

時間、労働と生態 —先住民の財産権の核心的テーマ

黄 居 正*
坂口 一成(訳)

「秩序とは、物のなかにその内部的法則としてあたえられるものであり、物がいわばそれにしたがってたがいに見かわす非罪の網目であるが、同時に、視線、注意、言語といったものの格子をとおしてのみ存在するものにほかならない。だからその秩序が、言表される瞬間を沈黙のうちに待ちうけながら、すでにそこにあつたものとして深層に姿をあらわしてくるのは、ただその基盤目の白い仕切のなかからにすぎない」——フーコー『言葉と物』⁽¹⁾

1 はじめに

先住民の財産制度および財産権が憲法ないしは他の特別法において特別な地位を有すべきであるか否かは、市民権構造の発展初期にあり、また継受法を財産法体系の基礎とする台湾においては、一貫して異色の、さら

* カナダ・McGill大学法学博士 (D.C.L.)。現在、台湾・国立清華大学科技法律研究所准教授、台湾国際法学会 (TSIL) 理事。本稿の初校を北海道大学の研究会で報告した際に鈴木賢教授およびその他の参加者各位からご教示を得ることができた。ここに記して謝意を表したい。なお、本稿に対するご指摘・ご批判については cchuang@mx.nthu.edu.tw にお寄せいただければ幸いである。

⁽¹⁾ FOUCAULT, M., THE ORDER OF THINGS (LES MOTS ET LES CHOSES), (London & New York: Routledge, 1989), at p.xxi. [邦訳はミシェル・フーコー (渡辺一民・佐々木明訳)『言葉と物—人文科学の考古学—』(新潮社、1974年) 18頁を参照した。なお、[] 内は訳注を示す。以下同じ]。

にはトラブルメーカー的な議論と見なされてきた。確かにここ数年、政治環境の変化により、先住民の人権と自治は、重箱の隅的なテーマから正しい政治のモザイク図における目を見張るトーテムへと瞬く間に転じた。とはいえ、先住民との「ファーストコンタクト (first encounter)」の経験がある市民法システム (例えばアメリカ、カナダ、オーストラリア) において常に論じられてきた核心的テーマ、すなわち先住民の財産権は、だからといって多くの注目を集めたわけではない。ルールが足りない一方で、従来の漢族コミュニティにおける財産権の解釈の相違によりもたらされる法的紛争 (先住民の伝統的知識・知的創作の権利帰属をめぐる生じる争いを含む) は、深刻化の一途を辿っている。

財産権はもとより客観的、具体的な制度 (例えば普遍的に認められている占有の方式や市民政府が打ち立てた登記制度) に表れるが、その規範的内容は本質的に解釈体系である。この解釈体系により、法律が顕彰しようとする秩序と価値が具体化される。他方、この解釈体系の正統性の根拠は、主に規範を形成するコミュニティ共通の歴史的記憶⁽²⁾にある。人とそれが生存のために依存する資源との間の関係、および人と人 (各種の団体、政治組織を含む) との間におけるそうした資源により生じる関係を処理する財産規範⁽³⁾においては、各コミュニティが普遍的に承認するある種の衡量の基準 (例えば経済効用、持続的発展の利益など) が存在する。しかし、こうした基準はコミュニティの歴史的言語の表現によらなければ、法律上の効果を獲得することはできない⁽⁴⁾。コミュニティ言語の表現能力は必ず国民が最終的に形成する共同価値 (例えば憲法の下での権力分配) の制約を受け、さらには議会の多数決を主として構築する市民社会の権力分配システム⁽⁵⁾により、先住民の権利の法的叙述には、本質的に用語の (政治的な) 正しさと異なる「法系」間の比較ないしは整合的把握という二大問題

⁽²⁾ KAHN, P.W., THE CULTURAL STUDY OF LAW: RECONSTRUCTING LEGAL SCHOLARSHIP (Chicago: University of Chicago Press, 1999), at p.43.

⁽³⁾ 黄居正『財産法総論』(自費出版、2005年)1頁以下。

⁽⁴⁾ KAHN, P.W., *supra* note 2, at p.44.

⁽⁵⁾ 黄居正「国籍与公民身分——一個跨領域的探索」台湾國際法季刊1卷4期(2003年)304頁以下。

が存在している。

このほか率直に言って、たとえ同じ国家内の先住民族であろうとも、適用される財産規範はまた、それぞれの生産条件の差異、およびそれにより形成された社会的価値観の差異により異なり得る。例えばオーストラリアには500を超えるアボリジニー部落があるが、北オーストラリアの部落は長期にわたりインドネシアの貿易商および漁師と交易を行っており、その財産規範は南オーストラリアないしは砂漠地帯の部落とは全く異なる⁽⁶⁾。アジアモンスーン気候地帯の最前線に位置し、エスニック・グループの多様化が著しい台湾の状況も同様である (例えば、ほぼ完全に市場経済化した邵族と離島に孤立している達悟。詳しくは後述する)。したがって、一元的で完結した解釈体系によりその財産関係を処理しようとする事それ自体が、本質的に矛盾している。問題は社会価値とパラレルな、ひいては対立する市民の財産権体系にある。

再びマクロ的視座からみると、現在南北の均衡が崩れている情景は、まさに覇権国家が自己に有利な解釈権を利用し、日増しに拡張する (それとも「グローバル化」?) 取引市場を通じて、発展途上国の財産意識の内容を故意に杓子定規化し、軽視するようにし、それにより絶え間なく資源を略奪してきた結果である。先住民の財産権が市民法システムにおいて陥っている苦境は、独り立ちできていない国や被植民国家が現行の国際貿易規範の下でその議論の権力に極度に抑圧されている状況に近いものがある。1957年という早い段階で、ILO (国際労働機関) が採択した107号条約 (独立国における土民並びに他の種族民及び半種族民の保護及び同化に関する条約)⁽⁷⁾において、すでに先住民族の伝統的知識と知的創作が「現代化

⁽⁶⁾ Debelle, B., "Aboriginal Customary Law and the Common Law" in, JOHNSTON, E., et.al., ed., INDIGENOUS AUSTRALIANS AND THE LAW (Sydney: Cavendish Publishing, 1997), at p.81.

⁽⁷⁾ 107号条約は1957年に開催された第40回ILO会議で採択され、一般的に「先住民族と部落人民条約」[原住民与部落人民公約]と略称されている。英文では "Convention Concerning The Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries" (全文は<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?c107>を参照した。2005年1月21日最終アクセス)。107号条約はそ

された生産と市場」に直面した際に遭遇するであろう困難が予測されていた⁽⁸⁾。しかし、1994年にTRIPs協定が成立した後、先住民族の伝統的知識と知的創作に関連する規範をめぐる議論は、堂々と貿易障壁の解決を核的価値とする「貿易指向」の段階へと進んだ⁽⁹⁾。国際社会の舞台の隅に追いやられている国からいけば、次のようにまとめることができよう。すなわち、覇権国家と発展途上国が平等に対話し、権力を構築する規範を共有する舞台を設けるためには、マイノリティ国民の意識の元素を正視しなければならないと同様に、普遍化された価値を有する先住民族の伝統的知識と知的創作の財産権についての保護システムを形成するためには、市民の財産権に隠された核的テーマ（例えば時間、労働と生態などの規範的名詞の意義と価値）を、土台が異なる解釈方法によって再検討・再解釈する機会を提供し、市民の財産規範体系における多くの理性的仮説の誤謬と限界を適切に明らかにしなければならない。

このほか、先住民族の財産権を論じることには、もうひとつ意義がある。すなわち、市民の財産権の核的テーマ（例えば時間と労働などの規範的名詞）に隠された意義と価値を再解釈することによって、継受法システムにおける財産規範の多くの理性的仮説を適切に明らかにし、検証する機会が与えられるとともに、こうした「議論」を通じて、特定の財産規範の「正統性」を再検討することができることである。

の後採択された169号条約に取って代わられた。

⁽⁸⁾ 同条約18条の趣旨は、先住民の手工芸品と伝統産業の文化遺産と芸術的な価値における保護を奨励することにあるが、同時に、それらの経済的な意義（それらが当該部落が現代化された生産と市場メカニズムにおいてその生活水準と適応性を高めるための最も重要な要素になるかもしれない）を軽視すべきではないことを強調している。

⁽⁹⁾ Gervais, D.J., “The Internationalization of Intellectual Property: New Challenges from the Very Old and the Very New” 12 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 929 (2002), at pp.940-1.

2 時間的要素——「第一」エスニック・グループ、「先」住民族と「優先」取得などの議論の要素

(1) 財産取得の基礎——時間差

時間的要素は市民間の財産権の衝突を処理する重要なメカニズムである。市民法において、時間により所有権の個人的境界を判定する最たる例は、無主物先占の概念である。すなわち、未開発の土地⁽¹⁰⁾、大海原の鯨⁽¹¹⁾、トビウオの群れ、山中のテンやキツネ⁽¹²⁾などの野生動物の所有権取得の争いは、どのような客観的形式を基準としようとも⁽¹³⁾、その解釈方法は当該物の実質的支配を取得した時間の先後をもって、権利分配の根拠とするというものである。

時間が財産権確立の基礎となる主な理由は、その競争において、個人的人格（personhood）と財産優先を結びつけ、自主的意識に拠らない不可分の部分とするためである。他方、社会が承認する労働価値は、この結合の触媒である。先占テーゼにおけるキーワード（「人格」、「自主的意識」、「労働価値」と「排他性」）から看取できるように、時間差という解釈メカニズムは、基本的にロック（John Locke）の政府論以降の市民法における私有財産制哲学の産物である。すなわち、市民が自身の意識的な労働をもって、自らの自然状態から創造した物の排他性を確保することである⁽¹⁴⁾。労働

⁽¹⁰⁾ *Brumagim v. Bradshaw*, 39 Cal. 24 (1870).

⁽¹¹⁾ *Ghen v. Rich*, 8 Fed. 159 (D. Mass. 1881).

⁽¹²⁾ *Pierson v. Post*, 3 Caines 175 (N.Y. Sup. Ct. 1805).

⁽¹³⁾ 物に対する客観的支配の時間の先後は、決して唯一の判断基準ではない。物の性質および特定の生産コミュニティが形成した慣習により、主観的意思（例えば捕鯨漁師がモリに特殊な識別符号を刻印するなど。Ghen v. Rich, *supra* note 11）を時間の先後の基準とすることもあり得る。

⁽¹⁴⁾ LOCKE, J., *TWO TREATISES OF GOVERNMENT AND A LETTER CONCERNING TOLERATION* (Shapiro, I. ed.) (New Haven: Yale University Press, 2003), at pp.111-21. ロックの労働価値論の解釈については、SIMMONS, A. J., *THE LOCKEAN THEORY OF RIGHTS* (Princeton: Princeton University Press, 1992), pp.224-6, Epstein, R. A., *Possession as the Root of Title*, 13 GA. L. REV. 1221 (1979) を参照されたい。ギリシャ時代の私有財産権に関わる哲学においてすでに「労働が所有を創造する」議論が存在していた

働がひとたび絶対的時間において優先的に財産を形作るようになれば、市民はこれに対して自己の事務を管理するための自然の権能を取得し、所有者の同意を得なければ、剥奪できなくなる。

先住民族の財産権に関する政治的正しさの議論において、「取得時間」上のアドバンテージはまた、先住民族が特定財産について正当な権利の正統性を主張する解釈道具として引用されることが多い。例えば、パプアニューギニアの最も著名な先住民財産権論者である P. Donigi は「古代からの所有 (possession since time immemorial)」理論の典型的擁護者である。彼は先住民族が地底鉱脈の原始所有権を有することについての議論において、(人類学と考古学の証拠に依拠して) 太古の昔からパプアニューギニアの先住民は鉱物採取活動を開始しており、したがって、白人の植民者に優先して鉱脈の財産権を取得すべきである、と主張しようとしている⁽¹⁵⁾。

同じく行動したいと欲する能力を持つ生物体として、人と財産の関係に対する先住民族の評価は、市民社会における解釈体系と決して大きな違いはない⁽¹⁶⁾。すなわち、財産秩序の構築は、基本的に自らの生存とニーズのためである。しかし、一部の部落における財産体系においては、「時間的な優越性」により使用権の帰属を判断するという社会的価値観が存在しない。東埔社のブヌン族 (Bunun of Taketungpu) の狩場の利用法を例にする

が、客観的な社会条件 (例えば階級制と奴隷制) のため、時間的要素のメカニズムが真に重視されるようになったのは17世紀末の財産法論においてであった (SCHLATTER, R., PRIVATE PROPERTY: THE HISTORY OF AN IDEA (London: George Allen & Unwin Ltd., 1951) at pp.10-1)。これら以外の労働価値論に関する議論については、後に詳しく述べる。

⁽¹⁵⁾ DONIGI, P., INDIGENOUS OR ABORIGINAL RIGHTS TO PROPERTY: A PAPUA NEW GUINEA PERSPECTIVE (Utrecht: International Books, 1994), at pp.32-3.台湾における先住民の土地権に関する類似の解釈としては、布興・大立 (高萬金) 「原住民の人権報告」許世楮・施正峰・布興・大立編『原住民族人権与自治』(前衛出版社、2001年) 17~19頁。

⁽¹⁶⁾ アメリカ連邦最高裁の Marshall 首席判事は、有名な Johnson v. M'Intosh (21 U.S.(8 Wheat.) 543 (1823)) 判決において、先住民の開発・財産取得の目標が、実際にはヨーロッパ移民と一致していることを認めている。

と⁽¹⁷⁾、狩場の発見者は宗教儀式により確認された狩猟の範囲を優先的に獲得するが、その使用権は氏族と家系構成員が共同で有する。しかも、公益の原理に基づき、たとえ両者に属さない者であっても、より狩猟に長けていれば、当該狩場を直接使用することができる。したがって、東埔社ブヌン族の財産規範体系においては、発見や占有の時間差が排他性を生み出すことは承認されていない。所有権と使用権は変動的であり、相対的である。これは多くの先住民族が「シェアの道徳 (ethic of sharing)」原則に基づき、人と土地、動物により形成される生態系の管理権を分配しているからである。

取得時間の先後が財産の支配と運用を妨げない⁽¹⁸⁾以上、部落ないしは家

⁽¹⁷⁾ 東埔社ブヌン族の伝統的土地制度の詳細については、黄応貴『東埔社布農人的社会生活』(中央研究院民族学研究所、1992年) 82頁以下参照。

⁽¹⁸⁾ 「狩りの成功は、動物の霊の賜り物である。よって人類は分かち合う義務があるとともに、浪費してはならず、その全てを用いて他人を養わなければならず、もって動物の霊に対する尊重を表す。分かち合うことは神聖な責任であり、誰であろうと客人ないしは親戚であり、最良〔の部分〕を分かち合わなければならない」(Henderson, J.Y., *Mikmaq Tenure in Atlantic Canada* 18 DALHOUSIE L.J. (1995) 196, at p.216)。このほか、台湾の鄒族を例にすると、他のグループの狩場を借りた者は、慣習上、獲物の一部 (肉や毛皮) を狩場主に差し出し、狩場主はモチと米酒を振る舞い、手製の弓を贈呈する (台湾総督府臨時台湾旧慣調査会 (中央研究院民族学研究所訳) 『蕃族慣習調査報告書「第四卷」鄒族』(中央研究院民族学研究所、2001年) 175~176頁参照)。旧慣調査会 (調査者) の解説によると、これはもとより「狩場を借用した報酬」に属する。しかし、こうした歴史的順序観を欠いた対価理論は、調査者が慣れ親しんだローマ法理により蕃族の土地権を分類した目的解釈というべきである。実際、同調査に掲載されている蕃族の「性情」の節 (31~32頁) には、獲物のシェア (非狩人が祝いに参加しているわけではない) の習慣は、明らかに同部族における財産の社会的価値観の反映である。他方、現代の鄒族と平地に住む市民との間の財産権認知の衝突 (2003年2月の「蜂蜜強行没収事件」) からも、当該部族の生活秩序がシェア価値体系を元に構築されていることがうかがえる。当該事件の事実と評論については、浦忠勇「法律与部落規範の対話」『中国時報』2003年2月23日16面を参照されたい。東埔社ブヌン族の狩場の規範においても、同様の実践 (「非父系構成員の……狩人はやはり獲物の特定部位を使用権所有者に送る。…… (なぜなら) 生活にとっても最大の援助だからである」) が見受けられる (黄

族の領域の間で生じた財産管理権の衝突においてはまた、時間的要素が判断の絶対的メカニズムとはされない⁽¹⁹⁾。

しかし、こうした先住民族の伝統的財産規範体系の「本質」は、市民法の優勢論述構造(narrative institution)の下でひどく埋没させられ、軽視され、民族誌の記録の対象へと成り下がった。そのため、先住民族は主体的地位をもって適切に自らを表明する術がなく、先住民族の財産権と漢族が衝突した場合に、前者が基礎を確立した時間的価値は、情け容赦なく否定されるのが常である。2003年2月に起きた鄒族のリーダーが裁判所の刑事判決により有罪とされた「蜂蜜強行没収事件」を例にして見ていこう。鄒族の生産システムにおける使用権区分の境界は、帯状時間を基礎とする総体的概念である。そのため、鄒族にとって、蜂蜜の生産は造物生態(環境的要素、気候、季節ひいては神秘的力を含む)が総力を挙げた貢献であり、決して特定の労働時間の成果ではない(後述)。しかし、漢族の市民にとって、現実にコントロール可能な時間的領域内の労働成果は、所有権の徴表である。ひとたび個体的意識を労働に投入したならば、その成果を独占・取得することが期待されているのである。2つの時間的価値システムが衝突した結果、自らの伝統的財産規範体系の「本質」に対する解釈権を喪失した鄒族は、必然的に強奪と認定されたのであった。先住民族がシェアの価値システムの上に築き上げた生活秩序が、漢族の裁判システムに正視されなかったことは明らかである。

このため、例えば上述のDonigiが提唱したような少なくないポスト植民人権論は、先住民族に対して、反対に「他者(the Others)」——市民法の

応貴・同上84頁)。

⁽¹⁹⁾ 部落または家族の間における財産をめぐる紛争または争いは、原則として部落または家族の構成員全体が話し合いで解決する。そしてその解決の土台は、部族の律法——友好・相互尊重・相互信頼の精神である(Henderson, J.Y., *id.*, at pp.230-6)。かかる説明は、時間的要素は部落構成員の政治的権力の区別、およびそれにより生じる構成員間の不平等(支配)関係において、決して「規範」的作用がなかったわけではなく、その規範の対象自体(すなわち権力の源と象徴化の基礎)が時間の概念よりも重要であったことしか表していない。しかも、特定の財産管理権の確立とは直接的な関係があるわけでもない(黄応貴「時間、歴史与实践:東埔土布農人の例子」『時間、歴史と記憶』(中央研究院民族学研究所、1999年)440~441頁参照)。

時間秩序システムと価値観によって、先住民の権利状態を表明すべきであり、こうしてこそ戦略的に自己を表明する権力を獲得することができ、かつ非先住民の賛同を獲得できると提案する⁽²⁰⁾。

(2) 市民法の時間秩序をめぐる逆説的落とし穴

とはいうものの、市民法の時間秩序に直接依拠して表明することは⁽²¹⁾、自らマイノリティと化し、逆に二度と表明できなくなる矛盾に陥ることになるかもしれない⁽²²⁾。以下の道具実践において、こうした方法論の制約と難題を十分に検証することができる。

実体的規範から明らかなように、市民法の時間秩序の有効性は、通常の意識で見ることができる横断的時間秩序の制約を受けている。例えば、記憶を証拠にする際には、やはり合理的に判断された時間(不動産の取得時効のように20年、または多くとも著作権が存続する50年?)⁽²³⁾でよいが、先住民の時間秩序についての見解のほとんどは、太古の昔よりと主張するものであり、こうした断面を遙かに超越している。さらに、市民法の時間秩序の記録システムは、決して完全に中立ではなく、とりわけその記録権が言語や支配装置のアドバンテージのために一方の手中に掌握されているときはなおさらである。土地という認知可能性を超越した非消耗財のように、その取得の歴史的プロセスは本質的に不可逆的な詐欺、(公共また

⁽²⁰⁾ Furniss, E., *Timeline History and Anzac Myth: Settler Narratives of Local History in a North Australian Town*, 71 OCEANIA 279 (2001:4), at pp.291, 294.

⁽²¹⁾ 同一の時間秩序の市民法体系解釈の下で先住民の財産権を樹立すべきであるかについては、3章「労働」において詳しく議論する。

⁽²²⁾ SAID, E.W., *CULTURE AND IMPERIALISM* (New York: Vintage Books, 1994), at p.25.

⁽²³⁾ コモン・ローは30年以上経過し、合法的に保管された文書(一般的に古文書または古代文献(ancient documents/writings)と呼ばれている)を「一応の証拠」とすることを認めているが、文書自体に真実性があり、改ざんされていないことを前提としている。しかも、たとえそうであっても、各訴訟が裁判所に係属するかは、依然として各事件の事実時点の社会的条件(例えば一方しか筆記能力がない)により、文書の解説を専門家証人に委託するかを決定する。

は私人の) 暴力や錯誤に満ちあふれている⁽²⁴⁾。たとえテキストの記載があったとしても、「故意にねじ曲げた」、「一面的」なものであるかもしれない⁽²⁵⁾。それ故、通常はさらに具体的事件の事実背景がなければ、時間秩序の記録を援用し、専門家証拠とするかを決定できない。したがって、占有取得の時間の先後について理性的確認が困難な状況に陥った場合、特に市民と先住民が財産権の取得時間について争っているとき(短くても100年余り前⁽²⁶⁾、長ければ500年前⁽²⁷⁾)に、時間的要素を所有権の絶対的な判断の基礎とするならば、ある種の「逆説的落とし穴」(paradoxical trap)に陥るかもしれない。

時間秩序の逆説的落とし穴の有名な例は、カナダ・ブリティッシュコロンビア州最高裁判所(B.C. Supreme Court)⁽²⁸⁾が1991年に判決を下した、同州の先住民GitksanとWet'suwet'en族が西北地区の土地権を主張した事件である(一般的にデルガムウク(Delgamuukw)事件と呼ばれる)⁽²⁹⁾。3年

⁽²⁴⁾ 柯志明『番頭家——清代台湾族群政治与熟番地権』(中央研究院社会学研究所、2002年)22頁は、伊能嘉矩『台湾蕃政誌』、黄富三『清代台湾漢人之耕地取得問題』の議論を引用している。

⁽²⁵⁾ Simmons, A.J., Original Acquisition Justifications of Private Property, in PROPERTY RIGHTS 63 (Paul, E.F., Miller, F.D. Jr. and Paul, J., ed.)(Cambridge: Cambridge University Press, 1994), at pp.74-5.

⁽²⁶⁾ 例えばErskine指揮官は1884年にHanuabada村の海辺で、英語を用いて現地先住民に対してイギリス王室を代表してバプアニューギニアの「発見」(そして占領)を宣言した。

⁽²⁷⁾ 例えば1492年にコロンブスがアメリカのカリフォルニア海岸に到着し、当地の征服と占領を宣言した。

⁽²⁸⁾ 同州の訴訟手続によると、政府と先住民との間の私権訴訟の第一審強制管轄裁判所である。

⁽²⁹⁾ *Delgamuukw v. B.C.* [1991] 79 D.L.R. (4th) 185(B.C. S.Ct.), *aff'd*, [1993] 104 D.L.R. 470 (B.C. C.A.), *cert.granted* [1994] 3 W.W.R. 1xvi (note) (S.C.C.), *rev'd* [1997] 3 S.C.R. 1010 (S.C.C.). ブリティッシュコロンビア州最高裁の本件判決は、カナダ最高裁に上訴された後、破棄され、原審に差し戻された。カナダの審級制の詳細な事実背景および訴訟手続については、CULHANE, D., THE PLEASURE OF THE CROWN: ANTHROPOLOGY, LAW AND FIRST NATIONS (Burnaby: Talonbooks, 1998), pp.26-32を参照されたい。

の長きにわたる弁論の攻防において、GitksanとWet'suwet'en族は1万ページ以上もの人類学、系譜学、社会学や歴史文献などから、先住民が調べることのできない概念上の歴史においてすでに、白人開拓者とその後打ち立てられた植民主権よりも、当該土地を「優先」して占有・使用していたことを証明しようとした。ブリティッシュ・コロンビア州政府は、(植民者の文字により) 知ることのできる歴史に記録されている時点において、開拓者と植民政府こそが市民法の基準に合致する先占者であると主張した。両者ともに市民法の時間秩序システムを適用することを争わなかったため、裁判所は最終的に、先住民の証拠のほとんどが「口述概念」であり、先住民が氷河期の後に、市民法の基準に照らして当該土地を「先占」したのかを「確かめ、証明する術がない」とし、それに対して、植民者は書面の記録を提出し、開拓者と植民主権が「法に従い」所有権を占有・取得したことを証明できるなどの理由から、先住民敗訴の判決を下した。

デルガムウク事件の判決に対する後の評論のほとんどは、訴訟戦略上、先住民は市民法の時間の枠組みに自ら陥るべきではなく、そのために解釈の権能を剥奪され、敗因の種をまいた、とするものである⁽³⁰⁾。他方、裁判所の判決のロジックはまた、ポスト植民論における「他人」の観点に基づき表明する方法が、非先住民の慣習である多元的文化についての賛同を得ることができるかもしれないが、論理的に自らがマイノリティとなるため、反対に先住民を効果的に表明できない苦境に立たせることになることを十分に証明している。

先住民自体が市民法の時間秩序解釈体系の逆説的落とし穴に拘束されるだけではなく、同様の難題は、国家装置が先住民のために打ち立てた規範道具においても生じる。「先住民の伝統的創作の保護不足」の問題を解決するために、台湾行政院が2002年末に採択し、立法院の審議に付託した先住民伝統的創作保護条例草案⁽³¹⁾は、まさにこうした時間の落とし穴にはまってしまったもうひとつの実例である。

先住民伝統的創作保護条例草案において最も注目を集めたのは、先住民の伝統的な宗教儀式、音楽、舞踊、彫刻、機織り、デザイン、服飾な

⁽³⁰⁾ CULHANE, D., *id.*, at pp.30-1.

⁽³¹⁾ 『行政院公報』8巻47期(2002年)100頁。

どの民俗工芸およびその他の文化的成果の表現（「伝統的創作」と総称する）について、同草案理由書で示されたように、現行著作権法の制度枠組みを模倣し、創作の完成時をその権利保護の起点とするのではなく、「先占」という時間的要素を基礎とした登記（登録）保護制度を採用したことである⁽³²⁾。こうした相対的に復古的な枠組みを採用したのはなぜか？同条例は伝統的創作の申請者を先住民または部落のみに限定しており、しかも後者はさらに（主管機関が選任した）「代表者」に申請を委任しなければならないとされている（草案6条）。また、理由書では審査と登記制度によって、財産権の帰属の公信力を打ち立てることなどをひっきりなしに強調している。これらのことから、先住民の伝統的創作のほとんどは、エスニック・グループの長年に及ぶ生活経験の累積と社会意識の結晶であり、個人的な成果ではなく、しかも伝統工芸の重要な要素——エスニック・グループの生活と分かつことのできない状態の下で保存と改良という貢献がなされているため、権利形成の的確な時点は、個人の主観的な完成したという意識に帰属させることができないことを、国家装置がすでに認識していると推測できよう。先住民の伝統的創作の私有財産権化とその時点について、以上のような致命的な挙証上の困難さが存在する以上、ひとたび現行著作権法の創作完成時主義を採れば、必然的に訴訟が非効率的になり、保護政策が全く実現されないことになる。

もちろん、先住民の財産権体系が真に人類学者Readが提唱したように、隔絶された純粋な内部取引システムになり⁽³³⁾、先住民の文化などの知的

⁽³²⁾ 草案4条1項は、「知的創作は主管機関の認定および登記を経なければ、本条例の保護を受けない」と定める。登記保護制度を採る著作権について、その権利は「先に」登記したかにより発生する。コモン・ローにおいては、1834年の *Wheaton v. Peter*, 33 U.S. (8 Pet.) 591判決以降、「登記発生（実質的要件）主義 vs. 創作発生主義」と「登記保障（技術的要件）制 vs. 創作発生制」というかけ離れた議論がある。台湾でも類似の争いが起きた（施文高『国際著作権法制析論（上冊）』（自費出版、1988年）258頁以下参照）。台湾著作権法は明文をもって「著作完成時に権利を享受する」（10条）と改正すると同時に、登記制度を廃止したため、この議論の立法政策上の実用性はもはや存在しない。しかし、先住民伝統的創作保護条例の復古立法により、この議論が再び注目を集めるかもしれない。

⁽³³⁾ 「非先住民にまず自らの知的財産の範囲を画定させればよい。残りについては先

財産の特別な観点⁽³⁴⁾に基づくようになれば、上述の時間的要素の障壁は何の問題にもならない。さらに、先住民の知的創作の内部取引については、これまで一貫して独特の管理メカニズムがあり、実際上も市民法の介入や干渉は必要ない。しかし、大多数の市民社会において、こうした隔離されたシステムが生成されることは不可能である。なぜなら、トーテム・ポールや古跡などの他に代替し得るものがない文化遺産を除き、ほとんどの市民法制度は、先住民が伝統的創作を商品化し、取引することを禁止していないからである。伝統的創作の外部取引市場は存在しているというどころか、日増しに成長を遂げている。オーストラリアを例にすると、先住民の美術創作は、場合によっては同国の年間芸術品輸出総額の2分の1に達する⁽³⁵⁾。故に、先住民伝統的創作保護条例草案のような規範道具の真の目的は、決して先住民部落における個人ないしは家族コミュニティ間の排他的権利を画定するためではない。それは、市民が熟知する登記制度により、相対的に弱者の地位にある先住民の財産権を保護し、先住民の伝統的創作が取引市場において迅速にコピーされ、高度に重層化された市民の内面的活動の情け容赦ない競争に晒されるのを避けるためである。つまり、市民法の普遍性の下で、一般的にいわゆる「*sui generis*」〔特別な権利〕概念⁽³⁶⁾を作り上げることにより、社会上において特殊性を有するコミュニティの価値を隔離しようとするのである。

しかしながら、「*sui generis*」概念を採用したあらゆる法システムが遭遇する難題と同様に、登記保護制度を採用すれば、それに伴い市民の財産制の時間秩序メカニズムも使用しなければならない。この場合、伝統的創作権の形成とその時点を確認するのが司法メカニズムであろうが、特別組

住民自身の解決に委ねればよい」（READ, P., *BELONGING: AUSTRALIANS, PLACE AND ABORIGINAL OWNERSHIP* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), at p.204)。

⁽³⁴⁾ 3章「労働」における文化的財産に関する議論を参照されたい。

⁽³⁵⁾ Nicholls, C., *Indigenous Australian Art: The Case for Law Reform*, 28 *FEMINIST STUDIES* 212 (2002: Spring) at p.213.

⁽³⁶⁾ *sui generis* 概念の先住民の権利における運用方法の議論については、Borrows, J. & Rotman, L.I., “*The Sui Generis Nature of Aboriginal Rights: Does It Make A Difference?*” 36 *ALBERTA L. REV.* 9 (1997)を参照されたい。

織である「知的創作審議委員会」(草案5条)であろうが、いずれにせよデルガムウク事件の時間秩序の逆説的落とし穴と再び対峙することになる。他方、草案における同審議委員会のメンバーの最も可能性のある平均値(関連機関人員、専門家、先住民代表がそれぞれ3分の1を占める)⁽³⁷⁾は、手続遅延(stalemate)のリスクをさらに高める。

このほか、登記保護主義を採用することは、先住民に対して、市民文化活動が駆逐しようとする対象を予測しなければならないことを求める。こうして再び先述の、市民の財産権の先占概念を先住民財産管理システムに導入するという矛盾に陥る。運用において先住民の文化的財産の管理慣習に反するのみならず、侵害発生前にあらゆる伝統的創作を残さず登記することが不可能な状況の下で、双方は最終的にはやはり裁判所に赴き、やはり非効率的な訴訟を行わなければならない。

要するに、先住民族伝統的創作保護条例草案は登記制度を挙証コスト引き下げの道具としようとするが、それは将来的に発生するであろう高い訴訟コストを、より複雑な申請、審査、登記などの前置された行政手続に転嫁しているにすぎない。立法技術上、やはり「二悪」——登記保護制度を採用することにより極めて高い制度的コストのリスクを負うか⁽³⁸⁾、非効率的な規範を制定するかというディレンマから逃れられない⁽³⁹⁾。

⁽³⁷⁾ 草案5条2項は「前項(先住民族知的創作審議)の委員会の委員は、関連機関人員、専門家および先住民代表により構成され、そのうち先住民代表は3分の1より少なくしてはならない」としか規定していないが、その実際の運用における一般的平均値は必然的にそれぞれが3分の1と想像できよう。

⁽³⁸⁾ 同草案は、先住民の伝統的創作の取引市場の促進ではなく、「先住民族の権利・利益の保護」を核心的立法目的としているため(草案総説明参照)、当然に先住民申請者に対して、一般財産登記制度における取引コスト(例えば政府が実質審査を採らず、取引市場の参加者の取捨選択、情報の分析に委ね、さらには登記・閲覧などの費用を徴収すること)を分担するよう要求できない。

⁽³⁹⁾ 予測の結果により、いずれか一方を選択した場合のコストを保護効率と比較して、コストが極めて低ければ、本草案はやはり実行可能なメカニズムと判断されるべきであろう。しかし、草案は最終的に制度コストが高い登記(登録)保護主義を採用したが、その際にそれと保護政策との効益差が正確に測れたかについては、本稿の検討範囲ではない。

(3) 市民法の時間秩序の不可逆性という苦境

上述の解釈体系の逆説以外に、継受法系国家にとっては、なお時間的要素に関連する難題がある。それは市民法制度における歴史的時間秩序(chronological order)の不可逆性(irreversibility)の問題である。

アメリカとイギリス連邦が時間秩序を基礎として先住民族の土地権または使用権を正当化できたもうひとつの重要な理由は、当該法域内において、先住民と市民の財産権体系の法的時間秩序は、いずれも線形(linear pattern)の議論枠組みだったからである。つまり、先住民の既存の財産に対する「原始所有権(original title)」は、植民主権と初めて衝突した歴史時点において双方の「合意」により確立していた⁽⁴⁰⁾。当時締結した条約、立法ないしは行政の宣言(合意の証明)⁽⁴¹⁾により、植民主権は先住民の財産権についての占有取得の時間秩序と市民法の時間秩序を統一し、憲法上の根拠を与えた。その後、特定領域の争いについて各行政主体が先住民部落と個別に締結した条約⁽⁴²⁾については、上述の時間秩序を基礎とした紛争解決メカニズムの上に形成されており、先住民族がすでに取得した権利を

⁽⁴⁰⁾ Tully, J., *Aboriginal Property and Western Theory: Recovering a Middle Ground*, in PROPERTY RIGHTS 153, *supra* note 25, at pp.179-80. 学説がこうした「合意」理論を支持するだけでなく、コモン・ロー上の著名な判例(例えばWorcester v. the State of Georgia, 6 Peters 515 (U.S.S.C. 1832) (「(発)見者の権利は原始占有者の既存の権利を失効させ得ない」at 542)、および*R. v. Van der Peet* [1996] 137 D.L.R. (4th) 289 (S.C.C.))も同様な立場を採る。過去に隆盛を極めた「征服理論(conquest theory)」(例えば、アメリカ連邦最高裁判事MarshallのJohnson v. M'Intosh, *supra* note 16判決)およびこれに基づき打ち立てられた市民の時間順を財産権の出発点とする見解は、すでに少数説になっている。今日においても、先住民は植民者の征服行為のためにその土地所有権を放棄したとする判例もあるが(*A.G. Ont. v. Bean Island* [1985] 1 CNLR 1)、その議論の前提として、先住民が植民者以前に土地所有権を取得していたことを認めている。

⁽⁴¹⁾ 例えば、イギリス国王が1763年に布告した「国王布告(Royal Proclamation)」(1763(U.K.)), R.S.C. 1985, Appendix II, No.1)、およびアメリカが1790年に新たに成立した連邦政府が先住民をまとめてイギリス軍に対抗するために制定した「インディアン保護法(Indian Nonintercourse Act)」(1 Stat. 137 (1790), now 25 U.S.C. § 177)。

⁽⁴²⁾ 例えば、ケベック政府とジェームス湾先住民が当該湾の水利開発について結んだ約束。

否定したり、逆行させたりしたわけではなかった。したがって、その後住民・市民権が特定の土地について特定の部落と条約を結んでいないことが分かったとしても、特定部落の先住民が市民政府と「合意」により確立した歴史的時間秩序に基づき取得できる財産権には影響を及ぼさない⁽⁴³⁾。

もちろん、線形時間秩序の議論枠組みを採ることは、先住民に対するアメリカとイギリス連邦などの西洋市民権の処遇が文明的であることを意味しているわけではない。それは、当時の植民者の人数が少なく、アメリカ大陸のように巨大で開発を要する未開地帯に直面し、反抗と犠牲者を減らすため、さらには当時の特殊な歴史的條件（例えば東海岸の共和体はイギリス軍に対抗するためには先住民の力を借りなければならない）に合わせるために、先住民との間でしやむを得ない妥協の産物である。

ヨーロッパ大陸の財産法制度を継受した日本植民権であろうが、さらにアメリカ財産法制度（特に担保物権制度）を併合・継受した国民政府であろうが、その主権の成立または継受時に、領土上に市民法とは異なる独立した先住民財産権体系がすでに存在していたことを認めたことは一度たりともなかった⁽⁴⁴⁾。このことは、台湾総督府が1895年に公布した官有林野及樟腦製造業取締規則1条（「所有権ヲ証明スヘキ地券又ハ其他ノ確証

ナキ山林原野ヲ官有トス⁽⁴⁵⁾）、国民政府が台湾占領初期の1947年に公布した「台湾省土地権利整理辦法」8条（「前台湾総督府が土地調査および山林調査を整理した結果、官有地とされた土地は一律に返還しない⁽⁴⁶⁾」）が先住民の生産活動の拠点と、「無主地（*terra nullius*）」に対する主権の強権的発動により、直接的に国有地としたことからもうかがえよう。つまり、日本植民権であろうと、国民政府であろうとも、市民法の解釈体系に基づき、かつて台湾において存在していた先住民の時空（先住民と市民の時間システムにおける「同時性（*coevalness*）」⁽⁴⁷⁾、および先住民財産権の空間上の「連続性（*continuity*）」を含む）を完全に否定したのである。

こうした被支配者に対する「存在論的否定（*ontological negation*）」の哲学的ないしは道徳的基礎は、過去においては古典的人類学が広く取り憑かれていた自民族中心主義（*ethnocentrism*）⁽⁴⁸⁾の議論にあった（「蛮人は……

⁽⁴³⁾ 例えば、*Joint Tribal Council of the Passamaquoddy Tribe v. Morton*, 338 F. Supp. 649 (D. Me. 1975), *aff'd*, 528 F. 2d 370 (1st Cir. 1975) 事件の判決において裁判所は、アメリカ連邦政府は元々メイン州北方の土地を占有していたPassamaquoddy部落と特別に条約を結んだことはないが、双方の主権が初めて接触した時点において達成した合意に基づき、あらゆる先住民がすでに取得していた占有利益は認められるべきであり、かつ当該時点より市民的土地所有制度の下に置かれるべきであると判示した。こうした記述は、決して合意を基礎とする線形時間秩序システムにおいて、特定の条約や約束により確立された財産権が、一律に先住民所有に帰することを示しているわけではない。後者については依然として特定の主張について時間秩序上の挙証責任（例えば「先占」の事実）を負わなければならない。

⁽⁴⁴⁾ 東嘉生によると、鄭成功や清の支配者などの非市民法制度の前近代（*pre-modern*）においてであっても、開拓者とその官僚は「蛮人」と土地問題について正式な交渉というものを行ったことはなかった（同（周憲文訳）『台湾経済史研究』（帕米爾書店、1985年）110頁参照）。

⁽⁴⁵⁾ 台湾省文献委員会編『日本據台初期重要档案』（台湾省文献会、1977年）181～182頁。台湾総督府はその後1898年に「民事商事及刑事ニ関スル律令」を公布し、清統治時代の旧慣により取得した土地権を認めたが、実際には生産形態の相違により、承認の効力は漢化した先住民以外の「蛮人」には及ばなかった（伊能嘉矩『理蕃志稿・第一稿』（台湾総督府警務局理蕃課、1918年）178頁参照）[なお、官有林野及樟腦製造業取締規則については、国会図書館近代デジタルライブラリー（<http://kindai.ndl.go.jp/>）の『台湾総督府例規類抄（改訂増補版）』を参照した]。

⁽⁴⁶⁾ 1948年に台湾省政府は「台湾省各県山間部保留地管理辦法」（29ヶ条）を發布し、「日本統治時代に山間部の人民の生計を維持し、山間部行政を推進するために保留した国有地その他の地上産物」（2条）を「山間部保留地」と定め、もって「山間部人民の生活を安定させ、山間部経済を發展させる」（1条）（ただし、土地所有権については全く触れられていない！）とした。その実、国民政府は先住民の土地権について、台湾総督府が採用した一元的財産制を完全に踏襲したことを十分に証明していよう。

⁽⁴⁷⁾ 征服者が既存の制度の「同時性」を認めないことについては、FABIAN, J., *TIME AND THE OTHER: HOW ANTHROPOLOGY MAKES ITS OBJECT* (New York: Columbia University Press, 1983), pp.25-69を参照されたい。

⁽⁴⁸⁾ いわゆる「自民族中心主義」をめぐる人類学の議論は、19世紀のイギリス人類学者Tylorの『未開文化』における記述が典型例である。Tylorは、先住民の文化を人類文化發展の原始段階とみるべきと主張した。すなわち、先住民が知性、技術、芸術、道徳の發展において劣っており、したがって西側市民社会と同じように自ら

無知で蒙昧であり、……農耕は定まっておらず移動を繰り返し、土地所有権の観念があるとは認めがたい⁽⁴⁹⁾、「山間部の同胞のあらゆるレベルは平地に及んでおらず、行政に便ならしめるためには、やはり識別する必要性がある⁽⁵⁰⁾」。政治的正しさおよび相対主義 (relativism) ないしは汎相対主義をもって、自民族中心主義に普遍的に代えることを強調することが人類学の主流の方法論となった今日において⁽⁵¹⁾、自民族中心主義の理論はすでに、倫理学、憲法、国際法と普遍的な人権基準においてその正統性を完全に失ったと考えられている⁽⁵²⁾。ただ、それ故に初めからダブルスタンダードの財産制を認めていない継受法系主権が、現時点において、「部落およ

の生活を構築・決定する術がない。他方、先住民のこうした知性と理性における発展度の低さにより、彼らの自然と環境に対応する方法と実践は、必然的に伝統とタブーなどの非理性的判断にしばられ、効率性がない、または不適切なものとなっている。Tylorはこうした解釈方法によらなければ、人類学者は先住民の文化を「熟視」し、系統的研究の対象とすることはできないとする (TYLOR, E.B. PRIMITIVE CULTURE, Vol. 1(London: 1891), pp.2-)。

⁽⁴⁹⁾ 伊能・前掲注 (45) 153~154頁。

⁽⁵⁰⁾ 張松『台湾山地行政要論』(正中書局、1953年) 1~2頁。王泰升教授の考証によると、戦後、国民政府遷台後の張松の官僚経歴によれば、その見解は当時の国民政府の先住民に対する公式見解をかなりの程度反映している (王泰升『原住民的法律地位』(国科会專題計画成果報告、1997年) 248頁参照)。藤井志津枝教授も、台湾領有時に国民政府は先住民が漢族とは異なるエスニック・グループとしての地位を持つことを承認しなかった (同『台湾原住民主義：政策篇(3)』(台湾省文献会、2001年) 160頁参照)。

⁽⁵¹⁾ 例えば、RENFIELD, R., *Human Nature and the Study of Society*, in THE PAPERS OF ROBERT RENFIELD, ed. by Renfield, M.P. (Chicago, 1962), at pp.441, 458-9, RENFIELD, R., THE PRIMITIVE WORLD AND ITS TRANSFORMATION (Ithaca: Cornell University Press, 1953), at pp.145-, 以及BOAS, F., THE MIND OF PRIMITIVE MAN (New York: The Free Press, 1963), at pp.203-。

⁽⁵²⁾ このことは、国際司法裁判所 (ICJ) の著名な西サハラ問題に関する勧告的意見における *terra nullius* という文言の位置づけ (「*terra nullius* (無主地)」という長きにわたり征服と植民を正当化するために用いられてきた名詞は、20世紀においてはなおさら譴責されるべきである) からみ取ることができる (Western Sahara (Advisory Opinion) [1975] ICJ Rep 12 参照)。

び (先住) 民族の伝統的領域・土地を回復⁽⁵³⁾し、または他の単一の価値システムの下で剥奪された先住民族の伝統的知識もしくは知的創作の権利を復活させようとするれば、直面する問題は、人類学または倫理学における方法論の変更だけではなく、より実際的な問題、すなわち新たな価値判断を導入した後、どのように先占または広義の収用により打ち立てられた市民法解釈体系を土台とする財産権を否定するのか、である。

(4) 「過去の悪の是正」とその社会的コスト

財産権の時間的意義における正確な描写は、過去と現在の要素を含むべきである。つまり、財産権は線形の動的な制度であるということである。そのため、財産権の安定性と正当な期待を維持するために、たとえ純粋な市民間の財産権の衝突であっても、時間的要素は絶対的な判断道具とはなり得ない。なぜなら、財産権の対世効は裁判の (または他の制度が承認する) 時点を出発点として、過去から未来に向けて発生するからである。換言すると、裁判または制度の時点における係争中の財産権に対する社会的価値判断 (その外観と性質の分析、期待された効用、さらには両当事者の地位などの現実的社会的評価) は財産権の帰属に影響を及ぼし得る。そのため、過去の時間秩序において、当事者は当時の社会規範の基準に則して財産権を取得したが、現在の裁判体系・制度においては、過去の規範の基準の正統性に疑問を投げかけ、その絶対性を否定することが可能である⁽⁵⁴⁾。こうした時間秩序に反した法操作の極端な典型が、いわゆる「過去の悪の

⁽⁵³⁾ これは陳水扁大統領が1999年9月の最初の選挙期間中に、蘭嶼において先住民族の各代表と共同で署名した「先住民と台湾政府における新たなパートナーシップの構築」5条のタイトルである (台湾先住民族は以前は部落社会であり、土地は部落公有を基礎として打ち立てられた共有または各自使用の制度であり、エスニック・グループの文化・経済発展の主体性を再建し、自治の基礎を打ち立てるために、台湾政府は私有土地財産権のレベルを超えて、部落およびエスニック・グループを権利主体とする先住民族の伝統領域を承認すべきである) (許世楷など・前掲注(15)51~55頁)。とはいえ、これは依然として部分的には政府が実現しようと欲する政策に留まっている。

⁽⁵⁴⁾ Radin, M.J., REINTERPRETING PROPERTY (Chicago: The University of Chicago Press, 1993), pp.103-4.

是正 (correct past wrongs)」理論である。

ニューヨーク州の Edward Elicofon 弁護士は、1946年に骨董品を訪問販売していた退役軍人から、廉価でルネッサンス期のゲルマン人画家 Albrecht Dürer の作品「Tücher 夫婦肖像」を2枚買った。肖像画の最初の持主はウエイマー公爵であったが、公爵の退位に伴い、所有権は1927年に領地の移転とともにチューリゲン州政府（統一前の東ドイツにある）に移され、ウエイマー博物館で保管されていた。第三帝国時代に至り、戦火による消失から逃れるため、絵画は他の文化遺産とともにナチス政府によりシュバルツブルク（統一前の西ドイツにある）に移され、1945年に米軍に占領・押収され、アメリカに辿り着いた。肖像画の消息を知った後、東ドイツ政府、西ドイツ政府、さらにはウエイマー公爵の末裔も、異口同音に当該肖像画の所有権を主張した。

多数当事者の所有権紛争を受理したアメリカ連邦裁判所は、最終的に2枚の肖像画の所有権が東ドイツ政府（すなわちウエイマー博物館）⁽⁵⁵⁾に帰属すると判示し、西ドイツ政府が主張した原始移転の時間秩序（すなわち、ウエイマー公爵→チューリゲン州政府→第三帝国政府（現西ドイツ政府所在地）→アメリカ占領軍→西ドイツ政府）を採用しなかった。その主な理由は、以下のとおりである。すなわち、アメリカの価値システムは第三帝国ナチス政府が肖像画の所有権を取得する正統性の根拠（「過去の悪」）⁽⁵⁶⁾を認めたがらず、そこで歴史的な時間秩序の軌跡を「是正」し、所有権の移転を、実際にかつて合法的に占有した第三帝国政府（そして占領により取得した米軍指揮権⁽⁵⁷⁾）を跳ばし、直接チューリゲン州主権の継承者——東

⁽⁵⁵⁾ *Kunstammlungen Zu Weimar v. Elicofon*, 536 F. Supp. 813 (S.D.N.Y., 1978), *aff'd*, 678 F.2d 1150 (2nd Cir., 1982).

⁽⁵⁶⁾ 「公平にあって、連合軍占領部隊がその安全の利益のために、ドイツ（財産権規範を含む）の法律を尊重することは『絶対にあり得ない』、……私は連合軍占領部隊にこれらの法律を尊重するよう要求すれば、それ自体の安全の利益の保障が期待され得るとは、全く想像できない」(McDOUGAL, M.S. & FELICIANO, F.P., *LAW AND MINIMUM WORLD PUBLIC ORDER* at p.770)。

⁽⁵⁷⁾ その実、同上書が述べるように、敵国の占領行為は、占領地域内の既存の財産権の時間秩序を徹底的に覆すかもしれない。しかし、本件判決は米軍が占領地域内で財産権の時間秩序に対して行った「是正」の効果については論及していない。

ドイツ政府につなげたのであった（すなわちウエイマー公爵→チューリゲン州→東ドイツ政府）。

表面的には、「過去の悪の是正」という「不正」な時間秩序を回避し、政治的に正しいイデオロギーを実現できる簡便な道具は、継受法下における先住民の財産権の時間秩序の難題を解決する鍵となるかもしれない。しかし、この道具を運用する際には、次の2つの問題に直面することになる。ひとつは、「過去の悪」の解釈原則であり、もうひとつはその社会的コストである。

上述の肖像画事件を例にすると、単に社会が多数決を経て集団主義と認定したことから、その財産権の成立の歴史的な時間秩序が「過去の悪」と認定され、抹消されなければならないとされるならば、「絶え間ない圧迫、一方的な否定などの搾取」、「誘惑・詐欺」、ひいては「不法占拠」、「収奪」、「略奪」などの方法⁽⁵⁸⁾で先住民固有の土地を取得した市民法と政治システムは、明らかに正統性の根拠を欠いている。この解釈によると、先住民の土地権取得の時間秩序は、開拓者または植民者の「不法占領」（その市民法における時間秩序の利益を問わず）を跳び越えて、直接、その祖先の権原に繋がるべきであり、それ故、現在（「不正」な時間秩序による取得）の占有者に対して所有権の返還を請求できるはずである。

しかし、類推解釈だけでは不十分である。集団主義による悪が確立し、その時間秩序の利益を剥奪する効果を生み出し得るのは、強大な現実的要素（戦勝の事実）により取得した社会のコンセンサスを基礎とするからである⁽⁵⁹⁾。しかも、戦争という手段により市民のコンセンサスを確立することは、畢竟、尋常ではないことである。しかし、我々はまだましである。というのは、戦後、地方分権制度が普及したおかげで、社会のコンセンサ

⁽⁵⁸⁾ Gaspé, D., *The Mohawk Struggle*, in *BOUNDARIES OF IDENTITY* 16 (Dodge, W. ed.) (Toronto: Lester Publishing Ltd., 1992), at p.17. 矢内原忠雄（周憲文訳）『日本帝国主義下の台湾』（帕米爾書店、1985年）14頁。台湾内における先住民土地権に関する類似の主張については、許世楷など・前掲注(15)18頁、林佳陵「台湾原住民土地之法律研究」*律師雜誌*2000年27期38頁参照。

⁽⁵⁹⁾ GREENSPAN, M., *THE MODERN LAW OF LAND WARFARE* (Berkeley: University of California Press, 1959), at p.225.

スを基礎とし、行政的規制を通じてパラレルな財産権を否定する実例を探し当てることができるからである。それは、アメリカの各農業州が1994年以降、続々と制定している「農業権法 (right-to-farm laws)」⁽⁶⁰⁾である。

農業権法を制定したのは、長期間農業に従事した農民が、農業生産の特殊性(耕作機械の騒音や汚染、家畜の脱走、および隣地に対して水利や地役権を取得するなどのニーズ)のため、「ニューサンス (nuisance)」(大陸法の物権法における振動公害などの隣地損害)を理由とする新しく隣に引っ越してきた隣地の合法的所有権者による反対を常に受けなければならない問題を解決するためである。近所の主張の多くは確かにコモン・ローの不法行為の要件に合致するが、市民は先に開発した者が獲得した時間秩序の利益を普遍的に尊重するため、また農業の政治力も加わり⁽⁶¹⁾、最終的に各州は農業権法の力を借りて、相当期間経営した農業経営者が「合理的な農業慣習」を隣地侵害の責任免除の抗弁とし得ることを認めざるを得なかった⁽⁶²⁾。

以上の裁判所の解釈(肖像画事件)および行政的規制(農業権法)の運用例は、「過去の悪の是正」により既得権を否定する可能性を確立したが、それと同時に、財産権はその実、政治権力のある種の表現形式であることも証明した⁽⁶³⁾。すなわち、その存在と消滅は、政治権力を構成する市民の集団意思にかかっている、と。市民の財産法が時間秩序において不可逆的であるのは、主に憲政システムにおいて既存の状態を尊重しているからである。それは政治権力の特定の分布状態(アンバランス?)を反映している。そこで我々はさらに次のことを問題にしなければならない。すなわち、こうした分布状態において、先住民の土地権が侵奪されたという歴史的過ちについても、集団主義の嫌悪感、ないしは農地の開拓者に対する尊重な

⁽⁶⁰⁾ 例えば、CAL. CIV. § 3482.5 (2001)。

⁽⁶¹⁾ FISCHER, W.A., *infra* note 71, at p.145.

⁽⁶²⁾ 多くの農業立法において、こうした合理的な農業慣習 (acceptable agricultural management practice) が有効な抗弁となるためには、無過失および違法ではないという消極的要件を具備しなければならない。

⁽⁶³⁾ SINGER, J.W., ENTITLEMENT: THE PARADOXES OF PROPERTY (New Haven: Yale University Press, 2000), at p.9.

どと同様に強烈かつ普遍的な社会的コンセンサスが存在するのか、ということである。それとも、時間的価値の創造の必然的成本⁽⁶⁴⁾に対する市民の冷やかな同情にすぎないのか?この点については、先住民およびその市民における盟友が発揮し得る政治力が、法曹や行政権力よりも適切な回答を提供できるはずである。

社会的コストについては、「過去の悪の是正」によりもたらされる「投資損耗」と「挫折のコスト (demoralization cost)」⁽⁶⁵⁾は、おそらく国家装置が本メカニズムを運用することを望んでいるかを検証する真のキーポイントである。

「是正時点」以前に存在したものは、過去の悪がもたらした所有権の移転だけではなく、現在の占有者が投入した資本も含まれる。つまり一部の論者のいう「平地人が……土地開発に従事し、産地経済の発展を促進したこと」に付随する資金と技術⁽⁶⁶⁾である。そのため、土地の原始的所有権およびその使用目的を直接的に回復するならば、既存の資産を使用する術がなく、または引き続き従来の目的に従い使用する状況においては、反対に社会が共同で担わなければならない損耗となる。こうした大きなマイナス効果について、市民の財産法制度において、類推適用できる解決案がないわけではない。例えば、都市計画の発表・実施後において、元の土地上の建築物が土地使用区分に合致しないときは、「是正時点」においてその資本の継続的投入を凍結した後⁽⁶⁷⁾、合理的期間を定め、使用区分計画に合致する使用に変更または移転するよう求める(いわゆる「減価償却法

⁽⁶⁴⁾ 市民の時間的価値形成における相互作用プロセスとそのコストに関する議論については、Munn, N.D., *The Cultural Anthropology of Time: A Critical Essay*, 21 ANN. REV. ANTHROPOLOGY 93 (1992)を参照されたい。

⁽⁶⁵⁾ 「挫折のコスト」は、政府が公用または公共の目的に基づき私有財産権を「収用」することによりもたらされると一般的に考えられている。「過去の悪の是正」が如何にして広義の収用となるかについては、4章「生態」を参照されたい。

⁽⁶⁶⁾ 周滄賢「試析原住民土地立法与其相關問題」律師雜誌247期(2000年)51~53頁。

⁽⁶⁷⁾ 例えば台湾都市計画法41条は、「都市計画作成後、その土地の元の建築物が土地使用区分に合致しないときは、修繕するほか、増築または改築してはならない」と定める。

(amortization)]]⁽⁶⁸⁾。ひいては、直接的に相当な補償を行い、即時に使用を停止し、または移転するよう命令する(いわゆる「収用法」)⁽⁶⁹⁾。減価償却法の原理は、「過去の悪の是正」という政策的利益の実現と、すでに投入された実質的資本の経済損耗との間の最適なバランスを取ることにあり、現在の占有者が投入した資産の合理的使用年限内において、その残価値平均が移転完了することを許す。他方、収用法は、政策実現の利益が買取価格よりも大きいことを確定した後、補償金と所有権を交換する。

収用法は金銭的補償により政策を交換する即時執行の利益があるが、巨額の収用補償予算の編成が遭遇するであろう政治的圧力を除き、政府はさらにそのプロセスにおける抵抗と訴訟による莫大な取引コストも考慮しなければならない。他方、減価償却法は、政策執行の利益が容認しうる最大期限内に既存の資本の損耗を減少させようとするため、当然に一時的な大量支出がもたらす財政難を減少させることができるが、期限について妥協するため、政策執行の利益が見えず、しかもわりあい長い移転プロセスにおいて、資産の経済的効用が、占有者の挫折感により急速に劣化する可能性が極めて大きいほか、即時開発または運用の利益も逡減することになる。両者は一長一短である。それ故、最適な運用時機は、政府の財政状況や政治的気候の政策実行利益に対する要求により定めるべきである。

「挫折のコスト」とは、法と経済学の論者 Michelman が1967年に提起した

⁽⁶⁸⁾ 例えば台湾都市計画法41条中段は、「……必要と認めるときは、地方の事情を斟酌し使用を変更し、または移転させる……」と定める。アメリカ裁判所の判例については、Harbison v. City of Buffalo, 4 N.Y. 2d 553 (N.Y. 1958), City of Los Angeles v. Cage, 127 Cal.App. 2d 442, 274 P. 2d 34 (Cal. 1954) 参照。

⁽⁶⁹⁾ 台湾都市計画法41条後段は、「使用の変更または移転により受けた損害は、適切な補償を与えなければならない……」と規定し、明らかに収用法を採用している。こうした分割償還と収用兼用の規定は、特殊な立法形式である。というのは、分割償還法が合理的期限を設定し、現在の占有者が投入した資本を損耗させる以上、期間満了時に占有者が都市計画に合致するよう使用を変更させ、または移転させるときには、すでに経済的損失はなく(残価値はゼロに等しい)、さらに補償する必要性はないと思われる。反対に、収用を手段としてデザインすれば、損害を補償しなければならない、また補償する期間の計算の基準を確定するために、占有者にその資産を償還するための期間を設定する必要はない。

概念である⁽⁷⁰⁾。その定義によると、それには、私有財産が政府により剥奪されたが補償を受けていない「負け組 (loser)」と、その「同情者 (sympathizers)」が、用益権の喪失を補填するために支出した金銭価値、および「負け組」、その「同情者」、その他の政府の措置に直面し同様に財産権に対する脅威を感じた社会構成員がインセンティブを失い、または社会に生じた動乱や不安により損失を被った生産の期待利益が含まれる。簡単に言えば、「挫折のコスト」とは、制度的な慣性的期待が政府に剥奪されたにもかかわらず、合理的な補償を受けられなかったために生じ得るあらゆる反対効果である。時間秩序の利益は一貫して、市民の私有財産制に対する普遍的期待であり⁽⁷¹⁾、行政や裁判機構が「過去の悪の是正」の名を借りて、市民が時間秩序の利益に基づき取得した財産権を剥奪し、間接的に先住民に移転させれば、必ず「挫折のコスト」が生じる。

実のところ、財産法には「過去の悪の是正」に類似した反時間秩序メカニズムがないわけではない。その中で最も有名なのは、物権の「時効取得」制度である。すなわち、占有者は歴史的な時間秩序において、本来的には合法的権原を欠いているが(無権占有)、現在の社会の評価作用(所有権者が財産を即時に利用してその効用を高めることの奨励、失効した証拠(stale evidence)を調査するための社会的コスト増大の回避、および感情的信頼(emotional repose)のインセンティブを承認することによりもたらされる社会価値など)のため、逆に所有権者の時間秩序の利益を排除できる、と。しかし、時効取得のように「過去の悪を現在の権利に変える⁽⁷²⁾」措置自体がすでに制度化(主には公示化)されているため⁽⁷³⁾、その時間秩序の利益の剥奪により生じる「挫折のコスト」は引き下げられており、

⁽⁷⁰⁾ Michelman, F.I., *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethic Foundations of 'Just Compensation' Law*, 80 HARV. L. REV. 1165 (1967), at p.1214.

⁽⁷¹⁾ FISCHER, W.A., *REGULATORY TAKINGS: LAW, ECONOMICS, AND POLITICS* (Cambridge: Harvard University Press, 1995), at p.145.

⁽⁷²⁾ Radin, M.J., *supra* note 54, at pp.151-2.

⁽⁷³⁾ 大陸法系(王澤鑑『民法物権(第一冊)通則・所有権』(自费出版、1992年)155頁以下参照)であろうと英米法系(HAAR, C.M. & LIEBMAN, L., *PROPERTY AND LAW*, 2nd ed.参照)であろうとも、物権の時効取得制度については同じ社会的評価が与えられている。

たがって、案ずるには及ばない。しかし、「過去の悪の是正」を先住民と市民との間の土地所有権紛争を解決するための道具とする際の、「挫折のコスト」は莫大なものになるかもしれない。経済学者 Fischelによると、天災よりもコントロールしがたいかもしれない⁽⁷⁴⁾。なぜなら、天災は結局のところ偶発的、一時的なものであるが、「挫折のコスト」の原因は策略的⁽⁷⁵⁾、長期的なものであるため、社会がそれに対して採る策は、深層的で積極的な防御的反発となるからである。その中で最も顕著であるのは、制度に対する不信任がもたらすリスクである（投資インセンティブの低下、慢性的な自力救済、法外なインフォメーションコスト（調査により得た土地が先住民の「伝統的土地」であるか否か）、取引市場の萎縮、さらには衝突や暴動などの深刻な社会不安など）。このほか、当然に「負け組」の「同情者」（その他の地主や不動産の現在のまたは潜在的な投資家）が支払うよう誘われる政治的コストもある。

「挫折のコスト」が主には制度的なものである以上、そのコストの多寡は、必然的に「負け組」とその「同情者」の政治力の分析を通じて、予測、さらには抑制することができる。このことは、政府が収用、または都市再開発時に選択する地区のほとんどが、マイノリティが集まっている場所である⁽⁷⁶⁾ことからもうかがえよう。しかし、台湾の現在の資本市場における土地所有の分布状況から推測して（行政または司法の）「警察権力」を運用して民間の土地所有権を取得する「挫折のコスト」は相対的に高いはずである⁽⁷⁷⁾。

⁽⁷⁴⁾ FISCHEL, W.A., *supra* note 71, at pp.148-50.

⁽⁷⁵⁾ Michelman, F.I., *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethic Foundations of 'Just Compensation' Law*, *supra* note 70, at p.1217.

⁽⁷⁶⁾ 例えば、アメリカ収用法について最も有名な Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit 事件（410 Mich. 616, 304 N.W.2d 455 (Mich. 1981)）において、住民のほとんどをポーランド移民（政治的には相対的に無力）が占めるコミュニティが、4つの候補地の中から選ばれた主な理由は、国家装置と資本家とその収用（挫折を含む）コストが最低であるとともに試算したからである。同様の見解として、Michelman, F.I., *Property as a Constitutional Right*, 38 WASH. & LEE L. REV. 1097 (1981)。

⁽⁷⁷⁾ ここでいう警察権力とは、公用または公共の目的に基づき、私有財産権の使用

3 労働——市民の財産規範の価値の基礎

(1) 労働価値と財産権

労働は市民の財産権の最も重要な価値の基礎である。大陸法系であろうと英米法系であろうと、財産権の確立と維持は、社会意識の特定の労働価値に対する肯定によりもたらされる。例えば両法系が、「占有」は物に対する実質的支配・管理がなければならぬと要求する理由は、継続投入された労力に対する肯定（例えば数人が同時にキツネ狩りを行い、最終的に実際にキツネを捕まえた者が占有を取得する⁽⁷⁸⁾）、ないしは財産の用益性を積極的に維持しようとする努力に対する評価（例えば家が火事に遭ったが、すぐに昔どおり立て直すことを申請した者は、その占有を失わない⁽⁷⁹⁾）、および生産習慣または商業活動が創造する社会価値に対する尊重（例えば、モリで鯨をしとめた者は、鯨が数日後に遠方の浜辺に打ち上げられ、他の漁師に捌かれた後でも占有を失わない⁽⁸⁰⁾）、または〔夜市〕〔夜間、出店が立ち並ぶ場所〕の露店は昼間出店していなくとも、その露店の場所の占有を失わない⁽⁸¹⁾）であろうが、実質的に支配または管理するプロセスにおいて投入し、顕彰した労働の価値と関係している。

労働価値が表す排他的権利と安定性の尊重は、主に財産が個人の発展・成長の認知であることの確認を基礎として築かれている。市民社会は普遍的に個人の自主性（personal autonomy）の実現をその政治的信仰とし⁽⁸²⁾、

方法を制限する公権力を指す。広義の解釈には、補償金を交付しない一切の公権力の行使が含まれる（例えば、市民の再決定、裁判所の解釈、使用区分などを通じて特定の財産権の行使を制限・排除する）。「過去の悪の是正」を収用の公共の目的とする可能性と社会的コストについては、4章「生態」で改めて論じる。

⁽⁷⁸⁾ Pierson v. Post, *supra* note 12.

⁽⁷⁹⁾ 台湾最高裁72年台上字1654号判決。

⁽⁸⁰⁾ Ghen v. Rich, *supra* note 11.

⁽⁸¹⁾ 台湾最高裁72年台上字3674号判決。

⁽⁸²⁾ これはロックの労働価値論を核心とする政治的信仰であり、ブレトン・ウッズ会議後、GATTとWTOの成立に伴い、貿易規範システムの全世界へと拡散していった（RADIN, M.J. *supra* note 51, at pp.36-）。財産権制度の自由主義的政治的信仰下における発展史については、Krall, L., *Thomas Jefferson's Agrarian Vision and the*

さらに進んで自己統治 (self-governance) の実現を政治的信仰とするばかりか、客観物を含む自然的・社会的条件の制約に依存している⁽⁸³⁾。そのため、制度上 (憲法以下)、個人と財産の間に不可分の内在的関連性 (例えば合法かつ正当な手続を経て、賠償しなければ剥奪されない) があることを承認しなければならず、またそれ故に関連して生じる優先的・排他的効果 (例えば先占の排他権、または修繕により支払った労働により取得する優先的な留置権) も認めなければならない。そしてこうした関連性は、個人がその認知対象を客観化する「労働」を通じて形成される。

財産的意義を有する労働は、決して物に対する主観的な認識や記憶 (「所有の意思」)、または物と結びついた現象 (「目的物の事実的占有」) だけにより、規範的な正統性を獲得するものではない⁽⁸⁴⁾。なぜなら、私有財産権制度により客観化しようとする自主性と自由は、必然的に市民の共同生活システムにより決せられるからである。この共同生活システムが有益であると人々に受け入れられなければ、労働に価値はない。したがって、あらゆる労働成果が法的意味における財産へと成就するわけではない。すなわち、市民社会の解釈体系における要件に合致しなければ、承認・保障されない。たとえ労働成果が財貨市場における交換により現物化される可能性があったとしても、その価値を肯定することが社会のコンセンサスとならない限り、財産とは呼べない。したがって、社会の生産活動に対する評価こそが、その実、財産権の成否をおよびその範囲を決定するカギである。

先述の取得時効制度を例にすると、大陸法系と英米法系は時効取得するためには、目的物に対する「継続的かつ一定期間」の占有 (労働力投入の客観的徴表) を必須とするほか、その占有が「明示的かつ公開」されてい

Changing Nature of Property, 36 J. ECON. ISSUES 131 (2002), at pp.133-参照。

⁽⁸³⁾ Simmons, J. A., *Maker's Rights*, 2 J. ETHICS (1998) 210.

⁽⁸⁴⁾ この理論モデル (一般的に「finder-keeper principle」と呼ばれる) は多くの大陸法系の物権法において占有を独立の物権とする論拠となっている。すなわち、個人の占有が客観的に他の利用方式 (未発見または利用されていない) よりも良い効用があるときは、当該占有の利益を享受すべきである、と。「finder-keeper principle」の発展史については、Kerzner, I., *Entrepreneurship, Entitlement and Economic Justice*, in PAUL J. ed., *READING NOZICK* (New Jersey: Rowman & Littlefield, 1978) 381, at pp. 384-92 参照。

なければならないことを要求している。後者は社会的評価を確認するためのメカニズムである。すなわち、占有者は社会全体に対する通知ないしは宣言を通じて、潜在的競争者の黙示的同意を獲得するとともに、占有者が当該物とのつながりにより自己統治の計画を実現することが受け入れられる可能性を確認するのである⁽⁸⁵⁾。以上のことから、市民の財産権において認められている人と目的物のつながりは、決して労働力を提供するという個人の主観的認識ではなく、特定の社会において形成された客観的物質、政治的・文化的条件の制約 (市場取引メカニズム、商慣習および倫理・生活関係などの変動・不定の要素を含む)⁽⁸⁶⁾を受けるということが明らかであろう。

したがって、市民社会の評価システムにより生産活動の価値のメルクマールを確立すると見なされている「労働」には、その意味においては主観的な政治的信仰と社会哲学が含まれるだけではなく、特定の社会条件と社会関係 (例えば開発した物質と経済効用、特定エスニック・グループの生産モデルが蓄積した経験値などの客観的な科学的論証を含む)、および文化的認知 (宗教、習俗などの精神現象) などの要素も含まれている。しかして、これらはまさに市民社会が財産規範を構築・執行する権力の基礎である。

(2) 財産権の理性的基礎の再検討

しかし、労働に対する市民法の評価は、貨幣経済と市場機能を含めて、社会組織の成長と質的变化、および技術の迅速な進歩に対応するために急速に消耗する天然資源に規定されるため、日々狭義のものになっていっている。今日に至っては、実際、個人はどのような財産的利益であれ、取引

⁽⁸⁵⁾ このように考えれば、伝統的な労働価値論が説明できなかった時間的要素を説明することができる。自己統治論に対する疑問については、Ciocchetti, C., *The Attraction of Historical Entitlements*, 36 J. VALUE INQUIRY (2002) 59, at pp.66-8 参照。

⁽⁸⁶⁾ Munzer, S.R., “*Property as Social Relations*” in MUNZER, S.R., ed., *NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001) 36, at pp.40-1.

市場以外でそれを主張する術はほとんどない⁽⁸⁷⁾。同様に、司法メカニズムも個人に対して、市場取引価格を財産推定の客観的基準とするよう求めている。取引がなくなれば、依拠し得る価値システムもなくなるといえよう。

このように一元化・市場経済化された労働価値論は、先住民の財産権の画定および救済にとって、深刻な影響を及ぼしている。先述のように、先住民の生産システムにおける労働価値が画定する境界は、帯状時間を基礎とする総体的概念である。樹林において蜜蜂を養殖し、蜂蜜を採取することを例に挙げれば、先住民にとって、最終的な蜂蜜の生産は、造物生態（環境的要素、気候、季節ひいては神秘的力）が総力を挙げた貢献であり、決して特定時間内における特定量の労働力を投入した成果ではない。そのため、その労働の価値および最終的に財産権の境界線上に表される効果は、当該労働により直ちに取得した市場交換価値（漢族市民にとっては、例えば時給は貨幣によって計算された利潤として顕在化など）によって決まるのではなく、部族哲学におけるこの生産結果に対する価値判断による。したがって、先住民の部落において、蜂蜜生産の結果は相当程度において土地、生態および伝統工芸に深く貢献した民族メンバーに還元しなければならないのであろう。この場合、特定の樹木にある蜂の巣およびそれが生み出す蜂蜜の帰属については、長期かつ継続的な占有・管理、ないしは持続的かつ効率的な開発などの取引価値が客観化された労働を判断基準とすべきではない。当該樹木の所在地と環境との間の生態関係、およびつながりがあるはずの採取習慣⁽⁸⁸⁾こそが、その利益の享受者を決定する根拠であるかもしれない。このことは、漢族市民が主張する、ひとたび個体的意識を効率的な労働に投入したならば、その成果を独占・取得しなければならないという差別法と、大きく異なる。

同じ理由で、先住民が伝統的な農耕法で開発・取得した山地や探査や抽

象的形式で区分した狩場が、市民の財産規範における土地所有権を構成するかの疑問についても、先住民の労働形態と土地との価値的つながりに発するものであり、市民的価値システムを通じて議論・理解・肯定できるものではない⁽⁸⁹⁾。このほか、議会制民主主義における市民権の絶対的優位、および議会制民主主義の結論を、社会価値を顕示する主なチャンネルとすることは、また先住民が主張する、伝統的な農耕法で開発・取得した山地⁽⁹⁰⁾や探査や抽象的形式で区分した狩場⁽⁹¹⁾などを含む土地権に疑問を投げかける大きな推進力となっている。

先住民の祖廟地をめぐる争いを例に挙げよう。先住民にとっていえば、土地の境界とその不可侵性、それに関わる「利益」は、市民の不法行為法制度が承認する取引価値だけではない。土地は、部族に生命存続のための資源を提供するだけでなく、共同体意識を維持する効果もある。土地の神聖化（不可侵）により、部族の共同記憶が構築され、引き継がれていくのである。したがって、先住民の土地権原は、価値の集大成に源を発し、

⁽⁸⁹⁾ その典型例は、1971年にオーストラリア連邦裁判所が先住民の土地権について下した判決である（the Gove Case）。本件について裁判所は市民財産法の基準に基づき先住民が係争地を有効に占有・管理していたかを判断し、その結論は、先住民の土地の伝統的利用法は有効な占有を構成するには至らないとするものであった（Gove Case (1971) 17 FLR 141, 262）。

⁽⁹⁰⁾ 例えば、経済建設委員会が提出した「国土再興条例」草案6条の規定（「一定海拔以上の山地を一級山区保護地帯とし、自然状態を恒久的に維持し、農耕その他の開発を禁止する。……（2項）1項所定の一級山区保護地帯にある建物、施設および作物は期限を設けて排除し、自然を回復する。（3項）1項所定の一定海拔の高度は北部地域および南部地域においては海拔1500メートルとし、中部地域においては海拔1000メートルとし、東部地域においては海拔500メートルとする」。草案全文については、<http://www.cepd.gov.tw/land/land-recovery/lr1940118.pdf>を参照。2005年1月21日最終アクセス）は、過去（市場的労働価値により）の過剰開発の悪のために、先住民が伝統的農耕法で利用した財産権をも「収用」する典型例である。本草案に対する批判および「特別」な対応方法の提案については、呉豪人「台湾原住民的財産権：市民法与伝統規範の衝突」『台湾新憲法国際研討会論文集』（群策会、2004年）13～14頁参照。

⁽⁹¹⁾ 前掲注(16)。

⁽⁸⁷⁾ ほとんどの大陸法財産権制度において、知的財産について的人格権（moral rights、例えば著作者・発明者人格権）が形成されたことは、取引市場の経済効用の上に打ち立てられた使用権とは関係がないようである。

⁽⁸⁸⁾ 例えば阿里山の鄒族の「野生蜂蜜」の管理習慣は、樹木に付された特定の記号を採取主体を識別する符号としている（筆者が2004年7月19日に行った鄒族リーダー・汪伝発に対するヒアリング調査による）。

それは「土地財産所有権 (land of title)」⁽⁹²⁾のみならず、一種の「意識財産所有権 (land of myth)」でもある。こうした意識財産は、市民法の登記制度によって画定し、その位置を判断することはできず、またその取引利益の帰属も労働価値や管理効率を分配基準とすることもできない。

これと同じ理由で、我々が先述の一元的な市場における交換価値システムをもって、先住民の文化財産、無体財産を検討すれば、必然的に完全に誤った結果となるだろう。なぜなら、創作の動機とその部族全体に対する効果こそが、先住民無体財産意識の真相だからである。文化や芸術の創作の目的は、取引による経済的利益を獲得するためではなく、個人の部落における身分やそれが果たす役割と直接的に結びついており、市民の知的財産制度の帰属分配は何の作用も果たさない(例えば個人が引き続き創作に勤むよう奨励する)。例えば西オーストラリア先住民の女性の芸術創作は、具体的に現れた画像をその「権利」の目的物としているのではなく、それが想像する(夢も含む)身分を持つことを権利の核心とする⁽⁹³⁾。創作された想像は部族全体の利益のための活動であり、個人の経済的利益のためではなく、したがって、市民の知的財産取引メカニズムが引き起こそうとする創作のインセンティブとは何ら関係がない。

また、カナダ・ラブラドル州のイヌイット族を例に挙げよう。イヌイット族は特定の名称またはトーテムを土地の標識とし、境界を画定するが、その意味は市民法の物権登記制度のように、排他的な所有権を画定・取得するためではなく、特定の空間と人(名前やトーテム)の附合を通じて、環境と共存し、当該環境において出生・死亡する正統性を取得するためである。時間差を対抗基準とする市民の財産権登記制度は、不動産についてであろうが伝統的知識・知的創作についてであろうが、こうした土地の命名やトーテムによる標示を土地権の確認とする価値システムを解釈する術がない⁽⁹⁴⁾。

⁽⁹²⁾ 台湾先住民と土地のつながりについては、藤井志津枝「探訪台湾原住民族的土地問題」『原住民族権利国際研究会論文集』(国立台湾大学法学院、1999年)46頁参照。

⁽⁹³⁾ Nicholls, C., *supra* note 35, at p.213.

⁽⁹⁴⁾ Coombe, R.F., *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims In the Cultural Appropriation Controversy*, in DANIELSEN, D. & EAGLE K.,

先住民の市民取引市場への参加能力を高めることについては、市民の財産規範が先住民に「資本化競争の入場券」⁽⁹⁵⁾を無料で提供する「善意」⁽⁹⁶⁾であると仮定することもできる。しかし、取引価値を随意に導入すれば、かえって先住民の財産に壊滅的剥奪の効果をもたらすことが多い。アメリカが1887年に土地開発効率のために制定した保留地私有化法⁽⁹⁷⁾を例にすると、シェアの管理効率が良くないという認識から、同法は先住民が小規模の保留地を私有化することを認めつつ、先住民成年男性1名につき80エーカー〔原文は〔畝〕(中国の土地面積の単位)であるが、「エーカー」を指すものと考えられる〕の私有地を分配した。しかし、私有制度実施の結果は、資本化生産システムにおける先住民の競争力を向上させなかったばかりか、反対に、土地についての部族による管理・利用の習慣に反し、しかも全体的な生産活動における一部の構成員の参加権を強制的に剥奪し、また初めて私有取引メカニズムに参加した先住民の資本市場に対する誤判断も加わり、最終的には保留地の大部分が市民生産集団に移転した⁽⁹⁸⁾。さらに深刻なことは、私有制を率先して導入した結果、先住民

ed., AFTER IDENTITY (New York: Routledge, 1995) 251, at pp.264-66.

⁽⁹⁵⁾ Krall, L., *supra* note 82, at p.147.

⁽⁹⁶⁾ この「善意」は政治的信仰の文書や法規範に広く見受けられる。政治的信仰の文書は、例えばアメリカ開国の領袖ジェファソンが議会に宛てた以下の秘密文書である。すなわち、「まず、(先住民に)狩猟を放棄し、牧畜を始め、農耕および家内製造を行うよう奨励し、……その原始的生活方式を改善し、……農業、製造業および文明化を推進し、我らの開拓者に溶け込めるようにし、……私はこれが先住民の利益を促進する最適の方法であると信じている……」と (Jefferson, T., *Confidential Message Recommending a Western Exploring Expedition*, in RADOVER S.K. ed., THE COMPLETE JEFFERSON (New York: Duell, Sloan & Pearch, 1943), at pp.398-99 参照)。他方、法規範の例としては、例えば、「土民及び種族民条約」(107号条約)2条において、はっきりと「土民及び種族民が」市民社会の生活に「溶け込む」よう促進することを総目標に掲げている(前掲注(7)参照)。

⁽⁹⁷⁾ General Allotment (Dawes) Act, 24 Stat 388 (1887).

⁽⁹⁸⁾ 1897年のアメリカ先住民が条約により有していた保留地は1億3800万エーカーあったが、私有化法施行100年後(1993年)、保留地は元の40%にも満たなくなった。これらのデータについては、Bobroff, K.H., *Retelling Allotment: Indian Property Rights and the Myth of Common Ownership*, 54 VAND. L. REV. (2001) 1559, at p.1620 参

族の財産意識とその上に築かれた社会関係が徹底的に変化し、先住民族が真に市民経済システムに「参加」できないようになった。

先住民の伝統的知識・知的創作などの文化財産、無体財産が取引市場に進出する難度は、労働価値論により先住民の財産権の形成と内容を解釈する誤りをさらに検証することになる。すなわち、個人の労働の貢献または部落における階級・地位が現実につながらない利益（例えば薬物や医療の技術・知識などの伝統的智恵、歌、トーテム、伝承などの文化遺産）は、先住民族が市場経済に進出する上での有力な足がかりである⁽⁹⁹⁾かもしれない。しかし、市民の財産規範の精密な利益分配法則（同意権、先行技術の挙証、優先権、登記制度などの道具を含む）を適用するために、エスニック・グループの分裂や価値の解体をもたらす可能性も高い。

先住民族の遺伝子情報の取得においても同様である。先住民族の血液や組織は民族団体の遺産とみなされているため⁽¹⁰⁰⁾、部落の検体を外の世界の団体に提供し研究するために、報酬と引き換えに同意を得る方法で進めていく場合に、同意権行使の形式と内容、および対価の計算と帰属などの構図については、その財産制度を含む価値システムにもたらす影響を考慮せざるを得ない。同意権を例にすると、たとえ先住民族のために市民の財産取引規範には存在しない「エスニック・グループ同意権」を特別に創設し、取引の必要条件としても⁽¹⁰¹⁾、取引の正統性を主張できるとは限らない。なぜなら、多くの先住民族財産制において、取引行為は財産意識の重要な要素ではないため、個人の意思は甚だしきに至っては財産移転の基礎ではなく⁽¹⁰²⁾、単純に個人または特定された集団が同意したか否かをもって、財産の処分権と対価の帰属を確認することはできないからである。

照。

⁽⁹⁹⁾ この点については、ILO107号条約がすでにはっきりと指摘している（前掲注(7)参照）。

⁽¹⁰⁰⁾ 黄居正・廖桂薰「原住民遺伝物質之権利帰属——以財産権理論検視人類基因多様性計画」『台湾原住民伝統医療与生物倫理研討会』（基因体国家型計画、2004年5月14日）6頁以下。

⁽¹⁰¹⁾ 例えばWIPOの伝統的知識データベースの取得に関する提案事項においても「エスニック・グループ同意権」の構想が見られる（WIPO/GRTKF/IC/5/6）。

⁽¹⁰²⁾ Bobroff, K.H., *supra* note 98, at pp.1561-.

4 生態——多元的財産制の政治的基礎

(1) 権利帰属の正統性根拠の再建

その実、市民の財産権体系においては、労働価値以外の財産の徴表がないわけではない。不法行為などの自由意思によらない取引において、この非取引価値の aspekto を看取できる。例えば、家宝の名画が違法に毀損された場合、毀損された名画の市場取引価値は補償される⁽¹⁰³⁾、所有権者は往々にして精神的な苦痛も感じる。これは財産と権利者の間に他の物をもってして代えがたいつながりがあるからであり、「こうしたつながりによって、個人の存在は空間と時間において延長・継続する」⁽¹⁰⁴⁾。ひとたび当該財産から離れれば、喪失感と傷心がまわりつく。Radinは財産権のこうした aspekto を、財産の「属人性」と呼ぶ。「属人性」の財産権は代替物がない。なぜなら、それ喪失することで個人はその者が認知する世界を外在化・同一化できず⁽¹⁰⁵⁾、よって自主と自由を失うからである。

多くの財産規範（台湾民法を含む）において、自由意思によらない取引に対する損害賠償について、「属人性」喪失の要素は含まれていない⁽¹⁰⁶⁾。しかし、財産権衝突の解決プランにおいては、常にこうした「属人性」財産権の痕跡を見いだすことができる。例えば、公共信託（public trust）がカバーする公共の利益の内容は、初期の個人の交通の便と経済的利益の促進から、今日における自然生態系の保存とその延長線上にある関係（完全なひとまとまりとしての生態食物連鎖と気候循環、周辺のコミュニティ市民に安らぎの生活のための空間を提供すること、および行われるかもしれ

⁽¹⁰³⁾ 例えば台湾民法196条所定の「物が毀損により減少した価額」。

⁽¹⁰⁴⁾ Radin, M.J., *supra* note 54, at pp.36-7.

⁽¹⁰⁵⁾ Radinはヘーゲルの理論を援用し、個体が外の世界とのつながり（労働などの対抗的活動を含む）により自身が人であることを認識し、対象を通じて自身を認識することにより自主を実践し、自由を具現化するとする（Radin, M.J., *id.*）。

⁽¹⁰⁶⁾ 例えば台湾民法196条は、不法に他人の物を毀損した者に対して、被害者は毀損により減少した物の価額の賠償を請求できるとされているが（解釈上は231条以下の原状回復も選択できる）、被害者に194条および195条所定の非財産的損害賠償請求権を与えていない。

ない科学研究など)⁽¹⁰⁷⁾へと変化してきている。また別の例を挙げると、日増しに具体化されてきている日照権⁽¹⁰⁸⁾などは、個体と環境との相互作用関係が引き出す利益のつながりであるといえよう。こうした権利を通じて、市民は自らが構築した境界内で外在的環境との相互作用を探求し、人格の完成を成し遂げ得るのである。

先住民の財産観についても、財産の「属人性」という非取引価値の観点から理解することができる。土地を例に挙げると、先住民の生産モデルにおいて、土地自体は取引の商品ではなく、総合的生態システムの総称である。土地が育む動植物は人間の生存に必須の資源を提供し、人類は単純な開発・採取ではなく、またこれらの資源の面倒を見、再生させる義務を負う。そのため、人類と土地との間には一種の「管理関係(stewardship)」⁽¹⁰⁹⁾があり、人類とその土地上の動植物、鉱物などの天然資源は、平等・共益の地位にあり、調和の関係を維持しなければならない。あらゆる利用方法は共用空間の生態の維持を原則とする。人類は調査、開発および占有という対抗→支配→統合の弁証法により、個人の自由意思を実現し、個人の存在を確認することを必須とはしない。したがって相対的に言って、土地の利用と管理により生じる利益も、必然的に個人に帰属するわけではない。こうした利益を権利の形式で表さなければならないとするならば、当該権利は先住民と環境の関係の総称であるということにな

⁽¹⁰⁷⁾ 判例については、National Audubon Society v. Superior Court, 33 Cal. 3d 419, 658 P. 2d 709, 189 Cal. Rptr. 346 (1983)参照。この点については後述する。

⁽¹⁰⁸⁾ アメリカ・ウイソコンシン州裁判所は、1982年に初めて日照権を認定した判決において、今日の社会生活において、日照は技術の進歩および代替的エネルギーの獲得という一般的認識により、絶対的所有権と同じ財産権の効用を獲得しているため、日照の利益を妨害すれば、隣地への振動公害と同じく「ニューサンズ」に該当する、と判示した。他方、こうした効用の確認については、裁判所が社会と政策のニーズ(密集的な土地開発の必要性の反省、および代替的エネルギーの長期的投資の効用などの要素)を検討して判断するした。本判決のロジックによれば、土地の合理的使用の解釈は、その運用結果である現実の取引価値だけを考慮するのではなく、さらに当該利用方法の周辺の環境の長期的影響も考慮しなければならない(Prah v. Maretti, 108 Wis. 2d 223, 321 N.W. 2d 182 (1982))。

⁽¹⁰⁹⁾ Henderson, J.Y., *supra* note 18, at pp.216-36.

ろう⁽¹¹⁰⁾。

(2) 共同の支点——生態的権利

先住民と市民の財産権規範の差異と衝突は、先住民の財産権紛争の核心的テーマである。本稿はすでに時間と労働などの規範的言語に隠された要素を明らかにし、分析した。ここから、パラレルな2つの権利システム、特に両権利システムが交錯するときに、先住民の「原始所有権」について「合意」を得られていない財産規範において、このパラレル現象は存在したままであり、しかもいつ衝突を引き起こすか定かではないことが分かった。エスニック・グループ憲法会議を開催し、改めて「合意」を達成するとともに、「過去の悪」を適切に処理するなどの「ハードな解決法(hard solutions)」のほか、市民の財産制度自体がパラレルな権利の衝突を協調する技術は、その実、両システムが具体的財産権紛争を解決するための共同の支点である。

アメリカ・カリフォルニア州最高裁判所が塩湖であるモノ湖の生態保存という公共信託とロサンゼルス市の水利権(両者はパラレルな公共財産権)の衝突を処理するときに用いた技術を例にしよう⁽¹¹¹⁾。同裁判所はどちらか一方の権利が排他的な利益であると判定したわけではないが、巨大な財産的利益(都市市民の生存権および工業地域の経済発展など)を担う水の権利を行使するときには、代替的な水源を用いる場合の経済効用や環境にもたらす影響と損失を含めて考慮すべきであり、また新しい公共信託

⁽¹¹⁰⁾ こうした人と環境の関係に打ち立てられる財産権利は、すでにオーストラリア連邦最高裁が1992年のMabo(No.2)判決において認めている(Mabo and Others v. Queensland (No.2) (1992) 175 CLR 1 F.C. 92/014参照)。

⁽¹¹¹⁾ モノ湖はカリフォルニア州で2番目に大きい湖である。湖の堆積物には有名な石灰岩柱(Tufa)があり、また塩水エビが捕れるため、カリフォルニアカメメなどの保護対象の渡り鳥の重要な生息地であるとともに、大量の観光客を呼び寄せている。モノ湖の水源の大部分はネバタ山脈の雪解け水が形作る5河川である。ロサンゼルス市の水利部はそのうち4河川の水利権を有しており、その後カリフォルニア州の人口の急増に伴い、1970年に2本目の人工の支流を完成させ、4河川全ての水をくみ取り、湖の水位の断続的低下を招き、生態食物連鎖を破壊した(National Audubon Society v. Superior Court 33 Cal. 3d 419, 658 P.2d 709, 189 Cal. Rptr. 346 (1983))。

の内容である自然生態などの要素を動的に維持しなければならない、と要求した⁽¹¹²⁾。つまり、裁判所は過去の財産画定において習慣的に採用してきた利益衡量の観点を放棄し、総合的な生態バランスを財産権行使を判定する新基準としたのであった。

こうした生態バランスを財産権行使の範囲とする方法が、先住民族の土地とその土地上の作物や狩りの獲物についての境界と利用方法に見られることはまた、帯状時間が蓄積した労働成果であったとしても、先住民族の財産制度において、財産権の境界を判別する唯一の基本的構成要素ではないということを説明している。W. Crononは、ニューイングランド地域の先住民の土地利用状況を調査したときに以下のことを発見した⁽¹¹³⁾。土地の使用権は継続利用を画定の基礎としているが、使用権者は一定期間内に集中的に耕作した後、廃業して立ち去ることができ、あらゆる非使用権者はその捨て去られた耕地を利用して、漁業、採集、木材伐採、ひいては養殖活動を営むことができる。しかし、特定期間内でしか行い得ない採集・漁業の権利、例えば冬のトナカイ狩りなどは、依然として使用権者のみが有する。こうした立体形態の複雑な利用権 (usufruct) を、Crononは「生態所有権」と呼んだ。個別的な労働の価値は権利の画定に決して影響せず、特定の社会的活動の生態条件のバランス化および生産効率に対する貢献が、その権利の正統性を決定する⁽¹¹⁴⁾。

最近、数名の社会学者がグアテマラで行った林地資源の利用法に関する調査⁽¹¹⁵⁾によると、財産権帰属の判定については、先述の市場経済的要素

⁽¹¹²⁾ *Id.*

⁽¹¹³⁾ CRONON, W., CHANGES IN THE LAND: INDIANS, COLONISTS, AND THE ECOLOGY OF NEW ENGLAND (New York: Hill & Wang, 1983).

⁽¹¹⁴⁾ 生態バランスが必要とする条件に従い随時にその利用方法と権利帰属を調整する「生態所有権」は、加藤雅信が考えるところの、性質上、完全な私有と無権の間に介在し、客観的な生産条件に伴い変化するという「入会権」概念と、権利の形態においては類似しているが、その根底にある哲学と得られる基準点は必ずしも同じではない(加藤雅信『「所有権」の誕生』(三省堂、2001年)168頁以下、および後掲注(116)参照)。このほか、呉豪人・前掲注(90)もあわせて参照されたい。

⁽¹¹⁵⁾ Gibson C.C., Lehoucq, F.E. & Williams, J.T., Does Privatization Protect Natural Resources? Property Rights and Forests in Guatemala, 83 SOC. SCI. Q. (2002) 206.

のほかに、資源の濫用・劣化を軽減し、特定のコミュニティの生存に役立つ機能などの価値を高めるかが含まれる。そして、生態所有権の概念の下で、共用・集団方式の管理(例えば、厳格な規範を設けて目的と使用範囲を限定する、または usufruct 制の使用についてのコモンプール (common pool) を採用するなど)が採られる林地資源の使用効率は、明らかに私有財産制よりも高くなる。この研究はまた、公有または集団化管理が必然的に低効率をまねくわけではないことを証明している⁽¹¹⁶⁾。つまり、市民社会の労働価値を基礎とした私有制以外に、財産の帰属と管理方法については他のモデルを受容することができるはずである⁽¹¹⁷⁾。

生態所有権は有体物についての利益以外に、先住民族の伝統的知識や知的創作の保護にも応用できる。当該伝統的知識・知的創作がエスニック・グループの共同生活の経験の蓄積であり、またエスニック・グループの生活と具体的に切り離せない以上、それを個人に帰属させがたいだけでなく、また形成された時点を確認する術もなく、さらには部族において個人や家族コミュニティの排他的権利を画定する術もないが、当該伝統的知識・知的創作と部族組織の生態バランスの客観的つながりを権利形成の基礎とすることはできる。オーストラリアの有名な Foster v. Mountford 事件の判決⁽¹¹⁸⁾を例に挙げよう。争点となった人類学者が撮影・抄録した先住民族の神秘的儀式、祭典の道具、トーテム、絵画作品、さらには伝承神話は、市民法における知的財産を構成し得ないが、北部準州最高裁判所はやはり当該知識・創作が「先住民部族の社会生活と信仰の安定性に深刻な影響を与える」ことを理由⁽¹¹⁹⁾に、人類学者がいかなる形式であれ、発表し、その文字や映像記録を出版することを禁止した。部族社会と組織生態の一体

⁽¹¹⁶⁾ こうした議論は G. Hardin の有名な「共有地の悲劇 (The Tragedy of the Commons)」モデルを出発点とし、公有または集団所有の管理モデルは財産の低効率使用をもたらすことが常であるとする (Hardin, G., The Tragedy of the Commons, 162 SCL. (1968) 1243)。

⁽¹¹⁷⁾ 市民の財産制度の下で新しい管理形式を構築する価値的基礎については、GEISLER, C., & DANEKER, G., PROPERTY AND VALUES: ALTERNATIVES TO PUBLIC AND PRIVATE OWNERSHIP (Washington D.C.: Island Press, 2000), pp. xiii 以下。

⁽¹¹⁸⁾ Foster v. Mountford, 29 F.L.R. 233 (N.S.C., 1976).

⁽¹¹⁹⁾ *Id.*, at 236.

性自体が、財産権の新しい基礎となったのである⁽¹²⁰⁾。

地域、季節および特定の物の種類は、生態所有権の適用範囲に客観的根拠を提供し得るが、生態所有権は結局のところ、労働価値中心論のように、量的な方法（例えば「継続的かつ不断な利用、相当時間の占有など」）によって確認できるものではない。特に、生命体系の解釈は、保存・挙証できない伝承または神秘的儀式において構築されることが多々あり、加えて分配方式は自然条件により調整され得る（例えば、干ばつや洪水により権利内容を変更する）。そのため、憲法レベルで基本的人権と同等の地位を付与し、司法システムを再育成することが、市民法およびその運用装置の認知・解釈体系において効果的に運営するキーポイントである。

消極的に衝突を回避するという視点からいっても、生態所有権にはかなりの機能がある。なぜなら、我々が市民の労働価値を基礎とする財産制度のみを承認し、先住民族と市民間の衝突を回避できないときは、生態所有権の存在を否定する以外にも、不法行為法制度の誤作動が生じ得る。再び先述の蜂蜜採取を例にしよう。漢族にとっては、蜂蜜採集行為の労働成果の帰属についての判断は、個人が限りある意識範囲（市民取引市場が形成する短期的な、現物取引的価値判断）内において投入した労働コストに依拠する。そのため、現実には蜂蜜を取得するまでに行ったあらゆる手段（例えば、高純度の蜂蜜を準備して蜜蜂を捕まえる）は、個人が生産に投入した道具およびコストにすぎず、いかなる競争相手の財産権も侵害していない。しかしながら、先住民族の価値システムにおいて、狩場（e.g. 蜜蜂が通常集まるであろう山林）において保存した生態バランスを維持する各条件を含む生存資源は、長期的に投入した工芸、およびそれと作物（漁業採集）の予測可能な最低収穫数との間の必然的関係であるため、部落の財産管理下に置かれている。そのため、侵入者が蜜蜂を捕まえる高純度蜂蜜を準備して採集区に進入したときには、当該蜂蜜が採集区の生態条件に符合し、部落財産の一部となるのである。当該蜂蜜を没収しても、決して他人の権利に対する不法な侵害を構成するわけではない。

⁽¹²⁰⁾ 同じ立場として、McKeough J. & Stewart A., *Intellectual property and the Dreaming*, in JOHNSON E. et.al. ed., *INDIGENOUS AUSTRALIANS AND THE LAW* (Sydney: Cavendish Publishing, 1997) 53, at p.72.

5 結論

時間、労働などの規範的言語要素の再検討および再解釈について、市民の財産規範体系における多くの理性的仮説の限界を適切に明らかにできたことはまた、先住民族の財産権と市民の財産権がそれぞれ2つのパラレルの権利システムに属していることを説明している。他方、規範の歴史に対する比較と反省を通じて、我々はまた、財産規範の時間秩序システムの実体的権利に対する深刻な影響力、とりわけ2つの権利システムが交錯するときに、先住民族の「原始所有権」について憲法的合意を得られていない財産規範において、存続するパラレル現象は絶え間なく財産権の衝突を引き起こす重要な要素であることを知り得た。

エスニック・グループ憲法会議を開催し、改めて「合意」を達成するとともに、「過去の悪」を適切に処理するなどの「ハードな解決法（hard solutions）」のほか、市民の財産制度自体がパラレルな権利の衝突を調整する技術——生態的権利概念も、先住民族と市民の間の財産権紛争を解決するための支点を提供する。しかし、生態的権利は地域、季節、物の種類、ひいては保存・挙証できない伝承または神秘的儀式における生命メカニズムについての解釈にも及ぶため、司法判断の実質的根拠とするために、先住民族の既存の生態観と最適な生存条件についてさらなるフィールドワークを行う必要がある。

しかし、先住民の財産意識と市民の財産権体系を区別する政治的任務のほか、生態的権利の基礎的規範の構築も、低い〔法的〕位階の特別法（大慌てで採択した「先住民基本法」を含む）や行政的規制によって成し遂げられるという望みを抱くことはできない。なぜなら、こうした深層的価値を正当化し、それに伴い台湾に移民してきた漢民族が誤解してきた生存価値と生命哲学（同時に、相対的に、漢族が長期にわたり得意がってきた生存哲学と道德意識を否定しなければならないかもしれないが）を再確認するためには、極めて強力な正統性、極めて広範なコンセンサスを有する政治装置により行われる必要がある。憲法の財産権条項の改正または再制定以外に、頼れる道具はあらかた何もなくなった。

このほか、時間的な切迫性も、先住民財産権論のもうひとつの大きな隠された悩みの種である。先述のように、議会制民主主義などの財産法に正

統性を与えた覇権道具において、先住民の政治力は極めて小さく、現在の台湾における全面的な市民民主主義化においては、財産規範についての表明権は完全に自由市場取引を主流価値とする市民集団に掌握されることになる。この場合、受け身の司法権に頼り均衡を求めるだけでは、その効果はかなり限定されたものになるであろう。したがって、憲法を改正ないしは制定して、先住民の財産権のための章を設け、二重財産権体系などの「ハードな解決法」を承認することが、焦眉の課題である。そうしなければ、まもなく全面的な市民民主主義化により競争が絶対的に解放される財産取引市場に効率的に対応することはできない。

Time, Labour and Ecology -Essential Elements to the Aboriginal Property

Chris Chu Cheng Huang

Abstract:

This article is intending to conceive the property and its collaborating facilities, *e.g.*, the regulation, the authority, and the utility, as an integrated interpretation system, so to reveal and reinterpret the essential elements of such system, namely the concept of time, labour and ecology. With this effort, the applicability of the ideas of civil property are largely re-examined, and its auxiliary facilities would therefore be conceived and measured as a power distribution tool. Then we can oversee the efficiency (and difficulties) of single property system applied in a multi-ethnic society with a broader spectrum of evaluation, which includes the aboriginal meaning of the above essential elements and the overall balance of power between different ethnic groups. And aside from the hard solutions such as amending the constitution through national assembly to rebuild a dual property system, the conventional methods such as usufruct and similar ideas applied by civil property are suggested to resolve the conflict between the aboriginal and civil property.

Key Words: time, labour, ecology, aboriginal people, civil law, property