

[論 説]

アジアにおける慣習法の現代的意義 —「法の移植」との規範調整

金子 由芳*

1. はじめに

(1) 本稿の目的

2000年代のアジア諸国の法整備は、グローバル・モデルへの収斂 (convergence) を迫る欧米ドナーに促され「法の移植」(legal transplant)を進めてきたが、これに伴い、移植された実定法と既存の社会規範との乖離を広げていることは疑いない。WTO(世界貿易機構)加盟交渉や二国間・多国間の自由貿易協定、またアジア危機後のIMF・世界銀行の構造調整融資コンディショナリティは外資促進型の法整備を要求し、その外圧は単なる立法改革に留まらず、“Doing Business”指標などの格付け査定を通じて行政・司法過程での現実の実施を促すものとなってきた。こうした外圧による急進的な法移植は、国民生活の基盤をなす社会規範との衝突が避けられず、社会情勢を不安定化し、近年アジア各地で頻発する開発独裁型体制の復権を促す背景要因ともなってきたおそれがある。学界の一部では、国際ドナーが人権・環境社会配慮の要請に応じて法整備方針を修正しつつあるとみる楽観的見解も行われているが(Trubek 2014)、実際に推進される法モデルの内容面に変化はない¹。

ただ、同じくグローバル・モデルを突き付けられながらも、深刻な社会不安を来す国もある一方で、移植法と社会規範との軋轢を柔軟に処理し社会的安定を保つ諸国もある。この違いの背景に、かつて法人類学者の千葉正士が“legal postulate”と呼んだところの、法多元主義的状況における規範調整メカニズ

* 神戸大学大学院国際協力研究科協力教員、
社会システムイノベーションセンター教授

ムの有無が関わり²、社会的軋轢の緩和に寄与している可能性が考えられる。そのような規範調整の多様なあり方を鳥瞰しつつ、一定の要件を見出すことが本稿の目的である。

仮説として、移植された実定法が国民の生活秩序に介入し、日々の営みを蹂躪するまでに及び、人々がいよいよ立ち上って正義を請求する局面で、破壊的抵抗に及ぶ以前に、何らかの法的な問題解決プロセスが可能であること、またその法的プロセスにおける規範選択が機械的に移植法を適用して終わる汎実定法主義の場ではなく、人々の規範意識にとって納得のゆく何らかの公平を実現するために規範調整（紛争解決過程における判断者と当事者の共同の営為）が働くことが必須の要件と考えられる。

検討対象として、2000年代を通じて世界銀行やアジア開発銀行（ADB）などの国際ドナーが強力に実定法改革を指導する土地法・森林法分野に焦点を当てる。グローバル・モデルとして推奨される制度枠組みは、「登記なければ権利なし」の標語で知られる強制登記制度であるトーレンズ式権原確定型登記制度、また少数民族の集団的財産登記制度の新設などであるが、土地の交換価値の顕現により経済開発を促進することが期待されてきた。しかしこれらの実定法改革により、未登記の農地や集団的森林秩序が荒蕪地として一方的に国有化され、民活事業によって立退きを迫られるケースが世界各地で数え切れない。父祖伝来の土地を奪われゆく人々がいかなる法的解決に訴え、そのような場が実定法

と慣習法の乖離を架橋するいかなる規範調整に任じているかが検討される。

（2）慣習法をめぐる議論の確執

実定法と慣習法の規範調整を検討するに先立ち、「慣習法」（customary law）の定義を確認し、またこれをめぐる学界・国際援助実務の多様な議論を整理する必要がある。

本稿は、社会の基層における人々の生活規範が、実定法と衝突する局面においてもなお人々の確信によって保持されるとき、その正義の源泉を「慣習法」と総称する。歴史的に引き継がれた規範でありながらも、現実の紛争解決を通じて改めて見い出され、柔軟な修正をも施され、将来世代のために受け継がれていく意味で、それは民衆による主体的な法創造の実践である。

こうした「慣習法」（customary law）の理解は、実定法（formal law）の対概念ではあるが、実定法による公認の有無を問題とする後述の「公式法－非公式法」（formal law/informal law）の射程よりも広い³。また近年盛んに論じられる「先住民族の権利」（indigenous law）をも含むが、それに留まらない。2009年採択の国連先住民族の権利宣言を受け、民族・文化・言語等を同じくする集団のアイデンティティを保障する立法が各国で起こったが、そこには文明以前の法、あるいは「法」の名に値しない事実たる「文化」の印象が付きまとい、各国の裁判過程でも“cultural defense”としての取り扱いに終わりがねない。本稿にいう慣習法は、い

わゆる文明社会にも存在する社会の基層に生きる自治的な生活規範を広く想定する⁴。Tamanaha (2021, p.11-12) は、法とは “what people in a given social arena collectively recognize and treat through their social practices as law” (ある社会において人々が集団的に法として認識し取り扱う社会的実践) であるとする見地から、“social-historical folk legal pluralism” なる表現を用い、そのような意味での慣習法がつねに実定法秩序と併存し社会歴史的にユビキタスに常在してきたとするが、本稿の視点はその見解に近い。但し、植民地化を経験したアジア・アフリカ諸国において、慣習法は植民地化以前に存在した固有の法秩序(成文法規も不文規範も含めて)であり、独立後も現在に至るまで人々の確信に支えられ引き継がれてきた社会史的産物といえる⁵。Tamanaha (ibid. p.96) は慣習法をあくまで日常世界の生活規範の範疇で捉え⁶、そのような牧歌的世界が先進的資本主義と接する規範衝突場面については言及を避けているが、本稿は、実定法と衝突する局面においてこそ慣習法が人々の規範意識のなかに顕著に立ち現れ、実定法のあり方に変更を迫るまでに強い機能を発揮すると考え、そうした局面に主要な関心を置く。

慣習法が社会規範として顕現する局面について、学界の見解は多様である。最右翼は実定法の一元化を目標とする立場(monist)からの批判であり、植民地独立の1960年代、米国では、アジア・アフリカ社会の慣習法が新興国家の法的一元化を阻むとする法多元主

義(legal pluralism)批判が展開した⁷。また実定法による公認の範囲で慣習法を一定程度容認する立場から、公認の条件として女性の地位などの普遍的人権が論じられる⁸。他方で、ドイツ歴史法学や自由法学の学術的系譜に連なり法多元主義を肯定的に捉えるライデン学派、法人類学の実証的成果⁹、また2009年国連先住民族の権利宣言を契機に先住民族の権利保障が新興国家を内側から脅かすまでに強く唱えられている¹⁰。このように学界の論調は、実定法の体現する西欧近代価値へ向けて一元化を促す立場と、逆に慣習法の多様性を擁護する立場が対峙し、折り合う気配がない。

世界銀行や国連開発計画(UNDP)などの国際援助実務では、近年は慣習法に対する肯定的な言及が目立ち、慣習法が「法の支配」に資するとの論調さえ現れているが¹¹、しかしその実質は慣習法の暫定的な公認制度の範疇に留まり、ゆくゆく実定法への一元化の旗頭を下したわけではない。そのレトリックは主に「非公式法」(informal law)をめぐって巧妙に展開されている。

元来、formality/informalityの対比は開発経済学において国家統計に把握されないインフォーマルな経済セクターを考察する問題軸で、「公式-非公式」と訳されるべき対語であり、「合法-非合法」のニュアンスをも含むとしても、しかし「実定法-慣習法」(formal law/customary law)の概念軸には関わりがなかった。しかし“formal”なる形容詞の多義性を介してこれらの問題軸が混同し、あた

かもインフォーマル経済セクターの課題解決にとって慣習法のフォーマル化（実定法秩序への一元的取り込み）が不可欠であるとする議論を既成事実化してきたように思われる。

そのような混同は意識的に準備されたきらいがあり、その主犯は Hernando de Soto その人であった可能性がある。一世を風靡した de Soto の著書 *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World* (De Soto 1989) は、ペルーのインフォーマル経済セクターの実証的観察から合理的な秩序を見出し、国家統計がインフォーマル経済を把握しえないのは国家自身の合法性の基準設定が障害となっているためであるとして、国家法の規制緩和を説いた。しかしのちに de Soto は一転、*The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (De Soto 2000) において、途上国のインフォーマル経済セクターを資本主義経済から取りこぼされた貧困問題の文脈で論じ、その原因は、貧困者が土地建物や法人への出資持分などの財産権を保全する公的アクセスを欠くゆえに、資本蓄積を果たせないためだとし、“formal property law” の強化を説いた。かくして formal/informal の対位法は「公式-非公式」ないし「合法-非合法」の文脈から、「実定法-慣習法」の文脈へとすり替わり、もはや躍動する非公式・非合法の経済秩序を容認する規制緩和論は語られず、逆に実定法強化論に転じている。なぜ資本主義は西洋で勝利し、アジア・アフリカで失敗したのかというウェーバー法社会学張りのキャッチフレーズ

は、形式的合理的な西洋資本主義法制の「移植」が開発途上諸国にとって不可欠だとする結論をすでに先取りしているが、とくにこの議論が informality の問題として語られることにより、法学の「実定法-慣習法」の問題軸に開発経済学の「公式-非公式」「合法-非合法」の問題軸が浸潤し、あたかも途上国の慣習法秩序がなべて非合法で貧困の元凶であるかのネガティブな印象づけがなされたうえで、慣習的権利の大掛かりな解体を伴う実定法改革への伏線が敷かれているかのである。

このような汎実定法主義を国際機関の法整備支援方針書レベルで確認したのが、de Soto 自身も関与した国連開発計画 (UNDP) による *Making the Law Work For Everyone* (UNDP/De Soto 2008) であった。実定法整備の4つの重点領域の一として property rights を取り上げ、財産権は人権であると説き起こし、“inclusion of the poor in the formal economy” (貧困者の公式経済への取り込み) のために明確な実定的ルールの確立を促した。この貧困者に配慮する制度 (pro-poor property-rights system) としての直接的な社会介入 (direct social intervention) として必要視されているのが、登記や権原証書発行等の公認制度である (ibid. p.6)。とくに介入対象として慣習的権利 (customary rights)、先住民族の権利 (indigenous people's rights)、集団的権利 (group rights) が言及されている (ibid. p.65)。注目すべきは、このような公認制度はあくまで暫定的な社会

介入であるとされ、将来的には実定法秩序への一元的統合が予定されていることであり、なかでも地域共同体の土地・資源に対する所有権（community-based ownership）の公認の条件として、共同体内部で個的な財産権が容認されること、またさらにそうした個的権利は外部者に対して開かれるべきであるとする（p.65）。

このように国際ドナーの formal/informal 論は、慣習法を肯定するよう見えながら非公式・非合法・非西洋・前近代のネガティブな色彩を纏わせ、暫定的な公認制度を経て最終的解体へ向かう点で、その実質は汎実定法主義である。世銀開発研究所周辺の La Porta 他「法系論」の論客も、informality を克服すべき開発課題と見なす社会進化論的な立ち位置から、国際ドナーによる慣習法の漸進的解体に論拠を与えてきた¹²。

（3）土地法・森林法改革：慣習法の公認と漸進的解体

土地法・森林法改革は、国際ドナーの方針書が想定する慣習法の暫定的公認・最終的解体のシナリオが現実に展開する分野となっている。土地法・森林法分野においては、所有権の確立が資本主義的な経済開発のテーゼとされているがために¹³、慣習法はその所有権の排他性・絶対性を阻む障害に他ならない。そこで女性の地位等の普遍的な人権問題を引き合いに出しながら、慣習的土地・森林秩序の漸進的解体が正当化されている¹⁴。たとえば世界銀行の支援を受けた1999年制定

タンザニア村土地法は、都市部の土地権原 right of occupancy の流動化を促す土地法改革と並行し、農村土地の管理を村落評議会に委ねる二元的制度を採用し注目を浴びたが、しかし村土地法は個的な慣習的占有権（customary right of occupancy）および村落共有地（customary village land）の公認手段として登記制度を導入し（21条）、このうち customary right of occupancy については村外の法人に対しても設定・譲渡可能とし（27条）、慣習法秩序の漸進的解体に道筋が敷かれている。カンボジアでも、詳しくは後述するように、世界銀行・ADB・ドイツ国際協力公社（GIZ）の肝いりで制定された2001年土地法が先住民族コミュニティの集団的財産権登記制度を創設したが、集団としての資格要件、成員の資格要件、対象土地の範囲画定などの多重の立証ハードルを設けるとともに（23-26条）¹⁵、社会進化に伴う個人意思の尊重と称して、個々の成員による持分の分割（27条）による慣習的秩序の漸進的解体を見込んでいる。

このようにドナー・モデルの実質は慣習的財産秩序の分割・売却を通じた漸進的な解体ステップである。実定法改革の脅威に直面し、慣習的土地秩序は、どのように自らを主張し保全しようとしているのか。

筆者らの仮説は二層から成る。平時は、人々の意識の中に生き続ける財産権観念は、実定法と接することなく法多元主義的に並立し、土地法・森林法改革のもたらす公認制度（トレンズ式権原確定型登記制度や先住民族の権

利登録制度)から取りこぼされながらも平穩のまま推移している。しかし、いよいよ実定法が権力的装置を発動し国有化・民活事業による土地立退きが起こる局面において、人々の規範意識が改めて顕現する。この際、3つの点が規範調整の可否に影響すると考えられる。第一は、実定法と慣習法の距離である。アジア・アフリカ諸国の土地法は、植民地法を克服し独自法を定立した諸国もあるが、植民地法の有した資源搾取構造を引き継ぐ諸国も多いため¹⁶、後者では実定法と慣習法の乖離は著しく、規範調整を難しくすると考えられる。第二は、慣習法の強度である。開発に伴う都市縁辺のスクォッターの主張と、生業基盤として父祖伝来の土地を守り続ける地域集団が歴史的に継承する不文憲法ともいふべき堅固な確信を同一視することはできない。後者はたとえ日常的には無意識に埋没しているとしても、実定法との対峙を通じて規範として再認識され、実定法に修正を迫るまでの威力を発揮すると考えられる。第三は、そのような規範調整に任ずる制度メカニズムの存否である。Tamanaha (2021, p.70-71)は慣習法を常に変化する創造的なプロセスと見なし、その醸成の場として村落調停に関心を向け、判断者と紛争当事者、さらにより幅広い民衆の参加と討議を通じて共同で慣習法を発見し、共存のための柔軟な規範修正をも行う、まさに社会の基層における民主的な規範創生の場である可能性を示唆している。しかしTamanahaの関心は牧歌的な日常的紛争解決 (manage the everyday lives and social

intercourse within their communities)の範疇に留まるのに対して (ibid. p.96)、本稿はそのような慣習的制度がさらに裁判や行政不服審査など公的な紛争解決制度に連結し、何らかの規範調整を勝ち取り、ついには行政・立法過程で聞き届けられ実定法の是正に及ぶに至る動態に関心を向ける。

(4) 本稿の方法

本稿の方法は、第一に、平時における実定法と慣習法の乖離について理解するため、土地法・森林法分野の実定法改革の内容確認を行う(トーレンズ式登記制度や集団的土地登記制度の採否と具体的な立証要件、荒蕪地管理制度の採否、取得時効制度の有無等)。アジア・アフリカ諸国の土地法・森林法分野の実定法は、植民地法の資源搾取構造を引き継ぐ立法例、また植民地法を克服し独自法を定立した立法例など多様であり、前者においては実定法と慣習法の乖離が著しく、規範調整を難しくしている可能性に留意する(表1参照)。

第二に、土地に対して人々の抱く規範意識に接近するために、先行研究の検討を踏まえた独自の聴取り調査による実証を試みる。土地利用の実態、土地に対する関係の排他性、そのような排他性の由来、把握されるのは使用価値か交換価値か、個別の権利か集団的権利か、権利の立証手段などの検証である。

第三に、国家実定法が日常的な土地秩序に介入し立退きを迫る具体的な紛争局面で、裁判・行政調停などの紛争解決過程に注目し、

表 1：土地法分野の分類軸—実定法と慣習法の距離をめぐって

独立後の法整備 植民地土地法	植民地法の継承・部分的改訂 (実定法と慣習法の乖離)	独自法の定立 (実定法と慣習法の接近)
Assimilation (一元的な植民地土地法による地租収奪)	<ul style="list-style-type: none"> ▶ミャンマー：汎実定法主義 1872 財産取引法ほか存続 1953 土地国有化法 2012 農地法・荒蕪地休閒地処女地法 ▶タンザニア：慣習法の暫定的公認 1872 財産取引法ほか存続 <u>1997 村土地法</u> 	<ul style="list-style-type: none"> ▶フィリピン：汎実定法主義→先住民権公認 1950 民法典 1955/1963/1987 ~ 土地改革法 <u>1997 先住民権利法</u>
Legal Pluralism (植民地法と慣習的土地秩序の併存)	<ul style="list-style-type: none"> ▶カンボジア：慣習法の暫定的公認 1920 民法典→2007 民法典 2001 土地法 (→<u>先住民財産権</u>) 	<ul style="list-style-type: none"> ▶インドネシア：実定法改革による規範調整 →法多元主義 1848 民法典 1960 農地基本法 (→<u>adat 回復運動</u>) 1999 森林法 (→<u>慣習林国有化の違憲判決</u>)
Voluntary Reception	<ul style="list-style-type: none"> ▶タイ：汎実定法主義 1924 民商法典 1954 土地法 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ネパール：実定法改革で慣習法の組み込み <u>1854/1964/2018 ムルキアイン法典</u> ▶日本：判例法による慣習法公認 1890 民法典 (→<u>入会判例</u>) 1952 農地法 2020 土地基本法改訂

(筆者作成)

判決・勧告などの文献資料および聴取り調査を含む実証的検討を通じて、紛争当事者・判断者の相互作用による規範調整の実態に接近を試みる。Chiba (1986) の「総合比較法学」にいう法主体による“legal postulate”の同定である。

以上のような方法の例示として、本稿は日系投資家の進出先として関わりの深いアセアン諸国を対象に、実定法と慣習法の乖離が著しく規範調整の困難が予想される例としてタイ 1954 年土地法、またカンボジア 2001 年土地法・2002 年森林法に注目する¹⁷。他方、同じく社会的軋轢に直面しながらも実定法改革を通じた規範調整が模索されてきた例として、インドネシア 1960 年農地基本法・1999

年森林法をめぐる紛争事例、また以上との対比で日本の最近の所有者不明土地問題を契機とする土地基本法改訂を取り上げる。

2. タイ汎実定法主義、裁判外の規範調整 (1) 実定法の経緯と特色

タイの土地法分野の現行実定法は、1934 年制定の民商法典物権編が所有権を中心に私権の内容を定め、また 1954 年土地法 (2008 年改訂) が所有権の権原確定などの公法上の基本法規である。世界銀行は 1980 年代に、1954 年土地法下の権原登記推進事業を支援し、開発成果を上げたとして高く自己評価し、後述のカンボジアを始め土地法改革の推奨モデルとしている (Burns 2004)。

民商法典物権編は、不動産所有権その他の物権の効力要件として登記を必須とし（1299条）、登記を信じて取引を行った善意・有償の第三者に対しては真の所有者といえども争えないとする、いわゆる登記の公信力を定めている（1300条）。その登記制度の詳細は1954年土地法が定めるが、既存の権原証書の保有者に対しては一斉登記による既得権原の確定（第四章「権原証書の発行」・第五章「地籍調査」）を想定しながらも（土地法公布法6～7条、58条の2（1））、既往の権原証書を欠く占有使用者については土地法公布から180日以内に申請を行った場合に限り（土地法公布法5条）、あくまで行政裁量で登記の可否を判断するに留まることから（27条の2、58条の2（2））、この申請を行わなかった占有使用者は実定法の埒外に置かれていく（58条の2（3））。以上の土地法の設計は、一見、農地改革の推進にみえるけれども、実質は登記申請を裁量的に規制するものであり、民商法典における強制登記制度と相まって、未登記の農地保有者の立退き・開発転用のメカニズムを提供している。

このような制度設計は、19世紀末チャクリー王朝発足以来のタイ近代法の常用手段であり、当時の近隣アジアで展開していた植民地法を模するものであったと考えられる。1901年土地地租法を嚆矢とする折々の地券発行によって、王族・上流階層による広大な土地囲い込みが起り、登記はそれら既得権益の確定に資するものであって（北原2002）、農民の権利保全につながるものでは

なかった。

今日までタイの行政裁量による一斉登記の実施は大幅に遅延し、立法から半世紀を経てなお6割に留まる¹⁸。この遅延の間に、農地収奪を許すメカニズムが土地法には多数組み込まれてきた。なかでも同法第二章「国民への土地分配」は、土地なし農民に対する農地再分配を思わせるその章題に拘らず、実質は1935年荒蕪地国有化法を継承する国有地コンセッションの根拠規定群である。権原証書を有しない占有使用者は公布180日以内に行政申請を行わないかぎり無権利者として確定し（土地法公布法5条）、また権原証書を有する者も耕作放棄により消滅時効（所有権で10年・使用権で5年）に掛かり、荒蕪地として国有地に編入される（土地法6条）。かくして国有化された土地は民間コンセッションに供され（8条）、抵抗する占有者は強制立退きの対象となる（9条）。

民商法典物権編も、荒蕪地を国有地（public domain）の一として宣言し（1304条）、土地法の荒蕪地国有化制度と平仄があっている。さらに民商法典（1306条）は国有地の取得時効を禁止することから、ひとたび行政裁量によって荒蕪地と断定された農地を原占有者が回復することは困難である。ただ、民商法典（1354条）は、他者の所有地について慣習による薪や山菜などの採取権を公認するので、荒蕪地として国有化された後にもこうした慣習的採取権が容認される可能性は考えられる。

以上タイの実定法は、民商法典で所有権の

強制登記制度を敷き、登記なくして権利を主張できない。その登記制度は1954年土地法によって、既存の権原証書を安堵するが、代々継承された農地を継続耕作しながらも権原証書を有しない農民層にとっては、行政裁量の壁が立ちほだかる。そのため未登記のまま留め置かれた農民は、無権利者として立退き圧力に直面することとなり、タイで農閑期ごとに繰り返される農民告発運動の背景を成している。

(2) 実定法と慣習法との乖離

(i) 耕作者の権利基盤

タイの慣習法において、原野を伐り払い自ら開拓した農地に対するゲヴェーレ的な排他的占有耕作権“チャップチョーン”(จับจอง)が知られ、長期保有を通じて所有権“カマシット”(กรรมสิทธิ์)に育つと考えられており一種の取得時効制度とも言える。これに対して現行実定法は、上記のように民商法典が強制登記制度のもとで未登記の私権を否定し(1299条)、荒蕪地として国有化され(1304条)、また国有地に対する取得時効を禁止するので(1306条)、チャップチョーン慣行を否定するものと理解される。つまり近代法以降は、もはやチャップチョーンによる自由な新田開発は国有地の不法占拠となり許されず、以後の土地保有はあくまで1935年荒蕪地国有化法またこれを踏襲する土地法第二章の国有地コンセッションとしてのみ許容される。

ただし、近代法導入前に起こったチャップ

チョーンは、現実の占有耕作が継続される限りにおいて地券交付申請の対象となり、最終的には現行土地法の所有権登記制度の対象となりえたはずである。しかし現実には多くの農民が所有権登記制度から取りこぼされたのであった(北原2002)。その原因の一つとして、現実の占有耕作要件の認定において、地味を回復するために数年間の休耕を認める慣習法の解釈問題があり(石井1975)、一説に、休耕9年まではチャップチョーンの存続を認めていたという。これは、現行1954年土地法公布法(6条)が耕作放棄による所有権の消滅時効期間を10年と定めることとも平仄が合う。しかしタイ近代法の整備過程で、チャップチョーンの消滅時効の判定基準は当初極めて短期に設定され、1901年土地地租法で休耕1年、1902年土地地租法では休耕2年とされ、これを超える休耕は荒蕪地とみなし王族貴族による土地囲い込みの対象とされていった¹⁹。近代実定法はまさに慣習的土地秩序の篡奪の手段として機能したといえる。

今日に至るもタイでは頻繁に農民層の告発運動が高揚し、国王の許しを得た軍事クーデターがこれを弾圧する開発独裁体制を反復している。歴代の軍クーデター政権は、抗議行動の弾圧と併せて、慰撫策として農地分配政策を喧伝してきた側面もある²⁰。ただし農地分配は行政布告から30日以内に限り農民の申請を受け付け、行政裁量で個別対応を行う限定的なものに留まり(土地法27条の3)、農民の規範意識との乖離を埋める規範調整として十分なものであったとは考えにくい。

(ii) 集団的法秩序

タイでは1970年代以来、国家的開発による少数民族の収奪問題が論じられ、とくに伝統的な集落を法主体とする財産権制度の定立を求める“community land titling”の要請が根強く(Wittayapak & Baird 2018)、都市スラムの福祉政策を要請するコミュニティ主義と相まって(重富2009)、1997年憲法(46条)において初めて「コミュニティの権利」が規定された。しかしこれを具体化する法案審議は上院の反対を受けて遅れ、2006年クーデターを経た2007年憲法のもとで関連3草案(国有林におけるコミュニティ土地利用権法草案、海浜コミュニティ管理促進法草案、コミュニティ漁業法草案)が国会へ上程されたものの、制定に漕ぎつけたのは「コミュニティ森林法」のみであり、これも憲法裁判所の手続違憲判決によって阻止された。2014年クーデターを経た軍政下の現行2017年憲法(41～43条)は「コミュニティの権利」規定を残したが、公共の福祉や公序良俗による結社の制限規定を置き(42条)、また資源管理のコミュニティ参加に関する立法委任規定を置いた(43条2項)。これを受けて2019年「コミュニティ森林法」がついに制定を見たが、同法は「コミュニティ森林(ป่าชุมชน)」の指定制度を通じてコミュニティによる森林管理権を公認するのみであり、慣習法に依拠した集団的財産権の定立を想定するものではない²¹。

またそもそもタイ憲法が「コミュニティの権利」を規定しつつも、「コミュニティ」を明確に定義して来なかったことは注目に値す

る。伝統的な村落は「家の集団」を意味するムーバーン(หมู่บ้าน)と表現されるが、また2015年憲法草案は「先住民族」を意味するチョンペンムアン(ชนพื้นเมือง)を想定していたが²²、現行憲法はこれらを採用せず、代わって「人の集まり」を意味するチュムチョン(ชุมชน)を用いた。チュムチョンは1980年代以降に都市部スラムの福祉政策、また1994年タンボン自治体法による新設の村落集合体タンボン(ตำบล)の組織名称に用いられ始めた新語であり、伝統的集団の自治的要求を遠ざける意図で政府内務省が持ち出した新概念だとする見方がある(河森2013)。コミュニティ森林法においても、「コミュニティ」は「合法的で互助的な有志の集まりであり定期的に集合し意思決定組織を有する団体」と抽象的に定義され、登録要件も年齢要件など一般的規定に終始し、地縁集団としての要素を求めている。

このように、タイの憲法・関連法制が導入した「コミュニティの権利」の射程は明らかにされておらず、実定法と慣習法の乖離を縮める積極的な立法対応は行われてこなかった。

(3) 紛争解決過程における規範調整

実定法と慣習法の乖離が顕在化する一つの局面として、大規模災害を契機とする被災集落の強制立退き問題が注目される。2004年インド洋津波で甚大な被害を受けたタイ南部パンナー県・プーケット県において、海浜地に伝統的に居住し漁労生活を営むモーケン族

の村々は、国有地不法占拠者として、1992年環境保全法（9条・43～45条）に基づく政令による水際建築規制²³、また一部の地区では2004年区画整理法により²⁴、強制立退きを余儀なくされた。

一部のモーケン集落は2007年憲法で規定された「コミュニティの権利」を主張し、海浜地の居住回復を争い行政不服申立てを行ったが、県知事に容れられず、各々の紛争解決に臨むこととなった。2013年時点に遡るが、筆者はパンナー県・プーケット県で紛争当事者となったモーケンの村々を訪問し住民聴取りを行い²⁵、各村落の対応の違いを見出した。パンナー県カオラック地区トゥンワー村では、内外のマスコミを味方につけた村長以下住民が慣習的権利を主張してデモ行進を行い、実力で海浜地の占有を回復していた。しかしトゥンワー村は稀有な例であり、近隣他村では軍・警察が海浜地を焼き払う実力行使に及んでおり、緊張が漂っていた。これに対してプーケット県トゥブタワン村は法廷闘争に直面し、国有地払下げを受けたとする民間資本による所有権に基づく妨害排除請求訴訟に応訴し、最終的に裁判所付設の調停制度に持ち込まれ50：50の折半解決に終わった。先祖伝来の土地の半分について補償なく失う結果に住民の怒りは燻っていたが、残る半分についてはフォーマルな権原登記制度で安堵していた。パンナー県コ・シデー村も民事立退き訴訟に直面していたが、村民は、国家の論理で作られた法や裁判の場では自分たちは敗北が運命づけられているとして、裁判には

応じない信念が語られた。

三つの村落における村民の海浜地に対する規範意識は類似しており、所有権などの法的権利を主張するものではなく、国王の治め給う国土のわずかな一角に粗末な小屋掛けをして漁労を営む生活を公認して欲しいのみであるとする、ほぼ同様の言説が聞かれた。しかし立退き圧力に臨む紛争解決姿勢は3村それぞれ違いがあり、トゥンワー村は排他的な占有を実力行使し、トゥブタワン村は実定的な法廷で争い、コ・シデー村ではあえて実定法体系の埒外で生きる自由が主張されていた。

なお当時2007年憲法下で「海岸土地コミュニティ管理法」草案が閣議決定済であったが国会審議が難航していた²⁶。筆者が聴取りを行ったモーケンの村民たちは同草案を知悉しており、少数民族保護の傘に隠れた商業的漁業者や観光業への利権供与の根拠法であるとする批判的な見解が一致して聞かれた。同草案は当時、起草支援（TA No.4595-THA）を行ったアジア開発銀行が第一草案の英訳を公開していたが（ADB 2006）²⁷、その内容は上記コミュニティ森林法と同様に、漁業コミュニティ登録手続（27～44条）による「協同管理」の名による利権供与メカニズムであり（52条）、先住民文化や慣習的財産権の公認色は乏しかった。そのため同法がたとえ成立していたとしても、モーケン族を国有地不法占拠者として排除する汎実定法主義に変更は期待できなかったろう。

汎実定法主義を堅持するタイ司法の現実に鑑みれば、裁判からあえて距離を置くことで

自衛を図らんとするコ・シデー村の見解は理解できる。しかし被告欠席のまま結審すれば、判決執行局面で結局のところ実定法・慣習法対決は前者の全面的勝利に終わり、全村民が立退き強制に苦しむであろう。トゥブタウン村の選択のように、裁判に比べて実定規範の拘束が緩いADR（代替的紛争解決）の場にあえて紛争を持ち込み、せめて村有地の半分につき所有権としての公認を受けた妥協の道は、開発独裁・汎実定法主義下において可能な legal postulate の一つの現実的な姿と思われる。

3. カンボジア法—暫定的な法多元主義、外庄による規範調整

(1) 実定法の経緯と特色

カンボジアの現行の実定法は、世界銀行・ADB等の起草支援を受けた2001年土地法が国有地コンセッション、私的所有権の権原確定、集団所有権制度などを定める公法上の基本法規であるが、私権の内容は日本の法整備支援を受けて制定された2007年民法典物権編（2011年に施行開始）が定めている。

現行法に至る道程では、ポルポト体制（1975-79年）の終了後、カンボジア人民共和国時代の1979年憲法（14～15条）が全土国有化を宣言して私的所有権を廃止し、宅地・農地の私権は土地使用権に留まった。1989年憲法（15条）は私的所有権を公認したが、1992年土地法は宅地の私的所有を認める一方（74～75条）、農地については伝統的なポケア（phokeah）の名称で土地使

用権を規定した（73条）。しかし1993年憲法体制下で現行2001年土地法が成り、宅地・農地ともに私的所有権を公認し（4条）、2020年までに国土全筆の8割が所有権登記を終えたとされる（Sakano 2021, p.37）。ただし後述のように1992年土地法下で登記を得られぬまま積み残されたポケアについて、2001年土地法（39条）は権原確定を受けるまでの暫定的な物権として構成し、所有権登記とは別にポケア登記制度を設けたが（40条）、民法典ではポケアに言及していない。

民法典と土地法の齟齬は他にも散見される。登記制度の法的効果をめぐって、民法典は1999年の起草開始段階で実施されたカンボジアにおける社会慣行調査に基づき²⁸、所有権の成立について意思主義を採り（133条）、登記の法的効力を対抗要件に留めた（134条）。しかし世銀・ADB等の支援による土地法が民法典に先んじて成立し、「登記なくして権利なし」のトーレンズ式権原確定登記制度を導入し、全国一斉の地籍調査による権原確定を見込んで同法制定5年以降の登記申請を排除した（土地法30条・31条）。ドナー間対立の結果、日本側が譲歩し、民法典（135条）に物権変動についての登記効力要件主義が記載されたが、しかし原所有権については登記を要件としない意思主義が維持された（上記133・134条）²⁹。

取得時効制度に関しても民法典と土地法は相違し、未登記農地の所有権を農民が争っていく局面で重要な論点を提供している。土地法による所有権一斉登記が遅れる間に未登記

の状態に留め置かれた農地が、無主地として国有地に編入されてしまい（土地法12条）、民活コンセッションに供される紛争は後を絶たない。土地法（30条）は上記のように制定5年目以降の権原登記申請を認めず、ひとたび無主地として国有地に編入された土地を回復する道を与えていない。しかし民法典には取得時効制度（162条で善意占有20年・悪意占有10年）が規定されていることから、これを援用して所有権を主張する道は残されている。つまりドナー間対立によってカンボジア実定法の内部に法多元主義が作り出された格好であるが、そのような矛盾は立法者が法政策の明確な選択を回避した結果である。

土地法の規定する集团的所有権登記制度も、民法典との相違点である。ドイツ国際協力公社（GIZ）が土地法の起草過程に関与して、とくに同制度の創出に意を砕いた（Simbolon 2002）。土地法はまず所有権の主体として個人と並び企業・コミュニティ・組合等の法人を含める（8条）。また所有権の態様として個的所有権、集团的所有権（つまり成員を特定しない集団による一物共同支配）、合有的所有権（つまり成員を特定しうる集団による一物共同支配）、共有（複数人による各持分の個別支配の統合）を分類し（10条）、このうちとくに集团的所有権について一連の規定を置いた（23～28条）。すなわちまず23条で伝統的な集団としての公認手続（立証要件として民族的・文化的・社会経済的一体性、伝統的生活形態の現実の実施、伝統的耕作の現実の実施、伝統的慣習による

コミュニティ土地の現実の管理、合法性）、つぎに24条で集団の成員の特定（立証要件として集団の民族的・文化的・社会的要件の充足、多数派による認知、コミュニティの主導権の受容・服従）、また25条で政令に基づく土地境界の画定につき、それぞれ厳しい立証のハードルを要求している。例えば英国の1965年コモンズ登記法が、慣習権を主張する誰もが登記を行い、紛争処理を経て権利確定を行うシンプルな登録制度として知られるが、これと異なり、カンボジア土地法は登記申請を行う側に多大な証明責任を賦課するものとなっており、実質的に集团的権利の否認のための制度装置と見ることができる。しかも、たとえ集团的所有権の登記を得たのちも、文化的・経済社会的進化のためとする理由で、持分の分割による個的所有権への転換を認めており（27条）、慣習的秩序の漸進的解体に道筋を敷く制度となっている。

これに対して日本の法整備支援によるカンボジア民法典（131条）は、慣習法に依拠する物権を明文で肯定する。これは5. で後述する日本の入会判例のように、判例法による慣習法の発見を通じて法多元主義に道を開く根拠規定であると言えるが、カンボジア司法が果たして土地法の実定規定を踏み越えて、判例法を育てうるのかが注目される。

（2）実定法と慣習法との乖離

（i）耕作者の権利基盤

国土の8割が平坦な耕作地帯であるカンボジアにおいて、農地は伝統的に、今日ま

でポケア (phokeah) と称される父祖代々の財産権の対象であったが、フランス植民法から現行法に至るカンボジア実定法の変遷の中で、その位置づけは変動を重ねて来た。フランス植民法以前のクメール法典 (Krom Khmae) におけるポケアの関連規定は逸失しており確認できない³⁰。カンボジアが1863年にフランス保護領に下つてのちは、1884年条約(9条)で財産法の共同統治を約し、当初は国際私法に依拠した身分法によってフランス法と現地法の裁判管轄を分ける法多元主義が採用されたが、次第にフランス植民法裁判所が現地法の解釈適用に乗り出した。1920年インドシナ民法典はクメール法典をフランス民法典の構成に当てはめた折衷の産物であったとされるが (Jaluzot 2019, p.12)、ポケアを公認し、所有権に至る取得時効の完成中の占有権として位置づけることで実定的な所有権秩序との接合を図ったと解される (Sakano *ibid.* p.32)。

ヘンサムリン政権の1989年憲法は、当時の中国・ベトナムで社会主義市場経済における国家管理下の土地の交換価値活用の弁法として登場していた「土地使用権」概念を、ポケアに当てはめたと見られる。1992年土地法は基本的にそれを踏襲した。しかし世銀・ADB支援による2001年土地法は、ポケアを所有権の取得時効の完成中の土地保有権として位置づけ、1920年民法典を想起させるが、しかし所有権とは別の独自の物権としてポケア独自の登記制度を設けた構成(39条)が特異的であり、上記の中国・ベトナムの「土

地使用権」制度の踏襲と思われる。結果として一物上に重畳的に分割所有権的な複数の物権の存在を認めることとなり、世銀・ADBの英米法系の起草支援にとっては、受け入れやすい発想であったと思われるが、大陸民法典の発想とは相入れないため、日本支援による民法典は敢えてポケアを明記しない選択を行った (Sakano *ibid.*)。このように、ポケアというカンボジア農民の農地保有・移転の慣習的権利基盤は、歴史的に常時行われてきた科学的事実でありながら、国家体制の変化やドナーの関与に伴い実定法が変動し、まったく社会的事実と切り離された抽象的な位相で変遷を続けてきたために、両者の乖離が放置された。

そのため社会的現実においては、少なからぬ農地の保有・移転が実定的な登記制度の埒外で続いており、保護を欠いていることが指摘されている (Sakano *ibid.* p.39)。農地保有者は土地法の下で2つの選択肢、つまり所有権としての権原登記申請(30条・42条)を行うか、あるいはポケアとしての登記申請(40条)のいずれかをなしうるが、前者は土地法制定から5年以降は認められず、後者はポケアから所有権に格上げする道筋が明記されていないためにいずれも利用が少ないとする。

このような現行実定法の慣習法に対する態度は、暫定的に慣習的秩序を容認するものの、積極的に保護する意図はなく、むしろその自然消滅を待つ漸進的な解体方針が伺われる。

(ii) 集団的法秩序

実定法が慣習的秩序を一定程度配慮しつつも漸進的解体を見込む方針は、先住民族の権利に関してより鮮明である。上記のように2001年土地法(23～28条)は集団的所有権の強制登記制度を規定するが、申請を行う先住民族集団側に数々の立証責任のハードルを設け、同権利の主張を制限することにこそ立法趣旨があると思われたい。事実、集団的所有権登記の進捗は極めて遅く、制定後10年でもわずか6件にとどまり、その原因は第一に地方開発省の認定する「先住民族」としての認定におけるハードルが高く、またこれをクリアしてもさらに内務省による先住民族集団としての法人登記において内部規律等の立証要件が厳しいためと見られる³¹。またたとえ集団的所有権登記を得ても、集団の成員による持分の分割を見込んでおり(土地法27条)、漸進的な解体が組み込まれている。

しかも土地法上の集団的所有権は農地について認められうるに過ぎず、山林については別途2002年森林法が適用される。森林法は全森林を国有と断定し、開発コンセッションの条件として土地法上の先住民族の集団的所有権や近隣コミュニティの慣習的使用権を害しないものとし(15条)、また永久保全林の内外において、森林の持続性を害しない範囲で地域コミュニティによる慣習上の採取・収益などの使用権を認め(40条)、これを超える使用の許可制度(25条3号)、また所管行政との協定で15年の森林資源の管理・収益権を付与する「コミュニティ林」指定制度に

ついて定める(41～42条)。しかし山間部の民族集団にとって農地と山林の利用秩序は一体的であるに拘わらず、土地法と森林法それぞれ別個の許認可を獲得するための手続的ハードルは甚大なものとなっている(Baird 2013, p.275)。

このようにカンボジアの実定法による慣習法の配慮は、きわめて手続的障壁が高く、また権利内容は限定的であり、その実質は上記タイの汎実定法主義と大きくは異ならない。

(3) 紛争解決過程における規範調整

カンボジア実定法は上述のように政治体制の変更に伴い絶え間なく変遷し、社会的事実としての農地保有秩序・森林利用秩序から遊離し、国民との距離を広げてきたと見られる。両者の規範衝突は無数に生起しており、とくに未登記の農地が、2001年土地法の無主地国有化(12条)、またそのコンセッション(48～62条)を受けた民間資本により簞奪されたとする紛争事例は後を絶たず、2009年には土地法を起草支援した世界銀行の撤退にまで及んだ³²。

コックン省砂糖プランテーション事件はその一例であり、カンボジア行政裁判所による却下を受けて、タイ人権委員会や英国裁判所にまで持ち込まれ国際的な耳目を集めた。原告団は、タイ資本・台湾資本・カンボジア上院議員の合弁による製糖会社2社が2006年に土地法の許容する上限面積でコンセッションを獲得し、約4千人の農民の強制立退きを行ったとし、簞奪された農地の回復を求め

て、2007年、コックン省級裁判所において2社に対する妨害排除を請求した。しかし裁判所は2012年に至って、私権の存否は土地行政審判の専決事項であり司法は管轄権を有しないと判示し、事件を行政審判に移送した。しかし行政審判の進捗はなく、原告団は2013年、合弁2社の親会社であるタイ資本の人権侵害を根拠に、タイ人権委員会に訴えを起こした。同委員会は2015年に結審し、タイ資本の人権侵害を認める勧告書を公開した(National Human Rights Commission of Thailand 2015)。

本件の原告農民側は3か村456世帯であり、未登記の農地について土地法(38条・42条)が物権として認める土地保有権(つまりポケア)を主張し、本件コンセッションは適正な収用手続きに基づかない私権の剥奪であると主張した(3.1項)。これに対し被告側は、コンセッションの対象地はほとんどが荒蕪地であり、とくに土地保有権証書を有しない約200世帯に対する法的補償の義務がないと主張した(3.2項)。タイ人権委員会(5.1項)は、該当土地は荒蕪地ではなく、国連人権規約(A規約1条・47条、B規約1条・25条の自己決定権)やアセアン人権宣言(35条の発展権)の保障するコミュニティ権利(community rights)が及んでいると認定し、かつカンボジア2001年土地法(31条)を解釈適用し、同法制定時点で5年以上の占有が認定されるため農民側は疑いなく土地保有権ポケアを有するとした。したがってカンボジア政府の与えたコンセッションはこれらの権利を侵害し

ており、同コンセッションを受けた現地法人のタイ側親会社は「国連ビジネスと人権原則」の第13原則に従って人権侵害を是正する義務を負うとし、該土地の返還ないし補償を勧告した(7.1項)。

タイ人権委員会の規範選択は、コミュニティ権利についてはカンボジアの実定法(土地法・森林法)を何ら顧慮することなく国際規約を直接適用しながら、土地保有権についてはカンボジア土地法を解釈適用するという使い分けが疑わしい。おそらくタイ国内の類似の農地剥奪事例における紛争処理スタイル(タイ法はコミュニティ権利について未だ国内立法を欠くため国際規約を直接適用するモニズムに依拠するしかない)を機械的に踏襲したものであろう。ただ、土地保有権についての同委員会の規範適用では、2001年土地法(31条)を文言解釈すれば同法制定5年以降の時効完成の主張を認めない除斥期間を意味するところ、あえて同条の解釈を歪め、同法制定5年時点でポケアの存否を判断する規定と解している。汎実定法主義が拘束する司法の場では許されない粗雑な法解釈だが、人権委員会という政治由来の紛争解決機関では規範調整の一つの便法であろうと思われる。

しかしカンボジア法に関しては、純然たる司法の場において、より洗練された汎実定主義的解釈による規範調整の余地があったはずである³³。上述のようにドナー対立の産物として、カンボジア実定法の内側で土地法と民法典の齟齬が起こっており、その間隙を突い

て、純法律論による規範調整の余地があり得た。たとえばカンボジア土地法（31条）で5年の除斥期間にかかり登記申請をなしえないボケアについても、民法典上の取得時効（162条で善意占有20年・悪意占有10年）による所有権を主張する余地が残されている。現行のカンボジア実定法が、慣習法を漸次解体に導こうとする世銀・ADB由来の土地法と、取得時効制度を介して所有権制度の根幹に慣習法との規範調整のチャンネルを残している民法典との齟齬を内包しており、司法現場の判断を促していたが、本件において裁判所は判断を回避した。

4. インドネシア法—憲法規範が導く法多元主義

（1）実定法の経緯と特色

インドネシアの土地法分野の実定法規は1960年土地基本法であり、前文で慣習法（adat）に依拠した一元的な農本社会の基盤を築くと宣言する。オランダ植民地時代の1870年土地法・国有化宣言や民法典物権編（担保規定を除く）を廃止し、独自の土地秩序を打ち立てたものである。しかし慣習的コミュニティの土地支配権であるウラヤット権（hak ulayat）には一条を置くのみである（3条）。同法の土地秩序の根幹はむしろ、物権法的主義（4条）に基づき創設された一連の物権群である。その筆頭は相続・譲渡可能で登記を効力要件とする最高権 hak milik であるが（20条）、民法典の所有権と異なり所有と利用の一致を求める農地耕作

者主義を原則とし（24条）、耕作放棄により国庫に帰属する（27条3号）。さらに国有地耕作権 hak guna bangunan や国有地地上権 hak guna usaha が譲渡可能な物権であるのに対して、外資にも開かれた土地使用権 hak pakai は契約で譲渡性を制限しうる（43条）。このほか、宅地賃借権 hak sewa、森林伐採権 hak membuka tanah や森林採取権 hak memungut hasil hutan（46条）、水利権・漁業権 hak guna air（47条）、またその他の法定物権を予定している（50条）。

これらの物権リストのうち、前四者が、農本社会の生産基盤でありながらも、譲渡性を想定し交換取引を想定する資本主義土地法制であるのに対して、後半の諸権利は慣習法の要素分解から個人的権利を抽出し成文化した色彩が強い。つまり土地基本法は、個人を法主体とする近代法の枠組みに、集団を法主体とする慣習法秩序を取り込まんとする、汎実定法主義による規範調整の試みであったと考えられる。

しかし土地基本法の汎実定法主義は、インドネシア社会に根強く残る慣習的コミュニティを単位とするウラヤット権の主張に出会い、規範衝突を余儀なくされてきた。その規範調整の要である憲法が、1998年のスハルト開発独裁解体後の改革のうねりのなかで相次ぎ改正され、慣習法・慣習的コミュニティの尊重について明文規定（18B条2項・28I条3項）を置いたことは、インドネシアにおける法多元主義を新たな方向に導いていると考えられる。

(2) 実定法と慣習法との乖離

(i) 耕作者の権利基盤

オランダ植民地時代の末期、Cornelis van Vollenhoven を嚆矢とするライデン学派が慣習法の多様性を説き、アダット学派と通称されるまでに影響力を誇って以来、インドネシアの法秩序は無数の集团的権利秩序から成り立つ法多元主義として印象づけられてきた (Burns 2004)。しかし農地保有に関して言えば、少なくとも 19 世紀初頭のジャワでは個的保有が確立していたと考えられる。ナポレオンによるオランダ本国進攻時にバタビアが英国東インド会社の支配下に入った一時期 (1811 ~ 16 年)、副総督ラッフルズが全面国有制を前提する徴税体制を試行し³⁴、農民の個的権利を国家との直接関係に置くことで中間搾取権力を排除したことが農民層の喝采を得たとされる (Hooker 1988, p.328-332)。しかし国有地の小作者としての農民の位置づけは、オランダ王政復古後の強制栽培制度に道を作り、1870 年国有化宣言以降は未登記の農地が無主地国有化の法理で剥奪されていた。このように植民地化以前の慣習法は個的土地保有を含み、その剥奪の歴史ゆえにこそ、独立後の土地基本法は個的物権の確立に重点を置いたといえよう (Rudy 2019)。第一に、農地耕作者主義に基づく最高権 hak milik、また第二に、国有地耕作権 hak guna bangunan である。後者は、植民地独立に伴う強制栽培制度の解消により、プランテーションの小作や労働者の地位に転落していた農民層のために個的物権を安堵する立法趣旨

であったと考えられる。

このようにインドネシア実定法は、あくまで農地耕作者主義に依拠し、未登記であった農民の地位を登記により個的物権としてフォーマルに確立する法政策に立ち、上記のタイやカンボジアの登記制度が土地流動化を促す制度装置であることとは対極的である。

(ii) 集团的法秩序

しかし 1960 年土地基本法は、個的権利を保護する反面、集团的権利であるウラヤット権 (hak ulayat) については国家管理に従属するものと位置づけ (1 ~ 2 条)、「国益に沿って」「法令に反しない範囲」でのみ公認を与えるに過ぎない (3 条)。同法は、ウラヤット権を例外的なものと捉え、ゆくゆくは持分の分離を通じて個的物権 (hak milik adat) へと解体していく近代主義をめざしていると思われる。このようなウラヤット権の脆弱な位置づけは、スハルト開発独裁期、憲法 33 条 3 項や土地基本法 1 章にいう「公共利益」(kemakmuran rakyat) を根拠とする不当な国家的収奪を招いた。

ウラヤット権の経緯を遡れば、オランダ植民地期の 1870 年土地令・土地国有宣言や 1872 年森林法が、個的所有権 (Eigendom) の立証を欠く土地を国有地であると断定する荒蕪地国有化制度を敷き、慣習的集団の立退きが強行された過去がある。ただスマトラ半島では国有化の貫徹は容易ではなくスルタンとの協定で租借権 (Erpacht) が設定され、慣習的集団の立入りが一定程度容認された。

しかしスハルト体制はスルタン協定の租借権を国有地として引継いだうえで、ウラヤット権による国有地立入りを1967年森林法・採掘基本法・水道法などの開発法規で排除した。1998年のスハルト体制崩壊をきっかけに、各地で「アダットの復興」を唱える土地回復運動が噴出したが（Davidson & Henley 2007）、法律論としては、土地基本法の規定するウラヤット権の財産権としての性格が国有地立入り権に過ぎないのか独自の物権であるかの解釈問題であり、上述の憲法改革（18B条2項・28I条3項）のもとでその解釈再論が起こっている。

（3）紛争解決過程における規範調整

かつて法人類学者 Franz & Keebet von Benda-Beckmann 夫妻は、西スマトラ母系社会ミナンカバウでの実証調査に基づき、多民族社会インドネシアの法多元主義が互いの多様性を尊重しあい紛争を回避する人々の賢明さに根ざすものであることを主張した（Benda-Beckmann 1979）。人々は紛争処理フォーラムを選択的に使い分けることにより、つまり母系社会の慣習法秩序に関する紛争では慣習的紛争解決制度を、イスラム法については宗教裁判所を、国家実定法に関わる争いは普通裁判所を選び、柔軟な規範調整により互いの平穏を守る姿を見出していた。

世界銀行はインドネシアの土地登記制度の進捗に長年介入して現在に至るが、慣習法的秩序の取り込みは進捗せず、むしろ紛争を惹起している³⁵。災害復興はとくに土地紛争の

解決過程を観察する希少な機会である³⁶。筆者グループは2013年・2019年・2022年の3度にわたり、2004年インド洋津波で10万人を失った激甚被災地アチェ州の州都バンドアチェにおいて、地元シャクアラ大学との連携で複数の村落で継続調査を実施し、またアチェ州高等裁判所、シャリア裁判所、村落レベルの慣習的紛争解決組織に聴取りを行い³⁷、災害復興における土地境界確定や相続・養子縁組の困難な事例が、村落調停に連結するシャリア裁判所によって解決されてきたことを見出した。その理由として、複数の村長は、シャリア裁判所が紛争解決規範として各集落の慣習法を受け入れてくれること、また津波直後に巡回シャリア裁判所が被災各地に派遣されアクセスが身近であったことを挙げた。シャリア裁判官への聴取りにおいても、長子相続からミナンカバウまで15に余る多様な法文化のつぼであるアチェ州において、全当事者が合意すれば慣習法を適用規範とすることが合理的であり、コーランは明文でそれを認めているとし、また巡回シャリア裁判所を被災各地に派遣した理由は、各集落の慣習的紛争解決制度を後見するためであったとした。法多元主義社会において、人々が主体的に適用規範を選択し、またその目的でフォーラムを選ぶという Benda-Beckmann 夫妻の観察結果は、半世紀を経ても躍如であった。

では当事者が適用規範について合意できない対立局面では、いかなる規範調整が可能なのか。スハルト開発独裁の終焉時、国やコン

セッションを賦与された開発事業者と、ウラヤット権を主張する慣習的コミュニティとの対立が多発し、各地で流血の惨事が続いたが、しだいに司法の場で争われる傾向が増した。普通裁判所の判断傾向は、1999年に提起されたタンジュン・ムリア訴訟の2006年最高裁判決において、独立以前のオランダ資本とスルタンとの土地租借協定に遡って慣習的集団の利用権を認定し、国有化後にも国によって当該利用権が承継されていると判断したように（高野 2020, p.162）、司法は土地基本法の解釈問題に正面から立ち入らず、契約承継の問題として規範調整を図る態度であった。

これに対して、憲法裁判所が実定法と慣習法の規範調整に正面から乗り出したケースが、2012年に提起された森林法違憲訴訟であった。スハルト時代に開発手段として濫用された1967年森林法は1999年に改訂され、従来の「国有林」「権利林」の二分類に加え、国有林の一部に「慣習林」を追加し（1条）、「慣習的コミュニティ」の認定要件を定め（9条）、コミュニティ森林管理について規定した。しかし慣習的コミュニティの立証要件は厳しく、むしろ慣習の利用を排除する根拠法規として運用されているとする批判が高まった。原告側（全国先住民ネットワーク AMAN およびスマトラ島リアウ州・ジャワ島バンドンの住民団体）は、「慣習林」を国有林の一部に位置づけた1999年森林法1条6項、また慣習的コミュニティの認定要件として「現に存続しその存在が公認され国益に反しない」ことを求める同4条3項が、憲法18B条2

項・28I条3項の慣習法・コミュニティ尊重原則に反すると主張した。憲法裁判所判決（Number 35/PUU-X/2012）は、森林法1条6項を違憲と判断しつつも、同法4条3項の慣習的コミュニティの保護要件については合憲限定解釈を行い、憲法前文の建国精神が掲げるインドネシアの国家統一原則の範囲内で運用されるかぎり合憲とした（Constitutional Court of Indonesia 2013, p.281-283, p.293）。同判決を受けて一連の大臣規則改訂が起こり、「慣習林」は国有林から独立した森林と位置づけられるに至っている。土地基本法が曖昧に伏したまま、個別法で国有地採取権と位置づけられて来た脆弱なウラヤット権の法的性格が、同判決により独立の物権としての認知へ向けて位置づけを高めたと考えられる。

森林法違憲判決は、憲法という一国の最高規範に依拠し、憲法裁判所という憲法解釈機関を煩わせる大掛かりな営為によって、実定法と慣習法の規範調整に挑む legal postulate の試みであったといえる。

5. 日本法—判例法が媒介する法多元主義

（1）実定法の経緯と特色

日本国憲法29条1項は私権保障を宣言するが、しかし続けて2項で「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」とし、また私法の基本法規である民法典206条も「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益および処分をする権利を有する」と定め、「公共の

福祉」による私権制限に根拠を与えてきた。ここにいう「公共の福祉」は多義的であるが、災害国日本においては「防災」はその典型とされ、政府見解においても砂防ダム・防潮堤等の大規模防災インフラや都市計画事業による私権制限を当然視してきた³⁸。たとえば2011年に生じた東日本大震災の直後に、国は、「多重防災」と称する全長400キロメートルに及ぶ巨大防潮堤建設を柱とするハードインフラ主体の防災基本方針を決定し、震災により人的物的被害を被った被災者がさらに数年間にわたる公共事業により生活再建を阻止される「復興災害」とも称される問題を来した³⁹。

「公共の福祉」の名による国家事業が私権制限をどこまで制限しうるのか、日本の判例法による憲法解釈は、制限の重要性や態様を右辺とし、制限される私権の内容を左辺とする比例原則を要請している⁴⁰。災害復興においては、右辺の「防災」の重要度が高いため、左辺における私権の重要性もまた強く主張されなければ私権制限に歯止めをかけることはできない。筆者は東日本大震災被災地における継続調査により、未登記の所有権や借地権、また伝統的な共同体の管理利用地である里山・海浜の入会権などの私権が、公共事業の推進に対して脆弱な地位に置かれる姿を見出した⁴¹。

私権の内容を定める日本の実定法は、明治近代化により西洋から継受された1898年民法典である。植民地支配を受けたアジア諸国では資本主義取引に近代法を適用しつつ、日

常生活圏では慣習法の適用を許す法的多元主義が採用されたのに対し⁴²、日本の近代法整備方針は汎実定法主義であり、当初、富国強兵の手段として急進的な資本主義法制の確立をめざして、ドイツ民法第一草案の影響を受けた物権・債権の峻別、所有権の確定登記制度、物権取引の無因主義などを想定していた。しかしそのような急進的な近代主義路線は日本版法典論争として知られる社会的批判を生じ、現行民法典はその現実的妥協の産物として登場することとなり、また今日まで判例法による少なからぬ修正を経ている。

なかでも未登記の農地の保護に関しては、現行民法典の登記対抗要件主義（177条）、また取得時効制度（162条）は旧民法起草者ギュスタフ・ボアソナードの影響を留めるもので、登記の有無を問わず土地保有者に物権としての最大限の保護を与える基礎であった。また小作権や借地権にも、所有権に対する制限物権としての保護が及んだ。このうち小作権は戦後の急進的な農地再分配を経て所有権に格上げし、1952年農地法の農地耕作権主義に結実した。借地権は判例法の蓄積の末、20世紀前半に1909年建物保護法、1921年借地法・借家法、1949年罹災都市借地借家臨時処理法等の一連の特別法により保護が強化された。

他方で、全国に残る地域社会の慣習的な共同利用地である里山や海浜の集団的財産権（通称「入会権」）を、民法典は明文で公認している。すなわち当事者間の慣習を民法典の任意規定に優位させるとする総則の一般規定

(92条)、また物権編で「入会権」に言及する2つの明文を置き(163条・194条)、一連の入会判例の蓄積を見た⁴³。

しかし近年の政府の新自由主義傾斜に伴い、とくに2011年の東日本大震災を契機に、未登記の私権が復興事業を阻害しているとする「所有者不明土地問題」が喧伝され、日本の私法は大きく揺らいでいる。民法典の登記対抗要件主義は、2018年の所有者不明土地利用円滑化特別措置法、また2020年の民法典改訂による相続登記義務化で終焉に向かいつつある(金子2022)。また借地権保護は、東日本大震災後に罹災都市借地借家臨時処理法の廃止で大きく後退した(金子2016)。また入会権は、2019年の表題部所有者不明土地登記管理適正化法により特定不能地として開発利用に供されようとしている⁴⁴。2020年にはこれら一連の総括というべく土地基本法が改訂され、所有者の「管理」責務の一として登記義務(6条)を強調し、未登記地の国有化に道筋を敷いた(松尾2023)。

(2) 実定法と慣習法との乖離

(i) 耕作者の権利基盤

日本民法典は西洋から移植された実定法であり、導入当初から判例解釈や特別法による修正を通じて社会規範との妥協を重ねて来た。明治初期の地租改正や不動産登記制度の整備に伴い、政府は当初、土地取引による資本蓄積のために「登記なくして権利なし」のトーレンズ式確定登記制度の定立を図ったが(松尾2018)、現行民法典は旧民法起草者ボ

アソナードの影響を残し、登記対抗要件主義(177条)や取得時効制度(162条)により未登記の私権を保護した。このような民法典の妥協色が、所有権の形式化・抽象化により交換価値の最大化を図らんとする資本主義の要請にブレーキをかけたとの批判がある⁴⁵。しかし、移植された西洋法の社会的浸透を図るうえで、それは不可欠の妥協であったというべきだろう。

当時、農民は地租の金納に苦しみ、自作農比率は明治初期7割から明治後期に3割へと急減し、耕作者の地位は、底地所有権売買により容易に立退きを迫られる小作権に貶められていった。民法典は永小作権の対抗要件として登記を求め(273条)、単純小作は契約自治に委ね、全国で小作闘争が多発した。1920年代以降の小作調停制度が設けられたが、その規範調整を踏まえた小作法草案は日の目を見ることなく⁴⁶、結局は戦後の自作農創設特別措置法による急進的な農地再分配を待つこととなった。

戦後の1952年農地法は農地耕作者主義に立ち、農民の直接選挙で選ばれる農地委員会を置き、農地の譲渡・賃貸・用途転換を規律する民主的な自主管理を敷いた。それは急進的な実定法改革を通じた、近代法導入以前の各地の慣習的農業秩序の全面的復権を意味したと言えるだろう。

しかし新自由主義の進む今日、実定法は農地自主管理の急速な解体へと再び舵を切っている。2013年国家戦略特区法が牽引する形で、2015年農地法改訂が起こり、農地耕作

者主義（3条2項）に風穴を開ける一般法人の農地売買が解禁された。また同年の農業委員会法改訂により農地委員の選挙制度が廃止され、市長による任命制に移行した。

（ii）集团的法秩序

明治近代化以前、山林原野や海浜は地域集落の生活を支える資源採取の場であり、近世初期までに各地で「山論」と称される集落間の紛争処理を通じて集团的所有の境界（山切り）が確定していた。そうした集团的所有は「村持ち」「村中持ち」など多様な呼称がなされているが、日本の法学界では入会権と呼びならわしている⁴⁷。明治近代化後、当初は土地所有権分類として官有・民有とは別に地域集団の「公有」が採用されたが、1874年の官民有区分によって廃止され、以後、入会地は民有地として土地台帳に記載されないかぎり官有地に編入されることとなり、まさにアジア植民地法における荒蕪地国有化であった。しかし官民有区分に対抗し入会地を民有形式で保全しようとする法的な模索が各地で起こり、集団成員の共有名義によるいわゆる記名共有地、集団代表の個人名義による共有総代地、あるいは集落名による字持地のなどの便宜的な記載が行われた。それは地域集団の側が国家法を活用し、自らの地位を実定的に保全しようとした一つの legal postulate のありかたであった。

しかしその後、現行民法典が入会権を明文で公認したことから（263条「共有の性質を有する入会権」、294条「共有の性質を有し

ない入会権」、官民有区分時代の土地台帳の擬制的記載はことさら修正もされず存続した。また上記のように民法典は強制登記制度を採用しなかったことから入会権の登記がなされることも稀であった。そのため、1960年代に実施された土地台帳と不動産登記制度の一元化の際に、かつての土地台帳の記載がそのまま登記制度に引き継がれ、今日に至るものが多い。社会的現実においても、集落共同による山林原野の入会慣行は今なお日本の土地利用の一形態であることは疑いなく、林業の隆盛時代は去ったが、気候変動時代の今日は治山治水・環境保全の視点でむしろその意義は高まっている⁴⁸。

しかし2011年東日本大震災の復興を契機に、「変則型登記」が公共事業の迅速な実施を阻害しているとする国土交通省・法務省のキャンペーンが起こり⁴⁹、2019年に表題部所有者不明土地登記適正化法が成立した。登記官の職権裁量で特定不能地としての登記を行い、裁判所の管理命令により管理者を指定し土地売却を含む管理権を委ねる手続であり（21条）、全国の入会権を解消し土地流動化を図る法的手段としての活用が危険視されている⁵⁰。実定法による開発志向が、慣習法による環境配慮と対峙する新たな局面が現出しているといえよう。

（3）紛争解決過程における規範調整

「変則型登記」をめぐる実定法と慣習法の対峙は、行政運用の前線、また最終的には裁判過程に規範調整を託されている。筆者

らは2011年3月に生じた東日本大震災以後、主に岩手県沿岸被災地において防潮堤建設・防災集団移転等の復興公共事業を継続観察し、登記簿上で明治官民有区分時代に由来する記名共有地などの「変則型登記」に係わる事例が岩手県内で9千件余りに及んだことを確認した。また入会集団を形成する地域集落が類まれな対内的調整能力を発揮し、公共事業の進捗を促すため柔軟な合意形成に協力する姿をも見出した⁵¹。また他方で、地域集落が高台への防災集団移転のために入会地の活用を希求しながらも、行政側が「変則型登記」を理由に採用を拒む硬直的な実定法主義を見出した⁵²。総じて「変則型登記」問題とは、登記簿に依拠して権利関係を処理しようとする行政運用のもたらす弊害であり、上記のように民法典は強制登記制度を採らないことから地域集落の側は登記に拘らず現実の権利関係を主張する。実定法と慣習法の対立というよりも、形式主義的行政運用と実体的な法社会的現実との対立である。

表題部所有者不明土地登記適正化法の行政運用について、兵庫県内の不動産登記制度の運用を所管する法務局・支部への筆者らの2023年1月時点の聴取りによれば⁵³、日本政府の「国土強靱化」政策に応える砂防ダムや防災まちづくり関連の実施が7割を占めた。専門能力を有するごく少数の人員が、本省から割り当てられたノルマを2日に1件のペースでこなすべく東奔西走する姿があった。登記簿上での字持地や町内会名義の案件は必ず地域での聴取り調査を実施するとした

が、他方で、官民有区分時代に遡ると見られる複数名義の土地はあくまで通常の共有として扱い、入会権の調査は行われていない。最終的に特定不能地としての職権登記後に、地域集団による紛争が提起される可能性は残るが覚悟のうえであるとした。

土地所有権をめぐる裁判紛争における国側の主張は、所有権が行政処分により創設されるとする実定法主義であり、つまり官民有区分やそれに対する不服申立て機会であった1899年国有土地森林原野下戻法の時点で国有が確定したとする主張である。しかし最高裁判所は、土地に対する明らかな具体的支配力を判断根拠として所有権の存否を判断する、いわゆる「所有者自然決定説」を判例法として確立している（「三田用水事件」最高裁判決昭和22年12月18日・訟務月報15巻12号1401頁、また「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）。また官民有区分で官有地とされたのちにも国が地域集団の実効的支配を放置している場合、「国有地入会」の主張が可能であるほか⁵⁴、黙示的公用廃止論による取得時効が認められる可能性がある。つまり日本の判例は、慣習法上の事実に沿って実定法上の所有権の存否を判断しようとする、融和的なlegal postulateを採用しているということができる。したがって表題部所有者不明土地登記適正化法の運用においてたとえ行政側が所有者特定不能地として職権登記を行っても、司法の場で入会権ないし入会集団の所有権を主張する余地がある。

また司法的解決を待つまでもなく、地域集団が独自に入会権の自衛に乗り出す例もある。兵庫県豊岡市近郊の某集落は、集落中央の伝統的な集会場所について登記簿の記載を欠き、法務局の職権探索の対象となったが、これを契機に、地域集団の団体名義による新たな所有権登記をめざし、地方自治法の「認可地縁団体」としての法人格が取得された。「認可地縁団体」制度はそれじたい実定法と慣習法の妥協の産物であり、伝統的な地域集団に法人格を付与する条件として一定の近代的な修正が求められる（たとえば団体の意思決定方式について伝統的な一世帯一票方式を排除し、個人主義的な一人一票方式を義務づける）。同集落は、自治的秩序の自衛のために、あえて実定法と慣習法の妥協を選びとった例である。

逆に、早期に山林原野の地籍確定が完了し変則型登記が残っていないがために、法務局による職権探索の運用が皆無である地域もあり、兵庫県養父市がその一例である。養父市は政府自民党の進める「国家農業戦略特区」の第一号案件で、農地法の農地耕作者主義を適用除外し資本家による農地購入を推進する規制緩和政策のモデルケースとして知られている。しかし国の新自由主義的な狙いに反し、養父市の進める13の特区事業において実際の農地所有権の取得は稀有であり、ほとんどの投資事業は条件付きの借地権設定に依拠している（衣笠 2021）。筆者らの養父市行政・特区投資家・地域農民に対する聴取りによれば⁵⁵、特区進出に当たっては地元集落の

事前合意が必須であり、借地契約の付帯条件として地域社会への貢献が求められ、条件違反に際しては投資家の撤退義務があり、すでに複数の撤退事例が起こっていた。つまり国が狙う土地流動化に、地域集落がブレーキをかけ、自ら特区企業の選別監督に乗り出す実態であった。

さらに筆者らが見出したのは、養父の地域集落が農地・山林の共同管理のみならず、地方自治法における自治会、農事法における集落営農組合、災害対策基本法における自主防災会、社会福祉面の子育て支援センター、また文化財保護法上の史跡や文化遺産管理などのじつに多くの実定的な行政機能を積極的に担う実態であった。ただし、これら複数の行政機能を通貫する意思決定手続は、今なお伝統的な一世帯一票のコンセンサス方式であることが伺われた。日本の地域集団が実定法と慣習法の緩やかな連続性の中で、住民自治の基盤を維持していることは注目に値し、それはかつて戦時下の農村社会の観察に依拠して形成された Chiba (1986) の神道型 legal postulate とは異なる今後の展開を予想させる。

6. 総括：法多元主義へ向けた法創造

法多元主義はかつてアジア・アフリカ社会の後発性として論じられ、慣習法を克服する実定法への一元化が推奨された。しかし Tamanaha (2021) の指摘するように法多元主義は歴史的に常在し、なかにはオスマン・トルコのように属人法の尊重に徹して

五百年の繁栄を築いた鷹揚な法多元社会も存在した。法の多元性自体が問題なのではなく、むしろ規範としての実効性が問題となっている。かつてローマ帝国の万民法 (ius gentium) は普遍的な上位原則を発達させたが、「実定化された自然法」とも呼ばれたように、万民が納得する合理性がその実効性の源泉であった。今日のドナー由来の実定法改革は外資導入型の規制緩和モデルを是とするが、その合理性は万民にとって必ずしも定かではない。実定法改革が社会規範から遊離して強引に進むとき、法は人々の規範意識に裏打ちされない一片の紙となり実効性を失うであろう。そのような法を国家がもし強引に執

行するならば、社会規範との衝突から一国の平和的秩序をも乱すであろう。

実定法と社会的規範との乖離を、各国社会がどのような legal postulate を通じて架橋しようとしているのか。本稿ではドナー由来の土地法・森林法改革に焦点を当て、人々の法認識において長らく確立してきた伝統的な耕作権や集団的権利との乖離を見出し、その乖離を埋める紛争解決の動向を複数のアジア諸国について概観した。総括として、以下の違いを分類整理できるのではないかと(表2参照)。

一つは、実定法がドナー由来のトーレンズ式権原確定登記制度を嚆矢とする土地流動化

表2：実定法と慣習法の規範調整をめぐる legal postulate の概括的分類

	国家法 (公法)	市場法 (私法)	慣習法
汎実定法主義	タイ土地法	タイ民法法典	取得時効中の占有権 - タイ Chapchorng - カンボジア Pokh - ミャンマー Damaugya → 永続的権利 BoBaPain
	カンボジア土地法 (登記効力要件) (取得時効の廃止) (先住民族規定)	カンボジア民法典 (登記対抗要件) (取得時効制度) (慣習法の容認)	
	ミャンマー農地法・荒蕪地休閑地処女地法	英国法由来のビルマ法典 (財産移転法)	
法多元主義	→ インドネシア農地基本法 (農地耕作者主義、個別的な慣習権の物権化、公共原則下で集団的権利 Hak Ulayat の公認) → 地方自治法による住民自治	インドネシア民法典物権規定 (取引促進) の廃止	← 集団的権利 Hak Ulayat ← 地方自治法/条例による伝統集落 Gampong の自治
		タンザニア土地法 (土地取引促進) ⇔ 村土地法 (分割・売買で個別的な所有権に)	村落調停による自治
実定法修正主義	日本の農地法 (農地耕作者主義) ⇔ 2015 農地法規制緩和、2018 所有者不明土地円滑化法、2018 アイヌ尊重推進法他	日本の民法典 (登記対抗要件主義、入会権公認規定)	← 地方自治法の住民自治 (自治会・認可地縁団体) ← 判例法による入会法理 (コンセンサス、離村失権等)

(筆者作成)

の制度設計を採用し、司法現場もその機械的適用に任じる汎実定法主義である。タイの1954年土地法の実施はその例であり、裁判現場の汎実定法主義が揺るぎなく、国民の規範意識と対決する局面ではクーデターによる弾圧が繰り返される開発独裁体制が健在である。ただし裁判所付属の調停制度や人権委員会など実定法主義の拘束が弱いフォーラムにおいて、妥協的な legal postulate が引き出される余地がある。

また汎実定法主義の一つの変異型というべく、近年のドナー由来の実定法改革の中に、土地流動化の枠組みと並行して、先住民族の権利の公認制度などの規範調整を組み込む、ある種の法多元主義的アプローチが見られる。しかしカンボジア2001年土地法の集団的財産権規定にみたように、公認のための立証要件のハードルが極めて厳しく、保護よりも規制の制度装置となっている。また将来的な分割解体を見込むあくまで暫定的な慣習秩序の公認に過ぎない意味で、いわば漸進的な実定法主義である。司法現場は判断回避の姿勢が見受けられ、結果として汎実定法主義の容認に終わっている。

これに対して、実定法が慣習法を正面から公認し、司法現場も積極的に規範調整に任じる、名実とも法多元主義が存在する。日本版法典論争を経て、西洋由来の民法典に慣習法の公認規定を組み込んだ日本はその例といえるが、民法典は概括的規定に留まり、具体的な規範調整は判例法の形成に委ねられてきた意味では、漸進主義的な法多元主義という

べきである。近年、新自由主義の色濃い法規が林立し登記の義務化などの実定法主義を強めているが、司法の場は規範的事実に依拠して私権の存否を判断する姿勢を今のところ崩していない。そのような裁判実務における揺るぎない事実重視は、憲法29条1項の私的財産権保障に裏打ちされた私権秩序の強度に根ざしていると考えられる⁵⁶。

他方で、憲法規範を正面に据えて、演繹的に実定法秩序を改造し慣習法を論理整合的に位置づけていこうとする、実定的な法多元主義ともいえるべき野心的な legal postulate が、インドネシア森林法をめぐる憲法裁判所の違憲判決に見いだされる。スハルト独裁解体後の憲法改正により、慣習法を公認する明文の憲法規範が規定されたことが、意欲的な法多元主義の推進基盤となっている。

アジア・アフリカ諸国は今後、以上のような異なる道筋のいずれを選んでいくのだろうか。外資導入を図らんとすればドナー・モデルの採用を迫られ、法多元主義は否定的な様相を深める。逆に、インドネシアが意欲を見せる憲法以下の演繹的な実定法秩序における慣習法の公認は、積極的に法多元主義を構築する理想に輝いているが、同国の民法典改革の遅れに見られるように容易な道りではない。日本の歩んできた判例法による漸進主義的な法多元主義は、現実的な選択肢である可能性がある。そのような漸進主義を支える法主体は、最終的な判断者のみならず、実定法と慣習法の乖離を乗り越えようと挑戦する原告集団、またそれを支える法曹や支援者の総

体である。そのような漸進的な法創造に携わるたゆみない人々の努力こそが、当該社会の legal postulate の真髄と言えるのだろう。

参考文献

- 石井米雄 (1975) 『タイ国一ひとつの稲作社会』 東南アジア地域研究研究所
- 梅原弘光編 (1991) 『東南アジアの土地法制と農業変化』 アジア経済研究所
- 大河純夫 (1990) 「小作権の“当然承継論”をめぐる明治 20 年代の大審院判例について」、乾昭三編『土地法の現代的展開』法律文化社
- 川島武宜 (1987) 『新版所有権法の理論』岩波書店
- 金子由芳 (2014a) 「災害復興における参加の持続保障—日本・タイ・インドネシアの比較検討」国際協力論集、21 巻 2・3 号合併号、神戸大学大学院国際協力研究科、p.1-40
- 金子由芳 (2014b) 「災害復興における国家と私権のゆくえ—東日本大震災とアジア」、小柳晴春一郎編『災害と法』国際書院
- 金子由芳 (2015) 「アジアの災害復興における私権補償と司法アクセス」国際協力論集、22 巻 2・3 号合併号、p.1-42
- 金子由芳 (2016) 「罹災法廃止をめぐる被災借地権者の問題」、『復興』17 号、日本災害復興学会、p.47-56
- 金子由芳 (2022) 「所有者不明土地問題にみる被災者の私権保障：東日本大震災十年の事例検証」国際協力論集 30 巻、p.1-29
- 河森正人 (2013) 「タイの生活保障におけるコミュニティの位置づけをめぐる」、『地域研究』、13 巻 1 号、p.186-201
- 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・50 (3) p.21-39
- 衣笠智子・衛藤彬史・安田公史 (2021) 『養父市の国家戦略特区の効果の検証』、神戸大学大学院経済学研究科
- 小高剛 (2011) 「震災と財産権」『ジュリスト』1427 号
- 塩崎賢明 (2014) 『復興〈災害〉—阪神・淡路大震災と東日本大震災』、岩波書店
- 重富真一 (2009) 「タイにおけるコミュニティ主義の展開と普及—1997 年憲法での条文化に至るまで—」、『アジア経済』50 (12) : p.21-54
- 鷹巣信孝 (2003) 『所有権と占有権』成文堂
- 高野さやか (2020) 「慣習法と国家法」、島田弦編『インドネシア』(旬報社) p.147-170
- 高村学人 (2018) 「所有者不明土地問題を問い直す—アンチ・コモンズ論からの問題再定義」『土地総合研究』26 巻 4 号、p.72-90
- 千葉正士 (1998) 『アジア法の多元的構造』成文堂
- 寺尾仁 (2021) 「林地における土地所有の現状と課題および展望」、地域開発 636 号 p.55-59
- 中尾英俊 (2007) 『入会権の判例総合解説』信山社
- ボアソナード民法典研究会編 (2000) 『ボアソナード民法典資料集成：再閣修正民法草案注釈第二編物権ノ部』雄松堂出版
- 法務省民事局民事第二課 (2019) 『変則型登記の解消に向けた法律上の措置に関する担当者骨子案の補足説明』法務省
- 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
- 松尾弘 (2023) 『土地所有を考える：所有者不明土地立法の理解を深めるために』日本評論社
- 安田佳子 (2007) 「カンボジア民法典と土地法」、香川孝三・金子由芳『法整備支援論—制度構築の国際協力入門』ミネルヴァ書房
- 山本敬三 (2004) 「憲法システムにおける司法の役割」、『法律時報』76 巻 2 号、p.59-70
- Asian Development Bank (2006) *TA No.4595-THA Supporting Post-tsunami Activities & Coastal Zone Management: Final Report*, ADB
- Baird, Ian G. (2013) “Introduction: Indigeneity in ‘Southeast Asia’: Challenging identities and geographies,” *Journal of Southeast Asian Studies*, Vol.50, No.1, p.2-6
- Baird, Ian G., Leepreecha, Prasit & Yangcheepsutjarit, Urai (2017) “Who should be considered ‘Indigenous’? A survey of ethnic groups in northern Thailand,” *Asian Ethnicity*, Vol.18, No.4, p.543-562
- 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, Franz von, & Benda-Beckmann, Keebet von, and Wiber, Melanie, G. (2008) “The Properties of Property,” in Franz Benda-Beckmann & Keebet von Benda-Beckmann and Melanie G. Wiber, *Changing Properties of Property*, Oxford University Press, 2008
- Borrow, John, Chartrand, Larry, Fitzgerald, Oonage E. and Schwarz, Risa, eds. (2019) *Braiding Legal Orders: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Center for international Governance Innovation
- Burns, Anthony (2004) “Thailand’s 20 year program to title rural land,” Background paper

- prepared for the World Development Report 2005, No.31363, World Bank
- Chiba Masaji (1986) Three-level Structure of Law in Contemporary Japan, The Shinto Society, in Masaji Chiba, eds. *Asian Indigenous Law: In Interaction with Received Law*, Routledge
- ClientEarth (2019) /Toolkit for Enabling Laws on Community Forestry/, ClientEarth
- Constitutional Court of Indonesia (2013) VERDICT Number 35/PUU-X/2012 (May 16, 2013), retrieved at https://en.mkri.id/index.php/court/decision?page_paging=3
- Cowen, Denis V. (1962) “African Legal Studies – A Survey of the Field and the Role of the United States,” 27 *Law & Contemporary Problems*, 545
- Davidson, Jamie S. & Henley, David (2007) *The Revival of tradition in Indonesian Politics*, Routledge
- Davis, Kevin E. and Trebilcock, Michael (2008) “The Relationship between Law and Development: Optimists Versus Skeptics,” *Asian Journal of Comparative Law*, Vol.56, No.4,
- Dithanan Senrit & Sangdao Wongsai (2013) “Land use change after Tsunami, Cherng Talay Sub-district, Thalang, Phuket, Thailand,” Proceeding at Conference: the 1st Annual PSU Phuket International Conference 2012, Phuket, Thailand
- De Soto, Hernando (1989) *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*, Harper and Row, New York
- De Soto, Hernando (2000) *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, New York
- Fallers, Llyod (1962) “Customary Law in the New African states,” 27 *Law & Contemporary Problems*, 605
- Fitzpatrick, Daniel (2017) “Disputes and Pluralism in Modern Indonesian Land Law,” *Yale Journal of International Law*, Vol.22, No.1, p.169-208
- Fitzpatrick, D., & Compton, C. (2021) *Law, Property and Disasters: Adaptive Perspectives from The Global South*. (1st ed.) Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003175919>
- Hooker, M. B. (1988) *Laws of South-East Asia, Volume II*, Butterworths
- Jaluzot, Beatrice (2019) “Civil law in French Asian Colonies,” in Yuka Kaneko, eds., *Civil Law Reforms in Post-Colonial Asia: Beyond Western Capitalism*, Springer 2019
- Janse Ronald (2013) “A Turn to Legal Pluralism in Rule of Law Promotion?,” 6 *Erasmus Law Review* 181
- Jaspan, Mervyn A. (1965) “In Quest of new Law: The Perplexity of Legal Syncretism in Indonesia,” 7 *Comparative Studies in Society and History* 252
- Kaneko, Yuka (2009) “An Asian Perspective on Law and Development, in Symposium: the Future of Law and Development, Part III,” 104 *Nw. U. L. Rev. Colloquy* 186, <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/colloquy/2009/39/>
- Kaneko, Yuka (2010a) “A Procedural Approach to Judicial Reform in Asia: Implications from Japanese Involvement in Vietnam,” *Columbia Journal of Asian Law*
- Kaneko, Yuka. (2010b) An Alternative Way of Harmonizing Ownership with Customary Rights: Japanese Approach to Cambodian Land Reform, *Journal of International Cooperation Studies*, Kobe University, Vol.18, No.2, p.1-21
- Kaneko, Yuka (2012a) “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, Yuka (2012b) “Reevaluating Model Laws: Transplant and Change of Financial Law in Vietnam,” *Journal of International Cooperation Studies*, Kobe University, Vol.19, No.2-3, p.1-37
- Kaneko, Yuka, Matsuoka, Katsumi and Toyoda, Toyoda, eds. (2016) *Asian Law in Disasters: Toward a Human-Centered Recovery*, Routledge
- Kaneko, Yuka, eds. (2019) *Civil Law Reforms in Post-Colonial Asia: Beyond Western Capitalism*, Springer
- Kaneko, Yuka (2020) “Reconsidering the Contemporary “Legal Transplant”: A Review from the Land Law Reforms in Vietnam and Myanmar,” *Asian Journal of Law & Society*, Vol.8, Issue 1 (forthcoming), Cambridge University Press, p.402-428
- Kaneko, Yuka (2021) “Origin of land disputes: reviving colonial apparatus in land law reforms”, in Yuka KANEKO, Narufumi KADOMATSU, and Brian Z. TAMANAHA, eds. *Land Law and Disputes in Asia: In Search for an Alternative Development*, Routledge, 2021
- Kaneko, Yuka (2022) *Insolvency Law Reforms in the ASEAN Emerging Economies: Consequences of the Donor Model Designed for Economic Crises*, Springer
- La Porta, Rafael & Shleifer, Andrei (2014) “Informality and Development,” *Journal of*

- Economic Perspectives*, Vol.28, No.3, p.109-126
- Merry, Sally Eagle (1988) “Legal Pluralism,” 22 *Law & Society Review* 869
- Mommsen, Wolfgang J. and Moor, J.A. de, eds. (1992) *European Expansion and Law: The Encounter of Europe and Indigenous Law in 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford University Press
- National Human Rights Commission of Thailand (2015) Findings Report No.115/2558 Re: Allegation that Khon Kaen Sugar Industry Public Company Limited, recipient of a land concession to grow sugarcane and establish a sugar factory in Cambodia, has caused human rights violations against Cambodian citizens, retrieved as of July 2023 at <https://www.nhrc.or.th/Home.aspx?lang=en-US> AND
- Okudaira, Ryuji (1985) “On the process of British colonialization and the social changes in 19th century: a study of the changes of the traditional legal system in the colonialization process” (in Japanese), *Southeast Asian Studies*, 23 (2), p.125-141
- RECOFEC (2021) *Thailand’s Community Forest Act: Analysis of the legal framework and recommendations*, Bangkok, RECOFEC
- 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
- Sage, Caroline and Woolcock, Michael (2012) “Introduction: Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue,” in Brian Z. Tamanaha, Caroline Sage and Michael Woolcock, eds. *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue*, Cambridge University Press 2012
- Sakano, Issei (2021) “Land Ownership in Cambodia: Inter-Donor Debates for the Protection of Private Rights in Development,” in Yuka KANEKO, Narufumi KADOMATSU, and Brian Z. TAMANAHA, eds. /Land Law and Disputes in Asia: In Search for an Alternative Development, / Routledge, 2021
- Simbolon, Indira (2002) “Access to Land of Highland Indigenous Minorities: the case of plural property rights in Cambodia,” *Max Planck Institute for Social Anthropology Working Paper* No.42
- Tamanaha, Brian, Z. (2021) *Legal Pluralism Explained: History, Theory and Consequences*, Oxford University Press
- Taqwaddin, Husin & Teuku, Alvisyahrin (2016) “The legal framework of community-based land administration in tsunami-impacted areas of Aceh: a case study in Baitussalam Sub-District, Aceh Besar District, Indonesia,” in Yuka Kaneko, Katsumi Matsuoka and Toshihisa Toyoda, eds./Asian Law in Disasters: //Toward a human-centered recovery, / Routledge, 2016
- Teuku, Alvisyahrin, Taqwaddin, Husin, Rizki, Wan Oktabina & Risma, Sunarty (2023) “Aceh Post 2004 Tsunami Recovery: Strategies and Implications,” in Yuka Kaneko, Teuku Alvisyahrin & Ebinezer R.Florano, eds., (2023) *Human Life Recovery after Mega-Disasters in Asia: Joint Survey in Aceh, Sichuan, Tacloban and Tohoku Japan*, Springer
- Trubek, D. M. (2014) Law and Development: 40 Years after Scholars in Self Estrangement A Preliminary Review, *Legal Studies Research Paper Series* No.1255, University of Wisconsin Law School
- UNDP/De Soto, Hernando (2008) *Making the Law Work for Everyone I & II*, Commission on Legal Empowerment of Poor and United Nations Development Programme
- Upham, Frank (2018) *The Great Property Fallacy: Theory, Reality and Growth in Developing Countries*, Cambridge University Press (邦訳として金子由芳・入江克典訳『財産権の大いなる誤解』神戸大学出版会 2023)
- Wittayapak, Chusak & Baird, Ian G. (2018) “Communal land titling dilemmas in northern Thailand: From community forestry to beneficial yet risky and uncertain options,” *Land Use Policy*, No.71, p.320-328
- World Bank/ Deininger, Klaus (2003) *Land Policy for Growth and Poverty Reduction*, World Bank, Washington, D.C.
- World Bank/ Bruce, John W., Geovarelli, Renee, Rolfes, Leonard Jr., Bledsoe, David, and Mitchell, Robert (2006) *Land Law Reform: Achieving Policy Objectives, A Synthesis Report*, World Bank, Washington, D.C.
- World Bank Inspection Panel (2010) *Investigation Report Cambodia: Land Management and Administration Project* (Credit No. 3650 - KH), Report Number 58016, World Bank

注

- 1 Davis and Trebelcock (2008) における悲観論。またKaneko (2009, 2010a, 2012b, 2019, 2020, 2022) 参照。
- 2 千葉 (1998)、Chiba (1986) 参照。

- 3 Chiba (1986, p.6-7) は「非公式法」を「公式法」“official law”との対置で“unofficial law”と表現するが、本稿では法と開発領域の通例に従い“informal law”と表記する。
- 4 なお Chiba (1986, p.8-9) は“indigenous law”を不文・成文を問わず植民地化以前より存続する各社会の拘束的規範を意味する広義で用い、千葉 (1998) 他で「固有法」と表現しており、今日でいう先住民族の権利論よりよほど射程が広い。本稿にいう「慣習法」(customary law) は千葉のいう「固有法」(indigenous law) にほぼ相当するが、先住民の権利としての誤解を避けるため千葉の用語法を踏襲しない。
- 5 Cornelis van Vollenhoven によるオランダ領東インドの慣習法 adat の研究を嚆矢とするライデン学派を始め、植民地時代の慣習法研究は今日に至る非西欧法研究に継承されている。
- 6 Tamanaha (2021, p.14) は日常的な社会規範を“community law”と名付け、“community law”が統治法“regime law”による公認制度に紐づけられていない段階を“customary law”と表現している。しかし本稿は、実定法による公認の有無は実定法側の事情であり、慣習法の存否や性格を決定づける要件ではないと考える。
- 7 Fallers (1962), Cowen (1962), Jaspan (1965) 等。
- 8 Tamanaha (2021, p.116-127) は欧米社会におけるユダヤ法やイスラム法の公認の条件をめぐる議論を俯瞰している。
- 9 Benda-Beckmann (1979) らの実証研究が知られる。また実定法による公認の埒外で自立する慣習法秩序をこそ「強い法多元主義」として肯定する Merry (1988) らの議論は一翼を占める。
- 10 Borrow, Chartrand, Fitzgerald and Schwarz, eds. (2019) 参照。
- 11 Sage and Woolcock (2012), p.1 参照。
- 12 La Porta & Shleifer (2014) は、インフォーマルな経済主体のフォーマル化を促す方策として、英米的な規制緩和型法制度の有用性を説く。
- 13 World Bank/ Bruce et al. (2006) 参照。
- 14 World Bank/ Deininger (2003) 参照。
- 15 Kaneko (2010b) 参照。
- 16 梅原 (1991)、また Kaneko (2021)。
- 17 世界銀行等のドナーの関与を受けたベトナム土地法 (1993年・2003年・2013年・2023年と十年おきに改訂)、またミャンマー 2012年農地法・荒蕪地休耕地処女地法もこのカテゴリーに該当しよう。詳しくは Kaneko (2020) 参照。
- 18 2013年8月時点、筆者によるタイ内務省公共事業都市計画局への聴取りによる。詳しくは金子 (2014a, 2015)。
- 19 北原 (2002) は、おりからスエズ運河開通によるコメ輸出拡大を企図した土地囲い込み政策を指摘する。
- 20 1932年の初代立憲君主制憲法じたいサリット将軍による軍事クーデターの産物であり、その後も頻発するクーデターのために革命段布告 96号・286号・334号他による1954年土地法改訂、1968年土地分配法、1975年農地改革法などの土地分配政策が喧伝され、近年も2007年クーデター後に2008年土地法改訂が起こっている。クーデター後には欠かさず暫定憲法を経て恒久憲法が制定を見るため、現行2017年憲法までに20の憲法を経ているが、歴代憲法は私的財産権保障規定 (現行2017年憲法では37条) と併せて必ず農地改革による農民の生活保障 (現行憲法では73条) に言及するものとなっている。
- 21 地元 NGO である RECOFEC は、EU の支援を受けつつ、国際 NGO である ClientEarth 作成の“Toolkit for Enabling Laws on Community Forestry”の10指標に依拠し、「コミュニティ森林法」の内容的評価を行ない、国家とコミュニティの紛争解決をもたらし得ないと結論づけている (RECOFEC 2021, p.13-14)。なお同 Toolkit はネパール・フィリピン・タンザニアの制度経験を踏まえて開発された (ClientEarth, 2019)。
- 22 Baird, Leopreecha & Yangcheepsutjarit (2017) 参照。
- 23 自然災害・環境汚染等の緊急・危険事態において、首相が国民の生命・身体・財産の被害回避・鎮静のために裁量的命令権を行使し (環境保全法9条)、また担当大臣が環境保全地区を指定し緊急時に土地利用規制その他の必要措置を取りうる (同 43~45条)。
- 24 日本 ODA による立法支援を受け、奇しくもインド洋津波の生起直前の2004年12月に制定され、災害時の事業決定迅速化規定 (45条) が適用された。
- 25 2013年8月時点、チュラロンコン大学法学部およびタイ内務省災害防止管理局第11区地方支部の協力により実施した調査であり、バンナー県ナムケム村、トゥブタウン村、トゥンワー村、またプーケット県コー・シデー集落、スリン・ビーチ、カマラ・ビーチの住民に聴取りを行った。詳しくは金子 (2014a, 2015)。
- 26 2013年8月時点、タイ政府海洋沿岸資源開発研究所 Pinsak Suraswadi 部長への筆者の聴取りによる。
- 27 当時、第一草案は134カ条であったが、国会上院がわずかに25カ条の第二草案を提案し、これに対して憲法上のレファレンダム規定に依拠した1万人の署名により第三草案 (34カ条) が提起されるなど、政治劇のさなかであった。2013年8月時点、上記の海洋沿岸資源開発研究所 Pinsak 部長への聴取りによる。

- 28 フランス植民地時代のインドシナ連邦各地では、1925年コーチシナ登記令を嚆矢として、登記を効力発生要件とするトーレンズ式登記制度が漸次導入されたが、カンボジアはその射程から外れていた。Jaluzot (2019, p.120) 参照。
- 29 世銀・ADB等の土地法支援はカンボジア土地環境資源省に対して実施され、経済開発の制度基盤として早期の権原確定による土地流動化政策を重んじたのに対して、日本の民法典支援はカンボジア司法省に対して実施され、真実の権利者の静法保全を重視した。安田 (2007)、Kaneko (2010b)、また Upham (2018) 第6章参照。
- 30 カンボジアにおけるフランス植民地裁判所が現地法の解釈適用権を強めた過程で、クメール法典は1881年に Adhemar Lecere により仏訳されたが、土地法の記述は判読できず、他の情報源も年代までには逸失したとする (Jaluzot 2019, p.10)。また Sakano (2021, p.39, Notes 2) はカンボジア国立文書館に残る古文書を独自調査したが、ボケアに関する記述を確認できなかったとする。
- 31 Baird (2013, p.273) によれば、2012年1月までにILO (国際労働機関) 等の後援により153件の申請が行われたが地方開発省の「先住民族性」の審査を通ったものは30件に留まり、さらに2013年5月時点で内務省の法人登記を経たものは40件の申請に対して6件に留まる。
- 32 World Bank Inspection Panel (2010)。世銀撤退の経緯につき、Upham (2018) Chapter6 参照6。
- 33 カンボジア法の詳細を解しない外国フォーラムにむやみに事件を上程し法律論から遊離することは、NGOの戦略的行動としては是としても、弱者の救済としては単発的勝利に留まるだろう。自国の司法の場で取って法律論を闘うことで、類似の事例の救済にも資する判例形成を促す役割が期待されよう。
- 34 ラッフルズによる1813年の国有地リース制 (lease determinable at will)、また1814年の国有地永小作制 (tenant) である。
- 35 Fitzpatrick (2017, p.203-207) は慣習的集落にとっての登記制度への対応の選択肢として、慣習的土地であるとの表示登記、集落成員の個別の土地占有権の登記、慣習的集団としての権原登記、慣習的秩序を分割し個別的権利を登記する等の選択肢を示しながらも、司法の腐敗から紛争処理は困難と結論づける。
- 36 Fitzpatrick & Compton (2021) 参照。
- 37 調査の概要につき、金子 (2014a, 2015)、Kaneko (2016)、Taqwaddin & Alvisyahrin (2016)、Taqwaddin & Alvisyahrin (2023)、Kaneko (2023) 参照。
- 38 小高 (2011) 参照。
- 39 塩崎 (2014)、また金子 (2014b) 他。日本の累積国際残高はGDPの230%に上るなか、政府は、一般会計の外枠のオフバランス方式で32兆円の「復興特別会計」を設け、公共事業を当て込む業界を潤した。これは公共工事の乗数効果による経済成長に期待する旧態依然たるケインズ経済学に既定された日本の財政政策のなせる醜態であると考えられる。
- 40 最高裁判決平成14年2月13日、民集56巻2号 p.331。
- 41 金子 (2014a, 2014b, 2016, 2022)、Kaneko (2016) 他。
- 42 アジアにおける植民地法政策の比較について、Hooker (1988)。
- 43 主な入会判例の集成として、中尾 (2007) 参照。
- 44 金子 (2022) 参照。
- 45 川島 (1987) は、背信的悪意者論などの日本の判例法理が資本主義的要請と社会的配慮の妥協の産物であることを批判した。
- 46 小作調停から小作法案に至る経緯について大河 (1990)。
- 47 しかし実社会では入会権とは数村入会を意味することが多い。
- 48 寺尾 (2021) 参照。
- 49 法務省民事局民事第二課 (2019) p.3。
- 50 高村 (2018) p.15 では、対象地区の選定が恣意的であり、また地域住民が入会権を主張しても、法務省のマニュアルでは管理慣行証明書に加えて固定資産税課税台帳の写し等を求めるなど、従来の入会判例よりも要件を加重しており、住民の主張を断念させる運用が懸念されるとする。
- 51 たとえば岩手県宮古市金浜の防潮堤建設用地買収について、金子 (2014b) 参照。
- 52 たとえば岩手県大槌町赤浜の防災集団移転について、金子 (2022) 参照。
- 53 前掲金子 (2022)。
- 54 大正4年大審院判決は国有地入会を否定したが、昭和48年最高裁判決が判例変更を行い肯定に転じた。詳しくは中尾 (2007) 参照。
- 55 2023年3月、4月、8月時点。
- 56 憲法との関係において民法解釈を問い直す山本 (2004)。

Customary Law in Contemporary Asia: Legal Postulate in face of Legal Transplants

KANEKO Yuka *

Abstract

As the pressure of “legal transplant” increases toward the “conversion” to the global models, normative gap is inevitably enlarged between thus transplanted formal law and the existing legal regime in each society. When such a “legal pluralism” amounts to intervene the fundamental norms which constitute the living law of people, but social complaints are only suppressed by the government, social conflict will be triggered until jeopardizing the national order. Here it is noted that certain countries maintain social order despite the increasing normative gap, while other countries result in serious disturbance until giving a rise to an authoritarian regime aiming at the control of social order. A possible explanation of this difference may be the difference of what legal ethnographer Prof. Masaji Chiba described as “legal postulate,” or a unique attitude of each society in mitigating the risk of normative crash. As an attempt of comprehensive approach to comparative Asian law and society, through a focus on the land law and forestry law reforms rigorously led by the international donor agencies, we will be able to differentiate the modes of “compromise” between opposing norms in the course of critical dispute resolution, where the “customary law” in the sense of living law passed over through generations from the pre-colonial *sui generis* law in Asia can survive, and even call for certain modifications to the formal law to realize justice.

After identifying a few categories of “legal postulate,” including a strict formalism (e.g. Thailand), a gradual formalism (e.g. Cambodia), a legal pluralism by formal law reforms (e.g. Indonesia), and an incremental legal pluralism by case law (e.g. Japan), this paper concludes with an anticipation that an incremental modification of formal law through judicial recognition of customary justice is a realistic way to bring about peaceful

* Professor, Graduate School of International Cooperation Studies and Center for Social System Innovation, Kobe University.

Asia through the perpetual attempt of democratic formation of law by the social actors from the bottom-up.