

# ドイツ剰余共同制における家財道具の物上代位規定

——成立から削除にいたるまでの経緯——

水 津 太 郎

- I はじめに
- II BGB§1370の成立
  - 1 管理共同制から剰余共同制へ
  - 2 BGB§1382 a. F. から BGB§1370 へ
- III BGB§1370の趣旨
  - 1 改正に対する評価
  - 2 四つの趣旨
- IV BGB§1370の解釈論
  - 1 「家財道具」
  - 2 「なくなった」「その価値を失った」
  - 3 「その代わりに」
- V BGB§1370に対する批判
  - 1 BGB§1370の趣旨
  - 2 BGB§1370の問題点
- VI BGB§1370の削除
  - 1 立法理由
  - 2 経過規定
- VII おわりに
- 4 「調達された」
- 5 「その配偶者の所有となる」
- 6 規定の性質

## I はじめに

妻が自分の所有するテレビを夫婦で使うようにした後、しばらくたってそのテレビが壊れたため、夫がその代わりに新しいテレビを購入したとする。この場合、夫が購入した新しいテレビは、古いテレビの代位物として、法上当然に、妻の所有に属する。このことは、夫がそのテレビを自己の名をもって自己のために購入し、その売買代金を自分で負担したとしても、同様である。このように、家財道具が代償として調達されたときに、その家財道具をもとの家財道具の所有者に帰属させるルールを、家財道具の物上代位という。

家財道具の物上代位は、日本ではなじみのないルールである。これに対し、ドイツでは、ドイツ民法典が一八九六年に制定されたときから、その法定夫婦財産制である管理共同制において、家財道具の物上代位が定められていた。このルールは、一九五七年に成立した男女同権法<sup>(1)</sup>により、法定夫婦財産制が管理共同制から剰余共同制へとあらためられた後も、その一部が修正されただけで受け継がれた。しかしながら、二〇〇九年に成立した「剰余清算および後見法の改正に関する法律」<sup>(2)</sup>によって、このルールは削除されることとなった。

ドイツにおける家財道具の物上代位について、前稿<sup>(3)</sup>では、管理共同制において、これを定めるルールがどのように生成され、どのように展開してきたかについて検討をおこなった。これに対し、本稿では、家財道具の物上代位を定めるルールが、剰余共同制の導入後もいったんは維持されたものの、近時において削除されるにいたった経緯を追跡することとする。

以下では、まず、剰余共同制において家財道具の物上代位に関する規定がどのように成立したのかを分析し(Ⅱ)、次いで、同条の趣旨(Ⅲ)と解釈論(Ⅳ)について検討をおこなった後、同条に対してくわえられた批判(Ⅴ)と、同条が削除された理由(Ⅵ)とを明らかにし、最後に、考察の成果をまとめることとする(Ⅶ)。

## II BGB§1370の成立

### 1 管理共同制から剰余共同制へ

管理共同制によれば、妻の財産は、原則として、夫の管理・用益に服するとされる。しかし、この制度については、次の問題点が指摘されていた。すなわち、①妻は、原則として、自分の財産を自分で管理・用益することできないこと、また、②夫が婚姻中に取得した財産について、妻はなんらの持分もたないことである。

そこで、男女同権法は、法定夫婦財産制を、管理共同制から剰余共同制へとあらためることとした。<sup>(4)</sup>剰余共同制は、別産制を基礎とするものである。そのため、夫婦それぞれに、原則として、自分の財産を管理・用益することが認められる。これにより、①の問題点が解決されることとなる。また、②の問題点に対処するために、婚姻終了時には、剰余清算が予定されている。すなわち、離婚時の剰余清算では、夫婦それぞれの財産について、剰余共同制終了時の財産がその開始時の財産を上回る価額を剰余として算定し、剰余が少ない配偶者は、剰余が多い配偶者に対し、その差額の二分の一について債権的な剰余清算請求権をもつとされる。他方、夫婦の一方が死亡したときは、剰余清算は、生存配偶者の法定相続分を、相続財産の四分の一増加することでおこなわれる（いわゆる相続法的解決）。

### 2 BGB§1382 a. F.からBGB§1370へ

このように、法定夫婦財産制が管理共同制から剰余共同制へとあらためられるなか、家財道具の物上代位に関する規定は、基本的に維持された。新法が旧法と内容のうえで異なるのは、夫も妻と同様に、代位によって利益を受ける者となるとされた点のみである。旧法と新法の規定を、それぞれ順に挙げておこう。

BGB § 1382 a. F. 妻の持参した家財道具がなくなった場合、またはその価値を失った場合において、夫がその代わりに家財道具を調達したときは、その家財道具は、持参財産となる。

BGB § 1370 家財道具がなくなった場合、またはその価値を失った場合において、その代わりに家財道具が調達されたときは、その家財道具は、そのなくなった、または価値を失った家財道具が帰属していた配偶者の所有となる。

旧法について、『第二委員会議事録<sup>(5)</sup>』は、BGB § 1382 a. F. の趣旨として、次の四点を挙げていた。第一に、夫は、妻が持参した財産を管理・用益することができる一方、その本体を維持しなければならない。このことは、「管理共同制の本質と目的」から導き出される。第二に、このようなルールを定めることが、「誠実で立派なあらゆる夫の通常的意思」に合致する。第三に、管理共同制では、夫が婚姻中に取得した財産について、妻はなんらの持分ももたない。もつとも、妻は、家財道具の物上代位により、その「小さな対価」を受け取ることができる。第四に、もしこのようなルールを定めなければ、一つひとつの事例について、家財道具がどの意味において調達されたのかを検討しなければならなくなる。しかし、このことは、「実際の根拠」から望ましくない。<sup>(6)</sup>

新法の立法資料によれば、BGB § 1370 は、「BGB § 1382 a. F. に対応する」<sup>(7)</sup>ものである。そして、同資料は、先に挙げた『第二委員会議事録』の箇所を引きつつ、BGB § 1382 a. F. の趣旨を確認した後、BGB § 1370 について、次の説明を与えている。<sup>(8)</sup> まず、①「家財道具は、夫婦の双方が利用するものである。したがって、その代償として調達された家財道具は、そのなくなった、または価値を失った家財道具が属していた配偶者に帰属する、とみるのが夫婦の意思に合致する」。次いで、②「もしこのような規定を定めなければ、あらゆる事例において、配偶者が「家財道具を」取得したときに、どのような意思をもっていたのかを調査しなければならなくなってしまう。草案は、この調査を不要とするものである」。

新法と旧法の趣旨を比較すると、新法の①は、旧法の第二点を男女同権原則に従ってあらためたものであるのに対し、新法の②は、旧法の第四点を受け継いだものであるとみることができる。他方、旧法の第一点と第三点は、新法の趣旨として挙げられていない。<sup>9)</sup>これは、次の理由にもとづくものと考えられる。すなわち、第一の趣旨によれば、夫は、妻の財産の本体を維持する義務を負うとされる。この義務は、夫が妻の財産を管理・用益するという管理共同制の構造を前提としている。しかし、別産制を基礎とする剰余共同制は、このような構造をとっていない。また、第三の趣旨によれば、管理共同制のもとでは、夫が婚姻中に取得した財産について、妻はなんらの持分ももたないため、物上代位はその「小さな対価」を妻に与える意味をもつとされる。このことも、新法では維持することができない。剰余共同制のもとでは、剰余清算が予定されているからである。

### III BGB §1370 の趣旨

#### 1 改正に対する評価

このようにして、剰余共同制のもとでも、家財道具の物上代位は、BGB §1370として定められることとなった。初期の学説では、このルールの合理性について疑いを差し挟むものは、ほとんどなかったといっている。<sup>10)</sup>これに対し、家財道具の物上代位について批判的な検討をおこなった二つの博士論文<sup>11)</sup>が登場したあたりから、BGB §1370に対する立法論的な批判が強まっていく。この批判については、Vで取り上げることにしてしよう。

以下では、比較的新しい教科書<sup>12)</sup>、コンメンタール<sup>13)</sup>および論文<sup>14)</sup>において、BGB §1370の趣旨がどのようにとらえられていたのかを整理しておく。

## 2 四(1)の趣旨

BGB § 1370 の立法資料に挙げられていたのは、夫婦の通常の意味 (①) と、調査の困難の回避 (②) であった。この二点は、学説においても指摘されている。

まず、① 家財道具がなくなったり、価値を失ったりした場合において、その代わりに家財道具が調達されたときは、その家財道具は、もとの家財道具が帰属していた配偶者の所有になる。このことが、夫婦の通常の意味に合致するとされる。その根拠については、立法資料と同様に、夫婦が共同で家財道具を利用した結果、その代わりに家財道具が調達されたという事情を強調するものと、<sup>(15)</sup> たんに家財道具が代償として調達されたという事情のみを指摘するものとに分かれる。<sup>(16)</sup>

次に、② 法的明確性の確保<sup>(17)</sup>も、物上代位の趣旨に挙げられる。物上代位によれば、代償として調達された家財道具の所有権は、もとの家財道具の所有者に属する。もしこのルールがなければ、一つひとつの家財道具について、だれが所有者になったのかを調査しなければならなくなる。つまり、物上代位は、家財道具の所有権の帰属を明確にすることに役立つものである。

さらに、学説は、BGB § 1370 の趣旨として、次の二点を付けくわえている。<sup>(18)</sup>

一般に指摘されているのは、③ 所有権の帰属を維持することである。すなわち、BGB § 1353 によれば、夫婦は、相互に婚姻共同生活をおこなう義務を負う。家財道具を所有する一方配偶者は、この義務の履行として、自分の所有物を夫婦の共同の利用に供することとなる。そうだとすれば、その家財道具が使い古された場合において、それにより生じた不利益は、これを所有する一方配偶者が負担すべきものではない。したがって、その配偶者には、物上代位により、代償として調達された家財道具の所有権を割り当てるのが相当である。この意味において、物上代位は、日常生活のなかで生じた物の損耗による不利益は、その物の所有者が負担するという原則の

例外にあたる。これは、BGB§1382 a.F.について、『第二委員会議事録』が挙げていた趣旨の第一点(II 2)を、「管理共同制の本質と目的」から切り離して、剰余共同制のもとでも通用するものとして基礎づけ直したものであるととらえることができる。

そのほか、④家財道具の物上代位は、「前倒しされた剰余清算」の意味をもつとするものもある<sup>(19)</sup>。一方配偶者が自分の資力を用いて他方配偶者のために家財道具を調達したときに、その家財道具が他方配偶者に属することとなるため、剰余清算をさきにおこなったのと同じような状態が作り出されるからである。

#### IV BGB§1370の解釈論

BGB§1370によれば、「家財道具」が「なくなった」または「その価値を失った」場合において、「その代わりに」家財道具が「調達」されたときは、その家財道具は、もとの家財道具が帰属していた「配偶者の所有となる」。同条については、下級審の裁判例がいくつかみられるだけで、最上級審の判例はあらわれていない。他方で、学説は、さまざまな状況を想定して、同条の解釈論を精緻化していった。以下では、同条の解釈論のうち、重要とみられる問題を検討することにしよう。

##### 1 「家財道具」

###### (1) 意義

BGB§1370の「家財道具」とは、一般に、婚姻生活にかかわる世帯道具(BGB§1369の文言を参照)をいうとされている<sup>(20)</sup>。ここから除かれるのは、まず、食品や燃料など、消費を直接の目的とした動産である。次に、不動

産と所有権以外の権利も、BGB § 1370 の「家財道具」に含まれない。

(2) 所有権留保における留保買主の期待権

このように、所有権以外の権利は、一般に、同条の「家財道具」にあたらないとされている。もつとも、一方配偶者が家財道具を代償として購入した場合において、所有権留保が付されたときは、その配偶者が留保買主として取得する期待権も、同条の「家財道具」にあたる通説である。<sup>(21)</sup>なぜなら、所有権留保における期待権は、所有権の前段階だとみられるからである。この見解によれば、もとの家財道具が帰属していた配偶者は、まず第一に期待権を取得し、次いで売買代金が完済された後に所有権を取得することとなる。

これに対し、有力説は、家財道具を代償として購入した配偶者が留保買主として取得する期待権は、同条の「家財道具」にあたらないと主張している。<sup>(22)</sup>通説によると、その配偶者は、自分が売買代金を完済しても、みずから所有権を取得することができない。そうすると、その配偶者には、売買代金を完済するインセンティブが失われる。これでは、所有権留保を付けて売買代金債権を担保しようとした留保売主の利益が害されてしまう、というのがその理由である。

2 「なくなった」「その価値を失った」

(1) 不存在と無価値

家財道具が「なくなった」とは、それが継続して家政から外されたことをいう。<sup>(23)</sup>遺失、盗難、破壊など、その原因はどのようなものでもよい。また、その原因について、夫婦の一方または双方に帰責性があるかどうかも問わない。家財道具がこの意味において「なくなった」かどうかは、その家財道具が、本質的にみて、それに割り当てられた機能をその家政のなかで果たしているかどうかによって判断される。<sup>(24)</sup>居間にあったサイドボードを



倉庫の物置棚として用いているとき<sup>(25)</sup>、本棚をおもちゃ入れとして使っているときは、そのサイドボードや本棚は、物理的には存在しているものの、「なくなった」とされる。新しい家電を購入したものの、それが故障したときのために、古い家電を倉庫に保管しているときも<sup>(27)</sup>、同様である。ここでも、古い家電は、「なくなった」とされることとなる。これに対し、家財道具が類似の用途で引き続き使われている場合には、この限りでない。飾っておいた豪華な食器をおろして食卓で使っているときは、その豪華な食器は、「なくなった」とはいえない<sup>(28)</sup>。

他方、家財道具が「その価値を失った」とは、これを文字どおり受けとれば、家財道具が客観的にみて完全に無価値となったことを意味するかのようである。しかし、この文言は、BGB§1370の趣旨に照らして緩やかに解されている。具体的には、家財道具が「その価値を失った」かどうかは、一次的には、その夫婦の主観的な目的設定に照らして、その使用価値が失われたかどうかで判断される<sup>(29)</sup>。したがって、夫婦が家財道具を「現代化」する場合にも、BGB§1370が適用される余地がある<sup>(30)</sup>。たとえば、モノクロテレビをカラーテレビに取り換えるケースのほか<sup>(31)</sup>、二一年たつて流行遅れになった居間の調度を新装するケースや、一〇年ほど使った中古のキャンピングカーをモダンな新車に買い替えるケースには<sup>(33)</sup>、同条が適用されると考えられている。ただし、この場合には、古びた家財道具を従来の用途で使い続けていけないことが求められる<sup>(34)</sup>。

## (2) 災害による全部滅失事例

家財道具が火災や水害などによって全部失われたときは、すべての家財道具があらためて整えられることとなる。このように、災害により家財道具が全部滅失した場合にも、BGB§1370が適用されるかどうかには争いがある。

同条は、夫婦が家財道具を共同で利用したために、その一つひとつがだんだんと古びたり、壊れたりした結果、その代わりの物が順々に補充されていたケースを想定している。このように考えるならば、災害により家財道

具が全部滅失した場合には、同条の適用は否定されることとなる<sup>(35)</sup>。

これに対し、肯定説を主張する見解も少なくない<sup>(36)</sup>。まず、家財道具が災害により滅失したときと、それ以外の原因により滅失したときとの間を区別するのは、非常に困難である<sup>(37)</sup>。次に、すべての家財道具が滅失したという事情も、同条の適用を妨げる理由にはならない。同条は、家財道具が一对一で入れ替えられることを求めている以上、首尾一貫するならば、全部が入れ替えられたときにも、同条は適用されるはずだからである<sup>(38)</sup>。さらに、肯定説によれば、代償による調整という考え方は、災害により家財道具が全部滅失したときにもあてはまる<sup>(39)</sup>。一方配偶者が自分の取得した保険金を用いて家財道具をあらためて整えたときに、その配偶者がその家財道具を全部取得するのは、奇妙であろうとされる<sup>(40)</sup>。

### 3 「その代わりに」

#### (1) 代償としての調達

BGB § 1370 は、その要件として、家財道具が「代わりに」調達されたことを求めている。では、代償としての調達は、それ以外の新たな取得と、どのように区別されるのか。

代償としての調達とされるためには、第一に、原目的物である家財道具と、代位物である家財道具とが、本質的にみて、同一の機能をもっていなければならない<sup>(41)</sup>。もつとも、本質的にみて機能が同一であるかどうかの判断は、厳格にはおこなわれない<sup>(42)</sup>。たとえば、三人用のチェアセットの代わりに、四人用のチェアセットを購入したとき<sup>(43)</sup>、四脚の椅子が付いた机の代わりに、六脚の椅子が付いた机を購入したとき<sup>(44)</sup>、台所用の大きな戸棚一個の代わりに、システム戸棚と吊り戸棚を購入したときは<sup>(45)</sup>、代償としての調達にあたる。これに対し、食卓の代わりに勉強机を購入したときは<sup>(46)</sup>、本質的にみて機能が同一であるとはいえない。限界事例としては、たとえば、ラジオ

の代わりにオーデオコンボが購入されたケースが挙げられる。(47) これについては、代償としての調達にあたる(48) するものがある一方で、機能が本質的に拡張されたとみて、新たな取得にあたる(49) するものがある。

代償としての調達とされるための第二のメルクマールとして、家財道具を「代償とする意思」が求められるとするのが一般である。(50) そのため、家財道具が代償以外の目的で調達されたときは、物上代位は生じない。この意思については、調達をおこなう一方配偶者の意思であるとするもの、(51) 夫婦の意思であるとするもの、(52) どちらの意思でもかまわれないとするものがある。(53)

## (2) 価値の増加が顕著な事例

問題となるのは、代位物である家財道具の価値が、原目的物である家財道具の価値よりも、顕著に高いケースである。たとえば、粗糸の絨毯の代わりにオリエンタルカーペットを購入したとき、(54) 布製の肘掛椅子の代わりにレザー製の肘掛椅子を購入したとき、(55) 廉価なピアノの代わりにグランドピアノを購入したときのほか、先に検討した現代化事例(2)(1)においても同様の問題が生じる。

このような場合には、代償としての調達とはいえないとする見解が主張されている。(57) これに対し、通説によれば、代償としての調達であるかどうかを判断するにあたって、価値の大小は考慮されない。(58) その理由は、次のとおりである。

一方で、解釈論としては、家財道具の価値を問題とすべきではない。技術は日々進歩する以上、新しい家財道具の価値が、古い家財道具の価値よりも、かなり高いことは稀ではない。(59) そうすると、先に挙げた見解によれば、多くのケースで物上代位が否定されることとなる。また、価値の増加が「顕著」であるとはどの程度を意味するのか、はつきりしない。そのため、このことを問題とすると、家財道具の所有権の帰属を明確にするという趣旨に反する。(60) さらに、夫婦はどちらも、物上代位により、利益を得るときもあれば、損失を被ることもある。し

たがって、全体としては、夫婦の間で利益と損失のバランスがとれているとみることができ<sup>(61)</sup>。反対に、一つひとつの事例について、価値のバランスという意味での衡平が保たれているかどうかを問うことは、物上代位の「ドグマティックな基礎」に合致しない<sup>(62)</sup>。物上代位は、原目的物と代位物との間の同一性を、価値の大小にかかわらず擬制することで、形式的・画一的な処理をおこなうルールだからである。

他方で、婚姻が終了したときは、物上代位により夫婦の一方が得た利益は、剰余清算によって調整される<sup>(63)</sup>。もつとも、このこととの関係では、連邦通常裁判所が、離婚後の家財道具について、剰余共同制のルールよりも家具令のルールを優先している点が問題となる。しかし、この判例の射程は、物上代位によって夫婦の一方が取得した家財道具には及ばない<sup>(65)</sup>。家具令のルールが優先されるのは、①夫婦の共有に属する家財道具と、②夫婦の共有に属すると推定される (HausratsVO § 8 a. F. 現行法<sup>(64)</sup>は、BGB § 1568b II n. F.) 家財道具とに限られる。しかし、物上代位によって夫婦の一方が取得した家財道具は、①にあたらぬ。また、BGB § 1370 は、HausratsVO § 8 a. F. の特則として、夫婦の一方の単独所有を認めるものであるとされている。そのため、②の推定も排除される。したがって、離婚後の家財道具も、譲余清算の対象となる財産にあたると考えられる。

### (3) 下取り事例

一方配偶者が自分の所有に属する家財道具を下取りに出し、その代金を受け取った後、他方配偶者がその代わりに家財道具を購入し、その代金を自分で負担したとする。この場合、物上代位が適用されると、古い家財道具の所有者であった配偶者は、古い家財道具の下取り代金と、新たな家財道具の所有権との双方を取得することとなる。そのため、下取り事例については、代償としての調達ではなく、新たな取得がされたものとみるべきだとする見解が主張されている<sup>(66)</sup>。

これに対し、一方配偶者に物上代位による新たな家財道具の所有権の取得を認めつつ、他方配偶者に古い家財

道具の下取り代金の支払に対する請求権を付与する、という解決を提案するものがある<sup>(67)</sup>。たとえば、夫が自分の所有する二五〇〇ユーロの車を夫婦で使うようにした後、一〇年経過した頃に、その車を三〇〇〇ユーロで下取りに出し、その代金を受け取った。その後、妻は、下取りに出された車の代わりに三〇〇〇ユーロの新しい車を購入し、その代金を自分で負担した。この場合において、夫は、自分の車を夫婦の共同の利用に供したこと、二二〇〇ユーロの財産的価値を失っている。そのため、この見解によれば、新しい車の所有権は、物上代位により夫に帰属すべきである。ただし、妻は夫に対し、古い車の下取り代金三〇〇〇ユーロについて、その支払を求めることができるとされる。

#### 4 「調達された」

##### (1) 対象代位

BGB§1370が要件として定めているのは、家財道具が代償として調達されたことのみである。その調達のためにかかった費用をだれが負担したのかは、問われていない<sup>(68)</sup>。これに対し、たとえば、相続回復請求権における物上代位では、表見相続人が相続財産の資力を用いて法律行為により取得したものが、相続財産に属すると定められている(BGB§2019)。たとえば、相続財産に属する物が表見相続人によって売却されたときに、それにより生じた売買代金債権が相続財産に属する。つまり、この場合には、代位によって利益を受ける者が、代位物を取得するための対価を負担することとなる。物上代位の典型例は、むしろ、このような「資力代位」<sup>(69)</sup>であるとされている。この意味において、家財道具の物上代位は、物上代位のなかでも特殊なものに位置づけられる。このタイプの代位は、資力代位との対比において、「対象代位」<sup>(70)</sup>(ないし「目的代位」<sup>(71)</sup>)と呼ばれている。

(2) 有償取得と無償取得

BGB § 1370 が定める「調達」とは、一般に、有償取得に限られるとされてくる。<sup>(72)</sup> BGB § 1374 II によれば、一方配偶者が剰余共同制の開始後に贈与によって取得した財産は、剰余清算の対象から外される。この取扱いを考慮すると、一方配偶者が家財道具を贈与によって取得したときは、その家財道具はその配偶者に属するとみるべきだ、というのがその理由である。

これに対し、有力説によれば、無償取得についても、物上代位を適用すべきであるとされる。<sup>(73)</sup> BGB § 1370 は、調達するためにかかった費用をだれが負担したのかを問題としていない。そうだとすれば、調達費用がそもそもかからなかったときにも、同条の適用があるとみるほうが首尾一貫する。<sup>(74)</sup> そうしないと、次のような事例で、不合理な結論にいたるであろう。たとえば、妻が自分の所有する食卓を夫婦で使うようにした後、その食卓が壊れてしまったため、夫婦そろってデパートに新しい食卓を買いに行った。この場合において、夫が食卓を購入し、その代金を自分で負担したときは、その食卓は、物上代位により妻に属することになる。では、夫が偶然、そのデパートの一〇〇〇人目の来場者にあたったため、そのデパートから好きな家具をプレゼントするとされ、それに応じて新しい食卓を手に入れたらどうか。BGB § 1370 が定める「調達」を有償取得に限定するならば、その食卓は、夫に属することとなってしまふ。しかし、この解釈は、夫が売買代金を自分で負担したときと比べて、バランスを失っているとされる。

5 「その配偶者の所有となる」

BGB § 1370 によれば、一方配偶者が家財道具を代償として調達したときは、その家財道具は、法上当然に、もとの家財道具が帰属していた他方配偶者の所有となる。<sup>(76)</sup> この場合、代位物の発生原因は法律行為であるものの、

代位権者は、法律にもとづいて代位物を取得することとなる。

(1) 移転時期・取得プロセス・組入れ要件

BGB§1370が典型として想定しているのは、(i)ある家財道具がなくなったり、その価値を失ったりする、(ii)新しく家財道具が調達される、(iii)その調達された家財道具が家政に組み入れられる、という三つの事象が順に生じたケースである。ここでは、物上代位による所有権移転の効力が、いつ、どのようにして生じるかが問題となる。

たとえば、夫が自分の所有する居間用の絨毯を夫婦で使うようにした後、その絨毯が古びてきたため、妻がインテリアショップでその代わりに新たな絨毯を購入した。この場合において、夫が新たな絨毯の所有権を取得するのは、妻がその絨毯を購入し、引渡しを受けた時なのか(ii)、そうではなく、その絨毯が実際に居間に敷かれた時なのか(iii)<sup>(77)</sup>。物上代位による所有権移転の効力は、「『古い物に代えて新しい物を』事実上交換した」時点、つまり(iii)の時点で生じるとすると、新たな絨毯の所有権は、いったん妻を経由して、夫に移転することとなる(経路的取得)。これに対し、通説によれば、「BGB§1370が適用されなければ、契約を締結した配偶者が所有権を取得したであろう」時点、つまり(ii)の時点で、物上代位による所有権移転の効力が生じるとされている。そして、新たな絨毯の所有権は、妻を経由することなく、夫に直接移転するととらえるのが一般である(直接的取得)<sup>(80)</sup>。

では、(iii)の事象、つまり家政への組入れが欠けたときはどうか。たとえば、先の例において、妻が夫を驚かせようと計画してインテリアショップで高級な絨毯を購入し、引渡しを受けたものの、その計画を実行するより前に夫と喧嘩したため、その絨毯をもっぱら自分だけのために自分の部屋に敷くことにしたときである<sup>(81)</sup>。先に挙げた見解のうち、物上代位による所有権の移転は、家政に組み入れられた時に、経路的に生じるととらえる見解は、

家政への組入れを明文にない要件として求めている<sup>(82)</sup>。したがって、このケースでは、物上代位は適用されず、新しい絨毯の所有権は、妻に属することとなる。これに対し、通説によれば、物上代位による所有権の移転は、本来であれば調達をした配偶者が所有権を取得した時に、直接的に生じると考えられる。家政への組入れを要件とするかどうかについては、言及されないのが一般である<sup>(83)</sup>。もしこのことを要件としないのであれば、新しい絨毯の所有権は、物上代位にもとづいて、夫に属することとなる。これに対し、通説にたちつつ、「代位物が直接、家政に組み入れられることが要件である<sup>(84)</sup>」とするならば、物上代位は適用されず、新しい絨毯の所有権は、妻に属することとなる。

## (2) 備蓄品事例

先に挙げた絨毯事例について、通説がどのような解決を与えるのかは、はっきりとしない。これに対し、比較的議論の蓄積があるのは、あらかじめ代償として家財道具を調達しておいたケースの取扱いである。この場合には、その家財道具が実際に代償としての機能を果たすようになった時に、物上代位による所有権移転の効力が生じるとする見解がある<sup>(85)</sup>。この見解によれば、家財道具の所有権は、それを調達した配偶者にいったん帰属する。通説の立場からは、経由的取得が生じることを例外的に認めることとなる<sup>(86)</sup>。他の見解によれば、物上代位による所有権移転の効力は、家財道具の機能が引き継がれたときに、調達がおこなわれた時にさかのぼって生じるとされる<sup>(87)</sup>。この見解は、通説の立場を一貫させ、備蓄品事例を含め、物上代位はつねに直接取得をもたらすとされている。備蓄としての調達と代償としての調達とで取扱いを区別するならば、一つひとつの事例において、いずれの意味で調達されたかを調査しなければならなくなる。しかし、これでは、家財道具の所有権の帰属が不明確になってしまい、規定の趣旨に反するからである。

これに対し、家財道具が備蓄として調達された場合には、そもそも物上代位を適用すべきではないとする見解



もある<sup>(88)</sup>。この見解に対しては、備蓄としての調達が認められないとすると、家財道具を使用することができなくなるのを待って、新しい家財道具を調達しなければならなくなり、夫婦にとって不都合ではないかという疑問が投げかけられている<sup>(89)</sup>。しかし、物上代位が適用されないことを理由に、夫婦が家財道具を調達しないという事態は考えにくいから、この批判は当を得たものではない。むしろ、物上代位の適用を否定する見解の問題点は、備蓄として調達された家財道具が代償としての機能を果たすこととなった後も、その所有権が、調達をおこなった配偶者に帰属することにある<sup>(90)</sup>。これでは、備蓄として調達されたときと、代償として調達されたときとで、アンバランスが生じてしまう。たしかに、代償としての調達には、代償とする意思が必要であると解されている<sup>(3)</sup>。しかし、その意思は、即時の代償ではなく、将来の代償、つまり備蓄に向けられたものであってもかまわないはずである<sup>(91)</sup>。

## 6 規定の性質

BGB§1370は、任意規定である。したがって、夫婦は、双方の合意によって、同条の適用を排除することができる<sup>(92)</sup>。まず、あらかじめ一般的に同条の適用を排除することは、法定夫婦財産制の変更にあたるとする。したがって、そうするためには、夫婦は、夫婦財産契約の方式(BGB§1410)に従わなければならない。これに対し、一つひとつの事例について、同条の適用を排除するためには、夫婦は、その旨の合意を無方式ですれば足りる<sup>(93)</sup>。このこととの関係で、家財道具を調達するためにかかった費用を夫婦が共同で負担したときは、その夫婦の間において、同条の適用を排除する旨の合意がされたとみるべきだというものがある<sup>(94)</sup>。しかし、このような考え方は、資力の出所を問わない<sup>(4)</sup>(1)とするBGB§1370の構造を無視したものであると批判されている<sup>(95)</sup>。

## V BGB § 1370 に対する批判

BGB § 1370 については、具体的な解釈論が積み重ねられる一方で、しだいに立法論的な批判が投げかけられるようになった。以下では、BGB § 1370 の趣旨に対する批判 (1) と、それ以外の批判 (2) とに分けてみていく。

### 1 BGB § 1370 G 趣旨

BGB § 1370 の趣旨として挙げられている四つの点 (II 2) は、いずれについても問題がある。

#### (1) 夫婦の通常の意味

第一に、BGB § 1370 のルールが夫婦の通常の意味に合致するという点は、「経験的には証明されていない」<sup>(96)</sup>。家財道具が代償として調達された場合において、その所有権が夫婦のどちらに帰属するかを夫婦が意識していることはほとんどない<sup>(97)</sup>。また、夫婦が所有権の帰属について関心をもっているときは、その夫婦の意思は、通常、その家財道具がもとの家財道具の帰属していた配偶者の単独所有となることに向けられているのではなく、調達をおこなった配偶者の単独所有となること、あるいは、夫婦の共有となることに向けられていると考えられる<sup>(98)</sup>。これに対し、立法資料は、もとの家財道具が夫婦の共同の利用に供されていたという事情から、BGB § 1370 のルールが夫婦の通常の意味に合致するとしていた。しかし、物の利用の状況と所有権の帰属先は、別のレベルの問題である<sup>(99)</sup>。また、かりに両者を結びつけるとしても、もとの家財道具が夫婦の共同の利用に供されていたことから推定されるのは、その代わりにの家財道具も夫婦の共有となるという意思であると考えられる<sup>(100)</sup>。

他方、意思の推定にもとづく論証は、旧法では有効であった。『第二委員会議事録』によれば、BGB § 1382 a.

「のルールは、「誠実で立派なあらゆる夫の通常的意思」に合致するとされる。その基礎には、夫は妻の財産を管理・利益する一方で、その本体を維持する義務を負う、という管理共同制の構造があった。これに対し、別産制を基礎とする剰余共同制は、このような構造をとっていない。したがって、新法では、旧法の論証を維持することができない。<sup>(10)</sup>

(2) 法的明確性の確保

第二に、家財道具の物上代位は、家財道具の所有権の帰属を明確にするとされている。しかし、本当にそうであるかは疑わしい。

一方で、このルールによれば、代償として調達された家財道具の所有者がだれであることを確定するためには、もとの家財道具の所有者がだれであることを確定しなければならない。しかし、このことは、たいてい困難である<sup>(10)</sup>。また、代償としての調達と新たな取得との間をどのように限界づけるか、物上代位による所有権移転の効力が生じるのはいつかなど、さまざまな問題について解釈が分かれている。そうである以上、家財道具の物上代位が定められたことで、家財道具の所有権の帰属が明確になったということはできない<sup>(10)</sup>。

他方で、夫婦は、一つひとつの事例について、無方式の合意により家財道具の物上代位の適用を排除することができる<sup>(10)</sup>とされている(IV 6)。しかし、そうだとすると、物上代位が定められても、家財道具の所有権の帰属は明確にならない。夫婦の間において同条とは異なる合意が黙示にされたのかどうかを、つねに検討しなければならないからである<sup>(10)</sup>。

(3) 所有権の帰属の維持

第三に、家財道具が代償として調達された場合において、BGB § 1370により、その家財道具の所有権をもとの家財道具の所有者であった配偶者に帰属させることは、次の事情により正当化されていた。すなわち、その配

偶者は、婚姻共同生活をおこなう義務 (BGB § 1333) を履行するために、自分の家財道具を夫婦の共同の利用に供したという事情である。

しかしながら、夫婦が婚姻共同生活をおこなう義務を履行しないといた例外的なケースを念頭に置いて、特別なルールを法律に定める必要はないであろう。<sup>(105)</sup> また、家財道具の所有権の帰属を法上当然に維持するルールは、夫が妻の財産を管理・用益する、という管理共同制の構造のもとで正当化されてきたものである。<sup>(106)</sup> しかし、別産制を基礎とする剰余共同制のもとでは、夫婦は、それぞれ自分の財産を管理・用益するものとされている。したがって、夫婦は、それぞれ自分の財産の維持を図るべきであって、法律がこれに介入するのは望ましくないと考えられる。

#### (4) 前倒しされた剰余清算

第四に、家財道具の物上代位は、「前倒しされた剰余清算」の意味をもつともいわれていた。しかし、これは、「その出发点からして実態を無視したものである」<sup>(107)</sup>。なぜなら、夫婦が家財道具を調達するときは、できる限り快適な家族生活を続けていこうとしているのであって、婚姻終了時の剰余清算を念頭に置いているわけではないからである。

## 2 BGB § 1370 の問題点

BGB § 1370 については、そのほかにもさまざまな問題点が指摘された。そのなかでも重要とみられるのは、次の点である。

### (1) 価値の増加

まず、家財道具の物上代位は、代位物である家財道具の価値が原目的物である家財道具の価値よりも高いとき

は、代位物である家財道具を取得する配偶者を、一方的に利することとなる。つまり、家財道具の物上代位は、その趣旨を実現するための効果が強すぎるといわなければならない。<sup>(10)</sup>

家財道具の価値が増加したケースについては、解釈論として、その増加が「顕著」であるときに、物上代位の適用を否定すべきであるとする見解もあつた(IV 3(2))。しかし、「顕著」とはどのような場合をいうのかが明らかでないなど、解釈論としては難点があつた。そこで、通説によれば、物上代位の要件として、価値の大小は問われないとされていた。他方、代位物である家財道具を取得した配偶者が得た利益は、婚姻終了時の剰余清算によつて調整されるともいわれていた(IV 3(2))。しかし、剰余清算は、あくまで価値的な調整をするものである。したがつて、代位物である家財道具の所有権は、その配偶者に帰属したままとなる。<sup>(11)</sup> また、婚姻終了時に剰余清算がされるとしても、婚姻中に一方配偶者が利益を得ることは避けられない。

## (2) 男女同権原則

次に、男女同権原則との関係を問題とするものがある。<sup>(12)</sup> それによれば、家財道具の物上代位は、妻が夫に従属していた時代の産物である。妻は家財道具だけをもつことができる一方、家財道具は妻だけに帰属するとされていた時代には、家財道具の物上代位は、妻の財産を維持するために必要不可欠なものであつた。<sup>(13)</sup> しかしながら、妻の財産能力が承認されていくと、家財道具の物上代位はしだいにその意義を失つていった。ドイツ民法典において、家財道具の物上代位が定められたのは、妻は夫に従属するという古い觀念が、なお生き続けたからである。しかし、このような觀念は、男女同権の確立によつて完全に払拭された。したがつて、男女同権法の立法者は、家財道具の物上代位に関する規定を承継するのではなく、むしろ削除すべきであつたと考えられる。

## VI BGB § 1370 の削除

このように、BGB § 1370 に対しては、さまざまな立法論的な批判がくわえられた。最も代表的なコメントールにおいても、注釈の最初で、同条のルールは、「法政策的にみて疑わしい」とされるにいたった。剰余共同制の改革をめぐる作業の過程でも、BGB § 1370 に関する議論をリードしてきた研究者の一人より、同条の削除が強く主張された。それによれば、「法定夫婦財産制として剰余共同制を導入した段階で、この規定はその意義を失った」とされる。<sup>(11)</sup>

このような背景のもとで、二〇〇九年に成立した「剰余清算および後見法の改正に関する法律」<sup>(12)</sup>は、BGB § 1370 を削除することとした。

### 1 立法理由

立法資料によれば、BGB § 1370 が家財道具について物上代位を命じているのは、「不適切」だとされる。その理由は、次の三点である。<sup>(13)</sup>

第一に、物上代位による解決は、そもそも法政策上疑わしい。剰余共同制は、別産制を基礎とするものである。そうである以上、一方配偶者が取得した物を他方配偶者に対し、物上代位により法上当然に帰属させるのは相当でない。第二に、物上代位は、衡平でない結果をもたらすことがある。たとえば、鉄製の食器の代わりに、銀製の食器一二点セットが購入された場合がそうである。量的・質的にみてよい家財道具が代償として調達されたときは、もとの家財道具の所有者であった配偶者に、根拠のない利得が生じることとなる。第三に、この規定の一次的な目的は、所有権の帰属を明確にすることにあるとされている。しかしながら、この目的を達成するために

は、もとの家財道具の所有権の帰属を確定しなければならない。したがって、この意味においても、物上代位の役割は限定的である。

これらの理由づけはいずれも、BGB § 1370 に対する学説の批判を受け入れたものである。第一の理由は、V 1(3)と2(2)、第二の理由は、V 2(1)、第三の理由は、V 1(2)と、それぞれ対応しているとみることができる。

## 2 経過規定

改正法の施行日は、二〇〇九年九月一日である。経過規定によれば、離婚を原因とする家財道具の取扱いについては、その家財道具が改正法の施行日より前に調達されていたときは、BGB § 1370 が引き続き適用される (EGBGB Art. 229 § 20 Abs. 1)。

## VII おわりに

家財道具の物上代位は、代位物を取得するためにかかった費用をだれが負担したのかを問わずに、法上当然に、その所有権を原目的物の所有者に帰属させるものである。この意味において、家財道具の物上代位は、物上代位のなかでも特別な地位を占めている。

ドイツ民法典が制定されたときは、法定夫婦財産制として、管理共同制がとられていた。この財産制のもとでは、妻は、財産の管理・用益と婚姻中に取得された財産について、夫の劣位に置かれることとなる。そのため、家財道具の物上代位に関する規定は、そのカウンターバランスを保つ役割を担っていた。

これに対し、男女同権法は、法定夫婦財産制として、剰余共同制をとることとした。この財産制は、別産制を

基礎としつつ、婚姻終了時に剰余清算をおこなうことを予定するものである。そうすると、家財道具の物上代位に関する規定は、あらためて、その正当性が問われることとなる。しかしながら、この規定を、夫婦の通常の意思、法的明確性の確保、所有権の帰属の維持および前倒しされた剰余清算にもとづいて正当化する試みは、いずれも首尾を得なかった。他方で、代位物の価値が原目的物の価値よりも高いときは、衡平でない結果が生じる。けれども、この問題について解釈論により対処することには、限界があった。

そこで、家財道具の物上代位に関する規定は、ドイツ民法典が制定されてから一世紀以上、男女同権法が成立してから半世紀余りが経過した後、削除されることとなった。この規定は、その成立から修正をへて削除にいたるまで、裁判で争われることは少なかったこと、そこで、学説がさまざまな事例を想定しながら、その解釈論を展開してきたこと、もつとも、この規定が削除される前の段階でも、その要件と効果の基本部分については、なお不明確なところが残されていたことを合わせて指摘しておく。

そうすると、物上代位によらずに、家財道具の所有権の帰属をどのように定めるべきかが問題となる。この問題について、家財道具の物上代位に関する規定が削除された後、ドイツにおいてどのような議論が展開されているのかを検討し、そこで得られた視点にもとづいて日本の議論をとらえ直すこと、これが次稿の課題である。

- (1) Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 18. 6. 1957, BGBl. I S. 609.
- (2) Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6. 7. 2009, BGBl. I S. 1696.
- (3) 水津太郎「ドイツ管理共同制における家財道具の物上代位規定—生成・展開の構造と基礎」法研八四巻一二三号(二〇一一年) 六三二頁。
- (4) 山口純夫「西ドイツにおける夫婦財産制の展開(一)」、(四)「付加利得共通制の成立」甲法一四巻三・四号



- (一九七四年) 一一五頁、一五卷三・四号 (一九七五年) 一八一―一二七頁、一六卷一―四合併号 (一九七六年) 一―四二頁、一八卷一・二号 (一九七八年) 四五―六六頁。
- (5) Protokolle der [2] Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 4, Berlin 1897, S. 191, in: Benno MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 4, Berlin 1899, S. 766 und Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Familienrecht I, Berlin/New York 1987, S. 576.
- (6) 以上のごとく、水準・前掲注 (5) 六六四頁。
- (7) BT-Drucks. II/224, S. 42.
- (8) BT-Drucks. II/224, S. 42.
- (9) この点、立法資料は『BGB§1382 a.F.の趣旨のうち、第一点を「妻は、自分の家財道具についてそれが正當な利益を期待する権利を有する」の点のみを「草案は、この点の「考慮」について」として、BT-Drucks. II/224, S. 42.
- (10) Hans DÖLLE, Familienrecht: Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bd. 1, Karlsruhe 1964, §53 II, S. 768; Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und Bundesgerichtshofes: Kommentar, 10-11. Aufl., Bd. 4, 1. Teil, Berlin 1960, §1370 [Georg SCHEFFLER], Anm. 1-2; Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Kohlhammer-Kommentar, begründet von Hans Theodor Soergel, 9. Aufl., Bd. 4, Stuttgart 1963, §1370 [Vocel], Rn. 14; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10-11. Aufl., Buch 4, Berlin 1965, §1370 [Wilhelm FEIGENTRAUER], Rn. 1-3; Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz usw., herausgegeben von Walter Erman, 3. Aufl., Bd. 2, Münster 1962, §1370 [Horst BARHOLOMEUSCH], Anm. 1; Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 30. Aufl., München 1970, §1370 [Wolfgang LAUTERBACH], Vorbem. 例外として Joachim GERHARD, Lehrbuch des Familienrechts, 1. Aufl., München/Berlin

1964, §34 III, S. 322-323.

- (11) Klaus FROMM, Die Surrogation von Haushaltsgegenständen und ihre Berechtigung im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft: Eine Untersuchung zu §1370 BGB, Kiel 1969; Irene VLASSOPoulos, Der eheliche Hausrat im Familien- und Erbrecht, Schriften zum bürgerlichen Recht, Bd. 80, Berlin 1983.
- (12) D・シロウマーン (鈴木祿弥訳) 『ドイツ家族法』(創文社、一九八六年) Dieter GIESSEN, Familienrecht, 2. Aufl., Tübingen 1997; Joachim GERNUBER/Dagmar COESTER-WALTJEN, Familienrecht, 5. Aufl., München 2006; Thomas RAUSCHER, Familienrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2008.
- (13) Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und Bundesgerichtshofes: Kommentar, 12. Aufl., Bd. 4, 1. Teil, Berlin/New York 1984, §1370 [Franz-Josef FINKEL; Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Kohlhammer-Kommentar, begründet von Hans Theodor Soergel, 12. Aufl., Bd. 7, Stuttgart ua 1989, §1370 [Hermann LANGE; Barbara DAUNER-LIEB/Thomas HEDEL/Gerhard RING (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, Bd. 4, Bonn 2005, §1370 [Urs Peter GRUBER; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2007, Buch 4, Berlin 2007, §1370 [Burkhard THIELE; Georg BAMBERGER/Herbert ROTH (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Bd. 3, München 2008, §1370 [Jörg MAVER; Erman: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 12. Aufl., Bd. 2, Köln 2008, §1370 [Katharina GAMMUSCHG; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Bd. 7, München 2009, §1370 [Elisabeth Koch; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl., München 2009, §1370 [Gerd BREUDERMÜLLER].
- (14) Martin LÖHNIG, Probleme der dinglichen Surrogation am Beispiel der §§1370, 2019 BGB, in: JA 2003, S. 990; Thomas GERGEN, Die „dingliche Surrogation“ im Familienrecht, in: Ad legendum 2009, S. 195.
- (15) RGKK/FINKEL, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 2; Erman/GAMMUSCHG, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 5.
- (16) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 2.
- (17) GIESSEN, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 265; GERNUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 12), §34, Rn. 32;

- RAUSCHER, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 394; Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 2; Staudinger/THIELÉ, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 2; MünchKomm/KOCH, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 2; Palandt/BRUDERMÜLLER, BGB<sup>68</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 2.
- (29) GJESSEN, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 265; GERNUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 12), §34, Rn. 31; RGRK/FINKE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 2; Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 2; AnwK/GRUBER, BGB (Fn. 13), §1370, Rn. 1; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 1; Erman/GAMLLSCHEG, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 1; MünchKomm/KOCH, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 1; LÖHNIG, Surrogation (Fn. 14), S. 993; GERGEN, Surrogation (Fn. 14), S. 196; auch vgl. Staudinger/THIELÉ, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 3-4.
- (30) RGRK/FINKE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 2; Erman/GAMLLSCHEG, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 1. 1) 2) 3) 4) 5) Erman/BARTHOLOMEYCZIK, BGB<sup>3</sup> (Fn. 10), §1370, Anm. 1 2) 3) 4) 5) 6) 7) 8) 9) 10) 11) 12) 13) 14) 15) 16) 17) 18) 19) 20) 21) 22) 23) 24) 25) 26) 27) 28) 29) 30) 31) 32) 33) 34) 35) 36) 37) 38) 39) 40) 41) 42) 43) 44) 45) 46) 47) 48) 49) 50) 51) 52) 53) 54) 55) 56) 57) 58) 59) 60) 61) 62) 63) 64) 65) 66) 67) 68) 69) 70) 71) 72) 73) 74) 75) 76) 77) 78) 79) 80) 81) 82) 83) 84) 85) 86) 87) 88) 89) 90) 91) 92) 93) 94) 95) 96) 97) 98) 99) 100) 101) 102) 103) 104) 105) 106) 107) 108) 109) 110) 111) 112) 113) 114) 115) 116) 117) 118) 119) 120) 121) 122) 123) 124) 125) 126) 127) 128) 129) 130) 131) 132) 133) 134) 135) 136) 137) 138) 139) 140) 141) 142) 143) 144) 145) 146) 147) 148) 149) 150) 151) 152) 153) 154) 155) 156) 157) 158) 159) 160) 161) 162) 163) 164) 165) 166) 167) 168) 169) 170) 171) 172) 173) 174) 175) 176) 177) 178) 179) 180) 181) 182) 183) 184) 185) 186) 187) 188) 189) 190) 191) 192) 193) 194) 195) 196) 197) 198) 199) 200) 201) 202) 203) 204) 205) 206) 207) 208) 209) 210) 211) 212) 213) 214) 215) 216) 217) 218) 219) 220) 221) 222) 223) 224) 225) 226) 227) 228) 229) 230) 231) 232) 233) 234) 235) 236) 237) 238) 239) 240) 241) 242) 243) 244) 245) 246) 247) 248) 249) 250) 251) 252) 253) 254) 255) 256) 257) 258) 259) 260) 261) 262) 263) 264) 265) 266) 267) 268) 269) 270) 271) 272) 273) 274) 275) 276) 277) 278) 279) 280) 281) 282) 283) 284) 285) 286) 287) 288) 289) 290) 291) 292) 293) 294) 295) 296) 297) 298) 299) 300) 301) 302) 303) 304) 305) 306) 307) 308) 309) 310) 311) 312) 313) 314) 315) 316) 317) 318) 319) 320) 321) 322) 323) 324) 325) 326) 327) 328) 329) 330) 331) 332) 333) 334) 335) 336) 337) 338) 339) 340) 341) 342) 343) 344) 345) 346) 347) 348) 349) 350) 351) 352) 353) 354) 355) 356) 357) 358) 359) 360) 361) 362) 363) 364) 365) 366) 367) 368) 369) 370) 371) 372) 373) 374) 375) 376) 377) 378) 379) 380) 381) 382) 383) 384) 385) 386) 387) 388) 389) 390) 391) 392) 393) 394) 395) 396) 397) 398) 399) 400) 401) 402) 403) 404) 405) 406) 407) 408) 409) 410) 411) 412) 413) 414) 415) 416) 417) 418) 419) 420) 421) 422) 423) 424) 425) 426) 427) 428) 429) 430) 431) 432) 433) 434) 435) 436) 437) 438) 439) 440) 441) 442) 443) 444) 445) 446) 447) 448) 449) 450) 451) 452) 453) 454) 455) 456) 457) 458) 459) 460) 461) 462) 463) 464) 465) 466) 467) 468) 469) 470) 471) 472) 473) 474) 475) 476) 477) 478) 479) 480) 481) 482) 483) 484) 485) 486) 487) 488) 489) 490) 491) 492) 493) 494) 495) 496) 497) 498) 499) 500) 501) 502) 503) 504) 505) 506) 507) 508) 509) 510) 511) 512) 513) 514) 515) 516) 517) 518) 519) 520) 521) 522) 523) 524) 525) 526) 527) 528) 529) 530) 531) 532) 533) 534) 535) 536) 537) 538) 539) 540) 541) 542) 543) 544) 545) 546) 547) 548) 549) 550) 551) 552) 553) 554) 555) 556) 557) 558) 559) 560) 561) 562) 563) 564) 565) 566) 567) 568) 569) 570) 571) 572) 573) 574) 575) 576) 577) 578) 579) 580) 581) 582) 583) 584) 585) 586) 587) 588) 589) 590) 591) 592) 593) 594) 595) 596) 597) 598) 599) 600) 601) 602) 603) 604) 605) 606) 607) 608) 609) 610) 611) 612) 613) 614) 615) 616) 617) 618) 619) 620) 621) 622) 623) 624) 625) 626) 627) 628) 629) 630) 631) 632) 633) 634) 635) 636) 637) 638) 639) 640) 641) 642) 643) 644) 645) 646) 647) 648) 649) 650) 651) 652) 653) 654) 655) 656) 657) 658) 659) 660) 661) 662) 663) 664) 665) 666) 667) 668) 669) 670) 671) 672) 673) 674) 675) 676) 677) 678) 679) 680) 681) 682) 683) 684) 685) 686) 687) 688) 689) 690) 691) 692) 693) 694) 695) 696) 697) 698) 699) 700) 701) 702) 703) 704) 705) 706) 707) 708) 709) 710) 711) 712) 713) 714) 715) 716) 717) 718) 719) 720) 721) 722) 723) 724) 725) 726) 727) 728) 729) 730) 731) 732) 733) 734) 735) 736) 737) 738) 739) 740) 741) 742) 743) 744) 745) 746) 747) 748) 749) 750) 751) 752) 753) 754) 755) 756) 757) 758) 759) 760) 761) 762) 763) 764) 765) 766) 767) 768) 769) 770) 771) 772) 773) 774) 775) 776) 777) 778) 779) 780) 781) 782) 783) 784) 785) 786) 787) 788) 789) 790) 791) 792) 793) 794) 795) 796) 797) 798) 799) 800) 801) 802) 803) 804) 805) 806) 807) 808) 809) 810) 811) 812) 813) 814) 815) 816) 817) 818) 819) 820) 821) 822) 823) 824) 825) 826) 827) 828) 829) 830) 831) 832) 833) 834) 835) 836) 837) 838) 839) 840) 841) 842) 843) 844) 845) 846) 847) 848) 849) 850) 851) 852) 853) 854) 855) 856) 857) 858) 859) 860) 861) 862) 863) 864) 865) 866) 867) 868) 869) 870) 871) 872) 873) 874) 875) 876) 877) 878) 879) 880) 881) 882) 883) 884) 885) 886) 887) 888) 889) 890) 891) 892) 893) 894) 895) 896) 897) 898) 899) 900) 901) 902) 903) 904) 905) 906) 907) 908) 909) 910) 911) 912) 913) 914) 915) 916) 917) 918) 919) 920) 921) 922) 923) 924) 925) 926) 927) 928) 929) 930) 931) 932) 933) 934) 935) 936) 937) 938) 939) 940) 941) 942) 943) 944) 945) 946) 947) 948) 949) 950) 951) 952) 953) 954) 955) 956) 957) 958) 959) 960) 961) 962) 963) 964) 965) 966) 967) 968) 969) 970) 971) 972) 973) 974) 975) 976) 977) 978) 979) 980) 981) 982) 983) 984) 985) 986) 987) 988) 989) 990) 991) 992) 993) 994) 995) 996) 997) 998) 999) 1000)
- (12) GERNUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 12), §34, Rn. 31; RGRK/FINKE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 6; Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 8; AnwK/GRUBER, BGB (Fn. 13), §1370, Rn. 3; Staudinger/THIELÉ, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 5; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 3; S. 178; Erman/GAMLLSCHEG, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 2; MünchKomm/KOCH, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 6; VLASSOPOULOS, Der eheliche Hausrat (Fn. 11), S. 52; LÖHNIG, Surrogation (Fn. 14), S. 993 Fn. 50.
- (22) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 14.
- (23) Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 4; MünchKomm/KOCH, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 7; ferner AnwK/GRUBER, BGB (Fn. 13), §1370, Rn. 4; Staudinger/THIELÉ, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 6; LÖHNIG, Surrogation (Fn. 14), S. 993.

- (24) Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 4.
- (25) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 9; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 3; LÖHNING, Surrogation (Fn. 14), S. 994.
- (26) Staudinger/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 9.
- (27) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 9.
- (28) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 9; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 3; Münch-Komm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 8.
- (29) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 10; Staudinger/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 9; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 5; LÖHNING, Surrogation (Fn. 14), S. 994.
- (30) GERHÜBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 12), §34, Rn. 31 mit Fn. 28; RAUSCHER, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 395; RGRK/FINKE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 8; Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 10; ANWK/GRUBER, BGB (Fn. 13), §1370, Rn. 5; Staudinger/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 9; Erman/GAMLLSCHEG, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 3; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 9; Palandt/Bruddenhülter, BGB<sup>88</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 1; LÖHNING, Surrogation (Fn. 14), S. 994; GERGEN, Surrogation (Fn. 14), S. 195.
- (31) GIESEN, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 265; Staudinger/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 12.
- (32) OLG Nürnberg, FamRZ 1964, 297.
- (33) OLG Koblenz, NJW-RR 1994, 516.
- (34) Staudinger/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 9; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 5.
- (35) GERHÜBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 13), §34, Rn. 31 mit Fn. 30; RGRK/FINKE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 13; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 1.
- (36) 後藤 洋 (33) 44 (4) 441-442 後藤 洋, Staudinger/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 15.
- (37) ANWK/GRUBER, BGB (Fn. 13), §1370, Rn. 4; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 4 Fn. 13 a. E.
- (38) FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 19.

- (39) Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 4.
- (40) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 7.
- (41) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 12), §34, Rn. 31; Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 12; AnwK/GRUBER, BGB (Fn. 13), §1370, Rn. 8; Staudinger/THELE (Fn. 13), §1370, Rn. 13; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 6; Erman/GAMLLSCHG, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 4; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 10; Palandt/BruederMüller, BGB<sup>68</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 1; LÖHNING, Surrogation (Fn. 14), S. 994; GERGEN, Surrogation (Fn. 14), S. 195.
- (42) RGK/FINKE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 9; Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 12; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 6; Erman/GAMLLSCHG, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 1.
- (43) RAUSCHER, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 394.
- (44) Staudinger/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 12.
- (45) Staudinger/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 12.
- (46) AnwK/GRUBER, BGB (Fn. 13), §1370, Rn. 8; Staudinger/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 13.
- (47) OLG Nürnberg, FamRZ 1964, 297. 1の裁判例は、本文に掲げたケースにおいて、代償としての調達を認めつつ、  
2。
- (48) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 12), §34, Rn. 31; Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 12  
 は、前掲注(47)に挙げた裁判例の判断を支持しつつ、  
3。
- (49) MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 10 mit Fn. 15に於ては、前掲注(47)に挙げた裁判例の判断は  
 正當であることである。
- (50) 後掲注(51)から(53)までに挙げた文献を参照。これに対し、代償とする意思は不可欠なものではないことを  
 強調するものとして、LÖHNING, Surrogation (Fn. 14), S. 994.
- (51) Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 6.
- (52) GIESSEN, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 265; so wohl Erman/GAMLLSCHG, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 4.

- (83) Staudinger/THIELE, BGB 2007 (Fn. 13), § 1370, Rn. 11; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 10.
- (84) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 12; AnwK/GRUBER, BGB (Fn. 13), Rn. 8; Staudinger/THIELE, BGB 2007 (Fn. 13), § 1370, Rn. 13.
- (85) MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 10; vgl. auch GERGEN, Surrogation (Fn. 14), S. 195.
- (86) BayObLG, FamRZ 1970, 31.
- (87) RAUSCHER, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 395; Staudinger/THIELE, BGB 2007 (Fn. 13), § 1370, Rn. 13. 養親や母はかならずに養子に RGRK/FINKE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 10.
- (88) 後掲注 (85) の (8) の注に添った文獻のなか、GERGEN, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 265; GERHUBER/COESTER-WARTEN, Familienrecht<sup>3</sup> (Fn. 12), § 34, Rn. 31 mit Fn. 31; Ertman/GAMMUSCHG, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 1; Palandt/BRUDERWÜLLER, BGB<sup>68</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 1.
- (89) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 12; ferner AnwK/GRUBER, BGB (Fn. 13), § 1370, Rn. 5. ヲハベト自動車トシテ Rauscher, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 395.
- (90) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 12; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 6; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 10; Löhnig, Surrogation (Fn. 14), S. 994.
- (91) GERGEN, Surrogation (Fn. 14), S. 195.
- (92) Löhnig, Surrogation (Fn. 14), S. 990 und S. 994.
- (93) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 12; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 10; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 3.
- (94) BGHZ 89, 137. 上の判決については、宮本ともみ「離婚後の家具分配 (一) — ドイツ家具令 (HausratsVO) の考察を中心として」新報一〇三卷九号 (一九九七年) 一四八頁。
- (95) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 12.
- (96) Staudinger/THIELE, BGB 2007 (Fn. 13), § 1370, Fn. 6; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 10.
- (97) Löhnig, Surrogation (Fn. 14), S. 995.

- (68) GIESSEN, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 265; RGRK/FINKE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 3; Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 13; ANWK/GRUBER, BGB (Fn. 13), § 1370, Rn. 7; Staudinger/THEILE, BGB 2007 (Fn. 13), § 1370, Rn. 18; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 8; Erman/GAMMUSCHG, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 1 und Rn. 5; MünchKomm/Koch, BGB<sup>1</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 4 und Rn. 10; Palandt/BRUDERWÜLLER, BGB<sup>68</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 2; GERKEN, Surrogation (Fn. 14), S. 195.
- (69) JOACHIM GERNHUBER, Art. Surrogationen, in: Bürgerliches Recht: Ein systematisches Repetitorium für Fortgeschrittene, 3. Aufl., Jus-Schriftenreihe, H. 87, München 1991, S. 468; DAGMER COESTER-WALTJEN, Die dingliche Surrogation, in: Jura 1996, S. 25; vgl. auch DIETER STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz: Ein Beitrag zur „dinglichen Surrogation“ im Privatrecht, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 73, Bielefeld 1972, S. 128; MANFRED WOLFF, Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation, in: Jus 1975, S. 713.
- (70) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 12), § 34, Rn. 31.
- (71) Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 2 und Rn. 8; LÖHNIG, Surrogation (Fn. 14), S. 995.
- (72) RAUSCHER, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 395; Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 11; Staudinger/THEILE, BGB 2007 (Fn. 13), § 1370, Rn. 10; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 7; Erman/GAMMUSCHG, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 4; MünchKomm/Koch, BGB<sup>1</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 10; LÖHNIG, Surrogation (Fn. 14), S. 993.
- (73) 後掲注(74)と(75)に挙げた文献のほか、ANWK/GRUBER, BGB (Fn. 13), § 1370, Rn. 6, など、GRUBER は、無償取得にも BGB § 1370 が適用されると解したうえで、この場合には同条の適用を排除する夫婦間の合意(IV 9)が認められることが多くあることを示している。
- (74) Achim ROLL, Zeitpunkt der Surrogation bei § 1370 BGB, in: SCHIHA 1971, S. 79.
- (75) FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 21. 具体例として、被褥を食卓に変更した。
- (76) もとの家財道具が夫婦の共有に属していたときは、代償としての家財道具も、夫婦の共有に属する。BayOBLG, FamRZ 1970, 31; OLG Koblenz, NJW-RR 1994, 516. 学説も同様に解している。GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familien-

- recht<sup>5</sup> (Fn. 12), § 34, Rn. 31; RAUSCHER, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 396; RGK/FNKE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 3; SOERTEL/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 14; BAMBERGER/ROTH/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 9; LÖHNIG, Surrogation (Fn. 14), S. 994.
- (77) この問題設定については、vgl. ROLL, Surrogation (Fn. 74), S. 78.
- (78) ROLL, Surrogation (Fn. 74), S. 79 und S. 80.
- (79) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 14. 回贈は、GIESSEN, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 265; GERHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 12), § 34, Rn. 33; ANWK/GRUBER, BGB (Fn. 13), § 1370, Rn. 10; STAUDINGER/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), § 1370, Rn. 22; LÖHNIG, Surrogation (Fn. 14), S. 994.
- (80) シドゥルター (鈴木訳)・前掲注 (2) 一六七頁。GIESSEN, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 265; Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 14; ANWK/GRUBER, BGB (Fn. 13), § 1370, Rn. 9; STAUDINGER/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), § 1370, Rn. 21; BAMBERGER/ROTH/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 9; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 5; LÖHNIG, Surrogation (Fn. 14), S. 990-991; GERGEN, Surrogation (Fn. 14), S. 195.
- (18) この設例については、vgl. FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 22.
- (82) ROLL, Surrogation (Fn. 74), S. 80.
- (83) 家政への組入れに言及される場合にも、夫婦の一方が他人から家財道具を調達することなく、自分の家財道具を家政に組み入れたときは、「調達された」の要件を欠くため、物上代位は生じないとされることになる。RGK/FNKE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 11; STAUDINGER/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), § 1370, Rn. 23. また、「その代わりに」の要件については、代償とする意思があるか、事実上代償として指定される必要があると説かれるところもある。BAMBERGER/ROTH/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 6; ERMAN/GAMMELSCHEG, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 4; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup>, § 1370, Rn. 10. しかしながら、この見解は、家財道具が家政に組み入れられなかった場合にのみ、それが代償意思をもって調達されたときは、物上代位が適用されると明言しているわけではない。
- (84) MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 5 [強調水津]. 同旨とみられるのは、GERHUBER, Surrogation (Fn. 69), S. 470.



- (85) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>3</sup> (Fn. 12), §34, Rn. 33; AnwK/GRUBER, BGB (Fn. 13), §1370, Rn. 8 a.F. und Rn. 10; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 9; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 5; GERNHUBER, Surrogation (Fn. 69), S. 470.
- (86) ヲシホ松本<sup>44</sup> LÖHNIG, Surrogation (Fn. 14), S. 994.
- (87) LÖHNIG, Surrogation (Fn. 14), S. 994.
- (88) Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 9; Staudinger/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 23.
- (89) Vgl. FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 24.
- (90) AnwK/GRUBER, BGB (Fn. 13), §1370, Rn. 10; wohl auch LÖHNIG, Surrogation (Fn. 14), S. 994.
- (91) ヲシホ松本<sup>45</sup> ROLL, Surrogation (Fn. 74), S. 79.
- (92) GIESEN, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 265; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 12), §34, Rn. 35-37; RAUSCHER, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 13), Rn. 394; RGRK/FINKE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 14; Soergel/LANGE, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 6; AnwK/GRUBER, BGB (Fn. 13), §1370, Rn. 3; Staudinger/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), §1370, Rn. 16 und Rn. 30; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 14; Erman/GAMMUSCHG, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 6; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 15; GIESEN, Surrogation (Fn. 14), S. 196.
- (93) BayObLG, FamRZ 1970, 31; LG Düsseldorf, NJW 1972, 60.
- (94) OLG Hamm, FamRZ 1998, 1028.
- (95) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 12), §34, Rn. 34 Fn. 34; Bamberger/Roth/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 8 Fn. 30; vgl. auch Erman/GAMMUSCHG, BGB<sup>12</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 6.
- (96) MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), §1370, Rn. 2.
- (97) VLASSOPOULOS, Der eheliche Hausrat (Fn. 11), S. 51.
- (98) VLASSOPOULOS, Der eheliche Hausrat (Fn. 11), S. 51. なお<sup>46</sup> RAUSCHER, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 394; FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 95-96, 100 ひらねば<sup>47</sup> 夫婦の通常の意図は<sup>48</sup> 家財道具を共有とするところであると知られる。FROMM は<sup>49</sup> その根拠として<sup>50</sup> 家令令における共有推定の規定 (HausratsVO 88 II a. F.) を挙げている。この論証の

問題点については、水津・前掲注(3)六八七頁。

- (99) FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 101.
- (100) FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 101.
- (101) STAUDINGER/THELE, BGB 2007 (Fn. 13), § 1370, Rn. 1-2; ferner RAUSCHER, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 394.
- (102) ANWK/GRUBER, BGB (Fn. 13), § 1370, Rn. 1; BAMBERGER/ROTH/MAYER, BGB<sup>2</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 1; VLASSOPoulos, Der eheliche Hausrat (Fn. 11), S. 52.
- (103) VLASSOPoulos, Der eheliche Hausrat (Fn. 11), S. 52 Fn. 14.
- (104) RAUSCHER, Familienrecht<sup>2</sup> (Fn. 12), Rn. 394.
- (105) FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 101-102.
- (106) FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 74-75, 98.
- (107) FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 100.
- (108) GERHARDER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 12), § 34, Rn. 31; MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), § 1370, Rn. 3; FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 99-100, vgl. auch S. 10, 11-12; VLASSOPoulos, Der eheliche Hausrat (Fn. 11), S. 51-52.
- (109) 剰余清算と物上代位の関係について VLASSOPoulos, Der eheliche Hausrat (Fn. 11), S. 50.
- (110) FROMM, Surrogation (Fn. 11), S. 102-103.
- (111) ザクセンシムビルゲル法から、プロイセン一般ラント法を経て、ドイツ民法典にいたるまでの経緯について、水津・前掲注(3)六三二頁も参照。
- (112) Staudinger/Thele, BGB 2007 (Fn. 13), § 1370, Rn. 2 [強調原文]。
- (113) Elisabeth Koch, Die geplanten Neuregelungen des Zugewinnausgleichs, FamRZ 2008, S. 1129, Koch は MünchKomm/Koch, BGB<sup>4</sup> (Fn. 13), § 1370 の執筆担当者と同一人である。
- (114) この改正の全体については、松久和彦「ドイツにおける夫婦財産制の検討(一)〜(三・完)―剰余共同制の限界と改正の動向―立命三〇九号(二〇〇六年)二五九頁、三二三号(二〇〇七年)一三二頁、三一七号(二〇〇八年)三三七頁、同「ドイツにおける夫婦財産制改正の背景と概要」立命三二七・三二八号(二〇〇九年)八三二頁。

- (15) BT-Drucks. 16/10798, S. 14.
- (16) BT-Drucks. 16/10798, S. 14.