

講演

# 中国物権法立法における慣習法の位置付け\*

渠 涛

- 一 問題の提起
- 二 物権法分野における慣習法の重要性
  - 1 慣習と慣習法——法概念に関する考察
  - 2 物権法定主義と慣習法——法社会に関する考察
  - 3 財貨の流通法と財貨の帰属法——法理念に関する考察
- 三 物権法立法過程における慣習法の分量
  - 1 「典権」について
  - 2 「農地請負経営権」について
  - 3 譲渡担保について
- 四 慣習法に関する新中国での沿革及び近時法学界の議論
  - 1 新中国歴史上の国家法と慣習法
  - 2 立法の本土資源論——慣習法優位説（朱蘇力）
  - 3 法の移植と「本土化」関係論——母体と客体融合説（何勤華）
- 五 中国農村に現存する慣習法の実態
  - 1 現行法に認められた慣習法
  - 2 現実社会で黙認されている慣習法
    - (1) 山東省周村市と広東省深圳市モデル
- 六 中国物権法立法における慣習法の位置付け——結びにかえて
  - 1 中国物権立法における慣習法の意義
    - (1) 日本民法100年から見た慣習法の意義
    - (2) 中国の立法における国際的・一致性の意義
    - (3) 中国の国情から考えるべき慣習法の意義
  - 2 立法姿勢に関する思考
    - (1) 拙速立法に対する反省
    - (2) 法の安定性に対する再認識
    - (3) 民事関係の旧慣調査の必要性
  - 3 農村土地財産権に関する思考

## 一 問題の提起

中国においては、民法典立法の一環としての物権法立法が進行中であり、今日では、物権法草案が四つ起草されている。その成立の順序にしたがっていえば、次の通りである。まずは、梁慧星教授を起草代表とする物権法試案（以下は「社会科学院案」と称す）、次に、王利明教授を起草代表とする物権法試案（以下は「人民大学案」と称す）<sup>(1)</sup>、そして、この二つの試案に基づいて作成された全国人民代表大会（以下は「全人代」と略す）法律工作委员会案二つ（以下は成立の順により法律委員会の1案と2案と称す）が存在する。そのうちの1案は未公開の内部案であるが、2案は「物権法徵求意見稿（＝物権法意見徵収稿）」としてまもなく世に公開される予定である<sup>(2)</sup>。

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

- 
- (1) 最近、中国においては法学者の立法への参与が目立っている。学者参与の形としては、学者が全人代法制工作委员会からの依頼を受けて法律の草案を起草し、法制工作委员会が学者の草案を受けて正式の法案を作成するというものである。これは、直接参与か、それとも間接参与か、そして、参与は事実としても、実際に果たした役割はどのようなものか、などについては、かなり微妙で、吟味に値するものであるように思われる。一方、学者により作成された草案は、全人代法律工作委员会に提出されるとともに、一般的には、法律研究書として出版される。物権法草案については、梁慧星編著『中国物権法草案建議稿』（中国：社会科学文献出版社・2000年3月）（字数：738,000）、王利明編著『中国物権法草案建議稿及説明』（中国法制出版社・2001年4月）（字数：415,000）をご参照いただきたい。
  - (2) 本稿脱稿後に、中国人民代表大会常務委員会法制工作委员会弁公室発の「物権法徵求意見稿（＝物権法意見徵収稿）」が入手している。ここには、「慣習に基づく」や「慣習に従う」といったような規定が三箇所設けられている。一つは、第9章「相隣関係」の81条「不動産権利者の他人の土地進入を禁止する権利」に関する規定の除外規定として、その3項には「現地の慣習により当該土地に対する利用が必要とする場合」と、もう一つは、同じ第9章の87条に「相隣関係を処理するにあたって、法律規定がある場合には、その規定に従い、法律規定がない場合には現地の慣習に従う」、いま一つは、第11章「所有権取得に関する特別規定」の115条「天然果実」に関する規定として、その2項には、「法定の天然果実、当事者間に約定したものについてはその約定に従って取得する。当事者間に約定していないものについては取引の慣習に従う」と設けている。この「意見聴取稿」については、また別稿で検討することにしたい。

起草が先行したことや、また物権法に関する理論上の準備不足などの原因で、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』<sup>(3)</sup>、『中国物権法研究』<sup>(4)</sup>、『フランス物権法』<sup>(5)</sup>、『物権法論』<sup>(6)</sup>、『物権法原理』<sup>(7)</sup> など大分量の物権法研究の著書が出版されたほか、研究論文も数多く著され、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<sup>(8)</sup>。

しかし、四つの物権法草案を仔細に検討してみれば、そのいずれにも慣習法の分量が非常に少ないことが気になる。このように慣習法のありうべき位置付けが軽視された原因としては、以下の二点に求められるように思われる。その一つは、新中国成立以降、強力な公権力という社会背景のもとで、慣習法の存在が否定されてきたこと、もう一つは、慣習法の物権法ないし民法における重要な役割が今日においても中国の民法学界では十分に重視されていないことである。本稿は、このような草案に存在する問題を意識し、物権法における慣習法の重要性——とりわけ中国の社会事情を踏まえて、中国の物権法立法における慣習法の重要性——を日本の民法制度の成立及びその後の推移を加味しながら論じたい。

筆者の基本的な視点としては、以下の通りである。物権法の分野ないし民法の分野では、慣習法の重要な地位を否めない。しかし、実定法上、慣習法がどのように取り扱われ、とりわけどのような基準で物権法に取り込まれるかは、国によりまた時代により異なっている。そこで本稿では、今日の中国が、物権法ないし民法典制定の過程において、慣習、または慣習法に対し、いかなる姿勢をとるべきかに焦点を絞って議論しようと考えている。以下、まず、現有の物権法草案に取り入れられたいくつかの慣習法にかかわる法制度について検討する。次に、今日、中国法学界で行われている慣習法に関係のある議論を紹介する。そして、筆者が1996年から断続的に行ってきた中国農村調査の結果に基づいて中国農村に現存する慣習法の実態を考察する。最後に、中国物権法

(3) 孫憲忠著『ドイツ物権法』（中国：法律出版社・1997年）。

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

(5) 尹田著『フランス物権法』（中国：法律出版社・1998年）。

(6) 王利明著『物権法論』（中国政法大学出版社・1998年）。

(7) 陳華彬著『物権法原理』（中国：国家行政学院出版社・1998年）。

(8) とりわけ、最近注目に値するのはインターネット上の論文である。www.chinalawinfo.com/research/topic/ = 北大法律信息网など参照。

立法における慣習法の意義を探求し、さらにその具体的な位置付けについて私見に基づいて素描したい。

## 二 物権法分野における慣習法の重要性

### 1 慣習と慣習法——法概念に関する考察

慣習法という概念は、中国では、概ね二通りの理解がされている。その一つは、「国家法により認められ、さらに国家の強制力により保証された慣習」<sup>(9)</sup>であり、もう一つは、「一定の地域に長く存在し、さらにその地域の一般人により法的拘束力があると認められた慣習、常識、慣例」<sup>(10)</sup>である。両者の根本的な相違は、国家強制力の有無に集約されるといえよう。これによれば、前者は、国家の強制力が伴わない慣習は、いくら法的拘束力をもっているも国家法に対抗できない限り、法として認めるべきではなく、単なる習慣であるに過ぎないという判断であり、これに対し、後者は、国家の強制力が伴わなくとも、一定の条件を備えれば、慣習法として認めなければならない、となる。

一方、日本においては、慣習法に関する理解がいろいろあると考えられるが、一般的な理解としては、「国家の正統的権力に直接に支持されている国家法ないし実定法に対し、社会に慣行的に行われている法、すなわち社会の諸組織や人間の諸生活領域で国家権力とは直接の関係がなくとも、法として守られている社会規範をいう」<sup>(11)</sup>となるであろう。そして、日本の実定法を見ると、まず、法例2条は、慣習が公序良俗に反しないことを条件に、法令でとくに慣習によるべしと定められた場合（たとえば入会権に関する民法263条、294条）、および法令に何の規定もない事項にかぎり、慣習に法律と同一の効力、つまり、法源としての効力を認めると規定している。これによって、慣習法は成文法を補充する効力を有することが認められたと一般にいわれている。

次に、民法92条は、公の秩序に関せざる規定と異なる慣習がある場合、当事

(9) 『中国大百科全書』（法学巻）（中国大百科出版社・1984年）87頁より引用（日本語訳は筆者）。

(10) 『牛津（オックスフォード）法律大辞典』263頁。徐中起・張錫盛・張曉輝主編『少数民族慣習法研究』（雲南大学出版社・1998年）49頁より再引用（日本語訳は筆者）。

(11) 日立デジタル・平凡社『世界大百科事典』CD-ROM版（1998年）。

者がとくにこの慣習を排斥しないと意思表示がある限り、その慣習は法律行為解釈の基準として適用されると定めている。通説の観点に立ってこれを上述した法例2条と比較すれば、両者は以下のような差異が見出される。

①前者は「慣習法」と、後者は「事実たる慣習」と呼ぶ。②前者が人々の法的確信を伴う慣習であるのに対し、後者はそれを伴わなくてもある狭い範囲で事実上行われる慣習であればよいとされる。③前者は任意規定に劣後するのに対し、後者は法律行為の解釈の基準となることによって任意規定に優先することを認める。④前者は制定法一般に対する慣習の補充的効力を認めるのに対し、後者は、とくに私的自治の認められる分野において、慣習に任意規定に優先して法律行為の解釈の基準となる効力を認めたものである。つまり、後者は前者の特別法の地位に立つと解されるであろう。

## 2 物権法定主義と慣習法——法社会に関する考察

物権法定主義は、そもそも債権法の任意規定性と物権法の強行規定性という対照的な性格から由来する法理念である。つまり、近代的物権秩序としては、物権に対して強力な保護を与えているため、物権を対象とする取引の安全性から考えれば、このような権利を厳格に制限する必要があるというものである。すなわち、物権の法的秩序を維持するために不可欠な、法政策的な考慮に基づいたものである。これを前提に、日本民法175条の文言通りに解すれば、慣習法上の物権的権利は、物権として認められる余地がないように思われる。しかし、日本の立法、および判例学説など法社会の実際に即して考えれば、次のことを指摘することができよう。

まず、法例2条と民法92条をはじめ、民法の入会権に関する規定（263、294条）から見れば、実定法は、最初から慣習法に対して寛容な態度を示している。

次に、慣習法上の温泉権・流木権・立木の明認方式・譲渡担保権などの確立過程から見れば、判例も現実社会に存在する慣習法を認めている。

さらに根抵当、仮登記担保などの立法化および譲渡担保に関する立法の動きなどから見れば、近時の立法も慣習法を重視する姿勢を示している。

一方、慣習法上の物権に対する承認に関して、現行法に即して如何に説明すべきかについては、日本の民法学界で議論の多いところであるが、とりわけ、民法175条と民事執行法35条との関係に関する議論が興味深いところであるように思われる。

まず、民法175条の解釈については、最初の段階では厳格適用説、すなわち、成文法上の物権以外のものは物権的な効力として一切認めないという態度が貫徹されていたが、その後の社会的、経済的要請など法政策的理由により、限定承認説、すなわち、慣習法上の物権的権利の一部に対し、一定の要件のもとで物権同様の保護を与えてよいという態度へ変わってきている<sup>(12)</sup>。つまり、民法175条は、今日では、「あくまで、当然且つ包括的にすべての物権的効力を付与されるという、本来の物権を、法定のものに限定するという意味である。ある権利に対し、特別な考慮から、物権的効力を個別的に承認することを一切禁ずるという趣旨ではない」<sup>(13)</sup> という解釈に至っている。

次に、民事施行法35条<sup>(14)</sup>の規定が民法施行後に発生する慣習法に及ぶか否かについて、さまざまな見解が見られている。たとえば、「民法施行前ニ発生シタルモノト雖モ」というのは「民法施行後はもちろん」含まれるという見解もある<sup>(15)</sup>が、他方で、民法施行後に新しく発生した慣習上の物権についても、民法施行とともにいったん物権的効力を失った慣習法上の物権が民法施行後に改めて物権的効力として認められる必要があるか否かについても、民法施行法上は規定していない（白紙状態）という見解も見られる<sup>(16)</sup>。筆者から見れば、この35条が過去および将来の慣習上の物権的権利に対する肯定または否定の規定であるか否かというような議論は、今日においては、その意味が凡そ当時のような重要性がなくなっており、むしろ現実の法社会においては、慣習法上の物権的権利を如何なる基準に基づいて物権として承認するかが、より重要な意味を有するものであろう。これについては、「最も基本的な問題として、その権利が物権的効力による保護に値するだけの社会的、経済的機能の重要性をもつか否かを、成文法が物権を選択したのと同じように、個別的、実質的に検討したうえで、結論を出すべきである」<sup>(17)</sup>と考えられる。

以上の考察で明らかのように、日本法を例にしてみた限り、慣習法が現実の

(12) 高島平蔵『物権法制の基礎理論』（敬文堂・1986年）33頁参照。

(13) 同上35頁より引用。

(14) 民事施行法35条：「慣習上物権ト認メタル権利ニシテ民法施行前ニ発生シタルモノト雖モ其執行ノ後ハ民法其他ノ法律ニ定ムルモノニ非サレハ物権タル権利タル効力ヲ有セス」。

(15) 篠塚昭次『論争民法学1』（成文堂・昭和45年）8頁。

(16) この点については、広中俊雄『物権法（第二版）』（青林書院新社・1982年）32頁参照。

(17) 前掲、高島平蔵『物権法制の基礎理論』35頁より引用。

法社会にあるべき地位を獲得している。これは、おそらく「長い間の慣習の中で、一般的に承認を受けてきたもので、しかも生活上重要な意味を持つ権利だから、物権法定主義で簡単にその保護を否定されてはたまらないという意識があった」<sup>(18)</sup>からこそ、物権法定主義の緩和が実現されたといえよう。

### 3 財貨の流通法と財貨の帰属法——法理念に関する考察

大陸法と英米法ないしドイツ法とフランス法などの体系に拘らずに、民法関係の一般制度から考えれば、まず、財産法と身分法とに、また、財産法では財貨の流通法と財貨の帰属法とに、そして、財貨帰属法を含めて、民事法分野では一般法と特別法とに分けることができる。なお、帰属法の分野では、一般帰属と特別帰属、さらに使用収益の権能から一般利用と特別利用とに分けることができる。そこで、認識として以下の二点を指摘したい。一つは、流通法は法的な共通性——とりわけ今日の世界では、その必要性が過去より高まっていること——が要求されるのに対して、帰属法はそれほど要求されないがために、地域的な特徴を具現する慣習法の活躍する空間が残されている。もう一つは、一般帰属と一般利用は、普遍性をもつため、財貨帰属関係の全体秩序を保つものであるために物権法定主義を厳格に徹底する必要があるのに対し、特別帰属と特別利用の領域においては、より地域的、文化的、さらに宗教的にかかった慣習法の役割を認めたほうがよいと思われる。

## 三 物権法立法過程における慣習法の分量

前述した通り、中国では現段階において、物権法草案として四つの案が著されている。しかし、そのいずれも慣習法の分量が非常に少ない。以下は、草案に取り入れられた慣習法に関係のある制度をいくつか検討する。

### 1 「典権」について

「典権」は、中国の慣習法にある特有の制度である。具体的にいえば、「出典者」（＝不動産の所有者、典権設定者）と「典権者」との間に契約に基づいて成立するものであり、契約の内容としては、一定の存続期間を設定し、目的物たる不動産を典権者に引き渡して、使用収益の権利を与えるものである。これ

(18) 高島平蔵『物権法の世界』（敬文堂・平成7年）34頁より引用。

は、まず、一定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、日本の不動産質と異なる。次に、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、物権に属し、第三者に対抗することができることと、目的物の所有権が移転しないことの二点では日本法の買い戻しも異なる。さらに、「典権」は、期間満了後に「回贖（請け出す）」の代わり、「絶売（売り払う）」もできるが、この場合、絶売の価格は、当事者の合意によって決定される<sup>(19)</sup>。

「典権」は、中国大陸の司法解釈でも、台湾の実定法（旧中国民法典911条～927条）でも現行制度として認められている。その法的性質については、台湾の学者の間では用益物権説（黄右昌、胡長清、鄭玉波、姚瑞光）と担保物権説（余戟門）と両機能合体説（＝折衷説、史尚寛）などがある<sup>(20)</sup>。上記の四つの物権法草案では、法律委員会1案以外には、いずれも「典権」に関する規定が設けられているが、社会科学院案は折衷説を取っているのに対し、人民大学案は用益物権説を取っている。

物権法起草にあたって、この「典権」の存廃について議論はあったが、存続させるべきだという議論が圧倒的に優勢を占めているため、今まで現された草案に採用されている。廃止説の理由としては、「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制度間の重複、混乱を招きかねないという点があげられている。これに対して、存続説の理由としては、以下の諸点があげられている。①「典権」は、祖先の手で作られた財産を大事にするという中国人の美德の表れである。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「典権」は確かに封建時代の制度ではあるが、今日に至るまで実定法上の規定が存在しないにもかかわらず、民間で大いに使われていること、④「典権」は、中国民間に定着した制度であるという認識のもとで、新中国成立当初から司法解釈などによって認められて

(19) 「典権」自身の内容および性質について最初に包括的に論じたのは、李婉麗「論典権法律性質及与類似法律關係之差異」（中国：『法学研究』1993年第3期26頁以下）である。

(20) 梁慧星・陳華彬編著『物権法』286頁以下（中国：法律出版社・1997年）参照。



おり<sup>(21)</sup>、今日に至るまで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。

この存続説は、最近完成した物権法意見徴収草案にも採用されているが、しかし、この説は、立法理由としては、いささか問題があるように思われる。まず、現行実定法では、「典当」という名称がつけられているものは、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、一定の数が存在するが、そのいずれも過去に設定された「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かも知れないが、中国大陆の現行法制度では過去に設定された「典権」に対する処理のみが問題となると、筆者は考える。しかし、とはいえ、物権法立法にあたって「典権」を拒否すべきだと考えているわけではない。反対にこれを存続させるべきだという、積極的主張の立場に立とうとしているが、ただ、その理由については、他の存続採用説と見解を異にしているだけである。つまり、重要なのは、現行法に認められている過去の問題の処理を目的とする「典権」制度を一般的な物権制度として定着させる場合に、その社会的必要性をさらに論証することである。すなわち、「典権」制度を中国の伝統的な慣習の合理性および今日社会での有用性の観点から徹底的に考察すべきであると考えてるのである<sup>(22)</sup>。

## 2 「農地請負経営権」について

いわゆる「農村土地請負経営責任制」は、集団所有の耕地を、家庭を基本単位として請負の形で耕作するという制度である。これは、改革開放以降、農民の創造した、生産性向上に直接機能する素晴らしい制度として賞賛され、現在では中国農村の絶対多数の地域に定着している。しかし、この制度は、実定法

(21) 1959年内務部発「關於土地改革地区典当地房屋問題の処理意見（草案）」、1952年最高人民法院、財政部、司法部連合発「同意西南財政部規定の房地產典期屆滿後逾10年未經回贖得申請產權登記の意見の連合通令」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。

(22) 「典権」に関する筆者の基本的な視点・観点については、拙稿「中国における物権法の現状と立法問題」比較法学（早大）第34巻第1号141頁以下（2000・7）、また、拙稿「中国物権法の起草について」明治大学国際交流基金事業招聘外国人研究者講演録No. 3（2001・1）などご参照されたい。

上、農地請負経営権という権利としては認められているものの、制度自身に関する具体的な規定を設けた実定法はいまだに存在しない。このような不都合を対処するためであろうか、昨年（2001年）、「中華人民共和国農村土地承包（請負）法」が、全人大常務委員会に一度上程されたが、現在制定中の物権法の内容との重複や法案自身に存在する問題が数多く指摘されたことから、採択は難航することが予測されている<sup>(23)</sup>。

一方、物権法草案においては、社会科学院案がこの農村請負経営権について、都市の土地使用権とリンクして、農地使用権と宅地使用権の構成を試みたが、人民大学案は、農村土地の請負経営権を中国特有の民事権利として構成している。そして、法制委員会案は、1、2案とも人民大学案と一致している。ここでは、法的構成はともかくとして、より根本的な問題、つまり、現行の請負制度の根本的な性質は如何なるものかという点と、また、農村土地財産権はこの請負制度だけによって規制されてよいのかを議論したい。

第一に、筆者から見れば、この農地請負制度は、アジアに普遍的に存在していた「小作」制度にその原型を求めなければならない。中国の農民は、新中国成立後、新生の共産党政権から無償で土地財産を取得したが、その財産は、その後の政治運動等によって集団所有という名目の元で、実質上奪われたといわざるを得ない。しかし、過去に他人の土地を耕し、小作農の身分に慣れていた中国の大多数の農民は、このような現実にも直面しても温厚な態度でしか対応しえなかった。筆者が1998年までの農村調査で取得したデータを見ると、7箇所の農村で郷・村の幹部を含めた農民たちに対する「あなたたちが現在住んで、耕している土地は誰のものですか」という質問に、一人の農民が「これはわれわれのものだ。集団所有というものだから」と答えただけで、それ以外のすべての答えは「国家のもの」であった（「自分たちのものだ」と答えた農民の家は昔、地主階級にいたかもしれない）。したがって、このような歴史的背景のもとでは、いわゆる農民たちが改革開放政策の実施にともなって創造した農地の請負経営責任制というものは、あくまでも、農民が伝統的な意識の範囲内で、国家所有の土地を農民が個人または家庭単位の責任で耕させてもらうということにすぎないのではないか。

第二に、現行制度の成立過程、また、今日まで具体的な規定を設けた実定法が存在しないという点に絞って見れば、これはまさに慣習法そのものであると

(23) 本稿脱稿後、今年（2002年）8月28日にこの法案が法律として通過されている。この法律の内容については別稿に譲る。

いわざるを得ない。その一方では、このような農地請負経営制度が、新中国の歴史上、1970年代の末にはじめて登場したものではないことは注目すべきところである。つまり、かつて「三面紅旗」<sup>(24)</sup>という政治運動が挫折したあと、農業生産の回復を図るために、農村で家庭を基本単位として請負耕作を試みようとする動きがあった。このような動きは、むしろ当時の農村社会に存在する慣習法を発掘して、農業生産の低迷を一掃しようとする努力であったと見受けられるが、当時の最高指導者毛沢東中国共産党主席による反対があったため、登場してまもなく、批判の対象となった<sup>(25)</sup>。その結果、新中国の農業生産の徹底的な改善は、その20年後に改革開放政策実施後、同じ手段・方法で実現されるのを待たねばならなかったのである。これは、慣習法を軽視したことによる、沈痛な、歴史的教訓であるといえよう。

この問題については、後文でさらに論じるが、中国では、農村、農業、生産を含めたあらゆる制度設定には、「万能の薬」が存在しない。勿論、この請負制度も例外なく、「万能」ではないことを断っておきたい。

### 3 譲渡担保について

譲渡担保は、中国でも日本でも、それぞれの慣習法上にその原型が求められる。日本ではこの制度を立法化するか否かについて現在議論されていることは周知の通りであるが、中国では、物権法草案（社会科学院案と法制委員会2案）に盛り込まれている。

中国の現行担保法、つまり、「中華人民共和国担保法」は、1995年に成立したものであり、当時、厳しい社会問題となっていたいわゆる「三角債」<sup>(26)</sup>の間

(24) 1958年に中国共産党中央政府により推進された「社会主義総路線のもとで、大躍進、人民公社」という政治運動をさす。

(25) 農地請負制の歴史については、徐勇『包産到戸況浮録』（中国：珠海出版社・1998）参照。

(26) 「三角債」とは、「複数の企業間に発生している連鎖的な債権回収の停滞」と定義することができる。具体的に建築工事を例にとっていえば、まず、デベロッパーなどは、建築物が売れ残ったため、工事の請負会社へ建築費を払わない。次に、その請負会社は建築資材の代金が払えない。そして、その資材の納入業者は原材料の代金が払えない、といった具合に債権の回収が次々と滞ってしまう現象である。このような問題の発生原因は、計画経済体制から市場体制に移行する段階において、担保制度が不備であったことに由来すると一般的に考えられている。

題を解決するために制定されたものである。これは、現実問題を解決するための拙速的な立法であったため、さまざまな問題をはらんでおり、学界および実務界から厳しい批判を受けている。このような批判を背景に、最高人民法院は、2000年12月に「担保法適用に関する司法解釈」を公布し、現行担保法に存在する問題を是正しようとしている。しかし、最高人民法院は、あくまでも立法機関ではないため、その司法解釈は司法上で一定の機能が期待されるものの、問題の根本的な解決は、立法にゆだねるほかない。このような意味で、物権法立法は任務重大である。

法制委員会2案、つまり、これから公表して社会一般を対象に意見を徴収する予定の草案がすでに完成しているが、その担保物権の部分の内容は、基本的には社会科学院案を踏襲していると見て取ることができる。社会科学院案の起草作業には、筆者自身も参加していたが、担保法部分の起草に関していえば、世界現有の担保物権法を最大限に取り入れようとする起草の基本方針が印象的であった。しかし、譲渡担保を実定法として立法する必要性に対しては、筆者は当時から疑問をもっている。

まず、担保関係の法は、金融を媒介する担保制度は金融取引が要求する新しい需要に照応して、絶えず変動するものである<sup>(27)</sup>。担保にかかわる法的関係は、貸手と借手との間の「いたちごっこ」といった攻防関係である。つまり、資金の融通分野では、むしろ、貸手側は何とかして確実な担保を取ろうとし、借手側は何とかして無担保で融資させようと、それぞれの立場で知恵を搾り出して攻防を施したあげく、その社会、その時代の状況に応じて互いに妥協しながら、最後の合意に至るものであろう。そういう意味で、担保手段は、歴史の進化に伴って、過去の慣習法を発掘したり、さらに新しい慣習法を創設したりするものであると考えられる。

次に、譲渡担保に関する研究は、日本では数多くの文献が現されている。そこには、信託行為論、関係的所有権論、および強い譲渡担保・弱い譲渡担保、外部的移転・内部外部ともに移転、譲渡担保・売渡担保、譲渡質・譲渡抵当、売渡質・売渡抵当、権利移転型担保、非占有・私的実行特約型担保など、さまざまな構成の工夫がなされている<sup>(28)</sup>。譲渡担保制度の専門家ではない筆者から

(27) 高木多喜男著『担保物権法』（有斐閣・1989年〈8刷り〉）はしがき参照。

(28) 近江幸治著『担保法制度の研究——権利移転型担保研究序説』（1989年・成文堂）参照。なお、高木多喜男著『担保物権法』（前掲）283頁以下、田高寛貴著『担保法体系の新たな展開——譲渡担保を中心として』（勁草書房・1996年）

見れば、譲渡担保制度が民法学者をこれほど苦勞させている根本的な原因は、おそらく慣習法を近代法体系に組み入れる困難さに集約するように思われる。例えば、日本では不動産を対象にするのに対し、ドイツでは動産を対象とするとの違いからも見られるように、日本社会で活用されている譲渡担保制度は基本が慣習法であるため、近代法以来の担保物権の概念との齟齬が多々存在している。まさにそれが原因で、この制度を近代法上の担保物権制度として成立させることには、理論上の難問が存在すると考えられる。とりわけ、譲渡担保のような売買ないし売買の予約、買戻し、再売買の予約などと深く関係のある<sup>(29)</sup>担保制度は、登記を前提とする近代法上の担保物権との間にかなり埋めがたい隔たりが存在しているので、法の体系性から考えれば、これを担保物権として成立させることが不可能であるようにも思われる。

さらに、譲渡担保を含め、慣習法上の制度を実定法として認めるか否かは、このような制度が現実社会にうまく機能しているか、または定着しているか否かによって決めるべきであり、社会的に機能していないものを実定法として立法化することは、立法理念上、妥当でないように思われる。したがって、譲渡担保に限っていえば、まず、この制度は、現在中国でどれほど定着しているか、また、今後の社会での有用性があるか否かを検討しなければならない。また、日本において、譲渡担保も仮登記担保も往々にして悪用された歴史<sup>(30)</sup>を鑑みれば、このような制度を実定法として認める場合には、すべての要素を仔細に分析し、研究を蓄積する必要があると考えられる。

ゆえに、現段階では、典型担保の制度のみを物権法に取り入れて、いわゆる非典型担保を実定法から排除して、事実たる慣習として判例に委ねたほうが賢明な選択ではないかと思う。つまり、担保法と経済発展との関係から考えれば、この分野において慣習法の活躍する領域を確保してこそ、経済社会に対する有用性がより高くなるであろう。

---

をも参照。

(29) 前掲近江幸治著『担保法制度の研究——権利移転型担保研究序説』、22頁以下参照。

(30) この点については、2002年1月15日に早稲田大学で開催された日中法学者共同シンポジウム「中国における物権法の起草及び民法典制定計画について」において同テーマで報告させていただいた際に、コメンテーターの勞を取って下さった近江幸治教授（早稲田法学研究科）の御発言から示唆を受けている。

## 四 慣習法に関する新中国での沿革及び近時法学界の議論

### 1 新中国歴史上の国家法と慣習法

新中国成立以降、法を重視し、また、市場経済に適応する意味での法制度建設は、1970年代末に開始された改革開放政策以来のことである。それ以前は、高度の計画経済体制のもとで、近代以来の市場経済を前提とする法治制度に対しては軽視から蔑視へという歴史を辿っていた。そのような時代には、国家法という地位に相当するのは概ね中国共産党政府の政策であった。これに加えて、伝統的な「法無二解」（法には一つ以上の解釈がない）、「以吏为师」（官吏中心）という考え方に影響されて、法に対する解釈も未発達のまま推移してきたのである<sup>(31)</sup>。このような社会には、実定法の空間も確保し得ないため、慣習法が存在する余地もないことは容易に理解されるであろう。それは、中国の法理学者の論文で用いた言葉を借りていえば、いわゆる「大伝統による小伝統の吸収」<sup>(32)</sup>という歴史であった。

しかし、その一方では、長い歴史の中で形成された中国文化の反映による法文化の多元性を見落としてはならない。まず、アヘン戦争以降の中国では、列強の侵略による外圧があったものの、国家の統一が保たれていたため、外来の法文化と中国固有の法文化——つまり、国家法を中心とする大伝統と慣習法を中心とする小伝統——が、同時に存在していた。次に、新中国成立以降の中国共産党指導の社会主義社会においては、マルクス・レーニン主義の法理論、および旧ソ連法の影響を強く受けたものの、土地の国家所有と集団所有という二元的構成からも見られるように、中国の特有の法文化も保たれていた。さらに、改革開放政策以降、西側諸国の市場経済を前提とする法制度の導入により、今日中国の法文化はいっそう多元化している。

他方では、中国の長い歴史の中には、庶民と政府との対立が他の国とは異なった形で存在してきた。この対立が政府によって一定範囲内に認容された場合は、比較的安定した社会が維持されるが、反対に政府がこれに対して著しく

(31) この点については、王学輝著『從禁忌習慣到法起源運動』（法律出版社・1998年）叢書前書き（田平安執筆）より示唆を受けている。

(32) 謝暉「大・小伝統的溝通理性」同著『法的思弁與実証』（法律出版社・2001年）296頁以下参照。

厳しい姿勢をとった場合には、いわゆる「官逼民反＝官による厳しい圧迫が民衆の造反をひきおこす」という事態を招く。このような庶民の国家法に対する態度は、民間の俚諺にも如実に現されている。例えば、古くからいわれている「天は高し、皇帝は遠し」ということわざがある。すなわち、皇帝は遠い存在であり、自分の属する一定範囲内の天地の下では——慣習法に基づいて——大いに行動することができるという意味である。もう一つは、現代版で、「遇到緑灯慢慢走，遇到黄灯快点走，走遇到红灯繞着走＝青信号に出会ったら、ゆっくり歩き，黄信号に出会ったら、急いで走り，赤信号に出会ったら、迂回する」というものがある。すなわち、自分の利益にかかわることについて、それが国家法により許されている場合には、あせらずに行動すればよいが、それがそろそろ国家法の取り締まる対象になりかけた場合には、急いで行動し、さらに、それが国家法により禁止された場合には、自分の目的を達するために、国家法を回避して、迂回して行動するという意味である。もっとも、ここで「迂回して行動する」というのは、法に触れないようにうまく行動することと、法の網をかいくぐって行動するとも理解しうるが、現実の中国社会では、おそらく後者が多いように思われる。これは、新中国における法の不安定性、つまり、政策の多変性により生まれた大衆の知恵であると理解できよう。しかし、国家法がいつも迂回されていては、その存在価値がなくなるので、一定の時期、また一定の分野でその本来違法とされた行為を合法の範囲に組み入れることとなるであろう。

国家法と慣習法との相互依存および相互衝突という矛盾関係は、いつの時代、またどの国および地域においても、回避することのできない問題である。両者は、「相克」の関係ばかりではなく、「相生」の関係も存在すると思われる。この点は、改革開放以降の中国立法では、いっそう顕著に表れている。このような立法事情にも関係があると思われるが、近年来、慣習法に関する研究はかなり盛んになっている<sup>(33)</sup>。以下は、最近比較的注目されている学者の観点

(33) 本稿で引用した業績以外のものを以下に紹介しておくことにする。夏之乾著『神判』（1990年・上海三聯）範宏貴著『少数民族慣習法』（吉林教育出版社・1990年）；鄧敏文著『神判論』（貴州出版社・1991年）；高其才著『中国習慣法論』（湖南出版社・1995年）；梁治平著『清代習慣法：社会與国家』（中国政法大学出版社・1996年）；千葉正士著，強世功ほか訳『法律多元』（中国政法大学出版社・1997年）；王学輝著『從禁忌習慣到法起源運動』（法律出版社・1998年）；徐中起・張錫盛・張曉輝主編『少数民族慣習法』（雲南大学出版社・1998

を二つ紹介する。

## 2 立法の本土資源論——慣習法優位説（朱蘇力）<sup>(34)</sup>

改革開放以降、市場経済体制の遂行に伴って、「市場経済は法制経済」という命題のもとで法治ないし法制建設に拍車がかけている<sup>(35)</sup>。しかし、最近、このような命題内実に対する批判もあらわれている。批判者によれば、今日中国におけるこの命題内実は、あくまでも政府が強制力を持って現代的な法律体系を急ピッチで完備し、それによって市場経済の発展を保証するとしか意味しないものである。そうして、この命題はさらに、現代的な法律体系は経済発達の国家と地域に求めなければならないという問題へとつながっていくので、「法律の移植」にほかならない。しかし、一つの社会で法体系を整備しようとする場合には、法の移植が重要ではあるが、最も重要なのは本土の資源を利用し、これを開発することにある<sup>(36)</sup>。さらに、論者は、「本土資源を探索し、自国の伝統を重視することは、往々にして歴史からこれを見つけ出そうとしているとか、古典から探し出そうすると誤解されがちである。このような資源は確かに重要であるが、現実の社会生活に存在する各種の非正式の法律制度から見つけ出すことがさらに重要であると考え。歴史の研究は本土資源に頼る手段の一つであるに過ぎない。認識すべきことは、本土資源は、歴史にのみ存在するものではなく、今日の社会实践にすでに形成または芽生え、発展途上の各種の非正式の制度は、より重要な本土資源であるとするべきである<sup>(37)</sup>」とする。

ここで批判者が提起しているのは、今日の中国社会における法体系の整備には、慣習法の位置付けを無視してはならず、むしろ、現実社会に対して十分認

---

年）；雲南大学法学院編著『少数民族習慣法調査シリーズ』計27冊（雲南大学出版社・2001年）など参照。

(34) 北京大学教授、法理学専門。

(35) 「法制」と「法治」は中国語では発音が同じであるが、意味は違い、中国では、「法制」が使うのは「刀」であり、「法治」が使うのは「水」であるという議論がある。前者は強権的で、後者は柔軟的であるという考え方が次第に有力になった今日では、学者の論文での用語としては「法治」が一般的となっている。

(36) 蘇力「変法、法治及本土資源」『法治及其本土資源』（政法大学出版社・1996年）3頁以下参照。

(37) 前掲蘇力著『法治及其本土資源』14頁より引用。



識した上で外国法の移植を行うべきであるということだと、筆者は理解している。

しかし、このような批判者観点は、当然ながら、法学界からの熾烈な批判を受けている。批判の内容はさまざまであるが、「保守主義」、「後現代主義」、さらに「危険な思潮」、などといわれている<sup>(38)</sup>。しかし、批判者は、これらの批評に屈することなく、従来とまったく同じ「農村から都市への包囲」<sup>(39)</sup>という姿勢で研究を続け、最近では、『送法下郷——中国基層司法制度研究』という力作が出版されている。

### 3 法の移植と「本土化」関係論——母体と客体融合説（何勤華）<sup>(40)</sup>

何勤華教授の観点は、主に法の移植と「移植」した法律の「本土化」との関係は、密接不可分なものであるとうかがわれるが、その中内容を以下のようにまとめておく。

移植という概念は、一般的に植物学と医学の分野で用いられている。移植を成功させるには、母体と客体の両者が相容れるものでなければならない。法律の移植は、理論の移植と制度の移植とが含まれるが、そのいずれの場合にも成功した例が数多く見られる。一方、外国の法律に対する「借鑑」（＝参考にする、手本にする）という言葉があるが、これを過渡に強調すると、消極的な作用しか生じえない恐れがある。つまり、「借鑑」をする場合には、西側の法律をそのまま取り入れたという批判を回避するために、往々にして中国的特色を強調し、そして外国の法律の改造版を作り出して中国に取り入れるようになる。こうなると、移植された制度が変形しているため、その機能も失われており、その存在価値が疑わしくなる。

一方では、本土化という言葉の定義をしておく必要がある。中国語の辞書に

(38) 蘇力著『送法下郷——中国基層司法制度研究』（中国政法大学出版社・2000年）序文参照。

(39) 原文「農村包圍城市」は、中国革命を勝利に導いた毛沢東思想の中核たる一部分であると評価されているが、ここで蘇力氏に対する批判に用いられている。その意味としては、その理論と現在社会の立法との関係が馬耳東風であると思われる。

(40) 華東政法学院院长、教授、法制史専門。氏の見解は、主に通著『法律的移植與本土化』（中国：法律出版社・2001年）に表わされているが、本文の以下の紹介は『北大（＝北京大学）法学論壇』第二期（前掲：北大法律信息网）によるものである。

は、「本土化」という言葉は存在しないが、「郷土」を意味する「本土」という言葉は「化」を加えることによって動詞に変形する。外国の法律の移植という意味は、外国の法律制度を取り入れて本土に植え、芽生えさせ、開花後さらに実らせて、本土にとって利用可能な資源にならしめるということである。したがって、本土化と外国法移植とは、不可分の関係にあり、外国法の移植がなければ、その本土化を物語る必要がなくなり、反対に、本土化しなければ、移植した法律はその生命力を失ってしまう。

もっとも、「移植」という言葉は、本来の中国語ではなく、この言葉自身が移植されたものであり、また、現在、中国で「本土化」している。しかし、「移植」は、客体をそのまま母体に植え込むという意味が強いため、中国だけではなく、日本においても往々にして忌避される言葉である。しかし、まさにその意味で、中国の新しい法律制度および新しい法学史を創設する際に用いられるべきものである。なぜなら、法律の移植段階では、もしもそれに過度な加工や修正などを加えると、その法律が備えている効能を損傷する可能性があるからである。一方、移植の場合には、母体と客体との間の相互排除を解消する必要があるが、これは、客体に対する加工をもってすべきではなく、母体の受容環境を整備することで対応しなければならない。

以上の紹介で明らかになった何教授の見解は、上記の蘇力教授とまさに真っ向から対立するものである。しかし、筆者から見れば、何教授が論じている移植は、法体系を構成する個々の制度を対象にするものであり、法制度の全体を対象とするものではない。もちろん、全体をそのまま移植するとなると、移植ではなく、クローンであるので、とりわけ「社会主義市場経済の法体系建設」<sup>(41)</sup>という命題を掲げている今日の中国では通用するものではない。しかし、法体系の構築は、一台の機械を組み立てるのと共通した意味をもっていると思う。コンピュータのハードウェアにたとえていえば、部品と部品との間にいわゆる相性が必要である。つまり、すべて高価で素晴らしい部品を一台のPCに組み込めばよいということではない。おそらく、まず、われわれが要求するPCの性能から考えて、それに満たす一番重要な部品＝基本部品＝立法の場合には基本理念を先に決めておくのが最も重要であり、そのうえで、この基本的な

(41) 改革開放政策実施以来の中国は、「全般西化」、つまり、完全に西側諸国の政治・法律・経済制度を取り入れるという議論もあったが、これは1989年の天安門事件を境目に全面的否定されている。「社会主義市場経済」は、まさに「全般西化」を否定する意味で出された概念であるように思われる。

部品に相性のよい個々の部品を入れて、初めて予期した性能を具備する機械ができあがるであろう。反対に、基本を決める前に、部品のみに目が奪われるならば、最後に出来あがった機械は、部品間の相性が悪くて、予期したものにならない可能性が十分ある。したがって、この意味では、何教授の理論は、問題の根本的な解決に資するものではないように思われる。

## 五 中国農村に現存する慣習法の実態

### 1 現行法に認められた慣習法

#### ——いわゆる農地の請負経営権

上述した通り、中国の現行法上認められた農地請負経営制度は、まさに慣習法に由来するものである。これは、農業分野で家庭を基本単位とする小規模経営の伝統がアジア諸国全体にわたって存在していることから反証し得る。この制度は、改革開放以来の農業生産の改善に大いなる役割を果たし、また、その成功の理由として国家政策＝政策法上の功績を否認しない。しかし、この制度が成功した最も重要な要因は、制度自身が中国農村社会の伝統的な慣習に合致しているという点にあることを見落としてはならない。一方、農村全体の生産性向上は、農地耕作によるものだけではなく、郷・鎮企業の貢献にも大いに依存している。このような現象は、改革開放政策の「総設計師」といわれた鄧小平氏にも予想外のようであった<sup>(42)</sup>。しかし、ほとんど全ての郷・鎮企業は、その投資から、日常経営、利益配分にいたる全過程が、現地の慣習法に基づいて行われているといっても過言ではない。このような慣習法は、今日では、かなりの部分が国家法として承認（追認）されているが、いまだに承認されないままに現地では実効性があるというものも存在している（この点については次項目の考察にご参照）。この意味では、改革開放政策以来の農村改革は、大いに慣習法に依存してきたといえよう。

もっとも、ほとんどの社会において、上記のような習俗的・部落的なものが企業形態の一類型として存在している。このような形態の企業は実定法に認められるまでは、いわゆる「自己展開」に頼るしかないため、このような企業体を除外しては、その社会を真に把握することは不可能であるように思われ

(42) 『鄧小平文選（第3巻）』（中国：人民出版社・1993）238頁参照。

る<sup>(43)</sup>。

ここ二十年間の中国の農業と農村の変化は、大変凄まじいものである。温厚な性格であることを美德とされてきた中国の農民は、自らの生存を図るため、当時取えて、違法の危険を冒して、慣習にある請負耕作の実行に密かに踏み出した。これは、「窮鼠猫を囓む」が如き必死の努力の結果である。さらに、農村の基層政府における直接選挙の実施も基本的に同じプロセスで展開されたことも注目に値するものである<sup>(44)</sup>。

このような変化の中でもっとも注目に値することは、いわゆる「違法行為」の問題である。今日までの改革開放政策実施の全過程は、まさにこの違法行為を伴って進んできており、反対に、違法行為を排除すれば、改革開放政策の成功はありえなかったといっても過言ではない。その基本的な図式は、以下のように素描できよう。つまり、旧体制を打破するために違法行為を黙認し、または奨励する（深圳などのいわゆる特別区はその典型例）。そして、このような違法行為が、全社会に有用性ないし実効性があるような場合には、まず、地方法規、行政法規ないし国家法律の「試行」の形として承認する。そして、このような過程においておおよそ問題がないような場合には、「試行」の法律に修正を加えた上で、正式の法律として成立させる。これによって、「違法行為」が完全に制定法により追認されることになる。これは、大変動の社会では不可欠な現象であり、また、そのプロセスについては、さまざまに指摘しうが、本論文で取り上げた問題に限っていえば、とりわけこの「違法行為」と慣習法との関係についてご注目いただきたい。

(43) この点について、宮崎俊行著『請負耕作と農業生産法人』（鳳舎・昭和41＝1966年）前書きより示唆を受けている。

(44) 張厚安・徐勇・項繼権ほか著『中国農村村級治理——22個村的調査與比較』（華中師範大学出版社・2000年）参照。

(45) ここの「股份」という語は、日本語の文献では時々「株式」と訳されていることがある。しかし、「股份」は「株式」と異なる制度である。この点については、拙稿「中国農村土地財産権の研究」（名城法学第47巻第4号65頁以下）での説明および引用文献をご参照されたい。

## 2 現実社会で黙認されている慣習法

### (1) 山東省周村市と広東省深圳市モデル

#### ——いわゆる「股份」合作制<sup>(45)</sup>

いわゆる「股份」合作制は、まさに中国の伝統的な「合股」という慣習法上の制度に由来するものである。この制度は、農地請負責任制が世間の称賛を受けていた1980年代半ばに登場して以来、集団所有の財産権制度に対する重大な改革であるとの評価を受け続けている。

中国の伝統的な「合股」制度は、近代法以降の法制度には当てはめられるものはないように思われる。具体的にいえば、まず、出資の形式としては、伝統的なのは「錢股＝現金出資」, 「身股＝身分または労働などによる出資」があり、最近は「技術股＝技術による出資」などもある。次に、出資者の議決権としては、一人に一票、また、家庭単位で出資した場合は一家庭に一票となっている。この制度は、つまり、人的結合の組合的な性質、財的結合の合資会社会的な性質、さらに知的財産をもって出資する性質などの混合体であるといえよう。

この制度は、現在ではかなり広く採用されるようになっており、「農民股份合作企業暫行規定」（農業部＝農林水産省1990年発、1997年改正）までが公布されている。しかし、これを単なる企業制度として理解してはならない。というのは、現行「股份」合作制には、小型企業の財産を対象とする「股份」合作制（山東省周村が代表）と区域社会全体の財産を対象とする「股份」合作制（広東省深圳市龍崗区が代表）という二つの形態に分けることができるからである。

この「股份」合作制は、最初、山東省の周村から実行されたものである。当時は、農地請負責任制の実施が大々に行われ、集団経営体制の崩壊にともなって集団所有の財産が分割されるのが時代の趨勢であった。しかし、この資産を完全に分割してしまうと、その経済的効果も完全に失われることは明らかである。資産の完全性の保持と分割という社会的な要求の間に、周村の行政責任者は悩みに悩んだあげく、直接分割のかわりに中国の伝統にある「股份」という形で間接的に分割する方法を思い付いた。つまり、集団所有の資産（政府の事務用建物、および敬老院、保健所、幼稚園などの福利厚生施設を除く）を再評価する上で、集団組織の構成員数で割った分（＝「份」）を、株式（＝股）の形で所有者たる各農家に配布するという方法である。このような集団所有財産

の「分割」によって、集団所有財産の所属が明確になり、また、株（股）の所有者に対して一人一票の議決権を付与したことにより集団所有企業における民主的管理も実現した<sup>(46)</sup>。

これに対して、深圳市龍崗区では、集団所有の企業関係の資産のみではなく、集団所有の土地を含む全財産を対象とする区域社会範囲の「股份」制が実現されている。その歩みは、1984年に始まり、1990年までに二段階に分けてその体制を規範化してきた<sup>(47)</sup>。

第一段階は蓄財段階である。深圳市に近いという特別な地理条件を鑑み、集団の経済力および労働力を利用して外資の誘致、およびそのためのインフラの整備に力を入れた。

第二段階は「股份」制の規範化段階である。集団所有財産の増大と管理体制の不備、および農民の余剰資金の出現と企業の大量進出による耕地の減少などの問題点に鑑み、1988年から集団所有の全財産を対象とする区域社会範囲での「股份」制の規範化に踏み出し、1990年にその規範化が実現された。その具体的な内容は以下のものからなっている。

- ① 自然村（過去の生産隊に相当）の集団所有財産を「股」（≒株式）の形でわけ、その60～70%を村民の個人所有にし、残りの30～40%を自然村の集団所有にとどめる。
- ② 行政村（過去の生産大隊に相当）の集団所有財産を同じ形でわけ、これを行政村と自然村と折半で所有する。
- ③ 鎮（当時は「鎮」、現在は「区」）全体の財産は、その85%を鎮「股份公司」を代表とする行政村の投資分に割り当て、残りの15%を鎮の住民（同鎮に戸籍のある在住者）および華僑等（同鎮に戸籍のない在住者）の個人投資分に割り当てる。
- ④ 鎮股份公司の税引き後の利益配分は、40%を再生産基金として企業（またはその他の生産組織）に、20%を集団福祉事業に、残りの40%を所有者の利益として分配する。
- ⑤ 鎮股份公司の最高権利機構は、「股東（株主に相当）」大会であり、議決

(46) 黄少安・車貴主編『農村股份合作制的多維考察』二四五頁以下（車貴執筆部分）（山東人民出版社，1996年）参照。

(47) この二段階の形成過程は、王立誠・査振祥主編『中国農村股份合作制』222～224頁を参照してまとめたが、原作と不一致なところは、筆者の実地調査に基づいたものである。

権は一戸一票である。

このような山東省周村および深圳市龍崗区を代表とする「股份」制モデルは、まさに慣習法に基づいてスタートしたものであり、また、最初は地方ないし中央政府による黙認を経て、現在は法によって追認されたいわゆる「違法行為」の典型例である。

## （2） 河南省南街村モデル<sup>(48)</sup>

### ——共産主義区域社会

南街村は、河南省中部にある臨潁県の南に位置し、1959年前後に県の直接管轄から独立した。南街村の名前は、「县城の南にある街」に由来している。主な産業としては、改革開放の初期段階ではレンガ製造業であったが、現在は、小麦粉の加工業、インスタントラーメンの製造と大・中型広告を中心とするカラー印刷業である。

南街村は、50年代から積極的に「合作社」・「人民公社」の道を歩み、農業生産高も臨潁県で上位を占めていたが、農民の生活は貧困から脱出することができず、1978年時点の一人当たりの年間収入は72人民元であった（当時、北京等大都市の労働者の平均月収の1.5か月分に相当）。この20年間、この村の生産高は1000倍に増加したといわれており、村民全員は村から配給されたマンションに入居しているが、その住宅は、大都市たる北京の住宅と比べても中以上のレベルにあたるものである。

村の内部管理体制は、文化大革命時代の中国とほぼ同じである。「政治が統帥、思想を優先させる」、「毛沢東思想で人を育成する」などの内容を中心とする政治的なスローガンがいまだに町のいたるところに掲げられているばかりでなく、村民たちは、故毛沢東主席のバッチをつけて、「東方紅」などいわゆる革命歌曲を毎日歌っている（あるいは、歌わされている）。村全体は、1984年から請負制を廃止し、集団経済の発展と構成員全員の収入平等、いわゆる「共同富裕」を提起し、「一部分の人が率先して豊かになる」という鄧小平理論を断固として拒否した。そして、1992年から共産主義的配給制を基本とする分配制度を実施しており、その目標は、共産主義の区域社会を実現することにある。現段階において、村全体の生産手段の集団所有はほぼ100%実現しており、

(48) 南街村を紹介する著書や文章の数はかなり多い。ここで下記のことをあげておく。張厚安・徐勇・項繼權ほか著『中国農村村級治理——22個村的調查比較』（華中師範大学出版社・2000年）236頁以下；陳先義・陳瑞躍著『中国有個南街村』（解放軍文芸出版社・1999年）など。

生活手段の集団所有も80%以上実現している。南街村の共産党支部書記官・南街村集団公司董事長（トップリーダー）王洪彬氏の考えによれば、マルクスは、共産主義が一国だけで実現することは不可能だといっているが、一区域で実現することが不可能だとはいっていない。ただ、一地域で共産主義を実現させるには、「外円内方」、すなわち、対外的関係と内部の管理とを区別してそれぞれ異なる政策を施さなければならないということである。したがって、南街村が対外関係においては、たとえば、取引の得意先との付き合い、宴会などの接待、土産品の贈答などのすべては、まったく社会一般の「慣習」というか「習慣」というか、要するに、「円」の原則に基づいて行われている。これに対して、内部の管理は、村から一歩踏み出した地域とは世界を全く異とする「方」の原理に基づいて行われている。

この南街村のモデルは、新中国成立から改革開放までに形成された国家法が慣習法に転落したケースであるといえよう。

### （3）江蘇省華西村モデル<sup>(49)</sup>

#### ——資本主義、社会主義、共産主義の合体

華西村は、江蘇省江陰市華土鎮の西に位置し、村の名前はその地理的な位置によるものである。多種類の産業が、多角的に経営されている。たとえば重工業としては鉄板圧延工場、軽工業では繊維工場、服装の加工工場が経営され、第三次産業として観光業などがある。

華西村の特徴は主に以下のものがある。

まず、村の財産の所有形態は、集団所有分と個人所有分とに分けられている。個人所有分は主として村民が収入＝配当をもって出資に充当した分である。

次に、配分のほうは、共産主義的配分、社会主義的配分、資本主義的配分の三種類が同時に存在している。共産主義的配分は、主に住宅の一部（つまり、住宅購入費用の一部）と生活費であり、社会主義的配分は労働者として働いた分の賃金であり、資本主義的配分は出資に対する配当である。

第3に、華西村でも、いわゆる思想教育が重視されているが、これは、南街村と異なって、毛沢東思想の代わりに儒教を中心とした伝統的なものを用いて

(49) 華西村に関する著書・文章も数多くある。たとえば、李金龍著『華西村』（中原農民出版社・1998年〈中国名村紀実シリーズ〉）；李仁臣・龔永泉「華西村の特色思惟」『人民日報』1997年11月16日；朱慶・余辰「『天下第一村』の奇葩」『光明日報』2001年8月28日など。



行われている。

第4に、「一村二制度」が許されるが、「一家庭二制度」は許されない。つまり、村レベルでは、集団経営と個人経営の両方の同時存在が一般的であるが、一つの家庭内には、それぞれ村の幹部をはじめ、集団所有の企業に勤めている人と個人経営を営む人が同時に存在することは許されない。

第5に、農地の個人ないし家庭単位の請負は廃止されている。

最後に、筆者が華西村を訪れて驚いたことを紹介する。南街村でも、現地農民の生活の豊かさには驚嘆したが、華西村では、それより遥かに驚かされた。両者の違いを以下に二点あげておく。一つは、南街村の村民の住宅はマンション式の集合住宅であるのに対して、華西村はみな一戸建（新築のものには車庫もついている）である。もう一つは、前者に比べて、後者のほうは現代人らしい生活をしていること、つまり、人間としての自由度が高いということである。

華西村の管理体制のすべては、それぞれの現行国家法に合致しているが、このような合体は、特徴のある慣習法的なものであるといえよう。

### 3 少数民族地域で活用されている慣習法

#### (1) 行政領域における慣習法の受入

##### ——新疆ウイグル自治区発のニュースを契機にして

最近、新疆ウイグル自治区では、イスラム教の寺院である清真寺の「主持」（仏教寺院の住職にあたる）は国家訓練を受けて、国家が発行する「免許」をもって「主持」に着任するというニュースに目を引かれた<sup>(50)</sup>。その具体的な内容は以下のとおりである。

まずは、新疆ウイグル族自治区共産党委員会統一戦線部部长アビズ・ニアズ氏によれば、現在、「イスラム教経文学院」の訓練を受けた新時代の宗教関係の「教職人員」が新疆の宗教事務の主力となりつつある。今年は、清真寺住職として8000名が正規の訓練を受けているが、今後、数年をかけて、新疆全域で宗教事務に携わる人員すべてを訓練することを計画している。訓練の目的は、宗教事務の人員に高い政治的、文化的素養を備えさせ、さらに宗教の知識を強化して、イスラム教徒に対する威信を高めることである。

次に、新疆イスラム教協会会長アユンハンアジー氏によれば、伝統的な宗教

(50) 「新疆8000名清真寺主持得到国家正規培訓」 <http://www.sina.com.cn> 2002年1月4日（中国新聞）参照。

の教育方式は、新しい時代の要求を満たすことができず、新疆イスラム経文学院を創設する目的は、共産党の宗教政策を全面的に貫徹し執行することにあるという。

ここで気になるのは、宗教事務に携わる人にとって、文化や宗教知識の水準の向上が必要であることは容易に理解するが、政治的水準の向上という点は理解に苦しむところである。しかし、近年来、宗教界の高級僧侶の行政への参与は、話題になっているところである<sup>(51)</sup>。たとえば、環境保護のために森林伐採を禁止しようとする地方行政機関が往々にして現地の有力な僧侶の力を借りるのはその一例である。つまり、高級僧侶による「この山は神霊の宿る山であるので、木を伐採してはならない」という発言は、現地の行政官僚による「環境保護のために、木の伐採を禁止する」というものよりも遥かに効果があるようである。思うに、いわゆる「政治的水準」という言葉は、中国では、「政策的水準」と言い換えることができるので、これらのニュースの「政治的水準の向上」とは、国家政策に対する理解、および執行自覚性の水準の向上と理解できるわけである。つまり、このような「政治水準」の向上という要求は、よく言えば、国家の行政が慣習法を利用するための前置手段であると考えられる。

## (2) 裁判領域における慣習法の利用

### ——神明判決と死刑執行の最終的確認

筆者が雲南省で調査した時には、「神明裁判（＝神により裁く）」がワ一族などの少数民族部落にまだ存在している<sup>(52)</sup>ことに驚いた。現地では、何かトラブルが起こった場合には、警察や裁判所に訴えるよりは、宗教祭祀などを司る現地の有力者に委ねるのが一般的である。たとえば、物が盗まれた場合は、まず、被害者により容疑者を指定し、そして、有力者の主催の下で、鍋で湯を沸かし、そこに銭を入れる。容疑者が沸騰した鍋から銭を拾い出せば、無実と判断され、被害者は容疑者に損害賠償を行う。反対の場合は、容疑者が損害賠償をする<sup>(53)</sup>。しかし、それ以上に驚かされたのは、最近、筆者が所属する研究所の所員により行われた慣習法の調査で明らかになったことである。この調査によれば、青海省のチベット族在住のある地域では、裁判所によって下された死

(51) 周知の通り、最高級の僧侶の政治への参与は、新中国成立した当時から存在している。

(52) 張錫盛「仮族習慣法中的神明裁判」（前掲）『少数民族習慣法研究』所収153頁以下参照。なお、鄧敏文著『神判論』（貴州出版社・1991年）をも参照。

(53) 同上参照。

刑判決は、現地の「活仏（＝ラマ教の高級僧侶）」が最終的に確認するという手続きを踏んだあとに、はじめて執行されるという<sup>(54)</sup>。こうなると、中国の現実社会では、単に行政に利用される慣習法が存在するにとどまらず、司法領域においても活用されていることが明らかであるといえよう<sup>(55)</sup>。

(54) この情報は、同研究所所長夏勇教授が行われている慣習法に関する調査研究によるものである。

(55) もっとも、筆者は、慣習法が司法分野で活躍している現状については、さらに調査研究を行う必要があると考えている。前掲蘇力著『送法下郷——中国基層司法制度研究』（238頁以下参照）によれば、同氏は調査中に湖北省のある県の法院（裁判所）で以下の案件に出会ったという。ある山村では、大都市での出稼ぎから帰郷した男性甲は、留守中の妻が同村在住の既婚者である男性乙と一年以上にわたって性的関係をもっていたことを知り、激怒した。閉鎖的な山村では、このようなことはまさに耐えがたい醜聞であるため、甲は、「もうこの村で生きていられない」と言い、また、自分の屈辱を晴らすために乙に数回も暴行を加えたうえ、さらに乙の息子を殺すと宣言した。この事件に対して、村民委員会はまず調停に乗り出し、甲の乙およびその息子に対する侵害と威嚇の停止を条件に、乙が7,000人民元を「精神損害と名誉毀損」として甲に支払うという案を出した。甲は断固としてこれを拒絶し、侵害と威嚇行為を継続していた。乙は自分と息子の生命の危険を避けるために、現地の基層裁判所に生命安全の威嚇を理由に甲を起訴した。甲は乙の起訴にさらに激怒し、精神損害と名誉毀損を理由に、損害賠償金10,000人民元を要求する反訴を提起した。このような事件に対し、裁判所は、法律に基づいて簡単に甲の訴求を却下することなく、曖昧な形で「調停」を始めたのである。一連の「工作」を経て、とうとう以下の「調停」が成立した。①甲の譲歩条件として乙に対して「行政拘留」（軽犯罪に対する処罰の一種）を処すること、②乙は甲に精神損害と名誉毀損の賠償として8,000人民元を支払うこと、③甲は乙に対する侵害・威嚇などの行為を一切停止し、以降双方とも自己の行為を慎むこと、④訴訟費の600人民元は、乙が400元、甲が200元支払うこと。このような「調停」の成立と同時に、13日間もいた「牢屋」から釈放された乙は、まったく不満を感じないどころか、担当裁判官の「もともとは君が悪いのだから、あなたの安全のためにこのように処理することで満足するように」という説明に対し、裁判官ないし裁判所に感謝してやまなかったという。一方、甲は妻を連れて出稼ぎに村を離れた。

この地方裁判所が行ったこのような法の適用は、今日の中国の法的観点からしても、完全に違法であるといわざるをえないが、地方の現状や中国の現実社会に対する十分な認識をもつ中国人から見れば、まあまあ妥当な処理というか、少なくとも社会の常識に著しく反するものではないといえよう。これは、慣習法の力——その良し悪しはともかくとして、現実社会に存在するもの——

### (3) その他地域社会における事実上の慣習法

現実の少数民族の社会では、国家法と著しく衝突する慣習法の存在が事実上数多く認められている。このような例は、漢民族以外の55の少数民族にはそれぞれ異なったものが存在しており、莫大な数になるため、その代表的なものをあげるとしても、相当な作業になるため（最近、雲南大学のプロジェクトで出版されている「少数民族慣習調査研究」のシリーズは、すでに27冊出ている）、ここでは、二、三の例を紹介することにとどめておく<sup>(56)</sup>。

#### その1 焼け畑農法地域の入会権

雲南省内には焼け畑農法の地域が、いまだに数多く存在している。このような農法の地域では、中国農村で主流となっている農地の請負制の遂行が不可能であり、原始的な入会権がそのまま生きている。しかし、物権法立法の過程では、総有については議論もなされていないし、草案にもあらわれていない。

#### その2 「水冬瓜樹地」による明認方式

上述した焼け畑農法の地域では、「独竜」族在住の地域を代表として、いわゆる「水冬瓜樹地」という慣習上に認められている制度が存在している。焼け畑というのは、まず、一定面積の山林地を囲い込み、そこにある木を伐採し、雑草や落ち葉を燃やし、そして一年寝かしてからのはじめて耕作が可能な土地になるわけである。そして、これらのインフラともいえる整備を行った人は、この土地に対する先占により発生した権利を示すために、囲い込んだ土地の四方に「水冬瓜」という特殊な木を植えるのであるが、これは一種の明認方式と解すべきであろう。このような明認方式は、単に「独竜」族特有のものではなく、上記の焼け畑農法の地域をはじめ、他の地域にも異なった形で広く存在している。このような有用性のある慣習法は物権法上の公示方法として認める必要があるのではないだろうか。

#### その3 一妻多夫制と一夫多妻＝重婚

雲南省迪慶地域およびチベット族自治区と青海省の一部に在住するチベット族には、現在でも一妻多夫の慣習が広く存在しており、一方、雲南省内のいくつかの少数民族には、一夫多妻の慣習が存在している。このいずれも中国の現

---

だと筆者は見ている。

(56) 下記の3項目の内容は、前掲『少数民族慣習法研究』および雲南大学出版社より出版した少数民族慣習シリーズ（計27冊）参照。なお、ここで挙げた内容は、いずれも複数の少数民族に存在するため、複数の著書に重複する叙述がある。注釈の煩雑を避けるため、具体的な引用を省かせていただくことにする。

行婚姻法に違反し、重婚罪という刑罰の対象になるはずである。しかし、このようなケースは、慣習法といえるかどうか疑問に思っている。まず、このような慣習は、ごく一部の少数民族地域にしか存在せず、また、少数民族区域の自治政策に関連しており、そして、制度自身もあまりにも近代法ないし現代社会にそぐわないものである。慣習法として一般的に認められる必要がなく、むしろ、その限られた地域と民族に対する限定承認という形で処理し、いわゆる自然消滅を待ったほうがよいと思われる。

この自然消滅の原理は、物権的効力のある慣習法についても同じことであるといえよう。つまり、これらの慣習法を分析して、有用性の高いものは物権法上の権利として認め、そして、判断に難しいものは事実たる慣習として認めるか、またはいわゆる自然消滅に委ねればよいと考える。

## 六 中国物権法立法における慣習法の位置付け ——結びにかえて

### 1 中国物権立法における慣習法の意義

#### (1) 日本民法100年から見た慣習法の意義

19世紀の末に行われた日本民法典の編纂過程では、自国の慣習との関係で議論が盛んに行われた。その結果、民法典には、家族・相続関係の立法においては自国の「特色」を具体する制度が設けられただけではなく、物権法分野においては入会権や永小作権など日本社会に存在していた慣習を具現する規定も設けられた。しかし、その一方、当時の立法は、治外法権を廃止することが大前提であったため、拙速立法の性格から慣習に対してあるべき重視を払う余裕があまりなかったことを見落としてはならない。この点は、慣習と物権法との関係では、民法典成立後に判例などによって種々の物権的な権利が確立されたことから見ればわかるように、その代表的な立法上の盲点であったといえよう。

しかし、歴史的に前後するかもしれないが、日本の場合は、実定法（法例2条、民法92条など）、判例、学説により、慣習法の活躍空間が確保されていることも看過してはならない。

#### (2) 中国の立法における国際的一致性の意義

今日の中国においては、市場経済体制に適應する法体系の建設という命題の

もとで、立法の「国際接軌（国際的一致性）」が強調されている。社会の情報化、政治の民主化、経済のグローバル化といった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もつか、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則して民法財産法の分野を考えれば、債権法、とりわけ契約法の立法においては国際的一致制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性がほとんどないように思われる<sup>(57)</sup>。各国の民法立法において、それぞれの国が物権、家族、相続などの法分野で示した自国の慣習を重視する姿勢を鑑みてこそ、本当の意味での「国際接軌」であると考ええる。

### (3) 中国の国情から考えるべき慣習法の意義

#### ——中国の伝統に対する再認識の必要性

まず、現在の中国では、12億の人口の八割が農民であり、広い農村地帯に生きている慣習法を無視するわけにはいかないことは自明の理である。

次に、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まま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。しかし、今日においては、文化大革命の教訓を銘記する一方で、長い歴史の中で生み出された絢爛たる文化遺産の存在も看過してはならない。つまり、過去の「中華思想」を典型とする国粹主義に対する反省は非常に重要であるが、それと同時に改革开放政策の実施以降に現れた盲目的な「自尊」から盲目的な「自卑」に転落した現象にも十分警戒する必要があるといえよう。実際には、譲渡担保など現代法上の新制度と称されているものは中国や日本の伝統的な慣習法にその影が見られるし、また、今日中国で高く評価されている農地請負経営制度も「股份」合作制度も中国固有の慣習に深く関係している。したがって、物権法立法に当たって、自国の伝統を十分に重視しなければならないし<sup>(58)</sup>、さらにこの先の民法典立法においても慣習法の活躍する空間を残すべきであると、筆者は考えている。

(57) この点については、拙稿「不動産物権変動制度研究與中国的選択」（中国：『法学研究』1999年第5期）に筆者の考えを詳しく述べており、ご参照されたい。

(58) 前掲拙稿「中国物権法の起草について」参照。

## 2 立法姿勢に関する思考

### (1) 拙速立法に対する反省

中国では、改革開放以降の立法は、いつも拙速的な性格を帯びていることが、たびたび中外の学者により指摘されている。筆者の記憶では、かつて五、六年前に、中国の著名な民法学者梁慧星教授が、中国の新聞『光明日報』で「立法駛入快車道＝立法が追い越し車線に進入」というような題で文章を発表されている。その文章で、梁教授は、車がスピードを出しすぎることの危険性という比喻で、立法に慎重な態度を取るべきことを呼びかけていた。まさに、物権法ないし民法典のような市民社会にとって重要な法律は、他の法律の立法よりいっそう慎重な態度をとるべきであろう。

### (2) 法の安定性に対する再認識

近代法設立当時の社会は、社会的変動の激しさを予想しえず、むしろ、安定的な社会を前提にして、安定した法律を設立し、それを維持することによって社会的な安定を実現し、そして、そのような環境で経済を発展させようとしていた。しかし、今日の世界は、科学技術の発展にともなって経済の発展が凄まじい速度で進展している。とりわけ、情報社会における情報伝達のデジタル化、インターネットの登場と普及などの新しい技術により惹起された社会的現象は、今までの社会を一変した。したがって、今日においては、近代法成立当時の理念を固持して、100年も200年も基本的に変わらない法典を期待することはおそらく不可能であると考えられる。

一方、法の安定性を考える場合には、もっとも賢明な立法策としては、最も基本的な制度のみを民法典に規定し、その他一切を特別法で社会の変動に対応させるか、または、特別法として成立するまでは、一定の条件をつけて慣習法として認めておくということであろう。つまり、今後の社会では、立法時に想定し得ないことも爆発的にあらわれてくることが、容易に想像される。したがって、今日の立法では、近代法成立の社会に対する認識、また近代法成立する過程に形成された法の安定性理念をそのまま踏襲して民事立法に臨むことは、むしろ愚かなものであるように思われる。

### (3) 民事関係の旧慣調査の必要性

今日の中国の民事立法に対して、どうしても理解できないのは、立法府により本格的な旧慣調査が行われていないということである。

新中国成立以前の中国の歴史上では、近代法制を導入する意味での立法が二

回行われていた。一回は清王朝末の立法、一回は中華民国時代の立法である。このいずれも立法のための大規模な社会調査が行われた（特に後者）。しかし、社会主義市場経済体制建設にとって、最も重要な一環となる民事法整備が大々的に唱えられている今日で、なぜ立法のための慣習調査を行わないかは不思議でならない。

このような事態になっているのは、おそらく本稿（四の1前段）で考察した「大伝統による小伝統の吸収」という面での新中国の歴史に対する認識によるものであろうが、しかし、本稿（特に四の1後段）の考察で明らかのように、今日の中国においては、慣習法が存在しているばかりではなく、現実社会で大いに活躍している。したがって、旧慣に関する調査研究は、今日の中国の民事立法においても、大変有意義であり、必要性の高い方法として認識されるべきであると考えている。

### 3 農村土地財産権に関する思考

今日の中国物権法立法においては、最も処理したいのが農村土地財産権の問題である。本稿の末筆にこの問題について筆者なりの観点をもう少し具体的に述べておきたい。

本稿の考察で明らかになっている通り、現在、中国の農村では、その地域によってさまざまな慣習に基づいて形成された制度が実施されている。このような社会的基盤においては、請負経営権のみでそのすべてを規制しようとする立法姿勢は、必ず人民公社時代にあらわれたような暗黙的な抵抗を招くと想像される。したがって、農村の財産権、とりわけ農村の土地財産権に対して、一律に規定することは避けるべきであると思う。

現実には、中国の農村土地を近代法（＝大陸法）に基づいて完全な形で個人所有に変更することも不可能である<sup>(59)</sup>、また、近代法以来の歴史、とりわけ日本のバブル経済の教訓から考えれば、土地の個人所有権を過渡に強調する立法は必ずしも望ましいものとはいえないように思われる<sup>(60)</sup>。ここで問題なのは、農村土地財産権に関係のある立法では農地請負制度がいかにも万能薬とされ、広い中国の農村の土地財産権に対して一律にこの請負経営権でのみ規定し

(59) この問題に関する筆者の考えについては、拙稿「中国農村土地財産権の研究」名城法学第47巻第4号65頁以下参照されたい（1998年）。

(60) この点について、日本比較法学会第64回総会での筆者の報告を参照されたい（2001年6月）。



ようとする現段階の立法姿勢である。上述したように、中国の各地では、現実にそれぞれ現地の事情に合わせて財産権の設定が行われている。また、これら現実に存在している制度を過去の強権的計画経済体制時代のように、政治、行政的手段で完全に撤廃することは不可能であると思われる<sup>(61)</sup>。そうであれば、農村土地財産権については、農村土地使用権という上位概念を確定した上で、各地の現行制度を重視し、そこから代表的なものを抽出して物権として認め、その他のものは慣習法として、その存在を認め、農地請負経営権、並びにその他の有用性のある権利を物権として複数認めることがもっとも賢明な選択ではないだろうか。

\* 本稿の基本内容は、早稲田大学比較法研究所、同現代中国総合研究所、日中（中日）法学会の共同主催により、2002年1月15日に早稲田大学で開催された「中国における物権法の起草及び民法典制定計画について」日中法学者共同シンポジウムにて報告したものである。このように貴重な機会をあたえてくださった早稲田大学教務部長小口彦太教授（同大学院法学研究科）、当日、司会およびコメンテーターの労をとってくださった国谷知史教授（新潟大学）、および加藤雅信教授（名古屋大学）、近江幸治教授（早稲田大学）、鈴木賢教授（北海道大学）、今回のシンポジウムの開催、われわれ中国学者の来日のために多大なお世話をくださった現代中国総合研究所江正殷講師、並びに関係者の皆様とシンポジウムに出席された方々に深謝致す次第である。

また、平素御指導、御世話を賜っている北川善太郎教授（京都大学名誉教授）、篠塚昭次教授（早稲田大学名誉教授）の御来場、および当日の御教示に厚くお礼を申し上げる次第である。

さらに、本稿がこのような完成したのは、日本学術振興会の御支援により、筆者が2001年11月15日から早稲田大学院法学研究科で三ヶ月の在外研究をすることができ、指導教官である同研究科の近江幸治教授の御指導賜ることができたおかげである。ここに記して学術振興会、近江幸治教授、並びに法学研究科の事務員の皆様に感謝致す次第である。

なお、本稿で取り上げた研究の基本は、筆者が1996年から断続的に行ってきた中国農村土地財産権に関する調査研究によるものであるが、中国物権法立法

---

(61) ここでの「不可能」というのは、あくまでも「社会全体が後戻りしない限りでは……」の意味である。反対に言えば、そうなった日には、慣習法どころか、法に関する議論も不存在になろう。

に関連した慣習法の視点からの中国における前期の調査研究の追跡調査および日本での関連法規等の調査研究の一部は、日本住友財団2000年度の「アジア諸国における日本関連研究助成」を頂いている。このような資金面のご援助がなければ、今日このような形で研究成果を発表し得なかったように思われる。記して深く感謝致す次第である。