それは法上当然かつ直接的に作用するものとして構想されていた。このことは適用肯定の際の文脈からうかがい知ることができる。意思・顕名については裏側、つまり適用否定の言説からもはっきりと証明される。すなわち、適用を否定する論拠として次の点が挙げられていた。相続財産への購入物帰属における「ために(利益において)」「代理行為」の要件(意思・顕名)、嫁資の変動についての妻の同意(permutatio dotis)の必要(意思)、集合物の一体的規律(譲渡・担保設定・遺贈)の意思解釈規定性(意思)。「自己展開能力」理論は一般に、取得物の特有財産への帰属には権力服従者の意思を必要としていた。他方、例外に属するが、意思・顕名が顧慮される場合にもかの法諺の適用を説くものがあった。明確なものとして、ゾイフェルト(相続財産)、シュルテ(嫁資)。これに対して、公示についてはこうした消極的手法による論拠を示すこと

はできない。なお、「自己展開能力」理論のうち、マンドリは自覺的に意思とは異なり、顕名・公示についてはその不要を説いていたことを付言しておく。物上代位の典型的性格としては私的自治・顕名主義・公示原則相反性が指摘されている。⁽¹⁹⁾この描像はかの法諺の一般的立場——少なくとも私的自治・顕名主義相反性については——に規定されたものということができよう。もつとも、すぐあとで触れるようにいわゆる主観的代位を語るものもみられる。(3)特別財産類型論。普通法学上一般には、かの法諺の作用につき類型化を試みるものは存しなかった。これに対して、ドイツ民法典施行直後、ティーレとヴィントミューラーは次のような類型論を展開した。⁽¹⁹⁾それによれば、本来ならば第三者に帰属するはずの代位物を、所有者に帰属させる作用を営むもの（帰属主体の交替）と、いずれにせよ所有者に帰属する代位物を、所有者の一般財産ではなく、特別財産に帰属させる作用を営むもの（帰属財産の交替）が区別される。この類型論は通常ドイツ民法学説の創見にかかるものとみなされている。⁽¹⁹⁾たしかに、普通法学は一般にこうした区別を意識していなかった。けれども、ヴェヒターとゾイフェルトは、——定式化には至らず、要件の相違に昇華してはいないものの——相続請求（前者）と特有財産（後者）「ただし、通常の特有財産は形式的には権力所有者財産」におけるかの法諺の作用の相違をはつきりと説いていた。⁽¹⁹⁾通常の評価は少なくとも留保なしには実証的にみて維持できないように思われる。(4)客観的代位／主観的代位、代位／指定。かの法諺は一般に、“資力の出所”のみを基準とする場合に限って語られていた。このことはかの法諺の文面から読み取ることができる。明白には適用否定説が次の事象を指摘していたことが挙げられよう。相続財産に帰属するのは相続財産のために購入されたものであり、相続財産中の金銭が用いられても他の財産のために購入された場合にはこの限りでない反面、他の財産中の金銭が用いられても相続財産のために購入された場合は含まれる。「自己展開能力」理論は一般に、特有財産の資力により取得されたものであっても、権力服従者が特有財産に取得する意思を有していなければ特有財産に帰属しないと説いていた。はつきりとした例外は、ゾ

イフエルト(相続財産)。物上代位が典型的には資力の出所のみを基準とする場合を指示するとみられている⁽¹⁹⁴⁾のは、普通法学一般の見解を承継したものといえる。他方、取得者の意思が顧慮される場合にも客観的代位と対比された主観的代位を説くものもある⁽¹⁹⁵⁾。これに対して、他の財産の資力が用いられた場合には代位と区別された指定であるという見解が有力である⁽¹⁹⁶⁾。(5) 法律行為的代位／法律的代位。かの法諺の代位物として通常想定されていたのは、法律行為、より精確には「売買」を原因として取得されたものである。これに対して、損害賠償請求権など、法律により生じる代位物ほかの法諺の守備範囲から除外されていた。普通法学は一般にこのことを自明のものとしていたといつてよい。これは、D. 5, 3, 28 が主たる典拠とされてきたこと、現在説かれているように、相続請求の際には法律上の代位物は特別な規律なくして真正相続人に当然に帰属することに由来するものと思われる。代位物の範囲を精緻に分析したシェーラーも、同様の結論に落ち着いていた。他方、「自己展開能力」理論はいずれの代位物も把握する包括理論であった。物上代位は両代位物とともに把握するものとして構想されているところ⁽¹⁹⁷⁾、この点ではかの法諺とは異なる。けれども、主たる関心が法律行為的代位に向けられていること⁽¹⁹⁸⁾のうちに、かの法諺との連続性を語ることができよう。(6) 絶対的代位／相対的代位。多くの普通法学説はかの法諺を、地位の当然の充填、典型的には、原目的物上の権利の剥奪と代位物上のその受容の強制をとまなうものとして構想していた。相続財産中の物が売却されても真正相続人は一般に物に対する権利を失わない、また、妻の同意なく夫により嫁資中の金銭によつて購入されても妻はなお金銭を請求することができる、ということをもつて適用[、]定[、]が主張されていたことを想起されたい。とくにシェーラーの分析を参照。これに対して、代位物上の権利を取得する可能性が認められる場合にもかの法諺の適用を主張するものがあつた。ファンゲロウ、ヴェヒター『パンデクテン』、ゾイフェルト、ヴィントシャイト、デルンブルクがかの法諺を援用するとき、物に対する権利が当然に遮断されるものと解している形跡はない。とりわけ注意深いのは、アルンツ。物上代位論におい

では初期の段階でヴィントミューラーとバイヤーがこの問題を取り上げて以来、代位の概念を絶対的な意味において構想するものは消失し、現在では相対的な意味において語ることが自明のものとされている。⁽¹⁹⁹⁾ここでは普通法学からの断絶をみることができよう。なお、バイヤーを嚆矢として、《代価は物の地位を襲い物は代価の地位を襲う》と《代位するものは代位されるものの性質を受取る》の相違を強調し、前者は法律行為的代位のうちの売買しか把握しない反面、絶対的意味で作用するのに対して、後者は法律行為代位一般のみならず法律的代位も把握する反面、相対的意味で作用する、と説くものが有力である。⁽²⁰⁰⁾しかし、普通法学上こうした見解を主張するのはみあたらない。ファンゲロウ、ケーラー（ともに互換的に引く）、ヴェヒター『論究』、ゾイフェルト（意味は明確でないが、後者のほうが前者より適用範囲が広いとみているようである）、シェーラー（むしろ後者を絶対的意味で作用するとみている）。したがって、もしも右相違を普通法学に帰するつもりなら、それは誤りといわなければならない。

第三に、法諺の適否について。二つの問題の分析を要する。一つ目の問題は、制限適用説と適用否定説の対立の意味である。制限適用説の代表的論者には、相続財産につき、ファンゲロウ、アルンツ、ケーラー、ノイナー、《代価は物の地位を襲う》のみを認めるものに、ヴィントシャイト、デルンブルク、相続財産および特有財産につき、ゾイフェルト、ヴェヒター『パンデクテン』、嫁資につき、シュルテがあつた。さて、適否の議論の際に問題となつたところの具体的規律に即して適用否定説との争点を分析してみよう。まず、相続財産。要件について。一方、売却の際には「相続財産の資力により」、他方、購入の際には「相続財産のために」取得されることを要する。前者では、相続人は原則として物と代金を選択的に請求できるけれども、善意占有者が買主による追奪請求を受ける場合、恶意占有者が相続財産にとって不可欠な譲渡を行つた場合には代金に制限される、また、占有者の善意恶意により返還義務の範囲が区別され、善意であれば利得の限度に制限される。後者では、資力の

由来が決定的基準とはならず、資力内であっても他の財産のために購入されたなら相続財産に帰属しない反面、資力外であっても相続財産のために購入されたなら相続財産に帰属する。これらについては制限適用説も、—— 具体的規律につき沈黙しているものもあるが、少なくとも明確な—— 異論は唱えていない。⁽²⁰²⁾ 効果について。制限適用説は物権的效果を前提としたが、これに對して、適用否定説の側から債権的效果にとどまるという異論が提起された。シュレーダーが嚆矢であるが、もつとも明瞭に説いたのはコーラー。『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、「反對に、」相続財産中の金銭に對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」。次に、特有財産。資力の由来と、行為者の意思という二つのフアクターから整理すると、以下のとおりである。制限適用説は前者のみを基準としたが、「自己展開能力」理論は後者の顧慮を主張した。すなわち、ペルニーチエは對極の立場にたち、後者のみを基準とし、後期マンドリは中間の立場にたち、両者の併用を説いた。フィッティングによれば、〈軍営特有財産を顧慮した管理行為〉という定式から、相続財産と同じようなかたちで売却と購入が区別される。最後に、嫁資。妻の同意がある場合において嫁資の変動が認められることには異論がなかった。以上を要するに、次のとおりである。たしかに、相続財産の効果と特有財産の要件には争いがあつた。しかし、それ以外の部分、つまり相続財産と嫁資の各要件については異論がみられなかった。だから、この部分をめぐる適否の対立は、かの法諺の意味をひろく理解するか、あるいは制限的に理解するか、つまりかの法諺にどのような意味を付与するかに帰着するといつてよい。ファンゲロウ、ヴェヒター『パンデクテン』の一般的言明、より具体的には、ゾイフェルト、ヴィントシャイト、デルンブルク、シュルテ、とくにアルンツの叙述を對比・参照されたい。そうであるとなると、一般に強調されている制限適用説と適用否定説の対立は、この意味において少なくとも一部、割引いて理解されなければならないこと

なる。物上代位論では、特別財産における物上代位につき、その要件をどう規律すべきかがもつとも争われている。⁽²⁰³⁾客観的要件には、取得のための“資力の由来”により充足される場合と、取得されたものの客観的な“使用の目的”により充足される場合がある。主観的要件とは、特別財産のために取得する意思をいう。資力条項の際には資力の由来が基準となることは制定法上明白であるが、関係条項については使用の目的でも足りるか、取得の意思も必要とみるかにつき対立がある。こうした規律および議論の基本的な視座はすでに普通法学によっておおむね提示されていたものとみることができる。もつとも、“ために”要件が客観的な意味での使用の目的をも指示するものであったかどうかは論者によってあまり明確でない。換言すれば、資力の由来という客観的要件と、取得の意思という主観的要件については格別、使用の目的という客観的要件が意識的に括りだされて議論されることはなかった。個別制度に着目すると、次の点を指摘できよう。普通法の制度を直接承継したのは相続回復請求権 (Erschaftsanspruch)⁽²⁰⁴⁾であるが、代位については普通法学からの断絶がみられる。とくに重要とみなされているのは次の二点である。⁽²⁰⁵⁾①資力基準による一本化、②物権的効果の承認。二つ目の問題は、適否論の一般的位置づけである。かの法諺を否定または制限的に肯定する場合に、*Regel, Rechtsregel, Satz, Rechtssatz, Grundsatz*を添えるものがあった。議論の際に各用語が意識的に使い分けられていた形跡は存しない。この点に着目すると、否定の際には *Regel* ……⁽²⁰⁶⁾としては、(留保)、制限適用の際には *Regel* ……⁽²⁰⁷⁾としての(強調)が付されているものと読むこともできる。しかし、前者の際には各規律の基礎づけにかの法諺が援用されることは一切なく、また、後者の際には制定法がないのかの法諺の適用を認めるという意味でこれを用いるものはみあたらない。一般的な見方にしたが、適用否定説と制限適用説と命名したゆえである。いずれにせよ、かの法諺は一般ではなく、せいぜい個別のケースに適用されるにすぎないことについては意見が一致していた。物上代位論における支配的見解もこうした立場を承継している。⁽²⁰⁸⁾

五 結 語

本稿では、一九世紀の前期にハッセとミューレンブルッフの批判を起点として生じ、中期において基本的に支持された従来の *universitas rerum* 理論に対する批判を受け、後期においてどのような議論が戦わされたのかを、先行研究のいくつかの問題点を指摘しながら追跡したあと、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》をめぐる議論の展開を、物上代位論との関係も顧慮しながら分析した。その成果は前節で圧縮して述べたところなので、ここで繰り返す必要はないであろう。

さて、普通法学は私法体系上の様々な代償事象を「代位原則 (Surrogationsgrundsatz)」⁽²⁰⁶⁾ ということかたちで把握することを知らなかった。現代とは大きく異なる。では、現代法学を突き動かしたものはなにか。代位原則確立の揺籃期において „Surrogation“ という概念にもっともセンシティブに反応したヴァラーによれば、それは、ドイツ民法典編纂資料があちこちで代位原則の適用に言及したことにある。そうだとすれば、次の課題は自明である。普通法学と現代法学を繋ぐものとして、ドイツ民法典の編纂過程を考察しなければならない。

(86) GINSBERGER, dingliche Surrogation, S. 34-46, insb. S. 34 und 43-44; WELLE, pretium succedit, S. 74-78; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 13-17. 萌芽的には KOHLER, ArchBürgR, S. 5, 11 (ペンドリ、フィッティングを挙げ、特別に高く評価。しかし「ミューレンブルッフについては中世における法形成の課題を知らず、典拠批判に終始するものとして、ハッセとともに「みすばらしい (dinstig) 論文」と貶める) ; WALLER, Surrogation, S. 8-9, S. 9 Fn. 1, S. 17 und Fn. 4, S. 41-42, 44, 64-65 (忘れ去られていたミューレンブルッフの努力〔3a〕を指摘するとともに「マンドリ」の「自己展開能力」理論の論述を引く。「コーラーの軽蔑的言辭は……ひどく適切でないように思われる」) ; BEYER, Surrogation, S. 67-73 (ペンドリ、フィッティング、ヘルニーチュの特有財産理論を分析する)。

- (96) なお、この系列に属するものとして、ベッマンを挙げざるを得ない。GIRSBERGER, dingliche Surrogation, S. 34 und Fn. 38; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 14 Fn. 1. これは、ベッマンが嫁資の変動にのみ「生殖・同化力 (Zeugungs- und Assimilationskraft)」の言及しかの D. 15, 9, 40 [pr.] を引くことにより由来するのである。BECHMANN, Dotatrecht II, § 95, S. 185 und Fn. 3. ベッマンの見解については、(100) (a) 参照。
- (100) GIRSBERGER, dingliche Surrogation, S. 34, und 43-44 (ブルクマイヤーの主張を「すべての特別財産の際に生ずるものといわれる物上代位を自己展開能力の現象として説明した」とまとめる) ; WELLE, pretium succedit, S. 74-78 (「ユレーンブルッフ・ブルクマイヤーとマンドリ、フィッティング・ペルニーチェを一応区別するもの」、「自己展開」と『物上代位』と同一の一般化して議論する) ; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 13-17 (ヴェルト同様) .
- (101) GIRSBERGER, dingliche Surrogation, S. 40, 45-46; WELLE, pretium succedit, S. 76, 78; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 15. 以下に對して「自己展開」という表現を借用して、物なる客体を前面に出すのは、WALLER, Surrogation, S. 65-68, 102-103 (この点にのみ) vgl. auch STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz, S. 52°.
- (102) GIRSBERGER, dingliche Surrogation, S. 65-66, auch S. 40 und S. 45 Fn. 65 (ペルニーチェ、フィッティングに触れるもの、後期マンドリを含む一般化) ; WELLE, pretium succedit, S. 75-77 (フィッティング、ペルニーチェ、後期マンドリを一括) ; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 15-17 (ヴェルト同様。ただし、ブルクマイヤーとフィッティングの相違を指摘) ; noch KOHLER, ArchBürger, S. 11 (フィッティングと後期マンドリを一括) ; WALLER, Surrogation, S. 17 und Fn. 4, S. 42 und Fn. 1 (後期マンドリののみ)。重要な例外は、BEYER, Surrogation, S. 71-72 (マンドリ、フィッティング、ペルニーチェを対比。ただし、簡潔な叙述であり、また、マンドリとフィッティングを同一見解とみる)。
- (103) Gustav MANDRY, Ueber Begriff und Wesen des Peculium, in: Herrn Geheimenrath und Professor Dr. Karl Georg von Wächter in Leipzig bringt zur Feier seines fünfzigjährigen Amtsjubiläums am 13. August 1869 ihre Glückwünsche dar die Juristenfacultät in Tübingen, Tübingen 1869.
- (104) Statt vieler WINDSCHEID, Pandekten⁹ I, § 42, S. 182 Fn. 6.

- (105) MANDRY, Peculium, S. 3, 6, 8-9, 15-16, 18-20, Zit. S. 19.
- (106) MANDRY, Peculium, S. 15-16 Fn. 7 は universitas iuris との関連で、ベヒマンが基礎の相違により区別論を擁護したことにきつう批判している。「少なくとも特有財産については（おそらく嫁資についても）正当化されない」、なぜなら、特有財産は家屋のように外面的物理的ではないにせよ、まず第一にはそれに劣らず事実上与えられた統一体だから。別の箇所では「財産概念は法の領域に当初から属する概念とはみなされない」(S. 7) というから、財産一般についても結局そう考えるのであろう。もっとも、後期では立場の変更がみられる（後掲注(118)参照）。
- (107) MANDRY, Peculium, S. 21, 33, 45-46, Zit. S. 43.
- (108) MANDRY, Peculium, S. 43-44, 46-47, vgl. S. 48-53, Zit. S. 46. なお、通常の特有財産の際には処分の有効性との関係が問題となる。マンドリによれば「管理 (administratio) 権能は特有財産の許容 (concessio) によってすでに認められるのではなく、特別に (specialiter) 「明示にせよ黙示にせよ」付与されなければならない」、つまり、特有財産に属する権利の処分行為が有効と認められるためには、権力所有者から権力服従者に concessio のみならず administratio (libera administratio と呼ばれる) という「処分」授権が付与される必要がある (S. 69, Zit. S. 58 (異説あり))。そうすると、実際にはあまり生じないが、特有財産許容はあるけれども管理権能がない場合にも自己展開が生じるのか、換言すれば自己展開は処分の有効性を要件とするのが問題となる。しかしながら、マンドリはこの点につき論及していない。事情は後期と同様なので、詳しくは後掲注(121)で分析する。
- (109) Hermann FITTING, Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung, Halle 1871.
- (110) FITTING, castrense peculium, S. 29, 83-85, vgl. auch S. 90, Zit. S. 83, 84 und Fn. 1, S. 185.
- (111) FITTING, castrense peculium, S. 85-87, Zit. S. 85-86 Fn. 1, S. 87.
- (112) FITTING, castrense peculium, S. 87 Fn. 9 は「論証として相続請求に関するかの D. 5, 3, 20, 1 及び D. 5, 3, 33, 1 を引いている。しかし、D. 5, 3, 33, 1 は占有者が相続財産に属する奴隷を売却した場合の代金を規律する法文だから、この文脈で引くのは適切でないように思われる。なお、この注釈から、この限りで軍営特有財産と相続財産をパラレルに取り扱おうとするかれの姿勢をみてとることができる。

- (113) Alfred PERNICE, *Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, T. A, Bd. I, Halle 1873.
- (114) PERNICE, *Labeo A I*, S. 138-139, 380-381, Zit. S. 138 und Fn. 96.
- (115) PERNICE, *Labeo A I*, S. 125-126, 127-128, 138-139, Zit. S. 138, 139 und Fn. 97. ちなみに、最後の批判はよくにフイッティングスに向けられたものと読むことも可能である。
- (116) Gustav MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes*, Bd. II, Tübingen 1876.
- (117) MANDRY, *Familiengüterrecht II*, § 53, S. 19-20, § 66, S. 158-161, Zit. S. 20, S. 159, S. 161.
- (118) MANDRY, *Familiengüterrecht II*, § 53, S. 19 Fn. 8 ¹⁴「區別論に於て」『最近 universitas facti 及 universitas iuris の間の対比にふたたび重きがおかれようとしているときには……、次の正当な考慮がその基礎にある。すなわち、ただ具体的な当事者意思の表示によつてのみ統合あるいは同属に意味が与えられるのか、あるいは、法による形成の結果としてこれに意味が与えられるのかにはいずれにせよ区別が存することである』と評価し、省略部分ではベヒマンとともにノイナーも引いている。この叙述から次のことを読みとることができる。前期の立場（前掲注（106））を変更すること、ius を客観の意味に理解すること。しかしながら、なぜ改説したのか、(2) 説と(3) 説のいずれをとるのかあるいは両者を総合するつもりなのかは明らかでない。
- (119) MANDRY, *Familiengüterrecht II*, § 54, S. 31-32, § 66, S. 159 und Fn. 1, Zit. S. 32 Fn. 14, S. 159 und Fn. 1.
- (120) 高橋宏幸訳『プラウトゥス・ローマ喜劇集四（西洋古典叢書第Ⅱ期第一九回配本）』三一一四〇頁（京都大学学術出版会、二〇〇二年）。
- (121) MANDRY, *Familiengüterrecht II*, § 62, S. 117-123, Zit. S. 117, 120, 121, 122, 前期で棚上げした自己展開と処分の有効性の関係（前掲注（108））につき分析しておく。後期でも、管理権能がない場合に自己展開が生じるのか、という問題については明確に語られていない。けれども、この問いを否定し、自己展開は処分の有効性を要件とするものと読みたい。というのは、自己展開の要件に関する叙述において、「特有財産の持ち主の行為は自己の権限 [administratio] の欠缺がこれを妨げない限り……特有財産に効果をもたらす」 (§ 62, S. 119) とあるほか、前期では「展開」「管理」という順序であった章立てが後期では「処分行為」「取得行為」というように前後が入れ替えられて

いるからである（改説とまでいえるかどうかは不明）。この読みに対しては、フィッティングの定式に対する批判のなかで、以下本文に述べることに付け加え、「[かれの定式では] 技術的な意味での *administratio* ……が[いつ]でなんらかのかたちで問題になるといった誤った仮定が手近になってしまふ」（§ 62, S. 118 Fn. 2）とづわれていることが不利な材料を提供する。しかし、これは取得行為がそれ自体の *administratio* は不要という意味であり、処分行為の *administratio* を不要とするわけではなくである。なお、GRISBERGER, *dingliche Surrogation*, S. 65-66; WELLE, *pretium succedit*, S. 75-77; MENKEN, *dingliche Surrogation*, S. 15-17; noch KOHLER, *ArchBürgR*, S. 11; WALLER, *Surrogation*, S. 17 und Fn. 4, S. 42 und Fn. 1 などの問題に触れている。これに対して、BEYER, *Surrogation*, S. 68, 70 は処分の有効性を当然の前提として論述を進めている。

(122) Vgl. MANDRY, *Familiengüterrecht II*, § 62, S. 118, 121 usw.

(123) なお、MANDRY, *Familiengüterrecht II*, § 62, S. 122 はこの要件につき次の点を補足している。権力所有者が権力服従者にあくまじ *patrimonium* のために取得行為を委任した場合には、かりに権力服従者が特有財産のために取得しようとしたとしても取得物は特有財産に生じない。

(124) Christian Friedrich MÜHLENBRUCH, *Ueber die s. g. juris und facti universitates*, in: *AcP*, Bd. 17 (1834), S. 321-379; *id.*, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts: Nach der Doctrina Pandectarum*, T. 2, 1. Aufl., Halle 1836, 4. Aufl., Halle 1844.

(125) MÜHLENBRUCH, *AcP*, *insb.* S. 372-379, *Zit.* S. 372, 374, 375; vgl. *id.*, *Pandekten¹ II*, § 223, S. 21-22; *id.*, *Pandekten⁴ II*, § 223, S. 21-22, *Zit.* S. 22.

(126) Karl BIRKMEYER, *Ueber das Vermögen im juristischen Sinne: Römisch-rechtliche Quellenstudien*, Erlangen 1879.

(127) BIRKMEYER, *Vermögen*, S. 41-42 Fn. 128, S. 115-116, *Zit.* S. 115 und Fn. 336, S. 116.

(128) BIRKMEYER, *Vermögen*, S. 116 Fn. 367 が挙げるのは次の法文である。(1) 斎群 *じいぐん* Inst. 20, 18; D. 30, 21-22; D. 6, 1, 3 pr.; D. 7, 1, 68, 2; D. 7, 1, 69; D. 7, 1, 70, 3; D. 20, 1, 13 pr.; D. 44, 2, 21, 1 (1 部は *universitas* を明示的に強調)。Vgl. auch D. 41, 3, 30, 2⁽²⁾ 特有財産 *とくごう* D. 15, 1, 40 pr. (有名な人間との対比)⁽³⁾ 相続財産 *しゆくぞう* D.

- 5, 3, 20, 3; D. 50, 16, 178, 1, (4) 嫁資に一般に D. 23, 3, 4, 2, (5) 財産一般に D. 31, 72; D. 34, 4, 23; vgl. auch C. 7, 11, 5 („Non enim absurdum, quod in corpore patrimonii retinetur“).
- (129) Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Aufl., Bd. I-III, Frankfurt a.M. 1862-1870, 3. Aufl., Bd. I, III, Frankfurt a.M. 1870, 1874, 4. Aufl., Bd. I-III, Frankfurt a.M. 1875-1878, 5. Aufl., Bd. I-II, Frankfurt a.M. 1879, 6. Aufl., Bd. I, Frankfurt a.M. 1887, 9. Aufl., Bd. I-III, Frankfurt a.M. 1906. なお、本稿では「キップ」によるドイツ民法典との対比に関する補訂（第八版・第九版）には立ち入らなう。
- (130) WINDSCHEID, Pandekten¹ I, § 42, S. 88-89 Fn. 6; id., Pandekten³ I, § 42, S. 94-95 und Fn. 6; id., Pandekten⁴ I, § 42, S. 110 und Fn. 6; id., Pandekten⁵ I, § 42, S. 181-182 Fn. 6.
- (131) 他の補正点は次のとおりである。(1) universitas factiも法上の統合であるかにつき、第四版において nicht minder seinに oder doch sein könnenが附加されたが、つうした「予防線」は第六版以降、括弧のなかに入れられてゐる。(2) 「誤つた特質」につき、第六版において「universitas iuris」のあとに「universitas factiとの対比において」が附加され、論旨が明確にされている。(3) 文献につき、第四版以降、「特別な (besonders)」財産のそれが整理され、嫁資につき「ベヒン」・シハラルシユ、特有財産につき「ベンドリ論文」、フィッティングが引かれてゐる。WINDSCHEID, Pandekten¹ I, § 42, S. 100 Fn. 6; id., Pandekten³ I, § 42, S. 110 Fn. 6; id., Pandekten⁴ I, § 42, S. 181-182 Fn. 6.
- (132) SCHERER, res succedit, S. 13 und Fn. 2; SCHULTE, res succedit, S. 9（脚注を引かれてゐるが、同所を参照したのち明白）; WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 7 und Fn. 17; RASCH, Surrogationsprinzip, S. 16 Fn. 11; GINSBERGER, dingliche Surrogation, S. 30 Fn. 21; STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssatz, S. 19 Fn. 11; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 12 Fn. 3.
- (133) BIRKMEYER, Vermögen, S. 103, 104は区別論につき同所のみを参照し、区別否定説にたつものとみているようであり、また、STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssatz, S. 19 Fn. 11は法諺論につき同所のみを参照し、制限適用説にたつものと断定しているが、いずれも不当である。
- (134) この点でもあつてか、後世のものもヴェントシヤイトの区別論には立ち入つてゐない。SCHERER, res succedit, S. 13; SCHULTE, res succedit, S. 9; WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 7; RASCH, Surrogationsprinzip, S. 16; GINSBERGER,

dingliche Surrogation, S. 30 Fn. 21.

(135) WINDSCHEID, Pandekten¹ I, § 42, S. 87-89, § 137, S. 343-345, Zit. S. 87, 344; id., Pandekten¹ I, § 42, S. 178-182, § 48a, S. 217-218, § 137, S. 689-694, Zit. S. 178, 179.

(136) ただし、universitas iurium という表現は、反対説の反対説、という文脈でしか使われていない(本文上記参照)。そこで、第三版までは、universitas von Sachen への対比において universitas von Rechten (und Verpflichtungen) という表現が § 42 Fn. 2 と § 137 Fn. 3 で用いられていた。けれども、まず、§ 137 Fn. 3 のそれは第四版での変更(後掲注(138)(140)) (対応脚注 Fn. 4) 次に、§ 42 Fn. 2 のそれは第六版での変更(後掲注(139)参照)のなかで順に脱落した。そこで、内容はもともと経緯からみて、この脱落は意図的なものではなかった節がある。WINDSCHEID, Pandekten¹ I, § 42, S. 87 Fn. 2, § 137, S. 344 Fn. 3; id., Pandekten¹ I, § 42, S. 95, § 137, S. 376-379; id., Pandekten¹ I, § 42, S. 98 Fn. 2, § 137, S. 410 Fn. 4; id., Pandekten¹ I, § 42, S. 108 Fn. 2, § 137, S. 450 Fn. 4; id., Pandekten¹ I, § 42, S. 179 Fn. 2, § 137, S. 619 Fn. 4.

(137) WINDSCHEID, Pandekten¹ I, § 42, S. 108 Fn. 2; id., Pandekten¹ I, § 42, S. 179 Fn. 2 中「統一体」として「次に」のように注記する。それは「総体 (Gesamtheit, Ganzes)」すなわち部分(構成要素)からなるけれどもそれらの総計とはなにか異なる物件 (Ding)「ロープの呼び名によれば universitas」ということ。ちなみに、これとは異なる universitas という Sachen のそれを挙げる際に、§ 138 の参照を指示しているが、これは § 137 の誤植のようと思われる。Vgl. WINDSCHEID, Pandekten¹ I, § 137, S. 450 Fn. 4; id., Pandekten¹ I, § 137, S. 619 Fn. 4.

(138) 初版ないし第三版では、相続権は物権、無体物としての相続財産上の権利であると説かれていた。もともと、その「精確な内容」は「財産法上の関係において被相続人の代表者として取り扱われること」にある、と付言されていた。しかし、第四版以降ではこの主張が撤回される。①付言のとおりであるとすると、そもそも物権の観念を維持するところの実益が疑わしい。②相続請求の Vindikation 的性格 (vindictio in libertatem, vindictio filii in potestate) 請求表示 (intentio) における、hereditatem meam esse (相続財産はわたしのものである) という表現もこうした観念の法源適合性を証明するものではないからである。WINDSCHEID, Pandekten¹ I, § 137, S. 345 Fn. 6; id., Pandekten¹ I, § 137, S. 378 Fn. 6; id., Pandekten¹ III, § 605, S. 233 Fn. 13; id., Pandekten¹ III, § 605, S. 479 Fn. 12. 問うれば自

体が抹消されたと判断した根拠は、次のとおりである。第三版までは、まず、「財産権」 (§ 42「表題は目次参照、本文に挿入されるのは第六版以降」) の最後で「権利の上の権利」に若干触れ、次に、「物の概念、有体物と無体物」 (§ 137) のなかで、法が無体物を有体物のように権利の対象として取り扱う場面として、(a) 集合物、(b) ①権利 (§ 42 a E) と同様、(b) ②「財産中に現れる権利の総体」、(b) ③精神的産物を考察する、という構成がとられていた。相続が引かれたのはこの (b) ②においてである。ところが、第四版になると、新たに「権利の上の権利」という章 (§ 48 a) が創設され、§ 42 a E. と § 137 の叙述が大幅に組み替えられた。すなわち、§ 42 a E. と § 137 の権利に関する説明は § 48 a に一括され、§ 137 では集合物、精神的産物のみを取り上げられることになったのである。その結果、「権利の総体」についての記述は脱落した。これは、§ 48 a の新設が先にみた撤回と同じく、第四版で行われたため、相続についてすら否定説に与する以上、問いを残しておく必要はないものと判断したものと推測される。確認しておく、第四版以降、§ 137 では、無体物も権利の対象となるかにつきローマ法では「権利と集合物」、ローマ法外では「精神的産物」が問題となる、このうちの権利については § 48 a 参照といわれ、§ 48 a では最終版のテキストが確定する第六版の命題によると、(i) 物が権利の対象と呼ばれる場合と権利が権利の対象と呼ばれる場合では意味が異なる、(ii) 自己の権利の上の権利は語られてはならない、(iii) 他人の権利の上の権利も、なるほど直接的な対象は権利であるが、しかしこの権利を貫いて権利が生じるところの物を有するなどと説かれている。WINDSCHEID, Pandekten¹ I, § 42, S. 89, § 137, S. 343-345; id., Pandekten² I, § 42, S. 95, § 137, S. 376-379; id., Pandekten I, § 42, S. 101, § 48a, S. 121, § 137, S. 409-412; id., Pandekten³ I, § 48a, S. 130-131; id., Pandekten⁴ I, § 42, S. 182, § 48a, S. 217-218, § 137, S. 689-693. 本文でみたように、財産の統一体 universitas の側面が権利の対象いかんとは切り離して特徴づけられているのは以上の事情によるものと思われる。

(139) 第五版までは、とくに D. 50, 16, 49 を根拠として、財産は「自然的意味での (im natürlichen Sinn)」それと、「法的意味での (im Sinne des Rechts)」それに区別され、前者は「財産権それ自体」、後者は「財産権と財産義務の統一体」を指示するものとされていた。これに対して、第六版以降では、ビルクマイヤーの解釈 (二) 3 (c) が受容され、この法文は「財 (Güter) それ自体 (経済的意味における財)」と「一定の法領域 (Rechtskreis) に属している財」を対比するものと読み直されている。「わたくしはもはや D. 50, 16, 49 を用いて」[債務も財産構成要素となりう

を「論拠」として「引き入れよう」とする。WINDSCHEID, Pandekten¹ I, § 42, S. 87 Fn. 2, § 137, S. 344 Fn. 3; id., Pandekten⁵ I, § 42, S. 100 Fn. 3; id., Pandekten⁶ I, § 42, S. 108 Fn. 3; id., Pandekten⁸ I, § 42, S. 179-180 Fn. 3.

- (140) 第四版で改説した理由は、①畜群のほかに法源上の証拠が十分でないこと、②自然的総体以上に肯定すると限界を引くのが困難になること、③在庫商品の担保設定のような法文は意思解釈により説明されることにある。ちなみに、集合物が権利の対象となる場合でも個物上の権利は失われない」という主張は初版以来変更されていない。WINDSCHEID, Pandekten¹ I, § 137, S. 344; id., Pandekten⁵ I, § 42, S. 95, § 137, S. 377; id., Pandekten¹ I, § 137, S. 410-412 und S. 412 Fn. 8; id., Pandekten⁸ I, § 137, S. 691-693 und S. 692-693 Fn. 8.

- (141) Vgl. insb. WINDSCHEID, Pandekten⁸ III, Sachregister: Art. „res succedit in locum pretii“, S. 827.

- (142) SCHERER, res succedit, S. 13 und Fn. 3; SCHULTE, res succedit, S. 9 und Fn. 7; RAASCH, Surrogationsprinzip, S. 16 und Fn. 11; WALLER, Surrogation, S. 10 Fn. 1, noch Fn. 3; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 13 und Fn. 1.

- (143) WINDSCHEID, Pandekten¹ III, § 612, S. 242-245 und S. 242 Fn. 4, S. 534 Fn. 15, S. 535 Fn. 18, 19; id., Pandekten⁹ III, § 612, S. 532-536 und S. 532 Fn. 4, S. 534 Fn. 15, S. 535 Fn. 18, 19.

- (144) この定式は「善意占有者は取得した売却代金をかならず返還しなければならぬ」という命題 (D. 5, 3, 36, 3; D. 5, 3, 33, 1; D. 5, 3, 18 pr.; D. 5, 3, 20, 12; D. 5, 3, 20, 16; vgl. auch D. 5, 3, 22) に「もしも D. 5, 3, 36, 3 がその根拠として悪意占有者は善意占有者よりも良い状況にあつてはならぬ」と述べていたことに對する批判として援用されたものである。ところの「もしもそれが根拠だとしてなら」「悪意占有者は売却代金をなお自己がそれを有する限度でのみ返還すればよい」となってしまうから。WINDSCHEID, Pandekten¹ III, § 612, S. 244-245 Fn. 19; id., Pandekten⁹ III, § 612, S. 535 Fn. 19, 20 の文脈に着目すれば「一般の理解に反して、善意占有者責任についてばかりの法諺の適用を否定してやるものと読むべきであらう」。

- (145) WINDSCHEID, Pandekten¹ III, § 612, S. 264-265 Fn. 13; id., Pandekten⁹ III, § 612, S. 533-534 Fn. 13.

- (146) WINDSCHEID, Pandekten¹ III, § 612, S. 241 und Fn. 3; id., Pandekten³ III, § 612, S. 242 und Fn. 3; id., Pandekten⁴ III, § 612, S. 263 und Fn. 3; id., Pandekten⁹ III, § 612, S. 532 und Fn. 3. なお、初版から第三版までは D. 5, 3, 29 pr.-1 と誤記されていたが、第四版以降 D. 5, 3, 20 pr.-1 に訂正されている。

- (147) WINDSCHEID, Pandekten¹ II, § 484, S. 402; id., Pandekten⁴ II, § 484, S. 817 und Fn. 7a; id., Pandekten⁵ II, § 484, S. 828 und Fn. 7a; id., Pandekten⁶ II, § 484, S. 1124 und Fn. 7a. 著書の参照ページは最終版である。S. 58 ff. における内容からみて、S. 158 ff. の誤植と思われる。なお、両者の異同は顧慮されている。
- (148) WINDSCHEID, Pandekten¹ II, § 516, S. 477-479 und S. 478 Fn. 2; id., Pandekten⁴ II, § 516, S. 901-903 und S. 902 Fn. 2; id., Pandekten⁵ III, § 516, S. 67-69 und S. 68 Fn. 2.
- (149) Heinrich DERNBURG, Pandekten, 1. Aufl., Bd. I-III, Berlin 1984-1987, 2. Aufl., Bd. I, Berlin 1888, 3. Aufl., Bd. I, Berlin 1892, 4. Aufl., Bd. I, Berlin 1894, 7. Aufl., Bd. I-III, Berlin 1902-1903; und id., Über das Verhältnis der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen, Heidelberg 1852.
- (150) DERNBURG, Pandekten¹ I, § 22, S. 48, § 67, S. 154-155, § 68, S. 156-157; id., Pandekten² I, § 22, S. 48, § 67, S. 154-155, § 68, S. 155-157; id., Pandekten³ I, § 68, S. 159-161; id., Pandekten⁴ I, § 68, S. 160-163, § 226, S. 536 Fn. 3; id., Pandekten⁵ I, § 22, S. 46, § 67, S. 154-155, § 68, S. 157-159, § 226, S. 530 Fn. 3, Zft. S. 46, 155, 157, 158, S. 158 Fn. 5.
- (151) 初版では「同種の有体的客体が結合されたそれらの客体」、第二版では「この目的に結合された同種の有体的客体」と定式化されていた（各々原文ゲシュペルト）。DERNBURG, Pandekten¹ I, § 68, S. 156-157; id., Pandekten² I, § 68, S. 156, 第三版以降との対比でとくに気になるのは、いわゆる「同種性」要件である。これについては、ミュンヘンブルッフとヴェヒター「論究」が在庫商品を例に出して首尾一貫している点と批判していたところである。MÜLLENBRUCH, AcP, S. 348-349; WÄCHTER, Erörterungen, S. 2, 266-267. 第三版以降ではこれに対応して不要説に立場を変えたようにもみえるが、後述するように、脚注においては同版以降も依然として universitas facti は「同種の有体的客体」の統合と規定されているため、このように読むことには躊躇を覚える。DERNBURG, Pandekten¹ I, § 68, S. 161 Fn. 8; id., Pandekten² I, § 68, S. 158, Fn. 8.
- (152) まず、自然的総体以外につき、初版では「人間の意思により一つの目的に結合」とされていたが、第二版以降は本文の表現に改められ、また、その具体例につき、初版では図書館、絵画収集品、第二版では図書館のみが挙げられていたが、第三版以降は本文の三つが引かれている。次に、規律につき、初版と第二版ではともに Vielheit の側面のみが指摘されていた。初版では、集合物の法律行為（売却、遺贈、担保設定その他の処分）につきその解釈の際にな

にがこれに含まれているのかを確定されなければならないとされ、第二版ではこの叙述に替わり、こうした法律行為も実際には個々の部分と関連することが強調される。これに対して、第三版では、おそらく不要と判断したのであろう、初版と第二版にあった集合物の法律行為に関する叙述が削除されるときに、抽象論において *Einheit* の側面も合わせて指摘されることになった。けれども、具体的な説明は *Vielheit* の側面に委ねられる。本文でみたような *Einheit* の側面の説明が付加されるのは、第四版以降である。DERNBURG, *Pandekten*¹ I, § 68, S. 157; *id.*, *Pandekten*² I, § 68, S. 157; *id.*, *Pandekten*³ I, § 68, S. 160-161; *id.*, *Pandekten*⁴ I, § 68, S. 161-162, § 226, S. 536 Fn. 3; *id.*, *Pandekten*⁷ I, § 68, S. 157-158, § 226, S. 530 Fn. 3.

(153) DERNBURG, *Pandekten*¹ I, § 68, S. 156 Fn. 1 und 3; *id.*, *Pandekten*⁷ I, § 68, S. 158 Fn. 8 und 10. ちなみに、脚注番号が異なっているのは、初版と第二版の§ 68は特別財産と集合物のみを取り上げていたのに対して、第三版以降のそれはこれに単一物と合成物の説明を付加したためにすぎず、叙述それぞれ自体は初版から最終版までまったく変更されていない。

(154) WALLER, *Surrogation*, S. 72 Fn. 3は「の点につき」「キールルフの思考はデルンブルクの際に完全に誤解されている」と批判する。キールルフは *universitas iuris* を権利それ自体の統一体とみていたからである。しかし、本文でみたように、ローマ法はともかくデルンブルク自身は、「財産構成要素」として権利のみを認める見解に与している。

(155) DERNBURG, *Pandekten*¹ III, § 172, S. 349-351; *id.*, *Pandekten*⁷ III, § 172, S. 341-343, Zlt. S. 342.

(156) DERNBURG, *hereditatis petitio*, S. 24. D. 5, 3, 25, 13を表記されているが、引用テキストは D. 5, 3, 25, 18のものである。誤植と判断した。

(157) 『パンデクテン』第三巻を引いて物権的效果説とみるものに、SCHERER, *res succedit*, S. 14 vgl. S. 17; SCHULTE, *res succedit*, S. 9, vgl. S. 10; WINDMÜLLER, *pretium succedit*, S. 76 Fn. 160 「明示的には強調している」が「の解釈に与えるべきにみえぬ」(以下) ; RASCH, *Surrogationsprinzip*, S. 16, vgl. S. 17, noch STRAUCH, *Mehrheitlicher Rechtssatz*, S. 19 Fn. 11 (第一巻のみを引き、とくに留保なく制限適用説に分類)、論文を引いて債権的效果説とみるものに、WALLER, *Surrogation*, S. 10 Fn. 3 noch Fn. 1 (論文を顧慮すればヴァンント・ミューラーの読みは間違っていると批判する。要件面では第三巻を引き、効果面では論文を引くという構成) ; WELLE, *pretium succedit*, S. 73 Fn. 11, 12 (批

判を除く（ペン・ロー・図様）；MENKEN, dingliche Surrogation, S. 12 und S. 13 Fn. 2（右に同）。

- (151) DERNBURG, Pandekten¹ III, § 172, S. 349 Fn. 22; id., Pandekten¹ I, § 172, S. 341 Fn. 22.
- (152) DERNBURG, Pandekten¹ III, § 172, S. 350; id., Pandekten¹ I, § 172, S. 342.
- (160) DERNBURG, Pandekten¹ II, § 14, S. 38 und Fn. 4, 5; id., Pandekten¹ III, § 32, S. 62-64 und S. 62 Fn. 4, § 35, S. 67-68 und S. 67 Fn. 2; id., Pandekten¹ II, § 14, S. 38 und Fn. 4, 5; id., Pandekten¹ III, § 32, S. 61-63 und S. 61 Fn. 4, § 35, S. 67 und Fn. 2; vgl. auch id., Pandekten¹ I, § 68, S. 156 Fn. 4; id., Pandekten¹ I, § 68, S. 159 Fn. 11.
- (191) S. insb. WALTER, Surrogation, S. 11 und Fn. 1; STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssatz, S. 36 und Fn. 1, 2; WELTE, pretium succedit, S. 88 Fn. 22.
- (192) なるゝ區別論じりなり Julius DÖPFNER, Das Wesen der universitates facti und iuris: Ihre Bedeutung im praktischen Rechte, Diss., Erlangen 1899 (universitas iurisは財産法上の〔vermögensrechtlich〕統一体、universitas factiは物権法上の〔sachenrechtlich〕統一体とじり區別を強力に擁護〔vgl. insb. S. 59, 112〕。論者自身の意には沿わないうであらう〔vgl. S. 54〕が、(1)(2)説に属するプンタ、シンテニスの論理と同意とみるる)が公刊されてゐるけれども、少なくとも物上代位論との関連では後世において顧慮されてゐない（前掲注(19)引用箇所参照）から、ここでは取り上げない。ちなみに、これを引くのは、杉山直次郎「佛法ニ於ケル營業財産ノ性質ヲ論ス」土方在職二五年記念『私法論集』六三三頁注三（有斐閣、一九一七年）「區別に關するフランス法の議論を考察するが、ドイツ法の文献も含む」。
- (193) August SCHERER, Erklärung des Satzes: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei, Diss., Göttingen 1890.
- (194) SCHERER, res succedit, S. 1.
- (195) SCHERER, res succedit, S. 18-19 (Vor), 20-23 ((1)), 23-27 ((2)), Zft. 18, 19, 20, 21, 26, 27.
- (196) Vgl. SCHERER, res succedit, insb. S. 7, 34.
- (197) SCHERER, res succedit, S. 28-30, 33, 39-40, 46-47 ((1)), S. 31, 32, 35, 38, 44-45, 49-51 ((2)), S. 31, 32, 38-39, 43-44, 46, 52-53, vgl. S. 37 ((3)), S. 32-35 ((4)).

- (168) この叙述からは債権的效果説に与するつもりなのかは明瞭でないが、「ここで主張された見解についてはさらになおシュレーターが引用されうる」と述べているから、同説を支持するものとみるべきである。SCHERER, *res succedit*, S. 35.
- (169) SCHERER, *res succedit*, S. 54 ((1)), S. 57, 62 ((2)), S. 55-56, 57-58, 61-62 ((3)), S. 59-60 ((4)).
- (170) 前掲注(168)と同様の問題が存するけれども、この指摘はシュレーターとまったく同様である(ただし、引用はされていない)から、ここでも債権的效果説に立つものと読むべきである。SCHERER, *res succedit*, S. 60.
- (171) SCHERER, *res succedit*, S. 62-63 (Vor), S. 63-66 (*peculium*), S. 66-68 (*dos*), S. 69-70 (*Pfandrecht*).
- (172) その他 SCHERER, *res succedit*, S. 63-66 は次の点を指摘している。(1)「相伝」特有財産では、*administratio* が付与された場合に譲渡が有効になるけれども、このことはかの法諺ではなく権力所有者の意思に基づくこと。(2)規則外來特有財産の場合、権力所有者は譲渡が不可欠であるときなど特別のケースに限って有効に譲渡できるが、その根拠はかの法諺ではなく特別な法律上の規定(とくに C. 6, 61, 8, 4; C. 6, 61, 8, 5)に存すること。(3)準軍営特有財産と不規則外來特有財産は、軍営特有財産と同様、家子の自由な財産であるから、軍営特有財産の原則が準用されること。
- (173) SCHERER, *res succedit*, S. 71.
- (174) Ferdinand SCHULTE, *Inwiefern unterscheidet sich der Satz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei in der Erbschaftsfrage?*, Diss., Erlangen 1897.
- (175) SCHULTE, *res succedit*, S. 5-6.
- (176) Vgl. z. B. SCHULTE, *res succedit*, S. 5-10, 11-12 im Vergleich mit SCHERER, *res succedit*, S. 3-17, 18-27.
- (177) SCHULTE, *res succedit*, S. 24-25.
- (178) なお SCHULTE, *res succedit*, S. 25, vgl. auch S. 20 は、物が自己の金銭により購入された場合には金銭と物との交替につき「相続財産の特別な利益」が必要であると注記している。
- (179) SCHULTE, *res succedit*, S. 40, vgl. auch S. 36-38.
- (180) SCHULTE, *res succedit*, S. 40-42 ((1)), S. 42-45 ((2)).
- (181) 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」法研八〇巻三号二二一六八頁、四号四五—九四頁、

五号二五—五九頁、六号三三—七三頁（二〇〇七年）。以下、この点に関する文献の引用は必要最小限のものにとどめる。

(28) Vgl. 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, S. 501, § 131, S. 556, § 132, S. 559–560; Karl LARENZ/Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München 2004, § 20, Rn. 37, S. 357–358, § 21, Rn. 1, 31, S. 379, 386 und Soergel *Bürgerliches Gesetzbuch*, begründet von Hans Theodor SOERGEL, 13. Aufl., Bd. 1, *Allgemeiner Teil I*, §§ 1–103, Stuttgart ua 2000, Vor § 90 [Jochem MARXY], Rn. 6, 9, 10, 12, S. 530, 531; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Bd. 1, *Allgemeiner Teil*, §§ 1–240, München 2001, § 90 [Georg HOLCH], Rn. 40, 43–45, S. 912–914; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 90–133, Bearbeitung, Berlin 2004, Vor zu §§ 90–103 [Joachim JICKEL/Malte STEPER], Rn. 17, 22, 24, 26, S. 8, 10, 11–12. 財産・特別財産と集合物を区別する点は自明のものと考えられており、区別の肯否および基準についてはまったく叙述がみられない。

(29) Z. B. LARENZ/WOLF, *AllgT*, § 21, Rn. 31, 42, 43, 45, 47, 57, 58, 61, 63, S. 386, 388–389, 391–392（人は原則としてただ一つの財産を有するが、様々な財産体の分離が例外として生じうる。すなわち、「ある人に一つまたは複数の特別財産がその主たる財産とならんで帰属する」場合。この財産体の分離は「財産の管理、財産の持ち主の処分権、収益の帰属および債務の責任」として意味がある。こうした特別財産は「複数人にとっての共同の財産、とくに合有財産が形成される」場合にも生じうる。特別財産には *numerus clausus*（閉鎖数）「法定主義」が妥当するから、「立法者によってのみ創設できる、しかし当事者の合意によっては新たに創設できない」。特別財産においては「諸々の特別な法効果 [besondere Rechtsfolgen]」が生じる。前者の際には「それは「そのときそのときの財産の保全および維持」に役立つ。①特定の債権者団にとっての責任財産、②特別な管理および処分規制、③物上代位。後者においても、「合有財産を各手権者の個人財産から区別する」ために、同じようにして右三効果が生じる」； und Soergel/MARXY, Vor § 90, Rn. 12, 13, und 10, S. 531–532（特別財産とは「特別な法律上の諸規定 [besondere gesetzliche Bestimmungen]」によつて法上の観点から（たとえば管理と利益、責任、遺贈につき）他の財産とは異なつた

取り扱いを受けることから、他の財産より取り除かれている財産体」である。「ドイツ民法典では特別財産という表現は用いられていない。これについての共通の諸規定も存しない」。原則として財産と同様の規律が妥当する。すなわち、債務法上の行為は特別財産それ自体につき可能であるが、これを移転するためには各個の対象を各々のルールにしたがって処分する必要がある。「しかしながら、特別財産は個々のケースのなかで法律によりすでに法上の統一体とみなされている。『だが、』そこから一般原則は導かれないうつてよいであろう。』」〔例を挙げるなら、〕①物上代位、②遺産に対する合手的持分としての相続分の処分可能性。

(181) GIESBERGER, dingliche Surrogation, insb. S. 51, 72, 77, 89.

(182) WOLF, dingliche Surrogation, Jus 1975, S. 710-717, Jus 1976, S. 104-105; COESTER-WALTEN, dingliche Surrogation, S. 26-28.

(183) Vgl. ENNECERUS/NIPPERDEY, AllgT, § 122, S. 502-503, § 132, S. 561; LARENZ/WOLF, AllgT, § 20, Rn. 37, S. 358, § 21, Rn. 19, 47, 63, S. 383, 389, 392, und Soergel/MARLY, Vor § 90, Rn. 8, 10, 13, S. 531, 532; MünchKomm/HOLCH, § 90, Rn. 40-43, 45, S. 913, 914; Staudinger/JICKEL/STIEPER, Vor §§ 90-103, Rn. 18, 20, 29, 30, S. 9, 9-10, 13.

(184) STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssatz, S. 24-31; WOLF, dingliche Surrogation, Jus 1975, S. 643-646, 710-717, Jus 1976, S. 32-36, 104-106; GERNHUBER, Surrogationen, § 49, S. 467-474.

(185) Statt vieler COESTER-WALTEN, dingliche Surrogation, S. 26-28.

(186) STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssatz, passim, insb. S. 57-58, 234.

(187) Vgl. STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssatz, S. 163, 167, 178; WOLF, dingliche Surrogation, Jus 1975, S. 643-645, Jus 1976, S. 104; GERNHUBER, Surrogationen, § 49, S. 468; COESTER-WALTEN, dingliche Surrogation, S. 25, 26, 28; 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, in: JZ 1990, S. 1007-1008, 1014; Heinrich LANGE/Kurt KUCHINKE, Erbrecht: Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001, § 41, S. 1067-1068.

(188) THIELE, Studien zum ehelichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Die Surrogation nach den § 1381,

1382 BGR, in: AcP, Bd. 91 (1901), S. 13-14; WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 3, 8.

- (57) WALTER, Surrogation, S. 24-31 und S. 28 Fn. 3; STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz, S. 37, 43; WELLE, pretium succedit, S. 88; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 24. 444⁴ WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 3 四角「[[圖類例 45] 普通法文献では区別がわづらなう]と断言しつゝその獨創性を誇つた。

- (58) なお、ローラーも同類型の相違を示唆しつゝたじまじと前掲注(57)参照。

- (59) STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz, S. 132; WOLF, dingliche Surrogation, Jus 1975, S. 714, Jus 1976, S. 105.

- (60) 文種じつと vgl. STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz, S. 21 und Fn. 7.

- (61) KOHLER, ArchBürgR. S. 14-15と譯さるゝ STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz, S. 131-133; MENKEN, dingliche Surrogation, S. 113, 161.

- (62) STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz, S. 24-31; WOLF, dingliche Surrogation, Jus 1975, S. 713, Jus 1976, S. 34, 105, 106; GERNHUBER, Surrogationen, § 49, S. 468-469; COESTER-WALTJEN, dingliche Surrogation, S. 25.

- (63) WOLF, dingliche Surrogation, Jus 1975, S. 644; GERNHUBER, Surrogationen, § 49, S. 468; COESTER-WALTJEN, dingliche Surrogation, S. 25 じつと物上代位の定式を参照。

- (64) WINDMÜLLER, pretium succedit, insb. S. 29-30; BEYER, Surrogation, insb. S. 337-338.

- (65) 線衣留せとせむかむか監製とれはじふと。 WOLF, Jus 1975, S. 643-645, Jus 1976, S. 104; GERNHUBER, Surrogation, § 49, S. 467-469; COESTER-WALTJEN, dingliche Surrogation, S. 24-26.

- (66) BEYER, Surrogation, S. 6; WELLE, pretium succedit, S. 12; ferner Adolf Engelbert NEUHAUS, Das Surrogationsprinzip im Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss., Erlangen 1934, S. 1.

- (67) ただし、シーブレンは例外である。ハの点じつと前掲注(62)参照。

- (68) Vgl. STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz, S. 128-133; WOLF, dingliche Surrogation, Jus 1975, S. 713-714, Jus 1976 S. 105.

- (69) WINDMÜLLER, pretium succedit, S. 78-91, insb. S. 91; und WELLE, pretium succedit, insb. S. 101, 124.

- (70) WOLF, Jus 1975, S. 646, Jus 1976, S. 104; GERNHUBER, Surrogation, § 49, S. 468; COESTER-WALTJEN, dingliche

Surrogation, S. 25, 28. 異説の代表は、STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssersatz, passim, insb. S. 190-194, 235.

- (206) WÄLLER, Surrogation, insb. S. 21-24, auch S. 1, 113. ヴァラーは「法律上規制された代位の諸ケースのうちに一つのはっきりとした代位概念の現美化をみる」「大きなコーラス」に対峙する、「法上の代位概念をそもそも否定するたった二人のソロパート」の「劈頭」(STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssersatz, S. 50)である。ちなみに、他の一人は、Paul SPINDLER, Die dingliche Surrogation beim Gesellschaftsvermögen, im Familien- und Erbrecht nach dem B. G. B., Diss., Strassburg 1914であるが、かれは法上の代位概念と区別された経済上の代位概念の存在を認めている (S. 87)。