

中国涉外不法行為法に関する立法私案

A Legislative Proposal to Chinese Foreign-related Tort Law

殷 駿
YIN Jun

目次：

はじめに

I 主観的連結（当事者自治）

II 原則的連結

III 例外的連結

IV その他の規定

おわりに

はじめに

中国では、現在、民法典の制定作業の一環として、国際私法に関する規定の改正が進められている。すでに、筆者は、2002年12月に公表された「中華人民共和国民法（草案）」（以下、民法草案という）における不法行為に関する抵触規定について紹介し、若干の検討を加えた¹が、本稿では、民法草案に対する批判的な検討を踏まえるとともに、別稿で考察した不法行為準拠法に関する中国での学説上の諸議論を参考として²、中国のあるべき不法行為準拠法規定について立法試案を提示することを目的としている。

ところで、不法行為の準拠法決定について定める民法草案第9編第8章は、硬直した従来の不法行為地法主義を柔軟化するために、例外的連結の設置や特殊不法行為に関する準拠法規則を精緻化するなど、新たな抵触法ルールを採用している。この点は確かに評価に値する。

しかしながら、草案は全体から見ると次のような問題を抱えていると思われる。すなわち、①不法行為一般について被害者を弱者ととらえ、いわゆる弱者保護の観点から、実質的に被害者に有利な法の適用を優先する連結政策を採用しているが（78条、91条）、そのように被害者を一般的に弱者と位置づけることが適切か。②草案は、弱者保護を主な法目的としつつ、他方で、連結点の最密接関係性を

¹ 拙稿「中国民法草案における不法行為の準拠法について」岡山大学法学会雑誌59巻2号（2009年）346頁以下参照。

² 拙稿「不法行為準拠法に関する近時の中国学説 - 「最も重要な関係の原則」と弱者保護を中心に - 」岡山大学社会文化科学研究科紀要29号（2010年）53頁以下参照。

追求しているが、いったい両方の法目的が草案においてどのような位置づけになっているか、また両者の相互関係はどのようなものであるかについて、草案では明確ではない。このような不明確さから、たとえば、78条で決まる実質的に弱者に有利な法と79条によって決まる最密接関係地法が一致しない場合にいずれの法によるかという問題が生じうる。③草案は、不法行為地法主義の一般的回避条項につき、アメリカにおいて有力な「最も重要な関係の原則」を採用している（79条）。しかし、草案は、連結点の重要性の判断について、アメリカの第2次リステートメントが本来意図している趣旨から離れて、単に連結点の量的な集中度を基準としており、この点で同原則の誤解があると思われる。④草案の多くの条文が、裁判官に過度の裁量権を許している（78条、79条、80条、83条）ほか、各連結点が所属する法域の実質法の調査や比較考量まで要求している。しかし、いまだ資質の面で不十分な点が多く、現行の国際私法規定に関しても誤用や濫用が見られる中国の裁判官に、高度の自由裁量権を認めて、外国実質法の調査および比較考量を要求することは明らかに時期尚早に思われる³。⑤草案は、選択的適用（78条、91条）、裁判官の裁量的な法適用（80条）などの準拠法決定方法を採用しているため、予め客観的に準拠法が決まらない規定が多数見られ、法的安定性や当事者の予見可能性の点で問題が多い。また、第8章の体系構成上、条文間の適用関係についてもなお不明確であり、実際の運用時に混乱が生じることが予想される。そして、草案がこれら多くの問題を抱えるのは、不法行為準拠法決定の柔軟化にあたって、中国の学説上も同じような誤解⁴が存在していることにも原因がある点は、個々で指摘しておく必要があるであろう。

不法行為の準拠法決定について、連結点の最密接関係性と抵触法上の被害者保護（具体的妥当性）は、いずれも重要な価値といえる。しかし、ほとんどの不法行為事件では、一方的に被害者の利害を優先して考えるのではなく、当事者間の権利・義務関係の均衡に配慮するのが妥当な立場であろう。また、法適用の安定性、当事者の予測可能性は、不法行為準拠法の決定においても、重要な価値である。そこで、最新の立法である、ヨーロッパにおける「契約外債務の準拠法に関する規則」（2007年）、いわゆるローマⅡ規則（以下では、ローマⅡ規則という）および、日本の「法の適用に関する通則法」（2006年）（以下では、法適用通則法という）を参考としつつ、中国の民法草案について、以下のような修正の提案を行うことが本稿の目的である。

以下では、まず修正の私案を掲げ、その立法趣旨について述べることにしたい。なお、民法草案83条ないし92条では、いわゆる特殊不法行為に関する個別規定が置かれているが、紙幅の関係もあり、本稿では検討の対象外とした。

³ もっとも、後述する私案によれば、法廷地法の累積適用（82条）、当事者による法廷地法の選択（81条）が削除されることとなるため、外国法が適用される場面が増加することが予想される。しかし、これらの場合の外国法の適用は、単に一国の法が対象となるにとどまり、複数の外国法の比較考量などといった複雑な作業は不要である。

⁴ 中国学説上の問題点の詳細については、拙稿・前掲注(2)53頁以下参照。

私案78条「草案78条」(一般規定)(修正)：不法行為は、不法行為地の法による。不法行為地には、不法行為の行為地と侵害結果の発生地が含まれる。不法行為の行為地と侵害結果の発生地の法律が異なるときは、侵害結果の発生地の法律による。ただし、その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、行為地の法による。

私案82条「草案80条」(共通常居所地法による例外)(修正)：78条ないし81条の規定にかかわらず、不法行為の加害者と被害者が同一の国に常居所を有するときは、その常居所地法による。

私案83条「新設」(既存の法律関係による例外)：78条ないし82条の規定にかかわらず、不法行為によって、加害者と被害者の間に存在する法律関係が侵害を受けたときは、不法行為は、以前から存在していたその法律関係の準拠法による。

私案84条「草案79条」(より密接な関係を有する場合の例外)(修正)：78条ないし83条の規定にかかわらず、不法行為の過程全般から、不法行為が78条ないし83条によって定まる準拠法の所属国とは別の国と明らかにより密接な関係があることが明らかな場合には、不法行為はその別の国の法による。

私案85条「草案93条」(不法行為準拠法の適用範囲)

民法草案93条の規定を維持する。

以下の草案の規定は削除する。なお、私案では、79条(道路交通事故)、80条(生産物責任)および81条(マスメディアによる名誉毀損)の個別規定を置くことを予定している。

「草案81条」(当事者の合意による法廷地法の適用)

「草案82条」(法廷地法の累積的適用)

「草案94条」(賠償責任の免除および制限)

I 主観的連結(当事者自治)

中国の現行法上、契約法の分野では、当事者自治の原則が一般的に導入されている⁵。これに対して、不法行為法では、現行法上はまだ認められていない。そこで、民法草案81条は、当事者が合意によって法廷地法を選択することを認め、限定的であるが、当事者の意思による準拠法決定、いわゆる準拠法の主観的連結(当事者自治)を導入している。学説においても、不法行為法の分野に当事者自治を採り入れることについては、賛成が多数といえる。

⁵ たとえば、中国民法通則145条1項は、「涉外契約の当事者は、法律に別段の規定があるときを除いて、紛争の処理に適用する法律を選択することができる」としており、海商法269条は、「契約の当事者は、法律に別段の規定があるときを除いて、契約に適用される準拠法を選択することができる」としている。

(1) 「当事者自治」導入の理由

学説上、不法行為について当事者自治を認める理由としては、次の点が挙げられている。すなわち、①不法行為地法主義の例外として、共通属人法や「最も重要な関係地法」の適用が認められるとすれば、当事者自治も不法行為地法主義を柔軟化するための一手段として認めることができる⁶。②実質法において、被害者は損害賠償訴訟を取り下げるなどの任意の処分が許されている以上、抵触法上も当事者間の合意によって不法行為準拠法を決めることを認めない理由はない。③不法行為の多くは被害者・加害者間の問題であり、実質法上のそれと同じように、当事者が彼らの合意によって不法行為準拠法を決めたとしても、第三者の権利を害することはあまり起こらない⁷。④通常、当事者が合意する法は法廷地法であるから、裁判所にとって調査が難しい外国法の適用を回避することができ⁸、裁判官の負担も軽減され、迅速な紛争解決に資する⁹。⑤当事者自治を認めれば、当事者の法適用についての予見可能性が高まる¹⁰。また、少数意見ではあるが、当事者が選択指定できる範囲を民法草案81条のように法廷地法に限定することなく、外国法を選択も認めるとする立場からは、「当事者自治を認めることで、法廷地実質法と外国実質法は平等に選ばれることになり、法廷地と外国の不法行為実質法の発展に資する」¹¹などの理由がそれである。

(2) 批判

しかしながら、不法行為債権は、契約とは異なり、そもそも当事者の合意とは関係なく、いわば偶発的な事故から生ずるものであるから、その成立および効力の準拠法を定めるにつき、当事者の意思に連結点を求めることを必要としない。たしかに、裁判官の負担の軽減や外国法調査の回避などは立法論上全く理由がないわけではないけれども、いずれも便宜的な理由にすぎず、当事者自治を認める積極的な理由とはならないと思われる。また、民法草案81条は、当事者による法廷地法を選択のみを許しているため、当事者自治を認めることは法廷地法適用の増加という結果となり、これは実質上法廷地法主義に後退するもので、内外国法平等の理念からは問題があるといわざるを得ない。以上から考えると、不法行為の準拠法決定について、当事者自治を認めることは妥当ではない。そこで、私案では、民法草案が認める当事者による準拠法を選択（81条）を削除することを提案する。

私案によれば、不法行為地法主義の例外として、共通属人法（私案82条）、附従的連結（同83条）お

⁶ 許軍珂「論侵權領域的当事者自治の原則」（中国青年政治学院学報、2006年第3期）112-113頁。

⁷ 秦瑞亭・他『国際私法』（南開大学出版社、2008年）239頁。

⁸ 趙相林『中国国際私法立法問題研究』（中国政法大学出版社、2002年）366頁、または、趙相林・他編著『国際私法』（中国政法大学出版社、2007年）（朱子勤）305頁。

⁹ 許軍珂・前掲注(6)112-113頁は、さらに内部的理論根拠として被害者に準拠法選択の権利を認めるのは、弱者保護によるものであることを挙げているが、私見は、被害者による準拠法の選択は両当事者による合意とは言えないとして、当事者の自治の理論根拠ではないと思われるため、本文中にはあえて挙げないこととした。

¹⁰ 許軍珂・同上。

¹¹ 秦瑞亭・他・前掲注(7)書・240頁。

よび一般回避条項（同84条）、さらに特殊不法行為として交通事故、生産物責任、名誉毀損に関する特則を設けているので、これらの規定によって決まる準拠法とは別の地の法を選択する必要はほとんど考えられないであろう。

II 原則的連結

1 不法行為地法主義の原則的維持

民法草案78条は不法行為準拠法の決定について不法行為地を原則的連結点とし、不法行為地法主義を基本原則として維持している。中国では、不法行為準拠法の一般原則については、不法行為地法主義を将来の立法においてもなお維持すべきとする見解が学説上通説である。その根拠としては、不法行為地法主義は、法規分類説の提唱者たるバルトルス以来の不法行為準拠法決定の定則であり、世界各国で一般に広く採用されていることである。今日でも、多くの国が、なお不法行為地法主義を一般原則としている¹²。また、不法行為地法主義は、不法行為地の主権を尊重し、国際法上の「領土主権の優先的適用」の原則に合致する。不法行為地法を適用し、違法な行為に制裁を加えることは、不法行為地の公益の保護および維持に資するほか、不法行為地の社会秩序の維持も図ることができる。③裁判所にとっても、不法行為地法は、通常は確定が容易である¹³。さらに、④不法行為地法の適用は、被害者および加害者にとって中立的であり、当事者の正当な期待と予見可能性を保護することができる。不法行為は、加害者に民事責任を負わせる制度である。行為者にとって予見可能なのは、自ら行為した不法行為地法による制裁のみである。したがって、不法行為地法の適用こそが、行為者に対して適切な警告を与えることができる。一方、被害者にとって、ある国に一旦入ったならば、彼はその国において生じうる全ての危険の下に曝されることになる。この危険には、誰かの行為によって損害を蒙る危険も含まれている。彼にとって、自分が蒙った損害についてその地の法により救済を受けることは予め計算済みなのである¹⁴。このように、不法行為地法主義は、現在においても不法行為の準拠法として、十分な妥当性を有しているといえよう。現行の民法通則146条ならびに民法草案78条は不法行為地法主義を不法行為準拠法の一般原則としているが、この立場は私案においても原則的な準拠法として維持している。

¹² 金彭年「中国国際私法典示範法：侵權條款及其法理」（中外法学、1995年第4期、通期40）65-66頁。

¹³ 杜新麗『国際私法実務中的法律問題』（中信出版社、2005年）147頁。

¹⁴ 肖永平『中国衝突法立法問題研究』（武漢大学出版社、1996年）312頁。もっとも、責任保険がカバーする事故損害の場合には、事故地における加害者となりうる行為者の自由活動領域の画定や不法行為の抑止といった機能は必ずしも前面に出るわけではないため、不法行為地の社会秩序の維持といった政策面は重要ではなく、むしろ被害者の損害填補との関係が強いといえるかもしれない。しかし、偶発性という不法行為の特性から、すべての潜在的加害者が事前に責任保険に加入しているとはいえないであろう。

2 隔地的不法行為の場合の準拠法決定

1) 民法草案78条

草案78条後段は、不法行為が隔地的に起きたときの準拠法決定について、被害者に有利な法による規定している。これは、不法行為における被害者保護を図るものと考えられる。すなわち、裁判所は、不法行為地を構成する加害行為地と侵害結果発生地の内から被害者に有利な法を選び出し、それを適用するとするものである。比較法的にみると、中国の民法草案ほどはっきりと被害者に有利な法の適用を規定するものは少数である。この点、アメリカの第2次リステートメントを高く評価する中国の学界の傾向を考えると、この規定は、おそらく、リース教授が指摘したアメリカの司法実務において見られる「原告優遇主義 (favoritism to the plaintiff)」という傾向に影響されていると考えられる¹⁵。たとえば、アメリカの実務において近時採用されている交通事故の準拠法につき、端的に被害者にとって最も妥当かつ公正な結果をもたらす法によるといった法政策である¹⁶。はたして、このような被害者保護を徹底し、他の諸利益を後退させ、場合によってはそれを無視する、このような準拠法決定方法は妥当なものであろうか。

2) 私案の立場

隔地的不法行為の場合の不法行為地の確定については、①行動地法説、②侵害結果発生地法説、③選択的指定説等の立場が考えられる。中国の学説では、①説をとる者は現在のところほとんどみられず、②説を採る学者も少数である¹⁷。一方、③説を正面から支持する者もあまり見られないが、被害者に有利な法の適用を支持する立場が通説的なものである点からみて、この説がかなり支持されているようである。③説はさらに準拠法指定の権限を裁判官に与える③a説（草案78条はこの立場を採用するものと考えられる）と被害者に与える③b説に立場が分かれる。前者については、次の点が指摘される。すなわち、「加害行為地と侵害結果発生地が異なるとき、わが国は、被害者に有利であることを原則とし、不法行為地法を確定すべきである。これは、わが国の憲法における弱者保護という原則の精神に合致するほか、今日の世界の潮流にも合致する」¹⁸、と。この立場に対しては、判断基準をより柔軟にするものも見られる。すなわち、行動地の規定と侵害結果発生地のそれとが著しく抵触するとき、人民法院は、いずれの法が被害者に有利であるかという要素に加えて、いずれが当該不法行為

¹⁵ See W. L. Reese, *Choice of Law in Torts and Contracts and Directions for the Future*, 16 Colum. Journal of Transnational Law, (1977) p.17. その理論根拠としては、たとえばワイントロープの「結果依拠理論 (consequences-based approach)」R. Weintraub, *Commentary on the Choice of Law (3rd)*, University Textbook Series, (1986) pp. 397-398. などがある。それに対して、シメオデニスは、多くの事件で原告に不利な法も準拠法として指定されていることから、アメリカの裁判所は原告好みであるという見方は誤解であると指摘している。See S. C. Symeonides, *The American Choice-of-law Revolution*, 298 Recueil des Cours (2002) p. 291.

¹⁶ See W. L. Reese, *ibid.* p. 21.

¹⁷ 金彭年・他編著『国際私法』（浙江大学出版社、2008年）（殷駿）242頁。

¹⁸ 韓徳培・他編著『国際私法問題専論』（武漢大学出版社、2004年）（肖永平）90頁。

事件と密接な関係を有するかという要素も判断基準に入れて総合的に考量した上で準拠法を決定すべきであるとする¹⁹ものである。要するに、この見解は、単に被害者に有利であるということのみを基準とするのではなく、当事者間の権利義務関係の均衡に配慮しながら、国際私法独自の立場から、事件との関連度についてのテストなども含め、より広い判断基準を用いようとするものといえる。しかし、被害者に有利な法と密接関係地法が一致しない場合に、具体的にどのように準拠法を決定するかについては触れていない。他方、③b説については、例えば次のような見解がある。すなわち、「不法行為の発生地によるかあるいは結果発生地によるかの選択および適用を被害者に委ねることが一層合理的であろう。なぜならば、裁判官が選択した法律は、必ずしも被害者の意思に合致するとは限らないからである」²⁰、と。しかし、不法行為の行動地および結果発生地自体がそれぞれ複数存在しうるし、また加害者にとって予見不可能で偶然的な地も存在しうるという点を考えると、被害者の保護のためとはいえ、被害者に不法行為地の選択を任せることは、被害者と加害者間の権利義務関係の均衡を崩すおそれがある。いずれにせよ、隔地的不法行為の場合の不法行為地の確定については、被害者に有利な法を適用するいわゆる選択的指定の方式を採用する民法草案78条の方式は、加害者の予見可能性を無視していること、被害者により有利な法の選定という困難な作業を裁判所が負担しなければならないこと、さらには被害者に有利であるか否かは争点ごとに異なる可能性があり、争点の分割(dépeçage)という理論上困難な問題を発生させるなど多くの問題点を指摘することができ、採用できない。

それでは、行動地法によるとする①説と結果発生地法によるとする②説についてはどうであろうか。現代不法行為法にとって不法行為の再発防止という抑止的な機能よりも被害者の損害の填補がより重要とされるようになっており、また、不法行為責任が損害結果の発生をもって成立することを考えると、②説が妥当であろう。ただし、この場合に、加害者の予見可能性の保護、当事者間の権利義務関係の均衡などから、結果発生地を不法行為地としつつも、加害者側の予見可能性要件を加え、結果発生地につき加害者の予見可能性がないと判断されるときに限って行為地法によるとするという方式がより妥当であろう。具体的には、日本の通則法17条の規定を参考とすべきであると思われる。

III 例外的連結

1 例外的連結の必要性

民法草案は79条で一般的な回避条項を定め、80条で例外適用の典型例として共通属人法による場合の例外規定を置いている。これらの規定は、不法行為地法主義を柔軟化するにあたって、ローマⅡ規則や日本の通則法など、近時の諸国の立法例においても一般的に見られるものである。

¹⁹ 李双元『国際私法(衝突法篇)』(武漢大学出版社、2001年)601頁。

²⁰ 杜涛・陳力『国際私法』(復旦大学出版社、2004年)414頁。なお、杜新麗・前掲注⑬書・150頁脚注①も同じ立場である。

2 一般的回避条項

1) 一般回避条項の必要性

民法草案は、日本の通則法とは異なり、一般的回避条項たる79条のほかに、80条に「共通属人法の場合の例外）として例外適用の典型例を定めている。このような例外則の規定の仕方については、日本では、「回避条項が必要となる場面はそれほど多くないであろう」²¹とする見解が見られる。しかし、このような評価は説得的ものではない。なぜならば、共通属人法がある場合でも、それよりも事案と密接な関係をもつ法が他に存在する可能性があり、そうした場合に共通属人法を適用することは、法律関係と最も密接な関係をもつ法を適用するという国際私法の基本理念に背く結果となるからである。この問題は、結局、回避条項を設けないことで達成される予見可能性および法適用の安定性と、回避条項を設ける場合に確保される最密接関係性のいずれを重視するかという価値判断の問題である。ここで考えるべきことはいかようにして両者をなるべく最大限に両立させるかということであろう。筆者は、法適用の安定性と予見可能性は原則的連結および明確に要件を規定した例外的連結によって基本的に保障し、最密接関係地法の適用は回避条項によって個別具体的に実現すべきであると考え。したがって、民法草案と同様に、例外的適用の個別規定を定めたいうえで、さらに回避条項を置くべきである。

2) 民法草案79条の問題点

民法草案79条は、一般回避条項として、「不法行為の過程全体から、当事者の国籍、住所、常居所、営業所その他の連結素が集中する地が不法行為事件により密接な関係を有するときは、当該最密接関係地法による」と規定している。同条は、アメリカの第2次リステートメント第145条の「最も重要な関係の原則」を参考にしたものと考えられる。79条を文言通りに解すると、ある地の法が例外的に不法行為地法の代わりに適用されるためには次の二つの要件を満たす必要がある。すなわち、一つは、その地に連結素が集中していることであり、もう一つは、その地が不法行為事件につき不法行為地よりも²²密接な関係を有することである。しかし、79条には次のような問題点を指摘することができる。

まず、いわゆる連結点の集中の方法は、形式的であって、「最も重要な関係」の判断基準としては適

²¹ 法例研究会『法例の見直しに関する諸問題(2)』NBL NO.85（商事法務、平成15年）40頁。

²² 79条はどこよりも密接な関係を有するかについては明記していない。しかし、同条が78条で採用された不法行為地法主義の例外規定たることから、「不法行為地」よりも密接な関係を有する地であると解することに異論はないであろう。ちなみに、79条とまったく同様の規定を採用している中国国際私法学会の「中国国際私法模範法」（以下では、模範法という。）113条の解説でも、『本条は不法行為地を除くほか、他の連結素が不法行為の法律関係に「より」密接な関係があるときに限って、そのより密接な関係地の法が適用される』と解釈されている。木棚照一監修・袁芸訳・中国国際私法学会編著『国際私法模範法（第6次草案）』（日本加除出版、2004年）99頁以下。

当とは思われない。この点、シメオニデスがすでに指摘しているように、単に連結点の数によって最も重要な関係をもつ地を決めるとするのは、裁判官の怠慢にすぎず、第2次リステートメント第145条および最も重要な関係の原則を誤用するものである。最も重要な関係の原則を正しく運用するには、第2次リステートメント第6条に列挙されている連結 (contacts) の基礎となっている法目的に対する洗練された論理的な評価が必要である²³。そして、第2次リステートメント第6条が「こうした連結は、特定の争点との関係において、当該連結の相対的な重要性 (relative importance) に従って評価される」と規定していることから、連結点が集中していない場合でも、特定の争点との関係で相対的な重要性をもつときには、最も重要な関係をもつ地と評価することは可能である。

次に、中国の現在の裁判所の実態から考えると、必ずしも涉外事件に精通していない中国の裁判官が、民法草案79条のような例外条項をどこまで正確に適用できるかについて疑問がある。中国では、依然として法廷地法主義の傾向が濃厚²⁴であるが、中国の裁判官が、中国法上の国際裁判管轄²⁵に基づいて裁判を行う場合、79条のいう「当事者の国籍、住所、常居所、営業所その他の連結素が集中する地」を巧みに解釈することで、実質的には事案との関係が密接とはいえない中国を「不法行為事件により密接な関係を有する」いわゆる「最密接関係地」として、法廷地法の適用を拡大するおそれすらある。

3) 私案の立場

上述の理由から、民法草案79条は以下のように修正される必要がある。第1に、回避条項の対象は、不法行為地法に限らず、共通常居所地法、附従的連結さらには特殊不法行為に関する規定をも含める

²³ See S.C.Symeonides, op.cit.note (15) p.122.

²⁴ 例えば、実務上、内国法志向 (home ward trend) が強いことは、涉外民事事件を多く受理している中国広東省の現状を一瞥すれば分かる。すなわち、涉外契約に関する事件ではあるが、広東省高級人民法院が2003年に結審した26件の涉外 (香港に関する事件を含む) 民事・商事事件の準拠法適用の状況は次の通りである。当事者の合意によって中国法を (契約の) 準拠法としたのは3件 (2003年) 粵高法民四終字第132号、第148号、第154号 (なお、右の粵は広東省の略称である)、不法行為を訴因として訴訟提起がなされたが、加害行為地と侵害結果発生地が一致しないため、裁判所が中国法を不法行為地法としたものが1件 ((2003年) 粵高法民四終字第99号)、当事者が合意で香港法を (契約の) 準拠法としたものの、裁判所が、香港法を適用すると中国の公序良俗に反するとして香港法の適用を排除した上、法廷地法である中国法を適用したものが5件 ((2003年) 粵高法民四終字第16号、第77号、第125号、第135号、第182号。)、当事者が契約の準拠法について明示的な合意をしておらず、裁判所が中国法を最密接関係地法としたものが11件 ((2001年) 粵高法民四終字第4号、(2002年) 粵高法民四終字第94号、第162号、(2003年) 粵高法民四終字第118号、137号、145号、164号175号、第178号、第193号。)、裁判所 (第一審を含む) が理由を説明せず、そのまま中国法を準拠法として適用したものが6件 ((2003年) 粵高法民四終字第7号、第117号、第133号、第142号、第153号、第177号) である。

²⁵ 中華人民共和国民事訴訟法29条-31条の規定によれば、不法行為につき、不法行為地と被告の常居所地また住所地に所在する人民法院が管轄権を有する。不法行為の被告の常居所または住所が外国にある場合には、中国人原告の常居所または住所地に所在する人民法院が管轄権を有する。ところが、当事者双方の常居所または住所がともに外国にある場合の管轄権については明文の規定は置かれていない。原・被告の双方にとって、常居所が住所より優先される。ただ、不法行為地が中国にある場合は、中国が裁判管轄をもつと考えられる。したがって、79条がいう「当事者の国籍、住所、常居所、営業所」の中の複数の連結点が中国に所在することは十分可能である。

べきである。第2に、民法草案のような連結点集中の方式に代えて、最密接関係性を総合的に判断する規定とすべきである。もっとも、回避条項はあくまでも例外的に適用されるものであるから、規定上も、その趣旨を示すことが必要である。そこで、具体的な立法形式については、ローマⅡ規則第4条第3項が参考になるように思われる。同規定は、「事件のすべての事情から、不法行為が第1項（不法行為地法）または第2項（共通常居所地法）に定められた国とは別の国と明らかにより密接な関係があることが明らかな場合は、その別の国の法が適用される」としており、私案もそれによっている。

もっとも、回避条項は一般的、抽象的な要件を掲げざるを得ないために、不安定さや曖昧で明確性を欠き、準拠法の決定に不確実性をもたらすことは否定できない²⁶。すなわち、「そもそも例外条項を置くとしたら、細かなルールを十分に作成し、例外条項が真の意味での例外としてのみ発動する態勢を整えるのでなければ、予見可能性を害する」²⁷といった批判を免れないであろう。もちろん、このような回避条項を採用する先進諸国の司法実務をみると、裁判官が渉外的事件の審理について一定の経験を有していることから、回避条項の柔軟性を正確に理解し、妥当な準拠法決定を行うことが期待できるのに対して、現在の中国の裁判官の素質はまだ十分なものとはいえず、裁判官による恣意的な裁量といった懸念を考慮すると、単に規定の文言のみでなく、解釈についても何らかの解釈基準を明確にしておく必要があると思われる。

そのような解釈基準としては、民法草案の立法者が参考としているアメリカの第2次リステートメントに倣って、たとえば「最も重要な関係をもつ地」を決定するために参考とされる第2次リステートメント第6条でリストアップされている諸要素を公式解釈として明示することも考えられよう²⁸。具体的には、第2次リステートメント第6条第2項の「適用され得る法規の選択に関連のある諸要素」のうち、「正当な期待の保護」、「特定の法分野の基礎にある基本的な法目的」、「結果の安定性、予測可能性および統一性」、「適用され得る法の確定および適用の容易さ」などが基準となりうる。このような基準を明示することは、裁判官の主観的あるいは恣意的な裁量を厳格に制限し、客観的で公正な判断を促進するであろう。

なお、最密接関係地法を判断する際に考慮されるべき要素はいつの時点におけるものかが問題となるが、この点については、事案に応じて具体的妥当性が確保されるべきである²⁹から、とくに制限を置く必要はないと思われる。

²⁶ 西賢「英国1995年国際私法（雑規定）法」姫路法学第23・24合併号65頁以下。または高杉直「ヨーロッパ共同体の契約外債務の準拠法に関する規則（ローマⅡ）案について」国際法外交雑誌・103巻3号（2004年）9頁。

²⁷ 奥田安弘「国際私法の現代法化に関する要綱中間試案について」中央ロー・ジャーナル第2巻第2号3頁；奥田安弘「スイス国際私法典における若干の基本的諸問題（2・完）」北海道法学論集40巻3号（1990年）174頁。

²⁸ このような考慮要素を明示する方法としては、中国に特有な法適用指針である「最高人民法院司法解釈」によるものが考えられる。この司法解釈は、下級裁判所に対して拘束力を有するから、実質上法源の役割を果たしている。

²⁹ 日本の通則法20条について、小出邦出夫ほか「国際私法の現代化に関する中間試案補足説明」『法の適用に関する通則法関係資料と解説』別冊NBL110号（商事法務、平成18年）191頁。

3 類型的な例外的連結

1) 共通属人法

(1) 共通属人法の根拠

民法草案80条は、現行の民法通則第146条第1項後段を独立の規定にしたものである。草案80条は「不法行為の加害者と被害者が、同一の国籍を有し、または同一の国もしくは地域に住所もしくは常居所を有するときは、両者の共通の本国法、住所地法または常居所地法によることもできる。」としているが、共通属人法はすでに現行法でも採用されている。このように不法行為準拠法として共通属人法を適用することは、中国の学者から一般的に支持を得ている。その理由は、①当事者の国籍または常居所が同一であるときは、両者が共通する属人法をとにも知っている場合が多く、当事者双方は、自分たちの共通属人法に従って、紛争を処理・解決する権利を有すること³⁰、②不法行為訴訟の主な目的は損害賠償であり、損害賠償額は一国の経済発展のレベルと密接にかかわっており、当事者の共通属人法を適用するとすれば、当事者にとって納得しやすいこと³¹、③共通属人法を適用すれば、多くの場合、判決の国際的な承認及び執行に便利であること³²、④当事者の共通属人法を適用しても、法廷地の公益や第三者の利益を害することは考えられないこと³³、などである。

(2) 「共通属人法」の意味

現行の民法通則第146条第1項後段は、共通属人法の連結点として国籍と住所を挙げている。しかし、学説上、この点に対しては次のような批判がある。すなわち、国籍と住所は、従来から属人法決定の基準とされてきたけれども、国際的な人の流動がますます頻繁になっている中、当事者と本国との繋がりは次第に薄くなっており、また、外国に永住しているような場合には、本国との間に実質的な関連が全く存在しないという事態も多くなっている。また、住所については、住所の認定には当事者の永住の意思が必要とされる法制が少なくなく、こうした永住の意思の認定は場合により非常に困難である。こうした、国籍および住所の問題点を克服するために提唱されたのが常居所である。常居所の認定には、当事者の永住の意思のような主観的要件は必要とせず、ある地に一定期間居住している、または居住していたという客観的な事実を持って足りるとされている。したがって、常居所を共通属人の基準とすることは、裁判実務上も認定が比較的容易であり、特に住所の認定に比べて裁判官の負担が軽減されるとともに、法適用の安定にも資すると思われる³⁴。

³⁰ 李旺『国際私法』（法律出版社、2004年）255頁、秦瑞亭・他・前掲注(7)書・243頁。

³¹ 趙相林・他編著・前掲注(8)書（朱子勤）305頁。

³² 金彭年・前掲注(12)66頁を参照。

³³ 汪路「涉外侵權行為法律適用規範的立法思考」（科技諮詢導報、2007年NO. 22）131頁。

³⁴ 汪路・同上。

民法草案は、共通属人法による例外的連結の連結点について、現行の民法通則146条の国籍と住所に常居所まで加えている。これは、準拠法決定における柔軟性をより広く確保するという民法草案の精神に由来する者が考えられるが、このような方法はかえって法的安定性や当事者の予見可能性を害するおそれがあり、妥当ではない。学説が指摘するように、国籍および住所と当事者との本質的な牽連の希薄化、そして住所の認定の困難さを考えると、共通国籍法および共通住所地法が常に不法行為地法よりも事案と密接な関係をもつといえるかには疑問がある。人的交流のグローバル化あるいはボーダーレス化が進んでいる今日、当事者双方が同一の外国に常居所をもつ場合に、彼らの共通本国と本人との結びつきに比べて、日常的な生活の面では共通常居所の方が密接な関係を有するといえるであろう。ましてや、現代不法行為法制度の指導理念は加害行為に対する制裁から被害の公平な分担に移行しており、社会的な意味での損害の配分という点からしても、共通本国に対する共通常居所の優越的地位は明らかであろう³⁵。したがって、私案82条では、国籍および住所を連結点から削除し、共通常居所地法のみを共通属人法による例外とすることを提案したい。これによって、法的安定性と当事者の予見可能性をより確保することができると思う。

(3) 共通属人法の適用

共通属人法の適用に対しては、一定の条件を課すべきであるという有力な見解が見られる。つまり、共通属人法の適用結果が、不法行為地法などの原則的な準拠法の適用結果に比べて当事者にとって妥当³⁶であり、かつ当該不法行為が不法行為地の公益または第三者の利益を害さない場合でなければ、共通属人法が存在しても適用されるべきではないというものである³⁷。民法草案では、このような見解を考慮して、共通属人法を「適用することもできる」としている。これは、すなわち、共通属人法が存在する場合でも、裁判官は必ず採用しなくてもよいことを意味する。つまり、中国の裁判所は、個々の事案の具体的な状況によって共通属人法を柔軟に適用することができ、いわば共通属人法の適用について裁量権を持っている³⁸。しかし、一体どのような基準に基づいて共通属人法の適用を排除するかという基準については、立法者からの公式な解釈は示されていない。この点について、学説では、当事者間に共通本国または共通住所がある場合であっても、「中国の裁判所は、個々の事案の実際の状況に基づいて、訴訟の便宜ならびに公正および判決の域外における承認と執行に有利である等の事情を

³⁵ 中野俊一郎「渉外的道路交通事故と共通属人法の適用－ドイツ判例理論の展開－」神戸法学41巻1号（1991年）158頁。

³⁶ 例えば、ドイツに常居所を有するドイツ人同士が日本を旅行中に、当事者間のトラブルで他方が負傷したというような場合がその一例である。詳細は、秦瑞亭・他・前掲注(7)書243頁を参照。

³⁷ 劉仁山・他編著『国際私法』（法制出版社、2007年）（劉衛国）258頁を参照。

³⁸ 程宗章「涉外侵權行為的法律適用」（天津商学院学報、第19巻第5期、1999年9月）64頁、馬志強「一般侵權行為法律適用的最新發展及中国的實踐」（天中学刊、第19巻第4期、2004年9月）28頁、および杜新麗・前掲注(13)書149頁を参照。

十分に考慮した上で、当事者の共通属人法を適用せず、不法行為地法を適用する³⁹⁾と解されている。また、不法行為地の公益および第三者の権利が侵害されたかどうかを判断基準とすべきとする見解⁴⁰⁾も見られる。後者の見解は、不法行為地との関連性を重視するものである。

共通属人法は本来当事者が熟知し、事件とより密接な関係をもつ法として例外的に適用されるといふ趣旨において、一般回避条項と共通する面を有する。したがって、民法草案の起草者も80条の共通属人法の採用について実質的に適切であることを要件としていない⁴¹⁾。とすると、共通属人法と最密接関係地法のいずれによるか問題となる⁴²⁾。確かに、共通属人法だからといって必ず適当な準拠法とは限らないという民法草案の起草者の懸念⁴³⁾は理解できる。とくに、属人法を共有する当事者間に、不法行為当時には、法的・事実的なつながりがなかった場合には、その法によることは偶然的である⁴⁴⁾。しかし、民法草案の規定は、裁判官に大幅な裁量を認めるものであり、準拠法の予見可能性の点で問題が大きい。そこで、私案では、当事者間に共通属人法がある場合には原則的にそれによることとし(私案82条)、常居所が偶々一致した場合など、事件と明かにより密接な関係をもつ法が他に存在するときに、私案84条の一般的回避条項によってその適用を排除することになっている。

2) 附従的連結

(1) 附従的連結の必要性

中国においても、いわゆる附従的連結の採用に賛成する見解が有力である。契約に関連して発生した不法行為について契約の準拠法によるとすれば、準拠法適用の予見可能性と紛争解決全体の一貫性が確保されること⁴⁵⁾、当事者にとって自らの権利の保護および実現に有利であり、また裁判所にとっても事案をより簡易・迅速に解決できること⁴⁶⁾などがその理由として挙げられている。このように考えると、立法においても附従的連結を採用することは十分に考慮に値する。しかし、民法草案は附従

³⁹⁾ 金彭年「国際私法上侵権行為的法律適用」(法学研究、1998年第3期)136頁。

⁴⁰⁾ 劉仁山・他編著・前掲注37書(劉衛国)258頁を参照。

⁴¹⁾ もっとも、実質的妥当性を重視しているアメリカの裁判実務においても、不法行為準拠法につき、当事者間に共通属人法が存在すれば、たとえその法が被害者に事故地法に比べて不利である場合でもためらわずに適用されており、共通属人法の適用がその適用結果いかにかわらず当然に不法行為地法より優先するという傾向がみられる。See S. C. Symeonides, *op. cit.* note (15) pp. 187-188. ただ、理論根拠はともかく、シメオニデス自身も、共通属人法の役割を不法行為地法適用の例外とする点には賛成である。Ibid. p. 190.

⁴²⁾ 共通属人法への例外的連結を賛成するカーン・フロイントも共通属人法が存在するすべての場合においてそれへの連結を認めるのでなく「sometimes」という語を用いている。とりわけ責任の認定や賠償請求権の存否を左右するときとくに慎重を要する。See O. Kahn-Freund, *Delictual Liability and the Conflicts of Laws*, 124 *Recueil des Cours* (1968) pp. 77-78.

⁴³⁾ 日本の法制審議会の議論においても同旨の指摘がみられる。小邦出夫ほか・前掲注29書・59頁。

⁴⁴⁾ 国友明彦「契約外債務に関するドイツ国際私法の改正準備(3)」大阪市立大学法学雑誌38巻3・4号(1992年)668-669頁。

⁴⁵⁾ 許軍珂・前掲注(6)112-113頁。

⁴⁶⁾ 趙相林・他編著・前掲注(8)書(朱子勤)297頁。

的連結について何ら明文の規定を設けていない。確かに、草案79条の解釈によって、附従的連結もそれに含まれていると解することも不可能ではない。しかし、附従的連結は契約と不法行為との請求権競合問題の回避といった機能も有しており、最密接関係地法の追求をその目的とする一般回避条項と射程が一致するわけではない。また、裁判官の裁量の余地を少なくするという観点からも、一般回避条項とは独立して附従的連結に関する規定を置くことが適当と思われる。そこで、私案では、附従的連結について独立の規定を置くことにしている（83条）。

(2) 私案の立場

附従的連結の方式については、①スイス国際私法第133条第3項のように、自動的に契約準拠法を不法行為の準拠法として適用するもの⁴⁷がある一方で、②当事者自治に委ねて、当事者の選択に任せるべきであるとする説⁴⁸、さらには、③附従的連結につき、自動的に契約準拠法によるのではなく、裁判所が準拠法の適用結果から被害者に有利な法を準拠法とすべきであるとする説⁴⁹なども見られる。この点、前述したように、当事者自治および加害者の予見可能性を無視した過度の弱者保護に反対するという私見の立場からは、②と③の見解を採用することはできない。したがって、①の立場が妥当と考える。

なお、中国国際私法学会の模範法115条⁵⁰は、前記③の見解を採用している。すでに述べたように。この見解は、一方的に被害者に有利であることを基準とすることで、とくに加害者の予見可能性との関係で問題がある。そこで、被害者側に過失がない場合に限り、契約準拠法を不法行為の準拠法として訴訟提起する権利を認めるべきであるとする修正論⁵¹が見られる。しかし、被害者側に過失があったかどうかは準拠実質法による判断を待たざるを得ず、理論的に循環論に陥ることとなり、やはり支持できない。

附従的連結の要件は、第1に、当事者間に存在する契約関係は必ずしも有効である必要はないが、当事者による準拠法の選択が存在しかつそれが有効であることである。そして、第2に、不法行為が同時に契約違反を引き起こしていることである⁵²。契約締結上の過失のように、契約関係が成立する以前であっても、当該関係に基づいて附従的連結を認めるかどうかについては議論の余地がある。このような事実上の関係は契約関係のように一般的に想定することが困難なことから、この場合には、附

⁴⁷ 秦瑞亭・他・前掲注(7)書245頁。

⁴⁸ 徐冬根・薛凡『中国国際私法完善研究』（上海社会科学院出版社、1998年）63頁。

⁴⁹ 趙相林、他編著・前掲注(8)書（朱子勤）297頁。

⁵⁰ 模範法115条（本来の民事上および商事上の関係にかかわる不法行為）：不法行為の加害者と被害者の間に本来民事上および商事上の関係が存在するとき、当該法律関係に適用されるべき法が被害者にとってより有利であるときは、当該法を適用することができる。

⁵¹ 秦瑞亭・他・前掲注(7)書245頁。

⁵² 許軍珂『国際私法学』（法律出版社、2006年）214頁。また、同旨の見解について徐冬根・薛凡・前掲注(4)書・297頁。

従的連結ではなく、一般的回避条項（私案84条）に委ねるほうが妥当であろう。

(3) 共通属人法との適用関係

例外規定としての共通属人法と附従的連結との適用関係が問題となるが、一般に、契約関係という法律関係との結び付き、いわゆる法的な埋め込みは共通常居所という社会的な埋め込みよりも事案および当事者と密接な関係を持つと解されていることから、附従的連結が共通常居所地法への連結よりも優先すべきである。そこで、私案83条では、「78条ないし82条の規定にかかわらず」と定め、同条が共通属人法（82条）に優先することを明らかにしている。

4 法廷地法の累積適用

1) 現行法

中国においては、不法行為準拠法に加えて法廷地法を累積的に適用する理由について次のように主張されている。すなわち、①不法行為は法廷地の公序および公益と密接に関係しており、単に不法行為地法のみを適用するのは十分ではない。あるいは、②先進諸国の国際私法立法においても、法廷地法の累積適用を維持する立法例が多数存在する⁵³などである。そのため、民法通則第146条第3項も、「中華人民共和国の法律が、中華人民共和国の領域外で発生した行為を不法行為として認めていない場合は不法行為として処理しない。」としている。このように現行規定が法廷地法の累積適用を明文で規定しているのは、旧ソ連の立法から強い影響を受けたためといわれている⁵⁴。もっとも、ロシアは、2002年の民法典第1219条で、法廷地法の累積適用をすでに廃止している。

2) 民法草案82条

民法草案は、82条で「中華人民共和国の領域外で発生した不法行為について、適用すべき法律が外国法である場合において、当該外国法による不法行為の認定および損害賠償額の確定が中華人民共和国法と抵触するときは、これを適用してはならない」とし、いわゆる法廷地法の特別留保規定を維持している。この特別留保規定は、現行の民法通則146条の規定を維持したうえで、法廷地法が適用される事項をより具体的に定めている。すなわち、渉外的不法行為の成立および効力について、外国法の適用結果が中国の実質法に抵触するときは、当該外国法の適用を排除し法廷地法たる中国法が適用されるのである。

⁵³ 丁偉・陳治東『衝突法論（第2版）』（法律出版社、2005年）105-106頁、李双元・前掲注①9書・585-589頁。

⁵⁴ 杜涛・陳力・前掲注②0書・415-416頁を参照。旧ソ連1964年民法典第566条：損害の発生によって生じた債権の権利と義務は、損害賠償の請求が基づく行為または状況の発生した地の法律による。損害の発生によって生じた債権の双方向的な権利と義務は、もし双方はソビエト連邦の公民または組織であれば、ソビエト連邦の立法による。もしも損害賠償の請求が基づく行為または状況は、ソビエト連邦の法律によって違法とみなさないときは、外国法を適用してはならない。

(1) 外国で発生した不法行為

82条は「中華人民共和国の領域外で発生した不法行為について」と規定し、法廷地法が適用される不法行為を「外国で発生した不法行為」に限定しているように見える。このような規定は、特別留保規定を採用する諸国の立法例⁵⁵には見られない。条文を文字通り解釈すると、次のような問題が考えられる。第1に、不法行為が外国で発生したか否かの確定は必ずしも容易ではない。特に、隔地的不法行為の場合を考えると明らかである。第2に、中国国内で発生する不法行為でも外国法が準拠法とされる可能性があり、この場合には法廷地法が累積適用されないのかという疑問が生じる。おそらく、この規定は、不法行為地法主義を前提とし、中国国内で不法行為が発生した場合には、当然に中国法が準拠法となると考えているものと思われるが、他の規定において不法行為地法主義が柔軟化されていることと整合しない規定となっている。

(2) 民法草案82条の限定的解釈

法廷地法の累積的適用に対しては、不法行為の成立を困難にし、被害者の保護に欠ける結果となるなどの批判があるため、民法草案82条についても、それを限定的に解釈することが考えられる。すなわち、一般的に中国法を累積適用するのではなく、中国国内法上不法行為として認められていないような特殊な損害賠償類型（例えば、英米法上の懲罰的損害賠償）を認めないとか、中国国内法が定める以上の損害賠償額についてその超過分を認めないなどに限定し、とくに加害者となった中国人が甚だしく高額な損害賠償責任を負うことがないようにしようというもの⁵⁶である。この点については、日本の法制審議会における通則法22条に関する審議においても、日本の企業の不安を解消するために、法例第11条第2項・第3項を維持することが議論されている⁵⁷。しかし、このような限定解釈は、内外人平等の原則に反するだけでなく、被害者が中国人である場合の救済が十分に期待できなくなるおそれがある。また、損害額の算定（quantification of damages）について厳格に法廷地法の定めに従うとすると、法廷地漁りを誘発する可能性があるという批判⁵⁸もある。

次に、内国との関連が薄い場合には、82条の発動は回避され、準拠外国法の要件が中国法と異なる

⁵⁵ ドイツ民法施行法第40条第3項、韓国改正国際私法第32条第4項、日本通則法第22条などの最近の立法例で採用される特別留保規定は、外国法が準拠法となる場合を前提としており、不法行為の発生地が内国であるか外国であるかは問わない。

⁵⁶ この種の立法例として、スイス国際私法第135条第2項及び第137条第2項、韓国改正国際私法第32条第4項。もっとも、スイス国際私法は不法行為一般についての法廷地法による特別留保は採らず、その代わりに生産物責任や競争制限などの特殊不法行為に関する特則において法廷地法の適用を留保していることは注意を要する。

⁵⁷ 法制審議会国際私法（現代化関係）部会第25回、第26回会議事録を参照。

⁵⁸ R.J. Weintraub, *Rome II and the Tension between Predictability and Flexibility*, 41 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2005), pp. 564-565. もっとも、これはローマII規則の理事会提案11条e号に対する批判である。

場合であっても、その適用をも認めてもよいとする解釈が考えられる⁵⁹。たとえば、中国ツアーに参加したアメリカに常居所をもつアメリカ人間で、たまたま傷害事件が発生したような場合がこれにあたる。このような事例では、共通常居所地法であるアメリカ法を適用しても、中国の公序を害することにならないからである。たしかに、この解釈によれば、82条の適用範囲が大幅に制限され、不合理な事態を回避することができるが、条文の解釈としては無理がある。

さらに、一般的回避条項によって準拠法が定まる場合には、事案と最も重要な関係をもつ法が適用されることになるから、法廷地法によってその法の適用は妨げられるべきではないとする解釈が考えられる⁶⁰。しかし、①原則的連結（民法草案78条）にしる、②例外的連結（同80条）あるいは③一般回避条項（同79条）にしる、その適用の根拠は事案と最も密接な関係をもつことであるから、同じく最密接関係地法なのに、法廷地法の累積適用に関して、①と②の場合には法廷地法が累積適用されるのに対して、③の場合には適用されないとするのは、理論的に一貫しない。

その他、適用される法廷地法は内国の絶対的強行規定に限られるとするもの⁶¹や、特別留保条項を公序則の具体的な例示・確認規定と解する⁶²などの解釈も考えられるが、前者については、絶対的強行法規は、本来、特別留保規定の有無にかかわらず、必要に応じて自ら適用されるものであり⁶³、また、後者については、わざわざ公序則とは別に特別留保条項を設ける十分な理由とはならない。いずれにしても、これらの制限的解釈は、結局、特別留保条項を実質的に空文化し⁶⁴、それ自体を否定しようとするものといえよう。

(3) 私案の立場

以上のように考えると、むしろ、法廷地法の累積適用を定める民法草案82条は削除するほうが妥当であるように思われる。法廷地の公序を維持するためならば、民法草案でも公序則が設けられており、それによって十分に内国の公序を維持することは可能だからである。この点について、李双元教授も、「不法行為地法と法廷地法の累積適用という方法は理想的なものではなく」⁶⁵、公序則が中国の現行法規に置かれている以上、蛇足といわざるをえず、時代遅れであって、廃止すべきであると指摘している⁶⁶。

⁵⁹ 日本の通則法について、中西康「法適用法における不法行為 — 解釈論上の若干の問題について —」国際私法年報第9号（2007年）88頁参照。

⁶⁰ 日本法について、高杉直「法適用通則法における不法行為の準拠法 — 22条の制限的な解釈試論」ジュリスト1325号（2006年）60頁。

⁶¹ 中西康「不法行為の扱いについて」法律のひろば59巻9号（2006年）43頁。

⁶² 高杉直・前掲注6360頁；中西康・前掲注6741頁。

⁶³ 高杉直・前掲注6360頁。

⁶⁴ 高杉直・前掲注6360頁。

⁶⁵ 韓徳培・他編著・前掲注08書・（肖永平）89頁。

⁶⁶ 李双元・前掲注09書・604頁を参照。

なお、2010年7月1日から施行されている「中華人民共和国侵權責任（不法行為）法」第47条は、条件づきではあるが、生産物責任について懲罰的損害賠償を認容している⁶⁷。これによれば、法廷地法である中国法を累積適用する最も重要な理由とされる懲罰的損害賠償の問題は、実質的に解消することを意味し、ますます累積適用を認める理由はないように思われる。

日本の通則法では、法廷法の累積適用を維持した理由の1つとして、知的財産権侵害行為に関する特別の設置が見送られたため、アメリカ特許法の域外的適用に対抗する手段と考えられたとの指摘がある⁶⁸。これに対して、中国の民法草案では、知的財産権の準拠法については、不法行為の問題を含めて、第9編の第5章（57条-60条）で詳細な規定を置いている⁶⁹。したがって、日本の通則法のような配慮は不要である。

以上から、私案では、法廷地法の累積適用は採用しないことにしている。なお、民法草案82条を削除する場合には、「賠償責任の免除また制限は、不法行為が服する法によると同時に、事件を受理した裁判所の所在地法も適用される」とする94条も、もはや維持される理由がないから削除されるべきである。

IV その他の規定

民法草案93条は、不法行為準拠法の適用範囲について、「不法行為の成立、責任者およびその責任能力、責任の根拠および範囲、損害賠償請求権を有する者、賠償の方式および賠償の範囲、賠償請求権の譲渡および相続」が含まれると規定している。これは、「効率性の向上、手続きの簡略化の見地から、不法行為の法適用に準拠法単一の原則を採用すること、つまり、指定された準拠法が当該不法行為のあらゆる側面を支配すべきこと」⁷⁰を明確にするという趣旨に基づくものである。具体的な行為者の他に、その使用者（行政機関や事業者）にも不法行為責任が帰属するか否かの問題も本条の対象となることを明示すべきであるとする見解も見られる⁷¹。しかし、これらの問題も不法行為責任の成立の問題と考えられるから、とくに個別に規定する必要はないであろう。また、民法草案の起草者は、損害

⁶⁷ 中国不法行為法第47条：製品に欠陥があることを明らかに知っていながら、なお生産、販売を行い、他人を死亡させ、又は健康に重大な損害を生じさせたときは、被権利侵害者は、相応する懲罰的賠償を請求する権利を有する。条文の和訳は、森脇章・石黒昭吉「中華人民共和国不法行為法」法律時報82巻2号（2010）71頁より引用。また、1994年施行の「中華人民共和国消費者權益保護法」は、経営者に詐欺にあたる行為があったとされる場合、実際に発生した損失に当該商品の価額に相当する金額を加えるとしている（49条）。中国では、この規定は懲罰的損害賠償を認めたものとする見解が有力である。梁慧星「《消費者權益保護法》第49条の解釈与適用」人民代表大会複印報刊資料2001年第6期所収：寧立志・許多奇「試論消費者權益保護法の價值取向」法学評論1999年第4期60頁以下；王利明「懲罰性賠償研究」中国社会科学2000年第4期112頁以下など参照。

⁶⁸ 小出邦夫『逐条解説・法の適用に関する通則法』（商事法務、2009年）260-261頁。

⁶⁹ 拙稿・前掲注1）317頁以下参照。

⁷⁰ 木棚照一・袁芸・前掲注22書・111頁。

⁷¹ 董斯文・黃明晶「涉外民事侵權行為法律適用的新發展－兼評我國民法典草案之相關規定」（特区經濟、2004年9月25日）74頁。

賠償と差止め請求とを意識的に区別し、差止め請求は不法行為準拠法の適用範囲から除外しているように見える⁷²。この点に関しては、民法学者においても、中国では、差止め請求は一種の手続き法上の制度と解されていることによるものと思われる⁷³。このような中国法を前提として、私案も、民法草案93条はそのまま維持するとの立場をとっている。

おわりに

以上、本稿では、将来の中国国際私法典となる可能性がきわめて高い民法草案第9編の不法行為に関する条文案について私案を提示した。

民法草案が公表されてすでに9年間という歳月が経過し、今ようやく最終的な立法作業が進められ、2010年から2011年にかけて採択される方向に向けて動き出している。しかしながら、民法草案には、本稿で指摘したように、いくつかの問題点が存在している。本稿で提示した私案は、中国の裁判実務の現状を見据えて、より良い立法を目指したものである。今後の民法草案の審議についても、引き続き検討を加えていくことにしたい。

⁷² 郭玉軍・張鳳飛「詐欺損害賠償的法律適用及相關問題之探討 — 評『中華人民共和國民法（草案）』第9編第92条」河南省政法管理幹部学院学報（2004年第1期、通期82）25-26頁を参照。

⁷³ 肖建国「論訴前停止侵權行為的法律性質 — 以訴前停止侵犯知識產權行為為中心的研究」（法商研究、2002年、第4期）3頁以下、または「中華人民共和國民事訴訟法」第93条-第96条、第99条、「中華人民共和國商標法」第57条、および「中華人民共和國著作權法」49条等を参照。