

<翻 訳>

中国抵当権制度の変遷

——「担保法」から「物権法」へ——

劉 生 国
鈴木 敬 夫 訳

目 次

序

1. 抵当権を設定できる財産の範囲の調整
2. 原因と結果が分立する原則の確立
3. 抵当の効力を補足すること
4. 抵当権を実行する制度の整備

原著者紹介

訳者あとがき…行政法規導入への疑問

序

新中国における最初の民事基本法として、『民法通則』第89条第2項で、新中国の抵当権制度が樹立されることになった。だが簡単に概括的な言葉を以て、このような複雑な法律制度を全面的に規定することは不可能である。『民法通則』の規定は、あまりにも簡単過ぎるのである。1995年に、新中国の抵当権制度が成立された。『担保法』は、わずか30か条の規定で抵当権制度を定めている。『担保法』が実施されて以降、特別法は普通法より優先するという原理によって、『民法通則』第89条第2項は、ほとんど放置されてしまった。12年が経過したのち、新中国における最初の基本的な財産法として『物権法』が公布された。『物権法』では、新中国における現行の物権制度について整理と補充が行われ、29か条の

規定を以って抵当権制度が定められた。法律の適用からみて、『担保法』は担保物権を規律する専門の法律であり、物権制度を規律する『物権法』に比べて『物権法』の特別法であるが、『物権法』では、特別法は普通法より優先する原理に反して、第 178 条で「担保法と本法の規定が一致しない場合、この本法を適用するものとする」と定められている。したがって、当面の急務は、『物権法』における 29 か条の抵当権の規定は、『担保法』における 30 か条の規定といかなる相違があるか、すなわち抵当権制度が一体どのように変遷してきたのか、これを探求しなければならないことである。

1. 抵当権を設定できる財産の範囲の調整

『物権法』では、抵当権を設定することができる財産の範囲が調整された。主に次のとおりである。

(1) 抵当権を設定することができる財産の範囲の拡大が試みられたこと

『担保法』と比べ『物権法』では、抵当権を設定することができる財産の範囲の拡大が試みられている。まず、「入札、競売、公開の協議等により取得した、荒蕪地等の土地請負経営権」について、抵当権を設定することができることと定められているが、『担保法』の規定に基づき、「開墾していない山、川、丘、岸辺などの土地使用権」に抵当権を設定する場合には、請負に出す者の同意を得なければならない。『物権法』の当該規定は、新しい規定ではなく、単に 2002 年に採択し施行された『農村土地請負法』の関係規定をあらためて強調するものであるが¹、それが『担保法』と異なるものであることは明らかである。次は、「建造中の建物、船舶または航空機」に抵当権を設定することが定められたことである。そして「法律で禁止されていなければ許される」という民事活動の基本原則の確

¹ 「中華人民共和國農村土地請負法」第 49 条参照。

立が試みられたことである。『物権法』第180条では、「法律、行政法規で抵当権を設定することを禁止していないその他の財産」に抵当権を設定することができる、と定められているが、『担保法』の規定では、「法令に基づいて抵当権を設定することができるその他の財産」に、抵当権を設定することができる、と定めている。比較して明らかなように、『物権法』の規定によれば、法律、行政法規で抵当権の設定が禁止されていない財産であれば、抵当権を設定することができるが、『担保法』の規定に基づけば、法律で抵当の設定が許される財産でなければ、抵当権を設定することができない。『物権法』は、「法律で禁止されていなければ許される」という民事活動の基本原則の実現を試みているが、そうした努力は、抵当権を設定することのできる財産の範囲を広くする可能性がある。

(2) 動産の浮動担保制度を確立して、将来の財産に抵当権を設定することが規定されたこと

融資と経済発展を最大限に促進するために²、『物権法』第181条では、「当事者の書面の形式による合意により、企業、個人工商業世帯または農業生産経営者は、現に所有し、及び将来所有することになる生産設備、原材料、半製品または製品に抵当権を設定することができ、債務者が、履行期限の到来した債務を履行せず、または当事者が約定した抵当権を実行する事由が発生した場合、債権者は、抵当権実行時の動産から優先的に弁済を受ける権利を有する」と定められている。この条文が規定するのは、動産の浮動担保制度である。『物権法』の規定に基づいて、浮動抵当権を設定することができる動産は、生産設備、原材料、半製品または製品などに限られている。それ以外の動産に浮動抵当権を設定してはならない。不動産についても、設定してはならない。抵当権を設定した

² 全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会民法室編著：『物権法の立法背景と観点集』、法律出版社2007年、第66頁参照。

後、抵当権設定者は、抵当の原材料を製品の生産に用いたり、現在所有している財産を売り出したり、財産を購入したりすることができる。債務者は、期限が到来した債務が履行されない場合、または当事者が約定した抵当権を実行する事由が発生した場合に、抵当財産が確定される。そのさい、抵当権設定者が所有している財物が抵当物となる。抵当財産が確定される以前に、抵当権設定者が売り出した財産は返還されない。購入した財産は、抵当財産となる。動産の浮動抵当制度は、抵当物を抵当権者が現に所有している物に限ることなく、抵当財産の範囲を広げようとするものである。また、伝統的な物権がもつ客体特定の原則が変更されるので、抵当権設定者は、抵当財産の変動によって、一定のリスクを担う。こうして抵当権者の債権者も、抵当権者の責任財産の不確定な部分に抵当権が設定されるという影響を受けることになる。

（3）行政法規で、抵当権を設定することができないと定められた財産には抵当権を設定できない

「担保法」第34条第6号によれば、「法に基づいて、抵当権を設定できる財産」には、抵当権を設定することができる、と定められている。第37条第6条でも、「法に基づいて、抵当権を設定することができない財産」に抵当権を設定してはならない、とする。ここでいう「法」とは、通常、行政法規ではなく、法律であると解されている³。『物権法』では、法律、行政法規で抵当権の設定を禁止していない財産に抵当権を設定することができるが、法律、行政法規では抵当権の設定を禁止する財産に対して抵当権を設定してはならない、と規定する。要するに、行政法規で財産に抵当を設定することを禁止することができるのである。行政法規は、わが国の法律システムのなかで重要な地位を占めているが、『物権法』において、はたして行政法規がいかなる物に抵当権を設定してはな

³ 郭明瑞：「担保法」、中国政法大学出版社1999年、第118-119頁。鄒海林、常敏：「債権担保の方法と応用」、法律出版社1998年、第135-136頁。

らないと定められるかについては、問題がある。まず、『物権法』第5条では、『物権の種類と内容は、法律によって規定する』と定めている。それは、物権法定主義の原則である。物権法定主義の原則でいう「法」とは、法律を指すが、行政法規を指すものではない。したがって、行政法規で一定の物に抵当権を設定してはならないと定めることを許せば、物権法定の原則でいう「法」は、単に法律だけでなく、行政法規までも含むことになってしまう。それでは、『物権法』に内在する体系的矛盾となる。次は、行政法規は、法律の規定または国務院の行政管理権限を執行するために、国務院が憲法と法律に基づいて定めるものである⁴。『立法法』の規定から明らかなように、民事財産権に対する制限は行政法規で規定するのは適当ではない。さらに『物権法』第180条では、「法律、行政法規が抵当権の設定を禁止していないその他の財産」に抵当権を設定することができる定められているが、第184条では、「法律、行政法規で抵当権を設定してはならないと規定されているその他の財産」に抵当権を設定してはならない、と定めている。この二つの規定は、いずれも行政法規であって、ある財産に抵当権を設定することを許すかどうか定めることを強調しており、184条では、また「耕地、住宅地、自留地、自留山など集団が所有する土地使用権」に抵当権を設定してはならないが、「法律で抵当権を設定することができる」と規定する場合を除く」と定めている。なぜ、ここで「行政法規」に言及しないのであろうか。たぶん、集団所有の土地使用権は、他の財産よりさらに重要であるので、法律をもって抵当権を設定することができるか否か定めるべきであるとしても、他の財産は、集団所有の土地使用権ほど重要ではないから、行政法規をもって抵当権について規定しなくてもよいとする者がいるからであろう。しかし、その見方に説得力がない。最後は、立法者が「法律で禁止されなければ許されるものとする」という民事活動の基本原則を貫徹しようと努めていることは明らかであるが、さらに立法者が抵当財

⁴ 「中華人民共和國立法法」第56条参照。

産の範囲を拡大しようとしているのも疑うことはできない。しかし、行政法規を以て財産に対して抵当権の設定を禁止することを認めるとは、立法者の上記の工夫を帳消しにしてしまうのではないか、と思われる。『物権法』が、本当に「抵当財産の範囲を拡大した」のかどうかについて⁵、さらに実践で見なければならぬ。

2. 原因と結果が分立する原則の確立

抵当権の設定においては、抵当契約と抵当権の設定は、一種の因果関係である。抵当契約が抵当権設定の原因であり、抵当権の設定が抵当契約の結果である、と考えられている。抵当登記は、抵当契約の発効要件ではなく、抵当権設定の要件であり、抵当契約の成立後直ちに法律上の効力が生まれると考えられている。抵当権者は、抵当契約の約定に基づいて、抵当権設定者に、抵当物の登記手続きの完了に向けて協力するように請求することができる。こうすることによって、抵当権の設定は可能となる。したがって、抵当登記は、抵当契約を履行する行為であるが、抵当権の設定は、抵当契約が法律的効力を発効した結果である。しかし、この問題について『担保法』と『物権法』の規定は、必ずしも一致していない。『担保法』では、抵当権設定登記を強制登記と自由登記に分類している。強制登記を要する財産の抵当について、『担保法』では、抵当契約の効力と抵当権の設定を区分せず、抵当物登記の効力と抵当契約の効力が混在しており、抵当物登記が抵当契約の効力発効要件と認めている⁶。強制登記を要する財産の抵当については、『物権法』では、抵当物登記の効力と抵当契約の発効との関係を明確に区分して、抵当物登記を抵当契約の発効要件ではなく、抵当権設定の要件と認めている。こうして法律関係が簡素化され、当事者間の利益にバランスが保たれ、抵当権者

⁵ 程嘯：「抵当権制度に対する物権法の6つの重大改革」、『檢察日報』2007年3月26日所収。

⁶ 「中華人民共和國担保法」第40条参照。

が抵当契約の成立後に、抵当契約の約定に基づいて抵当権設定者に抵当契約の履行を請求することが保障される。『物権法』における抵当契約と抵当物登記の規定について、さらに次のような注意すべき点がある。

（1）流質禁止の絶対化

流質禁止については、『担保法』第40条で、抵当権者と抵当権設定者は、抵当契約を結ぶさいに、流質条項を約定してはならないと定められているが、『物権法』第186条の規定では、債務履行の期限が到来するまで、抵当権者と抵当権設定者は流質の約定をしてはならない、とする。上記の規定を比較すれば、『物権法』では、当事者が抵当契約で流質条項を約定することが禁止されるだけでなく、当事者は抵当契約締結から債務履行の期限が到来するまで、流質を約定することも禁止されることが分かる。抵当契約締結後、当事者が約定した流質の条項を、抵当契約の補充と認めてもよいが、『担保法』第40条を、法律をもって当事者が抵当契約で流質を約定することを禁止したものすぎないと理解してもよい。こうしてみると、『物権法』は流質禁止を絶対化しており、流質を厳しく禁止するものである。

（2）抵当物登記から抵当登記へ

物権の登記は、当然に物の登記である。『担保法』も登記が「抵当物の登記」であることを明らかにしている⁷。ただし、『物権法』の言葉の使い方には、異なるところがある。『物権法』においては、「抵当登記」という言葉を用いているが⁸、「抵当物登記」という使い方はない。『物権法』における抵当登記の規定については、3つの側面から理解すべきであると思われる。まず、「物」の登記と「抵当契約」の登記を区分すべきことである。『物権法』では、動産浮動抵当制度が規定されているが、動産の

⁷ 「中華人民共和国担保法」第40-44条参照。

⁸ 「中華人民共和国物権法」第187条参照。

浮動抵当については、債務者が期限の到来した債務を履行しない場合、または当事者が約定した抵当権を実行する事由が発生するまでは抵当財産は変動中であって、確定してはいない。学者の見解では、動産浮動の抵当権が設定されるさいには、抵当権設定者は、財産目録を編纂する必要はないとする。もちろん、目録の編纂も不可能である⁹。その場合、登記をするのであれば、抵当物の登記ではなく、抵当契約など書面文書の登記をするにすぎない。動産浮動の抵当の登記を除けば、他の抵当登記は、抵当契約の登記ではなく、抵当物の登記とすべきである。したがって、動産抵当の登記は、抵当登記制度にとって異例なものであり、厳格に言えば、物権変動の意義をもった登記とまではいえない。次は、登記の効力が異なることである。不動産の抵当登記は、抵当権設置の発効要件であり、抵当権設定の登記を行わなければ、抵当権は成立しない¹⁰。動産の抵当登記は、抵当権設定の対抗要件であり、抵当権は、抵当契約が発効した時点で成立するが、登記をしなければ、善意の第三者に対抗することができない¹¹。さらに、抵当物の登記についてであるが、これは抵当権の登記ではないといわれる。前述のとおり、抵当登記は、抵当物の登記であり、抵当登記は、抵当権設定の発効要件あるいは対抗要件であって、登記されるのは抵当物であって、抵当権ではない。登記発効要件の状況では、抵当権は登記しなければ設定されない。何の根拠も設定することなく抵当権の登記をすることができない。そこでは抵当物の登記しか行われぬ。どうして抵当権が設定されるだろうか。したがって、『物権法』における「登記後の抵当権」、「抵当権がすでに登記された場合」、「抵当権がまだ登記されない場合」などの言葉の使い方は厳密ではない。

⁹ 黄松有主編、最高人民法院所物権法研究グループ編著：『「中華人民共和国物権法」条文理解と適用』、人民法院裁判所 2007 年、第 543 頁；全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会民法室編：『「中華人民共和国物権法」条文説明、立法理由及び関係規定』、北京大学出版社 2007 年、第 326 頁。

¹⁰ 「中華人民共和国物権法」第 187 条参照。

¹¹ 「中華人民共和国物権法」第 188-189 条参照。

学界では時々「権利所属の登記」というような言い方ももちろん見られるが、我われは、これまで間違っていることを間違ったまま、人に伝える状況にある。譲渡と登記は物権の公式方法である。何を譲渡するか。もちろん、財物の譲渡であるが権利の譲渡ではない。財物の譲渡は、動産の権利変動の公式方法である。財物の譲渡は権利の抽象的変動を表している。それに対して、登記も財物の登記であるが、権利の登記ではない。登記行為は、関係する権利が登記の内容であるが、登記の対象ではないことを意味する。登記簿は登記行為の運び手である。言葉の使い方の厳密さをそれほど厳しく求める必要はないが、法律上の論理で、それをはっきりと理解しなければならない。

（3） 統一的な動産抵当登記の効力

動産抵当登記の法律上の効力について、『担保法』では、登記発効と登記対抗 2つの種類が定められている。まず、『担保法』第 41 条では、「当事者がこの法律第 42 条に規定する財物に抵当権を設定する場合、抵当物の登記をするものとする。抵当契約は、登記の日から発効する」と定められている。その第 42 条の規定では、動産は、航空機、船舶、車両、企業の設備及びその他の動産を含む。この 2 か条の規定を総合してみると、抵当権を設定するさい、登記をしたのち効力が発生する動産には、航空機、船舶、車両、企業の設備及びその他の動産があり、また、登記部門は、運輸機関の登記機関及び財産所在地の工商管理機関であることがわかる。次は、『担保法』第 34 条では、抵当権を設定できる動産は、交通運輸機関、企業の設備及びその他の動産に限られることなく、また抵当権設定者も企業に限られない。『担保法』第 34 条、第 41-43 条の規定から見れば、企業でない抵当権設定者が所有する機器または交通運輸機関以外のその他の動産に抵当権を設定する場合、その抵当の設定は登記対抗主義を採用して、登記機関は抵当権設定者の所在地の工商機関である。『担保法』の規定にはさまざまな弊害がみられる。それが典型的に表れているのが、『担保法』、『海商法』、『民用航空法』との衝突である。

「海商法」第13条では、船舶抵当権の設定は、登記対抗主義を採る、と定められている。もちろん、『海商法』第3条の規定によれば、『海商法』にいう船舶は、20トン以上の船舶を指す。そうであれば、法律の適用上に微妙な現象が現れる。すなわち、20トン以上の船舶に抵当権を設定する場合には登記対抗主義をとるが、20トン以下の船舶を抵当にする場合に登記発効主義をとっている。ここには論理的な矛盾がみられる。大きな船と比べて、小さな船に対する抵当登記の要求は、むしろ厳しいといえよう。『民用航空法』第16条でも、航空機に抵当権を設定する場合には、登記対抗主義をとる旨定められている。『物権法』は『担保法』の規定を変更して、交通運輸機関を含む動産に抵当権を設定する場合は、一律に登記対抗主義をとることになった。それは、動産の抵当登記の法律上の効力を統一化させるだけでなく、『物権法』と『海商法』、『民用航空法』の規定も統一化しようとするものである。

3. 抵当の効力を補足すること

『物権法』は、『担保法』で規定されるべきだが規定されていない、解決を特に要する問題について補足した。抵当の効力について、次のとおり補足した。

(1) 抵当財物の貸出し問題

貸出された財物の抵当について、『担保法』では、抵当権設定者は書面で賃借人に告知しなければならない。元来の賃貸契約は引き続き有効とする、と定められている。抵当権の物権化に伴い、‘売買は賃貸借を破らない’ものであるから、「重いものを挙げて軽いものを明らかにして、軽いものを挙げて重いものを明らかにする」‘挙重以明軽、挙軽以明重’という法律の解釈方法に基づいて¹²、抵当も賃貸借を破らない、としたもの

¹² 梁慧星：『民法解釈学』、中国政法大学出版社1995年、第225頁参照。

である。『担保法』の規定に比べて『物権法』では、さらに2つの点が改善された。

第一、貸出された財物に抵当権を設定する場合に、『物権法』では、抵当権設定者がこれを賃借人に告知することを要しないと定められたこと。本来、賃借物が譲渡される場合、賃借人の優先購入権を保護するために、賃貸人は、譲渡の事実を賃借人に告知しなければならないが、貸出された物の抵当権の設定は、貸出物の譲渡を意味するのではないから、抵当権を設定するとしても、賃借人に告知する必要はない。譲渡の方法をもって抵当権を実行する場合に限り、抵当権設定者は賃借人に告知する必要がある。ただし、その場合に、抵当権設定者が負うべきものは、契約法上の義務であって物権法上の義務ではない。『契約法』に関する規定があるので¹³、『物権法』で改めて定める必要はない。

第二、抵当権の設定後に抵当財物が貸出された場合、賃貸関係と抵当権との関係がどうなるかについて、『担保法』にはこれに関する規定はない。それに対して、『物権法』第190条では後段に、「抵当権設定契約を締結した後に抵当物を賃貸した場合に、当該賃貸関係は登記された抵当権に対抗することができない」と定められている。その規定は、次のように理解すべきものと思われる。まず、抵当権設定者は抵当財物を貸出す場合に、抵当権者の同意を求める必要はない。それは、抵当財物の貸出しは抵当物の譲渡と異なり、それは抵当権設定者が抵当物の使用、収益の権利を行使するに止まり、抵当物の処分ではないからである。次は、登記済みの抵当権は、当該抵当関係と対抗することができること。その場合、抵当権は公示されるものであるから、賃借人は、賃借物に抵当権が設定された事実を知ることができるので、抵当権の実行による賃貸関係終了のリスクを負担し、譲渡の方法をもって抵当権を実行する場合には、賃借人も優先購入権を享有しない。賃借人が優先購入権を享有しない理由は、優先購入権が賃貸権から派生する権利であり、賃貸

¹³ 「中華人民共和国契約法」第230条参照。

権が抵当権に対抗できない以上、賃借人も優先購入権を享有しないことによる。それは、賃貸権が存在しないことと関係しない¹⁴。それから、登記されていない抵当権は、賃貸関係に対抗することができないこと。抵当権が賃貸関係に対抗しないのは、抵当権が存在しないことを意味するものではなく、賃貸関係が当該抵当権の影響を受けないことを意味する。それは、譲渡の方法をもって抵当権を実行する場合、賃貸関係は新しい買主に対して引き続き有効であることである。賃貸者も優先購入権を行使することができる。

（2） 抵当財物の譲渡問題

『担保法』第 49 条には、抵当権設定者が抵当期間に登記済みの抵当財物を譲渡することについて規定されている。譲渡の条件は、抵当権者に通知して、買主に告知することである。抵当権者に通知しない場合、あるいは買主に告知しない場合は、その譲渡行為は無効である。『物権法』第 191 条には、この問題について異なった規定がある。まず、『物権法』の規定を根拠に、抵当権設定者が抵当期間に抵当財物を譲渡する条件は、抵当権者の同意または買主の滌除権行使である。それは、抵当財物の譲渡条件をさらに厳しくしている。次は、『物権法』における抵当財物の譲渡条件の規定には、抵当財物が登記されたかどうかという区分はない。抵当権設定者が譲渡した財物が登記されていない抵当財物であれば、『物権法』の規定に基づき、抵当権者の同意がなければ譲渡も許されない。これは強制条項であり、強制条項に違反する契約は無効であるから¹⁵、買主は、譲渡された抵当財物の所有権を取得することができない。したがって登記されていない抵当権は、買主に対し対抗する効力をもつ。それは『物権法』が定める、登記されていない場合には善意の第三者に対抗でき

¹⁴ 黄松有主編、最高人民法院所物権法研究グループ編著：『「中華人民共和国物権法」条文理解と適用』、人民法院裁判所 2007 年、第 570 頁。

¹⁵ 「中華人民共和国契約法」第 52 条参照。

ないという規定と矛盾するものである。抵当財物が登記されたかどうかで判断するには、適当でないところがある。また『物権法』の規定は、抵当権者にとってより有利である。だが、一部分の学者が述べたように、それは抵当権設定者、抵当権者と買主の利益を適宜処理したというものではない¹⁶。

(3) 抵当権に対する抵当権者の処分問題

『物権法』の規定における、抵当権に対する抵当権者の処分は、4つの面で『担保法』と異なっている。

第一、抵当権の従属性の緩和。抵当権は債権に従属して従属性をもっているから、『担保法』や『物権法』においても、抵当権は債権と分離して単独で譲渡されたり、または他の債権の担保に提供されたりしてはならない、と規定されている。しかし、現在、市場経済の発展に伴い、抵当権の従属性は緩和される趨勢にある。とくに、最高額の抵当権の設定及び不動産抵当権の証券化など、金融創造活動が進展している状況の下で、抵当権の従属性に固執することは、現在の市場経済と合致しない。そこで『物権法』第192条に、抵当権の従属性という基本的原則を遵守するとともに、後段で「債権を譲渡する場合に、当該債権を担保する抵当権も併せて譲渡するものとするが、ただし法律に別段の規定があるとき、または当事者に別段の約定があるときを除く」と定められることになった。それは、金融創造活動に一つの契機を提供するものである。

第二、抵当権の放棄。権利は行使してもよいが、放棄してもよい。しかし、権利を放棄する場合であっても、他人の権益を損なってはならない。抵当権の放棄については、同一債権に多数の担保がある場合には、抵当権の放棄と他の担保との関係をよく解決しなければならない。『担保法』には、抵当権放棄の規定はないが、保証と財物の担保関係を規定す

¹⁶ 黄松有主編、最高人民法院所物権法研究グループ編著：『「中華人民共和國物権法」条文理解と適用』、人民法院裁判所2007年、第573頁。

ることによって、その問題の解決を求めている。『担保法』第28条第2項では、「債権者が物の担保を放棄する場合に、保証人は、債権者が権利を放棄する範囲で保証責任を免除される」と定められている。単独で見れば、当該規定には別に問題はないが、その規定第1項の規定と結びつけて分析すると問題がある。すなわち第1項では、「同一の債権に保証があり、財産の担保もある場合には、保証人は、財産の担保以外の債権に保証責任を負う」と定められている。保証人は、そもそも財産の担保以外の債権に責任を負う以上、債権者が財産の担保を放棄した場合、債権者が放棄した権利が、もともと保証人の責任範囲に存在しないので、責任免除という言い方はありえないのではないか？『担保法』の規定は分かりにくいといえよう。それに対して『物権法』では、一つの債権に多数の担保がある場合に、抵当権者が、債務者が自分の財産に設定した抵当権を放棄すれば、他の担保者は、引き続き担保を提供することを承諾する場合を除いて、抵当権者が優先的に弁済を受ける権利を放棄する範囲で担保責任を免除されるものである。ここで注意すべきことは、他の担保者が担保責任を免除する条件は、抵当権者が、債務者が自分の財産に設定した抵当権を放棄することである。また抵当物が第三者に提供された場合に、抵当権の放棄は他の担保者の担保責任の免除を導かないことである。さらに放棄された抵当権は、必ず登記済みの抵当権を含むが、登記されていない抵当権を含むかどうか問われる。登記されていない抵当権は、公示の効果をもっていないので、他の人はこれを知ることが困難である。また、『物権法』第199条の規定に基づいて、登記されていない抵当権は、もとより登記済みの抵当権に劣る。また登記されていない抵当権の間には、前後の順序もない。したがって、抵当権者が、債務者が自己の財産に設定した登記されていない抵当権を放棄した場合に、他の担保者の担保責任が免除されるかどうかについては、有権機関の法律解釈が必要である。

第三、抵当権順位の放棄。抵当権の順位は、抵当権者が優先に弁済を受ける順序である。『物権法』では、抵当権者は抵当権の順位を放棄する

ことができる。すなわち、優先的に弁済される順序上の利益を放棄することができる、と定められている。抵当権者が抵当権の順位を放棄した場合には、最後の順位になるから、他の抵当権者の順位が順次に前の順位となる。しかし、抵当権の順位が放棄された後に設定された抵当権については、放棄の影響を受けない¹⁷。債務者が自己の財産に抵当権を設定する場合に、抵当権者が抵当権順位の放棄で優先的に弁済される権益を失えば、他の担保者が、引き続き担保を提供することを承諾する場合を除いて、関係の範囲で担保責任を免除される。注意すべきことは、抵当権順位の放棄という抵当権とは、登記済みの抵当権だけでなく、登記されていない抵当権までも含まれることである。というのは、弁済については、登記されていない抵当権が登記済みの抵当権に劣り、また登記されていない抵当権の間には前後の順序がないが、登記されていないすべての抵当権は、債権に比例して弁済されるからである。それは、担保のない債権者と比べて、登記されていない抵当権者が担保のない債権者に優先する順位をもつことを意味する。また抵当権の順位を放棄した債権者が、他の登記されていない抵当権者と同じように債権に比例して弁済を受ければ、他の登記されていない抵当権者と競合関係に立つことになる。したがって、登記されていない抵当権者が順位を放棄した場合、順位としては、他の登記されていない抵当権者に劣ることになり、担保のない債権者より優先して弁済を受ける。一方、抵当物に、登記済みの抵当権も、登記されていない抵当権もある場合において、登記済みの抵当権の順位を放棄する当事者は、他の登記済みの抵当権に劣るが、登記されていない抵当権に優先して弁済を受けることになる。

第四、抵当権の変更。抵当権の変更には、抵当順位の変更と担保された債権金額の変更などを含む。抵当権の変更は、抵当権設定者と抵当権者との書面による合意を必要とする。また抵当権の変更が他の抵当権者

¹⁷ 全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会民法室編：『「中華人民共和國物権法」精解』、人民出版社 2007 年、第 340 頁。

に不利な影響を及ぼす場合には、さらに他の抵当権者との書面による同意も必要である。抵当権の放棄及び抵当権順位の放棄と同様に、債務者が自己の財産に抵当権を設定する場合に、抵当権者が抵当権順位または内容などを変更して優先的に弁済を受ける権益を失えば、他の担保者が引き続き担保を提供することを承諾する場合を除いて、関係する範囲で担保責任が免除される。ここで注意すべきことは、登記されていない抵当権について、登記の手配をすることが抵当権の変更に属するかどうかという問題である。登記されていない抵当権は、抵当契約が発効する時点で成立する。それゆえ、その抵当権について登記が手配されれば、それは登記済みの抵当権に影響を及ぼすことはないが、他の登記されていない抵当権には影響を及ぼす。もし登記されたならば、それは登記されていない抵当権に優先するからである。このようにみると、登記されていない抵当権について登記の手配をすることも、抵当権の変更と思われる。

（4） 抵当権保全の手段について

抵当権設定者の行為が抵当財産の価値を減らすような場合に、『担保法』では、抵当権者は、抵当権設定者に価値を損なう行為の停止、原状の回復、または担保の提供などを請求することができる、と定められている¹⁸。しかし、抵当権設定者が抵当財産の原状の回復もすることなく、かつ担保も提供しなかったならば、抵当権者はいかなる措置をとることができるかについて、『担保法』には詳細な規定はない。それに対して『物権法』では、抵当権者は、債務者に対して期限より早く債務を弁済するよう請求することができる、と規定している。すなわち、抵当権設定者が行う抵当財産の価値を損なう行為は、予定より早く債務履行の期限を到来させ、期限の利益を失わせる可能性をもっている。

¹⁸ 「中華人民共和国担保法」第 51 条参照。

4. 抵当権を実行する制度の整備

(1) 抵当権を実行する条件を補足すること

『担保法』第33条に規定する抵当権実行の条件は、「債務者が債務を履行しない場合」であるが、第53条では、一步進んで、「債務の履行期間が到来したにもかかわらず、抵当権者が弁済を受けていない場合」に限って、抵当権者は、抵当権を実行することができる、ことを明確にした。『物権法』では、「債務者が債務を履行しない場合」を抵当権実行の条件として規定する以外に、「当事者が約定した抵当権を実行する事由が発生した」ことを抵当権実行の条件としている¹⁹。それは当事者意思の尊重であり、私法分野の意思自治の貫徹に有利である。当事者が約定した抵当権実行の条件が発生したさい、たとえば賃貸関係で債務者が借金を約束の用途に用いないような場合、債務弁済の期限が到来しなくても、抵当権者は約定に基づいて抵当権を実行することができる。

(2) 「他の債権者」の利益保護

抵当権者と抵当権設定者が約定した、抵当物の換価し、または競売し、売却して換金することなどの協議が、他人の利益を損なわないようこれを防止するために、『物権法』第195条第3項で、抵当物を換価し、または売却する場合には、市場価格を参照にしなければならない、と定められている。また、それと同時に、双方の協議が他の債権者の利益を損なう場合に、他の債権者は、取消事由を知る、または知ることができた日から1年間以内に、人民裁判所に当該協議の取消を申し立てることができる。ここでの問題は、「他の債権者」とは、どういう人を指すかということである。『物権法』その規定が、『契約法』第74条に規定する、債権者の取消権の趣旨と合致するので、他の債権者が『物権法』の当該規定に基づいて取消訴訟を提訴することもできるが、また『契約法』第74条の規定を根拠に取消訴訟を提訴することもできると、勝手に思っている

¹⁹ 「中華人民共和國物権法」第179、195条参照。

人もいる²⁰。そのような理解は、正しくない。『物権法』に規定する「債権者」の範囲は、『契約法』第74条に規定する債権者の範囲とは異なるからである。『契約法』第74条に規定する債権者は、明らかに不合理な低い値段で財産を譲渡する債務者の債権者を指すが、『物権法』に規定する「他の債権者」は、次の3種類の者を含む。すなわち、1) 抵当権設定者の債務者（抵当権設定者が債務者でない場合）、2) 抵当権を実行する抵当権者以外の、抵当権設定者の他の債権者（抵当権設定者が債務者である場合）、3) 抵当権を実行する抵当権者以外の、当該抵当物について優先的に弁済を受ける債権者（抵当物に多数の優先的に弁済を受ける権利が存在する場合）である。『契約法』第74条の規定と合致することができるのは、ただ前の2種類だけである。

(3) 抵当権実行のリスクを下げること

『担保法』の規定に基づいて、抵当権設定者が抵当権者との間で抵当権実行について協議が成立しなかった場合、抵当権者は人民法院に訴訟を提訴することができる。しかし、訴訟の手続きが複雑で煩瑣であり、長期に及ぶ起訴、応訴、弁論などの手続きがあり、甚だしい場合は上訴、再審などの手続きもあるので、抵当権の実行はリスクが高くその効率も低い。その弊害をなくすために、『物権法』第195条では、抵当権者は抵当権設定者との間で抵当権の実行方法について協議が成立しなかったときは、抵当権者は、直接に人民法院に、抵当財産を競売または売却の申し立てをすることができる、と定めている。それは、一種の訴訟外の手続きであり、訴訟のすべての手続きを必要としない。裁判所は、抵当権登記など証拠を審査した上で、抵当権の実行を審判することができる。それはリスクが低くその効率は高い。しかし、そうした変革には、まったく問題がないわけではない。登記されていない抵当権については公示

²⁰ 黄松有主編、最高人民法院所物権法研究グループ編著：『「中華人民共和國物権法」条文理解と適用』、人民法院裁判所2007年、第570頁。

手段がないので、裁判所が抵当契約だけを審査することによって抵当権実行を可とする審判を行えば、善意の第三者は享受すべき法律上の保護を受けられないおそれもある。そうであれば法律上の過誤も生ずる。したがって、これは有権機関による法律解釈を必要とする。

（4） 抵当権の弁済順序

『担保法』第54条には、同じ財産に2人以上の債権者が抵当権を設定する場合の弁済順序が定められている。すなわち、登記済みの抵当権は登記されていない抵当権に優先すること、登記済みの抵当権については、登記の前後の順序に従い弁済を受けること、登記の順序が同じである場合には、債権に比例して弁済を受けること、登記されていない抵当権については、抵当契約発効の前後の順序に従い弁済を受けること、抵当契約が同時に発効すれば、債権に比例して弁済を受けることである。それに対して『物権法』第199条では、登記済みの抵当権の場合に、登記されていない抵当権に優先して弁済を受けること、登記済みの抵当権については、登記の前後の順序で弁済を受けること、登記の順序が同じである場合には、債権に比例して弁済を受けること、登記されていない抵当権について、債権に比例して弁済を受けることが定められている。『物権法』の規定では弁済順序を簡素化し、『担保法』における抵当契約の発効順序で弁済を受ける規定が廃止されることになった。

（5） 抵当権の存続期間

抵当権は、債権を担保するために存在するもので、期限付の物権に属するが²¹、『担保法』の規定は、抵当権のもつ特徴を現していない。『担保法』第52条では、「抵当権は、それが担保する債権とともに存在する。債権が消滅すれば抵当権は消滅する」と定められている。弁済は債権消滅のもっとも根本的な原因であるが、債務者が債務を弁済せず、また債

²¹ 謝在全：『民法物権論』、中国政法大学出版社1999年、第51頁。

権者も自ら債権を行使しなければ、債権は訴訟時効で失われる。『民法通則』の規定によれば、訴訟時効期間の経過は、実体的権利の消滅を導くことはないが、ただ訴権の消滅を導く²²。すなわち、債権は無限に存在するからである。その場合に、『担保法』の規定によって抵当権も依然として存在するから、債権者は、抵当権の行使によって訴訟時効で影響を受けた債権について、弁済を受けるわけである。それは訴訟時効の制度的価値を失わせる。また抵当物が第三者に提供される場合には、第三者に不利な結果が生ずる恐れもある。それを鑑みて、『物権法』第 202 条では、「抵当権者は、主たる債権の訴訟時効期間内に抵当権を行使しなければならない。行使しなければ、人民法院は保護しない」と、はっきりと規定されることになった。

原著者紹介

本論文は、劉生国「抵押權制度的變遷——從《担保法》到《物権法》」(The Changes Of The Mortgage Legislation)、『太平洋学報』(汕頭大学法学院) 2007 年第 8 期 53 頁以下に掲載されたものである。

原著者劉生国(Liu Shengguo, 1964~)氏は、山西省大同市出身。1995 年中国人民大学法学院において法学修士(民商法)を取得し、ついで 2002 年に武漢大学から法学博士(民商法)の学位を取得。博士論文の題目は「上市公司関連公益中理事及控制股東行為的法律規制(Regulation on Actions of Director and Controlling Shareholders in Connected Transaction of Listed Company by Law)」である。主要な論文として、「破解農民融資難題——農作物与農産品抵押」『法学家』2008 年第 3 期；「合同解釈方法的実証分析」『北京城市学院学報』第 2005 年第 2 期；「私人秘碼在電子商務中的法律地位和作用」『民商法学』2001 年第 3 期など、多数の研究論文がみられる。なお、1987 年に法官資格及び 2006 年に司法資格を取得。今日、中国の私法学界における新進気鋭の研究者、特

²² 梁慧星：『民法総論』、法律出版社 1996 年、第 240 頁。

に物権法の専門家として知られる。現在、汕頭大学法学院副教授。

訳者あとがき…行政法規導入への疑問

中国物権法の制定過程においては、「なぜ社会主義社会に物権法が必要なのか」、「物権法草案は社会主義の原則に反し違憲である」など多様な論争がみられたが、14年にわたる歳月を経て、終に2007年10月から施行されるに至っている。それだけに、「依法治国」「法に依って国を治める」、「国家尊重和保障人權」「国が人權を尊重し保障する」が中国憲法に掲げられている今日、新物権法第4条に「物権に対する平等保護の原則」が規定されたことは、「中国的特色をもった社会主義法制」の新たな法治の在り方として注目されてよい。註1

しかし、新物権法にはまったく疑問がないわけではない。その一つに、原著者劉生国教授が指摘する「行政法規の導入」問題がある。そもそも、この物権法の制定には「担保目的物の範囲の拡大」に一定の期待が寄せられていたが、これが適えられなかった。すなわち、ある財産に抵当権を設定することを許すか否か、これを行政法規で制限できる、としたことである。(第180条、184条)。こうした行政法規の導入は、運用によっては、物権法定主義の原則を超えて民事活動に一定の縛りをつけることが可能になるであろう。そればかりか、不動産の「収用」に関する第42条、動産および不動産の「徴用」に関する第44条等は、行政法規の導入を明示する条項である。註2 社会主義国家における個人の財産権保障を開く上で、これらの行政法規の導入は、守護すべきものは公権か人權かを示す分水嶺いえよう。

また、例えば劉教授の指摘する「抵当財物の貸出し問題」について触れると、日本の改正民法が生かされていない。即ち『物権法』第190条では、その後段に「抵当権設定契約を締結した後に抵当物を賃貸した場合、当該賃貸関係は登記された抵当権に対抗することができない」と規定している。この間、日本民法は、多くの判例を重ねた末、2004年に「抵当権者に対抗することができない賃貸借により抵当権の目的である建物

の使用又は収益をする者（抵当建物使用者）は、その建物の競売に買受人の買受けの時から6か月を経過するまでは、その建物を買受人に引渡すことを要しない」（395条1項）と定め、「明渡執行猶予制度」を新設し、伝統的な登記ないし対抗要件具備の時間的先後という基準を捨てて担保物権制度に新たな一歩を開いた。これは抵当権者に対抗することができない賃貸借に基づく抵当建物の占有者を保護しようとするものである。中国物権法には、「中国的特色」の名において、敢えて旧来の規定を温存させた条項がみられる。

だが積極的な改革もみられる。新物権法に「物権的請求権」が保障されたことは、この国における物権保護の強化を示す新たな表象といえよう。すなわち、従来、物権侵害に対する法の解釈と適用は区々であったが、これが「物権確認請求権」（第33条）、「現物返還請求権」（第34条）、「妨害排除請求権」（第35条）、「原状回復請求権」（第36条）、「損害賠償請求権」（第37条）等と規定、整備され、物権の保護及び強化が図られることになった。これらの諸条項は、公民の財産権保障に大きく貢献するであろう。註3

08年10月12日、《農村改革を推進するための若干の重大な問題に関する決定》（3中全会）が公表された。農民の土地請負経営権（使用权）の自由取引を促進することを柱にしたものである。決定された農地使用权の売買が本格化すれば、当然〈抵当権制度〉と結びつき、金融制度のあり方が問われよう。注目したい。

註1. こうした論争の背景について概述した優れた論文として、孫憲忠「物権法的制定と実施」『法治藍皮書』中国法治発展報告 No. 6（2008）、中国社会科学院法学研究所編、209頁以下。

註2. 渠濤「中国物権法概観——立法の背景とその特徴について」『ノモス』第21号（2007・12、関西大学法学研究所）、89頁。

註3. 鈴木賢・崔光日・宇田川幸則・朱擘・坂口一成訳『中国物権法・条文と解説』（2007年・成文堂）、8頁。

〔訳者；鈴木敬夫、汕頭大学法学院教授〕