

# 所有者不明土地問題における開発主義： 東日本大震災十年の事例検証

金子 由芳\*

## 1. はじめに

日本国憲法 29 条 1 項は「財産権は、これを侵してはならない」と私権保障を宣言するが、しかし続けて 2 項は「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」のためには法令で私権を無償で制限できるとする根拠を与えてきた。ここにいう「公共の福祉」とは多義的であるけれども、災害復興における防潮堤建設や土地区画整理事業などの安全対策を目的とする公共事業は当然に含まれるとされる<sup>1</sup>。このため、災害により人的物的被害を被った被災者が、続けて安全対策を謳う大規模公共工事に取り込まれ、数年間にわたって生活再建を阻止されたまま仮設住宅で苦渋の待機を余儀なくされる、「二次被災」とも「復興災害」とも称される問題を来してきた<sup>2</sup>。

筆者は、安全対策の大義名分のもとに行われるこうした国家事業による被災者の私権制限が、どこまで許されるのかに関心を有している。日本の判例法が憲法 29 条 2 項の解釈として、制限の重要性や態様、また制限される私権の内容を衡量する比例原則を要請していることに注目し<sup>3</sup>、まずはその衡量の右辺である安全対策の態様について、別稿で事例に沿って検討した<sup>4</sup>。その結論として、東日本大震災後の国の復興基本方針の「多重防災論」に見る、中程度の災害リスク（数十年か

---

\* 神戸大学社会システムイノベーションセンター教授

ら百年クラスのいわゆるレベル1津波)に標準を合わせた防潮堤等による過渡的な安全対策では、東日本大震災クラス(レベル2津波)の安全を達成することができず、そのような過渡的な安全のために被災者の生活再建を数年の長きにわたって規制する私権制限は比例原則に悖り、違憲の疑いがあるとする指摘を行った。本稿では、比例原則の左辺である私権の内容にさらに立ち入り、被災者の生活再建のよすがである財産権が、東日本大震災後の復興公共事業の進捗を旨とする急進的な法改正のもとでさらなる危殆に瀕しており、比例原則のバランスが一層悪化する現実を、事例に依拠して明らかにすることを目的とする。

そのような被災者の私権を取り巻く制度変化を観察するうえで、本稿はとくに東日本大震災後の登記制度のありように注目したい。東日本大震災を契機に「所有者不明土地問題」が叫ばれ、その対策として不動産登記に関わる一連の制度改革が展開したが、それは今日アジアの発展途上諸国で世界銀行等の国際開発機関が推進する「トーレンズ式登記制度」と称される強制登記制度と類似する。トーレンズ式登記制度は、19世紀の英国植民地の産物で、登記簿記載という行政行為により新たな私権を創出し(title by registration)、確定力(indefeasibility)を与える制度であるが、当制度が強制登記制度として実施されると、「登記なくして私権なし」(registration alone confers title)の原則を確立し、一片の登記に反映されない現実の私権秩序が否定される恐るべき効果を発揮する

(mirror effect)<sup>5</sup>。開発経済学においては登記による私権確定(land tenure security)が土地流動化を促し経済開発・貧困削減等の開発課題の実現に資するとする一連の議論が重ねられ、世界銀行等の国際開発機関が今日のアジア・アフリカで推進する土地権原確定事業(land titling)に論拠を与えている<sup>6</sup>。しかしこのようなトーレンズ式登記の推進論に対しては、筆者はこれまで、次の2つの事実を指摘してきた。一つは、今日の国際開発機関が推進する同制度は19世紀植民地時代にアジアにもたらされ土地剥奪の道具となった植民地法の復活であり、植民地独立後に多くの諸国はその克服を意図して土地改革を実施したこと<sup>7</sup>。第二に、先進国においてトーレンズ式登記制度を実施する例がほとんどない事実である。大陸法系民法典を有する諸国のうちフランス法系諸国の登記は任意制度であり、また強制登記制度を有するドイツでも登記の効力はあくまで善意者を保護する公信力に留まり、悪意者について私権を確定する効果はなく、また現実の権利者による取得時効制度を否定していない<sup>8</sup>。米国ではイリノイ州など一部の州であくまで任意制度としての登記制度を有するのみで、多くの州は今なお土地証書を介した伝統的な土地法に依拠している。トーレンズの母国である英国においてすら、2002年土地登記法に至って初めて強制登記制度が採用され、しかも強制といっても緩やかであり次回の権利変動(売買や相続等)まではただちに登記義務はないため、未登記の権利関係が存続しており、また現実

の占有による取得時効制度 (adverse possession) も許容されている<sup>9</sup>。そもそも国家の行政行為が私権の存否を確定するトーレンズ式登記制度が憲法上の私的財産権保障の違反であるという観念は先進国で根強く、米国イリノイ州では判例で行政確定制度が違憲として廃止され、英国やオーストラリア等のコモンウェルス諸国では行政確定の誤謬を正す賠償制度 (indemnity) がトーレンズ式登記制度の合憲性の担保と考えられている<sup>10</sup>。先進国にとってかくも不要ないし厄介なトーレンズ式登記制度を、世界銀行等がアジア・アフリカ諸国に対して強硬に推進する合理的説明は十分でなく、各地で19世紀植民地の土地剥奪を彷彿とさせる深刻な土地剥奪問題を招いている<sup>11</sup>。

東日本大震災後の日本において、復興の名のもとに「所有者不明土地問題」の解消が叫ばれる現状は、あたかも近年のアジア・アフリカ諸国が植民地独立後の土地改革の理念を後退させ、外資導入のスローガンのもとトーレンズ式登記制度の復権に向う姿と重なる。しかしトーレンズ式登記制度の経済効果については、経済学者の間でも議論がある<sup>12</sup>。法律論としても、とくに、市民革命を経て一物一権主義の所有権秩序を打ち立てた大陸法系民法典を受け継ぐ諸国にとっては、トーレンズ式登記制度は屋上屋を重ねる意味しかない。というのは英国土地法は所有権概念を欠き、封建秩序を今日まで引きずっているため、一物の土地上に歴史上の発生時期の異なる複数の権原やそれらからの派生権利を化体する

権原証書 (deed) が複数入り乱れているので、土地利用・取引の障害であり、トーレンズ式登記制度により一物一権的な私権秩序を打ち立てたいという改革意図はことさら強いと理解できる<sup>13</sup>。しかし逆にいえば、歴史的に一物一権的な農村秩序の確立した日本を含むアジアでは、近代的な所有権概念の導入以前から土地利用・取引促進の基盤があったというべきで、ましてや一物一権主義の民法典を有する今日では、ことさらトーレンズ式登記制度を導入する意義が乏しい。

むしろ被災者の私権保障という視点から現象を眺めるとき、「登記なくして私権なし」とする強制登記制度への接近は、災害に乗じた、国家行政の介入による私権秩序の侵害を懸念させる。憲法29条が「財産権は、これを侵してはならない」とする私的財産権保障は、国家による私権秩序への介入を禁ずる宣言である。この保障の射程は、個々の所有権のみならずそれを取り巻く一体的な私権秩序に及ぶと解されており、災害復興においてはそれは被災者の生活再建基盤の総体である。本稿は、東日本大震災後に復興公共工事の促進を掲げて展開された登記制度の改革が、被災者の生活再建の基盤である私権をどのように処遇するものであったのかに注目する。

以下2. ではまず方法的視座として明治の近代法導入以来の日本の登記制度の経緯を整理し、3. では東日本大震災後に喧伝された「所有者不明土地問題」の論点を確認し、4. では筆者が震災以来足しげく通ってきた岩手県沿岸被災地における事例を通じて実証的な

検証を行い、5. で総括的検討を行う。

## 2. 日本の登記制度と民法典

### (1) 阻止された強制登記制度

日本の近代資本主義法継受に際して、外来の法制度を、土地利用という現実社会の实在の規範秩序と接合する難問に当たって、選択肢は3つほどあったと考えられる。一つは外来法を制定法として定立するかたわら、既存の規範秩序のインフォーマルな存続を容認する法的多元主義。その対極は、画一的な所有権制度を定立し、これにそぐわない既存秩序を解消する近代主義。そして第三の選択肢は両極の中間で、既存秩序を可能な範囲で公認するためにむしろ外来法の側を柔軟に改変する現実主義である。日本同様に19世紀に西洋近代法に遭遇したアジア諸国では、植民地支配の通例として、西洋人に近代法を適用しつつ現地民に現地法適用を許す法的多元主義が採用された<sup>14</sup>。これに対して、植民地支配を免れた日本では、当初意図した端的な近代主義が社会的抵抗に出会って後退し、現実主義を産んでいったように認められる。そのような現実主義とは、「法と開発」学の表現でいう「インフォーマル法のフォーマル化」であり、立法の起草過程で近代法が修正され既存の社会規範を一定程度取り込むので、そのようにフォーマル化した社会規範は法的紛争解決（裁判あるいは evaluative な調停の承認執行）を通じて国家主権による執行性を保障される。法的多元主義では既存の社会規範はあくまでインフォーマルな慣習法

(customary law) として存続を許されるのみで、最終的な執行性が担保されないこととの相違である<sup>15</sup>。

登記制度は、このような近代法継受方針の相違を際立たせる法領域である。法的多元主義のもとで開始したアジア諸国の登記制度が、フォーマル法による慣習法秩序の駆逐手段として機能したのは、慣習法上の地位に留められた私権の執行力の不在が原因であったと考えられる。これに対して日本の登記制度の変遷は、現実主義の足跡と考えられる。

江戸期の日本の農村秩序は、一物一権的な耕作者の地盤所持を基盤としており、近代的所有権制度と接合しやすかったと考えられるが、それはアジア各地の稲作地帯の状況と異ならない。個人的所持は、1643年田畑永代売買禁止令の農地流動化禁止により、富裕層への土地集中による貧農の没落を防ぐ保護政策に守られ、山林・水利の集団的権利（入会権）とともに農村経済の基盤であった。近世後期には質流れなどを通じて土地流動化が起こっていたともされるが、明治初期に土地持ち自作農はなお7割を占め多数であった。しかし明治維新後の地租改正（1873-79年）が採用した選択は徹底した近代主義であり、地券売買を通じた土地流動化を解禁した。地租金納に耐えかねた耕作者は自作農から小作・土地なし農民の地位へ転落し、明治末期にかけて自作農比率は3割まで減退した<sup>16</sup>。同時代、アジア各地でも同様の地租改正が展開していたが<sup>17</sup>、既存の社会秩序に配慮しつつ漸進的に進められた結果としての法的多元主義

が基調であったのに対して、日本の地租改正は一気呵成に全国一斉に貫徹されていった包括性・急進性が特色と考えられる。

このような急進的な近代主義が社会的軋轢を高めたことは疑いなく、日本の近代法整備はその軋轢の渦中で行われたことになる。日本初の民法典は、フランスの法学者ボアソナード（Gustave Émile Boissonade、日本滞在は1873-95年）の起草による1890年制定のいわゆる旧民法である。当時、不平等条約改正交渉の切り札として、明治政府は早期の民法典制定を意図したが、ボアソナードは長年をかけて日本社会を観察し、社会的ニーズに配慮した現実主義的な制度設計をいくつも民法典に盛り込んだ。第一回帝国議会はボアソナード民法を形ばかりは制定したが、施行することなく、別途、穂積陳重・富井安章・梅謙次郎の3博士に国策に沿った民法典の起草が委嘱された。その成果が現在に引き継がれる日本の現行の民法典である（1896年制定、1898年施行）。

しかし3博士は、物権編においてはボアソナード民法の発案を継承した面が多く、研究対象となっている<sup>18</sup>。その第一は、当時すでに先立って制定されていた強制登記制度を廃し、登記の効力を対抗要件に留めた点である（民法176-7条）。当時、地租改正による土地台帳・地券発行と並行して、1886（明治19）年制定の不動産登記法が発効していた。同法は制定当初、登記を第三者対抗のための任意登記制度として導入されたことが文言から読み取られるが（1条「売買譲与質入書入の登

記を請んとする者は…登記を請う可し」、6条「登記を為さざる…第三者に対し法律上其効なきものとす」）、しかし翌1887（明治20）年には早くも同法改正が実施され、登記を物権変動の効力要件とする文言に変更されていた（1条「売買譲与質入書入を為す者は…登記を請う可し」）。しかも同改正法の付則40条は、「戸長の証書」を証拠とする所有権の原初登記を認めた。このように制定翌年のささやかな付則改正を通じて、日本の登記制度は新たな所有権を創出する手段（title by registration）として定立されたのであり、かつ任意登記制度から強制登記制度へと大きな舵が切られたことは注目に値する。かかる権原確定型の強制登記制度は、当時、アジア植民地各地を席卷していたトーレンズ式登記制度に酷似する<sup>19</sup>。その効果として未登記の既存の権利が捨象され、資本家への土地集中が促進される道具立てであった。

このように1887年改正不動産登記法が強制登記制度を歩み出していたなかで、1890年ボアソナード民法があえて登記を対抗要件に留めた選択は、国策への対決に他ならなかったと考えられる。それは未登記の貧農と農村秩序に配慮したボアソナードの現実主義であったろう。現行1896年民法典もまた、ボアソナードの対抗要件主義を引き継いだ。このことの革新的な意味は、未登記の私権、つまり既存の土地利用の現有秩序をそのまま、フォーマルな実定法のもとで許容したことにある。しかも3博士の民法典は、未登記の個人的権利のみならず、農村秩序の基盤をなし



ていた集落共同の土地利用慣行である入会権を財産権として明文で許容した。すなわち民法総則で当事者の慣習を民法典の任意規定に優位させる明文(92条)を置いたのみならず、物権編で集落共同の土地利用秩序である「入会権」を肯定する2つの明文を置いた(163条・194条)。

現行民法典はこのように未登記の既存の土地利用秩序を、個人的権利のみならず集团的財産権を含めて、フォーマルな実定法において肯定し、西洋由来の法典の任意規定に優位することを明言したのであった。この現実主義の結果、上記の不動産登記法との矛盾は避けられない。そこで、1899年に成立した新たな不動産登記法が、この矛盾をあたかも棚上げするかのように、登記が効力要件であるか対抗要件であるかの明記を避けた(1条「登記は左に掲げたる不動産に関する権利の設定、保存、移転、変更、処分の制限又は消滅につきこれを為す」)。そのため日本の不動産登記制度は今日まで、フランスの証書登記型制度と異なる権原登記型制度でありながら、民法典上でその効果を対抗要件に留められるという、独自の道を歩むこととなった。

## (2) 占有権が支える取得時効制度

ボアソナード民法の現実主義の第二点として、「占有権」を物権の一として位置づけた点が注目され、3博士の1896年民法典もこれを維持した。ボアソナードの母国フランス法は物権と債権の峻別を採らないが、日本民法は統一ドイツの民法典起草過程の議論に影

響を受けて、物権と債権を峻別し、かつ物権法定主義(numerus clausus)を厳密にして所有権の負担となる制限物権のラインナップを限定した。所有権の交換価値を最大化する資本主義促進のメカニズムである。しかも上記の1899年不動産登記法は、所有権のみならず地上権・永小作権・地役権・先取特権・質権・抵当権・賃借権の設定・変動を登記対象として明記しながらも(1条各号)、登記に際して地主(登記義務者)の出頭を要件としたので(26条)<sup>20</sup>、所有権を障害する制限物権の存在を極力抑制する政策志向が伺われる。これは同時代のアジア諸国で適用されたトーレンズ式登記制度における、いわゆるcurtain原則に相当し、結果として土地所有権の交換価値の最大化、流動化に資する制度設計であった。

しかしこのように絞り込まれたはずの物権リストの中に、ボアソナード民法はあえて「占有権」を含めたのである。その意図は、地租改正以降に一度は小作の地位に陥った農民に、取得時効制度を通じて時間をかけた所有権への格上げ機会を与えようというラディカルな狙いであった可能性がある。同時代、アジア植民地各地で展開されたトーレンズ式登記制度は、登記による権原確定(title by registration)に対する重大な例外である取得時効制度(adverse possession)を廃止するか、極力限定する傾向を示していたが、これとは対照的に、ボアソナードはことさら取得時効制度を重視していた。ボアソナード民法の注釈には、彼が取得時効制度による所有

権生成の根拠として、原所有者の管理上の過失ではなく、むしろ占有者の実効的な権利の存在を推定証拠とする思想を有していたことが伺われる<sup>21</sup>。「占有権」をあえて物権として保護するという奇抜な発案の背後に、現実の耕作者による取得時効を可能ならしめようとする意図をうかがうことができる。

3博士による1896年民法典は、このように「占有権」を物権と構成するボアソナードのラディカルな制度選択を受け継いだ。その意図を、3博士の一人梅謙次郎は、「本章に占有権と謂えるは法律が占有を保護するために興うる所の一切の権利を総括したるもの」と曖昧に記述している<sup>22</sup>。しかしなぜあえて総括が必要なのか。その意図は、地租改正以後に所有権としても永小作権としても保護されることのなかった「占有」が社会に実在する現実を認識し、物権法定主義の下にこれを組み込むことによりあえてその実在の権利をフォーマルな制度に救い取る意図ゆえであろう。上記のように、現行1896年民法典の起草時点では、当時の1887年改正不動産登記法が登記を物権の効力要件と定めていたため、農民は未登記の所有権のみならず、未登記の永小作権や賃借権を主張することも困難な状況にあった。多くの農民にとって農地との紐帯を守る最後の救済の砦として、物権としての「占有権」が残され、それは取得時効制度と結びついていたと考えられる<sup>23</sup>。

### (3) 制限物権の保護

ボアソナード民法はまた、「賃借権」を物

権の一として位置づけた点が特異的であった。注釈では、フランス法は賃借権を債権と位置づけたが物権的側面も残していると説き起こし、日本では賃借権の一層の保護によってこそ農業や商工業を益すると断じている<sup>24</sup>。さらにフランスでは封建遺物として廃止された「永借権」「地上権」を、日本では賃借権の特別類型として許容すべきだと説く。すなわち日本では通常「永借権」は貴族・寺院等の領地で領民が新規に開墾した土地上に存在し、領主の変遷があっても永続的に承継されてきたため事実上の所有地であるとし、地租改正時点で領主の上位権利を買取り名実ともに所有権を獲得する道があったが、買取る資力のなかった主体も少なくなかったので保護を要するとする<sup>25</sup>。「地上権」についても、自然災害の多い日本では他人の土地上に地上権の設定を受け自ら家屋を建て、災害時の家屋の喪失リスクを負担する代わりに低い地代を享受する階層が多いとして、その保護の必要性を強調した<sup>26</sup>。

3博士の1896年民法典は、ボアソナードの意図を継承し「永小作権」「地上権」を物権として明記した。「賃借権」を物権リストに含めるというボアソナードの発案はさすがに踏襲されなかったが、ただし不動産賃借権については登記を要件として第三者対抗を認める特別規定を置いた(605条)。現実には、上記のとおり不動産登記法が地主(登記義務者)の出頭を必須としたことから、不動産賃借権の登記はほとんどなされることはなく、地盤の売買に伴い新地主が借地人の立ち退き

を迫るいわゆる「地震売買」の横行を民法典は止められなかった。この課題は、その後の判例法の蓄積を経て、特別法に引き継がれていき、借地人が借地上の自有建物について単独で登記を為すかぎり不動産賃借権登記と同様の法的効果を与えるとする1909年建物保護法、1921年借地法・借家法、また災害後5年間は建物登記の有無を問わずに一般的な救済を与える1949年罹災都市借地借家臨時処理法などの一連の特別法に結実した。

このように、所有権として安堵され得なかった生活者の権利を、長期借地権として保護し、底地の所有権売買による立退き圧力に対抗させていこうとする法技術論は、植民地法の土地篡奪に苦しんだアジア各地にも見いだされる。英国植民地ビルマでは英国支配が農民に所有権を認定せず、“landholder's right”を賦与したに留まるが、独立後の1953年土地国有化法はこれを農地耕作者主義で守られた耕作権 (loat paing kwint) に転換した。インドネシア1960年法は国有地永小作権 (hak guna usaha) や地上権 (hak guna bangunan) に、所有権 (hak milik) と同等の保護を与えている。日本もアジア諸国も長期利用という法益が共通するのは、稲作を主体とする社会経済に時代を越えて受け継がれた安定的な既存秩序が実在するからであり、しかし突如それが近代所有権制度に席卷され、そのもとで辛うじて制限物権として生き延びる運命を強いられたからであろう。

### 3. 災害復興と所有者不明土地問題

#### (1) 強制登記制度への回帰

上記のように、日本の現行民法典がボアソナードから受け継いだ現実主義の大きな成果が、強制登記制度 (title by registration) の阻止による、現実の私権秩序の包摂であったと考えられる。その恩恵のもとで、日本では今日まで、登記を欠く所有権の主張が可能であり、日本の裁判所は、土地に対する実質的に最も強い支配力を判断根拠として所有権の存否を判定するいわゆる「所有者自然決定説」を判例法として形成している<sup>27</sup>。

これに対して、2011年に生じた東日本大震災の復興過程において、政府は「所有者不明土地問題」をクローズアップした。「不動産登記簿により所有者が直ちに判明せず、又は判明しても連絡がつかないため、所有者を特定することが困難となっている土地」の存在が、防潮堤建設工事や防災集団移転団地の造成などの災害の復旧・復興事業の用地取得を妨げ社会問題となっているとする政府見解が流布した<sup>28</sup>。その原因として政府は、相続登記がされず放置されていること、また一筆の登記表題部の所有者の記載が「Aほか7名」などと判然としないいわゆる「変則型登記」問題を強調した<sup>29</sup>。対策として2018年「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法」が成立し、簡易の探索方法で土地収用手続きを迅速化し、また土地使用権なる権利を新設し開発に供する手法が採用された。またとくに前者の相続登記の問題を受けて、2021年に民法典・不動産登記法の百年



来の改正が行われ、相続登記が義務化された。また後者の「変則型登記」問題を受けて、2019年「表題部所有者不明土地の登記及び管理の適正化に関する法律」が成立した（以下「変則型登記適正化法」という）。

このうち前者の相続登記がなされず放置されてきたとする現象は<sup>30</sup>、とくに田畑を生活基盤として代々世襲する農村部では、土地売買が起こらず登記の必要性がないから、当然の帰結である。今後、相続登記が義務化されることは、登記を欠く私権が国家により除却され、土地市場に供じられていく布石を敷くものである。明治の民法典起草者らが守ろうとした方向性と逆行し、令和の法律家は強制登記制度の実現に回帰しようとしている。

## （2）変則型登記問題と入会権

学界ではとくに後者の「変則型登記」の対象が、近世以前から農村経済を支えてきた山林・水利などの集落共同利用の基盤であるいわゆる「入会権」とし、配慮の必要性が指摘されている<sup>31</sup>。

地租改正の当初、官有・民有とは異なる第三の所有カテゴリーとして地域集団による「公有」概念が一度は採用されたが、しかし官民有区分（1874年）によって廃止され、入会地は、民有地として確証されなかり官有地に編入することとされた。そのため多くの入会地が成員の共有名義、ないし集団代表の個人名義などの民有地としての擬制によって守られざるを得なかった。現行1886年民法典が入会権の明文化を行ったことは画期

的で、それを促すまでに官民有区分への反発は熾烈化し社会を揺るがしていたと考えられる。民法典起草者は入会権の法的性格を「共有の性質を有する入会権」（263条）、「共有の性質を有しない入会権」（294条）として近代法の用語で説明したが、それは社会に実在する規範秩序を実定法体系に接合しようと図る現実主義者の仕業であった。しかし大正以降の中野薫らの入会研究のメインストリームがしだいに、ギールケの共同所有論を嚆矢とするドイツ民法学の影響下で「総有」「実在的総合人」などの抽象概念を展開し、そのことが逆に戦後の法学において、川島武宜の入会権の解体論に見るように、入会慣行を克服されるべき前近代の遺物とみなす近代化志向を定着させてしまったという指摘がある<sup>32</sup>。

入会慣行はしかし今なお生きる日本の土地利用の一形態であることは、次節で論じるように、筆者の東日本大震災被災地における十年の聴取り調査を通じて随所で見出した現実で、しかもそれは人々の日々の暮らしにとって不可欠の生活基盤をなしている。

このうち、官民有区分時代に官有地と断定された入会地は、その後の林業の展開と共に国が排他的な森林管理を強め、今日まで長らく日本各地で「国有地入会」紛争が長く尾を引きずっている<sup>33</sup>。これに対して擬制的に民有地として保全された入会地は、その後、上記のようにボアソナード民法が強制登記制度を阻止し、現行1896年民法典もこれを引き継いだため、入会権は登記なくしても存続することが判例（大判大10.11.28民録27輯

2405頁)でも実定的に公認された。つまり官民有区分の時点で一度は民有地として土地台帳に記載された入会地も、登記なくして今日に至るものが多いのは当然である<sup>34</sup>。そして昭和35年の土地台帳制度と不動産登記制度との一元化に際し、土地台帳における入会権の擬制的記載はそのまま登記表題部に移され、登記権利部の記載はない「変則型登記」を生み出した。

今日、日本政府が強調する「変則型登記」問題は、明治の官民有区分時代に遡る上記のような土地台帳や登記制度の変遷の帰結を、あたかも当事者の落ち度であるかのように今さら取り上げ、所有権者の探索が登記簿上から困難であるがゆえに公共事業を阻害していると断じ、かつ「不動産の円滑な取引等においても大きな支障を生じさせている」と指摘して、「速やかに変則的登記を解消する方策を講じていく必要がある」と断定するものであり<sup>35</sup>、災害復興の大義に乗じて不動産取引を促進する新自由主義的な意図が露見している。この政府見解を受けて、2019年成立の変則型登記適正化法は、登記官による職権調査(3-8条)、所有者等探索委員による調査(9-13条)を経て、所有者が特定されない場合には、裁判所が特定不能土地管理命令により管理者に不動産を委ねる手続を置いた。この特定不能土地管理者は、単なる事務管理者ではなく、売却を含む処分権を行使できるとする(21条)。このように、「変則型登記」の一事をもって現有秩序である入会権を「解消」する同法のメカニズムには厳しい疑念が

向けられている<sup>36</sup>。

以上の一連の所有者不明土地問題が、被災者の生活再建にどのような影響を与えているのか、次節で事例を通じて検討する。

#### 4. 東日本大震災被災地の現実

##### (1) 災害復興における国家と私権の攻防

被災者の生活再建にとって、災害前の生活・生計の基盤であった土地利用秩序が一体として再建されることは、「復興」を論じる以前の「復旧」の要請として不可欠である。しかしそのような生活再建の基盤が、防潮堤建設や土地高上げ区画整理事業などの復興公共事業の実施を優先するために、無償で消滅を余儀なくされているとすれば、国家による私権侵害以外の何物でもない。本稿冒頭で述べたように、憲法29条2項の「公共の福祉」を根拠として実施される安全対策事業は、無償で私権制限を行いうる根拠と考えられているが、そこにも判例が要求する比例原則の限界がある。比例原則の左辺において、制限を受ける私権の重要性が、単に交換価値としての換算ではなく、前節までに概観した近代法継受以来の日本の私権秩序がめざしてきた生活基盤の保障という理念に照合して、検討されねばならないと考えられる。筆者は東日本大震災の発災以来、主に岩手県沿岸部の被災地に度々通り、被災者の私権の置かれた苦境と受難を見続けることになり、国家公法の強行の前に日本の私権保障がかくまでも脆いものであったことを知り失望を繰り返した。しかし、現地に踏みとどまり攻防を続ける権利者

の崇高な姿にも出会い、私権を守るとはここまでの決意を要するものなのかと感動をも覚えた。

そこにはたとえば、災害復興にかこつけた産業道路・工業団地整備のための区画整理事業に対し、行政による先行用地取得の圧力に応じず、3割に余る無償の減歩を突き付けられてなお地元で踏みとどまり、地域再建の旗印となった商店主の姿があった。漁場を塞ぐ巨大防潮堤の建設計画を阻止し、多額の借金により集落裏山の私有林を自力で造成し、集落住民一体の高台移転を牽引した漁協組合長の姿もあった。この土地を去ることは、彼らが生きる糧である漁業権の喪失を意味したから、それは集落のくらしを守る生存闘争であった。また借地権上の持家に建物保存登記を有していた大工の父子は、手作りの住宅再建の夢を胸に、復興事業の完工まで数年間を仮設住宅で忍従していた。しかし震災2年で罹災都市借地借家臨時処理法の廃止を契機に<sup>37</sup>、地主が行政に地盤を売却し、この間、法務局の職権による一方的な建物登記抹消措置によって、父子の借地権は対抗要件を奪われた。まさに行政による「地震売買」に他ならない。住宅再建の夢を阻まれ亡くなった父を思い、仮設住宅からの退かずに行政ととことん対峙する息子の姿があった。

東日本大震災被災地には、復興の矛盾に向き合う、多様な私権者の生き様がある。以下では、とくに所有者不明土地問題をめぐる登記の問題に焦点を絞り、国家と私権の関係について示唆を得たい。国の復興基本方針を既

定した防潮堤建設事業に伴い、登記簿上の所有権の所在が鮮明でないことが公共事業の進捗を遅らせているという「所有者不明土地問題」解消が叫ばれ始めた2013年度、筆者は独自の調査を実施した。2014年1月時点、岩手県庁および沿岸自治体土木部へ聴取りを実施した際、防潮堤建設や防災集団移転等の復興関連事業の用地買収で、契約予定件数約2万件のうち1万件余りが懸案を抱えているとの説明に接したが、ただしそれらの懸案のうち純然たる行方不明・所有者不明は60件程度と少数であって、その他は多数権利者問題（今日にいう「変則型登記」問題）が約2千件であり、また抵当権に関わる問題が約2千件、また残る6千件はこれらの事情が複合的に絡まった分類困難の例であるとした<sup>38</sup>。大型公共事業の一斉実施を余儀なくされた行政担当者の苦労は想像に余りあるが、しかし最終的に32兆円規模に膨れ上がった巨額復興予算を当て込んだあまりにも過剰な公共事業計画の問題性こそが、まずは論じられるべきであった。公共事業の進捗のために、被災者の私権はどのような対応を強いられたのであろうか。

## (2) ふるさとの記憶：岩手県釜石市鶴住居川・片岸海岸防潮堤

東日本大震災被災地における復興は、2011年7月公表の国の復興基本方針が打ち出した「多重防災論」による、594か所、全長400キロメートルに及ぶ巨大な防潮堤建設に既定された。その広大な用地買収において、登記

の不備が事業の進捗を遅らせているという議論が浮上し、2012年秋口より国土交通省が岩手県や法務省などの連携で防潮堤建設用地買収迅速化タスク・フォースを設置し、そのモデルケースとして岩手県釜石市の鵜住居川・片岸海岸に白羽の矢が立てられた。

同地区では海岸線を覆う高さ14.5メートル、幅78メートル、全長1キロ余りの防潮堤と水門建設のために、総面積5.2ヘクタールの用地買収が必要とされ、買収対象地は113筆、関係する権利者は177名に及んだとされる<sup>39</sup>。このうち相続登記がなされぬまま放置された土地が多数あり、最大で38名の多数相続のケースもあったとされ、民間の専門の調査会社を駆使して土地収用補償の交渉がなされたとする。相続人が行方不明のケースでは、法務省から最高裁判所事務局や日弁連に協力依頼が行われ、相続財産管理人制度の円滑な活用が実施された。さらに、明治官民有区分時代の41名の共有登記が残されたまさに「変則型登記」のケースでは、所有者不明土地としての収用裁決が申請され、しかも収用委員会の収用裁決手続においては委員7名の合議制度を指名委員1名の審理で代替するなどの大幅な規制緩和が断行された<sup>40</sup>。

結果、数年を要してもおかしくない用地買収が1年で実現し、防潮堤は2014年に着工され、123億円をかけて5年後に完工、水門も188億円をかけて2020年までに完成した。2021年からは防潮堤をめぐる語り部ツアーも開始され、インフラ・ツーリズムと称されて好評を博している。

ハードインフラ型防災対策のサクセス・ストーリーとして喧伝されるこの鵜住居川・片岸防潮堤の建設の背後に、地域住民の並々ならぬ献身があったことは、復興庁の公式資料には触れられない事実である。わずか1年で113筆、177名に及ぶ用地買収を可能にした真の立役者は、国交省でも法務省でもない、地域の復興会議のリーダー柏崎龍太郎氏であった<sup>41</sup>。津波でご長女を失い、地域の安全対策と生活再建の一刻も早い実現のために、行政の各レベルに対して率直な意見を惜しまず、昼夜を舍かず奔走されていたが、防潮堤完成を目前にして過労から亡くなられた。そのような生命を賭した住民のリーダーシップなくして、用地買収はなく、防潮堤はなかった。地域の人々も「龍太郎さん」の思い出話が尽きることはない。

巨大防潮堤は、鵜住居の市街地から見れば天空を覆い尽くす壁のように立ちはだかり、ぞら恐ろしい。しかし近づくと、野の花々に埋もれて蝶などが舞う風景の一部に溶け込んで見えることが不思議である。防潮堤の足元には、遊水池が水草を浮かべており、山々の翠を映し野鳥の憩いの場ともなっている。

柏崎氏を複数回お訪ねし、その深い見識に目を開かれる思いであったが、ある時、新日鉄釜石の幹部職員として活躍された時代の、いくつかのやんちゃ話を伺った。国鉄幹部を揺さぶって、釜石に鉄道路線を引き込んだ武勇談もその一つであった。そうした思い出話の中に、鵜住居川が海岸へ向けて大きく湾曲する川淵の芦原に、清水の湧き出る一角があ



り、誰の所有地というわけでもない、漁師たちが思い思いに船底にへばりついた牡蠣殻などを洗う天然の入り江であったとともに、地域の青年たちが群れ集いさまざまなレクリエーションに遊び興じる無礼講の場でもあったという。いまや語り部ツアーがめぐり歩く、遊水池のほりである。その一角こそ、国交省の計画する土地収用を阻んだ41名の「変則型登記」の地盤であった。柏崎氏の世代にとって、そのような登記の過去の経緯は伝えられておらず、氏の果敢な文献調査からも判然とせず、ただその土地は地域の誰もの若き日のノスタルジーに重なっていた。おそらく、戦後に鶴住居・片岸一帯が新日鉄のベッドタウンとして栄えたはるか以前、半農半漁の生活を営む地域の暮らしにとって、そこは不可欠の入会地であり、官民有区分時代の先人達は共有名義の登記を通じてその保全を図ろうとしたに違いない。

いまや農業漁業を兼業する世帯も数えるばかりとなった現在の鶴住居・片岸地区で、明治の先人たちが守ろうとした共同利用の意義はすでに失われていた。地域は甘んじて「所有者不明土地」として、損失補償なき収用を受け入れ、思い出の芦原は、防潮堤を支える底地となったのである。

### (3) 隠れた国家収用：岩手県宮古市金浜の二重防潮堤・津波プール

岩手県宮古市金浜地区もまた、国土交通省による防潮堤建設用の用地買収迅速化のモデルケースの一つとなった。しかし釜石市のベ

ットタウンである鶴住居・片岸地区との大きな違いとして、金浜地区は伝統的な半農半漁の集落としての性格を現代に留めていた。津軽石川を遡上する秋鮭を始めとする漁業資源の豊かさゆえに「金浜」と称されてきたこの集落では、震災前には、海岸線の国道沿いに伝統ある旧家が軒を連ね、その庭先から農園が続き、そのまま海浜から地先の漁場につながっていた。金浜住民が毎朝散歩がてらにマツモやワカメを拾いに出ていたという磯場一帯は、集落背後の山林ともども、集落共同の入会地であった。「金浜共有財産管理委員会」なる組織体によって管理され、年次総会で委員長・監事を互選し、会計報告も几帳面に実施されていた。

東日本大震災後、国土交通省は、この金浜に「二線堤」と称して、断面底辺40メートル、長さ約1.2キロメートルの二重の防潮堤建設を計画した。しかし13メートルに達したとされる東日本大震災津波に対して、堤防高は10.4メートルに過ぎず、二線堤は金浜じたいを守るといよりは、二線堤を津波プール(遊水池)として活用することにより、内陸の工業集積地を将来の津波から守らんとする安全対策の実験であった。しかも防潮堤建設計画は、金浜の船泊りを廃止し、また二線堤の狭間で津波プールとなる地盤が災害危険区域に指定されたことから、漁業者の操業にとっては遠隔の漁港まで車で赴き、金浜の地先海岸まで船で戻らねばならないという多大な不利益を強いられるものであった。金浜では、いまや少数とはいえ、数世代遡る代々現役の漁



業者が、震災後にカキ養殖の復興に立ち向かってきたため、彼らにとって二線堤建設計画は生活復興の障害を意味した。憲法 29 条 2 項の「公共の福祉」による私権制限というよりも、3 項の公共目的のために私権に「特別の犠牲」を強いる国家収用の局面であり、営業補償を含む損失補償を必須とする場面である。

しかしこの実験的な二線堤建設は、岩手県庁により、海岸雑種地の任意買収として進められた。しかも買収交渉は、金浜集落が入会地共同管理のために伝統的に組織してきた金浜共有財産管理委員会を相手方として行われたのではなく、いわゆる「変則型登記」問題の典型例として<sup>42</sup>、明治の官民有区分時代に遡る所有権登記に表れた 40 余名の共有名義者を手掛かりに、その後裔の全相続人 72 世帯から一戸ずつ合意の署名捺印を取り付ける、共有地の持ち分に応じた戸別買取りとして実施された。それら世帯の 3 分の 1 は早期に地元を離れ都市部に居住していたことから、所有者探索に多大な困難を伴ったとして強調された<sup>43</sup>。しかし本来、金浜海岸は上記のように入会地として金浜共有財産管理委員会により共同管理されてきた事実があるため、買収交渉は当該権力なき社団との関係で行われることが合法的であり、より迅速でもあったはずである。

入会権の「転出失権」に関する確立した判例法によれば、「全会一致」とは現有の入会集団における全員の合意を取り付けることを意味するから<sup>44</sup>、行政側がすでに集落を離れ

て久しい登記簿上の名義人の後裔全員からの署名を必須としたオペレーションは、入会財産の処分に関する発言権を喪失した関係者を意思決定に含ませたこととなり、手続的にナンセンスであった。むしろこの行政側オペレーションは、外部者の同意を利用して、現有成員の反対を抑え込む形で強引に用地買収の同意を取り付ける戦略でもあったろう。また結果として、すでに入会財産の享受も負担も停止して久しい都市部の世帯に土地売却益の配分を認める結論となり、財産権の処分としても不当な疑いがあった。

このようにして行政側は低廉な雑種地として防潮堤用地買収を実現したが、金浜の被災者・コミュニティの側にとっては、当該地の価値はわずかな地価に留まらない、集落の不可欠の生活基盤であった。震災前の土地利用秩序を失い、入会集団は解散し、漁業者のほとんどは漁業権の更新を断念して人口流出が起り、海山の生計手段からは切り離された高台住宅団地のみが残った。このケースにおいて、「変則型登記」解消論は、被災地の私権秩序に対する適正補償を欠く、隠れた国家収用であったおそれがある。

他方で、金浜二線堤の狭間の津波プール予定地とされた災害危険区域では、宮古市行政が戸別の立退き交渉を展開していた。本来、建築基準法 39 条の災害危険区域に指定されても居住が規制されるのみで、所有者が農地等として居住以外の目的で使用を続けることに何ら問題はない。しかし宮古市の復興計画においては三陸道へのアクセスもよいこの地

区の商業開発が検討されており、国の二線堤建設に便乗するようにして、国の復興予算を活用した住民の立退きが促されたと推測される。

その対象となった世帯のうち、最後まで抵抗をつづけた孤高の漁師である野崎剛氏の足跡に触れたい。氏は、金浜の古くからの構成世帯であり造り酒屋を営んでいた時代もある名家の地盤を継承した。東日本大震災で家屋を流失したが、蓄財があり、氏にとって都市部で生活再建を行う選択もあり得た。しかし、金浜で漁業を継承する氏の意志は固く、被災直後からボランティアの支援を得て海岸清掃や農地のがれき撤去に自力で乗り出し、生活再建へ向けた自助努力を重ねていた。行政側は震災2年目から氏に対する立退き圧力を強めたが、その補償措置としては、宅地部分についてのみ防災集団移転制度（国が経費の4分の3を補填し、所有者が残り4分の1を負担するため、市の負担分はない）による、あくまで「被災者支援」としての買い上げを行うとした。しかし行政側が金浜地区の高台に造成した防災集団移転団地の購入単価は浸水地の地価の数倍に及ぶもので、到底釣り合わなかった。氏は行政側に対峙してひるまず、市が防災集団移転制度という被災者支援制度を根拠に立退きを強制していることは、論理矛盾であると指摘し、その実質は土地収用であるとして、正当補償としての代替地の提供を強く求めた。

しかし行政側はこれに応じず、課長クラスがたびたび氏との談判に訪れ、氏の立退きの

遅れが公共工事を妨げており損害賠償の問題をも来していると揺さぶり、また明日にでも土塁を築いて敷地を埋めてやる、と威圧を行った。そしてある日、現実には起こった。氏の敷地を囲んで、ぐるりに高さ数メートルの土塁が一昼夜にして築かれ、ささやかな農地と海浜漁場へのアクセス地としての、所有権の機能が奪われたのである。筆者は、一報を耳にして驚いて駆けつけ、その土塁を目視し、日本の行政権力というものの理不尽さ、恐ろしさをこの目で見知った。

行政側の論理矛盾は明らかで、防災集団移転制度は本来は被災者の自由意思による移転について行政が補助を行う支援であるのに拘らず、被災者の望まぬ移転を、行政側の損失補償の負担なく、強制する圧力手段として用いていた。野崎氏は、理屈の成り立たないことに首は触れない、と静かに語った。移転の強制は土地収用法による損失補償を要することが憲法上の要請である。金浜の被災者のプライドを代表する気概をもって、氏は一個の所有権者として、行政に対峙したのである。

その野崎氏が守ろうとした財産権は一片の土地ではなく、その機能の全体であった。海岸入会権に隣接する農地は、金浜集落にとって自作農業の基盤であると共に、地先漁業の操業にとっても不可欠な作業場であり、また後背の山林入会地からの水利資源に支えられていた。海岸での小魚やワカメ等の漁獲、また後背山林での四季折々の山菜の採取は、業としてではなく、金浜の日々の生活の糧であった。年金以外に収入を欠く引退世代にとっ

でも何ら金銭を介することなく、誇りをもって生きる日々の暮らしの基盤がそこにあった。つまり海岸入会権・農地・山林が一体として、金浜の被災者の生活再建を可能にする不可欠の財産権秩序であった。それらはわずかな宅地断片の買収によって、奪われるべきものではなかった。

一個の所有者が単独で行政権力と対峙することの困難を、金浜の教訓は示している。野崎氏は市側との対決半ばにして病に倒れられた。従来、日本法は地域共同秩序を守るために、集落の団体交渉の手續基盤を提供してきたはずである。海浜入会権の買収は上記のように入会判例の「全会一致」原則で守られていた。農地は「農地法」により地域互選の農業委員会による自主管理で守られてきた<sup>45</sup>。「漁業法」は漁業協同組合を単位とする地域集落の排他的な慣習的漁業権を公法的に保障し、補償交渉の基盤ともされてきた<sup>46</sup>。しかし、復興の推進を大義名分として2011年に制定された東日本大震災復興特別区域法（2013年に大規模災害復興法として恒久法化）は、復興公共事業を迅速化する規制緩和措置としていわゆる「特区」制度を採用し、農地法や漁業法が従来維持してきた手續保障を排除した<sup>47</sup>。金浜においても、世帯別の個別交渉で住民は分断され、入会財産管理は解消され、農地は続々と売却され、多くの漁師は漁業権更新を諦めて引退した。

金浜の事例は、行政側にとっては、公共事業の迅速化における「変則型登記」解消の一モデルケースであった。しかし金浜の目線で

見れば、内陸工業地区を守る防潮堤建設という公共事業の貫徹のために、集落の生活基盤の総体が「特別の犠牲」を強いられた顛末である。土地収用法の正規の損失補償の文脈は回避され、海浜入会権の買収は「変則型登記」という民事法規上の問題として処理され、雑種地として無償同然の廉価な市価で買い取りが行われた。立退きを強要された住民は、「被災者支援」の名目のもとに宅地部分についてのみを対象とする防災集団移転促進制度で復興価格で買い取りに甘んじ、入会財産としての地域の生態系の一体的機能や、防潮堤によって封鎖された地先前浜漁場の漁業権は補償なくして消滅に追い込まれた。

金浜の悲劇は、「変則型登記」解消のキャンペーンが、公共補償を含む適正な損失補償の問題を回避する、隠れた土地収用手法のモデルとして多用されていくおそれを示唆している<sup>48</sup>。

#### （4）高台移転と所有者不明土地：岩手県大槌町赤浜

金浜のように国の防潮堤建設によって地域の紐帯を奪われていった事例は少なくなかったと考えられるが、逆に、国の防潮堤建設計画を阻止し、地域独自の安全対策として高台移転を実現した少数の事例もある。筆者の知るかぎり大槌町の赤浜地区と波板地区、釜石市の根浜地区と花露辺地区の4か所の例がある。このうちとくに所有者不明土地問題で注目を浴びた岩手県大槌町赤浜を以下で取り上げたい。

大槌町は中心市街地を含む町域全域を十数メートルの津波に吞まれ、人口（1.6万人）の1割を失った激甚被災地の一つである。災害対策本部の置かれた町役場も全面的に被災し、町長自身がそこで命を落とし、復興過程は主導者を欠きあらゆる側面で厳しいものとなった。赤浜は大槌町の町方から離れた半島部に位置する集落であるが、漁業者を中心とする紐帯が強く、避難所での共同生活の続くなかで任意団体「赤浜の復興を考える会」を設立、また東京大学海洋研究所が立地していた関係で東大の専門家チームの支援が早期に入り、震災半年で、集落一体的な高台移転を骨子とするコミュニティ独自の復興プランを形成した。移転の候補地としてはすでに、集落内奥の森林に接する私有地を造成することで、所有者の快諾も得られていた。町行政もこれを受け入れる方向で、計画は迅速に展開するかに見えた。しかしその移転構想を頓挫させたものが、移転候補地の所有者不明問題であったとされている<sup>49</sup>。行政側は該当私有地の受け入れを躊躇し、代わって、遠隔地の山林を新たな移転団地として開削する代替提案へ転じ、結果、集落は二か所に分断を余儀なくされた。またこれにより、当初2～3年を予定していた完工が数年を要することとなり、一枚岩であった住民間でしだいに不協和音を生じた。この間、赤浜住民の希望がいかに落胆に転じていったか、大槌公民館赤浜分館の神田義信館長は「夢を見せられた分だけ失望が大きかった」と語る<sup>50</sup>。赤浜の復興事業の長期化が住民に与えた心理的影響は、研

究調査の結果からも示唆されている<sup>51</sup>。

赤浜の所有者不明土地問題とされる事象の実態はしかし、法改正を待つことなく、現行法で解決可能な事例群であったと筆者は考える。行政側は登記問題に拘泥することで、本来は可能であった集落一体の高台移転という赤浜の住民構想の夢を阻んだのが実態ではなかったか。

赤浜の登記問題の一群は、地租改正時代の土地台帳に記載のあった私有地が、昭和35年の登記簿への一元化で登記表題部だけが自動的に転記され、そのまま今日に至った例とみられる。集落の内奥に林地が広がり、集落住民にとってはそこが国有林でも入会林でもなく、誰それの私有地であるとの明確な認識がある。代々の後継ぎが土地所有権を世襲することは住民にとって違和感のない法的事実であり、それは戦前は家督相続制度のもとで合法であったし、戦後も改正民法典が均分相続制度に転換したとはいえ遺言による世襲は合法である。取得時効の主張も成り立つ。しかし行政側の対応は、登記簿上の断片の情報のみを頼りに、現有の所有者が記載されておらず物証として江戸時代の碑文しかないなどの理由で、赤浜の現有の所有者の売却意思を受け入れず、代わって過去数代に遡って法定相続人である可能性のある関係者とその後裔を調べ上げ、それら関係者の総意による土地売却への同意を要求するものであった。このような行政との交渉の中で、住民感情がこじれ、売却は困難になっていったという。

既述のように、赤浜の私有林地が世襲され



てきたこと、またその登記簿上の記載を欠くことは何ら違法でなく、行政側はこの合法的な所有権者の売却意思を受け入れるべきであった。日本法は戦前は家督相続を旨とし、戦後も遺言による世襲を認めている。またボアソナード以来の日本民法典は、登記を所有権の効力要件としていない。そのため、行政側が登記簿に記載のない現有の赤浜の所有権者を受け入れず、逆に江戸時代の碑文から辿られる後裔全員の同意をとりつけようとした実務は法的に無意味であり、真の所有権者の同意からむしろしだいに遠ざかってしまっている。こうした現実の所有と登記が乖離する例は、日本各地で稀でなく、裁判所による中間省略登記命令によって所有権を確定する解決が常道である。赤浜の事例においても、行政側は現実の所有権(少なくともその時効取得)を尊重すべきであり、無益な歴史的探究に拘泥すべきではなかった。

そもそも上記のようにこうした農村部の所有者不明地問題は、国の登記制度の運営が原因で起こされてきた問題であって、住民側の落ち度で起こった問題ではない。日本の近代化過程で、地租徴収の地券・土地台帳が登場し、のちに不動産登記制度が登場し、両者が長らく併存したまま、ようやく昭和35年以降に至って両者の一元化が機械的に行われた際、新たに形成された登記表題部と現実の齟齬が当然のごとく発生した。私権当事者の与り知らぬところで生じたその齟齬を、今日まで放置してきたのは国の制度運営上の問題である。とくに農村部では、土地売買のニーズ

がなく、相続登記も義務的ではないため、私権者が登記簿の記載を関知する機会がないまま数世代を経ることは当然の現象である。復興行政が現実から遊離した登記簿に固執し、現実の所有者の売却意思を拒絶した対応こそ、赤浜の復興の道りを困難なものとした最大の原因であったと考えられる。

赤浜の登記問題では上記のような個別の私有地のほか、上記の片岸や金浜の事例と同様に入会地をめぐる「変則型登記」の問題も聞かれた。筆者の大槌町役場復興担当部門に対する折々の聴取りでは、一筆の登記表題部に多数名義が記されたいくつかの事例について言及があった。日本司法書士会からの派遣で大槌町に駐在し復興支援に当たっていた司法書士は、「変則型登記」問題への行政対応が、もっぱら表題部に表れた人名・住所などの断片的情報を手掛かりに相続人を探し出し、所有権確認訴訟を通じて不明の所有者の権利を除却し、相続人の個人所有権の保存登記を行うものであったことを紹介しつつ、「しかし、それらの共同所有形態はその地区の住民の共有や総有に属するものが多」とし、当該地を実体上所有すると認められる地縁団体(地方自治法260条の2以下)を登記名義人とする所有権保存登記を行なう解決方法も検討に値するものであったのではないかと回顧している<sup>32</sup>。当然の指摘である。

赤浜の復興は、国の多重防災論が目標とした巨大防潮堤の建設計画を住民が阻み、集落独自に高台移転を計画し、将来のレベル2津波の来襲にも応えられる「安全」を実現した



稀有な事例であり、住民主体の安全対策の金字塔と呼ぶべきケースである。神田館長もこの誇るべき事実は否定しない。ただ、住民が当初予定した集落内部の候補地さえ確保できていたならば、その高台移転は誰もが望む集落一体型の地域復興を、しかも早期に実現する夢を叶えていたはずであった。行政側が「変則型登記」問題に拘泥し、真の所有権者の意思や入会地の同定を避けた対応ゆえに、集落を分断する長期の復興事業を余儀なくされた。レベル2対応の「安全」の実現にもかかわらず、住民が不満を残す復興に帰した。

「大槌の復興部門は神戸や埼玉など外からの応援要員が担っていたんだよ。復興は、土地の人間が担当しなければ、成し遂げられないものだ。それが何より最大の教訓だ」と、神田館長は総括した。館長は、赤浜の復興は「70点だな」とも語ったが、しかしその眼には笑みがたたえられていた。レベル2対応の「安全」を国から勝ち取った集落リーダーならではの、それは静かな勝者の笑みであった。

## 5. 総括的検討

### (1) 鏡は登記か現実か—トーレンズ式登記の呪縛

以上の東日本大震災被災地の事例は、いずれも所有者不明土地として問題化した例でありながら、結論の二面性が注目される。公共事業の用地取得であった片岸や金浜では、行政は所有者不明土地問題を理由に規制緩和を実施して用地取得を実現した。しかし被災者の生活再建のための用地取得がテーマであっ

た赤浜では、登記の不備を理由に行政は高台候補地の取得を躊躇した。このように災害復興における登記問題は、公共事業を推進する局面では規制緩和の論拠となり、被災者の生活再建の局面では困難な壁となっている。

しかしいずれの事例も、行政側のオペレーションは、登記簿の記載を出発点とする点が共通する。たとえいかに古くかつ断片的であろうとも、登記情報に依拠して名義人の法定相続人を辿る調査を徹底し、共有持分を有する可能性のある関係者全員の合意を取り付けることなくして私権の移転を認めない実務である。そのような調査に費やす時間と労力を、眼前で、現実の所有権を観察し同定する努力に振り向けることがなされていない。登記簿の記載を確定的な事実とみなし、現実には登記簿を反映する鏡であらねばならないとする考え方は、トーレンズ式登記制度にいうmirror原則である<sup>53</sup>。「登記なければ権利なし」と表現されるように、登記に合わせて新たな権利を創設すると同時に、一片の登記が既存の私権秩序を除却する。19世紀アジア植民地で実施され、土地剥奪を来した悪しき手段であった。日本の登記法務や公共事業の実務現場に、なぜこのようなトーレンズ式登記制度の確定力を彷彿とさせる行政慣行が、染みついているのであろうか。

地租改正・旧不動産登記法の時代にトーレンズ式登記制度の確定力を前提とする行政慣行が生じたとしても、しかし民法典が強制登記制度を阻止し、登記を欠く私権の有効性が保障されて以降の日本では、行政による登記

簿の記載ではなく、司法の場が実効的支配に鑑みて所有権の有無を確定してきた。したがって登記簿を出発点とする行政実務の法的根拠はない。

そもそも上述した制度的沿革から、日本の登記簿の記載が現実の私権秩序と乖離することは周知の事実であるため、行政実務が登記簿の情報に依存するかぎり、現実の私権との乖離に帰結することは自明である。所有者不明土地とされるものの一部は相続登記のなされない私有地であり、他は入会地と目される「変則型登記」である。前者の相続登記がなされない問題は、ボアソナード民法が強制登記制度を阻止して以来、相続登記は義務的ではないのであるから、戦前の家督相続時代はもちろんのこと、戦後の均分相続時代にも農村部では遺言により農地の世襲は続いており、土地売買のニーズがないなかでは登記の必要はない。後者の「変則型登記」問題も、官民有区分時代に入会地を擬制的な民有地として保全したが、その後に民法典が強制登記制度を廃して以降は、擬制的な登記の必要性がなくなったため、当初の変則的な記載がそのまま残された。昭和35年に土地台帳が不動産登記と一元化された際に、登記と現実の整合が図られるチャンスであったが、登記行政は機械的に土地台帳の登記簿表題部への転記を行ったことから、乖離は埋まることなく今日に至るものが多い。

登記と現実の乖離が明らかである局面で、災害復興における行政実務が登記簿の記載を出発点とする慣行は、まったく合理的説明が

成り立たず、mirror原則の不当な呪縛のように思われる。

海外の災害復興では、私権の同定はどのように扱われてきたのか。東日本大震災に先行する2004年インド洋津波の被災地インドネシア・アチェでは犠牲者が10万人に上り、浸水は内陸5kmまで達した。中央政府は当初の復興ブループリントで水際建築規制と土地買上げ型支援を構想したが、地元の激しい抵抗を受けて撤回し、代わって、伝統的な村落コミュニティ（gampong）毎の自主決定に委ねられた。世界銀行等のドナー連合は地積確定を伴う土地登記事業（RALAS）を展開したが、受け入れた集落は半数にとどまった。独自再建を選んだ複数の集落のリーダーに対する筆者の聴取りによれば、RALAS事業によって集落の慣習的土地秩序が侵害されることを恐れ、受け入れなかったという<sup>54</sup>。アチェでは各集落の慣習法は多様であり、イスラム法は均分相続であるが、長子相続の村落文化も、母系相続を基本とするミナンカバウ文化もあり、土地の分割や売却を禁じる例は多い。そうした伝統秩序を近代的な実定法（1960年農地基本法）の用語法で翻訳することは容易ではなく、たとえば宗家長男の権利を個人所有権（hak milik）と同定すれば、集落各世帯の資産は物権法定主義のもとで地上権（hak guna bangunan）に同定され、さしづめ自由な分割・売買が可能となって、慣習法と対立してしまう。

そこで、震災前後に制定されたアチェ州の一連の条例（qanun）は、村落独自の土地秩

序の回復を擁護する制度枠組みを提供した<sup>55</sup>。その起草者である Taqwaddin 博士（現アチェ高裁判事、前アチェ州オンブズマン、シャクアラ大学法学部講師）によれば、各村落の村長と宗教的指導者等で組織する紛争解決制度を立ち上げ、まずは慣習法の実体的規範内容の確認のための制度基盤としたこと、また慣習法に依拠する慣習的紛争解決について裁判所への上訴制度を提供し、また最終的な執行力を確保するためにシャリア裁判所の巡回裁判を導入した。このように、博士は、慣習法に基づく解決にフォーマルな司法による公認を与えるための制度設計に意を砕いた。

インド洋津波から17年を経た2020年3月、筆者は Taqwaddin 博士他との共同で、異なる復興の道を選んだバンダアチェ市近郊3か村の100世帯に生活復興感の聴取り調査を実施した<sup>56</sup>。結果、慣習法による元地復興を選択した Lhambada Lohk 村では、日本 ODA による区画整理事業を実施した Lambung 村や、高台移転で新たな村を建設した Neuheum 村に比べ、インフラ整備は遅れたものの、住宅再建や地域経済面で早期に復興感が得られていたことを示した。実定法と現実の乖離を放置せず、慣習法を公認する制度作りに意を砕いた復興の成果を示唆している。

## (2) 官民有区分の復権：荒蕪地管理法

上記にみた岩手県の片岸や金浜の防潮堤建設用地買収の事例群にみたように、所有者不明土地解消論は、登記簿上で民有であることが明らかでない土地を、荒蕪地として国有化

し開発目的で活用する基本構造において、19世紀アジア植民地を席卷した荒蕪地管理法 (waste land management) と異なる<sup>57</sup>。その同じ荒蕪地管理法が、今日、世界銀行等の国際開発機関がアジア各地で推進する土地法改革で復活しており<sup>58</sup>、環境社会配慮に逆行する開発主義であるとして学界の厳しい批判が向けられている<sup>59</sup>。

災害復興過程で、長く慣習の利用に供されてきた土地が、国家の無償の土地剥奪に苦しむ現象は、筆者がアジア各地の被災地で目撃した共通の事象であった。2004年インド洋津波被災地であるタイのプーケット県・パンナー県では、漁労を営む少数民族モーケン族の村々が父祖代々の墓地を含む未登記の入会地を軍・警察に奪われ、観光産業に転用され、行き場を失った漁民らは絶望の淵にあった<sup>60</sup>。2008年四川大地震後の少数民族チャン族は、行政主導の集落移転により、生計の糧である集落共同の割り付け農地を「土地回復」の名のもとに補償なく喪失していた<sup>61</sup>。2013年台風ヨランダ後のレイテ島では、水際40mの建築規制の安全対策を名分に行政の立退き圧力を受けた未登記の漁民集落では、村長らが血を見ても抵抗すると怒りを露わにした<sup>62</sup>。

東日本大震災後の日本においても同様に、特定所有者不明土地の活用や変則型登記適正化の一連の法改革は、明治時代に頓挫した官民有区分制度の、新自由主義時代における復権とみる視座が成り立つ。アジア各地の荒蕪地管理法と同様に、日本の所有者不明土地解消論が、公権力による私権秩序の不当な侵奪

に帰するおそれがある。

日本国憲法 29 条が「財産権は、これを侵してはならない」とする私的財産権保障が、個的な所有権の保障にとどまり、入会権のような前近代的共同体の権利利益は対象外であるとする見方があるが、当たらない。私的財産権法を統べる根本法規である民法典が、入会権を明文化し、慣習法を容認する明文を有することから、憲法 29 条の保障は、交換財としての個的所有権に限らず、生活のための財産権の使用価値に及び、個的な権利も共同的な権利も含む私権秩序の総体を意味することは疑いの余地がない。

持続可能な開発目標 (SDGs) のもとで海山のコモンスを保全していこうという 21 世紀の今日、入会権の財産権価値は交換財としての価値に容易に化体されない大きな外部性を含んで、ますます重要性を増している。この 21 世紀的文脈のもとでの憲法 29 条 1 項の財産権不可侵原則は、交換財秩序のみならず、私的生活基盤を為す生態系価値に対する国家介入を禁じていると解することは、今日的要請となっている。さらに、このような 21 世紀的な私権の重要性に鑑みれば、それが憲法 29 条 2 項の「公共の福祉」による私権制限として、防潮堤建設等の安全対策のために容易に犠牲を強いられる場合、比例原則に反する疑いが高まる。

## 6. 結語

東日本大震災後の復興過程では現代版万里の長城とも称される全長 400km の防潮堤建

設をはじめとする公共事業に巨額の復興予算が注ぎ込まれ、「日本再生」の名のもとに業界を潤した。しかしその背後で奪われていった被災者・被災コミュニティの生活基盤に本稿は注目した。災害対策における私権制限は、憲法 29 条 2 項の「公共の福祉」論を根拠に当然視される風潮がある。しかし本稿冒頭で紹介したように最高裁判例は「公共の福祉」による制限の限界として比例原則を要請し、制限の重要性や態様と、制限される私権の重みとの均衡を求めている。比例原則の右辺にはレベル 1 津波対応どまりの安全基準の限界があり、そして左辺においては、本稿のみたように、交換価値で換算されがたい、被災者の生活再建にとって不可欠の基盤である私権秩序が危殆に瀕し、天秤は釣り合っていない。

本稿はまず日本の登記制度の経緯に注目し、近代法形成時代の民法起草者らが、地租改正に開始する近代法整備課程で取りこぼされた多くの既存の生活者に目を向け、移植法と既存の法秩序の接合に意を砕いた現実主義を確認した。ポアソナード民法の流れをくむ現行民法典物権編は、当時、アジア植民地諸国を席卷していたトーレンズ式登記制度をあたかも反面教師とみるかのように、これを克服するいくつかの制度設計を選択していた。「登記なければ権利なし」の原理を振りかざし父祖伝来の土地利用を補償なく奪う強制登記制度を、民法起草者らは阻止し、未登記の私権の主張に道を残した。「占有権」を擁護して、時効取得制度による所有権回復の可能性を残した。また代々自作農でありながら地



租金納を果たせず小作に陥った農民に少なくとも永小作権・長期借地権などの制限物権としての構成で保護を与えようとした。私権の制度設計のあらゆる可能な選択肢を駆使して、国家公法の理不尽な土地剥奪から生活者を守ろうとする法技術者たちの現実主義をそこに読み取ることができる。

この民法典による庇護を受けて、今日まで、登記なくして合法的な相続が日本各地で行われてきた。また私有登記なければ国有化を強行する荒蕪地管理法(wasteland management)に他ならなかった官民有区分の時代に、村々は擬制的な民有形態で入会地を保全せねばならず、その残滓が今日の「変則型登記」群である。しかし民法典はそのような擬制なくして入会権を公認した。

憲法 29 条 1 項の私的財産権保障は、私権秩序の根本法規である民法典の公認する私権秩序を、その総体として国家の介入から擁護する宣言である。災害復興においては、そのような日本の合法的な私権秩序が、正しく理解され保全されなければならない。公共工事優先で歩んできた日本の災害復興が、登記に表れない私権を捨象して進む態度は、本稿で取り上げた事例からも顕著であった。東日本大震災十年を経て被災地の随所にいまや出現した、全長 400km の巨大防潮堤と、区画整理事業完工後に誰も戻らない広大な空き地の織りなす悲惨な風景は、正当補償なくして奪われた私権秩序の墓標であるように思われる。「公共の福祉」論に依拠し、被災者・コミュニティの私権秩序を憚りなく蹂躪し突き

進んできた日本の開発主義型の災害復興の違憲性を、巨大防潮堤は象徴するかのようによびえ立つ。

環境社会配慮のめざされる今日、被災者の生活再建を中心に据える災害復興の実現へ向けた、楫とりの転換が望まれている。その手段として、日本の私法が農漁村の土地利用秩序を守るために重ねてきた規範修正の軌跡を回顧し、改めて「災害私法」として生かすことが有益と考えられる。それは、現実社会に実在する私権をこそ真実と認め、実定法に取り込み公認する制度設計を通じて、国家公法と対峙した、現実主義者のスピリッツである。一片の登記の有無を根拠に私権を否定する mirror 原則の呪術をかざす行政決定に対して、体系的に構築された私法は歯止めをかけることができるはずである。上記の赤浜のケースでは、被災者の生活復興のために現実の占有を重視して所有権を同定し、迅速な高台移転を実現することができたはずである。金浜の防潮堤用地取得では、海岸入会地と地先の海、そこに続く各戸の農園や背後の山林が一体として地域コミュニティの生活基盤であり、被災者の生活再建にとって不可欠な私権秩序であることを主張し、それを奪う用地取得に土地収用法の正当補償や公共補償を求める道があった。

日本の防災復興の経験を、ODA による国際防災協力として世界に伝える活動が続けられている。そこでは、東日本被災地で実現した二重防潮堤モデルをアジア各地に持ち込む例、災害による家屋喪失を好機に大規模な都



市開発計画を展開する区画整理法など、公共事業優先の日本モデルが輸出されていく傾向も見受けられる。2015年の仙台世界防災会議において日本政府肝いりで策定された「仙台減災枠組み」はまさにインフラ主導の災害復興路線を代表し、「防災投資」や「Build Back Better」のスローガンを喧伝した。しかし日本の誇るべきもう一つの災害復興経験の文脈は、度重なる被災を乗り越えて生活再建を遂げていく被災者の姿と、それを支える私権秩序であろう。Build Back Betterを唱える開発主義の「復興」観のもとで、私権の「復旧」を見失ってはならない<sup>63</sup>。登記なき私権を保全し、入会権や慣習的漁業権をフォーマルな私法実定法に組み込み保護を図ってきた日本法の知見こそ、持続的開発時代の国際協力として誇るべき日本の知的財産である。

#### 参考文献

- 石川陽一 (2019) 「登記実務からの考察 不動産登記 被災地における変則型登記解消方法の整理」、『登記情報』59巻2号、p.687
- 梅謙次郎 (1896) 『民法要義卷之二物権編』和仏法律学校・明法堂
- 金子由芳 (2013) 「災害復興計画における参加と私権—日本・タイの法制比較」、『日本災害復興学会誌復興』8号、p.37-46
- 金子由芳 (2014) 「災害復興における参加の手續保障—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、p.1-40
- 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」、日本災害復興学会『復興』17号、p.47-56
- 金子由芳 (2019) 「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、p.1-17
- 金子由芳 (2020a) 「安全基準と私権制限の比例性—地域防災と生活再建の両立へ向けて」、『神

- 戸大学都市安全研究センター研究報告』24号
- 金子由芳 (2020b) 「アジア土地法への視座」、『国際協力論集』28巻1号、p.1-32
- 金子由芳・Teuku Alvisyahrin・Tqwaddin Husin・王建平・Ebinezor Florano (2022) 「アジアの巨大災害から長期を経た生活復興—被災大学連携調査にみる制度課題」、『都市安全研究報告』26号、p.168-191
- 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
- 窪田亜矢・黒瀬武史・上條慎司 (2018) 『津波被災集落の復興検証—プランナーが振り返る大槌町赤浜の復興』萌文社
- 糊澤能生 (2016) 『農地を守るとはどういうことか』農文協
- 国土交通省 (2013) 「住宅再建・復興まちづくりの加速化のためのタスクフォース・国土交通省説明資料」、復興庁 HP
- 国土交通省 (2018) 『平成30年度土地白書』国土交通省
- 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
- 鷹巣信孝 (1996) 『財産法における権利の構造—共有と合有』成文堂
- 高村学人 (2018) 「所有者不明土地問題を問い直す—アンチ・コモンス論からの問題再定義」、『土地総合研究』26巻4号、p.72-90
- 中尾英俊 (2007) 『入会権の判例総合解説』信山社
- 中尾英俊 (2009) 『入会権—その本質と現代的課題』勁草書房
- 広中俊雄・星野英一編 (1998) 『民法典の百年 I-IV』有斐閣
- 福島正夫 (1962) 『地租改正の研究』有斐閣
- 福島正夫 (1975) 「地租改正と土地所有権—とくに比較史的に—」、我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』有斐閣所収
- 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
- 星野英一 (2015) 『民法論集第10巻』有斐閣
- 麦倉哲・高松洋子・梶原昌五 (2017) 「東日本大震災被災地における心の復興の現状と支援課題：岩手県大槌町を中心に」、『日本都市学会年報』50巻、p.279-288
- Alvisyahrin, Teuku, Taqwaddin Husin, Rizki Wan Oktabina & Risma Sunarty (2022 forthcoming) “Aceh Post 2004 Tsunami

- Recovery: Strategies and Implications,” in Yuka Kaneko, Teuku Alvisyahrin, Taqwaddin Husein, Wan Jinping & Ebinezor Florano, *Recovery of Disaster Victims: Results of Joint Survey in East Japan, Aceh, Sichuan, and Tacloban*, Springer
- Carter, Connie & Harding, Andrew, eds. (2014) *Land Grabs in Asia*, Routledge
- Cook, Elizabeth (2003) *The New Law of Land Registration*, Hart Publishing, Oxford
- Feder, G. (1988) *Land Policy and Farm Productivity in Thailand*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London
- Florano, Ebinezor R. (2022 forthcoming) “Recovery Status of the 2013 Typhoon Yolanda: Results of the Survey in Two Typical Barangays in Tacloban City,” in Yuka Kaneko, Teuku Alvisyahrin, Taqwaddin Husein, Wan Jinping & Ebinezor Florano, *Recovery of Disaster Victims: Results of Joint Survey in East Japan, Aceh, Sichuan, and Tacloban*, Springer
- Gray, K. & Gray, S. F. (2011) *Land Law*, Oxford University Press
- Hooker, M.B., eds. (1986) *The Laws of South-East Asia*, Vol. I, II, Butterworths
- Hopkins, Nicholas (2017) “Reforming the Indemnity Scheme,” in A. Goymour, S. Watterson & M. Dixon, eds. *New Perspectives on Land Registration: Contemporary Problems and Solutions*, HART Publishing, p.205-227
- Kaneko, Yuka (2012) “Accompanying Legal Transformation: Japanese Involvement in Legal and Judicial Reform,” in Cordero, J. A. S. eds., *Legal Culture and Legal Transplants*, Vol. I & II, International Academy of Comparative Law
- Kaneko, Yuka (2021a) “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
- Kaneko, Yuka (2021b) “Balancing of the State Responsibility for Safety and Disaster Victims’ Right of Reconstruction: A Lesson from the Great East Japan Earthquake Recovery,” in Toshihisa Toyoda, Wang Jinping & Yuka Kaenko, eds. *Build Back Better: Challenges of Asian Disaster Recovery*, Springer
- Kaneko, Yuka & Ye Naing Lin (2016) Issues in Myanmar Investment Law: Towards Better Policy Balancing, *Journal of International Cooperation Studies*, Kobe University, Vol.24, No.1, p.67-85
- Rhy, Owen (2017) “Adverse Possession Under the LRA 2002,” in A. Goymour, S. Watterson & M. Dixon, eds. *New Perspectives on Land Registration: Contemporary Problems and Solutions*, HART Publishing, p.43-64
- Tamanaha, Brian Z. (2021) *Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences*, Oxford University Press
- Taqwaddin Husin & Teuku Alvishahrin (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 & Toshihisa Toyoda, eds., *Asian Law in Disasters: Toward a Human-Centered Recovery*, Routledge, p.108-113.
- Toyoda, Toshihisa, Wang Jianping & Yuka Kaneko, eds. (2021) *Build Back Better: Issues of Asian Disaster Recovery*, Springer
- UNDP: United Nations Development Program (2008) *Making the Law Work for Everyone Volume II: Working Group Reports*, UNDP, New York
- UK Law Commission (2001) *Land Registration for the Twenty-First Century- A Conveyancing Revolution*, *Law Commission No.271*
- Upham, Frank (2018) *The Great Property Fallacy*, Cambridge University Press
- 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/ Deininger, Klaus (2003) *Land Policy for Growth and Poverty Reduction*, World Bank, Washington, D.C.

## 注

- 1 小高 (2011) 参照。
- 2 塩崎 (2014) 他。
- 3 最高裁判決平成 14 年 2 月 13 日、民集 56 卷 2 号 331 頁。
- 4 金子 (2020a)、Kaneko (2021b) 参照。
- 5 アジア諸国のトーレンズ式登記制度について、金子 (2019) 参照。
- 6 国際開発機関が推進する土地改革方針について、World Bank/ Deininger (2003)、UNDP/ de Soto (2008) 等。
- 7 金子 (2020b) 参照。
- 8 今日、国際開発機関がアジア・アフリカで推進する土地法改革においては長期的占有者による取得時効制度 (adverse possession) を否定する例が多い。
- 9 2002 年土地登記法 Schedule 6 による。Rhy

- (2017) 参照。
- 10 Hopkins (2017) p.201 参照。しかし近年では詐欺事案による登記修正 (rectification) が激増し、賠償制度のコスト増が改正論を呼んでいる (Law Commission Consultation Paper No.227, 2016 参照)。
  - 11 Upham (2018), Kaneko (2021a) 前掲。
  - 12 World Bank/ Bruce et al. (2006) 参照。
  - 13 UK Law Commission (2001), また Cook (2003) 参照。
  - 14 アジアにおける植民地法政策の比較について、Hooker (1986)。
  - 15 法的多元主義の功罪をめぐって、Tamanaha (2021)。
  - 16 地租改正の法的構造と社会的帰結について、福島 (1962)、(1975) 他。
  - 17 ビルマでは英緬戦争の戦線拡大と共に地租徴収が進み、1876 年下ビルマ土地地租法・1889 年上ビルマ土地地租規則で完成した。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・農地法が転機となった。タイのチャクリ王朝による地租改正は 1901 年土地地租法に開始し、1916 年にかけて相次ぐ法改正を経て徐々に展開し (北原 2002)、現行の 1954 年土地法のもとで 1980 年代に世界銀行の支援が行われている (Feder 1988)。
  - 18 広中・星野 (1998)、星野 (2015) 他。
  - 19 ただし日本の不動産登記は治安裁判所・司法大臣の所管であり (2~4 条)、無期限で裁判所への抗告が可能であった (12 条)。トーレンズ式登記制度が短期的除斥制度によって、行政行為としての登記で権原を最終的に確定し (indefeasibility)、登記と実体の齟齬は賠償制度 (indemnity) で処理することとの違いである。
  - 20 日本社会の現実として、地主は登記に協力するために出頭することはまれであり、そのため同条により、日本の多くの制限物権は未登記のままである。
  - 21 旧民法起草の注釈書『再閣修正民法草案注釈第二編 I』545 条注解 75 参照 (ボアソナード民法典研究会編 2000, p.220-221)。
  - 22 梅 (1896) 参照。
  - 23 ただし 3 博士の 1896 年民法典は、時効取得制度 (162・163 条) に善意・無過失の立証責任を加重している。
  - 24 前掲『再閣修正民法草案注釈第二編 I』621 条注解 166 参照 (ボアソナード民法典研究会編 2000, p.460)。240 項
  - 25 前掲『再閣修正民法草案注釈第二編 I』666 条注解 217 参照 (ボアソナード民法典研究会編 2000, p.614)。
  - 26 前掲『再閣修正民法草案注釈第二編 I』683 条注解 240 参照 (ボアソナード民法典研究会編 2000, p.660-661)。
  - 27 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)、道頓堀事件 (大阪地裁判決昭和 51 年 10 月 19 日、判例時報 829 号 13 頁) など。
  - 28 政府見解 (たとえば所有者不明土地問題研究会 2017) は所有者不明地が国土の 2 割に及ぶとしたが、登記上の記載住所に郵便物を送っても届かず、所有者と直ちに連絡がつかない土地とされ、さらなる調査により最終的に所有者が不明であったのは 0.41% に留まるとの指摘がある (高村 2018)。
  - 29 法務省民事局民事第二課 (2019) 参照。
  - 30 平成 30 年度版『土地白書』(国土交通省 2018) によれば、地籍調査で、相続による所有権移転登記がされていない割合が 66.7% であったとする。
  - 31 高村 (2018) 参照。
  - 32 鷹巣 (1996) p.2 以下。
  - 33 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。
  - 34 中尾 (2009) 参照。
  - 35 前掲・法務省民事局民事第二課 p.3。
  - 36 前掲・高村 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。
  - 37 金子 (2016) 参照。
  - 38 詳しくは、金子 (2014)。
  - 39 復興庁「鶴住居川・片岸海岸の防潮堤事業をモデルケースとする用地取得の迅速化の取組について」(平成 25 年 4 月 26 日付け復興庁による記者発表資料) 参照。
  - 40 東日本大震災復興特別区域法 73 条の 2~4 参照。
  - 41 報道資料として <https://www.asahi.com/articles/ASL1D3GPYL1DUTIL00M.html> 参照。
  - 42 国土交通省 (2013) 参照。
  - 43 2014 年当時、金浜住民関係者への筆者の聴取りによれば、実際には 72 世帯の合意取付けは行政側の努力で行われたものではなく、金浜の現在住者のネットワークを通じた多大な協力によって迅速に実現された。
  - 44 上関原発用地買収に関する最判平成 20 年 4 月 14 日民集 62 巻 5 号 909 頁など入会判例の一つの焦点となっている。中尾 (2009, p.249) は共有の一般原則 (民法 251 条他) に依拠して解釈しようとする。
  - 45 1952 年農地法は、戦後農地改革による土地再分配の成果である農地耕作主義を前提に、農地の譲渡・賃貸を農業委員会の許可にかからしめ (3 条)、農地転用は知事の許可制を敷く (4 条)。

- 46 1876年に漁村の慣習権秩序を認知する太政官通達が出され、1891年には旧漁業法が「漁業権」概念を導入し、現行の1949年漁業法は、地域集落を母体とする漁業協同組合を資源自主管理の実施単位とする。組合員は5～10年毎に免許更新審査がある。
- 47 災害復興における「特区」の発想は、国家戦略特区（兵庫県養父市等の農業特区）と平仄を一にし、農地法の農地耕作者主義に風穴を開ける規制緩和（2009年の一般企業の農地賃貸解禁、2015年の農業委員会の市長による任命制等）に帰結している
- 48 地域集落の一体的な機能の喪失に対する損失補償として、公共補償基準がある。
- 49 詳しくは、窪田他（2018）。
- 50 直近では2022年8月時点に大槌町中央公民館赤浜分館を訪問し、復興十年の回想を伺った。
- 51 麦倉他（2017）参照。
- 52 石川（2019）参照。
- 53 Gray & Gray（2011）参照。
- 54 金子（2014）参照。
- 55 詳しくはTaqwaddin & Alvisyahrin（2016）参照。
- 56 Alvisyahrin, Taqwaddin, Rizki & Risma（2022）、金子他（2022）。
- 57 19世紀の英国植民地における荒蕪地管理法の形成について、Kaneko（2021a）参照。
- 58 世銀・アジア開発銀行等の支援によるカンボジア2001年土地法12条についてKaneko（2012）、また世銀他の支援によるミャンマー2012年荒蕪地・休耕地・処女地管理法についてKaneko & Ye（2016）参照。
- 59 インドネシアでは共同体慣習体を国有林として位置づける森林法の規定に、2013年、憲法裁判所の違憲判決が下った。カンボジアやミャンマーでも荒蕪地管理法規に基づく政府や軍のland grabbingに対して無数の法的紛争が吹き荒れている（Carter & Harding 2014 他）。
- 60 金子（2013）、（2014）、（2015）参照。
- 61 金子（2015）参照。
- 62 台風ヨランダ後のレイテ島タクロバンにおける復興の帰趨について、Florano（2022）。
- 63 国連仙台減災フレームワークの強調する“Build Back Better”論の実像をめぐって、Toyoda, Wang & Kaneko（2021）参照。

# Developmentalism in the Unknown Ownership Problem: Case Review of Ten Years after the East Japan Earthquake

KANEKO Yuka\*

## Abstract

This article investigated the facts of lost property rights of disaster-affected individuals and communities in the post-2011 East Japan Earthquake recovery, which were hidden behind the exaggerated success of hard infrastructure works, including the 400km-long great seawalls surrounding the entire Sanriku coastline. Such sacrifice of private properties has been justified in the context of the state's regulatory power for the "public welfare" under Article 29, Section 2 of the Japanese Constitution. However, there is case law from the Japanese Supreme Court that requires proportionality between the regulatory purpose and the substance of the affected property rights. Guided by this proportionality requirement, this article investigated into the facts of "ownership-unknown land" which was contended by the Japanese government as the impediments to post-disaster construction works.

In section 2 of this paper, first, a quick review of the modern legal history in Japan since the reception of Western legal system was provided, and it was confirmed that the drafters of the Civil Code took a realistic approach to modify the capitalist legal doctrines to integrate the local existing property regime into the formal system. The refusal by the Civil Code to incorporate the Torrens style registration, or the compulsory registration system that offers the final title, which prevailed at that time in Asian colonies, has resulted in the continued protection of unregistered ownership for many generations, as well as the communal property rights "iriaiiken" throughout the rural Japan.

---

\* Professor, Kobe University Center for Social System Innovation



Due to this protection of unregistered properties, there are numerous old land revenue records remaining from the early modernization era before the enactment of Civil Code, when the Japanese government implemented rigorous land revenue reform (*Chiso Kaisei*) as well as the state-private land ownership separation policy (*Kan-Min-yu Kubun*). The gap between the registrations and the reality of property regime has been maintained since the integration of old land revenue record system into the new real property registry system in 1960. In section 3, this article identifies the neo-liberal policy orientation of the government's campaign of "ownership-unknown land" which has realized a series of law reforms, including the newly enacted Law on Special Measures for the Facilitation of Utilization of Ownership-Unknown Land in 2018, Law on Normalization of Irregular Registrations in 2019, and amendments to the Civil Code and the Law on Real Property Registrations in 2021.

In section 4, this article turned its eye to the empirical facts in the tsunami-affected areas in East Japan, and identified the tendency of the cancellation of vulnerable parties' property rights in the government campaign of "ownership-unknown land" which resulted in the deregulation for realizing the cancellation of unregistered communal rights of disaster affected communities for the prioritization of the construction of seawalls in Katagishi case and Kanehama case in Iwate prefecture, while the same logic of "ownership-unknown land" is applied by the government to refuse the utilization of unregistered properties for the community-led relocation plan in Akahama case in Iwate prefecture.

Given the continued protection which has been maintained until recent by the Civil Code to unregistered property rights, either individual and collective, such entirety of civil property regime should be considered as the target of prohibition of governmental infringement under the Japanese Constitution art.29, sec. 1. If the government aims at a post-disaster recovery as a moment of new investment under the Build Back Better slogan, such a goal is beyond the limit of proportionality test for the "public welfare" requirement under Constitution art.29, sec. 2 in proportion to the fundamental property's regime, and otherwise the just compensation should be provided according to Constitution art.29, sec. 3.