

中国北京・上海セミナー報告原稿

中国物権法と日本担保権に関する若干の比較

北海道大学法学研究科修士課程2年次 池田雄二

序

私は民法を専攻している。その内、特に担保法、その中でも特に非典型担保を主に研究している。無論、報告内容も私の研究内容に関連するものである。今回は、中国における勉強会であるから、中国の法制度と関わると思われることを報告する。最近施行された物権法¹を一読し、そして選んだものは、宅地使用权と譲渡担保、流抵当禁止、それと集合動産である。これらについて関心を持ったこと等を簡潔にのべようと思う。

1 宅地使用权と譲渡担保

まず宅地使用权と譲渡担保からのべる。宅地使用权は集団有土地を住宅及び付属施設築造の目的で占有、使用する権利であり^(152条)、農村土地の住宅建設を前提にしているという²。これは譲渡可能ではあっても^(155条)、抵当権は設定できないという^(184条)。農民が住処を失ったり、居住外の使用を避けるためだと聞いている³。ここで気がついたことは、この抵当権設定の禁止は、譲渡担保権設定により、簡単に潜脱しうるのはないか、ということである。先日、北海道大学にこられた梁教授によると、譲渡担保を物権法に規定しようとしたが、しなかったという。ここに何か、規定しなかった特別の理由があるように思い、興味がある。

ともあれ、仮に潜脱しうるとしても、中国物権法には流抵当禁止と流質禁止規定があるので^(第211条)、これら流担保禁止規定の運用によっては防げるようにも思う。

日本には、流質禁止規定は存在するが^(民法第349条)、流抵当禁止規定は、民法典上には存在しない。元は、1873年に発布された単行法^(布告第51号)で流抵当も禁止していたのだが⁴、1890年の旧民法典では禁止されず^(施行はされなかった)、1896年の現行法典でも結局は規定されなかった。だが、暫く判例は、この単行法等を根拠に流抵当と同じことになる譲渡担保を認めなかったが、1908年の大審院判例^(民・第14・313)が、抵当権が流質禁止規定を準用しないことを根拠に流抵当を容認し、その後、数年して、譲渡担保も有効とされた^(大判M45・7・8民録18・691)。これは恐らく、流抵当が有効とされる以上、流抵当禁止の潜脱を根拠に有効としてこなかった譲渡担保を認めざるをえなかったということなのだろう。だが中国には流抵当禁止規定が存在する。ならば、宅地使用权に対する抵当権設定禁止の潜脱手段としての譲渡担保権設定を防止できるかもしれない。中国の実情を知らないのですが、どういったことが問題となっているのか解らないところではあるが、流担保禁止を現実に効果あるものとするために、どういう手段がとられているかも興味深い。

2 流抵当禁止規定

先にも触れたが、中国には流抵当禁止規定がある。一方、日本では、古い1873年(明治6年)の単行法^(太政官布告2月14日布告51号、司法省3月27日第46号達)では禁止しているが、現行民法典上では流抵当の禁止規定がない。

その簡単な歴史については前述した。私の研究したところでは、どうも日本にきた御雇外国人、ボアソナード博士が、当時の日本の流担保禁止を誤解したことが一つの原因であるように思われる。そう言うのも、1873 年法では流質禁止を定めたのだが、ここで言う質は占有移転をする入質と今の抵当権に当る書入質⁵を一緒に禁止したのだが、旧民法典では質権は入質、書入質は抵当権と言う別概念として規定してしまい、流質しか禁止しなかった。旧民法典制定時に現行だった諸外国法典の内、最も日本旧民法典に影響を持ったフランス民法典（1804 年）とイタリア民法典（1865 年）は、流質禁止規定を持っていたが（フランス民法典第 2078、2088 条、イタリヤ民法典第 1884 条第 2 項、第 1894 条）、流抵当禁止規定はなかった。これが影響したのだろう⁶。同博士は、流質禁止の理由で、暴利防止や契約自由の制限等を熱心に語るが、当時の法は流担保そのものを許していたという誤った法認識をしている⁷。そのため、流質を禁止すれば、流担保禁止を強くしたと勘違いしたのだろう。そして流抵当を禁止しなかった。判例が暫くは 1873 年の単行法等を根拠に流抵当と同じ結果になる譲渡担保を許さなかったのは先に述べた通りである。

現代で流抵当を禁止している中国以外の国は、私の知る限りでは、ドイツ（第 1149 条）、スイス（第 816 条第 2 項）、イタリア（1942 年、第 2744 条）である。逆に、民法典上に流抵当禁止規定を持たない日本以外の国は、先に挙げたフランス、オーストリアである。

どうも、流抵当を禁止するのが比較法的には優勢のようである。こうした中における中国物権法の流抵当禁止の規定は、流抵当禁止の優勢に、更なる勢いを加えたものであると言う意味があるようだ。そしてこれは流抵当を民法典上で禁止していない日本に与える示唆も大きいと思われる。

3 集合物概念

次は、集合物について述べる。日本の集合物概念は大体、1900 年代初頭、ドイツから学説継受をした。この集合物に、それを一物として譲渡担保権を設定できるかが争われた訳であるが、最高裁が認めたのは 1979 年のことである。またこの間、集合物が一つの権利の客体になるとする集合物論と一つ一つの物に譲渡担保権が設定されるとする分析論が対立したが、この頃は集合物論が通説であり、判例も集合物論を採用した（もっとも当初から通説だった訳ではない）¹⁰。この判例では、集合物の特定として、場所、種類、数量等により、集合物を特定すれば集合物譲渡担保権を認めて良いということになり、最近制定された動産債権譲渡特例法及び付属法令でもこの成果は反映され、登記が可能である（動産・債権譲渡登記規則第 8 条）。だが、同法による法適用は法人に限られる。一方、中国でも、集合物譲渡担保を認めているようだ（180②）。特定方法まで存在する（185②）。

この中国物権法における集合物概念がどこからきたのか。私は、日本かドイツからか継受したものと思ったのだが、どうも私が調べたところでは、1922 年に制定されたロシア・ソヴィエト民法典⁸における 1927 年追加の枝番号規定で、集合動産に対する質権設定の規定があり（第 105 条の 2）、どうも、中国の集合物概念は日本・ドイツ何れからの継受でもなく、ソヴィエト民法からの継受ではないかと思うのだが、そういう理解でよいのだろうか。未調査だが、ソヴィエト民法における集合物論は、ドイツ民法からきて、間接的にドイツの影響を受けたということはあるかもしれ

ない。

ともあれ、物権法における集合物に対する担保権設定は、浮動抵当の登記は、設定主体に限られるようだが^(181 条、189 条)、物権法の名宛人は全人民であると理解しているので、別段法人でなくとも集合物譲渡担保権設定が可能なようだ。そうすると、禁止された目的物を除いて、家財一切に集合物抵当権を設定することもできそうにもよめる。

ところが日本では、包括的な集合動産譲渡担保(例えば家財一切等)はできないとされている。理由をのべると、判例では、家財一切では、家財の中の内、債務者の物とそうでない物との区別ができないからだとされている^(最判昭和 57 年・10・14 民集 1060・78)。つまり、識別性の問題とされている。だが、かつてのローマ法では、動産抵当を認めると、財産一切の抵当を生じ、一般公衆の利益を害すとされ、禁止されたらしい⁹。

こうした問題が生じるとしたら、いかにこうした問題を克服するのか、日本法との比較からも非常に興味深い。

- 1 鈴木賢他訳『中国物権法』(成文堂、2007 年)がある。
- 2 前出鈴木他訳中国物権法 13 頁
- 3 鈴木同。
- 4 当時は抵当権でなく、書入質とっており、同単行法はこれをも含めた質流を禁止していた。
- 5 同民法典は廣岡光治訳『露西亞民法』(巖松堂書店、昭和 4 年)によって翻訳されている。
- 6 松本恭治「賣渡抵當及動産抵當論」(法協 31・3・396) 396—397 頁。
- 7 当時の西洋法翻訳書も抵当権を書入質と訳す。例えば箕作麟祥『仏蘭西法律書』(自由閣、明治 20 年) 356 頁 2114 条以下「第三章書入質ノ權」と訳す等。
- 8 私の知る限りでは、オランダ民法典(1838 年)第 1223 条第 1 文が流抵当を禁止していた。
- 9 ボアソナード『再閣修正民法草案註釋第四卷完』430 頁以下、『民法原理法律不遑及論』(宗文館書店、明治 28 年) 422—424 頁。
- 10 学説継受当時のドイツでは、Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche I. bd. Allgemeiner Teil*, München, J. Schweitzer Verlag, 1907, S. 281 や我妻栄「集合動産の譲渡担保に關するエルトマンの提案」(法協 48・4・465) 476 頁で紹介されるエルトマン等分析論が通説であった。この頃のドイツ学説を継受した日本も、当初は鳩山秀夫『増訂改版日本民法總論』(岩波書店、昭和 5 年) 246—247 頁、末弘嚴太郎「擔保の爲めにする商品全部の所有權譲渡について」(法律新聞 822・10) 11 頁、前掲松本 618 頁等、分析論が多数である。先の我妻論文以後に集合物論が多数を占めてきた。