

宅地使用権問題とその周辺

——物権法制定における議論を手がかりに——

但 見 亮

概 要

中国の農村における宅地使用権は、農民がその身分に基づいて集団所有土地について享有する無償・無期限の使用権として、その社会保障的側面が強調されており、使用権の外部への譲渡が禁止されるなど、厳しい規制の下におかれてきた。しかし、近時の急速な経済発展に伴う不動産価格の急騰により、都市周辺農村の住宅に注目が集まり、これが都市住民に違法に譲渡される事態が頻発しており、憲法・物権法で私有財産の保護が強化されたこととも相まって、農民による自己所有建物及び宅地使用権の有償譲渡の解禁ないしはその規制の緩和を求める声が高まっている。このような中、いくつかの地方において、集団土地使用権の有償譲渡、そして「小産権」住宅の合法化などが試験的に行われ、徐々に広がりつつある。ここでは、「権利」が持つ経済的価値の実現が何より求められているのであり、宅地使用権の規制についても、権利者による自由な利用と処分、という原則からの再構成が求められている。

キーワード

土地使用権、物権法、権利、農村、中国

はじめに

中国において、統治の安定にとって土地問題が決定的な意味を持つことは、いまさら言うまでもない。歴代の王朝が、民生安定と秩序維持、そして財源確保を目的に、理想的な土地制度を打ち立てることを重要な政治課題とし、それを巡って争いを繰り返し、最後は中央からのコントロールが効かなくなり、群雄割拠または異民族の侵入により王朝は終末を迎える、という歴史を繰り返してきたことは、中国の歴史を知る者なら誰でも思いを巡らすところである。中国共産党が土地改革を錦の御旗に掲げ、土地問題を常に政策の重点に置いてきたことも、それが統治にとって持つ意味を知るからこそである。

さて、このような土地を巡るコントロール権の問題は、社会主義体制の下での二元的土地所有構造、すなわち、都市＝国有／農村＝集団所有という基本構造の確立により解消されたかに見えた。しかし、改革・開放後の国有土地使用権譲渡導入以降、都市の国有土地使用権の爆発的高騰を目のあたりにして、自由譲渡を原則的に禁止された集団所有土地使用権の現状こそが、一向に改善しない「『三農』問題の核心」¹⁾とされ、現状の二元的土地所有構造の有効性が厳しく問われるようになっていく。

本稿では、そのような農村の集団所有土地使用権のうち、特に宅地使用権（原語は『宅基地使用権』）を取り上げて、その理論と現状、そして制度改革のプランについて分析を行い、中国の農村における住宅使用土地に関して現在生じている問題を明らかにするとともに、そこで示される将来像について展望を行うこととした。

農村の宅地使用権を特に題材に選んだのは、現在宅地使用権の理論的位置づけに関して生じている議論・対立が、中国における法制度改革について考察する上で重要な要素が含まれている、と考えたからである。

すなわち、農地に関してはその用途変更が禁止され、農民が経済的価値を実現する方途も厳しい制約の下におかれるだけでなく、その譲渡には集団の同意が必要とされることから、農民の自己決定による価値の実現という側面は見出されない。

これに対し、農民は自らが居住する住宅について所有権を有しているが、その経済価値を実現するためには、底地の使用権譲渡（ないし賃貸）を認めることが必要となる。これは従来からの規定及び理論と抵触し、既存の「所有制」の構造を脅かしかねないものであるが、物権法における私的所有権の（国家・集団所有権との）平等な保護、ひいては憲法における人権の保障という近時の立法・改正に親和的であって、そこに激しい対立が生じることになる。

要するに、ここでは法制度を支える基礎理論ないし基礎構造の変遷の存否または変更の必要性が問われているのであり、本稿はこの問題の検討を通じて、今後の制度改革全体が向かおうとする方向を照らし出してみたいと考えるのである。

なお、集団の土地所有権及び集団土地の使用権については、本稿の問題意識に即して、必要な範囲で若干ふれるに止まる。また、農村土地請負経営権についても、物権法の制定にあたり多くの議論が交わされ、その位置づけが問題とされているが、同問題については、宅地使用権及びそれに関わる集団所有土地使用権の議論とは異なる視点・問題意識からの検討が必要となり、本稿で扱えるものではない。これらの問題についてはそれぞれ特

1) 孫憲忠「争議与思考—物権立法筆記」（中国人民大学出版社 2006 年）243 頁。「三農問題」とは、農村・農業・農民問題の略称で、荒廃・停滞・貧困などの諸問題を包括的に意味するもの。

に同問題を題材とした研究が見られるので、そちらを参照されたい²⁾。

I. 宅地使用権概観

1. 宅地使用権を巡る制度史

中国において、「宅地使用権とは農村居住者及び少数の都市居住者が、自己所有家屋の建設のため、集団土地について有する占有、使用の権利を指す」³⁾とされ、これは新中国により初めて打ち立てられたもの、しかも農村における土地の集団化が進む中で打ち立てられたものである、とする記述が一般的である⁴⁾。この点、宅地使用権は集団による土地所有を前提にしているのだから、それが新中国による創出だというのは当たり前である。但し、「我国の歴史から見れば、新中国成立後に土地改革により接収または没収された宅地の国家所有、及び社会主義改造により打ち立てられた集団所有制度を除けば、歴史的に大部分の時期、宅地は私有であった」⁵⁾、とされるように、こと農村における宅地「所有」に関して言えば、そこには連綿たる「私有」の歴史があったのである。

新中国においても、当初この「私有」の歴史は継承された。共産党がその政策の中心に据えた「土地改革」において、農村の土地については農民の「所有」が認められ、宅地についても、農耕に従事する農民の「所有」となり、自由譲渡さえも認められていた⁶⁾。ここでは、土地は農民に「無償」で分配され、その所有者は「農民」ということになった。このような状況は、農業集団化の初期段階においても、少なくとも規定上はゆるやかに維持されていた。1956年の「高級農業生産合作社模範規則」第16条が「社員が従来から有する墓地及び建物底地（原語：『房屋地基』）については、合作社に編入しなくてもよい。社員が家屋を新築するために必要な底地もまた合作社に編入しなくてもよい」とするよう

2) 集団所有の問題については、小口彦太「中国の農地所有制度についての歴史的考察」（『法学研究の基礎〈所有〉』早稲田大学法学研究科等編著2010年123頁以下）が、共同体の不在という歴史的事実を引きつつ、集団所有が「歴史的前提を欠いた、空想的政策であった」と鋭く批判する。また、農村土地請負経営権については、長友昭「中国物権法と農村土地請負経営権をめぐる議論」（『中国研究月報』2007年11月号）が、物権の構成と債権の構成それぞれの立場からの主張と議論全体の様相を詳しく論じている。

3) 王利明「物権法研究（修訂版）」（2007年）下巻186頁。但し、後述のように、都市居住者の宅地使用権取得は特殊な状況においてのみ生ずるものである。

4) 劉俊「土地権利潜思録」（法律出版社2009年）86頁。

5) 陳小君「我国现阶段宅基地使用權制度規範研析—以実証調査為背景」（陳小君等「農村土地法律制度的現實考察与研究」（法律出版社2010年）所収）220頁。

6) 劉俊・前掲注4・87頁。

に、建物底地については、所有権を私人に留保することも許されていたのである。

しかし、1962年の「農村人民公社工作条例修正草案」で、宅地所有権は生産隊に属するものとされ、生産隊の所有する土地については賃貸及び売買が一律に禁止されることとなった。考えてみると、高級合作社において、建物底地の所有を合作社に「編入しなくてもよい（原語：『不必入社』）」という規定の持つ意味は、編入することが原則で編入しないことが例外、という程度であったのかもしれないが、土地の換価可能性もなく、その割当が各級政府・機関により場当たりの行われていた⁷⁾という状況から考えれば、実際に使用・居住ができさえすれば「所有」が誰に属するかということなどどうでもよかったのかもしれない⁸⁾。

いずれにせよ、「高度の社会主義化が実現」したはずの人民公社体制下で、宅地の所有権を始め、農村の土地所有権は基本的に集団（一般に生産隊）に属することになった。しかし、改革・開放が始まって、人民公社体制下の「公社—生産大隊—生産隊」という構造が、概ね「郷鎮—一村—村民小組」という構造に移行するのに伴って、従来「生産隊」として「集団所有」の主体であったはずの村民小組は、多くの地域で「経済組織」としての実体を失ったとされる⁹⁾。しかるに、現行憲法を始め各法規では、村や村民小組を含む「集団経済組織」を集団所有の主体とし¹⁰⁾、宅地についても依然として「集団所有に属する」と明確に記載している。

このような変化の中で、宅地の「使用権」については、その主体も「農民」ではなく「同居家族（戸）」¹¹⁾に変わっている。また、宅地の「無償性」についても政策の変動が見られ、1990年の政策¹²⁾により一定額の徴収による有償化が推奨され、各地で試行が見られたものの、反発が大きく、1993年の中共中央弁公庁・国務院弁公庁による「農民負担に係る項目の審査・承認についての処理意見に関する通知」で、農村宅地の使用費徴収と

7) 公社時代は、生産隊や国家機関が「口約束」で必要な土地を融通したり、相互に事実的に使用している等の状況がしばしば見られたようである。彭彩虹「浅論農民集体之間土地所有権糾紛中行政確権の証拠採用」法制与経済2008年2期124頁など。

8) 江蘇省・広東省では、調査対象農民の80%以上が村または村小組が農村土地の所有者であると答えたのに対し、四川省・河南省では60%程度の農民が国家と答えており、所有に対する知識・関心が土地の経済的利用・処分の可能性と直接結び付くものであることを明確に示している。高飛「当前集体土地所有権制度中存在的问题及对策研究」（陳小君等「農村土地法律制度的现实考察与研究」（法律出版社2010年）所収）199頁参照。

9) 王衛國「中国土地権利研究」（中国政法大学出版社1997年）96頁。

10) この点、規定の文言に基づいて、条文上「集団経済組織」は「集団所有権」の「管理」者に過ぎず、所有権は村民全体に総有的に帰属する、との見解もみられる。例えば、郭明瑞「關於農村土地權利的幾個問題」法学論壇2010年1月29頁以下。

11) この「戸」については「定義が不明確である」との問題が指摘される。廖洪榮「中国農村改革三十周年和建国六十周年」（中国財政經濟出版社2008年）211頁。

12) 「国務院の国家土地管理局の農村宅地管理業務を強化することに関する指示請求を伝達することに関する通知」（1990年1月3日）

超過面積分の費用徴収が禁止されることとなっている。

さらに、「宅地使用権」の譲渡についても一時規定に揺れが見られていた。上述のように、宅地については当初「所有」だけでなく、自由譲渡も認められていたが、「使用権」しか認められなくなった後も、その譲渡については「有限」ながらも「開放」されていた。これは「法律」の規定にも見られており、1986年の土地管理法41条では「都市の非農業戸住民が、家屋建造のため集団所有の土地を使用する必要があるときは、県級人民政府の承認を経て…併せて国家の建設用地収用基準に照らして補償費及び立退き転居補助費を支払わなければならない」とされ、一定の費用負担による宅地使用権取得が明確に認められていた。しかし、1998年の改正を経て同条の規定は削除されることとなり、1999年に国務院弁公庁が出した「土地譲渡の管理を強化し、土地投機売買を厳禁することに関する通知」で、都市住民による農村家屋の購入が禁止され、その後同様の「政策」が続くなど、「都市住民の農村家屋購入厳禁」の様相が固まっている。

2. 現行規定概観

①「憲法」と「法律」

法体系のヒエラルキーにおいて「最上位」にあるとされるのは、中国においてもやはり憲法であり、土地制度についてもそれは同様である。現行憲法は、82年の制定以後「所有制」を巡る改正を度々行っているが、その最初の改正は、正に全国各地の土地有償使用制度改革の結果として行われたものであった¹³⁾。しかし、こと宅地使用権に関しては、憲法では10条2項後段のごく一部において、しかも並列的に「宅地、自留地、自留山もまた集団所有に属す」とされるのみで、「所有」はともかく「使用」についての言及は全くない。そのため、宅地使用権について明文で定める「最上位」の法は、2007年に制定された物権法ということになる。

物権法では、第三編の用益物権のうち特に一章を割いて（第十三章）、宅地使用権の規定を置いている。この点、従来の土地管理法では、構成上宅地使用権は第五章「建設用地」のごく一部に過ぎなかったということから考えれば、物権法において、宅地使用権の位置づけが従来よりも格段に高められたということができる。とはいえ、具体的な規定をみると、条文数はわずか4条であり、その内容もまた、宅地使用権は「法に基づいて」集団所有土地を占有・使用する権利であって、住宅建設目的の利用に限定される（152条）とする規定のほかは、何ら具体的なものはなく、153条によって、詳細は「土地管理法等の法

13) 劉俊・前掲注4・39頁。但し、1988年に出された最初の修正案の第1条は私営経済の地位及び管理に関する規定であり、第2条が土地所有権譲渡に関する規定である。

律及び国家の関連の規定」に丸投げされている。

では土地管理法の規定はというと、土地の管理・利用規制に関する一般的規定ばかりで、宅地使用権に言及する規定はわずか3条に止まり、そのうち特に宅地使用権について規定する条文は1条だけである(62条)。その規定によれば、「農村村民は一戸が一か所の宅地のみを使用することができ、その宅地面積は地域で定めた基準を超えてはならない」(1項)、また「農村村民が住宅を建設するときは、郷(鎮)の土地利用総合計画に従う」(2項)、そして「譲渡または賃貸を行った後に、さらなる宅地申請を行っても、これを許可しない」(3項)とされている。

②行政法規、地方性法規、規則及び政策

宅地使用権に関する「基本法」と目される両法が、それぞれわずかな規定を置くのみである以上、宅地使用権についての具体的な規定は、必然的にそれより下位の行政法規や地方性法規、そして規則さらには政策により規定されることになる¹⁴⁾。

これら下位法規・政策の内容については、歴史的に大きく変化していることもあり(後述)、ここで細かく論じることはしないが、大まかに見ると、まず地方性法規は、例えば土地管理法の規定に対応して各地で一戸当たりの面積について細かい基準が設けられたり¹⁵⁾、また国土資源部の「農村の宅地管理を強化することに関する意見」が示した手続きに沿って、各地で宅地使用権申請に関して同様の内容の規定が設けられているなど、一般に、法律による委任事項と政策による指示事項の具体化、という内容になっているものと思われる。

これに対して、「政策」とされる国務院各部門の「意見」や「通知」では、「法律」が留保した内容について創設的に禁止を宣言するものも多く、特に、都市住民の農村での宅地(家屋)購入の禁止を強調するものが目立つ¹⁶⁾。但し、その内容を見ると、宅地の購入だけでなく売却も禁止するものが見られているように、都市住民・農民がいずれも名宛人とされ、また宅地だけでなく家屋の売却(購入)も禁止されているなど、「農民による家屋

14) 中国で「政策」というとき、そこに含まれる規定の種類・範囲には注意が必要である。立法法の見地からすれば、行政法規、地方性法規及び規則については、その定義及び制定手続などが明確に規定されている(56条~77条)ので、「政策」とはこのような定義に入らない各部門の「通知」や「意見」、そして党(及びその機関)の「決定」などを指すことになる。これに対し、民法通則の規定では、「法律に規定がないときは、国家の政策を遵守しなければならない」(6条)とされ、「政策」とは「法律」以外の国家による規範的文書全体を指すことになる(但し、ここにいう「法律」も、立法法にいう「法律」と同じものとは限らず、また「国家」というときそこに党が含まれるのか、という問題もある)。とりあえず、本稿では立法法の制定以後の問題を主に論じることから、主に最初の意味で「政策」という言葉を用いることとした。

15) 例えば、四川省の「土地管理実施弁法」第21条では、同居家族一人につき20~30㎡、4人以上の場合は4人として計算する、と規定される。

16) 1999年以來、少なくとも5つの「政策」において、農村の宅地使用権(またはその上にある建物)を都市住民に譲渡すること(または都市住民が購入すること)が禁じられていることが確認できる。

と宅地の都市住民への譲渡」という一連の事態を一体として禁止する、という意識が強く、法律構成についての分析的な意識（家屋所有権と宅地使用権それぞれの性質・処理及びその関係）は感じられない。

③司法解釈

法文上、司法解釈の権限を有するのは最高人民法院と最高人民検察院だけであるが、中国では法院の上下で指示・監督が広く行われており、それを目的とした規範的文書も作成されている。宅地使用権についても同様であり、例えば北京市高級人民法院は、「農村私有家屋売買紛争事件の契約の効力認定及び処理原則についての討論会会議要項の印刷・発布に関する通知」（2004年）において、同一集団経済組織の構成員内での売買以外はこれを無効とするよう「規定」している。このような規定は他の法院でも見られており¹⁷⁾、上記「政策」に沿った事件処理が意図されていることが分かる。

3. 理論的位置づけ

以上のような宅地の「所有」と「使用」の変遷、そして現行各規定の内容に垣間見られるように、現在の宅地使用権については、これを「農民」という身分に基づく社会的な性格のもの、とする見解が一般的である。つまり、農民とその家族は、都市居住者が受けるような医療・失業・養老など各種社会保障を受けることができず、また都市居住者のような幅広い職業選択も、また発展の余地・可能性も低い、という現状認識に基づいて、農民と家族の最低限の生活の拠り所を保障するために、「同居家族（戸）」を単位として一定面積の宅地を提供する社会保障制度である、とするのである。

この身分的な社会保障という理解は、現状の宅地使用権の申請及び承認の基準に合致している。一般に、各地の基準では、当該農村に戸籍を持つ村民で宅地をもたない者、同村民で結婚などにより戸籍を分ける必要がある者などとともに、転入者で宅地のない者も、同村に戸籍を移せば宅地使用権の申請ができるものとされている¹⁸⁾。また、地域ごとに特定された使用面積内で、宅地使用目的に限定されること、都市に移住しても容易には回収されないこと¹⁹⁾、さらには生存中無期限・無償での使用が許される、という点にも、社会

17) 青島市中級人民法院「農村宅地家屋売買紛争事件の関連問題の審理に関する意見」2006年など。

18) 「河北省農村宅地管理弁法」7条、「山西省『中華人民共和國土地管理法』実施弁法」38条など。

19) 人民法院案例選2009年2期237頁以下に掲載の事例では、その「要点提示」において、農民が自ら望んで都市戸籍となった場合でも、「都市の社会保障システムに組み込まれていないか、または国家公務員の一人となっていない都市戸籍転換者は、依然として従前の村民小組の集団経済組織構成員の資格を有する」との基準が提示されている。

保障としての性格が色濃く表れている。

このような社会保障的な位置づけから考えれば、上記のような有償化及び都市住民への譲渡の試行がいずれも挫折した（または撤回された）ことは、ある意味当然である。しかし、ここで一つ疑問が生じる。このように一貫した、確固たる性格付けとそれに基づく政策が、なぜ物権法の条文に反映しなかったのだろうか。農民にとって生活のよりどころとされる土地の中でも、居住場所を確保するための社会保障的施策としてとりわけ重要なはずの宅地使用権に関する規定が、物権法ではわずか数条、しかも無内容な規定を置くにとどまり、下位法規や政策にほぼすべて委ねられている、ということは、奇異に感じざるを得ない。

もちろん、土地の利用状況は地域による違いが大きいという事情を考えれば、規定の詳細をそれぞれの地域にゆだねるのは理解できないことではない。また、社会状況に応じて変化が求められることを考えれば、政策による柔軟な対応が望ましいとも考えられる。しかしそうだとすると、憲法や物権法の規定はあまりにぶっきらぼうで、そこには何の指針・基準も見られない。

確かに、中国ではこれまでも、しばしばこのような規定方法が見られており、「原則的で運用に適さない」などとよく批判される場所であるが、この宅地使用権の規定に至っては、権利の位置づけ、理念、そして枠組みなど、原則的な要素についても規定がなされず、いわば「原則的でもないし運用にも適さない」のである。

このような規定をとる原因は、単純に考えて二つある。つまり、規定する必要がないか、または規定することができないか、である。この点、まず必要性という見地から、宅地使用権は建設土地使用権の一つに過ぎず、さらに建設土地使用権もまた集団土地使用権の一つに過ぎないのだから、宅地使用権について原則的な規定など設ける必要がない、という理由が考えられる。建設土地使用権の章のわずか一条で宅地使用権の規定を置く、という土地管理法の構造は、このような認識と合致するものといえよう。しかし、あえて建設土地使用権とは別に、特に一章を割いて宅地使用権についての規定を置くという物権法の構造からは、このような認識は導き出されない。

それどころか、宅地使用権の都市住民への譲渡を無効とした事件として有名な「宋庄画家村事件」²⁰⁾が引き起こした議論は、宅地使用権の「原則的」及び「運用に適した」規定

20) 同事件二審判決では、宅地使用権は村民という「特定の身分に関連するもの」であるとして、都市住民への譲渡が無効とされている。同事件における法的争点と訴訟の経緯などについては、「比較法学」45巻1号（早稲田大学比較法研究所2011年）掲載の判例評釈「宋庄画家村事件」を参照されたい。なお、本判決は類発する同種事件の処理において「全国に強く影響するもの」とする裁判官の指摘がある。安徽省高級人民法院ネット「農村房屋買賣合同効力問題探析」http://www.ahcourt.gov.cn/gb/ahgy_2004/lyt/mssp/userobject1ai23659.html 参照。

が、正に基本的な「法律」のレベルに必要であることをいみじくも明らかにしている。

すなわち、同事件の処理に関して、一方では、「法律」のレベルで宅地使用権の都市住民への譲渡を明確に禁ずる規定はなく、あまつさえ家屋については間接的に譲渡を否定するような規定すら見られないとして、私的自治・契約自由の見地から、本件譲渡は当然有効である、との主張が展開された²¹⁾。しかるに、他方では、土地管理法で集団土地使用権の非農業建設目的での譲渡が禁止されている以上、宅地使用権の譲渡も禁止されることになり、また宅地使用権譲渡を必然的に伴うことになる家屋の譲渡も当然禁止される、との反論がなされており、鋭い対立を見せていたのである²²⁾。

このような点に鑑みれば、宅地使用権についての「原則」と「運用に適した規定」がいずれも必要であったことは明らかであり、それでも宅地使用権に関する規定が「原則的でもなく運用にも適さない」ものとなったのは、正に「原則」や「運用に適した規定」を置くことが「できなかった」ためであると考えられる。では、何が規定の設置不能または回避をもたらしたのだろうか。以下では、物権法立法過程における議論の分析を通じて、この原因の所在とその様相を探ってみたい。

II. 物権法の限界

1. 制定過程の議論

物権法の起草過程においては、「宅地使用権についてかなり大きく議論がなされた」とされている²³⁾。具体的に見ると、例えば物権法草案第二次審議稿には「宅地上に建造された家屋の所有権が譲渡されたときは、宅地使用権も同時に譲渡される」との規定が見られた。この規定に関する法律委員会の答申では、「宅地は村内で分配し無償で取得されたものであり、農民の基本的生活保障であるから…集団外部への宅地上の建物譲渡については慎重な考慮が必要である」との見解と、「家屋の所有権は農民に属するのだから…農民の融資ルートの確保という点を考慮して、宅地使用権の譲渡を許すべきである」との見解が対立している、という状況が報告されている²⁴⁾。

21) 陳耀東等「“小産権”房及其買売的法律困境与解决」法学論壇 2010 年 1 月 53 頁参照。

22) 任輝「“小産権房”売買合同的効力及救济—以宋庄画家村案為例」西部論壇 2008 年 12 期 77 頁。

23) 黄松有編「『中華人民共和國物権法』条文理解与適用」(人民法院出版社 2007 年) 455 頁。

24) 全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会民法室編「物権法立法背景与観点全集」(法律出版社 2007 年) 22 頁。

さらに、第四次審議稿では、「農家（戸）の占有する宅地の面積は規定の基準に適合しなければならない」「一戸は一か所の宅地のみを有することができる」「宅地使用権者は法による承認を経ずに用途を変更してはならない」「都市住民が農村で宅地を購入してはならない」といった細かい規定が見られており²⁵⁾、そこでは社会保障としての位置づけの下、規制の範囲・基準・用途内で、宅地使用権の一戸一か所制の確立が企図されるとともに、具体的な適用の場面での有用性が強く意識されていた。

このように、物権法制定時の宅地使用権規定に関する議論では、農民の社会保障という理論的位置づけに対して、宅地使用権の換価可能性の実現と農民の自己所有財産（家屋）の処分の自由という主張が対抗的に提示されており、その対立の焦点は、「都市住民への宅地使用権譲渡が認められるかどうか」というところにあった。しかし、このような激しい対立に面して、立法担当者は「この問題はかなり複雑であり、一層の検討を必要とする」として、論争のある条文について態度を保留したまま修正を先延ばしにしていた。そして結局のところ、上に列挙したような草案段階で激しく争われた各規定は、その根拠・立場のいずれに関わらず、成立の時点ではいずれも仲良く消失することとなっている²⁶⁾。

つまり、このような立法過程での対立の未解決こそが、物権法のぶっきらぼうな、ノンコミットルな規定のあり方の根源なのである。正に、「社会各界には常に異なる意見があり、かつその違いは非常に大きかった」²⁷⁾ことから、「開放的でリンケージのある規定が形成され」、結果として「立法の原義として、既存の法律規定を維持するとともに、将来的な改正の余地を残す」ということになったのである²⁸⁾。

となると、ここでまた疑問が持ちあがってくる。少なくとも90年代後半以降の一連の政策をみる限り、宅地使用権の社会保障的位置づけに依拠した「都市住民への譲渡厳禁」には一貫性が見られたはずである。ではなぜ、このような一貫性に沿った上述のような規定が、いずれも物権法に規定されなかったのだろうか。このような規定の成立を拒んだ「社会各界」の「異なる意見」、即ち宅地使用権の換価可能性の実現と農民の財産処分の自由という主張が有力なものとなりえたのは、どのような背景があったからなのだろうか。以下、宅地使用権を巡って提示される問題を概観しながら、宅地使用権自由譲渡理論の背

25) 黄松有・前掲注23・458頁。なお、「有する」の原語は【擁有】であるが、これは所有や使用という意味ではなく、それを持つ、享有するという意味の一般的な用語である。

26) 物権法制定時における論争の尻すぼみの結末を、田中信行は「理論的な矛盾には封をしたままの政治的な決着が図られ、論戦に参加した者はひとしく勝者であり敗者でもあるような結末」と評する。田中信行「中国物権法の曖昧な到達点—制定過程と所有権論争」（星野栄一／梁慧星監修「中国物権法を考える」商事法務2008年所収）285頁。

27) 黄松有・前掲注23・458頁。

28) 王文軍「論農村宅基地上房屋の売買—“小産権”的？一種形式」清華法学2009年5期77頁。

景とその深層を探ってみたい。

2. 現状の問題と変化の兆し

上記物権法の制定過程において、社会保障を強調する立場から提案された各規定は、当然、それに反する現状が存在するために、そのような現状に対する取締・改善を目的として提示されたものである。まず、規定面積の厳守を謳う規定が求められるということは、農村で規定面積を超える「大邸宅」が乱立している、という意識に基づく。また、「一戸が一か所の宅地のみを有する」との規定は、一戸の農家が数か所の宅地を占有している、という問題の所在を浮き彫りにする²⁹⁾。

このような「大邸宅」「一戸多宅地」問題は、宅地使用権の社会保障・福利的位置づけに明確に反するばかりか、村・郷鎮の有力者の放縱の手段・場として政治腐敗・汚職の温床となり、何よりも、農地の違法占有・違法転用による農地減少の主要因として強く警戒されている。しかし、それが有効に抑制されていないことは、立法過程から見ても明らかであろう。そして、都市住民に対する宅地使用権売買もまた、これが頻繁かつ広範に行われているからこそ、「政策」の規定上に再三現れることになったのであるが、それを禁止する再三の「政策」にもかかわらず、やはり多くの農民が家屋の譲渡や賃貸を行っているという現状があるのである。

これに対して、都市に移住した農民の土地使用権を回収する旨の規定を置くかどうかについても議論がなされたが、ここには少し様相の違う現状が顔を見せる。すなわち、内陸部・貧困農村において、出稼ぎ・棄農等の増加により、農村家屋の「空心」（原語：中抜けという意味）の増加が問題となると同時に、人口に比して土地が狭小な地域では宅地の分配が困難となり、「空心」住居の回収による再分配が強く求められる状況となっていた³⁰⁾。

29) 農村で行われた調査では、例えば山東省の調査対象のうち13%程度の農家が2か所以上の住宅を有しており、また3%程度が3か所以上の住宅を有していた、とされる。この点、全国での調査を通じて、14%の調査対象が「金があれば」宅地を多く得られると答え、5%が「権力・地位が高ければ」宅地を多く得られると答えたとされる。陳小君等「農村土地法律制度的現実考察と研究」（法律出版社2010年）18頁。「大邸宅」「一戸多宅地」問題は都市近郊ではより深刻化しており、北京市郊外の鎮には全戸数の57%が宅地を「超過占有」するものもあると報告される。劉俊・前掲注4・92頁。

30) 陳榮清等「農村宅基地閑置の時空變化特徵研究—以文登為例」中国農学通報2010年7期268頁は、山東省文登市の調査によれば、16年間で放置された宅地はほぼ倍増し、同市の宅地の10%を越えたと指摘する。また、江蘇省徐州市国土資源局の調査では、「空心房」が市全体で30%程度、個別の農村では50%を超えるところもあるとされている。苗清「關於農村宅基地集約利用的思考」国土資源通訊2006年1期43頁参照（なお、文登市は観光・工業都市の烟台市に隣接する沿海地域に、徐州市は比較的内陸に位置している）。この点、張子任「農村宅基地使用權流轉法律問題探析」中国司法2010年1期103頁は、内陸の「空心房」問題の解決策として、宅地使用権の有償化と譲渡の促進を提唱する。

しかし、「空心」といってもその建物は当該村に戸籍のある「農民」により所有されているものであり、また出稼ぎに行ったとしてもそのうち帰ってくるかもしれず、さらに社会保障としての最後の拠り所という位置づけからすると、これをおいそれと回収して他の者に配布するというわけにもいかない。

このように、農村の宅地使用権を巡る問題は、各地域の状況に応じて様々な問題を呈しており、その原因や対策もまた様々な角度から論じられている。上記の問題についても、例えば「大邸宅」「一戸多宅地」問題などは、社会保障的規定の徹底が求められる反面、このような規定の実効性の無さを示す格好の材料ともなる。また、「空心」家屋の回収問題については、自由譲渡を認めるべきであるとする主張の有力な根拠となる反面、同時に社会保障的見地からの規制・介入の必要の高さ・逼迫性を示すものとも言える。まさにこのような「複雑な現状」こそが、激しい議論の対立と、何も言わないに等しい条文規定の根源であったのである。

3. まとめ

以上のように、宅地使用権を巡る現状から考えれば、立法の停滞状況はある意味不可避的であり、物権法規定がほとんど何も語らないままであったのも当然、ということになるはずである。ところが、宅地使用権を取り巻く理論は、そのような様相を呈してはいない。むしろ、理論の大勢は、宅地使用権の有償化と譲渡の承認、という方向性を示しており、しかもその実現は「時間の問題」であるかのように語られているのである³¹⁾。

このような主張においては、昨今全国的範囲で試行が行われている集団建設土地使用権（集団が所有する土地を企業・工場などの建設目的で使用する権利）の直接譲渡、すなわち、当該土地を所有する村などが企業等に使用権を直接譲渡する制度の広がりにより、集団・郷鎮の開発による「小産権房」が「合法化」され、ひいては農民個人による宅地使用権譲渡の「合法化」を招くのではないか、ということが期待されているのである。

そこで、以下では、「小産権房」問題について概観したうえで、それとの関係という意識から、集団の建設土地使用権の直接譲渡について検討し、そこに示される農村土地使用権の自由譲渡の可能性について展望してみたい。

31) 李佳穂「試論小産権房的法律症結与改革路径」河北法学 27 卷 8 期（2009 年 8 月）133 頁は、「一定の時間の後に、それが自由譲渡となるのは必然である」としている。

Ⅲ. 「小産権房」と集団土地所有権

1. 「小産権房」問題

「小産権房」(原語:「房」とは一般に住居家屋の意)という概念は、法的な用語・概念ではないため、その用いられる状況によって内容を異にする側面があり、また論者によってしばしばその定義が異なっているようであるが、一般に「大産権」との区別から、「農村の集団所有土地の上に建てられた居住用の建物で、当該集団の構成員以外に売却される(た)もの」とする認識が多くみられるようである³²⁾。国有土地の上に建てられた居住用建物には国(県級以上の政府)が認める土地使用権証や建物所有権証などが交付されるが、上記の建物についてはそのような証書は交付されず、交付されたとしても、村や郷鎮などによる「集団土地使用権証」や「建物所有権証」に止まる。つまり、財産権が国(大)により認められるものではなく、郷鎮政府や村(小)に認められたに過ぎないという点が、このような不動産が「『小』産権房」と呼ばれる所以である。

この「小産権房」は、当初は主に、国の号令による「新農村建設」において、郷鎮政府などが旗振り役となって、農家住戸の近代化・集合住宅化を進める過程で生み出されたものとされている。そこでは、当初から余剰を出すことを意図しつつ建設が進められ、余剰部分を外部に販売することが財源確保の手段とされたこと、そして風光明媚な地域で「レジャー村」「景観地域」等と称する別荘などの開発が推奨されたことなどから、いわば「違法されど合政策的」に推進されたのである³³⁾。

さらに、2003年以降の不動産価格の高騰につれて、「小産権房」は飛躍的な発展を遂げる。この頃から、都市近郊の農村で大規模な集合住宅が大量に建設されるようになり、2008年に北京で販売されていた住宅の20%、2009年に深圳で販売されていた住宅の60%超が「小産権房」であったとの指摘もみられる³⁴⁾。そこでは、主に郷鎮などにより、農村の集団所有土地が、国を bypass して直接かつ大規模に利用・開発されていた。そしてこのような「小産権房」は、都市周辺の住宅では、付近の国有地上の「大産権房」よりも

32) 楊海靜「小産権房拷問《物権法》」河北法学 2009年7期 194頁。これに対して、小産権房とは「農民集団所有の土地を無償で使用・占有して建設された建物」であるとして、合法的な宅地使用権(及びその上の建物)などを広く含む定義もみられる。龍翼飛等「対我国農村宅基地使用權法律調整的立法建議—兼論“小産権房”問題的解決」法学雜誌 2009年9期 32頁など。

33) このような経緯及び郷鎮・村の関わりについては、宋志紅「集体建設用地使用權流轉法律制度研究」(中国人民大学出版社 2009年) 172頁以下参照。

34) 王彦「小産権房問題現状及对策研究—以河北省石家庄市为例」河北青年管理幹部学院学報 2010年1期 73頁。

40~60%ほど安い価格で販売されたことから、「大産権房」には手の届かない庶民の好評を博することとなったのである³⁵⁾。

ただ、考えてみると、この名称には多少詐欺的なところがある。というのは、実際のところ、ここには権利の「大小」などはなく、ここにあるのは権利の「有無」だからである。いくら郷鎮や村が立派な証書を交付したからといっても、それは国によるものと同等ではないばかりか、それに準ずるものですらなく、法的に「無」なのであって、法院はこれを無効と判断することになる。その点からすれば、「小産権房」問題は上述の宅地使用権譲渡と同質ということが出来る（実際に、多くの論者は宅地使用権譲渡の問題を「小産権房」問題の一部として論じている）。

2. 集団土地所有権の直接譲渡

このように、「小産権房」問題が重視されたのは、集団所有土地を利用した郷鎮等による大規模宅地開発が横行し、国の再三の「厳禁」にもかかわらずそれが後を絶たなかったからであるが、「下」が「上」の逆鱗に触れるリスクを冒してまで違法行為を続けるのは当然理由がある。宅地使用権同様、土地管理法の規定によれば、集団所有土地の使用権については様々な制限が課されており、農地については厳格に転用が制限され、非農地についても、郷鎮企業または公共設備若しくは公益事業の利用を除き、国が土地の公用収用を行ってこれを国有とした上で、公開入札などにより土地所有権を得た開発者が、直接または転売を経て各種用途に応じた開発を行う、という道筋を経なければならない（土地管理法43条、63条）。

しかし、国の公用収用を前提とする集団所有土地の利用に関しては、補償額が最終売却価格の数百分の一にも満たない事例があるなど、土地が取り上げられることに比して補償額があまりに少ない、という問題が常に指摘されていた³⁶⁾。また、この方法が迂遠で中間マージンによるロスが大きいこと、国が所有権を完全に取り上げてしまうこと、さらに、開発業者・政府担当者が村の幹部と結託して違法に利益を山分けすることなど、様々な問題が指摘されていた。このような問題を回避し、さらには国に支払うはずの各種税・費用負担をも回避するうってつけの方法が、「小産権房」だったのである。

ただ、このような状況は昨今大きく変化している。集団が所有する建設用地について、所有権は各集団に留保したまま、その使用権を直接開発者に譲渡する、という方法が各地

35) 王才亮「反思 中国房地產制度与实践」(法律出版社2008年)268頁。

36) 陳小君等「農村土地法律制度研究—田野調查解讀」(中国政法大学出版社2003年)77頁。

で試験的に行われており、全国的にも広がりを見せているからである。このような試行は、各地でその譲渡方法・譲渡対象・収益配分などを異にするものの、国有化の手続きをとることなく所有権を集団に帰属させたまま、集団（とその構成員）が利益創出・獲得を行う、という構造は共通している³⁷⁾。

さらに、このような流れを受けて、中共中央17回大会3次会議は、2008年10月に公布した「農村改革発展推進の若干の重大問題に関する決定」において、「都市・農村の統一的建設用地市場を徐々に打ち立てる」とし、「農村集団経営建設用地」については、「公開かつ規律された方法で土地使用権を譲渡し、土地計画に適合する前提の下で国有土地と平等な権益を享有する」と宣言することとなっている。土地法制における「政策」の重要性と「政策」における党の優越性を考えれば、同「決定」が持つ意味は非常に重大である³⁸⁾。

現在、土地管理法の改正作業が進められており、所謂「建設土地使用権」については、「集団経済組織」が開発者・企業に直接使用権を譲渡することが土地管理法により明確に認められるのではないかと期待されている³⁹⁾。もちろん、物権法制定の結末を考えれば、土地管理法の大胆な改正が実現するかは疑問である。また、人民公社時代の「公社一生産大隊一生産隊」構造をそのまま反映した各規定上の「集団経済組織」⁴⁰⁾には既に実体がなく、またぞろ村民委員会や郷鎮政府がその権限を濫用するおそれも指摘されている。

とはいえ、現在全国各地の「集団経済組織」について、旧生産隊に対応する「村小組」などの「株式合作社化」⁴¹⁾が進められ、同時に土地所有権・使用権の範囲の確定と登記が進められるなど⁴²⁾、「集団経済組織」の実体化・実質化を通じた所有権主体の確立と使用

37) 各地の試行については、宋志紅・前掲注33・18頁以下に詳しく紹介されている。

38) 刑法学者の曲新久（中国政法大学）は、労働教養制度改廃を巡る現状の議論では「それが政策であるという問題が見落とされている」とし、「政策」を論ずるうえでは、「問題のカギは、それがどの権力から来たものかということにある。…党の指導は疑いを容れないものであり…それは非常に強い合法性を有するのである」と述べて、党の強力な推進なくして「政策」の改廃は困難であるとの見地を示していた（現状はそれが正しかったことを証明している）。「労働教養立法的理論探索」犯罪与改造2001年5期9頁。

39) 主力軍編「中国農村土地流転法律实用指南」（上海社会科学院出版社2009年）154頁では、このような趣旨の修正案が「2010年前半には上程されるのではないかとされており、行政法学の権威である姜明安も、土地管理法について同様の改正を主張している。「姜明安談『土地管理法』修改」http://blogs.sina.com.cn/s/blog_53697df40100no59.html

40) 土地管理法の条文上は、郷鎮、村、村小組、さらに郷・村企業の「集団経済組織」が「集団所有権」の行使主体とされるが、前述のように実体はないとされる。なお、「集団所有」の「所有者」については、これを「村民小組」とするものが目立つ（廖洪楽・前掲注11・202頁など）。これに対し、王洪亮「小産権房与集体土地利益帰属論」清華法学2009年5期36頁は、そもそも「集団所有」は一定地域の村民全体によるもので、「集団経済組織」は単に「管理者」としてそれを「代理」又は「代表」して行使するにすぎない、とする。

41) 沿海部の発展地域では、「経済聯合社」「経済合作社」等の「組織条例」等が整備されており、浙江省では全村の93%で経済合作社が設立されたとされている。鄭水明「村集体経済組織在浙江的立法实践」農村経営管理2010年2期11頁。

42) 集団土地の所有権・使用権登記の推進については、「広西：集体土地有了“身分證”」（『中国土地』2009年

権者の確定が急がれている。これらの動きは、正に今後実現すべき使用権直接譲渡をにらみ、そこでの収益主体を確定するとともに、そこから利益を受ける構成員の範囲とその権利の内容を確定する必要がある、との認識を裏付けるものといえよう。

しかし、各地の試験的運用に関する法規を見ると、集団所有土地について現在認められる直接譲渡は、その目的を「建設」に限定されており、宅地使用目的については依然として厳しく制限されている。また上述のように、近時の「政策」においても、都市住民による住宅取得についてはこれを保護しない、という方針が再三強調されている。では、今後「小産権房」問題、そして宅地使用権譲渡はどうなるのだろうか。以下、集団所有土地使用権に生じつつある変化を踏まえつつ、再度、宅地使用権及び住宅開発の現状と問題について考察してみたい。

IV. 宅地使用権再考

1. 「社会保障」の虚と実

ここまで見てきたように、農村における宅地使用権は一般に社会保障制度の一つとされている。都市住民が各種の社会保障を受けられるのに比して、農民は農地と農業に依存するしかない。そこで、農民（とその同居家族）に宅地使用権を無償・永久的に賦与することを通じて、彼らに居住権とセイフティーネットを提供するのである。このような理論的位置づけは、改革開放後、一時有償・譲渡可能な財産権への転換がはかられながらすぐにそれが取り消された、という経緯からも明らかである。そして、このような社会保障的構成のため、農村宅地使用権には多くの制限が課されているのであり、その最たるものが、都市住民への売買の禁止である。

しかし、現在この前提自体が大きく揺らいでいる。そもそも、宅地使用権は「農民」の社会保障をその根拠としているのだが、実際に規定上宅地使用権者とされるのは「村民（農村村民）」である。ではこの「村民」とは誰か、というと、それは単に「都市区画外の地域に戸籍を持つ者」を指すのであって、保護対象「身分」としての「農民」とは必ずしも一致しない。近時、都市化地域及び都市計画地域の「城中村」問題が各地で叫ばれるように、既に農業など全くしていない都市内・都市近郊の「村民」が、宅地や農地（用途上）の使用権を譲渡し、または高層建築物を建て賃貸して莫大な利益を得ていることが、

11 期 8 頁以下）が詳しい。また宅地使用権についても、2008 年には国土資源部の「宅地使用権の登記・証書発行業務を一層速めることに関する通知」が出され、各地で登記業務が進められている。

都市住民との間でこれまでとは逆の不平等を生んでいる⁴³⁾。ここでは、既に完全に都市化している地域で、農地など全くないにもかかわらず、「農民」という身分の持つ価値を利用せんがため、都市戸籍に変わることをかたくなに拒む「村民」の姿が浮かび上がってくる⁴⁴⁾。

加えて、北京や上海だけでなく、全国の都市部でマンション価格が高騰した結果、無償で宅地を得られる「農民」と住宅購入など望むべくもない都市住民、という構図が広く見られるようになった。しかも、親などが戸籍上農村の村民であれば、都市住民であっても農村の家屋を無償で手にすることができるという畸形的不平等もしばしば存在する⁴⁵⁾。加えて、農業関連の税・費用徴収が完全に撤廃され、医療や失業・年金など農村の社会保障制度も充実しつつあり、このような現状が政府により盛んに宣伝されたことも手伝って、都市部の住民の中には、手厚い保護を受ける「農民」に比して、自分たちこそが差別的・不平等な扱いを受けている、との不満がくすぶるようになったのである。

思うに、従来都市住民にも、国有地上の「単位」の住宅等に廉価で居住する権利があったはずで、これも国による社会保障の一環であったはずである。90年代の「房改」により、都市の国有地上の住宅は都市住民の私有住居となり、都市住民の住宅居住権の保障は失われたが、これと引き換えに自由な売買が許されたのである。この経緯に着目し、農村の集団所有土地上の住宅も「房改」と同様の道をたどるとして、これを「第二房改」と位置付ける主張が見られている⁴⁶⁾。

これについては、都市住宅と農村家屋はその価値や意義が異なり、都市周辺農村はともかく、貧困農村では住宅の買い手もなく、単に権力者の豪邸と貧困農民の「失地」を招くだけだ、との批判が見られる⁴⁷⁾。しかし、「房改」においても、同じく「都市」とされる地域で住宅価格に顕著な差があったはずである。また、有償で住居を手放せば路頭に迷いかねない、という点は都市住民にとっても同様である。加えて、山村貧困地域における廃棄家屋問題の調査が、「農村建設用地の集約的利用」のために「宅地の流通を実現する」ことが「必然である」とするように、貧困村の問題解決のためにも宅地使用権流通が有用な手段と考えられているのである⁴⁸⁾。

43) 「深圳崗厦“小産権房”漂泊探源」(『南風窓』2009年12月上旬号)78頁では、同地域の村民の「大部分の住民の建物は7階以上」で、毎月の収入は5万円を超えるとされる。

44) 知風「“農転城”此等好事何須“強迫”」(華声在線ネット)では、都市戸籍と農村戸籍の統一化が進められる重慶で、農民の都市戸籍への変更拒否、そして政府による変更の強要という問題が論じられている。<http://www.voc.com.cn/article/201010/20101031224028166.html>

45) 上述の「宋庄画家村事件」が正にこのような状況であった。

46) 王彦・前掲注34・77頁。

47) 孟勤国「物権法解禁農村宅基地交易之辯」法学評論2005年4期25頁以下。

48) 陳榮清等「農村宅基地閑置の時空変化特徴研究—以文登為例」中国農学通報2010年7号272頁。

現在、都市内・都市周辺の所謂「城中村」では、村内の宅地を都市部の高層住宅と交換することが推し進められており、これによって宅地を回収された「農民」は都市戸籍となり、住宅については所有権を獲得して自由な譲渡を可能とする政策が進められている⁴⁹⁾。また、重慶市などの試験地域では、農村戸籍と都市戸籍の統一が進められており、「身分制・社会保障の格差」、という大前提は過去のものとなりつつある。もちろん、重慶市が2020年を戸籍統一の目標としているように、この実現はまだ先のことであろうし、また地域ごとに進捗が異なるものとならざるを得ない。とはいえ、社会の安定・調和が最優先される中で、都市・農村格差の解消は当面の急務であり、その進行につれて、二元的土地制度の諸前提もまた解消へ向かうであろう。

2. 理論的重点の変化

このように、現状では、農村の建設土地使用権の集団による直接譲渡、そして土地使用権市場の「統一」に向けた制度整備が急がれているのだが、このような変化との対比において際立つのは、宅地使用目的での土地使用権譲渡「厳禁」という「政策」の姿勢の徹底ぶりである。集団にとって「なけなしの土地」、あまつさえそれが農地であったとしても、国（実際は地方政府）が必要であると判断すれば容赦なしに収用し、ごくわずかの補償を支払った上で彼らを「都市住民」として放逐していた。そして、国（地方政府）はそのような土地を宅地開発であれ何であれ自由に処分することができるのに、主体が集団や農民となれば途端に「厳禁」されることになるのである⁵⁰⁾。

ここには、宅地に関する土地利用・開発における利益配分と決定権限を国（地方政府）に留め、農民と集団には全く認めない、という姿勢が一貫して示されている⁵¹⁾。しかし考えてみると、宅地使用権の都市住民への譲渡禁止にせよ、集団の建設土地使用権に課されていた厳しい制約にせよ、すべて「農民の利益保護」を旗印に、社会保障政策として行われてきたはずであるが、このような姿勢が農民保護という趣旨に適合的なものとはとても思われない。逆に、放置された土地の換価・有効利用を認めて農民の利益獲得手段を増やし、かつこれを農民の自由な判断に委ねるほうが、余程「農民の利益保護」に合致すると言える。

49) 吳智剛等「城中村改造：政府、城市与村民利益的統一」城市發展研究 2005年2期 48頁以下。ただ、「村民の積極性は低い」とされる。

50) 李佳穂「詩論小産権房的法律症結与改革路径」河北法学 27卷8期（2009年8月）132頁は、国家による土地取引卸市場の独占の正当性が、物権法制定過程で激しく議論されたと指摘する。

51) 任輝「利益衡量視角下“小産権房”的出路探求」西南政法大学学报 2009年1期 54頁は、「小産権房の禁止」の目的は「政府財政収入の最大保障」であり、「暴力の独占」を「維持し続けるため」である、と切り捨てる。

思うに、宅地使用権や「小産権房」の取引が認められるかどうか、という問題における理論的重点は、「所有制」に基づく「社会保障」的見地からの国家統制的「農民の利益保護」から、経済的価値の把握という「自由権保障」的見地からの市場主義的「農民の利益保護」に移ってきているのではないだろうか⁵²⁾。そもそも交換可能性がなければその価値は実現不可能である。さらに、現行の規定によれば、宅地使用権は同一集団経済組織内では売買が可能で、売却後は新家屋の申請ができない、とされる。要するに「社会保障」の実質も、結局のところ売却により金銭を得られること、即ち交換価値にあることになるのである。

「宋庄画家村事件」の判決は、宅地使用権の「身分性」にこだわり、売買を通じた交換価値の実現を認めなかった。しかしその処理にもかかわらず、その後各地の司法実務では、宅地使用権譲渡及び「小産権房」についてのなし崩し的な承認が広がりつつある⁵³⁾。

もちろん、これは（主に郷鎮政府主導による）「小産権房」の蔓延という現状により、現居住者の立退き・建物撤去が招く社会不安を回避するための応急措置に過ぎず、「小産権房」開発の自由化を認めるものではない⁵⁴⁾。加えて、昨今の不動産価格の高騰という状況下で、都市国有地の払い下げが国（地方政府）の大きな財源となっている以上、国（地方政府）がその独占的な不動産開発権を自分から手放すとは考えにくい。また土地高騰を利用した農地などの違法転用や違法な宅地開発を防ぐという点からしても（地方政府が大規模・広範に行っているという事実はともかく）、宅地開発目的の土地使用権の譲渡主体を分散・零細・多様化することは合理的ではない。これは、集団土地の建設使用権直接譲渡に関する地方性法規において、不動産開発目的の土地使用権譲渡がしばしば明確に禁止されていることから見ても明らかである。

とはいえ、既存の「小産権房」が少なくとも「おとがめなし」ということになれば、それは当然さらなる増殖を導くこととなる。その拡大を無理やり阻止することは、幾層にもわたる利害関係者との深刻な衝突を招くだけでなく、本問題に関する「民意」からも大き

52) 宋志紅・前掲注 33 は、「土地発展権の帰属」という見地から、集団土地の直接譲渡が「都市・農村二元構造解消の必然的要求である」(80 頁) とするとともに、これが「宅地使用権の譲渡」、そして「小産権房問題の根本解決の制度的前提を提供するもの」(178 頁) と指摘する。

53) 例えば 2009 年の深圳市「農村都市化において歴史的に慰留された違法建築の処理に関する決定」は、「原村民と原農村集団経済組織の利益を適宜考慮し」「異なる状況の基礎の上で処罰及び土地価額の補てんを受ける」ことにより登記を認め、不動産証書を交付する、としている。また、鄭州市中級人民法院の裁判指導意見(2008 年)も、「小産権房」の都市住民への譲渡は「一般的に無効と認定すべき」であるが、売主が「既に都市住民となっている」場合や「多数の宅地を有している」場合などは、「具体的状況に応じて異なる認定・処理を行う」としている。「鄭州如何突破“小産権房”法律難題」(『法人』2008 年 11 月号 47 頁)

54) 劉仰「画家与農民的小産権房官司」中国経済週刊 2007 年 29 期 50 頁は、「このような状況を作り出した真の原因は、正に我々の現在の土地政策である」と指摘する。

くかい離することとなる⁵⁵⁾。そう考えると、現状を追認し、「小産権房」等から改めて各種税・費用を徴収するほうが、経済的に見ても秩序の面から見ても得策ということになってくる。また、90年代初頭に宅地使用权の有償化実験が行われ、都市住民への譲渡が認められたように、宅地使用权についての無償・「身分性」という原則も絶対ではなく⁵⁶⁾、その前提としての「所有制」や「社会保障」原理も変容しつつある。このような理解からすれば、「大産権房」とのバランスをとるべく一定の費用徴収を行いつつ、「小産権房」(と宅地使用权譲渡)が漸次的・限定的に合法化されていく、というのが当面の見通しということになるだろう⁵⁷⁾。

おわりに

農村宅地の使用权譲渡、そして「小産権房」を巡っては、その合法化を巡って激しく議論が展開しており、広く農村の発展に関する諸問題と結びつけながら、自説の利点と反対説の欠点が声高に叫ばれている。しかし、宅地使用权や集団土地使用权をどのように構成するかということは、必ずしも農村の現状の問題を解決することに直接結びつくものではないようである。それは、農村の現状の問題、例えば農地の違法転用、集団経済組織・村の赤字財政、村の空洞化、村・郷鎮など政府関係者の乱脈等々の問題が、合法化肯定説からも否定説からも、自らの主張の根拠または相手方の主張の問題点として叫ばれている、ということからも明らかである。

結局、これらの問題の抜本的改革は、宅地使用权の譲渡解禁や、集団による広範な土地使用权直接譲渡の承認などでなしうるはずもなく、農民自身の自己統治や村・郷鎮に対する監督・参加の強化、そして農村地域での産業振興など、様々な方法に期待するしかない。ただいずれにしても、これには農民自身の意識を高め、彼らが被保護者たる「戸」で

55) ネット上の調査では、87%を超える人々が物権法の公布により小産権房は承認を得ると答えたとされる。齊東文等「從“小産権房”的合法化到土地管理体制改革—重慶統籌城鄉的一個視角」西南農業大学学报第6卷第1期(2008年2月)39頁。

56) 「調査によれば、宅地使用权の有償取得は既にかなり普遍的である」とする指摘もみられる。任中秀「農村宅基地使用权制度存在的問題及其完善对策探討—以山西省農村宅基地的調查為基礎」山西農業大学学报第7卷第6期(2008年)606頁。

57) この点、韓世遠教授は、「宅地使用权法定賃借権」という構成で農村家屋の自由譲渡の「実」を遂げることを主張する。韓世遠「宅基地的立法問題—兼析物権法草案第十三章“宅基地使用权”」政治与法律2005年5期34頁。王利明教授も、「宅地の長期賃貸を許すべきであり、賃貸の対象者は法律上制限するべきではない」としている。王利明「物権法論(修正版)」(中国政法大学出版社1998年)475頁。ただ賃貸という構成が、「自分の家を持たなければならない」という中国の「伝統」「観念」(陳小君・前掲注5・221頁)にかなうものかは疑問である。

はなく、「集団」を支える力強い「個」として、「集団」を経営し、資産を運用していくことが不可欠である。この点、現在農村で進められる「株式合作社」化と村統治の民主化は、まさにこのような方向に合致するものと言える。

では、農村の土地使用権をどうするか、ということを経済にもう一度考えてみると、それにはやはり、この国をどうするのか、どういった理念で国を治めるのか、というところに立ち返る必要があるのではないだろうか。

上述のように、物権法制定時には、宅地使用権を巡る状況が大きく変わりつつあることを見越して、開放的で柔軟な規定がとられることとなったが、このような立法者たちの予想に違わず、現実の状況は変革を余儀なくしているようである⁵⁸⁾。その一因は、正にその物権法自身が、国家所有・集団所有・私人所有を平等なものとし、その権利を平等に保障するとしたことにある。これが、集団及び私人が集団所有土地を利用・開発する権利を主張する上での原則となり、あまつさえ、宅地使用権が「本来的私法領域」であるとして、それに対する「公権力の介入」を排除すべきであるとの見解すら招いているのである⁵⁹⁾。

宅地使用権・宅地開発を巡る違法状態の遍在という現状は、正に政策主導の「公法的統制」としての土地法制が生み出した必然であり、その限界を如実に示すものである。確かに、激しい変化・変革の時代には、強権的な統制を「政策」により柔軟かつ素早く行っていくことが不可欠であっただろう。しかし、「法治」「安定」が強調され、「私有財産」の「不可侵」と「保護」が憲法上高らかに謳われる今日、「私人」「集団」の利益に直結する土地制度の内容が「政策」により突然変更されるような構造と現状とのズレ・矛盾は、既に覆い隠すべくもない⁶⁰⁾。土地制度の目的と理念を明確にし、それに沿った法制度の枠組みを、憲法・法律（原理）→行政法規（基準）→地方性法規（具体化）という階層的・規範的な関係に再構築することが、今求められている。

58) 主力軍・前掲注 39・23 頁は、地方での宅地使用権の換地及び抵当の試行により、「未来の立法では農村宅地使用権の譲渡が許される可能性が高い」としている。また、試行的実験ではあるが、成都市では、2007 年の成都市国土資源局「成都市集団建設用地使用権譲渡管理辦法（試行）」有償使用及び使用権譲渡試行方法」に基づいて、農民住宅の「統一的賃貸」が行われている。齊東文等「從“小産権房”的合法化到土地管理体制改改革—重慶統籌城鄉的一個視角」西南農業大学学报 2008 年 2 月 42 頁参照。

59) 朱紅英等「論宅基地使用権取得の公法控制」浙江工業大学学报第 7 卷第 1 期（2008 年 3 月）99 頁。

60) 但し、宅地使用権・小産権房の「合法化」主張を最も勢いづかせているのは、上述の 17 期 3 中全会における中共中央の「決定」中の文言であり、「政策」の持つ力、とりわけ党中央の「政策」が持つ力に頼らざるを得ない、という矛盾した構造に変わりはない。