

# 拓殖大学論集

## 政治・経済・法律研究

第 20 卷 第 2 号

2018 年 3 月

大倉正雄教授 大谷博愛教授 小林一秋教授 清水洋二教授 退職記念号

### 論文

- ウィリアム・ペティの政治算術 (2)  
— ベーコン主義の経済科学 — .....大倉 正雄 (1)
- ローマ法における婚姻制度と子の法的地位の関係  
— 欧米における婚外子差別のルーツを求めて — .....椎名 規子 (47)
- 沖縄の地割制に関する研究 — 「家」制度に基づかない農地利用 — .....奥田 進一 (83)
- 若年労働力フローから見る男女の動向 .....杉浦 立明 (99)
- 最近の立法・政策における土地の所有者問題  
— 農地・森林の所有者不明土地に関する共有関係と  
相続未登記の法的課題を中心に — .....長 友昭 (119)
- 心理的瑕疵物件の民事執行上の課題 — 主観的な被害の対応をめぐって — .....長島 光一 (143)

### 研究ノート

- ドイツにおける行政事件のメディエーションに関する覚書 .....高橋 雅人 (163)

### 抄録

- 女性の賃金上昇には同じ企業で働くことが重要なのか、  
それとも同じ職種で働くことが重要なのか .....佐藤 一磨 (175)

### 資料

- 翻訳—Gossip v. Gross, 576 U.S. (2015) における  
ブライア裁判官の反対意見 .....小竹 聡 (179)

### 退職教員の挨拶・略歴・研究業績

- 「過去・現在・未来」 .....大倉 正雄 (207)
- 「退職挨拶」 .....大谷 博愛 (211)
- 「略歴・研究業績」 .....小林 一秋 (215)
- 「退職に当たって」 .....清水 洋二 (217)

- 拓殖大学 研究所紀要 投稿規則 .....(221)

- 「政治・経済・法律研究」執筆要領 .....(223)

## ウィリアム・ペティの政治算術（2）

— ベーコン主義の経済科学 —

大 倉 正 雄

### 要 旨

ウィリアム・ペティ（Sir William Petty, 1623-87）は、1665年に『賢者には一言をもって足る』（*Verbum Sapienti*, 1691）を執筆した。この『賢者』は戦費調達を主題とする小論であるけれども、それが経済学史のうえにもつ意義は大きい。ペティは処女作『ハートリブ氏への助言』（1647年）を執筆した頃から、「政治算術」（political arithmetic）の考案に勤んでいた。この「算術」は経済科学の創成に寄与した、社会的・経済的事象の科学的探究方法である。彼はこの探究方法を『賢者』で初めて実践した。彼が『賢者』を書いていたとき、眼前で第二次英蘭戦争が繰り広げられていた。彼はこの論説で、自国がこの戦争を優勢に戦うことを念じて、戦費調達を主眼とする税制改革案を掲げた。当の「算術」を用いて展開した経済力の分析を踏まえて、税制の抜本的な改革を提案した。この改革案には、18世紀第2四半期にこの国で形成されることになる「財政・軍事国家」（fiscal-military state）の構想が窺える。ペティは『賢者』で戦費調達論を展開したけれども、好戦的な戦争推進論者ではなかった。最強国オランダの侵略から、国民の生命・財産の安全を守る最善の方策として、戦費調達を主目的とする提案を掲げたのであった。

キーワード：戦費調達論，税制改革案，第二次英蘭戦争，重商主義，財政・軍事国家

### 目 次

はじめに

第1章 政治算術の解釈

第2章 ベーコンの帰納法哲学

第3章 政治算術の帰納法

第4章 ジョン・グラントの原初の人口統計学（以上，305 / 第19巻2号，掲載）

第5章 『賢者』の政治算術

第6章 『賢者』の史的背景

第7章 『賢者』の戦費調達論

## 第5章 『賢者』の政治算術

ペティは政治算術を考案するにさいして、グラントの人口統計学から決定的に重要な影響を受

けた。この統計学は、ペティが初めて眼にした、ベーコン主義の立場から社会的事象にアプローチしようとする斬新な科学的探究方法だったからである。しかも、それは統計的データにもとづいて自然的・政治的事象を数量的に分析する手法であるという点で、ペティが茫漠と構想していた算術的方法と趣旨が同じ性質のものだったからである。高橋誠一郎が指摘しているように、「ペチィ [=ペティ] は実にグラントによって開かれた統計的研究の道を進んだもの」<sup>(1)</sup> だったのである。とはいえ、ペティは政治算術を考案するにさいして、グラントの統計学それ自体を直接に受け継いだわけではない。政治算術は人口統計学のたんなる焼き直しではない。それは、後者には見られない独創的な要素を少なからず取り入れて編み出された「新しい数学的技法」であった。そうでなかったとすれば、ペティによるこの政治算術の考案が、経済科学の創成に寄与するところは乏しかったであろう。

ペティがグラントの人口統計学そのものを直接的に受け継いでいるのは、彼が「ロンドンの死亡表の観察者」という匿名で刊行した『ダブリンの死亡表についての観察』(*Observations upon the Dublin=Bills of Mortality*, 1683) という論説においてである。また、グラントの人口統計学それ自体を積極的に継承しているのは、ペティよりもむしろグレゴリ・キング (Gregory King, 1648-1712) や J・P・ジュースミルヒ (Johann Peter Süssmilch, 1707-67) である。キングの論説『イングランドの形勢と状態についての自然的・政治的観察』(*Natural and Politicall Observations and Conclusions upon the State & Condition of England*, 1696) には、グラントの論説に倣って、タイトルに「自然的・政治的観察」という表現が用いられている<sup>(2)</sup>。またジュースミルヒは、その『神の秩序』(*Die göttliche Ordnung*, 1741) の「著者序言」で、「グラント氏に対しては、この『出生・死亡の観察という』新しい真理に先鞭をつけた人、また最初に、彼の時代までロンドンで印刷されていた諸表を、これらの真理の発見のために利用しようと試みた人として、最先かつ最高の賛辞が与えられて当然である」<sup>(3)</sup> と記している。このようなグラントを始祖とする人口統計学の潮流は、こうして厳密にはペティ→ダヴナントという政治算術のそれとは異なるものである、と理解すべきである。いずれにせよ政治算術は人口統計学とは異なる新たな技法であるといえるが、それがどのような点で後者と異なるのかということは、さらに検討を重ねていく過程で逐次明らかにしたい。

政治算術は社会的事象を考察対象とするけれども、とりわけ経済的事象に最も大きな関心を寄せる。考察の主要な対象を経済現象に限定する。したがって、この算術は経済科学の分野に属する経済分析方法であるといえる。そのためにペティは、この算術を考案することにより、斯学の創成に寄与することになったのである。ところが意外なことに、政治算術のそのような性質にもかかわらず、彼はこの算術を編み出すにさいして、当時刊行されていた経済学的文献にはほとんど関心を払っていない。この国において彼の時代にはすでに、優れた経済論説が幾冊か刊行されていた。周知のように、イギリス経済は1620年代に深刻な危機を迎えた。輸出が激減して貿易差額がマイナスの傾向を示し、経済活動は全般的に衰退の状態に陥った。このような状態を背景

にしてその頃、東インド貿易の是非を巡って、この貿易を営む東インド会社を擁護する論客と、その活動を批判する論客とのあいだで激しいパンフレット論争が展開された<sup>(4)</sup>。その論争の内容は、むろん時局問題を巡る実践的な議論であった。けれども、この論争における「3人の主要な主人公」<sup>(5)</sup>ともいべきジェラード・マリーンズ、エドワード・ミッセルデン、トマス・マン（Thomas Mun, 1571-1641）のような作家は、経済学史の端緒を開くような注目に値する経済論説を幾つか執筆した。これらの諸論説のなかでも、マンが執筆した『外国貿易によるイギリスの財宝』（*England's Treasure by Forraign Trade*）は、とりわけ後世に大きな影響力を及ぼした論説である。この論説は1620年頃に執筆されたけれども、その初版が刊行されたのは、ペティの『租税貢納論』の刊行よりも2年後の1664年に至ってからであった。つまりマンのこの著名な著書は、ペティがちょうど経済科学の開拓に勤しんでいた頃に、その初版が刊行されたのである。したがって、ペティがその新刊の一書を購入したであろうことは、十分に考えられうる。ところが、彼がこのマンの書物を——1620年頃に刊行された他の論客による著作はもとより——繙いたという確かな証拠は、彼の主要な著作には窺えない。したがって、ペティにおける経済科学の創成は、先行する通常の学識を批判的に継承することを通じてではなく、ほとんど彼自身の母体のなかでおこなわれた、と理解できる。

高橋誠一郎は、ペティにおける先学の学識の受容という問題に触れて、「ペチイ [=ペティ] はベーコン並びにホップズの二大哲よりして偉大なる感化を受けたりと称せらるるも、其の経済論中に現れたる彼れは殊に後者の感化を受くること大なりしを想はしむるものあり」<sup>(6)</sup>、と指摘している。すなわち、ペティは経済的議論を展開するにさいして、ベーコンではなくホップズの哲学から大きな影響を受けたというのである。この見解は妥当であると思える。さらにこれに付言すれば、ペティは経済科学を開拓するにさいして、ホップズの政治哲学からその学識を積極的に受け継いだ反面、経済学分野の先達からはほとんど重要な影響を受けなかったといえる。T・ハチスンが1620年代の論争に一瞥を与えながらも、「経済思想史における新しい時代の幕開き」<sup>(7)</sup>は、マンがその論説を執筆した17世紀の初めではなく、ペティが『租税貢納論』を刊行した1662年に告げられた、と指摘している。すなわち、ペティを嚆矢とするJ・ロック、N・バーボン、D・ノース、G・キングなど、17世紀後半の作家が、その初頭におけるよりも知的水準の高い経済的著作を相次いで刊行したことにより、1690年までに「ちょっとした知的転換」(something of an intellectual transformation)<sup>(8)</sup>が斯学の領域で起こった、というのである。これまで経済学史上の偉業は、たいてい従来からの支配的学説に異議を唱え、それを根底から覆してパラダイム・シフトをもたらすような、革新的な理論的・思想的枠組みを提示することを通じて成し遂げられてきた。ハチスンが指摘しているように、斯学において17世紀後半に、パラダイム・シフトに相当するような画期的な進展が見られたことは、確かである。とりわけペティは先陣を切って、経済科学の斬新な枠組みを提示した。けれども、それは斯学における従来からの学識に正面から批判を加え、それを打破することを通じておこなわれたのではなかった。経済科学を先

学から継承するのではなく、政治哲学を未開拓の領域に適用することを通じて、新興科学を創成しようとしたのであった。

ペティは『政治算術』で当の探究方法を定式化し、この方法を踏まえて経済分析をおこなった。ところが、彼がこの算術を最初に実践したのは『政治算術』ではなく、この書物より5年以上も前の1665年に執筆した論説『賢者には一言をもって足る』(*Verbum Sapienti*, 1691) — 以下、『賢者』と略称 — においてであった。R・オルソンが指摘しているように、「ペティは〔この論説において〕自分の主張を立証するために、独創的な数量的方法を見出した」<sup>(9)</sup>のであった。その『賢者』は、1691年に刊行された『アイルランドの政治的解剖』(*The Political Anatomy of Ireland*)の初版の付録として上梓された小論である<sup>(10)</sup>。しかし、それが執筆されたのは、その公刊より20年以上も遡る1665年であった。『賢者』は、彼の経済学上の処女作『租税貢納論』に続いて、その刊行の3年後に執筆された重要な経済論説である、といえる<sup>(11)</sup>。高橋は『賢者』について、「此の書は僅々24頁に過ぎない小篇ではあるが、ペティ研究者の看過することの出来ぬ名著である」<sup>(12)</sup>、と指摘している。高橋が『賢者』を高く評価する理由は定かではないが、それが綿密な検討を加えるに値する重要な論説であることは、確かである。ここでは『賢者』が政治算術の技法を駆使しながら、文字よりも数字を用いて書かれた書物であるという点に留意しながら、この論説にアプローチしたい。

『賢者』は僅かな頁を費やして書かれた小冊である。ところがそれは、全部で10もの諸章から成っており、そのタイトルを眼にただけでは、大冊であるかのような印象を受ける。実際のところ、『賢者』は厚さこそは乏しいけれども、内容は濃厚で豊かである。もっとも、この論説をなんの予備知識もなく、ただ漫然と繙いただけならば、それはたんに数字が並べられただけの無味乾燥な覚え書き程度のものにすぎない、と思えるであろう。ところがこの論説が執筆された背景や動機を探り、広い視野のなかでこのパンフレットにアプローチするならば、様相は一変する。それは焦眉の問題を眼前にし、それを打開する方途を提示するために書かれた、緊張感の溢れる書物であることが分かる。眼前で繰り広げられていた対オランダ戦争(=第二次英蘭戦争)を遂行するのに要する戦費を調達する方法について論じた論説だからである。こうして、『賢者』の検討は大局的な視野に立って、この論説の史的背景をなす英蘭戦争に関心を向けながらおこなわれねばならない。

(1) 高橋『古書漫筆』前掲書、41頁。

(2) Cf. Gregory King, *Natural and Political Observations and Conclusions upon the State & Condition of England*, 1696, in George E. Barnett ed., *Two Tracts by Gregory King*, Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1936. なお、グラントとペティからキングへの継承関係については、cf. John A. Taylor, *British Empiricism and Early Political Economy: Gregory King's 1696 Estimates of National Wealth and Population*, Westport, Connecticut: Praeger, 2005, Ch. 4.

(3) Johann Peter Süssmilch, *Die göttliche Ordnung in den Veränderungen des menschlichen Geschlechts*, Berlin, 1741, S. 17. ズースミルヒ(高野岩三郎・森戸辰男訳)『神の秩序』第一出版株

式会社，1969年，8頁。

- (4) Cf. Hutchison, *op. cit.*, Ch. 2.
- (5) *Ibid.*, p. 21.
- (6) 高橋誠一郎『重商主義経済学説研究』（高橋誠一郎経済学史著作集，第2巻），創文社，1993年 [1932年]，890-91頁。
- (7) Hutchison, *op. cit.*, p. 4.
- (8) *Ibid.*, p. 23.
- (9) Richard Olson, *The Emergence of the Social Sciences, 1642-1792*, New York: Twayne Publishers, 1993, p. 64.
- (10) なお，松川七郎はその著書の副題において——第4章のタイトルにおいても——，「政治算術＝解剖」という言葉を記している（本稿・第3章・注(27)を顧みよ）。このことは，ペティがその論説の表題で記した「政治的解剖」（political anatomy）という言葉が，「政治算術」と同じ意味をもつ用語であるかのような印象を与える。しかしながらこの「政治的解剖」は，彼が論説のタイトルで用いた言葉にすぎず，そのような科学的探究方法があるわけではない。彼の『アイルランドの政治的解剖』は，編者（王立協会会員）により表題が『アイルランドの政治的概観』（*Political Survey of Ireland*, 1719）と改められて，その第2版が刊行された。この版における改変された表題が示しているように，ペティの「政治的解剖」は「政治的概観」というほどの意味をもつ言葉である。
- (11) ペティ（大内兵衛・松川七郎訳）『租税貢納論』岩波書店，1952年，「訳者あとがき」（松川），参照。
- (12) 高橋『古書漫筆』前掲書，24頁。

## 第6章 『賢者』の史的背景

ペティが『賢者』を執筆した17世紀中頃は，オランダ（ネーデルラント連邦共和国）の黄金時代であった。総督ウィレム二世が亡くなって共和政が敷かれた1650年代に，この共和国は全盛期を迎えていた。この国は北部ネーデルラント7州からなる連邦共和国であったが，その繁栄を根底で支える中心的柱となっていたのは，ホラントとゼーランドであった。ペティは1640年代に医学生として，弟アンソニーとともにホラント州の都市ライデンに滞在した。彼は後年にその頃のことを回想しながら，オーブリーに宛てた書簡で次のように記している。「われわれはオランダ人が好きになり，その多くの美点を賞讃した。ライデンあたりでは，彼らはプロテスタントの信仰に同意していたが，われわれは彼らの勤勉と儉約を賞讃した。実際のところ，私はオランダ人を全体として賞讃した。彼らは行動的な国民である。彼らが交易を，遠くインド諸国にまで及んで掌握していることは，賞讃に値する。…彼らは過ぐる一世紀間に，自分たちを取り囲むものを征服した。神は世界を創造したが自分たちはオランダを創造した，と彼らは述べている。私はただ同意するほかはない」<sup>(1)</sup>，と。

周知のように，オランダは16世紀末に絶対王政のスペインから独立して以来，急速に発展した。この国を経済的繁栄に導いたのは何よりも，この国の人々が精力的に営んでいた仲継貿易（carring trade）であった。他の諸国から財貨を輸入し，その輸入した財貨を他の諸国に輸出するという国際貿易である。このような世界的規模の貿易を独占的に支配することにより，この国

は大いに繁栄したのである。バルト海沿岸・北欧・東ドイツ・イギリスの物品は、この国の仲継貿易業者により南欧や新大陸へ輸送された。また、地中海沿岸・東インド・極東・新大陸のそれは、北方へ輸送された。このような国際的仲継貿易が展開されるにさいして、アムステルダムを中心とするこの国の都市は、中継基地としての役割を果たして大いに繁栄した。世界各地の主要な財貨はほとんどすべてがオランダに輸入され、この国を経由して世界各地に再輸出された。しかもこのような仲継貿易は、それを支配するオランダ商人により、独占貿易として展開された。世界の財貨はほとんどが彼らによって独占され、彼らの手を経て、彼らが支配する国際市場に供給されたのである。要するに、オランダの経済的繁栄は、仲継貿易を基軸とする世界的規模の経済システムを構築することを通じて実現されたのであった。とはいえ、この国に外国貿易以外の産業がなかったわけではない。ここには農業・漁業はもとより、製造業もあった。ところが、その製造業は国外からもたらされた財貨に追加的な加工を施す工程だけを包摂するにすぎない加工貿易工業であった<sup>(2)</sup>。

チャールズ二世の治世に在ハグ大使を務めたサー・ウィリアム・テンプル (Sir William Temple, 1628-99) は、1673年に刊行した『ネーデルラント連邦共和国の観察』(*Observations upon the United Provinces of the Netherlands*) を刊行した。この書物が刊行されたのは、オランダの隆盛に少し翳りが見え始めた頃であったが、それは多くの読者を獲得してベストセラーになった。彼はその論説で、世界の舞台に「彗星のごとく」現れた新興国オランダを讚美しながら、この国が仲継貿易と加工貿易工業とに依拠する加工貿易国家として経済的繁栄を誇っていた様相を、次のように記している。「オランダはなんらかの国内産商品によって豊かになったのではない。産業活動によって、豊かになったのである。換言すれば、すべての外国産物を改良し製品に作り上げることにより、豊かになったのである。ヨーロッパ全域の貯蔵庫となって、すべての地域に、市場が欲して引き付けるありとあらゆる物を供給することにより、豊かになったのである。つまり自らが船乗りになり、彼らに相応しくそう呼ばれてきた世界共通の運搬人 (common carriers of the world) になることにより、豊かになったのである」<sup>(3)</sup>、と。

オランダ共和国の繁栄を讚えたのは、むろんペティとテンプルだけではなかった。トマス・マンは、この共和国の全盛期よりも30年前に執筆した『外国貿易によるイギリスの財宝』においてすでに、その勤勉で禁欲的な国民性とそれが導いた繁栄とを讚美している。その詳細は、こうである。マンはイギリス人と比較対照しながら、オランダ人を賞讃している。彼によれば、イギリス人は「所有している財産を浪費している、墮落した節度のない国民」<sup>(4)</sup>である。これとは対照的に、オランダ人は地道に努力を重ねている「勤勉な」国民である。「われわれ [イギリス人] が快樂を追求して、われわれが習慣にしていた名誉に値する行為と努力を置き去りにしているあいだに、オランダ人はこの豚のような悪徳をほとんど捨てて、われわれが海と陸でしばしば極めて立派に演じて、習慣にしていた武勇を身に付けた」<sup>(5)</sup>。すなわち、富裕がイギリス人を怠惰で浪費を好む国民にしたのに対し、貧困がオランダ人を勤勉で儉約を好む国民にしたのである。と

いうのも、「豊富と力が国民を墮落させて、節約心を失わせるように、貧窮と欠乏は国民を思慮深くして、勤勉にさせる」<sup>(6)</sup>からである。オランダは「自分たちの領土内にはほとんど何も持っていないけれども、外国人との交易によって、大きな富と力を獲得しているキリスト教徒の共和国」<sup>(7)</sup>である。つまり、オランダは「自然的富」(Naturall Wealth)が乏しい「小国」(small Coutrey)であるけれども、勤勉と英知によって多大な「人工的富」(Artificiall Wealth)を生み出した偉大な新興国である。「どれほど大きな財産を彼らは獲得したか…。そのすべてが、商品の売買に継続的に勤しむことによって成し遂げられているのではないか。彼らの諸州はキリスト教世界のほとんどすべての地域にとって、倉庫であり貯蔵庫ではないか。彼らの富・船舶・海員・技芸・住民は、このような倉庫と貯蔵庫によって…驚くべき大きさにまで成長している」<sup>(8)</sup>。要するに、禁欲的で賢明なキリスト教徒であるオランダ人は、仲継貿易を勤勉に営むことによって巨大な富と力を築いたというのである。

ところがマンによれば、オランダの繁栄は賞讃に値するけれども、その飛躍的な躍進はイギリスにとって脅威であった。彼はこれまでとは論調をがらりと変えながら、次のように述べている。「キリスト教国において [オランダ人ほどに]、われわれが海外と国内で海運と産業活動をおこなうさいに、われわれを不断に傷つけ、痛めつけ、<sup>さえき</sup>遮っている国民はいない」<sup>(9)</sup>。「オランダは勤勉な貿易活動によって、世界のすべての地域から集める船舶・武器・索具・穀物・火薬・砲弾・その他いろいろの物を、他の諸国王に供給し販売することができるし、またそうしている。彼らはこのように振る舞うことを通じて、自らを強化しようと欲しているが、それに劣らず他の国民（とりわけイギリス人）を押し退けて損傷を与えている」<sup>(10)</sup>、と。要するに、オランダは一方で貿易の拡大を通じて経済的繁栄と国力の強化を図っているけれども、他方でイギリスのような後発の諸国の経済活動を抑圧して妨げている、というのである。

マンが東インド会社の総裁であったことを想起すれば、彼がすぐれてオランダの驚異的な海外貿易の拡大に脅威を感じ、それに異を唱えているのは十分に頷ける。エリザベス治世の1600年に設立された東インド会社は、東インド貿易に乗り出したけれども、強力な海軍によって支えられたオランダ東インド会社の目覚ましい進出によって活動を阻まれていたからである。ところが意外にも、マンが最も厳しい批判を浴びせているのは、オランダの外国貿易ではなく漁業に対してである。「偉大な鯨魚は、その連邦共和国の最高の産業であり、重要な宝庫 (Gold Mine) である」<sup>(11)</sup>。この叙述に窺えるように、彼によれば、この共和国の経済的繁栄を根底で支えているのは、外国貿易でも農業でも工業でもなく漁業だからである。彼はそのようなオランダ経済の究極の基盤をなしている漁業が、イギリスの領海で許可を得ることなく不当に営まれていることに非難の矢を向けながら、次のように述べている。「オランダ人は漁業以外には、ほとんど基礎をもっていない。その漁業はイギリス国王の海で営むことが彼らに容認されているが、それは実際のところ [彼らにとって]、海上と陸上とにおいて途方もない富と力を獲得するための手段である。ところが、[彼らは] その漁業をイギリス国王の海で営んでおり、そうすることが容認さ

れている」<sup>(12)</sup>。だから、「そのような基礎 [= 漁業] が崩壊すれば、彼らの海上と陸上での富と力という建物全体は、倒壊するに相違ない」<sup>(13)</sup>、と。オランダ人はその頃、フーゴ・グロティウスが主張した「公海自由の原則」を理論的根拠にして、イギリス海域で漁業権を行使することは正当である、と主張していた。これに対してマンは、次のように反論している。「魚があちらこちらへ随意にやって来るのは自由である。しかしながらオランダ人がイギリス国王の許可なく魚を捕らえて、そこから持ち去るのは、自由であるとは思えない」<sup>(14)</sup>。「イギリス国王の海で魚を捕る資格を彼らに与えることができるのは、オランダの『海洋自由論』(Mare Liberum [1609])の著者 [グロティウス] ではない」<sup>(15)</sup>。「そのような資格は言葉 (words) によってよりも、剣 (swords) によってもっと速やかに決定されうる」<sup>(16)</sup> からである、と。すなわち、オランダは実際には「言葉」による理屈ではなく、「剣」による暴力によって漁業権を行使しながら、他国の領海を侵しているというのである。こうしてマンによれば、「オランダの栄光と威力」は賞讃に値するかも知れないけれども、それは暴力的で不当な漁業の営みによって生み出されたものにすぎなかった。

オランダの漁業は確かに、この国の経済的繁栄を支えた基幹産業であった。K・ファイリングが指摘しているように、「漁業はオランダが存在するためのヨーロッパにおける大動脈」であり、「イギリスの領海での鯨漁が、この大動脈の源流をなしていた」<sup>(17)</sup>。とはいえ、周知のようにオランダの最も重要な経済的基盤は仲継貿易であり、この国の経済成長は実際のところ漁業よりもむしろ外国貿易の発達を通じて遂げられた。したがって、この国の「最高の産業」は鯨業であるというマンの見解には、同意できない。ところがオランダが、イギリスの利益と対立し、それを侵害するやり方で漁業を営んでいたという彼の論難には、異論がない。D・マランドによれば、オランダ人の勤勉と努力と発明の才という国民的気質は、その漁業において顕著に発揮された。彼らは、船で引く、長さが107メートルもある、流し網を発明した。また、新型の2本マストの漁船を建造した。彼らはこのような巧妙な発明や工夫により、鯨業を大変革した。ところが政治史・経済史研究の成果によれば、彼らは実際のところ、英知に富む思慮深い国民性には相応しくない野蛮な方法で、漁業を営んでいた。彼らは6月から12月にかけて鯨業をおこなったけれども、スコットランド北部のシェットランドからテムズ川の河口域までに至る、イギリスの沿岸に沿ってそれを営んだ。しかも、その鯨業は1,000隻以上もの漁船により、巡洋艦に護衛されて営まれた。捕獲された魚は、オランダに持ち帰って塩漬けにされ保蔵された。その量は年間30万トン以上にも昇った<sup>(18)</sup>。むろん、イギリスはエリザベスの時代からすでに、このようにオランダ人により自国の領海で漁業が営まれることに抗議していた。イギリスの領海に許可なく不当に侵入しないように要請していた。ジェームズ一世は1609年に、イギリス沿岸で漁業を営むには許可書が必要であるという布告を発した。1635年にはジョン・セルデンが、グロティウスの学説に対抗して『海洋封鎖論』(Mare Clausum)を刊行し、イギリス海域におけるこの国の統治権(→漁業権)を擁護した。しかしながら、オランダはこのようなイギリスの要請に耳を貸すこ

とはなく、『海洋自由論』をイデオロギー的支柱にし、海軍力を誇示しながら、イギリス沿岸での漁業を続けた<sup>(19)</sup>。

イギリスは1660年に王政を復活させた。その頃オランダは、かつてのスペイン植民地とポルトガル植民地とを掌中に収める巨大な海上帝国として、世界に君臨していた。これとは対照的に、海外進出の遅れをとっていたイギリスは、王政復古期に入っても依然として、世界の商業至上権の支配をめぐる列強間での争いにおいて、ほとんど常に劣勢にあった<sup>(20)</sup>。この国はエリザベス治世の頃より、国王が率先して特権的貿易会社を相次いで設立し、国際貿易の拡大を促進してきた。「王室的重商主義」(royal mercantilism)と呼ばれる経済政策が、それである。しかしながら17世紀中頃になっても、その成果はさほど上がらず、この国に経済的繁栄の萌しはまだ現れていないように見えた。イギリスの海外進出を妨げる直接的な原因が、オランダによる国際市場の独占的支配にあったことは、確かである。イギリスの海外貿易商人は、世界の各地でオランダの壁に阻まれて、しばしば困難に遭遇して辛酸を舐めた。その有様はあまりに過酷だったので、ファイリングが指摘しているように、「オランダ人による貿易の理論と実践は、特別にイギリスの貿易を破滅させるように意図されているという思いが、イギリス人の心に酷く染み込んだ」<sup>(21)</sup>。実際のところ、王政復古期までにこの国は、海外貿易のほとんどすべての領域において悲惨な状態にあった。その様相は、概ね次のとおりである。

王政復古期にこの国の海外貿易を担っていた主要な商人グループ——株式会社(joint-stock company)か制規組合(regulated company)として結成された団体——は、東インド会社、王立アフリカ会社、マーチャント・アドヴェンチャラーズ組合、イーストランド組合、レヴァント組合であった。これらは主に毛織物の輸出を目的にし、国王から特許状を得て設立された特権的貿易会社・組合であった。いずれにせよ、これらの商人グループは王政復古期に、この国の「輸出を循環させる大動脈」<sup>(22)</sup>としての役割を果たしていた。ところが、これらの会社や組合は活動を始めて以降、どれもが総じて経営が芳しくない手詰まりの状態に陥っていた。それはあたかも「イギリスの商業発展の前途に見込みがないこと」<sup>(23)</sup>を通告しているかのような、酷い状態であった。

マーチャント・アドヴェンチャラーズ組合は、15世紀からオランダ・フランス・デンマークに半製品の毛織物を輸出していた。この組合は伝統的なロンドン商人の団体であったが、多額の負債を抱えて経営難に喘いでいた。イーストランド組合は1579年に設立され、バルト海沿岸貿易を営んでいたが、オランダに活動を阻まれただけでなく、インターローパー(=非特権的自由貿易商人)を貿易路から排除できなかったことによっても足を掬われて、苦境に立っていた。レヴァント組合は1581年に設立され、地中海東部の沿岸地域から干し葡萄、ナツメヤシ、絨毯を輸入していた。しかしこの組合は、オランダ商人ではなくフランス商人と海賊とに真正面から衝突して、大きな成果を上げることができない状態にあった。また、1555年にいち早く株式会社として設立された、ロシアとの交易をおこなう特権会社があったが、この会社はオランダに交

易ルートを絶たれて、久しく活動を滞らせていた<sup>(24)</sup>。

オランダ商人が最初に進出したのは、バルト海であった。彼らはそこでポーランドの穀物の輸出を、ハンザ同盟の商人から引き継いでおこなった。また北欧の物品の輸出を一手に占めた。続いて、彼らは八十年戦争（Eighty Year's War, 1568-1648）の最中であるにもかかわらず、敵国スペインとの交易を開いた。1570年からバルト海沿岸地域の材木をスペインに輸出した。また、スペインの羊毛・石鹼を、イギリスとオランダの毛織物製造業者に販売した。さらに貿易相手国を広げ、ポルトガルの塩をオランダに持ち帰って、自国の水産業者に販売した。地中海の果物、スペインとカナリヤ諸島のワインを北ヨーロッパに輸出した。1590年代にはジブラルタル海峡を抜けて地中海に深く進出し、バルセロナ・マルセユ・ナポリ・リヴォルノで交易した。このようにオランダは仲継貿易業者として、早くも16世紀のうちに西ヨーロッパとその周辺諸地域とにおける国際市場を席卷した。このような状況を眼にすると、イギリスの対外貿易が特権的カンパニーを設立して積極的に促進されたにもかかわらず、バルト海・北海・地中海のいずれの方面においても実を結ばなかったことは、十分に理解できる<sup>(25)</sup>。

イギリスが最も大きな力を傾けて奨励したのは、東インドと西アフリカとの貿易であった。ところがこの国が海外進出において、オランダと直接的に真正面から最も激しく衝突したのも、双方の貿易においてであった。むろんイギリスはここでもオランダの威力に屈して無惨な立場に置かれていた。東インド会社は1600年に設立された、この国の最も重要な特権的貿易会社であった。この会社が営んだ東インド貿易は、政府により最も大きな力が注がれて奨励された外国貿易であった。この会社は東インド諸地域だけではなく、廈門に本拠を置いて中国との交易にも力を入れた。また1628年には、ペルシアとも交易を始めて利益を取めた。とはいえ活動の中心が置かれたのは東インドであり、その各地に多くの在外商館が構えられた。1661年には、ポルトガルの領地であった港市ボンベイを占領した。輸入品はキャラコ（インド綿布）、チンツ（インド木綿）、インジゴ（染料）、生糸、磁器、硝石であった。輸出品は、地金、鋳貨、毛織物、鉛、鉄、水銀であった。なお、当初の主な輸入品は胡椒であったが、オランダに供給源を奪われて王政復古期には大幅に減少していた。この東インド貿易における主要な輸入品は、イギリスの毛織物から国内市場を奪うキャラコであった。しかも、この貿易においては差額が赤字で地金と鋳貨が大量に流出していると見られた。そのために当の貿易の是非を巡り、国内において激しい論争が展開された<sup>(26)</sup>。

東インド貿易は幸先の良いスタートを切った。最初の頃の航海は多額の利潤をもたらし、株主にはかなりの配当金が支払われた。しかし、そのような良好な状態が続くという見込みは、まもなく消えた。その理由はいうまでもない。この貿易がオランダ東インド会社という手強いライバルによって、ほぼ全面的に支配されていたからである。むろん双方のあいだで対立が生じた。しかもそれは熾烈を極めて、血生臭い争いにまで発展することがあった。E・リブソンは、「イギリスの会社とオランダの会社との競争は、第一次オランダ戦争へ徐々に導いていく、一連の出来

事を連結するものを生み出した」<sup>(27)</sup>、と指摘している。すなわち、1652年に勃発した英蘭戦争の原因としては、さまざまな諸事象が挙げられるけれども、そのような諸事象の背後に存する、この戦争の根源的な原因は、東インド貿易における両国の対立であった、というのである。そうであるとすれば、1623年に突発した「アンボイナの虐殺」(massacre of Amboyna)は、その30年後に両国のあいだで戦争が発生することを予告する不吉な事件であったといえる。その事件のあらましは、こうである。

1611年にイギリス東インド会社はオランダに対し、香料諸島（モルッカ諸島）での交易活動が、オランダ人によって著しく妨害されている、と訴えた。これに対し、他の諸国に先立って或る地域を支配している国は、その地域で優先的に交易を独占的に営むことができる権利を持っている、とオランダは応えた。すなわち、すでにオランダの占領地である香料諸島でのイギリスの交易活動は、オランダの優先権を侵害する不当な行為である、というのである。これに対し、イギリスは「海洋自由」(mare liberum)論に依拠して、オランダが香料諸島でおこなっている独占貿易は理に反する行為であり、そこではイギリス商人にも自由な交易活動が認められて然るべきである、と反論した。この論戦は結局、1619年に両国のあいだで条約が締結されて決着がついた。そして、「東インドにおける商取引と売買は、イギリスの会社とオランダのそれとの双方にとって、自由であるべきこと」<sup>(28)</sup>が合意された。また、アンボイナ島（モルッカ諸島の一つ）は双方のあいだで分割して所有され、オランダの東インド会社にその $\frac{2}{3}$ が、イギリスの会社に $\frac{1}{3}$ がそれぞれ割り当てられることが決まった。こうして当の条約により、すべてが落ち着いたかのように見えた。ところがその後、人々の意に反する事件が突生した。1623年にイギリス商人がアンボイナ島でオランダ人によって突然に逮捕され、しかもそのうちの10人が死刑に処せられた。しかるに国王ジェームズ一世は、オランダの圧倒的な武力に威嚇されて、為す術がなかった。これが当の事件の顛末である。この出来事がいずれにせよ、イギリス人のライバル国に対する国民的憎悪を掻き立てる決定的な原因になったことは、いうまでもない。ペティはこの衝撃的な事件が起きたその1623年に、イングランド南部の田舎町で生まれた。

アフリカ貿易は、東インド貿易よりも早いスタートを切った。アフリカと交易しようとする動きは、すでに中世にあった。16世紀には、交易を進める一連の動きが見られた。1553年よりギニア遠征が相次いでおこなわれ、黄金海岸より胡椒と金が輸入された。エリザベス治世の1558年には女王の支援を受けて、西アフリカ貿易を独占して営む冒険的貿易商人による特権の組合が設立された。その後1587年より数多くの航海が企てられ、セネガンビアから獣の皮・アラビアゴム・蜜蝋・金が輸入された。またジョン・ホーキンス(John Hawkins)は1562年に、奴隷の掠奪を目的とするギニア遠征を企て、1564年～69年にアフリカとスペイン領アメリカとのあいだで奴隷売買をおこなった。しかしながら、エリザベス期におけるアフリカ貿易は、その頃ギニア海岸での交易を独占的に支配していたポルトガルによって自由な活動を妨げられ、最終的には挫折した<sup>(29)</sup>。

アフリカ貿易は開始時が早いという点だけで、東インド貿易と異なっていたのではない。この貿易は東インド貿易におけるように、同一の巨大な会社によって継続的にではなく、幾つかの短命の商人グループによって交代しながら推進された。また、この貿易は東インド貿易と同様に、特権的商人だけに活動が許される独占貿易政策によって促進されたけれども、後者とは異なり、実際には特権的商人だけではなくインターローパーによっても精力的に営まれた。したがって特権的商人は、国王から授けられた貿易独占の権利をしばしばインターローパーによって蹂躪された。しかしながら、アフリカ貿易がオランダによって独占的に支配され、イギリスがこの貿易で旺盛な活動をおこなうことは極めて困難であったという点では、東インド貿易とまったく異ならなかった。

アフリカ貿易が断続的にではなく持続的に推進されて、顕著な発達を遂げたのは、17世紀に入ってからであった。ジェームズ一世の治世の1618年に、通称「ギニア会社」(Guinea Company)と呼ばれる特権的貿易会社(Company of Adventurers of London Trading to the Parts of Africa)が設立された。これは株式会社の形式を踏まえた、最初のアフリカ貿易を営む商人グループの組織であった。この貿易会社は金を獲得するために、1618年~21年の間にガンビアへ向けて3回ほど航海をおこなった。しかし金を獲得することはできず、負債は累積して、この貿易は失敗に終わった。他方でセコイア(染料)を得るために、シエラレオネで活動をおこなった。これは収益が期待できる貿易であったけれども、インターローパーの侵入によって活動を阻まれた<sup>(30)</sup>。なお、イギリスの特権的商人による奴隷貿易が顕著に見られるようになったのは、1640年代に入ってからであるが、T・E・イニコリによれば、ギニア会社はそれよりも早くから奴隷売買に手を染めていた<sup>(31)</sup>。

チャールズ一世の治世の1631年に、新しい特権的貿易会社(Company of Merchants Trading to Guinea)が設立された。しかし、この会社の設立に携わってその経営陣となったメンバーは、旧来のギニア会社のそれと同じ人々であった。つまり、この新会社は実際には、ただ社名が変更されただけにすぎない旧来の会社であった。それはともかく、この新ギニア会社も旧会社と同様に、インターローパーによる独占市場への果敢な侵入によって活動を妨げられた。そればかりか、内乱(Civil War)が起こった1642年以降は、貿易活動において、それが有する貿易独占権を強硬に行使することは難しくなった。この会社は国王の権威によって存立していたことから、革命勢力によって攻撃され、その貿易独占権は非難的になったからである。こうして結局、革命の成就により、その経営陣はインターローパーを含む議会派の非特権的貿易商人に取って代わられた。この会社は設立以来、金の輸入を主な目的にして活動していた。ところがその貿易活動は、オランダ西インド会社(1621年に設立)のそれと利害が対立し、この強力なライバルとの熾烈な競争に圧倒されて悲惨な状態に陥った。活動を開始してから1650・51年までのあいだに、10万ポンドもの損失を被り、結局1650年代の中頃までに貿易活動を停止することを余儀なくされた<sup>(32)</sup>。

17世紀が深まるにつれて、オランダはますます経済的繁栄を誇るようになった。ところがこの強国はイギリスにとっては、その進出のまゝに立ちはだかる難敵として、脅威に感じられるものとなった。オランダは海洋の自由を唱えてイギリスの領海に侵入しながらも、東インドとアフリカの占領地では武力を行使して、他国が自由に出入りするのを阻んでいた。このような強国オランダの尊大な振る舞いに、イギリス人はしだいに国民的憎悪を覚えるようになった。サー・ジョージ・ダウニング（Sir George Downing）は1663年にクラレンドンに宛てた書簡で、このようなオランダの自己本位の不遜な態度を、「彼らの習わしはイギリスの海では海洋の自由（*mare liberum*）だが、アフリカの海岸と東インドでは海洋の封鎖（*mare clausum*）だ<sup>(33)</sup>」と、皮肉交じりに批判している。ところがチャールズ一世が統治しているあいだは、イギリスがオランダと剣を交える恐れはなかった。オランダ総督ウィレム二世はチャールズの娘メアリーの夫であり、両国のあいだに外交的解決の糸口があったからである。しかしながらチャールズが1649年に処刑され、その翌年にウィレムが亡くなってから状況は変わった<sup>(34)</sup>。

クロムウェルが王政を倒して政権の座についた頃から、イギリスは軍艦と私掠船（武装民有船）によってオランダ商船を拿捕するようになった。この非道な掠奪は着実に増大して、1651年にはイギリス海峡・アイリッシュ海・大西洋・カリブ海の公海で少なくとも140隻のオランダ船が襲われた。また1652年には1月だけで、30隻もの商船が連れ去られた。このようなイギリスの大胆で乱暴な行為に対し、オランダ人はむろん国民的憎悪を覚えた<sup>(35)</sup>。

クロムウェルは政権の座についた後、1651年に航海法を制定した。この法律の重要な内容は、次の2点であった。第1に、アジア・アフリカ・アメリカで生産された商品が、イギリス・アイルランド・（その他のイギリス）植民地に輸入されるばあいには、イギリス船（船長と船員の大部分がイギリス人である船）によって輸送されるべきこと。第2に、ヨーロッパで生産された商品が、イギリス・アイルランド・植民地に輸入されるばあいには、イギリス船か、その商品を生産した国・地域に所属する船によって、輸送されるべきこと<sup>(36)</sup>。この法律の目的は、イギリスの海運業を奨励して外国貿易の拡大を促すことにあった。また、海運業の発達を遂げることを通じて、この産業の発達と密接な繋がりがある海軍力の強化を図ることにあった。それだけではない。そのもっと重要な目的はさらに、オランダの仲継貿易の拡大を阻むことに向けられていた。世界の貨物集散地であるアムステルダムに輸入された商品が、オランダ人の手によって、その重要な仲継貿易圏であるイギリスに輸出されるのを妨げることにあった。オランダ経済の特徴は、財貨を他国から輸入して別の国に輸出するにすぎない、対外依存的な活動をその支柱にしている、という点にあった<sup>(37)</sup>。したがって、当の法律が発効されて、オランダの貿易商人と海運業者がその主要な貿易ルートを失うならば、この国はその外国貿易の活動を抑制されるだけでなく、その経済の存立基盤そのものを危うくすることになるであろう。そのような理由により、航海法が成立したとき、とりわけオランダの貿易商人と海運業者は酷く不安に陥って狼狽した<sup>(38)</sup>。クロムウェルによる航海法の発布はいずれにせよ、オランダ商船の拿捕とともに、オランダによ

る国際貿易の独占的支配に対し、武力の行使をも辞さないで対抗することを表明するものであった。

スミスは『国富論』で、クロムウェルの当の航海法とそれに続いてチャールズ二世が制定した同種の法を、次のように賞讃している。「この有名な法律の諸規制のなかのあるものが、国民的敵意（national animosity）から出ていたであろうということは、ありえないことではない。しかしそれらの諸規制は、すべて最も思慮ある英知によって命じられたかのように、賢明なものである」<sup>(39)</sup>、と。コスモポリタニズム世界主義の立場から自由貿易を唱えたスミスが、このように述べていることは、意外に思える。彼は、近代に入って「不和と敵意」の関係に陥っているヨーロッパ諸国が、そのような状態を脱して「連合と友情との絆」で結ばれた「大商業共和国」（great mercantile republic）を形成すべきであるという構想を、抱いていたからである<sup>(40)</sup>。確かにスミスにとって、航海法それ自体は、自由な商業活動を妨げる重商主義的規制を内包するものであった。彼は自由主義の政策立場から、この法は不都合であると次のように述べている。「航海法は対外商業にとっても、対外商業から生じうる富裕の増大にとっても、有利なものではない」<sup>(41)</sup>、と。ところが彼によれば、この国が17世紀に航海法を発布したことは、対外政策という幅広い見地から見て、極めて適切な行為だったのである。この法を賞讃する理由について触れながら、彼は次のように述べている。「国防（defence）は富裕よりもはるかに重要であるから、航海法（act of navigation）は恐らく、イギリスのすべての商業的規制のなかで最も賢明なものである」<sup>(42)</sup>、と。このスミスの言説は、強国オランダの威力に圧倒されて守勢に立っていた、17世紀のイギリスが置かれていた、困難な国際政治的状况を顧みながら発せられたものであるといえる。しかしながら、この国がその劣勢の状態を脱して海外進出を積極的に図るには、強国オランダの武力から身を守るだけでなく、さらに進んで、このライバル国に真っ向から挑むことが可能となる政治力・軍事力を備えることが不可欠であった。というのも、1652年に刊行された『代弁者』（*The Advocate*）の匿名者がいみじくも述べているように、「貿易で勝利するのは最強国であるから、貿易は一種の戦争である」というのが、当時の紛う方ない現実だったからである<sup>(43)</sup>。このような見解が、国際問題は究極的には武力によって解決されるという、マンの言説と軌を一にするものであることは、いうまでもない。

クロムウェルによる航海法の発布は、事実上の宣戦布告であった。F・リストの言葉を借りれば、「航海法はイギリスの成長しつつある支配権がオランダの勢威ある支配権の面上に投げつけた、決闘を宣する手袋であった」<sup>(44)</sup>。第一次英蘭戦争は、それが発布された翌年（1652年）に始まった。この戦争が起こったとき、イギリスの海軍力は決してオランダに劣っていなかった。その海軍は共和制成立後の1649年～51年のあいだに著しく増強され改善されていた。ところが、オランダ艦隊はこれとは逆に、同じ期間に縮小されていた<sup>(45)</sup>。イギリスの戦艦の数は85隻で、確かにオランダの112隻よりも少なかった。ところがその戦艦は概して大型で、1隻あたりの平均ではオランダの軍艦よりも多くの水兵と、大きな大砲をより多く搭載できた。しかもイギリス

海軍の組織力は抜群に優れていた<sup>(46)</sup>。戦いが始まった頃、イギリスの提督ロバート・ブレイク（Robert Blake, 1599-1657）は、この戦争で敵の艦隊を破壊しようという意図を当初はもっていなかった。オランダの艦隊ではなくその商業を破壊することが、その当面の目的であると考えていた。イギリス海峡を封鎖して、オランダの銀船隊（Silver Fleet）がそこを通過するのを阻止する。そうすることにより、商業の不可欠な用具である地金（＝鑄貨）が、オランダ商人の手に大量に流入するのを食い止める。そのようにしてライバル国の貿易活動の拡大を抑制するのが、自分の使命であると考えていた。しかるにオランダの司令官マールタン・トロンプ（Maarten Tromp, 1597-1653）は、これとは異なる意図を当初からもっていた。彼にとっては、イギリス艦隊に積極的な攻撃を加えてそれを破壊することが、この戦争の目的であった<sup>(47)</sup>。

戦闘は5月に始まった。その切っ掛けは些細なことであった。イギリス海峡を航行していたオランダの軍艦が、ブレイク提督の率いるイギリス艦隊に敬礼する（旗を少し下げて敬意を表する）のを怠った。そこでブレイクはトロンプに対し、その軍艦の正体を突き止めるように要請した。ところがトロンプはこれを拒否し、ブレイクはそれに憤慨したことから、双方の艦隊のあいだで砲撃が始まり、宣戦が布告されることになった。ブレイクはジョージ・マンク（George Monck, Duke of Albemarle 1608-70）の支援を受けながら、トロンプに対して圧倒的に優勢に戦った。双方の強大な艦隊が北海とイギリス海峡で9回ほど衝突したが、そのほとんどの海戦でオランダ艦隊は粉碎された。その後、1653年7月におこなわれたスヘーフュニンゲン（テセル）の海戦で、イギリス軍は決定的な勝利を取めた。この戦いでオランダ艦隊は撃破され、トロンプは1,600人のオランダ水兵とともに戦死した。こうしてイギリスは海戦でオランダに圧勝したけれども、クロムウェルはこれ以上の攻撃を敵国に加えようとはしなかった。彼自身は最初からオランダと戦火を交えることに乗り気ではなかったからである。本来イギリスは同じプロテスタント教国であるオランダとは同盟を結ぶべきであり、刃はオランダではなくカトリック教国スペインに向けられるべきである、と考えていたからである。こうして結局、オランダからの申し出により、1654年4月にウェストミンスター条約（Treaty of Westminster）が結ばれて戦争は終結した。しかしながら、イギリスは勝利したにもかかわらず、この条約で得たものはほんの僅かであった。

確かにオランダはこの戦争で、政治的・軍事的にだけでなく経済的にも大きな打撃を被った。アムステルダム市長の算定によれば、この国は約1,200隻の商船と漁船を失った。その結果、その鯨業と海運業は麻痺状態に陥り、遠隔地貿易の大部分はしばらく活動を停止しなければならなくなった。しかしながら、この国は敗戦による経済的不振の状態から速やかに脱出した。イギリスがスペインと戦争をおこなっていた1655年～60年のあいだに国際的仲継貿易を再開して、最強国としての地位を取り戻した。それどころではない。この強国は東インドでの独占的支配を拡大して、最も繁栄する「黄金時代」を迎えることになった。要するに、第一次英蘭戦争におけるイギリスの勝利は、ライバル国の経済力と国力を微塵も打ち砕くことはできなかったのである<sup>(48)</sup>。

イギリスでは1660年に王政が復活して、チャールズ二世の治世となった。オランダの事実上の宰相デ・ウィット (Jan De Witt, 1625-72) は、チャールズと友好を結ぶことを欲した。海上貿易に経済的基盤を置くオランダにとっては、ライバル国と友好関係を築いて、海洋を平穏な状態に保っておくことが望ましい、と考えたからである。またチャールズは、妹メアリーが王女であるオランダと敵対することは、もとより望んでいなかった。こうしてロンドンで、デ・ウィットの使節とチャールズ国王とのあいだで和平交渉が始まった。しかし交渉は難航し、遅々として進展しなかった。オランダは航海法の撤廃とイギリスの領海での漁業権を主張したが、これはイギリスにとって受け入れがたい要求であったからである。そうこうするうちに、双方の友好的雰囲気をつぶすことが起きた。議会で、クロムウェルの旧航海法に代わる新しい航海法が通過した。しかもチャールズはロンドンのシティと下院から強い圧力を受けて、やむなくその制定を承認した。このチャールズによる航海法の制定が、和平交渉にとって破滅的な打撃であったことは、いうまでもない。その頃ハーグ大使を務めていたダウニングによれば、航海法は「オランダの側にとっては、世界のすべての事柄のなかで最も大きな苦痛の種」<sup>(49)</sup> といって然るべきものであった。それだけではない。航海法に続いて、イギリス沿岸から10マイル以内の領域で漁業ができるのはイギリス臣民だけであるという内容の法案が、議会で上程されて速やかに立法化された。この立法化が、和平交渉でのオランダの要求にたいする拒絶の表明であったことは、いうまでもない。こうして交渉は決裂した<sup>(50)</sup>。結局、D・オッグが指摘しているように、「王政復古時に交わされた儀礼的挨拶は、二国民のあいだの競争関係と嫌悪とを覆い隠すのに役立つだけであった」<sup>(51)</sup>。

その後、両国は海外交易において極めて険悪な関係に陥った。1661年以降、西アフリカ・カリブ海・東インドでの交易活動において激しく衝突し、1664年までにはさらに対立を深めて、戦争が不可避であるという状態に入った<sup>(52)</sup>。国王チャールズとそれに仕える2人の老練な政治家クラレンドン (Edward Hyde, 1st Earl of Clarendon, 1609-74) とサウサンプトン (Thomas Wriothesley, 4th Earl of Southampton, 1607-67) は、戦争に乗り気ではなかった。ところが3人の若い政治家ヘンリー・ベネット (Henry Bennet), トマス・クリフォード (Thomas Clifford), ウィリアム・コヴェントリ (William Coventry) は、ヨーク公 (Duke of York: 後のジェームズ二世) とともに対オランダ戦争に突入することに積極的であった。また下院は好戦的な風潮に染まっていた<sup>(53)</sup>。同年4月21日に下院において、イギリスの貿易の衰退の原因は、オランダ国民が世界の至る所でわが国王の権利を侵害する行為をおこなっていることにある、ということが確認された。また、そこでは上院と足並みを揃えて、「イギリスの交易を保護するための処置をオランダに対して取ることを、国王に要求する採決がおこなわれた。こうして政府は海軍に対し、戦闘の準備を整えるように命じた。しかるにこの国には、戦争を遂行することを可能にする不可欠の条件は備わっていなかった。海軍省の書記という職務にあってこのような事情を熟知していたサミュエル・ピープス (Samuel Pepys, 1633-1703) は、4月30日付の日記

で、「われわれはみな戦争を望んでいるようだが、それは自分たちが今相手に対して優位に立っていると思っているからだ。しかし、私としては戦争を恐れている」<sup>(54)</sup>、と記している。彼が憂慮するところによれば、政府は財源の不足に陥り、しかも海軍は酷く腐敗していた<sup>(55)</sup>。ところが、イギリスの国家財政がこのような手詰まりの状態にあった折しも、オランダは機先を制して戦闘行為に出た。11月21日に、イギリス海軍の軍需品を運搬していたスウェーデン商船を、オランダ艦隊が襲った。イギリスは直ちにこれに報復した。その日のうちに、提督テディマン（Sir Thomas Teddeman, ?-1668?）はオランダ商船を18~20隻ほど拿捕した。ピープスはその日の日記に、「戦争は始まった。どうかうまく終わりますように」<sup>(56)</sup>、と興奮を抑えた筆致で記している。その頃、下院は戦争のための補助金250万ポンドを票決した。これは先例のないほどに巨額の戦費であったけれども、ピープスの見積もりによれば、それでも大規模な戦争を遂行するには不十分な金額であった<sup>(57)</sup>。この戦費は月割査定税にもとづき、12月25日より調達が開始された。いずれにせよ、この国に逡巡している暇<sup>いとま</sup>はなかった。オランダ国会は翌年の1665年2月22日に戦争を宣言した。これに対しチャールズは不本意ながらも、3月4日に宣戦を布告した。この頃、国民のあいだでは反オランダの感情と戦意が高揚していた。むろんピープスは、このような楽観的な世論に同調しないばかりか、その動向を酷く懸念した<sup>(58)</sup>。こうして第二次英蘭戦争（Second Dutch War, 1665-67）が始まった<sup>(59)</sup>。ペティがこの戦争と直接に関係がある『賢者』を書いたのは、その戦いの真っ只中においてであった。

(1) Jordan ed., *op. cit.*, pp. 19-20.

(2) Cf. Jonathan I. Israel, *The Dutch Republic: Its Rise, Greatness, and Fall 1477-1806*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1995, paperback with corrections, 1998, Ch. 29, 30. 大塚久雄「オランダ型貿易国家の生成」（大塚久雄・高橋幸八郎・松田智雄編著『西洋経済史講座』IV, 岩波書店, 1960年, 所収), 参照。

(3) William Temple, *Observations upon the United Provinces of the Netherlands*, in *The Works of Sir William Temple*, London, 1757, Vol. I, p.183.

(4) Thomas Mun, *England's Treasure by Forraign Trade*, London, 1664 [1620], rpt. Oxford: Basil Blackwell, 1967, p. 72. トマス・マン（渡辺源次郎訳）『外国貿易によるイングランドの財宝』東京大学出版会, 1965年, 125頁。Vgl. Josef Kulischer, *Allgemeine Wirtschafts-geschichte des Mittelalters und der Neuzeit*, 1929, Nachdruck, München: R. Oldenbourg Verlag, 1971, Band II, S. 210. ヨーゼフ・クーリッセル（松田智雄監修）『ヨーロッパ近世経済史』I, 東洋経済新報社, 1982年, 302-303頁。

(5) *Ibid.*, p. 72. 邦訳, 126頁。

(6) *Ibid.*, p. 73. 邦訳, 同上。

(7) *Ibid.* 邦訳, 127頁。

(8) *Ibid.*, p. 74. 邦訳, 128頁。

(9) *Ibid.*, p. 81. 邦訳, 140頁。

(10) *Ibid.*, p. 74. 邦訳, 129頁。

(11) *Ibid.*, p. 75. 邦訳, 130頁。

(12) *Ibid.*, p. 74. 邦訳, 同上。

- (13) *Ibid.*, p. 75. 邦訳, 同上。
- (14) *Ibid.* 邦訳, 131 頁。
- (15) *Ibid.* 邦訳, 130 頁。
- (16) *Ibid.* 邦訳, 同上。
- (17) Keith Feiling, *British Foreign Policy 1660-1672*, London: Macmillan, 1930, p. 98.
- (18) Cf. David Maland, *Europe in the Seventeenth Century*, London and Basingstocke: Macmillan Education, 1966, 2nd ed., 1983, p. 242.
- (19) Cf. Feiling, *op. cit.*, Ch. III; Maland, *op. cit.*, Ch V.
- (20) Cf. David Ogg, *England in the Reign of Charles II*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1934, Vol. I, pp. 221-22.
- (21) Feiling, *op. cit.*, p. 94.
- (22) Ogg, *op. cit.*, Vol. I, p. 226.
- (23) *Ibid.*, Vol. I, p. 223.
- (24) Cf. *ibid.*, Vol. I, pp. 226-27.
- (25) Cf. Maland, *op. cit.*, pp. 243-44.
- (26) Cf. E. Lipsn, *The Economic History of England*, London: Adam and Charles Black, 1931, 6th ed. 1956, rpt. 1971, Vol. II, pp. 169ff.
- (27) *Ibid.*, Vol. II, p. 276.
- (28) *Ibid.*, Vol. II, p. 275.
- (29) *Ibid.*, Vol. II, pp. 352-53; P. E. H. Hair and Robin Law, “The English in Western Africa to 1700”, in Nicholas Canny ed., *The Origins of Empire*, Oxford & New York: Oxford Univ. Press, 1998, pp. 246-51
- (30) Cf. *ibid.*, pp. 251-252.
- (31) Cf. Joseph E. Inikori, *Africans and the Industrial Revolution in England: A Study in International Trade and Economic Development*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2002, p. 217.
- (32) Cf. Hair and Law, *op. cit.*, pp. 253-54.
- (33) Cf. Feiling, *op. cit.*, p. 119; C. R. Boxer, *The Dutch Seaborne Empire, 1600-1800*, 1965, rpt. Harmondsworth, Middlesex: Penguin Books, 1973, p. 103.
- (34) Cf. Ogg, *op. cit.*, Vol. I, p. 232; Charles Wilson, *Profit and Power: A Study of England and the Dutch Wars*, London, New York and Tronto: Longmans, Green and Co, 1957, p. 52.
- (35) Cf. Israel, *op. cit.*, p. 715.
- (36) Cf. Joan Thirsk and J. P. Cooper ed., *Seventeenth-Century Economic Documents*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1972, pp. 502-503; Lipson, *op. cit.*, Vol. III, pp. 121-22.
- (37) 大塚, 前掲論文, 330 頁, 参照。
- (38) Cf. Wilson, *op. cit.*, pp. 57-58.
- (39) Smith, *op. cit.*, Vol. I, p. 464. 邦訳 (2), 318 頁。
- (40) Cf. *ibid.*, Vol. I, p. 443, 493. 邦訳 (2), 283, 373 頁。
- (41) *Ibid.*, Vol. I, p. 464. 邦訳 (2), 319 頁。
- (42) *Ibid.*, Vol. I, pp. 464-65. 邦訳 (2), 320 頁。
- (43) Cf. Anon., *The Advocate*, London, 1652; Wilson, *op. cit.*, p. 57.
- (44) Friedrich List, *Das nationale System der politischen Ökonomie*, Stuttgart & Tübingen, 1841, Neudruck, Tübingen: Kyklos-Verlag Basel, 1959, S.71. フリードリッヒ・リスト (小林昇訳) 『経済学の国民的体系』岩波書店, 1970 年, 99 頁。
- (45) Cf. Israel, *op. cit.*, p. 715.
- (46) Cf. Wilson, *op. cit.*, pp. 64-65.

- (47) Cf. *ibid.*, pp. 68-73.
- (48) Cf. Israel, *op. cit.*, pp. 716-17, p. 727.
- (49) Cf. Herbert H. Rowen, *John de Witt, Grand Pensionary of Holland, 1625-1672*, Princeton, New Jersey: Princeton Univ. Press, 1978, p. 447.
- (50) Cf. *ibid.*, pp. 449-50.
- (51) Ogg, *op. cit.*, Vol. I, p. 246.
- (52) Cf. Israel, *op. cit.*, p. 766.
- (53) Cf. Ogg, *op. cit.*, Vol. I, p. 283.
- (54) Samuel Pepys, *The Diary of Samuel Pepys*, ed. by R. Latham and W. Matthews, Univ. of California Press, 1970-72, Vol. V, p. 137. ピープス（白田昭訳）『サミュエル・ピープスの日記』国文社，1987～2003年，第5巻，176頁。ピープスについては，次の文献を参照。Arthur Bryant, *Samuel Pepys: The Man in the Making*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1933; Samuel Pepys, *The Shorter Pepys*, ed. by Robert Latham, Harmondsworth, Middlesex: Penguin Books, 1985, rpt. 1993; Claire Tomalin, *Samuel Pepys: The Unequalled Self*, 2002, rpt. Harmondsworth, Middlesex: Penguin Books, 2003, Ch. 12. 白田昭『ピープス氏の秘められた日記』岩波書店，1982年。
- (55) Cf. Bryant, *op. cit.*, p. 229.
- (56) Pepys, *op. cit.*, Vol. V, p. 137. 邦訳，第5巻，176頁。
- (57) Cf. Bryant, *op. cit.*, p. 247; R. Hutton, *Charles the Second*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1989, pp. 221-22.
- (58) Cf. Bryant, *op. cit.*, p. 228.
- (59) Cf. Ogg, *op. cit.*, Vol. I, pp. 283-84; Israel, *op. cit.*, p. 760.

## 第7章 『賢者』の戦費調達論

第二次英蘭戦争は，G・クラークにより「われわれの歴史における，純粹に商業的な戦争の最も明確な事例」<sup>(1)</sup>，C・ウィルソンにより「経済的競争から生じた戦争の古典的实例」<sup>(2)</sup>，J・A・ウィリアムソンにより「イギリス史における最初の純粹な植民地争奪戦（colonial war）」<sup>(3)</sup>と形容された。この戦争は，このように幾人かの歴史家によりさまざまな言葉で表現されたけれども，それが政治的・宗教的・文化的原因ではなく，主に経済的・商業的利害の対立が原因で生じた争いであったという点では，理解が一致している。またウィルソンが指摘しているように，第二次英蘭戦争が経済・商業戦争であったという，この戦争についての理解は，航海法が引き金になって勃発した第一次の戦争についても当て嵌まるであろう。

E・ヘクシャーによれば，17・18世紀に近代諸国家のあいだで繰り広げられた商業戦争（Handeskrieg）は，その頃西ヨーロッパ世界を覆っていた重商主義（Merkantilismus / Mercantilism）が原因で起こった<sup>(4)</sup>。その詳細は，こうである。重商主義とは，一言でいえば「国力の体系」（Machtssystem）である。すなわち，国力（政治力・軍事力）の強化を国家の追求すべき最高目標と捉える政策体系である。したがって重商主義においては，国家の最大の関心は国家の力に向けられるべきであるという，「国家理性」の観念が支配的であった。スミスにおいても同様に国力への関心は見られた。彼においても，国力の強化が求められた。しかし彼に

とって、「力はたんに〔他の〕目的のための手段にすぎなかった」<sup>(6)</sup>。国力は、国民の安全と富裕とを確保するための手段として求められたにすぎなかった。ところが、重商主義においてはスミスとは異なり、国力は、経済活動や国民の福祉・厚生のような何か他の目的のための手段ではなく、自己目的として重視され求められた。スミスとは逆に、経済活動や福祉・厚生のような重要な事柄でさえ、国力を強化するための手段として、その犠牲にされるべきであると考えられた。そのような考えにもとづき、「重商主義の統一的作業は、対内的に国力を個々の形成物から守る」<sup>(6)</sup> ことにある、と主張された。国内の諸々の事柄のなかでも、国家の最高目標を実現するための不可欠の手段として、とくに重視されたのは経済力（経済活動）であった。経済力は最高目標を実現するための不可欠の手段であるから、そのような手段として働くように体系的に組織化され、強化されねばならない、と主張された。要するに、「力の体系としての重商主義は何よりもまず、経済政策を自己目的としての力に役立つように適用する体系だった」<sup>(7)</sup> のである。経済力の強化を通じて、国力のそれを図ろうとする経済政策の体系だったのである。

それだけではない。重商主義はその目的を遂げるために、たんに自国の経済力の強化だけを力説したのではない。重商主義において、国力強化のために国内の諸々の事柄が犠牲にされるべきであり、とりわけ経済力がその強化のための手段として用いられるべきである、と主張されるにとどまったとしよう。そうであったとすれば、重商主義は戦争の原因にはならなかったであろう。ところが重商主義においては、その目的を遂げるためにさらに別の要件が不可欠であると考えられた。自国の経済力の強化だけではなく、さらに他国の経済力の弱体化が必要であると考えられた。そのために、重商主義は戦争の原因となったのである。その理論的筋は、こうである。重商主義においては、世界の経済資源（wirtschaftliche Hilfsquellen）の量は一定不変であるという、「経済活動の静態的把握」が支配的であった。したがって、「一国の経済資源は他国のそれを犠牲にしてのみ増加されうる」<sup>(8)</sup> と考えられた。そうであるとすれば、自国の経済活動を拡大して経済力を強化するには、それに必要な経済資源を他国から奪ってこなければならぬ。経済を発達させるにはより豊富な経済資源を確保することが必要であるが、世界における資源の量が一定であるとすれば、他国から奪ってこない限りそれを確保することはできないからである。しかも重商主義においては、「自分の大地 [= 土地] にもとづき、自分の労苦 [= 労働] を通じて経済進歩を達成しようとする努力は、まったく見込みがない」<sup>(9)</sup> と考えられた。自国の絶対的な経済進歩よりも、他国と比較した相対的な進歩が重視され、「他国よりもいっそう強くなるという関係だけが問題」<sup>(10)</sup> である、と考えられた。重商主義においては、このような理論的脈絡により、自国の経済力を強化するには他国から経済資源を奪って、その経済力を弱体化する必要がある、と考えられたのである。要するに重商主義においては、煎じ詰めれば、その究極の目標である国力の強化を実現するには、ライバル国の国力を犠牲にすることが不可避であると主張されたのである。諸国家がこのような観念に取り憑かれ、しかもその政策目標を実現しようとするならば、むろん諸国家間の利害は衝突する。ところが西ヨーロッパの近代諸国家はこぞって

このような観念に取り憑かれ、経済力と国力を強化するためにこのような政策を遂行したので、「重商主義の悲劇」ともいうべき忌まわしい戦争が引き起こされたのであった。

英蘭戦争は、イギリスとオランダが海上交易の支配を巡って争った経済戦争であった。この戦争のこのような性質は、この時代の戦争についてのヘクシャーの解釈と、大筋において符合する。彼は近代諸国家間の対立を、有限な経済資源の配分を巡って争われたゼロサム・ゲームである、と理解したからである。英蘭戦争は極限すれば、世界における財貨の供給市場とその販売市場との独占的支配を求めて、二国間で繰り広げられた血腥いゲームであった。当時、国際市場には未開拓の領域があり、その大きさが限られていたわけではない。ましてや、世界における経済資源の量が一定不変であったわけではない。ところが、経済活動の軸足を外国貿易に置いていた、当時の国家の為政者や貿易商人の眼には、あたかも国際市場の大きさと、それが供給するさまざまな財貨（金銀、奴隷、農・水産物、工業原料・製品など）の量には限りがあるように映じた。したがって、自国の経済活動を拡大して経済力を強化するには、ライバル国と争ってより大きな市場を獲得するより他に方途はないように思えた。イギリスのような後発の国家は、最強国オランダが独占的に支配している市場を掘り崩さない限り、新たな前途を開くことができないように思えた。ピープスは、第二次英蘭戦争が開始される前年にあたる1664年2月2日付の日記で、「世界の貿易量は、われわれ二国にとってあまりに小さいので、どちらか一方が倒れなければならないのだ」とコック船長がコーヒーハウスで話していた、と記している<sup>(11)</sup>。

当の戦争で勝利するには、むしろイギリスもオランダも国力を強化することが不可欠であった。市場を獲得して経済活動を拡大するには、戦争で勝利しなければならないが、そのためには何よりも政治力・軍事力を強化する必要があった。実際のところ、両国は海上交易の支配を巡る当の戦争にさいして、海軍力の強化を競い合った。このことは、重商主義においては国力を強化するために経済力が強化されたというヘクシャーの解釈と、必ずしも背離しない。というのも、経済力を強化するための国力の強化は、国力を強化するための経済力の強化でもあったからである。その詳細は、こうである。国力の強化が功を奏して戦争に勝利し、経済力を強化することができたでしょう。そうすれば、この国力の強化によってもたらされた経済力の強化は、今度は逆に国力の強化をもたらすことになるからである。戦争に勝利して商業的至上権を掌握し、交易を拡大して経済力を強化することができたでしょう。そうすれば国民の担税力は強くなり、国庫には豊富な税収入がもたらされて、政府は国力を強化するための潤沢な軍資金を獲得することが可能になるからである。ルイ14世の財務総監コルベールは、「商業は財政の源であり、財政は戦争の生命の活力（Levensnerv / vital nerve）である」<sup>(12)</sup>と記している。ところが、この商業（経済力の強化）→財政（担税力の強化）→戦争（政治力・軍事力の強化）という因果的連鎖は、一回限りで終わることなく、結果が原因となって新たに繰り返される。つまり経済力の強化と国力のそれとは、一方的ではなく相互依存的な関係にあるといえる。ヘクシャーは、重商主義においては国力が自己目的として強化され、そのための手段として経済力の強化が図られた、と指摘し

ている。しかしながら、英蘭戦争時のイギリスとオランダにおいて、そのように国力の強化が国家の最高目標として求められたのか否かは、定かではない。

なお、ヘクシャーの解釈を理論的枠組みにして、英蘭戦争の心髄を浮き彫りにしようとするばあいには、留意しなければならない点がある。それは次のような、少し厄介な事柄である。ヘクシャーが重商主義に起因する戦争を論じるばあいには、主に念頭に置いているのは、17世紀末から18世紀にかけて英仏間で遂行された四つの大きな戦争である。その時期に、両国は確かに経済力と国力を強化するために、重商主義＝保護主義の政策を強力に推進した。ヘクシャーによれば、その重商主義政策が究極的な原因となって英仏間に対立が生じたのであった。英蘭戦争はいうまでもなく、名誉革命に先立つ17世紀中頃に遂行された。その頃、両国は確かに経済力と国力を強化するための政策を推進した。ところが、そのさいにオランダが推進した政策は——イギリスのばあいとは異なり——全面的に重商主義的なそれではなかった。この国では早くから国際交易の自由が唱えられ、自国にとって有利と判断されたばあいには、重商主義的な政策と並行して自由主義的な政策が積極的に採用された。海外取引を促進するために、関税障壁は比較的安く設定され、輸出入禁制品の種目は限定された。また海洋貿易と漁業を振興するために、反保護主義的な「海洋の自由」が唱えられた<sup>(13)</sup>。つまりJ・W・ホラクスが指摘しているように、「オランダの重商主義システムは完全なものではなかった」<sup>(14)</sup>のである。またC・R・ボクサーが指摘しているように、逆の立場から見れば、「オランダ人は有益な独占を維持できると判断した時には…自由貿易主義（free-trade principles）を素早く放棄した」<sup>(15)</sup>のであった。すなわちオランダにおいては、自国の経済力と国力とを強化するために双方の政策立場が、状況に応じて柔軟かつ巧妙に採用されたのである。そうであるとすれば、英蘭戦争は必ずしも重商主義だけが原因で生じたのではなかった、といえる。17世紀末以降における英仏間の戦争が、主に重商主義に起因する国家間対立であったという理解には、異論がない。しかしながら、近代諸国家間の対立がおしなべて、重商主義だけに原因を宿す事象であったと理解するならば、議論の余地がある。

第二次英蘭戦争は1665年に始まった<sup>(16)</sup>。最初の戦闘は6月にローストフト沖でおこなわれた。6月1日に、海軍卿ヨークの率いるイギリス艦隊（150隻）とヤコブ・オブダム（Jacob Opdam [Obdam]）の指揮するオランダ艦隊（100隻）とが、サフォーク海岸沖で互いに視界に入るほどの至近距離に接近した。3日早朝、イギリス軍が風上にあつたときに戦闘が始まり、交戦は一日中続いた。「かつて見たこともない強力で十分に装備された二つの艦隊が、地球の半分以上と、諸国の商業取引と、世界の富との支配をめぐる争った」。詩人ジョン・ドライデン（John Dryden）はこの戦いを、いっさいの詩情を排しながらこのように評している<sup>(17)</sup>。結局、このローストフト沖海戦（battle of Lowestoft）はイギリス軍の大勝利に終わった。その吉報は5日後の6月8日に、国王チャールズと国民の耳に届いた。ヨーク公の秘書コヴェントリはアルベマール公爵宛に手紙を書いて、海戦の状況を詳細に報告した。コヴェントリの部下として、この手紙をいち早く読む機会をえたピープスは、その全文を自分の手帳に書き写し、その概略を8日

付けの日記に次のように書き留めた。オランダ軍は約 24 隻の軍艦と 8 千～1 万名の水兵、それに提督オブダムを失ったのに対し、イギリス軍は水兵 700 名を失ったにすぎない、と<sup>(18)</sup>。

この勝利にイギリス国民は酔いしれた。ピープスも日記に、「かつて耳にしたことのないほどの大勝利」と記した。だが勝利の喜びも束の間、この戦争の行方をも左右するような酷い災厄に、この国は見舞われた。すでに以前よりオランダから上陸して流行していたペストが、ローストフト沖海戦が終結した頃に急速に蔓延したのである。ロンドン「死亡表」によれば、6 月 15 日から 21 日までの 1 週間にこの都市で、ペストにより 267 人が死亡した。7 月の第 1 週には 700 人が、第 2 週には 1,000 人以上が亡くなり、この疫病による死亡者総数は 8 月末までに 6,000 人以上に昇った。9 月にはロンドン以外の地域にも広まって、この月だけで 3 万人以上の人々が亡くなった。ペストの流行はこの国の経済状態にも、むろん悪い影響を与えた<sup>(19)</sup>。経済活動が全般的に麻痺したことにより、政府の租税収入は著しく減少した。そのために政府は、新たな海戦を間近に控えて、戦費に充てる財源を確保する必要に迫られていた、ちょうどそのときに深刻な財政難に陥った。けれども、戦争を遂行するための費用を調達することは不可避であった。そこで議会は 10 月 31 日に、125 万ポンドの戦費を月割査定税（Monthly Assessment）で調達することを票決した<sup>(20)</sup>。ところがこの票決により、むろん国家財政が窮迫状態を脱したわけでも、戦費財源の枯渇という事態が打開されたわけでもなかった。この国には実際のところ、125 万ポンドもの金額を戦費に充てるほどの余力はなかった。

ペティが『賢者』を執筆したのは 1665 年の秋、議会在が 125 万ポンドを票決した 10 月 31 日より後で、クリスマスよりも前にあたる時期である。その頃、ペストの流行は下降に入っていたけれども、国家財政は極めて逼迫した状態にあった。彼はこの論説で、面前の対オランダ戦争を遂行するのに必要な経費を合理的に調達する方法を提案した。彼が戦費調達の問題に関心を寄せ、これを検討しようと思うようになったことの動機の一つに、海軍省書記官ピープスとの出会いがあったと思える。ピープスは 1660 年 1 月 10 日付の日記において、ジェームズ・ハリントン（James Harrington）の主宰するロータ・クラブ（Rota Club）に出席し、そこでペティに会ったと記している<sup>(21)</sup>。恐らくこれが双方が顔を合わせた最初である。ペティがハリントンのクラブに参加していたことは、確かである。彼が書いたオーブリ宛の書簡に、次のような叙述が見られる。「この国は自然哲学の方法が応用されることを待っている。私のパリでの旧師トマス・ホップズ氏の著作と、ロータ・クラブでジェームズ・ハリントン氏によって導かれた議論とが、発端であった」<sup>(22)</sup>、と。またフィッツモーリスは、「ウィリアム・ペティ博士はロータのメンバー（Rota man）であり、このハリントンのクラブにおいて時々彼を困らせたものであった」<sup>(23)</sup>と記している。その後、ペティとピープスは徐々に親交を深めていった。1664 年にはコーヒハウス「ウィルズ」（Will's）で談論を楽しむほどの親しい間柄になっていた。その頃ピープスは日記で、ペティを「ひじょうに筋道の立った会話をする人で、考えているすべてのことを、彼ほどに極めて明瞭かつ明確に話せる人は稀である」<sup>(24)</sup>と評している。ピープスは 1665 年 2 月にトマ

ス・ポーヴィ (Thomas Povy) の推薦により、王立協会の会員に選任された。この協会の会員なかで、彼が心から信頼できる友人は、ジョン・イーヴリン、ロバート・サウスウェル、それにペティであった<sup>(25)</sup>。これに対しペティは書簡で、ピープスを「われわれの共通の友人」(our mutual friend)と呼んでいる<sup>(26)</sup>。ペストが流行し始めた65年6月には、ピープスはペティ、ロバート・フック、ジョン・ウィルキンズのような科学愛好家を誘って、サリー州にある彼のゆかりの地エブソンへ避難した。ペティは書簡で、その時の様子を次のように記している。「私は王立協会の会員と一緒に数日を過ごして、実用的な考案物を発明し、自然哲学の話題について議論した」<sup>(27)</sup>、と。その後ピープスは、議会在125万ポンドを票決した数日前の65年10月27日に、軍需部食糧課検査主任 (Surveyor-General of the Victualling) に任命された。彼は、海軍省の財政事情が具に分かるこの役職に就いて、戦費財源の枯渇という事態が、差し迫る海戦に及ぼすであろう深刻な影響を懸念した。A・ブライアントによれば、「注意深く論理的な思考力があるピープスは、そのような財政的沈滞が必ずもたらす帰結を、他のどのような人よりも深く理解していた」<sup>(28)</sup>。ピープスは11月6日付の日記において、海軍会計官サー・ジョージ・カータレット (Sir George Carteret, ?-1680) に対し、「国王が来年に再び艦隊を配備することは不可能です…貨幣が入ってくる見込みはないので、みんな破滅することになるでしょう」<sup>(29)</sup>と率直に述べた、と記している。ペティが『賢者』を執筆したのは、ピープスとの親交が深まり、この国が戦費調達対策に苦慮していた、ちょうどその頃であった。

『賢者』は名誉革命後の1691年に刊行された。ペティはこの革命の前年にあたる1687年に、亡くなっていた。したがって、『賢者』はいうまでもなく刊行年よりも以前に執筆され、遺著として1691年に刊行された。この論説が1665年に執筆されたことは、彼自身が作成した手書きの自著目録から明らかである<sup>(30)</sup>。またこの論説の叙述からは、それが同年の秋に執筆されたことが明らかである。この論説は書物として「賢者には一言をもって足る」というタイトルで刊行された。ところが、ペティは「賢者には一言をもって足る：および国民の価値」(Verbum Sapienti; and the value of People) とか、「賢者には一言をもって足る：あるいは、租税と国民の価値についての論説」(Verbum Sapienti Or a discourse about Taxes & the Value of People) というような、もっと長いタイトルを考えていたようである<sup>(31)</sup>。なおこの論説のタイトルは、古代ローマの喜劇詩人テレンティウス (Terence) の格言 “Verbum sapienti sat est” から採られたものであると思える。

1691年に書物として刊行された『賢者』は、序論と10の諸章とによって構成されている。しかしながら、『賢者』は一気に書かれた時局論的な論説であるために、その手稿は章・節の区分をいっさい持っていない<sup>(32)</sup>。したがって、それぞれタイトルが付された諸章への区分けは、編者によってなされたものである。冒頭の部分は、編者により「序論」として区分けされている。ここでは、『賢者』がいかなる意図をもって書かれた、どのような内容の論説であるのかということが、端的に記されている。その叙述を通じて、この論説が眼前の戦争を遂行するために必要な

経費を調達する合理的方法を提案するために書かれた、時局論的パンフレットであるということが分かる。そこでまず、この「序論」を検討することから始めたい。

ペティはまず現行の戦費調達方法を次のように批判することから、筆を起している。「(i)多くの人は、1カ月当たり僅か7万ポンドを調達するために、関税・内国消費税・煙突税などとして…支払っているものの他に、彼らの全財産の $\frac{1}{10}$ を支払うように強いられている。…(ii)それゆえにオランダとの戦争（War with *Holland*）がさらに長く2年間続くなれば…その同じ人々は1665年クリスマスから、全財産の $\frac{1}{3}$ を支払わなければならない」<sup>(33)</sup> [(i)(ii)の数字は引用者]、と。

この『賢者』の冒頭に置かれた叙述はきわめて重要であるけれども、不明瞭な部分が多い。そこでこの叙述の内容をできるだけ確に把握するために、幾つかのコメントを加えておきたい。第1に、(i)に「1カ月当たり僅か7万ポンドを調達する」という叙述が見られるが、これが具体的に何を指しているのかは、明確ではない。C・H・ハルによれば、これは1661年12月20日に制定された18カ月月割査定税（18 months' Assessment）を指している<sup>(34)</sup>。しかしながら史的文脈に照らして、この解釈は妥当であるとはいえない。現在形で書かれた当の叙述が、すでに効力を失っていた過去の租税を指しているというのは、辻褄が合わないからである。この叙述は恐らく、1665年2月9日に制定された36カ月月割査定税（36 months' Assessment）を指している、と思われる。この租税で徴収された収入は月額7万ポンドではなく、ほぼ7万ポンド（6万8,819ポンド）であったけれども、そのように理解することは妥当であると思える。

第2に、月割査定税（Monthly Assessment）は本来総合的収益税（すべての動産・不動産収益に課せられる租税）でありながらも、動産収入が不正に課税の網を逃れたことから、地主（および借地農）の地代収入にのみ課せられる事実上の地租と化していた。すなわち査定税は実際には借地農が支払って、地主が負担したとされる土地税であった。したがって、(i)に見られる「多くの人々」という表現は、地主と借地農を指していると理解するのが、妥当であるかも知れない。ところが、この点については慎重な検討が必要である。ペティは『租税貢納論』で、租税転嫁論の観点から月割査定税を分析して、地租と化していたこの租税が究極的には借地農やすべての地主に対してではなく、一部の地主（借地農と長期の借地契約を結んでいる地主）に対してのみ負担がかかる不公平な租税である、という結論を導き出している<sup>(35)</sup>。したがって、このようなペティの見解に即して厳密に解釈するならば、この「多くの人々」は一部の地主を指している、といえる。

第3に、(ii)に見られる、「1665年クリスマスから、全財産の $\frac{1}{3}$ を支払わなければならない」という叙述は、1665年10月31日に24カ月月割査定税（24 months' Assessment）が制定されたことを指している。第4に、(i)に「多くの人々」（＝地主）は「全財産の $\frac{1}{10}$ を支払う」という叙述が、(ii)に「全財産の $\frac{1}{3}$ を支払わなければならない」という叙述が見られる。ところが、この $\frac{1}{10}$ とか $\frac{1}{3}$ という数値がどのようにして算出されたのであるのかは、定かではない。ペ

ティは「全財産の  $\frac{1}{10}$  を支払う」という叙述への但書として、「彼らは1ポンドの地代収入 (Pound Rent) につき、1カ月当たり2ペンス、すなわち1年当たり2シリングないし全財産の  $\frac{1}{10}$  を支払う」<sup>(36)</sup>、と記している。月割査定税は確かに、地代収入1ポンドにつき××シリングを課するという、ポンド・レイト方式によって調達された。したがって、1カ月当たり2ペンス (=年間2シリング) が課せられるとすれば、そのばあい課税率は確かに10% (=  $\frac{1}{10}$ ) である。ところが留意すべきは、このばあい地主が負担するのは地代収入の  $\frac{1}{10}$  であって、全財産のそれではない。

もっとも、ペティがこのような数値で示唆しているように、地主が借地農とともに重い税負担をかけられていたことは、確かである。とりわけ対オランダ戦争が始まってから二つの月割査定税が相次いで導入されたことにより、地主と借地農が背負う負担は急増した。巨額の戦費を調達するには徴収の効率性が優れている査定税 (=地租) を措いて他に、適切な租税はなかった。そのために政府は、地主と借地農の双肩にかかるこの租税を相次いで導入した。オランダ艦隊がスウェーデン商船を襲撃して戦争への突入が必至となった64年11月に、議会は36カ月月割査定税で戦費250万ポンドを調達することを決めた。月額6万8,819ポンドが3年間課せられて総収入額247万7,500ポンドをもたらすというこの査定税は、翌年2月9日に国王の裁可を仰いで「国王の補助金」(Royal Aid) という表題が付けられた。続いて、ローストフト沖海戦後の65年10月31日には、24カ月月割査定税で戦費を調達することが決まった。月額5万2,083ポンドが2年間課せられて125万ポンドの総収入をもたらすこの査定税には、「追加的補助金」(Additional Aid) という表題が付けられた。いずれにせよ、これら二つの査定税は1665年クリスマスから2年間、同時に効力を発することになったので、実際のところ地主と借地農にとってかなり重い負担となった<sup>(37)</sup>。

『賢者』の冒頭の叙述には、このように理解が容易ではない箇所が少なからず含まれている。けれども、その叙述が意味するところは、もっと幅広い視野から概ね次のように理解することができるであろう。ペティはここで、月割査定税が地主の双肩にのみ負担が課せられる不公平な租税であるという理由により、これを批判している。直接的には、当時効力を発していた36カ月月割査定税と、採用が決まった24カ月月割査定税とを批判している。これら二つの査定税は、眼前の戦争を遂行するのに必要な経費を調達するために導入された。したがってここで、彼はさらに進んで、査定税に依拠して戦費を調達しようとする現行の方法を批判している。彼がこの戦費調達方法を批判するところは、こうである。これは一部特定の人々 (=地主) の双肩にのみ負担をかけることによって戦費を賄おうとする、不公正な調達方法である。地主は一般の納税者として、すでにさまざまな租税を支払っている。したがって、彼らはこの方法により、新たに余分な税負担をかけられるている。しかも彼らだけが身を犠牲にして、巨額の戦費を負担している。したがって眼前の戦争が長期化すれば、むろん戦費はいっそう膨らんで、地主の負担はいっそう増大する。やがて彼らは税負担の重圧に耐えられなくなるであろう。そうなれば、彼らが零落す

るだけでなく、当の調達方法そのものが破綻するという事態が生じることになる。要するに、これは不公正で不合理な戦費調達方法である。

続いてペティは序論で、以上のような批判を踏まえて、現行の調達方法に代えて採用されるべき新たな方法を提案している。次の叙述がそれである。「もし公共的経費（Publick Charge）が比例的に負担されるならば、たとえ租税が…1カ月当たり25万ポンドにまで増加したとしても、自分の全財産の $\frac{1}{10}$ 以上を支払う必要がある人はいない」<sup>(38)</sup>。この叙述はあまりに簡潔すぎて、意味するところが判然としない。ところがこの叙述は、彼が『租税貢納論』で表明した次の見解を想起させる。「人々は、彼らが公共の平和（Publick Peace）に浴している分け前と利益に応じてのみ、すなわち彼らの財産や富に応じて、公共的経費に貢献すべきである」<sup>(39)</sup>。これは彼がホッブズの見解を継承しながら表明した「租税利益説」である。その趣旨はこうである。国民は、政府によって平和が人為的に生み出され、その状態が保たれているから、生産活動に安心して従事し、財産や富を形成することができる。こうして国民はすべてが、政府から利益を享受しているから、享受している利益の大きさに応じて——すなわち、平和のもとで形成された財産の大きさに比例して——その利益への代価として租税を支払うべきである。

ペティは序論で、このような租税根拠論を軸に据えて新たな調達方法を提案している、と思える。そうであるとすれば、当の叙述は次のように解釈できるであろう。この国は現在、強国と戦争をおこなっている。そのライバル国からの侵略を防いで、国民の生命・財産の安全を確保するには、この戦争を優勢に遂行して勝利に導くことが不可欠の条件として求められる。ところが、その眼前の目的を遂げるために必要な戦費は現在、一部特定の人々により、その財産を少なからず犠牲にして調達されている。そこで、そのような不合理な方法を退けて、戦費を含むすべての公共的経費がすべての国民によって、それぞれの財産の大きさに比例して調達されるならば、巨額の戦費でさえさほど困難なく支払われうるのである。しかも、戦争の勝利によって利益を受けるのはすべての国民であるから、そのすべてが戦費を負担するのは妥当である。すべての国民から担税能力に応じて戦費を調達するのは、公正で合理的な方法である。要するにペティはここで、地主だけでなく、あらゆる諸階級の人々がこぞって戦費負担に参加する方法を提案しているのである。それが具体的にどのような内容の方法であるのかは、本論で示される。

ペティは第1章以降で、戦費の合理的調達方法を提案している。その提案の主な内容は、結論から先にいえば、戦費調達を主眼とする税制改革である。税負担を国民大衆に積極的に課することによって、戦費を調達するというものである。『賢者』はもとより、財政問題を包括的に論じた『租税貢納論』のような、体系的な書物ではない。それは同じ財政問題を扱っているけれども、租税に関わる焦眉の問題を打開するために執筆された、時局論的なパンフレットにすぎない。とはいえこの論説では、経常経費と臨時的経費をそれぞれ分析して、それらの経費を効率的に調達する手段を模索するという道筋を辿りながら、漠然とながらも経費論から収入論へという順序で、それなりに整然と議論が展開されている。そこでここでは、ほぼこの論説での議論の順

序にそって検討を加えていきたい。

ペティは第1章「この王国についての幾つかの計算」で、この国（イングランドとウェールズ）の富（価値）の大きさを計算している。その概略は次のとおりである。第1に、人口は約600万人で、グラントが算定した640万人よりも少ない。いかなるデータにもとづき、どのようにして人口が算定されたのかは示されていない。したがってグラントとは異なる数値が算出された理由は、分からない。それはともかく、人口600万人にもとづき、国民全体が1年間に要する最低限の生活費が4,000万ポンドであることが、次のような計算によって示されている。すなわち、6ポンド13シリング4ペンス（国民1人当たりが、生活必需品を得るのに必要とする年間の経費）×約600万人である。第2に、土地の面積は2,400万エーカー（＝3万7,500平方マイル）で、グラントが算定した3万9,000平方マイル（＝2,496万エーカー）よりも小さい。その理由は分からない。それはともかくここでは、この土地面積2,400万エーカーにもとづき、その土地の価値の大きさが1億4,400万ポンド（＝1年間の地代による総収益800万ポンド×18購買年数）である、と算定されている。第3に、イングランドにおける家屋全体の価値は、3,000万ポンドである。この数値は、家屋の価値が煙突1本当たり4～12ペンス（ロンドンとそれ以外の地域で異なる）であるという推定にもとづき、煙突税収入を調査することによって算出されたものである。しかしながら、この家屋の価値の計算にさいして、ウェールズが除外されている理由は分からない。第4に同様に、イングランドとウェールズにおける船舶約50万トンの価値（1トン当たり6ペンス）が300万ポンド、家畜の価値が3,600万ポンド、金銀鋳貨のそれが600万ポンド、家財道具が3,100万ポンドであることが、算定されている。こうして、この国における富の大きさは総計2億5,000万ポンドであり、その細目は整理して次のように図示されうる。

土地	1億4,400万ポンド
家屋（イングランドのみ）	3,000万ポンド
船舶	300万ポンド
家畜	3,600万ポンド
金銀鋳貨	600万ポンド
家財道具	3,100万ポンド
<hr/>	
総計 2億5,000万ポンド	

ペティはこの富の計算を踏まえて、さらに考察を進めている。その詳細はこうである。土地の価値は1億4,400万ポンドで、土地以外の財産の価値は総額で1億600万ポンドである。土地は1年間に800万ポンドの収入を地主にもたらしている。そうであるとすれば、その土地以外の財産が土地と同じように賃貸されるならば、単純に計算して、その所有者に $5\frac{8}{9}$ 100万ポンド（＝約589万ポンド）の収入をもたらすであろう。ところがこれらの財産は土地よりも収益率が

高いから、実際には約 589 万ポンドではなく、それよりも多い 700 万ポンドの収入をもたらすに相違ない。こうして、この国における土地とその他の財産とは、1 年間に 1,500 万ポンド（＝800 万＋700 万）の総収益を生み出す潜在的な力を秘めている。

この富の計算では、ペティが政治算術を駆使しながら計算をおこなっていることに留意すべきである。またここでは、この計算が月割査定税の徴収方法の現状と幾分か関係があることにも、一瞥を与えておくべきである。というのはこの計算においては、総合的収益税を意図しながらも、実際には地代収入のみを課税対象とする土地税と化していた査定税が、厳格に徴収されたならば、少なくとも現状のほぼ 2 倍の税収入をもたらしていたであろうということが、示されているからである。もっともペティには、この計算にもとづいて査定税の徴収方法を改善する提案をおこなうという意図は、見られない。彼はもっぱら、税制の根本的改革を提案するための基礎的作業として、この富の計算をおこなっているからである。

ペティは第 2 章「国民の価値」で、人々の労働の価値の大きさについて計算している。彼によれば、労働は土地のような財産とは種類が異なる、もう一つの富である。彼はここでも政治算術を駆使しながら、労働の価値の算定を試みている。その詳細は、次のとおりである。前述したように、国民が生活必需品に支出する生計費は、総額 4,000 万ポンドである。ところが土地および土地以外の財産から生み出される総収益は、1,500 万ポンドにすぎない。これは国民が必需品を得るために必要とする経費を支払うのに十分な額ではない。この不足分 2,500 万ポンド（＝4,000 万－1,500 万）は、土地などの財産とは異なる種類の富である労働によって、支払われている。つまり国民の年々の労働により、2,500 万ポンドの収益が生み出されている。この 2,500 万ポンドは、国民総数（600 万人）の半分に当たる 300 万人の労働者（Workers）が、1 年間に 8 ポンド 6 ペンス 8 シリングを稼ぐことによってもたらされている。すなわち、300 万人の国民がそれぞれ 1 年間に 287 日（＝365 日－日曜日・祭日・病気・休養の 78 日）働き、1 日当たり 7 ペンスを稼ぐことによってもたらされている。ところで、1,500 万ポンドの収益を生み出す、土地などの財産の価値は、2 億 5,000 万ポンドであった。そうであるとすれば、2,500 万ポンドの収益を生み出す 300 万人の総労働は、約 4 億 1,700 万ポンドの価値があると算定される。なお、労働者 1 人の価値は、7 購買年数であると評価されている。そうであるとすれば、労働者 1 人当たりの価値は 138 ポンド（＝1 年間の収入 4,380 ペンス×7 購買年数）である、と算定される。いずれにせよ、この国の総労働（＝300 万人の労働者）の価値は約 4 億 1,700 万ポンドである。こうして、この国における二種類の富の大きさと、それらの富から生み出される収益とを整理して図示すれば、次のようになる。

土地などの財産の価値	2 億 5,000 万ポンド	→	1,500 万ポンドの収益
国民の労働の価値	4 億 1,700 万ポンド	→	2,500 万ポンドの収益
総計	6 億 6,700 万ポンド		4,000 万ポンド

ペティは第3章以下で、以上のような富の計算を踏まえて、戦費調達を主目的とする税制改革を提案している。そこでまず第3章「この王国の幾つかの経費と収入について」でおこなわれている経常経費 (ordinary Expenditure) の分析から見ていきたい。彼の推定によれば、公共の用途 (public use) のために必要とされる税収入は、1年間に400万ポンドである。そのうち100万ポンドは経常経費を、300万ポンドは臨時的経費 (= 戦費) を賄うために徴収される。年間400万ポンドの税負担は、国民の総経費 (支出) 4,000万ポンドの  $\frac{1}{10}$  であるから、現在地主の双肩にかけられている税負担と同じ大きさであり、重い。

ここでは、経常経費のために税収入が100万ポンド必要であるという提案がなされている。この提案は、この国における現在の経常経費が100万ポンドであること考慮して、示されたものである。その現在の経費の内訳は、海軍20万ポンド、軍需品・火薬6万ポンド、陸軍・駐屯軍29万ポンド、その他 (国王・王室など) の諸経費45万ポンドである。また、この経常経費100万ポンドはさまざまな財源による歳入 (Revenues) によって賄われている。その内訳は、王領地7万ポンド、郵便局2万ポンド、貨幣鑄造・錫の先買権1万2,000ポンド、鹿の狩猟場400ポンド、裁判所6,000ポンド、初穂税1万8,000ポンド、関税17万ポンドである。しかし、これらの諸項目からは総額約30万ポンドの収入が確保されるにすぎない。その不足分 (約70ポンド) は、関税以外の諸税 (内国消費税、地租、人頭税など) によつて調達されている。

ペティはこのような経常経費の現状についての分析把握にもとづいて、その経費の調達方法を根本的に改変する提案を示している。その概略はこうである。第1に、30万ポンドを従来どおり、王領地・郵便局などから13万ポンド、関税から17万ポンド確保する。第2に、100万ポンドを (関税以外の) 租税によつて調達する。したがって、経常経費のために確保される収入総額は130万ポンドである。第3に、その100万ポンドは、現在とは異なる税制にもとづいて調達される。すなわち、そのうちの37万5,000ポンドは国民の富への課税によつて、62万5,000ポンドは国民の労働への課税によつて調達される。前者 (富) への課税は具体的には、土地への課税21万6,000ポンド、家屋への課税4万5,000ポンド、家畜への課税5万4,000ポンド、家財道具への課税6万ポンドである。したがって、船舶と貨幣 (金銀鑄貨) には課税がなされない。後者 (労働) への課税は具体的には、国民1人当たり年間6ペンスの人頭税 (Poll tax) と年間19ペンスの内国消費税 (Excise) である。これらは双方合わせて、僅かに1人当たり2シリング1ペンスの税負担であるにすぎない。また、19ペンスの内国消費税は、国民1人当たりの年間の経費 (支出) 6ポンド13シリング4ペンスの  $\frac{1}{84}$  に満たない。こうしてこの経常経費の調達方法の改革案は、次のように整理して示される。

税制改革案(A)：経常経費130万ポンドの調達方法 (単位：ポンド)

- (i) 王領地など..... 13万
- (ii) 関税..... 17万

- (iii) 国民の富（土地・家屋・家畜・家財道具）への課税…………… 37万 5,000
- (iv) 国民の労働への課税（人頭税・内国消費税）…………… 62万 5,000

以上が経常経費の調達方法の改革案である。この税制改革の眼目は、国民の労働への課税（人頭税・内国消費税）が大幅に導入されるという点にある。むろん従来この国において、労働者階級の双肩に大きな税負担がかけられたことはない。ペティは第2～第6章の幾つかの叙述を通じて、この先例のない租税制度が公正で合理的な性質のものであることを力説している。そこには、彼がこの改革の提案に確たる自信を持っていたことが窺える。

まずペティによれば、この提案は公正な税制の確立を意図するものである。その詳細はこうである。国民の富は一般に、土地・家屋・家財道具のような財産からなると考えられている。ところがこの富は実際には、このような財産によってだけでなく、人々の労働によっても構成される。財産は「以前ないし過去の労働の成果」<sup>(40)</sup>であり、「生きている能力」<sup>(41)</sup>である労働によって生み出された成果である。すなわち、財産は労働によって生み出された富にすぎず、その財産を生み出す労働こそは（真の）富である。要するに、財産と労働はいずれも国民の富であり、その限りにおいて双方は本質的に「同等のものに見なされるべき」<sup>(42)</sup>である、というのである。この件には、労働が富の源泉であるという「労働価値説」の片鱗ともいうべきものが窺える。それはともかく、労働者に積極的に課税するという提案は、このような思考の経路を経ながら示されたものである。こうして彼は続いて、次のように主張する。労働が財産と同様に富であるとすれば、国民の労働も財産と同じように「公共の必要」(common necessities)に貢献して然るべきである、と。経常経費に必要な税収入100万ポンドが、国民の富（＝財産）への課税だけではなく、労働（＝真の富）へのそれによっても調達されるべきであるという彼の提案が、このような見解にもとづいて示されたものであることは、いうまでもない。それだけではない。彼の提案においては、これと同じ根拠にもとづいて税負担の配分が示されている。その詳細はこうである。財産の価値は2億5,000万ポンドで、それから生み出される年間の収益は1,500万ポンドである。これに対し、労働の価値は4億1,700万ポンドで、その収益は2,500万ポンドである。すなわち、価値と収益との大きさにおける前者と後者との比率は、ほぼ3対5である。そうであれば税負担の双方の間での配分も、この価値と収益との大きさに比例して公平におこなわれるべきである。まず、必要とされる税収入総額100万ポンドを8等分する。次に、その等分された税額（12万5,000ポンド）を3対5の割合で双方に割り当てる。すなわち、税収入総額の $\frac{3}{8}$ を財産（地主などの資産家）が、 $\frac{5}{8}$ を労働（労働者）が負担するように公平に分配する。37万5,000ポンドは財産への課税で、62万5,000ポンドは労働への課税で調達するという提案は、このような綿密な計算を踏まえて掲げられたものに他ならない。

次にペティによれば、この提案は効率的で合理的な税制の導入を目指すものである。この提案が具体化されれば、国民の半数に相当する300万人の労働者が税負担に積極的に参加することに

なる。しかも、この労働者は現在ほぼ全面的に租税の支払いを免れている人々である。ペティの推定によれば、彼らは「現在、すべての種類の [公共が] 負担する経費に対し、1 年間に 1 人当たり 1 シリングも支払っていない」<sup>(43)</sup>。したがって彼の提案により、労働への課税が導入されれば、大幅な税収入の増加がもたらされることは、確かである。この提案では内国消費税と人頭税の採用により、経常経費のために 62 万 5,000 ポンドの税収入を確保することが見込まれている。双方の租税が具体的にどのような性質のものであるのかは、定かではない。しかし、ここで提案されているのは労働者への課税であるから、ここでの内国消費税が奢侈品ではなく生活必需品への課税であることは、明らかである。ところが内国消費税は地租のような収益税でも、政府の意思によって一方的に一定額の支払いが要求される、人頭税のような租税でもない。この消費税は国民の自由意思によって支払いがなされるから、税収入の確保が不確実な租税である。それが必需品を課税対象とするばあいでも、国民の消費者としての行動の選択によって、支払いが拒まれることはありうる。そうであるとすれば、内国消費税の採用によって確保される税収入額がどれ程の金額であるのかを、正確に予測することはできない。したがってこの提案では、労働への課税により 62 万 5,000 ポンドの確保が見込まれているけれども、その課税が内国消費税によってなされる限り、この収入額はまったくの推定値にすぎない。とはいえ、内国消費税はむしろ労働者だけではなく、資産への課税が対象とする資産家によっても支払われる。それはいうまでもなく、生活必需品を消費するすべての国民に課せられる租税だからである。したがって当の提案が実行されれば、ペティが予測するように、税収入の大幅な増加がもたらされることは確かである。

さて、ペティは主に第 8 章「海軍・陸軍・駐屯軍の費用について」において、臨時的経費の調達についての提案をおこなっている。彼によれば、この戦費には少なくとも現在 1 年当たり 300 万ポンド（可能ならば 330 万ポンド）が必要である。「1 カ月当たり最大限 25 万ポンド [× 12 カ月 = 300 万ポンド] が、現在のオランダ戦争（Holland-War）のために要求される」<sup>(44)</sup>。それだけの収入があれば、眼前の戦争は優勢に闘われて、「国王と臣民との双方の安全・安定・名誉」<sup>(45)</sup> は十分に保持される。その臨時的経費 300 万ポンドの内訳は、海軍 200 万ポンド、陸軍 60 万ポンドである。ただし、これは陸軍の経費が最小限（60 万ポンド）に収まったばあいである。このばあいには 40 万（～70 万）ポンドの残金が生じるが、その残金は王室費などの非軍事的経費に充てることができる。彼はこれらの経費について、さらに次のように述べている。海軍に 200 万ポンドが供与されるならば、1 年間のうちの 8 カ月は、軍艦に 5 万人の水兵を、4 カ月は 3 万人を配置できる。軍需品や遠征に要する経費を考慮しても、それは可能である。その規模は、「われわれがヨーロッパでかつて見たことがある至上の艦隊の約 2 倍に相当する程である」<sup>(46)</sup>。また、陸軍には 60 万ポンドがあれば十分である。というのは、国内の駐屯軍に 10 万ポンド、タンジール（ジブラルタル海峡に臨む港市）などの海外に駐留する軍隊には、6 万ポンドがあれば事足りるからである。

ペティはこの戦争に必要な臨時的経費が、すべての国民に課せられる租税によって調達される方法を提案する。ところが『賢者』には意外にも、経常経費の調達方法の改革案が掲げられた第4章に相当する章が、臨時的経費に関しては設けられていない。この論説のテーマは、戦費の調達方法であるにもかかわらず、その新たな方法の具体的な内容が詳細に論じられた箇所は見当たらない。『賢者』はそのタイトルが示しているように、明敏な賢者だけに向けて、数少ない言葉で綴られたスリムな論説である。恐らくそのような理由により、内容が少しでも重複した事柄を繰り返して述べることは、意図的に避けられたのかも知れない。確かに、経常経費の調達方法が検討された第4章を顧みれば、臨時的経費に関する改革案がどのようなものであるのかは、おおよそ察しがつく。すなわち、その骨子はこうである。まず、臨時的経費300万ポンドは経常経費におけるばあいと同様に、財産への課税と労働への課税とによって調達される。そのばあい税負担は、財産と労働との間で、双方の価値の大きさに相応して約3対5の割合で配分される。次に、資産への課税は、土地・家屋・家畜・家財道具への課税からなる。税負担はこれら4種類の財産のあいだで、それぞれの収益の大きさに応じて比例的に配分される。さらに労働への課税は、人頭税と内国消費税からなる。こうして臨時的経費（＝戦費）の調達方法の改革案は、次のように整理して示すことができる。

税制改革案(B)：臨時的経費300万ポンドの調達方法（単位：ポンド）

- |                           |           |
|---------------------------|-----------|
| (i) 国民の財産への課税             | 112万5,000 |
| 土地                        | 64万1,250  |
| 家屋                        | 13万5,000  |
| 家畜                        | 16万2,000  |
| 家財道具                      | 18万       |
| (ii) 国民の労働への課税（人頭税・内国消費税） | 187万5,000 |

この戦費調達を目的とする税制改革は、きわめて革新的である。まず、この改革案がその目論見どおりに実行されれば、戦費に充てられる税収入が、現在よりも多く確保されるであろう。政府は眼前の対オランダ戦争に必要な経費を、月割査定税で調達していた。すなわち、(i)36カ月月割査定税により、1664年クリスマス以降の3年間に月額6万8,819ポンド、(ii)24カ月月割査定税により、1665年クリスマス以降の2年間に月額5万2,083ポンドをそれぞれ徴収して、当の経費を賄おうとしていた<sup>(47)</sup>。この戦争は、1667年7月に和平条約が結ばれて終結した。すなわち、双方の月割査定税が期限を迎える1667年クリスマスよりも前に終結した。したがって、これらの租税がその期限まで厳格に徴収されて、当初の見積もりどおりに税収入が十分に確保されることは、恐らくなかったであろう。そのことを承知したうえで、これらの査定税が期限まで厳格に徴収されて、税収入が見積もりどおりに獲得されたと仮定しよう。そうすれば、双方の査定

税によってもたらされたと推定される税収入総額は約 373 万 2,500 ポンドである。すなわち、36 カ月月割査定税により約 247 万 7,500 ポンド (= 6 万 8,819 × 36)、24 カ月月割査定税により約 125 万 5,000 ポンド (= 5 万 2,083 × 24) が徴収されたと推定される。この推定値 373 万 2,500 ポンドは 3 年間に徴収された税収入総額であるから、1 年当たりの収入は約 124 万 4,000 ポンドである。この税収入額は最大限に見積もったばあいの推定値である。それにもかかわらず、査定税によって徴収された 1 年当たりの税収入額が、ペティの改革案における見積り額 300 万ポンドの半分にも満たないことが、明らかである。

次に、ペティの提案が具体化されれば、地主の税負担はかなり軽減されるであろう。現在彼らは戦費調達のために、最大限に見積もったばあいの 1 年当たり約 124 万 4,000 ポンドの査定税を課せられている。当の提案によれば、戦費を調達するために、土地に課せられる税負担は 1 年間に 64 万 1,250 ポンドにすぎない。地主が土地以外の財産への課税や内国消費税を支払うとしても、彼らの税負担はかなり軽減されるであろう。また、月割査定税は借地農にも負担が及んでいたから、彼らも重荷を軽減されるであろう。ところがこの提案が実行されれば、労働者はこれまで課税をほぼ全面的に免れていたから、初めて積極的に税の重荷を背負うことになる。しかも彼らは国民の半数を占めているから、従来地主に代わって税負担の中心軸を支えることになる。当の改革案の眼目は実際のところ、労働者が積極的に税負担に参加するという点にある。この提案が究極の目標とする軍事力の大幅な強化は、大衆課税が導入されて初めて実現するからである。ペティはこの点に触れて、次のように述べている。「彼ら [=労働者] は国王が現在より 2 倍大きい軍隊 (Forces) を維持することを可能にするであろう。現在多くのかかなり好意的な人々 [=地主] が [戦費の調達にさいして政府の] 怠慢や誤りを通じてそれぞれ受けている苦痛よりも、概してより大きな苦痛を受けることなく、それを可能にするであろう」<sup>(48)</sup>、と。

この改革により、労働者は 1 年間に経常経費 65 万 5,000 ポンド、臨時的経費 187 万 5,000 ポンドを支払うことを義務づけられる。これら双方の経費を支払ったばあいの税負担率 (= 納税額 250 万ポンド ÷ 収入 2,500 万ポンド) は 10% で、資産階級 (地主など) のそれと同率である。このような数値で判断する限り、この提案はすべての国民にとって公平であるように思える。しかしながら、財産の賃貸から生じる収益 (地代など) に対する課税と、労働によって獲得される収入 (賃金) に対する課税とを、同質のものとは見なすことはできない。前者と後者とでは事情が異なるといわねばならない。ペティは、財産と労働とは「富」として本質的に同質のものであるという理解にもとづき、双方を税源として同質のものであると見なしている。ところが、そのペティ自身の推定によれば、彼の提案が実施されて、労働者に対する課税が導入されたばあいの彼らに課せられる負担は決して軽くはない。ペティはこの点について、次のように述べている。「労働者 (labouring men) は 1 日当たり 10 時間働き、1 週当たり 20 回の食事をする。…彼らが金曜日の夜に断食をすることができるならば、また 11 時から 1 時まで 2 時間かかるのに対して、1 時間 30 分で食事をするすることができるならば、そのことにより現在の労働は  $\frac{1}{20}$  増加し、支出

は  $\frac{1}{20}$  減少するので、上述の  $\frac{1}{10}$  [の税負担] は、少なくとも武器を取ってそれに抵抗するよりも、もっと容易に玉面されうるであろう<sup>(49)</sup>、と。すなわち、この提案が実行されたらあいい、労働者は自らに課せられる、負担率 10% の租税を支払うために、消費支出を  $\frac{1}{20}$  減らし、労働時間を  $\frac{1}{20}$  増やさなければならなくなる、というのである。具体的にいえば、一方で金曜日の夜に断食をして食事の量を減らし、他方で昼の休憩時間を 30 分短縮して、10 時間の労働日を 30 分延長しなければならない、というのである。このような要求がさしあたり対オランダ戦争時だけのものであるとはいえ、労働者に対してやや過酷な勤儉質素の生活を強いるものであることは、確かである。ペティは『租税貢納論』で、労働者は元来怠惰であるから、賃金をできるだけ引き下げ、彼らの生活に圧迫を加えることを通じて、その勤勉意欲を促すことが望ましいという「低賃金の経済」(economy of low wages) 論を展開している。彼は『賢者』の提案では、このような残忍な重商主義的賃金論を踏まえて、「貧困の効用」(utility of poverty) に着目しながら、低賃金が果たすのと同じ役割を、労働への課税（内国消費税・人頭税）に担わせようと目論んでいるのである<sup>(50)</sup>。さらに彼はこの論述に加えて、次のように述べている。「われわれ自身が貧民を雇用することに気が向かないという理由により、貧民に仕事を与えないで、彼らを怠惰に耽<sup>ふけ</sup>させるという残酷と絡み合った、彼ら（現在、すべての種類の [国民が] 負担する [公共] 経費に対し、1 年間に 1 人当たり 1 シリングも支払っていない）に対する虚偽の優しさ…」<sup>(51)</sup>、と。ここでは、労働者が免税の状態にあることを非難しながら、労働への課税によって彼らの生活に圧迫を加え、彼らを職場に向かわせることが望ましい、と主張している。そのばあいには、この国の雇用量が拡大するからである。これは課税の非財政的効果に着目した見解である。ちなみに、大衆課税によって労働者の勤労を促すべきであるという言説は、C・ダヴナントの『公収入・交易論』によって継承されることになる<sup>(52)</sup>。

こうしてペティの税制改革案は、国家経費（戦時には、その 70% が戦費）を、すべての国民（その半数は労働者）から調達することを、確固たる方針に掲げるものであるように思える。ところが、この改革案においては厳密には、すべての国民が一人残らず税を負担するわけではまったくなくない。財産はほとんどの種類が課税の対象とされるけれども、貨幣（金銀鑄貨）と船舶はその対象から外されている。したがって、これら二種類の財産の所有者は税負担を免れる。ペティは、貨幣が免税されて然るべき理由として、次のように述べている。この国における貨幣総量の価値は 600 万ポンドにすぎないけれども、その「貨幣というものにあまりに大きな圧力をかけすぎている」<sup>(53)</sup>、と。しかしながら、この叙述が意味するところは理解しがたい。実際のところ、貨幣などの動産は税の重圧をかけられているどころか、月割査定税が課せられていたにもかかわらず、不正な手段を用いてその税負担を巧みに逃れていたからである。『賢者』が刊行された 1691 年に、この遺著を「この種の最初の最も重要な論説」<sup>(54)</sup> と賞讃しながらも、そこで掲げられた提案を批判的に検討した『ペティの「賢者」に関する書簡』(A Letter touching... Sir William Petty's Verbum Sapienti) が刊行された。この論説で匿名者 (H. J.) は、ペティの提案

で貨幣が課税対象から外されたことを次のように批判している。「貨幣の利子は、主目的がわれわれの公的な貢納の公平な割当であると公言されているところであって、第一位に置かれるべきであり、疑いなく最大限に「税を」課されるべきである」<sup>(55)</sup>、と。

ペティは貨幣の機能に関して、「貨幣は政治体 (Body-politick) の脂肪にすぎず、あまりに多量の貨幣は、あまりに少量のそれが政治体を病気にすると同じくらい頻繁に、政治体の敏感さを妨げる」<sup>(56)</sup>、と述べている。すなわち、市場で流通する貨幣 (=通貨) の量には適度な大きさがあり、それより多くても少なくとも経済社会にとって不都合である、というのである。彼が貨幣を課税対象から外した理由は、もとより定かではない。しかしながら、この貨幣についての叙述に鑑みると、当の理由が漠然とながら分かる。彼が貨幣を課税対象から外した背景には、この国が貨幣不足の状態に置かれていたことがあるのではないかと、思える。その詳細は、こうである。貨幣への課税はその収益 (利子) にかかるから、利率を引き上げる。利率が上昇すれば、投資率が一般的傾向として下落するから、貨幣が経済過程で果たす機能は低下する。政治体の脂肪である貨幣の価値は、現在 600 万ポンドにすぎない。その貨幣に課税してその機能を麻痺させれば、貨幣不足の状態はいっそう悪化する。ひいては、政治体は脂肪の不足を来して病に陥るかも知れない。恐らく彼はこのように思考を巡らせながら、改革案において貨幣を課税対象から外したのではないかと思える。なお、船舶を課税対象から外した理由については、何も述べられていない。したがってその理由は、完全に推測の域を出るものではないけれども、海運業が海軍の拡充と密接な関連をもつ産業部門であったからではないか、と思える。確かに、船舶に課税して海運業の発達が抑制されるならば、海軍力の強化は必然的に妨げられるであろう。

『賢者』は 1665 年に執筆されたけれども、即座に書物としては刊行されなかった。しかしこの論説はその頃、人々の眼にまったく触れなかったわけではない。それは原稿の状態で幾人かの人々のあいだで回覧されて読まれた思える。ペティがナイト爵に叙された、王立協会の中心メンバーであつたことを想起すれば、高名な知識人や有力な為政者によって読まれたであろうことは、十分に推測できる。それが国王チャールズ二世とヨーク公 (後のジェームズ二世) によって読まれた可能性さえ、あながち否定できない。造船や航海術に造詣が深かった彼は、これら最高位の人物によって厚遇を受けていたからである。しかしながら、これらの事柄はすべて推測の域を出ない。ところが、ペティの当の論説が政府の政策にどのような影響をも与えなかったということは、明らかである。当時の財政政策に、彼の提案が影響を与えたと思えるどのような痕跡をも、見出すことはできないからである。実際のところ、この国の政府は財政難に陥りながらも、どのような税制の改善策をも施すことなく戦争を続けて、最終的に完全な敗北を喫した。政府がペティの提案を採用していたら、はたして戦局を有利に導いて勝利を掴むことができたであろうか。そのようなことは、むろん分からない。ただペティの提案は採用されず、この国は敗北したということだけが、明らかなのである。そこで少し紙幅を割いて、当の戦争が終結するに至るまでの経緯を概観しておきたい<sup>(57)</sup>。

第二次英蘭戦争は、たった一回の（ローストフト沖）海戦だけでは終結しなかった。1666年初夏に、戦闘は再開された。6月1日から4日までドーバー海峡で繰り広げられた四日間海戦（Four Days Fight）が、それである。政府はこの海戦に必要な経費をサー・ジョージ・ダウニング（Sir George Downing, 1623-84）が提案した「巧妙な当座凌ぎの手段」<sup>(58)</sup>によって調達した。65年10月31日の議会条例にもとづいて徴収される総税収額125万ポンド（＝追加的補助金）を担保にして、その金額を利子6%で前借りするという方法（割符の発行）である。この起債という苦しい遣り繰りにより、海軍は66年春までには艦隊を派遣するのに必要な金と物資を何とか手にすることができた。しかし戦局は戦いが始まる前から、イギリスにとって不利であるように見えた。その年の1月にフランスとデンマークがオランダと同盟を結んで、イギリスに敵対する姿勢を示していたからである。フランスが敵に回ったことは実際のところ、その勝敗を決する決定的な要因となった。政府はフランス艦隊がイギリス海峡を渡って侵入してくるであろうと予想し、戦力を二つに分けた。アルベマール公爵が率いる主力艦隊とは別に、ルーパート王子（Prince Rupert, 1619-82）が指揮する分遣隊を編成し、これにフランス軍を撃退する役を当てた。こうしてアルベマールは最初から劣勢で、ヤン・デ・ウィットが「オランダの港でかつて見たこともない最高の艦隊」<sup>(59)</sup>と豪語した大艦隊と砲火を交えなければならなくなった。しかもデ・ロイテル提督（Michiel Adriaanszoon de Ruyter, 1607-76）の率いる敵軍は、戦術の点でも卓越していた。結局、この海戦はイギリスにとって「これまで海上で戦われたもののなかで最も残酷なものの一つ」<sup>(60)</sup>となった。血みどろの戦いの後、イギリス軍は海軍将官2名、水兵約8,000名、軍艦約20隻を失った。これに対しオランダ軍が被った被害は、その4分1程度に止まった。

敗北の知らせは6月7日にロンドンに届いた。この惨敗により国民はひどい屈辱を味わい、宮廷の失策を難じた。しかしこの国は、いつまでも敗北の悲嘆にくれているような暇<sup>いとま</sup>はなかった。海軍力の半分を失ったこの国は、制海権を掌握したオランダとその同盟国フランスとの艦隊によって、いつ侵略されるかも知れないという脅威に晒されることになったからである。海軍省は次の戦いに備えて、海軍力の再生を速やかに図ったようである。前年秋に同省軍需部糧食課検査主任に任命されていたピープスは、6月26日付けの日記に「艦隊を送り出す準備で大変に忙しい。オランダ軍がもう海上にいることは確かである。われわれが彼らと比べて酷く遅れをとることになるであろうとは思われない」<sup>(61)</sup>と、熱気を帯びた口調で記している。7月末までにオランダは、90隻以上を擁する大艦隊を再建した。イギリスもそれに圧倒されない位の数の軍艦を揃えた。24日に双方の艦隊は北海海上で向かい合い、その翌日に戦闘に入った。このセント・ジェームズの日海戦（St. James Day Fight）ではイギリス軍は奮闘して勝利を収めることができた。敵は大きな被害を被ったのに、イギリスのそれは僅かであった。今度はこの国がオランダに攻め入る機会を掴むことになった。しかるに、この国は勝利の喜びも束の間、またしても不慮の災難に襲われた。9月2日午前3時頃にロンドン橋付近から燃え上がった火の手は、4日4晩燃

え続けて 436 エーカーに及ぶ地域を嘗め尽くした。このロンドン大火（Fire of London）により、1万3,200戸の家屋が焼かれ、10万人が焼け出された。勝利への糸口を掴みかけていた折しも、前年のペストに続いてこのような歴史上稀にみる大災害が発生したことは、何とも不運であつたという他はない。この災厄により、国民はほとんどが意気消沈して戦意を削がれた。これ以上戦争を継続することは、財政的にも酷く困難であるように見えた。こうして1666年暮までには、政府は和睦を図る方針を固めた。和平交渉は翌年に入っても進展しなかったけれども、そのような宙ぶらりんの状態を休戦と判断したチャールズは1667年5月24日に、財政の窮迫を打開するために、海軍卿ヨークに対して主要な軍艦を繋船し、大部分の水兵を解雇するように命じた。ところが、ちょうどその頃オランダではデ・ウィットが全国会議を召集し、5月中旬に「凄いこと」をやろうと決議した。その「凄いこと」は6月に本当に実行された。6月3日にオランダの軍艦80隻と火船20隻、フランスの軍艦20隻と火船5隻がすでに海上にいる、というニュースが流れた。8日にオランダ艦隊はハリッジ沖に姿を現し、10日にテムズ川河口の砂洲リアに投錨した。12日朝、敵の大艦隊はメドウェイ川を渡って軍港チャタムを一斉に砲撃した。イギリス海軍が誇るロイヤル・チャールズ号は難なく捕獲され、ロイヤル・ジェームズ号、オーク号、ロンドン号などの主力艦は次々と焼き払われた。14日にオランダ軍はロイヤル・チャールズ号を小さなボートで曳航しながら、意気揚々と引き揚げた。アルベマール公爵は11日に現地へ駆け付けた。けれども、まったく無防備な状態に置かれたチャタムが見事に攻撃されている惨状を、ただ啞然として眺めている以外に為す術はなかった。結局、7月21日にブレダ条約（Peace of Breda）が結ばれて戦争は終結した。

ペティが『賢者』で展開した税制改革論を、その歴史的背景に照らしながら幾分か詳細に検討した。その結果、その内容は要約すれば、戦費調達を主な目的とする税制改革の提案であるということが、明らかになった。そこで最後に、当の改革論をできるだけ幅広い思想的視野のなかに収めながら、それが財政思想史の広い流れのなかで持っている意義や意味について、幾つか指摘しておきたい。そうすることを通じて、この改革案は当時の政府の財政政策には反映されなかったけれども、その後のもっと大きな財政史の流れに対して少なからぬ影響力を及ぼしていることが、明らかになるであろう。

第1に、『賢者』の税制改革案は、「租税国家」（Steuerstaat）論と密接な関係を保ちながら掲げられた提案である。ペティは『租税貢納論』で、王政復古を迎えたこの国が、国王の財産を主な財政基盤とする「家産国家」（Patrimonialstaat）に逆戻りすることなく、国民の租税を主要な基盤とする「租税国家」として成長すべきである、という見解を展開している<sup>(62)</sup>。『賢者』の改革案は、この見解に即して掲げられたものである。彼の概算によれば、現行の税制のもとでは、経常経費（約100万ポンド）のうち約13万ポンドが国王の財産（王領地など）による収入で賄われている。このばあい国王の収入で賄われている部分が、全体に占める割合は13%である。彼の改革案が実施されたばあいには、その収入で賄われる部分が経常経費の総額（130万ポ

ンド）に占める割合（10％）は、いっそう減少する。これに対し、租税収入で賄われる部分は117万ポンドに増大して、きわめて大きな割合（90％）を占めることになる。

第2に、彼の改革案は、この国の税制が地租を支柱とする従来<sup>の</sup>の制度から、内国消費税・人頭税を中心に据える新たなそれに改変されることを意図する提案である。この改変は、国民大衆が税負担に積極的に参加することを意味する。彼の概算によれば、現行の税制のもとで、国民の半数を占める労働者はほぼ全面的に免税の状態に置かれている。ところが当の改革案が実施されたばあい、彼らは従来の地主に代わって、税制の土台の中心を支える納税者となる。経常経費の約半分（48％）が労働者への課税（62万5,000ポンド）で、臨時的経費（300万ポンド）のほぼ $\frac{2}{3}$ （63％）がその課税（187万5,000ポンド）で調達されることになる。したがって、この改革案は大衆課税の導入、とりわけ生活必需品に課せられる内国消費税の大幅な導入を伴う。ところが王政復古期には、エクサイズは生活必需品ばかりか奢侈品を対象とすものでさえ、多くの人々から酷く嫌われていた。1661年に確定歳入（120万ポンド）に生じた欠損を補填するために、アルコール税の課税対象を拡大して30万ポンドを調達するという提案がなされたけれども、野党勢力の反対に会って棄却された。そればかりかその頃議会において、財政難をエクサイズの導入によって克服するのは、「悪魔の救済策」であると罵倒されたことさえあった<sup>(63)</sup>。ところが、ペティはこのような当時の風潮に与<sup>く</sup>することなく、『租税貢納論』でホップズから影響を受けた租税利益説に依拠して、生活必需品税を讚美した<sup>(64)</sup>。『賢者』におけるエクサイズの導入の提案が、これを理論的根拠としながら掲げられたものであることは、いうまでもない。またその提案は、いち早く16世紀末以降に間接消費税を積極的に採用していた、オランダの税制から幾分か影響を受けて掲げられたものであったのかも知れない<sup>(65)</sup>。いずれにせよ、ペティはイギリスでエクサイズを讚美した最初の著名な著作家であった<sup>(66)</sup>。

第3に、当の税制改革案は健全財政の政策的立場から掲げられたものである。その提案によれば、臨時的経費（300万ポンド）は戦時公債に依存することなく、すべて租税収入によって賄われる。したがってそれが実施されたばあい、或る年に支出される戦費は、その年に獲得される税収入（300万ポンド）によって年内に支払われる。対オランダ戦争は小規模の短期戦であったから、それに要する戦費を借款に依存することなく、年内に支弁することは実際のところ可能であった、と思える。ところが、ちなみに17世紀以降になると事情が異なる。C・ダヴナントは1695年に、ウィッグ政府の赤字財政政策に異を唱えながら、九年戦争に必要な経費を内国消費税の体系的導入によって調達すべきである、と提案した<sup>(67)</sup>。これはペティの戦費調達論を直接的に継承したものである、といえる。ところが、この国が名誉革命以降に相次いで遂行した対仏戦争は、いずれもが大規模な長期戦であった。したがって17世紀末以降は、ペティの時代とは異なり、公債に依存しないで巨額の戦費を確保することは、実際のところ困難になる<sup>(68)</sup>。

第4に、戦費調達を主な目的とするこの改革案の根底には、戦争の勝敗を決する要因は貨幣である、という観念が潜んでいる。キケロの格言に「貨幣は戦争の活力」というのが、コルベール

の言葉に「財政は戦争の生命の活力」というのがある。これらの言説が意味するところは、戦争の勝敗を左右する決定的な要因は、戦争の遂行に必要な軍資金を獲得する能力の程度や差にある、というものである<sup>(69)</sup>。ペティはこのような言説と歩調を合わせながら、戦費を効率的に調達して、眼前の戦争を勝利に導くことができる方法を掲げたのである、と思える。当時は、国民の「武勇の精神」が戦争の勝敗を決する要因であるという観念が、広く人々の心を捉えていた。ところがペティは、存在の客観的な根拠が曖昧で、五感では把握できない「精神」ではなく、その根拠が確実に数量的に把握できる「貨幣」が、自国の緊急事態にさいして力頼みになる活力である、と捉えたのであった。

第5に、彼の税制改革案は漠然とながらも、「財政・軍事国家」(fiscal-military state)の構想を胚胎している。当の「国家」とはJ・ブルーアが案出した用語で、一言で要約すれば、効率的な行政・財政機構を備えていて、巨額の戦費を調達することが可能な近代国家の意である。この「国家」は17世紀末以降にイギリスにおいて初めて生み出された。ブルーアによれば、イギリスは初期ステュアート朝の時代にはヨーロッパ世界で軍事的異彩を放ったことはなかった。ところが、17世紀末から18世紀前半に至るあいだに「軍事の神童」(military *Wunderkind*)として急速に頭角を現した。その原因として、その頃に陸・海軍大将のような軍事的英雄が活躍したこと、あるいはこの国の経済が地球規模で拡大したことなどが、挙げられるかも知れない。ところが彼によれば、これらの事柄は、この国が強国に変貌することを可能にした決定的な原因にはならなかった。「ブリテンの政治体を鼓舞して、それが強さ(strength)による偉業を成し遂げるのを可能にした、隠された活力(sinews)」<sup>(70)</sup>は、そのような輝かしい成功物語ではなく、「まったく劇的でない進展」<sup>(71)</sup>を通じてもたらされた。「税収入が徴収され、貨幣が調達される…にさいしての機械的手順を確立できる、政府の行政官の能力が、戦争での勝利と屈辱との違いをもたらした」<sup>(72)</sup>。つまりこの国は、巨額の戦費でさえ比較的容易に調達できる「財政・軍事国家」に成長することを通じて、列強が覇権を争う舞台に華々しく登場したのであった。

もっともブルーアによれば、「財政・軍事国家」は「高度な概念」ではない。それはむしろ「発見的用語」(heuristic term)というべき程度のものにすぎない<sup>(73)</sup>。確かに、彼による当の「国家」の定義は厳密ではないし、それが意味するところは正確には分からない。したがって、ペティの税制改革案に当の「国家」の着想があるといっても、そのような解釈を十分に論証することはできない。ここではあくまで、この「国家」が難点を孕む用語であることを念頭に置いて、ペティの改革案にこの「国家」の構想が胚胎されていると理解しているにすぎない。とはいえ、このような事情を勘案したうえでのことではあるけれども、ペティの改革案と18世紀に形成された当の「国家」とのあいだに、少なからぬ政策思想史的関連があると理解できるのである。その理由はこうである。国力を強化するための重要な鍵を戦費調達能力に求める、当の「国家」の最も基本的な性質が、ペティの改革案の構想に抱懷されているのが窺えるからである。しかもこの「国家」においては、あたかも彼の提案に従っているかのよう、軍隊を維持するのに

必要な経費を、<sup>エクサイズ</sup>内国消費税の積極的採用によって賄うことを通じて、政治力・軍事力の強化が図られたからである。もっとも、そのばあいペティの提案とは異なり、戦費はエクサイズを支柱とする租税制度によって直接的にはなく、その税制を基盤にして確立された公債制度を活用することによって調達されたけれども。思想史的な関連は、それだけではない。ペティの提案においては、エリザベスの絶対王政の時代やクロムウェルの共和政の時代とは異なり、統治者の政治的権力が弱まった王政復古期に、先例がない程に大きな国力を獲得することが求められた。18世紀の当の「国家」の形成にさいしては、国王が絶対的な権力をもって君臨するライバル国フランスの国力に勝るそれを生み出すことが、目標にされた。このばあい留意すべきは、双方において追求されている目標は国力の強化であって、国家権力の拡大ではないという点である。すなわち、国家の力（power, strength）と国家権力（power）とは別物であるということが、双方において明確に理解されていたということである。そのような前提のもとに、ペティの提案においても、また当の「国家」の形成にさいしても、国力の活力（sinews of power）は貨幣であり、その貨幣の調達に秀でてた国家が強国になる可能性を秘めていると理解されたのである。ひいては、ただ人口が多くて国土が広いだけの肥大化した国は強国ではない、と理解されたのである<sup>(74)</sup>。

最後に、ペティの税制改革案は戦費調達を主眼としているけれども、<sup>ショーヴィニズム</sup>好戦的愛国主義の思想に傾倒して掲げられたものではない。また、この改革案は戦争に勝利することを眼前の目的としているけれども、これを掲げたペティは好戦的な戦争推進論者ではない。彼は決して博愛主義的な平和主義者ではないけれども、厭戦的な思想を抱いていたことは確かである。確かに『賢者』の戦費調達を巡る議論において、そのような彼の相貌を窺うことはできない。ところが『租税貢納論』の論述を通じて、彼がそのような思想を抱いていたのを窺うことができる。彼はこの経済学上の処女作で、儉約財政の政策的立場から次のように述べている。「いつも国内において戦争の態勢を整えておくことは、海外からの戦争を避ける最も安価な方法である」<sup>(75)</sup>、と。すなわち、軍事費の不要な膨脹をもたらす対外戦争はできるだけ回避すべきであり、そのために防衛態勢を常に固めておくことが肝要である、というのである。というのも、そのような態勢を確立しておけば、海外から一方的に攻撃を受ける危険をかなり逃れることができるからである。ところが、それを確立していなければ、海外から攻撃を受けて「防衛戦争」(Defensive Wars)<sup>(76)</sup>に巻き込まれる可能性が高いからである。そればかりか、そのばあいにはその戦争を遂行するための戦費が、防衛費を超過するほどに膨らむであろうからである。こうしてペティは、まず防衛戦争を忌避する態度を示しながら、この国がそのような戦争に巻き込まれないための最善の策として、防衛態勢を常に整備しておくことを提言している。続いて彼は、自国が隣国に対して先制攻撃を加える戦争である「攻撃的対外戦争」(Offensive Foreign War)<sup>(77)</sup>に対しても批判的な態度を採りながら、やはり儉約財政の立場から、そのような戦争を起こすことの意義を否定している。というのも彼によれば、その戦争は無駄な経費を著しく増大させる、極めて不都合な原因以外のも

のではないからである。しかも、そのような攻撃的な戦争は、防衛のための戦争よりもっと質が悪いものである。というのは、攻撃的な対外戦争はたいがい「私的な嫌悪、しかも公的な見せかけによって粉飾された嫌悪によって、引き起こされるもの」<sup>(78)</sup>だからである。こうして、彼においてはいずれにせよ、攻撃的戦争であれ防衛戦争であれ、そのすべてが忌むべきものとして退けられていることが、明らかであろう。

ペティは現実主義の立場から、戦費調達を主目的とする税制改革案を掲げたのである。眼前で繰り広げられているオランダとの戦争を、自国の安全にとって極めて危機的で重大な事態であると捉えながら、これを掲げたのである。戦争という国家の危急存亡の秋に、統治者がその最大の責務を果たすことができるであろう最善の方策として、当の提案をおこなったのである。最強国との戦争において、国民の生命・財産の安全を確保するには、この戦争を優勢に遂行して、その強国からの侵略を封じる以外に有効な手立てはないと、彼は理解したからである。とはいえ、そのような言説が『賢者』に見られるわけではない。当の改革案を敵国の戦力に対抗する方策として、統治者チャールズに進言したことの根本的な理由について、彼は何も述べていない。しかしながら、このように解釈することは、あながち的外れではないと思える。というのは、彼は『租税貢納論』で、統治者の最も重要な責務は、国民の生命・財産の安全を確保することにあるという見地から、議論を展開しているからである。また17世紀の思想家のあいだで、外敵の暴力と侵略から国民の安全を保証するために、軍事力の行使が不可避であるということは、むしろ共通の認識だったからである<sup>(79)</sup>。それだけではない。ホッブズは『法の原理』(*The Elements of Law*, 1650)において、「人民の安寧 (*salus populi*) という至高の法に含まれる最後の事柄は、人民の防衛にある」<sup>(80)</sup>、と述べている。ペティは国家の危急にさいし、「ホッブズ氏の心を私の心」<sup>(81)</sup>にして思考を巡らせながら、このような師の見解を踏まえて軍事力の行使を容認する提案を掲げたのであった、と思えるからである。 (未完)

(1) Sir George Clark, *The Later Stuarts 1660-1714*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1934, 2nd ed. 1956, rpt. 1976, p. 63.

(2) Wilson, *op. cit.*, Preface.

(3) James A. Williamson, *A Short History of British Expansion*, 1922, 3rd. ed. rpt., London: Macmillan, 1959, Ch. IX.

(4) Vgl. Eli. F. Heckscher, *Der Merkantilismus* [publ. in Swedish in 1931], Übersetzung von Gerhard Mackenroth, Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1932, Zweiter Band, Zweiter Teil; *Mercantilism*, trans. by Mendel Shapiro, London: George Allen & Unwin, 1935, revised ed. by E. F. Söderlund, 1955, Vol. Two, Part II. Cf. Lars Magnusson, "Eli. Heckscher and his Mercantilism Today", in R. Findlay, R. Henriksson, H. Lindgren and M. Lundahl ed., *Eli Heckscher, International Trade, and Economic History*, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2006. 小林昇「力の体系」(板垣與一編『国家と経済』河出書房, 1952年, 所収), 参照。

(5) Heckscher, *a.a. O.*, S. 7; *op. cit.*, p. 16.

(6) *Ebenda*, S. 5; *ibid.*, p. 15.

- (7) *Ebenda*, S. 7; *ibid.*, p. 16.
- (8) *Ebenda*, S.14; *ibid.*, p. 24.
- (9) *Ebenda*; *ibid.*.
- (10) *Ebenda*, S. 12; *ibid.*, p. 22.
- (11) Cf. Pepys, *op. cit.*, Vol. V, p. 35. 邦訳, 第5巻, 53頁。
- (12) Vgl. Heckscher, *a.a. O.*, S. 7; *op. cit.*, p. 16.
- (13) Cf. J. W. Horrocks, *A Short History of Mercantilism*, London: Methuen & Co. Ltd., 1925, p. 109; Boxer, *op. cit.*, p. 101-102.
- (14) Horrocks, *op. cit.*, p. 110.
- (15) Boxer, *op. cit.*, p. 103.
- (16) 第二次英蘭戦争については、主に次の文献を参照。Leopold Von Ranke, *A History of England: Principally in the Seventeenth Century*, Oxford : Oxford Univ Press, 1875, Vol. III, Bk. XV, Ch. I; Alfred Thayer Mahan, *The Influence of Sea Power upon History 1660-1783*, Boston: Little, Brown and Com. 1890, rpt. 1918, Ch. II; Feiling, *op. cit.*, Ch. III, IV; Ogg, *op. cit.*, Vol. I, Ch. VIII; Williamson, *op. cit.*, Vol. I, Ch. IX; J. R. Jones, *Country and Court: England 1658-1714*, London: Edward Arnold, 1978, Ch. 5; do., *The Anglo- Dutch Wars of the Seventeenth Century*, London and New York: Longman, 1996, Ch. 7; George Childs Kohn ed., *Dictionary of Wars*, New York: Checkmark Books, 1986, 3rd. ed. 2007 [ジョージ・C・コーン（鈴木主税訳）『世界戦争事典』河出書房新社, 1998年].
- (17) Cf. Bryant, *op. cit.*, p. 251.
- (18) Cf. Pepys, *op. cit.*, Vol. VI, p. 122-23. 邦訳, 第6巻, 162-63頁。
- (19) Cf. Bryant, *op. cit.*, p. 257; Ogg, *op. cit.*, Vol. I, p. 284.
- (20) Cf. *ibid.*.
- (21) Cf. Pepys, *op. cit.*, Vol. I, p. 14. 邦訳, 第1巻, 21頁。
- (22) Jordan ed., *op. cit.*, p. 53.
- (23) Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 9.
- (24) Pepys, *op. cit.*, Vol. V, p. 27. 邦訳, 第5巻, 43頁。
- (25) Cf. Bryant, *op. cit.*, p. 172.
- (26) Cf. Jordan ed., *op. cit.*, p. 48.
- (27) Cf. *ibid.*, p. 39.
- (28) Bryant, *op. cit.*, p. 248.
- (29) Cf. Pepys, *op. cit.*, Vol. VI, p. 291-92. 邦訳, 第6巻, 373頁。
- (30) Cf. Charles Henry Hull, “Note on the Verbum Sapienti”, in do. ed., *op. cit.*, Vol. I, p. 100.
- (31) このことは、ペティの自著目録と、ダブリン公文書館に保管されている文庫「ペティ博士の記録」(Dr Petty’s Register) の索引（ペティ自身が作成）から明らかである（cf. *ibid.*）。
- (32) Cf. *ibid.*.
- (33) William Petty, *Verbum Sapienti*, London, 1691, in Hull ed., *op. cit.*, Vol. I, p. 103. ペティ（大内兵衛・松川七郎訳）『賢者には一言をもって足る』[同訳『租税貢納論』前掲書, 所収], 168頁。
- (34) Cf. Hull ed., *op. cit.*, Vol. I, p. 104, Note (3).
- (35) Cf. William Petty, *A Treatise of Taxes & Contributions*, London, 1662, in Hull ed., *op. cit.*, Vol. I, Ch.4 [邦訳, 第4章]. 大倉正雄「ウィリアム・ペティの租税国家論」, 『拓殖大学論集』(283, 286号, 2011・12年, 掲載), 参照。
- (36) Petty, *Verbum Sapienti*, *op. cit.*, p. 103. 邦訳, 168頁。
- (37) Cf. M. J. Braddick, *Parliamentary Taxation in 17th-Century England*, Woodbridge, Suffolk: The Boydell Press, 1994, p. 158.
- (38) Petty, *Verbum Sapienti*, *op. cit.*, p. 103. 邦訳, 168頁。

- (39) Do., *Treatise of Taxes & Contributions*, op. cit., p. 91 [邦訳, 157 頁]. 大倉「ペティの租税国家論」, 前掲論文, 参照。
- (40) Do., *Verbum Sapienti*, op. cit., p. 110. 邦訳, 179 頁。
- (41) *Ibid.* 同上。
- (42) *Ibid.* 同上。
- (43) *Ibid.*, p. 114. 邦訳, 185 頁。
- (44) *Ibid.*, p. 117. 邦訳, 189 頁。
- (45) *Ibid.*, p. 116. 邦訳, 188 頁。
- (46) *Ibid.* 同上。
- (47) Cf. C. D. Chandaman, *The English Public Revenue 1660-1688*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1975, p. 157.
- (48) Petty, *Verbum Sapienti*, op. cit., p. 113. 邦訳, 184 頁。
- (49) *Ibid.*, p. 110. 邦訳, 179 頁。
- (50) Cf. Edgar S. Furniss, *The Position of the Laborer in a System of Nationalism: A Study in the Labor Theories of the Later English Mercantilists*, 1920, rpt. New York: Augustus M. Kelley, 1965, Ch.IV. 大倉「ペティの租税国家論」, 前掲論文, 参照。
- (51) Petty, *Verbum Sapienti*, op. cit., p. 114. 邦訳, 185-86 頁。
- (52) Cf. Davenant, *Discourses on the Publick Revenues*, op. cit., Vol. I, p. 271. 大倉正雄『イギリス財政思想史 — 重商主義期の戦争・国家・経済 —』日本経済評論社, 2000 年, 124-25 頁, 参照。
- (53) Petty, *Verbum Sapienti*, op. cit., p. 114. 邦訳, 185 頁。
- (54) Cf. [H.J.], *A Letter from a Gentleman... touching Sir William Petty's Posthumous Treatise: entituled, Verbum Sapienti*, London 1691, p. 3.
- (55) *Ibid.*, p. 4. なお, この論説には「近頃亡くなった, 私の尊敬すべきサー・ウィリアム・ペティ」(p.6) という叙述が見られるから, その著者 (H.J.) はペティと面識があった人物であると思える。
- (56) Petty, *Verbum Sapienti*, op. cit., p. 113. 邦訳, 184 頁。『ペティの「賢者」に関する書簡』の著者は, このペティの見解に異を唱えながら「貨幣はわれわれの脂肪よりもむしろ, われわれの血液に似ている」(H. J., *op. cit.*, p. 4) と述べている。しかしながら, この叙述でペティは貨幣の過多を問題にしているのであるから, H. J. の指摘は的外れである。
- (57) 第二次英蘭戦争に関する参考文献は, 本章の注(16)を顧みよ。
- (58) Bryant, *op. cit.*, p. 282.
- (59) Ogg, *op. cit.*, Vol. I, p. 298.
- (60) Williamson, *op. cit.*, Vol. I, p. 267.
- (61) Pepys, *op. cit.*, Vol. VII, p. 182. 邦訳, 第 7 巻, 224 頁。
- (62) Cf. Petty, *Treatise of Taxes & Contributions*, op. cit., p. 38 [邦訳, 69 頁]; Cf. Joseph. A. Schumpeter, “Die Krise des Steuerstaates”, in do., *Aufsätze zur Soziologie*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1953; “The Crisis of the Tax State”, in do., *The Economics and Sciologie of Capitalism*, ed. by R. Swedberg, Princeton: Princeton Univ. Press, 1991 [シュムペーター (木村元一・小谷義次訳) 『租税国家の危機』岩波書店, 1983 年]; Michael J. Braddick, *The Nerves of State: Taxation and the Financing of the English State, 1558-1714*, Manchester: Manchester Univ. Press, 1996, p. 10 [ブラディック (酒井重喜訳) 『イギリスにおける租税国家の成立』ミネルヴァ書房, 2000 年, 6-7 頁]. 大倉「ペティの租税国家論」, 前掲論文, 参照。
- (63) Cf. Chandaman, *op. cit.*, Ch. II.
- (64) Petty, *Treatise of Taxes & Contributions*, op. cit., p. 91. 邦訳, 157 頁. 大倉「ペティの租税国家論」, 前掲論文, 参照。
- (65) 石坂昭雄『オランダ型貿易国家の経済構造』未来社, 1971 年, 第 II 章, 参照。

- (66) E・セリグマンによれば、ペティに先立って「一般消費税は…最も公平な課税である」と述べた作家にクラドック（Francis Cradock）がいる。Cf. Edwin R. A. Seligman, *The Shifting and Incidence of Taxation*, 1899, rev. 1927, rpt. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 25. セリグマン（井手文雄訳）『租税転嫁論』実業之日本社、1950年、28頁。
- (67) Cf. Chares Davenant, *An Essay upon Ways and Means of Supplying the War*, London, 1695, in Whitworth coll. and rev., *op. cit.*, Vol. I. 大倉『イギリス財政思想史』前掲書、第2章、参照。
- (68) Cf. John Brewer, *The Sinews of Power: War, Money and the English State, 1688-1783*, London & Boston: Unwin Hyman, 1989, Part Two; do., “The Eighteenth-Century British State”, in Lawrence Stone ed., *An Imperial State at War: Britain from 1689-1815*, London and New York: Routledge, 1994.
- (69) Vgl. Heckscher, *a. a. O.*, Bd. II, S. 7; *op. cit.*, Vol. Two, p. 17. Cf. Brewer, *op. cit.*, p. 42
- (70) *Ibid.*, pp. xv-xvi.
- (71) *Ibid.*, p. xvi.
- (72) *Ibid.*, p. xvii.
- (73) Cf. John Brewer, “Revisiting *The Sinews of Power*”, in A. Graham and P. Walsh ed., *The British Fiscal-Military States, 1660-c.1783*, London and New York: Routledge, 2016, p. 27.
- (74) Do., *Sinews of Power*, p. xx; do., “Revisiting”, *op. cit.*
- (75) Petty, *Treatise of Taxes & Contributions*, *op. cit.*, p. 22. 邦訳、43頁。
- (76) *Ibid.* 同上。
- (77) *Ibid.*, p. 21. 邦訳、42頁。
- (78) *Ibid.* 同上。
- (79) 渡辺恵一「アダム・スミス — 近代文明と戦争 —」（『経済論叢』第190巻第2号、京都大学経済学会、2016年、所収）、参照。
- (80) Thomas Hobbes, *De Corpore Politico: or the Elements of Law, Moral and Politic*, 1650, in *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, col. and ed. by Sir William Molesworth, London, 1840, Vol. IV, rpt. London: Routledge / Thoemmes Press, 1992, p. 219. ホブズ（田中浩・重森臣広・新井明訳）『法の原理 — 人間の本性と政治体 —』岩波書店、2016年、349頁。
- (81) John Aubrey, *Aubrey's Brief Lives*, ed. by Oliver Lawson Dick, London: Secker and Warburg, 1949, 3rd. ed. 1958, p. 241.

後記：本稿は未完である。続編は、第8章：『政治算術』の国力・経済力分析、第9章：『政治算術』の国力強化策、終章：政治算術の再解釈、から成る予定である。

（原稿受付 2017年11月14日）



# ローマ法における婚姻制度と子の法的地位の関係

— 欧米における婚外子差別のルーツを求めて —

椎 名 規 子

## 要 旨

わが国では、非嫡出子の相続分を二分の一と定めた民法 900 条 1 項 4 号但書の規定は、平成 25 年 9 月 4 日の最高裁違憲決定を受け、同年に改正された。しかし依然として、民法上の子の法的地位は、親の婚姻の有無により区別されている。

これに対して、欧米各国は、子の法的地位について、親の婚姻の有無と切り離し、子の法的地位を一元化して平等を実現している。

しかしかつては、欧米でも婚外子に対して著しい差別的政策を行った。その差別の根拠は、キリスト教の婚姻倫理にあるとされる。そこで本稿は、近代法にも大きな影響を与えたローマ法において、キリスト教の国教化が、婚姻制度や子の法的地位にどのような影響を与えたかを考察する。

本稿では、まずローマ法の家族法の特徴および婚姻制度を概観する。ローマ法の初期の時代では、自由な婚姻が認められ、婚姻制度に対する法的規制は最小限にとどめられていた。また婚外子への忌避は、家父権の基礎である家族財産への侵害という実際的理由に基づくものであり、倫理的色彩はなかった。

その後、アウグストゥス帝は、ローマの社会の頹廢の防止と人口増加の目的のために、婚姻改革を実行した。このアウグストゥス帝の改革は、西洋の歴史において初めて道徳的・倫理的観点から、婚姻制度に対して法的介入を行なったものである。

その後、キリスト教が国教化されるに従い、婚姻制度に対する法的規制には、宗教的倫理が加えられるに至る。キリスト教倫理の下では、神の認めた婚姻のみが適法な男女の関係であった。このように婚姻制度の趣旨が変容するに伴って、子の法的地位も変遷し、婚外子は、さらに苛酷な状況に置かれることとなった。

**キーワード：**ローマ法、婚姻、婚外子、差別、子の平等

## 目 次

はじめに

第 I 章 ローマ法の歴史

1. ローマの歴史の概要
2. ローマ法の歴史

第 II 章 ローマ法における家族法の特徴

1. 家父権制度
2. 家父権の内容

- (1) 生殺の権
  - (2) 財産権
  - (3) 家父権の限界
  - 3. 家父権の終了と家父権の継承
    - (1) 家父権の終了
    - (2) 家父権の継承
  - 第三章 ローマ法における婚姻制度
    - 1. ローマ法における婚姻制度の特徴
    - 2. 婚姻制度の内容
      - (1) 婚姻の要件
      - (2) 婚姻の方式
    - 3. アウグストゥス帝の婚姻立法
    - 4. キリスト教が国教化した後の婚姻制度
  - 第四章 ローマ法における子の法的地位
    - 1. 婚姻制度による子の分類の始まり
    - 2. 嫡出子
    - 3. 非嫡出子
  - 第五章 内縁と準正および子の法的地位
    - 1. 内縁
      - (1) 内縁容認の背景
      - (2) 内縁における子の法的地位
    - 2. 準正
      - (1) 準正の制度的背景
      - (2) 準正の内容
      - (3) 準正後の子の法的地位
- おわりに

## はじめに

わが国では、非嫡出子の相続分を嫡出子の二分の一と定めていた民法900条1項4号但書の規定は、平成25年9月4日の最高裁違憲決定<sup>(1)</sup>を受け、同年に改正された。しかし、相続分における子の間の平等は実現したものの、依然として「嫡出でない子」の文言は民法上存続しており（民法779条）、また民法上の子の法的地位は、嫡出性の有無により区別されている（同772条以下）。

このように、わが国では、子の法的地位は親の婚姻と結びつけられて規定されており、いまだ子の法的地位についての根本的な改正は実現していない。

これに対して、欧米の国々は、子の法的地位について大きな改革を実現してきた<sup>(2)</sup>。とくに近

(1) 最高裁平成25年9月4日大法廷決定民集67巻6号1320頁。

(2) 1960年のデンマークの改革を皮切りに、1976年にはスウェーデンで、ノルウェーは1981年に平等を実現した。ソビエト連邦は、1968年に改正を実現した。西ヨーロッパでもドイツは1970年に改革に着手し、1997年の東西ドイツの統合を経て、1998年に平等実現のための大改革が行われた。東西統一の時点では、東独の方が婚外子に対する平等政策は進んでいたが、東独に合わせる形で平等が実現した(Masha Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical perspective*, Intersentia, 2006, p. 443ff.)。

年では、単に嫡出子と非嫡出子の相続分を平等にするだけでなく<sup>(3)</sup>、嫡出子と非嫡出子の区別を取り払い、子の法的地位を一元化するに至っている。

たとえば、ドイツでは、1997年の改正により嫡出子と非嫡出子の区別が取り除かれ、子の法的地位は一元化された<sup>(4)</sup>。フランスでは1972年の改正により、嫡出子と自然子の権利が平等となった<sup>(5)</sup>。そして2005年には、嫡出子・自然子の文言が廃止されただけでなく、嫡出親子関係と自然親子関係の区別が撤廃され、子の地位が一元化した<sup>(6)</sup>。イタリアでは、1975年の家族法改正により、子間の相続分の平等が実現し<sup>(7)</sup>、2012年および2013年の民法改正により、嫡出子と自然子の語が廃止され、子の法的地位は親の婚姻制度と切り離され子の法的地位の一元化が実現した<sup>(8)</sup>。

このように、欧米では、単に相続分の平等の実現だけではなく、非嫡出子の文言を廃し、子の法的地位と親の婚姻を切り離して、子の法的地位の一元化を実現している<sup>(9)</sup>。しかし、こうした子の法的地位の平等が実現する以前は、婚外子は、欧米では法的・社会的に著しい差別を受けた。たとえばフランス、イタリア、スペインなどのカトリックの国々では、婚姻だけが正当な男女の結び付きとされた結果、婚外子は「罪の子」とされた<sup>(10)</sup>。そして婚外子の出産自体が罪深い行為であったため、カトリック教会は、未婚の母がその子を自ら手元で養育することを認めなかつ

(3) 1990年代の婚外子の法的地位についての諸外国の状況については、泉久雄「婚外子法総説」『親族法論集』(信山社, 1991年)162頁, 同『注釈民法(22)のI』(有斐閣, 1982年)159頁, 水野紀子「比較婚外子法」『講座現代家族法』第3巻(日本評論社, 1992年)127頁以下参照。

(4) ドイツは、1997年の改正により、嫡出子と非嫡出子の概念を廃し、その結果、嫡出推定や嫡出否認という概念もなくなった。また従来嫡出子と非嫡出子について別個に規定していた父子関係決定の要件も一本化した。この結果父母の婚姻は父性決定の要件の一つにすぎないものとなった(ライナー・フランク(松嶋真澄訳)「ドイツ親子法改正の最近の展開」家族〈社会と法〉13号(1997年)1頁以下, 岩志和一郎「ドイツの新親子法(上)」戸籍時報493号(1998年)2頁, 床谷文雄「ドイツ家族法立法の現状と展望」阪大法学47巻(1997年)301頁, 阿部純一「ドイツにおける婚外子共同配慮法制をめぐる近時の議論——1997年親子法改正後の動向を中心として——」比較法雑誌46巻第2号187頁以下, 遠藤富士子「ドイツ家族法の変遷——最近の親子法改正を中心にして——」ケース研究256号(1998年)33頁以下)。

(5) フランス民法では、嫡出子・単純自然子・姦生子・乱倫子を区別していたが、1956年以後の数回の改正, その後の1972年の改正により、姦生子・乱倫子という用語は廃止されて自然子に統一され、自然子(非嫡出子)は嫡出子と同一の権利義務を有するという原則が明記された(水野・前掲注(3)136頁)。ただし姦生子の相続分が平等となるのは2001年の改正による(大村淳志『フランス民法——日本における研究状況——』(信山社, 2010)92頁)。

(6) 田中通裕「注釈・フランス家族法(10)」法と政治64巻2号(2013年)101頁, 羽生香織「フランス実親子関係の動向——2005年改正をふまえて——」家族〈社会と法〉23号(2007年)131頁。

(7) 松浦千誉「イタリア家族法の改正」ケース研究156号(1976年)2頁以下。

(8) 椎名規子「イタリア親子法における子の法的地位の平等と『親責任』の実現——2012年と2013年の新親子法について——」拓殖大学論集 政治・経済・法律研究19巻1号(2016年)1頁以下。

(9) アメリカ合衆国でも非嫡出子の差別規定に対して違憲判決が下されている(根本猛「非嫡出子差別と憲法——アメリカ合衆国の判例を中心に——」一橋論叢118巻1号(1997年)130頁, 西村真理子「非嫡出子(婚外子)の相続とその前提となる親子関係成立の問題について——アメリカ法を中心に——」学習院大学大学院法学研究科法学論叢19号(2012年)60頁)。

(10) 椎名規子「見捨てられた婚外子——国家の保護を受ける『家族』の陰に——」(北村暁夫・小谷眞男編)『イタリア国民国家の形成 自由主義期の国家と社会』(日本経済評論社, 2010年)171頁。

フランスについては, Rachel Fuchs, *Abandoned Children, Foundlings and Child Welfare in Nineteenth-Century*, Albany, 1984.

た。その結果、婚外子は、「罪の子」として、「回転口 (Ruota)」<sup>(11)</sup>により遺棄することが社会的に強要されるに至った。またドイツなどのプロテスタントの国では、「回転口」による捨て子の強要はなかったが、同様に婚外子は法的社会的に差別を受け、苦悩した母による嬰兒殺が多く惹き起こされるに至った<sup>(12)</sup>。

このように、かつて欧米において、婚外子は苛酷な対応を受けたが、その苛酷な政策が採られた背景には、キリスト教の影響があるとされる<sup>(13)</sup>。キリスト教の倫理では、婚姻外での男女関係および婚姻外の子の出産は、神の教えに反するものとされていたからである。

そこで本稿では、キリスト教の思想を基礎とした法政策により、婚外子が差別的対応を受けるに至った出発点について、近代法のルーツともいわれるローマ法<sup>(14)</sup>の検討を通して探求してみたい。キリスト教は、古代ローマ時代のコンスタンティヌス帝の時代に国教化されるが、とくに本稿では、キリスト教の国教化がどのようにローマ法における婚外子の法的地位に影響を及ぼしたかを考察したい<sup>(15)</sup>。

これまでローマ家族法における子の法的地位については、わが国ではほとんど研究されて来なかった。しかし、欧米が乗り越えた差別の歴史を考察することは、その実現した平等の重みを理解することであり、今後わが国において子の法的地位の平等を実現する上での一助となると思う。

ところで、子の法的地位を考察するには、その時代の婚姻制度がどのようなものであったかを考察することは不可欠である。なぜなら子の法的地位が婚姻制度により画されて来た以上、婚姻制度の内容を確定せずには、子の法的地位を把握することはできないからである。そして婚姻制度は、家族法の中心的位置を占める制度であることから、その時代の家族法の特徴も考察する必

- 
- (11) 回転口とは、一種のゆりかごを付属しており、施設の外部の受付口からそのゆりかごに赤ん坊を置く  
と鐘の音により施設内部の者に到来を知らせ、それにより内部の者がゆりかごを回転させ、赤ん坊を受け取るという装置である。回転口については、椎名・前掲注(10)「見捨てられた婚外子」171頁参照。
- (12) 水野光二「嬰兒殺しの女たち — ドイツにおける歴史的背景」明治大学人文科学研究年報31号(1989年)96頁、三成美保『ジェンダーの法史学 近代ドイツの家族とセクシュアリティ』勁草書房(2005年)206頁以下、田村五郎『非嫡出子に対する親権の研究』中央大学出版部(1981年)3頁以下。
- (13) 青山道夫は、キリスト教が、性と婚姻の歴史の上で私生子虐待をもたらしたと指摘して、私生子虐待をキリスト教文明の汚辱であるとのカルバートンの言葉を紹介している(青山道夫「西洋社会」講座家族3(弘文堂、1973年)164頁)。またコーイングは、キリスト教倫理がヨーロッパ法に対して与えた影響は、婚姻法の形成 — 離婚にかんする規律や性刑法や非嫡出子の地位に関する規律に表れていると指摘する(ヘルムート・コーイング(上田安敏監訳)『ヨーロッパ法文化の流れ』(ミネルヴァ書房、1983年)11頁。その他、島津一郎「私生子」『家族問題と家族法IV』酒井書店(1957年)209頁。水野・前掲注(3)「比較婚外子法」127頁。
- (14) ローマ法は、イングランドとスカンジナビアを除いて、西ヨーロッパの全ての法制度の基礎をなしているとされる。またヨーロッパ以外では、ルイジアナとセイロン、ケベックと日本、エチオピアとアフリカ、トルコとチリなどの多くの異なった場所の法律が明確に基礎づけられている。またイングランドや英米法諸国においても、ローマ法の影響はかなりのものであるとされる(アラン・ワトソン(瀧澤栄治、樺島正法訳)『ローマ法と比較法』(信山社、2006年)3頁。
- (15) ヨーロッパ文化の基礎をなすのは、キリスト教と古典古代文明であると、コーイングは指摘する。そして395年のローマ帝国の東・西両帝国への分離が、ギリシア正教として、バルカン諸国とりわけロシアを特色づけ、ローマ・カトリック教会によって、西ヨーロッパを特色づけたとする(コーイング・前掲注(11)『ヨーロッパ法文化の流れ』2頁)。ドイツ法への影響については、オッコー・ベーレンツ(河上正二訳)『歴史の中の民法』日本評論社(2001年)40頁以下が詳しい。

要がある。そこで本稿では、まずローマ法の歴史を簡単に概観した上で、ローマ法における家族法の特徴および婚姻制度を見てみたい。その上で婚姻制度と子の法的地位の関係を考察する。

## 第 I 章 ローマ法の歴史

### 1. ローマの歴史の概要

ローマ法の歴史について記す前に、まずローマおよびローマ法の歴史を年代ごとに紹介したい<sup>(16)</sup>。

ローマの歴史 概略年表

古代期	753	ロムルスによるローマ建国（伝承）
	450	最初の成文法の 12 表法が制定される
古典前期	3 世紀半	ローマ、イタリア半島をほぼ統一
	272	ローマ、イタリア半島をほぼ統一
	271-264	第一次ポエニ戦争
	218-201	第二次ポエニ戦争
	88	イタリア都市の自由民にローマ市民権付与（イタリアのローマ化）
	47	クレオパトラがエジプトの女王となる
古典期	44	カエサル之死。オクタヴィアヌスが護民官となる
	27	アウグストゥス帝（本名オクタヴィアヌス）共和国建設 元老院からアウグストゥスの尊称を受ける。初代ローマ皇帝となる。
	18	ユリア法の制定
	紀元前	
	紀元後	
	9	パピア・ポッパエア法制定
	14	アウグストゥス帝死亡
	117	ハドリアヌス帝即位
	160	ガイウス『法学提要』
	161	マルクス・アウレリウス帝即位
235	セウエールス帝の死	
235 頃	ローマ法の衰退	

(16) 弓削達『ローマ帝国とキリスト教』世界の歴史 5（河出書房新社，1989 年），エドワード・ギボン（吉村忠典・後藤篤子訳）『図説ローマ帝国衰亡史』（東京書籍，2004 年）を参照した。

古典期 後期	284	ディオクレティアヌス帝即位
	313	コンスタンティヌス帝のミラノの勅令によるキリスト教合法化
	325	ローマ帝国がキリスト教国となる
	395	ローマ東西に分裂
	438	テオドシウス法典
	476	西ローマ帝国滅亡
ユスティニアヌス期	527	ユスティニアヌス帝が東ローマ帝国皇帝に即位
	529	ユスティニアヌス『勅法彙纂』が公布される
	533	『法学提要』が公布される

## 2. ローマ法の歴史

ローマ法は、もともとは一つの国の法秩序であったが、世界法に発展した唯一の法である<sup>(17)</sup>。ローマ法は、14世紀以降、中央ヨーロッパで「普通法」とみなされ、それぞれの国の私法の法典に組み入れられた。その法典には、1804年のフランス民法典<sup>(18)</sup>、1811年オーストリア民法典、1806年ドイツ民法典、1907年スイス民法典があり、日本もフランス民法典を継受していることから、ローマ法の影響を受けている<sup>(19)</sup>。ローマ法史については、下記の5つの時期に分けることができる<sup>(20)</sup>。

- (17) ローマ法は、ローマが都市国家から地中海商業帝国へと発展する過程で、とくに古典期以降のローマ法では、合理主義的な法システムが発展して宗教・道徳との峻別が進み、古代法の特徴が希薄になったという。ローマ法は本来の個人主義的特徴をさらに進めるとともに、呪術的性格を脱して、活発な人的・物的交流に対応した合理的な民事法システムを発展させ、広大な帝国支配を可能にする官僚制度を生み出した(屋敷二郎(勝田有恒・森征一・山内進編著)『概説西洋法制史』(ミネルヴァ書房, 2004年)11頁)。
- (18) 戸倉広「近代世界のローマ法継受」専修法学論集16号(1973年)1頁, 船田享二『ローマ法』第1巻(岩波書店, 1968年)523頁以下。
- (19) ウルリッヒ・マンテ(田中実, 瀧澤榮治訳)『ローマ法の歴史』(ミネルヴァ書房, 2008年)1頁。なおローマ法が世界法となった根拠としては、ローマ法は非常に抽象度が高く、また宗教や道徳から独立している法であり、この点がイスラム法やユダヤ法と異なる点であるとされる(Danilo Dalla-Renzo Lambertini, *Istituzioni di Diritto Romano*, Terza Edizione, Giappichelli, 2006, p. 6.)。
- (20) 古代ローマの歴史の時代区分は、筆者により異なるが、本稿では、イタリアのポローニャ大学のローマ法教授の Dalla-Lambertini 両教授の分類に従った(Dalla-Lambertini, *op. cit.*, p. 11.)ポローニャ大学はヨーロッパ最古の大学として、12世紀以来ローマ法を全ヨーロッパに普及させた歴史を有するが、現在でもローマ法研究における中心的存在だからである(ピーター・スタイン『ローマ法とヨーロッパ』(屋敷二郎監訳/関良徳・藤本幸二訳)(ミネルヴァ書房, 1996年)68頁, ベーレンツ・前掲注(15)37頁, 柴田光蔵『ローマ法の基礎知識』(有斐閣, 1973年)45頁)。

## ① 第1期 古代期 (Il periodo arcaico) (紀元前8世紀—紀元前3世紀半ばまで)

第1期は、古代期であり、ローマの建国(紀元前753)<sup>(21)</sup>から、王政を経て共和制に移行する紀元前3世紀半ばまでの時期である。この時期は、農業経済を中心としており<sup>(22)</sup>、資力に乏しく、法制度も十分ではなかった。法は、聖職者階級の解釈により適用される慣習法を基礎とした。この時代でとくに重要な法は、12表法(La legge delle XII tavole)<sup>(23)</sup>である。12表法は、古くからの慣習による規範を基礎として成文化されたものであり、貴族による法知識の独占や法の恣意的運用を防止するために、共和政初期において制定されたものである<sup>(24)</sup>。ローマ人は、多くの法を制定したが、「法典」と呼びうるものは、12表法とユスティニアヌス法典しか制定しなかった。民会の議決に基づいた「法律(lex)」という立法形式は200ほどの例があるが、これらは単行法規にすぎない<sup>(25)</sup>。ローマ法は、ユスティニアヌスの『市民法大全』によって完成するが、その出発点は12表法とされる<sup>(26)</sup>。またその他、この時期においてとくに重要なのは、自治組織、司法行政のための法務官裁判所(pretura)が設立されたことである<sup>(27)</sup>。古代期は、土地法の先駆となったリキニウス・セクステイウス法(債務権限、公有地の囲い込み禁止、平民執政官)の制定までとされる。

## ② 第2期 古典期前期 (Il periodo preclassico) (紀元前3世紀半ばから紀元前27年のアウグストゥス帝による共和国建設まで)

第2期は、古典期前期とされ、紀元前3世紀から、アウグストゥス帝による共和国の建設(紀元前27年)までとされる。ローマは三大陸を囲む地中海の覇者となり、商業取引経済が活発となり、新しい法制度が求められることとなった。法務裁判官(pretore)の活動により、法の解釈は、形式主義や古い民法の制約を超える解釈がなされた<sup>(28)</sup>。古典期前期は、共和国制度の完成期の時期であり、新しい規範の法体系が形成された。遺贈の自由を制限するフーリウス法(前3~2世紀)とウォコーニウス法(前169年)、ファルキディウス法(前40年)がある<sup>(29)</sup>。

(21) ローマは、ロムルスとレムスの双子により建国されたという。しかしロムルスとレムスによる紀元前753年の建国は、伝説とされている(Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 9.)。

(22) 柴田光蔵『ローマ法概説』(玄文社, 1980年)109頁。

(23) 紀元前450年頃、12表法は、主として前代の慣習法を採録して編纂された。貴族・平民の階級闘争の結実としては、正にイギリスの大憲章(Magna Carta)に比すべく、ローマ法発展史上に於いては、「全公法私法の泉」「全ローマ法體系」として、後代法律の基礎を築いた法典であるとされる(原田慶吉『ローマ法』改訂版(有斐閣, 1955)4頁)。柴田・前掲注(22)『ローマ法概説』170頁。

(24) 屋敷・前掲注(17)『概説西洋法制史』16頁。

(25) 屋敷・前掲注(17)『概説西洋法制史』17頁。

(26) ローマ人は、12表法以後ユスティニアヌス法典の編纂まで、専主政期における勅法集の類を別にすれば、「法典」と呼び得るものを制定しなかった(屋敷二郎・前掲注(17)『概説西洋法制史』17頁)。

(27) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 11.

(28) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 11.

(29) 柴田・前掲注(22)『ローマ法概説』174頁。

③ 第3期 古典期 (Il periodo classico) (紀元前27年のアウグストゥス帝の共和国建設から、紀元後235年のセウェールス王の死まで)

古典期は、アウグストゥス帝による共和国建設(紀元前27年)から、セウェールス王の死(紀元後235年)までとされる。古典期は、ローマの皇帝による支配のうち、アウグストゥス帝の「元首政 (*princeps*)」の時代を中心とする。ローマ時代の区分は各論者により異なるが、紀元前27年のアウグストゥス帝の時代がローマ法の歴史の一つの区切りであることは、論者の一致した見解である<sup>(30)</sup>。アウグストゥス帝<sup>(31)</sup>の政治の特徴は、「元首政」という新しい制度により国家の基礎を築いたことである。アウグストゥス帝の政治の特徴は、共和制度を形式的には尊重しているように見せて、実際は個人的な権威に集中させて国政を行う「元首政」という新しい制度により基礎を築いたことである<sup>(32)</sup>。アウグストゥス帝は、市民の「第一人者 (*princeps civium*)」として人望を得て国家を導いたが、「第一人者」という官職は国制により定められたものではなく、実際には独裁制を意味するものであった<sup>(33)</sup>。またアウグストゥス帝は、ユリア法とパピア・ポッパエア法により上流階級の類廃を防止することと人口増加のための婚姻法を制定するなど様々な改革を行った<sup>(34)</sup>。

この時代のローマ法史としてとくに重要なものは、紀元後160年頃に書かれたとされるガイウスの『法学提要』(*Institutiones*)<sup>(35)</sup>である。ガイウスの『法学提要』は、ユスティニアヌス法典にも強く影響を与えるなど、後の法律学の発展に貢献した。

④ 第4期 古典期後期 (Il periodo postclassico) (セウェールス帝以後の時代で、ユスティニアヌス帝の時代を除いた時期)

セウェールス帝以後の残りの時代で、しかしユスティニアヌス帝の時代を除いた時期が後古典期とされる。この時代は、「元首政 (*princeps*)」が崩れ、「専制君主政 (*dominus*)」が成立した

(30) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 11. ベーレンツ・前掲注(15)『歴史の中の民法』94頁、柴田・前掲注(20)「ローマ法の基礎知識」5頁、船田・前掲注(18)『ローマ法』第1巻245頁。

(31) アウグストゥス帝(本名オクタウィアヌス)は、カエサルの子にあたるが、前3年のアクティウムの海戦で勝利し、ローマの内乱に終止符を打った。初代皇帝として、40年に及ぶ安定した治世によって帝政を確立した(クリス・スカー著、青柳正規(監修)『ローマ皇帝歴代誌』創元社(1998年)16頁)。

(32) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 11. 屋敷・前掲注(17)30頁。

(33) マンテ・前掲注(19)『ローマ法の歴史』90頁。

(34) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104.

(35) ガイウスは、無名の法学者とされるが、彼の著作の『法学提要』は、ローマ帝国の西部だけでなくギリシャ東部やエジプトも含めて、標準的な教科書であったとされる。この本が古典期(帝国の最初の250年)の著作の中で、ほとんど完全な形で残った唯一のものだとされる。ユスティニアヌス帝は、紀元後529年に『法学提要』を公布するが、このガイウスの『法学提要』をモデルにしたものとされる。ローマ法の研究では、ガイウスの『法学提要』とユスティニアヌス帝の『法学提要』が研究の中心となる(ワトソン・前掲注(14)『ローマ法と比較法』17頁)。ガイウスの『法学提要』は、訴権(アクティオ)を軸に発達したローマ法のシステムを、人法(*ius personum*)・物法(*ius rerum*)・訴訟法(*ius actionum*)の3編別にまとめることに成功した(屋敷・前掲注(17)『概説西洋法制史』34頁)。ガイウスの『法学提要』については、佐藤篤士監訳『ガイウス法学提要』(敬文堂、2002年)参照。

時代である。テオドシウス1世から、皇帝は「万物の主にして神 (dominus et deus)」となり、法的権力が皇帝に集中するに至った。この古典期後期の時代は、政治的経済的危機により、帝国の弱体化が生じた時期でもある。

他方でキリスト教の合法化によりローマ法に変化が生じた時期でもある。コンスタンティヌス帝によるミラノの勅令(紀元後313年)によりキリスト教が合法化され、その後キリスト教が国教とされた(後391年)。325年から476年までは、キリスト教君主時代であるが、後395年には、ローマ帝国は東西に分裂するに至る。紀元後476年には、西ローマ帝国は滅亡するに至った。

#### ⑤ 第5期 ユスティニアヌス期 (L'epoca giustiniana) (紀元後527年—565年のユスティニアヌス帝の時代)

ユスティニアヌス期は、ローマ法史においては、特別な時期であり、古典期後期の間でも、独立した時期とされる。

ユスティニアヌス帝(在位・後527-565)<sup>(36)</sup>は、皇帝になるとまもなく法典編纂に着手した。後529年に完成公布されたのが、「ユスティニアヌス勅法彙纂 (Justinianus Codex)」である。その約3年後、ユスティニアヌス帝は、「学説彙纂 (Digesta sive Pandectae)」<sup>(37)</sup>の編纂を完成し、533年に施行された。この「学説彙纂」は、膨大な内容であったために、初学者用の教科書として、「法学提要 (Istitutiones)」<sup>(38)</sup>が作成され、533年に公布された。また534年には、「勅法彙纂 (Codex)」<sup>(39)</sup>が制定され、さらに565年以降に「新勅法彙纂 (Novellae)」<sup>(40)</sup>が制定された。この間にユスティニアヌスは、多くの勅法を發布したが、これらの法典は「ユスティニアヌス法典」または「市民法大全 (Il Corpus Iuris Civilis)」と呼ばれる。

ユスティニアヌス帝は、「市民法大全」を後世に遺すという立法者として重要な業績を残したため、このユスティニアヌス帝の時期(紀元後527-565年)は独立した時期とされる。

(36) ユスティニアヌス帝は、かつてのローマ帝国の栄光を復活すべく、アフリカのヴァンダル王国を紀元後533年に征服した。535年には、フランク人と同盟して東ゴート王国を攻め、イタリアからゴート人を放逐した。また短期間であったが、東西ローマの一体化を実現した。またその間にソフィア教会堂を建設するなど文化面でも大きな業績を残した。ただし最大の偉業は、ローマ法の集大成である(山内進『概説西洋法制史』(勝田有恒, 森征一, 山内進編著)ミネルヴェ書房, 2004年)59頁。

(37) 「学説彙纂」は、533年12月16日公布で、12月30日施行された。全50巻を構成し、第1巻「総論」、第2~46巻「私法」、第47~48巻「不法行為(刑罰法規を含む)」、第49巻「訴訟法・軍事関係法」、第50巻「行政法」で構成される(山内・前掲注(36)『概説西洋法制史』61頁)。

(38) 「法学提要」は、533年11月21日公布で、12月30日施行された。第1巻「人の法」、第2~3巻「物の法」、第4巻「訴訟の法」で、全4巻を構成する(山内・前掲注(36)『概説西洋法制史』61頁)。

(39) 「勅法彙纂」は、534年11月16日公布で12月29日施行された。全12巻を構成し、第1巻「教会法・法源、行政法」、第2~8巻「私法」、第9巻「刑法」、第10~12巻「財政法、行政法」(山内・前掲注(37)『概説西洋法制史』62頁)。

(40) 「新勅法彙纂565年以降に編纂され、内容は、行政法と教会法である(山内・前掲注(36)『概説西洋法制史』62頁)。

## 第Ⅱ章 ローマ法における家族法の特徴

### 1. 家父権制度

古代ローマ法における家族法の大きな特徴は、強い家父権 (*patria potestā*) の制度といえるであろう<sup>(41)</sup>。後述するように、家父には家族に対して強い権限が認められ、その結果、親子関係においては、子は家父 (*pater familias*) に対する絶対的服従が求められ、夫婦関係においては、妻は夫に対する服従が強いられた。このように、家父は、子やその卑属および妻などの家族構成員に対して絶対的な支配権を有していた。

そしてローマにおける家父権の特徴は、家族の内部における父親に対する子の服従の構造は、国家の法的構造にも関わっていた点である。すなわち、一方では、家族内部において家父が家族構成員に対して絶対的な支配権を有していたが、他方では、生産手段の発達や農業の集約化を背景に、社会秩序においては国王または皇帝が絶対的な支配権を有していた<sup>(42)</sup>。このように、私的領域ではすべての権限が家父に集中し、家父が絶対的な権力を有していたのに対し、社会や国家などの公的領域では国王または皇帝が強い権限を有し、両者の構造は同じピラミッド型で構成されていた<sup>(43)</sup>。

ローマ時代の家族は、家長である家父 (*paterfamilias*) とその妻と子、その他の卑属及びその配偶者により構成される集団である<sup>(44)</sup>。家長はこれらの構成員に対して、絶対的支配権を有した。家父権の対象は、適法な婚姻から出生した子、養子など法律行為により地位を取得した子である。ローマ市民法上適法な婚姻を行った父母から生まれた子は、父親の家父権に服し、もし祖父が存命である場合には、祖父の家父権に服した。

家父権に服することは、ローマ市民権の取得のために不可欠であった。ローマ市民でない者は、家父権に服しない。そのため出生時にローマ市民でない子が、出生後にローマ市民権を取得する

(41) 「家父権は、ローマの家族法で最も基本的で特性のある部分である」と、アラン・ワトソンは指摘する (ワトソン・前掲注(14)『ローマ法と比較法』39頁)。ローマ時代の法学者ガイウスは、家父権の制度がローマ人の特徴であると述べたとされる (Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 79.)。

(42) 佐藤篤士は、強力な家父権の必然性について、生産手段の発達・農業の集約化とその発展・gens制の崩壊、したがって各 familia を単位とする生活形態がみられるとし、他方、国家権力は、各 familia を基盤とする世俗的な支配形態となっており、familia を単位とする生産関係から必然的に家父の地位が強力なものとなっていた事実を重視せざるをえないと指摘する (佐藤篤士「LEX XII TABULARUM — 12表法原文・邦訳および解説 —」早稲田大学比較法研究所叢書 21 (1993年) 67頁)。

(43) イタリア家族法について数多くの著作を持つブルーノ・デ・フィリッピも、家父権の構造と国王や皇帝を頂点とする国家の構造は、等しくピラミッドの構造であったと述べている (Bruno de Filippis, *La Filiazione, Nella Dottrina e nella Giurisprudenza*, CEDAM, 2001, p. 1.)。

(44) 原田慶吉『ローマ法』改訂版、有斐閣 (1955年) 294頁。

には、家父権の成立を認める命令が必要であった<sup>(45)</sup>。

家父権の下での親子関係は、一方では家父は家族構成員に対して、広範な支配権を及ぼしたが、他方で、家族の側では、相続権など集団への帰属による利益も得ることとなった。

## 2. 家父権の内容

### (1) 生殺の権

家父は、家父権に服する者の生死を決するほどの絶対的な支配権限を有していた。この権利は、生殺の権 (*ius vitae et necis*) と呼ばれたが、生殺の権は、古代ローマ法における家父の権力が子に対して絶対的な権利を有していたことを示すものである。この生殺の権のルーツは古代の12表法 (XII tavole)<sup>(46)</sup> に求めることができる。12表法には、「法律が父に男児にたいする生殺与奪の権を与えてから (*Cum patri lex — dederit in filium vitae necisque potestatem*)」との文言を規定している<sup>(47)</sup>。この12表法の生殺の権の規定は、子に対する家父の無限の権能を象徴的に意味するものであるが、この生殺の権利は、具体的には、以下の三つに分けることができる。第一には、出生した子を遺棄する権利 (*ius exponendi*)、第二は、子を売却する権利 (*ius vendendi*)、第三には、責任から解放するために、加害者を引き渡す権利 (*ius noxae dandi*) である。

#### ① 遺棄する権 (*ius exponendi*)

家父権の一内容として、家父には、子を遺棄する権 (*ius exponendi*) が認められていた。家父は、子を自分の子と認めてその子を養育するか、または公共の場に遺棄して死に至らせるかに

(45) ガイウスの「法学提要」には、ハドリアヌス帝による元老院議決が、自己または子のために市民権を取得し、家父権の関係を設立したケースが紹介されているとされる (Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 113.)。

(46) 12表法の制定時期の成立時期については、紀元前5世紀から4世紀にかけて制定されたとする説が多いようである。12表法は、事件の発生するたびごとに発見されてきた法 *ius* の一部を成文化したものであり、近代法典のような完結的学問的体系的なものではない。けれども、12表法は共和政初期の支配層たるパトリキ (*patricii*) と平民プレーブス (*plebs*) との闘争の所産であり、なにが法であるかを知ることでできなかったプレーブスにとって画期的利益をもたらしたとされる (佐藤篤士『古代ローマ法の研究』(敬文堂、1975年) 47頁)。12表法は、血縁的家父長制的構成を示しながら、他方で或程度抽象的規定もみられるローマ都市共同体への発展の萌芽を示す、過渡的な役割をはたしたとされる (佐藤・前掲注(42)「LEX XII TABULARUM」1頁)、その他、平田隆一「初期ローマ共和政における国家権力と宗教」『歴史における宗教と国家』(佐藤伊久男・松本宣郎共編) 南窓社 (1990年) 19頁、ワトソン・前掲注(14)『ローマ法とヨーロッパ』5頁、マンテ・前掲注(19)『ローマ法の歴史』ミネルヴァ書房 (2008年) 38頁。

(47) 12表法第IV表2に、生殺与奪の権 (*vitae necisque potestatem*) の文言が規定されている。この生殺の権について、佐藤篤士は、「法形式としてローマ法史の終りまで残存したものであり、家父長制を規定するうえで重要な意味を持つものである。すなわちローマの家父権 *patria potestas* は、きわめて強力であり、その絶対性、統一性、排他性、一方的画一的支配という点で他の社会からはきわだつた存在であるといわれ、その家父権のもっとも中核的なものがこの生殺の権 *ius vitae necisque (vitae necisque potestas)* であるといわれてきた」と述べる (佐藤・前掲注(42)「LEX XII TABULARUM」66頁)。

ついて決定する権限を有した<sup>(48)</sup>。生まれた子は椅子に座る家長の足下に置かれ、家長がこれを拾い上げるときは、子として家に受け入れられるが、家父が否認するときは遺棄されたとされる<sup>(49)</sup>。なお、遺棄は、12表法による義務に従い、奇形で出生した子の排除にも利用された<sup>(50)</sup>。

遺棄の動機は、奇形児の排除や迷信によって不吉な子と解された場合や、生まれる子が将来社会に危害を加え、社会を騒がす原因をもたらすと考えられた場合、乱行または凌辱による子の場合であるが、最大の原因は貧困等の経済問題であった<sup>(51)</sup>。

しかし、キリスト教の皇帝のコンスタンティヌス帝は、家父の遺棄する権に否定的対応を示した。コンスタンティヌス帝は、子を遺棄した者は子に対する家父権を失い、反対に子を拾い上げた者は、子を自由民として家父権に入れるか否か、または奴隷にするかの決定権を有すると定めた<sup>(52)</sup>。またコンスタンティヌス帝は、315年の勅法において、親が貧困のため養育できない子を官吏のもとに連れてくるときは、国家が遅滞せずに救済すべきことを命じている<sup>(53)</sup>。さらに後の皇帝であるユスティニアヌスは、養育される子を自由人 (*ingenuo*) の地位にした<sup>(54)</sup>。

## ② 家子売却の権 (*ius vendendi*)

家父は、子を売却する権 (*ius vendendi*) も有した。古くは子の売買は奴隷に落す効果を有したが、後には、別な家父への売買は、子をその家父の奉公人の身分に置くこととなった<sup>(55)</sup>。12表法第 IV 表 2b は「もし父が息子を三回売却したならば、(その) 息子は父より自由たるべし」と規定している<sup>(56)</sup>。この規定が、三回子が売却されたなら、子は父から自由になる、と規定していることから、実際には、家子売却権は子を家父権から解放するために利用されたとされる。なお古典期には、売却の権利は自然廃止になった<sup>(57)</sup>。

## ③ 加害者を引き渡す権 (*ius noxae dandi*)

家父は、家族構成員が第三者に加害を加えた場合に、その者を引き渡す権 (*ius noxae dandi*)

(48) なお、この遺棄する権利の対象は、もともとは長子ではない女子であったであろうとされる Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80.

(49) 原田慶吉「古典世界に於ける生児遺棄の研究」『春木先生還暦祝賀論文集』(有斐閣, 1931年) 15頁。

(50) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80. なお 12 表法は、子どもが奇形児として出生した場合の殺害規定を置いている。その趣旨について、奇形児については、慣習・宗教規範からも、殺害されなければ、その家ひいては国家にわざわざいをもたらすものという観念があったと推測されるとする(佐藤・前掲注(42)『LEX XII TABULARUM』65頁)。

(51) 原田・前掲注(49)「古典世界に於ける生児遺棄の研究」7頁。

(52) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80. なお、コンスタンティヌス帝は、322年には、アフリカにおいて、貧困状態にあり子を養うことのできない者に対して、国庫の金銭や食料を供与すべき旨の指令を発し、315年の勅令をアフリカにも拡張している(原田・前掲注(49)「古典世界に於ける生児遺棄の研究」37頁)。

(53) 原田・前掲注(49)「古典世界に於ける生児遺棄の研究」37頁。

(54) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80.

(55) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80.

(56) 佐藤・前掲注(46)『古代ローマ法の研究』56頁。

(57) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80.

を有した。家族構成員が犯罪や不法行為を行った場合、12表法は、その損害を賠償するか、または加害行為者である家族構成員を、被害者または被害者の家父に引き渡すかの選択権を家父に与えている。家父権に服する家族構成員や奴隷が、第三者に対して窃盗や傷害を犯した場合、被害者の訴えは家父に対してなされなければならなかった。被害者の訴えを受けて、家父には、窃盗や加害行為を行った家族構成員や奴隷を、加害者として被害者に引き渡す義務が課された<sup>(58)</sup>。そして加害者を引き渡さない場合には、その損害を賠償する責任が家父に生じた。家父だけが家族の財産によって賠償に応じることができたからである<sup>(59)</sup>。このように12表法は、損害を賠償するか、または加害者と家族構成員を被害者または被害者の家父に引き渡すかの選択を家父に与えた<sup>(60)</sup>。もし損害を賠償した場合には、加害者を引き渡す責任から家父を解放することになる。

加害者を引き渡す権は、子については、ユスティニアヌス法では明確に廃された。それは子が財産的独立を有したからであるが、他方で奴隷については効力を有したとされる<sup>(61)</sup>。

## (2) 財産権

家族の財産について、権限を有するのは家父のみであった<sup>(62)</sup>。前述の加害者を引き渡す権とも関係するが、子は自己の財産は何も有しなかったのであった<sup>(63)</sup>。家父権に服している者は権利主体とはみなされず、私法上の行為はすべて、有利不利を問わず家父に効力を及ぼした。ただし家父権に服している者であっても、法律行為を締結することはでき、妻、息子、娘は、成年に達すれば、法律行為を行うことはできた<sup>(64)</sup>。しかし、家父権に服する者が契約をした場合、家父は、直ちに契約の相手方との間のすべての権利を取得した。なお、家父権に服する成年者は、「特有財産 (*peculium*)」と呼ばれる一定額を自由に使うことができた。裁判も家父しか提起することができなかった<sup>(65)</sup>。卑属もまた同じ条件で家父権に服した。

(58) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 81. 佐藤は、加害者を引き渡す権についてつぎのように指摘する。「一二表法は、他人の四肢を切断し妥協調わない場合はタリオ（第八表2）と規定し、その他の侵害の場合は確定金額の賠償（請戻額）を被害者側に差し出すことによって責任を免れるとした。けれども、一二表法のこれらの規定が制定される以前においては、四肢切断ばかりでなく身体に回復不可能な傷害を与えた場合に被害者側は加害者側に加害者の引渡しをせまったものであろう」そして「一二表法はかかるタリオを二次的なものにし、責任の金銭化へと一步大きくふみ出したものとみることができる」（佐藤・前掲注(46)『古代ローマ法の研究』53頁）、屋敷・前掲注(17)『概説西洋法制史』32頁。

(59) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 81.

(60) スタイン・前掲注(20)『ローマ法とヨーロッパ』8頁。

(61) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 81.

(62) 古代には、家族の財産は家族全員の共有であり、家子も財産能力を有するけれども、これを処分する権能は家長にだけ属すると考えられた。しかし共和政末期までには、財産を処分する権能とこれに対する所有権は混同されて、家長だけが所有者で家子は財産能力を有しないとされ、この原則は形式上常に保持された（船田享二『ローマ法』第4巻（改版）、（岩波書店、1971年）147頁）。

(63) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 85.

(64) たとえば、息子が馬を売ったなら、売買契約は有効であるものの、売買代金請求権を取得するのは父であった。その馬の所有権移転は父の同意をもってのみ有効であった。取引の相手方が息子に支払ったなら、その支払いは有効であったが、支払われた金銭の所有権を取得するのは父であった（マンテ・前掲注(19)『ローマ法の歴史』25頁）。

(65) ワトソン・前掲注(14)『ローマ法と比較法』22頁。

このように家父権は絶対であり、子が権利能力を取得するには、家父権が終了しなければならなかった。ローマ家族法の特徴は、家父が唯一の権利者であったことである。

ローマの家父権が強大であった理由としては、第一には、家父権が、家父の生存中は子に譲られることがなかったため、父が生存する限り、子は家の中では支配に服さざるを得なかったことである。第二には遺言相続が法定相続に優位していたため、家産の承継について、家父が自己の意思を表示しうる支配者的地位にあったことによる<sup>(66)</sup>。

### (3) 家父権の限界

前述したようにローマの家父権の特徴は、12表法の生殺与奪の権に象徴されるように、強大な支配権が肯定されたことにある。しかし現実には、この12表法が無制限に実現されたのではなく、12表法の規定は、家父の優位についての原則を示すことや訓戒として効力があつたものとされている<sup>(67)</sup>。家父の専横を抑制するために、戸口調査官(censore)や市民の行動を監督する司法官(magistrati)が統制していたともされる<sup>(68)</sup>。さらに後の帝政期には、トラリアヌス帝<sup>(69)</sup>やハドリアヌス帝<sup>(70)</sup>などの皇帝が、抑制のために監督権限を行使したとされる。

なお古典期後期には、コンスタンティヌス帝の勅令が、生殺の権は過去のものになったと示したとされる<sup>(71)</sup>。同世紀には、古代法の下でも行われた嬰兒殺しは、奇形で生まれた場合の殺害を除いて、死刑によって罰された。

## 3. 家父権の終了と家父権の継承

### (1) 家父権の終了

家父権は、家父の死亡により終了する<sup>(72)</sup>。12表法の時代には、家父が自発的に家父権を終了する手段がなかった。そのため子は家父の死亡まで、家父権に服することを強いられた。家父は子を売却して強制労働に就かせることもできたが、前述したように、12表法は、父が子を三回売却したとき、子は父から自由になると定めており<sup>(73)</sup>、後にこの三回売却規定は、家父が子を

---

(66) 伊藤貞夫「近代以前の家族——西洋、古典、古代」『講座家族1 家族の歴史』弘文堂(1973年)144頁以下。

(67) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 81.

(68) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 81. なお戸口調査官が監督する習俗があり、権力を濫用した家父を責問し、家父に刑罰を科したとされる。

(69) トラヤヌス帝(後98-117)は、奴隷に関するアントニヌス・ピウスの決定に先駆けて、子を虐待した父に対して、子を家父権から解放することを命じた(Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 82.)。

(70) その後ハドリアヌス帝は、継母と不貞関係があったとはいえ、子を殺害した父に対して流刑の有罪の判決を下した(Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 82.)。

(71) なお、厳格な親類を殺害した子を、皮袋の中に猿やとりにわたりや蝮蛇と一緒に閉じ込めて水に放って殺害した家父を、殺人者としたとされる。子を理由なく殺害するのは、正当とはされず認められないと述べたとされる(Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 82.)。

(72) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 83.

(73) 佐藤・前掲注(46)『古代ローマ法の研究』56頁。

解放するために用いられるようになった<sup>(74)</sup>。

## (2) 家父権の継承

遺言により相続人を指定することは、12表法の時代から行われており、紀元前200年頃には、遺言相続が普通となり、無遺言相続は例外的なものとされた。このようにローマの相続においては遺言相続がきわめて重要性を有した<sup>(75)</sup>。

無遺言相続については、相続順位は、しばしば変更されている。ユスティニアヌス帝の『法学提要』では、第1順位の相続人は、直系卑属であり、男性女性を問わない<sup>(76)</sup>。第2順位は直系尊属であり、等級の近い者は遠い者を排斥する。尊属がない場合は、同父母兄弟姉妹のみが、相続の権利を取得した。ただし死亡した兄弟姉妹の子がいる場合には、彼らが優先的に相続した。最後に夫と妻はお互いを相続した。相続人がいない場合には、相続財産は国庫に帰属した。

## 第三章 ローマ法における婚姻制度

### 1. ローマ法における婚姻制度の特徴

前章で述べたように、古代ローマにおける家族法の特徴は強大な家父権であったが、この強大な家父権の制度は、婚姻制度にも大きな影響を与えた。古代ローマでは、家族が国家社会の重要な基礎単位となっていたが、そこでの家族法における重要な問題は、誰が家父の地位を承継するか、またはどのようにその地位や財産を相続するかという家父の地位や家族財産の承継の問題であった<sup>(77)</sup>。このため古代ローマの婚姻法の第一の特徴は、初期の時代では、家父の地位や財産の移転を伴う家父権の継承者を確保するという実際的理由が婚姻法の目的であった点である<sup>(78)</sup>。そのため、ローマ市民法による適法な婚姻 (*iustae nuptiae*) によって子孫を確保することが重要とされたのであった<sup>(79)</sup>。このように初期のローマ法における婚姻法は、財産の継承者を得る

(74) 12表法は、息子にしか言及していないため、後に息子については三回売却が必要だが、娘や孫の解放には一回の売却で足りる、と理解されるようになったという (スタイン・前掲注(20)『ローマ法とヨーロッパ』11頁)。

(75) 吉田道也「二 古典古代」『講座家族5 相続と継承』(弘文堂, 1974年) 44頁。

(76) ワトソン・前掲注(14)『ローマ法と比較法』97頁。

(77) 「家族が国家社会の基礎単位となっている古代国家では、家族法・相続法の主要な関心事は、「家族の承継」であり、男系を中心とした家と家の財産がどのように(平等か否か)、また誰に受け継がれるのかということであった。誰が相続するかを明らかにするために婚姻をめぐる諸問題——とりわけ妻の姦通や奴隷との間の子の地位など——について規定しなければならず、相続すべき者に順位をつけなければならなくなる」(佐藤・前掲注(46)『古代ローマ法の研究』53頁)。

(78) 哲学者キケロは、婚姻の理由は子を持つためであり、国家の苗床 (*seminarium*) と定義した (Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 101.)。

(79) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 99, Jane F. Gardner, *Women in Roman Law & Society*, Croom Helm, 1987, p. 32.

という実際的な目的を有し、倫理的・宗教的色彩を帯びることが少なかったとされる<sup>(80)</sup>。

ローマの婚姻法の第二の特徴は、一夫多妻制度を容認せず、一夫一婦制であったという点である<sup>(81)</sup>。この点が古代における他の民族の法と異なるとされる<sup>(82)</sup>。そして注意すべき点は、ローマにおける一夫一婦制は、キリスト教が国教とされる以前から存在していた点である。キリスト教が国教化される以前のローマの一夫一婦制は、財産の分散を生じるのを避ける目的であったとされる<sup>(83)</sup>。すなわち、前述したようにローマの家族法は、倫理的・宗教的色彩を帯びることが少なかったが、宗教的色彩がないにもかかわらず一夫一婦制度が存在したのは、財産の分散が過度に生じるのを避けるという実際的な理由であった。しかし、後に述べるように、キリスト教が国教となった以後は、婚姻制度における一夫一婦制度に宗教的倫理が加えられるようになる。キリスト教の婚姻像は、神の認めた夫と妻によって成立する婚姻であり、その結果、これに反する関係は容認されないものとなった。この結果、キリスト教の国教化以後は、婚姻に対する宗教的倫理要素を基礎として一夫一婦制が求められるようになる。そしてこのキリスト教の婚姻に対する宗教的倫理思想が、後に述べるように子の法的地位にも影響を与えるに至る。

このように、ローマにおける婚姻形態は一夫一婦制であり、一夫多妻制または一妻多夫制は禁じられた結果、夫に対しても妻に対しても、第一の婚姻が解消する前に再婚することは認められなかった。もし前婚が解消されないままに新たに婚姻を取決めた場合には婚姻障害となり、婚姻契約は無効とされた<sup>(84)</sup>。重婚の婚姻契約は、夫または婚姻を許可した家父の不名誉とされた<sup>(85)</sup>。

## 2. 婚姻制度の内容

### (1) 婚姻の要件

ローマ法の適法な婚姻は、下記の三要件を満たす必要があった。第一は、積極的要件としての婚姻能力であり、第二は消極的要件として婚姻障害の不存在であり、第三は当事者の合意である。

---

(80) ローマの婚姻生活は實際上宗教的呪術的色彩をもつ慣習の影響があったとしても、そのような慣習は事実上のもので、それが直接に法の規定に反映されることはなかったという（船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻、23頁）。このように、ローマ法における婚姻の目的は、継承者となる子を作り出すことを目的とするので、男性と女性との結合によるものとされた。性的関係が有しても、子を持つことを目的としない関係は、婚姻とはみなされなかった。また同性のカップルの関係は婚姻とされることはなかったし、またカストラートについては、生殖が不可能であることから、婚姻は不存在とされた（Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 99.）。

(81) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), 101; Riccardo Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, CEDAM, 2014, p. 205.

(82) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻23頁。なお一夫多妻制の類型については、中川善之助「一夫多妻制の類型に就いて」*社会学雑誌* 33号（1927年）45頁以下。

(83) Jane F. Gardner, *supra* note (79), p. 31.

(84) Astolfi, *supra* note (81), p. 205.

(85) Astolfi, *supra* note (81), p. 206.

## ① 婚姻能力

ローマ法で適法な婚姻が成立するためには、婚姻当事者間に婚姻能力 (*conubium*) が必要である<sup>(86)</sup>。婚姻能力は婚姻の実質的要件を意味し、一般的に身分を基礎とする規定に基づく婚姻能力を指すと共に、さらに当事者間の間に個別的に存在する婚姻能力を指す<sup>(87)</sup>。当事者が、自由なローマ市民の法的地位を有する場合には、法的婚姻能力を満たすことになる。これに対して、外国人の場合には、許可を得ないと婚姻能力は有しないとされ、また奴隷には婚姻能力は認められない<sup>(88)</sup>。古典期の時代では、婚姻能力は、市民法により適法に婚姻を締結できる能力と定義された<sup>(89)</sup>。しかしその後アントニヌス勅令 (*Constitutio Antoniniana*) は、婚姻能力の要件を取り去った<sup>(90)</sup>。この時点でローマ市民は、例外なく婚姻能力を取得したことになる。ただしその後ユスティニアヌス帝の時代には、消極的要件として、婚姻障害の不存在を立証することが婚姻の要件として求められるようになった<sup>(91)</sup>。

## ② 婚姻障害

婚姻能力がある当事者の間にも、特定の原因によって、必ずしも適法な婚姻が成立しないことがある。ローマ法で適法な婚姻となる第二の要件は、婚姻障害に該当しないことである。これは婚姻当事者が婚姻年齢に到達していることと近親婚に該当しないことが求められた。

i) 婚姻適齢 まず婚姻年齢は、男子については最初は個別的に決定されたが、後には14歳に達した時とされ、女子については12歳とされた<sup>(92)</sup>。

ii) 近親婚 婚姻能力がある当事者であっても、近親婚の場合は、婚姻は成立しない。

ローマ時代の初期から、直系親族間では婚姻能力は認められなかった<sup>(93)</sup>。傍系については、初期の時代には兄弟間の2親等までが婚姻禁止とされた<sup>(94)</sup>。その後は3親等のおじと姪との同族結婚は禁止された。そして古典期にはいとこ同士の婚姻を禁止する法が制定された。その後、兄弟姉妹の孫については例外となり、4親等間の婚姻が認められた。

相手配偶者の親族である姻族についても、婚姻禁止が存在した。初期の時代では、息子の嫁や義母などの直系姻族との結婚はつねに禁じられた。古典期後期では、法ではなく慣習によるものであったが、禁止は傍系の姻族にも及んだ。親族間または姻族との適法でない婚姻は、近親相姦の犯罪を成立させた。その他、後見人が自己の不正な財産管理を隠蔽する可能性があるために、

(86) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103; Filippis, *supra* note (43), p. 103.

(87) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻44頁。

(88) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103.

(89) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103.

(90) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103.

(91) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103.

(92) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 102. 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻49頁。

(93) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104.

(94) クラウディウス帝は、元老院議決により、おじと姪の関係にある兄ゲルマニクスの娘アグリッピーナとの婚姻を成立させた (Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104.)。

後見人と被後見人との婚姻も禁止された。コンスタンティヌス帝の時代には、誘拐を防止するために、誘拐者と被害者との婚姻も認められないとされた。またキリスト教徒とユダヤ教徒の間では婚姻が禁止された<sup>(95)</sup>。

### ③ 当事者の合意

ローマの婚姻法における第三の要件は、当事者の合意である<sup>(96)</sup>。なお、婚姻当事者が家父権に服するときは、婚姻の成立には家父の同意を必要とし、家父の同意のない婚姻は無効とされる<sup>(97)</sup>。

ローマの婚姻法の特徴は、家父の合意に加えて、当事者の合意により婚姻が成立することである。婚姻についての当事者の合意が存在すれば、その後に性的関係が伴わなくても、婚姻は有効である<sup>(98)</sup>。ローマ法における婚姻は、前述したように財産や地位の継承者である子孫を得ることを大きな目的としたが、出産の能力や性関係の成就是婚姻の要件とはされない。出産の期待は、男性と女性が婚姻により結びついた時点において、潜在的に実現されうると解された。婚姻が存在すれば、その後に性的関係が伴わなくても、有効である。紀元後35年1月15日のウルピアヌスの覚書(Nota Ulpiano)には、「婚姻は合意を基礎として成立し、性関係の成就によるのではない(*nuptias non concubitus, sed consensus facit*)」との記述がある<sup>(99)</sup>。この記述は婚姻の法的定義に関して法的に重要とされている。なぜなら他の国の制度では本質的とされる性交の時期の問題をローマ法においては重視しないだけでなく、ローマの婚姻の特徴が合意であることが示されているからである<sup>(100)</sup>。そして、古典期の婚姻についての観念では、合意は、配偶者である同居者の継続的な意思を基礎とし、性的関係や最初の合意の効果が持続することではないとされる。以上の結果、婚姻は法関係というよりもむしろ事実として取り扱われ、当事者の婚姻の意思とその実現とによって成立する<sup>(101)</sup>。

(95) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104.

(96) ローマ法における婚姻について、婚姻の合意が重要な要素であった点については、争いがない。ローマ法における婚姻の構造としては、3つの理論が提示されている。一つは契約理論である。すなわちローマの婚姻についての当事者の合意は、契約の一種であったとする説である。第二は、共同社会の事実の安定の側面を重視し、合意は一回きりではなく継続しなければならないとする説、第三は、合意における意思を重視し、挙式において表示された合意が重要であるとする説である。これらの説はそれぞれ論拠を異にするが、しかし合意がローマの婚姻において本質的であったという点については、一致している(Roberto Fiori, *La struttura del matrimonio romano*, in UBI TU GAUS, Giuffrè, 2014, p. 323.)。わが国のローマ法研究は、婚姻当事者の合意という点についてそれほど重視していないように思われる。これに対して、Dalla-Lambertini 両教授は、当事者の合意が、古代ローマ婚姻法の大きな特徴であると指摘している(Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 102.)。

(97) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻56頁。

(98) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 101.

(99) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 100.

(100) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 101.

(101) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻26頁。

## (2) 婚姻の方式

合意の成立を示す婚姻の方式は存在しない<sup>(102)</sup>。ローマ法においては、婚姻は占有と同様の事実上の関係であり、法はこの事実関係を認めてこれに特定の保護を加えたので、その成立のために方式の履行等を要すると規定することはなかった<sup>(103)</sup>。したがって、適法な婚姻と単なる事実上の結合関係とを区別する形式的方式は存在しなかった。夫の家に入る入口としての儀式が存在したが、これは同居を公知させる習慣であり、婚姻の合意の始期を特定するためのものであった<sup>(104)</sup>。

このように婚姻の成立は事実上の関係とされていたが、その後キリスト教が国教化された後には、嫁資設定証書の作成が婚姻の成立を意味するようになった。これはキリスト教の影響とされる。すなわち、婚姻を事実としてではなく、法律関係として理解し、婚姻の意思を公示することを勧める教会の立場と一致したからである<sup>(105)</sup>。

## 3. アウグストゥス帝の婚姻立法

初期のローマ婚姻法では、近親婚などの婚姻障害に該当しなければ、基本的には婚姻の自由が認められていた。当事者が婚姻意思を実現する場合にこれを婚姻と認めて、それ以外に特別な方式を規定していなかった。そのため婚姻そのものに関する法の規定はきわめて少なかった<sup>(106)</sup>。しかしアウグストゥス帝の時代から、婚姻に対して法による規制が行われるようになった。

アウグストゥス帝即位前の共和制の末期には、ローマの社会は性風俗の乱れにより頹廢し、それに伴う出産の忌避による人口の減少という問題が生じていた<sup>(107)</sup>。そこで、アウグストゥス帝（在位紀元前 27-紀元後 14）が、これらの問題を解決するために制定したのが、婚姻改革のためのユリア法（*lex Iulia de maritandis ordinibus* 紀元前 18 年制定）<sup>(108)</sup> とパピア法（*lex Papia*

(102) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 101.

(103) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻32頁。

(104) しかし、実際には古くから婚姻と事実上の結合関係とを区別する諸種の手続が履行されることが常とされた。とくに元首政初期以来、婚姻締結の証書（*tabulae nuptiales* など）を作成する慣行が発達した。また教会は婚姻の公示性を重んじて、司教が迫害または作成に協力して作る証書を証人の前で読む慣行を奨励し、証書の中で婚姻が「子女を設けるため」であることを明らかにした（船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻32頁）。

(105) 吉野悟『ローマ法とその社会』（近藤出版社、1976年）110頁。

(106) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻25頁。

(107) ローマでは厳格な一夫一婦制が守られてきたが、それは結婚外の性関係が禁じられたわけではない。男性が自由に欲情を満足させる相手や施設には、事欠かなかった。按察官が売春婦の登録簿を管理するなどの公娼制度さえ存在した。そして第二ポエニ戦争後、こうしたローマ社会は、一方的な男性天国ではなく、女性の地位の上昇とともに女性にも性的解放をもたらすなどの変質が生じるに至った。また医学の発達しない当時、出産は女性にとって危険を伴うものであっただけでなく、子だくさんによる相続財産の分散を避けるなどの理由から、男女ともに結婚忌避の傾向が生じたという。こうした結婚忌避の傾向は、アウグストゥス帝の時代にまでも続いたのであった（弓削達『ローマ帝国とキリスト教』世界の歴史5（河出書房新社、1989年）176頁以下）。

(108) 紀元前18年にアウグストゥス帝自身の提案によって制定された婚姻当事者の階級に関する法律である（船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻、65頁）。

Poppaea 紀元後9年制定)<sup>(109)</sup>である。アウグストゥス帝は、ユリア法とパピア法により偉大なローマ帝国の発展を成し遂げた古来の階級の復活を目指し、あらゆる政治的および社会的組織を段階的に秩序づけることを求めた<sup>(110)</sup>。このアウグストゥス帝のユリア法とパピア法による婚姻改革は、ローマ法における婚姻法の歴史の中で、極めて重要な意義を有する。なぜなら、第一にそれまでのローマの婚姻法は、慣習法を基礎として当事者の自由に委ねられる部分が多かったのに対して、アウグストゥス帝の婚姻立法により婚姻が国家法により厳格に統制されるようになったからである。第二には、このアウグストゥス帝の婚姻改革は、道徳的・倫理規範を含んでおり、後のキリスト教の皇帝であるコンスタンティヌス帝（在位・後306-337）やユスティニアヌス帝（在位・後527-565）の婚姻法制度に大きな影響を与えたと思われるからである。

ユリア法とパピア法の立法の目的は、第一には、上流階級が退廃により他の階級に浸されるのを防止して、純潔を維持することであり、第二には人口増加のための婚姻の奨励であった<sup>(111)</sup>。そのためこれらの法規定は、異なる階級間の婚姻を制限する規定と、婚姻を奨励する規定とに分けられる。

まず、第一の目的としての社会を頹廢から防ぐための婚姻禁止について述べる。アウグストゥス帝は、ユリア法に姦通を禁止する規定を置き、婚姻障害の事由があるにもかかわらず事実上の婚姻生活をなす者および姦通者に対して、刑罰による制裁を行った<sup>(112)</sup>。上流階級の純潔の維持という目的のために、元老院議員やその子孫が売春婦や売春あっせん業の女または姦通の現場を発見された女や俳優と婚姻することを禁止した<sup>(113)</sup>。

このアウグストゥス帝の婚姻禁止は、後のキリスト教の皇帝による他の婚姻禁止も影響を及ぼす契機ともなった。たとえば、コンスタンティヌス帝の時代には、誘拐を防止するために、誘拐

---

(109) 紀元後9年に補欠執政官パピウスおよびポッパエウスの提案によって制定された法である。パピア・ポッパエア法とも呼ばれる。この法はユリア法の規定を修正・補充し強化するものであったと考えられ、したがってこれと合してあたかも一つの法律のようにユリアおよびパピア法とも呼ばれる（船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻、65頁以下）。

(110) アウグストゥスにより、元老院議員およびその家族の構成する貴族と騎士階級の者とそれ以外のローマ市民との階級的区別が確立された。元老院議員とその妻および子は、貴人の尊称を許され、また議員の子は特殊な衣服を着用し元老院会議に出席する権を持ち、また元老院議員の地位は世襲的なものとされた（船田・前掲注(18)『ローマ法』第1巻、249頁以下）。

(111) アウグストゥス帝が、婚姻法を制定した目的に関しては、数多くの学説が示されているという。主要な学説としては、上流層における道徳の刷新や人口増加、相続の安定、支配者としてのローマ市民の地位の確立があげられるという（山下孝輔「ローマ帝国における皇帝立法の変容——アウグストゥス帝の婚姻法の適用対象と後代の皇帝によるその拡大——」西洋史学259号（2015年）3頁）。

フリッツ・シュルツは、アウグストゥスの婚姻・子供立法は、イタリア国民の維持・強化を目指すものであり、アウグストゥスが法律により奴隷解放を制限したこと、市民権付与にあたって原則的に控え目な態度をとったことは、イタリア国民の人種の純潔の保持を指向するものであった、と述べる（フリッツ・シュルツ（眞田芳憲訳）『ローマ法の原理』（中央大学出版部、2003年）136頁）。

(112) 吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』78頁。6頁。またこうした目的で、アウグストゥス帝は、奴隷解放制限を限定し、姦通禁圧に関する法律を制定した（船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻67頁）。

(113) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104. 吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』75頁、船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻66頁。

者は被害者との婚姻は認められないとされた。またキリスト教徒とユダヤ教徒の間では婚姻が禁止された<sup>(114)</sup>。

ユリア法とパピア法の婚姻改革の第二の目的は、人口減少を防止するために<sup>(115)</sup>、上流階級のローマ人の婚姻を奨励することであった<sup>(116)</sup>。まず婚姻の義務を課すことにより、婚姻が奨励された。すなわち 25 歳から 60 歳までの男子と 20 歳から 50 歳までの女子には婚姻の義務が課され、婚姻が奨励された。またそれ以前の法が改められて、再婚も奨励された。寡婦については、夫が死亡した場合 2 年、離婚の場合は 18 カ月の猶予期間の後、婚姻の義務に服することとなった<sup>(117)</sup>。妻の死亡または離婚により独身となった男子も再婚すべきものとされた<sup>(118)</sup>。しかし婚姻や出産は強制することはできない。そこで、婚姻義務者に対して相続・遺贈の財産の取得制限などの不利益を課することにより、婚姻の奨励に実効性を持たせる間接的手段が用いられた。たとえば遺贈などにより配偶者が他方配偶者から財産を取得する能力は、婚姻中に産んだ子どもの数により決定された。すなわち子どもがいない配偶者は、他方配偶者の相続により 10 分の 1 を取得するにすぎないが、子どもがいる夫婦は、子ども 1 人につき 10 分の 1 ずつ取得することが認められた<sup>(119)</sup>。このように間接的な手段により子を出産することが求められた。

婚姻奨励は家父権に新たな効果をもたらした。婚姻が奨励されたため、理由なく家父が家父権により子の婚姻を禁止することは認められなくなったのであった<sup>(120)</sup>。

なお、アウグストゥス帝は、このように上流階級の純潔を維持するために、異なる階級間の婚姻を制限したが、この結果適法に婚姻をすることができない男女が生ずるに至った。そのためアウグストゥス帝はこうした事実婚の男女でも、継続した安定した関係の場合には、内縁として、認めざるをえなくなるが、この点については後述する。

以上のように、アウグストゥス帝は、道徳倫理目的と人口増加という国家目的から、婚姻制度を改革しようとした。このアウグストゥス帝の婚姻改革は、西洋の歴史において、人口増加や倫理目的のために、国家が婚姻の領域に介入した最初のケースである。そして道徳倫理目的のために、国家による婚姻法への介入は、キリスト教が国教化した後の皇帝により引き継がれることになる。

(114) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104.

(115) アウグストゥス帝は、ローマの人口減少を憂えて、婚姻立法を制定したが、アウグストゥス帝はその業績録で、ローマ市の人口が前 28 年の 406 万人から 14 年の 493 万人に増加したことを誇ったという。ただしタキトゥスによれば、帝の婚姻立法で増えたのは、報償金めあての密告者ばかりで、婚姻と出産の方は増えなかったという（吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』78 頁）。

(116) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104. 船田・前掲注(62)『ローマ法』第 4 巻, 64 頁。

(117) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 105. 吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』76 頁。

(118) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 105.

(119) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 105.

(120) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103.

#### 4. キリスト教が国教化した後の婚姻制度

コンスタンティヌス帝の時代の、紀元後 313 年にミラノの勅令によりキリスト教の信仰が自由化され、その後テオドシウス帝によりキリスト教は国教となった（紀元後 392 年）。そしてキリスト教の国教化により、キリスト教の思想は、婚姻制度に対しても影響を及ぼした。まずキリスト教の婚姻思想において第一の重要な点は、神により結ばれた夫婦を婚姻像としたことである。キリスト教が神により結ばれた夫婦を婚姻像としていることは、イエスが、「人を造り給ひしもの、始めより之を男と女に造り、しかして、かかるゆえに、人は父母を離れ、その妻に合いて、二人の者一体となるべし。……されば、はや二人にはあらず一体なり。このゆえに神の合わせ給いし者は人これを離すべからず」（マタイ伝福音書第 19 章 4-6）<sup>(121)</sup> と述べていることから示されている。そしてその後、ユスティニアヌス帝は、『法学提要』の第 1 卷 1.9 に、「婚姻も結婚も、分離されえない共同生活を継続する、夫と妻の結びつきである (*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens.*)」と規定した<sup>(122)</sup>。ここには、婚姻は夫と妻によって形成されるというキリスト教の婚姻像が、法的な婚姻像でもあることが示されている。このように、キリスト教の国教化以後は、キリスト教の宗教倫理を基礎とした婚姻像が婚姻のあるべき姿とされるようになる。

キリスト教の婚姻思想として重要な第二の点は、性に厳しい倫理観が支配した点である。キリスト教の思想の下では、人間の官能は霊を墮落させる忌むべきものであるとされ、欲望を満足させるための性関係は否定され、ただし人類存続のためのやむをえない手段として婚姻制度が認められた<sup>(123)</sup>。このようなキリスト教の道徳観や婚姻観は、以下に述べるように家族法にも影響を及ぼし、婚姻制度はやむを得ないとしても、離婚は認められないし、死によって別れることもできず、また再婚にも否定的となった。そして婚姻外で出生した子に対しても厳しい対応がとられることとなった。

キリスト教の婚姻思想は、婚姻の成立方式についても影響を及ぼした。従来は、婚姻の成立は事実上の関係とされていたが、前述したように、嫁資設定証書の作成が婚姻の成立を意味するようになったのも、キリスト教の影響とされる。これは、婚姻を事実としてではなく、法律関係と

(121) 『舊新約聖書』（日本聖書協会、1973 年）38 頁。山室軍平『民衆の聖書 18 マタイ伝』山室軍平聖書注解全集（教文館、1971 年）、上沢謙二『やさしい聖書マタイ伝』（警醒社書店、1948 年）125 頁、青山道夫「二節 西洋社会」講座家族 3（弘文堂、1973 年）164 頁。

なお、キリスト教の歴史については、荒井献、出村みや子、出村彰『総説キリスト教史 I 原始・古代・中世篇』（日本キリスト教団出版局、2007 年）、キリスト教の女性観については、荒井献『新約聖書の女性観』岩波セミナーブックス 27（岩波書店、1988 年）参照。

(122) 津野義堂・古田裕清・石田雄一・森光訳「私たちの主、永遠に尊厳者であるユースティニアヌスの法学提要または法学入門」比較法雑誌 37 卷 3 号（2003 年）85 頁、Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 101. そして、古典後期からキリスト教の学説は、婚姻について終生の合意を基礎とすることから、離婚を嫌うようになった。

(123) ギボン『ローマ帝国衰亡史 II』（中野好夫訳）（筑摩書房、1978 年）229 頁。

して理解し、婚姻の意思を公示することを勧める教会の立場と一致したからとされる<sup>(124)</sup>。

キリスト教の思想がとくに顕著となったのは、離婚の領域であった。古典期時代には離婚は方式も特定の離婚原因も必要とせず、離婚は自由であって、これを制限するあらゆる行為は無効であった<sup>(125)</sup>。しかしその後アウグストゥス帝は、有責の配偶者に対する嫁資の返還などの制裁を課することにより、離婚を制限する方向に舵を切った<sup>(126)</sup>。その後、コンスタンティヌス帝が、キリスト教の影響の下に、331年の勅法に、離婚を制限する規定を置いた<sup>(127)</sup>。コンスタンティヌス帝は、離婚の自由を制限を設け、重大な離婚原因がある場合のみに離婚を限定した。その離婚原因としては、妻の毒殺や魔術による殺害を夫が企てた場合や墓地を侵害した場合など一定の場合だけを、妻が夫を離婚できる離婚原因とした<sup>(128)</sup>。また夫が妻を離婚できる離婚原因としては、妻が姦通や売春の斡旋をした場合など一定の離婚原因を規定した。これに反する場合には、財産刑または刑罰による制裁を受けた。その後テオドシウス二世は、449年の勅法で、夫婦の間に子のある離婚を困難にし、婚姻は単なる合意によって成立するけれども、離婚はその意思が相手に通達されることを要するとして、離婚をさらに制限した<sup>(129)</sup>。

その後、ユスティニアヌス帝は、勅法集 22 卷 117 と 134 により、離婚の自由の制限を決定的なものとした。ユスティニアヌス帝は、協議離婚については、夫婦の双方が再婚をしない宣誓をする場合を除いて、当事者の合意による離婚を禁止した<sup>(130)</sup>。無責離婚としては、当事者の一方が僧院に入り、または純潔の宣誓をした場合、戦争で捕虜となり 5 年間生死不明の場合等には、妻が夫を離婚することができた<sup>(131)</sup>。有責離婚については、妻が姦通した場合や妻が夫に内密に謀反の陰謀に参加した場合などには、夫は妻を離婚することができた。夫が謀反の陰謀をなした場合や妻の姦通を告発してその事実を証明しえなかった場合などには、妻は夫を離別することができた。しかし、正当な離婚原因がなく離婚がなされた場合には、拘禁施設への収容や財産の剥奪の刑が科された<sup>(132)</sup>。ユスティニアヌス帝は、妻が夫を離婚し、それが正当な理由によるものでない場合、離婚は有効であるが、妻は生涯にわたり尼僧院に幽閉され、また妻の財産の三分の一は僧院に、三分の二は子に与えられると定めた<sup>(133)</sup>。しかし、正当な理由なしに妻を離婚した夫は、単に制裁に服するだけであった。

このようにして、古典期の離婚の自由は、古典期後期以後のキリスト教の皇帝の時代には、刑罰や財産刑の制裁により制限されることとなった。

(124) 吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』110頁。

(125) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻119頁。

(126) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 108.

(127) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻119頁。

(128) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 108.

(129) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻119頁。

(130) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻125頁。

(131) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻125頁。

(132) ワトソン・前掲注(14)『ローマ法と比較法』33頁、船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻125頁。

(133) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻125頁。

## 第四章 ローマ法における子の法的地位

### 1. 婚姻制度による子の分類の始まり

婚姻制度と親子関係とは、古代の時代から密接な関係を有していた。なぜなら財産や地位の後継者を得るために、婚姻制度は非常に有益だったからである。前章で述べたように、古代ローマ法における婚姻制度は、初期の時代から一夫多妻制度ではなく一夫一婦制<sup>(134)</sup>であった。そしてローマにおいて初期の時代から一夫一婦制度であったのは、財産の分散が過度に生じるのを避けるためであった<sup>(135)</sup>。その結果としてローマの初期の時代においては、一夫一婦制の下での婚姻制度から生まれた嫡出子の保護の目的は、財産的秩序維持という実際的理由から生じたものである。そのためこの時代に婚外子が疎まれた理由は、嫡出家族の財産権に対する侵害の危険という実際的理由に基づくものであった<sup>(136)</sup>。しかし、その後、アウグストゥス帝の時代になると、婚姻制度の目的に、さらに社会の頹廢の防止という倫理的目的が加えられるようになる。アウグストゥス帝は、社会を乱す婚姻外の男女関係を好まず、婚外子に対しても忌避を示した。さらにキリスト教が国教化された後は、神により結ばれた夫と妻により形成されるという夫婦像が婚姻像となった。それでは、婚姻制度に倫理観や宗教観が求められるに至り、子の法的地位はどのように変化したのであろうか。本章では、婚姻制度の制度趣旨の変化と子の法的地位の関係について考察する。

婚姻関係から生まれた子と婚姻外で生まれた子の法的地位の区別の起源は古いとされるが、その区別が明確になったのは、アウグストゥスの時代である古典期とされる<sup>(137)</sup>。すなわち適法な婚姻 (*iustae nuptiae*) から生まれた嫡出子 (*iusti* または *legitimi* と言われる) と適法ではない関係から生まれた非嫡出子 (*vulgo concepti* または *spurii* と言われる)<sup>(138)</sup> という子についての

---

(134) 婚姻を一夫一婦の永久的結合とし、全生命の共同とし、神事人事を共通にする共同体とする思想は、多くの文献によって伝えられるとする(船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻24頁)。またユスチニアヌス帝の法学提要では、婚姻を唯一の生活協同体をなす一男一女の結合と定義しているとする。ただしこれらの定義はいずれもむしろ倫理的観点から婚姻の本質を明らかにしようとするもので、その法上の概念を規定するものではないとする。専主政時代の諸種の変遷にも拘らず、婚姻法が倫理的・宗教的要素からは独立して形成されたという古来の特徴は根本からくつがえされることはなく、古典時代の伝統は帝の法に保たれており、キリスト教的婚姻法の形成にはさらに中世の長い歴史を要したとしている(同25頁)。

(135) Massimo Dogliotti. *La filiazione fuori del matrimonio*, in *Il Codice Civile Commentario*, 2015, Giuffrè, p. 9. *op. cit.*, p. 8; Filippis, *supra* note (43), p. 4, Gardner, *supra* note (79), p. 31.

(136) Filippis, *supra* note (43), p. 4.

(137) Dogliotti, *supra* note (135), p. 9.

(138) より古くは *notui* という語も用いられたとされる(Dogliotti, *supra* note (135), p. 9)。婚外子を示す語は、時代や論者によっても異なり、一定ではない。たとえば、Dogliottiによれば、*spurii*の語は、婚外子全般を表すものであり、内縁関係から生まれた子は、*filii naturales*とする(Dogliotti, *supra* note (135), p. 12.)。しかしFilippisによれば、内縁関係から生まれた子を、*spurii* または *vulgo concepti* と説明している(Filippis, *supra* note (43), p. 3.)。このように *spurii* の語の定義も論者に

二つの分類である。その後、後古典期には、内縁関係 (concubinato) の親から生まれた子である内縁子 (*naturales*) という三番目の分類が加わり、さらにその後は準正子という分類も加わる。

以下では、嫡出子と非嫡出子について述べ、内縁および準正による子の法的地位については、次章で考察する。

## 2. 嫡出子

嫡出子 (*figli legittimi*) は、適法な婚姻にある者から生まれた子である。適法な婚姻から出生した嫡出子は、家父による家父権に服する。父子関係の成立については、ローマ初期の古代期の時代には、*tollere liberum* の儀式により行われたとされる<sup>(139)</sup>。*tollere liberum* とは、父が自分の足元に置かれた新生児を抱上げることにより、自分の子であることを認め、その子を養育する意思を示す風習である。この儀式により、出生子と父との父子関係が成立した。しかし父が自己の子であることを認めない場合には、その子を養育せずに遺棄することも、また殺害することさえも可能であった。ただし遺棄した子であっても、その後に父が子であることを認めた場合には、その子を養育している者に対して、子を返すように求めることもできた<sup>(140)</sup>。しかし、すでに古典期の時代には、この *tollere liberum* の儀式は、宗教的性質と象徴的意味にすぎなくなっていたという<sup>(141)</sup>。

法的父子関係については、子どもの父は、婚姻中に子を懐胎した女性の夫とされた<sup>(142)</sup>。そしてユスティニアウス帝の時代には、父子関係の発生には推定制度が機能することになる。すなわち婚姻 (*nuptiae*) から 180 日経過後<sup>(143)</sup>、または婚姻の終了から 300 日以内に子が生まれた場合には、婚姻中に懐胎したと推定される<sup>(144)</sup>。この推定制度 (*juris tantum*) の根拠は、当時の医学

---

より異なっている。また船田も、婚外子を示す語について、「用法の混乱のため、諸帝の勅法の正確な意義を知ることは困難である」と指摘する。その例として、万民法上の婚姻からの出生子は不適法な子 (*injusti filii*) と呼んだり (ヴァチカーノ断片 194)、またガイウスは、近親婚禁止の規定に違反する不浄乱倫の婚姻からの出生子を母が乱雑な結合で懐胎した子 (*vulgo concepti*) とし、その父が不確定なので父の無い (*sine patre*) 子すなわち *spurii filii* と呼ばれるとしている (船田・前掲注(62)『ローマ法』第 4 卷 135 頁注(10))。このようにラテン語の文言が統一されていないので、本稿では、ラテン語の表記は省略し、非嫡出子または婚外子の語を用いることにする。

(139) Dogliotti, *supra* note (135), p. 9; Filippis, *supra* note (43), p. 2. ただし法上の意義については、これによって初生児は初めて家長の家に入りその家長権に服したとする説と、承認には法上の意義はなく、出生の事実によって家長は初生児に対する父権を取得し、その承認を欲せぬときは、家長はその父権の内容をなす生児遺棄の権を行使することができたとする説があると指摘する (船田・前掲注(62)『ローマ法』第 4 卷 157 頁)。

(140) Dogliotti, *supra* note (135), p. 9.

(141) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10.

(142) *Pater is est quem nuptiae demonstrant.* の格言が、この原則を表わしているとされる (Filippis, *supra* note (43), p. 2.)。

(143) Filippis によれば、同居の開始後から 182 日後に生まれ、同居の終了後 300 日以内としている (Filippis, *supra* note (43), p. 2.)。

(144) *Ibidem.*

知識、その中でもとくにヒポクラテスの研究を基礎にしていたとされる<sup>(145)</sup>。推定を覆すためには、父親は子を自分の子ではないと証明することが認められたが、不貞の子であると母が主張しても父子関係の推定を覆すことはできなかった<sup>(146)</sup>。

なお、ブランキアヌムの元老院は、婚姻中に懐胎したが離婚後に生まれた子を認知する場合に、出生認知の裁判 (*l'actio de partu agnoscendo*) を導入した<sup>(147)</sup>。そしてその後、推定制度は、夫の死亡後に生まれた場合にも拡大された<sup>(148)</sup>。

嫡出子には、懐胎時におけるローマ法上の父の法的地位が付与された。その結果、夫がローマ市民であり妻がローマ市民またはラテン人<sup>(149)</sup>である婚姻から子が出生した場合には、子はローマ市民の法的地位を取得し、また父の家父権に服した<sup>(150)</sup>。もし父が家父ではなく家子である場合には、家父権はその家父に付与された<sup>(151)</sup>。親と子の間には、困窮や病気の場合における扶養の義務も存在し、また相互の相続の権利も存在した<sup>(152)</sup>。子には、親に対して忠誠と恭順 (*obsequium e pietas*) の義務が存在した<sup>(153)</sup>。ローマの法制度の下では、子が家父の家族の一員に属し家父権に服するという事は、きわめて重要な価値を有した。なぜならローマ社会において重要な地位であるローマ市民の地位を得る上でも、家父権に服することが必要であったからである。そのため子が適法な婚姻制度から生まれたことは、財産的な意義だけでなく、社会的にも重要な意義を有したのであった。

### 3. 非嫡出子

ローマ法により適法な婚姻とみなされない男女の関係から生まれた子は、非嫡出子とされ

(145) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10; Filippis, *supra* note (43), p. 2.

(146) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10.

(147) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10. なお、船田によれば、この制度は、出生子を自分の家子として承認するか否かを決定する家長の権利は共和政末期以後離婚の流行とともに乱用され、家長がその離婚した女の子の養育を免れることを求める弊害を避ける目的であったとする。すなわちブランキアヌム元老院は、妻が離婚の後 30 日以内にその妊娠の事実を夫またはその家長に通告しうものとし、通告を受けた者は直ちに胎児との間に関係があることを争い、または妻に監視人をつけることを要し、これを怠るときは、出生子を家子として承認することを要し、承認を拒絶するときは、特別審理手続によって承認を強制されることを規定したとする (船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻 157頁)。

(148) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10.

(149) ラテン人とは、ラチウムなどの新しく建設されたラテン植民市の市民である植民ラテン人 (*latini coloniarii*) とラテン自治市および比較的早く建設されたラテン植民市の市民である旧ラテン人 (*latini prisci, l veteres*) を指す (船田・前掲注(18)『ローマ法』第1巻 104頁)。

(150) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10. なお妻が正式な婚姻に対する権利を有する外人 (*peregrina*) であり、夫がローマ市民である婚姻から子が生まれた場合にも、子が父の法的地位であるローマ市民の地位を取得することができた。peregrini は、ラチウム以外の諸都市の市民であり、ローマでは何らの権限をもたない従属者の地位に立った。これらのものは古くは外国人と呼ばれたが、この語は敵国人の意味に用いられると共に、これに対してローマで生命・身体の保護を受けるものとして外人と呼ばれた (船田・前掲注(18)『ローマ法』第1巻 107頁)。

(151) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

(152) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

(153) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

た<sup>(154)</sup>。ただし、婚姻の挙式はないが、子が親と同居して婚姻と同視できる関係である内縁関係（*concubinato*）にある親から生まれた子は、内縁子（*naturales*）と呼ばれた<sup>(155)</sup>。なお、古典期後期には、内縁関係から生まれた子であっても、その親が出生後に婚姻したような場合には、次章で述べるように、準正子として嫡出子の地位を取得し、他の婚外子とは別な分類とされた<sup>(156)</sup>。

ローマ法は、古くから嫡出子と非嫡出子とを分けていたが、その分類の根拠は時代によって変遷した。前述したように、ローマ時代の初期には、婚姻制度における嫡出子の保護の目的は、家父権の地位と財産の継承者を得るという実際的理由に基づいていた。そのため非嫡出子は、婚姻家族の財産権に対する侵害の危険という実際的理由から疎まれた。

しかし、その後、アウグストゥス帝の時代になると、社会の頹廢の防止という倫理的理由から非嫡出子を排除するに至った。アウグストゥスは、社会を乱す婚姻外の男女関係を好まず、倫理的理由から婚外子を排除しようとしたのであった。

そして嫡出子と非嫡出子の身分が登録により明示されるようになったのは、アウグストゥス帝の時代からである。アウグストゥス帝は、人口の把握のために戸口調査を行い、それにより嫡出子の登録を命じた<sup>(157)</sup>。この時から、嫡出子と非嫡出子が、公文書への登録により、明確に区別されるようになった。親子関係の公文書への登録は、婚姻の章で述べた点に関わるが、子の為だけでなく、父のためにも重要であった。なぜなら嫡出子の存在およびその数は、配偶者が、他方配偶者の相続に際して取得できる財産の割合にも影響したからである<sup>(158)</sup>。具体的な子の登録の手続は、パピア法（*Lex Julia et Papia Poppaea*）<sup>(159)</sup>により、司法官の前での父の表明（*professiones*）により、嫡出子の出生登録が行なわれた<sup>(160)</sup>。その出生登録簿（*tabula professionum*）には、父の名前、家族、親子関係、子の名前、母の名前、出生日が記録された。

しかし非嫡出子は、出生登録を拒否された<sup>(161)</sup>。アウグストゥス帝は、人口増加を企図したが、あくまでも適法な婚姻による子の出生を望んだからである<sup>(162)</sup>。その後、非嫡出子についても、私的な証言による証明が、慣行上可能となった。母や親族、知人など7人による証言（*testationes*）がある場合には、非嫡出子についての親子関係を証明することが可能となった<sup>(163)</sup>。

(154) 注(138)で示したように、婚外子を示すラテン語は、時代によっても異なり一定ではない。

(155) Filippis, *supra* note (43), p. 2.

(156) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115. なお, Dalla-Lambertini も述べるように, *i figli naturali* の語も時代によって変遷して, 以前とは異なり, 準正子の意味を持つようになった。

(157) Filippis, *supra* note (43), p. 3. なお, アウグストゥス帝は, 全世界の人口調査（戸口調査）をせよとの勅令を発している（弓削達『ローマ帝国とキリスト教』世界の歴史5, 河出書房新社（1989年）17頁）。

(158) Gardner, *supra* note (79), p. 144; Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

(159) パピア法については, 前掲注(109)参照。

(160) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11; Filippis, *supra* note (43), p. 3.

(161) Gardner, *supra* note (79), p. 145.

(162) Gardner, *supra* note (79), p. 145.

(163) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11; Gardner, *supra* note (79), p. 145.

こうして親子関係の証明は、嫡出子については父の表明により登録され、非嫡出子については登録されないか、または例外的に母などの証言による証明と、両者は明確に分類されるようになった。

婚姻外で生まれた子の法的地位は、懐胎と出産についての万民法 (*jus gentium*)<sup>(164)</sup> の一般原則により規律された<sup>(165)</sup>。これにより、適法でない男女関係から生まれた子は、すべて出生時の母の法的地位を取得するとされた<sup>(166)</sup>。子が取得する地位が母の地位であり父の地位でない根拠は、娼婦の子のように父が知れない場合があること、または近親相姦や不貞行為のように父を知ることが子に禁じられている場合があるということが理由とされた<sup>(167)</sup>。また、婚姻外で生まれた子は、家父権には服することはなかった。

非嫡出子は、出生から3年の間は、母から扶養を受けることができた<sup>(168)</sup>。ただし、このことは、反対に3年経過後は誰からも扶養を受けることができないということを意味する。

なおハドリアヌス帝の時代には、継続的に安定した男女関係である内縁関係から生まれた子については一定の保護が与えられるようになる。

しかし、コンスタンティヌス帝以降のキリスト教を信仰する皇帝は、事実婚を好まなかった。そのため内縁関係を解消させ、婚姻に導き入れるための婚姻奨励の政策が採られた。そのひとつが、非嫡出子に嫡出子の地位を与えることにより、婚姻を奨励する準正の制度である。内縁および準正における子の法的地位については、詳しくは次章で述べる。

準正により嫡出子の地位を得た子は、本来の嫡出子よりは劣る地位ではあるが、父の家父権に服することができ、また相続権も得ることができるようになる。

しかし準正により嫡出子の地位を得ることのできなかった婚外子は、このような権利を取得することはできなかった<sup>(169)</sup>。前章で述べたように、キリスト教の婚姻思想の下では、神によって結ばれた婚姻のみが適法な男女関係であり、そのため婚姻外で生まれた子は、法的保護を受けることはできなかった。コンスタンティヌス帝は、元老院議員や高位の官僚が、女奴隷とその娘などの身分の卑しい者との間に生まれた子を嫡出の子にしようとする時は、外人身分に落とし、その子に贈与をしてもその贈与財産を取り戻せると定めた<sup>(170)</sup>。

その後のユスティニアヌス帝の『法学提要』の中に、様々な婚姻要件に反して結ばれた男女の関係から生まれた子について、次のような記述がある。「私がここまで述べたことに違反して男

---

(164) ローマ市民に対して適用されるのが市民法であり、市民にも外人にも適用され、諸多の民族にも適用されるのが万民法とされる。市民法は古来の慣習および法律からなる厳格な市民法に対して、諸多の民族の間の交渉が盛んとなるにつれて、諸民族に共通の慣習を基礎とし、取引における信義誠実を重んずる立場から発達した自由な非形式主義的な法であるとする(船田・前掲注(18)『ローマ法』第1巻219頁)。

(165) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

(166) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11. 嫡出子は懐胎時で判断されるが、非嫡出子は出生時で判断される。

(167) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

(168) Filippis, *supra* note (43), p. 3.

(169) Dogliotti, *supra* note (135), p. 13.

(170) 吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』111頁。

女が結ばれるなら、法的には夫も妻も婚姻も嫁資も成立しない。それゆえそのような関係から生まれる子は、父権のもとに置かれることはなく、父権にかんしては、母から婚外子として生まれた子と同じである。なぜなら、このような子は、とりわけ父がだれだかはっきりしないので、法的には父をもたないからである。それゆえ、いわばギリシア語でいうスポラーデン（あちこちで懐胎した子）、あるいは「父のない子」と呼ばれる<sup>(171)</sup>。この記述は、婚姻要件に反して出生した子についての記述ではあるが、しかしこの記述における婚外子の引用から、婚外子の法的地位を見ることができる。婚外子は、父をもたない子であり、またギリシア語の「スポラーデン（あちこちで懐胎した子）」という語に、婚外子の劣った地位を表わしているといえよう。

このように婚外子は法的地位を否定されたが、社会的にも厳しい対応を受けた。古代ローマでは、嫡出子さえ遺棄されることがあったが、婚外子はしばしば遺棄された。そして遺棄と同時に、子は売買されることもあった。その目的は、奴隷としての売買であったり、物乞いや売春をさせるための売買であった。物乞いをさせるときには、同情をかきたてるために不具にさせられたりすることもあったという<sup>(172)</sup>。

## 第V章 内縁と準正および子の法的地位

### 1. 内 縁

#### (1) 内縁容認の背景

第Ⅲ章で述べたようには、ローマ法の下で法的保護を受ける男女の関係は、適法な婚姻である男女であった。そして適法な婚姻から出生した子は、嫡出子として家父権に服し、法の保護を受けることができた。しかし適法な婚姻とされない事実上の男女の関係は、単に慣習で規律される関係にすぎず、法的保護の対象とはされなかった<sup>(173)</sup>。また事実上の関係から生まれた子も、家父権に服することはなく、嫡出子とは異なる地位であった。しかしアウグストゥス帝の時代になると、以下に述べるように、事実上の関係であった内縁関係が、アウグストゥス帝の婚姻改革後容認されるに至る。本来は、アウグストゥス帝は、上流階級の頹廃を阻止しようとして婚姻改革を実行したのであるが、以下に述べるように、その改革が事実上の関係である内縁関係を容認することになったのである。

第Ⅲ章で述べたように、アウグストゥス帝は、共和政末の上流社会の道徳を一新し、かつ人口減少を防止するために、婚姻制度の改革を行った。この改革の目的は、元老院などの上流階級の純潔を維持する目的と人口増加のための婚姻の奨励である。これらの改革は、婚姻当事者の階級に関する法律であるユリア法とパピア法によって行われたが、さらにユリア法に規定された姦通

(171) 津野義堂他・前掲注(122)「私たちの主、永遠に尊厳者であるユースティーニアーヌスの法学提要または法学入門」91頁。

(172) Dogliotti, *supra* note (135), p. 13.

(173) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 114.

禁圧の規定により、婚姻外の性的関係を抑止し、そして性的関係を夫婦内に限定しようとした<sup>(174)</sup>。姦通禁圧規定により、妻の姦通だけでなく生来の自由民の (*ingenua*) 良家の子女の婚姻外の関係を処罰するために、女性がすでに他者と婚姻関係にある場合には、姦通 (*adulterio*) となり、女性が独身または寡婦の場合には、その女性は私通の罪 (*stuprum*) とされ処罰された<sup>(175)</sup>。

しかし実際には、改革は計画どおりには進まなかった。異なる階級間の婚姻を禁止したことから、適法な婚姻を行うことのできない事実上の男女が多く生まれたのであった。そのため婚姻障害のため適法に婚姻できない関係のうち、継続的に安定した関係については、私通罪を成立させず処罰を免除するに至った<sup>(176)</sup>。免除の結果、このような女性との関係は、私通罪とはならず、婚姻ではない安定した関係を成立させることは可能となった。そこで、事実上一緒に生活していて安定した男女関係については、婚姻とはみなされないが内縁 (*concubinato*) とされ、容認されるようになった。

このように、内縁は、ローマ時代の初期は、事実上の関係にすぎなかったが、後には継続的に安定した関係で、かつ近親婚や姦生婚ではない場合には、婚姻関係と同視できる関係として容認されるようになった。アウグストゥス帝は、積極的に内縁を法的関係と認めたのではないが、内縁を事実上認めたものといえる<sup>(177)</sup>。ただし内縁は一時的関係とは異なり婚姻と同様の取扱いを受け、法上は適法な婚姻ではなく、法の適用範囲外にある関係として存続したにすぎない<sup>(178)</sup>。

## (2) 内縁における子の法的地位

内縁関係が事実上であっても容認されるようになると、子の法的地位についても一定の改善が見られるようになった。従来は、内縁関係の子は非嫡出子であり、相続権は認められなかったが、後にハドリアヌス帝の時代 (紀元後 117-138) になると、119 年の勅法により、内縁から生まれた非嫡出子に対しては、父に対する相続が制限的ではあるが認められた<sup>(179)</sup>。すなわち内縁関係から生まれた子であれば、嫡出子と競合する場合には、父の財産の 12 分の 1 まで、父に対する相続の可能性が認められた<sup>(180)</sup>。ただし不貞関係から出生した姦生子や近親結婚による近親子には相続権は認められず、父から扶養を受ける権利が、出生後 3 年間認められるにすぎなかった<sup>(181)</sup>。ハドリアヌス帝は、例外的に、兵役の間に生まれた自然子に対しては、嫡出子と同順位で、相続を認めた。

(174) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 114.

(175) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 114.

(176) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 114.

(177) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻131頁。

(178) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻131頁。

(179) Dogliotti, *supra* note (135), p. 12; Filippis, *supra* note (43), p. 3.

(180) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11; Filippis, *supra* note (43), p. 3.

(181) Dogliotti, *supra* note (135), p. 12; Filippis, *supra* note (43), p. 3.

## 2. 準 正

### (1) 準正の制度的背景

以上のように、事実上の男女関係が継続した安定した関係の場合、内縁として認められるに至った。内縁関係から生まれた子も、制限はあったが以前よりは地位も認められるようになった。しかし、キリスト教が国教となり、キリスト教を信仰する皇帝が現れると、キリスト教の皇帝は、事実婚の関係である内縁制度を敵視するようになる<sup>(182)</sup>。そのため内縁関係をより高次の制度である婚姻に導くために様々な立法を行った。立法は、内縁の利益を失わせ、反対に婚姻に利益を与えて、婚姻を奨励することを目的として行われた<sup>(183)</sup>。その婚姻奨励の制度の一環として、内縁関係から生まれた子のための準正の制度がつくられた。準正の制度は、嫡出子がない場合で懐胎時にすでに婚姻の有効要件を満たしていた場合には、家族の血統を保持するために、その後の親の婚姻等の理由により嫡出子の法的地位を取得できる制度である<sup>(184)</sup>。この準正の制度は、キリスト教の初代皇帝であるコンスタンティヌス帝の時代に起源を発し、ユスティニアヌス帝の時代に完成した<sup>(185)</sup>。なお、この準正の制度は、婚姻を奨励するために婚姻に利益を与えることにより行われたが、他方で、内縁の利益を失わせて内縁への意欲を減退させる立法と相補う関係にあった点に注意しなければならない<sup>(186)</sup>。すなわちコンスタンティヌス帝は、一方では、内縁から生まれた子をその父が養子とすることを禁ずるとともに、生来の自由人である女子と内縁関係にある者が嫡出子を有しない場合には、その内縁の妻と適法な婚姻を締結することにより、内縁によって出生した子を嫡出子とすることを認めた<sup>(187)</sup>。そしてその子について家父権に服することを認め、婚姻を奨励したのであった。

他方でコンスタンティヌス帝は、内縁の妻またはその子に対する贈与と遺贈を禁止することにより、内縁配偶者と子の利益を失わせた<sup>(188)</sup>。内縁の夫の死亡後、内縁の妻または内縁関係から生まれた子は、いかなる方法によっても財産を得ることができなかった。すでに取得した財産は夫の嫡出子・父母・兄弟姉妹に返還しなければならず、夫にかかる親族がいなければその財産は国庫に帰属するとした<sup>(189)</sup>。

このようにコンスタンティヌス帝は、内縁関係の利益を失わせ、準正により子を嫡出子にするという利益を与えることにより、婚姻を奨励した。

(182) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115.

(183) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115.

(184) Filippis, *supra* note (43), p. 3.

(185) Giovanni Luchetti, *Minima de legitimatione et de nuptiis*, in *Civitas et civilitas, Studi in onore di Francesco Guizzi*, tomo II, Giappichelli, 2013, p. 483. なお、コンスタンティヌス帝およびその後のゼノ帝が暫定的に救済し、さらにその後のアナスタシウス帝も継続し、その後のユスティヌス帝は廃止し、そしてユスティニアヌス帝により完成されたという (Dogliotti, *supra* note (135), p. 12.)

(186) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115.

(187) Giovanni Luchetti, *supra* note (184), p. 483. 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻173頁。

(188) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115. 原田・前掲注(44)『ローマ法』312頁。

(189) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻132頁。

## (2) 準正の内容

準正の第一の方法は、事後婚姻による準正である<sup>(190)</sup>。婚姻による準正は第一の態様であり、コンスタンティヌス帝（BC 306-337）は、婚姻儀式前に生まれた子も、婚姻後に生まれた子と地位は等しいと規定した<sup>(191)</sup>。婚姻により、それまでの適法でない性的関係を修復させ、子が適法な地位を得ることは子の利益となるという原則が肯定されるに至った<sup>(192)</sup>。ただし、準正には厳格な要件が求められ、懐胎時に婚姻の可能性が存在することが必要であり、この結果として不貞行為や近親結婚による子は、準正から排除された<sup>(193)</sup>。また嫁資（*dotale*）を婚姻証書に保障することも必要とされた<sup>(194)</sup>。

第二の準正の形態は、クリア民会（*curia*）への編入による準正である（*per oblationem curiae*）<sup>(195)</sup>。この準正は、コンスタンティヌス帝により婚姻による準正が制度化された後に、テオドシウス II 世により、財源増加の手段として新しい形態の準正が認められたものである<sup>(196)</sup>。子が男子であれば、一定の財産を供し元老院議員（*decrione*）の職務を行った場合に、子が女子であれば、元老院議員と結婚するために必要な婚資を供するなどの一定の要件を満たした場合には、父は内縁の子に遺言または贈与の方法で財産の全部または一部を与えることができた<sup>(197)</sup>。

第三の準正の形態が、皇帝の裁可による準正（*per rescriptum principis*）であり、ユスティニアヌス帝が、改訂勅法 74（後 538 年）に規定したものである。

ユスティニアヌス法においては、婚姻による準正を強化することやこの皇帝の裁可による準正を内縁に課すことにより、内縁を婚姻に導き入れようとする傾向は強くなった<sup>(198)</sup>。皇帝の裁可による準正は、後の婚姻による準正が事実上不可能な場合に、皇帝の介入による救済を与えることにより行われるものである。したがって、補完的な手段であったが、皇帝の裁可による準正はクリア民会への申込みより経済的な負担が軽く、さらに父の親族に対しても効力を生じることが特色であった。要件は、嫡出の子がいないこと、（自由民の）女性の不道徳、死亡、不存在などの理由で婚姻が不可能なこと、または宗教的理由で婚姻が法的に禁止されていることなどであった。さらに改訂勅法 117（後 542 年）は、自由民でも婚姻が可能な女性から生まれた子の場合には、嫡出の地位を付与した。

(190) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115.

(191) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116.

(192) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116.

(193) Dogliotti, *supra* note (135), p. 12.

(194) Dogliotti, *supra* note (135), p. 12.

(195) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116; Giovanni Luchetti, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e Giustinianee*, Giuffrè, 1990, p. 65.

(196) Filippis, *supra* note (43), p. 3; Dogliotti, *supra* note (135), p. 12. 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻174頁。

(197) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116. 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻174頁。

(198) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116.

### (3) 準正後の子の法的地位

婚姻準正により嫡出とされた子は、出生の時点では内縁子であるが、後の婚姻により法的に嫡出子とされた。その結果として子は家父権に服し、相続の権利が付与された。そして完全な資格で、家長の家族への編入が認められた。クリア民会編入による準正による子は、家父権に服するが、父子関係しか成立せず、父方の親族に対しても母方の親族に対しても相続権は認められず、また父の家族への編入は認められなかった<sup>(199)</sup>。皇帝の裁可による準正は、婚姻準正の場合と同様に、嫡出子として生まれた者と同一の親族関係への編入が認められた。

## おわりに

以上、ローマ法における婚姻制度と子の法的地位の関係を考察してきた。

ローマ家族法の特徴は、強大な家父権を中心として組み立てられていた点にある。家父権の下では、子は家父の絶対的な権限に服することを強いられ、家族の財産については家父のみが権限を有した。そして家族法の重要な関心事は、誰が家父の地位を承継するか、またどのように地位や財産を相続するかであった。このため、初期のローマ法における婚姻制度の目的は、支配権や財産の帰属者である家父権の継承者を確保することであった。ローマ法における婚姻法は、初期の時代は、地位や財産の継承者を得るという実質的な目的のみを有し、倫理的宗教的な色彩を帯びることはなかった。

この点と関連するが、ローマ婚姻法の特徴として挙げることができるのは、古代ローマは初期の時代から一夫一婦であり、その一夫一婦制が倫理的宗教的色彩を帯びていなかったことである。ローマが初期の時代から一夫一婦制を採っていたことは、同時代の他の民族が一夫多妻制を採っていたのと大きく異なる点である。そして重要なことは、ローマの一夫一婦制は、キリスト教が国教とされる以前から存在していたことである。キリスト教が国教化される以前に一夫一婦制が存在した理由は、財産の分散が生じるのを避ける目的であったとされる。このように初期の時代のローマの家族法の特徴は、強い家父権の存在であり、婚姻制度の目的は、家父権や家族財産の継承者の確保を目的とし、一夫一婦制もその目的に資したことである。

また初期のローマ時代には自由な婚姻が認められていた点も、ローマ婚姻法の特徴といえよう。アウグストゥス帝以前のローマ法では、近親婚などの婚姻障害に該当しなければ、当事者が婚姻意思を実現する場合にこれを婚姻と認め、法により厳格な要件や方式を定めることはなかった。

しかしこの婚姻の自由に大きな制約が加えられるようになったのはアウグストゥス帝の時代からである。アウグストゥス帝は、社会の頹廢を防止し、偉大なローマ帝国を建設した古来の階級の復活を目指した。そして同時に出産忌避の風潮を是正し、当時進行しつつあった人口の減少を防止しようとした。

(199) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116.

こうした目的のため、アウグストゥス帝は、上流階級の純潔維持のために異なる階級間の婚姻を制限し、かつ上流階級の婚姻および出産を奨励するためのユリア法とパピア法を制定し、婚姻制度に介入するに至った。そして頽廃を防止する目的で、ユリア法には、姦通禁圧の規定も定めた。姦通禁圧の規定は、婚姻外の性関係を抑止することにより乱れた社会的慣習を是正するという道徳的倫理的な目的から、性関係を婚姻内に限定しようとしたものである。このように、アウグストゥス帝の婚姻法改革は、男女の性関係を婚姻制度の枠内に限定し、異なる階級間の婚姻を制限しようとしたが、現実はそのようには進まなかった。現実には、異なる階級のため婚姻することができない事実上の男女関係が生じ、そうした事実上の関係を法的に認める必要性が生じるに至ったのであった。そのため、アウグストゥス帝は、婚姻関係ではないが継続的に安定した事実上の男女関係については、内縁として認めるに至る。この結果、事実上の男女関係であっても、継続的に安定した関係である場合には、内縁として公に認められるようになる。

アウグストゥス帝の婚姻法改革は、婚外子の法的地位にも影響を及ぼした。初期のローマ時代における家族法は、家父権を基礎づける家族財産の継承という見地から、家族財産の分散を防止することが重要な目的であった。そのため、婚外子は、婚姻家族の財産権に対する侵害の危険という実際的な理由により、忌避された。しかしアウグストゥス帝は、実際的な理由だけでなく、倫理的な理由から婚外子を排除しようとした。アウグストゥス帝は、社会を乱す婚姻外の男女関係を好まず、婚姻の統制を企図したからである。アウグストゥス帝は、戸口調査を命じ、公文書への嫡出子の出生登録を命じた。しかし嫡出子は公文書への登録により法的地位を取得したが、非嫡出子は、出生登録を禁じられた。アウグストゥスは人口増加を望んだが、それはあくまで適度な婚姻から生まれた子の増加を望んだのであった。アウグストゥス帝以後、子の法的地位は、公文書の登録により明確に区別されるようになった。

以上のようにアウグストゥス帝以前は、自由な婚姻制度が認められていたのに対して、アウグストゥス帝以後は、婚姻や親子関係に対して、倫理的な道徳的な理由から、国家による強力な法規制が行われるようになったことは重要な点である。アウグストゥス帝の婚姻改革は、西洋の歴史において、国家が婚姻に対して法規制を行った最初の介入であったといえる<sup>(200)</sup>。

アウグストゥスの婚姻や親子関係に対する法の規制は、倫理的な道徳的な要素によるものであったが、その後キリスト教公認以後の皇帝の時代には、婚姻に宗教的な要素が加えられることになる。

キリスト教の教義によれば、婚姻のあるべき姿は、神により結ばれた夫婦関係であった。そのため、キリスト教を信仰する皇帝は、それまで自由とされた離婚の自由に対して制限を加えるよ

(200) 近代では、ムッソリーニが、人口減少の阻止とローマ帝国の復興を目的として、家族への介入を行い家族の法規制を行った（椎名規子「イタリア憲法の家族条項および国家と家族についての家族法的考察——ファシズム下における国家による家族への介入の歴史とともに——（1）」専修法学論集第95号（2005）75頁以下）。

なお、ムッソリーニは、ローマ帝国の復興を目指したが、ムッソリーニはアウグストゥス帝時代に花開いた文明を最高のものとし、アウグストゥス帝を世俗権力と教権を兼ね備えた典型として、ファシズム・イタリアの模範と考えた（藤澤房俊『第三のローマ イタリア統一からファシズムまで』（新書館、2001年）228頁）。

うになった。同時に事実上の関係である内縁制度に対して、拒否感を抱くようになった。そこで、これらの皇帝は、内縁関係をより高次の制度である婚姻に導き入れるために、婚姻を奨励する政策を行った。その政策は、内縁の利益を失わせ、反対に婚姻に利益を与えるという方法により行われた。その内縁関係に対する婚姻奨励制度のひとつが、準正の制度である。準正は、内縁関係から出生した子に、親の婚姻等により嫡出子の地位を与えることにより、婚姻を奨励することを目的として制度化された。この準正により、内縁関係から生まれた子は、嫡出子の地位を得ることができた。ただしここで注意しなければならないことは、準正制度は子のための制度ではなかったということである。準正は、より高次の婚姻に内縁の夫婦を導き入れるための制度であり、内縁から出生した子の利益の保護を目的としたものではなかった。

婚外子のうちで準正により嫡出子の地位を得ることのできない子には、法的保護はほとんどなされなかった。非嫡出子は、家父権には服さず、母の地位を得るのみであった。母は3年間は扶養の義務を有したが、その後は義務を負わなかった。出生から3年後は、母も扶養義務がなくなるので、もはや子を扶養する者はいなくなり、そうした子は、遺棄され殺害されたりした。

以上のように、アウグストゥス帝の婚姻改革後、婚姻制度に道徳的・倫理的要素が持ち込まれ、婚姻制度に法的規制が加えられるようになった。また婚姻制度から出生した子の登録が命じられ、嫡出子と非嫡出子の区別が明確になされるようになった。その後、アウグストゥス帝の改革の後、キリスト教を信仰する皇帝の時代になると、さらにキリスト教による宗教的倫理が婚姻制度に加えられた。キリスト教倫理の下では、神により結ばれた夫と妻のみが婚姻像であり、その結果、親子関係については、その婚姻制度から生まれた子のみが、適法な存在とされた。しかし、これに対して、婚姻制度の外で生まれた子は、法の保護から排除される存在として著しい苛酷な地位に置かれた。

その後、中世になると、教会法において婚姻が秘蹟とされ、婚姻制度の絶対性が築き上げられることになる<sup>(201)</sup>。そして婚外子は神に認められた婚姻の制度に反して生まれた「罪の子」とされてさらに苛酷な地位に置かれることになるが、ヨーロッパの中世における婚外子の地位については、今後の課題にしたい。

※本研究は、拓殖大学平成28年度短期留学制度およびJSPS 科研費JP16K03413（平成28年度～平成30年度）の研究助成の成果の一部である。

（原稿受付 2017年11月14日）

(201) トレント公会議がきっかけとなり、婚姻制度の絶対性が築かれたとされる（Filippis, *supra* note (43), p.6.）。トレント公会議は、教皇パウルス3世がプロテスタント改革への対策として開かれた第19回目の公会議である。岩波キリスト教辞典（岩波書店、2002年）824頁。このトレント公会議では、秘蹟として婚姻の絶対性が確立されるに至った（A. プロスペリ（大西克典訳）『トレント公会議』（知泉書館、2017年）146頁）。



# 沖縄の地割制に関する研究

—「家」制度に基づかない農地利用—

奥田進一

## 要 旨

江戸時代から明治期にかけての農村において、全国的に「地割制」という土地慣行が存在したことが知られている。これらは明治の地租改正とその後の耕地整理事業とともに急速に姿を消すが、沖縄では昭和最末期まで存在していたことが確認されている。これは、沖縄の地割制と本土の地割制とに差異があることを意味しているとともに、沖縄ではなぜ地割制が最近まで存在していたのかという疑問をも意味している。そこで、本稿では、本土と沖縄の地割制とを分けて史的に精査して、前者は石高制とともに発生生成してきたものであるのに対して、後者は石高制とは無縁のものであったことを実証し、さらに沖縄においては「家」制度が確立しなかったために、「家」制度を基盤としない地割制が往古より存在し、それが比較的今日まで残存するに至ったということを検証した。つまり、古くからの沖縄の家族制度を明らかにするとともに、それに基づく独特の農地利用慣行について、主に法学的見地から解明したものである。

キーワード：沖縄、地割制、総有、石高制、家制度

## はじめに

本稿の執筆は、中川善之助『民法風土記』（講談社学術文庫、2001）および武智方寛『沖縄苗字のヒミツ』（ボーダー新書、2011）に所収されている、家族制度に関わる記述がきっかけとなっている。まず、『民法風土記』には、第二次世界大戦後まだ間もない頃に、東北地方において「貰い子」という制度が残存していたことが記述されている<sup>(1)</sup>。貰い子とは、他人の子を貰って育てることだが、金銭で買う場合もあることから人身売買といえる一方で、必ずしも家を継がせるための養子制度ではなく<sup>(2)</sup>、あくまでも家内労働力補充という目的のための特殊な制度として定着していたようである。血縁関係に基づく家族制度を当然としてきた者にとっては、このような制度が比較的最近まで、わが国の一部地域に広く定着していたことを、にわかには理解できなかった。つぎに、『沖縄苗字のヒミツ』には、もともと琉球およびその後の沖縄県（本稿では、とくに琉球王府時代に関しては「琉球」の呼称を用いるが、それ以外の問題に関しては、広く地域を呼称するものとして「沖縄」という呼称を用いる）には苗字を持つ風習がなく、士族に関しては、1609年の島津家による琉球侵攻以降に苗字を持つことが主流になるものの、平民に関し

ては、1879年に明治政府が沖縄県に対して出した「苗字撰定届出方」という布達によって、はじめて苗字が創設されたことが記述されている<sup>(3)</sup>。

明治政府は、1870年に「平民苗字許可令」を出して、これまで武士等の支配階級の特権であった苗字の使用を平民にも解禁し、1875年には「平民苗字必称義務令」を出して、全国民に例外なく苗字の使用を義務付け、先祖以来の苗字が不明の場合にはこれを創設すべきこととした。少なくとも、これらの2つの法令により、平民の多くは先祖伝来の苗字を持っていたものの、江戸時代においてはその公称が許されていなかったということがわかる。ところが、沖縄では、琉球王府時代以前において、平民には苗字がなかったのである。

苗字あるいは氏は、家制度と密接に関係しており、江戸時代以前は、財産は家に帰属し、明治政府下においては家の代表たる戸主に帰属した。苗字が存在しないということは、家制度が存在しなかった、もしくはその概念が極めて希薄であったということの意味するのではないだろうかという疑問が浮かんだ。しかし、沖縄であろうと日本本土（以下、本邦の沖縄を除く地域を特定する場合には「本土」という呼称を用いる）であろうと、江戸時代以前の基幹産業は農業や漁業であり、そこからの収益を基に貢租が賦課されていた。つまり、農漁村においてはどうしても一定の労働力の確保が必要であり、血縁に基づく家制度は重要な労働力供給源であったはずである。前述の「貰い子」制度は、地理的、経済的条件の厳しさ等により、血縁関係による労働力の確保が難しい場合の補完的手段であったと考えることができよう。それでは、家制度が不存在、ないしは極めて希薄なものであったと思われる沖縄では、とくに琉球王府時代には、どのようにして農業労働力を確保し、さらに、琉球侵攻以降に苛斂誅求を極める貢租負担に対処してきたのであろうか<sup>(4)</sup>。

2冊の書籍を通じて認識したこのような問題意識は、2016年に訪れた久高島と渡名喜島で、いまもかすかに残存している「地割地」という、耕地を細長い短冊状に区切る慣習的土地利用制度を目の当たりにして、さらに複雑な様相を呈するようになった。両島の地割地は、かつて沖縄において広く実施されていた「地割制（「割地制」とも称されるが、本稿では「地割制」の呼称をもって統一する）」の遺構とされ、非常に不思議な、それでいてモザイク状の美しい農地景観を生み出している。ちなみに、島全体が共有地である久高島では地割が行われた状態で1968年に、共有地のままの状態を維持しながら、字名義で所有権保存登記がなされて今日に至っている<sup>(5)</sup>。地割慣行は失われたが、島の耕地全体が地割制遺構といえよう。また、現在はニンジン生産で有名な津堅島では、1975年の沖縄県による総合土地改良事業の実施まで、旧態のままの地割地と地割制が残存していたことが知られているが、耕地整理によって完全に失われている<sup>(6)</sup>。そして、渡名喜島では、1988年の沖縄県による農村基盤総合整備事業が始まるまで地割地が残存していたことが確認される<sup>(7)</sup>。

いずれにせよ、地割制に関しては、すでに多くの学術的調査が様々な学問分野においてなされ、先行業績も比較的多く存在する。それらを検証してみると、その多くは沖縄の地割制の起源につ

いて研究するものが多く、そのアプローチは多種多様である。とくに、租税制度の視点からの研究は、ある一定の解答を示しつつあるように思われる。また、法学的見地から、地割制を現在進行形の総有制度として位置付けようとする研究も散見される。地割制度を、入会地や入会権に代表される総有制の中で説明しようとするのは、学問的方向として基本的には正しいと考えるが、地割制の内容を詳細に検証すればするほど、どうも総有制の範疇に組み込むための前提条件のような学問的視点が欠けているのではないかと考えるに至った。それは、「家」制度に基づかない農村村落共同体における土地利用という視点である。本稿は、沖縄における慣習的土地利用制度として長く存在してきた地割制について、血縁関係を基盤とする「家」制度とそこから提供される労働力の不存在という視点から検証を行い、地割制を、貢租負担を有する土地利用の原初的狀態として学問的に位置付けることを目的とする。

## 1. 本土における地割制

地割とは、村落内の土地を共有とし、これを一定面積に区分して村民に分与し、一定期間ごとに割替えた制度である。この割替制を、一般的には地割制と称し、沖縄だけでなく、本土でも慣行として広く行われており、国外においてもベトナム、インドネシア、ミャンマーなどで同様の制度が確認されている<sup>(8)</sup>。ここでは、わが国の地割制、とくに本土における地割制について、その発生や意義について検討する。地割の慣行は、地域ごとにその起源や特徴に大きな差異がみられ、日本全国でこれを一般化することは困難である。なお、地割制の起源に関しては、これを奈良時代に行われた班田収授法の残影であるとする研究もある<sup>(9)</sup>。また、本土の地割制度に関しては、これを第二次世界大戦後の農地改革の前後で区別して論ずる必要があり、農地改革以前の地割制に関しては、江戸時代の税制との関連が指摘され、封建社会に固有な制度であり、この制度は農地改革によって変容したとする見解が有力に主張される<sup>(10)</sup>。この見解は、地割制が水害などの自然条件に基づく収穫不定地が、江戸時代の貢租関係の中に組み込まれた場合に発生したものであり、検地に集中的に示される封建時代後期の土地制度一般と本質的には何ら変わるものではなく、したがって本来の割替権者は入会権者と同じく、年貢負担者＝本百姓であり、この制度の具体的形態はそれぞれの村落内部の構造とその変質に基づくものであるとして理論補強がなされ<sup>(11)</sup>、その後の地割研究が水損地における制度実態の解明に重点を置くようになるなど、理論面で大きな影響を及ぼした<sup>(12)</sup>。しかし、この有力見解にも問題点が指摘されている。それは、水害などの自然条件が前提となって地割が実施されたという部分である。じつは、金沢藩、高知藩、宇和島藩、松山藩、今治藩などにおいて、藩単位で水害等の自然的不利条件とは無縁に地割が実施された事例が存在し、さらには農村の社会条件や経済条件の変化に伴って地割が行われた事例もあり、江戸時代の貢租制度との関係を前提にしながら、藩や農村、社会や経済等の変化を加味する視点からの研究がさらに蓄積していった<sup>(13)</sup>。

いずれにせよ、地割制が江戸時代の貢租制度と深く関わりがあるとして、当該貢租制度は、16世紀末の太閤検地以降に確立する石高制および村請制を前提とする。太閤検地は、中世から近世への幕開けともいうべき一大事業であり、とくに農村社会にも大きな変化をもたらした。近世の村が中世のそれと比較して根本的に異なる点として、「兵農分離によって武士が農村を離れたこと」、「村が地理的に確定され村高が決定されたこと」、「村高に対して貢租が賦課されたこと」の3点が挙げられている<sup>(14)</sup>。とくに、最後の村高制に応じた貢租賦課は、村請制の成立を意味しているが、それ以前は田の所有者である名主が貢租を負担していた。もともと、室町時代以降に土地所有権の分化が進むと、貢租を負担する下級所有権者を確定する作業に不便が生じたため、統治者側においても名主請負制から村請制へと移行させることが望まれていた。検地は、こうした社会状況や時代背景をもとに進められ、名主が貢租徴収者として農村の支配者となるとともに、貢租負担者として農民を土地に緊縛することを促したのである<sup>(15)</sup>。こうして、貢租負担単位としての農村が地理的にも人的にも確立するとともに、農村内における階層分化が始まり、個々の農民は確定された農地の経営単位、すなわち農家として当該農地とともに生活を営むことになった。農業が、個人経営から家経営に変化した瞬間であったといえよう。

ところで、江戸時代以前のわが国の農村における階層分化であるが、農民は比較的細かい階級に分かれていたことに留意しなければならない。家屋敷と耕地を有して貢租負担を負う者を「本百姓」あるいは「一軒前」と称し、家屋敷を持たずにこれを借り、あるいは主家からこれを与えられて小作の地位にあり、貢租負担のない（無高）者を「水呑百姓」あるいは「半軒前」と称した。両者の決定的な差異は、貢租負担を負っているか否かにあるが、主家との従属関係の強弱によっても身分に差異がみられたようである。たとえば、無高であっても家屋敷を有している場合は主家への従属性が低くなり、下位ではあるものの本百姓となり得たが、耕地を有していても家屋敷を有さない場合には、主家の従属小作人として位置付けられ、彼らが本百姓になることはできなかったという<sup>(16)</sup>。

石高制と村請制によって成立した近世農村は、土地の経営者たる農民集団によって構成されるが、その構成員や農地環境が変化しても、検地によって確定された村高が直ちに變更されるわけではなかった。たとえば、断絶や逃亡によって無主地が生じ、あるいは水害等の自然災害によって耕地の消失や障害が発生した場合には、実際の村高は減少しているにもかかわらず、村高に基づいて算定される村の貢租負担には変化が生じないので、全体として負担が加重される。こうした場合に、貢租負担の均分化を図るべく実施されたのが地割制度と考えられるのである<sup>(17)</sup>。米による貢租負担に基づく地割制は、その後、明治時代に入って地租改正を経て貢租負担が土地所有者に対する金納へと変ぜしめられ、さらに耕地整理事業が進展して、近代法、とりわけ民法に基づく土地所有権が確立すると急速に消滅していった<sup>(18)</sup>。

このように、本土において近世以降に成立して発展してきた地割制は、石高制と村請制によって貢租負担が確定された村落と、そこに定住する土地経営主体としての農家の存在が前提となっ

ているといえる。そうすると、安定的かつ適正な貢租負担を維持するためには、農家が永代にわたって労働力を生み出すこと、すなわち血縁に基づく「家」の存続が農村社会全体の大きな関心事項となる。前述の『民法風土記』において紹介された、東北地方の「貰い子」制度などは、やはり、このような血縁的な労働力供給システムを補完するためのものであったというべきであろう。

## 2. 沖縄の地割制の起源

本土における地割制が、近世農村の成立とともに生成、発展してきたのに対して、沖縄では検地の影響が少なく、家制度が進展しなかったため、本土の地割とは異なる、極めて古い形態の、定期的な地割慣行が根強く残存したのではないだろうか。以下においてはこの点を明確にすべく、沖縄の地割制の沿革やその制度的意義を検証する。

近時の沖縄の地割研究を飛躍的に進展させた山本弘文博士によれば、沖縄では、田畠・山林・原野に対する私有権の成熟が遅く、琉球王府の時代から19世紀末まで、村落の耕地・山林・原野の共有制と村民配当地の割替制が存続していたが、1899年～1903年にかけて実施された土地整理事業によって公式には廃止されたと説明される<sup>(19)</sup>。山本博士の説明には、いくつか検証すべき問題が、キーワードとして存在する。それは、沖縄においては「私有権の成熟が遅かった」という点と、「地割制が存続した」という点である。前者については、本稿の中心的議論ともいえるべき「家制度の未確立」という問題に連なり、後者は、沖縄の地割制は、沖縄に石高制が布かれてもなお残存した慣習であり、逆に言えば石高制の導入以前から存在した慣習ということになり、それは沖縄の「地割制の起源」の問題でもあり、また、本土のそれとは異質の制度ではないかという問題にも連なる。そこで、まず「地割制の起源」について検証し、「沖縄の家制度」については章を改めて検証する。

「地割制の起源」については、戦前の沖縄の地割制研究の中核をなしていた。内田銀蔵<sup>(20)</sup>、河上肇<sup>(21)</sup>による研究が先駆けであり、昭和初頭には田村浩<sup>(22)</sup>、仲吉朝助<sup>(23)</sup>による研究が有名である。そして、地割制の起源については、仲吉朝助に代表される、原始共同体の慣行に由来するもので、「古琉球」に淵源するとみなす「古琉球起源説」と、田村浩に代表される、島津家の琉球侵攻以降の近世前期のある時期に発生したとみなす「近世起源説」とが対立して、今日に至るまで決着をみていない<sup>(24)</sup>。仲吉は、琉球王朝の貢租制度を確立した英祖王（?-1299）の事績から、当時の村落土地共産の状態に従って地割が行われたとする一方で、田村は、英祖王以来長期間にわたって実施されてきたのは井田法による班田収授であり、それが慶長検地後に、鹿児島藩の門割制度に倣い、藩庫財政上の必要と徴税上の便宜のために定期地割が行われたとする<sup>(25)</sup>。両説には、典拠とする古典資料の信憑性や、基盤とする社会思想の影響などから、いずれにも欠点があるという指摘<sup>(26)</sup>もなされている。

ところで、仲吉は古琉球に起源を發する地割制が変質することなく継続してきたといっているわけではない。仲吉は、地割制を地人各戸の男女総数に平等（人頭制）に地割配当する「純粹の共產的地割」、各戸に一定不変の配当率を設定し地割ごとにその割合を変更せず（貧富割）にただ土地だけを移動する「資本主義的地割」、この両者の中間にある「折衷的地割」という3つに分類し、「共產的地割」は比較的土地が広く地割期間の短い地域にみられ、「資本主義的地割」は土地が狭く割替地を長期間占有する地域にみられ、それぞれ時代の変化のなかで登場してきたとする<sup>(27)</sup>。他方で、田村は英祖王以来実施されてきた遺制（口分田による班田収授法とする）と地割制との連続性や関連性を完全に否定し、地割制は慶長検地以降に新設されたものであるとするが<sup>(28)</sup>、この点に関しては、英祖王時代に中国の律令制に基づく制度が伝来した形跡も見当たらず、根拠はかなり薄弱といわざるをえないであろう<sup>(29)</sup>。また、近世起源説の多くが、琉球王府時代に名宰相とうたわれた蔡温（1682-1762）の起草による『農務帳』の記述に言及している。農務帳は、琉球王府が農事指導の目的で、1734年に布達した文書のひとつである。琉球王府の政策は多岐におよぶが、その政策の軸は、農民、役人のそれぞれの立場での心構えに関する事、農村統治上の諸制度に関する事、貢租徴収の体制に関する事、生産向上および農業技術指導に関する事、などであった。農務帳は、土壌肥沃度を改善し、農業生産性を増やすために、主に農業技術指導を軸に組み立てられているところに特徴がある<sup>(30)</sup>。この農務帳には、つぎのような件がある。

「田畑について、時々農地の割直しをし、耕作者の指定をする。農地に耕作者がいなくなつて共有のままにしておくと、農地の保全が粗略になつて地力が次第に減退してくる。それは好ましくない。だから地割することを申し付ける。それ以後お上は百姓に対し、永久にその農地を授けるといふし、お上の堅い御意志を体し、土壌保全の大切なことを十分に汲取り、地力保全をしなければならないこと」<sup>(31)</sup>

「地割」という表現は、この農務帳が初出であり、このことをもつて地割制の創出の根拠とされてきた。あるいは、蔡温は、従前からの地割制を廃止しようとしたが、現実にはその意図は実現されず、18～19世紀を通じて、琉球農業の基本的土地制度として、地割制は存続しつづけたとする見解もある<sup>(32)</sup>。おそらく、この見解は正鵠を得ており、農務帳における「地割」という文言のある文章は、地割制の創出というよりは、最後の地割を行つて、土地の私有化とそれに基づく農地経営および石高制の定着を企図したものと読むべきではないだろうか。つまり、蔡温の頃までは、農民は共有地での共同労働が基本であり、貢租も人頭割の収穫高であったのが、石高制の導入により模合持をやめさせて、最後の地割を命じ、本土の農民と同様に、土地を家族単位に所持させ、農民の自立を期待したのではないかと考えられる。しかし、現実にはなかなか自立には至らず、一部は持地による地割や貧富割などに移行したが、地割そのものを廃止することはで

きなかったのではないだろうか<sup>(33)</sup>。沖縄では、明治になるまで模合持を基本としてきたが、このことは、琉球王府による石高制社会の確立は失敗したということに起因しているのである<sup>(34)</sup>。そうすると、地割制が農務帳を契機として創設されたとする近世起源説は、琉球王府が採用した人頭割に基づく税制や布達した各種法令をもとに、詳細に再検討することが必要となっているのではないだろうか。

結局のところ、近時は、古琉球起源説に依拠しつつ、地割制が時代を経て様々に変質してきたことを重視しようとする考え方が有力になりつつある。たとえば、上地一郎博士は、地割制は、土地の共有、定期的な割替と配分という点では沖縄のどの地域にも共通するが、割替対象地、割替までの期間などその内容については地域差が著しく、地割制が1903年の土地整理事業によるその廃止まで沖縄のほぼ全域にわたって行われていたこと、また地割制の地域差が著しいということからみて、地割制が、王府の政策によって画一的に推進された制度と考えるよりも、おそらく古琉球に遡るような土地慣行であったものが、薩摩侵入を契機とした「近世琉球への転換」以降、王府の統治機構のひとつとして包摂され制度化されたと考えた方がよいであろうという見解を展開している<sup>(35)</sup>。また、坂本忠次博士は、幕末から明治前期に地割制がどこまで変容していたのが最大の論争点のひとつであって、いわゆる旧慣温存時代の沖縄県の地割制のなかに、土地の共有制から個人所有制への移行ないしはその萌芽をどの程度見出し得るかが研究の重要点であると指摘している<sup>(36)</sup>。なお、旧慣温存時代とは、1879年の沖縄県設置から、1899年にはじまった土地整理事業が終了する1903年までに行われた制度改革の期間を指す。これは、ちょうど本土において1873年に実施された地租改正に相当するものであり、地割制を解体させ、近代的な土地所有権制度を基礎づける改革として、近代沖縄の史的展開のなかで、その社会構造に大きな変化をもたらした出来事として位置付けられる<sup>(37)</sup>。

### 3. 沖縄の地割制度の概要

沖縄の地割制が、おおむねどのようなものであり、どの程度の地域差があるのかについてその概要を紹介し、近世以降に本土の農村において広く行われた地割制との差異を明らかにしたい。ただし、琉球王府時代の地割制の実態については、1945年の沖縄戦において資料の多くが消失してしまっていることもあり、ここでは、明治期の旧慣温存時代の島尻、中頭、国頭の3地方における地割制について紹介する。

まず、地割の対象とされた土地は、百姓地、地頭地、オエカ地（地方役人に与えられた役地のこと）、ノロクモイ地（巫女等の宗教者に与えられた役地）、百姓模合地（共有地）、仕明地（開墾、埋立地等）雑種地（蘇鉄敷、茅敷、松敷、雑木敷、竹敷）など、およそあらゆる土地であった<sup>(38)</sup>。

つぎに、地割年限については、田は最短期2年・最長期30年、畑は最短期2年・最長期35年、

雑種地は最短期2年・最長期50年で、この範囲内で3年、4年、5年あるいは9年、10年、12年、15年、20年、25年等種々の定めがあり各村各様であった。また、全く年限を定めていない村もあり、地割を必要とする時は村民多数の意見により一同集会の上決める村もあった。地割年限については、1855年8月に王府が地割期限を10年以内に定めて割替えを行うべきことを指示<sup>(39)</sup>しているが、実際の地割期限は、当該村の自治に一任しており、村によってかなりの差があった<sup>(40)</sup>。

割替の周期や方式は時代や地域によって多種多様で、1883年の沖縄県報告書によれば、周期は田の場合はほぼ2年から30年、畑は2年から35年、雑種地は2年から50年であったが、まったく不定期な村もあった<sup>(41)</sup>。

地割の配当を受けるべき者については、当該村内に本籍を有する百姓＝地人を原則とし、例外として居住（寄留）人の士族も配当をなす場合があった。居住人というのは、首里、那覇の市街地に住む人々が生活難に迫られて農村に移住し地割地の配当を受ける場合があったことを指す<sup>(42)</sup>。

地割の組立法については、既定の地数（「地」とは、区または組の意味があり、土地割替における標準単位であった）により算出することを基本とする方法（単純に一定面積を示す場合）、「叶米（小作米）を標準とする方法」、「人頭割に基づく方法」、の3種類が存在した。人頭割には、「年齢によるもの」と「年齢によらないもの」との2種類があり、年齢によるものは、各人の年齢により等差（分量頭）を設け、その等差に応じて持地の数を定めている。たとえば、10歳以上20歳以下は0.5分量頭、21歳以上40歳以下は1.0分量頭、40歳以上60歳以下は0.5分量頭とされた<sup>(43)</sup>。

地割方法には、「持地数に異動を来すもの（さらに、人頭割、貧富割、貧富および耕耘力割、貧富および人頭割、貧富および勤労割により割替が行われる）」と、「持地数に影響を及ぼさず、ただ耕作地の所在を転ずるにすぎない場合」との2種類があり、前者が地割の「正則」であり、後者は「変則」とされていたという<sup>(44)</sup>。なお、地割の方法は、間切（琉球王府時代の行政区分で、今日の市町村に該当する）によっても村によっても相違があるが、おおむね、国頭郡では人頭割で、中頭郡では貧富の差を加味した、面積による地割の方法が採用されていたが、島尻郡では耕地の良否に重点を置き、叶米（小作料）を基準とした割替が大部分であったという<sup>(45)</sup>。

地割地の売買・質入れについては、豊見城間切・間切内法では「百姓地質入れ禁止」とされ、違反すれば本人ならびに村役人に科金が課される<sup>(46)</sup>が、実態としては、村落の了承の下でつぎの地割期限まで、百姓地占有者による売買・質入れが行われていたとされる<sup>(47)</sup>。

このような特徴を持つ沖縄の地割制は、結局、その自壊による私的所有権の内発的な成立をみる以前に、割替共有地の集積と長期占有化の傾向が強まった時点で、明治政府による旧慣土地制度・租税制度の総決算ともいえる土地整理事業によって解体された。土地整理事業直前の村落は農民層の階層分化が進みはじめていたが、それでも最後の割替では村落内における農民の生存維持を優先する倫理はなおも残されていたという評価もされている<sup>(48)</sup>。そして、明治期の地割制を

めぐる特徴と変容から、それは島津支配以来の租税負担の加重に対するいわば「民衆の知恵」として各村々で合理的な土地の配当が行われ、村落共同体的規制の残存のもとではあれ、各村の農業生産と生活＝租税負担の防衛的・合理的配分が図られたことであろう。そして、明治期廃藩置県後の地割制の変容過程については、島尻、中頭地方の一部などを中心に人頭割から貧富制への移行、地割期限の長期化などがみられている。地割制が、土地整理事業を通じて初めて土地私有権の本格的な確立へと近代化され変革されたことはいうまでもないとして、地割制は廃止されたのではなく、変化ないしは変質したという考えもある<sup>(49)</sup>。

いずれにせよ、沖縄における地割制は、明治の地租改正によって廃止されたが、その遺産は今日なお極端な零細地片として残され、農業合理化にとって大きな制約条件をなしていた。このような制度がなぜ行われたのかは明らかではない。本土の地割制と比較した場合、それはどちらかという部分、あるいは石高の見直しのような臨時の場合に実施され、沖縄のように田畑を含む全耕地を対象とするものではない。その意味で、全耕地を対象に定期的に実施された沖縄の地割制度は、本土のそれとは異なる特殊な性格を示しているといえよう<sup>(50)</sup>。

#### 4. 沖縄の「家」について

現在でも地割制の遺構が存在する久高島は、「島全体が総有（入会）地である」とされてきた。久高島は、1899年から実施された土地整理事業の対象地とされず、琉球王府時代の古い土地所有形態を残存させてきた。しかし、過疎化や高齢化の波は、「神の島」と称されてきた久高島にも確実に押し寄せ、現在では1988年に制定施行された「久高島土地憲章」において旧慣が確認され、そのなかで久高島の土地は総有であると宣言して従来の土地所有制度を維持している。このような状況から、久高島をして「コモングの島」といわしめているのであろう<sup>(51)</sup>。他方で、地割制に関する先駆的かつ古典的研究では、沖縄全土の至る所の村落で地割が行われていたが、地割の区域は、久高島と慶良間島を例外として、各々一村（現在の大字）に限られていたとされる<sup>(52)</sup>。つまり、久高島においても地割制は行われていたが、それは沖縄において広く行われていたそれ、すなわち一村地割制とは異なるものであったということである。久高島は、比較的最近まで母系による財産相続制が残存しており、一村地割制の例外とされたのはこのことが影響しているのではないかと考えられる。なお、現在の久高島では、前述の「久高島土地憲章」に基づき、「字」を基本にして土地の所有および利用が行われている。

久高島にみられる母系性は、比較的最近までの沖縄全体についても当てはまる。とくに、村落共同体における「家」という点で見ると、われわれは、本土において普遍的現象と思いついでいる父系性と継承性のある「家」制度の概念を、一度念頭から消去しなければならない。森謙二教授の研究によれば、もともと沖縄では、本土のように近世における小農の自立という歴史的な過程を持たず、その意味で「家業」、「家産」、「家名」を一体として継承するような「家」の形成は

沖縄には見られなかったが、明治期の土地整理事業による土地制度の改革は、沖縄における土地私有制度の形成を、そして資産を持たなかった沖縄の庶民階級にも新しい「家」観念を作り出していくことになり、農地のいわば総有制を前提として村落構成員に地割りを続けてきた社会に、土地制度の改革だけではなく、家族や家を含む生活全般に大きな影響を与えることになったという<sup>(53)</sup>。森教授は、沖縄の伝統的な「家族」が、生活単位と生殖単位とが一致したものか否かについても疑問を投げかける。そして、沖縄では夫婦が同居をする前に極めて長い期間にわたって「妻問い」が行われてきたこと、「家」が特定身分層、すなわち士族階級にのみ認められたものであったこと等の事象から、本土において近世以降成立して発展してきた家父長制に基づく「家」の存在を否定する<sup>(54)</sup>。

さらに、森教授は、日本における「家」を論じる際に、①生活単位としての「家」（世帯）、②経営体としての「家」、③「株」としての「家」、④観念としての「家」の4つの位相において論じる必要があるとする。①は、同居して生計を同じくする生活単位としての「家」であり、これは沖縄を含めていずれの社会でも存在するという。②は、超世代的に継承すべき「家産」の有無を意味し、本土では、「家業」と「家名」を一体化した「家産」として継承してきたのに対して、沖縄では土地整理事業が終了するまでは、土地の私有財産の形成が未熟であったために継承すべき「家産」がみられなかったとする。③は、租税徴収による支配体制を維持するために存続させる「家格」を意味し、沖縄では本土のように村落共同体のなかで本百姓・水呑百姓のような「家格」が形成され、村落共同体の構成員と「家格」が結びつくことはなかったという<sup>(55)</sup>。その理由としては、沖縄では「家」が貢租負担者ではなかったということ、「絶家再興」という観念が比較的希薄で、分家をした後に「絶家」ではなく「廃家」を選択する例が多かったことなどを挙げる。このことから当然に、④の観念としての「家」という考え方も希薄になる。琉球王府は、士族階級には身分統制の必要から「家」を制度化したが、庶民階級に対しては「家」の存続を求めていたわけではない。

庶民階級において「家」が存在しなかったこと、刈分小作（中世から第二次世界大戦後の農地改革まで行われていた小作制度の一例で、小作料を定めずに収穫量に応じて地主と小作人の間で一定の割合にて分配した制度を指す）や母系的相続制度が存在したことなどから、沖縄には封建制がなかったという考えも存在する<sup>(56)</sup>。封建制に拠らない農業社会形態に対しては、世界的にはむしろ一般的で、本土の農業の方が特殊形態であるという見解<sup>(57)</sup>がある。この見解に依拠すると、沖縄農業と本土のそれとの共通性は薄くなり、逆に東アジア、東南アジアとの共通性が強くなると考え、こうした沖縄の歴史的特殊性を集約的に示すのが地割制であるということになる<sup>(58)</sup>。

さらに、沖縄の地割制のもとでは、本土におけるような農地所持を基礎とする「本家と分家」という従属的、支配的關係は成立しない。その代わりに、沖縄では「与<sup>クミ</sup>」という制度が機能していた。与は、行政的区分として地縁的な「結<sup>ユイ</sup>」を意味し、かつては父系性に基づく門中において行われていた共同作業が、与を単位として行われた。結には、2つの意味があり、1つは共同で

労働すること、もう1つは一家族の労働では処理しきれないときなどに手伝いするようなこととされる<sup>(59)</sup>。後者には茅葺などが該当し、前者には田植えや稲刈りなどが該当するのであろう。

農業等の労働が、血縁に基づく「家」単位で行われなければならないという状況は、昭和期に入ってもなお存続していたと考えられる。たとえば、第二次世界大戦前の黒糖製造に際して機能したユイマールの構成がそのことを証左している。ユイマールのグループの結びつきは血族、姻族、隣近所、友人といった関係が複合的に重なっていた。そして、血縁は父方だけでなく、母方も含めて、双方にまたがっていた。さらに、その構成員は固定的ではなく、時期により、あるいは構成員の都合により入れ替えが可能な緩やかな結びつきであったということが指摘されている<sup>(60)</sup>。このような戦前の沖縄の農村におけるユイマールは家と家の結びつきではなく、個人と個人の結びつきとして構成されていた。しかし、それは、村落の構成員が近代的に自立した個人として相互の関係を結んでいたのではなく、制度としての家の成立がない、あるいは未熟な段階において、個々人が家にとらわれることなく、それぞれの関係でもって労働の交換を行っていたという見解もある<sup>(61)</sup>。

このように、沖縄においては血縁的な家は基本的に農村には成立せず、むしろ、地縁的な与と称される結が労働の基本単位となっていた。この与は貢租負担単位でもあったが、構成員はあくまでも個々人であったため、耕地の人頭割を軸とする耕作強制的な色彩を濃厚に帯びたものであったとされ<sup>(62)</sup>、このような事情から、沖縄の地割制は本土とは異なり家を基本とせずに存在し、家が存在しないからこそ、貢租負担を伴う農業を継続するために地割制も存続させなければならなかったのである。ただし、明治時代に入り、とくに1896年に民法が公布されることにより、沖縄でも戸籍制度が整えられ、同時に戸主を頂点とする家制度に組み込まれることで、本土と同じ民法の仕組みで農村社会にも大きな変化が現れ、地割制も徐々に消滅して行くことになった<sup>(63)</sup>。

ところで、前述の通り、琉球王府は18世紀中頃に地割制の廃止に着手するものの、石高制の導入がうまく行かなかったことと連動して失敗するが、その後は、地割制を黙認したような形跡が認められる。これは、人頭税によるもの以外に、地割制の実施が必要とされたという事情の存在が指摘されている。じつは、17世紀末に、集落の増加と再編成およびその前提となる耕地の新開（地頭地やオエカ地の整備）が、多かれ少なかれ琉球王国一円で進行していた。島津家の琉球侵攻後の窮乏期を経て、1669年に始まった耕地の新開と集落の増加、これに基づく地頭地・オエカ地の編成と系図座の創設（封建的秩序の整備）は連動しているとされる<sup>(64)</sup>。

系図座とは、1689年ないしは1690年に設置された家譜編纂事業（第1次家譜編纂時）にあたる役所のことを指す。系図座の設置と家譜編纂により、琉球王国は近世的な封建的身分制を確立するとともに、士族内部の階層分化を促した<sup>(65)</sup>。さらに、1712年には、軽輩身分の官吏や第1次家譜編纂時に家譜を作成しきれずに百姓身分とされていた者たちの家譜編纂を認め、新たな士族層が誕生した（第2次家譜編纂時）。こうして、17世紀末から18世紀前半にかけて、2度にわたって行われた家譜編纂事業を受けて、近世身分制が確立され、士族階層が量的に拡大された<sup>(66)</sup>。

ちなみに、第1次家譜編纂時（1690年）と第2次家譜編纂時を経た時点（1729年）とで比較すると、総人口が128,000余人（1690年）から173,000余人（1729年）へと約1.3倍に増加し、町方（首里・那覇・泊・久米村）人口も24,000人（1690年）から32,000人（1729年）へとやはり約1.3倍の増加であったのに対して、士族人口は6,300余人（1690年）から14,000人（1729年）へと約2.2倍に激増している<sup>(67)</sup>。

こうした新士族の急激な人口増は、王府をして、失業問題、産業経済問題、宅地問題というよな、典型的な都市問題に直面せしめた。王府は、これらの諸問題を解決すべく、矢継ぎ早に、これまでにはない斬新な政策を打ち出した。まず、1715年には、拡大する都市消費を満たすべく首里に市場を開かせて流通体制を整備し、1733年には商売人の税を免除して、産業経済問題の克服に努めた。つぎに、1725年には、これまで固く禁じられていた士族の兼業を解禁し、地方に移住して農業に従事することまでも認め、貧窮士族の自活を促し、失業問題の解消を図るとともに、農業生産力を増強させることに成功した。最後に、町方に所在する臨海部の干拓や埋め立てや、近隣の耕地を町方に編入して士族に与えて、宅地問題を解消しようとした<sup>(68)</sup>。結局、新士族への新たな土地の割り当てが行われるのと連動して、多くの農民が他所の土地への入植を余儀なくされ、当該地においては地割を行うことで新規入植者に対応したことも、地割制を存続させなければならない要因のひとつとなったのであろう。

## おわりに

沖縄の社会や文化については、その独自性のなかに日本文化の成り立ちを明らかにする手がかりが含まれていると考えられることから、古くから多くの研究がなされてきた。しかし、そのなかで多くの関心が寄せられたのは、民俗や宗教・祭祀の分野であり、人々が生活していくうえでの基盤をなす生産の仕組みや経済の関係についての研究は立ち後れているといわざるをえない<sup>(69)</sup>。このような状況において、本稿では、沖縄独特の制度とされる地割制について検証を試み、結果として、沖縄の地割制は本土とは異なり「家」を基本とせず存在し、「家」が存在しないからこそ、貢租負担を伴う農業を継続するために地割制も存続させなければならなかったのである、という結論を得た。

しかし、前述のように、沖縄の地割制に関しては、さまざまな観点からの先行研究が存在するが、その観点多様性によって琉球王府以前から今日に至るまでの地割制の変遷過程を不明瞭にしている可能性がある。そこで、本稿では、まずは島津家の琉球侵攻以前から、沖縄には地割制が存在したという説を支持しつつ、沖縄には明治期に至るまで「家」が存在せず、その結果、家制度を前提とする石高制は導入できず、他方で家制度が確立した士族階級の人口増加に対処すべく、このいずれもの状況に応えるべくして従前からの地割制が存続したという現象を、時系列的に検証した。以下において、その検証経過を簡条書きにて記し置く。

- ① 古琉球時代より家制度を前提としない地割制度の存在。
- ② 島津家の琉球侵攻と石高制の導入。
- ③ 琉球王府による地割制度廃止政策（1734年「農務帳」）の実施。
- ④ 家の不成立により石高制導入および地割制廃止政策の失敗。
- ⑤ 17世紀末から18世紀前半にかけての都市人口（新士族階級）の激増。
- ⑥ 廃藩置県に伴う旧慣温存政策により地割制の変質が始まる。
- ⑦ 土地整理事業（1899年～1903年）により地割制が廃止され、近代的所有制へと移行する。

ところで、先行研究には「水利」と地割制との関係に着目したものがほとんどない。1734年の農務帳では「水利施設の保護や破壊の禁」を規定し、1775年および1786年の琉球律では「營造」の罪が新設され<sup>(70)</sup>、1831年の新集科律では「河防」が規律されている<sup>(71)</sup>。また、渡名喜島では、地割制と対をなすカーラと称される水利施設の存在が確認されている<sup>(72)</sup>。この水利問題は、おそらく地割制を存続させなければならなかった要因のひとつではないかと考えている。

17世紀初頭の島津家の琉球侵攻とその後の慶長検地によって、琉球王府は強制的に石高制下に編入され、当初は芭蕉布その他の特産物、1617年からは出米その他の島津家への上納を義務付けられた<sup>(73)</sup>。石高制への強制移行は、稲作に偏向した農業への移行を意味し、平野部の開田、大規模な灌漑施設の築造や、場合によっては村落自体の移転も促したといえよう。実際に、17世紀後半以降に、本島では国頭地方の佐手、与那、辺野喜、名護、島尻地方の南風原、そして離島では渡名喜島、渡嘉敷島において、それまで丘陵部の湧水を利用した迫田とこれに依存した孤立小村集落が、沖積世平野部に移動して開田を行っている事例が確認されている<sup>(74)</sup>。たとえば、久米島では、17世紀末から18世紀半ば過ぎ頃までは、島内の各地に池塘や用水堀が相次いで建設された時期であった。このような事実は、この頃に、島内各所で水田開発が盛んにおこなわれたことを意味している。いうまでもなく平野部の水田開発は、急傾斜地の迫田経営と違って水不足を招き、人工的な灌漑施設をどうしても必要とするようになる<sup>(75)</sup>。水利と地割制は、「結」による「与」を基本とする「共同労働」によって連動しているように思われるが、この問題に関しては引き続き研究を継続したい。

\* 本稿は拓殖大学政治経済研究所・平成28年度研究助成の研究成果である。

#### 《注》

- (1) 中川善之助『民法風土記』（講談社学術文庫、2001）73-101頁。
- (2) 実子がいなければ養嗣子としたり、実子に本家を継がせて貰い子に分家させたりする事例もあったようである。
- (3) 武智方寛『沖縄苗字のヒミツ』（ボーダー新書、2011）28-36頁。

- (4) 沖縄にも、『民法風土記』で紹介された東北地方の「貰い子」に似たものとして、「糸満売り」という制度が存在した。これは、主に沖縄本島南部の糸満地方で、借金の形に10歳未満の少年を漁師のもとで年季奉公させた制度である。あくまでも借金の担保であったことに加え、虐待や差別待遇などもあり、年季が明けると親元に帰っていたことなどから、東北地方の「貰い子」とは明確に異なり、1955年には当時の琉球政府によって禁止されている。
- (5) 伊藤栄寿「「神の島」沖縄・久高島における土地総有の意義——総有理論に関する批判的一考察」『愛知学院大学宗教法制研究所紀要』第50号(2010)7頁。
- (6) 沖縄県教育庁文化課編集『沖縄県文化財調査報告書第6集 津堅島地割調査報告書』(沖縄県教育委員会, 1977)1頁。
- (7) 中俣均『渡名喜島 地割制と歴史的集落景観の保全』(古今書院, 平成26)92頁。
- (8) 上野重義「沖縄における旧慣間切内法・村内法の類型的考察」『九大農学芸誌』第44巻第1・2号(1989)17頁は、アジア諸国に残る慣習法としての地割制度を概括的に紹介している。このほかに、ベトナムにおける制度紹介として滝川勉「南ベトナムにおける農地改革の展開」丸毛忍=山本秀夫『現代世界の農業問題』(敬文堂, 1970)198頁以下が、19世紀のジャワ(インドネシア)における事例紹介として加納啓良「19世紀ジャワの土地制度と村落(デサ)共同体」斎藤仁編『アジア土地政策論序説』(アジア経済研究所, 1976)175-177頁がある。
- (9) 原田敏丸「戦前における山割制度の研究史について」『彦根論叢』126=127号(1967)60頁以下、堀健彦「佐渡国仲平野の条理地割分布に関する研究の現状と基礎資料の遺存状況」『佐渡・越後文化交流史研究』2号(2002)41頁以下等。
- (10) 古島敏雄『近世日本農業の構造——日本歴史学体系第3巻』(日本評論社, 1943)187頁以下。
- (11) 古島敏雄『割地制度と農地改革』(東京大学出版会, 1953)6頁。
- (12) たとえば、千曲川沿岸の地割は、直近では平成28年に実施されており、現在もなお制度が生きている。千曲川沿岸における地割制に関する研究としては、江波戸昭「地割慣行における土地利用—長野県須坂市相之島の場合」『明治大学教養論集』152号(1982)1頁以下、吉田和義「千曲川沿岸における地割慣行地の地理学的研究——長野県小布施町山王島集落の事例」『新地理』35巻1号(1987)1頁以下、内藤武義「千曲川洪水と土地割地(地割)慣行制度」『平成15年度長野県不動産鑑定士協会会報』37頁以下等があるが、いずれも当該地域における地割慣行が今なお存続している理由として、洪水常襲地域におけるリスク分散を挙げている。なお、千曲川は新潟県内に入ると信濃川と名を変えるが、同様の理由により新潟県内でも地割慣行が存在していたことの研究として、佐藤康行「割地制度とコモンズ——新潟県西蒲原郡の事例」『村落社会研究』第17巻第1号(2010)23頁以下がある。
- (13) 藩単位の地割制の研究としては、若林喜三郎『加賀藩農政史の研究・上巻』(吉川弘文館, 昭和45)、山口隆治『加賀藩地割制度の研究』(桂書房, 2007)、青野春水『日本近世割地制史の研究』(雄山閣, 昭和57)等のほかに、藩単位の地割制が明治期の地租改正を経てどのように変質したかについて研究として、奥田晴樹『地租改正と割地慣行』(岩田書院, 2012)がある。また、村落社会の変化に軸足を置いた研究としては、長谷部弘=高橋基泰=山内太編『近世日本の地域社会と共同性——近世上田領上塩尻村の総合研究I』(刀水書房, 平成21)、中村義隆『割地慣行と他所稼ぎ——越後蒲原の村落社会史』(刀水書房, 2010)等がある。
- (14) 前掲注(13)青野書25頁。
- (15) 有賀喜左衛門『有賀喜左衛門著作集I 日本家族制度小作制度(上)』(未来社, 1966)218-219頁。
- (16) 有賀喜左衛門『有賀喜左衛門著作集II 日本家族制度小作制度(下)』(未来社, 1966)673頁。
- (17) 前掲注(13)青野書35-38頁。同書は、地割制が創設されるまでに、「石高制・村請制→闔(かずき)→地ならし→割地」という段階を踏まえて発展してきたという説を展開している。
- (18) 前掲注(13)奥田書468頁。
- (19) 沖縄大百科事典刊行事務局編『沖縄大百科事典 中巻』(沖縄タイムス社, 1983)472頁。
- (20) 内田銀蔵『日本経済史の研究 下』(同文館, 1921)所収の論稿「沖縄県の土地制度」。

- (21) 前掲注(6)沖縄県教育委員会編集書所収。
- (22) 田村浩『琉球共産村落の研究』(至言社, 1977) 所収。
- (23) 仲吉朝助「琉球の地割制度(第一回)」『史學雜誌』39巻5號(1928), 同「琉球の地割制度(第二回)」『史學雜誌』39巻6號(1928), 同「琉球の地割制度(第三回)」『史學雜誌』39巻8號(1928) 所収。
- (24) 各学説の論拠等については, 安良城盛昭「渡名喜島の「地割制度」」渡名喜村編『渡名喜村史 下巻』(渡名喜村, 昭和58) 816-823頁が詳しい。
- (25) 前掲注(22)田村書 227頁。
- (26) 前掲注(24)安良城論文 822頁。
- (27) 前掲注(23)仲吉論文(第二回) 585-588頁。
- (28) 前掲注(22)田村書 44頁。
- (29) 前掲注(7)中俣書 43-44頁も同旨。
- (30) John Michael Purves, Bixia Chen 「蔡温の農務帳: An English Translation of Sai On's Noumouchou (Book on Agricultural Affairs)」『琉球大学農学部学術報告』第61号(2014) 1頁。
- (31) 原文は, 次のとおりである。  
 「田島之儀, 時々割直為指究, 主付無之模合持ノ筋ニ仕置候ニ付テ, 地方ノ格護, 致大形地位斬々薄ク相成 不宜候。依之, 地割申付, 永々授置候条, 堅得其意。此心得専大切ニ存, 格護可有之事」。
- なお, この現代語訳は, 比嘉武吉『農務帳を読む』(緑林堂書店, 1997) 1頁による。
- (32) 坂本忠次「沖縄県「旧慣温存」時代の租税構造(1)——人頭税を中心として」『岡山大学経済学会誌』第23巻第4号(1992) 9頁。
- (33) 田里修「地割についての研究ノート」高良倉吉 = 豊見山和行 = 真栄平房昭編『新しい琉球史像——安良城盛昭先生追悼集』(榕樹社, 1996) 206-207頁。
- (34) 田里修「地割についての諸問題」田里修 = 森謙二編『沖縄近代法の形成と展開』(榕樹書林, 2013) 196頁は, このことをもって, 沖縄は「幕藩制社会」に組み込まれることはなかったとする。
- (35) 上地一郎「共同体と土地の利用——沖縄の地割制度への法社会学的アプローチ」『沖縄法政研究』第8号(2005) 86頁。
- (36) 前掲注(32)坂本論文 9-10頁。ただし, 坂本博士は, 地割制は, 島津の琉球征服後の18世紀頃から19世紀にかけて加重された貢租を地人が平等に負担するために発生したものとみなす説がほぼ妥当するものとする。
- (37) 森謙二「沖縄における家と身分制——八重山・石垣の事例を中心に」田里修 = 森謙二編『沖縄近代法の形成と展開』(榕樹書林, 2013) 280頁。
- (38) 前掲注(23)仲吉論文(第一回) 458頁。
- (39) 「田畑之儀, 十ヶ年振ニハ厚薄段々出来致シ, 其上混乱之儀モ有之ベク候間, 其心得ヲ以テ田方ハ四, 五年, 畑方ハ八, 九年振, 時節見合無親疎割直セ候事」
- (40) 前掲注(32)坂本論文 11-12頁。なお, 島尻・中頭地方では10年を超える長期のものがあるが, これは土地の私有財産化への可能性を有しているとの指摘もなされている。
- (41) 前掲注(19)沖縄大百科事典刊行事務局編書 472頁。なお, 前掲注(35)上地論文 90頁によれば, 一般的には田よりも畑の方が割替までの期間が長いという。
- (42) 前掲注(23)仲吉論文(第一回) 459頁。
- (43) 前掲注(32)坂本論文 15-16頁。
- (44) 同上 16頁。
- (45) 前掲注(22)田村書 285-286頁。
- (46) 前掲注(8)上野論文 26頁, 前掲注(35)上地論文 88頁。
- (47) 前掲注(23)仲吉論文(第三回) 808頁。

- (48) 前掲注(35)上地論文 96 頁。
- (49) 前掲注(32)坂本論文 28-29 頁。
- (50) 前掲注(8)上野論文 18 頁。
- (51) 前掲注(5)伊藤論文 1 頁以下。
- (52) 前掲注(23)仲吉論文(第一回) 21 頁。
- (53) 前掲注(37)森論文 280 頁。
- (54) 同上 281-289 頁。このほかに、前掲注(8)上野論文 17 頁、前掲注(35)上地論文 113 頁も同旨。
- (55) ただし、沖縄に伝統的な、父系的な同族集団である「門中組織」の存在が問題になる。この点については、前掲注(37)森論文 286 頁において、父系的といいながら家父長制的統制が微弱であり、本家家長による統制という観念も微弱であり、どの門中に属するのかは父系的な「血」の共有によって決せられ、どの家族の出身なのかは曖昧であったことから、門中組織も家を構成単位としていないと説明される。前掲注(35)上地論文 113 頁は、戸主＝「男性」という観念は、比較的新しいものといえるであろうと指摘する。
- (56) 前掲注(8)上野論文 17 頁。
- (57) 磯辺俊彦「沖縄農業における土地所有＝利用構造について」磯辺俊彦他『農家の土地保有・利用関係基礎調査報告書(昭和 61 年：沖縄県糸満市・沖縄県国頭郡国頭村)』(沖縄総合事務局農林水産部農政課, 1986) 17 頁。
- (58) 前掲注(8)上野論文 17 頁。
- (59) 前掲注(33)田里論文 205 頁。
- (60) 仲地宗俊「戦前期沖縄の農村における労働交換慣行の構造——黒糖の製造におけるユイマールを対象に」『村落社会研究』第 7 卷第 2 号(2001) 23 頁。
- (61) 同上 23 頁。
- (62) 山本弘文『南島経済史の研究』(法政大学出版局, 1999) 113 頁。
- (63) 前掲注(37)森論文 288-289 頁では、八重山の士族に関するもの、明治民法の「家」制度が、沖縄の養子制度、相続制度、分家制度などに対して、このような概念が初めて創出されたのではないかと、いう指摘がなされている。
- (64) 前掲注(62)山本書 104 頁。
- (65) 田名真之『沖縄近世史の諸相』(ひるぎ社, 1992) 104 頁。
- (66) 同上 259-260 頁。
- (67) 同上 260-261 頁。
- (68) 同上 265-267 頁。
- (69) 前掲注(60)仲地論文 22 頁。
- (70) 崎浜秀明『沖縄の法典と判例集』(本邦書籍, 昭和 61) 238 頁。
- (71) 同上 275-276 頁。
- (72) 中俣均『渡名喜島——地割制と歴史的集落景観の保全』(古今書院, 平成 26 年) 11-12 頁。
- (73) 前掲注(62)山本書 32 頁。
- (74) 同上 38 頁、前掲注(22)田村書 105 頁以下。
- (75) 前掲注(62)山本書 92 頁。

(原稿受付 2017 年 10 月 26 日)

## 若年労働力フローから見る男女の動向

杉 浦 立 明

### 要 旨

日本では最近好景気に続き、毎月の失業率の低下が続いており、人手不足の解消という新たな雇用問題に直面している。この人手不足の背景について労働力フローの分析を活用することで、新たな雇用の視点を与えることはできる。欧米諸国に比べて、日本では労働力フローを利用した分析は必ずしもまだ十分ではない。そこで、本研究は労働市場の流入の動きが大きいと考えられる若年者に注目して、公表値を利用して男女別にそのフロー値及び推移確率を算出した。

労働力フローの算出結果、若年者であっても労働力の状態変化より同じ状態を続ける方が男女共に圧倒的に多い。失業率の低下傾向が続く中で、男性より女性の方が労働力状態を変化させており、非労働力人口から新規就業する労働力フローが目立っている。好景気の下で労働市場への新規参入が若年女性の労働力率を高めている。また、失業率の低下傾向が続いている中で、男女共に若年者の失業頻度は小さくなっているが、失業継続期間は著しく短縮化されているものではないことが示される。

キーワード：若年者、労働力フロー、推移確率、失業率、失業頻度

### はじめに

バブル崩壊後の就職氷河期と言われた時代では高い完全失業率（以下「失業率」）が問題であり、雇用政策が重要な政策課題であった。失業者の背景を探るために、失業率や労働人口比率（以下「労働力率」）といったストックの数値だけでなく、就業、失業、非労働力の3つの状態変化に関する労働力フローの数値を利用して失業問題の解決を図る分析が日本でも少なからず試みられた。その時期には、内閣府『経済財政白書』や厚生労働省『労働経済白書』<sup>①</sup>等でも労働力フロー分析はしばしば取り上げられていた。その後失業率が低下するに伴いこうした白書等で労働力フローを利用した分析はあまり取り上げられなくなった。

日本では最近好景気に続き、毎月の失業率の低下が続いている。21世紀の中でかつてない人手不足の解消という新たな雇用問題に直面している。人手不足の解消策として、女性労働の活用及び高齢者の活用が求められている。不況期の失業者対策の必要性は解消したが、人手不足の背景について労働力フローの分析を活用することから新たな視点を与えることはできよう。

杉浦（2017）は、総務省統計局『労働力調査』の公表値から男女別に2000年代の労働力フローデータを算出して労働市場の動向の分析について分析した。その結果、労働力フローデータの動きは男女で必ずしも一致しておらず、失業から就業、失業から非労働力への推移確率が男女で異なることを改めて示した。また、男女で失業から他の労働力状態への推移が異なることは、若年者にも見られることを指摘した。本研究は、杉浦（2017）では必ずしも十分ではなかった若年者<sup>②</sup>の労働力フローデータに関する考察をより深めるものである。若年者は就職が比較的容易とされる一方で、労働条件が悪いと離職しやすい傾向にある。労働市場の流出入の動きが大きいと考えられる若年者に注目してその動きを見ることから、労働力の実態をより把握できることにもつながる。太田・玄田・近藤（2007）は、卒業時点で求人状況が悪い場合の影響は、卒業直後のみならず、その後の将来にも渡って続き将来稼得収入の低下する傾向を指摘した。したがって、若年者の就業状態を良好なものとすることは将来への投資として重要な課題である。若年者の労働力フローを見ることは今後の労働政策を考える上で有益な指標となろう。なお、ここでの若年者はフローデータを算出時に利用する『労働力調査』原表第7表の年齢区分による15～34歳の人のことである。第7表の年齢区分による統計値は2009年1月から公表されているため、分析対象期間を2009年1月から2017年7月までとする。

本稿の構成として、1節でストックデータとして失業率及び労働力率の動きを示す。2節でフローデータの概略と労働力フローを利用した指標を利用する。3節で労働力フローの推移確率の動きを示す。4節で失業に関するフローデータから失業頻度及び失業継続期間の動きを示す。

## 1. 若年者の労働ストックデータの動き

労働力フローデータの動きを見る前に、ストックデータの動きを確認する。ストックデータとして、男女別に労働力率（15～34歳労働力人口／15～34歳人口）及び失業率（15～34歳失業者／15～34歳労働力人口）を図1に示す。『労働力調査』では、基礎的な数値については季節調整値も公表されている。季節調整値は全ての数値が公表されているものではなく、利用できる数値は限られている。労働省（1985）、黒田（2002）、桜（2006）、杉浦（2017）などの労働力フローに関する先行研究に倣い、季節調整の手法として12か月累積値を求めて12で割った換算値<sup>③</sup>を利用する。なお、2011年3～8月の間は東日本大震災の影響により、『労働力調査』では全国的な月次の集計結果は公表されていない。ここでは、12か月累積値を利用しているため、2011年3月～12年8月の期間の数値は図示していない。次節以降の労働力フローに関する数値の取り扱いは同じものとする。なお、図には内閣府の景気基準日付から景気後退期の領域にシャドーを表示する。

図1から、若年者の労働力率及び失業率の動きは滑らかである。失業率は景気の遅行指標であり、失業率は、2010年以降に低下傾向にあり、最近の水準も極めて低い。12か月累積値である

若年労働力フローから見る男女の動向

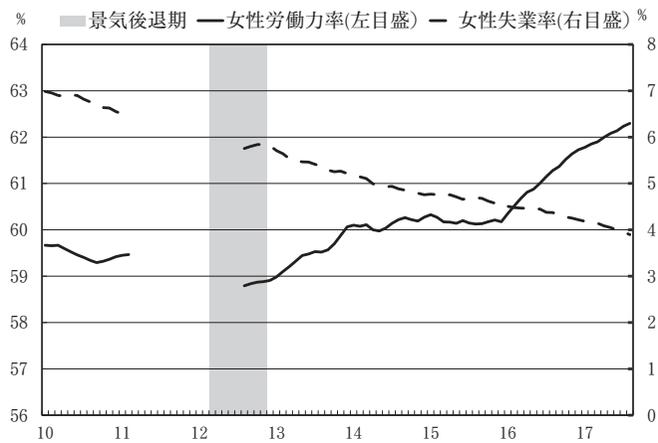
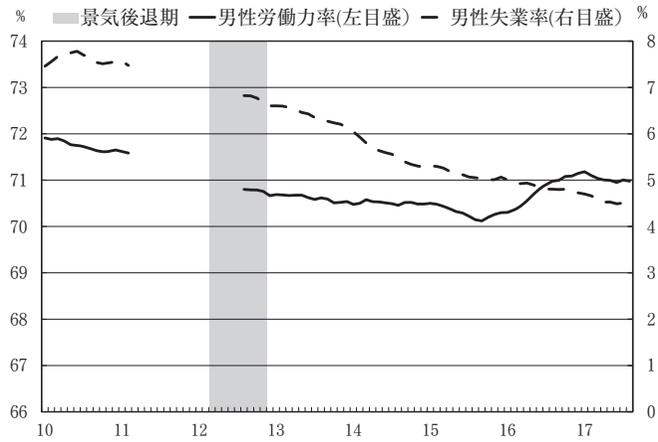
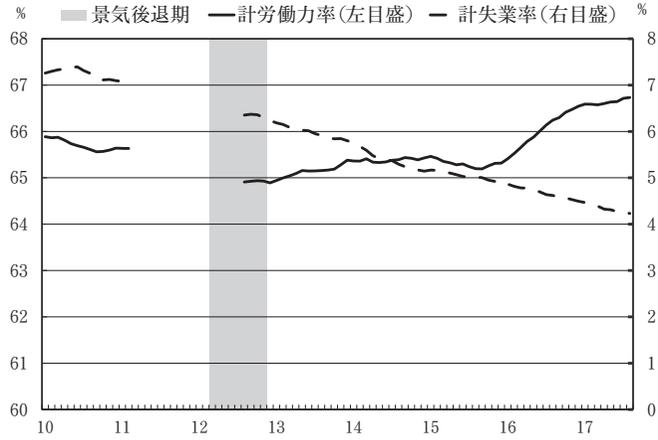


図1 若年者の労働力率と失業率の推移（12ヶ月累積値）

資料：総務省統計局『労働力調査』に基づき算出

備考：2011年3～8月の間は東日本大震災の影響により集計結果が存在しない。2011年9月～12年8月の間は12か月累積値を算出できない。景気後退期の領域をシャドーで表示。

が、その数値は、2017年7月時点で男女計で4.5%、男性で3.9%、女性で4.2%である。分析期間中の失業率が最も高かった値は、2010年にかけて男女計で7.8%、男性で7.0%、女性で7.4%であった。失業率が7%を超えていた2010年に比べると、その値は2017年に3ポイント以上の低下している。

一方で、労働力率は、失業率とは異なり、男女で異なる動き方を見せている。2017年7月時点で、男女計で71.0%、男性で66.7%、女性で62.3%である。図中の労働力率の最大値は、男女計及び女性の労働力率では2017年7月であるが、男性では2010年の71.9%である。

図中の男女計の労働力率の伸びは、女性によるところが大きい。図1から、女性労働力率は2012年8月の最小値58.8%から2017年7月に62.3%と3.5ポイント増えている。この女性の労働市場への参加が、同期間の男女計の労働力率を64.9%から66.7%の1.8ポイントの伸びにつながっている。女性労働力率の上昇には、好景気によって女性の労働参加が進んでいること、安倍晋三内閣による女性活躍支援策<sup>(4)</sup>の推進もあろう。

男女計や女性の労働力率が上昇傾向を見せている一方で、男性の労働力率は同じように上昇傾向を必ずしも見せていない。15～34歳の年齢層には、大学や大学院在学者も含まれており、男性では理工系を中心に大学院進学者も増えている。このことが男性労働力率の伸びが女性の伸びに比べて小さいことにもつながっている。男性の労働力率は、2015年半ばまで70.1%まで低下した後反転して71.0%にまで回復しているが、2010年の水準に届いていない。

以上のように、労働力率の動き方は男性と女性とで異なる。労働力フローを利用して、男女の動きについて次節以降で捉えていく。

## 2. フローデータの概略及び労働力フローの動き

労働力フローデータの算出方法は、労働省(1985)、黒田(2002)、桜(2006)、杉浦(2017)などに詳細がまとめられている。ここでは、分析に必要なことを中心に説明する。労働力の状態を、「就業者<sup>(5)</sup>(E)」、「失業者(U)」、「非労働力<sup>(6)</sup>(N)」に3区分して、その状態変化の様子を図2に示す。図2の各記号は、先月就業しており今月失業した場合は「EU」、先月就業しており今月非労働力化した場合は「EN」、先月の失業者が就業した場合は「UE」、先月の失業者が非労働力化した場合は「UN」、先月の非労働力で今月就業した場合は「NE」、先月の非労働力で今月求職活動をして失業者となった場合は「NU」である。以上のように労働力フローの大きさは大文字で表すものとする。なお、先月も今月も就業者である場合は「EE」、先月も今月も失業者である場合は「UU」、先月も今月も非労働力である場合は「NN」の3つの状態も存在する。

2009年の統計法改正により、公的統計が広く活用<sup>(7)</sup>できるようになりつつあるが、欧米諸国に比べると日本の公的統計データの利用<sup>(8)</sup>にはまだ制約が多い。そのため、公表値のみを利用して労働力フローデータを算出する。基礎データは、総務省統計局 e-stat から入手した基本集計

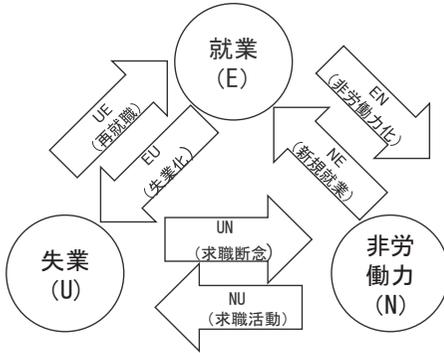


図2 労働力のフロー状態

表1 若年者の労働力フローの推移

(単位：万人)

今月		前月					
		E		U		N	
		平均値	標準偏差	平均値	標準偏差	平均値	標準偏差
E	計	1625	44.0	13	1.9	30	1.2
	男性	895	28.6	7	1.0	12	0.6
	女性	729	15.4	6	1.0	18	0.8
U	計	12	2.1	79	17.5	9	1.8
	男性	6	1.2	48	11.1	4	0.9
	女性	6	1.0	30	6.6	5	1.1
N	計	23	0.9	9	2.2	885	39.4
	男性	9	0.5	4	0.9	385	10.0
	女性	15	0.6	5	1.3	499	30.0

資料：総務省統計局『労働力調査』に基づき算出

第7表である。この第7表の数値をそのままフローデータとして利用した場合には、調査世帯の入れ替えや転居・死亡等によって、表の数値とストックデータには乖離が生じる。そのため、ストックデータの動きに合うように統計表の数値を修正する必要がある。その修正方法として、労働省（1985）に倣う<sup>9)</sup>。

修正したフローデータの結果には、季節性が含まれている。労働省（1985）、黒田（2002）、桜（2006）、杉浦（2017）などの先行研究に倣い、季節性の除去として各数値の12か月の累積値を利用するものとする。12か月の累積値については、12で割った換算値<sup>10)</sup>を利用する。

$$\text{フロー値} = \sum_{i=0}^{11} F_{t-i} / 12 \quad F: \text{各フロー値} \quad (1)$$

上式から算出された労働力フローの数値の結果を表1にまとめた。年齢計ではなく、年齢別にフロー値を算出しているため、この数値の取扱いには注意を要する。今井（1986）や黒田（2002）は、元々の公表値には、標本バイアスや回答エラー、標本交代のバイアスなどが存在している可能性を指摘している。さらに、年齢階級を15～34歳と細分化することに伴って、算出されたフローデータにも誤差が生じる可能性がある。しかし、フローデータの動きを見ることによって、ストックデータからでは必ずしも観察できない労働力の有益な情報を利用できる。この利点を生かして、以降の考察を進める。

表1のフロー値の平均値から、EE、NN、UUのように同じ労働力状態を継続する人が別の状態変化に移動するEU、EN、UE、UN、NE、NUより極めて多いことが改めて示される。1か月の期間平均値では、EEが男性で895万人で、女性729万人で、NNが男性で385万人で、女性で499万人で、UUが男性で48万人で、女性で30万人である。就業から失業へのフローEUは男性で6万人で、女性で6万人で、就業から非労働力へのフローENは男性で9万人で、女性で15万人である。一方で、失業から就業へのフローUEは男性で7万人で、女性で6万人で、失業から非労働力へのフローUNは男性で4万人で、女性で5万人で、非労働力から就業への

フロー NE は男性で 12 万人で、女性で 18 万人で、非労働力から失業へのフロー NU は男性で 4 万人で、女性で 5 万人である。

若年者であっても必ずしも頻繁に状態変化をしているものではない。状態変化の中で NE を取り上げると、就業と非労働力間の移動は、就業と失業、失業と非労働力間の移動に比べるとやや大きい。分析期間中は失業率が低下傾向にあることに注意を払う必要があるが、若年者の場合には新卒一括採用制度による非労働力人口から新規就業の容易さ及びアルバイトやパートなどの非正規就業に就きやすいことが影響している。このような採用制度が NE の水準に作用しているであろう。

最近の労働力フローの研究として、宮本（2013）は 1980 年から 2009 年の月次労働力フローデータの男女計及び年齢計の算出結果から、日本では毎月労働市場に属する人の 3% が労働力状態を変えており、米国では毎月 6.5% が変えていることを指摘している。表 1 の結果から、他の労働力状態に変化した人の割合を求めると、男女計で 3.6% で、男性で 3.0% で、女性で 4.2% である。分析期間やフローの算出方法などが異なるため、単純に比較はできないが、宮本（2013）の算出結果に比べて、若年女性は労働力の状態変化が若干大きいことが示される。男性は労働力状態の変化の動きが小さいため、女性の状態変化の動きが男女計全体の動きに効果を及ぼしている。

ここで、算出した労働力フローの動きを概観できる指標を利用する。そのような指標として景気循環と労働力フローとの関係进行分析した Diamond（2013）は次の 3 つの比率を利用している。就業へのフロー流入比率、すなわち新規就業と再就職の比率、 $NE/UE$ 、及び就業からのフロー流出比率として、すなわち非労働力化と失業化の比率、 $EN/EU$ 、並びに非労働力と失業間のフロー比率、すなわち求職活動と求職断念、 $NU/UN$ 、である。このような指標の利用から、景気動向によって各労働力フローの大小関係を把握できる。例えば、 $NE/UE$  の動きから、非労働力から就業者になったのか、失業者から就業者になったのか、どちらが大きいかが分かる。Diamond（2013）は男女計で算出しているが、男女別に算出してその結果を図 3-1～3 に示す。

図 3-1、3-2 から、就業へのフロー流入比率と就業からのフロー流出比率の動きは、ごく一部の期間を除いていずれも 1 倍を超えており、2015 年後半から上昇する動きを見せている。このことは再就職より新規就業の方が男女共に多いことを示す。人手不足の中で非労働力プールからの新規就業者が増えている。とりわけ女性で新卒採用あるいはパート・アルバイトなどの就業が近年目立っていることを裏付けて、若年女性の労働力率の伸びにつながっている。一方で、就業からのフロー流出比率の動きから、失業化より非労働力化の方が多いことを示す。非労働力化 11 の理由として、育児による離職や大学・大学院進学などが考えられる。

図 3-3 から、失業と非労働力間のフロー比率の動きは、他の 2 つの比率との動きとは異なる。求職断念より求職活動の方が大きい時期もあれば、前者より後者の方が小さい時期もある。NU が UN より大きい時期は一般的には失業者ストックの増加につながり、前者が後者より小さい時期は失業者ストックの減少につながる。NU が UN より大きくても、失業率の上昇にはつながら

図 3-1 若年者の就業への流入フロー比率（12ヶ月累積値）

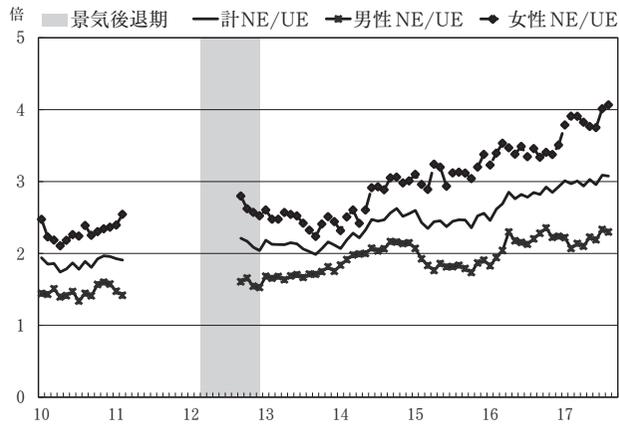


図 3-2 若年者の就業からのフロー流出比率（12ヶ月累積値）

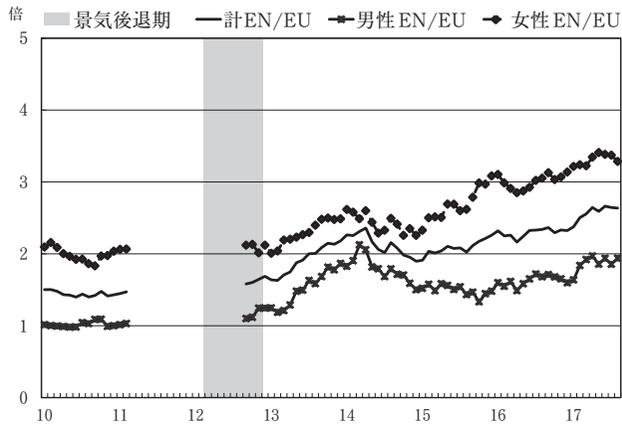
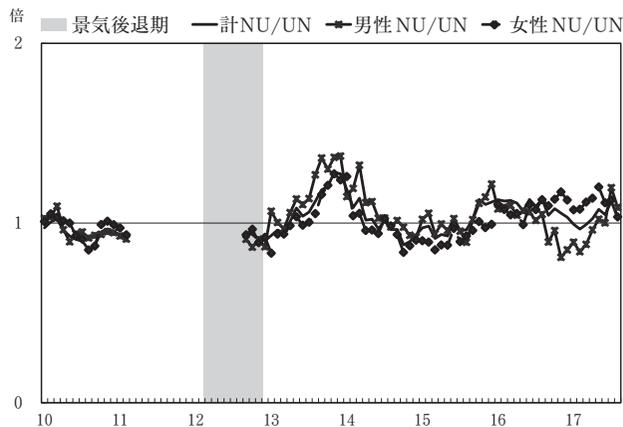


図 3-3 若年者の失業と非労働力間のフロー比率（12ヶ月累積値）



資料：総務省統計局『労働力調査』に基づき算出

備考：2011年3～8月の間は東日本大震災の影響により集計結果が存在しない。2011年9～12年8月の間は12か月累積値を算出できない。景気後退期の領域をシャドウで表示。

てはいない。好景気の中で旺盛な労働需要を満たすため、図1で示した失業率の低下と労働力率の上昇が男女共に起こっており、女性ではこの動きは目立っている。ただし、統計原表に含まれている様々なバイアスやフロー数値の算出時の誤差などが生じていることにも注意を払う必要があるが、表1にも示したようにNUとUNの大きさはあまり差がない。そのため、算出結果の微小な差が比率ではノイズに含まれている可能性もある。

### 3. 若年者の労働力フローの推移確率

続いて、フローデータの算出値から、フロー状態への「推移確率」を以下のように定義する。

$$\text{推移確率} = \sum_{i=0}^{11} (F_{t-i}/12) / \sum_{i=0}^{11} (S_{t-1-i}/12) \quad F: \text{各フロー値}, S: \text{各ストック値} \quad (2)$$

図2の各労働力フローの推移確率を以下のように定める。「eu」は前月就業者の中から今月失業者になった人の比率、失業化率である。「en」は前月就業者の中から今月非労働力になった人の比率、非労働力率である。「ue」は前月失業者の中から今月就業者になった人の比率、再就職率である。「un」は前月失業者の中から今月非労働力になった人の比率、求職断念率である。「ne」は前月非労働力の中から今月就業者になった人の比率、新規就業率である。「nu」は前月非労働力の中から今月失業者になった人の比率、求職活動率である。フローの推移確率は小文字で表すものとする。このような推移確率を算出して、労働力フロー分析がなされてきた。算出された推移確率の結果を表2及び図3にまとめる。

表2 若年者の推移確率

(単位：%)

今月		前月					
		E		U		N	
		平均値	標準偏差	平均値	標準偏差	平均値	標準偏差
E	計	97.38	0.11	12.98	0.93	3.22	0.22
	男性	97.88	0.15	11.54	0.95	2.96	0.17
	女性	96.77	0.13	15.32	1.33	3.41	0.30
U	計	0.72	0.11	78.16	0.87	0.97	0.15
	男性	0.66	0.11	82.16	0.99	0.93	0.21
	女性	0.79	0.12	72.14	1.03	1.01	0.15
N	計	1.41	0.07	8.96	0.84	95.39	0.12
	男性	0.96	0.07	6.38	0.66	95.73	0.21
	女性	1.96	0.09	12.77	1.10	95.13	0.17

資料：総務省統計局『労働力調査』に基づき算出

表2及び図4-1～3から、若年者の状態変化を示す推移確率として、フロー値と同じく、同じ労働力状態を続ける確率、就業継続率 ee、失業継続率 uu、非労働力継続率 uu が、他の労働力状態に移動する確率、eu、en、ue、un、ne、nu よりも極めて大きい。1か月の期間平均値は、就業継続率 ee は男性で 97.9%で女性で 96.8%で、失業継続率 uu は男性で 82.2%で、女性で 72.1

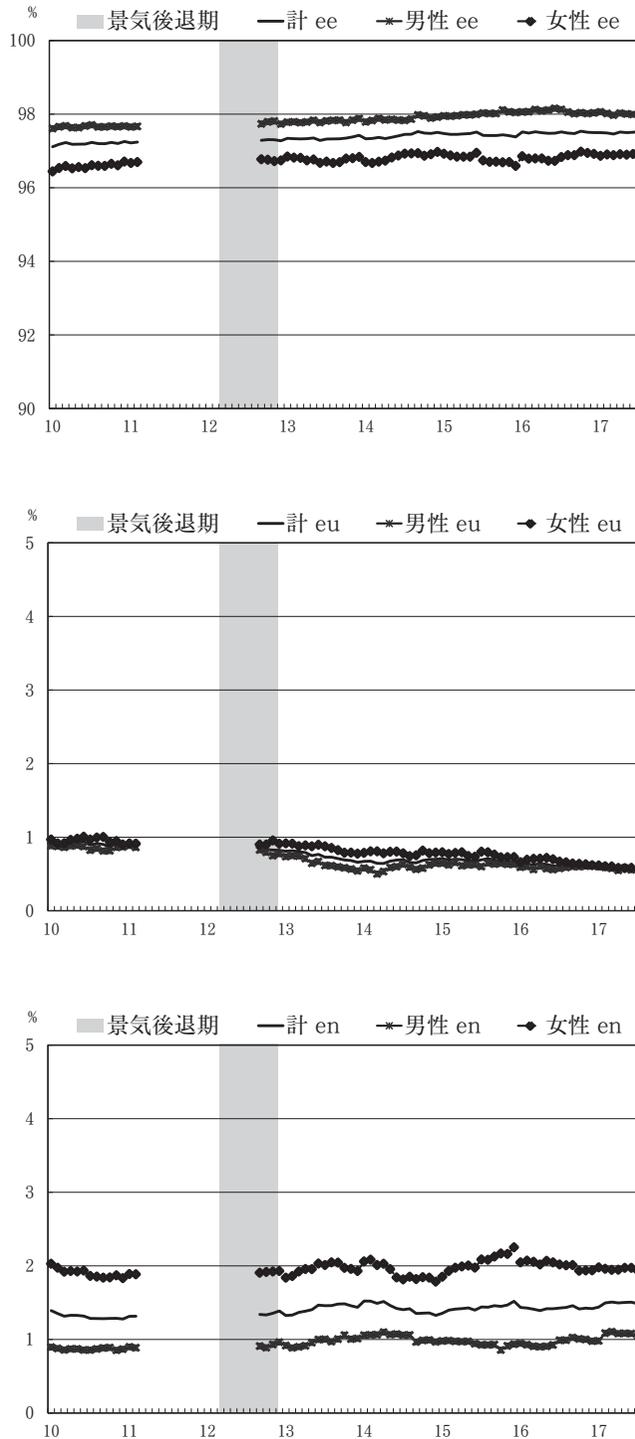


図4-1 若年者の推移確率の推移（12ヶ月累積値）

資料：総務省統計局『労働力調査』に基づき算出

備考：2011年3～8月の間は東日本大震災の影響により集計結果が存在しない。2011年9月～12年8月の間は12か月累積値を算出できない。景気後退期の領域をシャドーで表示。

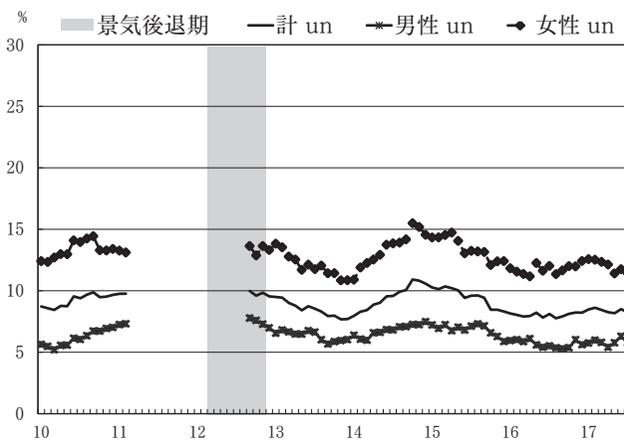
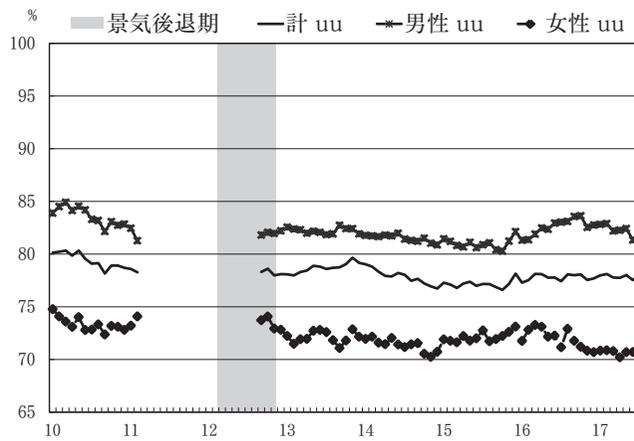
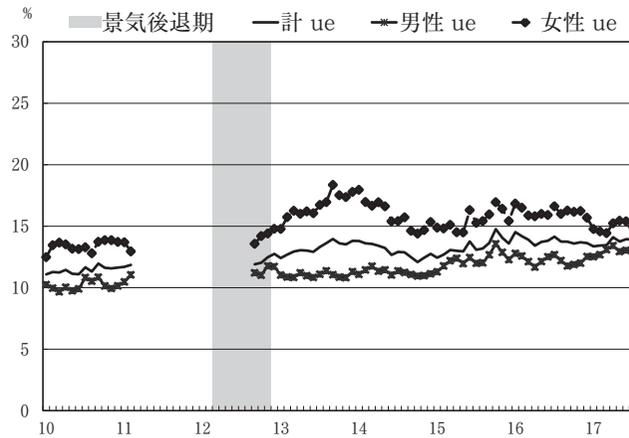


図4-2 若年者の推移確率の推移（12ヶ月累積値）

資料：総務省統計局『労働力調査』に基づき算出

備考：2011年3～8月の間は東日本大震災の影響により集計結果が存在しない。2011年9月～12年8月の間は12か月累積値を算出できない。景気後退期の領域をシャドウで表示。

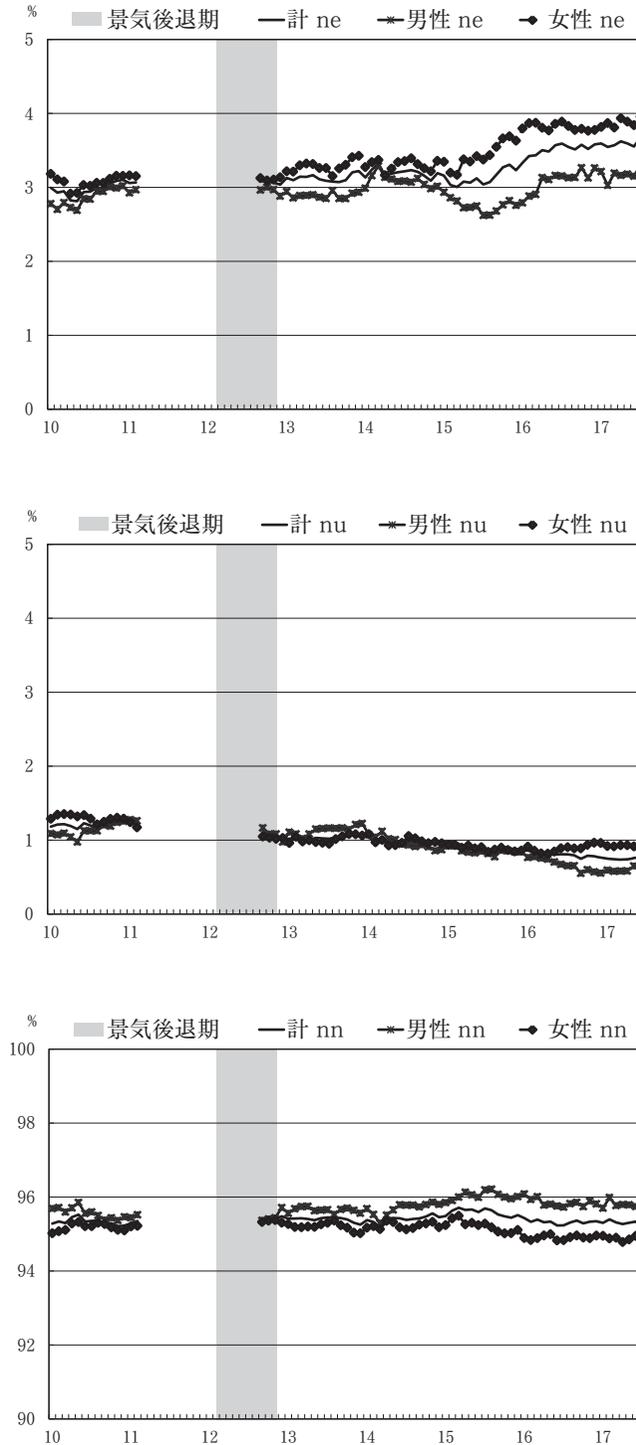


図 4-3 若年者の推移確率の推移（12ヶ月累積値）

資料：総務省統計局『労働力調査』に基づき算出

備考：2011年3～8月の間は東日本大震災の影響により集計結果が存在しない。2011年9月～12年8月の間は12か月累積値を算出できない。景気後退期の領域をシャドーで表示。

%で、非労働力継続率 nn は男性で 95.7%で、女性で 95.1%である。一方で、失業化率 eu は男性で 0.7%で、女性で 0.8%で、非労働力化率 en は男性で 1.0%で、女性で 2.0%で、再就職率 ue は男性で 11.5%で、女性で 15.3%で、求職断念率 un は男性で 6.4%で、女性で 12.8%で、新規就業率 ne は男性で 3.0%で、女性で 3.4%で、求職活動率 nu は男性で 0.9%で、女性で 1.0%である。

とくに、就業継続率 ee は男女共に 95%を超えており、非労働力継続率 nn も男女共に 94%を超えている。失業継続率 uu は、男性で 80%を超える一方で、女性では 70%前半台と、男女間で数値に開きが見られる。他の年齢層に比べて、労働移動が激しいと言われる若年層であっても、必ずしも労働移動の割合が高い水準ではない。ただし、この就業継続率は、就業を継続している割合であって、他の企業や雇用形態に転職したかどうかまでも把握した割合ではないことに注意を要する。

最近の労働力フローの研究として、男女計及び年齢計の算出であるが、Miyamoto (2011) は、2009 年までの月次労働力フローデータから就業確率を 14.2%、離職確率を 0.48%と算出している。推計期間の違いや若年者に限定した分析であるため、単純に比較できないが、再就職率 ue と新規就業率 ne の和は、男女計で 16.2%で、男性で 14.5%で、女性で 18.7%である。また、失業化率 eu と非労働力化率 en の和は、男女計で 2.1%で、男性で 1.6%で、女性で 2.8%であり、Miyamoto (2011) の算出値に比べると大きい。若年者の労働流動性の高さによるものなのか、サンプル期間の違いによるものなのかは厳密には検討を要するが、若年者の離職率が高いことが示唆される。

同じ労働力状態の継続確率は、男性の方が女性よりも数値は大きい。一方で、別の労働力状態に移動する確率は、求職活動率 nu の一部の期間を除いて、男性より女性の方が大きい。女性の方が男性よりも就業、失業、非労働力間の状態変化をする傾向にある。一般に、女性の場合は適職がない場合に非労働力化する傾向にあるとも言われてきた。一方で、近年好景気による人手不足が続く中で、新規就業率 ne の数値は上昇しており、女性の上昇傾向が目立つ。若年女性の非労働力状態から他の状態への変化が目立つことが近年の特徴である。

鈴木 (2005) は、1998 年から 2004 年の『労働力調査』を特別集計した月次データから年齢を 3 区分した労働力フローを算出している。この鈴木でも、若年者として 15~34 歳を利用しており、35~54 歳、55 歳以上の 3 つの区分から労働力フローの推移確率を一部算出している。年齢 3 区分別の比較から、失業化率 eu、再就職率 ue は若年者では他の年齢区分より大きい一方で、求職断念率 un は若年者では他の年齢区分より小さい。とくに、若年女性の求職断念率 un は他の年齢区分よりもかなり小さい。また、若年者の求職活動率 nu は、35~54 歳より大きく、55 歳以上より小さい。鈴木 (2005) は、若年層は失業しやすいが、同時に就業もしやすい。労働市場からの流出率は小さく、流入率も大きく、非労働力化は起こりにくいことを示している。

黒田 (2002)、桜 (2006) などの研究は、労働力フロー量の変化について、ストック量の変化

によるものなのか、推移確率の変化によるものなのかを要因分解している。黒田（2002）や桜（2006）は、要因分解の結果から、就業からの流出フロー（EU，EN），就業への流入フロー（NE），失業と非労働力間のフロー（NU）の各フロー量の変化は、男女共にその推移確率の変化によるところが大きいことを指摘している。一方で、失業から就業への流入フロー（UE），失業と非労働力間のフロー（UN）のフロー量の変化は、失業のストック量の変化によるところが大きいことを指摘している。したがって、労働力フロー量の変化は、推移確率の変化によるものとストック量の変化によるものの2つのタイプが存在する。そこで、本研究でも要因分解<sup>(12)</sup>を試みたが、データの制約などにより必ずしも有意な結果は得られなかった。有意な結果でないが、若年者の再就職 UE，求職断念 UN のフロー量の変化は、失業のストック量の変化より推移確率の変化の方が大きい。ただし、この結果は、失業率の上昇期間がデータの欠落期間に含まれていることもあり、必ずしも適切なものであるとは言えない。

労働力状態変化の真の原因については、本研究のフロー分析の算出値のみからでは明確にはできない。例えば、就業から非労働力化した理由は、就業意欲を失って非労働力化したのか、育児や介護などの理由から就業をやめて非労働力化したのか、大学・大学院に進学するために非労働力化したか、などを区別できない。女性活躍推進政策などによる女性の労働力率の上昇トレンドなどの効果も考慮する必要があるだろう。

黒田（2002）や桜（2006）などの先行研究は年齢計で労働力フローを分析している。そのため、黒田（2002）は高齢化に伴う人口構成の変化や労働供給に関する人々の選好などを一定として分析している。本研究では、若年者に限定しているため、人口構成の変化の影響を考慮する必要性は小さい<sup>(13)</sup>。属性を詳細に区分することによって、得られる情報もある一方で、標本バイアスや算出に伴う誤差などの新たな問題も生じる。ここでは非労働力人口について家事や通学など区別せずに総計で算出している。学校の在学状況も含めた属性<sup>(14)</sup>を考慮した労働力フローの分析は今後の課題である。

#### 4. 若年者の失業頻度及び失業継続期間の動き

続いて、フローデータの結果から、失業頻度及び失業継続期間を算出する。労働省（1987）、黒田（2002）は、失業率を失業頻度と失業継続期間の積として表現している。この失業頻度とは、労働力人口のうちどれだけが毎月失業者になるのかを表し、失業継続期間とは、一旦失業者となった場合に何か月そうした状態が続いているのかを表す。

失業への流入フロー量を  $F$ ， $F = EU + NU$ ，

平均完結失業期間を  $D$ ， $D = 1/(ue + un)$ ，

とすると、

ストックの失業量  $U$  は、 $U = F \times D$ ，

で表される。ここで、両辺を労働力人口で除すと、左辺は失業率  $u$  となる。失業への流入フロー量  $F$  を労働力人口で除した値を  $f$  とすると、

$$\text{失業率}^{(15)} U/L = u = f \times D \quad (3)$$

となる。この結果を図5及び図6にまとめた。失業頻度や失業継続期間の算出に当たり、これまでの数値と同じく月次データを利用した。

図5から、若年者の失業頻度は、失業率の低下と共に小さくなっており、2017年7月に男女計で0.9%で、男性で0.9%で、女性で1.1%である。失業頻度は、男性の方が女性よりも小さい。期間平均値は、男女計で1.2%で、男性で1.0%で、女性で1.4%である。女性の方が男性よりも失業しやすいことを裏付けている。

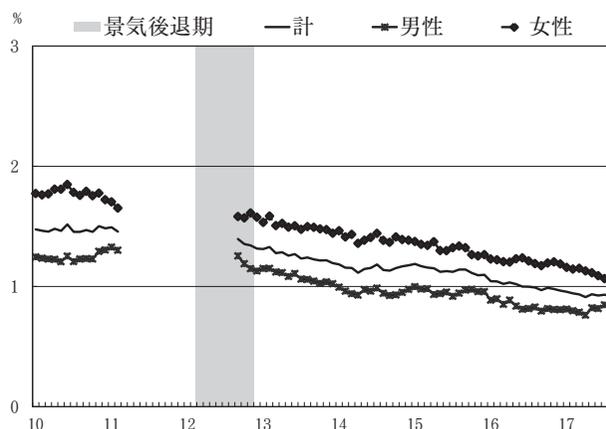


図5 若年者の失業頻度の推移

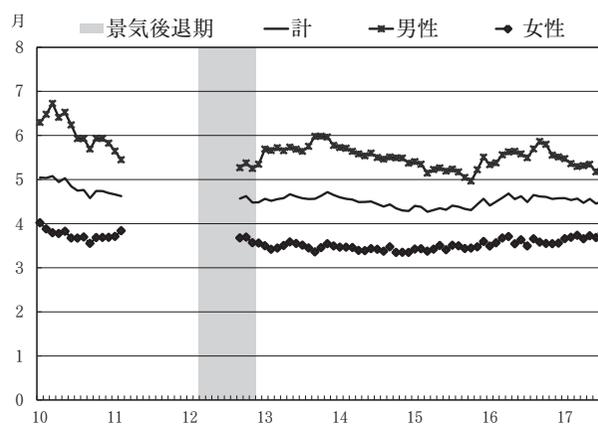


図6 若年者の失業継続期間の推移

資料：総務省統計局『労働力調査』に基づき算出

備考：2011年3～8月の間は東日本大震災の影響により集計結果が存在しない。2011年9月～12年8月の間は12か月累積値を算出できない。景気後退期の領域をシャドウで表示

図6から、若年者の失業継続期間は、2013年以降は男性では上下動を見せている一方で、女性ではほぼ横ばいの動きである。2017年7月に男女計で4.5か月で、男性で5.4か月で、女性で3.8か月である。期間平均値は、男女計で4.6か月で、男性で5.6か月で、女性で3.6か月である。失業継続期間は、男性の方が女性より約2か月長い。元々女性の失業継続期間はそれほど長くないため、失業率の低下に敏感に反応していないことが図から分かる。一方で、男性の失業継続期間は、失業率の低下によって、約1か月ほど短くなった。ただし、男性は、労働条件や環境にこだわりがあるため、適職探しに女性より時間をかけている。失業率が低下している中で、失業継続期間は目立って短縮化されていない。このことは、求人と求職のミスマッチを今後考える上で、検討すべき課題といえよう。

黒田（2002）は、失業率の変化を失業頻度及び平均失業継続期間の変化に分けた3か年平均の要因分解を行った。その結果、失業率の変化の要因は異なり、失業率が上昇した1998～2000年では男女共に失業頻度の増加が失業率の上昇につながったことを説明している。

照山（2010）は、年齢計及び男女計の労働力フローを算出している。その結果を利用して、失業率を失業確率（失業頻度）と平均失業期間（平均失業継続期間）に分解して、失業期間の変動は景気循環的な動きであることを指摘している。照山による分析の主たる目的は、1990年から2009年までの高失業率の背景を解明して、2002年までの失業率上昇トレンドは主に失業確率の上昇で説明されるとしている。

ここで、黒田（2002）、照山（2010）に倣い(3)式から失業率の要因分解<sup>(16)</sup>を試みた。必ずしも有意な結果<sup>(17)</sup>ではないが、失業頻度の寄与及び平均失業継続期間の寄与の振れ幅は男女共に大きい。黒田や照山が指摘するように、若年者の失業率の変化も、男女共に失業頻度の変化が影響している可能性が高い。失業継続率  $uu$  や求職断念率  $un$  の動きや失業頻度の低下から、失業者として留まり続けることが少なくなっており、求職活動を諦めるようなことは少なくなっていることが窺える。また、非労働力化率  $en$  や就業継続率  $ee$  の動き及び未婚化・晩婚化の進展を考慮すると、若年女性が結婚や育児のため非労働力化することが以前に比べてより減少することが見込まれるものと考えられる。労働力フローデータの更なる充実から安倍晋三内閣が進める女性支援策に関する政策評価の検証が課題になる。

黒田（2002）や桜（2006）などの先行研究では、労働力フロー値を算出した後、景気循環やマクロ経済指標と関連付けて、VARモデルの推計やその結果を利用したシミュレーションを行っている。本研究も本来ならばそうした研究に倣いVARモデルの推計を実施する必要がある。しかし、データの制約等により、十分なVARモデルの推定にはまだサンプル数に問題がある。ここで、Dixon, Limand van Ours（2014）に倣い、労働力フロー量と失業率の変化  $\Delta UR$  との間の相関行列を示す。なお、豪州の労働力フローを男女計で分析しており、相関行列の結果から  $(EN-NE)/L$  と  $(NU-UN)/L$ 、 $(EN-NE)/L$  と  $(UE-EU)/L$  の間、 $(NU-UN)/L$  と失業率の変化の間で有意水準5%の下で有意となっている。豪州の労働データや算出期間が異なり、

表3 若年者の労働力フロー量と失業率の変化との相関行列

男性

	(EN-NE)/L	(NU-UN)/L	(UE-EU)/L	ΔUR
(EN-NE)/L	1.000			
(NU-UN)/L	0.202	1.000		
(UE-EU)/L	0.164	0.551**	1.000	
ΔUR	-0.011	-0.035	-0.779**	1.000

女性

	(EN-NE)/L	(NU-UN)/L	(UE-EU)/L	ΔUR
(EN-NE)/L	1.000			
(NU-UN)/L	-0.334**	1.000		
(UE-EU)/L	-0.148	0.765**	1.000	
ΔUR	0.156	-0.018	-0.489**	1.000

資料：総務省統計局『労働力調査』に基づき算出

備考：\*\*は有意水準1%を示す。

単純に比較できないが、日本の若年者でも男女共に失業率の変化と (UE-EU)/L、(UE-EU)/L と (NU-UN)/L との間に関連が見られる。ただし、(EN-NE)/L と (NU-UN)/L の間では女性では負で有意であるが、男性では正で有意でない結果が得られた。

この相関行列の結果を利用して、Dixon, Lim and van Ours (2014) は労働力フローと景気変動に関する構造 VAR モデルを推計して、シミュレーションを行っている。Dixon, Lim and van Ours (2014) の結果に比べて、有意性を持つものが少ないことはデータ数の不足や分析対象期間などさまざまな理由が考えられる。今後の『労働力調査』から公表値を増やしてデータ数の不足を補い、若年者の男女別に労働力フローと景気変動との関係について VAR モデルの推計は今後の課題とする。

## おわりに

2009年以降の『労働力調査』から年齢別に労働力フロー値の公表が始まったが、この公表結果を利用した研究は必ずしもまだ十分多いとは言えない。そこで、本稿では若年者に限定して労働力フローデータを算出して事実の整理を行った。この算出結果にはまだ不十分な点も多いが、以下の点が明らかになった。若年者であっても男女共に同じ労働力状態を続ける人の方が別の状態に変化する人よりも圧倒的に多い。別の労働力に変化した人の割合は分析対象期間の平均では男性で3.0%で、女性で4.2%である。

日本では若年者を積極的に採用する新卒一括採用制度が存在しており、また最近好景気による人手不足が続いている。そのような状況の下で、若年者は非労働力人口から就業する確率が高まっている。失業率の低下傾向が続く中で、男性より女性の方が労働力状態を変化させており、非労

労働力人口から新規就業が目立っている。好景気の下で非労働力からの新規就業者の増加が若年女性の労働力率を高めている。

失業率の低下傾向の下で、失業頻度は小さくなっているが、失業継続期間は必ずしも目立って短くはなっていない。労働力フロー量と失業率の変化との間に相関関係を求めたが、全てのものが有意な関係をもつことは確認できなかった。

算出結果から、男女別に労働フロー及び推移確率の近年の動きを図示したことの意義はあろう。ただし、分析対象期間の制約や労働力フローの算出方法等の上で不十分な点もある。こうした問題点の解決を図り、これらの事実の背後にある労働市場の動態メカニズムの解明には今後さらなる分析が必要であり、予備的考察にすぎない。今後の課題を以下にあげる。

東日本大震災の影響により、一部の期間について労働力フローデータの算出ができなかった。この欠落した期間の扱いについても今後検討する必要はあろう。

労働力フローデータ分析のために、年齢別データの詳細な分析が必要となろう。本研究では、若年者のみを分析したが、若年者以外の35～54歳や55歳以上といった年齢区分による比較・検討が必要であろう。若年者以外の年齢についても労働力フロー量の算出から、卒業時の雇用環境によってその後のどの程度労働力フローの数値が異なるのか、比較・検討が可能となる。そのため、『労働力調査』の個票の入手も必要となる。今後ともデータの拡張を図ると共に充実に努める。

本稿の労働力フローデータの算出方法として利用頻度の高い労働省（1986）によった。しかし、この算出方法は公表値から算出できる利点大きい。ただし、公表値の単位は万人であるため、労働力フローの算出には精度が必ずしも十分とは言えない。また、年齢区分による数値を算出した場合には、算出結果の精度が落ちる可能性もある。そのため、算出結果の信頼性をより高めるような労働力フローの精緻な算出方法が必要となる。

近年労働力フローデータも利用して、失業率や就業率なども加味した構造型VARモデルの推計から雇用の変動がマクロ経済に与える影響をシュミレーションした日本の研究<sup>(18)</sup>も行われている。マクロ経済ショックが男女別の雇用量に与える影響を解明した研究はあまりない。今後の労働力フローと景気変動に関する構造VARモデルの推計を行う上で必要な労働力フロー量や指標の算出にとどまった。安倍晋三政権下で女性人材活躍を目指す政策の下で、女性への採用数がより一層高まっている。この女性人材活用政策の検証する研究を進めていく上で、労働力フローデータを十分に確保した上で、男女別労働力フローの動態メカニズムの解明につながる実証分析を今後試みる。

#### 《注》

- (1) 労働省（1986）『昭和60年版労働経済の分析』の公表以来、たびたび労働白書や経済白書では労働力フローの分析がなされている。例えば、『平成4年版労働経済の分析』、『平成5年版労働経済の分

析』、『平成7年版労働経済の分析』、『平成10年版労働経済の分析』、『平成12年版労働経済の分析』、『平成15年版労働経済の分析』、『平成29年版労働経済の分析』、『経済企画庁『平成2年版年次経済報告』』『平成4年版年次経済報告』』『平成6年版年次経済報告』』『平成7年版年次経済報告』等である。

- (2) 総務省統計局『労働力調査』第7表の「新たに年齢前月14歳で今月15歳の者」という項目は、15歳になった者のみを集計している。調査期間中に誕生日を迎えて別の年齢区分に変更になった人の数については不明である。そのため、35～54歳や55歳以上の年齢区分による公表値ではこの項目の数値は空欄になっている。したがって、公表値のみからフロー量を算出できない。年齢を区分したフロー量を算出するためには、個票データの入手が必要となる。
- (3) 太田・照山(2003)に倣い12か月累積値に基づいて労働力フローデータ及び推移確率を算出した。
- (4) 安倍晋三首相は2007年1月25日の施政方針にて「女性の活躍は国の新たな活力の源です。意欲と能力のある女性が、あらゆる分野でチャレンジし、希望に満ちて活躍できるよう、働き方の見直しやテレワーク人口の倍増などを通じて、仕事と家庭生活の調和を積極的に推進します。子育てしながら早期の再就職を希望する方に対し、マザーズハローワークでの就職支援を充実します。配偶者からの暴力や母子家庭など、困難な状況に置かれている女性に対し、行き届いたケアや自立支援を進めます」を打ち出した。その後、女性の活躍を推進するためにさまざまな諸政策を実施している。
- (5) 総務省統計局『労働力調査』による「就業者」の定義は調査週間に賃金、給料、諸手当、内職収入などの収入を伴う仕事を1時間以上した者である。なお、無給の家族従業者も含める。また、この就業者には厳密には育児(介護)休業中の雇用者等が含まれる。
- (6) 総務省統計局『労働力調査』による「非労働力人口」の定義は、「就業者」と「完全失業者」以外の者である。
- (7) 公的統計の二次利用として、学術研究や高等教育への利用を図るため「匿名データの作成・提供」と「委託による統計の作成」(「オーダーメイド集計」)の制度が整備された。所定の申請・手続きによって、研究目的で利用することも可能となった。統計データの適性かつ厳正な管理が求められている。統計法が改正されるまでは、統計データの目的外利用は原則禁止だったことに比べれば、改正によって学術研究のための利用が可能になった。
- (8) 科学研究費補助金研究課題「家計の時間配分からみた就業行動に関する分析——男女別失業率の検証——」(2009-2011) 領域番号21730244の分析の一環として、独立行政法人統計センターのオーダーメイド集計を利用申請して、年齢別労働力フローデータに関する統計数値の収集を行った。しかし、当時の集計では、年齢階級別に「前月14歳で今月15歳の者」に相当する年齢区分の変更及び「前月いて今月いなかった者(転出・死亡)」の収集はできなかった。そのため、年齢計のみによる労働力フローデータの算出に留まった。
- (9) 修正の詳細は労働省(1985)及び杉浦(2017)を参照のこと。
- (10) 太田・照山(2003)に倣い12か月累積値に基づいて労働力フローデータ及び推移確率を算出した。
- (11) 吉田(2005)は労働白書等に掲載された2000年までの労働力フロー値を利用して、女性の就業意欲喪失効果及び追加的労働力効果に関する回帰分析を行った。その結果、1990年代になりそれ以前に比べて女性の就業意欲喪失効果が弱くなったことを示している。
- (12) これら研究では、十分な分析期間を確保した上で、月次データを四半期に変換して要因分解をしている。本研究では、分析対象期間がかなり限定されており、データの欠落期間も存在している。また、月次データを四半期に変換した場合には、さらにデータ数が十分でなくなる。仮に、月次データで要因分解を試みる場合には、対前月増減で見るとか、対前年同月増減で見るとかによって、データ数が異なる。季節性を除去する上で対前年同月増減の方が望ましいが、データ数が確保できなくなる。また、若年者に限定したため算出結果にさまざまなバイアスが含まれている可能性がある、などの問題が存在している。こうした問題点を踏まえて、要因分解した詳細な結果は省略する。
- (13) 若年者と高齢者の労働が代替の関係にある場合には、人口構成の変化の影響についても考慮する必要がある。

- (14) 厚生労働省 (2017)『平成 29 年版 労働経済の分析』は、就業者を正社員と非正社員に区別した特別集計から、「非正社員から正社員へなる割合が横ばい傾向にあり、2016 年に入ってから、非労働力になっている者が正社員として就業する割合が高まっている傾向も見られる」ことを示している。このような雇用形態を区分した分析は今後の課題である。
- (15) 失業への流入と流出が等しい状態（定常状態）では、両者の積は失業率となる。
- (16) データ数の確保が十分でないこと、サンプル期間に欠落等があること、などを踏まえて、要因分解した詳細な図表は省略する。
- (17) 要因分解の結果、失業頻度の寄与によるものが大きい場合と失業継続期間の寄与によるものが大きい場合とが混在した。季節性の除去が不十分によるものや、労働力フロー値の算出に当たってバイアスが含まれていることなどが理由と考えられる。データ数を確保した上で、有意な結果を得られる手法を開発することが課題である。
- (18) 宮本・加藤 (2014), Shimer (2012), Lin and Miyamoto (2012) などがあげられる。

#### 参考文献

- Abe, Masahiro, and Souichi Ohta (2001) “Fluctuation in Unemployment and Industry Labor Markets”, *Journal of the Japanese and International Economies* 15, pp. 437-464.
- Blanchard, Oliver Jean and Peter Diamond (1990) “The Cyclical Behavior of Gross Flows of Workers in the U. S.”, *Brookings Papers on Economic Activity*, 2, pp. 85-155.
- Diamond, Peter A. (2013) “Cyclical Unemployment, Structural Unemployment”, *NBER Working Paper* No. 18761,
- Dixon, R. J., G. C. Lim and J. C. van Ours (2014) “The Effect of Shocks to Labour Market Flows on Unemployment and Participation Rates”, *IZA Discussion Paper* No. 8221
- Esteban-Pretel, Julen, Nakajima Ryo and Tanaka Ryuichi (2011), “Changes in Japan’s Labor Market Flows due to the Lost Decade”, *RIETI Discussion Paper Series* 11-E-039
- Lin, Ching-Yang and H. Miyamoto (2012) “Gross worker flows and unemployment dynamics in Japan”, *Journal of the Japanese and International Economies* 26, pp. 44-61
- Miyamoto, H. (2011) “Cyclical behavior of unemployment and job vacancies in Japan”, *Japan and the World Economy* 23, 214-25.
- Pissarides, Christopher A. (2000) *Equilibrium Unemployment Theory*, second edition, Cambridge: MIT Press.
- Shimer, R. (2012), “Reassessing the Ins and Outs of Unemployment”, *Review of Economic Dynamics*, 15, pp. 127-148.
- 今井英彦 (1986) 「労働力フロー・データの調整」, 『流通経済大学論集』 21(2), pp. 1-17.
- 太田聡一 (2010) 「若年雇用問題と世代効果」内閣府経済社会総合研究所・樋口美雄『労働市場と所得分配』第 15 章, 慶応義塾大学出版会.
- 太田聡一, 玄田有史, 近藤絢子 (2007) 「溶けない氷河 — 世代効果の展望」労働政策研究・研修機構『日本労働研究雑誌』 569 号, pp. 4-16.
- 太田聡一・照山博司 (2003) 「フローデータから見た日本の失業」, 日本労働研究機構『日本労働研究雑誌』 516 号, pp. 24-41.
- 黒田祥子 (2002) 「わが国失業率の変動について — フロー統計からのアプローチ —」, 日本銀行金融研究所『金融研究』 21 巻 4 号, pp. 153-201.
- 厚生労働省 (2017)『平成 29 年版 労働経済の分析』厚生労働省.
- 桜健一 (2006) 「フローデータによるわが国労働市場の分析」, 『日本銀行ワーキングペーパーシリーズ』 No. 06-J-20

- 杉浦立明（2017）「2000年代の労働力フローから見る男女の動向」『政治・経済・法律研究』第19巻2号，pp.83-107.
- 鈴木建國（2005）「労働力調査におけるフローデータの分析」『統計研究彙報』62号，pp.93-115.
- 照山博司（2010）「1990年代以降の労働市場と失業率の上昇」『日本労働研究雑誌』597号，pp.2-5.
- 長尾伸一，高野正博（2015）「労働力調査の1年間のフローデータを用いた最近の雇用情勢に関する分析」『統計研究彙報』第72号，pp.1-24.
- 永瀬伸子，水落正明（2009）「労働力調査のパネル構造を用いた失業・就業からの推移分析」，『総務省統計研修所リサーチペーパー』第19号.
- 永瀬伸子（2011）「2000年以後の男女の失業構造の分析 — 労働力調査のパネル構造を用いて構造変化を分析する —」，『統計と日本経済』第1号，pp.91-111. ([www.cirje.e.u-tokyo.ac.jp/journal/20110104.pdf](http://www.cirje.e.u-tokyo.ac.jp/journal/20110104.pdf))
- 永瀬伸子，縄田和満，水落正明（2011）「『労働力調査』を用いた離職者の再就職行動に関する実証的研究」，『総務省統計研修所リサーチペーパー』第24号.
- 水落正明，永瀬伸子（2011）「若年男女の非正規・無業経験と正規職就業に関する分析」，『総務省統計研修所リサーチペーパー』第25号.
- 宮本弘暁，加藤竜太（2014）「財政政策が労働市場に与える影響について」『フィナンシャル・レビュー』第120号，pp.45-67.
- 宮本弘暁（2014）「やさしい経済学 雇用を考える 賃上げと失業」『日本経済新聞』2013年11月26日29面.
- 吉田千鶴（2005）「1975から2000年における日本女性の労働供給構造 — 就業意欲喪失効果と追加的労働力効果の観点から」『経済系』第222集，pp.37-51.
- 労働省（1985）『昭和60年版 労働経済の分析』労働省.
- 労働省（1987）『昭和62年版 労働経済の分析』労働省.

（原稿受付 2017年10月31日）

# 最近の立法・政策における土地の所有者問題

— 農地・森林の所有者不明土地に関する共有関係と

相続未登記の法的課題を中心に —

長 友 昭

## 要 旨

近時話題となっている所有者不明土地問題については、従来から土地の処理の現場に関わる、各種団体や行政機関の問題の把握が主となっていたが、最近、それらの委員会の専門委員などとして民法、行政法、憲法学者が招かれ、法制的議論が進められるようになってきた。ここでの議論を委員の研究成果や議事録の分析、会議の傍聴により追いかけて、その方向性を把握した。すなわち、今後の新制度の指針となるものとして、農業経営基盤強化促進法における利用権の設定が挙げられることから、この利用権の運用実務とその問題点を検討し、利用権の期間の長期化の可否に関する注意点を明らかにした。さらに民法上の共有、相続および近時の改正点、ならびに不動産登記法や近時改正のあった土地改良法や森林法などの現行法の解釈と法体系上のありようを検討し、今後目指される新制度との具体的な異同および類似性と親和性を明らかにした。

キーワード：所有者不明土地，共有，相続未登記，財産権，公共性

## I はじめに

近時、所有者不明の土地の問題が話題になっている。「所有者不明土地」とは、国土交通省などの定義によれば「不動産登記簿等の所有者台帳により、所有者が直ちに判明しない、又は判明しても所有者に連絡がつかない土地」のこととされる。日本法では不動産の所有権の移転、具体的には土地の相続などの際に、登記の移転を義務づけていないので、相続財産の価値（農地や利用困難地などの価値）が不動産登記にかかる様々な手間やコスト（親戚関係調整の労力や司法書士費用）よりも低い場合、所有権の確認や今後の相続の際の重要な手掛かりとなる登記が放棄されがちになる。土地は個人の財産ではあるが、物理的に地続きであるため、ある個人の勝手な放棄が周辺他者の不利益にもなりかねない。

その一方で、土地の存在が個人にとって重い負担となる場合が少なくないこともまた現実となっている。サラリーマンや遠隔地に住む人にとって、郷里で家族が残した森林や農地などは、当人にとってはもちろん、社会的に見て買い手がつくかどうかなど、利用価値や資産価値に乏しい土地であるとさえいえる。さらには、都市部であっても「空き家問題」などが生じてきている。個

人が手に負えないのであれば、国や地方自治体の行動・役割が期待されるが、実務の現場では、所有者が土地の所有権を放棄しようとしても、土地を現物のまま国庫が受け付けることを嫌うともいわれている。このような国庫の対応にも垣間見られるように、相続「財産」が「負担」と考えられる場面も多くなり、少子高齢（化）社会、多死社会とも称される今日、所有者不明土地問題は喫緊の課題となっている<sup>①</sup>。

この点については、近時、民間の研究機関などから、問題の指摘が多数なされていると同時に、省庁横断的な議論が始められており、各省庁が開催する審議会や省庁横断的な審議会なども活発に開催されている。その議論も、従来は、所有者不明の土地の処理の現場に関わる、各種団体や行政機関の問題の把握が主となっていたが、最近では、それらの組織内における委員会の専門委員などとして民法、行政法、憲法学者が招かれ、法制的議論が進められるようになってきている。

本稿では、これらの議論の射程と現行法の枠内で行われうる問題の解決について論じたい。具体的には公表された審議会などの資料を分析し、他方で、民法上の共有、相続、時効、不在者財産管理制度、事務管理、近時の改正点、さらに不動産登記法や近時改正のあった土地改良法や森林法などの現行法の解釈のありようを検討するものとする。

## II 問題を考える契機と背景

### 1. 森林が失われる

この所有者不明土地の問題自体は、非常に古くからある問題であるといえるが、いわば伏流のように存在していた問題であり、これを顕在化させた契機を考えると、東京財団の「国土資源保全研究プロジェクト」の活動の影響が大きいと思われる。

このプロジェクト（現在の担当は吉原祥子研究員兼政策プロデューサー）は、これまでに、①「日本の水源林の危機～グローバル資本の参入から『森と水の循環』を守るには～」(2009年1月発表)、②「グローバル化する国土資源（土・緑・水）と土地制度の盲点～日本の水源林の危機Ⅱ～」(2010年1月発表)、③「グローバル化時代にふさわしい土地制度の改革を～日本の水源林の危機Ⅲ～」(2011年1月発表)、④「失われる国土～グローバル時代にふさわしい『土地・水・森』の制度改革を～」(2012年1月発表)、⑤「空洞化・不明化が進む国土にふさわしい強靱化対策を～失われる国土Ⅱ～」(2013年2月発表)、⑥「国土の不明化・死蔵化の危機～失われる国土Ⅲ～」(2014年3月発表)、⑦「土地の『所有者不明化』～自治体アンケートが示す問題の実態～」(2016年3月発表)の政策提言を公表<sup>②</sup>している。

このプロジェクトの活動の中でも、平野秀樹＝安田喜憲『奪われる日本の森 外資が水資源を狙っている』<sup>③</sup>は大いに注目を集めた。同書は、このプロジェクトの政策提言に基づくものである。その内容は、中国等の外資によって、日本の水源地等の買い占めが起こっているが、それらを把握する手立ても制限する制度も日本法上は存在しないというものである。このような指摘は、

森林法制の分野ではもちろん、環境や国防まで、さまざまな分野で多様な議論を生むきっかけとなった。法制度上においては、同書の出版後に、各地で森林管理に関する条例が制定されるなどの変化があったが、これらも含め、同書の出版によって、広い意味での農業用地の所有者不明問題、強すぎる所有権法の問題、また土地台帳や不動産登記等による所有者・所有権の把握の不備の問題が、世論の注目を集めたといえる<sup>(4)</sup>。

## 2. 東日本大震災

そして、2011年3月11日の東日本大震災およびその復興にかかる問題点として、所有者不明土地にかかる問題が顕在化したことはいうまでもない。法制度関連の議論で言えば、例えば、日本農業法学会では、2013年度の年次大会においてシンポジウム<sup>(5)</sup>が開催されている。そして、周知のとおり、この問題は農地や漁港、防潮堤の再建<sup>(6)</sup>などの農地や農林水産業の復旧・復興の問題にとどまらず、集団移転や市街地の再建・再整備という都市部の復旧・復興にも及んでおり、問題の広がり、特に行政庁を広く横断するような問題であることが認識されるようになったといえよう。

## 3. 所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会

国土交通省が、2015年度および2016年度にわたり、政策統括官のもとに「所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会」という名称の会議を設けて、早稲田大学教授の山野目章夫委員長を中心に、調査審議を進めてきた。この検討会は、国土交通省はもとより、農林水産省や法務省などが参加する、省庁横断的な検討会であり、また、関連する士業や団体からもメンバーが招かれて検討を行うものであった<sup>(7)</sup>。

この検討会に関連して、山野目委員長が、この問題について、以下のような問題意識を提示している。すなわち、「まず、所有者が不在、ということではない。所有者がいない土地というのは、ないのである。私人が所有しない土地は、国庫に属することになっている（民法239条2項）。……また、所有者が不明ということにも直ちにはならない。所有権の登記がされている場合において、さしあたりは登記名義人が所有者である、という推定が働く。そこで、登記名義人である者を探すことになる。…もっとも、「登記名義人の……住所についての変更の登記」（不動産登記法64条1項）は、されていないことがある。また、所有者である個人が死亡している場合は、相続人を探さなければならない。相続人がわかっても、その所在が直ちにはわからない、ということもある。また、登記記録の表題部所有者が「誰外（ほか）何名」などと記されている土地もあり、その事象においては、たしかに、「何名」とされる人々は、調査をしてみなければ不明である。ここに、ひかえめに問題を見たときに、すくなくとも所有者の「所在が知れない」土地というものがあり（引用は同法70条1項）、そして、さらに所有者それ自体が不明であることもあって、それらの土地をめぐる政策展開が要請される<sup>(8)</sup>」というものである。そして、「この

ように問題を整理したうえで初めて、そこで扱われる問題が隣接する事象とどのように関わるか、ということも明らかになる。所有者所在不明の問題は、隣り合ういくつかの問題と関連させて論じられる」<sup>9)</sup>。すなわち、所有者不明土地問題は、ひとえに所有者（民法 206 条）の不明という問題ではなく、土地の所有者と関連する不動産登記や相続など隣接する問題をつなげあわせて考えるべき問題である、という指摘である。

#### 4. 実態調査の動き

この空間的にも分野的にも広範な問題に取り組むために、実態調査を行う動きがある。例えば、前述の東京財団による⑥「国土の不明化・死蔵化の危機～失われる国土Ⅲ～」(2014年3月発表)、⑦「土地の『所有者不明化』～自治体アンケートが示す問題の実態～」(2016年3月発表)が挙げられる。⑥については、相続未登記が生じる要因を分析したものであり、これをもとに、農地中間管理機構の農地集積が進まない要因との関連も踏まえて、以下のような分析がなされている。すなわち「なぜ相続登記が放置されるのか。表は土地の地目別の平均価格を比較したもののだが、農林地と宅地では桁違いの差があることがわかる。一方で、司法書士への委託費や親族間の連絡調整など相続に伴うコストは、土地の資産価値に関係なく発生する。そのため、資産価値の低い土地の相続登記では、コストが資産価値を上回ることになってしまう」という指摘である。

表 1 国土の地目別面積・地価<sup>(10)</sup>

	面積	平均価格
森 林	2,506 万 ha ( 66.3%)	14 円/m <sup>2</sup> (一般山林)
農 地	456 万 ha ( 12.1%)	田 818 円/m <sup>2</sup> 畑 470 円/m <sup>2</sup>
宅 地	190 万 ha ( 5.1%)	35,613 円/m <sup>2</sup>
道路, 水面・河川等	270 万 ha ( 7.1%)	—
原野等	34 万 ha ( 0.9%)	17 円/m <sup>2</sup> (原 野)
その他	322 万 ha ( 8.5%)	—
合 計	3,779 万 ha (100.0%)	

(出所) 面積は国土交通省『平成 25 年度土地白書』。平均価格については、森林・宅地・原野は総務省『平成 24 年度固定資産の価格等の概要調書』, 農地(田・畑)は日本不動産研究所『田畑価格及び賃借料調(平成 25 年 3 月末現在)』による。

東京財団「国土資源保全プロジェクト」が、先代が相続登記をしていなかったために二代前まで遡って名義変更手続きをすることになった場合のコストを 50 万円と設定し、地価のとりわけ安い森林について試算を行った。その結果、「登記コストが資産価値を上回ってしまう面積割合は個人保有森林の 25%に上るという結果が出た。こうしたケースでは、採算や手間の面から登記名義を書き換える動機に乏しく、死亡者名義のまま放置され続ける可能性が高い。時間の経過とともに法定相続人は鼠算式に増え、やがて利用も円滑な権利移転も困難な「死蔵資産」(デッ

ドストック)になるおそれがある。農業就業者の高齢化と田畑価格の下落傾向が続く農地においても、同様の構図はあてはまるだろう<sup>(11)</sup> というものである。

また、田代洋一による調査<sup>(12)</sup>では、鹿児島県の事例として、農家は、相続農地を自作する限りは、登記には特段のメリットはなく、必要性が乏しい一方で、登記には相応の手間と費用がかかり、未登記農地の多くは、自作と相対小作として実際に利用されていることが報告されている。同調査に同行していた高木賢は相続未登記農地問題を3類型に分類し、「第一の類型は、相続人の中で争いがあり、決着しない場合である。……しかし、この類型に当てはまる件数はそう多くない。第二の類型は、実態的には遺産の割り振りは決まっているが、協議書の作成に至っていない場合だ。……第三の類型は、山間部、島嶼部に多いと思われるが、子供が全員その地を離れていて、しかも農地に財産価値を認めないため、親の死後、登記はおろか、農地の利用も行われないうちで、一番始末に困るケースだ。……農地の利用の確保という視点からみると、第二の類型と第三の類型については、これまでの「所有者の意思」の確認が必要、というステレオタイプの発想から脱却しないと事態は改善しない……第二の類型の場合、地元でその農地を耕作し、収穫物を自己の収入にしている者は、「自己のためにする意思をもって物を所持する」者として、民法180条<sup>(13)</sup>に規定されている「占有権」を取得しているものと考えられるので、占有権者として取扱い、その者の意思で他者の利用の道を開いたらどうか。長期間の占有は、時効取得にもつながる。第三の類型については、遠い地に居住する相続人のために、いわば留守番管理役を買って出る者を、民法697条<sup>(14)</sup>の「事務管理」を行うものとして位置づけてはどうか。……「所有者の意思」の確認の不要な制度を活用し、その補強のための制度をつくることは喫緊の課題となっており、大胆な発想の転換を提言したい。」として、やはり占有権や事務管理という既存制度の利活用を提唱している。

## 5. 民間の研究会の動き…所有者不明土地問題研究会

所有者不明土地問題については、平成29年1月に設立された「所有者不明土地問題研究会」が活発に分析・発信している。所有者不明土地問題研究会（座長：増田寛也野村総合研究所顧問）は、人口減少社会において、所有者不明土地問題は、日本の近代化以来の財産権のあり方にも関わる本質的な課題として、公共事業などを進める際に大きな障害となっているという問題認識のもと、相続未登記問題などを放置すると取り返しのつかなくなるものにとらえ、その実態を調査および経済的・社会的な影響を推計して、民間プラットフォームから政策提言を行うことを目的として設立された。本研究会は、実務担当者や学識経験者に、関係各省庁のオブザーバー参加を加えて議論がなされている。

本研究会では、平成29年6月に、所有者不明土地が2016年に全国で410万ヘクタールに達するとの試算を公表したうえで、同年10月には、所有者不明土地が2040年には全国で約720万ヘクタールに達するとの独自試算を公表した。また、こうした所有者不明土地が原因で生じる経済

損失額は40年までに6兆円規模に上ると試算した。これらの発表は、16年の所有者不明土地の総面積が九州を上回る規模、40年になると北海道本島（約780万ヘクタール）に迫る規模となるものとして、マスコミなどでも象徴的に取り上げられた<sup>(15)</sup>。

## 6. 国土交通省の動き…国土審議会土地政策分科会

国土交通省では、所有者不明土地問題を喫緊の課題として、平成29年9月12日に国土審議会土地政策分科会第1回特別部会（部会長：山野日章夫早稲田大学大学院法務研究科教授）を開催し、所有者不明土地問題に関する制度の方向性等について検討を開始した。この間、法制度の専門家における第1回ワーキンググループにおける議論を非公開で行った。そして、10月25日に、国土審議会土地政策分科会第2回特別部会を開催し、第1回特別部会及び第1回ワーキンググループにおける所有者不明土地問題に関する議論の内容を踏まえ、所有者の探索を円滑化する仕組みや、所有者不明土地を円滑に利用する仕組みを検討した<sup>(16)</sup>。

この部会では、「所有者不明土地」を「不動産登記簿等の所有者台帳により、所有者が直ちに判明しない、又は判明しても所有者に連絡がつかない土地」と定義している。これは、先述の「所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会」（国土交通省）における、「所有者の所在の把握が難しい土地」と同一の定義であるとされ、具体的には、所有者の探索を行う者の利用できる台帳が更新されていない、台帳間の情報が異なるなどの理由により、所有者（登記名義人が死亡している場合は、その相続人も含む。以下同じ。）の特定を直ちに行うことが難しい土地、所有者を特定できたとしても、転居先が追えないなどの理由により、その所在が不明である土地、登記名義人が死亡し数代にわたり相続登記がされていないなど、相続人が多数となっており、その所在の探索が困難となっている土地、所有者の探索を行う者の利用できる台帳に、全ての共有者が記載されていない共有地（例：不動産登記簿の所有者欄に「山田太郎外10名」との記載しかない場合等）などが挙げられている<sup>(17)</sup>。

また、同部会では、最近の動きとして、自由民主党政務調査会「所有者不明土地等に関する特命委員会 中間とりまとめ」（平成29年6月1日）および「経済財政運営と改革の基本方針2017」（平成29年6月9日閣議決定）のいわゆる骨太の方針2017を紹介し、骨太の方針2017から「④所有者を特定することが困難な土地や十分に活用されていない土地・空き家等の有効活用／公共事業や農地・林地の集約化等において共通課題となっている所有者を特定することが困難な土地に関して、地域の実情に応じた適切な利用や管理が図られるよう、共有地の管理に係る同意要件の明確化や、公的機関の関与により地域ニーズに対応した幅広い公共的目的のための利用を可能とする新たな仕組みの構築、長期間相続登記が未了の土地の解消を図るための方策等について、関係省庁が一体となって検討を行い、必要となる法案の次期通常国会への提出を目指す。さらに、今後、人口減少に伴い所有者を特定することが困難な土地が増大することも見据えて、登記制度や土地所有権の在り方等の中長期的課題については、関連する審議会等において速やか

に検討に着手し、経済財政諮問会議に状況を報告するものとする。…(略)…あわせて、法定相続情報証明制度の利用範囲を拡大するとともに、所有者情報の収集・整備・利活用を推進するため、制度・体制の両面から更なる取組を進める。」という項目を取り上げて、これをふまえて、関連の法制度の検討を進めるとともに、必要な法案を次期国会、すなわち平成30年1月提出を目指すことが打ち出された<sup>(18)</sup>。

この部会では、年度内にも意見のとりまとめを行う方針のようであるが、10月25日に、所有者不明土地について、新たに利用権を設定して公益性のある事業に活用できる制度を創設する方針を明らかにした。街づくりなど、公共性があり、かつ、利用に明確に反対する人がいない場合、都道府県知事の裁定で利用できるようにするものである。平成30年1月からの通常国会に、所有者不明土地に関する特別措置法案の提出を目指すとして報じられている<sup>(19)</sup>。これは、同日の本特別部会での説明に基づくものであり、土地利用を計画する自治体や民間事業者が都道府県知事に申請をすると、都道府県知事は、地元市町村の意見を聞いたうえで、知事が裁定することにより利用権を設定することができる。利用は5年など一定期間で区切り、所有者が現れなければ更新する。他方で、所有者が現れた場合は原状回復して明け渡すことを原則とするが、所有者が認めれば利用を継続できる。また、所有者が現れた場合に備え、利用期間の賃料に相当する金銭を供託しておくこととし、利用権設定の目的は、公園や広場、文化施設などの公益性のあるものに限定するものである。

## 7. 農林水産省の動き…相続未登記農地等の活用検討に関する意見交換会

農林水産省では、これまでに相続未登記農地の調査を行ってきた。これは、近時、土地の所有者不明化が問題となっているところ、農地についても、相続未登記農地の存在が担い手への農地の集積・集約化を進める上での阻害要因となっているとの指摘を受けてのことである。また、2016年(平成28年)6月の「日本再興戦略2016」でも、この問題の調査と改善策の検討が明記された。すなわち、平成28年6月2日に閣議決定された「日本再興戦略2016—第4次産業革命に向けて—」において、「第2 具体的施策/3. 攻めの農林水産業の展開と輸出力の強化/(2)新たに講ずべき具体的施策/i 生産現場の強化/①農地中間管理機構の機能強化等/農地中間管理機構の昨年度の実績(借入・転貸)は、初年度(2014年度)の3倍程度に増大しているが、全都道府県で機構を軌道に乗せるため、更に改善を図っていく必要がある。このため、以下の施策に取り組む。(中略)・相続未登記の農地が機構の活用の阻害要因となっているとの指摘があることを踏まえ、全国の状況について調査を行うとともに、政府全体で相続登記の促進などの改善策を検討する。」というものである。これを踏まえて、農業委員会(市町村の独立行政委員会)を通じて相続未登記農地等の実態調査を実施した。この相続未登記農地等の実態調査結果として、相続未登記農地及びそのおそれのある農地は全農地の約2割(93.4万ha)を占めるが、うち遊休農地になっているのは6%(5.4万ha)にとどまり、多くは実態上は耕作がなされてい

る。しかしながら、当該農地を農地中間管理機構に貸付けようとすると、法定相続人を探索した上で同意を集めなければならないことから円滑に貸付けが進まず、農地の集積・集約化の妨げとなっているといった総括がなされた。また、相続とは別に、共有農地の利活用に係る制度についても、①農地法に基づく公示制度と②農業経営基盤強化促進法に基づく利用権設定が検討されている。この農地法に基づく公示制度では、農業委員会が毎年1回、農地の利用状況を調査し、遊休農地の所有者等に対する意向調査を実施することとなっている。ここで所有者が分からない遊休農地（共有地の場合は過半の持分を有する者が確知することができない場合）については、公示手続で対応するというものである。具体的に、静岡県（平成29年2月28日）、青森県（平成29年3月31日）において裁定が実施されたと報じられている。他方で農業経営基盤強化促進法に基づく利用権設定では、後に詳述するが、農業経営基盤強化促進法においては、市町村が農地の権利移動の計画（農用地利用集積計画）を作成して、公告すれば農地法の許可なしに権利移動が可能であると定めている。そして、その際、共有農地については、過半の同意で足りることとしており（同法18条）、これを活用するものである。

以上のような従来の問題認識のもと、所有者を特定することが困難な土地等の有効活用については、農地に限らず土地全般の課題ととらえ、平成29年6月9日に閣議決定された「経済財政運営と改革の基本方針2017」において、関係省庁が一体となって検討を行い、必要となる法案の次期通常国会への提出を目指すこととされている、その一方で、特に農地については、相続未登記農地等が全農地の2割を占め、これらが担い手への農地利用の集積・集約化を進める上での阻害要因となっていることから、新たな法制度の構築等が必要となるという認識を示している。このため、相続未登記農地等の有効活用に向けた検討の方向性について、農地制度やこの問題に精通した有識者及び農業関係者の意見を幅広く聴取し、検討に反映することを目的として、「相続未登記農地等の活用検討に関する意見交換会」を開催することとなった<sup>(20)</sup>。

この意見交換会は、所有者不明土地問題の中でも、その発生原因の一つと目される相続未登記問題及び相続未登記農地の問題に焦点を当てて、実態を把握するために、問題状況と現場における相続未登記農地の処理の実情について、関係者が事例を紹介した上で自由な意見交換をするというものであり、会合での議論および議事録などを第2回まで見たところでは、論点の整理や一定の方向性のようなものまでは示されていないようである。

## 8. 小括

以上のように、所有者不明土地問題の議論は、実態の把握の段階を経て、法制度に関する議論の段階に入っているといえる。土地の所有権の所有者がその土地から他出して不明となったり、農地の耕作者が不在となったりする所有者（共有者）の意向が確認できなくなる問題、相続未登記の問題などがあるが、5. および6. で示したように、今後まずは利用権設定の制度設計という方向で議論が進むものと思われる。この点、利用権の設定については、農業経営基盤強化促進法

による農地への利用権設定という先行制度があることに注意を要する。そこで、以下では、上述の3. で山野目、4. で高木が述べたところから、民法ないし不動産法およびその特別法である各種の農業法の現行規定ならびに近時の法改正<sup>(21)</sup>を確認したうえで、農業経営基盤強化促進法による利用権設定に関する議論を中心として、関連する法制度などの紹介や分析を踏まえながら、この問題を検討してみたい。

### Ⅲ 農地を農地として活用（所有・利用）するという視点から考える

#### 1. 現行法からの分析～民法を中心に～

既にみたように、今般の所有者不明土地をめぐる議論は、「新しい制度の創設」を目指すものではあるが、実態としては「従来の制度の改善や準用」であるといえる。そこでまず、従来の制度の基本的な理解を確認しておこう。

##### (1) 共有<sup>(22)</sup>

民法では、財産として物を規定し（85条<sup>(23)</sup>）、その上で物を不動産と動産に分ける（86条<sup>(24)</sup>）という構成を採っている。農地であれ宅地であれ、所有者不明であるかどうかを問わず、土地は、不動産に当たる。また、民法では、物についての権利として、物権を定めており、ここでは一物一権主義が妥当するとされている。一物一権主義については、明文で規定する法律の条文はないが、当然の法理とされていて、日本法においてはこの考えに異論はないといえる。このことから、一つの物には一つの所有権しか生じないということがいえる。これは、物権が絶対性や排他性をもつ強力な権利であることにより、他者への影響が大きいため、物権の権利状態は明確である必要があるから、重複などのない一物一権の原則を認めるべきだという理由付けができる。

他方で、一つの物を複数人で分割している状態を共有という。共有状態は、理論的にはいくつかの捉え方があるが、いずれにせよ一物一権主義の例外をなしていると解されている。また、共有には、広義の共有状態、すなわち共同所有の種類として、狭義の共有、合有、総有の3種類があるとされる。このうち、民法で規定されているものは狭義の共有である。これは、共有者それぞれに持分権があり、かつ、持分権の処分も認められる状態のことである。この、狭義の共有における持分権は所有権そのものであるから、これを使用、収益、処分することは、本来は持分権者の自由である。ただし、その利用方法については、いくつか制限がある。まず、保存行為は、持分権者が単独で行うことができる（252条<sup>(25)</sup> ただし書）。しかし、管理行為は、持分権者の持分価格の過半数を超えなければ、これをなすことができない（同条本文）。さらに、変更行為となると、持分権者全員の合意が必要とされる（251条<sup>(26)</sup>）。

ここでいう保存行為、管理行為、変更行為とは具体的にどのようなものかについては、一義的に明確というわけではない。例えば、共有者が共有物を賃貸借に出すことは管理行為とされている

る<sup>(27)</sup>。この点で、利用権設定もこの管理行為に当たると解されており、共有者の過半で決することができるものと解されている<sup>(28)</sup>。もっとも、すべての賃貸借が管理行為に当たるというわけではなく、実質的に変更にあたるような賃貸借や保存にとどまるとみられる賃貸借もあるとされる<sup>(29)</sup>。

## (2) 相続

相続については、相続未登記農地に関する興味深い実態調査<sup>(30)</sup>がある。

この調査によれば、相続未登記農地問題の解決について、①あとつぎ以外の相続人から民法第903条<sup>(31)</sup>の特別受益者である旨の証明書をもらい、相続未登記農地の名義をあとつぎ名義で登記を行う方法、②民法905条<sup>(32)</sup>を活用し、あとつぎ以外の共同相続人からあとつぎへ相続分を譲渡してもらい、相続未登記農地の名義をあとつぎ名義で登記を行う方法、③通常の民法907条<sup>(33)</sup>による遺産分割協議によって相続分を確定した後、相続未登記農地の名義をあとつぎ名義で登記を行う方法、の3つで行ったところ、それぞれのメリット・デメリットはあるものの、②の共同相続人に対する心理的抵抗が小さいのではないかと論じている。制度の選択肢の多さとともに、利用者の受け止め方が注目される。

## (3) 時効

所有者不明の農地につき、自主占有を始めると、その先には、取得時効の可能性がある。この点については、実務的な解説が参考になる<sup>(34)</sup>。その一方で、時効と登記について、時効取得による登記の手續の改革可能性に関して、以下のような説明がある。「長く登記されているが権利が消滅したと認められる場合において、登記を簡便な手續で（つまり共同申請によらないで）抹消する仕組みは、すでにある（不動産登記法70条）。ながく登記されていないが取得されていると認められる権利を簡便に登記する手續は、まだない。消滅したものを消滅したとして扱うことよりも、取得したものを取得したと扱うことのほうが、勇気が要る。そのことは、たしかであろう。取得したとされることにより直接に権利を否定される者の利益のほか、他に権利を取得したと主張する者がいないか、などを確かめなければならない。」<sup>(35)</sup> というもので、登記制度の不備を指摘したものといえる。

## (4) 不動産登記

不動産登記との関係については、「相続により生み出される権利関係の内容が遺言で定められる場合において、民事法制上の効果として、判例上、その内容に即した登記をしなくても第三者に対抗することができる、とされる局面が少なくない。いくつかの判例が与える解決は、改められるべきではないか。念のため、言い添えるならば、問題としているものは、民法が定める物権変動の基本原則そのものを変更するというのではない。そのような論議に及ぶことは、論議を

混迷に誘うのみである。土地を売買しても登記をしないと所有権の移転が生じない、という制度に改めるべきである、という見方がされることがある。現在の制度は、そうではなく、登記をしなくても所有権の移転は生ずるが、その効果を第三者に対抗することができない、とされること（民法 177 条<sup>(36)</sup>、対抗要件主義）に問題があるという主旨であろう。しかし、この意見は、おかしい。所有者の所在の把握が困難になる原因のほとんどは、相続の登記がされないことである。人が死亡して相続が起こったのに登記をしないと所有権の移転が起こらないことになる、などという解決は、考えにくい。対抗要件主義を維持することの適否は、売買により所有権の移転を「する」という人のアクションを問題とする場合において意義のある論議である。これに対し、この論議は、人が死亡するというアクシデントを契機として所有権の移転が「起こる」という場面では役に立たない<sup>(37)</sup> という指摘があり、傾聴に値する。

## (5) 事務管理

所有者不明土地の事務管理（民法 697 条）による管理の可能性も議論されている。事務管理が成立する場合、結果的に、委任契約がある場合と同様に報告義務・受領物引渡義務・善管注意義務・費用償還請求などを伴う（民法 701 条、702 条 1 項参照）。ただし、特別法の定めがある場合（遺失物法 28 条、水難救護法 24 条 2 項、商法 800 条など）を除いて、管理者の報酬請求権は認められない。また、場合によっては、法律上の特別規定によってそれが公的義務に高められたものもある（船員法 14 条本文、水難救護法 2 条 [通知義務] など）。所有者不明土地にこのような法的根拠が与えられればそのような解釈は可能だといえよう。

また事務管理者が管理を始めた以上は途中で勝手に事務を投げ出さないこと（700 条）、本人の意向を最大限に尊重することが求められている（民法 697 条 2 項、702 条 3 項など参照）ことにも注意を要する。そして、所有者不明土地の事務管理のような場合、特に周辺に危害を与えているような土地の管理については、管理者は、悪意又は重大な過失がある場合でなければ、それによって生じた損害を賠償する責任を負わないとされる緊急事務管理（民法 698 条）と解される余地もあるだろう。

なお、自分のために他人の事務を管理するような場合、特に準事務管理と呼んで議論されているが、準事務管理については、他人の特許権を無断で利用したような場合の「利益の吐き出し」のような問題が従来議論されている。所有者不明土地の活用についても、あたかも、特許権者からの委託を受けて、当該特許を利用して利益を上げていたかのように、特許権侵害者の獲得した利益を吐き出させ、本人に帰属させてしまおうという場面がないとは言えない。ドイツ法では明文の規定があり（BGB687 条 2 項）、日本の学説でもこのような考えを認める見解<sup>(38)</sup> もある<sup>(39)</sup>。

## 2. 近時の法制度・法改正の動向

上述のような民法上の制度を踏まえて、農業経営基盤強化法に基づく利用権設定が運用されて

おり、所有者不明土地の今後を考えるうえで参考になる。また、森林法や土地改良法の改正、さらには民法の改正においても、所有者不明土地問題の解消に資するような個別の制度が組み込まれている。これらを順に検討していく。

#### (1) 農業経営基盤強化促進法による利用権設定

この問題については、原田純孝によるまとまった議論がある<sup>(40)</sup>。当該論考は研究会報告書という性質のようなので、議論を丁寧で紹介しつつ検討することとしたい。

まず、農地について、平成21年(2009年)の経営基盤強化法の改正により、2分の1を超える持分を有する者の同意があれば、存続期間5年までの利用権を設定できることが認められた(基盤強化法18条3項4号但書)。今般の所有者不明土地に関する新しい制度も、この制度と類似したものになると思われる。この改正以前は、共有地については共有者全員の同意を要するものと現場の実務において運用されていたことからすると、この改正によって、制度の利便性が上がったようにも見える。しかし、改正後の要件を厳密に充足させようとするれば、過半数の同意を得ても5年間経てば、再度過半数の同意を得て更新しなければならず、その労力に対して5年間という利用権が短いという指摘がなされている<sup>(41)</sup>。そのような問題をはらんだ改正になってしまった原因を原田は「幾つかのボタンの掛け違いがあった」と述べている。つまり、「共有に関する民法の原則(民法252条本文)によれば、共有物の管理に関する事項は持分権の過半数で決することができる。民法上の賃貸借の設定は、土地(例えば野天の駐車場用地を考えよ)についてのものであっても、共有物の変更や処分行為(民法251条。全員の同意が必要)ではなく、管理に関する事項(以下、管理行為)であるから、農用地の利用権の設定も、本来、過半数の持分権を有する者の同意があれば可能であったはずのものなのである。ただし、平成21年改正前の法状況では、以下のような問題があった。①改正前の経営基盤強化法18条3項4号では、利用権の設定には、土地ごとに、「権利を有する者のすべての同意が得られていること」と規定され、その文言は、共有農地にあっては「すべての共有者の同意」を意味すると行政解釈されていた。ただし、②「すべての共有者の同意」があれば、例えば期間10年を超える利用権設定も認められる。一方、③民法252条本文にいう持分権の過半数の同意で土地の賃貸借を設定する場合には、民法602条による短期賃貸借の期間制限(土地については5年まで)を受けるのではないかという問題があった。共有の土地や共有建物の賃貸借について民法602条の規定が適用されるのか否かについては、確定した解釈は定まっていない(最高裁の判例はない)が、下級審裁判例には、共有の居住用建物の賃貸借(借地借家法の法定更新等の適用がある普通借家契約。定期借家契約ではない)について同条の適用を認めたものもある。そのことを考慮した結果、④上記経営基盤法の改正では、持分権の過半数を有する者の同意で設定が可能としつつも、その利用権の存続期間を5年までに制限した」というものである。

この点について、原田は以下のように指摘する。「第1に、上記①の行政解釈は、もともと民

法の規定にそぐわないものであり、その解釈を民法の規定に即したものに変更し明確化することに、さほどの困難はなかったはずである。ただ、第2に、その際に問題となるのは、農用地の利用権の設定が民法252条にいう管理行為に当たるのか、あるいはそれを超える行為になるのではないかという危惧である。例えば、建物の建築所有目的での宅地の賃貸借の場合には、管理行為を超え、処分行為に近い法律行為となるという理解も十分可能であろう（判例によれば、地上権の設定は処分行為とみなされる）。借地借家法によって強い存続保障を与えられる普通借家権の設定についても、同様の危惧が生じうる可能性がある。しかし、ここでの問題は、更新のない定期の農用地利用権である。仮に10年の定期利用権の設定であっても、それを、管理行為を超えた、処分行為に近い法律行為と解することは、およそ妥当な理解とは考えられない。事実、改正基盤強化法も、管理行為とみなした上で、持分権の過半数を有する者の同意で足りると明示的に規定したのである。第3に、上記③の点——より具体的には、共有地の持分の過半を有する共有者が、民法602条柱書にいう「処分につき行為能力の制限を受けた者又は処分の権限を有しない者」に当たるのかどうか——は、それ自体、いまだ結論の未確定な、一個の解釈問題である。民法の特別法である経営基盤強化法に新たな特別規定を設けるに際して、その解釈問題、さらには民法602条の規定の存在に拘泥する必然性は、必ずしも存在しないのではないか。事実、同じ平成21年の農地制度改正では、農地の賃貸借については、民法604条1項の規定（賃貸借の存続期間を20年以下とする強行規定）に対する明示的な例外規定（農地法19条。存続期間を50年以下とする）を新設しているのである。そうだとすれば、改正法でわざわざ「その存続期間が5年を超えないものに限る」と定める必要はなかったのではないか、ということになる。以上からみれば、経営基盤強化法18条3項4号但書にある「期間5年まで」という制限は、例えば「期間10年まで」などに延長されて然るべきだということになる<sup>42)</sup>と喝破する。

このように民法ないし農業経営基盤強化法を解釈すれば、農業経営基盤強化法が定める、5年という現行の利用権の期間にこだわる必要はない。農地の継続的な利用権はもちろんのこと、公園やその他の公共的な施設であっても、特に「公共性」が認められるのであれば、5年というのはいかにも短いといえる。農地について検討した原田の言葉によれば、今般の問題は、「当該農地の所有権そのものをどうするかではなく、その農地の農地としての利用の継続・遊休化の防止をいかに図るかなのである」<sup>43)</sup>といえる。「地域農業の現場の社会的要請（これは、地域社会の公共・公益的な利益にかかわる要請である）に基づいて、〈いわば所有者の意思抜きでも、当該農地の今後の利用をどうするかが問われていること〉を改めて確認した上で、それらの事務手続上の要件の緩和・簡素化を図ることが必要であろう。とりわけ、所有者の意思を確認せずとも行える事務管理の場合には、まさにこのことが直接的に妥当するといえる。後にありうべき所有者からのクレーム等に対しては、事後的に対応できる利害調整の仕組み（ないし救済措置）を用意することも十分可能なはずである」と指摘する。農地の問題と都市の土地利用の問題は、同じような現象に見えても問題背景が異なることが往々にしてあるが、このような「公共性」に価値を

認め、所有者抜きでも使いやすい制度を求めている点では共通性があるだろう。そうなれば、「〈現時点においては誰かが利用・耕作しているが、当該耕作者が利用・耕作を継続できなくなったので、その農地の農地としての効率的な利用を維持・継続し遊休地化を未然に防止するため、次の耕作者に当該農地の利用・耕作を引き継いでいくことが要請されている農地〉を想定して」検討すべき問題については、「その引継ぎのための具体的な手法を検討すること」が大切になるし、「農地の農地としての利用の維持・継続＝遊休地化の未然の防止を図るための予防的・事前対応的なスキームが、地域レベルで用意される必要がある」と考えられる。農地であれば、農業委員会であり、都市部の土地であれば、行政やNPO等がその受け皿になりうるだろう。新たな「スキームを考案する際には、当然に現場の知恵が求められ」、使いやく簡素で柔軟なものにすべきであろう。

## (2) 森林法

平成28年の森林法の改正では、共有者不確知森林に係る裁定制度が創設された。これは、地域森林計画の対象となっている民有林であって、当該森林の立木が数人の共有に属するものうち、森林所有者で確知することのできない者に対して、都道府県や市町村等が関与して、裁定を行い、立木の伐採及び伐採後の造林を実施するために必要な手続きを完了させるための制度である<sup>(44)</sup>。

共有者不確知森林制度の趣旨については、民法251条の共有物について、各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、共有物に変更を加えることができないこととされているところ、共有林（その立木が数人の共有に属する森林）の立木の伐採及び伐採後の造林については、共有物の変更に当たる行為であると解される。そうすると、当該森林の森林所有者が立木の伐採及び伐採後の造林を行うには、当該森林の他の森林所有者全員の同意を得ることが必要となる。もっとも、共有林においては、近年、相続による森林所有者の世代交代等が進む中で、確知することができない森林所有者（以下「不確知森林共有者」）が増加してきており、森林所有者全員の同意を得ることができずに、主伐等の森林施業ができなくなり、ひいては「造林→保育→間伐→伐採→造林」という森林資源の循環利用を推進することが困難な場面が見られるようになってきている。

このような問題を解消するためには、森林所有者を確認する必要があるが、登記簿等による所有者の確認、関係者への聴取り等を行って調査・探索を行うことは、大変な労力がかかり、これをやり尽くすということになると、その探索のために情報収集をするような法的根拠はなく、個人情報保護の壁に阻まれてしまうことも多い。つまり共有者全員の所在を確認できるような仕組みにはなっていないのである。周知のとおり、登記については日本では義務付けられたものではないため、特に資産的価値が低く、当面処分が予定されないような森林については、登記及び登記の更新がなされないことが多い。このため、調査を尽くしたとしても、所在を確認できないような共有林の森林所有者や土地の所有者が多数発生している状況にある。

さらに、現行法では、①新たに森林の土地の所有者になった者は、市町村の長にその旨を届け出なければならないこととされているが（森林法第10条の7の2第1項）、これは、平成23年の改正法の施行に伴い、平成24年4月以降に森林の土地の所有者となった者に対して適用されるものであり、それ以前に森林の土地の所有者となった者に係る情報は得られない。また、②土地売買の契約を締結した場合には、権利取得者は都道府県知事に届け出なければならないこととされているが（国土利用計画法（昭和49年法律第92号）第23条第1項）、当該届出が必要なのは土地売買等の契約が締結された場合に限定されており、相続を契機として森林所有者になった者に係る情報などは得られない。これらのことから、現在不確知となっている森林所有者に係る情報の把握は、必ずしも十分にできているとはいえない状況にある。

このため、共有者不確知森林における立木の伐採及び伐採後の造林を円滑に行えるようにする必要があった。平成28年の法改正により、不確知森林共有者の存する共有林の立木についての持分（以下「不確知立木持分」）を当該共有者不確知森林の森林所有者で知れているもの（以下「確知森林共有者」）に移転するとともに、当該共有者不確知森林の土地について造林から次の伐期までの使用権（以下「不確知土地使用権」）を設定することができる仕組みを設けることとしたのである<sup>(45)</sup>。

本制度については、確知森林共有者が、共有者不確知森林の立木の伐採及び伐採後の造林を行おうとする場合には、市町村の長による公告、都道府県知事による裁定等を経て、不確知立木持分又は不確知土地使用権を取得できることとしており、不確知森林共有者等の合意が得られていないにもかかわらず、不確知立木持分の移転等を行うことができることとなっている。

この点、民法の共有との関わりから言えば、立木持分の移転或使用権の設定など、共有物の管理か変更かはともかく、共有物の利用を明らかに越える法律行為を共有持分の多寡や共有者の意思を「確認」せずに行えることには、大きな疑問があり、民法上の共有とは相容れない制度といえる。これを民法の特別法と考えるのか、財産権の侵害と考えるのか。「公共性」や「公共の福祉への合致」の有無が問題となりうる。国土の保全、水源の涵養等の公益的機能を有する森林については、適切な森林施業を実施することによりその公益的機能の維持増進を図ることが重要である。これを踏まえ、本制度は、不確知森林共有者等が存することにより適切な森林施業の実施が困難となる場合に、確知森林共有者に不確知立木持分の移転等を行うことにより、適切な森林施業の実施を確保し、森林の有する公益的機能を果たすこととするものであり、市町村森林整備計画の達成上必要なものであることから、その規制目的が公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない。

また、本制度は、規制手段が規制目的を達成するためのものとして、必要性及び合理性に欠けていることが明らかであるとはいえない。このため、規制目的が公共の福祉に合致していないことが明らかでなく、かつ、規制手段が当該規制目的を達成するための手段として必要性及び合理性に欠けていることが明らかであるとはいえないことから、本規定は、憲法第29条の趣旨を逸

脱するものではないものと指摘されている<sup>(46)</sup>。

### (3) 土地改良法

土地改良法の改正において、共有地に係る代表制が導入された。これは、土地に共有者がある場合等は、これらの事業参加資格者を共有地に係る1人の事業参加資格者とみなすこととし、その場合、共有者等の間で代表者1人を選任することとするものである。共有地については現行制度上、事業に関する同意等に当たり、共有者全員の意思を確認する必要がある、事業の円滑な実施の支障となっているところ<sup>(47)</sup>、この点への改正がなされたものである。

この土地改良法113条の2規定を民法の規定する共有との関連で見ると、共有における共有持ち分（権）やその割合、共有者の多数決に関わらず、代表者を選任できるという点で、同規定は民法の例外規定ないし特別法であるといえることができるだろう。選任過程に法が立ち入らない点にはやや疑問が残るが、類似の立法例もあるとされており（土地区画整理法130条参照）、今後の実務を見守る必要がある。

### (4) 民法（債権関係）改正

今般の民法改正については、「民法の一部を改正する法律案」が平成29年5月26日に可決成立し、同年6月2日に法律第44号として公布された。なお、施行日は、一部の規定を除き、公布の日から起算して3年を超えない範囲内において政令で定める日とされている。

本稿の問題関心との関連で注目されるのは、表2に掲げた3条に関する改正である。

表2 民法（債権関係）改正の注目点

新	旧
(短期賃貸借) 第六百二条 処分の権限を有しない者が賃貸借をする場合には、次の各号に掲げる賃貸借は、それぞれ当該各号に定める期間を超えることができない。 <u>契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、当該各号に定める期間とする。</u> 一 樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃貸借 十年 二 前号に掲げる賃貸借以外の土地の賃貸借 五年 三 建物の賃貸借 三年 四 動産の賃貸借 六箇月	(短期賃貸借) 第六百二条 <u>処分につき行為能力の制限を受けた者又は処分の権限を有しない者が賃貸借をする場合には、次の各号に掲げる賃貸借は、それぞれ当該各号に定める期間を超えることができない。</u> 一 樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃貸借 十年 二 前号に掲げる賃貸借以外の土地の賃貸借 五年 三 建物の賃貸借 三年 四 動産の賃貸借 六箇月
(賃貸借の存続期間) 第六百四条 賃貸借の存続期間は、 <u>五十年</u> を超えることができない。契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、 <u>五十年</u> とする。	(賃貸借の存続期間) 第六百四条 賃貸借の存続期間は、 <u>二十年</u> を超えることができない。契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、 <u>二十年</u> とする。

<p>2 賃貸借の存続期間は、更新することができる。ただし、その期間は、更新の時から<u>五十年</u>を超えることができない。</p> <p>(減収による賃料の減額請求)</p> <p>第六百九条 耕作又は牧畜を目的とする土地の賃借人は、不可抗力によって賃料より少ない収益を得たときは、その収益の額に至るまで、賃料の減額を請求することができる。</p>	<p>2 賃貸借の存続期間は、更新することができる。ただし、その期間は、更新の時から<u>二十年</u>を超えることができない。</p> <p>(減収による賃料の減額請求)</p> <p>第六百九条 収益を目的とする土地の賃借人は、不可抗力によって賃料より少ない収益を得たときは、その収益の額に至るまで、賃料の減額を請求することができる。ただし、<u>宅地の賃貸借については、この限りでない。</u></p>
---	--

出典：筆者作成。下線は筆者。

相続未登記農地の活用に関する制度としては、前述の農業経営基盤強化促進法による共有地の短期賃貸借の制度がある。これは2009年の農業経営基盤強化促進法の改正により規定されたもので、同法18条3項4号において「数人の共有に係る土地について利用権（その存続期間が五年を超えないものに限る。）の設定又は移転をする場合における当該土地について所有権を有する者の同意については、当該土地について二分の一を超える共有持分を有する者の同意が得られていれば足りる。」と規定された。この規定と民法602条との関係ないし民法602条の法的性質が問題となる。具体的には、例えば農業経営基盤強化促進法18条3項4号を改正して、10年とすることは認められるか否かである。この点について、最高裁の判例はないとされており、また、解釈においても通説的見解は見当たらないようである。しかし、現行法上、農地法19条において農地法上の賃貸借を50年以下とする規定を定め、強行法規とされる民法604条1項に定める賃貸借の存続期間を20年とする規定（改正法施行後は50年となるが）の例外規定があることから考えると、民法602条の例外規定を（契約の約定ではなく）法定することは、認められるという解釈もありうるように思われる。

#### (5) 【補論】農地制度と民法…その先にあるもの？<sup>(48)</sup>

近時の議論で重要な役割を担っている山野目教授が、民法改正の議論の中で、農地制度全般についての整理の意向を有していることを示す文献がある。民法ないし所有者不明土地問題への短期的・直接的な影響は少ないと思われるが、農地制度全般が抱える問題についての意見として参考になる部分もあるだろう。補論として紹介し、若干の検討をしてみたい。

山野目は「農用地上権の制度を創設する構想」として以下のように述べている。「現行の永小作権は、名称を廃止し、これに代わるものとして農用地上権の制度を設けることとする。農業的な土地利用を想定して、債権的な土地利用権原としての土地の賃貸借と共に、物権的な土地利用権原としての永小作権を用意しておく現行法制には、それとしての根拠がある。永小作権を単純に廃止して、農業のための土地利用権を賃貸借のみとすることは安易であり、単純に永小作権を廃止するならば20年を超える賃貸借を認めなければならないのではないか、という問題の検討

が避けられないこととなるが、それは、長期安定の土地使用権原を物権として構成し、そうでないものを債権として構成することにより役割分担の透視性を高めるという立法政策の標榜と整合しないこととなる。」法制度の簡明さを求めることは、最近の諸立法に共通する1つの方向性でもあり、傾聴に値する。

これに続けて以下のように指摘する。「そこで、永小作権を現代化する新しい土地利用権が構想されることになるところ、そのような新しい土地使用権としては、地上権（一般）が都市的土地利用や林業的土地利用を含む包括的・普遍的な性格をもつ長期安定の物権として提示されることを睨みつつ、その特殊型として、土地の天然果実である作物の周期的収穫という特徴をもつ「農用地上権」を構想し、その規定編成は、地上権の章のなかに、通則規定を置く第1節と、「農用地上権」を規定する第2節を置くこととする、という構想を提案することとする（案270条以下）。永小作権は、すでに現行制度において、時間的に有限の制度であることが明確になっており、また、半永久的な土地利用権原の成立可能性を是認すべきでないといえる原則的見地に立脚するならば、その名称を変更したうえで、規律の細部については、実態を調査したうえで、さらに検討をすべきである（案278条3項）」。

そのうえで、賃貸借規定の見直しと関連させて「民法が定める用益物権の在り方に関する見直しの考え方は以上のようなものであるが、その意義を明瞭にするうえでは、これらの物権的利用権原と並べ、債権的な利用権原について検討しておくことが望まれる。そこで、見直しの方法を提示しておくとするならば、まず、賃貸借の目的物として「物」一般を想定する現行の規定編成は、これを改めなければならない必然性が認められないことから、変更しない（案601条）。したがって、土地も賃貸借の目的となりうる。しかし、都市的土地利用や農業的土地利用のために安定的に他人の土地を使用する権原は、可及的に地上権一般および農用地上権が任すべきである。宅地や農耕地としての使用を想定する土地の賃貸借も、妨げられないというにとどまる。」と述べる。永小作権については、代表的な教科書を見ても、ほとんど説明がなく、また、まさに所有者不明土地問題が生じているような現状から考えてみれば、永小作権は現実的で身近な存在とはいえないだろう。現実の必要性の観点から、賃貸借の規定を明確化することにもつながる。民法が農地制度の基本法であるという構成を明確にし、上述の短期賃貸借と農地の利用権設定の関係などを明らかにするためにも、興味深い指摘であるといえる。

この点、高橋寿一が「農地法の賃貸借規制について、農地法の立法者は、賃貸借が労働力調整的機能を営むことをむしろ積極的に期待していたのであって、賃貸借の発生に対して決して抑制的ではない。」「農地法の賃貸借規定が本来有していた意義を今日の段階で今一度評価し直してみる必要があると考えている」<sup>(49)</sup>と指摘しているが、両説には通底する部分があるのではないかと思われる。

### 3. 小括

以上見てきたように、所有者不明土地問題について、近時議論され、提言されてきている制度というのは、新しい制度というよりも、他の分野で行われてきたものや法改正がなされてきたものを所有者不明土地問題へ対象を広げるようなものが多いということがいえる。具体的には、農業経営基盤強化促進法による利用権設定、民法による短期賃貸借との関連性、森林法による所有者の意思確認困難時の裁定および補償金の供託、土地改良法における共有者意思の法的擬制による手続きの簡略化などである。

もっとも、これらの制度が整備されているとも言い難い。多くの場合、民法の特則・特別法のような形で、個別的に別異の問題状況などを背景にして創設された側面があるので、問題解決の方向性や他の制度とのバランスがはかられていない部分もある。所有者不明土地問題という横断的な枠組みで、これらの統一が一定程度図られる必要があるだろう。例えば、利用権設定の5年間という期間の妥当性などを考えてみると、確かに所有者不明土地問題という喫緊の課題を解決するために、さしあたり使いやすいものを作る必要があり、そのためには他の制度で問題が生じていない5年という期間を採用することにも現実的な利益はあるだろう。しかし、そこに「さしあたり5年」という以上の積極的な立法事実があるのだろうか。農地に関しては、10年あるいはそれ以上とするような議論も説得力があるように思われる。

また、登記制度そのものに手を着けるようなものも、今回は見送られている。仮に相続あるいは所有権移転一般において、不動産の登記の移転を義務化するとすれば、その影響は非常に大きなものとなるおそれがある。この点は、地籍などの台帳の統一ないし紐づけで足りるということもあるだろう。その一方で、相続ないし相続未登記についても、制度の変更というよりは、現状は実態把握にとどめて、登記の勧奨ないし登記をする動機づけを高めようというのが現状の方針のようである。実態調査や意識の醸成をふまえながら、制度と実態がうまく連動するような取り組みが望まれるところである<sup>(50)</sup>。

## IV まとめ

所有者不明土地の所有者、特に共有者の意思の確認については、民法では明確な通説・判例がないといえるところ、いくつかの解釈が議論されている。本稿では、喫緊の課題を解決するための新制度の内容として、農業経営基盤強化促進法による利用権設定、民法による短期賃貸借との関連性、森林法による所有者の意思確認困難時の裁定および補償金の供託、土地改良法における共有者意思の法的擬制による手続きの簡略化などを組み合わせたものが模索されており、近時の議論を経て提言される制度は、新しい制度というよりは、他の分野で行われてきたものや法改正がなされてきたものを所有者不明土地問題へ準用し、対象を広げるようなものだけといえることを

明らかにした。そして、これら基礎となる制度は現実に運用されてはいるが、課題も見つかっている。また、登記制度や相続制度そのものに手を着けるようなものも、今回は見送られていることを指摘した。残された課題といえよう。

この点、相続については、国は、現行民法に存在する不在者財産管理制度や相続財産管理制度の見直しと同時に、「法定相続情報証明制度」などを創設し、相続手続きの簡便化も進めている。相続人が存在しないと確定したとき（民法 958 条、958 条の 2）から 3 か月以内に特別縁故者による財産分与の申立てがなかった場合などには、その残余財産は国庫に帰属することになっている（民法 959 条）。もっとも、国（や地方公共団体）は、金銭以外の換価困難な財産は受け取りたがらない傾向にある。私人にとって、「困った存在」になりうる土地は、国にとっても同様である証左であり、この点を認識しながら制度を再構築・再評価する必要があるだろう。相続は、私たちにとって避けては通れない。相続ルールの整備には国民的な合意・納得とともに、そのルールが私たちにとって使いやすいものであることも大切である。民法の家族法ないし相続法の改正の議論も進められているが、本稿のような問題意識について、どのような対応がなされるかも、今後の注目すべき論点になるだろう。いずれにせよ、問題は広い範囲で噴出している。対症療法的な各制度の調整や見直しのみならず、基本制度に立ち返った制度の再構成が必要な時期にあるのではないだろうか。

\* 本稿脱稿後、平成 29 年 12 月 12 日に、所有者不明土地の円滑な利用を可能にする制度等について国土審議会土地政策分科会特別部会による中間とりまとめが公表された。具体的には「国土審議会土地政策分科会特別部会中間とりまとめ概要」「国土審議会土地政策分科会特別部会中間とりまとめ本文」およびそれぞれについて参考資料が公表された。従来議論されていた利用権設定の範囲の拡大や期間の長期化という論点からの大きな変化としては、所有権の整理にも言及している点ではないか。土地収用の手続の厳格さについては、従来から問題点が指摘されていたが、この点にもしっかりと踏み込むという考えのように思われる。詳細は国土審議会土地政策分科会特別部会 HP（[http://www.mlit.go.jp/policy/shingikai/s103\\_tokubetu01.html](http://www.mlit.go.jp/policy/shingikai/s103_tokubetu01.html)）を参照。

さらに、平成 30 年に入ってから、関係閣僚会議が開催され、そこでは相続登記の義務化が議論された。また、農水省は、利用権設定における農地中間管理機構の役割を示し、期間も 20 年とすることも認めると報じられている。詳細は他日を期したいが、さしあたり、長友昭「所有者の意思の把握が難しい農地の利用をめぐる論点と課題 — 所有者不明土地問題をめぐる立法政策と現行法の解釈からの一考察」農業法研究 53 号（近刊）を参照されたい。

\* 本研究は JSPS 科研費 26870591 の助成を受けた研究成果の一部である。

\* 本研究は「拓殖大学政治経済研究所平成 28 年度個人研究助成」を受けた研究成果の一部である。

#### 《注》

- (1) 例えば吉原祥子『人口減少時代の土地問題 — 「所有者不明化」と相続、空き家、制度のゆくえ』中央公論新社・2017 年等を参照。
- (2) プロジェクトの詳細および政策提言については東京財団の以下のサイトで閲覧できる [<https://www.tkfd.or.jp/research/land-conservation?id=63>] (2017 年 6 月 10 日確認)。

- (3) 平野秀樹 = 安田喜憲『奪われる日本の森 外資が水資源を狙っている』新潮社 2010 年（その後、2012 年に新潮文庫に収録）。
- (4) このあたりの経緯については、大水敏弘 = 館逸志 = 松尾弘 = 吉原祥子 = 稲野邊俊 = 岡田潤一郎 = 櫻井清 = 平澤春樹 = 福井秀夫「2016 年度秋季全国大会（学術講演会）報告 ワークショップ報告「所有者不明土地問題を考える」」日本不動産学会誌 30 巻 4 号、116 頁以下〔吉原祥子発言〕を参照。
- (5) 詳細は農業法研究 49 号、2014 年、4 頁以下を参照されたい。
- (6) 農業法学会 2013 年度年次大会翌日のエクスカージョンでも、その実相の一端を学ぶことができた。
- (7) 詳細は、以下のページを参照 [http://www.mlit.go.jp/seisakutokatsu/iten/seisakutokatsu\_iten\_tk\_000002.html] (2017 年 6 月 10 日確認)。
- (8) 山野日章夫「所有者所在不明土地問題の論点整理」土地総合研究 25 巻 2 号（2017 年春）9 頁。
- (9) 同上、10 頁。
- (10) 吉原祥子「農地集積に向け土地制度の再考を」（原載は「全国農業新聞」2014 年 12 月 19 日）東京財団ホームページ [https://www.tkfd.or.jp/research/land-conservation/a00878?id=1390] (2017 年 10 月 30 日最終アクセス)。詳細は東京財団「政策提言 国土の不明化・死蔵化の危機～失われる国土Ⅲ～」(2014 年 3 月発表) 8 頁以下参照 [https://www.tkfd.or.jp/files/doc/2013-06.pdf] 2017 年 6 月 10 日確認。
- (11) 同上。
- (12) 田代洋一「相続未登記農地の実態と農地集積」土地と農業 47 号、2017 年 3 月、66-67 頁参照。
- (13) 第 180 条 占有権は、自己のためにする意思をもって物を所持することによって取得する。
- (14) 第 697 条① 義務なく他人のために事務の管理を始めた者（以下この章において「管理者」という。）は、その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理（以下「事務管理」という。）をしなければならない。
- ② 管理者は、本人の意思を知っているとき、又はこれを推知することができるときは、その意思に従って事務管理をしなければならない。
- (15) 日本経済新聞夕刊 2017 年 10 月 26 日 1 面。
- (16) 国土交通省ホームページ [http://www.mlit.go.jp/report/press/totikensangyo02\_hh\_000103.html] (2017 年 10 月 30 日最終アクセス)。
- (17) 国土交通省ホームページ [http://www.mlit.go.jp/common/001201306.pdf] (2017 年 10 月 30 日最終アクセス)。
- (18) 国土交通省ホームページ [http://www.mlit.go.jp/common/001201302.pdf] (2017 年 10 月 30 日最終アクセス)。
- (19) 日本経済新聞 2017 年 10 月 26 日。
- (20) 農林水産省ホームページ [http://www.maff.go.jp/j/study/souzoku\_kento/] (2017 年 10 月 30 日最終アクセス)。
- (21) これを検討対象に含めるべきであるが、かなわなかった。他日を期したい。
- (22) 以下の共有の記述は、「特集 登記と共有をめぐる最新事情と実務」において掲載された大場浩之「共同相続と登記をめぐる判例理論の分析」市民と法 99 号、2016 年 6 月、28 頁以下の平明な説明に拠るところが大きい。
- (23) 第 85 条 この法律において「物」とは、有体物をいう。
- (24) 第 86 条① 土地及びその定着物は、不動産とする。
- ② 不動産以外の物は、すべて動産とする。
- ③ 無記名債権は、動産とみなす。
- (25) 第 252 条 共有物の管理に関する事項は、前条の場合を除き、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決する。ただし、保存行為は、各共有者がすることができる。
- (26) 第 251 条 各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、共有物に変更を加えることができない。

- (27) 山野日章夫『物権法〔第3版〕』日本評論社，2012年，169頁以下参照。
- (28) 松岡久和『物権法』成文堂，2017年，46頁以下参照。
- (29) 平野裕之『物権法』日本評論社，2016年，317頁以下参照。なお，鎌田薫『民法ノート物権法①〔第3版〕』日本評論社，2007年，225頁以下も参照。
- (30) 安藤光義「農地・山林の不在村地主問題への対策 土地改良事業の経験から」都市問題 107 巻 11 号，2016年11月，62頁以下，特に65頁以下参照。
- (31) 第903条① 共同相続人中に，被相続人から，遺贈を受け，又は婚姻若しくは養子縁組のため若しくは生計の資本として贈与を受けた者があるときは，被相続人が相続開始の時において有した財産の価額にその贈与の価額を加えたものを相続財産とみなし，前三条の規定により算定した相続分の中からその遺贈又は贈与の価額を控除した残額をもってその者の相続分とする。
- ② 遺贈又は贈与の価額が，相続分の価額に等しく，又はこれを超えるときは，受遺者又は受贈者は，その相続分を受けることができない。
- ③ 被相続人が前二項の規定と異なった意思を表示したときは，その意思表示は，遺留分に関する規定に違反しない範囲内で，その効力を有する。
- (32) 第905条① 共同相続人の一人が遺産の分割前にその相続分を第三者に譲り渡したときは，他の共同相続人は，その価額及び費用を償還して，その相続分を譲り受けることができる。
- ② 前項の権利は，一箇月以内に行使しなければならない。
- (33) 第907条① 共同相続人は，次条の規定により被相続人が遺言で禁じた場合を除き，いつでも，その協議で，遺産の分割をすることができる。
- ② 遺産の分割について，共同相続人間に協議が調わないとき，又は協議をすることができないときは，各共同相続人は，その分割を家庭裁判所に請求することができる。
- ③ 前項の場合において特別の事由があるときは，家庭裁判所は，期間を定めて，遺産の全部又は一部について，その分割を禁ずることができる。
- (34) 八田賢司「不動産登記と農地法許可をめぐる判例先例 時効取得と仮登記を中心に」月報司法書士 524 号，2015年10月，27-32頁。
- (35) 前掲注(8)論文，11頁。
- (36) 第177条 不動産に関する物権の得喪及び変更は，不動産登記法（平成十六年法律第二百二十三号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ，第三者に対抗することができない。
- なお，176条 物権の設定及び移転は，当事者の意思表示のみによって，その効力を生ずる。
- (37) 前掲注(8)論文，11-12頁。
- (38) 四宮和夫『事務管理・不当利得』青林書院，1981年，222頁注参照。
- (39) 以上につき，河上正二「ロークラス 債権法講義」法学セミナー 61 巻 6 号，2016年6月，80頁以下参照。なお，行政上の事務管理という論点もあるが，本稿では検討できなかった。
- (40) 原田純孝「地元ベースの農地利用調整と現行農地制度の問題点」『JAによる地域農業振興と農地利用調整に関する調査検討会報告書』全国農業協同組合中央会（平成29年6月），66頁以下。以下，この項では特に断りのない限り本資料による。
- (41) 同上，72頁。
- (42) 同上，72-73頁。
- (43) 同上，80頁。
- (44) 森林・林業基本政策研究会編著『解説森林法〔改訂版〕』大成出版社，2017年，33-36頁。
- (45) 前掲注(44)書，187-189頁。なお，宮部大輝「林業の成長産業化と森林法等の一部改正」時の法令 2022 号，2017年3月，4頁以下，特に10-12頁も参照。
- (46) 前掲注(44)書，197-198頁。なお，三木敦朗「林業構造・林野所有をめぐる論点と展望」林業経済 70 巻 7 号，2017年10月，特に4頁以下も参照されたい。

- (47) 田辺真裕子「農村振興関連2法に関する国会論議 土地改良法及び農村地域工業等導入促進法の改正」立法と調査391号, 2017年8月, 77頁参照。なお, 菅野真一「農用地の利用の集積の促進, 防災・減災対策の強化等のための土地改良制度の見直し」時の法令2038号, 2017年11月, 特に38-39頁に触れた。
- (48) 山野目章夫「新しい土地利用権体系の構想——用益物権・賃貸借・特別法の再編成をめざして」ジュリスト1362号, 2008年9月, 56頁以下参照。
- (49) 高橋寿一「農地法制の展開と意義」月報司法書士524号, 2015年10月, 12頁。
- (50) なお, 筆者も土地改良をめぐる調査・分析(座長: 中嶋康博東京大学大学院農学生命科学研究科教授)に参画したことがあり, 土地の所有と利用および所有者不明の土地をめぐる意思確認の改善策などについて検討し, 問題状況の複雑さを一端を垣間見たことがある。詳細は全国土地改良事業団体連合会『平成28年度土地改良制度調査・分析業務報告書 土地改良制度調査・分析チームによる調査の実施結果等について』(平成29年3月)を参照。

(原稿受付 2017年10月31日)



# 心理的瑕疵物件の民事執行上の課題

— 主観的な被害の対応をめぐって —

長 島 光 一

## 要 旨

本稿は、心理的な要素という主観面を捉えて、私法上の効果を認めている心理的瑕疵の問題について、民事執行の場面、すなわち、不動産競売において問題となった自死物件等の裁判例を分析するものである。一般に訴訟では、主観的な利益について抑制的に判断している一方で、自死物件等の売買や賃貸借において問題となる心理的瑕疵の問題場面では、損害賠償をはじめ、手厚い保護がなされている。そして、不動産競売の場面においても、その社会的事実の重要性が明確であることから、多くは不動産競売の売却決定の取消しを認めている。一方で、主観的利益をどのように認定・評価するかは、執行官による現況調査の限界もあることから、国家賠償が認められる余地は少ない。しかし、民事執行上の問題として大きなハードルではあるとしても、安易に買受人の負担とするのではなく、執行官は、現況調査を含めて、出来る限り、当事者の知ることのできる情報となるよう関係者と協力し、その情報を明らかにする必要がある（高度の注意義務）。本分析により、心理的瑕疵概念のように抽象的なものであっても一定の社会的な事実と指標の存在によって裁判上の考慮は可能であり、それは執行の場面においても妥当するが、心理的瑕疵に対応するための柔軟な手続の再考も必要である。このことは、心理的瑕疵に関する問題を越えて、主観的利益の位置づけを明確にすることでそれに基づく権利実現も可能になることを示しており、その他の事例にも応用できるのではないかと考えられる。

キーワード：心理的瑕疵，民事執行，不動産競売，自死物件，瑕疵担保責任

## 目 次

1. はじめに
2. 心理的瑕疵の概念
3. 不動産競売における心理的瑕疵の裁判例とその分析
4. 心理的瑕疵物件の不動産競売への影響と主観的利益の問題

## 1. はじめに

### (1) 心理的瑕疵の問題を検討する意義

本稿におけるテーマは、心理的瑕疵の問題である。心理的瑕疵とは、民法上、瑕疵担保責任が

問題となる場合の瑕疵の概念のひとつであり、心理的な要素という主観面を捉えて、実際に被害として損害を算出し、私法上の効果を認めている。一般に訴訟では、主観的な利益について抑制的に判断している一方で、心理的瑕疵の紛争では、主観的な利益であるにもかかわらず、損害賠償をはじめ、手厚い保護がなされている。この違いはどこにあるのか。心理的瑕疵については、不動産売買・不動産賃貸借・不動産競売の3つの場面で問題となるが、主観的な利益たる心理的瑕疵概念を整理した上で、特に自殺・殺人のあった物件（自死物件等）に注目し、民事執行場面、すなわち、不動産競売で問題となった裁判例を検討し、主観的利益をどのように評価しているのかを検討する<sup>①</sup>。

## 2. 心理的瑕疵の概念

### (1) 心理的瑕疵

そもそも、物の瑕疵に対する責任である瑕疵担保責任は、民法570条等に規定されており、売買の目的物に隠れた瑕疵があるとき、売主は買主に対して瑕疵担保責任を負うというものである<sup>②</sup>。この瑕疵とは、目的物の物理的・物質的な欠陥・不完全さであり、目的物が通常有すべき品質・性能・性状を欠いていることであるといわれている。一般に瑕疵については、物質的瑕疵と法律的瑕疵、心理的瑕疵に分かれる。

**物質的瑕疵（物理的瑕疵）**とは、目的物の物質的な欠陥であり、過去の判例では、公道に通じない（大阪地判昭和44年8月23日判時585号67頁）、通路・門が使用不能（東京高判昭和33年3月24日東高民時報9巻3号41頁）、土壌汚染（最判平成22年6月1日判時2083号77頁）などで認められている。また、**法律的瑕疵（法令上の制限）**とは、法律上の欠陥であり、過去の判例では、建築基準法上の規制（東京地判昭和47年2月29日下民集23巻1=4号96頁）、都市計画区域内での制限（東京地判昭和49年9月6日判時770号60頁）などで認められている。一方、**心理的瑕疵（環境瑕疵<sup>③</sup>）**とは、あくまで心理的な欠陥の問題であるため、目に見える欠陥ではない。瑕疵が認められた場合の法的効果は、契約解除と損害賠償である。

しかし、心理的瑕疵については、潮見佳男教授は、「民法570条の瑕疵にあたるには、『土地・建物の所有ないし占有と密接に結び付いた生活利益』であることを要し、物の所有・占有を離れて独自の評価対象となる価値としての周辺環境からの利益享受ということでは足りないという点をわきまえておく必要がある（その意味で、例えば、近隣の地価が下落しているとの事実などは、それが目的不動産の資産価値に影響を及ぼしたとしても、環境瑕疵の問題としてとらえられるものではない）。」<sup>④</sup>と指摘しており、この概念を限定する方向性を示しており、心理的瑕疵に対する考え方は必ずしも共通しているわけではない。

では、心理的瑕疵は、どういった事例があるのか<sup>⑤</sup>。下級審の判断しかないが、裁判所は、多くの事例を一色単に「心理的瑕疵」として扱っている。裁判例で認められたものとして、例えば、

便所の鬼門（名古屋地判昭和54年6月22日判タ397号102頁等）、自殺・殺人（自動車の事例として、松山地判昭和35年8月5日判タ107号102頁等）、暴力団事務所（東京地判平成7年8月29日判時1560号107頁、東京地判平成9年7月7日判時1605号71頁、東京地判平成11年6月15日RETIO44号57頁等）、隣人の脅迫的言辞（東京高判平成20年5月29日判時2033号15頁等）、性風俗特殊営業（福岡高判平成23年3月8日判時2126号70頁<sup>(6)</sup>等）などがある。

## （2）自殺・殺人における問題場面 ― 土地建物の価値への影響

心理的瑕疵の問題の中でも、特に主観的な問題であり、かつ多くの事例の蓄積があるのが、自殺・殺人に対する問題場面である。これについては、不動産売買、不動産賃貸借、不動産競売という3つの場面で様々な問題が生じる。

**不動産売買の場合**、不動産を買い受けた者が自死物件等であることを知らなかった場合における解除、説明義務違反に基づく損害賠償、慰謝料請求等のトラブルが生じている。しかし、建物自体に瑕疵があるわけではないために、そうした情報を説明するかの問題をめぐり、いわゆる事故物件であるかにつき、悪意の売主と善意の買主の対立という問題が生じる。これについて、「単に買主において、そのような事情の存する建物等の居住を好まないだけでは足りず、それが一般通常人において、買主の立場に置かれた場合に、そのような事情があれば住み心地の良さを欠き、居住の用に適さないと感じることも十分な合理性があると判断される程度にまで立ち至っているかどうかによって判断され<sup>(7)</sup>ているという分析もあり、「住み心地」や「居住への感じ方」などが重要な判断要素とされ、裁判例でも買主保護が認められた事例は多い<sup>(8)</sup>。

**不動産賃貸借の場合**、自死物件等としてその後その部屋を借りる人が減少する等の影響が考えられることから、賃貸人から賃借人及び遺族並びに連帯保証人への損害賠償請求等によるトラブルが生じている。しかし、都市部かつ単身者用が多いという賃貸物件の特質上、人の嫌悪すべき心理的欠陥を有する賃貸物件が通常の賃料で再度賃貸に出せるまでの期間を判断するまでの考慮要因の一つにとどまり、人の嫌悪すべき心理的欠陥を有する賃貸物件の存在する地域性ないし周辺住民のうわさという考慮要因が大きいため、時間の経過と相まって希釈化・風化・遁滅・消滅するものであるという分析<sup>(9)</sup>がある。もっとも、賃貸目的の不動産のその後の物理的な利用可能性や、借主への賃貸可能性が考慮されており、主観的な「嫌悪感」が経済的な価値にも影響を与えることから、それをめぐって遺族への請求の可否の問題も生じうる<sup>(10)</sup>。

**不動産競売の場合**、民事執行法75条との関係で<sup>(11)</sup>、不動産競売の売却許可決定の後に自死物件等であることを知った場合、売却許可決定の取消しができるのか、また、それを看過して書かれた評価書を信じた買受人による国家賠償が認められるのか、という問題が生じる。自死物件等につき善意であった買受人は、不動産の交換価値が著しく損なわれているとして、売却許可決定の取消しを求めることについて、「人の居住用建物の交換価値が減少を来すものと言い得るためには、買受人本人が住み心地の良さを欠くと感じるだけでは足りず、一般通常人において住み心

地の良さを欠くと感じることに合理性があると判断される程度に至ったものであることが必要<sup>(12)</sup> となるといわれている。調査書に事故物件であるとの記載なく、現地に訪れて周辺住民から知るケースも多い<sup>(13)</sup>。

以上のように、自死物件等をめぐって、利害関係人の責任を含めて、多くの問題が生じ得るものとなっている。

しかし、当初の問題点に立ち返ってみると、心理的瑕疵は、あくまでも主観的な問題であり、それが社会通念上の瑕疵概念に含まれることが一般化したもしくは一般化しつつある状況であるが、裁判例によっても、瑕疵と経済的な価値との関係が明確になっているわけではない。

そこで、以下では、不動産競売の裁判で示された心理的瑕疵についての内容を明確にし、それによって、主観的な利益がどのように経済的価値として認知され、どのような理屈で客観的評価がなされたのかを探る。

### 3. 不動産競売における心理的瑕疵の裁判例とその分析

#### (1) 裁判例とそこに現れる心理的瑕疵概念

不動産競売をめぐる民事執行に関する裁判は、公刊されているもので、16件存在している。それぞれの事件の概要と、判決における心理的瑕疵の概念を判決の新しい順に整理する<sup>(14)</sup>（なお、下線は著者による。）。

①東京地判平成25年4月24日判時2205号69頁<sup>(15)</sup>は、執行官が現況調査を行うに当たり、売却対象建物車庫に駐車されていた自動車内部に死体が存在するか否かを調査しなかったとして、原告は執行官の注意義務違反に基づく国家賠償を求めたが、注意義務違反があったとは認められないとされた事例である。

判決では、心理的瑕疵につき、「民事執行手続において、目的不動産内における自殺、その遺体の存在等の事実は、執行裁判所の売却条件等の確定のための判断資料としても、目的不動産の買受希望者の買受けの意思決定や買受価額等の判断資料としても極めて重要な事実、情報であり、執行官の現況調査の対象、範囲に含まれると解され、現況調査報告書にも当然に記載され、心理的瑕疵物件として相当額の減額評価をして売却手続きが進められるのが通常である」と述べている。そして、「調査の目的物が建物である場合に、建物内部に自動車がか置かれているときは、占有の態様としてこれを調査し、現況調査報告書に、建物内部に自動車が存在していることを記載すべきであるが、そのことから当該自動車そのものが調査の目的物となるものではなく、自動車内部に存在する動産等により、当該自動車を置いて建物を占有している者を特定する必要があるなど特段の事情がない限り、自動車の内部が当然に調査の対象となるものではない」とし、「原告提出の現況調査報告書及び評価書によると、民事執行手続において、目的不動産で自殺など人の不自然死が発生したことが判明した場合には、これを現況調査報告書に記載し、その評価に当

たりその事実を考慮しているといえるが、対象不動産に対する通常の調査の経過において、人の不自然死の発生ないしその遺体の存在が判明する場合は格別、そうでない場合には、これを疑うべき特段の事情がない限り、民事執行手続における上記のような取扱から当然に、執行官が、一般的に、現況調査に際し、調査の目的物で自殺など人の不自然死が存在するか否かについてことさら調査すべき義務を負うとはいえない」と判示している。

つまり、心理的瑕疵の存在を重要視しつつも、執行官の注意義務の側面では、特段の事情がない限り、特別な調査義務は負わないとして、自死物件であるかを確認することはないとしている点に特徴がある。

②名古屋高決平成 22 年 1 月 29 日判時 2068 号 82 頁<sup>(16)</sup> は、競売物件について売却許可決定を受けた原告人が、本件物件内で腐乱死体が発見されたことから、本件物件には「心理的瑕疵」が発生しており、これは民事執行法 75 条 1 項の「損傷」に該当するとして、本件売却許可決定の取消しを申し立てたところ、原決定が同申立てを却下したことから、原告人が執行抗告をした事案において、本件物件で腐乱死体が発見された事実は周辺住民に広く知れ渡っていることが窺われるから、本件物件の交換価値は低下したと認められ、それは死因が自殺、病死又は自然死のいずれかにかかわらず、民事執行法 75 条 1 項の「損傷」に当たるとして、原決定を取消し、本件売却許可決定を取消した事例である。

判決では、心理的瑕疵につき、「本件物件内に死因不明の前居住者の遺体が長く残置され、腐乱死体となって発見された事実は、周辺住民に広く知れ渡っていることがうかがわれることから、本件物件を取得した者が自ら使用することがためられることはもちろん、転売するについても買手を捜すのは困難であり、また、買手が現れたとしても、本件のような問題が発生したことを理由にかなり売買価格を減額せざるを得ないことは明らかであるから、本件物件の交換価値は低下したものといわざるを得ず、このことは、本件債務者兼所有者の死因が自殺、病死又は自然死のいずれであるかにかかわらず」とされている。したがって、本件物件におけるこのような物理的な損傷以外の状況もまた、本件物件の交換価値を著しく損なうものであり、民事執行法 75 条 1 項にいう「損傷」に該当するといえることができる」としている。

本件自体は、腐乱死体であるという特殊性はあるが、判決の中で、自殺・病死・自然死のいずれかに関係なく、交換価値は低下すると判断している。そして、民事執行法 75 条の「損傷」は、こうした物理的な損傷以外のものも含むとしている点に特徴がある。

なお、この事案の原審である、③名古屋地決平成 21 年 12 月 25 日判時 2068 号 84 頁は、売却許可決定取消しを認めなかったが、そこでは、心理的瑕疵について、「本件物件内の遺体が発見された経緯は、申立人の従業員が本件物件を訪問した際に偶然これを発見したというものであり、一件記録上、本件各事実が近隣住民の耳目を集めたなどの事情は窺われず、本件各事実によって、本件物件の価値が著しく損なわれたと認めることはできない」とし、心理的瑕疵自体の議論をせず、物件の価値が損なわれたと認めていない。もっとも、「著しく」という文言について、著

しいか否かの判断基準が示されていない点が気になる点である。

④さいたま地判平成 21 年 1 月 30 日裁判所 HP<sup>(17)</sup> は、不動産会社である原告が被告に対し、執行官が不動産の現況調査の際に本件不動産内で人が自殺した物件であることを発見しなかった過失又は執行裁判所が調査命令において調査事項を適切に定めなかった過失があったため、原告は事故物件ではないものとして本来の価値よりも高額で本件不動産を競落した損害が生じたとして、国家賠償法 1 条に基づき損害賠償を求めた事案であり、現況調査を担当した執行官が自殺の事実を調査しなかったことや、執行裁判所が自殺の事実の調査を指示しなかったことに過失があるとはいえないとしたとして、請求を棄却した事例である。

判決では、「本件建物内に A が自殺したことを窺わせる事情がないことや、近隣住民が D 執行官やその他裁判所の者に対し A が自殺したことを伝えていないこと、本件では本件建物は空き家であり詳しい事情を知る者がいなかったこと、個人情報保護の観点から、私的事項に立ち入った質問は躊躇され、質問を受ける側も進んで回答したとしないであろうことなどの事情を総合すると、D 執行官が認識した事情から本件建物が事故物件であることの確認を行わなかったことに、十分な評価、検討の懈怠があったとはいえない。したがって、本件現況調査報告書と本件建物の実際の状況には、事故物件という点で相違は生じているが、D 執行官の調査及び判断の過程が合理性を欠いているとはいえない」としている。そして、「対象不動産内で自殺する可能性のある人物は所有者、占有者本人やその家族、知人、等様々な範囲にわたる可能性があること、自殺した可能性のある時期も長期間に及びうること、事故物件か否かを近隣住民等に質問したところで、仮にその者が知っていたとしても答えない可能性が多分にあること、事故物件という事実以外にも取引価値に影響を与える事柄はあるのであり、それらの事柄を全て具体的に調査するのは時間的・経済的に現実的でないこと、競売物件の所在は判明しているのであるから、入札を考える者が自ら現地調査を行い得ることなどの事情を考慮すると、そもそも執行官が事故物件について積極的に調査すべき義務があるとはいえない」とする。

本判決では、心理的瑕疵か否かの調査が困難なことから、執行官に積極的な調査義務はなく、そのリスクは買受人が負うという考え方を取っている。心理的瑕疵の存在が明らかになりにくいことを正面から認め、その意義を議論することなく、調査義務がないとあっさり結論付けてしまっている点に特徴がある。

⑤福岡地判平成 17 年 9 月 13 日判時 1953 号 150 頁<sup>(18)</sup> は、競売手続により競落されたマンションが自殺物件であった場合、執行官及び評価人に調査義務の懈怠があったとはいえないとして、競落人の国に対する国家賠償請求が認められなかった事例である。

判決では、心理的瑕疵について、「本件不動産の近隣を含め、本件不動産の存するマンションに居住する他の者の『自殺があった部屋に居住している』という話題や指摘が繰り返され、居住者の耳に届く状態にあるのであって、そのような状態が長くつきまとう生活環境にあること自体嫌悪すべき歴史的背景に基づく心理的欠陥（瑕疵）を有する物件であるといえる。したがって、

本件不動産が自殺物件であるという事実は、対象不動産の交換価値の減少を招来する事実であるといえる」として、心理的瑕疵による価値の減額を認める。しかし、「こうした調査の過程で、本件不動産内でもと所有者が自殺したことを窺わせる具体的な情報や風評に接した場合は格別、そうでない本件の場合には、〇〇執行官において、それ以上に本件不動産が自殺物件であるか否かについて管理人あるいは近隣住民から事情を聴取すべき義務があったとはいえない」とし、執行官の現況調査について執行官としての注意義務違反は認めていない。そして、「原告は、相続人不存在で相続財産管理人が選任されていること、多額の抵当権の設定、住宅ローンのみならず貸金業者の抵当権が設定されていること、本件不動産には誰も居住していないこと、近年における自殺者の増加などをもって、もと所有者の死因が自殺であることを執行官は予期し得べきであったから、その死因を調査すべきであったと主張するが、こうした事情はいずれも競売物件においては特異な事情とはいえない上、もと所有者が死亡していること及び多額の負債を抱えていたことを示すものではあるとしても、もと所有者が本件建物内で自殺したことを窺わせるものとはいえず、前記判断を左右するものとはいえない」としている。

このように、心理的瑕疵の存在を認めつつも、執行官の現況調査の場面において事情聴取の義務がないだけでなく、客観的な事実からの推認についても認めていない点に特徴がある。

⑥東京地判平成14年6月18日 Westlaw JAPAN 2002WLJPCA0618007 は、強制競売の目的不動産の中で元所有者が病死し建物内に放置されていた場合、目的物に用益の権利による制限がある場合には該当せず、隠れた瑕疵には当たるが、瑕疵担保責任は競売には適用されないとして、これを知らずに目的物を買受けた不動産業者の、競売申立債権者に対する代金の一部返還請求、損害賠償請求がいずれも棄却された事例である。

本判決では、「債権者が本来受けることのできない配当金の交付を受けて不当な利益を得ているのに、何の落ち度もない買受人に著しく不公平かつ不合理な結果を強いることになる旨」の主張に対し、「強制競売の目的物に瑕疵がある場合に民法570条が適用されないことは民法570条但書が明文で定めているところであって、強制競売に参加する者にとっては周知の事実と認められ、また、このような危険があることから、競売において形成される価格は多くの場合一般の取引価格より低額であることも一般に周知の事実である」とし、「したがって、本件のような場合、買受人に担保責任の追及を否定することが、直ちに、買受人に著しく不公平かつ不合理な結果を強いることになるとは認められない」として、制度がそれを含意していることを判示している。

本判決は、執行場面において、瑕疵担保責任を請求した珍しい事案であるが、危険の伴う不動産競売の性質から、それを甘受すべきともとれる結論を導き出している点に特徴がある。

⑦東京高決平成14年2月15日 Westlaw JAPAN 2002WLJPCA02150010 は、競売により買受けた商業ビルの一室において、2年以上前に放火殺人事件が発生したとしても、同ビルの交換価値が著しく損傷されたとは認められないとし、売却許可決定の取消しが認められなかった事例である。

判決は、「本件放火殺人事件は、中央美術画廊等の本件建物の8階を使用する者や抗告人のように本件建物の買受けの申出をした者において、その発生の事実を知って「縁起が悪い」という程度の主観的な印象を抱かしめる本件建物についての歴史的経過の一事由にとどまり、同階を含め本件建物の使用収益においては何らの具体的な支障も生じさせてはいないと認められるのであって、これらに照らすと、社会通念上本件放火殺人事件が本件不動産の使用者をしてその使用の意欲を失わさせ、あるいは、買受人をしてその購入意欲を失わさせるほどの不祥事であるとは認められず、したがって、本件不動産の売却については、同事件が過去に発生していることについて前記の特段の事情があるということとはできない。すなわち、本件放火殺人事件の発生により、本件不動産の交換価値が著しく損傷されたと認めることはできない」とする。

本件は、商用利用の建物内での放火殺人につき、本件建物の使用収益において何らの具体的な支障も生じさせてはいないとしており、そもそも心理的瑕疵の問題を提示すらしていない点に特徴がある。

⑧札幌地判平成10年8月27日判タ1009号272頁<sup>(19)</sup>は、期間入札において、原決定別紙物件目録記載の不動産につき競売最高価で買受けの申出をし、売却許可決定を受けた抗告人が、その後本件物件内で腐乱死体が発見されたことから、本件物件には「心理的瑕疵」が発生しており、これは民事執行法75条1項にいう「損傷」に該当する旨主張して、本件売却許可決定の取消しを申し立てた事案である。

判決は、「右事実は買受申出のわずか1年前の出来事であり、本件不動産に居住した場合、前記事実があったところに居住しているとの話題や指摘が人々によって繰り返され、これが居住者の耳に届く状態や奇異な様子を示されたりする状態が長く続くであろうことは容易に推測できるところであり、本件不動産については、一般人において住み心地のよさを欠くと感じることに合理性があると判断される事情があり、交換価値の減少があるということは否定できないとする。そして、「民事執行法75条1項にいう「損傷」は、文言的には物理的な損傷を指すものと解されるが、物理的な損傷以外の理由によっても目的不動産の交換価値が著しく損なわれ、買受人が不測の損害を受ける場合があり、また、本件のように、同項が規定する「買受けの申出をした後」の損傷ではなくとも、現況調査報告書、物件明細書及び評価書等のいずれにもそのことが反映されておらず、かつ、買受人が買受申出時にこれを認識していなかった場合には、買受申出後に損傷した場合と異なるところはないから、このような場合にも、民事執行法75条1項、188条が類推適用される余地がある」として、自死物件につき民事執行法上の「損傷」概念を広く解釈している。

本件では、「住み心地のよさ」という主観的な利益について、交換価値の減少を認め、現況調査報告書、物件明細書及び評価書等に反映されていない以上、損傷になるとしている点に特徴がある。

⑨東京高決平成8年8月7日判タ1103号144頁<sup>(20)</sup>は、不動産売却許可決定を受け、代金を納

付した後に、本件不動産の近隣住民から本件建物において債務者兼所有者の母親が自殺したことを聞き調査したところ、本件競売開始決定前に母親が本件建物の軒先で縊死したことが判明したことから、売却許可決定の取消しを求めたものである。原審が売却許可決定を取り消した事案につき、その取り消した手続は違法であるためにその売却許可決定取消し申立てを却下した事案である。

本決定は、「居住用の建物において自殺者があった場合にその評価が下落するとしても、自殺の態様等にかかわらず当然に無価値に等しくなるとまではわかに考え難く、まして、その敷地と合わせた評価が無価値に等しくなるとは到底考えることができない。そして、前記自殺につき本件不動産にその痕跡が残っている等の事実を認めるに足りる資料はない。したがって、本件建物において自殺した者があり、その事実を周辺住民が知悉しているからといって、本件不動産につき滅失に比肩すべき事由があるということとはできず、これにつき民事執行法 53 条を類推適用することもできない」とする。

本決定は、自殺の痕跡があるかを判断基準とし、たとえその事実を周辺住民が知っているとしても、建物自体に瑕疵がない以上、不動産価値に影響がない旨を判示している点に特徴がある。

なお、本判決の原審は、⑩静岡地裁浜松支部決定平成 8 年 6 月 17 日 D1-Law 28172991 である。

⑪仙台高決平成 8 年 3 月 5 日判時 1575 号 57 頁<sup>(21)</sup>は、不動産競売開始決定のなされた不動産を買い受け、裁判所から売却許可決定を受けた申立人が、本件不動産の隣地の山林で、本件不動産の所有者の妻が自殺していたことを本件許可決定後に初めて知ったことから、本件自殺は民事執行法 75 条 1 項の「損傷」に当たるとして、本件許可決定の取消しを申し立てた事案である。本件自殺が発生した場所は本件不動産に隣接する山林であること、評価人の意見書において、自殺の存在を前提としても評価額を変更する必要性は認められないとされていることからすると、一般人において住み心地のよさを欠くと感じることに合理性があると判断される程度に至る事情があるとはいえず、本件不動産につき交換価値の減少があるとはいえないとして、本件申立てを棄却した事例である。

本判決は、「本件自殺は、本件競売物件の所在地か 200 ないし 300 メートル離れた山林内であったというのであり、本件競売物件内での出来事ではないから、同自殺が民執法七五条一項を類推して売却許可決定の取消事由となると解することはできない」とし、「本件競売物件内での自殺ならともかくも、同競売物件から約 200 ないし 300 メートル離れた山林での自殺が競売物件の評価に及ぼす影響については、専門家の間でも意見の分かれるところであるから、上記原告人の提出した不動産鑑定評価書をもってしても、未だ競売物件の評価の見直しをすべきものとまではいえない」と判断する。

本件は、建物外の山林での自殺の事案であるが、本件競売物件内での出来事ではない点を重視しており、建物内外の自殺の違いを評価している点に特徴がある。もっとも、専門家の間で議論がある指摘はされているが、それによって影響があることを認めてはいない。

なお、本判決の原審である、⑫仙台地裁大河原支部決定平成 7 年 12 月 11 日判タ 931 号 297 頁

は、「上記自殺が発生した場所は、本件不動産内ではなく、本件不動産に隣接する山林であって、本件不動産に居住した場合に、上記自殺があったところに居住しているとの話題や指摘が人々により繰り返されるとか、これが居住者の耳に届く状態が永く付きまとうといった事態が生ずるとは、にわかに予測することは困難である。また、前示のように、平成7年12月4日に提出された評価人の意見書においても、自殺があったことを前提としても評価額を変更する必要性は認められないとされているところである」として、申立てを棄却している。

⑬札幌高決平成4年6月15日金法1345号24頁は、競売宅地内で前所有者が縊死し、現在なお近隣者等からその事実を指摘されるような状況にあるときに、減価要因となり、民事執行法71条5号の売却不許可事由に該当するとした事案である。

本判決は、「宅地内で前所有者が自殺し、現在なお近隣者等からその事実を指摘されるような状況にあるときには、その取得者が住宅としての快適な居住使用が損なわれると感じるのにも相応の理由があるということができ、これを単に主観的事由として排斥することはできない。したがって、右のような事情は当該土地、建物の価値評価を低下させる事由というべきであり、その程度も軽微とは言い難いところ、本件土地、建物の最低売却価額を決定するについて右事情が考慮されたとは記録上認め得ない」と判断している。

本件は、当該物件内での自殺を主観的な事由として排斥せず、建物価値の減価要因としている点に注目できる。

なお、本判決の原審は札幌地裁室蘭支部決定平成4年4月14日判例集未登載である。

⑭新潟地決平成4年3月10日判時1419号90頁は、買受申出後に不動産競売の目的建物内において、嬰兒殺人事件四件が発生し嬰兒死体四体が発見されていたことが判明した場合に、民事執行法75条1項を類推適用して、売却許可決定が取り消された事例である。

本判決は、「本件土地、建物については、一般人において住み心地のよさを欠くと感ずることに合理性があると判断される程度にいたる事情があり、交換価値の減少があるということは否定することができない」と述べている。

本件でも、「住み心地の良さ」を重視し、交換価値の減少を認めている点に特徴がある。

⑮福岡地決平成2年10月2日判夕737号239頁<sup>(22)</sup>は、不動産競売目的建物内で元所有者が7年前自殺したことに縁由する生活環境により当該建物の交換価値に減少をきたしたことが、民事執行法75条1項の不動産の損傷に類するとして売却不許可決定をした事例である。

本判決は、「今もなお、近隣の住民が上記自殺について遍く知悉しており、買受人である甲野も買受申出後すぐに右事実を知らされ、かつ、その求めに応じて前記書面の作成をする程度の諸状況が存在していることから、7年前の出来事とはいえ近隣のうわさは依然として根強いものが残っていきまだ旧聞に属するなどとはとてもいえないこと、そして、本件土地の周囲の状況が農家や住宅が点在してはいるが、山間の田園地帯であり、必ずしも開放的な立地条件であるとはいえず、これらの諸環境からして、この後も、近隣のうわさが絶えることは簡単には期待し難い

こと、現に、本件土地、建物は、近時、売却率がかなり高く、1物件当たりの入札者も多い当庁の期間入札では入札者がなく、特別売却を実施してから1年以上経過してようやく買受申出人が現れたこと等を併せ考慮すると、本件建物に居住した場合、上記自殺があったところに居住しているとの話題や指摘が人々によって繰り返され、これが居住者の耳に届く状態が永く付きまとうであろうことは容易に予測できるところである」とし、「これを前提とする評価額は建物について前のそれより30パーセント減価すべきものとしていることを考慮すると、前記交換価値の減少は軽微なものといえないことは明らかである」とする。

本件では、山間の田園地帯という地域的な立地条件を重視して、減価を認めている点に特徴がある。

⑯仙台地決昭和61年8月1日判時1207号107頁は、不動産競売において、買受申出をした以前でかつ最低売却価額決定以後に目的建物内において殺人事件が行われたため、その交換価値が30%減価していた場合につき、民事執行法75条1項を拡張適用して、右売却許可決定を取り消した事案である。

本決定において、心理的瑕疵について、特に言及があるわけではないが、原告の買受申出当時、暴力団組員が占有しており、買受申出前に当該建物内で別の暴力団組員をリンチ殺人する事件が発生している。しかし、現況調査報告書・評価書の各作成・提出、最低売却価額の決定及び物件明細書の作成がなされた後、最高価買受申出人たる申立人が当該不動産を買い受ける旨の申し出をするまでの間に発生したものであり、最低売却価額の決定や物件明細書の記載に全く反映されていなかったこと、申立人は、この件を事前に知らないまま、買受の申し出をしたが、この件を事前に知っていたならば、上記金額で本件不動産を買い受ける意思はなかったこと等を重視して判断している。

本件は、書類作成後に建物内で発生した殺人事件につき、買受人がその事実を知らなかったことを重視した点に特徴がある。

## (2) 分析

### ① 裁判例で考慮される事由の多様さ

以上の裁判例の概要と、心理的瑕疵に関する記述から、若干の整理を行う。

まず、心理的瑕疵は、自殺、自然死、殺人といったものが含まれるが、その相違について、競売の場面において重視されていない(②)。裁判例も、どういった性質の事件ゆえに認めるか否かを分けて判断しているとも思えない。判決の中には、そこに違いはないと明言するケース(②)もある。

そして、心理的瑕疵による財産への影響についても、認めているケース(②, ⑥, ⑧, ⑬, ⑭, ⑮)と認めていないケース(③, ⑦, ⑨)に分かれているが、その違いは判然としない。建物内外の違いを重視するケース(⑪)や建物自体の痕跡の有無を重視するケース(⑨)、近隣への評

判等を考慮するケース（③，⑮）もある。

さらには、実際に、現況調査報告書・評価書・物件明細書に明記されていないことにつき、危険のリスクを誰が負担するのかという問題もあるが、不動産競売自体、そのようなリスクのあるものであると明言しているケースすらあるし（⑥），それについて、執行官の調査の限界を指摘するケースもある（④）。

また、物件の使用状況について、居住用の場合、「住み心地の良さ」を基準とするケース（⑧，⑭）がある一方、商用利用の場合は、瑕疵を認めていないケース（⑦）もあることから、この点が影響することも考えられる。

以上のように、不動産競売において、心理的瑕疵物件の扱いについては、何を重視しているのか、判断が分かれている。その背景には、事案の特殊性や事案態様の多様さに端を発しているからであると考えられ、一定の基準があるものとは言えないと思われる。逆にいえば、多くの要素の中から事案に応じて特有の事情を考慮して結論を出しているとも考えられる。

## ② 心理的瑕疵と民事執行法 75 条における不動産の損傷との関係

心理的瑕疵の問題について考慮されやすいこと背景を考えると、民事執行法学においては、民事執行法 75 条 1 項の「不動産が損傷した場合」に該当するかという解釈問題として議論されている。実際に前述の裁判例の中には、これを正面から議論するものもある（②，⑮，⑯）。不動産の損傷の場合には売却不許可の申出が可能であるが、この規定の趣旨は、損壊のない不動産の状態に基づく買受申出額での売却は不当であるからといわれており<sup>(24)</sup>、民事執行法の施行当初から、立案関係者や学説はこの不動産の「損傷」を広く解釈しあるいは類推適用すべきことを説き<sup>(25)</sup>、実務にも広がって多数の判例の蓄積がある。そして、現在は、売却手続における価格形成を目的物の交換価値の下落に応じて矯正する有力な手段となっている<sup>(26)</sup>。この目的物の交換価値は、物理的損傷だけでなく、価値的損傷を含み、そこに自殺・殺人等の人的事故の発生も含まれる。

このような民事執行法学の解釈上の議論からは、心理的瑕疵が発覚した場合、主観的な利益であっても、それは不動産の「損傷」として、財産的な価値の下落を招くことから、それを評価に組み入れることに異論はないということを示している。

## ③ 民事執行上の特殊性の考慮

不動産競売は、通常の不動産売買や不動産賃貸借と異なり、執行機関が関係するため、当事者間の意思（説明義務と合意）の問題にはならない。したがって、既出の競売の情報に依存せざるを得ず、そこで明らかになっていない情報が後から発覚したとき、執行官による調査の限界を誰がどのように負担するのかという問題も生じてくる。裁判例では、これについて認めたものはない。

民事執行の特質から考えると、心理的瑕疵の存在は認めつつも、執行官による調査が不十分であったとしても、そもそも調査の限界がある。事後的に心理的瑕疵の存在が明らかになった場合、不可抗力ゆえに、執行官の責任は認められないのだろうか。そもそも、競売は、危険が伴うものとして、リスクを覚悟した者だけが参加するものなのだろうか<sup>(27)</sup>。一方で、権利確定機関と権利実現機関の違いゆえに、形式・迅速な手続が望まれる民事執行手続の制約から、どこまで個別具体的な判断ができるのかという問題もある。これについて、「競売の場合には、競売結果の確実性の要請が働き、その結果、競売手続きの進行の具合が判断に大きな影響を与えている」という指摘もある<sup>(28)</sup>。

単に書面上の記載があるか否かの形式的なもので、買受人の自由を制約してもいいのか、執行官の注意義務とその責任の免除という論点に集約してもいいのか、課題が残る。以下で、もう少し詳細な検討をしたい。

#### ④ 執行官の注意義務<sup>(29)</sup>

心理的瑕疵物件について、執行官による調査の不備を問題として、国家賠償請求をする場合をどう考えるのか。

一般に、執行官の現況調査について、その実施方法などを直接に定めた規定はなく、調査項目は多種多様であり、個別事例によって事情が異なる一方で、民事執行の迅速な事務処理の要請からくる時間的制約や過大な費用の支出を控えなければならない経済的制約、執行官の権限の限界など、調査活動には制約がついている<sup>(30)</sup>。現況調査後、執行裁判所に提出する現況調査報告書についても、民事執行規則 29 条 1 項所定の事項を記載するにとどまり、競売物件の瑕疵などは、調査の対象外であり、その評価は評価人（不動産鑑定士）であるとされる<sup>(31)</sup>。

そうしたことを前提に、執行官がどの程度の注意義務を課すかについて、大きく 2 つの考え方があり。一つ目に、調査の方法・範囲の選択を担当執行官の裁量に委ねなければ適正かつ効率的な調査は期待しがたいために、調査の方法・範囲の選択を執行官の合理的選択に委ね、執行官がその裁量を著しく誤った場合には、注意義務違反の問題が生じるとし、調査結果に誤りがあり、その結果、買受人が損害を被ったとしても、執行官の裁量権の行使に著しい逸脱または濫用がない限り、注意義務違反は問題とはならないとする考え方である<sup>(32)</sup>。

二つ目に、一般市民の買受申出の促進という使命を担った現況調査制度等の趣旨から考え、執行官が行った現況調査の結果を信頼した買受人の保護を重視し、執行官に厳格な現況調査の義務を課すべきであるとする考え方である<sup>(33)</sup>。

最判平成 9 年 7 月 15 日民集 51 卷 6 号 2645 頁は、「執行官が現況調査を行うに当たり、通常行うべき調査方法を採用せず、あるいは、調査結果の十分な評価、検討を怠るなど、その調査及び判断の過程が合理性を欠き、その結果、現況調査報告書の記載内容と目的不動産の実際の状況との間に看過し難い相違が生じた場合には、執行官が前記注意義務に違反したものと認められ、国は、

誤った現況調査報告書の記載を信じたために損害を被った者に対し、国家賠償法一条一項に基づく損害賠償の責任を負うと解するのが相当である」と判断している<sup>(34)</sup>。すなわち、執行官は現況調査上の一般的な注意義務を負い、執行官の調査及び判断の過程が「合理性」を欠き、かつ現況調査報告書の記載内容と目的不動産の実際の状況との間に、「看過し難い相違」が生じた場合に、執行官の注意義務違反が認められるというものである<sup>(35)</sup>。もっとも、この義務違反のハードルは高く、認められるケースはほとんどない。

判例の考え方に対して、心理的瑕疵物件においては、平穩を望む周囲の環境ゆえに、そうした事実を言いたがらない風潮がある。誰も情報を言わない場合の責任について、民事手続における証明責任の考え方から、原告（すなわち、買受人）がそれを負担することになるが、それでよいのかが問題になる。立証にあたって、当事者間に情報格差があるとき、事実を把握できるかどうか「証拠との距離」によって判断されるべきものかと考えるのが一般的であるが、客観的事実を当事者全てが知らない場合の負担のあり方は、議論が少ない<sup>(36)</sup>。これまでの一般的な考え方である、証明責任によって一義的に判断することも可能であろうが、これについて、一方当事者の情報を知る機会が限られている以上、同様の扱いでよいのか疑問が残る。そこで、民事訴訟法における情報提供義務<sup>(37)</sup>や協力義務<sup>(38)</sup>という概念が議論されており、こうした当事者間の情報格差をうめる考え方を民事執行場面においても考慮する必要があると思われる。

こうした考え方を取り込むと、より「情報」に近い執行官には、一般的な注意義務にとどまらず、高度な注意義務に基づく責任が生じうるとも考えられる。執行官には、執行機関としての職権調査も可能であることから、より慎重な調査をする必要がある。

#### 4. 心理的瑕疵物件の不動産競売への影響と主観的利益の問題

##### (1) 心理的瑕疵物件の不動産競売への影響

結局のところ、心理的瑕疵があるという主観的な問題について、売買や賃貸借の場面では、一般的にそれによる価値の滅失が認められているが、それ自体、主観的ゆえに形になって残るものではない。こうした目に見えないものを損害として捉えることができるのかは、社会常識の捉え方の問題でもあり、事例の蓄積を待たざるを得ない状況であるといえる。そして、その判断もケースバイケースにならざるを得ない点で、民事執行の形式的判断と相容れない問題が生じ、結果的に、その負担が買受人に重くのしかかっている状況ともいえる。すなわち、主観的な利益について、原告たる買受人が自らそれを発見し、対応するリスクを負い、証拠との距離の近い執行官は、「特段の事情」がない限り、その責任を負わない構造になっている。

しかし、今日の不動産取引において、心理的瑕疵について、その財産的な被害を指標化し、滅価の程度も基準化することも可能となっている<sup>(39)</sup>。学説上も、民事執行法75条1項の不動産の損傷に該当することに異論はない。また、証拠との距離の観点から、買受人の負担の問題ではな

く、権利実現機関たる執行裁判所の執行官の高度の注意義務を斟酌することも考えられる。

このような議論から考えると、心理的瑕疵は、主観的利益とはいえ、社会状況の変容と共にその利益を認める状況に至っており、それゆえ、不動産競売において、その利益侵害を「損害」と評価することは一般的に認められているといえる<sup>(40)</sup>。そして、主観的利益の侵害を損害として認めるにあたって、損害の程度を計る指標ができ得る場合には、価値の把握が可能となり、その評価もより認められやすくなるのではないかと推測できる<sup>(41)</sup>。

もっとも、実際のところ、こうした心理的瑕疵の存在とそれによる損害を認めるにあたって、心理的瑕疵物件における執行官と買受人とのトラブルについて、民事執行の性質から、売却許可決定の可否、執行官の注意義務の可否の判断を下す以前に、心理的瑕疵という事実の存在を前提にしつつも、どのように把握できるのか、執行官の調査能力との関係で限界があることは確かである。しかし、だからこそ、改めて評価をし直すなど、手続上、柔軟な対応をすることで、買受人の不利益を解消する必要がある<sup>(42)</sup>。執行官の権限と義務を考える以前に、心理的瑕疵の存在を前提とする手続をつくり出すことも一つの解決策ではないかと思われる。

## (2) 心理的瑕疵の民事執行上の取扱いの意義とその応用可能性

以上を整理すると、訴訟で問題となる主観的利益について、心理的瑕疵の概念は、抽象的な概念であっても、その社会的事実の重要性が明確である以上、不動産競売においても多くは心理的瑕疵の概念を認め対応をしている。そして、その利益を侵害する場合、損害賠償（国家賠償）や売却許可決定の場面における取消しなど、民事執行上の効果も発生する。主観的利益をどのように把握し評価するかは、執行上の問題として大きなハードルではあるが、買受人の負担とするのではなく、執行官が現況調査を含めて、出来る限り、当事者の知ることのできる情報となるように、関係者の協力を促し、その情報を明確にする必要がある。取引上、心理的瑕疵概念のように抽象的なものも一定の社会的な事実と指標の存在によって考慮することは可能であり、執行の場面においても妥当することは、心理的瑕疵に関する問題を超えて、主観的利益の位置づけを明確にすることでそれに基づく権利実現も可能になることを示しており、その他の事例にも応用できるのではないかと考えられる。そして、その権利実現のためには現行の手続だけでなく $+ \alpha$ の手続を検討する余地があるとも考えられる。

## (3) 補論 — 環境訴訟の主観的な利益の課題へ

以上では、心理的瑕疵を例に主観的利益の問題を検討してきたが、以下は、その他の事例への応用にむけた問題提起のための補論である。

近年、不法行為法上、保護される利益が拡大し、多様化しつつある<sup>(43)</sup>。特に環境紛争においては、公害訴訟（健康被害の救済が目的）から環境訴訟（景観保護や自然保護が目的）へと変遷していることに代表されるように、その傾向が顕著である。

公害訴訟は、実際に被害が生じており、その救済における訴訟のハードルの高さが問題になるが、環境訴訟は、被害が生じているか不明確であったり将来被害が生じる可能性があったりするため、そもそも訴訟提起が可能かという問題も生じる。もっとも、環境訴訟における「被害」という概念自体、不明確であるともいえよう。近時、相次いで地裁判決が出されている福島原発賠償訴訟において、ふるさとを喪失したということを損害と捉えて請求に含め、それが認められたものもある（例えば、千葉地判平成28年9月22日判例集未登載、福島地判平成28年10月10日判例集未登載）。このように、これまでの人身被害を前提とする損害賠償という客観的に明白な被害の典型とは異なる被害に対し、どのように権利侵害を認め、被害の救済を実現するかという問題が生じている。

裁判所においても、水俣病待たせ賃訴訟最高裁判決（最判平成3年4月26日民集45巻4号653頁）では、「認定申請者としての、早期の処分により水俣病にかかっている疑いのままの不安定な地位から早期に解放されたいという期待、その期待の背後にある申請者の焦燥、不安の気持を抱かされないという利益は、内心の静穏な感情を害されない利益として、これが不法行為法上の保護の対象になり得る」として、主観的な利益の存在を認めている。また、環境紛争において、国立マンション訴訟最高裁判決（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）も、「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益は、法律上保護に値するものと解するのが相当である」として、主観的ともいえる景観利益の存在を認めている。

裁判において、一般に客観的事実が重視される。したがって、主観的な事情はできる限り、客観化できる指標に置き換えて判断することが法的安定性の観点からも必要といえよう。しかし、その被害が顕在化しない限り、訴えを起こすことは困難になってしまうことは、権利の実現を図る上で問題である。もっとも、主観的な利益は権利性が弱く、先に述べた水俣病待たせ賃訴訟も国立マンション訴訟も、その権利性は認めつつも請求自体は認めてはいない。また、ふるさと喪失の賠償額も大きいとはいえない。

したがって、既存の問題事例から、主観的な利益を重要な権利として捉えて財産的な被害が認められているケースを探求し、そこからの示唆を得ることが必要といえる。

このような環境訴訟についての問題状況を心理的瑕疵の問題状況と対比すると、共に主観的利益の問題でありながら、大きく異なる対応となっている。すなわち、①社会的事実の重要性の明確化と②損害に対する明確な指標の有無の違いがあり、こうした点が影響しているのではないかと考えられる。さらなる分析は他日を期したい。

## 資料 判例一覧

番号	判決日	出典	判断	事件	目的物	死亡場所	死亡者態様	事件後	買受価格
①	東京地裁平成25年4月24日	判タ1395号106頁, 判時2205号69頁	請求棄却	自殺物件	住宅	車庫の自動車内	硫化水素中毒による自殺	現況調査で発見できず	1,471万9,297円
②	名古屋高裁平成22年1月29日	判時2068号82頁	競売許可決定取消(③の控訴審)	自然死	マンション	マンション内	腐乱死体	死亡後4か月, 売却許可決定後に発見	不明
③	名古屋地裁平成21年12月25日	判時2068号84頁	申立て却下	自然死	マンション	マンション内	腐乱死体	死亡後4か月, 売却許可決定後に発見	不明
④	さいたま地裁平成21年1月30日	裁判所HP	請求棄却	自殺物件	土地建物	建物内(階段での縊首)	前所有者	現況調査で発見できず	2,808万円
⑤	福岡地裁平成17年9月13日	判時1953号150頁	請求棄却	自殺物件	マンション	マンション内	不明	3点セットに記載なし	1,680万円
⑥	東京地裁平成14年6月18日	Westlaw JAPAN 2002 WLJPCA 0618007	請求棄却	自然死	木造2階建ての土地建物	建物内	変死	不動産競売後, 現況調査で死体発見(死後数か月)	1,345万9,000円
⑦	東京高裁平成14年2月15日	Westlaw JAPAN 2002 WLJPCA 02150010	抗告棄却	殺人	賃貸店舗事務所ビル	8階貸室	放火殺人	2年前	1億3,968万円
⑧	札幌地裁平成10年8月27日	判タ1009号272頁	売却許可決定取消	自殺物件	住宅	建物内	所有者の夫	約半年前	1,420万2,600円
⑨	東京高裁平成8年8月7日	判タ1103号144頁, 金法1484号78頁	原判決取消申立て却下(⑩の控訴審)	自殺物件	住宅	軒先で縊死	元所有者の母	約1年前	不明
⑩	静岡地裁浜松支部平成8年6月17日	D1-Law 28172991	売却許可決定取消	自殺物件	住宅	軒先で縊死	元所有者の母	約1年前	不明
⑪	仙台高裁平成8年3月5日	判時1575号57頁, 判タ931号294頁	抗告棄却(⑫の控訴審)	自殺物件	住宅	200~300メートル先の山林での自殺	所有者の妻	2年半前	1,622万6,000円
⑫	仙台地裁大河原支部平成7年12月11日	判タ931号297頁	申立て棄却	自殺物件	住宅	200~300メートル先の山林での自殺	所有者の妻	2年前	1,622万6,000円
⑬	札幌高裁平成4年6月15日	金法1345号24頁	売却許可決定取消	自殺物件	住宅	土地内のフェンスで首つり自殺	前所有者	約4年前	551万1,000円
⑭	新潟地裁平成4年3月10日	判時1419号90頁	取消認容	殺人	住宅	不明	幼児殺人4件	昭和60~63年に殺人, 平成3年3月31日~4月15日に発見, 平成3年8月に競売開始	1,309万1,800円

⑮	福岡地裁平成2年10月2日	判タ737号239頁	売却不許可	自殺物件	住宅	不明	元所有者	7年前	不明
⑯	仙台地裁昭和61年8月1日	判時1207号107頁	取消認容	殺人	住宅1階建て(暴力団組員が占有)	長時間の木刀で殴打, 血が周囲の壁襖, 畳に付着	占有していた暴力団員の所属する暴力団の元組員	昭和58年10月最低売却価額決定, 昭和59年6月建物内でリンチ殺人事件, 昭和60年11月最高価買受申立て	1,370万円

以上

《注》

- (1) なお、本稿にあたっては、著者が委員を務めた商事法務研究会「自死遺族が直面するいわゆる心理的瑕疵物件をめぐる空き室損害問題に関する判例等調査」(2014年～2015年、内閣府委託調査)における調査・検討の機会と問題意識がきっかけとなっている。このような機会を頂いた商事法務研究会並びに同委員長の北河隆之先生と同委員の本間勝先生にはこの場を借りて御礼申し上げたい。
- (2) 瑕疵担保責任の性質をめぐるのは、法定責任説と契約責任説の対立があるが、不動産の場合は、特定物であるため、問題はほとんど生じない。
- (3) 環境瑕疵は、心理的瑕疵より広い概念で用いられている場合が多く、自殺などの心理的瑕疵に加えて、通路の不存在・不完全による瑕疵、騒音・日照・眺望などの場合における瑕疵も含まれているようである。なお、平野裕之『民法総合5 契約法(第3版)』(信山社, 2007年)352頁以下では、心理的瑕疵と環境瑕疵を分けて議論している。
- (4) 潮見佳男『債権各論I』(信山社, 2002年)218頁。
- (5) 心理的瑕疵を分析した論文として、栗田哲男「不動産取引と心理的瑕疵(横浜地判平成1・9・7)判タ743号(1991年)26頁以下、遠藤浩=平井一雄編『注解不動産法(1) 不動産売買』(青林書院, 1993年)541頁以下[三和一博執筆]、三好弘悦「心理的瑕疵(自殺・殺人事故)物件の取扱いについて」不動産東京102号(1999年)2頁以下、後藤泰一「不動産の売買と心理的瑕疵について」信州大学法学論集3号(2004年)25頁以下、石松勉「自殺・殺人を原因とする心理的欠陥に対する売主の瑕疵担保責任について」法学論叢(福岡大学)53巻3号(2008年)1頁以下、同『『心理的瑕疵』概念の一考察(一)』法学論叢(福岡大学)58巻1号(2013年)1頁以下、同『『心理的瑕疵』概念の一考察(二・完)』法学論叢(福岡大学)58巻3号(2013年)411頁以下、中戸康文「心理的瑕疵に関する裁判例について」REITO82号(2011年)118頁以下、宮崎裕二「不動産取引における心理的瑕疵」法律時報83巻3号(2011年)103頁以下、山田創一「賃貸不動産の心理的瑕疵をめぐる自死遺族への不当請求について」清水元ほか編『財産法の新動向(平井一雄先生喜寿記念)』(信山社, 2012年)519頁以下、岡本正治=宇仁美咲『詳解不動産仲介契約(全訂版)』(大成出版社, 2012年)599頁以下、胡光輝「心理的瑕疵と説明義務」根田正樹編『説明義務の理論と実際』(新日本法規, 2017年)142頁以下等がある。また、宮崎裕二ほか『不動産取引における心理的瑕疵の裁判例と評価』(プロGRESS, 2014年)もある。
- (6) 建物を買った者が「これを使用することにより通常人として耐え難い程度の心理的負担を負うべき事情に当たる」とされた判決である。その心理的負担について、民事訴訟法248条を用いて損害を認定している点が重要といえる。
- (7) 石松(二・完)・前掲注(5)443頁。

- (8) なお、近年、自死遺族への賠償請求が問題になっているために、その点について言及する。賃貸マンション等で自死等が発生した場合、それによる不動産価値の下落をその者の帰責に求め、その価値下落分の金額につき、原因を作出した本人及び遺族に対して損害賠償を求められ得るのかという喫緊の問題、また、本人と家族が同居していた場合の問題、期間経過後の土地建物売却時への影響はあるかという将来の問題等、減価等の評価は遺族のその後のふるまい方にも影響するという問題が生じうる。
- (9) 石松（二・完）・前掲注（5）445頁。
- (10) 自死遺族への請求は、自死遺族が、被害者であるとともに、遺族並びに連帯保証人として加害者側としての責任を負うことにもなることで問題になる。なぜなら、いわゆる事故物件として、新たな賃借人が入らないことによる補償を求める賃貸人が被害者として扱われるからである。
- (11) 民事執行法75条1項は、「最高価買受申出人又は買受人は、買受けの申出をした後天災その他自己の責めに帰することができない事由により不動産が損傷した場合には、執行裁判所に対し、売却許可決定前においては売却の不許可の申出をし、売却許可決定後においては代金を納付する時までにその決定の取消しの申立てをすることができる。ただし、不動産の損傷が軽微であるときは、この限りでない」とあり、但書の「不動産の損傷」の解釈が問題になる。
- (12) 石松（二・完）・前掲注（5）444頁。
- (13) 自死遺族との関係では、土地建物の処分について、自死物件であることが大きな影響を与えうる。遺族がその土地建物を所収していた場合、売却する際に影響が出ることが予想されるからである。
- (14) なお、本稿の最後に、資料として、判例の一覧表を掲示してある。
- (15) 評釈として、小田司「判批」金融法務事情2019号71頁、大西宏道「判批」訴訟月報60巻4号832頁がある。
- (16) 評釈として、塩崎勤「判批」登記インターネット12巻6号（2010年）166頁、新井勇次「判批」RETIO80号（2011年）154頁がある。
- (17) 評釈として、太田秀也「判批」RETIO75号（2009年）62頁がある。
- (18) 評釈として、内田輝明「判批」不動産研究49巻4号（2007年）52頁、塩崎勤「判批」民事法情報248号（2007年）74頁、川野恵一「判批」RETIO67号（2007年）92頁がある。
- (19) 評釈として、伊藤隆之「判批」RETIO45号（2000年）77頁がある。
- (20) 評釈として、山田敏彦「判批」判例タイムズ978号（平成9年主要民事判例解説）196頁、田中稔「判批」RETIO38号（1997年）53頁がある。
- (21) 評釈として、村上秀樹「判批」RETIO11号（1996年）44頁がある。
- (22) 評釈として、柴谷晃「判批」判例タイムズ762号（平成2年度主要民事判例解説）272頁がある。
- (23) 不動産売買において、「住み心地の良さを欠き、居住の用に適さないと感ずることに合理性があると判断される程度」に至ったことが、心理的瑕疵に当たるとされる事例が多い。例えば、横浜地判平成元年9月7日判タ508号136頁、東京地判平成7年5月31日判時1556号107頁、浦和地判支判平成9年8月19日判タ960号189頁等。
- (24) 松本博之『民事執行保全法』（弘文堂、2011年）193頁。
- (25) 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』（青林書院、2016年）505頁。なお、同書523頁には、心理的瑕疵を含む民事執行法75条1項における不動産の損傷をめぐる多数の判例の整理を行っている。
- (26) 中野＝下村・前掲書505頁。
- (27) こうした構図は、環境・公害問題における危機への接近の法理と同様といえる。
- (28) 宮崎ほか・前掲書126頁。
- (29) 執行官の注意義務については、伊藤正晴「執行官の注意義務と責任」新民事執行実務8号（2010年）25頁以下において、全体像と主要判例を概説している。
- (30) 小田・前掲75頁。もちろん、執行官の人的資源の限界もあるといえよう。現況調査の全般的な問題については、古島正彦「執行官の執行現場等における問題点」判例タイムズ1069号（2001年）67

頁以下を参照。

- (31) 内田義厚「瑕疵担保責任と不動産競売 — 債権法改正の中間試案の検討を兼ねて —」金融法務事情 1982 号 (2015 年) 58 頁。
- (32) 山口和男 = 野村直之「執行官の過失と国家賠償 (2・完)」判例タイムズ 667 号 34 頁。
- (33) 生熊長幸「判批」判例時報 1385 号 (判例評論 390 号) 54 頁, 同「判批」判例時報 1512 号 (判例評論 432 号) 66 頁。
- (34) 評釈として, 山下郁夫「判批」ジュリスト 1126 号 (1998 年) 324 頁以下, 栗田隆「判批」ジュリスト 2235 号 (平成 9 年度重要判例解説) (1998 年) 133 頁以下, 内堀宏達「判批」判例タイムズ 978 号 (平成 9 年度主要民事判例解説) (1998 年) 198 頁以下, 島田清次郎「判批」民商法雑誌 118 巻 4 = 5 号 (1998 年) 686 頁, 和田吉弘「判批」法学教室 211 号 (1998 年) 145 頁以下, 升田純「判批」NBL660 号 (1999 年) 63 頁以下がある。
- (35) 小田・前掲注(15) 77 頁。同 80 頁は, 「自殺などがあつた競売物件については, これを疑ふべき特段の事情があつたといえるか否かが重要であり, そのような事情がない限り, 執行官が自殺などの事実について調査しなかつたとしても, 現況調査を行った執行官の注意義務違反は問題とはならない」と整理する。
- (36) 拙稿「環境における新たな知見の発見と再審理の可能性」日本土地環境学会誌 20 号 (2013 年) 77 頁以下は, 環境紛争についてであるが, 当事者が誰も知見を持っていない場合の訴訟のあり方を検討している。
- (37) 例えば, 伊東俊明「主張過程における当事者の情報提供義務についての一考察」民事訴訟雑誌 56 号 (2010 年) 190 頁以下, 伊藤眞「文書提出義務と自己使用文書の意義: 民事訴訟における情報提供義務の限界」法學協會雑誌 114 巻 12 号 (1997 年) 1444 頁以下等を参照。
- (38) 例えば, 濱崎録「民事訴訟における情報の収集と相手方の協力義務」民事訴訟雑誌 63 号 (2017 年) 243 頁以下, 同「提訴前手続における相手方の協力義務に関する一試論」香川法学 27 巻 3 = 4 号 (2008 年) 279 頁以下等を参照。
- (39) 例えば, 宮崎ほか・前掲書注(5) 160 頁以下には, 心理的要因による原価率の査定についての判断手法が示されている。
- (40) 畠山新「売却許可取消制度の研究 (下)」金融法務事情 1965 号 (2009 年) 30 頁は, これまでの不動産競売における心理的瑕疵の事案が, 抽象的な概念を用いずに交換価値の減少を説明するために「噂話の有無」を判断基準としたのに対し, 「瑕疵については, 物理的なものに止まらず, 心理的なものも含まれるとし, 墓地に隣接しているとか, 死亡事故を起こした自動車の例などと同様に, 端的に一般的かつ因習的ともいふべき強度の心理的嫌悪感が伴うものがあることを承認し, その存在を根拠とすべきではなからうか」と指摘しており, 主観的な概念をそのまま認める考え方を提示している。
- (41) 指標化が可能ということは, その指標を公開することで要素を分析し直すことができ, それによって手続としては迂遠な道を通ることになるかもしれないが, 結果的に満足を得られることを示している。畠山・前掲 31 頁では, たとえ, 取消・却下によって, 代金不納付になったとしても, 再評価し直され再度売却になった事案でほとんどが売却されていると説明する。これは, 例えば, 不動産賃貸借における心理的瑕疵物件について, 安さゆえに逆に人気があるという事案も見られることと構造が似ているのかもしれない。
- (42) 栗田・前掲注(34) 134 頁は, 競売手続を取消することが唯一の選択肢ではなく, 「所在の確認を買受希望者に委ね, 最低売却価格を相当程度低減して競売することも許されると考えたい」と, 新たな方法を提示している。
- (43) 吉村良一『不法行為法 (第 5 版)』(有斐閣, 2017 年) 37 頁。

(原稿受付 2017 年 11 月 8 日)

# ドイツにおける行政事件の メディエーションに関する覚書

高橋雅人

## 要 旨

「メディエーション法」という一般法を2012年に成立させたドイツの法制化とその実践を見たいう  
えて、メディエーション手続が「行政の民主的正当化」の補完要素となりうるのかを検討すること  
で、メディエーション法の憲法原理上の意義について問う。ドイツのメディエーションはインフォ  
ーマルな性質をもち、事実上の効力しかないとされる。だからこそ、筆者は、手続の効率性のために、  
メディエーション手続を行政手続法に代替させてしまうことは、行政手続法の意義を減退させない  
ためにも、本来慎重でなければならない、と考える。メディエーションの構想は、公的部門と私的  
部門との協働の新しい形式で行われる解決手続である。それは事実上、国家による手続責任を部分  
的に民間化し、国家が事実上の負担軽減を行っている。従来の手続法が、国家主導で行うのと対照  
的に、社会に開かれた対話によって、よりよい考量を目指す手続ということになる。それにより、  
官庁の決定の社会的受容が促進され、執行の欠損が緩和される、という構想ができあがる。この構  
想により形成される公と私の新たな手続上の関係は、拘束力の効果として現れる行政の最終責任の  
問題にかかわる。行政の自律性は、行政が最終的に自らの決定に責任を負うことを前提とするはず  
が、メディエーションにより、その責任の抛り所が曖昧になってしまえば、行政の自律的な権限  
行使がありえなくなる。したがって、そのような前提の下では、メディエーションの仕組みは、  
「行政の民主的正当化」に寄与することは期待できないだろう。メディエーションにおける決定が、  
「中立の第三者」の介在で行われる限り、それは、行政の自律的な決定を前提できないため、結局、  
民主的正当化の要素を代替することはできないのである。したがって、このメディエーション手続  
に見る「行政の民主的正当化」の補完は、少なくとも代替できるものとはなりえないのである。

キーワード：メディエーション、行政の民主的正当化、ガバナンス、ADR

## 1. はじめに

### (1) 問題設定

すでに日本では、紛争解決手続として、司法による裁判だけではなく、裁判外紛争手続  
(ADR)が活用されている。ADRとして、裁判所内で調停委員による調停を行う民事調停法に  
基づく民事調停がある。その一方で、公害等調整委員会や建設工事紛争審査会のように、国また

は都道府県における調停・あっせんなどの、いわゆる「行政型ADR」がある<sup>(1)</sup>。

もとより、手続法を日ごろ専門としていない筆者が、このテーマを扱うのは、ドイツにおける「行政の民主的正当化」の議論を見るなかで、調停などのADRが行政の民主的正当化を補完する要素として機能した、という記述に出くわし、それに疑問をもったからである<sup>(2)</sup>。筆者は、かねてから、市民が行政決定に参加することで、その決定を市民が「受容」するというのが、民主的正当化の補完要素として数えられるかどうかに関心を寄せ、かつ、そのことを否定的に考えている。しかし、その一方で、ドイツでの議論は、これを肯定して、市民の「受容」が、行政の民主的正当化の補完的な一要素となるという見解がある。

したがって、本稿は、果たしてそのような考え方がありうるかということにつき、裁判外紛争手続の、とりわけ近年ドイツで法制化が行われたメディエーション法について取り上げることにする。そこで、ここでは、手続法上のルールについて詳しく掘り下げるというよりも、その制度が、果たして民主的正当化を補完するものとなるのか、という点に着眼する限りで、メディエーション法を検討することとなる。

そこで、「メディエーション法」という一般法を成立させたドイツの法制化とその実践を見たとく<sup>(3)</sup>、その実践的意義を確認し、メディエーション手続が、「行政の民主的正当化」の補完要素となりうるのかを検討することで、メディエーション法の憲法原理上の意義について問うことにする。

## (2) ドイツにおける問題状況

以上の問題を扱う前提として、ドイツの行政紛争における、解決の取り組み状況について、説明しておかねばなるまい。70年代より、産業廃棄物処理施設や原子力発電所の設置・稼働ないし、都市計画策定等について、周辺住民との紛争がますます激化し（しばしば「巨大プロジェクト」の問題と呼ばれる）、市民との紛争処理や解決について、行政手続を促進し、行政決定を受容してもらうよう促進することが求められた<sup>(4)</sup>。そこで、紛争当事者の交渉過程は、一方ではフォーマルな行政手続の枠内で行う場合や、インフォーマルな「話し合い」で行うこともあった。これらは、法的には非常に限定的にしか規律されておらず、法的な位置づけが求められるところでもあった。

それは、事件に関与している官庁が、憲法・行政法上の基準に従いつつ、公益に責任を負って作用するなかで、交渉によって得られた合意に自動的に決定を委ねることが、行政の自律性の観点からも、いかに法的に説明できるのかが曖昧なままだという問題があったからである<sup>(5)</sup>。そこで、憲法上の問題としては、ドイツ基本法に規定された民主主義原理や法治国家原理との整合性が考えられねばならないという主張<sup>(6)</sup>が出されたのである<sup>(7)</sup>。例えば、合意を志向する手続や、行政決定に市民などの紛争関係者が関わることは、憲法の予定した民主主義原理との関係が問題となる。とくに、行政決定を左右する機関や手続、そして、その決定結果に対する国家の決定に

ついで、民主主義原理の問題だ、というわけである<sup>(8)</sup>。

## 2. メディエーション法の制定

ドイツでは、「メディエーション法」の制定は、徐々に行われていった。もともと、英語の「メディエーション」の用語をドイツ語化したのは、90年代初頭である。とくに、シュテファン・ブライデンバッハの教授資格請求論文「メディエーション——紛争における仲介の構造、チャンス及びリスク」<sup>(9)</sup>が本質的な足場を築いたとされる。さらに、1996年には、ブライデンバッハらの指揮の下でケルン弁護士会が開催した、大規模な専門家会議で、「法律家にとってのメディエーション」がテーマとされた<sup>(10)</sup>。そして、2008年9月には、エアフルトでの第67回ドイツ法律家会議の中心テーマにメディエーションが選ばれた<sup>(11)</sup>。従来、ドイツでは、裁判による紛争解決が中心的な紛争解決機能を果たしてきたが、70年代の行政手続法の定立にはじまり、近年では合意による紛争処理が確固とした1つの法文化となっているのである。2007年には、連邦憲法裁判所でさえ、「まずは、争っている問題状況を、合意の上での解決によって克服することは、法治国家においてさえ、原則的には裁判官による紛争決定より好まれる」と述べている<sup>(12)</sup>。

もっとも、ドイツで、メディエーションが法定化されるには、EUという「外圧」を待たねばならなかった。欧州議会と欧州理事会は、選択的紛争解決手段の法化を推し進め、2008年に、いわゆる「メディエーション指針」と呼ばれる「民事及び商行為事項におけるメディエーションの観点に関する2008年5月21日の欧州議会及び欧州理事会の2008/52/EG指針」を施行した。この12条で、2011年5月21日までに各構成国が国内法化すべきと定めており、ドイツでは、2012年7月26日になってようやく「メディエーション法」が施行されたのである。それだけの時間を要したのは、ドイツにおいてかなり多くの議論がなされたためであった。

### (1) EU指針とドイツメディエーション法

ドイツのメディエーション法の制定は、先に述べたように、EUによる影響が大きかった。そのEU自体の「メディエーション指針」の出発点は、EU設立条約である。1992年2月7日のマーストリヒト条約で、司法と内務の各国の密接な協働関係を形成する目的が設定されていた。この目的は、1999年5月1日のアムステルダム条約で詳細に規定されることになった。そもそも、アムステルダム条約は、EU条約の改正として、自由・安全・権利の領域として維持し、発展するため、そしてそれによって人の自由な交流の保障などを強化するものであった。これを基に、EUが民事事項における法律上の協働を摩擦なく行える措置をとるため、欧州理事会が、裁判外紛争手続の創設を1999年10月半ばのタンペレでの会議で要請したのである。2002年4月には、EUでの民事及び商行為事項における紛争処理手続について、構成国との包括的な協議によってメディエーションの利用を促進する措置をとるよう、欧州委員会が提案した。こうして、「自由、

安全及び権利の領域」を創設するための EU の戦略の一つとして、法へのよりよいアクセスという目的のなかに、裁判手続だけでなく裁判外紛争手続も含まれるようになったのである。

EU の「メディエーション指針」の要点は、まずは、メディエーションとメディエーターの概念規定（同 3 条）であり、メディエーションに対する要請（メディエーションの質（同 4 条）、執行可能性（同 6 条）、秘密（同 7 条）等）である。この指針は、文字通り、あらゆる民事事項と商行為事項に適用され、労働法と私経済法の領域にも妥当する。他方、租税法や行政法の案件及び国家責任の問題については適用除外となる。この指針は、デンマークを除くすべての構成国に妥当する。

ここでのメディエーションは、自由意思に基づく手続であり、紛争当事者自身が法的紛争の穏便な解決を求めて、第三者としてのメディエーターがその補助を行う、という手続である。4 条で要請された「メディエーションの質」を求めるために、ドイツでは職業法の規律を行い、メディエーターの養成を行わねばならなかった。また、5 条によると、裁判所は、場合によっては、当事者に対して、メディエーションによる解決を要請できる。メディエーション手続で得られた文書による合意内容が執行できるように構成国は保障しなければならない（6 条）。

## (2) ドイツにおける国内法化

2008 年 5 月 21 日の指針に基づいて、本来は、2011 年 5 月 21 日までに国内法化しなければならなかった。そして、ドイツ国内におけるメディエーションの法化自体は、「司法の負担軽減」が期待できると歓迎の向きがあった<sup>(13)</sup>。しかし、成立が遅れたのは、メディエーション指針が、その対象を主に民事事項と商行為事項に限定していたにもかかわらず、ドイツ国内法化の過程では、包括的な対象を規律しなかったからであった。立法者は、法がばらばらに細分化されるのを避け、包括的な法分野での適用を探ったのである。加えて、裁判外メディエーションを促進し、その明確な法的根拠を創出するためでもあった<sup>(14)</sup>。とくに、長いこと論争になっていたのは、次の 2 つの主要な論点である。一方は、裁判所のメディエーションの扱いについてであり、他方は、メディエーター養成をどう立法化するのかについてであった<sup>(15)</sup>。後者については、メディエーション協会などはメディエーター養成の内容や人数について確定した法律を規定すべきとし、これに対して、市場に委ねるべきで、過剰に事前に法律で規律すべきでないという立場がぶつかっていた。前者については、すでに、多くのラント裁判所によって広くメディエーションが行われ、裁判官などの人的資源の投入が行われていたため、裁判官たちの間では、ラントの支援に基づく裁判内メディエーションの方式が支持された。これに対して、メディエーション協会や弁護士会は、法律によって企図された裁判外紛争解決の強化が求められているのだから、裁判内メディエーションは可能な限り廃止すべきと主張した。結局、メディエーター養成については、養成の要件の具体化は、簡潔に、同法 5 条に 2 項を付け加えることで決着がつき、裁判内メディエーションについては、同法では規定せず、民事訴訟法 278 条 5 項の和解裁判官モデルの規定を拡充することで

落ち着いた。

ドイツでの立法化の背景としては、法的紛争当事者が、任意の紛争解決のために、第三者であるメディエーターの助けを借りて、解決を図ることが求められたことがある。ドイツではすでに私法領域では、以前からメディエーションの十分な経験が積み重ねられていたが、行政紛争についても、メディエーションが可能とされるようになったのである。これはEU指針と大きく異なる点である。もっとも、ドイツでも長らく、公法上の紛争の文脈では、司法任務だけが規律され、行政手続法上のメディエーションは蚊帳の外であった。

### (3) メディエーション法の対象と内容

ドイツのメディエーション法の特徴は、何より、(国内の長い議論の末、結局、)簡潔に諸原則だけを規定したところにある。その特徴は、とりわけ、メディエーションの性質と、メディエーターの定義を置いた点にあらわれる。それがなぜ原則にとどまるのかは、メディエーションの性質に関わるのだが、ドイツのメディエーションが、「柔軟性」を重視しているところにその理由がある。柔軟性を志向するゆえ、メディエーターも当事者も、メディエーションを実行する際には広い裁量をもつことになる。

同法でいう「メディエーション」とは、EUメディエーション指針3条に依拠して、秘密(非公開)手続となっており、当事者は、1人又はそれ以上のメディエーターの補助により、任意かつ自己責任で、争いについての合意のとれた解決を目指す手続である。

その「任意」性は、当事者がメディエーターを選ぶことができることにあり(法2条1項)、さらに「自己責任」は、手続の内容と結果を当事者が掌握し、手続を秘密とするところにある。ただ、メディエーションの方法の選択肢は、可能な限り広げられている。

メディエーターは、決定権限がなく、独立かつ中立の者でなければならない。この中立性原理は、さらにメディエーション法2条3項1文により、メディエーターに対して、あらゆる当事者に社会上義務付けられている。メディエーターの中立性は、メディエーション法3条により、開示義務及び活動の限定が保障されている。もちろん、メディエーターには、守秘義務が課せられる。なお、(裁判外の)メディエーターと(裁判内の)「和解裁判官」は、区別されている。裁判内メディエーションでは、裁判官によって手続が行われる。この裁判官は、民事訴訟法278条5項に基づいて「和解裁判官」と呼称されるのである。メディエーターは、決定権限をもたないが(メディエーション法1条2項)、和解裁判官も決定権限をもたないものの、法的な評価を行い、当事者に対して和解案を提案することができる。

ドイツでの立法は、結果的に、非常に簡潔にメディエーションの枠組みを形成しただけで、メディエーションを「形式ばらない(entformalisierte)」構想として<sup>(16)</sup>、かなり広範な分野の紛争について手続を行うことができるようになっている。

### 3. 行政法におけるメディエーション

#### (1) 事実上の効力

例えば、建築法や経済行政法における競合関係など、多様な利益や複数の関係人の関わる行政事件において、ドイツでは現行法で、中立の立場である第三者が、紛争解決のための手続に関わることが予定され、行政と市民の緊密な関係構築が促進されている。ただ、メディエーション法によって可能になった行政法におけるメディエーションは、私法におけるそれとは異なり、合意がとれてそれが文書化されたとしても<sup>(17)</sup>、拘束力ある取決めとして、通常は直接の効力をもたない。したがって、実務上は、通常、メディエーションの結果を、法律で予定された行政手続に組み込み、行政行為、行政契約又は行政の規範定立によって法的効力を備えることが必要になる<sup>(18)</sup>。

このことは、メディエーションに関する手続が、行政法について何ら法的根拠を法律（メディエーション法）が規定していないことの理由となる。従来から、行政法においては、第三者の介在する紛争解決手続は、その法律上の根拠の必要性は、否定されてきた<sup>(19)</sup>。第三者による紛争解決手続は、結果的に、行政決定に直結するものではなく、それを準備するにすぎないとされていたからである。

そのように考えれば、論理的に、メディエーションについての直接的な法的効力は発生しないことになる<sup>(20)</sup>。したがって、メディエーションでの合意は、公法上の契約ではなく、たんにインフォーマルな取決めであって、関係人がそれを実際に展開することによってのみ、事実上の効力が生ずることになる。

かかる性質のメディエーションが行われることで、行政手続法の本来の機能（とくに権利保護機能）が損なわれる恐れもありうる。つまり、例えば、関係行政庁が、メディエーション手続ですでに一定の結果を得て、事実上、それを判断の前提としてしまい、メディエーションには参加しなかったものの事件には関係している第三者の聴聞が、メディエーションの後に行われる行政手続では形骸化してしまう、という恐れがありうる。これについて、いかなる手続を行うことが法治国家的に、すなわち手続による基本権保護として、十分なのかどうかは、個別の事案ごとに考えねばならず、それぞれの手続の効率性について考慮しなければならない、という見解がある<sup>(21)</sup>。ただ、メディエーションがインフォーマルな性質をもち、事実上の効力しかないから、個別ごとに手続を選択していくことになる、ということは首肯するとしても、事実上の効力しかないからこそ、行政手続法の手続適正を形骸化せずには確保できるよう配慮せねばならない。それこそが、「形式ばらない」メディエーションの意義でもある。したがって、手続の効率性から、メディエーション手続を、行政手続法に代替させるような実質上の「格上げ」としてしまふことは、行政手続法の意義を減退させないためにも、本来慎重でなければならないのではないだろうか。この点、後で、再び検討する（5）。先に見たドイツのメディエーション法は、この点、若干の基

本的な原理だけを規律するのみで、メディエーターの地位や養成について、詳しい規定を置かず、立法による規律よりも、メディエーションそのものの「柔軟性」を確保しようとしている。

## (2) メディエーション手続の展開

メディエーション手続は、3段階に区別して理解される<sup>(22)</sup>。①準備段階、②実施段階、③変換の段階である。

### ① 実施段階

まず、取決めの過程を主導するメディエーターを介在させる。そのメディエーターを依頼する際は、紛争当事者間で、その中立性が承認されるように注意しなければならない。ドイツでは、これまで紛争仲介者やメディエーターといった特定の職業がなかったために、大学教授、弁護士、教会関係者そして環境アドバイザーに委託されている。重要なのは、中立の第三者を選任することが、当事者たちによって確認されることだという。

手続の参加者が決まれば、次に、取決めの枠組みとして、その内容や期日、そして手続ルールの合意をとらねばならない。ここで、当事者にとって最も重要なのは、紛争解決のために必要な争点設定であり、さらにその争点を扱う順序である。その内容的な枠組みについては、法律は関係人に十分な裁量を与えていて、紛争解決の最適化を図るよう求めている。また期日の設定は、遅滞なく取決めができるよう、当事者が予測可能な範囲で、手続を設定し、引き延ばし作戦によって手続が妨げられないようにすることができる。

### ② 実施段階

手続の際のメディエーターの役割は、単なる手続の管理者にとどまらず、司会を進行したり、また、武器対等を確保するよう当事者の利益を適切に考慮するなど、多様である。なかでも、取決めの記録は、そこで行われる合意の透明性を確保し、一方当事者だけに有利にならないようにするのに重要とされる。

### ③ 変換の段階

先に述べたように、メディエーション手続には法的拘束力がないため、実際上は、この結果を行政契約や付款などへと変換する必要がある。例えば、行政計画の実行による環境への損害が、いかなる措置によって縮減されるのかについて合意を得た場合、計画担当者は、計画に付帯条件を付けることができる。また、申請者が行政に対して契約上、申請者が行った譲歩を実現するための契約を締結できる。

## 4. 紛争の「規制された自己規制」としてのメディエーション

### (1) 「規制された自己規制」

メディエーション手続は、理論的には、次のように見ることもできる。メディエーションの構想は、公的部門と私的部門との協働の新しい形式で行われる解決手続きであるから、それは事実上、国家による手続責任を部分的に民間化し、国家が事実上の負担軽減を行っている、と<sup>(23)</sup>。この見方をすれば、「紛争の『規制された自己規制』」としてのメディエーションは、「実定的、構成的、そして対話的な紛争と利益状況を扱えるようにするために、メディエーション手続の共通のルールを規定したもの」ということであり、それはすなわち、市民には自己の紛争の解決のために、対話で解決するよう求められることになる。

こうした見方を、より広い視野で捉えなおし、私人と協働する国家の「ガバナンス」として見る学説も現れている<sup>(24)</sup>。高権的作用の行使に、多様なやり方で私的アクターが参与し、対話を試みることで「柔軟な」制御メカニズムを展開できるという。つまり、ドイツで問題となる「巨大プロジェクト」についても、この利害関係人たちの対話という公私協働による紛争処理が、行政決定の促進を行っているとする。この「紛争の『規制された自己規制』」としてのメディエーションは、3つのパラダイムが決定的な役割を果たすという。それは、国家活動の効率性、国家によるサービス提供の品質（いわゆる“good governance”）、責任の引き受けを準備する「市民参加」だという<sup>(25)</sup>。このようなモデルに基づいて行われることで、行政と市民との均衡のとれた利益調整が行われると期待する。

この見方は、従来の手続法との違いを際立たせることになる。つまり、従来の手続法が、国家主導で行うところ、開かれた対話によってよりよい考量を行おうということになる。それにより、官庁の決定の社会的受容が促進され、執行の欠損が緩和される、という構想ができあがる。しかし、はたして、このような見方は楽観的にすぎるし、そもそも、この構想は、行政決定を市民により効率よく納得（＝受容）させるための手段にすぎないのではないだろうか。むしろ、この構想こそが、市民の意思を反映させる意味での民主主義からは、実質的に乖離していくのではないだろうか。

### (2) 行政手続とメディエーション手続

ここで、先に言及した行政手続とメディエーション手続との差異の問題について、見ておきたい。メディエーション法を理論的に見た場合のガバナンスの問題として、行政手続法が、従来型のヒエラルヒッシュな行政決定の構造を前提とするのに対して、メディエーション手続では、行政と市民とがそれぞれ水平的な関係として、「対話」できる仕組みがとられている。それだからこそ、メディエーション手続には事実的な拘束力しかないのであって、法的拘束力が認められて

いないのである。メディエーション手続の拘束力は、信頼保護の法理からも行政の自己拘束の考え方からも導くことはできない。

実は、これらの関係は、「拘束力」の関係だけではない。むしろ、拘束力の効果として現れる行政の最終責任（*Letztverantwortung*）の問題にかかわる。行政の自律性は、行政が最終的に自らの決定に責任を負うところに意義がある。ところが、メディエーションにより、もし、その責任の抛り所が曖昧になってしまえば、行政の自律的な権限行使がありえなくなる。

## 5. メディエーションと民主的正当化

### (1) 受容と民主的正当化

では、かかるメディエーションの仕組みが、「行政の民主的正当化」にいかなる寄与をなすのだろうか、あるいは、何ら意味をなさないのか、はたまた有害ですらあるのだろうか。行政決定の市民参加は、代表制民主主義を補完する要素として、「参加型民主主義」や「応答的民主主義」などと呼ばれ、歓迎する議論がある<sup>(26)</sup>。ここでイメージされているのは、事件に近いところにいる関係人が、その地域での生活領域に直接ふれる決定に参加する、というものであり、中央政府の政治的な決定事項ではない。ヴェルテンベルガーによって提示されたこの考え方は、行政決定の民主的正当化は、法律の執行だけでは十分ではない、という法律への不信がある。彼によれば、むしろ、これを補完するために公衆の望みや要望も考慮する「応答的民主主義」が重要だという<sup>(27)</sup>。このような考え方には、例えばシュミット-アスマンによる強い批判がある。受容や参加といった形式は行政決定を民主的に正当化しない、と。シュミット-アスマンは、行政と市民との素朴な協働で、法的な解決に至るという考え方に疑いをもっているのだ<sup>(28)</sup>。

### (2) メディエーションと民主的正当化

では、行政決定にメディエーション手続を介在させることは、憲法上の民主主義原理を補完することになるのだろうか。この点、先の、「行政手続とメディエーション手続」との関係を想起したい。メディエーションにおける決定が、「中立の第三者」の介在で行われる限り、それは、行政の自律的な決定を前提とできないため、結局、民主的正当化の要素を代替することはできないのである<sup>(29)</sup>。他方で、メディエーションの拘束力の点に着目すると、行政決定に直接の効力がないのであれば、たとえ「民主的」だとしたとしても、「正当化」することほどの実質的な作用は得られないはずである。民主的正当化をどの程度、必要とするのかは、私的なメディエーターによる支援に基づいて、行政決定にいかなる準備をしたのか、ということに関わってくるはずである。民主的正当化は、正当化を行う主体の一般性（従来の通説では「国民」が原則的に正当化主体と認められていた）と正当化を必要とする客体（判例では「決定の性質を有する」ことが要件となっていた）から、その程度を考慮する考え方だったからである。

したがって、このメディエーション手続に見る「行政の民主的正当化」の補完は、少なくとも代替できるものとはなりえない、ということになる。

## 結びに代えて

冒頭で述べたように、ドイツでは、行政決定における市民の「受容」を、行政の民主的正当化の一補完要素と考える見解がある。そして、その「受容」のシステムを支える一つとして、裁判外紛争手続が挙げられることがある。例えば、ディルク・エーラーズの『行政法総論』では、次のように述べられている<sup>(30)</sup>。「近年では、フランクフルト空港の新たな容積拡張についての議論やとくに“Stuttgart21”の交通・都市計画プロジェクトに対する抵抗運動が、新たな改革の動きとなっている。…（中略）…『サービス』のための現代的な施設として、そうでなくとも『顧客志向』のために設置しなおさねばならない官庁は、一方的な命令の作用力の限界を知り、しばしば早期に改善されて目標に至る『協働のアレンジメント』という価値に気づいている。この新しいスタイルは、行政がプロジェクト担当者によって勝ち取られる成果によって、フォーマルな手続で行政が「執行」する「陰謀」を企んでいるという非難を覆す。これらすべてが前提とするのは、手続の経過を邪魔しようとする批判的な市民が妨害者として見られるということである。ますます「ガバナンス」の問題であり、ますます「ガバメント」の問題ではなくなる。とくに、人は、— 家族法・労働法・経済法の議論や、隣人訴訟・賃金訴訟・消費者訴訟における実際の経験によって鼓舞され — 中立的な紛争仲介者の助けを借りて得られる合意の上での解決が、官庁による決定のより高次の受容となることを期待している」。

事業者や行政という、申請者とその受け手だけではなく、第三者としての住民などの見解を、行政手続として、意見を「吸い上げる」ことで、それが「受容」になる、というわけである。これは、昔からよく言われるように、単なるガス抜きとして「受容」に至る場合と、実際に納得して「受容」に至る場合とでは全く意味合いが異なるが、それを同一の議論として片づけているところに問題がある。

ドイツでは、以上のように、学説として裁判外紛争手続による、紛争処理に大きな期待を寄せる議論が見られる。ただ、注意しなければならないのは、行政決定を市民に納得させ受容させるための手段として、手続が利用される可能性があるということである。それは、そもそも民主主義を補完するかどうか、ではなく、むしろ民主主義と対立する観念にもなりうる。

最近、ドイツ連邦政府が調査した「メディエーション法に関する評価報告書」<sup>(31)</sup>によれば、ドイツにおけるメディエーションの利用は、当初期待されていたほど十分に行われていない、とのことである。「メディエーションは、ドイツでは非常に多岐にわたる分野で、紛争処理の手段として設置されている。しかし、明らかに、メディエーションの能力は十分に使われていない」と所管大臣ハイコ・マースは述べ、メディエーションの利用の促進をいかに図るかを改善していく

とした<sup>(32)</sup>。この裁判外紛争手続は、その成立にも採め、5年たってもまだ根付いていない状況にある。なおのこと、実績としても、民主主義原理の補完という作用は機能していない。

メディエーションは、その「民主的正当化」への寄与は、期待できるものではない。もっとも、これについては、そもそもの法の趣旨からして、どこまでその要素に期待が寄せられるべきなのかは、別問題である。

\* 本稿は、平成28年度拓殖大学政治経済研究所研究助成の成果の一部である。

#### 《注》

- (1) 参照、大久保規子「環境紛争における行政型ADR」自治体学研究91号(2012年)32頁以下。
- (2) 高橋雅人『多元的行政の憲法理論』(法律文化社, 2017年)。ここでは、形式的に民主的正当化を確保しようとしても、しばしば、それは不十分なままになるため、これを補充するための仕組みが考えられねばならないが、その1つとして考えられる行政決定の「受容」について批判的に検討してきた。
- (3) ドイツのメディエーション法の制定については、すでに国分貴之「ドイツにおけるメディエーション法の成立とメディエーションの手続の実情」NBL1012号(2013年)38頁以下、渡部美由紀「ドイツにおけるADR」法律時報85巻4号(2013年)44頁に詳しく、従来、筆者はドイツのMediationsgesetzを「調停法」としてきたが、以上に従って、本稿は「メディエーション法」と訳出した。また、ドイツのADRについて、岡崎克彦「ドイツにおける裁判外紛争解決及び法律相談制度の実情(1)(2)(3・完)」判例時報1724号(2000年)、1726号(2000年)1727号(2000年)、吉田元子「ドイツにおける裁判所内調停の試み」南山法学29巻2号(2006年)167頁以下参照。
- (4) Thomas Würtenberger, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, NJW (1991) S. 257-263.
- (5) Vgl. Rainer Pitschas, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, NVwZ (2004) S. 396-403.
- (6) この立場としては、Pitschas (Fn. 5) のほかには、Ivo Appel, Privatverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem / Eberhard Schmidt-Aßmann / Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. II (2012) 2. Aufl. § 32, Rn. 121.
- (7) 「法治国家原理」の問題としては、例えば、合意に基づく紛争処理の基準が、法律適合性原理と整合するのかが問題とされ、「法律の留保」と「法律の優位」について、議論がなされる。これについては、Sascha Ferz, Mediation im öffentlichen Bereich (2013) S. 270-297.
- (8) Ferz (Fn. 7) S. 241f.
- (9) Stephan Breidenbach, Mediation, Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt (1995).
- (10) この専門家会議は、1996年9月27日と28日にケルンで行われ、学者も実務家も併せて、300名以上が集まった。
- (11) ドイツでのメディエーションについての概要は、vgl. Hanns Prütting, Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung, JZ (2008) S. 847ff.
- (12) BVerfG, 14.02.2007-1 BvR 1351/01.
- (13) Rainer Pitschas, Mediationsgesetzgebung zwischen Entlastung der Justiz und kollaborativer Governance, ZG (2011) S. 136-155.
- (14) Vgl. Martin Ahrens, Mediationsgesetz und Güterichter, NJW (2012) S. 2465f.
- (15) この経緯については、vgl. Jürgen Kloweit / Ulla Gläßer, Einführung, in: dies (Hg.),

Mediationsgesetz Handkommentar (2014) 1.Aufl., Rn. 9-20.

- (16) Ahrens (Fn. 14) S. 2467.
- (17) メディエーション法 2 条 6 項 3 号は「当事者の同意によって、取決め時において得られた合意を文書化することができる」とする。
- (18) Bernd Holznagel / Ulrich Ramsauer, Mediation im Verwaltungsrecht, in: Fritjof Haft / Katharina Gräfin von Schlieffen (Hg.), Handbuch Mediation, 3.vollständig neubearbeitete Aufl. (2016) § 40, Rn. 2, 4.
- (19) Winfried Brohm, Verhandlungen mit Hilfe von Konfliktmittlern?, DVBl (1990) S. 321.
- (20) Bernd Holznagel / Ulrich Ramsauer, Förderung der Mediation in Planungsverfahren, VerwArch (2013) S. 131.
- (21) Holznagel / Ramsauer (Fn. 18) Rn. 10.
- (22) Holznagel / Ramsauer (Fn. 18) Rn. 37-56. Appel (Fn. 6) Rn. 117-120a.
- (23) Appel (Fn. 6) Rn. 106.
- (24) Pitschas (Fn. 13) S. 143ff.
- (25) Pitschas (Fn. 13) S. 145.
- (26) Thomas Würtenberger, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen (1996) S. 53. 詳しくは、高橋・前掲注(2)。
- (27) Würtenberger (Fn. 26) S. 64f.
- (28) Eberhard Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR (1991) S. 373f.
- (29) この点、Appel (Fn. 6) Rn. 125 は、「必要な民主的正当化は補完のみできるが、代替はできない」とする。
- (30) Dirk Ehlers / Hermann Pünder (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (2016) 15. Aufl. S. 550f.
- (31) 連邦司法・消費者保護省がシュパイアー公行政ドイツ研究所に委託して行った調査で、2017年7月19日に連邦政府が決定した。
- (32) 連邦司法・消費者保護省 HP ([https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2017/071917\\_Bericht\\_Mediationsgesetz.html](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2017/071917_Bericht_Mediationsgesetz.html)) (2017年12月20日閲覧)

(原稿受付 2017年12月21日)

〈抄 録〉

## 女性の賃金上昇には同じ企業で働くことが重要なのか、 それとも同じ職種で働くことが重要なのか

佐藤 一磨

キーワード：職種特殊的人的資本，賃金，操作変数法による一般最小化二乗法（IV-GLS）

本稿の目的は、『消費生活に関するパネル調査（以下，JPSC）』を用い，職種特殊的人的資本の蓄積が賃金の上昇に及ぼす影響を検証することである。

同じ職種で働き続けることは，賃金にどのような影響を及ぼすのか。これは職種経験の蓄積が労働市場でどのように評価されるのかを問うものであり，非常に興味深い疑問だと言える。この疑問に対して，海外，特にアメリカを中心に実証分析の蓄積が進められてきた。これらの研究で焦点となったのは，職種経験年数と観察できない個人属性の相関によって発生するバイアスを十分にコントロールできるかどうか，と言った点である。アメリカでの研究の結果，賃金が上昇する背景には職種特殊的人的資本の蓄積が特に重要であることがわかっている。

これに対して国内の研究を見ると，岸（1998），樋口（2001），勇上（2001），阿部（2005），戸田（2010），野崎（2011）がある。岸（1998）は同一職種内での転職だと賃金の低下が他の場合よりも緩やかであることを指摘している。樋口（2001）は転職後に同一職種で働き続けた方が職種転換した場合よりも賃金が上昇することを明らかにした。勇上（2001）は同一職種内での移動だと賃金の低下が低いことを示した。阿部（2005）は転職後に産業移動するほど賃金が低下すること，そして，この傾向は中高年齢層ほど，勤続年数が長いほど強くなることを明らかにした。戸田（2010）は，男女とも労働市場における経験年数を示す年齢の効果よりも，職種経験の効果の方が大きいことを示した。これは，我が国の労働市場において職種特殊的人的資本の蓄積が特に重要であることを示唆する結果となっている。また，野崎（2011）は，転職後であっても職種経験年数が賃金に正の効果をもたらすことを明らかにした。これらの研究結果は，これまで国内の研究で注目されてこなかった職種特殊的人的資本の重要性を示唆するものだと言える。しかし，いずれの研究も職種経験年数と観察できない個人属性の相関によって発生するバイアスを十分にコントロールできていないといった課題が残っており，さらなる研究の蓄積が望まれる。そこで，本稿では先行研究に残る課題を考慮したうえで，職種特殊的人的資本の蓄積が賃金の上昇に及ぼす影響を検証する。

先行研究と比較した際の本稿の特徴は次の2点である。1点目は、JPSCの各コーホートの初回調査の質問を用い、職種経験年数を作成している点である。職種経験年数が利用できるパネルデータは限られているため、この変数の利用は本稿の特徴の1つだと言える。2点目は、勤続年数、職種経験年数と観察できない個人属性や各マッチングの効果の相関によって発生するバイアスをAltonji and Shakotko (1987) や Kambourov and Manovskii (2009) によって提示された操作変数を用いてコントロールしている点である。Altonji and Shakotko (1987) で指摘されているように、能力の高い労働者ほど解雇等によって失職する確率が低いため、勤続年数が長くなる。このように観察できない労働者の能力と勤続年数の間に正の相関が発生するため、推計結果にバイアスが生じることとなる。また、企業とマッチングの良い労働者ほど転職しにくい傾向がある場合、勤続年数と企業とのマッチングの間に正の相関が発生し、推計結果にバイアスをもたらす恐れがある。このようなマッチングによるバイアスは、職種との間でも発生する可能性がある。各経験年数が賃金に及ぼす影響を適切に検証するためには、これらのバイアスをコントロールすることが必要となる。本稿ではAltonji and Shakotko (1987) の操作変数を用い、これらのバイアスを除去している。

本稿には2つの研究意義がある。1つ目は国内の先行研究では十分に考慮されてこなかった推計上の課題に対処したうえで、職種特殊的人的資本の重要性を検証できる点である。2つ目は我が国の労働市場における人的資本理論とマッチング理論の妥当性を検証できる点である。もし企業とのマッチングのコントロール後に勤続年数の係数が有意でなくなった場合、人的資本理論よりもマッチング理論の方が賃金の上昇を説明できることになる。逆に企業とのマッチングのコントロール後でも勤続年数の係数が有意であった場合、人的資本理論の方が賃金の上昇を説明できることになる。どちらの理論が妥当であるかによって、勤続年数とともに賃金が上昇するメカニズムが大きく異なるため、その結果が注目される。

一般最小化二乗法 (GLS) 及び Altonji and Shakotko (1987) の操作変数を用いた操作変数法による一般最小化二乗法 (IV-GLS) の分析の結果、次の4点が明らかになった。

1点目は、JPSCを用いた分析の結果、職種経験年数の1次項は正に有意、2乗項は負に有意となっていた。この結果は、職種経験が蓄積されると賃金に及ぼす影響が逡減する傾向にあることを意味する。また、職種経験年数を入れた場合、勤続年数の係数はいずれの場合も小さくなったため、同一企業の中で蓄積される人的資本の一部が職種特殊的人的資本となっていると考えられる。ただし、勤続年数の係数は依然として有意であったため、アメリカとは違って日本では企業特殊的人的資本と職種特殊的人的資本の両方が賃金の上昇に寄与していると考えられる。企業特殊的人的資本と職種特殊的人的資本の賃金に及ぼす影響の違いについても検証したが、企業特殊的人的資本の蓄積による賃金上昇効果の方が大きい場合が多かった。この結果は、日本の労働市場で働く女性の場合、同一企業で働き続けた方が同一職種で働き続けるよりも賃金が増加することを意味する。

女性の賃金上昇には同じ企業で働くことが重要なのか、それとも同じ職種で働くことが重要なのか

2点目は、職種別の分析の結果、事務職系よりも専門職系の職種特殊的人的資本の蓄積による賃金上昇効果が大きかった。また、事務職系も専門職系も長期的には職種特殊的人的資本の蓄積よりも企業特殊的人的資本の蓄積の方が賃金を上昇させる傾向にあった。

3点目は、GLSとIV-GLSで勤続年数の係数の違いについて注目した結果、ほとんどの場合、IV-GLSの係数の方がGLSの係数よりも小さかった。この結果は、企業とのマッチングが良好な女性雇用就業者ほど賃金に上方バイアスが発生していることを意味する。この結果から、女性雇用就業者の勤続年数の上昇による賃金増加の一部を企業と労働者のマッチングによって説明できる可能性がある。

4点目は、出産後の再就職と職種の関係を分析した結果、技術職、教員、販売サービス職ほど同一職種へ再就職しやすいが、中でも技術職は子どもの数が多くとも再就職確率が高いことがわかった。

以上の分析結果から明らかとなっており、職種特殊的人的資本は賃金の上昇に寄与するものの、企業特殊的人的資本の方が賃金の上昇に大きな影響を及ぼしていた。この結果は、依然として我が国では職種別労働市場が発達していないことを意味する。この点を踏まえ、女性人材の活用政策を検討する必要があるだろう。また、今回の分析結果から、勤続年数とともに賃金が増加する原因の1つに企業と労働者のマッチングがあることが明らかになった。この点は先行研究では指摘されていないため、その妥当性をさらに検証する必要がある。

最後に、本稿に残された2つの課題について述べておきたい。1つ目は男性のデータについてである。本稿では女性の職種経験年数と賃金の関係を分析してきたが、この点は男性でも検証する必要がある。

2つ目は女性就業者と企業のマッチングの意味する点である。今回の分析結果では企業と良好なマッチングの女性ほど賃金に上方バイアスが発生していたが、マッチングの内容まで検証できなかった。企業と労働者のマッチングの具体的な内容として、職場の人間関係や賃金、労働時間といった労働条件が考えられる。また、育児休業制度等のWLB施策の利用可能性といった点も影響を及ぼすと考えられる。特に企業のWLB施策が利用しやすい場合、能力が高く、離職しにくい女性が集まる可能性があり、それがマッチングの効果として計測されている可能性がある。この点については今後、別な論文で分析していきたい。

#### 参考文献

- Altonji, J. G. and Shakotko, R. A. (1987) "Do Wages Rise with Job Seniority?" *Review of Economic Studies*, 54(3), pp. 437-459.
- Kambourov, G. and Manovskii, I. (2009) "Occupational Specificity of Human Capital," *International Economic Review*, 50(1), pp. 63-99.
- 阿部正浩 (2005) 「転職前後の賃金変化と産業特殊スキルの損失」『日本経済の環境変化と労働市場』東洋経済新報社, pp. 63-79.

- 岸智子（1998）「ホワイトカラーの転職と外部経験」『経済研究』, Vol. 49, No. 1, pp. 27-34.
- 戸田淳二（2010）「職種経験はどれだけ重要になっているのか — 職種特殊的人的資本の観点から」『日本労働研究雑誌』, No. 594, pp. 5-19.
- 野崎華世（2011）「JGSS-2009 ライフコース調査を用いた職種経験と所得に関する分析」日本版総合的社会調査共同研究拠点 研究論文集 [11] *JGSS Research Series No. 8*.
- 樋口美雄（2001）『雇用と失業の経済学』日本経済新聞社.
- 勇上和史（2001）「転職時の技能評価 — 過去の実務経験と転職後の賃金 —」猪木武徳・連合総合生活開発研究所編『「転職」の経済学』, 第4章, pp. 93-113.

#### 付記

本論文は、拓殖大学政治経済研究所から平成 28 年度に研究援助を得て執筆されたものである。ここに感謝の意を表すものである。

また、本論文は国立社会保障・人口問題研究所『社会保障研究』第2巻第2・3号（平成 29 年 12 月刊行予定）に掲載される論文の抄録である。

（原稿受付 2017 年 10 月 10 日）

〈資料〉

## 翻訳 — Glossip v. Gross, 576 U.S. \_\_ (2015) における ブライア裁判官の反対意見

小 竹 聡

キーワード：死刑, Glossip 判決, 合衆国最高裁判所, ブライア裁判官, 反対意見

### 訳者はしがき

本稿は、合衆国最高裁判所において、2015年4月29日に口頭弁論が開かれ、2015年6月29日に判決が下された、Glossip v. Gross, 576 U.S. \_\_, 135 S. Ct. 2726 (2015) のブライア裁判官による反対意見（ギンズバーグ裁判官同調）の全訳である。本件は、オクラホマ州の採用する薬物注射（lethal injection）による死刑の執行方法が、合衆国憲法修正第8条の禁止する残虐で異常な刑罰を科すものとして違憲となるかどうか争われた事案である。合衆国最高裁判所は、5対4の多数で、修正第8条の死刑の執行方法の主張に関して勝訴するためには、囚人は、その方法が激しい苦痛の証明されたリスクを作り出し、かつ、そのリスクがよく知られた利用可能な代案と比較したときに実質的であることを証明しなければならないが、上訴人は、そのいずれについても証明していないと判示し、本件で問題となった3つの薬物の実施手順（three-drug protocol）を用いた死刑の執行に対する違憲の主張を斥けた。アリート裁判官が執筆した法廷意見には、ロバーツ長官、スカリーア、ケネディ、トーマスの各裁判官が同調し、これに対して、ギンズバーグ、ブライア、ケイガン各裁判官が同調する、ソトマヨール裁判官の反対意見がある。また、スカリーア裁判官の同意意見（トーマス裁判官同調）、トーマス裁判官の同意意見（スカリーア裁判官同調）があるほか、本稿で翻訳するブライア裁判官（ギンズバーグ裁判官同調）の反対意見がある。

ブライア裁判官（ギンズバーグ裁判官同調）の反対意見は、本件で争われた当該州の採用する実施手順の合憲性の問題とは別に、「より基本的な問題、即ち、死刑は合衆国憲法に違反するかどうか」という争点を正面から扱うものであり、結論として、「私は、死刑が修正第8条に違反する可能性が高いものと信じる。最低でも、合衆国最高裁は、その基本的な問題に関して、詳細な上訴趣意書を作成するよう求めるべきである」と主張する。このブライア反対意見は、現職の合衆国最高裁判所裁判官による死刑反対論として、社会的に大きな注目を集め、また、合衆国最高裁判所が死刑事件を扱う際には、今もなお、反対意見によって、死刑に反対する論拠として

しばしば引用されており、一定の意義を有している。そこで、本稿では、ここに、その全文を訳出することとした。なお、ブライア反対意見には、その本文中において、膨大な数の注が付されている。注に掲げられている文献については、原則として、その出典を確認したが、一部、確認することができなかったものがある。また、注の表記に当たっては、THE BLUEBOOK: A UNIFORM SYSTEM OF CITATION (Columbia Law Review Ass'n et al. eds., 20th ed. 2015) に依拠し、元々の表記を改変した。さらに、本稿では、読みやすさを考慮して、注はすべて脚注とした。その際には、脚注形式に改めながら同反対意見をそのまま所収する、STEPHEN BREYER, AGAINST THE DEATH PENALTY (John D. Bessler ed. 2016) を参照した。

このブライア反対意見には、これを厳しく批判する、スカリーア同意意見（トーマス裁判官同調）およびトーマス同意意見（スカリーア裁判官同調）が対峙しているが、本稿では、その訳出は省略した。また、ブライア反対意見の末尾に付された全部で5つの補遺、即ち、「1977年から2014年までになされた死刑の宣告数」についてのグラフ（Appendix A）および「1977年から2014年までの死刑の執行数」についてのグラフ（Appendix B）、「過去3年以内に死刑の執行を行った州の合衆国における人口の割合」に関する表（Appendix C）、そして、「2004年から2009年の死刑を宣告したカウンティ」に関する全米地図（Appendix D）および「2010年から現在までに死刑を宣告したカウンティ」に関する全米地図（Appendix E）についても、掲載は省略した。

本判決についての邦語文献には、永田憲史「代替薬物による死刑—Glossip v. Gross, 135 S. Ct. 2726 (2015) —薬物注射による死刑執行において、バルビツール等に代わる薬物であるミダゾラムを使用することは合衆国憲法第8修正の禁じる残虐で尋常でない刑罰に当たらない」アメリカ法 2016—1, 184 頁等がある。また、各意見の抄訳を含む紹介として、小早川義則「致死薬物注射をめぐる新しい動き」名城法学 66 卷 1・2 号 151 頁（2016 年）、小早川義則「死刑廃止をめぐる合衆国最高裁の動向」名城ロー・スクール・レビュー 39 号 1 頁（2017 年）がある。

### **Glossip v. Gross, 576 U.S. \_\_\_, 135 S. Ct. 2726 (2015)**

ブライア裁判官がギンズバーグ裁判官の同調する反対意見を述べた。

ソトマヨール裁判官の意見において述べられた理由から、私は法廷意見の判示に反対する。しかし、一度に一つずつ、死刑の法的傷口の手当てをするよりも、私は、より基本的な問題、即ち、死刑は合衆国憲法に違反するのかどうかについて、詳細な上訴趣意書を作成するよう求める（ask for full briefing）であろう。

関連する法的基準は修正第8条において述べられている基準である。そこでは、合衆国憲法が「残虐で異常な刑罰」を「科す [こと]」を禁止する<sup>(1)</sup>。合衆国最高裁は、「刑罰が過重であるとの

---

(1) Amend. VIII.

主張は、1685年にジェフリーズ卿が『血の巡回裁判』の裁判長を務めた時、あるいは、権利章典が採択された時に支配的だった基準によってではなく、むしろ、現在支配的な基準によって判断される」ことを認めている<sup>(2)</sup>。さらに言えば、合衆国憲法は、ブラックストンの時代にはごくありふれた、様々な恐ろしい刑罰を禁止する<sup>(3)</sup>。

ほぼ40年前に、当法廷は死刑を支持したが、それは、当法廷の見解によれば、その刑罰が信頼性を持って、かつ、恣意的ではなく適用されることを保証するのに十分なほどの保護手段を含んでいた制定法の下においてであった<sup>(4)</sup>。死刑の適用の状況と証拠は、そのときから激変している。これらの変化があるので、今こそ、その問題を再び取り上げる時期であると私は信じる。

1976年に、合衆国最高裁は、死刑の憲法上の弱点は解決できると考えた。そして、合衆国最高裁は、これらの憲法上の問題が起きないように保護する手続を発展させるべく、重要な責任を事実上州に委ねた。しかしながら、ほとんど40年に及ぶ研究、調査および経験は、この努力が失敗していることを強く示している。今日における死刑の実施は、3つの根本的な憲法上の欠陥を伴っている。即ち、(1)ひどく信頼できないこと、(2)適用における恣意性、そして、(3)死刑の行刑学上の目的を掘り崩す法外に長い遅れ、がそれである。おそらくはその結果として、(4)合衆国内のほとんどの地域は死刑の使用をやめている。

私は、過去40年の間に生じた変化を強調して、これらの考慮すべき問題の各々を描写するであろう。なんとすれば、おそらく今日、死刑がそれ自体かつそれだけで、法的に禁止される「残虐で異常な刑罰」<sup>(5)</sup>となるであろうと私に信じる気持ちにさせているのは、私自身の当法廷における20年の経験と結びつけられた、これらの変化であるからだ。

## I 「残虐」 — 信頼性の欠如

当法廷は、死の終局性が、死刑と(終身刑を含む)他の刑罰との間の「質的な相違」を作り出すと具体的に述べている<sup>(6)</sup>。その「質的相違」は、「特定の事件で死が適切な刑罰であると決定することにおける信頼性の必要において、対応する相違」を作り出す<sup>(7)</sup>。しかしながら、現在適用されている死刑にはその必要とされる信頼性を欠いているとの増大する証拠が存在する<sup>(8)</sup>。

(2) *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 311 (2002).

(3) *See* 4 W. BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 369-70 (1769) (刑罰の中でも、特に手足の切断やもぎ取りを列挙する)。

(4) *See* *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 187 (1976) (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.); *Proffitt v. Florida*, 428 U.S. 242, 247 (1976) (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.); *Jurek v. Texas*, 428 U.S. 262, 268 (1976) (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.); *but cf.* *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280, 303 (1976) (plurality opinion) (絶対的死刑を違憲無効とする); *Roberts v. Louisiana*, 428 U.S. 325, 331 (1976) (plurality opinion) (同様)。

(5) U.S. CONST. Amend. VIII.

(6) *Woodson*, 428 U.S. at 305 (plurality opinion).

(7) *Ibid.*

(8) *Cf.* *Kansas v. Marsh*, 548 U.S. 163, 207-11 (2006) (Souter, J., dissenting) (死刑の合憲性を考察するとき、DNAによって嫌疑を晴らすことが「一連の新しい事実」となっている)。

一つには、遠い昔に起こった犯罪についての死刑執行を取り巻く状況を調査する困難さにもかかわらず、過去 30 年間で、無辜の人々が処刑されたとの確信を抱かせるに足る証拠 (convincing evidence) を研究者は見出している<sup>(9)</sup>。

もう一つには、(死刑が執行されたか否かにかかわらず) 死刑が誤って科されたとの証拠が際立っている。2002 年の時点で、当法廷は、個人が死刑を宣告された後に嫌疑が晴らされた数多くの事例を描写するために、「心をかき乱す (disturbing)」という語を用いた。その当時、死刑事件において、ほぼ 60 名の嫌疑を晴らした証拠が存在した<sup>(10)</sup>。(私は、「嫌疑を晴らすこと」を、被告人の無罪の新たな証拠が発見された後の、検察官、知事または裁判所による決定を通じた、死刑を科されうる有罪決定のすべての法的帰結からの救済を指すために用いる。) 2002 年以降、死刑事件において嫌疑が晴らされた数は、115 件まで上昇している<sup>(11)</sup>。昨年、2014 年には、6 名の死刑囚監房区の被収容者が実際の無罪に基づいて嫌疑を晴らされた。嫌疑を晴らした時、すべての者が 30 年よりも多くの間、拘禁されていた(し、一人は、ほとんど 40 年間拘禁されていた)<sup>(12)</sup>。

昨年のうちに嫌疑を晴らされた 3 名の男性の話は例証となる。DNA 鑑定による証拠によって、ヘンリー・リー・マッコラム (Henry Lee McCollum) は、死刑を宣告されていた強姦および謀殺を犯していなかったことが証明された<sup>(13)</sup>。昨開廷期に、当法廷は、謀殺で有罪決定を受けてい

(9) See, e.g., James S. Liebman, *Fatal Injustice: Carlos DeLuna's Execution Shows That a Faster, Cheaper Death Penalty Is a Dangerous Idea*, L.A. TIMES, June 1, 2012, at A19 (後に THE WRONG CARLOS: ANATOMY OF A WRONGFUL EXECUTION (2014) として出版された、コンヴィニエンス・ストアで未婚の母を刺殺したとしてテキサス州で逮捕され、その 6 年後の 1989 年に死刑を宣告、執行されたカルロス・デルーナ (Carlos DeLuna) が無実であったと結論づけることを著者にもたらした 4 年間の調査結果を描写する); David Grann, *Trial by Fire: Did Texas Execute an Innocent Man?*, THE NEW YORKER, Sep. 7, 2009, at 42 (キャメロン・トッド・ウィリングハム (Cameron Todd Willingham) が、自分の子どもたちを殺した家屋火災の現場の根拠のない科学的分析の結果、自分の 3 名の子の明らかに動機のない謀殺のかどで有罪と決定され、最終的に 2004 年に死刑を執行された証拠を描写する). See also, e.g., *Press Release: Gov. Ritter Grants Posthumous Pardon in Case Dating Back to 1930s*, Jan. 7, 2011 at 1 (コロラド州知事が完全かつ無条件の死後の恩赦を、1936 年に死刑が執行された知能指数が 46 の男性、ジョー・アリディ (Joe Arridy) に与えたが、その理由は、同知事によれば、「圧倒的な一連の証拠が 23 歳のアリディが無罪であることを示し、その中には、虚偽のかつ強制による自白、アリディが殺人を犯した当時、プエブロにいなかった可能性、誰か他の者による罪の自白が含まれる」からである); ROB WARDEN, WILKIE COLLINS'S THE DEAD ALIVE: THE NOVEL, THE CASE, AND WRONGFUL CONVICTIONS 157-58 (2005) (1987 年に、ネブラスカ州知事、ボブ・ケリー (Bob Kerrey) が、後に生きていることが判明したジョン・キャメロン (John Cameron) を謀殺したとして 1 世紀前に死刑が執行されていたウィリアム・ジャクソン・マリオン (William Jackson Marion) に恩赦を与えた。被害者とされていたキャメロンは、妊娠したためにやむを得ずする結婚を避けるために、メキシコに去っていた)。

(10) Atkins, 536 U.S. at 320 n.25; National Registry of Exonerations, <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx> (all Internet materials as visited June 25, 2015, and available in Clerk of Court's case file).

(11) *Ibid.*; National Registry of Exonerations, Exonerations in the United States, 1989-2012, 6-7 (2012) (Exonerations 2012 Report) (嫌疑を晴らすことを定義する); accord, Death Penalty Information Center (DPIC), Innocence: List of Those Freed from Death Row, <http://www.deathpenaltyinfo.org/innocence-and-death-penalty> (DPIC Innocence List) (嫌疑を晴らすことについてのわずかに異なった定義の下で、1973 年以来、嫌疑が晴らされた件数を 154 件と推定する)。

(12) National Registry of Exonerations, Exonerations in 2014, 2 (2015).

(13) Jonathan M. Katz & Eric Eckholm, *DNA Evidence Clears Two Men in 1983 Murder*, N.Y. TIMES, Sep. 3, 2014, at A1.

たアンソニー・レイ・ヒントン (Anthony Ray Hinton) が、州裁判所において、さらなる審理を受けるべきだと命じた。そして、ヒントンは、彼に不利になるよう用いられた法医学上の証拠が誤っていたので、今年初めに嫌疑を晴らされた<sup>(14)</sup>。そして、同じく謀殺で有罪決定を受けたグレン・フォード (Glenn Ford) が嫌疑を晴らされたとき、検察官は、「本件が審理された時」でさえも「グレン・フォードの疑惑を晴らしたであろう証拠が存在した」ことを認めた<sup>(15)</sup>。これら3名すべては、嫌疑を晴らされる前に、30年間、死刑囚監房区において過ごした。私は、これらの事例に再び戻る *Infra*。

さらに、通常の有罪決定よりも死刑を科されうる有罪決定が問題となっているところでは、はるかに頻繁に嫌疑を晴らすことが生じている。研究者は、死刑が問題となっている場合には、裁判所(または州知事)は、130倍多く、被告人の嫌疑を晴らす可能性があるとして計算している。彼らは、死刑が科されえない謀殺よりも、死刑を科されうる謀殺が問題となっている場合には、9倍多く、嫌疑を晴らす可能性がある<sup>(16)</sup>。

どうしてそうなるのか。その理由は、ある程度は、死刑事件に適用される法がより複雑であるからに違いない。ある程度は、裁判所が死刑事件をより念入りに精査するという事実を反映しているに違いない。しかし、そのことは、また、ある程度は、当初の不当な有罪決定のより大きな可能性をもおそらくは反映している。どういうわけで、そんなことが起こりうるのか。これらの研究を行っている研究者の見解によれば、死刑事件で問題となっている犯罪は典型的にはさまざまに犯罪であり、それ故、警察、検察官、そして陪審員に対して、有罪決定を確保するよう社会の強烈な圧力が伴っている。この圧力が間違った者に有罪宣告する、より大きな可能性を生み出すのだ<sup>(17)</sup>。

例えば、(既に記したように) おそらくは無実であるにもかかわらず死刑が執行されたキャメロン・トッド・ウィリングハムの事件において、テキサス州弁護士会は、ウィリングハムの有罪決定の一因となったかもしれない主任検察官の行動に関して、その者に対する正式の義務違反行為の訴えを申立てた<sup>(18)</sup>。そして、グレン・フォードの事件では、検察官がフォードの不当

(14) Hinton v. Alabama, 571 U.S. \_\_ (2014) (per curiam); Alan Blinder, *Alabama Man on Death Row for Three Decades Is Freed as State's Case Erodes*, N.Y. TIMES, Apr. 4, 2014, at A11.

(15) A. M. "Marty" Stroud III, *Lead Prosecutor Apologizes for Role in Sending Man to Death Row*, SHREVEPORT TIMES, Mar. 27, 2015.

(16) Exonerations 2012 Report 15-16 & nn. 24-26.

(17) See Samuel R. Gross, Kristen Jacoby, Daniel J. Matheson, Nicholas Montgomery & Sujata Patil, *Exonerations in the United States 1989 Through 2003*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 523, 531-33 (2005); Samuel R. Gross & Barbara O'Brien, *Frequency and Predictors of False Conviction: Why We Know So Little, and New Data on Capitol Cases*, 5 J. EMPIRICAL L. STUD. 927, 956-57 (2008) (死刑囚監房区から嫌疑を晴らされた者をそのように嫌疑を晴らされていない他の死刑を科された被告人と比較して、最初の警察による捜査が嫌疑を晴らされた者にはより短い傾向があったと記す); see also BRANDON L. GARRETT, *CONVINCING THE INNOCENT: WHERE CRIMINAL PROSECUTIONS GO WRONG* (2011) (虚偽の自白、証人の思い違いからの証言、不誠実な監獄内の情報提供者および非効果的な被告人側弁護士を一般的に含む、不当な有罪決定の他の共通した原因を論ずる)。

(18) Maurice Possley, *Prosecutor Accused of Misconduct in Death Penalty Case*, WASH. POST, Mar. 19,

な有罪決定に部分的に責任があったことを認めて、フォードに対する公の謝罪を発し、フォードの有罪決定時には、「勝訴することと同じほどには、正義に対する関心がなかった」と説明した<sup>(19)</sup>。

他の要素もまた役割を果たすのかもしれない。一つは、死刑判決否認陪審員排除 (death-qualification) の慣行である。なんとなれば、死刑を科すつもりがない者は、誰も、死刑を科しうる陪審員を務めることはできないからである<sup>(20)</sup>。

もう一つは、欠点のある法医学上の証拠というより一般的な問題である<sup>(21)</sup>。例えば、連邦捜査局 (FBI) は、顕微鏡を用いた欠点のある毛髪の分析が調査した 35 件中、33 件で用いられていたことを最近明らかにした。33 件のうち 9 件は既に死刑が執行されていた<sup>(22)</sup>。

これらの要素やそれ以外の要素に照らして、研究者は、死刑を宣告された者のうちの約 4 パーセントが実際には無罪であると見積もっている<sup>(23)</sup>。

最後に、我々が「嫌疑を晴らすこと」の我々の定義 (それを我々は、被告人が実際には無罪であることを示唆する誤りに限定していた) を拡大し、それにより、裁判所が法的に要求される手続に従わなかった「誤った」事例としても分類すれば、その数は急上昇する。1973 年から 1995 年の間に、裁判所は、法廷で争われた死刑を科されうる事件の 68 パーセントで有害な誤謬 (prejudicial errors) を認めた<sup>(24)</sup>。直接的再審査および有罪決定後の再審査をした州裁判所は、自分たちが審査した宣告の 47 パーセントを覆した<sup>(25)</sup>。連邦裁判所は、身柄提出令状訴訟手続 (habeas corpus proceedings) における死刑を科される事件を審査して、これらの事件の 40

---

2015, at A3.

(19) Stroud, *supra* note 15.

(20) See Susan D. Rozelle, *The Principled Executioner: Capital Juries' Bias and the Benefits of True Bifurcation*, 38 ARIZ. ST. L. J. 769, 772-93, 807 (2006) (研究を要約し、「50 年を超える間、経験的な調査は、死刑判決否認陪審員排除が陪審員を有罪および死刑に向けて歪めることを証明していると結論づける」); Jesse Nason, Note, *Mandatory Voir Dire Questions in Capital Cases: A Potential Solution to the Biases of Death Qualification*, 10 ROGER WILLIAMS UNIV. L. REV. 211, 214-23 (2004) (同様).

(21) See GARRETT, *supra* note 17, at 7.

(22) FBI, *National Press Releases, FBI Testimony on Microscopic Hair Analysis Contained Errors in at Least 90 Percent of Cases in Ongoing Review*, Apr. 20, 2015. See also Spencer S. Hsu, *FBI Admits Errors at Trials: False Matches on Crime-Scene Hair*, Wash. Post, Apr. 19, 2015, at A1 (コロンビア特別区では、死刑はないけれども、欠点のある毛髪分析の証言があった事件の 7 名の被告人中、5 名が最終的に嫌疑を晴らされた).

(23) See Samuel R. Gross, Barbara O'Brien, Chen Hu & Edward H. Kennedy, *Rate of False Conviction of Criminal Defendants Who Are Sentenced to Death*, 111 Proceedings of the National Academy of Sciences 7230 (2014) (死刑を宣告された者のうちの 4.1% が実際には無罪であったことを見積もる, 1973 年から 2004 年までの死刑宣告の全面的な研究); D. Michael Risinger, *Innocents Convicted: An Empirical Justified Factual Wrongful Conviction Rate*, 97 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 761 (2007) (3.3% と 5% との間の類似した割合を示唆する, 1982 年と 1989 年の間の謀殺・強姦による死刑事件において, DNA により嫌疑を晴らされた者の検討).

(24) Andrew Gelman, James S. Liebman, Valerie West & Alexander Kiss, *A Broken System: The Persistent Patterns of Reversals of Death Sentences in the United States*, 1 J. EMPIRICAL L. STUD. 209, 217 (2004).

(25) *Id.* at 232.

パーセントで誤りを見つけた<sup>(26)</sup>。

こうした研究やこれらの数字は、おそらく議論の余地があろう。詳細な上訴趣意書を作成することによって、我々は、より注意を払って、それらを吟味することができるであろう。しかし、最低でも、それらは信頼性についての深刻な問題を示唆している。それらが示唆するのは、裁判所が必要な手続に従うことなく被告人に死刑の宣告をする、あまりにも多くの事例が存在するということである。そして、それらは、かなりの数の事例で、当該犯罪を犯していなかった者に死刑が科されているということを示唆する<sup>(27)</sup>。40年前とは異なり、今日、我々は、(おそらくはDNA鑑定による証拠により)以前に有していた証拠よりも強力な、信頼性のなさについてのもっともらしい証拠を有している。要するに、実際には多分無罪であろう個人、または、その有罪宣告が(当該法律の見地からは)死刑の適用を正当化しない個人に裁判所が死刑を宣告することを示している、明らかにより多くの研究に基づいた証拠が、今日、存在している。

## II 「残虐」—— 恣意性

刑罰を恣意的に科すことは、法の支配とは正反対のものである。その理由から、(*Furman v. Georgia*<sup>(28)</sup> および *Gregg* の判示において決定的に重要な票を投じた) ポッター・スチュアート裁判官は、1972年に実施されていた死刑を違憲と考えた。即ち、

「これらの死刑宣告は、雷に打たれるのが残虐で異常であるのと同じ点で、残虐で異常である。なんとすれば、[死刑が選ばれるのにふさわしい犯罪]で有罪の決定を受けたすべての者のうち、多くはこれらの上訴人たちとまさに同じくらい非難されるべきではあるのだが、[これらの]上訴人たちは、死刑の宣告が実際になされた、気まぐれに選ばれた成り行き任せの一握りの者であるからだ。」<sup>(29)</sup>

(26) *Ibid.*

(27) See Mark L. Earley, Sr., *A Pink Cadillac, An IQ of 63, and a Fourteen-Year-Old from South Carolina: Why I Can No Longer Support the Death Penalty*, 49 U. RICH. L. REV. 811, 813 (2015) (「私は、死刑が間違った空想的前提に基づいていると結論づけるに至った。その間違った前提とは、我々は、死刑の決定および執行における100パーセントの正確さをこれまで持ってきたし、確かに持つし、そして、これからも持つであろうということである」); Mark Earley, *I Oversaw 36 Executions. Even Death Penalty Supporters Can Push for Change*, *Guardian*, May 12, 2014 (アラーは、1998年から2001年にかけて、ヴァージニア州司法長官として36件の死刑の執行を統轄した); *but see ante*, at 2-3 (Scalia, J., concurring) (無辜の者の死刑の執行が不可逆であるという事実から生じる、いかなる特別の憲法問題も明らかに見出さない)。

(28) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) (per curiam).

(29) *Furman*, 408 U.S. at 309-10 (concurring opinion). See also *id.* at 310 (「修正第8条および第14条は、この特異な刑罰が非常に奔放かつ非常に奇妙に科されることを容認する法体系の下では、死刑の宣告を科すことを許容することはできない」); *id.* at 313 (White, J., concurring) (「死刑は、最も残忍極まる犯罪に対してすら非常にまれにしか求められず、……死刑が科される数少ない事件を死刑が科されない多くの事件と区別することには意味のある根拠が存在しない」)。

死刑が1976年に再開された時、当法廷は、「恣意的かつ気まぐれなやり方で科される (inflicted in an arbitrary and capricious manner)」ならば、死刑は違憲である (し、そうなるであろう) ことを認めた<sup>(30)</sup>。

合衆国最高裁は、その結果、「『最悪の者のうちの最悪 (the worst of the worst)』』とスター裁判官が呼んだ者に死刑の使用を制限することによって、死刑の適用をより恣意的でなくするよう努めてきた<sup>(31)</sup>。

Gregg における合衆国最高裁の、死刑の公平な実施への期待にもかかわらず、40年の更なる経験は、死刑が恣意的に、即ち、死刑の使用を合衆国憲法の命ずるものと調和させるために法的に必要な、「合理的な一貫性」がないままに科されていることをますます明らかにする<sup>(32)</sup>。

死刑の宣告についての徹底的な研究は、この結論を支持する。例えば、最近の研究は、死刑を2012年に廃止したコネティカット州における、1973年から2007年の間になされたすべての死刑の宣告を検討した<sup>(33)</sup>。その研究は、すべての殺人事件の被告人の取り扱いを再調査した。その研究は、コネティカット州法が被告人を死刑の宣告に値するとした205の事例を見出した<sup>(34)</sup>。裁判所は、これらの205の事件のうちの12件で死刑を科し、そのうちの9件は上訴審で死刑が維持された<sup>(35)</sup>。その後、その研究は、これらの9つの事件における謀殺犯の行為の「とてつもないひどさ (egregiousness)」を測定し、そうすることに向けられた計量システムを詳しく説明した<sup>(36)</sup>。次いで、その研究は、死刑を宣告された9名の被告人の行為のとてつもないひどさを、残りの196の事件の (そこでは、被告人は、死刑が選ばれるのにふさわしい犯罪を犯していたと認定されたとはいえ、最終的には死刑の宣告がなされなかった) 被告人の行為のとてつもないひどさと比較した。その研究の測定規準の適用が明らかにしたことは、これらの9名の被告人のうちの1名だけが、まさに「最悪の者のうちの最悪」であった (あるいは、最も「とてつもなくひどい」と考えられた15パーセントの者の中に、少なくともあった) ということである。残りの8名はそうではなかった。8名の行状は、少なくとも33名の行状よりもひどくはなく、死刑の宣告を

---

(30) Gregg, 428 U.S. at 188 (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.); *see also id.* at 189 (「人間の生命が奪われるか助けられるかどうかの決定のような非常に重大な問題に関して、裁量が宣告を行う機関に与えられる場合には、その裁量は、完全に恣意的で気まぐれな行動のリスクを最小限にするほど、適切に統制され限定されなければならない」); *Godfrey v. Georgia*, 446 U.S. 420, 428 (1980) (plurality opinion) (同様)。

(31) *Kansas v. Marsh*, 548 U.S. at 206 (dissenting opinion); *see also Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 568 (2005) (「極刑は、限られた範疇の最も重大な犯罪を犯し、その極度の有責性がその犯罪者を死刑の執行に最も値するようにする犯罪者に限定されなければならない」 (internal quotation marks omitted)); *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407, 420 (2008) (citing *Roper*, 543 U.S. at 568)。

(32) *Eddings v. Oklahoma*, 455 U.S. 104, 112 (1982)。

(33) John J. Donohue III, *An Empirical Evaluation of the Connecticut Death Penalty System Since 1973: Are There Unlawful Racial, Gender, and Geographic Disparities?*, 11 J. Empirical L. Stud. 637 (2014)。

(34) *Id.* at 641-43.

(35) *Id.* at 641.

(36) *Id.* at 643-45.

受けなかった（全部で 205 の一団のうちの）他の 170 名の被告人と同じであった<sup>(37)</sup>。

そのような研究が示すのは、死刑の適用に最も明らかに影響を及ぼすべきである要素、つまり、当該犯罪の相対的なとてつもないひどさが、しばしばそうではないということである。他の研究は、人種、ジェンダーまたは地理のような、死刑の適用に影響を及ぼすべきではない状況がしばしば確かに影響を及ぼしていることを示している。

例えば、数多くの研究が、白人の犠牲者を謀殺したとして起訴された個人は、黒人または他の少数派人種の犠牲者とは対照的に、死刑をより受けやすいと結論づけている<sup>(38)</sup>。

それより少ないが、しかし、依然として多くの研究は、被告人のジェンダーまたは被害者のジェンダーが、それ以外では十分な理由とならない決定的な違いを生じると認定している<sup>(39)</sup>。

地理もまた、誰が死刑を宣告されるかを決定する上で重要な役割を演じる<sup>(40)</sup>。そして、そのことは、ただ単に、いくつかの州が死刑を許容し、他の州が許容しないことによる、というのではない。むしろ、死刑存置州内において、死刑を科すことは、被告人が事実審理を受けるカウンティに激しく依拠する<sup>(41)</sup>。例えば、2004 年から 2009 年の間に、たった 29 のカウンティ（この国のカウンティの 1 パーセントを下回る）が全国で科されるすべての死刑のほぼ半分を占めた<sup>(42)</sup>。そして、2012 年には、たった 59 のカウンティ（この国のカウンティの 2 パーセントを下回る）が全国で科されるすべての死刑を占めた<sup>(43)</sup>。

何がこのカウンティごとの不均衡を説明するのか。いくつかの研究は、その不均衡が意思決定の権限、法的裁量、そして最終的には、地方の検察官の権限を反映していることを示す<sup>(44)</sup>。

(37) *Id.* at 678-79.

(38) See U.S. Gov't Accountability Office, GAO/GGD-90-57, Report to the Senate and House Committees on the Judiciary: Death Penalty Sentencing 5 (1990) (1972 年から 1990 年の間に行われた 28 の研究のうちの 82 パーセントが、被害者の人種が死刑を科しうる謀殺の罪または死刑の宣告に影響を及ぼすと認定したが、[この] 認定 [は] ……一まとまりのデータ、州、データの収集方法、そして、分析手法を越えて非常に一貫していた); Steven F. Shatz & Terry Dalton, *Challenging the Death Penalty with Statistics: Furman, McCleskey, and a Single County Case Study*, 34 CARDOZO L. REV. 1227, 1245-51 (2013) (同様の結論を 1990 年から 2013 年の間に行われた追加の 20 の研究から引き出す)。

(39) *Id.* at 1251-53 (多くの研究を引用する)。

(40) See *id.* at 1253-56.

(41) Robert J. Smith, *The Geography of the Death Penalty and Its Ramifications*, 92 B.U. L. REV. 227, 231-32 (2012) [hereinafter Smith]; see also Donohue, *supra* note 33, at 673 ([「コネティカット州における」死刑が選ばれるのにふさわしい被告人が死刑を宣告されるかどうかを説明する 1973 年から 2007 年までのたった一つの最も重要な影響は、その犯罪がウォーターベリィ [・カウンティ] で起きたかどうかであった] )。

(42) Smith, at 233.

(43) DPIC, *The 2% Death Penalty: How a Minority of Counties Produce Most Death Cases at Enormous Costs to All* 9 (Oct. 2013).

(44) See, e.g., Greg Goelzhauser, *Prosecutorial Discretion under Resource Constraints: Budget Allocations and Local Death-Charging Decisions*, 96 JUDICATURE 161, 162-63 (2013); David Barnes, Katherine Sloss & Stephen Thaman, *Place Matters (Most): An Empirical Study of Prosecutorial Decision-Making in Death-Eligible Cases*, 51 ARIZ. L. REV. 305 (2009) (ミズーリ州を分析); Donohue, *supra* note 33, at 681 (コネティカット州); Justin Marceau, Sam Kamin & Wanda Foglia, *Death Eligibility in Colorado: Many are Called, Few are Chosen*, 84 U. COLO. L. REV. 1069 (2013) (コロラド州); Shatz & Dalton, *supra* note 38, at 1260-61 (アラメダ・カウンティ)。

他の研究は、被告人側弁護士のための費用が利用できること（またはその欠如）が地理的相違を説明するのに役立つと示唆する<sup>(45)</sup>。

さらに、別の研究は、カウンティの人種構成およびカウンティ内の人種分布が重要な役割を果たすことを示す<sup>(46)</sup>。

最後に、いくつかの研究は、選挙に立候補しなければならない裁判官に対する圧力を含む、政治的圧力が決定的な違いを生じることがあると示唆する<sup>(47)</sup>。

そういうわけで、人種、ジェンダー、地方の地理および資力というような無関係または不適切な要素が、誰が死刑を受けるのかを確かに著しく決定することを示す研究に注目するかどうかにかかわらず、または、「とてつもないひどさ」のような適切な要素が、誰が死刑を受けるのかを決定しないことを示す研究に注目するかどうかにかかわらず、法的結論は同じであるに違いない。即ち、研究は、強力に、死刑が恣意的に科されていることを示唆する。

トーマス裁判官は、様々な死刑事件の悲劇的な詳細を列挙する<sup>(48)</sup>が、これは私の要点を外している。すべての謀殺は悲劇的であるが、我々が Woodson<sup>(49)</sup> において違憲無効とされた絶対的死刑に回帰しない限り、極刑の合憲性は最悪の者のうちの最悪へのその限定された適用に依拠する<sup>(50)</sup>。そして、この広範な多数の証拠は、極刑がそのように限定されていないことを示唆する。

40年前に、合衆国最高裁は、死刑の宣告の恣意的な適用をかなりの程度限定するようなやり方で、修正第8条を解釈することが可能であると信じた<sup>(51)</sup>。しかし、そのことは、もはや起こりそうには思われない。

---

(45) See, e.g., Smith, at 258–65 (死刑を宣告する割合がより高いカウンティは、公費による弁護士プログラムがより弱い傾向にある); James S. Liebman & Peter Clarke, *Minority Practice, Majority's Burden: The Death Penalty Today*, 9 OHIO ST J. CRIM. L. 255, 274 (2011) [hereinafter Liebman & Clarke] (同様); see generally Stephen B. Bright, *Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer*, 103 YALE L. J. 1835 (1994).

(46) See, e.g., Justin D. Levinson, Robert J. Smith & Danielle M. Young, *Devaluing Death: An Empirical Study of Implicit Racial Bias on Jury-Eligible Citizens in Six Death Penalty States*, 89 N. Y. U. L. REV. 513, 533–36 (2014) (この点に関する研究を要約する); see also Shatz & Dalton, *supra* note 38, at 1275 (死刑を宣告する割合は非白人人口が最も多いカウンティにおいて最も低いことを認定する研究を描写する); cf. G. Ben Cohen & Robert J. Smith, *The Racial Geography of the Federal Death Penalty*, 85 WASH. L. REV. 425 (2010) (連邦法上の死刑は、陪審員が選ばれる連邦の地区が、当該連邦犯罪が生じたカウンティと人種の劇的な相違を有するところでは、不均衡なほど求められると主張する)。

(47) See *Woodward v. Alabama*, 571 U.S. \_\_, \_\_ (2013) (Sotomayor, J., dissenting from denial of certiorari) (slip op., at 7) (経験による証拠が示唆することは、アラバマ州の裁判官が陪審の勧告を覆す場合、これらの「党派的手続で選ばれる裁判官が、選挙の圧力に屈しているように見える」ことであると記す); *Harris v. Alabama*, 513 U.S. 504, 519 (1995) (Stevens, J., dissenting) (同様); Gelman, Liebman, West & Kiss, *supra* note 24, at 247 (州の選挙で選ばれる裁判官は、小さな町における方がより大きなコミュニティにおいてよりも、死刑事件の欠点のある票決を覆す可能性が低い)。

(48) *Ante*, at 6–10 (Thomas, J., concurring)。

(49) *Woodson*, 428 U.S. at 304–05 (plurality opinion)。

(50) *Supra*, at 9–10。

(51) See *Gregg*, 428 U.S. at 195 (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.) (「Furman において表明された、死刑は恣意的または気まぐれなやり方で科されるべきではないとの懸念は、対処することができる」)。

合衆国憲法は、検察官の裁量権 (prosecutorial discretion) の使用を禁止していない<sup>(52)</sup>。死刑事件の被告人側の資金提供を著しく増大させることが可能であるとは証明されていない<sup>(53)</sup>。そして、裁判所は、司法の動機を簡単には調査することができない<sup>(54)</sup>。

さらに、人種およびジェンダーに関する偏見は、不幸にも、(意識的であれ無意識であれ) 深く根ざしたコミュニティの偏見を反映しうるのであり、それは、法的には無関係であるにもかかわらず、責任を軽減する証拠 (mitigating evidence) についての陪審の評価に影響を及ぼしうる<sup>(55)</sup>。それにもかかわらず、被告人の責任を軽減する証拠が被告人に減刑の資格を与えるかどうかについての個別化された評価をなすことは、陪審の任務となっている<sup>(56)</sup>。

最後に、比較を行うことによる均衡性の審査 (comparative proportionality review) は憲法上要求されていないと当法廷が判示して以降<sup>(57)</sup>、私が描写している恣意性を上訴審が防止することができることは、ありそうにないように思われる<sup>(58)</sup>。

20年を超える年月にわたる、何千もの死刑事件と最後の瞬間での裁量上訴を考察した後には到達した私自身の見解を、研究は支持する。私が見るのは、いかなる合理的な説明も見出すことができない不一致である<sup>(59)</sup>。何故、被害者が1名の謀殺を犯したある被告人が(以前の重罪の有罪決定と事後の強盗により) 死刑を受けるのに、別の被告人は、若い母親を誘拐、強姦、謀殺し、その幼い赤ん坊を犯罪現場で死んだまま放置したにもかかわらず、死刑を受けないのか<sup>(60)</sup>。何故、被害者が1名の謀殺を犯したある被告人が(以前の重罪の有罪決定と、未必の故意ないし認識ある過失による銃を持った行動という責任加重事由により) 死刑を受けるのに、別の被告人は、若

(52) *Id.* at 199 & n.50 (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.); *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279, 307 n.28, 308, 311-12 (1987).

(53) Stephen F. Smith, *The Supreme Court and the Politics of Death*, 94 VA. L. REV. 283, 355 (2008) (「死刑を科されうる被告人は、とりわけ……死刑の執行においてこの国を先導するいくつかの州において、周知のように資金が十分に与えられていない」); American Bar Ass'n. (ABA) *Guideline for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*, Guideline 9.1, Commentary (rev. ed. Feb. 2003), in 31 HOFSTRA L. REV. 913, 985 (2003) (「死刑の代理への弁護士報酬は、周知のように不十分なままである」).

(54) *See, e.g.*, *Harris*, 513 U.S. 504 (1995).

(55) *See Callins v. Collins*, 510 U.S. 1141, 1153 (1994) (Blackmun, J., dissenting from denial of certiorari) (「社会一般に広まっている偏見や先入観が、誰が死刑を宣告されるかについての決定に影響を及ぼすであろうことは、おそらくは驚くべきことではない」).

(56) *See, e.g.*, *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 319 (1989); *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586, 604-05 (1978) (opinion of Burger, C.J.); *Woodson*, 428 U.S. at 304-05 (plurality opinion).

(57) *Pulley v. Harris*, 465 U.S. 37 (1984).

(58) *See Timothy V. Kaufman-Osborn, Capital Punishment, Proportionality Review, and Claims of Fairness (with Lessons from Washington State)*, 79 WASH. L. REV. 775, 791-92 (2004) (Pulley 後に、多くの州が、比較を行うことによる均衡性の審査を要求するそれぞれの制定法を廃止し、ほとんどの州の最高裁判所は、「均衡性の審査をうわべだけの行使に引き下げた」(internal quotation marks omitted)).

(59) *Cf. Godfrey*, 446 U.S. at 433 (plurality opinion) (「死刑が科された本件を科されなかった多くの事件と区別する原理づけられた方法は存在しない」).

(60) *Compare State v. Badgett*, 361 N.C. 234, 644 S.E. 2d 206 (2007), and *Petition for Cert. in Badgett v. North Carolina*, O.T. 2006, No. 07-6156, with Mike Charbonneau, *Andre Edwards Sentenced to Life in prison for 2001 Murder*, WRAL, Mar. 26, 2004, <http://www.weal.com/news/local/story/109648>.

い男性と彼の妊娠中の妻を殺害したことによる「三重殺人」を犯したにもかかわらず、死刑を受けないのか<sup>(61)</sup>。さらに詳しく言えば、何故、被害者が1名の委託殺人計画（と、加えて、事後の強盗）に関与したある被告人が死刑を受けるのに、別の被告人は、自分の妻を60回突き刺し、自分の6歳の娘と3歳の息子を寝ている間に殺害したにもかかわらず、死刑を受けないのか<sup>(62)</sup>。各々の事例において、比較された刑の宣告は、ほとんど同じ時期に、同じ州内で科せられたものである。

これまで私が引用してきた研究と並んで、これらの事例（および挙げることはできるが、そうしないより多くの事例）によって提起される問題は、スチュアート裁判官、パウエル裁判官、その他の裁判官が何十年にもわたって提起したのと同じ問題である。即ち、死刑を科すことと実行することは、気まぐれで、成り行き任せであり、さらに言えば、恣意的であるように思われるということである。被告人の目から見ると、その刑を受けること、および、確かにそれが実行されると分かることは、雷に打たれることに等しい。それでは、どのようにして我々は、死刑を、法の支配を何よりもまず主張する合衆国憲法の要求と調和させることができるのか。

### Ⅲ 「残虐」——度を越した遅れ

信頼性と不公平さの問題は、ほとんど不可避に、三番目の独立した憲法上の問題につながる。即ち、生きてはいるが死の宣告の下で、死刑囚監房区において個人が一般に過ごす、度を越して長い期間である。もっと正確に言うと、遅れは一部には合衆国憲法自体の要求が作り出す問題である。死刑事件には信頼性と公平さの特別の必要があるので、修正第8条は死刑に「特別の力を持って」適用され、また、適用されなければならない<sup>(63)</sup>。「その最も厳しい制裁」に直面する者は、「合衆国憲法によって彼らの死刑執行が禁止されることを証明する、公正な機会を持たなければならない。」<sup>(64)</sup> それと同時に、合衆国憲法は、「被告人の生命が問題となっている」ときには、「あらゆる保護手段」が「遵守」されるべきことを強く要求する<sup>(65)</sup>。

これらの手続上不可欠なものは、実行するのに時間がかかる。そして、公平さと信頼性を保証する手続的要件を放棄するのではない限り、我々は、死刑事件における、ますます増大している非常に長い遅れの問題に直面することを強えられる。結局、これらの法的原因は、説明するには

---

(61) *Compare Commonwealth v. Boxley*, 596 Pa. 620, 948 A.2d 742 (2008), and *Petition for Cert.*, O.T. 2008, No. 08-6172, *with Sandra Shea, Judge Gives Consecutive Life Sentences for Triple Murder*, PHILADELPHIA INQUIRER, June 29, 2004, at B5.

(62) John J. Donohue III, *Capital Punishment in Connecticut, 1973-2007: A Comprehensive Evaluation from 4686 Murders to One Execution* 128-34 (2013), [http://works.bepress.com/john\\_donohue/87](http://works.bepress.com/john_donohue/87).

(63) *Roper*, 543 U.S. at 563.

(64) *Hall v. Florida*, 572 U.S. \_\_, \_\_ (2014) (slip op. at 22).

(65) *Gregg*, 428 U.S. at 187 (joint opinion of Stewart, Powell, Stevens, JJ.); *Furman*, 408 U.S. at 306 (Stewart, J., concurring) (死が「刑罰の他のすべての形態と異なる」のは、「程度ではなく種類においてである」); *Woodson*, 428 U.S. at 305 (plurality opinion) (「100年の刑期が1年か2年にすぎない刑期と異なる以上に、死は、その終局性において、終身刑とは異なる」).

役立つのかもしれないが、遅れそれ自体によって引き起こされる害悪を緩和することはない。

## A

初めに統計を考察しよう。2014年に、35名の死刑が執行された。これらの執行は、平均して、裁判所が最初に死刑を宣言したほぼ18年後に生じた<sup>(66)</sup>。いくつかの死刑存置州においては、平均的な遅れはもっと長い。例えば、昨年<sup>(67)</sup>の口頭弁論において、フロリダ州は、同州で死刑が執行された最後の10名の囚人が、執行前に、平均してほぼ25年、死刑囚監房区において過ごしたことを認めた<sup>(67)</sup>。

平均的な遅れの期間は、長年にわたって劇的に増大してきた。1960年には、宣告と執行との間の平均的な遅れは2年であった<sup>(68)</sup>。10年前（2004年に）、平均的な遅れは約11年であった<sup>(69)</sup>。昨年までに、その平均は約18年に上昇している<sup>(70)</sup>。現在死刑囚監房区にいる3,000名の被収容者のほぼ半分が15年よりも多くそこにいる。そして、現在の執行の割合では、これらの3,000名の死刑宣告を実行するためには、75年よりも多くの年月がかかるであろう。それ故、死刑囚監房区にいる平均的な者は、執行される前に、これから37.5年、そこで過ごすであろう<sup>(71)</sup>。

その傾向が近いうちに逆転すると信じるいかなる理由も私には見つけることができない。

## B

これらの非常に長い遅れは2つの特別な憲法上の難点を作り出す<sup>(72)</sup>。第一に、非常に長い遅れは、それ自体かつそれだけで、ことのほか残虐であるが、それは、「死刑囚監房区の被収容者を、際立って過酷な、人間性を失わせる何十年もの拘禁状態に服させる」からである<sup>(73)</sup>。第二に、度を越した遅れは、死刑の行刑学上の理論的根拠を崩す<sup>(74)</sup>。

(66) DPIC, Execution List 2014, <http://www.deathpenaltyinfo.org/execution-list-2014> (17年7か月の平均的な遅れを示す)。

(67) Transcript of Oral Argument at 46, *Hall v. Florida*, 134 S. Ct. 1986 (2014) (No. 12-10882)。

(68) See Dwight Aarons, *Can Inordinate Delay Between a Death Sentence and Execution Constitute Cruel and Unusual Punishment?*, 29 SETON HALL L. REV. 147, 181 (1998)。

(69) See Dep't of Justice, Bureau of Justice Statistics (BJS), Tracy L. Snell, Capital Punishment, 2013-Statistical Tables 14 (Table10) (rev. Dec. 2014) [hereinafter BJS 2013 Stats]。

(70) DPIC, Execution List 2014, *supra* note 66。

(71) BJS 2013 Stats, at 14, 18 (Tables 11 & 15)。

(72) See *Johnson v. Bredesen*, 558 U.S. 1067, 1069 (2009) (Stevens, J., statement respecting denial of certiorari)。

(73) *Ibid.*; *Gomez v. Fierro*, 519 U.S. 918 (1996) (Stevens, J., dissenting) (宣告から執行までの度を越した遅れは、それ自体、「修正第8条が禁じている残虐で異常な刑罰になる」); see *Lackey v. Texas*, 514 U.S. 1045 (1995) (memorandum of Stevens, J., respecting denial of certiorari); *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990, 993 (1999) (Breyer, J., dissenting from denial of certiorari)。

(74) *Johnson*, 558 U.S. at 1069; *Thompson v. McNeil*, 556 U.S. 1114, 1115 (2009) (statement of Stevens, J., respecting denial of certiorari)。

第一の憲法上の難点に目を向けると、ほとんどすべての死刑存置州は、一日当たり 22 時間以上の間、死刑囚監房区の被収容者を隔離し続ける<sup>(75)</sup>。死刑囚監房区の被収容者は一般の住民と同様の条件で収容されるべきであるとアメリカ法曹協会が示唆し、また、国連の拷問に関する特別報告者が 15 日より長い独居拘禁の全世界的な禁止を求めているにもかかわらず、このことは生じている<sup>(76)</sup>。そして、そのような長期間の独居拘禁が数多くの有害な害悪をもたらすことは、十分に文書で証明されている<sup>(77)</sup>。

独居拘禁の人間性を失わせる効果は、死刑の宣告が実際に実行されるかどうかについての不確かさによってさらに悪化させられる。1890 年に、当法廷は、「裁判所によって死刑を宣告された囚人がその刑の執行を待ちながら刑務所に拘禁されるとき、その間中ずっと被る最も恐ろしい感情の一つは、その全期間中の不確かさである」ことを認めた<sup>(78)</sup>。合衆国最高裁は、その事件では、単なる 4 週間の遅れを描写していた。過去 125 年間に、期間を除いて、この点では、ほとんど何も変わっていない。今日、我々は、数週間ではなく数十年単位で測られる遅れを描写しなければならない<sup>(79)</sup>。

さらに、我々は、一度ではなく何度も繰り返して発給されては取消される、死刑執行令状 (death warrants) を考察しなければならない<sup>(80)</sup>。

何人かの被収容者は、後に嫌疑が晴らされる前に、死刑執行の数時間または数日前であった。ウィリー・マニング (Willie Manning) は、ミシシッピ州最高裁判所が死刑の執行を停止したのが、

(75) American Civil Liberties Union (ACLU), *A Death before Dying: Solitary Confinement on Death Row 5* (July 2013) (ACLU Report).

(76) *See id.* at 2, 4; ABA Standards for Criminal Justice: Treatment of Prisoners 6 (3d ed. 2011).

(77) *See, e.g.*, Craig Haney, *Mental Health Issues in Long-Term Solitary and "Supermax" Confinement*, 49 CRIME & DELINQUENCY 124, 130 (2003) (独居拘禁が多くの症状の中でも、特に「不安、パニック、激怒、コントロールの喪失、妄想、幻覚、そして、自傷」を経験することを囚人に引き起こすことがあると認定する研究の目録を作成する); Stuart Grassian, *Psychiatric Effects of Solitary Confinement*, 22 WASH. U. J. L. & POL'Y 325, 331 (2006) (「二、三日の独居拘禁ですら [脳の]脳波図 (EEG) の形を昏迷や譫妄に特徴的な異常な形に予想されるように変換させるであろう」); *accord*, In re Medley, 134 U.S. 160, 167-68 (1890); *see also* Davis v. Ayala, 135 S. Ct. 2187 (2015) (Kennedy, J., concurring).

(78) Medley, 134 U.S. at 172.

(79) *Supra*, at 18-19.

(80) *See, e.g.*, Petition for Cert. in Suárez Medina v. Texas, O. T. 2001, No. 02-5752, at 35-36 (filed Aug. 13, 2002) (「スアレス・メディーナ (Suárez Medina) 氏の死刑宣告がなされて以降の 14 の別々の機会に、メディーナは自分の死の時間、日付および方法を知らされている。少なくとも 11 回、メディーナは自分の遺体の処分を描写することを求められている」); Dahlia Lithwick, *Cruel but Not Unusual*, SLATE, Apr. 1, 2011, [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/jurisprudence/2011/04/cruel\\_but\\_not\\_unusual.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2011/04/cruel_but_not_unusual.html) (ジョン・トンプソン (John Thompson) は、嫌疑が晴らされる前に、7 回、死刑執行令状が署名されていた); *see also, e.g.*, WFMZ-TV 69 News, *Michael John Parrish's Execution Warrant Signed by Governor Corbett* (Aug. 18, 2014), <http://www.wfmz.com/news/Regional-Poconos-Coal/Local/michael-john-parrishs-execution-warrant-signed-by-governor-corbett/27595356> (ペンシルヴェニア州は、1999 年以降、1 件も死刑を執行していなかったが、前州知事は、その最初の 3 年半の在職中に、36 の死刑執行令状に署名した)。

予定された執行の4時間前だった<sup>(81)</sup>。2年後、マニングは、FBIの毛髪検査官の間違ひのある証言を含む、彼に不利な証拠が激しく掘り崩された後に、嫌疑が晴らされた<sup>(82)</sup>。そして、マニングは、大きくかけ離れた事案ではない<sup>(83)</sup>。

さらに、拘禁と不確かさの否定的な影響を考えれば、多くの被収容者が執行されることを自発的に申し出て、更なる上訴を放棄しているということは驚くべきことではない<sup>(84)</sup>。さらに言えば、後に嫌疑が晴らされた、ある死刑囚監房区の被収容者は、嫌疑を晴らすことを追求して死刑囚監房区で長年過ごすよりも、むしろ死ぬことを選んでいたのであろうと、依然として述べていた<sup>(85)</sup>。また、多くの被収容者が自殺を考え、または、実際に自殺することも驚くには当たらない<sup>(86)</sup>。

他の者は、遅れが作り出す憲法上の問題について非常に長々と書いているが、それらの事実、主張および結論を繰り返すよりも、私は、それらの著作のいくつかに言及することにとどめる<sup>(87)</sup>。

(81) See Campbell Robertson, *With Hours to Go, Execution Is Postponed*, N.Y. TIMES, Apr. 8, 2015, at A17.

(82) R. L. Nave, *Why Does the State Still Want to Kill Willie Jerome Manning?*, Jackson Free Press, Apr. 29, 2015.

(83) See, e.g., Douglas Martin, *Randall Adams, 61, Dies; Freed with Help of Film*, N.Y. TIMES, June 26, 2011, at 24 (ランドール・アダムズ (Randall Adams)。死刑執行の3日前に当法廷により執行が停止、後に嫌疑が晴らされる); Nick Davies, *WHITE LIES: RAPE, MURDER, AND JUSTICE TEXAS STYLE* 231, 292, 298, 399 (1991) (クラレンス・リー・ブランドリー (Clarence Lee Brandley)。2度、死刑の執行が停止されるが、1度は6日前、もう1度は10日前だった。後に嫌疑が晴らされる); Margaret Edds, *AN EXPENDABLE MAN: THE NEAR-EXECUTION OF EARL WASHINGTON, JR.* 93 (2003) (アール・ワシントン・ジュニア (Earl Washington, Jr.)。死刑執行の9日前に執行が停止、後に嫌疑が晴らされる)。

(84) See, e.g., ACLU Report 8; Meredith Martin Rountree, *Volunteers for Execution: Directions for Further Research into Grief, Culpability, and Legal Structures*, 82 UMKC L. REV. 295 (2014) (死刑を執行された者のうちの11パーセントが上訴を取り下げ、進んで執行を引き受けた); ACLU Report 3 (『耐えられない状況の故に、上訴を取り下げた男たち』の説明)。

(85) G. Richard Strafer, *Volunteering for Execution: Competency, Voluntariness and the Propriety of Third Party Intervention*, 74 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 860, 869 (1983)。

(86) *Id.* at 872 n.44 (フロリダ州で死刑囚監房区に拘禁された者のうちの35パーセントが自殺を企てた)。

(87) See, e.g., Johnson, 558 U.S. at 1069 (statement of Stevens, J.) (遅れは、「死刑囚監房区の被収容者を何十年もの、とりわけ過酷で、人間性を奪うような拘禁状態の下に置く」); Furman, 408 U.S. at 288 (Brennan, J., concurring) (『刑の宣告をすることと実際に死刑を科すこととの間で長期間待っていること』は、「不可避」であり、しばしば「恐ろしい犠牲を強いる」); Solesbee v. Balkcom, 339 U.S. 9, 14 (1950) (Frankfurter, J., dissenting) (『謀殺の歴史において、死刑の執行を待っている間の精神錯乱の発症はまれにしか起こらない現象ではない』); People v. Anderson, 6 Cal. 3d 628, 649, 493 P.2d 880, 894 (1972) (collecting sources) (『極刑の残虐さは、刑の執行それ自体とそれに当然付随する苦痛のみならず、法のデュー・プロセスにとって不可欠の司法的、行政的手続きが行われる刑の執行前の、長期間の拘禁が持つ、人間性を奪うような効果にも存在する』 (footnote omitted)); District Attorney for Suffolk Dist. v. Watson, 381 Mass. 648, 673, 411 N.E.2d 1274, 1287 (1980) (Braucher, J., concurring) (州憲法の下で死刑は違憲であるが、その理由は、一部には、「[死刑]が苦痛を与える不確実な歳月の後にもみ行われるからである」); see also Riley v. Attorney General of Jamaica, [1983] 1 A.C. 719, 734-35 (P.C. 1982) (Lord Scarman, joined by Lord Brightman, dissenting) (『過度の遅れの後の刑の執行』は、我が国の修正第8条の原型である「1689年の権利章典」第10条の「残虐で異常な刑罰」の禁止を科すものとなるであろう); Pratt v. Attorney General of Jamaica, [1994] 2 A.C. 1, 4 (P.C. 1993); *id.* at 32-33 (collecting cases finding inordinate delays unconstitutional or the equivalent); State v. Makwanyane 1995 (3) SA 391 (CC) (S. Afr.); Catholic Commission for Justice & Peace in Zimbabwe v. Attorney-General, [1993] 1 Zim. L.R. 242, 282 (inordinate delays unconstitutional);

非常に長い遅れから生じる第二の憲法上の難点は、これらの遅れが死刑の行刑学上の理論的根拠をおそらくは取り返しがつかないほどに掘り崩すということである。極刑の理論的根拠は、いかなる刑罰のそれとも同様に、古典的には、抑止力 (deterrence)、法的無能力化 (incapacitation)、報復 (retribution) または社会復帰 (rehabilitation) を確保する社会の必要性に依拠する。極刑は、定義上、社会復帰させない。極刑は、もちろん、犯罪者を法的に無能力化する。しかし、極刑の主要な代替手段、つまり、仮釈放の可能性のない終身刑もまた法的に無能力化する<sup>(88)</sup>。

こうして、合衆国最高裁が認めているように、死刑の行刑学上の理論的根拠は、実際には、死刑が持つ抑止する傾向および報復に対する社会の利益を満足させる能力にほとんどもっぱら依拠する<sup>(89)</sup>。多くの研究が死刑の抑止効果を検討している。そして、いくつかの研究はそのような効果を見出すが、他方、いくつかの研究は、死刑が犯罪を抑止するという証拠の欠如を見出している<sup>(90)</sup>。

近年、全米研究評議会 (the National Research Council) (その会員は全米科学アカデミー (the National Academy of Sciences)、全米工学アカデミー (the National Academy of Engineering) および医学院 (the Institute of Medicine) の評議会から選出される) は、30 年間の経験的証拠を検討し、その経験的証拠は抑止効果を立証するには不十分であり、それ故、死刑の抑止の価値についての議論に、「情報を与えるために用いられる」べきではないと結論づけた<sup>(91)</sup>。

私は、ある命題の「証拠の欠如」はその命題の反対のことを証明するものではないことを認める<sup>(92)</sup>。しかし、これらの研究に、以下の事実を付け加えると仮定してみよう。即ち、今日、死刑

---

Soering v. United Kingdom, 11 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 439 (1989) (謀殺犯の被疑者の合衆国への逃亡犯人引渡しは、刑の執行前の遅れのリスクに照らすと、ヨーロッパ人権条約に違反するであろう); United States v. Burns, [2001] 1 S.C.R. 283, 353, ¶ 123 (同様)。

(88) See Ring v. Arizona, 536 U.S. 584, 615 (2002) (Breyer, J., concurring in judgment).

(89) See, e.g., Gregg, 428 U.S. at 183 (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.).

(90) Compare ante, at 5 (Scalia, J., concurring) (collecting studies finding deterrent effect), with e.g., Jon Sorensen, Robert Wrinkle, Victoria Brewer & James Marquart, *Capital Punishment and Deterrence: Examining the Effect of Executions on Murder in Texas*, 45 CRIME & DELINQUENCY 481 (1999) (抑止効果のいかなる証拠も存在しない); Raymond Bonner & Ford Fessenden, *Absence of Executions: A Special Report, States with No Death Penalty Share Lower Homicide Rates*, N.Y. TIMES, Sep. 22, 2000, at A1 (1980 年から 2000 年まで、死刑存置州における殺人率は、死刑非存置州におけるよりも 48 パーセントから 101 パーセント高かった); Michael L. Radelet & Ronald L. Akers, *Deterrence and the Death Penalty: The Views of the Experts*, 87 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1, 8 (1996) (80 パーセントを超える犯罪学者は、既存の研究は抑止の正当化事由を支持しないと信じている); John J. Donohue III & Justin Wolfers, *Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate*, 58 Stan. L. Rev. 791, 794 (2005) (既存の統計上の証拠を評価し、抑止効果の存在については「極めて大きな不確実さ」が存在すると結論づける)。

(91) National Research Council, *Deterrence and the Death Penalty 2* (Daniel S. Nagin & John V. Pepper eds., 2012); accord, Baze v. Rees, 553 U.S. 35, 79 (2008) (Stevens, J., concurring in judgment) (「30 年間のこの領域における経験的研究にもかかわらず、極刑が実際に潜在的犯罪者を抑止するとのいかなる信頼できる統計的証拠も残されていない」)。

(92) See Ring, 536 U.S. at 615 (Breyer, J., concurring in judgment) (研究は「結論が出ていない」と考えられるかもしれない)。

を宣告される者の非常に少数しか実際には死刑が執行されず、また、それらの執行でさえも、死刑囚監房区に入ってから、平均して、ほとんど20年後に生じるという事実である<sup>(93)</sup>。そうすると、死刑が重大な抑止効果を持つということは、依然としてもっともらしいように見えるであろうか。

例えば、1978年に死刑宣告を受けた183名の被収容者に、実際に何が生じたかを考えてみよう。2013年の時点で(35年後)、38名(またはそのうちの21パーセント)が死刑を執行された。132名(または72パーセント)がその有罪宣告または刑の宣告を覆されまたは減刑された。そして、7名(または4パーセント)が他の(おそらくは自然の)原因で亡くなった。6名(または3パーセント)が死刑囚監房区にとどまっていた<sup>(94)</sup>。

その例は、一般的な傾向を例証する。1973年から2013年までの間のある時点で死刑宣告を受けた8,466名の被収容者のうち、16パーセントが死刑を執行され、42パーセントがその有罪宣告または刑の宣告を覆されまたは減刑され、そして、6パーセントが別の原因によって亡くなった。残りの者(35パーセント)は、依然として死刑囚監房区にいる<sup>(95)</sup>。

こうして、死刑を宣告される犯罪者は、執行されるよりも2倍か3倍、自己の刑が覆されまたは減刑されることが分かる可能性がある。そして、死刑を宣告される犯罪者は、執行(または嫌疑を晴らすこと)が生じうる前に、自然の原因から亡くなるという幸運な機会を持つ。早い話が、執行はまれなのだ。そして、犯罪を目論んでいるが潜在的な刑罰の数値を見極めている個人は、いずれにせよ、自らが、仮釈放なしの潜在的な終身刑に直面することを知るであろう。

これらの事実は、繰り返されるとき、潜在的な犯罪実行者の死刑の恐怖に何らかの相殺する効果を持つに違いない。そして、たとえその効果がわずかであるにすぎないとしても、(前に引用した抑止力の研究があるので) そのようにまれな出来事がすさまじい犯罪を著しく抑止すると信じることは困難である<sup>(96)</sup>。

しかし、報復についてはどうなのか。報復は有効な行刑学上の目的である。私は、すさまじい犯罪の犠牲者の残された親族やおそらくは社会それ自体が執行に正当性を見出しうることを認める。そして、死刑を支持する社会は、彼らの声を代表する理解できる利益を持つ<sup>(97)</sup>。

しかしながら、ここで関連する問題は、たとえあるとしても、「その犯行が犯された後の何十年も後にのみやってくる死」に、「社会の報復の観念」が正当性をしばしば見出すことができる

(93) DPIC, Execution List 2014, *supra* note 66.

(94) BJS 2013 Stats, at 19 (Table 16).

(95) *Id.* at 20 (Table 17); *see also* Frank R. Baumgartner & Anna W. Dietrich, *Most Death Penalty Sentences Are Overturned: Here's Why That Matters*, Wash. Post Blog, MONKEY CAGE, Mar. 17, 2015 (同様).

(96) *See Furman*, 408 U.S. at 311-12 (White, J., concurring) (「同様の状況にある非常に多くの者にとって、終身刑またはそれよりも短い刑期が十分であると判断されるときに、特定の予防に対する社会の必要性が非常に少数の者の死を正当化することは、自信を持って語る」ことができない).

(97) *But see* AUSTIN SARAT, MERCY ON TRIAL: WHAT IT MEANS TO STOP AN EXECUTION 130 (2005) (イリノイ州知事、ジョージ・ライオン (George Ryan) は、すべての死刑の宣告を減刑する自己の決定を、「家族がこの……法的にどっちつかずの状況を [20]年もの間、経験すること」は「残虐で異常」であるという根拠に基づいて説明した).

かどうかということである<sup>(98)</sup>。その時までには、社会は別の人々の集団である。その犯罪者と犠牲者の家族は、はるかに年を取っている。激しい怒りの感情は静まったのかもしれない。犯罪者は自分が別人となったと感じたかもしれない。そして、時には悔い改めと許しでさえもが、いったん破壊された生活に意味を回復することがありうる。それと同時に、社会と被害者の家族は、更なる死がないとしても、その犯罪者が仮釈放のない終身刑の下で刑務所に何十年も服役することを知らなければならない。

もちろん、私は、このことが必ずしも真実ではないかもしれず、また、死刑の執行が終結を提供することができる時には社会が信じることを認める。それにもかかわらず、死刑の執行の遅れと執行の低い蓋然性は、報復としての死を主張することを社会にもたらすどんな計算においても、何らかの役割を果たすに違いない。既に示唆してきたように、それらは、社会の持つ報復の利益を、それ自体では死刑の十分な正当化事由になることができない点にまで、おそらくは希薄化するであろう<sup>(99)</sup>。いずれにしても、報復の利益が、現在行われているような死刑によって何であれかなえられるのかもしれないとしても、その利益は、仮釈放のない終身刑（すべての州が現在認めている刑の宣告である）によっても、ほとんど同様に満たすことができると私は信じる<sup>(100)</sup>。

最後に、非常に長い遅れという事実は、起草者たちが修正第8条を書いた時に死刑が広く普及していたという点から死刑を正当化するいかなる試みも掘り崩す。起草者たちが合衆国憲法を書いた時には、20年または30年の遅れは何ら存在していなかった。死刑の執行は刑の宣告の後、間もなく行われた<sup>(101)</sup>。そして、後に描写する理由から<sup>(102)</sup>、我々は、建国期の迅速な執行に回帰することはできない。

### 3

結局のところ、非常に長い遅れは死刑の残虐さを悪化させるとともに、死刑の判例上の理論的根拠を掘り崩すのである。そして、当法廷は、もし死刑が抑止力または報復という目的を果たさないのであれば、「死刑は、目的のないかつ必要のない苦痛と苦しみを科すものにすぎず、それ故、違憲な刑罰である」と述べている<sup>(103)</sup>。

---

(98) *Valle v. Florida*, 564 U.S. \_\_, \_\_ (2011) (Breyer, J., dissenting from denial of stay) (slip op. at 3).

(99) *Id.* at \_\_ (slip op. at 3).

(100) See ACLU, A LIVING DEATH: LIFE WITHOUT PAROLE FOR NONVIOLENT OFFENCES 11 & n.10 (2013).

(101) See PHILIP ENGLISH MACKAY, HANGING IN THE BALANCE: THE ANTI-CAPITAL PUNISHMENT MOVEMENT IN NEW YORK STATE, 1776-1861, at 17 (1982); THOMAS JEFFERSON, A BILL FOR PROPORTIONING CRIMES AND PUNISHMENTS (1779), reprinted in THE COMPLETE JEFFERSON 90, 95 (Saul K. Padover ed., 1943); 2 THE PAPERS OF JOHN MARSHALL 207-09 (Charles T. Cullen & Herbert A. Johnson eds., 1977) (5か月の遅れの一部には基づく減刑の申立てを描写する); *Pratt v. Attorney General of Jamaica*, [1994] 2 A.C. at 17 (連合王国における同様の申立て) (collecting cases).

(102) *Infra*, at 29-33.

(103) *Atkins*, 536 U.S. at 319 (quoting *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782, 798 (1982) (internal question marks omitted)); see also *Gregg*, 428 U.S. at 183 (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.) (「加えられる制裁は、必要のない苦痛を科す結果となるほど行刑学上の正当化事由を全く欠くものでは

さらに言えば、(Gregg で決定的な一票を投じた) ルイス・パウエル裁判官は、当法廷から引退した後であったとはいえ、ほとんど同様の結論に達した。パウエル裁判官は、連邦憲法は死刑を禁止しておらず、むしろ、その問題を個々の州が決定することに委ねていると確信して、合衆国最高裁にやって来た<sup>(104)</sup>。

パウエル裁判官の引退後すぐに、レーンキリスト長官が、死刑事件の遅れについての懸念を検討する委員会、即ち、死刑事件における連邦身柄提出令状に関する特別委員会 (the Ad Hoc Committee on Federal Habeas Corpus in Capital Cases) (委員会) の議長にパウエル裁判官を指名した。同委員会は、合衆国議会に報告書を提出し、パウエル裁判官は、「遅れはその刑罰から抑止的価値の多くを失わせる」と証言した<sup>(105)</sup>。パウエル裁判官は、彼の公式の伝記作家によれば、最終的に、次のように結論づけた。即ち、極刑は、

『『いかなる役に立つ目的にも仕えない。』合衆国は、『西欧の工業化した国家の中であって、死刑を維持している点で比類がなく』、また、死刑は非常にまれにしか執行されないので、抑止することができない。より重要なことには、あらゆる死刑事件における値切るためのやり取りや遅れや一見やむことのない訴訟は、法それ自体の評判を悪化させた。』<sup>(106)</sup>

要するに、度を越した遅れという問題は、パウエル裁判官をして、少なくともある程度は、死刑が違憲であると結論づけることをもたらした。

既に述べたように、今日、遅れはさらに悪化している。レーンキリスト長官がパウエル裁判官を当該委員会に任命したとき、刑の宣告と執行との間の平均的な遅れは、7年と11か月であったが、それと比較すると、今日では、17年と7か月である<sup>(107)</sup>。

## C

何故、合衆国議会または諸州は遅れの問題を直接扱うことができないのかと人は問うかもしれない。何故、彼らは、刑の宣告と死刑の執行との間の時間を短縮するための手段を講じることができず、それ故、そのまさに提起された問題を緩和することができないのか。その答えは、遅れ

---

ありえない」); *Furman*, 408 U.S. at 312 (White, J., concurring) (「当該州にそのような取るに足らない見返りしかもたらさない刑罰は、修正第8条に違反する明らかに過度で、残虐で異常な刑罰であろう」); *Thompson*, 556 U.S. at 1115 (statement of Stevens, J., respecting denial of certiorari) (同様)。

(104) *Furman*, 408 U.S. at 431-32 (Powell, J., dissenting); see also JOHN JEFFRIES, JR., JUSTICE LEWIS F. POWELL, JR.: A BIOGRAPHY 409 (2001) (合衆国最高裁判所時代のパウエルを、「極刑の合憲性」の「熱狂的支持者」として描写する)。

(105) *Habeas Corpus Reform*, Hearings before the Senate Committee on the Judiciary, 100th Cong., 1st and 2d Sess., 35 (1989 and 1990)。

(106) JEFFRIES, *supra* note 104, at 452。

(107) Compare BJS, L. Greenfeld, *Capital Punishment*, 1990, at 11 (Table 12) (Sep. 1991), with *supra*, at 18-19。

を短縮することは、考えられるかもしれないよりもはるかに困難であるということである。そして、そのことは、一部には、そうするよう努めることには、死刑の合憲性をも掘り崩す手続的害悪を引き起こす危険があるという理由による。

一つには、遅れは、死刑の適用をより信頼できるものにするための助けとなっている。DNA鑑定による証拠が有罪決定の30年後に嫌疑を晴らしたヘンリー・リー・マッコラムの例を想起せよ<sup>(108)</sup>。もしマッコラムがそれ以前に処刑されていたなら、彼は、DNA鑑定による証拠が彼の嫌疑を晴らし、別の男が関与していた日を迎えるために、生きていることはなかったであろう。そして、その男は、マッコラムが有罪と決定された謀殺のまさに数週間後に犯した強姦と謀殺の故に、既に終身刑に服している<sup>(109)</sup>。それどころか、当法廷は、たった一人の裁判官による公開された反対意見を制して、マッコラムの請求についての審理を以前に斥けていた<sup>(110)</sup>。だが、合衆国最高裁が審理を斥けたまるまる20年も後に、マッコラムはDNA鑑定による証拠によって嫌疑を晴らされたのだ。かなりの数の同様の事件が存在し、そのうちのいくつかは、以前に私が論じている<sup>(111)</sup>。

無罪であるとの根拠に基づいて嫌疑が晴らされた者に加えて、その宣告または有罪決定が他の理由から覆された別の個人が存在する（既に論じたように、州および連邦裁判所は、1973年から1995年までの間に審理した死刑事件の68パーセントで、誤りを見つけた）<sup>(112)</sup>。これらの事件の多くにおいて、裁判所は、その個人が特別の意味において、つまり、法が死刑の適用に要求しているすべての手続的保護をその個人が受けなかったという意味において、死刑に値しないと判断したのである。これらの保護のいくつかを排除することによって、おそらく遅れを減らすことはできるであろう。しかし、どの保護を我々は取り除くべきなのか。我々は、死刑を科する被告人に確立してきた事実審理に関連する保護を取り除くべきか。即ち、それらの被告人は、刑の宣告を行う裁判官または陪審にすべての責任軽減事由（mitigating circumstances）を提出することができるか<sup>(113)</sup>、州は、とりわけ重大な謀殺者に死刑の適用を取っておくのに適切な、手引きを提供すべきか<sup>(114)</sup>、州は、適切な弁護人や、認められる場合には、適切な専門家証人を提供すべきか<sup>(115)</sup>、あるいは、陪審は、死刑を科するのに必要な責任加重要因（the aggravating

---

(108) Katz & Eckholm, N.Y. TIMES, *supra* note 13.

(109) *Ibid.*

(110) McCollum v. North Carolina, 512 U.S. 1254 (1994).

(111) See also DPIC Innocence List, *supra* note 11 (ネイソン・フィールズ (Nathson Fields), 23年。ポール・ハウス (Paul House), 23年。ニコラス・ヤリス (Nicholas Yarris), 21年。アンソニー・グレイヴス (Anthony Graves), 16年。デイモン・ティボドー (Damon Thibodeaux), 15年。リック・ジャクソン (Ricky Jackson), ウィリー・ブリッジマン (Wiley Bridgeman), クウェム・アジャム (Kwame Ajamu), 彼らは皆、同じ犯罪についての嫌疑を晴らされたが、有罪決定の39年後であった)。

(112) See Part I, *supra*.

(113) Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 (1978).

(114) Gregg, 428 U.S. 153 (1976).

(115) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932); Wiggins v. Smith, 539 U.S. 510 (2003); Ake v. Oklahoma, 470 U.S. 68 (1985).

factors) を見出さなければならないとすべきか<sup>(116)</sup>。我々は、ひどく知的に障害のある者に州が死刑を執行しないことをもはや確保すべきではないのか<sup>(117)</sup>。我々は、死刑の執行方法が合憲であるべきだと要件<sup>(118)</sup>、または、囚人は、その死刑執行時に精神的に能力があるべきだと要件<sup>(119)</sup> を除去すべきか。また、我々は、すべての刑事被告人が受ける刑事的保護、例えば、憲法上の保障（言ってみれば、「法のデュー・プロセス」）違反を主張する被告人は、連邦裁判所において身柄提出令状を求めうるとの保護を取り除くべきか<sup>(120)</sup>。これらの問いに対する私の答えは、「絶対に否」である<sup>(121)</sup>。

もちろん、裁判所、とりわけ追加的な審査段階を提供する連邦裁判所が、これらの要件やそれ以外の要件をあまりにも厳格に適用し、そのことが遅れを引き起こすのだと主張されるのかもしれない。しかし、そうすることを怠ることの結果が多分死であり、とりわけ無辜の者の死であるだろうときに、裁判官が法的要件を神経を遣って適用しないことは、誰にとってもそうであろうが、困難である<sup>(122)</sup>。

さらに、あらゆる段階での裁判所による審査は、信頼性を確保することに役立つ。もし当法廷が、アンソニー・レイ・ヒントンは、州裁判所においてさらなる審理を受けるべきだと命じていなければ<sup>(123)</sup>、ヒントンは、多分、嫌疑を晴らされるよりもむしろ死刑を執行されていたであろう。私自身の見解によれば、我々の法体系の複雑さ、州と連邦の別個の裁判所を有する我々の連邦制度、我々の憲法上の保障、公正な手続きに対する我々の強い関心、そして、とりわけ、死刑事件における信頼性と公平さの特別の必要性は、重なり合って、受け入れられる水準にまで遅れを減少させるための重大な手続上の「改革」を、実際には、起こりそうにもないようにする。

そして、その事実は、ジレンマを作り出す。即ち、手続的公正さと信頼性を求める死刑制度は、極刑の残虐さを容赦なく悪化させ、そもそも死刑を科すことの理論的根拠をかなりの程度掘り崩す<sup>(124)</sup>。しかし、遅れをできる限り少なくする死刑制度は、信頼性と手続的公正さを確保しようとする法体系の努力を掘り崩すであろう。

(116) *Ring*, 536 U.S. 584 (2002); *see also id.* at 614 (Breyer, J., concurring in judgment).

(117) *Atkins*, 536 U.S. 304 (2002).

(118) *Baze*, 553 U.S. 35 (2008).

(119) *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1986).

(120) *See, e.g., O'Neal v. McAninch*, 513 U.S. 432 (1995).

(121) *But see ante*, at 5-7 (Scalia, J., concurring).

(122) *See, e.g., Zant v. Stephens*, 462 U.S. 862, 885 (1983) (「死刑事件においてできえも州裁判所の判決を破棄するためには熟議の過程における可能な限りの不完全さで十分であるというわけではないが、その刑の宣告の厳しさは、誤りのいかなるもとももらしい主張の審査においても、注意深い精査を命じる」); *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419, 422 (1995) (「大変な苦勞をして憲法上の誤りを探求するという我々の責務は、死刑事件における以上に厳格さを要することはない」 (internal quotation marks omitted)); *Thompson*, 556 U.S. at 1116 (statement of Stevens, J.) (「司法過程は時間がかかるが、死刑事件における誤りの割合は、時間をかけることの必要性を例証する」)。

(123) *See Hinton v. Alabama*, 571 U.S. \_\_ (2014).

(124) *See Knight*, 528 U.S. at 998 (Breyer, J., dissenting from denial of certiorari) (遅れの主要な原因の一つは、州が「憲法上十分な手続きを、最初の [有罪決定または] 刑の宣告の時点で適用しないこと」である)。

この世界において、または少なくともこの国において、我々は、少なくとも、正当な行刑学上の目的に仕えると言ってよい死刑を持つことができ、**また**、死刑の適用において、少なくとも、信頼性と公正さを求めると言ってよい手続的制度を持つことができる。我々は、2つとも同時に手に入れることはできない。そして、その純然たる事実は、過去40年間にわたって説得力を持って証明されてきたのであるが、死刑は修正第8条に違反するとの主張を強く支持する。信頼できない、または、手続的に公正でない死刑制度は、修正第8条に違反するであろう<sup>(125)</sup>。そして、死刑の適用において信頼でき、かつ、公正であるとしても、いかなる正当な行刑学上の目的にも仕えないであろう制度もそうであろう<sup>(126)</sup>。

#### IV 「異常な」— 死刑の使用の減少

修正第8条は、残虐で**異常な**刑罰を禁止する。昨年、2014年に、7つの州だけが死刑の執行を行った。おそらくより重要なことには、この20年間で、死刑を科すことと実行することがますます異常になっている。私は、いくつかの方法で、死刑の使用の著しい減少を例証することができる。

適切な出発点は、1970年代から現在までの、全国における年間の死刑宣告数の軌跡に関わる。1977年、州はその立法を修正することによって死刑を復活することができることと合衆国最高裁判所が明らかにしたすぐ後に、137名の人々が死刑を宣告された<sup>(127)</sup>。多くの州がそれぞれの死刑に関する法律をFurmanの要件を満たすように改訂したので、死刑の宣告数は増大した。1986年から1999年までの間、平均して286名が毎年死刑を宣告された<sup>(128)</sup>。しかし、おおよそ15年前から、その数が減少し始め、そして、それ以降、その数は急速に減っている<sup>(129)</sup>。1999年には、279名が死刑を宣告された<sup>(130)</sup>。昨年は、わずかに73名だけが死刑を宣告された<sup>(131)</sup>。

その傾向、つまり、この15年間の著しい減少は、年間の死刑の執行数に関してもまた当てはまる<sup>(132)</sup>。1999年には、98名の人々が死刑を執行された<sup>(133)</sup>。昨年は、その数はわずかに35名であった<sup>(134)</sup>。

次に、州レベルのデータを考察することができる。刑罰の実施が、憲法上の言葉で「異常」かどうかを決定するときには、しばしば、当法廷は、その実施に従事している州の数に頼って

---

(125) Woodson, 428 U.S. at 305 (plurality opinion); Hall, 572 U.S. at \_\_ (slip op. at 22); Roper, 543 U.S. at 568.

(126) Furman, 408 U.S. at 312 (White, J., concurring); Gregg, 428 U.S. at 183 (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.); Atkins, 536 U.S. at 319.

(127) BSJ 2013 Stats, at 19 (Table 16).

(128) BSJ 2013 Stats, at 14, 19 (Table 11 and 16).

(129) See Appendix A, *infra* (1977年から2014年までの死刑の宣告数を示す).

(130) BSJ 2013 Stats, at 19 (Table 16).

(131) DPIC, The Death Penalty in 2014: Year End Report 1 (2015).

(132) See Appendix B, *infra* (1977年から2014年までの死刑の執行数を示す).

(133) BJS, Data Collection: National Prisoner Statistics Program (BJS Prisoner Statistics) (available in Clerk of Court's Case file).

(134) DPIC, The Death Penalty in 2014, *supra* note 131, at 1.

いる<sup>(135)</sup>。この点で、死刑を行っている州の数は、劇的に減っている。1972年に合衆国最高裁が *Furman* 判決を下したとき、死刑は41州で合法であった。9州が死刑を廃止していた<sup>(136)</sup>。本日の時点では、いくつかの州は将来的にのみそうしたとはいえ、19州（とコロンビア特別区）が死刑を廃止している<sup>(137)</sup>。法令集上、死刑を維持している別の11州においては、8年よりも多くの間、死刑の執行が全く行われていない。即ち、アーカンソー（最後の執行は2005年）、カリフォルニア（2006年）、コロラド（1997年）、カンザス（1976年に死刑が復活してから1件も執行がない）、モンタナ（2006年）、ネヴァダ（2006年）、ニュー・ハンプシャー（1976年に死刑が復活してから1件も執行がない）、ノース・キャロライナ（2006年）、オレゴン（1997年）、ペンシルヴェニア（1999年）、そして、ワイオミング（1992年）の各州である<sup>(138)</sup>。

それ故、30州が正式に死刑を廃止しているか、8年よりも多くの間、死刑の執行を行っていない。過去8年間に少なくとも1件の死刑の執行を行った20州のうち、9州は、その時期に4件よりも少ない数の執行を行い、これらの州での死刑の執行を非常にまれな出来事に行っている<sup>(139)</sup>。そのことは、極刑が「異常」でないと行ってよい州を11州にする。そして、これらの州のうちのわずかに3州（テキサス、ミズーリおよびフロリダ）が、2014年中の全国での死刑の執行の80パーセント（35の執行のうち28）を占めた<sup>(140)</sup>。さらに言えば、昨年は、7つの州だけが死刑の執行を行った<sup>(141)</sup>。換言すれば、43州においては、誰も死刑を執行されなかった。

人口の観点からは、どれだけ多くのアメリカ人が少なくとも時々（過去3年間に少なくとも1件）、死刑の執行を行う州に住んでいるかと問うならば、20年前の答えは、60パーセントか70パーセントであった。今日、その数字は33パーセントである<sup>(142)</sup>。

それと同時に、死刑の使用はますます地理的に集中してきている。カウンティごとの数字が関連するが、それは、死刑を科す決定は、一般に、カウンティのレベルで生じるからである<sup>(143)</sup>。カウンティのレベルの刑の宣告数は、1973年から1997年までの間、アメリカの3,143のカウンティのうちの66のカウンティが、すべてのなされた死刑宣告のおおよそ50パーセントを占め

(135) *Atkins*, 536 U.S. at 313-16; *Roper*, 543 U.S. at 564-66.

(136) EVAN J. MANDERY, *A WILD JUSTICE: THE DEATH AND RESURRECTION OF CAPITAL PUNISHMENT IN AMERICA* 145 (2013).

(137) See DPIC, *States with and without the Death Penalty*, at <http://www.deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty>.

(138) DPIC, *Executions by State and Year*, at <http://www.deathpenaltyinfo.org/node/5741>.

(139) BJS *Prisoner Statistics* (デラウェア、アイダホ、インディアナ、ケンタッキー、ルイジアナ、サウス・ダコタ、テネシー、ユタ、ワシントン).

(140) See DPIC, *Number of Executions by State and Region since 1976*, at <http://www.deathpenaltyinfo.org/number-executions-state-and-region-1976>.

(141) DPIC, *Executions by State and Year*, *supra* note 138; DPIC, *Death Sentences in the United States from 1977 by State and by Year*, at <http://www.deathpenaltyinfo.org/death-sentences-united-states-1977-2008>.

(142) See Appendix C, *infra*.

(143) See *supra*, at 12-13.

たことを示している<sup>(144)</sup>。2000年代初めまでは、死刑は非常にわずかな数のカウンティにおいてだけ積極的に実施された。即ち、2004年から2009年までの間、35のカウンティだけが5件あるいはそれ以上の死刑宣告、即ち、おおよそ年間1件を科した<sup>(145)</sup>。そして、より最近のデータは、その行為がさらにずっと減っていることを示している。即ち、2010年から2015年（6月22日現在）までの間に、15のカウンティだけが5件あるいはそれ以上の死刑宣告を科した<sup>(146)</sup>。要するに、積極的に死刑を行っているカウンティの数は少なく、また、より少なくなっている。そして、カウンティのレベルでの死刑の執行に関する全体的な統計は、このことの証拠となる。1976年から2007年までの間に、アメリカのカウンティの86パーセントで、死刑の執行が全くなかった<sup>(147)</sup>。

要するに、州に目を向ければ、60パーセントよりも多くで、事実上死刑は存在せず、さらに18パーセントでは、死刑の執行がまれで異常であり、そして、6パーセント、即ち、3州がすべての死刑執行の80パーセントを占める。人口に目を向ければ、この国のほぼ66パーセントはこの3年間に死刑の執行を行っていない州に住んでいる。そして、カウンティに目を向ければ、86パーセントで事実上いかなる死刑も存在しない。少なくとも我々がこの国を全体として考えるときには、合衆国においては、極刑を見つけ出すことは、今日、異常であると言ってもよいように思われる<sup>(148)</sup>。

さらに、我々は、『重要なのは、これらの州の数ではなく、変化の方向の一貫性である』と述べてきた<sup>(149)</sup>。そのやり方で判断すると、極刑は確かに異常なものとなっている。7州がこの10年間で死刑を廃止し、ここには（極めて最近の）ネブラスカが含まれる<sup>(150)</sup>。そして、いくつかの州が死刑を削除するまであと1票に近づいた<sup>(151)</sup>。前に述べたように、11州が8年間で誰も

---

(144) Liebman & Clarke, 264-65; cf. *id.* at 266. (この国の人口の10パーセントのカウンティが死刑宣告の43パーセントを科した)。

(145) See Appendix D, *infra* (そのようなカウンティには赤色が塗られている) (citing Matt Ford, *The Death Penalty's Last Stand*, THE ATLANTIC, Apr. 21, 2015).

(146) See Appendix E, *infra*.

(147) Liebman & Clarke, 265-66 & n.47; cf. *ibid.* (この国の人口の5パーセントよりも少ないカウンティが、1976年から2007年までの死刑の執行の半分を超える数を行った)。

(148) See Furman, 408 U.S. at 311 (White, J., concurring) (死刑の執行は非常にまれにしか行われえないので、死刑の執行は、「当てになる抑止力であることをやめ、または、刑事裁判制度において、他のいかなる刑罰の目的にも予測できるほどに寄与することをやめるであろう。……その刑罰を科すことがまれな程度に達するときには、報復のいかなる既存の一般的な必要性も予測できるほどに満たされるといふことは非常に疑わしいであろう」)。

(149) Roper, 543 U.S. at 566 (quoting Atkins, 536 U.S. at 315) (Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989)における合衆国最高裁の判決以降、5州が少年に死刑を廃止したこと、つまり、4州が立法で、1州が司法によって廃止したことを重要と認定する)。

(150) DPIC, States with and without the Death Penalty, *supra* note 137.

(151) Katharine Q. Seelye, *Measure to Repeal Death Penalty Fails by a Single Vote in New Hampshire Senate*, N.Y. TIMES, Apr. 17, 2014, at A12; Mike Dennison, *House Deadlocks on Bill to Abolish Death Penalty in Montana*, BILLINGS GAZETTE, Feb. 23, 2015; see also Jon Offredo, *Delaware Senate Passes Death Penalty Repeal Bill*, DELAWARE NEWS JOURNAL, Apr. 3, 2015.

死刑を執行していない<sup>(152)</sup>。そして、いくつかの州が正式に被収容者の死刑の執行を停止した<sup>(153)</sup>。

さらに、変化の方向は一貫している。過去 20 年間に於いて、死刑のない州はどこも、その刑罰を復活させるための立法を可決していない<sup>(154)</sup>。さらに言えば、大ていの人々が死刑と結びつけて考える多くの州においてさえ、顕著な変化が生じている。最も多くの死刑の執行を行う州であるテキサスにおいては、死刑の執行数が 2000 年の 40 から 2014 年の 10 に減り、死刑の宣告数が 1999 年の 48 から 2013 年の 9 (そして、2015 年にはこれまで 0) に減った<sup>(155)</sup>。同様に、劇的な減少がヴァージニア、オクラホマ、ミズーリ、そして、ノース・キャロライナで存在している<sup>(156)</sup>。

これらの状況は、大多数のアメリカ人が、死刑と仮釈放のない終身刑との間で選択をするよう求められたとき、今日では後者を選択するという事実をおそらく反映している<sup>(157)</sup>。

私は、死刑が憲法上の言葉で「異常」であるとの主張を正当化することにつながる変化と状況を指摘する上で、外国ではなく、もっぱら国内の出来事に依拠する。これらの状況は、死刑の合憲性を我々が再考することを正当化するのに十分である。しかしながら、私は、多くの国が、さらに言えば、国連に加盟している 193 か国のうちの 95 か国が正式に死刑を廃止し、その他に 42 か国が実際上死刑を廃止していることを記す<sup>(158)</sup>。2013 年には、世界で 22 か国だけが死刑の執行を行った<sup>(159)</sup>。ヨーロッパまたは中央アジアでは、いかなる死刑の執行も行われなかったが、合衆国は、2013 年に被収容者に死刑を執行した、アメリカ大陸で唯一の国であった<sup>(160)</sup>。8 つの国だけ

(152) *Supra*, at 34-35.

(153) See William Yardley, *Oregon's Governor Says He Will Not Allow Executions*, N.Y. TIMES, Nov. 23, 2011, at A14 (オレゴン); Governor of Colorado, Exec. Order No. D2013-006, May 22, 2013 (コロラド); Ian Lovett, *Executions Are Suspended by Governor in Washington*, N.Y. TIMES, Feb. 12, 2014, at A12 (ワシントン); Sarah Begley, *Pennsylvania Stops Using the Death Penalty*, TIME, Feb. 13, 2015 (ペンシルヴェニア); see also Andrew Welsh-Huggins, *Ohio Executions Rescheduled*, ASSOCIATED PRESS, Jan. 30, 2015 (オハイオ).

(154) See *Atkins*, 536 U.S. at 315-16; DPIC, States with and without the Death Penalty, *supra* note 137.

(155) DPIC, Executions by State and Year, *supra* note 138; BJS, Tracy L. Snell, Capital Punishment, 1999, at 6 (Table 5) (Dec. 2000) [hereinafter BJS 1999 Stats]; BJS 2013 Stats, at 19 (Table 16); David von Drehle, *Bungled Executions, Backlogged Courts, and Three More Reasons the Modern Death Penalty Is a Failed Experiment*, TIME, June 8, 2015, at 26.

(156) BJS 1999 Stats, at 6 (Table 5); BJS 2013 Stats, at 19 (Table 16).

(157) Reid Wilson, *Support for Death Penalty Still High, but Down*, WASH. POST, GovBeat, June 5, 2014, at [www.washingtonpost.com/blogs/govbeat/wp/2014/06/05/support-for-death-penalty-still-high-but-down](http://www.washingtonpost.com/blogs/govbeat/wp/2014/06/05/support-for-death-penalty-still-high-but-down); see also ALI, Report of the Council to the Membership on the Matter of the Death Penalty 4 (Apr. 15, 2009) (一部には、アメリカ法律協会が死刑の実施についての懸念に取り組む「であろう手続きを勧告する」ことができることの疑念の故に、極刑に関する模範刑事法典のセクションを同法典から撤回する); cf. *Gregg*, 428 U.S. at 193-94 (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.) (一部には模範刑事法典に依拠して、「注意深く起草された制定法」が、Furman において表明された恣意性の関心事を満たすことができると結論づける)。

(158) Samuel Oakford, *UN Vote Against Death Penalty Highlights Global Abolitionist Trend and Leaves the US Stranded*, VICE NEWS, Dec. 19, 2014, at <https://news.vice.com/article/un-vote-against-death-penalty-highlights-global-abolitionist-trend-and-leaves-the-us-stranded>.

(159) International Commission Against Death Penalty, Review 2013, at 2-3.

(160) *Id.* at 3.

が10人よりも多くの者の死刑を執行した（合衆国，中国，イラン，イラク，サウディ・アラビア，ソマリア，スーダン，イエメン）<sup>(161)</sup>。そして，すべての知られている死刑の執行のほとんど80パーセントは，3つの国，即ち，イラン，イラクおよびサウディ・アラビアで行われた<sup>(162)</sup>。（この数字は，多数の人口を抱える中国を含んでいないが，中国では，正確なデータを入手することができない<sup>(163)</sup>。）

## V

私は，合憲性を支持する強力な反論を認める。我々は裁判所である。何故，我々は，その問題を，議会を通じて民主的に行動する人民に委ねるべきではないのか。合衆国憲法は，最も重要な決定を民主的に行うであろう国を期待している。死刑を廃止したほとんどの国は，司法部の判決ではなく，立法を通じて，そうしている。そして，立法者は，裁判官とは異なり，金銭的費用のような，ここでの問題に関連すると私が主張しない問題を自由に考慮に入れることができる<sup>(164)</sup>。

その答えは，これまで私が論じてきた，信頼性の欠如，重大かつ不可逆の刑罰の恣意的適用，長い遅れによって引き起こされる個人の苦しみ，そして，行刑学上の目的の欠如のような問題は，徹頭徹尾，司法の問題であるということである。それらは，重大な刑罰を個人に科すこと，さらに言えば，不公平，残虐，そして，異常に科すことに関わる。私は，1972年に，当法廷が，死刑を科すことの公平さと信頼性を増大させるような基準を求めて，ある意味では，合衆国議会と州議会に目を向けたことを認める。州議会は対応した。しかし，この40年間に，これらの対応が機能していないとのかかなりの証拠が蓄積している。

かくして，我々は，司法部の責任を委ねられている。修正第8条は関連する法を述べるのであり，我々は，その法を解釈しなければならない<sup>(165)</sup>。我々は，『合衆国憲法が予期しているのは，結局は，我々自身の判断が，修正第8条の下での死刑の容認可能性の問題に向けられるであろうということである』と明らかにしている<sup>(166)</sup>。

---

(161) *Id.* at 2.

(162) Amnesty International, *Death Sentences and Executions 2013*, at 3 (2014).

(163) *Id.* at 2.

(164) See, e.g., Mark Berman, *Nebraska Lawmakers Abolish the Death Penalty, Narrowly Overriding Governor's Veto*, WASH. POST BLOG, POST NATION, May 27, 2015 (ネブラスカ州の立法者は，同州において先ごろ死刑を廃止した理由の一つとして費用を列挙する); cf. California Commission on the Fair Administration of Justice, *Report and Recommendations on the administration of the Death Penalty in California* 117 (June 30, 2008) (死刑は，カリフォルニア州に毎年，1億3,700万ドルの費用を課す。他方，仮釈放のない無期懲役という比較に値するシステムは，毎年，1,150万ドルを課すであろう)，<http://www.ccfaj.org/rr-dp-official.html>; S. V. Dáte, *The High Price of Killing Killers*, PALM BEACH POST, Jan. 4, 2000, at 1A (フロリダ州において，各々の死刑執行の費用は，仮釈放のない無期懲役の費用よりも2,300万ドル上回っている)。

(165) See *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (1803); *Hall*, 572 U.S. at \_\_ (slip op. at 19) (『独立した判断のそうした行使は，合衆国最高裁の司法的義務である』)。

(166) *Id.* at \_\_ (slip op. at 19) (quoting *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584, 597 (1977) (plurality opinion); see also *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 833 n. 40 (1988) (plurality opinion)).

翻訳 — *Glossip v. Gross*, 576 U.S. \_\_ (2015) におけるブライア裁判官の反対意見

本意見において述べてきた理由から、私は、死刑が修正第 8 条に違反する可能性が高い (highly likely) ものと信じる。最低でも、合衆国最高裁は、その基本的な問題に関して、詳細な上訴趣意書を作成するよう求めるべきである。

敬意を持って、反対する。

(原稿受付 2017 年 10 月 31 日)





## 過去・現在・未来

大 倉 正 雄

私は1985年に38歳で本学に奉職しました。その年は新任教員の採用者が多くて、「85会」という同期の会を創りました。その後、さまざまな理由で1人、2人…と本学を去って、停年を迎えた今政経学部に残っているのは、私唯1人です。寂しいというよりは、終幕まで舞台を務めた役者のように、心の奥底で誇らしく思っています。

私が奉職した頃、大学は研究と教育が大切だと言われていました。この言葉は、研究があって初めて教育があるという意味です。教育は二の次という意味ではありません。研究をしない者は、教壇に立つ資格がない。私はこのように解釈して、ベテランの先生方に笑われないように必死で研究と教育に励みました。『拓殖大学論集』には、イギリス財政思想史に関する論文を毎年書かせてもらいました。教室では経済思想史を主な担当科目として講義しました。ゼミナールでは学生諸君と『国富論』を読みました。その頃、キャンパスはいかにも伝統校らしく、落ち着いた雰囲気でしたが、学生は地方の出身者も多くいて、講義中にうっかり方言が出て笑われることはありませんでした。彼らの教室でのモラルは立派で、若造の下手糞な講義を真剣に聴いてくれました。

今の学生は皆、真面目で人当たりが良いと思います。しかし、鋳型に嵌められたように画一化されていて、自由な精神を失っていると思います。その責任の一端は、むろん大学の教育にあります。今日、若者は「死にたい」と軽々しく口にし、老人は「もっと生きたい」と言っているようです。このような社会は明らかに病んでいます。私の専門である経済学は、社会の科学です。その経済学が社会の病を癒すことができないとすれば、この学問は既に生命を失って化石になっているといわねばなりません。

私は教壇は下りても、研究は止めないつもりです。アダム・スミスが理想とした自由で寛容で豊かな社会が、わが国で実現することを念じて、経済学の研究を続けるつもりです。大学はこれから大きな変貌を遂げることでしょう。あらゆる組織と機能が人口知能によってコントロールされ、AI世代ともいべき超人類によってリードされる日がやって来るかも知れません。私のようなアナログ人間はその頃には、もうすっかり化石になっていることでしょう。教職員の皆さん、30年余のお付き合いを有り難うございました。

## 《略歴と業績》

### 〔生 年〕

1947（昭和22）年8月，広島県出身

### 〔学 歴〕

1971年3月 青山学院大学経営学部 卒業  
1971年4月 青山学院大学大学院経営学研究科修士課程 入学  
1973年3月 同上 修了 経営学修士  
1973年4月 立教大学大学院経済学研究科博士課程入学  
1977年3月 同上 退学

### 〔職 歴〕

1977年4月 山梨学院大学商学部 専任講師  
1982年4月 同上 助教授  
1985年4月 拓殖大学政経学部 専任講師  
1986年4月 同上 助教授  
1994年4月 同上 教授

### 〔著作一覧〕

#### （著 書）

単著『イギリス財政思想史 — 重商主義期の戦争・国家・経済 —』日本経済評論社，2000年  
共著『資本主義世界の経済政策思想』昭和堂，1988年  
共著『重商主義再考』日本経済評論社，2002年  
共著『黎明期の経済学』日本経済評論社，2005年  
共著『啓蒙のエピステーメーと経済学の生誕』京都大学学術出版会，2008年  
共著『回想小林昇』日本経済評論社，2011年

#### （論 文）

「財政理論家としてのチャールズ・ダウナント」、『拓殖大学論集』第158，162，167，184号，  
1985年～90年  
「ウィリアム・パルトニの公債政策論」、『拓殖大学論集』第191，194，199，201号，1991年～93  
年

- 「重商主義研究の新局面」、『経済学史学会年報』第30号, 1992年
- 「ウォルポール時代の税制改革論争——「宮廷」対「在野」——」、『拓殖大学論集』第207, 211, 231号, 1994年～98年
- 「ウィリアム・ペティの戦費調達論——『財政・軍事国家』への序曲——」、『拓殖大学論集』第243号, 2000年
- 「経済学形成期の政策思想——『開拓の精神』から『国際的友愛』へ——」、『拓殖大学論集』第239号, 2001年。
- 「ウィリアム・ペティの政治算術——経済科学の曙——」、『拓殖大学論集』第249, 253号, 2002・04年
- 「高橋誠一郎の重商主義論」、『三田学会雑誌』102巻4号, 2010年
- 「ウィリアム・ペティの租税国家論」、『拓殖大学論集』第283, 286号, 2011・12年
- 「ウィリアム・ペティの経済思想——研究序説——」、『経済学論究』第62巻第2号, 2013年
- 「初期ウィリアム・ペティの社会・経済構想」、『拓殖大学論集』第289, 295, 301号, 2013・14・16年
- 「ウィリアム・ペティの政治算術——ベーコン主義の経済科学——」、『拓殖大学論集』第305号, 2017年

(翻訳)

- ハドソン『産業革命』未来社, 1999年
- ホント(共訳)『貿易の嫉妬』京都大学学術出版会, 2009年
- マグヌソン(共訳)『重商主義』知泉書館, 2009年
- マグヌソン「国際経済的秩序としての重商主義」(丸山徹編『経済学のエピメーテウス』知泉書館, 2010年, 所収)





## 退職挨拶

大谷 博愛

私は1978年4月に本学政経学部助手として奉職し、以来40年間に亘って拓殖大学にお世話になりました。この先何歳まで生きるか分かりませんが、少なくとも現段階では人生の過半数、そして職業生活のすべての年月を拓大で過ごしたわけですから、生涯拓大人として生きることになります。

私が学部・大学院で学んでいる時の現代政治学はシステム論の導入などで一般理論の構築を目指す流れが中心にあって、当時の私も研究に対する情熱と努力をその方向に注いでいました。やがて、政治学はグランド・セオリーを目指すあまり現実の政治から目を逸らすことがあってはいけないという警鐘が鳴らされ始めました。ちょうどその頃、私は現実の政治を講ずる政治過程論の担当教員として拓大に採用され、それまで学んできた枠組みを大切にしながらも研究の中心を政治過程における社会集団にシフトし始めました。

奉職して12年ほど経過した時に大学は私に2年間の在外研究の機会を与えてくれました。この時研究の地として選んだのはイギリスですが、政治面では必ずしも一人前とは言えない日本がイギリスから多くを学ぶことができると考えたからです。1990年3月からグラスゴーのストラスクライド大学、1991年3月からはオックスフォード大学にそれぞれ1年間ずつ在籍しました。いずれの大学でも正式メンバーとして認めていただいたおかげで、研究面のみならず人生という点からも貴重な体験をすることができました。ストラスクライド大学では一流の政治学者R.ローズそしてJ.リチャードソンと何度も膝を交えて議論することができましたし、オックスフォード大学では様々な世界的著名人が講演するゼミ規模のクラスに何度か参加することができました。カレッジ制のオックスフォード大学では、脈々と受け継がれてきた伝統のカレッジライフを研究者としての私だけでなく家族も十分に味わわせてもらいました。

拓大がこうした在外研究のみならず様々な研究の機会を与えてくれたことに感謝するとともに、拓大の今後益々のご発展を心よりお祈り申し上げます。

## 《略歴と業績》

### 〔生 年〕

昭和 22 年札幌生まれ

### 〔学 歴〕

昭和41年 3 月 北海道札幌市立旭丘高等学校卒業  
昭和42年 4 月 早稲田大学第一政治経済学部政治学科入学  
昭和47年 3 月 同大学同学部卒業  
昭和47年 4 月 早稲田大学大学院政治学研究科修士課程入学  
昭和49年 3 月 同大学院同研究科同課程修了  
昭和50年 4 月 早稲田大学大学院政治学研究科博士課程入学  
昭和53年 3 月 同大学院同研究科同課程満期退学

### 〔職 歴〕

昭和53年 4 月 拓殖大学政経学部助手  
昭和54年 4 月 同大学同学部専任講師  
昭和57年 4 月 同大学同学部助教授  
平成 2 年 4 月 拓殖大学大学政経学部教授（現在に至る）  
1990年 4 月—91年 3 月 Strathclyde 大学（英国）客員教授  
1991年 4 月—92年 3 月 Oxford 大学（英国）客員研究員  
平成21年 4 月 拓殖大学政経学部長就任

取得学位 政治学修士  
専攻分野 比較政治学 政治過程論  
担当科目 政治学 政治過程論 公共政策論

### 〔著作一覧〕

#### （論 文）

「都市における利益集団の機能」『都市問題』1983 年  
「マレーシアとの行政交流における政治経済的条件とその留意点」行政管理研究センター『東南  
アジア諸国との行政交流の推進に関する調査報告書』1987 年  
「マレーシアにおける 1986 年総選挙」『選挙研究』1988 年

- 「イギリスにおける 1992 年選挙」『選挙研究』1993 年
- 「英国の政党における候補者選定過程」『世界と議会』1994 年
- 「マレーシアにおける教育と発展」『早稲田大学現代政治経済研究叢書 7』1996 年
- 「国民の代表機関としての国会の現状」『世界と議会』1998 年
- 「マレーシアの政策決定における国際的要因」『リージョナリズムの国際政治経済学』学陽書房  
2001 年
- 「政治浄化に必要な有権者のインパクト」『世界と議会』2002 年
- 「日本における民主政治の二重構造」『政界と議会』484 号 尾崎行雄記念財団 2004 年
- 「郵政民営化法案を巡る政治過程の組織論的考察」『国際開発学研究』第 6 巻第 1 号 2006 年
- 「有権者から見た第 21 回参院選」『よろん』第 100 号 世論調査協会 2007 年
- 「マレーシア型多極共存社会における政党の役割」岩崎育夫編『新世代の東南アジア』成文堂  
2007 年
- 研究レポート「第 174 国会開かれる」『総政研レポート』No. 5 早稲田大学総合政策研究所  
2010 年 1 月
- 26 論文「第 46 回総選挙を巡る政治過程 — 解散・総選挙の意味を問う」『総政研ジャーナル』  
第 3 号 早稲田大学総合政策研究所 2013 年

(著 書)

- 共著『現代の政治過程』学陽書房 1982 年
- 共著『世界政治ハンドブック』有斐閣 1982 年「ブラジル共和国」の項担当
- 共著『選挙とデモクラシー』学陽書房 1982 年
- 共著『情報とデモクラシー』学陽書房 1983 年
- 共著『現代社会の福祉政治論』高文堂 1985 年
- 共著『政治の体系・文化・社会化』芦書房 1985 年
- 共著『世界の政治システム』芦書房 1987 年
- 共著『政党とデモクラシー』学陽書房 1987 年
- 共著『税制改革をめぐる政治力学』中央公論社 1988 年
- 共著『政策の国際比較』芦書房 2000 年
- 共編著『国家のゆくえ』芦書房 2001 年

(講 演)

- “A function of citizens' campaign in Japanese politics,” JICA Seminar, 20 Oct 1998
- 「日本の再生と自民党の果たす役割」自民党三多摩支部連合周期研修会 2010 年 10 月 21 日
- “The Relation between Legislature and Administrative in Japan,” Group Training Course

on Capacity Development on Governance in Conflict-Affected Countries, JICA Program, 16 July 2012

## 《小林一秋先生略歴と業績》



### 〔生 年〕

1947（昭和22）年8月7日 東京都出身

### 〔略 歴〕

- 1966年4月 拓殖大学政経学部政治学科入学
- 1970年3月 拓殖大学政経学部政治学科卒業
- 1970年4月 拓殖大学大学院経済学研究科修士課程入学
- 1972年3月 拓殖大学大学院経済学研究科修士課程修了（経済学修士）
- 1972年4月 拓殖大学大学院経済学研究科博士課程入学
- 1975年3月 拓殖大学大学院経済学研究科博士課程満期修了
- 1974年4月 拓殖大学副手
- 1975年4月 拓殖大学政経学部助手
- 1979年4月 拓殖大学政経学部専任講師
- 1982年4月 拓殖大学政経学部助教授
- 1990年4月 拓殖大学政経学部教授
- 1997年4月 拓殖大学政経学部学部長就任（～1999年3月）
- 2003年4月 拓殖大学大学院経済学研究科委員長就任（～2015年3月）

1987年4月～1988年3月 北京大学留学

### 〔主要業績一覧〕

- 単著「中国農業の社会主義化政策」『拓殖大学大学院研究年報』第2号，1972年
- 単著「中国農村人民公社についての研究」『拓殖大学大学院研究年報』第3号，1973年
- 単著「中国農業の国民経済に占める経済的比重」『拓殖大学大学院研究年報』第4号，1974年
- 単著「中国統計の理論と実際」『拓殖大学大学院研究年報』第6号，1976年
- 単著「中国の対外貿易統計」『拓殖大学大学院研究年報』第7号，1977年
- 単著「中国・国民所得の概念と推計方法」『拓殖大学論集』第120号，1979年3月
- 単著「中国農業基礎論序説」『拓殖大学論集』第126号，1980年2月
- 単著「中国経済の規模推測と概要，1970-79年」『拓殖大学論集』第132号，1981年2月
- 単著「中国の統計組織と制度および調査方法」『拓殖大学論集』第133号，1981年3月
- 単著「中国農業体制の変革」『拓殖大学論集』第144号，1983年9月

- 单著「中国統計工作の現代化」『拓殖大学論集』第 154 号, 1985 年 2 月
- 单著「中国の経済総合指標論考」『拓殖大学論集』第 161 号, 1986 年 7 月
- 单著「中国計画管理体制の改革」『海外事情年次報告』第 21 号, 1987 年
- 单著「中国の対外開放政策」『海外事情年次報告』第 23 号, 1989 年
- 单著「中国の社会主義序論 — 理論的構築のプロセス —」『拓殖大学論集』第 201 号, 1993 年 4 月
- 单著「ポスト鄧小平は江沢民か喬石か」月刊『現代』11 月号, 1995 年 11 月
- 单著「随想・中国北京「天安門事件」雑感」『拓殖大学論集』第 273 号, 2009 年 1 月



## 退職に当たって

清水 洋二

私は1981年に専任講師として本学に奉職し、爾来37年、その前の出身大学での任期制の助手の3年を含めると、40年の教員生活を送らせていただきました。本学でお世話になった皆様に、37年の長きにわたって教育・研究に専念させていただいたことに深く感謝し、お礼を述べさせていただきますと思います。

私は戦後の団塊の世代の一期生で、したがって戦争を知らない最初の世代で、なおかつ高度成長の真っ只中の「大学紛争」の渦中で学生生活を送った世代でした。農村出身の私は、高度成長の恩恵を受けて大学進学が可能となる中で、出稼ぎに象徴される農村と都市の格差も感じながら東京での大学生生活を送り、「大学紛争」で十分に勉強しないで卒業したこと、健康に不安があったことなどから、大学院に進んで農村問題の歴史を研究してみようと思うようになりました。

大学院時代から助手時代にかけての約10年間は、秋田・長野・岡山の農村調査・地主調査を様々な形の共同研究で行ない、戦前期の地主制が資本主義的労働市場の形成・拡大に伴って後退していく姿を確認しました。

その後の研究は、ふたつに分かれ、ひとつは農村への資本主義の浸透にともなう貨幣経済の進展、農工間所得格差の形成、農村労働力の流出などの分析を進めて、産業革命期から高度成長期までの過渡期の日本資本主義の下での日本農業の展開過程を明らかにしようとしてきましたが、いくつかの論文をまとめるにとどまっています。もうひとつは、『日本帝国主義史』・『日本経済史』・『戦後日本の食料・農業・農村』のシリーズの中で、第一次大戦期・世界大恐慌期・第二次大戦期・戦後復興期・高度成長期の日本農業について、その時々の農村・農業問題に焦点を当て、通史的論文を執筆してきました。

このように、40年間の教員生活でできたことは、研究に限ってみてもまことに細やかなものでした。教育については、ただ一生懸命に教えてきたと言えるにすぎません。なんとか定年退職の日を迎えることができたのも、教職員の皆様のご支援があったることと改めて感謝申し上げる次第です。

## 《略歴と業績》

### 〔生 年〕

1947（昭和22）年11月，長野県

### 〔学 歴〕

1966年3月 長野県立上田高校卒業

1971年6月 東京大学農学部農業経済学科卒業

1973年3月 東京大学大学院農学系研究科農業経済学専門課程修士課程修了

1977年3月 東京大学大学院農学系研究科農業経済学専門課程博士課程単位修得退学

### 〔職 歴〕

1978年4月 東京大学社会科学研究所助手

1981年4月 拓殖大学政経学部専任講師

1983年4月 拓殖大学政経学部助教授

1991年4月 拓殖大学政経学部教授

### 〔著作一覽〕

〔著書〕（すべて共著，下段が執筆論文）

『昭和恐慌下の農村社会運動 — 養蚕地における展開と帰結』御茶の水書房，1978年12月

「西塩田村の農業構造」「春原家 — 主業養蚕家 — の経営構造」「小括」（第4章1・2・5節）

『伝統的経済社会の歴史的展開 上巻（日本篇）』時潮社，1983年3月

「戦前期における農村労働力の流出構造 — 寄留統計を中心として」

『日本帝国主義史 1 第一次大戦期』東京大学出版会，1985年1月

「農業と地主制」（第8章）

『近代日本における地主経営の展開 — 岡山県牛窓町西服部家の研究』御茶の水書房，1985年2月

「西服部家地主経営の展開」（第2章1～4）

『ファミリー・ファームの比較史的研究』御茶の水書房，1987年2月

「中農標準化傾向と農民経営」（第Ⅱ部第5章）

『日本帝国主義史 2 世界大恐慌期』東京大学出版会，1987年12月

「農業恐慌」（第6章第1節）

『栗原百寿農業理論の射程』八朔社，1990年5月

「農民層分解論・寄生地主制論」（第2章）

- 『日本村落史講座 8 (生活Ⅲ 近現代)』雄山閣, 1991年8月  
「農作業と村落——稲作の村」([2] の一)
- 『日本帝国主義史 3 第二次大戦期』東京大学出版会, 1994年12月  
「食糧生産と農地改革」(第8章)
- 『戦後日本の食料・農業・農村 第1巻 (戦時体制期)』農林統計協会, 2003年6月  
「労働力」「労働動員と農業労働力対策」(Ⅱの第2章第2節, Ⅲの第4章)
- 『日本経済史 4 戦時・戦後期』東京大学出版会, 2007年9月  
「食糧危機と農業復興」(第6章の1)
- 『戦後日本の食料・農業・農村 第2巻(1) (戦後改革・経済復興期Ⅰ)』農林統計協会, 2010年6月  
「連合国の対日食糧政策」「食糧需給の逼迫と食糧確保政策」(第2章第1・2節)
- 『日本経済史 5 高度成長期』東京大学出版会, 2010年9月  
「都市化と農村の変貌」(第2章)
- 『ポリヴァレント化する農業・農村経済学とその総合化』農林統計協会, 2013年3月  
「日本農業史学会の成果と課題」(第2部第8章)

(論文) (すべて単著)

- 「東北水稲単作地帯における地主小作関係の展開——秋田県500町歩地主T家を事例として」  
『土地制度史学』74, 1977年1月
- 「最近における日本地主制史研究をめぐって」『農業史研究会会報』4, 1978年3月
- 「東北水稲単作地帯における中小地主経済の動向——地主制後退期を中心に」『社会科学研究 (東大社研)』31-4, 1980年1月
- 「東北水稲単作地帯における農村労働力の流出構造 (一) (二)——日本地主制史研究の一環として」『社会科学研究 (東大社研)』32-4・33-1, 1981年2月・7月
- 「大日本地主協会の研究——組織面を中心として」『拓殖大学論集』146, 1984年1月
- “The Rice Economy of Japan: Production, Consumption and Policy; a historical perspective”  
『Discussion Paper Series No.3』Rural History Centre, The University of Reading (U.K.), 1996年
- 「食糧援助の史的展開」『拓殖大学論集』239, 2001年3月
- 「戦時下の農村労働力問題——職工農家を中心に」『農業史研究』39, 2005年3月
- 「日本における伝統的農業の変貌」『Reevaluating Traditional Agriculture in East-Asia: Thoughts, Technology and Institution』The 9th International Conference of the East-Asian Agricultural History, 2009年9月
- 「戦後日本農業における貨幣経済の進展」『創価経営論集』39-1・2・3, 2015年3月

(その他) (すべて単著)

『農政時報 (大日本地主協会機関紙) 解説』 不二出版, 1987年7月 (解説論文)

『GHQ 日本占領史 第35巻 (価格・配給の安定 — 食糧部門の計画)』 日本図書センター, 2000年2月 (翻訳)

## 拓殖大学研究所紀要投稿規則

### (目的)

第 1 条 拓殖大学（以下、「本学」という。）に附置する、経営経理研究所、政治経済研究所、言語文化研究所、理工学総合研究所及び人文科学研究所（以下、「研究所」という。）が刊行する紀要には、多様な研究成果及び学術情報の発表の場を提供し、研究活動の促進に供することを目的とする。

### (紀要他)

第 2 条 研究所の紀要は、次の各号のとおりとする。

- (1) 経営経理研究所紀要『拓殖大学 経営経理研究』
  - (2) 政治経済研究所紀要『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』
  - (3) 言語文化研究所紀要『拓殖大学 語学研究』
  - (4) 理工学総合研究所紀要『拓殖大学 理工学研究報告』
  - (5) 人文科学研究所紀要『拓殖大学論集 人文・自然・人間科学研究』
- 2 研究所長は、次の事項について毎年度決定する。
- (1) 紀要の『執筆予定表』の提出日
  - (2) 投稿する原稿（以下、「投稿原稿」という。）及び紀要の『投稿原稿表紙』の提出日
  - (3) 投稿原稿の査読等の日程

### (投稿資格)

第 3 条 紀要の投稿者（共著の場合、投稿者のうち少なくとも 1 名）は、原則として研究所の兼担研究員および兼任研究員（以下「研究所員」という。）とする。

- 2 研究所の編集委員会が認める場合には、研究所員以外も投稿することができる。

### (著作権)

第 4 条 投稿者は、紀要に掲載された著作物が、本学機関リポジトリ（以下「リポジトリ」という。）において公開されることおよび当該著作物の著作権のうち複製権・公衆送信権の権利行使を研究所に委託することを許諾しなければならない。

- 2 共同執筆として紀要に掲載する場合には、共同執筆者全員がリポジトリにおいて公開されることおよび当該著作物の著作権のうち複製権・公衆送信権の権利行使を研究所に委託することについて承諾し、投稿代表者に承諾書を提出しなければならない。投稿代表者は、共同執筆者全員の承諾書を投稿する原稿と一緒に研究所に提出しなければならない。

### (執筆要領および投稿原稿)

第 5 条 投稿原稿は、研究所の紀要執筆要領の指示に従って作成する。

- 2 投稿原稿は、図・表を含め、原則として返却しない。
- 3 学会等の刊行物に公表した原稿あるいは他の学会誌等に投稿中の原稿は、紀要に投稿することはできない（二重投稿の禁止）。

(原稿区分他)

第6条 投稿原稿区分は、次の表1、2のとおり定める。

表1 投稿原稿区分：経営経理研究所、政治経済研究所、言語文化研究所及び人文科学研究所

(1)論文	研究の課題、方法、結果、含意(考察)、技術、表現について明確であり、独創性および学術的価値のある研究成果をまとめたもの。
(2)研究ノート	研究の中間報告で、将来、論文になりうるもの(論文の形式に準じる)。新しい方法の提示、新しい知見の速報などを含む。
(3)抄録	経営経理研究所、政治経済研究所、言語文化研究所、人文科学研究所の研究助成要領第10項(2)に該当するもの。
(4)その他	上記区分のいずれにも当てはまらない原稿(公開講座記録等)については、編集委員会において取り扱いを判断する。また、編集委員会が必要と認めた場合には、新たな種類の原稿を掲載することができる。

表2 投稿原稿区別：理工学総合研究所

(1)論文、(2)研究速報、(3)展望・解説、(4)設計・製図、(5)抄録(発表作品の概要を含む)、(6)その他(公開講座記録等)
---

2 投稿原稿区分は、投稿者が選定する。

ただし、紀要への掲載にあたっては、査読結果に基づいて、編集委員会の議を以て、投稿者に掲載の可否等を通知する。

3 紀要への投稿が決定した場合には、投稿者は600字以内で要旨を作成し、投稿した原稿のキーワードを3~5個選定する。ただし、要旨には、図・表や文献の使用あるいは引用は、認めない。

4 研究所研究助成を受けた研究所員の研究成果発表(原稿)の投稿原稿区分は、原則として論文とする。

5 研究所研究助成を受けた研究所員が、既に学会等で発表した研究成果(原稿)は、抄録として掲載することができる。

(投稿料他)

第7条 投稿者には、一切の原稿料を支払わない。

2 投稿者には、紀要3部を贈呈する。

3 投稿者が研究所員の場合には、掲載の抜き刷りを50部まで無料で贈呈する。50部を超えて希望する場合は、超過分について有料とする。

(リポジトリへの公開の停止及び削除)

第8条 投稿者よりリポジトリへの公開の停止及び削除の申し出があった場合または編集委員会がリポジトリへの公開の停止及び削除が必要と判断した場合には、リポジトリへの公開の停止及び削除をおこなうことができる。

(その他)

第9条 本投稿規則に規定されていない事柄については、編集委員会の議を以て決定する。

(改廃)

第10条 この規則の改廃は、研究所運営委員会の議を経て研究所運営委員会委員長が決定する。

附則

この規則は、平成29年4月1日から施行する。

## 拓殖大学政治経済研究所紀要

### 『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』執筆要領

#### 1. 発行回数

本紀要は、原則として年 2 回発行する。その発行のため、以下の原稿提出締切日を厳守する。

(1)	原稿は、	5 月末日締切	－	9 月発行
(2)	原稿は、	10 月末日締切	－	3 月発行

#### 2. 使用言語

言語は、日本語又は英語とする。

ただし、これら以外の言語での執筆を希望する場合は、事前に政治経済研究所編集委員会（以下「編集委員会」という）に申し出て、その承諾を得たときは、使用可能とするが、必ず外国語に通じた人の入念な校閲を受け、日本語訳も添付する。

#### 3. 様式

投稿原稿は、完成原稿とし、原則としてワープロ原稿（A4 用紙を使用し、横書き、1 行 43 字×34 行でプリント）2 部を編集委員会宛に提出する。

- (1) 数字は、アラビア数字を用いる。
- (2) ローマ字（及び欧文）の場合は、ダブルスペースで 43 行。1 行の語数は日本語 43 文字分。
- (3) 原稿の分量は、本文と注及び図・表を含め、原則として、以下のとおりとする。  
なお、日本語以外の言語による原稿の場合もこれに準ずる。

①	論文	40,000 字（1 行 43 字×34 行で 27 頁）以内	} A4 縦版・横書
②	上記以外のもの	20,000 字（1 行 43 字×34 行で 14 頁）以内	

上記分量を超えた投稿原稿は、編集委員会で分割掲載等の制限をおこなうこともある。

投稿者の希望で、本紀要の複数号にわたって、同一タイトルで投稿することはできない。

ただし、編集委員会が許可した場合に限り、同一タイトルの原稿を何回かに分けて投稿することができる。その場合は、最初の稿で全体像と回数を明示しなければならない。

- (4) 上記以外の様式にて、投稿原稿の提出する場合には、編集委員会と協議する。

#### 4. 投稿原稿

- (1) 原稿区分は、「拓殖大学 研究所紀要投稿規則」に記載されている種別のいずれかとするが、「その他」の区分、定義については付記のとおりとする。
- (2) 投稿原稿の受理日は、編集委員会に到着した日とする。
- (3) 投稿は完成原稿の写しを投稿者が保有し、原本を編集委員会宛とする。
- (4) 投稿原稿数の関係で、紀要に掲載できない場合には、拓殖大学政治経済研究所長（以下「所長」という）より、その旨を執筆者に通達する。

#### 5. 図・表・数式の表示

- (1) 図・表の使用は、必要最小限にし、それぞれに通し番号と図・表名を付けて、本文中に挿入位置と原稿用紙上に枠で大きさを指定する。図・表も分量に含める。
- (2) 図および表は、コンピューター等を使って、きれいに作成すること。
- (3) 数式は、専用ソフトを用いて正確に表現すること。

## 6. 注・参考文献

(1) 注は、本文中に（右肩に片パーレンで）通し番号とし、後注方式により本文の最後に一括して記載する。

ただし、脚注が相応しいと判断する場合、それも可とする。また、引用、参考文献の表記についても同様とする。

(2) 英文表記の場合は、例えば、*The Chicago Manual of Style* 等を参考にする。

## 7. 執筆予定表の提出

紀要に投稿を希望するものは、『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』執筆予定表を決められた日までに研究所に提出する。

## 8. 原稿の提出

投稿原稿と一緒に、『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』投稿原稿表紙に必要事項の記入、「拓殖大学機関リポジトリへの公開等の許諾」に捺印し、原稿提出期日までに添付する。

## 9. 原稿の審査・変更・再提出

(1) 投稿原稿の採否は、編集委員会の指名した査読者の査読結果に基づいて、編集委員会が決定する。編集委員会は、原稿の区分の変更を投稿者に求める場合もある。

(2) 提出された投稿原稿は、編集委員会の許可なしに変更してはならない。

(3) 編集委員会は、投稿者に若干の訂正あるいは書き直しを要請することができる。

(4) 編集委員会は、紀要に掲載しない事を決定した場合は、所長名の文書でその旨を執筆者に通知する。

## 10. 投稿原稿の電子媒体の提出

投稿者は、編集委員会の査読を経て、修正・加筆などが済み次第、A4版用紙（縦版、横書き）にプリントした完成原稿1部と電子媒体を提出すること。

電子媒体の提出時には、コンピューターの機種名と使用OSとソフトウェア名及びバージョン名を明記すること。

なお、手元には、必ずオリジナルの投稿原稿のデータを保管しておくこと。

## 11. 校正

投稿原稿の校正については、投稿者が初校および再校を行い、所長が三枚を行う。

この際の校正は、最小限の字句に限り、版組後の書き換え、追補は認めない。

校正は、所長の指示に従い、迅速に行う。

校正が、決められた期日までに行われない場合には、紀要に掲載できないこともある。

## 12. 改廃

この要領の改廃は、政治経済研究所会議の議を経て、所長が決定する。

### 附則

この要領は、平成21年4月1日から施行する。

### 附則

この要領は、平成26年4月1日から施行する。

### 附則

この要領は、平成29年4月1日から施行する。

付記：「その他」の区分・定義について

①	判例研究：	裁判事案の判決（要旨）の紹介とその解説及び批評等。
②	解説論文：	他の専門分野の人々にも分かるように、研究内容を解説したもの。
③	講演：	研究所が主催する講演会の記録を掲載するもの。
④	シンポジウム：	研究所が主催するシンポジウムの記録を掲載するもの。紙上のシンポジウムを含む。
⑤	書評：	専門領域の学術図書についての書評。
⑥	随想：	自由な形式で教育や研究の課程で得た着想を述べたもの。
⑦	通信：	個人，特定の団体に向けて書かれた通信文。教育・研究に関する主題に限る。
⑧	報告：	学界展望など。研究所からの通知を含む。
⑨	資料：	上の範疇以外で教育・研究上有用であると考えられるもの。

以上



## 執筆者紹介（目次掲載順）

大倉 正雄（おおくら・まさお）	政経学部教授	経済学，経済思想史
椎名 規子（しいな・のりこ）	政経学部教授	民法，国際私法
奥田 進一（おくだ・しんいち）	政経学部教授	環境法，民法
杉浦 立明（すぎうら・たつあき）	政経学部准教授	経済学，経済政策
長 友昭（ちょう・ともあき）	政経学部准教授	民法，中国法
長島 光一（ながしま・こういち）	政経学部講師（非常勤）	民事訴訟法，環境法
高橋 雅人（たかはし・まさと）	政経学部准教授	憲法，行政法
佐藤 一磨（さとう・かずま）	政経学部准教授	厚生経済学，応用計量経済学
小竹 聡（こたけ・さとし）	政経学部教授	憲法学，アメリカ憲法学

本誌のタイトル『拓殖大学論集』は，昭和30年（1955年）の第9号を「創立55周年記念」とするに際して，本学第10代総長・政治学博士・矢部貞治によって揮筆されたものです。

拓殖大学論集 政治・経済・法律研究 第20巻第2号 ISSN 1344-6630

(拓殖大学論集 309) ISSN 0288-6650

2018年3月8日 印刷

2018年3月15日 発行

---

編集 拓殖大学政治経済研究所編集委員会

編集委員 浜口裕子 岡崎哲郎 奥田進一 小竹聡 椎名規子 服部哲也 山本尚史 益田直子

発行者 拓殖大学政治経済研究所長 浜口 裕子

発行所 拓殖大学政治経済研究所

〒112-8585 東京都文京区小日向3丁目4番14号

Tel. 03-3947-7595

印刷所 (株)外為印刷

---

# THE REVIEW OF TAKUSHOKU UNIVERSITY: POLITICS, ECONOMICS and LAW

---

Vol. 20 No. 2

March 2018

---

## Articles

- Masao OKURA Sir William Petty's Political Arithmetic:  
A Baconian Economic Science ( 1 )
- Noriko SHIINA The Relation between the Marriage System  
and the Legal Status of Child in Roman Times ( 47 )
- Shinichi OKUDA A Study on Legal Aspect  
of "JIWARI (A Customary Right of Land Use)"  
in OKINAWA ( 83 )
- Tatsuaki SUGIURA Analysis of Youth Labor Flows in Japan by Gender ( 99 )
- Tomoaki CHO Land Ownership on Recent Legislations and Policies (119)
- Koichi NAGASHIMA Issues in civil enforcement Law of psychological defects (143)

## Study Note

- Masato TAKAHASHI Das Memorandum über die Mediation  
im Verwaltungsrecht in Deutschland (163)

## Abstract

- Kazuma SATO Which Is More Important for Female Wage Increase  
in Japan, Working at the Same Company  
or Working at the Same Occupation? (175)

## Material

- Satoshi KOTAKE Translation: Justice Breyer's Dissent  
in *Glossip v. Gross*, 576 U.S. \_ (2015) (179)

## Profiles and Works of Retired Professors

- Masao OKURA (207)
- Hirochika OTANI (211)
- Kazuaki KOBAYASHI (215)
- Yoji SHIMIZU (217)

Submission of Manuscript .....(221)

Instructions for Contributors .....(223)

---

Edited and Published by  
**INSTITUTE FOR RESEARCH IN POLITICS & ECONOMICS**  
**TAKUSHOKU UNIVERSITY**

Kohinata, Bunkyo-ku, Tokyo 112-8585, JAPAN