

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

金子 由芳*

1. はじめに

(1) 仮説—土地改革の破綻原因

近年、世界銀行等の開発ドナーがアジア・アフリカ各地で主導する土地改革が、問題を呈している。土地改革の主眼はトーレンズ式と通称される登記制度の導入により、土地保有権原の確定 (land titling) を実施する点にある。その目的は、権原確定により土地の交換価値を活かした農業金融や高度利用が促され、土地紛争が減少し、生産性が向上し、貧困削減が進み、政府としても地租や土地取引税を通じた税収増大を図りうるなどとされる (World Bank 1975, de Soto 2000, Bruce 2006, World Bank 2011)。しかし他方で実証研究によれば、土地改革を経ても貧困層への土地再分配は起こらず、むしろ富裕層への土地集中に帰結し、土地紛争が増え、また生産性との相関性も有意ではなく税収増大にはつながっていないなどとする否定的評価が根強い (Easterly 2008, Bromley 2009, Deininger & Feder 2009, Collins & Mitchell, 2018 等)。

筆者の研究フィールドである東南アジア地域に限っても、カンボジアにおける世銀・ADB 支援の成果物である 2001 年土地法が、農地囲い込みによる土地収奪を招き¹、世銀は慰撫策として土地収奪を受けた階層への国有地再分配事業の追加実施を余儀なくされた²。ラオスでも 2004 年土地法に基づき世銀・ADB の権原確定事業が実施されたが、終了時評価は不備不正により貧困層の権原確定は進まず、失敗であると断定した³。ミャンマーでも 2012 年農地法の導入を契機に土地紛

* 神戸大学大学院国際協力研究科教授

争が吹き荒れ、新たな土地法の起草作業を余儀なくされている⁴。

こうした土地改革の弊害は、土地法の法的設計、とくにトーレンズ式登記制度の設計に大きく起因するのではないかというのが本稿の仮説である。

(2) 法制的視座：植民地土地法によるトーレンズ式登記制度の形成

アジア・アフリカ諸国の土地法制は、今日なおトーレンズ式登記制度の色濃い影響を受けているが、その背景に、植民地時代に遡る土地法制の経緯がある。

植民地化以前のアジア・アフリカの土地秩序は、国王や封建領主の領有権のもとで、個人・世帯の長期安定的な占有・使用収益権が認知され、それらは水利・治山等の総有的な村落共同秩序と連結し、そのような共同秩序を害しない範囲で相続・担保等の処分権を伴ったと考えられる。植民地土地法は、このような既存秩序を強引に書き換え、地租収入の最大化を図るものであった⁵。その制度装置の一つは、既存の封建的領有秩序を利用して地租を吸い上げるザミンダリー制であったが、他の一つは、農地改革を通じて既存の中間的な領有秩序を捨象し、国家が耕作者との直接の関係で既存の土地利用を認知するライヤットワリー制である。

植民地の登記制度の一つの機能は、このような農地改革による耕作者の個的権利の認知機能であった。しかし留意すべきは、この個的権利の法的定義づけにはバリエーションが

あったことであり、国家によって認証された所有権原であるとする proprietor 構成もありえたが、最上位の土地領有者たる国家との契約による賃借権 (tenant) に過ぎないとする債権的構成もありえた。たとえば英国植民地ビルマではその両者の中間に行く、landholder's right なる地上権的構成が選択された⁶。

他方、東南アジアの英国植民地においては、荒蕪地・休閒地を国有地とみなす国有化宣言により遊休土地資源を国家が集約し、植民地資本に対してその再分配を行う waste land grant のメカニズムが多用された。登記制度の担った今一つの作用は、かかる grant によって植民地資本に分配された土地権原を確定する機能であった。

登記制度のこの二つの機能は、いびつな形で展開したと考えられる。既存の耕作者の権利を認知するための一斉登記は実施が停滞する一方、植民地資本向けの grant の権原確定は申請に応じて即応された。その結果、既存の耕作者が登記による権原確定を得られない間に、植民地資本が当該土地の国有化再分配を受ける局面が多発し、異議申立てが噴出する状況であったと考えられる。このような状況下で導入されたトーレンズ式登記制度は、以下2でみるように、植民地資本の権原を確定的かつ絶対的に確立する上で便宜がある制度設計を備えていた。

トーレンズ式登記制度の制度設計は、英国植民地主義の展開に伴う漸進的な制度探究の産物であったが (Torrens 1882)、大陸法系

諸国の植民地にも影響を与えた。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により、登記による私的所有権の公示を欠く土地を国有地と断定した⁷。フランス領インドシナでは、1902年以降に土地登記制度を導入し、1920年民法典（74条）はトーレンズ方式に倣って登記を所有権の効力要件とした⁸。米国植民地フィリピンにおいても、1902年公共土地法・1931年民法典・1935年憲法以降の歴代憲法が全土国有原則を明記し、国有地払下げを受けトーレンズ式登記によって安堵された「所有権」のみを認知した⁹。植民地支配を免れたタイでも、輸出向け大農経営を意図したチャクリ王朝が1901年地券公布法を公布し、民衆の土地占有権の保護期間を1年に縮小した一方で（北原2002）、1934年民商法典・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、grantを受けた資本家の権利を安堵した。

トーレンズ式登記制度はかくして植民地開発の有効な具であったが、同時に、既存の土地利用者の生活基盤を奪う獐猛なメカニズムであった。

（3）比較法的視座：先進国と途上国における登記制度の二元性

比較法の領域では、先進諸国の法制度を大陸法と英米法とに二分し、アジア・アフリカの法制度をそのいずれかの法系に分類していく現代版「法の移植」（legal transplant）の視座が有力である（Graziadei 2006;

Berkowitz, Pistor, & Richard 2003）。しかし筆者は、アジア・アフリカにおいて適用された植民地法が宗主国法の移植ではなく植民地主義者の独創の産物であること、またむしろ逆に植民地法が宗主国の法制度の資本主義化に影響を与え、またその現代的修正論をも促した、いわば逆流の移植現象を見出している。さらに他方で、植民地独立後のアジア・アフリカ諸国には、植民地法の弊害から逃れようとする独自法の模索があった。比較法学は大陸法・英米法の二分論に留まることはできず、アジア・アフリカにおける植民地法、そしてそこからの独立を模索した独自法の展開を追う視座を必要としている。

植民地独立後のアジア・アフリカ諸国では、トーレンズ式登記制度の克服を意図する動きがあった。しかし今日再び、世界銀行等の推進する土地改革がトーレンズ式登記制度の導入・実施を迫っている。その枢要は、登記を通じた土地保有権原の確定的な創出、またこのような権原の絶対的な法的性格にある。

登記の確定性とは、権原の存在について以後の争いを封じる効果である。トーレンズ式登記においてはたとえ登記簿の記載に誤りがあっても、登記の形成的な法的効果として、登記に基づく後続取引が有効に成立するstatutory magicが生じるとされる（Gray & Gray 2011）。例えば登記原因となった売買契約が偽造文書による詐欺により無効であっても、後続取引における買主や担保権者が有効に権利を獲得する。このようなトーレンズ式登記制度の確定力は、ドイツ法にいう無因主

義や公信力に似ているが、ドイツにおける登記はあくまで物権契約の効力要件であり、公信力とは登記の外観を信頼した善意有償の第三者の保護制度であって、登記が無効な契約を有効に転ずる権利創出効果を持つものではない¹⁰。これに対してトーレンズ式登記制度の確定力は、登記簿記載という行政行為によって確定的に権原を創出するもので、登記官の不完全な実体審査ゆえに起こりうる登記と現実の権利との齟齬の問題は損害賠償制度（immunity）で処理することとし、後続買主・担保権者は有効に権原を取得する。そのためトーレンズ式登記制度は本来的に、悪質なデベロッパー等の制度濫用により、真の権利者が生活基盤たる農地・宅地を失う危険性の高い制度である。

他方、トーレンズ式登記制度のもたらす権原の絶対性とは、権原登記が一度なされると土地に付帯する既存のあらゆる権利利益が（登記簿に公示されないかぎり）白紙化し、これにより完全に自由な土地支配権（fee simple absolute）を創出する効果である。登

記簿で公示できる権利利益を限定することにより、既存の法秩序が塗り変えられる。アジア・アフリカ諸国に突然このような制度が導入されると、多くの農民・住民は、今まで自明のものとして享受してきた土地利用が、一定期間内に登記簿上に一々記載されなければ権利として主張できなくなることを意味をただちには理解できない。その間に、悪質なデベロッパー等が登記制度を濫用し容易に既存秩序が失われていくおそれがある。

先進国ドナーの偽善性は、このような危険を伴うトーレンズ式登記制度を、アジア・アフリカ諸国に対して推奨するかたわら、自国では決して採用してこなかった点に見出される（下表）。

とくにトーレンズ式登記制度の発案者 Sir Torrens の母国英国は、アジア・アフリカの英領植民地で同制度を強制実施してきたに拘らず、本国では今日に至るまで一斉登記による強制登記制度を採用しておらず、1990年代まで伝統的な捺印證書綴り（Title-Deeds）の引渡しによる不動産取引の伝統が許容され

表1：登記制度の異同

土地取引における登記制度の機能		該当諸国
登記を介しない占有移転行為（Title-Deeds 引渡し等）		英国での従来慣行
証書登記制度	公示機能	フランス、オランダ 米国の大多数の州法
権利登記制度	公示機能	日本
	公信原則	ドイツ
	トーレンズ式権原確定登記（悪意者排除）	米国のイリノイ州等の12州 英国2002土地登記法
	トーレンズ式権原確定登記（権原創出）	植民地法 世界銀行等の土地法改革

（筆者による整理）

てきた。トーレンズ式登記制度はトーレンズ自身の提言を受けて1862年に試行されたが失敗し、1925年不動産登記法で任意制度として導入されたに留まり、詳しくは本稿3.でみるように、今日の2002年不動産登記法のもとでも今なお既存秩序の暫定的存続を認め、また権原の確定性・絶対性に対する多くの例外を盛り込んでいる。

米国では、かつて19世紀末に21州でトーレンズ式登記制度の導入を試みたが9州が廃止し、いまや全米51州のうち12州のみが、あくまで任意的制度として同制度を運用しているに過ぎない。しかも1895年イリノイ法に見るように行政行為による権原確定は違憲とする司法判断を受けて司法的登記制度に移行し、かつ判例で悪意者の権原確定をエクイティによって否定する傾向にある（吉村1960/2004, p.102）。

大陸法諸国では、フランスやオランダのように契約書を証拠として登記所が保管する「証書登記制度」しか有しない諸国、日本のように「権利登記制度」を有するが登記は契約の効力要件ではない国、ドイツのように「権利登記制度」は契約の効力発生要件で公信原則に従う（善意有償の第三者以外には登記なくして対抗できる）国など、いずれもトーレンズ式制度とは異なる。

このように先進国自身が採用を躊躇するトーレンズ式登記制度の問題性は何であり、先進国はそのような問題性をいかに修正しようとしてきたのか。他方、世界銀行等が今日アジア・アフリカ諸国で推進する land titling

はトーレンズ式登記制度が本来的に含む危険性を修正しているのか。またアジア諸国の民法典整備に関与する日本の法整備支援は、世銀の推奨する土地改革の問題にどのような態度で臨んできたのか。本稿はこれらの問題意識に発しているが、紙幅の都合により全ての点は検討できない。以下2. では、かつて19世紀の植民地法として影響を誇ったトーレンズ式登記制度の法的性格を、その原型と言われる1858年の南オーストラリア土地登記法に立ち返って再確認する。つぎに3. で、英国2002年土地登記法に注目し、トーレンズ式登記制度の危険性を先進国がどのように修正してきたのかを点検する。さらに4. でミャンマー2012年農地法に注目し、今日の世界銀行等のドナー支援が促す土地法改革が、トーレンズ式登記制度の原型に他ならないことを確認し、またその克服へ向けた方向性について考察する。5. は総括である。

2. トーレンズ式権原確定型登記制度の原型

南オーストラリア1858年 Real Property Act は、トーレンズ式権原確定型登記制度の原型とされる。登記簿記載を通じて土地上の完全な権原 (title) を確定する手続過程を設計し、その効果として、いわゆる Mirror 原則、Indemnity 原則、Curtain 原則を織り込む。以下ではその制度設計と法的効果の特色を確認する。

(1) 登記の権原確定効果—Mirror 原則

いわゆる Mirror 原則は、登記簿・権原証

書が土地上の権利関係を鏡のように正確に論争余地なく反映していること、それゆえに裁判における確定的な (conclusive) 証拠となるとする効果である (33条)。この効果を獲得する手続過程の第一段階は、登記申請であり、権原登記を申請する者 (Proprietor) が、権原の証拠書類、および当該土地上に権利・利益 (estate or interest) を有する他者の氏名を付して申請し、真実性の宣誓によって行う (14条)。登記申請をなしうる資格者は、単純不動産権 (fee simple)、ないしこれに次ぐ最大の権利・利益 (the greatest estate or interest in land) の保有者である (24条)。登記申請は2か月間の公示を経て受理される (15～17条)。

第二段階は登記申請に対する異議手続であり、第三者の異議を短期に除斥し、登記申請者の権原を早期に確定するためのしくみである。この異議申立は、登記官の裁量で定める一定期間に限って可能であり、以後は争えない (18条)。申立者は3か月以内に自己の権原を立証できなければ、罰金を支払う (20条)。他方で、登記申請者は登記官の判断に対して抗告登記をなしえ、また最高裁判所に対する上告も可能であり (21条)、その除斥期間は設けられていない。

その後登記官は遅滞なく権原証書 (Certificate of Title) を発給する (29条)。この権原証書は正本2通が作成され、すべての担保・リース等の制限的事実が裏書されたうえで、うち1通を不動産登記簿に添付し、他の1通が登記申請者に交付される (30条)。

登記簿記載と権原証書は確定的 (conclusive) であり、詐欺・誤記の場合を除いて、文言通りに土地上の権利・利益を発生させる (33条)。詐欺・不実表示の場合を除いて、登記権原者に対する土地回復訴訟は提起できない (91条)。詐欺・不実表示等が認定された場合でも、善意有償の買主・担保権者 (purchaser or mortgagee for bona fide valuable consideration) に対しては登記の確定力は揺るがず (94条)、次に述べるように損害賠償で解決するしかない。

原初登記につづく後続の不動産取引に関してもつねに登記簿記載が効力発生要件であり、不動産登記簿に記載のないいかなる証書も、土地上の権利・利益の取引に関する証拠性がなく (31条・37条)、取引される権利・利益が単純不動産権 (fee simple) である場合は、登記官に売買契約に合わせて既往の権原証書を提出して破棄してもらい (39条)、新たな権原証書の発行を受ける (40条)。取引対象が単純不動産権よりも弱い権利・利益であれば、権原証書の更新はなく、登記簿記載済の認証を付した売買契約書の提出のみで証拠性がある (38条)。

(2) 登記簿の無謬性－Indemnity 原則

一度なされた登記簿・権原証書の記載内容の確定力は揺るがず (94条)、権原に瑕疵があっても登記の修正 (rectification) を行わずに、本来の権利者は登記権原者による損害賠償を受けるに留まる (92条)。なお登記権原者は詐欺・不実表示等の害意がなく誤記等

による場合は、損害賠償ではなく本来の権利者に土地を売却して解決することもできる(93条)。

このように登記簿の無謬性を原則とし、これに伴う損害は金銭賠償で解決するとする、いわゆる Indemnity 原則が採用されている。

(3) 権原の絶対的性格—Curtain 原則

かくして登記により確定的に成立する権原は、具体的にいかなる法的性格を有する権利なのか。南オーストラリア 1858 年 Real Property Act は、登記申請をなしうる権利者(proprietor)は、単純不動産権(fee simple)、あるいはいまだ単純不動産権が存在しない土地ではそれに次ぐ最大の権利・利益(the greatest estate and interest in such land)を有する者とする(24条)。単純不動産権(fee simple)とは英国コモン・ロー上の自由土地保有権の最も基層の権原であり、国王から譲許された封土の全面支配権を意味する。登記申請者が申請した単純不動産権(または状況によってはそれより下位の権利)は、登記簿記載の法的効果により確定する(3条“certificate of title”定義条項)。

こうして登記を経た単純不動産権は、登記簿に記載のないエクイティ上の権利・条件を白紙化し制限を受けない意味において、絶対性(absolute)を獲得する(fee simple absolute)。

これ以後は遺言・信託・判決執行などを原因とする土地の権利利益のいかなる変動も、登記簿に記載されないかぎり、後続の買主・

担保権・リースに対抗できない(45条)。ただし裁判所が裁量により、売買を暫定的に差止める権能を有し、登記官はこれに従う(46条)。

またリースの設定(46-50条)、担保提供(51-55条)、親族等のための土地利用負担(encumbrance)や信託(trust)の設定(56-57条)も登記簿記載が効力要件であり、また裁判上の確定証拠である(58条)。これは、英国法の伝統においてエクイティ上の権利を善意有償買主を除くすべての人に有効としてきた notice 法理を塗り替え、エクイティ的権利についても登記による公示を要件とするものである。後続買主は善意有償である必要はなく、たとえエクイティ的権利の存在を知っていたとしても未登記であればその存在を無視し、絶対的権原を獲得できる結論となる。

ただし、これら登記で公示されたリース・担保・負担・信託等に関して、登記簿の記載なくとも後続買主に対抗できる一定の黙示的条件が、詳細に限定列挙されており(65条以下)、いわば擬制的認識(constructive notice)の範囲を法で画定する形で、伝統的な notice 法理との折り合いを図っている。

(4) 小括

以上のように、トーレンズ式権原登記制度の本質は、過去の権利・利益の瑕疵や各種負担をリセットし、新たに完全自由な実体的権利を創出するメカニズムである。第三者異議の除斥期間を限定し、単純不動産権を確定的に創出する。たとえ登記内容に詐欺・誤記が

判明しても、ひとたび善意有償買主へ転売されてのちは登記修正を認めず、後続取引の悪意者も有効に権原を取得する。また遺言・信託などの人的理由によって土地上に付帯されてきた各種のエクイティ的な使用収益権は、一定の条件を除いては、登記簿に付記されない限り効力を否定され、悪意者であっても、初期化された絶対的な権原を獲得する。

トーレンズ式登記制度の成立についてドイツ法の影響を指摘する説もあるが (Stanley 1979)、ドイツ法における登記の「公信力」(grundsatz des öffentlichen glaubens) は善意者を保護するに留まり、悪意者は保護を受けない。トーレンズ式登記における「確定力」は登記官の国家行為による実体的権利の創出であり、悪意者も有効に確定的・絶対的な権原を手にする点で、商業的土地活用を利する究極のメカニズムである。

3. 英国土地登記法における制度修正

以上にみたトーレンズ式権原確定型登記制度の原型は、英国において決してそのまま導入されることはなかった。英国の1925年土地登記法は権原確定型登記制度を任意制度として導入したに留まり、1990年12月以降にようやく全土が強制登記地域とされた。この間、同法及びその修正法(1936年、1986年、1988年、1997年修正法)、さらに現代の2002年土地登記法によって、トーレンズ式登記制度の原型は大きく修正されており、以下ではその骨子を確認する。

(1) Mirror 原則の意味

土地登記簿の確定力 (conclusiveness, indefeasibility) は、2002年土地登記法(58条1項)が明記する原則である。しかしその確定性はあくまで登記簿が真実を反映する限りにおいてであって、登記簿が真実に反する場合には異議手続等を通じて登記修正が行われることが当然の前提とされている。トーレンズ式登記が statutory magic により手続瑕疵や偽造をも治癒し完全に有効な権原を確定するという説明が影響力を有しているが (Gray & Gray, 2011 等)、英国2002年法はそのような立場を採用していないと考えられる。

英国法は第一に、確定力を獲得するまでの手続的ハードルである第三者異議手続 (caution) を詳述する (15～22条)。第三者異議の申立期限は、2003年土地登記規則(53条1項)で15日間(最大30日間延長可能)と短くはあるが、登記官の裁量に依存せず法定されている。

また確定力に対する例外として、登記簿の修正契機を多数設けている。第三者異議を受けて、裁判所(20条)や登記官(21条)の裁量により登記修正を行なう。また裁判所や登記官による登記簿の誤りの是正手続である alteration 手続では、原則として登記権原者の同意を要するとするが、詐欺等の不正を伴う場合は登記権原者の同意なしで職権で修正を行ないうる (Schedule 4, 3項・6項)。上記のトーレンズ式登記制度の原型においては、詐欺等が認定された場合でも、善意有償

の買主・担保権者に対しては登記の確定力は揺るがないが、英国法はそのような善意者保護に言及していない。

以上のように、Mirror 原則の意味するところが、トーレンズ式登記制度の原型と英国法とでは相違している。原型では一度成った登記簿の記載を反映して現実の権原が創出されると考え、登記簿に記載のない権利利益を捨象する効果を Mirror 原則と称するが、英国法の Mirror 原則とは登記簿が真実の権利関係を正確に映し出すことの要請であり、現実を反映しない登記簿は現実に合わせて修正を要するのである。

(2) Indemnity 原則の修正

Indemnity 原則の意味するところも、上記のトーレンズ式登記制度の原型と英国 2002 年法とでは相違する。原型においては、登記簿と現実が乖離する局面でも、登記簿の記載どおりに権原確定を行うことから、真実の権利利益が侵害される局面での補償を Indemnity と称する。しかし英国 2002 年法では、登記簿が真実の権利関係を反映しない局面では、登記簿を現実に合わせて修正 (alteration) することから、むしろこの修正により損害を被った関係者に対する補償が実施されることになる (Schedule 4, 9 項)。

(3) Curtain 原則の例外

トーレンズ式登記制度の原型においては、登記を経た権原は、登記簿に記載のないエクイティ上の権利・条件を白紙化し制限を受け

ない意味で、絶対性 (absolute) を獲得する。これに対して 2002 年英国法は、絶対的権原 (absolute title) のみならず、エクイティ上の権利・条件などの負担が残された権原 (qualified title) や占有権原 (possessory title) の状態で登記を行うことが可能であり (9 条・10 条)、これらの権利がその後成熟し絶対的権原へと到達した際には、その旨の修正登記 (Rectification) を行う (62 条)。

そのようなエクイティ上の権利・条件の保有者との調整に関する規定群が、登記簿上の記載なくして権原登記者やその承継者に対抗できるいわゆる overriding interests であり、7 年以内の定期保有権 (leasehold)、公営住宅の居住権、現実の占有、地役権、慣習権、採石権などが限定列举されている (11 条 4 項 b, Schedule 1, Schedule 3, Schedule 12)。それ以外の権利・利益は登記簿上の付記登記なくして対抗できない (11 条 4 項 a)。なお英国 1992 年土地登記法の下では、overriding interests が包括概念として用いられていたが、2002 年法ではこの用語が廃止され、限定列举とされた。

また 1992 年土地登記法で minor interests と総称されていた restrictions や notices 等は、コモンロー上の伝統的な自由保有権であった trust for sale や strict settlement などの権原が、エクイティ上の notice 法理に吸収され公示なくして買主に対抗できない権利 (物上代位は可能) へと解消されつつあるカテゴリー群であった。2002 年法のもとでは、今なお土地上の trust、Settled Land Act に

よる settlement、3年以下の leasehold 等が付記登記なくして対抗可能とされており(33条)、その他の権利は権原登記者の許諾なくして一方的に行いうる付記登記手続(unilateral notice)に継承されている(35条)。

このように登記簿に記載のない権利・条件の対抗性が、時代とともに限定化されながらも今なお許容されている意味で、登記済権原は絶対的ではなく、Curtain 原則は相対化されているのである。

(4) 小括

以上のように英国における土地登記法は、トーレンズ方式の原型とは大いに異なる方向で展開している。トーレンズ方式の原型においては、Mirror 原則は一度成立した登記簿が新たな権原を確定的に創出し、この登記簿を鏡の如く反映して現実の権利関係を変更するという statutory magic を意味しており、Indemnity 原則はこれに伴う損害賠償制度であり、Curtain 原則は新たに創出された権原が既往の権利・利益等の負担から解消される絶対化を意味する。これに対して英国法において、Mirror 原則は登記簿が現実の権利関係を鏡の如く反映することを要求し、Indemnity 原則は登記簿を現実に合わせて修正するための損害賠償制度である。Curtain 原則は、既往の権利・利益との調整で相対化されている。総じてトーレンズ方式の原型が、登記という行政処分を通じて土地上の過去のしがらみを解消し、新たに確定的・絶対的な権原を創出し土地流動化の便宜を図る大胆な

制度メカニズムであったのに対して、英国法における登記制度はあくまで現実の権利・利益を尊重し、それをよりよく登記簿に映しとり公示することを通じて、結果として土地流動化に資する方向性で展開していると考えられる。

4. ミャンマーの登記法制

(1) 植民地土地法制

ミャンマーでは英国植民地時代に1876年下ビルマ土地・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等の一連の土地法制を通じて土地登記制度が導入されたが、これに伴い、元来は等質的な自作農中心であったビルマの農村秩序が英国支配の数十年間に急速に解体し土地無し農民階層の激増を招いた。英国支配者側の通説は、ビルマ農民の無知ゆえに自作農保護的なライヤットワリー制が機能しなかったとするものであるが(Furnivall 1956, p.92等)、日本の論客は植民地土地法制が有した問題構造のゆえであるとする疑念を向け続けてきた。なかでも齊藤(1985, p.152-3)は、自作農の権利が植民地法によって landholder's right (土地保有権)なる脆弱な権利に貶められたことで、地租課税率50%に及ぶ経済的搾取の対象となったと示唆する。本稿ではさらに、植民地法制がもたらしたトーレンズ式登記制度に注目し、土地流動化の直接的な原因を考えたい。

植民地におけるトーレンズ式登記制度の推進に当たっては、ライヤットワリー制度に

よる自作農創出の喧伝と連動し、封建勢力からの解放が強調される傾向があった。たとえばインドネシア植民地におけるラッフルズ改革は好評を得たことが知られているが¹¹、英国ビルマ統治においても、王政を征服した上ビルマ（1889年上ビルマ土地・租税規則24条-26条）や都市部（1899年下ビルマ町村土地法16条-21条）では、解放をアピールする国有地宣言・再分配制度が導入されている。しかし封建的な土地呪縛の元々少ない下ビルマではこのような解放の宣伝手法を使いにくかったと考えられる。そこで英国統治は、登記によって既存の耕作権を取引可能な landholder's right へと転換し効果的に売却することによる交換価値顕現を積極的に喧伝し、土地流動化を促した節がある。農民は農地安堵のためにはなく、交換価値の顕現のために、進んで登記制度下に下ったとみる仮説である。

すなわち1876年下ビルマ土地・租税法は、農地と都市部の土地とを二元的に分離したうえで（4条d項）、12年以上農地を保有する者に landholder's right の登記申請を促し（7条、15条）、納税義務を課した（8条）。同法は農民の農地返還 relinquishment（11条-14条）や地租滞納手続（43条-53条）による農地の国有化メカニズムを詳述し、また他方で国有地の grant や lease などの再配分メカニズムを規定した（18条-22A条）。齊藤（ibid）の指摘するように米輸出を主目的とする農地集約をめざし、重税を課して農民の立退きを図った意図と推測される。加えて注目される

のは同法の登記制度の性格であり、申請後5年の異議期間を経て確定し（16条）、以後は司法手続で争えない確定証拠となる点で（17条）、まさにトーレンズ式登記制度の原型にいう Mirror 原則を体现する。1889年上ビルマ土地・租税規則（30条・53条vi項）も同旨である。また、登記簿の公示なくして対抗できる権利・利益を時効法（26条-27条）上の取得時効等に限定する点（1876年法6条）で、トーレンズ式登記制度の Curtain 原則を示唆している。

また市街地については、1899年下ビルマ町村土地法（28条）により、農地登記簿とは別個の占有登記簿（roll of town land による Record of Possession）を設置し、権利・占有変動の報告義務を課した。12年以上の土地保有者に landholder's right の登記申請を認めるが、同法以後の時効取得による申請は認めず（8条）、申請5年以内の登記簿修正を登記官の専権事項として司法審査を排除する構造は（14条-15条）、まさにトーレンズ方式にいう確定性のメカニズムを示唆している。ただし都市部の権利関係が錯綜し確定が困難なためからか、登記の効果を推定機能に留めると明記して反証余地を残したまま（35条）、登記簿上の名義人に当面の納税義務を課している（36条）。また、登記簿の公示なくして対抗できる権利・利益を限定する点で（7条）、トーレンズ式登記制度の Curtain 原則を示唆している。

なお1909年登記法（17条）は不動産権利変動について登記を効力要件とするが、ここ

にいう登記は売買契約書を登記所に持ち込んで登記済公印を得る証書登記であり、トーレンズ方式の権原登記ではない。

他方で、1882年財産取引法は、登記による公示を伴わない権利証移転方式による不動産取引も可能としており(54条)、また登記を要する取引において登記を欠く場合にも善意有償買主には対抗できないとする(53A条)。この財産取引法における任意登記制度を、1909年登記法の証書登記と考えれば、同法の効力要件主義と矛盾する。そこで、ここにいる任意登記制度は上述の土地・地租法制における土地権原登記を意味すると考えられる。その場合、土地権原登記を行わない権利証移転方式による不動産取引が、とくに善意有償買主に対して有効となり、トーレンズ式登記制度の原型というMirror原則は貫徹されることがない。

この矛盾は、ビルマに導入された英国植民地法体系が、登記と現実の一致を要求するトーレンズ式登記制度と、同制度を導入しなかった英国判例法の成文化の産物であるインド法典1882年財産取引法との間で矛盾を抱えたまま走っていたためとも考えられるが、いずれにしても土地流動化促進に仕向けられた政策方針が一貫していた。つまり、トーレンズ方式の確定権原登記制度によってひとたび農地が交換価値を体現する財産と化して以降は、後続の土地取引は財産取引法により、登記簿上の名義付け替え方式でも、登記を経ない権利証移転方式でも有効とされた。土地流動化に資するかぎり、登記簿と現実との一致

は厳密には要請されなかったのである。

(2) 現代の土地法改革

植民地独立後のミャンマーは、植民地土地法の克服をめざし、日本の農地改革・農地法に相当する1953年土地国有化法によって農地耕作者主義を採用し、小農の生活基盤の安定化のために農地流動化を規制した。この際に1876年下ビルマ土地・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等の過去の土地法制は明示的には廃止されずに存続したが、権原登記制度(Record of Rights)の法的性格は変更され、地籍毎の土地保有の歴史を記す土地保有記録制度に転換した¹²。植民地土地法の病巣トーレンズ式登記制度は、一度は廃止されたのである。

しかし今日、2008年新憲法のもとで外資導入型経済開発を主唱する現代のミャンマーは、世界銀行等の推進する土地法改革を受け入れ、2012年農地法、および2012年無主地・荒蕪地・休閑地管理法を導入した。農地法は1953年土地国有化法を明示的に廃するとともに、新たに農地の一斉登記制度を敷いて権利証(Form 7)発行を実施し(4条-8条)、土地取引を解禁した(9条b項)。

2012年農地法における登記制度の性格は、トーレンズ式登記制度の復権に他ならない。登記は農地取引の効力要件であることが明記されており(12条c項)、また異議申立て手続は管区・州レベル農地委員会の行政審判で確定し、以後司法的に争うことができず(25

条c項)、まさにトーレンズ式登記制度のMirror原則に相当する。また相続等の農地に対する負担は登記による公示を要件としており(12条d項)、トーレンズ式登記制度のCurtain原則に相当しよう。なお農地法は1876年下ビルマ土地・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等の過去の土地法制を廃止していないため、植民地時代の権原登記制度としての法的性格は、農地法と直接矛盾しない限りで復権したと考えられる。

しかし他方で、農地法は許可のない農地転用を禁じ(12条f項)、また農地担保を農業金融用に限るなどの制限を1953年土地国有化法から継承しており(12条e項)、必ずしも植民地法が前提していた土地流動化を全面的に復活させたわけではない。じじつ筆者の行政現場へのヒアリング(2017年1月、同8月、2018年8月)では、各層の農地委員会が売買・担保の承認制度を堅持していた。また農業灌漑省傘下の土地登記局も、1909年登記法による証書登記とは別に、今なお従来型の土地保有記録制度を維持しつつ、農地法下の権原登記制度を並行して実施しており、後者についてはガイドライン未整備を根拠に投機目的の疑われる登記申請を却下する行政運用を示していた¹³。

(3) 小括

英国植民地時代に導入されたトーレンズ式登記制度は、独立後の土地国有化法による農地改革の過程で克服されたはずであった。し

かし現代、2008年憲法のもとで外資導入型経済開発を志向する現代のミャンマーは、世界銀行等の支援を受け入れ、2012年農地法によってトーレンズ式登記制度を復権した。

世上では、あたかも植民地勢力がかつて封建支配からの解放を喧伝したように、いまや農地法による土地取引解禁を軍政からの解放の文脈に載せてアピールする風潮が、土地流動化を促している。とくに都市部の縁辺では、地価上昇を期待する資本家が、投資法の外資優遇措置を活用し、あるいは登記を介しない権利証引渡し方式を用いた農業金融を活用することにより、農業外転用(1953年土地国有化法39条LaNa39を引き継ぐ農地法30条)を逸脱する農地貸しはがしが多発している¹⁴。権利証引渡し方式の土地取引を許容する植民地時代の1882年財産取引法は現在もお適用されていることから、農地法の行政許可や登記要件を逸脱する非合法取引に対する違和感が少ないのであろう。

かくして農地行政による登記簿の厳格な運用と、事実上の農地取引との乖離は開き、登記簿のMirror原則はすでに破たんしている。しかし行政運用を規制緩和し登記申請を機械的に受け入れていくなれば、農地喪失や土地投機が深刻化するばかりであろう。はたしてトーレンズ方式における登記と現実の一致原則を実現することを自己目的化して行政運用の側を規制緩和すべきなのか、あるいは農民の福祉を重視する方針に沿って土地流動化に傾斜した土地法の再改革に乗り出すべきなのか、今後の土地法改革に選択が委ねられてい

る¹⁵。それまでの間、行政現場はトーレンズ式登記制度の原型の実践を迫る外圧に晒されながら、農地喪失・投機問題の拡大を日々の運用で凌いでいかねばならない。

5. 結びに代えて—日本の制度経験知

本稿では、英国植民地法制が確立したトーレンズ式登記制度に焦点を当て、はじめにその原型を探る意図で南オーストラリア1858年土地登記法にみる土地流動化促進メカニズムを確認し、つぎに英国本国法の登記制度におけるトーレンズ方式の修正点を確認し、続いて植民地時代に導入されたトーレンズ式登記制度の克服と挫折の経緯を知る意図でミャンマーの登記制度の変遷に注目した。

英国植民地においては農地収奪手段としてトーレンズ式登記制度が活用されたのに対し、英国本国では今日に至るまで決してトーレンズ式登記制度を原型のまま採用したことはない。植民地では登記簿に沿って現実の権利関係を確定的に創出する機能を意味したMirror原則やIndemnity原則は、英国法では逆に真実の権利関係に沿って登記簿を修正するメカニズムとして定着している。植民地において土地上の既存の権利利益を捨象する手段であったCurtain原則は、英国法では生活基盤として保護すべき権利利益(overriding interests)を公示なくして対世的に対抗させるために、例外余地を維持している。

アジア・アフリカの発展途上諸国はしかし、今日に至るも植民地時代に導入されたトーレ

ンズ式登記制度の影響に喘いでいる。本稿では紙幅の都合で検討しなかったが、各国は独立後にそれぞれの土地法改革を模索している。本稿で概観したミャンマーの1953年土地国有化法もその試みであった。しかし今日、世界銀行等の推進する土地法改革は、外資促進型経済開発の道具立ての一つとして、land titling と称してトーレンズ式登記制度の採用を推奨している。そこでは、貧困削減のための土地再分配、農地流動化による土地無農民の解消、人権としての所有権、など様々なレトリックが用いられる。

ミャンマーにおいても土地法改革は民主化のレトリックに彩られている。たしかに軍政時代に、植民地法制が残した土地国有化・再分配制度(waste land grant)を活用する休閒農地収奪(land grabbing)が行われたことは事実であり、2008年憲法下で土地回復紛争が吹き荒れた。しかしそのような軍政批判と抱き合わせに、あたかも植民地独立時代の1953年土地国有化法じたいが国家による土地収奪であったかのように歪曲され、そして2012年農地法による土地取引解禁があたかもそのような全体主義からの民主的解放を意味するかのごとく喧伝され、あわせて農地売却による交換価値顕現があたかも人権の実現であるのかのように推奨される様は、土地流動化を促す世論誘導が疑われるところである。

思えば19世紀末の植民地土地法下、トーレンズ式登記制度のもとで農地喪失が起こった時代にも、現代と同様に封建支配からの民

主的開放と交換価値顕現の人権論が綯い交ぜとなった文脈で、農地売却が促されていったのではないか。

このような仮説に沿って、ミャンマー1876年土地・地租法とまさに同時期に展開した日本の地租改正（1873年～）を顧みるならば、その背後に同じ英国植民地主義の影響をみる気がする。地租改正の準備過程で、まずは王土思想に基づく大政奉還・版籍奉還によって全土の官有化が実施され、ついで「四民」の土地売買・所持が許され「私権」としての土地所有が観念されて行ったが（松尾2018, p.114）、まさにアジア植民地支配における国有化宣言とその再分配メカニズムに相当しよう。解放・人権論の喧伝の背後で、地租改正は地券制度を実施した。その法的性格は、当時の大蔵官僚に対して影響力のあった神田孝平による沽券税法の提言にみるように、他ならぬトーレンズ式登記制度の導入であったと推測されている（清瀬1917, p.142、松尾 *ibid.* p.107-112）。まさに Mirror 原則による権原確定を体現すべく、一連の太政官布告は地券交付・書替を土地取引の効力要件とし、壬申地券には所有権の確定証拠性が明記された（松尾 *ibid.* p.117）。また Curtain 原則も躍如であり、1874年の官民有区分を契機に太閤検地以来の村共同体の慣習法規は否定され、また1890年のボアソナード旧民法は賃借権を物権化する独自性を示したがお蔵入りとなり、また「売買は賃貸借を破らない」とする判例法を維持した大審院では司法省主導の「老朽司法官」大量解雇が吹き荒れた（池

田1998）。かくして地券制度は何ものにも制限を受けない絶対的所有権の確定手段として、トーレンズ方式登記制度を実践したと考えられる。

近代日本とは、経済的には英国植民地の一形態であった可能性が否定できない。現行民法典の百年の法解釈史、またその外付けの改革として機能してきた農地法や借地法・借地借家法の歴史は、土地流動化による経済成長という19世紀型資本主義の呪縛から解き放たれようとする、日本法の脱植民地化の闘争であったという史観も成り立つ。民法典はボアソナードの薫陶を受け入れ登記を対抗要件とした点で、トーレンズ式登記制度の Mirror 原則を退ける一線から出発した。判例法は権利濫用法理や信義則などの民法一般原則を駆使して入会権・水利権などの慣習法を掬い上げ、また登記を欠く不動産賃借権に地上権・永小作権同様の物権的保護を与えるべく「正当な理由」等の解釈法理を工夫し、Curtain 原則に風穴を開けつづけた。

そのような日本の制度経験は、世界銀行等の率いる土地法改革が今日再び持ち込みつつある植民地法モデルに直面し翻弄される現代のアジア・アフリカ諸国にとって、示唆を含んでいるのではないか。それは、国民の生活基盤を搾取してまでも経済成長に邁進する「開発」の幻影から為政者を解き放ち、「途上国」のレットルを自ら脱ぎ捨てる自由を指し示す、有効なヒントであるかもしれない。日本 ODA による法整備支援は、一つの途上国であった日本の、経済的自立へ向けた闘争の

法制史を、伝える営みであるかもしれないのである。

<参考文献>

- 池田恒男 (1998) 「日本民法の展開 (1) 民法典の改正—前三編」、広中俊夫・星野英一編『民法典の百年』有斐閣
- 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
- 岡本郁子 (1997) 「植民地期ビルマの地租制度と土地所有権」水野広祐・重富真一編『東南アジアの経済開発と土地制度』、アジア経済研究所
- 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 (2018) 『ミャンマーの法と開発』晃洋書房
- 金子由芳 (2019) 「植民地土地法と現代の土地法改革」、金子由芳編『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
- 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
- 清瀬一郎 (1917) 「維新以後ノ土地利用制度概略 (一) (二完)」京都法学雑誌12巻4-5号
- 斎藤照子 (1985) 「英領ビルマにおける初期土地制度 1826-1876」、23 (2)、p.142-154
- デルヴェール, J. 著・石澤良昭監修・及川浩吉訳 (1998) 『カンボジアの農民—自然・社会・文化』風響社
- 武内進一 (2017) 『現代アフリカの土地と権力』アジア経済研究所
- 七戸克彦 (2014) 『不動産登記法案内』勁草書房
- 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
- 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
- Berkowitz, D. Pistor, K. & Richard, J. (2003) “The Transplant Effect.” *Am. J. Comp. L.* 163.
- Bromley D.W. (2009) “Formalising Property Relations in the Developing World: The Wrong Prescription for the Wrong Malady,” *Land Use Policy*, 26 (1), p.20 -27
- Bruce, J. W. (2006) “Reform of Land Law in the Context of World Bank Lending,” in Bruce et al. eds., *Land Law Reform: Achieving Development Policy Objectives* (World Bank Law, Justice, and Development Series), 2006
- Collins, A. & Mitchell, M. I. (2018) *Revisiting*

the World Bank's land law reform agenda in Africa: The promise and perils of customary practices, *Journal of Agrarian Change*, Vol. 18, Issue 1

- de Soto, H. (2000) *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, New York: Basic Books
- Deininger, K. & Feder, G. (2009) “Land Registration, Governance, and Development: Evidence and Implications,” *The World Bank research observer*, Vol. 24
- Easterly, W. (2008) “Institutions: Top Down or Bottom Up?” *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 98 (2), p.95 -99
- Furnivall, J.S. (1956) *Colonial Policy and Practice a Comparative Study of Burma and Netherlands India*, The Cambridge University press
- Gray, K. & Gray, S. F. (2011) *Land Law*, Oxford University Press
- Graziadei, M. (2006) “Transplants and Receptions,” in *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Reimann, M. & Zimmermann, R. 2006)
- 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
- Hooker, M.B. (1988) “English Law in Sumatra, Java, the Straits Settlements, Malay States, Sarawak, North Borneo and Brunei,” in Hooker, eds., *The Laws of South-East Asia, Vol.-II*, Butterworths
- Kaneko, Y. (2010) “An Alternative Way of Harmonizing Ownership with Customary Rights: Japanese Approach to Cambodian Land Reform,” *Journal of International Cooperation Studies*, Vol.18, No.2, p. 1- 21
- Kaneko, Y. eds. (2019) *Civil Law Reforms in Post-Colonial Asia: Beyond Western Capitalism*, Springer
- 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
- Sai Thet Naing Moe & Zaw Zaw Aye (2019) *Land Related Laws and Policies in Myanmar (ASEAN Japan Strategic Policy Research and Innovation Program Research Proposal)*, JICA
- Stanley, R. (1979) *Transfer of Land in Victoria*, The Law Book Company Limited
- Torrens, R. (1882) *An Essay on the Transfer of Land by Registration: under the Duplicate Method Operative in British Colonies*, Cassell (MOML)

edition)

- 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 (2013) *Laos People's Democratic Republic - Second Land Titling Project*, World Bank
- World Bank Independent Evaluation Group (IEG) (2016) *Cambodia - Land Allocation for Social And Economic Development Project*, World Bank

注

- 1 土地無し農民層は1997年12.6%から2004年19.6%に増加したとされる (World Bank Independent Evaluation Group, 2016)。またカンボジア2001年土地法について、詳しくは金子 (2010)、Kaneko (2010) 参照。
- 2 2008-2015年実施 KH-Land Allocation for Social and Economic Development である。World Bank Independent Evaluation Group (2016) 参照。
- 3 計画を上回る39万余件の権原証書が発行されたが、対象村落内の一部でしか権原確定がなされず、また権原確定と同時に無償の土地没収を受けた例など不備不正が著しい。権原証書の発行数や地価上昇は事業成果の指標とは言えないとしている (World Bank Independent Evaluation Group 2016)。
- 4 金子 (2018) p.70 以下。
- 5 Hooker (1988) p.325-78、また金子 (2019)。
- 6 たとえば英国植民地ビルマの土地法形成過程について、斉藤 (1985)、また金子 (2019)。
- 7 詳しくは Rudy (2019)。
- 8 詳しくは Jaluzot (2019)。
- 9 詳しくは梅原 (1976)。
- 10 ドイツでは物権契約 (および実務ではその前提たる債権契約) が登記官 (今日では公証人) の面前で現実行為として実施されるので、登記と現実の契約との齟齬が殆ど起こらず、実際に公信力が問題となる局面がないとされる。七戸 (2014) p.327 等。
- 11 Hooker (1998)、また Rudy (2019) 等。
- 12 岡本 p.98-100 参照。
- 13 2018年8月現在の筆者の調査による。詳しくは金子 (2019)。
- 14 ミャンマー建設省都市住宅開発局次長による報告書として、Sai Thet Naing Moe & Zaw Zaw Aye (2019) 参照。
- 15 2016年公表の大統領府による“National Land Use Policy” 参照。

Torrens-Style Land Titling: Reviving Colonial Land Law in the Developing Countries

KANEKO Yuka*

Abstract

This article will focus on the Torrens-style land registration system that was established in the British colonies in 19th century, and is reviving its influence in the contemporary land law reforms led by the leading donor agencies in the developing countries. Chapter 2 will review the fundamental elements of the original model of Torrens system that was crystallized in the 1858 Land Registration Act of South Australia. Chapter 3 will identify the difference between such original model of the Torrens system and the British land registration system. Chapter 4 will take up Myanmar to consider the history of overcoming the colonial land law regime and its revival in the contemporary context of the donor-led land law reform.

While the original model of Torrens system was applied compulsorily in British colonies, the same system has never been applied back in Britain. Mirror effect as one of the elements of the original Torrens system that conclusively constituted the rights and interests by the effect of the entry into the registry, has been switched in Britain as the principle to alter the registry so as to reflect the actual rights and interests in the real world. Indemnity principle in Britain follows to compensate for the damages caused by such alterations, instead of the compensation under the original Torrens system for actual rights and interests cancelled as the result of the conclusive effect of the registry. Curtain principle in the original Torrens system has been modified in Britain to allow various overriding interests prevail over the purchasers without notice at the registry.

Many of the land law reforms led by the donor agencies today duplicate the

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

original Torrens system as the institutional means of vigorous land-titling projects, instead of the modified British version. Despite the campaigns that such land titling will contribute to the poverty reduction through land redistribution and security, the reality is the land exploitation, concentration and speculations, as if reviving the social phenomena brought about under the original Torrens system in the 19th century colonial period.

The legal technical assistance by Japanese ODA should contribute to the mitigation of such tragic social phenomena in Asia and Africa by sharing Japan's own historical path of overcoming the Torren system that was originally introduced under the Land Taxation Reform in the 19th century.