

# 話すことと放すこと ～コミュニケーションにおける静的安全と動的安全～

[@Acrographia](mailto:Acrographia)

## 目次

要旨	2
1章 〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉	2
1-1 話すことの二分節性	2
1-2 〈言いたいこと〉の機能	4
1-3 撤回権の制限	5
2章 民法学における静的安全と動的安全	8
2-1 民法学を参考するにあたって	8
2-2 即時取得	9
2-3 表見代理	11
2-4 錯誤無効	13
2-5 静的安全と動的安全	14
3章 取引としてのコミュニケーション	20
3-1 対応関係をつけるということ	20
3-2 所有の問題系とコミュニケーションの問題系の対応関係	20
3-3 代理の問題系とコミュニケーションの問題系の対応関係	26
3-4 悪魔の証明	28
3-5 禁治産	29
3-6 静的安全の意義	30
4章 話しあいの周辺	33
4-1 話しあいと相互解釈	33
4-2 ゲヴェーレという可能性	36
参考文献	40

## 要旨

コミュニケーションは、言語というルールを基盤とした活動であるため、やはりルールを基盤とした社会活動を対象とする民法学の考え方が応用できる。この論文では、コミュニケーションにおける〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉の関係と、民法の財産法における〈権利〉と〈権利の外観〉の関係との対応関係を手がかりに、民法学においてしばしば議論の焦点となる、静的安全と動的安全のバランスの問題を、コミュニケーションの場面に重ね書きしてみたい。すなわち、〈言いたいこと〉に基づいて〈言われたこと〉の撤回を認めることは静的安全の保護に通じ、話し手を守ることになるのに対し、〈言われたこと〉に対する信頼を重視して撤回を制限することは動的安全の保護に通じ、聞き手を守ることになるのだ。コミュニケーションが円滑に機能するためには、静的安全と動的安全のバランスが図られる必要があるし、実際に図られているのである。

1章では、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉の二分法について検討し、不可視の観念的存在である〈言いたいこと〉の機能を、〈言われたこと〉の撤回権の権原と定位する。2章では、民法学において、動的安全と静的安全とが対立する、即時取得、表見代理、錯誤無効という三つの場面を素描し、問題の所在と、それらに共通する構造を抽出する。3章では、話すということは、固有性とも所有とも訳される自己の **property** を手放すことであると位置づけて、民法における所有や代理の問題系と、コミュニケーションの問題系との対応関係を探っていく。4章では、話し合いとしてのコミュニケーションと、相互解釈としてのコミュニケーションの相補性を明らかにする。またゲルマン法におけるゲヴェーレの概念を手がかりに、静的安全の理念と動的安全の理念が、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉の二分法によらずとも実現しようということを述べていく。

## 1章 〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉

### 1-1 話すことの二分節性

「考えや意見、感じたことなどを話す。」という広く用いられる表現からは二つのもの、すなわち話し手が〈言いたいこと〉と話し手によって〈言われたこと〉が別々に存在しているという考え方が見て取れる。〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉との区別は、単に統語論上の要請で存在する無意味な区別ではない。例えば、「言いまちがいをする」ということは、〈言われたこと〉が〈言いたいこと〉と異なる場合である、というように私達は理解している<sup>1</sup>。また「言いたいことがうまく言えない」ということもあるとされ、その時は〈言われたこと〉の不在にもかかわらず、〈言いたいこと〉の存在が主張されているのである。このような二分節化は素朴すぎるという哲学的な批判が存在することは承知しているが、素朴な見方の背後には、往々にして決して素朴ではないような理由が潜んでいるものである。この論文は、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉の二分法の背景にある問題系を浮き彫りにする試みである。

〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉が区別されるとき、優位に立っているのは〈言いたいこと〉である。この優位性は、言いまちがえた場合のように、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉との間に食い違いが存在するときに、まちがっているのは〈言われたこと〉の方だとされる、という事実にあらわ

れている。〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉に差異があるとき、原点、基準点とされるのは常に〈言いたいこと〉の方であり、〈言われたこと〉は、その原点、基準点からの距離＝逸脱が取りざたされる、というまさにそのことに、二者の身分の差が刻み込まれているのである。ここには、〈言いたいこと〉の方が直接的なもの、本来的なもの、オリジナルのものであって、〈言われたこと〉はそれを表現し伝えるための、間接的なもの、二次的なもの、コピー、媒介、あるいは代理である、という構図が控えているのは、あらためて指摘するまでもない。

〈言われたこと〉という存在には、特に疑問はないだろう。一方で、〈言われたこと〉とは別に存在する〈言いたいこと〉とはいったい何ものなのだろうか、という疑問は回避できそうにない。というのも、〈言いたいこと〉は〈言われたこと〉よりも優位に立つ存在でありながら、決して人前に姿をあらわさないからである。〈言いたいこと〉が、〈言われたこと〉の一種ではないのだとすると、例えば「〈言いたいこと〉があるなら、言ってごらんよ。」という催促には、「〈言いたいこと〉はあるけど、言えないよ。だって言ってしまったら、それは〈言われたこと〉になってしまうから。」という奇妙な返答を強いられることになるのだ。普通なら、〈言いたいこと〉とは、まだ言っていない〈言われたこと〉の別名であって、それと既に言われた〈言われたこと〉との区別は、単に時間的なものである。つまり、普通の用法では、〈言いたいこと〉とは、いずれ言うことのできる何かなのである。ところが、ここで問題になっている〈言いたいこと〉はそうではない。〈言いたいこと〉が本来のものであり、〈言われたこと〉はそれを伝えるための二次的な媒介であるという考え方において、〈言いたいこと〉とは、〈言われたこと〉の背後に存在するが、決して言うことのできない何かなのである。〈言いたいこと〉は話し手にだけに現前する私的なものであり、話し手以外は、見ることも聞くこともできない。

別の視点から見ると、〈言いたいこと〉とは、話し手が何かを話すとき、〈言われたこと〉以前にある非言語的な存在である。したがって〈言いたいこと〉は、話し手の内言とは異なっている。内言は、〈言われたこと〉と比べると主語の省略が多く、述語ばかりになる傾向があるとはいえ<sup>2</sup>、すでに言語化されているからである。内言は、したがって〈言われたこと〉の一種なのだ。内言と音声化された〈言われたこと〉との違いは、それを聞くことのできる者が話し手ただ一人であるか、多数であるかという点だけである。

〈言いたいこと〉を、哲学の地図にプロットしようとするならば、ロックの‘idea’や、デリダの‘vouloir dire’<sup>3</sup>に近い位置に点を打つことになるだろう。それは、〈言われたこと〉から峻別され、〈言われたこと〉に対して優位に立ち、話し手にだけに現前する、私的な、そして前言語的な観念、ないし意味なのである。ここでは「意味」という言葉を出したが、〈言いたいこと〉は、〈言われたこと〉の意味ではない、という点は指摘しておくべきだろう。〈言われたこと〉の意味というのは、話し手に限らず、言語を習得した者であれば誰でも平等に隔てられている、公共的な存在者だからである。話し手だけしかアクセスできない私的な意味としての〈言いたいこと〉は、いってみれば〈言葉を選ぶことの意味〉だ。それに対し、〈言われたこと〉の意味とは、〈言葉が選ばれてあることの意味〉である。したがって、〈言いたいこと〉がシニフィエで、〈言われたこと〉がシニフィアンだ、と理解してはならない。〈言われたこと〉をシニフィアンとしたとき、シニフィエに相当するものは〈言いたいこと〉とは別に存在するのである。別の観点から見ると、〈言葉を選ぶことの意味〉は、話者と世界の二者関係であるのに対し、〈言葉が選ばれてあることの意味〉は、言葉と世界の二者関係である。

この論文は、内観的な手法、あるいは現象学的な手順によって心の中の〈言いたいこと〉を捉え、その正体を究明することを目指しているわけではない。その代わりに、〈言われたこと〉と〈言いたいこと〉の区別がコミュニケーションの中で占める役割から、〈言いたいこと〉の何たるかに迫っていき

いと考えている。このアプローチは、三重の意味で関係主義的だといえるだろう。第一にそれは、〈言いたいこと〉それ自体を単独で究明しようとするのではなく、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉の区別に注目するアプローチである、という点において関係主義的である。第二にそれは、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉が、コミュニケーションにおいてどのように機能しているかという点に着目する点で関係主義的である。第三にそれは、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉の関係を、話し手一人の心理学的な、あるいは現象学的な問題として捉えるのではなく、コミュニケーションにおける話し手と聞き手の関係に結び付けて捉える、という点で関係主義的である。このような関係主義的なアプローチと、実体主義的なアプローチとの対比は、4章で再び取り上げる。

## 1-2 〈言いたいこと〉の機能

〈言いたいこと〉は「えにも言われぬ」存在であり、聞き手はそれを見ることも聞くこともできない。そのように見ることも聞くこともできないものが、コミュニケーションの中で何らかの役割を担うことなどできないはずではないか、という疑問は当然生じてこよう。この疑問は、ウィトゲンシュタインのとなえた私的な意味の不可能性の議論と関係している。ウィトゲンシュタインはチェスのたとえを用いてこのことを説明している<sup>4</sup>のだが、次に示すのは、それを少しアレンジしたものである。

チェスには6種類の駒があり、それぞれ可能な動きが取り決められている。ゲームは二人の対局者が交互に駒を動かしていき、キングを追いつめれば勝ちである。さて、チェスの対局をするときに、一方のプレイヤーが自分のポーンの一つに紙製の王冠を載せて、一人で勝手に、そのポーンに特別な意味合いを付加したとしよう。例えば、自分のキングは実は影武者で、紙の王冠を戴いているポーンの方が本当のキングなのだ、という具合である。対局の中で、王冠を戴いたポーンがポーンに許された範囲内の振る舞いをする限り、対局には何の支障もない。しかし、込められた私的な意味合いは、ゲームの中では何ら意味をもたない。逆にもしそのプレイヤーが、王冠を戴いたポーンを、プロモーションしてもいいのに斜め後ろに動かそうとしたり、キングの駒が追いつめられても、「これは影武者だから、まだチェックメイトじゃない！」と言ってゲームを継続しようとしたら、相手プレイヤーは驚いてそれを制止するだろう。その制止を無視してゲームを続行しようとしたら、ゲームは御破算である。結局のところ、紙製の王冠を戴いたポーンに、自分勝手に特別な意味合いを込めても、ゲーム内にそれを持ち込むことはできないのである。

〈言いたいこと〉とは、チェスの比喻に当てはめると、片方のプレイヤーがポーンの上に勝手に乗せた、紙製の王冠のようなものではないのだろうか。コミュニケーションもゲームの一種なのだとする(=言語ゲーム!)、私的な意味は、コミュニケーションの中に持ち込めないはずではないだろうか。この疑問への正式な返答は3章まで待つていただきたい。当座のところは、コミュニケーションというゲームが、チェスよりもはるかに複雑で、人間の生活の全般に浸透しており、ただの遊びではないため、同じゲームとはいっても、チェスと同列には語れないという点を指摘するにとどめておきたい。思うに、この複雑さと全般性と真剣さの中に、私的なものがゲームに影響を与える余地が存在しているのである。

現実のコミュニケーションにおいて、〈言いたいこと〉はどのような機能を持っているだろうか。このように問うとき、話し手だけに現前する〈言いたいこと〉が、開示されていて誰でもアクセスできる〈言われたこと〉とは別の存在である、という点に意味が出てくる。要するに話し手は、〈言われたこと〉を撤回しようとする際に、「言いまちがえてしまった。本当はそう言いたかったんじゃない。」と言って撤回しようとするのである。〈言いたいこと〉が〈言われたこと〉と異なるという主張は、話し手

が弁解に用いる常套句であろう。〈言われたこと〉に対する〈言いたいこと〉の優位性は、このような弁解をする際の正当化の根拠になるのだ。つまり、〈言われたこと〉は偽物であり、本物の〈言いたいこと〉はまだ自分が持っている、と話し手は主張できるのである。

ところで、撤回するという事は、もちろん「撤回する」と言うことではない。それ以上のものである。前者は〈撤回する〉という言語行為であるのに対し、後者は〈言う〉という言語行為に属している。

「撤回する」と言うことは話し手一人で、聞き手の承認がなくても実行することができる。一方、〈言われたこと〉を撤回するためには、撤回するのだということを、聞き手にも承認してもらわなければならない。撤回は、話し手と聞き手の合意なしには成立しないのだ。〈言いたいこと〉が〈言われたこと〉とは異なる存在で、しかも〈言いたいこと〉は〈言われたこと〉よりも優位に立っている、という構図は、〈言われたこと〉の撤回を聞き手に納得させる上で、強力な材料になるだろう。聞き手は〈言いたいこと〉を見ることも聞くこともできないのだが、その存在ばかりは認めざるをえないからである。

それでは、「本当はそう言いたかったんじゃない。」と言い続ける限り、話し手は自らの言ったこと責任から逃れつづけることができるのだろうか。そうではない、ということを次に述べたい。

### 1-3 撤回権の制限

現実問題として、コミュニケーションの中で〈言われたこと〉の撤回が無制限に認められているわけではないのは明らかだろう。現実にならざる理由として、二つのものを挙げておきたい。第一の理由は、無制限に撤回が認められてしまうと、〈言いたいこと〉を見ることも聞くこともできず、〈言われたこと〉をただ信じるしかない聞き手が、話し手の身勝手な撤回に翻弄されてしまうことになるが、それは不公平だろうというものである。〈言いたいこと〉を独占している話し手の優位性を、ある程度制限するの でなければ、今度は聞き手が困ってしまうのだ。話し手を守るのが、不可視の〈言いたいこと〉の存在だとしたら、聞き手を守るのは、可視的な〈言われたこと〉の存在である。つまり、話し手が「本当はそう言いたかったんじゃない。」と弁解できるように、聞き手は「だって実際にそう言ったじゃないか。」と抗弁することができるのである。

無制限に撤回ができない第二の理由は、無制限の撤回が可能だと、そもそも人が何かを話すということが、不可能になってしまうだろうというものである。再びチェスの比喩を用いて、どうしてそうなるのか説明しよう。チェスにおいて撤回に相当するのは、まずい手を打ったときに「待った」をかけることだ。もしチェスの対局で、何回でも、そして何手遡ってでも「待った」をかけてよいのなら、私さえチェスの世界チャンピオンに負けない自身がある！しかし、そんなことが許されたら、永久に終局に至らなくなってしまうだろう。無制限に「待った」をかけてもよいのだとすると、一局も対局が成立しないのである。逆にいえば、チェスの対局が一局でも成立するためには、「待った」をかけることがまったく許されないか、少なくとも、「待った」をかけることがある程度制限されていなければならぬ。

この点において、コミュニケーションはチェスと同じではないだろうか。〈言われたこと〉の撤回が無制限に許されたなら、コミュニケーションが達成されることなど、一度もなくなってしまうのではないだろうか。なぜなら、過去のことが蒸し返されて、〈言われたこと〉が撤回される可能性がいつまでも消えないのだとしたら、コミュニケーションはいつまでも確定しないままになってしまうからである。したがって、コミュニケーションが一回でも成立するためには、〈言われたこと〉の撤回がまったく認められないか、すくなくとも、ある程度撤回が制限されていなければならないのである。

人に何かを話すということは、単に声を出して何かを言うということではない。何かを言うことが、

人に何かを話すことになるためには、話し手が〈言いたいこと〉を手放さなければならないのである。「話す」ことは、「放す」ことなのだ<sup>5</sup>。何かを「はなした」ことになるためには、すなわち〈言われたこと〉が〈話されたこと〉になるためには、〈言われたこと〉を撤回する権利を、全面的に、あるいは少なくとも部分的には放棄しなければならないのである。私たちは、「言いまちがえる」とは言っても、「話しまちがえる」とはあまり言わない。何かを話すとき、話し手は、何かを言うだけのときには必要なかったようなコミットメントが、必要になってくるのである。

特に厳しく制限されるのは、頻回の撤回よりも、むしろ時間がたってからの撤回である。だがここで、私達は現実には、話したあとかなりの時間がたってから〈言われたこと〉を撤回する場合があるではないか、と反論したくなるかもしれない。この反論は、一つの混同に基づいている。時間がたってからの「撤回」は、言ったあとすぐの「撤回」とは意味が違うのである。普通は、時間がたってから〈言われたこと〉を撤回するのは、「昔は〇〇と考えていたけれど、今は××と考えている。」というように、昔と今とで意見が変わったことを宣言するためなのである。それは、昔犯してしまった言いまちがいを今になって訂正する、ということではない。時間がたってからの撤回は、過去の〈言いたいこと〉を現在の〈言いたいこと〉に基づいて否定しようとする主張であり、言った直後の撤回は、過去に〈言われたこと〉を過去の〈言いたいこと〉に基づいて否定しようとする主張である、というように区別できよう。この論文で問題にしているのは、後者のような撤回だけである。

言った直後なら、意見を変更することなしに、〈言われたこと〉だけを無かったことにすることができるが、時間がたってからは、そのように〈言われたこと〉だけを無かったことにするのは難しいだろう。ただし、時間がたってからでも〈言われたこと〉を撤回する方法が一つだけ存在する。「かつて言ったことは嘘だった。」と白状すればいいのである。これが可能なのは、撤回するために、うそつき呼ばわりされるという高い代価を話し手が支払っているからであろう。

コミュニケーションでは、これまでに話されたことを下敷きにして、その上に新たな話が展開される。コミュニケーションは、いってみれば降り積もる雪のようなものだ。コミュニケーションの堆積には、無数の人が関わっている。AがBと会話した後に、BはCと会話し、それからCはDと会話する、というように、コミュニケーションは、話し手と聞き手の一対一を超えて、それこそ全世界的なネットワークを形成しているのである。このネットワークをたどっていくと、私も、あなたも、世界中の人とつながっている。遠い過去の〈言われたこと〉を撤回できてしまうと、これまでに〈言われたこと〉を前提に次々新しい人とコミュニケーションする、という当たり前の行為が不可能になってしまうのだ。これはチェスにおいて、何手もさかのぼって「待った」をかけるということが許されてしまうと、ゲームが成り立たなくなってしまうという事情によく似ている。もっとも、コミュニケーションにおいては世界中の人が巻き込まれるため、事態ははるかに複雑である。

ここまでの主張を整理してみよう。話し手、聞き手、〈言いたいこと〉、〈言われたこと〉の四者関係に注目すると、〈言われたこと〉から峻別された〈言いたいこと〉の優位性は、話し手に、〈言われたこと〉の撤回権の根拠を与えることになる。ところが、〈言いたいこと〉を見ることも聞くこともできず、ただ〈言われたこと〉を信じるしかない聞き手は、話し手にみだりに前言を撤回されると、しばしば窮地に立たされてしまう。それだけではない。無制限の撤回権は、コミュニケーションの成立可能性をも掘り崩してしまうのである。したがって、聞き手の立場を守り、コミュニケーションを成立させるためには、〈言いたいこと〉を根拠にした話し手の撤回権に制限をつけなければならない。実際、話し手は無制限に〈言われたこと〉を撤回できるわけではない。聞き手が、〈言われたこと〉を根拠に撤回を拒否することがあるからだ。

関係主義的なアプローチによって、〈言いたいこと〉に守られる話し手と、〈言われたこと〉に守られる聞き手の間の拮抗関係が見えてきた。次章で詳しく論じるように、それは民法学が描く契約締結の場面と本質的に同じである。しかし、なぜ唐突に民法学なのだろうか、と訝るのは無理もない。しかし、コミュニケーションとは言語というルールに従った社会活動なのだから、民法というルールに従った社会活動を主題に据える民法学の考え方が応用できるのは、むしろ当然のことなのである。コミュニケーションとは一種の取引契約なのだ。

2章では、民法で用いられる概念の中で、コミュニケーションに関係の深いものを解説することに専念する。3章では、2章で解説した概念を駆使して、コミュニケーションについてより深く考察していくことにしよう。

---

<sup>1</sup> 言いまちがいは、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉の乖離ではなく、ある時点で言ったことと、別の時点で言ったこととの間のずれあるとする意見もあるだろう。この点に関しては、4章で論じる。

<sup>2</sup> L.S. ヴィゴツキー 柴田義松訳 『思考と言語』 1962年

なお、ヴィゴツキーが彫琢した、「精神間機能」の「精神内機能」への内化というモチーフを受け継いだヴィゴツキー派の教育学者 Rogoff, R. や、Wertsch, J.V. は、この内化の過程を、文化を個人が専有 [appropriation] していくプロセスと捉えなおして、活発な議論を展開している。詳しくは、佐藤公治『対話の中の学びと成長』1999年 James V. Wertsch ‘voices of the mind’ 1991年などを参照のこと。

<sup>3</sup> 仏語の ‘vouloir dire’ は英語の ‘mean’ と同じで、人を主語にするときは「～を言おうとする」、物を主語にするときは「意味」という意味になるが、デリダはこの二重性を意識的に「悪用」していると思われる。なおデリダは、〈意味〉＝〈言いたいこと〉としての ‘vouloir dire’ について、「このように「意味」は「意義」されようとされまいと、すなわち「表現」されようと否とを問わず、言いかえれば意義作用の過程に「からみあって」いようとまいとを問わず、叡智のないし、精神的な一つのイデア性である。そしてこのイデア性は、場合によっては何らかの能記の感性的側面と結合しうるが、それ自体としては、いささかも能記を必要としない。・・・(中略)・・・純粋な意味もしくは、所記のこの層は、フッサールにおいては明白に、記号学的実践においては少なくとも暗黙裡に、前一言語のないし前記号的な(前表現的、とフッサールは言っている)意味の層へ差し向ける。」と述べている。

(ジャック・デリダ 高橋允昭訳 「記号学とグラマトロジー」『ポジション』 2000年 47p)

<sup>4</sup> もとのたとえは次のとおり。「私は誰かとチェスをしようと思う。すると相手が白のキングに紙でできた王冠をかぶせた。キングの使用自体に変化はない。しかし彼は言う、「この王冠は私にとってゲームの中である意味を持っているんだ。ただそれを規則によって表現することはできないんだ」と。これに対して私は言う。「王冠は、キングの使用を変えない限り、私が意味と呼ぶものを持っていない。」

ルートヴィヒ・ウィトゲンシュタイン「ウィトゲンシュタイン全集6」『青色本』1975年

<sup>5</sup> 「はなす」に近い印欧語族の言葉を探すなら、‘address’ や、‘convey’ になると思われる。

## 2章 民法学における静的安全と動的安全

### 2-1 民法学を参考するにあたって

民法学上の諸概念を導入する前に、その意義をまず確認しておきたい。私は、法の権威を笠に着て、哲学上の諸問題に対して、一方的に「判決」を下そうと意図しているのではない。たしかに法律といえ、一段上の立場から、社会生活上のさまざまなトラブルに対して一方的に判決を下す、という側面があるのは否定できない。しかし、別の側面から見ると、法的な判断は、社会の実情にそぐわないものであったり、現実離れしたものであったりすることは許されない、というのもまた事実である。ことに民法は社会活動のルールであるから、そのルールの下で人々が活動すれば社会がうまく機能する、という条件を満たしていなければならない。民法と社会とは「不即不離」の関係なのだ。規範性を保持するために、たしかに民法は社会的現実とは「不即」でなければならない。けれども、有効な規範となるために、民法は社会的現実と「不離」でもなければならないのだ。そのため民法には、社会に対する優れた洞察が、長い年月をかけて析出してきている。それゆえ、民法を学ぶことは、民法を通して社会を学ぶことでもあるのである。

それでは、民法は、社会をどのように捉えているのであろうか。内田貴は次のように述べている<sup>6</sup>。

民法は、すべての関係を、権利およびその裏返しとしての義務という概念を用いて表現している。言い換えれば、民法とは、市民社会における社会現象をことごとく権利・義務という法的概念に還元して捕らえようとする壮大な試みなのである。

権利について語る時、常に念頭に置いておくべきなのは、権利と現実とはしばしば乖離し、その際には権利が現実よりも優位に立つ、ということである。所有権を例にとると、泥棒が物の所有者から物を盗んだ場合、物は現実としては泥棒が支配する（＝占有する）ことになるが、この現実によって、盗まれた人が物の所有者でなくなってしまうわけではない。そして被害者は、泥棒を訴えて、盗んだものを返還するよう請求することができる。つまり、権利と現実とずれがある場合、現実の方が正しくないもの、本来的でないものとされ、現実を変えることで、権利と現実の乖離を解消することが目指されるのだ。権利が現実から乖離しうるからには、権利は目に見えない観念的で抽象的な存在とならざるをえない。民法は、基本的には、目に見える現実より、目に見えない権利に優位性を与えているのである。

ところが、目に見えないものを限りなく優先しようとする、社会は混乱し、機能不全に陥ってしまう。内田貴の文章を再び引用しよう<sup>7</sup>。

占有権以外の物権は、外から見えない抽象的な存在である。その変動は、通常目で見ることのできない（物の滅失のような場合は例外的である）。とりわけ、所有権の転移や、制限物権の設定が外観からわからないために、第三者が意外な損失を蒙る可能性がある。・・・（中略）・・・そこで、物権変動において取引の安全をいかに図るかが大きな問題となる。取引の安全を図るには、外観に対する信頼を保護すればよい（傍点榊原）。たとえば、マンションの買主が売主に所有権があると信ずるのもつともなような外観があれば、買主を保護する、という具合である。こうした取引安全の保護のことを動的安全の保護という。他方、余りに取引の安全（動的安全）を保護すると、真の所有者が容易に所有権を失うことにつながる。やはり本当の所有者の保護も怠ることはできない。これを静的安全の保



護という。動的安全と静的安全の調和をいかに図るかが、物権変動のポイントといえる。

本当の所有者を守るというわけだから、静的安全というのは理解に難くない。しかし取引の安全、動的安全とは何なのだろうか。民法学は、観念的に定立された権利と目に見える現実との乖離によって、第三者が意外な損失を蒙らないようにするため、権利がありそうだという見かけ、すなわち（権利の外観）の有無に注目しようというのである。それはどういうことなのか、即時取得（善意取得）、表見代理、錯誤無効という、民法学で頻繁に議論される3つの問題を通して、具体的に見ていくことにしよう。

## 2-2 即時取得

即時取得の問題は所有権の問題系の中にある。そこで、近代民法が所有をどのように位置づけているのか見てとるために、少々長いが、まずは埴浩の記述<sup>8</sup>を引用しよう。

所有は、動産と不動産との別なく、物に対する観念的支配である。（所有権の観念性）。即ち、所有が存立するためには、別段、物を自身の肉体をもって握っていることないし統御していること、即ち、現実的支配をしていることを必要としない。自身の所有するものに対する支配は、この物が、どれほど遠い所にあっても、また、誰の手中にあっても、また、どこへ移動しようとも、常にそして変わることなく存続する。つまり、この人とその物とは、見えない糸で常に結ばれているのである（所有権の観念性）。そして、この人は、その物を、直ちにまたいつか、自身の手の中に収めうる。人と物とを結ぶ不可視的なこの糸は、その人自身の意思に反して切られることはないのであって、この糸こそ、まさしく、所有権と称せられるものなのである。・・・（中略）・・・所有は、物に対する観念的支配であると同時に、絶対的支配である（所有権の絶対性）。この説明は、実は、それが今では余りにも当然のこととされているために、かえって難しい。所有の主体（所有者）は、天下万人の中で、ただ一名に、不動のものとして確定しているはずであって、この人が、彼の意思に反してその物に加えられるかも知れない、自分以外の天下万人の力を排除しようということが、絶対的支配なのである。

観念的で絶対的な所有権は、社会活動を営む上で大きな負担であり、このような所有権を厳格に実現しようとする、社会が麻痺してしまう。所有権は目に見えないので、ある人が本当に物を所有しているかどうかを、第三者が見分けるのはきわめて困難だからである。所有者から物を取得する取引は一律に有効で、非所有者から物を取得する取引は一律に無効だということになると、不可視の属性によって、取引の成否が決定されてしまうことになる。そうすると、物を取得しようとするときに、過度の慎重さが必要になり、取引の迅速さや効率性が損なわれてしまうし、物を取得しようとする人が、大きなリスクを背負わなければならなくなる。そのため民法には、所有権の観念性と絶対性に一定の歯止めをかける条文が盛り込まれている。

物には動産と不動産があるが、不動産は登記が絡んで問題が複雑になるので、動産を例にとることにしよう。動産の場合、物を所持している人、すなわち物の占有者が、物の所有者であるとは限らない。なぜならその人は、所有者から物を借りているだけなのかもしれないし、所有者から物を盗んできたのかもしれないからである。そうすると、物を占有している人が、所有者でないにもかかわらず、物を第三者に転売してしまう、という可能性が出てくる。A氏が自分の所有しているカメラをB氏に貸したところ、B氏はそれを自分の所有物だと偽ってC氏に売り渡してしまった、というようなケースである。

この場合、カメラを占有している B 氏にはカメラの所有権はないのだが、事情を知らない第三者が見れば、カメラを手を持っている B 氏が「このカメラを売りたい。」と言え、B がカメラの所有者だということを疑う材料は存在しない。つまり、カメラを占有している B 氏には、カメラの所有権の外観が備わっているのである。C 氏は、そのような B 氏をカメラの所有者だと信じて、カメラを買い受けてしまった。それでは、カメラの本来の所有者である A 氏には、C 氏に対してカメラの返還を請求する権利があるだろうか<sup>9</sup>。

日本の民法 192 条では、「取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。」と定めている。これは「即時取得」と呼ばれる制度である。B 氏が A 氏からカメラを借りているという事情を、C 氏が知らなかった（法律では、これを「善意」という）という点は問題ない。では、B 氏がカメラの所有者だと信じたのは、C 氏の過失によるのだろうか。実は、物の占有者が、物の所有者らしくふるまっていれば、物の所有者だと信じるのは当然である、という法解釈が確立している。法律用語では、このことは「動産の占有には公信力がある」と表現される。善意の第三者は、物の占有者が物の所有者らしくふるまうとき、その人を物の所有者であると信じてよいというお墨付きを持っているのである。

したがって、C 氏は善意無過失の第三者である。そのような C 氏が、「取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始め」たのだから、C 氏はカメラの新たな所有者になれる、ということが、民法 192 条の定めていることなのである。カメラはもはや C 氏の所有物であるから、所有権を失った A 氏は、C 氏に対してカメラの返還請求をすることができないのだ。もっとも、A 氏は B 氏に対して、不法行為に対する賠償を求めて裁判を起すことができるのは当然である。

このようなケースでは、両立させることのできない二つの権利が対立している。もし 192 条が存在せず、A 氏が C 氏に対してカメラの返還を請求できるのだとすると、A 氏は、意図せずしてカメラの所有権を失ってしまうことがなくなり、法に庇護された有利な立場に立つことになる。しかしそのとき C 氏は、大枚をはたいて買い取ったと思ったカメラが A 氏に取り返されてしまうため、法的に非常に不利な立場に立たされるだろう<sup>10</sup>。即時取得の制度が存在すると、立場は逆転する。カメラの占有者から、取引契約によって善意無過失のうちにカメラを取得した C 氏は、カメラの新たな所有者となり、法に守られた有利な立場に立てるのである。A 氏は反対に、所有者であったにもかかわらず、自分の意図とは離れたところで所有権を失ってしまうのだから、法的には、きわめて不利な立場に立たされることになる。

このようなケースにおいて、静的安全とは、本来の所有者 A 氏を保護して、A 氏にカメラの返還請求権を与えることであり、動的安全とは、占有者を所有者と信じた C 氏を保護して、C 氏をカメラの新しい所有者とすることである。静的安全と動的安全とは、あちらを立てればこちらが立たないという、トレード・オフの関係にある。所有権の観念性・絶対性を愚直に実現させたいなら、静的安全を優先するべきだろう。しかし、静的安全の優先が行きすぎると、動産の取引活動は停滞し、非効率化してしまうことは避けられない。なぜなら、もし 192 条がなかったとしたら、取引契約によって動産を買い取ろうとするたびに、取引相手が単に物を占有しているだけなのか、それとも物の真の所有者であるのかを調べるために膨大な時間と労力を割かねばならなくなるし、あとになって突然真の所有者が現れ、物を取られてしまう可能性が、いつまでも拭いきれなくなるからである。

不動産は、動産とは事情が異なっている。不動産では、不動産の占有者（家ならば、その家に住んでいる人）がその不動産の所有者（つまり大家さん）ではないことが多いため、当然ながら不動産の占有には公信力がない。だから、あなたがアパートの賃借人だとして、事情を知らない友人に、「このアパ

ートは私のものだ。あなたは私の友達だから、特別に100円で売ってあげよう。」と嘘をついて、アパートを友人に「売った」としても、アパートは友人の所有物にはならない。むしろ、大家さんを怒らせて、あなたはアパートを出ていかなければならなくなるから、ばかなことを試みてはいけない。不動産において、動産の占有に相当するのは、不動産の登記である。登記制度は、各地方に存在する法務局が管理する登記簿に、不動産の所有者を記載する制度であり、誰が不動産の所有者として登記されているかを調べることで、その不動産の所有者を推測できるわけである。

ところが、ドイツやスイスと違い、日本では不動産の登記に公信力がない。現実には、さまざまな理由で不動産の現実の所有者と、登記簿上の所有者が食い違うことがある。登記に公信力がないということは、登記簿上の所有者を、真の所有者と信じて不動産を購入した善意の第三者が、かならずしも不動産の新たな所有者になれるわけではないということである<sup>11</sup>。

動産と不動産でこのように制度が異なるのは、二者の財産としての性質が異なるからである。動産は相対的に低い価値しか持っておらず、頻繁に取引されるのに対し、不動産は相対的に高い価値を持っており、まれにしか取引されない。民法の立法者はその違いを考慮して、所有者が意図せずして所有権を失っても被害が比較的軽微で、むしろ取引の効率性が求められる動産では、動的安全を保護するために192条のような規定を設け、対照的に、所有者が意図せずして所有権を失うことが致命的で、まれにしか取引されないため取引の効率性が損なわれてもそれほど問題ではない不動産では、静的安全を保護するために同様の規定を設けなかったのであろう。

### 2-3 表見代理

代理制度は、代理人の意思表示によって成立した契約に、本人（つまり代理されている人）が拘束されるようにする制度である。代理制度の輪郭を掴むために、まずは代理制度が利用される三つの状況を示そう。

代理制度が利用される第一の状況は、本人が単独で契約を結ぶだけの能力がない場合である。ここには、親が未成年者を代理したり、後見人が重度の精神病患者を代理したりする場合が含まれる。このような場合、本人の意志に基づくことなしに代理人が設定される（子供は親を選べない！）ため、このような代理は法定代理と呼ばれている。第二は、本人が法人格の場合である。法人格自身は、「手も足も出ない」観念的な存在であるから、例えば株式会社であれば、代表取締役が代理人となって、法人格のために策を練り、法人格の手足となって働き、法人格の代わりに契約を結んでやる必要があるのだ。第三は、本人も意思表示をする能力があるのだが、本人が忙しかったり、専門知識が不足していたりするために、別の人に代わって契約を結んでもらう場合である。法律に詳しい友人に、トラブルの交渉を委ねる場合などが、これに当てはまる。第三の場合は、本人の意志によって代理関係が設定されることになるので、任意代理と呼ばれている。

契約は本人同士で締結するのが基本であり、これを輔弼、拡充するのが代理制度なのだが、代理においてしばしば問題となるのが、代理権のない者が代理人として契約を結んでしまった場合や、代理人が、本人から付託された代理権の範囲を超え出た契約を結んでしまった場合の処遇である。これらは、代理権が無いところで代理行為に及んでしまったということなので、無権代理と呼ばれている。

他人が勝手に結んでしまった契約の効果に、本人が拘束されるのだとしたら、本人にとっては望ましくない結果になる可能性があるのは明らかだ。したがって、本人とまったく関係ない人間が、代理人を装って契約を結んでしまったとしても、本人が契約の内容に拘束されないというのが、民法の基本的立

場である。ところが例外的に、無権代理であっても、偽の代理人が結んだ契約が本人に帰属するケースがある。内田貴は次のような例を挙げている<sup>12</sup>。

A氏は自分が販売している商品の営業の仕事をB氏に任せた旨C氏に述べたが、本当はB氏の信用を高めるために、B氏に頼まれてそのように言ったに過ぎなかった。ところが、B氏は、A氏の代理人として商品をC氏に売却する契約を結び、C氏から頭金を受け取ったまま逃げてしまった。C氏は残高金を提供してA氏に商品の引渡しを求めることができるか。

代理関係があるかどうかは、本当にA氏がB氏に代理権を授与したかどうかにかかっている。したがってこのような場合、B氏はA氏の代理人ではない。なぜなら、A氏はB氏に頼まれてB氏に代理権があるかのように嘘をついただけであり、B氏に代理権を授与していないからである。そうはいうものの、C氏は、A氏のお墨付きをもらったB氏を信じて契約に及んだのだから、一番悪いのはB氏だとしても、二番目に悪いのはA氏であり、C氏には非がない。そこでこのようなケースでは、C氏を救済するために、代理権があったと見なして、B氏が結んだ契約の効果をA氏に負わせてしまおうというのが、表見代理という考え方である。

民法109条は、「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。」と定めている。これは、「代理権授与表示による表見代理」と呼ばれる規定である。第三者(=C氏)に対して、他人(=B氏)に代理権を与えた旨を表示(A氏はC氏の前で、「B氏に営業の仕事を任せた」と言っている。)をした者(=A氏)は、その代理権の範囲内(=営業の仕事)においてその他人(=B氏)が第三者(=C氏)との間でした行為について、その責任を負うのである。もちろん、第三者(=C氏)が、その他人(B氏)が代理権を与えられていないことを知っている場合(これを法律用語で「悪意」と呼ぶ)や、B氏に代理権がないことは明らかなのに、C氏が過失によってそれを見落としていた場合は、契約は無効である。

代理関係それ自体は、目に見えない観念的な存在である。しかし、C氏の目の前でA氏本人が、「B氏に営業を任せた」と言ったのだから、C氏には、B氏がA氏の代理人であるように見える。B氏には代理権の外観が存在するのだ。A氏はこのようなとき、あとになってから過去の言動を否定して、B氏の代理行為を無効化することは許されない。これは、禁反言の法理<sup>13</sup>が主張していることである。嘘をついたために招いてしまったトラブルから、事後的に嘘を否定して逃げ切ることができないのは、至極当然だ。身から出た錆である。

無権代理であるにもかかわらず、代理行為が成立したと見なされるケースは他にもある。第一の場合と違って、代理人が代理人であることは確かなのだが、代理人が、本人から与えられた代理権の範囲を超えた代理行為に及んでしまった場合である。これは民法110条「前条文(※つまり109条)の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。」によって規定されている。110条は、「代理権踰越による表見代理」と呼ばれている。代理人の行為のどこまでが権限の範囲内で、どこからが権限の範囲外であるかは傍目には分からないのが普通だから、代理人の代理行為は、すべて代理権があつてのものだと見なして、代理人と契約を締結する善意の第三者を保護しようというのが、この条文の狙いであろう。

表見代理が主張できる第三の場合は、民法112条に記されている。これは、「代理権の消滅は、善

意の第三者に対抗することができない。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない。」という条文であり、「代理権消滅後の表見代理」と呼ばれている。たとえば次のようなケースがそれに当てはまる。店の店主 A 氏が B 氏を雇っており、A 氏は、日頃から B 氏を代理人として、問屋の C 氏との契約交渉に当たらせていたとする。ある日、いつものように B 氏が C 氏のところに商品を買いにきたので、C 氏はいつものように、B 氏に商品を引き渡してしまった。しかし、あとになって C 氏が A 氏に代金の請求をしたところ、B 氏は、C 氏のところで商品を購入する直前に店をクビになっていた、というような場合である。このようなケースでは、B 氏の代理権が消滅したことを知るよしもない C 氏は保護され、A 氏は C 氏に代金を払わなければならない<sup>14</sup>。

## 2-4 錯誤無効

錯誤とは、自分の内心の意思とは異なることを言ってしまったために、本意ではない契約を誤って結んでしまうことを指す。契約は二者の意思表示の合致によって成立するが、この意思表示においても、内心の意思と、その表示という二分節構造が認められる。民法学では、意思表示が有効であるためには表示に対応する意思の存在が不可欠である、とする意思主義と、意思を欠いていても意思があると客観的にみなせる表示があるならば有効な意思表示である、と考える表示主義の対立が議論されたことがある。契約を結ぶと、人は自由を制限される。人間は自由であり、自らの意思に基づくのでなければその自由は制限されない、という私的自治＝意思自治の原則に照し合わせるならば、契約の意思表示には意思が不可欠だとする、意思主義が本来的だということになる。しかし、どのような意思を心のうちに持っているか、契約の相手方は見ることができない。この不可視のものによって契約の成立不成立が左右されるとなると、表示を信頼するしかない契約の相手方は、一方的に不利な立場に立たされてしまい具合が悪い。そのため、意思表示の効力を「表示されたこと」を基準に定めようとする表示主義が意思主義に対置されることになる。

錯誤は、伝統的には3種類に分類されている。第一の錯誤は、たとえば、「100円で買います。」と言おうとしたところを「100万円で買います。」と言ってしまうものであり、「表示上の錯誤」と呼ばれている。第二の錯誤は、たとえば、1元と1円は同じ貨幣単位だと思い込んでいる者が、100円で商品を買うつもりで、「100円で買います。」と言ってしまった場合のように、契約に用いた言葉の意味を取り違えている場合であり、これは「内容の錯誤」と呼ばれている。第三の錯誤は、「動機の錯誤」と呼ばれている。たとえば、道路が通って地価が上がるという噂を信じて、辺鄙な土地を高額で買い受けたが、噂は事実無根であった<sup>15</sup>、というような場合がこれにあたる。土地の購入者は、「この土地を買おう」という点に関して錯誤があるわけではないが、契約を結ぼうと思うにいたった動機の中に、誤りや情報不足が含まれているのである。

錯誤に基づいて契約を結んでしまった者は、本意ではない契約に拘束されて自由を失うのは嫌だから、契約を無効にしたいと思っている。一方で、錯誤によって結ばれた契約はすべて無効だということになると、錯誤者の表示を信じた契約の相手方は、「先日の契約は、私の錯誤に基づいて締結されたものであったので、無かったことにします。」といつ言われるかかもしれず、不安定な立場に立たされることになる。これが、錯誤無効の問題である。民法95条は、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。」と定めている。「法律行為の要素に錯誤があったとき」と限定しているように、民法では一線を引いて、その範囲内の錯誤は、錯誤者が主張すれば無効にすることができるとし、その範

困外のものは無効にすることができないとして、両者の立場の均衡を図ろうとしているのである。伝統的には、表示上の錯誤、内容の錯誤によって結んでしまった契約は無効であるが、動機の錯誤に基づく契約は無効とすることができない、という構成がなされてきた。

近年では、このような三分割に対して批判が挙がっている。第一の批判は、現実には動機の錯誤と内容の錯誤は区別するのが困難なことが多いため、その間に境界線を引いて、前者の錯誤は無効にすることができず、後者の錯誤は無効にすることができるとするのは、無理があるだろうというものである。

第二の批判は、契約の相手方の悪意や過失を考慮すべきだというものである。相手が錯誤に基づいて意思表示したことを知っているにもかかわらず、それを指摘せずに契約を結んだり、普通に注意していれば錯誤に気付くことができたはずなのに、過失によってそれに気付くことができなかった場合は、たとえ動機の錯誤であっても、契約を無効にすることができていいのではないか、というものである。

第三の批判は、契約を無効にできるかどうかは、契約締結の場面が、相手方の錯誤を利用することが許される場面であるかどうか依存するのではないか、というものである。契約にいたる経緯や取引の慣行、社会関係によって、錯誤無効が可能かどうかは変化するだろう。フリーマーケットでの売買においては、「これは掘り出し物だ」と勘違いした買い手の錯誤を、売り手が指摘する必要はないだろう。一方、高級デパートでの売買においては、買い手の誤解を、それに気付いていながら店員が指摘しないというのは、許されないとされる<sup>16</sup>。フリーマーケットと、高級デパートでは取引の慣習が異なるのだ。

結局のところ、錯誤に基づく契約を事後的に無効にできるかどうかは、錯誤の種類を念頭に置きつつも、契約の相手方の善意悪意や過失の有無、そして取引の経緯や慣習を考慮して総合的に判断すべき問題だということになる。錯誤者の意思と、表示を信じた相手方をバランスよく保護していくような司法判断が求められている。

## 2-5 静的安全と動的安全

静的安全〔*sécurité statique*〕と、動的安全〔*sécurité dynamique*〕という双対の概念は、フランスの法学者ルネ・ドモーグ<sup>17</sup>が提唱したものであり、日本においても、法律用語として定着して久しい。そこで、静的安全と動的安全という概念を理解するために、はじめに、前述した所有、代理、錯誤という三つの領域の問題に共通している構造を取り上げてみよう。

第一に〈権利〉が存在する。それは所有の問題では所有権、代理では代理権、錯誤では内心の意思がそれにあたる。第二に〈外観〉が存在する。それは所有の問題では占有、代理の問題では代理権の外観、錯誤の問題では、意思表示である。そして、二人の人間が関与してくる。一人目は、〈権利の所有者〉である。〈権利の所有者〉にとっては、〈権利〉は直接的にアクセスできる自明の存在である。この立場に相当するのは、所有の問題では所有者、代理の問題では本人、錯誤の問題では意思表示する者である。二人目は、〈外観の信頼者〉である。〈外観の信頼者〉は、〈権利の所有者〉と契約を結ぶ相手方であるが、彼は〈権利〉それ自体を見ることができず、ただ、〈権利の所有者〉が作り出した〈外観〉を信じて契約を結ぶしかない。

通常は〈権利〉と〈外観〉は一致しているのだが、両者の間にずれが生じる可能性がある。これは、〈権利〉を〈外観〉から峻別し、〈権利〉を目に見えない観念的な存在と位置づけたことの必然的な帰結である。ずれは、所有の問題では、所有者でない人が物を占有しているとき、代理の問題では、代理権のない人が代理行為に及んだとき、錯誤の問題では、内心の意思とは異なることを表示してしまったと

きに生じる。このように、〈権利〉と〈外観〉が乖離するとき、〈権利〉に頼る〈権利の所有者〉と〈外観〉に頼る〈外観の信頼者〉の間に、しばしばトラブルが生じるのである。そして、このようなトラブルにおいて〈権利の所有者〉を守ろうとするのが静的安全の理念であり、〈外観の信頼者〉を守ろうとするのが動的安全の理念なのである<sup>18</sup>。民事法学辞典には、「社会生活の法的安全の二方面でわれわれが従来より共有する利益たとえば所有権などを濫りに他人に奪われないという法的安全性が静的安全、われわれが取引活動によって新しい利益を取得しようとするときたとえば所有権の取得行為を保護するという法的安全性が動的安全であるといわれる。動的安全は、取引の安全とも称する。」と書かれている<sup>19</sup>。

ここで「静的安全」や「動的安全」における、「安全」とは何であろうか、鳩山秀夫によれば<sup>20</sup>、安全とは、主観的には「当事者において結果の予測し得ること」であり、客観的には「現在の状態の不変更に付て保障せられたる状態」であるという。したがって、静的安全が保護された状態とは、主観的には、〈権利の所有者〉が自らの所有物や、自己決定権を自分のコントロール下に置いている状態であり、客観的には、所有物や自己決定権を意図せずして喪失することを防ぐような制度が整った状態だということになる。対して、動的安全が保護された状態とは、主観的には、〈外観の信頼者〉が、安心して契約の相手方の提示する外観を信じている状態であり、客観的には、外観を信頼して契約を結んだときに、後になってから、思わぬところで契約の無効を主張されることがないような制度になっている状態である。

当然ながら、〈権利〉といい〈外観〉という以上は、〈権利の所有者〉が〈外観の信頼者〉よりも優位に立つのが民法の原則である。すなわち、民法の基本は、静的安全の保護なのである。しかし、ある条件を満たせば、それとは逆に、〈外観の信頼者〉に有利な判決が下される場合があるのだ。その条件を大掴みに言ってしまうと、第一に、〈権利の所有者〉に〈権利〉と異なる〈外観〉を作り出したことへの責任があり、第二に〈外観の信頼者〉が〈権利〉と〈外観〉の間にある乖離を知らない、すなわち善意であり、第三に〈外観の信頼者〉が〈権利〉と〈外観〉の乖離を知らないことについて落ち度がない、つまり無過失の場合である。このよう条件が満たされる場合に、なぜ〈権利〉よりも〈外観〉が優先され、〈権利の所有者〉が所有権を喪失することと引き換えに〈外観の信頼者〉が新たに所有権を獲得する、という法的判断が下されるのだろうか。換言すると、なぜ静的安全の保護を犠牲にしても、動的安全を保護しなければならないのだろうか。

私は、二つの理由があると考えます。第一の理由は、トラブルの責任が誰にあるのかという点と関連している。〈権利の所有者〉は本当の事情を知りうる立場にあり、比較的小さなコストで、〈権利〉と〈外観〉の乖離を避けられたはずである。即時取得の例を挙げるなら、貸したものを他人に売ってしまうような B 氏にカメラを貸してしまった A 氏は、信用できない人を信用してしまったという点で落ち度がある。一方、カメラを占有する B 氏をカメラの所有者と信じて、カメラを B 氏から購入した C 氏は、A 氏と B 氏との間にある目に見えない貸借関係を容易には知りえない。そのような C 氏が、カメラを占有している B を、カメラの所有者だと推定するのは無理からぬことであろう。つまり、借りたものを売ってしまった、というトラブルが生じたことに関して A 氏は責任を有するのに対し、C 氏に責任はないのである。したがって、トラブルを解決するにあたって、〈権利の所有者〉である A 氏を最優先して、〈外観の信頼者〉である C 氏に不利な判決を下すのは、妥当ではないだろう。

第二の理由は、静的安全が常に優先されることになると、取引活動が不活性化してしまう可能性があるからである。このことを示すために、高島平蔵の論文<sup>21</sup>を引用しよう。

最後に、右のような事情は、さらにすすんで、取引安全観念を用いての解釈作業に一つの特徴を与えることになる。それは、結局、この作業が、個々の事件を、発生のもの解決する、いわば事後処理的機能を持つにとどまらず、むしろ、すすんで、規範定立の一般的効果、すなわち、これによって社会的反応を予測し、その実現をはかるという機能、すなわち予測的機能を持たねばならないことである。

裁判の判決は、当座のトラブルを解決するだけでなく、そのトラブルの解決法を判例として世に示すことで、人々の予測に影響を与え、以後の社会活動のあり方を変えてしまう。すなわち、〈外観の信頼者〉に不利な判決を下すことは、当座の裁判での〈外観の信頼者〉にとって不利だけでなく、今後とも外観を信頼して取引活動に参加していかなければならない、無数の潜在的な〈外観の信頼者〉にとっても不利となるのだ。静的安全に過保護な判例が積み重なれば、人々が〈外観〉を信用できなくなってしまうのである。〈外観〉を信頼できないとなると、本当のところ〈権利〉がどうなっているか、ということ进行调查するためにより多くの時間と費用が必要となり、取引の円滑性、効率性が損なわれてしまう。それだけではない。人々が多大なコストを敬遠して、取引活動自体が縮小してしまう可能性さえあるのだ。したがって、取引の円滑性、効率性を維持するためには、動的安全の理念に従って、〈外観〉に対する信頼をある程度保護しなければならないのである。(=権利外観法理)

所有、代理、錯誤という三つの法的領域における静的安全と動的安全のバランスの問題を提示してきたが、原型となっているのは、動的安全が「取引の安全」とも呼ばれることから分かるように、所有の問題である。錯誤の問題と代理の問題は、人格が自由な自己決定権を所有していることにまつわる問題である、と言いなおすことができ、所有の問題に重ね書きすることができるのである。

これらの問題の背景には、近代民法学が基盤とするシエマ、すなわち、すべてのものを〈人格〉と〈物〉とに二分し、すべての社会的関係を〈人格〉と〈物〉との関係たる所有権と、〈人格〉と〈人格〉との関係たる契約とに峻別するシエマが控えている。ここで所有権は、人格の物に対する排他的、包括的な関係であり、他の人格とのあらゆる関係に先行している。人格と人格の関係、すなわち契約は、この先行する所有権の、契約当事者の合意の上での変動として、所有権に対して二次的なものとして観念されるのである。近代的所有権は、他の人格との関係に先行し、本人の意思によらない限りは不可侵の、私的で固有な領域と位置づけられる。そして、この領域内での私的自治という形で、近代的自由の観念が成立したというわけである。私的所有権と近代的自由のこのような共犯関係は、マクファーソン<sup>22</sup>によって指摘されたことであった。

そこで所有権に焦点をあてることにすると、動的安全、静的安全の概念は、より簡単に説明することができる。すなわち、静的安全の保護とは元来の所有者の保護であり、動的安全の保護とは新たに所有者になろうとする者の保護なのである。動的安全の理念は、個人に対置された集団を保護する思想であると位置づけられる<sup>23</sup>ことがあるが、これは近似にすぎない。動的安全の保護とは、あくまで新たに所有権を獲得しようとする一個人の保護なのであって、それが静的安全の保護と対比されたときに集団色を有しているのは、新たに所有権を獲得する可能性のある者というのは、元来の所有者以外の全員であるという論理関係の帰結に過ぎない。社会集団がN人で構成されているとしよう。静的安全対動的安全という対立軸を、個人対集団という対立軸と同じに考えるなら、それは1対Nの対立だということになる。一方、元来の所有者対所有権の新規獲得者という対立軸で捉えるなら、それは1対N-1の対立だということになろう。N-1をNに近似しても大差はないかもしれないが、N-1の方が正確な認識であることに変わりはない。静的安全の保護と動的安全の保護の対立は、個人の保護と集団の保護の対



立に並列されるべきではなく、ある個人の保護と別の個人の保護との対立に並列されるべきなのである。

静的安全の理念と、動的安全の理念は、究極的にはどちらも「社会全部の便宜」<sup>24</sup>に資するためのものであるという点は確認しておきたい。動的安全の保護は取引の効率性や迅速性を向上させ、社会の発展に不可欠だとされるのに対し、静的安全の保護は社会の現状維持を志向するばかりで、よい社会の構築に矛盾するものであると考えているなら、それは大変な誤解である。動的安全とともに、静的安全も、よい社会を築くためには不可欠の契機なのだ。このことは、二つの点から論証できる。

第一の点として、静的安全を保護することは、別の時点での動的安全を保護することに等しい、という点が挙げられる。つまり、今日元来の所有権者を保護することは、昨日新たに所有権を獲得した人を保護することなのである。したがって、静的安全の理念は、動的安全の理念を媒介にして、社会全体の効用を高めることになる。第二の点としては、静的安全を保護することによって、直接的に取引を活性化させる効果があることが挙げられる。即時取得の説明をしたとき、借主が借り物を第三者に売ってしまう例を挙げたが、例えば、第三者が悪意の場合や、過失のために占有者が所有者であると見抜けなかった場合にも即時取得が可能であるとする、静的安全は大きく損なわれることになる。貸主の立場を一切顧慮しないこのような法の下では、他人に物を貸すという行為のリスクが大きくなり、物の貸借という活動自体が萎縮してしまいかねない。人間はあやまちを犯す存在であり、宥恕の精神を持たなければ社会活動は成り立たないのである。

これまでに述べたことを整理しよう。静的安全の保護とは、元来の所有者を保護することであり、これは観念的で目に見えない権利を保護することである。社会関係を権利関係の網の目であると捉える民法は、静的安全の保護を原則としているが、権利の外観を信じた者を保護するために、静的安全を犠牲にして動的安全を優先させることもある。この動的安全の保護は、新たに所有権を得ようとする者の保護を目指しており、静的安全が所有権を保護することとの対比から、取引（契約）の保護とも呼ばれている。次章では、静的安全と動的安全の概念を、コミュニケーションの場面に応用してみることにしよう。

---

<sup>6</sup> 内田貴 『民法Ⅰ 第2版補訂版』2000年 p18

<sup>7</sup> 同、p420

<sup>8</sup> 埴浩 『ゲヴェーレの理念と現実』1992年 p7

<sup>9</sup> もちろん、C氏が合意の上でA氏にカメラを返すことはあるだろう。A氏に返還請求の権利があるといえるのは、C氏が拒否しても、それを押し切って、法的手段にうったえてカメラを取り返すことができる場合である。

<sup>10</sup> 裁判によってA氏がC氏からカメラを取り返した場合、A氏には、C氏がB氏に支払ったカメラ代をC氏に支払う義務がない。金銭の受け渡しは、あくまでB氏とC氏の間の問題であり、A氏には関係がないからである。

<sup>11</sup> A氏とB氏が共謀して、A氏の所有する不動産の登記名義をB氏に変えたとしよう。B氏が自分に登記名義があるのをいいことに、不動産は自分のものであると偽ってC氏にこれを売却し、登記もC氏に移してしまったような場合、A氏はC氏から不動産を取り返すことができない。これは、日本では民法94条「相手方と通じてした虚偽の意思表示は無効とする。2 前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。」によって定められていることである。しかしながら、94条以外には、善意の第三者を保護する規定が無い。たとえば、B氏がA氏の印鑑を勝手に持ち出し

て、書類を偽造し、勝手に A 氏の所有する不動産の登記名義を B 氏に移してしまっただとしよう。B 氏が C 氏にその不動産を売って、登記名義を C 氏に移してしまっただあとになってから、ようやく A 氏が B 氏の悪事に気付いたとしても、A 氏は C 氏から登記の名義を取り返すことができ、C 氏が新たな所有者になれるわけではない。動産と不動産で制度が異なるのは、不動産の方が重要な財産であり、真の所有者がやすやすとその所有権を奪われてはならないという配慮があるからである。

<sup>12</sup>内田貴 『民法I 第2版補訂版』2000年 180p

<sup>13</sup> 広辞苑第五版によると、禁反言とは、「過去の行動と矛盾する主張を禁じ、取引の安全を保護する英米法上特有の法理。人が自由意志にもとづいて一旦行った自分の行為、または捺印証書などに反する主張をすることを禁止する原則。エストッペルの原則。」とある。

<sup>14</sup>内田貴 『民法I 第2版補訂版』2000年 199pの事例を引用している。

<sup>15</sup> 同、p 66

<sup>16</sup> 同、pp 70～71

<sup>17</sup>René Domogue *Les notions fondamentales du droit privé* 1911年

<sup>18</sup>鳩山秀夫は、動的安全を、運動の状態における社会生活の安全、静的安全を静止の状態における社会生活の安全と位置づけ、前者には労働を保護して変化を期する機能があり、後者には所有を保護して無事を図る機能があるとしている。また彼は、動的安全の保護は社会の発達を、静的安全の保護は社会の維持をもたらすため、欧米に見習って、日本でも動的安全をより重視するような制度にするべきだとも主張している。

また、石田文次郎は次のように述べている。(旧字体は新字体に変えてある)「われわれの生活を享楽の状態と勤労の状態とに分けて、観察することができるように、われわれの日常生活関係を規律する法的安全に対しても、静的安全と動的安全とに分けて観察することができる。社会生活上の秩序の維持、享楽状態の安固、個人利益の確保、所有の保護などから見た法的安全は即ち法の静的観であり、社会生活の円滑な流転、生活財輾転のための便宜、取引の安全、社会公衆の利益の確保、勤労状態の保護などから見た法的安全は即ち法の動的観である。」人間の活動を享楽と勤労に二分する点には、Josef Kohlerの影響をうかがえるが、石田は著作の中で、静的安全を、ローマ法的、抽象的、個人の保護、享楽の保護、法律関係を「体」の相互関係へと還元する物体の法規、という系列の中に位置づけ、対して静的安全をゲルマン法的、具体的、団体の保護、勤労の保護、法律関係を「力」の相互関係へと還元する関係の法規、という系列の中に位置づけて対比させようとしている。静的安全を享楽や個人の保護やローマ法と関連付け、動的安全を勤労や集団の保護やゲルマン法と関連付けて、後者に優位を与える論調には賛成できないが(この著作が1929年の日本で書かれていることを念頭に置かれない!)、物体と関係の対比、体と力の対比、抽象性と具体性の対比は、一考に価すると思われる。

鳩山秀夫 「法律生活の静的安全及び動的安全の調節を論ず」『民法研究』第一巻 1926年

石田文次郎 『財産法における動的理論』 1929年 p 1

<sup>19</sup>『民事法辞典』 1964年 pp 1505～1506

<sup>20</sup> 鳩山秀夫 「法律生活の静的安全及び動的安全の調節を論ず」『民法研究』第一巻 1926年

<sup>21</sup> 高島平蔵 「取引安全観念の機能について」 1973年 p 9

<sup>22</sup> C.B.Macpherson *The political theory of possessive individualism* 1964年

<sup>23</sup> 脚注18を参照のこと。

<sup>24</sup> 鳩山秀夫 「法律生活の静的安全及び動的安全の調節を論ず」 p 42 なお法律の機能を、社会の

---

便宜=utility に基礎付けようとする考え方は、Rudolf von Jhering に由来している。

### 3章 取引としてのコミュニケーション

#### 3-1 対応関係をつけるということ

この章で目指されるのは、コミュニケーションの問題系と所有の問題系とに共通する構造を指摘することである。これは、コミュニケーションの問題を所有の問題になぞらえて語る、ということ以上の意味を持っている。もちろん、二つの物事が共通する構造を持っていれば、両者は互いに類似しているといえる。しかし、二つの物事が共通する構造を持つということは、二つの物事が互いに類似しているだけでなく、両者が同類のものだということなのである。このような場合、共通の構造だけに言及して引き出された結論は、原則どちらの物事にもあてはまることがあらかじめ保証されており、当てはまらない場合は、それぞれの物事に特有の阻害要因によって当てはまらないのだ、と説明ができるのである。

たとえば、椅子と人間は似ていて、「椅子の足」とか「椅子の腕」とか「椅子の背」といった比喩が用いられることがある。ところが、椅子と人間には、どちらも物体であるという以上には共通の構造がないから、類似性を拡張して、椅子に目や手があると推論するわけにはいかないし、どうして椅子には腹がないのかと、その理由を探索することにはあまり意味がない。

それに対し、例えばCDとカセットテープはどちらも記録媒体であるという共通性があり、記録可能な情報量はどれくらいか、記録／再生するための装置はどのようなものか、一度記録したところに情報を上書きすることができるか、といった共通の問題が生じる。そのため、カセットテープを知っていた人は、CDという商品が新たに登場しても、CDを取り扱う上でどのようなことが問題になるか、あらかじめ知っていたのである。さらに、なぜカセットテープではダビングをすると情報が劣化し、CDでは劣化しないのか、というように両者の相違を問うことには意味がある。

二つの物事に共通する構造があるときは、二つの物事の要素と要素間の関係の間に、一対一の対応関係が存在する。CDとカセットテープの例でいえば、CDはカセットテープに対応し、CDドライブはテープレコーダーに対応し、CDをCDドライブに入れて情報を書き込んだり取り出したりすることには、カセットテープをテープレコーダーに入れて録音したり再生したりすることが対応している、といった具合である。そこで次節からは、所有の問題系における〇〇に対応するのは、コミュニケーションの問題系では××である、という対応関係を検討し、両者に共通する構造を取り出していきたい。

#### 3-2 所有の問題系とコミュニケーションの問題系の対応関係

印欧系の言語において「所有（権）」という意味をもつ‘property’という語には、個体に特有の性質としての「固有（性）」という意味が共存している。このことに関して、鷲田清一は次のように述べている<sup>25</sup>。

プロプリエテのこの二つの意味がなぜ逆になるのかというと、「所有」はその意味からしてもともと他人への譲渡や交換の可能なものであるのにたいして、「固有」は他のものと取り替えのきかない譲渡不能な特性、つまりあるものの、「かけがえのない」あり方をこそ意味するからである。だから、一般には、前者は物件についていわれ、後者は人格についていわれることが多い。あるいはおなじ人格であっても、前者は社会性もしくは「制度」というレベルで個人にかかわるのにたいし、後者は内面性もしくは「実存」というレベルで個人にかかわると言えるかもしれない。

プロプリエテという概念のこうした両義性は、いったいどこからくるのだろうか。所有されるものは同時に譲渡も交換も可能なわけであるから、「自己に固有なもの」(特性・固有性)という概念もまたはじめから「所有」という概念に含まれた非固有性という意味契機に侵食されていると考えたらいいのだろうか。いいかえると、代わりのきかない〈わたし〉という存在の固有性もまた、ほんとうは物や他者とのあいだでの「所有」という事態の成立に隠された根拠を持っているのだろうか。それともわたしたちは、この二義性によって、「所有」と「固有性」の双方の根に等しくあるより根源的な事態がさしめられていると考えたらいいのだろうか。

コミュニケーションの問題系における〈言いたいこと〉は、所有の問題系における所有権に対応し、〈言われたこと〉は所有権の外観(占有)に対応する。すると‘property’の両義性は、〈言いたいこと〉の両義性に対応することになる。話し手だけに現前する、私的な、そして前言語的な観念ないし意味としての〈言いたいこと〉は、固有性としての‘property’であり、はなすことができない。それに対して、「話し手が聞き手に何かをはなす」というとき、はなされる〈言いたいこと〉は所有としての‘property’なのだ。このはなすことができないことをはなす、というパラドクスこそがコミュニケーションそのものなのだが、どうやら少し議論を急ぎすぎたようだ。まずは、コミュニケーション問題系と、所有の問題系との対応関係を検討してみよう。

所有の問題系における所有権は、コミュニケーションの問題系における〈言いたいこと〉に対応する。両者の共通点は、その抽象性、観念性である。所有権が第三者にとっては不可視の存在であるように、〈言いたいこと〉も、聞き手にとっては見ることも聞くこともできない存在である。一方で、所有権の外観は、〈言われたこと〉に対応している。そのころは、どちらも現実的で可視的なものだということだ。所有権の外観は第三者でも見るができるように、聞き手も、〈言われたこと〉は聞くことができるのである。そして、権利と権利の外観の間にはずれが生じることがあるように、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉の間にもずれが生じうる。このとき権利が現実に対して優位に位置づけられていることは、〈言いたいこと〉が〈言われたこと〉に対して優位に位置づけられていることに対応するだろう。所有物を盗まれたときのように、所有者と占有者が異なっているときは、現実的に物を占有している人の方が不当であるとされるように、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉に不一致がある場合には、〈言われたこと〉の方がまちがいであるとされるわけである。

所有権の問題系の焦点は、権利関係が変化する取引契約に向けられているが、コミュニケーションの問題系において取引契約に対応しているのは、まさにそのコミュニケーションである。取引契約に二人の人間が関係してくるように、コミュニケーションにも二人の人間が関係してくる。すなわち、取引契約における、元来の所有権者と所有権を新たに得ようとする者の関係は、コミュニケーションにおいては、話し手と聞き手の関係に対応するわけである。元来の所有者が所有権を手放すことは、したがって話し手が〈言いたいこと〉を話す、ということに対応していることになるのだ。取引契約は、通常互恵的なものである。つまり、金品と金品を交換するのが普通である。コミュニケーションも、二人の参加者のうち、どちらかが一方的に話すということはめずらしく、話し手と聞き手がたえず交代するのが普通である。すなわちコミュニケーションとは、話しあいののである。ただし、演説をしたり、本を出版したりする場合は、演者・著者が聴衆・読者に向けて一方的に話す片務的な関係になる。このような場合は、所有の問題系における贈与(契約)に対応するといえるだろう。

近代民法は、人格の物に対する関係である所有権と人格の人格に対する関係である契約とを峻別し、前者を後者の前提条件と位置づけた。すなわち、はじめに人は何かを所有しており、つぎに、所有物を

交換するために人と人が契約を交わす、という順序が持ち込まれたのである。ここには、人と人との関係に先行して、真空の中のアトム的個人と彼の領地（=property）がまず存在し、彼らが自由意志に基づいて契約を結び交わすことで社会が形成される、というロック的な世界観が率直に表明されているのであるが、コミュニケーションの問題系に視点を移すと、これは、コミュニケーションより先に、話し手には〈言いたいこと〉があるのだという考え方に対応しているだろう。すなわち、コミュニケーションをしてもしなくても、話し手には〈言いたいこと〉があらかじめ存在し、既存する〈言いたいこと〉をコミュニケーションの中で話すというように、コミュニケーションは〈言いたいこと〉に対して二次的なものと位置づけられるのである。かくして、所有の問題系とコミュニケーションの問題系と対応関係は、次の表のようにまとめることができる。

所有の問題系	コミュニケーションの問題系
所有権	〈言いたいこと〉
所有権の外観（=占有）	〈言われたこと〉
元来の所有者	話し手
所有権を得ようとする者	聞き手
取引契約	話しあい

話し手には〈言いたいこと〉がある、とは現実的にはどういうことなのであろうか？これには、所有権とは何か、という問いに答えることで、間接的に答えることができる。分析哲学の流れを汲む学派がかつて、所有権を「分析」して、所有権とは「諸権能の束」とであると主張したことがある。このように分析してしまうと、「諸権能の束」がひとくくりに「所有権」と呼ばれていることの意義が見えなくなってしまうという欠点があるから、このような考え方を全面的に採用することはできない。けれども、所有権の何たるかをよりよく理解するために、所有権に伴う「諸権能の束」をよりわけてみるのは無駄ではないだろう。所有権は物に対する全面的な支配権であるが、全体を見るために、まずは部分に注目してみる。

所有権以外の物件は、用益物権と担保物権、そしてやや特殊なものとして占有権の三つに分かれている。このうちの前二者について簡単に説明しよう。日本においては、用益物権には地上権、永小作権、地役権があり、これは物を使用する権利、物の使用によって得られた利益を取得する権利である。担保物権には留置権、先取特権、質権、抵当権がある。一例を挙げると、債務者が借金を返してくれないときに、債務者の物を売却して金銭を獲得する権利などがそれである。要するに、用益物権は、物の使用価値を把握する権利、担保物件は、ある条件の下で、物の交換価値を把握する権利だといえる。

所有権とは、物に対して人が持ちうる権利、すなわち物件の中で最高位を占めるものである。したがって物の所有者は、物の使用価値と、交換価値の両者を全面的に享受できる。特に、他の物件にはなく、所有権だけにあるのが、物の自由な処分権である<sup>26</sup>。物の自由な処分権とは、いつでも誰にでも物を売ったり譲ったりでき、あるいは捨ててしまったりできるということだ。物を所有しているということと、物を自由に処分できるということの同義性は、市民社会の基礎に所有者としての人格を据えたヘーゲルが強調したところである。『法の哲学』の一節<sup>27</sup>を引用しよう。

人格として私は自身が直接に個別者である。——このことをもっとすすんだ規定でいえば、まず第一に、私はこの有機的な肉体において生きており、そしてこの有機的の肉体は内容からいって普遍的な、

分かたれぬ、外的な、私の現存在であり、さらにもっと規定されたすべての現存在の實在的可能性である、ということである。

だが人格として私は同時に、私の生命と肉体をも、他のもろもろの物権をも、ただそうすることが私の意志であるかぎりにおいてのみ、もつのである。・・・(中略)・・・私はこの五体を、生命を、ただ私がそれを意志する限りにおいてのみ、もっている。動物は自分で自分を不具にしたり自殺したりすることはできないが、人間はできる。

つまりヘーゲルによれば、人間は、自らの肉体である、という即自的なあり方と、私が肉体をもつ、という所有者としての対自的なあり方の二態を行き来しているが、人は自らの所有者である証として、自らを処分できるというのである。すなわち自分で自分を不具にしたり、自殺したりできるという点に、人間が対自存在であることの究極の証があるのだ。動物は自らの所有者として対自的に存在することができないから、自殺することもできない。「処分」とは印欧系の語では、‘disposition’、‘disposal’に相当する。鷺田清一は「所有感情というのは、別の面からみれば、何かを意のままにしようというディスポニビリティ／ディスポーザビリティ（自由処分権もしくは随意性）の感情であるといえる。」と指摘している<sup>28</sup>。

使用価値を享受する権利、自由な処分権につづいて、所有権に随伴する第三の権利が、物権的請求権である<sup>29</sup>。これは所有者が本来あるべき占有の状態にないとき、たとえば物が盗まれたり、物を貸した相手が期限を過ぎても物を返さないときに、物を取った相手方に物の返還を請求したり（これを‘rei vindicatio’と呼ぶ）、所有権が侵害されそうなときに、妨害を予防するよう請求したり、所有物の使用などが妨害されたときに、その妨害を排除したりする権利を含んでいる。物を占有してさえいれば、その占有の正当性とは関係なしに、物を使用したり物を処分したりできてしまう。その意味では、使用価値を享受する権利、交換価値を享受する権利とは、現実に可能なことの法的な追認に過ぎない。それに対し物権的請求権は、法の現実に対する積極的な介入である。すなわち所有者が現実には物を占有していないときに、法が現実を否認し、物を返すようにと請求できる物権的請求権こそは、所有権の観念性を象徴するものなのである。

所有権をこのように「分析」してみたので、今度はそれと〈言いたいこと〉との対応関係を考えてみよう。〈言いたいこと〉の使用価値を享受する権利とは何であろうか。残念ながら、私は適確な答えを見出せずにいる。〈言いたいこと〉を頭の中で自由に応用してよい権利と考えたらいいのだろうか。一方、処分するということは、「てばなす」ということなのだから、〈言いたいこと〉の自由な処分権は、〈言いたいこと〉を自由にはなす権利に対応することになる。この点は、後に禁治産の問題と絡めて再び検討したい。

処分する自由は、処分しない自由の下でなければ意味をなさない。すなわち〈言いたいこと〉を言わないでいる自由、すなわち沈黙の自由は、〈言いたいこと〉をはなす自由と表裏一体である。沈黙の自由は、肯定的側面と、否定的側面とに分けられる。沈黙の自由の肯定的側面とは、何も言わなくても〈言いたいこと〉がある、ということが可能だということだ。つまり「何も言わないのは、何も考えてない証拠だ」、などと決め付けられないということである。一方否定的側面とは、何も言っていないのに、表情やしぐさから、他人に〈言いたいこと〉を読み取られることがない、ということである。沈黙することが、何かを話すことと同列の、メッセージの一種になってしまうなら、それはもはや沈黙とは呼べないのである。沈黙とは、およそ話すことに対立する、何も話さないことであり、〈言いたいこと〉を話さないこととしての沈黙が可能なところでのみ、話す自由も可能となるのだ。

沈黙についてのこのような議論は、沈黙の権利問題であって、沈黙の事実問題ではない。事実問題としては、他人が、表情やしぐさから沈黙者の〈言いたいこと〉を読み取る、ということが頻繁にある。しかし、忖度は専ら読み取り手の責任で行われるのであり、読み取り手が忖度した事柄について、話し手は一切責任を負う必要が無いのだ。この点は、話し手が自ら話したことに対して責任を負うということと、好対照をなしている。コミュニケーションにおける事実問題と権利問題の関係は、4章で詳しく検討する。

さて、物権的請求権に含まれる返還請求権は、物の所有者が物の占有者に物の返還を請求する権利であった。ここで、占有は〈言われたこと〉に対応するのだから、〈言いたいこと〉の返還請求権とは、〈言われたこと〉を撤回する権利に対応することになる。物の所有者が所有権を根拠に物の返還請求をするように、話し手は〈言いたいこと〉を根拠に、〈言われたこと〉を撤回しようとするのである。つまり、〈言いたいこと〉は、ここでは撤回権の権原（権利の根拠）なのである。物権的請求権は、物の使用価値を享受する権利や物を自由に処分する権利と違い、観念的な所有権によって現実の占有状態を積極的に否定するものであることは先ほど述べた。同様に、〈言われたこと〉の撤回権とは、見ることも聞くこともできない〈言いたいこと〉を根拠に、見たり聞いたりできる〈言われたこと〉を積極的に否定するものであるから、ここには現実性と観念性の正面衝突が存在することになる。

所有権を絶対視する思想は、フランス人権宣言に淵源している。1789年に成立したフランス人権宣言の第17条には、「所有は、神聖かつ不可侵の権利であり、何人も、適法に確認された公の必要が明白にそれを要求する場合で、かつ、正当かつ事前の補償のもとでなければ、それを奪われない。」と明記されており、ここに所有権の神聖不可侵性が宣言されたのである。所有権の絶対性は、当時としては压制や、封建的な人的支配に対する抵抗の拠点だったのだ。ところが、私的所有の上に成長した資本主義経済は、さまざまな社会的矛盾を生み出すようになる。20世紀に入り、1919年に成立したワイマール憲法では、「所有権は義務を伴う」として、所有権の不可侵性は公共の福祉によって制限を受けることとなったのは、よく知られた歴史的経緯である。私的所有権と公共性の対立は、広く議論されている問題であるから、これ以上は取り上げない。ここでは、所有権の不可侵性に対してなされる、もう一つの制限に焦点を絞ることにしたい。

その制限とは、所有権と、所有権の外観との関係から生じてくる。所有権が絶対視され、観念的な存在になるということは、必然的に、それと現実とが乖離する可能性が生じることを意味している。つまり、物の占有者が、物の所有者だとは限らないのである。問題となるのは、物の単なる占有者が、第三者に物を売ってしまった場合だ。このとき、所有権と所有権の外観の対立、所有権の所有者と外観を信頼した第三者の対立が生じ、所有者を厚遇する静的安全の理念と、外観を信頼した者を厚遇する動的安全の理念が正面衝突するのである。このような場合、占有者が所有者ではないという事情を知らない第三者に有利な決定が下されるということは、2章の即時取得の節においてすでに述べた。つまり、動的安全が静的安全に優先され、外観を信頼して物を占有するに至った者によって、元の所有権は打ち破られてしまうのである。つまり、所有権の不可侵性は、所有権「らしさ」でしかなかった占有によって、制限されるのだ。

同じことは、コミュニケーションの問題系でも生じてくる。もし〈言いたいこと〉の神聖不可侵性を貫徹しようとするなら、〈言いたいこと〉は、いついかなるときも話し手の完璧なコントロールの下に置かれるべきであり、意図せずしてそれを失うことはあってはならないはずだ。ところが実際には、〈言いたいこと〉は、所有権の外観に対応する〈言われたこと〉との関係において、その不可侵性が制限さ



れねばならないのである。その理由は第一に、〈言いたいこと〉を絶対とし、それが〈言われたこと〉からどれほどかけ離れても前者に優位を与えるとすると、〈言われたこと〉を信じるしかない聞き手をひどく不安定な立場に陥れることになり、公正を欠くからである。第二の理由は、静的安全を最優先すると、外観に対する信頼に依存しているコミュニケーションの効率性が、損なわれてしまうからである。静的安全ばかりを優先すると、「〈言われたこと〉は話し手の〈言いたいこと〉ではないかもしれない」と聞き手が常に警戒しなければならいため、話が遅々として進まなくなってしまうだろう。そのうえ、〈言われたこと〉を〈言いたいこと〉と誤信して生じた損害のリスクを、聞き手が全面的に負担するというのでは、聞く立場の不利益ばかりが目立ち、コミュニケーションという取引活動自体が萎縮してしまうかもしれないのである。

民法の領域では、静的安全や動的安全の保護をするということに、民事裁判の判決においてどちらかに有利な判決を下すという具体的な意味があった。では、コミュニケーションにおいて、静的安全や動的安全を保護するというのはどういうことなのだろうか。コミュニケーションに成文法は存在しないし、裁判官も裁判所も存在しない。誰が、そしてどうやって静的安全や動的安全を保護するような判決を下すのだろうか。

実は、コミュニケーションにもルールは存在しているのである。ただし、そのルールは言語化された成文法ではなく、人々が共有する暗黙の前提、不文律であるため人目につくことがないだけである。具体的にいうと、話しあいの中で、静的安全が過度に脅かされたり、動的安全が過度に脅かされたりしたとき、話しあいの参加者自身が「これはまずい」と気付いて、自分の立場を修正したり、相手に陰に陽に立場の変更を求めるといったことなのだ。もちろん、参加者自身は「静的安全」、「動的安全」という言葉を知らないし、それに相当する理念に必ずしも意識的というわけではない。静的安全の理念、動的安全の理念とは、コミュニケーションを営む際に、人々が現に従っているルールの一端を抽出し、これを言語化したものなのである。

現に従っている言語ゲームのルールは語ることができず、ただ示されるだけであると説いたのはウィトゲンシュタインであったが、彼の影響を受けた法学者ハートは、責務のルール、義務を課すルールを含む一次ルールと、権能付与のルール、裁判のルール、変更のルール、承認のルールを含む二次ルールを区別した<sup>30</sup>。この区別を踏まえると、コミュニケーションのルールは一次ルールである。暗黙の不文律にしたがって「判決」を下すのは人々自身であるから、結論が完全に一致するわけではないし、この「判決」にはもちろん「法的」拘束力がないから、その秩序維持の能力には限界がある。だが、人々の共通感覚を恃んだこの一次ルールこそが、現実的にコミュニケーションを整序しているのである。

〈言われたこと〉の撤回権が無制限に認められると、話し手が言動を出したり引っ込めたりするたびに、聞き手が翻弄されてしまう。また、撤回権が無制限に認めると、コミュニケーションがいつまでも完了せず、コミュニケーションの成立条件をさえも掘り崩してしまう、ということは1章ですでに指摘した。動的安全を守るために制限しなければならない静的安全とは、したがってこの撤回権であり、かくして話し手は〈言われたこと〉の撤回権を限定的に有するにとどまるわけである。

撤回権が動的安全のためにどこまで制限されるのかを、ここで立ち入って検討することはできないが、制限の程度を決定する因子をいくつか紹介することはできる。第一の因子は、話し手の立場である。話されるテーマに関して、話し手が専門家であったり、責任ある立場だったりする場合、話し手はより大きな責任を背負うことになる。つまり動的安全がより尊重され、話し手の撤回権はより厳しく制限されるのである。第二の因子は、聞き手の数である。一度に多数の聴衆に語りかけるような場合、話し手は、そう簡単には〈言われたこと〉を撤回できない。第三の因子は、コミュニケーションのタイプである。

迅速さと効率性が重視される、めまぐるしいコミュニケーションほど、迅速さと効率性を損なう静的安全は、より強く制限されるのである。めまぐるしいコミュニケーションでは、AがBに話し、それをBがCに話し、それをCがDに話すというように、人々が話し相手を変えながら次々に話をする。このような話の流れの中で、Aが前言を撤回すると、Bだけでなく、CやDも困ってしまう。困難を回避するためには、Aの撤回権を制限するより他はないのである。

別の言い方をすれば、一度言い放ってしまったものはいわば言質であり、質流れして取り返しがつかなくなる可能性が常にあるということなのだ。コミュニケーションは一種の取引であり、取引の安全＝動的安全を保護するためには、話し手が有する〈言いたいこと〉の撤回権を制限しなければならない。所有権の神聖不可侵性が公共の福祉との関係で破られることは前述したが、ここには、不可侵性が打ち破られる第二の契機があるのだ。私はここで、デリダの主張する現前の形而上学への批判を連想せずにはいられない。デリダは現前の形而上学を、ロゴス中心主義、音声中心主義と重ね合わせて、次のように述べている<sup>31</sup>。

音声中心主義は、現前（*présence*）としての存在一般の意味の存在史的規定と一致し、また、この一般的形式に依存し、この形式の中でそれらの体系と存在史的連鎖を組織しているすべての下位規定——まなざしに対する事物の形相〔*eidos*〕としての現前、実体・本質・現存（ウーシア〔*ousia*〕）としての現前、今ないし瞬間（ヌーン〔*nun*〕）の点（スティグメー〔*stigmè*〕）としての時間的現前、コギト・意識・主観性の自己への現前、他者と自己との共現前、自我の志向的現象としての相互主観性、等々——と一致する。したがって、ロゴス中心主義は存在者の存在の現前としての規定と連帯関係にあるわけである。

「パルーシア」や「ウーシア」というギリシャ語が、日常的には財産・不動産という意味であったことに着目し、ギリシャに端を発する西洋哲学の歴史における、所有としての現前性と存在者の存在の結びつきを指摘したのはハイデガーであった。デリダはハイデガーのこの立場を受け継いだ。高橋哲哉は「デリダでも、現前性を存在者や意味や真理が現に目の前にあること、現在という時間様態において現に在ることとともに、手元にあって自由になること、自己の所有に属し、自己に固有なものとして領有＝自己固有化（*appropriier*）されていること、されうることというニュアンスがある。」と述べている<sup>32</sup>。所有と共犯関係にある現前の形而上学を超克することが、デリダの課題だったのである。

### 3-3 代理の問題系とコミュニケーションの問題系の対応関係

前節では、コミュニケーションの問題系と所有の問題系に共通する構造を検討してきたが、2章で述べたように、所有の問題系と代理の問題系には共通の構造があるのだから、結局のところ、コミュニケーションの問題系と、代理の問題系にも共通の構造があることになる。そこで、次は代理の問題系とコミュニケーションの問題系との対応関係を検討してみよう。

代理の問題系において、静的安全と動的安全の対立が顕在化するのには、無権代理の問題においてであった。すなわち、代理人ではない者が代理人として第三者と契約を結んでしまったり、代理権者が、本人に与えられた代理権の範囲を踰越して、すぎた契約を結んでしまったりした場合に、契約の効力はどうなるのか、という問題である。このような場合、代理権がありそうな外観の創出について、本人が責任を有する場合は表見代理が成立し、無権代理であっても、代理人の結んだ契約の効果が本人に及ぶこ

とは、既に確認したとおりである。私的自治の理念からすれば、自らの意思によって結んだ契約に拘束される場合を除いて、人間は自由を制限されてはならないのだが、そのような原則を無理に貫徹しようとすると、私的所有の不可侵性を堅持しようとするのと同じく、動的安全を著しく害してしまうのである。

代理の問題系における本人は、コミュニケーションの問題系における話し手に対応している。そして、代理人(=representative)に対応するのは、表象(=representation)たる〈言われたこと〉である。〈言われたこと〉は、話し手を代理して、話し手の〈言いたいこと〉を第三者たる聞き手に伝えるわけである。つまりコミュニケーションとは、代理人を介して結ばれる契約なのだ。代理人は、本人を代理のが建前であり、本人の意思を尊重するのが基本原則である。ところが、この基本原則を貫こうとすると、契約の相手方、すなわち聞き手を著しく不安定な立場に突き落としてしまう。なぜなら聞き手は、〈言われたこと〉を信じるほかはないのに、後になって本人から、「あれは偽の代理人だった」とか「代理人の行き過ぎがあった」と言われて、話がいつ立ち消えになってしまうか分からなくなるからである。したがって、コミュニケーションにおいては、静的安全を多少犠牲にしてでも、動的安全を保護して、聞き手の立場を守らなければならないのである。

代理権の無いところに代理を成立させる表見代理の制度は、本人の静的安全を損なうものであるから、それが適用されるのは、三つの場合に限定されていることは前章で述べた。その三つとは、代理権を授与したかのように、本人が虚偽の表示をした場合(民法109条)、代理権者が代理権の範囲を越権して契約を結んだ場合(民法110条)、そして、第三者が代理権の消滅を知らなかった場合(民法112条)である。

第一の場合は、話し手が嘘をつくことに対応している。なぜなら、嘘をつくとは、代理権を持たない言葉に、代理人であるかのような外見を付与することだからである。話し手が嘘をついたとき、話し手の静的安全は、嘘を信じた聞き手に対抗できない。つまり、〈言われたこと〉の撤回には限界があって、それは禁反言の法理を超えてではないのである。第二の場合は、〈言われたこと〉が、話し手の意図を超えて、違うことを意味してしまう場合に対応している。代理権踰越による表見代理とは、〈言われたこと〉が言うてしまっていることについて、話し手は責任を持たなければならないということなのだ。最後に第三の場合は、いつまでも言葉が残る書物において特に問題となる。読者は、著作に書かれていることが著者の〈言いたいこと〉であると信じている。したがって、ある著者がかつて本を著したが、今では考え方が変わっているというとき、意見の変更を徹底して周知させない限り、著者は一生涯古い著作の影を背負わなければならない、ということに対応しているのである。なお、民法111条は、代理権の消滅事由を明記している。この中には、本人の死亡が代理権の消滅事由として挙げられているのだが、このことは、「著者の死」を超えて著作が著者の代理人であり続けることができるかどうか、という問題と関係していて興味深い。

ところで「表見代理」という語は、‘apparent representation’の翻訳である。‘apparent’という語は二義的だ。ふだんは、「一見したところ〇〇であるが、実は」という意味で使われるのだが、時にこの語は「明らかに〇〇である」というまったく逆の意味でも使われるからである。表見代理とは、‘apparent’の意味が「一見したところ」から「明らかに」に逆転する、その境界を捉えたものだといえないだろうか。基本的には、所有に並列される現前、すなわち‘presence’を、一見したところの外観、すなわち‘appearance’よりも優位に置くのが民法学の基本的構図である。しかし、民法109条や110条や112条にあるような条件を満たせば、この関係が逆転するというのだ。表見代理が成立するとき、‘appearance’は「明らかな出現」の意味にひっくり返り、今度は‘presence’よりも優位

に立つことになるのである。静的安全を支えるのが‘presence’であるとする、動的安全を支えているのは‘appearance’である。コミュニケーションにおいて、‘presence’と‘appearance’はトレード・オフの関係にある。

### 3-4 悪魔の証明

所有権とコミュニケーションの関係に話を戻そう。所有権が、歴史上初めて物の現実的支配である占有から厳格に区別され、占有に対する優位を確固たるものにしたのは、古代ローマにおいてであった。ところが、所有権が産声をあげた古代ローマではある問題が発生した。所持している物の所有権を証明することが、きわめて困難だったのである。この困難さは、「悪魔の証明」という言葉を現代に残している。「悪魔の証明」[probatio diabolica]という語は今日、何かがないことの証明が、何かがあることの証明と比べてきわめて困難だということを指しているが、元をただせば、この語は古代ローマにおける所有権の証明の困難さを皮肉な言葉であった。古代ローマでは、所有権を立証するために、前の所有者から、物を正当に譲り受けたことを証明しなければならなかった。つまり、所有権の証明に、かつての所有者の所有権の証明が必要だったわけである。それゆえ所有権を証明するためには、原始取得者<sup>33</sup>にまでさかのぼって所有権の正当な移転の経緯を立証しなければならず、それは到底不可能であった。

悪魔の証明を避けて通るために編み出されたのが、举证責任を反転させる、という発想である。すなわち、物の占有者に所有権立証の義務を負わせるのではなく、非占有者から「そいつは実は俺のものだ！」というクレームがついて、占有の正当性が反証されない限りは、物の占有者を物の所有者と認めよう、という考え方であり、この考え方は現在に至るまで踏襲されている。古代ローマに誕生した観念的な所有権が今日まで命脈を保つことができたのは、目に見えない所有権の存在が、目に見える占有の存在によって保証されるようになったからである、という点には注意すべきである。

コミュニケーションの問題系では、観念的な所有権は〈言いたいこと〉に、現実的な占有は〈言われたこと〉に対応している。したがって、悪魔の証明とは、〈言いたいこと〉を立証する困難さに相当する。1章において、「〈言いたいこと〉があるなら、言ってごらんよ。」と催促されても、「〈言いたいこと〉はあるけど、言えないよ。だって言ってしまったら、それは〈言われたこと〉になってしまうから。」と返答せざるをえないことを述べた。これでは、〈言いたいこと〉を明らかにするのは不可能である。悪魔の証明を回避するためには、举证責任を反転させるしかない。つまり、真の所有者によって反証されない限りは、〈言われたこと〉が〈言いたいこと〉である、と認めてしまうのである。見ることも聞くこともできない〈言いたいこと〉を保証しているのは、一度は〈言いたいこと〉と決別した〈言われたこと〉なのである。

悪魔の証明の問題が伝える第二の教訓は、物の起源からの正当な取引の連鎖によって、所有権を根拠づけようとする、所有権は自らの立場を掘り崩してしまう、という点である。誰のものでもない自然の素材を加工して自らの所有物とした場合は問題にはならない。しかし現代社会では、大半の所有物は他人から購入したものである。考えてみてほしい。もし所有権が、それを販売した売り手の所有権の証明なしには証明しえないのだとすると、私たちは、目の前にあるノートや、手に持つコップ、着ている服でさえ、本当は自分の所有物ではないかもしれない、という極度の不確定性にさらされることになってしまう。

こうなってしまうと、もはや静的安全どころの話ではない。所有権は、嫡出子と私生子を区別し、嫡

出子の連鎖としての嫡流とそれ以外の非嫡流を区別しようとするに似た、絶望的な試みの中に埋没してしまう。したがって所有権の静的安全の理念は、占有者を所有者と推定するという動的安全の理念、すなわち静的安全の犠牲によって、かろうじて自らを保っているのである。その点は、コミュニケーションでも同じだ。〈言われたこと〉と峻別された〈言いたいこと〉の純血性を保とうとする試みは自滅的であり、〈言いたいこと〉は〈言われたこと〉と混血することでしか自らの命脈を保つことができないのである。

### 3-5 禁治産

次に、所有物の自由処分権に深い関連を持っている「禁治産」について話すことにしよう。まずは、「禁治産」という言葉をあえて使う理由を説明しておかなければならない。現在日本の民法では、「禁治産」という用語はその差別的なニュアンスのために廃止され、2000年の制度改正に伴って「成年後見」と名前を改めている。この論文で、あえて古い制度の古い名前である「禁治産」という言葉を使うのは、第一には「成年後見」への改名によってかき消されてしまった差別的なニュアンスを活かしたいからであり、第二には、「禁治産」という言葉が、治産を禁ずる、という本来の意味を直截に表しているからである。

治産とは財産の管理・処分のことだ。したがって、禁治産とは、財産の自由な処分権を剥奪することに他ならない。改正前の民法7条は「心神喪失ノ常況ニ在ル者ニ付テハ家庭裁判所ハ本人、配偶者、四親等内ノ親族、後見人、保佐人又ハ検察官ノ請求ニ因リ禁治産ノ宣言ヲ為スコトヲ得」と定めており、8条において「禁治産者ハ之を後見ニ付ス」と定めている。禁治産制度は、「心神喪失ノ常況ニ在ル者」が混乱状態の中で自らの財産を処分し、散財してしまうことがないように、このような者の財産の処分権を停止し、後見人に代理をさせる制度だったのである。

自由な財産処分権を停止するということは、禁治産者が法律行為をなす能力を否定することである。9条には「禁治産者ノ行為ハ之ヲ取り消スコトヲ得」と明記されていた。もし禁治産者が、誤って法律行為（財産の処分や、契約の締結など）におよんだ場合、後見人は、必要に応じてその法律行為を取消すことができた。つまりこの制度によって、取引の相手方の安全の犠牲と引き換えに、禁治産者の静的安全が徹底的に保護されたのである。

禁治産とはしたがって、財産を丈夫な金庫に保管して、決して外に出さないような状態に似ている。金庫にしまい込めば財産の喪失は避けられるが、逆に、財産を処分することができなくなってしまう。財産の静止状態を守ろうとするあまり、今度は財産を動かすことができなくなってしまうのである。禁治産制度が成立する以前は、「心神喪失ノ常況ニ在ル者」は、家族によって座敷牢などに監禁されていたという経緯がある。禁治産制度は、同じことを物質的な檻によってではなく、法律の網の目によって達成するのであるから、これは法的な監禁に他ならない<sup>34</sup>。

このことをコミュニケーションの問題系に移しかえて考えてみよう。話し手は、禁治産者になると、それまで手にしえなかった〈言われたこと〉の無限の撤回権を獲得する。けれども、この代償はあまりにも大きい。話し手は、それまで持っていた〈言いたいこと〉を自由に話す権利を剥奪されてしまうのだ。何かを物理的に言うことなら話し手一人でもできるが、何かを話すことは話し手と聞き手の協力なしには不可能である。話すことは、法律行為と同様に、言語行為の一種なのである。したがって、社会生活で法律行為を禁じられた禁治産者は、コミュニケーションでは言語行為を禁止される。禁治産者が何か言っても、それは何かを話しているのだとは認定されない。禁治産者ははなすことができないので

ある。

禁治産は、〈言われたこと〉を言質にとられて〈言いたいこと〉を喪失しないために講じる最強の手段である。だが、禁治産者が、静的安全の過保護の代価として、実質的には「人生ゲーム」のプレイヤーではなくなってしまうように、禁治産された話し手は、コミュニケーションのメンバーから締め出されてしまう。逆に言えば、コミュニケーションに参加するためには、話し手は、自らの静的安全が損なわれる可能性に、あらかじめコミットしていなければならないのである。チェスにおいて、何度でも、何手遡ってでも「待った」がかけられるのだとすると、チェスのゲームは一度も成立しなくなってしまう。「待った」の制限は、対局成立の必要条件なのである。コミュニケーションにおいても、それは同じだ。話し手が〈言われたこと〉の無制限な撤回権を放棄することは、コミュニケーション成立の必要条件なのである。

章の冒頭で引用したように、‘property’には、「所有」と「固有」の二つの意味がある。話し手だけに現前する、話し手に固有の観念ないし意味としての〈言いたいこと〉は、本来決してはなすことができないものなのだが、話し手はそれを処分可能な所有物としてコミュニケーションの回路に投入する。一人ひとりが固有の存在であるということを断念するところからコミュニケーションが始まるのであり、コミュニケーションとは、はなすことができないことをはなすというパラドクスなのである<sup>35</sup>。話すことの相互性、すなわち話しあいに参加するためには、話し手は自らの固有性を、〈言われたこと〉に賭けなければならない。途中で賭けから降りることは、厳しく制限されるだろう。私たちはそのような賭けごとに、すでに応じてしまっているのだ。

### 3-6 静的安全の意義

コミュニケーションの基礎に話し手の〈言いたいこと〉を据えたため、これまでの議論は、〈言いたいこと〉だけが大事なのではなく、〈言われたこと〉を信じる聞き手の保護が重要だという点ばかりを強調してきたが、最も重要なのは、静的安全と動的安全のバランスであることはいままでもない。そこで、最後に静的安全の意義を再確認して、この章の締めくくりとしたい。

話し手が〈言いたいこと〉を所有しているということは、話し手には自由にはなす権利、〈言いたいこと〉を秘密にしておく権利、そして〈言われたこと〉を撤回する権利の三つを含有している。このうち、聞き手との関係で問題になるのは〈言われたこと〉の撤回権であり、それを保護するのが静的安全の理念であることは、これまでに述べてきた通りである。禁治産という極限的な条件では、〈言われたこと〉の撤回権が限りなく保証される。つまり、静的安全が動的安全に優先して守られる。そこで、逆の状況はどのようなものであろうか、と考えてみよう。というのも、動的安全が限りなく優先される状況で何が起るのかを見ることで、損なわれた静的安全が果たしている役割が、浮き彫りになってくるからである。

動的安全が静的安全に優先するような状況とは、2節で挙げた要因から考えると、話し手が専門家で、多数の聞き手があり、なおかつ効率性が重んじられるタイプのコミュニケーションの場合である。その典型的な例としては、取材や演説や著作が挙げられると思う。この三つの状況では、話し手／書き手は、専門家だったり、責任ある立場だったり、何らかの事態の当事者だったりする。それに対して聞き手／読み手は専門家でも、責任のある立場でも、関係者でもないというように、立場には優劣関係がある。演説や書物では多数の聞き手／読み手がいるし、取材でも、言ったことがそのまま報道されたり、言ったことが引用符つきでそのまま掲載される可能性があることを考えると、インタビュアーが一人でも潜

在的には多数の聞き手がいると考えるべきである。そして、演説も取材も書物も、話を効率的に広めることを目的とするコミュニケーションなのである。

演説や取材においては、〈言われたこと〉の撤回が、普通のコミュニケーションよりも難しくなる。失言によって失脚した政治家がいかにか多いかということをお出ししていただければ、このことは了解していただけるだろう。演説する人にとって、取材される人にとって、話すことは命がけなのである。書物の場合は、一度出版してしまったものを撤回するのは、ほとんど不可能だ。その理由は、第一に書物は書かれたことが物的証拠として残るメディアであり、読み手が「だってそう書いたじゃないか」と反論をするのに有利だからであり、第二に、書物は書き手が十分推敲を重ねた上で出版に至ったと見なされるため、錯誤にもとづく撤回を認めにくいからである。書物の場合はさらに、著者の死後も読まれる可能性があり、そのときは、そもそも撤回する人がいなくなってしまう。

取材や演説や著作では、話し手／書き手が大きな負担を負うことになる。すると第一に、話す準備により多くの手間隙がかかるだろう。後で撤回がきかないのだから、不用意な発言はあらかじめ取り除いておかなければならないが、言ってしまった後で取り消すのと、言う前から言わないように注意しておくのとでは、後者のほうがより難しいのである。第二に、〈言われたこと〉の取り消しがきかないとなると、話し手はなるべくあたりさわりのないことを話そうとするだろう。そうすると、ちょうど取材慣れた政治家のように、内容が空疎で、普遍的すぎて物事を特定するのに役立たず、多義的で何とでも受け取れるようなことしか、話さなくなるのである。

友人同士の普通のおしゃべりにおいて、人が取材に答えたり、演説したり、著作したりするときと同じような負担が話し手にかかるようになったら、おしゃべりは破綻してしまうにちがいない。話し手は、硬直して「う～ん」と長い間うなづいてから、自己防衛のために、内容が空疎で、普遍的すぎて物事を特定するのに役立たず、多義的で何とでも受け取れるようなことしか、話さなくなるのである。なんとつまらないおしゃべりだろう！話し手は、話すときに自らの固有性をさらけ出し、自身を危険にさらしている。話し手は過失や、能力不足や、言語体系自体の不備によって、思わぬ損害を蒙る可能性があるのだ。話し手の口を滑らかにし、気さくなおしゃべりができるようになるためには、ある程度動的安全を犠牲にしてでも、話し手の静的安全を保護し、話すという行為の負担を軽減してやる必要があるのだ。

---

<sup>25</sup> 鷺田清一 「問題としての所有」『所有のエチカ』2000年 p 5

<sup>26</sup> 本文では、所有権の内実を使用価値の把握と交換価値の把握に二分して定式化したが、使用、収益、処分に三分して定式化されることも多い。

<sup>27</sup> ヘーゲル 藤野渉、赤沢正敏訳 「法の哲学」『世界の名著35 ヘーゲル』1967年 §47

<sup>28</sup> 鷺田清一 「問題としての所有」『所有のエチカ』2000年 p 27

<sup>29</sup> 物の全面的な支配権としての所有権、という規定は「所有権の内容」と呼ばれ、「所有権の効力」とされる物件的請求権とは一応区別されている。

<sup>30</sup> H.L.A.Hart The concept of law 1976年

<sup>31</sup> ジャック・デリダ 足立和浩訳『根源の彼方に：グラマトロジーについて』1972年 第一部第1章

<sup>32</sup> 高橋哲哉 『デリダ 脱構築』2003年 p 309

<sup>33</sup> 他人から物をもったり購入したりしたのではなく、誰の所有物でもない自然物から得た材料に手を加えて物を作ったり、果実を拾ってきたりして、物を最初に所有するに至った人のこと。

---

<sup>34</sup> もっとも、2000年に制度が改正されて、成年後見制度と改名されてからは、理念的には、「高齢者も含め、判断能力の劣る人びとに関して、自己決定権の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション（障害のある人も家庭や地域で通常の生活をする事ができるような社会を作るという理念）などの理念（あわせて広い意味での自己決定権の尊重）と、従来の本人保護の理念を調和させることのできるような新たな制度」であることが目指されている。（内田貴『民法Ⅰ 第二版補訂版』p103）

<sup>35</sup> 鷺田清一「問題としての所有」p32には、「交通不可能なものの交通の問題」という表現があるが、これも同じことを指摘する趣旨であろう。



## 4章 話しあいの周辺

### 4-1 話しあいと相互解釈

コミュニケーションを〈言いたいこと〉の取引として描いてきたこれまでの試みに対しては、一貫した反論が予測できる。それは、これまでの議論では、〈言われたこと〉と厳密に区別される〈言いたいこと〉が、不当な扱いを受けてきたのではないかというものである。反論の背後には、〈言いたいこと〉はあくまで話し手の内面に潜む私秘的なものであり、話し手がどれほど努力してもそれを言葉に汲みつくすことはできないし、聞き手の方も、さまざまな仮説や推測を積み重ねて話し手の〈言いたいこと〉に肉薄しようとするのだが、終にそれに到達することはなく、せいぜい〈言いたいこと〉の近似を得ることに甘んじなければならないのだ、という言語観が存在している。このような言語観と、この論文で展開してきた言語観との関係を十全に検討する作業はこの論文の範囲を大きく踏み越えてしまう。ここでは両者のコントラストを明確化するために、反論の背後にある言語観を「相互解釈としてのコミュニケーション」、この論文で提示してきた言語観を「話しあいとしてのコミュニケーション」と銘打って、対立点を列挙するとどめておきたい。簡便のために、それぞれ「相互解釈」、「話しあい」と表現することにする<sup>36</sup>。

話しあいとしてのコミュニケーションは、民法の人間観と対応関係を持つことから明らかであるように、人格と人格との対等な関係を基礎にしている。話し手は、〈言いたいこと〉を元来所有している者で、聞き手は〈言いたいこと〉をこれから所有しようとする者だという差はあるけれども、〈言いたいこと〉の所有者になれる点で、両者は平等である。それに対し、相互解釈としてのコミュニケーションでは、話し手は解釈の対象、聞き手は解釈者という非対称的な関係が措定される。ここには、観察対象である話し手を観察者としての聞き手が観察するというように、人格対非人格の関係が設定されるのである。たしかにコミュニケーションでは、話し手と聞き手の立場はたえず交代するから、時刻  $t$  の聞き手は時刻  $t + 1$  には話し手になり、時刻  $t$  の話し手は時刻  $t + 1$  には聞き手になるというように、この非対称性は、非対称性の対称性として存在している。だが、一つの時刻に人格は一人しかいない。それゆえ、そこには人格対人格の関係が成立しえないのである。

話しあいにおいては、もっぱらコミュニケーションにおける諸権利が問題になる。どう理解するのがよいかではなく、どう理解してよいかということが問題となるのだ。そのため、話し手は無制限に〈言われたこと〉を撤回することができないというとき、事実として〈言われたこと〉が〈言いたいこと〉と乖離しているかどうかということではなく、乖離していると主張することが社会的に許されるかどうかはひたすら議論されたのである。一方相互解釈では、コミュニケーションの諸事実が問題になる。観察者が観察対象を実際にどう解釈すれば、もっとも事実にならなっているかということが、提起される問題なのだ。話しあいがコミュニケーションの社会的な側面、ノモス的な側面に焦点を当てたものだとすると、相互解釈はコミュニケーションの科学的な側面、ピュシス的な側面に焦点を当てたものである。

話しあいにおいてコミュニケーションは、話し手の自由な意志に基づく〈言いたいこと〉の互恵的な処分として捉えられるため、コミュニケーションを駆動しているのは話し手の能動性である。自由を与えられ、自由の裏返しとしての責任とリスクを負うのは、原則として話し手なのだ。それに対し、相互解釈においてイニシアチブを取るのは解釈者となる聞き手である。聞き手の方に、話し手を解釈するための仮説を構築していく、科学者が研究対象に対して持つような積極性があるのだ。それゆえ、その裏返しとして、話し手と聞き手の間に齟齬が生じたときは、原則として聞き手が責任を負うことになる。

話しあいでは、話し手に沈黙の権利と自由に〈言いたいこと〉を話す権利があったが、相互解釈にはそれが存在していない。相互解釈において話し手は、話すことも、沈黙することもできないのだ。話し手が言ったことは、聞き手の解釈という積極的な操作を介して、ようやく〈言いたいこと〉の近似として把握されるのであり、それは単に「言う」ということを超えた、「話す」という言語行為だとはいえないのである。また、話し手が沈黙できないというのは、コミュニケーションが聞き手の解釈によって成立することの必然的な帰結である。相互解釈では、話し手がたとえ何も言わなかったとしても、沈黙が何かを言うことに並び立つ一つのシグナルとして、聞き手に解釈される。つまり、聞き手が「沈黙しているのは〇〇と考えているからではないか」と忖度するのである。聞き手が、沈黙をも解釈できることの裏返しとして、話し手は沈黙を貫徹できないのだ。

聞き手の解釈があって初めて成立する相互解釈では、聞き手は、間接的にしか話し手の〈言いたいこと〉を把握できない。話し手は〈言いたいこと〉を〈言われたこと〉にコーディングし、聞き手は〈言われたこと〉をデコーディングして伝達が成立するのだとすると、伝達は二つのフィルターを通してしか成立しないのである。話し手と聞き手の間に二つのフィルターがあるため、聞き手は近似的にしか話し手の〈言いたいこと〉を捉えることができない。聞き手は話し手の〈言いたいこと〉に肉薄することはできても、〈言いたいこと〉そのものには、決して到達できないのである。一方、話しあいにおいては、〈言いたいこと〉の伝達は直接的である。コーディングやデコーディングにあったような間接性は存在しない。なぜなら、話し手によって撤回されないかぎり、〈言われたこと〉は〈言いたいこと〉そのものであるし、聞き手も、〈言われたこと〉を〈言われたこと〉ではない何かに解釈しなおすわけではないからである。

相互解釈という言語観の背後には、人は決して理解しあうことができない、という悲観的な見方が存在している。聞き手は、話し手が言ったことを解釈することで、話し手に少しずつ近づいていくしかない。ここでは、伝達の不足が克服すべき課題である。対照的に、話しあいでは克服すべき課題が逆転する。すなわち話しあいでは、代理権超越による表見代理のところで簡単に議論したように、伝達の過剰が克服すべき課題となるのだ。だからこそ、話し手の撤回権と、聞き手の外観への信頼の保護が天秤にかけられたのである。相互解釈において不利な立場となるのは、伝達が不足する聞き手であるのに対し、話しあいでは、過剰に伝達してしまう話し手が、むしろ不利な立場に置かれている。

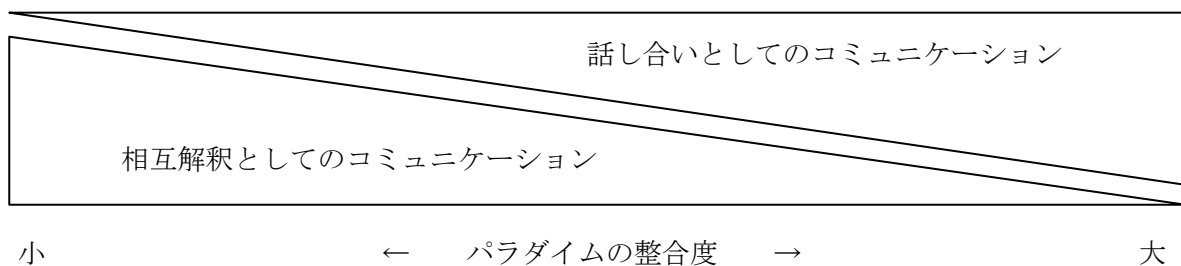
ここで、話し手と聞き手は厳密には別の言語を話している、ということ指摘したくなるかもしれない。各人は「個人方言」を話しており、佐藤さんの佐藤語と、鈴木さんの鈴木語は、よく似ているが微妙に異なっているのだ、というわけである。そうすると、話し手がコーディングに用いるコードと、聞き手がデコーディングに用いるコードは異なっているから、話し手と聞き手の間に齟齬が生じるのは不可避的である。たしかに、佐藤さんの脳内にあるニューロネットワークと、鈴木さんの脳内にあるニューロネットワークの構造は異なっている。しかし、それとこれとは別の話だ。「個人方言」なるものの存在を主張する人は、私たちが同じ日本語を話している、という社会的な共通感覚を過小評価しているのである。たしかに個人個人でさまざまな反応がありうるという意味での多様性は認められる。しかし、差異が許容範囲を超えると、「お前はまちがった日本語を使っている」と指摘され、修正が求められるようになるだろう。私たちは、同じ言語を話さなければならないという同化圧力の下に置かれているのだ。この同化圧力に服している限り、日本人はほぼ同じ日本語を話しているのではなく、同じ日本語を話しているのである。同じというのは、差異が露見した場合に、差異が解消される方向に調整がなされるということであり、それは事実としての同一性ではなく、権利義務としての同一性である。話しあいとしてのコミュニケーションにおいて、話し手と聞き手は、同じゲームをするプレイヤー同士の関係に

あるのだ。

相互解釈は、一致へ向けてのコミュニケーションと総括することができる。話し手と聞き手は最初隔絶されており、コミュニケーションは、聞き手が話し手に接近していく過程だとされる。一致は、コミュニケーションの目的である。しかもその目的は決して達成できない。一方、話しあい、一致から出発するコミュニケーションと総括することができる。話し手は聞き手と同じ言語を話し、両者は直接に、しかも過剰に通じあってしまった。ここでは、一致はコミュニケーションの目的ではなく、コミュニケーションの前提なのだ。両者の対比を図表にまとめておく。

相互解釈としてのコミュニケーション	話しあいとしてのコミュニケーション
観察者と観察対象の非対称的な関係	人格対人格の対称的な関係
科学的＝ピュシスの、事実の問題	社会的＝ノモスの、規範の問題
話し手は受動的で聞き手が能動的	話し手が能動的で、聞き手は受動的
話し手は、話すことも沈黙することも不可能	話し手は話すことも沈黙することも可能
解釈を通して間接的に把握することしかできない	解釈を介さず直接的に把握することができる
聞き手は〈言いたいこと〉の近似を受け取る	聞き手は〈言いたいこと〉そのものを受け取る
話し手と聞き手は十分に通じあえない	話し手と聞き手は過剰に通じあってしまう
話し手と聞き手は別の言語を話している	話し手と聞き手は同じ言語を話している
一致に向けてのコミュニケーション	一致から出発するコミュニケーション

相互解釈と話しあいという二つのコミュニケーション観は、その違いを明確にすべきではあるが、どちらか一方だけが正しいという相反関係にあるわけではない。むしろ、事実問題と権利問題、ピュシスとノモス、話し手の能動性と聞き手の能動性という対比のポイントからも分かるように、両者は相補的な関係にあるのだ。相補的であるというのは、第一に、同じコミュニケーションのケースの中に、相互解釈的な側面と、話しあいな側面があるということであり、第二には、あるケースでは相互解釈と捉えたほうが適切であり、別のケースでは話しあいと捉えるのが適切だということである。ここでは詳しく論じられないが、一般に、話し手と聞き手のパラダイムの隔たりが大きい場合は、コミュニケーションは相互解釈の様相を呈し、両者のパラダイムの隔たりが小さい場合は、コミュニケーションは話しあいの様相を呈することになると思う。したがって、異文化コミュニケーションでは相互解釈の傾向が強くなり、同じ日本人同士の会話では話しあいの傾向が強くなることになる。最後に、このことを図に示しておこう。



## 4-2 ゲヴェーレという可能性

話し手が、〈言われたこと〉と区別された〈言いたいこと〉を持っているという考え方は、優れて社会的なものである。社会的であるというのは、第一に、社会なくしては存在しえないということであり、第二には、特定の歴史的経緯を経て成立した、社会に相対的なものだということである。まずは、〈言いたいこと〉と対応関係にある所有権の社会性について検討してみよう。川島武宣は次のように述べている<sup>37</sup>。

所有（ひろい意味での）の法的構成においては——特に近代的所有のそれにおいては——人と物との関係が前面にあらわれる。しかし、それらの支配は同時に必然的に社会の中におかれている。社会関係でない権利や法はあり得ない（絶海の孤島にただ一人生きていたロビンソン・クルーソーについては、権利や法を語り得ない）。物に対する人の現実的な支配や観念的支配は、実は、この社会的関係、人と人との特殊な歴史的関係の、人と物との関係での現象形態であり、また観念的世界における現象形態に過ぎない。

絶海の孤島にただ一人で生きていたロビンソン・クルーソーも、食料や道具などを自分の支配下においておくことがある。しかし、ロビンソン・クルーソーとそれらの物との関係は、身近に置いてあり、随時使用されるという事実的な関係にとどまるのであり、権利や法の相関者である所有関係とは異なっている。共同体に属さないロビンソン・クルーソーは、物を所有することができないのである。この無人島での所有不可能性のテーゼは、ウィトゲンシュタインが提唱した、私的言語の不可能性のテーゼと重なるところが大きい。ウィトゲンシュタインは『哲学探究』において次のように述べている<sup>38</sup>。

それゆえ、〈規則に従う〉ということは一つの実践である。そして、規則に従っていると信じていることは、規則に従っていることではない。だから、ひとは規則に〈私的に〉従うことができない。さもなければ、規則に従っていると信じていることが、規則にしたがっていることと同じ事になってしまうだろうから。

何かを所有することが可能となるためには、他者の承認が必要である。ここでいう他者とは、名前のついた具体的な他者のことではない。むしろ他者とは、共同体そのものである。占有物は、共同体が支える意味の格子の中に組み込まれることによってはじめて、貸したり、盗まれたり、取引したりすることができるような所有物となるのだ。ロビンソン・クルーソーは、〈私的に〉物を所有することはできない。さもなければ、所有していると信じていることが、所有していることと同じになってしまうからである。同様に、話し手には〈言いたいこと〉があるということも、他者の承認なしには不可能であろう。それというのも、〈言いたいこと〉が〈言われたこと〉と別に存在するということが、〈言われたこと〉の撤回権の権原として機能しており、このように機能するためには、人々がそのことを認めていなければならないからである。

次に、近代の所有権制度の歴史性に注目してみよう。歴史を振り返ることによって、近代民法とは異なる考え方が、かつて存在していたことが見えてくる。民法の他の可能性を探ることによって、コミュニケーションの他の可能性を探ることができるかもしれない。

所有を占有から峻別し、所有権に優位性を与える発想は、古代ローマにおける、*dominium*/*possessio*

の二分法を受け継いだものである。とはいっても、古代ローマ以前、あるいはローマの地の外は無法の荒野であり、そこに住む野蛮人には、物理的な所持を超えたいかなる制度も知られていなかった、というわけではない。財産法の他の可能性が、各地に存在していたのである。その中でも、ここでは古代ゲルマン法におけるゲヴェーレという制度を取り上げたい。

古代ゲルマン社会においては、ローマのような占有と所有の二分法は存在せず、人の物に対する関係、すなわち広義の所有の関係は、物の事実的な支配を指すゲヴェーレ [gewere] というただ一つ概念によって表されていた。つまり、私たちが、「A氏が車の所有権を有している」、と言うように、古代ゲルマン社会では、「A氏が馬のゲヴェーレの中にある」、と言っていたわけである。この‘gewere’という語は「着物を着る」の意味を持つ‘wern’、‘vasjan’、‘werjan’、あるいは‘verjan’という語が語源であるといわれている<sup>39</sup>。すなわち、英語の‘wear’や‘vest’、さらには‘invest’等と同じ系列の言葉だ。したがって、ゲヴェーレには、「権利の衣」という別称もある。ここで、埴浩の言葉<sup>40</sup>を引こう。

吾らは、今では、様々な種類の、物支配に関する法的概念を知っている。例えば、物権、(その王座に在る)所有権、他物権、地上権、地役権、用益権、質権、抵当権、占有権等の如し。そして、吾らは、これらの語を駆使して、複雑な社会に対応している。しかし、遠い昔には、物支配に関する法的概念は、唯一つしかなかった。即ち、「ゲヴェーレ」である。物支配に関する表現は、これ以外には全くなかったのである。従って、総ては、この一つだけの概念で、処理されたし、また、処理されねばならなかった。

ゲルマン社会においても、時代が下るにつれてゲヴェーレの概念は細分化し、その一部は事実的な支配の意味を超えた観念性を獲得していった。また動産に比べて不動産は、比較的早い時期から観念的支配の性格を帯びるようになったという違いもある。しかし、古代ゲルマン人は、物に対する支配の観念性の濃淡を「所有」と「占有」というような、二つの概念を用いて区別することは終になかったのである。

事実的な物の支配としてのゲヴェーレは、現代の占有とも、物理的事実としての所持とも区別しなければならない。現代の占有とゲヴェーレの相違点は、それが置かれている体系の違いに求めることができる。すなわち、現代の占有は、所有権と対置された占有であり、所持していることの正当性は所有権概念に吸収されてしまっている以上、所持していることの正当性からは、いったん切り離されている。一方ゲヴェーレは、所有と占有の未分化な合一状態であり、現代的に表記しようとする、「占有すなわち所有」という矛盾した表現を回避できない。ゲヴェーレには、物の事実的な支配と、所持の正当性の両方が含まれているのである。

ゲヴェーレと物理的事実としての所持の相違点は、前者が社会制度上の概念であるのに対し、後者がいわば物理学的な概念であるという点にある。この違いを明らかにするには、古代ゲルマンにおいて、物が盗まれた場合にならざるを説明するのが近道だ。ゲヴェーレが事実的支配を意味する以上、物が盗まれた場合、ゲヴェーレは盗人に移転することになる。それでは、物を盗まれた被害者は泣き寝入りするしかないのかというと、そうではない。当時どれほどの実効性があったかは分からないが、制度上は、これまでゲヴェーレの中にあつたことを根拠に、瑕疵あるゲヴェーレの中にある盗人に、物の返還請求をすることができたのである。すなわち被害者は、かつてゲヴェーレの中にあつたこと、そして自らの意思によらずしてそのゲヴェーレが移転したことを司法当局に立証すれば、物を盗人から取り返す

ことができたのだ。

物理的事実としての所持しかないところでは、このような返還請求は成立しないし、そもそも「盗人」や、「盗み」も存在しないであろう。古代ローマ社会に比して、古代ゲルマン社会がどれほど野蛮で素朴だったとしても、やはり社会であったことに違いないのであり、決して非社会的な自然状態たる「万人の万人に対する闘争」状態ではなかったのである。

盗まれた物の返還請求の事例には、現代の所有権制度と決定的に異なる、ゲヴェーレのもう一つの特徴が表れている。物の帰属をめぐる現代の裁判では、どちらが所有者でどちらが所有者でないのか、という全か無かの判決が下される。裁判で所有権が確定した者は、物の完全な支配権を掌握し、敗訴した者は、物の支配権を完全に失う。それに対し、ゲヴェーレをめぐる裁判では、ゲヴェーレの相対的強弱が争われる。つまり盗人もゲヴェーレの中にあり、被害者もゲヴェーレの中にあり、一つの物の上に重畳する二つのゲヴェーレがあるのだが、さて、どちらがより強いゲヴェーレだろうか、という点が争われたのである<sup>41</sup>。したがって、裁判で勝訴し、被害者が物の事実的な支配を回復したとしても、その物に関して、さらに強いゲヴェーレの中にある人物がいつ現れて、物を取り上げていかないとも限らなかったのである。

したがって、ゲルマン社会においてゲヴェーレの中にあつた者は、現代の所有者と比べると、はなはだ不安定な立場、先が予測できない立場におかれていたことになる。しかしながら、このことからゲルマン法では相対的に動的安全が重視され、ローマ法では相対的に静的安全が重視されていた、という結論を引き出してはならないと思う。当時のゲルマン社会は、社会全体が先の予測できない危険に満ちていたのであり、ゲヴェーレ制度における静的安全の低さは、静的安全より動的安全が相対的に重視されたことの帰結ではなく、社会全体の安全の絶対量の少なさの帰結であるといえよう。そのような少ない安全の、バランスを考慮した配分として、静的安全は観念的な所有権の存在によってではなく、より長い期間ゲヴェーレの中にあつたという事実が担保していた。すなわち、物が先祖代々受け継がれてきという事実が、ゲヴェーレを強いゲヴェーレにした、というところに静的安全保護の意識が見て取れるのである。

静的安全と動的安全の対立という観点から見ると、ゲヴェーレ制度と近代の所有権制度の違いは浮き立ってくる。近代の所有権制度は、静的安全を保護することを原則としつつ、例外規定として動的安全への配慮を見せるという形になっている。そのような順序になるのは、まず人の物に対する関係があり、次に人の人に対する関係があるというゲゼルシャフト的な順序を導入する近代民法の必然的帰結である。それに対し、ゲヴェーレ制度では、現実的な支配状態と支配の正統性が同一視されることによって、静的安全と動的安全は同時に保護されることになる。つまり、動的安全は、占有がすなわち所有であるというゲヴェーレの未分化性によって保護されるし、静的安全は、長い間ゲヴェーレの中にあつた者が、その強いゲヴェーレを根拠に物を取り返すという形で保護されるのである。古代ゲルマン社会では、人と人の関係と、人と物との関係を厳格には区別はしなかった。ゲルマン社会はゲマインシャフト的であり、人とは共同体における人のことであるというように、人格の定立と社会の定立は同時に行われたのである。

所有と占有の二分法が存在せず、ゲヴェーレという一つ概念だけが存在していたゲルマン法の考え方を、コミュニケーションの問題系に移植すると、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉との二分節化が存在せず、ただ〈言いたいこと＝言われたこと〉があるばかりだということになるだろう。ところがこのままでは、話し手の静的安全が脅かされてしまう。そこで、ゲヴェーレ制度がそうであったように、静的安全は〈言いたいこと＝言われたこと〉の一貫性によって担保されることになる。つまり、ある話

し手がこれまでずっと A と言っていたのに、突然 B と言ったとしたら、それは言いまちがいであろうと推定されるのである。したがって、コミュニケーションをゲヴェーレ的に理解するというものを、「言われたことがすべてだ。」というようなよく聞かれる乱暴な発言と混同しないほしい。

コミュニケーションを近代の所有権制度に重ねて考えることと、コミュニケーションをゲヴェーレ制度に重ね合わせて考えることには、真理の一致説と真理の整合説のような相違がある<sup>42</sup>。〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉を峻別する思想において、言いまちがえは、〈言われたこと〉と〈言いたいこと〉との不一致によって説明される。ここでは真理である〈言いたいこと〉と外観に過ぎない〈言われたこと〉は同時に別々に存在し、前者と後者の間には身分の違いが存在している。それに対して、〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉を区別せず、すべてを〈言いたいこと＝言われたこと〉として理解する思想において、言いまちがえは、ある時点の〈言いたいこと＝言われたこと〉と、別の時点の〈言いたいこと＝言われたこと〉との不整合として理解されるだろう。すなわち身分を同じくする二者の、時点を通しての差異として位置づけられることになるのである。つまり前者において、言いまちがえは絶対的・垂直的・共時的な差異と見なされるのに対し、後者において、言いまちがえは相対的・水平的・通時的な差異と見なされるわけである。

獲物を狙って茂みに潜む孤独な獣は、いかに獲物に悟られず、いかに獲物の情報を獲得するか、ということに狩の成否がかかっている。孤独な獣にとっては、「見られずに見る」ことが至上命題なのである。それに対して、社会集団の中で生活する人間は、他人に見てもらいたくてたまらない、他人に話したくてたまらない、という孤独な獣から見れば自殺行為にも匹敵するような衝動を、たしかに持っているのである。コミュニケーションを駆動しているのは、この衝動ではないだろうか。

近代民法に重ねて考えるか、ゲヴェーレ制度に重ねて考えるかは、表面的な違いでしかない。コミュニケーションというゲームを活気あるものにするには、話し手と聞き手の保護のバランス、すなわち静的安全と動的安全のバランスを図り、「はなしたい」という人々の衝動から力をうまく引き出す必要があるのだ。〈言いたいこと〉と〈言われたこと〉の拮抗関係の背後に存在するのは、〈言いたいこと〉の存在に守られる話し手と、〈言われたこと〉の存在に守られる聞き手との拮抗関係だったのであり、このように、人と人との関係に注目することなしには、コミュニケーションに内在する力学が見えてこないのである。

---

<sup>36</sup> 解釈としてのコミュニケーションという思想を大成したのは、根源的解釈の理論で有名な、D.Davidson である。詳しくは *Inquiries into truth and interpretation* 1984年などを参照のこと。

<sup>37</sup> 川島武宣 「所有権の「現実性」」『川島武宣著作集7巻』1981年 p 385

<sup>38</sup> ルートヴィヒ・ウィトゲンシュタイン 藤本隆志訳『哲学探究』1976年 1部202節

<sup>39</sup> 石田文次郎 『財産法における動的理論』1929年 p 110 なお、ドイツ語のゲヴェーレに相当する概念として、フランス語の 'saisine' や、ラテン語の 'investitura' がある。

<sup>40</sup> 埜浩 『ゲヴェーレの理念と現実』1992年 pp 12~13

<sup>41</sup> 「所有権法の理論」には次のようにある。「かくして、ゲヴェーレに対する物的支配関係は、現代法におけるとは、はなはだことなるものとなる。すなわち、同一物の上に数人の所有者的ゲヴェーレが同時に存在し得るのであり、その相互の関係は、その一つが存立し得るならば他はすべて無になるというような *alles oder Nichts* の、*Entweder-Oder* の関係ではなく、その相互の間においては、その一つが

---

他に対してよりつよいか否かという“*besseres Recht*”が問題となるのである。」(川島武宣 「所有権法の理論」『川島武宣著作集7巻』1981年 p361)

42 大森正蔵の立ち現れ一元論は、見まちがい主観と客観との不一致として説明することを拒否し、長く持続する立ち現れと、短命の立ち現れとの不整合だと理解する立場を取った。これは、盗みを所有と占有との絶対的な不一致とは説明せず、先祖代々受け継いだゲヴェーレと、盗人の短期のゲヴェーレの相対的な不一致と説明する古代ゲルマンの思想に並び立つものであろう。「真実の百面相」は、したがってゲヴェーレの重畳性に重なりあう概念である。

なお、真理の一致説には、真理を実証する困難さが伴うが、これは古代ローマにおいて所有権を立証することが困難であったことにパラレルである。悪魔の証明が挙証責任の反転によって回避されたことに学び、真理の実証の困難さを、挙証責任を反転させることで回避しようとしたのが、真理の反証主義であった。

## 参考文献

- 内田貴 『民法I 第2版補訂版』2000年  
鳩山秀夫 「法律生活の静的安全及び動的安全の調節を論ず」『民法研究』第一巻 1926年  
石田文次郎 『財産法における動的理論』 1929年  
高島平蔵 「取引安全観念の機能について」 1973年  
埴浩 『ゲヴェーレの理念と現実』1992年  
川島武宣 『川島武宣著作集7巻』1981年  
高橋哲哉 『デリダ 脱構築』 2003年  
鷺田清一 「問題としての所有」『所有のエチカ』2000年  
ヘーゲル 藤野渉、赤沢正敏訳 「法の哲学」『世界の名著35 ヘーゲル』1967年  
L.S.ヴィゴツキー 柴田義松訳 『思考と言語』1962年  
ジャック・デリダ 高橋允昭訳 「記号学とグラマトロジー」『ポジション』 2000年  
ジャック・デリダ 足立和浩訳 『根源の彼方に：グラマトロジーについて』1972年  
ルートヴィヒ・ウィトゲンシュタイン 「ウィトゲンシュタイン全集6」『青色本』1975年  
ルートヴィヒ・ウィトゲンシュタイン 藤本隆志訳 『哲学探究』 1976年  
H.L.A.Hart The concept of law 1976年  
René Domogue Les notions fondamentales du droit privé 1911年  
D.Davidson Inquiries into truth and interpretation 1984年  
C.B.Macpherson The political theory of possessive individualism 1964年