

“所有权”的诞生

「所有权」の誕生

[日]加藤雅信 著 郑芙蓉 译

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

© 作者 加藤雅信
题名 所有权的诞生
发行年2011年2月10日
原发行出版社 株式会社 三省堂

著作权合同登记号
图字：01-2008-6134

中文版序

非常高兴《所有权的诞生》一书能翻译成中文在中国出版。“所有权”的存在形式不仅是区分资本主义和社会主义的依据,更是社会构成原理的决定因素。能够向占据世界人口20%的中国读者献上以这一问题为研究对象的本书,我感到万分荣幸。

首先,我想向中国读者介绍一下本书的问世过程。我本人的专业方向是民法学。但是由于感到有必要从社会这一角度对“法”进行分析;从30岁开始,在研究民法的同时,我开始借用文化人类学、社会学的研究手法进行“所有·合同·社会”的研究。这本《所有权的诞生》就是“所有”部分的研究成果。为了使读者更好地了解我所从事的整个研究的全貌,在介绍本书内容之前,请允许我首先对“合同”部分和“社会”部分的研究加以说明。

首先介绍一下“合同”部分的研究。合同签订以后,当合同环境发生变化时,有人遵守合同,也有人不遵守合同,这两种人的比例因社会不同而不同。并且一直以来存在着这样一

种说法,即西方人比东方人更容易遵守合同。我曾在世界许多国家工作过,到过的国家有 60 多个。我认为这是一种非常直观的说法,对这一命题需要进行实证研究。因此,从 1994 年到 2001 年历时 7 年,我依照准试验计划法这一社会学调查的方法,开展了“合同意识的国际比较——22 个国家和地区的实际情况的调查”。我从全世界采取了 23,885 件样本(其中有有效样本为 16,908 件),并对它们一一进行了分析。从中得到的结论是,不论是在西方还是在东方,既存在合同遵守意识强的国家也存在合同遵守意识弱的国家。西方人比东方人的合同遵守意识强的这一说法不过是一种“神话”。从全世界来看,日本人的合同遵守意识和美国人的合同遵守意识都位于世界平均水平。而中国的情况则是这样的。回归本土前的居住在香港的中国人的合同遵守意识是非常强的,本土中国人的合同遵守意识虽然没有香港居民的强,但是也位于世界平均水平。另外,通过这次调查我还得出了这样两个结论。一个是商人比法律家的合同遵守意识强。另一个是在很多国家,男性的合同遵守意识比女性强(但是,中国是个例外)。研究的详细内容请参考《日本人的合同观念——遵守合同之心理与违反合同之心理》(三省堂,2005 年)。

2002 年我们召开了一次以“西方社会的法和东方社会的法——人为什么会违反法律,从日本·美国·中国的法律意

识调查来看”为主题的国际研讨会。这个研讨会的题目正好反映了“社会”部分的研究的主要内容。作为西方社会的代表,我们选择了美国,作为东方社会的代表,我们选择了日本和中国,对这三个国家开展了全国性的社会调查。这三个国家在法律意识上既有相似之处也有不同之处。但是从整体上来看,这三个国家之间并不存在以下这两种构造。一个是从资本主义·社会主义这个角度来划分的“日本·美国对中国”这一构造,另一个是从东方社会·西方社会这个角度来划分的“日本·中国对美国”这一构造。从法律意识来看,日本、美国、中国的距离是相等的。有关这一研究的详细内容,请参照《人心与法》(有斐阁,2003年)。另外,对从中国回收的5000份调查进行分析的论文将于2012年在日本出版。

开场白就讲这么多吧。下面我谈一下本书。我对“所有权”的诞生这一问题产生兴趣的是四十多年前的事。因为一个很偶然的事情,使我有机会了解到切罗基印第安人的历史。当时,大学里的一位同僚以《印第安宪法崩溃史的研究》(上田传明著,日本评论社,1974年)一书为基础,申请了博士学位。大学里宪法专业的研究人员只有两人,构成审查委员会还差一人。因为我比较了解美国,所以这个重任最后落到了我这个二十多岁的年轻人身上。虽然对美国有一些了解,但是当时我对美洲印第安人的了解仅仅停留在西部影片上而已。由

于其他两位审查委员的情况也大多如此,所以我只好接受此项任务。为了审查该论文,我反复熟读了那本书。

美洲印第安人根本不知道土地私有为何物。岂止如此,切罗基族的宪法从正面讴歌了“土地共用制”,否定了土地私有。因为有自己的国家,并使用黑人奴隶从事农耕,所以切罗基族被称为“被文明化了的印第安人”。读到该族的宪法规定,我非常震惊。震惊的原因并不是因为该族否定了土地私有。而是该宪法的规定和“入会权”^{〔1〕}的规定完全相同。学生时代难以理解的“入会权”竟然原模原样的被规定在切罗基族宪法里。当然,切罗基族宪法并没有使用“入会权”或者“Commons”这些用语,他们应该并不知道这些概念。审查博士论文的过程成了我不断和土地所有权和入会权的本质进行肉搏的过程。当时我就下定决心写一篇从入会权来考察所有权的论文。但是,因为当时我正致力于我的处女论文——不当得利的研究,所以这一课题就成了我将来的工作。

三十多岁在哈佛留学的时候,Steven Shavell 教授的“法和经济学”从经济学的角度证实了我阅读切罗基族宪法时所考虑的问题。那个时候我再一次燃起了写有关“所有权”论文的

〔1〕 入会权是指村落等一定地域的居民集团,对山林、原野、渔场、用水等所享有的总有性支配权利。它是日本特有的一种习惯法上的用益物权。与我国的土地承包经营权有相似之处(译者注)。

愿望,但是由于当时我正在为美国比较法学会执笔“Civil and Economic Law in the People's Republic of China”,这是自己在美国公开出版的第一篇英文论文,所以这一愿望并没有实现。

1994年,我听说游牧国家的蒙古正在讨论要不要在法律中规定土地私有制。我认为时机已经成熟,在那个夏天我飞往了蒙古。我的预测是,如果不存在土地劳动投入的话就不存在土地所有权,如果存在土地劳动投入的话则存在土地所有权。不存在土地劳动投入的游牧社会验证了我这一预测,在蒙古我得到了令人满意的调查结果。但是,为了验证我的假设,还需要调查存在土地劳动投入的农耕社会。而且没有受到西方法律影响、并且没有导入“所有权”概念的国家是最好的选择。考虑到这些,作为对比调查地,我选择了受西方法律影响很少的农业国家尼泊尔。在完成蒙古调查四个月之后,那一年的年末,我在农耕极限的喜马拉雅四千米的地带进行了土地所有的调查。在空气稀薄的高原上,我把行李全部拜托给当地的夏尔巴人向导,自己骑马对各地进行了巡回调查。这之后,我相继对亚马逊河流域、安第斯高地、坦桑尼亚内地、泰国北部少数民族的村落、中国云南省哈尼族的村落等进行了调查。这些实地调查和文献调查形成了这本《所有权的诞生》。

写作的人总是对处女作有着深深的留恋,对它的回忆也

是最深的。我认为自己有两个处女作。一个是以助手论文为基础的《财产法的体系和不当得利法的构造》(有斐阁,1986年)。另一个就是自己从三十多岁开始到五十多岁倾注精力所展开的“所有·合同·社会”研究的处女作,也就是这本书,《所有权的诞生》。

前者的处女作,《财产法的体系和不当得利法的构造》虽然没有被翻译成中文,但是该书的主要内容已经被渠涛教授(中国社会科学院)进行了介绍(“日本学者对不当得利的最新研究——加藤雅信的观点概述”《外国法译评》1993年第4期76~83页,《外国法译评》1994年第1期89~97页)。这次,自己的另一本处女作,《所有权的诞生》由郑芙蓉女士翻译出版,我感到十分的高兴。在这里向对本书的翻译付出辛勤劳动的郑芙蓉女士,以及使本书得以出版的法律出版社表示深深的谢意。

2011年11月13日

加藤雅信

目 录

序	1
前言	1
第一章 追溯所有权概念的起源	
——探访“所有权”诞生之前的世界	1
一 草原之国——蒙古国	3
二 蒙古国宪法和蒙古国土地法	7
三 “被文明化的印第安人”的世界	10
四 产生土地剩余的社会形成时	13
五 从事灌溉的印第安人	19
六 “高坦”——探访阿伊努人的社会	21
七 不存在所有权的世界——冲绳的久高岛	25
八 火耕农业的社会	28
九 日本的火耕	30

十 亚洲的火耕社会	32
十一 亚洲火耕社会的土地所有	38
十二 南美洲的火耕社会	43
十三 大洋洲、非洲的火耕社会	45
十四 非循环型的火耕?	46
十五 游牧社会与土地所有	47
十六 狩猎社会与土地所有	51
十七 狩猎采集民——澳大利亚原住民	57
第二章 土地所有权产生的社会构造	63
一 定居农业社会与火耕农业社会	65
二 游牧社会与狩猎采集社会	68
三 所有权产生的基础	70
四 当土地为非生产资料时的情况——以尼泊尔的 拉乌特人为例	72
五 非独占性的、非排他性的不完全所有权的存在	74
六 “木地屋文书”与所有权	75
七 与传统法律学上的“所有权”进行比较	77
八 对土地的权利与对水的权利	78
九 从语言分析的角度来看“所有”的概念	

——以印度蒙达人的社会为例	82
---------------	----

第三章 入会权产生的社会构造

——处于所有和非所有之间的入会权	87
一 令人费解的权利——“入会权”	89
二 探访尼泊尔	90
三 在尼泊尔的喜马拉雅——土地的个人使用与共同使用	92
四 共同体对共同使用地进行限制的必要性	94
五 在尼泊尔的两种共同体使用形态	94
六 土地的高度差与土地的使用	95
七 从土地的生产率来看所有权、入会权、无主物的三级构造	97
八 两种入会权——尼泊尔的情况和日本的情况	102
九 再次前往切罗基人的世界	106
十 总有论之小公法人的性格	109
十一 具有现代气息的印加帝国的世界	110
十二 转让受到限制的土地所有权	
——共同体的维持与私人所有权确立之间的矛盾	112
十三 村落共同体与入会权	116
十四 中国云南省与老挝交界处的从事火耕的村落	120

十五	入会权的解体	121
十六	共同体的“纽带”与入会权、所有权	123
十七	渔业权与入会权——捕鲸和渔业入会?	124
第四章	无形财产权产生的社会构造	127
一	无形财产权	129
二	无形财产权制度的社会背景	129
三	软件保护之争的法律构造	132
四	“无形财产权”概念的社会功能	136
五	关于无形财产权保护的国际性利益对立结构	137
六	知识产权的侵害与日本	139
七	仿冒产品的横行及对将来的展望	140
第五章	“权利”的诞生	143
一	所有权概念的产生	145
二	入会权概念的产生	147
三	社会形态的差异带来的所有权对象的差异	150
四	无形财产权概念的产生	151
五	围绕“所有权”的若干争论	153

结语	
——从社会科学与人文科学的统合说起	159
一 家族法和文化人类学	162
二 国家论和文化人类学	165
三 对文化人类学的期待——以所有权和入会权为例	166
四 取得时效的社会基础	167
五 法人类学和法解释学	170
参考文献一览	172
译后记	188

序

所有权是什么,我想在这里已没有重新进行说明的必要了。“这本书是我的”,“这块土地的所有权人是他”,等等。像这样,所有这一词,在我们的日常生活中,被非常普通地使用着。事实上,可以说所有权是社会的最基本概念。当我们回顾历史时会发现,所有权的存在形式决定了奴隶社会、封建社会、资本主义社会、社会主义社会等各个历史时期的社会形态,或者说社会体制。

探讨这些社会的社会形态、社会体制的研究虽然举不胜举,可是这些研究都存在这样一个共通的问题。即“所有权”概念都被作为了既有物,这些研究都是从谁能拥有什么这一角度去研究的。在我从事的民法学领域也存在这一现象。所有权虽然被认为是最基本的概念,却没有人去讨论所有权是什么,只是把所有权作为已经存在的概念,只是讨论所有权是怎样被转移的。

可是,正像正文中所叙述的,在游牧民族生活的蒙古大草原上并不存在土地所有权这样的概念。从这里放眼望去,我

发现了这样一个事实。即被我们当成既有概念的所有权并不是在所有的社会中都存在的。本书所要研究的正是从文化人类学的角度去验证各种社会的所有权概念的存在形式,从而阐明“所有权”概念是在什么样的条件下产生的,也就是说本书的目的在于解释“所有权的诞生”这一问题。

谁都认为所有权是一个基本概念,可是为什么它的产生这一问题到现在都没能引起注意呢?理由很简单。这是因为所有权在有历史记载以前就产生了。所有权的产生和国家萌芽的出现是同时的。我并不是在刻意地模仿恩格斯的说法,但是不得不承认的是所有权和国家体制就像车子的两个车轮,它们几乎是同时产生的。因此,重视实证研究的研究者们认为通过对法制史文献的研究去追寻所有权概念的产生几乎是不可能的,这一领域是所谓的“不可知”领域,所以根本没有人去研究它。

认为从实证的角度可以探明所有权概念的产生的这一想法,是我在二十多岁时接触了关于切罗基印第安国的解体及其宪法的研究时开始产生的。二十多年以来,我从文化人类学的角度,比较了有明确的土地所有权概念的农耕社会、土地所有权概念比较暧昧的火耕社会、不存在土地所有权概念的游牧社会和狩猎采集社会,并注意结合实证研究的方法,对所有权概念是怎样产生的这一问题进行了研究。

详细的内容还请读者阅读正文。我在这里想强调的一点是,农耕社会的所有权概念产生的社会基础是,通过保护所有权人个人,赋予社会成员对农耕、农业投资的积极性,最终实现社会整体的农业生产最大化。当农业社会发展成工业社会时,专利等知识产权出现,此时则是通过保护专利权人等权利个人,赋予个别社会成员对发明、新技术投资的积极性,最终实现社会整体的工业生产最大化。通过这样的比较,我们可以发现近来颇受瞩目的知识产权这一概念,在构造上基本上是和土地所有权概念是平行的,二者具有相同的社会基础。

本书是在走访了在文化人类学上具有重要意义的世界各地之后诞生的,它是一本关于权利产生的一般理论的书籍,是作者多年研究和思考的结晶。现在,我一边从事民法学的一般研究,一边在进行“所有”、“合同”、“社会”的法人类学、法社会学的三部曲研究。作为三部曲的第一部,该书得以问世,我感到十分喜悦,同时也感到任重而道远。

这本书的问世得到了很多人的关照,在这里我要向各位表示衷心的感谢。本书是在对ジュリスト1069~1079号的连载论文“所有权概念的产生构造——个人见解”进行修改后完成的。首先我要感谢,在执笔ジュリスト论文时从文化人类学的角度对本书给予诸多建议的名古屋大学大学院人间信息学研究科教授小谷凯宣先生,爱知县立大学文学系教授稻村

哲也先生,以及高中以来的挚友、从事文化人类学的埼玉大学副校长加藤泰建先生。加藤泰建先生不仅在论文执笔过程,在本书的出版过程中也给予了许多有益的建议,在此深表感谢。其次,在本研究开始调查时,九州大学教授小林茂先生〔1〕当时正好任职于日本驻尼泊尔大使馆,先生不但对尼泊尔的调查给予了许多宝贵建议,而且对本研究从文化人类学的角度给予了诸多宝贵建议。早稻田大学教授戒能通厚先生,在我执笔ジュリスト论文时就入会权的有关文献以及其他给予了许多指点。在这里向两位教授表示衷心感谢的同时,也向那些对本书的各个具体问题不吝赐教的诸位表示衷心的感谢。

另外我还要感谢,1994年8月在蒙古国调查时给予关照的蒙古国法院院长 Sovd 先生,蒙古国科学院东洋国际研究所所长 Batbayar 先生,蒙古国国立大学法学系教授 Munkhjargal 先生,日本驻蒙古国大使馆蓑轮靖博先生,陪同我进行调查并提供许多协助的南山大学法学系教授青木清先生;以及同年12月在尼泊尔进行调查时给予关照的特里布万大学教授 Panday 先生,帮我协调尼泊尔调查的我的大学时代的朋友、数年前登山时突然英年早逝的村田彰二先生,尼泊尔日本研究

〔1〕 现为大阪大学教授。

所所长 Verma 先生,特里布万大学讲师 Vaidya 先生,收集资料并做翻译的 Rishi 先生;以及 1995 年 8 月在对中国云南省与老挝国境附近的中国少数民族——哈尼族的村落进行调查时,与我同行的中国社会科学院法学研究所法社会学研究中心主任兼科研组织处处长的高鸿钧先生,代表十余名村民回答我们问题的啊节先生,帮我们介绍联络哈尼族村落的罗梅先生,不辞辛苦给我们做翻译的中国社会科学院副教授渠涛先生;以及在 1997 年 1 月到 3 月的 2 个半月的南美调查中,从亚马逊流域到安第斯山脉为我们做翻译的各位翻译。

最后我要感谢的是,在本书的雏形阶段,即ジュリスト论文时就给予了多方关照,后来又欣然应允本书转载的有斐阁出版社的後藤安史先生和奥贯清先生,还有就如何把杂志论文变成单行本出版发行提出了许多宝贵建议的专修大学副教授田高宽贵先生。以及认真校对本书的名古屋大学大学院博士课程生山田希君、森岛秀纪君。另外,本书的出版还受到了三省堂出版社的佐塚英树先生、有贺俊朗先生等的多方关照,在此也表示感谢。正是因为有以上诸位等同仁的帮助,本书才能得以面世,再次向这些同仁表示深深的感谢。

2000 年 8 月 30 日

加藤雅信

前 言

把土地圈起来并且宣布：“这是我的”，并使一些头脑简单的人相信他的第一个人是政治社会的真正奠基人。如果有人拔掉木桩、填平沟壕，向他的同胞们大声疾呼：“不要听这个骗子的话，你们如果忘记了万物是属于大家的，土地是不属于任何人的话，你们就遭殃了！”那么这个人该会使人类避免多少犯罪、战争和杀害，避免多少苦难和恐怖啊^{〔1〕}。

以上是卢梭《论人类不平等的起源和基础》中的一段。在人类历史上，农业作为生产活动的中心持续了很长一段时间。在那个时期，土地是最基本的生产手段，是否拥有土地，在什么程度上拥有土地决定了财富的多寡，形成了财富的不平等。为了解决这一问题，各国发起了各种各样要求平等的运动，在社会主义国家更是禁止了生产手段的私人所有，土地作为生产手段之一也成了非私有的对象。

这种能带来财富不均的“权利”，不限于土地所有权。在

〔1〕 卢梭，1996，152。

近代工业社会,无形财产权概念诞生了,专利和外观设计等都受到这一概念保护。保护无形财产权,对于产业开发的发达国家来说是有利的,但对于发展中国家来说却是不利的。事实上仿冒商品不仅存在于发展中国家。比如韩国首尔的梨泰院,在那里几百家小商店连成一排,陈列着各种各样的仿冒商品。它们好像是在嘲笑知识产权保护这一口号似的,每天都要迎接许多的顾客。在巴拉圭,该国采取了低关税政策,它与邻国的巴西和阿根廷之间的边境贸易、走私贸易和三角贸易是该国经济活动的重要组成部分,可在其国内却到处充斥着仿冒商品。在发展中国家和发达国家,无形财产权受到侵害的事情随处可见。在日本,假劳力士一类的仿冒商品频频上报也早不是什么新鲜事了。

那么,为了消除国际社会中的财富不均,是不是应该考虑向发展中国家开放“无形财产权”呢?或者是不是应该像社会主义者或者其他主张的那样,废除土地私有的概念,从而达到市民间的平等呢?就我个人的意见来讲,我认为不应该那样做。黑格尔曾经说过“凡合乎理性的东西都是现实的,凡现实的东西都是合乎理性的”〔2〕。土地所有权概念的确立以及无形财产权概念在近代的的确立,都是一种社会必然。而解释

〔2〕 黑格尔,1953,21。

这个必然到底是什么,正是本书的中心课题。

上面讲到土地所有权概念的确立是一种社会必然,那么土地所有权概念到底被普及了一种什么程度了呢?现在,在发达国家,没有土地所有权制度的国家是不存在的。日本虽然脱离农业经济已经很久了,但是在工业化的日本,价格昂贵的土地依然是企业进行融资时的重要担保手段。因此从这种意义上来讲,土地所有权仍是日本经济的一个动脉。在日本和其他发达国家,土地所有权也许是重要的,但是当你飞到蒙古国草原上时,你会发现蒙古的游牧民们完全没有土地所有权的概念,他们自由地放养着他们的羊群。非洲热带大草原上的狩猎采集民和澳大利亚原住民们也没有土地私有的概念。

我认为对土地所有权诞生之前的社会的社会结构进行考察,可以找出在发达国家里被视为当然的土地所有权的意义,并由此可以阐明以私人所有权为代表的权利诞生时所需要的社会结构。

所有权,或者所有,是一个就连小学生都知道的社会最基本概念。所有的形态决定了各个社会的性格。从现在来看,当今世界的国家,按生产资料是公有还是私有,被分为资本主义国家和社会主义国家。从历史来看,原始共产社会,古代奴隶社会,封建社会,近代资本主义社会的时代划分也是以所有

的形态为基础的。

但是,虽然所有是社会的最基本概念,但是所有权到底是什么这一问题,除了一些哲学家以外,几乎没有人去研究它。在法学领域,虽然所有权被认为是最基本的概念,但是谁也不去考虑它到底是什么,迄今为止这还是一种普遍的研究态度。本书斗胆以匹夫之勇挑战所有权是什么、所有权概念是怎样产生的这一问题。

虽然我的专业是民法学,但是在本书中我不会局限于自己的专业,我将大胆引用文化人类学和经济学的学术成果,并加上自己在蒙古国、喜马拉雅·尼泊尔、中国云南与老挝边境的山村、安第斯山脉、亚马逊流域等进行实地考察时的一些见闻,广泛地去考察这一问题。

第一章

追溯所有权概念的起源

——探访“所有权”诞生之前的世界

一 草原之国——蒙古国

我偶然听说,20世纪90年代前期脱离了社会主义的蒙古国,正在研究是否应该导入土地私有这一制度,并由此产生了很大的争议。因为很早以前我就已经开始在思考所有权概念的产生这一问题,所以1994年的夏天一得到机会,我就飞往了蒙古国。那时,蒙古国正好在召开国会,审议土地法草案。

以下我将一边回忆乘马驰骋在牛羊成群的蒙古国草原时和从乌兰巴托乘坐破旧不堪的飞机一直向南探访只有秃鹫盘旋的戈壁沙漠和山涧时的情景、回忆人们从土地所有权这种极为狭窄的概念中解放出来时的身姿,一边阐述蒙古国的土地所有。总的来说,蒙古人对土地有着这样的一种感觉,即认为一直居住在一处的话那片土地就会被玷污,这种感觉与我们对旧建筑物的感觉是一样的。

众所周知,蒙古国是一个在经济上以游牧业为基础的,

欠缺土地所有权概念的国家。第二次世界大战前调查过内蒙古社会的梅棹忠夫先生曾经这样描述过。

“就游牧和割草之间的矛盾，Lattimore, O. 教授进行了深刻的考察。他指出割草和土地所有权固定化是相连接的。为割草而分配放牧地的这种习惯会产生固定土地所有权，而这一现象违背游牧民的原理。因此 Lattimore, O. 教授得出了这样一个结论，即为了尽量避免这一事情的发生，蒙古人从不割草。可是现在在蒙古割草非常盛行，这显然说明这一结论是错误的。但是，只要存在割草就说明固定土地所有权的倾向已经出现却看似是一个正确的推论。因为固定土地所有权倾向的出现与游牧的移动是两个不同的问题。/在砂式干草技术中，割草场必须满足各种各样的条件。草生长得好尤其重要。然而，不管该草原的产量多么大，该技术所要求的那种出色的草地都不是普遍存在的。因此，符合条件的割草场自然而然会被限制使用。有了限制，就一定会存在竞争，协定或者圈绳定界的这种事情就会发生。……虽然现在还有一些不很清楚的地方，但是从结论上来讲，答案是否定的。即从割草中现在还看不出什么土地所有权固定化的倾向”〔1〕。

〔1〕 梅棹，1990b, 498 ~。

在这种社会,土地不仅在经济上不具有重要意义,在其他情况下也不具有重要意义。譬如,在蒙古国,行政单位不是以土地为基础划分的,而是以人为基础划分的。就此,梅棹教授分析如下。

“肃亲王府的牧场完全像一个城寨。在一边,有一个50见方的正方形,它的四周被城墙围着。城墙大概有6、7米高。每个角上都有瞭望塔。因为这儿距离汉人居住的地方很近,有被土匪袭击的可能,所以他们采取了这种方法来进行自卫。/这里是肃亲王府牧场的总部。虽说是牧场,但牧场的周围并没有栅栏,不过是草原而已。在那里星星散散地住着数十户人家,他们都属于肃亲王府牧场。蒙古国完全是属人行政的世界,属地支配感在那里没有被得到发展。他们的行政单位是旗,虽然各个旗下的属民是确定的,但是各个旗之间并没有明确的土地界限。肃亲王府的牧场就是这种属人行政的一个单位”〔2〕。需要注意的是以上的这段叙述是有关“二战”前的内蒙古的。中华人民共和国成立后,这里也被人民公社化了,后来遭到了解体。

今西锦司博士认为人类对自然动物群的追逐是游牧的起源。详细的来说即是,当狩猎生活者参与到野生动物群中

〔2〕 梅棹,1990 a,23。

的时候,“他们与动物群一起行动,所以就会在不知不觉中认为动物群是赋予他们的,它们是属于自己所有的”〔3〕。这种理解还有很多值得去探究的地方。但是假设存在这种可能性的话,那么在游牧社会里不存在土地所有权概念就没有什么可奇怪的了。但是目前我还不想用这种方法去解释游牧社会为什么会欠缺土地所有权概念这一问题,但是今西博士的下面的这一观点我还是很赞同的。即“以农耕为主的汉人对土地的观念和以游牧为主的蒙古人对土地的观念之间存在区别是理所应当的”〔4〕。我认为这种观点适用于所有的农耕社会和所有的游牧社会。

现在,在当代中国的内蒙古,就一定地区的土地,汉人主张个人所有权,蒙古人主张公共使用,最终虽然“汉人方面让步,撤回了他们的主张,那仁敦勒河的河草变成了共用”〔5〕,但是汉人一方大量割草进行储藏从而引发冲突的事情还是存在的。这是出身农耕社会的人和出身游牧社会的人在法意识的不同所带来的社会冲突。

〔3〕 今西,1974b,226~。

〔4〕 今西,1974a,126~。

〔5〕 杨,1991,464~。

二 蒙古国宪法和蒙古国土地法

以上所述的内容是有关“二战”前的内蒙古察哈尔的。下面让我们来看一下其他地方的情况。在外蒙古,即现在的蒙古共和国,土地私有法制的改革成了社会的一大焦点。在20世纪20年代初期实行了社会主义体制的蒙古,在全世界社会主义体制崩溃的大潮中,于1992年实施了新宪法,把正式国名改为了“蒙古国”。在蒙古国民所说的俄罗斯时代,即蒙古人民共和国时代,放牧地由农牧业合作社或者国营农场使用,国家不承认土地的私人所有。需要注意的是,这里的不承认私人所有是社会主义意识形态的一种反映,它与游牧社会不存在土地私有的社会意义是完全不同的。这次制定的1992年蒙古国宪法,否定了社会主义体制,通过下面这一条款规定了土地可以私有。即“除了牧草地、公共使用地及国家特殊使用地以外,蒙古国国民可以私人拥有土地”〔6〕。

在1994年春季国会会期之间,围绕土地法草案还存在着很多争议。但当我访问蒙古,即夏季的时候,虽然社会上仍存在着各种各样的争论,但是该法案将在秋季会议上被通过

〔6〕 宪法第6条第3款第1句。

的事情已经成了共识⁷⁾。该草案原本打算承认城市土地的私有化。

针对该土地法草案,有人认为由于对承认土地私有本身存在着很多反对意见,因此根本就不应该制定该法律。这种观点的背后隐藏着这样一种考虑,即在蒙古社会,从历史上来看,家畜的私人所有是存在的,但是土地的私人所有这一概念从来就没有存在过。如果承认城市和农业用地的私人所有的话,将破坏蒙古人的传统意识。从淳风美俗的角度他们这样解释他们的观点。而从法学的角度他们是这样解释他们的观点的。即宪法只是规定了承认土地私有的可能性,而是否制定承认土地私有的土地法则完全是国会的事,制定土地法的必要性并不存在。

从以上这些可以看出,在蒙古这个传统游牧社会里不存在土地私有的这一事实,竟成了引入土地私有制的一个巨大社会障碍。而且,从刚才所引用的宪法条文中可以明确得知,即使是现在,宪法也没有承认牧草地的土地私有。这说明即使存在认为应该把城市土地和牧草地区别对待这样的观点,但是在传统游牧社会里土地不应该私有化的观点依然强而有力。

[7] 国会经过两次会期对法律进行审议是该国的惯例。

下面我想简单介绍一下在我对蒙古国调查之后的这个法案的情况。据1995年春天在驻蒙古国日本大使馆进行工作的蓑轮先生以及1998年在蒙古国进行调查的加贺山茂先生介绍,该土地法草案在1994年秋季国会上被国家大会议通过^[8],但是被通过的土地法中并没有有关土地私有的规定,该法只是规定今后以什么样的方式承认土地私有将由其他的法律来规定,而至今该法律还没有出台^[9]。就此,有人认为蒙古国土地法违反了规定土地私有的蒙古国宪法,向宪法法院提起了诉讼。宪法法院则认为该土地法并没有禁止土地私有,该法并没有违反立法裁量权,它是符合宪法的。

另外,1998年蒙古国设立了不动产登记局,开始办理业务,但是可以进行登记的权利仅仅是和房屋有关的权利。土地依然是国家所有,土地的私人所有还没有被承认。但是,蒙古国规定了因拥有房屋而取得土地使用权的取得手续,“土地使用权合同”被包含在房屋登记申请书中。所有的房屋登记申请书都被装订成册,保管在房屋登记簿中。因此可以说土地使用权通过房屋登记间接地得到了公示。

以上是蒙古国的土地制度的情况。但是,正像前面所提

[8] 1994年11月11日公布,1995年2月1日实施。

[9] 1998年,蒙古国民土地所有法案和蒙古国民土地使用法案被提交了,但是由于共产党的反对,就这两个法律至今还没有达成协议。

到的,不承认土地私有的社会,绝不是蒙古国一个。让我们从诞生了成吉思汗的草原之国蒙古出发来到北美,并进入时光隧道往前倒回好几百年,去看看美洲印第安社会的情况。

三 “被文明化的印第安人”的世界

从五月花号的白人移住美洲大陆开始,白人对美洲大陆的开拓也同样意味着白人对美洲印第安人的压迫。但是,在印第安人也出现了为了与白人抗衡而谋求自身近代化、制定宪法并设立统治机构的部族。这种部族被称为“被文明化的印第安人”。其中切罗基族被认为是最为先进的,其宪法对土地共有制规定如下。

“切罗基人的土地是共有财产^{〔10〕}。但是,增加于该土地之上的,属于切罗基市民所有的改良物^{〔11〕}的所有权属于实施该行为的市民,或者应该合法拥有该物的市民。这种所有具有独占性、是不可剥夺的。按本条规定对改良物拥有独占性的、不可剥夺性权利的切罗基市民,不管以什么方式都不

〔10〕 The lands of the Cherokee Nation shall remain common property.

〔11〕 改良物 improvements。

能转让改良物给合众国、各个州或者这些地区的市民。任何市民只要越过切罗基边界在切罗基以外的地方拥有财产并移住该地区或者成为其他政府的市民,将丧失作为切罗基市民的一切权利及特权。该市民希望回归并向部族会议提出申请被再次认可时,部族会议有权根据法律再次赋予他切罗基市民所拥有的一切权利”〔12〕。

对于这个条文,上田教授解释如下:“从切罗基宪法来看,切罗基的领土是全民所有的,谁也不能分割,谁也不能把它占为私有。但是,自由耕种和使用土地却是可能的。这样的结果是,土地上增加的改良物〔13〕的所有权属于添加改良物的人所有。”〔14〕

切罗基宪法所规定的土地共有制是切罗基人在与白人文化长期接触之后制定的。它是否纯粹地反映了印第安社会的传统观念,还需要进一步考察。这里叙述的通过制定“宪法”从而达到“文明化”的政策,虽然被认为是为了反抗白人进入而采取的一种政策,但需要注意的是这里也存在着在

〔12〕 上田,1974,6。

〔13〕 词典对改良物的解释为“为了一般性的使用使不动产的价值永久增加的物”,比如为了使栽培成为可能而进行的“开垦”、“修整”,再比如“修路”,“灌溉工程”,“篱笆”,“房屋”,“仓库”,“果树”等。

〔14〕 上田,1974,6~。

融合白人文化的基础上建立属于切罗基自己的国家的打算^[15]。

另外,切罗基族在南北战争期间加入了南部联合军一方,在与合众国作战败北之后,与合众国签订了和平条约。和平条约中规定“如果切罗基部族会议要求,合众国的内务长官必须同意用合众国的费用对切罗基族所保留的土地进行调查,并在切罗基族之间进行分配”。以此为契机,切罗基宪法规定的土地共有制最终遭了解体^[16]。对这一解体,白人一方是这样评价的,即“通过向个人分配土地印第安人社会被白人社会同化。而这一行为是以破坏印第安共同体为目的进行的”^[17]。

1887年成立的道斯土地分配法规定可以把印第安的保留地作为个人单独保留地分配给印第安人个人。但是该法并不适用于切罗基人。虽说切罗基问题被另外对待,可是大多数印第安人对该法的土地政策还是持反对意见的,19个部族召开了数次部族联合会议,并向大总统发送了“这种土地

[15] 这个时期的印第安人社会是以黑人奴隶制度为中心的,具体请参照富田,1986,123~。

[16] 上田,1974,26。

[17] Washburn,1977,228~。

政策会使印第安国和部族一举毁灭的抗议文”〔18〕。从这里可以看出,如何处理印第安的土​​地所有制度是白人文化和印第安文化的一个矛盾。

四 产生土地剩余的社会形成时

切罗基宪法在规​​定了一般土地的共有制的同时,还规​​定了“改良物的所有权属于增加该物于土地之上的市民或者应该合法拥有该物的市民所有。这种所有是具有独占性的,是不可剥夺的”。我想正是因为​​在切罗基印第安社会有保护农耕这种“土地改良”行为所产生的劳动成果,并在此范围内实现农业振兴的必要,所以切罗基才规​​定了这一例外规定。因此从这种意义上讲,虽然从文字上看切罗基宪法没有规​​定私人所有,但是实际上保护了农耕的所有权。

对美洲印第安人社会进行普遍考察时,会发现地区和部族不同,美洲印第安社会的产业也会不同〔19〕,有农耕、狩猎、采集和打鱼,等等。狩猎采集社会中不存在土地所有权的这

〔18〕 富田,1986,171~。

〔19〕 青木,1979,小谷,1982,424~。具体地介绍了美洲印第安人各部落的生活情况,请参照。

一问题将在后面进行分析,在这里我想考察一下从事农耕的印第安人的社会情况。在北美洲的印第安人社会,虽然也存在一些后面所叙述的例外情况,但是一般认为从事农耕的印第安人社会不存在土地的私人所有权。

在美洲从事农耕的印第安人有前面提到的切罗基族。他们是美国东南部“以定居农耕为基础”的部族之一,“他们的生计基础是种植玉米、豆类和南瓜”〔20〕。另外,其他从事农业的印第安人部族的情况是这样的,休伦族中存在的“财产权”例证了“持有”制度的存在。在那里男人可以想开荒多少土地就可以开荒多少土地,并且只要他的家族想耕种这些土地,他们就可以一直拥有它。但是他们一旦放弃的话,那么谁都可以在那里播种〔21〕。这种制度上的“共同体一面”的存在原因在于那里的土地足够充足,人们可以想开荒多少就可以开荒多少。从人口比例来看,在白色人种移住以前的北美洲,未开发的被作为荒地留下来的潜在性农耕用地以及开拓用地由于欠缺了资源的稀少性,因此没有成为私有的对象。

美洲印第安人的人口到底有多少,这个谁也说不清楚,

〔20〕 小谷,1982,454~。

〔21〕 Washburn,1977,50。

就“哥伦布到达美洲时的 1492 年的印第安人人口数量存在着各种各样的推测。Alfred Louis Kroeber 认为是 420 万，Henry Dobbins 认为是 6000 万”^[22]。之后，由于疫病和反抗欧洲人，印第安人口锐减，Alfred Louis Kroeber 认为“16 世纪中叶，西班牙人在消灭阿兹特克王国和印加帝国后开始把目光转向北美洲时，大约有 120 万人的土著居民居住在现在的北美洲”^[23]。另外，“当欧洲人开始进入加利福尼亚时，印第安的人口大约为 13 万。这个数字看起来好像很少，但是和北美洲的其他地区相比，其人口密度是其他地方的 3 倍或者 4 倍”^[24]。需要说明的是，土著居民的人口水平与北美洲的土地人口支持力^[25]的最大值还相距很远，那里的土地缺乏作为资源应具有稀少性，因此“土地所有权”的概念没有产生。

新大陆的人口非饱和状态是欧洲、亚洲季风地带等旧大陆地区所难以想象的。而正是这种人口的非饱和状态产生了土地所有权不存在这种奇特的法律制度。过度丰饶的社会并不需要“所有权”。这和空气虽然对人体是有用的，但在

[22] 青木，1979，34～。

[23] 小谷，1982，424。

[24] 青木，1979，128。

[25] 请参照后面的表。

空气上不产生所有权是一个道理。但是,当世界人口超过 50 亿,美洲通过白人的开垦发展到现在时,这种土地乐园已经消失,仅仅在印第安人社会的历史中可以找到它的身影。但是需要补充一点的是,这种状态现在在亚马逊流域的一些地区还存在着,它有可能还保持着新大陆的历史痕迹。具体的内容将在后面的“非循环型的火耕?”一节中叙述。

* 人口支持力的概念为

人类学一般把人口支持力 (carrying capacity) 定义为“在一种自然环境下,一定的土地使用、技术以及劳动形态在不使环境恶化的情况下所能支撑的最大人口数。”……从 20 世纪 60 年代初到 70 年代中,人类学者就人口支持力发表了許多论文,但是最开始注意到这一研究课题的却是火耕农业的研究者……他们根据自己的实地调查得出了推算人口支持力的经验式。譬如,Carneiro 所提倡的经验式为

$$Cc = \frac{\left[\frac{T}{R+Y} \right] \times Y}{A}$$

Cc: 人口支持力

A: 一年里向每个人平均提供粮食时所需要的土地面积

Y: 土地变为闲散地之前的耕种年数

R: 土地变为闲散地之后到再次被耕种时的年数

T：村落周围徒步行走范围内的可耕种土地面积

木下太志“新几内亚高地的人口支持力、适度人口以及波塞鲁普模式”《民族学研究》59卷4号428页。

但需要注意的一点是，上面所说的土地过度丰饶的情况是以印第安社会放任其存在的社会政治情况为前提的。在中南美，印加、阿兹特克和玛雅等地方都建立过王制，它们有阶级制度，并进行了大规模的灌溉耕作。而在北美洲却没有出现这样的国家。借用恩格斯在《家族、私有财产和国家的起源》一书中对美洲印第安易洛魁人的描述，即是他们形成了“一种不知道国家为何物的社会”，“正像马克思所说的，他们还保留着与共同体相连的脐带”〔26〕。

本书将在后面部分论证所有权概念具有促进社会财富最大化的功能这一命题。在这里需要大家注意的是印第安社会从反面给我们的启示。即在北美洲，正是因为没有出现国家这种可以激发社会积极性从而达到社会财富最大化的政治社会构造，才造成了许多未开发土地被放置。

欲望是有限度的。直接生产者与依靠剩余生产生活的人之间发生分化，阶级社会产生，从而出现了不仅仅满足

〔26〕 恩格斯，1965，126，130。有关易洛魁人的社会情况请参照Morgan，1958，97～。

于食物,还希望积累财富的权力者。权力者的欲望加快了社会财富最大化的进程。权力者个人的财富积累本身意味着社会整体财富的积累。不仅如此,事实上,只要非权力者阶层的劳动力的再生产循环每天持续进行着或者在世代之间进行着,则他们也将最低限度地从这一过程中享受社会财富最大化的恩惠。到了现代,财富在一定程度上被重新分配,则由社会构成员的欲望产生的个人财富的积累同时也就促进了社会整体财富的最大化。

借用在执笔本书时与文化人类学者、我高中时代的朋友加藤泰建先生进行探讨时他所说的话,即是由于个人的财富积累和社会整体的财富积累的相互作用,社会生产力开始增强,国家体制开始完善。从这种意义上来讲,土地所有权的出现和政治意义上的国家社会体制的完善可以说就像车子的两个车轮,缺一不可。这一点是我们需要注意的。

在后面的部分,我将叙述印度热带丛林地带的情况,在那里,在火耕转为水耕的过程中,产生了土地所有权。在此先列举一下视察了该地,并指出随着水耕的开始阶层开始出现的中根千枝教授的观点。

“由于移动和热带丛林的需要,火田耕种者形成的只是一种小型共同体。转为水耕后,随着人们的定居,共同

体开始变大。另外应该注意的是在其内部出现了大家庭^[27]。……这和火田耕种和水田耕种的劳动方式的不同有关。由于共同体的构造变得复杂,在某种意义上阶层开始出现,火田耕种者共同体的民主主义构造开始瓦解”^[28]。

有文字记载的历史大多都是从土地所有权出现以及国家社会体制开始走向完善的时候开始的。但是北美洲的印第安社会处于这一阶段之前。后面所要提到的粗放农业社会、游牧社会,以及一部分的狩猎采集社会也是如此。

五 从事灌溉的印第安人

如上所述,印第安社会还不存在土地所有权的概念。同时,从后面将详细叙述的“投入资本及其保护成果”的观点来看,北美印第安的耕种虽然伴有劳动投入,但是它不过是一种粗放农业,那里没有需要长期绝对性地加以保护的大规模灌溉设备和大规模先行投资活动。这点是我们需要注意的。

笔者认为从事农耕的美洲印第安人社会不存在土地所有权的原因在于土地的富饶性和农业的粗放性这两个社会

[27] 大家庭指父母与已婚子女所组成的家庭。——译者注

[28] 中根,1955,99。

基础。这一结论的依据是,在印第安社会中也存在着对野生植物进行大规模灌溉的情况,但那里的社会情况好像不太一样。

北美洲的印第安社会是不是都不存在土地所有权的概念,是一个有争议的问题^[29]。有人认为“北美洲土著居民的土地所有形态,根据地域、部族的不同而有很大的不同”^[30]。在格兰德河上游、亚利桑那州东北部以及索诺兰沙漠南部等这些西南部文化领域居住的部分印第安人从事灌溉。根据文献显示,这一地区的印第安人使用“自己的农地”这一表达方式^[31]。我曾直接询问过该文献的作者,小谷教授。他说,在居住在西南部文化领域的印第安人之间,土地私有的概念已经相当广泛地存在了。如果真是这样的话,那么灌溉等劳动投入产生私人所有权概念这一本书将在后面进行论证的命题,在印第安社会将得到印证。

另外青木晴夫先生也介绍了西南部文化圈的印第安人从事灌溉的情况。同时他还介绍到在有的部族,田地被女人所有,并指出“如果男人需要新田的话,他们可以随时开辟,

[29] 关于这个问题请参照 Demsetz,1967,347,351-353。

[30] Driver,1969,271。

[31] 小谷 = 冈田,1984,64。

所以他们让女人拥有既成的田地”〔32〕。这表明,虽然灌溉等劳动投入产生私人所有,但是由于土地的富饶性,男人并不固执于所有权。

以上我们一起眺望了蒙古大草原、昔日的美洲印第安这些相对来说离我们较遥远的世界。现在让我们返回日本,一起去看看留下古老文明的阿伊努人的社会和冲绳的社会。

六 “高坦”——探访阿伊努人的社会

阿伊努人的农地所有的情况和美洲印第安人的情况一样,虽然存在一时的使用权但是不存在永久性的所有权。这一现象的原因在于实施粗放农业。阿伊努人的社会原则上是采集经济社会。阿伊努人通过打鱼及采集野菜生活,同时他们也从事一些农业。但是正如“在以叙事诗为代表的描写阿伊努人的社会生活的口诵传承的世界里,耕种情景几乎没有出现”那样,阿伊努人的农业“在阿伊努人社会中的地位和作用”是非常小的,他们从事的不过是不需要进行火耕的种植杂粮和蔬菜的小规模农耕〔33〕。高仓先生认为“阿伊努人

〔32〕 青木,1979,144,148~。

〔33〕 大冢(和义),1993,82~ ,95~。

社会本身并不存在土地所有的概念”^[34]。

高仓先生的论文是了解阿伊努人社会的主要文献,下面我想全面引用他的叙述。

“阿伊努人社会本身并不存在土地所有的概念。因为土地所有权是随着土地的集中持续性使用而产生的。还停留在渔猎时代的阿伊努人,他们只不过是通过对渔猎、伐树等对土地物产进行采集而与土地发生联系,很少使用土地。虽然在那个时代,他们的农业几乎遍布整个北海道,但是这些农业都局限于耨农^[35]的范围,经营方式也大多为火耕产生之前的经营方式。部落中被允许进行渔猎和采伐的土地,只要没有被使用,谁都可以自由地选择使用,在除去障碍、犁耕土地和播下种子之后,便可在秋天进行收获。但是由于不施肥的原因,土地的生产力逐年下降甚至完全丧失。土地生产力下降、丧失之后,土地就被放弃给希望使用它的人。从此可以看出,在那里并不存在土地的持续性使用。就那里的土地来讲,虽然使用者在使用期间被赋予了排他性权利,但是只要他停止使用的话,该土地即变成纯粹的无主物,被部落共同所有。那里的权利不过是一种使用权,它与所谓的所有权还

[34] 高仓,1972,401。

[35] 只耕土地不施肥料的一种原始农业。——译者注

相差很远。而且在那里农业不过是渔猎业的副业,土地不过是补充猎物的一种存在,因此它们的面积是极其微小的。在农业以外使用土地的例子还有住宅用地。但是它不过是房屋存在时对房屋周围必要范围内的土地享有的一种排他性权利。它的使用频率由于场所制度的存在而逐渐降低。不仅如此,由于阿伊努人的生活基础为采集自然物,所以他们必须到处捕捉四季的猎物,并且由于宗教上的信仰,他们辗转不停地变换着居所,很少在一个地方持续性地长久居住。换句话说即是,在这种最容易产生所有权的土地上产生的不过是使用过程的占有权而已”。

让我们再详细了解一下阿伊努人的农业。“阿伊努人的农业多为女人在家务劳动的空闲中经营,其耕种规模不仅非常小,而且耕种方式也极为粗放。具体说来即是,她们一般尽量选择草木少容易耕种的土地,不进行犁耕就开始播种种子,之后不施肥也不除草。在火耕中所见到的对草木灰的利用在那里是不存在的,这是一种完全无肥料的耕种。因此,持续性的耕种不用说当然是不可能的,而且耕种年限也极为短暂,一般3年左右土地就会被放弃。由于是这种状态的耕种,所以他们不断地变换耕种地,农地的持续性使用完全没有被展开。因此在那里仅仅产生了一时性的使用权,而没有产生永久性的所有权。阿伊努人在部落内部发现合适的土

地后,会立起丁字形的桩子占有它,并在对它开垦后在其周围修建田埂,以此来标明自己的使用权的范围。在休耕期间,他们会继续维持田埂,并通过此来保留再开垦的权利。但是过了再开垦年限后如果没有耕种的话,则被视为放弃了该土地,其权利一般将不再被承认”〔36〕。

在阿伊努社会虽然不存在私人所有权的概念,但是领土或者领域的概念却好像是存在的。有关这一点有以下的叙述。“由于阿伊努人的农业是极为粗放的无肥料耕种,所以土地被新垦之后3年左右就很难再生长作物。这时不得不放弃该土地,或者休耕在别处重新开垦土地。由于不存在农地的持续性使用,所以在那里仅存在一时性的使用权,至今还没有产生永久性的所有权。阿伊努人社会由被称为高坦的部落单位构成,每个部落各自拥有一定的生活领域。生活领域内的土地为部落成员共同所有,酋长作为部落代表人管理该土地。部落成员可以自由地使用该部落的土地,其他部落成员则被严格禁止使用。其他部落成员侵入本部落领域时,只要被发现,作为赔偿他将被要求提出猎物或者其他东西,同时被命令退出本部落领域。其结果是,狩猎、渔捞和采集等经济活动只能在本部落领域内进行,当然农业开垦也不

〔36〕 阿伊努人文化保存对策协会,1970,380。

例外”〔37〕。

明治时期,日本政府开始着手开发北海道,与此同时土地私有的制度开始在阿伊努人居住的北海道实施〔38〕,阿伊努人的生活舞台开始遭到破坏。而这种侵入之所以可以比较简单地被进行的原因在于,不存在土地所有权这一阿伊努人社会特有的状态〔39〕。

当我们把视线从阿伊努人社会移开放眼世界时,我们应该注意的是在欧洲文明膨胀期或其他例子里,侵入方不通过形成殖民地的方法,而是通过移入移民进行开发的方法来完成对某个民族的某个地区的侵入时,被侵入方的民族大多是欠缺土地私有概念。比如北美洲和澳大利亚等地。

七 不存在所有权的世界——冲绳的久高岛

在冲绳的久高岛,传统上男子从事渔业,女子从事农业。农业并不是产业的中心。而且不知道是不是因为萨南诸岛

〔37〕 林,1969,20~。

〔38〕 有关阿伊努人社会导入国家法的具体情况请参照北 1991,160。

〔39〕 请参照从阿伊努的先住权保护的角度来讨论此问题的吉川 1995,以及那里所引用的一些文献。

和冲绳等地广泛存在的耕地割替制度^[40]的影响,直到现在,耕地的私人所有制还没有确立^[41]。

关于割替制度,下面借用佐佐木先生的解说来加以说明。“如果以村落共同体为基础的均等性的入会性土地使用形态被贯彻始终的话,将产生这种情况。即各个农民不可以任意使用共有地,他们必须在全体共同体成员在场的情况下,平等地分割和使用共有地。此时,如果均等原理被更加彻底地贯彻的话,则将产生通过抽签来决定共有火田明年在各户之间如何分配这一方法——割替制度。/在日本其他地方,这种通过抽签来决定火田在各户之间分配的例子已经不存在了。但是在萨南诸岛和冲绳,这种伴有抽签的耕地割替制度至今还依然存在”^[42]。

以琉球的地割制度为研究对象的仲吉朝助先生认为,在日本,水田、旱田的割替制度和地割制度几乎没有被施行过,但是琉球是一个例外。即“就日本近代的地割制度来看,对水田进行割替或者对旱田进行地割的例子是极为罕见的,但是在琉球,除了八重山岛以外,所有的水田、旱田、原野、山林

[40] 割替制度指把一个村子的土地按人数在一定期限内分配给村民使用,当期限到来时再重新分配土地的一种习惯。——译者注

[41] 山本(弘),1985,41~。

[42] 佐佐木,1972,242~。

和宅地等都被实施了地割”〔43〕。琉球王府实施地割制度的方针为“按照百姓的劳力、财力分配耕地,公平负担贡租,从而增进土地的生产力”〔44〕。从“连带支付贡租”及“共同耕种”〔45〕可以看出,这里存在着公地公民的思想。但是,琉球王府对地割制度并没有一直持肯定态度,雍正十二年(1734年),琉球王府颁布了废止地割制度的命令,但是它的收效并不大。废止地割制度的原因被这样解释到。“王府一直以来对田地实施地割制度,不确定特定的耕种人由而是由大家共同持有土地。但是由于欠缺爱护土地的观念,这种做法最终导致了土地的贫瘠。因此此次实施最后一次的地割,从今后将设置特定的耕种人”〔46〕。这种“因土地的贫瘠”而废止地割制度的琉球王府的废止令,不论从后边将要叙述到的“公地悲剧”来看,还是从土地所有权产生的社会动力来看,都是非常有意思的。

琉球的地割制度的起源是一个有争议的问题。萨摩藩对琉球进行征讨从而导致首里城陷落是在1609年(庆长14年)。但是据在明治时代为制定冲绳县土地整理法而实施调

〔43〕 仲吉,1928a,458。

〔44〕 仲吉,1928a,456。

〔45〕 仲吉,1928a,446。

〔46〕 仲吉,1928a,455。

查的冲绳县参事官俵孙一氏所言,庆长检地的时候并不存在割替制度。他推测地割的起源是在庆长之后^[47]。但是也存在相反意见^[48]。“随着明治32年法律第59号——冲绳县土地整理法的实施,根据该法第2条,各村的持地人依据最终的地割获得了土地所有权”^[49],随后地割制度被废止。本节一开始介绍的久高岛的例子,可以作为一个虽然法律废止了地割制度,但是该法律并没有渗透到社会中去例子来理解。在此我想指出两点。一点是在历史上存在着在公地公民的思想下否定土地私有权的情况。另一点是在久高岛,这一制度到现在还留有残余,这些本书的观点来看是非常有意思的。

八 火耕农业的社会

在定居农业社会,土地所有权是极为明确的。这一点本书将在后面具体探讨。前面我们探讨了美洲印第安人社会和阿伊努人社会,导出了过度粗放性的农业不产生土地私有

[47] 俵,1898,694,特别是703页。

[48] 仲吉,1928c,809~。

[49] 仲吉,1928c,817。

权这一观点。下面我们有必要来看一下粗放性农业,即火耕社会的所有权结构是怎样的,虽然近来对火耕农业的粗放性有许多人提出了诸多疑问。火耕通常被描述如下。“移动耕种的主要缺点是所需耕地量非常大。由于依据习惯8年、10年或者更长时间之内需要休耕土地,所以各共同体不得不拥有比常用耕地更多的自由土地”^[50]。而且这个数字,在印度是15年前后^[51],在芬兰则存在着以30年前后为一个周期的火耕经营方式^[52]。地域不同则数字不同。“从5年以下到30年以上都有,差异非常大”^[53]。“在火耕农业中不可欠缺的一个特征是,土地本身的循环比作物的循环更加重要。它实际上是长期自然休耕和短期耕种的一种交替。火耕的第2个特征是通过燃烧和砍伐原有植被来平整土地”^[54]。在火耕社会里,土地所有权的所有权特征并不明显,它被描述如下。“除了日本这种近年来明确了土地所有权制度的地区以外,火耕社会与欠缺土地私有权制度的畜牧社会一样,其土地所有权是非常不明确的。它不过是一种只要取得上次耕

[50] Sahlins,1972,67。

[51] 山田,1969,171。

[52] 庄司,1993,529~,特别是534,541。

[53] 佐佐木,1970,105。

[54] 大林,1983,238。

种人同意就可以的、程度较低的占有权而已”〔55〕。

上面提及的所有权和占有的对比并不是从法学概念的角度进行的。我认为有必要进一步具体研究一下日本和其他一些国家的火耕社会的土地所有权的情况。

为了调查火耕社会的土地所有权的情况,我亲自来到中国云南省和老挝交界的少数民族山村进行了考察。其内容我将在后面进行介绍,首先让我们一起来展望一下日本及世界各地的火耕社会的土地所有权的情况。

九 日本的火耕

鸟越教授以最具有日本传统的村子为例,对火耕进行了如下描述。“山林虽然是共有的,但是如果哪一户为了建造房屋而在树上刻上自家印章的话,该树木则变为这一户所有。总之,只要进行使用,该树木就为使用人所有。与此相同,火耕村落的土地也适用此规律。火耕社会的土地虽然在整体上是共有的,但是在使用期间,土地为使用人所有”〔56〕。对此佐佐木教授进行了更加详细的描述。“相对耕种期来

〔55〕 大林,1983,242。

〔56〕 鸟越,1989,43,44 ~。

讲,休耕期间更长。对土地进行粗放性使用的火耕农业以村落成员拥有大片可自由使用的林野为前提。因此,火耕农业的经营大多发生在村落成员可以平等地自由地使用共有林野的情况下”,“即使存在富农或者大地主拥有山林的这种大山林所有的情况,农民只要通过赋劳役等方式提供一定的地租,则大多可以自由地使用林野。在大山林所有普遍存在的山村里,在土地的使用方面,入会式的使用习惯大量存在的这一现象是值得注意的”〔57〕。

正像前面所叙述的,日本火耕的特征是,土地大多不是私人所有而是共同所有。大山林所有虽然是私人所有,但是在那里土地的使用是入会式的,并且是以共同体的形态存在的〔58〕。

火耕用地的这种共同使用不仅仅只出现在日本,还出现在日本以外的其他地区。譬如,在芬兰,“虽然没有土地的贫农租种土地,并把一部分的收获物作为地租交给所有人,但是他对村里的共有林进行火耕却是自由的”〔59〕,从这里我们

〔57〕 佐佐木,1972,242~。

〔58〕 但是,私人所有的例子也不是不存在。比如说,在四国的椿山,16世纪末(天正18年),火田的85%都集中到了一个人的手里(福井1974,18)。

〔59〕 庄司,1993,542。

可以看出在芬兰同样也存在着对共有地进行火耕的情况。

但是,当我们放眼世界时,会发现火耕社会的土地所有形式并不是千篇一律的。以下让我们把重点放在亚洲和南美,去看一下世界其他地区的火耕社会的情况。

十 亚洲的火耕社会

首先,让我们先看一下东南亚。南亚的火耕农业社会的情况是这样的。“印度……东南亚地区经营火耕的人,虽然不能说已经完全定居下来,但是他们会在相当长的一段期间内在一个地方上建立村落,这是他们的一个特点”,在东南亚的火耕社会里存在着“土地所有权主体不明、土地的私人所有等各种土地所有情况”^[60]。

以上是佐佐木先生的分析。下面我将依据他的分析,介绍一下亚洲火耕社会中存在的土地所有权不明的事例,家族血缘集团等共同享有土地所有权的事例。

首先要举出的是婆罗洲的达雅克人^[61]的事例。“达雅克人的各个家族独立性很强并具有非封闭性。……达雅克人

[60] 佐佐木,1970,134,149。

[61] 达雅克人,Dayak。

的住居共同体^[62]里没有什么可称为共有财产的物品。住居共同体并不共同所有、共同经营火田。以住居共同体为单位的共同经济活动几乎不存在。/住居共同体虽然不是拥有强制性共同体规范的封闭性团体,但是由于它自身形成了一个社会生活单位,不能否认它具有一定的归纳功能。……住居共同体拥有明确的村域,村域内的火耕田地和既垦地被特定的居室家族^[63]拥有,未垦地或者被长时间闲弃、所有人已经模糊不清的土地全部属于住居共同体所有。新土地的开垦在形式上需要村里的巫师进行确认”^[64]。

在菲律宾居住着尼格利陀人。他们的身体特征是“低个子^[65],皮肤为暗褐色,卷发”。他们本来是狩猎采集民,但是由于受到多数民族的压迫,“他们不得不把生计由狩猎采集变为火耕、犁水稻耕种^[66]”。在吕宋岛西部经营火耕的尼格利陀人社会里,他们以数年为一个周期使用火田,正在使用的火田被夫妇与未婚子女组成的小家庭所有。那些被放弃了土地,经过“数年的放置、休耕,植被恢复,地力渐肥之

[62] 住居共同体 longhouse community。

[63] 居室家族 (bilek family) 指居住在住居共同体居室内的各个家族。

[64] 佐佐木,1970,138。

[65] 成人男子一般在一五〇厘米左右。

[66] 犁水稻耕种是指用牛犁地进行水田耕种。

后,它们将重新被选为火耕的对象。但是之前的耕种人将丧失对它的耕种权,在这里适用快者胜的法则,不管是谁,只要最先开垦了土地那么他就将得到那里的耕种权”,从这里可以看出该社会还不存在所有权的概念^[67]。

下面让我们看一下在菲律宾民都洛岛居住的汉努诺奥人^[68]的情况。“就土地的所有权来讲,汉努诺奥人并没有把土地当做所有权的对象。谁都可以在村落附近的任何一块土地上自由地经营火耕。成为土地所有权主体的社会集团是不存在的。但是,一旦农作物被种植,特别是火耕经营2年以后种植了香蕉类的多年生作物的,种植人或者其继承人就拥有该地的所有权。哪怕数量很少,只要多年生作物存在,该土地的所有权就归农作物所有人或者农作物所有人的火耕经营集体(家族)所有”^[69]。

在棉兰老岛的热带雨林居住的苏巴农人^[70]和汉努诺奥人一样,从事火耕农业。但是在这里,双系的核心家庭居住在每3年就移动的临时小屋里。这种小屋里居住着3~12

[67] 引用的顺序依次是清水,1984,437,玉置,1989,400,清水,1981,152。

[68] 汉努诺奥人,Hanuóo。

[69] 佐佐木,1970,144。

[70] 苏巴农人,Subanun。

户人家,小屋散落在核心家庭经营的火田的附近。苏巴农人完全采取了一种散居式居住形态。他们的村子并不像汉努诺奥人那样是数户人家的集合体,而是因火田相邻而产生的一种组合。村内的土地所有权很不明确。苏巴农人甚至不具有村落这种社会单位”〔71〕。另外,棉兰老岛上的其他部族的土地所有权的情况是这样的。“火田耕种民的土地使用大致来说有两种方式。一种是以开垦和居住地的移动为前提的移动型,另一种是居住地固定但耕地周期性循环的循环型。布杰龙人的土地使用是有6年到12年休耕期的循环型。……对闲散土地的周期性控制和使用地分配,布杰龙人并不进行集体协议。据说每个地方自治体都有自己大致的领域,只要成为该地方自治体的成员谁都可以在领域内开垦火田。但是事实上,这些领域大多被地方自治体内的权力者拥有。在这里,虽然不存在土地所有权和私有权这种明确的概念,但是山川、河谷、沼泽都有自己的名字,并且存在哪里哪里的山是谁谁的说法。这是一种对山谷和森林的用益权。拥有这种用益权的人成为中心,和他关系亲近的人都要和他协商,从而决定每年的耕地所在地。如果想在某人的领域内开垦耕地的话,只需要那个人的同意就可,不需要缴纳一部

〔71〕 佐佐木,1970,144~。

分的收获物或者金钱。事实上,哪个家族每年在哪个地方开垦耕地,在地方自治体内是有一个大概认识的。在地方自治体内就耕地的使用产生纠纷的情况非常少。另外,个人地域范围以外的土地,即使是地方自治体的新成员也可以自由使用”〔72〕。

在老挝的西北山地〔73〕季风林里居住的拉迈人〔74〕的情况是这样的。“在上拉迈〔75〕村,各个村落的边界是很明显的,但是在下拉迈〔76〕村,各个村落的边界却不明显。下拉迈村就不用说了,即使在上拉迈村,土地私有权至今仍没有发展起来。村内所有的土地村民都可以自由使用。村民可以自由选择火耕用地,可以自由地开垦。Izikowitz 证实了在那里不存在有关火耕被放弃后的二次林的所有权、用益权的明确规定。不得不承认的是,土地私有观念的未分化成了拉迈人自由组成火耕集体〔77〕的一个条件”〔78〕。

〔72〕 结城,1983,319。

〔73〕 海拔,500~1500米。

〔74〕 拉迈人,lamet。

〔75〕 上拉迈,Upper Lamet。

〔76〕 下拉迈,Lower Lamet。

〔77〕 Swidden group. Swidden 指使用火平整植被后的田地。火耕集体指由几个家庭组成的火耕共同经营体。——著者注

〔78〕 佐佐木,1970,149。

根据1958年的报告,直到最近还在猎首^[79]的阿萨姆的娜迦^[80]各族的情况是这样的。“在西衖玛娜迦^[81],火耕所开垦的土地大多由单系血缘集体组成的氏族共有”,但是在东衖玛娜迦,“火耕田大多由村落内部的小地域集体——Khel^[82]所拥有,Khel的成员共同使用该土地”^[83]。

山田先生的著作详细介绍了印度中部从事火耕经营的人们对土地进行共同体所有情况^[84]。

另外,据说巴布亚新几内亚的火耕田的所有权事实上是“依据血统决定的”^[85],虽然是共有但是私人所有的色彩非常强烈。“火耕原则上由夫妇进行,田地也通常由夫妇共有。但是,如果有两个妻子的话,则田地分别所有”^[86]。

与后者非常相似的是加里曼丹沙巴州的例子。“巫律人社会也存在着—夫多妻的情况。在这种情况下,由于家族内

[79] 猎首指将人杀死后砍下并收集头颅的一种习俗。——译者注

[80] 娜迦,Naga。

[81] 衖玛娜迦,Rengma Naga。

[82] Khel,娜迦村里设置的区划,每个区划里都设有男子小屋,社会团体就是围绕这些小屋建立起来的。

[83] 佐佐木,1970,161~。

[84] 山田,1969,461~。

[85] 吉田,1986,615~,特别是649~。

[86] 大家=田中=西田,1974,114(大家执笔部分)。

部存在数位已婚女性,因此需要拥有多数木薯田。而联合家庭^[87]的情况则是这样的,旱稻田看上去好像是没有界限的一块,但事实上田地已经被均等划分由各个妻子进行经营”^[88]。

十一 亚洲火耕社会的土地所有

亚洲火耕社会的土地所有权形态具体来说有以下几种。一种是土地所有权不明确,另一种是家族血缘集团等共同享有土地所有权,还有一种是虽然存在私人所有权,但是从其功能上看不过是私人所有权的萌芽状态。上面我们介绍了土地所有权不明确的情况和家族血缘集团等共同享有土地所有权的情况。考虑到本书的内容,下面我将着重介绍一下虽然存在私人所有权,但是从其功能上看不过是私人所有权的萌芽状态的情况。

火耕社会里存在私人所有权的例子是居住在印度半岛北部的火耕民帕哈里亚人^[89]。“他们在农业经营上的一个

[87] 联合家庭指指父母和两个及两个以上已婚儿子及儿媳、孙子女组成的家庭。——译者注

[88] 上杉,1992,171~。

[89] 帕哈里亚人,Paharia。

最值得注意的特点是,森林土地的所有人和火耕经营者不一致这一点。虽然有的人拥有自己的森林土地^[90],但是他们仍可以租借别人的森林土地,砍伐它把它做成火耕田。有的甚至租借别人的森林土地进行火耕,而把自己的森林土地租给别人。在做当地调查时,这一点一直是一个疑问,但是现在该现象背后的原因已经被解明。……其原因是,在帕哈里亚人的村落里,火耕田的选定并不是按照村民自己的意思自由进行的,是按照村里的巫师嘴里所谈到的 Kando Gossain 神的神谕来决定的。每年 8 月,当火耕田的玉米长到 1 米高的时候,在巫师的家里将举行仪式”,“在这个仪式上,村宗教指导者^[91]中的 1 人就每个村民的明年的火耕田位置询问已被附体的巫师,并根据巫师的回答来决定村民们明年的火耕田的位置。因此,在决定火耕经营者时完全不会考虑森林土地的所有人是谁,两者产生分离是自然而然的。但是……在这里,正像前面所提到的,森林土地的私有概念已经产生,村内的森林土地成了每个家庭继承的对象。但是只要还是按照上述方法来决定每个家庭的火耕田,那么私人土地所有权的意义就只能埋在巫师的神谕中了。因此,这里的土地的私人所有权仅

[90] 指具有一定树龄的适用于火耕的森林土地

[91] 指导者 Gun, 印度教锡克派的导师。

最值得注意的特点是,森林土地的所有人和火耕经营者不一致这一点。虽然有的人拥有自己的森林土地^[90],但是他们仍可以租借别人的森林土地,砍伐它把它做成火耕田。有的甚至租借别人的森林土地进行火耕,而把自己的森林土地租给别人。在做当地调查时,这一点一直是一个疑问,但是现在该现象背后的原因已经被解明。……其原因是,在帕哈里亚人的村落里,火耕田的选定并不是按照村民自己的意思自由进行的,是按照村里的巫师嘴里所谈到的 Kando Gossain 神的神谕来决定的。每年 8 月,当火耕田的玉米长到 1 米高的时候,在巫师的家里将举行仪式”,“在这个仪式上,村宗教指导者^[91]中的 1 人就每个村民的明年的火耕田位置询问已被附体的巫师,并根据巫师的回答来决定村民们明年的火耕田的位置。因此,在决定火耕经营者时完全不会考虑森林土地的所有人是谁,两者产生分离是自然而然的。但是……在这里,正像前面所提到的,森林土地的私有概念已经产生,村内的森林土地成了每个家庭继承的对象。但是只要还是按照上述方法来决定每个家庭的火耕田,那么私人土地所有权的意义就只能埋在巫师的神谕中了。因此,这里的土地的私人所有权仅

[90] 指具有一定树龄的适用于火耕的森林土地

[91] 指导者 Gun, 印度教锡克派的导师。

仅是名义上的,它的功能消失在以村落为单位的土地共同所有、共同使用的原理之中。需要补充的是,巫师所决定的仅仅是火耕田的位置,至于火耕田的大小则由每个家族^[92]自己决定。把他人的森林土地改造成火耕田时,需要根据火田的大小向森林土地的所有人缴纳5~6卢比的现金和满满一竹笼的农作物^[93]。虽然是很少的一部分,但是从这里我们可以看见私人土地所有权的原理正处于一种萌芽状态,并在发挥着一定的功能。……但是需要引起注意的一点是,火耕田的地租非常便宜,火耕田的地租是一年5~6卢比,按单位面积换算后会发现它仅仅是水田地租的 $1/50 \sim 1/60$ ^[94]。

最后,就火耕社会的所有权的情况我想做一下总结。从以上的叙述中可以清楚地知道,在日本的火耕社会里,土地所有权是以共有林野和入会式的土地使用的形式存在的,在那里并没有产生私人土地所有权。而世界上其他国家的火耕社会也是如此。不是不存在所有权的概念,就是所有权是以共同所有的形式存在。虽然也有存在私人所有权这样的例外情况,但是正像在帕哈里亚人的事例中所看到的,私人所有权的功能完全消失在土地的共同体使用原理当中,私人

[92] 即经营者。

[93] 主要是玉米。

[94] 佐佐木,1970,245~。

所有权的功能仅仅停留在萌芽状态。

就火耕社会和入会权的关系我将在“结语”部分再次叙述。在这里我想先提示的一点是,火耕农业向水耕农业转化时发生的所有权概念的变化最能体现火耕社会的所有权的特征。譬如,在吕宋岛北部山地,“随着水耕的普及,以前从事火耕的萨加达伊哥洛特人^[95]的社会组织发生了巨大变化,在出现密集的村落的同时,私人土地所有制开始确立,村内的社会阶层也开始发达起来”^[96]。

同时,在刚才所叙述的印度的帕哈里亚人村落里,虽然在火耕田上已经产生了私人土地所有权的概念,但是事实上土地的分配是由村里的巫师通过神谕进行的。土地使用实际为以村为单位的共同使用。但是,在山谷间开垦的水田却被村里的两个村民私人所有。其中的一人把自己的水田以高额的租金租给了别村的人。而就火耕田来说,把火耕田租给别村的情况在这个村子里是不存在的。另外通过神谕把他人的土地改造成火耕田时,虽然形式上有支付地租的习惯,但是它不过是水田地租的 $1/50 \sim 1/60$ 而已”^[97]。

这个例子正好象征性地说明了两点。一点是私人土地

[95] 萨加达伊哥洛特人, Sagada Igorot。

[96] 佐佐木, 1970, 170。

[97] 佐佐木, 1970, 172。

所有权在水耕及其他普通农业社会中的确立。另一点是火耕社会不需要确立私人土地所有权。正像引用文献所显示的,火田地租的经济价值和水田地租的经济价值是有很大差异的。并且,所有权应该具有使用、收益、处分这三个权限,但是上面的那个例子里,不管是火耕用地还是水耕用地,被处分的都不是所有物整体,而只是收益权限而已。而且,火耕用地的收益权限不是按照所有人的意思而是按照巫师的神谕进行的,处分的对象也仅限于同村的人。与此相对,水田是按所有人的意思进行的,而且处分的对象可以是别村的人。因此,从流通性这个角度来看,火耕用地和水耕用地之间也有很大的差异。水耕用地上的权利与现代所有权是相似的,火耕用地上的权利与现代所有权之间却还存在很大的差距。

对印度社会的共同体在从火耕向水耕过程中的转变进行研究的中根千枝教授这样描述到“定居的倾向更加紧密地和土地所有权连接在一起。菜园被割划出来。被开发成水田的永久性土地被开发人所有,土地的使用价值也成了买卖的对象。使用1年后就被放弃的,存在于火耕田上的临时性权利变成了永恒的土地所有权,一种巨大的经济变化正在发生”^[98]。

[98] 中根,1955,88。

十二 南美洲的火耕社会

南美的情况是这样的。“南美的火耕田耕种期一般为3~4年,最长也不过5年左右,这之后耕地就会被完全放弃”。在这种移动式的火耕社会里,被放弃的土地上是否存在所有权概念,这个问题的答案并不是很明确。据说“一般在南美的火耕民村落里……成为土地所有权主体的社会集团大多是村落的构成单位,即世系^[99]或者是联合家庭”^[100]。

有关这一点,下面我想引用佐佐木教授的研究来进一步介绍。

首先,就南美火耕田数年后即被放弃一事,佐佐木教授进行了如下的描述。“譬如搭比拉贝人^[101]对同样的火耕田只使用2年。而且第2年他们仅仅在耕地上栽培第1年种植过的木薯。而其他农作物的栽培则是通过开垦新土地进行混合种植来完成的。总之,他们每年都开垦火耕田,使用2年后即放弃,4~5年下来,村落附近的火耕用地完全消失,村

[99] 世系是指共同的祖先所繁衍的血缘群体。参照石川=梅棹=大林=蒲生=佐佐木=祖父江,1987。

[100] 佐佐木,1970,56,62。

[101] 搭比拉贝人, Tapirape。

落自身不得不动。……这种伴随火耕田的村落移动在图皮南巴人的社会里^[102]每隔4~5年就发生一次……在瓜拉尼人的社会里^[103]每隔5~6年就发生一次……这些例子在南美的火耕社会里算是比较长的,一般来讲大多像居住在亚马逊盆地雨林地带的博洛洛人^[104]一样每隔2~3年就迁移一次”^[105]。

其次,村中的土地所有权形态是一种被称为世系的亲属集团共有,对此佐佐木教授这样进行了介绍。“譬如在库比奥人的社会里^[106],人们认为村落附近一带的土地是受祖先保护的,因此认为土地为世系所有。火耕用地的分割,需要有世系长或者男子集会^[107]的认可。在这里,很明显单系血缘集团是土地所有权的主体”^[108]。“在库比奥人社会里,在土地上进行砍伐和种植的用益权属于各个小家庭,农业经营的主体也是各个小家庭。各个小家庭可以在世系长分配的森林内自由地选择土地进行开垦。但是,如果一旦放弃该土地,

[102] 图皮南巴人,Tupinamba。

[103] 瓜拉尼人,Guarani。

[104] 博洛洛族,Bororo。

[105] 佐佐木,1970,60。

[106] 库比奥族,Cubeo。

[107] 男子集会,male council。

[108] 佐佐木,1970,74~。

小家庭所拥有的用益权即将消失。在佐鲁亚河^[109]上流的地方,每个小家庭开垦的耕地上都有羽毛标识。火耕田的用益权在耕种期内一般属于小家庭,火耕经营也是以小家庭为中心进行的”^[110]。

十三 大洋洲、非洲的火耕社会

新西兰的毛利人社会里也有从事火耕农业的地区。在那里土地被部族共同体所有^[111]。在非洲热带地区的火耕社会里,据说存在着土地被世系所有的例子^[112],还存在着以下这样的例子。即以共同劳动和亲属间援助这种松散互助体系为背景的、原则上以家庭为单位进行火耕经营的,所有权关系不是很明确的例子^{[113][114]}。

[109] 佐鲁亚河, Jurua。

[110] 佐佐木, 1970, 74。

[111] 石川, 1970, 135, 141。

[112] 末原, 1984, 479 ~, 特别是 484 页。

[113] 挂谷 = 杉山, 1987, 111 ~, 特别是 131 页以下。

[114] 在扎伊尔共和国存在着所有权主体是夫妇还是世系这种不很明确的例子, 关于扎伊尔共和国的权利关系请参照佐藤 1984, 671 ~, 特别是 686 页。

十四 非循环型的火耕？

在前面我指出了在美洲印第安社会不存在土地所有权概念的一个原因是土地的过度丰饶性。下面我将从这一点进一步考察一下火耕社会的情况。

在上面讲到的南美亚马逊流域,至今还存在着放弃火耕田,迁移村落的习惯。从文献中很难看出相同的村落是否会再次迁回到被放弃的火耕田来,也就是说很难看出那里的火耕是循环型火耕,还是非循环型火耕。旧大陆火耕田循环的原因可以解释为初期开垦的困难性以及适宜火耕的土地稀少性这两点。适合火耕的土地一般比普通农业用地的生产力低。但是尽管如此,当旧大陆的人口达到一定程度后,这样的土地也变得所剩无几了。假如存在非循环型的火耕,即火耕田在一定年限后被放弃成为无主物或者被其他集团使用的社会存在的话,其前提是火耕适用地一定是富饶的。在亚马逊流域,在土地的人口支持力还未达到顶峰的时候,我想出现这种情况还是有可能的。

在印度的原始森林地带,据说有一地区的迁移性非常高,“火耕田的设定由于过分自由而具有临时性”,因此所有

权概念很难产生^[115]。另外,在历史上,在婆罗洲的沙捞越生存着“移住意向很强……并向往原生林的民族”,即达雅克人。“作为火耕民,他们为了生存,不断地寻找未开垦的原生林,不断地迁移和居住”^[116]。

总之,在亚马逊、婆罗洲和印度的原始森林地带等地,我认为有可能存在过非循环型火耕。因为这些地方的土地很难开发,因此在土地的人口支持力达到顶峰之前,很有可能存在过这种情况。

下面我们离开火耕农业社会,去看一下比火耕社会的生产活动更具动态的游牧社会和狩猎采集社会。

十五 游牧社会与土地所有

在游牧社会,水的权利是最重要的,这个我们将在后面进行叙述。下面我们先把焦点放到土地的权利上,看看土地的权利是一种什么状态。

在游牧社会,因为人们从事的是不伴随劳动投入的草原游牧,所以土地私有权没有存在的必要。相反,游牧社会的

[115] 中根,1955,74。

[116] 内堀,1984,423。

土地私有会成为社会成员自由放牧的阻碍原因。本书开头所描述的蒙古共和国基本上代表了游牧民族的一般情况。

作为游牧民族的代表,除了蒙古人以外,贝都因人也是一个典型的例子。在阿拉伯半岛贝都因人从事农耕的耕地上产生了土地所有权的概念^[117]。但是,由于在游牧地上无法产生牧草地上那样固定的权利,所以谁先来谁就可以自由使用土地。关于这一点,Cole, Donald Powell 这样进行了描述。“阿拉伯半岛的移动畜牧被降雨方式所左右,并且依赖于地下水源的使用权。到近代式的国有水井被设置为止,地下水源的使用权虽然通过短期的借用可以得到缓和,但是一般来讲地下水源的使用权基本上是被家族所有的,是具有排他性的。然而,享受降雨恩惠的草地的使用则要开放地多,在大多数情况下,最先来的人、最先使用的人的权利都被认可”^[118]。

让我们再来看一下其他的游牧民族。譬如在北极圈附近放牧驯鹿的萨米人。在那里直到现在都没有产生土地所有权的概念^[119]。田中二郎教授虽然没有直接叙述游牧地上

[117] 片仓もとこ先生的“弱小的地主”,“水主和地主的分离”等的叙述,从法律上的角度来看是非常有意思的。片仓,1979,142~。

[118] Cole,1982,42~。

[119] 葛野,1988,82~,特别是83页。以及1990,141。

是否存在所有权法律制度,但是他对东非、具体来说即肯尼亚北部中央地区的骆驼游牧民朗迪耶人进行了如下的描述。“家畜可以越过一个部族的领域,在牧草肥沃的土地上自由地移动”^[120]。从被他们称为“高普”的移动性居住集团集中在一起这一点来看,游牧所涉及的地域是非常广泛的。他们从靠近“高普”的地方开始消费牧草,因此游牧地离“高普”越来越远。到了干旱季节的末期,在很多情况下游牧地距离“高普”有100km、200km^[121]。有关家畜的所有权转移,据说朗迪耶人有着十分明确的法律规则^[122],但是在上述情况下对游牧地区内的土地主张私人所有权,在通常的情况下就不具有任何意义了。

以上的叙述只是就游牧社会来说的,并没有涉及定居畜牧以及随着季节迁移的半定居畜牧社会的情况。这是因为后者与游牧社会的情况完全不同。因为后者不仅从事畜牧业,还补充性地或是在相当比重上从事农业。在那里,至少在耕地上不得不产生土地所有权的问题^[123]。因此,从所有

[120] 田中(二),1976,36页~。

[121] 田中(二),1987,333~,特别是343。

[122] 佐藤(俊),1987,365。

[123] 但是,如果从事的农业是火耕农业的话,有可能例外地不存在土地所有权的问题。

权的观点来看,畜牧社会中的游牧社会最能勾勒出土地所有权不存在这种情况。

即使不是游牧社会,只要把畜牧作为生计手段,那么在那个社会里,至少在放牧地上通常是不会产生土地私有权概念的。关于这一点,福井胜义教授这样描述到。“广义上的畜产……与家畜饲养同义,但是一般来讲畜产这个概念是很狭义的。畜牧这个概念是与狭义畜产^[124]相对的。……上面提到的 Tim Ingold 教授,他一般使用 ranching 这个词来表示畜产,并指出畜产与畜牧的区别在于土地是私有的还是共有的。这里所谓的私有是指个人或者特定的家族、世系等这种少数人集团拥有土地。共有是指超越家族、世系的其他集团,譬如包含多数世系和氏族在内的地域性集团拥有土地。也就是说,畜牧社会的放牧地是共有的,而畜产则是建立在土地私有的基础上的”^[125]。

按照以上这种观点可以得出这样一个结论。即使不是游牧社会,只要把畜牧作为生计手段,在放牧地上就不会产生土地私有权这种概念。针对这一观点,稻村教授认为该观点只适用于旧大陆,并不适用于新大陆的安地斯。他指出

[124] animal industry.

[125] 福井,1987,14。

“在那里并不存在大规模的家畜移动,在有限的地域内,人们仅仅用自然牧草就能维持一年的家畜生活”^[126]。“在中部安地斯地区,人们的生计是半定居式的畜牧,在那里有明确的土地划分,并在此基础上产生了以联合家庭为单位的所有关系”^[127]。

十六 狩猎社会与土地所有

狩猎采集社会和游牧社会一样也不存在土地所有权概念。除过撒网捕猎以外,在自然平原上进行狩猎时,正像后面所论述的,只要猎物比狩猎者的数目多,那么所有权概念就没有存在的必要。

也许是我太孤陋寡闻了吧。我从来没有听说过在爱斯基摩人的社会里存在雪原所有权这种说法^[128]。Marcel Mauss 这样描述到爱斯基摩人的社会。爱斯基摩人社会的物权,随

[126] 稻村,1987,219。

[127] 稻村,1995,229~。

[128] 严格来说爱斯基摩人这一词有一些问题。爱斯基摩人是克里印第安人对他们的一种称呼,意思是“吃生肉的人”,带有贬义。由于文献引用的关系,在这里把“因纽特人”统称为“爱斯基摩人”。另外为了理解方便,在后面的叙述中,我将把“桑人”称为“布须曼人”,把“姆布蒂人”称为“俾格米人”,特此说明。

着夏冬两个季节的变化而变化。在夏天的帐篷生活中,属于个人的不动产是不存在的,“属于家庭的财产中也没有不动产,构成家庭财产的不过是一些动产而已”^{〔129〕}。在冬天,在长屋住宅及其土地上产生不动产所有权的问题。长屋住宅及其土地被认为是全体人员的共同所有物。在 Marcel Mauss 对爱斯基摩人的物权的分析中没有关于狩猎区所有权及其他法律上的权利的论述。这可能是因为在狩猎区还没有产生法律上的权利的缘故吧。爱斯基摩人的村落不仅随季节的变化而变化,还因地域的不同而不同。“爱斯基摩人居住在互相分离的小村庄中。虽然也有 800 人的大村庄,但是一般都是 10~50 人的、有 1 到 5~6 栋房屋的小村庄。而且因为各个村庄相隔几千米以上,所以无论村庄多么大,也不过是广阔土地上的一个小点而已”^{〔130〕}。依据以上的描述,我想在冻结的土地上产生私人所有权是没有什么意义的。有一篇文献曾这样叙述到。“在爱斯基摩人的社会里,由于土地并不是财产,所以土地既不是团体所有、共有,也不是私有,更不是公有。不管发生什么变化,在现在和将来,土地都不会绝对地、无条件地属于任何人”^{〔131〕}。

〔129〕 Mauss, 1981, 106 ~.

〔130〕 Burch Jr., 1991, 124.

〔131〕 Hoebel, 1984, 85.

由于文化人类学者和法律学者在问题意识的差别,在文化人类学者的分析中不出现“所有权”这一概念是极为普遍的事情。上述内容我认为也适用于其他从事狩猎采集的民族。印第安人中以狩猎采集为业的部族里也没有土地所有权的概念。比如,加拿大西北部从事狩猎采集业的黑尔印第安人,他们把广阔的狩猎区称为“我的田园”^[132],在那里“土地也没有被私有化”^[133]。

* 一般来讲上面的叙述是正确的。但是在美洲西北海岸地区居住的印第安人的社会里存在着以下这种情况。即“胞族和氏族的首领拥有生产活动场所——打渔场和狩猎场的所有权。他们对渔业、狩猎、采集等活动进行指挥,决定这些活动的开始时期和结束时期。首领有着很大的决定权和积累财富的可能性。各个部族是由首领、普通人和奴隶构成的阶级社会。奴隶由经济破产者、战虏和孤儿构成。奴隶被看作是首领的财产,可以成为买卖和赠与的对象”^[134]。

上述这段所谈到的首领对“打渔场和狩猎场的所有权”是一个个人评价的问题。我认为也可以把它理解为共有与强有力的领导权的一种结合。

[132] 原,1989,110~。

[133] 原,1990,189。

[134] 小谷,1982,442。

下面我将举例说明。在罗马法中存在着私人所有权的概念。但是,该私人所有权是以罗马的家族制度为前提的。即它是一种家臣、奴隶全部服从于家长权力下的私人所有权。“家长权力在财产上的表现是,服从者全部都是财产无能力人,他们的财产不论是通过什么方式取得的,也不论该财产是什么,全部都属于家长私人所有”^[135]。一般来讲,在农耕社会,家族具有生产共同体的功能。在很多情况下,家族共同体是生产资料的实质上的所有权人。如果家族构成员之间是平等的,或者即使不平等,但各个成员在一定程度上拥有一定的决定权的话,则家族关系为共有或者与共有相近的一种状态。与此相对,如果家长的权限非常大的话,则家族关系为生产资料的家长私人所有。

把首领制下的首领与古代罗马社会下的家长相比虽然有一些草率,但是我认为应该把居住在西北海岸地区的印第安人的私人所有权解释为一种“以狩猎、渔捞为主的非农耕社会里的,拥有极为罕见阶层制度的”伴随强有力领导权的私人所有权^[136]。

另外,在非洲从事狩猎采集生活的中部布须曼人的社会

[135] 原田(庆),1955,282。

[136] 小谷,1982,442。

里,是否存在私人土地所有权的概念,并没有明确的记载。但是“由于食物的分布和密度的不均,以及每年的降雨量的不同,人们不能只和一定的土地相结合。在广大的移动区域内,哪里有食物人们就必须到哪里露营”,所以“领地所有”是“不明确的”^[137]。与此相对,由于在动物繁多的森林中铺网狩猎的姆布蒂·俾格米人的(领地范围很窄,所以各个集团都有被称为“我们的森林”的领地)。他们的领地具有这样的环境特征。即“整个领地的地形、植被几乎一样,动物种类也很丰富”,成为狩猎的主要对象的小型动物^[138]的“个体群密度高,并且分布广”^[139]。我试着阅读了一些关于姆布蒂·俾格米人的文献,但是没有找到有关领地私人所有权的论述。我想可能是因为在狩猎区内的土地上不存在私人所有权的缘故吧。但是,虽然这里不存我在后面将要论述到的,以保护先行投资为目的所有权产生的构造,但是因为土地的生产率对狩猎来说也是极为重要的,所以我认为在这里可能存在着以确保权益为目的权利构造。另外,铺网狩猎这种获取猎物的狩猎方法在这里被采用。如果这种方法是一种效率非常高的狩猎方法的话,则如何确保猎物的再生产循环则将成

[137] 田中(二),1990,172。

[138] 森林性小羚羊,体重在4~5kg到20kg前后。

[139] 丹野,1977,97~,特别是119,132页参照。

为问题。如果是这样的话,像后面所叙述的人权一样,对狩猎场和狩猎方法进行共同管理是很必要的。从这种观点来看,在从事铺网狩猎的部族社会的领地上存在的恐怕是一种类似于“人权”的权利——这是很值得令人深思的。

另外,为了明确与农耕社会的关系,在这里需要对非洲狩猎采集民过上定居生活以后的情况加以补充。如果狩猎采集民自己从事农耕的话,他们将取得土地所有权。但是如果他们仅仅是帮助近邻从事农耕或者只是被委托使用土地的话,则虽然他们已经定居下来,但他们依然不拥有土地所有权^[140]。

另外,据说从事传统狩猎采集业的菲律宾尼格利陀人中的一部分没有成为独立的农民,而是成了没有土地的劳动者^[141]。

在印度半岛东部孟加拉湾东端的安达曼群岛上的居民也以狩猎采集为业。“和其他狩猎采集民相比……他们不像其他狩猎采集民一样经常迁移”,在那里虽然“在果树上存在

[140] 比如,卡拉哈里沙漠中的桑人在定居下来从事农耕以后,他们的土地被各个家庭单独所有或者被以兄弟姊妹为中心的联合家庭共有。另外,巴卡·俾格米人在定居下来后,他们对狩猎采集活动的依存度降低,一半以上的家庭开始拥有火耕田。参照大崎,1991,567~,特别是578~。佐藤(弘),1991,543~,特别是552。

[141] 玉置,1989,399~,特别是401~。

私人所有权,但是群落在迁移中所使用的土地却全部被看成是共同财产”,它们并不是私人所有权的对象^[142]。

十七 狩猎采集民——澳大利亚原住民

让我们再去看看澳大利亚的情况。澳大利亚原住民既不种植植物也不饲养家畜,“他们是狩猎采集民。一般由几个家族共同组成 15 ~ 30 人的被称为群落的小集体。这个小集体为寻找水源和粮食而不停地迁移”^[143],“在澳大利亚,比较普遍的狩猎方法是先点燃灌木丛把动物赶出来,然后再用棍棒敲打或者用长矛刺射动物”^[144]。

澳大利亚也是一个人烟稀少的地方。对澳大利亚原住民进行人口学上的研究几乎是不可能的。这是因为澳大利亚联邦宪法中明确写道“澳大利亚正式的人口调查中不包括纯粹的澳大利亚原住民”,即澳大利亚原住民被排除在统计之外^[145]。在这里对澳大利亚原住民的人口也只能进行推算。“1788 年英国移民开始移往澳大利亚时,据 Alfred Reginald

[142] SERVICE 1972,194 ~,同 1991,35。

[143] 小山,1991,1。

[144] 松山,1993,490。同 1988,613 ~,特别是 618。

[145] 这个条文在 1967 年 5 月 27 日的公民投票中被废止了。

Radcliffe-Brown 的推算,澳大利亚原住民的人口大约为 25 万 1 千人。大陆整体的人口密度是每平方公里 0.03 人。……但是 Tindale……却从领地和部族的平均数推算出澳大利亚原住民应该有 30 万”^[146]。

关于澳大利亚原住民的所有权的状态,有这样的描述。“宛如在旧石器时代所表现出来的一样,由于澳大利亚原住民从事采集狩猎业,所以他们的日常生活极为简朴和单调。这里的物质文化和技术也同样贫乏和原始。物质被认为是最为贫乏的南澳洲西部的阿鲁离加人的日常生活品仅限于木制的长矛、投矛器、棍棒、石斧、碾石、掘棒、取火棒、木制的碟子以及一些神器。而在其他部落,也无非是在这些物品上再加上回旋镖、树皮制的盾、篮子和鱼网。……仅仅拥有这些物品的原因是因为他们过的是移动式采集狩猎生活。也因为这一点他们极少建造房屋”。“另外,群落与采集狩猎权的关系也是多种多样的。西澳洲的印基邦蒂人的家庭和群落不拥有特定的狩猎区。那里的人们只要不越过本群落的边界线,可以使用任何一块土地进行采集狩猎。虽然存在着根据季节的不同对特定领域的采集狩猎权的垄断进行认可的群落。……但是,排他性占有被认可的例子还是很少

[146] 以上的引用来自小山,1988,43。

的。……自然环境恶劣、人口密度稀薄的澳大利亚……不具有认可排他性占有的条件”^[147]。因此,在这种排他性占有不被认可的地方很显然是不可能产生私人所有权的。

但是,澳大利亚原住民对土地享有的是一种什么样的权利呢,这是一个问题。而且在澳大利亚这是一个很热的政治问题、社会问题。正因为如此,1976年在联邦政府直辖的北领地成立了土地权回复法,之后其他州也相继制定了同样的法律^[148]。

澳大利亚原住民的土地权原问题一直以来都是一个社会问题。1992年,澳大利亚联邦最高法院对“Mabo对Queensland州”一案^[149]做出了判决,这个判决承认了原住民的权原^[150]。判决中所承认的原住民权原是指“在为了狩猎、获取粮食或者进行宗教仪式而被交付的土地上,原住民拥有通行、占有的权利”,“另外……他们有权从他们的土地上排除他人,持续性地占有一定的土地”。但是“原住民权原的具

[147] 石井,1987,138,146~。

[148] 关于这一点,参照榎,1987,93~,吉川1995,197~,松山,1994,24~,Maddock 1986,30,铃木,1987,354,Burger 1992,362~。

[149] Mabo v. Queensland (1992) 175CLR 166 ALJR 408; 107 ALR 1. 请参照 Allen Allen & Hemsley 法律事務所 1994b,47~,Taylor 1995,78~。

[150] 原住民的权原 native title。

体内容根据案件的不同可能会有很大的差异”^[151]。受这个判决的影响,1993年澳大利亚原住民权原法成立了^[152]。

需要补充一句的是,在考察澳大利亚的这个问题时我们不应该忘记1971年在美国成立的《关于阿拉斯加原住民请求之决定的法律》^[153]。这一法律明确表示了阿拉斯加原住民^[154]先住权的消灭。即“(b)以使用和占有为基础的阿拉斯加原住民的先住权原和先住权原的请求权、对内陆及沿岸水面下的土地的权利、先住狩猎权、先住渔业权即使曾经存在过,都因本法而一起消灭”。通过这种方法,原则上先住权被消灭了,但是作为补偿……国家赋予先住民相当于阿拉斯加全境一成的土地,即四〇〇〇万英亩土地的所有权和九亿六二五〇万美元”,而“阿拉斯加境内九成的土地归联邦和州所有”^[155]。

[151] Allen Allen & Hemsley 法律事務所 1994a,22 卷 3 号 265 页。

[152] The Native Title Act. 关于这个法律的内容,请参照 Allen Allen & Hemsley 法律事務所 1994a。

[153] Alaska Native Claims Settlement Act of 1971. 有关这个问题,除了常本 1990,312 ~ 以外,还请参照小谷 1990b,595 ~,有关委员会的详细报告,请参照 FEDERAL FIELD COMMITTEE FOR DEVELOPMENT PLANNING IN ALASKA 1968。另外,请参照对这一问题进行了概括性叙述的 CASE - 1984 以及把这一法律翻译成日文的小谷 1990a,199 ~。

[154] 具体指爱斯基摩人、阿留申人和美洲印第安人。

[155] 常本,1990,312,313。

在阿拉斯加,由于阿拉斯加原油输出管道的铺设问题的存在,“如果土地问题得不到解决……那么主张先住权的诉讼将频繁发生,这一事业将受到挫折”,因此才有了以上的解决方法^[156]。在美国本土,围绕“印第安权原”^[157]发生的诉讼主要是“合众国过去以不正当方式从印第安部族取得土地时发生的金钱补偿”问题。合众国印第安请求委员会做出了总额 8 亿美元以上的补偿裁定^[158]。

[156] 常本,1990,312。

[157] Indian Title.

[158] 有关这个问题的研究,请参照上田,1979。此处的引用来自该书的序言 3。

第二章

土地所有权产生的社会构造

上一章我们考察了所有权不存在或者所有权处于萌芽状态的各种社会的情况。下面以这些考察为基础,让我们一起来研究一下所有权概念产生的构造。

一 定居农业社会与火耕农业社会

在定居农业社会,由于耕种及其他劳动的资本投入是针对特定的土地持续性、集中性地进行的,所以为了振兴农业,需要赋予资本投入者以土地上的权利。就这一点,Pozner 这样分析道:

“让我们试想一下所有的财产权都被废除的社会是一个什么样子。假设某个农民在地里种了玉米,他施肥并设置了稻草人,但是当玉米快成熟的时候玉米被邻居收割贩卖掉了。由于那个农民既不拥有种植了玉米的土地的所有权,又不拥有玉米的所有权,所以针对邻居的行为他不能享受到任何法律上的救济。如果这种事情屡屡发生的话,人们将放弃

对土地的耕种。在那个社会,人们将选择狩猎等相对来说投资较少的生计方式。这个例子告诉我们,赋予财产权以法律之保护的一个重要经济作用是,这样可以激励社会成员有效利用资源。……适当的激励是通过向社会成员分配对特定资源进行排他性使用的权利来进行的。如果所有的土地区划都分别被某个人所有,也就是说当其他人靠近该土地区划时,有人可以随时排除这种情况的话,那么这个人一定会通过耕种或者其他方法最大限度地开发土地的价值^{〔1〕}。

关于权利的绝对性^{〔2〕},Pozner 进行了如下分析。“到目前为止,我们假定了两种情况。一种是农民不能排除任何人的情况,另外一种则是农民可以排除任何人的情况。然而,这两种情况之间的中间状态也是存在的。譬如,农民有权排除个人收割他的农作物,但是在战争期间他没有权利排除政府。如果想让财产权更完全、更具有绝对性,就必须增大对适量资源进行资本投入的激励^{〔3〕}。因为,在农业社会里,从事农业生产必须首先投入耕作、除草、施肥和灌溉等劳动及资本。如果不承认土地所有权、不保护资本投入的话,投资人的资本投入的成果就得不到保证,那么谁也不愿意再从事农业生产。因此,在农

〔1〕 POZNER 1977, 27 -28.

〔2〕 本书把原文中的 exclusivity 译为“绝对性”。——著者注

〔3〕 POZNER, 1977, 29 -30.

业社会里承认土地所有权的第一个意义在于保护个别的农业生产者、保护他们的资本投入的成果；从宏观来看，第二个意义在于通过保护个别投资来谋求社会整体农业生产的最大化。

从本书目前为止的分析来看，Pozner 以上的分析应该说只适用于定居农耕社会的情况。

与此相对，因为在狩猎采集社会和游牧社会里不需要对土地投入资本，所以在那里没有存在土地所有权的必要。但是在火耕社会里，由于耕种的循环周期长，成为火耕对象的土地有时被使用，有时不被使用，所以对特定的耕地的资本投入量相对于普通农业社会来说比较少，但是并不是零。因此，火耕社会的土地权利的情况刚好位于普通农业社会和游牧社会、狩猎采集社会之间。具体说来即是，多数的社会或是不存在所有权的概念或是虽存在共同体所有权但是不存在私人所有权。正像后面所叙述的，保护火耕社会下的劳动和其他资本投入的方法，除了承认土地所有权以外，还可以采用保护劳动投入的成果，即承认收获物的所有权这种方法。而事实上在火耕社会，由于人们对土地的依赖性很低，所以大多数社会都选择了后者的方法〔4〕。另外，在火耕社

〔4〕 但是为了保证耕种期不受到妨碍，在耕种期内有必要承认某种形式的“权利”的存在。

会,即使个人的私人所有权被承认,但是正像在印度的 Dapani 村所看到的,火耕田的私人所有权仅仅停留在萌芽状态。当耕种方式转变为水耕这种定居耕种时,完整的私人所有权才得以出现。

另外需要补充一点的是,在土地的共同体所有向私人所有转变的过程中,存在着共同体所有(或者首领所有)与成员的私人所有相互交错以及成员的私人所有中掺杂着共同体制约的情况。情况并不是单一的。这些将在后面的“第3章 人会在权发生的社会构造”一章中进行讨论。

二 游牧社会与狩猎采集社会

下面让我们考察一下游牧社会与狩猎采集社会的所有权的情况。

在游牧社会里不需要对土地投入劳动和资本。但是,在游牧社会,由于要饲养家畜的下一代,所以需要对家畜投入劳动和资本。因此,如果不承认对家畜的所有权的话,则没有人愿意再饲养家畜。所以,游牧社会承认了家畜所有权。这首先保护了个别游牧业者,其次从宏观的角度上看也促进了社会游牧生产量的最大化。换句话说就是,在游牧社会里,权利这一概念的对象不是土地而是家畜。

在狩猎采集社会,人们的劳动投入方式既不是在土地上进行耕种,也不是饲养动物。因此在这种社会,既没有承认土地所有权的必要,也没有承认动物所有权的必要。但是,即使是在这种社会,如果不承认猎物所有权的话,将不会有人再从事狩猎等捕获采集业。总之,在狩猎采集社会,权利这一概念的对象既不是土地,也不是活着的动物,而是猎物和采集物。

在狩猎社会,如果猎物的数量稀少的话,就会产生对一定区域的狩猎进行垄断的“狩猎权”〔5〕。在欧洲曾经出现过这种例子,日本的渔业权也可以算是一个例子。猎物的数量、捕捉对象的数量如果少的话,为了确保成为猎物或者捕捉对象的鱼类、贝类和海草等的再生产,则不仅需要狩猎主体进行限定——在法律上把这些人认定为“权利人”,还需要对狩猎方法、捕鱼方法加以限制〔6〕。在游牧社会,如果牧草的数量少的话,同样也有可能产生入会性权利。但是,与人口数量相比,猎物和牧草的数量只要在一定量以上,那么

〔5〕 一般认为狩猎权存在着三种形态,即“狩猎的自由权、领主狩猎权和地主狩猎权这三种”。其中,“地主的狩猎权”被认为已经基本上被土地所有权吸收了。“领主狩猎权”是历史上产生的一种欧洲封建特权,比较特殊。有关它的内容请参照栗生,1943,143—176。

〔6〕 请参照后面的“第3章入会权发生的社会构造”。

就不会产生入会性权利。正像下面所叙述的,在土地上不会产生所有权的概念,土地上会出现无权利的状态。

三 所有权产生的基础

基于以上的考察,我们可以发现在各个社会产生所有权概念的基础都是追求生产量最大化这一社会需求。首先,在定居农业社会,对农耕生产的劳动投入对象——土地的所有权加以承认,对追求农业生产的最大化来讲是必要的。其次,在火耕农业社会,土地所有权概念正处于形成过程中,还是一种萌芽状态。与此相对,在游牧社会,为了追求游牧生产量的最大化,对劳动投入对象——游牧动物的所有权加以承认则变得很重要。而土地由于不是劳动投入的对象,所以在那里是否承认土地所有权就变得没有什么社会意义了。最后,在狩猎采集社会,成为劳动投入对象的是通过狩猎得到的猎物。因此承认猎物所有权对追求狩猎活动生产量的最大化来讲就是必要的。而是否承认土地所有权和成为猎物之前的动物所有权就没有什么社会意义了〔7〕。

〔7〕 需要补充的一点是,在阶级社会和国家出现以前,追求社会整体生产量最大化的这种需求还不是很强烈,这一点将在“结语”部分详细论述。

至在避免个人名誉过度集中方面也贯彻了平等主义”〔8〕。就土地而言,如前面所叙述的,土地在狩猎采集社会里作为财产不具有任何意义,它不是所有权的对象。

四 当土地为非生产资料时的情况 ——以尼泊尔的拉乌特人为例

以上从土地投资的保护和社会生产力的增强的观点进行了考察。当我们考察土地作为非生产资料时的所有权时,应该注意此时所有权所表现出来的仅是对对象物的使用权能,即私人独占这一点。虽然例子非常特殊,但是为了能简单地揭示问题的所在,下面笔者以尼泊尔的拉乌特人为例进行说明。

拉乌特人主要活动在西尼泊尔的中部山岳一带以及特莱平原一带。他们以狩猎采集和制作木制品为业,由一个人领导少数人组成群体,不断地在各地迁移。他们不会在一个地方长期间居住。一般会在某一地方建造小茅棚居住2~3周。在居住期间,他们会各自选择自己的居住地,选定后他们会用烟灰标明界线从而确定自己的居住地,他人不能擅自进入。

〔8〕 伊谷,1986,375。

他们以狩猎猴子为主,同时也用树木制造木碗、木箱等木制品,并拿这些木制品与该地的居民交换谷物,以此维生。以上的内容,特别是用烟灰标明居住地界线的这一点,是我在当地考察时特里布文大学的大学教授 R. P. Pandi 把尼泊尔语的文獻^[9]用英文解释给我听时获得的^[10]。

拉乌特人的这种临时使用土地的状态说明,那里的所有权的原型是确保个人在财产使用上的独占性、排他性。由于拉乌特人只是临时居住,所以在那里所有权那样的永久性权利是不存在的,但是用烟灰标明界线来确保土地使用的排他性、独占性的情况却是存在的。这种独占状态和排他性的确保并不是以保护资本投入为目的的。当然,在土地上建造小茅棚也是一种劳动投入。但是如果仅仅是为了保护这种劳动投入的话,只要承认对小茅棚的排他性权利就够了,没有必要排除他人在不破坏小茅棚的前提下进入自己居住区的情况。总之,当土地为非生产资料时,为了确保个人在财产使用上的独占性、排他性需要赋予土地一定的权利。当土地为生产资料时,除此以外还需要赋予土地另一种权利,这种权利可以保护投资人从而确保社会生产力的增强。

[9] PARNA PRAKASH, 1983, 73 - 78.

[10] 有关拉乌特人的一般情况,请参照 Bista, 1982, 202—, GAUTAM = THAPA-MAGAR 1994, 202 - 214。

五 非独占性的、非排他性的不完全所有权的存在

上述拉乌特人的生活方式事实上提出了这样一个问题。即不具有完全独占性的所有权是不是存在的？在尼泊尔是不是现在还存在这种所有权？在日本这种近代法律制度已经渗透到社会各个领域的国家里在历史上是不是曾经出现过这种所有权？尼泊尔的国土在南北上大致被分为三个部分，即形成印度斯坦平原一部分的南部德赖地区、由山地组成的尼泊尔中部山岳地区和形成喜马拉雅山脉的北部高山地区。这三个部分成平行带状分布。拉乌特人的活动区域是前面所叙述的尼泊尔中部山岳地区到德赖平原这一带。这一区域的农业比较发达^[11]。在这里虽然有些土地因为私人所有权不明确而被认定为国有，但是由于这一地区的人口密度大，所以很多土地都成了私有权的对象。这样就会产生一个问题。即拉乌特人采伐他人所有的树木制造木制品，这难道不是一种“所有权侵害”吗？但是奇怪的是这种现象在尼泊尔社会却是被允许

[11] 由于尼泊尔是农业国，所以与蒙古国不同，存在土地私人所有权制度。文献虽然有些陈旧，关于文中所提到的地区的情况请参照亚洲经济研究所，1961，27。另外关于尼泊尔的农业情况请参照海外技术合作事业团 1963。

的。当然,拉乌特人的森林采伐不具有“权利性”的这种解释也是可能的。但是假设它具有权利性的话,那么就得出森林所有权不得不忍受森林砍伐的侵害这一结论。也就是说那里的森林所有权是一种缺乏排他性、独占性的不完全所有权。

六 “木地屋文书”与所有权

事实上,这种不完全所有权在明治时期以前的日本也存在过。但是它随着明治时期山林所有权的确立而消灭了。

这一点通过“木地屋文书”可以表现出来。在日本,把以绞车作为工具,以制作碗、盘等圆栗状无漆木制品为生的工匠称为“木地屋”。根据百科词典^[12]的介绍,“近代以来虽然也有一部分木地屋定居城市,但是大部分的木地屋为了寻找优质木材而深入深山,过着与世隔绝的群居生活。当一处的优质木材被用完时,他们再迁移到另一个地方。木地屋这种流动手艺人组成了非常特殊的职业团体”。滋贺县的一个村庄被认为是木地屋的发源地。据当地的旋工讲,由于服务于宫廷的缘故,他们获得了可以长时间以木地屋的身份自由来往于各个国家的特权。所谓的《木地屋文书》是指记载赋予这

[12] 参照平凡社世界大百科词典 1956“木地屋”一项。

种职务或者特权的圣旨以及在各国通行时所使用的关口票据等。它们被各地的木地屋广泛收藏,但是事实上这些文书的内容大都大同小异,都是由“近江”这个地方发行的。流动手艺人的特权在其他场合下也曾经存在过。“木地屋的特点在于它成立于近代以后,并且到明治维新为止,它的组织都还保存完好。也许是翻越各个诸侯领地,在山中不断迁移,并以采伐深山树木为生的这些人们需要这样的组织吧。到了近代末期,由于当地村庄加强了对山林使用的压迫,明治初年随着山林所有权的确立,木地屋的这种生活方式就消灭了”。从这里可以看出,在明治时期以前,木地屋在深山里拥有砍伐权。而与其相对,山林所有人的权利则是不完全的。

在具有绝对性、排他性的现代所有权成立之前,在所有权人使用频度不高的森林上存在过这样一种所有权。即所有权人虽然基本上独占了森林的使用收益权能,但是该所有权不得不忍受侵害。这是一种不完全的模糊的所有权。而现代的所有权制度则克服了这些缺陷。我们生活在所有权已经确立的社会,很容易认为所有权是当然的,但是在法律制度的发展过程中,在所有权和非所有权之间应该也存在过它们之间的中间形态,即模糊的所有权。

七 与传统法律学上的“所有权”进行比较

一直以来,对所有权的法律分析,除了一部分的特殊情况以外,很难说它是法律学者们关心的课题。近来就这一课题出版了著作的森村副教授这样叙述道:“在今天的日本,很难有像我这样逞匹夫之勇、对财产权进行综合性理论分析的人”〔13〕。另外,经济学学者 Robert D. Cooter = Thomas S. Ulen 就这一问题则这样评价道:“传统法律学中欠缺对所有权的理论研究,这是众所周知的。至少和合同法和侵权行为法相比,不得不承认所有权法的理论是缺乏的”〔14〕。本书从经济学观点对所有权进行了考察,我们得出当土地为生产资料时,农业社会的土地所有权的产生原因为通过保护个别投资人,来促进对土地的资本投入,从而达到振兴整个社会〔15〕。

当然,上面的这个理论框架是以土地为生产资料为前提的,当土地为非生产资料时则需要新的理论框架。另外,需要强调的是,土地所有权概念不是一下产生的,土地所有权在历

〔13〕 森村,1995 a,序文 iv。

〔14〕 Cooter = Ulen,1990,99.

〔15〕 这个理论构造基本上适用于游牧社会的家畜所有权的产生和狩猎采集社会的猎物所有权的产生。

史上经过了非独占性、非排他性的阶段,最后才得以产生。这一点我们已经在前面叙述过了。

八 对土地的权利与对水的权利

把以上的分析总结一下,可以得出以下的结论:在美洲印第安这种土地过度富饶的社会里,不会产生土地私有权的概念。在狩猎采集社会和游牧社会这种对土地不投入劳动和资本的社会里,也不会产生土地私有权的概念。只有在农业社会这种需要对土地的劳动投入和资本投入加以保护的社会里,才有产生土地私有权概念的必要。在资本投入量处于中间状态的火耕等粗放农业社会里,所有权不是不存在,就是所有权不是私人所有而是共同所有,或者是所有权虽是私人所有但处于一种萌芽状态。另外,在狩猎采集社会和游牧社会里,在非生产资料的土地上,存在着像房屋地基权这样的旨在确保私人独占性的土地所有权概念。

以上的这种理论框架并不只限于土地私人所有权的产生。在从中东、近东以及北非的伊斯兰国家,除了部分的例外区域以外,在那里水是极为珍贵的。

决定土地的生产率或者人们的生存和产业的主要因素是土地和水。土地和水这两个因素中,缺乏程度高的那个因素

将决定土地人口支持力的底线,并且决定土地人口支持力底线的那个要素的权利性意识将会更加明显。在处于温季风地带的日本和大多数农耕社会里,水和土地当中,决定土地人口支持力底线的是土地。土地具有绝对的重要性,土地所有权问题被重视,而水利权在社会中仅仅处于第二位。但是,在阿拉伯等降雨量少的干燥地带,由于水决定人口支持力的底线,所以水的权利概念则比较发达,而土地所有权概念却没有产生。气候的差异决定了权利概念是指向土地,还是指向水。

下面是松原正毅教授和三木亘教授就伊斯兰国家的水权利所展开的一段讨论。由于是在座谈会上的发言,所以多少欠缺一些严密性,但是其中包含了很多有意思的言论。所以引用在此^[16]。

三木 Donald Powell Cole 所描写的穆拉赫人的情况是这样的……,即饮水站虽然一般属于某个部族,但实际上其他部族的人也可以使用。但是如果遭遇大旱的话,则饮水站专属于某个部族。这是一件非常有意思的事情。

松原 确实在那里存在着饮水站属于一个部族、一个社会集团的情况,也存在着属于某个人的情况,还存在着没有私人所有权,谁都可以使用的情况。

三木 这种权利是不是可以理解为是一种入会式的水权

[16] 梅村 = 小河 = 高井 = 谷 = 永田 = 松原 = 三木, 1984, 274 ~。

利呢。

松原 对,我想这是一种解释方法。在那里谁都可以使用,这说明了泉水量是相当丰富的。但是个人拥有所有权时,井口非常小、水量也很少的情况则是非常多的。由于井可以挖,井是属于一个部族还是属于某个人是相当清楚的,所以容易主张权利。与此相对,泉水和涌出来的水的权利在土耳其则大多为入会式的权利。

首先,从以上的讨论中可以看出,泉水量多的地方不产生所有权,泉水量稀少时才会产生所有权。前面所叙述的土地资源稀少性的问题同样也适用于水。并且从“井可以挖”这一叙述中也可以清楚地看出,需要先行投入劳动和资本的地方容易产生所有权。对这一问题,松原教授在他的论文中做了更加明确的论述。“大多数饮水站是共用的。特定部族和氏族的限制被排除,很多人都能使用。饮水站的水是泉水或者涌出来的水时,一般它不会属于某个特定的集体或者个人,所有的人都可以使用,只是有必要对使用时间进行调整罢了。饮水站的水是井水时,情况稍有不同。特别是饮水站的水是从历史来源清楚的自挖井流出的话,它属于特定的集体或者个人的情况则是比较普遍的。尽管如此,只要自挖井的水源来自于地下,则该饮水站原则上就会被共用,只是承认挖井人在使用上有优先权。只要不侵犯优先权,所有的人都可以使

用。如果自挖井是由雨水积成的,则该饮水站大多为私人所有。这可能是因为在这种情况下劳动投入的对象比较明确,所以所有权的意识比较容易形成的缘故吧。即使是这样的井,只要得到挖井人的许可的话,他人也可以使用。实际上也存在着得到挖井人许可后给自己家畜饮水的事例^{〔17〕}。综上所述,不论是从资源稀少性的角度来看,还是从保护劳动等先行资本投入的角度来看,本书所分析的土地所有权的产生构造也完全适用于伊斯兰国家的水权利。

当我们考察日本的水权利的情况时会发现,就水利权来讲,保护劳动和资本的先行投入的观点并没有被明确地反映出来^{〔18〕},但是资源稀少性这一点却非常明确地在水利权上反映出来。社会对水的需求大于水的存储量的时候,就会产生水利权,对水利权的争夺最为严重的是在干旱期^{〔19〕}。对这种稀缺资源进行分配反映在水利权上就变成了水利权的私权性。海水、冷却水等被当做工业用水的情况也是存在的。但是,从社会整体对海水的需求来看,海水是丰饶的,所以没有

〔17〕 松原,1990,34。

〔18〕 但是,灌溉设备的完善、发电设备的投入、水道设施的完善等这些不能说和资本投入完全没有关系。从长远来看,水利权的保护中也包含了对这些投资的保护。

〔19〕 参照河川法 53 条。

必要在海水上承认水利权,因此水利权仅仅发生在河水上。从以上可以看出很显然资源稀少性是水利权的基础〔20〕。

另外,围绕水的权利体系存在着各种各样的理论,其中有一篇文章这样论述道:“一般来讲,水即使是被认为是公水、即在它的上面不存在私权,比如河水,但只要在上面修建了水库,人为地增加了水的流量并使用它时,水库建设者就会根据其投资额认为‘增加的水量、即所谓的计划水是自己的’。这样在计划水上就会产生私权的概念”〔21〕。

从以上的叙述可以看出这位作者也认为保护资本投入是私权发生的基础。就像前面所论述的,具有私权性质的水利权虽然不能完全从保护资本投入这个角度来解释,但是我认为日本的水利权与土地所有权在一些方面有着相似的产生构造。

九 从语言分析的角度来看“所有”的概念

——以印度蒙达人的社会为例

在印度的蒙达人社会,表示“所有”的是“kisen”一词。对

〔20〕 请参照从水利权的观点来讨论海洋问题的农林省开拓局编 = Kinney 著(出版年月日不详),11 ~。

〔21〕 金泽,1968,10。

这一用语进行语言分析的文化人类学者的论述也印证了本书以上的分析。下面我将一边介绍山田隆治教授的研究,一边解释这一点^[22]。

首先在蒙达人的部分村落里,收获后的稻田、田地被称为 dacha,如果不在收获后的田地“中央或者田埂上树起前端系着干草的若干捆小树枝”,那么“随着收获的完成,稻田、田地在某种意义上被认为将回归自然”,任何人都可以使用该田地。用法律学者的眼光来看这种方法就是一种公示。从这里可以看出在那里农地上并不存在私人所有权,但是就 kisen 一词多被用于表达“所有”这一点,该教授陈述如下。Tarub Mundas^[23]对 kisen 一词的用法……表明了一个明确的规则。从那里我们可以得知他们对所有权原理的看法。首先可以指出的一点是,关于 kisen 的对象,他们认为“原来就存在的物品上不存在 kisen”。这点在山林上被明确地表现出来。……山林被称为 birre kisen banoa,它不是 kisen 的对象。通过 birre kisen banoa 这一词村民想要表达的是“谁都可以自由使用处分的森林物产”这一意思。具体来讲即是,谁都可以自由地狩猎、捕捉、采集山林里的包含鱼在内的动植物。而且采集的对象不论是可

[22] 山田,1969,引用按顺序为 447,448,445,445~,447。

[23] Tarub Mundas,山田先生所调查的蒙达人的一个村落。

用于杯子或者盘子的树叶也好,还是可作为重要粮食来源的根茎类植物也好,它们都不具有任何经济意义。……因此,我们可以从“没有 kisen”这一表达方式中反推出 kisen 的概念。即 kisen 的内容为“他人不能自由使用”,即 kisen 是一种排他性的使用权或者是一种包含专用权的权利。

其次应该注意的是“在森林上不存在 kisen”的理由。Tarub Mundas 举出的理由是 *sidaate mena mente*,即因为森林原来就已经存在了。如果用另外的表达方式来陈述这一内容的话,即是“森林是大自然提供的”,反过来讲即是“森林没有被人类加工”。……在 Sosodi 村落的北侧,有一个很大的池子。这个池子是现在的村祭司 *Pagua pahan* 建造的。由于他付出了劳动,所以该池子在他的 kisen 之下,池水的使用就不用说了,就连在那里放养鱼,只要不得到他的承认其他村民就不能使用。在他的许可下,村民现在可以把池子的水用于沐浴、洗涤和家畜的清洗。而只有在他要求时大家才可以一起捕捉池里的鱼。在池子的北侧,是处于他的 kisen 之下的梯田。池水只流向他的梯田。“综上所述,我们可以总结出这样一个结论,即在这里自然的和人为加工的差别很大,kisen 一词的适用标准或者说基础是人为加工”。

生产资料的所有权概念的功能在于保护劳动投入的这一点,通过以上介绍的蒙达人的“kisen”这一概念,在语言上得到

了反映。通过以上的语言分析导出的仅仅是保护劳动投入这一点。但是确立所有权概念的社会需求,不仅来自于对劳动投资者个人的保护,还来自于对社会整体生产最大化的追求。

正像前面所叙述的,土地为非生产资料时应当另当别论,土地为生产资料时土地所有权的经济作用在于通过保护资本投入来振兴产业。但是,刚才介绍的 Posner 认为如果资源不富饶的话最好所有的资源都应该被某个人所有^[24]。正像下面将论述的,所有的土地都被某个人所有并不是一件好事。在考虑土地所有权的问题时,除了要考虑上面叙述的一些要素外,还要考虑土地的生产率,即地力这一问题^[25]。由于土地的生产率和所有权产生构造的探讨直接与入会权构造的阐明相连,所以在下一章让我们一起来讨论一下入会权的问题。

[24] POSNER, 1977, 29.

[25] 用 POSNER 的观点来讲就是需要考虑土地是不是可以作为资源这一问题。

第三章

入会权产生的社会构造

——处于所有和非所有之间的入会权

一 令人费解的权利——“入会权”

说起“入会权”，现在的年轻人可能不明白它是什么。特别是对于生长在都市里的人来说，有很多人都应该没有听过这个词。

一定地区的居民们〔1〕共同使用山林原野，比如采集杂草、饲草、柴火等习惯法上的权利一般被称为入会权。民法就这种权利仅设置了2条规定。但其内容为“遵循各地的习俗”，并不具有具体的实质性内容。这是因为在制定民法时，没有充分的时间去调查各地的入会制度的习俗所造成的。

仅仅依靠以上的解释，我想读者一定还不明白入会权到底是什么。但是并不用担心这一点。不要说法学系的学生了，就连大多数法律工作者们其实也说不清楚“入会权是什么”。别看我这么说，事实上以前的我和他们是一样的。直

〔1〕 其整体一般被称为“入会集体”。

到阅读印第安切罗基国的宪法为止,我都不明白入会权是什么。而且自己在没有察觉的情况下一直在教授“入会权”的课程。因为入会权在现代的重要度非常低,我想应该有很多法律工作者跟以前的我一样,只是简单地把他人的见解原模原样地讲一遍,而事实上自己并没有搞懂入会权是什么。但是如果你搞明白的话,你会发现所谓的入会权是处于所有和非所有之间的一种非常有意思的权利。

二 探访尼泊尔

为了写这本书,我最先调查的地方是前面提到的蒙古国。在蒙古国,正像当初我预料的,不论是草原地带还是沙漠地带都不存在土地所有权。带着这一满意的调查结果我回国了。

第二个调查对象我选择了尼泊尔。从世界上看尼泊尔是一个非常贫穷的国家,并且是一个农业国。但是它同时也是一个受西方法律影响很小的国家。在开始调查以前,由于我对尼泊尔的法律一无所知,所以我猜测,因为尼泊尔是一个农业国家,所以即使它没有受到西方法律的影响,也应该拥有所有权法律制度^{〔2〕}。另外,尼泊尔有喜马拉雅山。喜马拉雅高山地带应该不具有

〔2〕 请参照后面将要叙述的 Kipat。

什么使用价值。如果是这样的话,从整个国家来讲,我猜想尼泊尔应该是拥有所有权制度的,但是所有权应该不适用于喜马拉雅山的土地,因为它没有任何使用价值。带着这一猜想我来到了尼泊尔。因为在农业土地上产生所有权是理所当然的事,所以问题的关键在于农业边界线以外的那些土地的所有权的情况。在尼泊尔,4000米左右的高度为耕种边界线。所以我着重调查了4000米处土地的所有权的情况。

1997年的安地斯调查也是在这一高度上进行的。对安地斯和喜马拉雅进行调查需要在空气稀薄的高山上行走,呼吸是非常困难的。我在喜马拉雅雇佣了搬运工帮助我搬运行李,而自己则发挥了学生时代的马术经验,骑马访问了4000米高度的各个村庄。

但是我遇到了预想不到的事情。这一高度以下的土地,正如我所预料的,耕地被石头围起来,在那里存在着私人所有权。这一高度以上的土地是无人使用的无人区。这一区域的土地从前是无主物,现在由于尼泊尔政府对法律制度进行了完备,所以为国有的地。这些都是我所预料的,但是在这两者之前存在着一种共同放牧地,在那里村落成员以外的人不能使用,但村落成员可以自由使用。通过阅读文献,我发现这种共同放牧地不仅仅在尼泊尔存在,在不丹及其他喜马拉雅山岳地带都存在。总而言之即是,在低处存在着确立了所有权的耕地,在高处

存在着喜马拉雅山无人地带,在两者之间存在着共同放牧地。

与共同放牧地的不期而遇使原来仅仅想探求所有权概念产生的我同时把目光转向了人会议的问题。下面叙述一下我在尼泊尔调查时所考虑的一些问题。

三 在尼泊尔的喜马拉雅

——土地的个人使用与共同使用

刚才叙述过了,尼泊尔的喜马拉雅高地的耕种界线是4000米。在这个高度上,“耕地被各个家庭或者寺院所有,而且是被家庭中的某个人所有”,但是“森林和放牧地为国有,使用权不属于个人。如果村里的某个人把放牧地从A地移向B地,其他的人就可以自由地使用A地。薪炭与木材也不用绳索圈定。并且这种不圈定的现象并非出现在个人之间,而是出现在Tsumje〔3〕和其他村落之间。刚才叙述的那个村庄的领域内就是如此”,从以上川喜田二郎博士的调查中我们可以知道,除了土地被国有的部分以外,在那里的耕地上存在着私人所有权,但是森林放牧地却是共同使用的〔4〕。

〔3〕 Tsumje 为川喜田二郎博士实施调查的村落的名称

〔4〕 川喜田,1956,212~,特别287。

小林茂教授近来的论文就尼泊尔的喜马拉雅所有权体系进行了详细的论述。“第一,耕地^[5]被细分成小的区划,分别属于各个耕种人。各个耕种人的数个区划并不相连,分散在耕地的各处。第二,收获后的耕地和休耕时的耕地为共同放牧地,相关的人都可以使用。但是,在耕地的使用上存在着一定的规则。种植季节不同的农作物被分别栽培在不同的耕种区。第三,在那里存在着共有的放牧地和森林,耕种人可以在那里放牧、砍伐木材。第四,对以上这些活动加以限制的话必须通过耕种人集会的决定”^[6]。在尼泊尔,放牧地被限制在“山脉主棱南侧的高度在3000米以上的斜地上”^[7]。耕地和放牧地的选定方法为,“没有被开发成耕地的陡斜面 and 高度带通常被作为放牧地使用,其他则作为耕地使用”^[8]。“饲养家畜时需要大量的饲料。而耕地所产生的饲料是很少的,所以必须依靠周围的森林和草地资源……。他们不仅在季风气候里放牧,在冬季尤其需要采集大量的常绿阔叶作为饲料”^[9]。“因此,在家畜的放牧时期和地点上

[5] 包含草地。

[6] 小林,1993,549~。

[7] Hagen,1989,183.

[8] 小林,1993,552。

[9] 小林,1993,560。

存在着来自共同体的土地使用限制”^{〔10〕}。

四 共同体对共同使用地进行限制的必要性

如果不存在这种来自共同体的限制的话,会产生什么样的情况呢?下面要介绍的论文里并没有专门提及共同体的限制,但是它谈到了尼泊尔过度放牧的情况。“对这个林子的调查结果如下。几年前树木被作为燃料遭到砍伐,这些年树木被用于放牧和饲料又遭到了砍伐,现在除了枯萎的树木以外,已经找不到可以砍伐的树枝了。由于长年的放牧和砍伐,这里已经变成了过度放牧林,剩下的只是一些有害的树木。由于过度的放牧有毒的草^{〔11〕}被剩下并大量繁殖的例子是很多的,没想到在森林上也会出现这种极端的现象”^{〔12〕}。

五 在尼泊尔的两种共同体使用形态

从刚才所引用的小林论文中我们可以得知共同使用地

〔10〕 小林,1993,555。

〔11〕 家畜不吃的草。

〔12〕 並河,1977,36~,特别40~。

存在两种形态：一种是从属于个别耕种人的耕地在收获后和休耕期间被作为共同牧场共同使用的形态；另一种是森林土地或者牧草地从一开始就是共有的形态。这两种形态如果联系日本的入会权制度来讲的话，即前者相当于成立于他人所有权之上的具有限制物权性质的入会权^[13]，后者相当于不以他人的所有权为前提的具有日本民法 263 条共有性质的入会权。

就前者来讲，当所有权人从事农耕时，入会性的共同使用是不可能的。所有权和入会性的共同使用交替出现的这种使用形态好像不仅发生在尼泊尔的喜马拉雅高山地带，也发生在尼泊尔中部山岳 2000 米左右的地带^[14]。

六 土地的高度差与土地的使用

下面这篇考察高地夏尔巴人的论文这样描述了夏尔巴人的生活圈。“他们的耕地集中在生活圈下半部，即标高 4300 米以下的地方，这个高度以上的地方仅作为放牧地被使

[13] 日本民法 294 条规定的具有限制物权性质的入会权，它除了适用各个地方的习惯以外，还适用地役权的规定。

[14] 参照小林，1980，96 ~。

用”^[15]。我所调查访问的高度在 4000 米左右的夏尔巴人的村落,与此相同,也是在低处地区耕种、在高处地区放牧。即在低处地区,每个耕地都被石头围起来,上面存在着明确的所有权;在高处地区,则是村里成员可以共同使用的放牧地。

共有地的使用仅限于村落成员的这一规定是非常严格的。从尼泊尔 Solu 地区的夏尔巴人移动放牧调查中可以得知在那里存在着这样的例子。即与村落女性成员结婚的来自村外的丈夫在使用村落放牧地时需要支付租金^[16]。

虽然在考察尼泊尔的土地共同使用的问题时,考察尼泊尔以前存在的 Kipat 这种共有形态也是非常重要的^[17],但是本书并不打算涉及这一问题。下面我把其他国家的情况也放入视野内一并进行考察。不仅是在尼泊尔,在西藏,人们也是在山谷间耕作,在高度高的地方进行放牧^[18]。放牧地也是种族的共有财产^[19]。我想这种情况不仅在尼泊尔,在不丹及其他喜马拉雅山岳地区也都是应该存在的^[20]。

[15] 鹿野,1979,81~,特别是 82 页。

[16] 稻村=古川,1995,182 参照。

[17] 关于这一问题的分析请参照,REGMI 1978,29-31,REGMI 1976,19-20。同时,关于 Kipat 的日文文献请参照饭岛,1976,10~。

[18] Dupuis, 1976,85.

[19] Stein,1993,134.

[20] 关于不丹的由于高度差所产生的职业差异,请参照栗田,1986,457~。

在低处耕种、在高处共同放牧、到了更高的地方则变成了无人地带的这种三级构造,我认为不仅在喜马拉雅地区存在,在其他地区也应该是存在的。在安地斯,虽然有些地方好像不存在共同使用的形态,但是正像 Murra 博士用“垂直统治^[21]”^[22]一词所表示的,高度的差别产生了很大的差异^[23]。但是,为什么在喜马拉雅、安地斯以外的地区高度的差别不产生土地使用的差异呢?事实上,这种三级构造是与土地生产率的高低相对应的。在喜马拉雅、安地斯等山脉地带,由于气象条件的原因,高处土地的生产率很低,所以才产生了上面情况。下面让我们从一般意义上考察一下这个问题。

七 从土地的生产率来看所有权、人会权、无主物的 三级构造

从世界的角度来看土地的使用形态的话,按照土地生产率的高低来排列,我想大致可分为以下3种情况。即①私人

[21] vertical control.

[22] 介绍这一内容的日本文献有大贯,1978,713~, Pease = 增田1988,141~, 山本(纪),1992,162~等。

[23] 参照大贯,1980,44~, 木村,1985,43~, 山本(纪),1992,146~, 稻村,1995,39~, 109~等。

所有地,②入会性的共同使用地,③无权利意识的、使用频率低的共同使用地或者荒地。按照前面所论述的生产资料所有权的理论,即为了保护资本投入及其成果,“权利”概念才产生来解释的话,可以得出以下的结论:生产率高的土地,在历史上都被用来农耕,所以只要不实行社会主义体制,在那些被投入了耕种、施肥和灌溉等劳动和资本的土地上,都会产生私有制,在法律上都会产生“私人所有权”。

与此相对,在那些土地生产率并不很高,对土地的投资没有什么经济意义,但是过度的开发会妨碍土地再生产从而造成贫困化的土地上,比如森林和放牧地的土地上,则需要由入会集体及其他团体做出限于内部团体成员使用、排除团体成员以外人员使用的限制^[24]。在这里存在的是共同体独占,而不是私人独占。其内容为:第一,为了防止过度使用造成土地贫困化,需要排除共同体成员以外的使用;第二,为了防止过度使用,需要对成员的使用加以共同体的限制。

* 生物学者 Garrett Hardin 的著名论文《公地悲剧》^[25]是一篇短小但内容丰富的论文。在那篇文章中他指出入会地

[24] 在法律上为基于入会权的排除妨害权。

[25] Tragedy of the commons——指有限的资源由于多数人的自由使用而被过度开发的情况。——译者注

等的过度使用会引起经济萧条^[26]。但是,在传统的入会权中,为了防止过度使用,一般都会设置一些共同体的限制。只有在他所谓的“公地自由”的情况下,才会发生“悲剧”。

如果土地的生产力比实施共同体土地使用限制时所发生的费用还要低的话,这种土地将成为荒地和沙漠,在上面不会产生所有权或者其他权利。上述游牧社会和狩猎采集社会的土地就是这种状态。由于土地生产率低,所以游牧圈和狩猎区域才非常广大。需要注意的是,虽然土地生产率很低,但是只要行动区域很大的话,根据情况的不同,也可能会产生“富足的未开化社会”^[27]。

如果按照前面我所提示的3级构造来解释的话,即①是私人所有权的对象,②是入会权的对象^[28],③将变成无主物。

* 本书以上对入会权构造的理解,可能会遭到日本国内

[26] Hardin, 1968. 对 Hardin 的理论进行批判的文章有浅子 = 国则, 1994, 71 ~。

[27] 关于“富足的未开化社会”田中二郎教授这样描述道:一般认为狩猎采集民过着不太富余的生活。但是,通过对李和田中对布须曼人的饮食生活和生计的详细调查,发现布须曼人每天平均劳动时间为 2.4 小时到 4.6 小时,每人每天获得 2000 到 2140 千卡的热量,其中 70% 到 85% 的热量来自于植物性食物。他们集中使用几种野生动植物,他们的食物选择性很大。这一结果迫使我们不得不修改以前对狩猎采集民的想法。这也是 Sahlins 的“富足的未开化社会”这一概念的产生原因”(田中(二), 1984, 193)。

[28] 这里的入会权即包括以所有权为基础的具有限制物权性质的入会权,也包括不以他人所有为前提的具有共有性质的入会权。

从社会学角度对入会权进行研究的人的反驳。在日本,为了阻止国家权力对入会权的压迫和恢复入会集体的权利,强调入会权的私权性和权利性的做法是研究者们的主流意见。本书这种把入会权理解为所有权和无主物之中间状态的观点在政治上可能会成为主流意见的阻碍因素。在这里我想强调的是,本书并没有有意识地考虑结论所应具有的政治性或者运动性。本书的结论是在客观分析了权利产生构造之后得出的,没有其他的含义。

无主物在近代国家一般多被当作国有财产。在日本的明治初期,山林原野的官民区分活动使多数无主物变成了国有财产。当时存在着一些权利关系比较暧昧的入会林野。它们中的大部分有的成了纯粹的私有地,有的则被编入国有地。在表面上入会权被消灭了,这一点在前面已经提过了^[29]。但是,编入国有地的结果是国家和拥有人会习惯的本地人之间产生了矛盾^[30]。按本书的观点叙述的话即是,处于所有和非所有之间状态的权利的一部分,没有按中间状态被处理,而是按两极即所有或者非所有被处理了。

这样考虑的话,日本的入会权是产生在土地使用可能性

[29] 戒能(通孝),1977a,23~。

[30] 在这里无法一一列举事件的内容,如果了解在制度上调整它们之间的关系时应该采取哪些措施的话,请参考潮见,1968,535~。

低于私有土地的土地上的,一种模糊的排他性权利。川岛博士讲道:“入会权的收益行为中最重要的是对杂草、树枝和杂木的共同收益^[31]。这虽然是事实,但是入会权的收益功能并非仅仅局限于此”^[32]。入会地的传统使用方式为对杂草、树枝和杂木的共同收益这一事实正好说明了,作为入会地的是那些村庄附近的土地生产率低的土地^[33]。

而更能表现这一事实的是以下的一段描述。“入会林野地由于没有资本和劳动的投入,所以它处于很低的生产力水平。从现存入会林野地的各个种类所占面积来看,林业地为75.9%,人工林采伐地为3.0%,采草地为14.7%,放牧地为3.8%,其他为2.6%,其中林业地的比重最高。林业地的总面积为167多万公顷,其中针叶林为32.5%,阔叶林为67.0%,竹林为0.5%,阔叶林的比率最高。另外,从人工林和天然林的比率来看,天然林为78.8%,具有绝对的比率。入会林野地不仅在植树造林方面是落后的,在放牧方面也是

[31] 即所谓的入会赚。

[32] 川岛,1968,519。

[33] 中尾教授这样细论述了该收益行为的内容:“收益行为的内容一般由各个地方的习俗决定,一般来讲其中包括饲料草的采集、落枝和柴薪的采集、放牧、天然树木的栽培、人工造林、菌类蕨类植物的采集、农作物的种植以及采石等”,“战后,对饲料和柴薪的需求急剧减少,而人工造林等木材使用增多”〔中尾,1968,572〕。

落后的。由于入会放牧地大多位于地理条件恶劣的地方,所以很难开展近代式的畜产业”^[34]。

总之,所谓“入会地”是指那些土地生产率不高,还不够入会集体成员各自主张私人独占使用,但是从整体上看该土地还具有一定的使用价值,所以为了确保土地再生产的循环,避免过度使用造成土地贫瘠,有必要把它放到入会集体的管理之下,排除其他村落共同体及其成员使用的来确保其排他性的土地。而所谓的“入会权”则是指对这种入会地的使用。

八 两种入会权——尼泊尔的情况和日本的情况

日本民法对入会权是这样规定的。即入会权的内容由各个地方的习惯来决定。入会权有两种,一种是具有限制物权性质的适用地役权规定的入会权^[35],另一种是入会权人拥有所有权的,具有共有性质的入会权^{[36][37]}。

所谓地役权是指为了在他人的土地上通行、引水等而设

[34] 渡边 = 中尾,1975,47。

[35] 民法 294 条。

[36] 民法 263 条。

[37] 有关民法起草过程中的入会权的情况,请参照熊谷,1988,157 ~ 等。

立的权利。因此,民法 294 条所规定的入会权是入会权人使用他人土地时设立的权利。所谓的共有是指多数人共同拥有一物。入会权是一定地区的居民的权利。由于当初已经预料到了存在多数权利人,所以民法 263 条入会权规定了多数人共同拥有山林原野并可以共同从中获得收益。

从刚才引用的小林论文中我们可以得知,在尼泊尔的喜马拉雅高山地带和尼泊尔中部山岳地带也同样存在着两种入会权。并且,在土地生产率相对较高的地方,存在着在形式上和日本民法 294 条类似的具有限制物权性质的入会权,而在土地生产率相对较低的地方,存在着在形式上和日本民法 263 条类似的具有共有性质的入会权。

当我们对比这两种入会权时发现,在土地生产率相对较高的地区上产生具有限制物权性质的入会权的原因可能是由于这种入会地被循环使用于耕种和放牧,而具有共有性质的入会地则主要被使用于放牧。具体说来即是,在前者的情况下,由于一块土地在一定季节里被排他性地、独占性地使用,而在其他季节被相关的人共同使用,所以为了确保耕种人在耕种期对土地的私人独占状态,有必要承认耕种人对土地的所有权,因此入会权不得成为限制物权。然而,共有性入会权则成立于没有人想要独占使用该土地的,土地生产率低的地方。

以上我们从土地生产率的角度考察了尼泊尔的两种入会权,那么日本的实际状态又是怎样的呢?如前所述,日本民法规定了两种入会权,一种是适用共有规定的入会权,另一种是适用地役权规定的入会权。这两种入会权的区别是入会集体对入会地是否拥有所有权。这一点和尼泊尔是一样的。但是,在日本,关于入会集体对入会地不拥有土地所有权的研究是以神社、寺院或者其他所有地为中心进行的^[38]。以这种土地上的入会权为前提很难得出地力即土地生产率的不同,因而会产生民法 263 条入会权和 294 条入会权这两种情况的结论。日本的具有限制物权性质的入会权难道仅仅局限于神社、寺院这种情况吗?在日本会不会也存在和尼泊尔一样的事例呢?比如土地所有权人一边自己使用土地,一边允许民法 294 条具有限制物权性质的入会权存在的事例。所有权人从事林业入会权人从事放牧的例子好像是存在的^[39]。比如所有权人只能部分性或者季节性行使所有权的这种具有限制物权性质的入会权的事例。我认为有必要从这一角度重新考察一下日本入会权的实际情况。

[38] 参照川岛,1968,528~等。

[39] 参照川岛=潮见=渡边,1961,255~。

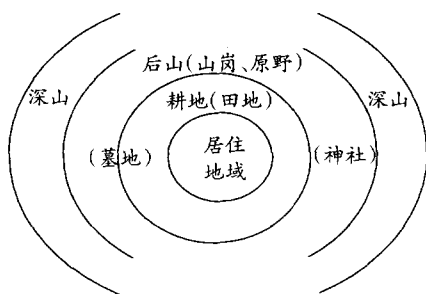


图 A 村空间的模式图

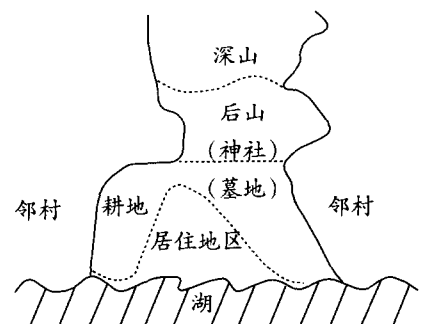


图 B 村空间的实例(滋贺县志贺镇 K 村落)

(付记)图 A 只是模式图,现实不可能像模式图一样整齐。村空间受自然地形、与邻村的关系、村子的开荒历史等的影响而发生相当大的变化。图 B 是一个面向琵琶湖的村子的例子。受湖这个自然地形的影响以及与邻村比邻的影响而变成了这个样子。神社的前面是耕地,从神社的后方可

始是山。另外,过去被用于收集柴薪和耕地肥料的里山的使用价值近年来降低了。与此相对,深山里建起了滑雪场,滑雪场的租金成了村里的收入。这个村子刚好是一个靠近湖的村子,在那些远离湖的村子里在居住地和湖的中间有大量的耕地。

从鸟越皓之“村与共同体”合田涛编《现代社会人类学(平成元年)》第44页、45页中转载。图B的说明,正好证实了本书将在后面论述的伴随经济高度化的山林入会权的消灭和农村土地的娱乐化。

九 再次前往切罗基人的世界

在这里我想重新引用本书在第一章引用过的切罗基印第安宪法。以自身的近代化和统治机构的完善为目标的切罗基人宪法这样规定到,切罗基人的土地是共有财产,“但是增加于该土地上的,属于切罗基市民所有的改良物^[40]的所有权属于实施该行为的市民或者应该合法拥有该物的市民。这种所有是具有独占性的,不可剥夺的。但是,对本条所规定的对改良物拥有独占性、不可剥夺性权利的切罗基市民,

[40] 改良物 improvements。

不管以什么样的方式都不具有转让该物给合众国、各个州或者这些地区的市民的权利或者权限。任何市民只要越过切罗基的边界在切罗基以外的地方拥有财产并移住该地,或者是成为其他政府的市民,那么他将丧失作为切罗基市民的一切权利及特权”〔41〕。

在这里我们需要注意的是以上的这个规定和民法学的总有论很相似。

想必有很多读者都不太熟悉总有论这个法律用语,在这里有必要先对这个词进行说明。在民法学上,一般认为多数人共同支配同一物的情况有三种形态。即共有、合有和总有。这三者的区别是多数的共有人是否持有份额,如果持有份额的话,该份额的内容是什么。

以下以不动产的共同所有为例进行说明。假设有5个人每人拿出500万日元共同购买了一块建别墅的土地。这种情况被称为“共有”。此时,这5个人每人都持有五分之一的份额,并且每人都可以把自己的份额自由地转让给他人〔42〕。另外,每个人都可以随时终止共有的状态,变为单独所有〔43〕。共有是一种主体间的团体结合性比较弱的个人权利。

〔41〕 上田,1974,6。

〔42〕 份额处分的自由。

〔43〕 分割请求的自由。

假设5个人为了某一共同事业签订了合伙合同,因该事业的需要而购买了停车场。这种情况被称为“合有”。此时,这5个人虽然对停车场拥有份额权,但是这种份额权仅仅是潜在的,只有在合伙解散,分割剩余财产时它才显现出来。这是因为如果从一开始就承认份额处分的自由和分割请求的自由的话,则该事业将无法进行下去。

假设村落共同体对一定的土地拥有入会权。这种情况被称为“总有”。此时,村落共同体的成员不拥有任何份额,只是拥有该入会地的收益权限。即各个共有人的权利仅仅为单纯的收益权。各个村民通过获得村民的资格而取得收益权限,丧失资格的话则将失去收益权限。当然这种收益权限是不能转让给他人的。

从份额这个角度来看,在共有中存在着明确的份额,在合有中存在着潜在的份额,而在总有中则不存在份额。

在了解了总有为共同所有中的一种的基础上,让我们把份额这个词换成权利这个概念,再来看一下切罗基印第安宪法的规定。这时我们发现切罗基宪法的规定和总有论是平行的。在切罗基,改良者虽然拥有改良物的权利,但是不能把它转让给切罗基地区以外的人们。另外,切罗基人一旦从切罗基迁移出去的话,则对作为切罗基的共有财产的土地他将不能主张任何权利。

十 总有论之小公法人的性格

以上的这一结论的法学意义或者社会意义是什么呢。回答这个问题,只需要我们考虑一下拥有与切罗基宪法相反规定的社会的情况,就会明白了。假设切罗基的市民对共有土地拥有份额权,并且可以把份额权转让给切罗基市民以外的人,则切罗基将因为切罗基以外的人的进入而丧失其作为部族共同体的一体性。与此相同,如果承认份额的权利性的话,则不得不承认土地上的改良物的转让。另外,如果允许切罗基市民在迁出该国后仍能主张他在切罗基的权利的话,则切罗基将丧失其作为国家的自我封闭完成性。从这里我们可以看出,在被白人社会包围的情况下,切罗基为了能成为和美利坚合众国相抗衡的一个小世界,为了维持其国家的实质或者部族共同体的实质,不得不采用这种类似于总有的规定。

通过以上的考察可以看出总有论虽然在民法解释学上被作为共同所有的一种类型来讨论,但是从实质上来看,它实际上是一种为了确保主体封闭一体性的小法人论。正如切罗基这一典型事例所表现出来的,它是一种为了保证村落

共同体的小公法人性而由所有人制定的一种法律措施^[44]。我们有必要从这个观点上对其他地区的一些例子进行考察。

十一 具有现代气息的印加帝国的世界

虽然在讨论总有论时应该首先研究入会权的问题,但是下面我想先研究一下下面一些国家的事例。这些国家虽然承认了明确的所有权,但是同时它们承认该所有权受到共同体的制约。

虽然没有明确的文献记载,但据长期在安地斯进行考察的稻村副教授讲,在安地斯的印第安人社会里,土地原则上为私有,可以继承。但是转让土地时,只能转让给集体的内部成员,不得转让给集体的外部成员。

在考察这种处分权能受到限制的所有权的社会经济构造之前,让我们先回顾一下它的历史。在以前的印加帝国,“一个村落是由几个 Ayllu 组成的”,“安地斯的经济关系是以 Ayllu^[45]为基础建立的”^[46]。“印加帝国在所征服的地方

[44] 关于“公法人”的意义以及作为总有的相对概念的“合有”的小私法人的意义,请参考加藤,1996。

[45] Ayllu 为克丘亚语,意思为双系亲属集团。

[46] 以上的引用来自于 Pease = 增田,1988, 132。

传播印加族的宗教,把土地和家畜分成三份给创造的神太阳、皇帝以及人民,并要求人民对其耕种和饲养。……太阳和皇帝的土地的耕种和家畜的饲养由 Ayllu 共同完成”。“人民的土地是 Ayllu 的共有地,在传统上它被分配给各个成员,各个成员通过耕种它来获取家族的食物”。“农民形成 Ayllu 这一共同体,在这个共同体内土地被分配给各个家庭进行耕种和放牧。Ayllu 成员之间存在着互酬性的劳动交换和产品交换。水渠的清扫等是由 Ayllu 成员共同完成的”〔47〕。另外,“近代土地不动产的概念在安地斯的世界是不存在的。土地的确是产生粮食资源的重要场所,但是占有了土地就意味着拥有了土地的价值,这种想法在那里并不存在。这是因为在安地斯,占有后马上会发挥作用的农地是不存在的。经过销毁山斜面、用石头精心筑起梯田、灌溉之后,土地才有可能变成耕地。而完成这种工程是需要 Ayllu 或者全村成员共同劳动的。而 Curaca〔48〕的作用就是调整这种共同劳动以及之后可能产生的生产活动”〔49〕。

让我们回到现在去看一看。“Ayllu 是一种因为共同拥有土地而产生的血缘集体,现在虽然称为 Komunida,但它所

〔47〕 以上的三个引用来自大贯,1982,477~。

〔48〕 Curaca 指由国家任命的官员或者地方首领。

〔49〕 Pease = 增田,1988,132~。

形成的社会仍然是很封闭的”〔50〕。即使是在现在,这种共同体仍然按照下面的方式在运行着。即“他们的农业和畜牧基本上是在 Ayllu 共同体的限制下进行的。具体来讲即是,不管是玉米还是马铃薯,它们的种植和收获期都由共同体的集会决定。这种集会每月召开一次,在村子的各个共同体内,从属于该共同体的印第安人和印第安与白人的混血出席参加。在这种集会上,不仅对农业,而且对共同体内的学校和道路等需要共同劳动的事项进行协商。特别是共同耕地周围的篱笆是由共同体通过共同劳动建成的,所以篱笆的修复也由共同体共同完成的。篱笆是为了抵御家畜和野兽的侵入而建的。另外,插秧结束后,在集会上选出的被称为 Arariwa 的值班人会看管这些耕地”〔51〕。

十二 转让受到限制的土地所有权

——共同体的维持与私人所有权确立之间的矛盾

在 Ayllu 共同体的情况下,即使承认土地私人所有权,只

〔50〕 山本(纪),1992,206。

〔51〕 山本(纪),1992,128。该书中存在“共同耕地”这一用语。据稻村副教授解释,这一用语的意思不是共同所有,它的意思是成为共同耕种对象的耕地。正像本书所叙述的,现在的安地斯印第安人社会,土地原则上是私人所有,土地是被继承的对象。

要把转让的对象限定为集体成员,那么因土地所有权的处分权限的行使造成的集体崩溃的现象是可以避免的〔52〕。如果可以这样的话,这种所有权与近代所有权相比,可以说是一种处分权限受到了限制的所有权。它与总有论中的个人份额完全被埋没于共同体限制之中的状态是完全不同的。但是由于安地斯的土地曾经被共有,考虑到有这一点,我们得出的结论是这样的。即安地斯印第安人社会的土地所有权是一种继承了总有论中的共同体限制残渣的私人所有权,是一种从总有向近代私人所有权转化过程中的权利。

这种处于总有与私人所有权之间的权利并不仅仅出现在安地斯。在美拉尼西亚也存在着同样的例子。对此石川荣吉先生进行了如下的描述。“土地被分配到个人或者家庭手里的例子,出现在 Wabaga、Kuma、Wogeo、Garia、Malekula 等地。可是,不能因此就立即断定在那里存在私人所有权。不能忘记的是存在于个人份额之上的那些来自集体的限制。当欠缺正规的继承人时,替代继承人必须同样是该集体的成员。在允许土地个人转让的 Kuma,被允许转让的范围仅限于同一亚氏族之内”〔53〕。

〔52〕 关于原有的土地共有制是怎么被破坏的,私人所有制现在是怎样被运行的这一问题,请参照木村,1985,72~。

〔53〕 石川,1970,95。

同样的例子在非洲也曾出现过。“在尼亚库萨人的部落和高原汤加人的部落,集体内的土地拥有者在一定范围内可以把自己拥有的一部分土地转让给同一集体的其他成员。但是,集体内部之间的土地转让和集体成员向集体外第三人的土地转让之间没有丝毫的关系。除非第三人经过特定的仪式被集体内部吸收。原则上讲,第三人不仅被集体的法律上的、社会上的共同纽带所排除,也同时被集体的土地纽带所排除,第三人没有任何涉足集体的可能性”〔54〕。

另外,在印度也存在着这种处于总有和私人所有权之间的例子。以下引用山田隆治教授的叙述进行说明。“Khunkattidar 首先是土地所有上的概念,同时它还具有村落的意思。这里的村落不是那种单纯的父系亲属集团,它是集团和土地紧密相结合的父系亲属集团。这一点在对蒙达人进行研究的 Hoffmann 和 Roy 的记述中有所出现。……Khunkattidar-horo 与 Khunkattidar 同义,指“合法拥有土地的村落共同体的一员”。Khunkattidar-ote 指“因为是村落共同体的一员所以才拥有的土地”。Hoffmann 还指出“村落里的土地全部被看做是村人的共有财产”,“村人组成的一个集团,该集团是村内所有土地的所有人”。Roy 也指出“村落共同

〔54〕 青山,1963,313。

体在理论上是村内所有土地的所有人。在这一前提下，“……虽然村落共同体的村民对从自己父亲那里继承来的土地具有完整的个人用益权”“……但是任何人都不能转让共有土地的任何一部分……”另外“……在纯粹实行 Khuntkatti 体系的地方，①转让的目的仅仅限于为了耕种，并且转让只能在同种族人之间进行，②除了因为财政上的需要不得不临时贷款以外，被明确认可的转让制度是不存在的，而且在转让时需要得到亲族成员对合同的承认”〔55〕。

以上列举了安地斯印第安、美拉尼西亚、非洲和印度的事例。从现代日本的角度来看，这些例子多少有些“未开化”。但是，从进入平成⁵⁶⁾时代以后出版的书籍中我们仍可以找到如下的叙述。“在现代日本的普通村落里还存在着这样的例子。即虽然在登记上土地是私有的，但是并不能随意买卖田地和变更土地用途，一般必须得到村里的同意。所有权虽然是由使用权和处分权组成的，但是不能任意自由处分。也就是说，虽说是私有地，但是完整的私有产权并没有确立”〔57〕。

〔55〕 山田，1969，459～。

〔56〕 平成是日本天皇明仁由1989年1月8日起开始计算的年号——译者注。

〔57〕 鸟越，1989，45～。

包含日本在内,上述的几个例子都是一边承认了土地的私人所有权,一边又通过把转让对象限定为共同体成员或者规定必须得到共同体成员同意的方法,维持共同体自身及其运行。这些例子本身虽然不是纯粹的总有论,但是总有论之限制原理——即为了维持村落共同体,以切罗基为例的话就是为了维持国家体制——在那里同样发挥着作用。

十三 村落共同体与入会权

下面让我们离开转让受到限制的所有权的问题,进入入会权问题的研究。入会权不仅出现在日耳曼社会和日本社会,在历史上它广泛地存在过,甚至在现在的社会它还广泛地存在着。下面是“文化社会人类学者近年来的研究成果中列举的公地代表例”〔58〕。

渔场、海滨:巴西东北部巴伊亚沿岸的渔场、加拿大亚北极圈克里印第安的渔捞、意大利的 Valli、西非的 Acadja、日本的人会制度。

灌溉等水资源:斯里兰卡干燥地区的溜池灌溉、印度尼西亚的 Subak、菲律宾的 Zanjera、伊朗的 Boneh、西班牙的 Huerta。

〔58〕 茂木,1994,130。

牧草地、放牧地：英国的放牧人会地、瑞士的 Alp、摩洛哥的 Agdal、中东地区的 Hema、马里的 Dina。

农业用地：英国的开放耕地、安第斯山脉高地农耕、印度尼西亚的加里曼丹湿地农耕、世界各地的火耕。

森林：尼泊尔的潘查亚特林业、印度的 Jhum、马来西亚的 Ladang、菲律宾的 Kaingin、日本的人会地制度。

作为公地的人会制度在日本法律界通常被认为是一种“总有”，它不存在份额。具体来说即是，“入会权是一定部落的人所拥有的权利”，“它不能转让给他人”〔59〕。并且，在那里存在着这样一个原则，即“离开入会集体的人将丧失权利”〔60〕。这一总有论的内容很明显和切罗基宪法中的有关切罗基地区的规定基本上是相同的。共通的制度需要共通的规律，不论在哪里都是一样的。

如果把村落共同体用现代语言解释为“公法人”的话，虽然有时会被它在法律上是共同所有的一种形态这一外观所困扰，但是不得不承认的是这种总有论具有维持自然发生的传统公法人的功能。在民法学上，入会主体通常被认为是“实际存在的综合人”，但是应该说它实际上是自然发生的传

〔59〕 中尾，1984，62，69。

〔60〕 川岛，1986，184。

统公法人或者是“政社合一”的法人^[61]。在这里我没有时间去探讨大塚博士所讨论的农业共同体及其土地所有权的存在方式的问题^[62]，我想指明的一点是总有论具有小公法人的功能。

在这里有必要对“公法人”简单解释一下。就入会权的性格是什么这一问题，在日本存在着两种学说。一种认为入会权是私权，另一种认为是公权，而近年来私权论似乎占据了优势^[63]。但是从它的实际来看，它在历史上应该是一种公法或者公私法未分的“政社合一”的集体。借用戒能教授的表达方式，即是“它是一种行政上的、统治上的封建机构的最低单位。它自身具有行政侧面的同时，作为一种自治生活共同体它还是一种在统一目的下编成的有组织有权威的团体”。即，它既是“生活共同体的村子”又是“行政单位的村子”。再从本书的立场上加以补充的话，应该说在某种意义上它还是“经济共同体的村子”^[64]。以前，称其为“实际存在

[61] 在中国实行现代化政策以前，由于人民公社既具有行政机构的功能又具有经济活动的功能，所以被认为是一种“政社合一”的组织。关于这一点请参照加藤，1993，95，114。

[62] 大塚(久)，1969，3～。

[63] 关于学说的状况请参照中尾，1968，541～。

[64] 请参照戒能(通孝)，1948，273～，这篇论稿没有被收录到戒能通孝的著作集里。另外，中田，1970，963～，669～就日本村落在历史上具有什么功能这一问题，从作为权利主体的村落可以做些什么这一角度进行了考察，请参照。

的综合人”是因为它具有这样的实体。但是,就因为这个就硬要从近代法的观点上去讨论入会权是具有公法性格,还是具有私法性格的话,这种作法实际上是毫无意义的。当然这种讨论如果是为了迫于解决实践中的一些问题的话,那么情况将略有不同。如果硬要从近代法的观点上去理解传统入会权的话,应该说入会权是一种公私混合的权利。这一点,表达方式也许有所不同,但是在关于古代日耳曼村落的总有论的记述中,Gierke 和石田文次郎博士早就谈论过了〔65〕。

在战后的日本,入会权问题的研究引起了法社会学的一个高潮。其原因在于日本形成了农业用地的私人所有和入会地的村落共同体所有复合的状态。在入会权的解体过程中,它逐渐转化为个人的分割使用。由于这是一个长时间的提高私人所有权属性的转移过程,所以在这个转移过程中,在这些土地上应该也存在过转让对象受到限制的情况。但是因为我只是进行了短期的采访调查,所以不敢一下子得出结论。在我调查的中国云南省山村里也存在过这种情况。即那些被认为是“村所有”的火田,由各个家庭持续性地分割使用,但是在转让时只能转让给本村村民。下面我将详细介

〔65〕 石田,1927,56~,192~,202~,该1929,53~。另外同样的叙述,在1944,47中也出现了。

绍该内容。

十四 中国云南省与老挝交界处的从事火耕的村落

为了进一步了解火耕和火耕社会,我于1995年对中国云南省与老挝交界处的山村进行了采访调查^[66]。这个村子是中国少数民族哈尼族^[67]的村子。在那里,以旱稻为中心的火耕是他们的主要生计手段。除此以外,他们还在火耕田上栽培棉花和玉米,在平坦的土地上种植水稻,从20世纪60年代末他们开始从事用于交换的橡胶林的经营。

这里的火耕田,耕种期为2年,休耕期为4到5年。火耕经营是以家庭为单位进行的。所谓的家庭包括由夫妇和未婚子女组成的小家庭、三世同堂的家庭和三世同堂加兄弟同堂的家庭。

在水耕田上实行承包制,承包期间为25年。当问及水耕田的所有形态时,村民们回答为自己所有。与此相对,当问及火耕田的所有形态时,他们则一般回答为村所有。

火耕田被放弃、休耕期经过以后,一般由同一家庭再次进

[66] 云南省西双版纳州勐蜡县勐仑镇么等村。

[67] 具体来讲是哈尼族爱尼人。

行耕种。尽管如此,火耕田并不被认为是这个家庭所有或者这个家庭的户主所有。火耕田被认为是村所有的原因在于下面这种情况的存在。耕种当事人如果不满他所耕种的火耕田的话,他可以和其他耕种人交换火耕田。这时,交换对象被限定为同村的人^[68]。这种只能由村民进行耕种的传统的背后存在着这样一种观念,即这些土地是“村所有”的。现在在这些火耕田上虽然共同体限制没有明确地表现出来,但是我认为这里的土地所有权是一种采取了家庭分割使用形态的人会权。

与此相对,当问及承包人不再继续承包水耕田时,对接下来进行承包的人有没有什么限制,回答为没什么限制,该人并不一定需要为同村的人。

对以上的内容可以总结如下。舍去社会主义的要素不谈,可以说在这个村子里,水耕田上已经确立了私人所有权,但是由于火耕田的转让对象被限定为同村的人,所以火耕田上还残留着村落共同体的限制。

十五 人会权的解体

不管是人会权,还是上面谈到的这种受到村落共同体限

[68] 交换由当事人当面谈判进行,村干部等并不干涉。

制的权利,随着第一产业的衰退,以第一产业为基础的村落共同体开始解体,这些传统的权利也渐渐开始消灭。随着村落共同体的解体,日本的人会权响应村落社会构造的变化,开始从传统的共同使用转向团体的直接使用、个人的分割使用以及依据合同的使用⁶⁹⁾。人会权最终将随着农林业的高度化、农村土地的休闲娱乐化而消亡。

从这种意义上来讲,下面这句话虽然是已故石田博士在相反意思上提出的一种有力说法,但是不得不承认它是正确的。即在森林等土地上,“人会权只不过是一种过渡的制度”⁽⁷⁰⁾。昭和41年制定的人会林野近代化法,在人会权的转变过程中发挥了一定的作用⁷¹⁾。大正年间,末弘博士曾经指出“人会林野的整理是必要的,但是首先应该做周密的准备”⁽⁷²⁾。近代化政策虽然从明治时代就开始了,但是由于没有做“周密的准备”,所以有关人会权产生了许多无用的纠纷。

69) 川岛,1983,2~,渡边,1957,1~等对这些使用形态进行了概述性描述,请参照。

〔70〕 石田,1927,614~等参照。

〔71〕 武井=熊谷=乌木=中尾,1989等综合研究了人会林野近代化法的制定过程、实施过程以及存在的问题点等,请参照。

72) 末弘,1924,目录3。

十六 共同体的“纽带”与入会权、所有权

以上,我从土地的生产率分的角度分析了,产生入会权的土地是介于成为私有权对象的富饶土地和因生产率过低无法成为私有权对象最终成为无主物土地^[73]之间的土地。从生产率这个观点来看,就处于中间位置的入会权来讲,为了确保再生产的循环,避免因过度使用产生土地贫瘠化,共同体的管理、即排除共同体成员以外的人的使用,并对共同体成员的使用加以一定的限制是必不可少的。因此可以说,入会权是以村落共同体的存续为前提的权利。在日本,由于大多数的村落没有形成生产共同体一体化,所以形成了农业用地的私人所有和入会地的村落共同体所有的复合状态。但是,正如在安地斯以及其他世界各地所看到的,村落如果在一定程度上发挥了生产共同体的功能的话,那么就会产生转让受到限制的所有权。即农业土地的私人所有虽然被得到承认,但是转让对象被限定为共同体成员。另外,入会权在通过个人分割使用提高自身私权性的时候,作为过渡,还会产生使用权的转让对象被限定的情况。

[73] 但是,在近代法上,这种无主物土地被认为是国有地。

以上本书只是选择了一些比较单纯的事例,但是不得不说的是,在很多事例中都存在着土地的集体首领和集体成员的权限相互交错的复杂情况^[74]。另外,关于村落共同体与共同所有的关系,存在着很多极为很有意思的研究^[75],共同体与共同体所有的问题超越了入会权,具有更广的领域。本书不打算介入到这种研究中去。从本书以上叙述的内容可以看出,近代私人所有权的确立是与共同体的解体和从共同体的桎梏中解放出来相联结的。

十七 渔业权与入会权——捕鲸和渔业入会?

关于渔业权,在这里无法进行详细的论述。简单说来即,与入会权相同的情况在渔业权上也存在。

从原理上讲,自由渔业制度是有存在可能性的。只要不造成渔业资源的干涸,自由渔业这种制度就可以维持。但是在日本的海滨,由于渔业主体的数目多,而且在一定海域内的捕鱼量很大。这样就很难确保这一海域的渔业资源的再

[74] 青山,1963,须藤,1984 等对这种错综的权利关系进行了详细的描述,请参照。

[75] 乡,1987,49 ~ 等。

生产,最终将导致渔场的贫困化。为了防止这种现象的产生,有必要把渔业主体限定为一定的集体或者个人,在排除这些人以外的人捕鱼的同时,还需要通过限制集体成员对渔场的使用,来确保渔业资源再生产的循环。这可以说是渔业入会权的产生构造。本书并不打算涉及渔业入会权的法解释论中去,以下仅简单回顾一下渔业权的历史。从历史上看,日本的渔业权经过了以下的过程。明治34年旧渔业法规定了向渔业合伙颁发许可的“附近水面专用渔业权”和权利主体不局限于渔业合伙的“习惯专用渔业权”这两种,传统的入会渔业权被制度化。明治43年的渔业法承继了这两种渔业权,而昭和24年渔业法规定的共同渔业权的大部分内容在历史上也是和这些入会渔业权相连的^[76]。近来,在学说和判例中出现了这样一种新的说法,即共同渔业权具有非入会权的性格,渔业合伙是法人,合伙成员的地位为社员^[77]。

但是,不管是称其为渔业入会权,还是赋予其“近代”法上的性格,在什么情况下会产生入会权式的权利,其法律状况是不会改变的。

[76] 有关制定共同渔业权的过程请详细参照中尾,1986,65~。

[77] 有关学说的讨论,请参照新田,1990,69~。最判平成元年7月13日民集43卷7号866页排除了入会权的构成,认为作为法人的渔业合伙拥有共同渔业权,请参照。滨本1999对这个判例进行了强烈的批判。

鲸鱼曾经是自由捕获的对象,但是因为国际捕鲸委员会(IWC)的捕鲸暂停决定,捕鲸现在实际上处于被禁止的状态。到这一阶段为止事实上经历了这样一个过程。由于捕鲸技术的发达,鲸鱼的捕获数量变大,很难确保鲸鱼的再生循环,所以自由捕鲸不得而被放弃。把南冰洋上的鲸鱼捕获数目分配到各个国家的法律开始产生。依据1946年的国际捕鲸取缔条约,国际捕鲸委员会就全世界捕获数量发出了劝告,通过各国的谈判,最终决定了国家之间的分配。到目前为止还没有人把这种法律状况理解为有关鲸鱼的渔业入会权,但是从它的构造上来看,它和渔业入会权没有什么区别。根据角度的不同,可以把南冰洋解释为渔场,把国际捕鲸委员会解释为管理渔场的入会制约机构,把各国解释为入会成员,这样一个巨大的世界性渔业入会权就产生了。

不管是否使用入会这一词语,入会权是适应社会需要而自然产生的。在现在如果有相同需要的话,也许它会以其他名字再次出现吧。

第四章

无形财产权产生的社会构造

一 无形财产权

无形财产权也被称为知识产权,包括专利权、实用新型、商标权、外观设计和著作权等,是人类知识活动的产物及营业信用的绝对支配权的一种总称。以所有权为代表的,对有形物体的排他支配权被称为物权,而以无形物体的利益支配为目的则是无形财产权。

本章并不打算对无形财产权的全貌进行概括性说明,本章的目的在于探讨无形财产权的社会构造,即无形财产权或者知识产权是在怎样一种社会下产生的。

二 无形财产权制度的社会背景

“自罗马时代以来,有很长一段时间,无形财产权都没有受到法学家的重视。因而直到最近关于无形财产权的法学

理论还没有产生”〔1〕。无形财产权曾经被认为产生在英国,但是近来有力的学说认为意大利北部的威尼斯专利制度才是无形财产权的嚆矢。这些制度的发展史虽然也很有趣,但以下我想把焦点放到日本知识产权制度的产生上去。

日本工业知识产权制度的起源是明治4年《专卖略规则》的制定。这个规则具有保护专利的功能,但是第二年的明治5年它被“暂时停止执行了”〔2〕。第一代特许厅〔3〕厅长高桥认为被停止执行的理由是“明治4年,虽然曾一度发布了《发明专卖略规则》,但是在实施它的时候却发现,由于没有人能对发明进行审查,所以不得不大量地雇用外国人,这样花费了很多费用,却没有产出什么令人满意的发明,最终明治5年3月25布告第105号中止了该规则的实施”〔4〕。

伴随着专卖略规则的停止执行,要求专利制度的舆论日益高涨,对政府的建议,报纸杂志的论说,对集议院、左院及元老院的上书和意见书等要求专利制度的民间声音大量出现〔5〕。这些声音反映了由于没有专利制度,即使做出了发明

〔1〕 中山,1993,39。

〔2〕 特许厅,1984,19。

〔3〕 特许厅相当于中国的专利局。——译者注

〔4〕 高桥,1976,190。

〔5〕 参照特许厅,1984,41。

发明者也无法得到回报的状态。例如,“卧云辰致于明治 8 年发明了纺织机器,他向政府机关申请了该物的专卖,但是由于不存在专卖的成文规定,所以他只获得了销售认可”〔6〕,“他的这个发明虽然在第 1 次国内劝业博览会〔7〕上获了奖,但是由于没有保护它的法律制度,导致了仿制品大量出现,卧云的发明完全没有得到任何回报”〔8〕。从这里我们可以看出,承认发明专利权不但可以满足发明者的需要,还可以通过发明帮助产业的振兴。

不仅专利的情况是这样的,外观设计的情况也是一样的。外观设计条例制定于明治 21 年,当时农商务省案所付的理由书中这样谈到了外观设计条例的必要性。“由于外观设计需要花费很多材料、时间和精力,如果允许他人随意侵害的话,就无法对设计者进行补偿,从而导致无人再创造外观设计。因此政府有必要颁发法令阻止模仿者的出现从而保护设计者”〔9〕。另外,在外观设计条例制定之前,通过行业的自主规定保护外观设计的这一事实也表明了对外观

〔6〕 特许厅,1984,20。

〔7〕 明治 10 年。

〔8〕 中山,1993,58。

〔9〕 特许厅,1984,79~。

设计加以保护的社会需要^[10]。

三 软件保护之争的法律构造

以上叙述的这种权利保护请求,不仅在过去存在过,而且在它的要求下形成了所有权和无形财产权的法律体系。这一法律体系现在仍在不断的完善之中。十几年前围绕计算机软件的保护问题在日本和美国之间发生的争论就是一个例子。

在争论当时撰写的中山教授的论稿这样写道:“以前,人们认为软件就像电子计算机的附属品或者从属物。就像购买机械时会附上说明书一样,软件当然会被附加在电子计算机的买卖之中。但是,近年来软件的发展惊人,对软件的投资也迅速增长。而与其相对,随着半导体的进步,电子计算机的成本急剧下降。小型计算机已经进入家庭。其结果是软件和电子计算机的地位相互颠倒,现在对软件的投资大大超过了对电子计算机的投资,而这个差距还会不断加大……在这种情况下,仅仅保护电子计算机的专利法已经不能适应形势,很明显保护软件本身的法律是很必要的。因此,从

[10] 特许厅,1984,79。

1970年大家开始讨论软件的法律保护问题”。“保护软件的第一目的是确保投入资本的回收。软件开发需要莫大的时间、劳力、费用……但是它的复制却极为容易。因此,如果对软件不加以保护的话,软件开发的热情就会减弱,模仿就会到处横行,就会影响软件产业的发展”〔11〕。

但是此时产生了这样一个问题。即保护软件开发的时候,是应该依据著作权法呢,还应该重新制定程序权法。在日本国内,管辖著作权法的文化厅主张修改著作权法,而通商产业省〔12〕主张制定新的法律。这一争论最终变成了“各势力之间的权限争夺”〔13〕,但是除了政府机关的权限争夺之外,这个问题实际上是日本和美国之间利害发生冲突的一种表现。

关于这一点,石黑教授进行了如下的描述。“由于美国用著作权保护计算机和软件,所以它想让其他国家也作出同样的选择。这个领域是美国的所有产业中国际竞争力最强的,为了美国经济的再生,这一点是不能作出让步的。虽然在欧洲,美国的计算机产业已经占据了市场,但是在日本情况却有所不同。日立、富士通和 NEC 等日本企业的实力是很

〔11〕 中山,1984,21~。

〔12〕 2001年改称为经济产业省。——译者注

〔13〕 中山,1984,24。

强的,但是就软件来讲美国依然遥遥领先。这时,美国强烈地向日本政府提出用著作权法来保护软件。美国之所以坚持用著作权法保护软件的原因在于,与几十年的保护期间结束后任何人都可以自由使用的专利权不同,著作权的保护期间为死后 50 年为止,美国正是看中了这一点。另外,专利权与著作权的另一不同是如果有发展产业的需要的话,国家通过让使用人支付费用,可以允许他人使用专利^[14]。日本的通产省主张制定类似于专利的程序权法,而美国坚决反对这种做法”^[15]。

另外,还需要指出的一点是,如果用专利权保护软件的话,申请人只有在各个国家提出申请后才能受到保护。但是,由于伯尔尼公约和万国著作权条约适用于世界很多国家,所以用著作权保护软件的话,则不用在各个国家提出申请就可以受到保护,这一点也是美国所看中的。

中山先生与高石先生之间的争论明确体现了这种利害的对立。中山论文这样论述到。“如果用著作权保护软件的话,在开发 IBM 互换软件时,接口程序侵害现有 IBM 软件著作权的危险性是非常大的。只要承认 IBM 互换计算机和软

[14] 这种方法叫做强制实施权的设定。

[15] 石黑,1994,46 ~。

件的存在,这种危险性就不会消失。如果承认 IBM 对接口程序有著作权的话,那么 IBM 的世界垄断性将显著增大,这对用户来说是一个严重的打击。……如果世界上很多计算机都是 IBM 制造的话,那么妨碍 IBM 互换软件的开发弊端则是非常大的。从这点上看,也不应该用著作权来保护软件”[16]。

对此,日本 IBM 的高石先生反驳如下。“中山副教授认为世界上所使用的大多数软件都可以用于 IBM 计算机,另外大多数计算机都与 IBM 具有兼容性,这些兼容机上都会使用 IBM 的程序。如果针对 IBM 软件开发互换程序的话,则与 IBM 软件相连的接口程序必然存在侵害 IBM 软件著作权的可能性。并且,中山副教授认为用著作权来保护软件会助长 IBM 的世界垄断,因此他对用著作权保护软件的做法呈怀疑态度。但是,以上的这个意见中存在着各种各样的问题。第一,软件的接口程序这个概念还没有明确建立起来。我认为用这样一种未确定的概念为根据去否定软件的著作物性的做法是不正确的。第二,如果存在侵害 IBM 的著作权的可能性的话,只要从 IBM 获得使用许可就可以回避这种危险。如前所述,IBM 原则上对个人使用是承认许可的。本来客体具

[16] 中山,1982,47~。

有享受权利保护的性质,但是为了使特定的企业在各个方面处于有利地位,所以否定了对客体的权利保护,这种论证方法是本末倒置的”〔17〕。

在现代社会里有必要促进软件开发,这是无容置疑的。软件开发需要大量的时间,精力和费用,为了促进软件开发,有必要赋予开发者一定的独占权,这一点从所有权的权利构造和无形财产权的一般权利构造上来看是没有什么差别的。但是,到底是应该赋予强大的权利呢,还是赋予弱小的权利呢,在软件开发方面已经很发达的国家和还不很发达的国家之间将产生不同的利害得失。是用著作权来保护软件,还是用程序权来保护软件,其中当然涉及一些原理问题,但是现实中发生的争论应该说是软件开发发达的美国和软件开发发展中的日本之间的争论,国内政府机关之间的权限争夺仅仅是夹杂在其中罢了。

四 “无形财产权”概念的社会功能

以上我们一起探讨了无形财产权刚刚被引进日本时的情况以及近年来的软件之争。从以上可以看出,作为生产资

〔17〕 高石,1983,24。

料的土地所有权和无形财产权具有相同的产生构造。从前,为了保护农耕中的劳动投入及成果的归属所以产生了土地所有权这个概念,社会整体的农业生产力也因此而增强。与此相同,保护创造者的发明及其他投资活动的成果,从而使社会整体创作活动活性化,这也是无形财产权产生的基础。如果没有土地所有权这一概念的话,那么将无人从事农业,粮食生产量会减少,人口也会被抑制,就不会有现在这样的社会发展。同样,在工业领域,对无形财产权或者知识产权如果不加以保护的话,研究开发就得不到刺激,社会整体的工业就不会得到发展。

五 关于无形财产权保护的国际性利益对立结构

以上我们分析了所有权和知识产权的产生构造,但是不得不指出的是,所有权保护的社会意义和知识产权保护的社会意义是完全不同的。所有权的保护是普遍的,它对所有的人来说都具有一定的意义,但是通过知识产权保护获得直接利益的人却是极为有限的。虽然存在着贫富差距,但是不管多么贫穷,暂且不论他是不是拥有土地,完全一无所有的人应该是不存在的。用法律上的概念,即所有权来讲就是,虽然在量上存在着差别,但是所有的人都受“所有权”这一法律

概念保护。然而,作为知识产权的权利人出现的却是少数人。

以上这个问题在我们对比社会整体和国家整体的时候也是存在的。只要想想专利权你就会明白。当我们从国际的角度考虑时会发现,通过专利权及其他保护获得利益的国家是发明数量多的国家。而受专利权及其他保护的发展中国家相对于发达国家来讲是很少的。因此,“在发展中国家,有很多国家对工业知识产权采取了保护主义色彩较浓的制度。从发达国家的角度来看,这些国家向世界出口不正当商品,他们成了非法仿造的温床。但是,从发展中国家的角度来看,禁止仿造意味着秩序固定,这将严重阻碍本国产业的发展。今后的世界工业所有权制度不仅需要在发达国家之间进行协调,如何消除发达国家和发展中国家之间的对立也是非常重要的”^{〔18〕}。在发展中国家,像泰国、巴基斯坦、科威特等还没有加盟有关工业知识产权保护的巴黎条约。而印度等于1998年刚刚加盟。在巴黎条约成立以前,大部分国家采用了“进口专利”制度。所谓“进口专利”制度是指把那些在国内不被人知或者还没有被使用的发明引进国内的人当做发明人的制度。在巴黎条约成立以前,排斥“进口专利”

〔18〕 中山,1993,26。

制度的主要是美国、法国这些国家^[19]。如上所示,从各个国家的产业振兴的角度来看,知识产权是一种在构造上包含着国家利益的对立的制度。

但是,虽然知识产权中包含着国家利益的对立,但是知识产权保护对发达国家有利,对发展中国家不利的这种结构只会短期存在。从长远来看,通过保护知识产权来促进研究开发是全人类的利益,我并不认为应该否定知识产权这个概念,在这里先预先说明一下。

六 知识产权的侵害与日本

虽然现在日本作为发达国家对工业知识产权的保护已经相当完善,但是直到最近几年,在日本还经常发生伪造外国产品和标签的事情。

在明治初期,就出现了伪造英国啤酒和药品的商标的事件^[20]。“在昭和初期,发生了出口海外的日本纤维产品由于侵害外观设计、著作权而受到警告,政府不得不对此加以应对的事件”,“在第二次世界大战后的经济混乱时期,在市场

[19] 饭田,1980,29。

[20] 具体的情况,请参照特许厅,1984,36页的一览表。

上出现了大量把瓶子、箱子、包装、商标等外观伪造成外国产品、一流产品的事件”〔21〕。另外,“从昭和 52 年到 54 年”,“在这两三年的时间里”,“连续发生了许多侵害外国名牌产品商标权的事件,假冒名牌的事件在报纸上被大量报道”〔22〕。这一时期发生的诸多事件中,有些侵害商标权的产品是在中国台湾地区、韩国、菲律宾、墨西哥、意大利等地制造的,有些则是在国内制造的〔23〕。

从以上可以看出,直到最近为止,日本对知识产权的保护都并不很理想。暂且不谈昭和 50 年代初的事情,日本之所以能从这种情况中摆脱出来,我认为是因为日本的经济得到了增长,研究开发投资的比例在国民总生产中增大,日本社会开始内在需要知识产权的保护了。

七 仿冒产品的横行及对将来的展望

制造仿冒产品需要一定的模仿能力和技术,所以成为侵害国的常常是工业在一定程度上得到了发展的国家。通过

〔21〕 特许厅,1985,208,547。

〔22〕 特许厅,1985,694。

〔23〕 外国名牌(商标)侵害事件的内容及侵害产品的制造地,参照特许厅,1985,695—的一览表。

对国外技术的模仿和接受国外技术的转让,技术力量在一定程度上得到了提高,但是还没有展开自己的研究开发的国家,最容易成为侵害知识产权的温床。仿冒产品现在多产生于被称为亚洲新兴工业经济地区^[24]的国家,正好说明了这一现实。

当然,这种行为是违法的。但是由于各个国家的管理体制不同,所以存在着仿冒产品事件多和仿冒产品事件少的区别。各个国家的法律意识和法律管理体制虽然是很重要的问题,但是杜绝仿冒产品发生的根本解决方法其实是等待。等到这些国家在经济上得到了发展,在这些国家的社会里专利及其他无形财产权受到了保护,人们被赋予了振兴发明创造的积极性,那么即使这些国家现在只是在模仿简单的流行产品,只要他们的产品成为了高档产品,在这样的国家里也会出现维护品牌的想法来。

我并不是在故意地做一些不吉利的预测,但是我想指出的是,即使现在的仿冒产品制造国在将来完成了经济发展,但是在那些处于发展阶段的经济落后的国家里仿冒产品在一定程度上还是会存在的。所以我认为在世界上完全杜绝仿冒产品是相当困难的。1994年4月在达成马拉喀什宣言的关贸总协

[24] 简称 NIES。

定·乌拉圭回合中,把知识产权的问题带入谈判的是美国,但是发展中国家一直都在反对在乌拉圭回合中写入知识产权的问题。在1995年3月的美国和中国的知识产权谈判中,虽然两国最终达成了协议,但是中国政府曾在中途发表了指责美国政府的声明,“任何施加压力的尝试……都是不正当的。中国为了维护主权和尊严,将不得不采取对抗制裁措施”^[25]。这种发达国家逼迫发展中国家建立知识产权侵害管理体制的情况,今后还会在一定程度上还会反复出现。

最后,我想就亚洲各国发生的知识产权侵害、仿冒产品横行这一现象的社会构造下一个结论。这其中当然存在着权利意识、道德的问题,但是从根本上讲,权利侵害与其说是法律意识的问题,不如说是知识财产的权利构造与经济发展阶段相互作用所产生的一种现象。

土地所有权这个概念是以农耕社会的社会必要性为基础而自然产生的。与此相同,比土地所有权具有人工色彩的知识产权这个概念,也必然以该社会的社会必要性为基础而产生,这一点从以上的分析来看是很明确的。但是美国却为了保护自己的利益,拿出所谓的特别301条制裁知识产权侵害国,从而逼迫这些国家就范。

[25] 朝日新闻平成7年2月24日早报12页。

第五章

“权利”的诞生

一 所有权概念的产生

上面我们叙述了所有权、无形财产权的权利产生社会构造以及入会权的社会构造。

就非生产资料来讲,所有权的功能在于使用权能的私人独占。与此相对,就生产资料来讲,所有权的功能不仅在于使用权能的私人独占,还在于通过保护对生产资料的资本投入,赋予资本投入者以积极性,从而达到保护投资者个人和增强社会整体生产力的目的。因此,在对土地不进行劳动投入和其他资本投入的游牧社会、狩猎采集社会,土地所有权概念不会产生。在资本投入程度比较低的粗放农业社会,土地所有权概念则要么不产生,要么只产生共同体所有的概念不产生私人所有权的概念,或者虽然产生了私人所有权的概念但是只是停留在萌芽状态。另外,即使是从事火耕的粗放农业社会,只要在那里同时存在着水田耕作等劳动投入和其

他资本投入程度较大的农业,在那里就会产生私人所有权。以上的这种关系用图表来表示即是,在对土地的资本投入为零—中等—大时,土地所有权及其他权利分别为不存在——中间性的存在或者萌芽性的存在——私人所有权的确立〔1〕。

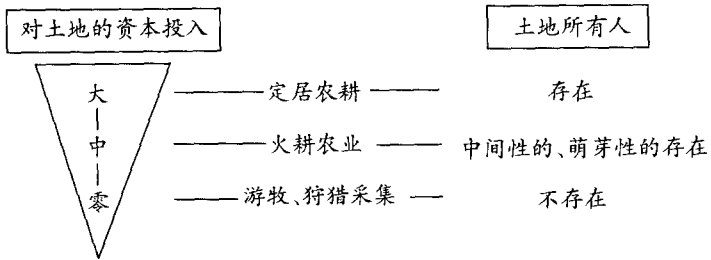


图1 对土地的资本投入与土地所有权

虽然大致可以用图1来这样表示,但是需要说明的是,这里的私人所有并不仅仅指完整的私人所有权。在谈论入会权时,本书曾提到从历史上看,入会权是一种处于中间状态的共同体所有。另外,就农地来讲,不仅在火耕田上存在过联合家庭所有的形态,在非火耕田上,只要家庭是农业生产的单位,那么多数为家庭所有。虽然以上这些地方需要进行保留,但是从基本上来讲,现行法制下的所有权概念是以农业社会中普遍存在的权利保护必要性为基础而发展起来的概念。这也是近代文明为什么基本上起源于农耕社会的一

〔1〕 请参照图1。

种反映。

以上的这种法律构造虽然是前提,但是事实上由于土地的生产率、地力的不同,对土地投入劳动不具有任何意义的事情也是存在的。如果是这样的话,很明显土地生产率高的地区成为农业社会,其社会内部将包含所有权概念;土地生产率低的地区成为游牧社会、狩猎采集社会,其社会内部将不包含土地所有权概念。

二 人会权概念的产生

但是,从土地再生产这个观点来看,我们会发现在这之间存在着中间地带。在那里,虽然私人的劳动投入不能带来什么像样的成果,但是由于土地具有一定的生产力,所以过度放牧、过度砍伐这种对土地的过度使用会造成土地生产力循环难以维持。在这种情况下,出现了只允许一定的集体使用土地,并且为了避免过度使用,在集体内部设置了限制的法律体制,即人会权〔2〕。

〔2〕 参照图2。

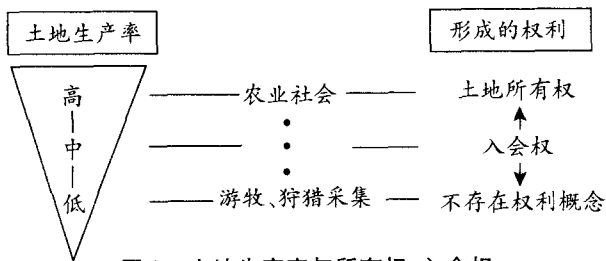


图2 土地生产率与所有权、入会权

当我们思考这种入会权产生的法律构造时会发现,在刚才我们所叙述的火耕社会里,由于土地生产率低下,很容易产生入会式的共同体所有的形态。把图1和图2对比一下会发现,虽然火耕农业和入会权并不完全对应,但是很明显两者是有关联的。

以上谈到的有关入会权的见解是以土地为根据的,但是事实上在土地以外的物上也存在同样的状况。在渔场,如果过度捕鱼的话,那么就无法维持渔场的再生产循环。在这种情况下,有必要允许某个集体对渔场进行独占从而排除集体以外的其他捕鱼团体进行捕捞。同时为了避免过度捕捞,在内部对渔场的使用需要进行集体性管理,如此渔业入会权就产生了。在渔业上,如果需要劳动投入和其他资本投入的养殖渔业得到发展的话,那么在那里当然会产生具有私人独占性的私人所有权^[3]。

[3] 当然,作为中间状态或者转型状态,可能会存在养殖渔业的主体是组织的情况。

如果入会权产生构造是这样的话,那么除了土地上的权利以及渔业上的权利以外,只要存在同样的经济社会状态,就会产生入会权。这是具有一定普遍性的。前面我列举了南冰洋上对捕鲸进行限制的例子,现在让我们一起考虑一下其他的情况。

由于狩猎采集社会的土地生产率一般都很低下,所以像前面所叙述的,在那里一般不产生土地私人所有权。但是,俾格米人的撒网狩猎可能是一种狩猎生产率相当高的狩猎方法。如果俾格米人的撒网狩猎会带来过度狩猎的危险的话,在那里就有可能产生类似于入会权的法律制度。从有关俾格米人的文化人类学的文献中,我没有找到这方面的内容,但是用以上的这种观点重新考虑撒网狩猎的社会的话,我认为不仅是在渔业上,在狩猎业上也会产生狩猎入会权这种有趣的结果。但是如果撒网狩猎的效率不高,它还不足以阻碍森林这一狩猎场的动物再生产循环的话,就不会产生入会权。因此考虑撒网狩猎的效率和森林动物的再生产力之间的平衡是一个重要的观点……还有一个值得一提的例子是,在菲律宾的吕宋岛上从事狩猎采集的皮纳图博矮黑人,用第二次世界大战中从日本士兵那里夺取的铁炮进行狩猎,导致了大型动物的泛滥捕捉,最终不得不从狩猎采集社会过

渡到火耕社会〔4〕。

这样考虑的话,不论是所有权还是入会权,法律制度必须具有经济合理性。我并不信奉马克思主义,但是不能否定的是所有权、入会权以及无形财产权等法律制度都是上层建筑的一环,它们都是以经济基础为基础的。

三 社会形态的差异带来的所有权对象的差异

以上从农业社会的角度探讨了土地所有权概念产生的构造。具体来讲,即权利首先保护的是投资人,其次通过保护个别投资人来达到社会生产量的最大化。这个构造不仅存在于农业社会,在游牧社会、狩猎采集社会也一样存在。在游牧社会,资本投入的对象不是土地,是家畜。在这种社会里,通过承认家畜所有权,来个别保护从事游牧活动者的资本投入,并通过个别保护的积累达到社会整体游牧生产量的最大化。在狩猎采集社会,资本投入的对象不是土地或者活着的动物,而是猎物或者采集物。在那里,通过承认猎物和采集物的所有权,来保护从事狩猎采集活动者的资本投入,并通过对个人的保护达到社会狩猎采集活动捕获量的

〔4〕 清水,1984,437~,特别是449~。

最大化〔5〕。

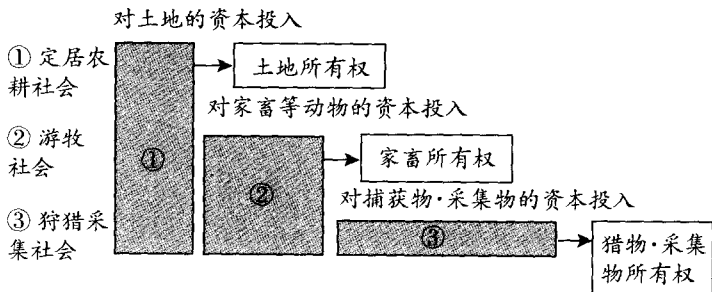


图3 所有权概念产生的构造

但是,正像本书一开始所论述的,在直接生产者和依靠剩余生产活动生活的人发生分化,阶级国家和国家出现以前,促使社会整体财富最大化的力量并不那么强大,所以在那时出现了从事劳动时间不多的“富足的未开化社会”〔6〕。

四 无形财产权概念的产生

以上以所有权为中心进行了分析,同样的分析也适合无形财产权。一般来说无形财产权的生产资料性很强,所以它

〔5〕 参照图3。

〔6〕 本书99页。

具有与土地所有权相同的社会构造。这一点从无形财产权被引进日本时的情况,以及近年来的软件之争可以看出。以前,为了保护劳动及其他资本投入的成果归属而产生了土地所有权这个概念。土地所有权概念的产生促进了社会整体农业生产力的增强。与此相同,保护创造者的发明以及其他投资活动的成果,促进社会整体的创作活动的活性化和工业振兴,则是无形财产权产生的基础。如果没有土地所有权,农业就不会被进行,粮食生产就会减少,人口就被抑制,也就不会有现在这样的社会发展。与此相同,在工业领域,如果不保护知识产权,赋予研究开发以积极性,就不会有工业社会的整体发展〔7〕。

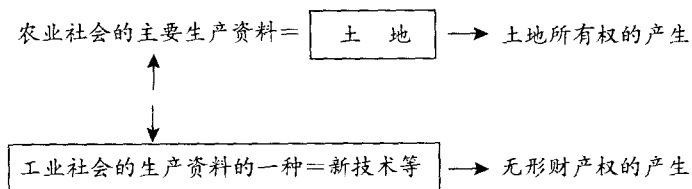


图 4 生产资料上的权利的产生构造

〔7〕 参照图4。另外,虽然水权利不像所有权、无形财产权那样有着万国共通的明确的权利构成,但是基本上来说,水权利具有类似的权利产生构造,这一点在前面已经提到了。

五 围绕“所有权”的若干争论

本书以文化人类学的成果为线索展开了以上的研究。虽然本书依据文化人类学的个别实地考察成果展开了分析,但是在文化人类学的世界里,所有权概念及其他并没有被深入研究过。比如,《文化人类学百科词典》是这样从文化人类学角度解释所有权的。“所有权的应有方式和形态与该社会的规范相连。具体说来即是,所有权与该社会的生产方式、社会结构、政治结构、世界观、宗教观等各种文化要素相联系。譬如,住在非洲大陆南部卡拉哈里沙漠的狩猎采集民布须曼人和住在西亚干燥地区的游牧民族的生活方式不同,他们的价值体系和社会规范就会不同,所有权的意义和内容也自然会不同。另外,同样是经营农业,耕种火田的农民和耕作水田的农民,对成为生产资料的土地有着不同的价值体系。因此土地所有权的应有方式当然会不同。另外,所有权有私人所有、氏族所有、合伙所有、国家所有等多种形态,它们都与各自的社会规范相连,有多少种社会就存在多少种所有权形态。在同一社会里所有权也会随着时代的变化而变化,很难一下子对所有权进行描述”〔8〕。

〔8〕 祖父江 = 米山 = 野口,1977,101 ~。

本书虽然以文化人类学的资料为基础展开了分析,但是本书的命题并不属于文化人类学,比较接近经济学。另外,本书所阐明的生产资料所有权的产生理论,与近代自然法中的卢梭的思想很接近。有关近代所有权概念形成的具体讨论,本书没有能力去完成它,让我们把它交给村上教授〔9〕。下面,我想考察一下卢梭的思想以及围绕卢梭的思想而产生的一些争论。

卢梭认为在无主物中加入劳动会产生所有权〔10〕。正确的说是,卢梭通过认可人对自己的身体〔11〕的所有权,即自我所有权〔12〕,展开了自然法的理论。因为本人对卢梭思想中的这一部分持有疑问,所以不想就这一问题再深入下去。上面的卢梭的这一理论,近来得到了 Robert Nozick 的重新评价,引起了褒贬双方的各种争论,本书也不打算对这些争论加以评价〔13〕。在这里,我想把焦点放到卢梭的外物所有权的产生理论上。

首先让我详细地说明一下上一段的第一句话。卢梭认

〔9〕 参照村上,1979,65~。

〔10〕 关于这一点请参照卢梭,1955,以及1988。

〔11〕 Person.

〔12〕 self-ownership.

〔13〕 有关 Robert Nozick,请参照 Wolff,1994。围绕卢梭理论与 Robert Nozick 理论的论争,请参照森村,1995a 的叙述及 1995b,59~等。

为大地和一切的下等动物是万人的共同所有物,但是“只要他改变了这种自然存在的处于天然状态的东西,比如在其中加入了自己的劳动,或者在其中加入了自己的东西,那么这些行为就会使这个东西变为他的所有物”〔14〕。比如,“由于这样的原因……被捕杀的鹿就成为了印第安人的所有物。以前鹿是共有的,但是现在对鹿投入了劳动的人被认为拥有财产权”〔15〕。另外,对于土地,他这样陈述到,“虽然土地所有权的主要对象现在不是土地的果实或者在那里生存的野兽,而是土地本身〔16〕,但是显而易见土地所有权也是如此取得的。即只要对土地进行耕作、播种、改良和开垦,那么可以收获产物的那片土地在那个范围内就被他所有。他通过自己的劳动把原来共有的东西变成了私有”〔17〕。

以这种思想为基础,卢梭这样叙述到,“通过劳动产生的所有权能凌驾土地共有……试着考虑一下在土地上种植了烟草和甘蔗,播种了小麦和大麦的一英亩土地和不进行任何经营仍被共有的一英亩土地的差别就会明白了”〔18〕。上述

〔14〕 卢梭,1955,68。

〔15〕 卢梭,1955,69。

〔16〕 其他的所有东西都被包含在土地之中,在土地上都能找到。

〔17〕 卢梭,1988,37。这一段的引用删除了原文中的旁点。

〔18〕 卢梭,1955,75。

引用中的最后一段是不是包含着本书的一个命题,即所有权具有使一定社会的农业生产量最大化的功能呢?这一点还不好断言,但是通过以上的引用和介绍可以清楚地看出,卢梭的思想和本书的生产资料所有权的产生构造是非常相似的。

但是,直到最近 Robert Nozick 重新评价卢梭的这一思想,它并没有被普遍接受。本书分别对狩猎社会、游牧社会、火耕农业社会、定居农业社会的所有权形态进行了考察。并不是因为受到亚当·斯密的影响本书才开展这样的分析,但是不得不提的是亚当·斯密也以这种社会分类为基础对所有权形态进行了考察。在他的《法学讲义》一书中,他把人间社会分为狩猎社会、畜牧社会、农业社会和商业社会四个等级,对所有权形态进行了考察^[19]。虽然亚当·斯密进行了这样的分析,但是事实上“卢梭的劳动所有理论被认为是亚当·斯密在展开所有权论时所考虑的一个最主要的批判对象”^[20]。

另外,康德对卢梭的这一思想也持否定态度。三岛教授

[19] Smith, 1978, 459 - 460. 关于这一部分的翻译,请参照 Smith, Adam(高岛善哉 = 水田洋译) 1947, 243 ~。另外,有关亚当·斯密在这方面的理论,得到了森村进先生的指点,在此表示感谢。

[20] 田中〔正〕, 1988, 226。

对卢梭的所有权理论和康德的所有权理论进行了对比,请参考^[21]。康德在《人伦的形而上学》中考察土地所有权的问题时,提到了不存在土地私人所有权的社会——蒙古,另外在不同的语境下还提到了美洲的未开化人、霍屯督人和澳大利亚人^[22]。但是在这之后的几页里,康德认为卢梭的劳动是所有权基础的这一理论是一种“妄想”而加以了强烈批判。“率先加工了某块土地、对它设置边界线或者使它具有一定的形态,并不意味着因此就能获得取得该土地的权原”、“另外,对不属于自己的土地花费劳力的人,丧失他对土地所付出的劳动是必然的。那个非常古老的,并且现在还广泛在世上流传的意见只不过是一种秘密支配人心的妄想。这种意见认为物品都被人格化了,任何人只要对某些物品付出了劳动,那些物品就会受这个人的支配,而不会听除了这个人以外的任何人的使唤。但是,事实上这是一种使人误认为对某种物品具有某种直接权利的妄想”^[23]。卢梭的思想只适用于生产资料,不适用于所有权的另一侧面消费材料,这是事实。但是我认为康德及其他人对卢梭的否定性评价忽略了卢梭思想中的“所有权”概念产生的构造这一具有真理的部分。

[21] 三岛,1991,6~。

[22] 康德,1969,105~。

[23] 康德,1969,110。这一段的引用删除了原文中的旁点。

结语

——从社会科学与人文科学的统合说起

正像本书一开始所交代的,我是一名法律学研究者,具体来讲是民法学研究者。虽然本书也涉及了一些法律学、经济学和哲学的文献,但总的来讲本书主要依据了文化人类学的文献,对“所有权”这一法律概念的产生构造进行了分析。这种分析手法是否是成功,有待各位读者的判断。我自己认为由于涉及了文化人类学这个法律学以外的领域,我看到了一些以前没能看到的东两,就这一点来说还是有些小小的自我满足的。

在法人类学领域,虽然存在着青山道夫博士、千叶正士教授等出色的研究,但是法学界的主流还没能把法人类学领域完全地放入视野之内。

这次研究“所有权”的问题,我大量阅读了许多文化人类学论文,对法律学来讲这些论文里存在着很多宝贵的信息。因此,为了法律学和文化人类学,为了包含经济学和哲学在内的社会科学和人文科学不再相互孤立,通过相互交流使各

自的学术成果相互碰撞从而产生更加丰富的学术成果,作为刊后语,在本书的最后,我写下了这篇小文。

在这里,我想把焦点放在本书所中心反映的文化人类学和我的专业——法律学上,谈一谈遗留下来的课题。但是如果不首先说明涉及文化人类学领域可以给法律学带来怎样的学术成果的话,法律学者就不会想要去涉及其他学术领域,所以在这里我从公法、私法领域各选出一个可以产生学术成果的课题来说明一下。

一 家族法和文化人类学

首先从私法领域来看,对家族法来讲,文化人类学的成果具有很高的价值。在狩猎采集社会,夫妻关系、男女伴侣关系一般不具有持续性。黑尔印第安人的世界把这一点表现地最纯粹。下面用它来说明狩猎社会中的男女关系。“在天主教教会成立以前,在黑尔印第安的社会里不存在一夫一妻的规定。实际的情况是,如果数一数一定时间点上的男女对数的数量的话,会发现其中一夫一妻的组合是很多的,但是也存在着一夫多妻和多夫一妻的组合。能干的猎人一般拥有两位妻子,少数情况下拥有三位妻子。有时一个女人无法应付毛皮的处理,所以经常会看到两位妻子关系良好地一

起处理丈夫捕获的猎物。两位妻子有时是同父同母的姐妹，有时是母亲为姐妹的表姐妹。两个人的年龄有着相当大的差距，年长的妻子一般要向年少的妻子示范家务、皮鞣和山野工作。对男人来讲，拥有两位妻子是好猎人的一种象征，也是值得自豪的事情。另外，两位年轻的男人与一位皮鞣能手的女人组成家庭的事情也是存在的。在这种情况下，男人们相互交替，一个人去旅行，另一个人则留下来与女人在帐篷里共寝。“一个男人睡在两个女人中间的事情是有的，但是一个女人睡在两个男人中间的事情是不存在的。这可能就是男人和女人的区别吧”几个黑尔印第安老人在1961年这样对未婚的、看上去还非常年轻的我说道：“他们认为夫妻是一种原则上具有分离可能性的非持久性人际关系”〔1〕。男女同居只是在情投意合期间就可以了的想法反映了这种观点。因此，所谓的白头偕老在那里是不存在的。当然也有上了年纪后还与同一个人一起快乐生活的……夫妻，对此周围的人和本人都认为“他们是偶然合得来才会和多年生活在一起”。在现实中，离婚和一时的分居经常发生。如前所述，男女同居是不是顺利的重要决定因素是这两个人作为猎手和皮鞣者的劳动能力是不是达到了一种平衡。也就是说，西

〔1〕 原，1989，273～，280页。

欧近代夫妻理念中的“两个男女为了加深爱情而一同度过漫长岁月”的这种想法,在黑尔印第安的男女生活中仅处于次要的位置。在这种社会下,父母和子女的关系也必然是流动的^[2]。

另外,文化人类学的文献还介绍了火耕社会的男女关系的情况。正如本书所叙述的,在巴布亚新几内亚和婆罗洲,“火耕原则上由夫妻共同进行,田地一般也是夫妻共同所有。但是,如果有两位妻子的话,则土地为分别所有”,“在一个社会里一夫多妻的情况也是存在的。在这种情况下,由于家族内部存在着数位已婚女性,所以必须拥有多块木薯田。在联合家庭的情况下,旱稻田看上去是没有界限的一块,但事实上被等分的田地由各个妻子分别经营”^[3]。

从这些例子可以清楚地看出,家族关系和生产活动是密切相连的。在狩猎采集社会,正像上面所讲到的,在家庭里或者说夫妻之间虽然存在生产劳动成果的交流,但是生产资料的家族所有并不具有什么特殊意义。在定居农业社会,当家庭成了以土地等持续性生产资料所有为基础的生产单位时,持续性家族关系就成了主流。总的来说,从农耕社会发

[2] 原,1989,242,245~。

[3] 包括引用在内,请参照本书45页。

展起来的近代文明,在历史的长河中,决定了家族的应有社会形式。如果是这样的话,在现在的发达国家里,由于家族不再是生产共同体,它只具有消费共同体功能,所以在那里所见到的家族关系欠缺稳定性,离婚率高涨,不婚家庭的增加,家族关系逐渐解体的现象也就不难理解了。另外,由于在家族关系并不稳定的狩猎采集社会——黑尔印第安人的社会里也存在着情投意合的夫妇,双方性情是否相投当然也是不能忽视的因素,这一点我想就不用再多加说明了吧……

二 国家论和文化人类学

文化人类学的成果在公法领域的作用主要发挥在国家起源这一问题上。在狩猎采集社会,人类平等主义被彻底地贯彻执行。这一点在我读文化人类学文献时吃了一惊。据中根教授讲,火耕共同体的平等性,在火耕社会过渡到水耕社会,阶层出现之后,发生了崩溃^{〔4〕}。另外,就首领制来讲,从原始的大人物制发展到首长制,再发展到更加复杂的阶级社会的契机是什么?在文化人类学里展开的不是思辨式的国家论,而是以活生生的数据为基础的国家论。

〔4〕 本书28页。

还有,领土制与国家论、私权论有什么样的联系?这也是一个很有趣的问题〔5〕。

如果把阶级社会的出现、首领制的形态和领土的问题相结合的话,是不是可以得到一些国家论方面的启示呢?当然现阶段这不过是一种揣测而已,但是直觉告诉我这也许是可行的。

三 对文化人类学的期待——以所有权和入会权为例

以上主要是向法律学者发出了重视文化人类学成果的呼吁,相反,如果文化人类学者也能够重视法学概念,把以事实为根据的分析与法学概念的框架加以对比的话,可能会更加准确地把握调查对象的社会情况。就本书所涉及的所有权问题来讲,虽然所谓的“所有权”不是一个特殊的技术上的概念,但是如果大多数文化人类学者能从“所有权”的角度认识社会的话,可能很多事例会被分析的更加透彻。另外,如果文化人类学者熟悉入会权这个概念的话,在涉及撒网捕猎的社会里是不是存在狩猎的共同体限制这一问题时,会马上

〔5〕 从 Dyson-Hudson, 1978, 21 中可以得出本书的内容与领土制重合这一观点,请参考这个很有趣的文献。

联想到入会权的。

四 取得时效的社会基础

另外,取得时效产生的社会基础问题,从文化人类学的角度进行考察的话可能也会有新的发现。在法学中,时效制度被评价为,“没有一个制度像时效制度那样在各个社会、时代中发生如此巨大变化”,“虽说没有比时效制度更为重要的制度了,但是像它那样难以掌握的制度也是少见的”等等。至今为止,还没有哪个学说可以对时效制度的存在意义进行明确的解释^{〔6〕}。大陆法系民法中的时效制度起源于罗马法的时效制度,即十二表法时代^{〔7〕}的 *usucapio* ^{〔8〕}。这一制度规定如果连续 2 年持续占有土地的话就取得土地所有权。关于日耳曼法固有的取得时效——*Jahr und Tag* 的期间,学说中虽然存在着分歧,但是一般认为是 1 年或者是 1 年零 6 个星期^{〔9〕}。

〔6〕 引用来自冈本,1989,362;於保,1953,1;金山,1994,3 等。有关学说情况的一般探讨,请参照松久,1984,541~等。

〔7〕 公元前 5 世纪。

〔8〕 使用取得。

〔9〕 石田,1927,144。

这种极为短暂的占有取得时效到底意味着什么？这一问题使我想起了本书所提到的一些国家的现象。比如在土地私人所有权还没有确立的阿伊努人的社会，在休耕过程中，如果维持了土地周边的田埂的话，则可以保留再开垦的权利〔10〕。再比如，在印度蒙达人的村落里，只要在收获后的稻田、田地中央放上那些前端用草等捆扎的小树枝进行公示的话，则可以继续使用土地，但是如果没有这样公示的话，则不能排他性使用土地〔11〕。

正如本书所再三强调的，土地所有权这个概念不仅有利于权利人本身，还具有使社会整体生产力最大化的功能。从这个角度考虑的话，取得时效制度的成立，是不是也和土地所有权的成立一样具有某种社会功能呢？在粮食生产量不足，粮食生产的增加成为社会整体所期望的事情的时候，把那些不使用的土地闲置下来绝不是一件好事。赋予人们以使用那些长期闲置土地的社会积极性，也就是说，如果在社会上存在着把社会整体生产力确保在一定程度上的需要的话，就会产生使这种需要制度化的社会需求，而在此基础上成立的，不就是那个通过两年的占有就能取得所有权的

〔10〕 本书21页。

〔11〕 本书82页。

usucapio 制度吗？并且我们可以推测，以这种社会需求为基础的制度通过与其他社会需求相结合，最终发展为一般取得时效制度。有人认为在古罗马只存在相对所有权秩序，绝对所有权的成立是以后的事情。在这里我只想做如上的推测，不敢断言^[12]。在执笔本书时，我翻阅了有关古代取得时效制度的文献，但是没有找到任何可以证实这一推测的具体佐证……但是，如上面所叙述的，土地取得时效制度发生的社会基础如果在文字化的法律产生之前的社会里就已经存在的话，不能否认从法制史文献去寻找它将是非常困难的。如果真是这样的话，那么对成为文化人类学调查对象的，被某个人取得后又处于非使用状态的土地的所有权状况进行广泛的考察，则有可能证明上述这种推测有多大的成立可能性。由于考察时效制度之现实的资料存在于古代历史产生以前，要证实它是很难的，就连通过历史性验证提示假说也是非常困难的，所以从这里也能看出文化人类学在法学上的巨大意义。

[12] 吉野，1972。虽然与本书的内容没有什么关联，关于罗马的所有权法，请参照 Diósdí，1983 这个非常有意思的文献。

五 法人类学和法解释学

当然,上面所讲的这些研究,对法律条文的文字解释来说起不到什么直接作用。本书只是很例外地涉及了一些条文的解释,本书的研究中心是描绘所有权、入会权、无形产权的制度基础。作为法人类学的研究题目在上面所列举的家族问题的研究、国家问题的研究,与其说对家族法、宪法、行政法的条文解释起什么作用,不如说它们可以明确这些制度的基础。土地取得时效制度也是如此。法律学者们如果不仔细地考虑这些基础性问题,只仅仅对条文作出解释的话,法律学者的作用就不过只是玩弄法律文字的手艺人罢了。我认为当我们在进行条文解释时,只有掌握了法律制度的整体,才能作出具有稳定性的法律解释。

在我的处女作——《财产法的体系和不当得利法的构造》中,我曾经试图从财产法的整体去把握被文字化了的法律体系构造。而此次的研究志在探索法律制度被文字化以前的法律制度的社会基础。此次不过就所有权、入会权、无形产权的问题进行了研究,还有很多领域没有涉及。而我一个人的能力也是有限的。因此,在这里我想呼吁学界的各位关注文化人类学等领域的成果,一同去尝试探索各种法律制

度的根源。当然,作为法学研究的一部分,我会与那些志同道合的人一起继续开拓这种工作。在此我希望不同专业的学者们从事的这种研究能开拓社会科学、人文科学的新天地,使学术综合性发展。以此作为本书的结尾,就此搁笔。

参考文献一览

阿伊努文化保存对策协议会,1970:《阿伊努民族志》

青木晴夫,1979:《美洲·印第安——他们的生活与文化》

青山道夫,1963:“非洲土地习惯法的构造”,载《亚洲经济研究系列》第48集

赤坂贤,1985:“农耕民——文化变化与适应”河合雅雄编:《来自非洲的构想——文化与进化的接点》

赤岭政信,1983:“冲绳久高岛的‘门中制’——理解久高岛村落祭祀组织的预备考察”《民族学研究》47卷4号

浅子和美 = 国则守生,1994:“公地的经济理论”宇泽弘文 = 茂木爱一郎编《社会的共通资本——公地与都市》

亚洲经济研究所,1961:《尼泊尔的农业和土地制度》

Allen Allen & Hemsley 法律事务所,1994a:“澳大利亚联邦原住民权原法 Q&A——Mabo 判决及其之后——(1) ~ (5·完)”(齐藤隆广译)《国际商事法务》22卷3号

Allen Allen & Hemsley 法律事务所,1994b:“Mabo 判决及其之后——以判决要旨及澳大利亚联邦原住民权原法为中心”(齐藤隆广译)《国际商事法务》22卷3号

饭岛正,1976:“尼泊尔的土地制度和土地改革”《亚洲研究所纪要》3号

饭田幸郎,1980:“外观设计法再考·参考·私考——1 外观设计制度的诞生”《发明 THE INVENTION》77卷7号

石井真夫,1987:“澳大利亚住民的文化与生活”(“大发现时代”的大洋洲)石川荣吉编(冈正雄 = 江上波夫 = 井上幸治监修)《民族的世界史 14 大洋洲世界的传统与变化》

石川荣吉,1970:《原始共同体——民族学的研究》

石川荣吉 = 梅棹忠夫 = 大林太良 = 蒲生正男 = 佐佐木高明 = 祖父江孝男,1987:《文化人类学事典》

石黑一宪,1994:《国际摩擦与法——没有指南针的日本》

石田文次郎,1927:《土地总有史论》

石田文次郎,1929:《Gierke 的团体法论》

石田文次郎,1944:《Gierke 的法学》

伊谷纯一郎 = 米山俊直,1984:《非洲文化的研究》

伊谷纯一郎,1986:“人间平等起源论”伊谷纯一郎 = 田中二郎编著:《自然社会的人类学——在非洲生存》

市川光雄,1976:“班姆布提·俾格米人的狩猎生活”《自然》31卷4号

一ノ瀬惠,1991:《蒙古的生活》

稻村哲也,1987:“安地斯耕地的牧民和农民的关系”伊藤亚人 = 关本照夫 = 船曳健夫编《现代的社会人类学 2 礼仪与交换行为》

稻村哲也,1993:“游牧民社会的现状”蒙古学术远征队《蒙古环境调查报告书》

稻村哲也,1994:“在北方针叶林和大草原的交界处——蒙古最北部的驯鹿游牧”季刊《民族学》70号

- 稻村哲也,1995:《大羊驼与羊驼——安地斯先住民的社会与畜牧文化》
- 稻村哲也 = 古川彰,1995:“尼泊尔·喜马拉雅·夏尔巴人的环境利用——Junbesi·Basa山谷的游牧——”《环境社会学研究》第1卷
- 稻本洋之助 = 戒能通厚 = 田山辉明 = 原田纯孝编著,1983:《欧洲的土地法律制度——法国·英国·西德——》
- 今西锦司,1974a:“草原行”《今西锦司全集 第2卷》
- 今西锦司,1974b:“游牧论”《今西锦司全集 第2卷》
- 上杉富之,1992:“婆罗洲的火耕农民·穆鲁特人的劳动力供应法”《社会人类学年报》18卷
- 上田传明,1974:《印第安宪法崩溃史的研究》
- 上田传明,1979:《印第安请求委员会的研究》
- 上田传明,1992:“因纽特法与加拿大宪法”汤浅道男 = 小塚正行 = 大塚滋编《亚洲法 16 法人类学的地平面》
- Washburn, Wilcomb E.,1977(富田虎男译):《美洲·印第安——他们的文化与历史——》
- 潮见俊隆,1968:“入会权的历史”川岛武宜编《注释民法(7)》
- 内堀基光,1984:“一个火耕民族的历史——沙捞越·伊班人的情况”大林太良编(冈正雄 = 江上波夫 = 井上幸治监修)《民族的世界史 6 东南亚的民族与历史》
- 梅棹忠夫,1990a:“回想蒙古”《梅棹忠夫著作集 第2卷》
- 梅棹忠夫,1990b:“割草的蒙古”《梅棹忠夫著作集 第2卷》
- 梅村坦 = 小川了 = 高井清仁 = 谷泰 = 永田雄三 = 松原正毅 = 三木亘,1984:“座谈会 伊斯兰世界的畜牧民”永田雄三 = 松原正毅编《伊斯兰世界

的人们3 畜牧民》

Wolff, Jonathan, 1994 (森村进 = 森村たまき译):《Nozick 所有·正义·最小国家》

榎阳介, 1987:“所有与构成——澳大利亚原住民的土地与社会”牛岛严编《象征与社会的民族学——筑波大学创立10周年纪念民族学论集——》

恩格斯, 1985 (户原四郎编):《家族·私有财产·国家的起源》

大崎雅一, 1991:“卡拉哈迪狩猎采集民——布须曼人的定居化及其影响”田中二郎 = 挂谷诚《人的自然志》

大塚和义, 1993:“阿伊努的杂粮栽培及它的社会作用——以17世纪以后的情况为主”佐佐木高

明编《农耕的技术与文化》

大塚久雄, 1969:“共同体的基础理论”《大塚久雄著作集第7卷》

大塚柳太郎 = 田中二郎 = 西田利贞, 1974:《生态学讲座25 人类的生态》(大塚柳太郎执笔部分)

大贯良夫, 1978:“安地斯的环境利用——垂直统治的问题”《国立民族学博物馆研究报告》3卷4号

大贯良夫, 1980:“秘鲁南部的安地斯西斜面的环境利用”《国立民族学博物馆研究报告》5卷1号

大贯良夫, 1982:“中南美洲”祖父江孝男监修 = 星村平和编辑代表《社会学科中的文化人类学 上》

大林太良, 1983:“火耕的文化与生态”大林太良·著集代表《日本民俗文化体系 第5卷 山民与海人——非平地民的生活与传承——》

冈田宏明, 1994:《北方的文化志——生活在冰雪圈的人们》

冈本沼次,1989:“意大利取得时效制度的构造与特质(1)”《民商法杂志》100卷3号

小贯雅男,1985:《游牧社会的现代》

小贯雅男,1993:《世界现代史4 蒙古现代史》

於保不二雄,1953:“时效的引用及时效利益的放弃”《法曹时报》5卷7号

甲斐道太郎,1967:《土地所有权的近代化》

甲斐道太郎 = 稻本洋之助 = 戒能通厚 = 田山辉明,1979:《所有权思想的历史》

海外技术协力事业团,1963:《尼泊尔农业调查报告》

戒能通厚,1980:《英国所有权法研究》

戒能通孝,1948:“村落生活与入会权”《入会的研究》

戒能通孝,1977a:“入会地的官民所有区分的进行过程”《戒能通孝著作集 V 入会》

戒能通孝,1977b:《戒能通孝著作集 IV 所有权》

挂谷诚 = 杉山佑子,1987:“美洲中南部·疏林带的本巴人的火耕农耕”牛岛严编《象征与社会的民族学——筑波大学创立10周年纪念民族学论集——》

片仓もとこ,1979:《阿拉伯笔记 探求阿拉伯人的原像》

葛野浩昭,1988:“驯鹿放牧的管理体制”《季刊民族学》43卷

葛野浩昭,1990:《驯鹿的社会志——在北纬70度放牧的人们——》

加藤雅信,1993:“资本主义民法与社会主义民法——以中华人民共和国的民法·经济法为素材——”《现代民法学的展开》

加藤雅信,1996:“总有论、合有论中的小法人论的构造”《星野古稀 日本民法学的形成与课题 上》

金泽良雄,1968:《水法》法律学全集15

金山直树,1994:《时效理论展开的轨迹》

鹿野腾彦,1979:“喜马拉雅高地的移动放牧”アニマ71号

川喜田二郎,1956:“对 Nepal 的民族地理学的若干考察 第2报 居住形态、地域组织、民族集团的生态学及对西藏人村落 Tsumje 的研究”《民族学研究》19卷3·4号

川岛武宜,1949:《所有权法的理论》

川岛武宜,1968:《注释民法(7)》

川岛武宜,1983:《川岛武宜著作集第8卷》

川岛武宜,1986:《川岛武宜著作集第9卷》

川岛武宜 = 潮见俊隆 = 渡边洋三,1961:《入会权的解体 II》

康德,1969(吉泽傅三郎译):“人伦的形而上学”《康德全集第11卷》

岸上伸启,1990:“接触 = 传统期的加拿大·因纽特人的露营集团的构成原理——以1934年 Cape Smith 地区的因纽特人的事例为例”社会人类学年报16卷

北讲太郎,1991:“阿伊努人的固有法与日本的法政策”汤浅道男 = 小塚正行 = 大塚滋编《亚洲法16法人类学的地平面》

木下太志,1995:“新几内亚高地的人口支持力、适度人口以及 Boserup 模式”《民族学研究》59卷4号

木村秀雄,1985:“玻利维亚西北部·安地斯东斜面上的中部农村的环境利用——以 Amarete 村为例”《国立民族学博物馆研究报告》10卷1号

Robert D. Cooter = Thomas S. Ulen, 1990 (太田胜造译):《法与经济学》

熊谷开作, 1988:“民法典中的‘入会权’的制定”《日本的近代化与土地法》

栗生武夫, 1943:《“狩猎权”入会的历史及其他》

栗田靖之, 1986:“不丹·喜马拉雅生态形态的多样性”《国立民族学博物馆研究报告》11 卷 2 号

乡太郎, 1987:“关于 19 世纪瓜哇的共同体土地所有”《社会人类学年报》13 卷

Cole, Donald Powell, 1982 (片仓もところ译):《游牧民贝都因人》

小谷凯宣, 1982:“北美洲”祖父江孝男监修 = 星村平和编辑代表《社会科学中的文化人类学 上》

小谷凯宣, 1990a:“阿拉斯加原住民诸要求解决法 (ANCSA) 抄译”小谷凯宣编《北方诸文化的比较研究 (文部省科学研究费补助金·综合研究 A 研究成果报告书)》

小谷凯宣, 1990b:“阿拉斯加原住民的生活的变迁——以“阿拉斯加原住民要求解决法”为中心”《民族文化的世界 (下) 社会的统合与动态》

小谷凯宣 = 冈田宏明, 1984:“北美洲”大贯良夫编 (冈正雄 = 江上波夫 = 井上幸治监修)《民族的世界史 13 民族交错的美洲大陆》

小长谷有纪, 1991:《蒙古的春天》

小林茂, 1980:“尼泊尔中部马嘉人的耕地制度及景观变化”《史林》63 卷 2 号

小林茂, 1993:“尼泊尔·喜马拉雅的 Common Field System”佐佐木高明

编《农耕的技术与文化》

小山修三,1988:“澳大利亚人·澳大利亚原住民的社会再编的人口论考察”《国立民族学博物馆研究报告别册》15号(小山修三执笔部分)

Service, Elman Rogers,1972(蒲生正男译):《现代文化人类学2 狩猎民》

Service, Elman Rogers,1991;增田义郎监修《民族的世界》

Sahlins, Marshall David,1972(青木保译):《现代文化人类学5 部族民》

佐佐木高明,1970:《热带的火耕》

佐佐木高明,1972:《日本的火耕》

佐藤俊,1987:“骆驼游牧民的生计活动与饮食生活”福井胜义=谷泰编《畜牧文化的原像——生态·社会·历史》

佐藤弘明,1984:“波也拉人的生计活动——木薯的使用和耕种”伊谷纯一郎=米山俊直编著《非洲文化的研究》

佐藤弘明,1991:“定居的狩猎采集民巴卡俾格米人”田中二郎=挂谷诚编《人的自然志》

篠塚昭次,1962:《借地借家法的基本问题》

篠塚昭次,1974:《土地所有权与现代》

清水展,1981:“Mt. Pinatubo 矮黑人的经济生活”《东洋文化研究所纪要》87册

清水展,1984:“采集狩猎民社会的改变——历史中的皮纳图博矮黑人”大林太良编(冈正雄=江上波夫=井上幸治监修)《民族的世界史6 东南亚的民族与历史》

庄司博史,1993:“最后的火耕——1930年代芬兰北卡累利阿地区”佐

佐木高明编《农耕的技术与文化》

末原达郎,1984:“天波人的火田农业”伊谷纯一郎 = 米山俊直编著《非洲文化的研究》

末弘严太郎,1924:《农村法律问题》

铃木二郎,1987:“现代的澳大利亚人·澳大利亚原住民”石川荣吉编(冈正雄 = 江上波夫 = 井上幸治监修)《民族的世界史 14 大洋洲世界的传统与变化》

Stein, Rolf Alfred,1993(山口瑞凤 = 定方晟译):《西藏的文化 决定版》

须藤健一,1984:“珊瑚礁岛的土地所有及资源利用体系——对密克罗尼西亚群岛、撒塔瓦尔岛事例的分析”《国立民族学博物馆研究报告》9 卷 2 号

Smith, Adam,1947(高岛善哉 = 水田洋译):《格拉斯哥大学讲义》

祖父江孝男 = 米山俊直 = 野口武德,1977:《文化人类学事典》(端信行执笔部分)

高石义一,1983:“软件保护的课题”《ジュリスト》784 号

高仓新一郎,1972:《新版阿伊努人政策史》

高桥是清著 = 上塚司编,1976:《高桥是清自传(上)》

武井正臣 = 熊谷开作 = 黑木三郎 = 中尾英俊,1989:《林业人会权——其完善及课题》

田中正司,1988:《亚当·斯密的自然法学》

田中二郎,1976:“追迹骆驼游牧民——朗迪耶人的生态学研究——”《自然》31 卷 4 号

- 田中二郎,1984:“生态人类学”绫部恒雄编著《文化人类学的15个理论》
- 田中二郎,1987:“干燥的对策——非洲的狩猎采集民与游牧民——”福井胜义 = 谷泰编《畜牧文化的原像——生态·社会·历史》
- 田中二郎,1990:《布须曼人 生态人类学上的研究》(新装版)
- 玉置泰明,1989:“吕宋岛东北部的都马稼人——对菲律宾·矮黑人的定位”《民族学研究》53卷4号
- 俵孙一,1898:“冲绳县的土地制度”《国家学会杂志》12卷137号
- 丹野正,1977:“姆布蒂人撒网狩猎的狩猎活动及群落的构成”伊谷纯一郎 = 原子令三编《人类的自然志》
- 常本照树,1990:“阿拉斯加先住民的权利与法”杉原泰雄 = 樋口阳一 = 浦田贤治 = 中村睦男 = 笹川纪胜编《和平和国际协调的宪法学——深濑忠一教授退官纪念——》
- Diódsdi, György,1983(佐藤笃士等译):《罗马法所有权法的理论》
- Taylor, Veronica L,1995:“新·比较法5 多文化社会中的商业和法律的价值”《時の法令》1503号
- Dupuis, Jacques,1976(水野勉译):《喜马拉雅》
- 特许厅,1984:《工业所有权制度百年史(上卷)》
- 特许厅,1985:《工业所有权制度百年史(下卷)》
- 富田虎男,1986:《美洲·印第安的历史(改订)》
- 鸟越皓之,1989:“村落与共同体”合田涛编《现代社会人类学》
- 中尾英俊,1968:“入会权的权利内容”川岛武宜编《注释民法(7)》
- 中尾英俊,1984:《入会林野的法律问题(新版)》

中尾英俊,1986:“共同渔业权的归属与权利主体”《西南学院大学法学论集》19卷1号

中田薰,1970:“德川时代村落的人格”,“明代初年村落的人格”《法制史论集》第2卷

中根千枝,1955:“有关 Tripura 州原住民的民族学调查报告”《民族学研究》19卷1号

中山信弘,1982:“计算机·软件及著作权法”《ジュリスト》778号

中山信弘,1984:“关于软件保护问题的日美对立”《季刊现代经济》

WINTER

中山信弘,1993:《工业所有权法(上) 特许法》

仲吉朝助,1928a:“琉球的地割制度(1)”《史学杂志》39编5号

仲吉朝助,1928b:“琉球的地割制度(2)”《史学杂志》39编6号

仲吉朝助,1928c:“琉球的地割制度(3·完)”《史学杂志》39编8号

並河治,1977:“在喜马拉雅所见的森林破坏”《自然》32卷10号

新田敏,1990:“共同渔业权的法律性质及渔业补偿”《法学研究》(庆应义塾大学)63卷12号

农林省开拓局编 = Kinney, Clesson S. 著(出版年月日不明):《灌溉及水权》(农业水利参考资料第2辑第3分册)

Hagen, Toni, 1989(町田靖治译):《尼泊尔》

Burger, Julian, 1992(铃木清史翻译部分):《世界的先住民族》

Burch, Ernest S., 1991(Stewart, Henry 译):《图说 爱斯基摩的民族志——生活在北极的人们历史·生活·文化》

浜本幸生,1999:《共同渔业权论 对平成元年7月13日最高裁判决的

批判》

林善茂,1969:《阿伊努人的农耕文化》考古民俗業书 4

原ひろ子,1989:《黑尔印第安人及其世界》

原ひろ子,1990:“狩猎采集民黑尔印第安人——对性差别的最小必要充分条件的考察”伊藤亚人著者代表《民族文化的历史(下)社会的统合及动态》

原田纯孝,1980:《近代土地租赁法的研究》

原田庆吉,1955:《罗马法 改订》

Pease G. Y., Franklin = 增田义郎,1988:《图说 印加帝国》

Bista, Dor Bahadur,1982(田村真知子译):《尼泊尔的人们 I》

福井胜义,1974:《火耕的村庄》

福井胜义,1987:“畜牧社会的研究及其课题”福井胜义 = 谷泰编著:《畜牧文化的原像——生态·社会·历史》

黑格尔,1953(高峯一愚译):《法的哲学上》

平凡社世界大百科事典,1956:

Hoebel, E. Adamson,1984(千叶正士 = 中村孚美译):《法人类学的基础理论——未开化人的法——》

松原正毅,1990:《游牧民的肖像》

松久三四彦,1984:“时效制度”星野英一编《民法讲座 1》

松山利夫,1988:“阿纳姆地原住民·澳大利亚原住民、吉南人的狩猎与食物制约”《国立民族学博物馆研究报告》12 卷 3 号

松山利夫,1993:“澳大利亚人·澳大利亚原住民的萌芽性农耕的要素”佐佐木高明编《农耕的技术与文化》

松山利夫,1994:《生活在桉树森林中——以澳大利亚原住民的生活和神话为基础》

Maddock, Kenneth,1986(松本博之译):《澳大利亚原住民 社会人类学的素描》

三岛淑臣,1991:“近代哲学上的所有理论——以卢梭和康德为中心”《现代所有权论》(法哲学年报)

水本浩,1966:《借地借家法的基础理论》

水本浩,1971:《借地借家法的现代课题》

水本浩,1973:《土地问题与所有权——土地的私权应该是怎样的——》

村上淳一,1979:《近代法的形成》

Mauss, Marcel,1981(宫本卓也译):《爱斯基摩人的社会》

茂木爱一郎,1994:“世界中的公地——对斯里兰卡和英国的情况的分析”宇泽弘文=茂木爱一郎编《社会的共通资本——公地与都市》

森村进,1995a:《财产权的理论(法哲学讲义6)》

森村进,1995b:“卢梭的‘但书’与自由尊重主义”《成城法学》48号

Morgan, Lewis Henry,1958(青山道夫译):《古代社会 上卷》

山田隆治,1969:《蒙达人的农耕文化复合》

山本纪夫,1992:《印加的后裔们》

山本弘文,1985:“土地制度的现状与变迁”法政大学冲绳文化研究所久高岛调查委员会编《冲绳久高岛调查报告书》

结城史隆,1983:“布基农人的协力组织——对火耕民的日常活动及农业协力组织的动态分析——”《民族学研究》47卷4号

由川稔,1992:“政治——新宪法的制定与政治动向”青木信治=桥本胜

编《入门·蒙古国》

杨海英,1991:“围绕家畜与土地展开的蒙古族与汉族的关系——以鄂尔多斯为例”《民族学研究》55卷4号

吉川和宏,1995:“先住权的保障——澳大利亚原住民与阿伊努人”《东海法学》14号

吉田集而,1986:“关于巴布新几内亚伊万姆人的农耕民俗分类的预备性报告”《国立民族学博物馆研究报告》10卷3号

吉野悟,1972:《罗马所有权法史论》

卢梭,1966(小林善彦译):“人间不平等起源论”《世界名著30 卢梭》

Locke, John,1955(铃木秀勇译):“统治论”《世界大思想全集 哲学·文艺思想篇8 Milton, John; Locke, John; Hume, David》

Locke, John,1988(鹤饲信成译):《市民政府论》

渡边洋三,1957:“入会权的真实情况及性格(1)”《社会科学研究》9卷3号

渡边洋三,1960:《土地·建筑物的法律制度(上)》

渡边洋三,1962:《土地·建筑物的法律制度(中)》

渡边洋三,1977:《土地与财产权》

渡边洋三=稻本洋之助,1982:《现代土地法的研究(上)》

渡边洋三=稻本洋之助,1983:《现代土地法的研究(下)》

渡边洋三=中尾英俊,1975:《日本的社会与法》

Berndt ed.1982:“Aboriginal Sites, Rights, and Resource Development”

Brice-Bennett ed.1977:“Our Footprints Are Everywhere: Inutt Land Use and Occupancy in Labrador”

- Case, D. 1984: "Alaska Natives and American Laws"
- Demsetz, H. 1967: "Toward a Theory of Property Rights, 57" American Economic Review, Papers & Proceedings
- Driver, H. E. 1969: "Indians of North America" 2ed., revised
- Dyck 1983: "The Negotiation of Indian Treaties and Land Rights in Saskatchewan. In Aborigines, Land and Land Rights" (Nicolas Peterson and Marcia Langaton eds.)
- Dyson-Hudson 1978: Human Territoriality: An Ecological Reassessment, 80 American Anthropologist 1
- Federal Field Committee for Development Planning in Alaska 1968: "Alaska Natives & the Land"
- Feit 1989: "James Bay Cree Selfgovernance and Land Management. In We Are Here: Politics of Aboriginal Land Tenure" (Edwin N. Wilmsen ed.)
- Freeman 1976: "Report: Inuit Land Use and Occupancy Project. 3 Vols."
- Gautam, R. = A. K. Thapa-Magar 1994: Tribal Ethnography of Nepal, Vol. II.
- Hardin 1968: "The Tragedy of the Commons" Science 162 December 1243.
- Hiatt ed. 1984: "Aboriginal Landowners; Contemporary Issues in the Determination of Traditional Aboriginal Landownership"
- Hiatt ed. 1989: "Aboriginal Land Tenure and Contemporary Claims in Australia. In We Are Here Politics of Aboriginal Land Tenure" (Wilmsen ed.)
- Mabo v Queensland (1992) 175 CLR 1; 66 ALJR 408; 107 ALR 1.
- Parna Prakash Nepal 'YATRI' 1983; Rautyte Folk Life. (本书是用尼泊尔

文撰写的。由于无法印刷尼泊尔的文字,所以在此引用了翻译后的题目。另外,作者在自己的名字前加入了‘YATRI’这一尼泊尔语,意思为“雪男”,反映了作者的幽默)

Peterson and Langton eds. 1983: “Aborigines, Land and Land Rights”

Posner, R. 1977: “Economic Analysis of Law, 2nd ed.”

Regmi, M. C. 1976: “Landownership in Nepal”

Regmi, M. C. 1978: “Land Tenure and Taxation in Nepal”

Smith, A. 1978: “Lectures on Jurisprudence” (R. L. Meek, D. D.

Raphael, P. G. Stein ed.)

Williams 1986: “The Yolngu and Their Land: A System of Land Tenure and The Fight for Its Recognition”

译后记

2007年3月中国诞生了第一部物权法。今年是物权法颁布施行的第5个年头。物权法中存在的问题正在日益显现,5年的积累使我们对物权法重新进行审视成为了可能。值此之际,加藤雅信教授的《所有权的诞生》中文版在大家的努力和帮助下得以出版,我感到非常欣慰。

加藤雅信教授1946年出生于东京,1969年毕业于东京大学法学部,历任名古屋大学研究生院法学科教授,哈佛大学、伦敦大学客座研究员、哥伦比亚大学、夏威夷大学、北京大学客座教授,现任上智大学法科大学院教授、名古屋大学名誉教授。加藤雅信教授以不当得利为研究起点,之后其研究涉及到了民法的各个领域。在物权法领域他提出了三层民事法律行为理论,在不当得利领域他提出了法律体系投影理论,在不法行为领域他提出了综合救济体制理论。近年来加藤教授开始涉足法人类学,法社会学领域,完成了“所有,契约,社会”三部曲的研究。目前,加藤教授又把经历投入到了日本民法典财产法的全面修改工作上,任“民法修改研

究会”的代表,并主持出版了《日本民法典财产法修改暂行方案》一书。他精通数种外语,治学严谨,知识渊博,在孜孜不倦的研究中形成了自己独特的体系。作为日本著名的民法学家,其影响已经超越了日本和亚洲,获得了世界性的声誉。

在前言中被加藤教授称为最爱的这本《所有权的诞生》是加藤教授多年来心血和思考的结晶。本书依据文化人类学、法律学、经济学的各种资料,横跨四分之一世纪,对农耕社会、游牧社会、狩猎采集社会以及近代社会中的所有权的存在形式进行了研究,揭示了所有权产生的根本原因,其视角和结构皆令人感到耳目一新。对中国读者来说,本书的意义尤为重大。中国物权法把所有权分为国家所有权,集体所有权和私人所有权三类。可是为什么把所有权要分为这三类?各个所有权的具体内容是什么?它们和其他国家的所有权概念是相同的,还是不同的,为什么会存在这些不同等等到目前为止都没有一个合理的解释。特别是在有着特殊历史背景的集体所有权上还存在着很多争议。

加藤教授认为是所有权存在的原因在于保护和刺激对生产资料的资本投入。即,承认土地所有权的原因在于保护和刺激对农业的资本投入,承认无形财产权的原因在于保护和刺激对发明创造的资本投入。对于那些需要促进生产率的应该赋予所有权。相反,对于那些不需要促进生产率的,

或者过度促进生产率会带来一定危害的,则不应该赋予所有权,应该赋予入会式的权利。比如,近代国际社会中的海面区域利用权,就不应该赋予所有权,应该赋予入会式的权利。这个结论好像交给了我们一把解开“要不要保留集体所有权?”,“保留集体所有权的意义在哪里?”的钥匙。建议读者在阅读本书时对比思考我国所有权的状况。在加藤教授对蒙古、印第安、尼泊尔、菲律宾、印度等多个国家和地区的所有权形成之前的社会形态的描述中,你会隐约地找到中国集体所有权的影子。依据这把钥匙你会逐渐接近中国所有权问题的答案。希望这本书能抛砖引玉,推动我国物权法的研究。

在翻译上,本书严格遵循忠于原著的原则,在内容上未作任何的修改。为了帮助读者更好地理解本书的内容,对一些在技术方面必须加以说明的地方译者加注了译者注。对民族名、地区名、外国人名、著作名、机构名等译者按照以下的原则进行了翻译。在国内存在约定俗成的翻译语时(比如卢梭、康德),采用了中文翻译语。在国内不存在约定俗成的翻译语时,考虑到变通翻译不利于读者查阅相关资料,采用了英文表示。此外,对卷末中所列举的日文文献以汉字的形式进行了翻译,而西文参考文献则保留了原有格式。由于翻译难度大和时间紧迫,难免存在错误瑕疵,请读者批评指正。

感谢加藤教授的信任,给我这样一个难得的学习机会。感谢法律出版社的高山编辑等编审人员的鼎力支持和配合,以及所有对本书给予过帮助和支持的同事们和朋友们。最后,也把这本书送给陪伴我翻译,并伴随这本书一起诞生的我的儿子。

郑芙蓉

2012年3月于日本名古屋

图书在版编目(CIP)数据

“所有权”的诞生 / (日)加藤雅信著;郑芙蓉译.
—北京:法律出版社,2012
ISBN 978-7-5118-2909-2

I. ①所… II. ①加…②郑… III. ①所有权—研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第255633号

“所有权”的诞生

加藤雅信 著
郑芙蓉 译

责任编辑 高山 董飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787毫米×1092毫米 1/32

印张 6.625 字数 109千

版本 2012年10月第1版

印次 2012年10月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2909-2

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)