

法解釈方法の比較史

石部 雅 亮

(大阪市立大学名誉教授、フライブルク大学名誉博士)

はじめに

1. 大学法学部の法学科目は、実定法学と基礎法学に二分され、実定法学が主流を形成している。実定法学は法解釈学ともよばれ、法規を解釈し、具体的事案に適用するための実際的な技術学と考えられている。それがどのような思考であり、どのような方法で行われるか、ということは、法解釈方法論や法理学の領域で取り扱われ、わが国でも以前から盛んに議論されてきたところである。1950年代の「法解釈論争」では、法学界あげての熱気溢れる議論が交わされ、いまでも語り草になっている。それ以後にも、利益考量論や星野・平井論争、さらにはトピック論や論証・討議の理論など、その時々新たな展開を見せて、今日に至っている。しかし、このような議論は、主として、法学者自身が法の研究や教育に際して法をどのように扱うべきか、法の解釈・適用はどのようにすべきか、という問題をめぐって行われたのであり、いわば法学の自己反省に関係するものであった。その成果は多分法解釈学の授業にも反映されているはずであるが、なにぶん基礎法学の担当であった筆者には、実際にどのような影響があったかを詳らかにすることはできない。

法学を学び始めた学生が、法の解釈や適用の方法についてどのような説明を受けるであろうか。とりあえず手近にある法律学小辞典（有斐閣）で、法の解釈という項目を参照してみると、文字解釈、文理解釈、拡大解釈、縮小解釈、類推解釈、反対解釈、もちろん解釈、体系的解釈、沿革的解釈、比較法的解釈、目的論的解釈、社会学的解釈、公権的解釈など多くの解釈方法がずらりと並べられ、それぞれに簡単な説明が加えられている。また、法学入門や法学概論の教科書を手にとってみると、最近の教科書には、法の解釈・適用の章をまったく設けていないものも見受けられる。オーソドックスな教科書を見ると、解釈の方法として、文理解釈、論理解釈、歴史的解釈、目的論的解釈、立法者意思、法律意思、それとともに解釈の技法として拡張解釈、縮小解釈、類推解釈、反対解釈などの項目の記述が見出される。しかし著者によって与えられる説明はかならずしも一致しているわけではない。

たしかに、最近の教科書の説明は、むかしに比べるとずいぶんと懇切丁寧になってきているように思える。このことは、法学教育のなかに事例研究を取り入れることが多くなってきたことと関係していると推測できよう。昨年、法の解釈について、二つの労作に接することができた。一つは、前田達明「法解釈への提言」(同志社法学56巻6号)であり、もうひとつは、笹倉秀夫『法解釈講義』(東京大学出版会)である。前田は、法解釈の方法に関する論争がまだ決着がつかない原因の一つに、「使われている用語に共通の認識がない」ということを挙げている(この点、筆者もまったく同感である)。そして法解釈の実質的側面と形式的側面を区別し、前者に、合憲性、立法者意思、法の目的・趣旨、および歴史的解釈を挙げている。後者には、まず法文内の解釈として、文理解釈と論理解釈(拡張解釈ならびに縮小解釈)、つぎに法文外の解釈として、類推解釈と反対解釈、最後に反制定法的解釈があるとされる。笹倉は、法解釈の構図という図表をまず掲げ、法解釈において「参照する事柄」と「条文適用の仕方」を区別し、前者に、法律意思、立法の歴史的背景、立法者意思、条文同士の体系的連関、法文自体の意味といった項目を割当て、後者には、反制定法解釈、比附、類推、もちろん解釈、反対解釈、縮小解釈、拡張解釈、宣言的解釈、文字通りの解釈といった項目を入れ、これらの項目の相互連関を明らかにしている。いずれもたんに解釈方法や技法の分類にとどまらず、関連する判例を挙げて説明しており、法学部学生や法科大学院の院生に対して、法の解釈とはどのような思考か、どのような方法が取られているのかを懇切丁寧に示している。詳しい内容紹介はここではできないが、法学を学ぶ者の目線に立つ、このような試みは、法学教育においてきわめて有意義であると思われる。しかし、上記の二例の場合でもなお用語と配列は異なっており、笹倉の場合、中国法制史から取り入れられた比附というこれまであまり馴染みのない概念も登場している(比附をめぐる東西の比較は興味深い)。両者ともに、用語・配列が混乱している現段階にあって、できるかぎりそれを共通のものにしていこうとする企てではあるけれども、なお議論を重ね詰めていかねばならないところが残っているように思える。もちろん執筆者がそれぞれの法および法学の見方に立って独自の配列や概念を工夫することに異を唱えるものではない。だが、法学の授業で解釈の方法や技法を説く場合、また学生が学習する場合に、混乱が生じないように、もっと整理して共通の概念やその配列を用いることができないか、と考えるが、実際にそのようなことが可能であろうか。

2. わが国の法学は全体としてヨーロッパの法学の影響を受けて生まれてきたから、これらの法解釈の方法概念も、同様にヨーロッパの法学の伝統を継承しているとみることができる。したがって、わが国の問題を考えるのに、やはりヨーロッパの理論を踏まえておくことが大事である。われわれが独自のものを考案することはかまわないが、ヨーロッパの基準との差異をはっきりさせておくことも必要ではないかと思われ

る。

ヨーロッパにおける法解釈の方法論は、解釈学（ヘルメノイティク）と論理学との結びついたものが、法学の領域に应用されたものとみることができる。そうだとすると、一度これらの概念の変遷を辿り、それぞれの歴史的な位置づけをしてみてもどうかであろうか。ヨーロッパの学問文化はギリシャ・ローマを出発点として何千年もの間にわたって形成された歴史的遺産の上に成り立っている。法の解釈方法も、そういう伝統を踏まえて、その時代時代の要請に応え、新しい意味が加えられ、変化を遂げてきたのである。

ヨーロッパ法学といえば、ドイツ法学、フランス法学など、いわゆるヨーロッパ大陸の法学を指すが、いまイギリス法も含めて考えると、それぞれの国の法学者の解釈や裁判所における法の適用にも方法的な相違があるのではないか。以前からいわれてきたように、とりわけ大陸法諸国とコモンロー諸国で際立った相違があるのかどうか、問題となる。

ヨーロッパ統合がなされ、ヨーロッパ裁判所で裁判が行われる現在、いろいろの国から選出された裁判官が合議を行う場面で、裁判官の法思考および解釈方法のちがひがあることが当然予想される。だが、それがどのような影響をおよぼしているのか、それはまたどのように調整されるのであろうか。

このような問題関心から、ヨーロッパの法伝統で法解釈の方法がどのように変化あるいは発展してきたか、を考察してはどうかという考えが浮かんできた。上に挙げたような解釈方法は、法学の用語としては、早くから現れており、それがどのような意味に用いられたかを知ることは、わが国の議論においても無視してはならないであろう。この問題について筆者自身すでに充分な用意のできているわけではない。むしろ今後研究を進めていくために、とりあえずドイツ法学を中心に、その構想をスケッチしてみようと思うのだが、貴重な紙面をいただきながら整った論文でなく、きわめて不完全な随想風のものをお示ししなければならないことに読者諸賢のご寛恕を乞わねばならない。

I. 古代から近世へ

1. 上に述べたように、ヨーロッパ法文化の淵源が古代ギリシャやローマにあるとしたならば、法解釈でどのようなことが考えられていたのであろうか。法の解釈では、なんとといっても「はじめに言葉ありき」の命題が妥当する。法の役目が暴力による紛争解決でなく、平和的な裁判による解決にある以上、そのためには言葉が最も重要な手段であるからである。ローマの初期には、法の言葉は呪術的な厳格さで用いられた。しかし、共和制の終わりごろ、法の用語はその間に発達した文法学と語源

学に結びつき、ローマの法律家によって、文法的文献学的解釈の方法で磨かれ、洗練されていった。これと並んで、ギリシャ・ローマで弁論をもって活躍した弁論家 (Rhetoriker) が法の解釈についてひとつのシステムを作り出した。そのなかには、状態あるいは法的状態 (status, status legales) 理論なるものがあり、法の解釈で問題とすべき項目が四つに分類されていた。すなわち、(1) scriptum/sententia (基準にするのは、書かれた言葉の通常の意味か、それとも立法者がテキストに付与したそれと異なる意味か)。(2) leges contrariae (相互に矛盾する法律をどのように扱うか)。(3) ambiguitas (法律の二義性をどう解決するか)。(4) ratiocinatio (法律から、規制されていない、類似の事案に類推適用がゆるされるか)、という問題群である。

弁論家にとって大事なことは、法的問題について正しい解決を求めるというよりも、あいまいで不完全な、矛盾のある法律を適用する際、自らの主張に有利な論拠をできる限りたくさん入手することであった。弁論術では、キケロの『考案』や著者不明の『ヘレンニウス法廷弁論』などが後世に伝えられた。

弁論家の技術は、法律家にも影響を及ぼした。法律家のほうでも法律解釈のルールを作り出した。ユスティニアヌス法典 (市民法大全) のディゲスタ (学説集) のなかにそれを見出すことができる。とくに第1巻第3章 (「法律、元老院議決および慣習法について」) や第50巻第17章 (「古法の種々の規則について」) には、法の解釈に関する多数の規則が採録されている。たとえば、「法律のあいまいな文言では、誤りなき意味をとるべし、けだし、このようにして法律の意思を明らかにしうるからである」(ケルスス、Dig.1,3,19) 「かならずしもすべての事例が法律や元老院議決によって把握されているわけではない。その意味と目的が新しい事例に当てはまるならば、裁判権を有するものは、類似の規則を求め、それにより裁判することができる」(Dig.1,3,12) などがそれである。

2. いわゆる『12世紀のルネッサンス』(学芸の復興)によって大学が誕生し、法学部でローマ法が教えられるようになると、初学者向けの入門授業として、これらの解釈ルールを教えた。法学部に進む前に、学生は、学芸学部ですでに自由学芸として文法学、弁証法(論理学)や弁論術を学んでおり、法の解釈は、これらの3科の、法テキストへの応用であった。アリストレスの論理学、分析論理とトピックの論理も、このなかにふくまれる。原因や目的が同一であれば、法文を拡張解釈して適用したり、事案が類似しておれば、法文を類推して適用したりした。こういう解釈の技法は、だいたいトピックの論理に基づくものと考えられる。笹倉が「条文の扱い方」の項目に入れているものは、こうした弁論術やトピックの論理に由来するものということができるのではないか。

それとは別に、近世に入ると、法学固有の解釈学 (juristische Hermeneutik) の文献が現われてくる。弁論術では、当事者の主張を正当化する論拠が重要であるが、法

学にはむしろ法テキストの正しい理解をうることのほうが大事であり、そこから法テキストの真の意味の解明のための補助手段を考えるようになってくる。あいまいな法律の解釈において、文言のほかに コンテキスト を考慮するとか、不合理な結果を避けるとか、慣習に従った用語を採用するとか、疑わしい場合は有利な結果をとるとか、いろいろな解釈の規則が示された。

3. 近世において国王・君主の支配が国家 (Staat) という形態をとり、立法活動が盛んになると、法が支配者の意思・命令（エーベルのいう「法命令」）と考えられるようになってくる。それとともに、法の解釈において ratio legis が重視されるようになった。これは、法律の理由、法理、立法理由などと訳されているが、今日いうところの立法趣旨に相当しよう。ローマですでに法の ratio について語られているが、古典期の法律家は、これの使用に警戒心をもっていたようで、「われわれの祖先によって採用されたもののすべてに、かならずしも ratio を挙げることはできない」（Dig. 1,3,20）といている。ローマの法律家の言葉について厳格な解釈態度が窺える。

近世においては、トピック的論証と ratio からの論証が交錯し、次第に後者に重点が移っていくように思われる。17 世紀中葉のひとつの事例を挙げよう。ある夫婦が相互に相手を相続人に指定する共同遺言を作成した。夫の死後、妻と夫の兄弟姉妹の間に相続財産をめぐる争いが生じた。兄弟姉妹が法定相続分による相続権を主張したからである。ヘンネベルクのラント令には、夫婦間の遺贈および死因贈与の場合、法定相続人のために相続分の 5 分の 1 が留保されると定めているが、共同遺言については、規定がなかった。しかし、べつに、「財産処分は近親者および法定相続人の不利益に行ってはならない」という規定があった。裁判所は、兄弟姉妹の側を勝訴させたが、あるローマ法学者は、この判決を承認し、類似の事例への拡張は、類似性にもとづくトピック的論証ではなく、didaskalisch（分析的）である、と説明している。トピックを用いると、類推か反対解釈か、ということになるが、立法趣旨を引き合いに出し、立法者は一般的に遺留分権を承認したという一般原理からの導出のほうが、強力な論証になると考えられたのである。

17 世紀から 18 世紀への転換の時期、ハレの啓蒙を代表する法学者トマージウスは、解釈方法を文法的解釈（文言につく）と論理的解釈（法文作成者の意図・意思を探る）に分類した。宣言的解釈、拡張解釈および縮小解釈は、いまやこの論理的解釈の下位概念となった。（筆者は、かつて論理的解釈の先鞭をつけたのは、オゴレックに従ってペーマーであるとしたが、その後シュレダーによってトマージウスが挙げられるようになった）。論理的というのは、ここではたんに思考法則によるというだけではなく、文言以外に、その作成者の意図・意思をなんらかの補助手段を用いて解明するという意味を含む。

立法者の意思を明らかにするために、解釈の補助手段として、歴史、すなわち法

律の前史や成立史も重要な役割を果たすことになる。法律の意図・趣旨を意味する ratio legis も、解釈の独自の要素となった。すなわち文言、コンテクスト、歴史、法律の意図・趣旨が、法のテキストを理解するうえでの重要な手段であった。

このようにして、論理的解釈が、すなわち、ratio legis に照準を合わせて、立法者の意思・意図を解明する解釈方法が前面に押し出されてくる。それは、前提命題からの形式的推論を指すのではなく、むしろ前提命題の発見なのである。また、立法者の意図・意思の探求といっても、それはけっして立法者の心理的意思のことをいっているのではない、あくまでも合理的な意思でなくてはならなかった。そして、そのような意思を明らかにするために、いろいろの補助手段が動員された。自然法的な一般原理による基礎づけ、歴史による証明が行われた。そればかりでなくまた経済や政治の知識も認識源として用いられたのである。たとえば、政治的解釈というのは、当該法律が「われわれの時代の今日の状態や体制に適合しているか、または適合しうるか、どの程度適合が可能か」という判断に基づくものであった。

論理的解釈は、立法者の意思・意図を明らかにすることを目的とするから、立法者の法定立の権限を侵害するわけではない。ratio legis を通じて解釈者の合理的な要求を押し込むことができ、実際に妥当する判断を導き出すのに十分な柔軟性をもっていた。しかし他方では、解釈の柔軟性は、解釈の恣意性に転化することもある。18世紀の啓蒙絶対主義の法典編纂は、そのような弊害に直面し、市民の権利と自由の確保を大義名分として、裁判官の恣意を抑制するため、制定法への拘束を厳格にしようとした。プロイセンの法典編纂は、最初の段階では裁判官の解釈禁止を謳ったが、最後の段階、すなわちプロイセン一般ラント法が成立する段階では、編纂者は、それをかなり緩和した。裁判官は「法律の文言、コンテクスト、法律の直近の疑い得ない根拠から明らかになる意味」のみに従って裁判すべきである。疑いがあると思料するときには、法律委員会に伺いを立て判断を仰がなければならない。法律の規定の欠缺のときには、「法律において承認された一般的原理」と類推によって判決しなければならない。そして法律の欠缺とみられるものを司法大臣に通告しなければならない。法の形成は、法律委員会が主導権を握り、裁判官は制定法にのみ拘束され、裁判において学者の見解や裁判所の先例を考慮すべきでない、とした。啓蒙の時代につよくなった裁判官＝自動判決機械という見方の影響がなお残っていた。しかし、解釈方法を見る限り、すでに一般ラント法は、19世紀初期の、たとえばサヴィニーの見解に近いところに位置している。だからこそ、この法典の注釈者、コッホは、法典をサヴィニーの方法に従って解釈することができたのである。

II. 19世紀から現代まで

1. 18世紀後半から19世紀前半の法学の転換に伴って、法解釈の方法にもまた変化が生じた。それは、周知のように、歴史法学を生み出す結果となったが、その代表者、サヴィニーの解釈理論に簡単に触れておかねばならない。彼の場合、解釈は、立法者（立法または法律とっている箇所もある）の思想の再構成であるとされる。裁判官は、啓蒙期のように自動判決機械視されるのではなく、自立した存在と見られ、それに対応して解釈という仕事も自由な活動であり、技芸ととらえられた。そのかぎり主観的な非合理的な判断に基づくものであるから、それが恣意に陥ることのないように、理論によって制御することが必要と考えられた。

サヴィニーは、若い頃から一貫して、解釈には文法的、論理的、歴史的、体系的要素の四つが含まれると説いている。解釈には、これらの要素が全部そろい、それが一つになって働かねばならないのである。また新たに歴史と体系的要素が強調される。歴史的要素は、法律制定時にそれによって規制される法関係がどのような状態であったかを明らかにするものである。体系的要素は、法制度や法規を一つの統一体として捉え、その相互連関のなかに観察するものである。論理的要素は思想の個々の部分の論理的関係をいう。ところが、かつて論理的解釈とされていた法律の理由・根拠（ratio legis = 立法者の意図・目的）に基づく解釈には強い警戒心が示されている。初期のサヴィニーでは、これに基づく拡張解釈や縮小解釈は排除された。その例としては、かの「莫大損害」が挙げられる。ユ帝法勅法集（Cod.4,44,2）におけるディオクレティアヌス帝とマクシミリアヌス帝の勅法によれば、不動産の売主は、真の価格の半分に満たない価格で不動産を売却した場合、買主が真の価格を支払えばともかく、そうでなければ、売買契約を破棄して、不動産を取り戻すことができるとされた。これが中世以来、買主が2倍を越える価格で買った場合にも適用され、さらに賃貸借その他の有償契約に拡張されることになった。類似のケースは、類似に扱え、というトピック的思考に基づくものであるが、その場合には反対解釈もまた可能である。実質的に考えれば、「適正価格」、すなわち給付と反対給付の等価性の思想が根底にあって、ここから結論を導くこともできる。しかし、この法文を厳格に解し、それが歴史的に見て、大土地所有者に土地を買いたたかれる中小の農民の救済策であるとするならば、「窮迫した事情」のもとで、農民が土地を安く手放さなければならなくなった場合に限定して考えねばならないであろう。こうした特別措置は他の場合に拡張できず、一般には契約自由の原則が妥当すると見なければならぬことになる。重要なことは、契約の実質的正義から形式的自由への思想的変化である。ここで歴史の役割は、勅令制定時の法の状態を解明することであり、そこから中世以来のローマ法学で拡張されてきた莫大損害の理論を一掃するという結果をもたらす。そうして出来

た法の空白を埋めるのは、既存の諸規定からつくられた体系（多様性の統一）からの導出である。契約自由という法原理からの演繹がこれを埋めるのである。後期になるとサヴィニーも法律の理由・根拠を考慮する拡張・縮小解釈をある程度認めた。例として、法務官告示に、寡婦が夫の死後服喪期間中に再婚した場合、破廉恥の制裁が科せられる、と定めたことが挙げられている。これは夫の死後に生まれた子の父性について一切の疑いを防ぐという目的をもっていった。それならば、死後すぐに子が生まれた場合はどうか。すでに将来生まれるこの父性については、疑いが取り除かれているから、告示は縮小解釈される。それとは別に、葬儀が行われず、服喪期間の定めがない場合は、告示の規定が拡張解釈され、婚姻が禁止される。要するに、「服喪期間」という表現の不完全さを補う意味で、背後のある原則的な思想（父性の確実）に立ち返って検討することになる。この場合は、法文の表現を改めるのであって、その前提である思想を修正するものではない。サヴィニーでは、類推は、個々の法律の解釈でなく、全体としての法源の解釈のところで扱われる。法の形成（Fortbildung des Rechts）のような言葉もすでに現れている。類推と法形成の境界は明確でなく、移行は流動的であるとされるが、サヴィニーは類推を解釈とみなした。また裁判官に法形成の権限を認めないが、そのための独自の機関を設ける構想を持っていた。

2. 上述の解釈の4要素について、文法的解釈、論理的解釈、歴史的解釈および体系的解釈という4つの解釈方法があると見て、どれを使用すべきか、どのような順序で使用すべきかなどというように、選択的または並列的に考えるべきではない。これを解釈方法の分類とするならば、サヴィニーの理論は、後のパンデクテン法学の理論と比べて、特異であり、孤立しているかのように見受けられる。因みに、解釈方法の4分類は、フォルストホッフやラーレンツに取り上げられ、現代の法学方法論で支配的になっているが、当時は継承者をもたなかったのである。プフタからヴィンドシャイトまで文法的解釈と論理的解釈の2本立てである。ところが、サヴィニーには、法律の解釈、とくにあいまいな法律、または間違っただ法律の解釈の場合、それを是正する方策として、①立法の連関、②法律の理由（ratio legis）、③結果の内的価値を取り上げ、まず体系的連関によるのがもっとも安全で、つぎの法律の理由の適用可能性は、その確実性と親縁性の程度に左右され、遠隔な理由ではなく、できるかぎり直接的な理由によるべきであり、最後の結果の内的価値の考慮は最も危険である、と述べているところがある。これを考えあわせると、ここでは、文法的解釈は別にして、体系的連関と法律の理由を挙げており、法律の理由の顧慮は、あきらかに抑制的な態度を維持しながらであるけれども、これを承認しているのである。そうすると、従来どおり文法的解釈と論理的解釈の2元説といえないこともないが、その内容には著しいちがひがある。

プフタは、文法的解釈と論理的解釈（例えば法律の目的や歴史的事情の顧慮）の二

つを分け、まとめて宣言的解釈としている。因みに、彼は、伝統的な科目としての「法学ヘルメノイティク」は通常「外面的な内容の、事物の本質に入らない、空虚な叙述」であり、「健全な人間悟性を別とすれば、法学の全体がヘルメノイティクでなければならない」と含蓄のある言葉を述べている。シュライエルマヒャー以後の新しいヘルメノイティクが法学にどのような影響をおよぼしたのであるか、今後の課題となりうる。いずれにせよ立法者の意図・目的（サヴィニーでは立法または法律の思想とも言い換えられている）はなにか、を旨とし、言語知識、歴史や体系などの手段を動員して解明するそのような方向は、19世紀のパンドクテン法学を貫いているとみることができよう。（ヴィンドシャイトも同様である。ただし、彼は論理的解釈のなかに結果の実際的価値も含めている）。

3. 19世紀の後半には、主観的解釈と客観的解釈の対立が現われる。従来の主観説（立法者意思説）に対抗して、ビンディング、ヴァッハ、コーラーなどが主張した客観説（法律意思説）では、解釈の課題は、立法者の意思ではなく、法律の意思を解明することであるとされた。法律はいったん成立すると、作成者の手を離れ、独立した存在になる。立法者の個別的な思想ではなくて、民族精神や時代精神（ただし、もはやヘーゲルの意味に解することはできないであろう）の表現である法律の客観的な思想が解釈の対象になる。主観説批判の論拠として、絶対主義から立憲主義への変化、君主の命令から議会制定法への法律の成立の態様の変化とともに、議会資料を通じて立法者の意思を探求することが困難になったことが挙げられる。しかし、絶対主義のもとでも法律は、君主個人の意思ではなく、起草者・助言者グループの多様な意見の集約であった。19世紀初期立憲主義の時代でも、立法者意思説が維持された。法律は立法者の意思であっても、つねに理性的な意思ととらえられた。むしろより重要な問題は、法治国家の形成とともに、裁判権および裁判官の地位が向上し、裁判官の判断の自由が拡大したことと関係がある。裁判権は他の権力に対してゼロであり、裁判官は立法者・法律の口であるというイメージから、裁判権が立法・行政権力に対して独自の法形成の権力であり、裁判官も議会と並んで法を定立する課題を持つという見方に移行したことと対応している。ビュローに始まる裁判の見方の変化はそれを示しているといえよう。

裁判制度、実体法・手続法、法曹養成の整備・充実とともに、18世紀から19世紀前半と比べて、裁判官に対する信頼度が高まり、社会の発展に対応して裁判官の活動の自由をより幅広い範囲で認めるべきだという要請が生じてきた。他方で、法治国家の思想のもと、裁判官はあくまでも法律に拘束され、その越えてはならない制約があった。客観説は、この二つの矛盾する要請を「客観的な法律の意思」によって克服しようとしたわけであるが、客観的解釈にもかかわらず解釈者の主観の混入を阻止することができない、あるいは法の解釈と形成の間が流動化してその境界があいまいになる

おそれがあると批判された。

ところで、文法的解釈と論理的解釈と並んで、目的論的解釈という方法概念がある。法における目的を強調したのは、後期のイェーリングであったが、目的論的解釈という言葉は、客観的解釈論をとるコーラーが用いたのが最初ではあるまいか。

4. 19世紀末から20世紀初頭の法学の革新運動は、自由法学や利益法学を生み出した。これら新しい法学の主張は、概念法学的法実証主義に対抗して、そこにおける法の無欠缺性や概念法学の構成的方法を批判した。自由法学と利益法学は、この批判においては、共同戦線を張ったが、自由法学が裁判官の法創造を承認し、それに力点を置くのに対し、伝統的な法学は法的安定性の観点からこれに強い拒否反応を示した。自由法学も、後には法的安定性の観点を慎重に顧慮する利益法学への接近を示した（後期のエールリッヒ）。

そのような自由法学の傾向を含めて、ヘックに代表される利益法学についていえば、法の解釈は、客観的解釈から主観的解釈に戻ることになる。しかし、主観説といっても、19世紀のそれと異なり、ここでは経験科学的あるいは社会学的観点が前面に現われる。ヘックによれば、法規命令はさまざまな対立する利益から合成された合力である。制定法（法規命令）は、その基礎にある利益対立から発生の因果連関においてとらえられねばならない。もはや立法者意思といっても、心理的意思ではなく、利益状況によって規定されている。したがって、その解釈は、制定法がどのような利益対立において、どのような利益考量を行い、保護を与えるかを明らかにするものでなければならない（利益法学では歴史的解釈とよばれる）。それに伴って生じる欠缺領域は、立法者の利益考量に準拠しながら、「思慮ある服従」の原則に従って、充足されることになる。立法者の全法秩序の評価に基づき、それが見出せないときには、「社会における支配的評価」ないしは「自己評価」に基づいて、欠缺を補充していくのである。

5. わが国の解釈方法論の歩みをふり返ると、最初はアメリカのリアリズム法学や自由法学への親近感から、加藤一郎に見られるような「利益考量論」の提唱がなされた。これは上記のドイツの利益法学とはまったく異なったものであることは、すでに広く知られている。ヘックの利益法学およびそれ以降の法学方法論の研究を踏まえた磯村哲（「法解釈方法の諸問題」磯村哲編『現代法学講義』[有斐閣、1978年]所収）は、現在では客観説が有力で、しかも主観説も依然として維持されている状況のなかで、この対立にとらわれず、両者の立場を総合した中間説を支持するという見解を述べている。その立場を要約すると、「解釈者は、立法者の規律意図、目的・評価の歴史的解釈の確定から出発し、つぎに、かような立法者「意思」が認識不能ないし現代の情勢から生じる問題に解決基準を与え得ない場合、法規の可能な語義ないし客観的な法律評価の範囲内に置いて検討可能な理由・基準の顧慮のもとに現代の法適用にとって合目的的とみられるものを狭義の解釈として主張しうる。かかる歴史的解釈によって

制定法の規律する本来の利益状況・利益考量および意図ないし目的を明確にすることにより、いかなる範囲で変動が生じているかを確定することを介して立法者「意思」を越える解釈の実質的根拠を提供しうるであろう。従って、制定法の解釈は、立法者の本来的評価の媒介によってのみ、それとの連続性に法規の現代への適応を正当化することができるのである」（一部省略して引用した）。このような立場から、現在採られている文法的、論理的・体系的、目的論的、歴史的解釈方法という4つの解釈方法（方法というより基準というのが適切とされる）のうち、最後の二つを歴史的・目的論的と客観的目的論的と置き換え、終局的に目的論的解釈が優位すると説く。

用語の問題でいえば、歴史解釈というのは、法規の制定時の、利益状況・利益考量および立法者の意図・目的、さらに法規の語義（概念史および学説史によって確定される）の探求を意味している。中間説は、それに準拠しながら、現在における社会経済的思想的変動を視野に入れて法的評価・判断を行う立場である（広中俊雄も同様、『民法解釈方法に関する12講』〔有斐閣、1997年〕）。しかし、「歴史的解釈」といっても、上記の用法と異なって、法規の制定時と法規適用の現時点との移行・変化の観察を踏まえることを表しているとするものもある（前掲、前田）。歴史という言葉自体の多義性からして、またこの二つの時点の変化の認識と考慮を積極的に要求する見地からして、このような用い方もありうると思われるが、その場合、上記の用法との違いに注意しておくことが必要である。

6. さらに、わが国では、「反制定法的解釈」という概念も用いられる。その場合に挙げられるのは、利息制限法違反の超過利息を任意に支払った債務者の返還請求に関する著名な判決（1968年11月13日）で、そこに見られる思考を指して、「反制定法的解釈」といわれる。しかし、論者はいずれも、これは実質的には「反制定法的法形成」の操作にほかならないという。社会的・経済的変化や価値観の変化からそのような結論は許容されるとするものの、そういった論証方法には批判的である。

反制定法的解釈、実は反制定法的法形成といういい方は、それでは解釈と法形成とは同じか、両者はどのような関係になるのか、という疑問につながる。現代ドイツの法理論や法実務においても、この点は明確でない。解釈はすべて法の形成であるとしたうえで、段階的に狭義の解釈、法律内在的な法形成と法律を超える法形成に区別する見解もある（ラーレンツ）。

「反制定法的」解釈という言葉は、法律に従う（*secundum legem*）判決、法律を補充する（*praeter legem*）判決と並ぶ、法律に反する（*contra legem*）判決からきたものであろう。主流である客観的目的論的解釈は、立法目的に合わせて語義の限界を拡張し、または無視して、法律解釈の名のもとに隠された反制定法的法形成を行う可能性がある。そこでは、語義の射程距離ないし限界がどこにあるかに、議論の焦点となる。法発見を、解釈、類推、法形成（立法計画を超える、または立法計画を訂正す

る法形成) という段階構造をとるとした場合でも、なおそれぞれの境界は不明瞭で、個別に検討されねばならない点が残るであろう。

このことと関連して、想い出されるのは、有力新聞の捏造記事による、元イラン王妃ソラヤの人格権侵害事件におけるドイツ連邦憲法裁判所の決定(1973年2月14日)である。この事案で、連邦憲法裁判所は、基本法第20条3項を援用しながら、法律と法はかならずしも一致しない、場合により法は国家の実定法を超えることがあり、それは「意味の全体としての、憲法に適合する法秩序にその淵源を有し、成文の法律に対して修正として働きうる」ものだ、という原則を示している。裁判の任務は、「憲法に適合した法秩序に内在するが、成文の法律に表現されていないか、不完全にしか表現されていない価値観念を、評価的認識の行為—そこには意思的要素がないわけではない—において明るみに出し、裁判において実現することを要求する」と述べる。そのうえで、裁判官の恣意を排除すること、合理的な論拠を提出すること、制定法が法的問題の適切な解決の機能を果たしえないことを明察しうるようにしなければならないこと、実践理性の基準と共同体の基礎付けられた一般的正義観念に従ってこの欠缺を閉じなければならないことを要件として挙げて、「裁判官による法創造」あるいは「法形成」を承認するのである。憲法に基礎づけられた「法律と法」の二重性という観念はヨーロッパの法伝統のなかで、たえず登場するが、法律実証主義的思考の強いわが国ではなかなか定着しえない思考であると思われる。

7. ところで、最初に提起した問題、法の解釈方法になんらかのヨーロッパ的共通性が認められるか、という点について、ここですぐに答えることはできない。ごく大雑把な指摘にとどめなければならない。旧ヨーロッパの普通法的伝統、18世紀から19世紀の転換期における法典編纂後の注釈法学、19世紀ドイツ・パンデクテン法学の影響、自由法学とフランスの「自由な科学的探究」などを考え合わせると、ヨーロッパ大陸の諸国では、時期的に差はあっても、大体平行した流れが見られるといってよいであろう。むしろ法律解釈に厳格な態度を保ってきたイギリス法との関係が問題である。イギリスでも19世紀初頭までは、大陸のヘルメノイティクに密接に依拠した「衡平解釈」が行われたといわれている。法文の言葉を、通常使われている意味で厳格に解釈しなければならないという文理解釈(literal interpretation)の原則は、19世紀前半になってできたものである。また法文からその意味が明瞭に理解できる場合には、それに従わねばならないという原則(plain meaning-rule)があり、それ以外の解釈は存在しないという考え方がある。大陸でも18世紀から19世紀までこのような見解が取られていたが、それ以後次第に後退する(サヴィニーはこれを否定する)。しかし、このような大陸とのちがいがいも、20世紀中葉以降緩和され、自由化の方向を歩み始める。よく知られているデニング卿の見解のように、法文の言葉を相対化し、目的論的解釈を導入する方向がはっきりとでてきているようである。イギリスもま

た大陸と同じような解釈理論を採用するようになるかどうかは、これに答える資格がない。ここでいえるのは、ヨーロッパ諸国の解釈方法がどのように異なっているか、なぜそうなったのかを認識し、多様性のなかに共通性が見出せるかどうか、を歴史的にまた比較法的考察の対象として検討することが必要で、そのために地道な努力を続けていかねばならないが、それ自体興味ある課題となりうるであろう、ということである。

おわりに

以上、ヨーロッパの伝統における法解釈の方法の歴史的变化を考察した。しかし、そこにはなお厄介な問題が残る。まず、法解釈の方法を表わす術語がヨーロッパ法学の古くから伝えられたもので、そういう点で共通性があると同時に、やはり時代ごと国ごとに異なる意味をもつことはもちろん、法学者個々人の法学、とくに法学方法論によって独自の意味を託されており、それが今日まで蓄積されて、用語自体多様な意味において使用されている。この混乱を整理することは、たしかに重要な課題である。それは用語や分類を並べ、その変化を調べるという、一見すると形式的な問題のように見えるが、かならずしもそうでない。それぞれの時代や国によってある有力な見解があり、それは、それぞれの社会の経済的利益の対立状況、国家の憲法構造、なかんずく立法権、行政権と裁判権の関係、裁判権と訴訟手続きの構造、法律家の地位と役割などと密接な関連を持っている。また、法学（とくに法理念論、法源論、法学方法論など）ばかりでなく、ヘルメノイティクを初めとし、哲学、論理学、歴史その他一般的基礎的な学科との関連も重要である。そういうものを認識したうえで、解釈方法の意味を確定し、整理するとなると、その困難は一層増大する。従来この問題に相当の精力を注いできた法哲学・法理学ばかりでなく、法制史、比較法および法社会学など基礎法学が協力して取り組むべき仕事になるのではなかろうか。とくにこれまで実定法学との疎隔を批判されてきた基礎法学が、さらに実定法学者の協力を得てこれを行うならば、法理論に、法学教育にすくなからぬ寄与をなしうらと思うのである。

おことわり

この小論では、文献の引用をしなかったが、すでに挙げたもののほか、最近の著書のうちで重要と思われるものを記しておく。青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007年）は、永年の研究の集大成として精緻な理論を展開し、推奨に値する参考書である。河内宏ほか編『市民法学の歴史的・思想的展開』（信山社、2006年）所収の諸論文は、本テーマに密接に関係する重要な研究がそろっている。また、外国文献については、邦語文献に引用されているものを参照されることをお願いしたい。

EU 諸国の年金所得代替率について

経済学部 大谷津晴夫

1. はじめに
2. 年金の妥当性と所得代替率
3. EU 諸国の所得代替率
 - 3.1. 計算の諸前提と基本ケース
 - 3.2. 基本ケースの所得代替率
 - 3.3. 変種ケースの所得代替率
4. OECD 基準の所得代替率との異同
5. おわりに

参考文献

1. はじめに

社会保障の分野は EU の基本条約や法令によって加盟各国の専権事項とされ、EU 共通政策の埒外におかれてきた。その一方で、人口高齢化や雇用の流動化など加盟国が共通にかかえる問題が増えてきたことを背景にして、加盟国間の政策協調の必要性についての認識も高まった。そうした両極間の綱引き状態の中で、2000年3月のリスボン欧州理事会は、最終決定権を加盟国に保留しつつ EU レベルの政策協調を実現する方法として「非拘束型政策協調」(open-method of co-ordination、OMC と略称)を提唱するにいたった。2001年12月のレーケン欧州理事会は、この OMC を年金分野に導入することを決定するとともに、年金制度の3重点政策分野、すなわち社会的妥当性 (social adequacy)、財政的持続可能性 (financial sustainability)、現代化 (modernisation) の3分野にかかわる11の EU 共通目標を承認した。この11の共通目標の中で年金の社会的妥当性に関係するものは、次の3つである。

1. 高齢者が貧困の危機にさらされることなく、見苦しくない生活水準を享受でき、当該国の経済的福祉を共有し、その結果として公的・社会的・文化的な生活に積極的に参加することができるように保証すること。
2. 引退後の生活水準を合理的な程度に維持することのできる年金資格の獲得を可

能にする適切な、公的ならびに私的な年金制度への加入機会を全ての個人に提供すること。

3. 世代内および世代間の連帯を促進すること。

また EU 理事会は 2000 年末に、社会保障政策における加盟国間ならびに加盟国と欧州委員会との間の協力関係を促進するために社会保障委員会 (Social Protection Committee) を設置して、OMC 推進の足場とした¹⁾。この社会保障委員会は、年金分野において合意された共通目標の達成に向けた各国の進捗状況の監視に必要な共通指標を作成するために、指標部会 (Indicators Sub-Group) を設置している。年金制度は国ごとに大きな相違があり、細部における複雑性が単純な分類や比較を困難にしているために、各国の年金制度を比較可能にする共通指標の土台を整える必要があった。

指標部会は、年金の妥当性にかかわる共通指標の作成に重点的に取り組み、2004 年 2 月 23 日に中間報告として「現在および将来の年金代替率: 中間報告²⁾」を発表し、その後も代替率指標の改良につとめた。その改良された理論的代替率が 2005 年から加盟国の国家戦略報告の中で広く使われはじめ、また『妥当かつ持続可能な年金: 統合報告 2006 年³⁾』にも反映されることとなった。

指標部会による年金代替率指標の完成版は、2006 年 5 月 19 日発表の「現在および将来の理論的年金代替率⁴⁾」にみることができる。これは 2005 年 - 2050 年の EU 諸国の年金代替率の比較と将来推移を明らかにしたものであり、2004 年の中間報告と比べてかなり詳細になっている。3 年後の 2009 年 7 月 1 日には早くもその更新版として「現在および将来の理論的年金代替率の更新: 2006 年 - 2046 年⁵⁾」が発表されたところである。

本稿の課題は、この 2009 年版の年金代替率報告を基にして EU 諸国における年金の所得代替率の現状と将来を俯瞰し、その特徴を把握することにある。

2. 年金の妥当性と所得代替率

指標部会の 2009 年報告の詳細に立ち入る前に、年金の妥当性と所得代替率の意味について一般的な視点からの検討を加えておこう。

年金の妥当性

老後の所得保障の手段として年金に期待されている役割は大きい。その役割の中で、

1) 同委員会は 2001 年 2 月 26 日調印のニース条約により条約の規定に基づく設置機関に格上げされている。

2) Social Protection Committee (2004)

3) European Commission (2006)

4) Social Protection Committee (2006)

5) Social Protection Committee (2009a) , Social Protection Committee (2009b)

人間として見苦しくない水準の老後生活が保障されているのかどうかを検証する視点が、妥当性の基準である。年金の妥当性は、給付水準だけの問題ではない。たとえ給付水準が高くても、その制度のカバーする国民の範囲が狭かったり、その受給資格を獲得する条件が厳しかったりすれば、約束された高い給付水準を実際に享受できる国民の範囲は限られてしまうので、妥当性の基準に合致するとはいいがたい。したがって、年金の妥当性について適正な評価を行うためには、給付水準の情報だけでは不十分で、年金制度の加入率や受給資格の条件に関する情報も必要になる。

さらには、給付と負担の関係も考慮に入れなければならない。すべての老人に対して快適な老後生活を約束することは、現役労働者に対して高い保険料・税負担を強いることを意味する。老後生活も大事だが、現役労働者の生活もそれに劣らず大事なはずである。まして後者は、財・サービスの生産だけでなく子どもの養育も担っており、高い給付水準の年金支給によって現役労働者に犠牲を強いることになれば、社会の再生産力は著しく損なわれてしまうだろう。したがって、老後の生活水準と現役の生活水準との間には適切なバランスがあって然るべきである。この世代間の給付と負担のバランスも、年金の妥当性を判断する条件となる。

所得代替率

年金の所得代替率は、現役期の賃金水準を基準にしてその相対比率として年金の給付水準を示す指標である。この所得代替率については、賃金と年金の指標の取り方により、二つの視点からの意味づけが可能である。一つはライフサイクルの視点に立った通時的な見方であり、同一の個人ないし集団について現役期から引退期にかけての所得水準の変化、つまり時間をまたぐ所得移転ないし消費平準化の程度を示すという意味がある。年金による従前所得保障の程度を示す指標であるといってもよい。もう一つは共時的な見方であり、同一時点に存在する現役労働者と年金生活者という異なる集団について所得水準を比較する意味がある。年金の妥当性も、所得代替率のこの二重の意味に即して判断される必要がある。

簡単にいえば、年金を賃金で割ったものが所得代替率だが、分母の賃金や分子の年金として何をとるかにによって所得代替率の意味や値が大きく異なってくる。例えば通時的な視点では、働きはじめてから引退するまでの賃金履歴や保険加入期間、そしてそれらに対応して決まる年金給付額は加入者ごとに異なる。したがって加入者別の所得代替率は本来的に千差万別である。また、同一時点における賃金所得と年金所得の相対比較といっても、多様な賃金分布や年金分布の中からどのサンプルをとってきて比較の基準に据えるのかに応じて、その値と意味は異なってくる。しかも定額保険料や無拠出制の基礎年金などの場合、分母となる賃金が不明なので、そもそも所得代替率を算出することができない。

こういう状態のまま各国間の比較を行うことはできないので、代表的な代替率を選んできて比較の基準に据えるほかない。問題は、何をもって「代表的な」代替率とするかである。

また所得代替率には、税・社会保険料負担を控除する前の賃金と年金について比較した総所得代替率と、控除後の可処分所得を比較した純所得代替率がある。実質的な生活水準の比較には後者の可処分所得をベースにした純所得代替率が適している。EU諸国の多くで国民負担率（税負担と社会保険料負担を合わせた国民負担の国民所得に対する比率）が軒並み50%を越す状況では、二つの指標の開きはかなり大きい。

3. EU諸国の所得代替率

3.1. 計算の諸前提と基本ケース

指標部会の2009年報告は、基本ケースについては2006年引退と2046年引退の2例について理論的代替率を計算している。基本ケースの前提条件を変えた変種ケースについては2046年引退の9例を取り上げ、それぞれの理論的代替率を計算している。基本となるのは、次の基本ケースにおける「仮設的労働者」の想定である。

基本ケースの「仮設的労働者」

基本ケースの理論的代替率の計算前提は表1に示されている。基本ケースの「仮設的労働者」は、25歳で働き始めてから40年間働き続けて65歳で年金生活に入る男子のフルタイム労働者である⁶⁾。その40年間の就労期間中の賃金水準は全労働者の平均報酬の水準を維持すると想定されている。この仮設的労働者が引退後の初年に受給する年金額を引退前年の報酬⁷⁾で割って百分率表示したものが、基本ケースの理論的代替率である。

基本ケースにおける仮設的労働者の報酬は全労働者の平均報酬であるが、これは原則としてEU国民経済計算（ESA 95）の雇用者報酬を雇用者総数で割って算出する⁸⁾。しかし、これには幾つか注意すべき点がある。まず、雇用者報酬には雇主の社会保険料負担が含まれており、本来ならばこれを控除して所得代替率を算出しなければならないはずである⁹⁾。また、男子のフルタイム労働者が代替率計算の基準になっ

6) OECD (2009) が引退年齢を国ごとに異なる年金受給資格年齢としているのに対して、EUは65歳と決めているので、年金受給資格年齢が60歳の国では繰り下げ受給となって年金額が増え、67歳の国では繰り上げ受給となって年金額は減ることになる。

7) 代替率の分母の賃金は、OECD (2009) の場合は全就労期間の平均報酬なのに対して、EUは引退前年の報酬である。

8) 所得代替率算出のベースを民間労働者対象の一般的な年金制度に絞っている場合には、この部門の報酬データを使って代替率を計算することも認められている。Social Protection Committee (2004, p.7) .

9) Social Protection Committee (2004, p.7) , Social Protection Committee (2006, p.133) .

ている以上、分母の賃金には、パートタイム労働者を含んだ男女計の雇用者報酬ではなく、男子のフルタイム労働者に限定した報酬の方が適切である。しかし、加盟国の中でフルタイム労働者のデータが利用可能な国は限られているという理由で使用されていない¹⁰⁾。国民経済計算の雇用者報酬を使って平均報酬を算出することには、以上のような問題点が付随している。

表1：基本ケースの「仮設的労働者」の諸前提

職業身分	最も一般的な年金制度に加入する労働者
就労期間	40年
引退年齢	65歳
雇用形態	フルタイム雇用
婚姻関係	単身（性別が関係する場合は男性）
年金所得の範囲	公的年金，職域年金，資力調査付き補足給付
報酬水準	平均報酬の100%

年金制度の範囲

表1にあるように、代替率計算の分子にくる年金所得には、公的年金からの年金だけでなく、強制加入あるいは高い加入率をもつ任意加入の職域年金、さらには年金受給者に提供される資力調査付きの各種給付が含まれる。境界線は任意加入の職域年金の中を横断する形で走っているが、その線引きは必ずしも明確ではない。具体的には、ベルギー・デンマーク・ドイツ・アイルランド・イタリア・オランダ・スウェーデン・イギリスの8カ国について職域年金が代替率計算に計上されている。代替率計算に含まれる年金制度の範囲の詳細は表2に示されている。

受給資格年齢と加入年数

理論的代替率はあくまでも仮設の受給資格年齢・賃金プロファイル・加入年数に基づく値であり、実際の数値が前提と異なれば、実際の代替率は理論的代替率から乖離する。実際の個人ごとの代替率が千差万別になることは言うまでもない。理論的代替率といえども、できるだけ実体像を反映したものでなければならない。基本ケースは25歳就労開始・40年加入・65歳引退を前提しているが、表3は現行法下の男女別の受給資格年齢（女性については男性と異なる場合の年齢を表示）と実際の受給年齢および加入年数（無拠出期間を含む）を示している。この表3から、正規の受給資格年齢と実際の受給年齢の乖離とともに、基本ケースと実態との乖離の度合い、あるいは

10) 利用可能であれば、雇用者報酬の代わりにフルタイム労働者報酬を使うことも認められている。Social Protection Committee (2004, p.7) .

基本ケースの「代表性」についてある程度推量できる。

基本ケースは65歳での受給開始を前提としているので、フランスのように正規の受給資格年齢が65歳よりも下だと年金額は割増になり、理論的代替率は高く出る。逆に、2046年のデンマーク・ドイツ・イギリスの例のように65歳よりも上だと年金額は割引され、理論的代替率は低く出る。また、ギリシャ・マルタ・スロベニアは男性の平均加入年数が30年以下であり、こうした国の理論値と実績値との乖離も大きいと予想される。

表2：理論的代替率の計算に含まれる年金制度の範囲

	含否	制度の類型
公的年金	含む	最低年金
		年金受給者に提供される資力調査付き給付
		居住または社会保険料拠出を要件とする普遍主義的な定額年金
		賦課方式の所得比例年金
	含む	社会保険料方式による完全積立方式の所得比例年金（一般的公的年金制度内の積立方式部分や部分積立方式制度を含む）
職域年金	含む	事業主に対する法律上の義務または労使団体協約に基づく強制加入の制度
		強制加入でないが加入者範囲の広い、労使団体協約に基づいて設置された制度
		事業主を通して年金制度に加入することができるもの
	含まない	労使団体協約に基づいて設置された、強制加入でない制度
		事業主が契約によるか、あるいは一方的に設置した制度
個人年金	含まない	雇用関係を必要としない任意加入の個人年金制度で、労働組合やその上部組織を通じて加入できるもの
	含まない	年金基金、生命保険会社あるいは年金貯蓄組織との個人契約
	含まない	年金支給目的に限定されない長期の貯蓄

経済的諸前提

2006年に引退するケースの理論的代替率は、平均報酬や年金額の実績値に基づいて計算できるが、2046年に引退するケースの理論的代替率については経済変数の予測値を使う必要がある。この場合、年金制度の経時的変化を観察し、その各国間比較を行うのが目的だから、年金制度の外部環境の変化要因については揃える必要がある。そのため、共通の物価上昇率として年率2%、確定拠出型の年金額計算に不可欠の実質収益率は、管理費と税金を控除したネットの長期収益率として共通の2.5%が想定

表 3：公的年金制度における男女別の受給資格年齢と実際の引退年齢

	現行法下の受給資格年齢		新規裁定者の平均引退年齢		新規裁定者の平均加入年数	
	男	女	全体（男／女）		全体（男／女）	
	2006	2046	2006	2046	2006	2006
ベルギー	65	65	64		NA (64/61.6)	NA (42.6/30.5)
ブルガリア	63	63	59	60	NA	NA
チェコ	62	65	60		59.3 (61.1/57.7)	42 (44.4/39.9)
デンマーク	65	67			62.1 (62/62.3)	27.7 (35.7/20.3)
ドイツ	65	67			NA	NA
エストニア	63	63	59		60.3 (61.5/59)	43.7 (45.6/42.9)
ギリシャ	65	65	60		60.4 (61.4/58.6)	25.1 (27.5/20.8)
スペイン	65	65			62.9 (62.9/63)	38 (40.3/30.4)
フランス	60	60			60.2 (59.8/61.5)	35.75 (40/31.75)
アイルランド	65	66			65.0	NA
イタリア	65	65	60	60	60.3 (60.5/60)	32.1 (34.9/27.9)
キプロス	65	65			63.6 (NA/NA)	32.2 (NA/NA)
ラトビア	62	62			60.3 (61.4/58.3)	30 (30/29)
リトアニア	63	63	60	60	60 (61.4/58.4)	35.8 (37.5/34.2)
ルクセンブルク	65	65			59.5 (59.3/60.1)	42.2 (42.9/38.8)
ハンガリー	62	62	61		58.5 (59.9/57.5)	38.8 (39.9/38)
マルタ	61	65	60		59.6 (59.9/58.2)	26.3 (29.1/23.5)
オランダ	65	65			65 (65/65)	NA
オーストリア	65	65	60		60.4 (62.7/58.9)	NA
ポーランド	65	65	60	60	57.8 (60.5/56.4)	34.3 (36.5/33.3)
ポルトガル	65	65			63.7 (63.3/64.3)	28.5 (32.3/23.9)
ルーマニア	62	65	57	60	NA	NA
スロベニア	63	63	61	61	63.2 (63.7/62.7)	28 (30/24)
スロバキア	62	62	56		57.8 (60.2/56.8)	35.8 (40.4/34.0)
フィンランド	63	63			59.5 (59.4/59.6)	31.9 (33.3/30.6)
スウェーデン	61	61			64.7 (64.8/64.7)	37 (40/34)
イギリス	65	68	60		62.3 (62.7/61.9)	35 (42/26)

NA= not available

されている。しかし、実質賃金（生産性）上昇率については、現実性を重視して加盟国ごとに異なる数値（1.2%～2.8%）を定めている。表4に各国別の2006年の平均報酬の実績値と2046年までの実質報酬成長率の仮定値が示されている。

表4の原資料はSocial Protection Committee（2009a, p.11）のTable 4だが、

表4：2006年の平均報酬および2046年までの実質報酬成長率の仮定値

国名	通貨単位	2006年の平均報酬 (各国通貨)	報酬成長率(年率%) (2006年 - 2046年)	OECD(2009) (各国通貨)
ベルギー	EUR	32478	1.7	37700
ブルガリア	BGL	4800	3.0	—
チェコ	CZK	234796	2.3	234800
デンマーク	DKK	330900	1.7	330900
ドイツ	EUR	42382	1.7	42400
エストニア	EEK	116652	2.9	—
ギリシャ	EUR	23037	2.1	23000
スペイン	EUR	21150	1.8	21200
フランス	EUR	30992	1.7	31000
アイルランド	EUR	29960	1.8	30000
イタリア	EUR	25183	1.5	24600
キプロス	CYP	13344	2.0	—
ラトビア	LVL	3628	2.9	—
リトアニア	LTL	17736	2.8	—
ルクセンブルク	EUR	43621	1.8	43600
ハンガリー	HUF	1988652	2.4	1988700
マルタ	MTL	6307	2.1	—
オランダ	EUR	39729	1.7	39700
オーストリア	EUR	22872	1.7	36700
ポーランド	PLN	29271	2.5	29300
ポルトガル	EUR	15337	1.9	15300
ルーマニア	ROL	12924	3.1	—
スロベニア	SIT	3279288	2.4	—
スロバキア	SKK	231216	2.8	231200
フィンランド	EUR	33543	1.9	33500
スウェーデン	SEK	324618	1.8	324600
イギリス	GBP	24550	1.8	31500

OECD (2009, p.153) の 2006 年の平均報酬のデータが右端列に追加されている。両者の 2006 年の平均報酬を見比べると、ベルギー、オーストリア、イギリスの 3ヶ国の数値について大きな乖離のあることに気づく。OECD (2005) では、製造業でフルタイムで働く成人のブルーカラー労働者 (average manual production worker) の平均報酬 (= 「平均生産労働者賃銀」) が使われていたのに対し、OECD (2007) からは、i) 算定基礎を製造業以外にまで広げ、ii) 非筋肉労働者も新たに含めた「平均的労働者」(average worker) の賃金が使われはじめ、OECD (2009) でもその基準が踏襲されている。Social Protection Committee (2009a) の平均報酬もこの「平均的労働者」の報酬に対応しているとされているので¹¹⁾、3カ国だけが乖離する理由がわからない。脚注9で指摘したように、Social Protection Committee (2009a) は所得代替率算出のベースにした特定の産業部門の報酬データを基準にすることも認めているので、これが3ヶ国の平均報酬がOECD(2009)と比べて相当低い水準にあることの原因になっている可能性がある¹²⁾。

3. 2. 基本ケースの所得代替率

表5は基本ケースの2006年引退と2046年引退の所得代替率を示している。表5には、参考のために、日本と米国を含むOECD (2009) の数値と国民負担率も掲載してある。この表からは、EU 諸国の所得代替率が押し並べて高い水準にあることがわかる。

2006年の総所得代替率を見てみると、公的年金だけで60%を超えている国が14カ国あり、公的年金に職域年金を加えた合計で60%を超える国は18カ国ある。その中でも特にギリシャ(105%)、スペイン(90.5%)、アイルランド(73%)、イタリア(80.2%)、ルクセンブルク(90.8%)、ポルトガル(74.8%)は突出している。合計代替率で日本の34%を下回る国は、エストニア(33%)とルーマニア(27.1%)のみである。

職域年金を代替率計算に加えている国は8カ国だが、労働力に対する百分率でみた現役労働者の加入率は、ベルギー(55%)、デンマーク(78%)、ドイツ(70%)、アイルランド(55%)、イタリア(20.1%:男22.3%、女16.8%)、オランダ(91%)、スウェーデン(90%)、イギリス(53%:男55%、女51%)と幅がある。加入率が70%あるドイツの職域年金の代替率が0.0%になっているのは、2006年の時点で新規退職者の16.5%しか受給していないために、寄与率をカウントしていないためと思われる¹³⁾。

11) Social Protection Committee (2006) までは「平均生産労働者」(average production worker) の報酬が広く使われていた。Social Protection Committee (2009a, p.10) を参照。

12) Social Protection Committee (2004, p.42) によれば、イギリスのデータはフルタイム雇用者の報酬である。Social Protection Committee (2004, p.35) は2003年のオーストリアの平均報酬を32690ユーロとしていたが、これはOECD (2007, p.15) の2004年の32872ユーロに近い。しかし表4の2009年の平均報酬は22872ユーロに下落している。

13) Social Protection Committee (2009b, p.21) .

表5：基本ケースの2006年引退と2046年引退の所得代替率

国名	公的年金		職域年金		合計総所得代替率		合計純所得代替率		OECD(2009)		国民負担率
	2006	2046	2006	2046	2006	2046	2006	2046	公的年金 2006	公年+職年 2006	2006
ベルギー	39.8	39.5	3.9	8.7	43.7	48.2	69.5	73.5	42.0	42.0	62.8
ブルガリア	41.8	56.9	/	/	41.8	56.9	53.3	68.6	—	—	—
チェコ	60.7	45.0	/	/	60.7	45.0	79.3	58.1	49.7	49.7	54.5
デンマーク	45.1	34.7	3.6	33.5	48.7	68.3	71.3	78.8	22.9	80.3	70.9
ドイツ	43.0	34.0	0.0	11.4	43.0	45.4	63.0	64.0	43.0	43.0	52.0
エストニア	33.0	41.6	/	/	33.0	41.6	41.0	52.1	—	—	—
ギリシャ	105.0	92.9	/	/	105.0	92.9	115.0	108.1	95.7	95.7	43.3
スペイン	90.5	82.0	/	/	90.5	82.0	97.2	85.5	81.2	81.2	52.9
フランス	66.2	50.2	/	/	66.2	50.2	79.4	62.9	53.3	53.3	62.4
アイルランド	36.0	34.2	37.0	28.5	73.0	62.7	82.0	70.7	34.2	34.2	53.8
イタリア	80.2	63.0	0.0	14.0	80.2	77.0	89.0	91.7	67.9	67.9	60.3
キプロス	49.0	60.1	/	/	49.0	60.1	54.0	68.2	—	—	—
ラトビア	60.8	49.7	/	/	60.8	49.7	77.6	65.9	—	—	—
リトアニア	41.0	41.6	/	/	41.0	41.6	57.0	54.2	—	—	—
ルクセンブルク	90.8	90.1	/	/	90.8	90.1	98.3	98.1	88.1	88.1	60.9
ハンガリー	63.5	76.5	/	/	63.5	76.5	100.4	105.2	50.7	76.9	57.6
マルタ	65.3	57.8	/	/	65.3	57.8	79.2	70.1	—	—	—
オランダ	29.6	31.2	41.2	50.9	70.7	82.1	91.8	97.9	30.2	88.3	53.5
オーストリア	68.0	68.6	/	/	68.0	68.6	83.9	88.7	80.1	80.1	58.5
ポーランド	63.2	47.5	/	/	63.2	47.5	77.7	58.7	30.3	61.2	47.9
ポルトガル	74.8	54.7	/	/	74.8	54.7	90.7	70.6	53.9	53.9	52.5(05年)
ルーマニア	27.1	66.4	/	/	27.1	66.4	35.9	87.4	—	—	—
スロベニア	64.0	59.7	/	/	64.0	59.7	82.0	83.6	—	—	—
スロバキア	49.4	50.4	/	/	49.4	50.4	63.1	65.0	24.0	56.4	44.4
フィンランド	63.8	51.5	/	/	63.8	51.5	69.0	57.8	56.2	56.2	59.0
スウェーデン	50.0	39.5	14.5	12.1	64.5	51.6	67.3	54.7	37.8	61.5	66.2
イギリス	35.9	33.1	25.1	25.1	60.4	58.1	74.6	70.7	30.8	30.8	49.2
米国									38.7	38.7	34.7
日本									33.9	33.9	40.0(07年)

注1：/は代替率計算に含まれないので数値がないことを示す。

注2：—はOECD加盟国でないので数値がないことを示す。

イタリアの職域年金の新規受給者率も5%以下で¹⁴⁾、おそらくそのために職域年金の代替率の値が0.0%になっている。

2046年の代替率を見てみると、給付削減措置の導入や私的年金の比重拡大などの年金改革が反映されているものと思われるが、公的年金の代替率が低下している国が目立つ。しかし、ブルガリア、エストニア、キプロス、ハンガリー、ルーマニアなどの新規加盟国は逆に公的年金の代替率が上昇している。

表5にはOECD(2009)の2006年の代替率のデータも載せている。OECD(2009)の方は、2006年に20歳で働き始め、国ごとに異なる受給資格年齢まで働き、その間ずっ

14) Social Protection Committee (2009b, p.44) .

と全労働者の平均報酬を得ていた単身の「平均的労働者」が将来（ほぼ 2046 年から 2051 年）得る年金の代替率である。

表 5 の OECD（2009）の職域年金は強制加入のものに限定されているので、合計の代替率は必ずしも正確に EU の合計総所得代替率に対応していない。それでも、デンマーク・アイルランド・オーストリア・イギリスの乖離は目立っている。また、公的年金だけでも、デンマーク・ハンガリー・オーストリア・ポーランド・スロバキア・イギリスの乖離は大きい。これだけ違っていると、加盟国が提出するデータの基準の統一性について疑問が生じてしまう。

3.3. 変種ケースの所得代替率

基本ケースにおける 2006 年引退と 2046 年引退の代替率の違いは、その間に実行される年金改革の影響を反映している。この年金改革には、a) 年金額計算の算定基礎を引退直前の高報酬から全就労期間の平均報酬に変更する、b) 平均余命の伸長を考慮した因子を年金額算定式に加える、c) 年金受給資格年齢の引き上げ、d) 私的年金の拡充（公的年金内での積立柱部分の拡大や職域年金の拡大等）、などが含まれる。

これに対して変種ケースの代替率比較は、基本ケースの前提条件と異なる場合の 2046 年引退の代替率の変化を見ることになり、一種の感度分析として役に立つ¹⁵⁾。変種ケースとして取り上げられているのは、既裁定年金のスライド方法の影響を見るための「新規裁定から 10 年後の年金の所得代替率」、受給開始年齢の違いの影響を見るための「女性の新規裁定年金の所得代替率」と「2 年繰上受給と 2 年繰下受給の所得代替率」の 2 例、賃金プロファイルの違いの影響を見るための「平均報酬の 3 分の 2 のケースの所得代替率」「平均報酬の 100% から 200% に上昇する（伸び率一定）ケースの所得代替率」「平均報酬の 80% から 120% に上昇する（伸び率一定）ケースの所得代替率」「平均報酬の 75% から 105% に上昇する（伸び率逡減）ケースの所得代替率」の 4 例、そして最後は就労中断の影響を見るための「育児による就労中断があるケースの所得代替率」「失業による就労中断があるケースの所得代替率」の 2 例である。

a) 新規裁定から 10 年後の年金の所得代替率、

既裁定年金のスライド方法の違いによって 10 年後の代替率の低下に差が出てくる。100% 賃金スライドの場合は 2046 年時の新規裁定年金との差は 0 だが、賃金スライドが 100% 以下の場合や物価スライドの場合は、落差は大きくなる。表 6 は、新規裁定から 10 年後の年金生活者が、現役労働者と比べてどの程度生活水準が落ち込むかを表している。

15) Social Protection Committee (2009a, p.18)

b) 女性の新規裁定年金の所得代替率、

2046年時点で年金受給資格年齢が男女で異なる国は、ブルガリア・イタリア・リトアニア・ポーランド・ルーマニア・スロベニアの6ヶ国である。表7は、このうち

表6：新規裁定から10年後の年金の所得代替率

	純所得代替率	総所得代替率		
	合計	合計	公的年金	職域年金
ベルギー	-11	-10	-8	-2
ブルガリア	-10	-9	-9	—
チェコ	-8	-6	-6	—
デンマーク	-7	-7	-2	-5
ドイツ	-2	-2	0	-2
エストニア	-9	-7	-7	—
ギリシャ	-16	-17	-17	—
スペイン	-13	-13	-13	—
フランス	-11	-8	-8	—
アイルランド	-3	-5	0	-5
イタリア	-12	-10	-8	-2
キプロス	-5	-4	-4	—
ラトビア	-10	-10	-10	—
リトアニア	-5	-4	-4	—
ルクセンブルク	0	0	0	—
ハンガリー	-10	-9	-9	—
マルタ	-12	-10	-10	—
オランダ	0	0	0	0
オーストリア	-16	-11	-11	—
ポーランド	-11	-9	-9	—
ポルトガル	-15	-12	-12	—
ルーマニア	-23	-17	-17	—
スロベニア	0	0	0	—
スロバキア	-12	-9	-9	—
フィンランド	-6	-7	-7	—
スウェーデン	-6	-6	-4	-2
イギリス	-11	-10	-2	-8

スロベニアを除く5ヶ国について¹⁶⁾、女性の受給資格年齢まで働いた場合の新規裁定年金の代替率が、男性の受給資格年齢まで働いた場合の代替率と比較してどれくらいの差（単位：パーセント・ポイント）があるかを示している。ただし、代替率計算の分母となる平均報酬は男女別になっておらず、男女計の平均報酬が使われている。女性の年金の代替率は、男性と比べて短い加入期間を反映しておしなべて低い。中でもイタリアの-18ポイント、ポーランドの-16ポイントが目立っているが、これは両国の見なし確定拠出制度により、早期受給すると給付乗率が低下する仕組みになっているためである。

表7：女性の受給資格年齢年金の所得代替率

	純所得代替率	総所得代替率		
	合計	合計	公的年金	職域年金
ブルガリア	-5	-5	-5	0
イタリア	-18	-18	-15	-3
リトアニア	-4	-3	-3	0
ポーランド	-16	-13	-13	0
ルーマニア	-4	-3	-3	0

c) 2年繰上（38年加入）と2年繰下（42年加入）のケースの所得代替率

2046年の基本ケースの代替率下落に現れているように、少子高齢化による年金財政の悪化に対して各国は給付水準を切り下げる改革で対応している。加入者が元の給付水準を維持したければ、就労期間を延長する他ない。表8に示されているように、2年の繰上・繰下が5ポイント以上の下落・上昇になる国は、ブルガリア・チェコ・ドイツ・エストニア・スペイン・フランス・イタリア・ラトビア・リトアニア・ハンガリー・オーストリア・スロベニア・スロバキア・フィンランド・スウェーデンなどである。これに対してベルギー・デンマーク・ギリシャ・アイルランド・ルクセンブルク・マルタ・イギリスなどの国の変化率は小幅であるが、これらの国はすべて確定給付型の公的年金である。

d) 平均報酬の3分の2のケースの所得代替率

表9は、就労期間中の賃金プロフィールが平均報酬の3分の2の水準にとどまるケースについて、基本ケースとの間の代替率の差を示している。平均報酬の3分の2のケー

16) スロベニアの場合、女性の受給資格年齢は男性の63歳に比べて2年若い61歳だが、男性の代替率と同じになるように給付設計されていて男女差が出ないので、除外されている。Social Protection Committee (2009a, p.21)。

スは、パートタイム労働者等の低賃金労働者に対する改革の影響を見るのに有用である。チェコ・デンマーク・エストニア・アイルランド・リトアニア・ルクセンブルク・オランダ・スウェーデン・イギリスの公的年金の総所得代替率の差はかなり大きく、平均報酬の低い者に対する優遇措置の存在をうかがわせる。それ以外の国については代替率の差は小さい。

しかし、純所得代替率でみると、キプロス・ハンガリー・オーストリア・ポルトガル・ルーマニア・スロベニア・スロバキアなどでは、平均報酬の低い者の方が不利になっている。これは、低賃金労働者の現役時の税・社会保険料負担は平均賃金労働者よりも少なく、退職後所得も所得税控除の恩恵の及ばない低位にある場合が多いためである。

e) 平均報酬の100%から200%に上昇する（伸び率一定）ケースの所得代替率

表10は、賃金プロファイルが平均報酬の100%水準から200%水準に直線的に上昇するケースの代替率を示している。スウェーデンを除くすべての国で、総所得代替率と純所得代替率の双方が基本ケースに比べて著しく下落している¹⁷⁾。これは、公的年金ではしばしば年金額算定基礎の報酬に上限が設けられ、また年金額算定式自体も累進的になっているためである。さらに、代替率の分母の報酬は全就労期間の平均値ではなく引退前年の報酬が採用されているので、この上昇ケースの平均値である150%水準ではなく、200%水準が分母にくる。他方、代替率の分子の年金額はこの150%水準で算定される算定式が多い。このことも、代替率の下落に拍車をかける要因になっていることは間違いない。

f) 平均報酬の80%から120%に上昇する（伸び率一定）ケースの所得代替率

表11は、賃金プロファイルが平均報酬の80%水準から120%水準に直線的に上昇するケースの代替率を示している。この変種ケースの生涯総報酬額は基本ケースと同じで、全就労期間中の平均報酬も基本ケースと同じなので、基本ケースの代替率と等しくなり、差は生じないように思われるかもしれない。しかし実際は、かなりの下落を示している。

この理由の第1として、代替率の分母として引退直前の120%水準がとられ、基本ケースよりも20%高いことが大きく影響している。第2に年金額の算定式が、引退直前の報酬が高くなるに従って代替率が低くなるような累進的な給付設計になっているれば、基本ケースよりも低下する。第3に、給付設計が確定拠出型になっていると複

17) 表10の原資料は、Social Protection Committee (2009a, p.25) のTable 12だが、このTable 12の数値は次のTable 13の数値とまったく同じであり、誤ってコピーされたものと思われる。そのために、本稿の表12はSocial Protection Committee (2009b) の国別データから再生している。

EU 諸国の年金所得代替率について（大谷津晴夫）

表 8：2 年繰上（38 年加入）と 2 年繰下（42 年加入）のケースの所得代替率

	純所得代替率		総所得代替率					
	合計		合計		公的年金		職域年金	
	2 年繰上	2 年繰下	2 年繰上	2 年繰下	2 年繰上	2 年繰下	2 年繰上	2 年繰下
ベルギー	-4	4	-4	3	-3	2	-1	1
ブルガリア	-8	8	-7	8	-7	8	-	-
チェコ	-8	10	-6	8	-6	8	-	-
デンマーク	-1	1	-1	1	0	0	-1	1
ドイツ	-6	7	-6	6	-4	4	-1	2
エストニア	-9	9	-7	7	-7	7	-	-
ギリシャ	-1	7	-1	8	-1	8	-	-
スペイン	-10	3	-11	3	-11	3	-	-
フランス	-8	4	-7	3	-7	3	-	-
アイルランド	-1	2	-2	3	0	0	-2	3
イタリア	-10	6	-8	5	-7	3	-2	2
キプロス	-1	NA	-1	NA	-1	NA	-	-
ラトビア	-6	7	-6	7	-6	7	-	-
リトアニア	-5	6	-4	4	-4	4	-	-
ルクセンブルク	-4	1	-6	1	-6	1	-	-
ハンガリー	-13	9	-11	12	-11	12	-	-
マルタ	0	NA	0	NA	0	NA	-	-
オランダ	1	7	-3	8	0	0	-3	8
オーストリア	-9	9	-9	9	-9	9	-	-
ポーランド	-3	8	-2	7	-2	7	-	-
ポルトガル	-3	14	-2	11	-2	11	-	-
ルーマニア	-4	6	-3	5	-4	0	-	-
スロベニア	-7	4	-6	3	-6	3	-	-
スロバキア	-9	10	-7	8	-7	8	-	-
フィンランド	-5	6	-6	6	-6	6	-	-
スウェーデン	-5	6	-6	7	-4	6	-1	1
イギリス	-2	2	-2	2	-1	0	-1	1

表9：平均報酬の3分の2のケースの所得代替率

	純所得代替率	総所得代替率		
	合計	合計	公的年金	職域年金
ベルギー	-1	2	2	0
ブルガリア	1	0	0	—
チェコ	14	13	13	—
デンマーク	22	21	21	0
ドイツ	-1	0	0	0
エストニア	6	6	6	—
ギリシャ	-1	0	0	—
スペイン	-1	0	0	—
フランス	0	0	0	—
アイルランド	15	17	17	0
イタリア	0	0	0	0
キプロス	-2	0	0	—
ラトビア	2	0	0	—
リトアニア	7	7	7	—
ルクセンブルク	5	6	6	—
ハンガリー	-10	0	0	—
マルタ	1	3	3	—
オランダ	6	4	15	-11
オーストリア	-4	0	0	—
ポーランド	0	0	0	—
ポルトガル	-4	1	1	—
ルーマニア	-4	0	0	—
スロベニア	-3	0	0	—
スロバキア	-3	0	0	—
フィンランド	4	3	3	—
スウェーデン	9	8	8	0
イギリス	15	14	14	0

EU 諸国の年金所得代替率について（大谷津晴夫）

表 10：平均報酬の 100%から 200%に上昇する（伸び率一定）ケースの所得代替率

	純所得代替率	総所得代替率		
	合計	合計	公的年金	職域年金
ベルギー	-23.4	-18.3	-16.2	-2.1
ブルガリア	-16.8	-14.1	-14.1	—
チェコ	-22.6	-19.9	-19.9	—
デンマーク	-22.7	-27.6	-19.3	-8.3
ドイツ	-20.7	-14.4	-10.8	-3.6
エストニア	-17.2	-14.1	-14.1	—
ギリシャ	-8.5	-2.2	-2.2	—
スペイン	-10	-11.8	-11.8	—
フランス	NA	-18.8	-18.8	—
アイルランド	-21.7	-24.2	-17.1	-7.1
イタリア	-22.5	-18.9	-15.5	-3.4
キプロス	-12.2	-11	-11	—
ラトビア	-19.2	-12.4	-12.4	—
リトアニア	-17	-13.9	-13.9	—
ルクセンブルク	-22.8	-25.2	-25.2	—
ハンガリー	-28	-19	-19	—
マルタ	-31.4	-28.9	-28.9	—
オランダ	-21	-22.4	-15.6	-6.8
オーストリア	-16.9	-16.9	-16.9	—
ポーランド	-13.2	-11.8	-11.8	—
ポルトガル	-11.3	-13.3	-13.3	—
ルーマニア	-20.6	-16.4	-16.4	—
スロベニア	-20.9	-17.6	-17.6	—
スロバキア	-14.1	-12.5	-12.5	—
フィンランド	-10.5	-12.7	-12.7	—
スウェーデン	2.2	-4.6	-17.8	13.1
イギリス	-24.1	-21	-12.3	-8.8

利効果の影響が大きくなるので、就労期間の前半の相対的な低賃金は基本ケースよりも代替率を低下させてしまう。

g) 平均報酬の75%から105%に上昇する（伸び率逡減）ケースの所得代替率

表12は、賃金プロファイルが平均報酬の75%水準から105%水準に向かって上昇し、その間の伸び率が逡減していくケースの代替率を示している。全就労期間の生涯総報酬額は基本ケースの生涯総報酬額と同じになるように設定されているので、このケースの全就労期間の平均報酬は基本ケースと同じである。

しかし、生涯総報酬総額は基本ケースと同じであるにもかかわらず、この変種ケースの所得代替率は、3ポイント高いスペインを除いて、基本ケースと比べると少し低い。しかしその下落幅は、平均報酬の80%水準から120%水準に直線的に上昇するケースと比べると小さいといえる。それは、このケースの代替率計算では、平均報酬の120%水準よりも小さい105%水準が分母になっているためである。

h) 育児による就労中断があるケースの所得代替率

表13は、25歳から働きはじめて賃金プロファイルは平均報酬の100%水準を維持し、国別の女性の年金受給資格年齢に達して引退する女性について、その就労期間中に育児による就労中断の有るケースと無いケースとの所得代替率の差を示している。ここでは、2人の子どもが25歳と27歳の時に生まれると想定されている。

ドイツ・フランス・イタリアでは育児休業取得の有無とは関係なしに、出産の事実だけで年金ポイントが加算される。表13で育児休業年数が0年で代替率が増えているのはこのためである（フランスでは第3子の出産に対する年金加算率はさらに大きい）。

育児休業の初年については、多くの国が一定の保護を与えている。チェコ・スペイン・ルクセンブルク・マルタ・フィンランドは3年までの育児休業を保護しているので、3年目でも代替率が低下していない。ベルギーは2年までの育児休業の代替率に低下がない。

これ以外の全ての国で育児休業の取得は1年目から代替率を低下させている。育児期間中の保険料の無拠出が年金額の低下をもたらすからである。加盟国の中で下落率が一番大きいのはルーマニアである。ベルギー・アイルランド・オランダ・イギリスの下落は職域年金における育児ポイントによる保護の欠如を反映している。なぜなら、これらの国の公的年金では、育児休業中は育児ポイント制による100%の保護が定額部分と所得比例部分の双方に与えられるからである。

EU 諸国の年金所得代替率について（大谷津晴夫）

表 11：平均報酬の 80% から 120% に上昇する（伸び率一定）ケースの所得代替率

	純所得代替率	総所得代替率		
	合計	合計	公的年金	職域年金
ベルギー	-10	-7	-6	-1
ブルガリア	-10	-9	-9	—
チェコ	-8	-7	-7	—
デンマーク	-10	-11	-6	-6
ドイツ	-9	-8	-6	-2
エストニア	-10	-8	-8	—
ギリシャ	-3	-2	-2	—
スペイン	-1	-1	-1	—
フランス	-7	-6	-6	—
アイルランド	-9	-10	-6	-5
イタリア	-15	-12	-10	-2
キプロス	-9	-10	-10	—
ラトビア	-11	-8	-8	—
リトアニア	-9	-7	-7	—
ルクセンブルク	-12	-15	-15	—
ハンガリー	-13	-13	-13	—
マルタ	-10	-10	-10	—
オランダ	-14	-14	-5	-8
オーストリア	-11	-11	-11	—
ポーランド	-9	-8	-8	—
ポルトガル	-10	-9	-9	—
ルーマニア	-13	-11	-11	—
スロベニア	-12	-10	-10	—
スロバキア	-10	-8	-8	—
フィンランド	-8	-9	-9	—
スウェーデン	-7	-9	-7	-2
イギリス	-11	-10	-6	-4

表12：平均報酬の75%から105%に上昇する（伸び率逓減）ケースの所得代替率

	純所得代替率	総所得代替率		
	合計	合計	公的年金	職域年金
ベルギー	-2	-2	-2	0
ブルガリア	-3	-3	-3	-
チェコ	-2	-2	-2	-
デンマーク	-3	-3	-2	-2
ドイツ	-3	-2	-2	-1
エストニア	-4	-3	-3	-
ギリシャ	0	0	0	-
スペイン	3	3	3	-
フランス	0	0	0	-
アイルランド	-3	-3	-2	-1
イタリア	-4	-3	-3	0
キプロス	-9	-9	-9	-
ラトビア	-3	-2	-2	-
リトアニア	-2	-2	-2	-
ルクセンブルク	-3	-4	-4	-
ハンガリー	-3	-4	-4	-
マルタ	-3	-3	-3	-
オランダ	-3	-4	-1	-2
オーストリア	-6	-6	-6	-
ポーランド	-3	-2	-2	-
ポルトガル	-3	-3	-3	-
ルーマニア	-4	-3	-3	-
スロベニア	-3	-3	-3	-
スロバキア	-3	-2	-2	-
フィンランド	-2	-3	-3	-
スウェーデン	-2	-2	-2	-1
イギリス	-3	-3	-2	-1

表 13：育児による就労中断があるケースの所得代替率

	育児休業年数															
	0年				1年				2年				3年			
	NET		GROSS		NET		GROSS		NET		GROSS		NET		GROSS	
	計	計	公	職	計	計	公	職	計	計	公	職	計	計	公	職
ベルギー	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-1	-1	0	-1	
ブルガリア	0	0	0	-	-2	-2	-2	-	-3	-3	-3	-	-4	-4	-4	-
チェコ	0	0	0	-	0	0	0	-	0	0	0	-	0	0	0	-
デンマーク	0	0	0	0	-1	-1	0	-1	-2	-1	0	-2	-2	-2	1	-3
ドイツ	1	1	1	0	0	0	1	0	-1	-1	0	-1	-2	-2	-1	-1
エストニア	0	0	0	-	0	0	0	-	-1	-1	-1	-	-1	-1	-1	-
ギリシャ	0	0	0	-	0	-1	-1	-	-1	-1	-1	-	-1	-2	-2	-
スペイン	0	0	0	-	0	0	0	-	0	0	0	-	0	0	0	-
フランス	1	1	1	-	1	1	1	-	1	0	0	-	0	0	0	-
アイルランド	0	0	0	0	-1	-1	0	-1	-1	-2	0	-2	-2	-2	0	-2
イタリア	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-1	-2	-2	-1	-1
キプロス	0	0	0	-	-1	-1	-1	-	-2	-2	-2	-	-3	-3	-3	-
ラトビア	0	0	0	-	-1	-1	-1	-	-3	-2	-2	-	-4	-3	-3	-
リトアニア	0	0	0	-	-1	-1	-1	-	-2	-1	-1	-	-2	-2	-2	-
ルクセンブルク	0	0	0	-	0	0	0	-	0	0	0	-	0	0	0	-
ハンガリー	0	0	0	-	-1	-1	-1	-	-2	-2	-2	-	-4	-3	-3	-
マルタ	0	0	0	-	0	0	0	-	0	0	0	-	0	0	0	-
オランダ	0	0	0	0	-1	-1	0	-1	-3	-2	0	-2	-4	-3	0	-3
オーストリア	0	0	0	-	2	3	3	-	1	1	1	-	-1	-1	-1	-
ポーランド	0	0	0	-	-1	-1	-1	-	-2	-2	-2	-	-3	-3	-3	-
ポルトガル	0	0	0	-	-1	-1	-1	-	-3	-2	-2	-	-4	-3	-3	-
ルーマニア	0	0	0	-	-2	-2	-2	-	-5	-4	-4	-	-7	-5	-5	-
スロベニア	0	0	0	-	-2	-1	-1	-	-3	-2	-2	-	-5	-3	-3	-
スロバキア	0	0	0	-	-1	0	0	-	-1	-1	-1	-	-2	-1	-1	-
フィンランド	0	0	0	-	0	0	0	-	1	1	1	-	0	0	0	-
スウェーデン	0	0	0	0	0	-1	0	0	-1	-1	0	-1	-1	-2	-1	-1
イギリス	0	0	0	0	-1	-1	0	-1	-2	-2	0	-1	-3	-2	0	-2

注) NET = 純所得代替率, GROSS = 総所得代替率, 公 = 公の年金, 職 = 職域年金

表14：失業による就労中断があるケースの所得代替率

	失業年数											
	1年				2年				3年			
	NET		GROSS		NET		GROSS		NET		GROSS	
	計	計	公	職	計	計	公	職	計	計	公	職
ベルギー	1	-1	-1	0	1	-1	-1	0	-3	-4	-3	-1
ブルガリア	-2	-2	-2	-	-2	-2	-2	-	-2	-2	-2	-
チェコ	0	0	0	-	0	0	0	-	-1	-1	-1	-
デンマーク	-1	-1	0	-1	-1	-1	0	-1	-2	-2	1	-2
ドイツ	-1	-1	0	-1	-2	-2	0	-2	-4	-3	-1	-2
エストニア	-1	-1	-1	-	-2	-1	-1	-	-2	-2	-2	-
ギリシャ	-1	-1	-1	-	-1	-1	-1	-	-2	-2	-2	-
スペイン	0	0	0	-	0	0	0	-	-1	-1	-1	-
フランス	0	0	0	-	0	-1	-1	-	0	-1	-1	-
アイルランド	-1	-1	0	-1	-1	-2	0	-2	-2	-2	0	-2
イタリア	0	0	0	0	-3	-2	-2	-1	-5	-4	-3	-1
キプロス	-1	-1	-1	-	-2	-2	-2	-	-4	-3	-3	-
ラトビア	-1	-1	-1	-	-3	-2	-2	-	-4	-3	-3	-
リトアニア	-1	-1	-1	-	-2	-1	-1	-	-2	-2	-2	-
ルクセンブルク	-1	-1	-1	-	-3	-3	-3	-	-4	-4	-4	-
ハンガリー	-1	0	0	-	-1	-1	-1	-	-2	-1	-1	-
マルタ	0	0	0	-	0	0	0	-	0	0	0	-
オランダ	-1	-1	0	-1	-2	-3	0	-3	-2	-4	0	-4
オーストリア	-1	-1	-1	-	-1	-1	-1	-	-2	-2	-2	-
ポーランド	-1	-1	-1	-	-2	-2	-2	-	-4	-3	-3	-
ポルトガル	0	0	0	-	0	0	0	-	0	0	0	-
ルーマニア	-2	-2	-2	-	-4	-3	-3	-	-7	-5	-5	-
スロベニア	-1	-1	-1	-	-1	-1	-1	-	-3	-2	-2	-
スロバキア	-2	-2	-2	-	-4	-3	-3	-	-6	-5	-5	-
フィンランド	-3	-3	-3	-	-5	-6	-6	-	-6	-7	-7	-
スウェーデン	-1	-1	0	-1	-2	-2	-1	-1	-3	-4	-1	-2
イギリス	-1	-1	0	-1	-2	-2	-1	-1	-3	-3	-1	-2

注) NET = 純所得代替率, GROSS = 総所得代替率, 公 = 公的年金, 職 = 職域年金

i) 失業による就労中断があるケースの代替率

表14は、25歳から働きはじめて賃金プロファイルは平均報酬の100%水準を維持し、国別の男性の年金受給資格年齢に達して引退する男性単身者について、その就労期間中に失業による中断の有るケースと無いケースとの所得代替率の差を示している。

失業は最高額の失業手当が与えられる時に発生すると仮定され、1年継続、2年継続、3年継続の3ケースで比較している。失業に対する保護は育児休業に対する保護よりも多くの加盟国で手薄であることが表から見て取れる。代替率の差は失業年数が増加するにつれて大きくなっている。3年の失業期間中の下落率については大部分の国で一定だが、ブルガリア・オランダ・フィンランド・イギリスではより小さくなり、ベルギー・ドイツ・スペイン・イタリア・キプロス・ポーランド・ラトビア・ルクセンブルク・スウェーデン・スロベニアではより大きくなっている。

失業期間に対して年金受給権を付与する法定期間は大部分の国で3年に及ばない。その結果、失業の第2年あるいは第3年目に代替率が大きく下落している。極端な場合は、無所得および無拠出期間として処理される。

スロバキアでは失業期間は無拠出期間になり、年金権が付与されない。フィンランドでは63歳以降における失業手当の受給期間については年金権が付与されないが、62歳からは失業手当の代わりに年金を減額なしに受給できる。63歳以前における所得比例の失業手当の受給期間は年金権が付与されるが、就労所得の年金額よりも低率で算定される。マルタでは、正規の求職登録を行う失業者は社会保障保険料を納付したとみなされる。

4. OECD 基準の所得代替率との異同

年金の所得代替率の国際比較についてはOECDの研究が並行して存在し、一般的にはこちらの方がよく知られている。今日までにすでにOECD(2005)、OECD(2007)、OECD(2009)が刊行されており、OECD(2005)については邦訳も出ている。EUに加盟する27カ国の中でOECDにも加盟している国は19カ国あり、これらの国についてはOECD基準の代替率とEU基準の代替率が併存することになる。表5に示したように、両者の間で代替率の計算基準が違っているので、同じ2006年の代替率でもその数値は一致していない。部分的には相当の乖離がみられる。両者の代替率の違いに無闇に戸惑わないように、両者の代替率の計算基準の違いについて本節で改めて整理しておくことにする。

先ず指摘しておかなければならないのは、OECD(2005, 2007, 2009)は所得代替率の比較だけにとどまらず、幅広い指標で比較している点である。所得代替率以外にも、全産業の平均報酬に対する個人年金額の割合を示す「相対的年金水準」(relative

pension level) や生涯受給総額の現在割引価値を示す「年金資産」(pension wealth) をそれぞれ報酬ランク別に比較している。さらには、公的年金の年金額分布の不平等を計測したジニ係数や、そのジニ係数に基づいて公的年金の給付算定式の「累進性指数」(index of progressivity) を作成するなど、年金の「妥当性」にかかわる分野だけでも、かなり多面的な比較を行っている。これに対して Social Protection Committee (2004, 2006, 2009a, 2009b) の方は、あくまでも所得代替率の視点からの比較が中心で、付随的に保険料率や年金給付支出の変化が取り上げられているにすぎない。

就労開始年齢・引退年齢・加入年数・引退前所得・代替率計算年

OECD (2009) の所得代替率計算の基礎になっているのは、2006年に20歳で働き始め、国ごとに異なる受給資格年齢まで働き、その間ずっと全労働者の平均報酬を得ていた単身の「平均的労働者」である。この「平均的労働者」が将来(ほぼ2051年頃)引退した最初の年に受給する年金額を全就労期間の所得の平均、つまり全労働者の平均報酬で割って算出する。EUの「仮設的労働者」も「平均的労働者」を基礎にしているが、就労開始年齢は25歳、引退年齢は65歳として、2006年と2046年に引退する者の代替率を計算している。代替率計算の分母となる引退前の所得は、EUが引退前年の報酬であるのに対してOECDは全就労期間の平均報酬である。就労開始年齢・引退年齢・加入年数にズレはあるものの、「平均的労働者」の報酬に関しては引退前年の報酬と全就労期間の平均報酬は同じになるので、OECD(2009)の2006年の代替率はSocial Protection Committee(2009a, 2009b)の2046年の代替率にはほぼ対応するはずである。しかし、既に指摘したように、数カ国については両者の値に相当の開きがある。

所得代替率計算に含まれる年金制度の範囲

公的年金以外では、社会扶助等の資力調査付き補足給付と私的な職域年金がOECD基準とEU基準の双方の代替率計算に含められている。例えば、引退前所得が平均報酬の3分の2の水準の低年金受給者が当該国の社会扶助の受給資格を充たすのであれば、社会扶助給付はこの低所得の年金受給者の代替率計算に算入されることになる。

職域年金については、EU基準は強制加入あるいは高い加入率実績のある任意加入の職域年金を代替率計算に含めている。具体的にはベルギー・デンマーク・ドイツ・アイルランド・イタリア・オランダ・スウェーデン・イギリスの8カ国の職域年金を代替率計算に含めている。しかし、OECD基準が強制加入の私的年金をもつ国として分類しているのは、これら8カ国の中ではデンマーク・オランダ・スウェーデンの3カ国のみである。逆にEU基準では排除されたオーストリア・ハンガリー・ポーラ

ンド・スロバキアが、OECD 基準では強制加入の私的年金をもつ国に分類されている。職域年金の線引きの仕方が両者間で明らかに異なり、細心の注意が必要だ。

労働者の平均報酬

代替率計算の分母となる引退前所得には、EU 基準では引退前年の報酬がとられ、OECD 基準では全就労期間を平均した報酬がとられる。どちらにしても、引退前所得の水準は経済全体の平均報酬の倍率で数種類にパターン化されている。問題は、両者における経済全体の平均報酬の定義である。

OECD 基準の平均報酬は、OECD (2005) までは、製造業のフルタイムの筋肉労働者の賃金である「平均生産労働者賃金」であった。OECD (2007) からは、国際標準産業分類 (ISIC) の C (鉱業) から K (不動産業) までに算定基礎の産業を広げ、さらに非筋肉労働者の賃金をも新たに含めた「平均労働者賃金」に変更された¹⁸⁾。「平均労働者賃金」は「平均生産労働者賃金」よりも高くなるのが通例である。

EU 基準の平均報酬は、国民経済計算の雇用者報酬から社会保険料の雇主負担を控除して算出されるが、これは概ね OECD の「平均労働者賃金」に対応するとされる¹⁹⁾。しかし、表 4 で既に確認したように、ベルギー・オーストリア・イギリスの 3 カ国については両者の数値に相当の開きがある。Social Protection Committee (2009b) の国別分析にはこの乖離の由来に関して推測のヒントすらない。各加盟国の平均報酬データ作成基準にまで遡って吟味する必要がある。

報酬分布・年金給付分布

年金の所得代替率は、引退前の勤労所得に対する引退後の年金所得の比率の形で年金制度が約束する給付水準を示すが、実際に受給する年金額の分布状態については何も語らない。OECD (2009) にあって Social Protection Committee (2009a, 2009b) に欠けているのは、まさにこの年金給付の分布に関する情報である。年金の妥当性を評価するには、個人の報酬ランクないし報酬パターン別の年金給付水準の情報に加えて、年金給付の分布に関する情報が必要である。

OECD が年金給付の分布にも注意を払っていることは、平均報酬に対応する代替率や相対的年金水準だけでなく、中央値の報酬に対応する代替率、加重平均報酬に対応した相対的年金水準や年金資産をも掲載している点に現れている。OECD 加盟 18 カ国の報酬分布についていえば、中央値は平均値の 80% から 85% の水準にあり、勤労者の 3 分の 2 が平均以下の報酬しか得ていない。

OECD は加盟国における報酬分布ならびに年金給付分布の偏りを見るためにジニ

18) OECD (2008, p.448-451) .

19) Social Protection Committee (2009a, p.10) .

係数も掲載している。さらにその二つのジニ係数に基づいて以下の式で示される「累進性指数」(index of progressivity)を作成し、加盟国の年金制度設計の基本哲学を指数化している。累進性指数は、報酬の多寡と無関係に一定の年金額を支給する純粹再分配的な基礎年金が100、異なる報酬に対して一定の代替率の年金を支給する純粹保険的な報酬比例年金が0になるように作られている²⁰⁾。

$$\text{累進性指数} = 100 - \text{年金給付ジニ係数} \div \text{報酬ジニ係数} \times 100$$

5. おわりに

Social Protection Committee (2009a) は、既に指摘したように、Table 12 の数値データに誤りがあることや (Table 13 の数値データが誤って転写されている)、賃金プロフィールの変種ケースに生じる代替率の落差の説明の際に分母の引退前所得の違いへの言及がないなど、細かな点で精緻さを欠いている。指標部会のレポートという性格上、これはある程度仕方がないことかもしれない。しかし、OECD 基準で作成された代替率との違いについては、もっと丁寧な説明があつて然るべきと思われる。各種の統計・指標作成において EU と OECD との間には緊密な協力関係が確立しているので、これは十分に可能なはずである。

最後に日本の所得代替率の計算基準について簡単に触れておきたい。厚生労働省が作成する日本の所得代替率は厚生年金加入者を基礎において、世帯類型別に税・社会保険料控除前の世帯計の総年金所得を手取り世帯所得で割って算出される。分母は手取り所得、分子は税・社会保険料込みの総所得となっていて、整合性がとれていない。年金給付が従前所得にリンクしていない国民年金だけに加入する世帯については、代替率は計算されない。

厚生労働省が代替率を計算している世帯類型は、表 15 に示したように、①片働き世帯 (夫のみが40年間フルタイム就労し、妻は専業主婦)、②共働き世帯 (夫婦ともに40年間フルタイム就労)、③育児中断のある夫婦共働き世帯 (夫は40年間フルタイム就労し、妻は育児による就労中断後フルタイム就労)、④育児離職後に片働き世帯 (夫は40年間フルタイム就労、妻は育児離職後専業主婦)、⑤男子単身世帯 (40年間フルタイム就労)、⑥女子単身世帯 (40年間フルタイム就労)、の6タイプである。男女のフルタイム就労時の賃金水準としては、男女加入者別の平均標準報酬がとられている。

20) 年金給付ジニ係数÷報酬ジニ係数の比率はパーセント表示なので、100を乗じている。OECD (2009, p.126) の累進性指数定式に関する説明は、このパーセント表示の指摘がなく、ミスリーディングである。ちなみに OECD (2005, 2007) ではパーセント表示の但し書きがついていた。

表 15：日本の世帯類型別の所得代替率（2004 年・2009 年）

	世帯類型	2004 年水準		2009 年水準	
		所得水準 (万円)	代替率 (%)	所得水準 (万円)	代替率 (%)
①	夫：40 年間フルタイム就労	夫：39.3	59.3	夫：35.8	62.3
	妻：40 年間専業主婦	妻：0		妻：0	
②	夫：40 年間フルタイム就労	夫：39.3	46.4	夫：35.8	48.3
	妻：40 年間フルタイム就労	妻：24.5		妻：22.1	
③	夫：40 年間フルタイム就労	夫：39.3	49.6	夫：35.8	51.2
	妻：育児中断後フルタイム就労	妻：16.0		妻：15.4	
④	夫：40 年間フルタイム就労	夫：39.3	56.1	夫：35.8	58.6
	妻：育児離職後専業主婦	妻：4.1		妻：3.9	
⑤	男子単身	39.3	42.5	35.8	43.9
⑥	女子単身	24.5	52.7	22.1	55.3

注）厚生労働省年金局数理課（2005）と厚生労働省（2009）のデータに基づいて作成。

厚生労働省は、夫が厚生年金に 40 年加入し、妻が国民年金の第 3 号被保険者として 40 年間加入する①の片働きの専業主婦世帯を標準世帯と位置づけて、その世帯が受給する年金の所得代替率を標準的な所得代替率としている²¹⁾。この代替率の日本基準は EU 基準や OECD 基準と著しく不整合なので、直接比較することはできない。国際比較するには、⑤や⑥の単身者の代替率を基準にしなければならない。しかし、同じ男子単身者の所得代替率であっても、OECD 基準と厚生労働省基準には基本的な違いがあるので、OECD の 2006 年の数値と厚生労働省の 2004 年の数値の乖離には、年次の違いに還元されない要因が伏在しているように思われる。

いずれにしても、日本の年金の給付水準は国際的に低い位置にあることが、EU 指標や OECD 指標との比較を通してわかってくる。少子高齢化に対応した年金改革が求められているとはいえ、国際比較の視点で日本の年金の相対的な位置を確認する作業も忘れてはならないだろう。

21) 例えば厚生労働省（2009b, p.17-8）によれば、夫が国民年金の第 2 号被保険者になっている世帯の中で妻が第 3 号被保険者の世帯は 65% を占めており、全夫婦世帯の中でも 52% に及ぶ。また既に年金を受給している世代についても、夫の現役時代の経歴が正社員中心であった世帯の中で妻が厚生年金に本格的に加入していなかった世帯は 60% を占める。

参考文献

- European Commission (2006), *Adequate and sustainable pensions - Synthesis report 2006*.
- OECD (2005), *Pensions at a Glance: Public Policies across OECD Countries*.
(邦訳: 栗林世監訳・連合総合生活開発研究所訳 『図表でみる世界の年金－公的年金政策の国際比較』
明石書店、2007年)
- OECD (2007), *Pensions at a Glance: Public Policies across OECD Countries*.
- OECD (2008), *Taxing Wages 2006-2007*
- OECD (2009), *Pensions at a Glance 2009: Retirement-Income Systems in OECD Countries*.
- Social Protection Committee (2004), *Current and Prospective Pension Replacement Rates: Report on Work in Progress (23 February 2004)*.
- Social Protection Committee (2006), *Current and Prospective Pension Replacement Rates: Report by the Indicators Sub-Group (ISG) of the Social Protection Committee (SPC) -May 19th 2006*.
- Social Protection Committee (2009a), *Current and Prospective Pension Replacement Rates 2006-2046 (July 1st 2009)*.
- Social Protection Committee (2009b), *Current and Prospective Pension Replacement Rates 2006-2046 : ANNEX-COUNTRY FICHES (December 8th 2009)*.
- 厚生労働省年金局数理課 (2005) 「厚生年金・国民年金 平成16年財政再計算結果」
- 厚生労働省 (2009a) 「国民年金及び厚生年金に係る財政の現況及び見通し－平成21年財政検証結果－」
- 厚生労働省 (2009b) 「平成21年財政検証結果解説資料 (第1版)」

Visibilisation et stigmatisation des « cultures de banlieue » en France : la place à première vue marginale de l'écriture

Chikako Mori

On sait à quel point les expressions culturelles et artistiques des jeunes de banlieue « issus de l'immigration » attirent l'attention depuis le début des années 1980, au moment où le gouvernement socialiste de l'époque commença à multiplier les discours de célébration de « la France plurielle ». Comme le disait Georgina Dufoix, alors Secrétaire d'Etat aux Travailleurs immigrés : « Ces jeunes (...) représentent une force potentielle remarquable, parce que précisément ils sont pluriculturels »¹⁾. C'est à cette époque qu'on assiste à l'irruption médiatique de jeunes artistes issus de la banlieue, comme par exemple Farida Khelfa, top model originaire des Minguettes, souvent présentée comme la première icône du mouvement beur. Un peu plus tard, dans les années 1990, au moment où la société française est de plus en plus touchée par les phénomènes de globalisation, le rap, rapidement estampillé « musique des jeunes de banlieue », débute une ascension fulgurante, tandis qu'une nouvelle génération de chercheurs commencent à s'intéresser également à ces phénomènes culturels, à les répertorier et à les analyser.

Ce que l'on va nommer tour à tour, et dans un joyeux désordre, « cultures urbaines »²⁾, « culture beur »³⁾, « culture de rue »⁴⁾, « culture hip-hop »⁵⁾, « expressions culturelles émergentes des quartiers populaires »⁶⁾ ou « culture des banlieues »⁷⁾, et qui regroupe à la fois des cultures dites « ethniques » (mouvement culturel « beur ») et des cultures urbaines (le hip-hop), inclut en fait une palette très étendue de pratiques culturelles variées (musicales, corporelles, graphiques, théâtrales et même parfois

1) Libération du 05/12/83.

2) Anne Laffanour, *Territoires de musiques et cultures urbaines*, L'Harmattan, 2003.

3) Ahmed Boubeker, *Les mondes de l'ethnicité*, Balland, 2003.

4) David Lepoutre, *Cœur de banlieue. Codes, rites et langages*, Odile Jacob, 1995.

5) Hugues Bazin, *La culture hip hop*, Desclée de Brouwer, 1995.

6) Manuel Boucher et Alain Vulbeau, *Émergences culturelles et jeunesse populaire. Turbulences et médiations ?*, L'Harmattan, 2003.

7) Marc Hatzfeld, *La culture des cités, une énergie positive*, Autrement, 2006.

religieuses). Cependant, l'écriture y reste complètement marginalisée : oubliée dans la plupart des présentations, négligée dans les analyses, elle est quasiment invisible dans cette nébuleuse culturelle pourtant très élastique. Que ce soit dans les médias, mais aussi dans le domaine de la recherche et dans celui des politiques publiques, l'écriture n'apparaît presque jamais comme un élément des « pratiques culturelles de banlieue ». Pour le montrer, nous allons nous intéresser plus particulièrement à trois domaines différents et complémentaires, qui couvrent une grande partie des discours sur la banlieue : les médias, la recherche et la politique. L'écriture y apparaîtra comme la grande absente – ou la grande méconnue – des pratiques culturelles en banlieue défavorisée.

1. Invisibilité de l'écriture

1-1 Sphère médiatique

La prise de conscience par les médias français d'une certaine forme de « diversité culturelle » dans la société française, et particulièrement dans les banlieues défavorisées, remonte à la fin des années 1970. Un bon repère en est la création de l'émission *Mosaïques* sur France 3. On se souvient que cette émission, ayant pour objectif « de faire connaître les cultures d'origine des immigrés vivant en France », et « de leur permettre de conserver un lien avec leur culture d'origine, d'être un point de rencontre entre ces différentes cultures »⁸⁾, s'adressait avant tout aux « immigrés », qui étaient alors censés « rentrer un jour dans leur pays »⁹⁾, c'est-à-dire sans être tout à fait considérés comme membres à part entière de la société française.

Mais c'est avec le succès de la fameuse « Marche pour l'Égalité et contre le Racisme » que les activités culturelles et artistiques des acteurs « issus de l'immigration »¹⁰⁾ ont eu une certaine visibilité dans la société française. La musique est sans doute un des domaines les plus spectaculaires de cette irruption médiatique des « cultures de banlieue ». Grâce notamment aux radios libres, le « rock métisse » puis le raï et le rap connaissent un réel engouement populaire et un grand succès, y compris

8) Sur le site de Institut National de l'Audiovisuel (<http://www.ina.fr>). Voir également E. Macé (dir.), 2008, *Représentation de la diversité dans les programmes de télévision, Synthèse du rapport remis à l'Observatoire de la diversité dans les médias audiovisuels du Conseil supérieur de l'audiovisuel*.

9) Ce présupposé s'est traduit entre autres par la mise en place d'une « prime de retour » en 1977 par Lionel Stoleru, alors Secrétaire d'État chargé de la condition des travailleurs manuels dans le gouvernement de Raymond Barre.

10) Michel Laronde, « La « Mouvance beure » : émergence médiatique », *The French Review*, vol.161-no.5, April, 1988, pp.684-692.

commercial¹¹). La danse est également une activité très visible : après son introduction en France, la danse hip-hop a été très vite adoptée par les jeunes de quartiers populaires de banlieue, et même par la suite « institutionnalisée » : non seulement de grands festivals de danse hip-hop sont aujourd'hui régulièrement organisés, mais elle exerce aussi des influences considérables sur la chorégraphie contemporaine¹²).

Les graffiti et les tags pour leur part, s'ils posent problème à cause de leur caractère « illégal »¹³, font autant l'objet de critiques que de fascination : certains graffiti sont vendus aux enchères à Drouot, tandis que l'Université de Paris VIII met ses murs extérieurs à la disposition des graffeurs. Plus récemment encore, l'intérêt d'institutions prestigieuses pour cette forme d'expression n'a fait que croître, ainsi que son succès public : on se souvient de l'engouement pour l'Exposition Tag du Grand Palais au printemps 2009¹⁴. Le théâtre n'est pas oublié dans cette efflorescence : dans sa veine humoristique, il engendre de véritables stars comme Jamel Debbouze, tandis qu'il est aussi pratiqué au sein des établissements scolaires des banlieues difficiles, et a toute sa place dans la « culture des banlieues », comme l'a magnifiquement montré le film d'Abdellatif Kechiche, *L'Esquive*, en 2004. Enfin, l'appartenance du cinéma à la culture des banlieues ne fait elle aussi aucun doute. Dix ans après la marche des Beurs ont notamment émergé les « banlieue-films »¹⁵, une série de longs-métrages qui mettent en scène le quotidien des banlieues difficiles. Certains insistent sur l'aspect social – paysage urbain dégradé des H.L.M et appartenance populaire (*La Haine* de Mathieu Kassovitz) –, d'autres sur l'aspect culturel ou religieux (les films de Malik Chibane par exemple : *Hexagone*, *Douce France*, *Né quelque part*) : dans sa diversité comme dans sa créativité, nul ne songerait à nier aujourd'hui l'existence de cette partie importante (et commercialement très rentable) des « cultures de banlieue ».

L'intérêt médiatique pour les pratiques culturelles des jeunes issus des immigrations post-coloniales augmente donc de manière spectaculaire en parallèle à des

11) Voir par exemple « Rock contre racisme. Reconnaissance municipale pour le groupe Carte de séjour », *Le Monde*, 24 avril 1987, « Le raï, roi des banlieues », *Le Monde*, 1 avril 1994, etc.

12) Exemples : les *Rencontres nationales de danses urbaines* de La Villette (qui sont devenues ensuite les Rencontres nationales de cultures urbaines en s'ouvrant notamment à la musique et aux arts graphiques) depuis 1996, ou le Festival de Suresnes, *Cités Danse*, depuis 1993. L'influence du hip hop sur la scène chorégraphique contemporaine est bien représentée par la 11ème Biennale de danse de Lyon : en 2004, la séance d'ouverture de ce festival de grande ampleur, accueillant pendant trois semaines quarante compagnies de vingt et un pays différents, était consacrée à la danse hip-hop.

13) Rappelons-nous que dans les années 1990, la SNCF et le RATP déboursent chaque année des sommes faramineuses – respectivement 5 millions et 7.6 millions de francs en moyenne – pour effacer tags et graffiti dans les trains et gares.

14) « Le Tag au Grand Palais », 27 mars-26 avril 2009, Paris, Grand Palais. « Né dans la rue - Graffiti », 7 juillet-29 novembre 2009, Paris, Fondation Cartier pour l'art contemporain.

15) C'est l'appellation que leur donne la prestigieuse publication des *Cahiers du Cinéma*, qui leur consacre un numéro spécial en 1995.

phénomènes de globalisation qui favorisent l'émergence de nouvelles expressions, et il se répartit dans des domaines bien variés. Nous pouvons cependant constater que, surtout si on les compare aux pratiques musicales, corporelles ou graphiques, les pratiques d'écriture, qui constituent traditionnellement un des piliers de la définition d'une culture, y sont tout à fait marginalisées, et même quasiment invisibles dans la présentation médiatique. Pour cerner l'ampleur du phénomène, prenons l'exemple d'un texte du quotidien *Le Monde* publié en novembre 1990 sous un titre évocateur : « *Une nouvelle culture de banlieue* ». L'auteur y décrit les activités culturelles dans lesquelles s'investissent les « enfants des banlieues doublement rejetés aux marges de la cité (parce que jeunes et parce que blacks ou beurs) », pour chercher « leurs marques, leur espoir : être acceptés tels qu'ils sont », et évoque successivement la mode vestimentaire et le style de vie (« Des jeunes en pantalons larges et casquettes de base-ball »), les pratiques des tags et des graffitis dus aux « Aérosols-artistes » (« les métros bariolés de tags, c'est eux ») puis, de manière très détaillée, les activités des rappeurs¹⁶⁾. Mais dans cet article de 2500 mots, qui a pour but de donner un aperçu d'ensemble de ce qu'on nomme désormais la « culture de banlieue », les pratiques d'écriture n'apparaissent pas une seule fois.

Même constat pour un autre article publié cinq ans plus tard sur l'émergence d'une « culture des cités »¹⁷⁾. Cette fois, l'article présente de manière concrète les pratiques culturelles des jeunes de banlieue ainsi que les initiatives politiques censées les soutenir : danse, rap, musique, théâtre, expositions de peintures, de sculptures et de photographies... mais aucune trace de l'écriture, sauf pour une courte évocation de l'écrivain François Bon qui anime en banlieue des ateliers d'écriture. C'est à la fois la portion congrue et l'exception qui confirme la règle : une fois encore, tout se passe comme si les pratiques d'écriture n'avaient aucune importance dans la panoplie pourtant large des pratiques culturelles rattachées aux jeunes de banlieue. On pourrait sans peine étendre ce constat à la grande majorité des journaux français traitant de ce sujet, aujourd'hui comme hier : dans l'ébullition médiatique autour des pratiques culturelles « issues des banlieues », l'écriture n'existe quasiment pas.

1-2 *Sphère scientifique*

Les chercheurs s'intéressent également aux pratiques culturelles des jeunes de banlieue depuis les années 1980. Les sociologues Christian Bachmann et Luc Basier

16) « 15-20 ans, les pieds sur terre - une nouvelle culture de banlieue », *Le Monde*, 10 Novembre 1990.

17) « Une « culture des cités » se développe contre l'exclusion », *Le Monde*, 11 Mai 1995.

sont des pionniers en ce domaine : ils ont très tôt porté une attention particulière à la violence et aux problèmes des jeunes – sujet explosif depuis les émeutes des Minguettes à l'été 1981 – et, dans ce but, ont effectué des enquêtes de terrain dans les banlieues populaires, notamment en banlieue parisienne, afin de s'interroger sur les nouvelles pratiques culturelles des jeunes de banlieue. Ce sont eux qui, au milieu des années 1980, écrivent le premier article publié dans une revue scientifique sur le hip-hop, ainsi qu'un article précurseur sur le nouveau parler des jeunes de banlieue¹⁸). Leur intérêt porte en particulier sur les liens entre la construction d'un « problème social » d'une part (échec scolaire, drogue, xénophobie, violences urbaines, etc.) et l'émergence d'un univers culturel des jeunes de banlieue d'autre part (pratiques langagières et culturelles spécifiques). Ces travaux donnent le ton de ce qui va désormais retenir l'attention de l'immense majorité des chercheurs en ce domaine : ils concernent la danse et le geste (smurf) d'une part, et la langue orale d'autre part. Dans ce contexte, les « pratiques culturelles » des jeunes de banlieue sont décrites comme si n'existaient que le tag, le smurf et le rap : bien que ces chercheurs s'intéressent aussi au traitement spécifique de la langue dans les banlieues, l'écriture n'y est tout simplement pas mentionnée.

Le sociologue François Dubet s'intéresse également à l'émergence d'un univers culturel spécifique des jeunes de banlieue. Selon lui, les jeunes des banlieues difficiles s'investissent aujourd'hui non plus dans des luttes ouvrières et idéologiques, comme cela a pu être le cas auparavant, mais dans des activités culturelles et expressives : il va donc y prêter, à bon droit, une attention particulière. En effectuant des enquêtes de terrain dans des cités de la banlieue parisienne au début des années 1980, il décrit certaines pratiques culturelles dont une partie est importée des États-Unis, en l'analysant comme « un témoignage, une mise à distance de la galère par elle-même qui n'est pas politiquement construite, mais qui ne peut pas non plus être réduite à un mécanisme habituel de la "société de consommation" ou du "marché de la jeunesse" »¹⁹). Il considère donc ces pratiques culturelles des jeunes comme des « îlots de résistance »²⁰). S'intéressant à ces pratiques, Dubet évoque successivement la danse (hip-hop), certains styles vestimentaires ou modes de vie (influencés par le style des B-Boys américains), ainsi que l'importance

18) Christin Bachmann et Luc Basier : « Junior s'entraîne très fort, ou le smurf comme mobilisation symbolique », *Langage et société*, 34, 1985, pp.7-68, « Le verlan : argot d'école ou langue des Keums », *Mots*, no.8, mars 1984, pp.169-187.

19) François Dubet, *La galère : les jeunes en survie*, Le Seuil, 1987, p.16.

20) Dans l'émergence des ces pratiques culturelles, Laurent Mucchielli voit plus qu'un « îlot de résistance », mais une « forme d'action contestataire » des jeunes. « Violences urbaines, réactions collectives et représentations de classe chez les jeunes des quartiers relégués de la France des années 1990 », *Actuel Marx*, 1999, n°26, pp.85-108.

de la musique (« rock » et « reggae » notamment). Dans ce livre, il n'évoque « l'écriture » qu'à une seule reprise, vers la toute fin de l'ouvrage, en parlant des « activités expressives, centrées sur la communication et sur le corps, la danse, la musique, la moto, l'écriture même²¹⁾ » : comme l'indique le rejet en fin de phrase, et la présence de l'adverbe « même », l'écriture est considérée comme un simple appendice, qui n'entre dans le cadre des « activités expressives » des jeunes de banlieue qu'à titre vraiment exceptionnel, et non représentatif.

On pourrait faire le même constat dans pratiquement toutes les études sur les pratiques culturelles des jeunes de banlieues depuis les années 1990²²⁾. La musique, et particulièrement le rap, est sans doute le domaine qui a donné naissance au plus grand nombre de travaux scientifiques dans des domaines variés (sociologie²³⁾, philosophie²⁴⁾, sciences politiques²⁵⁾, et même anthropologie²⁶⁾). Plusieurs études ont également été effectuées sur les expressions corporelles au sens large du terme – la danse hip-hop²⁷⁾, la capoeira²⁸⁾, les sports et les luttes²⁹⁾ – par des chercheurs en sociologie et en sciences de l'éducation notamment. D'autres portent une attention particulière aux modes de vie des jeunes de quartiers populaires : Lepoutre, avec des enquêtes de terrain de plusieurs années à l'appui, analyse les « cultures de rue » des jeunes marginalisés³⁰⁾, tandis que Sauvadet, également avec des enquêtes de terrain approfondies, décrit l'univers des « jeunes de cité », avec leur système de valeurs, leur mode de fonctionnement, « leurs ressources de survie »³¹⁾...

Si l'on ne peut que rendre hommage à la richesse et à la diversité de ces études sur les pratiques culturelles des jeunes de banlieue, force est de constater la quasi-absence des

21) François Dubet, *La galère*, op.cit., p.307.

22) Une des rares exceptions se trouve chez Gérard Mauger : en décrivant les « tentatives artistiques » d'une fraction très minoritaire de la jeunesse de milieux populaires (la bohème populaire), il cite l'écriture au même titre que la danse, la musique et la peinture, sans toutefois développer cette perspective. Gérard Mauger, « Espace des styles de vie déviants des jeunes de milieux populaires », in *Jeunes populaires. Les générations de la crise*, L'Harmattan, 1994.

23) Laurent Mucchielli, « Le rap et l'image de la société chez les « jeunes des cités » », *Questions pénales*, no.3, XI ; 1996, Manuel Boucher, *Rap, expressions des lascars*, L'Harmattan, 1998.

24) Georges Lapassade, Philippe Rousselot, *Le rap ou la fureur de dire*, Talmart, 1990, Richard Shusterman, *L'art à l'état vif. La pensée pragmatiste et l'esthétique populaire*, Minuit, 1992.

25) Julien Chassereau, *Le rap, ambivalences d'un mouvement culturel contestataire*, DEA de sciences politiques, Paris I, 1997.

26) Anthony Pecqueux, *Voix du rap. Essai de sociologie de l'action musicale*, L'Harmattan, 2007.

27) Hugues Bazin, *La culture hip-hop*, op. cit.

28) Marie-Carmen Garcia, « Hip-hop, capoeira et cirque à l'école », Actes du colloque international *Intégration par le sport : état des recherches*, 2004.

29) Jean-Paul Clément, « La souplesse et l'harmonie : étude comparée de trois sports de combat, lutte, judo, aikido », *Sports et société*, Vigot, 1981.

30) David Lepoutre, *Cœur de banlieue*, op.cit.

31) Thomas Sauvadet, *Capital guerrier : concurrence et solidarité entre jeunes de cité*, Armand Colin, 2006.

travaux portant sur les pratiques d'écriture comme si celles-ci en étaient indiscutablement et définitivement absentes... évidence qui n'est en soi jamais questionnée. Les pratiques graphiques par exemple ne sont évoquées que sous l'angle du tag ou du graffiti, comme dans les travaux pionniers des sociologues Alain Vulbeau et Michel Kokoreff, ou dans ceux des anthropologues comme Virginie Millot ou des linguistes comme Béatrice Fraenkel³²⁾.

De ce point de vue, il est intéressant d'examiner pour finir deux ouvrages collectifs portant sur ces pratiques culturelles. Le premier exemple est un numéro de la revue *Migrants-Formations* consacré à « La culture en banlieue »³³⁾. Une douzaine de chercheurs et d'enseignants y réfléchissent sur « les pratiques culturelles en banlieue » ; plusieurs disciplines sont abordées et examinées – expériences théâtrales, pratiques musicales (rap et rock), expression graphique (graff et tags), activités vidéo et cinématographiques... Les pratiques d'écriture n'y sont mentionnées qu'en passant, et de manière anecdotique³⁴⁾.

Le deuxième exemple est un livre collectif publié en 2003 sous la direction de Manuel Boucher et Alain Vulbeau sur les expressions culturelles des « banlieues populaires ethnicisées »³⁵⁾. Les auteurs expliquent en introduction que les jeunes des banlieues populaires sont « des acteurs constitutifs d'« émergences culturelles » » et se proposent de développer « une réflexion informée sur les terrains, les significations, et les enjeux des expressions culturelles populaires émergentes. » Une vingtaine de chercheurs abordent et examinent donc des sujets très variés et énumèrent, parmi les « espaces d'investigation pour les jeunes » : « la culture hip-hop, les musiques revendicatives, l'islam, les sports à risque, etc. » Danse hip-hop, rap, musique, boxe, pratiques religieuses, rapports à la télévision, l'ensemble de l'ouvrage est d'une densité et d'une qualité remarquables : mais une fois encore, les pratiques d'écriture n'y sont jamais évoquées.

Dans ces deux derniers cas, on pourrait penser que la forme et le genre même des supports (une revue et un ouvrage collectif, par définition ouverts à une étude diversifiée des phénomènes), serait à même de susciter une partie consacrée aux pratiques d'écriture : pourtant, l'écriture ne se trouve nulle part dans la palette des pratiques minutieusement

32) Michel Kokoreff, *Le lisse et l'incisif. Les tags dans le métro*, CNRS, IRIS, 1990., Alain Vulbeau, *Du tag au tag*, Desclée du Brouwer, 1992. Virginie Millot, « Les fleurs sauvages de la ville et de l'art. Analyse anthropologique de l'émergence et de la sédimentation du mouvement Hip Hop lyonnais », Thèse de doctorat, Université Lyon 2, 1997. Béatrice Fraenkel, *Graffiti : un mauvais genre ?*, L'Harmattan, 2001.

33) *Migrants-Formation*, no.111, CNDP, 1997. Comme on le sait, cette revue s'appellera par la suite *Ville-Ecole-Intégration*, puis aujourd'hui *Diversité*.

34) Ahmed Boubeker évoque le nom de l'écrivain Akli Tadjer lorsqu'il énumère des « artistes beurs » qui ont connu un succès commercial dans les années 1980, sans toutefois parler des pratiques d'écriture (ce qui n'est pas le sujet de son travail).

35) Manuel Boucher et Alain Vulbeau, *Émergences culturelles et jeunesse populaire. Turbulences ou médiations ?*, *op. cit.*

décrites et analysées. C'est la grande absente des « cultures de banlieue ».

1-3 *Sphères politique et institutionnelle*

On peut dater l'intérêt des hommes politiques pour les expressions culturelles des jeunes « d'origine immigrée » de l'arrivée au pouvoir des socialistes et de leur ministre de la Culture, Jack Lang³⁶⁾. Les pratiques culturelles deviennent alors un outil important dans le domaine des politiques sociales destinées à ce qu'on appelle « les quartiers difficiles », et notamment des « jeunes de banlieue ». Dans les années 1980, « la banlieue » – mot fourre-tout associant une délimitation géographique assez floue (les zones périurbaines) à des caractéristiques sociologiques très précises (focalisation sur une population jeune et « d'origine immigrée », qu'on appelle tour à tour « jeunes issus de l'immigration », « jeunes de banlieue » ou « jeunes des cités », touchés par le chômage, la pauvreté, l'échec scolaire, le racisme et la violence³⁷⁾) – devient ainsi un enjeu public important. C'est précisément dans ce contexte social que les politiques publiques de la culture à l'égard de la jeunesse se sont développées³⁸⁾. Comme le souligne très justement Alain Touraine, le déclin des médiations politiques et sociales a déplacé la culture au cœur des enjeux de la société³⁹⁾.

Dès lors, il est intéressant de voir comment les « experts des banlieues » ont défini la « culture », quels genres de pratiques juvéniles culturelles ont retenu leur attention, et quelle place occupe ou non l'écriture – qui représente traditionnellement un des éléments majeurs de la « culture » – dans cette configuration. Parmi les nombreuses mesures prises, certaines peuvent être qualifiées de « classiques » : celles qui concernent l'éducation scolaire, l'insertion professionnelle, la formation, etc. Mais d'autres proposent quelques innovations dans le répertoire des politiques sociales : il s'agit par exemple des initiatives pour promouvoir les pratiques juvéniles dans les banlieues difficiles, notamment dans les domaines culturel, artistique, sportif et associatif.

Au cours des années 1980, parmi les nombreuses actions conduites en direction des « jeunes de banlieues », le Ministère de la Culture a ainsi mis en place des programmes spécifiques pour promouvoir les pratiques culturelles dans les écoles et les structures

36) Ses initiatives pour la « démocratisation de la culture » ont d'ailleurs été vertement critiquées : voir notamment Marc Fumaroli, *L'État culturel, essai sur une religion moderne*, Paris, Éditions de Fallois, 1991, et Michel Schneider, *La comédie de la culture*, Paris, Le Seuil, 1993.

37) Sur l'évolution des termes désignant ces jeunes, voir l'excellente analyse de Simone Bonnafous, « Où sont passés "les immigrés" ; étude du discours médiatique contemporain », in *Cahiers de la Méditerranée* no 54, Centre de la Méditerranée Moderne et Contemporaine, pp.97-107.

38) Manuel Boucher, « Hip-hop, gestion du risque et régulation sociale » in Boucher et Vulbeau, *Émergences culturelles et jeunesse populaire, op.cit.*

39) Alain Touraine, *Pourrions-nous vivre ensemble ?*, Fayard, 1997.

périscolaires des quartiers dits difficiles, dans le but de faire accéder les jeunes de banlieue aux pratiques de la « haute culture ». Au cours des années 1990, l'action culturelle devient même une priorité des politiques publiques et les jeunes qui s'y investissent sont de plus en plus invités à être partenaires des politiques de la ville⁴⁰.

Cette « focalisation » progressive des politiques de la jeunesse sur les pratiques culturelles et artistiques peut s'expliquer par l'échec des mesures sociales conduites depuis de nombreuses années : les politiques d'éducation traditionnelles n'ont pas fait baisser le taux d'échec scolaire, les mesures d'insertion professionnelle n'ont guère fait reculer le chômage des jeunes de banlieue, et les politiques de prévention de la délinquance n'ont pas réussi à éteindre les feux de la violence. Au contraire, le « sentiment d'insécurité » ne cesse d'augmenter dans les banlieues populaires et, comme l'explique Manuel Boucher, l'exigence de la « gestion du risque » devient de plus en plus forte⁴¹. C'est dans ce contexte que les pratiques culturelles et artistiques sont élevées au rang d'« outils » susceptibles de maintenir l'ordre établi, de changer de ces quartiers l'image stigmatisante, et d'amortir les tensions qui y existent.

Dans cette logique de « régulation sociale » émerge une certaine vision institutionnelle et politique des « pratiques culturelles des jeunes de banlieue », qui vont désormais faire l'objet de nombreuses aides et d'un soutien institutionnel affirmé. Quelles sont les caractéristiques de cette vision institutionnelle ? L'une des principales est d'accorder de l'importance à l'idée du « métissage culturel ». Il s'agit de mettre en valeur certaines pratiques culturelles qui sont censées « provenir des pays d'origine des ascendants des jeunes Français issus de l'immigration », sans toutefois tomber dans l'enfermement culturel et identitaire, mais en encourageant le mélange et l'ouverture⁴². Une autre caractéristique importante est de privilégier les pratiques culturelles « émergentes » : c'est-à-dire de soutenir et de promouvoir les activités des acteurs du hip-hop ainsi que des pratiques artistiques se rapprochant des pratiques sportives⁴³.

Selon Sylvie Faure et Marie-Carmen Garcia, le souci principal qui a abouti à forger cette vision est de se rapprocher des jeunes qui se sont éloignés de la culture scolaire.

40) Sylvie Faure et Marie-Carmen Garcia, *Culture hip-hop, jeunes des cités et politiques publiques*, La dispute, 2005, p.36. Pour la place de la culture hip-hop dans les politiques de la ville, voir également J.-P. Vivier, « Culture hip-hop et politique de la ville », *Hommes et Migrations*, no.1147, octobre 1991, « La culture pour s'en sortir », *Télérama*, hors-série, janvier 1996.

41) Manuel Boucher, « Hip-hop, gestion du risque et régulation sociale », in Boucher et Vulbeau, *Émergences culturelles et jeunesse populaire*, op.cit., pp.274-275.

42) Sylvie Faure et Marie-Carmen Garcia, *Culture hip-hop, jeunes des cités et politiques publiques*, op. cit., p.14.

43) Boucher, « Hip-hop, gestion du risque et régulation sociale », in Boucher et Vulbeau, *Émergences culturelles et jeunesse populaire*, op.cit., p.274.

Pour que ces jeunes marginalisés ou parfois exclus du cadre scolaire se sentent bien « dans leur peau », il s'agit de « prendre appui sur la “culture” que sont censés partager » les jeunes, de mettre en place des pratiques artistiques telles que le hip-hop, car, aux yeux des responsables institutionnels, les cultures urbaines « correspondent aux goûts et aux pratiques d'une partie des jeunes »⁴⁴⁾. C'est-à-dire qu'il est question de donner aux jeunes qui posent problème *ce qui est censé leur plaire*. C'est dans cette perspective que les pratiques culturelles des jeunes de banlieue sont soudainement mises en valeur. Parmi elles, on compte certaines pratiques sportives (le football, le basket de rue, le skate, la boxe ou d'autres sports de combat) et d'autres qui ressortissent de la culture hip-hop : ce sont elles que l'on regroupe sous l'étiquette de « cultures urbaines » et qui, aux yeux des politiques et des institutions, sont censées correspondre particulièrement aux « jeunes de banlieue ».

Or, une fois de plus, que remarquons-nous ? L'absence criante des pratiques d'écriture. Absentes, invisibles ou minorées, elles ne sont pas considérées comme un élément constitutif de la culture des banlieues, et ne font donc pas l'objet de ces politiques culturelles. C'est là un trait flagrant, constant, durable, établi et jamais mis en question des politiques culturelles en direction des jeunes de banlieue en France. L'exemple d'un récent rapport sur les cultures urbaines présenté au ministre de la Culture est à cet égard particulièrement éloquent. Au début de ce rapport est donnée une définition des « cultures urbaines » :

« En bref, les cultures urbaines (...) intègrent de nouvelles formes d'expression artistique dès lors qu'elles sont issues de territoires urbains. Ainsi, le slam est-il récemment entré dans le champ des cultures urbaines. D'autres formes cinématographiques, plastiques, théâtrales, musicales et littéraires aussi⁴⁵⁾ ».

On le voit, dans cette définition de portée générale, les expressions écrites ou littéraires ne sont pas *a priori* exclues. En revanche, si l'on étudie plus précisément la liste qui présente les activités culturelles de toutes les régions de France soutenues dans le cadre de la « promotion des cultures urbaines », la musique, la danse et les graffitis se taillent la part du lion, tandis que le mot « écrit » n'apparaît en tout et pour tout que cinq fois en 27 pages (à propos des ateliers d'écriture hip-hop). Quant à la littérature, il n'existe

44) Faure et Garcia, *Culture hip-hop*, *op.cit.*, p.61.

45) *Mission « Cultures urbaines ». Rapport présenté au ministre de la Culture et de la communication*, mars 2007, p.67.

aucune activité la mentionnant : le mot même de « littérature » n'y apparaît nulle part. Ceci est d'autant plus étonnant qu'en 2007, de nombreux romans écrits par de jeunes auteurs issus de la banlieue correspondaient parfaitement à la définition du rapport sur les cultures urbaines – « nouvelles formes d'expression artistique dès lors qu'elles sont issues de territoires urbains » : l'exemple le plus éloquent étant le cas de Faïza Guène, dont le premier roman, *Kiffe kiffe demain*, sorti en 2004, s'était déjà vendu à 350 000 exemplaires et avait été traduit dans 22 langues. Mais dans les actions politiques, comme dans les discours médiatiques et même les recherches savantes, tout se passe comme si la littérature et l'écriture ne correspondaient pas « aux goûts et aux pratiques des jeunes »⁴⁶⁾.

2. Les banlieues, ou l'écriture mise au ban.

2-1 *La banlieue, territoire de la « tchatche »*

Comme nous venons de le voir, les pratiques d'écriture ne sont pas prises en considération lorsqu'on évoque les « cultures des jeunes de banlieues ». *A contrario*, les pratiques de l'oral chez les « jeunes de banlieues » ont fait et font toujours l'objet de multiples débats, qui prennent peut-être, par contraste, une signification particulière. Il est intéressant de voir cette effervescence autour des « pratiques langagières des banlieues », qui provoquent tour à tour la fascination et le rejet, et d'examiner le contraste entre l'enthousiasme que fait naître l'« oral » des banlieues et la quasi-indifférence que suscite l'« écrit », afin de comprendre ce que ce décalage peut signifier.

Le « langage des banlieues » ou le « parler des cités » est en effet devenu l'un des points de fixation – on pourrait même dire : de crispation – du débat public en France, tant sur la scène médiatique que dans les domaines de l'action éducative et de la réflexion académique. Dans le but de « décrypter » ce « français contemporain des banlieues », plusieurs livres du style « dictionnaire » sont régulièrement publiés par des journalistes ou des enseignants⁴⁷⁾, tandis que les médias se déchainent sur ce langage tour à tour présenté comme exceptionnel de créativité ou désolant de médiocrité, et que le grand public se passionne pour les nouvelles icônes de ce parler jeune et banlieue, dont le représentant le plus populaire est Jamel Debbouze, « le roi de la tchatche » comme le surnomme un grand

46) Faure et Garcia, *Culture hip-hop*, *op.cit.*, p.61.

47) Philippe Pierre-Adolphe, Max Mamoud, Georges-Olivier Tzanos, *Le dico de la banlieue*, La Sirène, 1995, Pascal Aguilou et Nasser Saïki, *La Téci à Panam' : parler le langage des banlieues*, Michel Lafon, 1996, Boris Séguin et Frédéric Teillard, *Les Céfrens parlent aux Français. Chronique de la langue des cités*, Calmann-Lévy, 1996.

magazine d'information⁴⁸⁾.

Les linguistes se donnent également pour mission de dresser les principales caractéristiques de ce « parler véhiculaire interethnique⁴⁹⁾ » : le « français contemporain des cités⁵⁰⁾ ». En 1997, paraissent plusieurs publications à visée scientifique : une revue académique comme *Langue Française* consacre un numéro spécial aux « mots des jeunes », portant particulièrement sur ceux « des jeunes des banlieues⁵¹⁾ », tandis que la revue *Migrants-Formation* propose également un numéro spécial sur les « Questions de langue », dans lequel de nombreuses pages sont consacrées à la « langue des jeunes des banlieues⁵²⁾ », en s'interrogeant sur les problèmes que celle-ci pose à l'enseignement scolaire. Cette même année, Jean-Pierre Goudailler, linguiste et spécialiste de l'argot français, publie le fruit de ses recherches sous la forme d'un dictionnaire⁵³⁾.

Comme le rappelle Alain Rey, l'évolution des langues a toujours fait peur, provoquant souvent des débats et des polémiques. Cependant, dans le cas de « la langue des banlieues », ce phénomène a pris une ampleur inédite, s'imposant de manière récurrente dans les sphères les plus variées de la vie publique – comme le montrent l'« usage » du verlan par la plus haute autorité de l'Etat, François Mitterrand, lors d'une interview sur TF1 en 1985, ou l'entrée de mots tels que « *niquer* » ou « *keum* » dans le *Petit Robert* en 1999 – et provoquant des débats vraiment virulents : l'hebdomadaire allemand *Die Zeit* allant même jusqu'à se demander si la France n'était pas menacée d'une « balkanisation linguistique »⁵⁴⁾ ! Une telle intensité pousse ceux qui abordent cette question à prendre des positions souvent tranchées, que par souci de clarté on peut classer ici en trois catégories.

La première consiste à critiquer et à accuser, parfois très violemment, ces pratiques langagières : c'est le cas par exemple de Yves Berger, ancien directeur littéraire de Grasset et vice-président du Conseil supérieur de la langue française, qui évoque dans un rapport sur l'état de la langue en France, un « français dégénéré », « phénomène qui n'a aucune

48) "Jamel", *Le Point*, 23/04/99.

49) Jacqueline Billiez, *Le parler véhiculaire interethnique de groupes d'adolescents en milieu urbain*, Robert Chaudenson (dir.), *Des langues et des villes*, Didier Érudition, 1992.

50) Jean-Pierre Goudailler, *Comment tu tchatches ! Dictionnaire du français contemporain des cités*, Maisonneuve et Larose, 1997.

51) *Langue Française*, no. 114, juin 1997.

52) *Migrants-Formation*, no.108, mars 1997, p.3.

53) Jean-Pierre Goudailler, *Comment tu tchatches !, op. cit.*

54) Ce terme de « balkanisation » a aussi été utilisé par plusieurs hommes politiques comme Jean-Pierre Chevènement ou Charles Pasqua, lorsqu'ils s'opposaient à la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires en 1999. Voir Rosanna Furguele et Rosalind Gill, *Le français dans le village global*, Canadian Scholars' Press, 2008, p.245.

valeur linguistique » et constituant un danger pour la langue française⁵⁵.

Une deuxième tendance consiste au contraire à défendre ce langage et à essayer de le mettre en valeur. On en trouve un exemple révélateur dans l'introduction du *Dico de la banlieue* :

« la langue des banlieues est loin d'être aussi pauvre que certains se plaisent à le croire ; elle est au contraire étonnamment fertile. C'est un volcan bouillonnant dont la lave serait faite de métaphores et de pépites linguistiques. Qui sait combien de mots naissent à chaque joute verbale improvisée, où c'est à celui qui aura le plus de répartie. Une chose est sûre : en banlieue, l'imagination est au pouvoir.⁵⁶ »

Enfin, une troisième voie consiste à s'efforcer d'adopter une attitude objective en tâchant de se cantonner dans un strict registre scientifique (même si prendre ce langage comme objet de recherches suppose déjà une certaine prise de position) : c'est le cas par exemple d'Alain Rey qui refuse de considérer ce langage comme une langue mais y voit « un phénomène socioculturel original » caractérisé par un usage spécifique de la langue française :

« Il n'y a pas de langue des banlieues mais des usages générationnels et très localisés du français, qui adoptent une rythmique parfaitement reconnaissable, que les Guignols imitent magnifiquement bien, peut-être pour mieux signer ces usages spécifiques. Il ne s'agit pas d'un refus de la langue française, sinon ces jeunes parleraient arabe, berbère, créole ou portugais ; ils choisissent le français, mais un français à eux, modifié et, pour certains, esquinté, abâtardi.⁵⁷ »

Toutes ces positions variées et parfois contradictoires s'accordent pourtant sur un point : celui qui consiste à mettre en avant l'importance de l'oral dans les banlieues. Thomas Sauvadet, étudiant les rapports sociaux des jeunes des cités, note l'importance des joutes verbales qui permettent aux tchatteurs de se procurer l'estime de soi⁵⁸. David Lepoutre, fort de plusieurs années d'enquêtes sur le terrain à la Courneuve, résume bien la place essentielle qu'occupent les performances langagières dans la culture des jeunes de banlieues défavorisées :

55) *Ibid.* p.246.

56) Philippe Pierre-Adolphe, Max Mamoud, Georges-Olivier Tzanos, *Le dico de la banlieue*, *op.cit.*, p.4.

57) Interview d'Alain Rey à l'Institut d'urbanisme de Paris, 5 février 1999.

58) Thomas Sauvadet, *Le capital guerrier*, *op. cit.*, pp.196-197.

« (...) maîtriser le verlan et savoir manipuler les mots à loisir, posséder l'argot, connaître les « finesses » du langage obscène et des « gros mots », parler haut et fort et se faire entendre en toutes circonstances, pouvoir s'exprimer rapidement et de façon percutante, tout cela est nécessaire pour être intégré au groupe des pairs. Cette compétence linguistique qu'on pourrait dire « de premier niveau » permet en effet au locuteur à la fois de se distinguer comme membre d'un groupe social particulier et d'affirmer son appartenance à la sous-culture de ce groupe. Elle est aussi et surtout un facteur essentiel de prestige et de considération au sein du groupe. Dans le contexte de la culture des rues, le langage est en effet d'abord conçu et pratiqué comme une performance. Tout acte de parole est mis en spectacle de soi-même, exposition au jugement des pairs et participation à une sorte de lutte sociale.⁵⁹⁾ »

Les expressions artistiques issues des banlieues sur lesquelles on met habituellement l'accent, comme le rap ou plus récemment le slam, sont justement celles qui focalisent l'attention sur leur aspect « oral » et, par conséquent, renforcent l'image de la banlieue comme un lieu de palabres et de discussions, de « tchatte » à tous les sens du terme : joutes verbales violentes ou usages langagiers d'un nouveau genre, qu'on les trouve agaçants, voire insupportables, ou qu'on les considère au contraire comme vifs, créatifs, rythmiques et colorés.

De ce point de vue, les propos de Frédéric Teillard, enseignant dans un collège à Pantin, lorsqu'il explique d'où lui est venue l'idée d'un dictionnaire de la banlieue, nous semblent assez révélateurs :

« (...) que savent les enfants des Courtilières ? Parler, indiscutablement.⁶⁰⁾ ».

C'est la langue dans sa dimension d'acte de parole, de performance parlée qui est régulièrement soulignée, mise à distance pour la critiquer d'un côté, mise en avant pour la revendiquer de l'autre. La chanson, la « vanne », le cinéma, et même le théâtre (sous la forme neuve et insolente que lui confère Kechiche dans *L'Esquive*) semblent non seulement ses moyens d'expression privilégiés mais, si l'on considère le langage, les

59) David Lepoutre, *Cœur de banlieue*, *op.cit.*, p.134.

60) Frédéric Teillard, « M'sieur ! M'sieur : On m'a tiré la langue ! » in *Migrants-Formation*, no.38, 1997, p.39.

seuls sollicités, voire les seuls autorisés. Petit à petit, cette image se fixe, s'essentialise et se naturalise. Actes de paroles, joutes verbales, accents étranges, déluge des mots portés par le flux d'une parole débridée : territoires de la « tchatche », les banlieues sont systématiquement associées à une oralité triomphante.

2-2 Non-écriture, comme label « authentik » de banlieue ?

Or, cette image d'« oralité » qui est devenue l'apanage quasi-exclusif des pratiques culturelles des jeunes de banlieues défavorisées n'est pas seulement analytique ou descriptive. Elle est également prescriptive, en ce sens qu'elle met en jeu un rapport plus large et plus souterrain au langage, au monde et à la culture elle-même, d'une manière qui pour être sans doute inconsciente ou informulée, n'en est pas moins redoutablement efficace.

On sait que l'oral et l'écrit sont souvent présentés et considérés comme se situant dans une relation d'opposition : dans les lieux d'apprentissage de la langue par exemple, les activités « parler-écouter » et « écrire-lire » sont bien distinguées sous la forme canonique de l'« expression orale » et de l'« expression écrite »⁶¹⁾, tandis que dans le cadre scolaire, les élèves apprennent tout d'abord et principalement à lire et à écrire, la langue écrite étant valorisée comme usage légitime et valorisant de la langue.

Cette opposition entre l'écrit et l'oral s'explique, en partie, par l'idée selon laquelle tous les enfants disposeront, sauf en cas de grave handicap, de leur langue maternelle sous une forme parlée par un apprentissage « naturel » (au sein notamment de la famille et des autres formes de socialisation), tandis que l'acquisition de la langue écrite ne peut se faire normalement que dans un contexte d'instruction « systématique et formelle »⁶²⁾. Selon Estelle Liogier, cette opposition se manifeste de manière particulièrement accentuée en France, où il existe une grande différence entre le français parlé et la norme écrite, une hiérarchie non seulement entre la langue écrite et langue parlée, mais aussi une sorte de palmarès parmi plusieurs formes de langue parlée (dialectes, parlers populaires, etc.)⁶³⁾.

De même, les chercheurs qui se penchent sur les performances orales des jeunes de banlieues les présentent et les examinent souvent en contraste avec l'écrit, plus précisément avec l'absence ou les difficultés des pratiques d'écriture chez les jeunes.

61) Jean-Pierre Cuq, *Dictionnaire de didactique du français langue étrangère et seconde*, CLE international, 2003, p.26.

62) Voir l'analyse critique de Ludo Melis, « Le français parlé et le français écrit, une opposition à géométrie variable », *Romanesque*, no.25-3, Leuven, 2000.

63) Estelle Liogier, « Quelles approches théoriques pour la description du français parlé par les jeunes des cités ? », *La linguistique*, no.38, P.U.F., 2002, pp.41-52.

Jean-Pierre Goudailler constate, par exemple, que la forme écrite de la langue de l'école pose souvent problème aux jeunes qui pratiquent le « français contemporain des cités » et note chez ces derniers « une absence de maîtrise d'un code particulier, à savoir, l'écrit ⁶⁴⁾ ». Elisabeth Bautier, s'interrogeant sur le rapport à l'écrit qu'entretiennent les jeunes en difficulté scolaire, met quant à elle l'accent sur le contraste entre leur « habileté réelle » à l'oral d'une part et leurs « difficultés à écrire » d'autre part, concluant à « une familiarité plus grande avec l'oralité qu'avec l'écriture ⁶⁵⁾ ». Enfin, Frédéric Teillard reprend lui aussi le schéma entre « l'aisance dans l'oralité » et « l'extrême difficulté dans l'écriture » :

« Or c'est à l'écrit que la grande majorité de nos élèves éprouvent les difficultés les plus graves (...). L'expérience nous avait prouvé à satiété que les faire écrire d'emblée n'était pas un remède efficace (...). Plutôt que de mettre une fois de plus les élèves face à ce qu'ils ne savent faire qu'avec la plus grande peine, il valait mieux partir d'un domaine où leur aisance, généralement, est avérée, et plutôt que de leur imposer l'écrit d'emblée, les y conduire en faisant un détour par l'oral. ⁶⁶⁾ »

Dans les cas que nous venons de voir, l'oral et l'écrit sont donc fort traditionnellement opposés, mais cela ne s'arrête pas là. Les significations attribuées à ces deux activités sont également présentées de manière contrastée et contradictoire : l'oral est souvent associé aux notions de spontanéité, de vivacité et parfois même de brutalité ; l'écrit à celles de réflexivité, de norme maîtrisée et d'élaboration conceptuelle satisfaisante. Insister exclusivement sur l'aspect « oral » des pratiques culturelles des jeunes de banlieues signifie par conséquent la construction ou le renforcement d'une certaine image d'impétuosité et de réactivité, mais aussi, le plus souvent, de turbulence, de violence et d'agressivité. Nous avons là, nous semble-t-il, un point nodal – mais invisible, non formulé, et comme tel non questionné – de la représentation des pratiques culturelles des jeunes de banlieues comme étant liées à l'oralité, et non à l'écriture.

Elisabeth Bautier remarque par exemple que les pratiques langagières des jeunes de banlieues, « plus familiers avec l'oralité qu'avec l'écriture », font apparaître un certain rapport au langage et une façon de vivre et de comprendre le monde. Dans une belle formule, elle note que ce rapport oral et profondément identitaire au langage est lié à la conception d'une langue « qui dit le vrai des choses, des affects, des expériences

64) Jean-Pierre Goudailler, *Comment tu t'habilles !*, op. cit., p. 31.

65) Elisabeth Bautier, « Usages identitaires du langage et apprentissage. Quel rapport au langage, quel rapport à l'écrit ? », *Migrants-Formation*, no.108, pp.5-17.

66) Frédéric Teillard, « M'sieur ! M'sieur ! On m'a tiré la langue ! », op. cit., p.46.

dans une évidence radicale et singulière ». Ce qui importe chez ces jeunes, constate-t-elle, c'est d'être non seulement « dans le tout ou rien, dans l'absolu des jugements, des opinions », mais aussi « une recherche de certitudes, de stabilité identitaire vécue comme fondamentale, évidente, nécessaire. » Valeurs très éloignées, selon elle, de celles de l'écriture qui s'accompagne de l'idéal d'une élaboration progressive et d'une certaine ambiguïté dans l'expression des idées⁶⁷⁾.

Ces valeurs accordées à la spontanéité et à l'importance du vécu apparaissent également dans certaines pratiques culturelles juvéniles de banlieues, comme le hip-hop. Manuel Boucher constate ainsi que le « hip-hop idéalisé » doit être « proche de la base », et aussi : « authentique, pur et sans compromission avec le système⁶⁸⁾ ». De même, Olivier Cachin, auteur d'un ouvrage consacré au rap en France, observe que les critères de base de la culture hip-hop sont « l'intégrité et l'authenticité ⁶⁹⁾ ».

Tout cela montre combien les pratiques du hip-hop, un des noyaux durs des pratiques culturelles de banlieues défavorisées, adhèrent aux valeurs qui correspondent souvent à celles attribuées à l'oralité (direct, franc, spontané) et qui s'opposent à celles attribuées à l'écriture (réfléchi, modéré, élaboré). Il va sans dire que cela contribue à renforcer et à naturaliser le caractère « oral » et « non-scriptural » des « cultures de banlieue », comme si l'écriture était aux antipodes des « cultures de banlieue ».

Ce caractère « oral », et comme tel opposé aux valeurs positives de l'écrit, des pratiques culturelles de jeunes de banlieues se retrouve jusque chez le cinéaste Abdellatif Kechiche dans *L'Esquive* : il est intéressant de constater que dans ce film où des jeunes répètent une pièce de Marivaux dans un lycée de banlieue parisienne, et qui est souvent considéré comme un document montrant la vie des jeunes de banlieue sans « filtre » extérieur, la fonction de la « prof » est uniquement de faire prononcer et réciter correctement le texte, non de le réécrire ou de le transformer. Tout le monde s'accorde sur le fait qu'Abdellatif Kechiche a fortement contribué à faire entrer la « culture de banlieue » au rang de l' « acceptable », voire de l' « honorable ». Cependant, il est frappant de constater que même dans l'œuvre de Kechiche, l'écrit n'est considéré que comme l'anti-chambre de l'oral : il n'y a pas dans ce film de scène où les élèves écrivent, seulement des scènes où ils parlent, « récitent », jouent, gesticulent, lisent peut-être par moments, mais n'accèdent jamais à la maîtrise d'un geste d'écriture. La « culture de banlieue » y est

67) Elisabeth Bautier, « Usages identitaires du langage et apprentissage », *op.cit.*, pp.12-14.

68) Manuel Boucher, *Rap, expressions des lascars*, *op.cit.*, p. 58.

69) Olivier Cachin, *L'offensive rap*, Gallimard, coll. « Découvertes », 2001. Nous pouvons trouver le même constat dans de nombreuses publications sur le hip-hop, notamment Hugues Bazin, *La culture hip-hop*, *op.cit.*

essentiellement présentée comme oralisée et gestualisée : tout passe par la bouche, la voix, le corps. De ce point de vue, ce n'est sans doute pas un hasard si Kechiche a choisi de raconter l'histoire d'une pièce de théâtre, texte littéraire sans aucun doute, mais qui n'existe pas sans un rapport particulier à la scène et au public, en s'éloignant des critères traditionnels d'un texte écrit⁷⁰⁾.

Quels que soient le domaine et la position (idéologique ou méthodologique) des penseurs qui s'y intéressent, tout le monde ou presque s'accorde donc à mettre en avant l'oralité des cultures de banlieue, aux dépens de l'écriture. Ainsi, l'image de la banlieue comme un territoire non seulement « sans écriture », mais aussi *opposé* aux valeurs traditionnellement attribuées à celle-ci, est petit à petit essentialisée voire mythifiée. Dédaignée dans la description des pratiques culturelles des jeunes de banlieues défavorisées, marginalisée dans leur caractérisation, refoulée dans leur analyse, l'écriture apparaît bel et bien comme un immense archipel invisible, banni de la représentation et sous-estimé dans l'étude de ce que l'on nomme communément « la culture des banlieues ».

注記 本稿は平成21年度文部科学省科学研究費補助金（若手研究B 21730430）
ならびに2009年度南山大学パツヘ奨励金1-A-2による研究成果の一部である。

70) Abdellatif Kechiche, *L'Esquive*, 2004.

鼎談

ヨーロッパ私法基本概念の検討

ハンス・ハッテンハウアー

『民法の基本概念的・歴史的・法解釈学的入門』を読む(2)

田 中 実
伊 藤 司
平 林 美 紀

第3章 物

第4節 解決されない占有問題

H：次に占有の問題に移りたいと思います。最初に、近代法解釈学の基盤を築いたとされるサヴィニー（1779-1861）が若き私講師として占有論で実質的な学問的デビューを飾ったこと、この理論によって彼がたちまちヨーロッパの著名な学者となったことが書かれてあり、「サヴィニーがこの占有論でそれまで支配していた闇に光をあて、彼の『占有の法』（Das Recht des Besitzes, El Derecho de la posesión）は法律学の単行論文のお手本になった」という法哲学者のシュタールの言葉（『法哲学』1. 1. 3. § 49）が引用されています。前にも述べたように大学院の講読の授業で『現代ローマ法体系』は講読教材でしたが、正直、『占有論』は、法制史分野の方以外にはあまり馴染みがないのではないのでしょうか。

T：ある法制度を例えば学位論文のテーマにする場合に、関連するローマ法源に直接あたって詳しく検討するというサヴィニーのスタイルは、ヨーロッパの法学論文のお手本になったのだと言えます。日本の旧民法の生みの親フランスのポワソナードも、民法典の日本人の起草者たちも、こうした伝統に則って学位論文を書いていますよね。Hattenhauer は、シュタールの言っていることは今のヨーロッパの法学部の人間にも理解困難であろう、そしてローマ法を法源として民法を論じているパンデクテン法学の叙述方法は、今日ではあまりにも馴染みのないものになっている、と述べています。もちろんサヴィニー以前の学位論文もローマ法を扱っているにはいるのですが、一般的には質量ともに貧弱で一見すると矛盾した法文に対し、すでに踏襲されてきた説明を無難に整理しているものが多かったのでは、との印象を持ちます。

I：私たちが学生の頃に読んだ物権法の教科書では、占有論の冒頭で、19世紀初頭にサヴィニーが、占有には体素（corpus）といわれる所持（detentio）に加え心素（animus）つまり何らかの意思が必要であるとする主観説を確立し、これに対して19世紀末にイェーリングが占有とは原則的に所持であるという客観説を提唱したことがエピソードとしてあげられていました。そして「ローマ法の解釈としての学説の当否が、直ちに今日の占有制度としての当否を決定するものでないことは明らかである」（我妻＝有泉『新訂物権法』〔541〕463頁）と述べ、「自己のためにする意思」を要件とする日本の民法180条についても「現代法の立法論としては、遅れたものである」として、占有として保護すべき範囲を拡張する政策から、客観説の構成を正当とする、といったことが述べられていました。今日の教科書や講義ではエピソードとしてすらこうした論争に言及しないのではと思います。T先生の中世法学者アゾーの占有論の翻訳（『南山法学』29巻2号）の注によれば、この占有論の対立について、今日ではドイツの物権法の教科書でも詳しく扱っているものが少なく、むしろフランスではなおもカルボニエなど代表的な教科書で言及されているとあります。法思想史の分野では、サヴィニーについては、いわゆる歴史法学を唱えたことや、フランスにならってドイツで統一的な法典編纂を主張したティボーとの法典論争で、早急な民法の法典編纂に反対したことが紹介されています。しかし肝心の法解釈学上の功罪については専門的な論文を読まない限り具体的には概観すら知り得ないのが実情ではないでしょうか。法思想史は、どちらかというとな法学部の学生が民法解釈学を勉強して直面する問題からは離れた話題の分析が中心になってきたような気がします。サヴィニーは、高校の世界史の教科書にすら名が挙げられることがあるのに、名前だけを覚えさせられるだけの法律家になってしまっていますね。

T：I先生に占有およびサヴィニーについての知識について問題点を述べていただきました。そうですね。サヴィニー研究は、専門家の中ではドイツ社会の変遷の中で彼をどう位置づけるかが議論され、さらに未公開講義録の発掘がなされることを通じてますます深化されてきましたが、他方で学生や法律家が持つ共通の知識基盤は貧弱になってしまった、と思います。彼が法源に即してローマ法の占有を整合的な説明に成功し、しかもその手法を使ってローマ法の解釈を組み替えを行い、その作業の中で用いられた概念がパンデクテン法学を通じて我が国の民法や民法学ひいては法律学に入ってきたわけですね。しかしその手法がそれ以前のヨーロッパの普通法学とどこが違っていたのか、外在的な知識社会学的な分析ではなく、内在的な、つまり彼の法解釈学説の内容に即した視点からの分析が必要なはずです。とりわけ占有論についてのその意義、重要性は、1993年になって木庭顕先生の「Savignyによる占有概念の構造転換とその射程」（海老原明夫編『法の近代化とポストモダ

ン』所収）によって注意が喚起されました。木庭先生の昨年（2009年）出版された大著『法存立の歴史的基盤』の英語のタイトルは、Roman Origins of the Law of Possession となっています。ともに非常に難解で、基本的な概念の把握に自信がないうちにこの鼎談で立ち入ることはできませんが、我々の時代が取り組まなければならない作品です。とりわけ冒頭で、占有という概念を駆使することで、非法律家の常識と法律家の考え方がいかに異なっているか、さらにはその概念を駆使しているとはいえ占有が法律家にとっても如何に厄介な代物かが印象的に語られています。

H：Hattenhauer の叙述を理解するために、もう少しローマの占有の基礎知識を具体的に述べていただけますか。

T：仮に、古代ローマでの発展や、ローマでの公有地をめぐる19世紀の歴史学の議論などを括弧に入れるとしても、なかなか明晰に説明する自信はありません。しかし、日本での占有の勉強とのかかわりで、若干話をしておく必要があります。ローマの占有を理解する場合、出発点として、今日の客観説から離れること、つまり占有と所持を区別する「心素」の持つ意味をきちんと把握すること、それから占有権という物権に類似の秩序があるという観念を疑って見る必要があると思います。ローマでは、占有の取得には心素と体素が必要ですが、不動産占有の体素が失われた場合、心素を失わなければ、占有回復ではなく占有保持の訴えがなされること、それからこの不動産占有保持の特示命令の方式書の中に、「相手方との関係で、暴力によらず隠秘でもなく容仮占有によるのでもなく（占有しているように）」という、いわゆる瑕疵占有条項があるため、占有の保持は訴訟の局面では排他的であるけれども、いずれが占有を保持しているかどうかは相手方との関係で変わる相対的なものであることを押さえておく必要があるかと思えます。つまり不動産について言うと、仮に私が体素を失っていても、暴力によって相手方が占拠を始めたときは、占有訴訟で、私は「占有が回復」されるのではなく「占有を保持」していることが確認され、相手方に対して、私の「占有してる状態」に暴力、実力行使が禁じられるわけです。それから、今日では、直接占有、間接占有と難なく二種類の占有を想定していますが、サヴィニーが占有を体系的に理解するにあたり、広い意味での所有意思のない者は占有者ではないことを基本とし、質権者と質権設定者との間に生じる占有関係は、派生的占有として、例外的に位置づけられ、なぜそれが生じたかを個別に説明するというアプローチをとっていることも重要です。派生的占有を別に論じる手法はまさにサヴィニーの卓見とされています。質権者、容仮占有者、係争物受寄者並びに永借権者及び地上権者の占有について、派生的変則的な占有として個別に検討することは、20世紀の明晰なローマ法の教科書、例えばイタリアのヴォルテッラの『ローマ私法提要』にも踏襲されています。ヴォルテッラによれば、例

えば質権は我々からすると抵当権との対比で占有移転型担保物権とされるわけですが、もともと担保は所有権移転型から先に発達したために、その沿革から質権者にも変則的に占有訴権が与えられたのだ、と説明するわけです。

H：なるほど、ありがとうございます。そういう観点から現行法の説明を読み直すと面白いと思いました。相手方との関係で瑕疵があるかどうかでいずれが占有を保持しているかが決められること、さらに占有が排他的であることなどからすると、占有の交互侵奪の議論も、別の把握が可能ですね。

T：そうだと思います。もっとも、ローマの占有論自体は決して新しいテーマではなく、サヴィニー以前、12世紀のいわゆるローマ法の再生時代に直ちに難問であることが認識され、何世紀にもわたって議論されてきたものです。法的に正当な原因のある所有権とも、単なる物理的支配である所持とも異なり、法的な正当性をとりあえずは括弧に入れて、相手方との関係での暴力（実力行使）、隠秘、容仮といった瑕疵なき占有を保護する占有訴権に支えられた占有概念を理解することは法学者にとっても困難だったわけです。先ほど言及いただいた、京都大学の佐々木先生との中世法学の翻訳は、占有の取得と喪失、つまり占有の効果ではなく占有の成立要件の問題を扱ったものです。占有訴権及び使用取得の成否といった効果の面からアプローチするものではありませんが、占有の心素や体素といった我々にも馴染みの道具立てを使ってローマの占有の把握が試みられています。占有と所持の線引きは、占有訴権の有無にかかり、占有の中では、使用取得にかかる、つまり一定の要件がととのえば所有権に昇格する市民的占有と、使用取得にかかることなく占有訴権の保護を受ける、すべての占有が有する属性を持つものの、単なる占有がある。サヴィニーは、こうした体系的な把握に成功したのみならず、そのスキームで我々に伝わる史料・法源は整合的に説明しうる、ということを示しました。とりわけローマ人の自然的占有概念に2つの用例があったことを発見し、それまでラビリンスに陥っていた説明を払拭したわけです。この点については小菅芳太郎先生の論文「サヴィニー「占有論」雑感」（『北大法学』第23巻第2号）があります。しかしこうした体系的説明のみならず、法源を理解する中で、占有と非占有との線引きをすることのどこに意味があるのかを把握し、さらに当時の歴史学の成果を敏感に感じ取り、ローマでの公有地の法律関係、属州の土地をめぐる法律関係を考えた点にも、彼の功績があるかと思います。サヴィニーと、当時のローマ史研究者ニープールとの関係は法学史上非常に重要なものとされています。この問題は、最初に述べたように、ここではこれ以上言及しません。

H：Hattenhauer は、占有をめぐる問題は、単にアカデミックな問題というのではなく、土地の近代的な登記簿が整備されていなかった当時にとっては、法実務で重要であったと書いていますけれど。

T：サヴィニー家は、もともとブルゴーニュ、ロレーヌ地方の出で、信仰上の理由からドイツに移った貴族階級に属しています。

I：そういえば今でもサヴィニーという銘柄のとても美味しいブルゴーニュ・ワインがありますね。村上淳一先生の「貴族サヴィニーの民事訴訟」（村上淳一編『法律家の歴史的素養』）は、サヴィニー自身がトラージェス農場主であったことを興味深く報告されていますね。

H：はい、ヘッセン-カッセル邦伯から授封されていたトラージェス農場をめぐる紛争が二つ紹介されています。興味深いですし、また占有論の理解にも役立つようなのでそのうちの一つを少し詳しく紹介させて下さい。

この農場では、農場を賃借しその小作人が自己の計算において農業経営する形態と、農場主サヴィニーの計算において使用人である管理人が経営する形態があったのですが、1814年以降はもっぱら小作人によって経営されていました。サヴィニーは1839年にこの小作関係を解消し、管理人経営にすることを決断したようです。そしてその1839年に、アルプシュタット村にある牧草地で羊に草を食ませようとするサヴィニー側と、沼地を牧草地にした村側とで衝突が生まれました。村側は、この牧草地はかつて入会地であったが、1836年に村民たちの間で分割された、と主張して裁判になります。サヴィニー側はこの土地はトラージェス農場に属すると主張しますが、その際に本権訴訟ではなく不動産占有保持の特示命令を用います。そして、その目的は本権訴訟での証明責任を相手方に負わせるためのものであった、とされています。そして控訴審は、サヴィニーは干拓によって占有の体素を失っていると判示します。もっとも裁判所も体素のみならず心素を失ってはじめて占有が喪失される、とする解釈があることを認めていたこと、さらにサヴィニーは、封建的な分割所有権が廃棄される1848年革命前に、さらに上級所有権を巻き込むことになる複雑な本権訴訟を望まなかったことなどなど、興味深い説明が続きます。もう一つの事件も、放牧権をめぐる近隣村との争いです。最終的にはサヴィニー側がその権利を放棄し消却金を受け取ることで決着します。詳しくは述べませんが、サヴィニーは占有保持の特示命令を用い認められるのですが、認められた占有は役権の存在推定には用いることができない、とされてしまうのです。

I：占有の本権推定力については、ゲルマン法起源だとされる日本の民法188条を思い出しますが、Hattenhauerは、ドイツ民法1006条を挙げていますね。そこでは、「動産の占有者は、物の所有者であるとの推定を受ける。金銭・無記名証券を除き、盗品、遺失物その他の占有離脱物については、前占有者に対しては適用されない」（Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei. Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst

abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt) ことが規定されています。1006条はもっぱら動産についてのものです。これに対し、我が国と異なり、ドイツ民法ではさらに別の条文891条が「不動産登記簿に権利が登記されたときは、その権利は登記された者に属すると推定される」(Ist im Grundbuche für jemand eine Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe)と定めて、不動産登記簿の推定力を認めています。これをHattenhauerは、近代的な登記占有(Buchbesitz)と呼んでいるようですね。こうした制度のない時代のドイツでは、不動産の所有者も、まずは不動産占有保持の特示命令という占有訴訟を行い、その上で、所有権の推定を受けるということになっていたのだ、と述べています。このあたりの説明の理解に、先のサヴィニーの農場の訴訟は助けになりますね。Hattenhauerは、近代の占有訴訟、つまりドイツ民法861条以下の、日本民法200条以下の占有の訴えはわずかな役割しか演じていないのに、19世紀までは占有訴訟は並はずれて重要な訴訟であった、としています。

T: 今日でも迅速な占有訴訟が活発に利用されているといわれるイタリアの占有法については岡本詔治先生の『イタリア物権法』があります。イタリア法では、占有の要件や訴権の種類など伝統に則った構成をとっていますから、ローマ法の理解にも助けとなります。さて、サヴィニーは、占有そのものの効果としては、占有訴権による保護を受けることと、使用取得の要件となることだけであり、それ以外のものは占有の効果ではない、占有には本権推定力などなく、それは被告の立場から生じる優位にすぎないことを強調しています。これについては後でも触れます。これもこうした前近代の訴訟を念頭に理解しないといけないと思います。Hattenhauerがこうした背景を手短かに説明した上で、サヴィニーの占有論を紹介しているのは有り難いですね。サヴィニーがこの問題に取り上げた段階で、山のような夥しい数の研究文献が立ちはだかつていたとありますが、実際、彼の『占有の法』の最初を見ますと、積義学志向のものと、体系志向のものに分類されて、それまでの膨大な文献が挙げられ、重要なものには簡潔なコメントが付けられています。サヴィニーの弟子たちは、彼がまさにこのゴルディオスの結び目を解いたと考えたが、逆にまたその後多くの占有の研究文献が膨らんでしまうことになった、とHattenhauerは幾分皮肉をこめて書いていますね。未成年者でも、盗人でも、占有を行使できるので、まさに事実なのですが、なぜこの事実法に法的な保護が与えられなければならないのか。単なる事実だとすると法的保護は演繹されません。法とは、非法律家からすると、不法な事実に対して矯正を目指すものであるはず。他方で物の占有は所有権の成立の前提となっています。事実がいついかなる態様で権利になるのでしょうか。このように問うて、Hattenhauerはたたみかけるように説明しています。

つまり、歴史的に見ると占有は所有権よりも古い。占有取得は所有権取得の前提

であるのみならず、占有の継続が所有権成立を証明し担保してきたのであり、占有の法的保護を認めないで所有権論を構想することなどできない。他方で事実から権利への転換を的確に定め解釈することは成功しそうにない、というのです。

I：そしてカント『人倫の形而上学』5節を挙げていますね。

「外的な客体を私のものであると言いたいときには、私はその客体を何らかの形で占有していなければならない。というのも、さもなければこの客体を私の意思に反して侵害する者は同時に私を侵害することにはならず、従って私に損害を与えるものではないからである。それ故に外的な私のもやあなたのもが存在するようにしたいならば、叡智によってのみ理解できる占有（本体的占有 *possessio noumenon*）をありうるものとして前提としなければならない。それから経験的な占有（所持）は現象として現れる占有（*possessio phaenomenon*）にすぎない。もっとも私が占有している客体は、ここでは先験的な（超越論的な）分析の中で生じるように考察されるのではなく、物それ自体として考察されるのであるのではあるが。」

カントの引用に続けて Hattenhauer は書いています。

「単なる外的な現象以上のものである占有が可能なものであると言えるために、疑問を簡潔な形で述べる際に非常に厳密であること、そして自身の認識論に立ち戻ることがカントには必要であった。法律家にはもっと厄介であった。彼らは占有とは何かを告白しなければならないだけでなく、その告白から実際に取り扱いが可能な行動指針を演繹しなければならないのであるから。法学者にとっては占有の性質の問題は占有保護法の対象の問題と切り離すことができなかった。この最初の問題にサヴィニーは解答していた（『占有の法』第7版第5節）」

このように、カントの占有論は、経験的現象界と異なる叡智界に位置づけられる占有について述べていますが、我々法律家は、占有の訴えが行使できない所持と、占有との線引きに関心がありますから、すぐには接点が見いだせないような気がしますね。占有の議論は占有保護の問題と切り離せない、という Hattenhauer の指摘は鋭いと思いました。T 先生がさきほど中世法学の占有の定義のところで示唆されていたと思います。カントの占有論について何か日本語で読める研究文献がありますか。

T：そんなにフォローしていないのですが、比較的最近の論文として、菅沢龍文「定言命法によるカントの私法論—叡智的占有とウルピアヌスの定式—」『法政大学文学部紀要』第48号があります。いずれにしても、私も Hattenhauer が引用しているカントのこの部分を読んでいて I 先生と同じ感想を持ちました。ここでの援用されているカントの説明の主眼は、やはり、彼の認識論に対応させて、空間・時間という直感的な認識による占有と、感性界とは別の物自体にかかわる叡智界の占有の

区別をすることにあるのでしょうか。しかし仮に感性的占有を所持、叡智的占有を占有と考えるとして、心素と体素を使つての我々のスキームとの関係はどうなるのでしょうか。Hattenhauerでは、この後、サヴィニーの第5節の冒頭に近い部分の引用がありますが、その前後を含めて紹介しておきましょう。占有は権利か事実かの問題に答えているところです。

サヴィニーはまず「さてローマ法において占有の持つ意味が定められた。占有はどれも使用取得又は特示命令に関わるのであり、何か法的なものとしての占有に関わる法律の規定はすべて、使用取得又は特示命令の可能性を定める以外の目的を持ってはいない。」と述べ、占有の意味は、効果の点では、あらゆる占有が持つ効果つまり占有訴権の保護を受けるという効果と、市民的占有が持つ効果つまりさらに要件が加わった場合の占有には、時効によって所有権を取得する効果に関わることに尽きる、としています。例えば権利の推定などは、占有者が被告になった場合に被告である立場から生じることはあっても、それは占有から生じる効果ではないことを強調しています。この性質をふまえておけば、二つの難問に難なく答えることができるとして、第5節から第6節にかけて次のように述べています。手許にある各国語（英、仏、伊、西）訳を参考にしながら訳してみましょう。

「以前から説の分かれてきた二つの疑問があるが、今やそれに答えるのは困難ではないであろう。第一の疑問は、占有は権利とみなされるのか事実とみなされるのかであり、第二の疑問は、占有が権利であるならばどのクラスに属するのかわかる。第一の〔占有は権利か事実かの〕疑問に関しては、占有自体はそのもとの概念からすれば (*seinem ursprünglichen Begriffe nach, segun su naturaleza primitiva, according to the original notion of it, d'après sa nature primitive, di sua propria ed original natura*) 単なる事実であることは明白である。それに法律効果が結びつけられていることもまた同様に確かなことである。従つて占有は事実であると同時に権利でもある。つまりその本来の性質 (*Wesen, nature, natura*) に従えば事実であり、その効果の点では権利に等しく、この二様の関係は細部全体にわたつて (*für das ganze Detail, para el desenvolvimiento de la teoría, to keep in view throughout, pour tous les développements de la théorie, per l'intero Dettaglio in questa materia, per tutti gli sviluppi della teoria*)、非常に重要である。・・・第二の疑問は占有はいかなるクラスの権利に属するかわかる。・・・債務法に属することが示される。ローマ法においてはその〔債務法という〕概念は厳密に定められているものと前提できる。」

H：先ほどサヴィニー自身が当事者であった占有訴訟の紹介では、その目的は本権訴訟での証明責任を相手方に負わせるためのものであった、と述べられていたのですが。

T：いずれが占有者なのかが確定された上で、所有権に基づく返還請求訴訟がなされると、なるほどこの本権訴訟では占有者が被告となりますから、原告が所有権を証明しなければならないこととなります。しかしこれは被告という立場から生じることであって、占有からの効果ではないということでしょう。占有者が占有物の上に行使する権利の適法推定を定める民法 188 条は、ゲルマン法起源だと言われていますが、この条文についてはどのように説明されていますか。

I：スイス民法だと、所有者から権利を取得した占有者は、この所有者に対して推定は援用できないとあり、我が国でも、判例では、所有者たる賃貸人に対して適法な賃借人との推定を受けるわけではないことが確認されています。我妻＝有泉先生の『新訂物権法』（〔593〕490 頁以下）ですと、例えば適法に用益権を推定されるが、対抗力のある権利を有すると推定しているわけではない、例えば売買によって賃貸借を破る場合を考えればいい、というように対抗力を介在させて説明がなされています。しかしそうした地震売買や二重売買を考えないとして、所有権に基づく明渡請求又は引渡請求の場合、被告に占有権原がないことを主張証明する悪魔の証明を強いるべきではなく 188 条の適用がない、というのがその判例で確認されています。この問題は、加藤新太郎他『要件事実の考え方と実務』の最初の方の要件事実の意義のところ、実体法の代表的な教科書でははっきりと説明がなされていない問題だとして挙げられています。また占有正権原の存在は、被告が主張証明すべき抗弁事実であるのか、正権原は所有権に基づく返還請求権の発生障害事実であるのかが議論されています。

T：学生がかけている眼鏡を教授が自分のものだから返せといった場合にどうなるかという例を用いて穂積重遠先生が講義で述べられたエピソードが、我妻先生の『民法案内』に紹介されているのですが、これにひっかけて山野目先生が面白い閑話休題を書かれていますね（大塚直他編『要件事実論と民法学の対話』167 頁）。ここでもやはり所有権に基づく返還請求権の原告が所有権を主張証明するのは、何も占有者の適法権原推定によるものではないと説明されていると思います。そうだとすると今日 188 条はどのような機能を担っているのですか。

I：民法 188 条は、「占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。」と規定していますが、この推定の意義は容易には理解しがたいものがあります。まず、不動産を占有している者は登記上所有者となっている者からの返還請求に対しこの条文を根拠に返還を拒むことができるか、という問題について通説は否定的です（我妻＝有泉『新訂物権法』〔592〕490 頁など、なお大判大 15.12.25 民集 5 卷 897 頁参照）。したがってこの条文は動産にしか適用されないことになるでしょう。次に、動産の占有者に対して所有権者が所有権に基づいて返還請求をする場合に、この条文はどのような役割を演ずることになるのでしょうか。

原告たる所有権者は、所有権者であると言うだけではたりず、当然自己の所有権を主張立証しなければならないでしょう。これを占有者が民法188条により推定を受けているので、その推定を破るために主張立証責任が課されているのだと解することも可能ですが、そもそも原告である以上自己の請求を基礎づける根拠を主張立証しなければならないことは当然であって、民法188条が存在するからであるとはいえないと思われます。このように「この推定の制度は、被告として防御的立場に立つ占有者にとっては、とくに必要というわけではない」（鈴木禄弥『物権法講義五訂版』90頁）のです。それでは、この条文は不要なのでしょうか。この条文が機能するのは、まさに先に述べた場合の原告たる所有権者が自己の権利を立証する場面です。この原告は占有をしていないのですから、自己の所有権を主張立証するのはなかなか困難です。おそらく前主から売買によって所有権を取得したという主張をすることなどが考えられます。この場合売買契約の存在は立証が容易ですが、その前主が正当に所有権者であったことも立証しなければならないとなると、さらに前前主はどうであったのかというように所有関係をさかのぼって立証していかなければならないことになるでしょう。まさにこの点に民法188条の意義があり、前主が占有していたことを立証すれば、その前主の占有は正当な権限（所有権）にもとづくことが推定され、その前主から取引によって所有権を譲り受けた原告の所有権も立証されることとなる、というわけです。

T：なるほど。被告ではなく原告を証明の困難から救済してやるというのですね。確かに、この条文の文言からは直ちに理解しがたいですね。それに、そもそも動産の買主なら、売買契約に基づいて善意・無過失で占有を開始した場合、192条の即時取得によって所有権を取得して保護されますから、前主の占有が適法であったことに遡る必要はなく、その意味で188条は不要ですね。そうなる適用範囲はますます限られるのでは、と思います。それから186条の推定との関係も気になります。それはともかく、民法の改正論議の中で188条や関連条文も検討がなされていますか。

H：民法の改正については、鎌田薫早稲田大学教授を委員長、内田貴法務省民事局参与（前東京大学教授）を事務局長とする「民法（債権法）改正検討委員会」と、前にお話ししましたように私も参加させていただいております、加藤雅信上智大学教授を代表とする「民法改正研究会」の動きが活発です。ただ、前者は、そのグループ名からも明らかな通り、債権法の改正に主眼を置いていますので、それとの関係で民法総則も改正の対象としていますが、占有（権）に関する改正提案は見当たりません。他方、後者は担保物権を除く財産法すべての改正を目指しており、占有（権）に関する改正案を条文のかたちで公表しています。以下、改正案について、民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学界有志案 仮案の提示』〔法律時報増刊、

2009年10月]によって簡単に紹介させていただきます。まず、目を引くのは、現行法では「占有権」（「第2編 物権」第2章 占有権）とされている標題が、「占有」（第2編 物権）第1章 総則」第2節 占有）と変更されている点です。残念ながらこの改正案についてはいまだに詳細な改正理由・改正趣旨が公表されていませんので、改正案作りの際の私の記憶でしかありませんが、占有とは、「占有」という事実を占有訴権によって、本権の立証が難しい場合などに短期間かつ暫定的に保護する仕組みであって、所有権を典型とする物権とは異なるものであるという認識が背景にあります。また、改正案122条として新設されている条文も興味深いです。標題は「占有に基づく請求権の劣後的性格」とされていて、条文の第2項はこんな文言になっています。「占有訴訟と、本権に基づく訴訟が別個に提起され、それぞれの訴訟の結論が矛盾するときは、本権に基づく訴訟の結論が優先する。」ご存知の通り、占有の訴えと本権の訴えとの関係は、訴訟物論との関係で、古くから民法でも訴訟法でも議論されているところですが、本権の訴えと占有の訴えとが抵触した場合の調整が必要であることが説かれてきました。この改正案122条は、その点を明文化したものでしょう。それからご質問の現行188条（占有物について行使する権利の適法の推定）についてですが、その条文との関連で、通説の見解に従い、登記により権利の推定が図られる規定が新設され、同じ125条にまとめられています。現行188条は改正案125条1項としてそのまま維持されています。

125条1項 占有者は、占有物について行使する権利を適法に有するものと推定する。

2項 登記名義を有する者は、登記上の権利を適法に有するものと推定する。

3項 前項に基づく登記による本権の推定は、第1項に基づく占有による本権の推定に優先する。

T：ありがとうございます。占有権から占有へというのは、歴史的にみても比較法的にみてもうなづけるとおもいますね。それから最後に教えていただいた登記による権利推定は、さきほどI先生にお話いただいた登記占有（Buchbesitz）を日本でも条文化するものだと思えることができるのでしょうか。

I：Hattenhauerは、占有は権利か事実かという問題に続いて、もう一つの問題、つまり占有保護権の対象が何か、を扱っています。そして物そのものではないことには議論はなかったが、占有保護の目的は占有権そのもののだとしたエドゥアルド・ガンズ（1797-1839）の説は一般的に受け入れられず、サヴィニーおよび弟子のプフタは、占有保護の目的を占有者つまり物を占有している人格であるとしていたと述べています。私法における法的保護はすべて人格の保護であるとするのは、理性法論の伝統に連なるものであるとも説明されています。所有権の保護は所有権者の保

護であり、占有の保護は占有者の保護だということです。それから、占有が債権法に入るというのも、今日では考えにくいですね。Hattenhauer にはその後にサヴィニー『占有の法』第6節の引用がありますが。

T：今日では、占有は民法の中で物権法の中に位置づけられいますが、しかし所有権及び他物権と同列に置くわけにはいかない、と一般に考えられています。これに対してサヴィニーは占有訴権は不法行為訴権であるとしています。考えてみれば、先にお話した瑕疵占有条項があり、占有訴訟は相手方との関係で変わるわけですから、ある時点での占有秩序を物権秩序のように確定することはできません。では相手方との関係で占有を侵害することは、物権に対する侵害ではなく、その行為そのものを不法行為と捉えるのが正しいことになります。このような説明は、もともとは事実である占有を保護するために、法務官によって不法行為を理由とする救済が与えられる、事実つまり不法ではなく法的ではないものに法的救済が与えられることで占有は法的なものになる、という説明を理解するのに助けになるかと思います。

ありがたいことに、ガンスの講義の翻訳として、マンフレッド・リーデル編『ガンス法哲学講義 1832/33—自然法と普遍法史』（法律文化社）が出版されました。その補遺「歴史法学はとの論争」に占有論が比較的詳しく述べられています。サヴィニー批判はともかく、ガンスが占有者の所有意思を特殊意思、所有者の所有意思を一般・普遍意思と捉えられていることは、ドイツ観念論との接点が見出せるのではないか、と思いました。これについてはサヴィニーからの批判を Hattenhauer が述べています。

ちなみに Hattenhauer が引用している箇所は、初版には見られず、1837年の第6版で第6節に付加された部分です。目下、19世紀の法学文献はインターネット上のサイトで読むことができますが、1865年ウィーン版（1990年復刻版）だと、この追加部分（Zus. der 6. Ausg.）といったように記されていて便利かと思います。先ほど各国語訳を若干利用していたと言いましたが、ブリュッセルで出版された仏訳 *Traité de la possession d'après les principes du droit romain*, (trad. par Jules Beving)、ロンドンで出版された英訳 *Treatise on Possession or the Ius Possessionis of the Civil Law*, (tra. by Sir Erskine Perry)、ナポリとサレルノで出版された仏訳や旧伊訳の問題点を指摘している伊訳 *Trattato del possesso decondo i principii del diritto romano*, (trad. Raffaele Andreoli) も、マドリッドから出版された旧西訳 *Tratado de la Posesión según los principios de Derecho Romano* も第6版からの訳ですから、ここでも追加として別に加えられた形で読むことができます。Hattenhauer が引用しているサヴィニーの箇所を、その前後を含め省略せずに紹介しておきましょう。

「占有は、まずは物に対する単に事実上の支配として、従って（不法とは異なる）

非法＝法でないもの（Nichtrecht, non-legal condition）として、法的には中立的なものとして現れる。にもかかわらず占有は一定の侵害に対して保護され、そしてこの保護のために、まるで権利であるかのように占有の取得と喪失についてルールが打ち立てられる。先に述べた保護されることと後に述べた権利に類似した取り扱いがなされることの根拠（der Grund, le fondement, il fondamento, the ground, el fundamento）を述べることで、これが課題である。さてこの根拠は、かの事実状態と占有している者との結びつき（die Verbindung, la liaison, la congiunzione, the connection, la union）にあり、それらが侵害されないことによって、占有は常に同時に人格が侵されることになるような態様の侵害に対し保護されるのである。つまり人格はあらゆる暴力に対して安全であるものとされる。人格に暴力がなされるとこれは常に不法である。そしてこの不法は様々な効果をもたらす。我々はこの観点からまずは二つの両端にあるケースを考察しよう。第一のケースはこの暴力が単に人格に関わりそれ以外には何にも関わらない場合である。第二のケースは、暴力が人格の他に同時にこの人格に帰属する権利に例えばその者が所有している物にも関わる場合である。第一のケースは、市民法においては（ここでは刑事法については触れない）人格権侵害（インユリア）の訴えの効果を発生させるだけである。第二の場合には侵害された所有権に保護を与えるのに暴力は決して要件ではない。所有権は暴力がなくともそれ自体が保護されるのである。にもかかわらず、二つの不法が結合すると固有の効果を生じることがあり、暴力強奪物訴権（actio vi bonorum raptorum）はこれに属する。—この2つの両端のケースの中間に、人格に加えられた暴力が同時に占有を妨害し侵奪するというケースがある。この場合には人格の他に独立した権利が侵害されているわけではないが、しかし人格の状態（Zustand, l'état, the condition, stato, el estado）に人格の不利益となるような変更が加えられ、そして人格に対する暴力という形をとる不法は効果をともなって完全に償われるのである。それは、いかなる事実状態に暴力がなされたかをはっきりさせ、それに保護が与えられることによってなされる。これが占有訴権の真の根拠であり、それは、そしてかの状態の性質を厳密に考察するとよりはっきりするのである。」

I：もともと占有という法的権利があるわけではないけれども、一定の事実状態に実力行使がなされた場合に、法的効果が生じる。ではなぜその場合に法的効果が与えられるのか。それは人格への攻撃であり、しかも人格に結びついた占有という固有の事実状態であるという説明だと理解しました。ちなみにサヴィニーは、この追加の箇所から先に出てきたガンスについて、占有を特殊意思、所有権を一般・普遍意思に結びつけて説明しているが、いかに（おそらくは全く不法な）事実が法的保護を受けることになるのかの問題に答えていないとしています。サヴィニーはここに人格侵害という考えを投入しているわけですね。

H：今日だと、不法行為法の保護対象は、「権利」に限定されず、「法益」も含まれますから、「人格侵害」と言わなくとも、心素を伴う体素という「占有」というもとの事実状態が「法益」とされているというように説明できるかな、とも思いました。でも不法行為というとはまずは損害賠償請求と考えますからこの点は違和感があります。

T：そうですね。ただ、不動産占有保持の特示命令では、特示命令発給後の手続きで、暫定占有中の果実返還にいくら支払うかについて競わせて、高額提示者に暫定占有を与え、その後、敗訴の場合に支払う金銭についての問答契約を締結させるという手続きに移るとされています。ここに損害賠償金の予定という性質を見ることができるかも知れません。このあたりは難しいです。

I：法典論争で、当時のドイツで法典編纂は時期尚早であるとしてそれに懐疑のないし反対の立場をとったサヴィニーに対立して、ドイツにおける一般法典の編纂を主張したティボーは、この問題でも、占有の保護は人格を保護するのだというサヴィニーに対して、法的平和の保護を主張していることが書かれています。別の言い方をすると、私的制裁や自力救済を禁止し、国家の裁判権と執行機関に委ねることであった、と説明されていますね。占有の保護は法的平和の保護であるとするティボーの主張の方が、今日の民法学者にはわかりやすい気もしますが、しかし事実状態をなぜ法的平和と言うのか、と問われると難しいですね。Hattenhauerの説明はこうです。人格侵害と法的平和の二つの理論が以下の展開の特徴を示している。以後の立法者はいずれの立場をとるのかを決断しなければならなかったはずだけれども、ドイツ民法起草者は、賢明なことに、占有の定義を回避し、854条では、「物の占有は物を事実上支配することによってこれを取得する。」(Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.)と定めるだけにして、占有保護の方に条文の重点がおかれたのだ、というのです。

T：定義規定を回避して、占有の取得要件を定める、というのは、ボワソナード民法から現行民法への転換を想起させますね。しかしまずは占有とは何かを予め定義する方向と、占有訴訟で保護される事実状態であるとして保護の方から占有を理解する別の方向は、すでに中世法学に見られるとされています。

I：保護について Hattenhauer は、

ドイツ民法 858 条 占有者からその意思によらないで占有を侵奪し又は妨害する者の行為は、法律が侵奪又は侵害を許さない限り、違法である（禁止された私力）。禁止された私力によって取得した占有は瑕疵あるものである。瑕疵は、承継人が占有者の相続人であるとき又は取得にあたって前の占有者の占有の瑕疵を知っていたときに、その承継人に対抗するものとする。(Wer dem Besitz ohne

dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht) . Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muss der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt.)

を挙げています。

H：これについても、日本の民法には、第二文にあたる瑕疵の承継についての規定が187条2項にあります。肝心の第一文がありません。先ほどの定義規定の削除なり不採用の特徴があらわれていますよね。それから以前紹介した独逸民法典の翻訳ではEigenmachtが私力と訳されています。私が利用している比較的詳しい独和辞典でもその訳語が採用されていますが、あまり馴染みのある言葉ではありませんね。

T：そうですね。通常の自力救済にあたる単語はSelbsthilfeですが、Eigenmachtは辞書によっては「自力行使」とも訳されていますが、占有に対する「実力行使」の場合に用いられるようですね。例えばBeck社の専門用語辞典(Conte / Boss, *Dizionario giuridico ed economico 2 tedesco - italiano*)では、verbotene Eigenmachtに(gegen Besitzer) spoglio illegale 占有者に対する不法侵奪という単語があてられています。

I：そして、Hattenhauerは、この規定が823条2文の、他人の保護を目的とした法律違反による損害賠償請求権を予定しているが、ドイツの判例は、例えばローマとは異なり今日では占有者とされる賃借人が隣地から石油が流れて占有を侵害された者には、823条の損害賠償を認めずに、占有は、第1文のその他の絶対権として保護されるとした、としていますね。

T：Hattenhauerが引用している判例は、当時のドイツ帝国最高裁判所(ライヒ裁判所)民事判例集(第59巻)に登載されており、南山の大学図書館でも読むことができます。私は自分の研究関心の関係もあり、情けないことに最近判例を読むことが少ないので、この機会に読んでみましたところ、他の論点からも興味深いものでした。

H：確かに判例について、後に先例として機能している部分の理論的な要旨が伝わっていきませんが、実際に読んでみると、思いもしない問題を孕んでいることに気づかされることがありますよね。

T：少し煩瑣かも知れませんがそのまま紹介しましょう。ドイツ民法典が施行された直後に、占有者である賃借人が、賃借権に対する第三者の違法な侵害に基づき損害賠償請求が可能かを論じたものです。

被告は1902年10月以来飲食店を経営し、原告は隣接家屋で石油卸業を営んでいました。被告は1902年10月に、壁を通じて石油がしみ込んで部屋中石油の臭いが

し、火災の危険もあると主張し、原告に対して暫定的に2000マルクの額の損害賠償を請求しました。ところが原告はこれを拒否しただけでなく、被告には損害賠償請求権がないことの確認を求めて訴えました。第一審裁判所は、原告の側から絶えず石油が防火壁にしみ込み、住居には臭いがし、火災の危険があるため人が住むには適していないという理由で、行政命令に基づき賃借家屋を立ち去らなければならなくなったという被告の主張にそった判決を下します。これに対して控訴裁判所は原告の主張を認め、被告は上告するのですが、棄却されます。最高裁判所の判決理由はこうです。

「損害を与えるイミッシオーンの差止め（民法906条）又は損害を与える工作物（Anlage）の除去（民法907条）を請求する所有権に基づく訴え（Eigentumsfreiheitsklage）は、賃借人には帰属しない。賃借人の権利は債権的な性質を有する（Entsch. des R.G.'s in Zivils. Bd.54 S.233）のに対して、所有権に基づく訴えはその概念からして所有者にのみ帰属するのである。他の者が所有権に基づく訴えを用いることができるのは、法律がその権能を明示的に与えている場合のみである。民法典では、地上権（Erbbaurecht）（1017条）、用益権（1065条）、地役権（Grunddienstbarkeit）（1027条）および制限的人役権（beschränkte persönliche Dienstbarkeit）（1090条）〔公共団体構成員の便益のための若しくは軍隊の訓練用の土地利用や居住権など〕に関してのみである。所有権に基づく訴え（Eigentumsfreiheitsklage）の権能を有する者には906条907条で保障されている権利があるが、その他に、隣地者の過失がある場合には彼らが、民法823条1項に基づき損害賠償を請求できることは疑いをえない。なぜならこの規定の言う、違法な侵害が損害賠償義務を生じさせる「その他の権利」に物権や他の絶対権が入ることは争いがないからである。争いがあるのは、第三者間で成立する債権に対する違法な侵害が、823条の要件が存在しないときに、損害賠償義務の根拠となるかどうかである。ライヒ裁判所は（Entsch. in Zivils. Bd.57 S.353）否定説にくみしたが、この問題を今一度検討してもこの説を放棄するにはいたらなかった。しかし控訴審が間接占有の承認によって行われる賃借人の権利に対する有責な侵害に対して823条の適用を否認しているのは不当である。賃借物の引渡し・明渡しによって、賃借人の権利は純粋な債権以上のものになる。もはや単に当事者間に権利義務が成立するのみならず、占有によって認識できる賃借権を誰もが尊重しなければならない。しかしそうであるならば債権債務上賃貸借関係にあるわけでない者からの損害を与える違法な侵害は、損害賠償請求権を発生させるのである。この損害賠償義務は、823条1項及び2項から演繹される。ある者が占有することによって尊重しなければならない賃借物を、賃貸借契約で追求される目的に従って、妨害されることなく使用することに対する賃借人の権利は、まさにすべての者によって尊重されなければ

ばならないのであるから、823条1文が扱っている絶対権に属するという説が正当化できる。858条は占有者から彼の意思によらず占有を侵奪すること又は占有している彼を妨害することを違法であるとしているのであるが、これは占有の保護を目的としている。そして占有妨害は賃借物に対する損害を与えるイミッシオンに見出すことができる。これらの構成のいずれが優先されるべきか、あるいは両者は並存しうるかどうかについて判断を下す必要はない。なぜならその争いは単に理論的な意味しか有さないからである。

従って控訴審に従うことができないのではあるが、その判決はもう一つ別の判決理由を有しており、上告は棄却しなければならない。つまり控訴審は、原告が、占有によって保護されている被告の賃借権に対して違法に侵害したことは証明されず、壁に石油がしみ込んでいることは、被告がその住居を賃借したときにはすでに生じていたことが証明された。被告が原告に予期させたのは、占有妨害の訴えであって、損害賠償の訴えではない。従ってすでに妨害されていた占有に入る者が、その後続く妨害に対して損害賠償を根拠づけることがありうるかどうか、またどの程度そうなのかは議論しないでよい。いずれにせよ損害賠償請求は、違法に損害を与える行為が原告の権利を侵害したことを要件としている。賠償を請求する者がすでに損害を与えられた状態でその権利を取得したときは、その要件が欠けている。上告は、この説に反駁するために、損害を与えられた権利が取得されるときには、侵害のきっかけが与えられていた例を挙げ、現実の損害は権利取得後にはじめて生じたときには、損害賠償請求権が取得者に生じる、との主張に結びつけた。この説の正しさはしかし未決のままにしてよい。なぜなら本件では、被告が賃借した時には賃借物は完全に損害を受けていたのであるから。原告の行為は家屋所有者及び場合によってはそれ以前の賃借人の権利に向けられ、以前の賃借人に損害を与えていた。損害を受けていた物の買主は、その売買以前に売主のところその物に損害を与えた者を相手方として請求できないのと同様に、傷を受けた住居の賃借人は、賃貸借契約以前にその住居に対して損害を与えていた者を相手方として損害賠償請求を提起できないのである。」

H：裁判外で損害賠償を請求された者が、債務不存在の確認訴訟を提起しているのですね。そして裁判所は、すでに不法な侵害がなされている物件を賃借したのだから、として原告の主張を退けているのは、とても興味深いですね。この判決の中で、占有が823条のいう絶対権とされているのですね。

T：ドイツ民法の823条の条文を確認したいのですが。

I：はい。ドイツの不法行為の条文は、フランス法の規定にそった日本の709条とは異なった構造を持っています。

823条 故意又は過失によって他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその

他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対してこれによって生じた損害を賠償する義務を負う。

他人の保護を目的とする法律に違反した者もまた同じ義務を負う。法律の内容によれば過失なくしてもその法律に違反することがありうる時は、過失がある場合にのみ賠償義務を生じる。(Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschulden ein.)

この条文の「その他の権利」に占有が入る、というのでしょうかね。

T：占有の位置づけはその後のドイツでどうなされているのか思い、版を重ねた物権法の代表的な教科書にあたってみました (Friz Bauer, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 11. Aufl.)。そこでは、占有保護を説明するところで、占有の訴えによるのではなく、他の私法規定に基づく占有保護として、不法行為法上の保護が述べられています。そして823条2文の「その他の権利」は絶対権であること、占有は絶対権ではないが、占有が占有する権利によって強化されているときには (wenn er durch ein Recht zum Besitz eine Verstärkung erfahren hat)、この規定のいう絶対権と同じ位置づけがされる、とあります。判例としては、2階で歯科医を開業していた賃借人が、1階の賃借人の工事による相当な騒音被害について、906条の受忍限度を超えしかも然るべき配慮を欠いたために過失があるとして、損害賠償を請求できる (862条の占有侵害訴訟なら被告の故意過失は要件ではないが、工事の差止め Unterlassung しかできない) と判示した事件が挙げられています。つまり占有そのものが直ちに絶対権一つであることは否定されているようですが、賃借権のような占有する権利が付与されると絶対権となり、不法行為の保護対象となるという意味で、Hattenhauer の引用した判例を踏襲しているのでしょうか。ローマでは心素を欠いた賃借人は占有の保護を受けないことは別にしても、瑕疵占有条項によって占有は相手方との関係に左右される相対的なものだという理解からは相当にずれたものになっているのがわかります。

H：それにしても、石油がしみ込んで継続的に侵害があるときに、賃貸借契約前から侵害があったのだから、損害賠償の請求権はあくまでその契約前の所有者なり前の借主といった占有者にしかないという論法は、容易には納得し難いと思います。日本の教科書でとりあげられる「賃借権に基づく妨害排除請求権」の議論を思い起こせば分かりますが、不動産賃借権の保護は強化されていますので (いわゆる「賃借

権の物権化」)、賃借権そのものに基づいて侵害者に対して妨害排除請求できると考えてもよいですし、債権者代位権の転用によって、賃貸人（所有者）の有する所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使するという構成もありうるでしょう。

I：それと、賃借権という債権が占有によって強化され絶対権と同じ位置づけがされるという論法は、以前お話に出てきた『法律家の歴史的素養』の討論で石部先生が紹介されている近代の物権・債権峻別以前の構成—賃借権は対人権だけれども、物の占有を取得することによって対物権に変化するという流動的な構成を想起させますよね。