

中國農村における土地の『先買權』 について(下)

内田 智 雄

四

以上私は、われわれが調査對象として選んだ若干の華北農村について、土地の「先買權」といわれるものの實態が、果して如何なるものであるかということ、農民の應答と、具體的な賣買事例や件數と、及び賣買兩當事者たちの身分關係などを考察することによつて、實はそれは同族に先賣すべきであるという當爲意識としてのみ存在しており、現實の慣行としては殆んど見るべきものを見ず、結局は資力に富んだもの、あるいは資力と勞働力に恵まれたものに買收せられつゝある事實を指摘したのであるが、次に私は、民國十九年に國民政府司法行政部によつて刊行せられた「中華民國農商習慣調査報告録」によつて、不動産先買權なるものゝ實態と、またその普遍性如何の問題を考察したいと思ふ。しかしこの「報告録」は、司法行政部が質問事項を記した調査用紙を各省や縣に配付し、各項ごとに記入せられた報告を單に輯録したものにすぎないため、その信憑度においてかなりの疑問を存しているわけであるが、とにかくその調査地域の廣汎なる點と、またこれ以外に徴すべき資料を存しないという意味において、われわれは以下姑らくこの「報告録」によらざるを得ないと思う。なお本稿では土地の先買權に限定しているけれども、上記「報告録」における先買權の對象は、「田産」・「財産」・「産業」・「土地家屋」・「不動産」などとされているが、

この點は本問題の考察上、些かの支障も存しないであらうと思われる。

右「報告録」における不動産の先買權について、もつとも明確整然と報告されているものゝ一つに、湖北省襄陽縣の報告がある。

襄陽地方では不動産を賣すのに、順序を考えて優先承買する習慣がある。その順序は近親を先にして疎遠なものの後にする。俗にいうところの「その内を優先し、その外を後にする」のがそれである。しかしてその場合に二つある。即ち、(一)不動産が既に他人に出當してあるもの、(二)未だ他人に出當していないものである。第一の場合においてはまず家族に優先せしめ、家族が承買しないことを表示すれば、次に當戸に譲り、當戸が承買しないことを表示すれば地隣に譲り、地隣もまた承買しないことを表示すれば、その上で一般人が始めて承買することができ、第二の場合については、まず家族に優先せしめ、次は地隣、その次は一般人であつて、第一の場合と同じでない點は、當戸の一階級が少いだけにすぎない⁽²⁾。

とある。しかしてこゝで「家族」といわれているものは、通常農民に用語されている「一家子」あるいは「當家子」に相當するものであつて、従つてそれは誤りなく同族を意味するものと思われるが、かくの如く個別家族を意味する家族の語をもつて、たゞちに同族をも意味しうるそのこと自體に、同族の先買權に對する血縁的な基調が示唆されているともいふるのではないかと思う。とにかく上記「報告録」によれば、賣買の對象としての不動産は、それが典當地なりや否やによつて差異が認められるが、既に典當されているものにおける先買の順位は、同族——承典者——地隣——一般人であるのに對して、未だ典當されていない場合には、同族——地隣——一般人の順序とされる。しかしいずれの場合にも同族をもつて第一位としており、前者と後者との差異は、第二順位に承典者をいれるか否かに存しており、そしてそれが典當地なりや否やにかよつていないことはいうまでもない。故に以下「報告録」によつて、賣買の對象としての不動産が、典當地である場合と然らざる場合とにわかつて考察を試みることにしよう。

上記の如く典當地に關する湖北省襄陽縣の報告は、その先買權の順位を同族——當戸——地隣——一般人としているのであるが、然るにまた他の地方においては、當戸即ち典戸に先買の第一順位があるとするものがある。たとえば奉天省懷德縣においては、典當主に優先留兌權がありとし、またその習俗の普遍性を「奉天省各縣には多くこの習慣がある」とし、⁽³⁾さらに吉林全省の習慣として報告されているところによつても、「吉林省の人民は、もし土地家屋を先きに人に出典し、後これを賣却する際には、原典主に優先留買せしめる。もし原典主が買入れないならば、始めて第三者に賣渡し得る」とされて⁽⁴⁾おり、また黒龍江省蘭西縣においても、未だ回贖せざるものについては、原典主に優先的に買受けしめる習慣のあることが認められている。⁽⁵⁾しかしてこゝでは原典主に最優先順位が認められ、その次は直ちに他人に賣却してよしとせられており、同族に關して全然言及せられていないことは留意にあたいたると思われ。因みに上記報告に「原典主」といわれているのは、典當はすくなくともその典當期間中は、轉典(または轉當)によつてその典權を他に移轉しうるが故に、最初の承典者を目して然いうわけである。しかるに黒龍江省拜泉縣の報告においては、

本縣の習慣は、原典戸に優先させる必要のあることを認めている。しかして本族及び四隣にも亦均しく問合さなくてはならない。但し本族及び四隣には所謂先買權は全然なく、親隣の意志を尊重するためにすぎず、必ずしも原典戸の如く第三者に對抗し得ないのである。⁽⁶⁾

とされており、こゝでは本族及び四隣に問合すべしとされてはいるが、それはこの報告による限り殆んど儀禮的なものであつて、原典戸に買受けの意志のない時にのみ、買受けが可能であるというにすぎないと理解される。しかしてこゝで「第三者に對抗し得ない」といわれるのは、おそらくは法的にあるいは慣習的に、その買戻權を有しないことを意味するものであろう。さらにまた黒龍江省全域の習慣として報告されているところによつても、前記と同様に原典主の先買權が認められている。

黒龍江省の習慣は、典主は承典せる財産に關し、原業主が賣却せんとする時には、先買權の主張をすることができ、故に既に出典した土地家屋を賣却せんとすれば、まず原典主に買受けさせなければならぬ。この種の事實は訴訟上しばしば見られる。⁽⁷⁾

と。これは黒龍江省高等審判廳推事⁽⁸⁾の報告によるものであるが、これによれば典當地の先買權の紛争が、往々この地の高等裁判所の訴訟事件となることを認めるものである。しかしして上記各地の報告においては、典主または原典主にのみいわゆる「優先留兌權」のあることが認められて、同族や四隣との先買順位が問題とされていないものが多いのであるが、それはひとつには調査の質問が、「既に出典せる土地家屋を賣却する時には、まず典主（または原典主）に買受けさせる必要があるか」という形においてなされていることによるものである。なおこの他に上記と同様に、典當地については典戸または原典主に先買權を認め、もしこれが買受けの意志なきことを表明すれば、直ちに第三者に賣却してよしとする地方に、黒龍江省龍江縣⁽⁹⁾・肇東縣⁽¹⁰⁾・呼蘭縣⁽¹¹⁾、山西省潞城縣等が見出され、また典戸に次ずるものとして親房をあげるものに、湖北省京山・通山の二縣の報告がある。⁽¹²⁾

以上典當地に關する限り、典戸もしくは原典主に先買權ありとするものをみてきたのであるが、典當地であつてなおかつ典戸もしくは原典主に、同族に次ずる地位をしか與えない地方がある。即ち陝西省枸邑縣⁽¹³⁾と甘肅全省⁽¹⁴⁾、及び湖北省巴東・穀城の兩縣⁽¹⁵⁾などにおいては、その先買權の順位は同族——當戸——他人とされており、湖北省廣濟・潛江の兩縣では同族——當戸——隣里の順とされている。⁽¹⁶⁾然るに黒龍江省の木蘭縣⁽¹⁷⁾と通北縣⁽¹⁸⁾においては、同族——四隣——原典戸とされていて、こゝでは原典主は第三位に下げられている。しかしして木蘭縣の報告者は上記報告に付して、「もし上述の手續によらずして處理すると争いを起し易い」と述べ、通北縣の報告者は、「別の地方の典主に優先せしめるものとは前後不同である」ことを付記して、前者は當該地方において先買順位が嚴守されていることを、後者はその順位に地方的な特異性の存することを認めるものである。然るにまた上記とは異つて、典戸と同族四隣と

に平等な先買權を認めるものがある。即ち吉林省榆樹縣の報告に、

土地家屋を賣買するには、典戸はもとより優先留買權をもつが、地方の習慣により典戸以外に、また多く族隣にも優先留買權の存することを認めている。⁽²⁰⁾

とあるのがそれであるが、たゞしこゝで「地方の習慣により」といわれる地方が、果して榆樹縣内のそれであるか、はたまた吉林省内のことについていうものか否か明らかでない。しかしとにかく既に典當されてあるものにおいても、典戸とともに族隣にも先買權を認める地域の存することは事實であろう。

以上紹介した限りに於いて典當地に對する先買權は、地域によつて多少の異同があるとはいへ、大體において典戸に第一位を認めて同族がこれに次するとする地域と、同族に優先權を認めて典戸を第二位とするものがあり、さらに一例のみではあるが、典戸と族隣とを同一順位におくものゝ存することを知つたのであるが、然るに同族と典戸とにおいては、前者が血縁關係を基調とするものであるのに對して、後者は純然たる經濟關係にもとづくものであり、さらにまた四隣といわれるものが、典賣の對象となる不動産と地を接する地隣なのか、また賣却當事者と屋を接する隣居關係なのか明らかでないが、すくなくとも土地に關しては地隣と解して誤りはないであろう。もし然りとするならば地隣に先買權を認めることは、いふまでもなく地縁關係を重視することに出ずるものであつて、従つて先買權によつてもつてきたる本質を考える上には、そこに基本的な差異の存することを認めざるを得ないと思う。即ち典當地に關しても同族に先買權ありとすれば、血縁關係が經濟關係より優位にあるわけであり、典戸にもしありとすればその關係は逆になることゝなり、さらにまた黑龍江省の木蘭縣や通北縣における如く、四隣が原典戸より優位にあるものとすれば、地縁關係が經濟關係より重視されることゝなり、湖北省廣濟潛江二縣の如く、典戸の順位が隣里のそれより上位にあるとすれば、その關係はまさに逆になるわけであり、吉林省榆樹縣のその如く、典戸も族隣も平等な先買權をもつとすれば、これら三者の比重は同一であるといわざるを得ないことゝなる。

次に不動産が未だ典當されておらない場合における先買權の順位を、同じ「報告録」によつて檢してみるに、まず親族即ち同族に第一の先買權があり、もし同族に買受ける意志のない時は、直ちに他人に賣却してよしとする地域として湖北全省があり、⁽²¹⁾江蘇省鹽城縣では「家屋の賣買には親族を優先せしめる」とのみ報告されていて、土地については言及されておらないけれども、この原則はまた土地についてもおそらくは適用されるであらうと考えられる。また直隸省高陽縣⁽²²⁾と陝西省雒南縣⁽²³⁾とは、同族と地隣とに同一な先買順位を認めており、前者においては「親族及び地隣が買受けない示を聲明すれば、業主より任意に出賣すべきである」といわれ、後者においては親族地隣に次ずるものとして、前業主即ち前所有者がおかれ、前所有者が買受けない時は他人に賣却しうるとされている。然るに他方または四隣にのみ先買權があるとする地方もある。即ちそれは河南省中牟・鞏縣のそれであつて、その報告によれば、およそ田宅を賣買するには、四隣に先買せしめるべきであつて、もし四隣が買受けることを願わないならば、始めて賣主が自分の都合のよいようにすることを許す。⁽²⁴⁾

とある。しかして次の報告は、かゝる四隣の先買權を直接に裏付けるものではないが、すくなくとも土地賣買における四隣の重要性を物語るものではあるであらう。即ち河南省の

確山縣の土地賣買は、四隣をもつて證據となし、もし四隣がその場に行かないならば授受を完了しない。また必ずしも老契を交付しない。四隣がその場に臨みさえすれば、當然に境界その他の不明による紛糾がなく、老契は大した用途がない。故に皆新しい契約書をもつて證據とする。⁽²⁵⁾

とあるのがそれであつて、これは勿論土地賣買の際における地隣の立會が、不可欠な條件とされていることを物語るものであるが、これを一步進めて、地隣の先買權のよつてきたるところと結び合せて理解するならば、地隣が地つゞきの土地を購入することゝすれば、すくなくとも境界の問題については紛争の生ずるおそれのないこと、自己所有地に隣接する土地を購入することによつて、農業經營上に便宜を供しうること、さらにまた清水氏のあげていられる如

く、相隣りする土地で農耕を共に營むことによる人格的な、また農耕上の共助關係なども加えるべきであるかも知れない。⁽²⁶⁾とにかく同族や典戸とともに、地隣になにがしかの先買權が認められているのは、決して理由のないことではないと考えられる。しかしながら同族を優先するものと、典戸や地隣を優先するものとは、先買權の本質的な意義において差異の存することは既述の如くである。

以上私は「報告録」に、「親族」あるいは「親房」などの語をもつて表現されているものを、悉く「同族」の語に翻譯してきたのであるが、一般に中國における「親族」あるいは「親房」の語は、現今中國において一般に用語される「親戚」、即ちわが國の姻戚を除外して、純粹に男系血族親のみを一定して指稱しており、従つてそれはわれわれのいう同族に相當するものである。然るに彼等における同族意識は、あるいはすくなくとも彼等の日常生活的な同族意識は、われわれが彼等の族譜家乗の類をもつて直ちに想像するような廣汎なものでは決してない。即ち族譜家乗のそれは、單に族人としての當爲を示すものに他ならないのであつて、それは「五服」とか「近門」とか、あるいは「近當家子」など、⁽²⁷⁾いふ彼等の日常語からも判斷される如く、かなり小範圍に限定せられていることは、

土地ヲ賣ル時、マズ當家子ニ賣ラネバナラストイウコトハナイカ——マズ近當家子ニ相談シテ、買ウカ如何カノ希望ヲキ、希望スレバ賣ラネバナラス。遠當家子トハ相談ノ要ハナイ。

と既に紹介した農民の應答にも示されており、また「報告録」にも山東省臨淄縣の習慣として、

土地家屋を賣却するには、まず同族服近の者に問ひ、ついで四隣に問う。

といわれている。しかしてこの報告において特に留意を要することは、同族近親者から直ちに四隣に及ぶとされている、同族遠親者が問題とされておらないことである。即ちこの同族遠親者が無視されている事實こそ、彼等における同族の範圍が、現實的には近親者に限定されていることを物語るものであつて、それは同族が大きければ大きい程、その傾向は増大されるわけである。故にかゝる實態に即してみるかぎり、上に私が同族の語をもつて譯出したつた

ところのものは、現實には同族近親者に限定すべきであるということになる。そしてこの同族近親者に限定されるといふ不動産先買俗の存在理由を、いま「報告録」に求めてみれば、次の諸地方の慣習によつて説明することができ、即ちその一は甘肅省慶陽縣のそれであつて、

(不動産賣買の)契約には、必ず賣主の親族叔侄兄弟が現場に到り、また賣契に花押しなければならぬ。それは親族を優先させる習慣をもつて理由となし、争執を生じ、あるいは指して盜賣となすに到るやも知れないことを恐れるからである。⁽²⁸⁾

と。因みにこゝで「親族」と並稱されている「叔侄兄弟」の語をもつてしても、いわれるところの「親族」が、「叔侄兄弟」にも類する近親であること、さらにまた不動産の賣買に際して、争執を生じたり、またもつて盜賣と主張しうるような親族が、極めて近親な者に限定されるということも自ら明らかなところであると思う。その二は山西省保德縣のそれであつて、

土地家屋を親族に賣却すれば、如何なる契約證書を作成したかを問はず、すべて年限にかゝわらず、代價を提供しさえすれば回贖することを許す。⁽²⁹⁾

とある。即ちこれによれば親族の先賣權と回贖權とは、一つの賣買行爲の表裏をなすものということになる。いま一つは山西省潞城縣の報告であつて、それは上記保德縣の慣習と極めて類似したものであるとともに、またその回贖可能の理由をも説明するものである。

土地家屋が典賣せられ、既に他人の中介を経て契約が成立していても、親族は最初に議定せられた價格に照して回贖することができ、その理由は、一般に逃亡し斷絶した家の親族は、未納の地稅を辨償する義務があり、もし利益あらば外へは出さぬといふ郷村の規約があるからである。⁽³⁰⁾

と。これらはいずれも同族近親者の先買權のよつてきたる事由を説明するものであるが、いまこれを華北農村の慣行

調査資料にもとずいていえば、不動産特に土地の賣買に際して、四隣の立會いを要するとされていることは一般的な事實であつて、そしてそれは賣契に賣り地の面積とその四至とが明記されていることによつても、然あるべきことが首肯されるのであるが、親族の立會いを要するとされている地域は、われわれの調査範圍においては存していないように思われる。また華北農村では賣契に、中人・中保人・中見人など、地域によつて呼稱を異にする賣買の中介者が、一人乃至二人署名することを必須な要件としているけれども、それら中介者は多く村の顔役といつた人物であることが多く、従つて「報告録」に見られる如く、親族や叔侄兄弟の花押を要するとする事例を知らないし、さらにまた土地その他が親族に無斷で賣却されたとしても、それによつて紛争を生じたり、またそれを目して盜賣となすが如きことのないことは、農民の應答せるところによつても知られると思う。また土地や家屋が親族に賣却された場合、契約書の如何にかゝらず、代價を提供しさえすれば回贖しうるとするが如きことも、華北農村では絶えて見ないところであつて、この報告の報告者が、「この習慣は賣であつても實は典と同じであつて、買主の利益を保護する上において特に周到でない⁽³¹⁾」といつているのは、まさにその肯綮を突くものといふべきであらう。さらにまた土地家屋が典賣されて、既に契約が成立していても、親族はその價格を出しさえすれば回贖しうるといふ山西潞城縣の報告も、前例とともに華北農村では見られないところである。そしてその回贖可能の事由とするところが、逃亡廢絶の家の地稅を、その家の親族が負擔することであり、もしまた逃亡廢絶の家にしてなお餘財を遺すことがあれば、その親族がそれを收得するという郷村の規約によるものゝようであるが、われわれの華北農村の調査においては、當時十戸をもつて一甲となし、十甲をもつて一保とする保甲制度が布かれており、甲内の租稅は甲長が責任をもち、保内のそれは保長が責任を負うという組織をもつており——事實當時の保甲制度は治安維持とともに、租稅や徭役の保甲による責任制をねらつたものであるが——特に親族がその責任をもつといふことは、制度としては存しなかつたといわなければならぬ。しかし實際問題としては、かゝることのありうることは勿論想像されるところであるが、さればとてか

つて中國に普遍的に存在したかと思われる先買習俗が、このことの故に生起したと考えることはできない。要するに上記三例はいずれもその地域における特殊な習慣であつて、これをもつて直ちに先買俗のよつてきたるところを説明し得ないことは明らかである。

上に私は「報告録」の記載によつて、未典當の不動産と既に典當されている不動産とについて、未典當のものについては同族近親に、典當されているものについては典戶もしくは同族に、それぞれ先買權のあることを見てきたのであるが、然しながら次の諸地方に見られる如く、賣買のみならず典當も、ともに同族間においてなされるべきであるとするならば、典戶の先買權はそのまゝ同族の先買權ということにならざるを得ない。いまその一、二例を紹介すれば、

田産を當あるいは賣に出すには、本族に優先せしめねばならない。もし族中に承受するものがない時は、始めて異姓に謀ることができ(32)る(安徽省泗縣)。

民間にて土地を出典するには、自己の親族を先きにし、近きより遠きに及ぼすべきである。もし親族が拒絶を示せば、始めて他人と交渉することができ(33)る。そうでないと典契約が既に成立していても、親族が出て主張し、優先して承典する權利を享受することができ(34)る(山西省平遙縣)。

とあり、なお平遙縣の報告に付して、同省の長次縣にもまた同一慣習があるといわれ、また福建省の閩清縣においても、「財産を典賣する時には、業主の親族に先買權がある(34)」とされているが、「報告録」によるかぎり、典當を同族に優先せしめるという習慣は、必ずしも普遍的なものではないようであり、またわれわれの華北農村の調査においても、かゝる習慣はその片鱗だけに見出し得なかつたことを告白しなければならぬ。故にもしかゝる慣習が極めて狭い範圍に限定せられるとするならば、それらの地方にはかゝる慣習を生起せしめ、あるいはそれを存続せしめている特殊な社會的な條件の存在を認めざるを得ないこととなる。即ちそこでは他地方におけるよりも、一層鞏固な同族意識

の存在を前提しなければならないわけである。

なお「報告録」には、その報告者であり、同時にまた不動産の賣買紛争の實際的な處理者である各地の縣長や承審員によつて、上記の如き先買習俗の存在につき、賛否異なる若干の意見が付記されている。まずこれに反對するものとしては、

この種の先買習慣は、所有權者に對し、極めて重い制限を加えるものであつて、これを大にしては社會經濟の流通を妨げ、これを小にしては家族や典當主や地隣の專擅をうけやすく、採用しがたいものゝように思われる(湖北省襄陽縣⁽³⁵⁾)。

といわれているのに對し、典戸の先買權を是認するものとしては、

その意味は、典戸の先買權を保護せんとするにあつて、業主の利益もまた損害がないからして、なお善良な習俗と認めて差支ない(山西省潞城縣⁽³⁶⁾)。

とあり、また家屋の典主に對する先買權については、

この習慣は吉林省では最も普通とするところであつて、大理院判例もまた善良と認めている(吉林全省の習慣⁽³⁷⁾)。といわれているが、いま大理院の判例に徴してみるに、典主の家屋に對する先買權の存在を、積極的に「善良と認められている」ものは見出し得ないが、たゞ「隣地所有權者ノ先買權ノ慣習ハ、法トシテノ効力ヲ認ムル能ワザルコトハ、固ヨリ大理院ノ判例ノ明ラカニ認ムル所デアル。但シ不動産抵當權ガソノ抵當物ニ對シ、モシ慣習上先買權アリト認メラレル場合ニオイテハ、別個ノ理由ニ基ズクモノニシテ、コレヲ拒絶スベキ例デハナイ」として⁽³⁸⁾いるこの後のものをさすのではないかと思われる。然るに他方また同省榆樹縣の報告者は、土地家屋に對する族隣の先買權について、

この習慣は、既に吉林省一般人民の公認するところであるが、大理院判例はなお採用して⁽³⁹⁾いない。と記している。しかしてこゝに大理院判例というのは、「不動産ノ賣却ニツイテハ、マズ親房ニ儘スベシトスル慣習

ハ、既ニ所有權ノ作用ヲ制限スルモノデアル。然リトスレバ、經濟上ノ流通及び地方ノ發展ニ均シク障礙アルニヨリコレニ法ノ効力ヲ認メガタシ⁽⁴⁰⁾とある民國二年の判例によるものであり、そしてそれはまた民法總則第二條に、「民事ニツキ適用スル慣習ハ、公共ノ秩序マタハ善良ノ風俗ニ背カザルモノヲ以テ限リトナス」とある慣習法に對する一般的原則に準據するものであるが、とにかく前者と後者とにおいては、前者が抵當物に對する抵當權者のそれであるに對して、後者は血縁的あるいは地縁的な關係者の、不動産の處分遮涉の行爲であるところに、その基本的な差異が見出されるとともに、前者が是認せられて、後者が否認せられる理由もまたあると考えられる。

注(1) 本稿では便宜、清水金二郎・張源祥兩氏の譯にかゝる「支那民事慣習調査報告(上)」(中・下卷は未刊)によることとした。しかし兩氏の譯はかなり早急になされたものゝ如く、日本語としてどうかと思われるフシがかなりあるので、隨時これを改めることとしたが、しかしそれも、一々原文にあつて改める時間をもたなかつたものがすくなくからずある。以下同書を單に「報告録」と略稱することとするが、本稿において示す頁數は、悉く兩氏の譯書のそれである。

- (2) 「支那民事慣習調査報告(上)」、五八頁。
- (3) 同書、三二頁。
- (4) 同書、五六頁。
- (5) 同書、一三二頁。
- (6) 同書、一九五頁。
- (7) 同書、二一〇頁。
- (8) 「高等審判廳」及び「推事」などについては、拙稿「中國の下級裁判所について」(同志社法學第五號)を参照されたい。
- (9) 同書、七八頁。
- (10) 同書、一七九頁。
- (11) 同書、一二六頁。
- (12) 同書、二六六頁。
- (13) 同書、六一五頁。

- (14) 同書、六七三頁。
- (15) 同書、六八五頁。
- (16) 同書、六一四頁。
- (17) 同書、六一四頁。
- (18) 同書、一五二頁。
- (19) 同書、一六一頁。
- (20) 同書、五七頁。
- (21) 同書、五八三頁。
- (22) 同書、二〇頁。
- (23) 同書、六七三頁。
- (24) 同書、二二七頁。
- (25) 同書、二三〇頁。
- (26) 清水盛光著、中國鄉村社會論、三三一—三二頁。
- (27) 「支那民事慣習調査報告(上)」、二四七頁。
- (28) 同書、七一二頁。
- (29) 同書、三〇七頁。
- (30) 同書、二六六頁。
- (31) 同書、三〇七頁。
- (32) 同書、三九九頁。
- (33) 同書、二五七頁。
- (34) 同書、五三七頁。
- (35) 同書、五八四頁。
- (36) 同書、二六六頁。
- (37) 同書、五六頁。

(38) 大理院判例、上字第一〇一四號。

(39) 「支那民事慣習調査報告(上)」、五七頁。

(40) 大理院判例、上字二八二號。

五

さきに私は、われわれの調査にかゝる華北農村における土地先買習俗の實態を紹介するとともに、今また「報告録」によつて中國各地における不動産先買權の有無を瞥見してきたのであるが、次に私は、この先買俗の存在を歴史的に證示する若干の文獻について考察を試みたいと思う。然る時、明清時代のそれについては、私は寡聞にして知るところがないけれども、唐宋及び元のそれについては夙に清水盛光氏によつて紹介されている。⁽¹⁾以下同氏の引證してられるところを、便宜私が書き改めて考察の資とすることとする。

まず冊府元龜の後周の廣順二年(952 A. D.)の條によると、

もし庄宅を典賣するものあらば、例によるに、房親隣人はまさに承當するを得べし。もしこれ親隣不要となし、及び著價及ばざれば、はじめて別處に商量し、交易を和合するを得べし。たゞ價例を虚擄し、公私を蒙昧することを得ず。もし發覺するあらば、一に親隣の論理にまかせ、勘責虚しからず、業主も牙人も保人も並びに科斷すべし。なお物業を改正し、あるいは親戚が實は承買に便ならざるより、妄りに交易を遮悞阻滯する者あらば、またさらに深く罪すべしと。これに従う。⁽²⁾

とあつて、これによるとその先買の順位は、親隣について他人ということになるのであるが、しかし房親と隣人とは同一順位にあるのか、それとも記載順位の如く房親について隣人にあるのか明らかでない。しかし次の宋刑統所輯の建隆(960-962 A. D.)の起請によると、この點が明らかにされている。

まさに物業を典賣倚當するには、まず房親に問い、房親不要ならば次に四隣に問い、四隣不要ならば他人並びに交易することを得る。房親の著價盡さざれば、また價の高きを得るの處について交易することをゆるす。もし業主や牙人等が隣親を欺罔し、契帖内に價錢を虚擡し、及び隣親妄りに遮悻する者あらば、並びに欺くところの錢數と情狀の輕重とによつて、科斷を酌量する。^(三)

とあり、さきの廣順のそれが「庄宅」であつたのに對して、これは「物業」とされており、従つて庄宅の他に田土をも含むものと理解すべきであろう。しかして問題の先買順位は、こゝでは明らかに房親—四隣—他人とされており、廣順のそれもこれに準じて、房親—四隣—他人の順位にあると理解して誤りはないと思われる。しかして上記二例はいずれも、親房につぐものとして四隣にその先買順位を認めているが、文獻通考所引の紹聖元年(1094 A. D.)の臣僚の言によると、

元祐(1089-1093 A. D.)の敕には、田宅を典賣するには偏く四隣に問うとあるも、それでは貧にして售を急ぐ者に害がある。それで熙寧(1068-1077 A. D.)と元豐(1078-1085 A. D.)の法の隣に問わざるを用いて以てこれに便し、まさに問うべきの隣とは、たゞ本宗有服の親で四隣にあるものと、及び墓田が相去ること百歩内で、賣らんとする田宅と接しているものにとどめ、なお日を限つて以てその遲きを節せんことを乞う。⁽⁴⁾

とあり、さらにこれについて文獻通考には、「宋初にまた親隣に問うの法あり」とあるからして、この法はまた宋初にも存したことが知られるが、さらに、この「問親隣之法」は南宋にも傳えられていて、「名公書判清明集」の胡穎の判詞によると、

陳ぶれば、所在の百姓は多く親隣の法をあきらかにせず、往々にしておもえらく、親は自ら親であり、隣は自ら隣であると。親の説を執るものは、則ちすべてこれひとしく典賣のことに關しては、隣の有無を問わず、みな收贖せんと欲し、隣の説をとるものは、則ちすべてこれ南北東西の隣は、親の有無を問わず、また收贖せんと欲す。殊

に、法にあつていわゆるまさに問うべき所の親隣とは、たゞこれ本宗有服親の隣至にあるものに問うにとゞまり、もし親あつて隣なきと、隣あつて親なきとは、みな問う限りにあらざるを知らず。廣元(1195-1200 A. D.)⁽⁴⁵⁾重修の田令と、嘉定十三年(1220 A. D.)に刑部の頒降せる條冊とをみれば、照然として考うべきである。とあり、これによれば現今世間一般に、同族は同族で、隣人はまた隣人で、それぞれ先買権があるように考えているが、しかし實際の先買権をもつものは、同族の中でも有服の近親で、しかも隣居關係にあるもののみで、有服のものでも隣居關係にないものや、單なる隣居者には先買権がないのであつて、それは廣元・嘉定の條冊を見れば明らかであるとしていて、さきの紹聖元年の臣僚のいうところとほぼ同旨である。

以上紹介した文獻によるかぎり、不動産の典賣順位に二説あることが知られる。即ち一は同族近親から四隣もしくは隣人に、然る後さらに他人に及ぼすべきであるとするものと、いま一つは、同族近親にしてかつ隣居であるもののみ限定するというものであるが、さらに上記の同族から四隣、四隣から他人に及ぼすとする説をとりながら、典賣地については典戸に優先順位を認めるべきであるという説がある。即ちそれは宋會要所引の李範の雍熙四年(987 A. D.)二月の言にあるのがそれで、即ちそれによると、

刑統によると、まさに物業を典賣するには、まず房親に問い、房親不要ならば四隣に問い、四隣不要ならば他人と交易することができ、もし親隣の著價つくさざれば、また高價の處について交易するを許すべしと。今敕文を詳にするに、たゞ業主が初めて人に典し、また賣與するの時のためにのみこの條約が立てられたので、その先きにすでに人に典與して(その人が主となり、後に業主が賣につくものにあつては、即ち未だ敕條を見ない。ひそかにおも)うに現典の人は、すでに籍に編せられて差税に至り、業主とことならない。豈にきたつて詢り問望せざらんや。今後すでに物業をまさしく典しており、その業主が賣らんと欲するものあらば、まずすべからず現典の人の承當を問うべし。即ち餘上値いするところの錢數によつて、別に絶産賣斷文契一道を寫し、元典主ならびに業主の分の文契

を連結し、批印收税して、現典人に付して永業となす。あらためて親隣に問うをもちいず。もし現典人が不要とし、或は收買せんと欲すといえども、着價未だ至らざるものは、即ちすべからく時を盡して批退すべし。⁽⁶⁾

とある。即ちこれはさきの建隆の起請における優先典賣の願位が、房親—四隣—他人となつてゐるのに對して、それは所有者が始めて典賣する場合のことであつて、既に物業が典賣されて、それを所有者が賣ろうとする場合については、まだ敕條に明文がない。しかし典當されている物業は、現實には登記や租税の面において、既に所有者とかわらない條件にあるのであるから、所有者がそれを賣ろうとする時には、現在の典戸に買う意志ありや否やをまずきかなければならない。だから改めて親族や四隣に問う必要がないということ述べているのであつて、これは典當地に關するかぎり、親隣よりも典戸に先買權のあることを認めるものである。しかるに元典章においては、上記とその順位を基本的に異にしている。「一般に田宅を典賣し、またすでに典してゐるものを賣ろうとする時には、まず第一に順序を立て、最初に有服の房親にたすね、次に隣人にたすね、次に現在の典主にたすねなければならぬ」とあり、⁽⁷⁾また「今後すべて田宅を典賣するには、みな尊長の畫字立帳に従つて、有服の房親に問ひ、次に隣人典主に及ぶ」とあつて、⁽⁸⁾これらによれば有服房親—隣人—典主の順となり、典主は房親や隣人には優先し得ないとされていることが知られる。

上記はいずれも後周・宋及び元における不動産先買俗の存在をあかしするものであるが、⁽⁹⁾かくの如く後周や宋元において既に先買俗が存在したものとすれば、唐會要の「逃戸」の條に見られる天保十四年(755 A. D.)の

天下諸郡の逃戸、田宅産業あるも、妄りに人に破除せられ、并びに租庸を缺負するにより、さきに已に親隣が買賣してあり、その(逃戸)歸復するにおよぶも依投するところなし。⁽¹⁰⁾

とある「先已親隣買賣」は、親隣の先買俗の存在を物語るものと理解して大過はなからうと思う。

以上私は若干の歴史的な文獻によつて、不動産の先買習俗なるものが、すくなくとも唐宋から元にかけて既に行わ

れていたことを知つたのであるが、それにつゞく明及び清の文獻資料については、いまそれを提示し得ないことを頗る遺憾とするけれども、もし假すに若干の時間をもつてすれば、相當豊富な資料を提示しうることを信じて疑わない。しかしとにかく清末から民初にかけて、立法の參考資料として集められた「報告録」は、その缺を補つて餘りあるものであると思われる。なぜかとならばこの「報告録」は、すくなくとも清代における地方民間の遺俗を傳えたものであると同時に、それはまた諸他の習俗と同様に、明代のそれを色濃く繼承したものと考えられるからである。

いま上に引證した唐宋以來の斷片的な諸文獻と、「報告録」が各地の先買習俗として報じているものとを比較してみると、そこには頗る近似共通したものゝ存することが知られる。即ち廣順の條例や建隆の起請が、その先買順位とするところのものが、湖南省襄陽縣をもつて代表とする一聯の報告と一致し、特に兩者がともに同族をもつて先買權の第一位とされていることは、先買習俗の本質を考察する上に留意すべきことであると思われる。また多くの場合「典賣」と連用している上記の諸文獻は、賣買と同様に典當も、等しく同族間においてなさるべきを原則とすることを示すものであるが、それはまた安徽省泗縣や山西省平遙縣の習慣とも一致している。さらにまた典當地については、李範の言は典戸もしくは現典戸を優先せしめるとするにあつて、それは「報告録」の奉天・吉林・黑龍江・湖北などの各省の若干地域において、典戸もしくは原典戸に優先權ありとするものと、原則的もしくは部分的に一致するものがあり、また地隣もしくは隣人を優先するという紹聖元年の臣僚の言は、「報告録」の典戸族隣あるいは親族地隣に平等な先買權を認めるとするものと相通するものがある。また元典章の有服房親―隣人―現典戸の順位は、黑龍江省の木蘭・通北二縣のそれと同一である。さらにまた唐會要の「逃戸」の條に、「租庸を缺負するにより、さきに已に親隣が買賣しており」とあるは、山西省潞城縣の先買俗が、「一般に逃亡斷絶せる家の親族は、未納者の地税を辨濟する義務があり、もし利益あらば外へは出さぬとの郷村の規約があるからである」とするものを想起せしめるものがある。然るに他方また「報告録」には全然見出し得ないもので、元典章及び名公書判清明集にのみ見られる記事に、

先買權者を同族近親にしてかつ隣人に限るとするものがあるが、これについては後に自ら言及する機會が存するであろう。

さらにいま一つ上記諸文獻と「報告録」とにおいて、一般的に共通であると目されるものに、同族の先買權の問題がある。即ち「報告録」においてもその地域によつて、先買順位にかなり本質的な差異が見出されるとともに、また上記諸文獻においても、それが典當地なりや否やに應じて、先買順位に異同のあることは既に見てきた如くであるが、しかしすくなくとも未典當の不動産に關しては、同族特に近親をもつて先買の第一順位としており、時に典當されてゐるものについてさえも、同族をもつて第一位とするものゝすくなくないことは、これまた既に見きたつたところによつて明らかであると思う。故にこの先買習俗の本質を明らかにするがためには、われわれはまずそれと、血縁集團たる同族との關係を考察すべきであるということになる。然る時、この土地の先買習俗のよつてきたるところを、血縁集團たる同族との關係において、極めて豊富な資料とともに解明されている傾聽すべき卓説がある。即ちそれは天海謙三郎氏の「同族間に於ける不立賣契の慣習」であつて、⁽¹¹⁾この論文は同族近親間における土地の授受に際しては、必ずしも賣契を作成するとは限らず、別の契字を立てる習慣が殆んど中國本土(舊滿洲國及び關東州も含む)に普遍性を有するという事實に着目して、かゝる不動産賣買における特殊な立契方法が、果して何に由來するかを次の三説によつて説明せんとしている。即ち(一)は不動産の處分は、直ちに家運の衰退を表示するので、賣主は他に知られることを欲しないところから、換言すれば賣主の面子を尊重するという見地から、賣契の作成を忌避するとする氏のいわゆる體面顧全説と、(二)は同族は本來同一の祖先から出自し、協和敦睦をもつて社會の儀表たるべき集團である。故にかゝる同族間において賣契を立てることは、族誼を傷けるおそれがあるからとするいわゆる同族親和説と、(三)は同族各戸の産は、本來は始祖の家から幾世代かの分析異財、即ち分家によつて分割繼承されてきたものであるが故に、族内における賣買による土地の移動は、要するに管理者の變更や併合をもたらすにすぎず、従つてそれは異姓

外戸への讓渡賣斷とは基本的に異なるものであるとする氏のいわゆる同族共産説とである。しかししてこの不動産の先買習俗が、本質的にはかゝる血族の共産意識に胚胎するものであることは、不動産の先買習俗を有する諸外國の事例に徴しても明らかなるところであつて、たとえは舊ドイツ物權法における先買權が、ゲルマン古代の家族共同所有權に遡るとされていることや、⁽¹²⁾あるいはまたフランス革命以前においては、家族の世襲財産が他人に讓渡された場合、同一家系の親族はそれを買戻しうる親族の買戻權 *Retrait lignager* を有していたことや、⁽¹³⁾さらにまたノルウェーの *Odal* なるものは、家族の成員が先買ならびに買戻しの權利を有することを特徴とする財産の一形式であるようであつて、⁽¹⁴⁾これらはいずれも家族乃至その親族の共産意識に基くものであることは疑う餘地を存しないと思う。従つて私は、これらの事例に徴して、天海氏のあげていられる不立賣習俗に對する三説のうち、同族の共産説に最も賛意を表するものであるが、さればとて氏の如く同族各戸の家産は、一見各戸の專有の如き觀を呈しておりながら、實は各戸の個別經營を認めておるにすぎず、依然としてそこには現在もなお、同族全體の共有財産的性格が保持されているという見方には、全然賛意を表しかねるものであつて、それは明らかに同族關係や同族意識の過大評價であり、現實を去ること極めて遠いものといわざるを得ないと思う。しかしとにかく彼等における不立賣契俗が、その同族共産の意識に胚胎するということは否定しがたい事實であるとともに、またかゝる不立賣契俗の存在自體が、同族の不動産の先買權やまたその買戻權と、不可分な關係にあることも容易に想像しうるところであると思う。

因みに天海氏は不立賣契俗のよつてきたるところを、契字中の文字や表現に即して、上記三説によつて説明しておられるけれども、もし同族共産の説をとるとすれば、他の二説、即ち同族親和説もまたその體面保全説も、おのずからそれにふくまれ、あるいはそれから派生したものととして理解されるのではなからうか。

上記の如く不動産の先買習俗が、同族の共産意識に由來するとするならば、華北農村におけるが如く習俗としては殆んど見るべきものがなく、たゞ單に同族に先賣すべきであるという程度の當爲意識にすぎないとするならば、それ

はそもそも何によつて然あるのであろうか。いま一般的にこの問題を考えてみると、大體次のような過程が想像されるのではないかと思う。即ち本來あるべき同族關係においては、不動産の典當も賣買も、ともに同族間においてのみなされるべきものとされてきたものが、地縁的なまた人格的な接觸による社會關係の擴大と複雑化によつて、徐々に封鎖的な同族關係が侵蝕せられ、同族とともに隣居や地隣がその社會關係において比重をもつようになり、他方また切實なる經濟生活上の要請は、典も賣も金融能力ある他姓に求めざるを得ないこととなり、こゝに同族に次して親近關係にある隣居や地隣が先買順位に何ほどの地歩を占めるようになったと思われる。然しなお不動産の典賣に際しては、同族の優位とともに同族全般に、承典や買受の意志ありや否やを問い合すべきものとされてきたのであるが、同族自體の増大に伴う血縁意識の疏遠化と、さらにまた他姓との地縁的あるいは經濟的な社會關係の緊密化によつて、本來は同族全般を優先典賣の範圍としていたものが、やがてその近親者のみに限定せられるようになることに、金融目的をできる限り迅速かつ有利に達することの必要は、ついにその先買權の範圍を、隣居者や四隣や典戸などに擴大する習俗を生むに到つたものと想像せられる。そしていまこのような一般的な想定を、ひるがえつてさきに引證した唐宋以來の文獻に徴してみても、なおそこにはかゝる想定を裏付けるに足る若干の痕跡があるように思われる。即ち上記の諸文獻は、ひとしく従前の不動産優先典賣の習俗を是認し、またその存續に努めていることが看取されるのであるが、この事實は、それ以前の文獻の記載はともかくとして、この習俗が相當古くから行われきたつたものであることを物語ると同時に、またこの習俗に便乗する親隣の欺瞞行爲や典賣の妨害行爲を嚴に禁止していることなどから推察すると、當時この習俗は、もはや單純なる同族の共產意識によつて支持されていたのではなく、不動産は純然たる商取引の對象とされていたこと、さらにその優先典賣の順位は、既述の如く一應定められていたとしても、値段が安きに失する時には、隨時他人に典賣してよしとされていた諸點などから考えると、親隣先買の習俗がその本來の意味においては、既にかなり衰退の域に達していたと見ざるを得ないと思う。さらにまた先買權者を、近親

にして隣人たるものに限定せんとする試みも見られるが、かゝる限定を必要とするに到つたのは、親と隣とに先買權を認める從來の習俗が、往々にして紛争を生じたことに因由するものと思われる。とにかくこれは血縁と地縁とをかね有するもののみ先買權を認めんとするものであつて、しかもなおこれに一定の期限を付し、期限經過後においては先買權を認めないとするこの規定は、身分的にもまた賣買の期間的にも、先買權を極度に限定縮小することによつて、出典者や賣り主の蒙る不利損失を防止せんとするものであることが知られる。なお典當物に關しては、現典主にのみ先買權を認めて、親隣を全然不問に付するものと、近親と隣人との次に現典主に順位をあたるものとが存しているが、すくなくとも前者においては、典當金融による經濟的な關係をその賣却にあたつて最重視するものであり、従つてそれはまた血縁や地縁關係よりさらに優位にあることを示すものであろう。しかもなおそこにおいても一定の期限を付せんとしているのを見れば、典當物は、血縁や地縁による關係や、あるいはまた典當當事者たちの經濟的な關係を離れて、即ち典當物としてもつあらゆる従前の繫縛を離脱して、完全に自由なる商取引の對象たりうることを示していると思われる。

以上が所引の文獻に對する説明であり、またそれによつて歸納されるところのものであるが、これはまたさきに私が試みた不動産の優先典賣習俗が、衰退變貌していく過程を、ある程度歴史の時代の上において證明するものであると思う。然らば次にすくなくとも前清の遺制遺俗を傳えると思われる「報告録」において、先買權者の第二位以下において、甚だしい地方的な差異が見られるのは何故であらうか。おもうにそれは遠く唐宋の時代において、この習俗が既に衰退の徴を明示しているとするならば、明清時代においてこの習俗が、およそ如何なる態様にあつたかは言をまいたないところであるであらう。おそらくはその間においても、傳統的な從來の政策にしたがつて、先買權の存續や先買順位の保持の條例法規などが、しばしば國家政策的な立場から出されたであらうことが想像されるけれども、既に遠く衰退の過程をたどりつゝあつたこの習俗が、一片の政令や官司の佈告によつて、修正復歸せしめ得ないことはい

うまでもないところであつて、かゝる結果が「報告録」に見られる如く、すくなくとも先買權者の第二位以下については、参差として歸一しがたい状態を露呈しているのだと思われる。それとともに他方また中國の如き廣大な地域においては、それぞれの土地のもつ社會的經濟的その他特異な條件があるのであつて、従つて諸他の習俗におけると同様に、この習俗がそうした地方的な差異をもつこともまた當然なことゝいふべきであらう。とはいへ地域的な諸種な差異を超えて、先買習俗の最も本質的な點に關しては、即ち未典當のものについては同族に、また既典當のものについても同族もしくは典戸に、それぞれ先買權の第一位を認めていふことはほぼ共通的なところであつて、この習俗の衰退の状況を露呈すると見られる「報告録」においても、なおこの程度にその古俗の面目を傳えているわけである。然るに民國二九年(1940 A. D.)から三三年にかけて行われた華北農村の慣行調査においては、前稿にみた如く同族の先買權といわれるものが、あやうく當爲意識として殘存しているにすぎない實情であるのであるが、これは「報告録」の報ずるところとの比においても、當然かゝる急激な衰退の原因が問題となるわけである。然る時、そこでは種々な原因が考えられるのであるが、まず一般的には清末から民初にかけての國家社會の急激な政治的經濟的な變革であつて、これが農村社會に及ぼした影響も決して寡少でないといわなければならぬ。特にこの先買習俗を目して、「經濟ノ流通及び地方ノ發展ニ均シク障礙アルニヨリ、コレニ法ノ効力ヲ認メガタシ」とした民國二年の大理院判例は、従前これを是認してきたつた歴代の政策に對しては、まさにコペルニカス的な轉回をなすものであつて、ことに民國以來の法治化の進展とともに、この判例の及ぼした影響もまた看過し得ないものがあると思う。さらにいま一つ付加すべき條件は、この習俗はもともと同族の血縁的紐帶の一表徴たるものであつて、従つてその紐帶の本來微弱な華北農村において、この同族先買の習俗のみが鞏固に存在するといふことは、それ自體に大きな矛盾であるといわざるを得ない。これを要するに、かゝる不動産特に土地の同族による優先典買の習俗は、多分に民族的な土地所有の殘存形態であつて、資本主義經濟のもとでは當然衰退せざるを得ない運命にあるものであり、さらにまた今日の如き中共政府

の土地政策のもとにおいては、おそらくは基本的に許容され得ないところの習俗であつて、従つて現在では完全に葬り去られているものと考へざるを得ないけれども、この點に關していまのところ資料の徴すべきものをもつていない。

注(1) 清水盛光著、中國鄉村社會論、三二一頁以下。

(2) 冊府元龜、卷六一三、刑法部、定律令。また五代會要、卷二六、市。

(3) 宋刑統、卷一三、戶婚、典賣指當論競物業。

(4) 文獻通考、卷五、田賦考、歷代田賦之制。

(5) 同書、戶婚門、取贖類。

(6) 宋會要稿、食貨六一ノ五六。

(7) 元典章十九、戶部卷五、典賣。

(8) 同書、戶部卷五、典賣。

(9) 止齋先生文集卷四十四の「勸農文」中の一條にも、またこの親隣の典賣俗の存在を證するものがある。

(10) 唐會要、卷八十五、逃戶。

(11) 滿鐵調査月報、第十八卷、第六號。

(12) 山田晟著、ドイツ物權法、上卷、五九一頁以下。

(13) 野田良之譯、ボルダリス民法典序論、一一五頁參照。野田氏は *territ ligonaser* を「家系取戻權」と譯されているけれども、それは「家系の取戻權」の如き印象をあたえるが故に、適譯とは稱しがたいと思う。

(14) 青山道夫譯、グイノグラドフ著「慣習と權利」八一頁。