

講 演

中国における物権法の現状と立法問題*

渠 涛**

- 一 はじめに
 - (一) 中国歴史上の近代的物権制度
 - (二) 改革開放前の物権制度
 - (三) 改革開放後の物権制度
- 二 現行法上の物権制度
 - (一) 制定法上の物権に関する規定
 - 1 公法上の規定
 - 2 民事一般法の規定
 - 3 民事特別法の規定
 - (二) 判例法上で認められた物権制度
 - (三) 政策法により認められた物権制度
 - 1 共産党および政府の「文件」から見た農地請負耕作責任制の展開
 - 2 制度の展開における特徴
- 三 民法典制定と物権法起草の進捗状況
 - (一) 市場経済体制と民法典の制定
 - (二) 物権法立法の社会的必要性
 - (三) 理論上の準備と進行状況
- 四 物権法起草をめぐる問題点
 - (一) 不動産物権変動制度の選択について
 - 1 各種代表的な制度の比較
 - 2 中国の現状に対する認識
 - 3 小括——制度選択にありうべき姿勢
 - (二) 農村土地財産権について
 - 1 現行請負経営権の性質に関する議論
 - 2 立法上の農地財産権の構成に関する議論
 - 3 私 論
- 五 結 語
 - 1 物権法と債権法との立法理念上の差異
 - 2 取引リスクと社会コスト
 - 3 中国の伝統に対する再認識の必要性

一 はじめに——旧法の廃棄と新法の未成立

(一) 中国歴史上の近代的物権制度

中国歴史における近代法的意味の物権法制度の嚆矢は、旧中国政府により1929年に制定された「中華民国民法典」の第3編——物権編である。この民法

典は、基本的にドイツ法をモデルとして制定されており、具体的な内容としては、一般規定（第1章）、所有権（第2章、第1節は一般規定、第2節は不動産所有権、第3節は動産所有権、第4節は共有）、地上権（第3章）、地役権（第5章）、抵当権（第6章）、質権（第7章、第1節は動産質、第2節権利質）、留置権（第9章）、占有（第10章）など、パンテクテン体系に固有の制度のほか、永小作権（第4章）、典権（第8章、典権の内容については141頁以下参照）などアジアないし中国固有の物権制度も盛り込まれている。しかし、この法典は、国民党政府の全中国に対する支配の終焉と中華人民共和国（以下は「新中国」と称す）の成立により、中国全土での効力を失い⁽¹⁾、現在、台湾でのみ法制度として適用されている。

（二）改革開放前の物権制度

新中国成立当初は、臨時憲法である1949年の「共同綱領⁽²⁾」、1950年の「土地改革法⁽³⁾」、1954年憲法⁽⁴⁾においては、都市部における資本家所有および農村における農民の農地と生産手段に対する個人的所有がいずれも認められていた。しかし、その後、都市部では、「贖買」および「公私合営」により資本家所有制が基本的に消滅してしまった。つまり、資本家の固定資産を分割払いで買収するという形や、または土地の国有化によって資本家の工場などの資産が空中の楼閣となったため、国家が土地を投資分にして資本家と合資経営をするといった形で私有財産を国有化したわけであった。そして農村部では人民公社といった政治的な運動により、農民の土地（農地）および生産手段に対する個

-
- （1）国民党政府の法制度の廃棄についての法的手続きとしては、中国共産党が新中国成立直前「国民党六法全書の廃棄および解放区の司法原則の確立に関する中国共産党中央委員会の指示」を公布している。この「指示」の詳細は、浅井敦「国民党六法全書と中共中央の指示」ひろば34-2（1981年）参照されたい。
 - （2）（第三条）
 - （3）特にこの土地改革法30条では、「土地改革が完成された後、人民政府により土地所有証書を配布し、あらゆる土地所有者がその所有土地に対する自由経営、売買、賃貸借の権利を有する」と具体的な規定が設けられている。
 - （4）一九五四年憲法第五条：中華人民共和国における生産手段の所有制には、主に次の各種がある。国家所有制すなわち全人民所有制、合作社所有制すなわち労働大衆集団所有制、個人労働者所有制、資本家所有制。第八条一項：国家は、法律に従って農民の土地所有権、およびその他の生産手段の所有権を保護する。

人的所有も有名無実とならしめた。

農民の農地に対する私的所有は、本来、政府の土地改革によって元地主、富農所有の土地が無償で分配されたものであるが、当時、農民個人ないし農村全体の生産能力の低下などの客観的な条件に制限され、個人間、つまり、主に家庭単位の共同作業を中心とする組合（互助組）が現れていた。このような現象が政府からの賞賛を受けたばかりでなく、また、政府の意思によって互助組から、初級農業生産合作社、高級農業生産合作社、さらに人民公社へと、短期間に高度の集団所有形態が実現したのである。そして、本来経済的機能のみを有する組織である人民公社が「政・社合一」という政府の政策によって農村での基層行政機構と合体したため、集団所有の名目のもとで農民の自己所有の土地財産による収入がなくなり、農民が労働収入のみに頼る無産階級となった。したがって、人民公社以降の農村では、農民が新政府から無償で得た土地財産は、また同じ政府に無償で取り上げられたといえよう。一方、生産隊を基礎とする三級（＝人民公社、生産大隊、生産小隊）所有という集団所有は、その所有の主体資格が法人たるものなのか、組合のなのかも明確にされていないし、また、所有の形態としては、一般の持分共有なのか、大陸法でいう合有それとも総有なのかも不明なままである。そして、それが原因で、この集団所有には、近代法的所有権の占有・使用・収益、とりわけ処分の機能が具備されているか否かも明らかになっていないわけである。したがって、人民公社時代の農村での集団所有はその中身をともなわない、空虚なものであった。結局、このような財産権設定の大変更は、決して生産力を発展させるために財産の所有関係を画定するためのものではなく、政治上の需要を満たすために農民の土地に対する私的所有権を否認するものであった。そのため、農民の抵抗を招き、人民公社運動が開始された1958年から農業生産は連年減産し、大飢饉がおき、中国政府はかつてこれを「三年自然災害」として扱っていた。1979年以降の改革開放期に定着したいわゆる「聯産承包責任制（以下は『請負耕作責任制』と称す）が未だに財産権として明確されていないことは、まさにこのような歴史の後遺症といえよう。

とりわけ、1966年から始まった文化大革命の十年間は、財産の私的所有が根本的に否定され、法に対する蔑視が蔓延するという新中国歴史上の異常な時代であった。したがって、改革開放までの中国では、計画経済という体制のもとで私的取引が否定される一方で、財産の私的所有も否定された。まさに財産の私的所有に対する否定が私的取引の基盤をなくしてしまったのである。このよ

うな社会では、土地を中心とする生産手段が公有制（国家所有と集団所有）一辺倒となり、私的所有の対象は消費財を中心とする生活手段だけであったため、当然「物権」という概念も存在する余地はなかった。

（三）改革開放後の物権制度

1979年から本格的に開始された改革開放政策は、最初、計画経済体制を保留するままで商品経済を取り入れたが、その後、改革の深化に伴って社会主義市場経済という新型の体制を打ち立てた。このように変化した社会において、法主体の独立と多様化、また私的取引の活発化が引き起こされ、それに伴って法律上の権利義務関係、特に財産の帰属関係を明確にすることが求められるようになってきている。

この時期の社会全体の推移は以下のように素描することができよう。

政治の面から見れば、まず、1978年の末から中国共産党第11期3中全会で打ち出された改革開放政策に基づき、改革がまず農村部で率先して開始され、次に12期3中全会（1982年）の「経済改革に関する決定」により都市部を含め全面的に展開されていった。さらに13期大会（1987年）で「社会主義初級段階論」と政治改革が提起され、そして、1997年に開催された共産党第15期大会では、「中国の社会主義初級段階の長期化」という認識のもとで、民主と法治の強化を通じて「依法治国（法に基づいて国を治める）」、社会主義法治国家を実現させることが呼びかけられていた。このような呼びかけを受けて、1998年に開催された第9期全人代第1回会議では、立法の強化、立法水準の向上が強調されたほか、2010年までに中国的特色のある社会主義市場経済の法律体系を完備するという目標が明確に定められたのである。

経済体制から見れば、「計画経済を主とし、市場調節を補助とする」という命題から「計画経済と商品経済との結合」を経て、徐々に「商品経済を主とし、計画経済を従とする」傾向へ推移していった。さらに、その後、鄧小平の「南巡講和」および第14期大会（1992年）で提起された「社会主義市場経済体制の確立」により、市場経済は資本主義に特有のものではなく、社会主義にも存在しうるものであるという結論が導き出され、改革の目標が一層明確化になっていったのである。

このような全社会の大変化を背景に、私的取引の活発化、不動産取引の登場などの社会現象によって、イデオロギー分野において多種類形態公有制という命題の提起（共産党第15期大会にて）をならしめたばかりではなく、ま

た、これが「物権」概念の復活に契機を与えた。現在、統一契約法草案が長い時間をかけた修正と審議を経て1999年の第9期全人代の第2次会議を通過した後、物権法の起草が本格的に始められている。

二 現行法上の物権制度

（一）制定法上の物権に関する規定

1 公法上の規定

(1) 憲法における財産の個人所有の推移——1982年憲法/1988年改正/1993年改正/1999年改正

現行憲法（1982年）は、「社会主義公有制においては、人が人を搾取する制度は廃絶され、それぞれ能力に応じて働き、労働に応じて分配を受けるという原則が実行される」（第6条2項）と定めており、労働以外の財貨の取得が否定されている。このような原則のもとで、当然ながら、最も基本的な生産手段となる土地は国家所有と集団所有のみが認められ、いかなる組織または個人であれ、土地を侵奪、売買し、またはその他の形式でこれを不法に譲渡してはならず（第10条3項）、土地の占有、使用、収益、処分の自由が全面的に否定されている。

しかし、改革開放の展開にともなって、上記の土地に対する厳しい管制が現実には不可能となり、特に外資を誘致するには土地に対する権利を明確にすることが求められるため、1988年の改正により、「いかなる組織または個人であれ、土地を侵奪し、売買し、またはその他の形式でこれを不法に譲渡してはならない」という条文の後に、「土地の使用権は、法律の定めるところにより、譲渡することができる」（第10条3項）が追加された⁽⁵⁾。

また、社会主義初期段階論および社会市場経済体制の提起を背景に、1993年の憲法改正では、これらの内容をさらに充実させ、また、農村で現われた農地請負経営を認めるようになった。

さらに、共産党第15期大会の精神を受け、1999年の全人代第9期第2回会議において、社会主義初期段階の長期化という認識のもとで私有経済の位置付け

(5) この改正に先立って、改革開放の最前線に位置する深圳市政府は、5321.8平米の元住宅地を、1平米200人民元で中国航空技術進出口公司深・貿易センターに、使用期間50年という条件で土地使用権を設定していた。

が明確にされた。まず、第6条には、公有制を主体とする多種類所有制の共同発展という基本的経済制度を堅持し、労働に基づく分配を主体とする多種類分配方式が共存する分配制度を堅持するという内容が追加され、これによって従来否定されていた労働以外の財産所有に基づく分配（＝収入）が認められたと考えられる。次に、第11条は、元の「法律規定の範囲内における都市と農村の労働者個人経営の経済は、社会主義公有制経済の補充である」を「法律規定の範囲内における個人経営の経済および私営経済など非公有制経済は、社会主義市場経済の重要な構成部分である」と改めた。このような改正は、非公有制経済を消極的に承認した姿勢から積極的に認める姿勢に変更したといえよう。

(2) 土地管理法（1986/1988年改正/1998年改正）

1986年に成立した土地管理法は、1982年憲法第10条の内容を2条2項でそのまま規定していた。その後、同法は、1988年の憲法改正を受けて、2条に1項、つまり、「国有土地、及び集団所有土地の使用権は、法律の定めるところにより、譲渡することができる。土地使用権の譲渡に関する具体的な方法等については、國務院によりこれを定める」を追加した。

そのほか、1988年改正前の規定で注目に値するものとしては、「集団所有の土地、及び全人民所有制組織、集団所有制の組織の使用する国有の土地は、集団または個人に経営を請け負わせ、農業、林業、牧畜、漁業等の生産に供することができる」（12条1項）内容や、土地の請負経営者が負うべき土地に対する保全義務と合理利用義務（2項）、土地の請負経営権の法的保護を受ける権利（3項）などがあげられる。

2 民事一般法の規定

(1) 民法通則

第5章第1節には、71条が所有権についての一般的規定、72条には所有権移転についての規定が設けられている。89条は抵当権、留置権について定めているが、抵当権の客体が動産も含むことと、質権に関する規定がないことという二点に注目すべきである。このような規定の組み方は、旧ソ連法からの影響を受けていると考えられるが、1995年に成立した「担保法」で、始めて抵当権と質権との分離が実現したのである。

そのほか、28条では個人工商業者と農村請負経営者の合法的な権利と利益は、法による保護を受けることが定められている。また、80条2項では、国家所有の土地は、法により、全人民所有制の組織が使用することができ、法により集団所有制組織の使用に画定することができ、国家はその使用、収益の権利

を保護する。使用組織は管理、保護、および合理的利用の義務を負う（一項）。法により、集団が所有し、または国家の所有で集団が使用する土地に対する市民、集団の請負権は、法による保護を受ける。請負に関する双方の権利及び義務については、法に従って、請負契約で定める（二項）。そのほか、土地については、売買、賃貸、抵当またはその他の方法により不法に譲渡してはならない（三項）ことが定められている。

（2）担保法

1995年に成立した担保法は、人的担保（普通は債権法上で規定する保証）と物的担保（物権法上で規定する担保物権）の二つの部分からなっている。この法律の制定の背景には、1990年代に入ってから、経済生活においていわゆる「三角債」、つまり、企業間における支払い遅滞・不能という現象が発生し、これが深刻な社会問題となっていたという事情がある。「三角債」の発生原因はさまざまであるが、たとえば、企業の管理体制によるもの、銀行信用貸付体制によるもの、決算支払制度によるものなどがある。これらの制度が市場経済体制にそぐわないことはいうまでもないが、債務履行にかかわる担保制度の不備が主な原因の一つであったと考えられる。つまり、一方では、民法通則第89条は、抵当についてのみ簡単な規定を定めただけで、抵当権と質権との区別も明確にされていない。他方では、これらの制度に関連する登記制度・競売制度も存在していないなどが原因で、現実生活の中で担保が機能しえないということである。このような理由から、立法機関は、1993年から担保法の起草をはじめ、担保法の制定を通じて担保制度の整備と現代化をすすめようと考えたのである。

担保法は、保証、手付け、質権、抵当権、留置権などの担保手段を定めているが、特に注目すべきのは、質権の中で権利質、抵当権の中で動産抵当と最高額抵当（根抵当）、保証の中で最高額保証（根保証）など規定が設けられている点である。

（3）相続法

個人請負が得べき個人の収益は、本法の定めに従って、相続される。個人請負は、法律に従って、相続人による請負の相続が認められる場合、請負契約に従って処理する（4条）。

3 民事特別法の規定

下記にあげたものは、國務院により公布された行政法規が大多数で、ほとんど行政法規に属するものであるが、一応物権法に関係を有するため、民事特別

法として扱っておくことにする。

① 1983年12月に国务院発「都市私有家屋管理条例」

この条例は、総則、所有権登記、売買、賃貸借、管理代行、附則等の6章、計28カ条からなっており、私有家屋に対する管理、私有家屋の所有者および使用者の権益を保護し、私有家屋の存在価値を最大化するためのものである(1条)。

② 1990年5月に国务院発「都市および市街区の国有土地使用権の設定・譲渡に関する暫行条例」

この条例は、総則、使用権の設定、使用権の譲渡、使用権の賃貸借、使用権の抵当、使用権の終止、分与により取得した土地使用権、附則等の8章、計54カ条からなっており、主に土地使用権の設定および設定後の流通について規定されたものである。

③ 1990年5月に国务院発「外国人投資による大型土地開発・経営に関する暫行管理弁法」

この条例は、章別なしに18カ条からなっており、主に規定された内容としては、国有土地使用権が設定された後、外国人によりこれを開発した場合の手続き、および権利義務関係である。

④ 都市不動産管理法(1994年)

この法律は、上記の行政法規と異なり、都市部の不動産市場全体を規制するために制定した上位法である。規制の対象としては、不動産開発、不動産取引(不動産の譲渡、抵当、賃貸借、および仲介業者)、不動産登記、法律責任などとなっている。

⑤ 土地登記規則

この規則は、国家土地管理局(現在の国土資源部)により1989年に制定されたもので、最初は5章49カ条からなるものであったが、1995年の改正を経て、現在のものは、総則、不動産の原始登記、他物権の設定登記、移転登記、名称・住所・土地の用途の変更登記、抹消登記、登記書式、附則など8章、計78カ条からなっている⁽⁶⁾。

(6) この土地登記規則は中国の現行物権法を考察するのには非常に重要な意味を持つものであるが、この規則が公開されて間もないこともあり、詳しく紹介することを別稿に譲ることをお許し願う次第である。

（二）判例法上で認められた物権制度

「典権」という制度は、中国の歴史上の古い制度であり、紀元前の春秋戦国にまで遡ることができ、漢、唐の時代になってから民間の慣習として広く利用されてきたといわれている。その後、清の時代に「大清律令」ではじめて成文法として規定されるようになり、また、現在台湾でのみ効力のある中華国民民法典によって中国の近代民法の一制度として定められたものである。「典権」は、清の時代を境に、それ以前は質権との混用で動産と不動産の両方を含んでいたが、「大清律令」以後は、不動産のみに限られるようになっている⁽⁷⁾。その具体的な内容としては、以下のものである。

① 典権者は現金を出典者に支払うことをもって、出典者所有の不動産に典権を設定する。

② 典権者は典権を設定した出典者所有の不動産（以下は「典物」と称す）に対して、典権の設定期間内に占有、使用、収益（例えば賃貸）の権利を取得する。

③ 典権の期間が満了した時点では、「回贖（請け出す）」が原則であるが、その代わりに、「絶売（売り払う）」もできる。

④ 「絶売」の場合は、「典物」の価格は設定時のままでもよいし、差額を請求することもできるが、そのいずれも当事者間の合意によって決定される。

「典権」の性質については、見解が分かれているが、①用益物権説、②担保物権説と、③二重の権利（つまり用益と担保の両者の機能とも備えている権利）説がある。

もっとも、この制度は、中国の伝統的な慣習による制度であり、また台湾でのみその効力を有する中華国民民法典に定められた制度ではあるが、新中国の実定法立法においてはかつて定められたことはないものである。しかし、後述するように、典権が今日までの中国社会での法現象であるし、また、司法解釈や、判例によって認められている⁽⁸⁾ので、これを判例法上の物権制度として理

（7） 典権については、楊興齡「論典権的存廢」梁慧星主編『民商法論叢』（北京）第12巻301頁（1998年）、李婉麗「論典権法律性質及与類似法律關係之差異」『法学研究』（北京）1993年第3期、同「中国典権法律制度研究」『民商法論叢』367頁以下など参照。なお、典権については台湾の学者の研究が古くから多い。

（8） 典権に関する中国最高人民法院により出された「司法解釈」は1952年から1993年までは42件ある（『国家法規数拠庫』、北京：中国国家信息中心1998年下

解することができよう。

「典権」と日本法の関係制度と比較して言えば、目的物である不動産を相手方に引き渡して、相手方に使用収益の権利、およびその存続期間を設定する点では、日本の不動産質に似ているが、典権が債権の存在を前提としないこと、および目的物の使用収益に対する制限のないことなどの点では、不動産質と異なっている。また、期間満了後、「回贖（請け出す）」時の目的物の実際価格と典権設定時の価格との関係から見れば、日本法の買戻制度にも似ている。しかし、典権は、まず、物権に属し、第三者に対抗することができ、次に、目的物の所有権が移転しないという二点が買戻しと異なる。

物権法の起草にあたって、この「典権」の取捨について議論があり、採用説と不採用説に分かれている⁽⁹⁾。不採用説の理由としては、「典権」が封建時代に活用されていた制度であり、近代法、さらに現代法においてはこれに代替する、より先進的な制度が存在しているため、これを採用するのは蛇足となるという点をあげている。これに対して、採用説は、①「典権」は、中国人が祖先の手で作られた財産を大事にするという美德の表れである。②出典者はほとんど社会的弱者であるため、実定法上の保護が必要である。③これは確かに封建時代の制度ではあるが、今日に至っても実定法上の規定が存在しないにもかかわらず、中国民間で大いに使われている。④まさにこれが中国民間に定着している制度であるという認識のもとで、新中国建国当初から司法解釈などによってこの制度が認められている⁽¹⁰⁾。したがって、「典権」は今日にいたるまでの法実務ではよく現われる法現象であるため、実定法上に相応する規定を設けなければならないと主張している。

この採用説は、最近完成した物権法建議草案に採用されているが、現行実定法では、1995年の「広東省典当条例」という地方法規しか存在していないし、また同条例では動産の典当（＝質権）のみが認められ、不動産の典当は明文で禁止されている。一方、「典権」に関する司法解釈はいずれも過去に設定され

半期版 CD-ROM)。

(9) 同上楊興齡，李婉麗論文参照。

(10) 1959年内務部発「關於土地改革地区典当土地房屋問題的处理意見（草案）」，1952年最高人民法院，財政部，司法部連合發「同意西南財政部規定的房地產典期屆滿後逾10年未經回贖得申請產權登記的意見的連合通令」の二つでは、典権の目的物を土地と家屋としていたが、土地公有化以降のものは、家屋に限定している。

た「典権」の実行に関するものである。したがって、このような「典権」は中国台湾地区で現在も活用されているが、中国大陸では過去に設定された権利の処理のみが問題となっていると筆者は考える。

（三）政策法により認められた物権制度⁽¹¹⁾——農村土地の請負経営権

1 共産党および政府の「文件」から見た農地請負耕作責任制の展開

農地の請負耕作責任制の登場は、1960年代、つまり「大躍進」が失敗した後の「国民経済調整期」にまで溯ることができる。しかし、その時点では共産党内の急進派路線と実務派路線の対立によって農村で制度として定着することはなかった。その後、1970年代末に農村で密かに再び現れた農民の農地請負経営は、民法通則、農業法、土地管理法などの現行法では、権利として認められているが、権利の性質や内容等が法律により具体的に定められていない。下記の考察で明らかなように、この権利の登場から法律上で権利として認められるようになるまで、ほとんど共産党や政府の「文件（＝通達）⁽¹²⁾」によって追認され、または導かれて展開されてきたものである。

1978年12月、中国共産党第11期3中全会において、階級闘争の放棄と改革開放の実施が決定し、また、同会議で「農村人民公社工作条例（試行草案）⁽¹³⁾」が採択されている。この条例は、経済改革に関する新しい創意のある内容は見られないものの、共産党大会によって定められた点、および改革開放の実施が決定された時点に定められたという点において、意義を有するものである。も

(11) この問題の詳細について、拙稿「中国農村土地財産権の研究——集団所有の危機と再生を中心に——」（名城第47巻第4号、1998年）を参照されたい。

(12) 改革開放以降、農業政策に関する国務院文件に限っていえば、ほとんどの場合は中共中央文件と同一の内容が同時に公布されるか、少し遅れて公布されるという形で出されている。例えば、右記の中共中央「一九八四年の農村工作に関する通知」の内容は、国務院の一九八四年一号「文件」の内容と同一のものであった。

(13) この条例の主な内容は、①人民公社における財産の集団所有を再確認、②労働に応じて分配する原則を再確認、③生産隊の基本採算単位という地位を再確認、④人民公社の財産と労働力を人民公社員以外のものが無償で使用、占有することに対する否認、⑤国家計画の指導の下での生産、経営、分配の権利を確認、⑥地主、富農出身の社員に対する差別の否認等である。なお、このまとめは、張天栄・肖冬連・王一年主編『中国改革大辞典』410頁（北京：中国国際広播出版社、1992年）参照。

とも、その後には可決された決議等に関する「文件」が農村での経済体制改革に最も重要な役割を果たしていたし、また、これらの「文件」の内容が請負耕作責任制の登場とその後の進展の過程を反映している。以下、これらの「文件」の具体的な内容を追跡して、改革開放後の農地請負耕作責任制の展開を浮き彫りにする。

(1) 「農業発展をはやめる諸問題に関する決定⁽¹⁴⁾」(1979年9月)

① 請負耕作責任という制度の登場は「今日の我が国農業の立ち後れた状況を速やかに改めるため」である。

② 今までの「平均主義を断固正すべきである」ことを前提に「生産量とリンクして労働報酬を計算し、超過生産分に奨励を与えるという方法を採用してもよい」。

③ 「生産隊での統一計算・統一分配を前提に作業班に作業を請け負わせ、……耕地を分けて単独経営を行うことは許さない。若干の副業生産において特殊な必要がある場合、および山間僻地、交通不便な独居世帯を除き、『包産到戸』（個別農家に請け負わすこと）を行ってはならない」。

(2) 「農業生産責任制の強化、整備に関する諸問題⁽¹⁵⁾」(1980年9月)

① この二年来、各地の幹部と公社員大衆は実際から出発し、思想を開放し、大胆に模索し、様々な形態の生産責任制を実施した。……とりわけ専門的分業で生産量に応じて報酬を計算する請負生産責任制が出現し、大いに公社員から歓迎されている。……各級指導者は広範な大衆とともに正反両面の経験を総括し、社隊が生産責任制を改善し向上させるのに手を貸し、集団経済の管理工作を大々的に推進しなければならない。

② およそ生産者の関心を最大限集団生産に向けさせ、生産を増やし、収入を増やし、商品を増やすのに有益な責任制の形態は、すべて良いもので実行して構わないものであり、すべて支持を与えるべきであって、一つのモデルに画一化してはならない。

③ 農業、林業、畜業などあらゆる業種の労働力に能力の大小に応じて耕地、またはそれぞれの業種を請け負わせ、契約の形式で確定し、その年、あるいは数年は変更しない。

④ 当面、一部の省・自治区では、幹部と大衆の間に戸別生産請負制（戸別

(14) 田島俊雄訳、太田勝ほか『中国共産党最新資料（上巻）』（勁草書房、1985年）所収、130頁以下参照。

(15) 田島俊雄訳、同上三九六頁以下参照。

経営請負制を含む）（原文は、「包産到戸包括包幹到戸」）を実施するかどうかについて、幅広く論争が巻き起こされている。工作や生産に有利なように、政策上でも相応の規定を作ることが必要となっている。……大衆の要求を支持し、戸別生産請負制あるいは戸別経営請負制を許可し、かなり長い期間にわたって安定的に維持しなければならない。

(3) 「全国農村工作會議紀要₍₁₆₎」(1982年1月)

① 農業生産責任制はこれまでに、全国農村の90%以上の生産隊で確立された。大々的な変動の局面は既に過ぎ去り、今は総括、整備、安定の段階にはいつている。農業生産責任制確立の活動がこれほど迅速に進められたことは、中国農村の実状に基づいて社会主義農業を発展させたいという数億の農民の強い願いの現れである。

② 中国農業はあくまでも社会主義集団化の道を歩まねばならないこと、土地などの基本的な生産手段の共有制、集団経済の生産責任制は今後長期にわたって不変であることを党の各級指導部は幹部と大衆に説明すべきである。……各種の責任制は、いずれも社会主義集団経済の生産責任制である。どのような形態をとるにせよ、大衆が変更を要求しない限り変えることはない。

③ 農業生産責任制を整備する活動は、中共中央の「農業生産責任制を一層強化、整備することに関する諸問題」の主旨に従い、各地それぞれの条件に見合う分類指導を原則として堅持すべき点に変わりはない。

④ 農業生産責任制の確立と整備の過程では、土地の集団所有制を堅持し、耕地の保護とその合理的利用に注意を払わなければならない₍₁₇₎。

⑤ 生産責任制を整備する活動を農業生産の全面的発展を促すという目標と緊密に結びつけなければならない。多角経営と商品生産の発展は現在、広範な大衆のさし迫った要求となっており、われわれの活動がこれに遅れをとってはならない。

(4) 「当面農村経済政策に関する諸問題₍₁₈₎」(1983年1月)

(16) 『北京週報』1982年16号、太田勝洪ほか『中国共産党最新資料（下巻）』（勁草書房、1985年）所収、186頁以下参照。

(17) 耕地の請負耕作者にこのように義務づけたのは、今回の「紀要」で初めて登場したものである。その具体的な内容としては、請け負った土地での住宅建設、死者の埋蔵および土の運び出し、ならびに、請け負った土地の売買、賃貸借ないしあらゆる形の譲渡、荒廃させることを禁ずることである。このうち、賃貸借と譲渡は、後の「文件」または行政規定、さらに憲法の改正によっては正されているが、ほかの義務は今日まで変わっていない。

① 党の11期3中全会以降、我が国農村には多くの重大な変化が生じた。なかでも特に影響が大きいのは、多様な形態の農業生産責任制を広く実施したことであり、聯産承包責任制がますます主要な形態となってきたことである。

② 聯産承包責任制により統一経営と分散経営の結合がはかられ、集団の優位性と個人の積極性は同時に発揮されている。この制度をさらに整備、発展させることにより農業の社会主義協同化（原文は「合作化」）への道は一層我が国の実情に合致したものとなるのであろう。これは党に指導された我が国農民の偉大な創造であり、マルクス主義協同化理論の我が国での実践における新たな発展である。

③ 聯産承包責任制および様々な農村政策の推進により、我が国農業生産の長期停滞の局面は打破され、農業は自給半自給経済から比較的大規模な商品生産へ転化し、伝統的農業から近代的農業への転化が促進された。

④ 農業生産責任制を定着させ、整備することは引き続き当面の農村活動における主要な任務である。林業、畜産業、漁業、荒蕪地、未利用水面の開発その他の多角経営でも聯産承包責任制の確立を急ぐべきである。

⑤ 人民公社の体制は二つの方向から改革をする必要がある。すなわち、生産責任制とりわけ聯産承包責任制の実施と、政社分設の実施である。

⑥ 我が国は社会主義国家であり、搾取制度の存在を許すことはできない。しかし、われわれは発展途上の国家でもあり、とりわけ農村においては生産水準がいまだに低く、商品生産も発達しておらず、資金、技術、労働力について一定程度に流動性と多様な形態の連合⁽¹⁹⁾を認めることは、社会主義経済の発展にとり有効である。

(5) 「1984年の農村工作に関する通知⁽²⁰⁾」(1984年1月)

① 土地の請負期間を延長し、農民が投資を増やし、地力を養い、集約経営を実施することを奨励する。土地の請負期間は一般に15年以上とするべきである。……大衆が土地の調整を要求している場合には、請負期間を延長する前に

(18) 田島淳子訳、太田勝洪ほか『中国共産党最新資料（下巻）』（前掲）所収、506頁以下参照。

(19) 連合の具体的な形態として「文件」に認められたのは、農家間の手間換え、働けなくなった或いは人手の足りない者が生活を維持するために頼む手助け、季節雇い、または専門労働者、技術労働者の招聘などである。

(20) 田島淳子訳、太田勝洪ほか『中国共産党最新資料（下巻）』（前掲）所収、520頁以下参照。

「全般的に安定させ、個別的に調整する」という原則に基づき、十分話し合ったうえで集団が統一的に調整してもよい。

② 農民および集団の資金は自由に、あるいは組織的に動かすことを認め、地域的な制限は受けない。農民の各種企業に対する投資、出資を奨励する。

③ 農村における労働力雇用の問題に関しては党中央の「当面の農村経済施策に関する諸問題」に定められた原則的な規定に従う。

(6) 「國務院批転農業部關於穩定和完善土地承包關係意見的通知⁽²¹⁾」(1995年3月)

① 農地請負契約の法的厳肅性を確実に確立する。

② 農地請負契約期の延長(30年間)を確実に実施する。

③ 請負契約期間内に請負農地の増減に関する調整を基本的に行わない(原語は「増人不増地, 減人不減地」, 「大穩定, 小調整」)。

④ 農地請負経営権の流通メカニズムを導入する。

⑤ 今回の請負契約更新調整を奇貨にして農民に負担を加重してはならない(前年度現地農民の平均収入の5%を限度とする)。

⑥ 相続人の合法的権利を保護する。

2 制度の展開における特徴

請負耕作責任制の登場と展開、およびそれによる一種の財産権の成立について、右記の中共中央「文件」による考察を通じて三点指摘しておきたい。第一に、請負耕作責任制に対する承認は、文化大革命が基本的な原因で生じた農業生産の危機を乗り切ったためであったが、当時の中共「文件」で要求された内容と、その後の展開によって今日定着したものとはかなり異なっている。第二に、請負耕作責任制は最初登場した段階ではそもそも違法行為であったが、これが国家の追認によって制度化されたことである。つまり、1978年段階に農村改革の一環として登場はしていたが、その後の展開は政府の命令、政策によるものではなく、むしろ農民が自身の英知、判断に基づいて違憲の危険を冒して断固として実行したものが党中央および政府の「文件」によって追認、制度化され、また、1993年の憲法修正案の憲法第6条に対する修正によってその存在がようやく憲法上の根拠を有するようになったのである。第三に、この財産権の成立は、実定法によるものではなく、強いていえば一種の政策法によるものであるという点である。

(21) これが中共中央と國務院の連名「文件」である。国家信息中心『国家法規数据库 CD-ROM (1997版)』参照。

具体的にいえば、1978年の「人民公社工作条例」および1979年の「中共中央農業発展をはやめる諸問題に関する決定」には「平均主義を断固正すべきである」ことを前提に生産量とリンクして労働報酬を計算し、超過生産分に奨励を与えるという方法を採用してもよいとされていたが、生産隊での統一計算・統一分配を前提に作業班に作業を請け負わせ、耕地を分けて単独経営を行うことは許さない、若干の副業生産において特殊な必要がある場合、および山間僻地、交通不便な独居世帯を除き、包産到戸（個別農家に請け負わすこと）を行ってはいならないとされていた。しかし、「このような一歩進んだ政策を政府から『頂戴』した農民は、すぐにその制限を突破し、生産量とのリンクから生産組による請負へ、さらに生産組の請負から家庭請負へと移行させた。法理学から考えれば、『聯産承包責任制』は社会構成員と公共権力との新型の関係を表している。この新型の関係作りの功績は、農民の大胆な創造とねばり強い闘争に帰すべきである。これは、正面からいえば、農民が政策を利用（原文は『用政策』）した結果であり、裏面からいえば、農民が上にたてつuit（原文は『頂着干』）結果である。この中には、生存、最低限の生活（原文は『温飽₍₂₂₎』）のために闘う辛さが含まれていると同時に、中国農民特有の遠慮深さ、思いやり、忍耐強さなどの美德も現れている₍₂₃₎」。

筆者は、この制度の特徴は以下の二点に集約されると考えている。一つは、農村における改革の急展開の速度は人民公社時代に匹敵しう₍₂₄₎が、人民公社時代と全く異なった意味で「自下而上（下から上へ）」のプロセスを呈しており、中国農村の財産権歴史上に重要な意義を有するものである。もう一つは、このような請負耕作責任制の存在は、旧ソ連などの社会主義と異なっていることはいうまでもなく、近現代資本主義にも見られない構成であるが、市場経済を導入する改革開放の趣旨を鑑み、斬新的な社会主義または資本主義（1978年以降）下において農地財産権の構成を試みようとするものと理解している。

(22) 中国の伝統的な生活水準の分け方としては、貧困、温飽、小康、大同の四段階となっており、この分け方が現在も使われている。

(23) 夏勇主編『走向権利的時代——中国公民權利發展研究』七〇四頁（夏勇執筆部分）（北京：中国政法大学出版社、1995年）により引用、訳は筆者。

(24) この制度が一九七九年に登場し、一九八〇年の普及率はまだ14.9%であったが、一九八三年末は97.3%に達しているという数字からみて、かなりの急展開であったと思われる。

三 民法典制定と物権法起草の進捗状況

（一）市場経済体制と民法典の制定

1993年憲法の改正によって、いわゆる社会主義市場経済が提起された。経済体制の変化に伴い、民事立法の加速化が要求されるようになってきた。このような背景のもとで、1990年代の半ばから、現行法を基礎にして「民法典」の制定に取り組むという提案がなされている。その基本的な考え方としては、現在の民法通則を基礎に民法総則にし、現行の担保法を物権の一部にし、当時起草中の統一契約法を債権法の総則と契約の部分にし、現行婚姻法と相続法をそれぞれ手直しして親族、相続編にする。そうすると、残りは、物権の一部と不当利得と不法行為の制度をくわえれば、「民法典」が短期間で出来上がるというものである。

1997年以来、立法における体系性の追求により、民法典の起草が再度提起され、本格的な起草がはじめられた。特に最近開催された第九期全人代第3回会議で李鵬委員長により行われた「全人代工作報告」では、第九期全人代任期内に民法典の制定を実現するように努力することが明言されており、今後起草作業がさらに進められるものと考えられる。現段階において、学者により提出されている民法典の試案は主に以下のようなものがある。

魏振瀛案⁽²⁵⁾：中国において民法典を制定する必要性和現段階における実行の可能性を十分論証した上で、各国民法制度との共通性と中国の独自性をともに重視すべきであると指摘している。具体的に、民事主体、財産の所有および債権に関する制度については各国間の差異が最小限に制限されればされるほど、国際的取引に有利であるとする。これに対し、婚姻家庭関係と相続関係については、近親結婚の禁止、一夫一婦制、配偶者間の相互扶助、親子相互間の扶養と撫養の義務、および親族間の遺産相続の権利などの点には共通性があるものの、各国民法の間の差異もこれらの制度に集中している。民法典の構成については、基本的にドイツ法をモデルとして採用するが、各編の内容をそのまま採用する必要はないし、また、第五編に身分権の編を追加する。身分権編は総則と分則がわけられ、総則には概念、原則を含み、分則には生命権、健康

(25) 「中国的民事立法與民法法典化」『中外法学』（北京）1995年第3期一頁以下。

権、姓名権、名称権、肖像権、名誉権、栄誉権、プライバシーの権利などを含む。

王利明案⁽²⁶⁾：民法典の制定の順序については、まず民法全体の体系を考慮して、それに必要とする内容を盛り込んだ契約法と物権法などの単行法を制定し、そしてこれらの単行法を統合して民法典を編成する。したがって、民法典の起草作業と単行法の制定とを平行して行う必要がある。構成については、民事主体に対する保護と当事者の意思自治に対する尊重を民法典制定の基礎とした上で、総則編の下に、人格権を設け、不法行為法を債権法から独立させ、現行法（民法通則）の包括的に規定されている民事責任制度を分解し、そのほか、知的財産権と婚姻家庭制度を民法典に組み入れるべきであるとする。

徐国棟案⁽²⁷⁾：パンテクテン体系を全面的に分析した上で、中国民法典の構成においてローマ法にある「人法」の地位を十分示すべきであると指摘している。同教授によれば、ドイツ民法典はローマ法にある「人法」の部分の総則と親族に分け、また「物法」の部分の債権法と物権法に分けているため、ローマ法にある「人法」と「物法」二分的構成を破壊していると言う。一方、パンテクテン体系を発展させたロシア民法とオランダ民法典はドイツ民法のような大総則の構成を放棄したため、「人法」の本来のあるべき地位の回復を実現している。このような認識に基づいて、民法典の構成を以下のような試案を作成している。

序編：小総則；第一編身分法：①自然人法，②法人法，③親族法，④相続法；第二編財産関係法：①物権法，②知的財産権法，③債権総論，④債権各論；付属編国際私法。

梁慧星案⁽²⁸⁾：梁慧星案は、上記の三案と異なり、大雑把な編までの構成だけでなく、各編の編立ての理由、および編の下章立てと主な内容についての構想まで完成している。その具体的な構成は以下になっている。

第一編総則：第一章一般規定，第二章権利の客体，第三章権利の主体——自然人，第四章権利の主体——法人，第五章法律行為，第六章代理，第七章期間，第八章訴訟時効，第九章権利の行使；第二編物権：第一章一般規定，第二章所有権，第三章基地使用権，第四章農地使用権，第五章相隣関係，第六章典

(26) 「論中国民法典の制訂」『政法論壇』（北京）1998年第5期44頁以下。

(27) 「民法草案案の基本結構」『法学研究』2000年第1期37頁以下。

(28) 「中華人民共和國民法典大綱」『民商法論叢』第13巻800頁以下（法律出版社1999年）。

権、第七章抵当権、第八章質権、第九章留置権、第十章譲渡担保、第十一章占有；第三編債権総則：第一章一般規定、第二章債権の発生原因、第三章債権の目的物、第四章多数者の債権債務、第五章債権の移転と変更、第六章債権の保全、第七章債権の消滅；第四編契約：第一章一般規定、第二章契約の成立、第三章契約の効力、第四章契約の履行、第五章契約の解除と終了、第六章違約責任、第七章～第二十四章各種契約；第五編不法行為：第一章一般規定、第二章使用者の責任、第三章工作物責任、第四章公共営造物責任、第五章公害責任、第六章動物占有者の責任、第七章高度危険物責任、第八章交通事故責任、第九章製造物責任、第十章医療過誤責任、第十一章人格権侵害の責任；第六編親族：第一章一般規定、第二章親族、第三章結婚、第四章夫婦関係、第五章離婚、第六章親子、第七章養子縁組、第八章撫養と扶養、第九章後見；第七編相続：第一章一般規定、第二章法定相続、第三章遺言相続と遺贈、第四章遺産の処理。

（二）物権法立法の社会的必要性

新中国において私法が実定法として完備されていなかった原因について、さらに根本的なところまで視野を広げてみると、改革の最後の砦となる私的所有権の位置づけに深く関係している。これは、過去の私法未発達という歴史、および今日の私法分野における公法の残留という現象の主な原因の一つであるし、さらに今後の物権法ないし私法関係の立法も大いに左右するものである。

生産手段の公有制を基礎とした従来の計画経済体制下では、多元的な利益集団が存在しないため、私的取引の範囲は著しく制限されることになり、取引の機会を提供する市場が狭くなってくる。「経済的な利害対立が深刻になりやすい私的取引から問題を考えると、中国においては契約紛争の母体になるような市民間取引自体が例外的であることが、契約規範未発達の基本的な原因であるように思われる⁽²⁹⁾」。つまり、「重刑輕民」、から「一大二公」さらに「大公無私」へという中国特有の歴史では、契約法および物権法の存在の空間が確保されなかったと思われる。

改革開放以降、私的取引の活発化、とりわけ、不動産取引の登場と展開にもなって、取引関係の契約法が必要となるばかりではなく、物権関係の明確化も同時に要求されるようになっていく。このような社会的要求を満たすには、

(29) 加藤雅信「資本主義民法と社会主義民法——中華人民共和国の民法，経済法を素材として——」同著『現代民法学の展開』有斐閣（平成5年）101頁。

市場経済体制の確立が大前提となるが、この体制にふさわしい基礎の設定はさらに重要である。つまり、現代中国に特有な公有制のあり方について再考すべきであり、また、市場経済にふさわしい契約法、物権法ないし私法制度の整備が不可欠である。

従来の公有制については、共産党第15期大会で行われた江沢民総書記の報告に提起された「公有制の多様化」によって、比較的に明確になっているが、このような命題の提起は大変賢明な選択であるといえよう。1979年以降の政治的思考に則ってこの命題に辿り着いたプロセスを考えると、①社会主義を維持するためには人民の生活水準の向上が不可欠であり、②人民の生活水準を高めるには改革開放政策の実施が最も効果的な手段である。③改革開放の中心は経済建設で、経済建設の中心は生産力の発展であり、生産力を発展させるのは経済の活性化に不可欠な流通の活発化である。④しかし、流通の本格的な活発化を実現するには、消費財、生産手段を含めた財産の私的所有がある程度認められなければならないというものである。

しかし、現行法はこれに対応できるものではない。現行法の立法は、改革開放政策の実施と展開にともなって進められてきたのである。現段階においては、統一契約法の成立によって、債権関係の法律が比較的に整備されているが、これに対して、物権関係の法律の不備が一層目立つようになっている。問題の焦点を敷衍すれば、①基本的な物権制度の欠如、②不動産登記制度および登記機関の不統一、③法律制度の体系化の欠如などがあげられる。

(三) 理論上の準備と進行状況

しかし、もっとも問題なのは、まさに現在ほとんど白紙の状態になっているこの物権法の部分である。上述したように、中国では、民法通則の段階においてはまだ物権という概念が正式に認められていなかった。また、中国においては契約法より物権法の制定が更に難しい面として以下の二点をあげることができる。つまり、一つは、物権法立法自身が現行経済体制、さらに公有制などの政治体制に関係している点、いま一つは、物権法に関する理論の研究が不足している点である。中国の改革開放は、流通関係の改革から始められていたため、流通関係を活発化させるには取引の規則を制定するのが急務とされていた。したがって、改革開放後の中国の立法では債権法がまず重視されていたため、民法学界でも、これに対応して債権法の研究が盛んになったが、これに比べて、物権法に対する研究は比較的に立ち後れているのである。

物権法の立法は、1994年に立法計画に組み入れられているが、統一契約法の起草が先行されることや、また物権法に関する理論上の準備の不足などが原因で、起草作業がすぐに開始されなかった。しかし、その後、統一契約法の起草が一段落したためか、物権法に関する研究が盛んになった。『ドイツ物権法⁽³⁰⁾』、『中国物権法研究⁽³¹⁾』、『フランス物権法⁽³²⁾』、『物権法論⁽³³⁾』、『物権法原理⁽³⁴⁾』など大分量の物権法研究の著書が出版されているほか、研究論文も数多く現われ、立法に資する理論的基礎が以前よりかなり強められてきている。このような状況を背景にして、1998年3月に立法機関の依頼により成立した民法典起草グループは、梁慧星教授により提出された中国物権法立法試案を承認したうえ、同時に同教授を代表とする中国物権法研究グループに物権法草案の起草を依頼した。この研究グループによって完成された物権法建議草案は、11章434条からなり、各条文に立法趣旨、立法理由および立法例がつけられており、1999年10月に全人大常務委員会法律工作委員会に提出されている⁽³⁵⁾。

しかし、中国の物権法立法は、民法典の他の部分と異なる点として、現行法に依拠できる法制度が1995年に採択された「担保法」の一部のほかは、ほとんど存在しないということである。現在、学者により起草された物権法建議草案が一応完成しているが、下記の四（問題点）の考察で明らかなように民法学界においては幾つかの制度の設定について見解が分かれている。さらに、実務および行政などとの間に存在している分岐、ならびにイデオロギーに係わる農村土地財産権などの問題を加味して考えれば、今後、草案に対する修正もかなり施さなければならないし、議論もかなり複雑に展開されることが予想される。一方では、農村の請負耕作契約については、統一契約法の草案の中、第一草案（「建議草案」）および第二草案に異なった形で登場していたが、第二草案以降にはその姿が現れていない。これは土地財産権、とりわけ農村の土地に関する財産権の位置づけの難しさを物語っている。

(30) 孫憲忠著『ドイツ物権法』法律出版社（北京）、1997年。

(31) 梁慧星編著『中国物権法研究』（上・下）法律出版社（北京）、1998年。

(32) 尹田著『フランス物権法』法律出版社、1998年。

(33) 王利明著『物権法論』中国政法大学出版社（北京）、1998年。

(34) 陳華彬著『物権法原理』国家行政学院出版社（北京）、1998年

(35) この建議草案は、『中国物権法草案建議稿』として、すでに社会科学文献出版社（北京）によって出版されている（2000年1月）。

四 物権法起草をめぐる問題点

(一) 不動産物権変動制度の選択について⁽³⁶⁾

物権変動、とりわけ不動産物権変動の制度は、物権法の重要な制度として、近代法以来、資本主義社会の発展にともなって大きな発展を遂げている。如何に中国の現状を認識した上で、諸外国の制度、理論、経験を借用して中国物権法の物権変動制度を設定するかは大変重要な問題であると思われる。以下は、まず、大陸法系の不動産物権変動制度を中心に各種代表的な制度を網羅的に考察し、そして、中国の現状を如何に認識すべきか、さらに、中国物権法立法において如何なる姿勢で現有の制度および理論を選択すべきかについて考えてみたい。

1 各種代表的な制度の比較

第一に、不動産物権変動における登記の効力からいえば、大陸法系の代表的な制度として登記の効力発生主義＝形式主義と対抗主義＝意思主義とが存在している。この二種類の対照的な制度の不動産取引の安全に対する保護の度合いから見れば、前者はドイツとスイスが代表的で、不動産取引から第三者を排除することが主な目的であり、その保護の対象が当事者、強いていえば買受人の利益を重んじていると考えられる。後者はフランス、日本が代表的で、アメリカも基本的にはこの主義を採用しているが、その保護の範囲は前者より広く、つまり、当事者以外の第三者、さらに第四者なども含めているといえよう。一方、保護のメカニズムから見れば、大陸法諸国では、基本的に実体法を中心とする単一的なものであり、これに対して、アメリカでは、権原保険 (title insurance) の登場を代表とする多元的なものが現われているといえよう。このように保険の加入によって自己のリスクを軽減することは、むしろ、今日の世界で現われた潮流であると思われる。実際には医者、弁護士などの専門業種

(36) 中国の物権立法において物権変動制度を如何に選択すべきかについては、拙稿「不動産物権変動制度研究與中国的選択」(『法学研究』1999年第5期)に筆者の考えを詳しく述べており、参照されたい。この論文では、筆者が制度にかかる社会的コストとその制度の効果との間の損益関係を踏まえて選択肢を決めるべきという社会コスト選択論を試みたものである。なお拙稿の評価については『法学研究』「1999年中国法学研究回顧」をご参照されたい。

を対象とする私保険がすでに広く利用されていることは周知のとおりである。

第二に、思うに、自由競争を前提とする市場経済の社会においては契約の自由が大原則であり、契約の当事者が強行法に違反しない限り、自己の利益を中心に自己の財産についての意思決定をすることはまったく自由である。具体的に、特定物売買を例にして考えると、譲渡人が最大の利益を追求するため、相手方（第一譲受人）に違約金を払い、さらに損害賠償をしても、他のところ（第二譲受人）からより大きな利益を獲得しようと判断した場合には、譲渡人が違約金ないし損害賠償を代価にして第二の譲受人に契約の実際履行をなすことは、法律上認められるはずである。したがって、意思主義は形式主義より、さらに自由競争の原理に適応していると考えられる。

第三に、形式主義の法理は権利の推定（たとえば、ドイツ民法891条）であり、すなわち、登記に公信力を賦与するということは推定によるものである。そうであれば、不動産登記は必ずしも真実な権利の所在を意味せず、登記＝権利の所在は法律上の擬制にすぎないといえよう。この擬制の法理は物権行為無因性とは同一水準のものではないが、両者はお互いに補完しあう関係にあるものである。これに対し、意思主義は、表面上では登記がなければ第三者に対抗できないということになっているが、実際にはこの第三者の範囲を如何に画定するかによって、登記を有しない第一譲受人が登記を具備した第二譲受人に対抗できる場合もありうる。この点については、日本における第三者の無制限説から制限説へという通説の変遷から明らかに見てとられる。したがって、今日になって、どれが取引の安全を重視するか、またはどれが当事者の意思を重視するかというような基準だけで形式主義と意思主義を評価するのは、むしろ無理であるように思われる。つまり、両者は量（保護範囲）的な差異のみが存在し、質的な差異が存在しないといえよう。

第四に、登記の実務的な面から見れば、形式主義は、登記機関に対し、不動産取引を実質的に審査することを要求し、ある意味では登記許可主義に属するものである。これに対し、意思主義が登記機関に対する要求は形式的審査であり、登記準則主義に属するものである。一般法理からいえば、両者の間においては、行政行為の私人行為に対する関与度の差異から過失と責任の間の差異を生じさせるはずである。たとえば、形式主義の国では、行政行為の過失により登記簿上に不真実な登記が発生した場合には、国家賠償責任が認められるべきであろう。

第五に、上記の考察で見られるように、世界の代表的な各種の不動産変動制

度およびそれに相応するメカニズムはそれぞれ特色を持ち、また、相互に対照的な制度も存在している。しかし、各国のこれに関する制度の制定および理論の選択においては、いずれも自国の具体的な事情に基づき、自国の経済、社会ないし取引の慣習に適應するか否かを取捨の基準としていられる。このような自国の事情に立脚する立場は、立法の場合だけでなく、法の解釈、および法制度の改正などにも貫く必要がある。実際には、この点が各国で現われている現象からも明らかになっている。たとえば、ドイツでは、「現行法上の物権変動に関する規定について再検討する必要がある、これを意思主義と交付主義（形式主義）の混合に改めたほうがよい⁽³⁷⁾」という見解が見られ、また、ドイツ法を継受した台湾地区でも同じ主張が見られている⁽³⁸⁾。一方、日本では、最近、バブルの崩壊、登記制度の完備、コンピュータ利用の一般化を背景に現行の意思主義に立脚した對抗要件の規定を効力発生要件に変更する議論が現われていたが、コンピュータ犯罪の増加等の社会的事情によってつい下火になったといわれている⁽³⁹⁾。

第六に、下記の考察で明らかのように、中国の学者の多数は、スイス民法がフランス法とドイツ法の折衷、すなわち、意思主義と形式主義の結合であると認識し、また、これが今日世界における物権法立法の潮流を代表していると唱えている。しかし、まず、スイス立法の具体的な内容を考察すれば明らかのように、これが基本的にはドイツ法モデルであり、ただ物権行為の無因性を排除しただけであり、その中心的内容は相変わらず形式主義を中心とするものである。つまり、スイス法はドイツ法とフランス法との折半結合ではないと筆者は考えている。次に、正確な統計に基づく議論ではないが、一般的常識からでも以下のことが考えられる。つまり、立法モデルを採用した国の数から順番を並べると、スイス型、フランス型、ドイツ型となるはずであるが、世界の不動産市場の全体を100として、それぞれの市場占有率、すなわち、それぞれの調整範囲のパーセンテージから並べなおせば、スイスとフランスの両者の順序が

(37) Larenz aaO. S. 20. 王澤鑒著『民法学説與判例研究』（第一冊）272頁（北京：中国政法大学出版社，1998年）より再引用。

(38) 史尚寛著『物権法論』22頁以下（私版，1987年）、鄭玉波著『民法物権』36頁以下（台湾：三民書局1992年）、謝在全著『民法物権論』（上冊）63頁以下（台湾：三民書局1995年）、王澤鑒著、前掲271頁以下など参照。

(39) この点については、篠塚昭次教授から、中国で行われた日本土地法学会を機会に直接ご教示いただいたものである。

逆になるはずである。

第七に、筆者としては、中国物権法に物権行為理論を全般的に採用し、ドイツモデルを取り入れることを主張するつもりは毛頭ないが、物権行為理論に対して正当な評価を与えるべきであると考えている。確かに、物権行為理論自身は比較的複雑に見えるが、まさにこのような複雑性があるからこそ、高度な技術性、厳密な科学性および体系性を有するものとなるといえよう。したがって、物権行為理論ないし制度モデルの取捨に対して簡単に判断を下してはならないと思う。しかし残念ながら、今日の中国民法学会における物権行為理論を忌避する議論には、個々の概念、たとえば物権行為自身、物権行為の独自性、物権行為——正確に言えば物権変動——の無因性などを分けて深く分析するものが比較的少なく、物権行為理論は「立ち遅れたもの」や、「複雑で一般市民、さらに一般の法律家にも理解されにくいものである」といった議論が代表的なものとなっている。

総じていえば、筆者としては、不動産物権変動に限っていえば、制度間の優劣または先進的なものや落伍したものといった基準で簡単に判断してはならない。現有の制度と中国の事情との比較を通じて、両者の間に調和の可能性の有無を基本的な基準にしたうえで、選択または調整を行う必要があると考えている。現実には、ドイツ法の現行制度が未だ改正または廃止されていないことはその存在価値のあることを物語っている。また、形式主義立法と意思主義立法のいずれを採用したかによって不動産市場の規模が異なることはないし、不動産取引の活発と低迷が経済の景気のみ影響されるものであり、物権変動制度自身の先進または落伍とは関係のあるものではない。したがって、中国の物権法立法にあたって、中国の現状を正確に把握することに、より精力を注ぎ、これをもとに制度の選択を検討すべきではないかと考えている。

2 中国の現状に対する認識

(1) 現行法は物権行為理論を認めているか

中国現行法が物権行為を認めるか否かについては、現行法には明確な規定が設けられていないため、理論上の回答が求められている。現状としては、現行民法基本法たる民法通則では関係規定を設けておらず、また、これに関する民事特別法ではいかにも登記を不動産変動の効果発生要件としているようであり、そして、実務上はほとんどこれらの民事特別法に基づいて取り扱っている。これに対して、学会の解釈論としては多岐に展開され、基本的には、完全否定説と部分肯定説とに分かれている。この二種類の異なった見解が最初に現

われたのは、『法学研究』1989年第6期に登載された梁慧星教授の「我国民法是否承認物權行為」と牛振亜教授の「物權行為初探」という論文においてである。

まず、前者は、物權行為理論の歴史を考察した上で、その長所と短所を以下のようにまとめている。

① 物權行為理論は法律関係を明確化する反面、生活の常識に反する

② 物權行為という概念は、人為的な擬制により極端な形式主義を作り出されている。

③ 取引の安全に資するものではあるが、善意取得の制度でその役割を十分果たせるため、このような理論は必ずしも必要ではない。

④ 物權行為の無因性理論および物權的合意主義を基礎とする立法のもっとも大きな欠点は、譲渡人の利益を著しく害する恐れがある点に集約され、取引関係における公平の原則に反する。

したがって、中国の現行立法においては、物權行為理論をまったく認めていない。民法通則72条は、ドイツ法のような物權的合意の概念も採用していないし、フランス法や日本法のような純粹の意思主義でもなく、オーストリア、旧ソ連、チェコ、ハンガリーなどの民法のように意思主義と交付主義の結合である。このような立法こそ、現代民法の学説と判例の趨勢に合致している⁽⁴⁰⁾。

次に、後者の牛振亜説は、物權行為の無因性（本文では、物權變動發生の無因性のみを論じ、原因行為の無効および取消しの場合については論じていない）を否定する点は前者とほぼ同じである。しかし、同教授は、中国の現行法は部分的に物權行為理論を認めており、さらに「物權行為の存在（価値？——筆者）を認めなければ、中国の民法制度を完備するできない」と述べている⁽⁴¹⁾。

その後、この問題についての議論が活発になり、肯定説は終始少数説であるが、その主な観点としては以下の通りである。

物權の創設を目的とする行為、および当事者の合意、要式、登記などを要する行為は、すべて物權行為となるはずである。現行法に則していえば、国有土地使用權の設定を目的とする契約および不動産に抵当權を設定する契約などは典型的な物權行為である。我が国の法律に物權行為の存在を認めることは当事者の合法的な權益を保護するにはきわめて重要である。實際上、国有土地使用

(40) 梁慧星「我国民法是否承認物權行為」『法学研究』1989年第6期参照。

(41) 牛振亜「物權行為初探」同上雑誌参照。

権者がその権利を譲渡する場合の根拠としては物権行為理論のほかによるものはないと考える⁽⁴²⁾。

勿論、経済体制改革の初期段階で制定された法律では、物権行為理論の影響を受けた痕跡が見当たらない。しかし、そうなったのは、そもそも物権行為理論が最も重要な役割を最も明快に果たす舞台である不動産市場自身が存在しなかったことに由来するものである。まさに、不動産の分野で市場経済のメカニズムが導入された後に、中国の法律は物権行為理論を基礎とする法制度を比較的確に受け入れたのである⁽⁴³⁾。

(2) 現行不動産登記制度は登記効力発生主義を採用しているか

現行房地產管理法およびその他の法律法規は、いずれも土地とその地上物とを二つの不動産として認めているが、それと同時にそのいずれかが移転された場合には、両者が同時に移転するか、または両方の権利義務が同時に移転できるように関係権利の設定を行わなければならないと定めている。これがいわゆる「屋地同走」という原則である。しかし、現在、中国において不動産の登記は、土地に関しては国土資源部（もとの国家土地管理局と鉱産資源部の合併、「部」＝日本の「省」）で、建築物に関しては建設部でというように、それぞれ異なる登記機関で異なる法律法規に依拠して行うこととなっている。こうして、土地と建築物の登記については、異なった法律法規に基づいて行わなければならないため、それぞれの手続きも、またその法的効力もすべて同じものではないし、また、統一の機関において公開で公示する体制も整備していない。かつての登記に関する法律法規の具体的な規定を見ると、その立法の目的はおよそ不動産の原始登記に重点をおくものであり、不動産移転登記に関する規定が完備されていないことが目につく。また、「許可なしに登記を第三者に公開してはならない⁽⁴⁴⁾」というような法規の規定さえ存在していた。したがって、現行不動産登記制度は、現実の不動産市場の発展に適應できるほどの公示機能を具備していないと考えられる。

(42) 孫憲忠『国有土地使用權財産法論』84頁（北京：中国社会科学出版社、1993年）参照。

(43) 孫憲忠「物権行為理論探源及其意義」『法学研究』1996年第3期参照。作者はこの論文で具体例として、城市房地產管理法の60条と61条、担保法の41条、64条、76条などをあげている。

(44) 国家土地管理局1989年発「土地登記規則」39条。この行政法規の1995年改正においてこの内容が削除されている。

このような不動産登記の現状に対し、学界の通説としては、現行民法通則を始め、関係法規などは登記効力発生主義を採用していると認識している。確かに、現行法では、登記をなさないと不動産移転を内容とする契約の効力が発生しないというような規定が各行政法規に散見できるがために、このような認識にも一理があるように思われる。しかし、これに対してまったく疑問をさしはさむ余地がないとも言えないと思う。思うに、イエリングが『法の目的』で述べているように、法律は人類の意思の産物であり、「目的律」の支配を受けるはずである。これは「因果律」に基づく自然法則とまったく異なっている⁽⁴⁵⁾。そうであるなら、疑問に思うのは、中国の現行行政法規に散見する不動産登記に関する規定が不動産取引の安全を目的としてなにかの主義を拒否し、または採用したのであろうか。思うに、民法通則（1986年）が採択された時点では、中国には不動産売買という現象も未だ存在していなかった。次に、民法通則が当時の社会的事情の制限を受けて「物権」という概念自身も採用されていなかったのに、「物権行為」に関する云々の議論はありえない。また、今日までの関係立法は、その立法過程で、その立法理由について民法的意味での登記の効力ないし物権行為の有因・無因などを議論した様子が見当たらないように思われる。したがって、民法・物権法的意味での不動産変動に関する登記制度が未だ体系的に確立されておらず、現行法の多くは未だ行政法色彩の濃い制度、すなわち、行政の権力が如何に不動産市場を管理し監督するかに主眼をおいたものであるといえよう。この点については、かつて他の民法学者より以下のように指摘されている。つまり、「中国が不動産物権変動において登記を効力発生要件とするのは、一般的に言えば、物権行為理論をその理論基礎とするものではなく、不動産物権の価値が巨大なものであり、国家の経済と人民の生活に密接な関連があるためである。だからこそ、国家は登記を通じて不動産変動を監督し管理する必要があるとされている⁽⁴⁶⁾」。

(3) 中国物権法立法は物権行為理論を採用すべきであろうか

中国の民法学界では、現行法が物権行為理論を認めているか否かについて議論する反面、当然ことでありながら、今後の物権法立法において物権行為を認めるべきか否かについても議論されており、意見が分かれている。

(45) 梁慧星著『民法学説判例與立法研究（2）』95頁（北京：国家行政学院出版社，1999年）参照。

(46) 孫憲忠「不動産物権取得研究」梁慧星主編『民商法論叢』第三卷60頁（北京：法律出版社，1995年）参照。

まず、不採用説＝通説を見よう。この説の主張者のほとんどは、大陸法系の各種の制度を考察する上で、物権行為理論が現実と乖離するもの、または現代法に淘汰されるべき、落伍したものであると論証しようとしている。これをもって、中国物権法立法に採用されるべきではないと主張している。その代表的なものとしては、以下のようにまとめることができるように思われる。

① 物権行為概念を採用するなら、物権行為の独立性、さらにその無因性を認めることとなる。しかし、こうすると、もとの譲渡人が所有権者から債権者に転落することにより、法律の物権に対する特殊的保護を受けることができなくなるため、大変不利な地位に陥れられてしまう。物権行為の独立性および無因性は、法律関係を明晰にさせ、取引の安全の保障に有利である利点があるにもかかわらず、その過分に高度な技術性が一般の国民にとって理解し難いばかりではなく、数多くの弁護士や裁判官にとっても理解に苦しむ場合がある。尤も、当事者を物権請求権者から債権請求権者に転落させることは、公正にかけ。さらに、善意取得制度が取引安全に十分資するものであるため、わざわざ物権行為理論を取り入れる必要がない。中国における歴史的慣習、現有の法律知識の水準などから考えれば、物権行為の独立性と無因性を認めるなら、必ず困惑を生じさせ、法の適用の困難を増やすばかりであるに違いない⁽⁴⁷⁾。

② そのほか、物権行為理論が時代遅れのものであると主張するものは、その代表的なものとして以下のように指摘している。つまり、「外国の学者の物権行為理論に対する批判を通じて物権行為の無因性の仮面を剥ぎとり、その本来の面目をはっきりと認識すべきである。これをもって、このような余命いくばくもなく、ドイツを含む各国の学説、理論および実務界に唾棄されるものの中国での上陸を防ぐべきである⁽⁴⁸⁾」。

③ 同じ不採用説に立ちながら、物権行為理論の価値を認めている学説がある。この説によれば、中国では狭義契約概念を採用した以上、抵当権、質権、および国有土地使用权などの設定を目的とする契約は、物権行為に基づく物権的契約とすべきである。よって、物権行為理論を研究する必要がある⁽⁴⁹⁾。

次に、採用説＝少数説、有力説を見よう。この説の代表的な観点としては以下のものが上げられる。

(47) 中国社会科学院法学研究所物権法研究課題組「制定中国物権法的基本思路」『法学研究』1995年第3期参照。

(48) 陳華彬著『物権法原理』137頁（北京：国家行政学院出版社、1998年）。

(49) 王利明著『物権法論』64頁以下（北京：中国政法大学出版社、1998年）参照。

物権行為は、極めて抽象的な概念であり、その理論の複雑性は簡単に理解できるものではない。この理論は、かつて厳しい批判を浴びせられていたにもかかわらず、ドイツ民法典に受け入れられている。こうなったことは、大多数の法学者により、物権行為理論は明らかに欠点を有するが、その優れた面を抹消してはならないと判断されたからである。まして、長い歴史のなかで、物権行為理論に存在していた欠点がすでにドイツの法律実践により補完されているので、近年になって、物権行為理論を支持する観点がドイツで優勢を占めるようになったのは事実である。物権行為理論に具備された制度の精確性、緻密性、安全性、公開性は、他の制度より、中国の市場経済体制から中国の物権法に対する要求を満たすことができると考えられる。実際には、中国の現行立法および司法において確立された法の原則と制度は、すでに物権行為理論を受け入れるための基盤を打ち立てている。中国の物権法およびその関係立法を行うときに、大胆にドイツ民法および中国台湾民法の物権行為理論を基礎とする原則、制度、および経験を受け入れるこそ賢明な選択である。

3 小括——制度選択にありうべき姿勢

前述したように、不動産物権変動に限って言えば、制度間の優劣または先進的なものや落伍したものといった基準で簡単に判断してはならない。現有の制度と中国の事情との比較を通じて、両者の間に調和の可能性の有無を基本的な基準にしたうえで、選択または調整を行う必要があると筆者は考えている。

まず、現有の各種物権変動制度は、それぞれ長所があり、短所も同時に存在していたが、長い法的歴史を経てそれぞれがその長所を生かし、短所を補完してきた。

つぎに、中国物権法立法における不動産物権変動制度については、登記効力発生主義を採用するのが現在主流となっている。しかし、効力発生主義の基礎は登記に公信力を与える点である。今日の中国では、尤も基本的な不動産公示制度でさえ完備していないため、中国において登記に公信力を付与できるほどの不動産登記制度を追求することは程遠いものであろう。なぜなら、このような制度を整備するには、現在の行政機関の保有する権力の再分配または調整が必要であるばかりではなく、さらに、深刻に不足している人材の育成が必要であるが、そのいずれも簡単にまたは短期間に解決できるものではないからである。もし、このような制度の整備にかかるすべての人力と財力を社会的コストとしたら、社会的コストの投入とそれにより得られる社会的効果から考えれば、登記効力発生主義は中国物権法立法の賢明な選択であるとはいい難いと考

える。

（二）農村土地財産権について

1 現行請負経営権の性質に関する議論

（1）請負経営権自身の性質

① 制限用益物権説：農地請負経営権は民法通則（80条2項）および土地管理法（1998年改正前の12条）によって設立された物権であり、土地所有権および土地使用権を基礎に成立した用益物権である⁽⁵⁰⁾。

② 債権説：現行制度の事態としては、請負経営権の成立は請負経営者と集団組織の間の請負（＝賃貸借）契約による債権関係である⁽⁵¹⁾。

③ 永小作権に相当説：現行制度における農地の請負期間（30年に焦点を絞って考えれば、現行請負経営権は永小作権に相当するものである⁽⁵²⁾。

（2）農地請負経営権と土地使用権との関係

① 農村土地使用権と並列関係説：農地請負経営権と農村における土地使用権と並列な関係にあるが、農地請負経営権が再請負（＝転賃）のみが認められ、商品としての譲渡が認められないので、不動産市場で農村土地使用権との競合が考えられない⁽⁵³⁾。

② 農村土地使用権の下位的存在説：農地請負経営権は、農村経済組織の土地所有権およびその使用権の機能の一部しか有しないものであり、土地所有権および土地使用権を基礎に成立する他物権である⁽⁵⁴⁾。

2 立法上の農地財産権の構成に関する議論

① 物権——準永小作権による構成

集団所有を前提に、農地使用権と宅地使用権の二種類の使用権として設ける。農地使用権は永小作権などの用語はともかく、債権による現行制度の不安定という弊害を克服するために、30年ないし50年の使用期間を設定しなければ

(50) 王家福、黄明川著『土地法的理論与实践』56頁以下（北京：人民日報出版社，1991年）邦訳としては、王家福、黄明川著、野村好弘、小賀野晶一監訳『中国の土地法』43～46（成文堂一九九六年）参照、このほか、物権説として、金立范・徐明「論土地経営権」『中国法学』1989年第1期をも参照。

(51) 中国社会科学院法学研究所物権研究課題組「制定中国物権法的基本思路」『法学研究』1995年第3期参照。

(52) 崔建遠「房地產法与權益衝突及協調」『中国法学』1994年第3期参照。

(53) 同上参照。

(54) 王家福、黄明川著『土地法的理論与实践』57頁（前掲）参照。

ならない。これは債権の物権化としても理解できる⁽⁵⁵⁾。(すでに全人代に提出した「物権法建議草案」はこの説を採用している)

② 債権による構成

統計数字を見れば、賃貸借により構成している現行制度は生産力を最大限に發揮することができたので、今後も債権の構成で継続することが望ましい⁽⁵⁶⁾。

③ 「田面」と「田底」の二重構造による構成

中国の伝統(宋代以来)慣習にある「田面(上地)」と「田底(下地)」の所有形態に基づいて、それぞれ下地を国家所有に、上地を集団所有にするという構想である⁽⁵⁷⁾。

④ そのほか、物権構成債権構成と関連のある土地財産権の流通問題を取り上げた法学者経済学者がかなりある。たとえば、資源が合理的に配分されるといふ経済学者の観点から考えれば、土地使用権の流通がなければ自然資源の配分を最適化することができないという議論はそれである。

総じていえば、現在の中国における農村土地財産権の構築に関する議論は、およそ三種類、つまり、①国家所有を前提とする賃貸借と永小作の構成、②集団所有を前提とする請負耕作と永小作の構成、③完全の個人所有の構成とまとめられることができよう⁽⁵⁸⁾。

3 私 論

(1) 社会的基盤に対する認識

中国は、莫大な人口を抱えているが、一人あたりの耕地面積が非常に少ないため、限られた耕地を如何に活用して食料の安定した供給を保障するかは大きな課題である。確かに、現行の請負耕作制は、法制度として完備されていない

(55) 中国社会科学院法学研究所物権研究課題組「制定中国物権法的基本思路」『法学研究』1995年第3期参照。陳甦「土地承包經營權物権化与農地使用權制度的確立」『中国法学』1996年第3期92頁参照。

(56) 王新前・郭曉鳴・熊建勇・李暉「主業使用租賃制——我国農地制度創新的方向」王先進主編、崔光祖副主編『中国土地使用制度改革——理論與實踐』147頁以下(中国審計出版社、1991年)参照。

(57) 高海燕「土地制度改革与經濟發展——我国農村土地制度改革的方向和任務」王先進主編、崔光祖副主編『中国土地制度改革——理論與實踐』171頁以下(前掲)参照。

(58) 張琦・高振南著『中国農村土地制度改革与体系建設模式(=モデル)』1頁(中国財政經濟出版社、1994年)より引用。

一方で、また、分散的、小規模経営であるため、かなり生産力の発展に限度があるように思われる。しかし、たとえ中国で集中的、大規模で耕作することが将来実現されたとしても、今日のカナダ、アメリカ、オーストラリア、旧ソ連のような規模になることはありえないであろう。むしろ、日本、韓国、台湾を代表とするアジア的な、入念に耕作するという小規模経営が最も中国の伝統社会という基盤にあう⁽⁵⁹⁾ように思われる。

この点は、人民公社時代の集団経営の失敗と改革開放以降の小面積耕作による中国の農業成長をみれば明らかである。つまり、現代中国の食糧生産と供給は、1978年までは輸入に大いに依存していたが、改革開放以降、農業生産と発展が驚異的に高成長を遂げ、「広義食料でみると、輸出額が輸入額を上回る、いわば純輸出基調が1980年代半ばから1995年まで続いている⁽⁶⁰⁾」。もっとも、人民公社の失敗の原因は、集団経営自身ではなく、むしろその集団経営が当時の中国の社会的事情——基盤——にあわなかったことに求めなければならない⁽⁶¹⁾。

現実問題としては、都市土地使用の有償化が土地財産権の明確化を要求するのとパラレルに、耕地使用の長期化も土地財産権の新しい構築を必要とする。土地管理法では、「国務院の土地管理部門は本法に基づいて実施条例を制定し、国務院に報告し承認を得て施行する」（1998年改正前の土地管理法56条）と規定されており、都市の国有土地使用に関しては国務院が1990年に行政条例を公布しているが、農村の土地に関する条例はいまだ見られない。現行の請負経営

(59) 杜潤生「在中国土地制度国際検討会上的講和」中国農地制度課題組編『中国農村土地制度的変革——中国農村土地制度国際検討会論文集』3頁（北京大学出版社、1993年）参照。

(60) 中兼和津次編著『改革以後の中国農村社会と経済——日中共同調査による実態分析』第二章（田島俊雄執筆）「農家経済の構造——市場経済のもとでの構造調整——」55頁、および所載国家統計局資料をも参照。

(61) マーク・セルデン博士は、人民公社時代にも中国の農業生産が平均4%以上の成長を達成したことを論拠に中国の伝統的な経営方式の利点を説明している。筆者は中国の伝統慣習による農法等の有用性を信じているが、そもそも、このような論拠に対しては多少疑問をもつものである。つまり、農業生産の面のみで考えれば、4%の成長は低いとはいえないが、その時代における中国の人口の成長率とあわせて考えれば、この成長率の説得力は自然に弱くなってしまふように思われる。なお、この点については、マーク・セルデン著、松井雅文訳「ロシアと中国におけるポスト集団農業のとりうる道（下）」愛知論叢第63号250頁参照（1997年）。

権はいかなる性質の財産権であるか、または今後いかなる財産権として構築していくべきかについては上記の如き議論が多岐にわたっている。

(2) 農耕に対する依存と土地に対する依存

農村の土地財産権の構成を議論するに当たり、筆者は何よりもまず農民の農地に対する依存度を考えるべきではないかと考えている。筆者の中国農村での実態調査⁽⁶²⁾に即していえば、大都市までの距離の遠近によって、現地の農業以外の郷鎮企業、商業等の発達度が異なり、そのため農業以外の収入源があるか否かによって農地に対する意識がかなり異なっている。

具体的にいえば、いうまでもなく、土地の価値としては、農地より商業用地の方が高い。しかも、商業用地の流通性が高いのに対して農地の流通性は低い。これは、国の政策による部分もあるし、農民の土地に対する依存度にも関わっている。一方、土地の価値が高ければ高いほど、所有と経営の分離が実現しやすくなる。深圳近郊の農村地域のような地理的条件であれば、大規模または小規模の開発が考えられ、また、たとえ開発が行なわれなくても投資者がたくさん訪れるであろう。そうなった場合には、土地の価値は開発および外来の投資によって反映され、その利益は土地の原所有者の売却益には直接つながらないが、反射的利益は現地の農民に大きく還元されるため、現地の農民の農耕に対する依存度は低下し、土地の換価価値を重視し、農業以外の社会経済の繁栄に対する依存度が高くなる。

さらにいうならば、旧中国における土地所有による搾取は、甚だしいものであった。しかし、土地に依存して生活する手段以外に何もない農民は、その残酷な搾取に耐え続けるほか生きる道がなかった。搾取が廃絶された今日の中国では、土地財産権を構築するに当たり、まずは農地に対する依存度の高い人に有利な制度設定を優先的に考えなければならないように思われる。

(3) 物権の構成と債権の構成

農村での農地請負耕作責任制は、改革開放政策の産物であり、改革開放の初期段階においては、従来の計画経済という旧体制を打破して生産力を発展させるのに重要な役割を果たした。しかし、これは、新しく形成されていく社会主義市場経済においては、市場経済の未純化物（前近代的）であるとしか考えら

(62) この調査は、ほとんど私費で限られた地域において1995年の夏から1997年の春まで、大学の休みを利用して行ったものである。詳細は拙稿「中国農村土地財産権の研究——集団所有の危機と再生を中心に——」（名城法学第47巻第4号、1998年）を参照されたい。

れない。したがって、このようないわゆる請負経営権は、最終的には新しく登場した土地使用権（国有土地の使用権と同様のもの）に代替されていかざるをえないと考えられる。

一方、土地使用権については、民法財産法の観点で考えれば、国家所有を中心とする土地の私的使用を如何に法的に構成するかという問題に集約されると思われる。土地使用権については、法的論理から考えれば、物権的構成も債権的構成も、どちらも可能である。現実には、日本では、農地使用等々に関して、物権関係としては永小作権の設定が、債権関係としては賃貸借契約の設定が可能であり、このことは都市の建物でも同様である。今後、中国でどちらを選択すべきかは、一種の政策的な判断である。物権関係と債権関係との相違としては、土地の流動性の問題がまず考えられるべきであろう。土地の請負関係に即していうと、土地の所有権が移転した場合、物権関係であれば、安定的であるが、債権関係では不安定な関係になる。

次に、自然資源配分の観点から請負側の使用権の流通を考えてみよう。債権関係の構成であれば、債権譲渡と債務引受の両方を考えなければならないことになる。すなわち、債権譲渡は、債務者である国または集団組織に対する通知で十分であると考えるが、債務引受は、必ず債権者である国または集団組織の同意が必要となる。これに対して、物権関係で構成すると、譲渡に関する国または集団組織の同意が必要でないため、流通性が非常に高まると考えられる。したがって、土地の使用権を永遠に国または集団組織の管理の下に置くものと考えれば、債権関係の構成でよいが、その管理から分離させるものとするなら、物権関係の構成が必要となるであろう。しかし、この場合の債権の内容は単純なものではないように思われる。つまり、単純に「土地を使用する権利」だけを譲渡するというなら、一般の債権譲渡で考えれば足りるが、種々の契約上の地位から生じる権利の行使が、土地の使用収益に際して不可欠な場合、債権の譲渡を受けるだけでは、これら契約上の地位から生ずる権利行使はできないことになる。したがって、契約上の地位の譲渡ということも考える必要がある。

(4) 資源の合理的配置と農地使用権の流通性について

土地使用権の安定と流通は一对の矛盾である。農業生産の周期が長く、特に農地の地力の保持は長期的な行為であるため、農地の使用権または所有権の相対的安定性が要求される。この安定性は、二つの内容から構成され、一つは、権利内容の安定、もう一つは権利の所属の安定である。権利内容の安定につい

ては自明の理であり、さほど問題にならないが、権利の所属の安定について考えよう。土地の収益を最大化する面から考えれば、土地資源の配置は、その合理化の要求によって市場メカニズム下の所有者の自主的または自由な処理による配置が求められ、つまり、権利の流通が必要とされる。しかし、土地の収益を安定化する面から考えれば、権利の所属の安定、すなわち権利の流通に対する制限が必要となるように思われる。このような見解に対して、農地の地力保持等の長期行為たる義務を履行しない場合には、行政法等の強行法規で制限を加えることもできるし、また、市場メカニズム下の権利流通においての当該農地の価値に対する判断によって裁かれるという反論が予想される。しかし、このような価値判断による裁決の効果は、農業経営が全社会で経済的效果がよいときにだけ有用性をもち、逆の場合は権利の流通と農地の地力保持とは無関係となるばかりではなく、正反対の効果をまねきかねないと考えられる。したがって、特に中国における一人あたりの耕地面積の少なさから考えれば、農地に関する権利の流通は、農業生産の安定を前提にし、土地に対する依存度の高い農民のほうへの流動を促すことが最も農業生産に有利になると考えられる。

(5) 農民の自主権が財産権において如何に実現されるべきか

最近、共産党第15期大会においても、全人代第9期の各回会議においてもいわずの農民の自主権が大いに強調されている。この自主権としては、農作物の種類など狭義的な経営自由が今までの政府の政策によりかなり幅広く認められているものの、財産権に基づく請負耕作制以外の農地使用形態など広義的な経営自由は現段階において明確な形で認められていない。むしろ、この点が今後深く検討すべき課題であると考えられる。

思うに、農村の土地は元より集団所有である以上、たとえこの所有形態が一般の共有であろうが、総有であろうが、または合有であろうが、とにかく所有者の意思に基づいて占有、使用、収益、処分などの権能を自由に行使用うのはずである。そうであるならば、今後の農地財産権のあり方は、集団所有者たる現地の農民により取り決められることとなろう。立法は、まさにこのような認識を前提にすべきで、集団所有者に選択のできるような複数の制度を設定すべきではないかと筆者は考えている。具体的にいえば、第一に、中国では、長い歴史を有し、国土が広い上に人口が多く、地方によってそれぞれの経済力および慣習の差異が大きく、さらに数多くの少数民族が存在して、民族構成も複雑である。第二に、人民公社の失敗から汲むべき教訓としては、当時の現実を無視した盲目的政治運動のほかに、人民公社を画一的に実施したことも看過して

はならない。第三に、現行請負耕作制は農民の創造であると認められているが、その具体的な権利義務関係から見て、これはとどのつまりアジア諸国の農村で広く存在していた小作制度と基本的にかわらないものであろう。また、深圳郊外の農村部や山東省の周村地区で現われた——いわゆる新しい農村組織形態とされている——「股份⁽⁶³⁾」合作有限公司は、実は中国の伝統的な企業組織形態である「合股」に由来するものである。したがって、今後の立法としては、中国農村の固有の伝統を重視した上で、画一的な制度設定を避けるべきであり、その代わりに、最も広く受け入れられる、有用性の高い慣習を複数の法律制度として認める必要があると考える次第である。この複数の法律制度とは、会社法の原理に基づいて考えたものであり、つまり、一定の法律に決められた形態に則って組織した組織体（会社）はそれなりの法的保護を受けることができる——すなわち、それなりの権利と義務が発生する——が、どのような形態にするかについては、その構成員の意思に委ねるという考えである。勿論、このような複数の制度設定に関する規定は、任意規定であり、つまり、一定の規定に則って組織したものはそれなりの法的保護を受けることができるが、そうでないものはそのような利益を受けることができなくなるということである。

五 結 語

1 物権法と債権法との立法理念上の差異

上記の考察で明らかなように、今日の中国においては、市場経済体制に適応する法体系の建設という命題のもとで、立法の「国際接轨」という姿勢を示している。経済グローバル時代を迎えた今日では、このような国内法整備において立法の国際化が強調されるのは大変重要なことである。しかし、法制度の国際化が具体的にどのような意義を持つか、また、どの程度まで国際化する必要があるかは、むしろ今後の立法にとって重要な課題であると考えられる。

パンテクテン体系に即して民法財産法分野を考えれば、物権法と債権法とにわけることができる。債権法、とりわけ契約法は財産の移転、つまり商品の

(63) 「股份」は中国特有の慣習上の企業組織である。これは株式会社と組合の両方の合体と理解することができるが、具体的に考察すれば、そう簡単にをくだせるものではない。詳細は、拙稿「中国農村土地財産権の研究」を参照されたい。

流通分野における取引関係を調整する法であり、物権法は財産の帰属関係を調整する法であると観念することができる。商品の取引関係は、近代法以来、社会の発展と科学技術の進歩にともなって、その規模と範囲が日増しに拡大していく傾向を示し、とりわけ最近現れたインターネット上の取引の登場によって、市場の国際化と取引の迅速化がさらに要求されるようになっている。このような時代に、取引関係における共通の規則が一層重要になっており、「国際不動産売買条約」を代表とする国内法の国際化が大いに進められている。しかし、このような流通関係で取り扱われる商品は、ほとんど動産であり、物権法の主な部分になる不動産が入っていない。各国の物権法立法においては、物権変動という基本的な制度を始め、日本の入会権、永小作権、また中国の「典権」など、細かな制度については、いずれも本国の社会的事情に基づいて制度の選択をするかまたは一定の範囲内に慣習を承認するといったような姿勢を示している。したがって、債権法、とりわけ契約法の立法においては国際的一致性を重視することがきわめて重要であるのに対し、物権法立法においてはそのような必要がほとんどないように思われる。

2 取引リスクと社会コスト

周知のように、近代法は近代資本主義社会の発展に不可欠のものである。今日の市場経済社会においても、近代法上の所有権の絶対、契約の自由、過失責任という三大原則が幾分修正されたものの、基本原則とする存在が不可欠であると思われる。思うに、契約自由は自己責任の能力を基礎とするものであり、言い換えれば、責任能力を具備してはじめて契約の自由という権利を獲得するといえよう。近代法は、まさにこのような原理に基づいて、個人の能力を最大限に引き出し、また、個人の努力による蓄財を通じて社会全体の発展を遂げさせたと考えられる。このようなプロセスの中で、なにより見落してはならないのは個人の責任の強調によって、社会全体の発展に必要なコストが軽減されたということである。

不動産物権変動の制度の選択に即して具体的にいえば、登記の効力発生主義と対抗主義、つまり、前者の実質審査と後者の形式審査との間には、登記機関＝国家行政機関の負うべき責任の重さが必然的に異なってくると考えられる。取引をすれば必ずリスクがともなうという観点から考えれば、効力発生主義の登記制度は、ある意味では本来取引の当事者が負うべき取引のリスクを登記機関が肩代わりしていると考えられる。したがって、不動産登記制度の不備な現在の中国では、登記官等の人材の育成、施設や制度の整備などの事情を加

味して考えれば、むしろ民法典立法当時の日本のように登記對抗要件主義を採用したほうが賢明な選択であると筆者は考える。

3 中国の伝統に対する再認識の必要性

確かに、中国では、封建社会の歴史が長く、商品経済が未発達のみで社会主義社会に移行し、さらに文化大革命という異常な歴史段階を経験しているが、文化大革命から受けた教訓を汲むべきである一方で、長い歴史の中で産み出された絢爛たる文化の存在を看過してはならない。勿論、このような時に、過去の中華思想を代表とする国粹主義に対する反省が非常に重要であるが、それと同時に改革開放以降に現れた盲目的な「自尊」から盲目的な「自卑」の現象にも十分な警戒を要するものであると筆者は考えている。上記の考察で明らかになっているように、今日高い評価を受けている農地請負耕作制にしても、「股份合作有限公司」にしても、中国固有の慣習に深く関係しているものである。したがって、特に農村に関係のある立法においては、農村土地財産権をはじめ、農村の諸制度の設定に関しては、各地の伝統的な慣習の有用性を重視すべきであると思われる。

* 本稿の基本内容は、筆者が早稲田大学比較法研究所のご招請により、1999年7月10日に同研究所と同大学大学院法学研究科との共同主催の研究会でご報告したものである。このような貴重な機会を得て光栄に存じるとともに、研究会に推薦して下さった篠塚昭次教授、当日、司会とコメンテーターの労をとって下さった近江幸治教授、研究会の開催および運営をなされた比較法研究所所長野村稔教授、並びに関係者の皆様と当日の研究会に出席された方々に深謝致す次第である。

なお、本稿は、当日にご報告した内容のほか、その後に進行した中国物権法に関する立法の内容も取り入れさせていただいたことをお断りしておく。

** 中国社会科学院法学研究所民法室副研究員（助教授）。