

日中の国際私法上の準拠法決定および危険負担の比較考察

Study of Comparison with Specifies Proper Laws Regarding Private International Law
and Assume Risk in Japan and China

高橋 孝治*

越境する取引を行う場合には、当該取引で問題が発生した場合にどの国の法に基づいて問題解決を行うのかをあらかじめ定めておくことが慣例となっている。しかし、これを失念することも当然にある。日本は中国（中華人民共和国）とは取引が多いにも関わらず、2011年3月31日までは当事者間で準拠法を決定しておらず、かつ特定の場合には準拠法が決定しないという大きな問題を抱えていた。本稿は、さらにこれに伴って発生する具体的問題として危険負担も含めて、なぜこの問題が発生し、どのように解決したのか、比較法的に明らかにすることを目的とする。本稿は日中の国際私法の売買契約の準拠法決定の規定および危険負担の規定について比較法の手法を用いてこの問題の発生源と中国の国際私法の動向を明らかにする。

キーワード：国際私法，準拠法，危険負担，民法，中国法

※本稿において、[] は直前の単語の中国語原文を示し、初出にのみ付した。

* 一般企業勤務（立教大学アジア地域研究所 特任研究員）

I. はじめに

1. 問題の前提

国境を越えて取引を行う場合には、当該取引で問題が発生した場合にどの国の法に基づいて問題解決を行うのかをあらかじめ決めておくことが慣例となっている(このような「どの国の法に基づくか」を「準拠法の決定」と呼び、「基づくべき法」を「準拠法」と呼ぶ)。各国で法の内容が異なる場合、問題が起こった後では、互いに自分に有利な規定が書かれている方の法の適用を主張するのは当然だからである。

しかし、国際取引においてあらかじめ準拠法を決定しておくことを失念することもある。その場合に発生する準拠法決定の争いを解決するために、通常どの国でも「国際私法」と呼ばれる法が用意されている。国際私法とは、「国際社会の中に複数の法秩序が地域的に併存していることを前提として、そこで生起する法律関係に適用すべき法を決定するための法」である(澤木=道垣内2012:6)。そして、国際私法は、「原則として、私人間の生活関係に適用されるべき法(準拠法)を決定するにとどまり、提起されたすべての問題にたいして直接の回答を与えるものではない。その規律の仕方はいわば間接的であり、解決すべき紛争の種類は同じであっても、(民法や商法、民事訴訟法などの)“実質法”とはその使命を異にしている」と言われる(横山2012:5)。日本では、「法の適用に関する通則法(2006年(平成18年)6月21日公布。2007年(平成19年)1月1日施行。以下「通則法」という)」が国際私法の具体的な法典

として用意されている¹。

ところで、日本は中華人民共和国(以下「中国」という、1949年10月1日に成立宣言を出した中国共産党による政権を特に強調する場合は「新中国」という)とは取引が多いにも関わらず、2011年3月31日までは当事者間で準拠法を決定しておらず、かつ特定の場合には準拠法が決定しないという大きな問題を抱えていた(この問題の具体的内容については、I. 2. やII. 1. で述べる)。本稿は、日中間取引の際にあらかじめ準拠法を決定しておくことを怠っていた場合に起こり得た問題を指摘し、なぜそのような問題が起こり、その問題が2011年にどのように解決したのかと中国の国際私法の動向を明らかにすることを目的とする。

ところで、各国で準拠法は、まず当事者同士で決めるものであり、当事者間での準拠法決定がなされなかった場合に国際私法によって決定するとの認識に立っている。しかし、本稿では当事者間で準拠法を決定しておらず、かつ特定の場合には日中の国際私法上準拠法が決定できないという問題があったことを素材とするため、当事者間での準拠法に関する合意がないことが前提となっている。以下、本稿では表現の簡素化のため一部「当事者間での準拠法決定がなされなかった場合」という表現を省略し、単に「準拠法の決定」という場合にも、原則として「当事者間で準拠法を決定しておらず、各国の国際私法により準拠法を決定する場合」を指すこととする。

2. 日中の国際私法上の準拠法決定と危険負担に関する問題

2011年3月31日以前、日中間取引を行う際の準拠法はどうなっていたのだろうか。詳細は、II. 1. で改めて述べることにし、概要を述べると以下ようになる。中国の国際私法では、2011年3月31日までの準拠法は、①契約が買主の住所地で談判されて締結された場合、もしくは②契約が明確に売主が買主の住所地で引き渡すことを規定している場合には、買主の住所地法を適用し、それ以外の場合には売主の住所地法を適用することとされていた。しかし、2011年4月1日から施行された新法により、同日より中国の国際私法では原則として売主の常居所地法が準拠法となることになった。

ところで日本の国際私法では、2006年12月31日までは、契約を締結した地の法を準拠法とすることにしていた。また、隔地者間で契約を締結した場合には、申込を発信した地の法が準拠法となっていた。そして、2007年1月1日からは日本の国際私法では、売主の常居所地法が準拠法の推定を受けることになった。

つまり、2011年4月1日以降は日中ともに国際私法上、売主の常居所地法が原則として準拠法となるため、特に問題は起こらない。しかし、2006年12月31日までは、売主の住所地で当該契約を談判し契約を締結し、買主の住所地で引き渡すことを約定した場合には、中国の国際私法によれば準拠法は買主の常居所地法になり、日本の国際私法によれば準拠法は原則として売主の常居所地法になるという問題が起こりえた。さらに、2007年1月1日以降2011年3月31日まででは、①買主の常居所地で契約締結の交渉を行うか、②買主の居住する国で引渡しをすることを明示し

ていた場合には、中国の国際私法では準拠法は買主の常居所地法になり、日本の国際私法では売主の常居所地法が原則として準拠法になるということになっていた。以上が2011年3月31日以前には日中間を越境する売買契約は、特定の場合に日中の国際私法に基づく準拠法が異なってしまうという問題の具体例である。

しかも、これらの例では、売主の常居所地が日本で、買主の常居所地が中国だった場合、反致による解決も望めないことになる。反致とは、準拠法を外国の国際私法をも考慮して決定するという方法である（木村＝松岡 [ほか] 2005: 50; 田曉云 2010: 67)。すなわち、A国の国際私法によればB国法を準拠法とするということになり、B国の国際私法によればA国法が準拠法となる場合、A国を基準にするとB国の国際私法が適用されると考えてA国法を準拠法にするという解決方法である。しかし、売主の常居所地が日本で、買主の常居所地が中国だった場合、日本では日本法が準拠法となり、中国では中国法が準拠法となるため反致によっても解決しないのである。

ところで、準拠法が定まらなかったとしても、日中双方の法律の内容が同様ならば大きな問題とはならない。しかし、売買契約に伴い発生する可能性がある問題の中では、特に「危険負担 [風險負担]」について日中では全く異なる規定となっているため、問題となる可能性があった。危険負担とは、双務契約において一方の債務が当事者の責めに帰することのできない事由によって後発的に不能になった場合に他方の債務をどのように取り扱うのか、この場合に発生した損失は契約当事

者のうちどちらが負担するのかという問題である（この損失を「危険」という。危険の具体例としては、代金請求権の消滅や代金の追加なしでの代替品の提供などである）（川井2006：37；王2010：365）。

中国では、危険負担は売買の目的物が引き渡されているか否かで判断する（小口2010：4）。具体的には、目的物引渡し前は売主が危険を負担し、引渡し後は買主が危険を負担する。

これに対し、日本では売買の目的物が特定物の場合、契約締結時から買主が危険を負担し（債権者主義）、売買の目的物が不特定物の場合、当該目的物が特定するまで売主が危険を負担することになっている（債務者主義）（我妻＝有泉〔ほか〕2009：242）。もちろん、売買の目的物が不特定物の場合には必ず債務者主義になるわけではなく、買主の責任で目的物が滅失した場合は危険は買主が負担する。

まとめると、売主および買主どちらにも責任がないに関わらず、特定物たる売買の目的物が引渡し前に滅失した場合には、中国法に基づけば危険は売主が負担し、日本法に基づけば危険は買主が負担するのである。この問題と準拠法が決定できないという問題を複合させると、2011年3月31日以前の日中間の売買契約で、売主の常居所地が日本で、買主の常居所地が中国であり、準拠法の取り決めを怠っていた場合、大きな問題が発生する可能性があった。この問題こそが本稿が研究の素材としたい問題である。しかし、この問題は既に法改正による立法的解決がなされている。そこで、本稿はなぜ日中両者の国際私法上の準拠法決定の条文がかつて異なってお

り、さらに民事法上の危険負担の条文が異なるのかという理由を比較法的に明らかにすることとする。

3. 先行研究の検討

I. 2. で述べた本稿が探求しようとする2011年3月31日までの日中の国際私法上の準拠法および民事法上の危険負担の差異および実務上の問題について述べた先行研究は管見の限り見当たらない。日本で中国の国際私法については、王＝江〔ほか〕（1990）や張（1997）といった大著がある。しかし、これらの書は、中国の国際私法に関する教科書であり、日本との比較法的検討はなされていない。同様のことは、中国における杜（2003）や王（2009）などの先行研究でも言える。すなわち、日本の国際私法との比較という研究の視点は中国でも持たれていない。

次に危険負担に関してであるが、中国の危険負担について日本語では、小口（2010）がある。しかし、この小口による先行研究は、中国における危険負担の規定の運用について検討しているという点で貴重ではあるものの、危険負担に関する日本との比較検討されていない。もちろん、民法の日中比較研究にまで視点を広げれば、早稲田大学孔子学院（2010）をはじめとして多くの先行研究がある。しかし、この早稲田大学孔子学院（2010）は民事上の不法行為、契約法、物権法については触れているものの危険負担については言及していない。

このように2011年3月31日以前に発表された先行研究を含めても、本稿が素材とする問題を指摘した研究は全くないということに

なる。

II. 日中の国際私法の準拠法決定の規定の変遷

本章では、日中の国際私法の準拠法決定の規定の歴史的背景を概観し、I. 2. で述べた問題の根拠条文の一部も概説する。

1. 中国国際私法の準拠法決定の規定の変遷

中国の国際私法の歴史は中華民国期より始まるという説がある（田2010：43）。古代中国にも、外国人に適用するための法律は存在したが、それは「中国にきている外国人が中国で犯罪を犯した場合、どのように裁くか」について述べたものであり（「永徽律」中の「名例章」）、国際「私法」とは言えなかった（李＝欧〔ほか〕2007：82）。古代中国には、基本的に現在の刑法に相当する法律しか存在しなかったため、当然のこととも言える。しかし、その一方で古代中国法は、民事と刑事の区分が曖昧であり（滋賀2003：5～6；高見澤ほか2016：9～10）、永徽律にも国際私法の側面があったという指摘もある（張1997：1）。後者の説によれば、中国の国際私法は、唐時代に始まるということになる（趙2014：49）。

中国初の国際私法は中華民国期から始まるとする説によれば、中国初の国際私法は中華民国期の北洋政府が1918年に制定した「法律適用条例」と1929年に制定した「外国人法」となる（章＝杜2014：33）。この「法律適用条例」は、日本人の指導の下、日本およびドイツの法律を参考にして制定されたとされて

いる（李＝欧〔ほか〕2007：83）。その中でも特に日本の「法例」を参考にしてきたとの指摘もある（田2010：43）。「法律適用条例」の条文は、全27条で、同時期の他国の単行法としての国際私法と比べても、条文数は最も多く、内容も詳細であったと言われている（李＝欧〔ほか〕2007：83）。後の1927年8月12日に南京国民政府は、1918年の「法律適用条例」を準用する旨を發布し（趙2014：54）、中華民国期には一貫して「法律適用条例」が用いられることとなった（李＝欧〔ほか〕2007：83）。

新中国は、「法律適用条例」を含めた中華民国期の法制度を否定した²。さらに、新中国成立後の反右派闘争や文化大革命に代表される「法律虚無主義」により、長らく国際私法の制定は行われてこなかった（張1997：3～4）。新中国で国際私法の制定が重要視されるようになったのは、1978年の改革開放政策により外国との民事および商事取引が行われるようになってからである（田2010：44）。新中国最初の国際私法は、1983年9月20日公布（同日施行。2001年7月22日新法に改正）の「中外合資経営企業法実施条例」第15条の「合資企業の契約の締結、効力、解釈、執行およびその紛争の解決については、中国の法律を適用することとする」との規定であるとされている（この規定は2001年7月22日の新法への改正の際に第12条に移動し、2011年1月8日のさらなる新法への改正後もなお第12条に規定されている。新法、新々法も名称は全て「中外合資経営企業法実施条例」から変わらない）（杜2003：31）。続く1985年3月21日には「涉外経済契約法〔涉外経済合同法〕」が公布され（同年7月1日施

行), 1987年10月19日に「『中華人民共和国涉外経済契約法』の適用の若干の問題に関する解答〔关于適用〈中華人民共和国涉外経済合同法〉若干問題的解答〕(以下,「87年解答」という)」が公布された(同日施行)(田2010:163)。しかし,この涉外経済契約法は,涉外経済契約の締結方法や絶対的記載事項などについて規定するばかりで,国際私法と呼べる規定は,以下の第5条の規定のみであった。「(第1項)契約当事者は契約の紛争処理に適用される法律を選択することができる。当事者が選択しない場合,契約と最も密接な関係³のある国の法律が適用される。(第2項)中華人民共和国内で履行されている中外合弁経営管理企業契約〔中外合資経営企業合同〕,中外合作経営管理企業契約,中外合作天然資源調査開発契約〔中外合作勘探開発自然資源合同〕には中華人民共和国内法が適用される。(第3項)中華人民共和国内法に規定がない場合,国際慣例を適用することができる」。また,87年解答二(六)本文は以下のように規定していた。「もし当事者が契約に適用されるべき法律を選択していない場合,以下の涉外経済契約に対しては,人民法院は最密接関係原則に従い適用される法律を確定する。通常の場合,以下の通りとする」。これを受け,同条第1号はさらに以下のように規定していた。「国債貨物売買契約には,契約締結時の売主の営業所所在地の法律を適用するものとする。契約が買主の営業所所在地で談判が行われて締結された場合もしくは契約が明確に売主が買主の営業所所在地で引渡し義務を履行することを規定している場合には,買主の営業所所在地法を適用する」。

また,1986年4月12日にも民法通則が公

布され(翌年1月1日施行),その第8章も国際私法的内容を規定している(許1989:216)。特に民法通則第145条は「(第1項)涉外契約の当事者は契約における紛争処理について法律に別の定めがある場合を除き,適用される法律を選択することができる。(第2項)涉外契約の当事者が選択をしない場合は,契約と最も密接な関係を持つ国家の法律が適用される」と規定している。ところで,契約法〔合同法〕が1999年3月15日公布され,同年10月1日に施行されたことにより,涉外経済契約法および87年解答は1999年10月1日に廃止されてしまう。契約法第126条は「(第1項)涉外契約の当事者は,契約の紛争処理に適用される法律を選択することができる。ただし法律に別段の定めがある場合はこの限りではない。当事者が選択しない場合,契約と最も密接な関係のある国の法律が適用される。(第2項)中華人民共和国内で履行されている中外合弁経営管理企業契約,中外合作経営管理企業契約,中外合作天然資源調査開発契約には中華人民共和国内法が適用される」と規定している。しかし,これより詳細な規定が置かれることはなく,87年解答二(六)に規定されていたような最密接関係国とはどのような国をいうのかを示す規定は姿を消すことになる(王2009:53~54)。

そして,2007年6月11日に「最高人民法院の涉外民事もしくは商事契約紛争案件の審理の法律適用の若干の問題に関する規定〔最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定〕」が公布された(同年8月8日施行。以下「07年規定」という)。07年規定第5条第1項は,「当事者が契約に関する争議で適用すべき法律を選択し

ていない場合には、その契約と最密接の関係を
持つ国家もしくは地区の法律を適用する」と規定していた。そして同条第2項（一）では、売買契約における最密接関係国について、「契約締結時の売り方の住所地法を適用する。契約が買主の住所地で談判が行われて締結された場合もしくは契約が明確に売主が買主の住所地で引渡し義務を履行することを規定している場合には、買主の住所地法を適用する」と規定していた。これは、1999年10月1日に廃止された87年解答二（六）第1号と概ね同じ内容である。つまり、2007年8月8日に再び「何をもち最密接の関係をもち国家もしくは地区とするのか」を明らかにする条文ができたと言える。そして、さらにその後の2010年10月28日には、涉外民事関係法律適用法が公布された（翌年4月1日施行）。この涉外民事関係法律適用法の第41条は以下のように規定している。「当事者は協議により契約に適用される法律を選択することができる。当事者が選択しない場合、当該契約で特徴的な履行義務を果たす一方の当事者の常居所地の法律もしくはその他契約に最密接関係を持つ法律を適用する」。これはすなわち、当事者間で準拠法を決めていない売買契約の場合、特徴的給付、つまり売買の目的物を引き渡す行為を行う者（田2010：161）、すなわち売主の常居所地法を原則として適用しているのである。ここで、07年規定第5条第2項（一）の売買契約において、買主の住所地で談判が行われるか、買主の住所地で引渡し義務が履行されることを規定している場合には、買主の住所地法を準拠法とするとの規定と矛盾する規定が制定されたと言える。しかし、2010年12月2日には「最高人

民法院による《中華人民共和国涉外民事関係法律適用法》を真剣に学習し執行を貫徹することに關する通知〔最高人民法院關於認真學習貫徹執行《中華人民共和国涉外民事関係法律適用法》的通知〕が公布された（同日施行。以下、「10年通知」という）。10年通知四は「《涉外民事関係法律適用法》実施後に、最高人民法院が制定した司法解釈中、涉外民事関係に關する法律の適用に關する内容のうち、《涉外民事関係法律適用法》の内容に抵触するものは適用しない」と規定した。これにより、日中間の売買契約において、あらかじめ準拠法が決められておらず、買主の住所地で談判が行われるか、買主の住所地で引渡し義務が履行されることを規定している場合、中国法に基づいても、07年規定により買主の住所地法を準拠法とすることはなくなり、涉外民事関係法律適用法により売主の常居所地法が原則として準拠法となることになった。

さらに後の2013年4月8日に、07年規定は、涉外民事関係法律適用法と矛盾する内容があるとのことで廃止となった（最高人民法院の1997年7月1日から2011年12月31日までの期間に発布した部分の司法解釈および司法解釈性文章（第十批）の廃止に關する決定〔最高人民法院關於廢止1997年7月1日至2011年12月31日期間發布的部分司法解釋和司法解釋性質文件（第十批）的決定〕）。この07年規定の廃止理由は、「涉外民事関係法律適用法と矛盾する部分があるため」としか言われていないが、その最大の矛盾はこの売買契約における準拠法の規定であると言えよう。

2. 日本の国際私法の準拠法決定の規定の歴史の変遷

日本の国際私法は、通則法が施行される前は、「法例（1898年（明治31年）6月21日公布、同年7月16日施行）」という法律が担っていた。この法例の前にも、同じ名称の「法例（以下「旧法例」という）」という法律が1890年（明治23年）に公布され、1893年（明治26年）1月1日から施行される予定であったが、実際には施行されなかった（木棚＝松岡〔ほか〕2005：19）。

旧法例には、第5条に「(第1項) 外國ニ於テ爲シタル合意ニ付テハ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ從ヒテ何レノ國ノ法律ヲ適用ス可キヤラ定ム (第2項) 當事者ノ意思分明ナラサル場合ニ於テハ同國人ナルトキハ其本國法ヲ適用シ又同國人ニ非サルトキハ事實上合意ニ最大ノ關係ヲ有スル地ノ法律ヲ適用ス」との規定があるのみで、越境する売買契約で準拠法を決定していなかった際の準拠法についての条文は見当たらない。

実際に施行された法例の第7条第2項は「當事者ノ意思分明ナラサルトキハ行爲地法ニ依ル」と規定していた。この規定により、日本では越境する契約で当事者間で準拠法を決定していなかった場合には、契約締結地の法を準拠法とすることになっていた（櫻田2000：20）。また、法例第9条は以下のように規定していた。「(第1項) 法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ニ對シテ爲シタル意思表示ニ付テハ其通知ヲ發シタル地ヲ行爲地と看做ス (第2項) 契約ノ成立及ヒ効力ニ付テハ申込ノ通知ヲ發シタル地ヲ行爲地ト看做ス若シ其申込ヲ受ケタル者カ承諾ヲ爲シタル當時申込ノ發信地ヲ知ラサリシトキハ申込者ノ住所地ヲ行爲地ト看做ス」。つまり、遠隔地にいる者同士で契約をする場合には、申込を行った者の常居所

地法が準拠法になっていたということである（山田＝佐野1998：85）。

しかし、国際私法における準拠法決定の国際標準が「特徴的債務の理論」となっていることから（徐2015:122）、2007年（平成19年）1月1日から法例に代わって施行された通則法の第7条以下は以下のように規定した。「法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による」（第7条）。「前条の規定による選択がないときは、法律行為の成立及び効力は、当該法律行為の当時に於いて当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による」（第8条第1項）。「前項の場合において、法律行為において特徴的な給付を当事者の一方のみが行うものであるときは、その給付を行う当事者の常居所地法（その当事者が当該法律行為に関係する事業所を有する場合にあっては当該事業所の所在地の法、その当事者が当該法律行為に関係する二以上の所在地で法を異にする地に所在するものを有する場合にあってはその主たる事業所の所在地の法）を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法と推定する」（第8条第2項）。

つまり、通則法が施行された2007年（平成19年）1月1日から、当事者間で準拠法を決定していない場合、より密接な関係がある地の法が他にあると証明されない限り、売主の常居所地法が準拠法となることになった。

Ⅲ. 日中の民事法の危険負担の規定の変遷

本章では、日中の民事法の危険負担の規定の歴史的背景を概観し、I. 2. で述べた問題の根拠条文の一部も概説する。

1. 中国民事法の危険負担の規定の変遷

II. 1. で述べたように、古代中国では「法」とは基本的に刑事法のことを表していた。しかし、同時に古代中国は家族が社会の中で重要視されており（楠元，江，朱2016：388），いわゆる家族法は発達していた（「周礼」や「婚戸律」など）（謝1999：740）。このため、中国の民事法のうち特に財産法の歴史は清朝末期および中華民国期から始まる（陳[ほか]2010：12）。しかし、その一方で古代中国の法は、「民刑不分」であり、民法のうち財産法的内容も既に周時代の「周礼・秋宥」に見られるとする学説も存在する（王＝楊[ほか]2008：30）。

清朝末期である1911年8月に、第一次民律草案（「大清民律草案」）ができ、中華民国期である1925年には第二次民律草案（「中華民國民律草案」）が完成した（王2010：20）。しかし、残念なことにこれらの民律草案は実際に施行されることはなかった。後の1929年5月23日に民法典総則編が、同年11月22日に民法典債権編が、同月30日に民法典物権編が、1930年12月26日に民法典親族編および相続編が公布され、「中華民國民法典」が施行された（施行はそれぞれ総則編が1929年10月10日、債権編および物権編は1930年5月5日、親族編および相続編は1931年5月5日）（高見澤＝鈴木2010：41）。しかし、「法律適用条例」と同様に新中国は中華民國民法を否定し、中華民國民法は現在は台湾で施行されている。

新中国は中華民国期の法制を否定し、1954年から民法起草作業を始めた（王＝楊[ほか]2008：30）。ただし、ここでいう「民法」

とは財産法のことを表し、家族法に相当する「婚姻法」は、1950年4月13日に既に公布されていた（同年5月1日施行）。1954年から起草を始めた草案はソビエト連邦の民法を基本にしたものだった（蘇2006：18）。そして、1956年12月に民法は完成したものの、反右派闘争や大躍進運動などによる「法律虚無主義」により、実際に施行されることはなかった（王＝楊[ほか]2008：30）。大躍進運動終了により、1962年からまた民法起草作業が始まり、1964年7月には民法二次草案が完成するものの、文化大革命により再び施行が頓挫してしまう（陳[ほか]2010：12）。

文化大革命終了後の1979年から1982年にかけて再び民法起草作業が行われたが（王2010：23）、結局これも施行されず、1981年12月13日に「経済契約法[経済合同法]」が公布され（翌年7月1日施行、1993年9月2日改正・同日施行）、続く1985年3月21日に「涉外経済契約法」が、1986年4月12日にも民法通則が、1987年6月23日に「技術契約法[技術合同法]」公布され（同年12月1日施行）契約関係の立法が構成された（江2015：599）。しかし、この3つの契約法と民法通則の契約に関する章の組み合わせによる契約法体系は統一性に欠け、体系も混乱しており、制度として大きな欠陥を抱えたものであった（小口＝田中2012：245～246）。また、管見の限りこの3つの契約法および民法通則には売買契約に伴う危険負担に関する規定を見つけないことはできない。しかし、当時の学説では売買契約では所有権の移転と同時に危険が移転すると考えられていた（馬1996：351～352）。そして、民法通則第72条第2項は、「契約もしくはその他の合法的な方法に

より財産を取得する場合、法律に別段の定めがある場合もしくは当事者に別段の約定がある場合を除き、財産所有権は財産の交付時に移転する」と規定している。すなわち、1990年代の学説上、売買契約の危険負担では、売買の目的物を引渡すまでに当該目的物が売主および買主の責めに帰さない理由で滅失した場合は売主が危険を負担し、当該目的物の引渡しと同時に所有権および危険が買主に移転すると考えられていたということである（馬1996：351）。

そして、1999年3月15日に契約法が公布され、第142条で「目的物の毀損滅失の危険は、目的物引渡しの前は売主が負担し、引渡し後は買主が負担する。ただし、法律に別段の規定または当事者に別段の約定があればこの限りではない」と規定した。つまり、上記1990年代の中国における危険負担の学説が条文化されたことになる。また、契約法施行に伴い、1999年10月1日に経済契約法、涉外経済契約法、技術契約法の3法は失効し現在に至る。また、契約法第133条は「目的物の所有権は目的物の交付時に移転する。ただし、法律に別段の定めもしくは当事者に別段の約定がある場合はこの限りではない」と、物権法（2007年3月16日公布。同年10月1日施行）第23条も「動産の物権の成立および移転は、交付の時に効力を生ずる。ただし、法律に別段の定めがある場合はこの限りではない」と、民法通則第72条第2項と同様の規定を規定している。

2. 日本民法の危険負担の規定の変遷

日本で危険負担に関する規定は一貫して民

法に定められている。日本初の民法は1890年（明治23年）4月21日に公布されたが、旧法例と同じように施行されることはなかった（いわゆる「旧民法」）。旧民法財産取得編第44条は以下のように規定していた。「買賣契約ハ賣渡物ノ所有權ノ移轉及ヒ其物ノ危険ニ付テハ財産編第331條、第332條、第335條及ヒ第419條ニ定メタル如キ普通法ノ規則ニ從フ」。そして、旧民法財産編第331条、第332条、第335条をまとめると（第419条は停止条件付契約に関する規定であるため省略する）、特定物の場合、売買契約の合意と共に所有権および危険が買主に移転し、不特定物の場合には引渡しもしくは売主と買主の立ち合いの下での目的物の特定の際に所有権と危険が買主に移転するということになる。これは、I. 2. で挙げた現在の日本の取り扱いと同じである。

そして旧民法に代わる新しい民法が1896年4月27日に公布された（1898年7月16日施行。2016年4月13日最終改正。同年10月13日改正法施行）。この民法の危険負担の規定である第534条および第536条は、公布されたときから基本的に変わらない内容で現在に至っている。しかし、1898年の公布当時はカタカナ表記であったが、2004年12月1日に現代語化するための改正が行われた（翌年4月1日施行）。現代語化以降の民法上の危険負担の条文は以下の通りである。

「特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する」と第534条第1項は規定し、第536条第1項は「前

2条に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、「反対給付を受ける権利を有しない」と規定する。I. 2. では「売買の目的物が不特定物の場合には必ず債務者主義になるわけではなく、買主の責任で目的物が滅失した場合は危険は買主が負担する」とも述べたが、その根拠条文は以下の通りである。「債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない」（民法第526条第2項）。

IV. 日中の準拠法決定および危険負担の規定に関する検討

1. 日中の準拠法決定の規定に関する検討

本節では、II. 1. およびIII. 1. の内容を踏まえて日中の準拠法決定の規定に関し検討したい。新中国では、2011年4月1日に涉外民事関係法律適用法が施行されるまでは、越境する売買契約の準拠法は、基本的に①買主の常居所地で契約締結の交渉を行うか、②買主の居住する国で引渡しをすることを明示していた場合には、買主の常居所地法となっていた。しかし、ここで問題となるのは、87年解答二（六）や07年規則第5条第1項により、この準拠法決定方法も「最密接関係国を準拠法にしている」と捉えていたことである。これは、最密接関係性の原則と呼ばれ、対象となる生活関係と最も密接な関連を有する法

域の法を準拠法とする国際私法の基本的方法である（櫻田2000：20；馬2010：14）。契約当事者に、準拠法の予見可能性を与えるために支持されている（横山2012：23～24）。

しかし、涉外民事関係法律適用法第41条は売主の常居所地法もしくは最密接関係法を準拠法とするとし、さらに最密接関係法とはどの国の法を指すのかを明示することはなくなった。このことから、中国は最密接関係法はどの国の法を言うのかにつき、解釈は変えていないのかもしれないが、少なくとも涉外民事関係法律適用法施行以降は、売主の常居所地法以外の最密接関係法が示されない限り売主の常居所地法が準拠法になる。

中国ではなぜ涉外民事関係法律適用法から売主の常居所地法を準拠法とし、最密接関係法の定義を明確にすることをやめたのかと言えば、世界標準に合わせるためだという解答が返ってくるだろう。結局、多くの国が売買契約における準拠法決定の際の最密接関係法は、売主（特徴的給付を行う者）の常居所地法と捉える傾向にあるために（横山2012：175）、中国もそれに合わせる形の改正をしたということである（糜＝王2013：46）。

しかし、涉外民事関係法律適用法第41条は「当該契約で特徴的な履行義務を果たす一方の当事者の常居所地の法律もしくはその他契約に最密接関係を持つ法律を適用する」とし、「売主の常居所地法が、最密接関係法である」という世界標準の解釈を採用することはせず、07規則以前の解釈と一定の整合性を持たせている。この点、「最密接関連法が基礎とする最密接関連性」という概念もまた曖昧であり、従って、最密接関連法が抽象的で具体性に欠けていて、一概には確定できず、

そして、一般的な予想が難しい」とも指摘されるように（笠原2007：74）、国によって最密接関係法とは何かの解釈も変わると言える。

そして、このような準拠法決定の改正は日本も同様である。日本も2007年（平成19年）1月1日の通則法施行までは、法例第7条第2項および第9条により一貫して契約締結地の法、契約が隔地者間で締結された場合には申込を行った者の常居所地法が準拠法になっていた。しかし、これが2007年（平成19年）1月1日の通則法施行により、その第8条第2項で売買契約の場合には、特徴的な給付を行う者（いわゆる引渡し義務のある売主）の常居所地法が最密接関係法として準拠法の推定を受けることになった。これも国際標準に合わせるための法改正とも評価できるのだが、中国とは異なり通則法の条文上「最密接関係法として」売主の常居所地法が準拠法としての推定を受けるとしている。

つまり、中国は一貫して売買契約の最密接関係法が売主の常居所地法となるとは明示しておらず、かつて①買主の常居所地で契約締結の交渉を行うか、②買主の居住する国で引渡しをすることを明示していた場合に買主の常居所地法が最密接関係法であることを明示していたのに対し、日本は、通則法施行から売買契約に関しても最密接関係法を準拠法とし、売主の常居所地法が最密接関係法の推定を受けるという構成を取っているのである。すなわち、2011年4月1日以降は日中ともに国際私法上反証のない限り売主の常居所地法が準拠法となるのだが、その背景理論の構成は全く異なっているのである。

なぜ、背景理論が異なるのかというと、中

国法が社会主義法に属するといえるためと言える。例えば、中国では、最密接関係法にはポーランド型とスイス型の2種があると説明されることがある（以下の解説は、田（2010：161～162）に基づいている）。これによれば、最密接関係法に関して、売買契約など契約当事者のうち、一方のみが特徴的な給付を行う場合には次のような準拠法の決定の仕方がある。①1966年のポーランド国際私法第27条のように、受取人の所在地法を準拠法とする方法と②1987年のスイス連邦国際私法第117条のように財産の贈与人など特徴的な給付を行う者の所在地法を準拠法とする方法の2種である。この説明からすると、やはり中国は社会主義国家であり、同じ社会主義国家であるポーランドの方法を模し、さらにポーランドの方法を否定することができないと評価できる。このため、涉外民事関係法律適用法においても、「特徴的な履行義務を果たす一方の当事者の常居所地の法律『もしくはその他契約に最密接関係を持つ法律』を適用する」と売主の常居所地法が最密接関係法であると解釈することを拒否しているものと思われる（『』は筆者による強調）。

これに対し、日本の法例はサヴィニーの国際私法理論の流れを汲むドイツの国際私法準拠していた（櫻田2000：18；木棚＝松岡〔ほか〕2005：17）。なお、サヴィニーも最密接関係法という考え方を主張し（澤木＝道垣内2012：68）、債務の履行地法を準拠法とすべきと主張したものの、サヴィニーの国際私法理論を採用した多くの国でこの点だけは採用されなかったと言われている（澤木＝道垣内2012：180）。ところで、サヴィニーの国際私法理論は、1950年代以降厳しい批判に

さらされることになり（櫻田2000：45）、少なくとも特徴的給付を行う契約においては、特徴的な給付を行う者の常居所地法を最密接関係法と捉えることが世界標準となった（徐2015：122）。この特徴的な給付を行う者の常居所地法を最密接関係法と捉える方法には当然上記1987年のスイス国際私法の影響もある（徐2015：122）。つまり、日本は通則法により、売買契約においては、売主の常居所地法を最密接関係法として準拠法とするという世界標準をそのまま受け入れたと評価できる。

2. 日中の危険負担の規定の立法趣旨

本節では、Ⅱ. 2. およびⅢ. 2. の内容を踏まえて日中の危険負担の規定に関し検討したい。中国では、危険負担の規定に関して以下のような説明がなされている。「契約と危険負担の分配の合理性は、契約が正義の理念に合致しているか否かを体现している。契約の正義は、当事者間の合理的な危険負担に表れており、契約法は『法律に別段の規定または当事者に別段の約定がある』場合を除き、売買契約の危険負担は交付とともに移転するとしている。これで危険負担と利益の所在は一致する」（江2015：598）。また「危険負担の移転については、当事者間で特別な約定のない状況では、目的物の交付もしくは目的物の所有権の移転と同時期である。これは現在の契約に関する立法の潮流であり、堅持されるべきである」とも言われる（王＝楊〔ほか〕2008：619～620；羅思榮2008：416）。その他には、「目的物を誰が占有しているか、誰が財物の保護、すなわち危険の発生を防止す

るのが合理的と言えるのか。結局、売主であれ買主であれ売買の目的物を占有している者が危険を負担することが合理的と言える」との意見もある（江2015：642）。

これに対し、日本では特定物が売買契約の目的物となっている場合は契約締結時に危険は買主に移転し、不特定物の場合には目的物の特定の時期まで売主が危険を負担することになる。これは、特定物の場合、①買主は売買契約の成立のみでこれを他に転売するなどの利益を取得するため、滅失などの損失もまた負担することが妥当であるという理由と、②特定物は契約の締結時に買主に所有権が移転しているためそれに合わせているという理由から説明されている（我妻＝有泉〔ほか〕2009：242；川井2006：38～39）。

中国には、占有者が危険を負担することが財物保護の観点から合理的であるという意見もあるものの、所有権の移転と同時に危険も買主に移転するという理由付けは日中で変わらないことになる。では、なぜ中国では売買の目的物の引渡し時に危険が買主に移転し、日本では特定物の場合に契約締結時に既に危険が買主に移転しているのかというと、日中の所有権の移転時期の違いに原因があると言える。Ⅲ. 1. で述べたように、中国では売買の目的物の引渡し時に所有権が移転しているとしている（形式主義）。これに対し、日本では原則として所有権の移転はその意思表示の時に起こる⁴（民法第176条。意思主義）（我妻＝有泉〔ほか〕2005：275；川井2005：17）。

日本はフランス民法を模して意思主義を採用したと言われている（内田2008：431；梁＝陳2007：81）。これに対し、中国は1922年

のソビエト連邦ロシア共和国民法や1964年のソビエト連邦民法、1975年の東ドイツ民法などが形式主義を取っていたためこの方式を採用したと説明される（梁＝陳2007：84）。これはIV. 1. で述べた国際私法と同じように、中国以外の社会主義国家の立法を真似たものと評価できる。なお、意思主義は、物権変動は契約によってのみ生じるため、契約成立時に所有権が移転しているのは当然であるとの発想に基づいている（劉2007：70）。売買契約における所有権の移転は契約によって生じるのであるから、このような意思主義が採用されるのは当然のこととも言える。しかし、危険負担までもを考えると、中国のように占有者が売買の目的物を保護する義務と危険を負担するという考え方にも合理性があるように思える。

V. 結びにかえて

本稿では、2006年12月31日まで、売主の住所地で当該契約を談判し契約を締結し、買主の住所地で引き渡すことを約定した場合には、中国の国際私法によれば準拠法は買主の常居所地法になり、日本の国際私法によれば準拠法は売主の常居所地法になるという問題が起こりえ、2007年1月1日以降2011年3月31日まででは、①買主の常居所地で契約締結の交渉を行うか、②買主の居住する国で引渡しをすることを明示していた場合には、中国の国際私法では準拠法は買主の常居所地法になり、日本の国際私法では売主の常居所地法が原則として準拠法になるということになっていたという問題を指摘し、なぜそのような問題が起きていたのかという点を比較法

的に考察してきた。また、この問題に伴って生じる具体的問題として、日中の危険負担の差異についても考察してきた。

そこで明らかとなったことは、中国は国際私法も民事法も他の社会主義国家の法制度を模しているということである。特に危険負担の規定の趣旨は日中で一部同様であるものの、日中の所有権移転の時期の差異が結果として危険の移転時期の差異を生み出していると指摘した。これに対し、日本は国際私法においては世界標準に合わせるため、民法の所有権の移転時期については、中国との比較においては「売買契約の所有権の移転は契約によって生じる」という考え方を「売買契約の危険は売買の目的物の占有者が負担すべき」という考え方よりも重要視しているためと評価できるだろう。

ところで、日本は通則法施行により越境する売買契約においては、2007年（平成19年）1月1日から「世界標準」である売主の常居所地法が準拠法になったわけだが、中国は2007年8月8日に施行された07年規定でもこのような「世界標準」の規定が採用されることはなかった。この点は、中国は越境する売買契約の準拠法を「世界標準」にすることに遅れていたと評価できるわけで、本稿が指摘した問題は本来07年規定施行の際に解決してもよかつたはずである。中国では経済法分野でも、いまだ社会主義法から脱却できていない部分があるとも指摘されるが（高橋2015：167）、結局07年規定でも、「社会主義国の国際私法」を否定することができず、2011年の涉外民事関係法律適用法でやっとそれがなされたと評価できる。2011年4月1日以降、本稿が指摘した問題は立法的解決を

しているが、07年規定に、越境する売買契約に関して「世界標準」的な規定を導入しなかったという中国の立法態度は、なかなか社会主義法から脱却できず、経済法分野においても世界標準的な規定を導入できないという意味で、現代中国法を象徴していると評価しうる。

【参考文献・引用文献】

日本語文献（50音順）

- ・内田貴（2008）『民法Ⅰ 総則・物権総論』（第4版）東京大学出版会
- ・王家福＝江偉 [ほか]（1990）『現代中国涉外取引法論』法律文化社
- ・笠原俊宏（2007）「『法の適用に関する通則法』中の最密接関連法について」『大東ロージャーナル（大東文化大学）』3号，73-95頁
- ・川井健（2005）『民法概論2 物権』（第2版）有斐閣
- ・川井健（2006）『民法概論4（債権各論）』有斐閣
- ・木棚照一＝松岡博 [ほか]（2005）『国際私法概論』（第4版）有斐閣
- ・小口彦太（2010）「中国契約法における危険負担，違約責任及び契約解除の関係について」『比較法学（早稲田大学比較法研究所）』44巻2号，1-24頁
- ・小口彦太＝田中信行（2012）『現代中国法』（第2版）成文堂
- ・櫻田嘉章（2000）『国際私法』（第3版）有斐閣
- ・澤木敬郎＝道垣内正人（2012）『国際私法入門』（第7版）有斐閣
- ・滋賀秀三（2003）『中国法制史論集（法典と刑罰）』創文社
- ・楠元純一郎（監訳），江利紅（翻訳者代表），朱勇（編）（2016）『中国の法律』中央経済社
- ・徐瑞静（2015）「国際私法における特徴的給付の理論について——密接関連性原則と関係を中心として——」『現代社会研究（東洋大学）』13号，121-130頁
- ・高橋孝治（2015）「中国会計法における資格者必置制度」『日中社会学研究（日中社会学学会）』23号，159-170頁
- ・高見澤磨＝鈴木賢（2010）『中国にとって法とは何か——統治の道具から市民の権利へ（叢書 中国の問題群3）』岩波書店
- ・高見澤磨＝鈴木賢 [ほか]（2016）『現代中国法入門』（第7版）有斐閣
- ・張青華（1997）『中国涉外関係法』商事法務研究会
- ・山田鎌一＝佐野寛（1998）『国際取引法』（新版）有斐閣
- ・横山潤（2012）『国際私法』三省堂
- ・我妻榮＝有泉亨 [ほか]（2005）『民法1 総則・物権法』（第2版）勁草書房
- ・我妻榮＝有泉亨 [ほか]（2009）『民法2（債権法）』（第3版）勁草書房
- ・早稲田大学孔子学院（編）（2010）『日中民法論壇』早稲田大学出版部

中国語文献（ピンインアルファベット順）

- ・陳信勇 [ほか]（編著）（2010）『民法』浙江大学出版社
- ・杜瑞平（2003）「簡論中国国際私法立法」『山西省政法管理干部学院学報』第16巻第2期，30-33頁
- ・江平（主編）（2015）『民法学』（第3版）

- 中国政法大学出版社
- ・劉保玉（2007）『物權法学』中国法制出版社
 - ・李双元＝欧福永〔ほか〕（2007）『中国国際私法通論』（第3版）法律出版社
 - ・梁慧星＝陳華彬（2007）『物權法』（第4版）法律出版社
 - ・羅思榮（主編）（2008）『民法』浙江大学出版社
 - ・馬原（主編）（1996）『中国民法教程』中国政法大学出版社
 - ・馬志強（2010）「中国適用最密切聯繫原則的特質分析」『広東教育学院学報』30卷4期，14-18頁
 - ・糜毅華＝王柯（2013）「最密接關係原則在中国的構建与完善」『湘潮（下半期）（中共湖南省委党史研究室）』2013年3期，45-46頁
 - ・蘇朋册（2006）『民法総論』法律出版社
 - ・田曉云（主編）（2010）『国際私法』北京大学出版社
 - ・王利民（主編）（2010）『民法』（第5版）中国人民大学出版社
 - ・王利民＝楊立新〔ほか〕（2008）『民法学』（第2版）法律出版社
 - ・王青松（2009）「我国涉外合同法律適用的新展開——《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》述評」『新疆大学学报（哲学・人文社会科学版）』37卷3期，52-56頁
 - ・謝振民（編著），張知本（校丁）（1999）『中華民國立法史（下冊）』中国政法大学出版社
 - ・趙相林（主編）（2014）『国際私法』（第4版）中国政法大学出版社
 - ・章尚錦＝杜煥芳（主編）（2014）『国際私法』（第5版）中国人民大学出版社
 - ・許光泰（1989）『中共法制論』台湾・臺灣商務印書館
- 注)
- 1 「通則法」施行前には、「法例（1898年（明治31年）6月21日公布．同年7月16日施行）」という法律が国際私法を担っていた。
 - 2 しかし、「法律適用条例」は，改正により「涉外民事法律適用法」と名を変え，台湾で現在も施行されている（田曉云 2010：43）。
 - 3 国際私法における「最密接關係」という用語は，「最密接関連」と呼ばれることもある．本稿では，原則として「関係」という表現を行うが，引用の原文が「関連」と表現している場合には「関連」と表現する場合もある。
 - 4 売買の目的物が不特定物だった場合は，目的物の特定の際に所有権が移転している（最判昭和35.6.24民集14卷8号1528頁）。