九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

カント私法論についての再論（二・完）

三島，淑臣
九州大学法学部教授

https://doi.org/10.15017/1797

出版情報：法政研究. 50 (1), pp.27-81, 1983-11-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

カント私法論についての再論（二・完）

三島淑臣

一　序――問題の再提起
二　基礎概念の析出と「演繹」（以上前号）
三　所有・契約・家族の法理
　㈠　物権もしくは所有権の法理
　㈡　対人権もしくは契約の法理
　㈢　婚姻と家族の法理
四　結び――カント私法論の歴史的境位

三　所有・契約・家族の法理

財産法的制度としての所有（権）や契約に関するカントの理論、ならびに身分法的制度としての婚姻・家族に関する彼の理論（これらが、「私法論」第二章「外的な私のもの・汝のものを取得する仕方について」以下の主題をなす）の展開構造を的確につかむためには、私たちが私法基礎論と名づけて来た「私法論」第一章に、なかんずくその§4

「外的な私のもの・汝のものという概念の究明」にまで立ち戻らなければならない。というのは、そこで提示されている考え方が、私法論の各論的展開部たる第二章以下の全思想行程を規定しているからである。第一章§4の冒頭で彼は次のようにのべていた。「私の選択意思の外的対象であり得るものは、次の三つだけである。(1)私の外なる或る有体的な物件、(2)或る特定の行ない（給付 praestatio）に向けられた他人の意思、(3)私との関係における或る他人の状態。以上は、それぞれ実体、原因性、および、自由の法則に基づく私と外的対象との相互性というカテゴリーに対応する」（VI, 247）。

これは、第二章で展開される物権論、対人権（債権）論、物権的対人権（家族的身分権）論の各論的区分に基礎を与える文章であるが、そこで物権の客体としての有体物、対人権の客体としての給付（意思）、及び物権的対人権の客体としての家族的＝身分法的人格状態が、各々、第一批判におけるいわゆるカテゴリー表の応用という形をとりながら、実体性カテゴリー（実体と偶有性）、原因性カテゴリー（原因と結果）、及び相互性カテゴリー（作用と反作用）によって特徴づけられている。実体性カテゴリーの使用は、やがて実体としての土地と偶有性としての他の諸物件との区別という形をとって、所有権論の展開に問題的な影を投げかけることになる。対人権（債権）の客体に関して原因性のカテゴリーが用いられているのは、給付行為（物件の引渡し、労務・サーヴィスの提供等）という結果を惹起する原因としての債務者の意思がそこで問題となっているからであろう。また、家族的＝身分法的権利の客体に関して「相互性」Gemeinschaft というカテゴリーが用いられているのは、婚姻・家族という諸人格の共同性 Gemeinschaft がそこで問題となるからであろう。いずれにしても、第一批判の超越論的方法の応用ということに対してカントが並々ならぬ関心をいだいていたことの明らかな証拠がそこにもある。(1)

ところで、各論的展開部の中味に立入る前に確認しておかなければならないことがもう一つある。それは、この各論的展開部分

の中心たる「私法論」第二章が何故「外的な或るものを取得する仕方について」（。。。は引用者による。以下同）という表題を与えられているのかという点である。基礎論的部分たる第一章は「外的な或るものを自分のものとしてもつ仕方について」という表題を与えられていた。この「取得する」erwerben と「もつ」haben とはどのような関係にあるのか。カントはこれらの問いに対して何ら特別な説明は与えていない。ただ、第二章の冒頭（§10）で、取得とは「或るものを私のものたらしめる（efficio）」作用であるということ、この作用のためには若干の積極的な法的行為（把捉、意思表示、領得）が不可欠であるということを語るにすぎない。ここには、各論的展開部が何故「もつ仕方」という視点の下でではなくて「取得する仕方」という視点の下で始めて可能になるのかを推測させる何物もない。但し、ヒントらしいものはある。それは「外的な私のもの・汝のものの取得の区分」と題された§10への付録部において、「取得の実質（客体）」に即しての区分（有体物、給付（意思）、人格の状態）と並んで「取得の形式（取得の仕方）」に即しての区分が説かれており、ここで物権、対人権、物権的対人権のトリアーデが顔を出していることである（VI, 260）。「取得の形式（取得の仕方）」が物権以下の各権利類型として考えられる点は少しわかりにくいが、カントにあって法（権利）の概念とは人―人の外的、社会的な関係のあり方（「形式」）にかかわるものであったことを想起すれば、何とか理解が得られよう。これに対して、「実質（客体）」としての事物に即した区分は、人―物の関係にかかわる限りで、法的視点から見れば間接的でしかない。[2] とはいえ、それだけではまだ、なぜ「もつ」の視点ではなく「取得」の視点が各論展開の地平にならねばならぬかは積極的に明らかとなったわけではない。客体の区分に応じた「もつ」仕方の形式的区分として物権、対人権等を考えることも不可能ではないように見えるからである。

この問題を解く鍵は、結局のところ、「取得」の方にあるよりもむしろ「もつ」の方にあるように思われる。「もつ」は、「私法論」第一章§7でカントが説くところによれば（VI, 253）、可想的占有という純粋に理性的な概念を経験的・事実的世界に媒介する表現形式（その意味で、第一批判の図式論にいわゆる〈図式〉Schema になぞらえられる）である。「もつ」は、その限りで、既に経験的・事実的世界に指し向けられ、これをア・プリオリな法概念に包摂する機能を与えられた観念であるが、しかしこの経

験的＝事実的世界の多様さ、豊富さを把握し切るためには未だあまりにも抽象的であると言わなければならない。何故なら、根源的に〈私のもの〉である内的なもの（自由）は別として、一切の外的な対象は取得されなければ〈私のもの〉ではない（VI, 258）のであるから、外的なものを〈私のもの〉として「もつ」という事態は、現実的な法的世界においては、必ず「取得」作用を前提している筈である。又、「もつ」は現実的な法的世界の中では、譲渡、遺棄あるいは〈私〉の死等々によって「もたぬ」状態に転化することも免れない。すなわち、「もつ」は時間・空間の中で移りゆく経験的・事実的世界の或る断面を切りとり、そこに見出される法的関係（人と物、人と人）を静態的に表現しているにすぎないのである。他方、「法の概念は、純粋ではあるが、やはり実践（経験において現われて来るさまざまな事例への適用）を目ざした概念である」（『法論』への「まえがき」VI, 205）以上、この流動的な経験的＝事実的世界を法的に把握するためのもっと動態的な視点が求められなければならない。そして、この動態的視点としてカントに選ばれたものが、外ならぬ「取得」だったのではないか。

ひとは、一見文献学的瑣末事としか思われない「もつ」対「取得」問題への筆者のこうした取組みを、学問的に無意義な穿鑿趣味として冷笑するかも知れない。そして、事実、これまで多くのカント（法）哲学研究者たちがこの問題に一顧だに与えることなしにカント私法論の意義を、否むしろ無意義を論じて来た。だが、この〈文献学的瑣末事〉の中には、カント法哲学の全体像を新たに見なおすことを余儀なくさせる何かがあるのではないか。それは、法哲学的思惟の遂行において純粋に理性的なもの（理性法、実践理性の普遍的立法、ア・プリオリな法・権利の概念）と経験的現実世界（実定法秩序やその法律学的加工を含む）とを媒介する際のカント独得のアプローチ方法である。それは、理性の純粋性と超越性とを失うことなく（それゆえ実定法〔学〕的なものへの超越的批判の視点を失うことなく）、しかもできる限り経験的現実世界の多様性・流動性の中に浸透し、それに内在化しようとする態度――その意味で経験的現実世界に対する理性法論の超越＝内在的態度と言ってもよい――である。私法論に即して言えば、カントは近代私法秩序に対して、それに内在しつつかつ超越的であり続けるという根本的態度をとることによって、近代私法秩序の哲学的定礎を遂行すると同時にその正邪判定のための批判的規準をも与えようとしていたのである。このことは、カント法

哲学の全体像を理解する上から言っても、又、法哲学一般の現代における根本的なあり方を考える上から言っても、決して瑣末事として済ませられることではないであろう。[3]

(一) 物権もしくは所有権の法理

それでは、カントの物権（法）論はどのように展開されているか。これが狭義の所有（権）Eigentum、しかも土地所有（権）の基礎づけ問題に集中されてゆくであろうことは、右に見たカント私法論の基礎的視角に照らして当然予測されるところであろう。そして事実また、カントが「私法論」第二章第一節「物権について」（§11～§17）で論述しているところも、その殆んどが右の問題の解明につきているといっても過言ではないのである。

さて、カントによれば（第二章§11）、物権（ius reale, ius in re）は従来、法学者たちによって、「当該物件のいかなる占有者〔所持者〕にも対抗し得る権利」として定義されて来たのであるが、この定義は「名目定義」――当の概念を他の類似の概念から区別する標識を与える規定の仕方――としては正しいものではあっても、未だ「実質定義」、すなわち当の概念の〈可能根拠〉（物権の存立の理性的根拠）を指示する定義としては、充分なものではない。前記定義においては未だ、或る外的対象に関してそれのいかなる所持者に対してもその責めを問い、それを（所有物回収の訴えによって）再び私の占有下にもたらすよう彼を強要することを得させるゆえんのものが明らかになってはいないからである。それゆえ、物権の「実質定義」としては「私がすべての他人とともに総体的占有をなしている或る物件を、私的に使用する権利である」（VI, 261）と答えられねばならない。なぜなら、「この総体的占有こそ、私が他のいかなる占有者〔所持者〕をも当該物件の私的使用から排除すること（その物件のいかなる占有者にも対抗し得る権利）を可能ならしめる唯一の条件〔だから〕である。それというのも、この総体的占有を前提することなしには、物

件を占有〔所持〕していない私が、どうして、すでにそれを占有〔所持〕している他人によって侵害され得るのか、全く考えられないことになるからである」(ibid.)。

この定義に関連して注目すべきことは次の二点である。一つは、ここで「或る物件」という言葉の下でカントが考えているものは、さし当りは自然的・文化的な諸事物であるが、結局のところはそれら諸事物はその土台としての土地に集約されて行くということ、もう一つは、物権の存立前提として「総体的占有」(Gesamtbesitz) が説かれていることである。これら二点についてもう少し立入った考察を加えてみよう。先ず第一点については、カントは右の定義にすぐ続く項「物件の最初の取得は土地の取得以外のものではあり得ない」(§12) で簡潔な説明を与えている。すなわち、土地――この語によって一切の居住可能な陸地が意味される――は、その上にある一切の可動的な事物との関係においては実体と見られるべきであり、他方、可動的な事物の現存はただ内属 (Inhärenz) とだけ見られるべきであるとされる。そして、「理論的意味において偶有性が実体なしに現存し得ないように、実践的意味においても土地の上にある可動物は、もし或る人があらかじめその土地を法的に占有している (それを自分のものたらしめている) と認められるのでなければ、その人にとって〈自分のもの〉であることはできない」(VI, 261) と主張されている。こうして、彼によれば、「樹木、家屋等々といった、破壊されうる一切のものは可動的である。そして、……これらのものに関する〈私のもの・汝のもの〉は実体についてのそれではなくて、実体の付属物についてのそれと解されるのであって、この付属物は〔厳密な意味では〕物件そのものではない」(VI. 262) ということになる。先に私たちは第一批判のカテゴリー表の私法論への応用が各論的展開部に問題的な影を投げかける旨を述べたが (本節冒頭参照)、今ここで実体―偶有性のカテゴリーが土地―その上の可動的諸事物という関係に応用され、取得 (「自分のもたらしめる」作用) の相の下で見られるとき、実体たる土地だけが問題であって他の諸事物はこれに従属するものと考えられると

いう形で、その影は現われて来るのである。こうして「取得の仕方」という角度から展開される物権論は、土地所有権の取得と保有という問題にほとんど収斂されてしまうことになる。そこでは、自然的＝文化的諸事物の取得問題がその固有性に即して考察の対象とされる可能性は初めから排除されてしまっていると言わざるを得ない。言葉をかえて言えば、静態的な「もつ」に対して動態的な「取得」の視角を導入することによって折角カントは流動的な経験的世界の多様性への理性法学の通路を切り拓きながら、実体―偶有性のカテゴリーの導入によってみずからその通路を狭隘化してしまっているということである。なお、この問題はロックの労働＝所有権説との対比で後にもう一度立帰って来ることになろう。

第二点に関して言えば、総体的占有ないし共有 communio の観念を導入して来るカントの思惟遂行の背景として、私たちがこれまで何度も出会った彼の法概念の特性（法＝権利が直接かかわるのは人―物の関係ではなく、人―人の社会的関係であるという）が想起されなければならない。物権も権利の一種である以上、それは直接的には人―物の関係にかかわるのではなく、人―人の社会的関係のみにかかわる。ところで物権とは「当該物件のいかなる占有者〔所持者〕にも対抗し得る」権利であるから、この権利の成立のためには、私の物件使用に関する万人の意志の合致が基礎となっていなければならない。さもなければ、当該物件の使用を差しひかえるべき万人の拘束性（これは右の排他的権利を裏面から言ったものに外ならない）は生じて来ないであろう。そして、この〈万人の意志の合致〉ないし〈万人の結合意志〉（普遍的結合意志）を可能ならしめる条件が万人による総体的占有ないし共有の概念に外ならない。何故なら、万人の意志の合致（これは一種の社会契約だ）へと各人を促す積極的基礎は、各人すべてが根源的・生得的に当該対象の占有に関与していること以外に考えられないからである。[4] こうして根源的に総体的占有に関与する万人の結合意志によって始めて私の物権は成立し得るというわけである。この間の事情を『準備草稿』では次のよ

うに述べている。「外的物件（土地としての物件）の占有は、それが共有（gemeinsamer Besitz）から、すなわち当該客体を占有している万人の共同的意思から導出されたものと見なされ得るときにのみ、その限りで外的な〈私のもの・汝のもの〉を基礎づけることができる。というのは、私的占有〔の意思〕は決して万人を拘束することができず、ただ共有だけが〔共同的意思を通して〕そうすることができるからである」（XXIII, 319）。刊行本では簡単に「一方的意志によっては、私は、もともと或る物件の使用を差し控えるべき拘束を負っていないはずの他の何びとに対しても、その使用を差し控えるべき拘束性を負わすことはできない。だから、こうした拘束づけは、一個の総体的占有の状態にある万人の結合した意志によってのみ可能である」（VI, 261）と述べられている。ここでも右の『準備草稿』からの引用が示すように、物件客体のモデルとして土地が考えられている。

こうして、カントの物権論（所有権論）は、土地の取得――それも根源的な（他人のものから導き出されたのではない）土地取得――の理論的解明に集中してゆく。なぜ根源的取得（原取得）かと言えば、他人のものから導き出される取得（第二次取得）は、私法論内部に限って言えば、契約によるそれか、取得時効や相続によるそれかであって、いずれも物権論の主題に属しないからである。そして実際、カントは契約を主題とする「対人権論」（第二節）や取得時効・相続を主題とする「外的対象の観念的取得」論[5]（挿入節）でこれらの第二次的取得の問題を所有権移転の見地から積極的に取扱うことになるであろう。

土地の根源的取得（及びそこに成立する原所有権）に関するカントの議論は次の三点に集約されよう。第一はこの取得の可能根拠の探求（「概念の演繹」）であり、第二はこの取得の成立要件ないし成立態様（「権原」）の解明であり、第三はこの取得の射程（取得権能の及び得る範囲と限界）の規定である。順次これらの論点をフォローしてみよう。

先ず第一の論点に関して言えば、『法論』なかんずく『準備草稿』における物権論の主たる関心は殆んどこのテーマ

に集中されているといっても過言ではない。そして、しばしばカント研究者の論議を呼んで来た「土地の根源的共有」という観念が顔を出すのもこの連関においてである。以下、簡単にカントの論旨をたどってみよう。土地の根源的な（すなわち他人のものから導出されたのではない）取得は既出の「実践理性の法的要請」（§2）に基づいて可能でなければならない。もしこれが不可能だとすれば、使用可能な土地が無主物として放棄され、一切の所有権が不可能となってしまうだろう。それは外的な〈私のもの・汝のもの〉の不可能性を意味し、つまりは外的自由の充実を（それゆえ、実践理性の根本意図を）不可能にしてしまうであろう。しかし、カントはこの消極的根拠（「許容法則」）に加えて更に第二の積極的根拠を提示する。それがかの「土地の根源的共有」観念に外ならない。重要なところなので、煩をいとわず引用してみる。

「すべての人間は、根源的に（すなわち、選択意思の一切の法的作用に先んじて）土地を適法に占有している。すなわち、彼らは、自然または偶然が（彼らの意志によることなしに）彼らを置いたその場所に居る権利をもっている。こうした占有は……球面としての地表における一切の場所の一体性という理由から、共同的な占有である。というのは、もし地表が無限の平面であったとすれば、人間はその上に分散することができるために、決して相互の共同態を形成することもないだろうし、またこうした共同態が地球上における彼らの現存の必然的結果であることもないであろうからである。

地球上におけるすべての人間による、一切の法的作用に先行する（自然そのものによって設定される）この占有は、根源的な総体的占有（根源的な共有 communio possessionis originaria）である。この概念は、たとえば原始的な総体的占有（原始的な共有 communio primaeva）といった想像上の、しかも決して（歴史学的に）証明されることのない概念とは異なり、経験的でもなく、また時間的諸条件に依存するものでもない。むしろそれは、一個

の実践的な理性概念〔理念〕であって、ア・プリオリに次の原理を、つまり人間たちに地球上の場所を法の諸法則に従って使用することを得させる唯一の根拠であるような原理を含んでいるのである」(VI, 262)。

私たちは前に、物権の存立を可能ならしめる条件として「総体的占有」が不可欠であることを見た。しかし、それは（丁度、外的な〈私のもの・汝のもの〉という概念に対して可想的占有の析出がそうであったように）物権概念の可能性の制約（概念の内的含意）として折出されただけであって、この概念の可能なゆえん＝根拠を積極的に基礎づけるものではなかった。そして今ここにこの積極的基礎づけ自身が示されるのである。しかし、それは何という基礎づけであろうか。根源的な総体的占有＝共有という理性概念の最終的基礎は、カントにとって、人間の住むこの地球という経験的＝現象的個体の球形性に求められなければならない！　理性概念の基礎づけに経験的概念が用いられる（その逆ではない）というこのカント哲学にとっての背理は、或る鋭敏なカント学者をして、最晩年カントの『遺稿作品』(Opus postumum) の中にまでその解決の糸口を探すことを余儀なくさせた。[6] しかし、この背理は、もし私たちが硬直した「理性－経験」の二元的対立観を消し去って、現実世界にかかわってゆく人間的実践の中において果たす（実践）理性の戦略的機能（現実世界の中で自己の充実的実現を完遂するために、実践理性には実践理性としての戦略というものがあるわけだ）の局面をカント哲学の中に見出そうとするならば、背理でもなんでもなくなるのではないか。経験的なものを介して自己を拡張していく実践理性のア・プリオリな要請について、カントは『法論』の中でくりかえし語っていたのではないか (VI, 247, 260 etc.)。この問題はおそらくカント批判哲学の方法（超越論的方法）そのものの根本的見直しをせまる程の大問題であって（そのためには、従来なされて来たように「批判哲学」→「法哲学」の一方通行でなく、「法哲学」→「批判哲学」というもう一方の通行も解明されなくてはならないだろう）、ここで立入るわけにはゆかない。今はただ、少なくとも『法論』の段階においては、カントはこの「経験を介しての

理性概念の拡張」という事態に何の背理も感じていなかったし、地球の球形性に基づく根源的共有の概念を物権取得の可能根拠と見なすことに何らのためらいもなかった、という確認だけで満足するしかない。(7)

この根源的共有に関して、なおもう一つ是非つけ加えておきたいことは、カントのこの「根源的共有＝共産制」概念（これは、歴史的始原にあったとされるいわゆる「原始的共有＝共産制」と厳密に区別されなければならない。後者の存在に関してカントは常に否定的であった）はまだ必ずしも彼を社会主義的所有論者たらしめるものではないという点である。土地所有権（それゆえ、一切の有体物の所有権）が土地の根源的共有の中に究極の根拠をもっているということは、この究極根拠に基づいて成立する所有権が共同社会的＝集団的土地所有権（個人的所有権の否定としての）でなければならないという帰結を導くものではない。否、むしろその反対である。万人の共同占有を前提として、この共同占有に関与する万人の意志の合致（普遍的結合意志）を通して、或る土地（及びその上の諸事物）の原所有権が、或る特定の個人に賦与される（但し、そのための要件として、当人による占先作用が必要である――これについてはすぐ後で述べる）というだけである。そこに成立するものはあくまでも個人所有権なのである。その限りで、R・ザーゲがカントの総体的占有＝一般意志論の中に「裁可的機能を有する一般意志 volonté générale の導入によって、私的所有権を廃棄するのではなく、むしろ逆にこれを堅固ならしめようとする意図」を看取し、所有個人主義的理論の貫徹を強調していることは間違いではない。(8) しかし、私たちは、この個人的所有権の基礎づけの内部に、根源的共有や普遍的結合意志の概念――多かれ少なかれ社会共同体的＝全体性的要素をはらんだ概念――が挿入されていることの思想史的意義を見失うわけにはゆかない。所有権はその本質において単に私的なものではなく、社会的＝全体的意志の契機をはらむのであり、個別的かつ全体的な権利なのである。この全体性の契機は、なるほどカントにあっては理性概念（「理念」）として抽象化されているけれども、これが歴史的＝社会的内実を与えられるな

らば、直ちにマルクスのいわゆる〈個体的所有〉の観念（単に私的なだけの非社会的＝排他的所有とは対立して、しかも社会主義的＝集団的所有の歴史的彼方に望見されるところの）に連なってゆく方向性をもっているのである。[9] このことは次の先占理論や取得射程論からも確かめられよう。

第二の論点、すなわち根源的取得の「権原」（成立要件ないし成立態様）の問題について言えば、これに関するカントの論旨の大要は次の通りである。取得の「権原」としては一般に三つのものが考えられる。(1)一方的意志の作用（事実行為 factum）か、(2)双方的意志の作用（契約 pactum）か、それとも(3)全般的意志のそれ（法則 lex）か、そのいずれかにより外的対象は取得される（§10付録部 VI, 260）。このうち(2)(3)がそれぞれ対人権、物権的対人権に関係するのに対して、(1)が物権に関係するものであることは言うまでもない。ところで、外的対象（ここでは土地）の一方的意志作用（事実行為）による根源的取得は、カントによって先占（Bemächtigung, occupatio）と呼ばれているものに外ならない。「物件（したがってまた、地上の或る特定の区画された場所）を私のものたらしめる意志、すなわち領得ないし専有化（appropriatio）は、根源的取得においては一方的でしかあり得ない。一方的意志による意思の外的対象の取得は先占である。だから、この外的対象の、したがってまた区画された一定範囲の土地の根源的取得は、ただ先占によってだけ生ずることができる」（VI, 263）。何故、根源的取得は一方的意志の作用＝先占という形でしか生じ得ないかと言えば、もし双方的意志の作用が必要だとすれば、そこでの取得は二人（もしくは多数）の契約から導き出されたもの、したがって又、他人のものから導き出されたもの（すなわち根源的取得ではないもの）となるであろうからである。

他方、先占という取得態様の中で、右の「一方的意志」の作用という局面と並んで、経験的占有取得＝把捉（apprehensio）の時間的先行性という局面がカントによって強調されていることがここで注意されなければならない。「こうした先占が行われる場

合、その先占には、或る物件を先占しようとする他の何びとよりも時間的に先行していることが、経験的占有取得〔把捉〕の条件として必要である」（VI, 259）。それというのも、「空間における有体物の所持（物理的占有）の始まりとしての把捉が、万人各自の外的自由の法則と調和するための条件は、時間に関して〔万人に〕先んずること以外のものではあり得ない」（VI, 263）からである。それゆえ、ここでは「時間的に先なる者が権利において優先する」（qui prior tempore, potior iure）という原則が妥当する。この万人に対する時間的先行という思想は文字通りに理解されなければならない。カントはやがて、未開地の文明化という美名の下に先住民族からその土地を簒奪しながら「土地所有者」を僭称するヨーロッパ先進諸国の帝国主義（「ジェスイット主義」）に対して烈しい非難を加えることになるであろう（§15注釈部 VI, 266）。この局面が無視されて、一方的意志の作用という局面だけが強調されると、「先占」は単なる実力的占取と同視されかねないことになる。そして、不幸なことに、カントが先占を表わすために用いたドイツ語 Bemächtigung やラテン語 occupatio にはこうした実力的占取の意味があり、後述する取得権能の射程論における「防禦可能な範囲」や「支配力 Gewalt の下におく限りで」という捉え方とあいまって、多くの解釈者たちを「カントの所有権取得論＝実力主義」という誤った見解へと誘ったのであった。[10]「一方的意志」（voluntas unilateralis）とは、他人の意志との対抗関係において言われているのではなく（というのは、「万人に対する時間的先行」とは把捉の時点で対抗者が誰もいないということを意味するのだから）、むしろカントが適切に言い副えているように「単独の意志」（voluntas propria）（VI, 263）——これは必ずしも対抗的な相手方を予想しない用法だ——と解する方がよいのである。

しかし、このような一方的＝単独的意志の作用によって取得がなされることはいかにして可能であるのか。それというのも、この取得によって、私以外の万人は当該対象の使用を差し控えるべき拘束性——私の先占作用という偶発事に基づくゆえに、それ自体として偶発的でしかないような拘束性——を課せられることになるのであるから。カントはこの問いに対して、「こうした仕方での取得が可能なことは、どんなにしても洞見され得ず、またいろいろ理由

をあげて証明することもできない」とし、この可能性は例の実践理性の法的要請からする直接的帰結であると見なしている。そして、この一方的‖単独的意志の作用が外的取得の「権原」たり得るのは、「ただその意志が、ア・プリオリに結合した（すなわち、相互に実践的関係に入り得るすべての人びとの選択意思を結合することによる）絶対的に命令的な意志の中に含まれているかぎりにおいてだけである」と主張する（VI, 263）。それというのも、かの万人に対する拘束性を課し得るためには、単なる一方的‖単独的意志ではなく、「全般的な意志、偶発的でなくてア・プリオリに、したがって必然的に結合した、それゆえ立法的な意志」（ibid.）が必要とされるからであって、これによって初めて権利一般が、従ってまた外的な〈私のもの・汝のもの〉が可能となるというわけである。

ここで私たちにとって注目すべきことは、カントがこの先占論によって、ジョン・ロック以来の労働‖所有権説に真向から対立するに至っている点である。周知のように、ロックは財産権の成立根拠を客体（土地のみならずその他の自然的・人為的産物を含む）に対して加えられた個々人の労働（それの加工、精錬、再生産）の中に求め、勤勉な新興中小市民層の所有個人主義的要求に対して強固な哲学的基礎を与えた。[11] それというのも、近世自然法学の伝統ではグローチウス以来永らく契約説的所有権説（原始共有制を前提として、一種の社会契約によって私的所有権が生ずると見なす考え方――これは社会契約の独特の捉え方によって既成の封建的‖貴族的大土地所有に有利な思想的武器を与えるものであった点に注意）が支配していたのに対して、ロックは個々人の労働による再生産と加工という判明な標識を打立てることによって、自由な市場経済下における個々人の私的所有権の保障という所有個人主義の要求に偉大な理論的武器を供したのである。しかし、こうしたロック的な労働‖所有権説の主張は、カントからすれば、「物件を擬人化するところの、そして、まるで誰かがそれに対して労働を費やせば、そのことによって、彼はその物件を拘束して、彼以外のいかなる他人の用にも応じないようにさせることができでもするかのように、人はそれらの物件

に対して直接的に権利をもつと思い込んでいるところの、ひそかに人心を支配している迷妄」（VI, 269）に外ならないのである。これまで私たちが繰り返し出会ったように、カントの法哲学的視野においては、人格ならぬ物件は何らの権利・義務をもちえないのであり、権利（所有権もその一つだが）はただ人―人の社会的関係という場面において語られるにすぎない。そして、権利の客体の根源的取得（原所有権）は、労働によってではなく、一方的＝単独的意志の作用としての先占という形式でのみ生ずることができるというわけである。折角ロックによって切拓かれた近代個人主義的所有権理論の大道は、こうしてカントによって無残にも切断されてしまったように見える。彼は断固たる調子で言う。「土地について最初になされる加工、区画、または一般に形態賦与は、土地取得の権原を賦与するものではない。言いかえれば、偶有的なものの占有は実体の法的占有の根拠を与えるものではない。……すでに前もって自分のものとなっていない或る土地に労働力を費やす者は、その土地に対して徒労をなすにすぎないのである」（VI, 268-69）、と。こうしたカントの極端に反労働＝所有権説的な見解に直面して、鋭利なカント政治理論の研究者ボリースが「カントはこの見解によって、単にルソー以前へと後退しただけでなく、ライプニッツや、否それどころかロック以前にまでも後退したのである」と批評するゆえんである。(12)

しかし、このようなボリース的見方（これは現在でも多くの同調者をもっているのだが）は、大いに疑問である。彼らの多数が、カントの先占（Bemächtigung）をもっぱら対他的な一方的実力行使としてのみとらえていること（これは先述したように、先占における把捉の時間的先行性という重要な局面を軽視していることとパラレルである）はしばらく措くとしても、カントによって先占の内的制約として強調されていた普遍的結合意志のもつ思想史的意義と可能性を看過しているように思われる。先占における一方的意志の作用は、同時に、万人の結合した意志によって、すなわち「絶対に命令的な意志」ないし「立法的な意志」によって裁可されることなしには取得の権原たり得ないので

ある。この先占の内部に装填された社会的＝全体的意志の契機は、個々人の一方的意志作用によって特殊化＝個別化されている私的占有の先行的事実を爾後的に法的なものとして追認するという、単に消極的な機能をもつだけではなく、もっと積極的＝能動的な制御的機能をもっている。そして実際また、カントが『準備草稿』の中で土地の根源的特殊化＝個別化の原理として「自然法的農地法」(lex agraria naturalis)の概念、すなわち土地の平等分配の自然法原則について語り（XXIII, 275)、また『法論』の中で「土地に関して各人に〈私のもの・汝のもの〉を配分する法則は、外的自由の公理に従って、根源的かつア・プリオリに結合した意志からだけ生ずることができる」(VI, 267) と語るとき、この先占という土地個別化原理の根底におかれた普遍的結合意志が何を意味していたか、少なくとも何を意味し得るものであったかが伺い知られるのである（この観点の具体的含意は、次の取得射程論でさらに明らかとなろう)。それは、従来しばしば指摘されたように、ロックの労働＝所有権説によって克服されてしまったグローチウスの社会契約観念に連なるよりは、むしろルソー自身の一般意志 volonté générale に一層近いものと見なされなければならない。所有個人主義だけを「光の子」と見なす視点からは、このカント独自の所有個人主義批判の観点は単に「闇の子」に算入されてしまう外ないのであるが。[13] もし私たちがカント物権論の限界なるものについて語り得るとすれば、それは、土地取得の「権原」を先占作用に求めた点にあるのではなく、むしろ、取得の「権原」問題を「実体」としての土地取得のそれに還元してしまった点に、それゆえ多様な自然的・文化的産物のそれぞれに固有な所有権取得の態様を考察視野から放逐してしまった点にこそ求めなければならないだろう。

最後に残された第三の論点、すなわち取得の射程問題については、私たちはこれをもはや簡単に概観するだけにとどめよう。何故なら、カントにとってこの問題はその無規定性によって「この（唯一・根源的な外的取得の）課題を解決の最も困難なものたらしめている」(VI, 266) ゆえに、のっぴきならぬものであったにもせよ、私たちから見れ

ば、この問題に対して与えたカントの解答は、私たちがこれまで第一論点、第二論点に即して明らかにして来たこと、及びそこから生ずる当然の帰結以外のものを殆んど含んでいないからである。

さて、カントにおいてこの射程問題は「量」と「質」という二つの観点から考察されているように思われる。「量」の観点とは、取得権能が空間的に何処まで拡がり得るのかという問題であり、「質」の観点とは、取得の権能がその客体に関してどのような種類ないし性質のものに及び得るのかという問題である。先ず後者の方から言えば、有体的物件のみが根源的取得の客体たり得る（それゆえ、人格的存在たる人間は根源的取得の主体ではあってもそれの客体ではあり得ない）こと、しかもこの有体物のうち実体としての土地の取得が絶対的前提条件である（土地の上の一切の事物は偶有性として、例外なく全てその土地の所有者に帰属するし、逆に他人の所有地に加えられた加工、改修等の労働はそれ自身としては何らの取得をも生ぜしめるものではない）こと、[14] 等については既に見て来たところである。

「量」の問題に関して言えば、カントは土地の取得権能の及び得る範囲を規定する基準として、それの防禦可能性をあげている。すなわち、土地取得は「土地を自分の支配力 Gewalt のもとにおくという能力の及ぶ限りにおいて、すなわち、土地をそうやって領得しようとする者がこれを防禦しうる限りにおいて」認められるのであって、「それはちょうど土地が《もし汝が私を保護し得ないのであれば、汝は私に命令することはできないのだ》とでも言うかのようである」（VI, 265）とされる。海洋の自由か封鎖かという国際法学上大いに争われた大問題もこの観点から解決される。すなわち、「砲弾がとどく範囲内では、或る特定の国家に属している陸地の海岸において、〔他国の者は〕何びとも、漁獲をなし、海岸から琥珀を採取する等々のことをなしてはならない」（VI, 265）のであって、その限度で海洋は封鎖される。しかし他方、「広大な海洋そのものの上ではどんな居住地も不可能であるから、占有はそこまで拡大さ

れることはなく、公海は自由である」(VI, 269) ということになる。同じような観点から、カントは、相隣関係にある二つの家族もしくは民族の間に中立地帯を設ける問題等々をも取扱っている。

カントの物権（所有権）取得論に関してしばしば非難された「実力主義」(力の法への転化論) の局面が顔を出すのはまさにここにおいてである。たしかに、「支配力の下におくという能力の及ぶ限りにおいて」という限界規定が「防禦し得る限りにおいて」ないしは「砲弾のとどく範囲で」という対他的な実力行使の要素と等置されている。しかし、この件に関して、私たちは次の二点に注意すべきである。一つは、「私の支配力の下におく」(in meinen Gewalt haben) という表現は、もともと物理的占有の特質（「物理的に私の力の下におく」(physisch in meinen Macht haben) と対比させて可想的占有の特質を、すなわち主体と客体との純粋に法的な結び付き（法的権能としての支配可能性）を表わすための表現であって、それ自体としては何ら対他的な物理的力 Macht の行使を意味していないということであり、もう一つは、右の「防禦」、「砲弾」といった実力的要素が「自分の支配力の下におく」に結び付けられるのは、取得の射程問題という視圏においてであって、取得の本質そのものにかかわるものではないということである。右の二点を顧慮するならば、「カントの所有権取得論即実力主義」という現在もなお支配的な見解が、いかに疑問多い解釈であるか判るであろう。そもそも所有権取得の本質的要素が対他的な実力的占取という点におかれるのであれば、人は何ゆえに自然状態を抜け出して公民状態に入り込まなければならないのであろうか。自然状態こそこの実力的占取の最も良く貫徹している状態なのであるから。そうではなく、自然状態においては取得（それ自体としては「一箇の真正な取得」〔VI, 264〕として成立しているところの）が実力的簒奪によって容易に他人から侵害されるがゆえに、その意味で「暫定的」provissorisch でしかないゆえに、人は、この取得が組織的権力によって確実に保障されるように、換言すれば取得を「決定的」perentorisch たらしめるために、公民状態に入り込まなければ

ならない不可避的義務が生ずるのである(『法論』§15参照)。

右の問題よりもはるかに重要だと思われるのは、刊行本『法論』においては前面に出ていないが、『準備草稿』において時として触れられているところの、社会契約説的概念による取得射程の内的限界づけの視点である。すなわち、私は土地の根源的取得をどの範囲までなし得るのかという問題に関して、カントは『準備草稿』の中で「私の生存の維持に必要な限度で」という注目すべき答えをあたえ(XXIII, 286)、しかもこうした限定が、各人の恣意に基づいてでなく「一箇の共同的意志」に基づいて生ずるのだと主張する。それゆえ「共同的意志の理念こそが、土地の占有に関して特殊的選択意思を限定しかつ制限して、自由が有体的諸対象に隷従することがないために必要とせられる範囲内にそれをとどめさせる根拠なのである」(ibid.)。私たちは、「共同的意志」すなわち volonté générale が再度ここで顔を出していることを怪みはしないだろう。何故なら、この volonté générale こそ、根源的取得の可能根拠であり、又同時に先占の内的制約であることを既に以前に確認して来ているのだから。しかし、この volonté générale は、未だそれだけでは一箇の理性概念(＝理念)にすぎず、自然状態にあっては「生存の維持に必要な限度」がどれだけかを具体的には何ら規定することができない。その意味で、取得の射程＝限界規定は未だ「暫定的」なものでしかない。それが「決定的」となるためには、「公的(配分的)正義」の存立している状態、すなわち公民状態と、そこでの現実化された普遍的結合意志 volonté générale の働き、すなわち実定法規が必要である。「純粋に法的な占有の可能性はア・プリオリなものとして与えられている。しかしそれの法的限定は各人それぞれの選択意思によってではなく、外的＝実定法的法則によってのみ、それゆえ公民状態においてのみ可能である」[15](XXIII, 288)。

こうした「生存の維持に必要な限度」の観点、及びそれに伴う能動的＝積極的な volonté générale の観点は、刊行本では背景に退いているにしろ、前述した「自然法的農地法」の観念と同様に、カントの根源的取得論の根底に流れ

る所有個人主義批判的＝全体性的思想モチーフをかえって生々と表明しているように思われるのである。[16]

以上のように根源的取得の基本問題に関するカントの行論をたどって来た今となっては、この問題に関して彼が結論のようにして書き付けている次の言葉が何を意味するかも、私たちは容易に理解することができよう。「外的なものの何らかの根源的取得がなければならない。何故なら、一切の取得が導き出されたものであることはできないことだから。したがって、われわれは、この〔根源的取得の解明という〕課題を未解決のままにしておくこともできなければ、それ自体解決不可能なものとして放棄することもできない。けれども、よしんばこの題課が根源的契約〔すなわち普遍的結合意志の理念と現実態〕を介して解決されるとしても、もしこの契約が全人類に拡張されるのでなければ、取得は単に暫定的でありつづけるであろう」(VI, 266)。

根源的取得の、それゆえ原所有権の可能根拠、「権原」、射程規定が結局のところ普遍的結合意志の概念の中にその基礎を求められるべきことは前述した。しかも、このようにして成立した原所有権が単に「暫定的」なものでなく「決定的」なものとなるためには、ひとは自然状態を抜け出して公民状態に入り込まなければならなかった。後者の中で現実化された普遍的結合意志のみが、自然状態における（限界規定という意味でも、又その権力的保障という意味でも）二重に不安定な原所有権を、右の両側面にわたって確固たるものたらしめることができるのである。だが、一国の実定法秩序（現実化された普遍的結合意志の表出としての）による所有権の確定化であっても、国際的視野から見るならば、常に不安定な要素を残している。対内的政治の安定は一国内における所有秩序を「決定的」なものと見なすことを一応は可能にするが、しかしそれは他国による侵略までの間のことでしかない。「地表の球形性」に基づく「全地球上の土地の根源的共有」という汎世界的概念は、一国内の「公的＝配分的正義」の確立で自足し得ず、汎

世界的な「公的‖配分的正義」の確立を、それゆえ「世界公民状態」とその「実定法」秩序の樹立を不可避的に要求するのである。すなわち、カントにとって、所有権問題の最終的解決は結局のところ「世界公民状態」としての全人類的世界公民社会の確立を前提するということである。これはまことに深遠な、現代でもまだアクチュアリティを失なわない、否、むしろ、「生存の維持に必要な限度」すらも奪われた難民の満ちあふれる現代世界においてこそ増々その切実さを加えつつある思想だと言わなければならない。

㈡ 対人権もしくは契約の法理

契約をめぐるカントの理論は、彼の所有権の理論や後述する婚姻・家族理論に比べると、思想的斬新さに乏しい。それに、カント自身もこのジャンルに対してそれほど深い関心をもっておらず、極く簡単な説明を与えているのみである（このこと自体、歴史的にみて一つの問題なのであるが、――これについては後述）。それで、私たちも彼の理論のアウトラインを、次の二点について素描するだけにとどめることにしたい。その第一は、契約理論の枠組みをなす対人権（債権）の概念を彼がどのように捉えていたかという点であり、第二は、契約そのものの法的構造に関する彼の理解の仕方である。

先ず、対人権の概念について言えば、これが、他人の給付意思を対象とする権利であり、カテゴリーとしては「原因性」（原因―結果）のそれに属するものであったことは既に本稿三の冒頭で見た通りである。これを受けて、カントは対人権に関する議論（「私法論」第二章第二節）の最初のところ（§18）でこの権利を次のように規定している。「或る他人の意思の占有は、自由の法則に従って私の意思により他人の意思を規定して或る特定の行ない〔給付〕をさせる能力として（他人の意思の原因性に関する外的な私のもの・汝のものとして）、一個の権利である。そして、私は数個

のこうした権利を同一人物に対し、または他の人たちに対してもつことができる」(VI, 271)、と。この権利の取得は、物権取得の場合とは異なり、根源的かつ一方的な仕方でなされることはできない。というのは、もしそのような仕方の取得が許されるとすれば、それは、私の選択意思の自由と万人の選択意思のそれとの調和という法の根本原理に背反し、不法であることになるだろうからである。それゆえ、この取得は、必ず他人の〈自分のもの〉から導き出されるもの（第二次的なもの）、かつそれについて他人の承認が得られているものでなければならない。

ところで、この他人の〈自分のもの〉からの導出は、カントによれば、他人による〈自分のもの〉の放棄あるいは断念といった消極的な法的行為ないし作用によっては生じ得ないのであって（何故なら、そのやり方では、他人のものが廃棄されるだけで、何ものも取得されているわけではないのだから）、右の導出はもっぱら移転（translatio）という積極的な法的行為ないし作用によってだけ生ずるのである。この移転においては、その土台として私と他人との双方の共同的意志が存在しなければならず、「この共同意志を介して、対象は常に或る人の支配力のもとあるいは〔及び?〕他の人のそれのもとにもたらされるのであり、次いで一方がこの共有態における自分の持分を放棄し、こうして客体は他方の受領 Annahme（それゆえ或る積極的な意思作用）によって後者のものとなるのである」(VI, 271)。

ここで「移転」「共有態」「持分」という諸用語が明かにしているように、カントの対人権論の主たる問題領域は物権（所有権）としての〈私のもの〉の変動であり、従って彼の契約理論も所有権理論の一部（流動相ないし交換過程において捉えられた所有権理論）という性格を強くもっている点が注目されるべきである。[17] さらに又、共同意志の概念を通じて移転の連続性（中断のないこと）が強調されている点も、契約に関するカントの思考様式を特色づけるものとして記憶しておいてよい。というのは、「契約による私のものの移転」に関して「連続性の法則」(lex continui) なるものをやがて彼は主張することになるだろうからである（§20）。

次に契約の法的構造の問題に眼を向けてみよう。契約とは、カントによれば「それを通して一般に或る人の〈自分のもの〉が他の人に移転するような、二人格の結合した意思の作用」(VI, 271) である。だから、契約は、丁度物権の原取得に関して先占がそうであったように、対人権という権利取得の殆んど唯一の成立要件（「権原」）なのであり、彼の対人権論の展開はもっぱらこの契約の問題――その法的構造と可能根拠の解明――に集中されることになる。[18] ところで、カントによれば、契約には二つの段階がある。一つは準備的なそれ（商議）であり、もう一つは構成的なそれ（契約締結）であって、前者は申込み (oblativ) と了承 (approbatio)、後者は約束 (promissum) と受諾 (acceptatio) という、それぞれ二つの意思作用を含んでいる。そして前者だけによってはまだ何物も取得されず、後の二つの意思作用をまって初めて取得は生ずるとされる。契約を構成する要素としてのこれらの諸概念は十七世紀以来のドイツ普遍法学 (usus modernus) や、それと連繋する啓蒙主義自然法学の中で説かれて来たものであり、別段目新しいものではない。しかし、カントが、これらの意思作用の法的効果として〈自分のもの〉の移転が成立する事態を基礎づける仕方は全く彼独自のものである。すなわち、〈自分のもの〉の移転は要約者（約束者――ここでカントは贈与契約における贈与者を典型的事例として考えているように思われる）の一方的意思によっても、諾約者（受諾者）のそれによっても生ずることはなく、両者の結合した意思によってだけ可能なのであるから（このことは、対人権概念の分析で既に示された）、移転は「両者の意志が同時的に表示されるかぎりにおいてだけ成立する」(VI, 272) ということになる。ところで、約束と受諾という二つの意思作用の経験的生起は、互いに必然的に時間の中での継起であるほかはなく、決して同時ということはあり得ない。だから、この経験的生起に着目する限り、移転という法的事態は成立不可能である。どんなに短時間であっても、約束の時点と受諾の時点の間には必ず一定の時間が介在するのであり、この時間内に要約者は約束の撤回をなす自由をもつ筈だからである。契約締結に際しての手打ちだとかローマ法上のステ

ィプラ（当事者双方による麦わら裂き）だとかいった外面的諸儀式は、カントに言わせれば、全てこの二つの意思作用の同時性を表象させるための失敗した試みにすぎない。そもそも経験的なものに依存する限り、経験世界の時間性の外に逃れようはないのである。一方が存在しているならば、他方は未だ存在しないかもはや存在しないか、そのいずれかでしかない。この窮状を脱け出す唯一の道は「契約による取得という概念の超越論的演繹」（VI, 272）と彼が名づけるものによって与えられる。すなわち、他人の意思の占有取得はさしあたりは約束と受諾という二つの意思作用――時間内における継起としての――を介して考えられるにしても、この取得は法的関係としては純粋に可想的な関係であるから、右の経験的諸条件を捨象して考えられるのであり、こうして、右の二つの意思作用すなわち「約束と受諾という二つの作用は、たがいに継起するものとしてではなく、ただ一つの共同的意志から生じたものとして表象されるのであって、このことは同時にという言葉で表現される。そして、対象（約束）は、経験的諸条件を消去することにより、純粋実践理性の法則に従って、取得されたものとして表象される」（VI, 273）というわけである。

カントのこの基礎づけに関して私たちの興味を喚起することは、ここで再び「経験的諸条件の捨象」ないし「消去」という手法が顔を出していることである。そして、ここでもこの「捨象」を裏打ちするものとしてかの「実践理性の法的要請」に類似した「純粋実践理性の法則」が説かれている点である。この後者はその前後のカントの文脈からすれば「約束は守られるべきである」という「定言命法」を指しており、これについては「何びともおのずから知っていること」でありながら、それについて改めて証明を行うことは絶対に不可能なものだと説かれている。しかし、それは「純粋な（法概念に関し、空間・時間の一切の感性的諸条件を捨象する）理性の一要請」（VI, 273）なのであり、かようなものとして契約による取得という概念を経験的条件を超え出て捉えることを可能ならしめるのである。

「契約による取得」の可能根拠をめぐるこうしたカントの議論に直面して、私たちは「哲学者の迂遠さ」をあげつらう一部の法律学者や（法）社会学者の嘲笑を連想せずにはおれない。一部の法律学者たちは言うだろう。そもそも「契約による取得」が可能なこと、それも自主＝自立的な個的主体間の自由な契約による外的な〈私のもの〉の取得が可能なことは近代私法の確立された基本原則であり、近代法秩序の根幹としての〈私的自治〉の原則と連結したその不可欠の一環である。問題は、この基本原則が近代社会の現実的諸生活関係の中でどのように具体化され、どのような展開構造をもつかを、それぞれの国の実定法に即して明らかにすることであって、「契約による取得という概念の演繹」といった退屈な、しかも「実益」のない抽象的議論につきあうことではない。その上、ここで論証テーマとされているのは、「何故約束は守られるべきなのか」という――まだしも興味のなくはない――問題ではなくて、むしろ後者を前提（！）した上で「契約による取得」という明白な実定法的現実を改めて基礎づけようとしているのだから、観念の遊戯もいいところだ、というわけである。だが、私たちはこうした非難に対しては、次のように答えなければならないだろう。先ず第一に、「（自由な）契約による取得」が近代私法秩序の基本原則の一つであることは社会的な事実だとしても、この原則自体果たして（近代実定法秩序が想定しているような意味と射程において）人間的＝理性的根拠を充分もっているのかどうか、全く未知のことではないのか、と。この原則があたかも自明の正当性をもっているかのようにのさばって来たところに近代社会の病むゆえんがあったのではないだろうか。いかなる理由によって、またどのような射程においてのこの基本原則が正当性をもつかが今改めて問い直さなければならないところに来ているのではないだろうか。また、「約束は守られなければならない」という命題が万人に承認されているとしても、そこから「（自由な）契約による取得」の可能性がストレートに出て来るわけでないことはカントの明らかにしている通りであり、後者の可能性を前者の命題と連関させながら基礎づけてゆくという課題は依然として有効なものたり続けていると言わなければならない。少なくとも、実定法秩序が前提する諸原則について、それの自明性を根底的に疑おうとする立場――これこそ「法の祭司」でもなく「法の管理者」でもない〈唯の人間〉の本来の立場であろう――からはそう言わなければならない。

他方、一部の（法）社会学者たちは言うかも知れない。「（自由な）契約による取得」といった観念は、それ自身一つの歴史的＝社会的に規定された法的イデオロギーであり、とくに近代市民社会の形成という歴史的事実を背景として前景化されるに至った特殊＝近代的イデオロギーの一つに外ならない。したがって、かようなイデオロギーに正当化根拠を与えようとするカントの試みは、それ自体一つのイデオロギー的営為であり、資本主義的法体制に対する補完的ないし促進的機能を、しかも極めて無骨なやり方で果たすものである、と。実際、また、カントの契約理論ないしその根底にある意思主義的法思想がそうした近代市民法秩序ならびにその法律学的加工に対して一種の促進的機能を果たしたことは否定し得ぬ歴史的事実であると言わなければならない。[19] だが、右の批判に対しても私たちは次のように答えなければならない。特定の「科学的」分析以外の一切の思想的試みをイデオロギー視する思考傾向は、現代の歴史主義的感覚に訴える故に多数の知識人の賛同を得易いものではあっても、先人の思想に耳を傾けつつ事柄の真相をありのままにとらえるべき学問の即事性 Sachlichkeit を危くするものである。「契約による取得」の概念が一種のイデオロギーであり〈共同幻想〉である可能性を留保しながら（それこそが「可能根拠」を改めて問いつづけることの本来の意味である）、しかも「そうした概念の中には人間存在の基本構造ないし原事実に直結する何かがありはしないか」という根源的問いに対して自分の思考を開いてゆくのでなければ、いわゆる「科学」は（原事実から眼をそむけることによって）それ自体幻想化せざるを得ないであろう。「純粋な理性の一要請」というカントの可能根拠の提示は、そうした根源的問いへの思考の開けと解すべきであり、あくまで未知なるものの探求の一里塚と解すべきなのである。

なお、カントは契約の構造に関して、「契約によって取得される外的なものとは何か」という問題、及び契約によって物件が私に譲渡される際にどの時点から私の所有権が成立するのかという問題を極く簡単に取扱っている。前者に関して言えば、契約による私の取得の直接的対象が「他人の約束」（給付意思）であって「約束のもの」（外的物件）それ自体でないということは、対人権の概念から当然出て来る一帰結である。しかも、この「他人の約束」に対する

私の権利は当の他人に対する給付請求権にすぎず、物権のように「いかなる第三者にも対抗し得る」絶対的権利ではないことも対人権の本質に属する。とはいえ、カントによれば、こうした「他人の約束」の取得によって、私は私の外的〈もちもの〉（資産）に何かを付け加えるのであり、換言すれば、「他人の自由と財産に対する債権」の取得によって、私はそれだけいっそう富裕になるわけである（§20）。カントは述べていないが、この抽象的＝観念的富の増殖と蓄積への欲求こそが近代資本主義社会を動かす基本的要因の一つになっているものに外ならない。

契約による物件の私への譲渡に際して、所有権取得がどの時点で成立するのかという問題に関しては、カントは「当該物件の引渡し（traditio）の時点で」という簡明な答えを与えている（§21）。この問題に関するカントの記述（とくに§21の注釈部における危険負担の配分に関する記述）には若干混乱があるように思われるが、[20] 大筋としてはっきりしている。すなわち、当該物件の引渡しを受ける以前の私は単に相手方（現所有者）に対する引渡し請求権（債権）を有するにすぎず、この引渡しによって初めて当該物件の所有権を取得することになるというわけである。それゆえ、引渡しが契約締結に直結している要物契約の場合を別とすれば、引渡し期日以前に私が所有権者となり得るのは、特殊な付随契約――何月何日に当該物件（例えば馬）を受け取りに行きたいという私の申出と相手方の了承――を伴った「占有作用」（actus possessiorum）によってだけである（§21）。

以上、カントの対人権論ないし契約理論のアウトラインを見て来た。彼の当該テーマに関する議論はこれだけで終わるのでなく、私法論の各所に散らばってかなり多くの個別的テーマが扱われている。例えば、「私法論」第二章第三節の後に付録の形で付加された「契約によって取得しうる一切の権利の教義学的区分」（§31）においては、考え得るあらゆる契約類型の包括的分類表が示されており（これはヘーゲルの『法の哲学』§80で全面的に援用されたもの

である)、また、この付録にその注釈として接続する「貨幣とは何か」「書物とは何か」の項では、人々の物質的交流の重要な媒介としての貨幣に関して、あるいは思想交流の重要な媒介としての書物に関して、極めて興味のある見解が展開されている(A・スミス貨幣論の受容と展開が示されるのもそこにおいてである)。さらに、「私法論」第三章「公的裁判の判決による主観的に制約された取得について」(§36〜§40)においては「贈与契約」あるいは「使用貸借契約」といった、重要な契約類型が物権と対人権との交錯という視点からかなり突込んで考察される、といった具合である。しかし、これらはいずれも右に考察して来た対人権論=契約理論の応用例であり、思想的にさきほど注目すべき内容を示しているわけでもないので、紙面の都合上全て割愛することにして、ここではただ、何故カントにおいて対人権論ないし契約理論が統一的体系にもたらされず、かくも無統一なままに放置されたのかという点について一言するにとどめたい。私たちは前に、彼の対人権=契約理論が、物権=所有権の移転という位相に重心を置いたところの、一種の〈流動状態において捉えられた物権論〉に外ならぬ旨を述べたが、右の対人権=契約理論の無統一性という事態もこのことと深く結び付いているように思われる。すなわち、近代社会における債権や契約の決定的重要性を、換言すれば物権=所有権移転の問題には還元し得ぬ債権や契約そのものの独自の歴史的=社会的意義をカントは鮮明にとらえ切っていなかったのではないか——そして、このことが彼の対人権=契約理論を物権論の延長のようなものたらしめるとともに、物権譲渡的性格をもたない純債務契約的諸類型をも包含した統一的契約理論の構築を妨げることになったのではないか。部分的には鋭い社会認識を示しながらも、そしてスミス貨幣論の援用が示すようにイギリス古典経済学の成果に対して繊細な理解力を示しながらも、カントの契約理論は結局のところ近代資本主義の歴史的基本動向、ならびにそこで果たす資本蓄積や労働力商品(雇傭契約)の大きな役割と固有の問題性については遂に鮮明な認識を獲得するまでに至らなかったのではないかと思われる。

㈢ 婚姻と家族の法理

法制度としての婚姻や家族の問題にアプローチしてゆく際にカントが依拠する法（権利）概念は、いわゆる「物権的対人権」(auf dingliche Art persönliches Recht) のそれである。そこで、先ずこの法（権利）概念が何を意味するかを、私法基礎論の部分（「私法論」第一章）や『法論』再版への〈付録〉――これは『法論』初版へのF・ブーテルヴェークの書評に対する応答として書かれたもので、右の物権的対人権概念のかなり詳細な再吟味を含んでいる――にも目をくばりながら明らかにしてみよう。[21]

物権的対人権を取扱う「私法論」第二章第三節（§22～§30）の冒頭で、カントはこの権利を規定して次のように述べている。「この権利は、物件として或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)。ここで「或る外的対象」と言われているものが家族的＝身分法的関係の下に引入れられた他の人間ないし人格であることは言うまでもない。既に私たちは「外的な私のもの・汝のものという概念の究明」(§4) で「私の選択意思の外的対象」の区分として有体物や他人の給付意思と並んで「私との関係における或る他人の状態」(VI, 247) があげられ、又「外的な私のもの・汝のものの取得の区分表」(§10、付録部) で「取得の客体」に即しての区分の一つとして「他人格そのもの、すなわち私が任意に処理する権利を認められている限りでの、この人格の状態」(VI, 259) があげられていたのを知っている。かの冒頭の規定は、これらの諸規定をより精密化したものに外ならない。そして、それが「物権的対人権」と呼ばれるゆえんは、それが人格としての外的対象にかかわり、それの使用を可能ならしめるところにその本質を有するものでありながら、しかも単なる対人権のように相手方に対する給付請求権の性格をもつだけにとどまらず、当該対象のいかなる占有者（所持者）にも対抗して直接手元に回収し得るという物権的性格を同

時に帯びているからである。そのことが「物件として或る外的対象を占有する」という言い方で表わされている。この表現は一見すると人格を物象化するもののように誤解されかねず、事実またこれまで多くの哲学者たち（ルカーチその他）によってそのように誤解されて来た。しかし、カントの「物件として占有する」は、彼自身が婚姻に関して、「一方の人格が他方の人格によってさながら物件のように（gleich als Sache）取得される」（VI, 278）と語り、親子関係に関して「子供はさながら物件のように両親の占有のもとにある」（VI, 282）と語っている際に明らかなように、人格的結びつきの排他的無比性（代替不可能性）を背景としつつ、その占有がいかなる第三者（所持者）にも対抗して対象を回収し得るという準物権的な対抗力をもっていることを、そしてそれだけを主として意味している。後述するように、物権的対人権は、その本質において「最高度に全人格的な権利」（VI, 277）――まさに〈人格の物象化〉と正反対のもの――なのである。

但し、この点で、カントの叙述にはかなり不用意な言いまわしがあることを私たちは認めなければならない。例えば、前記『法論』再版「付録」の中で、彼は「物権的対人権」概念の導入を弁明するに当って、この権利を「もちろん人格をその一切の部分において物件と同じ仕方で取り扱うというわけではないが、しかもこれらの人格を占有し、多くの関連において物件としてそれらを処理する権利」（VI, 358）という風に言い表わしている。そして、これに似た言い方は処々に見られる。これらの箇所は、〈人格の物象化〉という解釈に対して恰好の典拠を与えるようにも見える。しかし、右の引用のすぐ後で彼が親子関係の例を引きつつ明らかにしているように、この「物件としてそれらを処理する」mit ihnen als Sache verfahren は「両親は、自分たちの支配下から連れ去られた自分たちの子供について、それのいかなる占有者にも対抗する権利（物権 ius in re）をもつ」（ibid）ということ、すなわち第三者に対する物権的対抗力をもって当該対象（子供）を自分の手もとへ直接回収することができるということ以上は意味していないのである。他の場合もほぼ似たような仕方で解釈し得ると言ってよい。[21a]

こうした表現上の不用意さは、人格の非物象性（人格の自己目的性）に対してカントが感覚的に鈍感だったがために生じたのではなく、〈外的な私のもの〉をもつ仕方が伝統的に物権的か対人権的かの二分法で考えられて来たことに主たる原因があるように思われる。家族や婚姻といった全人格的結合の独自の重さをこの二分法の枠組みの延長線上で法的な表現にもたらそうとすれば、物件占有に類比的な捉えかたにならざるを得ないであろう。まして、外的な〈私のもの〉のモデルを有体物に求めたカントにあっては、他に方法はなかった！ 換言すれば、カントは人格の非物象性に対して鈍感だったためでなく、むしろ人格とその結合＝共同態の無比性＝代替不可能性に対して人一倍敏感だったがために、前記二分法的思想空間の中で、人格結合と「物件占有」との類比的把握へとそれだけ強く押しやられたのである。このことは次に述べる家族的共同態に関する彼の把握の仕方を見るなら益々判然として来るであろう。

それでは、この物権的対人権という形式において取得される〈私のもの・汝のもの〉とはどのようなものか。これについてカントの述べるところは、彼の婚姻・家族法理論を理解する上で極めて重要である。

「この権利に従っての私のもの・汝のものは家族的なもの（das häusliche）であり、そして、この状態における関係は、自由な存在者たちの共同態（Gemeinschaft）という関係であり、そこにおいて、この自由な存在者たちは、外的自由の原理に従っての（一人格の他人格に対する）相互的影響を通して（原因性）、或る全一体の諸成員（共同態をなしている諸人格）による或る社会を形成する。そして、この全一体は家共同体（Hauswesen）と呼ばれる」（VI, 276）。

ここで「家族的なもの」と呼ばれている〈私のもの・汝のもの〉は、婚姻（夫婦）関係や親子関係だけでなく家長と僕婢の関係をも包含する広い意味で用いられている。そして、これらの諸家族関係が自由な存在者（人格）たちの共同態としてとらえられ（これが相互性 Gemeinschaft のカテゴリーに対応することは前述した）、これら諸人格の

共同態の包括的全体が家共同体をなすものと見なされているわけである。ここで、私たちにとって注目すべきことは、家族的諸関係が「自由な存在者」(自己目的性をもった人格としての人間）たちの間の相互影響的関係でありながら、これら自由な存在者たちの個別的意思に解消され得ぬもの、一方の者が他方の者の意思を規定して何かをさせる「原因性」(これは対人権に固有なカテゴリーであった）を内につつみながら自体としてはこれを超え出た関係として捉えられている（これが「共同態」という用語の本来の意義である）ことである。[22] このことは、婚姻、親子、家長―僕婢関係の法理に関するカントの理論を見てゆく際に極めて重要な意義をもって来るであろう。もう一つ注目されるのは、これら諸関係の総体が全一体としての家共同体を形成しているとする彼の見方であって、ここでカントは中世ゲルマン以来の家父長制的大家族制度を念頭において家族を捉えているのである。ここでは未だ近代家族形態の基本となる小家族制（夫婦と子供）はそれとして鮮明に形を現わしていない。すなわち、ここには、紛れもなくカント家族法論の歴史的限界があらわになっていると言わざるを得ない。この限界は、やがてヘーゲルがこの大家族制の崩壊と小家族制の成立という歴史的過程に法哲学的表現を与えることによって克服することになるであろう。

ところで、この家族的状態そのものの、もしくはこの状態における他人格の取得は、どのような要件（「権原」）によって成立するのか。この成立要件が「一方的意思の作用」としての「事実行為（factum）」（先占作用）にも、また「双方的意思の作用」としての「契約（pactum）」にも求められ得ず、もっぱら「法則（lex）」の中に存することは、「取得の区分表」（§10付録部）その他でこれまで何度か私たちが出会って来たところである。しかし、何故事実行為や契約ではなく、まさに「法則」でなければならないのか。この間の事情について、カントは次のように述べている。「この状態の、またこの状態における取得の仕方は……〔もっぱら〕法則によって生ずる。そして、このことたるや、ここで問題となっているのは物件における権利〔物権〕でもなく、また単なる対人的権利でもなく、むしろ同

時に人格そのものの占有なのであるから、一切の物権や対人権を超えて存立する或る権利、すなわちわれわれの人格のうちなる人間性の権利でなければならないはずであり、それからの帰結として、或る自然法的な許容法則が生じ、そしてこの自然法的許容法則のおかげで右のような取得がわれわれに可能となるのである」（VI, 276）。

右の引用原文は、構文法上かなり錯綜しており、一義的な解釈を許さない甚だ難解なものであるが、[23] もし右引用訳文のように解することが許されるとすれば、カントがそこで主張しようとしている思想は彼の婚姻・家族法論全体の理解にとって決定的に重要な内容をもっているように筆者には思われる。ポイントは二つある。一つは、物権的対人権における取得形式が物権でもなく、又対人権でもなく、それら両者をともに超出して存立する（第三の）権利としての「人間性の権利」に関係させられている点である。夫が妻を（もしくは妻が夫を）、両親が子供を、又、家長が僕婢を取得する形式は、（人格そのものの占有が問題となるゆえに）、物権あるいは対人権のいずれにも求められ得ず、両者とレヴェルを異にする第三の権利カテゴリーを要求するとされているわけで、ここには、物権的対人権というカントの独自の権利類型の導入が単に物権と対人権という伝統的二概念の積極的＝肯定的結合（物権プラス対人権）の位相において構想されたのでなく、むしろ本来は、既成の両権利カテゴリーの止揚態（超出態）として、すなわち物権と対人権との消極的＝否定的組み合わせ（物権でもなく、対人権でもなく）の位相において構想されたのだということが鮮明に表出されている。物権的対人権の概念における物権性が物権（物件に対する排他的＝独占的な支配権としての）そのものではなかったように、対人権性は伝統的意味における対人権＝債権（相手方に対する給付請求権としての）そのものではないのである。何故なら、物権的対人権は「最高度に全人格的な権利」として「不可譲」のものであり（VI, 277）、相手方の意思を拘束するだけでなく、万人をそれの尊重へと拘束する独特の人格的権利（persönliches Recht）だからである。[24]

第二のポイント――これが私たちの現在の文脈で決定的なのだが――は、この家族法的権利の取得「権原」が法則に、それも「自然法的許容法則」に求められている点である。何故「許容法則」かと言えば、この取得が常に偶然性の要素（或る男と或る女の結び付きの偶然性、或る両親による或る子供出産の偶然性等々）をはらみ、ア・プリオリな絶対的必然性をもっていないからであろう。だが、偶発的出来事に起因するものではあっても、当の取得態様そのものは〈人間性の権利〉に直接の基礎をもつものとして、すなわち人間存在の存在論的中核（人間性 Menschheit）に直属する生得的権利の要求として、理性必然的である。このことが「自然法的許容法則」という言葉で表現されている。〈世界-内-存在〉としての有限な人間がこの世界の中で物にかかわり人にかかわりつつ生きるべく定められているその被決定性の中には、男と女の出会いと性的結合、親による子の出産と扶養・育成等々といった（それ自体は人間の自由な決定として生起する）出来事が人間的生に不可避的なものとして同時に含まれているのである。私たちは、こうした事態を、何ら人間的自由に媒介されていない〈自然必然性〉との対比において、〈人倫的必然性〉と呼ぶことを許されよう。そして、カントの「自然法的許容法則」はまさにこうした〈人倫的必然性〉を理性法学的表象圏の中で表出しようとする試みだったのである。

以上のように物権的対人権概念を押えた今となっては、この概念枠組みの中で展開されるカントの婚姻・家族法論の基本線を誤りなくつかむことはさほど困難ではないであろう。さて、彼の婚姻・家族法論は、既述のように三つの領域をもっている。第一は婚姻＝夫婦の関係であり、第二は親子の関係であり、第三は家長と僕婢の関係である。このうち、第三のものは大家族制を前提している点でカントの歴史的限界を示すものであり、現代の私たちにとってはもはや直接的アクチュアリティをもっていないので以下の論述では省略することを許されよう。[25]

婚姻に関するカントの法理論は比較的良く知られている。[26] そこで私たちのここでの分析は彼の行論の基本線を明ら

かにするだけに限定され得る。ところで婚姻の本質は何か。カントによるその規定は次の通りである。婚姻とは性的共同態すなわち「或る人間が他のものの性器および性的能力についてなす相互的な使用」の一種であるが、この性的共同態の中で「自然的な性的共同態」（同類中の異性間で行われる相互的使用）であってかつ「〔人間性の〕法則に従うそれ」（単なる動物的自然にしたがう相互使用――売春、放蕩等――ではないもの）が婚姻なのであり、換言すれば婚姻とは「性を異にする二人格の、彼らの性的特性〔性器と性的能力〕を生涯にわたって相互的に占有するためになすところの結合である」（VI, 277）。従来一般的に婚姻の本質要素と見なされて来たところの子供の産出と育成という目的は、カントによれば、決して婚姻結合が適法（正当）とされるための不可欠な要素ではない。子供の産出・育成は自然の一目的である（そしてこの目的を達成するために自然は両性に対し互いに異性に傾く性向を植えつけた）と言えるかも知れないが、婚姻結合をなす当事者の不可欠的課題とは言えないのである。それというのも、さもなければ、子を産めなくなったときに婚姻はたちまち解消されなければならないだろうからである（ibid）。

性器や性的能力の相互使用に着目したカントのこのような sachlich な婚姻規定に直面して、人はしばしばそれがあまりにもデリカシーを欠いていることを非難し、カントの終生の独身と結婚生活への無理解にその淵源を求めたりして来た。だが、私たちは、今、倫理学ではなく法論の領域――人間的愛情や内的心情といったものに一切考慮を払わず、又払ってもならぬ外面的社会規律の領域――に足を踏み入れていること、しかも「私法論」の分野、すなわち「外的対象の使用許容性」を本質とする外的〈私のもの〉の取得と保有を扱う分野にかかわっていることを忘れてはならない。換言すれば法論ないし私法論の視角からする婚姻規定がここで問題となっていることを銘記しなければならない。そうすれば、右のカント的婚姻規定が唯一可能なとは言わぬまでも、極めて正確な事態把握であることが判るだろう。

ところで、婚姻は、異性の性的特性を使用しようとする男女両性の欲望を背景として、或る特定の男女の間に取結ばれる一種の契約として、一先ず捉えられる。従って、カントの婚姻観を婚姻＝契約説として理解する法学者たちの通説的な見方は、その限りでは間違っていない。だが、この契約は財産法上の契約とは全く異質な構造をもっている。カントはこの点について次のように書いている。「両性の性的特性を相互に使用しようとする欲望を前提しているとしても、婚姻契約は決して任意的なものではなくて、人間性の法則によって必然的な契約なのである。言いかえれば、男と女が互いに相手方をその性的特性に従って享受しようと思うなら、彼らは必然的に婚姻を結ばねばならない。そして、このことは純粋理性の法の諸法則にもとづいて必然的である」（VI, 277～8）。私たちは、こうした言葉を聴くと、直ちに公民状態（国家）結成のための社会契約（義務としての社会契約）という『俗言』（VIII, 289）における彼の思想を想起せずにはおれない。後者は万人に例外なく妥当する義務であるのに対して、前者は性的結合（性的共同態）を欲する男女にのみ妥当する義務である、という点で相違があるにすぎない。婚姻契約は、偶然的な男女の性的結合の欲求を前提している（だから、婚姻結合そのものは人間の義務ではない）としても、この前提の下では必然的＝非任意的に取結ばねばならない〈義務としての契約〉なのである。

しかし、何故男女は「互いに相手方をその性的特性に従って享受しようと思うなら、必然的に婚姻を結ばねばならない」義務を課せられるのか。この問いに対するカントの解答（§25）は極めてユニークでもあれば、彼の婚姻論の特質を鮮明に浮彫りにしている点で啓発的でもある。それは次のようなものである。人格は一つの全一体であって、身体の一部をその人格から切り離すことはできない。ところで、「一方の性の者が他方の性の者の性器〔及び性的能力〕についてなす自然的使用」という正常な（男女間の）性的「享受」において、一方の者は他方に身を任せることによって、その性器及び性的能力を物件化するのであり、従って又（人格の絶対的不可分性のゆえに）人格そのものを物件化することになる。このことは、当人の人格における「人間性の権利」に反

し、法的に許されない（不可能である）。右の性的享受が可能となる唯一の場合は、「一方の人格が他方の人格によってさながら物件として取得されながら、前者は前者でまた逆に後者を同じような仕方で取得するという条件」（VI, 278）を充たす場合だけである。「何故なら、こうすることによって双方は再び自分自身を獲得し、その人格性を回復するからである」（ibid.）。そして右の唯一の条件と言われているものこそ婚姻の内実をなすものに外ならないというわけである。

ここでのカントの説明にはいささかの滑稽なところがある。性的享受のもたらす一方の人格の物件化が他方の人格の物件化で相殺されて人格性の回復がなされる、といったイメージをひとは思い浮べるかも知れない。しかし、一たん生じた人格の物件化は、他方の人格の物件化によって消去されることは決してできないであろう。むしろ、そこには二重の物件化が生ずるだけのことであろう。カントの真意はむしろ『法論』付録3で説いているように、男女の性的交渉は「婚姻という条件、つまり、お互いが〔生涯にわたって〕自分の人格そのものを相手方の占有下へと与えあうものとして、一方の者が相手方についてなす肉体的使用によって相手を人間でなくすることがないように、前もって結ばれておらねばならぬところの婚姻という条件に従うこと」によってのみ可能である（VI, 359）ということであろう。人格の全面的相互投与の姿をとった婚姻共同態の下では、そもそもの初めから性的享受による相手方の人格の物件化という事態は生起しないのである。何故なら、この結合した一つの〈道徳的〔＝精神的〕[27]人格〉の下では他人格を物件化（目的のための単なる手段化）すべき別個の目的主体が存在していないからである。それゆえ、先の「自分自身を再び獲得する」「人格を回復する」は時間的な経過を述べたものではなく、論理的過程を述べたものと解されなければならない。

こうして、性的「享受」を欲する男女は、「人間性の権利」の名において、必然的に婚姻関係に入り込むべき義務を課せられているわけである。

一夫一婦制という近代婚姻法の基本原則が基礎づけられるのも、婚姻における双方人格の全面的相互投与という右の事態に基づいてである。すなわち「夫婦の関係は、相互に相手方を占有しあうところの人格に関して、そうした人格の占有が相互に平等だという関係である。したがって、それは一夫一婦制という形でのみ成り立つ。というのは、

一夫多妻（ないし一妻多夫）制においては、自分を譲り渡す人格は、この人格を全面的にゆだねられる相手方のただ一部分を獲得するだけであり、従って自分を単なる物件とすることになるであろうからである」（VI, 278）。ここで「平等」という言葉は、計測可能な量的等しさを指しているのではなく、全人格の相互投与＝相互占有という意味での（計測不可能な）質的等しさを指しているものと解さねばならない。単なる量的等しさは、二つの物件化の相殺という考え方には適合するかも知れないが、性的享受における人格の物件化を予め排除するのには充分でない。双方が自分の人格を相手の占有下に全面的に投与すること（これには時間的無限性も含まれる）によって右の先行的排除は始めて可能となるのである。だからこそ、一夫多妻制ないし一妻多夫制は、一方の側の全面的ならざる自己投与として、相手人格の物件化を必然的に惹起せずにはおかないわけである。ここに一夫一婦制の基礎づけを求め続けて来た近代婚姻論の最深の成果が与えられていると言わなければならない。

婚姻関係における夫と妻の平等性が量的なものでなく質的なものだということは、夫婦財産に関する夫と妻の持分に関しても、さらに又両者の支配・服従関係に関しても妥当するであろう。とくに後者に関してカントは夫の妻に対する支配権の立場を擁護する必要を認めた。彼によれば、この立場は一見夫婦の平等性の原則に反するように見えるが、「そうした支配権の根拠が、もっぱら、家族共同体の共同利益の実現に際して夫の能力が妻のそれに自然上まさっているということ、およびそれに基づいて成り立つ命令権の優越におかれており、それゆえ、右の命令権自体が、目的に関する〔夫婦の〕一体性と平等性という義務から導き出されているのであれば、右のような〔夫が命令し妻が従うべきだという〕事態は人間としての夫婦の自然的平等に反するものとみなされることはできないのである」（VI, 279）。結論だけみると現代の自立する女性たちから痛罵を浴びせられそうなこのカントの考え方も、その論拠にまで、すなわち（家族共同体の維持と共同利益の実現という）目的に関する両者の共同責任という点にまで遡って考えるなら、

現代においても充分通用し得る考え方であると思われる。それというのも、カント自身の結論はとも角、この論拠から導き出され得る帰結は、必ずしも一義的に夫の命令権だけを指示するものではないからである。[28]

なお、最後に、婚姻の本質が上述のように相互の人格の全面投与＝相互占有に存するとすれば、婚姻の成立要件＝権原が単なる契約の中に求められ得ず、かような婚姻を不可避ならしめる「人間性の法則」に求められなければならぬことはもはや贅言を要しないであろう。カントは明確に述べている。「妻または夫の取得〔すなわち婚姻結合〕は、先行する契約を欠く事実行為によって（facto）生ずるものでも、契約によって（pacto）生ずるものでもなく、ただ法則によって（lege）だけ生ずるのである。言いかえれば、性的結合をなすに当ってはただ二人格の〔生涯にわたる〕相互的占有を通じてだけそれをなすべきだ、という拘束性にもとづく法的効果として取得は生ずるのである」（VI, 280）、と。物権的対人権一般の取得権原として lege が facto, pacto との対比で繰り返し語られていたが（VI, 260, 276）、私たちは、その具体的証例の一つをここに見出すわけである。カントにとって婚姻は契約的契機（両性の合意）を不可避的に含むが、婚姻の本質はそれに還元することはできないということである。[29]

次に、残されたもう一つの家族法論の領域、すなわち親子関係（「両親の権利」）に関するカントの議論に目を移すならば、彼はここでも「人間性の法則」を根底に据えながら、両親の子供に対する保護と養育の義務、及びそれに対応する子供らの権利、すなわち「出生と同時に〔発効するところの〕、子供らが自分自身で生計を立て得る能力をもつに至るまで、両親によって扶養してもらうという、根源的＝生得的な（継承されたのではない）権利」（VI, 280）を説くとともに、同じ根底に依拠しつつ「子供の監督・教化に関する両親の権利」（VI, 281）及びそれに対応するところの、両親の命令に全面的に従うべき子供の義務を説いている。これらの権利・義務を導き出して来るカントの論法――こ

れは、基本的には、人格としての「自由な存在者」（子供）を当人の同意なくこの世界内に出現せしめた両親の責任と、そこから由来するところの、これら存在者がこの世界-内-存在としての状態に満足するよう全力を尽くすべき両親の拘束性とに基礎を置くものである――は興味深いものであるが、その検討は一切省略して、今はただこの親子関係の法理がいかなる意味で物権的対人権の概念に包摂されるのかという問題と、親子関係は家族的共同体全般の中でどのような位置を占め、いつ、どのような形で解消するのかという問題とだけをとりあげておこう。

両親による子供の取得が後者の同意を介して生じたものでないことは事柄上明白である。この点で、多かれ少なかれ契約的契機を含む家族法論の他の二領域の場合に比して、親子関係の場合は取得の根拠が契約に求められ得ないことが最も鮮明であると言えよう。しかし、ここで取得されるものは単なる物件ではなく、「自由な存在者」としての人格なのであるから、先占作用といった一方的事実行為にその根拠を求めることもできない（先占が取得権原たり得るのは、根源的共有を背景としてであるが、これが今の場合欠けている。子供の根源的共有は思考不可能だ）。こうして、その取得権原が pactum や factum でなく、まさに lex にこそ求められなければならない点に、親子関係の法理が物権的対人権の概念に包摂される一つの論拠がある。さらに、この親子関係の含む権利・義務が債権法上の権利・義務とも、又単なる物権法上の権利・義務とも異なる特異な「不可譲の」全人格的権利・義務である点でも、物権的対人権の性質を共有していることが確かめられる。自分の手元から逃亡した（もしくは連れ出された）子供を「いかなる所持者にも対抗して」直接回収する（手元に連れ戻す）ことができるという、準物権的権利（これは物権的対人権の基本特徴の一つであった）が両親に賦与されるのも、右の不可譲の全人格的権利を基礎づける親-子の人間的つながりの無比性（代替不可能性）と排他性を背景としてのことである。(30)

このように、lex に取得権原をもつこと、全人格的権利であること、直接的回収権が認められていること、等の点

で親子関係の法理は婚姻のそれと近似している。しかし、親子関係の場合、婚姻におけるような当事者双方の人格占有の平等性が欠けている点で、両者は決定的に異なっている。両親は一方的に占有する側であり、子供は一方的に占有される側に立っている。それに応じて、一方はもっぱら支配し他方はもっぱら服従するという関係が成り立っている。だから、ここでは当事者たちは完全な不平等社会を形成していると言わなければならない。この点、同じく不平等社会を形成するものでありながら、基本的には自由・平等な当事者間の契約に基づいてそれをなす家長―僕婢関係の場合よりも、その不平等性は一層根本的であって、家族法論の三領域のうち、この親子関係の領域が最も典型的に支配―服従の垂直的関係性を示しているといってよい。

しかし、他面から見ると、この親子関係における不平等は決して時間的に無限のものではなく、「他権者解放」（emancipatio）の時点、すなわち子供の成長後に生ずる親権からの子供の解放＝自立化という時点をもって自動的に解消されることが注意されなければならない。「両親とともに一個の正〔中核〕家族 Familie を構成するところの、その家の子供らは、これまでの従属関係を解消するどんな契約も一切なしに、単に彼らが自立能力へ到達することによって成年（maiorennes）となる、すなわち彼ら自身の主（自権者 sui iuris）となる。……彼ら〔子供たち〕は、教育を受けたことの代償として何らの債務も両親に負うことがなく、逆にまた後者は〔子供らに〕教育を与えるべきその拘束性から、同一の仕方で解放されるのであり、こうして、両者はともに彼らの自然的自由を獲得しあるいは回復するのである。――他方、法則に従って必然的であった右の〔親権に基づく〕家族的社会は、以後解消する」（VI, 282）というわけである。ところでカントの奇妙なところは――というより、カントの家族法論が依拠していた当時の大陸自然法学一般の歴史的限界がそこであらわになっているのだが――この自権者となった子供たちは元の家族から完全に独立するのではなく、その家族に僕婢（奉公人）として（勿論契約を通してではあるが）仕えることによって、「命

令する者＝主人と、服従する者＝奉公人とからなる」ところの、一つの新たな不平等社会、「家長の支配する社会」(societas herilis) を形造るとされていることである (VI, 283, 360)。ここにはゲルマン以来の家父長制的大家族制の遺制が濃厚に影をおとしていると言わざるを得ない。個人は個人として未だ「家」から全面的に解放されておらず、家長身分の後継予定者を除く全子供は成人後も〈家長の支配する社会〉としての「家」の従属的成員としてとどまり続けるのであり、外部的社会（市民社会）の独立した構成単位としてはまだ充分に承認されていないのである。[31] 個人としての個人の「家」からの完全な解放（「市民社会の子」としての個人）が法哲学的定式化を得るにはヘーゲルをまたねばならないゆえんである。[32]

(1) 刊行本『法論』では、第一批判のカテゴリー表のうち「関係のカテゴリー」項目中の各カテゴリーが応用されているだけであるが、『準備草稿』の或る箇所では、これに加えて「量」、「質」、「様相」の各カテゴリー項目が法論の基本諸概念の究明に応用されている (cf. XXIII, 274)。第一批判の手続きと『法論』のそれとを並行化させることへのカントの欲求がいかに根強いものだったかを印象づけるものであるが、詳細は割愛する。

(2) この件に関しては、本稿二の注（1）を参照されたい。

(3) なお、「もつ」対「取得」の問題を直接扱ったものではないが、基本的には類似の問題意識に立つものとして、次を参照。cf. J. Blühdorn, „Kantianer" u. Kant. Die Wendung von der Rechtsmetaphysik zur „Wissenschaft" von positiven Recht (Kant-Studien, 64, 1973. H. 3) ; F. Kaulbach, op. cit. s. 191ff.

(4) 総体的占有（共有）が何故「万人の（普遍的）結合意志」の前提なのかについて、カントは何処にも明確な説明をしていない。本文で述べたところは、筆者の単なる推測である。但し、物権を含むあらゆる取得的権利が一種の社会契約に基づくことは、『準備草稿』の各所で触れられている。cf. XXIII, 219, 220, 235～6.

(5) 「観念的取得」とは、時間の内に存在しない他人――すなわち、未だ存在しない他人、もしくはもはや存在しない他人――死亡者、等々――からの取得のことである。これは、現実の法的行為ないし作用を基礎とするのでなく「純粋理性の

単なる理念 Idee を基礎とするような取得」（VI, 291）であるゆえに、カントによって「観念的」ideale と名づけられているわけだ。但し、このテーマの考察は、われわれの主題から離れすぎるので、本稿では省略する。比較的詳細にこの問題群を取扱ったものとして、cf. G. Buchda, Privatsrecht Immanuel Kants, 1929, s. 78 ff.

(6) G. Lehmann, op. cit., s. 211 ff.

(7) なお、カントが『法論』の「根源的取得という概念の演繹」という項目（§17）で追求していることは、本文で述べた可能根拠の解明（§13）を前提して、経験的占有取得（把捉）がいかにして法的占有取得に転化しうるかという問題を解明するものであり、これが例の「経験的なものの捨象（度外視）」という手続きによって解決されることは、「外的対象の純粋に法的な占有という概念の演繹」（§6）の場合と全く同様であるので、ここでは省略する。

(8) Saage, op. cit., s. 19 f.

(9) この点で、カントを社会主義者とみなす（一時流行した）見解があやまりであることは勿論であるにしても（これは、既に早くからW・メッツガーによって批判されていた。cf. Metzger, op. cit., s. 99）、しかし両者を全く無関係なものとして切り離してしまう現在の支配的諸解釈も直ちに首肯しがたいのもがある。

(10) その代表的なものは、カントの所有権原理を「自力救済（Faustrecht）の原理」とみなして烈しく非難したショーペンハウア（これについては、cf. Saage, op, cit., s. 27）。その他、類似の方向にあるものとして、Metzger (op. cit. s. 98) ; K. Borries, Kant als Politiker. Zur Staats- u. Gesellschaftslehre des Kritizismus, 1928, s. 107 f. ; G. Vlachos, La pensée politique de Kant, 1962, p. 393 ; R. Aris, History of Political Thought in Germany from 1789 to 1815, 1936, pp, 98～99.

(11) ロックの労働＝所有権説については、Saage, op. cit. s. 27 ff. にすぐれた批判的分析がある。ザーゲは、ロック本来の労働＝所有権説が貨幣の登場（それによる富裕者の所有の無限拡大）という問題によって自己解体せざるを得ない事情も見落してはいない。cf. ibid. s. 29.

なお、若きカントにも、ロックの労働＝所有権説に似た所有権のとらえ方があったことについては、前掲拙稿「若きカントにおける人間と社会」（下）一一二頁を参照されたい。

(12) K. Borries, op. cit. s. 108. なお、ここでボリースがルソーやライプニッツの名をあげているのは、勿論、所有権発

生における労働の契機の重視者としてである。cf. ibid. Anm. 4.

(13) ロックの労働＝所有権説の問題性をつき、この説の同調者たち自身の内部に巣喰うブルジョア・イデオロギー性を鋭く剔抉し得たザーゲすらも、このカント的 volonté générale の能動的意味を充分考慮していないように思われる。彼にとって、この volonté générale 概念の中心的機能は「所有の個別化原理」(Individuationsprinzip des Eigentums) としての「先占」(実力的占取！) を法的占有（私的所有権）に転化させるという、それ自身としては消極的な役割を演ずるところに存するのである。cf. Saage, op. cit., s. 23.

(14) 前述のように、未開民族の居住地に対するヨーロッパ列強の帝国主義的簒奪がカントによって烈しく非難されるのも、この連関においてである。

なお、カントは私的所有権に服しない土地（例えば蒙古遊牧民族の居住地域）における有体物の取得が可能か否かの問題を提起して、これに肯定的な答えを与えている（VI, 265）ことも注意を要する。「実体」としての土地と無関係に他の諸有体物の取得問題が取扱われている殆んど唯一の場合だからである。

(15) この意味では、公民状態の樹立は、自然状態において存立するとみなされた〈私のもの・汝のもの〉を「確保する」sichern ために要請される（これは所有個人主義の論理である）ばかりでなく、その手前にある〈私のもの・汝のもの〉の法的限定 rechtliche Bestimmung のレヴェルで既に要請されていると言わなければならない。

(16) この思想モチーフは、例えば『俗言』（一七九三年）の中で次のような問いの形で現われている。「或る人物が、自分自身の手で利用し得る以上の国土を所有するに至っているのはいかなる権利によってなのか（それというのも、戦争による略奪 Kriegsbemächtigung は決して先占ではないであろうから）。そしてまた、その挙句、さもなければ全体として安定した占有状態を取得し得ていた多くの人々が、生存を維持するためにかの人物に仕えねばならないといった状態におとしめられるに至ったのは、どのような経過によってなのか」(VIII, 296)。ここには、ルソーの『人間不平等起源論』と同質の問いが鋭く定式化されている。但し、カントはこの問いを正面からとりあげ、歴史哲学的・法哲学的考察を加えることをしなかった。『法論』においても、このモチーフは間接的な形をとって現われて来るだけである。例えば、「受動的市民」（社会の底辺層）の地位に連関させて「人民全員の自由と平等の自然法」の存在を唱え、これに基づいて、彼ら受動的市民が労働によって能動的市民に上昇することを何びとも妨げてはならないことを力説する（これは同時に、土地その他の生

産手段の小数者への集中・独占によって人民各自の自立性が脅かされることがないように、全体的視点から所有の一定の量的・質的限界づけがなされるべきことを当然に含意している）場合など（cf. VI. 315）。

(17) 無論、対人権論であるからには、こうした所有権譲渡を内容とする給付（意思）のみでなく、単なる労務・サーヴィスの提供を内容とする給付（意思）も一応対象として考慮はされる。例えば雇傭契約や賃貸契約が問題としてとりあげられる場合がそうである（「付録」3、4参照）。しかし、カントの関心の焦点は、彼のとりあげる証例からも明らかなように、圧倒的に売買や贈与を中心とした所有権の移転問題に置かれている。

だから、ヘーゲルがカントの対人権概念の中核をローマ法上の「物への権利」(ius ad rem) と同定し、前者を「人格によって譲渡さるべき或る物に対する権利、つねに物件に対する権利」に還元してゆくとき (Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §40)、彼はその限りでは間違っていなかったのである。

(18) 不法行為や不当利得といった、近代債権法の極めて重要なジャンルをカントは対人権の固有領域に属するものとは認めていない。それというのも、それらに基づいて生ずる損害賠償請求権や不当利得返還請求権によっては「私のものが減少することなく保たれるというだけであって、私が既に前もってもっていたものを超え出て何かを取得するわけではない」(VI, 271) ゆえに、そこでは「他人のものからの導出」とそれによる〈私のもの〉の増大という対人権取得の基本要因が欠けているからである。その上、「他人の承認」という、対人権取得のもう一つの要因もそこには存在していない。対人権概念のこのような狭隘さは、前述した契約概念の所有権移転への定位と並んで、カント対人権論の歴史的限界を示すものと言えよう。

(19) これについては、Swaboda, ABGB im Licht der Lehren Kants, 1926, s. 59 ff. ; M. Villey, Kant dans l'histoire du droit (dans : Leçon d'histoire de la philosophie du droit, 1962), pp. 251.

(20) cf. Buchda, op. cit., s. 54.

(21) 筆者はこの「物権的対人権」概念について既に一度考察したことがある（「婚姻の人倫性と市民社会――ヘーゲルのカント婚姻論批判をめぐって」、加藤新平教授退官記念『法理学の諸問題』一九七六年、所収）。そこで述べた見解は現在でも基本的には変っていないが、記述があまり簡単すぎて舌足らずのところがあり、また当該概念のカント私法論内での体系的地位などについても充分触れていない。本稿の論述が旧稿の補完ともなり傍証ともなれば幸いである。

(21a) だから、或る注釈者がなしたように、対外的関係における回収権と並んで、対内的関係において「物件としてそれらを処理する」権利が別に存立していると解することは（cf. Brandt, op. cit., s. 195 f.）疑問である。対内関係において「人格として使用する」権利以外にどのような「処理する」権利があり得るというのであろうか。

(22) これについては、前掲拙稿一三八頁及び同所の注（3）（4）を参照されたい。

(23) 参考のために、左に原文を引用しておく。

„Die Erwerbungsart dieses Zustandes u. in demselben geschieht……durchs Gesetz (lege), *welches*,[a] weil es kein Recht in einer Sache, auch nicht ein bloßes Recht gegen eine Person, sondern auch ein Besitz derselben zugleich ist, ein über alles Sachen- u. persönliche hinaus liegende Recht, nämlich das Recht der Menschheit in unserer eigenen Person sein muß, *welches*,[b] ein natürliches Erlaubnißgesetz zur Folge hat, durch dessen Gunst uns eine solche Erwerbung möglich ist."

問題はアンダーラインした二つの関係代名詞 welches をどう解するかである。本文訳では (a) の welches は先行の動詞 geschieht（生ずる）を受けるものと解し、(b) の welches は先行の das Recht der Menschheit（人間性の権利）を受けるものと解したが、他の解釈の仕方も充分可能である。ちなみに、中公社版『世界の名著』「カント」篇の訳出に際しては、(a) の welches を先行の Gesetz（法則）を受けるものと解しそのように訳してあるが、現在では本文訳の方がよいのではないかと筆者は考えている。なお、類似の解釈として、cf. C. A. Emge, Das Eherecht Immanuel Kants, s, 273.

(24) 前掲拙稿一三九頁参照。

(25) この家長―僕婢関係論のかなり詳細な分析として、cf. Buchda. op. cit., s. 68 ff.

なお、カントの当該理論が大家族制を前提している点において歴史的限界を示しているとはいっても、この限界の内部で彼は最大限に〈近代的〉な理論構成を試みていることも承認されなければならない。その明らかな例証の一つは、家長―僕婢の関係が封建的＝大家族制的な身分的主従関係（それ自体終身的かつ不可解消的な）としてではなく、基本的には自由・平等な二人格間の契約関係として捉えられていることである。「実質に関して言えば、すなわち、どのような使用を家長は彼ら家人〔僕婢〕についてなし得るかという点に関して言えば、家長は決して彼らの所有権者（農奴所有者

dominus servi）として振舞うことはできない。なぜなら、僕婢はただ契約によってのみ彼の支配力のもとに入ったのであり、他方、当事者の一方が他方の利益のためにその全自由を断念し、それゆえ一個の人格であることを放棄し、したがって、〔他方は〕契約を守るべき義務を負わずただ支配力だけを承認する、というような契約は自己矛盾であり無効であるからである。……したがって、この契約は、全生涯にわたるのではなくて、せいぜい不特定期間にわたってだけ締結され得るのであり、その期間内においても、一方は他方に対して結合関係の解消を申し出ることが許される」（VI, 283）。

こうした文章を虚心に読むならば、家長による僕婢の準物権的占有という「形式」（占有形態）のみに着目しながらカントの家長―僕婢関係（「家長権」）論の中に封建的＝農奴所有的大家族制の残滓を読みとろうとするところの、一般に（とくに戦後の我国で）流布された解釈が、いかに一面的であるかが了解されるであろう。僕婢が単なる被傭者（雇傭契約に基づく）と異なるところは、後者の債務履行が特定の業務に限定されているのに対して、前者のそれが不特定の業務（但し、これも「僕婢の使用が消耗となるであろうような性質のもの」であることは許されない〔ibid.〕）にわたること、及び家長に物権類似の占有回収権が認められていることだけである。そして、この最後の点――これは家長一族と僕婢との人間的結び付きの強さに由来する――にこそ、この取得の権原が単なる pactum にでなく、lex に求められなければならぬ根拠もあったのである。

(26) カント婚姻論に関する研究文献については、前掲拙稿一の注（4）（5）に所載のものを参照されたい。

(27) 婚姻における一組みの男女が一個の〈道徳的＝精神的人格〉moralische Person をなすことについては、前掲拙稿二三六頁を参照。

(28) なお、この議論が展開されているのが『法論』の本文ではなく注釈部分であることも注意されておいてよい。後者は、カント自身の証言によれば（『法論』への「はしがき」VI, 205）、ア・プリオリな理性法体系自体ではなく、それの経験的＝歴史的応用部分――状況被拘束的・可変的たらざるを得ないところの――である。

(29) この点でカントはヘーゲルの婚姻観に近づく。これについても、前掲拙稿（とくに二三九頁以下）を参照。

(30) 直接的回収権を骨子とする親権の準物権的性格の根拠づけ――これはカント自身によって明示されていないために、解釈史上しばしば問題視されて来たものである――を私たちは本文のように解する。

(31) 但し、彼らのこの従属的地位は無期限でも無制約でもないことは、本来の（家族外からの）僕婢の場合と異なるところは

ない（これについては前出注（25）を見られたい）。また、彼らが公民社会において受動的市民から能動的市民へと成長することが妨げられてはならぬ点については、前出注（16）を参照。

(32) cf. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 238.

四　結び——カント私法論の歴史的境位

私たちはこれまでカント私法論の展開過程を、その基礎概念の折出と演繹、及び所有・契約・家族の法理に即しながら、比較的詳細に辿って来た。従来、カント私法論は、婚姻観や所有権理論といった特殊的テーマに即して考察されるか、さもなければ社会史的ないし社会思想史的観点から考察される場合が多く、私法論の全体に即して、しかもカント法理論体系の有機的一環として、包括的・体系的に考察されることは比較的少なかった。そこからして、彼の私法論の基本性格や歴史的位置づけに関して様々な誤解・曲解が生じて来ている以上、私たちの分析もおのずから詳細かつ包括的たらざるを得ぬことになったのである。

そこで、以下では、これまでの多岐にわたる分析をふりかえりながら、カント私法論が近代の法思想史ないし私法思想史のなかでどのような位置を占めるかについて一言して、はからずも長くなった本稿を閉じることにしたい。

彼の私法論の歴史的境位に関して、これまで次の二つの見方のいずれかが支配的であったと言えよう。その一つは、カント私法論が、その表見的近代性にもかかわらず、その中核において（あるいは、少なくともその中核的要素の一つとして）前近代的＝グーツヘルシャフト的イデオロギーの色彩を濃厚に帯びたものであり、その歴史的特質において「プロイセン一般国法」Allgemeines Landrecht の精神に一脈通ずるものであるとする見方である。(1) もう一つ

は、カント私法論の中に様々の前近代的「偏差」「残滓」の存在を認めながらも、基本的にはその私法論が近代（市民）社会の法理を典型的に把握・表現しているとみなし、否時として、近代市民的法理把握の最尖端に位するとすらみなす見地である。これら二つの見方のうち、前者のそれが到底維持しがたいものであることは、これまでの私たちの分析が充分明らかにしたところである。私たちは、カント私法論の中に、とくにその「家族」法論の中に、前近代市民社会的な社会構成の残映が影をおとしていることを隠しはしなかった。しかし、こうした事態は到底彼の私法論総体の中枢に位するものとは認められず、むしろ、前近代的なものの否定＝解体が彼の私法論の基本志向であることは疑問の余地がない。

但し、右の見方と若干ニュアンスを異にするM・リーデルの見解は、別途検討の余地がある。彼は、カント（私）法論の中に半封建的＝グーツヘルシャフト的基本志向を読みとる右の見方を批判しつつ、むしろ伝統的な〈市民社会〉societas civilis（近代の非政治化された市民社会とは異なる、それ自身政治社会的性格を有する社会構成体としての）観念のエコーをそこに読みとろうとしている。こうして、カントの「市民（公民）社会」bürgerliche Gesellschaft や「家族社的会」häusliche Gesellschaft といった、法理論の中心的諸概念は、ギリシャ以来の、なかんずくアリストテレス「政治学」以来の永い永い思考伝統の中に位置づけられ、その延長線の上で再解釈されることになる。(2)

この見地は、その展望の広さにおいても、分析の鋭利さにおいても教えられるところ多いものであり、近代思想の意識化されざる基底を明るみに引き出した点で偉大な功績をもつことが承認されなければならない。しかし、カント私法論に関する限り、この見地はあまり説得性をもっていないように思われる。というのは、カントの「市民（公民）社会」は societas civilis がそうであったように、基本的には政治社会（権力支配的社会）を意味していたことは間違いないとしても、だからといって、近代の（非政治化された）市民社会概念がカントに欠けていたとは必ずしも言えず、むしろ彼の「市民（公民）状態」と「自然状態」との区

別・対置は、ある意味で近代における政治国家と市民社会との区別・対置（ヘーゲルによって鮮明に定式化されたところの）を先取りしていたと言うこともできるからであり、[3] 又、カントの「家族的社会」もその三元的構成（夫―妻、親―子、家長―僕婢）において伝統的な societas domestica 概念に連なることは事実だとしても、その概念の内実は、私たちが前節(三)で詳論したように、（若干の例外を除いて）後者と全く異質なものとなっていると言わねばならないからである。

それでは、第二の見方についてはどうであろうか。この見方は、近代市民（社会）的なものの中核を何処におくかによって、それ自身二つの方向に区別されるように思われる。その一つは、本稿一「序」で述べたように、〈所有個人主義〉的思惟の中に近代市民性の中核を認めるものであり、この方向での最も進んだ代表理論としてカント私法論が評価されることになるわけである。[4] 私たちは、この点に関しても、カントの所有権理論、婚姻論等に即して、所有個人主義的論理構造とは異質な契機（全体性への視点）がその根底に厳存していることを指摘して来た。彼の所有権理論が単なる私的所有権の基礎づけにとどまらなかったように、彼の婚姻論も単なる婚姻＝契約説に還元できないものをもっていた。しかも、この〈全体性への視点〉は、単に彼の所有権理論、婚姻論だけに見られる特殊なものではなく、彼の私法論一般の、否それどころか彼の法理論総体の底流をなしているものと認められるからには、私たちは簡単に「所有個人主義の代表的理論家カント」について語るわけにはいかないのである。

近代性解釈のもう一つの方向は、法的関係、社会的関係の一切を個人的主体性の立場に還元して捉える点に近代市民性の本質的＝中核的思惟構造を読みとろうとするものであり、これは私法理論のレヴェルでは〈個人の権利主体性〉と広義の〈意思主義〉の中に近代市民的思惟の特色を認める態度をとる。この方向の代表的法思想史家M・ヴィレー教授の言うところを聴いてみよう。[5] 彼によれば、カント法理論のうち「公法論」が近代法実証主義の尖鋭かつ徹底した基礎づけを展開したものであるのに対して、「私法論」は一九世紀パンデクテン法学以降の近代＝現代私法学を支

配することになる法的諸カテゴリー（権利、法的人格　法律行為、等々）を新しく導入したとは言えぬまでも、それらに全く新しい哲学的基礎づけと体系化を与えることによって、以後の大陸私法学の方向を決定したものなのである。そして、このカント的方向づけの核心は、(1)一切の法的関係を個的人格の意思（及びその合意）に還元して捉えたこと、及び(2)法的諸概念、諸カテゴリーをア・プリオリな純粋理性に定礎させることによって、これら諸概念、諸カテゴリーに不変＝普遍妥当的性格を賦与したことに求められる。すなわち「カントの法体系において、人間は物件にするどく対置された鮮明な姿において、権利の唯一可能な主体として現われるのであり、法は各個人の間に結ばれる諸関係から構成されるものとされ、各個人以外にはいかなる人格も存在しないとされる。……先占意思による外的物件の根源的取得を取扱う場合であれ、契約すなわち双方意思の合意による第二次的取得を取扱う場合であれ、法的生活を構成する一切の作用の根底に人間の個的意思を措定する点で、カントほど首尾一貫していた人は誰もいなかった」のであり、又「カント固有の業績は、全ての〔私法的〕概念を、いわゆる純粋理性の中に位置づけたことであって、……以後、これら〔私法的〕諸カテゴリーは純粋理性から導出されたものとして、普遍的・必然的・〈形而上学的〉な性格を帯びるであろう。……こうして、カントとともに、近代の法学的思考の諸カテゴリーは己れの永遠不変性を僭称することになる」というわけである。(6)

このヴィレー教授のカント私法論解釈は、法史家たち（ヴィアッカー、コーイング等）によって既に早くから確認されて来たところの、一九世紀大陸私法学（歴史法学派、パンデクテン法学）へのカント哲学、法理論の巨大な影響に関して、その核心が何処にあったかを明らかにしている点においても、又、こうした近代性解釈が近代市民的法思考の積極的評価の観点からなされているのでなく、反対に、アリストテレス＝古典期ローマ法学的法思考からの頽落態として（カントを含む）近代私法学総体を批判的に捉え直すという、はなはだラディカルな否定的観点からなされ

ているという点においても、極めて注目すべき解釈であると言わなければならない。とはいえ、私たちは、このようなヴィレー的解釈のユニークさと特異な鋭さに敬服しながらも、なおそこに全面には承認しがたいものがあると考えざるを得ない。先ず第一に、彼のいわゆる〈意思主義〉、すなわち一切の法的関係を個々人の意思ないしその合意に還元し切ろうとする態度――これは単なる契約法理論上の、狭義の意思主義（いわゆる表示主義に対置されるところの）とは異なる点に注意――に関して言えば、カントの法概念を始め、その私法基礎論（〈私のもの・汝のもの〉の基礎づけ）、各論的展開部（所有・契約・家族の理論）の全体がこうした〈意思主義〉的視点によって貫かれていることは実際その通りであり、私たちも本稿において絶えずこの点に着目して来た。しかし、カント私法論の内部には、こうした〈意思主義〉的思想契機と並んで、〈実践理性の法的要請〉、〈根源的共有〉、〈普遍的（結合）意志〉、〈諸人格の共同体〉、といった、個的意思への還元志向とは異質な思想契機が、しかも私法論の重要な結接点で立ち現われて来たことを見た。ヴィレー教授のように、互いに拮抗しあうこれら二つの思想契機の一方だけにカント私法論の視点を収斂させるとすれば、思想史的把握としては一面的であると言わざるを得ない。

第二に、〈個人の権利主体性〉、すなわち権利の担い手（人格）をもっぱら各個人のみに求めるという観点に関して言えば、カントにおいて「権利のみをもち、義務を負わない存在者」としての神（カントはこの思想に対して極めて真剣であった）[7]は別としても、国家や夫婦が一個の「道徳的（精神的）人格」として、それ自体権利の主体として捉えられていることが看過されてはならない。カントにとって、権利がそれに帰属する「人格」とは、ヴィレー教授が強調するように個々の個人に限定されるものではないし、これら「道徳的人格」を後代のように単なる法的擬制としての「法人格」と見なすわけにもいかない。

最後に私法的諸概念・諸カテゴリーの超経験的性格について言えば、「自然法体系」に属する限りでの私法論の諸

概念、諸カテゴリーが「純粋理性」に基礎を置くべきことは必然的条件であり、このことが諸概念、諸カテゴリーのいわゆる「永遠不変化」(超時間的妥当性の主張）に結び付き易いこと、そして事実またパンデクテン法学の中でそうした結び付きが現に進行したことは否定し得ないところである。その限りで、ヴィレー教授の上記の指摘は的を射ていると言うことができるであろう。しかし、例えば、所有権、婚姻といった権利概念ないし法カテゴリーが「純粋理性」の中にもその可能根拠を見出すということと、それらの概念やカテゴリーが歴史的に生成したもの、可変的・相対的なものであることの承認とは必ずしも矛盾するものではない。後にヘーゲルがやったように、「純粋理性」概念そのものの歴史化（『精神の現象学』）という地平の下では、理性的基礎をもつことと歴史的に生成し可変的であることとは、何ら矛盾しないどころか、むしろ両者の結びつきこそが必然的なものとなるであろう。カントの場合、私たちはこうしたヘーゲル的な歴史的理性について語ることは無論できない。しかし、私たちが以前に、カントにおける「実践理性の戦略的機能」について語り、「自由の充実化のための実践理性の自己拡張」について語ったとき、既にこうした理性の歴史化への、少なくとも理性の力動化への第一歩が見とどけられていたのではなかっただろうか。

このように見て来るならば、私たちはカント私法論を伝統的ないし前近代的社会構成の延長線上に位置づけるわけにもいかないし、かといって、かような社会構成を打破しつつ己れのイニシャティブを確立していった近代市民社会の私法理論的表現そのものとしてそれを位置づけることもできない。結局のところ、カント私法論の立つ歴史的境位は、一方では右の後者、すなわち近代市民性の私法論的表現であるという側面を強くもちながら、他方ではそれに収まり切らぬ別の側面――一見右の前者、すなわち伝統的＝前近代的社会構成の残映のように見えながら、その実、これとは本質を異にする、歴史的に新たな思想次元をはらんだ側面――を同時に含みもっていた、という点にあったの

ではないだろうか。そして、これら両側面の理論的綜合なき並存状態の中で、彼の私法論は或る時は前の側面がより強く前景に現われ、或る時は後の側面がより強く己れを主張するといった仕方で絶えず流動しつづけていたのではないか。この後の側面とは、言うまでもなく、ルソーに始まり、カントを経て、ヘーゲルとマルクスに至って包括的な理論形成にまで結実する、近代市民社会批判の思想契機に外ならない。

ところで、もし私たちが近代私法（学）の原理的批判という現代の課題に目を向けるときには、右のヘーゲルからマルクスへと流れる近代市民社会批判の思想潮流は、それだけでは未だ不充分であると言わなければならないだろう。というのは、ヘーゲルの場合は、近代私法原理を表現する「抽象法」（その実在の場が市民社会である）の上部に、それらを克服すべき「国家」（人倫国家）がおつかぶせられただけであり、マルクスの場合は、近代私法秩序の「土台」としての市民社会の経済学的「解剖」が精力的に展開されたにとどまり、いずれの場合にも近代私法（学）そのものの内在的批判はそれとして充分展開されないままでとどまっているからである。そしてこの近代私法（学）の内在的批判という視点こそ、現在私たちが解決をせまられている緊急の課題をなすものに外ならないのである。

このような思想史的脈らくの中で見るとき、近代私法（学）の哲学的定礎とその根底的批判という二つの方向性の歴史的分水嶺とも言うべき処に立っていたカントの私法論は、そのアンビヴァレンスのゆえに、かえって現代的可能性をはらんでいると言うことができるのではないだろうか。それは、無論、彼の理論がそのまま現代でも妥当するという意味においてではなく、彼の追求した課題が私たちの直面している課題と通底しているという意味においてである。そして、このような現代的可能性を明らかにすることこそが、本稿の行論を導く究極の問題関心でもあったのである。

（1）この見方の代表的なものとして、cf. Metzger, op. cit., s. 90ff. なおカント（私）法論と「プロイセン一般国法」との類比については、片木清前掲書一四七頁以下を参照。

（2）M. Riedel, Studien zu Hegels Rechtsphilosophie, 1970, s. 143f.; derselbe, Metaphysik u. Metapolitik, 1975, s. 271.

（3）この点に関しては、Saage, op. cit. s. 92, Anm. 144 に同旨の批判がある。

（4）既出のように、この見方の代表的なものとして Saage, op. cit. 川島武宜前掲論文等があげられる。

（5）M. Villey, Kant dans histoire du droit, p. 262 et suiv.

（6）Ibid p. 264～5.

（7）とくに彼の晩年に執筆され未公刊のままに終った『遺稿作品』(Opus postumum) では、この〈絶対的な権利主体としての神〉という思想が主要なモチーフの一つをなしていたといわれる。この点については、cf. J. Lacroix, Kant et le Kantisme, Que sais-je. No. 213, 1966, p. 67 et suiv.