

論 説

ルビコンを渡った中国法 ——物権法制定をめぐる——

小 口 彦 太

はじめに

一 鞏献田教授語録拾遺

二 民法自立論者の反論

三 民法自立説に対する批判——物権法草案違憲説

四 民法自立説に対する批判——物権法草案合憲説

五 ルビコンを渡った中国法

結語

は じ め に

近年、中国において憲法の司法化の是非が精力的に論じられ、その積極派は「憲法の司法化は、単に学者の呐喊であるだけでなく、それは普通の市民の権利意識の覚醒と、自らの利益を法を用いて守る行動とによって決定される。現代社会の多くの問題はすでに憲法による解決を待っており、新世紀の法学はまさに憲法学の春であり、“依法治国”とはまさに真の憲法による治国のことである」⁽¹⁾と説く。そこには、切ないまでの憲法に対する憧憬があり、この憲法の司法化論議のきっかけをなしたのが、齊玉苓事件であった。そして、この齊玉苓事件は姓名権侵害を内容とする不法行為訴訟であったがため、憲法の私法化の是非の議論をも惹起した。この憲

(1) 王磊『憲法的司法化』中国政法大学出版社、2000年、前言、3頁。

法の私法化、すなわち憲法の私人間適用をめぐる、積極的にそれを擁護したのが、憲法学者の蔡定劍教授であり、民法学者の梁慧星教授であった。いずれも中国法学界の改革派に属する学者であり論客である。蔡教授は言う。「伝統的憲法理論では、憲法は国家と市民の間の法律関係を規定し、国家権力を規範化することを対象とし、したがって憲法は一般に公法ととらえられてきた。しかし、現代の法治社会の発展につれて、憲法の調整範囲は大いに拡大され、私法関係の調整にも適用されるようになってきており、直接憲法を適用して私人間での紛争を解決でき、市民の権利のきわめて多くが私権の領域の事柄となってきている。そのようなわけで、憲法は単に公法にとどまらず、私法の属性をも有しているのである」⁽²⁾。また梁慧星教授は言う。「法治に向かいつつある今日、最高法院が通説に拘泥せず、合憲性解釈の方法を採用し、大胆に不法行為責任というこの法律手段を運用して公民が憲法に依拠して有する基本的権利を保護したことは、公民の権利保護重視と積極的創造の精神の点で賞賛に値する」⁽³⁾。ここでは憲法と、民法をそのうちに含む私法との親和性が説かれている。

ところが、この改革派の虚を衝くかたちで、保守派の側から憲法と私法の一体性が説かれることとなった。物権法草案徴求意見稿に対する鞏献田北京大学法理学教授による物権法草案違憲説の公表（2005年8月12日）であった。その理由とするところは、形式上は、当該物権法草案が民法通則のように、「憲法に依拠」していることを明記していないということであり、内容上は、私有物権を公有物権と平等に保護しようとする物権法草案は、公有制を基本とし、公有財産をのみ「神聖不可侵」と定める憲法の規定に反するということであった。「我々と物権法草案起草者との根本的対立は、私人の財産権を保護するかどうかということにあるのではなく、また国家、集団と個人財産権を保護するかどうかにあるのでもない。……問

(2) 「關於什麼是憲法」中外法学2002年1期, 98頁。

(3) 「最高法院關於侵犯受教育權案件的法積」[2001] 25号批復評析」民商法論叢23卷, 339頁。

題と対立はどこにあるか。それはいわゆる“平等に”三者の財産権を保護することにある」⁽⁴⁾。

本稿は、この物権法の立法段階における、憲法と民法の関係をめぐる議論と、鞏献田教授の反「平等」論の主張の帰結についての考察を目的とするものである⁽⁵⁾。

一 鞏献田教授語録拾遺

まず、鞏献田教授の言うところを拾ってみよう（以下引用文の頁数は『鞏献田旋風実録—關於《物権法（草案）》的大討論』（以下『実録』とのみ表記）による）。

「一、憲法と民法通則（同1条「公民、法人の合法的民事權益を保障……するため、憲法とわが国の実際の状況にもとづき……本法を制定する」——小口補）の核心的条項が草案で撤廃されているのは違憲である」（25頁）。「二、草案は形式上全国のすべての公民の物権を平等に保護しようとしているが、その革新と重点はごく少数者の物権を保護することにある」（26頁）。「三、これ（草案—小口補）は、社会主義原則に背離し、歴史を後戻りさせようとする物権法草案である」（27頁）。「草案は1、ソビエト民法典の社会主義の伝統と概念に背離し、資本主義の民法原則と概念に迎合している。2、わが国の革命根拠地と建国後の人民民主主義の優良な伝統に背離し、それ（草案—小口補）は国民党の六法全書と何ら根本的で原則的な区別がみられない。3、1986年の民法通則の社会主義原則に背離し、資本主

（4） 張勤徳主編『“鞏献田旋風”実録—關於《物権法草案》的大討論』中国財政經濟出版社、2007年、54～55頁。

（5） 本稿執筆の途中で、但見亮「物権法草案違憲論争の諸相」（中国研究月報61巻11号、2007年）に接した。但見氏の論文には立論の内容において本稿と重なる部分も多々見られ、その部分については当然但見氏の論文の方に優先的価値が存在する。ただ、同じ対象を扱っていても、その見方を異にする部分も相当程度存在するので、その意味では本稿を草することも意義がないわけではないと思い、敢えて執筆を続けた次第である。

義のグローバル化と新自由主義経済学の誤謬に迎合している。4, マルクス主義の社会主義立法原則と伝統に背理し, ブルジョア階級の立法原則と伝統に迎合している」(29頁)。「何故, 国家(社会主義的公共)の財産は神聖不可侵であるとの原則的条項を撤廃しているのか。憲法にもとづいて法律を制定することは, 最も基本的な立法原則であり, 何故この原則を遵守しないのか」(30頁)。「社会主義社会では, 生産手段[生産資料]の公有制と私有制とは平等ではあり得ない。経済制度の法的表現としての財産権, 社会主義公有制が生み出した公有財産権[公有産権], すなわち国家財産権と集団財産権は, 当然, 私的所有制[私人所有制]が生み出す私的[私人]財産権と平等に議論することはできない」(62頁)。「結論を申せば, 唯一つ, 国家, 集団と私的財産権はともに配慮をし, すべて保護しなければならないが, しかし, それには先後があり, 先ず国家財産権を保護し, 最後に私的財産権を保護する。しかし, 我々はこれまで国家, 集団, 私人の財産権のいわゆる“平等保護”を存在させてこなかった」(67頁)。「憲法に違反し, (国家財産の一小口補)“神聖”を取り去り, いわゆる三者を平等に保護することは, 必ずや以下の事態を引き起こす。1, 国家政権の権威と職能をよりいっそう弱め, 国家統一の統治を破壊し, 西洋の新自由主義経済学の泥沼に陥り抜け出せなくなり, 愛国主義教育に障害を設け, 依法治国はよりいっそう困難になるだろう。2, 個人主義の傾向を奨励し, 中華民族の伝統的美徳と革命的道德に背離し, 人民に服務することと集団主義教育は取り消され, 徳をもって国を治めることはますます困難になるだろう」(74頁)。「わが国憲法の, 公有制を主体とするとの規定, および国有経済すなわち社会主義的全民所有制経済は, 国民経済中の主動的力量である。これ自身, 不平等の規定なのである。……もしこの主体と主動がなければ, 我々と資本主義とでどんな違いがあるというのか」(77頁)。「あなた方の物権法草案はほんとうに違憲でないというのか。……あなた方の物権法草案第1編第1条は次のように記している。『物の帰属を明らかにし権利者の物権を保護し, 物の効用を充分に發揮させ, 社会主義

市場経済秩序を維持し、国家の基本的経済制度を維持するために、本法を制定する』と。答えてほしい。わが国は1982年の憲法発布以来、どの基本的法律も第1条に“憲法にもとづいて本法を制定する”の類いの規定を設けてきた。すなわち当該法律の制定について最高法に依拠することを明確に規定しなかったものはない。何故あなた方は頑なにこの重要な規定を設けようとししないのか」(80頁)。「中身をこっそり取り替える[偷梁換柱]——実質違憲。あなた方はわが国憲法第2章の、公民の基本的権利義務、その第33条第2項の規定する『中華人民共和国の公民は、法律の面前で一律平等である』を、国家、集団、私人の主体の平等と改竄している。これは実質上憲法に違背するものである。あなた方は言う、我々は三者の平等を説いていない、説いているのは三者の財産権の平等にすぎない、と。では問うてみたい。主体の間の権利が仮に平等に保護されるとしたら、権利享有者の主体は不平等ではあり得ないではないか。鍵となるのは、そして最も憎むべきことは、あなた方は国家を公民個人と平等な主体と見なしていることである」(81頁)。「私は現在の民法草案はソ連民法典の社会主義的伝統を継承していないと思う。何故なら、物権法草案の核心は私有化にあり、私有化はまさに社会主義の基本原則と精神に違背し、それはまさにソ連民法典に対する反動であり、それは社会主義という用語を添え物としているからである。私は、何もソ連民法典を藍本としているのではない。草案は、僅かばかりの社会主義の民法の伝統すら有していないのである。この伝統の創設者はレーニンであり、彼の思想を体現したのがソ連民法典である」(93~94頁)。「現在の物権法草案は憲法の規定に違背している。違憲の改革には当然反対しなければならない。わが国の憲法のどこに、国家、集団、個人が平等な主体であると規定しているのか」(98頁)。「我々と民法学者の根本的対立は、社会主義公共財産と公民の私有財産の法的地位と相互関係にある。あなた方は両者の法的地位は平等であり、したがって平等に保護しなければならないと強引に説いている。その理由とするとところは、2004年1月4日に採択された憲法修正案22条、すなわち現行憲法

13条の『公民の合法的私有財産は侵害を受けない。国家は法律の規定にもとづき公民の私有財産権と相続権を保護する。国家は公共の利益の必要のために法律の規定にもとづき公民の私有財産に対して取用または強制的に利用〔徴用〕することができる。その際には補償をなす』という規定である。そこで試みに問うが、これを根拠として私有財産と社会主義公共財産の法的地位の平等を推断できるのか。絶対に否である。わが国現行憲法12条は次のように規定している。『社会主義公共財産は神聖不可侵である。国家は社会主義公共財産を保護する。組織、個人がどんな手段であれ、国家と集団の財産を横領、破壊することを禁止する』。憲法11条2項は次のように規定している。『国家は個体経済、私営経済等の非公有制経済の合法的権利と利益を保護する。国家は非公有制経済の発展を奨励、支持し、あわせて非公有制経済に対して法により監督と管理を行う』。これは、社会主義公共財産と公民の私有財産の法的平等を意味するだろうか。法的地位が平等であるとするなら、何故社会主義公共財産は神聖不可侵で、公民の合法的私有財産は侵害を受けない（という規定にとどまっている一小口補）のか。何故私有財産権の現実的基礎であり根源である非公有制に対しては特別に規定して指導、監督、管理をなさなければならないのか。法的地位が平等であるとするなら、何故、多年にわたって、少数のブルジョア的自由化分子は憲法12条1項の『社会主義公共財産が神聖不可侵である』との文言がどうにも気にかかり、この文言を恨むことはなほだしく、これを削除しようとし、それができないとなると、『私有財産は神聖不可侵である』との条文を書き加えようとしたのか。もし『神聖』（＝公共財産一小口補）と『神聖』の付いていないもの（＝私有財産一小口補）とが平等であるとしたら、何故憲法はこのような規定を設けたのか。思うに、我々の国家が社会主義の性質の国家であろうとすれば、この条文は修正してはならないのである。何故か。答えは簡単である。これは社会主義憲法と資本主義憲法の財産関係規定の最も主要な違いの一つだからである」（113～114頁）。

こうした鞏教授の物権法草案違憲論に対して、民法学者達は激しい反発を示し、以後、民法学者、憲法学者、法理学者の間で、感情的な非難合戦をも含む激しい論争が交わされた。そうした中で、民法と憲法の関係はどうあるべきか、民法はそもそも憲法に従わなければならないのかといった原理論的問いが、梁慧星教授のような改革派の側から発された。かつて齊玉苓事件においては、改革派の側から、民法領域への憲法の積極的介入が説かれたが、今回は、民法はいかにして憲法から自立性を保つかという、全く逆のベクトルで議論が展開されることとなった。そして、その自立論に対しては、“民法帝国主義”との非難が加えられ、民法＝物権法は憲法に従属すべきであるとの批判が加えられ、また、その従属論の中でも、物権法草案違憲説と合憲説が入り乱れるという複雑な展開を示していった。

二 民法自立論者の反論

民法自立論者は、立論の前提として、公法・私法の二元論をとる。その二元論もニュートラルな二元論もあれば、梁教授のように、強烈な私法優位主義をとる論者もいる。ニュートラルな二元論として筆者が想定しているのは、例えば趙万一教授のような議論である。「公法私法区分の実質的功能は、政治国家が介入できない市民社会の領域を確定し、自然的権利の権威を樹立したことにある。……公法私法の区分は、憲法と民法の関係を正常化するうえで重要な意義を有する。公法私法の区分は、私人の領域での私法の役割をある種の程度において憲法に相当させることになる。成文憲法が生まれる前、私法は真の憲法として讃えられてきた。また、成文憲法が登場して以後も、フランス民法典は“恒久且つ真のフランス憲法である”とされ……た」⁽⁶⁾。憲法は公法の基本法、民法は私法の基本法という、日本で言えば、星野英一教授や高橋和之教授の見解と同様の見解がここで

(6) 趙万一「從民法与憲法關係の視角談我国民法典制訂的基本理念和制度架構」
中国法学2006年1期，120頁。

は示されている。

これに対して、梁慧星教授の場合は、相当に論調が異なり、私法優位主義を強烈に主張する。氏は、2007年8月に東京大学で開かれたシンポジウムにおいても、「指導幹部と公務員を長いこと支配してきた思想と行動についての法観念は、公法観念であり、公権観念である。公法観念・公権観念とは、国家自身を自己目的化し、社会全体の生活は政治生活であれ、民事生活であれ、すべて公権力の支配を受け、政府、行政機関、指導幹部、公務員は行政権力の掌握者であり、管理者であり、人民は管理される者であり、人民は彼らの管理に服従しなければならないというものである。他方、私法観念と私権観念によれば、国家自身は目的ではなく、国家存在の目的、国家機関・公務員の職責は、人民の私権を保護するためであり、大多数の人民の利益をはかるためである。これは二種類の截然と対立する法観念である」⁽⁷⁾と述べているが、こうした認識はすでに90年代初頭において示されている。「今日、我々が市場経済と法制の現代化の問題を論ずるとき、どうしても転換させなければならない観念がある。それはすなわち公法と私法の相互関係において、必ず公法優位主義から私法優位主義へと転換させなければならないということである。法を公法と私法とに区別するのが現代法の基本原則であり、法秩序の基礎である。しかし、公法と私法の区別の前提として、公法と私法の相互関係をどのように扱うかという問題が存在する。すなわち公法優位主義と私法優位主義の対立である。公法優位主義は、公法は私法に比べて優越すると考える。社会生活の領域と社会関係で、公法と公権力の作用の範囲に属さないものはなく、その中のある社会関係だけを一定範囲で切り取り、当事者自身で処理するように授權するが、国家はいつでもこの留保を撤回する権限を有するというのである。公法優位主義、すなわち国家中心主義の法律観は、国家と社会、国家と人民の関係において、国家中心を強調し、国家は社会を凌駕し、人民を

(7) 中日民商法研究会第六期定期大会「中国物権法の制定」。

凌駕するということを強調する。一切の法律・法規で、国家の意思の表現でないものではなく、一切の権利・権力で国家から授与されないものはない。……一切の社会領域、一切の社会関係は国家の行政権力の支配を受けなければならない、私法・私権を否認さえし、公法手段を通じて私法関係を調整し、行政権力と行政手段を用いて直接経済運営を行……う（したがって、厳密に言えば梁教授の認識では、公法優位主義のもとではそもそも公法私法の二元構造はありえず、民法の類いも公法ということになる——小口補）⁽⁸⁾。そして、この公法優位主義は「専制主義、自然経済、集権型行政経済体制と対応し……わが国数千年にわたる封建専制、中華法系の諸法合一および刑法をもって民法に置き換える諸特徴を考慮すると、公法優位主義は悠久の歴史を有する。新中国成立後、経済体制の原因により、社会主義の人権と民主の発展水準は制約を受け、さらにソ連の法理論が民法を公法と混同したことの影響を受け、公法優位主義が一貫して存在し続けてきた。改革開放以来、社会主義市場経済が発展を遂げ……公法優位主義はある程度弱体化を余儀なくされてはいるが、その支配的地位はいまだ動揺しておらず、その表現形態は随処に散見し、改革開放のより一層の進展と法制の現代化に対する軽視すべからざる一大障壁をなしている」⁽⁹⁾。このような、公法優位主義をもって「専制主義」国家の現れであり、法制現代化の敵とする考えが、毛沢東の“大公無私”思想を賞賛する鞏献田教授の国家優位思想と真っ向から対立するものであったことは言うまでもない。

ところで、梁教授の、公法優位主義に対する激しい批判の根底には、中国の生身の公権力が実際にいかに人民に対して辛酸を舐めさせてきたかについての痛切な歴史的体験と歴史認識が横たわっていた。氏の言を聞こう。「社会主義改造運動を通じて、我々は私有経済を消滅させ、単一の公有制経済を実現させた。憲法によれば、『公有制を基礎とする計画経済を実行する』と規定された。我々はこのような経済体制を構築した。その

(8) 「市場経済与法制現代化」法学研究1992年6期、2～3頁。

(9) 同、3頁。

後、引き続き、この単一の公有制の計画経済の軌道の上を歩み続けたが、その結果は理想と全く相反するところとなった。私有制を消滅させた後、我々は引き続き総路線、大躍進、人民公社化運動の道を歩み、さらに四清運動、文化大革命に突入し、文化大革命の後期に至ると、国民経済はますます悪化していった。中共中央の正式文件の言葉を借りれば、国民経済は“崩壊の淵に立たされた”のである。これは今思い返しても恐怖に苛まれる。我々は1959年から61年にかけての大飢饉を思い返す必要がある。大飢饉のとき、私は故郷の四川にいた。四川は、古来、天府の国であったが、この四川においても非常に多くの人々が餓死していった。当時、三年の自然災害と呼ばれていたが、今思い返してみると、決して天災などではなかった。これは経済体制、すなわち単一の公有制経済と関係があり、この経済体制は社会発展全体を解決する“良き処方箋”などではなかった。この体制がもたらしたのがこうした結果であった。経済が崩壊に瀕していたときにどのようにしたのか。中共中央の11期3中全会は“改革開放”を実行した。では、何を開放したのか。それはすなわち私有経済であった。ただし、当時はまだ私有制経済を開放しなければならないとまでは思い至らなかった。そこで改革開放の第一のスローガンとなったのが、“開放、搞活”であった。搞活とは市場取引を活性化させるということである。しかし、市場は存在せず、市場は消滅させられていた。市場を活性化させるとして、では誰に頼って市場を活性化させるのか。国有企業は市場を決して活性化できなかった。個体工商戸しかなかったのである」⁽¹⁰⁾。それが、やがて私営経済の認知へと発展していった。

親族が文字通り相食むような、崩壊の淵に瀕していた国民経済を救ったのは、他でもなく市場経済であったと考える梁教授からすると、1993年の憲法修正で書き込まれた「社会主義市場経済」とは、まさに「その本質は市場経済にはかならず、そして市場経済と“水乳交融”にあるものこそ私

(10) 「誰在曲解憲法，違反憲法？—正確理解憲法十一條」『実録』所収，335頁，原載「社会科学報」2006年5月。

営経済であった」⁽¹¹⁾。したがって、契約法と並んで、私営経済をトレガーとする市場経済の発展を媒介する物権法を、「公有制を基本とする」憲法で押さえ込もうとすることは到底容認できないものであった。鞏献田教授の物権法草案違憲説は、梁教授にとっては、「専制的」公法優位主義の側からの、「人権」「民主」「法治」を可能とする市場経済の発展に対する挑戦と映ったのである。「公法優位主義を徹底的に放棄し、私法優位主義を確立させてはじめてわが国の法制の現代化を実現できる。法制の現代化があってはじめて中国の現代化を保障し、それを実現できる。すなわち高度に発達した社会主義市場経済、高度に発達した社会主義的人権、高度に発達した社会主義的民主と法治の国を実現できる」⁽¹²⁾のであった。では、梁教授は、どのような論理を駆使して、市場経済の橋頭堡をなす物権法を公法の頂点に立つ憲法から守ろうとしたのか。その論理はかなり複雑である。

2006年の物権法草案第六次審議稿は、鞏教授の提言を受け入れて、同1条において「国家の基本経済制度を擁護し、社会主義市場経済秩序を擁護し、物の帰属を明確にし、物の効用を発揮させ、権利者の物権を保護するために、憲法にもとづき本法を制定する」との修正案を示した。これに対して、梁教授は、物権法にはこうした文言は不要であると激しく反論した。その理由を、氏は、最高国家権力機関である中国の全人代と、西洋流の、三権分立制度のもとでの議会とは、立法権限の点で全く異なるという点に求めた。

「人民代表大会と三権分立体制の違いはどこにあるか。三権分立体制を実行している国家は、あらかじめ制憲会議（国民大会）を開催し、憲法を制定し、憲法を通じて国家権力を『立法権』『行政権』『司法権』に区分し、あわせて『議会』『大統領』『裁判所』の三国家機関を分設し、あらためて議会に『立法権』の行使を授権……する。したがって、三権分立の体

(11) 同、158頁。

(12) 前掲注（8）論文、3頁。

制をとる国家では、議会在『立法権』を行使するけれども、議会の『立法権』は憲法により『授権』されたものであり、且つ議会の立法権は『憲法制定』の権限を含まない。議会は憲法を制定乃至修正することができず、憲法を修・改正しようとするれば、必ず憲法制定会議を開催しなければならない。議会在制定する法律がもしその立法権限を超えていればすなわち『違憲』を構成する」⁽¹³⁾。このように「『議會』の『立法権』は憲法の授権によるものである以上、『議會』がこの『立法権』を行使して制定する『法律』は、みな第1条に『憲法にもとづいて本法を制定する』との文言を書き入れ、それでもってその合法的な『立法権限』を明示」⁽¹⁴⁾ する必要があるのである。

これに対して全国人民代表大会が有する立法権は憲法によって授権されたものではない。「全人代体制のもとでは、全人代は『立法権』を含む全国家権力を有しており、その立法権は決して『憲法』の授権によるのではない。したがって、もちろん、『立法権限』条項を規定する必要もなく、ただ第1条で、立法目的、すなわち『かくかくしかじかの目的のために本法を制定する』ということを明示すればそれで十分なのである。これがわが国の立法慣例としての『立法目的』条項である。単刀直入に言えば、物権法草案（第六次審議稿）第1条の『憲法にもとづいて本法を制定する』との規定は、人民代表大会制度を西洋流の『三権分立』の政治制度と混同したもので、これは人民代表大会制度に直接抵触し、違背する」⁽¹⁵⁾。全人代の立法行為はいかなる意味においても憲法に制約されない。これが、梁

(13) 「物権法草案第六次審議稿的若干問題」中国法学2007年1期、8～9頁。同一題名のものが比較法研究2007年1期に掲載されているが、そこでは本文で引用した部分「不宜規定“根拠憲法”，制定本法」は存在しない。つまり比較法研究では、第五次審議稿を想定して書かれたのであるが、その後第六次審議稿で「根拠憲法」文言が入り、そのため中国法学所載の論文では冒頭にこの「根拠憲法」文言批判の一文が草されたのである。（梁教授の言）

(14) 同、9頁。

(15) 同。

教授の主張するところであった。しかし、この主張は受け入れられなかった。先の第六次審議稿第1条の文言は、そのまま物権法の中に実定化されるところとなった。

ところで、先にも触れたように、梁教授は、齊玉苓事件に関する「憲法の教育を受ける権利についての規定を用いて、民法通則の不法行為責任に関する規定を解釈した」最高人民法院の手法について、「法治に向かいつつある今日、最高法院が通説に拘泥せず、合憲性解釈の方法を採用し、大胆に不法行為責任というこの法律手段を用いて公民が憲法にもとづいて有する基本的権利を保護したことは、公民の権利保護重視と積極的創造の精神の点で、賞賛に値する」⁽¹⁶⁾と、きわめて高い評価を与えた。

そこで、氏の言うところの合憲性解釈の説明を見てみよう。「いわゆる合憲性解釈とは、憲法および比較的上位の法規範をもって下位の法規範を解釈するという法解釈の方法である。簡単にいえば、憲法上の規定をもって民法上の規定を解釈するということである。合憲性解釈の根拠は、一国のすべての法的ルールが一個の全体を構成する点にあり、それを法体系と称する。法体系は、一個のヒエラルヒーをなし、いくつかの段階に分かれる。憲法が頂点に位置し、その次に各基本的法律が位置し、その次に各単行法が位置し、以下多くの行政法規が位置する。上下の間の階層関係は、解釈上階位と呼ばれる。この法体系の構造の中で、憲法の階位は最高であり、それは法体系全体の中で貫徹されなければならない。このことによって下位の法は上位の法と抵触してはならないことが決定され、すべての法律法規は憲法の規定と抵触してはならないことが決定される。これが現代法制の基本原則である」⁽¹⁷⁾。梁教授は、このように、すべての法律法規は憲法と抵触してはならないと明言する。しかし、他方で、梁氏は、先に見たように、物権法は憲法にもとづいて制定されるものではないとも述べる。憲法にもとづいて制定されるのではないということは、物権法は憲法

(16) 前掲注(3)論文, 339頁。

(17) 同, 337頁

によって拘束されないということを論理的には意味するはずである。そう考えると、氏の立論は矛盾してくる。

この一見矛盾する論理をどう考えたらよいのか。この点に関する氏自身の明示的説明は見られない。筆者なりにその論理的整合化を試みるとすれば、それは、結局、立法と、裁判所の法の解釈のレベルの違いということに帰着するのであろう。既存の法の解釈というレベルでいえば、裁判所は、全法秩序の最高法規範である憲法に適合するように法を解釈しなければならない、民法といえどもその例外でない⁽¹⁸⁾。それに対して、全人代は、その立法権の行使について、以下のような意味において、憲法の制約を受けるものではない。すなわち、中国で立法権を行使する全人代は、あわせて憲法解釈権をも有しており⁽¹⁹⁾、そうすると、全人代の立法行為はすべて合憲性の推定が働くわけで、一旦制定されると、その法律は論理的にはすべて合憲ということになる。何故ならば、全人代の憲法解釈が最終的に有権的な解釈になるからである。

三 民法自立説に対する批判——物権法草案違憲説

しかし、すべての学者が、梁氏のように、立法過程において民法は憲法の制約を受けないと考えたわけではない。民法自立論に対しては、多くの憲法学者から批判が加えられた。その中でも、もっとも執拗に批判を加えたのが、童之偉教授であった。童教授にとって、中国の憲法作用の現実を

(18) 断っておくが、これは梁教授の立場であって、すべての学者が合憲解釈論の立場に立っているわけではない。中国の刑事事件、行政事件では憲法規範は法源として予定されていない。現状ではせいぜい民事事件においてのみ合憲性解釈の可否を論じる余地がある程度である。

(19) 明文上は、憲法解釈権は全人代常務委員会に与えられていて、全人代については明文の規定がないが、全人代も憲法実施監督権を有し、その権限を行使するためには、その前提として憲法解釈が不可欠であるということ、および憲法改正権は全人代のみが有することを考えると、全人代常務委員会より上位に位置する全人代は当然に憲法解釈権を有すると解するべきである。

見ると、立法過程においてこそ、憲法と法律・法規の上位・下位関係が貫かれなければならないものであった。「わが国においては、憲法適用の基本的で最も主要な形式はその立法適用であり、行政適用はきわめて少なく、裁判・検察・軍事指導機関は、憲法を直接適用する権限を全く有さず、僅かに法律の適用を通じて間接的に憲法を適用できるだけである。わが国の憲法適用のこの最も顕著な特色によって決定づけられて、わが国の憲法実施の基本形式は、立法実施である。したがって、わが国で憲法が十分に実施されるかどうかの鍵は、厳格に憲法に基づいて事を処することが保障され、一切の法律が憲法に違反しないように保障されなければならない」⁽²⁰⁾ ことにある。したがって、こうした童教授の認識からすると、梁慧星教授の、立法過程における憲法無用論は到底容認できるものではなかったし、梁氏がその立論の前提となす憲法＝公法、民法＝私法の二元峻別論も容認できるものでなかった。「憲法は一国の根本法であり、公法と私法を区別しなければならないとすれば、憲法は公法規範……も含むし、また私法規範も含むところの根本法」⁽²¹⁾であり、「公法原則を含み、また私法原則をも含む意味からすると、憲法は公法であるとも言えるし、また私法でもあるとも言える。しかし、同時に、憲法は公法でもなければ、私法でもないとも言える。厳密に言えば、憲法は公法と私法共通の根本法であり、憲法の規定する原則は、国家の全法体系に関わる原則である」⁽²²⁾。

ところで、この童教授はかなり複雑な思考の持ち主で、鞏教授のように、“一大二公”の唱道者毛沢東を単純に礼賛する類いの学者ではない。氏は、一面において、市場経済の発展に即するように憲法を改正すべきであると積極的に主張する学者でもある。以下のような議論だけを見ると、一体どこが梁慧星教授の主張と違うのか、分からなくなる。例えば憲法12条の「社会主義的公共財産は神聖不可侵である」、「国家は社会主義的公共

(20) 童之偉「物権立法過程該如何做恰当評說」法学2007年4期，37頁。

(21) 「《物権法（草案）》該如何通過憲法之門」法学2006年3期，15頁。

(22) 同，17頁。

財産を保護する。いかなる組織、個人のいかなる手段によるものであれ、国家および集団の財産を横領、破壊するのを禁止する」との文言について、氏は公共財産を特別視する現行憲法の規定は問題であり、「財産権は侵害してはならない」といったより一般化した文言に置き換え、且つ「国家はさまざまな所有制のもとでの財産を平等に保護し、いかなる人のいかなる手段による横領、毀損も禁止する」との文言に修正すべきであるとのきわめて重要な提言をなしている⁽²³⁾。その修正理由を見てみよう。

修正理由の1。「さまざまな所有者の財産を平等に保護することは、現代法治国家に行き渡っている制度である。財産はともに同様の法的性質を有し、一つの種類の所有制下にある財産だけを抜き出してその神聖性を宣布するようなことは、今日ではもはやきわめて不合理なものとなっている。我々が実行するのは市場経済体制であり、市場経済が要求するのは、国家は各種の経済活動の主体を平等に扱い、差別的に扱ってはならないということである。このほかに、中国はWTOにすでに加入し、非差別の原則を遵守し、その非差別には当然財産の平等保護も含まれる」。

修正理由の2。「各種所有制下の財産は、法学の観点からすると、本来差別できないものであり、法律で人為的に差別する必要はない。どんな所有制下の財産であれ、法学の角度からすると、すべて法律によって承認され、保護される利益であり、すべて主人のいる財産であり、保護の順序と保護の水準において一方を厚くし他方を薄くする必要などまったくない」。

修正理由の3。『『社会主義公共財産は神聖不可侵である』との表現は、先人の憲法原則を誤解したことの産物である。……資本主義国家の憲法において一面的に『私有財産は神聖不可侵である』と宣称していることを証明するものはない。誤解されているのは、フランスの1789年の人権宣言中の『財産は神聖不可侵の権利である』という文言である。この文言は、私有財産だけが神聖不可侵で、公共財産は神聖不可侵でないとは何ら言って

(23) 「關於憲法修正案草案与修憲方法的建議」法学（人民大学）2003年6期，4頁。原載「法制与社会發展」2003年4期。

いないのである。ところが、わが国の憲法12条を見ると、事は全く異なり、それが強調しているのは、公有財産の、私有財産に対する特殊で優先的な保護である。この規定は今日では明らかに時代遅れである。」⁽²⁴⁾

また、童教授は、憲法13条の「国家は公民の合法的収入、貯蓄、家屋、その他の合法財産の所有権を保護する」、「国家は法律の規定にもとづいて公民の私有財産の相続権を保護する」との文言についても、その財産権を私有財産権に一般化させ、あわせて、この私有財産権を現状の憲法の総綱部分から公民の基本的権利の部に移し、「私有財産を公共財産及びその他の所有制下の財産と同一の保護水準におき、平等保護」すべきであると主張している⁽²⁵⁾。

以上の提言は2003年になされたものである。その当人が、物権法草案に対しては、一転して違憲論を唱えることになる。中国における市場経済の発展を志向する梁慧星教授と童之偉教授とで、何故かくも大きな違いが生ずるのか。そこには、目的と手段＝理論の関係をめぐる両者のスタンスの違いがあるように思われる。そのことを示唆しているのが、童教授の以下のような議論である。

「物権法草案改正において、民法学者と憲法学者は、以下の面について、特に重要というわけではないが、等閑に付すことのできない問題について共通の認識を持つ必要がある。それは、我々は目的の正当性をもって手段の正当性を証明することはできないということである。市場経済の要求に合致することが憲法に合致するとは限らない。両者は区別して論じられなければならない。憲法が確認する原則、準則〔規則〕はきわめて多く、立法においてはその憲法の中のいかなる条文にも違反してはならない。……市場経済体制の要求と法則に合致することは、憲法に合致することと同一ではない。何故なら憲法の条項は多数存在し、法律は憲法中のいかなる条項の規定および精神にも違反することは許されないからである。市場経済

(24) 同。

(25) 同。

の要求に合致することの論証と、憲法に合致することの論証は、方法上同一ではないし、平等保護原則が市場経済の要求、法則あるいは精神を反映させていることを証明するというやり方をもって、物権法草案におけるこの原則の貫徹が違憲でないということを証明することはできない」^{〔26〕}。氏は明らかに梁慧星教授を念頭においてこの議論をなしている。しかし、はたして「目的の正当性をもって手段の正当性を証明することはできない」のか。「市場経済の要求に合致することの論証と、憲法に合致することの論証は、方法上同一ではない」といえるのか。童教授は両者の峻別を説く。しかし、梁教授は峻別を説かない。梁教授からすると、目的に奉仕することが手段の役割なのである。この点で興味深いのは、梁教授の次のような指摘である。「現代の法思想によれば、形式的正義と実質的正義の統一が強調される。形式的正義は手段にすぎず、実質的正義こそ目的である。形式的正義は実質的正義に服従し、最終的に実質的正義の実現を保障するものでなければならない」^{〔27〕}。

梁教授とは異なり、目的（＝市場経済の要求）と手段（＝憲法に合致する）を峻別する童教授の憲法解釈を貫いているのは、徹底した文理解釈への固執である。「憲法テキスト [文本] の文義によって憲法を解釈すれば、わが国の現行憲法の、異なった主体の財産権、したがって物権に対する保護は、差別的保護として理解すべきであり、平等保護として理解すべきでない。憲法テキストの語義によって憲法を解釈することは、どの法治国家の憲法解釈機関も常用する憲法解釈の方法であり、我々は先ず文義上から現行憲法の関連条項を分析しなければならない。文義解釈の方法とは、憲法テキストの関連条文の語句についての通常 [常見] の、もっとも素直な [単純平実] 意味にもとづいて憲法を解釈することを重視する方法である」^{〔28〕}。このように述べたうえで、この文理解釈の関連条文として、6

〔26〕 前掲注〔21〕論文、17～18頁。

〔27〕 梁慧星『法学学位論文写作方法』法律出版社、2006年、156～157頁。

〔28〕 前掲注〔21〕論文、8頁。

条、7条、12条を挙げて、財産権の平等保護原則が憲法に違反することを主張する。

「わが国の憲法の、公有財産の地位に関する規定は、一連の条項の中に表現されているのであって、単に12条の『神聖不可侵』の文言に反映されているだけではない。6条は、公有制は『社会主義経済制度の基礎である』ことを規定し、『公有制を主体とすることを堅持する』ことを要求している。7条は、国有経済は『国民経済の主導的力量である』、『国家は国有経済の強化と発展を保障する』と規定している」⁽²⁹⁾。こうした公有財産に関する関連規定は、以下のように解釈されなければならない。

解釈論の1。「公有制は神聖不可侵であるが、私有財産は保護を受けるものの、神聖不可侵ではない。試みに想起されたし。2004年の憲法修正において、あんなにも多くの人々が修正案の条項を、『私有財産は神聖不可侵』と書くように主張したのに、憲法修正機関は『神聖』の二文字を何故に堅持したのか。あんなにも多くの人々が、私有財産の前に神聖という文字が冠されない以上、公共財産の神聖という被り物も剥がそうとしたのに、その結果は、剥がされることはなかった。何故に剥がされなかったのか。もし文義上、原則上の差別がないのであれば、人々は何故公共財産に類推〔比照〕して私有財産の前に『神聖』の文字を加えなかったのか。もし原則上の差別がなければ、憲法修正機関は何故『神聖とするのであればすべて神聖とし、神聖を不要とするのであれば、すべて不要としなければならない』との主張にもとづいて憲法の関連条文を修正しなかったのか」。

解釈論の2。「公有財産の前に『社会主義』という修飾語がある。これは、憲法がこの種の財産の地位と運命を社会主義と結びつけていることを表明しており、しかも『依法』の二文字がない。このことはその保護が無条件であることを表明している。他方、私有財産にはこうした憲法上および現実上の地位がなく、したがってこうした憲法的待遇がない。さらに、

(29) 同。

私有財産は、論理上、合法と非合法に区別されている。このことは、保護が条件つきであることを表明している」。

解釈論の3。「『国家は国有経済の強化と発展を保障』し、国有財産の価値保全と増殖に義務を負うが、その他の財産にはこうした義務が存在しない」⁽³⁰⁾。

以上の3点からして、「草案が平等保護原則を貫こうとすることは、文義上および論理上、憲法の関連条文と衝突する」のであって、氏によれば「こうしたことは、中学・高校生の語学水準と論理的思惟能力があれば誰でも分かることである」⁽³¹⁾と言う。しかし、ほんとうに誰でも分かる自明の事柄なのであろうか。現に物権法草案合憲説を説く憲法学者もいるのであるから、現行憲法の解釈から必然的に物権法草案平等条項の違憲性が結論づけられるわけでもない。そもそも憲法解釈の方法において、文理解釈が唯一正しい解釈といえるのか。合目的的解釈を是とする解釈論者もいれば、良性違憲論を認める憲法学者すら存在する。そうした諸々の解釈論の中で、そのいずれが正しいかは、科学的には論証されない。さらに、仮に文理解釈によるべきであるとしても、一般的に、抽象的規定を多く含む憲法規範において、まして、1982年の憲法制定時から変遷を重ね、きわめて多義的になってきている中国憲法規範について、一義的に明確な文理解釈を行うことがそもそも可能なかどうか。結局、1982年憲法の初発時の立法趣旨にもとづいて文理解釈を試みようとする自体に、童教授の一定の政治的価値判断が示されていると言わなければならない。

四 民法自立説批判——物権法草案合憲説

総じて憲法学者は、民法自立説に対して批判的であるが、だからといって、童教授のように、物権法草案違憲説の立場にすべての憲法学者が立つ

(30) 同。

(31) 同。

ているわけではない。ここに紹介する韓大元教授も非違憲説論者の一人である。

韓教授は、「憲法にもとづき本法を制定する」文言について、それがあ
るかどうかは、「法律自身の合憲性の基礎に影響するものではない」⁽³²⁾が、
公法の私法への介入を回避しようとの考えに立脚するのであれば、それは
問題であり、物権法は私法であるといっても「それは憲法秩序の下に存在
し、憲法制度、特に基本的経済制度の制約を受ける」⁽³³⁾と述べる。しか
し、この主張の意味合いは、童之偉教授とは異なる。韓教授は、物権法草
案、中でも問題となっている公有財産と私有財産の平等性を上位規範であ
る憲法によって否定するのではなく、むしろ積極的に根拠づけようとする。
氏によれば、物権法の中に憲法にもとづき物権法を制定するとの文言
を挿入することは「憲法秩序の角度から物権法存在の社会的価値と機能を
評価するうえで有利」であり、「憲法が認めた市場経済制度がなければ、
私有財産権の地位に対する憲法の十分なる肯定がなければ、国家の基本的
経済制度に対する憲法の確認がなければ、物権法はその制定の必要な社会
的基礎を喪失する」⁽³⁴⁾という。

物権法草案を積極的に憲法によって根拠づけようとする韓教授の憲法解
釈の方法は、憲法によって物権草案の違憲説を導き出そうとする童教授の
それとは明らかに異なる。韓教授は童教授のように、憲法の固定的な文理
解釈に固執しない。当該法律＝物権法の草案が合憲か違憲かを憲法テキス
トとの関連で解釈するときは、形式的意味での合憲性を、「全体解釈」[整
体解釈]、すなわち「実質的意味での合憲性」と統合させた解釈手法がと
られなければならないというのが、韓教授の考えである。「形式的意味で
の解釈活動は、全体解釈の原則と必ず一致させなければならない、条文間に

(32) 韓大元「由《物権法（草案）》的爭論想到的若干憲法問題」法学2006年3期、
27頁。

(33) 同、28頁。

(34) 同。

抵触が生ずる現象を避けなければならない」⁽³⁵⁾。問題はここで言う「全体解釈の原則」の中身である。氏は、この「原則」の実体を、物権法草案に引きつけて言えば、当該の物権法草案が「人権保障の基本原則」すなわち「憲法が保護する財産権の具体化」、「公民が憲法の賦与した財産権を具体的に享受するうえで有利であること」を体现しているかどうかを求める⁽³⁶⁾。公民に対して「憲法の賦与した財産権」とは、憲法13条「公民の合法的な私有財産は侵害を受けない。国家は法律の規定にもとづき公民の私有財産と相続権を保護する」を指す。物権法がこうした憲法の保護規定を具体化するものであることはいうまでもない。しかも、この憲法上の公民の私有財産の範囲は変遷を重ねてきており、「2004年の憲法修正は物権法の制定に対して理念的支持と良好な社会的環境を提供した」⁽³⁷⁾という指摘を見ると、憲法を解釈するうえで、氏はこうした変遷を重視していることが見てとれる。因みに、2004年の憲法修正に至るまでの公民の私有財産権の憲法的変遷を見てみると、1982年憲法では、78年憲法と同様、公民の私有財産の保護は生活手段〔生活資料〕に限られていたが、88年の憲法修正で、私営経済が合法化された。このことは、生産手段の私的所有を憲法が認めたことを意味する。その私営経済の位置づけが88年段階では「補充」的存在にとどまっていたのが、99年の憲法修正により「重要な構成部分」にまで格上げされた。そして、2004年の憲法修正において、それまでの公民の私有財産の範囲についての列挙規定を止め、「公民の合法的な私有財産は侵害されない」と私有財産一般の承認へと進んだ。韓教授からすれば、物権法草案はこうした私有財産の評価をめぐる憲法変遷の流れに沿うもの、即ち憲法上の財産権の具体化として積極的に評価されることになる。

なお、韓教授が、公民の財産権を「人権保障」の文脈の中で論じている

(35) 同、29頁。

(36) 同。

(37) 同、28頁。

ことは重要である。現行憲法では、公民の財産権保護は、憲法第一章の「総綱」の中に規定されているだけで、第二章の「公民の基本的権利・義務」からは除外されている。こうした憲法上の財産権の位置づけを考えると、財産権を「人権」=公民の基本的権利に包摂させようとする韓教授の憲法解釈は随分と踏み込んだ解釈であると言わなければならない（因みに童之偉教授は先に見たように、これを立法論に止めている）。

ただ、この私有財産の憲法による承認自体は、物権法草案違憲論を展開する鞏献田教授も認めざるを得ないところであった。問題は、憲法の解釈から、この私的所有と国家的、集团的という公的所有との権利面での差別化が導き出せるかということである。このことこそが物権法草案の合憲・違憲論争の要をなす問題であった。「物権法草案第五章の表題は、国家・集団と私人の所有権となっている。物権法の、公共財産と私人の財産の平等保護が、憲法原則と矛盾するかどうか、このことが討論を必要とする重要な理論問題をなす」⁽³⁸⁾。そして、この問題において、公有財産の「神聖不可侵」を掲げる憲法の規定をどのように評価=解釈するかということが、合憲・違憲の分かれ目をなす。この点に関しても、韓教授は、物権法の公有財産・私有財産平等保護条項は違憲ではないとの立場をとる。

韓教授の合憲論で想起されるのは、日本国憲法41条の「国会は国権の最高機関である」との文言についての、所謂政治的美称説である。三権分立を採用している日本においては、国会は国政調査権を有するとはいえ、その権限をもって司法過程に介入できるわけではなく、したがって、「国権の最高機関」とは、法的には何ら意味のない、政治的美称に過ぎない⁽³⁹⁾、と説かれる。韓教授の所論を見てみよう。「現代漢語辞典の解釈によれば、神聖とは、『極めて崇高、厳かで、冒瀆できないもの』を意味する。『社会主義公共財産は神聖不可侵である』ということは、人民民主独裁制度の国家では、社会主義公有制の主導的地位と公共財産の重要性、基

(38) 同、29頁。

(39) 高見勝利『芦部憲法学を読む』（統治機構論）有斐閣、2004年、98頁。

礎性、権威性を表明している。国家が憲法を通じて公共財産を特別に保護することは、わが国憲法の社会主義的性質の必然的要求である。しかし、それは、政治制度と関連する憲法原則、あるいは政治原理であって、憲法テキスト上の『神聖』は何ら厳密な意味での法律術語ではない。それは一種の政治宣言であり、指導性の原則的表現である。それが基本的に意味するものは、社会主義公共財産は侵害してはならず、それは人民民主独裁制度の発展にとって重要な意義を有するということであり、また、国家は公共財産を保護すると同時に、私人の財産も保護するということであり、また、社会主義制度のもとでは、公共財産と私人の財産とで根本的な利益の衝突は決して存在せず、両者は相互に促進しあい、共同で発展しあうということである。ここでの『神聖』は、何ら公共財産が法的に絶対的地位を具えていることを意味するものではなく、また私有財産と公共財産が対等であることも意味しない。ここでの『平等』も、相対的平等であり、法的地位の平等を意味し、国家が公共財産を発展させるために賦与した平等的地位のことである」⁽⁴⁰⁾。この文中の下線部は、「対等でないことも意味しない」か「対等であることを意味する」でないと意味がとれないが、全体として、韓教授が言わんとするところは、公共財産と私人の財産は法的地位において平等であり、公共財産の神聖不可侵文言は法的には何ら意味を有しないということである。

ところで、公共財産と私人の財産は「法的地位」において平等であるとの指摘は、憲法解釈論上、重要な意義を有している。中国で平等を規定した憲法条項は33条2項であるが、その条文は「中華人民共和国公民は法律の面前において一律に平等である」となっている。しかし、この平等条項は、従来、ブルジョア的な立憲主義憲法の下での法の下の平等とは異なるものとして説明されてきた。高等学校法学教材と銘打たれている、半ば公定の憲法教科書によれば、33条2項の平等は立法上の平等まで意味するも

(40) 前掲注(32)論文、29頁。

のではないとされてきた。例えば1984年の高等学校法学試用教材と銘打たれた呉家麟主編の『憲法学』では、「『公民は法律の面前において一律に平等である』とは、決して法の階級性を否認するものではない。法律自身は強烈な階級性を具えている。社会主義の法律は、労働者階級と広範な人民の意思の現われ、すなわち国家意思となったものであり、これは完全に全国人民の利益を体现したものである。したがって、法律の執行を貫徹する過程においては、すべての公民に対して平等を講じなければならない。また、厳格に法によって事を処理しなければならず、いかなる人であれ、合法的権利は平等に保護し、違法犯罪行為は平等に追及し、制裁を加えなければならない。……以上から分かることは、社会主義法制の平等原則は、単に法の階級性と矛盾しないだけでなく、法の階級性をむしろ体现し、実現するものである。『公民は法律の面前で一律に平等である』とは、法律実施上の平等、すなわち司法上の平等と守法上の平等のことであり、立法上の平等を意味しない。立法の問題では、人民と敵を平等に論ずることはできない」⁽⁴¹⁾。また、教育部の研究プロジェクトの一環として作成され、全国高等学校法学專業核心課程教材と銘打たれた、2000年出版の周葉中主編の『憲法』でも、「資本主義憲法においては、形式から見て、この原則（法律の面前での平等—小口補）は三つの面、すなわち（1）市民〔公民〕の立法上の平等、（2）市民の法適用上の平等、（3）市民の守法上の平等の面での平等を含んでいる。……わが国現行憲法は、公民の基本的権利と義務の冒頭で、公民は法律の面前で一律に平等であることを明確に規定している。……この憲法原則は司法上の平等、すなわち公民は法律適用上一律に平等であることと、公民は守法上一律に平等であることを含んでいる」⁽⁴²⁾と説明され、平等原則から立法上の平等原則は外されている。法の階級性論を承認する限り、立法内容の平等はあり得ない。しかし、生産手段の私的所有を憲法が公認するとなると、もはや憲法上の法の階級性論は

(41) 呉家麟主編『憲法学』群衆出版社、1984年、365～366頁。

(42) 周葉中主編『憲法』高等教育出版社・北京大学出版社、2000年、261頁。

成り立たなくなる。

韓教授の平等論は明らかに上記憲法教科書類の平等解釈とは異なっている。「平等保護とは何よりも憲法上の原則である。法律の面前での人々の平等は、憲法の基本原則であるし、また法治の基本的要求である。憲法秩序の下では、国家財産、集団財産、私人の財産は平等であり、財産主体の平等的地位が体现されている。平等な保護がなければ平等な価値基準もなく、個人の権利と自由は有効に実現されない。ここで注意すべき問題は、物権法上の平等保護は、憲法上の平等保護の体现であり、憲法原則の具体化であり、決して物権法がはじめて創り上げた原則ではないということである」⁽⁴³⁾。我々が、韓大元教授をもって物権法草案合憲の主要な論者として重視する所以は、ここにある。氏によれば、憲法33条は立法上の平等をも意味し、したがって、「例えば全人代および同常務委員会が立法権を行使するときは、公有制経済と非公有制経済を不平等な地位に置く法律、規範を制定してはならない」⁽⁴⁴⁾ということになる。そして、憲法上の平等条項が立法内容の平等をも含むとなると、その範囲は単に民法に止まらず、刑法その他の法領域にも及んでいくことになるだろう⁽⁴⁵⁾。

(43) 前掲注 (32) 論文, 30頁。

(44) 同。

(45) 例えば、現行刑法は横領罪について、公務員による公有財産に対する横領罪を「貪汚罪」(382条, 383条)として規定し、それ以外の、したがって私有財産の横領罪を「侵占罪」(270条, 271条)として規定し、両者の刑罰には著しい懸隔がある。また、現行刑法は、混合所有制すなわち国が出資者の一部に止まる株式会社への配慮を欠いている。こうした現実を批判した最近の論文として朱効平「平等原則下混合所有制企業国有資産的刑法保護」(政法論叢, 2007年6期)がある。同論文では、「国有企业の改組、改制につれて、有限会社・有限责任公司を典型的な形式とする株主権の多元化された混合所有制企業が大量に組織され、大量の国有資産が混合所有制企業の中に存在しており、国有資産の存在形態には重大な変化が生じている。混合所有制企業は公有制の主要な実現形式となり、混合所有制経済はすでに社会主義経済制度の基本的な構成部分となっている。平等原則は、社会主義市場経済の客観的要求をなし、国有・集団・私营・外資企業、混合所有制企業等の市場主体を平等に保護することは、平等原則の基本的な要求をなす」(同論文, 67頁)と述べている。

五 ルビコンを渡った中国法

鞏献田教授を中心とする新旧の社会主義者の激しい批判によって延期を余儀なくされた物権法がようやく2007年に制定された。そして、その物権法1条に「憲法にもとづき、本法を制定する」との文言が書き込まれた。鞏教授の念願が叶ったのである。では、このことをもって、鞏教授らの戦いは勝利したということになるのであろうか。憲法自体が、市場経済を容認し、私営企業を積極的に容認するまでに変遷を重ねてきていることからすると、物権法が「憲法にもとづいて」制定されたからといって、そのことでもって自動的に彼らが勝利したと断言するわけにはいかないだろう。物権法は、他方で、3条3項に「国家は社会主義市場経済を実行し、一切の市場主体の平等な法的地位と発展の権利を保障する」という文言を書き込んでいるのであり、この条項をどう評価するかが問題となる。鞏教授らが最も激しく批判したのが、公有財産と私有財産の平等保護にあったからである。では、この3条3項はどのような経緯で物権法に書き記されたのであろうか。

物権法草案違憲・合憲論の最大の焦点をなしたにもかかわらず、肝心の「平等」条項は各種草案の初発から書き込まれていなかった。全人代の委嘱を受けて作成された梁慧星教授の『中国物権法草案建議稿』(2000年3月)、王利明教授の『中国物権法草案建議稿』(2001年4月)のいずれも、平等条項を書き込んでいない。梁教授の場合は、所有権を生産手段の所有形態にもとづいて国家的、集团的、私的所有権というように区分すること自体に反対であったから、そもそも平等条項を設ける必要はあり得なかった。他方、王利明教授の場合は国家的、集团的、公民の「個人的」の三つの所有権に区分しているので、国家的、集团的所有権と個人的所有権の間の関係をめぐって平等条項を書き込む必要はあったはずである。それが書き込まれていないのは、王教授にとって両者間の権利の平等

はあまりにも自明のことであったからなのか、それとも平等条項を書き込むことに心理的な逡巡があったためなのか、不明である。平等条項は、「中華人民共和国物権法（草案）」（第二次審議稿）でもまだ見えない。ただ、全人代法律委員会が2004年10月19日に、同草案に関する検討事項をまとめて報告した中で、「平等主体間の財産関係を規範化する物権法は、民法の重要な構成部分であり、財産権関係を明確にし、物の効用を十分に発揮させ、権利者の財産権益を保護し、経済社会秩序を擁護し、社会主義現代化建設を促進するうえで重要な役割を有している」と述べている。これは立法目的を定めた同草案1条の「自然人、法人の物権を保護し、物の帰属を明確にし、物の効用を十分に発揮させ、社会主義現代化建設を促進するために本法を制定する」との規定の趣旨説明としてなされたものである。

筆者の手許にある各種草案類の中で平等条項が見えるのは、2005年6月20日付けの「中華人民共和国物権法（草案）」においてである（本草案以前においても平等条項が入っていたかもしれないが、筆者は確認できない）。「本法は、平等主体の間の、物の帰属と利用によって生ずる財産関係を調整する」という同草案2条1項の文言がそれである。この文言は、2006年10月20日付けの「中華人民共和国物権法（草案）」（六次審議稿）および「中華人民共和国物権法（草案）」（2006年12月20日稿）にもそのまま踏襲されている。しかし、注目しなければならないのは、12月20日稿には、後の物権法3条3項の文言が別途入っているということである。ところが、2006年12月21日の日付のある「全国人大機関服務中心印刷場印刷」にかかる「中華人民共和国物権法（草案）」（七次審議稿）によれば、その2条の平等条項は削除されている。この三者の草案の関連条文を煩を厭わず記すと以下のとおりである。

【六次審議稿】

第二条 本法は、平等主体の間の、物の帰属と利用によって生ずる財産関

係を調整する。②項③項略。

第三条 国家は社会主義初級段階にあり、公有制を主体とし、多様な所有制経済が共に発展していく基本的経済制度を堅持する。②国家は、公有制経済を強化、発展させ、非公有制経済の発展を鼓吹し、支持し、指導する。

第四条 国家は社会主義市場経済を実行する。②国家、集団、私人の物権は法律により保護を受け、いかなる単位、個人も侵害してはならない。

【12月20日稿】

第二条 本法は、平等主体の間の、物の帰属と利用によって生ずる財産関係を調整する。②項③項略

第三条 国家は社会主義初級段階にあり、公有制を主体とし、多様な所有制経済が共に発展していく基本的経済制度を堅持する。②国家は、公有制経済を強化、発展させ、非公有制経済の発展を鼓吹し、支持し、指導する。③国家は社会主義市場経済を実行し、一切の市場主体の平等な法的地位と発展の権利を保障する。

第四条 国家、集団、私人およびその他の人の物権〔其他人的物権〕は法律により保護を受け、いかなる単位、個人も侵害してはならない。

【七次審議稿】

第二条 物の帰属と利用によって生ずる民事関係は、本法を適用する。②項③項略

第三条 国家は社会主義初級段階にあり、公有制を主体とし、多様な所有制経済が共に発展していく基本的経済制度を堅持する。②国家は、公有制経済を強化、発展させ、非公有制経済の発展を鼓吹し、支持し、指導する。③国家は社会主義市場経済を実行し、一切の市場主体の平等な法的地位と発展の権利を有する。

第四条 国家、集団、私人およびその他の権利者の物権は法律により保護

を受け、いかなる単位、個人も侵害してはならない。

この中で、2種類の平等条項が入っているのは、12月20日稿のみである。本稿は、立法技術的には落ち着きの悪い、また素性のよく分からないものであるが、2条の平等条項から3条3項の平等条項への修正過程での過渡的草案と見るほかないだろう。

ところで、物権法草案違憲論を唱えていた童教授は、この六次稿までの平等条項が「その後の審議の中でこのように（七次稿のように一小口補）修正された理由がどのようなものであったか、分からない」^{〔46〕}（2006年12月20日稿についての言及は全くない）と述べているが、その間の改廃の経緯を示唆するのが、七次審議稿提示に際しての、第六次稿の改正諸点に関する2006年12月24日付けの全人代法律委員会の説明（「全人代法律委員会の、中華人民共和国物権法（草案）修改情況に関する匯報」）である。そこでは全人大常務委員会へ宛てて次のような改正の趣旨説明がなされている。

「（前略）ある常務委員会の構成人員〔常委会組成人員〕および（第六次審議稿の審議のため一小口補）会議に参加していた同志はまたある修正意見を出し、建議をなした。法律委員会は12月8日、12日に会議を開き、常務委員会の構成人員の審議意見と各方面の意見にもとづき、草案に対して審議を行った。12月19日、法律委員会は会議を招集し、再度審議を行った。現在、物権法（草案六次審議稿）の主要な問題の修正状況をまとめて報告すれば以下のとおりである。一、草案六次審議稿第三条は（略）と規定している。また第四条は（略）と規定している。ある常務委員会の構成人員は、党の16期3中全会は『すべての市場主体の平等な法的地位と発展の権利を保障』しなければならないことを明確にしており、草案はこの精神を体现しなければならないと主張した。また、ある常務委員会委員（Aとする一小口補）は以下のような主張をなした。異なる所有制経済によって形

〔46〕 前掲注（20）論文，30頁。

成される市場主体はみな統一市場で活動し、且つ相互の関係が生じ、社会主義の基本経済制度と社会主義市場経済体制とは密接な関係がある。しかるに権利者の財産はそのすべてが市場の交換の領域に入るわけでは決してない。したがって、物権に対する保護も、すべてが市場経済と必然的な関連が存在するわけではない。（この主張を受けて—小口補）法律委員会は検討を加え、草案第四条第一項の『国家は社会主義市場経済を実行する』を第三条に移し、第三項として、『国家は社会主義市場経済を実行し、一切の市場主体の平等な法的地位と発展の権利を保障する』と改めた」。

この説明によれば、12月19日の法律委員会で七次審議稿＝現行物権法3条3項の内容が確定したことが分かる。しかし、肝心の旧2条の平等条項削除に関する明示的言及は何故か見られない。このことをどう考えたらよいか。一つの考えとしては、19日の段階で新3条3項が確定すると同時に、旧2条の平等条項もそのまま残り（12月20日稿はその反映である）、その後間もなく、12月24日までのある時点で旧2条の平等条項が削除されたということがあり得る。しかし、上記A委員の下線部の発言を見ると、当該委員は旧2条の平等条項の削除と引き換えに新3条3項の規定化を前提に議論しているようにも思われる。旧2条は「権利者のすべての財産」を包括する平等条項であり、それに対して新3条3項は「市場の交換の領域に入る」範囲内での平等条項であり、平等の範囲を限定することによって争いの決着をはかろうとしたという考えである。筆者は、この後者の見方が事の真相ではないかと考えている⁽⁴⁷⁾。

以上のように考える理由は、2006年9月19日の日付で出された鞏献田教授グループによる、全人代常務委員会委員長あての「物権法草案修正に関する建議」の存在があるからである。伝統的社會主義體制護持派が名を連ねたこの「建議」二は、旧2条の平等条項について次のような改正案を提

(47) ただし、そう考える場合、12月20日稿がいかにも邪魔になってくる。12月8日、12日、19日の会議に参加した各委員の与り知らない、その意味で素性のよく分からない草案として理解するほかない。

示している。

【以下のように改めることを建議する】

「凡そ市場の交換領域に入ってくる合法的財産は、平等の地位にある。本法は、物権主体の間の、物の帰属と利用によって生ずる財産関係を調整する。」

12月12日～19日の会議に参集した各委員は当然この「建議」を認識していた筈で、物権法における平等条項の存否、内容をめぐって対立が存在する中、鞏教授グループの意に沿う方向で、旧2条の平等条項を削除する代わりに3条3項を新設するとの案が示されたと思われる。

では、この「市場の交換領域に入ってくる」範囲内に物権法の平等条項の適用を限ったことは、鞏献田教授等の伝統的社会主义体制護持派の勝利を意味するものであっただろうか。その答えは否である。市場の交換の領域に入らない財産は、「社会生活上重要な位置を占めておらず、したがって国家所有権は物権法の所有権制度の重心的所在たり得ない」⁽⁴⁸⁾ からである。物権法が国家的所有権の客体として掲げている、市場の交換過程に入っていないものは、鉱物資源・水流・海域（46条）、都市部の土地（47条）、森林・山嶺等の自然資源（48条）、野生動物（49条）、無線周波数資源（50条）、文物（51条）、国防資産・基礎施設（52条）、国家機関の直接支配する非経営的性格の動産、不動産（53条）、国家が運営する事業単位の動産、不動産である。問題は、国有企業法人にある。営利性国有企業法人の財産関係にも「神聖不可侵」の社会主义的公共財産優位論が入り込んでくるのか。ここで注目しなければならないのは、次のような鞏教授らの「建議」である。

(48) 範雪飛「私人所有権：所有権制度的支点」現代法学，29巻5期，173頁

建議八，第58条（草案徵求意見稿58条。現行物権法55条相当条文—小口補）

【草案原文】「国家が投資設立する企業は，中央人民政府と地方人民政府が法律，行政法規にもとづき，それぞれ国家を代表して出資者の職責を履行し，a 所有者の權益を享有する。」

【以下のように改めることを建議する】

「国家が投資設立する企業は，b 全国人民代表大会と地方人民代表大会がそれぞれ国家を代表して出資者の職責を履行し，a 所有者の權益を享有する。」

建議十四，第70条（草案徵求意見稿70条。現行物権法68条相当条文—小口補）

【草案原文】「企業法人はその不動産，動産に対して法律または定款〔章程〕にもとづき占有，使用，収益，処分の権利を享有する。c 会社制〔公司制〕企業は，中華人民共和國会社法の関連規定を適用する。企業法人以外の法人の不動産，動産の帰属は，法律または定款の規定にもとづく。」

【以下のように改めることを建議する】

「企業法人はその不動産，動産に対して法律または定款にもとづき占有，使用，収益，処分の権利を享有する。企業法人以外の法人の不動産，動産の帰属は，法律または定款の規定にもとづく。d 法人財産中の国有資産の所有権は国家に属し，b その最終処分権は全国人民代表大会と地方人民代表大会に属する。」⁽⁴⁹⁾

この彼らのこの建議については三点指摘しておかなければならない。

その一は，上記草案徵求意見稿58条の下線部 a「所有者の權益」文言についてである。この文言は，現行物権法55条では「所有者の權益」文言から「出資者としての權益」に周到にも改められている。これは，国家所有

(49) 『実録』387～398頁。

権を強調したい建議者達からすると、意に反する文言の修正であったであろう。

その二は、徴求意見稿70条の下線部 c の会社法適用関連の文言である。この会社法適用の文言の削除を建議者は要求し、実際にも物権法では、この文言は削除されている。この点からすると、建議者の主張が採用されたように見える。しかし、ほんとうにそうであろうか。この点については会社法について若干言及しておかなければならない。1993年制定の旧会社法 4 条では、その 2 項で「会社は、株主の出資により形成されたすべての法人財産権を有し、法にもとづき民事権利を有し、民事責任を負う」と規定すると同時に、同 3 項で「会社における国有資産の所有権は、国家に属する」と規定していた。その結果、2 項の法人財産権と 3 項の国家の所有権の関係をめぐって二重所有権論等さまざまな議論が交わされたが、結局、2005年改正会社法 3 条で、「会社は企業法人であり、独立の法人財産を有し、法人財産権を享有する」との文言に一本化された。つまり、株式会社化された国有企業の場合、もはや国家は当該企業の財産の所有権者ではなくなったのである。そして、会社法と物権法とは特別法と一般法の関係に立つのであるから、物権法においてわざわざ上記下線部のような会社法関連規定適用の文言を書き入れる必要もないのである。まさに王利明教授が説くように、「どんなに物権法が、それ（会社化された企業—小口補）が法人所有権を享有すると明確に規定していなくても、これらの企業が所有権の四つの権能（占有、使用、収益、処分の権能—小口補）を享有することを物権法は承認している」のであり、「国家が出資した後は、その出資した財産は会社の所有となり、国家は出資者として株主権を享有する」⁽⁵⁰⁾にとどまるのである。立法者は、建議者側の主張に耳を傾けるポーズをとりながら、実をとったのである。上記下線部 d の部分は、旧会社法 4 条 3 項の文言そのものであるが、もしそれを会社法上の企業法人に適用しようと

(50) 王利明＝尹飛＝程嘯『中国物権法教程』人民法院出版社、2007年、185頁。

いうのであれば、それは時代逆行的提言であり、立法者の採用するところとはならなかった。

その三は、下線部bのように、全国（地方）人民代表大会をもって企業法人の所有権の主体としようとしていることである。このことは、鞏教授が再三にわたって主張している点で、同教授の思想の核心部分をなす。例えば氏は次のように述べている。

「何故我々は、国有企業の財産が全国人民の財産、全民所有の財産であることを確認するように断固として主張し、あなた方は何故、全民所有のこの所有が絶対に所有権を意味するものでないとの説を堅持するのか。あなた方は何故、国有企業の財産について国有企業が無制限の処分権を享有することの主張を堅持するのか。我々は、国有企業には独立の処分権はないということを主張する。国家が最終的所有権を有する。まさにそれは国有企業であるが故に、所有権は全人民に属さなければならない。ただ人民代表大会だけが所有者の権利を行使する。……我々が、国有企業の財産権は全国人民あるいはすべての公民に属することを確認するように主張しているのは、国有財産を保護するためである。国有企業の財産の処分権は、必ず制限しなければならない。国家が授与した使用权と収益権を完全な所有権に変えてはならない。国家権力機関—人民代表大会……の決定を経ないで少数者が国家企業を処分するようなことがあってはならない」⁽⁵¹⁾。

国有企業財産の所有権の行使者は全国（または地方）人民代表大会である。これが氏の主張である。憲法62条には全人代の権限が列挙されているが、そのいずれも国家の公権力の行使にかかわるものである。この中に国有企業財産処分権を含めようというのは、処分権の行使を民法上の法律行為としてではなく、公権力行使の行為として位置づけようとするものである。また、国有企業の財産の処分行為を全人代の決定事項にすることとは、事実上、市場経済から国有企業の経営行為を遮断しようとするもの

(51) 『実録』192頁。

である。何故なら、年に一度、僅か一週間程度しか開催されないこの全人代にかけなければ、その処分行為が法的に効力を生じないというのは、事実上、国有財産に関する処分行為を禁止するに等しいからである。結局、鞏教授らの目指す方向は、中国経済を統制経済＝計画経済の段階に引き戻そうとするものであり、陳雲流の鳥籠経済の放擲を決意した中国の為政者からすると、そうしたアナクロニズムに同調するわけにはいかないのである⁽⁵²⁾。

鞏教授らが執拗に国有企業財産の処分行為の権限を全国・地方人民代表大会に委ねようとした背景には、もしこうした国家権力機関を通じての権力的統制の縛りをかけなければ、やがては国有企業財産の所有権が法人所有権ないし私的所有権と化すであろうとの危惧が存在した。「ある著名な大学の民法学者は、『現在三つの誤った考えが物権法の認識の中にある。その一は、国有企業の財産は国家が所有権を有する財産であるとの考えである。これは誤りである。それ（国有企業—小口補）の財産は国家所有権と直接の関係はない』と述べる。……では聞くが、『国有企業の所有権は国家に属する（原文通りに訳せば属さないとなるがそれでは文意が通じない。誤植か—小口）』と考えるのは誤った考えなのか。国家に属さなければ誰に

(52) 国家出資にかかる企業法人、とりわけ会社化されていない企業法人の場合、完全に国家の関与を免れているわけではない。物権法は、国家が出資する企業については、國務院、地方人民政府が国家を代表して「出資者の職責を履行」することを定め、重大な意思決定については、出資者＝国家の同意が必要とされた（55条）。したがって、企業経営者は、同意を得ることなく企業財産を処分することはできない。この意味において、国家出資にかかる企業法人の財産処分に關しては、行政機関の関与が依然として存在する。しかも、「私人所有権」の場合とは異なり、企業法人の財産所有に關しては、法律のみならず、行政法規による規制が可能となる構造になっている（68条）。したがって、国家は行政法規等を駆使して国有企業に対する統制を加えることができる。しかし、企業である以上、市場の主体として「客観的な経済法則に符合することが要求」（黄松有主編『中華人民共和國物権法条文理解与適用』人民法院出版社、2007年、218頁）される。いわば、「公法優位主義」と「私法優位主義」のせめぎあいがこの領域では当然存在し続けることになるのであろうか。

属するのか。『それ（国有企業の財産—小口補）は国家所有権と直接の関係はない』のか。もしそうなら、国家企業の所有権は法人の、あるいは私人の所有権に変わってしまうのではないのか。これは私有化でなくて何なのか」⁽⁵³⁾。

現行物権法の解釈において最も困難な条文の一つをなしているのは、68条の法人財産権中の、会社化されていない国有企業法人の財産権の問題、すなわちその財産権と国家の側からの所有権の関係をめぐる問題である⁽⁵⁴⁾。この点については、「この種の企業法人についていえば、たとえ国家が全額出資したものであっても、企業も法により独立の財産権を享有する。しかし、この種の企業法人は会社化されていないので、投資者および所有者の来源は単一であり、したがってその財産権の行使は投資者または所有者の制約を受ける」⁽⁵⁵⁾。同一の財産に対して、処分権をも含む法人財産権と国家の所有権が重なり合うのである。しかし、この財産権なる概念は、物権法上のカテゴリーに当てはまらない概念である。

物権法は所有権、用益物権、担保物権の三つの権利カテゴリーしかなく、もし、非会社制の国有企業法人の財産権を所有権で説明しないのであれば、用益物権で説明するしかない。しかし、当該財産に対する処分権をも含む権利を果たして用益物権で説明できるのか。もし出来なければ、二重所有権で説明するしかない。しかし、現行物権法は共同共有を除いて、同一物に対する複数の所有主体を認めていない。要するに、ドイツのパンデクテンシステムに範をとった物権法の体系においては、この法人財産権は落ち着き場所のない概念なのである。したがって、早晚、この両者の関係は整合化がはかられなければならないだろう。その整合化の方向は、政企未分離の段階に逆戻りすることができない以上、ちょうど旧会社法4条

(53) 『実録』152～153頁。

(54) 68条を法人財産権と表記するのは、全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会民法室編の『物権法及其相関規定対照手冊』の見出し語による。

(55) 前掲注(50)書、185頁。

の 2 項と 3 項の関係が新会社法 3 条によって整序されたように、企業財産に対する国家の所有権を消滅させる方向で整合化をはかるしかないであろう。国有企業といえども企業法人である以上、市場主体たらざるを得ず、「その財産に対して、（企業法人が一小口補）所有権を領有することができなければ、また独立の財産を持たない法人であるならば、独立して民事責任を負うことができず、真に自主的な市場競争の主体となることはできない」⁽⁵⁶⁾ ののである。それはまさに鞏教授が「これは私有化でなくて何なのか」と危惧した道なのである。

結 語

『実録』には吉林大学法学院の張文顯教授の「我們需要一部什麼樣的物權法」なる建議案も示されている。そして、同教授はこの中で、本文で言及した物權法草案の旧平等条項「本法は、平等主体の間の、物の帰属と利用によって生ずる」云々の「平等主体」の「平等」の文字を外すように提言している⁽⁵⁷⁾。張教授のような有力教授までもが物權法草案違憲説に与っていたのであり、正直私は驚きを禁じえなかった。鞏教授の提言が我々の予想を超えた広がりをもっていたことを物語っている⁽⁵⁸⁾。しかし、そうした「平等主体」化に反対する運動も空しく、違憲論者は敗北した。

(56) 黄松有主編『《中華人民共和國物權法》条文理解与適用』人民法院出版社、2007年、219頁。なお、本書は物權法制定後速やかに出版され、便利な本である。しかし、草卒に出版されたためか、制定された物權法をもとにしないで、草案段階の規定をもとに注釈が施されており、注意しなければならない。例えば、本稿の中心的論点をなす物權法 3 条 3 項の注釈に關していえば、本書では第六次審議稿段階で規定されていた旧 2 条の平等条項をもとにして注釈が施されており（同書 52 頁）、問題である。出版のスピードが本の売れ行きに關わるということであろうが、市場經濟の發展の負の面を見た思いがする。

(57) 張文顯「我們需要一部什麼樣的物權法」『実録』、296 頁。

(58) 2005 年末に北京のホテルのロビーで王利明教授と会ったとき、話が物權法制定延期の件に及んだときの同教授の当惑顔を今でも覚えている。

物権法は、私的所有⁽⁵⁹⁾が、国家的、集团的所有と「平等な法的地位」(3条)にあることを認めた。この物権法の規定は、毛澤東が目指した社会主義国家の終焉を意味し、鞏献田教授のもとに結集した物権法草案違憲論者の敗北を意味した。物権法がこうした私有財産を公認した背景には、いうまでもなく私有制企業の著しい発展が存在した。以下に示す①～⑤のデータはいずれも国家统计局元局長の紹介にかかるものである⁽⁶⁰⁾。①払い込み済み資本額の比較について。各所有制企業法人(二次、三次産業)の払い込み済み資本[実収資本]中の、公私経済の比重は、2001年の66:34から2005年の53:47へと変化している(毎年平均3.25パーセントの割合での公私の減増)。②工業総生産に占める国有企業の比重について。2004年の国有企業が全国の工業総生産に占める割合は17.6パーセント。これは1997年の22.5パーセント、また建国初期の1949年の26.2パーセントと比べてもさらに低くなっている。③国内総生産GDPに占める民営経済の割合について。国内総生産GDP中、民営経済の占める比重は、2000年の55.4パーセント(その内訳は、国内資産が42.8パーセント、香港・マカオ・台湾および外資が12.6パーセント)から、2005年には65パーセント(内訳は国内資産が49.7パーセント、香港・マカオ・台湾および外資が15～16パーセント)に毎年2パーセントの割合で増大している。④私営の企業数、企業投

(59) ここでの私的所有ということで筆者が理解しているのは、物権法64条でいう「私人所有」と、67条、68条で想定する法人財産中、私営企業法人の所有にかかわる財産の双方である。ここでの64条の「私人所有権」をどう訳すか問題となる。法律出版社の漢英法学詞典によれば、私人所有権は private ownership、個人所有権は individual ownership と訳されている。この両者の区別についてはとりあえず、胡康生主編『中華人民共和國物権法釈義』によっておきたい。同釈義によれば、「ここでの私人とは、……自然人を含むだけでなく、個人独資企業、個人組合等の非公有制企業をも含む」(153頁)と説明されている。この説明を読むと、結局、「私人所有権」とは、個人所有権には還元しきれない一定の団体性を有する財産上の権利も含まれるということであろう。その団体性の一つは意思決定面での団体性であり、その二は、共有財産の存在である。

(60) 李成瑞「一個核心、六大問題」、『実録』207～208頁。

資者数、従業員数、登録資本額の変化について。2000年と2005年の各比較。企業数は2000年の176万社から2005年の430万社、企業の投資者の数は395万人から1109万人、従業員は、2011万人から4714万人、登録資本〔注冊資本〕は、1.33万億元（1元15日本円で換算して19.95兆円）から6.13万億元（91.95兆円）にそれぞれ増えている。⑤第二次、第三次産業の労働者数の比較について。公有制企業（国有、集団企業）と私有制企業（内資、香港・マカオ・台湾および外資）の各労働者〔工人〕の総労働者に占める割合は、1996年の84：16から2005年の39：61に変化している。

以上のデータを紹介した李成瑞氏は、「西洋のブルジョア階級が100年から200年かけて本源的蓄積をなしたのに対して、中国の新ブルジョア階級〔新資産階級〕は20年間でもって本源的蓄積を完成させた。この過程は、わが国の公有制経済が絶対優位を占める特殊な条件のもとで完成されたのである」⁽⁶¹⁾と、社会主義護持派の立場からその危機感を露わにしている。しかし、公有制経済はもはや「絶対優位を占める」ものではない。1993年の憲法修正において明記された「社会主義的市場経済」概念が孕んでいた「社会主義」と「市場経済」の即自的な対立を、鞏献田教授は対自的な対立へと顕在化させ、そして、結局、物権法の制定によって、「社会主義的市場経済」の「社会主義的」なる用語が法的には意味のない政治的「美称」にすぎないことを白日の下に曝したのである。

今次の物権法の制定は立法論の面でも興味深い事実を我々に再確認させた。それは、中国では、憲法が法律を規制するのではなく、法律が憲法を規制するという事実である。このようなことが起こり得るのは、中国においては、立法権を有する全人代が違憲立法審査権と憲法解釈権を併せ有するという権力構造に由来する。全人代の立法行為には常に合憲性の推定が働くのであるから、全人代の立法行為を通じて憲法条文の意味内容を適宜変えていくことができる。中国では全人代の立法行為は憲法によって制約

(61) 同、208頁。

されないとの梁慧星教授の言は、以上の意味において正しい。

憲法33条2項の平等条項は立法内容の平等までも意味するものではないと、中国ではこれまで説明されてきた。それは社会主義中国をブルジョア国家から区別するきわめて重要な原理をなしてきたからである。しかし、今次の物権法制定を通じて、生産手段の私的所有者と公的所有者の権利内容の平等ということを中国の最高国家権力機関が天下に示した。鞏献田教授らが最も危惧した事態である。この物権法の平等条項は、憲法33条2項の平等条項の解釈の質的転換をもたらした。その質的転換がひとたびもたらされると、当然、その新解釈は他の法領域に波及していくであろう。すでに刑法の領域でその見直しが始まっていることは注記したとおりである（注45参照）。平等条項は憲法における諸人権カタログ中の総則的規定の要の位置を占めるものである。その要の位置を占める平等条項において、中国憲法とブルジョア憲法との差異が存在しなくなったのである。