

アジア土地法への視座

金子 由芳*

1. 本稿の目的

今日アジア諸国は、世界銀行等の国際開発機関が主導する政策ダイアログのもとで長期経済社会開発計画を策定し、行政運営のあらゆる側面での拘束を受けている。法整備についても然りであり、開発計画に依拠した立法計画や司法制度改革が立案・実施されてきた。その政策路線は新制度派経済学に導かれ、ワシントン・コンセンサスと通称される貿易・投資自由化を通じた経済開発志向である。なかでも外資導入政策に直結する経済法制分野においては、世銀等が具体的なモデル法を指し示して法整備支援を実施し、構造調整融資の付帯条件（コンディショナリティ）を通じて一定期間内にモデルに沿った立法化の実現を義務づけ、また各国のモデル法の踏襲度合いを格付け評価する法整備指標（legal indicators）などの手法により、外資導入促進型の法制度の設計が強く促されてきた¹。土地法もまた、そのような外資促進型法整備の文脈にある。

なかでもアセアン諸国は、1980年代から日本に学ぶ自国産業育成・輸出志向型の新構造主義的開発政策を志向し「東アジアの奇跡」とも称されたが、1997年勃発のアジア通貨危機を契機に、世銀・IMFの強力な介入によりワシントン・コンセンサスに従う政策転換が起こった。アジア危機後の緊急救済融資のコンディショナリティには一連の法制改革リストが織り込まれ、世界的にも初めて、一国の立法政策が国際開発機関の融資条件に

* 神戸大学大学院国際協力研究科教授

よって法的に拘束を受ける事態となった（金子2004）。他方で、ベトナム・カンボジア・ラオス・ミャンマーなどの市場経済化諸国でも、とくに1990年代に相次ぎアセアンに加盟して以降、貿易・投資自由化型の法整備は加速し、2000年代のWTO加盟で揺るぎない路線となった（金子2019）。

アセアン諸国に対して国際開発機関が主導する法整備の焦点領域は、一つは倒産法・会社法・証券取引法・担保法など、主に株式市場を通じた企業金融関連の法整備であるが、他の側面として土地取引市場を活性化する土地法改革が挙げられる。日本の支援が基本法典の整備や中小企業育成型の企業法制など生産的投資活動の制度基盤に関心を向けるのに対して、国際開発機関は証券市場・不動産市場など「投機」の場と言ってよい基盤整備に向けられてきたことは注目に値する。この傾向はアジア通貨危機を契機に鮮明となった。当時、危機発生の原因構造をめぐっていわゆる外因説と内因説の対立があり、このうち外因説はすでに1990年代を通じて進んでいた規制緩和により株式市場・不動産市場において形成された外資牽引型のバブル経済が通貨危機の原因であったとする見地から、法整備の規制強化を示唆した。じじつIMFの初期対応は外因説に依拠した規制強化策であった。しかし世銀は、地場企業セクターの脆弱性を強調する内因説に依拠し、IMF長官が米国議会の圧力で更迭されると、世銀の規制緩和路線が主流化した²。すなわち株式市場における外資促進型のモデル法として、倒産

企業に公的資本注入を行う見返りに既存債権者の譲歩を強行し外資の企業買取りに資するチャプター・イレブン型倒産法、債権者・労働者等のステークホルダーの発言権を減じた取締役会主導メカニズムに依拠する米国会社法、企業資産総体に包括根抵当を設定し営業譲渡を促進する担保法などが推奨された。土地法分野では、アジア各国が農地保全意図で設けてきた土地流動化規制や外資規制の緩和が推奨されるとともに、農民の私権の一斉登記（land titling）を推進し、この際に登記されない土地を公有地とみなし外資コンセッション（waste land management）が促進された³。

このようにアジア諸国の現在の法整備は、アジア通貨危機を一つの契機として、投機経済を制御する規制強化ではなくむしろ更なる投機経済の活性化へ向けて方向づけられてしまったおそれがある。2008年の世界金融危機はその方向性に警鐘を鳴らしたが、国際開発機関の方針は変わらなかった。それを外資導入型経済開発政策の手段と称するが、その実態は、健全な生産活動を行う外国直接投資とは対極の、株式市場や不動産市場における投機的投資の基盤づくりである。

本稿は、アジア諸国の土地法分野に焦点を当て、国際開発機関が主導する改革の法的性格を明らかにし、またこれを歴史軸に位置づけ、政策的帰結を予測することを目的として、方法的枠組みを提示する。

2. 先行研究による示唆

土地法は各国それぞれの歴史的経緯を反映して多様性が著しく、国境を超えた比較検討の方法論は確立しているとは言えない。

比較法学による比較土地法の先行研究は、大陸法と英米法の二項対立を前提に、その技術的な架橋をめざすもので、非西欧諸国法はそのいずれかに振り分けられる。Van Erp (2008) は、ナポレオン民法典以来の近代大陸法諸国の財産権法の共通原則として、物権・債権の分離 (summa divisio)、物権の対世効 (erga omnes)、物権法定主義 (numerus clausus) とその相対化、物権変動の要件など着眼し、大陸法と英米法を対比し架橋しようとする。しかしこれら財産法の諸原則は所与とされたまま、それらが18世紀ローマ法継受による近代法整備ないし英国判例法形成の過程で確立された意図、またそれら原則が19世紀資本主義法において究極的に強化されながらも20世紀に大幅な修正を必要とした理由について、本質的な説明はなされない。他方 Zimmermann, Visser & Reid (2004) は、大陸法と英米法の両要素が一国法において混淆するスコットランドや南アフリカの土地法を検討したが、しかしその検討はアジア・アフリカの諸国法に向かうことはない。比較法学によるアジア・アフリカ法への態度は、「法の移植・法文化」研究と称して、旧植民地諸国を旧宗主国の版図に沿って大陸法・英米法のいずれかに分類するのみである⁴。そのため、大陸法・英米法の要素を収斂させた究極の資本主義法ともいふべきアジア植民地

法の本質は、比較法学の本流では研究対象とされてこなかった⁵。

その対極に位置づけられるのは、法人類学の見地からの土地法研究への貢献である。Benda-Beckmann, Benda-Beckmann & Wiber (2008) は、アジア・アフリカ社会の実証的な観察に根ざし、権利の相対性・多様性を包摂しうる財産権の再定義の方法論を論じた。Benda-Beckmann らは、Demsetz (1967) を嚆矢とする開発経済学が単純化・絶対化した財産権概念の道具的利用を厳しく批判し、財産権を財と社会的主体との動的な関係性として捉え直したうえで、そのような関係性の多様性・重層性を改めて分類定義していくための方法論を詳述する。第一に、財産権の静的な法制度について、単に「権利の習合 (a bundle of rights)」と片づけることなくより詳細な制度設計に立ち入る分析の視角として、権利の主体 (social units)、客体 (property objects)、態様 (rights and responsibilities) に着眼した細分類を促す。第二に、そのような法制度が現実社会の具体的な関係性の中で揺れ動く動態 (concretised social relationship) を、土地紛争やその解決過程の実証的観察から明らかにする。第三に、これら静的な制度設計や動的な紛争解決の背景をなす制度全般のイデオロギーを読み解く。このような方法論は、財産権を無主地・国有地・集団所有地・私有地の4分類で塗り分けて単純化する開発経済学の過ちを克服し、財産権の実態をより精密かつ正確に把握することを可能にし、理論化や政策選択に

資するものであるとする (ibid. p.23-29)。

本稿においても、Benda-Beckmann らの示唆する方法論に依拠し、土地と社会的主体との動的な関係性を分類整理する視座に立って、アジア諸国の土地法の実質の理解に努めたい。ただし Benda-Beckmann らの方法論に対して、以下の3つの点で補完が必要であると考え。第一に、近年アフリカや中南米の土地紛争に関して多くの先行研究が重ねられているが⁶、その傾向として、土地法の具体的な紛争状況に関心を向けるあまり、第一段階において必ずしも実定法の特徴を精密に把握しないまま、第二段階の動的な問題状況の描写に流れていく懸念がある。第一段階で財産権法の制度設計の同定を堅固なものとしたうえでこそ、第二段階の動態の理解はより鮮明となると考えられる。そのため、権利の主体・客体・態様の特徴をより正確に把握する手法として、上記でみた伝統的な比較法研究の枠組みを便宜として踏まえることが有益と考えられる。

第二に、Benda-Beckmann らの法人類学的関心は現状の動態観察に向けられているが、現状の背後に長い歴史的経緯が存在することを無視できない。個別の紛争の歴史的経緯を辿ることには限界があるとしても、少なくとも実定法の静的設計の来歴を辿り、その制度史の背後に、おりおりの政策イデオロギーの変遷史を見出すことは、ことに Benda-Beckmann らのいう第三段階の理論研究を精緻化する助けとなると考えられる。この意味で、Hooker (1986) は、アジア諸

国の前近代の法秩序が植民地法によって塗り替えられるプロセスを丹念に追ったアジア植民地法研究の営為だが、現代に至る独立後のアジア諸国の植民地法の克服の歴史には触れない。Mattei & Nader (2008) は、植民地法の現代に至る歴史的展開を鳥瞰し洞察に富むが、その論述は政治経済学的に飛躍し必ずしも法的検証に裏打ちされていない。これに対して、日本の近代法学が、西洋資本主義法継受の奈辺を探る自問自答の中で依拠してきた法制史的視野が注目される⁷。現前の社会課題の淵源を探って、明治近代化以降の地租改正、借地権の物権化、入会判例などの実定法の変遷を辿り、前近代から引き継がれた社会秩序の変容を明らかにしようとする日本法学の内面的探究は、西洋近代法じたいが含有するイデオロギーと向き合うアジア法学の先駆といってよい。日本法学の実証的手法を、アジア・アフリカで展開された植民地法や独立後の独自立法の理解、そして今日国際開発機関が主導する土地法改革の分析に適用していくことは、Benda-Beckmann らの意図する財産法のイデオロギー的検証にとって有用な手法であると考えられる。

第三に、Benda-Beckmann らの意図する第三段階の財産法のイデオロギー的検証にとって、価値基準を明らかにする必要がある。究極目標としての「開発」定義の再論と言ってもよい。開発経済学による財産権法の評価は、主に社会的総余剰の最大化として表現される「効率」を価値基準として、あるいはそこに貢献しうる金融促進・投資拡大などの指

標により行われているが、なかには農家所得や農業生産性の向上といったミクロ的な評価指標を採用することにより、個々の人間開発・貧困削減に寄り添う立ち位置もある。いずれにせよ何らかの経済指標の向上を尺度とする計測は、たゆまざる人間活動の勤勉性を促す近代的「進歩」観を反映する。これに対して今日国際社会が共有する「持続的開発」目標は、自己目的化した経済指標の追求に終止符を打ち、土地に生きる人々自らが主役として選び取る価値選択へと舵を切った。本稿もまた、土地に生きる人々自らの「公正」感覚に依拠した「納得」を計測の基準と考えたい。

以上から、本稿におけるアジア土地法の比較検討の方法として、Benda-Beckmannら法人類学的方法的提言に沿いながら、まずは第一段階で各国の現行法の制度設計の性格を同定するために、比較法学の手法に沿って権利の主体 (who)・客体 (what)・態様 (how) の特色を分類整理する。第二段階で土地と社会内主体の関係性を凝縮する各国の土地紛争に目を向け、第一段階で同定された土地法の設計が、民衆の規範意識との間でいかなる争点を生んでいるか、法社会的視座から観察する。第三段階で、植民地法以前に遡る法制史的な時間軸を持ち込み、土地法という国家装置の争奪を繰り広げてきた政策イデオロギーの変遷を読み取る。

3. アジア土地法における私権—抽象的讓渡性の克服

(1) 抽象的所有と現実利用の乖離

比較土地法の第一段階として、私権の性格を正確に分類整理する目的で、以下では、権利の主体・客体・態様に注目する。この際、比較法学が依拠する大陸法の諸原則を比較の軸とするが、このことは近代資本主義の法イデオロギーを所与とする意図ではなく、むしろその克服に挑んできた各国法の現状の立ち位置を測る便法である。各国法の条文読解に立ち返ることにより、各国の起草者たちの政策選択を後追いつける作業ともなるが、その意味では、Benda-Beckmann らのいう第三段階におけるイデオロギー的な比較の視点を、現行法の理解に資する範囲で、第一段階で先取りする検討ともなる。

まず権利の主体 (who) について、国家、個人・法人、世帯、地域集団などの選択肢が想定されるなかで、各国法がいずれの主体に権利を賦与しているかは、すでに政策イデオロギーの鮮明な反映である。Benda-Beckmann らが批判するように、Demsetz (1967) などの開発経済学が財産権を無主地・国有地・集団所有地・私有地の4分類で塗り分けた態度は、権利の主体 (who) のみに着眼し、権利の客体 (what) や態様 (how) の相違を不問に付した点で有効な分類となり得ていないが、しかし権利の主体 (who) に関する分類としてもイデオロギー的含意を説明しておらず、有効な分類軸ではない。

権利の主体について、一般に、ナポレオン法典を嚆矢とする近代初期の資本主義法イデオロギーは、国家と個人を対置し、封建的な中間権力の否定から開始したとされる。しか

し、地域集団がゆるやかに共同する伝統的な農村秩序は、前近代性の烙印を押され消滅したのだろうか。小農とそれを取り巻く共同体の生活基盤を擁護する立場を「生存」イデオロギーと名付けうるとすれば、近代資本主義法はこれを切り捨て、富める個人・法人を主体とする「生産・投資」イデオロギーを体現したのだろうか。少なくとも市民革命の初期、封建領主支配を無償ないし有償で除却し所有権を確立したフランスの小農は、連携して集団的な農事・水利規制や警察規制を維持し、それは民法典544条にいう法律・規則による所有権の制限の文脈で捉えられ、フランス控訴院も慣習法を容認した⁸。イタリアのナポレオン民法典継受に際しても、封建制の解体後の集落共有地 *usi civici* を容認した⁹。ドイツ東部シュタイン・ハイデルベルグ改革やロシア農奴解放のミール共同体でも、集団的保有地は一部を所有権の再分配に供されながらも存続した。

19世紀後半、権利主体としての個人が階層分化し、また封建勢力転じた資本家階層が法人化し、民事主体と商事主体が分岐する状況で、「取引の安全」に政策的プライオリティを与える民法の商化が進んだ。「生存」イデオロギーは後退し、「生産・投資」イデオロギー、あるいは「投機」イデオロギーに動機づけられた資本家の食指がアジア・アフリカへ及び、経済的搾取の具として植民地法を形成した。独立後のアジア諸国法の多くが、植民地法の克服をめざし、小農を中核に据える独自立法の定立により生存イデオロギーの回

復をめざしたゆえんである。

社会主義土地法は個人・法人の私的所有を否定し、国有・集団有による「計画・生産」イデオロギーを追求した。しかしベレストロイカや中国・ベトナム市場経済化の請負経営制では、世帯・共同体が土地保有主体として復権した。

権利の客体 (what) としての土地は、権利主体との関係性における目的に応じて、宅地なり、農地なり、商工用地なりの意味・価値を有する。そのような目的の設定は、記憶を超えた過去から受け継がれる社会規範そのものであることもあるが、国家の立法装置や判例法を通じて目的が強引に書き換えられることもある。18世紀英国における農地囲い込みの立法・判例による追認がまさにそれだが¹⁰、同様に、アジア・アフリカの植民地法は後述する荒蕪地国有化宣言などの一連の制度装置により農地囲い込みを合法化した¹¹。そして今日、外資導入の名分による土地法改革は、同じ土地囲い込み現象を生起している。

権利の態様 (how) では、フランス革命人権宣言第1条が定立した近代的所有権の絶対性・排他性・永続性が、比較検討の中心軸となる。同じ「所有権」と称しながらも法的効果が相違する例があり、また所有権とは異なる名称で私権が定立される例もあり、その具体的な態様が比較の対象となる。権利の「絶対性」とは、他者の条件・制限を受けない自由を享受する意味である。権利の「排他性」は、財に対する対世的な独占的支配効 (*erga omnes*) を伴い、その侵害に対しては物権

的請求権 (rei vindicatio) が発動される。このような絶対性・排他性を備えた権利を物権 (ius in re, droit des biens, Sachenrecht, right in rem) と総称し、とくに大陸法民法典は物権を絞り込む物権法定主義 (numerus clausus) を採用した。

この物権リストの中に、所有権をも拘束する制限物権をどこまで許容とするかが論点である。大陸法民法典は、抵当権などの資本主義的要請からする制限物権に加えて、前近代から引き継がれる永小作権 (emphyteusis)・地上権 (superficies)・地役権 (servitudes) などの静的土地利用秩序を許容した。ただし、フランスでは多くの小農が封建性を打破して所有権者の地位を得たので、永続的な制限物権の設定は禁止され (1790年デクレ)、債権 (賃借権) に過ぎない普通小作が一般化した。逆に市民革命が妥協的であった地域でも、ドイツ東部のシュタイン・ハイデルベルグ改革は、小農の自立に伴い保有地の半分を切取地として封建領主 (グーツヘル) に残したので、領主階層は資本主義農業経営に乗り出し普通小作を多用した。明治近代化の日本の地租改正は担税力を基準に所有権を確定し (地券名受)、前近代に盛んであった永小作権の多くは普通小作に転じた¹²。かくして大陸法民法典は、所有権を絶対化し、制限物権を名実ともに限定し、零細農民の地位は賃借権に貶められた。

これに対して英米土地法は封建制度の伝統を受け継ぐので、「所有権」の概念が登場しない。英国では多様な権原 (title) の種

類があり (永続的な freehold や定期借地権 leasehold)、権原の絶対性・確定性も多様であり、また大陸法の物権法定主義とは異なり権原の排他性を脅かす各種の interests が存在しうる。英米法における確定的単純保有権 (fee simple absolute) が大陸法の「所有権」に相当すると考えられるが、これに対しても多様な interests の制限が及びうる。逆に借地権 (leasehold) であっても、権原の確定性が強くかつ排他性が高いものは、大陸法の所有権に匹敵する経済活動の基盤として機能する。このように複雑な英国土地法の再編は難しいが、その全てをありのまま開示し (mirror 原則) 検索を容易にする登記制度の役割が重視されている (1925年土地法・2002年土地法)。

大陸法民法典が所有権確定と制限物権の限定による「生産・投資」イデオロギーに導かれているのに対し、英米法は多様な interests 等の静的現有秩序を残す点では「生存」イデオロギーを示唆している。ただし英国法では個々の権利の複雑かつ多様な確定性や排他性をそのまま登記で公示し、土地取引に供していくので、短期的ハイリターンを志向する「投機」イデオロギーを懸念させる。

アジア諸国の土地法を私権の主体・客体・態様に沿って比較する際、比較の軸を、植民地支配を通じて直接もたらされた近代的所有権に置くことに便宜がある。独立後の土地法はその修正ないし克服の歴史であったためである。たとえばナポレオン法典そのものであった1838年オランダ民法典は、1848年以

降インドネシアに適用され、1960年農地基本法がその財産権編を書き換えるまで維持された。1899年に成立した日本民法典は大陸法民法諸原則の研究の成果であり、中国・韓国・台湾・タイの法典整備に影響を与えた¹³。1920年インドシナ民法典は社会主義国ベトナム・ラオス・カンボジアの民法典整備にも骨格を残している。イギリス植民地であった諸国も、独立後におおの土地法改革に乗り出し、その制度選択の特色を大陸法の近代的所有権との対比で捉えて行くことが可能である。

ただしアジアにもたらされた所有権は、大陸法と英米法の合作であった点に留意を要する。多くは、権利主体を個人・法人に限り地域集団の権利主体性を排除する点、権利客体として農地も宅地も一律に取引対象たる財として扱う点、権利の態様において絶対的な処分の自由を誇り、また対世効 (*erga omnes*) や物権的請求権 (*rei vindicatio*) に代表される排他性などの要素を、大陸法民法典から引き継いでいる。また物権法定主義 (*numerus clausus*) により、所有権の自由を束縛する永小作権 (*emphyteusis*)・地上権 (*superficies*) などの制限物権を最小化する。しかし他方で、英国植民地で発達したトーレンズ式権原確定登記制度に依拠して所有権を確定する。英本国の登記制度が絶対性・排他性の曖昧な諸権利のありのままの公示であるとするれば、植民地の登記制度は、大陸法民法典により絶対性・排他性が頂点まで高められた所有権を抽象的に確定する装置であった。結果として、抽象

的権利と土地利用の現実が乖離する。植民地法の制度設計は、土地を抽象的な投資対象として流動化し、資本蓄積を促す高度な道具立てであり、「生産・投資」イデオロギー以上に「投機」イデオロギーに親和的であった。

アジア諸国の独立後の土地法は、植民地法のもたらした絶対的抽象的な近代的所有権からの脱却をめざして開始した。各国現行法の私権の性格を、近代的所有権との対比で分類する作業は、おのずと、ポスト植民地の各国が歩んだ法政策イデオロギーを明らかにする作業となる。

(2) 所有権概念の修正—日本民法典

日本法は、アジアでは稀有な西洋法の自主的受容の例とされるが、その動機が植民地化を免れるための必死の抵抗として、欧米列強に伍する「生産・投資」イデオロギーに導かれていたことは疑いない。1870年代に断行された「地租改正」による地券発行はトーレンズ式権原確定型登記制度の実施に他ならず、地券に化体して抽象化された権利は急速に流通し、他方で農民は普通小作の地位に転落し、権利と現実の格差は開いた(福島1962, 1975)。1899年成立の現行民法典第二編は、物権法定主義(175条)を基盤とする大陸法系の物権法体系を導入し、1929年中華民国民法典、韓国1958年民法典など北東アジア一帯に影響を与えた。そこでは絶対的な所有権と限定的な制限物権の対比が鮮明である。所有権は物権法全体にとっての本権で、その権利主体はあらゆる個人・法人つま

り民法典総則（3条）にいう権利能力者であり、権利の客体は民法典総則にいう全ての物（85条）であり、権利の態様は法令の制限内で使用収益・処分を享受するものである（206条）。所有権に対する制限物権として地上権・永小作権・地役権などが規定されたが、権利の態様は限定的であった¹⁴。永小作権について譲渡転貸の自由が明記されたが（272条）、地上権にそのような規定はないことからしても、民法典は農地に紐帯を持つ旧来型の小作権を早晚放擲し、近代的資本家への土地集中を加速させようとする「生産・投資」イデオロギーに彩られていたと考えられる。

しかし民法典は「生存」イデオロギーとの相克と妥協の跡も残している。現行1899年民法典の成立前夜には、フランスの法学者ポアソナードの起草による旧民法（1890年）が「生存」イデオロギーに意を砕いた面があり、現行民法典起草者の一部に影響を与えていた¹⁵。

その一例は、物権変動における意思主義（176条）や、登記の対抗要件主義（177条）の採用である。民法典起草者が範としたドイツ法では、債権契約と物権契約を切り分ける無因主義、また登記の効力要件主義を原則とし、たとえ債権契約が無効の場合にも物権契約ないし登記の公信力によって、登記の外観を信じた善意第三者を保護し所有権取引の促進が図られるが、しかし日本の民法典起草者らはあえてドイツ流を採用しなかった。当時すでに「地租改正」により実施されていた英

トーレンズ式権原確定型登記制度による地券発行が、現実の耕作関係からあまりにも掛け離れた抽象的な土地取引を促し、農村を搾取していた。ポアソナード旧民法は地券制度を排し、民法起草者らに影響を与えた¹⁶。

また民法起草者らが占有権を物権の一つとして明記した点も注目される（180条）。これは一般に民法典起草者・梅謙次郎の犯した誤りだとする批判がある。しかし梅（1896）は、占有の性質については古来これを事実とする見解と権利とする見解が対立してきたとしつつ、あえて「本章に占有権と謂えるは法律が占有を保護するために興うる所の一切の権利を総括したるもの」としている。明治初期に実施された一斉権原登記事業「地租改正」による地券配布以来、登記上の所有者と現実の耕作との乖離は顕著であった。ポアソナードの旧民法は、賃借権を物権とする特異な構成を採用し、取得時効制度を所有権者の管理上の過失ではなく占有者の権利の存在を前提とした推定証拠とする構成を採り、また永続的な永小作権を認知する特別法を強く主張するなど、現実の耕作者の地位の強化に意を砕いていたことが伺われる。おそらく梅は、地券を欠き永小作権をも否定された普通小作になおも所有権へと架橋される可能性を与えるポアソナードの取得時効制度の急進性に気づき、時効取得を所有者過失要件で限定しつつも、そのような架橋の過渡期にある「占有権」をあえて物権として保護したのではないかと考えられる。

他に、民法典における「生存」イデオロギー

との妥協点として、慣習的コミュニティの集団的権利を公認した「共有の性質を有する入会権」(263条) および「共有の性質を有しない入会権」(294条)の二つの条文に触れなければならない。日本の農村は古来、集落共同で管理される山林・水源地・牧草地等を不可欠の生活基盤とし、それは個々人の持分分割に服さない意味で一般の共有概念とは異なる「総有」形態の集団的所有と観念されてきた。現行民法典が、封建的遺制の否定に立つ西洋近代法の本質に反して「入会権」概念を明記したことは「生存」イデオロギーの一つの表れであった。ただし民法典は入会権に単に一般の「共有」規定を機械的に当てはめたのみであり、積極的に保護してはいない。とくに共有物の分割請求権(256条)により入会権の「総有」たる性質は根底から否定され、早晚の入会権の解体を予定する態度であったと考えられる。

このように日本の民法典は土地集中を加速する「生産・投資」イデオロギーを背負って開始したが、小作紛争・借地借家紛争などの激しい社会的軋轢に晒され、しだいに「生存」イデオロギーに依拠した判例法・特別法による修正を余儀なくされることとなった。

そのような民法典修正の最たるものは、農地法による「所有権」そのものの性格の書き換えである。第二次大戦直後の自作農創設特別措置法は、不在地主の保有地を収用し、小作権者に対する大胆な再分配政策を実施し、1952年農地法は農地耕作者主義を定立した。これにより絶対性・排他性を要素としていた

近代的所有権は、譲渡・転貸等の処分を自由を失い、代わって農村コミュニティの代表から成る農地委員会に決定を委ねる共同管理型の所有権が発足した¹⁷。それは明治近代化以来、国民の農地を奪い富国強兵に駆り立て続けた「生産・投資」イデオロギー体制が、第二次大戦を通じて完膚無きまでに敗北したことへの、支配体制側による懺悔とせめてもの国民への補償であったと考えられる。

民法典修正の他の側面は、「借地権」概念の登場である。民法典は所有権に対する制限物権として「永小作権」や「地上権」を規定するのみで、「借地権」の用語は登場しない。ボアソナードは、所有権転売や契約更新拒絶に伴い住居を追われる借地・借家人の痛ましい社会的実情に気づきがあり、旧民法で上述のように賃借権を物権と構成した。現行民法典起草者らはこれを却下したが、代わって、登記を有する不動産賃借権に新所有者への対抗を認めた(605条)。しかし地主層は長期安定的な地上権の設定を拒絶するのみならず、不動産賃借権の登記手続にも協力することは稀で、借地人の窮状に付け込んで立退きを迫る「地震売買」は社会問題化した。そのような現実の救済を図った判例法の蓄積が、1909年建物保護法、1922年の借地法・借家法、1949年罹災都市借地借家臨時処理法など一連の特別法の登場を促した。なかでも1922年借地法は、登記の有無を問わず不動産賃借権を地上権と同等に扱う包摂的な物権概念として、新たに「借地権」を定立し、所有権者による立退・契約更新拒絶に「正当の理由」

を課し、物権的請求権の保護を与えた。まさにボアソナード旧民法が意図したと同じ「生存」イデオロギーが、数十年を経て、所有権優位の民法典を外側から修正したのである。

しかし他方、所有権に対抗する制限物権としての位置づけを高めた「借地権」は、その後の経済的現実のなかで譲渡性の権利として価値を高騰させ、「投機」イデオロギーの温床となったことは皮肉である(水本1988他)。借地人保護の趣旨で「正当な理由」がなければ借地権を解消できないため、投機マネーが所有権よりもむしろ借地権を対象に取引を加速させたためである。現在の日本の都市部では、一筆の所有権の価値に占める借地権の価値割合は6割から8割と言われる。地価高騰への批判は、1992年借地借家法や2017年民法典改正における借地権の保護後退論に根拠を与えたが、そのような議論は、同じく「借地権」と称されながらも全く権利態様の異なる2つの権利が併存する事実を見失っており、借地権の投機性の統制に熱心なあまり、民法典修正が守り育ててきた弱者の生活基盤としての借地権の側面を見落とすものである(金子2018)。またたとえ借地権の保護を後退させても所有権の譲渡性が相対的に高まり、投機マネーが回帰するだけである。土地取引をめぐる社会制度が「投機」イデオロギーを容認する限り、地価の混乱は解消しえないであろう。

以上のように日本民法典下の土地法は、欧米への追随をめざし近代的所有権の受容から開始した「生産・投資」イデオロギーの所産

であった。しかし同時に、農村秩序や宅地などの生活基盤を擁護する「生存」イデオロギーの要請は強く、現実と乖離する登記の効力の限定化、取得時効へとつながる占有権の保護、農村に息づく集団的権利「入会権」の保護、急進的な農地改革と農地法による農地共同管理、借地権の保護などの側面で、日本独特の民法典の百年史を導いたことも事実である。

(3) 所有権の固定化と制限物権の流動化—インドネシア農地基本法

オランダ領東インドではアジアでは最も早い1848年にオランダ民法典が持ち込まれ、近代的所有権が上陸した。植民者には民法典が、現地人には現地法が適用される法的多元主義が採用されたが、1870年のオランダ国王による土地国有化宣言・農地法により、登記のない土地を国有地とみなす荒蕪地管理法を媒介として、慣習法秩序はしだいに民法典下の所有権秩序に転換された¹⁸。独立後、植民地統治がもたらした法的多元主義の克服をめざして国家法発展庁が設置され、新民法典起草が試みられたが早産に終わり¹⁹、ようやく1960年農地基本法により、民法典第三編財産編(担保規定を除く)と1870年農地法が廃止された。農地基本法が導入した新たな土地法体系は結局のところ西洋的な個的財産権に終始し、広大なインドネシア各地で近代以前から存続する集団的土地利用秩序を軽視したとの批判がある。それでもなお個的な財産権の設計について、近代的所有権の克服に挑戦した姿勢は注目される。

農地基本法はまず第一章の一般原則において、土地集中の禁止（8条）、外資の土地保有の禁止（9条）、農地耕作者主義（10条）などを宣言し、植民地時代の農地収奪メカニズムの克服意思を鮮明にする。また、国家の土地管理権を国益の許す範囲で慣習的集団に授權しうるとし（2条4項）、法の許す範囲で慣習コミュニティの集団的権利（hak ulayat）を認める（3条）。しかし他方で、全体の福祉のための国家の土地管理権能を宣言し（2条）、土地上の権利は社会的機能に服するとし（6条）、生産増進・生活向上を目的とするなど（13条）、経済開発志向もまた鮮明である。このように農民の生活権や慣習的秩序を重んじる「生存」イデオロギーと、国家経済の自立をめざす「生産・投資」イデオロギーとが併存し、その衝突局面での調整は国家による土地利用計画策定と州政府によるその実施に委ねられている（14条）。

同法第二章は、国家の土地管理権に由来する私権創設機能（3条1項）を受け、土地上の7つの権利を新設している（16条）。すなわち、所有権に対応する hak milik、永小作権に対応する hak guna usaha、地上権に対応する hak guna bangunan、土地使用権 hak pakai、建物建設用土地賃借権 hak sewa、開墾者占有権 hak membuka tanah、森林採取権 hak menungut hasil hutan である。この他、担保権や許可された農地賃借権などの暫定的な権利設定を許容するが、その他の権利設定を禁じわば物権法定主義を宣言する（53条）。

しかしこれらの権利の内容は西洋法の単なる踏襲ではない。まず権利の主体性について、近代的所有権に対応する新たな概念である hak milik は、原則インドネシア「市民」を権利主体とし（21条1項）、国の定める範囲でしか法人の権利主体性を許容せず（同2項）、外資の権利取得を禁止する（同34項）。永小作権に対応する hak guna usaha や、地上権に対応する hak guna bangunan の権利主体性は、インドネシア市民とインドネシア設立法人に限定される（30条・36条）。これに対して土地使用権 hak pakai や建物建設用土地賃借権 hak sewa の権利主体性は、インドネシア市民・法人のみならず外国人・外国企業にも認められる（42条・45条）。

興味を引く一つの論点は、これら規定にいうインドネシア市民や法人の概念に伝統的な生活単位である「世帯」や「集団」が含まれるか否かである。一般条項で「世帯または法人」の土地保有に上限が設けられ（17条1項）、これを超える部分は国有化され再分配するとあり（17条3項）、この目的で一斉登記事業を実施する（19条）。しかし後続の条文では「世帯」に言及がない。他方で、同法は、政令に基づき、慣習法由来の権利を hak milik に転換する道に言及しており（22条）、これはインドネシア各地の慣習的コミュニティに権利主体性を認めるのではなく、集団から分離された個的権利（hak milik adat）を実定法に取り込む趣旨と考えられる（F. & K. Benda-Bechkmann 2008, p.202-3）。そもそも上記の物権法定主義は、「集団」の権利（hak

ulyat) をゆくゆくはいずれかの個的財産権に解消していく考え方である。しかし同法の煮え切らない規定ぶりは伝統的な「世帯」や「集団」の権利主体性を必ずしも断定的に否定していない点で、西洋近代法とイコールではなく、今日、憲法裁判所による法解釈が展開しているゆえんである²⁰。

権利の客体については、一連の制限物権の客体の違いが注目される。永小作権に対応する hak guna usaha は国有地上にのみ認められており (28 条)、不在地主による私的搾取を禁ずる農地耕作者主義と平仄が合う (上記 10 条)。他方で、地上権に対応する hak guna bangunan は国有地でも民有地でも設定が可能であり (37 条)、さらに外国人・外資も利用可能な土地使用権 hak pakai も国有地・民有地ともに設定できる。建物建設用土地賃借権 hak sewa は民有地上にのみ設定される権利である (44 条)。以上をまとめると、農地では所有と使用の乖離する永小作権を国有地にしか認めていないが、農地以外では民有地の私的貸与は自由であり、それはインドネシア市民・法人に対しては長期安定的な地上権 hak guna bangunan として、外資に対しては事業期間中の hak pakai や、建物保有用の hak sewa として可能である。

権利の態様について、hak milik は「相続可能で私人が保有しうる最強かつ完全の権利」なる表現により絶対性・排他性・永続性が宣言されるが (20 条 1 項)、しかし売買・交換・贈与・遺贈他の処分権については政令の規制に服する (20 条 2 項, 26 条)。また所

有者以外の土地使用を法令で規制する所有＝利用一致原則が採用されており (24 条)、近代的所有権の処分の自由に対する明白な修正である。上記第一章における土地集中禁止 (8 条) や農地耕作者主義 (10 条) を受けた、いわば「生存」イデオロギーの顕現である。ただし、24 条の文言は貸与 (普通小作) を全面禁止してはならず、法令による例外余地を認める点で妥協的であり、規制緩和的運用に流れるならば不在地主への土地集中の抜け穴となる。

国有地に限って設定可能な永小作権 hak guna usaha は、農業・漁業・畜産目的での使用収益に限定された有期の耕作使用権である (28 条 1 項)。期間は通常 25 年、更新しても最長 60 年である (29 条)。権利設定の最小面積は 5 ヘクタールで、資本・技術を有する場合に 25 ヘクタール以上の権利設定も可能である (28 条 2 項)。hak guna usaha は譲渡可能であり (28 条 3 項)、市場においてそれ自体の交換価値を顕現する財である。以上からして、hak guna usaha は零細農家の「生存」イデオロギー以上にむしろ「生産・投資」イデオロギーを体現する性格が伺われる。hak guna usaha の権利主体性がインドネシア市民のみならずインドネシア法人に開かれていることに鑑みれば、同権利は、植民地時代の荒蕪地国有化 (ないしスマトラでは国家に対する借地権の設定) で推し進められた強制栽培制度をも彷彿とさせる大規模コンセッション型の農業開発の権利基盤である。

他方、hak guna bangunan は国有地・民

有地上に建物の建設所有目的で設定する地上権であり（35条1項）、期間は通常30年、更新して最長50年である（同2項）。同権利もまた譲渡可能であり（35条3項）、市場においてそれ自体の交換価値を顕現する財である。権利主体性がインドネシア市民のみならずインドネシア法人に開かれていることに鑑みれば、個々の住宅所有のための「生存」イデオロギー以上に、むしろ都市開発事業などの「生産・投資」イデオロギーを体現している。

外国人・外資も利用可能な土地使用権 hak pakai は、事業目的で、当該事業期間中に限って設定される土地使用の権利であり（41条）、権利そのものの譲渡性は原則想定しないが、ただし国有地について政府当局の同意、民有地では契約上の合意があれば譲渡も可能とする（43条）。また建物建設用土地賃借権 hak sewa は、民有地に建物を所有する目的のみ設定される土地使用の権利で（44条）、建物の滅失と共に失われる法定地上権的な権利であり、譲渡性は想定されていない。

以上について総括すれば、第一に、個人的絶対性・排他性を有する hak milik は、所有＝利用一致原則（24条）により、近代的所有権の処分の自由を修正し、農家にとっての農地や居住用宅地の保障などの「生存」イデオロギーを体現する。しかし他方、西洋法では生活基盤をなす制限物権であった永小作権や地上権が、インドネシアにおいては譲渡性のある財としての取引価値を有し、「生産・投資」イデオロギー、ひいては「投機」イデオロギーを含有している。永小作権 hak

guna usaha は国有農地にしか設定されず、民有地の貸与が想定されていないが、これは農地耕作者主義（10条）のもと小農は基本的に hak milik 保有者であるべしとする、所有＝利用一致原則（24条）が一貫する。永小作権 hak guna usaha はむしろ国策による大農経営の制度基盤である。外資は小作権や地上権の権利主体性を欠くが、事業用の土地使用権 hak pakai の規制緩和が進めば、外資の土地取引参入の突破口となりうる。

このように農地基本法は西洋法由来の近代的所有権を排し、小農の生活基盤 hak milik 概念を創出した点で「生存」イデオロギーの旗印を掲げたが、しかし他方で、西洋法が物権法定主義を通じて最小化した永小作権などの制限物権がインドネシア法では逆に譲渡性を帯び「生産・投資」イデオロギーの具として設計されており、政策イデオロギーの二面性が特徴的である。このような制限物権の譲渡性は、次節に見る英国植民地法における耕作権の流動化の影響であったとする仮説を筆者は有している。hak guna usaha の対象たる国有地はしばしば、スマトラ半島など、植民地時代に近代的所有権の浸食に抵抗した強靱な慣習的コミュニティの権利 hak ulayat が今なお眠る領域に広がっている。オランダ植民者らは当時、地域集団の抵抗を避けつつ経済搾取を進める便法として英国植民地法に示唆を受けた借地権 erfpacht を展開していた。農地基本法はこれを踏襲したことで、今日のスマトラ土地回復紛争に顕現しているような、国有地高度開発と伝統的慣習秩序との

衝突リスクを丸ごと抱えて走り出すこととなったと筆者はみる。

(4) 強制解除条件付き確定権原—ミャンマー

英国植民地諸国の土地法は、トーレンズ式権原確定登記制度による一斉登記、またこの登記に漏れた土地を荒蕪地と見なし国有化・コンセッションに付していく荒蕪地管理法 (waste land grant) の、二段階の制度設計が今なお傷跡を残している。このような二段階手法は英国植民地に限らず、オランダ・フランス・米国などの植民地支配、さらに日本やタイの地租改正でも模倣され、一部では今日なお引き継がれている (4で後述)。しかしそのような一斉登記の対象とされた私権の性格が各国で異なるため、比較研究の一つの論点となりうる。

上述のように英国本国の土地法は封建制度に由来する複雑多岐な私権概念を受け継ぎ、「所有権」の概念が登場しない。権原 (title) と一概に称しても、自由保有権 freehold や有期の leasehold など多様な種類が含まれ、権原の確定性の程度も多様であり、また権原の排他性を脅かす多様な interests が存在する点で大陸法の物権法定主義と異なる。一般に、確定的単純保有権 fee simple absolute が大陸法にいう「所有権」に相当すると考えられるが、しかしこれに対しても多様な interests の制限が及びうる。逆に、有期借地権 leasehold であっても捺印証書上で百年近い長期に設定され更新可能であれば実質的に無期限に近く、そのうち権原の確定性が強

く排他性が高いものは、大陸法の「所有権」に匹敵する経済活動の基盤となる。このような英法の多様性は、英国植民地の土地法に現在に至る複雑な影響を与えてきた。

英国植民地であったミャンマーはその例である。英国支配は 1824 年第一次英緬戦争以降に徐々にビルマで版図を広げながら、さまざまな地租システムを試行錯誤し、その集成として 1879 年土地・租税法、1889 年上ビルマ土地・租税規則、1899 年下ビルマ町村土地法は、トーレンズ式権原確定登記制度による地籍確定と、荒蕪地管理法 waste land grant の二段階手法を確立した。登記の対象となる私権は “landholder’s right” と称し、登記要件は 12 年間の占有と納税証書であったが、書証を有しない農民にとって立証ハードルは高かった。ビルマ歴代の法典 Dhamatthat は三世代続く Bo Ba Pain などの確定権原 (Myay Thay) や各種の暫定権原 (Myay Sheng) など、西洋近代法の所有権に比肩する権利を保障していたが (Okudaira 1986, 奥平 2002)、既存の農民の地位は一律に “landholder’s right” に貶められたのである。また登記を得られなかった多くの土地は無主地として国有化され、荒蕪地管理手法による開発に供され定期借地権 (grant, lease, licence) が設定された (同 18 条)。農民が国有地の占拠を続ける場合は強制退去・厳罰の対象となった (19 条, 22A 条)。

Landholder’s right とは果たしていかなる私権であったのか。その権利主体は自己または雇人・小作人等を通じて 12 年間の占有・

納税を継続する個人であり(1879年法7条)、権利客体は耕地であり(同条)、権利の態様は「相続・譲渡可能な永続的使用占有権」(同8条)と表現され、トーレンズ式確定登記制度により異議申立を5年で除斥して排他的な権利として設定される(15-17条)。しかし反面、地租滞納(8条)や占有放棄(11条)等を理由に国家によって容易に剥奪される意味では脆弱な権利であった。英国のビルマ支配においては、インド統治におけるライヤートワリー制で使用された proprietor (所有権)の用語を避け、意識的に landholder's right の用語が選択されたことは注目に値する(斉藤1986)。landholder's right の法的性格は、占有・使用収益・処分を包摂する近代的所有権ではあり得ず、国家によって使用収益形式の制限を受ける点で無期の国有地永小作権というべきであった。これを英国土地法の用語で表現するならば、確定的単純保有権 fee simple absolute ではなく、地主としての国家が様々な政策条件を付して譲許する tenancy に近い。しかし譲渡可能な権利として設計されたので、売買・担保提供等を経て流動化し、金融資本による著しい土地集中を招いた(Furnivall 1956)。Landholder's right の私権としての本質は、上記で見たオランダ領東インドの Erfpacht と同様に、tenancy 同然の限定的な私権内容のまま譲渡性が与えられた特殊な権利であり、これにより土地上の農民による現実の使用収益の権利を最小化することにより土地の抽象的な交換価値の顕現を最大化する道具概念であったと考えら

れ、植民地主義の悪しき創作物であった。

ビルマ独立後の1953年土地国有化法は、売買・担保提供等の土地の処分を規制し(4条)、土地集中の禁止・再分配を打ち出すなど(5条)、まさに「生存」イデオロギーに彩られた農地保全の制度となった。土地譲渡禁止に伴い、登記制度はもはや新たな権原確定機能を停止し、土地台帳(Land Record)と称された。また landholder's right の用語を排し、新たな権利を創設した(9条)。この新たな権利の主体は農民に限られ、権利客体は農地であり、権利態様は、占有・耕作収益の自由、および農地委員会の許可制により農業用途の範囲内で処分権を許容するものであった。しかし譲渡規制違反・耕作放棄・租税滞納・農業廃業・土地荒廃化などの原因により権利は没収される(11条, 29~32条)。このような新権利の政策的意義は、上記にみた日本の1952年農地法やインドネシア1960年農地基本法の hak milik と同様に、農地の保有と耕作を一致せしめ不在地主への土地集中・農民搾取を阻止する農地耕作者主義である。しかし私権としての法的性格は、日本やインドネシアの所有権的構成とは異なり、国家による多様な規制を私権の内容として組み込んだ点で、強制解除条件付き保有権 fee simple determinable とも称すべきものであった。

1953年法のこのような私権の構成ゆえに、1960年代以降のビルマ式社会主義時代に、農業行政による過度の強制作付制度や担保・相続規制を許し、民心の離反を招く原因と

なつたと考えられる。2008年憲法下の民政移管に伴い、外資導入を喧伝する2012年土地法改革によって1953年法は廃止された。

現行土地法は、2012年農地法および2012年荒蕪地・休耕地・処女地管理法から成る。前者に基づき権原確定型登記の一斉実施が行われ、後者は荒蕪地管理 waste land management 手法の復権となった。まさに英国植民地時代の二段階型搾取構造の復活を思わせる。

このうち2012年農地法は、「耕作権」(*loat paing kwın*)なる私権の導入に一章を割いた。すなわち *loat paing kwın* は「全土国有制のもとで、農業生産向上のために法令に基づき国家が与える耕作許可」と定義され(3条(d))、いわば「生産・投資」イデオロギーが前面に強調された。権利の主体は、従来1953年法下で合法的に占有耕作してきた農民世帯主等に加え、政府機関や会社などの法人にも認められ(6条)、外資合弁も可能である(9条f)。そのため農民の耕作権と外資の新規申請が競合衝突する局面は大いに考えられるが、農地管理委員会の判断に委ねられていく(22~25条)。権利の客体は農地である。権利の態様としては、占有・耕作使用・収益、および売買・担保設定・賃借・交換などの処分権が規定されている(9条a,b)しかし他方で、納税義務違反・休耕放棄・登記義務違反・農業外使用許可違反・作付変更許可違反などを根拠として、国家による権利剥奪が起こりうる(12, 13, 19条)。このように、1876年土地・租税法から1953年土地国有化

法へと引き継がれた強制解除条件付き単純保有権 fee simple determinable としての制度的骨格が、2012年農地法においても維持されている。同様の法的設計は、荒蕪地・休耕地・処女地管理法によって譲許される grant 他の定期借地権に対しても適用されている(16条)。

以上のようにミャンマー土地法は、英国植民地支配が権原確定登記制度と荒蕪地管理法 waste land management の抱合せ設計を持ち込み、独立後にその克服を図ったが、今日の外資導入型開発戦略のもとで再び同様の二段階設計を復活した。そこでの私権は、強制解除条件付き単純保有権 fee simple determinable の骨格をつねに維持しており、その同じ制度設計が、植民地期には高率の地租搾取の手段として利用され、1953年土地国有化法下では「生存」イデオロギーに導かれた農地保護・統制の手段となり、そして現行2012年農地法下では、外資の土地取引解禁に伴う「投機」イデオロギーを抑え込むせめてもの国家的監督手段として意図されていると考えられる。しかし譲渡性ある fee simple determinable の私権構成を維持するかぎり、国家の設定した解除条件により剥奪される脆弱性を抱え、短期的ハイリターンを追求する「投機」イデオロギーを呼びやすい。安定的な「生存」イデオロギー、または健全な「生産・投資」イデオロギーの基盤としては、国家の解除条件を徹底して明確化する規律が求められ、運用の難しさを抱えた制度設計と考えられる。

(5) 社会主義市場経済化の土地法と民法典 —ベトナム・ラオス・カンボジア

アジアの社会主義諸国は1980年代末からの市場経済化の過程で、私権を公認する土地法の整備を進めたが、その一つの特徴は私権の譲渡性に関する農村と都市の二元性である。中国は、農村で土地の集団所有制のもとで農家世帯による農地経営請負制度を進めるかわり、都市部では国有制のもとで土地利用の流動化を図る弁法として、英国の定期借地権 leasehold を参考に深圳経済特区等で導入された「土地使用権」概念が全国的に流布した。「土地使用権」概念は、まさに上記で見たオランダ植民地時代のインドネシアの Erfpacht や英国植民地ビルマにおける landholder's right を彷彿とさせ、私権内容が限定的でありながら土地の交換価値の顕現を可能とする道具概念である。このような二元性は、しだいに都市と農村の境界では両制度の激しい衝突が生じた²¹。この対立はようやく2007年物権法(第3編)に至って、国家・集団が集約する土地所有権に対する制限物権として、請負経営権、建設用地使用権、宅地使用権を併置することにより体系化された。しかし都市と農村の境界で、土地使用権が経営請負権を駆逐する私権間の抗争は続いている。

ベトナムも同じ矛盾を抱える。1992年憲法が改革の旗頭として「土地使用権」に言及したことを受けて、1993年土地法は農業者の「土地使用権」と商工業者の「土地リース」

を規定した。しかしここでいう「土地使用権」の法的性格は、中国流の譲渡自由な借地権と同義であるのか否か、期待が入り乱れることとなった²²。1993年土地法は当初、農地の「土地使用権」の譲渡規制を維持し、商工業用の「土地リース」の譲渡性を高める二元構造を意図したが、1998年土地法改訂で、法人に譲渡性のある農地リース権を認めた。2003年土地法では、農地における「土地使用権」と「土地リース」との差異を縮め譲渡を自由化し、2013年土地法に引き継がれた。

日本ODAによるベトナム2004年民法典起草支援事業は、土地法のこうした急展開に追いつくことができず、フランス植民地時代から引き継ぐインスティチュオーネス方式の法典体系に、当面の総則と土地使用権の特別編を盛り込んで凌いだ。2014年民法典では、物権編と債権編を分離するパンデクテン方式の構築に乗り出し、土地法が規定してきた「土地使用権」を制限物権の一つとして位置づけた。この際、ベトナム民法起草者のユニークな試みは、農地における農家世帯の土地使用権(永小作権的権利)も、法人の土地リース権(賃借権的権利)も、また都市の土地リース権(定期借地権的権利)をすべて包括する「地上権」なる概念を導入した点であったが、賛否が分かれている。その評価は、はたしてこの新たな私権としての概念定義が、次節で述べる各種の土地紛争に解決をもたらすか否かの結論を待つべきであろう。

4. 土地紛争への視座—開発 vs. 生存のイデ

オロギー対立

(1) 共通の制度設計と紛争類型

アジア土地法研究の第二段階は紛争の分析である。今日アジア各地で鳴りやまぬ土地紛争の多くは、国家の推進する開発事業により農地を奪われた農民、宅地を失った住民の異議申し立てである。当事者の依拠する規範は自ら信じる正義と人権であり、その淵源として国連の人権規約などがしばしば引用される。しかし国家の側は自国法の合法性の枠内で行動しており、手続的にも実体的にも違法といえないことが多い。このような土地紛争を、慣習法と実定法の対立とみる視点、また国際法と国家法の対立とみる議論も多いが、国際規範は曖昧で解釈論が不足する²³。究極の問題解決は、一国の実定法を慣習法や国際法に配慮して修正する、土地法改革の道であろう。

しかし土地法改革の致命的な問題は、世界銀行等の国際開発機関の介入である。その政策姿勢は外資促進型経済開発志向すなわちワシントン・コンセンサスに強く既定されている。たとえ土地法改革に携わるアジアの官僚・法曹が農地搾取を意図していなくとも、国際機関の助言に沿って土地法改革を進めるほど、制度設計はますます農地搾取に帰結する。

筆者グループが現地研究協力先との連携で重ねてきた一連の調査から、国家 vs. 私権の対立構図として顕在化したいくつかの紛争類型の背後に、国家の代弁する投資家の権益が見え隠れし、対立の本質が投資家 vs. 農民の私権間抗争である傾向を指摘できる。主要な

例として、世銀等の国際開発機関が推進するいわゆるトーレンズ式権原確定登記制度の一斉実施事業 (land titling) に対する異議申し立て、権原登記から漏れた土地を荒蕪地とみなし国有化する公的囲い込み (軍・警察による農民の物理的排除や不法侵入者としての刑事告発) への異議申し立て、荒蕪地国有化を受けて実施される民間投資家へのコンセッション (waste land grant) に対する原権利者の差し止め請求、民間開発事業のための強制収用への差し止め請求、農地用途転換許可をめぐる異議申し立て、などが散見される。

(2) 紛争解決制度と解決規範

土地紛争の実証的観察に際して、紛争解決制度の特色もまた比較研究の関心である。比較の論点として、よく利用される紛争解決フォーラム (普通裁判所・特別裁判所・行政型制度・コミュニティ型制度・国際仲裁・国際調停など) の性格の違い、事実認定における手続原則 (当事者主義・職権主義など)、判断者の属性 (職業裁判官・行政官・市民参加)、紛争解決の規範 (実定規範・慣習規範・国際規範)、判断の法的効力 (斡旋・調停・裁定などの既判力・執行力)、などの多様な検証課題が考えられる。方法として、手続法の読解を基本に、統計等から紛争傾向を把握し、主要な紛争類型について紛争解決の判断者や当事者への聞き取り調査を通じ、手続や適用規範の実態を把握する実証的手法が望まれる。

比較研究の関心事は、各種のフォーラムで

適用される規範選択の違いである。国内の裁判に持ち込めば通常、実定法規が機械的に適用されることとなり、慣習法の正義や国際法上の人権を主張する当事者の勝利は難しい。土地紛争の多くが土地行政に対して、行政決定の取消や差止めなどを求める行政訴訟であることに鑑みれば、司法の独立性も課題となる。各国の裁判所では近年、司法制度改革の一環で和解・調停制度などの裁判外手続を推進しており、非職業裁判官も参加して事実認定が行われる傾向もあり、規範適用の柔軟化も図られる余地がある。

しかし住民にとって司法は最後の手段であり、多くの紛争は行政紛争処理システムへ持ち込まれる²⁴。各国土地法は独自の紛争解決制度を設ける例も散見されるが、その実質も上級行政庁に対する行政不服申立て制度である。そうした行政的紛争処理制度においては審判委員のなかに一定数の公選委員を入れるなど、客観性・中立性の確保を工夫する向きも見受けられる。ただし事実認定が中立であっても、規範適用が実定法に拘束されるかぎり、本稿が上述してきたような政策イデオロギーの対立を調整していく柔軟解決は難しい。

そのため、紛争の実証的観察は、紛争の一隅を占めるに過ぎない裁判例の研究に留まることなく、多様な紛争解決フォーラムの判断者や当事者への聴取りなどの実証的アプローチを必要としている。そうした実証的研究に任じる研究者の層が各国で育っているのか否かも、比較検討の対象の一つである。

(3) 典型的な紛争類型

土地紛争の原因をなす土地法の主な制度設計は、トーレンズ式権原確定型登記制度による一斉登記事業 (land titling) をめぐる問題、この登記に漏れた土地を荒蕪地として無償で国有化し開発コンセッションに配分する waste land management の問題、強制収用制度を民間事業のために活用する問題、都市と農村の縁辺部での農地用途転換問題、農村の縁辺部や森林で行われる集団的所有権の搾取的設計、などの諸問題である。主な論点を以下に整理する。

(i) トーレンズ式権原確定型登記制度

トーレンズ式権原確定型登記制度は、今日アジア・アフリカ各地で、世銀等の国際開発機関が牽引する土地法改革の最大の目玉である。元来は英国植民地の創作物で (Torrens 1882)、土地を財として流動化する制度装置であったとともに、次に述べるように登記を欠く土地を国有地として開発する荒蕪地管理手法 waste land management と連動して実施された。大陸法系諸国の植民地にも影響を与え、インドネシアでは1870年オランダ国王による土地国有化宣言で導入された。フランス領インドシナでは、1920年民法典(74条)がトーレンズ式登記を所有権の効力要件とした²⁵。米国植民地フィリピンでは1902年公共土地法や歴代憲法が全土国有原則を宣言し、トーレンズ式登記で安堵された国有地払下げのみを1931年民法典にいう所有権と

して認知した²⁶。植民地支配を免れた日本でも、1870年代に全土で実施された地租改正による地券交付はトーレンズ式登記制度に他ならなかった²⁷。タイでも、輸出向け大農経営を意図したチャクリ王朝が1901年地券公布法を実施し（北原2002）、1934年民法典物権規定がトーレンズ式登記を効力要件とする所有権概念を導入した。

植民地独立後は、上記にみたインドネシアやミャンマーのように、少なからぬ諸国はトーレンズ式登記制度を停止し、公示機能に留める土地登録制度に切り替えた。

また欧米先進国のほとんどがトーレンズ式登記制度を採用しない事実も、認識されねばならない。本国英国では1925年土地法で登記制度は任意制度として実施されたに留まり、2002年土地法のもとでも今なお多くの既存権益（overriding interests等）が例外として許容されており、またそこでの登記の性格は土地利用の現実に即した公示を目的とする点でアジア植民地における既存権益の除却メカニズムとしての登記制度とは裏腹の関係にあると考えられる（金子2019b）。米国では全米50州のうちわずか12州で、しかも任意制度であり、とくにイリノイ州では行政による私権確定が憲法違反であるとして司法による確定制度に変更されている。日本の明治近代化の地租改正はトーレンズ式登記制度の導入であったが、1899年の民法典と不動産登記法により対抗要件主義の公示制度に切り替えられた。

今日、世銀等の国際ドナーがアジア・アフ

リカで進める土地法改革は、外資促進型法制度の目玉として、何よりもまずトーレンズ式登記制度の実施（land titling）を目標としている。その枢要は、確定性・排他性を備える権原を創出し土地取引を促進する装置である。

権原の確定性とは、以後の権原の存否の争いを封じる効果である。たとえ登記簿の記載に誤りがあっても、登記の形成的効果として（statutory magic）、権利が存在するものとして後続取引が有効に成立する。しばしば対照されるドイツ法の物権契約の公信力は、登記の外観を信頼した善意有償第三者の取引を有効とする保護制度だが、トーレンズ式登記は、登記簿記載という行政行為の形成力によって新たな権原を創設する制度であり、登記と現実の土地利用との乖離を捨象し（mirror原則）、第三者の善意悪意は問わない。また権原の排他性とは、土地に付帯する既存のあらゆる権益を（登記簿で公示されなにかぎり）捨象する効果（Curtain原則）である。国家の管理能力の失敗は損害賠償制度により処理されるとする（Indemnity原則）。

このようなトーレンズ式登記制度は、登記と現実との乖離局面で、つねに登記簿の名義人の権利を確定する制度装置であり、本来的に、悪質な制度濫用のリスクを含んでいる。トーレンズ式権原確定登記制度による一斉登記事業は、先祖代々の耕作を続けながらも書証を有しない農民層にとっては困難なハードルであり、逆に売買契約等の書証を有する資本家の登記申請に有利であるためである。ま

た地域で共同管理する入会地等の慣習的権利は、個人を対象とする一斉登記事業の対象から当然のごとくはじかれてゆく。

(ii) 荒蕪地管理 waste land management のための公的困い込み

荒蕪地管理 waste land management とは、一斉登記時に登記を得られなかった土地を無主地とみなし、王土思想 (regalian doctrine) により国有地に編入し、民活投資家向けのコンセッションに供していく開発手法である。アジア諸国における土地紛争の少なからぬ一群は、政府・軍・警察が、耕作者の私的利用を物理的に排除し、あるいは不法侵入者として刑事告発を通じて強制退去を迫るいわゆる land grabbing に起因しているが、それらは現代版エンクロージャーとも称すべき荒蕪地管理問題である。

荒蕪地管理は、経済的現象としては零細農業から商工業開発利用への土地利用の高度化であるが、法的には、国家権力が既存の私権秩序を剥奪し強制的急進的に土地利用転換を行うものである。国家介入による土地利用転換の手法としては、土地収用法による有償取得の道があるが(後述)、荒蕪地管理法は無償で農民を排除する手法であるため、開発事業主にとっては土地取得コストを大いに節約するメリットがある。しかしその法的正当性は大いに問われる。

第一に、トーレンズ式登記を得られなければ即ち荒蕪地と見なす制度設計の妥当性である。トーレンズ式登記制度は登記により権利

の存在を確定できるとしても、登記を与えないことにより権利の不存在を確定する制度ではないことが認識されるべきである。現実の土地利用が私権の存在を推定させる状況において、そのような利用を国家権力が排除する場合には近代憲法の私的財産権保障の原則により、損失補償は不可避である。登記を意識的に与えぬことで荒蕪地と判断し、損失補償を回避する荒蕪地管理のメカニズムは、それ自体が近代法の私的財産権保障の原則に反し、正当性を欠く。

第二に、有償の土地収用と無償の荒蕪地管理法を混然と論じることによる、原因と対策のずれである²⁸。世上の議論は“land grabbing”問題として、有償の土地収用と無償の荒蕪地管理法を混然と論じる傾向にあるが、両者の分類が必要である。荒蕪地管理法の対策が必要な局面で土地収用法の改革に終わり、問題解決に至らないおそれがある。無償の土地剥奪である荒蕪地管理法は、有償の土地収用法に数倍する問題性を孕むことへの注目が必要である。

(iii) 集団的所有権登記

上記の荒蕪地国有化問題は、休耕中の個人の私権との対立のみならず、集団的権利との対立としても立ち現れる。農地と山林荒野の延滞では、その地に生きる人々の生活に不可欠な共同資源の利用を伴うことは通例であり、特定の土地領域に対する共同の事実的支配が長年確立し、所有権にも匹敵する絶対性や排他性を有する場合がある。そのような集

团的利用の否定は、個的な私権をも成り立ちがたいものとする。逆に、そのような個私権と集团的権利との紐帯は、離村し地域に個別の生活基盤を持たなくなった主体が集团的権利を享受する地位を失うとする退出失権原則を導き、日本の入会判例でも確立している。

世銀等の国際開発機関は、アジア・アフリカにおけるトーレンズ式登記制度・荒蕪地管理法の推進過程で、各地の共同体的権利との衝突を経験したすえ、近年に至って集团的権利の登記制度の推奨を開始した。しかしかかる登記制度の制度構造が問題である。一例として世銀・ドイツ等の支援によるカンボジア2001年土地法の集团的所有権登記(23-28条)の制度設計は²⁹、集団としての資格要件、集団の成員の資格要件、集团的利用地の範囲画定などの多重のハードルを設け、また英国の1965年コモンズ登記制度のような、慣習権を主張する誰もが登記を行い、紛争処理を経て確定するシンプルな権利確定メカニズムとは大きく異なっている。こうした集团的所有権登記は運用次第では、集团的権利を捨象し開発利用に転じる新たな手法と化す懸念がある。実際カンボジア土地法は、集团的登記が社会進化に伴い伝統的集団が解消するまでの暫定的な制度であることを明言し、集団の成員による持分分割請求制度を設けている(27条)。このような集团的所有権登記制度の法的性格は、個的所有者間の「共有」の登記に留まり、日本の入会判例におけるような「総有」概念や退出失権原則を通じて慣習的秩序を擁護するものではない。

(iv) 私益収用—民間事業のための土地収用法の活用

上記の荒蕪地管理法 waste land management は私権の存在を否定して行う無償の土地剥奪であるのに対し、土地収用法は、公認された私権を国家が一定の公益目的により有償で取得・制限するものである。欧米の資本主義憲法で確立された私的財産権保障原則の一環であり、収用要件である公益性の概念、比例性の要請、損失補償の基準や範囲、また無償制限として行われる防災・公衆衛生等の警察目的規制との区別、などをめぐって議論が重ねられてきた。

アジア諸国の土地収用法は、とくに開発独裁時代に「公益性」の概念を拡張する方向で解釈され、収用対象事業の拡張的な類型化を追求した。とくに今日、ポスト開発独裁の民主化の気運のもとで、各国で吹き荒れる土地紛争の一つの共通テーマは、「私益収用」問題、すなわち工業団地・住宅開発などの民間事業のために土地収用法を適用する可否である。高度成長期の日本について、角松(2019)は私益収用を問題化させた一連の立法を回顧し、「公益性」判断を計画適合性の議論で代替してきた学説の当否を論じる。李(2019)は台湾司法院の2015年の憲法判断が私益収用の「公益性」を「比例性」の問題として処理するが、私的事業の収用により強い公共性を求める少数意見をも紹介する。インドネシアでは2012年土地収用法が公益性の判断や損失補償額決定の過程に住民参加手続を導入

した。インド2013年土地収用補償移転法は、比例原則を具体化し事業収益の4割を住民へ還元するなど生活保障を強調することで、「公共性」をめぐる議論を遠ざけている。同法は、ミャンマー2019年土地収用補償移転法にも影響を与えた。

他方、社会主義諸国では、近年の憲法改正で私的財産権保障を明記する傾向にあるが、土地についてはなおも国有・公有財産として別個に扱う傾向にある。例えば中国2004年憲法は私的財産権保障規定を初めて規定し注目を浴びたが(13条)、土地については都市部は国有、地方部は集団的所有を維持したうえで、「回収」「徴用」について定め(10条3項)、2018年憲法に引き継がれた。ベトナムも2013年憲法で全土国有制度を維持したうえで、土地使用権の無償の「徴用」(同2項)との対比で、国防と国益公益に資する経済社会開発のための有償の「回収」(54条3項)を明記した。これを受けて2013年土地法が「回収」対象の広範な事業類型リストを掲げ、そこには各種の民間開発事業類型が当然のように含まれている。

私益収用問題は、アジア諸国にとっては植民地法から引き継がれた古くて新しい問題である。今日、外資促進型開発政策のもと、投資優遇措置の一環として国が土地収用法による用地確保を約定する例、また経済特区法により特区開発会社に土地収用を授権する例などが散見される。国際開発ドナーらはアジア各地において、計画立案過程への地元住民の参加手続によって公益性問題を代替し、また

比例性に配慮した損失補償の積み増す制度改革を推奨中である³⁰。しかしより本質的な問いは、はたして国民一般の負担する国家財源から損失補償を支払ってまで実現せねばならないまでの十分な「公益性」を、当該民間事業が有しているかの点であり、そのような「公益性」の重さが地元民の特別の犠牲との関係での「比例性」や損失補償と厳しい衡量に掛けられるべきものである。「公益性」判断は納税者たる国民全体の立法・行政過程における意思に依拠すべきものであり、地元民の参加や比例性配慮で代替することはできず、そのような代替を推奨する世銀等の路線は論理矛盾を侵している³¹。

(v) 農地用途転換許可と都市開発

アジア諸国の土地法は、農地と都市部の二元構造を採用する例が多い。日本はその典型例で、農村には農地法が適用され、所有権の処分の自由が農村コミュニティの自主規制によって制限されている一方で、都市部は都市計画法のもとで市街地開発が推進されている。問題は、農村と都市とが接する境界である。高度成長期には都市の拡張に伴うスプロール化現象や土地投機などによる農村秩序の浸食が問題であった。日本では農地法による用途転換規制に加えて、都市計画法で都市の縁辺に市街化調整区域を設けるゾーニング規制を採ったが、多様な抜け道を生じ、また市街化調整区域のさらに外側で無秩序な乱開発が起こるなどの障害をもたらした。

今日、高度成長下のアジア各地で、同様に

都市による農村の浸食問題が多発し、各国土地法の有する農地用途転換規制の運用が問題化している。中国では、都市部の土地は国有で住民が土地所有権を有するが、農地は地元人民政府の集団所有制のもとにあり、農民が永小作権に近い請負経営権を有するところ、都市の拡張を見込んだ投機的な農地取得が多発した³²。農民の請負経営権は本来ならば農民世帯専属の権利であり投資家の保有対象とはなり得ないが、地元政府が容認し腐敗の温床ともなったことから国レベルの規制を強め、集団所有地から国有地への所有転換手続を経て初めて用途転換許可を与えるものとした。ベトナムでは1990年代末の規制緩和で、農家世帯の土地所有権とは別に投資家の農地賃借権を容認し、2003年土地法以降にその用途転換が許容されている。ミャンマーでも同様に、1953年土地国有化法下の農地用途転換制度（旧La Na 39）が近年の規制緩和により土地投機や腐敗の温床といわれたが、2012年農地法（30条）はこの手続を維持強化した。

都市延ば拡大に伴う農地侵蝕の問題は、国家が都市のニーズを優先し広大な農地収用を強行すると農民層の軋轢を避けられないため、個別の用途転換許可制度という市場メカニズムを前提としたミクロ的行政介入を各国政府は選好する傾向にあるのであろう。しかしその個別的運用が規制緩和路線に流れれば、野放図な都市化や腐敗など市場の失敗を避けられない。都市のニーズに応えつつも農地保全の理念を尊重する政策調和型の行政介

入の枠組みが求められている³³。

5. 土地法の歴史軸—国家装置をめぐる争奪戦

(1) 闘争としての実定法史

アジア土地法への比較法社会学的アプローチの第三段階は、現代の土地紛争に化体されたイデオロギー対立の淵源を探って土地法の変遷史を辿り、またその社会経済的な帰結について結果評価を行う作業である。

今日、多くのアジア諸国政府は国際開発機関の推進する土地法改革を受け入れ、権原確定登記・荒蕪地管理・私益収用・用途転換などの土地流動化メカニズムを農村へ持ち込むが、人々は借り物の実定法規を唯々諾々と受け入れはしない。筆者らが紛争現場に足を運ぶ時、当事者が確信と呼ぶべき強い社会規範に依拠して、異を唱えていることに気づかざるを得ない。もちろん慣習法は各地で豊かなコンテクストを持ち、夫に先立たれた妻のビルマ伝統の包括相続権であったり、親子三代で確定したモン族の所有権であったり、ラオス山村の開墾者占有権であったり、タイ沿岸の漁民モーケン族の海岸居住権であったり、スマトラ半島ミナンカバウの母系相続文化であったり、法人類学者の胸を打つ多様性に溢れている。しかしその多様性の背後に共通する紛争の本質に本研究は意識を向けたい。人々は異口同音に「生きる権利」を主張している。彼らは一片の土地の財産価値を争っているのではない。土地とそれを囲む一体的な生態系は人々が数世代に渡って守り続ける生

存の基盤であり、気候風土に適合的な合理的暮らしの総体が、生きる基盤として主張されている。それをイデオロギーと呼ぶならば、人の尊厳のミニマムに関わるイデオロギーである。

実定法をそのような生存イデオロギーに依拠して設計することは可能である。植民地化以前のアジア諸国の実定法の多くはその例である。植民地法は土地流動化のメカニズムをもたらし、既存の実定秩序を塗り替えた。しかし植民地支配から脱した後の土地法は農地耕作者主義を掲げ、トーレンズ式権原確定登記制度や荒蕪地開発を凍結した。それは植民地化以前からの社会規範を回復する実定法改革であったと考えられる。

生態系調和型の社会規範を、前近代の遺物と断じ、近代的個人を旧弊から解放した植民地法の役割を肯定する立場もまた、一つのイデオロギーである。今日、世銀等の国際開発機関が、独立後のアジア諸国の独自法の成果を否定し、再び植民地法モデルに沿ってトーレンズ式権原確定登記制度を復活し、土地取引を解禁し、荒蕪地管理法を推進し、私益収用を合法化する土地法改革を推し進めるありさまは、まさに植民地主義を導いた近代化・西洋化イデオロギーの復権である。

このようにアジア土地法史を実定法についてみるならば、植民地化以前、植民地法、独立法、今日の土地法改革に至るまで、2軸のイデオロギーの狭間で行きつ戻りつした闘争の歴史である。今後の実定法の方向性もまた、開発ドナーに従って農地流動化を続ける

か、生きる権利を主張する人々の側に寄り添うか、政治判断に委ねるしかない感もある。しかしその間にも個々の紛争現場では、法律家は法律論によって紛争解決を求められており、その蓄積が帰納法的に実定法改革を導いてゆく可能性もある。

(2) 公権力モデルに隠された私権対立

その際、法律家が陥ってはならない陥穽は、紛争を国家公権と私権の対決の文脈に当てはめ、私権どうしの対立軸を見失うおそれである。土地紛争の本質は、父祖代々の農地耕作者・地域集団の私権と、当該土地を入手し利潤活動を意図する投資家との、私権間の対立である。植民地法モデルは、この私権間の紛争に国家が介入し、公権力の発動として投資家側につねに軍配を上げる実定的設計に満ちていた。今日、ワシントン・コンセンサスに導かれた土地法改革がたとえ近代化イデオロギーの復権を志向するとしても、しかしその手法として19世紀植民地法が有していた公権力発動メカニズムをそのままの形で端的に復活することは、20世紀以降の憲法原則のもとでは許されない。

植民地法は、トーレンズ式権原確定登記制度を、公法的形成力による権原創出メカニズムとして設計し運用した。投資家は農民世帯と直接向き合って農地売買交渉を行うことなく、偽造の売買契約を持ち込んで登記申請を行い、短期の異議除斥制度に守られて真の権利者による主張を封じ込め、登記を現実に合わせるのではなく現実を登記に合わせて権

原を確定できた。今日、世銀等の推奨する land-titling 事業は同様に、公権力による農地剥奪をアジア各地で再来させている。各国の裁判所は植民地時代と同様に、公権力による登記の確定効を尊重し、農民の主張を一律に棄却する。しかし先進諸国の裁判所に眼を転じれば、米国ではトーレンズ式登記制度が合衆国憲法デュープロセス条項に反して違憲無効であるとする司法判断を受け、1895年イリノイ法は行政権によるトーレンズ式権原確定登記制度を廃止し司法による権原登記制度に移行した経緯がある。また悪意者による確定権原の主張を否定するエクイティ判例の蓄積がある³⁴。

植民地法はまた投資家に、トーレンズ式権原確定登記を得られなかった農民の休耕地や入会地を、公権力による荒蕪地管理法を通じて、譲許を受ける道を与えた。今日、世銀等の土地法改革は再び、荒蕪地国有化を織り込む土地法モデルをアジア・アフリカ各地で推進中である。しかし先進国の裁判所では、確定登記の有無のみに依拠する荒蕪地国有化をけっして許容していない。日本の判例では、明治近代化当時のトーレンズ式権原確定登記制度であった地券の有無を絶対視せず、土地に対する実質的に最も強い支配力のありかを私権存否の判断基準とする所有者自然決定説が有力である³⁵。むしろ逆に、黙示的公用廃止の理論により、放置された国有地に対する私人の取得時効を認めるのが日本の判例傾向である³⁶。裁判所が抽象的な公物論に囚われることなく、土地の現実の支配に注目する実

証的態度は、土地の所属を、現実にも最も切実に使用収益する者の手に帰せしめていこうとする私権保障原則（日本国憲法 29 条）の理解に裏づけられていると考えられる。

植民地法下の投資家はまた、土地収用法を活用した私益収用を実現し、あるいは農地用途転換手続により農地取引に公権力を介在させて、土地取得コストを公権力に転嫁することができた。今日も、世銀等の推奨する土地法改革は、土地収用法による民間事業の推進を組み込んでいる。しかし先進諸国の法制度を顧みれば、私益収用は憲法命題として明確に禁止されている。たとえば米国判例は憲法第 5 修正の「公の使用」(public use) 要件を堅持し、計画全体の公益目的に照らして判定される規制緩和傾向にあるとはいえ、付随的な見せかけの公益性の主張は認められない³⁷。アジア諸国で頻発する外資導入目的の農地収用は、こうした先進国基準のもとでは公益性の主張が成り立ちがたいのである。

このように今日、国際開発機関が推進する土地法改革は、かつて 19 世紀植民地法が有していた各種の公的統制メカニズムを復活し、土地紛争の多くは公権力と私権との対立構図に持ち込まれている。しかし紛争の本質は、国家の後ろ盾を得た投資家の私権と、農民の生きる基盤としての私権との対立であることが忘れられてはならない。公権力と私権との対立構図においては立法政策・行政判断の裁量が広く、司法審査の余地は限られることを期待してのことであろう。しかし紛争の本質は、国家の後ろ盾を得た投資家の私権

と、農民の生きる基盤としての私権との対立であることが忘れられてはならない。現代の世界の司法の趨勢において、公法メカニズムの濫用による私権剥奪をデュー・プロセス違反とし、生存のための私権についてとくに私的財産権保障を強め、見せかけの公益性を暴く潮流があり、強者の私権が弱者の私権を奪う19世紀型国家装置の復活を容易に許すものではない。

6. おわりに

本稿は、アジア土地法の方法論を探る試みとして、土地流動化による開発促進論の道具立てとして開発経済学が用いる単純化された土地所有権定義に異を唱える、法人類学者らの議論から出発した(2章)。つぎに、各国土地法の多様な制度設計を理解する方法として、比較法学が論じてきた近代的所有権の主要な構成要素を比較の軸とすることにより、植民地土地法がアジアにもたらしたErfpachtやlandholder's rightなどの譲渡性ある永借権概念が、現実の土地利用者の地位を最小化しつつ土地の抽象的な交換価値の最大化を図る投機的資本主義の創造物であったことを指摘した。そのような私的 concept の残滓は今日まで影響を残し、インドネシアや日本の都市部の借地権、さらに社会主義市場経済化諸国における「土地使用権」概念などに引き継がれ、脆弱な私権内容のまま抽象的交換価値が流動化し、アジア独特の過度な土地投機経済の温床となる原因構造が見いだされる。他方でアジアの農村では、植民地独立後

にアジア各地で登場した独自立法におけるhak milikやloat paing kwinなどの独自の私権が、個的な排他的・永続的権利として近代的所有権に匹敵するものでありながらも、農地耕作者主義のもとで私権の処分にコミュニティの集団的管理を及ぼす共通性を見出した。このような権利概念は、持続的開発を希求する今日の文脈にふさわしい生態系調和的な私権の再定義として貴重なヒントを含むであろう。しかしつぎにアジア各地の紛争類型に目を転じ、上記で見た独立後の独自立法で定立された私権概念が、今日の世銀等の国際ドナーの牽引する現代の土地法改革が持ち込む、トーレンズ式権原確定制度、荒蕪地管理法、民活事業用の強制収用、農地用途転換制度などと衝突する現実に注目した(4章)。インドネシアhak milikもミャンマーのloat paing kwinもベトナムの土地使用権も、今や権利内容をあいまいに付されたまま流動性を高め、とくに都市と農村の境界ではインドネシアのHak PakaiやミャンマーのLa Na39ないしベトナムの年賦払いリースないしsurface rightなどの脱法的な権利概念が物権法定主義を乗り越えて激しく暗躍し、まさにかつて植民地土地法がアジアにもたらしたErfpachtやlandholder's rightなどの譲渡性ある永借権概念と同様に、抽象的な交換価値の化体として土地を投機的資本主義の俎上に載せていく。そのような今日、多くの土地紛争が公権力と私権との対立の図式で浮上しているが、その本質は投資家と農民の私権抗争であることを認識する必要がある。生活者

優位の設計と投資家優位の設計のあいだで揺れ動く、実定法をめぐる争奪戦ともいえるべき価値対立の軸を検討した（5章）。

私権と私権との闘争としてのアジアの土地紛争の本質が暴かれるとき、法律学による現象への関与の方向性がうっすらと見え始める。ワシントン・コンセンサスの導く土地法改革が飾り立てた公権力発動の隠れ蓑を剥がし、改めて民法典の物権規定に立ち返り、あるいは憲法の人権階梯における私的財産権保障の原点に立ち返り、一筆の土地上で睨みあう、現実の耕作者の生存をかけた私権と、一枚の権原証書に化体された投資家の抽象的な私権との生々しい対立を眼前に見据えたとえ、私たちは価値判断を求められている。権利の上に眠るものは権利を失うと古い格言は言うが、アジア土地法は、私権の本質が不断の闘争の中で主張されつづけることなくしては存続しえない現実を教えている。

参考文献

- 梅謙次郎 (1896) 『民法要義卷之二物権編』和仏法律学校・明法堂
- 梅原弘光 (1976) 「フィリピンにおける土地所有権確定事業に関する一考察—アメリカ統治下の事業展開を中心に」、『アジア経済』17巻1・2号、アジア経済研究所
- 岡本詔治 (1990) 『イタリアの土地所有権制度について』法律文化社
- 奥平龍二 (2002) 『ビルマ法制史研究入門—伝統法の歴史的役割』近代文芸社
- 香川孝三 (2006) アジア法学会編 (2006) 『アジア法研究の新たな地平』成文堂
- 角松生史 (2019) 「日本土地収用法における『私益収用』と『生活補償』」『神戸法学雑誌』69巻2号, p.195-242
- 金子由芳 (2004) 『アジア危機と金融法制改革』信山社
- 金子由芳 (2010) 『アジアの法整備と法発展』大学教育出版
- 金子由芳 (2018a) 『ミャンマーの法と開発』見洋書房
- 金子由芳 (2018b) 「ミャンマー倒産法改革にみる法整備支援のモデル対立」、『国際協力論集』26巻2号, p.39-59
- 金子由芳 (2019a) 『アジアの市場経済化と民事法—法体系の模索と法整備支援の課題』神戸大学出版会
- 金子由芳 (2019b) 「開発におけるトーレンズ式登記制度—植民地土地法の復権」、『国際協力論集』27巻1号
- 金子由芳 (2020) 「現代版『法の移植』再考—ベトナムとミャンマーの土地法改革」、『国際協力論集』27巻2号
- 北原淳 (2002) 「タイ近代における小農創出的土地政策への道 (上) (下)」『経済科学』50(2), p.21-40 ~ (3) p.21-39
- 榎澤能生 (2016) 『農地を守るとはどういうことか』、農文協
- 斎藤照子 (1985) 「英領ビルマにおける初期土地制度 1826-1876」、東南アジア研究 23(2), p.142-154
- 広中俊雄・星野英一編 (1998) 『民法典の百年 I-IV』有斐閣
- 星野英一 (2015) 『民法論集第10巻』、有斐閣
- 福島正夫 (1962) 『地租改正の研究』有斐閣
- 福島正夫 (1975) 「地租改正と土地所有権—とくに比較史的に—」、我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』有斐閣所収
- 松尾弘 (2018) 「日本における土地所有権の成立—開発法学の観点から」、『慶應法学』41号
- 水本浩 (1988) 『転換期の借地借家法』日本評論社
- 吉村眸 (1960/2004) 「物権編序説 3 英米法」、船橋諄一『法律学全集 物権法』有斐閣 1960/2004 改訂版 p.61-111
- 李明芝 (2019) 「台湾の土地収用制度における公共利益の考察：区段収用を中心」『神戸法学雑誌』69巻2号, p.195-242
- Jaluzot, B. (2019) "Civil law in French Asian Colonies," in Yuka Kaneko, eds., *Civil Law Reforms in Post-Colonial Asia: Beyond Western Capitalism*, Springer 2019
- Benda-Beckmann, F. von (1979) *Property in Social Continuity: Continuity and Change in the Maintenance of Property Relationships*

- through Time in Minangkabau*, West Sumatra, Martinus Nijhoff
- Benda-Beckmann, F. von, & Benda-Beckmann, K. von, and Wiber, M. G. (2008) "The Properties of Property," in F. Benda-Beckmann & K. von Benda-Beckmann and M.G., *Changing Properties of Property*, Oxford University Press, 2008
- Bruce, J. W. et al. (2006) *Land Law Reform: Achieving Development Policy Objectives* World Bank Law, Justice, and Development Series, World Bank
- Cordero, J. A. S. eds. (2012) *Legal Culture and Legal Transplants*, Vol. I & II, International Academy of Comparative Law
- Demsetz, H. (1967) "Toward the Theory of Property Rights," *The American Economic Review*, 57(2), p.347-59
- Deininger, K. & Feder, G. (2009) "Land Registration, Governance, and Development: Evidence and Implications," *The World Bank research observer*, Vol. 24
- Fu, H. & Gillespie, J. (2014) *Resolving Land Disputes in East Asia*, Cambridge University Press
- Furnivall, J.S. (1956) *Colonial Policy and Practice a Comparative Study of Burma and Netherlands India*, The Cambridge University Press
- Halliday, T.C. & Carruthers, B.G. (2009) *Bankrupt: Global Lawmaking and Systematic Financial Crisis*, Stanford University Press
- Hooker, M.B. (1986) *Laws of South East Asia I & II*, Butterworths
- Kaneko, Y. (2010) "A Procedural Approach to Judicial Reform in Asia: Implications from Japanese Involvement in Vietnam," *Columbia Journal of Asian Law*, 23(2), p.315-358
- Kaneko, Y. (2012) "Accompanying Legal Transformation: Japanese Involvement in Legal and Judicial Reform," in Cordero, J. A. S. eds., *Legal Culture and Legal Transplants*, Vol. I & II, International Academy of Comparative Law, 2012
- Kaneko, Y. (2020) "Reconsidering the Contemporary 'Legal Transplant': A Review from the Land Law Reforms in Vietnam and Myanmar," *Asian Journal of Law & Society*, vol.7, Issue 1 (forthcoming), Cambridge University Press
- Kingston-Mann (2008) "The Romance of Privatization and its Unheralded Challengers," in F. Benda-Beckmann & K. von Benda-Beckmann and M.G., *Changing Properties of Property*, Oxford University Press, 2008
- Land Core Group (2017) *Technical Review of the Draft Myanmar Land Acquisition Law 2017*, Livelihood and Foods Security Trust Fund
- Lev, D.S. (1965) "The Lady and Banyan Tree: Civil-Law Change in Indonesia," *The American Journal of Comparative Law*, Vol.14, No.2, p.282-307
- Mattei, U. & Nader, L. (2008) *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell Publishing
- MyJustice (2017) *Searching for justice in the law: Understanding access to justice in Myanmar*. London: British Council. Retrieved from https://www.myjusticemyanmar.org/sites/default/files/MJS_Report_FINAL_online.pdf
- Okudaira, R. (1986) "The Burmese Dhammathat," in M. B. Hooker, *Laws of South East Asia I*, Butterworths, p.23-142
- Peters, P.E. (2002) "The Limits of Negotiability: Security, Equity and Class Formation in Africa's Lan Systems," in Juul K. & Lund, C., *Negotiating Property in Africa*, Heinemann, 2002, p.45-66
- Peters, P.E. (2008) "Beyond Embeddedness: a Challenge Raised by a Comparison of the Struggles Over Land in African and Post-socialist Counties," in F. Benda-Beckmann & K. von Benda-Beckmann and M.G. Wiber, *Changing Properties of Property*, Oxford University Press, 2008
- Rudy, L. H. (2019) "The Pathway of Civil Law Development in Indonesia: Law on Land," in Yuka Kaneko, eds., *Civil Law Reforms in Post-Colonial Asia: Beyond Western Capitalism*, Springer 2019
- Torrens, R. (1882) *An Essay on the Transfer of Land by Registration: under the Dupuplicate Method Operative in British Colonies*, Cassell (MOML edition)
- Upham, F. (2018) *The Great Property Fallacy*, Cambridge University Press

- Van Erp, S. (2008) "Comparative Property Law," in M. Reimann & R. Zimmermann, *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008
- Wiber (2008) *Chaining Properties of Property*, Berghahn Books
- World Bank (1975) *World Bank Land Reform* (World Bank Sector Policy Paper) World Bank
- World Bank (2011) *Land policy : securing rights to reduce poverty and promote rural growth*, World Bank
- World Bank (2012) *Compulsory Land Acquisition and the Land Law to Enable Sustainable Development in Vietnam*, *World Bank Policy Paper 64891*, World Bank.
- Zimmermann, R., Visser, D. & Reid, K. (2004) *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford University Press

注

- 1 1990年代以降の国際開発機関による立法・司法改革の経緯について、金子(2004)、(2010)、(2018a)、(2019a)、Kaneko(2010)、(2012)、(2020)などを参照されたい。
- 2 アジア危機後のIMF・世銀による法制改革の政策変化について、詳しくは金子(2004)、(2018b)、Halliay & Carruthers(2009)、またKaneko(2020)。
- 3 世界銀行周辺の土地法改革の政策志向について、World Bank(1975)、(2011)、Bruce(2006)、Deininger & Feder(2009)など。
- 4 筆者が日本代表ペーパーを担当した2010年6月開催の第20回比較法国際会議ワシントン大会の「法の移植・法文化」分科会においても、アジア・アフリカ法が比較法学の直接の研究対象とされることはなかった。ただし筆者は座長のJ. Cordero教授およびR. Zimmermann教授より、日本の法整備支援の見地からアジア法の状況に言及するよう依頼された。本分科会の成果物としてCordero, J. A. S.(2012)参照。
- 5 この点の指摘として、第20回比較法国際会議での報告論文であるKaneko(2012)参照。
- 6 アフリカ土地法研究は重厚な蓄積があるが、その鳥瞰としてPeters(2008)等。
- 7 福島正夫著作集第1-9巻(勁草書房)がある。本稿ではとくに福島正夫(1975)に示唆を受けた。
- 8 ノルマンディ地方の慣習法を容認した1834年フランス控訴院判決(Caquelan v. Lemoine, 13.2.1834)についてVan Erp.(2008) p.1054。
- 9 岡本(1990)参照。
- 10 Kingston-Mann(2008)、Upham(2018)他。
- 11 Benda-Beckmann(1979)、Peters(2002)他。
- 12 地租改正における明治8年(1875年)太政官指令で、前近代の永小作権は(開墾永小作の買取り以外は)廃止され、20年以下の普通小作(賃借権)に転換した。小作料は68%に引き上げられて地租徴収を支え、農民搾取は進んだ。福島(1975)。
- 13 香川(2006)参照。
- 14 地上権の存続期間は原則50年(269条)、永小作権は最長50年・更新50年に抑えられ(278条)、債権である不動産賃借権(604条)と大差なかった。なお不動産賃借権の当時の最長期間は20年(更新20年)とされ、普通小作の受け皿であった。
- 15 広中・星野(1998)、星野(2015)など一連の考察がある。
- 16 ただし後続の判例は取引促進の外観法理に依拠し、民法の通謀虚偽表示規定(94条2項)の類推適用により、善意無過失の転得者を保護してきた。
- 17 詳細につき、棚澤(2016)参照。
- 18 詳細につき、Benda-Beckmann(1979)。
- 19 Lev(1965)参照。
- 20 詳しくはRudy(2019)。
- 21 Fu & Gillespie(2014)、Upham(2018)、p.53-58等。
- 22 金子(2020)、Kaneko(2020)参照。
- 23 国際規範の解釈余地は広く実効性は定かではない。たとえば国連総会が2018年に採択した農民・農村に生きる人々の権利宣言(United Nations A/HRC/RES/39/12)は妥協の産物となり、17条3項では農民が「裁量的にあるいは不法に立ち退かされない(not arbitrarily or unlawfully evicted)」権利を定めるが、合法性の推定を覆す立証は容易ではない。
- 24 たとえばミャンマーにおける住民の紛争処理手段の選択について、NGO系の調査結果(MyJustice 2017)は、行政的紛争処理(公選の区長・村落共同体長による)が52%、司法官等への相談が約25%、直接交渉が9%、家族友人による斡旋が4%などとする。
- 25 詳しくはJaluzot(2019)。

- 26 詳しくは梅原 (1976)。
- 27 松尾 (2018) 参照。
- 28 概観として Peters (2008)。
- 29 Kaneko (2010) 参照。
- 30 例えばベトナム 2013 年土地法について World Bank (2012)、またミャンマー 2019 年土地収用補償移転法について EU・米・豪等の支援を得た Land Core Group (2017) 等。
- 31 地元財源で収用を行う地方事業は、地元の参加型手続で計画決定することで「公益性」を満たす論理となろう。
- 32 Fu & Gillespie (2014) が中国・ベトナムの土地紛争の現状を赤裸々に伝えている。
- 33 棚澤 (2016) p.99 以下では日本のみならずスイス・オーストリア・ドイツなどの先進諸国が憲法理念に由来する農地取引規制法を維持し、その運用は持続性重視の農業政策に導かれてきたと指摘する。
- 34 吉村 (1960/2004)p.102 参照。
- 35 三田用水事件 (最高裁判決昭和 22 年 12 月 18 日、訟務月報 15 卷 12 号 1401 頁)、道頓堀事件(大阪地裁判決昭和 51 年 10 月 19 日、判例時報 829 号 13 頁) など。
- 36 最高裁判決昭和 51 年 12 月 24 日、民集 30 卷 11 号 1104 頁。
- 37 米国連邦最高裁判所 *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005) におけるケネディ裁判官の同意意見など。

An Approach to Asian Land Law

KANEKO Yuka *

Abstract

This paper will attempt at articulating a comparative approach to the Asian land laws, by first utilizing the traditional language of comparative legal studies in order to identify the characteristics of the system designs of laws, then turning eyes to the resolution of land disputes which condense the relationships between land and social entities, in order to observe the outcomes of the design choice of positive land law, and finally bringing in the chronological axis to trace the historical changes of land law as state apparatus of dynamic compromise between the policy ideologies toward the satisfaction of local population.

* Professor, Graduate School of International Cooperation Studies, Kobe University

