

占有理論における意志の解釋

——カントとホームズを比較して——

中所節子

民法は、一方においては所有権について規定を設け、種々の物權請求權を保護している。それにも拘らず、他方において、物に對する事實上の支配關係の外形を保護する占有制度をも規定している。それによって、物に對する事實上の支配者は、彼が所有者でない場合にも、法律によって保護される。それは權利の保護か、事實の保護か、もし權利の保護であるとすれば、その權利の性質はどのようなのか。一連のこのような問題は、ドイツの一般法學者の心に大きく働きかけた問題である。彼らはこの問題を好んで論争の對象としたが、それ以上に興味のあることは、カント、ヘーゲルなどの哲學者が既にこの問題を取扱っているということ、そして、彼らの理論は、ドイツの優れた法律學者の占有制度解明の態度に大きな影響を与えているということ、である。こゝでは、それがどのような形を

とって顯われているか、それが、コモン・ローの占有理論とどのように異つた結果を示して來るか、を中心に考察を進めたい。勿論こゝで、これに關係のある哲學者、法律學者のすべてに言及し、比較することは出来ない。また、コモン・ローの法制が、實體法から發達したものではなく、専ら、訴訟形式から出たという事實は、大陸法系との比較において占有理論を考察することを非常に困難にする、という事實も認めなければならぬ。従つて、この論文が目的とするところは、法律の解釋が、そのよつて立つ基盤を異にすることによつて、どのように違つた結果を招來するか、という點に焦點を置いて考察を進めたい。このような意圖の下で、主として、カント及び彼の直系とも思われるブルンスの占有理論と、ホームズのそれとを比較する。

二

カントの法に對する態度は、彼の二つの命題によつて代表されると考えられる。その一つは、カントが、その「實踐理性批判」の分析論において樹てた「汝の意志の格率が、常に、同時に、普遍的立法の原理として妥當し得るように行動せよ」という實踐理性の根本法則に關する命題である。この命題から、カントは、實踐理性の自律、つまり、あらゆる格率の形式的制約としての自由を結果する。その二は、この定言命令から抽き出して來た「法とは、あらゆる個人の意欲が、他人の意欲と自由

の普遍的原理に従って調和し得る爲の諸條件の總體である。」⁽²⁾ という法に關する命題である。これらの命題は次のことを意味する。道徳律を實現する爲に、各人の他人に對する放任が普遍的な自由の法則によって制約され、それによって放任の衝突が避けられなければならない。この條件がとりも直さず法である。たゞ法は、外面的であるが故に強制可能である。各人の自由の行使が、普遍的法則に照してみると、他の各人の自由を妨害するならば不法である。従って、このような自由の行使に對する強制は、自由の妨害の抑制として自由と調和するので正當である。

このように、自由は、カントにおいては、實踐理性全體に通ずる中心概念である。それは個人道徳の基礎たると共に、共同生活を指導する目的概念である。

- (1) I. Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Kant's Gesammelte Schriften, Bd. V, Hrsg. von der königlichen Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berl. S. 30 波多野・宮本譯「實踐理性性批判」岩波文庫五一頁。
- (2) I. Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Kants Werke, Bd. III, Hrsg. von B. Kellermann, Berl. 1922, S. 31. 恒藤恭等譯五三一—五四頁。

三

一見、哲學的には非常に低調であるようにみえるアメリカ

で、自然法が最も偉大な勝利を収めたということは逆説的である。しかし、アメリカの法律ほど、確定的權利 (vested rights) という特殊な解釋原理によって形成された法律は法の歴史においてみることが出来ない。その中におけるホームズの存在は、アメリカ哲學史におけるプラグマティズム哲學が、どのようにして二〇世紀アメリカの政治及び法律思想の中にしみ渡って行ったかを示すものと言える。ホームズは「法律の生命は論理ではなく經驗である」⁽³⁾ ことを道破することによって、社會事實の變化によって法律命題の解釋も變らなければならぬことを、最高裁判所における多くの判決の中に示して行った。

この基本的態度から、ホームズにおいては、絶對的自然法の概念が否定され、自然法は人間の最高なものへの要求から、焦慮的に案出されたものでしかなくなる。それ故に、異った社會目的間の對立・衝突の調整は、所謂自然法によって解決されるのではなく、社會目的の價值に關する科學的な——質的ではなく量的な——解決がなされることを信するのである。

- (3) O. W. Holmes, The Common Law, 1881, p. 1.

四

このように、法に對する兩者の基本的な態度を概観すると、所謂ドイツ觀念論とプラグマティズムの間には、全く異った方法が採られていることがわかる。前者においては、すべての經驗的事實を統率するものとして、アプリアリな普遍原理の存在

を確信し、そこから出發する。それに對して、後者の出發點は經驗的事實にある。それが研究の對象とするところは、經驗的命題であつて、經驗以外のものに基づく眞偽の檢證され得ない形而上學的命題ではない。

この二つの相反する方法で、占有の問題を取扱うとき、どのように異つた解釋が導き出されるか。最初に掲げたこの設問に戻つて、先ずカントの占有理論から考察しなければならぬ。

五

カントは、彼の著書、「法律學の形而上學的基礎」の第一編私法、第一章「外的なるものを自己のものとして持つ仕方について」の冒頭において次のように述べている。「法的な私のもの (Rechtsinris) というのは、他人が、私の同意なしに私を使用せんとするとき、その使用が私を侵害するであろうというように私と結合されているところのものである。使用一般の可能性の主觀的條件は占有である。」⁽⁴⁾續けて、カントは、この「私のもの」という概念に對して、次のような名目的及び實質的定義を與えている。(1)名目的定義 「外的な私のものは、それについての私の任意の使用を妨げることが、侵害(普遍的法的則に従つて、各人の自由と兩立し得る私の自由の毀損)となるであろうような私の外部にあるところのものである。」(2)實質的定義 「外的な私のものとは、私がそれを占有していない(對象の所持者でない)にも拘らず、それについての私の使用を妨

研究ノート

げることが、侵害となるであろうようなところのものである。」⁽⁵⁾このカントの定義に従うと、それは次のような例をもつて示される。私が一つの林檎を手の中に持っているときには、それを物理的に占有していると言ひ得る。しかしながら、それが私のものであると主張出来るのは、それを物理的に占有しているからではない。その林檎を手放して何處に置こうとも、それを占有していると言ひ得る場合にだけ、それを私のものと言ひ得ることが出来るのである。同じようなことは土地についても言ひ得る。私がこの土地の上に身體を置いてからその土地を私のものと呼ぶことが出来るのではない。たとえ私がその土地から立ち去つて何處に身を置こうとも、それを占有している場合にのみ、その土地を私のものと呼ぶことが出来るのである。

このようにカントは、空間のある對象を私のもと呼び得る爲には、それを物理的に占有していないにも拘らず、他の仕方、現實的にそれを占有していると主張し得るのでなければならぬと言ひ得る。カントがこのように主張する理由として擧げるところは、もしも所持を離れて對象の占有を主張することが出来ないとすれば、私の手から林檎を奪おうとするもの、また、私の土地から私を押しつけようとするものは、内的な私のもの、即ち、自由に關して私を侵害するからというのである。このことに關してカントは次のように述べている。「ある耕地が、現に私のいる場所とは違つた場所にある場合にも、私はそれを占有しているであろう。何となれば、この場合には、私

がそれを私の手の中にもつ限りにおいて（空間的規定に依存せぬ占有の悟性概念）対象に對する可想的關係のみが問題とされているからである。そして、その対象の任意の使用を決定する私の意志が外的自由の法則に違反しない理由をもって、それは私のものである。私の意欲の対象、現象における占有（所持）を考慮の外におきつゝ、占有を悟性概念によって思惟することを、即ち、經驗的概念によらず、先天的に占有の諸條件を含むことの出来る概念によって思惟することを、實踐理性が要求することの中に、普遍妥當的立法としてのかゝる占有の概念の妥當性の根據は存在するのである。この外的対象は私のものである」という表現の中に、かゝる立法は含まれてゐる。ただし、これにより、すべての他人はその対象の使用を差控えるという、もしもその立法がなかったならば、負わされないうでもあろうところの羈束を課せられるのであるから。故に、私の外部にあるものを私のものとして持つ仕方は、可想的占有の概念による主體の意志と、かの対象との連結であつて、空間及び時間における關係に依存しないのである。」

このカントの占有理論を貫く自由の概念をみると、占有者は、それが所有者でない場合でも、何故に保護されるか、というドイツ人の心を大きく動かした一般問題への解決の鍵がひそんでゐる。カントにとって、意志の自由は人間の本質である。それは、それ自體が目的であり、それ以上の説明を必要としないう、そして、他人によって絶對的な尊敬が拂われるべき概念で

ある。従つて、占有はある人が対象を持つことによつて、それがその人の意志の領域にもたらされるが故に保護せられるべきものである。

カントの後繼者としてのブルンスは、ドイツ精神に對して大きな憧憬をもつた法律學者である。彼の著書「中世及び近代における占有法」には、占有法の哲學と題する一章が設けられてゐる。彼はそこで「占有の内部的必要性」をもつて、占有保護に對する辯證論的、合理的な説明を與えてゐる。彼は、彼の求めている必要性を、全法體系が實感し、實現するところの、人間意志の自由の中に見出すのである。

このようにみて來ると、カント的な理論からは、占有に對する絶對的な保護が何時權利づけられるのか、という間に對する答えも自ら出て來る。カントによれば、主體の意志が、時間及び空間を超越して、対象の中に連繫されることによつてである。ブルンスは、占有は、占有の事實中に體現せられた意志であるから、この意志を保護することが占有保護の目的である、と説く。これらの説は、占有保護の目的を外界に求めず、占有者の資格中に求める點で、主觀説ともまた人格説とも呼んで差支えないものであろう。

一九世紀における占有理論の中心問題が、*animus domini* にあつた理由は、一つには、このような上から規定されたところの、言い換えれば、占有者の人格から出たアプリアリ理論の支配的な勢力の影響の下に、多くの法律學者がそれに追隨せん

としたことにある。と同時に、今一つには、逆に、この人格説をもつては、先ず、派成占有に對する不可解を生じ、次に、賃貸借に對する妥當な解決をなし得なかつたことによる。

周知のように、ローマ法は、本來的には、物的對象を所持し保管している者の中、所有の意志をもつて占有する者、即ち、自主占有者のみを占有者と認めた。後日、實際的な要求に基いて、二・三の例外が作られた。質權者、容假占有者、訴訟目的物保管者などは、他主占有者ではあるけれども、占有者としての保護を受けた。しかしながら、その他の賃借人、受寄者などは、彼らに委ねられている物の占有を取得しなかつたのである⁽⁹⁾。

賃借人や受寄者に對する占有を否定することによって、カントの後繼者は、このようなローマ法に巧みに迎合して行つた。それは、受寄者や賃借人に對するこの法的な取扱いが、必然的な結果であるという理論を構成する法の權威を哲學的に構成して行つたのである。現代の法が、果してカント乃至はカントの後繼者によって採られたこの前提や結論を承認することが出来るであらうか。

- (4) Kant, a. a. O., S. 47. 恒藤譯七九頁。
- (5) Kant, a. a. O., S. 51. 恒藤譯八七頁。
- (6) Kant, a. a. O., S. 56. 恒藤譯九七—八頁。
- (7) C. G. Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848. S. 462 ff.

研究ノート

(8) Bruns, a. a. O., S. 463, S. 468 ff. "innere Notwehr-dignität des Besitzes."

(9) 原田、ローマ法上卷一三六頁—七頁、船田、羅馬私法提要一二九頁、川島、所有權法の理論一三八頁以下。

六

コモン・ローは、例外なく、あらゆる受寄者に對して占有の救済を與えている。この救済は、動産質權者、賃借人、留置權者に對しては元よりのこと、動産に何らの利益も持たず、所持の權利も持たない、そして、報酬を與えも受けとりもしない單なる受寄者にも擴張されたのである。近代のドイツ民法が、借地人や其の他の者に、占有の救済を與えたという限りでは同じ途をたどつたと言えるのである。これに對してブルンスがどのような説明を與えているかは興味深い。彼は、カント理論の精神が彼に要求するところによって、これは便宜に對する原理の犠牲だと説明する⁽¹⁰⁾。このブルンスの説明に對してホームズは次のように言う。「しかしながら、私は、便宜ということ、現實の法律過程とは inconsistent であると公言するような理論から、何かそれ以上のことが殘されているとは思えない。法理論に對する最初の要求は、それが諸々の事實に適合すべきであるということである⁽¹¹⁾。」

このようなホームズの法律觀からすれば、ドイツにおいて熱烈に論議されて來た「占有は事實が權利か」ということは、占

有及び権利という言葉を、哲學的ではなく、それが持つ法律の意味で解釋する限り、さして問題の對象とはならない。ホームズによれば、法的な権利とは、いくつかの條件に基いて、公權力による保護、返還、補償を得ることである。或る人に對して、公權力が救済を與える限り、その人は法的権利を持っているのである。彼にとって重要なことは、法的な複合物、例えば、占有權、財産權、契約其の他の法律上の概念は、事實と權利、即ち、前提と結果とに分析されるといふことである。従つて、法律が占有に對する結果として附加する保護が、法的な意味においては眞に權利なのである。

結果においてこのように異つてゐるということは、占有取得の要件がまるで異つてゐるか、または、その要件が同じであるとしても、その要件の解釋が異つてゐるか、この二つの理由のどちらかに基いてゐると考えられなければならない。

占有取得の要件として挙げられるのは、物の所持と何らかの意志、の二つである。占有は、物がある人の事實的支配内にあるという客觀的な關係を基礎とすることに於いては、動物の場合を除いて、餘り問題がない。だとすれば、カント的な占有理論とホームズのそれとの違いを浮彫にするという當面の課題の爲には、占有意志の問題を中心として考察することによって明瞭にされると言える。

(9) *Brunn, a. a. O., S. 494—5.*

(11) *Holmes, op. cit., p. 211.*

七

カントは、ドイツの多くの法律學者の中でも極端に個人の自由から出發した。自由あるいは自律は、各人に、その人間性によつて最初から歸屬する唯一の權利である。従つて、カント的な法哲學によつて解釋されるべき占有意志は、基本的に、人格權保護の爲に占有に必要な要素であつた。ブルンスは、これに關して次のように述べてゐる。「占有において實現された意志は、何ら權利を設定するものではなく、單に純粹の事實に過ぎず、或いは、すべての權利と最も明白に對立して存在するものかも知れない。しかし、尙、意志の一般的性質に従つて保護されなければならない。……意志は、それ自體、その本質上、絶対に自由である。そして、まさにこの自由を認め、それを貫くことが全法體系を構成するのである。」⁽¹²⁾

ホームズは、法を「ある特殊な方法で、多くの人もしくは少數の人に、行爲と選擇の自由を抑制すること」と定義するところから、「法が要求すべき意志は、他人を排除する意志」と規定する⁽¹³⁾。そして、コモン・ローが有用だと考へる意志は、この意味の意志であり、原理的には、これ以上のことは要求されないのである。

定期不動産權者は、期間の終了するまで、所有者をも含めてすべての人を排除する意志を持っている。しかしながら、彼は從來ドイツにおいて主張された意味の *animus domini* を持

ってはいない。また、留置権をもった受寄者は、その物を使用するのではなく、債務が支拂われるまで留置するのであって、前者の場合よりも、一層少ない *animus domini* しか持っていない。けれども、この場合にも、寄託の場合と同じように、他人を排除して保護されるのである。占有意志をこのように解釋するに至った出發点としての役割を果したのは、*Bridges v. Hawkesworth* 事件である。⁽¹⁴⁾ この事件は、或る顧客が、店の床の上に落ちてゐる財布を店主よりも先に発見した場合に、発見者が最初の占有を取得すると判決した事例である。その理由は、第一に、店主は気が付かなかつたのであるからそれを取得する意志を持ち得ないということ、第二に、店主は公衆を自分の店に招いている以上、公衆を排除する意志がないということ、を擧げている。しかし、この事件の裁判官バットソンは、財布が私人の部屋に落ちてゐる場合を假定すると問題は異つて來るとして、それを次のように説明している。「この場合に、私人が財布の落ちていることに気が付かなかつたならば、彼に *animus domini* は存在し得ない。しかしながら、その財布に気が付こうと付くまいと、私人がその財布から他人を排除せんとする意志は、その部屋から他人を排除せんとするより大きな意志の中へ含まれる。」⁽¹⁵⁾と。木材が或る人の土地に乗り上げて來た場合、それを持ち去らうとしてその土地に侵入して來た實際の発見者に對して、その土地の所有者は占有權を主張することが出來るとした判決 (*Blades v. Higgs*)⁽¹⁶⁾、他人によって運

河の底から採掘された鐵の所有權は、たとえ會社がそれに氣付かず、その鐵の上に何らの留置権をもつていなくても、運河會社の中におかれるとする判決 (*Reg v. Rowle*)⁽¹⁷⁾、これらの判決はその土地を占據している者が、その土地から公衆を排除する意志をもち、その結果として、公衆人とその土地の上にあるものからも排除するという一般的な意志を根據とする。

動産の占有の場合、占有している事實を、寄託者もまた受寄者も知らない場合の効果については種々な意見がある。Year Books の理論に従えば、受寄者が動産を賣却しても窃盜を犯したことはないならず、横領が成立するに止まるが、彼がそれを破壊した後で領得すれば窃盜が成立する。この複雑な虚構は、寄託物たる動産——例えば容器——が受寄者に渡されようとも、その中にあるものゝ占有は移轉しないとするところから出てゐる。*Cartwright v. Green*⁽¹⁸⁾ や *Merry v. Green* 事件⁽¹⁹⁾ においては、受寄者は、寄託物の中にある有價物——寄託の時には受寄者も寄託者もその存在を知らない——の正當な占有者たり得ないとされた。

他方、*Rhode Island* における判決はこれと異り、寄託物の中の原告不知の有價物は、発見者たる受寄者に占有權があるとされた。⁽²⁰⁾しかし、この場合、その容器が所有者のものであるにも拘らず、その中の有價物は所有者のものたり得ないとすること、また、このような事態の下で横領されたとしても、所有者は横領訴訟を提起し得ないとすることは、實際上、不適切であ

ることは免れない。この場合にも、所有者としての第三者を排除せんとする意志が特定の物に對して示される必要はなく、無意識的にであれ、所有者のより大きな意志の中に含まれていると考えることによつて、適切な解決を得ることが出来るのである。ところがザヴィニーの所謂「所有者の意志」をもつてしては、このような解決は出て來ない。ザヴィニーの意見に従えば、容器の所有者はその中にある有價物の存在を知らないのであるから、その物の所有者として行爲する意志をもつていと推定され得ない。従つて、容器については所有權が成立するも、その中の不知のものについては所有權が成立し得ないという結果が出て來る。

先に、占有には、對象に對する物理的な關係とある意志がなければならぬこと、そして、この二つの事實から占有の諸權利が導出されることを明らかにした。そこで、次には、占有の諸權利が保護されるには、これらの事實がどの程度まで繼續されねばならないか、ということが問われなければならない。確かにカントが指摘しているように、對象を、常に現在、支配する力を持つことは必要でない。そうでなければ、人は自分の手の中にあるものしか占有することが出来ないから。しかし、それ以外のものを排除することは出来ないであらうか。ザヴィニーの見解に従うと、占有を繼續するには、常に、取得の時と同じ animus を必要とし、隨意に、對象に對する原始的な物理的關係を再現する恆常的な力がなければならぬ。ブルンスに

おいても、占有における諸事實の斷絶は權利の喪失を意味して(2)果して、占有に附隨する諸權利を創造する爲に、いくつかの事實が同時に發生していなければならないという單純な形式から、それらの權利を有效にしておく爲には、その事實が繼續していなければならないという推論が出て來るであらうか。

次のような事件を想起しよう。或人が丸太棒の浮んでゐるのを發見し、それを岸に繋ぎとめた。ところが、それは再び解けて浮動した。この場合に、最初の發見者は丸太棒の占有を取得した事實から出て來る諸權利を保持する。そして第二の發見者がそれを引渡すことを拒否したときには、前者は後者に對して横領訴訟を提起することが出來た。ブルンスはこのような場合における占有權は第一の發見者にあるという結論に到達して(3)いる。しかし、彼においては、これは實際的な便法から得た結論であつて、理論上は飽く迄も拒否されねばならなかつた。また、有價物の發見者が、囚人として服役している間、それを自宅に置いている時、夜盜がそれを奪取せんとした場合、發見者がその物に對する以前の物理的關係を再現せんと欲してもその力には限界がある。此の場合、ザヴィニーが必要とする物との關係を再現する力はないとしても、發見者は尙現在の意志を持ち、且、自分の家から他人を排除せんとする意志を持つてゐることを考え併せれば、彼が保護されねばならないことは明瞭である。

コモン・ローの歴史をみると、中世においては、所有と占有

と區別しなかつたが、次第に所有の觀念が明確になるにつれて、占有はそれ自體として保護を受けるに到つた。占有者は、被告が現に物を所持していない場合にも、また、占有者が占有物の所持を失ひ、第三者によつて發見された場合にも、占有の効果として、物に代る金額の賠償、物の返還が與えられた。従つて、第三者に對する救済の方法は、全く、所有權と同様である。ホームズは、占有と所有との關係について次のように述べている。「所有權とは何か？ それは、本來的には占有に附隨する權利と同じものである。法が許す範圍内では、所有者は所有物の上に彼の自然の支配力を妨げられることなく行使することが出來、妨害に對しては、多かれ少かれ、これを排除するやうに保護されている。所有者はすべての人を排除し得る。そして、何人に對しても責を負わない。占有者は、一人(所有者)を除いたすべての第三者を排除し得る。そして、所有者以外の何人にも責を負わない。」このように、ホームズにおいては、占有と所有の區別は、質的な相違としてではなく、未だ量的な相違としてしか考えられていないのである。

- (12) *Brunns, a. a. O., § 58.*
 (13) *Holmes, op. cit., p. 220.*
 (14) *15 Jur. 1079; 21 L. Q. B. 75; 7 Eng. L. & Eq. 424.*
cited in Holmes' op. cit., p. 221. Pollock and Wright,
An Essay on Possession in the Common Law, 1838,

- p. 40.
 (15) *21 L. J. Q. B. 76, cited in Holmes' op. cit., p. 222.*
Pollock and Wright, op. cit., p. 40.
 (16) *13 C. B. N. S. 844, 847, 850, 851, cited in Pollock's*
op. cit., p. 81.
 (17) *Bell, C. C. 93, cited in Holmes' op. cit., p. 223.*
 (18) *8 Ves. 405, cited in Pollock's op. cit., p. 109.*
 (19) *J. M. & W. 623, cited in Pollock's op. cit., p. 109.*
 (20) *Durfee v. Jones, 11 R. I. cited in Holmes' op.*
cit., p. 225. ケーデスの意見は贊成する者の意見に反し、Po-
lock's op. cit., p. 114.
 (21) *Savigny, Das Recht des Besitzes: eine civilisti-*
sche Abhandlung, 1803, S. 90 ff.
 (22) *Brunns, a. a. O., S. 503.*
 (23) *Clark v. Maloney, 3 Harrington (Del.), 68, cited*
in Holmes' op. cit., p. 237.
 (24) *Brunns, a. a. O., S. 503.*
 (25) *Pollock and Maitland, The History of English*
Law II. 1898. Chapter IV. § 7.
 (26) *Holmes, op. cit., p. 246.*