

権利の体系の定礎者カント
——私法理論のパラダイムの転換点——

筏津 安 恕

目次

はじめに

第一章 問題の所在

一 『人倫の形而上学』登場の法史的コンテクスト

二 従来の研究の動向

三 カントの法学的課題

第二章 権利の本質とその哲学的基礎の解明

一 法史のなかでの私法第一章の特異性

二 法的占有について

三 実践理性としての意志 *Willie* と経験的意思としての *Willkur*

四 カントの権利論

第三章 理性法としての権利の体系の成立

- 一 物権的対人権について
 - 二 権利概念の再編統合の試み
 - 三 物権と債権の峻別について
 - 四 契約の締結モデル
 - 五 契約理論中心の体系の解体
 - 六 権利の体系とパンデクテン体系との関係について
- 結論 法的思考原理の革命家としてのカント

はじめに

ドイツ観念論の法哲学、とりわけカントとヘーゲルの哲学的法論は、ヨーロッパ法史のなかで、自覚的にどのような位置を占めようとしたのか。彼らの法理論は、同時代の法学に対してどのようなメッセージを発していたのか。意外なことに、これらの問いに対する解答を従来の研究史のなかに見いだすことは、きわめて困難である。なるほど、カントの一九世紀の法学に対する影響は、それなりに指摘されてきた。けれども、啓蒙期自然法論との関係で、かれの法理論がなにをなしたのかは、明らかではない。

カントやヘーゲルは、時代の法学的課題とはまったく無関係に、彼らの哲学を法の分野に応用することに専念し

たわけでもなければ、フランス革命のインパクトのもとで、無から有を創造するような法理論を展開できたわけでもない。彼らは、時代の法学的課題に対して、彼らなりの解答を与えていると理解するべきではないか。

本稿では、『人倫の形而上学』（二七九七年）の私法理論を対象をしぼって、カントが当時の法学的課題に対して、どのような解答をあたえているのか、という問題を検討してみたい。この問題を検討するにあたっては、つぎのような観点を主導的観点とする。すなわち、哲学研究にしばしばみられる方法とは逆に、批判哲学の法理論への適用は、決してカントの目的ではなく、みずからの引き受けようとした当時の法学的課題を解決するための手段にすぎないとみるのである。わたしのカントの法理論の研究は、哲学内在的な研究とフランス革命を意識した歴史的研究から区別して、法史的研究と特徴づけることができる。

この考察を進めるためには、彼らの法理論の内在的理解を必要とするが、さらにもう一歩進めて、その理解を時代の法学的課題と関係づけることを必要とする。当時の法学的課題と彼らの法理論の特徴を関係づけることができる場合には、はじめ彼らが引き受けようとした法学的課題を推論することも可能となる。わたしは、決して時代の法学的課題から一方的にドイツ観念論の法理論を特徴づけるつもりもない。わたしがはじめに強調しておきたいことは、ドイツ観念論の法理論の内在的理解という観点を確保したうえで、その理解を当時の法学的状況と関係づけて、彼らの引き受けようとした法学的課題を推論し、さらにその観点からもう一度、彼らの法理論を読み解けるかということを検証しなければならないということである。

義務の体系から権利の体系への転換、さらにはローマ法の *Institutiones* 的体系配列からドイツのパンデクテン的体系配列への転換という二つの基準を設定し、これを準拠枠として私法理論のパラダイム転換というのであれば、カントは、私法理論のパラダイム転換にとって決定的な役割を引きうけようとしたようにみえる。検討の結果として、

カントは、哲学において思考原理の革命家として現れたとのまったく同じ意味で、法的思考原理の革命を遂行したということが明らかになるはずである。

第一章 問題の所在

本稿のテーゼはつぎのようなものである。カントは、当時の法学的課題を引きうけて、啓蒙期自然法論の義務の体系を権利の体系に転換した。このことが、啓蒙期自然法論の *Institutiones* に定位した体系を、ドイツ的パンデクテン体系へと転換するための決定的な条件を準備することになった。

一 『人倫の形而上学』登場の法史的コンテキスト

カントの法哲学が一九世紀のドイツ近代法学へとおよぼした影響、とりわけ形式的自由倫理を基礎とした諸概念が一九世紀のドイツ近代私法学の形成にとってきわめておおきな影響をおよぼしたことは、比較的よく知られていた。しかし、カントの法哲学は、その時代に対して、どのようなメッセージを発しようとしたのか、法史におけるどのような寄与をなそうとしたのか、これらの問題は、いまだ明確な解答をえていない。⁽⁴⁾ カントの法哲学は、その時代のどのような法学的課題を引き受けようとしたのか、これが問題である。かれの呈示した私法理論の意義を理解しようとするれば、その哲学的営為を法史のコンテキストのなかに置き入れて、検討してみる必要がある。

カントの前提とすることのできた著名な近代的私法理論の体系は、グロチウスを基本的に受け継ぎながらも、義

務の体系として、私法理論を独創的に体系化したプーフエンドルフの体系、フランスではドマとポティエの体系があり、ドイツでは、トマジウスとヴォルフ学派の自然法的著作（カントが自然法講義で教科書として採用したアツヒェンヴァルの著書もふくむ）があった。彼らは、見通しのききにくいローマ法の素材を改良しながら、「人間の自然」の分析によってえられた新しい構成原理にもとづく私法体系を樹立していた。ロックにも、新しい私法理論の端緒は示されている。

プーフエンドルフの私法理論が、ヨーロッパがはじめてもった近代的な私法体系だとすると、プーフエンドルフの『自然法と国際法』（一六七二年）の出版されたあと、それを起点としながらも、二〇年もたない一六九〇年頃に、各国があいついで独自の法文化を開花させはじめたことになる。その後、ドイツでは、ヴォルフとその学派が強い影響を及ぼして、ドイツの個性豊かな私法理論の形成への端緒を切り開いていった。カントの法学的素養も基本的にヴォルフ学派の自然法に由来する。

ドイツでは、プーフのパンデクテン体系の構想も一七八九年には出版されている。一七九四年には「意思表示」という章をもつ最初の法典、プロイセン一般ラント法が公布され、一八〇四年には、フランス民法典が、一八一一年には、オーストリア一般民法典も制定される法典編纂の時代を迎えつつあった。この状況において浮上した法学の理論的課題は、体系の構成原理と体系配列の選択問題であったといえよう。しかも、パンデクテン体系への傾斜を決定的にしたとされるハイゼの体系構想（一八〇七年）は、まだ出版されていない状況であった。『人倫の形而上学』は、ドイツの個性の輝く私法理論の誕生の局面で出版されている。

このような時代状況から、いくつかの当時の法学の課題が浮かびあがってくる。一つには、一八世紀末頃には、権利概念の本質を言い当てるという課題が浮上しつつあった。これは、総則を構成するうえでも、権利の体系を構

成するうえでも、きわめて重要な課題であった。もう一つには、ローマ法の *Institutiones* の体系に強く依拠した啓蒙期自然法論の私法理論の体系から、総則、物権法、債権法、家族法、相続法よりなるドイツ的パンデクテン体系への転換のための努力が開始されはじめた時代であった。⁽⁷⁾ これらの課題が、時代の法学の課題となりつつあった。ここには、義務の体系を権利の体系に転換すると同時に、*Institutiones* に依拠した体系をドイツ的パンデクテン体系に転換するという課題が存在した。⁽⁸⁾ 転換というよりも、形成というほうが正確である。ドイツで成立したパンデクテン体系の配列も、当時の状況においては、決して現在理解されているほど自明なものではなかった。『人倫の形而上学』の登場した時代は、ローマ法を現行法とみて、それを現代化するために、見通しのきく体系に再編統合するための方法が模索された時代であった。

時代はまさに、ローマ法の訴権の体系から、啓蒙期自然法論の義務の体系をへて、新しく権利の体系を問題としてみはじめていた。カントは、新しい時代のための法学的課題に無頓着に法理論を構成することができただろうか。カントがこれらの時代の法学的課題を引き受けようとしたと想定すること自体、当然のことと考えられるし、従来の研究にはこのような観点が欠けているのであるから、なおさら検証の必要な課題である。

二 従来の研究の傾向

カントが自覚的に引き上げたと思われる法学的課題は何か、という問いに対する満足のいく解答を従来の研究のなかに見いだすことはむずかしい。カントが、みずから確立した批判哲学を法論の形而上学に及ぼそうとしたというような見解をいくらか読んでみても、この問題の解答はえられない。歴史的コンテクストのなかにおいて、フラン

ス革命のインパクトのもとで、カントは新しい私的所有秩序を正当化しようとしたのだという有力な見解もあるにはあるが、この見解も、カントが当時の法学的課題をどう受け止めて、どう解答したのかという問題には答えていない。この見解は、なるほどカントの一部の課題を歴史的コンテキストにおいて言い当てているが、法史的コンテキストを失っているのみならず、私法理論の構成の仕方におけるカントの意図を読み誤っている。所有権概念を不当に拡大してもちいるという内在的解釈上の欠陥もある。プロイセン一般ラント法と『人倫の形而上学』の関係もあるにはあるが、この観点から法理論におけるカントの意図を読み解くには、視野が狭すぎて不適當である⁽⁹⁾。

このような法史的コンテキストを失った研究が主流をなす状況においては、カントがどのような法学的課題を引き上げ、どのようにその課題を解決したのかということが見えてこない。カントのようにきわめて問題設定の明確な哲学者の著作を理解するためには、カントがその私法理論においてなにをしようとしたのか、ということを確認化する必要がある。わたしは、カントの対抗理論として、啓蒙期自然法論を想定するべきだと考える。ローマ法の訴権の体系を義務の体系へと転換した啓蒙期自然法論を対抗理論として、カントが新しい権利の体系を構築するという課題を引き上げたとしたらどうか。カントは、法的思考原理の革命家として現れることになる⁽¹⁰⁾。

カントが私法理論において引き上げた課題がこのようにみえにくいのは、いくかの理由があるだろう。『人倫の形而上学』は、出版直後から酷評にみまわれ、書きためられた原稿をつなぎあわせたものという意味でのパッチワーク説や老衰説にみまわれた結果、哲学研究の領域ではマージナルな領域に押しやられてしまい、ともに相手にされなかった。同書がともに研究されはじめたのは、二〇世紀も二〇年代の後半になってからのことであつたといわれる⁽¹¹⁾。もう一つ重要な理由は、啓蒙期自然法論の私法理論の研究が十分な成果をあげていなかったことにある。啓蒙期自然法論の私法理論は、もっぱら所有権制度の導入に関する部分的な研究に限定されて

いたために、理論の全体像を正確に特徴づけるということが行われてこなかった。カントの意図を理解しようとするれば、カントの対抗理論の性格を知る必要があるのに、この研究が欠如していたために、カントの私法理論の特徴をとらえにくい状況があった。

現在では、『人倫の形而上学』の全体像を解明する研究が日本で現れた。現在われわれが手にすることのできる最良の研究は三島淑臣の研究（『理性法の成立の時代』、成文堂一九九八年）である。ほとんど体系内在的な研究に限定されているが、カントの私法理論の体系の全体像をこれほど明快に説明した研究は他にない。この研究は、カントの私法理論の研究史の不幸を克服する大いなる一步を踏み出した。だが、この研究は、法史の観点からは重要どころが強調されていなかったり、法史のコンテキストをはずした理解を示しているところもある。カントの私法理論を所有権概念を中心として理解することに、わたしは反対であるし、カントの契約理論の重要な意義が強調されていない。そこで、『人倫の形而上学』を法史のコンテキストに置き入れたうえで、カントの引きうけたと思われる法学的課題との関係で、カントの私法理論を理解するという、新しい試みさせざるをえなくなった。

三 カントの法学的課題

カントが引きうけたと思われる法学的課題は、私法の第一章「外的なものを自分のものとして、もつ仕方について」に示されている。私法理論の体系構成上、まずこの章の特異性が注目されるべきである。この章は、啓蒙期自然法論の体系との比較においては、新しくつけ加えられた章であって、きわめて特異な性質をもつのに、このことがほとんど注目されていない。この章の内容は、ヴォルフまでの啓蒙期自然法論の著作のなかには、まったく含

まれていない。体系上の配置が特異だということは、カントが意図的にそうしていると読まなければなるまいが、従来の研究にはその説明がまるで欠けている。この傾向はドイツでは一般的で、とりわけ、ケルステンゲンが代表的な議論を展開しているが、所有権論という観点から、私法の第一章と第二章を連続的に読み、第一章の特異性を理解していない。³³⁾

わたしは、第一章は、啓蒙期自然法論の義務の体系を権利の体系へと転換するための基礎理論を展開している章であって、権利概念の本質とその哲学的基礎を説明することを目的として理解する。そこでは、たしかに「法的占有」という概念を手がかりとして議論が展開されているけれども、「広義の私的所有権」を正当化するということが問題ではなく、権利の本質とその哲学的基礎を説明することを課題としている。この章の内容は、啓蒙期自然法論の義務の体系を根こそぎにするという目的をもっている。³⁴⁾そこでは、啓蒙期自然法論の他律的意思を自律的意思へと転換したところで、権利の体系を構築するための基礎理論が展開されている。権利概念は、啓蒙期自然法論のように義務概念をもちいることなく、実践理性としての意志 *Willie* 概念を規定根拠とする意思 *Willku* 概念をもちいて規定されている。哲学的基礎をもつ権利の体系は、法史のコンテクストにおいては、カントがはじめて確立したものである。

つづいて第二章は、権利概念の一般的規定を前提として、権利のカテゴリー区分と、それぞれの権利の取得の仕方を説明することを課題としている。ここでは、義務の体系の枠内で啓蒙期自然法論が展開した主要な論点が、すべて権利の体系のなかで再構成されている。カントの私法理論の体系は、まったく新しい自律的意思を体系の構成原理とした権利の体系として呈示されている。カントが『人倫の形而上学』で企てたことは、啓蒙期自然法論を対抗理論と想定してみると、まさしく法的思考原理の革命であった。その革命性は、義務の体系を権利の体系に転換

したばかりではなく、権利の体系からなるドイツ的パンデクテン体系の形成にとって、決定的な役割をはたすところにおよんでいる。カントの法理論は、私法理論のパラダイム転換を引き起こすための理論の急所を解決していた。

第二章 権利概念の本質とその哲学的基礎の解明

本章の課題は、きわめて単純である。『人倫の形而上学』法論第一章が権利概念の本質とその哲学的基礎を解明するために書かれた章であることを解明すれば足りる。

一 新しくつけ加えられた私法第一章

法論第一部「私法」第一章「外的なわたしのもの、あなたのもの一般について」に相当する章が啓蒙期自然法論の著作には見あたらないという意味で、第一章は、きわめて特異な章である。『人倫の形而上学』の理解においては、まずこの第一章のこの特異性が注目されなければならないし、コンテキストにそくして第一章と第二章の関係も明快に説明される必要がある。

第一章の体系的位置を確認することからはじめよう。全体的コンテキストのなかでは、第一章の直前には、法概念の定義、Rechtの概念の上下位区分が示されている。カントは、法論への導入部で、有名な法概念の定義をおこなっている。法概念は、「ある個別意思が普遍的法則にしたがってともに結合されうるための諸条件の総体」(V1230)⁽⁴³⁾

だと定義されている。客観的にみれば、人々の共存を可能とする諸条件の総体が法だということができし、個別意思の側からみれば、普遍化可能な仕方での行為の準則の総体だということがきる。この法概念は、ホップズのよに権力作用を前提とするような法概念でもなければ、ヨーロッパ大陸の啓蒙期自然法論のように人間の自然的本性の分析から導かれるような法概念でもない、理性法的な法概念であるところに特徴がある。

カントは、つぎに *Recht* の概念を二つにわけける。これは、現在の常識では、法 *objektives Recht* と権利 *subjektives Recht* の区分に対応する。自然法と実定法を下位区分とする法概念と「内的なわたしのもの、あなたのもの」「内的なわたしのもの」と略記）と「外的なわたしのもの、あなたのもの」（「外的なわたしのもの」と略記）を下位区分とする権利概念とである。権利概念としての「内的なわたしのもの」は、自由を意味する。これは、私法の対象から除外される。第一章は、権利概念としての「外的なわたしのもの」の考察をおこなう。カントのコンテクストからいえば、「外的なわたしのもの」はあきらかに権利概念を意味している（VI:237）。第一章の課題は、権利概念の本質とその哲学的基礎を説明することにあるのであって、「広義の所有権の正当化」という目的のために書かれているわけではない。

第一章の特異な性格を読み解く鍵は、啓蒙期自然法論との対決という観点から与えられる。この問題に対するわたしの見解は、つぎのようなものである。カントは、啓蒙期自然法論の義務の体系を権利の体系へと転換するという明確な自覚をもっていた。第一章は、この課題を遂行するための一般理論を構築するという重要な役割を与えられている。この課題は、権利概念を実践理性としての意志 *Willie* と経験的意思 *Willkür* という概念をもちいて規定することによって遂行される。この仕事においては、啓蒙期自然法論も、義務の体系の構成のために、意思概念に重要な役割を与えていたから、基礎理論の点でも、カントは啓蒙期自然法論を根こそぎにする必要があると考えて

いた。第一章の体系構成上の必要性と特異性は、啓蒙期自然法論との対決という観点から、明確に浮かびあがってくる。

ブーフエンドルフの義務の体系は、『義務論』第一巻⁽¹⁷⁾によれば、つぎのように構成されている。健全な理性と意思をもつ人格の行為とそれに対する帰責論が最初に展開される。人格の意思は、事態の理性的認識を前提としたうえで、義務に準拠して行為するべく義務づけられる⁽¹⁸⁾。この行為論においては、行為が準拠するべき義務が、あらかじめ規定されている必要がある。意思は、義務に準拠しなければならぬ。義務は、実定法と自然法によって与えられる。自然法的義務は、神に対する義務、自己に対する義務、相手に対する義務に区分される。私法理論は、相手に対する義務の箇所で開催されている。相手に対する義務は、合意（契約）を中心に構成される。合意を形成するにあたって、意思は自発的であり、どのような義務を自分に課すかということにおいては自由だが、合意を形成するためのルールや形成された合意を解釈するためのルールが義務論的⁽¹⁹⁾にあらかじめ規定されている。この体系は、全体としては、カントの観点からいえば、自律の原理ではなく、実質的な義務規範を前提とする他律の原理が支配している。

契約理論⁽²⁰⁾ (pactum, promissio, contractus をふくむ) は、合意自体の効力をいかに確定するかということを主要な課題としている。この理論は、当事者の意思が特定できない場合でも、合意の効力を、客観的基準にしたがって確定することができるように構成されている。究極的には公共善、その他にも、自然法、契約の目的、契約の本性、*aequalitas*、社会的評価、さらには、行為状況にいたるまで、裁判官が合意の内容を客観的、合理的に確定するための基準を呈示している⁽¹⁹⁾。この意味で、この私法体系は、義務的行為を基礎とした契約理論中心の体系だと評することができる。

ヴォルフは、プーフエンドルフの義務の体系を理論枠組みとしては受けいれている。しかし、プーフエンドルフの契約理論を實質的には変質させており、契約正義、所有権の移転原則、契約の締結モデル、契約の解釈理論などにヴォルフのなした変更のあとを見いだすことができる。⁽²⁰⁾ 全体的には、ヴォルフはプーフエンドルフの場合よりも個人主義化の傾向を強めているが、カントとの対比においては、プーフエンドルフとの共通性のほうに注目するだけである。

これらの義務の体系において、権利は、自己と他者の完全化義務を遂行するための手段、あるいは義務の反射とみられる傾向にあった。権利概念は、それ自体として、積極的な規定根拠をもっていなかった。このような状況なかで、カントが登場する。カントは、実践理性としての意志を究極の規定根拠とする意思の概念をもちいて、つぎの主たる戦場を法学の分野にもとめたのではない。一つの明確な課題は、権利概念の本質とその哲学的基礎を説明して、自律的意思を体系の構成原理とする権利の体系を構築することにあつたのではない。

ローマ法の訴権の体系、啓蒙期自然法論の義務の体系は、カントにとつては、当然の了解事項に属していたことのはずである。このような法史のコンテクストを背景においた場合に、カントの私法第一章「外的なわたしのもの」の狙いはじめて明らかとなる。カントは、法理論の領域においても、権利の体系を構築する革命家を自負していたのではない。カントは、実践理性として意志 *Willie* を規定根拠とする意思 *Willie* の概念によって、自律的意思にもとづいて権利概念を規定しており、このことが法史のコンテクストにおける最大の功績なのである。カントは、このことを、私法第一章「外的なわたしのもの」の章で説明しようとしている。この章では、「法的占有という事態」を手がりとして、権利概念の本質を説明している。

二 法的占有について

すでに述べたように、法論の第一章が、法史のコンテキストからいっても、カントの理論展開のコンテキストからいっても、権利概念をあつかっていることは明白である。カントにおいては、権利 *subjektives Recht* と法 *objektives Recht* を用語として区別するという習慣は成立していないから、細心の注意をはらって識別し、この区別のうえで議論が展開されていると読まなければならない。

私法第一章「外的なわたしのもの」は、法的占有という概念を中心として議論がすすめられているが、カントの理論展開をよくみれば、かれの議論の中心は、法的占有という事態を手がかりとして、法的占有とはどのようなことを本質としており、どのような哲学的基礎をあたえることができるか、ということにつきる。その結論が、法的占有とは、人格と対象との間に意思的結合が成立している、しかもその意思的結合が万人によって承認されているということなのである。カントは、法的占有という概念が本質においては権利概念と交換可能だという結論を引きだしたのである。カントのこの革命的成果は、サヴィニーの熟知したところである。サヴィニーは、カントの発明品を経験的理論の世界へと翻訳し、カントの成果に「意思支配」という術語をつけ加えるだけでよかった。

三 実践理性としての意志 *Wille* と意思 *Willkür*

カントの権利概念の基礎理論を理解するために、意志と意思の概念の内容を確認することからはじめたい。カントは、『人倫の形而上学』冒頭の「人倫の形而上学への序論」において、意志 *Wille* 活動の根源的原動力となる「概

念にしたがう欲求能力（任意にふるまう能力）を手がかりとして、純粹実践理性としての「意志 *Willie*」と經驗的「意思 *Willkür*」およびそれらの相互関係を規定している。意志と意思とは「概念にしたがう欲求能力」にふくまれる。カントの規定によれば、「概念にしたがう欲求能力とは、それを行為へと規定する根拠がそれ自身のなかに見いだされ、客体のなかに見いだされなかりで、任意にふるまう能力」といわれる。この欲求能力のうち、「客体を算出する行為能力の意識と結びついている」ものを、意思 *Willkür* という (VI.213)。つまり、經驗的意思とは、現実になにかを産みだそうとする意識と結びついた限定的な実践理性の能力にはかならない。

これに対して、実践理性としての「意志」は、対象の実現といった外的な原因によって拘束される行為能力ではない、という理由で、經驗的意思から区別される。積極的には、実践理性としての意志とは、「欲求を規定する根拠が行為主体の内的な理性のうちのみ見いだされる欲求能力」のことである (VI.213)。意志は、みずからの規定しうる他の規定根拠をもたず、自律的にこのような規定根拠を形成することのできる実践理性にはかならない。ここには、啓蒙期自然法論の他律的意思を自律へと転換する決定的なポイントが示されている。

そして、実践理性としての「意志」と經驗的な「意思」との関係は、「意志」が「意思」を規定する関係にある。そもそも、純粹実践理性は、「經驗的意思の客体を捨象しつつ經驗的意思に適用されるものとして、原理の能力「立法能力」であり、法則の実質を欠いているのだから、意思の格率が普遍的法則になりうるという形式そのもの以外のなものをも、意思の最高の法則および規定根拠とすることはできない」 (VI.214)。

すなわち、經驗的意思は、「それが普遍的法則となりうるという条件」のもとにあるかぎりで、純粹実践理性の働きによって、意志とよばれるのである。そのかぎりでは、「經驗的意思は、それが純粹理性によって規定される場合には、自由な意思とよばれる」 (VI.213) わけであり、この經驗的な意思、純粹実践理性としての意志と

完全に一致することになる。経験的な意思は、純粹実践理性を規定根拠とすることによって、はじめて自由だとみなされる。

この「意志」と「意思」の概念は、道徳法則一般のために重要であるが、とりわけ法論にとって、重要である。万人が実践理性としての「意志」にしたがって行動するようなことがあるとしたら、強制の権能と結びついた法など考える余地がない。法概念は、経験的意思をもちいて規定される。「法とは、ある人の経験的意思が他の人の経験的意思と自由の普遍的法則にしたがって結合せられるための諸条件の総体である」。ここには、普遍的法則にしたがうかぎりでの経験的意思の自由と、各人の外面的な合法的行為を通じて、法が各人の共存可能性を確保するための条件だということにポイントがある。

カントは、随所で実践理性としての意志と経験的意思の明確な区別を前提とした理論を構築している。カントの法論の急所ともいべき権利の本質も、自律的意思によって規定されている。

四 カントの権利論

カントは、「法的な占有」という概念によって、「権利の本質」のことを考えている。人格と対象との間に意思的な結合関係があつて、その結合関係を万人が承認するべき場合に、「法的な占有」があり、このような人格と対象との意思的結合関係は、端的に権利とよぶことができる。このことをカントのテキストにそつて確認しておきたい。

私法第一章の冒頭には、この章の趣旨が明確に述べられている。「法的なわたしのものとは、かりに誰か他の人がわたしの同意なしにそれを使用することがあるとすれば、そういう使用がわたしを侵害することになるといふよ

うにして、わたしが結びついているところのものである」(VI:245)⁽²¹⁾。法的なわたしのものというためには、わたしと対象とを結びつけるものがなければならぬ。この結合関係を説明することがカントの当面の課題である。

そして、カントは、「法的なわたしのもの」といえるための条件を、呈示する。主観的な条件は、「法的な占有」であり、客観的な条件は、その「法的な占有」の「すべての他者による承認」である。前者は、「物理的占有」と対比されて、対象とわたしとの純粋な意思的結合関係を表すのに対して、後者は、「法的な占有」の排他性の根拠を基礎づける。この二つの側面を総合的に説明したところに、カントの権利概念の真骨頂がしめされている。

カントは、「法的なわたしのもの」を論じるために占有 *Besitz* という概念をもちいて、*Eigentum* という概念を一切使用していない。使用されているのは、ドイツ語の *Besitz* とラテン語の *habere*、*possessio* だけである。*Eigentum* は、第二章ではじめて登場する。このことは、銘記しておく必要がある。⁽²²⁾

カントは、「使用一般の可能性の主観的条件」である「占有」概念 (VI:245) を手がかりとして、「法的なわたしのもの」法的な占有」という事態を描きだしている。占有概念は、二種類の系列に分けられる。「法的な占有」の言い替えとしては、「可想的占有」、「純然と法的な占有」、「理性的占有」、「本体的占有」、「知性的占有」、「非物理的占有」といった概念があてられている。「経験的な占有」の言い替えとしては、「感性的占有」、「物理的占有」、「所持をともなう占有」、「現象的占有」といった概念があてられている。「法的なわたしのもの」といえる事態は、経験的占有とは関係なく、法的な占有によって確保される。問題は、その根拠である。

「法的なわたしのもの」を確定するための一つの候補として、「物理的占有」の有無を挙げることもできよう。たしかに、経験的に考えれば、「法的なわたしのものとはなにか」という問いに対しては、「物理的に占有していること」、「物理的に勢力圏内においていること」と答えることができそうである。ところが、これは、カントの呈示

した「法」概念に矛盾する。物理的占有は、自由の普遍的法則に照らして、他者の自由と両立可能な「占有」のみならず、両立不可能な「占有」、他者の自由を侵害することなしには成立しえないような（不法な）占有や自分のものとしてもつのではない単なる所持をもふくみうる。「法的なわたしのものとはなにか」という問いに対して、物理的占有と答えるわけにはいかない。物理的占有は、他者の自由を侵害する物理的占有や単なる所持もふくみうる。物理的占有は、「法的なわたしのもの」といえるための必要十分な条件をみたしていない。

「法的なわたしのものとはなにか」という問いに対する答えは、もう一つの可能性として、「法的占有」を挙げることができる。しかし、法的占有とはなにか、それはどのような条件のもとで可能なか。法的占有は、意思と外的対象の關係に注目することによって、理解可能となる。「わたしの意思のあらゆる外的対象をわたしのものとしてもつことは可能である」(VI.26)。たとえ外的対象とわたしとの間に目に見える結合關係がないにしても、意思の作用のみによって、外的対象を自分のものとすることはできる。これは、外的対象の意思支配は可能だとしても同じことである。わたしが、ある外的対象をわたしのものにしようとする意思をもち、かつその意思が普遍的法則に照らして、何人の自由とも両立可能であれば、それは「法的なわたしのもの」だということではある。

では、外的対象とわたしとを意思の作用のみによって結合することが可能であるとして、そのような結合、法的占有が可能だとする根拠はなにか。その根拠は、「可想的占有」(VII.1)を想定することができるということにある。自由の普遍的法則に照らして、他者の自由と両立しうる外的対象の意思支配のみが、法的な占有とよばれる。外的対象とわたしの關係が意思によって結合可能であるのは、可想的占有ということを考えることができるからである。それは、純粹実践理性性としての意志による主体と対象との結合關係のことである。

しかし、わたしの意思と外的対象との結合關係だけを問題とするのであれば、外的な対象を経験的意思によって

わたしのものとしてもつ可能性が開かれるにすぎない。このことの根拠は、「可想的占有」に求められていたが、これによつては、わたしのものをもつということの主観的条件が確保されるだけのことである。それには、なお客観的条件がつけ加わらなければならない。カントは、この問題に対しては、実践理性のア・プリアリな要請によつて対処している。「わたしの意思のすべての対象を、客観的に可能なわたしのものおよびあなたのものともみなし、かつそういうものとして取り扱うことは、実践理性の一つのア・プリアリな前提である」（VI246）。

わたしの意思支配の外的対象をわたしのものともみなし、そう扱うことは、実践理性の要請だという。わたしの意思支配の外的対象をわたしのものともみなすこと自体は、自由の普遍的法則からでも導くことは可能である。他者の自由を侵害しない、他者の自由と両立可能な外的対象の意思支配を、法的なわたしのものということは可能である。ところが、それからは、わたしの法的占有を侵害しないように、他者を拘束する権能を引き出すことができない。実践理性の許容法則は、このことを基礎づけるために要請された。

この実践理性の要請が、「法的なわたしのもの」の客観的条件を確保している。すなわち、わたしの意思と外的対象の関係に加えて、すべての他者という観点が導入されている。「客観的」という先の引用文の言葉がそれである。「法的なわたしのもの」は、外的対象とわたしの意思の関係だけでもとづくのではなく、「すべての他者に、ある拘束性を課する権能」（VI247）をあたえる法則が、実践理性の許容法則と呼ばれている。カントは、許容法則によつて、法的占有の排他的性格を基礎づけた。²³

カントが最後に取り組んでいる問題は、「ア・プリアリな総合的法命題はいかにして可能か」という問題である。「経験的占有に関するア・プリアリな法命題は分析的である」。この命題で語れることは、せいぜい特定人（わたし）の占有が適法かどうかという判断だけであり、一般性をもたない。これに対して、外的な対象の意思支配が可

能であるということについての、経験的諸条件を捨象したところで成立する命題は、外的なわたしのものを一般的に必然的なものとして確定するがゆえに、総合的である。問題は、このような命題がいかにして可能かということであり、これが理性の課題だという。そして、実践理性は、「いかなる直観をも、ア・プリアオリな直観をすらも必要とすることなしに、自由の法則から与えられた機能もちいて経験的な諸条件を単に脱落させることによって、みずからを拡張するのであり、かくしてもろもろのア・プリアオリな総合的法命題を定立しうるのである」(VI255)。

経験的制約を超えて一般性をもつ法命題を確立することが理性の仕事であり、理性は、自由の普遍的法則に由来するすべての他者を拘束する機能もちいて、経験的制約を超える。本体的占有に関するア・プリアオリな総合的法命題は、すべての他者の占有を侵害しない外的対象の占有であって、すべての他者が侵害しないように拘束される占有であること、という二つの要素からなり、かくして一般性を確保することができる。

ところで、カントは、「法的な占有」という概念と「権利」概念の関係をどのように考えているのだろうか。より踏み込んでいえば、実質的に権利概念のことを論じているにもかわらず、なぜ第一章を権利概念の本質、第二章を権利のカテゴリー区分と取得の方法というような表題にしなかったのか。

『純粹実践理性批判』との対比で、カントが当面の議論の特徴を示そうとしている箇所が注目し値する。「超越論的分析論では、諸事物の本性の理論的認識、およびこの認識の達しうる範囲が理性にとって問題であったが、ここでは、自由の諸法則にもとづいて意思を実践的に規定することが理性の仕事であって、対象が感官によって認識されるものか、あるいはまた単に純粹悟性によって認識されるものかは、もはや問題ではなく、その権利とは、自由の諸法則にもとづいて規定された意思についての、こういう純粹な実践理性概念だからである」。それゆえ、「あれこれの対象に対してある権利を占有しているというのは正当ではなく、むしろ、そういう対象を単に法的に占有

しているというのが望ましい。というのは、権利はそれだけである対象の知性的占有であるが、占有を占有するということは、無意味な表現であろうからである」(VI249)。

ポイントは、権利概念が「自由の諸法則にもとづいて規定された意思」についての、すなわち不法な要素を一切ふくまない、純粹な実践的理性概念だということにある。権利という概念自体が、ある対象に対する法的占有を意味している。カントが「権利はそれだけで対象の知性的占有」だというのは、このことをのべたものである。このかぎりでは、カントは「法的占有」と「権利」とを互換可能だと認識している。権利概念を意思によって規定したあとでは、権利概念と対象の意思支配を意味する法的占有は同義語なのである。カントが、「権利を占有する」という用語法を不当だとしているのも、「権利」概念が、すでに対象を法的に占有していることをふくんでいるからである。カントが私法の第一章で「権利」を正面にだしていないのは、おそらくこのことと関係している。「権利」概念は、第一章の結論として述べられるべきことであり、分析の最初にあるべきものではない。権利概念は、決して自明視されるものではなく、認識可能根拠が示されなければならなかった。

カントは、権利の認識可能根拠を超越論的に基礎づけた。権利概念は、究極的には、経験的意思によってではなく、純粹実践理性としての意志概念によって規定されたのである。経験的意思による対象の占有が、自由の普遍的法則にしたがって他の何人の自由をも侵害しないような場合に、実践的理性としての意志による占有となるのである。このような占有が、法的占有なのである。

以上が、カントが啓蒙期自然法論の義務の体系を権利の体系へと転換するために必要とした、権利概念の基礎理論である。法的占有ということの本質は、他者の自由を侵害しない、人格と対象の意思的結合である。権利概念は、他律的意思ではなくして、自律的意思を哲学的根拠とする。権利概念は、義務という概念とは無関係に、規定され

た。これを基礎として、カントは私法の体系を権利の体系として構築する。これが、私法論第二章の課題となる。

第三章 理性法としての権利の体系の成立

私法第一章の狙いは、権利概念の本質とその哲学的基礎の解明にあった。このことを理解すれば、第二章のカントの課題は容易に理解しうる。第二章で論じられている内容は、啓蒙期自然法論の私法体系の中心にある問題をすべて取りあげて、権利の体系のなかに再統合することに主眼がおかれている。私法第二章では、物権、債権、物権的対人権からなる権利のカテゴリーの三分法と、それぞれの権利の取得の仕方が論じられている。ここにも、啓蒙期自然法論の義務の体系を解体して、新しい権利の体系を構築するという狙いがこめられている。

権利の本質が、人格と対象との意思的結合関係にあるとしたカントにとつて、権利のカテゴリー分類が、意思的結合関係の相違にもとづくことも、当然のことであつた。人格と物との意思的結合関係は物権、人格と人格との意思的結合関係は債権、人格と人格との意思的結合関係でありながら、物権的な要素をもつ物権的対人権（たとえば、支配を離脱した子供の取り戻し）という三つの権利のカテゴリーは、意思的結合関係の相違に基礎をもつ、対等平等なカテゴリーである。

本章の課題は、二つある。ひとつは、近代主義者カントというカント像をしばしば揺るがした物権的対人権というカテゴリーの法史における意義を問直すこと、第二に、カントの物権と債権の峻別論を歴史的コンテクストのなかで意味づけることである。

一 物権的対人権について

物権的対人権は、「物件としてある外的対象を占有し、人格としてこの外的対象を使用する権利である」(VI:276)と規定されている。この権利のカテゴリーが「人倫の形而上学」に含まれているという事実は、性器の独占的相互使用のための契約という婚姻契約説とともに、研究者を当惑させてきた。⁶⁴ 現在の観点からみてこの権利のカテゴリー区分にいまなお現代的意義をみとめるかどうかは別の問題だが、この権利概念を独立させることのカントの狙いは、啓蒙期自然法論を対抗理論と想定してみる限りでは、読みとることができる。

わたしは、これらの問題についても、カントの議論をひとたび法史のコンテキストのなかにおき入れて、カントの意図を考慮してみるべきだと考える。つまり、カントが提出したそれらの議論が、いったい当時の法史のコンテキストからみるとどのような課題に対する解答を与えたのかということを推論してみたいのである。時代の法学的課題が、義務の体系を権利の体系へと転換する局面であると同時に、*Institutiones*の体系から、ドイツ的バンデクテン体系への転換にあつたことに注目してみよう。後者の問題を体系配列の選択問題とよぶとすれば、そのためには、それぞれの法領域を独立化させるための根拠が必要とされたのではないか。

カントが物権的対人権のカテゴリーを、物権と債権と並立した独立の権利のカテゴリーとしたことに、重大な意図を読みとらないわけにはいかない。カントの意図は、物権法と債権法とならんで、家族法を独立化させるための根拠を物権的対人権のカテゴリーに託す意図をもっていたのではないか。また婚姻契約論も、私法の体系全体を意思によって組織するという一貫した意図のもとに、構成されたものだといえるのではなからうか。

プーフENDORFは、*Institutiones*の体系につよく依拠して、私法理論を体系化した。その際に、人の法の部分

が解体されて、自由で平等な人格の行為論、帰責論と家族法とに分離された。プーフENDORFの体系では、家族法は、個人の権利をあつかう「所有権の原始的取得の仕方」（合意と先占）と「所有権の派生的な取得の仕方」（約束、契約）のあとに、組合などの中間団体とも配置された。そのあとには、社会契約による国家の設立、国家論、国際法が続く。配列の原理があるとすれば、小から大への展開ということだ。理論の枠組みとしては、ヴォルフにも共通するところが多い。この配列には、アリストテレスの政治学の響きがある。

カントの意図は、プロイセン一般ラント法にもみられる物権的対人権というカテゴリーをもちいながら、その権利根拠を明確化したうえで、家族法の領域を独立させることを正当化することにあつたのではないか。人の法から家族法を分離して独立させること自体は、すでに啓蒙期自然法論において成立していた。カントにとって、不明確であつたのは、家族法を独立させるための権利根拠ではなかつたか。カントは、家族法の領域が物権法と債権法とならぶ独立の法領域をなすことを正当化するために、物権的対人権という概念をもちいた可能性がたかい。このかぎりでは、義務の体系を権利の体系へと切り替えながら、同時に家族法の分野を独立させるための根拠を明確化することにあつた。物権法、債権法、家族法の法分野が明確に対等平等な法領域としての位置を獲得する。

婚姻契約説は、体系の構成原理としての意思概念との関連をみる必要がある。ヘーゲルやサヴィニーによって、倫理的観点から批判されたこの婚姻契約説²⁵⁾も、権利概念の本質を意思概念によって規定したカントからすれば、当然のことだったのかもしれない。法と道徳の分離という議論もこの問題とかわる。合法性と道徳性を明確に分離したうえで、家族法を法論の内部に位置づけるすれば、家族法の出発点をなす婚姻の問題も、合法性の枠内で、意思的関係として構成する以外にはなく、婚姻は契約によって導かれることとなる。ここでも、カントは、意思を構成原理とした権利の体系を構築するという意図に、整合的であろうとしているようにみえる。

二 権利概念の再編統合の試み

カントのもう一つの意図は、権利概念の再編統合にある。物権、債権、物権的対人権というカテゴリー自体は、カントにとって既存の概念であり、これらの概念の使用にカントの寄与があるわけではない。啓蒙期自然法論の義務の体系のなかでも、義務の反射として、あるいは自己実現のための手段としてとらえられた権利概念は、ある程度の発展をみていた。

ヴォルフの権利概念を想起してみよう。ヴォルフは、権利概念を *ius in re*、*ius ad rem* として *ius personale* に分類していた。²⁷ *ius in re* は、物の直接的支配にかかわる権利を、*ius ad rem* は、与える債務の履行を請求する権利を、*ius personale* はなす債務を請求する権利として構成されていた。*ius in re* は、物の処分権を中心的内容とする所有権 *proprietas*、占有権、物の利用の形態にかかわる *servitus* と *ususfructus* からなる。*ius ad rem* は、物に対する権利でありながら、ある物を「与える債務」の反射としての権利である。これは契約により発生する。これには、物を与えるように要求する権利、レーエン権、水小作権のようなものが属する。ヴォルフは、*ius in re* と *ius ad rem* を包摂する権利として *dominium* を位置づけている。

プロイセン一般ラント法にも、*ius in re* に相当する *Recht zur Sache* と *ius ad rem* に相当する *Recht auf Sache* や物権的対人権 *das dingliche persönliche Recht* という概念がみられる。カントの権利概念のカテゴリー区分を、ヴォルフとの関係で特徴づければ、*ius in re* は物権に、*ius ad rem* と *ius personale* が統合されて債権となり、新しく物権的対人権 *das dingliche persönliche Recht* が加えられて、カントの権利の新しい三分法が成立している。物権 *ius reale* は、*ius in re* と同一視されているし、物権の低位区分としては、*dominium directus* と *dominium utilis* とが挙げられ

ている。先占によって取得される所有権は、厳密には *dominium directus* あるいは *Eigentum* であり、用益権 *dominium utilis* とは区別される。このカテゴリーについては、カントはヴォルフの *ius in re* と同じことを考えていたようだ。

債権は、ヴォルフの *ius ad rem* と *ius personale* を包括するものにとらえられている。「他人の意思の占有」という観点からみると、物を与える債務もなす債務も区別をする必要がなくなる。この二つの債務を権利の観点から、債権として統合することに、それほど困難はない。カントは、ヴォルフの物を与える債務の反射としての *ius ad rem* を端的に債権にとらえ、*ius ad rem* と *ius personale* の区別を解消して、債権のカテゴリーによって統合している。

この権利の三分法はまだ確立されたものというわけではなかったが、この権利概念の再編は、カントが他人の行為の給付を原因性のカテゴリーでとらえ、*ius ad rem* と *ius personale* が債権というカテゴリーに統合されたこと、物的対人権のカテゴリーが付け加えられたことによって行われた。²⁹⁾

三 物権と債権の峻別について

この峻別論の理論的歴史的意義は、大きい。この権利概念のカテゴリーの再編統合には、さらに啓蒙期の契約理論の解体再編の狙いがこめられているとみなければならぬ。この問題は、売買契約によって取得される権利はなにか、という問題を考察することによって、見通しをうることができる。

プーフエンドルフの契約理論を例にとるならば、体系それぞれ自身が合意 *Pactum* を中心に構成されている。所有権制度の導入においてすでに合意が使用される。所有権の派生的取得の仕方にも合意（と *promissio*）によって構成されている。そればかりではなく、派生的な所有権の取得の仕方についての説明自体が、合意（と約束）の効力を確

定するためのルールとして構成されていた。合意の内容を特定するための意思表示の解釈のルール、契約正義に関する *aquilianus* の原則とラエシオ・エノルミスの制度の採用、当事者の意思が特定できないばあいでも、客観的基準（自然法、契約の目的と本性、客観的行為状況）をもちいて合意の効力を確定するためのルールなど、すべて裁判官の視線で、合意の内容と効力を確定するための基準設定が中心におかれていた。所有権移転の合意原則の採用も、契約の成立時点を特定するための考察に拍車をかけたと思われる³⁰⁾。

ところが、物権と債権の峻別論が成立すると、このこと自体ですでに契約中心の理論構成に決定的な打撃をあたえることになる。物権と債権とは、主体と客体の間の意思的結合の態様と取得の態様の相違にもとづいて区別された併存する権利のカテゴリーである。カントの権利のカテゴリーの再編統合の結果、物権法と債権法の領域は、意思的結合関係の対象を異にする法領域として、併存することになる。このことが、契約によって取得されるものになにか、という問いに対する解答に決定的な影響をおよぼことになる。

物権と債権の峻別論は、ローマ法に直接淵源させることが常識化している。そのためか、この問題に関するカントの寄与が見失われがちではないかと考える。物権と債権の峻別は、ローマ法に由来するのもかもしれないが、ローマ法の体系配列を物権と債権に整理統合するためには、相当の距離があることもたしかであり、物権と債権の峻別論が成立するにあたっては、啓蒙期自然法論のなんらかの影響を感じないわけにはいかない。そこで、所有権の移転原則、とりわけ二重売買について啓蒙期自然法論内部の学說的展開を手がかりとして、物権と債権の成立場面を検討することしてみたい。

グロチウスは、自然法上所有権移転の合意原則を主張したが、実定法においては引渡主義を採用したとされている。グロチウスは、二重売買の問題については、二重売買が生じた場合には、引渡を受けた第二契約者を優先させ

る。このこと自体は、ローマ法以来の伝統的結論と一致する。問題は、第二契約者を優先させる理由であるが、グロチウスは、二重売買の場合には、現実売買の問題に引き戻して考えればよいとした。⁸²⁾ 現実売買の問題として考えるということは、引渡を優先させることを意味する。

グロチウスのこの説明を批判したのがプーフエンドルフであった。原則として、合意のみによって所有権が移転するとしながら、二重売買の場合に、なぜ現実売買に引き戻して考えなければならぬのか、その理由が明確でないというわけである。プーフエンドルフは、所有権移転の合意原則をより徹底しようとした。けれども、どうしても貫徹できなかった事例が、引渡を受けた第二契約者の優先理由であった。ローマ法のプブリキアーナ訴訟に関する法文(D.4.2.9c)を参照させて、ローマ法によれば、所有者でない人の二重売買においてすら、引き渡した第二契約者を優先させていることに、「市民法的理由」⁸³⁾をもとめた。所有者ではない人の二重売買の例は、合意原則を採用した場合の、第二の売買契約を行う売主(所有者)の立場と酷似している。合意原則によれば、第一契約によってすでに所有権が移転しており、所有者は所有者でなくなっているのであるが、そのような場合には所有権を移転することはできない。けれども、そのような場合でも、ローマ法は第二契約者を優先させている。プーフエンドルフが指示しているデイゲスタの法文は、なんの解説もほどこされていないが、このようなプーフエンドルフの思考を読みとらせるためのものだ⁸⁴⁾と推論する。

このような解決方法に異論を唱えたのが、ヴォルフであった。ヴォルフは、「完了した売買」と「単なる約束による売買」とを区別する。「完了した売買」とは、現実売買に加えて履行準備が整っており、いつでも履行することができる状態にある売買をいう。「単なる約束による売買」とは、履行時期が契約のあとに予定されている売買のことをいう。そして、後者の売買においては、売買によって移転するのは、所有権ではなく、*ius ad rem*だけだ

とした。⁶⁵⁾ *ius ad rem* は引渡によって *ius in re* となる。⁶⁶⁾ ヴォルフは、ある意味でグロチウスの分類法に戻りながら、*ius in re* と *ius ad rem* の権利概念の分類をもちこんで、引渡請求のための権利の根拠を明らかにした。ここには、はっきりと実質的な引渡主義への転換が読みとれる。

しかし、ヴォルフにも引渡の法的性格を明らかにすることができなかった。事実的行為が、所有権を移転させるというにとどまった。カントの理論は、ヴォルフの権利概念を再編統合したうえで、ヴォルフの論理を繰り返しているようにみえる。契約によって債権が発生し、引渡によって物権となる。ただし、カントは、めだたないが、もうひとつ重要なフレーズをつけ加えている。引渡のためには、引渡のための契約が付け加わらなければならないと。馬を取りに誰かを行かせるということについての契約が例示されている（VI.276）。引渡になんらかの法的性格を認めようとするカントの観点は、サヴィニーによって物権行為と命名され、決着がつくことになる。

二重売買を主戦場として展開された所有権の移転原則についての学說的発展は、物権と債権の峻別論に一直線につながっているようにみえる。売買契約の結果として取得されるものはなにか。これが、問題であった。グロチウスとプーフENDORFは、契約を中心とした理論体系を構成しており、合意自体の効力をいかに決定するかということが重要な課題であった。しかもここでは、所有権移転の合意原則が採用されていたために、取得される権利が物権であるか債権であるかというような問題自体が成立しない。所有権の移転は、売買契約の直接的な効果である。買主は、所有権を取得しているのであるから、引渡を所有権にもとづいて請求することができる。売主は、自然的義務として、引渡義務をおう。売買契約が成立することが、同時に所有権の移転という合意の効果をもたらした。

ヴォルフは、合意原則を採用しながらも、*ius in re* と *ius ad rem* の峻別論をもちこむことにより、実質的な引渡

主義への転換の道を示していた。この転換の線上で、カントが権利概念の再編統合のうえで、ヴォルフと同じ論法をもちいている。カントは、引渡請求の権利根拠を債権とし、ヴォルフにおいては事実的行為とらえられていた引渡に法的性格をみとめる努力のあとがうかがえる。二重売買の解決方法の学說的展開が、物権と債権の峻別論の成立と直結しているというのは、こういうことである。⁹⁸カントを前提とすることのできたサヴィニーは、すでに一八〇二／三年のマールブルクの方法論講義において、物権と債権の峻別をふくむ権利の体系を構想することができた。⁹⁹

売買契約の結果として取得される権利はなにかという問題をめぐる学説の展開は示唆にとむ。売買契約の直接の効果として端的に所有権の移転を認める契約理論の体系と、売買契約のほかに所有権移転のために引渡を要する体系とが対立している。前者の体系は、契約の効果を確認するための前提として所有権（と他物権）をあらかじめ規定しているが、これは物権と債権の峻別論とは呼ぶ必要はない。売買契約の直接の効果として所有権の移転を認めない後者の体系においてこそ、物権と債権の峻別が重要な役割を果たす。売買契約の効果としては、債権が発生するにとどまる。物権とするためには、引渡を要する。物権と債権の峻別自体が、啓蒙期自然法論の契約理論の体系を拒否する意図をしめしている。

四 契約の締結モデル

めだたないが、カントの法史における奇与の一つに、契約の締結モデルを明確化したことを挙げておかなければならない。それは、約束概念のもつ曖昧さを一つの方向に先鋭化して特定したことにある。主体的行為としての約

束概念は、問答契約以来登場するが、その意味は、曖昧なところがあつた。このカントの功績を強調しておくことは、カントの前後の契約の締結モデルを理解するうえで、必要なことである。申込と承諾による契約の締結モデルが確立するのは、サヴィニーの『体系』のあとのこととて、ドイツ商法典の編纂過程においてであるか、それまでにもちいられていた契約の締結を示すための用語法には注意する必要がある。たとえば、約束という概念を申込という概念にただちに翻訳してしまうわけにはいかないのである。

わたしは、啓蒙期自然法論の研究の過程で、契約の締結を説明するさまざまな用語にであうたびに当惑した。たとえば、*consensus* という言葉は、論者によって定義・用語法が異なる。契約の締結モデルを取り出すためには、契約の締結を説明する用語に注目するばかりではなく、それらの用語の背景に隠されている思考様式をも把握する必要がある。同一の用語がもちいられていても、異なる思考様式に属するということはありうることである。契約の締結モデルを詳細に特徴づけるためには、具体的なコンテキストのなかで使用されていることばを分析するための装置を必要とする。

そのために、考案したのが、想定されている契約締結の状況設定と意思表示の方向に注目して、二つの要素を組み合わせたつぎのようなモデルである。想定されている状況設定とは、当事者が居合わせていて、契約の締結以前に、契約の内容を交渉によって確定したことを前提としているのか、交渉を前提とすることなしに、初対面の人々が契約するような状況を想定しているのか、というような問題である。意思表示の方向とは、相手に対する対向しあう意思表示を想定しているのか、同一の表示行為（たとえば契約書に対する署名）のように同一の方向に向けて表示することを想定しているか、ということである。

このような観点からすれば、1交渉—共同モデル、2交渉—対向モデル、3初対面—対向モデル、4初対面—共

同モデルという四つのモデルを区別することができる。1のモデルは、プーフエンドルフの契約の締結モデルを典型とする。当事者が事前に契約内容を交渉によって確定していることを前提として、その内容に双方の同意 *mutuus consensus* によって法的効力を与えるような思考様式のものである。「合意に同意する」という表現を受け入れることのできる思考様式は、このタイプに属する。2のモデルは、カントが自身の契約の締結モデルを展開する前提として定式化したもので、経験的な契約の締結モデルということのできるものである。これは、あとで説明する。3のタイプは、ドイツ民法の想定するタイプで、現在常識化しているものである。4 初対面—共同モデルは、相互に無関係な人が一同に会して、誰かが会社を作る提案をし、当事者がその提案に賛同して会社を作るといような稀なケースを想定することになる。このような分析モデルを設定しておけば、*promissio, acceptatio, consensus, mutuus consensus, oblatio* などの用語法のみならず、思考様式にまでたचितった理解が可能となる。たとえば、約束という言葉は、交渉型の場合でも初対面型の場合でも使用可能である。

ドイツ商法典以前には、ローマ法以来、居合わせている人々 *Anwesende* の間の契約が状況設定としては基本的に想定されていたから、交渉を前提するという思考はきわめてなじみやすい。ところが、ドイツ商法典の編纂において、隔地者間の商行為を念頭におくために、状況設定の基本型が *Abwesende* 間の契約締結に変更された。この状況設定においては、当事者間の交渉を前提とすることができなくなり、初対面—対向モデルが決定的となる。法律行為論は、初対面—対向モデルを一般化し、*Anwesende* の間の契約に拡大して、申込と承諾による契約の締結モデルを定式化した。合同行為という契約の締結モデルは、本来は交渉—共同モデルの内部に位置するが、初対面—対向モデルがひとたび確立すると、合同で会社を設立する行為を「各人と各人の契約」で分析的に説明することのめんどくささを省略するために、一九世紀末にドイツにおいて考案される必要のあったモデルである。⁽⁴⁾

以上の分析装置を準備したうえで、個別的な契約の締結モデルにもどりたい。契約の締結モデルにおいて、約束という言葉が、しばしばもちいられる。グロチウスも、約束と承諾による契約の締結を考えているが、将来の債権者（売主）がまず相手に対して約束し、将来の債権者（買主）が承諾する。これが、グロチウスの約束理論といわれるものであるが、双務契約であれば、もう一度立場をかえて約束と承諾を繰り返すことになる。そして、グロチウスやヴォルフは、しばしば約束と承諾による契約の成立・効果の説明を繰り返している。ここでは、交渉によって相互了解が成立していることを前提としているのか、初対面の人々のことを考えているのかがわかりにくいコンテキストになっている場合が多数みられる。基本的な状況設定が曖昧なために、交渉―対向モデルなのか、初対面―対向モデルなのか、明確ではないのだ。

彼らの用語法に潜む曖昧さを明るみに出したのがカントにはかならない。カントが経験的な契約の締結モデルについて、商議の段階（申込と是認）と締結の段階（約束と承諾）とに整理したこと（VI:272）は特筆に値する。約束という言葉には、当事者双方に共通の了解事項があることを前提として、その共通の了解事項を一方が約束し、他方が承諾するという含意があるというのである。カントの指摘には一理ある。カントも、ローマ法以来の「居合わせた人々」の間での契約の締結を想定している。

カントは、約束とは相手に受け入れの準備のあることを相手に改めて約束するという交渉モデルで整理した。カントの整理した経験的契約の締結モデルは、交渉―対向モデルであった。経験的な契約の締結モデルの背後にある思考様式をこれほど明確に定式化した人は、カント以外にはいない。ディーゼルホルストは、初対面―対向モデルで、グロチウスの約束理論を解釈しているように思われる。⁴⁰ たしかに、約束 *promissio, Versprechen* という言葉には、カントも感じたように、相手の了解していることを約束するというニュアンスがつきまとい、しかも義務の

体系のなかでは、拘束力の根拠を説明するという重要な役割が与えられていた。初対面—対向モデルで思考しようとするれば、相手との事前の了解事項を前提とする必要のない用語、単なる申し出というニュアンスの強いドイツ語 *Antrag* や *Angebot* に切り替えたくなるのも無理はない。オーストリア一般民法典では、*Antrag* という言葉が頻繁に現れる。この方向で、*Antrag* と *Annahme* という用語法を確立したのは、ドイツ一般商法典であった。

カント自身の契約の締結モデルを展開する「超越論的な契約の演繹」においては、経験的契約の締結モデルの交渉の段階を捨て、約束と承諾からなる契約の締結モデルを採用している。ここでは、カントは、初対面—対向モデルを採用した。このことも、用語法はともかくとして、思考様式においては、契約の締結モデルを確立するうえで、一つの寄与をなしている。

五 契約理論中心の体系の解体

カントが契約の締結モデルを明確化しようとしたのには、ある狙いがあった。*Institutiones* のシステムに定位して、所有権移転の合意原則を採用する場合には、契約の成立が同時に所有権移転の効果を発するため、契約の成立論と効果論が未分離なままで、それほど不都合がなかったのであるが、カントは、契約の成立によって債権が発生し、引渡により物権となるとする。このために、契約の成立論と、所有権移転の効果を明確に分離する必要がある。このことも、義務に定位した契約理論の体系を、決定的に解体するということに寄与したといえるだろう。カントは、プーフェンドルフの契約理論を特徴づけた四つの基準をことごとく解体している。それは、個人意思に徹底的に定位した権利の体系の構築ということと決定的に関係している。所有権の移転原則に関しては、三での

べた。契約の締結モデルについては、四でのべた。契約正義については、*aequalitas* とカウエシオ・エノルミスのような制度を放棄している。合意は、個人意思への還元主義を貫徹しているために、当事者の意思に還元しえない、客観的基準（自然法、契約の目的、契約の本性、公共善）をもちいてでも、合意内容を特定するべきだというような発想自体が拒否されている。合意は、当事者の意思が完全に重なっていることを前提としている。

すでにカントにおいて、プーフエンドルフの契約を中心とした理論体系は、完全に解体され、自律的意思を体系の構成原理とする権利の体系へと転換されている。物権と債権の峻別論もあわせて考えると、権利の体系の確立と体系配列の選択問題という二つの基準からみて、私法理論のパラダイム転換をみとめることができる。プーフエンドルフの契約理論を特徴づけた四つの基準も、カントにおいて根こそぎにされた。ドイツにおいて、プーフエンドルフの契約理論を「失われた契約理論」にしたのは、理論的にみれば、カントであった。カント以降には、プーフエンドルフの契約理論は、その理論体系、思考様式の点で、単に余計なものになったばかりではなく、ドイツ的個性のある法学が誕生しようとするそのときに、邪魔者として、意識的に捨てられたのである。

六 権利の体系とパンデクテン体系との関係について

カントがプーフエンドルフを定礎者とする義務に定位した契約理論の体系を解体する役割を引き受けたことは、以上の論述であきらかになった。最後の問題は、カントがドイツ的パンデクテン体系の形成にとってどのような寄与をなしたかという問題である。カントの『人倫の形而上学』の以前には、一七八九年にフーゴのパンデクテン体系が提案されていただけである。この状況のなかで、カントは啓蒙期自然法論の義務の体系を権利の体系へと転

換するという課題を遂行したことは、確かなようである。問題は、このことがドイツ的パンデクテン体系の形成にいかにかかわったのか、という問題である。

ドイツ的パンデクテンの体系の特徴として、もちろんプーフエンドルフ的な体系と比較してのことであるが、総則の独立化と相続法の独立化と家族法の後への配置ということを挙げることに、異論はあるまい。まず、総則の独立化のために、カントのなした実践理性としての意志を根拠とした意思を構成原理とする権利の体系が、物権法と債権法の法領域の基礎理論を与えると同時に、物権的対人権を核として形成される家族法の領域の独立化のために果たした役割は、もはや論証を要しないであろう。問題は、義務の体系を権利の体系へと転換することが、*Institutiones* に依拠したパンデクテン体系の形成にとつて、どのような関係をもつのかということである。

カントは、あるいはプーフエンドルフ的な義務の体系を権利の体系へと転換することを自分の課題として引き受けただけなのか、あるいはさらに一歩すすんで、パンデクテン体系への転換という課題も同時に引き受けようとしたのか。フーゴの提案に機敏に対応したという意味で、この問題に対しては、残念ながら、何一つ確実なことはいえそうにない。プーフエンドルフ的な体系配列を維持しつつ、権利の体系への転換をはかっただけのようにも思えるし、フーゴのパンデクテン体系を知ったうえで、そのような体系形成のための要となる部分、すなわち自律的意思を体系の構成原理とし、また権利の本質を言い当てることによって、総則を独立化させるための基礎を確立することで満足したのか、判断しかねる、という現状である。

しかし、いづれにしても、カントの意思を体系の構成原理とする権利の体系は、プロの法律家であるサヴィニーの手によって、法学への適用のために変容はされるが、パンデクテン体系の形成のなかで、重要な役割を果たすことになる。とりわけ、意思表示理論の核心は、カントの見解を前提とすることによって、はじめて理解可能だと考

える。法律行為の理論枠組みはヴォルフ学派の手によってすでに呈示されていたし、意思に定位するということであれば、プーフエンドルフ以降には他律的意思に定位した契約理論も、義務の体系の枠内で準備されていた。しかし、権利概念を、端的に「意思支配」とサヴィニーが読み替えることのできた理論はカント以外には存在していなかった。カントが、自覚的であったかどうかはともかくとして、カントの展開した理論は、総則を形成するうえでの重要な権利の本質を言い当てる威力をもっていた。少なくともサヴィニーは、そのことを熟知していた。

結論 法的思考原理の革命家としてのカント

他律的意思にもとづく義務の体系を自律的意思にもとづく権利の体系への転換すること、これがカントの引き受けた法学的課題であった。義務の体系を権利の体系へと転換することは、同時に義務の体系の中心におかれた契約理論を解体する破壊力をもっていた。契約の効果をあらかじめ定められた義務を基準として客観的に確定するための契約理論の体系は、物権と債権の峻別をもつ権利の体系によって根こそぎにされた。私法は、人格が対象との間に意思的な結合関係を自由に形成して、自由を実現する空間を確保するルールとなった。

カントの法史における最大の功績は、権利概念を訴権や義務から解放して、意志と意思の概念だけをもちいて、規定したことにある。さらに、この概念をもちいて、全体を権利の体系として構成したことにある。権利概念のカテゴリーは、人格と対象の間の意思的結合の性質のちがいがいから、説明された。このことは、全体との共存可能な個人意思を最大限尊重することの根拠を与えたことを意味する。⁴⁴⁾

義務の体系を権利の体系へと転換したこと、自律的意思を権利の体系の構成原理としたことが、パンデクテン体

系を形成するうえで急所の理論的な解決に寄与している。カントは、法史のコンテクストにおいて、法的思考原理の革命家として現れたと評することができる。

注

(1) ヘーゲルの『法哲学』(一八二一年)の抽象法と題されている法理論の系譜は、きわめて明確である。ヘーゲルは、*Institutiones*の体系に強く依拠した啓蒙期自然法論の体系にきわめて近い。人格、所有、契約という構成自体が、ローマ法の人の法、物の法、行為の法という分類を想起させるし、グロチウス以降啓蒙期自然法論に共通にみられる自由で平等な人格、所有権の根源的取得の仕方、所有権の派生的取得の仕方という分類に対応している。家族(法)をあとに配置していることも、プーフENDORFに由来する啓蒙期自然法論の配置との密接な関係を推測させる。プーフENDORFは、*Institutiones*の人の法を、理性と意思をもつ自由で平等な人格の領域へと純化したために、家族法の内容が収まりきれなくなり、財産法分野のあとに配置した。ヘーゲルは、啓蒙期自然法論においては義務の体系として構成されていたものを、カントを経ていたために、権利の体系へと切り替えることによって、プーフENDORFの系譜の体系配列につながったとみることができる。ヘーゲルの法理論の問題としては、ヘーゲルが啓蒙期自然法論のだれの理論により強く定位しているのか、フランス民法をいつ勉強したのかという問題が残るが、理論系譜については、明確に理解することができる。

(2) ヴォルフが自然法の基礎とした完全性と幸福主義は、これを他律と呼び、それに自律の原理を対置したカントによって根こねられた(Benedict Winiger, *Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs. Schriften zur Rechtslehre* Heft 152, Berlin 1992, S.315-317.)という指摘もあるが、ヴィニガーの分析は、私法理論にまでおよんでいるわけではない。

(3) Joachim Rückert, *Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie* (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts, in: John Locke und Immanuel Kant, hrsg. v. Martyn P. Thompson, Berlin 1991, S.144-215. この論文は、カントの一九世紀

への影響を概観するには便利であるが、カント以前との関連が欠けている。後の時代に対する影響としては、自然人、権利能力、自然的自由、自然的自由を放棄できないこと、自律的意思、個人の意思支配としての権利の力、権利の総体としての私法、意思的な契約の拘束と契約の自由、第三者効のないこと、意思欠缺の場合のみの取消、自然的私的所有権、自然的相続権、意思の欠缺がある場合のみの損害の帰責、法と道徳の厳格な分離などの基本概念や基本的な決定において、カントの影響は指摘されている。J. Ruckert, *op. cit.*, S. 190f.

(4) この問題に立ち入った唯一の研究は、ヴィレイのものであろう。一九六二年にすでに、ヴィレイは、カントを法史のなかに位置づけるようと試みている。ヴィレイは、カントを改革者というよりも、啓蒙の伝統を受けいれ完成した人と位置づけている。これは、法実証主義の成立という観点を設定したことによるものである。Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit, paris 1962, p. 251 et 262*. ヴィレイも、「カント以前には、カントと同様に理路整然と、人間と個人の意思を法生活の根源においたとはいかなかった」と、「個人」意思への還元主義を徹底したこと（*op. cit.* 263）を指摘している。私見によれば、*Institutions* からパンデクテン体系への転換という観点、義務の体系から権利の体系への転換という観点を重ねることによって、カントは、改革者として位置づけることができると考える。ヴィレイとわたしの見解は、カントの功績を権利意思説の創設者とみる点では一致しているが、カントと啓蒙期自然法論との関係の点では、決定的に異なっている。カントを啓蒙期自然法論の継承者と位置づけることによって、私法理論のパラダイム転換に対するカントの寄与を明確にできていない。

(5) カントは、その学生時代と修士課程の時代に、自然法を学んでいるが、当時カントが理解した「自然法」とは、理性にもとづく法哲学的基礎と実定法の細部を融合させたヴォルフの自然法であった。自然法と実定法の一元化をもたらしたヴォルフの自然法論が、カントの理解した「自然法」という学問であった。当時のケーニッヒスベルク大学においては、哲学的自然法は、ヴォルフとその弟子の理論にしたがって講じられていた。カントは、一七四〇年から一七四六年にわたって、当時の師であったクヌツェンの講義に出席し自然法の講義を聴講している。カントの書齋には、ヴォルフの著作、ダルエス、ブルラマキの

- 著作も当然ふくまれていたとどう。Christian Ritter, *Der Rechtsgedanke Kants nach der frühen Quellen*, Frankfurt a. M. 1971, S. 28ff.
- (6) カントの『人倫の形而上学』の出版以前の状況で目を引くのは、フーゴの *Institutionen des heutigen Römischen Rechts* 1789⁹ が出版されていることである。この著作の構成は、Einleitung—Rechtliche—Persönliche Obligationen—Familiaren—Verlassenschaften—Prozess となっていて、後に成立するドイツパンデクテン体系の先駆けをなしている。フーゴ自身は、この著書の構成を後には用いておらず、*Institutiones* 体系に戻ったとされる。パンデクテン体系が徐々に浸透していったのは、ハイゼ(一八〇七年)以降であり、サヴィニーによって決定的となった。Lars Björne, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, Ebelbach 1984, S. 131.
- (7) シュヴァルツは、パンデクテン体系の成立を、ローマ法(物権の債権の区別)と啓蒙期自然法論(総則と家族法、相続法の自立化)の遺産とみている。A. B. Schwarz, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, in: *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, Karlsruhe 1960, S. 3.
- (8) シュヴァルツによれば、十六世紀の終わり頃から、ディゲスタの法秩序から離れて、*Institutiones* に準拠した合理的整理にとりかえる努力がみられる(ドネルス)。十七世紀のドイツでは、普通法においては、*Institutiones* に依拠する現代的慣用を主張する人々(シユトルーベ)と合理主義的な体系を構築しようとする自然法論者(ブーフエンドルフ)が登場する。ところが、十八世紀後半には、ヴォルフの自然法論の影響下にある人々によって、ふたたび *Institutiones* を放棄する傾向があらわれる。ここで、ドイツパンデクテン体系の構成要素が次第に統合されていき、十九世紀初頭のハイゼの体系において、パンデクテン体系の骨格が結晶化することになる。A. B. Schwarz, *op.cit.*, S. 455.
- (9) カントの私法理論を、フランス革命のインパクトのもとでの、新しい「近代的私的所有秩序の正当化論」、「広義の所有権秩序の正当化論」と理解する有力な見解がある。この見解は、ドイツではほとんど例外をみない。サーゲの見解は、所有個人主義の観点からカントの全体を理解するという意図によるものである。これらの見解は、カントの法的占有という概念をよりど

- ころとしてゐる。ところが、法的占有という概念は、権利概念と同一しうる概念なのである。わたしは、これらの見解を批判しておきたい。彼らは法的占有という概念に依拠して「広義の所有権」などという概念をもちいているが、「広義の所有権」という概念自体がそもそも説明を要する曖昧な概念である。dominium, proprietas, ius in re, Eigentum などさまざまな概念が、十七、十八世紀には所有権の概念整理のためにもちいられており、「広義」がなにを指すのか、明確ではない。Richard Saage, *Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant. Mit einem Vorwort Kant und der Besitzindividualismus von Franco Zotta* (S. 9-42), Baden-Baden 1994.
- (10) 片木清、『カントにおける倫理・法・国家の問題』（法律文化社一九八〇年）三五五―三九二頁。
- (11) わたしの見解の対極にあるカントの評価は、メッツガーのものである。「私法上の諸問題（所有権等々）に関するカントのスコラ的な取扱いは、自然法の伝統的諸理論の最悪のものにござりどつかつてゐる」。Ernst Metzger, *Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik des deutschen Idealismus*, Heidelberg 1966 (1917), S. 81.
- (12) Franz Zotta, *Kant und Besitzindividualismus*, in: Richard Saage, *Eigentum Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant*, Stuttgart 1973, S. 9f.
- (13) ケルステイニングも、法的占有が、主体と対象との意思的結合関係であることを正確に見抜いているものの、それが権利の哲學的基礎を与えるための論証だということを理解していない。Wolfgang Kersting, *Wohlfgeordnete Freiheit*, Berlin u. New York 1984, S. 117ff. ケルステイニングの考察の限界は、法史のコンテクストのなかに、カントの私法理論を置き入れないで理解していることにある。カントが法的占有という概念を手がかりとして、所有権概念一般を哲學的基礎を与えようとしてゐることを理解しなければならぬ。W. Kersting, op.cit., S. 113ff.
- (14) F. Wiacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1996, S. 352.
- (15) 『人倫の形而上学』の引用は I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, in: Kant's gesammelte Schriften, hrsg. v. der Königlich Preussischen

- Akademie der Wissenschaften, Bd VI, Berlin 1907. に於て。引用ページは、本文中では、たとえば、(VI.30)と表記する。
- (16) Ralf Dreier, Rechtsbegriff und Rechtsidee, Frankfurt a. M. 1986, S. 13.
- (17) Samuel von Pufendorf, officio hominis et civis juxta legem naturalem, libri duo, 1673. 本書の二つの翻訳を参照した。Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, übersetzt von Klaus Lüig, Baden-Baden 1994. The classics of international Law, ed. by James Brown Scott, Buffalo, New York 1995.
- (18) 大陸法系の理論においては、ホッブズのような主意主義に先鋭化することなく、アリストテレス的の知主義と主意主義との調和、あるいは折衷の道を模索していた。大沼保昭、「合意」、「戦争と平和の法」(大沼編)、東信堂 一九九五年(補正版)、三〇七頁以下参照。
- (19) 拙著、「失われた契約理論」、昭和堂 一九九八年、第一部参照。
- (20) ラエシオ・エノルミスの制度は採用されているが、損害の基準である二分の一という基準は緩和されているし、所有権の移転原則については、実質的な引渡主義への転換がみられるし、契約の締結モデルについても初対面―対向モデルへの傾斜がみられ、契約内容の特定の仕事についても個人意思を介した正しい解釈が強調されるなど、プーフエンドルフの契約理論を実質的に変更している。本稿では、これらの問題には立ち入ることができない。この問題については、近く出版の予定である拙著『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編へ―ヴォルフ、カント、サヴィニー―』(仮題)第一部を参照していただきたい。
- (21) カントが法律用語の使用において依拠したとされるアヒェンヴァルの「自分のもの」の概念とカントの概念を比較しておきたる。(「」)では、Gottfried Achenwall, Johann Stephan Pütter, Anfangsgründe des Naturrechts (Elementa iuris naturae), Baden-Baden 1995 (Göttingen 1750). を使用した。
- アヒェンヴァルは、「自分のもの」(排他性をともなう)を「生得の自分のもの」と「派生的な自分のもの」に区別する。「生得の自分のもの」は、「絶対的な自然法」にふくまれており、生命、身体、精神 (§235)、およびそれらもちいて遂行され

る行為もふくむ。「平等、権利において同じであること、完全な自然的自由そしてよい評判は、各人に生得の自分のもの」(§ 260)である。ちなみに、自然状態は、ヴォルフと同様に、平等で (§ 245)、自由な状態 (§ 238) であり、平等で支配のない状態のもとでは各人は自由であるという観点から、自由が平等から導きだされている。カントは、「生得の自分のもの」として「自由」だけを挙げているから、この点で両者はことなっている。自分の行為によって産出したり、無主物ではあるが利用のために共有されている物を、利用勝手をよくするために加工した場合には、その物は「自分のもの」 (§ 277) となる。ここに、物に対する排他的権利が始まる。このような「自分のもの」を最初に手にいれることが、「根源的取得」とよばれ、その手段が先占である。先占とは、「物を自分のものにする意思をもって無主物を掴むこと」 (§ 281) をいう。アッヒエンヴァルでは、「排他的権利」の排他性は、当然の前提に属することとされており、他者を拘束する根拠は示されていない。

アッヒエンヴァルの「占有 possession」の概念も、カントのそれとは異なっている。アッヒエンヴァルは、「何かを自分のものとして自分の実力に服させている人が占有する」 (§ 287) とし、「不在者も別の人を通じて占有行為を行使するかぎりで占有する」としているから、「物理的占有」のことを基本に考えているようにもみえるが、「単なる意思によっても、自分のものを保持する」 (§ 289) とも述べており、権利としての物の占有権をも意味している。しかし、カントのような「法的占有」= 権利とするような法的カテゴリーの上位概念とするような見解はみられない。

「所有権 dominium」は、ヴォルフと同様に、広く捉えられている。「ius in re は、もの一般について包括的に考えられるすべての権利を包括するがゆえに、dominium である」。アッヒエンヴァルは「権利 res incorporalis」をふくませている (§ 306)、物の占有権、使用・収益・処分権、果実の取得の権利、*quasi* には *feudo, superficie, emptyfeusi* (§ 324)、*servitus* (§ 325) をふくませている。

(22) 第一章では、*possessio, habere* という概念のみがもちいられており、*Eigenum* という概念は一切使用されていない。所有権概念はやっと第二章になって、物権の取得問題として論じられるにすぎない。「法的占有」を端的に権利と理解するのではなく、

「広義の所有権」と理解する見解に対しては、二つの点で異論を呈しておきたい。カントが権利概念の本質と根拠を呈示しているのに、それ自体説明を必要とするような「広義の所有権」という概念に置き換えて、第二章の内容理解を不鮮明にしている。第二に、「広義の所有権」は権利概念と同じことだというのであれば、たしかに第一章では、「広義の所有権」が展開され、第二章のなかでは、「広義の所有権」の内容が具体的に示されるといふ理解もありうるが、それならば、先行理論との関係で、第一章の特異性をあらためて説明しなければならない。

- (23) W. Kersting, *Eigentum, Vertrag und Staat bei Kant und Locke*, *Philosophische Schriften* Bd. 3, John Locke und/and Immanuel Kant, hrsg. v. Martyn P. Thompson, Berlin 1991, S. 130f. ケルスティングは、『人倫の形而上学』の私法第一章を、所有権の問題だと理解している点で、わたしの見解とは決定的に異なるが、実践理性の法的要請についてのカントの問題を明快に呈示している。カントにとつての問題は、一方的な先占という行為による所有権の原始的取得を認めながら、その所有権を「万人」が尊重するように義務づけるということであつた。「第一に、自分のものにする作用として土地の最初の先占の法哲学的解釈は、原始的に取得可能なすべてのものの理念的な全占有者の一般意志の側から可能とされる。第二に、所有権にかかわるすべての当事者と、権利の決定と判決という公的なシステムの確立のために一致する義務が基礎づけられる」。一方的先占による所有権の取得が、万人の意思によって承認されるからこそ、先占者以外のすべての人々は、侵害しないように義務づけられることになる。

- (24) 三島淑臣、『理性法思想の成立』、成文堂 一九九八年、一六七—一八六頁。

- (25) 川島武宜、『イデオロギーとしての家族制度』、岩波書店 一九七七（五七）年、二三七頁。川島は、「カントの婚姻理論は、近代的な一夫一婦制婚姻の究極の思想的基礎を、明確に疑う余地なく解きあかした」ものと評価している。

- (26) 川島前掲、二四五、二四七頁。すでに川島は、カントが婚姻論を「法の領域」の問題として処理したことにたかい価値をみいだしている。

- (27) ヴォルフは「権利」概念を大きくは二つに分類している。権利概念自体は、つぎのように規定されている。「能力、すなわ

ち何かをなすあるいはなさない道德的能力が権利と呼ばれる」(Inst. §46)。この権利概念は、*ius personae* と *ius reale* とに分類される (Inst. §401, 402)。そしてさらに、*ius reale* は、*ius in re* と *ius ad rem* に分類される。*ius personae* は、「なす債務」を念頭においているのに対して、*ius ad rem* は「与える債務」を念頭においていたものとがみることが出来る。この問題については、近刊予定である拙著の第一部に詳しく論じているので、そちらを参照していただきたい。

(28) Wolf, Inst. § 335.

(29) またグロチウス以降の啓蒙期自然法論においては、体系の展開の仕方としては、「所有権の根源的取得の仕方」と「所有権の派生的取得の仕方」という上位の行為の種類とでもいうべきものなかで、取得される権利が組み込まれていた。カントが権利のカテゴリーの区分の議論をする場合には、「外的取得の原理」を問題としているから、取得されるものの性質に応じて権利が区別されており、ここに啓蒙期自然法論の影響を容易に見いだすことはできる。しかし、主旋律は、まず権利概念を一般的にあつかい、つづいて権利概念のカテゴリー区分を呈示することにある。

(30) 拙著『失われた契約理論』、昭利堂 一九九八年、第二部参照。

(31) *Institutiones* は、法学教科書の役割を与えられた法典で、五三三年公布された。第一巻は、人に関する法、第二巻は、物、所有権その他の物権、遺産相続、第三巻は、無遺言相続、契約、債権総論、第四巻は、不法行為、民事訴訟・刑事訴訟をふくむ。(柴田光蔵、『ローマ法概説』玄文社、一九七九年、二〇〇頁)。法学提要システムでもっとも有名なガイウスのものは、第一巻で、法一般についての簡潔な説明を加えたあと、人の法（人格、行為能力、婚姻、親子、保佐などに関する法）にはいり、第二第三巻で物の法（物、物権、相続、債権に関する法）を、第四巻で訴訟の法を取り扱っている。(柴田前掲、二一九頁)。法文総数九一四二、五〇巻からなる。二巻から四七巻までが私法に関係する。パンデクテンとはギリシャ語源に由来する名称で、ラテン語では *Digesta* と呼ばれる。総則（一—四巻）：第一巻は、法の問題、法源、人の地位、政務官を扱い、第二巻—第四巻は私法（民事訴訟法をふくむ）を対象とする。裁判について（五—一巻）。物について（二—一九巻）。売買、利息、

海上消費貸借、証書、証人、証拠、婚姻、後見、保佐について（二〇一―二七巻）。遺言について（二一八―三六巻）；遺言、遺贈、信託。（三七―四四巻）；相続財産占有、贈与、奴隷解放、所有権、占有の取得、訴訟に関する若干の規定。（柴田前掲、一九九頁）。

このような法文の整理をみれば、物権と債権の峻別にやや近いのは *Institutiones* の体系だということになるが、それにして、カントの物権と債権の峻別が成立するには、相当の距離を感じないわけにはいかない。

(32) H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. duo, 12, 15, 2.

(33) Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, lib. octo, V, 5, 5.

(34) この解釈は、『失われた契約理論』で示した解釈を修正したものである。この詳細については、叢書『混沌の中の所有』（国際書院、二〇〇〇年、二二頁以下）参照。

(35) 「約束だけによって、相手の *ius in re* は取得されない。なぜならば、約束によっては、単に *ius ad rem* が取得されるにすぎない」。Wolf, *De ius naturae et gentium*, Pars III, § 986, dazu auch, Wolff, *Insti.* § 257, 335, 413, 594 etc.

(36) *ius in re* と *ius ad rem* をもさいた所有権の移転原則については、ヴォルフは、グロチウスをこえて、モリナの学説に接続していると推論しうる。約束により *ius ad rem* が移転し、引渡によって *ius in re* が移転する、という理論構成は、後期スコラ学派のモリナの学説に由来する。モリナは、買主は売買契約によって *ius ad rem* のみを取得し、C. 2, 3, 20. にしたがった引渡によってじめて *ius in re* が取得されるといっている。H. Coing, *Europäisches Privatrecht* 1500 bis 1800 Bd. I, München 1985, S. 175.

(37) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* Bd. 3, Berlin 1840 (Darmstadt 1981), § 140, S. 312f.

(38) 所有権移転の原則論も、プーフエンドルフタイプの契約理論を特徴づけるための一つの重要な指標であって、契約理論の別の理論枠組みに属するわけではない。プーフエンドルフタイプの私法理論は、契約を中心とした契約理論の体系なのである。物権変動論というような特殊な理論枠組みが独立して存在するわけではない。

(39) Savigny, Juristische Methodenlehre, hrsg. v. Wesenberg, Stuttgart 1951, S. 39.

(40) Diethard Bühler, Die Entstehung der allgemeinen Vertragsschluss-Vorschriften im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861, Frankfurt a. M. · Bern · New York · Paris 1991, insb. S. 85-120.

ビューラーによれば、申込と承諾による契約の締結モデルは、ドイツ一般商法典の編纂過程にまたなければならぬ。商業の発展と交通機関、通信手段の飛躍的發展を背景として、従来の居合わせた人々の間の契約締結を想定するモデルから、遠隔地者間の契約締結を背景に想定するモデルに転換される。契約の効果の発生時期を明確に特定するためには、契約の成立時期を明確化することが必要とされたためだという。さかのばればローマ法の *stipulatio* に淵源し、とりわけグロチウスやヴォルフにおいては重要な役割を果たした約束という言葉が、ADHGBの編纂過程で採用されず、これ以降ドイツでは、法律用語としては死語となった。カントの例を持ちだすまでもなく、約束という言葉は、事前に相互的に了解しあっていることを、相手に対して約束するというような響きがある。法的な理論構成物としては、交渉モデルではなく、初対面の対向モデルで約束と承諾と説明されても、背景としては、交渉モデルを想定しているような響きが消しされない。申込 *Angebot* あるいは *Antrag* という言葉が採用されたのは、約束という言葉のもつ交渉モデル的前提を嫌ったためだと推測される。

約束 *promissio* という言葉は、啓蒙期自然法論においては、グロチウスがモリナとレッシウスの贈与の約束を受け入れたことに端を発するとされている。グロチウスは、この言葉によって、法的効果をともなうのは *promissio* (*Zusage* や *policitatio*) に法的効果を与えていない) だけだということを明らかにしたのみならず、契約の効果論においては *promissio* に対する *acceptatio* を要するとして、契約の締結モデルの端緒を形成したり、義務づけの基礎理論を定礎していた。意思表示理論が成立したあとでは、約束概念がなっていた理論的役割は、すべて法律行為論によって肩代わりされていた。最後まで残っていたのは、契約の締結の説明における用語法であったが、これも不在者間の契約モデルが原則となることによって、不要となったところか、じやまにすらなかった。不在者間の契約では、初めから交渉モデルを想定することはできず、初対面の対向モデルで

対処する以外にない。申込という表現は、交渉モデルを予想させるような含意をもたないから、この目的のためにはきわめて合目的であった。

(41) 平井宜雄、法律行為、『注釈民法（3）』、有斐閣 一九八六（一九七三）年、三八頁以下。

(42) Malte Diesehorst, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, Köln 1959, S34-55.

(43) 平井、前掲、一一頁。

(44) 本稿の考察の範囲をこえるが、少しだけ印象めいたことをのべておきたい。法学のコンテクストで現れる意思概念の二重性の問題である。カントやサヴィニーにおいては、個人の意思が、まだ「普遍性の法則」との強い関係のもとにとらえられているが、一九世紀の後半のどこかで、心理学の本格的な発展の影響もあって、個人の意思が裸の個人の意思として取り扱われるようになる。裸の個人意思が解放されると、私法学の大前提をなす私的自治ということばの意味が変質することになる。個人意思を中心に私法理論が構築されているから、意思概念の変質は法学理論に決定的な影響を及ぼすことになる。裸の個人意思と社会的な評価枠組みの乖離を埋めるための理論が必要とされるようになる。ヴィントシャイドの前提理論、エルトマンやラーレンツの行為基礎理論、そしてカナリスの妥当理論(Geltungstheorie)といった理論は、ドイツでしか産み出されていないが、おそらくこのことと関係している。

三島が、カントの私法論に「近代批判的な思想契機」(前掲、一一八頁)をみて、その核心として個別意思を支えている「全体性の契機」を指摘しているのも、わたしと表現こそ違うが同じ問題である。裸の個人意思が、三島では「単に私的なもの」(前掲、一四九頁)とされているが、三島も個人意思の変質に明確に気づいている。わたしは、裸の個人意思の解放以降を近代とみる三島の前提がほんとうにそれでよいのかどうかについては、今のところ留保するが、これ以外のことではまったく同感である。