

資 料

中国における商法通則立法に関する検討

陳 景 善

はじめに

- 一 中国における商法通則立法の必要性
 - 二 商法通則立法に関する学者の意見
 - 三 商法通則に対する立法設計について
- おわりに

はじめに

1978年の改革開放政策の実施による経済情勢の変化に伴い、中国ではこの二十年間商事法分野における立法を進め、商事法の整備をはかってきた。1979年の外資投資企業法からスタートし、1993年の会社法（2005年改正）、1996年の手形小切手法、1999年の証券法（2005年改正）、保険法（2009年改正）、2006年に破産法を公布して、これらの法律が現に中国の商事法体系を構成している。いずれの法律の制定においても諸外国の経験を学び、中国の実情に合わせる予定であったが、非常に拙速な作り方をしているため、予測できない経済情勢の変化をカバーできないという現象が生じた。そのため、実施においては一部の修正も加えているが、まだ実行性が乏しいという限界も表れている。そこで、2004年に中国法学会商法分会より、《商法通則》⁽¹⁾を制定して「通、統、補」⁽²⁾しようとする提案があり、さらにここ何年か学者より商法通則立法の提案があり、数多くの論文と議論が出ているが、まだ結論がないところである。そこ

(1) 《商法通則》というのは、《民法通則》と名称を統一して、商法通則が制定されてからすぐ世の中に馴染むことができるという考えである。

(2) 「通、統、補」は、中国商法学会の王保樹先生の見解である。即ち、商法通則を制定して商法の全分野が相互に繋がり、また統一的な指針の下に、具体的な法規がカバーできない部分を補足しようとする主張している。

で、本稿では中国の商事法について考察し、中国における商法通則の立法の必要性について検討したいと考える。

一 中国における商法通則立法の必要性

前述したように、1978年から今日に至り、中国では商事分野の法律の制定、改正に励んできたが、振り返ってみたところ、これらの法体系を指導する方針が足りないこと、一部の商行為の主体が規制の範囲から漏れていることが明白となった。そこで、商法学者より商法通則を制定しようとする呼びかけがあった。

本章においては、中国の各々の商事法が規制している商行為主体を取り上げ、今後《商法通則》を制定する必要があるか否かについて検討を試みたい。

1 会社法

中国の会社法は219条の条文により構成されているが、全条文をみると、公司類型として有限責任公司与株式有限責任公司について規定しており、2005年の改正会社法において一人公司と国有独資公司を認め、結合企業形態の一部としての子会社、支社などについて規定し、親会社について定義を置いてないが、今のところ支配株主に関する規定（217条）を適用している。つまり、これら以外の主体による行為について会社法は規制できない状況である。まだリーガルマインドを備えていない多くの中国の人々は正式に会社登録をせず、営業許可書なしに営業しているか、取引を行っている現象が未だに後を絶たないのである。これらの個人商人についてはやはり「営業」の概念を用いて規制する必要があるのではないかという主張がいくつか見られる。

2 外資企業法

周知のとおり、中国では改革開放政策とともに外資を誘致するために、1979年より《中外合資経営企業法》を始め、《中外合作経営企業法》、《外商独資企業法》およびその実施細則を公布した。文化大革命が終わったばかりの当初、中国はまったく商事法がない状況であったため、これらの法律は多くの外資系が中国に進出し、計画経済の跡を消し、会社を主体とする商行為が中国に生じる環境を造成した。その最も大きな意義は、会社という主体が享受する有限責任についても外資企業を通して確認できたことである。但し、2005年の新会社

法の公布後、その位置づけが問題となってきた。立法者によると、外資企業法と会社法を統一する方向をとるが、外資企業については外資企業法の適用を優先すると公表している。ただ、外資企業法には外資に対する優遇措置が多く、国内の商事主体との不公平が生じていた。特に、多くの地方においては偽外資企業が現れ、外資系企業の破産などの問題も生じ、法規を統一する必要性が益々増してきた。要するに、外資企業法は市場化に対応する法律がない状況の下では外国の投資家に法的環境をアピールする一つの手段として使われていたのが事実である。法規定と現実とのギャップの解消は法改正を通して実現しているが、法律間のギャップはどうするかの問題が現在中国では生じているおり、それを商法通則の制定をもって解決を図ろうとしている。但し、今後どうするかは立法者の検討課題である。

3 パートナースHIP（組合）企業法

1996年に中国ではパートナースHIP企業法を公布しており、2006年に改正した際に LLC（原語：「有限合伙企業」という）という概念を導入した。諸外国と同様に、起業の促進をはかる趣旨で同法について改正を行ったものである。同法は、ベンチャー企業の促進と、合同企業形態をとっている多くの投資ファンドを規制することに重点が置かれている。同法が規制する企業主体は主に、通常のパートナースHIP企業、有限責任のパートナースHIP企業（LLC）、特殊なパートナースHIP（LLP）形態である。

4 個人独資企業法

2000年1月1日より個人独資企業法が施行されている。同法2条によると、「個人独資企業とは、中華人民共和国国内に設立し、一人の自然人が投資し、財産は投資者個人の所有であり、投資者は個人財産をもって企業の債務に対し無限責任を負う経営実体である」と規定した。同概念からみると、個人独資企業は自然人でもないし、法人でもない。同法の施行により、多くの個人商人（原語：「固体工商户」という）に対して規制を課す法的根拠はできたわけであるが、個人商人が登録しないと個人独資企業法の規制対象にならないのが現実である。また、個人商人らは独資企業として登録しても大してメリットがないわけである。有限責任を負うわけでもなく、依然として無限責任を負い、更に懸念しているのは二重課税である。個人独資企業法は、「企業は法により納税義務を履行する」という抽象的な規定しか置いていないので、法人税、個人所

得税を二重に納めなければならないのであった。そこで、個人商人らは「個人工商戸」の状態のまま維持し、法人登録をしようとしめないのが現実である。「個人工商戸」の場合は、《城（都市）郷（農村）「個人工商戸」管理暫定条例》の規制を受けていた。同条例によると、「個人工商戸」は税金および管理費（工商管理局）を納めなければならないが、それでも二重の税金よりはコストが低いので、個人独資企業として登録しようとしめないのが実情である。しかし、よく問題を起こすのは個人商人であり、管理費を納めずに済ますために、路上に売り場を設置してあちこち移動しながら商売を営んでおり、この部類の商人が衛生問題を起こしたり顧客を騙したりして社会に被害を与えている。そこで、多くの学者によると商人階級を全部漏れなく規制するためには、商法通則が必要になるという。

小 括

確かにあらゆる商行為およびその主体の全部を規制し、法規制のギャップを埋めるためには商法通則のような基本指針が必要になると思う。しかし、これ以上法律を制定しないで、現有の法律をもって規制する方向で考えることも可能である。

例えば、2008年の9月に発覚した深圳舞王クラブ事件をみると、営業許可書などがない状態で何年間か営業したが、誰も気づいておらず、火事が生じて事件が起こったから調べたところ、何の許可も経ておらず不法に営業していることがわかった。中国国内でも商業がもっとも発達している深圳でさえまだ不規則的な商行為が存在しているので、他の地域ではもっとあるだろうといわれている。但し、商法通則があればこういう事件を防ぐことができるかというところでもない。工商行政管理がしっかりできていないというだけの話であり、工商管理規則をもって十分処罰できるはずである。現に、無免許営業者は行政および刑事処罰を受けている。路上の個人商人も同じであると思う。商法通則など抽象的な法律について理解するはずがない。もっとも、わかり易い商法通則を制定して普及すれば別の話であるが、これらの商人は組織ではないので、勉強会を開いてリーガルマインドを高めるには一定の難度があると思われる。

ご承知のとおり、商人は商業機会があればどこにでも入っていくわけである。金融危機に対する対応策として、昨年 of 年末から中国では内需を拡大する方針をとっており、国の補助の下で家電製品を安値で農村に販売している。早速、この「機会」を利用する商人が現れていた。もっとも安い値段で検定がな

い家電製品を売って消費者に被害を与えたという事件が早速起きている。しかし、こういう事件では、商人は通常売ってから姿を消してしまうので、商法通則があってもどうしようもないと思う。仮につかまったら、詐欺罪という刑法的処罰で対応できるわけである。そこで、筆者は、仮に立法者が商法通則を制定するのであれば実効性がある法律を作ることを勧めたい。

二 商法通則立法に関する学者の意見

前述したように、商法通則に関する立法問題が提起されてから多くの学者により議論が展開されている。代表的な意見としては次のようなものがある。①諸外国の商法典の立法状況に関する考察に基づき、商法通則において民法通則の構造をそのまま移してはならないという意見がある。現代商法の価値は、商法通則においては商行為の一般規則を主たる内容とし、そして商行為を営業行為として画定し、それをもって営業規則に基づく商法通則の構造を構築する。よって商法の適用上における難点の解決をはかり、大陸法系の商法典に存在する欠陥を克服することができる。さらに、民商合一の枠の下で、商法各法領域における協調および統一をはかることができるという指摘である⁽³⁾。

②中国における商法通則の立法はまだ時期尚早であるという意見である。同意見によると、現在商法通則の立法に関しては議論の段階にあり、多くの理論および実践の問題が解決されていないので、商法通則を制定しないで現在の民法典および商事特別法の立法モデルを維持した方がよいとの主張である⁽⁴⁾。③商法は技術性および論理性が強い特質を有している。商業詐欺行為および商法上信用を失う行為が頻繁に起こっている現実に照らして、我々はかつての商事立法モデルについて真剣に反省する必要があるという。即ち、過度に技術性を強調した規範は、中国の商法制度の唯一のルートではないという考え方である。将来の理想的な商法制度の構築は、法規範に対する設計の合理性を強化した上で、商法制度を整備し、且つその理論的構想を考慮しなければならない。商法の技術的規範と倫理的メカニズムを有機的に結合することによって市場経済の健全な発展をはかることができると主張する⁽⁵⁾。④比較法的角度からアメ

(3) 劉雲昇、「商法通則構造論」、河北法学2007年4月。

(4) 張宏偉、「商法通則立法可能性に関する分析」、泉州師範学院学報2007年1期。

(5) 趙万一ほか、「市場経済と法治論理」、河北法学2007年7月。

リカの《統一商法典》の立法特典について検討した学者がいる⁽⁶⁾。同学者によると、(i) 形式主義に反対し、(ii) 法典の柔軟性および開放性を強調し、(iii) 固有法を認める。つまり、商人が長い間商取引において形成してきた取引慣習および商業慣例を認めるという意味である。(iv) そして、目的解釈を広げていくとする。⑤中国の近代の民商立法のモデルについて検討した学者もいる⁽⁷⁾。彼らによると、(i) 民商法の発展は民商法の理論の進歩に基づく。民商法理論は、民商法とは何か、それは民商法体系、民商法制度の設計如何などの問題に関する一連の理論体系であるという。近代より中国では民商法理論に対して模索した学者がおり、それら近代の研究成果は民商法立法モデルに対して貢献している。民商法立法モデルに対する選択の論争において、民商法各々の特徴を認識し、私法としての性質について分析を加えた上で、中国の立法モデルについて更に検討および模索しなければならないと述べる。民商法立法モデル理論および実践において新理論を創出し、合理的な民商法体系を構築しなければならないと主張した。また、(ii) 立法機関の能動性を発揮させなければならない。立法機関は理論の論争において合理的要素を吸収し、判例を蓄積し、民商法立法の発展を促進する役割を果たさなければならないと強調している。⑥また中世の商人法の変遷について研究した学者もいる。中世期の商人法が現代商法の発展に重大な影響を与えているといわれている。グローバルな角度および自主独立的法律、身分関係を破って平等大同な精神を唱えている理念がいずれも立法に影響を与えているという。今日、自治的色彩を有している新国際商事法律体系を構築するためには、中世期商人法の特典は依然として無視できないと主張している。

小 括

本文で紹介したように、商法通則の立法について学者らの様々な意見が窺える。商事法の制定において中国では常に諸外国の経験を借りようとしている。しかし、商法通則の制定においては、諸外国の経験を借りるのも重要であるが、自国の商人、商行為、商慣習について十分分析し、商事判例に関する検討および蓄積を踏まえて前述の意見③で述べたように技術性だけを強調しないで、倫理のメカニズムを合わせた立法になればと筆者も考えている。なお、拙

(6) 孫新強、「米国統一商法典の立法特典を論ずる」、比較法研究2007年1期。

(7) 季立剛、「中国における民商立法モデルに関する近代立法モデルの三回論争について」、法学2006年6期。

速な作り方をとらず、②の主張が述べたように、現在の法体系を維持したまま十分な検討を踏まえて立法を考えるべきであるという主張に賛成したい。また、これには⑥の中世期の商慣習法に対する検討も重要であるが、もっとも基礎とすべきであるのは、⑤の中国近代の民商法体系および商慣習に関する研究であると考えられる。中国の商人はそれなりの長い歴史をもっているわけで、1949年に中華人民共和国が成立してから1976年に文化大革命が終わるまでの27年間計画経済体制の下で若干空白が生じただけである。実際、中国商人の歴史は長いので、史上における商人、商慣習について十分検討した上で中国の実情に合う商法通則を制定しなければならないと筆者は思う。

三 商法通則対する立法設計について

商法通則の立法において、商事主体、商事行為（商事行為の理論研究、商事代理、営業および商業機会）、商号（商誉、信用）、商事登記、商會をその枠組みとして学界は主に検討を加えている。

1 商事主体

商事主体に関する表現は様々であって、各国は異なる立法および異なる商事理論に基づいて分類している。中国では商事主体の組織形態により個人商人、法人商人、組合商人に分けている⁽⁸⁾。これらの商人の中で前述したように、法人商人、組合（パートナーシップ）商人（1996年の組合企業法、2006年改正を経てLLCを導入）は法規制がほぼ整っている⁽⁹⁾、問題が生じた場合に規

(8) 趙旭東編，《商法学》，高等教育出版社，2007年3月版，31頁。

(9) 中国の民法通則によると、法人は企業法人、機関法人（公務機関）、事業単位法人（国の機関傘下の所属部門であるが、機関ではなく、構成員も公務員ではない。例えば、社会科学院は国の知恵袋といわれているが、国の機関ではなく、事業単位法人である。）および社会团体法人など四部類に分けられる。その内、企業法人は商法人の範囲に含まれ、事業単位法人は特殊な状況の下で商事登記を経て商法人になる場合がある。中国では原則的に機関法人が商法人になることは禁止されている。公的機関がかりに投資を行う場合は、国家の投資部門または授権を得ている投資機構を通して投資することができる。その他、本文で述べたように、まだ会社法の規制をうけていない外商投資企業と全民所有制企業、集団所有制企業が並立している。ただ、これらの法人については将来的には公司法人を主として、全民所有制企業および集団所有制企業が並存す

制の対象として捉えやすいが、主に問題となっているのは個人商人である。ここで若干中国における個人商人の構成をみることにする。

①固体工商戸。中国の民法通則26条は固体工商戸について、「自然人が個人財産または家庭財産を経営の資本とし、法により認可登記され、且つ法定の範囲内において非農業性の経営活動に従事する個人または家庭である」と規定している。固体工商戸は伝統的な個人独資企業の形態と基本的に似ているが、現に中国では雇用人数によって区分している。実質的な差異があるわけではない。

②農村請負経営戸。農村請負経営戸とは、農村集団経済組織の構成員として、法律が許している範囲内において、農村請負契約によって、集団所有の土地およびその他生産資源を使用して独立に商事経営活動に従事する一人またはいくつかの家庭により構成された農家のことをいう。農村請負経営戸になる要件としては、農村集団の構成員であり、請負経営契約を結んでから、商事経営活動に従事することができるというものである。基本的に前述した固体工商戸に似ている。農村と都市における個人商人形態に関する呼び方が異なるが、これは、商人の生まれ方が異なるだけである。

③個人独資企業。個人独資企業とは、一人の自然人が投資し、企業の資産を個人が所有且つ支配し、投資者は個人財産をもって企業債務について無限責任を負うという営利性の経済組織である。前述したとおり、中国ではすでに《個人独資企業法》が公布されているが、二重課税の問題が存在しているので個人商人らは適用しようとしめないのが現状である。上記、①と②で紹介した固体工商戸と農村請負経営戸は所得税を払うだけで、法人税は発生しないし、責任を負う形態において①、②、③の形式はいずれも無限責任をとるので、個人独資企業の形態をとってもメリットがないというのがその理由となる。ただ、個人独資企業法を制定するときには、将来的にはこれらの商人全体を個人独資企業法をもって規制しようとする趣旨があった。しかし、どういう整合の方向をとるかについてはまだ検討されていないので、放置状態にある。

④商品売買に従事する特殊取引者。例えば、一つは、路上商人、町中を遊走する商人（遊走商人）、工房などの「小商人」であるが、この部類の商人は工商管理局に見つかった場合は管理費を払うが、見つからなかった場合は商売を続けており、商業道徳を守らないので社会的問題（衛生、環境、詐欺など）と

る形を取ろうとしている。

なる。また、現代社会の発展により新たに現れた訪問販売、インターネット取引、割賦などの無店舗販売を行う取引者の規制における法律適用の問題が生じた。例えば、最近多くの家庭では、あるとき突然訪問販売業者が訪れるという場面に遭遇している。訪問販売業者は、あるメーカー或いは電器屋の証明書類をもって掃除機などの製品をいくつか持ってきて販売しようとしている。しかし、販売するとは言わず、販売促進活動をやっているという理由で、何かわけのわからない説明の後、もしこの掃除機が欲しければメーカーの売り値の半額で売るといような勧誘をする。このとき騙されて買えば、大部分の製品はすぐ故障する、故障しても保証がない、売った者は姿を消している（筆者が直接会った実話）。これらの部類の商人については日本ではすでに昭和51年に「訪問販売等に関する法律」が制定され、平成12年に無店舗販売以外にも同法の適用領域を拡大した現実に基づいた改正をし、「特定商取引に関する法律」と名称を改めた経緯がある⁽¹⁰⁾。中国でも抽象的な商法通則を制定する前にまず必要なのは具体的な商人レベルに基づく、詳細な法規定が必要であることを実感している。

2 商行為

周知のとおり、商行為の立法と理論については、フランスを代表とする客観主義、ドイツを代表とする主観主義、日本を代表とする折衷主義が存在している。中国では商行為という概念を立法においては使用しておらず、商法理論の研究において使う概念であるという認識があった。商行為概念についてはいくつかの主張がある。例えば：

- ①商行為とは、商事主体が自己の意思に基づいて資本の増加を追求して法により実施する各種の活動である。
- ②商事行為とは、商主体が従事している営利を目的とする経営行為である。
- ③商行為は、商事主体が商事上における権利および義務関係において生じた設立、変更、終止に関する法律行為であり、事実上は商事主体の対外経営行為である。
- ④商行為とは、商主体が営利を目的とし、その趣旨は商事法律関係に係わる設立、変更、または消滅についての経営的行為である⁽¹¹⁾。

(10) 江頭憲治郎，《商取引法》第五版，弘文堂，平成21年2月140頁参照。

(11) 前掲注（8），42頁。

これらの見方をみると、いずれも折衷型をとっているが、それぞれ表現が異なるだけである。また、商行為をなす主体について商事主体という概念を使っている。商行為についてどういう立法手段をとるかの議論がされているだけでなく、主体についても商人というべきか、商人というときに、企業はどうするかなどの立法技術の問題に直面しているので、商事主体という用語を使っている。

現在のところ、商行為に関する立法において、商行為を一般的商行為と特殊の商行為に分けることが多く、商行為の規制については、中国の契約法と日本の商行為法の規定が例として取り上げられる場合が多い。例えば、商事代理、商事流質、交互計算、営業および営業譲渡についてはほぼ日本の商行為規制が紹介されている。

3 商号および商事信用

商号の保護については、従来知的財産の角度から商号と商標について研究した論文が多い。一部の学者は、商号概念、商号権の性質、商号の特徴、商号の機能などについて検討し、《商号法》の制定まで提案した⁽¹²⁾。なお、最近営業譲渡における商号譲渡について論じられた論文もいくつか見られている。主に日本の営業譲渡規制を紹介し、真似ているところが多い。営業譲渡における商号を続用するか否か、譲渡人の義務、譲受人の義務、営業財産の範囲、またこれらの行為と係わる商業信用の問題について、いずれも現実に実例が現れたので、いち早く解決をはかる必要がある。単なる現在の「工商管理条例」に基づくだけでは一部の不正行為を起こす商人が法の適用を逃れ、一部の業種の社会的信用が失墜され、健全な経済秩序の維持に影響を与えている。例えば、現在多くの美容院、スポーツクラブ、ゴルフ場が会員制を実施し、現に会員勧誘をしている。しかし、会員になって何ヶ月も立っていない内に経営者が変わることが多い。その中には店を畳んだ場合もあり、その前に何の説明もなしに消えてしまう現象もあり、営業譲渡を行い商号を続用して店の名前などが外観上変わっていないが、前の会員証が突然無効になって顧客に被害を与えるという事例も数多く存在している。営業に関する規制をみると、国家工商局が公布した《営業許可証の使用に関する通知》、《破産法》25条、26条、61条、73条、74条、

(12) 張運曉ほか、「商号権と商標権の衝突およびその解決」、社会縦横2006年第8期、宋海偉ほか、「我が国現代商号制度の整備」、法治論壇2007年第1期参照。

75条, 80条, 89条, 98条において営業という概念が出ており, 69条において始めて営業譲渡という概念が出ている。その他, また《營業稅暫定條例》とその《實施細則》がある⁽¹³⁾。

4 商業登記および商会立法

その他商事登記および商会立法に関する議論が表れている。商業登記について新たな認識をしようという主張がある。つまり, 今までの商業登記は一つの行政的許可手続きとして認識されてきたが, 実際商業登記は行政的な確認行為であるという⁽¹⁴⁾。そこで, 今後の商事立法において商業登記の公示と取引安全保護をその根本的な目的とし, 行政的色彩を弱め, 真の情報開示機能を強化しようとする動向がある。

また自主的組織としての商会の位置づけについてもいくつかの議論があり, 計画経済体制が残した身分立法体制を徹底的に変え, 商会の法的位置づけを明らかにすることによって, 政府の補助的手段として, 商事主体および対象の利益を保護することにより, 社会主義経済発展におけるその役割を果たさせようとしている。ただ, これには商会の管理メカニズム, 自治規範と内部サンクションメカニズム体制, 職務の履行における手続きおよび権利救済などの方面に関して, 立法と司法両方において技術的に扱う必要がある。

小 括

本文の内容をみるとわかると思うが, 商法通則の立法について現在は学者が呼びかけている段階に止まっている。中国商法学会の有力な学者らは日本を含む諸外国に考察団を派遣して経験を借りようとしていた。中国では商法通則に関する検討において日本を真似ているところが多いが, 本章の内容をみると, 日本のように総則, 商行為を分けるのではなく, 商法通則に全部まとめようとしている。立法機関は学者のこうした呼びかけに対し, 意見書に基づいて動くとし, 観望している状態である。

実際, 本章で生じた問題については, 《工商登記管理方法》などの工商管理法規をもって十分対応できるわけである。中国の法律条文をみると, 「法律, その他の行政法規による」という語句がよくみられる。つまり, 法規で対応で

(13) 朱慈蘊, 「商法における営業規制の地位」, 清華法学2008年第4期参照。

(14) 中国法学会, 2007年論文集商法研究動態に関する総合論述, 4頁以下を参照。

きない部分をやはり行政管理部門の行政法規をもって補っている。但し、工商管理規定を商法に取り入れて、散在している商規範を統一し商法体系を整備する必要性を実感しているわけである。こういう角度からは筆者も商法通則の立法について賛成したい。

おわりに

本文で述べたように、中国では現在商事立法体系の整備においてある程度成果を取めている。ただ、商法通則という商法体系をリードする指針がないことに注目が集まった。勿論、本文で述べた法規定間のギャップ、法が現実に行っている商行為全体をカバーできない現象があって、商法通則のような全面的に網羅できる法規範の必要性も感じられる。但し、通則というのは、大辞泉を引くと「法規などで、全体にわたる規則、つまり総則」なので、抽象的な法律を制定して実行性がない状況が続けるか、それとも全体を総括する法規制を制定する前に、具体的に人々がわかり易い法律を制定して守らせることに重点を置くかの問題を所詮解決しなければならないと思う。勿論、具体的な法規定が多いと、法規重複するか、どちらかわからない状況が明らかに生じる。ただ、現在の中国においては、拙速な法律の制定と、迅速に発展する市場経済とのギャップを解決するには、国民全体のリーガルマインド、司法機関の実行能力を高めることがもっとも重要であると考えられる。