

## 論 説

中国物権法制定以降の不動産をめぐる諸論点  
——ルビコンのその先に——

長 友 昭

- I はじめに
- II 都市の土地・建物
  - 1 立ち退き条例「違憲」問題
  - 2 不動産取引契約における司法解釈・裁判事例の展開
  - 3 不動産仲介取引における指導性事例の展開
  - 4 小括——70年問題、二重譲渡、物権法司法解釈
- III 農村の土地・建物
  - 1 農地の流動化
  - 2 「三権分置」への改革
  - 3 農地への抵当権設定の合法性をめぐる改革
  - 4 小括——30年問題、宅地の流動化など
- IV むすび

## I はじめに

中国は社会主義を標榜する国家であり、今日でも生産手段の公有制を採っていて、土地は都市においては国有、農村においては集団所有となっている。これは、2007年に制定された物権法においても変わることのない原則として規定されている。この物権法という法律は、目下2020年の制定が予定されている民法典の前段階として、いくつかの法律（単行法と称さ

れる) が制定されている中でも、かなり特徴的な法律になっているといえる。例えば、小口彦太は、物権法の制定によって中国はルビコンを越えた<sup>(1)</sup>と評している。物権法は、その制定段階で違憲論争が起こるなど、確かに体制に関わりうるものが内在的にも指摘されているが、小口がルビコンを越えた<sup>(2)</sup>と述べる<sup>(1)</sup>ところの意味は「資本主義化」のことと解される。もっとも、「資本主義化」をどのように定義するかは、社会主義をどうとらえるのかの問題などともかかわり、非常に難しい問題であるといえる。そこで本稿では、この定義には深入りせず、物権法制定以降の中国で見られる物権法をめぐるいくつかの論点を分析することで、そこに見られる資本主義化の様相を考察する。いわば、「ルビコン」の先にあるものは何であったかを明らかにすることを目的とするものである。

## II 都市の土地・建物

### 1 立ち退き条例「違憲」問題

#### (1) 立ち退き条例改正の背景

周知のように、中国では、改革開放以降の経済発展に伴う地方政府の不動産開発の急増ないし加熱により、各地で土地収用にまつわる問題が頻発し、深刻化していた。そのような中、2007年に制定されたのが、物権法である。物権法は、個人の私有財産の保護を明確に打ち出し、なおかつ収用についても、「公共の利益の必要」がある場合に限り、正当な補償がなされたうえでのみ行われることが明確に規定され(42条)、人びとの権利意識や収用過程への関心も高まった<sup>(3)</sup>。

---

(1) 小口彦太「ルビコンを渡った中国法——物権法制定をめぐる」比較法学、42巻1号、158頁。

(2) 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、3頁以下参照。

(3) 詳細は、小口彦太=長友昭「中華人民共和国物権法」『早稲田法学』82巻4号、88頁以下の全国人民代表大会常務副委員長(当時)王兆国の説明および96頁以下

## （2）立ち退き条例「違憲」運動の影響

そのような背景のもと、都市での収用問題に関して、新しい動きが見られた。2009年12月7日に、北京大学法学院の5名の学者が、連名で、01年に国務院が制定した「都市家屋立退き管理条例」は土地管理法や物権法のみならず憲法にも違反するとして、この条例の改正を求める公開の意見書を全国人民代表大会常務委員会に提出したのである。この意見書では、1つ1つの条文を挙げて具体的な指摘がなされているが、なかでも重要な論点の1つとして、収用の可否を判断する際の基準とされている「公共の利益の必要」という文言が示す範囲の曖昧さが指摘され、これを明確化すべきであるとの主張がなされ、注目を集めた。<sup>(4)</sup>

そこで国務院は、意見書を提出した学者らを招いて検討会を開催した。その後、2010年1月末に国務院法制弁公室が改正草案を公表し、同年2月12日までの予定でパブリック・コメントを募集する手続きに入った。問題となっていた「公共の利益の必要」の範囲についても、これまでの批判を意識した明確な規定を置くなど、法改正も間近に見えた。<sup>(5)</sup>

しかしながら、後述のように土地収用の実権を握る地方政府から、草案で規定された手続きでは権限への制約が多すぎるとの批判が噴出し、草案は再度修正されることになった。「公共の利益の必要」の範囲については、第1次改正草案で排除されていた「経済発展」が、第2次草案では復活しており、早くも「後退」したとして、厳しい批判を集めた。そして、同年12月に提出されたこの第2次草案が、2度目のパブリック・コメントの手続きに付されることとなった。なお、立法過程において2度目のパブリック・コメントの手続きに入ることは、過去に例がない。そして、12月20日に2度目のパブリック・コメントが締め切られ、これを受けて修正された

---

の訳者による一、二のコメントも参照されたい。

(4) 胡呂銀「对房屋拆遷安置補償是被征收或流転土地上的負担——《国有土地上房屋征收與補償條例》理論依拠的反思」法学評論2011年6期、96頁参照。

(5) 同上。

草案が2011年1月19日の国务院常务会议で採択された。改正された条例は、その名称が「国有地上の家屋収用および補償条例」と改められたことから、横暴さを含む立退きを規律ある収用に改め、正当な補償を行うことに配慮していることが見て取れる。<sup>(6)</sup>

「国有地上の家屋収用および補償条例」への改正は、上述のように紆余曲折を経たが、最終的には主に以下のような点が改正された(表1)。

まず、上述のように、条例の名称が改められた。これは単なる名称の問題というよりも、立法趣旨の変化を反映したものと見える。注目されていた、収用の目的については「公共の利益の必要」の範囲を明確化し、具体例を列記する条文を置いた点が注目される。収用の主体については、従来、収用補償を行う過程に不動産開発業者を介在させていたところ、これを地方政府に改めた。これは不動産開発業者の横暴によって補償がなされないという事態が常態化するなかで、補償の責任を明確化したものとされる。補償の基準については、市場価格を下回らないことが規定された。もともと、従来から市場価格を補償基準としていたのであるが、この市場価

表 1 条例の主な改正点

	旧条例	新条例
名称と趣旨	「立退き」手続き	「収用」と「補償」
収用の目的	抽象的な「公共の利益の必要」(憲法10条3項)	「公共の利益の必要」を具体的に列記(8条)
収用(補償)の主体	地方政府(5条)と不動産開発業者(6条以下)	地方政府のみ(8条、25条、27条)
補償の基準	市場価格だが、価格の評価機関の選定過程が不透明(24条)	市場価格とし、価格の評価結果に異議を述べる過程も規定(19条、20条)
強制立退き	地方政府の裁決のみで可能(17条)	政府の申立てにより、人民法院が行う(27条、28条)
不服申立	「強制立退きの裁決」のみ	「収用決定」と「補償決定」に拡充

出所：筆者作成。

(6) 『中国年鑑』2011年版、動向・政治「立法・司法」81頁。

格を決定する機関の選定過程が不透明で、地方政府や不動産開発業者の意見が通りやすく、被収用者に不利な価格となることが指摘されていた。これを改正し、被収用者が評価価格に異議がある場合は、不動産価格評価専門家委員会に鑑定申請ができると定められた。

収用の協議が調わない場合の強制立退きについて、司法による監督がなされるものとなった。従来は地方政府単独の裁決で行うことができたので、地方政府はいわば自由裁量で強制立退きを行うことができたが、改正により、人民法院が政府の申立てを受けたうえで強制立退きを行うものとなった。また、いわゆる重慶「釘の家」<sup>(7)</sup>事件などに代表される、脅迫やインフラの遮断などによって立退きを迫る方法を禁止する明文の規定も置かれた。さらに、収用に不服な場合は、地方政府内部での協議だけでなく、行政訴訟により、司法過程での判断を求めることができることも明確化された。

なお、この改正と歩調を合わせるように、2011年9月9日、最高人民法院は「土地収用、家屋立退きの強制執行による悪質事件の発生を断固として防止することについての緊急通知」を公布した。これは、同条例の改正などにより、土地の収用や立ち退きなどの強制執行過程に司法が介在する範囲が広まったことを受けて、各地の人民法院に、人びとの権利を保護するため、強制執行についての審査を厳格化し、違法な執行を認めないよう、注意を喚起したものと見える。

---

(7) 重慶市九龍坡区が同地区内の鶴興路一帯において、不動産開発業者2社に共同で開発をさせたことに端を発する。この開発による立退き事業は、2004年9月に開始し、同所の280戸はすべて立退いたが、本件の楊虎の家のみが立退いていなかった。そこで、07年、不動産開発業者は、楊虎の家の周り数百mにわたって、地下数mまで掘り下げ、文字通り、陸の孤島とする立退き強要策を講じた（この様子が地面に突き刺さる釘のように見えたため「釘の家」と称された）。当初は、楊虎に大きな同情が集まったが、メディア報道などにより、楊虎の側が周囲の人びとの約10倍となる立退き補償を不動産開発業者に求めていたことが報道されるなど、大きな注目を集めた。なお、重慶以外の場所でも類似の「釘の家」事件が報じられている。

以上で見たように、被雇用者側の住民の保護に対する配慮を厚くした改正内容といえる。しかし、これまで大きな権限を握り、改正にも抵抗してきた地方政府にとっては厳しい内容といえる。例えば、雇用の補償に不動産開発業者を介在させる方法は、日本でも見られるものであり、それなりの合理性はあるのであるが、改正によりこれを排した「先進的な」法規になったともいえる。

## 2 不動産取引契約における司法解釈・裁判事例の展開

中国の経済発展の一因として不動産価格の上昇が挙げられ、2000年代からすでに不動産バブルの指摘もなされている。活況を呈する中国の不動産市場において、建設中の商品家屋の販売において、その売主でもある不動産開発業者が買主に対して予約販売を行うのであるが、その予約契約の時期が市当局による不動産予約販売の認可前であり、実際にも目的不動産の引渡しが困難となる状況となったために生じる紛争が散見されていた。

### (1) 不動産予約契約における実務

不動産の予約販売は中国における通常の不動産取引形態として、日常的に行われているものである。しかしながら、契約法をはじめとする法律の中に予約契約に関する規定がないので、予約契約の法的効力についてはその法的性質はもとよりその有効性の有無が議論されていた。また、仮に予約契約が有効であるとしても予約販売の認可が下りていない物件ないし権利を予約販売することが認められるのかという他人物売買の有効性あるいは無権利者による物権変動の可否の問題がある。さらに、これらの被害者の救済が認められるとして、その救済の範囲はどのようなものか、特に近年の最高人民法院の指導性事例<sup>(9)</sup>にも見られるように不動産取引の法的保

---

(8) 同法は1997年に制定され、國谷知史訳「中華人民共和国契約法」中国研究所『中国年鑑2000』創土社2000年499頁以下に日本語訳がある。

(9) 2012年12月20日に、最高人民法院が指導性事例を第1から4を公表したが、そ

護を重視する傾向があるなかでどの程度の賠償が認められるのかが注目されている。

上述のように、契約法などの法律レベルでは、予約契約に関する明文の規定は存在しない。そこで、実務上行われている予約の性質が問題となる。学説は、諸外国の実務や学説などを反映させてものも含め多岐にわたるが、概ね①前契約説、②従契約説、③停止条件付本契約説、④独立契約説の4つに分類できる<sup>(10)</sup>。①前契約説とは、予約契約を本契約締結以前の一段階（非契約）として解するものである。②従たる契約説とは、予約契約を本契約との主従関係をもつものと解するものである。③停止条件付本契約説とは、予約契約を本契約の一部を成すものとしつつも本契約が成立するまで効力が停止されていると解するものである。④独立契約説とは、予約契約と本契約を相互に関連はあるものの別個独立した2つの契約と解するものである。この点については i) 予約契約の独立性、ii) 予約と契約締結意向書の区別、iii) 予約契約と本契約の区別の3点から検討できる<sup>(11)</sup>。

<sup>(12)</sup> 予約契約の法的効力については、以下の4つの説が提唱されている。すなわち、①協議必須説、②契約しなければならない説、③内容決定説、④本契約とみなす説である。①の協議必須説は予約契約後に改めて協議（合意）を必須として、契約法上に明文の規定のない予約契約の効力を制限的に捉える考え方であるが、この説に対しては予約契約のそもそもの趣旨と異なるものになってしまうとの批判がある。②の契約しなければならない説とは、予約契約を締結したからには本契約を締結しなければならないと

---

の第1号事例が不動産紛争に関する事例であった。本件とは別の事案であるが、不動産紛争が指導性事例の冒頭で取り扱われていることは注目に値する。この点、長友昭「中国の不動産仲介契約における仲介排除の裁判事例について——指導性事例1号を中心に」拓殖大学論集 法律・政治・経済研究18巻1号を参照。

(10) 奚晓明主編、最高人民法院民事審判第二庭編著『最高人民法院關於買賣合同司法解釋理解與適用』人民法院出版社2012年53頁以降。

(11) 王利明「預約合同若干問題研究——我國司法解釋相關規定述評」法商研究2014年1期54頁以下参照。

(12) 前掲注(10)書、54頁以降。

する説であり、契約法上の明文は欠くものの当然のこととして予約契約の効力を認める考え方であり、司法解釈小組はこの見解に立つとされている<sup>(13)</sup>。また、③の内容決定説は約定の内容により効力も決まるべきとする考え方であり、④の本契約とみなす説は予約契約として締結されても本契約と同一の効力を認めるべきとする考え方であるが、いずれの考え方も、契約法上に明文の規定がないことから出発して導かれた考え方である。

予約契約の違約があった場合にどのように救済されるのかについては<sup>(14)</sup>、まず、違約責任については、その後の履行の継続について否定する説と肯定する説がある。これについては、本件では明確にされなかった。また、損害賠償の範囲については、違約損害の全体的範囲、すなわち信頼利益<sup>(15)</sup>までとするのが通説とされている。機会の損失の賠償についてはなお争いがあるとされている一方で、得べかりし利益の損害賠償については予約契約には無し、本契約にはありと解されている<sup>(16)</sup>。

不動産取引における予約契約については、不動産取引業における実務の視点から見ると、例えば以下のような疑問点が浮かび上がってくる。すなわち①各種の文書をどうとらえるか、②本件「予約書」5条の「退房」は何を意味するのか、③「予約書によって約定された家屋価格に基づいて他人と別途家屋購入契約を締結する機会失ったので」の含意はどのようなものか、④販売許可の法的性質はどのようなものか、である。これは、①については、[預訂書][預購書][初歩協議 (preliminary agreement)] [意向性協議 (letter of intent)] などの各種の文書を法的にどのように位置づけるのだろうか。②については、本契約の前であれば退去「退房」できると

---

(13) 同上、58頁以降。

(14) 同上。

(15) もっとも信頼利益の内容については諸説あるとされる。さしあたり同上、61頁参照。

(16) ほかに関連する論点として、違約金支払いの問題、違約罰[定金罰則]の適用の問題、さらに契約の解除、予約契約と優先協議との異同、予約と契約締結上の過失責任との異同などもあるが、本稿の問題関心と紙幅の都合で割愛した。



いう趣旨であろうか。③については機会の「喪失」とされるが、何を喪失したのだろうか。④については、販売許可を例えば日本法との比較で見たときに、公法と私法の交錯の問題として議論することが可能か、と敷衍<sup>(17)</sup>できる。

## （2）不動産予約契約をめぐる新たな司法解釈

不動産をめぐる予約契約については、近時関連する法制度の整備<sup>(18)</sup>も行われ、理論的な研究<sup>(19)</sup>められているが、予約契約をめぐる裁判例が「最高人民法院公報」に掲載されたことと前後して、関連する司法解釈が公表された。それが2012年7月1日から施行されている「最高人民法院關於審理買賣合同糾紛案件適用法律問題的解釋」（法積〔2012〕8号）である。

この司法解釈は、第2条において、「当事者が締結した〔認購書〕、〔訂購書〕、〔預訂書〕、〔意向書〕、〔備忘録〕等の予約契約において、将来の一定の期間内に売買契約を締結することを約定したにもかかわらず、一方が売買契約締結の義務を履行しない場合、相手方が予約契約の債務不履行〔違約〕責任を負うよう請求し、または予約契約を解除することを求めてなおかつ損害の賠償を主張するときは、人民法院は支持しなければならない。」と規定した。本司法解釈のこの規定は、従来の議論の多くに答えるものともいえる<sup>(20)</sup>。

(17) この点については長友昭「建築基準法違反の建物の建築を目的とする請負契約の効力（最二判23.12.16）不動産法上の契約の有効性と公序良俗の視点から」日本不動産学会誌28巻4号、2015年、134頁以下、同「最近の不動産関係判例の動き」日本不動産学会誌104号2013年6月も参照。

(18) 例えば、「最高人民法院關於審理商品房買賣合同糾紛案件適用法律若干問題的解釋」法積〔2003〕7号、「最高人民法院印發「關於当前形势下進一步做好房地產糾紛案件審判工作的指導意見」的通知」法發〔2009〕42号、

(19) 前掲注（11）論文などが挙げられる。

(20) 紙幅の都合で詳細な議論は別稿に譲るが、この司法解釈の代表的な解説としては、前掲注（10）書、王闖「「最高人民法院關於審理買賣合同糾紛案件適用法律問題的解釋」的理解與適用」江必新主編『最高人民法院司法解釋與指導性案例理解與適用（第一卷）』人民法院出版社2013年がある。このほか、中国社会科学院法学研

### (3) 不動産予約契約の裁判事例と司法解釈の関連と意義

不動産予約契約については、最高人民公報の「公報案例」が公表されるのと前後して上述の司法解釈やその積義が相次いで発表された。その意味はどのようなものであろうか。当該司法解釈の周知徹底、当該司法解釈の正統性の確保、各司法解釈の整合的適用事例などが考えられるが、私見では、最高人民法院には「最高人民公報」掲載事例を通して①条文の欠欠を埋める必要性を指摘する事例であり、②司法解釈を制定したいわば立法事実としての意味をも持たせ、そのうえで③司法解釈の積義等も合わせて学説の取り込みを行う、というような一連の意図があるようにも思われる。後述する指導性案例に代表される案例指導制度の今後の展開からみても、指導性案例と「公報案例」の異同や意味を考える比較事例ともなるだろう。

他方で、発展的な問題として、販売許可未取得の商品不動産売買における未許可と売買契約の成否の成否ないしその紛争解決の問題がある。このような事案の紛争は中国で多発しているようであるが、およそ不動産取引関連の事件は、政府機関の不動産利権などもからみ解決が難しい。この点の解決を契約法52条から考察する議論<sup>(21)</sup>や不動産登記制度の整備に期待する議論<sup>(22)</sup>もある一方で、後述するように、最高人民法院も不動産取引に関する事例<sup>(23)</sup>を指導性案例1号に取り上げるなど、現在進行形の問題である。

---

究所、国際法研究所のHPである中国法学網に掲載された梁慧星「予約合同解釈規則——買売合同解釈（法積〔2012〕8号）第二条解説」<https://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=3462> [2015年10月1日確認]が有益である。

(21) 小口彦太「中国契約法の強制性規定に違反する契約の効力に関する基礎的研究」比較法学49巻3号2016年1頁以下、特に29頁以下参照。

(22) 例えば、馬竜「关于我国商品房预售登記制度之探析」中北大学学报（社会科学版）2013年3期、2003年、王利明「構建統一的不動産物権公示制度——評《不動産登記暫行条例（征求意见稿）》」政治與法律2014年12期などがある。なお、従来各地方ごとに別個の取り扱いがなされ、物権法11条に規定された統一的登記の視点からも問題が指摘されていた不動産登記の統一に関して、2014年11月24日に國務院令第656号として「不動産登記暫行条例」が公布され、2015年3月1日から施行されている。

#### （４） 不動産抵当権設定契約をめぐる裁判事例

中国の担保法49条1項は、抵当権の設定された抵当物の第三者への譲渡につき、抵当権者に通知しなければ当該譲渡契約は無効とする規定し、また物権法191条2項は、抵当権設定者は抵当物の譲渡につき抵当権者の同意を得なければならないと規定している。そうした規定のもとで、抵当権者への通知のない、あるいは抵当権者の同意を得ていない抵当物譲渡契約の効力如何ということが問題となりうる。<sup>(24)</sup>このような紛争の代表例として「重慶索特塩化股分有限公司與重慶新万基房地產開發有限公司土地使用權轉讓合同糾紛案」<sup>(25)</sup>が、ある。

この事件は、一審の重慶市高級人民法院による契約無効の判決を取り消し、契約を有効とする最高人民法院の終審判決である二審判決が出されたが、その後、その終身判決を不服とする一審原告側が最高人民檢察院に申訴した。これをうけて最高人民檢察院は最高人民法院に対して抗訴を提起し、それを認めた最高人民法院は再審を決定した。再審では、契約を有効と認定した二審判決を維持しつつ、一審被告側からの違約金を実際に発生した損害に基づき大幅に減額するという、やや複雑な経緯を辿ったが、<sup>(26)</sup>この事件の主要な論点は、物権法191条2項や担保法の規定に違反した契約が、「法律、行政法規の強行規定に違反する」契約を無効とする契約法52

(23) 指導性案例1号については、前掲注（9）論文およびそこにおける引用文献を参照。

(24) 小口彦太「抵当権者の同意なき建設用地使用権譲渡契約の効力をめぐって—重慶索特塩化股份有限公司案—（最高人民法院民事判決書（2008）民一終字第122号）」比較法学49巻3号2016年178頁。小口彦太「中国契約法の強制性規定に違反する契約の効力に関する基礎的研究」比較法学49巻3号2016年特に20-21頁、29頁以下参照。

(25) 「重慶索特塩化股分有限公司與重慶新万基房地產開發有限公司土地使用權轉讓合同糾紛案」最高人民法院（2008）民一終字第122号民事判決書、中華人民共和國最高人民法院公報2009年4期。

(26) 小口彦太「抵当権者の同意なき建設用地使用権譲渡契約の効力をめぐって—重慶索特塩化股份有限公司案—（最高人民法院民事判決書（2008）民一終字第122号）」比較法学49巻3号2016年、184頁。

条5号とのかねあいいで有効となるか無効となるかの判断についてである。

この論点については、物権法191条の規定が明瞭でないために生じている問題であると解されており、物権法と担保法およびその司法解釈の関係を正確に画定するとともに、この問題がいわゆる滌除のような問題なのか、あるいはそれ以外にも射程が及ぶのかなどの定性的根研究が必要であるとの指摘<sup>(27)</sup>がある。いずれにせよ、物権法の問題に、法律そのものの規定のあいまいさと、その立法趣旨の不明確さに起因するものがあり、これを解釈によって埋めていく必要があることが分かる。上述の「重慶索特塩化股分有限公司與重慶新万基房地產開發有限公司土地使用權轉讓合同糾紛案」が「最高人民法院公報」で公表されたことは、抵当権の設定された不動産の取引が珍しいものでないことの傍証であるとともに、解釈論の精緻化が求められる一例ともいえる。

### 3 不動産仲介取引における指導性事例の展開

#### (1) 都市の不動産と指導性事例

2012年12月20に、最高人民法院が指導性事例<sup>(28)</sup>を4件公表した。その1号事例が「跳単」と称される不動産会社の仲介を受けながら仲介排除により手数料支払いを回避する案件であった。中国の不動産取引はバブルも懸念されるほどの活況を呈しながら、従前はこの仲介排除の問題を法的に分析

---

(27) 程嘯「論抵押財産の転讓“重慶索特塩化股分有限公司與重慶新万基房地產開發有限公司土地使用權轉讓合同糾紛案”評釈」中外法学2014年5期、1377頁。

(28) 指導性事例の理論的な意義や課題については非常に興味深い議論があるが、本稿の問題関心から、ここでは立ち入らない。但見亮「『案例指導』の現状と機能—「中国裁判事例研究」の始にあたり」比較法学43巻3号、2010年3月、徐行「現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス(1)～(5・完)司法解釈と指導性事例を中心に」北大法学論集62巻4号～64巻3号、2011～2013年、李艶紅「中国指導性事例制度の現状と課題—最高人民法院『案例指導に関する規定』と指導性事例を中心に」比較法学47巻2号、27-60頁、2013年12月などの研究を参照された。

する研究は少なかったところ、指導性事例の第1例目として取り扱われたことで、注目されている。近時の政策的調整で不動産取引はやや下火になったとはいえ、投機の対象としてもさることながら、人々の生活の拠点である住居を定める契約の重要性が下がることはない。

指導性事例1が主な対象としている〔跳単〕<sup>(29)</sup>とはどのような現象であろうか。これは、日本の判例などでも見られるように、不動産仲介業者などから目的不動産に関する情報や締約の機会という利益は享受しつつも、不動産仲介業者への手数料支払いを逃れる（〔跳過〕〔単帳〕）ために、委託者が不動産仲介業者を排除して目的不動産の所有者と直接取引する場面をいう。このような仲介排除の場面は中国においても広く認識されていると同時に問題視されていたようではある。近年では、不動産中古市場の取引が急速に発展したことで、売買の当事者双方が仲介会社を通して取引を行う形式が広くみられるようになってきている。しかしながら、不動産仲介をめぐる法規範が不完全であるなどの制約要因により、目下の不動産仲介市場にはさまざまな混乱があると言われている<sup>(30)</sup>。また、不動産中古市場が様々な面で力強く発展し続けていることから、不動産取引市場も狂乱的に拡張を続けており、これにともなって不動産業界の競争も日増しに過激化している。その一方で不動産取引市場への参入メカニズムや業界管理規範メカニズムが十分に整っているとはいえ、委託者と仲介機関との紛争も増加し<sup>(31)</sup>続けている。その一端が仲介排除問題という形で顕在化してきている。

ある調査によれば、委託者と仲介機関との紛争は①仲介機関が委託者を欺罔し、委託者の利益に損失を与える紛争、②委託者（主に家屋の買主）

(29) 中国語の〔跳単〕について、但見亮ほか「最高人民法院指導性事例1～8」比較法学46巻3号は「勘定とばし」、麦志明「最高人民法院「第1期指導性事例の発布に関する通知」の紹介と若干の検討（上）」国際商事法務40巻4号は「仲介とばし」との訳語をあてているが、本稿では「仲介排除」と訳出した。

(30) 童航「房屋買賣居間合同中“跳單”行為研究——1号指導案例評析」梁慧星主編『民商法論叢（第55卷）』法律出版社、2014年4月、214頁参照。

(31) 同上、214-215頁参照。

が仲介報酬の支払い義務を免れる為に、個人的に売主と取引を成立させ、あるいは別の仲介機関を選ぶことで他の仲介機関の利益を侵害する紛争の 2 つは主たるものとして挙げられている<sup>(32)</sup>。また、山東省青島市中級人民法院の2008年から2011年の不動産仲介機関の仲介契約紛争案件合計535件を例として、2008年が101件、2009年が114件、2010年が156件、2011年が164件であり、4年間で受理件数が約1.6倍になったと指摘されている<sup>(33)</sup>。

しかしながら、仲介排除をめぐる理論的研究はほとんどなされておらず、この現象について十分な理論的解釈がなされてきたとは言いがたい。先行研究の中には、中国の学術論文の検索結果を見ると、2000年から2011年の間に発表された仲介契約を主題とする論文がわずか1篇だけだったと指摘するものもある<sup>(34)</sup>。

## (2) 仲介排除現象をどうとらえるか

そこで、仲介排除の現象について時間を追って把握し、その歴史的展開を見てみよう。

仲介排除現象は不動産仲介市場において古くから見られる現象であるが、その現れ方には時代により違いがある。便宜上、①第1段階(1978-1992年)発生段階、②第2段階(1992-2008)付随段階、③第3段階(2008-)独立段階の3段階に分類して紹介する<sup>(35)</sup>。

①第1段階(1978-1992年)発生段階は、いわゆる11期3中全会を画期と

---

(32) 袁巍ほか「着力解決中介難題促進市場健康發展——山東省青島市中級人民法院關於房地產居間合同糾紛案件的調研報告」人民法院報2012年10月25日参照。

(33) 同上。

(34) 前掲注(30)論文、216頁、湯文平「从跳单違約到居間報酬 “指導案例1号”評釈」法学家、2012年6期などが税兵「居間合同中的双辺道德風険——以“跳单”現象為例」法学2011年第11期を唯一の論文として挙げている。もっとも、筆者自身がCNKIで検索した結果、これ以外にも、注釈や参考文献をほとんど挙げず、単に事例を紹介して簡単なコメントを付したような文献は散見された。ただし、それらはここで言う「論文」には含まれないという評価のように思われる。

(35) 前掲注(30)論文、219-222頁参照。

して、市場主義的要素が取り入れられた経済政策ないし立法が進められたことにより、仲介契約も生じ、その中で個別的、散発的に仲介排除が行われていたとされるが、それをある程度体系的にまとめた資料等はほとんどないとされる。②第2段階（1992-2008）付随段階は、[跳単]現象が契約規範をめぐる司法裁判の主体的な利益関係に付随的な影響を及ぼし始めた時期とされる。この時期にはメディアなどを通して問題が認識されるようにもなり、司法ルートによる紛争解決も模索され始めた。③第3段階（2008-）独立段階は、仲介排除現象を単なる事実的な非規範的な概念として捉えるのではなく、まさに指導性事例にも見られるように、多角的に分析して司法実務に供する時期である。

そのような中、とりわけ第3段階での分析を経て、仲介排除現象は2つに分けて認識されるようになった。すなわち①仲介契約締結時に生じる仲介排除現象、②仲介契約履行過程で生じる仲介排除現象である。①仲介契約締結時に生じる仲介排除現象は、仲介契約を締結すること自体を避けるものであり、不動産案内情報を案内中の人を故意に尾行するなどして入手するようなものである。②仲介契約履行過程で生じる仲介排除現象は、指導性事例1でも見られるように「不動産購入意向確認書」や「中古不動産売買契約」などの仲介契約を締結し、その約定に往々にして含まれる仲介排除禁止条項に違反するものである。ここには a) 委託者が受託者に対して生じうる手数料の高さに比してサービスの質が低い場合に生じる仲介排除、b) 委託者が第三者の選択することでより低価格での取引ができるために生じる仲介排除、c) 委託者が単に仲介報酬の支払いを逃れる為にする仲介排除の3種類があるとされる<sup>(36)</sup>。指導性事例1号はb)のケース、日本法における最判昭45.10.22のような仲介排除の直接取引はc)のケースといえる。

この指導性事例1号はおおむね以下のような経緯で公表されたとされている。すなわち、最高人民法院案例指導工作弁公室は、最高人民法院「関

(36) 前掲注(30)論文、216頁。



於「案例指導工作的規定」を貫徹して行うという要請のために、2010年12月31日に各地の高級人民法院に向かって指導性案例を選別し報告するよう求めたところ、上海市高級人民法院裁判委員会が2011年5月11日に、本案例を指導性案例として選び最高人民法院に推薦することを議論を経て決定した。これを受けて、最高人民法院案例指導工作弁公室は研究討論の後に当該案例を最高人民法院民事第一庭に送り審査と意見を求めた。民事第一庭では、当該案例が類似の案件の処理について一定の指導的意義があると判断し、当該案例を指導性案例とすることに同意した。同年6月13日には、最高人民法院裁判委員会が、討論研究を経て、当該案例が最高人民法院「關於案例指導工作的規定」第2条の規定に適合しており、指導的意義を有することから、当該案例を指導性案例に確定することに同意した。そして同年12月20日、最高人民法院は法〔2011〕354号文書で、当該案例を指導性案例の第1弾の1つとして公表した。

以上のような経緯の中で、2010年12月20日公表された4件の指導性案例の1号として、「上海 X 不動産管理コンサルティング有限公司が Y を訴えた仲介契約事件」が公表された。指導性案例は日本の研究者においても注目集めている<sup>(37)(38)</sup>。

本件は1審と2審の判断が分かれているものであり、その意味で実務上の混乱があると思われる事例につき、最高人民法院が適切な法適用とその根拠を示すために公表したものと思われる。

では、本件が公表される以前の司法実務における仲介排除現象についての認識はどのようなものであったのだろうか。<sup>(39)</sup>これについて司法裁判の立

(37) なお、本件翻訳には前掲の麦志明「中国案例百選（第182回）最高人民法院「第一期指導性案例の發布に関する通知」の紹介と若干の検討（上）」国際商事法務40巻4号、615-616頁、2012年、但見亮ほか「中国裁判事例研究（7）最高人民法院指導性案例1～8」比較法学46巻3号、2013年3月、343-345頁〔但見亮〕があり、両者とも簡単な評釈・コメントが付されていて参考になる。

(38) なお、指導性案例1号の全文および解説については、前掲注（9）論文、197頁以降を参照されたい。

(39) 前掲注（30）論文、225-226頁参照。



場としては以下の3つの問題の存在を認識していたとされる。<sup>(40)</sup>すなわち、論点1)顧客と仲介会社で締結される「不動産購入意向確認書」という契約の法的性質の問題、論点2)「跳単」回避条項の法的効力の問題、論点3)複数の仲介が同一の取引に関与するなかで一社のみと契約が成立した場合に、契約が成立しない仲介（回避された仲介）について仲介排除によって委託者に手数料または違約金の支払いを請求する権利があるのか否か、である。

### (3) 指導性事例における論点

#### ①「不動産購入意向確認書」の法的性質について

この論点①について、本件では必ずしも明確には述べられていないが、むしろ当然に有効な仲介契約として判断されているように思われる。実務上、顧客と仲介会社の間で締結される契約には、本件のような名称のほか、様々な名称がつけられていることがある。しかしながら、その実態は契約法における仲介契約であると考えられており、この点は学説にも大きな争いは見られないので、そのように解されたのだろう。

#### ②仲介排除禁止条項の有効性について

論点②については従来4種類の見解があった。<sup>(41)</sup>すなわちa)仲介排除禁止条項無効説、<sup>(42)</sup>b)仲介排除を禁止する条項であっても契約法52条に違反しない規定は有効と認定する説、<sup>(43)</sup>c)委託者が仲介排除禁止条項に違反した場合は契約法45条2項を準用し、有効と認定する説、<sup>(44)</sup>d)違約金と手数料

(40) 張寧「房屋買賣居間合同中規避“跳單”條款的効力和“跳單”行為的認定」法律適用2010年第8期。

(41) 前掲注(30)論文、226-230頁参照。

(42) 例えば陳忠儀＝丁慧「加重對方責任、排除對方主要權利的格式條項無効」人民法院報2005年5月23日、李金昇「二手房居間「跳單」案例對房產中介的影響分析」上海房產2012年2期参照。

(43) 例えば劉尊知「居間合同糾紛案件若干實務問題探討」山東審判2009年6期参照。

(44) 例えば周曉震「論房地產居間的法律規制——以「城市房地產管理法」修訂為契機」中州學刊2010年3期参照。

料を区別して、仲介排除禁止条項を違約責任条項と解する説<sup>(45)</sup>である。この 4 者はそれぞれに合理性があり、優劣がつけがたいとされていた。学説の分岐が裁判実務を混乱させた一要因であるとも思われる。ここにおいて本件では論点 2) について「不動産売買の仲介契約において、買主が仲介会社の提供する不動産情報を利用し、仲介会社を排除して直接売主と不動産売買契約を締結することを禁ずる、との特約は、合法かつ有効である」としたことに意義がある。

③複数の仲介業者が関与した場合に契約が成立しなかった仲介業者は顧客に手数料または違約金の支払いを請求する権利があるのか否かについて

この点については、請求権を認めない見解と認める見解があり、認める見解の中でも請求の範囲を約定した違約金の額とするか、それとも実際の損失費用とするかで争いがあった。この点、本件では論点③について「売主が同一の不動産について複数の仲介会社において販売の広告を行っており、買主が一般に知り得る他の正当なルートで当該不動産の情報を得たときは、買主は、価格がより低く、サービスがよりよい仲介会社を選び、それを通じて不動産売買契約を締結することができる。そのような行為は、それより以前に契約を締結した仲介会社から得た不動産情報を利用したものでなく、違法とはならない」と判断した。

以上のような点から、この指導性案例 1 号については積極的に評価する見解も多い<sup>(46)</sup>。具体的には a) 仲介排除禁止条項が有効であること、b) 消費者の自由選択権の 2 つを明らかにしたことを評価するものである。

もっとも、消極的、批判的な評価もある。例えば「専任媒介条項」の運用を曖昧にした。すなわち、仲介排除禁止条項の一般的な解釈を専任媒介

---

(45) 例えば前掲注 (40) 論文参照。

(46) 前掲注 (30) 論文、258-259頁、湯文平「从跳单違約到居間報酬“指導案例 1 号”評釈」法学家、2012年 6 期、隋彭生「居間契約委託人任意解除権及「跳单」——以最高人民法院「指導性案例 1 号」為例」江淮論壇2012年 4 期など。なお、麦志明・前掲注 (37) 論文、616頁も積極的に評価している。

条項とはせず、「委託者が情報、機会を利用したか否か」に重心を置いたのであるが、専任媒介か非専任媒介（一般媒介）かによってはまったく違った結論を導くものであり、それを明確に確定することなく、誤解を導きやすい危険な認定をしてしまっている。

また、委託者が複数の仲介者を得ている場合、委託者が当初の仲介情報を利用しているか否かについては、共同原因性の認定および仲介報酬支払の分配義務にもわたるものである、という指摘がある。<sup>(47)</sup>すなわち、本件の理由部分が直観的判断の域を出ず、例えば複数の仲介者がある場合にYが一般に知られている他の情報を利用して契約を成立させたとしても、本件のようにX会社の情報も確実に利用した（X会社がYを伴って内覧をしている）のであれば、そこでは仲介報酬支払の一部の分配義務などを考えるべきで、「YがX会社の情報、機会を利用していない」というのは不正確であるというのである。また、「論理的な矛盾と不要かつあいまいな基準を生み出し……実務での処理基準の統一・明確化、という「指導性案例」<sup>(48)</sup>の趣旨から考えても」否定的な評価を下す見解もある。

私見としても、a) を明示的に示したことについては一定の意義があると思われるが、b) の部分については同様の疑問を抱いている。確かに、契約法における仲介契約は424条ないし427条の4条しかなく、これを解釈で補う必要はあるだろう。しかし、本件の関連条文では424条しか掲げていない。仲介契約の定義規定のみから解釈する必要はないように思われる。例えば427条の適用について言及されても不思議ではないし、不動産仲介や管理に関する規定も参照しうる。また、後述するように契約法総則にも関連規定があるように思われる。もっとも、そのような議論の端緒が与えられたことには小さからぬ積極的意義があるだろう。

---

(47) 前掲注(30)論文、259-260頁参照。

(48) 但見売ほか・前掲注(37)論文、346頁〔但見売〕。

#### (4) 指導性事例の問題点とその背景

他方で、指導性事例 1 号については、疑問も呈されている。これは本件のみならず指導性事例制度全般にもかかわることだが、指導性事例の公表が「編集されたもの」であり、なおかつ事例の存在確認が「独占」<sup>(49)</sup>されていることが指摘されている。前者は、最高人民法院による事例の「編集」の過程で、重要な事実が抜け落ちたり、改変されたりすることがあるということである。後者は、指導性事例に採用される事例のほとんどが、指導性事例に採用される前には公表されておらず、採用後も原文が公開されることはなく、その意味で原文が最高人民法院に「独占」され、検証が難しいということである。

実はこの指導性事例 1 号については、原審すなわち上海高級人民法院の段階での裁判例が<sup>(50)</sup>公刊されている。しかも指導性事例として公表されたものと原審段階のものでは、契約の細かな文言や引用条文の数に違いがあり、その点も踏まえた事例の位置づけがなされなければならないという指摘<sup>(51)</sup>がある。

また、指導性事例では契約法424条しか引用がないが、中国の仲介契約排除の直接取引に関する議論の中には、日本の最高裁判例（最判昭45年10月22日民集24卷11号1599頁）<sup>(52)</sup>のように契約法45条2項<sup>(53)</sup>（日本法における民法

---

(49) 湯文平「論指導性事例之文本剪輯——尤以指導事例 1 号為例」法制與社会發展（双月刊）2013年第 2 期参照。

(50) 前掲注 (40) 論文参照。

(51) 湯文平「从“跳单”違約到居間報酬——“指導事例 1 号”評釈」法学家2012年 6 期参照。

(52) 事案の概要は以下の通り。Y1 は、Y2 が所有する本件土地をレストランまたはドライブインとして使用する為に変更して取得できるように X に仲介を依頼した。これに応じて本件土地を売却する旨の承諾を得、かつ、売却が成功したときには報酬として Y2 が X に 35 万円支払う旨の約定を取り付けた。しかし、X が Y2 と売買価格の最終的な調整に入ったところ折合いがつかなかったため、土地の実測後改めて協定することとした。ところが、その頃すでに Y1 は、X に仲介を依頼してあるにもかかわらず、みずから Y2 との折衝をしており、Y2 から本件土地を調整価格よりもやや高価で買い受ける旨の契約を締結し、直接取引を行った。以上の

(54) 130条) を準用（ないし類推適用）する説が主張されている。すなわち、委託者が仲介者を避けて直接相手方と交渉し契約を締結する場合は、仲介人の報酬請求権の条件の成就を不正に阻止するものであり、契約法45条2項を準用して、仲介人の報酬取得の条件成就とみなすべきである<sup>(55)</sup>、というものである。しかも、本件の原文では契約法45条2項が規定する条件の擬制成就法理を引用していたのだが、仲介排除禁止契約が専任媒介か否かとい

---

ように事実関係の下で、Xは、Y1に対して仲介の報酬を、Y2に対して上記約定に基づく報酬を請求し、これに対してYらは、値段の折合いがつかなかったのでXは仲介の手を引き、本件土地の売買契約は新たな交渉によって成立したのであるからXには報酬請求権はないなどと反論した（控訴審では、仲介契約を合意解除した後に売買）。判旨は、Y1とY2との間において成立した本件土地売買契約は、成立時期において、Xの仲介斡旋活動と時期を接しているのみならず、その売買価額においても、Xの仲介活動によりあと僅かの差を残すのみで間もなく合意に達すべき状態であつたところ、XがY1と下相談した価額を上廻る価額で成立しているのであるから、Y1およびY2ら契約当事者双方は、Xの仲介によって間もなく契約の成立に至るべきことを熟知しながら、Xの仲介による契約の成立を避けるためXを排除して直接当事者間で契約を成立させたものであつて、Y1およびY2にはXの仲介による土地売買契約の成立を妨げる故意があつたものというべきであり、Y1は右のとおり契約成立という停止条件の成就を妨げたものであるから、Xは停止条件が成就したものと看做して報酬を請求することができる旨の原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯できる、とした。詳細は、滝沢昌彦「判批」『不動産取引判例百選〔第3版〕』〔別冊ジュリスト192〕有斐閣、2008年7月、176頁、齊藤真紀「判批」『商法〔総則・商行為〕判例百選〔第5版〕』〔別冊ジュリスト194〕有斐閣、2008年12月、168頁、同「不動産仲介業者の報酬請求権——直接取引に関する覚書」法学論叢164巻1-6号2009年3月、572頁以下を参照。

(53) 契約法45条 ①当事者は契約の効力に条件を付して約定することができる。効力発生条件を付した契約は、条件成就の時に効力を生じる。解除条件を付した契約は、条件成就の時に効力を失う。

②当事者が自己の利益のために条件成就を不正に阻止した場合は、条件が既に成就したものとみなし、条件成就を不正に促進した場合は、条件不成就とみなす。

(54) 日本民法130条 条件が成就することによって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができる。

(55) 周曉晨「論房地產居間的法律規制」中州学刊2010年3期。

う契約の性質問題を避けて報酬請求権のテーマに重点を置き、報酬請求権が未成就ということをもって仲介排除の違約に接ぎ木し、報酬請求権への考え方を一致させたという指摘がなされている<sup>(56)</sup>。また、これ以外の契約法の条文との関連の問題が抜け落ちているという指摘もある。

他方で、指導性事例 1 号で示されたが、その内容に批判も少なくない。前述のとおり、指導性事例の各事例がいずれも全文ではなく抄録であるという問題は広く指摘されているが、その過程でかなり無理な操作がなされており、それが法律家による指導性事例への批判の重大な要因になっているといえる。また、具体的な判示内容として「ただし、売主が同一の不動産について複数の仲介会社において販売の広告を行っており、買主が一般に知り得る他の正当なルートで当該不動産の情報を得たときは、買主は、価格がより低く、サービスがよりよい仲介会社を選び、それを通じて不動産売買契約を締結することができる。そのような行為は、それより以前に契約を締結した仲介会社から得た不動産情報を利用したものではなく、違法とはならない。」という部分については、指導性事例 1 号の指摘が「不用意」<sup>(57)</sup>であるとの指摘もある。また、指導性事例 1 号の X 会社について、Y による「情報、機会の利用」があることの証明不足<sup>(58)</sup>を指摘するものがある。

以上見てきたように、指導性事例の公表によって、裁判例の統一的処理はもとより、学説の整理発展、さらなる学説の深化にも一定の意義があることが明らかになった。これは、本件における不動産業界のように、当該事例の関係する実務界、更に広く実社会への影響も大きなものとなっている。ただし、指導性事例として公表される資料が全文ではなく抄録であり、その抄録を作成する段階で恣意的かつ誤解を生じさせる編集が行われていることで、裁判理解や法学の混乱を生み出していることも浮き彫りに

---

(56) 湯文平・前掲注 (46) 論文参照。

(57) 前掲注 (30) 論文、259-260頁参照。

(58) 前掲注 (30) 論文、259-260頁参照。

なった。

他方で課題も残されている。実社会への影響が、いわゆる判例として安定的な法的意義が与えられるものとなるのか、それとも一時的なものなのか、見定めは難しい。また、上述のように、抄録・編集による問題をはらむ指導性案例に文字通りの指導的な意義が与えられるのだろうか、同様の事案における同様の処理に資するとしても、その範囲がきわめて狭いものになるのではないかなどの疑問もある。日本の最高裁判決の数からすれば指導性案例の数は少ないものの、この間の指導性案例をめぐる研究は急速に増加しており、注目に値する。

#### 4 小括——70年問題、二重譲渡、物権法司法解釈

以上のように、都市の不動産については、従来からの地方政府による強引な収用の問題が残されている。その具体的な施策となる立ち退き条例については、その趣旨は大きく異なる、ないし正反対といえるものの、形式的には物権法と同じように、学者からの違憲論が打ち出された。物権法の違憲論が国家所有権の神聖不可侵を標榜し、個人の権利（私的権利）との区別を強調する保守的社會主義派からのものであるのに対して、立ち退き条例については、思想的背景はともかく、個人の住居の保護という個人の権利を重視する見解から出されたものであった。さらに、予約契約および抵当権設定にまつわる不動産取引契約の有効性という論点については、裁判事例や司法解釈によって、その細密化が図られており、不動産物権の契約レベルでの保護が強化されているなど、物権法と契約法という民法内部での制度的整合性をめぐる議論も活発になっているといえる。このほか、中国における土地使用権の権利としての本質が問われている土地使用権の70年更新問題、物権（法）と契約（法）ないし債権の交錯の典型例ともいえる二重譲渡の問題、物権法上の権利の明確化のために物権法制定以前か

---

(59) 農地については物権法においても登記を権利移転の効力発生要件とはしていないため、登記よりも権利証が実務において重要な役割を果たしている。もっとも、



らその統一的整備が期待され、実際にも統一的制度の構築が求められている不動産登記にもわたる物権法司法解釈<sup>(60)</sup>の評価など、検証すべき論点は残されているが、本稿の中で、物権法の下で都市の土地・建物をめぐる私的権利については、強化の方向にあるという大きな流れが見て取れる。

### III 農村の土地・建物

#### 1 農地の流動化（〔流転〕）

物権法では、農地に関する規定も設けられているが、これは2003年の農村土地請負法からの流れを引き継ぐものである。同法では、農民と農地のつながりを重視し、農地の非農地転用を抑制して農地の量や産業としての農業を保護しようとする立場が見て取れる。その一方で、農業の発展を目的とする農地の規模拡大ないし有効利用という政策目標とのかかわりから、農業用地の担い手への集約が従来からの大きな課題とされていた。その法的な表れが、農地の〔流転〕と称される農地の流動化である。<sup>(61)</sup>

#### (1) 農地の〔流転〕制度の推移

では、中国における今般の農地の〔流転〕制度とはどのような制度であろうか。丁関良によれば、農地の〔流転〕制度の展開は、以下の4つの段階に分けられる。<sup>(62)</sup>

---

その法的効力は必ずしも明確とはいえない。この点について、いくつかの実態調査事例と裁判事例を考察したものとして、長友昭「農地および林権の権利証書をめぐる法政策」『中国の森林をめぐる権利関係』奥田進一編著『中国の森林をめぐる法政策』成文堂（2014年）を参照されたい。

(60) 日本語での紹介としては、さしあたり、住田尚之「中国物権法に関する最高人民法院の司法解釈（1）」国際商事法務44巻4号、藤本一郎「物権法司法解釈（一）について」、同「物権法司法解釈（一）について（続報）」JCA ジャーナル63巻1号、5号がある。。

(61) 長友昭「中国における農村土地請負経営権の流通に関する事例」比較法学44巻1号、2010年7月、197頁以下参照。



## a) 法律と政策のいずれも認めていない段階（1978-1983年）

1970年代末から、中国の農村で農村土地請負制を実施して以来、多くの農民が農村土地請負経営権を取得したが、法律上一貫して土地使用権の〔流転〕を禁止しており、土地使用権を一種の商品とすることはできなかった。これは、1982年憲法の10条の規定や1982年の中共中央の1号文書「全国農村工作會議紀要」の規定からも見て取れる。

## b) 政策は初歩的に開放したが法律では認めない段階（1984-1987年）

1984年の中共中央の1号文書である「1984年の農村工作の通知」をはじめとして、1986年には最高人民法院の「農村請負契約紛争案件の審理の若干の問題に関する意見」も出され、さらにいくつかの地方法規も出された。もっとも、この時期に認められていた〔流転〕は下請と譲渡のみである。

## c) 法律で解禁され政策で規範化する段階（1988-2002年）

1988年の憲法改正後の10条4項に1988年の土地管理法の改正もならない、また旧農業法で13条2項も設けられた。特に注目に値するのは1995年の「国务院が転送する「農業部の土地請負関係の安定・改善意見に関する通知」の意見」であり、ここで「土地請負経営権の〔流転〕メカニズムを構築する」ことが明確に打ち出されており、そこでは土地の用途を変えないという前提で法による下請、譲渡、交換、出資、その他の合法的な権利と利益が保護されるとされている。また、これに関する地方法規も多数整備された。

## d) 農村土地請負経営権の法律での規範化の段階（2003年以降）

2002年の農村土地請負法以降、法律の整備がすすめられ、2005年の農村土地請負経営権流通管理弁法によって、さらに全面的、体系的な法律による規範化がおこなわれることになり、ここに物権法等が加わりながら現在へつながっている。

---

(62) 丁関良『土地承包経営権基本問題研究』浙江大学出版社、2007年、175-178頁。

## (2) 土地請負経営権の分類

孟勤国等によれば、農村土地の〔流転〕には、以下の4つの分類がある<sup>(63)</sup>。

### a) 家族請負〔流転〕と非家族請負〔流転〕

この両者の区別は、土地請負方式の区別であり、農村土地請負法によれば、前者によるものを「家族請負方式」、後者によるものを「その他の方式」といって厳格に区別している。この区別は、物権法においても基本的に維持されており、例えば前者には抵当権の設定ができないが、後者には<sup>(64)</sup>できると<sup>(65)</sup>されている。

### b) 初〔流転〕と再〔流転〕

この両者の区別は、〔流転〕を行う主体の区別であり、前者に場合は請負人が〔流転〕を行うが、後者の場合は、いわゆる転々〔流転〕ということになるので請負人ではないので一般に初〔流転〕よりも複雑性が増すといえる。そのほかにも、再〔流転〕の場合は、いくつかの制約を受けることになる。

### c) 村内〔流転〕と村外〔流転〕

この両者の区別は、譲受人の身分による区別であって、〔流転〕が同一の農村経済組織内で行われるのか他の農村経済組織の主体がかかわるのかということである。法理論や法の中で、村内〔流転〕と村外〔流転〕という言い方をするわけではないが、実際には村内〔流転〕も村外〔流転〕も普遍的に見られるものであり、農村土地請負経営権流転管理弁法の35条によれば、〔流転〕させるのが村内の人なのか村外の人なのかということを下請と賃貸の区別の基準としているのである。そのほかにも、村外〔流転〕の場合には、いくつかの制約を受けることになる。

---

(63) 孟勤国等『中国農村土地流転問題研究』法律出版社、2009年、58-63頁。

(64) 物権法128条、180条および184条参照。

(65) この区別は裁判実務においても採用されている。詳細は、長友昭「中国における農村土地請負経営権の主体性と権利性 2 契約書の分析を通して」『中国研究月報』60巻12号、2006年参照。

## d) 一部〔流転〕と全体〔流転〕

この両者の区別は、文字通り土地の一部を〔流転〕させるのか、全部を〔流転〕させるのかということであり、農民と土地との関係を完全に切断するのか否かという違いがある。

**（3） 現行法の下での農地の〔流転〕の形式**

農地の〔流転〕に関する現行法には、中央の法律法規に限っても、物権法（2007）、農村土地請負法（2002）、最高人民法院「農村土地請負にかかる紛争案件の審理における法適用問題に関する解釈」（2005）、農村土地請負経営権流通管理弁法（2005）、農村土地請負経営権証管理弁法（2005）、農村土地請負経営権紛争調停仲裁法（2009）などがある。これに各地の地方法規が加わるが、上述の土地請負経営権の分類も踏まえたうえで現行法を分析すると、そこにおいて規定される農地の〔流転〕の形式は、以下の通りである。

## a) 下請け〔転包〕

土地請負経営権者が自己の請け負う土地の請負期間内の全部又は一部を他の農家の耕作に移転するものであり、物権関係は移転せず、債権関係が移転するものである（物権法128条、農村土地請負法32、37条）。

## b) 交換〔互換〕

同一集団経済組織内部の異なる土地請負経営権者がそれぞれの土地請負経営権の相互取引を行うものであり、目的物を土地請負経営権とし、権利義務の内容は変更しないで相互に権利を移転する（物権法128条、農村土地請負法40、37条、農村土地請負経営権流通管理弁法17条）。

## c) 譲渡〔転讓〕

請負経営権者が法により土地請負経営権の全部又は一部を譲受人に移転

---

(66) 王利明『物権法研究〔修訂版〕下巻』中国人民大学出版社、2007年、79-88頁参照。なお、物権法については小口彦太＝長友昭「中華人民共和國物権法」『早稲田法学』82巻4号、2007年も参照。

するという、典型的な取引方式である（物権法128条、農村土地請負法41、37条、農村土地請負経営権流通管理弁法35条）。

d) 賃貸 [出租]

土地請負経営権者が賃貸人として自己の請け負う土地を一定の期間内で他の者に貸し出して農業生産に従事させ、なおかつ賃料を取る行為であり、権利の帰属は変化しない、債権的な利用方式であり、物権法に列挙されてはいないが合法と解するべきとされている（物権法に明文規定なし、128条の「等」、農村土地請負法32、37条）。

ここで下請けと賃貸との異同が問題となるが、下請けが基本的に同一集団に属する人の間での [流転] であるのに対し、賃貸は他の集団に属する人への [流転]<sup>(67)</sup> において用いられると解されている。

e) 出資 [入股] …

土地請負経営権者が出資者として合作社又は会社等の法人組織に参加するために出資するものである。もっとも、当該企業等が経営不振に陥って当該権利が競売等に供されても、その買受人も土地を非農業用途に使用してはならない（物権法128条、農村土地請負法41、37条、農村土地請負経営権流通管理弁法35条）。

f) その他

例えば、権利利益の相続があり、これは本件の原告が当事者適格を有するかともかわる。まず、家族請負地については、物権法に明文の規定はなく、抵当につき184条で不可能とする規定があるのみで、農村土地請負法31条の規定によって認められている。また、「四荒」土地<sup>(68)</sup>については、やはり物権法に明文の規定はなく、抵当につき180条で可能としている。

---

(67) 王宗非主編『農村土地承包法積義與適用』人民法院出版社、2002年、104頁。

(68) 国務院弁公庁の規定（国弁発 [1996] 23号および国弁発 [1999] 102号）および農村土地請負法（46条）によれば、「四荒」土地とは、農村集団所有の荒れた山、溝、丘、砂州 [荒山、荒溝、荒丘、荒灘] 等のことであり、一般に自然条件が悪く開発利用が難しい土地であって、さまざまな点で家族請負地とは異なる扱いがなされている。同上書、113-110頁参照。

農村土地請負法50条で認められている。

#### （４）流動〔流転〕する権利の内容

流動〔流転〕する権利については、「物権法」は、それぞれの状況で、土地請負経営権の流通について規定した。一般的な土地請負経営権の流通は、その流通は「農村土地請負法」の規定によらなければならない、下請け〔転包〕、交換、譲渡等の方式で流通させる。流通の期間は、請負期の残りの期間を超えてはならず、「物権法」第128条）入札、競売及び公開の取引の方式で取得した土地請負経営権は、「農村土地請負法」等の法律及び國務院の関連規定によって、その土地の請負経営権は譲渡、出資、抵当またはその他の方式で流通させることができる（「物権法」第133条）。これらの規定に基づき、土地請負経営権者は、法により土地請負経営権を流通させる権利を有する<sup>(69)</sup>としている。なお、賃貸権、出資についても可能として<sup>(70)</sup>いる。

また、譲渡制限について、「土地請負経営権は、相続、賃貸、交換、譲渡をすることができる。「物権法」第128条の規定によれば、土地請負経営権についてこれらの行為をなす際には、「農村土地請負法」の規定によらなければならない。このほか、ここにいう「譲渡」は、抵当に出すことができることを含まない。ただし、国有又は集団所有の荒山、荒地等に競売方式で設定した土地請負経営権は除く。土地請負経営権の譲渡の際、譲受人は、農業生産経営に従事する者に限られる<sup>(71)</sup>とされている。すなわち、「四荒」などに設定された「その他の形式」の土地請負経営権については抵当権を設定することができるが、家族請負形式の土地請負経営権には原則として抵当権を設定できないということである。

(69) 梁慧星＝陳華彬『物権法〔第4版〕』法律出版社、2007年、266頁。

(70) 同上。

(71) 同上、263頁。

### (5) 農地の〔流転〕制度改革の動向——重慶モデル

近時の改革の動向として、重慶市の「重慶モデル」と呼ばれるものがある<sup>(72)</sup>。

ここで重慶モデルとは、「重慶市工商行政管理局の市の第3次党代表会議の精神の実行を全面的に貫徹し重慶の都市と農村の統一的発展に服務することに関する実施意見」（2007年6月29日公布、同年7月1日施行）という政策（以下「2007年17号意見」）に基づくプロジェクトである。これは重慶市と四川省における都市と農村の統一的発展に関する国家プロジェクトである。この政策の核心は、2007年17号意見の16条である。すなわち、「農村土地請負経営権を出資して農民專業合作社…条件が成熟した地区においては有限責任会社および独資、パートナーシップなどの企業の設定を認める試験点業務を展開するというものである。この2007年17号意見には、重慶市工商行政管理局による解説（2007年7月13日）がある。それによれば、農民專業合作社または有限責任会社などの企業に土地請負経営権を出資するという形で、土地の集約化をはかり、大規模経営を行うというものである。なお、有限責任会社とは、中国の会社法〔公司法〕における会社類型で、日本における株式会社と（旧）有限会社との関係が中国における株式有限会社、有限責任会社の関係に相当する。すなわち、小規模な会社として、株式有限会社に比して後述のような制約を受ける。

ここで、2007年17号意見の「条件が成熟した地区において」という文言の解釈が問題となる。つまり、どのような条件を満たせば有限責任会社を設立できるのだろうか。これについては「重慶市工商行政管理局弁公室の農村土地請負経営権を出資して設立する会社の登記に関連する問題に関する通知」（2007年7月20日公布）で基本的な要件が示されている。そして、この通知にも政府による解説がある。まず「会社の形式に関する規定の主

---

(72) 詳細は、長友昭「中国物権法の下での「農民の保護」論と農地の権利移転について——重慶市における土地請負経営権の権利移転実験モデルの検討」『農業法研究』44号、2009年参照。

旨は、試験点という形式であることを明確にし、「みんなでいっせいにやる」ことを防ぐことにある。土地請負経営権を出資して会社を設立する試験点業務は、まさに始まったばかりの段階にあり、会社形式の選択においては、穏当、抑制、秩序的であることを原則とする。」とされ、会社形式を一般化するものではないことが分かる。2007年17号意見に基づいた有限責任会社が実際に設立されていると報じられているが、その設立に「区县人民政府の許可を得」る必要があることを考えると、少なくとも「いっせいに」有限責任会社が増えるとは思えない。

同様に、会社の「目的の範囲に関する規定の主旨は、会社の目的が農を主とすることを明確にし、土地の用途を統御し、8項目の基本的要求における第2、4項目で登記の関門とするのである。」としている。これは会社設立の登記に「土地の用途を変更しない」と「選択する産業プロジェクトの見通しが良好である」という実質的審査項目を含むことを明言するものである。

また、「会社法の規定に基づくと、農村土地請負経営権を出資して設立する会社には、法的な障害が存在する。その1つは、株主の人数の問題である。1つの村の村民は、往々にして100や1000にもなるので、有限会社の株主50人という法定の上限を容易に超えてしまうのである。」これに関する政府の実態調査では、主にC区S村の農民で構成するZ会社は、実際の株主は912戸だが、25名の農民が株主代表として、1会社法人と合わせて登記株主となっている。土地の換価金などは、登記・非登記を問わず平等に扱われているようだが、非登記の株主といのはいわばヤミ株主であり、今後も法的に保護されるのか疑問であるとしている。

このモデルについては、学界からもいくつかの疑問が呈されている。<sup>(73)</sup>

また、この重慶モデルがはらむ以上のような問題を解決するために、農

---

(73) 市委農工委=市政府農弁2007年。

(74) たとえば孫江=李軍波「試論農地承包經營權轉包的法律本質及其法律規制」『復印報刊資料（民商法学）』2009年9期、64頁以下参照。

事株式会社を設立すべきなどという立法論も出されたりしており、こちらの改革の試みを注目に値する。<sup>(75)</sup>

## (6) まとめ

物権法の下、物権としての土地請負経営権が移転しているか否かで下請けか譲渡かを区別するという実務は定着したようである。とはいえ、タイトルとしての権利の名称だけでなく、権利の実態にも踏み込んで審理している。物権法の制定によって、権利のタイトルは出揃ったといえるが、それが法的に実現される過程の構築はこれから<sup>(76)</sup>である。多くの事例の検討が必要であり、また、そもそも農村での権利の実態がどのようになっているかを明らかにする必要もある。例えば、登記がない中での権利証はどのような意義を持つのか。物権法の中に登記に関する規定は設けられたが、全国的に統一された登記の整備は始まったばかりであり、取引実務上は権利証が重要な意味を持つようであるが、権利証の法的位置づけは明らかではない。<sup>(77)</sup>また、農地では、都市の土地とは異なり、そもそも登記が物権の効力発生要件とはなっていないため、さらに問題は複雑である。<sup>(78)</sup>

## 2 「三権分置」への改革

農地の権利については、1970年代末からの請負経営制による改革があり、それを法律上の権利として認めたのが1986年の民法通則であった。もともと、民法通則上の農村土地請負経営権では、その詳細な内容は規定されておらず、その後、この権利が物権なのか、それとも債権なのかという

(75) たとえば李東侠＝郝磊「土地承包經營權入股公司問題的的法律分析」復印報刊資料(民商法学)』2009年7期、96頁以下参照。

(76) たとえば2009年6月27日に採択され、2010年1月1日から施行された農村土地請負經營紛争調停仲裁法の制定は、その一例である。

(77) 権利証については、長友昭「中国における農村の土地請負經營権の権利帰属確定方法に関する一考察」拓殖大学論集 政治・經濟・法律研究14卷2号、2012年3月、127頁以下も参照されたい。

(78) 前掲注(63)書など。



論争があった。<sup>(79)</sup> 農村土地請負法の制定を経て、物権法の制定に至り、農村と問い請負経営権から文言の変わった土地請負経営権は物権だということ<sup>(80)</sup>で、一応議論の収束を見た<sup>(81)</sup>とされている。もっとも、物権法における物権とは何かの定義があいまいな中では、それが物権であるのか債権であるのかという議論そのものの意味はそれほど大きくない。むしろ、実務上どのような扱いを得られるのかという点に視線を向けることが重要である。ともあれ、物権法の上では、農地の「集団所有権と請負経営権による所有権と「用益物権の「二権構造」を採り、現在もそれは維持されている。

そのような中で、近時、農地についての権利を「所有権」、「請負権」、「経営権」の「三権構造」とする「三権分置」政策という動きがある。これについては法的性質が明らかではない部分も多く、<sup>(82)</sup> 法学的議論はもとより<sup>(83)</sup> 様々な分野で議論がなされている。

ここで三権分置とは、農業生産の効率を高め、農地の大規模化経営を実現し、農地の融資能力を高めるためには、農民に農地についてのより多くの財産的権利を与える必要性から導入されたものとされる。中国共産党の18期三中全会が採択した中共中央「关于全面深化改革若干重大问题的決定」（以下「決定」）において、請負権と経営権の分置が打ち出されて、所有権、請負権、経営権の三権の並立的に分置する農地権利体系を打ち立てた。しかしながら実務においては、これに対応する農地用益物権類型はなお唯一の権威が決定したといえるような結論は得られていないとの批判が<sup>(84)</sup>ある。つまり、物権法によって認められているのは、土地所有権と土地請

(79) 長友昭「中国における農村土地請負経営権の生成過程」早稲田大学大学院法研論集 111号、2004年。

(80) 奥田進一「中国における農村改革と土地法制」比較法研究67号、200頁参照。

(81) 前掲注(79)論文。

(82) 例えば蔡立東＝姜楠「承包權與經營權分置的法構造」法学研究2015年3期等。以降の議論も本文献による。

(83) 特に経済学が多く、さしあたり李光荣主編『土地市場藍皮書 中国農村土地市場發展報告（2015-2016）』社会科学文献出版社2016年を挙げておく。

(84) 例えば「国务院办公厅关于金融服务“三农”发展的若干意见」（国办发〔2014〕

負経営権の二元的農地権利構造であって、学者の中には、「三権分離論」をもって農地財産権を構成する構造は、法律上の表現が得られていない、すなわち法的に表現されていないと考える見解もある。<sup>(85)</sup>

三権分置については、2015年の中共1号文書である「关于加大改革创新力度加快農業現代化建設的若干意見」(中発[2015]1号)では、農村土地請負関連の法律の改正を急ぎ、現有の土地請負関係の保持と穩定および長期にわたり不変とする具体的形式を明確にし、農村土地集団所有権、農家請負権、土地経営権の間の関係を画定する、ということを出した。中共中央のこの政策の方向性には、各界からの積極的な応答が得られたとも<sup>(86)</sup>いわれている。そこにおける法学的な認識としては、依法治国の全面的な推進を<sup>(87)</sup>実践し、農村土地請負法を改正して農地制度改革の政策目標を実現するには、三権の関係をきちんと整理する必要があり、特に請負権と経営権を分置する法的論理を明確にして、有効に運用できる法的権利の構造を<sup>(88)</sup>打ち立てる必要がある、というものである。

---

17号)では、抵当権の目的は土地請負経営権、請負土地収益権の2種類のやり方がある。「关于加大改革创新力度加快農業現代化建設的若干意見」(中発[2015]1号)、「2015年中央1号文書」では抵当権の目的は請負土地経営権と表現されている。

(85) 高聖平「新型農業経営体系下農地産権結構的法律邏輯」法学研究2014年4期、85頁参照。

(86) 民革の中央副主席の修福金は2015年2月28日に2015年の全国人民代表大会と政治協商會議の両会に密かに漏らし、民革中央は「关于完善我国農村土地承包經營權確權中相關法律提議」において、農村土地請負経営権の権利確定業務には法の欠缺があり、法律の間が不一致で、効力が不足しており、内容が不合理である等の問題があり、農村土地請負の関連する法律法規をすみやかに制定、改正、完備化し、農村土地請負経営権登記、抵当権による担保および農村集団經濟組織とその構成員資格の画定等の関連規定を明確にすべきであるとした。「民革中央提案關注農村土地制度改革」中国國土資源報2015年3月2日1面参照。

(87) 十二期全人代三回會議で2015年3月15日に採択された「全国人民代表大会常務委員會業務報告」では、農村土地請負法を改正して作為完善社會主義市場經濟法律制度的核心理念を完備されたものとするとしている。

(88) 前掲注(82)論文、32頁。

もつとも、このような法形式は、日本法、特に日本の農地制度を理解している者にとってはむしろ理解しやすいかもしれない。民法から読み取れる権利は「所有権」と「永小作権」そして賃貸借に基づく「賃借権」であるが、農地法上の権利の移転には様々な規制があることをともかく乗り越えるために、基盤法による「利用権」が設定されて便利に用いられている。これにより「所有権」「賃借権」「利用権」による三権構造が見て取れる<sup>(89)</sup>。社会主義法の所有権制度とは異なる法的表現もあるが、同一性もみ取れると思われる。研究者の中には、請負権と経営権の分置の制度の機能を分析するという基礎の上で、物権法で確立された制度枠組みを背景とし、土地請負経営権の用益物権の地位を確実に証明することを前提として、用益物権の変動論理に従い、請負権と経営権を分置する法構造をしっかりと定め、二種の権利の各々の権能およびその相互関係を解き明かし、請負権と経営権の変動の具体的なメカニズムを設計し、さらにこれによって生じる新型の農地権利体系を打ち立てる研究を志向するものも見られ、三権分置に関する政策と研究の動向を今後も注視していく必要があるだろう。

### 3 農地への抵当権設定の合法性をめぐる改革

不動産への抵当権の設定は、上述の都市部のみならず、農村の土地でも見られるようになってきている。その必要性は、三権分置の議論にも見られたように、農業・農村・農民への金融のためと考えられている。しかしそれはもろ刃の剣であり、金融の円滑化を招く半面で、融資が焦げ付けば、農民の生活不安や農地の散逸、さらには農業人口や面積の減少に拍車をかけるおそれが大きい。しかも、抵当権の実行によって、当該農地が非農民の手に渡ると、農地の転用圧力も高まって、農地の減少から食糧生産の減少と食物輸入の増大が予想され、大きな社会問題にもなりうる<sup>(91)</sup>。

(89) もつとも、これには異論もあるだろうが、本論の性質上、ここでは深入りしない。詳細は関谷俊作『日本の農地制度 [新版]』を参照されたい。

(90) 前掲注(82)論文、32頁。

この点について、物権法では農地についての抵当権の設定を禁止している。それは、都市の市民には医療保険や老齢年金が不完全ながらも整備されている一方で、農村にはそれらが成否されていない代わりに、農地が、いわば社会保障としての性質を有するとして、その社会保障が農民から切り離される状況を作り出さないことが大きな理由となっている。しかしながら昨今、農村の自発的な発展を促し、農業・農村・農民への金融の流れを呼び込むために、農地を担保とした融資を拡大する政策が発表され、その政策を推進する試験地域の設定も発表されている<sup>(92)</sup>。もっとも、上述のように、農地に抵当権を設定することを物権法では認めていないので、これらはいわば違法な政策である。もちろん、中国法においてはそのような法の生成過程は珍しいことではない。むしろ常見され、あるいは中国法の特徴ともいえる。問題は、この政策が失敗したときにどのような法的処理がなされるのかということである。農民における農地は、社会保障としての性質、すなわち唯一の収入源であるので、慎重に行われる必要があるが、そのような配慮に基づいた政策であることは、今のところ見て取れない。

#### 4 小括——30年問題、宅地の流動化など

以上のように、農村の土地は民法通則以降の法認の段階に入り、その権利が細分化し、一方で多様な権利移転の形式が定められ、他方で農地への抵当権の設定も認められるようになってきている。都市における土地の市場的取引は、外資の導入などによって行われたものが市民にも広がったとみることもできるが、農村における権利移転の自由化の広がりとは抵当権の設定の段階的な広がりとは、中国の内在的な必要性によるものといえよう。すなわち、歴史的・世界的な流れにおける食糧生産量・食糧需給率の確保

(91) 奥田進一「中国の農地抵当権制度をめぐる諸問題」北川秀樹編著『中国乾燥地の環境と開発—自然、生業と環境保全—』成文堂、2015年、207-2011参照。

(92) 例えば2014年の中共1号文書である「關於加大改革創新力度加快農業現代化建設的若干意見」(中発[2014]1号)などがある。

のための農地の規模拡大であり、また、中国の経済を支える土地収用に基づく都市の拡大による経済発展の方式、すなわち発展した都市の範囲を内陸の農村にも拡張させていく「<sup>(93)</sup>新型都市化計画」である。いずれも中国に特徴的な現象を含むと同時に、市場化の流れが大きく感じられる政策である。これ以外の市場化の流れとして、請負経営権の設定契約に一般にみられる期間を30年とする契約の更新過程や農村の宅地の流動化などの問題があるが、本稿では詳述できなかった。<sup>(94)</sup><sup>(95)</sup>

#### IV むすび

本稿では、都市と農村に分けて、それぞれにかかわる物権法上の論点を検討してきた。その中では、都市の家屋の所有権や建物の取引契約、さらには抵当権の設定などが、市場の流れに沿って扱われたおり、他方で、農村の土地の権利の分化が進み、その財産としての性質が細密化されつつ従来からの規制を乗り越えて、権利としての保護が強まっているとみられる場面を考察した。それらの場面からは、物権法をめぐる権利の私有化の流れは加速しているように思われる。

もっとも、そのような流れを生んでいる法形式や表現は、法律や条例ではなく、規章ないし政策レベルのものが未だに多い。物権法定主義を原則とする物権法というよりは、従来から「<sup>(96)</sup>党規国法」や反形式的傾向などと論じられてきたものと親和性が高い。物権法それ自体が制定過程で明確な

(93) 2016年8月の政府方針の中で確認された。

(94) 問題の把握として、前掲注(65)論文、21頁以下参照。

(95) 但見亮「宅地使用権問題とその周辺——物権法制定における議論の手がかりに」*社会科学研究*62巻5・6号、2011年、97頁以下、および同「宋庄画家村事件」*比較法学*45巻1号、2011年、74頁以下参照。

(96) 小口彦太＝田中知行『現代中国法 [第2版]』成文堂、2012年、27-32頁〔田中知行〕。

(97) 小口彦太「市場経済化を媒介する中国法の反形式的傾向」*社会科学研究*62巻5・6号、2011年、48頁以下参照。

規定を置けなかったことによる、曖昧な到達点からの、曖昧な私有化とも評価できる。いずれにせよ、先に指摘した都市の不動産の70年問題（更新問題）、二重譲渡の問題、物権法司法解釈の問題、農村の土地の30年問題（更新問題）、宅地の流動化、新型都市化計画をめぐるバブルの崩壊の懸念など、残された課題は多い。さらには、上で考察した問題も、論じ切ったというものではなく、現在進行形の問題である。ルビコンのその先をめぐる旅は、まだまだ続きそうである。

※本研究は JSPS 科研費26870591の助成を受けた研究成果の一部である。