



現代版「法の移植」再考 : ベトナムとミャンマーの 土地法改革から

金子, 由芳

(Citation)

国際協力論集, 27(2):33-60

(Issue Date)

2020-01-31

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81011968>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81011968>



現代版「法の移植」再考ーベトナムとミャンマーの土地法改革から

金子 由芳*

1. はじめに

(1) 視点ー現代版「法の移植」と「生ける法」

「法の移植」は法制史上繰り返されてきたテーマであるが、本稿の意図はその潮流に、現代アジア諸国が直面する法制改革の文脈を位置づける点にある。比較法学による「法の移植」研究は、近世ヨーロッパ法学によるローマ法継受を第一世代の「法の移植」とし、近代市民革命後のナポレオン法典定立を契機にー自然法学と歴史法学が対立した法典論争を経ながらもー19世紀を通じて展開した法典主義の伝搬現象を第二世代の「法の移植」とし、またその延長線上にアメリカ大陸・アジア・アフリカにおける植民地法の形成を位置づける(Watson 1973)。そして今日、20世紀末の社会主義体制崩壊とともに開始された体制移行諸国の法制改革は、「法の移植」の第三波とも称されている(Berkowitz, D. Pistor, K. & Richard, J. 2003; Graziadei 2006; Cordero 2012)。このような欧米資本主義法中心の「法の移植」観を踏まえ、世界の諸国法を英米法系・大陸法系・その他に分類する端的な「法系論」も盛んであり(David 1966/1985; Zweigert & Kötz 1977/1998)、新制度派経済学にも影響を与えている(La Porta et al, 1996, 2007 他)。

しかし法社会的な視点から「法の移植」を論じるとき、事象はより複雑さを増すはずである。「法の移植」は制定法や法曹法による上からの実定法整備活動であるが、これを受けた受入国社会の反応を、現実の紛争解決過程における適用規範に立ち入って観察する

* 神戸大学大学院国際協力研究科教授

視点は、法社会学の関心である。

法社会学の祖 E. エールリッヒが、「生ける法」(Lebendes Recht) の着想を得たのは、ウクライナ大学でローマ法を講じた時代、裁判現場で机上の実定法規が意味をなさず、現地の社会規範が通用する現実に接した頃であったという。法学者は法の文言よりも事実を見るべしとして、紛争過程で吸い上げられる社会規範を研究対象とする法の科学を提唱した (Ehrlich 1913・川島訳 1955)。エールリッヒはしかし実定法規を軽視したわけではなく、サヴィニー歴史法学の語る民族精神 (Volksgeist) の発展を担う法曹法 (juristische Wissenschaft) の役割を重視したことは知られている。ただしその法曹法が掬い上げるべき法源とは、ローマ法原理から現代に至る内的必然 (F. C. サヴィニー、G. F. プフタ) ではなく、かといって目的論的な自由法学 (R. イェーリング) でもなく、むしろゲルマニスト (G. ベーゼラー、O. ギールケら) が歴史法学を継承しつつ探究した民衆法の探究を継承するものであったと考えられる¹。

エールリッヒがウクライナ大学でローマ法を講じた活動したい、今日の用語で言えば「法の移植」に他なるまい。今日の第三世代の「法の移植」もまた、エールリッヒを追体験するかのように、活動の延びを拡大するほど現地規範との遭遇を避けられない。しかし今日の法整備支援ドナーは、移植された法モデルの忠実な「受容」を目標としており (Berkowitz, Pistor, & Richard 前掲)、その圧力手段として救済融資の支出条件 (コンディショナリ

ティ) を賦課し、また各種の評価指標による格付け評価を実施している²。そのような啓蒙的姿勢は、あたかも 19 世紀の第二世代「法の移植」を率いたロマニズムの思潮を彷彿とさせるだろう。エールリッヒの「生ける法」への注目は、法典整備に邁進するロマニズムの足元に疑念を向けるものであった。現代のアジア法社会学による「法の移植」研究もまた、国際ドナーの推進する実定法規が各地で引き起こす規範衝突に学術的関心に向け、市井の紛争解決過程に時代を超えて通層する社会規範を見出し、その長大な時間軸に照らして実定法改革の方向性を問い直す方途をも検討する領域であると言えるのではないか。

本稿はそのような理解に立ち、現代版「法の移植」を受けて生起するアジア各地の紛争過程に着眼し、実定法規と社会規範の乖離に関心を向ける。

(2) アジア諸国への二度の「法の移植」

多くのアジア諸国は、19 世紀植民地時代に一度目の「法の移植」を経験している。当時、欧州大陸の隅々にナポレオン法典を伝播した自然法主義・ロマニズム精神が、ほぼリアルタイムで植民地をも襲った。その一つの特徴は、大いに植民地主義者の創作物であった移植モデルを、絶対的な権威を借りて正当化する手法であったといえよう。英国植民地では、英本国における数世紀の判例法の成文化と称して「インド法典」を導入したが、実態は英国本国法とは似もつかぬ起草者らの創作物であった。契約法はニューヨーク法典草

案の風潮に連なる取引の安全志向で彩られていた（金子 2017）。土地法分野では荒蕪地国有化手法が時代錯誤の王土思想を正当化根拠とし、トーレンズ卿考案による土地権原確定登記制度は植民地では一斉実施されたが英本国では 1990 年代まで実施されることがなかった（金子 2019b, c）。こうした植民地法モデルは、フランス植民地やオランダ植民地にも浸透し（Jaluzot 2019; Rudy 2019）、日本の地租改正を介して満州にまで影響が及んだ（金子 2019c）。

現代版「法の移植」においても、倒産法・担保法・会社法等のモデル法がワシントン D.C. 周辺の弁護士事務所等に発注され、規制緩和型の米国統一商法典等を素材に急造された創作物に他ならないことはその形成過程の観察から明らかである（Kaneko 2009; 金子 2004）。これらは国際スタンダードと自称しながら強力に推進され（Kaneko 2011, Kaneko 2012; 金子 2019a）、異なるモデルとの調整余地はなく³、西洋法の合理性・形式性を説くウェーバーの学説すらもモデル法の正当化根拠として活用されている（Pistor & Wellons 1998）。

思えば近世第一世代の「法の移植」じたいが、教会法や封建秩序を塗り替えた商工業者階級の要請に応え、ローマ法を内的必要に応じて部分活用した、近代資本主義法モデルの創成であった。個人を自由意思による取引主体として認知し、財産法が土地や無体財産を含むあらゆる財物を取引客体として流動化し、契約法で取引促進型の基本ルールを定め、

法典形成を準備した。今日に至る「法の移植」は、近代資本主義法の一連の形成・伝播活動そのものと考えることが可能だろう。第二期「法の移植」で世界へ拡大したのち、社会主義という強敵を前に動揺したが、ソ連崩壊後は第三の「法の移植」が世界を塗り固めんばかりである。

現代版「法の移植」の実体的内容は、以下本稿でみるように、資本主義取引の促進を最優先する制度設計を深め、その他の政策的配慮は副次的に言及されるに過ぎない。急進的な資本主義法をかくも熱心に押し広めねばならない理由は、明らかにされていない。自然法学はそれが人間本性の欲望に奉仕すると考えたが、リアリズム法学は立法者や裁判官の意識的な選択を暴いた。近代経済学は、自由な経済活動が右肩上がりの経済開発をもたらすと説くが、経済的現実として貧困が増大し経済危機が繰り返されている。

今日、権威ある近代資本主義法モデルに対して、正面から異を唱えるのは、アジア・アフリカ各地の「生ける法」を映し出す紛争解決過程であると考えられる。それは歴史上、折々の「法の移植」の浸透と共にヨーロッパ各地で、アメリカ大陸で、日本で繰り返されてきた社会の底辺からの声なき声の噴出が、今アジア・アフリカで繰り返されているに過ぎないのかもしれない。しかしそれらの声は、有限の地球環境に過剰な負荷を与え自己撞着に陥った近代資本主義法に、引導を渡す最後の契機となるのかもしれない。

アジアの社会規範が注目される理由は、二

度の「法の移植」を経てなおも生き残った、社会の基層に生きる極めて堅固な規範が主張されている可能性からである。植民地化以前のアジア各地では、独自の成文法・法曹法秩序が存在した。そのためアジア植民地における19世紀の「法の移植」は、アフリカ植民地における同化政策 (assimilation) と異なり、欧州民に本国法を適用しつつ現地民に現地慣習法を適用する二元主義を採用し、それにより植民地化以前からの「生ける法」が一定程度温存されたと考えられる。もちろん欧州民と現地民の経済交流の接点では西洋資本主義の浸透は著しかったと考えられるが、こと財産法においては、植民地土地法の搾取的メカニズムが植民地独立後に真っ先に改革の対象となり、各国で「生ける法」を反映する独自立法が展開した (金子 2019b, c)。今日、二度目の「法の移植」による土地法改革は、以下本稿でみるように、各国の独立後の独自立法を排し、19世紀植民地土地法の再来というべく、私権定義の脆弱化、権原確定式登記制度の復活、強制収用制度の開発事業への活用などの制度設計を特色としている。今日噴出する土地紛争は、社会の基層に継承された「生ける法」が危機に瀕して顕現する姿であると考えられ、そのありようをリアルタイムに観察することが可能である。

(3) 検討対象と方法

本稿は、ベトナムとミャンマーの土地法改革に伴う問題状況に注目する。筆者が2010年比較法国際会議「法の移植」部会に提起し

た前著 Kaneko (2011) はカンボジア土地法改革に注目した。本稿はその問題意識を受け継ぎつつ、筆者がその後アジアの対象諸国について実定法の条文読解のみならず、フィールド調査に基づく実証的観察を重ねた成果である。両国では、植民地独立後に紆余曲折を経ながらも農地保全政策を追求した点に共通性があり、しかも今日ドナーによる「法の移植」を受けてその基本政策が動揺し、農地譲渡規制・用途転換規制の緩和、トーレンズ式権原確定型登記制度の導入などを柱とする土地流動化政策へと向かう状況が共通する。ただしベトナムはフランス植民地時代に遡る法典主義の経験を持ち、現在も日本の法整備支援を受けて民法典以下の法典体系の整備にいそむ点、他方でミャンマーは英国植民地時代の土地法を現在に引き継ぐ点で、両者の帰趨の相違を観察することも可能と考えられる。

なかでもトーレンズ式登記制度の導入による権原確定事業 (land titling) は、国際ドナーの推進する土地法改革の目玉である。排他的な完全権原の確定によって、土地の交換価値を最大限に活かした取引を可能にし、農業金融や高度利用が促され経済開発に資するとする (World Bank 1975, de Soto 2000, Bruce 2006, World Bank 2011)。同制度が発給する権原証書は、statutory magic とも称され、新たに創出される完全権原の確定証拠として機能し、既存の多様な私権関係を一気に殺ぎ落とす効果がある (Mirror 効果・Curtain 効果)⁴。しかし多くのアジア・アフリカ諸国は、

社会主義時代に集団化の徹底していた欧州の移行諸国とは異なり、既存の私権秩序を存続させ、何らかの土地登記制度を継続的に実施してきた例が通常であるから、トーレンズ式登記制度の導入に伴って既存の諸権利者が異議を申し立て、無数の土地紛争が生起している。

ドナーの土地法改革のもう一つの目玉は、土地収用法や都市計画法などの公法的手段による私権の収用・接収を通じた、インフラ・都市開発の推進である。国連「ビジネスと人権に関する指導原則」などの動きに対応しつつ、環境影響評価法による住民参加型意思決定や、代替的紛争解決制度による補償積み増しなどの一定の人権配慮を組み込む傾向が強まっているが、開発推進メカニズムとしての本質は変わらない。

このような土地法改革モデルの実質は、農本経済から商工業化・インフラ整備へと土地利用を高度化する、経済構造の転換メカニズムであるといっていよい。経済開発を囑望する受入国政府はこうした土地法改革を受け入れ、実定法の書き換えを辞さないが、農地に生活基盤を置く農民世帯は反発を強め、政情不安の原因をもなしている。

ベトナムもその典型例である。社会主義体制を維持しつつ市場経済化ドイモイの道を歩むベトナムに対して、1990年代初頭から、世銀・ADBの構造調整融資コンディショナリティや米越貿易協定交渉を背景圧力とする「法の移植」が介在し、経済法制分野で多様な単行法令の導入が進められた。財産法分

野では、自然資源環境省が土地法（1993年・2003年・2013年）を管轄し、国際ドナーの影響下で土地流動化を推進中であるが、その過程で数万件を数える土地紛争が噴出した。これに対して司法省が、日本の法整備支援を受けつつ、1995年民法典（2005年・2015年改訂）を頂点とする法典体系の整備を志向し⁵、最近の2015年民法典では、農民の権利の再定義が意図された。

他方、ミャンマーの法制度は、1947年独立憲法によりビルマ最高裁判所を設置して英国司法制度から早々に自立し、独自の法適用を続ける点が特色であり、旧英国植民地の中では近年まで英国枢密院の審査制度に服し「法の移植」に順応を見せ続けたマレーシアやシンガポールとは対照的である。しかしその実定法の内容面は英国法由来の植民地成文法規群であるインド法典（ビルマ法典）を踏襲し、独立後ほとんど抜本的改革がなく古色蒼然たる状況にある。社会主義志向で普通裁判所を停止した1960年代からは判例法の形成も凍結し、この間の紛争解決過程はもっぱら市井の「生ける法」に依拠してきたと考えられる。そのミャンマーが現行2008年憲法体制のもとでようやく法制改革に乗り出したが、世銀等の現代版「法の移植」に遭遇し、2012年農地法・2016年外資法・2017年会社法など専ら外資導入型の制度設計を迫られ、激しい社会的軋轢を生じている（金子2018）。独自路線を歩むことによって「生ける法」をいわば凍結保存してきたことが、現代版「法の移植」との距離感を著しいものと

し、軋轢をより先鋭化させていると考えられる。

本稿では以下 2. でベトナムについて、3. でミャンマーについて、それぞれ「法の移植」を受けた土地法の変化を整理したうえで、紛争実態を観察する。4. は考察である。

なお本稿は科研基盤研究 (B) (一般)「アジア市場経済化諸国の経済法制改革の比較法的検討と結果評価」(代表: 金子由芳) の当面の成果である。本稿執筆に当たり、2014 年 12 月・2019 年 3 月実施のベトナムにおける調査過程では、ベトナム司法省民法典起草専門家 Nguyen Hong Hai 氏、ベトナム農業大学土地管理学部講師 Vu Van Tuan 氏および Nguyen Thi Minh Hanh 女史、ハノイ法科大学土地法部門長 Nguyen Thi Nga 女史、同環境法部門副部門長 Duyen Thuy 女史、Hung Yen 省 Van Giang 郡土地登記部長 Nguyen Thi Le 女史、ベトナム人民検察院 Nguyen Tran 女史他の多くの協力を得たが、本稿では主に公開されたベトナム最高人民裁判所の監督審判例を参照する。また 2017 年 1-2 月・2018 年 8 月・2019 年 7-8 月実施のミャンマー調査に際しては、連邦政府省総務局長 Win Shein 氏、同部長補佐 Ye Naing Lin 氏、ダゴン大学法学部長 Mi Khin Saw Aung 女史、同講師 Myhtike Aung 氏、同講師 Su Nander 女史他の協力により、同国タニンダーリ地方ダウェイ郡・メイク郡、首都ネピドーのラウェイ郡、エヤワディ州パーボン郡、モン州モールメン市周辺でのフィールド調査機会を得た。また本稿取りまとめに際

しては、神戸大学六甲台後援会の助成を受け、またリヨン社会科学院アジア極東研究所長 Beatrice Jaluzot 女史の支援を得た。この場を借りて多大な研究協力に感謝する。

2. ベトナムにおける「法の移植」と土地紛争

(1) 土地法改革とドナー支援

今日ベトナム社会を震撼させる土地紛争の背後に、土地法の制度変化がある。市場経済化ドイモイ政策の過程で 1987 年土地法が登場し、その後の 1993 年土地法、2003 年土地法、2013 年土地法と連なる改革過程で、土地紛争の爆発的な増大をみるに及んだ⁶。紛争の主たる原因は、土地法のもたらした農地流動化であり、2000 年代を通じて百万ヘクタール余の農地が非農業用地に転換されたと言われる。そのメカニズムは、第一に、1993 年土地法による「土地使用権」の譲渡・用途転換規制の緩和と、権原登記制度の導入であった。第二に、2003 年土地法が「回復」(thu hoi dat) の名のもとに導入した公用収用手続であり、公共目的事業のみならず民間開発事業にまで及ぼされた。

こうした制度変化の背後に、世界銀行等の国際ドナーの関与があり、まさに「法の移植」事例である。世界銀行は 1993 年土地法前後に早くも政策提言を開始していたが、2003 年土地法後に噴出した土地紛争に対応すべく新たに政策提言文書を公表し (World Bank 2012a, b)、現行 2013 年土地法の登場を促した。同政策提言は、土地利用有効化と農民の

権利強化のためと称して農地上の「土地使用権」のさらなる流動化政策を迫り、とくに農業投資促進のためとして農地譲許の長期化（一律 50 年）、農地保有の上限拡大（30 ヘクタール）、農地転用許可制度の廃止などを推奨している。

世銀の推奨するような農地流動化政策が、小農世帯の離農をさらに加速し、農業法人による大規模農業への農地集約を志向する制度設計であることはわかりやすい。世銀の政策文書は一般に、農地流動化により農地の買取価格が向上するので、小農世帯は離農に際して有利な売却益を手にすることができる⁷。このような商業化志向からすれば、ベトナム土地法がいまだに農地用途転換規制等の農地保護政策を一部に残し、小農の権利保障に配慮する態度は生ぬるく見えるのであろう。

世銀提案は、第二に、国家による公用収用（回復）をめぐる激増する土地紛争に関心を向けている。しかし公用収用を積極的に用いて開発事業を促進する政策方針じたいには賛同を示し、あくまで住民の慰撫策として収用補償制度の改善策を提言するものであり、補償額算定の第三者評価制度、利潤分配制度、日本や韓国で成功している公共補償制度、また異議申立制度などの具体策を詳述している（World Bank *ibid.* p.6-8）。

このようなドナーの推奨する「法の移植」が、はたしてベトナム社会の抱える土地紛争の解決に資するのであろうか。以下では、はじめに土地法改革の目玉となった「土地使用

権」の流動化、また公用収用制度の改革に着眼し、次に民法典改革の動向を点検し、さらに裁判現場の紛争解決傾向に注目する。

（２）「土地使用権」概念の変動

今日「土地使用権」と表現される農民の私権は、いかなる性格の権利なのか。

その来歴は植民地化以前に遡る。ベトナムでは 15 世紀黎朝の律令に遡る地簿（Dai Bo）制度のもとで世帯の耕作地保有権が安堵され、村落の管轄下に置かれていた。フランス植民地政府は阮朝の地簿制度に依存しながらトーレンズ式権原確定登記制度を促成的に導入し⁸、また荒蕪地国有化・無償払下げ制度を大規模に実施して耕作権を搾取した⁹。独立戦争はこうした耕作者の憤懣を集めつつ展開し、1953 年農地改革法以降に数十万ヘクタールの既得権階層の所有地を耕作者に配分する農地再分配を実施し、それは資本家階層にとっては無償の土地剥奪であったが、耕作者階層にとっては耕作地の主権回復という独立戦争の旗頭であり、今日に至る農民世帯の農地への紐帯の基礎を成している。南北ベトナム統一後には農地集団化が加速したが、その間にも農民世帯の耕作地の割付けは暗黙裡に継続していたと見られる（Le & Nguyen 2014, p.283-4）。ドイモイ初期の請負経営制度は、このような農民世帯の伝統的な農地への紐帯を生かす現実路線であったと考えられる。

ドイモイ政策下で登場した 1987 年土地法は、1980 年憲法の全土国有制の建前のもと

で、農民の耕作利用をいまだ私権としては明言しなかった。国営農業・合作社・生産集団などと並び個人にも、土地の長期安定的利用を認めるとし、その土地利用は占有権・使用収益権のみを要素として、譲渡・担保提供等の処分権は禁じられた（3条）。当時中国で展開された農地の請負経営制度の移植であったと考えられる。その私権の本質は、農家世帯に永続的に保障された永小作権に近いものであったと解される。

しかし、ドイモイ憲法と称された1992年憲法が登場し、「土地使用権」（quyen su dung dat）に言及しその譲渡性を規定したことから（18条）、これを受けて1993年土地法は、農家世帯・個人の「土地使用権」を明記し（1条）、その要素として占有権・使用収益権のみならず、同一用途の範囲で譲渡・交換・賃貸・相続・担保提供をなしうる処分権を認めた（3条2項）。これにより農家の私権は、属人的な永小作権から、譲渡性のある借地権に変化したと考えられる。しかしこの「土地使用権」の処分は、地方行政の監督に服し（31条）、農地請負経営制の推進によって便宜のある農家間の土地処分を追認したに過ぎず、農地の商品取引の自由化を解禁したものではない。

また他方で1993年土地法は、農地の「土地使用権」とは別に、国家が商工業投資家に個別に譲許する「土地リース」（cho thue dat）を規定した（29条、また外貨、越僑について80条）。これにより農地と商工業用地とを分離し、前者で請負経営制度を推進しつ

つ、後者を国家との個別契約で統制する政策姿勢を鮮明にしたのである。

当時、中国ではすでに、いわゆる一国二制下の深圳経済特区等において土地流動化を合法化する意図から、英国法の定期借地権 Leasehold を参考とする処分自由の「土地使用権」概念が導入され、全国的に展開をみる中で、農地請負経営制度との衝突が生じていたと考えられる（Qiao 2018; Upham 2018, p.53-58）。中国ではようやく2007年物権法（第3編）に至って、用益物権、すなわち全人民・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、建設地上権、宅地地用権を並列することにより体系的矛盾を解消した。これに対してベトナムが1993年土地法という早い段階で、農業者の「土地使用権」と商工業者の「土地リース」を分離することで体系的整理を図った点は先見の明があった。しかし中国でいう「土地使用権」がベトナムの「土地リース」に相当する内容であって、この概念のねじれから、ベトナムでは1992年憲法下の「土地使用権」という一つの用語をめぐって、中国流の譲渡自由な定期借地権としての期待と、1993年土地法による農地保全との二つの期待が、入り乱れることとなったと考えられる。

1993年土地法の運用は、当初、農地の「土地使用権」の保護統制を維持したまま、別途、商工業用の「土地リース」の側の譲渡性を高める方向で、この2つの期待に応えたと考えられる。すなわち1994年の土地譲渡・リースを受ける外資法人・個人の権利義務に関す

る国会常務委員会法令、同施行規則（No.11-CP/1995）、土地譲渡・リースを受ける国内法人の権利義務に関する国会常務委員会法令、同施行規則（No.18-CP/1995）等の一連の法規が、「土地リース」の上物に付随する形で担保・譲渡・転貸・出資を大幅に自由化していった（金子 1999）。また 1998 年土地法改訂では、法人に対して譲渡性のある農地リース権を認めた。

しかし 2003 年土地法は、一転、「土地使用権」の譲渡性を高める方向で、「土地リース」概念との差異を縮小していったと考えられる。農地の「土地使用権」に期限を設けたう（67 条、単年作物 20 年・多年作物 50 年）、これを農業投資用の土地リース（35 条）とともに「土地利用」と表現し、交換・譲渡・賃貸・サブリース・相続・贈与・担保提供を可能とした（106 条）。

このように、土地法の改訂のたびに、ベトナムの「土地使用権」概念は流動化の度合いを拡げる方向で法的性格を変化させ、今日までに資本主義諸国における定期借地権概念と同然の取引対象と化しているといえよう。

背景に、ドナー支援の影響、また同じ方向性を歩んでいたロシア 2001 年土地法の影響も考えられる。

（3）公用収用の拡張

「土地使用権」概念が無期限の生活基盤としての権利から、流動的な定期借地権へと変遷するとき、農地は開発志向の公用収用（回復）に対して、より抵抗力を弱めるであろう。

代替地を給付することなく安易な金銭解決で済みうるためである。

ベトナム 2003 年土地法（39 条）が、古典的な意味での公共事業に限らず、民間の経済開発事業をも明示的に公用収用（回復）の対象としたことは、厳しい社会的批判を招来した。上述の世銀の政策提言（World Bank 2012）は、強制収用方式での回復対象を道路・公園・学校などの公益的な建設事業に留めることを示唆しつつも、任意売却方式であれば政府が民間開発事業用地の回復を行うことは是とする（ibid. p.5）。しかしこのような路線は 2003 年土地法（40 条）ですでに採用されていた。現行 2013 年土地法は、「国益公益に資する社会経済開発」（62 条）なる表現ぶりを用い、あたかも公益的な開発事業のみを扱うかに見せながらも、新たに事業類型方式を採用し、その類型の一部で都市開発や工業団地などの民間開発事業を広く取り込む姿勢は変わらない（同 d 項）。

ただし 2013 年土地法は、住民意思に配慮した調整手続を若干追加した。公用収用の決定過程では、第一段階として各級人民委員会による土地開発計画の策定過程があり（63 条 2 号）、このうち郡級の計画策定過程では公聴会などの住民参加機会が想定されている（43 条）。しかし具体的な手続保障はなく、現実にも住民参加の実態は形散的であると見られる¹⁰。第二に、収用決定後の戸別の説得手続（69 条）が新設されている。

収用補償規定については、2013 年土地法は 2003 年法を踏襲し、新しさはない。補償

手段は代替地提供を原則としながらも、それが困難な場合に金銭賠償および住宅・生計補助を行うとする（74条）。そのため現実にも金銭賠償がほとんどである。

住民が収用決定や補償を争う道として、2013年土地法は、人民監督（199条）、調停（202条）、行政不服審査・行政訴訟（204条）を規定する。ただし訴訟提起前に周到な調停前置主義が設けられている（203条）¹¹。さらに裁判過程では「司法の独立」の壁が立ちただかる。ベトナムの裁判官人事はかつては同級の人民委員会が選抜する人民裁判形式が維持され、2001年憲法改正を契機に最高裁判所に裁判官人事権が集約されて後も、いまだに地方の人民委員会の上乗付け慣行が残っている。筆者の取材した地裁レベルの行政訴訟では行政寄りの判断姿勢が覗われ、司法の独立に疑念が持たれた¹²。

以上のように、ベトナム土地法は世銀提言に従順な方向性を歩んでおり、沸騰する社会批判への対応としては手続的慰撫策を用意するのみで、公用収用を活用した開発促進姿勢そのものには変化の気配がない。

（4）民法典による私権の再定義

ベトナムにおいて土地流動化志向を強める土地法は、自然資源環境省の管轄である。これに対して、ベトナム司法省の民法典起草関係者の側に、2015年民法典改訂に向けた物権法改革議論を通じて、「土地使用权」を私法の側から再定義し、農地喪失に歯止めをかけて行こうとする野心的な試みが浮上し

た¹³。

すなわち2015年民法典は、2005年民法典が有していた「土地使用权」の得喪に関する章を廃止し、新たに導入した第2編「所有権とその他の物権」で「地上権」概念を導入し、これを「土地使用权」に同定した（Nguyen Hong Hai 2019, 注30・41）。この「地上権」に物権としての強い権能を与えることを通じて、農地を公用収用の剥奪から擁護しまた有償原則を勝ち取る法的手段とする意図であった。このような民法典起草者の着想は、日本ODAによる法整備支援チームからの示唆によるものであったという¹⁴。

2015年民法典第2編は「所有権とその他の物権」と題され、冒頭にいわゆるパンデクテン体系を示唆する総論を設け、所有権と並び制限物権として隣地役権、用益権、地上権を法定している（159条2項）。民法典は所有権が売却されてもこれら制限物権が財物上に存続すると宣言し（160条1項、166条2項）、もってこれらの権利が「売買は賃貸借を破る」のルールに服する債権ではなく、物権としての強力な実体を有することを明らかにした。さらに制限物権に対する財産権保障を謳い、防衛・国益のための国家収用の有償原則が明記された（163条）。民法典起草者は、これら制限物権のうちとくに「地上権」を、土地法の「土地使用权」に同定するのである。

このように民法典起草者が物権総論を作り込むことを通じて、土地紛争に抜本的な解決を与えようとする意欲的な姿勢は注目に値す

る。ベトナム社会に植民地化以前から根づくゲヴェーレ的な農地への紐帯に由来する「土地使用権」を、ローマ法に遡る物権概念の権威を借りて保護する試みは、まさに概念闘争である。それは一定の概念法学の歴史を有するベトナム法学ならではの挑戦といえるかもしれない。15世紀以来の黎朝刑律・阮朝嘉隆法典の成文法の歴史があり¹⁵、フランス植民地時代には1920年インドシナ民法典が登場し、南北統一前の南ベトナムで適用された1967年民法典があった。ベトナム1995年民法典はこうしたフランス民法典の影響を受けたいわゆるインスティテュオーネス方式の骨格に、ロシアや日本支援の影響でパンデクテン方式の要素を組み合わせた、混淆の産物であった。2005年改訂民法典もその骨格を維持したが、2015年改訂では上述のように新たに物権編と債権編を対置しパンデクテン方式の体裁を強めた。このように独自の体裁を意識しつつも、ロシア・中国の動向に倣って社会主義市場経済化の方向性を導く基本法典を定立しようとするベトナムの大目標が伺われる¹⁶。2015年民法典が、その新設の物権編において、全国農民の生活基盤である「土地使用権」を正面から定義しようとした態度も当然である。

しかしながら民法典の法概念は歴史的概念であって、道具的操作は危険をも伴う。大陸法民法典の用語法からすれば、農家世帯に譲許された「土地使用権」の物権的表現としては、都市部の住宅・商工業用に活用され譲渡性の強い地上権（superficies）より

も、農地の永小作権（emphyteusis）概念がより適当なはずであった。にも拘らずベトナム民法典起草者が「地上権」概念に拘泥した背景は、一つには中国2007年物権法が「土地使用権」を地上権に同定した影響が挙げられよう。しかし中国物権法は上記のように、地上権として同定された「土地使用権」（superficies 的概念）とは別に、農地の請負経営権（emphyteusis 的概念）を制限物権の一つとして対置し、農地保全政策を曲りなりに維持したのである。これに対して、ベトナム民法典は、emphyteusis 的な農地の請負経営権に由来を有する「土地使用権」に、superficies の用語を与えたのである。

ベトナム民法典起草者の意図は、2003年土地法の譲渡性解禁以来、すでに高度に商品化しつつある「土地使用権」の superficies の実態に着眼し、その emphyteusis 的な保護を諦め、せめて土地を売却し離農する農家世帯に流通性商品としての最大限の土地売却益・補償料を与えようとするものであったと考えられる。

しかしこうした「地上権」概念に対するベトナム社会の受け止めは手厳しい。今なお emphyteusis 的な農地への紐帯を有する農民世帯にとって、「地上権」による農地売却益の多寡は意味をなさない。また実務界は別の意味で「地上権」概念に失望している¹⁷。司法省が「地上権」を「土地使用権」に同定しようと図っても、自然資源環境省は「地上権」とは「土地リース」であると断定し、「土地使用権」説を拒絶するなか、実務界にとって

は同概念に透明性を欠く危険な代物と認識されているという。

おそらく自然資源環境省の意図は、民法典が superficies 的概念として規定した「地上権」をあくまで商工業投資用の「土地リース」に同定する一方で、農地の請負経営由来の「土地使用权」を emphyteusis 的な農地保全政策の対象として留め置こうとする配慮であろう。中国物権法における「請負経営権 (emphyteusis 的) vs. 土地使用权 (superficies 的)」の分離が、ベトナム自然資源環境省の意図においては、「土地使用权 (emphyteusis 的) vs. 土地リース (superficies 的)」の分離として踏襲されているのであり、私権の名称のずれが混乱を招いていると考えられる。いずれにせよ、ローマ法概念の威を借りた司法省の概念闘争は、今日の歴史主義者というべき土地法運用関係者と真っ向から対立する実態が見出される。

(4) 判例形成の傾向

「法の移植」を受けた土地法は土地流動化政策に傾斜し、民法典の試みた「地上権」概念も自然資源環境省の断固たる阻止に出会って影響力を発揮できない。この状況のもとで、市井の生きた社会規範をくみ上げる法曹法が機能する可能性はあるだろうか。

ベトナムでは古来、王法をも排する村落慣習法の自治 (phep vua thua le lang) が根づいてきたとされ、フランス植民地政府もコーチシナの 1883 年安南法綱要、1931 年トンキン法典、1939 年アンナン法典などの慣習法

典を成文化するなどして慣習法規を温存した。独立後は社会主義体制下で参審員による裁量的な人民裁判制度が実施され、慣習規範が果たした役割は相当なものであったと考えられる。現在のベトナムの実定法規も慣習規範に対して開かれているため、本来は法曹法の展開余地がある。すなわち民法典は、法の一般原則に反しない範囲で慣習規範の法源性を明記する (2015 年民法典 5 条)。

しかし現在のベトナム司法の現実として、法曹法のボトムアップの形成は期待しにくい状況が考えられる。法典整備の開始以来、英米法系の国際ドナーが警戒感を示し、制定法の硬直性を克服する判例法の重要性を喧伝した (USAID 2008 他)。しかし社会主義憲法のもと、人民代表府である国会常務委員会に法解释权を集約する民主集中制を堅持するベトナム側は、司法による法創造は是認しえない。共産党政治局決定 2005 年 48 号・49 号は最高裁の導く判例法主義を宣言したが、あくまで司法内部の法適用統一化のために先例拘束性を強化する文脈であった。この路線のもと、2014 年改正の裁判所組織法 (22.2 条 c 項) は先例拘束性を明記した。また 2015 年民法典も、全文 689 カ条では掬い取れない法の欠缺局面で裁判官の統一的法解釈による判例形成を導く意図で、法源の一としての判例に言及し (6 条 2 項) また演繹的体系性や準則化を意識的に強化したという (Nguyen Hong Hai 2019, 2-2 節)。

しかし、鳴り物入りで登場したベトナムの判例法主義の実態は、最高裁判所裁判官会議

の選定する監督審決定の先例拘束性を確立し、下級審現場に対する中央統制を強める路線であった¹⁸。結果として、法曹法による各地の社会規範の柔軟な吸い上げにはむしろブレーキがかけられることとなったと考えられる。

現実に、ベトナムの裁判過程における規範選択はいかなるものだろうか。最高裁判所裁判官会議による判例選択決定は、現状、公認された唯一の判例法源であるが、2019年現在までに29件しか判例しか抽出されておらず、ことに「土地使用権」の法的性格を扱う先例はわずかである¹⁹。

2016年判例2号（2016年4月6日最高裁判官会議決定に基づく同日付け最高裁長官決定2016年220/QD-CA号）は、2010年7月8日付の最高裁裁判官会議監督審判決No. 27/2010/DS-GDT号を先例拘束性ある判例として公認したものである。本件は1993年土地法による農業者間の「土地使用権」の譲渡解禁を受けて、農民である弟（被告）を通じて7ヘクタール余の農地を買い受けたオランダ在の原告が、被告による2004年時点の土地転売の対価の転付を要求した事件である。権原登記は被告が有していた。下級審は原告による1993年の農地購入を無効（譲渡制限違反）と判定し原状回復を申し渡した。しかし監督審判決は原告の農地購入を「投資」と解釈し、原告の投資額と被告の労務現物出資との出資比率が明確でないとして、土地転売益について両者の折半を命じた。本件判決は、2005年民法典137条（違法取引の無効・

原状回復）・235条（果実の享受）に関する解釈判例とされているが、当事者のいずれも主張していない「投資」の論理を持ち出して脱法的な土地売買を有効と解釈した点が特異である。この判例は一見、最高裁が投資促進志向の判例法形成を進める一例に見えるけれども、むしろ農地流動化を進める国策に迫随する最高裁の判断姿勢を示す例と考えられる。1993年土地法下では脱法であった越僑の農地取得が2003年土地法下で合法化された土地法政策の変遷、被告の有する権原証書の確定証拠性の重視、それを信じた2003年売買の善意買主保護、などの政策的判断を背景とすると考えられる。

2017年判例15号（2017年12月14日最高裁裁判官会議決定に基づく2017年12月28日最高裁長官決定2017年299/QD-CA号）は2012年8月23日付の最高裁民事法廷監督審判決No.394/2012/DS-GDT号を判例として公認したもので、1960年代に農地配分を受けた2軒の農民世帯が、農協の指示で一時的な土地の交換耕作を行っていた間、1993年土地法による権原一斉登記が実施され、交換耕作中の一方当事者（被告）が該土地の権原登記を獲得し、原告への返還を拒んだ事例である。監督審は原告への土地返還を命じた第一審・控訴審を覆し、1993年土地法後の権原登記を契機に「土地使用権」の交換契約が完結したと認定した。同判決は、紛争当時には導入されていなかった2005年民法典を適用し、しかも「土地使用権」交換契約に関する規定（173条2項、693-696条）に言及

することなく、所有権変動に関する総則な規定（170条2項）を参照する。原審が当事者の真意発見に依拠して問題解決を図ったことに対し、監督審はこれを破棄し、権原登記制度の確定証拠性に依存する判断を下していると見られる。

（5）小括

ベトナムにおける土地紛争の本質は土地流動化政策による農地喪失であり、その背景に土地法の変遷があった。「土地使用権」概念の変化により永続的な農地保護のため設けられていた譲渡制限が緩められ、また公用収用制度を民間開発事業に活用する路線が維持されている。他方で、「土地使用権」を流動性の高い私権として再定義しようとする民法典起草者の意欲的な試みは、社会的な浸透が進まない。司法による紛争解決現場では、公開された限られた判例に鑑みるかぎり、下級審には不在地主の示す権原証書よりも現実の耕作者の真意に沿って「土地使用権」の存否を見極めようとする真実発見姿勢が見出され、結果として土地流動化よりも耕作者の生活基盤を重視する判断傾向が伺われる。しかし最高裁判官会議決定は、権原証書の確定証拠性に依拠した土地取引促進型の先例を確立する姿勢がある。下級審現場による「生ける法」の吸い上げが、上級審で一蹴される状況である。

3. ミャンマーにおける「法の移植」と土地紛争

（1）ミャンマー向け土地法支援

1988年クーデター以降の軍政が解消された2008年憲法下のミャンマーに対し、国際支援が殺到しているが、土地法改革はその重点領域の一つである。軍政下で土地を喪失した農民や少数民族に寄り添う人権擁護の見地をアピールしつつ、農地流動化の法整備が推奨されている。

その第一弾の成果は、農地取引流動化を解禁した2012年の一連の土地法改革となった。国連開発計画（UNDP）や国連人間居住計画（UNHABITAT）などによる土地法ガイダンスは、ビルマ独立後の農地改革の根拠法となった1953年土地国有化法（Land Nationalization Act）が農地保全のための譲渡規制や用途転換規制を維持してきた点、また外資の土地取得を禁ずる点が、社会主義の遺制であるとの批判を強めた（UNDP/UNHABITAT/Norwegian MOFA 2009）。2012年農地法の導入により、1953年土地国有化法が廃止され、土地取引が解禁し、また1953年法下で維持されていた土地保有台帳制度（Land Record）に換えて権原確定型登記制度が導入され、全国一斉登記による権原証書発行が実施された。また農地からの用途転換（La Na 39）の規制緩和がなされた。また併せて、荒蕪地・休閑地・処女地管理法が導入された。かくして農地流動化の制度インフラが整うこととなったと考えられる。

しかし2012年土地法改革後に土地紛争の

一層の激増を見たことから²⁰、世銀グループの国際金融公社 IFC や米国援助庁 USAID などのドナーのさらなる関与が続き、2016 年には将来へ向けた包括的な土地法の処方箋を示す『国家土地利用政策』(National Land Use Policy) が上梓された。同政策は、土地流動化の推進路線を変えず、また公用収用による開発事業の促進方針も維持され、単に事業決定過程の住民参加や補償の増強に配慮する内容であり、ドナーの支援方針に導かれていると見られる。すなわち世銀グループ IFC の提言 (IFC 2015) は、人権派 NGO である Displacement Solutions の調査結果に依拠してミャンマーの土地収奪問題に激しい批判を向け、しかも後述するようにミャンマーにおける土地収奪現象は公用収用法 (有償) の文脈と荒蕪地国有化手法 (無償) の 2 つを含むが、本提言書では両者を混同し、公用収用が無償で行われていると断じるなど乱暴な印象もある。人権擁護を標榜する同報告でありながら、農民保護のための開発抑制志向は見いだせず、むしろ外資活動が人権配慮を進めていると強調し (37-38 項)、土地収用の手続的改善を提言するに留まっている²¹。米国支援も、土地流動化が土地なし農民に安価な土地購入機会を与え、農村金融を促すなどと強調し (USAID 2014, p.13)、2012 年土地法改革の土地流動化路線を問い直す向きはない。こうしたドナーの方針は、果たしてミャンマーにおける土地紛争に根本的解決をもたらすに十分と言えるのか、「法の移植」の成否が問われているよう。

以下ではこのようなミャンマーにおける「法の移植」の帰趨を探って、はじめに第一弾のドナー支援の産物であった 2012 年土地法改革の実像を理解し、つぎに『国家土地利用政策』を概観し、さらに筆者のフィールド調査による土地紛争現場の実態に言及する。

(2) 2012 年土地法改革に至る私権の変遷

ミャンマーで目下沸騰する土地紛争は主に、政府による公用収用・補償の不当性の訴え、また荒蕪地・休閒地国有化手法による無償の土地囲い込みへの抗議であるが、筆者の継続的調査によれば、これらの問題の共通する背景として、植民地時代に脆弱化した農民の私権の定義問題がある。

ミャンマーにおける農民の私権は、王朝時代の法典 Dharmmathat により、永続的保有権 (myay-thay) や暫定的保有権 (myay-sheng) として保障されていた²²。しかし英国支配下の 1976 年地租法 (Land and Revenue Act) のもとで、多くの農地は永続的保有権 (myay-thay) として認知されず、「土地保有権」(landholder's right) と称する脆弱な私権概念に貶められた (齊藤 1986)。landholder's right はトーレンズ式権原確定登記制度によって登記され、高額な地租の賦課対象となり、納税義務違反、2 年以上の耕作放棄、登記義務違反等により権利を喪失するものとされていた。これに対して独立後の 1953 年土地国有化法 (Land Nationalization Act) は、農民の私権を「耕作権」(loat paing kwint) として再定義し、所有と耕作

の一致を保障するべく農業外譲渡・用途転換規制を敷いた。この点、国際ドナーの論調は、1953年土地国有化法が、植民地時代に存在した私的所有権を否定し全農地を国有化したと説明するが²³、全くの誤認である。同法の意図は全土集団化ではなく、日本の1951年自作農創設特別措置法と同様に保有上限を超える不在地主を対象とする国有化・農地再分配政策であり、小農の農地保全に主眼がある²⁴。また農業外譲渡・転用を規制する農地保全策（9-11条）の構造も、日本の1952年農地法と近似する。植民地化以前に存在した永続的保有権を流動的な landholder's right に貶めたのは英国植民地法であり、1953年法はそれを改めて永続的な「耕作権」に引き上げようとした。ただし「耕作権」は、英国支配下の landholder's right 同様に、登記義務違反・耕作放棄等により没収の対象となる点では（29-32条）、日本の農地の「所有権」構成に比べて私権の性格を脆弱なものにした。

他方で、1953年土地国有化法のもとでは、英国時代のトーレンズ式権原確定型登記制度（登記・権原証書に権利の存否を決する確定証拠性あり）が廃止され、土地保有台帳制度（あくまで土地利用状況の記録簿であり実体的権利の確定証拠ではない）に転換したので、たとえ登記を欠いても「耕作権」が当然に否定される確定効果はなかった（金子2018、金子2019c）。そのため、登記を欠く土地を政府が処女地・荒蕪地として接収する際にも、農民が「耕作」の事実を主張し争う余地が

存在した。この点で、1953年土地国有化法下の「耕作権」は、英国時代の landholder's right に比して耕作者の私権を強めていたとすることができる。

これに対して2012年農地法のもたらした変化は、第一に、「耕作権」の農業外譲渡規制を廃し、また権原確定登記制度を復活することで、私権の性格を植民地時代の landholder's right に近い流動的な取引対象として復権した点である（金子2018、3章）。これにより2012年農地法下の「耕作権」は、権原登記を欠くかぎり、いかに「耕作」の事実があっても権利を立証できない脆弱な私権となったと考えられる。

他方で、2012年農地法は、農地用途転換規制を維持した。同法により「耕作権」の農業外譲渡が解禁されたとはいえ、私権が耕作義務を伴う「耕作権」のままであるかぎりは商工業用取引には不便であるため、多くの投資家は農地用途転換手続（2012年農地法30条）を申請することとなる。従来も1953年土地国有化法（39条）の下で農地売買の脱法的便法として活用されてきた用途転換手続（La Na 39）があり、濫用に批判があった。そこで新たな農地法実施規則（2012年農業灌漑省通知62号、78-94条）は、用途転換の対象を連邦政府や州・地方政府の計画に基づく公共事業（78条）、地方開発計画・都市計画に基づく事業（79条）、病院等公共施設建設事業（80条）に限り、また中央農地委員会の承認を必須の要件とし、さらに個別の事業申請について審査手続を詳述してい

る(82-94条)。このように2012年農地法は、ドナー支援に応じて農地の譲渡規制を緩和し、権原確定型登記制度を導入しつつも、農地用途転換手続について中央集権的な監督規制を維持強化することで、矛盾しあう農地保全と農地流動化の政策調整を意図したのかもしれない。

2012年土地法改革の他の目玉は、荒蕪地・休閑地・処女地管理法(Law on Vacant, Fallow and Virgin Lands Management)であった。同法は、未使用地を国有化し投資家に譲許する投資促進メカニズムであるが、19世紀植民地時代に導入された1861年休閑地管理法、1889年上ビルマ土地・租税規則による植民地搾取手法を踏襲するものである²⁵。この手法はいみじくも、1988年クーデター後の軍政が1991年通達44号荒蕪地・休閑地・未開地管理手続に基づき濫用した、“land grabbing”とも通称される軍の威力による補償なき農地囲い込み手法であり、今日に至る土地紛争の主因である。

以上のように2012年土地法改革の本質は、1953年土地国有化法が農地保全政策の見地で凍結した農地流動化、トーレンズ式権原確定登記制度、休閑地管理手法など一連の19世紀型農地搾取のメカニズムを、同法廃止に伴い復権するものとなった。農地法規則が詳述する用途転換規制が、せめてもの農地保全政策のよすがと見受けられる。

(3) 国家土地利用政策の矛盾

2012年農地法施行後、権原確定登記の一

斉実施を契機に土地紛争が吹き荒れる中、2016年1月、大統領の諮問を受けた国家土地資源管理中央委員会は『国家土地利用政策』を公表した。同政策は、持続的土地利用(序文1項、6項(a)、8項(a))、生計基盤である私権の保全(序文3項、4項、6項(b))、慣習的権利の尊重(6(c)項)等を謳うかたわら、国際的ベスト・プラクティスの適用、市場メカニズムの活用、土地権原登記制度、土地減税などの経済的手法を強調する(8項(d)(f))。農地保全志向と経済開発志向を併記するが、その矛盾を調整する実体的な制度設計は何ら明示されず、もっぱら、紛争解決制度の強化(6項(d))、コミュニティ参加型合意形成(6項(e)他)といった手続的対応を通じて個別解決を図る姿勢が伺われる。

すなわち権原確定登記(権原証書Form 7の発給)をめぐる紛争は、「コミュニティの協議や参加型による地籍確定手法」を通じて解決されるべきとし(17項(f))、権原の立証要件や、獲得される法的効果など実体的内容が明らかにされていない。

農地用途転換の手続の正当化として、参加型意思決定手法を組み込む「土地利用計画」決定手続が詳述されている(19項(c))。すなわち基層の村落体・町級に至る行政各層に「土地利用委員会」を設置し、選挙された農民代表・少数民族代表・女性代表を組み込む(10項(b)、11項以下)。このうち郡級の土地利用委員会が主体となって土地利用計画策定を行う際に、地元住民との協議手続による私権の確認を実施する(21項(d)、22項、25項(b)、

27 項)。

“land-grabbing” と総称される土地囲込み問題には、① 1894 年土地収用法による土地収用 (land acquisition)、② 荒蕪地・休閒地国有地宣言による無償の土地囲込み、③ 移民の土地回復問題 (restitution)、など多様な文脈が入り乱れている。『国家土地利用政策』はいずれの問題についても、実体的法律論に立ち入らず、手続的解決に期待を向けている。

このうち土地収用問題については、国際的ベスト・プラクティスに学びつつ、事業計画段階からの住民参加、腐敗対策、補償基準の適正化、生活回復措置の強化を図る法改正を促すとする (38 項・40 項)。

荒蕪地・休閒地国有化問題については、2012 年荒蕪地・休閒地・処女地管理法を見直す向きはなく単に実体的権利を有しない違法占拠者 (スクォッター) の社会福祉的保護の文脈で、環境社会影響評価 (ESIA) 手続の適用が想定されている。このうち「公共目的」事業では行政と住民との参加型協議を通じてスクォッターの移転計画を進め (32 項 (a))、「民間目的」事業では事業者との個別交渉を想定する (同 (b) (c))。土地なし階層への土地再分配政策にも言及する (同 (f))。しかしながら、農民がスクォッターではなく実体的権利を主張する場合の荒蕪地国有化問題は、ほとんど取り上げず、「農民団体」参加による紛争処理 (41 項)、既存の行政手続・司法手続とは別個の特別法廷設置などの手続的解決に触れるに留まる (42 項)。

少数民族の慣習的権利の保護では (6 項 (c)、

8 章)、焼畑農法等の慣習的土地利用を保護する登録制度により、荒蕪地国有化から保護するとある (68 項)。しかし当該制度は、権利の客体としての慣習土地の登録制度、権利の主体である少数民族の登録制度、および権利そのものの登録制度から成る、重畳的なしくみである (69 項)。このような煩瑣な登録制度は、むしろ少数民族の土地利用を排する手続的ハードルとなるおそれがある²⁶。慣習的権利の有効な保護のためには、権利の実体的内容じたいの定義づけが待たれている。

『国家土地利用政策』は将来的に包括的土地法の制定を予定しているが、それに先立ち 2019 年 8 月、英国植民地時代の 1894 年土地収用法を 120 年ぶりに改訂して、「土地収用・移転・生活再建法」が成立した。同法は国際ドナーの関与を背景とする、議員立法で進められたという。同法は、旧法が行政裁量に委ねていた土地収用要件たる「公共目的」の判定基準について、若干の類型規定を設けており (2 条)、① 安全保障、② 国家開発政策に基づく事業、③ 計画に基づく社会経済開発事業、④ インフラ整備・都市村落整備、⑤ 移転・生活再建事業、⑥ その他とする。上記ベトナムの問題状況を後追いするかのように、民間開発事業を公用収用対象として明記したことが目立つ。しかし他方で、農地や再配分地の収用は同法の適用対象から明示的に除外された (2 条 6 号)。これにより農地収用はもっぱら 2012 年農地法 (26 条)・同規則 (64-68 条) による中央農地管理委員会の審査に委ねられることとなり、農地保全政策への配慮が推定

される。しかし連邦省庁や州・地方政府が牽引する農地用途転換（農地法 29-30 条・同規則 78-94 条）が先行すれば、農地法の収用手続を逃れ、2019 年法の強制収用制度活用への抜け道として機能するかもしれない。

2019 年「土地収用・移転・生活再建法」はこのように、土地紛争の主因である農地収用や荒蕪地国有化の問題解決を意図するものではない。むしろ、狭義の公共目的（①や④）に加えて、国家政策・計画のお墨付きを得た民間事業（②③⑤）に強制収用の活用対象を拡張したため、強制収用をめぐる土地紛争は今後ともさらに拡大するであろう。

（４）土地紛争現場の「生ける法」

以上のようにミャンマー土地法は、「法の移植」を受けつつ、農地保全を意図した植民地独立後の法制を排し、土地流動化政策へと歩みを進めている。2012 年土地法改革は「耕作権」の譲渡規制を緩和し、用途転換手続を示し、また権原確定登記制度は既存の権利主張を封じ込め取引促進に資する制度である（Mirror 原則・Curtin 原則）。『国家土地利用政策』を受けた 2019 年「土地収用・移転・生活再建法」は、人権配慮を標榜する背後で、民間の経済開発事業のための公用収用の活用に明文根拠を与えた。

「法の移植」を踏襲する実定法改革に対して、現実の紛争処理現場ではいかなる規範適用がなされているのであろうか。農地法（59-63 条）は「耕作権」権原の所在をめぐる紛争手続を詳述している。村落連合体レベ

ルの農地管理委員会を第一審とし、タウンシップ、郡、州・地方レベルへ随時上申する 4 階層の不服審査制度を設ける。土地権原に関する地方レベルの判断は終極的であり、裁判所をも拘束するとする（農地法 25 条 c 項）。筆者はこのうち主に基層行政レベルの農地管理委員会関係者に聴き取りを実施した²⁷。

（i）権原確定をめぐる紛争

第一の紛争局面は、2012 年農地法による権原確定登記制度の実施に際して、権原証書の発給に対する異議申立てである。その背景は様々であり、筆者の聴取りのかぎりでは、単に農地法による一斉登記実施を知らず申請が遅れた例、少数民族に一斉登記の実施が報知されなかった疑いのある例、不在地主と耕作者の争い、1953 年土地国有化法時代に規制されていたインフォーマルな担保権の実行、耕作放棄を理由に土地保有台帳上の記載が抹消された例、などである。

2017 年 1 月時点、筆者はタイとの経済交流盛んな成長地域ミャンマー南部タニンダリー地方（10 タウンシップ、3 郡から成る）のメイク郡にて、各層の土地管理委員会への聴取りを実施した。農地法実施の 2012 年当初は、基層レベルの権原紛争は 20 件、タウンシップ・レベルへの上程 4 件、郡レベルへ 3 件であった。同じ年、タニンダリー地方全体では、タウンシップ・レベルへの上程 11 件、郡レベルへ 7 件、終極審である地方政府レベルに 4 件であった。しかし翌 2013 年度から権原紛争は激増し（数値は得られず）、ようやく 2016 年度に減少に転じたという（タウ

ンシップ・レベル 32 件、郡レベル 30 件、地方政府レベル 19 件)。

これらの数値では基層レベルの成功率が目立つ。メイク郡所管の 2 つの村落連合体にて土地管理委員会の公益委員 4 名に聴取り機会を得たが、成功の秘訣は徹底した真実発見にあると各自断言した。真実発見とはすなわち、1953 年土地国有化法から 2012 年農地法に受け継がれた「耕作権」の主要要件である、「耕作」の事実である。真実究明手法は書証に依存せず、公開・対審方式の調停手法によるといい、必ず両当事者出席のもとで納得の行くまで議論する。基層レベルの審理期間は 15 日と法定されていることから、昼夜を徹して審理を重ねるという。

2012 年の一斉登記実施から 4 年を経ても、権原確定をめぐる紛争が続出していることが興味を引く。本来のトーレンズ式権原確定登記制度においては、異議申立てに短期の除斥期間を設けて早急に打ち切り、権原を早期確定する点に狙いがある。ミャンマー 2012 年農地法は除斥期間を明示していないため、権原登記から数年立っても権原異議が跡を絶たないのであろう。「法の移植」ドナーの視点からすればトーレンズ式登記制度の移植の失敗例と言えるだろうが、紛争処理に携わる委員らは最後の一筆まで真実を確定するとの意欲を示した。

(ii) 「耕作」要件の判定基準

首都ネピドーの郊外 Lawei 郡の某村落連合体 (6 か村) にて、2018 年 8 月時点、首長以下の農地管理委員会に聴き取りの機会を得

た。同地域では英国植民地時代に確定した土地保有秩序が安定的に維持されてきたことが、歴代の地籍図から確認できる。全 1,500 世帯のうち 4 割が農家で殆どが自作農であり、残る 6 割はいわゆる土地無し層だが商業・サラリーマン世帯として離農している。2012 年農地法下の権原証書の発給に対する直接の異議申立て事件はわずか 2 件だが、この他に相続紛争に絡んで兄弟間で権原証書の保有を争ったケースが散見される。これらの紛争解決規範が「耕作」要件の認否であることは、上記メイクの場合と同様である。「耕作」の実質的な判定基準は、1953 年土地国有化法時代の運用基準に基づき、最低 5 年間の継続的耕作である。

紛争解決の方式は公開・対審方式の調停により、両当事者出席のもとで議論を尽くすといい、上記メイクと同様である。これらの係争の一部は上位の行政的紛争解決に上訴され、さらに裁判所で争われたが、裁判所は農地管理委員会の判断を尊重して結審する傾向にあるという²⁸。

1953 年土地国有化法時代にも村落内部の農民間の賃貸・融資担保等の取引はあり、村長の目前で契約締結を行なうことにより公証し、またタウンシップ・レベルの農業灌漑省統計局が管轄する地図に付記する方式で記録してきたため、「耕作権」の所在が混乱することはなかった。しかし今後は 2012 年農地法のもとで村落外部との取引が出てくるとすれば、従来の方法では「耕作権」の所在を把握できなくなるおそれを抱いている。

(iii) 少数民族の荒蕪地国有化

モン州モールメン市近郊の4か村における住民リーダー7名に、2019年8月時点面談の機会を得た。いずれも少数民族モン族の農地に対する荒蕪地国有化の係争を抱え、農地管理委員会による行政的紛争処理で決着せず、州議会に陳情中であるという。同地域では若年層のタイへの出稼ぎ流出が著しく人手不足から、また近年の洪水により、休耕を余儀なくされていた農地を、地元政府が耕作放棄と見なして無償で没収し、灌漑用ダム建設事業や民間開発事業に供せられた事例群である。係争農地はいずれも、1953年土地国有化法の下で土地保有台帳に記載済で、土地保有証書を有し、また納税領収書も保管していた。しかし2012年農地法の権原確定登記の一斉実施に際して、行政から報知を受けず、権原証書を申請しなかったという。その結果、荒蕪地として没収された模様である。彼ら農民の信念は、何年休耕しようとも父祖から受け継いだ権利は揺るがないとするものであり、モン族農民の抱く「生ける法」と見られる。ビルマ族の作った実定法規と矛盾するというならば、実定法規に優位する少数民族の人権を主張して闘うという。

以上の3地域では、2012年の権原確定登記制度導入に伴う一斉登記を通じて、過去の強制収用や荒蕪地国有化、また民事紛争などの眠っていた紛争が炙り出された感がある。権原確定型登記制度は本来、権原登記を欠く者の異議を封じ込める制度モデルであるが、基層レベルの紛争解決現場は、一斉登記から

何年経ても真の耕作者の同定に意欲を燃やしている。「耕作」要件は、廃止された旧法に依拠して判定される。少数民族は権原登記に関知せず自らの権利観念を譲らない。「法の移植」を受けた実定法規の改革が、隠れていた社会規範を顕在化させたのである。

4. 総括—歴史的実定規範としての「生ける法」

本稿では、ベトナムとミャンマーにおける土地法分野の「法の移植」を受けた実定法規の変化を辿り、また紛争状況を観察した。ベトナム1993年土地法もミャンマー2012年農地法も、農地譲渡制限の緩和とトーレンズ式権原確定登記制度の導入を骨子とする「法の移植」の例であった。さらにベトナム2003年土地法は、強制収用制度を活用した民間開発促進モデルの「法の移植」であり、ミャンマー2019年土地収用・移転・生活再建法も同じ性格を示している。

各国で勃興する土地紛争は、ドナーのさらなる立法改革への介入根拠となっているが、しかし原因と結果が逆というべきであり、「法の移植」による実定法規の変動こそが、土地紛争を惹起している。本稿はこれらの紛争の解決現場における規範選択に注目した。ベトナムでは、下級審判断が権原証書の有無に依存せず現実の耕作者の真意を探究する姿勢が見えるが、最高裁監督審はこれを退け、権原証書に依拠した取引促進志向の判例形成を進める姿がある。ミャンマーでは、権原確定登記制度の一斉実施から数年経て異議申立てが

鳴りやまず、基層レベルの行政的紛争解決現場では、現実の耕作の有無を基準に、真の権利者の同定の努力が続いている。

両国から共通して得られる示唆は、社会の基層に、土地は農民の生活基盤であるとする動かしがたい信念が共有されている点である。ベトナムはフランス植民地時代に、ミャンマーは英国植民地法の下で、権原確定登記・荒蕪地国有化・公用収用などの農地流動化メカニズムをすでに経験済であったが、いまなお旧来の社会規範が顕在であることが注目される。時代を超えて存続するこのような社会規範を、アジアの停滞ないし非合理主義として一蹴することはできない。西洋法においても、19世紀ドイツ歴史法学が果たせなかった実証研究を実践したゲルマニストの系譜に、社会の基層に綿々と続く民衆法に着眼する実証研究があり、近年改めて注目されている²⁹。アジア社会の基盤にもまた、植民地化のはるか以前から行われてきた堅固な規範が存在し、それは不文憲法ともいふべきフォーマルな規範であって、現代版「法の移植」の侵入を受けて改めて顕現しつつあるとみることができるだろう。ベトナム農民の頑強な規範意識の背景に、フランス植民地法による土地登記制度よりはるか以前、黎朝・阮朝以来の地簿（Dia Bo）制度のもとで村落秩序が維持してきた土地保有の歴史がある³⁰。ミャンマー農民の規範意識は、13世紀に遡る歴代の法典 Dhammathat が記すように、父祖3代の永続的保有権（myay-thay）は国王なりとも侵害できないとし、また新規開墾や時効

完成中の暫定的保有権（myay-sheng）は占有耕作の継続性を要件とする土地法秩序を、現代に受け継いでいる³¹。

民衆法は、ノスタルジックな地域的慣習ではなく、歴史的に長く行われ社会の基層に定着した、不文憲法と呼ぶべき最も堅固な実定規範のエッセンスを蓄積している可能性がある。「法の移植」のもたらす俄かづくりの自称実定法規がそのような社会規範の一線を踏み越えようとするとき、不文憲法は断固として顕現し、物理的な実効力を発揮すると考えられる。最高裁監督審がたとえ権原登記の確定証拠性の法技術的マジックを弄しても、社会の基層に根づく歴史的実定規範を書き換えることはできない。

「法の移植」が惹起した土地紛争は、私権の本質的定義をめぐる実定的問題である。植民地独立後のアジア諸国は、農地を資本主義取引の客体とした植民地土地法の克服を意図する独自法において、土地を商品化し農地喪失に帰結する「所有権」の用語をあえて遠ざけ、農地耕作者主義を選んだ。ベトナムの「土地使用权」（quyen su dung dat）も、ミャンマーの「耕作権」（loat paing kwint）もその例であり、占有権・使用耕作権を強力に保障しながらも譲渡を制限したのである。そのような私権の再定義は、植民地以前から社会の基層に根づいた実定規範の回復の試みに他ならなかった（Hla Aung 2008）。しかし現代版「法の移植」は、小農保護・慣習法擁護を声高に唱えつつ介入し、各国の私権の名称を外見のみ維持したまま、その実体的内容を改

変して処分権の自由を賦与し、権原確定型登記制度による農地の商品化を導いていく。さらに「法の移植」モデルは、土地収用法・荒蕪地国有化法・都市計画法などの公法的手段を用いて私権を公有化し、農地を土地市場へと吸い上げる。

2017年公表の国連「農民と農村に生きる人々の権利宣言」案（United Nations A/HRC/WG.15/4/2）は17条3項で、慣習的権利・利益や小作権を含むすべての土地上の私権（tenure）が、「強制立退から守られる権利保障（a degree of tenure security that guarantees legal protection against forced evictions）」を謳っていたが、最終的な2018年採択宣言（United Nations A/HRC/RES/39/12）の同条項では「裁量的にあるいは不法に立ち退かされない（not arbitrarily or unlawfully evicted）」との表現に留められた。この表現によれば、実定法規が明文で荒蕪地国有化や公用収用手続などの農地搾取メカニズムを設け、かつ形式手続が踏まれる限り、土地剥奪は「非裁量的」「合法」となり、私権が守られることはない。国連宣言は搾取的な土地法モデルの「法の移植」に、お墨付きを与えるに終わっている。

しかし実定法規の変化が社会規範とあまりにも乖離する局面で、人々はついに怒りの声を挙げ、「法の移植」に追従する議会の間接民主主義を踏み越えて、直接民主主義に立ち上がるだろう。その怒号は、国家実定法規が、社会の基層に受け継がれた堅固な歴史的実定規範に立ち戻るまで、鳴りやまないであろう。

そのような改革の道筋は、一気呵成の立法改革なのか、紛争現場から漸進的に積み上げる法曹法となるのかはわからない。本質的論点は、改革の形式論（法典主義か法曹法か）ではなく、法制度がいかに社会の基層の規範意識を拾い上げる実効的なメカニズムを築きうるかの実質論であろう。エールリッヒは、実定規範を人々の法的確信に支えられた生きた規範として機能させていくために、法学者の不断の営為が必要であるとした³²。ベトナム下級審裁判官やミャンマー公益委員による社会規範の勇気ある吸い上げを、国家制度が一蹴し去ろうとすると、判例評釈を通じて支援の声を上げ、立法改革論へと結び付けていく法学者の不断の活動が期待される。そのようにして、実定法規を「法の移植」のもたらし開発主義の呪縛から解き放ち、「生ける法」に健全に下支えされる規範修正のメカニズムが働くとき、近代資本主義法の自己撞着を救い、人類が地球環境に与える過剰な負荷を正常化する方向性が可能ともなるのであろう。

〈参考文献〉

- 大野美紀子（1997）「フランス軍政期ベトナム南部における村落史料」、立命館東洋史学、20号。
- 奥平龍二（1985）「19世紀ビルマの英国植民地化過程と社会変容：19世紀ビルマの英国植民地化過程における伝統法体系の変容に関する一考察」『東南アジア研究』23巻2号、125-141
- 奥平龍二（2002）『ビルマ法制史研究入門—伝統法の歴史と役割』日本図書刊行会
- 片倉穰（1987）『ベトナム前近代法の基礎的研究：「國朝刑律」とその周辺』風間書房
- 金子由芳（1999）「ベトナムの担保制度をめぐる改革課題」、『広島法学』23巻2号、p.149-172
- 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 (2017) 「ミャンマー契約法に関する一考察」『神戸法学雑誌』、67 巻 1 号、pp.9-47
- 金子由芳 (2018) 『ミャンマーの法と開発』 晃洋書房
- 金子由芳 (2019a) 「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、pp.39-59
- 金子由芳編 (2019b) 「市場経済化諸国の民法典－日本支援の検証テーマ」、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
- 金子由芳 (2019c) 「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 2019
- 金子由芳 (2019d) 「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
- エールリッヒ著・川島武宜訳 (1955) 『法社会学の基礎理論』 有斐閣 (Ehrlich, Eugen 原著 Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913)
- 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
- 高田洋子 (1984) 「20 世紀初頭のメコン・デルタ法における国有地払下げと水田開発」、『東南アジア研究』、22 巻 3 号
- 高田洋子 (2003) 「法と植民地主義－ベトナムにおけるフランス近代法導入をめぐる一考察」、敬愛大学国際研究 12 号
- 高橋昭雄 (1991) 「上ビルマ灌漑村における農地保有と農産物の商品化：下ビルマ農村との比較」、上原弘光編、『東南アジアの土地制度と農業変化』、アジア経済研究所
- 高橋昭雄 (2000) 『現代ミャンマーの農村経済－移行経済下の農民と非農民－』 東京大学出版会
- 森謙二 (1973) 「エールリッヒの法社会学の理論的背景についての一考察－『生ける法』概念の予備的考察」、明治大学大学院紀要 法学篇 11 巻
- Berkowitz, D. Pistor, K. & Richard, J. (2003) "The Transplant Effect." *Am. J. Comp. L.* 163.
- Brunner, H. (1906-1928), *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. 1, 2nd ed. and vol. 2, 2nd ed., Cl. v. Schwerin
- 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
- Caselaw Vietnam Company Limited (2019) *Case Law of Vietnam* Vol.1: 2016 - 2018
- Cordero, J. A. S. eds. (2012) *Legal Culture and Legal Transplants*, Vol. I & II, International Academy of Comparative Law
- David, R. & Brierley, J. (1968/1985 3rd ed.) *Major Legal System in the World Today*, Stevens
- de Soto, H. (2000) *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, New York: Basic Books
- Dilcher, G. (2016) The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization, *Legal History*, Rg 24, Max Plank Institute of Legal History, p.20-72
- Graziadei, M. (2006) "Transplants and Receptions," in Reimann, M. & Zimmermann, R. eds., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford Uni. Press, 2006
- Hla Aung (2008) *Law and Justice in Myanmar*, Yangon, Thida Press
- 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
- Kaneko, Y. (2009) "A Review of Model Law in the Context of Financial Crisis: Implications for Procedural Legitimacy and Substantial Fairness of Soft Laws," *Journal of International Cooperation Studies*, Vol.17, No.3, p.1-16
- Kaneko, Y. (2010a) "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. (2010b) "A Procedural Approach to Judicial Reform in Asia: Implications from Japanese Involvement in Vietnam," *Columbia Journal of Asian Law* 23: 2, 315-358
- Kaneko, Y. (2011) "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. (2012) "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, Y. eds. (2019) *Civil Law Reforms in Post-Colonial Asia: Beyond Western Capitalism*, Springer
- La Porta, R., Lopez-De-Silanes, F., Shleifer, A. & Vishny, R. W. (1996) "Law and Finance," NBER Working Papers No.5661
- La Porta, R., Lopez-De-Silanes, F. & Shleifer, A.

- (2007)" The Economic Consequences of Legal Origins," NBER Working Papers No.13608
- Le T. & Nguyen H. Q. (2014) "Vietnamese Land Law and Dispute Resolution", in Fu, H. & Gillespie, J., *Resolving Land Disputes in East Asia*, Cambridge University Press
- Liebrecht, J. (2014), *Heinrich Brunner (1840–1915) im Spiegel seiner Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main
- Nguyen Hong Hai (2019) "Some Fundamental Studies on the Revised Civil Code of Vietnam 2015," in Yuka Kaneko, eds., *Civil Law Reforms in Post-Colonial Asia: Beyond Western Capitalism*, Springer 2019
- Pistor, K. & Wellons, P. (1999) *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960–1995*, New York, Oxford University Press.
- Qiao Shitong (2018) *Chinese Small Property*, Cambridge University Press.
- 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
- UNDP/UNHABITAT/Norwegian MOFA (2009) "Guidance Note on Land Issues Myanmar", UNDP
- Upham, F. (2018) *The Great Property Fallacy*, Cambridge University Press
- USAID (2008) "Supporting Vietnam's Legal and Governance Transformation", USAID
- USAID (2013) "Country Profile: Property Rights and Resource Profile of Burma", USAID
- Watson, A. (1974) *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh.
- World Bank (1975) "World Bank Land Reform" World Bank Sector Policy Paper Series, World Bank
- World Bank (2011) "Land policy: securing rights to reduce poverty and promote rural growth", World Bank
- World Bank (2012a) "Revising the Land Law to Enable Sustainable Development in Vietnam, World Bank Policy Note", World Bank Hanoi
- World Bank (2012b) "Compulsory Land Acquisition and the Land Law to Enable Sustainable Development in Vietnam", World Bank Policy Paper 64891, World Bank.
- Zweigert, K. & Köts, H. (1998) *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press

注

- 1 エールリッヒにいう「生ける法」の法源の本質について、森 (1973) の論考を参照。
- 2 1990年代前半に社会主義体制移行諸国向けの「法の移植」の先陣を切った欧州復興開発銀行 (EBRD) は、立法改革を導くモデル法の提供を開始するとともに、その忠実な導入度を格付けする "Legal Indicators Survey" と称する評価指標を導入した。これら指標は各国の法制改革のモデル法踏襲性の評価 (legal reform) と併せて、裁判過程での実施 (Enforcement) をも評価対象とした。こうした評価は、モデル法の端的な移植を計測するに留まり、モデル法の社会的インパクトを評価するものではなかった。1990年代後半以降に社会的成果の計測手段として世界銀行 "Governance Indicators" 等が開発されたが、投資家向けカントリーリスク評価に依存する主観性が問題である。
- 3 日本の法務省を主体とする法整備支援活動が、世銀・ADB等の推進するモデル法と対立し譲歩を迫られた事例は数多い。Kaneko (2010a)、(2010b)、金子 (2010)、金子 (2019a) 他。
- 4 詳しくは金子 (2019d) 参照。
- 5 経緯につき、金子 (2010)、Kaneko (2010b) 参照。
- 6 2003年から2006年までの3年間に自然資源環境省に対して3万件の土地紛争が殺到したとする報告がある (World Bank 2011, p.2)。
- 7 世銀の土地法改革の一般の方針について Bruce (2006)。
- 8 1925年政令による。同制度の実証研究として大野 (1997) 他がある。
- 9 高田 (1984) 参照。
- 10 2019年3月時点、筆者の Hun Yeng 省 Van Giang 郡人民委員会自然資源環境部土地紛争担当課長への聴き取りによれば、計画段階の住民参加は行政側の一方的説明会に留まり形骸的であるという。その原因は人民委員会決定が人民意思を代表すると考える依存的な住民体質にあるとした。
- 11 草の根調停及びコミュニティ調停を経てのち、コミュニティ調停不調の場合に、権原証書があれば即時に提訴しうるが、権原証書を欠く場合は郡級人民委員会による調停を経なければならない (203条)
- 12 ハノイ近郊某コミュニティにおける民間開発事業のためのコミュニティ人民委員会による土地回復に対する異議申立て事件で、2014年12月時点、行政訴訟の原告団リーダーである農民3名への筆者の聴き取りによれば、地方裁判所は、全関係当事者の訴訟参加を必須とする社会主義訴訟法の原則に拘らず、30名余りの訴訟当事者を個々に審理し、補償額について異なる判決を与えていた。当事者らは、裁判所が当事者間の

- 分断を図って行政側に有利な結論を誘導しているように感じるとしていた。
- 13 2017年10月および2019年3月時点、ベトナム司法省民法典起草委員・ハノイ法科大学准教授 Nguyen Hong Hai 氏への聴き取りによる。
- 14 同上 Nguyen Hong Hai 氏への聴き取りによる。
- 15 片倉（1987）参照。
- 16 ロシア1995年民法典、また中国が漸進的に定立した1986年民法通則・1997年契約法・2007年物権法などに影響を受けた動きであった。金子（2019b）参照。
- 17 2019年3月時点、ハノイにおける大手弁護士事務所 Bizlink Lawyers、また地場系弁護士事務所 TC & Partners の弁護士各氏への聴き取りによる。2015年民法典の導入当初は、規制の多い「土地使用权」や「土地リース」から空中や地下の利用権を新たな取引対象として切り分け、高架鉄道や地下鉄事業などの大規模事業の資金調達に資する新たな権利としての期待、また法人にとって禁じられた土地リース上の再リースを可能にする便法としての期待など、大いに歓迎されたという。しかし自然資源環境省の保守的な態度などから、期待感は急速に冷めたとする。
- 18 当時、下級審判決の独立性向上のために実施されていた日本の民事判決書支援事業が一時頓挫したことも傍証である（Kaneko 2010b）。
- 19 以下ベトナム最高裁裁判官会議決定の判例集として Caselaw Vietnam（2019）による英訳を参照した。
- 20 2014年4月時点の大統領府報告書によれば全国で7,600余件の土地篡奪事例が報告された。
- 21 主に IFC の内規 Performance Standards を基準にミャンマーの土地収用手続や補償水準を評価し、強制収用形式から任意交渉形式への重点化、生活再建支援などの支援積み増し、住民参加・協議の促進などを提言している（IFC 2015）。
- 22 英国植民地化直前まで汎用的に実施され後日英訳された *Manugye Dhammathat* 第8章に財産法の記述がある。永続的保有権（*myay-thay*）は親子3代の継続的占有耕作により取得される確定権原だが、暫定的保有権（*myay-sheng*）は相続や売買や時効完成や新規開拓により取得する権利であり第三者異議の余地がある。
- 23 たとえば UNDP/UNHABITAT/Norwegian MOFA（2009）序文参照。
- 24 農地再分配の進捗は頓挫し、1963年小作法等の小作農保護政策に終始した。高橋（1991）、（2000）他。
- 25 詳しくは（金子 2018）
- 26 少数民族の土地利用保護の制度モデルは、世界銀行・ADB・ドイツ GIZ が支援したカンボジア 2001 年土地法で採用され、国際的支援において浸透しつつある。しかし、慣習土地の登録制度、少数民族としての集団登録制度、またその集団として行う慣習的土地利用権登録制度と、重畳的な手続過程をクリアして初めて保護を享受できる制度的煩瑣が問題であり、また現地政府のガバナンス能力に依存する。詳しくは Kaneko（2010a）、金子（2010、2019c）。
- 27 ミャンマーの土地法分野では植民地時代以来、行政的紛争解決の終極性が明文化され、司法審査を排してきた（たとえば権原紛争について 2012 年農地法 25 条 c 項等）。最高裁判所による令状審査権（*writ*）が憲法上制度化されているが、実定法規に行政判断の終極性が明文化されている場合は、明確な権限踰越がないかぎり令状審査の対象とされない。詳しくは金子（2018）第一章。
- 27 この点は、上述のように 2012 年農地法（25 条 c 項）が行政判断の終極性を規定するゆえであろう。
- 28 G. ベセラーや O. ギールケの後継者 Heinrich Brunner の歴史的検証が、ローマ実定法とは異なる、ローマ末期から中世へ連なる民衆法を見出し、ローマ実定法に依拠して創作された近代資本主義法の非科学性を炙り出したとする Liebrecht（2014）、Dilcher（2016）p.37 以下。
- 29 Jaluzot（2019）、高田（2003）他。
- 30 奥平（1985）、Hla Aung（2003）、金子（2018）第三章。
- 31 Ehrlich（1912）、川島 1955）。

Contemporary “Legal Transplant”: A Review of Land Law Reforms in Vietnam and Myanmar

KANEKO Yuka*

Abstract

While “legal transplant” is a topic continuously explored in the field of comparative legal studies, this paper purports to incorporate the contemporary context of international donor-driven legal reforms in Asia into the main stream of “legal transplant” studies. In contrast to the traditional arguments on “legal transplant” that have focused on the formal law, either statutory law or jurisprudence, this paper finds it the task of the Asian comparativist on law & society to pay attention to the conflict of norms in the interface between the “transplanted” formal law and the local norms which has historically been inherited in the fundamental basis of the social normative order that has been succeeded for unmemorable long time until constituting the unwritten constitution of the society. Even the powerful donor agencies would not be allowed to intervene to the essence of such firmly and commonly established fundamental belief of a society.

This paper focuses on the land law reform in Vietnam and Myanmar, each representing the different legal family, civil law and common law, while sharing commonness in that both has attempted an independent law-making in the post-colonial nation-building period to restore the pre-colonial land regime that secured the livelihood basis of agricultural population. Both legal concepts of “land use right (*quyen su dung dat*)” in Vietnam and “land use right for cultivation (*loat paing kwint*)” in Myanmar have been the product of law-makers’ restorative attempt of farmland security, while intentionally avoiding the usage of term “ownership” containing the freedom of disposition that will result in the capitalist transaction of land as commodity. However the contemporary land law reforms led by the donor-oriented “legal transplant” in these countries have resulted in the plunder of such sincerely chosen name of peasants’

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

rights for farmland security policy, by reintroducing the same mechanisms of land exploitations as existed in the colonial days, such as the Torrens style land titling system coupled with the deregulation of farmland transactions, as well as the waste land nationalization method and the extended application of land expropriation to the privatized projects.

When the indirect democracy via parliamentary system only results in the controlled law-making for the farmland exploitation under the donor pressure of “legal transplant,” local agricultural population will dare to rise to claim the core essence of the social norm descended from the unmemorable past as unwritten constitution. It is a task entrusted to the Asian comparativists to identify the workable mechanisms to induce such hard core social norms into the reformation of formal law, which might be a contribution to requisitioning, and bringing an end to, the centuries’ long movement of “legal transplant” since Roman law reception that established, spread, and has expanded the modern capitalist law until losing its self-control.