



Title	(3) 中国における先例システム確立の意義と段取り : 比較法的視座から
Author(s)	張, 騏
Citation	北大法学論集, 58(2), 403 [893]-444 [934]
Issue Date	2007-07-31
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/28034">http://hdl.handle.net/2115/28034</a>
Type	bulletin (article)
Note	シンポジウム
File Information	58(2)_403-444.pdf



[Instructions for use](#)

### (三) 中国における先例システム確立の意義と段取り

——比較法的視座から

張 騏\*

(坂口 一成 訳)

#### 一 名を正す (序に代えて)

中国共産党の一六回全国代表大会の報告は次のように指摘する。すなわち、「社会主義的司法制度は社会全体における公平と正義の実現を保障しなければならない。公正な司法および厳格な法執行の要求に照らし、司法機関の機構配置、権限分配および管理制度を調整し、さらに権限と責任の明確化、相互協力、相互制約、パフォーマンスの高い司法システムをさらに健全化する。裁判機関と検察機関が法により独立して公正に裁判権と検察権を行使することを制度的に保証しなければならない」と。

先例システムは、裁判機関と検察機関が法により独立して公正に裁判権と検察権を行使することを保証する重要な制度である。それは裁判所の判決を土台として形成され、一定の法的効力および内部的つながりを持つ非公式の法源体系

である。筆者が本稿で論じる先例システムと、筆者が以前の論稿で提起した中国は判例法を採用すべきとする基本的観点および考え方は一致している。ただ、「先例システム」(precedent system)と「判例法」(case law)という表現よりもいっそう適切であり、また先例システムはテクニカルチームとして、判例法よりも中国の法治建設のコンテキストにより適しているにすぎない。その具体的理由は次の四点である。①先例システムは判例法よりも具体的である。②判例法が歴史的にコモン・ローの伝統と密接不可分につながっているのに対し、先例システムはおおよそ発達した法体系であれば有する重要な構成要素であり、<sup>①</sup>何らかの特別な法的伝統に依存するものではない。③「先例システム」はそれに対する政治的または学問的な不必要な猜疑心を減らすことができる。④「先例システム」であれば、実際の運用はより容易になる。

また私見では、「案例」という表現は「判例法」よりも適切ではない。具体的理由は次の四点である。①ある事柄、ある現象またはある行動に関する人々の表現ないしは呼び方は、それらの命名(naming)または限界づけ(delimitation)であり、人々の具体的実践と密接につながっており、人々の行動の方向性を示している。<sup>②</sup>「案例」、「判例(法)」、「先例システム」は人々の社会活動の産物であり、それらが指し示すことは同一の現象である。すなわち、人々が司法活動に従事した産物(および行為)であり、異なる表現は、こうした活動に対する人々の異なる態度および行動の方向性を示すため、重要である。③案例の意味、性質および機能についての人々の理解は、すでにかなり固定化されている。案例とは、裁判所が事件を審理した後の範例であり、主には法を理解する補助的方法として法学教育および法学研究の領域で用いられている。もちろん、実務においても指導・啓発作用を発揮しているが、案例自体は法源ではなく、何ら法的効力を有さない。「案例」という表現を主張する学者も、実際はこのような意味で用いている。<sup>③</sup>④中国の法治建設のさらなる展開に伴い、現在、これまでの案例とは異なる先例システムの構築が差し迫って必要となっている。それは一

定の法的効力および内部的つながりを持つ非公式の法源であり、実務においては重要な積極的役割を果たし得る。

本稿は中国が先例システムを採用する必要性、直面している難題およびその解決方法を検討すると同時に、張氏が「判例法」<sup>4</sup>「質疑」で提起した問題について私見を述べる。読者諸氏のご教示を賜れば幸甚である。

## 二 先例システムの必要性、機能、性質および中国特有の重要性

### (一) 先例システムと制定法の関係から見る先例システムの必要性

張氏によると、「判例法の誕生は法制度の不十分さと皇権と密接な関係がある」、「法制度の絶え間ない整備および民主主義制度の発展に伴い、判例法の地位も次第に低下する」<sup>5</sup>。こうした見解は歴史の発展の実際とは合致しないと思われる。司法先例または判例法はコモン・ロー系の主な法源 (primary source)<sup>6</sup> だけではなく、多くの中国の学者が制定法 (成文法) 国家であると考えている市民法系にも大量に見られる。EC、EUの成立に伴い、ルクセンブルクに置かれたヨーロッパ裁判所の判例は、EU諸国の重要な法源となっている。

先例システムがあらゆる発達した法体系に普遍的に存在する理由は、一国の法体系におけるその必要性にある。まず先例システムの必要性について逐一議論していこう。以下で論じる先例システムの必要性は、主にそれと制定法との比較であり、とりわけ市民法系、いわゆる成文法国家の背景における比較である。

### 一 先例システムによる制定法の補充

市民法系において、先例システムは法典ないしは制定法の欠缺を補填するために用いられる。ラテン語でいう、先例

システム（原作者のいう *customary law* は判例法を意味する。以下同じ——筆者）は *praeter legem* (beyond the statute) であり、先例法は制定法を補充する<sup>(7)</sup>。

なぜ先例システムで制定法を補充する必要性があるのか？先例システムはどのようにして制定法を補充しうるのか？私見では、先例システムにより制定法を補充することは、法により事を行うことを追求するあらゆる社会においては必然的なことである。法の欠缺は不可避であり、もし法に依拠しなければならぬとすれば、裁判所または裁判官が法の精神、原則に基づき形成した司法先例により事件を審理しなければならぬからである。アメリカの法学者ルウエリン (Llewellyn) はこの点を具体的に分析しており、彼によると、立法機関が指示していない部分（またはそうした指示が変化した情勢および情勢の変化により生じた衝突によりひっくり返されたとき）に、ある種の先例システムが登場する。これは次のような理由による。まず、裁判官の裁判業務は効率を追求しなければならず、ハードケースの裁判は非常に困難なことであるが、従前の判決に従えば、仕事はとても楽になる。また、叡智にあふれる裁判官は人々から尊敬され、その判決は他の裁判官に必然的に影響力を及ぼし、他の裁判官たちは類似の事件に遭遇した際に同様の判決を出すべきと考えるであろう。例えば、アメリカの著名な裁判官カードゾの判決は非常に影響力があった。

張氏によると、「真の法の欠缺は立法者に端を発する。つまり、真の法の欠缺は裁判官ではなく法にあり、裁判官は法治の原則の下では既存の法原則・内容を突破することはできない。まさに判例が現行法の内容・原則を変えることができないことはまた、判例が法の真の欠缺を補填できないことを決定する」。しかし、問題は次の点にある。第一に、「真の法の欠缺」と一般的な法の欠缺は何が異なるか？第二に、どのような法体系であれ、欠缺はある。これは争いのような事実である。第三に、裁判官は既存の法原則を破ることはできないが、既存の法規定を破ることはできる（詳しくは後述。犯罪と刑罰については例外であろう）。これも事実である。例えば、賈国宇が北京国際スプレー剤有限公司、

龍口市厨房設備工場、春海レストランに損害賠償を求めた事件において、北京市海淀区人民裁判所は原告が主張したが、被告は法的根拠がないとした精神的損害賠償の請求について、制定法に製造物の欠陥による精神的損害賠償を認める規定がないにもかかわらず、被告に対して精神的損害賠償の支払いを命じ、もって法の欠缺を補い、法の価値——正義を実現した。第四に、裁判官は法の原則の指導の下で、先例により新しい法規範を定立することにより制定法の欠缺を補填することができ、またそうすべきである。先述の事案の場合は、先例により、その他の地方で製造物の欠陥のため精神的損害を受けた当事者が精神的損害賠償を得られるよう裁判官を導くことができる。第五に、司法の先例により制定法を補充することは、やむを得ない事情であるのみならず、積極的な法発展の形態となり得る。対外経済貿易大学法学院の梅夏英助教授によると、現在、旧来の民法典は概念法学上の総攬的地位を失い、立法はさらに細かく分化したため、判例が新しい法を生み出すソースとなり得る。判例が新しい法源であることはフランス、ドイツではすでに事実であり、これは中国でも正しく、また必然的な選択肢である。先例システムにより制定法を補充することの正当性は、先例システムの第二の必要性と密接に関連している。

## 二 先例システムによる正義の実現

正義の実現における先例システムの必要性は次の二点である。まず、先例システムは連綿と具体的事案において抽象的規範を具体的に適用することを通じて、正義を実際生活において具体的に実現させる。類似の事案に同様の判決を下すことは、正義実現の基本原則である。<sup>(12)</sup> 他方、抽象的な法規範と具体的な生活の間には、根本的な衝突が存在する。というのは、制定法は生来的に抽象的・概括的であるため、それはある種の活動の余地を必然的に伴い、ここに裁判官が正義を理解し、当事者が正義を感じるための障壁が生まれるからである。制定法の単純な適用により、一方において

は裁判官が法の内容を含む生活素材——先例の抛り所を喪失し、他方においては、この正義実現の基本原則が感じられなくなっている。判決結果に対し、当事者は自然に、どうして判決はああではなく、こうなんだ、という疑問を持つことになろう。関連する具体的事案との比較がなければ、当事者は制定法に表された正義を理解しがたい。先例システムは連綿と具体的事案において抽象的規範を具体的に適用することを通じてこうした衝突を解決し、よって正義を実際の生活中に具体的に実現させる。

上述の裁判官による制定法の単純適用の問題は、かなりの程度において仮定にすぎず、実際の生活においては普遍的な現象ではない。というのは、裁判所と裁判官は常日頃、事案を審理する際には判例（ないしは案例と呼ばれるもの）を用いているからである。一九七九年に全国人大が「七法一条例」を公布・施行してから今日に至るまで、中国の各級人民裁判所は様々なランク、名称の「案例集」の編纂に取り組み、また実際に使用してきた。このことは別の側面から先例システムの重要性を示している。この点については、これは「案例集」ではないか、なぜ無理矢理「先例システム」に結びつけるのだ、という疑問を持つ読者がいるかも知れない。これは「名を正す」ためであり、実際に先例の役割を果たし、決して「啓発」にとどまらない案例を、名実合致するように先例として裁判業務の重要な地位に位置づけ、「名」と「実」を合致させるためである。他方では、当事者間の公平のために、彼らに裁判官が事案を審理する際の実際の抛り所を知らしめ、正義を感得させ、司法裁判を「目に見える正義」にするためである。この点については後に詳述する。

次に、先例システムは制定法の規定を変えることにより正義を実現する。<sup>(14)</sup>別のラテン語の格言を用いれば、先例システムは *contra legem* (against the statute)。これは、制定法が公正さを著しく欠く場合に作用する。先例システムは裁判官が法を適用した結果にすぎないかもしれないが、今日では、反対に法律を廃止している。このことはロジックに合

	法自体(law as such)	制定法(enacted law)
ラテン語	ius	lex
スペイン語	derecho	ley
イタリア語	diritto	legge
フランス語	droit	loi
ドイツ語	Recht	Gesetz
トルコ語	hukuk	kanun

わず、また違法ではないのか？ここで、一部の民族における法を表す文字を考察すれば、先例システムが制定法を廃止・修正することは、ロジックに合わず、違法である、というわけではないどころか、逆に条理に合致することであることが分かる。ヨーロッパとアジアの人口がわりあい多い民族のうち、中国語と英語を除き、<sup>15)</sup> いずれも二つの言葉を用いて、それぞれ「法自体」と「制定法」を表している。

二列目の法のほとんどは同時に正義、正しい、正当、権利の意味もあり、一般的な法にあたり、三列目のほとんどは特に具体的な制定法を指す。この理解によると、司法機関が下した、正義と正当の理念に合致する司法決定も法であり、法自体の表れである。そのため、不公正な制定法条文を変える資格があるのだ。<sup>16)</sup>

張氏によると、「法に至高の権威があるか否かは、法治の真偽を測る基本的なバロメーターである。……法治原則においては、判例の抛り所が法律に反することは許されず、法律規定と一致していなければならない（もちろん、依拠し得る相応の条項がない場合には、少なくとも適用する法律の原則および基本的精神と一致すべきである）」。ここには次のような問題がある。第一に、「法に至高の権威があるか否か」により法治の真偽を測定することは、一定のコンテキストのないしは条件を前提とする。法治社会において法の至高の権威は政治権力に対して、あるいは（まさに）立法権に対してである。<sup>17)</sup> 第二に、法治社会において、法律条文は絶対至高のものではなく、法律の上にはさらに公正や人種の尊厳があり、法律条文に揺るがしのような権威があると見る見解は、基本的に一九四〇年代の第二次世界大戦前の法実証主義の観点である。第二次世界大戦後、人々はもはや、制定法条文自体がそれ自体の正当性(justification)、



正統性 (legitimacy) を形成することのできる唯一の根拠であるとは信じなくなった。第三に、法治原則は裁判官が法の価値、原則、精神に基づき不公正な法律条文の効力を制限し、さらには事実上廃止し、または法律上その無効を宣言することを排斥しないばかりか、このことはまさに現代の法治と憲政の基本的要求のひとつでもある。これは公正に對する法治のリアクションであり、法治社会にあつては当然のことである。第四に、さらに進んでいえば、昔プラトンが述べた「法律は杓子定規な医者のようにだ、病状が異なる病人に同じ処方箋を出す」というのと同様に、制定法には十分さ、抽象的、不確定的などの欠点があり、もし公正などの法の価値、また法体系内部の制約を受ける先例システムの補助を認めなければ、権力、金銭または個人の恣意に左右されることになる。第五に、張論文を通観すると、氏は実際には制定法と法を同一視していることが分かる。氏のように法を単に制定法と位置づける観点は、基礎理論から見ても、法を国家意思を表す立法機関の産物と見ていることになる。こうした見解は現在の法治の発展のニーズおよび法の発展の實際に合致しなくなっている。我々は法の概念を改めて理解し直すべきである。先例システムもその実、一種の法である。我々は既存の法の定義に縛られるべきではない。既存の内容が事物の外延を決めるのではない。その実、事物の外延が事物の内容を決めるのである。<sup>18)</sup>「家庭」についての人々の限界づけが、実際には家庭の實際上の外延の発展に伴い発展してきたのと同様に。

### 三 具体性と柔軟性による制定法の適用の促進

制定法、法典法は先例システムによる連続的な適用の繰り返しの過程において、柔軟性を獲得するため、先例システムは具体的・柔軟な制定法の適用の一助となる。具体的には、まず、司法機関は抽象的な法規範と具体的事案の主な「調停人」である。<sup>20)</sup> 裁判所は一般共同体の法の理解を公平に反映するであろうとする推論を基礎として、先例を宣言

する。裁判所は特定の実際の事実を基礎とし、具体的な問題を眼前に置き審理を進め、原告と被告の双方が存在し、一定の訴訟手続がある。これらの要素により、裁判所は具体的、全面的に判決を下すことができる。しかし、制定法の定立の責を負う立法者は異なる。立法者は関連する状況の細部を考慮する必要はない。なぜなら、彼らの仕事は完全かつ抽象的な規範の定立だからである。<sup>(21)</sup>次に、先例は「先例拘束力の原則」(stare decisis)により覆され得る。しかも、先例中の判決理由 (ratio decidendi) は、決して特定の用語に限定されているわけではない。<sup>(22)</sup>このことはまた、それに制定法にはない一定の柔軟性を与えている。

張氏によると、判例には法を「展釈」する作用があり、「法が字、単語であるならば、判例は辞典である」。氏によると、判例に法を「展釈」する作用があったとしても、判例を法源に昇格させる必要はない。ここでは次の点が問題となる。まず、もし筆者が張氏であれば、私ならば「展釈」というタームで判例の法に対する作用を表さないうだろう。なぜなら、「展」という字は、「展開」と解し得るのみならず、「発展」とも解し得、判例が法律を「発展」させることが氏の本意に適切でないことは明らかだからである。これは逆に私の見解である。次に、制定法と判例の関係を比喩的に喩えるならば、字と辞典の比喩は必ずしも適切ではない。というのは、通常、辞典における字の解釈は固定されているからである(とはいえ発展がないわけではない)。次のような比喩はどうであろうか。すなわち、制定法は映画の台本であり、先例システムは撮影した映画である、と。映画が台本に生命を吹き込むのと同様に、制定法は判例(ここでは先例システムともいってもよい)により活き活きとした生命力を得る。同時に、監督が台本を再創造するのと同様に、裁判官が制定法に依拠して事案を審理することには、制定法に対する裁判官による実質的な再創造を含み、判例は制定法の発展および豊富化である。実際、制定法は先例システムに支えられて発展し、豊かになっている。日本では、判例システムは法解釈の統一という面で非常に重要な役割を果たしている。<sup>(23)</sup>ドイツのザウアー(Sauer)教授によると、法

は法規範およびその適用を同時に含む全体から見なければならぬ。このことは、規範の意味は新たな適用により絶えず間なく変化しており、ひとつの総体としての法体系およびその構成要素は「開かれており」、動態的で、しかも新しい要素を吸収できる——簡単に言えば、「法の適用が法を生み出している」<sup>(24)</sup>ことを意味している。

先例システムは制定法に対して事実上の重要な役割を果たしているため、それを法源のひとつ、非公式の法源としなければ、その役割を十分に発揮させることができず、また生じうる司法先例の濫用を防ぐことができない。

#### 四 法の確定性の増加

張氏によると、「法決定論の魅力は、知っていることを前提として、論理的推論により正しい結論を導出することであり、判例にとつては、それは片方の手で法律を引き寄せ、もう片方の手で事件事実を引き寄せている」<sup>(25)</sup>。こうした指摘は人々を鼓舞する。というのは、もし知っていることを前提にするならば、またもし論理的推論により正しい結論を得ることができるのであれば、多くの面倒や「えん罪・でつち上げ・誤判」を避けることができるからである。

しかし、現実は無情で、法は不安定である。俗に、「大きな帽子、両脇には翼があり、原告を食べた後に被告を食べ、原告と被告をしゃぶり尽くした後に法律が不健全とのたまう」という。これが反映しているのは、もちろん一時期の司法腐敗がもたらした、一部の裁判官が法律の不健全を理由として法によらないで裁判をしていた状況であるが、問題はそれほど単純ではない。この俗諺をきっかけとして、筆者には次の二点の疑問が生じた。ひとつは、司法が腐敗し、法律が不健全である場合に、例えば先例システムなどの法的措置を講じることにより、司法裁判を次第に「上向き」にさせることができるのか、それとも大なたを振るって制度改革をしなければ、裁判官たちは厳格に法に従って事を行わないのか、という疑問である。もうひとつは、司法腐敗が根治され、法律が健全化したと仮定した場合、司法裁判の前提

は常に既知のものであればよいのか、または立法は心がこもった「サブライヤー」のように、社会生活および司法裁判にそれらが必要とする立法製品をいつでも提供でき、また社会生活と司法裁判も忍耐強い顧客のように、「お店」の立法のあらゆる遅延やミスを我慢できるのであるのか、という疑問である。もし社会生活がそうではなければ、司法機関は法の精神、原則および一定の法規範により形成した司法先例により紛争を解決することが許されるのか？

私見では、法自体に不確定性があり、「法律の不確定性は法律自体と同じだけ昔からある」<sup>(26)</sup>。制定法はその抽象性と一般性のために、より大きな不確定性を持つ。法の不確定性は除去できないが、減少させることはできる。一定のルールにより組み合わされた先例システムまたは判例法は、法制度内部で連続性、一貫性および秩序を形成し、相互に衝突する判決を避け、または減らすことにより、法の不確定性を減少させ、確定性を増加させる。後に先例システムの二つの機能を論じる際に、上の俗諺に関連する二つの疑問について答えたい。

## 五 事件数の合理的減少

多くの国の裁判所は訴訟事件の過剰、重い業務負担に苦しんでいる。中国も同様である。司法先例システムは事件数を合理的に減少させる効果的な方法である。なぜなら先例システムの先例は公表しなければならず、これにより当事者は裁判所が類似の事案を審理した際の判決理由を知ることができ、もって自己の事案に上訴の根拠があるかどうかを知ることができ、<sup>(28)</sup>「金を払って苦勞を買う」という無駄な訴訟をできるだけ回避することができ、これはまさにわが国の鄭州市中原区人民法院が「先例判決」制度を実施したことの積極的効果のひとつであった。<sup>(29)</sup>先例システムにより事件数を減少させることにより、別の側面から司法業務の効率を向上させる。

## (二) 先例システムの機能

一 先例システムは法体系の中で重要な機能を担う構成要素である

先例システムの必要性はその機能と直接的に関係している。換言すると、中国がある種の先例システムを採用する要因は、発達した法体系に内在する品質にある。先例システムは発達した法体系において重要な機能を持っている。わが国の実務家・法学研究者においては、一九七九年以降に法体系の調和的發展の問題が一大争点となり、その後もこの問題は一貫して注視されている。しかし、かつて注目された重点は、実定法を土台とした法体系であり、立法を中心とした実定法からなる。我々は実定法さえ整えば、法体系は健全であり、完成すると考えていた。結果としては、多くの人を困惑させる法現象が生じた。一方では、立法機関は立法に追われ、また絶え間なく法令を制定して悦に浸り、他方は、社会生活の多くの領域には依然として「依るべき法がない」状況が存在している。その実、法体系の發展は、実定法が揃っているかだけではなく、相互に関連・作用し、調整し合う機能要素からなる有機的総体が不可欠である<sup>(30)</sup>。一国の法体系の機能要素の整備と相互調整は、一国の法治の發展により重要な意味を持つ。先例システムはまさにこの意味において法体系の不可欠な機能要素である。

先例システムが不可欠な機能要素である理由は、司法機能に内在する裁判官の自由裁量権と直接的に関係している。フランスの法学者ジュエニイ (Guéniot) によると、裁判官は法創造に参加するだけでなく、さらには既存の法律を發展させる。というのは、裁判官は法律により裁判するが、裁判官が裁判において適切な既存の法律を探し出せないときは、彼らはやむを得なく立法者のように法を創造するからである。ここで、このことを裁判官が法律を適用・發展させる二重機能と呼ぶのはどうだろうか。このようにすれば、大陸法系と自己同定する多くの中国の実務家にも受け入れられやすいであろう——ジュエニイはまさに本場の大陸法系の法学者である。裁判官、特に(最)高等裁判所の裁判官は、法

適用の過程で裁判官の自由裁量権を活用して実質的に法創造に参加している。このことは争いのない事実である。

しかし、どのようにすれば、裁判官の手足を縛らないだけでなく、また裁判官の自由裁量権の濫用を防止できるのだろうか。これはまた先述の俗諺の後に提起した二つの疑問（どのようにして裁判官が法により事を行うよう拘束するか）ではなく、裁判官の主観的能動性・積極性を発揮させるか）でもある。司法先例システムは法体系の変化過程において必然的に登場するこうした二重の機能をあわせ持つ法制度なのである。

## 二 先例システムによる裁判官の権限の制限

先例システムの第一の機能、またその主な機能は、裁判官の権限を拡大することではなく、制限することである。裁判官の権限は次の二点において先例システムの制約を受ける。まず、類似の事案を同様に処理するという制度的要求により、裁判所は先例のルールおよび推論の制約を受けなければならない。裁判官は自分勝手に先例のルールと推論から離れた裁判をしてはならず、裁判官が理由なく先例から乖離した裁判を行えば、弁護士、当事者、上級裁判所からの疑問・制約に晒されることになる。次に、裁判所は眼前の裁判を行う際に、将来の承諾を仔細に限界づけるという制約がある。というのは、先例システムの特徴は、特定の事案で用いた理由が、ある程度においてその後の事案を拘束するという承諾でもあるという点にある。推論をしたならば公表しなければならず、公表されれば弁護士が立証に際して引用したりする。裁判官が類似の事案は同様に処理する義務を意識した場合、こうした事案を比較すれば、裁判所は各事案を処理し、判決理由を書くときに非常に慎重になる。<sup>(32)</sup>

一七世紀のドイツは政治システム上は独裁支配であったが、相対的に独立した裁判所体系はすでに発展してきており、また社会も必要としていた。裁判所の独立と裁判所の専権の矛盾を解決するために、一六五四年に、判決に關与した裁

判官はすべて、必ず投票の理由、根拠および動機を公式記録に記載しなければならないという規定を設けた。その主な理由は、ペールに覆われた裁判所に対する特別な不信感にある。その目的は裁判官を統一的に管理する (syndicating) 手段の提供であり、投票について不正・腐敗の疑いが向けられたときには、その記録にある理由は「事後監督」の牽制手段となる。<sup>(33)</sup>

裁判官の専断の防止に類似した考え方により、アメリカの国父たちは先例による裁判官の権限の制約を提案した。新大陸で自由、民主主義、法治の憲政国家を樹立するために、彼らは司法機関が立法機関、行政機関を監督・牽制し、その違憲の活動を防止する司法審査権を提案したのであった。しかしながら、彼らは司法官が聖人君子ではないことをよく知っていたため、それと平行して、厳格なルールと先例により裁判所を拘束することによって、司法専断を防止しようとして提案したのであった。<sup>(34)</sup> アメリカの百年以上の法律史において、司法腐敗が社会問題とはならず、特に連邦裁判官の腐敗の事例が多くないことには、もちろん多くの理由があるが、先例システムが裁判官の権限を拘束し、司法専断を防止する上で重要な役割を果たしたことはいうまでもなからう。

### 三 法律の改善・発展の面で裁判官を解放する先例システムの役割

先例システムは社会が裁判官に与えた道具であり、それは裁判官の隊伍に埋蔵されている法律を改善・発展させる貴重なエネルギーを発揮させるものである。裁判官は先例システムにより、法の欠缺の補填、制定法の誤りの是正、制定法の充実、および制定法の確定性の増加をめぐる自己の経験および決定を固定化するとともに、それを絶え間なく発展・改善させていく。

ジェニイによると、裁判所は何のためらいもなく形式的ルールに依拠することはできず、裁判官が妥当な判決を探し

出すときにそのテクニクを運用することを期待している。これはフランス民法典四条により裁判官が拒絶できない任務である。<sup>(35)</sup>この民法典の起草作業を率いた法学者ポルタリスは、起草当初にこの状況を予見していた。すなわち、人は時間の動きを縛ることはできず、立法者の予見には限りがあるが、自然は逆に無限にあらゆる関係者に影響を与え続ける。判例法の役割は裁判官による法創造、法典の回避、制限、拡張を助けることにある。<sup>(36)</sup>

フランスでは、先例を通じた司法機関の解放は、実質的には——風刺の意味を込めて——結果である。司法権の制限を趣旨とする原則が、反対にその拡大に用いられている。フランス革命の最も重要な遺産は、裁判官が立法権を持ち得ないという信念である。裁判官は意味が不明瞭な判決書の風格により、こうした信念に対する忠誠および裁判官立法の放棄を表している。しかし、こうした語り尽くせぬ風格が、逆に裁判官たちを事実上、より自由に行っているのである。<sup>(37)</sup>

ここでのねじれは、革命後の政治的局面および政治情勢が、裁判官に立法機関の指揮に絶対的に服従し、その矩を超えないように求める一方で、社会および法律の発展が、裁判官に自己の能動性を發揮し、社会および法律の発展に内在するニーズに自主的に応え、立法機関の仕事の穴を埋めるよう要求する、という点にある。こうした状況の下で、裁判官は意味不明な判決書により政治的境界線を墨守し、職務履行の過程において、政治的抗争を生まない曖昧な判決により、実質的に先例システムを形成し、もって自己の業務を完成し、自己の陣営を再建しているのである。これは主には政戦上の陰謀ではなく、むしろ法の変化における必然である。

(三) 先例システムの性質と目的

一 市民法系の先例システムの性質に関する様々な応答

先例システムの性質は重要な問題といえよう。しかしながら、市民法系の学者はこの点についてコンセンサスに達し



ていないどころか、その見解は大きく異なっている。それは次の四説に概括することができる。①先例システムは法源であり、一種の「非公式の法源」<sup>38</sup>、あるいは「補助的な法源」<sup>39</sup>である。②先例システムは別形式の慣習法であり、最近創造された慣習法である。<sup>41</sup>③先例システムは人民が正義に基づき行つた創造である。先例システムを慣習法とすることに同意せず、人民の自治により黙示的に創造されたものと考える者もいる。裁判所が類似の事案に類似の判決を下すことは、正義の要求である。裁判所が裁判するとともに、国家の力を紛争解決に適用する権限自体が、関係する学説の作者の見解を尊重するか否かを決定する権威を裁判所に付与している。<sup>42</sup>④判例法を既定事実として承認し、<sup>43</sup>こうした承認が平等的正義の促進および正当性の保障の一助となると期待する。

先例システムの性質についての市民法系の学者の見解は一致していないが、このことは、先例システムないしは判例に法的拘束力があり、また法体系および社会生活においてますます顕著な役割を果たしていることには影響しない。

## 二 先例システムの目的…公正と効率

張氏はその論文で重要な問題を提起している。すなわち、「我々が『判例』を法源とする目的は何か?」<sup>44</sup>、と。また、フランスの学者ジェニイは、裁判官の「自由な裁判」は社会正義の実現、社会的効用の向上という二つの目的に仕える。<sup>45</sup>後者は中国の学者が常々口にする効率である。私見では、これも実は先例システムの目的の所在であり、先例システムの機能が、それがこの二つの目的を実現できることを決定している。

## (四) 中国における先例システムの特異な重要性

### 一 先例システムは司法の独立にプラス

司法の独立は法治社会の基本的要求である。それを実現するためには一定の制度的担保が必要であり、あるいは一定の制度が独立した司法機関の拠り所といえよう。先例システムも司法の独立を支える重要な制度のひとつである。司法の独立にとつての先例システムの重要な役割は、次の二点から説明できよう。

まず、中国の司法の独立に関連する制度的改革は次の二種類に分けることができる。ひとつは、ハードであり、もうひとつはソフトである。裁判委員会、裁判長責任制などの人員配置、機構再編に関わる制度はハードである。司法先例システムはソフトに属し、基本的には上述の問題には関わらない。これら二種類の制度に関する改革・創造はいずれも重要である。しかし、司法先例というソフトはハードと比べて、改革・創造の難度はかなり小さい。これは、第一に、ソフトの改革は人々の利益に直接関わらないため、政治的リスクが小さいが、ハードの改革は既存の権力者の既得権益に直接関わるかもしれない。こうした改革のリスク・難度は相対的に高い。第二に、ハードの改革にはより多くの時間と条件が必要であり、その中にはソフトの建設・発展が含まれる。換言すると、司法先例システムの構築は、今後の司法の独立に向けた改革に有利な条件を創造・蓄積する。この点については後に詳述する。

次に、司法先例は司法機関が法により職権を独立して行使するのにプラスであるばかりか、制度上の司法の独立にもプラスである。現在、わが国の法学界は相互につながりはあるが必ずしも同じ意味で、司法の独立を論じているわけではない。多くの学者は制度・組織上で司法の独立を議論しており、そこでの司法の独立は、独立した司法機関が干渉を受けずに職権を行使することである。他方で、一部の学者は、中国の現行憲法、訴訟法、組織法が定めているのは、司法機関が独立して職権を行使すること、すなわち機能の独立であるとする。例えば、憲法は「人民裁判所は法律規定に照らして独立して裁判権を行使し、行政機関、社会团体および個人の干渉を受けない」と定める。司法の独立についての理解が一致していないことが、学者と実務家が司法の独立について論争している原因のひとつである。私見では、ま

ずそうした論争を棚上げにし、できることから着手する方がよからう。司法先例システムは司法機関が法により職権を独立して行使するために不可欠な手段を提供するだけでなく、さらに制度・システム上の司法の独立のために必要な条件を整備し得る。なぜなら、それは司法機関に外部からの不正な干渉から逃れ、憲法・法制度を守る強力な武器を提供するからである。

中世の市民法系における法的証明制度の形成・発展は、我々に説得力に富む経験を提供してくれる。これらの国の裁判官は、中世には現在のような権限を持っていなかった。彼らは遊説、賄賂、脅迫——特に金持ちや権力者からの脅迫に抗えなかった。司法権能を適切に独立して行使できるようにするために、法的証明制度は、裁判官を上述の圧力から守る手段を發展させた。これらの手段には、証人の証言が異なった場合に証明力を衡量するための形式的ルール、排除法則、決定的意義を持つ宣誓制度が含まれる。<sup>(46)</sup>今日の訴訟法の視点からは、これらのルールは、不公平なものもあれば、また非常に不合理なものもあり、さらには荒唐無稽なものすらある。しかし、それらは裁判官を保護し、外部からの圧力を遮断するという点では、効果的な役割を果たした。司法先例システムはもちろん決して不公平、不合理、荒唐無稽ではないが、それは現代中国において司法の独立を実現する効果的な制度となり得るだろう。

## 二 先例システムは中国の憲政と法治の発展の一助となる

憲政と法治は中国经济・社会の発展に不可欠な制度的保障である。しかし、憲政と法治の制度のカギは、権力のチェックアンドバランスにある。これは「権力の過度の集中を防止し」、「絶対的権力」の登場を避けるための保証である。しかし、様々な原因のため、中国の憲政と法治の道は決して平坦ではない。司法先例システムは事実上の国家権力のチェックアンドバランスの枠組みを形成する上で非常に重要な意味を持っており、先述の司法の独立にとっての重要

な役割以外に、それは中国の法のプロフェッショナルと法共同体の養成・型作りの一助となる。成熟した法のプロフェッショナルと法共同体は、事実上のチェックアンドバランスを形成するために不可欠な人的資源である。<sup>(47)</sup> 司法先例は裁判官、弁護士、法学研究者を結ぶ架け橋となり得、それらの者は司法先例または司法先例システムを通じて議論、分析、研究、弁論し、このプロセスにおいて共通言語、共通の方法論・思考様式を形成し、もって社会の変化に絶対的に有益な社会の一体化と分化を形成する。

### 三 先例システムは中国の裁判官の資質の向上の一助となる

現在、相当数の中国の裁判官の資質が高くないことは、中国の法治の進展に影響を及ぼす軽視できない問題である。先例システムは裁判官の資質を向上させる効果的な方法になり得る。というのは、かなりの程度において、末端の裁判官にとっては、先例システムはある意味において「瓢箪の実を見て瓢箪を描く」（もちろん機械的ではあり得ない）ことであり、抽象的で干からびた法律条文により裁判するよりも、かなり容易に適用できることになる。張氏によると、判例を判例法とすれば、「裁判官が至るところで先例を探すようになり、その能動性の發揮を妨げ、ないしは裁判官の惰性を生み出し、あるいは新しい違法行為を眼前にしなが見逃すことになる」<sup>(48)</sup>。これは考えすぎであろう。もちろん、先例システムは司法領域のすべての病を治す万能薬ではないが、裁判官が「至るところで先例を探すようになる」ときには、その能動性は客観的にすでにかき立てられており、探さなければならぬところか、比較もしなければならず、その惰性はすでに「至るところで先例を探すようになる」過程で追い出されている。逆に先例システムがない状態では、そうした怠惰な裁判官が「法律が不健全である」ことにかこつけて自らを律しなくなるかもしれない。しかもその場合は、自己解放は法律上の譴責・追及を受けがたい。そのため、先例システムは現在の裁判官の専門的資質が低く、厳密

に法により事を行うことができない問題を解決する良策といえよう。

### 三 司法先例システムの構築に伴う難題およびその解決方法

(一) 先例システムの構築に伴う難題をどのように認識するか？

これまで、司法先例システムが中国にとつてどれだけ重要かに力を入れて説明してきた。重要であることにはいささか反するかもしれないが、こうした重要な制度は完全に自発的には形成され得ず、意識的に発展・建設を進める必要がある。中国の憲政と法治の発展と同様に、司法先例システムの発展・建設の道も平坦ではない。私見では、具体的な難題を分析する前に、こうした難題を認識する方法および視点について論じる必要がある。まず、先例システムの発展・建設の必要条件から見て、難題はどこから生じるのか？すなわち、先例システムの建設・発展にはどのような条件が必要となるのか？もし、我々がこうした必要条件を認識するとともに、それらが中国には存在しないとすれば、これはまさに先例システムの建設・発展が直面する難題である。アメリカの法学者ルウエリン<sup>49</sup>によると、職業裁判官、プロの弁護士、書面判決、近代的工業化国家が司法先例システムの必要条件である。イギリスの法学者によると、次の三つの条件により、イギリスのコモン・ローが誕生したという。すなわち、判例編纂が現在のような高水準に達したこと、裁判所の審級制度が現在の状態に発展したこと、上院の司法機能が今日のように傑出した法律家により行使されたこと、である。<sup>50</sup>次に、中国の現在の社会の実態から見て、司法先例システムの発展・建設の難題は、同時に、中国の法治建設が直面している難題である。したがって、総合的視座を持つことが最適であろう。総合的な視座から眺めると、難題は次の二点から生じている。ひとつは、司法先例システムの外にある社会条件ないしは制度条件であり、もうひとつは、

司法先例システム自体に端を發している。以下では、上述の二つの方法を総合して、中国が先例システムを發展・建設する際の難題およびそれらを克服・解決する方法を考察・分析する。

(二) 法システムと人的資源から生じる疑問、難題およびその解決方法

一 法システムから生じる疑問とその分析

法システムの視点から生じる疑問とは次のようなものである。すなわち、先例システムは中国憲法が規定する国家権力を統一的に行使する人民代表大会制度と矛盾する、というものである。なぜなら、憲法規定によると、人民が国家権力の立法機関である。したがって、裁判所は法律を制定する権限をいくばくも持つべきではない。さもなくば、憲法所定の法システムと矛盾することになる。

この疑問に具体的に答える前に、まず、フランスの学者が類似の疑問に遭遇した際の回答を見てみよう。彼らの疑問は、司法先例システムはフランス政府の権力分立にマイナスであるのは司法機関の職責は司法であり、立法は立法機関、すなわち議会の職務だからである、というものであった。これに対するフランスの学者の回答は、我々が司法先例システムと全国人大の統一的権力との関係をどのようにハーモナイズするかを考える上で示唆に富む。<sup>51</sup> 第一の回答は、司法先例システムは立法機関がその黙認ないしは不作為の默示的授權である、というものである。<sup>52</sup> こうした回答は中国の司法解釈の実情といえよう。第二の回答は、裁判官がその職務に基づき、職責を履行するに当たり事実上ルールに沿って、合法的に授与された権限である、というものである。<sup>53</sup> あるドイツの学者は一八八五年に、「裁判所は国の代表であり、立法機関が公布した指示を適用し、完全化させるよう授權されている。その行使において成文法に違反したとして

も、その権限は合法である。なぜなら、組織化された裁判所を經由しており、あらゆる法秩序はここでその最終的結論が示されるからである<sup>53</sup>と指摘した。第三の回答は現実主義的な回答であり、裁判官または行政官は社会の代表であると同時に、国家から法律を創造する権限を授与された一部分である、というものである<sup>54</sup>。第四の回答は、特色あふれる「回答」、すなわち答えなしである。多くの市民法系の法学者はこうした問題に直面した際に困惑したり、この問題を提起する際にしつくりとこず、またはこれは謎解きであると考えたり、避けることができないと考える者すらいる<sup>55</sup>。

私見では、裁判所が司法先例システムの権能を創造的に発展させることの正当性は完全に証明され得る。司法機関が立法を改正・発展させる創造的権限を有する理由は次の四点である。①大多数の立法はどれだけ細かく規定されていようが、不完全さはぬぐい去れない。なぜなら、立法機関は多くの異なる人からなっており、法律条文の文字は人によっては異なる意味を持つこともあるため、法律の確実な意味ないしは正しい意味は最終的にそれを適用する裁判官しか決定できない。②裁判官は立法機関にはない成文法・法典に新しい内容を充填する能力を持つ。裁判官はその職責および職務経験により、立法者が持ちようのないより高次の先見の明を持っている。まさにこのため、立法者が制定した法律がいつも「その作者たちよりも賢い」のである。③司法判決は学説のルーツにもなり得、それが受け入れられるかどうかは、それ自体の合理性および法律共同体のそれに対するコンセンサスによって決せられる。④裁判官の行為のかかる権威は、裁判官に国家の不可分の執行機構に対するそれ自体の有効な授権に発する<sup>56</sup>。

## 二 法曹に関する難題およびその解決

### (一) 先例システムにおける司法機関および法曹の重要性

法曹は先例システムの人的基盤である。あるドイツの学者によると、先例システムの質は同種族、同時代における同

様の教育を受け同様の任務に従事する人々の集団的作業に依存する。ドイツでは、相対的に独立し、良質のトレーニングを積み、分析テクニクを研鑽した法曹グループが存在し、それらは真の司法機能を履行するプロセスにおいて、先例システムを段階的、平和的に形成してきた。<sup>(57)</sup> 裁判官以外に、弁護士も先例システムにおいて同様に極めて重要な役割を果たす。ルウエリンは、「弁護士が事件のためにする準備作業は裁判所の創造力を抑制し、または引き出す面でも極めて重要である。ここでは、たったひとりの弁護士がひとりの立憲家になったかのようである」<sup>(58)</sup>。

(二) 先例システム構築の視点から見た中国の司法機関および法曹の社会的地位・役割

先例システムの構築の視点から司法機関および法曹の現状を見れば、その状況は満足できるものではない。このことはまた、多くの実務家や研究者が先例システムに懐疑的態度を持ち、ひいては反対する重要な原因のひとつである。中国の現在の状況は、脆弱な司法の独立、裁判官の地位の相対的低さ、発達していない法曹である。これは先例システムを発展・構築する際の実際の問題である。

イェール大学ロースクールのラングバイン教授はフランスの先例システムの矛盾と混同を論じた際に、「フランスの裁判官はいつも自分たちが制定法に依拠して裁判していると述べ、その法発展における創造的作用を認めようとしない。彼らがそうする理由は、彼らが政治構造において弱い立場にあり、その判決が判例法を基礎としたものであることを公開の場で認める勇気がなく、制定法を遵守し、先例を作ったことがなく、また作りたくもないと装っている」<sup>(59)</sup>と指摘する。

中国の社会システムおよび政治法律システムはフランスとは截然と異なる。しかし、法創造と法発展における自身の実際上の役割を認めることを避けるという点においては、中国の裁判官はフランスの裁判官と異なるところはない。

筆者はここで、概念矛盾かもしれない表現、脆弱な司法の独立を用いた。これはその実、矛盾に満ち、ちぐはぐな現



実の反映である。というのは、もし筆者が中国には司法の独立が存在しないと云えば、多くの異論を招くことになる。しかし、こうした独立はまた、確かに満足しがたいため、意味は異なるかもしれないが、現実には反していない表現を用いた。どうして中国の司法の独立はこんな脆弱なのか？こうした状況をもたらした原因は多い。例えば、裁判官が国家の政治・社会生活においてこれまで長い間窓際に追いやられていたこと、裁判官の任命過程において非法的要素と非制度的要素が紛れ込み、しかもこれらの要素が重要な役割を果たしていることなどである。裁判官が独立しておらず、社会生活において実際の決定権を持っていないため、彼らが法創造・発展において顕著な役割を果たせるとは考えにくい。そのため、継続的に非公式の法源となり得る制度的資源としての司法先例を形成する可能性はない。

しかしながら、状況は変わり得る。イギリスの司法機関とその君主制との関係において、類似の状況を看取できる。過去の数一〇年において、社会の分業上、中国の裁判所の構造および機能は行政化という要素を過分に含み、行政機関と根本的な区別がない。しかし、司法機関が変化し続けられれば、遅かれ早かれ独立した社会的力量となりうる。例えばイギリスにおいて、コモン・ローの初期の形成に決定的役割を果たしたのは、行政上のニーズであり、立法上の構想ではない。国王およびその顧問からなる御前会議は、司法、行政、立法の権限を行使した。イギリスの裁判所史上、重要な地位を占める財政裁判所の当初の主要任務は、税務に関するあらゆる法律問題の処理であり、その後、特別裁判所となった。<sup>60</sup> 国家機構は社会の発展に伴い次第に分化していき、司法機関は最終的には分立し、独立した社会的力量となった。

中国の状況は将来的に変わり得るのみならず、今まさに変化しており、裁判官はまさに市場経済の発展に伴いかなりの程度において窓際から中心部へと移ってきている。裁判官および法曹は市場経済社会において重要な役割を担っている。これは時間にかかる、漸次的な変化の過程である。喜ばしいことに、新型の裁判官の役割意識、あるいは裁判官という職業に対する時代の要求に合致する理解が、今まさに裁判官集団の間で形成されつつある。その中でも最も代表的

なことは、当時の最高裁副長官の祝銘山氏が最初の中国大法官会議で行った演説である。<sup>(61)</sup>

また、私見では、フランスとドイツの司法先例システムの発展史から見て、脆弱な司法の独立は中国が先例システムを採用することを阻害するとは限らない。独仏両国が司法先例システムを構築した際に、その司法機関は決して力のある機関ではなかった。<sup>(62)</sup> しかし、最終的には司法先例システムはやはり漸次的に形成されたのであった。

### (三) 裁判官の専門的資質・能力

わが国において、多くの裁判官は十分な専門的資質と能力を欠く。しかし、裁判官の専門的資質・能力は司法先例システムの保障である。まさに張氏がいうように、「こうした判例の誕生には資質の高い裁判官集団および大量の司法実践が必要である」。ルウエリンによると、「先例の処理は一種のアートであり、一個人がその経験の中から学び取るアートである」。<sup>(63)</sup> しかし、実務の点から見ると、張氏の見解は悲観的に過ぎる。「わが国の基層裁判官の資質のはつきりとした低さ、および資質が高い高層裁判所の裁判官はほとんど事件に触れないという事実は、わが国において『目新しい』<sup>(64)</sup> 判例の誕生すら困難にさせており、『判例法』としての判例は語るに及ばない」と。

私見では、まず我々は今まさに二律背反に直面している時である。すなわち、法曹を十分に発達させる法治の環境を欠くだけではなく、法治を実現する社会的力量——十分に発達した法曹をも欠いているのである。これは古の「鶏が先か、卵が先か？」の問題であり、書物や文章の中では永遠に解決できない。この難題を解決するカギは社会生活の現実および司法実践である。実務において、「鶏」と「卵」は同時に生まれる。中国の司法機関はある種の司法先例システムの試みを始めている。例えば、天津市高裁の「判例指導制度」<sup>(65)</sup>、および河南省鄭州市中原区人民法院の「先例判決制度」<sup>(67)</sup>である。

次に、現在、基層の裁判官の資質と高層裁判所の裁判官の業務形態などの問題はどれも変数である。例えば時間によ

るならば、基層の裁判官の資質は漸次的に、普遍的に向上していくであろう。近年、最高裁を含む高層裁判所の裁判官は直接裁判をするようになり、今後も事件の裁判を主な業務形態とするよう望まれる。中国の裁判官の専門的資質・能力は法律教育・法学研究の発展に伴い必ず漸次的に改善・向上されていくだろう。法学部の系統的な教育・トレーニングは、次世代の裁判官の養成、現在の裁判官の訓練・レベルアップ、法律共同体の育成の面で、まさに顕著な、他に代替のきかない役割を果たしている。裁判官のプロフェッショナル化、法律職業の専門化に関する制度建設の絶え間ない改革・発展に伴い、この点はよりはっきりとなるだろう。

さらに、我々の視野を刑事裁判の領域に限定しなければ、「目新しい」<sup>(68)</sup> 事例は決して少なくはなく、学者達の勉強・研究が足りていないだけである。『最高人民法院公報』〔中国の最高裁の公報〕にここ一〇年に掲載された事例およびここ七、八年一部の省・市の裁判所が編纂（ないしはそれに参与）している「案例集」を詳細に読めば、法の精神を的確に理解し、法を創造的に適用する面で素晴らしい案例を見いだすことができる。遺憾なことに、現代中国には公式な司法先例システムがないため、これらの素晴らしい案例は判例の役割を果たしていない。つまり、当事者がある裁判所で公正な結果の判決を得たとしても、他の地方で類似の事件の当事者もその恩恵に授かることができるわけではない。筆者はこの点についてこれまで繰り返し議論してきたため、ここでは省略する。

最後に、先例システムにおける裁判官の資質の重要性を誇張してはならない。なぜなら、第一に、裁判官の資質自体が混乱を含む問題であり、それは法的専門知識および法実務能力を含むだけでなく、公正を信じ、法律に忠実であるという道徳的資質も含む。裁判官の資質があまりにも低く、先例システムを採用できないと考えられている多くの状況は、その実、主にはその法的専門資質が低いからではなく、その道徳的資質が低いために、あるいは外部からの干渉があったため厳格に法により裁判できなかつたために生じたものである。そうした状況においては、資質の低い裁判官の

面前に制定法を置いたとしても、彼は法によって裁判を行うことはできず、先述の俗諺が描写した情景が再現されるだけである。第二に、イギリスの先例システムが樹立されたばかりの時に、裁判官の資質はどれだけ高かったのだろうか？先例システムはそれでも樹立されたのではないのか？

(三) 先例システム自体から生じる難題およびその解決方法

現行の法システムおよび人員構成により、どのようにして中国の先例システムを構築し、発展させる作業を始めればよいのか？あるいは、先例システム自体の形成はどのように始めればよいのか？このことは、先例システム自体から生じる難題およびその解決方法に関わる。いわゆる先例システム自体から生じる難題とは、先例システム自体を形成する際に備えていなければならない条件を指し、それらには、判決書の作成およびその引用・出版、先例システムを形作る方法論および先例システム内の調和メカニズムの設計に関する研究などである。以下では、順番に検討していきたい。

一 判決書の作成およびその引用・出版——先例と先例システムの形成

(一) 判決書の作成およびその引用・出版の必要性

先例形成の第一歩は判決書の作成であり、先例システム形成の第一歩にはさらに先例の引用と出版が含まれる。その必要性は次の点にある。まず、判決書の作成およびその引用・出版は、今現在の事案における解決方法の形成と先行する判例の解決方法を調和させるのに良好な出発点を提供する。次に、判決理由が正確であれば、判決書およびその引用・出版は当事者が判決の正確性を理解する助けとなる。<sup>(70)</sup>さらに、様々な原因により、裁判官も間違える。判決を出版すれば、裁判官に必要な応じた監視をすることになる。これは業務を改善する動力、司法権に対する制約および類似の事

件は同様に処理する平等・公正の保障となり得、しかも司法決定の作出過程における連続性を増強することができる。<sup>(1)</sup>最後に、以前の判決を引用すれば、裁判で形成した結論を支えることができる。そして、推論を含んだ判決の出版は、何も新しいトラブルを引き起こさなければかりか、反対に、裁判官に法律家の学術共同体メンバーとなるためのより多くの資本を与える。<sup>(2)</sup>これはまた、ドイツ法史で実際に生じた状況でもある。<sup>(3)</sup>

イギリスでは、一六世紀に書面の訴状が導入されたことが、先例システムの形成プロセスを実質的に促進した。その後まもなく、具体的紛争に関する事柄は裁判前に変更できないように確定しなければならないという要求もその後を追うように確立された。ひとたびこれが確立されれば、特定の事実を参考にできる場合には裁判所の判決が読まれるようになったため、先例の範囲の確認が以前よりも正確になった。一六世紀末には「判決」レポーター」(Reporters)の制度が設けられ、裁判・判決の印刷編集物も非常に重要な意味を持つようになった。<sup>(4)</sup>

## (二) 一部の市民法系における判決引用・出版の方法と形式

ここでは次の具体的問題がある。

第一に、法律で判決の引用と出版の方法および形式を規定し、制度の基礎と枠組みを打ち固める。ドイツでは、プロイセンが一七九五年に法律で、あらゆる判決は推論するとともに、当事者に告知しなければならないと定めた。<sup>(5)</sup>

第二に多様な編集・出版方法。ドイツでは、判例編纂のモデルはひとつではない。<sup>(6)</sup>その体裁から見ても、学術タイプがあれば、また判決書の原形を留める「果汁一〇〇%ストレート」タイプもある。<sup>(7)</sup>編者については、完全に民間人の編集のものもあれば、公式のものもあり、半官半民のものもある。ドイツの当時の最高裁 (German Reichsgericht) の重要な判決または選ばれた判例は、当初からその裁判官が編集し、民間が出版する半官半民の出版物に掲載されている。<sup>(8)</sup>「裁判所が自己の判決集を蓄積するのに伴い、判決書がますます引用されるようになった」。<sup>(9)</sup>日本でも、判決書の公表

および判例編纂は制度化・多様化の傾向がある。<sup>(79)</sup>

第三に、特色溢れる評釈。フランスでは、判決の評釈は法発展に重要な影響を及ぼす発明である。ドイツとイタリアでも、一部は編纂後にこうした注釈を加えている。<sup>(80)</sup>以下では、主にフランスの評釈の特徴を考察したい。①執筆者は弁護士、裁判官である。フランスでは法学教授は執筆陣に加わらない。しかしドイツでは、法学教授もこれに加わる。フランスでは、裁判官は特定の先例が追加されたかの分析や新領域の網羅的検討といった任務に従事しない。これらは学界のメンバーにより行われる。<sup>(81)</sup>②体裁。それらは、いくつかの標準的な判例集の直近の判例の後に置かれる脚注の付属である。③内容。評釈の内容は、裁判所が法典になした深く、豊富で、複雑な解釈であり、こうした解釈こそが国家の適用した法律である。④出版社は民間企業である。⑤使用者およびその使用方法。使用者は弁護士である。弁護士にとつて、以前の判決を引用することは、初期には法廷を説得する手段であり、その後、これは確立された慣例となつた。⑥評釈の機能と影響。それは自由に批判し、意見を交換するフォーラムの創設に相当し、<sup>(82)</sup>法曹に大きな影響を及ぼした。こうした影響は今日のアメリカにおける法曹に対するローレビューの影響よりも大きい。<sup>(83)</sup>⑦フランスの評釈の発展。その後、裁判所は自身の公表者を抱えるようになり、もっぱら以前の判決の引用と分析を行っている。<sup>(84)</sup>

第四は先例の引用である。フランスでは、下級裁判所は上級裁判所の判決の引用を望む。なぜ強制しないのか？これは、下級裁判所の裁判の独立の問題に関わるからである。しかし事実上は、最高裁の判決はかなりの程度において下級裁判所を縛る先例として作用する。フランスでは一九四七年の立法により、先例の引用は強制的な要求となつた。<sup>(85)</sup>フランス判例法の特徴は、先例遵守の方法であり、それはそれらの説得力をオープンに承認して直接的に引用するのではなく、それらの結果を裁判所自身の要約された学説ルールに吸収することによる。<sup>(86)</sup>

ドイツでは、先例引用の形式は決まっていない「比較型」モデルである。すなわち「( )の判決」に比して」という

ものである。しかし、それらはいつも付加的な記述により強化される。例えば、「帝国裁判所がすでに言い渡したように」、「当裁判所がいくつかの事案で確認したように」（それらを引用する）<sup>86</sup>。

(二) 中国の現在の判決書の状況およびその発展

中国の裁判所の判決書は以前の判決を引用しない。しかも、長年、大多数の判決書は極めて簡単であり、通常、法的推論は提供されていない。こうした簡単すぎる判決書を土台とすれば、先例システムを構築することはできない。

しかし、状況は変わり始めており、一部の裁判所では判決書に法的推論の内容を記載するようになったため、判決書の内容は以前より豊富になってきた。広州海事裁判所は二〇〇〇年初頭から、判決書の内容および形式を改革した。判決書の作成者、すなわち判決を具体的に作成した者が目立つようになった。判決書の「本裁判所は……と考える」を「本合議廷は……と考える」ないしは「本判事は……と考える」に改めた。また、合議制の事案では、合議廷で見解が分かれた場合に、多数意見と少数意見を名前とともに判決書に記載し、最終的には合議廷の多数意見により裁判する<sup>87</sup>。

最高裁の応用法学研究所はここ数年、学術的見地から全国各地の裁判所の一部の判決を評釈している。このほかにも非公式の案例出版物がある。しかし、「案例」という考え方の制約を受け、それらは実務に大きな影響を与えていない。案例を引用する弁護士もいるが、公式に認められた制度ではないだけでなく、また広く普及した慣例でもない。

たとえそうであっても、以上の新しい展開・やり方は、天津市高裁の「判例指導制度」や河南省鄭州市中原区裁判所の「先例判決制」を含め、中国の先例システムの重要な出発点となり得る。

(四) 中国の先例と先例システム形成への提言

現在、中国で先例システムを打ち立てるための最も重要な仕事は次の二点である。

まずは先例の選択と出版である。これは最高裁が音頭をとり、組織的系統的に判決を選択・出版すべきである。ここ



では次のいくつかの具体的問題がある。①先例選択の基準。全国津々浦々すべての裁判所のすべての判決が先例となり得るわけではないため、選択の必要性が生じる。選択の基準は手続的基準と実質的基準の二種類ある。いわゆる手続的順とは、比率を確定し、各級裁判所が裁判した事案が一定の比率で入選するにしなければならないことを指す<sup>(88)</sup>。このほか、裁判所の類別および法廷の分業に応じてシリーズ毎に出版する。いわゆる実質的基準とは、法律の補充、法の欠缺の補填、制定法の是正、法律の柔軟性、具体性、確定性の増加などの面で意義のある判決であるかに重点を置いた基準である。②先例の選択主体。誰が選ぶか？現有のリソースを基礎に再編成することができる。常設の専門機構を設置し、各分野の専門家（裁判官を含む）を取り込み、先例の研究、選択、編集、出版を行う。③経費。出版された先例集は極めて実用的であり、出版社は積極的だと思われる。初期においては、関係するファンドからの出資も考えられる。④先例出版の組織。筆者は、最高裁が音頭をとり組織するよう提案するが、最高裁しか組織できないとは考えておらず、条件の整った高裁も組織（参加）してもよからう。

次に、先例の適用と引用。弁護士と検察官は代理、弁護、公訴の際に、裁判官は判決作成時に、憲法、法律、法規、規則を引用できるだけでなく、また先例も引用することができる。引用の方式は、判決を作成する裁判所および時系列順の番号により引用してもよいし、また判決が編集・出版された出版物の名称および時系列順の番号により引用してもよい。実践から真の智慧が生まれる。関係する国の司法先例の実践から明らかのように、実務に携わる裁判官、弁護士、検察官が先例システムの真の創造者である。そのため、裁判所、弁護士、検察官が上級裁判所や所属裁判所の以前の判決を引用・参考するような先例システムに関する様々な試みを奨励すべきである。

## 二 先例システムの方法論とテクニック



## (一) 先例システムにおける法規範

先例システムの最も重要で実質的な要素は、それが含む法規範である。王亜新教授によると、「いわゆる判例は一般的に権威のある解釈を含む判決全体を指すものと用いられるが、より具体的には、判例が実際に意味するのは、判決書に記載された後の裁判実務に拘束力がある規範命題のみである<sup>(89)</sup>」。そして、先例に含まれる法規範ないしは判決書に記載された規範命題は非常に複雑で非常に多様化されたものである。

判決理由 (*Ratio decidendi*) と傍論 (*obiter dictum*) はコモン・ロー系において先例中の法規範と関係する問題である。しかし、これは複雑な問題である。というのは、先例中の判決理由と傍論を確定する統一的な基準がないからである。とはいえ、「先例の判決理由とは、裁判官がその結論を導き出すために必要なステップ、裁判官が採用した推論の筋道、または裁判官が陪審員に指示した必要な部分であり、明示的ないしは黙示的に扱った法律のルール(あるいはマコーミック教授のいう『法律問題上の判決』)である」、あるいは、モントローズ (Montrose) 教授が提案する「判決理由と傍論は次の二つの意味で用いる。ひとつは、ある事件に拘束力を持たせるための法規範であり、もうひとつは、裁判官の決定の土台を形成し、実際の判決において見いだし得る法規範である<sup>(90)</sup>」という大雑把で簡明な見解を判断基準とすることができればよい。

ドイツでは、裁判所は「決定の理由」と「附帯陳述」、ないしは「基本的理由」と「裁判官意見」ははっきりと区別されている。こうした区別は、主に裁判官全体会議の開催を避けるために用いられている。というのは、裁判長(達)の判決が別の法廷の以前の判決と衝突する場合には、全体会議を招集してこの衝突を解決しなければならないからである。招集の労力や先行き不透明な全体会議を開催するのであれば、先例を区別した方がよい。たとえ顕著な衝突があつたとしても、それらの言語を一体化させると同時に、出された問題により区別して、以前の事案と協調させるのである<sup>(91)</sup>。

日本では、先例中の法規範、すなわち判例の規範命題は次の二つの要素からなる。「重要な事実」を含む結論命題と理由づけ命題である。そして、「特定の事件事実から引き出された本案の結論が不可欠の論証ないしは論理構造でなければ、『理由づけ命題』として本案で示された判例の一部とならず、事件事実から導き出される結論とは関係するが、その論証を直接助けられないものが『傍論』(obiter dictum)と呼ばれ、参考価値はあるが、拘束力のある規範命題とはみなされない」<sup>(92)</sup>。

(二) 先例の範囲と画定の方法

先例の範囲とは、以前の判決がその後の事案の審理を支配する権威の範囲を確定することを指す。これについては、次の三つの可能性が考えられる。①裁判所は以前の事案の結果にしか拘束されない。②裁判所は以前の事案で宣言された法規範に拘束される。③裁判所は以前の事案で述べられた、結論を支持する理由の支配をも受ける。この範囲は、裁判官が以前の判決を引用する範囲でもある。

先例の範囲およびその画定の基準は、法の伝統と密接に関係する。元米国比較法学会長のイェール大学ロースタールのダマシユカ教授は、ヨーロッパ大陸法系と英米コモン・ロー系は、判例法の方法および概念化の面でかなり異なり、両者は決して同じような方法で先例を理解していない。アメリカでは、先例は一連のストーリーであり、極めて具体的である。ヨーロッパ大陸では、裁判官は非常に抽象的な方法で、先例から特定のルールを探し出そうとする。例えばイタリアでは、裁判所が制定した非常に具体的な「制定法」<sup>(94)</sup>がある。この点は中国の最高裁が制定した条文化された司法解釈と似ている。ヨーロッパ大陸では、制定法がかなり具体的であるため、判例法の方法は相対的に抽象的である。

中国の将来の先例システムの範囲の画定は、ヨーロッパ大陸のそれに非常に近いものであるべきである。つまり、裁判所は先例の結果ないしは先例で宣言されたルールにしか拘束されない。先例で提示された理由は説得力があるにすぎ

ない。しかし中国では、先例システムの発展の初期においては、先例の結果およびルールには説得力しかない。説得力から拘束力へは一定のプロセスが必要である。

### 三 先例システムを規範化する制度設計とその他の問題

中国の学者が先例システムを考える際にいつも遭遇する問題は、全国にこれだけ多くの裁判所があるのに、裁判所の判決を土台とする先例システムの内部的整合性をどうやって保証し、相互に衝突させないようにするのか、裁判所が先例システムを採った際に、各自の勝手気ままに任せず、統一的に制度を実施するのか、というものである。その実、この問題は先例システムを採るどの国にも存在しており、根本的にこの問題を解決する妙薬はない。しかし、先例システムの規範化に極めて効果的な規定を設けている国もある。

ドイツでは、次の三つの法規定により先例システムを規範化している。ひとつは、法律上の二重の要求である。まずは、一八七九年のドイツ民事訴訟法典であり、同法は裁判所に主導的な理由を判決書に書き込むよう求めている。次に、帝国裁判所 (Reichsgericht) が創設した特別条例であり、それは同裁判所の各法廷に、裁判所全体会議の同意を得なければ、別の法廷が法律問題においてなした決定から離れてはならない、という義務を課した。この二つの規定が合わさった効果は、以前の事案で宣言された理由およびそれらの「主導」の程度を分析するよう強制することである。<sup>(95)</sup> 次は、裁判官が当事者に対して負う誤判についての個人責任である。これは、下級裁判所の判決が上級裁判所の判決に合致するよう強制するもうひとつの法的装置である。しかし、その規定は非常に複雑である。三つ目は、基本法が定める、二〇世紀の第二次世界大戦後に設置されたドイツ連邦憲法裁判所が基本法に抵触する決定の無効を宣言する権限である。<sup>(96)</sup> ここでいう決定には、成文法のみならず、執行機関の行政行為および通常裁判所の司法判決も含まれる。<sup>(97)</sup> 日本では、

判例の統一は、公式の制度と慣習の両面から保証されており、一方では、判例違反は上告理由であるとともに、上告審の判断は下級審裁判所の判断を拘束し、他方では、原則として裁判官は最高裁が確立した判例を自主的に遵守する。<sup>(98)</sup>

中国における先例の法的効力の制度設計について。まず、第一歩として、最高裁だけが、全国のすべての裁判所が遵守すべき先例を確定する権限を有する。将来的に条件が成熟すれば、各高裁も司法先例を確定してもよく、それらの判例については各自の下級裁判所が遵守すべきである。なお、その前提は、各高裁が確定した先例は法律および最高裁が確定した先例に反しないことである。次に、数年間引用を實踐してから、先例違反を当事者上訴の正式な理由のひとつとし、上級裁判所は先例違反の判決を差し戻し、ないしは原判決を取り消すことができるようにする。他方で、弁護士は先例を知らないために敗訴した場合、依頼人である当事者から「法律を知らない」ことを理由に民事賠償を請求されることになる。これは別の側面から法の統一性を守ることができる。しかし、先例違反のみの事案を誤判とし、それにより裁判官の法的責任を追及すべきではない。裁判官に先例を運用させる最も効果的な方法は系統的な法学教育である。先例システムがないところから、先例を運用し始めるまでは、段階的かつ長期的な過程である。しかし、今から始めなければならない。まず、経済的に発展し、裁判官全体の資質が高い省・市の裁判所から試験的に実施することも考えられよう。

同時に、中国の司法先例システムの形成・発展のために解決すべき問題はまだある。例えば、先例における事実と証拠の陳述、判決書の推論と判決の結論の記述<sup>(99)</sup>、および先例に関する手続の設計などである。

私見では、一回の改革でひとまとまりの体系を打ち立てることができるとは考えていない。我々は、法律自体の発展に伴い段階的に推し進めていくことしかできない。先例システムに関係する方法が登場し始めているのかもしれない。ゲヴィルツ教授はルウエリンの思想について、「ルウエリンによると、門外漢が（弁護士ではなく）期待される法律の『確

定性』を得ようとすれば、法規範において生じた『変化』と変遷過程にある社会規範の歩調を合わせなければならぬ」<sup>(100)</sup>と指摘する。今流行の言葉で言えば、「時代と共に進む」である。我々が中国の司法先例システムを考える際にも、同様の態度で臨むべきであろう。中国の司法実践は、今まさに司法先例システムを構築するよう求めている。このことはまた、筆者が一貫して中国の司法先例システムを「発展」させるというタームを用いてきた理由でもある。

『法制与社会发展』誌二〇〇四年六期にて公表

\* 北京大学法学院助教・法学博士。

イェール大学ロースクール中国法センター主任のゲヴィルツ (Gewirtz) 教授には、同センターで先例システム研究を行う機会および各種資料を提供していただいた。センター副主任のヘヒト (Hecht) 博士、ホースリー (Horstey) 博士にも色々とお世話になった。また、コロンビア大学法学院のリーブマン (Liebman) 教授、イェール大学ロースクールのラングバイン (Langbein) 教授、ダマシユカ (Damska) 教授、ホイットマン (Whitman) 教授、コールマン (Coleman) 教授、同大学ビジネススクールの陳志武教授から、様々なご教示を得た。最高人民裁判所の蒋惠嶺判事、閔毅氏、北京大学の柯荣住先生から本稿の作成にあたり貴重な意見をいただいた。さらに北京大学法学院の指導者および同僚には、日頃から筆者の研究を支持していただいている。ここに記して謝意を表したい。

(1) ここでいう「発達した法体系」とは、およそ相当の歴史的蓄積と連続性のある法体系を指し、西洋のコモン・ロー系、市民法系および中国古代の律令体系もこれにあたる。このことは文明および文化が発達しているか否かとは、直接的・必然的つながりはない。

(2) ここでは非自然的事象ではなく、人為的現象に対する命名ないしは呼び方を指してゐる (Jules L. Coleman and Ori Simchen, "Law", in *Legal Theory*, 9 (2003), Cambridge University Press, p. 11, note 24.)。

- (3) 例えば、張慶旭「判例法」質疑」比較法研究二〇〇二年四期一〇九、一一一、一一三頁（以下、「張論文」と略す一読者）。
- (4) 張論文は私見に対するものではあるが、必ずしも私が同号で公表した論文を直接対象としたものではない。私がここで反論するのは、「宣戦布告なしの奇襲」であるが、本稿の目的は先例システムの研究をさらに進めることであり、最終的な結論がどうであろうと、その趣旨はわが国の法治建設および法理学理論研究に有益であろう。もし行き過ぎた表現があったとすればご海容いただきたい。
- (5) 張論文一一一頁。
- (6) 拙稿「判例法的比較研究」比較法研究二〇〇二年四期八三～八五頁。中国史における先例システムについては、汪世榮『中国古代判例研究』（中国政法大学出版社、一九九七年）を参照されたい。
- (7) Rudolf B. Schlesinger and others, *COMPARATIVE LAW*, Sixth Edition, New York, Foundation Press, 1998 pp. 669, 690.
- (8) Karl Llewellyn, *THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1989, p. 5.
- (9) 『中華人民共和国最高人民法院公報』一九九七年二期六八～七〇頁。
- (10) 梅夏英「從「物權法」与「財產法」的爭論看我国未来民法典」<http://www.civillaw.com.cn>（二〇〇三年二月一八日）。
- (11) 拙稿・前掲注（6）八三～八五頁。
- (12) Rupert Cross and J. W. Harris, *PRECEDENT IN ENGLISH LAW*, Fourth Edition, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 3, Karl Llewellyn, *THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA*, p. 5, John P. Dawson, *THE ORACLES OF THE LAW*, William S. Hein & Co., Inc., Buffalo, New York, 1986, p. 421.
- (13) 張論文一一三頁。
- (14) John P. Dawson, *THE ORACLES OF THE LAW*, pp. 401, 431.
- (15) 幸か不幸か、法律を表す中国語と英語は一語「すなわち法律」Lawだけである。中国の学者には、「法」と「法律」を区別して用い、「法律」は国家の制定法を、「法」は一般的、真の法の精神を具現化する法律を指す、とする者もいる（郭

- 道暉教授の論文を参照されたい)。しかし、これは大衆および学者が長年にわたり形成してきた言語実践(「法」と「法律」の混同)を基本的に変えていない。
- (16) Rudolf B. Schlesinger and others, *COMPARATIVE LAW*, pp. 690-691.
- (17) 弗雷德里希・奥古斯特・哈耶克(王明毅・馮興元等訳)『通往奴役之路』(中国社会科学出版社、一九九七年)八二、八三、八四頁。
- (18) Jules L. Coleman and Ori Simchen, "LAW", in *Legal Theory*, 9 (2003), Cambridge University Press, p. 12.
- (19) John P. Dawson, *THE ORACLES OF THE LAW*, p. 421.
- (20) *Ibid.*, p. 486.
- (21) Francois Geny: *Judicial Freedom of Decision: Its Necessity and Method*, in *SCIENCE OF LEGAL METHOD*, Augustus M. Kelley, Publishers New York, New York, 1969, p. 5. なお、この点については、二〇〇二年の秋に北京大学法学院と香港大学法学院の學術年次大会において香港大学法学院長の陳文敏教授から大いに啓発された。ここに記して謝意を表したい。
- (22) Henry M. Hart, Jr. Albert M. Sacks: *THE LEGAL PROCESS*, Edited by William N. Eskridge and Jr. Philip P. Frickey, Foundation Press, 1994, p. 126.
- (23) 王亜新『対抗与判定——日本民事訴訟法的基本結構』(清華大学出版社、二〇〇二年)三一五頁。
- (24) John P. Dawson, *THE ORACLES OF THE LAW*, p. 486.
- (25) 張論文一三三頁。今日、「法決定論」に魅力を感じる学者は本當に少なくなった。さしあたり、「法決定論」に内在する、かなり前にもうひとつの命題(裁判官は法律の機械的適用者、法律のスピーカーではない)が真ではないと証明されたことを詳細に検討する(これはやめておこう)。
- (26) Gunther Teubner, *LAW AS AN AUTOPOIETIC SYSTEM*, Blackwell, Oxford UK & Cambridge USA, 1993, p. 100. また拙稿「直面生活」打破禁忌：一個反身法的思路——法律自創生理論述評」法制与社会發展二〇〇三年一期参照。
- (27) John P. Dawson, *THE ORACLES OF THE LAW*, pp. 483, 421.
- (28) *ibid.*, pp. 435, 483.
- (29) 宗辺「中原区法院試行先例判決制 当事人可了解類似案件判決結果」『人民法院報』二〇〇二年八月一七日。

- (30) Henry M. Hart, Jr. Albert M. Sacks: THE LEGAL PROCESS, p. cxxxvii.
- (31) François Gény: *Judicial Freedom of Decision: Its Necessity and Method*, in SCIENCE OF LEGAL METHOD, pp. 3, 4-5.
- (32) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 414, 424.
- (33) *ibid.*, p. 433.
- (34) THE FEDERALIST, Edited by Jacob E. Cooke, Wesleyan University Press, 1961, p. 529.
- (35) François Gény: *Judicial Freedom of Decision: Its Necessity and Method*, in SCIENCE OF LEGAL METHOD, p. 2.
- (36) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 401.
- (37) *ibid.*, p. 431.
- (38) 王亜新・前掲注(23) 111頁。
- (39) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 423, 426.
- (40) Rudolf B. Schlesinger and others, COMPARATIVE LAW, p. 699.
- (41) *ibid.*, p. 669; John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 417, 418-420, 429-430, 441.
- (42) *ibid.*, p. 442.
- (43) *ibid.*, pp. 443-446.
- (44) 張論文 111頁。
- (45) François Gény: *Judicial Freedom of Decision: Its Necessity and Method*, in SCIENCE OF LEGAL METHOD, p. 4.
- (46) Merryman, Clarke and Haley, THE CIVIL LAW TRADITION, LexisNexis, 1994, p. 1018.
- (47) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 398.
- (48) 張論文 111頁。
- (49) Karl Llewellyn, THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA, p. 5.
- (50) Rupert Cross and J. W. Harris, PRECEDENT IN ENGLISH LAW, pp. 24-25.
- (51) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 422.
- (52) *ibid.*, pp. 423-424, 427.



- (53) *ibid.*, p. 443 より転載。
- (54) *ibid.*, pp. 422-423.
- (55) *ibid.*, pp. 415, 421, 425, 429, 430.
- (56) *ibid.*, pp. 443, 444.
- (57) *ibid.*, pp. 421, 434, 449.
- (58) Karl Llewellyn, *THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA*, p. 104.
- (59) 二〇〇三年三月十三日にイェール大学ロースクールでラングバイン教授に面談した際の発言。
- (60) Mary Ann Glendon and others, *COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS*, Text, Materials and Cases, Second Edition, West Publishing Co. 1994, p. 440.
- (61) 祝銘山「把生命中最宝贵的时光献给人民司法事业」『人民法院报』二〇〇三年三月二十二日。
- (62) Rupert Cross and J. W. Harris, *PRECEDENT IN ENGLISH LAW*, p. 13.
- (63) 張論文一一二頁。
- (64) Karl Llewellyn, *THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA*, p. 2.
- (65) 張論文一一二頁。
- (66) 李靖「天津法院推行・判例指導制度、提升司法統一性」新華網、天津(二〇〇二年十月十五日)。
- (67) 前掲注(7)、宗辺・前掲注(29)。
- (68) 張論文が引用する案例のほとんどは刑事であり、場面は限られている。刑事裁判領域においては、筆者は絶対的な罪刑法定原則を堅持する。ただし、このことは、当該領域において先例システムが不適切であるということを意味しない。
- (69) John P. Dawson, *THE ORACLES OF THE LAW*, pp. 398, 399.
- (70) *ibid.*, p. 435.
- (71) *ibid.*, p. 436.
- (72) *Ibid.*, p. 440、王亜新・前掲注(23) 三三三頁。
- (73) John P. Dawson, *THE ORACLES OF THE LAW*, p. 444.

- (74) Karl Llewellyn, THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA, p. 6.
- (75) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, p. 436.
- (76) *ibid.*, p. 440.
- (77) *ibid.*, pp. 440-446.
- (78) *ibid.*, p. 448.
- (79) 王亜新・前掲注(23) 三三二一～三三二四頁。
- (80) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 398, 399.
- (81) *ibid.*, p. 416.
- (82) *ibid.*, p. 398.
- (83) *ibid.*, pp. 402-413.
- (84) *ibid.*, p. 405.
- (85) *ibid.*, p. 407.
- (86) *ibid.*, p. 448.
- (87) 広海法「広州海事法院的有関做法和効果」『人民法院報』二〇〇三年三月十四日。
- (88) 私見では、先例の確立および先例システムの形成における下級裁判所の判決の役割を無視・軽視することはできない。  
私見を支持する見解およびその論拠としては、王亜新・前掲注(23) 三三二一～三三二三頁参照。
- (89) 王亜新・同上三三二〇頁。
- (90) Rupert Cross and J. W. Harris, PRECEDENT IN ENGLISH LAW, p. 72.
- (91) John P. Dawson, THE ORACLES OF THE LAW, pp. 448, 484, 449.
- (92) 王亜新・前掲注(23) 三三二一～三三二三頁。
- (93) Lewis A. Kornhauser, *Adjudication by a resource-constrained team: Hierarchy and precedent in a judicial system*, 68 S. Cal. L. Rev. 1609.
- (94) 二〇〇三年三月十七日に筆者との面談した際の発言。

- (95) John P. Dawson, *THE ORACLES OF THE LAW*, pp. 449, 446.
- (96) *ibid.*, p. 487.
- (97) *ibid.*, p. 490.
- (98) 王亜新・前掲注(23) 三二五頁。
- (99) 王亜新教授は前掲注(23) 書八章において、日本の裁判所の判決書の記載事項と様式についての要求などについて非常に詳細な考察・分析を行っている。これらは中国の裁判所・裁判官にとっても示唆に富むといえるべきである。しかも、日本の関連機構は専門的な『民事判決起案の手引き』を出版しており、こうしたことは、その判例制度の発展にとって根本的な意義を有している。こうしたやり方は中国の先例システムの発展を考える上で参照すべきであろう。
- (100) Karl Llewellyn, *THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA*, p. xviii.