

## 中国物権法の商法適用性

楼 建波\*

### 目次：

#### はじめに

- i 問題の背景
- ii 問題提起
- iii 本稿の構成

#### 物権法と取引の安全

- i ドイツ商法典における動産の善意取得に関する特則
- ii 中国物権法における取引安全保護
- iii 小括

#### 物権法と商事取引の多様性

- i 商事取引の多様性及びその影響
- ii 中国物権法が用意する「多様性的」物権
- iii 小括

#### 物権法と商事取引の利便性

- i 関係に関する概述及び立法例
- ii 中国物権法と商事の利便性
- iii 小括

#### むすび

- i 全体に対する評価：民法の開放と商法の現状
- ii 残された課題：埃はいつ落下するか

---

\* 北京大学法学院

筆者略歴：北京大学法学院を経て、同大学院卒業、イギリスロンドン大学法学博士、同大学中国法専任講師を経て、現在北京大学法学部助教授、土地家屋法研究センター中国側主任、商法関係招集人。

本文の執筆にあたって、北京大学大学院（法学）博士課程在学中の唐勇氏が物権法に関する資料を収集・整理してくれたことについて心より感謝の意を申し上げます。なお、本文に関する責任は全て筆者が負う。

## はじめに

### i 問題の背景

周知のように、中国大陸は、今日まで民法典も、商法典も設けられていない。一方において、民法法典化は凄まじい勢いで進んでおり、近時施行された物権法に続き、不法行為責任に関する立法も議案として立法機関で討論される予定になっている。それと同時に、商事においては単行法という建前を維持し、商法領域の立法は会社法、合併会社法に対する法改正及び企業倒産法の立法のみである。立法の現状については、現行民事法関係の法規範は主に民事通則、物権法、契約法、婚姻法、継承法等によって構成されている。一方、現行商事関係の単行法といえば、会社法、合併会社法、証券法、手形法、保険法及び倒産法等がある。国内の学界において、民商事立法モデルに関する議論は従来より行われている。「ここ数年、とりわけ中国法学会商法研究会の2004年大会以来、商法学界(他の関係する学界も含める)においては、商法の立法モデルを検討する際に新たな進展が見られた。すなわち、従来の民商一体か民商分立かという論争に無関係の新しい考え方が提示された。それは商事通則、あるいは商法通則を制定するという提案である」<sup>1</sup>。商事通則の制定を提唱する学者はこのように考える。すなわち、「わが国の商事立法は一向にして単行法のモデルを採用している。しかし、実際の運用状況から明らかなように、個別分野の特徴しか有しない単行の商事法は商事関係を支配するという要求には対応できず、包括的支配機能を持つ商事法律が必要とされる。それは、つまり商事通則 商事関係を規定・調整する包括的な法律である。商事通則はその他の単行法とともに民法の特別法であるが、商事法分野においては一般法たる性質を有する。伝統の民商一体あるいは民商分立といったモデルとは異なり、このモデルについては諸外国において参考可能な立法例がなく、わが国自らの実務と理論によるほかない」<sup>2</sup>。

上述の商事通則を制定するという見解を見ると、この見解は折衷性と実用性を重視することが分かる。すなわち、現行立法と従来の法体系を維持し民法の一般的地位を認めながら、実用主義から出発して商事通則の制定を提唱しそれによって民法と商事の単行法との間の間隙を埋めようとするものである。他方、一步進んで商事通則における各制度間の関係および諸外国商法発展の動向といった角度から商事通則の理論的・現実的実行可能性を立証し、そして商事通則の具体的構成および内容について意見を提出した学者もいる<sup>3</sup>。中国は最終的にいずれの立法モデルを採用するかについては、現在のところ定説というものは存在していないが、我々は、いかなる立法モデルを採用するかに関する論争が、たとえ形式上の意義しか有さないものではないにしろ民事

1 王保樹・朱時蘊「在發展中追求卓越 2006年商法研究述評」(中国法学2007年第2期)145頁。

2 王保樹「商事通則：超越民商合一与民商分立」(法学研究、2005年第1期)32頁、33頁。

3 楊繼「商事通則統一立法的必要性和可行性」(法学、2006年第2期)72-85頁。

上と商事上の諸問題の解決そのものを代替するものになってはならないということを深く確信している。我々は、立法の経済学的アプローチから見ても、既に成立し実在している法体系を尊重すべきであると考えており、可能な限り現行法体系の中において民事立法と商事立法の調和を図るべきであると思慮する。

## ii 問題提起

民法と商法は同じく私法に属し、互いに極めて密接に関係している。我々は、民事立法が商法理論と実務に対する影響力を考慮しなければならない。しかし、民商一体を徹底する国において、商法の単独立法が法律上意義を失ったとはいえ、商法は独立した学問としてなお存在する必然性を有するであろう。民法や商法のそれぞれの理念から言えば、民法が、自由、平等および博愛を重視するのに対して、商法は自由、平等および営利<sup>4</sup>を重視する。とりわけ「営利」はまた商事上の利便性や取引安全等の価値としても現れている。民法と商法は互いに独立しており、民事立法と商事立法は、それぞれこれらの価値を貫くことになる。しかし、たとえ民商一体的立法のもとにおいても、単行商事立法が商法独自の理念を一貫すべきである。

中国の商法学界は、従来より商法独自の価値と理念を強く主張し続けている。国内の商法学関連教材は、「商事行為」あるいは「特殊商行為」等の編において通常専ら章・節を設置して「商事契約」、「商事売買」、「商事代理」、「商事委任」、「商事仲買」、「物品運送」、さらに「商業上の債権行為」等々<sup>5</sup>について検討を行うのが通常である。とりわけ、ドイツの立法から着想して、「商事債権」を単独の一章として設けて検討し、いわゆる「商事物権」という概念を導入した。この「商事物権」という概念には、商事所有権、商事質権、商事留置権等が含まれている<sup>6</sup>。

中国における現行の民事法の法規範を見ると、民法債権法を構成する重要な一部として、現行契約法が民商一体という立場を採用している。すなわち、民事契約と商事契約を1つの法律の中に組み入れるものである。その中、商事取引に関する契約に関しては、委任、倉庫保管、運輸等計14の種類が設けられており、「多くの商事取引の規則を採り入れた。たとえば、上述の契約の目的物の取扱いおよび競売、瑕疵の検査および通知を例として、中国契約法の場合では、民事契約か商事契約かを区別することなしに、これらの商事規則をすべて認めている<sup>7</sup>」。これは、立法モデルにおいて商事契約を商法という分野から民法の債権法という分野に従属させ、民事契約と商事契約の区別およびそれぞれの理念によっていかに適用するかを司法実務に委ねるという立場

4 王小能・郭瑜「商法独立性初探——從票據法和海商法的角度」(中外法学、2002年第5期)571頁。

5 顧功耘・他『商法教程』(上海人民出版社・北京大学出版社、2006年)62-67頁、覃有土・他『商法学』(高等教育出版社、2004年)56-58頁、周林彬・任先行『比較商法導論』(北京大学出版社、2000年)390-560頁、範健・他『商法(第2版)』(高等教育出版社、北京大学出版社、2000年)54-57頁。

6 範健、同上52頁、53頁。

7 施天濤『商法学(第3版)』(法律出版社、2006年)90頁。

であるといえよう。

中国の契約法が「国連国際貨物販売契約公約」に同調する立場を取っており、経済のグローバル化のもとにおいて両法体系の契約法規範の融合を反映しており、しかも大陸法体系に限られているある種の既定の立法形式ではないわけではなく、最近公布・施行された中国物権法は、その概念から体系まで依然として大陸法体系における条文用語上の枠組みを抜け出すものではない。民事・商事の立法モデルに関する論争の中では、物権は契約とは異なり、債権の主な類型でありながら、特殊商行為（たとえば売買営業、委任行為、運輸営業等）および物権制度は「目的物の帰属を明らかにしながら、その効力を発揮し、そして権利者の目的物に対する権利を保護する<sup>8</sup>」ことを狙っている。この点、権利財産関係の流動を支配する債権法または商法に比べて、物権法は財産の帰属に関する法として、「財産権の骨組みを作り上げ、市場の正常な運行に基礎を置いており<sup>9</sup>」比較的に中立的なものであり、特に民事と商事を区別してそれぞれに特殊な法規範を設ける必要がない。しかし、まさに一部の学者が鋭く指摘するように、『伝統的な物権法は物の帰属をその制度的出発点とするが、全く閉鎖されている典型的な自然経済はその状態が破壊されると、ほぼすべての財産が「帰属」と「移転」との間に止まらずにその存在様態が変わっている。とりわけ商品経済になると、生産と消費が互いに分業され、生産の目的は交換であり、交換それ自身は当然商品の価値を増やすのみであって商品を作り出すことはできない。しかし、交換は財産を取得するための主たる手段となる。同時に、財産の運用は財産の帰属よりもますます優勢的になるとき、このような運用（物の使用価値の譲渡を通じて利益を収めるか担保物権を設立して物の交換価値の利用を通じて融資を得るかを問わず）が通常商品の交換という形によらなければなくなるとき、物権法はそれが支配している「財産の静態的な帰属」という態様の境を越えることを余儀なくされ、その触角をいわゆる「財産の動態的な社会移動」にまで伸ばす、これによって取引のゲームルールを支配する契約法に重大な影響を与える<sup>10</sup>。そして、「市場経済の正しい秩序および取引の安全」を保つために、「物権法の一連の法規範、たとえば公示の原則と公信の原則、所有権移転の規則、善意取得の制度等がすべて直接取引関係を支配しているものである<sup>11</sup>」。ここまでは、契約法の商事適用性を見てきた。なお、我々は近時施行された物権法をも考察する必要がある。そしてこの考察によって、物権法が商法の理論と実務の要求に対応しそれを満足できるかどうかを検討するとともに、中国の物権法と商事法における現行単行法との立法上の間隙・欠缺あるいは抜け穴を検討し、民事法上の物権法以外に補則あるいは単独規定等の形で商事取引の要求に適うような独特な物権法規範あるいは「商事物権」規則を設ける必要の

8 「中華人民共和國物権法」1条は、「国の基本的経済体制を維持し、社会主義的市場経済の秩序を維持し、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、憲法に基づき、本法を制定する」と定めている。

9 王利明「物権法は一部什麼樣的法律」（光民日報、2007年4月2日）。

10 王利明、同上。

11 王利明、前掲注9。

有無をも明らかにする。

### iii 本稿の構成

物権法が施行されて間もないため、多くの理論および実務上の問題がまだ現れておらず、それ故、十分な検討がされていない。したがって、本文はよりマクロ的な視角から現行物権法の商事上の適用性を検討する予定である。つまり、まず、物権法の商事における適用性の基準を明確化し、商法の諸々の価値理念の中から筆者が物権法に強く関係すると思われる三つのものを選び出した。すなわち、取引の安全、商事取引の多様性、および商事の利便性<sup>12</sup>である。次に、物権法の中の典型的な制度を選び出し、大陸法系諸国の民事立法および商事立法に関して、その立法理念、価値および機能に対して分析・整理を行い、これらの制度が民法の価値を実現する以外に商事に関する適用性を有しているかどうかを探求する。最後に、物権法の商事上の機能に対して立法論と機能論という角度から全体的な評価をするとともに、本文のはじめのところで紹介した民事・商事の立法モデルについて私見を述べる。本稿が現行中国民法と商法との間の関係の整理にとって多少でも意義を有することは望外の喜びである。

## 物権と取引の安全

### i ドイツ商法における動産の善意取得に関する特則

既述のように、物権法所定の公示原則と公信原則および善意取得制度は直接に取引を支配しているものである。通説は、それらの制度の趣旨は取引の安全を保護するものであると考える。とりわけ、公示原則と公信原則は、不動産の取引にもっとも大きな影響を持つものであり、善意取得制度は動産の取引にもっとも大きな影響を持つものであると解される。ドイツ民法典932条ないし935条は動産の善意取得制度について規定を設けている。すなわち「932条ないし934条の規定によれば、譲受人は善意にして譲渡人が所有権者であることを信じているのでなければならぬ」、「処分権限の信頼に関しては、たとえば譲渡人が破産管財人であると信じたとしても、善意

12 上の三つを選び出した理由は以下の通りである。すなわち、この三つの価値がすべての価値を代表することは当然不可能であるところか、その中の商事取引の多様性が商業が実現したい価値ですらなく、ただの商事取引の特徴であるにすぎない。にもかかわらずなぜこれを商事取引の多様性を検討する価値の一つとするのかというと、商法が支配する商事行為は、民事行為に比べて、より多く、より変化しており、新しい取引の形態が相繼いで現れているからである。しかし、商法はそれらの新しい形態が現れる度に、改正されなければならない。商法の改正の頻度は民法よりはるかに高い。そして、民法の一般的、安定的な条文の現状をみれば、民法の中の物権法が商事取引の要求に適うだけの十分な民事権利類型を提供できるかどうか、今後更に見守るべきものであろう。一方、物権法と商事取引との間に、最も密接に関係しているものは取引の安全ということについては異論がないところである。そして、物権法と商事取引とがもっとも直接に抵触を生ずる価値は商事の利便性というものであるといえよう。なぜならば、物権法は帰属の安全を重視しているに対して、商事取引は利便性と効率性を重視しており、商事の利便性はつねに諸国の商法典がその民法典に対する補足規定を設けることの重要な原因であるからである。

を構成するものではない<sup>13</sup>。同法935条1項は、「所有権のない動産の所有権（物が所有権者のところから窃取、遺失等によって喪失した場合も含む）はいかなる者も保有することによって善意取得することができない」と定めているが、この規定は金銭あるいは無記名債権および公開競売によって譲り受けたものについては適用されない<sup>14</sup>。ドイツ商法典は、動産（質権も含む）の善意取得について特則で設けている。すなわち、同法366条1項は民法典による保護を所有権に対する善意取得から処分権限の善意取得にまで拡張した。その立法理由は主に商人にとって、処分権限の存在については特別の可能性を持っていることである。たとえば、委任者は通常は彼が譲渡する目的物の所有権者ではないが、目的物につき処分権限を有するのが一般的である。占有のほか、補充的権利外観を有する根拠として商人の身分あるいは処分者の職業上の地位および他の商事営業の経営に属する行為等がある<sup>15</sup>。前述の366条は商法典、同法の第4編「商行為」の第1章「一般規定」というところに位置づけられている<sup>16</sup>。ドイツ商法典はドイツ民法典で定められている不動産の登記、物権行為の、無因性等の制度について新たな補則または特則を設けていない。

## ii 中国物権法における取引の安全保護

中国物権法は、ドイツのような物権行為の独立性と無因性の理論を採っておらず、物権と債権の区別を原則として設けている<sup>17</sup>。不動産取引の安全を保護するための不動産の登記制度についても原則的に規定されるにとどまっている。たとえば、同法10条2項は「国は不動産に対して統一的な登記制度を実施する。統一的な登記の範囲、登記機関及び登記方法については、法律、行政法規によって規定する」と定めている。これらの規定はドイツ民法典873条ないし902条の「地上権に関する一般規定」に比べてはるかに不十分であり、ドイツの「土地登記簿法」あるいは日本の「不動産登記法」のようにきめ細かく規定することもできていない。したがって、今後立法解釈あるいは専門の不動産登記に関する法規範によって具体化されなければならない。

同法106条ないし108条は、善意取得についての規定を設けている。ドイツのそれと比べて異なるのは、中国物権法はつねに善意の基準を処分権限に対する認知というところに固執し、所有権に目を向けていない。つまり「善意取得者の譲受人は善意であり、譲渡人である善意取得者が処分権限がないことについては知らなかった<sup>18</sup>」ということを基準にしていない。むしろ、同様に、

13 Manfred Wolf, Sachenrecht, 吳越・李大雪訳『物権法』（第2版）（法律出版社、2006年）290頁。

14 陳衛佐訳『徳国民法典』（法律出版社、2006年）339頁。

15 クラウス・ウィヘルム・カナリス著、楊繼訳『徳国商法』（法律出版社、2006年）642頁、643頁、654頁。

16 杜景林・盧謙『徳国商法典』（政法大学出版社、2000年）。

17 たとえば同法15条によれば、「当事者間で締結された不動産の設定、変更、移転及び消滅に関する契約は、法律に別段の規定がある場合、又は契約に別段の約定がある場合を除き、契約成立の時から効力を生ずる。物権の登記を経由していなくても、契約の効力には影響しない。」

18 全国人大常務委員会法制工作委員会民法分室編『中華人民共和國物権法条文説明、立法理由及相關規定』（北京大学出版社、2007年）193頁。

中国物権法は商人と非商人の区別もしていない。スイスの立法に倣って、善意取得の制度を拡張し、動産のみならず、不動産にも適用するとした。譲受人が善意で処分権限がない者から家屋を購入し登記まで行ったときに善意取得が成立する。一般規定において遺失物については善意取得が適用しない。ただ、「譲受人が競売または経営資格を有する経営者から当該遺失物を購入したときには、権利者は現物返還請求を行う際に譲受人が支払った費用を支払わなければならない」。これに対してドイツ法上は、条文配置上の例外は金銭あるいは無記名証券および公開競売を通じて譲受けた目的物というところにある。窃取物の善意取得については規定を置いていない。規定を置かなかった立法上の理由については、「窃取、強奪された財物については、所有者は、司法機関を通じて『刑法』や『刑事訴訟法』、『治安管理处罰法』等の法律の規定に基づいてその物を取り戻すか追徴することができる。追徴にあたっては、いかに善意の譲受人の権利利益を保護し、取引の安全と社会経済秩序を維持することは関係法律の規定の更なる完備によって解決が図られることが考えられるから、物権法において特に規定を設けなくてもよい。<sup>19)</sup>」動産に関する質権の善意取得についても明文の規定を置いていない。ただ、「最高人民法院による『中華人民共和国担保法』の適用における若干問題に関する解釈」の84条<sup>20)</sup>は、この制度を規定している。他方、中国物権法106条3項は善意取得以外の原因による所有権をも認めており、この場合は同条の前1項と2項の規定(不動産・動産所有権の善意取得)に関する規定は本項について準用される。

### iii 小括

適用範囲について言えば、後発の立法であるため、中国物権法に置いて設けられた取引の安全の制度についてドイツ民法典の物権法部分より広いものである。中国物権法は不動産の善意取得制度を確立し、商法の法規範によって民法上動産の善意取得の適用を拡張しようという要求も存在していない。又、条文の文言においても条文用語が一層柔軟で、将来の拡張的解釈の余地も残している。前述のように不動産登記制度に関する立法の授權および善意取得以外の物権等を見ればこのことは理解される。一方、精密度について言えば、後発の立法とはいえ、歴史と社会環境等の要素から、その立法技術の精密さがドイツの立法には及ばない。たとえば不動産の登記制度はまだ一般規定として定められているにすぎない。そして、善意取得に関しても三つの条文しか用意されておらず、おおまかなものであるため、この点、解釈あるいは補則を俟つほかない。もっとも、制度全体から言えば、まだ完備されていないものとはいえ、立法の角度からは取引の

19 前掲注18、185頁。

20 同司法解釈84条は、「質権設定者が、所有権は有しないが適法に占有する動産に質権を設定する場合、質権設定者に処分権がないことを知らない質権者が質権を行使した後、これにより動産所有者に損失をもたらしたときは、質権設定者が賠償責任を負う」と定めている。

安全において中国物権法が高い商事上の適用性を有することは否認できない。

## 物権法と商事取引の多様性

### i 商事取引の多様性及びその影響

「不揃いの万物は幸せの源なり」(英、バートランド・ラッセル)。これを商事取引について言えば、まさにその多様性である。現代社会は発達している市場を持ち、新しい商業形態が相次いで現れている。しかし、商法はそれらの新しい形態が現れる度に、改正されなければならない。商法の改正の頻度は民法のそれよりはるかに高い。そして、民法の一般的、安定的な条文の現状をみれば、民法の中の物権法が商事取引の要求に合うような十分な民事権利類型を提供できるかどうかについては今後殊に見守るべきものであろう<sup>21</sup>。同時に、これも諸国がその民法典の物権法部分について補則を設ける主な原因の一つであろう。

ドイツ法では、発生の方式によって、民法上の動産の質権は三つの類型に分かれている。すなわち、一般質権(法律行為によって設定された質権)、法定質権(法定の要件が満足されたとき、いかなる当事者の合意も必要なく成立する質権)、留置権である<sup>22</sup>。ドイツ商法典第4編「商行為」はより多くの種類の法定質権を補足的に規定しており、<sup>23</sup>これによって、委任、倉庫保管、運輸等の営業における要求に対応しながら同法第4編で定められている法定質権は366条1項の一般質権と同等な地位を有することを決定している。他方、ドイツ商法典369条ないし372条は商人の留置権を補足として規定しており、ドイツ民法典273条では「債務の関係に基づいてその他の効果を生じたときを除き、債務者がその義務について負う同一の法律関係」に基づいて発生する債権性留置権に比べて、前者はその範囲を第三債権にまで拡張している。それはドイツ民法典1000条が規定している留置権により似ている。種類において、ドイツ商法典の「商行為」編はドイツ民法典の法定質権の規定を大きく発展させたものである<sup>24</sup>。

一方、日本法において、日本商法典515条が日本民法典349条の「流質契約の禁止」という規定を排除し、「民法第349条の規定は、商行為によって生じた債権を担保するために設定した質権については適用しない」と明文で定めており、流質契約を認めている。同法521条は商人間の留置

21 前掲注12参照。

22 パウア/シュトゥルナ著、申衛星・王洪亮訳『德国物権法』(法律出版社、2006年)540頁、541頁。

23 法定質権は主にドイツ民法典の、233条、562条ないし562d条、581条2項、583条、585条、592条、647条、704条、または、ドイツ商法典の「商行為」編の397条、441条ないし443条、464条、475b条、さらに同法「海商」編の623条、674条、726条、726a条、755条ないし764条等々がある。これらの条文についてのまとめは前掲注14、414頁参照。

24 ある学者が指摘するように、立法技術からみれば、ドイツ商法典上商人間の留置権についての規定は成功したものとは言えない。なぜならば、その構成要件は法定質権と類似しているところか、優先性においても多くの重要な面で法定質権より遅れている。必然判断から法定質権の方式を拡張し、商人間の留置権制度を取って代わるべきである、と。詳細は、前掲注15、677頁。



権を規定しており、日本民法7章の「留置権」(295条ないし302条)の適用を拡張した。すなわち、「商人間において、その双方のために商行為となる行為によって生じた債権が弁済期にあるときは、債権者はその弁済を受けるまで、その債権者との間における商行為によって自己の占有に属した債務者の所有する物又は有価証券を留置することができる。ただし、当事者の別段の意思表示があるときはこの限でない<sup>25)</sup>」と規定している。韓国商法典は、日本商法から強い影響を受けており、完全にそのまま採り入れるまではしていないが、同法58条と59条は流質契約を認める規定および商人間の留置権についての規定は日本のそれとは全く同様である<sup>26)</sup>。

上で挙げた立法からは多くの商法は各種の物権について拡張的適用を決めたことが分かる。また、留意しておかなければならないのはフランスである。フランス法においては、1967年までは、不動産の契約は商行為に属するものとされなかった。たとえば、土地家屋の代理販売人は商人として認められなかった。その理由は、「不動産は通常は流通のために使われることができず、富が安定するための構成要件である」からである。しかし、ある不動産が取引の対象とされ、購入された後にそれを譲り渡したときに、その不動産を流通の対象から排除する理由はなくなる。したがって、フランスは、1967年と1970年の二回にわたってその商法典632条の規定に補足規定を置き、一部の不動産に関する法律行為を商行為の中に採り入れた<sup>27)</sup>。わが国内においてもある学者がフランスの伝統商法もドイツの現代商法も不動産の経営活動上の商事性を否認していることを紹介している。つまり、フランスの状況は前述の通りである。その学者がドイツ法の状況を紹介するとき以下のように指摘している。すなわち「ドイツにおいて、伝統商法と現代商法はともに不動産の経営活動上の商事性を否認しており、その民事性を認めているに留まっている。ドイツ現行『商法典』1条2項<sup>28)</sup>が明文で『土地や不動産を売却する者が行った行為は基本的な商行為ではない』と定めている。したがって、このような行為に従事していてもその者を商人とすることができない。土地家屋の開発および建築に従事する者が商人とされるためには、その者が登記又は会社の設立によらなければ商人とされず、その者が行った行為も商行為とならない」と規定している。このように、『ドイツ商法典』1条2項は売却のために不動産を購入した行為を商行為として認めていない<sup>29)</sup>。このような立法から覗えるのは、商法が民法物権法の種類を増加するものではなく、商法自身は民法で既に確立された適用範囲を拡張するものであるということである。

25 王書江訳『日本民法典』(中国法制出版社、2000年)53頁、54頁、62頁、卞耀武編、付黎旭・呉民訳『日本国商法』(法律出版社、2000年)195頁、197頁。

26 呉日煥訳『韓国商法』(中国法政大学出版社、1999年)14頁、15頁。

27 イヴ・ギヨン著、羅結珍、趙海峰訳『法国民法』(法律出版社、2004年)58頁。イヴ・ギヨンも「不動産を商法の枠に入れると、不動産の流通・取引に不利であるところか、人為的に不動産の供給量を減少し、全体的な利益が害されてしまう」ことを指摘している。詳細は同書59頁参照。

28 より一層調査しなければならないのは、筆者の手元にあるドイツ商法典の訳本によると、同法1条にはこのような規定は書かれていない。他方、同法343条「商行為の概念」2項は廃止された。

29 張安民『商法総則制度探究』(法律出版社、2007年)295頁。

## ii 中国物権法が用意する「多様性的」物権

中国物権法を考察すれば、その担保権は、抵当権、質権および留置権によって構成される。その中には、動産質権と権利質権が含まれる。そして、同法にはドイツ法上の法定質権が規定されていないが、物権法の留置権が実質的にドイツ法上の法定質権と同じ機能を果たしている。中国物権法は、18章（230条ないし240条）において留置権を定めている。すなわち、「債務者が履行期の到来した債務を履行しない場合、債権者は適法に占有している債務者の動産を留置することができる。かつ、当該動産から優先的に弁済を受ける権利を有する。」その中、「債権者が留置する動産は、債権と同一の法律関係に属さなければならないが、ただし、企業間の留置を除く。」この規定は、一方では、中国民法通則89条4項、担保法82条と84条の留置権に関する規定を大きく拡充した。つまり、担保法の82条と84条では、留置権の発生要件について、債権者が動産に対する占有を契約関係に基づくもののみであるとし、その範囲を保管、運輸および請負等に限定している。それに対して、物権法は留置権者が動産占有の原因に対して制限を加えておらず、契約関係以外、無因管理等適法に占有する場合でも留置権の規則を適用しうる<sup>30</sup>。他方、「企業間の留置を除く」という文言は、実際は、商人間の留置権に関する規定である<sup>31</sup>。但し、物権法は、その「企業間に限定され、商人あるいは商事主体の範囲に比べて狭いものであり、個人経営の商人、農業生産の経営者等が含まれていない<sup>32</sup>」。この点、日本と韓国の商法典に比べると、中国物権法は留置権に対して商人間の留置権を包括的に規定する形を採っているが、有価証券の留置権問題については明文がない。他方、争いがあるとはいえ、中国物権法185条は流抵当を、211条は流質契約をやはりそれぞれ禁止している。一つ留意しなければならないのは、中国物権法は、物権の客体、すなわち目的物に対する認識において、従来の大陸法系の有体物の範囲を突き破った。また、同法2条2項は「本法にいう物には、不動産及び動産が含まれる。法律が権利を物権の客体と規定する場合には、その規定に従う」と定めており、これによって物権取引の多様性に対して前提条件を提供したと言えよう。

## iii 小括

全体的に言えば、一方では、中国物権法は、伝統理論が抵当権と質権の性質および内容の認定に関する伝統理論の見解を堅持している。他方、中国民法はより豊富な物権の種類を採用し、かつ、物に関する各種の最新の利用方式をも採り入れた。たとえば、明文で物権の客体の範囲および民事留置権の適用を拡充するとともに、商人間の留置権を規定しており、引き続いてその比較的強い開放性と商事上の適用性を我々に提供している。

30 楊明剛『担保物権適用と典型案例評析』（法律出版社、2007年）285頁、286頁。

31 黄松有『「中華人民共和国物権法」条文理解と適用』（人民法院出版社、2007年）678頁。

32 前掲注29、291頁。

## 物権法と商事取引の利便性

### i 関係に関する概説および立法例

いわゆる利便性というのは、簡易および迅速を含めて考えるべきであり、商法の「営利」という理念から生まれた効率性の追求を意味する。商事取引は、何より簡易性を重んじなければならない。商業活動において、行為にしる行為の主体にしる、一般的な私法上の法律行為とは明らかに異なる。つまり、商事法は種々の煩瑣なプロセス(手続き)を極力排除し取引の簡易性を求めながら、各種の証券に関して定型化および権利の流通化等の方式を採っている。他方、商業は営利を目的としているため、取引の迅速性を担保しなければならない。したがって、商事法上は、通常、短期消滅時効および取引の定型化を採用する<sup>33</sup>。この点、わが国内(中国)では、さらに比喩を用いて指摘する学者がいる。すなわち、「ここでは、法律をあたかも一種の交通規則に喩えてさしつかえないであろう。もしもその他の法律を一般道路の交通規則と見るならば、商法規則は高速道路の交通規則ということになる<sup>34</sup>」。

ドイツ商法典366条1項は、同国民法の中の善意取得制度はすべての善意を保護し、処分権限についての善意までも保護する。その立法趣旨は、取引の安全を保護するほかに、委任者あるいは委任者に類似するその他の商業経営者の貨物販売における簡易性の要請を満たすことができる<sup>35</sup>。他方、ドイツ商法典368条1項は、質物の販売の際には、質権者と質権設定者が行った商行為に限り、民法典1234条<sup>36</sup>所定の1月の期間に代えている。これは、商事質権の実行に必要な期間を大幅に短縮したことを意味する。また、同商法371条は、商事留置権の行使期間についても368条1項に従い、1月の期間を1週間に変えた。

### ii 中国物権法と商事の利便性

商行為に関して短期(消滅時効)を定めたのは、中国では実は一般的である。たとえば、中国手形法17条は3ヵ月と6ヵ月の短期(消滅時効)を定めている<sup>37</sup>。しかし、物権については、中

33 張国健『商事法論』(三民書局、1981年)34-38頁。

34 前掲注7、14頁。

35 前掲注15、643頁。

36 ドイツ民法1234条が、「(1)質権者は、事前に所有権者に目的物の売却するにつき警告をし、売却はいずれの債権によるものかについて説明しなければならない。売却権が発生した後でなければ、警告をすることができない、警告ができないときは、警告をしなくてよい。(2)警告がなされた1月以内では、売却人が売却をすることができない。警告ができない場合については、1月の期限は売却権が発生する日から計算する。」

37 「中華人民共和国手形法」17条は、「手形小切手上的権利は、次の各号に掲げる期限内に行使しないことにより消滅する。(1)所持人の手形小切手の振出人及び引受人に対する権利は、手形小切手の期限到来の日から2年とする。一覧払いの為替手形及び約束手形は、振出日から2年とする。(2)所持人の小切手振出人に対する権利は、振出日から6月とする。(3)所持人の前者似に対する遡及権は、引受けが拒絶され、又は支払いが拒絶された日から6月とする。(4)所持人の前者に対する再遡及権は、完済日又は訴えられた日から3月とする」と定めている。

国では、ドイツ法上の質権行使の警告制度がないため、この種の期限の短縮は直接ドイツ法と比較することはできず、日本や韓国にも類似の制度が存在していない。商事の利便性はさらに各商事単行法の制度においても現れている。ただ、物権法の中に取引の利便性を追求する価値も少なからず存在する。たとえば、上で挙げた中国物権法が「不動産の登記制度は統一されなければならない」と明文で定めている。しかし、物権法の不動産登記の効率を追及する規定は粗略でありすぎる。歴史上の要因故に、中国では、不動産の登記制度についての行政管理が色濃く残されており、私権及び取引等の理念がいまだに薄く、国民も政府には「対抗」できない。実務上においても「多頭政治」が横行しており、手続きも複雑であり、さらに官僚主義および長すぎる登記時間なども一般的である。中国は現在のところ市場経済の発展に力を入れており、土地家屋の販売業はすでに国家の重要産業になっており、不動産取引はますます頻繁かつ多面的になっている。不動産市場は盛んな勢いで発展している。それ故、現代的な不動産の登記制度を作り上げることによって取引の利便性、不動産に関する諸権利に対する保護、および取引の促進を実現しなければならない。

### iii 小括

商事の利便性は物権法が動産と不動産の所有権あるいはその他の物権の設定と移転等においてできる限り不必要な手続きを減らすことを要請する。つまり、動産については、引渡しを譲渡あるいは権利取得の対抗要件とすべきであり、不動産については登記を対抗要件とすべきである。動産取引に比べて、中国の現在の不動産登記制度はより多くの問題を抱えており、制度も完備されておらず、取引安全の保護と取引の利便性が実現されるまでまだ前途遼遠である。筆者は物権法に関する立法解釈あるいは統一された不動産登記法の早期の成立を強く望むものである。

## むすび

### i 全体的評価：民法の開放と商法の現実

民法は中国にとって外来のものである。立法時期の特殊性のため、中国物権法は多くの中国ならではの特徴を帯びるとともに、多くの諸外国の先進的立法例を採り入れている。中国の物権法は精緻なものとは言えないが、多大な開放性と包容性を有しており、今後の立法と解釈に非常に大きな余地を残している。民法はもとより論理と構成を重視しているものである。とはいえ、民法の「内的体系は決して閉鎖的なものではなく、当然「開放」的なものである。そして「開放」的な体系として、常に未完成のままであるというより、むしろ完成し得ないものであろう<sup>38</sup>」。し

38 カール・ラーレンツ著、陳愛娥訳『法学方法論』（法学方法論導読）（商務印書局、2000年）18頁。

たがって、新たな内容が止まることなく民法に仲間入りしてきている。中国物権法について言えば、善意取得および留置権の適用範囲を拡充し、伝統民法の商事上の適用性を高めたことから、物権法そのものの開放の程度が商事上の適用性と正比例関係にあることが言える。しかし同時に、開放性は無制限を意味するわけではない。中国物権法上流質あるいは流抵当に対しては依然として否定の立場を採っていることはまさに民法の基礎的伝統論理を尊重する立場からの配慮であると言えよう。

商法の体系性が従来から一部の商法学者を含めた学者達から批判されてきたのは、商法が支配する対象の多様性、変化性および進歩性に関してである。これを商法の改正についてみるとまさにその頻繁さである。商行為あるいは商人が求めているのは「自由、平等、営利」であるから、その行為を支配する法規範に対する要求も非常に現実的なものである。つまり、一旦新たな取引上の要求がある程度達していれば、必ず立法上に反映されるようになっている。もっと言うと、これらのことは次第に民事立法にも「浸透しており」、比較的安定している民事法律の構成にも影響を与えている。これがゆえに、絶対的な民商分立主義を採用し、商法の相対的または絶対的な独立性を認めない限り、いかに開放的な民法（物権法）も変化に富んでいる商事取引の要求に対応できない。そのようになると、民法と商事単行法の間に立法の空白あるいは抜け穴が必ず生じてくるのである（ただし、民商分立ならば、商法の総則の中に民法規則についての特則を設けることが可能である）。

## ii 残された課題：埃がいつ落下するか

立法の経済学アプローチからいうと、筆者は商事通則を提唱する学者の見解に賛成する。つまり、中国現行立法の伝統を尊重し、民法と商事の単行法の現状を維持し、商事通則によって民法と商事単行法との間の立法上の間隙を埋めるべきであると思われる。中国の民事立法と商事立法の採るべきモデルはいったい民商一体主義か民商分立主義か、それとも相対的民商一体主義かについての論争は今後も続くものであろう。しかし、いずれにしても、理念の差異から、たとえ民法と商法を立法上完全に一体化（たとえば、立法モデルを変えた後のイタリア）したとしても、商法が単独の研究対象としてなお有意義なものであることに変わりはない。また、いずれにしても、モデルそのものについての検討は、もとより問題の解決ほど重要かつ切迫したものでもない。

翻訳：大学院社会文化科学研究科博士後期課程 殷 駿  
 監訳：大学院社会文化科学研究科法学系教授 米山 毅一郎