

# 「慣習と『近代』」研究会についての一報告

松 田 恵美子

- 一 始めに
- 二 各研究報告の整理
- 三 結び

## 一 始めに

二〇一三年と二〇一四年の二年間、名城大学アジア研究センター・谷口プロジェクトの一環として、「慣習と『近代』」研究会が名城大学にて三度に亙り開催された(二〇一三年二月七日、二〇一四年一月二七日、二〇一四年六月二八日)。この三度の研究会での研究報告は以下である。曾文亮「日本統治期台湾人の家族の旧慣 宗法の家から多重構造的戸主の家へ」、上地一郎「明治期沖縄の村落慣習法と土地制度」、王泰升「慣習と近代法 台湾

における慣習の国家法化を例として「、松原健太郎「土地保有諸慣行と国家統合 香港新界を一例に」、黄源盛「近代国家法と台湾原住民の旧慣」(黄源盛氏急病のため、松田が急遽報告原稿の内容紹介を行なった)。

いずれも興味深い報告であり、得られた知見も多かった。そこでこれらの報告について全体的なまとめを行ない、今後の研究への足掛かりとしたい。その意味でここで「慣習と『近代』」研究会についての一報告を行なうものである。但し各報告は様々な論点を含んでおり、それらすべてをここで挙げることは、紙幅の関係もあり不可能である。それゆえ以下で述べることは、各報告の極一部を筆者自身の研究テーマとの関係で抽出したものと捉えていただきたい。

筆者はかつて「台湾法制史と土地法研究」と題する論稿を公にした(法制史学会年報『法制史研究』六一号、二〇一二年、以下「前稿」と称す)。その中で日本における土地法研究の研究成果に基づき、台湾法制史の展開可能性を探った。この際、日本の近代法制史研究においては、明治以前から続く土地慣習の実態が追究され、そこに見られる人々の意識が分析されていること(例えば、小作、建物所有を目的とする借地、入会)を挙げた。これは明治より以前、土地は単にものを生み出す存在であり、人々の意識はそこから得られる収穫物の分配に向けられていたが、明治期の西欧近代法概念導入以降、土地が商品化へと向かい、その過程で様々な紛争が生じていたために、その当時の実態や人々の意識が分析の対象とされたともいえる。戦後は、地主と小作人の関係はほぼ解消され、土地耕作者が所有権者である形態(商品としての土地を個人が所有するとの意味でもある)に転換された。ただ建物所有を目的とする借地はなお存続したことから、法社会学、民法学の分野において、近代法概念に基づきながらも、日本の実態を踏まえたうえで、それに適応し得る法理論を構築するための論争が繰り広げられたこと(例えば近代的土地所有権を巡る論争)を挙げた。近年は土地所有に関する理論の構築は更なる展開をみせる。例えば土地所有に関して、これまでの商品としての土地の所有者の存在を前提に、誰の如何なる権利を保護すべきかを問題にして

いたことに加え、土地の有効利用という観点が現われ、この観点に関わるコモンズ論との関係で、戦後なお存続している慣習である入会が取り上げられていることも挙げた。これらの点から日本では土地法の歴史的研究が、領域面でも、時間面でも非常に広い射程をもつことがわかる。そしてこの点については、台湾でもやはり土地法の歴史的研究が幅広い射程をもち、また法制史学、法社会学、民法学の結節点と捉えうることから、ここに台湾法制史研究の展開可能性の一つがあると言えるのではないかとした。

以上を前置きとして、次章で前掲の一連の研究報告をまとめることで、台湾においてもまた日本においても、近年「慣習」の分析が、新たな研究動向との関係で登場していることを一つの得られた結論として示したい。

## 一一 各研究報告の整理

今回の一連の研究報告では慣習について論じられるわけだが、それらを大きく分けるなら、土地（或いは不動産）に関わる慣習と家族に関わる慣習がみられる。しかし「前稿」との関係でここで触れるものは大部分が土地に関する慣習となる。

まず台湾についてであるが、王泰升氏の報告がその後「台湾社会の慣習の国家法化について」としてまとめられている。(上)・(下)の形で各々『名城法学』六四 三、六四 四に掲載、いずれも二〇一五年)ので、それに基づいてその内容を紹介する。

王泰升氏は台湾において慣習がどのような形で国家法に取り入れられるかにつき検討し、三つの類型を挙げる。ただ台湾は時間面で固有の複雑さをもつ。つまり三つの類型が各々日本統治下、国民党政権移転の後、さらには一九九〇年代以降の民主化の時代の中でそれぞれの特徴をもって現われる。この点を念頭に置かねばならないのであ

る。

王泰升氏によれば三類型の一つ目は、立法機関が社会の慣習の内容を法律に取り込み制定する「慣習立法」である。この場合は慣習は実質として条文中に取り込まれるわけであるから、条文上に「慣習」という言葉が現われるわけではない。この類型の時代毎の変遷は以下となる。

日本統治時代は植民地統治の必要からそれまで台湾に存在した保甲、笞刑、犯罪即決、民事紛争調停等を立法中に取り入れた。つまり、一八九八年制定の保甲条例、一九〇四年制定・一九二二年廃止の罰金及び笞刑處分例、一九〇四年に設けた警察機関の犯罪即決と地方政府の民事争訟調停等制度である（詳しくは王論文一（一））。しかし一方で台湾の民商事事項の慣習と、近代型民商法を結合するものであり、「一九一四年の台湾民法草案」と総称できるものについては、その施行を認めなかったため、民商事事項については慣習立法を採ることはなかったのである（詳しくは王論文三（一））。

一九四五年の第二次世界大戦終結後、国民党政権が台湾を統治するようになること、中華民国法制が全面的に台湾にも施行されたため、当然ながらその中に台湾の慣習が取り込まれることはなかった（詳しくは王論文四（一））。

ところが一九九〇年代の民主化の過程で、慣習立法が復活する。例えば一九九九年の中華民法債編の大改正では（二〇〇〇年五月五日施行）、台湾の司法実務や社会に見られた「合會」が債編の「各種の債」の一つとされた（第七〇九条の一から九）。また二〇〇七年の担保物権についての改正の時には、台湾の金融業で使われていた最高限度額の抵当権制度を民法に入れた（第八八一条の一から一七）。

民法以外でも、伝統的な慣習である祭祀公業について定める「祭祀公業條例」が制定されている（二〇〇七年一月二二日公布、二〇〇八年七月一日施行）<sup>1)</sup>。

この他最近の台湾の立法では慣習を重視する傾向が見られ、例えば二〇〇九年に民法の物権編が改正された時に、

民法第七五七条は「物権は法律或いは慣習による以外は、創設することはできない。」とされ、これまでとは異なり物権の創設は慣習に基づくことも可能となった（以上詳しくは王論文五（一））。

第二の類型は、司法或いは行政機関が法律に基づいて、社会の慣習を「慣習法」と認めるものである。この場合法条文上は「旧慣による」や「慣習による」との表現がなされる。

日本統治の時代にはこの点については、前半と後半で扱いが異なった。前半（一九二二年二月三日まで）では、台湾人へのみ及ぶ民事事項については、律令で「旧慣による」と定めた。また土地の権利については、当事者が日本人であっても律令は「旧慣による」とした（詳しくは王論文一（一））。後半（一九二三年一月一日以降）は、台湾においても日本の民商法典が適用された。但し台湾人へのみ及ぶ親族・相続と祭祀公業事項は、勅令によって「慣習による」とされた（詳しくは王論文三（二））。

戦後の国民党政権の中華民国法制下では、民事慣習法は法律の明文規定がない時に初めて、「補充的な法源」となった。司法機関によって実際に慣習法と認められた例としては、祭祀公業に関わる派下権、つまり「祭祀公業の派下権は男系子孫を以って限りとす」があるのみである。但し前掲二〇〇七年公布の「祭祀公業條例」が施行されると、この慣習法の適用はなくなる（詳しくは王論文四（一））。

第三の類型は、「慣習法」のような人々による「法的確信」は具えてはいないが、「事実たる慣習」として認められるものである。これは私的自治原則の下、強行法規に反しない部分で、事実上の社会の慣習に規範作用を發揮させるものである。

この類型は戦後の台湾において用いられた。事実たる慣習によって当事者の法律行為或いは意思表示を解釈或いは補充する基準としたのである。一九五一年に最高法院が、祭祀公業の管理人が祭祀公業を代表して公業財産を処分する慣習を認めたと考えられる例が見られる。一九六〇年代・七〇年代の法院の動きを見ると、一般的に使われ

ていた最高限度額の抵当権の効力を認めており、台湾社会でかなり盛んであった合會については一種の契約関係と見做している。事実たる慣習が法律行為を解釈するために基づくところとなったのである。財産法の任意規定で「別に慣習あるは、慣習に依る／従う」と定めるものもあるが、これに基づくものは極少数であった（詳しくは王論文四（一））。

この他例えば童養媳の慣習のように、司法院大法官會議の解釈を見ると、慣習の名ではなく他の法律関係に基づいて、実質的に社会の慣習が承認されていると言えるものがある（詳しくは王論文五（一））。

ところでさらに複雑であるのは、台湾では人口の大多数を占める漢民族と並んで、現在原住民と呼ばれるマレー・ポリネシア系の先住民族が住んでおり、その中の各々の部族がまた固有の慣習をもっていることである。この点にも王泰升氏は注意を払い、以下のように述べている。

高山族原住民については日本の統治時期は近代法の適用の外に置かれ、民商事事項は理蕃警察の行政裁量権力により処理された。その反面刑事事項、訴訟法事項、行政法事項のいずれにおいても社会の慣習が一定程度実質的な規範として働いた。原住民の慣習は個別事件において理蕃警察が判断をなす際の一つの参考基準となったのである（詳しくは王論文一（一））。

戦後の国民党政権の下では、原住民の民事事項について慣習法の適用は定めず、まして「慣習立法」は存在しない。民法典からすれば慣習法或いは事実たる慣習が認められる余地はあるのだが、司法実践上そのような例が見られるわけではなかった。その原因として、そもそも原住民の慣習が知られていなかったことが考えられる（詳しくは王論文四（一））。

その後民主化の進む中、二〇〇三年の「ツオウ族頭目の蜂蜜強奪事件」を契機に、原住民の慣習調査が始まった。また国家法上原住民の法伝統を認める例も現われた。例えば二〇〇一年一月一日施行の「原住民身分法」は、

原住民が生んだ子女が称する姓は中華民國民法の関連規定の制限を受けないと定め、原住民の法伝統が国家の民法上の規定に優先したのである。

この他二〇〇五年公布・施行の「原住民族基本法」等原住民関連の法が定められるが、必ずしも積極的に執行されているとは言えない。これは国家機関が原住民族の文化を理解・尊重していないことに起因する。そこで原住民族の法伝統を誘因として、慣習法と認められることや、事実たる慣習と認められることは極めて稀で、まして慣習立法などなおさらである。そのため近代法上の権利制度等を含むしよみの保障を得ることは難しく、法伝統から生ずる原住民族社会の慣習については、受動的な刑法上の違法性の排除のために重要になるにすぎない。例えば二〇〇九年・二〇一〇年の「スマグス倒木事件」の判決では、「原住民族基本法」、「森林法」、政府の慣習調査に基づいて、タイヤル族が倒木を持ち去った行為を正当なものと認めて、原住民を無罪とした（以上、詳しくは王論文五(二)）。

以上のように台湾における近代法制の構築を慣習という点から歴史的に辿ったうえで王泰升氏は、前掲の三類型を用いることで台湾の慣習を現行の法体制に取り込もうとする。そしてその場合漢族と原住民族のいずれの慣習についても同様な扱いがなされていなければならない。それは固有法に固執するとの意味ではなく、また一方で外国の最新立法にやみくもに追従することに抗する意味ももつが、ただあくまで社会の必要に基づいてなされることであるとしている。

これはもし台湾が多元的な社会の承認に踏み込むのであるなら、法制度を整えるうえで、避けることのできない慣習と法の問題ということになる。このように王論文からは、現在の台湾の抱える課題の難しさを感じさせられる。さて、以上王論文の一部を紹介したが、次に曾文亮報告についてである。曾文亮氏の報告原稿「日本統治期台湾人の家族の旧慣 宗法の家から多重構造的戸主の家へ」(『名城法学』六四 四、二〇一五年)に基づいて見てゆ

く。

曾文亮氏は日本統治の時代に台湾人の家族の旧慣は、一種の多重構造をもつようになつたとする。つまりもと台湾の家族は中国の宗族の法の影響下にあつたものが、日本の明治の家族法の影響を受けての変容が見られたといふのである。曾文亮氏は例えば宗法原理に基づくため同宗昭穆相当が強調される立嗣と、台湾の民間に見られる過房、螟蛉を日本側はいずれも養子と捉えてしまつた点や、「家産」を日本の旧慣調査会は家父長個人の所有であるとの見方をとり、これはまた総督府法院の見方でもあつたのだが、そのため家産分割は家父長個人の財産の相続とされた点を挙げる。それにより台湾の人々と統治する日本側との理解の違いを示している。このような状況の下で台湾の人々の家族慣習は、日本の明治の家族法の影響を受けていったのである。

王泰升氏は西欧近代型の法制度を前提としながらも、対等な相互承認と互譲に支えられた多元性の観点から、社会の必要に応じ、如何に台湾の慣習を取り込むのかを課題とする。その前提として台湾社会の実態に目を向けると、その点について曾文亮報告によれば、日本統治時期には台湾の慣習が日本のもたらす法制度の中で変容を迫られたということになる。この側面に関しては、より具体的な例を挙げる陳宛好「植民地台湾における担保法と社会 日治法院文書の分析を中心に」が近時公表された（『法学論叢』一七二一、一七二三、一七三五、一七四二、一七四四 四に(一)～(五)・完として掲載、二〇二二年～二〇二四年）ので、これも参照する。

陳論文で示されることの一つに、台湾で従来見られた「典」の慣習が日本統治の時代に一定の変容をみたことがある。

典とは不動産を期限を決めて金銭と引き替えに相手（典主）に渡し、期限に達するまで典主はこの不動産を占有し、自由に使用、収益できるというものである。期限がくると元の不動産所有者（原主、出典者）は金銭を返すことで不動産を取り戻すことができる（回贖）。価額は不動産を売り渡す場合に比べ五割～八割程度となる。期限が

来ても原主が回贖しない限り、典主の側から金銭の返還請求はできない。

陳論文では、日本が典のような台湾の慣習を西欧近代法の概念の下で説明しようと苦慮しつつ、土地制度を整えてゆく過程が示されている（陳論文(二)）。この過程で典は典権と位置付けられたようである。一九〇五年には律令で台湾土地登記規則が制定され、典権は登記しなければ効力を発生しないとされた（陳論文(二)、八〇頁）。一九〇六年の段階で登記では典権が数で胎権を上回っていたが、一九〇七年から典権の登記筆数の激減が始まり、この年には大きく伸びた胎権の登記件数・筆数が典権のそれを上回った（陳論文(二)、八五頁）。

胎も台湾に見られた慣習であり、『台湾旧慣制度一斑』（一九〇一年）では、胎は債務の弁済がなされるまで、債権者が不動産や不動産権に関する証書を占有することを認める法律関係にすぎず、直接的に物や権利に対して何等の権利を取得するものではないが、實際上債権の担保となり抵当の如き効力を生ずるものと説明されている（陳論文(二)、七一頁）。

先述の一九〇五年の台湾土地登記規則では、胎権も登記しなければ効力を生じないとされていた。また陳論文の挙げる日本勸業銀行の調査によれば、胎に比べ典は目的物の占有が必要となることから、担保権に適當ではないと判断されている（陳論文(二)、七七頁）。

さて陳論文によれば、台湾土地登記規則の施行（一九〇五年七月）の後に、胎権設定登記が大幅に増え、典権設定登記が減少していく中で一つの変化が起きたとする。つまり台湾土地登記規則施行以前の「典権設定金銭貸借証書」においては、借主が弁済しない場合、貸主は積極的に弁済請求はできず、不動産の占有をそのまま継続できるのみという「典」の慣習と一致する契約内容をもつことがほとんどであるが、台湾土地登記規則の施行以後の一九〇一年頃からの証書は、弁済期限が過ぎた場合、借主は強制執行を受けても異議は唱えないとの内容を含むものが圧倒的に多くなると言うのである。陳宛好氏はこの変化を捉え、「典権」の権利性質が従来の典の慣習から、不動

産質権に近い「権利」へ転化したとする（陳論文(五)、一五三—一五四頁）。

ところで一九二二年一月一日の法三号の施行により、一九二三年から台湾は日本民法が直接適用される時代に入る。そのため典権という法律上の権利は存在しないこととなり、これ以降は典権設定公正証書も存在しないと言う（陳論文(五)、一五七頁）。

この他陳宛好氏は訴訟の面からも典の慣習の変容が見られるとしている。一九一一年の台中地方法院の判決は、台湾の慣習では回贖の申し込みがあった段階で典主は典価金の請求権を行使し得るとしたが、一九一六年の台北地方法院の判決は、登記しなかった典権設定契約であっても、典価金の返済期間が経過するなら出典者は返済の義務があるとしたと言う。この点を陳宛好氏は、典価金が典権設定の対価というものから、金銭貸借の債務へと変化したとし、そのため典を受けた側である承典者が「支払命令」を申請して、典価金を請求するということが増えたと指摘している（陳論文(五)、一五九頁）。

以上、曾文亮報告、陳宛好論文から、台湾では日本の統治時代に従来の慣習に一定の変容が見られたと考えられ、それは日本がもたらした西欧近代型法制度との関係で生じたものと言える。この点は王泰升氏ももちろん承知している。そのうえで現代の台湾社会において人々が必要としている法制度を考える時に、慣習が生かせないかというのが王泰升氏の観点である。その観点の下で王泰升氏が強い関心を示すのが、長期に互り等閑視されていた原住民の慣習である。

さて原住民の慣習という問題となると、「慣習と『近代』」研究会第三部の黄源盛報告が興味深い。

次に黄報告について、報告原稿「近代国家法と台湾原住民の旧慣」に基づき見てゆく（黄源盛氏の報告原稿は『名城法学』六五 三に掲載予定）。

日本統治時代について言えば、制定法は高山族原住民には適用されず、個々の事件への対応は「理蕃警察」がな

し、その際の判断において原住民の固有規範が「旧慣」として選択肢の一つとなった。国民党政権下では、中華民國の六法が原住民にも適用される。中華民國民法第一条は「法律に規定なきときは、慣習に依り、慣習なきときは、法理に依る」とするが、原住民の慣習法が援用されることは極稀であった。また刑事裁判においては罪刑法定主義の制約があるため、慣習はほとんど問題にならなかった。黄源盛氏はこのように述べたうえで、台湾では一九九〇年代の政治的・経済的・社会的事情の変化の中で国家法が原住民の文化を尊重し始めたとする。

そして黄源盛氏は台湾では三十年、原住民の慣習に関連する刑事事件がしばしば発生していることに注目するのである。黄源盛氏は社会で注目され、広範な議論の起きた四つの事件に対する法院の判定を取り上げ、慣習がどのような意味をもったかを分析する。四つの事件とは以下である。

(一) 台東パイワン族伯祖父男児「aini」触り事件

二〇〇一年の六月の事件である。台東県のパイワン族の六歳の男児が自宅前の広場の椅子の上で、伯祖父（大伯父）に「aini（生殖器）」を繰り返して触られた。この伯祖父は刑法第二二四条の一で定める加重強制猥褻罪で起訴された。台東地方法院では伯祖父の行為は猥褻の犯意または自己の性欲を満足させるものに当たらず、男児の生殖器を触る行為も年下への愛しさを表現するパイワン族の習俗と判断し、親告罪とする「セクシャルハラスメント防止法」で処理した。男児の拒否を無視し、強制的に猥褻行為を行なったと考える検察側は控訴するが、二審の高等法院花蓮分院は検察側の主張を認めなかった。花蓮分院も年下の者の生殖器を触る行為は、パイワン族の習俗としたのである。

(二) 新竹県スミングス地方タイヤル族の倒木窃取事件

二〇〇五年九月の事件である。新竹県スミングス地方の連絡道路に台風でケヤキの巨木が倒れ、道路を遮いだ。林務局が除去作業を行なったが、根と枝の一部はすぐには除去できず、赤い塗料を噴き付け焼き印を押して現場を

立ち去った後、タイヤル族がそれを持ち帰ろうとした。彼らは部落の会議で、伝統的な生活領域にあるものは慣例に基づいて部落の共有の財物であると決定し、彫刻や景観造営という公益の用に供しようと考えていた。しかし運搬途中にパトロール中の警官に見えられ、結局森林法第五二条で定める森林主・副産物窃取罪違反として起訴された。

一審、二審では有罪判決がでる。三人の原住民は噴き付けられた赤い塗料の意味を知っていたのだから、国有の材木を窃取する犯意があるということが理由となった。また原住民は「森林法」に基づき一定の非営利的行為に従事できるが、その場合は法に基づき手続が必要となるため、それもなされていないことから違法性を阻却することはできないとも示された。しかし上告審で最高法院は多元主義の観点と文化的相対の角度から、原住民族の伝統的領域内での伝統的習俗に従う行為については、合理的範囲であれば尊重するとの立場に立った。そして原住民族基本法に基づき、政府は原住民の伝統的習俗・文化及び価値観などを尊重せねばならないとし、原住民がその伝統的領域内で伝統的な習俗に従って行なった行為は非原住民の行為と同視することはできないとしたのである。これを受けて行なわれた高等法院の差し戻し審では三人の原住民は無罪となった。検察側は上告を取りやめ、無罪が確定する。

### (三)屏東県牡丹郷タイヤル族の自己製造猟銃所持事件

二〇〇八年六月にタイヤル族原住民の漁民が無許可で殺傷力のある散弾を三個人手して所持し、また殺傷力のある猟銃二丁と銃一本を自己製造した。その手製の猟銃と銃で家族のために月に一、二度狩りをし、他人に獲物を売るようなことはしていなかったのだが、起訴されてしまった。「槍砲彈藥刀械管制條例」との関係で、無許可で殺傷力のある散弾を持つこと、無許可で殺傷力のある銃を製造すること、無許可で銃を製造すること、また手製猟銃や手製の銃を所持することが問題となったのである。一審では、無許可の殺傷力ある銃製造、無許可の銃製造、手

製の猟銃や銃の所持は無罪となるが、無許可の散弾所持は有罪となる。その後、二審、上告審を経、無許可で殺傷力ある銃を製造した行為は差し戻し審で有罪となる。しかしさらに最高法院による終審判決へと向かい、この事件の裁判は複雑な過程を述べた。

最終的に最高法院は終審判決で、無許可で殺傷力のある銃器を製造することは無罪とした。この根拠には、中華民國憲法の増修条文で、国家が多元的文化を認め、原住民族の言語と文化の発展を積極的に擁護することを定めること、また「原住民族基本法」で原住民族の文化の保存と維持、そして法律制定に際しての原住民族の伝統習俗・文化と価値観の尊重と合法的権益の保障、さらに原住民が伝統文化・祭儀または自己のために、原住民族地区で法に基づき野生動物を非営利目的で捕獲できると定めることが挙げられた。

(四) 嘉義県阿里山ツォウ族頭目の蜂蜜強奪事件

二〇〇三年二月の事件である。阿里山のツォウ族の頭目が、自己が賃借する土地の道端で漢民族が運転するジープの中に蜂蜜一缶を見つけ、ツォウ族の土地で採取したものではないかと疑い、交番に行くよう求めた。この人物が交番に行くことを拒んだところ、頭目はこの蜂蜜缶を勝手に持ち去った。頭目はツォウ族の通例によれば、ツォウ族の土地で採取した蜂蜜はツォウ族の所有物であると考えたためである。頭目は葬儀に向かう途中であったので、帰宅時に交番に届け出をすればよいと考えていたところ、帰宅途中に逆に警察に奪取罪で捕えられた。この時頭目は息子と行動を共にしており、頭目父子は刑法で定める普通奪取罪で起訴された。法院の判決は頭目父子の行為は普通奪取罪であるから、各々懲役六月執行猶予二年とするものであった。蜂蜜が頭目父子の所有する土地から採取されたものではなく、また頭目父子の土地では蜜蜂を飼っていないことから、頭目父子は不法所有の意図で蜂蜜を奪い取ったと考えられたのである。被告人は控訴したが、棄却された。次に黃源盛氏は以上の四つの事件に関する裁判所の判断を検討する。

黄源盛氏は国家法に原住民族部落の文化が抵触した場合に、原住民の特殊な文化規範と伝統的慣習、原住民のもつ文化的認識をできる限り刑法学の教義の枠組みに入れて考えなければならぬとしている。

そして黄源盛氏は第一の事件については、判決が猥褻罪を構成するには、その行為が性欲を興奪させるか或いは満足させるに足りるものかどうかによって決定すべきだとし、被告人には猥褻の犯意はなかつたとする点に注目する。この点に刑法の構成要件要素の解釈において「傾向犯」の実質的含意を説明しているとみて、説得力があるとするのである。外的行為だけでなく、行為者の内心の主観的傾向を強く表わして初めて犯罪が成立するという傾向犯概念の使用で、この判断が刑法学の教義の枠内にあることがはっきりするということであろう。

第二の事件について黄源盛氏は、本件判決が被告人三人の行為に社会倫理的非難性がないことを判断基準とすることに対し、これは抽象的な価値概念を判断基準とするため論述が濫用の危険に繋がりがやすく、主観に陥りかねないと指摘する。しかしながら、この判決自体は、厳格に刑罰を科すにはあまりに軽微な違法行為について、犯罪論の体系を変えることなく刑罰を免れさせ、また法院の判決を人々の生活感情に近づけていることから支持できるとしている。ただ黄源盛氏自身は「可罰的違法性理論」を適用することを正面から論ずることを考えているようである。

第三の事件について黄源盛氏は、最高法院が自己製造猟銃は原住民の生活にかかわり、しかもその生活に必要であることに着眼し、「非犯罪化」の範囲をより緩やかに認定する立場に立っているとし、これは原住民の狩猟文化を保護する観点に基づくものとして、この判決に賛同する。但し黄源盛氏自身は有責性の阻却として「違法性認識の錯誤」が主張できるかどうかという点で捉えたようである。

第四の事件について黄源盛氏は、判決が頭目父子は奪取行為は処罰されることを認識しているので、刑法の禁止規範に対して不知または認識の錯誤という情状は存在しないとして有罪としたことに疑問を呈する。黄源盛氏はツオ

ウ族の財産を盗んだ相手から蜂蜜を奪い返すのだと父子が誤認しているのだから、奪取の故意はないとして頭目父子は無罪との結論は導けるとする。黄源盛氏は憲法僧修条文で原住民文化を擁護する明文規定があることから、住民文化の特殊性や社会組織及び伝統慣習等を特に重視すべきと考えるなら、今回の判決は不十分と見たようである。黄源盛氏は「誤想の自救行為」があると認めめることで、現行刑法の下で頭目父子が刑事責任を負わないとの結論を導きつると考えている。

以上黄源盛氏は原住民の慣習を「犯罪不成立」の構成要件阻却事由、違法性阻却事由、責任阻却事由にどのよう  
に理論的に結びつけるかの視点で四つの事件に対する法院の判決を検討した。黄源盛氏は決して原住民の犯罪行為  
為に対して「文化的弁護」や「文化的抗弁」で処理はできないとし、あくまで刑法学の議論を通して文化的衝突の  
場合の「犯罪不成立」を処理するための適切な理論や概念を発展させるべきだと言う。黄源盛氏は慣習を犯罪事実  
の認定や法解釈における補足資料と捉えるのである。しかしこの実践は簡単とは思われない。その分そこからは多  
元的な社会として生きよつとする台湾の司法界の姿が読み取れ、一層注意を引かれることになる。

以上四つの文献から、台湾社会の特殊性が慣習を通じて浮かび上がる点がりわけ興味深い。

台湾は、原住民社会 オランダ・スペインの支配 鄭氏支配 清朝支配 日本統治 国民党政権 一九九〇年代  
以降の民主化が促進され現代に至る時期というように、度重なる社会の変動を経る。そのうえ民族的にも原住民と  
漢民族に大きく分かれ、漢民族はさらに閩南系、客家、福佬人に分けられるという特徴をもつ。そのため多元的な  
観点が強調され、そうすることで社会の調和を保つ必要が生じ法制度もその問題に無縁ではいられず、その意味で  
歴史的な法制度の探究が重視されていると言える。その中で西欧近代型法制度に伝統的な台湾の慣習をどう組み込  
むかとの問題意識が登場しているということであろう。もちろん台湾の法制史学者は伝統はすばらしいと単純に賞  
讃しているのではない。伝統をどう生かせるかに頭を悩ませているということである。

さて台湾についての研究報告の紹介に多くのページを割いたが、沖縄の慣習については上地氏の報告が論文にまとめられている。上地一郎「共同性の創発 土地整理事業以後の沖縄の村落共同体」(『高岡法字』三三、二〇〇四年)である。そこで上地氏の論文に基づいて以下述べる。

一八七九(明治一二)年の「琉球処分」の後、沖縄県政の基本方針は「旧慣存置政策」であった。土地について言えば、旧慣土地制度の根幹をなしたのは「地割制度」であった。つまり耕地の大部分を村落が管理し、定期的に村落構成員に対して割替えと配分をなすというものである。「琉球処分」後もこの形が残るが、しかしこの後一八九九(明治三二)年三月一〇日公布の「沖縄県土地整理法」に基づいて、地割制を廃止し、土地の私的所有権の認定と地租の徴収のための地価を決定することを目的とする、沖縄県土地整理事業が進められる。一九〇三(明治三六)年のこの事業の完成により旧慣土地制度は解体された(上地論文一 八頁)。

上地氏は「琉球処分」から「沖縄県土地整理事業」の完成までの沖縄の近代化の過程における村落社会の変化を検討しているが、その中の一つ土地問題と関わる杣山(ソヤマ)の問題を挙げてみる。杣山とは、本来官木を調達する山林とされ、琉球王国では山奉行所の監督下に置かれ、間切・島・村が管理するが、農民には「入会的」な利用が認められていたとのことである。「琉球処分」の後、沖縄では各地の山林で樹木の濫伐が生じ、急速に山林が荒廃したと言う。この点について上地氏は、村落における杣山の管理制度は、近世琉球(一六〇九年の薩摩侵入事件を契機とした幕藩体制への包摂以降)の王府の政治権力がもたらしたものであり、その管理制度が村落レベルでほとんど根付いていなかったため、旧王府による管理がなくなると山林の取り締まりが緩み、荒廃が進んだとしている。ところが明治一〇年代以降、「土族授産」の必要や、「食糧問題の解決」・「殖産興業」のスローガンの下での杣山開墾、また土地整理事業にともない杣山が官有とされたうえで払下げられたこと(杣山処分)を経たことで、村落では新たな山林管理制度の構築が促されたと言う。払下げ金を負担して杣山を取り戻した後、村落が山林の

造植林や禁伐林の設定保護や盗伐取り締まりの強化という山林の保護と利用の体系化を図るようになったと言つのである（上地論文、八 一三頁）。

上地氏の論文では先述の如く「入会的」との表現をしていたように、「入会」は日本の入会と必ずしも同じと捉えられない点を指摘する。本来官木を調達する山林が「入会」であったが、元来山林についてはかなり自由の木を伐ることができるといふ地域があつたり、樹木の伐採後は自然に任せるといふ状況が見られた。そして「入会」の管理についてみれば、村落内部では個人を基準に人頭割りで利用されたと言え、家を基調とする日本の入会山の利用とは異なっている面が見られるとも言えるのである。しかしそれが土地整理事業後の「入会」のように入会制度を作る村落もでてきたとしている（上地論文、八 一三頁）。

但し上地氏は沖繩の入会の実態や、明治以降設立された「共同店」という村落の経済組織との関連についての分析は今後の課題として稿を終えている<sup>(2)</sup>。

さて、さらにもつ一つの報告が香港についてである。

松原報告では、典と売、その各々に関連する諸慣行、そこに見られる人々の意識、そして典と売各々の位置付けに基づくとこの両者の関連性が示されていた。そこからはおよそ西欧近代法にいう所有権概念とは異なる土地に対する人々の捉え方が浮かんでくる。

「前稿」で、西欧近代法概念導入以前の日本においては、土地には重疊的に関与する人々が存在し、その人々の間ではものを生み出す存在である土地からの收穫物を分配しあうことが意識の中心となっていた点を挙げた。そしてこの土地に対する捉え方は戦前の台湾においても類似のものであったことが認められ、また伝統中国での土地慣行からも同様な捉え方が読み取れることを挙げた。このように見ると香港における人々の土地に対する意識についても、やはり西欧近代法概念が導入される以前の日本、台湾、中国大陆との類似性が予想されるため、非常に

興味深く感じられたのである。

### 三 結び

研究会における一連の報告につき筆者の研究との関係で台湾に絞って言うと、台湾では特に近年慣習がかなり重視されていることがわかる。これは歴史的経緯や民族的な特殊性を抱える台湾が多元的な価値を認める社会へと進む道を選ぶとするなら、社会の調和の維持のために必然的に引き受けざるを得ない結果とも言える。これまでは近代法概念の導入との関係で常に問題となつた慣習が、今日は多元的価値の承認との関係で注目されているということである。

ところで慣習が今なお注目されるという点から言えば前稿で挙げたように、日本においても近年「入会」慣習がコモンス論との関係で取り上げられている。

例えば日本法社会学会編『法社会学』七三(二〇一〇年)の表題は「コモンスと法」であるが、これは本年報の編集委員会企画が「コモンスと法」であることを示しており、本企画の企画趣旨説明(榎木秀木)の中でも、コモンスとして日本の「入会」が挙げられている。また本年報には二〇一〇年五月の法社会学学会での学術大会企画関連シンポジウムの「コモンス論の射程拡大と法社会学の課題」も掲載されており、その企画趣旨説明(高村学人)の中でも入会とコモンス論の関係が挙げられている。

日本における近年の慣習に関わる研究という意味から、この点に関して筆者の知りうる範囲で補足しておく、極最近のものでは加藤雅信氏の論稿が、コモンス論に基づいて「入会」に関して大変興味深い説明をしている。加藤雅信「所有権法の歴史と理論 所有権発生の社会構造」(日本法社会学会編『法社会学』八〇、二〇一四年)

である。但しこの論稿を見るに先立ってコモンズ論の理解も必要となるのであり、この点については前稿でも挙げた山本顯治氏による説明が明解でわかりやすいので、もう一度ここで、より詳しく挙げておく。

山本論文によると、<sup>(3)</sup>「共有地（コモンズ）の悲劇」が示すのは、共有されている財はその使用を人々の個人的合理性に任せておくと、過剰に浪費されてしまうことになることであると言う。この事態はついには財の枯渇を引き起こす。財の枯渇にまで到りうる財が過剰利用されている状態は、社会レベルでの財の効率的利用が阻害されているといえる。山本氏は排他的な私有財産権を設けることで「共有地の悲劇」、つまり財の枯渇に到りうる状況を回避することが可能となる点にも注目している。共有地を社会全体からみて適正な程度で利用するという、財の社会レベルでの効率的利用を達成するための、その一つの手段として財産権が正当化されているというのである。このような財産権という権利の正当化は、既存の法体系からのリーガリティクな演繹的衡量や、ロックに代表される「自己所有権の延長」というなんらかの道徳的権利を基礎とする正当化とは異なるという点も指摘されている。

このようにコモンズ論から、従来とは異なる財産権の正当化の視点が示されるのである。前稿でも挙げた山本氏の言う財産権の正当化を巡る「厚生対権利」の問題を意識することになる。

ところで前稿では「アンチコモンズの悲劇」についても触れたので、この点も山本論文により見てみる。「アンチコモンズの悲劇」とは、私有財産権を強調しすぎるなら、今度は逆に「財の過少利用」が生じてしまうことだと言う。例としては、新薬を開発しようとしても複数の特許権が関わってくる時、すべての特許権者の同意を取り付けるための取引費用が余りに高いことや、また各々の権利者の利害関心の相違から全員からの同意取り付けが困難であること等の様々な理由から、当該薬品の開発がなされない結果となることが挙げられている。この場合新しい医薬品が開発されないということが、社会的非効率が生じたことになる。そこで社会的非効率を避けるため、つまり財の効率的利用を導くために、今度は私有財産権が制約を受けることが正当化されるという。つまり財産権は社会的

な財の効率的利用を導くために正当化されるとともに、制約も受けるということになるのである。

以上の点を確認したうえで加藤氏の論稿を見てみる。

加藤氏も「コモンスズの悲劇」から、入会地が過大利用により疲弊するとされた点を挙げている。そしてさらに入会「権」は、構成員に対する利用規制と、構成員以外の者に対する利用排除をもたらすので、この二つによって過大利用による疲弊を防止する権利システムであるとしている（加藤論文六三 六四頁）。加藤氏も入会「権」という権利の正当化の根拠を、自然状態での再生産のリサイクルを保つという点、つまり山本論文で見たような、財の社会レベルでの効率的利用の達成に求めている。

またこの他、加藤論文による「入会地」についての説明も興味深い<sup>4</sup>。

まず農地である。加藤氏は、農業的な資本投下をすれば収穫が期待できる土地は農地となり、私的所有の対象となるとする。逆に何を行なってもその土地からの有価物の取得が期待できないなら、人々は資本投下もまた労務投下も行なわないので、そのような土地は無主の土地として遊牧地や狩猟採集地となるか、或いは荒地として放置されると言う。そしてこの二つの中間に当たる土地が入会地となるのではないかと言うのである。つまり農業的な資本投下は意味をもたないが、その土地から自生してくる飼料用草木や薪炭用雑木の採集が一定量期待できる土地である。このような土地では、過大採集により翌年からの採集に支障をきたすことがないように、外部者を排除し内部者を統制するという入会的規則が働くのではないか、また入会的規則をするための管理という最小限の労務投下がなされるのではないかと加藤氏は説明するのである。

さらに入会における離村者失権の原則とは、もし離村者にそのままその権利を有することを認め、その権利請求に応じ続けるなら本来の土地が侵食され、果てには消滅する可能性があるため、その防止のために必然的に生じるものと説明されている。

このような「入会」観を述べる加藤氏であるが、では当該論稿で所有権概念の発生についてはどう述べているのだろうか。極々簡単にその述べるところを見てみると、加藤氏は、人類社会の初期段階では所有権は占有に基礎を置いたが、生産の増大に伴い階層が分化すると、生産力の増強という面から所有権が捉えられるようになったとする。また定着農耕社会、遊牧社会、狩猟採集社会、工業社会いずれにおいても、その社会での生産量を極大化するために、労務投下等をなした者に労務等の資本投下の対象物に所有権を認めるといふ形をとるようになったことに、所有権発生の起源を求めている。ここでも先述の山本氏が財の社会レベルでの効率的利用を達成するための一つの手段として財産権が正当化されるとしたものと同様の視点が見られるのである。

以上極僅かの例を挙げただけではあるが、このように日本においても「コモンズ論」という新たな研究動向との関係で、入会のような「慣習」が取り上げられている。この場合「慣習」は、近代法の下での「権利」の位置付けに新たな意味付けをもたらす、社会レベルの効率性という視点との関連で登場している。近代法制度の下での多元性の承認との関係で「慣習」が取り上げられている台湾とは、その論ずる内容はかなり異なるのではあるが、「慣習」に注目するという、この一点においては日本も台湾も共通であることを指摘して、この小稿を終えたいと思う。

注

- (1) 次の論文から祭祀公業についての関連法令の沿革や「祭祀公業條例」の内容を知ることができる。  
謝杞森・松田恵美子訳「共有者が多数決で共有地を処分することの合理性 台湾の土地法及び祭祀公業條例の規定を中心に」(『名城法学』六一四、二〇一三年)
- (2) なお沖繩の土地整理事業の過程についてより詳しく述べるものとして次がある。またそこでは、杣山については戦後アメリカの軍用地となることから生ずる沖繩特有の問題の存在も指摘されている。  
上地一郎「旧慣諸制度の解体と日本への制度的統合 明治三三年沖繩県土地整理事業の再定位」(『高岡法学』三一、二〇一三年)
- (3) 山本顯治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』 不法行為法の目的論のために」(『民商法雑誌』一三三六、二〇〇六年)第二章「コモンスの悲劇」と「アランチコモンスの悲劇」
- (4) 入会については、加藤論文の特に第二章の「生産財所有権の誕生」に詳しい。