

市場経済化を媒介する中国法の反形式的傾向

小 口 彦 太

概 要

憲法規範の変遷過程を通して見る限り、中国の市場経済化は、1990年代初頭に本格化し、2004年の憲法修正における私有財産一般の保護規定化と人権概念の採用によってほぼ完成する。私有財産権と公有財産権の平等をうたった2007年の物権法制定は、社会主義経済体制維持派の敗北を決定づけた。そして、公有財産といえども、もはや社会主義化の“管制高地”ではありえず、徹底した国家資本主義化を目指すものであった。こうした、中国経済の市場経済化、資本主義化にとって、その経済を直接媒介する民法の役割は決定的に重要である。中国は1999年に統一契約法、2007年に物権法、2009年に権利侵害責任法（不法行為法）を制定し、この課題に対応してきた。しかし、これらの法の中に、資本主義の計算可能性を保障するものとしての論理主義的法律学と矛盾する法的思考様式及び実定的規定が見出される。ポストモダンの法は法の論理を否定し、利益考量へと傾斜していくと指摘されているが、中国法はそうした傾向に符合するように思われるし、他方、帝政中国時代以来の反形式主義的思考に符合するともいえる。

キーワード

憲法規範、企業国有資産法、市場経済化、民法の反形式的傾向、ポストモダンの法

I. 憲法規範の変遷を通じて見た中国経済体制の転換

憲法は政治と法の接点に位置し、法の世界に政治が最も投影されやすい法領域をなす。そして、中国政治の実権は中国共産党が握っているわけであるから、憲法の変遷過程の中に党の政策が直截に反映されているといえる。あるいは、その時々々の党の政策を憲法が追認していく。そして、その中国共産党の11期3中全会で掲げられた“改革開放”政策が中華人民共和国の歴史の一大転換点をなしたと言われている。

現行憲法はその改革開放政策を承けて制定されたわけであるが、もしその“改革”の中身を市場経済化として理解するなら、82年憲法はその初発から市場経済化を容認してい

たわけではない。周知のように、82年憲法は計画経済を基本とし、私営企業の存在を一切認めていなかった。私有財産保護に関する憲法13条の「合法的財産」には、生産手段の私的所有は含まれていなかった。まさに「生産手段の社会主義的公有制」——その具体的形態は国営経済と集団経済——を基礎とする「計画経済」体制を維持することが82年憲法の初発の経済体制の枠組であった。それは紛れもなく典型的な社会主義憲法であった。このように見えてくると、78年末の11期3中全会での「改革開放」政策なるものは、中国経済を市場経済化へと向けて直ちに舵を切るものではなかったといわなければならない。社会主義概念を、生産手段の私的所有の廃棄＝生産手段の社会化として定義する限り、そうした社会主義派が憲法制定過程を支配していたと考えざるを得ない。

こうした社会主義憲法の一角が崩れるのは、1988年の憲法修正においてであった。11条に、従来存在した「个体経済」とは別に「私営経済の存在と発展」が認められた。个体経済と私営経済の違いは、後者が8人以上の従業員を有すること、法人格が認められることにあるが、より重要なことは生産手段の私的所有が憲法上容認されたことである。社会主義憲法の一部が崩れたわけである。ただし、この私営企業はあくまでも「社会主義経済の補充」にすぎないとされた。国営企業を中心とする計画経済の枠内での補充物ということであり、それは、市場経済をあくまでも計画経済の枠内での補充物に止めようとした陳雲流の「鳥籠経済」論の反映であった。こうした状況のもとで、鄧小平は湖北、広東へと南下し、いわゆる「南巡講和」を行った。

中国憲法に劇的な転換が生ずるのは、この「南巡講和」後の1993年改正においてであった。この93年の憲法改正こそ、中国経済が社会主義経済から資本主義経済へと転換を遂げる分水嶺の法的表現であった。そのことは憲法15条の「国家は社会主義的市場経済を実行する」との文言に端的に示されている。「社会主義」と「市場経済」との関係は、前者を生産手段の社会化と計画経済として理解する限り、論理的には矛盾し、こと経済に関する限り「社会主義」は無意味な概念と化した。この「市場経済」化を受けて、当然、「計画経済」の用語はすべて削除されなければならない。憲法15条の「国家は社会主義公有制の基礎のうえに計画経済を実行する」とか、16条の「国有企業は国家の統一的指導に服従し、国家計画を全面的に完成するという前提のもとで…経営管理の自主権を有する」、17条の「集団経済組織は国家の計画指導を受け入れ」といった一連の「計画」文言が一斉に削除された。さらに、市場経済を遂行していくためには、企業経営の自主権が確保されなければならない。したがって、企業が国家行政機関の一部にとどまっている「国営企業」では市場経済に対応できない。行政からの分離を果たした「国有企業」が私営企業と同等の資格で市場に登場してくるわけである。1993年に株式会社法が制定された所以である。また、農業部門においては、すでに70年代の安徽省における家庭請負経営制の

導入によって人民公社からの脱却がはかられていたが、この93年の憲法改正において止めを刺された。因みに、この家庭請負制度は、集団的土地所有制の枠組の中で実施されているわけであるが、筆者は、集団的土地所有権なる実体は実に脆弱であり、実質的には、農地においても私有制が深く進行していると考えられる。

ひとたび市場経済が体制化されると、市場経済の主体において差等があってはならない。私営企業であれ、国有企業であれ、市場においては対等な立場で処遇されなければならない。その意味で、99年の憲法改正において、11条の「私営経済は社会主義公有制経済の補充をなす」との文言が「私営経済等非公有制経済は、社会主義市場経済の重要な構成部分をなす」と改められたのは、必然であった。本来、この文言は93年の改正段階で挿入されても不思議ではないが、やはり93年段階で「社会主義」派と「市場経済」派の力関係の力学が働いていたのかもしれない。いずれにせよ、この改正において、非公有制経済が公有制経済に対して「補充」的地位から「重要な構成部分」へと上昇を遂げたことは、後日の物権法合憲・違憲論争において、私人財産権も公有財産権と財産的価値において対等と説く物権法合憲論者に大きな根拠を提供するものであった。

中国経済は2000年に入ると、急速に私営企業の比重を高めていく。国内総生産GDPに占める民営経済の比重は、2000年の55.4%（その内訳は国内資産が42.8%、香港マカオ台湾及び外資が12.6%）から2005年には65%へ上昇し、第二次、第三次産業の従業員数の比較においても、公有制企業と私有制企業の割合は1996年の84:16から2005年の39:61へと劇的に逆転している¹⁾。こうした趨勢は、中国共産党の性格にも反映され、階級政党から非階級政党へと質的転化を遂げていく。「三つの代表」論はその象徴である。2004年憲法の序言において、「三つの代表」論が追加されたことは、党の方針の憲法的追認であった。この2004年の憲法改正においては、財産権上、二点において注目すべき改正がなされた。その一は、私有財産権保護に関して、従来の制限的列挙主義から、私有財産権一般の保護へと変化したことである。もともとは、私有財産権の保護は「公民の合法的収入、貯蓄、家屋及びその他の合法的財産の所有権」に限定され、1982年憲法が生産手段の私的所有を認めない（=非合法）ところにその社会主義憲法としての特質が担保されていた。しかし、1988年の憲法改正により私営企業が公認されて以来、生産手段の私的所有が合法化され、その生産手段の私的所有者である私営企業等非公有制企業が国有企業を凌駕するに至った現実を踏まえて、憲法13条の私有財産権保護規定も、もはや制限的列挙主義を採用する根拠を失ったわけである。

ところで、私人の私有財産権一般が憲法によって保護されるということは、国家の正当

1) 李成瑞「一個核心，六大問題」『鞏固田旋風“実録”』（中国財政経済出版社、2007年）所収、207～208頁。

性の根拠にも転換をもたらす。82年憲法が初発において想定していた国家の正当性根拠は、生産手段の私的所有を廃棄し、全人民の所有を実現する、その全人民所有制の具体的な運営形態として国家的所有形態をとる、したがって、ここでは、私有財産権を保護するのではなく、国家的所有権を保護することが、人民に対する国家の正当性の根拠をなした。憲法12条が「社会主義的公共財産は神聖不可侵である。②国家は社会主義的公共財産を保護する」と規定していることは、その憲法上の表現である。私有財産権の保護は国家存立の正当性とは何ら関わらない。13条の制限的列挙主義の私有財産権保護規定は国家存立の支配の正当性を何ら付与することのない、財産権保護上つけたし規定に過ぎなかった。ところが、私有財産権一般が憲法保護の対象となるということは、私人の財産権を保護することによって国家の正当性が付与されるという、立憲主義型の憲法に中国憲法が転換していくことを示している。

また、2004年の憲法において、中華人民共和国憲法の中で、はじめて「人権」概念を公認した。このことは、中国憲法が立憲主義憲法へと移行していくうえでは、きわめて重要な意味と有している。これが、2004年憲法改正の注目すべき第二点である。ただ、現行憲法典の章別構成においては、私有財産権は第三章の「公民の基本的権利と義務」からは除外されている。この「公民の基本的権利」を「人権」として理解するなら、形式的な憲法構成上は、私有財産権は「人権」の範疇には属さないことになる。しかし、上述のように、私有財産権の憲法上の位置づけは変遷を経てきており、私有財産権一般が憲法保護の対象となるに至っては、「公民の基本的権利」から私有財産権を排除する積極的理由はない。事実、2004年の憲法改正後の、私有財産権と人権との関連を扱った諸論文は、私有財産の人権化、「公民の基本的権利」への繰入化の主張に満ち溢れている。とりわけ注目すべきは、中国法学会憲法部会長という要職を占める学者の口からも、憲法が公民の財産権を保護することは、「人権保障の基本原則」²⁾を体現するものであるとの言が発せられていることである。このことは、私有財産権を人権カテゴリーに入れる見解が体制的イデオロギーとなっていることを物語っている。

以上の議論を踏まえて、先の第二の点について立ち戻ると、この「人権」条項がどこに規定されたかといえば、憲法33条においてであったということである。この33条は、「公民の基本的権利」章の冒頭に位置し、いわゆる平等条項として理解されてきた。それは「中華人民共和国の公民は、法律の面前において一律に平等である」という文言からなる。人権条項（「国家は人権を尊重し、保障する」）は、この平等条項の後に追加されたわけである。「人権」の一種としての私有財産権がこの平等条項の箇所に組み入れられたとい

2) 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、29頁。

うことは何を意味するか。私有財産権も公有財産権も権利内容において平等であるということまでも意味するものであったのか。私有財産権を人権として容認するとしても、2004年段階で、この「平等」条項が、私有財産権と公有財産権の平等までを意味していたと単純に言うことはできない。何故なら、この33条の「平等」は、それまでの憲法解釈の通説においては、権利内容の平等までも意味するものではないとされてきたからである。権利内容の平等への転換は2007年の物権法制定まで待たなければならなかった。

従来、33条の平等条項は、ブルジョア的立憲主義憲法のもとでの法の下での平等とは異なるものとして説明されてきた。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『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。法律自身は強烈的な階級性を具えている。…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³⁾と述べ、また教育部の研究プロジェクトの一環として作成された、周葉中主編『憲法』でも、この平等条項は法律適用上の平等に限られ、立法内容の平等は外されていた⁴⁾。このことを財産権にひきつけて見るならば、1982年憲法も、公有財産と私有財産とで文言上明らかに差等を設けていた。その典型が憲法12条の「社会主義公共財産は神聖不可侵である」との文言であり、同13条の制限的私有財産保護とは全く異なる位置づけが与えられていた。

このような憲法条文の文言にもとづく限り、公有財産権と私有財産権の平等を認めることは困難であり、そうであるからこそ、2005年に突如始まった物権法草案違憲論争において、違憲論者は物権法の冒頭において同法が「憲法に基づく」との文言を明記するように迫ったのである。こうした中で、文理解釈とは異なる解釈論を駆使して公有財産権と私有財産権の平等を説いた有力学者が韓大元教授である。韓氏の憲法解釈の原則は目的論的、実質主義的解釈論とでもいうべきものであった。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「全体的解釈」、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氏の考えである⁵⁾。問題は、ここで言う「全体的解釈」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「憲法が保障する財産権の具体化」「公民が憲法の付与した財産権

3) 群衆出版社、365～366頁。

4) 高等教育出版社・北京大学出版社、2000年、261頁。

5) 前掲注2)論文、29頁。

を具体的に享受するうえで有利であること」を体現しているかどうかを求める⁶⁾。1982年憲法の変遷過程を財産権に即して見てみると、2004年の憲法修正において私有財産権一般が憲法上保護されるまでに至っており、物権法草案における私人財産権の保護は憲法の保護規定の具体化に他ならないというわけである。ただ、この私有財産権の憲法による承認それ自体は、物権法草案違憲論者も容認せざるを得ないところであり、問題はこの私有財産と公有財産の平等化を憲法解釈上認めることができるかどうかにあった。この論点の焦点をなしたのが憲法13条の、私有財産保護規定にはない公有財産「神聖不可侵」規定の存在であった。そこでとった韓氏の解釈手法は、この文言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述語ではない、それは一種の政治宣言に過ぎないというものであった⁷⁾。ちょうど、日本国憲法41条の「国会は国権の最高機関である」との、三権分立に矛盾するかに見える文言につき、それを法的には何の意味もない「政治的美称」に過ぎないとの解釈論を想起させる、巧みな解釈論であるといわざるを得ない。

以上のように、物権法制定に先立って、すでに憲法解釈論において、私有財産・公有財産平等論の地ならしがなされていたのであり、2007年の全人代における物権法の制定は、その具体化であった。同法3条の「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」というのがそれである。

全人代が物権法という基本的法律において、私有財産権と公有財産権の平等をうたったということは何を意味するか。その意味するところは、ここにおいて立法上の権利内容の平等が公認されたということである。従来の憲法33条の平等条項が、法の階級性に規定されて、その平等は法適用上の平等に限られ、立法内容の平等までも意味するものではないと解釈されてきたわけであるが、ここに至って立法内容の平等をも意味するとされたことによって、平等解釈の根本的転換がなされたということになる。それは、中国憲法の階級的憲法からブルジョア憲法への転換の一つの具体的な表れを意味する。

II. 公有財産の行方

Iにおいては、私有財産権の憲法上の位置づけの変遷を見てきたが、では、翻って、公有財産は全人民的所有、したがって、社会主義的性質の財産であり、私営企業等の私有財

6) 同上。

7) 同上。

産とはベクトルを異にするということになるのであろうか。

ところで、物権法は所有権を国家的、集团的及び私的（原文は私人）所有権に区分し、大変奇異なことに、企業法人の財産に対する権利は所有権から外されている（法人所有権なる概念は否定されている）。公有財産にもさまざまな種類があるが、ここで論ずる、市場の主体として登場する国有企業財産についていえば（因みに、土地については、中国では売買できず、民事強制執行の対象から外され、破産財産には列せられず、市場経済の対象にはなり得ない）、例えば国有企業の生産設備について、その所有権は国家に、そして「財産権」は当該企業法人に属するということになり、この財産権は処分権をも含むのであるから、同一物上に複数の所有権が事実上並存するということになり、恰も1986年に制定された民法通則時代の財産権概念に逆戻りしたかのような印象を受ける。2005年の会社法改正により、一度は、この同一物に所有権が並存するという矛盾は理論的には解消されたかに見えたのであるが、これが物権法制定において「逆戻り」したというのは、やはり、政治的レベルでの「社会主義的」イデオロギーの強さを立法者が無視できなかったということであろう。

ところで、市場に登場する国有財産についていえば、国有財産は、まず全人民所有というイデオロギーをとるので、全人民から出発して、①人民全体→②各級人民代表大会・同常務委員会（中央レベルは全人代、地方レベルは地方人代）→③国務院及び地方各級政府→④国有企業の回路をとることになる。問題は、この場合、国有企業は社会主義社会創設の管制高地の役割を期待されているかどうかということであるが、結論を先取りしていえば、その実体は、ひたすら利潤を追求していく私営企業と同一のベクトルを向いているといわなければならない。そのことは、物権法制定を受けて制定された企業国有資産法によく示されている。

近年、経済において果たす役割の面で、私営企業が公有制企業を上回ってきているが、リーマンショックに端を発する世界同時不況に遭遇した中国政府は、大量の資金を国有企業に投入して経済の回復を図っていることが巷間伝えられ、ここにきてあらためて中国国有企業が存在感を高めてきている。この国有企業が目指す方向はいかなるものであるのか、社会主義を目指すのか、それとも市場経済のより一層強力な担い手となるのを目指すのか、そのベクトルを確認する必要がある。そのことを判断するうえで重要な法律が企業国有資産法であり、特に同法11条における国有資産監督管理機関の位置づけである。

全人代常務委員会は、物権法の制定を受けて、2008年に企業国有資産法を制定し、国有企業財産の運営に当たることとなった。その主体とされたのが、国有資産監督管理委員会である。同法11条は、同委員会について「国務院国有資産監督管理機関、及び地方人民政府が国務院の授権にもとづいて設立した国有資産監督管理機関は、同級人民政府の授

権にもとづき、同級人民政府を代表して国家出資企業に対して出資者の職責を履行する」ものとして位置づけられることとなった。ただ、同法起草段階では、以下の国有財産の流れ、すなわち、①人民全体→②各級人民代表大会・同常務委員会→③國務院及び地方各級政府→④各級政府中の、国家所有権を代表する監督管理機関→⑤国有資本を代表する出資者→⑥国有企業の流れの中で、④と⑤の関係をどのように位置づけるか、すなわち、國務院直属の特設機関である国有資産監督管理委員会を⑤として位置づけることができるかどうか为中心的問題の一つをなし、この純然たる行政機関である国有資産監督管理委員会に市場法則に従った資産運営を期待することはできない、したがって「国有資産監督管理委員会と大型国有企業の間に、出資者の職責を履行する、専門的な国有資産の経営管理」⁸⁾会社を設立すべきであるとの議論が有力に唱えられていた。そして、そうした主張をなす論者が具体的なモデルとしたのが、シンガポール財務省の全額出資にかかる持株投資会社であるテマセック Temasec Holdings Private Limited であった。このテマセックの特徴は「経営原理が『公益』よりも『私益』(企業益)に置かれている」点にある。敷衍すれば、「①政府系企業といえども効率と利潤を第一原理に運営する、②経済を政治の手段にしないで、逆に政治を経済の手段にする、③活動領域を『市場の失敗』や公共性が高い分野に限定するのではなく、民間企業が活発な商業分野(例えば銀行や不動産開発)にも参入して競争する」ことを原理として活動する政府系持株会社であり、まさに「国家資本主義の尖兵」をなす⁹⁾。そして、興味深いのは、中国の國務院国有資産監督管理委員会自身が、この「国家資本主義の尖兵」であるテマセックをモデルとして推奨してきたということである。企業国有資産法制定段階では、このテマセックに相当する役割を国有資産監督管理委員会ではなく(何故ならばそれは行政機関である)、別の組織に委ねようとする意見が強かったのであるが、企業国有資産法 11 条が示しているように、結果的には、同委員会自身が国有資本を代表する出資者と定められた。

以上からして、企業国有資産法の実施において、国有資産監督管理委員会に期待されている方向、ベクトルがどちらを向いているか、一目了然であろう。そもそも同法制定の主たる趣旨は、公有財産をいかに市場経済向けに“洗浄”していくかにあったのであり、その洗浄をなす機関—まさにマネーロンダリングの機関—として国有資産監督管理委員会を位置づけるというものであった。「企業国有資産法の立法趣旨と条文から見てとれるのは、国有資産監督管理委員会を“洗浄された”出資者とし、国有資産委員会の総老板の職能及び権力を剥ぎ取る」¹⁰⁾とか「国有資産委員会の監督管理職能を剥ぎ取り、もっぱら出資者

8) 張駿「国家授權投資機構或部門應指履行出資人經營職責的機構」法学 2008 年 6 期, 92 頁。

9) 岩崎育夫『シンガポール国家の研究』風響社, 2005 年, 178 ~ 181 頁。

10) 史際春『企業国有資産法理解与適用』中国法制出版社, 2009 年, 62 頁。

の役割に限定すべきであり、“洗浄された出資者”とすべきである¹¹⁾といった言はそのことをよく物語っている。

中国は1990年代初頭において社会主義経済から資本主義経済に大きく舵を切ったということが、立法面からも見てとることができる。

Ⅲ. 中国の市場経済を媒介する財産法の反形式的傾向

中国の資本主義的市場経済を直接的に媒介する民法財産法は、1999年の契約法、2007年の物権法、2009年の不法行為（権利侵害責任）法の制定によってほぼ完成した。いずれも、最新の世界的立法動向を踏まえて制定されたものであり、明治期に制定された日本民法典をもし改正するということがあれば、その進むべき方向性を先進的に中国法は示してくれているといっても過言ではない。

ところで、資本主義的市場経済を媒介する法である以上、計算可能性、予見可能性を保障することが強く求められるし、その可能性を保障するためには、法の体系性、すなわち法が論理的に首尾一貫したものであることが求められるはずである。ところが、中国民法財産法の立法から透けて見えてくる像にはそれと矛盾するものがある。もちろん、資本主義法が常に論理的な首尾一貫性によって覆われているわけではなく、ウエーバーも指摘するように、「純粹に専門法学的論理」は「純粹に倫理的な性格をもった規範」「実質的な正義を求める規範」といった「反形式的な諸傾向」に曝されているのである¹²⁾。問題は、その曝され方にある。

日本においてかつて法解釈学論争が存在し、その先導役であった来栖三郎氏は、法規範の枠組は固定的、確定的ではなく、複数の解釈の可能性がある、その中から裁判官の価値判断にもとづき、その一つを選び取るのであり、その主観的判断の科学性は証明できないという旨の指摘をされた¹³⁾。そこで論じられたのは法の解釈が中心であり、法適用の選択問題についてはあまり論じられなかったように記憶している。それは、日本法においては、上位法は下位法に優位するとか、特別法と一般法があれば、特別法を優先的に適用するとか、新法と旧法があれば、新法が優先するといった、法適用上の基本的=前提的ルールが存在が承認されていたことに由来するものと思われる。ところが、中国法から透けて見えてくるものは、この基本的ルール自身が決して基本的ではなく、個々の事案ごとに、

11) 晋入勤「応重新定位国資委並更新其職能」『法学』2008年6期、78頁。

12) 世良晃志郎訳『法社会学』創文社、1974年、514頁、516頁。

13) 「法の解釈と法律家」『私法』11号、23頁。

事案の性質、当事者の置かれた状況に応じて、複数の法が使い分けられるという特質である。別の言い方をすると、「生の諸事実」(ウエーバー)¹⁴⁾が「専門法学的論理」に縛られることなく、直接、法に反映されるような構造、あるいは「生の諸事実」の要求に合うように法が使い分けられる構造に中国法がなっている、あるいはなりつつある、ということである。そうである限り、「生の諸諸実」そのものが法適用を決定づけるのであるから、市場経済が求める予見可能性、計算可能性、そしてその可能性を保障する論理的首尾一貫性というものは著しく弱められることになる。以下、そのことを詳論してみたい。

まず、迂遠であるが、刑法から見てみよう。全人代常務委員会は1984年9月森林法を制定し、その34条2項で「森林その他の林木を盗伐、乱伐し、情状が重大な者は、刑法128条の規定により刑事責任を追及する」と規定すると同時に、同3項で「林木を窃盗し自分のものとし、その額が巨額の者は、刑法152条の規定により刑事責任を追及する」と規定した。森林窃盗行為につき、「情状が重大な」場合は、刑法128条の森林窃盗罪を、「その額が巨額」の場合は、刑法152条の一般窃盗罪を適用するというのである。日本法においては、森林窃盗行為に対しては森林窃盗罪だけが成立する。何故なら「森林窃盗は、窃盗の特別法であって、『特別法は一般法に優先する』という原則に従い、森林法の規定の適用だけが予定されているからである」¹⁵⁾。しかし、全人代常務委員会の立法は、こうした「原則」に従っていない。そこでは、当該事件における社会的危害性の程度に応じて「情状が重大な」場合は森林窃盗罪を、「額が巨額」の場合は一般窃盗罪を適用するということに使い分けられることが予定されている。その使い分けの要因は、偏に、1979年刑法のもとでは、森林窃盗罪の刑は最高でも懲役3年、他方、一般窃盗罪は最高無期懲役刑(そして1982年の全人代常務委員会の決定により最高刑死刑)という刑罰の軽重にあった。つまり当該事件における危害性の度合いに応じて、軽い法と重い法を使い分けていくということである。

こうした、危害性の度合い—それはまさしく非法的な実体的概念であるが—に応じて法を使い分けていくとの手法は、現行刑法では一般原則化された。それが、「刑罰の軽重は、犯罪分子の犯した犯罪行為及びその負う刑事責任と対応させなければならない」との現行刑法5条の所謂「罪刑対応原則」である。日本刑法の場合は罪刑対応は法律内容の適正の問題として、罪刑法定原則の中で論じられるのであるが、中国刑法は3条の罪刑法定原則と5条の罪刑対応原則を区別し、したがって、構成要件論的規準の罪刑法定原則は当該犯罪にふさわしい刑罰でもって臨むべきであるとする罪刑対応原則によって絶えず修正され

14) 前掲注12) 書、514頁。

15) 平野龍一『刑法概説』東京大学出版会、1977年、32頁。

る構造になっているのである（因みに、79年刑法典時代は、情状が重大で極刑に処すべきであると判断された公務員の収賄行為に対しては構成要件を異にする貪汚罪を適用することすら司法解释で認められていた）。

刑事法でもう一例見てみよう。刑法225条の不法経営罪は「国家の規定に違反し、以下に掲げる不法経営行為をなし、市場秩序を乱し、その情状の重大な者は、5年以下の有期徒刑に処し、あわせて、または単独で所得の2倍以上5倍以下の罰金に処すか、または財産を没収する」と規定し、その第4号で「(1号から3号以外の)その他市場経済秩序に重大な攪乱をなす不法経営行為」も刑事罰の対象とするとした。本号は典型的な「空白罪状」をなす。そこで、その内容を具体化すべく、2000年5月24日、最高人民法院は「電信市場管理秩序を攪乱する案件の審理につき具体的に法律を適用するうえでの若干の問題に関する解釈」を下し、その第1条で「国家の規定に違反して、国際専用線を賃借するとか、転接設備を私設するとか、その他の方法を用いて、みだりに国際電信業務または香港・マカオ・台湾との電信業務を経営し、営利活動を行い、電信市場の管理秩序を攪乱し、情状が重大な者は、刑法225条(4)号の規定に依照して不法経営罪をもって犯罪を認定し、処罰する」と規定した。ところが、同年9月25日、国務院は「中華人民共和國電信条例」を制定し、その中で、上記と同様の違法行為、すなわち「電信国際専用回線を賃借、転接設備を私設、またはその他の方法をもってみだりに国際電信業務または香港、アモイ特別行政区の電信業務を経営」した場合につき、同法70条は「国務院情報産業主管部門または省、自治区、直轄市の電信管理機関が職権により、その改正を命じ、違法所得を没収し、違法所得の3倍から5倍の過料を課す。違法所得がないか、5万元以下であれば、10万元以上100万元以下の過料に処す。情状が重大な場合は、営業停止整頓を命ずる」と規定した。そうすると、同一の違法行為が、一方では司法解释により刑事罰の対象とされ、他方、行政法規では行政処罰の対象とされることになり、論理的には矛盾することとなる。こうした場合、我々は、司法解释と行政法規のいずれのルールが優位するかという発想をとるであろう。そして、行政法規は立法法で正式に認められた立法であり、正式の立法の地位の認められない司法解释より行政法規を優位に置くという発想があっても決しておかしくない。では、この“矛盾する”両者の関係をどう理解したらよいのか。そうしたことを考えあぐねていたとき、偶々、来訪された北京大学法学院の准教授（当時）の瀋巖氏と懇談する機会を得、後日、同氏より、最高人民法院の司法解释も「情状重大」を不法経営罪の構成要件としているので、矛盾はしないとの私信を頂いた。しかし、当該行政法規70条も「情状が重大な場合」との文言があり、筆者としてはまだ巖氏の説明には納得しかねていた。そうした中、偶々、王作富＝劉樹徳共同論文を読むことで、この疑問は氷解した。すなわちそこでは「不法経営罪の統制範囲は限定的でなければなら

ず、行政処罰ではそれらの市場秩序に重大な攪乱をなす経営行為を抑制する要求を満足させるに不十分であるときにはじめて刑罰をもって規制することができる¹⁶⁾というのである。つまり、ここでは、行政処罰と刑事罰の適用はあれかこれかの二者択一の関係ではなく、不法経営の「情状重大」の程度に応じて、行政処罰と刑事罰が使い分けられるのである。

以上のような、個々の事案の実体に応じて法を使い分けるという構造は民事財産法にも見出される。そのことを先ず、契約法に即して見てみたい。

契約法の一つの問題として、危険負担の問題がある。例えば、売買契約において、当事者双方又はその一方（債務者）の責に帰すべからざる事由によって目的物が毀損、滅失した場合に、買主と売主のいずれが危険を負担するか。日本民法は特定物売買契約の危険は債権者（買主）が負担することを定めている。中国契約法は、日本民法のように、総則部分に危険負担の規定を置かず、各則で個別的に危険負担の規定を定めている。その中国で上記のようなケースが発生した場合、引渡主義を採用し、引渡後であれば買主が危険を負担することになっている（契約法142条）。

ところで、中国契約法は総則94条において法定の契約解除事由を定めている。問題なのは、その第1号である。そこでは不可抗力によって契約目的が実現できなくなった場合も契約を解除できることが定められている。そうすると、先の例でいえば、目的物が完成し、引渡がなされていれば、たとえ所有権は移転していなくても（例えば家屋不動産で、完成後鍵を渡されるも、登記を済ませていないような場合）、買主が危険を負担することになる。しかし、不可抗力で履行不能となったのであるから、買主は契約を解除して代金債務の支払いを拒むことができる。契約を解除する場合は、原状回復義務が発生するのであるから、買主は自らが受領した目的物に代わる価額返還をしなければならず、そうであるとすれば、危険負担と実質的には変わらないように見える。しかし、「代金額が時価額より高い」場合に、「買主の解除を認めて約定通りの代金請求を売主に認めない場合を肯定してよいか」、あるいは「解除を認めた場合に、買主が所有権を取得していない目的物の滅失に代わる価値や損傷を補う価値をどのように算定するか¹⁷⁾」といった問題が存在するのであり、したがって、解除と危険負担を並存させると、論理的矛盾を内包させることとなる。また、後掲の事例2を見ても、解除と危険負担のいずれを適用するかで利害が対立している。この論理的矛盾を解消しようとするれば、こうした場合にいずれのルールを適用す

16) 「非法経営罪調控範圍的再思考」中国法学 2005年6期, 146頁。

17) 松岡久和「履行障害を理由とする解除と危険負担」『ジュリスト』1318号, 2006年, 147頁。なお関連論文として小野秀誠「給付障害の体系—給付障害の一元化, 解除と危険負担—」『一橋法学』4巻3号, 2005年, 825頁。

るかをあらかじめ定めておくか、それとも、日本現行民法のように、当事者に帰責事由がある場合は契約解除で、帰責事由がないときは危険負担で処理するというように、明確に切り分けておくことが必要となる。

こうした疑問点は日本の法律家からすでに指摘されているところである。「契約法には危険の定義規定は存在しないが、司法解釈草案 24 条 1 項で当事者双方の責めに帰すべきでない事由による後発的不能を危険と定義している。同 2 項は、当当事者双方の責めに帰すべきでない事由を具体的に例示し、突発事件〔意外事件〕及び当事者の予見不能な第三者による原因などを含むものとしている。ところが、94 条 1 号では不可抗力による後発的不能を法定解除原因としている。これは、矛盾である。危険負担は契約の存在を前提としているからである。もっといえば、危険を負担すべき当事者が、契約を解除することによって危険負担を免れることを可能にするからである。民法典制定に際して何らかの立法的措置が施されるものと思われる¹⁸⁾と言う。

果たして、この論者のように、「これは矛盾であり、したがって「民法典制定に際して何らかの立法的措置が施される」ことになるのかどうか、現在のところ、分からない。しかし、大変奇異に思えるのであるが、こうした「矛盾」が契約法制定段階で論議の対象とはなっていないのである。例えば、大変著名な民法学者である梁慧星氏の「中国の統一契約法の起草」には、この「矛盾」についての言及はまったくない。事は法の体系性に係る問題であり、炯眼の持ち主である梁慧星氏ともあろう人がこの「矛盾」を見落としていたとは考えにくい。梁氏は、1997 年 6 月 9 日から 18 日にかけて法制工作委員会の招聘による民法学者の検討会において、検討の対象となった論題を列挙されているが、その中にはこの問題は入っていない¹⁹⁾。列挙されている検討課題は以下のものである。①技術契約を統一約法の中に入れるかどうか、②契約管理問題を統一契約法に規定すべきかどうか、③間接代理を認めるべきかどうか、④違約責任原則として厳格責任を採用すべきかどうか、⑤詐欺、脅迫は取消事由とすべきか、無効事由とすべきか、⑥統一契約法の中に行政契約を含めるべきかどうか、⑦事情変更原則を統一契約法の中に実定化すべきかどうか。このことは、当時の立法関係者の間で契約解除と危険負担の矛盾の問題が認識されていなかったか、またはさして重要な問題ではないと思われていたことを推測せしめる。以下に示す事例は、実際に、裁判官が同一事件に危険負担と契約解除を併用している事例である。

18) 塚本宏明監修『中国契約法の実務』（西村峯祐執筆）、中央経済社、2004 年、195 頁。なお、不可抗力と意外事件とは異なり、後者の場合、厳格責任をとる中国契約法の場合、違約を構成し、不可抗力の場合のように免責されないはずであり、その意味でこの司法解釈草案の解釈には疑問が残る。

19) 「中国統一合同法的起草」『民法学説判例与立法研究』（二）、国家行政学院出版社、1999 年、184～192 頁。

事件の概要は以下のとおりである。

孫紅亮（原告，以下甲）と自動車「出租賃貸」会社（被告，反訴人，以下乙）は売買契約を締結した。その内容は，甲が分割払いで期日満了後に所有権が移転する形式でもって，車両の運転業務を請け負い，甲は乙に担保金を支払うというものであった。そして，本契約第2条で「車両が遺失，窃盗，あるいは事故に遭った場合は，原告は直ちに被告に報告し，原価にもとづき賠償し，あわせて保険会社に賠償を求め，その差額は原告が負担する」との約定が定められた。この契約にもとづいて甲が車両を運転中，ある夜，車両を強奪され，甲は直ちに事件を報告し，且つ保険会社にも通報した。結局，当該車両は発見されず，保険会社は乙に保険金を支払った。乙は甲に対して，支払われた保険金では不足の金額を請求した。甲は担保金の返還を求めたが，叶わず，契約の解除と担保金の返還を求めて訴えを提起した。乙は，残金の車両代金の支払いを求めて反訴した²⁰⁾。

本件では，甲は強奪されたこと＝不可抗力を理由として契約の解除を要求し，乙は同じく不可抗力を理由として甲に対して危険負担＝代金債務中の残額支払いを要求しているわけである。この事件に対する裁判所の判断は，何と契約解除と危険負担を併用するというものであった。「買主（甲）は，代金支払い義務を完全に履行するまでは，目的物に対しては使用権と収益権を有するのみである。同時に，目的物の使用者として，買主は目的物の滅失，毀損の危険を負担しなければならない。つまり，目的物の引渡後，目的物の毀損，滅失に対して買主に過失があるかどうかに関係なく，買主はその負っている全額の代金支払い義務を履行しなければならない。本件では車両の滅失は強盗によるものであり，原告に過失は存在しない。しかし，原告はこのことによって被告に対して負っている代金全額支払い義務を免れることはできず，原告は残余の車両代金を支払う義務を有する。車両はすでに滅失し，契約の履行はもはや必要なく，契約は終了されなければならない。」²¹⁾（傍線小口）この下線部の表現を見ると，ここでは，危険負担と契約解除のいずれかを使い分けるところか，併用されているのである。危険負担は，契約関係の存在を前提とし，他方，解除は契約関係が過去に遡って取り消されるわけであるから，両方が並存するということは論理的には有り得ないわけであるが，そのことの矛盾については何ら顧慮されていないのである。敷衍すれば，本件は，本来，約定（第2条）があるわけであるから，それに従って危険負担で処理すべき事柄であり，それによれば，賠償という名目のもと，残額代金を完済することにより問題の担保金も甲に返還されるということになる。ところが，裁判官は，甲の，契約

20) 『人民法院案例選』 人民法院出版社，2001年第4輯，225～226頁。

21) 同上書，227頁。

解除にもとづく担保金返還の請求の主張に引きずられて、解除と危険負担を併用するという帰結にあいなったのである。我々の目からすると、論理的には諒解しがたい判決であるが、本判決につき「判決宣告後、原告と被告は訴訟を終わらせることに同意し、被告は判決書が確定した義務を自覚的に履行した」²²⁾ことが付記されている。法適用をめぐる双方の言い分を取り入れた結果、円満な解決をみたということであろう。それは、裁判による紛争解決の形をとりながら、その実、双方の歩み寄りによる解決＝「調解」がはかられたことを暗示している。

もう一例、危険負担と契約解除をめぐる事例を取り上げてみよう。これは、いずれのルールを適用すべきかが問題となった事例である。事件の概要は以下のとおりであった。

磐安県糧食局と羊興新らとの家屋売買契約紛糾上訴案。

本件では、2001年12月3日、糧食局が、同局所管の家屋の公開競売を競売会社に委託し、羊某が落札した。競売前に、糧食局は羊某に、当該家屋は公道の拡張のために1メートル余り削られるが、立ち退く必要はないと告知した。12月5日、糧食局と羊某は書面による契約を締結し、且つ鍵を羊某に手渡した。翌年の3月20日、当該家屋の所在の集鎮計画が関連機関の承認を受け、四月から計画が実施され始めた。当該計画により、当該家屋は立ち退きの範囲に入れられ、そのため財産権の移転が不可能となり、糧食局所管の糧食所は依然として当該家屋の所有者となった²³⁾。

本件は、契約締結前は予見できなかった土地収用により契約の履行が不可抗となった案件であるが、一審裁判所は、契約法94条により、羊某の契約解除の請求を認めた。すなわち「売主は目的物の引渡以外に、(登記が効力発生要件のため一小口)移転登記等の所有権の合法的な移転義務を伴う。本件では、糧食所はなおも家屋の所有者であり、当該家屋は立ち退き対象となったために、売主に当該家屋の所有権を原告に移転させることができなくなった。すなわち、売買契約の義務は履行不能となり、原告の家屋購入の目的は実現できなくなった。これにより、原告の、契約を解除して代金の返還を求める訴訟請求を支持しなければならない」²⁴⁾との判断を示した。しかし、二審裁判所は、本件は危険負担を適用すべきであるとの判断を示した。すなわち「本件での争いは集鎮の計画が原因で、買主が購入する家屋が立ち退きの対象となった。これは法律上売買目的物の危険負担の問題に属する。契約法142条の規定によれば、目的物の毀損、滅失の危険は、目的物引渡前は売主が負担し、引渡後は買主が負担する。故に、本件では、家屋の立退きによる立退き補

22) 同上書、229頁。

23) 本件の原資料は浙江省金華市中級法院民事判決書(2003)金民中一終第180号であるが、筆者は未見のため、周江洪「風險負担規則与合同解除」法学研究2010年第1期、77頁に拠った。

24) 同上。

償費が家屋代金価額を超えているかどうかに関係なく、立退きによって生じた権利（補償金請求権一小口）は買主羊某が享有し、危険も羊某が負担する」²⁵⁾との判断を示したのである。

本件では、解約解除と危険負担の適用をめぐる、一審と二審で見解が分かれ、その点で両者を併用した先の事例とは異なる。では、本件では危険負担を適用すべきであると判示している二審の判断の方が法の適用において論理的に正しい判決ということになるのだろうか。そういうことにはならない。中国契約法は不可抗力による履行不能の場合、契約解除と危険負担の双方を規定しているのであるから、契約の解除を選択した一審判決も論理的には正しい判決ということになる。つまり、論理的にいずれの法適用が正しいかという問題は中国契約法のもとでは解けない。そこで、本件の裁判官を規定している法適用の根拠を探っていくと、示唆的なのは、上記傍線部の表現である。忖度するに、こうした表現の背後には、一審判決においては、当該家屋の住人となった買主に対して支払われる立退き補償金と、解除によって戻ってくる代金のいずれを選択する方が買主に有利であるかとの考慮がはたらき、解除の方が有利との判断のもとに契約解除が選択されたものと推測される。それに対して、二審は、「補償費が家屋代金価額を超えているかどうかに関係なく」危険負担を適用すべきであると述べているのであるが、それは、解除と危険負担が抵触するときは、解除と危険負担のいずれに依るべきかとの、前提的＝原則的ルールにもとづいて下されているわけではない。そもそもそうしたルールは中国契約法には存在しないからである。そうすると、二審の判断も、一審判断と同じように、当事者間の利益の考量にもとづいて、逆に危険負担を適用したといわざるを得ない。つまり、一方当事者＝糧食局側の利害を考慮した行政的配慮にもとづいて、危険負担を適用したと思われる。要するに、契約解除と危険負担の使い分けを規定しているのは、論理ではなく、利益の考量なのである。

こうした、当事者間の具体的事情に応じて法を使い分けるといふ法適用の操作は、不法行為法（「権利侵害責任法」）についても見出すことができる。民法通則 132 条（「当事者のいずれも損害の発生に対して、過失がないとき、実際の状況にもとづいて、当事者に民事責任を分担させることができる」）あるいは権利侵害責任法 24 条に規定されている公平責任の規定（「被害者と行為者が損害の発生に対してともに過失がないとき、実際の状況にもとづいて、双方で損失を分担させる」）がそれである。

この公平責任に関しては、これを帰責原則の一つに数えることができるかどうかをめぐる従来から論議のあるところである。確かに、民法通則 132 条には、「民事責任」負

25) 同上。

担の文言があり、そのため公平責任も帰責原則の一つに含める可能性は存したが、今次の権利侵害責任法においては、「民事責任」という用語が削除され、帰責原則から外されたことが分かる。しかし、外されたとはいえ、損害賠償の範囲を論ずるさいに、過失がなくても行為者に一定の経済負担を負わせるのであるから、過失責任原則を修正する規定であることに変わりはない。権利侵害責任法は6条1項で過失責任原則を掲げ、同2項で過失推定原則を掲げ、7条で「過失なくとも法律に権利侵害責任を負うべきことを規定している場合」は無過失責任原則の採用を規定している。この帰責原則を列挙した6、7条による限り、7条に該当しないケースにおいては、6条により過失の有無により民事責任の有無が決定されることになる。過失がなければ責任は存在しないというのがその論理である。ところが、24条でもって、過失がなくても行為者に一定の負担を負わせるというのであるから、これは論理的には矛盾する。論理的には矛盾するが、それでも構わないというのが、24条（あるいは民法通則132条）の立法趣旨である。論理を破っても敢えてこうした規定を設けているのは、偏に「実際の状況」という「生の諸事実」（ウエーバー）を重視していることによる。王利明氏によれば、この公平責任規定は「裁判実践の中で大量に適用されている」²⁶⁾とのことである。問題はその要因であるが、この点についても、同氏は「当事者の救済」をはかるために大量適用がなされていると述べている。権利侵害責任法の6条を適用するか、それとも24条を適用するかは、偏に当事者＝被害者の「救済」をはかる必要性の有無によって決定されることになる。それがどのような事態を法にもたらすかといえば、「実務上、裁判所は、加害者に過失があるかどうか、従事していた作業が高度な危険性を具えていたかどうかを慎重に認定することなく、方便とか、人情、その他の要因にもとづいて、安易にこの公平責任条項を適用し、その結果、過失責任と無過失責任が本来果たすべき機能を発揮できなくさせ、不法行為帰責原則体系を軟化させる事態をもたらしている」²⁷⁾と言う。「方便」とか「人情」はまさに「生の諸事実」であり、そうした「生の諸事実」の在り様によって過失責任と公平責任が使い分けられているのである。法の適用を支配しているのは、過失が存したかどうか、当該行為が高度危険責任に該当するかどうかをぎりぎりまで詰めて考察するという論理的思考ではなく、当事者の経済関係とか、方便、人情といった「生の諸事実」にもとづく利益考量である。この公平原則は、契約法においても「当事者は公平原則に従って各当事者の権利義務を確定しなければならない」（5条）として規定されているものであり、ここでもこの公平原則の実体は、「実質的正義」という「社会道徳観念」である。梁慧星氏によれば「双方当事者が実質上平等

26) 「我国侵權責任法的體系構建」『中国法学』2008年4期、6頁。

27) 同上、7頁。

な状態にあるとき、例えば一方が企業で、他方が労働者であるとき、法律はまず労働者、消費者の保護を考慮しなければならず、不偏不党の態度をとってはならない²⁸⁾と言う。

この公平原則は中国民事法の鍵概念であり、実体法のみならず、手続法にも反映されている。ここに、偶々インターネットで検索したある記事を紹介してみよう²⁹⁾。これは、消費者である王先生なる人物が、買ったばかりのオート三輪車の荷台に荷を積み、運転していたところ、突然故障し、路上に横転し、負傷し、車上の荷物の大半も損壊し、そこで、王先生は医療費及び被った損害賠償の請求をなし、それに対して工場側は、三輪車の品質に問題はなかったとして支払いを拒んだという事件に関するものである。いわゆる製造物責任の問題である。この事件自身は工場側が各種損害分400元を賠償することで決着を見たのであるが、本件に関わった法律執行人員の間で、製造物の欠陥の挙証責任をめぐって二つの見解が対立したという。その一は、消費者が挙証しなければならないとする。すなわち、民事訴訟法の規定する、主張する者が挙証する(64条)との原則により、原告が不法行為責任についてのいくつかの構成要件、すなわち①產品に欠陥が存在したこと、②人身、他人の財産に損害を与えたこと、③產品の欠陥と人身・財産損害との間に因果関係が存在すること、を証明しなければならない。その二は、生産者が挙証しなければならないとする。すなわち、生産者は商品の生産過程、技術等について消費者より理解の程度が高く、欠陥がどの部分〔環節〕で引き起こされたのかを最も知りやすい立場にある。本件は結局第三者機関の鑑定により、当該產品に故障の存在することが立証され、工場側が400余元の賠償金を払うことで落着いたのであるが、欠陥の存在についていずれが挙証責任を負ったのかは不明である。ただ、この事件を紹介した論者は、上記二の説に同意する意見を述べている。すなわち「もし消費者に十分な挙証能力が具わっていれば、消費者が挙証すればよい。しかし、もし紛糾が高度な科学技術品に係るときは、消費者が掌握している計測手段ではこの種の欠陥を確認することはできない。こうした場合は、最高人民法院の『民事訴訟証拠に関する若干の規定』7条を参考にして、人民法院は公平原則と誠実信用原則にもとづき、当事者の挙証能力等の要素を総合して挙証責任の負担を確定する。筆者は、この条文を引用して、特殊な状況の場合、生産者に挙証責任を負わせてよいと考える」³⁰⁾(傍線小口)というのである。民事訴訟法の「主張する者が挙証する」原則を適用するのか、それとも司法解釈7条にもとづき挙証責任を被告に転換させるかは当該案件が「特殊な場合」にあたるかどうかによって判断するというのであり、ここでも法適用の使い分けが想定されている。そして、この使い分けを決定するのは「生の諸事実」が直接投

28) 「合同法上の成功与不足」『中外法学』1999年6期、16～17頁。

29) 李文隆「由一起摩托車質量紛糾案想到的」『中国質量技術監督』2009年6期、32～33頁。

30) 同上、33頁。

影されるところの公平原則である。司法解釈7条の全文は以下のとおりである。「法律に具体的規定がなく、本規定及びその他の司法解釈によって挙証責任を確定できないときは、人民法院は公平原則と誠実信用原則にもとづき、当事者の挙証能力等の要素を総合して挙証責任の負担を確定することができる。」当事者の挙証能力の程度に応じて、原告、被告のいずれに挙証責任を負わせるかを裁判官の裁量に委ねようというわけである。問題は、本件のような産品責任（製造物責任）について、具体的規定は存在しないということになるのかという点についてである。本司法解釈4条（6）号は、産品責任について、「欠陥産品により人に損害を与えた権利侵害訴訟では、産品の生産者が法律の規定する免責事由について挙証責任を負う」と規定している。欠陥の免責については生産者が挙証責任を負うべきことを規定している。問題は、その前提としての産品の欠陥（設計欠陥、製造欠陥、説明欠陥等）についてはいずれが挙証責任を負うのかということであるが、ここでは、民事訴訟法の「当事者は自己の提起した主張について証拠を提供する責任を有する」（64条）の原則的規定が適用されるということになるはずである。したがって、欠陥の存在、損害事実、欠陥産品と損害事実の因果関係等については主張者＝原告が挙証責任を負う、と考えることができる。そして、そのような理解が可能であれば、先の司法解釈の「法律に具体的規定がなく」には該当せず、公平原則適用の余地はないということになる。事実、こうした理解にもとづき、産品責任訴訟において主張者＝原告に挙証責任を負わせ、挙証できなかった結果、原告敗訴とした案件も存在する。例えば「日本横浜ゴム株式会社」事件における陝西省高級法院の判決所載の西安市中級法院判決はその一例である³¹⁾。

この事件は、横浜タイヤを使用したフォードSUV車で走行中、突然左前輪タイヤが破裂し、横転し、数名が死亡し、原告側が製造物責任にもとづき横浜タイヤに対して損害賠償を請求したというもので、この訴えに対して、裁判所は原告にタイヤが欠陥産品であることの立証を求めたのである。すなわち「原告は、法にもとづき、要証事実に対して本院に鑑定申請を提出したものの、法定期限内に鑑定費用を全額納付しておらず、また費用を納付できない理由も説明しなかったため、鑑定手続きを開始することができず、このことにより当該要証事実、鑑定結論を通じて認定することができなくなった。…第一項の要証事実、本件損害賠償責任の存在を認定する前提条件であり、原告は要証事実についての立証義務を尽くしていない（以下略）」として、原告の訴えを棄却したのである。

ところが、類似の事件で、裁判所が被告に挙証責任を負わせた事例も存在する。(株)三菱

31) 「甘肅省公路局が日本横浜ゴム株式会社の製造物品質責任に関する権利侵害につき訴えを提起した案件」((2005) 陝民三終字第19号。本訴訟は原告・被告が上訴を取り下げたため、実体的には中級法院の判決が終審判決をなす。本件資料は、アンダーソン・毛利・友常法律事務所の矢上浄子弁護士からの提供に由るものであり、邦訳文も当該資料からの転載である。貴重な資料を提供していただいた同弁護士に謝意を表したい。

自動車在北京で訴えられた事件はその一例である³²⁾。この事件は、1996年、林某なる人物が三菱自動車製のジープに乗っていたところ、前部防風ガラスが突然破損し、そのガラスで負傷し、その後死亡したという事件で、林某の親族が損害賠償請求の訴えを起こしたというものである。本件では、防風ガラスに欠陥が存在したかどうかが論点をなしたのであるが、三菱自動車はここで当該破損防風ガラスを日本に持ち帰り、三菱系列の旭硝子社に検査を依頼するという致命的な過ちを犯した。欠陥の有無を審査する鑑定機関は中国の裁判所の指定する中国国内の所定の機関に限定されているからである。その結果、三菱側は、北京市中級法院により、「勝手に日本にガラスを持ち帰った。その後、(再度)中国にガラスを持ち帰ったと言うが、三菱会社はその(再度中国に)持ち帰ったというガラスが原物であることを証明できていない」³³⁾と指摘された。いわゆる証明妨害による挙証責任の転換を被告に要求したのである。しかし、この証明妨害とは別に、欠陥存否の挙証責任自身を北京市中級法院は被告側に負わせているのである。すなわち「風除けガラスの突然の破裂が当該製品の欠陥に属するものかどうか、これが本件での双方当事者の争いの焦点をなした。産品品質法29条(改正現行法41条)の立法趣旨によれば、この問題についての挙証責任は生産者が負わなければならない。生産者がもし風除けガラスに欠陥が存在しないこと、その他の特定原因を受けて破裂が生じたことを証明できなければ、産品責任を負わなければならない」³⁴⁾との判断を示した。しかし、この産品品質法旧29条=新41条の解釈は論理的には納得しがたい。何故なら、本条は原告によって立証された欠陥につき、その免責事由の証明責任を規定したもので、被告側に「欠陥が存在しないこと」の立証を求めているのではないからである。しかし、北京市中級法院は、被告に欠陥不存在の挙証責任を課しているのであり、そうであれば、演繹的論理とは別の発想で挙証責任の転換がはかられているのであって、それは、結局、本件が「特殊な状況」に当たる事件と判断されたからであろう。「特殊な状況」であれば挙証責任を転換させるとの発想が存在するからこそ、「公平原則と誠実信用原則にもとづき、当事者の挙証能力等の要素を総合して、挙証責任の負担を確定」しなければならないとの司法解釈の制定も必然化する。しかし、いかなる場合に民事訴訟法の条文が適用され、いかなる場合に民事証拠規則に関する司法解釈の公平責任が適用されるのか、先の横浜タイヤ事件とこの三菱自動車事件とで、何故異なる法適用がなされているのかを論理的に説明することはできないのである。公平原則なる名目のもと、個々の案件の当事者の挙証能力如何という「生の諸事実」によっ

32) 「陳梅金・林德鑫訴日本三菱汽車工業株式会社損害賠償糾紛案」『最高人民法院公報』2001年2期所載、59～62頁。

33) 同上書、62頁。

34) 同上書、62頁。

て、裁判官の裁量的判断のもと、法が使い分けられるのである。

結 語

社会主義とは、すぐれて経済的概念として把握すべきである。「所与の社会においてどのような社会経済制度＝ウクライドが支配的地位を占めているかは、当該社会の社会体制の性格を規定する基本的問題である」³⁵⁾。そして「社会主義（共産主義）政党が政治権力を掌握した場合、…革命的変革の第一段階で経済の『管制高地』を掌握する、国有化する…ことなしには政権は維持できない。…ところが、2002年11月の中国共産党第16回大会は、私的所有を含む『多種の所有制経済がともに発展する』多ウクライド体制を経済体制の基礎として確認するにいたっている。…労働に応ずる分配原則のほかに、資本に応ずる領有を含む『多様な分配方式の並存』が公認されている」³⁶⁾。本稿でも、憲法規範の変遷を通じて、中国におけるこの「資本に応ずる領有」＝資本主義経済の進展を見てきた。もっとも、憲法は「公有制を主体とする」との枕詞を付している。しかし、この「公有制」なるものも、その目指す方向は、企業国有資産法制定過程での論議に見られたように、シンガポールのテマセックをモデルとするものであり、財産の公有的色彩をいかに消し去って市場に送り出し、最大限利潤を追求していくかという類いのものであった。

中国経済の資本主義化は、その経済制度を直接媒介する財産法体系の整備を必要とする。この点でも、契約法、不法行為法、物権法の制定と—その中には物権法のように強硬な抵抗に遭いながらも—、着々と整備をはかってきた。その内容を見ると、現代世界の立法動向を踏まえた大変“先進的”な規定が随所にちりばめられている。日本で近年債権法改正の議論がなされているが、その改正の行きつく先に中国契約法があり、中国不法行為法があるといってもあながち誇張ではない。

ところが、この一見“先進的”にみえる中国財産法には、その立法と適用面から透けて見えてくる一つの特徴がある。それは、法の論理にとらわれることなく、個々の案件の具体的状況＝「生の諸事実」に即して法を使い分けるといって、一種赤裸々な利益考量的な法適用の特質である。このこと的一端を、本稿では、契約法、不法行為法、民事訴訟法に即して、また刑法にも即して検証してみたい³⁷⁾。こうした、「生の諸事実」に即して法の適

35) 藤田勇『自由・民主主義と社会主義』桜井書店、666頁。

36) 同上。

37) 夙に季衛東氏は、「要するに、21世紀の中国法は、ある意味では、グローバルな法的秩序にローカルな関係的秩序が組み込まれて、しかも関係構造の特殊主義に普遍主義的法律規範が媒介として組み込まれる、とい

用を使い分けるといふ操作が、資本主義的市場経済の計算可能性、予見可能性を困難にするであろうことは、容易に予想できる。しかしながら、村上淳氏は、ドイツにおける法思想の変化を論じた中で、ポストモダンの法においては「議論のレベルが法規に含まれる諸概念の『解釈』と、解釈された概念と法規の論理的・計算的な『適用』から、法規を離れた利益衡量に移らざるを得ないことは、明らかで」、「論理的・計算的な適用を予定するBGBの守備範囲はすでに著しく狭められており、今後ますます狭められると予測せざるをえない」³⁸⁾と述べられ、また、別の著書でも「法／不法のコードは従来よりも一段と、法規への包摂から利益考量へと重点を移さざるをえないであろう。むしろ、その結果、自己準拠性…が大幅に損なわれれば、法システムは機能麻痺に陥り、機能的分化以前の社会への退行が始まるおそれがある。法／不法のコードを維持し、法システムの自己準拠性を保っていくため、これからの法的コミュニケーションは、利益衡量の、法規に依存しない法的コード化に努めるしかないということになる」³⁹⁾(傍点原文)と述べられている。もしこうした傾向が21世紀法律学の方角を指し示すものであるとすると、中国法もポストモダンの法律学の傾向に沿うものといえなくもない。しかし、ひとたび清代中国社会に目を転ずると、そこでは裁判というものが、「確立したルールに従って権利—それは人間関係全体のなかからの抽象物である—の有無を判定するのではなく」「目前の各当事者それぞれがおかれている具体的情況のすみずみまでへの心配り」⁴⁰⁾を内容とするものであったと言われている。そうすると、「目前の各当事者それぞれがおかれている具体的情況」に応じて法を使い分けるといふ現代中国法は清代法の延長線上にあるともいえる。清代法はポストモダンの法なのか、それともプレモダンの法なのか、疑問は尽きない。

うような持続的關係と合理的法律の相互作用・結合によって、特徴づけられてゆくのであろう」(「中国の市場秩序における關係と法律」『比較法学』30巻2号, 147頁)(傍線小口)と指摘されている。まことに慧眼といふべきである。

38) 『法の歴史』東京大学出版会, 1997年, 174～175頁。

39) 『現代法の透視図』東京大学出版会, 1996年, 151頁。

40) 滋賀秀三『清代中国の法と裁判』創文社, 1984年, 284頁。