

講演

中国における憲法と民法の関係 —「物権法」の制定過程における学術論争を中心に—

韓 大 元⁽¹⁾
小 口 彦 太
洪 英 訳

- 一 憲法と民法の関係についての歴史の変遷
- 二 物権法の制定過程で出現した憲法論争の背景と原因
- 三 物権法制定過程における物権法の合憲性をめぐる論争
- 四 憲法と民法の関係についてのさまざまな学説
- 五 なお論争継続中の憲法と民法の関係

一 憲法と民法の関係についての歴史の変遷

学説史の角度から考察すれば、中国の歴史における憲法と民法の関係の変遷は、以下の三段階に分けられる。

（一）1949年以前の「見知らぬ人」の段階

憲法と民法の関係問題は、1949年以前にはあまり論争と論述の対象にはならなかった。

中国古代法律学の伝統はその近代化の過程において、主にローマ法系の影響を受けており、法学学説も同様であった。学界では、ほとんどが公法と私法の二分論を認めていたため、このような二分論のもとでほとんど民法と憲法の関係について言及されることはなかった。例えば、民国時代の民法学の名著である『民法総論』（史尚寛著）は、民法概念の紹介に先立って、まず、公法と私法の区分基準を検討し、そのうえで民法の法源について論述するわけであるが、そこでもただ制定法と非制定法に分けるのみであった。その制定法の中に

（1） 中国人民大学法学院長、教授。

は法律、命令、自治法、条約が列挙されているだけで、憲法には触れておらず、民法と憲法の関係については言及がない⁽²⁾。さらに例をあげると、胡長清氏の『中国民法総論』は、民法は私法に属することを明確にし、民法の法例を紹介する際、その適用順序を法律、習慣、法理の順に列挙してあった⁽³⁾。この二つの民法著作は、その当時の普遍的な状況を代表している。すなわち、各種の民法著作では、ただ公法・私法の区分にとどまっており、そのうえで民法が私法に分類されていることを紹介するだけで、憲法の問題には全く触れていなかった。そして、当時の憲法著作の中では、憲法自身の位置づけは「根本法」とされ、それと同時に、民法問題および憲法と民法の関係についての問題に触れたものはなかった。筆者が読んだ文献の限りでは、民国時代の法学理論においても、憲法と民法の関係は、一つの学術命題あるいは「問題」とはされていないかった。

もちろん、このような「陌生人（見知らぬ人）」の状態は、おそらく、民国時代ならではの法の発展体系によって作られたものであると考える。民国時代の法律は頻繁に変動し、憲法だけでも、国は頻繁に「制憲（憲法を制定）」しており、ひいては、同じ時期において、異なる政権による二つ以上の憲法が制定されていた。憲法は頻繁に制定され、その実施と適用が極めて少ないため、憲法学者も政体設計そのもの（つまり、いかにして新国家のために良好な政体を設計するか）に力を注ぎ、憲法の適用と効力の問題に触れることは少なかった。このような背景の下では、憲法の具体的な適用過程における民法との関係問題が現れるはずがなかった。

（二） 1949年から20世紀80年代までの「母と子の段階」

1949年以降、政治革命とイデオロギーの影響を受け、社会主義法体系と法学学説が、完全に民国時代の「資産階級」の法体系と法学学説に取って代わった。この時期、公法と私法の区分は完全に否定され、当時、レーニンが1922年に述べた「今、新しい民法を制定している。…我々はいかなる『私人の』ものをも認めない。経済領域におけるあらゆるものは公法の範囲内に属しており、私人のものではない」という発言が法学界によって常に引用された。1949年以降の中国の法学はソ連の影響を受け、相当長期にわたって、理論界は社会主義

(2) 史尚寛『民法総論』5頁。

(3) 胡長清『中国民法総論』50頁。

条件下での公法と私法の区分に対して否定の態度をとり続けた。

公法と私法の区分の否定と同時に、社会主義法体系と法学学説は高度な一元性を呈した。言い換えれば、憲法と民法の関係は限りなく近づき、いずれも社会主義法体系の構成部分となった。このように憲法と民法の関係を人為的に近づかせたことは、その後の憲法と民法の関係をめぐる論争が生ずる基本的な社会背景となったのである。なぜなら、周知のように、二つの物事の間の矛盾と衝突は、その距離が近づきすぎた時にこそ現れるからである。

当時の憲法学の著書と教材を考察してみると、憲法学者は往々にして、憲法は根本法・母法で、法律（民法も含めて）は子法・下位法とみていた。しかも、多くの民法教材で民法の法源を紹介する時も、憲法は第一位に列する「最高」の法源であると明言している。例えば、余能斌、馬俊駒の二人の教授は『現代民法学』の中で、「憲法は、国家の根本大法であり、最高の法的効力を有し、国家の最高権力機関によって採択と修正がなされ、その他の法律法規を制定する根拠をなす。憲法に規定されている民事法律規範の依拠している原則規定と民事法律に関する具体的な規定は民法の重要な淵源である。我が国の憲法は、全国人民代表大会によって制定された最高の法的効力を有する国家の総規程であり、我が国の法的淵源の中で最高の法的地位と法的効力を有しており、いかなる法規範（民事法律規範も含めて）も憲法の規定に抵触することはできない。憲法の中の民事に関する規定、例えば、我が国の社会主義経済制度、所有制と所有権の保護、社会主義経済生活の原則、公民の基本的権利と義務などの規定は、全て民事立法の基本根拠であり、その中には、直接に民事関係を調整する法規範として規定されているものもある。我が国の「民法通則」は、憲法を根拠とし、且つ我が国の実情に照らして制定されたものである。その他の民事法律法規も憲法に関する規定を尊重しなければならないし、憲法を法律の根拠としなければならない。したがって、我が国の憲法の関連規定は、我が国の民法のもっとも重要かつ最高の淵源である」と述べている⁽⁴⁾。

この論述は、当時の民法学界において非常に代表的であったと言える。

この時期の憲法学説と民法学説を併せてみると、憲法と民法の関係については、普遍的な基本的共通認識が存在しており、公法と私法の区別は存在しない。いかなる法律も「公」的性質を有し、憲法と民法のいずれも社会主義法体系の構成部分をなし、両者は「母子」の関係にあると言える。このような学説

（４） 余能斌・馬俊駒『現代民法学』1995年第1版、29～30頁。

状況は、当時の政治と経済体制に起因し、これが改革開放の初期まで維持され、およそ改革開放後の10年間の停滞期にまで及んだ。

(三) 20世紀90年代以後の「分化の段階」

改革開放が始まって以来、伝統的な高度集中的計画経済体制は社会主義市場経済体制に次第に取って代わられ、社会における個人は数十年の抑圧から自主性を取り戻した。法学界、とりわけ民法学界においても、公・私の領域、国家・社会の領域を区分して個人の私益を保障しようという目的のもと、新たに公法と私法の区分が提起されるようになったのである。公法・私法を区別する価値が再び肯定されるようになった後、民法学者は、私権の発揚を追求し、私法（民法）の自主的地位を論証し、民法を憲法の「統治」下から脱却させ、憲法・憲法学との境界をはっきりさせようとしている。したがって、ここでいう「分化段階」は、実際には、民法学者が民法を憲法の「統治」下から分化させる段階である。このような状況は90年代以後始まり、その早期の代表的見解は梁慧星教授と徐国棟教授によって提起されたのである。

著名な民法学者である梁慧星教授は1993年に「公法優位主義から私法優位主義への転換の必要性」を提起した⁽⁵⁾。また、当時はまだ若手の学者であった徐国棟教授も「民法は憲法と同列の存在であり、その他の法律より地位が高く、根本法の一つをなす」と主張した⁽⁶⁾。こうした見解は、民法学界において次第に普遍的な共通認識となった。しかし、このような、民法学界で民法を憲法の統治下から自己分化させ、自己高揚させる過程およびその関連する研究成果は、憲法学者の注意や警戒を引き起こすことはなかった。また、民法学者の提起した問題に対して、その討論に参加あるいは対応する憲法学者もいなかった。このように、民法学界において比較的「順調」に普遍的な民法優位論、あるいは憲法・民法同位論の観念が形成されていったのである。

2000年頃になって、法理学者と憲法学者がやっと上記のような民法学界の主張に反応をし始めた。たとえば、謝暉教授は「私法は公法に対して基礎性を有しており、公法は私法に対して優位性を有する」⁽⁷⁾と主張した。2001年、筆者と徐秀義教授は共同で『現代憲法学基本原理』を編集したが、その中の第二編

(5) 梁慧星「必須転変公法優位主義観念」『法制日報』1993年1月21日第3版。

(6) 徐国棟「市民社会与市民法」『法学研究』1994年4期。

(7) 謝暉『価値重建与規範選択：中国法制現代化反思』（山東人民出版社，1998年）274頁。

第20章で憲法学と民法学の関係について考察を行った。当時、林来梵教授にこの章（憲法と民法の関係問題）の執筆を依頼し、その内容は、憲法学と民法学の対話の意義、法規範としての憲法と民法の関係、社会現象としての憲法と民法の关系到及んだ⁽⁸⁾。その他、様々なシンポジウムを通じて、憲法学と民法学の関係問題について議論が行われた。たとえば、2004年に中国人民大学法学院が主催した「憲法学と民法学の学術対話」、2005年8月に中国憲法学会と煙台大学法学院が共催した「憲法と物権法に関する学術討論会」などがその例である。また、2005年7月に中国憲法学会と南昌大学法学院が共催した「部門法の中の憲政問題」というシンポジウムでは、憲法学と民法学の基本範疇問題を中心として議論が行われた。2001年に出版され、学界に大きな影響を与えた著書である『從憲法規範到規範憲法』（『憲法規範から規範憲法へ』）の中でも、憲法と民法の関係をめぐる問題について論述がなされ、この問題を「規範としての憲法と民法の関係」と「社会現象としての憲法と民法の関係」の二つの側面に分けて論じられた。

以上のように、90年代から物権法の制定前までは、主に民法学が憲法学から分化する段階であり、民法が憲法との関係から脱却する時期であった。ただ、このような動きに対して、学術上の論争は存在したものの、広範な論争を引き起こすことはなかった。しかし、物権法を制定する時になって、「物権法」の合憲性論争に伴い、憲法と民法の関係をめぐる問題が重大な学術問題として提起されることとなった。

二 物権法の制定過程で出現した憲法論争の背景と原因

中国社会主义法体系の改善の重要な一環をなす「物権法」の起草作業は1993年にすでに始まった。2005年7月、数回の審議と修正を経た物権法草案の全文が、一般社会に正式に公布され、民衆、専門家・学者、全国人民代表大会代表、関連団体、国家機関と関係部門などの各方面の意見が聴取された。その意見聴取の中で、もっとも注目を浴びたのは、2005年8月12日、北京大学法学院琿献田教授がインターネットで発表した一通の公開書状―「一部違背憲法和背離社会主义基本原則的『物権法』草案」（「憲法に違背し、社会主义の基本原則

（8） 徐秀義・韓大元主編『現代憲法学基本原理』（中国人民公安大学出版社，2001年）473～498頁。

に背離する『物権法』草案」であった。その後、物権法草案は、予定の立法計画通りには行かず、予定された2005年12月末の第十期全国人民代表大会常務委員会第19回会議による「五回の審査」の承認を得ることができず、2006年3月の全国人民代表大会の審議日程にも入れなかった。

汎献田教授は、「物権法」草案の違憲理由について、以下のように主張した。物権法草案には、憲法第12条に規定されている「社会主義の公共財産は神聖にして不可侵である」という趣旨が体现されていない。しかも、この「神聖にして不可侵である」との趣旨は「民法通則」第73条においても確認されている。したがって、「物権法」草案は公有財産の神聖不可侵の内容を削除して、社会主義の公有制を害い、社会主義原則に反している。

汎献田教授の「物権法」草案に対する批判は、憲法テキストの外側からの見解に基づいて出されたものである。すなわち、主にイデオロギーと政治の立場といったマクロの側面から物権法の合憲性問題を考察したものである。このような立場はマルクス主義法学を基礎とし、社会主義原則を基本根拠としている。汎献田教授が提起した具体的な理由は次の通りである。「①ソ連民法典の社会主義伝統と概念に反し、資本主義民法原則と概念に迎合しており、一部の人は『奴隷のように資産階級の民法を踏襲』し、『古い資産階級の民法概念をコピー』したりしている。②我が国の革命根拠地と建国後の人民民主法制度の優良な伝統に反し、資産階級の旧法の伝統に迎合している。これでは、国民党の「六法全書」と、根本的および原則的な区別がない。③1986年の「民法通則」の社会主義原則に反し、資本主義のグローバル化と新自由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反し、資産階級立法原則と伝統に迎合している。総じて言えば、物権法は、社会主義原則に背離し、歴史を逆行させるものである」⁽⁹⁾と。

しかし、汎献田教授のこのような政治的立場から提出された物権法の違憲性問題に対して、法学界、特に憲法学界と民法学界の多くの学者は、規範の視角から考察を行うべきであると主張した。すなわち、物権法草案が違憲であるか否かの問題について判断する際、憲法の規定とその背後にある憲政精神を判断の基準とすべきであるという考えであった。物権法の違憲・合憲いずれを主張しようとも、憲法上の規定をもってその根拠とし、具体的な条文の分析と解釈

(9) 汎献田「一部違背憲法的『物権法（草案）』—為『憲法』第12条和86年『民法通則』第73条的廢除書の公開信」

を通して、自己の結論へと導く必要があるというものであった。

以下、物権法の制定をめぐる、二つの部分に分けて論じてみたい。すなわち、まず、物権法制定過程における合憲性の論争について、そして次は、この論争に伴う憲法と民法の関係をめぐる論争について論じてみたい。

三 物権法制定過程における物権法の合憲性をめぐる論争

物権法が違憲か否かをめぐって、違憲論と合憲論に分かれた。

（一）物権法違憲論

法学界、とりわけ憲法学界における物権法違憲論の見解は、主に以下の点にまとめられる。第一に、物権法で確立している公私財産の一体化保護原則は憲法における区別保護規定に違反している。第二に、物権法草案には「憲法に基づき、本法を制定する」と明確に書かれておらず、合憲性基礎が欠如している。第三に、物権法は民法の重要な構成部分として、主に平等の主体間の権利義務関係を調整するが、そこに徴収徴用条項を規定するのは、その正当性根拠に欠ける。

1 公私財産の平等保護違憲論

この見解の内容は以下のようなものである。我が国は社会主義国家で、公有制経済が我が国の経済における経済的基礎をなし、公有財産は国家財産体系の中では優先的地位にあるため、公私財産の保護問題において、我が国の憲法は公共財産を優先して保護する立場を鮮明にとっている。しかるに、物権法草案が公私財産を平等に保護するというのは、我が国の憲法規定と合致せず、憲法の基本原則に違反している。この見解の主要な代表者は童之偉教授である。

童之偉教授は、憲法テキストにおける公有財産と私有財産に関する異なる規定の分析を通して、我が国の憲法における公私財産の保護原則は区別保護の原則をとっており、物権法草案の平等保護原則は憲法規定に違反しており、違憲であると指摘する。

すなわち、いわゆる区別保護とは、差別保護・優先保護とも呼ばれ、異なる主体の財産権の中での国有財産に与える特殊保護をさす。もし、憲法テキストの文義にしたがって憲法解釈をすれば、我が国の現行憲法は、異なった主体の財産権、とりわけ物権の保護に対して、差別的に保護していると解釈すべきで

あり、平等に保護していると理解すべきではない。何故なら、我が国の憲法は公有財産の地位に関していくつかの条文を設けており、第12条の「神聖不可侵」という言葉だけに反映されているわけではない。すなわち第6条では、公有制は「社会主義経済制度の基礎」とであると規定し、「公有制を主体とする」ことの堅持を要求している。第7条では、国有経済は「国民経済における主導的な力」であり、「国は国有経済が堅固となり、発展することを保障する」と規定している。第12条では、「社会主義の公共財産は神聖不可侵である。国は社会主義の公共財産を保護する。いかなる組織ないし個人も、いかなる手段によっても、国や集団の財産を不法占拠ないし破壊することを禁止する」と規定している。しかし、私有財産については、2004年の改憲前、いくつかの生活資料が憲法の保護を受けると規定したのみで、2004年に採択された憲法修正案は、ある程度、このような状況を変え、「公民の合法的私有財産は侵されない」、「国は法律の規定に基づき、公民の私有財産権および相続権を保護する」と規定したに止まる。

憲法規定中の公私財産保護に関する条文について、童之偉教授は、これらの条文の文言上の区別に着目する。すなわち、(1) 公有財産は神聖不可侵であるのに対し、私有財産は保護を受けるが、神聖不可侵ではない。(2) 公有財産の前におかれる「社会主義」という修飾語は、憲法がこの種の財産の地位・命運と社会主義の地位・命運を結びつけていることを表しており、さらに「依法」(法に依る)の二文字がないことは、公有財産への保護は無条件であることを表している。私有財産には、このような憲法的位置づけと現実的位置づけはないため、もちろんこのような憲法の待遇を受けることはない。また、私有財産は、論理的に、合法か非合法かの区分をされるので、条件付き保護であることがわかる。(3) 国は、「国有経済が堅固となり、発展することを保障」し、国有財産の保值・増値に対して特別な義務を負っているが、その他の主体の財産については、このような義務がない。

以上のことから判断して、童之偉教授は、我が国の憲法における公私財産の保護においては、区別保護が原則であり、物権法草案において確立された平等の保護原則は、明らかに憲法の規定に違反していると考える⁽¹⁰⁾。

(10) 童之偉『『物権法草案』該如何通過憲法之門』『法学』2006年3期。

2 「憲法に基づく」との文言がないとの違憲論

公私財産の平等保護が違憲の疑いがあるほかに、物権法草案の中で、もっとも批判を受けたのは、草案の中に「憲法に基づき、本法を制定する」という規定がないことであった。なぜなら、現代の憲政理念において、憲法は国家の根本大法であり、一国の法律体系の中で、最高の地位にある。いかなる法律であれ、憲法の規定に違反することは許されず、その合法性が必ず憲法によって根拠づけられならず、憲法から自身の合法性の根拠を得なければならない。したがって、憲法意識・観念が普及している国家においては、法律が憲法に基づいてその自身の合法性根拠を得ることは、すでに基本的な常識となっている。このような常識に基づいているからこそ、少なからぬ学者は、物権法草案の中でその憲法根拠の問題について規定していないことに対して理解ができなかったのである。

物権法草案にその憲法根拠に関する規定を設ける必要があったか否かについて、筆者は次のように考えている。民法学者が、物権法草案の中でその憲法根拠の問題について規定しなかったのは、おそらくそれなりの理由があると考ええる。1986年に制定された「民法通則」第1条の立法目的に関する規定は、「憲法と我が国の実際の状況に基づき、民事活動の実践経験を総括し、本法を制定する」と規定しているが、「物権法」草案第1条は、「物の帰属を明確にし、權利人の物権を保護し、物の効用を十分に発揮して、社会主義市場経済の秩序、および国の基本経済制度を維持するために、本法を制定する」と規定している。上述の理論分析によれば、法律条文に「憲法に基づく」という文言が書いてあろうがなかろうが、実質上必然的に法律そのものの合憲性基礎に影響を与えるわけではないが、憲法テキストと解釈学の視点からみると、検討に値する問題が残されている。物権法草案に「憲法に基づく」と書いていないことに対して、以下のいくつかの解釈がありえる。その一つは、基本法律としての物権法は当然、憲法に基づくのであるから、特別にその立法根拠を説明する必要はないという解釈である。その二は、立法上の粗忽であり、とくに立法根拠の記述問題について詳細に考えていなかったという解釈である。その三は、憲法と民法は異なる原理に基づいているため、私法としての物権法には「憲法に基づく」という規定を入れる必要がないとし、公法が私法に介入することによって生じうる争いを回避しようとしたという解釈である。そこからさらに、以下のような解釈が展開されうるだろう。すなわち、憲法は国家の根本法であるが、民法は、市民社会の「根本法」である。民法は、個人の自治を原則とし、私法

の規則を規定する法律であるため、公法の規則に基づく必要がない。憲法規定の内容はまさしく公法の規則であるため、「憲法に基づく」という規定を設けない方が民法の保持する「私法」の品格の要求を満たすことができるのである。

しかし、物権法の我が国の社会主義法体系における地位・性質・機能および社会的効果からみれば、「物権法」第 1 条に明確に「憲法に基づく」と書くことは必要である。その理由は、以下のとおりである。(1) 基本法律である以上、その立法目的において、明確に「憲法に基づく」と書くことがその法律の性質に適う。(2) 物権法の基本価値を全面的に表現するのに有利であり、全体の法体系の角度から物権法の性質を理解するのににも有利である。(3) 憲法秩序の角度から物権法の存在の社会的価値と機能を評価するのに有利である。物権法は私法であるが、憲法秩序の下にあるので、憲法制度、特に基本的経済制度の制約を受け、「物権法」草案第 1 条の「二つの擁護」の目的は、実際上、物権法がある「公法」の機能を負うべきであることを明確にしている。(4) 憲法の変遷と民法の発展との関係を揭示するのに有利である。「物権法」草案の制定の環境と基本条件からみて、憲法が確認する市場経済制度がなければ、憲法による私有財産権の位置づけに対する十分な肯定がなければ、憲法による国家の基本経済制度に対する確認がなければ、物権法の制定もその必要な社会的基礎を失うことになる。物権法は、憲法秩序の下で、憲法の規定する基本原則・基本権利を具体化したものである。しかし、「物権法」草案の制定過程において、憲法の角度からの分析と解釈が十分に行われておらず、必要な憲法思考と思惟が強調されていなかったため、設計の内容と理解の点でいくつかの誤解と混乱を招いてしまったのである⁽¹¹⁾。

3 収用・徴用条項の不当論

この見解は、次のように考える。法律の性質からみれば、物権法は私法の範疇に属し、平等な主体間の人身と財産関係を調整する。それに対し、収用・徴用問題は公法上の問題で、国家権力機関と公民私人の財産との関係をめぐる問題にかかわる。したがって、私法を根本の特徴とする法律において、公法上の問題を解決しようとするのは、明らかに不当である。例えば、ある学者は以下のように説く。公益収用・徴用制度に関する規定は、民法ではなく、行政法に

(11) 韓大元「由《物権法(草案)》の争論想到的若干憲法問題」『法学』2006年3期。

よって規定されなければならない。なぜなら、公益収用・徴用は、その本質からみれば、政府の行政権力の行使であるため、もし民法によってこれらの公権行為を調整するとなると、かならず民法自身の異化を招いてしまう。しかも、当該制度の重心は公権力の行使の抑制にある。だから、正当な手続に基づかなければ私人の合法的財産権は徴収されないという原則が規定されている。ここでいう手続とは、疑うまでもなく行政手続を指している。また、公益収用・徴用制度にはもう一つ重要な内容がある。それは、私人財産権への公共制限に対して、必ず公平な補償を与えることであり、いうまでもなく、この補償は行政補償に属する。したがって、公益収用・徴用とはなにか、どのように行われるのか、いかにして補償するのかなどについては、民法に属する物権法に規定するのは適切ではない。憲法に公益収用・徴用制度を規定するのが、各国憲法の通例である。さらに、中国憲法第13条も公益収用・徴用制度に対して、「国家は公共利益の必要性のために、法律の規定に基づき、公民の私有財産に対して収用ないし徴用をなし、併せて補償することができる」と規定していることに鑑みると、第一に、公益収用・徴用は典型的な行政権の行使行為であり、当然、行政法上の制度に属し、相応の行政手続法と行政補償法を通じて規定しなければならない。しかも、公益収用・徴用によって生じる紛争やその救済も、行政法の範疇において行政不服審査あるいは行政訴訟によってのみ解決することができ、私法手段では実現することができない。

第二に、憲法はすでに公益収用・徴用制度について規定しているので、物権法ないし民法の中で再び類似の規定、しかも実際の応用性のない規定を設けることは、現実的意義もないし、その他の国の民法典の立法状況からみても、このような先例を見いだすことは難しい。第三に、たとえ物権法において公益収用・徴用制度を規定しなければならないとしても、現在の国際上および現実生活の中で当該制度に既に生じた変化を直視する必要がある、上記の物権法の規定と知的財産権法・民法総則の間の関係をどのように把握するのか、また、管制収用つまり准収用をどのように位置づけるのか、さらには収用と徴用の問題を一括して規定すべきかどうかなどの問題をも適切に解決しなければならない。もし、こうした問題が解決されなければ、物権法草案において公益収用・徴用制度を規定する必要がない⁽¹²⁾。

このような見解に同意する学者は少なくない。たとえば、以下のような主張

(12) 劉勇「物権法草案第49条应当取消」『政治与法律』2006年4期。

もある。収用・徴用権は、確かに一種の私権を超越した独立の権力であるが、現代社会において、法律が確認ないし規定する収用・徴用制度の目的は、その権力の合理性を強調するためではなく、それが私人の財産権に対して与えられる剥奪と制限をいかにして制限するかにある。したがって、世界各国は憲法をもって徴収に対する確認を行うと同時に、多くの国は系統的な収用・徴用法を制定している。物権法規範と異質の性質を持つ収用制度を物権法に規定することは、我が国の収用徴用制度の混乱を引き起こすだけでなく、物権法の純潔性・科学性をも失うことになり、それと同時に、収用・徴用権に対する制限の必要性に関する人々の認識をも低下させる恐れがある。したがって系統的な収用徴用法をいちはやく制定すべきである」⁽¹³⁾と。

以上のように、物権法に収用徴用の条項をおくのは、確かに物権法の私法特性に相応しくないと思われる。

(二) 物権法合憲説の基本的な見解

1 実質合憲説

例えば、郝鉄川教授は、次のように述べる。物権法草案が違憲であるか否かについて判断する際、憲法条文の形式的規定のみによって判断してはならず、より深い憲法の価値など実質的精神によって判断すべきである。実質的要素から考察すれば、物権法草案は憲法の基本価値と基本原則に違反しておらず、実質上合憲である。

郝鉄川教授は、以上の見解をさらに次のように敷衍する。現代私法は憲法とその他のすべての法律の基礎である。確かに、憲法は一国の根本大法であるが、その基本原理は私法憲政の基本原理に基づいているとも言える。簡単にいえば、公権を適切に抑制して、私権の正確な行使を保障するのである。私法は、まず公権を適度に抑制する機能を有している。なぜなら、私法自治の原則は、自然人と法人の要求がない場合、公権力が私人の生活に介入しないことを明確に要求している。それと同時に、私法は、自然人と法人の私権の乱用をも防止する。誠実信用の原則、公序良俗の原則、公共利益の原則などは、いずれもこのために設けられている。したがって、現行の憲法条文からみれば、「物権法」草案は国有財産に対して特殊な保護を与えておらず、憲法に抵触するようにみえるかもしれない。しかし、実は、その根源は現行憲法の不備によるの

(13) 朱広新「物権法不宜規定徴収徴用制度」『雲南大学学报』2006年3期。

ではないか。言い換えれば、一つは、憲法が経済領域に対してかかわりすぎる必要があるのか否かの問題であり、もう一つは、憲法は私法の理念を参照する必要があるのか否かの問題である。もしこのような事実を無視して、憲法の形式への適合という「形式合憲」に拘るのであれば、「悪法も法なり」という立場になる恐れもある。郝鉄川教授はさらに次のように説く。物権法草案に平等の保護原則を定めたのは、国有資産に対して十分な保護を与えることに反対するというわけではない。しかし、このような保護は、単行法の制定などを通じて、産業政策や非競争領域への介入などの面において国有資産の発展を図ることができると思われる。もし、あくまでも「物権法」の中で国有資産に対して特殊な保護を与え、身分「主体」の平等という現代市場経済の基本的特徴を無視すると、中国は市場経済国家ではないと主張する人に口実を与えることになる。したがって、憲法の実質的要素から考えれば、物権法草案における公私財産への平等保護原則は、憲法に違反していないのである⁽¹⁴⁾。

2 民事領域合憲説

焦洪昌教授は、憲法テキストの分析を通して、三つの結論を導きだした。第一に、歴代憲法はいずれも公共財産の保護を高度に重視し、しかも、そのうち、二つの憲法は公共財産が「神聖不可侵」とであると明確に規定している。第二に、紆余曲折があったものの、歴代憲法は、すべて公民は一定の財産権を有することを承認しており、なお必要な保護を与えている。第三に、我が国の財産に対する憲法保護の基本的方法は分類による保護である。すなわち、財産を公共財産と私有財産に分ける方法である。

一般的にいえば、憲法上の平等保護は二つの意味を有する。すなわち、形式的平等と実質的平等である。前者は、ルール適用における平等を強調しており、言い換えれば、法律の面前での一律の平等である。後者は、ルールの制定における平等を主張しており、言い換えれば、同じケースには同じ対応、異なるケースには異なる対応ということである。財産の保護方式において、財産に対する憲法保護と法律保護は、性質の異なる、しかし緊密な繋がりを有する二種類の保護メカニズムである。憲法は国家の根本法であり、最高の法的効力を有するため、憲法による保護は、財産に対する保護の前提と基礎をなしている。法律保護は、財産に対するある一領域での保護であり、もし、当該領域に

(14) 郝鉄川『『物権法草案』違憲之我見』『法学』2006年8期。

において憲法の規定する差別対応の条件が存在するのであれば、異なる財産に対して差別対応をとる必要があるが、もし当該領域において憲法の定める差別対応の条件が存在しないのであれば、各種の異なる財産に対して平等な保護を与えるべきである。

焦洪昌教授は、以下のように主張する。

「物権法」草案が違憲か否かの論争の核心的な問題は、公共財産と私有財産を平等に保護すべきか否かという問題である。性質上からいえば、物権法は私法に属し、我が国の法体系の中では民法に属している。物権法は、平等な主体間の財産法関係を調整し、民事領域において適用され、この領域においては、公共利益の問題は存在せず、公共財産と私有財産に対する差別対応の条件は存在しない。したがって、「物権法」草案における公有財産（国家と集団の財産を含む）と私有財産の平等保護の原則は、我が国の憲法における公共財産と私有財産に対する差別対応とは、実質的に異なっている。このような区別の根拠は、以下の点にある。すなわち、憲法は、人の実質的平等に着目し、自由と公平の価値衡量を行い、公有制を主体とする多様な所有制の共存の制度形式を設定しているため、公共財産と私有財産を区別して保護している。物権法は、流通領域の財産問題を調整するため、国家、集団ないし個人の財産は、流通領域において、いずれも特権を有さず、物権法の平等な配慮を受けなければならない。要するに、憲法が公共財産を保護するのは、公共の法益のためであり、制度上、人の自由と平等を実現するためである。憲法が私有財産を保護するのは、人間の尊厳と価値を実現するためであり、公民が政府からの違法な財産侵害に対して、防衛ないし抵抗できるようにするためである。物権法が財産権を保護するのは、公平、公正な市場経済秩序を維持し、財産権を明確にし、流通を順調にし、恒産と恒心への願望が法律上の事実となるようにするためである⁽¹⁵⁾。

このように、適用領域を民事領域と公共領域に区分することにより、焦洪昌教授は、「物権法」草案は違憲ではないと結論づけた。

3 正当な用途合憲説

張千帆教授は、憲法の用途には「誤用」と「正当な用途」の二種類があり、一部の学者が物権法違憲説を口実に物権法に対して過度に批判をするのは、憲

(15) 焦洪昌「物権法的合憲性分析」『法学』2006年3期。

法に対する「誤用」であると指摘し、次のように述べる。憲法の「正当な用途」からみれば、物権法は違憲であるといえない。むしろ、物権法草案は「正当な用途」上からは違憲ではないと言っても、物権法は違憲の可能性がないとは言えない。事実上、物権法も違憲の可能性はあるが、それが違憲であるのは、「違憲論」が指摘するような「政治方向」ではなく、法律上実施可能な具体的な権利条項である。つまり、憲法は政治スローガンではなく、中国の経済発展を制約する障碍でもない。憲法の規定する制度枠組の下では、立法機関が社会現実のニーズに合致する法律を自由に制定することが認められている。憲法は、ただ法律が人類社会の発展によって共同に承認された理性に適合することを要求する。これらの理性的原則の目的は、一部の人が堅持する不変不易のドグマを維持するためではなく、法律上の操作可能な方式をもって最大多数のもっとも根本的な利益を保護することにあり、これこそ中国社会に対する憲法のもっとも根本的な用途である。

張千帆教授は、改革開放以来、中国社会は大きく進歩したが、同時に、多くの問題をも露呈してきていると指摘し、次のように説く。我が国の法治状況は、人々の満足からは未だほど遠い。官吏の汚職腐敗現象は甚だしく、社会分配において貧富の格差と二極化の傾向が現れている。しかし、これらの現象に対して、その不満を物権法草案に向けてしまうのではなく、現実的且つ理性的に中国社会の直面している問題を認識する必要がある、その問題の根本的な原因を見つけ出すべきである。張千帆教授は、とりわけ「違憲論」者の物権法に対する教条主義的な指摘に対して賛成できず、また、憲法に名をかりて、これを政治上の問題として大げさに取り上げる「文化大革命」式の作法は認められないと言明し、これらのやり方は明らかに憲法の誤用であると指摘する。もちろん、これは、物権法に対していかなる提案と意見をも提出することができないという意味ではない。私たちは、物権法草案がその固有の範囲内で制度設計を完全にするよう求めることができ、国有・団体・私人の財産を更に適切に保護し、徴収された農民や都市の住民に公正な補償をなすことをよりいっそう有効に保障し、憲法の平等原則を正確に体現するように要求することができる。これこそが、憲法の正当な用途である⁽¹⁶⁾。

(16) 張千帆「憲法的用途与誤用」『法学』2006年3期。

4 評 価

筆者は、物権法草案における平等保護の原則が違憲であるか否かについて判断する際、単純に憲法の表面的条文から考察を行ってはならず、憲法の実質的変遷状況ならびにその背後にある精神に基づいて総合的に考察しなければならないと思っている。具体的に言うと、ある法律が憲法に抵触するか否かについて分析する際、主に次の三つの要素、すなわち、法律の内容が憲法の明文規定の内容と一致しているか否か、法律の内容が憲法の基本原則に抵触しているか否か、法律の内容が憲法の精神に抵触しているか否か、に基いて判断しなければならない。

憲法と「物権法」草案の関係については、その原理と条文の規定において合致しないところもあるが、基本的規定とその価値傾向からみれば、「物権法」草案は人権保障の基本原則と要求を体現し、我が国の憲法が保護する財産権の具体化であり、公民が憲法によって与えられている財産権を具体的に享有するうえで有利である。内容の不完全な部分、例えば条文間の矛盾、条文と憲法の間の合理的整合性などの問題は、審議の過程、表決手続と実施過程の中で合理的解決をえることができる⁽¹⁷⁾。

これに対して、全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会民法室主任の姚紅女史は政府側の見解について、次のように説明した。物権法の平等保護の原則が違憲か否かについて判断する際、憲法中の市場経済に関する条項にまず着目し、市場経済の基本的精神に基づいて判断すべきであり、単純にある一つの単独の条文に頼るべきではない。憲法は、国家が社会主義市場経済を実行することを規定し、物権法が規定している平等保護は市場経済の特徴によって決定づけられるのである。市場経済は、市場の主体が同一の権利を享有し、同様の規則を守り、同等の責任を担うことを要求している。もし、市場の主体が不平等な立場にあれば、我が国の市場経済は成り立たない。したがって、平等の保護原則の実行は、我が国の平等な競争と優勝劣敗の市場環境の構築と改善に不可欠である。また、平等の保護原則を実行してこそ、我が国の基本的経済制度の堅持も可能となる。

姚紅女史は、さらに次のように説く。憲法は、国有経済が主導、公有経済が主体、非公有経済が市場経済の重要な構成部分であると規定しており、これらの異なる主体は、国民経済の中での作用と地位を異にしている。国のマクロ経

(17) 韓大元「由《物権法（草案）》の争論想到的若干憲法問題」『法学』2006年3期。

済政策の下で、公共資源の配置、市場への進入条件などの面において、所有制の違いが経済的役割の違いに対応しており、国家の安全と国民経済の命脈に関わる重要な業種と重点領域において、国有経済のコントロール力を確保しなければならない。これは経済の一つの側面であり、この側面は主に経済法、刑法、行政法を通して調整を行っており、これと物権法の平等保護の原則とは、矛盾するわけではない。したがって、憲法精神と市場経済の精神からみれば、物権法で規定する平等保護の条項は、形式の点で憲法のある条項と合わないところがあったとしても、実質的精神からみると、憲法の規定に違反しているわけではなく、違憲の問題は存在しない⁽¹⁸⁾

四 憲法と民法の関係についてのさまざまな学説

以上は、直接的には物権法合憲違憲をめぐる論争であったが、この論争の背後には、憲法と民法の関係をめぐる論争が横たわっていた。現在の学術的観点からいえば、憲法と民法の関係をめぐって三種類の学説が存在している。それは以下のとおりである。

（一）民法優位説。

民法優位説は、一部の民法学者が憲法と民法の関係をめぐって採用する説で、この説によれば、憲法とその他の法の比較についていえば、市民の権利保障、法治社会建設の面において、民法は優越的地位に立つべきであるとする。この種の見解は、“私法優位説”の主張として現れる。

私法優位説の著名な代表的論者は梁慧星教授である。梁教授の主張は以下のとおりである。公法と私法の関係において、私法は公法に優越する地位に立つ。伝統的に民法は私法を代表し、しかるに憲法は公法の典型であって、したがって憲法と民法の関係をめぐる問題では、民法はおのずから憲法に優位する地位にある。

梁教授の私法優位主義の論断は、公法優位主義に対する批判から始まる。中国は建国後一貫して計画経済体制を実行し、その際立った特徴は、国家権力が社会生活の領域において根本的、決定的役割を果たしたことにある。上は国家

(18) 「人大常委会委員認為物権法符合憲法規定」<http://news.sina.com.cn/c/2006-12-29/174311917636.shtml>

の経済政策の策定から、下は一般人民の衣食住のレベルに至るまで、すべて国家権力が差配した。こうした状況が、我々の経済生活領域において、国家権力が我々の日常生活を決定づける主導的要素となることをもたらし、国家権力が恣意的にどんな生活領域にも立ち入ることを可能とした。まさに、国家権力の社会生活の中での決定的主導的地位が、国家権力に対する拝跪の観念を民衆の心の中に植えつけることとなった。国家権力のこうした強大さは、必然的に市民の権利の弱体化地位をもたらした。国家権力と市民の関係において、国家権力は市民の権利に優越し、市民の権利は国家権力に隷属した。こうした奇形な国家権力と市民の権利関係が我々の側での長期にわたる市民の権利意識の不振と法治意識の弱さをもたらした。したがって、こうした考えにもとづき、梁氏は、伝統的な公法優位主義に対して批判を加えたのである。彼の批判は、以下のようなものである。

公法優位主義は以下のように考える。公法は私法より優越的地位にある。一切の社会生活領域と社会関係は、公法と公権力の作用範囲下にあり、その中で、ある社会関係について、一定の範囲を取り出して、当事者に授權して処理させているにすぎず、国家はいつでも留保した権限を撤回できる。

公法優位主義が主張する、国家権力が一切をとりしきるという現象、及びこれによってもたらされる弊害に対して、梁教授は、私法優位主義の種々の点を列挙する。すなわち、私法優位主義は以上とはまったく逆に、私法を公法より優越的地位におく。公法を設定する目的は、人民の私権を保障することにある。人民の私権は神聖で、重大な正当事由がない限り、いかなる制限も剝奪も受けない。厳格に公法と私法を区別し、且つ異なる法原則を実行しなければならない。私法の活動領域においては、私法自治原則あるいは意思自治原則が実行されなければならない、法的地位の平等な当事者が自由な協議を通じて彼らの間の権利義務関係を決定するようにしなければならない。国家は原則的にそこには関与せず、もっぱら紛争が発生して協議による解決ができないときにのみ司法機関が裁決を下す……。とりわけ経済生活については、国家は決して広汎に干与する職権を有しておらず、公正で自由な競争秩序を維持するうえで必要な限度でのみ干与できるにすぎず、市場参加者の自由な意思と市場経済の客観的法則によって作用を発揮させるべきである。文学、芸術、科学、学術については、十分な自由を実行する。

公法優位主義と私法優位主義の比較を通じて、我々は、私法優位主義のほうが公法優位主義よりも、我々の社会主義的法治建設と経済建設に有利であり、

したがってその結論はおのずから「公法優位主義を私法優位主義に転換させなければならない」ということになる。

（二） 憲法・民法同位説

憲法・民法同位説は、大多数の民法学者が憲法と民法の関係を処理するうえで採用している説である。この説は以下のように考える。憲法と民法はそれぞれ自己の調整領域を有していて、それぞれの効能と限界を有している。したがって、各自の調整範囲内では、両者はおおむね並列の関係に立つ。その主要な説として「民法基本法説」「民法根本法説」「民法権利法説」などの説がある。

1 民法基本法説

民法基本法説は、著名な民法学者王利明教授が主張する最も有力な説である。彼は以下のように考える。民法は単に市場経済の基本法にとどまらず、市民社会の基本法でもある。

具体的には次のとおりである。

第一、民法は市場経済の基本法である。王教授は以下のように考える。

民法の沿革からみて、民法は一貫して商品経済あるいは市場経済の発展と緊密な関係にあった。……民法は市場経済の基本法であり、このことは市場経済の構築と完備にとって民法の支持が不可欠であることを意味している。同時に、民法制度もまた市場経済の内在的要求にもとづいて構築されなければならない。市場経済の運動法則に合致しなければならない。もし我々が、わが国の経済に対して、平等等価と自由競争からなる市場を通じて生産要素が自由に流通し、結合するようになることを確保しようとすれば、意思自治、誠実信用、取引奨励、公平正義などの基本的な価値理念を貫徹させなければならない。できるかぎり経済生活に対する国家の干与を減じ、民事主体の権利保障を強化しなければならない。したがって、市場経済の成熟は、その大部分、民商事ルールの成熟をメルクマールとすることができる。

このように、市場経済についていえば、民法は単にルールの意味での保障作用を有するだけでなく、さらに重要なことは、市場経済の内在的な経済法則を体现しているということである。換言すれば、民法は市場経済の外部的な法規則ではなく、市場経済自身に内在する重要な構成部分をなす。したがって、この意味で、市場経済は本質的に一種の法治経済である。その中で市場経済主体の権利保障に最も有利な法が民法なのである。

第二、民法は市民社会の基本法である。王教授は、以下のように考える。

市民社会とは近代化に向かう西欧（社会）の変遷にともなって出現する“国家と分離した社会の自治組織状態”のことを指す。市民社会が政治国家と分離する中で、民法は市民社会の基本法として成立、発展してくる。近代社会の各社会構成員は、市民社会の成員でもあり、また国家の公民でもある。そのうち市民社会の成員の身分をもって他人と各種の民事関係を取り結ぶためには必然的に民法上の保護が必要となる。まさにこの意味において、民法は市民社会の権利の章典であり、市民社会の民事権利の保護神である。市民社会の関係は、民法の調整を通じて市民社会の正常な秩序を実現することができる⁽¹⁹⁾。

このように、市場経済領域と市民社会領域の考察を通じて、王利明教授は民法の市場経済に対する前提的役割を指摘する。また、同時に、市場経済領域と市民社会領域が人類の社会生活の基本領域をなすことによって、民法が市民社会にとって根本的役割を果たすことを指摘する。したがって、市場経済領域と市民社会領域を支える民法はまた基本法の角度から詳細に見ていかねばならない。そうでなければ、市場経済領域と市民社会の領域を体現する民法の重要な役割を体現できなくなる。市場経済領域と市民社会領域がいずれも人類の社会領域の基本的な構成部分をなす以上、民法は当然市場領域での基本法、市民社会領域の基本法である。したがって、民法の地位から見ても、民法は当然人類社会の重要な基本法をなす。

2 民法根本法説

民法根本法説は、民法学者徐国棟教授によって代表される説である。徐教授は以下のように考える。憲法の根本法地位と比べて、民法も根本法である。ただ、民法は市民社会の根本法であって、憲法は政治国家領域での根本法である。この種の「民法はすなわち市民社会の根本法」との論断は、王利明教授の「民法は市民社会の基本である」との主張と親和性があり、ともに民法学者の民法の地位についての肯定を表現するものである。王教授と異なるのは、徐教授の論断は、語義学から出発した考証であるという点である。徐教授は、その該博なラテン語の能力を借りて、ローマ法の研究を通じて、現行の民法なる用語が実際には誤訳であって、正確には“Civil Law”は“市民法”と訳さなければならないとする。我々が現在説く市民法は、決してローマ史上の市民法で

(19) 王利明「我国民法的基本性質探討」浙江社会科学2004年1期。

はなく、私法の総和である。市民法の存在根拠及びその沿革を考慮し、また市民法が“民法”として去勢されるという種々の不利な結果を考慮し、徐教授は、民法の名称を正し、民法を市民法として復元するように提案する。

この種の名称変更の意義は主に以下の面に体现される。第一、民法を市民法と改名することは、民法中の人が市民であって、公民ではないということを明確に示すことになる。市民はすなわち私人であり、したがって、民法は当然私法となる。第二、民法を市民法と改名することをもって、それは市民社会の法の意味であることが明確となり、市民法と市民社会が、公法、政治国家と対立して存在する意味が明確なものとなる。これは、我々が民法の調整対象を正確に理解するうえで一助となる。第三、民法を市民法を改名すれば、その指称されるものの地位にも変化が生ずる。民法の調整する市民社会は、社会全体の半分（他の半分は政治国家）を占め、したがって、民法は憲法とあい並んで存在し、他の部門法より高位に位置して、根本法の一つとなる。

公法との違いは、以下の点にある。

市民法の精神は、自由主義であり、これは政治国家に対する制約をなす。したがって、抽象的面からいえば、市民法の調整対象は、まず市民の権利と国家の権力の間の関係ということになる。次は市民相互の関係である。具体的面からいえば、市民法の調整対象は、平等主体間の財産関係と人身関係ということになる。

つまり、市民社会の根本法として、民法は単に伝統的民法学の言うところの“平等主体間の財産関係と人身関係”を調整するだけでなく、公法と関連する市民の権利と国家権力の間の関係をも、民法は調整しなければならず、且つその主要な調整対象となる。このように見てくると、民法の調整領域は非常に拡大され、この意味において、民法は、平等主体間の財産関係と人身関係を調整する単なる技術的ルールではなく、市民社会の根本的制度構築にかかわる根本的法ということになる。したがって、調整領域とその地位からして、憲法は政治国家領域中の根本法、民法は市民社会領域中の根本法ということになる。両者は車の両輪であって、その地位において同属根本法の列に位置する⁽²⁰⁾。

3 民法権利法説

民法権利法説は、民法学者が共通に有する基本的観点であり、民法学者の通

(20) 徐国棟「市民社会与市民法」『法学研究』1994年4期。

説といってよい。民法学者からすると、民法の核心は権利であり、民法は権利保護を根本的な目的とし、それを一言でいえば、“民法とは権利の法である”ということになる。民法は権利の法であるとするその背景には、公法すなわち権力の法あるいは憲法は権力の法に対して使われることがあり、換言すれば、民法学者が民法権利法説の論断を提起するのは、主に民法が公法あるいは憲法に優越する所在を証明せんとする点にある。ここでは、“民法はすなわち権利の法”との基本的な見解を重点的に紹介してみたい。

王利明教授は以下のように述べる。

現代の法治の精神とは、権利に対する合理的確認と権利の十分なる保障にある。しかるに権利の保護と確認は、必ず民法の効能が十分発揮されなければならない。法とは、客観的権利のことであり、権利とは主観的法のことである。民法の最も基本的な役割は、民事権利の確認と保護であり、これこそ民法が具有する権利法としての特色をなす。

“民法は権利の法”であることを論証した後、王教授はさらにこの命題の理論的意義と現実的意義を次のように提起する。

民法が権利の法であることを明確にすることは、単に民法の性質と効能を明確にする一助となるだけでなく、我々の当面の民事立法において、民事権利を中心として私法体系を構築するとの思想を貫徹し、我が国の民法典が現代の権利宣言、権利の章典となり、わが国の社会主義的市民社会の発展と史上経済の完備のために制度的支えを提供する助けとなる。同時に、権利法の構築を通じて、民法の実現の一助ともなり、市民が権利のために闘争するのを奨励し、公共権力を有効に制約し、市民社会と政治国家の良性なる相互作用を促進し、各種の権利の確認を通じて新しいタイプの人と人との関係及び社会秩序を形成するうえでの一助ともなる。

まさに、“民法とは権利の法”との考えにもとづき、王教授は、わが国の民事立法活動の中で常に権利の保護を立法的配慮の第一位に置くのである。すなわち重要ではあるが、しかし明確な法の保護を受けていない権利を法の中に書き入れようと試みる。例えば、当面の民法典立法建議において、王教授は、旗幟鮮明に「人格権」を独立した編となすべきことを主張する。また、彼は物権法の立法工作を完成させた後、権利侵害行為法の起草工作に着手した。王教授の思想によれば、「民法は本質的に権利の法であり、民法各則の民事権利の体系にもとづいて構築される」ことになる。したがって、我々の民法典においては、当面の権利の法を完備し、権利に必要且つ有効な法的救済を提供する必要

がある。これこそが、権利法としての民法の本質を十分に体现させるものである。

（三） 憲法優位説

民法学者の民法の優位的地位の主張と比べて、一部の公法学者及び法理学者は、国家の法体系の全体的枠組みから出発して、法体系における公法の重要地位を論証しようとしてきた。すなわち、憲法と民法の地位及び相互関係から見て、憲法は一国の法体系において優越的地位を占め、憲法の法的地位は民法より高いと考えてきた。こうした、民法に対して憲法が優越するとの主張は、主に、「公法優位説」「憲法根本説」に体现されている。

1 公法優位説

公法優位説の最も主要な論者は、著名な法理学者謝揮教授である。謝教授の公法優位説は主に“私法優位説”や“民法権利法説”に向けて提起されたものである。まず、謝教授は、民法学者が提唱する“私法優位主義”に対して批判を加える。彼の考えは以下のとおりである。法は社会関係の調節器であり、公法と私法の区別は、その調節する社会関係の違いを基準としなければならない。この意味において、公法は非同権関係にある“管理と被管理”あるいは“支配と被支配”の調整を特徴とする社会関係についての法である。他方、私法は同権を調整するところの、相互協力の特徴とする社会関係についての法である。公法と私法の区別は主に以下の点に見られる。

第一、その調整の社会関係のレベルから見て、公法は社会関係のマクロ的レベルに、そして私法は社会関係のミクロ的レベルに重点を置く。したがって、公法上の行為は、社会全体に対して指導性を有し、私法上の行為はもっぱら当事者の間での指導性を有する。第二、その調整の方式から見て、私法は実施時の主体の自覚的保障に重きを置き、公法は実施時期の国家の強制的保障に重きを置く。蓋し、私法が調整するのは同権関係で、公法が調整するのは非同権関係だからである。非同権関係に対しては、国家の強制力を設定して秩序の安定をはからなければならない。第三、価値志向において、私法は社会の自由の実現に重きを置き、公法は社会秩序の実現に重きを置く。私法の自覚的操作の特徴が、主体に対して私法を運用するときに法の自由の価値を体験させ、他方、公法の、操作における強制的重視は、人々をして容易に法の秩序に対する価値を体感させる。第四、両者の作用範囲から見て、私法は直接経済的土台の領域

に作用し、公法は上部構造の領域に作用する。その中には、公法の私法に対する上部構造の作用が含まれる。公法と私法の社会関係の調節に対する特徴から見てとることができるのは、私法は人類の関係の中の民事関係を調整し、公法は人類関係の政治関係を調整する。市場経済の構築から見て、「市場経済の法文化は単に私法を必要とするだけでなく、公法をも必要とする。さらに、ある意味において、公法は市場経済の条件のもとで、私法に比べてより一層重要な意義を有する。このことはすでに当代の世界各国の実践の証明するところである」。したがって、市場経済の条件のもと、どんなに私法の自治とか私権の神聖が市場経済体制構築の法的礎石をなしようとも、そして民法が市場経済構築の過程において重要な作用を発揮するとしても、民法のこうした突出した作用は、公法、とりわけ憲法が市場経済体制構築過程で果たす重要な作用をおおいかくすし、低めることはできない。市場経済体制の完備をはかり、市場経済の法体系の完備をはかるうえで、公法は私法以上に重要な枠組構築の意義を有する。こうした判断にもとづき、謝教授は「公法は私法に優越する」との有名な論断を下される。

次に、民法学者が主張する「公法は権力の法であり、私法は権利の法である」との論断に対して、謝教授は以下のような疑問を提起する。彼は、私法の権利保障に対して、公法の権利保障のほうがより重要であると考え。その理由は以下のとおりである。(1) 市場経済の形態が自然経済形態にとって代わって以来、いわゆる公法は、政治法(憲法)であれ管理法(行政法)であれ、その主要な効能は権力を制限することにあり、権力を拡張することにあるわけではない。事実の証明するところでは、公法上の権力制限がなければ、私法上の権利も保障され得ないし、それなしには私法は虚名に堕してしまう。(2) 公法は単に権力内容を記載するだけでなく、権利をも記載する。憲法は市民に権利を付与し、行政法、訴訟法、刑法など、市民の権利に対するよりいっそうの具体化は、公法の権利の属性をよく示すものである。私法上の権利と比べて、公法上の権利には根本的特徴が具わっている。何故なら市民がこれらの権利を取得しなければ、私法上の具体的権利は実効性をなくしてしまうからである。その及ぶ範囲、価値志向、その所在する位置いずれにおいても、公法上の権利は私法上の権利より重要であり、このことが公法の私法に対する優位性を表明している。(3) 現代の公法は、権力制限の機能のほかに、いかなる国家も管理の機能を有している。権力制限の機能を強調する英米法系の国家であっても、公法の管理機能を排除するものでない。もし公法の管理がなければ、政

府の行為は混乱し、社会秩序の不安定化は避けられず、ひいては私法の価値も十分には発揮されないであろう。このことは公法の私法に対する優位をより一層表明するものである。したがって、私法と比べて公法の裁定する権利のほうがより根本的な主体の権利である。公法は非常に多くの義務を規定するが、これらの義務は主体についていえば、権利保障のメカニズムである。したがって、公法の義務性をもって私法の優位を強調し、権利本位に対する私法の優先を強調する論は成り立たない。市場経済はもとより発達した私法文化を必要とし、私法文化の涵養は、広く深い公法文化の基礎、前提であるが、いったんこの基礎のうえに、公法文化が形成されると、公法はこの基礎——私法に対して明白な優位性を有する。

「公法は権力の法であり、容易に義務本位をもたらし、私法は権利法であり、権利本位を形成する」との論断の批判をもとにして、公法と私法の関係において、謝教授は「私法基礎、公法優位」の判断を下すに至った。いわゆる私法的基础とは「市場経済の条件のもと、公・私法成長の論理的順序にもとづき、私法が先、公法は後にあり、私法の成長及び私法文化の普遍化は公法及び公法文化成長の前提をなす」ということであり、いわゆる公法優位とは、「公・私法形成の後、公法は一方で私法の不断の完備と実現を確保し、他方、私法精神に対するより高いレベルでの創造をなす」。謝教授の最終的結論は以下のとおりである。

市場経済の条件のもと、私法は公法に対して基礎的性質を具え、公法は私法に対して優位性を有する。中国現代化の法的規範は、必ず私法基礎、公法優位原則をもって展開されなければならない。

2 憲法根本法説

多くの憲法学者は、国家と社会の中で、憲法は国家の根本法であり、憲法の調整範囲を国家領域に限定することはできないと説く。例えば童之偉教授は、以下のように考える。憲法と民法の関係についての問題では、憲法の根本法としての地位を否定する民法根本説が近年流布している。一国の法体系において、民法は確かにその特殊な重要性を有する。一種の法学説としての民法根本説が反映するものは、憲法と民法の真実の関係の倒影であり、その形成は認識上二つの誤解に由来する。現実性についていえば、民法根本説は、その使命と地位の面において、民法にとっても負うことのできない重さを付与し、また法治の秩序を転覆させるものである。民法至上論は歴史的根拠もなければ現実的根

拠もなく、法生活の常識に反する臆断である。民法と憲法の対等〔平起平坐〕論は、ルネッサンス以来の社会発展の基本的方向と法治の精神に反するものである。公法と私法を両極化して区分するこうした見解は、法の間の形式面での差別を、性質を異にするものとして誇大化し、空想と虚構にもとづいて公法私法を区分するものであり、私法自治を過度に解釈し、それを民法と憲法切り離しの理由とするものであって、これらは法生活の実際と法治秩序構築の要求からかけ離れた論である。中国は民法根本説がすでに与えてきた、そして将来も与えるであろう悪しき影響を断ち切り、憲法根本説を真面目に信じ、堅持し、法学の学術的進歩を促進するうえで重要な努力を払わなければならない⁽²¹⁾。

五 なお論争継続中の憲法と民法の関係

2007年3月に「物権法」は審議採択されたものの、憲法と民法の関係に関する議論は終わっておらず、それどころか、本格的な学術論争は未だ始まってすらいなとも言える。それゆえ、将来の学術討論において、以下のいくつかの点を明確にしておく必要があると思われる。

第一に、このような学術論争は、中国の法治発展と法学研究において現れた正常な現象であるため、一方では、学術問題の政治化傾向を忌避し、粛々と学術論争を行い、議論する問題を学術規範と学術談義の範囲内におさめるべきであり、他方では、学術討論の倫理に従い、客観的科学精神を堅持し、このような学術論争が異なる領域の学者間の「縄張り争い」にならないよう注意しなければならない。

第二に、これからの憲法と民法との関係を巡る論争においては、諸外国の法学理論との比較・参考をさらに進める必要があるが、現在、この点が比較的欠けている。

第三に、現在の論争を引き続きより深くより詳細に行なうと同時に、論争における思考方式とアプローチをあらためて検討し、より広い視野と理性的な視点から憲法と民法の関係問題を認識しなければならない。

詳論すれば、以下のとおりである。

(21) 童之偉「憲法民法関係之実相与幻影」『中国法学』2006年6期。

（一） 学術論争と憲政の寛容精神

物権法の制定過程において現れた異なる学術主張は正常なことであるが、今回の論争において、一部の学者はこの問題を改革開放政策に対する評価の問題にまで引き上げ、一般的な学術論争を超えたような印象を与えてしまった。憲法を研究する者として、筆者は、民法の専門領域にかかわる問題論争についてコメントするつもりはない。筆者は学科間の学術対話を主張しており、問題意識を中心とする学科共同体の確立を提唱しているが、それと同時に、各専門分野の特徴と学術発展のロジックをも把握しなければならず、専門分野間の分担作業のもとで他の学科知識の専門化という特徴への尊重も求められていると考える。しかし、物権法をめぐる生じた論争は、憲法の基本的問題にも直接にかかわっており、きわめて重要な憲法学の問題を提起しているため、憲法学者からも注目を浴びている。したがって、中国社会の転換期に現れた重大な法律問題に対して、法学界における共同研究・検討は必要であると思われる。この意味において、我々は、問題意識を中心とする研究方法を強調すべきであり、その意味からすると、ある程度において異なる専門分野の垣根を取り払い、学際的共同研究を提唱しなければならない。「法学研究は、果敢に自分の限られた畑から外に踏み出し、憲法の発展への理解と配慮を試み、社会に現れた憲法課題を直視しなければならない」⁽²²⁾。何故なら、ある一つの問題、例えば人権問題は、ただの憲法問題だけではなく、法学界全体において共通に研究すべき理論課題でもあると言えるからである。だからと言って、異なる学科間の学術対話と交流を強調することによって、各学科の専門性が損なわれるわけではない。ここ数年、中国憲法学界の学者の中には、学術研究を通して、このような学術共同体の必要性を認識している者が増えつつある。

しかし、憲法学の立場からみると、民法学界が提起した一部の基本的命題には、検討の余地が残されている。両学科は、学科理念と社会効能の理解において、比較的大きな認識の差異はあるが、如何にして憲法理念を民法体系の中に反映させ、民法を憲法に近づけ、憲法の理念を体现させるかの問題は、学者達が共通に思っている問題である。最近、「不法行為法」（草案）の制定過程において、「同命不同価」（生命の価値に違いがある）を「同命同価」（生命の価値に違いはない）と改めたのは、ある程度、憲法価値を民法領域の中で体现させ

(22) 蘇永欽『憲法与社会』序言。

たことを表しており、民法の原理を修正したといえる。

物権法草案に関する討論は、同時に中国の法学界、とりわけ憲法学界に対して、重要な理論と実践課題を提起している。一般的に言えば、憲法と法律には厳格な境界があり、これによって憲法問題と法律問題の異なる構造とロジックが形成される。法律に対する憲法のコントロールは、主に法律の根拠と基礎を定めることを通して現れる。言い換えれば、あらゆる法律、法規、規範性公文書は憲法に抵触してはならないという事である。しかし、物権法草案に関する討論は、最初からもっとも核心的な問題に直面している。つまり、憲法の根拠があるか否か、物権法の基本原則は憲法の規定と一致する否かの問題である。この問題に関連するものとして、公有財産と私有財産を平等に保護することの正当性、憲法保護と民法保護の関係、憲法権利と民事権利の関係、物権に対する憲法制限と民法制限、国家財産の所有者と代表者の関係、立法機関の機能と民意の整合性、憲法の具体化と法律の自己コントロール能力、憲法と物権法の異なる社会的機能、などの基本的問題が挙げられている。ある法律が正式に採択される前に、その法律の合憲性問題について、このような先鋭的疑問を投げかける事は稀である。「合憲」と「違憲」を主張する学者はいずれも、憲法の条文を持ち出して論証し、最近、最も多く使われる言葉の一つは「憲法」という用語である。実際、日常生活の中で人々は憲法をそれほど重要視しておらず、憲法の話や、憲法に基づいて物事を処理する事に慣れていないが、憲法に関わる重大な社会問題が発生した時、学者達は、その論争の視角を憲法におき、憲法から自己の観点を支える根拠を見つけ出そうとする。この意味において、物権法草案に対する「違憲」質疑の提起は、学術的価値があり、少なくとも学界を非常に現実的な憲法問題に直面させ、憲法思惟になれていない学者達を真剣に憲法問題と向き合わせたのである。

学問の自由は、憲法によって保護される公民の基本権利である。法律の制定過程、実施過程において現れた問題に対して、公民はさまざまな建議、意見を提起する権利を有する。学界も学問の自由と憲政が追求する寛容精神に基づいて、各学者のさまざまな意見を提出する権利を尊重しなければならない。本来、我が国の法律生活の中で、一人の学者が法律案や重要な公共政策の問題に対して、異なった学術意見を提起する事は容易ではない。多くの場合、学界では「肯定」や「賛成」意見の表明に馴れており、異なる学術見解を主張するには勇気が必要となる。憲政の基本精神は寛容と平等であり、マイノリティの感情と利益に配慮をするものである。もっとも、学術問題においては、絶対的の真

理は存在しない。一つの学術問題に対して、学者は学術規範に基づく前提の下で、異なった意見を提出する権利を有する。特に、討論が憲法の学術問題に及ぶ時、我々はさらにこの事に注意しなければならない。合憲の主張であれ、違憲の主張であれ、いずれにしても、穏やかな雰囲気の中で議論を進め、論争の問題を学術規範と学術談義の範囲内におさめ、学術の問題を政治化することを忌避しなければならない。

（二）外国との比較および示唆

憲法と民法の関係をめぐる問題は、中国に限られた法学問題ではない。実際、類似の問題は他の国にも存在している。それゆえ、学説上の比較とそれに基づく示唆は必要である。人々が憲法と民法の関係について論ずる際、往々にして中国の法学発展の限界に帰結する。もしこのような結論が成立するのであれば、国外の学者による憲法と民法の関係に関する研究成果を参考、吸収する必要があることは明らかである。しかし、現在、このような比較法的研究はあまり多くない。アメリカの憲法と民法の関係を簡単に紹介しているいくつかの論文⁽²³⁾ 以外に、もっぱら外国の同じ問題を扱う論文や国外の同種の問題解決策を参考にして中国の憲法と民法問題の解決を図る論文は、ほとんどない。

フランスの民法学界では、憲法と民法の関係について、既に80年代から学界において集中的に議論されている。確かに、憲法学者と民法学者は繰り返し、民法の重要性を強調しているが、規範構造における憲法の最高効力についても一度も否認した事がない。例えば、権威のある『フランス民法総論』は、法の淵源を紹介するところで、もっぱら憲法効力の問題について論述しており、その中には、以下のような解釈が展開されている。「立法の淵源における段階構造は極めて重大な結果をもたらす。何故なら、原則的には下位の法律は永遠に上位の法律に従わなければならない、絶対に違反することができないからである。各種の法令は、全てこの段階構造に基づかなければならない……憲法は法律の淵源の段階構造において、さらに実体法淵源の段階構造において、その最高の位置に置かれている……憲法は国家機構の機能とその相互の関係を決定する。まさに憲法が議会と政府に法律規則を公布する権力を与えたのである」⁽²⁴⁾。

(23) 茅院生「美国民法与憲法的关系」『中央政治管理幹部学院学报』2001年第3期。

(24) Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux 著（陳鵬等訳）『法国民法総論』（法律

憲法のこのような最高効力性は、理論上からいえば、民法を含め、様々な分野において適用されることを求めているが、実際に、具体的にいえば、憲法の民事領域における適用は、その状況が複雑であるため、学説と実務において、様々な流派があり、簡単にまとめて説明することが難しい。1992年に、Louis Favoreu 教授の指導の下で『憲法典と私法』⁽²⁵⁾ という憲法と私法の関係を専門的に研究する著作が出版されたのである。

フランス以外にも、ドイツ、日本における憲法と民法の関係に関する論議は参考に値する。もちろん、今の中国の法学界にはこの問題に対する無関心があまりなく存在する事も認めざるを得ず、さらに深く研究していく必要がある。

(三) 思维方式とアプローチに関する再考

憲法と民法の関係をめぐる論争は、これから必ず継続されるべきであるが、これは決してお互いの「縄張り争い」の問題ではなく、微弱な憲法の強勢な「民法帝国主義」に対する微弱な抵抗でもない。憲法と民法の関係をめぐる問題は、中国の法治発展の基本方向と模式に関わる問題である。「依憲治国」は既に執政政党、民間、学界の共通認識になっており、そうした背景のもと、憲法權威の維持は今日、最も関心ある事柄である。同時に、我々は、憲法学が学術共同体の形成、社会価値の凝集、調和のとれた和諧社会の構築において發揮する役割にも注目しなければならない。前述したさまざまな見解と学派は、その相互論争において、更に深く、詳細に議論し、国外の法学理論との比較研究を進めていく必要がある。そして、現在の論争の道筋とアプローチを改めて再検討し、より広い視野とより理性的な視点から憲法と民法の関係問題を認識しなければならない。

実際、既にこのような思维方式とアプローチに関心を寄せて研究を行っている学者もいる。例えば、林来梵教授はこれらのさまざまな見解の背後にある思维方式进行整理して、それらを「泛憲法思维」「脱憲法思维」「超民法思维」「泛民法思维」⁽²⁶⁾ にまとめている。このように具体的な論争から脱却し、その背後

出版社、2004年）203—204頁。

(25) Marc Frangi, *Constitution et Droit Privé Les Droits Individuels et Les Droits Economiques*, Presses Universitaires D'Aix-en-Provence, Economica, 1992.

(26) 林来梵、朱玉霞「错位与暗合——试论我国当下有关宪法与民法关系的四种思维倾向」『浙江社会科学』2007年第1期。

にあるアプローチに着目して研究を行うことは、現在の論争に対して別の視点から示唆を与え、反省する意味において有意義である。そうでなければ、学術的論議が限られた範囲内においてしか展開されず、その結果、学術の進歩も図られにくく、社会の共通意識も形成されにくいだろう。