

〈論文〉

オーストラリアにおける先住権原と構成信託の法理
— オーストラリア先住民の土地所有 —

金城秀樹

目次

はじめに

第一章 オーストラリア土地法の二重構造

第二章 イギリス法の継受

第三章 先住権原と構成信託

小結

はじめに

近代社会は、主権の問題すなわち対外的には最高権、対内的には統治権を国家という枠組みで論じてきた。国家内の社会秩序の維持に必要な法規範あるいは法体系は原則として国家の一元的体制の下で規律されてきた。連邦制をとる国家の場合でも、それぞれの地域（自治共和国あるいは州などの区分けは様々であるが）に一定の決定権を附与しつつも、最終的には全体社会との整合性を保持して法規範あるいは法体系が構成されている。

しかし、近年、国家という枠組みの中に、歴史的、文化的に全く異なる社会的発展をたどってきた異質の社会集団の存在が認識されるようになった。このことは近代国家の形成の過程で常に存在した問題であるが、二つの理由から、もはや無視することができなくなってきたのである。ひとつは、経済的にグローバル化が進み、地球的規模での開発の進展とともに、開発から押し出された少数民族が浮き彫りにされてきたことである。もうひとつは、人権問題を論じてきた国連において、人権に関する条約、宣言、決議などの国際的文書がおおむね揃い、最後に、国家内における少数民族の人権問題を国際社会が取り上げるを得なくなったことである⁽¹⁾。

本稿の目的は、国家統合による物理的強制力によっても同化を拒絶し、依然として異質性を保持する国家内の社会集団に対して、先進国として対応してきたオーストラリアの先住民政策を例として、一国家内における一元的法構造をいかにして保ちながら、異質な社

会集団の権利を国家法に包摂したかを探ることにある。

(1) 波多野里望「先住民の復権」札幌法学8巻1号13頁, 1996

第一章 オーストラリア土地法の二重構造

オーストラリアにおける先住民問題は、かつては「オーストラリアの大いなる沈黙(Great Australian Silence)」⁽¹⁾として、できるだけ触れず、むしろ封じ込めの政策が取られた。しかし、地球的規模の経済開発、国連を中心とした人権規定の整備など国際的環境の変化と国内的には先住民の政治意識の高揚により、国家として先住民の権利を無視し続けることが困難となった。民族和解をテーマにした2000年のシドニー・オリンピックの開会式はその一例である。

オーストラリアの先住民問題でとりわけ重要な課題は土地の伝統的所有にかかわるものである。オーストラリアの先住民は、土地に対し特別な関係を持ち、政治生活・社会生活において土地がすべてなのである。本国イギリスによる植民地政策、イギリス法規範の押し付けは先住民にとっては土地の支配のしかたを根底から覆す政治破壊・社会破壊であり、先住民の先祖伝来の土地返還要求は、たんなる財産回復を意味するものではなく、先住民の伝統的集団の存続にかかわる要求なのである。

オーストラリアの国家法としての土地法体系は、基本的には本国イギリスの土地法を継受したものである。国土すなわち土地については、すべて国王(Crown)に帰属するという擬制のもとに、国王あるいはオーストラリア連邦成立後は各州政府の譲与(grant)により、各種の土地の権利が承認されてきた。

イギリス法では、1925年の土地法の大改革により⁽²⁾、土地の権利は、コモン・ロー上、絶対的単純不動産権(estate in fee simple absolute in possession, いわゆるフリーホールド freehold)と絶対的定期賃借権(term of years absolute, いわゆるリースホールド leasehold)とにまとめられた。リースホールドはフリーホールドから派生する権利であり、フリーホールド上にリースホールドが設定され、占有の移転がなされた時に、このリースホールドは排他的占有をとめない、排他性はフリーホールド権者にも及ぶ。リースホールド権者の現実占有に対し、フリーホールド権者は、リースの期間終了により、復帰権(reversion)として現実占有の取得が保証される。

財産としての土地の支配のしかたは、時代、地域集団により異なるのは言うまでもないが、大陸法系では dominion, 英米法系では freehold という法概念により土地の支配の法

的承認がなされてきた。イギリス土地法の概念であるフリーホールドは、全国土は国王に帰属する（したがって全国土の所有権 **ownership** は、国王に帰属する）という観念的擬制のもとに、国王の譲与により私人が取得する土地の権利である。しかし、フリーホールドは究極の所有権は国王に留保されている権利概念であり、条件を満たさない場合は不動産復帰（**escheat**）により国王に返還されるものとされた。そのため、自由な使用、収益、処分権を包摂する絶対的土地所有権としての大陸法上の **dominion** とは区別されるものである。

封建制度のもとで創出されたフリーホールド概念は、本来的には、封建的負担（**feudal incidents**）をともなつての現実支配と不可分の概念であった。しかし、封建的負担が撤廃され、「究極的には土地は国王に帰属する」という観念的形式は保持されているとはいえ、現在のフリーホールドの概念は、目的物たる土地の使用、収益、処分を自由になしうる権能があり、また、現実占有ばかりでなく、地代受領の権利も占有（間接占有）となることが承認されていることからして観念的の支配も認められ、実質的に **dominion** と変わるところがなくなってきた。フリーホールドは近代的所有権の要素としての「私的性質」「観念性」「絶対性」を備えた近代的所有権概念となったのである⁽³⁾。

オーストラリアがイギリスの植民地となり、イギリス法が適用されたとき、オーストラリア全土は国王地であるとの宣言がなされた。しかし、オーストラリアにおいては、国王による譲与がすべての土地に対してなされたのではなかった。譲与されないままの土地が多く存在するのである⁽⁴⁾。イギリス法が適用されたとはいえ、広大な領土をもつオーストラリアにおいては、私人の利用のないまま放置された、いわゆる未譲渡の土地 **Vacant Crown Land** が存在するのである。イギリス法とは異なる、オーストラリアの土地法の特殊性が、この未譲渡の土地の存在と、本来フリーホールド上に設定されるリースホールドとは別に、**Vacant Crown Land** に直接設定されていった土地賃借権（**Crown lease**）の存在である。

1993年に成立したオーストラリア連邦法である先住権原法（**Native Title Act**）は、伝統的先住民の土地の支配をそのまま承認したものである。つまり、イギリス法上承認される土地の現実的具体的支配のしかたとは全く異なる支配を、国家的に法的権利として認めたとのことである。先住民の土地の具体的支配のしかたは、西欧的土地支配のしかたとは全く異なる。先住民は、まずもって共同体的（**communal**）に土地と関係する。イギリス法（**コモン・ロー**）は、そのような共同体的権利を制度として認めてはいない。

オーストラリア先住民をひとまとめにする概念は、先住民意識のなかには存在しないが、伝統集団と土地との関係は、全体として狩猟採集生活に規定されて類似の関係が創出され

る。血縁関係で結ばれた集団は、儀礼および宗教生活を一義的なものとし、経済生活を含む世俗生活を二義的なものとする。儀礼を通じて先住民が精神的に一体化する宇宙が自然を含む空間であり、具体的には土地である。この土地の範囲、すなわち各集団の土地の領域は神話時代（dreamtime）に定められたものであり、人為的な変更は不可能なものである。したがって、各集団は一義的生活を通じて一定の土地を観念的に支配するのである。

他方、二義的な実際の生活においては、自然条件に左右されてさらに細分化された集団により土地が占有される。狩猟採集生活では、常に移動がありその占有状態は固定的ではない。また、自然条件によりこの土地の境界内に他の集団が侵入することが許される。ただし、儀礼の挙行、埋葬の場としての聖地（sacred site）に限り、同一の集団の構成員のみ、あるいは男子構成員のみの立ち入りが許される。したがって、聖地を除いて、各集団の構成員は、観念的に支配する土地の領域内を、経済活動のため自由に移動しうるのである。先住民のこのような土地の支配あるいは土地の利用は、コモン・ロー上、どのように理解されるのかである。

先住民が最初に土地の権利を主張し提訴したゴープ・ケース（Gove Case）⁽⁵⁾において、北部特別地域最高裁判所は、コモン・ロー上、所有権の対象となる財産（property）の概念には、利用・享受の可能性、譲渡性、排他性が含まれていなければならないとした。先住民の土地の支配のしかたは、観念的支配の側面からすれば、使用価値の享受を認めることができるが、現実支配の側面、すなわち経済生活のレベルにおいては、他の集団の自由な立ち入りが許され、また、集団の構成も血縁の結びつきからの集団間での構成員の出入りによる移動で固定的ではないから、先住民の土地の支配のしかたは、同一の集団による土地の排他的占有状態があるとは言えないと判示した。

すなわち、狩猟採集民による一定の土地の占有は、一時的に排他性をともなう占有状態が存在しても、決して固定的なものではなく。自然条件により、その期間も定まるものであり、このような一定の土地を構成員の固定しない集団による一時的占拠利用は、コモン・ロー上、占有として認められないと結論づけたのである。さらに交換価値としての譲渡性は全く認められないとして、コモン・ロー上の財産概念からすれば、先住民の支配する土地は、そもそも所有権の対象たる財産にあたらなかった。こうした土地に先住民が何らかの権利を有するには、明示的な法規あるいは明確な政策によるものでなければならないとした。

このことを実現したのが、先住権原法である⁽⁶⁾。ここで、先住権原（native title）とは、「慣習法あるいは慣習にもとづき保持され、オーストラリアのコモン・ローによって承認される土地あるいは水面に対する先住民の共同体的、集団的あるいは個人的な権利と利

益」と定義される。先住権原は、慣習法あるいは慣習により決められるものであり、土地の占有をとまなう場合もあれば、必ずしも占有をとまなわない場合もある。

先住権原は土地の現実的占有を基礎としない土地上の利益の享受である。この場合、利益とは必ずしも経済的利益を指すものではなく、むしろ土地に対する精神的関係 (spiritual relation) によりもたらされる精神的利益である。先住民は精神的関係を有する土地を「自己のもの」とする明確な所有意識を観念的に保持しているが、現実生活の中では、自己の所有と意識する土地を経済的活動のために利用するとは限らず、場合によっては一生立ち入ることもない場合があるとされる。したがって、先住権原を近代的意味での、少なくともコモン・ロー上の概念での土地所有権と把握することはできない。

先住権原法は、国家法としての土地法とは別に、全く異なる概念を土地の権利として認めたものであり、また対象者が特定の者と限定されれば、確かに法の下での平等に背理し、国家法の整合性を失わせることにもなりかねないのである。

- (1) W.E.H.Stanner, "After the Dreaming", Australian Broadcasting Commission, 1969, p.18
- (2) イギリス土地制度は、1925年に大改革がなされ、土地の登録制度基本にした6つの制定法が立法化された (Law of Property Act, Administration of Estate Act, Land Charges Act, Settled Land Act, Trustee Act, Land Registration Act)。この財産立法の目的は、複雑な土地法を単純化すること、及び、土地の譲渡をできる限り容易にすることであった。これにより、コモン・ロー上の不動産権が限定され、フリーホールド、リースホールドを除く従来の不動産権は、すべてエクイティ上のものとしてのみ存続することになった。
- (3) 甲斐道太郎『土地所有権の近代化』初版2刷、1977年、有斐閣、70頁
- (4) オーストラリアの面積は約768万平方キロ、日本の国土のおよそ20倍である。公有地は約177万平方キロ、そのうち未譲渡地すなわち譲与のなされていない土地 (Vacant Crown land) は約98万平方キロ、残りの大半は自然保護のため留保された土地である。私有地は約482万平方キロ、そのうちフリーホールドが約158万平方キロ、いわゆる国王賃借地 (Crown leasehold) は約324万平方キロである。その他、先住民のための土地 (Aboriginal land) が約109万平方キロ、このうちフリーホールドが約71万平方キロ、リースホールドが17万平方キロ、保護地 (Reserve) が約20万平方キロである。したがって、Aboriginal Land及び先住民のための土地となる可能性のあるVacant Crown landを単純に計算すると国土のおよそ69%に達する。"Aboriginal Tenure", 1993 edition 1, Commonwealth Government Printer, Canberra 1993
- (5) 1969年オーストラリア北部アーネムランド内のゴープ半島イルカラ地区の先住民が、土地に対する権利を主張して、北部特別地域(現北部準州)最高裁判所に提訴した事件。ブラックバーン判事(Blackburn J.)は、原告がクランであることを理由に、コモン・ロー上、クランのような集団による共同体的土地所有権は認められないとし、原告適格なしとして却下した(1971年4月)。
- (6) Native Title Act 1993, s24 - 1 (a)

第二章 イギリス法の継受

オーストラリアの法制度は、オーストラリアが植民地化されたときの事情により決定された。1788年、本国イギリスからの最初の船団が現在のシドニーに到着、イギリス国旗が掲げられ、植民地創設宣言がなされ、以来、ニューサウスウェールズ全土（現オーストラリア全体）にイギリスの主権が及んだこと、土地の所有権はすべてイギリス国王に帰属したことの二つは自明のこととされた。その理由は、この新領土が、いわゆる無主地（*terra nullius*）、すなわち誰のものでもない土地と扱われたからである。

オーストラリアにおいては、正式にイギリス法が継受されたのは、オーストラリア裁判所法（*Australian Courts Act, 1928*）が制定された時とされる。裁判所法 24 条に、「本法が通過した時にイギリス本国で効力を有するすべての法と制定法は、それが植民地で適用されうる限り、ニューサウスウェールズの法廷での司法運営において適用される」とある。以来、イギリス土地法の多くの部分が、ニューサウスウェールズすなわちオーストラリアの土地法の基礎となったのである。このように、本国イギリスの法が当然のごとくオーストラリア全土に適用されたのは、オーストラリアが無主地に建設された植民地であるとの認識から出発している。

ヨーロッパ全体が、海外の植民地を求めていた頃、新領土発見の際の国際法上の主権の問題、すなわち新領土の取得の理論的根拠と、私法上の側面からの土地所有権の問題が論議された。国際法上、領土主権を取得する承認された法的方法は、併合（当時は征服を含む）・割譲・先占である。当時、ヨーロッパ社会でもっとも大きな影響をあたえていた理論は、スイス人ヴァッテルの「国際法」（1758）であった。

ヴァッテルの見解は、産業革命に突入したヨーロッパ社会における問題点を代弁するものであった。生産性の向上による豊かさから生じる人口の増加と都市部への集中、そして市場獲得のための自由貿易の拡大など、激動する社会の中で、ヨーロッパ大陸そのものの狭隘感を背景にして主張されたものであった。ヴァッテルは、人間にとって、農業こそ有用性と必要性を持つものであり、土地の耕作が人間に課された義務であり自然法にも添うものであると主張する。

この主張を前提として、「誰も住んでいない」という概念を拡大するのである。誰にも帰属していない土地は、最初の占有者に帰属する。「住民のいない無主の土地」を発見したときは、先占により合法的に占有することができる。他方、ヴァッテルにとって、遊牧民とは、労働を避けるために土地の耕作をせず、人間の義務をおこたっている。このような遊牧民が、不必要なまでに広大な土地を不当に手に入れていると述べる。したがって、耕作のためにその一部を農耕民すなわちヨーロッパ人が占有しても、なんの問題もないとす

る。

ヴァッテルのこうした主張が、無主地の概念を拡大する根拠をあたえたのである。結局、先住民が住んでいても、ヨーロッパの基準での文明に達していないところは無主地とされたのである。「ヨーロッパの基準からみて」、社会的および政治的に組織化されていない部族や住民の居住する地域は、無主地とされたのである。国際法がただちに国内法として有効になるわけではない。

イギリスでは、ブラックストーンによって、この領土主権の理論がコモン・ローに導入された。ブラックストーンの「イギリス法釈義」(1765～69)によれば、先占の対象となる土地とは、不毛で未耕作 (desert and uncultivated) な土地であり、これが「誰も住んでいない」土地についてのコモン・ロー上の定義となった⁽¹⁾。コモン・ローでは、イギリスの領土取得の方法は、本国に近い地域 (adjacent islands) と遠隔地 (distant countries) とに区別される。後者はさらに、先占と、征服・割譲による領土取得の方法に分けられる。ブラックストーンの定義にしたがい、分類の指標は耕作か未耕作かである。

征服あるいは割譲による領土取得とは、人々がすでにそこで耕作をしている場合であり、彼らの権利は自然法あるいは彼らの法を尊重せねばならないとされる。すなわち「単なる主権の変更は、私権に影響を及ぼさない」⁽²⁾ のである。他方、先占による領土取得とは、不毛で未耕作な土地の場合で、母国からの移住により建設された「移住による植民地 (settled colonies)」である。このような領土においては、イギリス法がただちに施行されるのである。オーストラリアは、先占による植民地とされたのである。

キャプテン・クックが長い航海の後、新たに発見した広大な土地に上陸したとき、彼らが見たのは、農耕の痕跡さえ見当たらない、原始的石器文化さながらの狩猟採集民であった。クックは、彼らが政治的に組織された秩序ある集団であるとは思ってもよらなかったであろう。クックは、コモン・ローの領土取得の方法にしたがって、当然のごとく、そこは無主地であると判断し、イギリス領有宣言をしたのである。領有宣言により、オーストラリア全土でイギリス法が適用されることになったが、それを明示的に確認したのが、オーストラリア裁判所法である。

さらに、オーストラリアが平和的な移住によって建設された植民地であることをあらためて確認したのがイギリス枢密院の判決である⁽³⁾。その後は、すべて土地の権利は、イギリス法上の概念を基礎とし、土地を利用する私人ににあたえられてきたのである。先住民は存在しないものとして、なんの補償もなしに私権を剥奪されてきたのである。

国際社会が、先占による領土取得の明らかに誤った無主地概念をあらためるまでにおよそ200年を待たなければならなかった。1975年、国際司法裁判所は、1884年に先占による

取得であるとしてスペインの海外領土となった西サハラが、スペインが植民地にした時、この地域がいかなる法的地位にあったかについての勧告的意見を、国連総会から求められた。

国際司法裁判所は、スペインが西サハラを植民地にした当時の国家実行では、「社会的政治的組織を有する部族や住民の居住する地域は無主地とはされなかった」ことは明らかであり、西サハラは、部族民ではあったけれど、彼らを代表する機能をもつ部族長の下にある人々が住んでいたものであり、あきらかに社会的政治的に組織されていた。したがって、西サハラは無主地ではなかったと結論づけた⁽⁴⁾。これがただちにオーストラリアにあてはまるわけではないが、「社会的政治的組織」のヨーロッパの基準のご都合主義を否定したことは間違いない。

オーストラリアという国家の建設は、イギリスからの移住によって1901年に成し遂げられた。しかも、移住したときに、オーストラリア大陸には誰も住んでいなかったという虚構の上に国家建設がなされた。1992年、オーストラリア連邦最高裁判所（Australian High Court）は、オーストラリア先住民の伝統的な土地支配が法的占有（possession）であることを初めて認めるとともに、オーストラリア領土そのものが、先住民の固有の土地を奪うことによって取得されたものであるとの見解を公式に示した。

さらに、最高裁は、「オーストラリアは無主地への移住による植民地である」という国家建設史の伝統理論を放棄する宣言を出し、オーストラリア土地法史を根本から覆した。いわゆるマボ判決である⁽⁵⁾。この判決は、先住民の土地に対する慣習的諸権利がイギリスの植民地下でも存続したこと、そして、あらためて先住民の伝統的土地の支配を法的に認めためたもので、最高裁90年の歴史の中で最も重要な判決の一つである。

(1) William Blackstone, "Commentaries on the Law of England", vol.1. 1765, pp104-5

(2) Amodu Tijani v. Secretary, Southern Nigeria [1921] 2AC399, Kent McNeil "Common Law Aboriginal Title" Clarendon Press, Oxford, 1989, p2

(3) Cooper v. Stuart, 1889, Kent McNeil ibid, p121

(4) Western Sahara Case (1975), 東壽太郎「西サハラ」『国際司法裁判所・判決と意見』国際書院, 1986年, 471頁

(5) Mabo v. The State of Queensland (No.2) (1992) 175 CLR 1, 66 ALJR 408

第三章 先住権原と構成信託

オーストラリア先住民にとって、従来の支配のしかたによる土地の権利の承認は重要な意味を持つ。すなわち、土地に対する権利は、彼らにとっては政治的社会的組織の基盤となるものである。単なる財産的権利ではなく、伝統的集団の存続に関わる問題であり、集団の自治あるいは自己決定権までも含むものである。他方、オーストラリア国家にとっては、本質的に全く異なる土地支配を法制度して承認することは、国家内に二重の法制度を認めることであり、いわば国家内に二重の主権を認めることにもなりかねない。したがって、先住民の伝統的土地支配を承認するにせよ、国家法としてのコモン・ローと矛盾しないことの理論的根拠を示す必要がある。そのために用いられたのが信託法理である。

イギリスの信託は、イギリス中世土地法の必要性から生じたものであり、歴史的経過の中で、一般的法制度として形成されたものである。信託は他人による財産管理の一手段であるが、土地の管理がその起源である。土地信託は、土地保有者 A が、その土地の法的権利（コモン・ロー上の不動産権）を他の者 B（受託者）に譲渡し、それを A の指名する者 C（信託受益者・エクイティ上の権利者）の利益のために保有するというものである。

信託は、一般的には、明示、黙示、復帰、構成信託の4つに分類されるが、オーストラリアにおける先住民の土地の権利の承認の根拠として用いられたのが構成信託（Constructive Trust）である。構成信託は、たとえ受託者と呼ばれないとしても、信認関係（fiduciary relation）⁽¹⁾の存在が基礎となる。構成信託は、法の作用により生じる他の信託とは異なり、受託者の行為の結果として、裁判所によって課せられる、当事者の意図とは全く関係なく生じる信託である⁽²⁾。イギリス土地法を継受したオーストラリア法では、オーストラリア全土の土地所有権は、イギリス国王に帰属する。法理論的には、私的所有を認めるためには国王による譲与（grant）、オーストラリア政府が出来てからはオーストラリア州政府による形式的な譲与が必要であり、その結果、フリーホール드가設定される。すでに述べたように、広大な面積をもつオーストラリアでは、所有権者である国王による譲与がなされないままの土地が存在する。その際に、当該土地の国王の持つ所有権はどのような性質をもつのかである。

イギリスの土地法理論は、ノルマン・コンクエスト（1066年）により、「すべての土地はある領主から、究極的には国王から出発して保有され」⁽³⁾るという擬制を一般化し、すべての土地をその枠組みに取り込んだのである。すなわち、領主のいない土地はありえないのであって、「国土が国王によりすべての直属受封者（tenant in chief）にすっかり譲与された」⁽⁴⁾との擬制がなされたのである。擬制であるからこそ、この網の目から逃れた土地はイギリスには存在しないのである。オーストラリアも例外ではない。イギリスが海外

に植民地を獲得し、イギリス領土として主権を取得し、イギリス法を導入した時から、現地の法（native law）とコモン・ローとの軋轢は常に生じていた。

これについて、イギリス自身は解決する努力を怠り、問題の発生した現地で、理論的には正しい法原則を欠いたまま、植民地の役人によって、その場その場の解決がなされたのである⁽⁵⁾。これが、コモン・ロー継受国とはいえ、それぞれの国で異なるコモン・ローが発展した要因である。コモン・ローは概念規定の上に成立した法体系ではなく、裁判所が裁判の制度原理を適用することによって、その時点で成立する法規範である。

海外植民地からの最上級審であるイギリス枢密院（Judicial Committee of the Privy Council）は、「単なる主権の変更は私権を消滅させないと」と判示し、コモン・ローに現地の法あるいは慣習いわゆる先住権原を取り込むことになった。先住権原の概念がコモン・ローに取り込まれたため、従来のイギリス土地法の原理が基礎権原（radical title）として区別されることになった。基礎権原とは、すべての土地に対し国王に付与されている究極的な権利を指す。

一般的に無主地の法理に関していえば、誰も住んでいない土地に対して主権を獲得することにより、国王はその土地の絶対的な受益的所有権を取得する。他に所有者がいらないからである。コモン・ロー上のこの法理が、他の社会集団が占有、居住している土地にも拡大されて適用されてきたのである。他の社会集団が占有、居住していることが認識された場合、国王の基礎権原が絶対的な受益的所有権といえるかどうか。

オーストラリアにおいては、国王の基礎権原にもとづく譲与という仮定は真実ではない。多くの土地は譲渡されないままである。オーストラリア最高裁判所は、「国王の主権が受益的所有権をとまなうのは、たまたま以前に先住権原の存在していなかった土地の場合に限られる。自らの基礎権原により国王は、土地を自らのものとして収用することもでき、また、他者に譲渡することができる。こうした行為により先住権限を消滅せしめうる。しかし、国王がそうした行為に出るまでは、植民地の形成時に、先住民の法や慣習にしたがって存在した伝統的な先住民の利益は存続する」⁽⁶⁾と判示したのである。つまり、基礎権原を行使しなかった場合、先行する権利や利益は、国王の持つ基礎権原上の責任であり、受託者あるいは受託者としての義務（fiduciary duty）となる。

国王は、信託における先住民を受益者とした受託者の地位にある。したがって、Vacant Crown Landの真の所有権者は信託受益者である先住民ということになる。いわゆる構成信託の適用である。このようにして、法理論上、国王の究極的な所有権が存在すると思われる土地に対して先住権限を認める理由づけを行ったのである。信託法理論を駆使することにより、本来的にはコモン・ローの埒外にあった先住権原の概念を取り込んだのである。

先住権原は現地の法権原である。この権原はイギリス法体系には属していなかった地域が、植民地化により、あらたにイギリス法が導入される際に、国王の究極的権原である基礎権原に対応して発想された概念であり、本来的には、コモン・ロー概念に包摂されるものではない。これをいかにコモン・ローに取り込むかである。このような意味では、コモン・ローはきわめて柔軟である。

新たな領土は、国王地宣言により究極の土地処分の権原としての基礎権原が観念される。基礎権原の行使による譲与がなければ、先住権原は存続する。基礎権原の行使がなければ、実態は、新たな支配者などいない植民地化以前と全く同じである。しかし、基礎権原は可能性として潜在的に存在するのである。国王が基礎権原を行使し、譲与がなされたとき、基礎権原が顕在化するのである。

したがって、先住権原は、基礎権原を究極の権原として組み立てられたイギリス土地法とは対極にある概念であるが、対立するものではない。基礎権原があるから先住権原がある。逆に、基礎権原という概念は、先住権原に対応する概念として観念されるのである。

コモン・ローが先住権原を認めたことは、コモン・ローに取り込まれたことを意味する。というのは、先住権原はコモン・ローの制度ではない。コモン・ローが先住権原を認めるのは、コモン・ローと両立しうる限りにおいてである。つまり、基礎権原の行使によりコモン・ロー上の権利が発生したところでは、先住権原は認められない。基礎権原は、先住権原の譲与、譲渡はできない。先住権原は存続か消滅かのいずれかである。

Vacant Crown Land 上の先住権原は、コモン・ローの概念である土地所有権を含むが、この場合フリーホールドへの転換が認められる。あきらかに、コモン・ローへの編入である。すなわちコモン・ロー体系への取り込みであり、また取り込みが可能ということである。先住権原の承認は、コモン・ローを基礎とするイギリス土地法、オーストラリア土地法との二重構造ではあるが、決して二元構造ではないのである。

- (1) 信認関係とは、信頼関係 (confidential relation) と同義語であるが、当事者の一方が相手の信頼を受け、その者の利益を念頭において行動、助言をしなければならないという関係一般をさす。狭義では、受託者と受益者、後見人と被後見人、代理人と本人との関係のように当事者の法律関係から当然に信頼関係が認められるものをさす。(英米法辞典、東京大学出版会)
- (2) A.J. オークリー『構成信託』、青山信託法研究会訳、札幌法学9巻1号、1997年、5頁
- (3) W.H.B. Simpson, "A History of the Land Law", 2th ed., Clarendon Press, p3
- (4) *ibid.* p3
- (5) Kent McNeil, *ibid.* p2
- (6) R.H. Bartlett, "The Mabo Decision", Butterworths, 1993, p. iv

小結

オーストラリア土地法の困難さは、土地法史を時系列的に辿ることによって理解されるものではないことである。オーストラリアの200年の歴史の中で、1992年のマボ判決により、先住権原が承認されたことによって、遡ってその意味の理論づけをしなければならないのである。オーストラリアは、理論上は、無主地への平和的移住により建設された植民地であり、その延長線上での国家の形成があった。無主地への移住を否定したことは、すべての前提を覆すことになる。現実の歴史は、その前提にしたがって、イギリス法の全面的継受をし、土地法の分野では、イギリス土地法上の観念とその手続きにしたがって土地の処分が行われてきたのである。しかし、土地法制として認めるべきでない先住権原を、正しい現実認識のもとで認めざるをえなかった。そのために、先住権原を認める理由づけを歴史の中に見出さなければならなかったのである。

しかも、イギリス法システムが貫徹した場面では、それを覆してまで土地法理論及び土地政策を再構成するのは全く非現実的である。すでにイギリス法システムによる現実の占有とそれを保証するイギリス法上の権利が存在するからである。幸いなことに、広大な国土の中で、形式的にはイギリス法のシステムでありながら、実質的には、放置されたままの土地が存在したからこそ、伝統的な土地の支配の存続する土地の返還がその部分においては可能となったのである。その際、信託理論を援用し、イギリス土地法と矛盾なく、先住権原の存続の根拠を説明したのである。

オーストラリアはすべて国王の所有権に帰属するという前提を変えずに、実は国王の権利に制限のあることを、信託理論を用いて説明する。すなわち、遠くアフリカにおける枢密院判例を引き合いにし、主権の変更は私権に及ばず、したがってイギリスによる植民地宣言による主権の獲得が、ただちに先行する土地の権利を消滅させるものではない。土地の究極的権原である基礎権原を行使しなかった場合の国王の有する権利は、全てを含む絶対的所有権（*plenum dominion*）ではありえない。中味のない空虚な所有権にすぎないのである。先住権原が消滅して初めて受益的所有権（*full beneficial ownership*）となるのである。

イギリスの偉大な法律家メイトランドは、信託の考案と発展は、「イギリスの法律家のもっとも傑出した業績」⁽¹⁾と述べているが、ここでもそのすぐれた法律効果を発揮したのである。「実に、信託法は生きた法律である。常に新しい法律効果を創造」⁽²⁾するのである。

オーストラリアにおける先住権原と構成信託の法理

- (1) F.W. メイトランド『エクイティ』トラス 60・エクイティ研究会訳 有斐閣 1991年 25頁
- (2) 大阪谷公雄『信託法の研究 [上] 理論編』信山社 1991年 292頁 信託についての、マンスフィールド卿の言葉