



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	現代中国における司法による法形成の現状と改革：日本との比較の視点から
Author(s)	徐, 行
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 14, 35-73
Issue Date	2007-12-21
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/30321
Type	departmental bulletin paper
File Information	14_P35-73.pdf



現代中国における司法による法形成の現状と改革

——日本との比較の視点から——

じょ こう
徐 行

目 次

はじめに	37
第1章 日本における判例の位置づけ	38
第1節 判例の法源性	38
1. 判例の法源性とは	
2. 判例の拘束力の性質をめぐる学説	
(1) 法的拘束力説	
(2) 事実上の拘束力説	
(3) 従来議論に対する反省	
第2節 判例変更をめぐる学説	41
1. 判例変更の問題点	
2. 判例変更の要件	
第3節 判例による法形成の実態	42
1. 判例による法形成の理論的根拠	
2. 判例による法形成の特質	
3. 判例による法形成の実例	
(1) 制定法に規定のない法準則の確立	
(2) 既存の法準則の具体化と修正	
第2章 中国における司法解釈制度の現状と問題点	45
第1節 司法解釈とは何か	45
1. 司法解釈の法的根拠	
2. 司法解釈制度の概要	
(1) 制定主体	
(2) 二つの類型	
(3) 制定手続	
第2節 司法解釈の問題点	48

1. 制定主体の問題	
(1) 検察院の制定権問題	
(2) 下級人民法院による「司法解釈的文書」	
2. 内容の問題	
3. 形式の問題	
4. 司法解釈と司法の独立	
第3節 判例との異同	51
1. 判例との共通性	
2. 判例との相違点	
(1) 法形成のあり方	
(2) 政治権力の介入度	
(3) 事前型と事後型	
第3章 判例制度導入をめぐる動き	54
第1節 判例制度導入をめぐる議論	54
1. 判例制度導入論の展開	
2. 判例制度導入の動機	
(1) 法形成における役割	
(2) 司法の統一の実現	
(3) 司法の独立との関連	
(4) 新たな法形成ルートの生成	
第2節 判例制度導入の障害	57
1. 理論上の問題点	
2. 事実上の問題点	
(1) 判決書の質	
(2) 「確定しない裁判」の問題	
(3) 裁判官の資質	
(4) 「錯案責任追究制」による障害	
(5) 審級制度による障害	
第3節 実務における実験的試み	59
1. 河南省鄭州市中原区人民法院	
(1) 制度設計	
(2) 運用実態	
2. 天津市高級人民法院	
3. 最高人民法院の「案例指導制度」	
(1) 制度の概要	
(2) 実現に向けての取り組み——『中国案例指導』	
(3) 現段階の問題点	
結びにかえて	64

はじめに

従来、中国では制定法に不備があるなら、法治が実現できないという考え方が根強く存在しているため、立法による法の形成に力を注いできた。しかし、実際のところ、立法権をもつ全国人民代表大会の会期はおよそ年に2週間程度という短い期間であり、その閉会中にかわって立法権を行使する同常務委員会も2ヶ月に1回という低い頻度で会議を開いているため、法の不備をすべて立法機関の働きによって解消することは不可能である。したがって、より多くの場合、司法機関が立法機関にかわって法の補完を行わなければならない。実際、司法による法形成は立法よりも積極的に行われてきた。

現状から見て、司法による法形成の主な経路は「司法解釈」とよばれるものである。司法解釈とは、最高人民法院と最高人民検察院が発する制定法の適用問題に関する有権解釈である。これらは一般的に下級人民法院および人民検察院に対して拘束力を持っているし、実際、その圧倒的な量と規定の細かさにより、裁判の場ではもっとも重要な役割を果たしている法源となっている¹。しかし、ここ十数年、司法解釈の問題点が学界の注目を集めて、その全体の見直しと改革が論じられてきた。

他方で判例制度に関する議論も活発になされている。数百篇の関連論文が発表され、判例制度を導入することの必要性や意義などが論じられている。判例が司法解釈に代わりうる役割を果たせるとして、司法改革の流れに乗じて判例制度を導入し、現存司法制度の問題点を解決しようという意図が見て取れる²。

このような議論の流れの背後には、「法治」を如何に実現すべきかに関する考え方の転換があると思われる。つまり、従来の司法解釈による法形成は司法機関によって行われているとはいえ、立法と同じく能動的な法創造であり、「準立法」と言えるものである。その根底にあるのは、「法治」を実現するために、立法を強化して法律をもっと具体的にもっと細かく規定すべきだという考

え方である。しかし、判例制度の導入に関する議論に見られるように、近年では、個々の裁判官に法解釈の権限を与えることで、司法本来の作用を強化して「法治」を実現しようという考え方が現われているのである。

従来の司法解釈システムは立法と司法の作用を混同し、司法の裁判を通じての法形成作用を抑制したのに対して、判例制度の導入は司法による法形成の手法を変えることで司法解釈の問題点を回避し、「党政分離」（党と国家を分離させること）を実現するのだけではなく、「法治国家」の形成の力点を立法から司法に転換することをも意味していると思われる。もとより、立法による法形成についても、法適用の現場からのフィードバックは重要な意味をもつ。判例制度を導入することで、法形成から法適用へ、そして法適用から法形成へと一つの循環構造が形成されることが期待できる。本稿では現存司法システムの諸問題を念頭に、司法解釈と判例に関する議論や司法実務における判例制度の導入の試みを検討することで、中国は現在如何にして「法治」を実現しようとしているのかを浮き彫りにしたい。

本論に入る前に、ここで明らかにしなければならないのは本論で使う「判例制度」という用語の定義である。中国で判例について議論がなされる時、まず参照されたのは英米法系の判例法である。それを念頭に議論が展開されたため、「判例法」という用語が使われてきた。その後、議論が進むにつれ、「判例制度」や「先例制度」などの用語も現れて、「判例法」という用語と並存して議論で使われるようになった。もともと中国ではいかなる裁判例にも拘束力がなく、そのため「案例」と呼ばれていた³。これらの用語に惑わされないよう、議論の便宜上、拘束力のある過去の裁判例を「判例」と称するならば、判例の内容、形式、効力、形成方式などを規定した制度体系を中国法の文脈で「判例制度」と称することができる。したがって、中国では日本の学者には馴染みがたい判例制度の導入という表現が使われる。また、現

在でも「判例制度」に替わって「判例法」という言葉を使う論者がいるが、ここでいう「判例法」も判例の中から形成された法という通常の意味と違って、まさに一種の法制度を指している。「先例制度」などの用語も同様である。

これらの用語の混乱は通説的な用語法が確立されていないためであって、議論の混乱の現われでもある。そもそも、同じ「判例制度」という用語を使っている論者でも、想定している制度の内容は必ずしも一致しているわけではない⁴。どのような意味で判例制度を導入するのか、特に司法解釈との関係についての見解が違い、外国の経験を参照する場合も想定している国にはばらつきがある。これらの問題点に留意しつつ、本稿では主に以下のような問題を明らかにすることを課題とする。

第一、日本の経験を参照することを念頭に、まず明らかにしなければならないのは、日本では判例に係る司法のあり方を一つの制度として観念するならば、それが一体いかなるものなのか、法形成の過程でそれはいかなる役割を果たしているのかについて整理する。第二、現代中国の司法制度、特に「司法解釈」制度とは一体いかなるもので、いかなる問題点が存在しているのかの問題を解明する上で、その役割と法形成作用が日本の判例と比べて、どのような相違点があるのかという問題を検討する。第三、近年、中国で行われている判例制度に関する議論を整理して、判例制度を導入するに当たって、いかなる障害が予想されているのか、それをどう克服すべきかについて検討し、これらの議論と関連して現在いかなる司法改革が行われているのかについても究明したい。

本稿は三章に分けて、以上に挙げた三つの課題にそれぞれ対応して論述する。第一章は日本における判例の位置づけを明らかにする。判例の法源性および判例変更に関する学説を概観し、いくつかの実例を通じて判例による法形成の実態を把握する。第二章は中国における司法解釈の実態と問題点を対象とする。その問題点および存続にめぐる議論を見て、日本の判例と比較する。第三章は

判例制度の導入に関する議論を中心に、学界と実務界の動きをそれぞれ浮き彫りにする。判例制度を導入するうえでの問題点とその克服に向けた方策や司法改革の動向なども合わせて検討する。

第1章 日本における判例の位置づけ

日本では実定法が発達していながら、判例も法実務で重要な役割を果たしている。日本の法制度はある意味大陸法と英米法の特徴を併せ持っている。基本的に日本と同じく大陸法系に属している中国に判例制度を導入する場合、一歩先に進んでいる日本での判例に関する議論や学説の状況および法形成における判例の役割は興味深いものである。したがって、本章では、大陸法系の国家で判例が如何なる重要な役割を果たせるのかを説明する恰好の素材として、日本の判例制度を参照する対象として選んだのである。

第1節 判例の法源性

1. 判例の法源性とは

判例の法源性・先例拘束性を問題とすると、判例とは裁判所が個々の特定の事件に対する裁判で、判決文の中に示した判断のことを指している。ここでいう判断とは、判決文の中の判断のうち、結論を導くために必要不可欠の部分、つまり英米法でいうレイシオ・デシデンダイ（ratio decidendi、主文）のことを意味する⁵。裁判の中で一回だけ示された法的判断もここでいう判例にあたる⁶。

判例は法であるのか、という問いに対して答えを出すことは簡単ではない。「法源」の定義によって見方も違って来る⁷。学者たちによる諸説を詳しく見てみると、判例の法源性を肯定するかどうかの分岐は定義の違いによるものが多く、同じく法源性を肯定する学説では、判例の拘束力の性質について、見解に食い違いが見られる。

判例の法源性を否定する代表的な見解は、中野次雄編『判例とその読み方〔改訂版〕』に書かれている。中野次雄教授は判例に先例としての拘束力があると認めながら、その拘束力は判例が法であ

るゆえ生ずるものではないとしている。

その理由は、第一に、日本には判例を法だとする明文の規定がないことだとする。裁判所法4条の反対解釈から、上級審の破棄理由は「その事件について」下級審を拘束すると規定しているので、他の事件については一般的に法的拘束力がないと解することができるとする。第二に、学説の見地から見て、末弘厳太郎のように正面から判例の法源性を肯定した学者でも、判例の拘束力の根拠を「善良なる司法官の注意義務」に求めていることや、裁判官が時として法的正義の要求のために判例を無視すべき場合のあることなど⁸を合わせて考えると、「判例が制定法と同じ意味で「法」であり、だから裁判官を直接拘束する」とは考えていない⁹。ここで注意すべきのは、中野教授が判例の法源性を否定するとき、想定している「法」観念とは制定法に限るようである。これは判例の法源性を肯定する諸説が想定している「法」観念とはかなり違うのである。

通説は判例の法源性を肯定している。芦部信喜教授は判例が「後に起こる別の事件で同じ法律問題が争点となったとき、その裁判の拠りどころとなりうる先例として扱われる」とし、その意味で判例が法源であると主張する¹⁰。そして、ここでいう法源は制定法や慣習法との関係では二次的なものであって、「裁判官が必ずしも常にそれを準拠することを義務づけられるではなく準拠することが適切であると容認されている法源である」¹¹。また、佐藤幸治教授は先例拘束性の原理は「日本国憲法の構造・理念とも適合するもの」であるとして、判例も「法源」であることを直視すべきだと主張する¹²。ここで注意すべきなのは、佐藤教授も判例の法源性を肯定しながら、それを実定法と同じ法とみなしているわけではないという点である。

しかし、「法源」の定義にめぐる議論は判例の法源性に関する議論の核心ではない。日本の裁判所法4条の規定によると、「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する」から、最高裁判所が一つの事件に対して判断を下したら、この事件について、下級

審がそれに拘束されることになる。問題になるのはその判断が後に起こる同じ種類の事件について、最高裁判所を拘束するのか、また、下級裁判所を拘束するかどうかである。この問題こそ、判例の法源性・先例拘束性に関連する根本的な問題である。

英米法国家では、判例は法源であり、先例として拘束力を持っている。日本のような大陸法系に属している成文法国家は判例にこのような拘束力を与えていないという理解が一般的である。つまり、日本の判例には「事実上の拘束力」しかないと考えられている¹³。それと同時に、日本国憲法の第76条の規定に従って、裁判所に付与された司法権は英米法型のものであるという理解を出発点とし、「日本の裁判所に、アメリカの裁判所が当然持っているようなすべての権限を憲法上付与したものと考えるべきだったのではなかろうか。先例拘束性原理も含めてである」¹⁴という考え方もある。このような考え方が伝統的な理解と対立し、判例の法源性・先例拘束性に関する議論を呼び起こし、幾つかの学説の分岐を生み出したのである。

2. 判例の拘束力の性質をめぐる学説

(1) 法的拘束力説

法的拘束力説は判例の法源性を肯定した上で、その拘束力を「法的拘束力」とする。この説は前述のとおり、裁判所に付与された司法権は英米法型のものであるという認識に立脚する。佐藤幸治教授はこれを主張する代表的な学者の一人である¹⁵。佐藤教授は先例拘束性の原理を支えるもっとも重要な基礎は裁判所が具体的な事件の解決のために判決をしたら、後に同種の事件が生じた場合に同じように扱うべきだという「公正の観念」にあるのだという。それは日本国憲法14条の「法の下での平等」の要請でもあると主張する¹⁶。また、「憲法32条は「裁判所において裁判を受ける権利」を保障するが、それは「憲法により司法権を行うべき国家機関としてみとめられる裁判所」による「裁判」であって、公正の観念に強く裏打ちされたものでなければならぬはずである」¹⁷とし、憲

法が前提とする罪刑法定主義の要請に応えるためには成文法を解釈する判決に先例性・法源性を認めることが必要だとする。

また、従来の「事実上の拘束力」という概念が曖昧であるゆえに、「判例の抽象的な理由づけが大きな影響力をもってきたのではないか」という意見を提起し、「事実上の拘束力」という認識を批判し、裁判の拘束力が「法上のもの」だと主張する¹⁸。ここで注意すべきなのは、佐藤教授の主張によると、判例に「法的拘束力」があるとしても、それが絶対的な拘束力ではなく、判例が恣意に流れないように抑制する課題を達成するためには、その具体的な中身を詰めて考える必要があるという¹⁹。

(2) 事実上の拘束力説

判例の拘束力を「法上のもの」と認識する論調は強く主張されてきたが、通説は判例の法源性を肯定しても、なおその拘束力を「事実上のもの」とする²⁰。その代表的な学者として、芦部信喜教授の主張を取り上げる²¹。芦部教授によると、判例は法源であるといっても、そこから直結的に判例に「法的拘束力」があるという結論を導くことはできない。また、「英米法系の判例・学説では判例を「法源」と考える点についてはほぼ異論ないが、判例が先例として拘束力をもつと考えられる主要な根拠は、それが「法源」であるということよりも、むしろ法の適用の公正性なり、審級制に基づく能率なり、あるいは予測可能性・法的安定性というような、実定法秩序および裁判制度に内在する原理であると考えられるので、日本国憲法の司法権が英米型だからといって、直ちに先例の拘束力は法上のものでないのではなかろうか」と「法的拘束力」の立論の根拠を批判する²²。

樋口陽一教授も佐藤教授の「判例が恣意に流れないように抑止する課題」に共感しつつ、判例の拘束力を「事実上」のものであることをあえて強調するという定式を選びつづけることは、その課題に答えることになる」と主張する。その理由として、日本とアメリカを比べて、日本の場合、最高裁判

所による強力な司法行政権——特に裁判官人事を中心とする——の行使のもとでは、「事実上の拘束力」といっても、強度の拘束が機能している側面があると言われている²³。

また、判例の法源性を否定する中野教授もその拘束力は「事実上の拘束力」だという。「事実上」というのは、法のもつ拘束力と比べてかなり弱いものであることを意味していると説明する²⁴。そして、そのような拘束力の基本的、本質的な根拠を法的安定性や訴訟経済などの要求に求めるのではなく、その拘束力は裁判官が最高裁判所のするであろう判断を予測して、それを自己の裁判における判断とする裁判官の職務上の義務から生ずるのだと説明する²⁵。

(3) 従来の議論に対する反省

通説が維持されながら、それに対する異論として「法的拘束力」説が強く主張されてきたという流れの中、高橋一修教授が主張する異説が現れた。高橋教授もまた判例が制定法と同じ意味の法ではないとしながら、その法源性を認めるべきだと主張する。判例は法であることを直視して、「その法の内容は何かを検討する出発点となり、先例の射程を限定することによって当該事件の適切妥当な判断を導き出す積極的意味を理解し、それがひいては判例が恣意に流れないように抑制する課題に自覚的に取り組む道が開かれる」²⁶と考えたのである。

先例拘束性の問題に関して、高橋教授は、日本の法学者は判例の拘束力の根拠を同種の事件は同様に解決されるべきだとする要請、つまり平等・公平の要請に求める点では一致していると考えている。そして、判例の拘束力に強弱の差こそあれ、性質の差異がないため、「事実上の」「法律上の」という概念をもうけ、拘束力の性質の差異を探るという問題の立て方自体が不適切だと従来の学説を批判する。判例の拘束力の強弱の差は法伝統の違い、あるいは法分野の違いによって生じた「程度の違い」にすぎない。最高裁が示す抽象的な法理論が下級裁判所に対してものをいつてきたとい

う問題に対する認識、あるいは判例の恣意性を排除する必要があるという課題の設定自体を共有している従来の学説が、あえて判例の拘束力に質的な違いを見出そうとすることの意味が乏しい。判例が法であることを直視して、具体的な先例事件について、その法準則は何かを検討することや、その先例としての射程範囲を決めることなどを問題とすべきであると主張する²⁷。

確かに、二次的であれ、判例の法源性を肯定し、先例拘束性を認めた上で、その性質に関して議論をするのではなく、その拘束力の拠りどころである法準則や法律判断を見出すことや、その先例としての射程範囲を見極めることなどを課題として、もっと実質的な意味をもつ議論をすることが重要ではないかと思われる。その意味で、高橋教授の見解は核心を突いているのだと言えよう。

第2節 判例変更をめぐる学説

本節は判例の法源性・先例拘束性に関する議論を踏まえて、判例変更をめぐる学説について考察する。判例変更に関する学説はよく判例の法源性・先例拘束性と関連付けて議論される。特に、判例変更は判例の拘束力を破るものである以上、判例の拘束力の根拠、性質および内容を明らかにすることが、判例変更の可否、限界を明らかにすることにつながる²⁸。

1. 判例変更の問題点

判例変更とは、裁判所が具体的事件の裁判において、従来の判例と異なる法的判断を下すことである。裁判所法10条3号の規定に従い、最高裁判所が判例変更をするときには大法廷を開かなければならない。また、最高裁判所は判例統一の役割をもっていて、現行制度では、判例を変更する権限をもつ唯一の裁判所である²⁹。

判例の先例拘束性との関係で問題になるのは二つの場合がある。一つは、強い先例拘束性を認めて、下級裁判所がひたすら判例に追従して、個々の事案の個性や特殊性を無視する傾向を強める危険性がある。そして、その拘束力が強いゆえ、

判例変更が容易になされることがなく、それに対する態度も慎重すぎて、かえって融通がきかなくなることがありうる。もう一つはその逆で、弱い先例拘束性しか認められない場合、下級裁判所もきちんとした理由を示すことなく、安易に判例と相反する判決を下すことになって、法の安定性・予測可能性を大いに害する危険性がある。また、その拘束力が弱いゆえ、判例変更が容易になされて、十分な慎重さを払うことなくその変更が行われることになる。

実際のところ、この二つの問題は共に裁判実務において現れている³⁰。しかし、「事実上の拘束力」説が通説とされている状況下でも、必ずしも「法的拘束力説」が批判したように最高裁が示す抽象的な法理論が下級裁判所に対してものをいつてきたという状況が普遍的に存在してない。むしろ問題視すべきなのは、下級裁判所が安易に最高裁の判例と相反する判断を下すことである³¹。これは「判例変更」とは言えないが、事案が最高裁までいくことなく確定した場合を考えると、当事者が不当な判例変更にあったと同じ程度の不利益を被ることになるだろう。また、黙示的な判例の変更を含めて、最高裁は実際に比較的柔軟に自らの判例を変更してきたのだといえる。これについては、「先例との緊張関係を意識することなくその変更が行われている」³²という批判もある。

2. 判例変更の要件

以上のような問題点があるからこそ、判例変更が許されるための要件を慎重に検討しなければならない。つまり、「一般には判例は十分説得的な理由があれば変更可能と解されているが、具体的事案における判例変更に際しては、先例拘束性の根拠としてしばしば援用される法的安定性、法適用の平等、公平といった要請と旧来の判例を裁判の中で再検討し、それをさらに修正または発展させていくことによる法の継続的形成の必要性などの調和点をどこに見いだすのか」³³を検討しなければならない。

事実上の拘束力説の立場に立つ有力説は、以下

のような場合に判例変更が可能だと主張している。判例を変更するにはそれを真に必要とする理由が存在しなければならない。つまり、①時の経過により事情が変更したという理由、②経験の教えに照らして調節が必要だという理由、③先例の誤りがきわめて明確であるという理由などが考えられる。

このような判例変更の条件に十分配慮した場合、最高裁は多数決で自由に判例変更を行うことはできるが、「適切な配慮を怠ったり、また、もっぱら裁判官の交替が原因で判例が変更されたと考えられるような場合には、その判例変更は「不当」といわなければならない」³⁴と言われる。これは判例変更の限界だという。

これに対して、法的拘束力説の立場からは判例変更につき、「判例は制定法そのものではないから立法者でなければ変更できないというものではなく、裁判所は十分の理由のある場合に判例を変更できると解すべきである」³⁵とする。ただし、判例変更が「不当」と評価される場合もあると主張している³⁶。

以上の両説は提示した判例変更を正当化できる理由につき、具体的な表現に違いは見られるが、基本的に正当理由があれば判例変更が可能であることには違いがない。また、具体的な理由を挙げたとしても、英米法から借用するところが多く、ここでは、一般論として、判例変更に説得力のある理由を挙げなければならないとされていることを確認するとどめたい。

両説が挙げた判例変更を「不当」と評価すべき場合としては、昭和44年の全司法仙台事件判決を変更した昭和48年全農林警職法事件判決³⁷という有名な例がある。この事件に関して、両説はともに批判的な態度を取っている。全農林警職法事件判決で、田中二郎裁判官ら五人の裁判官による多数意見に対する反対意見における以下の主張は注目に値する。すなわち、「憲法の解釈は、憲法によって司法裁判所に与えられた重大な権限であり、その行使にはきわめて慎重であるべく…最高裁判所が最終審としてさきに示した憲法解釈と異なる

解釈をとり、右の先例を変更して、新しい解釈を示すにあたっては、その必要性および相当性について特段の吟味、検討と配慮が施されなければならない……」。「憲法解釈の変更は、実質的には憲法自体の改正にも匹敵するものである」として、その変更には慎重を要するのは無論のこと、判例変更の一般論としても、法の安定性および予測可能性の要請からみれば、判例が安易に変更されるのは好ましくないであろう³⁸。

第3節 判例による法形成の実態

「今日では判例なくして解釈学なしといえるくらい、判例の解釈における重要性は高くなっており、会社その他における実務上は、学説以上に判例が重要である」³⁹という指摘のように、法解釈における判例の役割は大きい。そして、判例が法解釈を通じて、法創造になっているのも無視できない事実である。本節では、判例による法形成の理論構成に関する学説をみたのち、いくつかの実例を通じてその実態を概観する。これは裁判所による法形成がいかなる場合にどの程度において行われたら適切といえるのか、また、如何なる態度で自ら法形成にのぞむべきかという問題に対する日本の学界と実務界の解答であり、中国に判例制度を導入する場合に参照すべき経験でもある。

1. 判例による法形成の理論的根拠

社会の変化に即して実定法規範の内容を変化発展させていく法形成の過程は、社会のほかの部分のシステムからの影響が、法システムに作用し、それを反映して法規範の変更に至る過程である⁴⁰。この法形成の過程で作用する制度的な仕組みとして立法による法形成と司法による法形成の二つがあげられる。実定法体制の下で立法がたえず流動化し、多様化した社会に常に即応していることは望めないし、司法による経験的な発展が望ましい局面も少なくない。したがって、大陸法系の国でも、司法による法形成を重視し、二つの制度の長所と短所を認識し、適切な組み合わせで作用させるべきだといえよう⁴¹。

それでは、判例による法形成の根拠は何であろう。田中英夫教授の主張によると、判例による法形成の根拠は「平等の要請」である。つまり、裁判所がある具体的な事案の解決のために法的判断を判決の中で示したら、後に同種の事件が起こった場合に裁判所が同じ解決を与えるべきだという公正の観念による要請が生じる⁴²。そのために、「ある判決が完全に既存の法準則の枠内でなされたのではないときは、直接には一回限りの具体的事件の解決を目指した判決から、その後の事件においても国家機関の一つである裁判所が適用し、強制することが期待される準則が形成されることになるのである」⁴³。

「裁判は具体的なケースにおける法的判定という法システムに不可欠の機能を果たすものであり、それに内在的に伴う機能として、不可避免的に法創造的な機能（法規範の細密化、補充、新たな法理の創造、新たな定式化など）を果たす」⁴⁴というように、法創造の機能は司法に内在するものである。日本では、制定法が主な法源であり、裁判においては、まず制定法規範を出発点として、具体的な法律条文の解釈を通して得られる具体的規範命題が判決の不可欠の根拠となる。その上に判例によって法が発展させられることがあるが、そのような司法による法形成は法の欠缺補充や、一般条項などの一般性の高い法文の解釈を主要な場として行われるのであって、制定法規範の枠の中で行わなければならない。また、英米法国家のように法理の根本的な変更を行うこともできない⁴⁵。つまり、判例による法形成を立法による法形成と同じ意味で解することはできないのであり、判例によって形成された法は、常に国会による立法の下位に立っているのである⁴⁶。

2. 判例による法形成の特質

判例による法形成は立法による法形成とは違うのであり、いくつかの特質がある。したがって、裁判所がいかなる範囲で、いかなる程度で法形成を行うべきかについては特別の考慮が必要だと言われている⁴⁷。

第一に、国民によって選出されて直接政治責任を負う立場にある立法府と違って、裁判官が国民によって選ばれたわけではないから、「ある問題についてさまざまな見解が合理的に対立しうような性質の問題については、裁判所は別段の強い事由がない限り、その問題について立法府が制定法を通して一つのポリシーを示しているときには、その立場を尊重すべき」である。これは判例による法形成に対する一つの制約となる⁴⁸。

第二に、立法府が法形成を行うときには、十分な資料の提供を受けるし、自ら積極的に参考資料を収集しうる地位にあるのに対して、裁判所が法形成を行うときには、その性質上、法形成のための参考資料の収集には大きな制約がある。判例による法形成は、「当事者が持ち込んだ事件において提起した論点についていわば偶発的になされるものであるから、他の関連する論点とも合わせて体系的な法形成をするのには適しない」のであり、「体系的な法形成には、総合的・長期的な取り組みが可能な立法による方が適している」のである⁴⁹。

第三に、裁判所は基本的に公平な解決を与えることが期待されるので、一つの事件と他の事件とで異なった解決を与える場合にはそこに合理的な区別がなされることが要請されるのである。それに対して、立法府は場合によって均衡を無視して、あるところで人為的な線を引くことがある。すなわち、「判例による法形成においては、同一のものを同一に扱い、違うものはその違いに応じて扱うことが要請されるのに対し、立法による法形成はそうではない。立法府は、人為的に一つの確定的な基準を設定することができるのである」⁵⁰。

第四に、一般人が法律的な助言を受けることなしに自ら法を基準として行動しなければならない分野、とりわけ大量的処理あるいは迅速な処理の必要な分野では、立法により予め明確で画一的な基準を設けておくことが望ましい。つまり、法の明確性が強く要求される領域では、解釈という形を通して制定法の文言から相当程度以上に離れることは、法発見がより容易であるという立法によ

る法形成の利点が損なわれることになるので、解釈という形で判例による法形成を行うことを差し控えるべきである⁵¹。

第五に、「立法による法形成は、法律が特に適及適用を規定しない限り、将来の事実のみ適用されるのに対して、判例による法形成は、裁判所が場合により不適及的に法形成をなしうる途が開かない限り常に、法形成のなされた時以後の事実のみならず、それ以前に生じた事実にも遡って適用されることになる」⁵²。ここでは判例が変更された後の適及性が問題になるのではなく、判例による法形成の限界として、法的安定性を考慮して判例による法形成を差し控える場合があることを強調したい⁵³。

最後に、裁判所が判例による法形成という機能を自覚的に行うべきかどうかという問題に関して、従来の議論は、裁判所によって法が創られるということに対して消極的である。それは、裁判所が具体的な事件の解決に必要な否かに無頓着に抽象的法理論を展開することを好んで行うことに対する警戒から由来している。しかし、「裁判官は、事件に内在しているさまざまな問題点を析出し、一方ではその問題点ごとに多面的な吟味を加えて実質判断を加え、他方では既存の法源との関係を検討して、事件を既存の準則に依拠して解決すべきか否かを決する」⁵⁴という立場をとるべきで、先に述べたような判例による法形成の限界に対する正しい理解の上に立って、判例による法形成の機能を直視することによってこそ、不必要に抽象的な法理論を展開することを防ぐことができるのであろう。

3. 判例による法形成の実例

判例による法形成にはさまざまな様態が存在するが、それは制定法との関係で大きく二種類に分けることができる。一つは制定法に規定のない法準則を判例によって確立される場合、もう一つは制定法の既存の規定の解釈を通して法準則の具体化や修正をはかる場合である。以下では、いくつかの実例を通して、判例による法形成の実態を概

観する⁵⁵。

(1) 制定法に規定のない法準則の確立

① 法文に規定のなかった一般法理の導入

現行日本民法1条3項に「権利の濫用は、これを許さない」と規定されている。この規定は判例によって形成された一般法理が、昭和22年（1947年）の民法改正に際して導入されて条文化されたものである。

大審院が権利濫用の法理を打ち出した有名な事件として、宇奈月温泉事件⁵⁶がよく挙げられる。この事件では原告が所有権を「絶対的に且排他的に総括支配力を有し使用収益処分作用を有する」権利として、それに基づいて妨害排除を請求したケースである。これに対して、大審院は原告の請求が民法の条文上認められるものであることを認めた上で、条文にはない権利濫用の一般法理を根拠として、それを否認したのである。そして、この法理がその後他の事件にも適用されるようになって、ついに昭和22年の法改正によって条文化された。

② 社会の実態に適合する法の形成

社会の実態に適合する法を形成する場合、判例によって既存の慣習を確認しその限界を明確化する例もあれば、社会生活の現状を是正しようとする例もある。たとえば、「債権者が債務者に対して有する債権を担保するために、物の所有者又は権利者が、物の所有権又は権利を債権者に移転すること」⁵⁷で実現される非典型担保の一つである譲渡担保は、民法には規定はないが、古くから行われる慣習として、明治以降の一連の判例で認められ発展してきたのである⁵⁸。

また、法人格否認の法理はアメリカで判例によって確立された法理であるが、日本にも導入すべきだという議論が生じて、最判昭和44年2月27日は「法人格が全くの形骸に過ぎない場合、またはそれが法律の適用を回避するために濫用されるが如き場合においては、法人格を認めることは、法人格たるものの本来の目的に照らして許すべからざるものというべきであり、法人格を否認すべきこ

とが要請される場合を生じるのである」⁵⁹と判示して、法人格否認の法理を正面から肯定し、社会生活の現状を是正するために判例によってこの法準則が形成されたのである。

(2) 既存の法準則の具体化と修正

①一般条項およびその他の抽象的な法規範の具体化

たとえば、上で例としてあげた権利濫用の法理が条文化されてもこれは一般条項であって、それをどのように適用すべきかについては裁判所の判断に委ねられている。民法第1条第2項も一般条項であり、信義誠実の原則を定めているが、その具体化をはかるのが判例である⁶⁰。さらに、旧借地法第4条第1項と旧借家法第1条の2の規定によると更新拒絶や解約申入れには「正当事由」が必要とされているが、「正当事由の具体的内容はすべて判例法によって形成され運用されている」⁶¹と言われ、後に新しい借地借家法が成立して、その第6条と第28条に従来の判例によって確立された法準則を取り入れる形で具体化をはかったが、その具体的適用はまだ裁判官によらなければならない⁶²。

②法文の実質的修正、法文の空文化

民法第612条の賃借権の譲渡および転賃の制限に関する規定を厳格に適用すると、具体的妥当性を欠く場合がある。そこで、賃貸人の解除権を制限するために、判例が大胆に展開し、最判昭和28年9月25日は「賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益を為さしめた場合においても、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合においては、同条の解除権は発生しないものと解するを相当とする」⁶³と判示して、法文に実質的な修正を加えたのである⁶⁴。

法文を実質的に空文化する例はまれである。例として挙げられるのは利息制限法第1条第2項の解釈をめぐる判例変更である。条文では「債務者は、前項の超過部分を任意に支払ったときは、同項の規定にかかわらず、その返還を請求すること

ができない」としている。最高裁大法廷昭和37年6月13日判決も「債務者が利息制限法所定の制限をこえる金銭消費貸借上の利息・損害金を任意に支払ったとき、右制限をこえる金員は、当然残存元本に充当されるものと解すべきではない」⁶⁵としていた。それは利息制限法の文理や体系に忠実な解釈といえることができるが、学者がそれでは借主保護という利息制限法の目的を達することができないという立場からこれに反対した⁶⁶。このような批判を受けて、裁判所はその後判例変更をした⁶⁷。学説の要望には応えたが、利息制限法第1条第2項を骨抜きにしたとして、解釈論の限界を超えているとの批判もある⁶⁸。

以上で挙げた例は主に民事法分野のものであるが、手続法分野⁶⁹および刑事法分野⁷⁰においても、判例による法形成の例が数多く見られる。

第2章 中国における司法解釈制度の現状と問題点

本章では、現代中国における司法解釈制度の現状を概観し、学説によりつつ、その特徴および問題点を浮き彫りにする。その上で、日本の判例制度と比較して、両者の相違点を検討する。中国では裁判例に拘束力がなく、判例制度も存在しない。しかし、「日本では、最高裁判所が判例を通じて下級裁判所の裁判を指導するが、中国では、最高人民法院が司法解釈を通じて下級人民法院の仕事を指導する」と指摘されている⁷¹。つまり、中国の司法解釈制度は日本の判例制度と似たような役割を果たしていると考えられている。また、判例制度がないからこそ、司法解釈が中国では発達していると言主張する学者もいる⁷²。両者を比較することにより、司法解釈制度をよりよく理解できるし、日本のような判例制度を中国に導入することの意義や必要性についても示唆するところがあろう。

第1節 司法解釈とは何か

1. 司法解釈の法的根拠

裁判機関である法院における具体的な事案にか

かる法的問題に対する解釈が司法解釈と称されることもあるが⁷³、中国で通常の意味で使われる「司法解釈」とは、最高人民法院と最高人民検察院が出した法適用問題に関する有権解釈を指す⁷⁴。また、最高人民法院が出した解釈は審判解釈とも呼ばれるが、最高人民検察院が出した解釈は検察解釈とも呼ばれる。

司法解釈の法的根拠は主に二つある。一つは全国人民代表大会常務委員会の法律解釈を強化することに関する決議（以下「決議」という）である。この1981年に公布された決議案の2条に「最高人民法院は人民法院の裁判における法律、法令の具体的な適用に関する問題に対して解釈を行う。最高人民検察院は人民検察院の検察における法律、法令の具体的な適用に関する問題に対して解釈を行う。最高人民法院の解釈と最高人民検察院の解釈の間に原則的な食い違いがある場合、それを全国人民代表大会常務委員会に報告し、その解釈あるいは決定を伺うべきである」と規定している。もう一つは人民法院組織法である。その第32条の規定によると、「最高人民法院は裁判の過程において法律、法令を如何に具体的に適用すべきかについて解釈を行なう」。

2. 司法解釈制度の概要

(1) 制定主体

司法解釈を出せるのは最高人民法院と最高人民検察院である。下級人民法院と人民検察院は司法解釈を出す権限がない。これは言わば司法解釈を出す主体の問題である。原則として、司法解釈の主体は「二元一級」である。二元とは、主体が最高人民法院と最高人民検察院との二つであることを指している。そして、両者はともに最高級司法機関であるため、一級と言われている。後で検討するように、この原則はきちんと守られていない嫌いがある⁷⁵。そして、「決議」の第1条に「法律、法令の条文の限界を明確にすることや補充的な規則を設けることは、全国人民代表大会常務委員会の解釈あるいは法令によって規定する」としているし、第3条に「裁判および検察に属さない

その他の法律、法令を如何に具体的に適用すべきかについての解釈は、國務院および主管部門によって行う」としているから、条文を厳格に解釈すれば、最高人民法院と最高人民検察院による司法解釈の対象は限定されているので、司法解釈による法の形成もかなり制限されているはずである。しかし、実際のところ、司法解釈の対象を考えるとなく、それによる法形成もほとんど無制限に行われていて、この点に対して、学者による批判が多い。

(2) 二つの類型

司法解釈はその形式から主に2種類に分けられる⁷⁶。一つは下級人民法院あるいは検察院からの問い合わせに対する回答という形で出されたもので、裁判あるいは検察における具体的な法適用や法解釈の問題に対する回答が主であって、基本的には法解釈の枠内で行われている⁷⁷。もう一つは最高司法機関が能動的に出したもので、内容は通常抽象的である。この種の司法解釈はほとんど成文法の規定に関連して出されたものであって、普通は条文形式をとっている。下級司法機関の問い合わせがあってはじめて出される第1種の司法解釈と違って、最高司法機関が自らすすんで法形成を行った結果である。このような抽象的な司法解釈の条文の数は対応する元来の制定法の条文の数よりも多い場合が少なくない⁷⁸。そのうち、制定法の実施細則のように見えて、法の不足を補完したり、実質的な法改正にあたる場合も多く、法解釈の枠組みを明らかに超えているものも存在する。

以上の分類と混同しやすいもう一つの分類方法として、司法解釈は抽象的な司法解釈と具体的な司法解釈という二つの概念に分けられることもある。司法解釈が具体的な事案に即して行われたかどうかによって分類される。そのうち、具体的な事案に即しない抽象的な司法解釈の量が多く、裁判において重要な役割を果たしている⁷⁹。その点から見ると、抽象的な司法解釈は英米法系の判例に通じての法形成とも異なるし、大陸法系のような裁判官の法解釈に対する制限もほとんど受けない。

それゆえ、大量の抽象的司法解釈の存在が中国の司法解釈の一つの特色とも言われている⁸⁰。しかし、これは果たして法の解釈といえるかどうかについて疑問があり、「司法解釈の立法化」として批判される場合が多い。

(3) 制定手続

司法解釈の制定手続きに関しての規定は長い間設けられなかったが、1997年、最高人民法院が最高人民法院の司法解釈に関する若干の規定（最高人民法院關於司法解釋工作的若干規定）を公布した。これにより初めて、最高人民法院による司法解釈の制定に関する手続き規定が明確に定められたのである。この規定によると、最高人民法院による司法解釈は、以下のような手続きによって作成される。

①最高人民法院の各業務庭（室）が裁判における法適用問題について、解釈の申請をし、副院長の許可を得て草案作成の計画を立てなければならない。あるいは、最高人民法院裁判委員会が司法解釈を制定する必要があると認めたときに、直接に関連する業務庭（室）に草案作成の計画を立てる。

②司法解釈の起草は各業務庭（室）が担当する。完成した草案は最高人民法院に付属する研究室の調整を経て、副院長に審査される。

③司法解釈は副院長の審査の後、最高人民法院裁判委員会の討論を経て承認をもらわなければならない。

④以上の手続きをふまえて成立した司法解釈は「最高人民法院公告」の形で『人民法院報』で公表され、下級人民法院に伝達される。

規定には最高人民法院による司法解釈の形式をとして、「解釈」、「規定」、「批復」の3種類を定めている。「解釈」と「規定」は通常先に述べた第2種の条文形式の司法解釈に対応する。ここで注意すべきなのは、「最高人民法院の司法解釈に関する若干の規定」自身も実は司法解釈の形式で制定されたものであり、これは先述した全国人大の法律解釈に関する「決議」および人民法院組

織法に対する解釈と理解しうる。そして、「批復」は当然先に述べた第1種の回答形式の司法解釈に対応する。

この規定によって、司法解釈の発効時間と失効時間も決められた。つまり、司法解釈に別の規定がなければ、その効力は「人民法院報」での公表とともに生じる。失効については、法律の廃止、修正あるいは新しい法律や新しい司法解釈の発効とともに古い司法解釈が失効すると規定されている。

最高人民検察院による司法解釈の制定に関しては、別の手続き規定が存在する。最高人民法院より一年早く、最高人民検察院の司法解釈に関する暫定規定（最高人民検察院司法解釋工作暫行規定）を作ったが、現行の規定は2006年5月10日に公布された最高人民検察院の司法解釈に関する規定（最高人民検察院司法解釋工作規定）である。手続き規定に関して、二つの最高司法機関の間に、制定責任者や分類と命名について若干の差はあるが、決定的な違いがない⁸¹。

そして、何よりも重要なのは、最高人民法院と最高人民検察院の手続き規定で司法解釈の効力について初めて明確に規定したことである。司法解釈の効力に関しては以前から議論があった。司法解釈に普遍的な拘束力はあるが、法源ではなく、判決書に引用できないとする説⁸²もあれば、司法解釈に拘束力がある以上、裁判の根拠として示さなければならないとする説⁸³もある。このような議論に対して、その後に成立した最高人民法院の司法解釈に関する若干の規定の第3条⁸⁴と最高人民検察院の司法解釈に関する規定の第5条⁸⁵の規定によると、司法解釈は「法律効力」を持つとされる。そして、前者の第14条⁸⁶の規定によると、最高人民法院の司法解釈が裁判の根拠として使われたとき、制定法の関連条文とともに引用しなければならない。また、後者の第5条後半の規定によると、最高人民検察院の司法解釈は起訴状やプロテスト申立状などの法律文書に引用することができる。

このように最高法院と最高検察院の司法解釈には「法律効力」があると規定されたのであるが、

この「法律効力」とはいかなる効力であるかは必ずしも自明ではない。この点に関して、最高人民検察院に属する法律政策研究室の解説がかなり興味深い。それによると、「司法解釈は法律ではないが、法律と同じ効力を持つ…各級人民検察院は司法解釈を法律と同じように検察業務の拠り所としなければならない」⁸⁷のである。つまり、司法解釈が法律であるとはいえないが、それを法律と同様の効力があるとしている。また、司法解釈の司法文書における引用に関する規定について、まだ不明確の点が存在していると批判する学者もいる⁸⁸。

第2節 司法解釈の問題点

司法解釈は裁判実務において事実上重要な法源としての役割を果たしているが、幾つか問題点もある。それには制度上、もともと存在するものと、数十年来の恣意的な運用のもとで積み重ねられてきたものがある。これらの問題について学界からは厳しい批判の声が上がっている。本節では司法解釈の問題点を検討し、それに関する改革論も概観する。

1. 制定主体の問題

(1) 検察院の制定権問題

いろいろな問題点の中、まず注目すべきなのは司法解釈を出す主体の問題である⁸⁹。先に述べたように、法律の規定に従って司法解釈を出すことが許されているのは、最高人民法院および最高人民検察院の二つの最高司法機関である。しかし、最高人民検察院に司法解釈を出す権限を与えることに強い反対の意見がある。

批判の第1のポイントは、刑事訴訟では一方当事者として訴訟に参加する人権検察院が、司法解釈権をもつことに対する原理的な疑問である。すなわち、検察院が発する司法解釈にも法律効力があり、それが法院の裁判をも拘束するとなると、法院は訴訟の一方当事者が作成したルールに従って裁判することを余儀なくされるという事態が発生する⁹⁰。これでは裁判の公正さが失われてしまう

ことが大いに危惧される。

第2に、検察院が法律監督機関と位置づけられ（憲法129条⁹¹）、これは法院の裁判にもおよぼされていることに起因する⁹²。一般に法院が法適用を間違えば、検察院からのプロテストを受け、再審が開始されるが、そこに最高検察院が発した司法解釈の適用問題までもが含まれるとしたら、法院はまったく検察院のコントロールのもとにおかれることになる。これが果たして適切であるかにつき、疑義が提起されているのである。

実際に、最高人民法院と最高人民検察院の間に「国家工作人員」の範囲に関する意見の違いが司法解釈に現われて、裁判で大きな問題を引き起こした有名な例がある。1995年、全国人民代表大会常務委員会が出した「会社法違反の犯罪処罰に関する決定」に対して、両最高司法機関がそれぞれ司法解釈を出した⁹³。二つの司法解釈の間で、「国家工作人員」の範囲、罪名の表記、刑罰に値する違法行為の認定基準まで違っていた⁹⁴。その違いを受けて、下級人民法院は最高人民法院の司法解釈にしたがって、被告を「国家工作人員」に該当しないので横領罪にあたるとした事案で、下級人民検察院は最高人民検察院の司法解釈にしたがって、被告を「国家工作人員」と解し、汚職罪を強く主張した。敗訴した検察側は、裁判監督権にもとづいて、最後は最高人民検察院が最高人民法院に対して「プロテスト」したのである⁹⁵。つまり、「裁判官は検察機関が公訴を提起した事件に対して、検察機関による法に対する解釈にしたがって裁判をしなければならない。さもないと、検察機関は裁判官の判決が「法律」の規定に違反していることを理由に法律監督を行使する…これは、もはや理論上の問題ではなく、実際にわが国の司法実務において起こっている問題である」⁹⁶。

そして、二つの最高司法機関がそれぞれ司法解釈権を持つことで、両者が同じ法律に対して違う司法解釈を出す可能性があるから、法制の統一の見解から、司法解釈の主体を最高人民法院にしほるのが望ましい、というのも二元主体を反対する理由の一つである。「我が国司法解釈の主体が二

元化している状況は、違う国家機関が同一の法律に対して違う解釈と理解を示す可能性をもたらしている…これは法律の実施に混乱を招いたのである」⁹⁷。たとえば、1997年に刑法が改正された際に、両最高司法機関がそれぞれ司法解釈⁹⁸を発したところ、4つの犯罪類型について異なる罪名を用いるということが生じた⁹⁹。この問題は結局、2002年に両機関によって合符で新たな司法解釈¹⁰⁰を発することによってようやく解消された。司法解釈に制定法についての解釈を統一するという機能を期待するのであれば、最高人民検察院の司法解釈権を廃し、解釈主体を統一すべきであると主張されている¹⁰¹。

他方で、最高人民検察院にも司法解釈を出す権限を与えても問題はないし、現行司法解釈の二元主体体制を維持すべきであるとする論調も根強く存在する¹⁰²。しかし、こうした主張はほとんどが検察機関内部の者やその関係者によるものである。

(2) 下級人民法院による「司法解釈的文書」

司法解釈を出す主体に関連して問題視されているもう一つの現象は、下級人民法院によって「司法解釈的文書」が出されていることである。「司法解釈的文書」とは司法解釈の形式と内容的特徴を持ちながら、非法定制定機関によって出された司法文書のことを指す。司法解釈を出す主体が「二元一級」だとすれば、下級人民法院が「司法解釈的文書」を出すことは「一級」の原則に違反しているということになる¹⁰³。厳格に言うと、下級人民法院が出した「司法解釈的文書」はその監督に服する一定の下級人民法院しか拘束しないから¹⁰⁴、「司法解釈」と違って、法律と同じ効力を持っているわけではない。しかし、「司法解釈性の文書」は何ら法的根拠もないにもかかわらず、「司法解釈」と衝突しない限り、事実上一定の拘束力をもっている。その性質や形式も「司法解釈」と極めて類似しているため、混同されやすい。

違う地方の人民法院による「司法解釈的文書」は異なる規定を設けることがよくある。このような現象は法律適用の統一に悪い影響を与える上、

法治の精神にも違反しているため¹⁰⁵、よく「司法解釈」の諸問題と関連して批判されている。それに対して、最高人民法院の態度はとても曖昧である。本来なら、下級人民法院には一定の拘束力のある「司法解釈的文書」を出す法的根拠がない¹⁰⁶。しかも、1987年に最高人民法院は「地方各級人民法院が司法解釈的文書を制定することを禁ずることについての批復」（「関与地方各級人民法院不応制定司法解釈性文件的批復」）という司法解釈を出して、「地方各級人民法院が司法解釈性の文書を制定してはならない」と規定している。しかし、その後の地方下級人民法院が相変わらず司法解釈性の文書を制定しているし、最高人民法院も咎める姿勢を示さなかった。それどころか、刑法分野において、最高人民法院の司法解釈の中で下級人民法院に「司法解釈的文書」を制定する権限を与えることもある¹⁰⁷。このような曖昧な態度を批判して、「司法解釈」の改革に合わせて、「司法解釈的文書」をきちんと規制すべきであるという議論が展開されている¹⁰⁸。

2. 内容の問題

司法解釈の内容に関して、問題視されているのは、司法解釈の「立法化」ともいいうる現象である。つまり、最高司法機関が法解釈の限界を超えて、全国人民代表大会の立法権を侵害するような司法解釈を出す問題である。特に能動的に出された司法解釈は、その能動性がゆえに司法権の限界を超える場合が多い¹⁰⁹。

能動性という特徴のほかには、「立法化」問題にかかる司法解釈にはもう二つ大きな特徴がある¹¹⁰。一つは解釈の内容の規範創設性である。これは司法解釈の内容が解釈される法律条文の固有の範囲や限界を超えることや、元来存在しない新規則を作り出すなどを指す。司法解釈を制定するときには原則として、「法律規定に違反してはならない。また、法律に規定されていない規則は司法解釈を通じて創設してはならない」はずであるが¹¹¹、実際のところ、このような現象がよく見られる。特に刑法について、立法意図に反する

司法解釈が出された場合には、罪刑法定主義との関係で問題になる。例えば、1998年に最高人民法院が出した「公金横領事件の審理における具体的な法適用に関する若干問題の解釈」（「關於審理挪用公款案件具体适用法律若干問題的解釋」）という司法解釈の第1条第2項の規定によると、「公金を横領して、私営会社や私営企業の使用に供することは、公金を横領して私人の使用に供することに当たる」。これは刑法第384条に対する解釈であるが、刑法の規定では公金横領罪の成立には「私人の使用に供すること」が要件であるのに、この司法解釈が「私営会社や私営企業」も「私人」に当たると拡張解釈をした¹¹²。このような拡張解釈は刑法本来の範囲を超えているため、許されないのだと指摘する学者がいる¹¹³。

また、1998年に最高人民法院が出した「外貨の詐欺、違法外貨売買事件の審理における具体的な法適用に関する若干問題の解釈」（「關於審理騙購外匯、非法売買外匯刑事案件具体适用法律若干問題的解釋」）という司法解釈が刑法条文（第225条第3項）を類推解釈した例も有名である¹¹⁴。これは罪刑法定主義に反する司法解釈の典型例としてよくあげられる¹¹⁵。そして、特に「規定」という手続き規定に対応する形式で出された司法解釈は、多くの場合手続法の解釈という建前をとって、実質的には法の解釈というより手続き規定の制定を行っている¹¹⁶。

もう一つの特徴は制定過程の非公開である。司法解釈の制定にかかる手続き規定はあるが、草案作成と審議の過程が公開されない上、解釈の理由を示すこともほとんどない。このように制定された司法解釈が立法の目的や意図に適っているかどうかについて判断のしようがない¹¹⁷。なぜ司法解釈の「立法化」問題が生じるのか¹¹⁸については、そもそも制定法が予見可能性や安定性を欠いていること、立法解釈が積極的に行われていないこと、法曹の資質の低さや最高司法機関の越権解釈に対する是正を立法機関が長期にわたって放置したことなどが挙げられる¹¹⁹。

3. 形式の問題

司法解釈の形式に関しては、両最高司法機関がそれぞれの司法解釈に関する手続き規定において、幾つかの形式に分けて、統一した文書番号を与えることで司法解釈の形式上の規範化を実現しようとした。しかしながら、最高人民法院は司法解釈の文書番号に対して厳格な統制を行ったが、形式については手続き規定に厳格に従っていない。たとえば、「安排」と「決定」と命名される形式の文書も「司法解釈」として存在する¹²⁰。結局、最高人民法院の司法解釈であるかどうかを判断するために、文書番号に頼るしかない。

最高人民検察院の司法解釈の場合、文書番号が厳格に統一されていない上、形式の種類は五種類もあって、司法解釈であるかどうかを判断するためには、最高人民検察院検察委員会の審議を経て採択されたかどうかを調べるしかない。ところが、最高人民検察院によって出された司法解釈の文書の中に、必ずしも最高人民検察院検察委員会の審議を経て採択されたという表示がされていない。つまり、最高人民検察院の司法解釈をほかの司法文書（公開あるいは内部公開されている各種の規則、規定および通達などの司法行政文書）と分別する手段がない。

司法解釈に関する手続規定が制定される前、二つの最高司法機関によって出された司法文書のほとんどは司法解釈とされている。しかし、1996年以降、手続規定が制定され、裁判委員会や検察委員会の審議を経て採択されたものだけが司法解釈と称されるようになった。このような厳格の基準をとると、毎年多く出されているほかの司法文書の地位が微妙になる。これらの司法文書は「會議紀要」、「復函」、「意見」、「答復」などの形式で公布され、内容から見ても司法解釈と大差ないし、立案者も司法解釈と同じである。裁判委員会や検察委員会の審議を経てないとはいえ、このような司法文書は「実質上司法解釈の表現形式を拡張した。各級の裁判官は実際にそれらを裁判に適用しているため、司法解釈との間にもはや本質的な区別がない」¹²¹として、司法解釈と同じ役割を果たし

ているとも言われている¹²²。

例えば、最高人民法院が2005年に出した司法文書「強盗、強奪事件の審理における法律適用の若干問題に関する意見」は、「法律適用の統一」がその目的だと明言した上で、条文形式で刑法の適用についての補充規定を設けたのである。このような司法文書は明らかに下級人民法院に対して拘束力をもっている。しかし、司法文書の性質および効力についての規定がないため、たとえそれを司法解釈と区別する実益が乏しいとしても、両者を同一視することはできない。司法の統一や法の安定性を考えると、このような司法文書が大量に制定されて、司法解釈と同じ役割を果たす事態は望ましくない¹²³。司法文書と司法解釈の区別は明確にする必要がある。

4. 司法解釈と司法の独立

司法解釈と司法の独立との関係に関する問題点はおもに下級人民法院の問い合わせに対する回答という形式で出された最高人民法院の司法解釈にかかわるものである。そして、先に述べたように、司法文書も司法解釈と同じような役割を果たしている現在、「復函」や「答復」といった形式で出されている最高人民法院の司法文書も視野にいれる必要がある。

下級人民法院の問い合わせに対して、最高人民法院が出した回答は法律と同じ効力の法規則を形成するが、事案の実体的判断や手続問題について立ち入らないのが原則である。しかし、多くの場合、回答の形で出された司法解釈や司法文書はこの原則を無視して、事案の実体的判断や手続問題についての判断まで行うことがある。最高裁判機関が事案に対して示した拘束力のある判断は事実上の終局判断である。このような事態はまさに「先定後審（先に決定を下し、その後に審理を始める）であり…二審終審制の審級制度を骨抜する」¹²⁴と評されている。これは多くの学者が理想としている「裁判官の独立」に反するばかりか、現行憲法で保障されている「裁判の独立」にも反している¹²⁵。

たとえ司法解釈が事案の実体審理を行わないとしても、書類審査だけで事案を正確に理解し、それに適した法解釈ができるかどうかについても疑問がある¹²⁶。また、法の規定により、司法解釈権は最高司法機関に集中しているため、裁判のときに現われた法の解釈に関する問題に対して、裁判官が自ら解釈を行うことは許されず、最高人民法院の解釈を仰がなければならないと解されている。これではまるで下級人民法院が自ら最上級の人民法院に対して「裁判に介入してくれ」と頼んでいるようなものである¹²⁷。「現在の司法解釈権の帰属状況下において…真の司法の独立は実現できない」¹²⁸と言われるゆえんである。

第3節 判例との異同

本節は中国の司法解釈制度と日本の判例との比較を中心とする。両者の法形成における役割と作用の特徴を比較して、その異同を明らかにしたい。従来、中国での司法解釈制度に関する議論は「司法解釈をより完全なものにする」ことを目標としてきた。最高人民法院と最高人民検察院も毎年人民代表大会に対する報告の中でこれについて言及してきた。しかし、そのような議論はあくまでも現存の司法解釈制度の体制を維持しつつ、その内容の充実と改善を図ろうとするものである。言い換えれば、司法解釈制度の固有の問題点を無視して、司法機関が立法機関にかかわって法の補完を行うことを前提に、準立法としての司法解釈の内容だけを改善すべき対象としたのである。まさに、立法の完備は法治国家の実現の条件だという従来の考え方の現われである。

従来の議論と違って、司法解釈制度そのものの改革を主張する議論が近年あらわれているが、現実に対する影響力はまだ限られている。実際、最高人民法院が公布した「人民法院第二次五ヵ年改革綱要」では¹²⁹、司法解釈の質を高めることを目標としている。しかし、従来の考え方はまだ根強く存在しているとはいえ、現在の議論の流れを見れば、制度改革を主張するものはもちろん、司法解釈制度に固有の問題点を解決するために判

例制度の導入を検討している学者も多くあらわれている。こうした議論からは、近年、法治国家の形成に関する学界の考え方が変化していることが窺われる。

1. 判例との共通性

前も述べたように、司法解釈は日本の判例と似たような役割を果たしているといわれている。ここでいう役割は、両者の法形成作用に表われている。司法解釈の法形成作用はおもに四点にまとめることができるといわれている¹³⁰。

①法の規定のない場合、事実上の法規範としての役割を果たす。社会の発展に実定法の制定が追いつかないことがよくあるし、いかなる立法にも必ず欠陥がある。司法解釈による法形成はそれを補完するものである。それは第1章第3節で述べた判例による法形成の実例でみられる「法文に規定のなかった一般法理の導入」と「社会の実態に適合する法の形成」に対応する役割であろう。日本の場合、多くの例は民事法分野のものであるのに対して、中国の場合、すべての法分野において多数の例がみられる。

②法の規定が抽象的で原理原則を中心とする場合、それに対する具体化の機能を果たす。従来、中国では、法律の制定理念として「宜粗不宜細」（法律は粗く抽象的に制定することが適宜であり、細かく具体的に制定することが適宜ではない）が提唱されてきたため、抽象的な規定が多く存在していた。今はある程度改善されたが、抽象的で理解しがたい法律条文がまだたくさん残っている。このため、その限界を明らかにしたり、適用条件を細かく規定するために、司法解釈が使われる場面が多く、憲法以外の各法分野のほとんどすべての基本法についての具体化として司法解釈が存在する。これは判例による法形成の「一般条項およびその他の抽象的な法規範の具体化」に対応するが、具体化の名目で「法文の実質的修正、法文の空文化」を行うこともよくある。

③司法解釈は後の制定法の発展に実践上の根拠と経験を提供する。実験的な法規則として司法実

務に導入し、試行錯誤を経て、法律の制定や改善または廃立に素材を蓄積することが司法解釈の大きな役割の一つだと言われている。それは過去に制定法体系が整ってなかったため、司法解釈を実定法の代替物として、一時期を凌いできたことと関連している¹³¹。現在では、司法解釈の成果を後の実定法に盛り込むこともあるが、能動的に制定された抽象的な司法解釈が実定法の素材になることは「立法化」問題のあらわれとみなされ、批判されることがある。この点に関して、日本の判例も似たような役割を果たしているように見えるが、法形成の仕組みに本質的な違いがある。この点は後に検討する。

④国の法制の統一にも司法解釈が貢献している。この作用は司法解釈の制度設計に関連している。つまり、司法解釈を出す権限が最高司法機関に集中しているため、下級司法機関による恣意的解釈が防がれ、法制の統一が維持される。しかし、「全国人民代表大会常務委員会の法律解釈を強化することに関する決議」では行政法規と地方性法規の解釈権は最高司法機関に帰属しないと規定したため、法規範の解釈の統一で法制の統一を図ることには限界がある¹³²。日本の場合、判例違反を上告理由とすることで、判例を経由しての法令解釈の統一を図ろうとしているのであり、その仕組みはまた司法解釈のそれと違っている。

司法解釈の法源性と拘束力について、議論がなかったわけではないが¹³³、最高人民法院と最高人民検察院が出した司法解釈の制定手続きに関する司法解釈で、司法解釈に「法律効力」とあると規定されたため、その拘束力について議論する実益がなくなったと認識されている。法源性に関する議論はまだあるが、その実益はほとんどなく、法律と同一視すればいいというのが現状である。ただし、そもそも司法解釈権をもつ両機関自身が司法解釈の効力について定める権限をもちうるかどうかについては、疑問がある。司法解釈の効力を規定する制定法は存在しないため、今でも真つ向から司法解釈の法源性と拘束力を否定する論者がいる¹³⁴。

2. 判例との相違点

(1) 法形成のあり方

司法解釈が法形成において日本の判例と類似の役割を果たしているというのは上述の通りであるが、その仕組みには根本的な差異がある。司法解釈は一般的に具体的な事案と関係なく、事前的に法に対して解釈を行うことができる。たとえ下級司法機関が最高司法機関に問い合わせをして、その回答として出された司法解釈であっても同じである。形式から見ると判例と似ていて、事案の発生が先で、解釈が後に行われて事案に適用され、その後の同類の事案に対して拘束力をもつのであるが、「実質的には判例と大きな差があり」、回答形式で出された司法解釈は「事案に対するものであるが、その事案は単に司法解釈を引き起こすきっかけに過ぎず、司法解釈の内容はそのまま一般的で抽象的な規定である」¹³⁵。つまり、そのような司法解釈が出されるときに、事案を解決するために法を解釈するというより、抽象的な法規則の形成を最初から目的としているわけである¹³⁶。

この実質的な違いは司法解釈の効力からも見いだせる。すなわち、新しい判例が樹立されると、その効力は遡及するというのが原則であるのに対して、能動的に形成された条文形式の司法解釈は立法と同じくその効力は遡及しないし、回答形式で出された司法解釈でも、当該事案に限って形式的に遡及するが、それ以外の事案に対して遡及しない¹³⁷。まさに司法解釈は法に対す事前的な解釈であり、立法性があることを表している。それと違って、日本の判例は裁判理由の中の主文と傍論を区別し、一つの論点に対して如何にして法的判断を導き出したかを検討し、ある程度抽象化した一般的な法規則を見出すのは裁判の後に行われる。判例の場合、法解釈は法の適用に関連して行われるのに対して、司法解釈の場合、「法解釈は法の適用と分離され、一般的な状況下では、司法解釈が具体的な裁判の過程で具体的な事案に対して行われるのではなく、おもに立法的な意味をもつ抽象的な解釈としてあらわれる」¹³⁸のである。

(2) 政治権力の介入度

中国の司法解釈による法形成は上（最高司法機関）で法を形成し、下へと法を浸透させるという形で作用する。このような法形成の特徴として、訴訟のときの当事者またはその代理人の法に対する理解や解釈はもちろんのこと、裁判官の法に対する解釈も法的に何らの意味ももたない¹³⁹。最高司法機関が事前に独断で司法解釈を出すのであり、司法実務における当事者や弁護士、学者などによる法解釈はそれに取り入れられることは珍しい。それに対して、判例による法形成なら、訴訟のときの両当事者の法に対する解釈を裁判官が考慮したうえ、自分の法に対する解釈を形成する。下（当事者や弁護士、学者の解釈など）からの解釈を取り入れて、上（最高裁）で判決の形で最終的な法的判断を形成し、そこから新しい法規則が誕生する。判例のような下から上へと法を形成するルートが開かれていないことも、司法解釈制度の大きな問題点の一つだといえよう。

司法解釈制度がこのように事前的で抽象的な法形成を中心とする傾向をもつには歴史的な理由がある。中華人民共和国が成立して間もないころ、法体系が未整備であった時期に、規範的な司法解釈は実験的な立法であり、政策性あるいは政策に対する解釈が普通であった。また、具体的な事案を審理することがまれであるため、最高人民法院は一般的な法規則を形成することを主な目的とし、具体的な事案と関連させることをあまり考えていなかった¹⁴⁰。

今は法体系がある程度整ってきたものの、以上のような事情はなおかなりの程度で現実に残っている。司法解釈の「立法化」問題はまさにその現われである¹⁴¹。つき詰めていうと、司法解釈の正統性は「論理に由来するのではなく、経験およびその背後にある権力作用に由来する」¹⁴²のである。田中信行によれば、その根底にあるのは「司法解釈は党規と国法の不一致の狭間において、党規を国法の一部として機能させる媒体としての役割を余儀なくされているのである」¹⁴³という。

この点を考慮に入れると、司法解釈制度は共産

党による統制のための制度だと言ってもよいであろう。判例制度と違って、下から上へと法が形成されることなく、司法による法形成の機能を最高司法機関に集中する根本的な理由はそこにある。

「法治」を実現するためには司法解釈制度の中にある「党政不分」（党と国家を区別しないこと）の要素を取り除かなければならない。

(3) 事前型と事後型

以上で検討した司法解釈と判例との違いは一番根本的なものであるが、それに関連して、法制的統一の仕方にも両者の間に違いが存在する。つまり、日本の場合、「裁判官独立の原則があって事前の指揮による統一は許されない…上訴制度による是正・統一が行われる。…裁判については事後統制によって国の意思表示の統一が行われているわけである」¹⁴⁴。最高裁の法令解釈統一の機能というのも法律問題に関するこの統一機能のことである。それに対して、中国の場合、司法解釈による統一とは判例のそれと違って事前統制である。中国でも上訴制度は存在するが、審級制度は「四級二審」制を採用しているため、最高人民法院で事件が審理されることは少ない。また、前節で検討したように、司法解釈の存在により審級制度や上訴制度そのものが骨抜きにされることがよくある。中国における強力な司法行政の影響もこのような事態をもたらした要因の一つだと言えよう¹⁴⁵。裁判官人事や下級法院に対する上級法院の監督などを通じて、強力な司法行政は司法解釈の拘束力を保障し、裁判官による法解釈を制限し、法制的統一を実現するための事前規制を行うわけである。

第3章 判例制度導入をめぐる動き

判例制度の導入に関する議論が中国で活発に行われているのは、法治に対する関心の高まりと関連している。しかし、議論の中で一言で「判例制度の導入は法治の実現につながる」と両者を簡単に結び付けて、判例制度の導入を支持する場合が多く、必ずしも両者の関係を冷静かつ意識的に

論じてきたわけではない。それにもかかわらず、判例制度の導入に反対する論者は非常に少ない。今ではもはや導入賛成論一辺倒の流れが形成されていて、判例制度を導入することの必要性や意義に関して、共通認識が形成されつつある。さらに、司法実務においても、判例制度導入の実験的な試みがあらわれて、人々の注目を集めている。本章ではこれらの議論を取り上げて、判例制度の導入と法治の実現との関係を検討し、最後に実務における実験的な試みを紹介する。

第1節 判例制度導入をめぐる議論

1. 判例制度導入論の展開

中国で判例制度の導入についての議論はすでに二十年ほどの蓄積がある。1985年に「最高人民法院公報」が創刊され、一部の「案例」が公表されるようになって、議論のきっかけを作った。「案例」は拘束力のない裁判例であるが、「最高人民法院公報」に載っている「案例」は初めから下級人民法院を指導するために公表されたものであり、実際の裁判のときに参照されることになっている。「案例」を通じて下級人民法院を指導することはそれ以前から見られたが、人民法院系統の非公開の内部文書によって通達するのが従来のやり方であった¹⁴⁶。1980年代に入って法整備が進む中、成文法の固有の不足がだんだんと認識されるようになった。それをいかに解消すればいいのかを考えているときに、「案例」の公表が学者たちに啓発を与えた。拘束力のない案例より一歩進んで、拘束力のある判例を形成し、中国に判例制度を導入すべきだという主張がまさにこの時期に表れた¹⁴⁷。

初期のころの議論は専ら英米法系における判例を研究対象としていた。その特徴や役割、長所と不足を検討し、さらに中国独自の判例法を形成すべきことも論じられた¹⁴⁸。大陸法系における判例についての研究は少なかったが、後に判例制度の導入を支持する主な理由としてあげられる論点は、ほとんどこの時期の比較研究の成果である¹⁴⁹。1990年代に入って、判例に拘束力を与えることや判例

法の形成に反対する意見も現われた¹⁵⁰。これらの批判に応えるために、議論がさらに進んだ。判例による法形成の必要性を強調するだけではなく、反対理由として取り上げられた問題点を解消しうる判例制度の理想的なあり方も論じられるようになった¹⁵¹。

その後、議論の蓄積によって、判例制度の導入を支持する通説的な理由づけが形成され、さらにそれを強調するため、ここ数年大量の論文が発表されている。従来の賛成論と重複するような論文がほとんどであるが、中には具体的な制度設計をするものや¹⁵²、実際の導入に当たって如何なる障害と困難があるのかを検討するものなど、もっと踏み込んだ議論をする論文がある¹⁵³。賛成論一辺倒になった今でも、判例制度の導入について慎重な態度を示している論者はいるが¹⁵⁴、その影響力はほとんどない。実務において判例制度の導入に関連する実験的な試みが行われている今、それをどう評価するか、その経験を生かして如何なる正式な制度を作るのかを検討することは今後の議論の課題になるのであろう。

2. 判例制度導入の動機

(1) 法形成における役割

判例制度を導入すれば、成文法を修正することなく、その安定性を保ちながら、判例による法形成を通じて、一般条項や抽象的な規定を具体化し、法に規定がない場合にその不足を補充し、または、社会の変化に対応しつつ、その実態にあった法規則を形成することができる。これは賛成論者が想定する判例制度の基本的な役割であり、日本における判例による法形成の実例がその実践として参考になる。

このような役割は前述した司法解釈の役割と同じように見えるが、司法解釈は準立法になって抽象的な法規定を形成しているため、それ自身も成文法と同じような不足を帯びて、さらなる「解釈」が必要になるのは実務上珍しいことではない¹⁵⁵。むしろ、司法解釈は多くの場合、具体的な事案と関係なく行われていることを考えると、裁判官は

それを解釈してから適用するほうが自然である。したがって、制定法との関係だけではなく、司法解釈との関係においても、判例による補充と具体化が期待されている。また、判例は具体的な事案に解決を導くために法を解釈するゆえ、常に現実問題と緊密に関連して法形成を行う。それゆえ、判例が司法解釈にかわって、後の制定法の発展に実践上の根拠と経験を提供することも期待されている¹⁵⁶。

他方、各法分野別に判例制度の法形成機能を検討している論者の中で、特に刑事法分野において、慎重な態度を示している。判例による量刑の統一が注目されているが¹⁵⁷、それと同時に、罪刑法定主義が形骸化することを警戒して、刑事法分野における判例による法形成制限し、原則的には判例の運用を民商事事件と行政事件に限るべきだと主張する論者もいる¹⁵⁸。

(2) 司法の統一の実現

判例制度の導入で実現したいもう一つの目的は、司法の統一である。ここでいう司法の統一とは法解釈・適用の統一を意味する。判例制度を導入するならば、一人一人の裁判官に法解釈の権限を与える必要がある。これは従来の司法解釈制度と根本的に違うゆえ、如何なる制度を設計して法解釈の統一を図るかが問題となる。

判例制度の法解釈・適用の統一における役割に対して、賛成論者は大いに期待している¹⁵⁹。ある具体的な事案の解決のために法的判断を判決の中で示したら、後に同種の事件が起こった場合に人民法院が同じ解決を与えるべきだという平等の要請が生じる。この平等の要請は判例に拘束力を与える根拠であり、裁判官の裁量権を制限する役割を果たす。これは事案を受理する法院の違いによって裁判の結果が違ってくことや同じ法院でも審理する裁判官の違いによって裁判の結果に大きな差が現れることが多々ある中国において、特に有意義であり、法適用の統一によって法の安定性や予測可能性も高くなると指摘されている¹⁶⁰。また、民衆からみても、同種の事件に対して同じ解

決を与えることは裁判の公正が維持されていることのあらわれであり、法院に対する信頼の向上にもつながると思われる。

判例制度の導入は一方で裁判官に法解释权を与えることで、裁判官による法形成を可能にし、実際に司法権を拡大する。それと同時に、他方で個々の裁判官の恣意的な裁量を制限し、法適用の公平と正義を保障できると言われている¹⁶¹。

(3) 司法の独立との関連

判例制度を導入することで、裁判官は独自に法解釈を行うことができるなら、従来通りに最高人民法院に問い合わせをして司法解釈を何う必要がなくなる。この種類の司法解釈による裁判の独立に対する悪い影響がなくなり、先に決定を下しその後に審理を始めるといったような事態もかなり避けられる。それに、従来の司法実務において、下級人民法院は裁判にかかる実態的判断や手続き問題について、上級の人民法院に問い合わせをし、その判断を仰いで裁判する、という「案件請示制度」が存在する。それはおもに上級人民法院で下級人民法院の判決が覆されることを避けるために行われている¹⁶²。判例制度を導入すれば、裁判官はもっと能動的に事案の解決に臨めるし、もっと具体的な法規範が裁判官に提供され、上級審で判決が覆されることがあるかどうか一定の予測も可能になる。その分、このような「案件請示制度」によって審級制度が骨抜きにされる問題もある程度解消されるだろう¹⁶³。

他方、判例制度の導入は高い質の判決書を要求する。従来、中国の法院が作成した判決書はただ認定した事実、証拠の記述と法律条文の引用を記録する。判決理由もなければ、結論を導くための推理もない。このような判決書は裁判官が如何にして判決を形成したのかを示さないため、法院以外のさまざまな力に隠れて裁判に干渉するルートを開いたのである。判例制度を導入するなら、当然判決書の形式から内容まで改革をしなければならない。裁判官は事案の事実、証拠を分析し、法を解釈して適用し、法的推理を経て判決を下すま

での過程を判決書に盛り込まなければならない。このような判決書は従来の判決書と比べて、判決を形成する過程の透明度が格段に高くなるし、論理的であり、外部からの干渉を最小限に抑えることができる¹⁶⁴。そうなれば、裁判官の独立とまでは言わなくても、裁判の独立（法院の独立）はかなり保障されるのであろう。

(4) 新たな法形成ルートの生成

従来の司法解釈による法形成は上から下へと、いわば下向型の法形成のルートだけが存在する。判例制度を導入すれば、下から上へと、上向型の法形成のルートが開かれる。従来の司法解釈による法形成の場合、法規則の制定権は最高司法機関が独占していて、下級人民法院の裁判官、事案の当事者や弁護士など司法の現場で法を適用している人々によって法規則が形成されることはない。それと違って、判例による法形成が可能となれば、裁判官は法的判断を下す前に、立法意図、学者の一般的な見解や両当事者およびその代理人の主張などの要素を総合的に考慮しなければならない。こういう過程において法規則が形成される場合、それを確定するのは裁判官であるが、その形成に訴訟の当事者や弁護士、ときには学者も影響を与えることができる。

言い換えれば、法は社会生活から発端し、その発見と記述をするのは裁判官や弁護士などの法実務者である¹⁶⁵。「一般民衆にとって、立法や選挙を通じて法規則を変える希望は薄い、司法や訴訟を通じて規則を形成することは可能である…判例法は一種の公衆参加の方式であり、国家機関による立法権の独占という問題を解決し、規則を形成する権利を平等に一人一人の国民に与える」¹⁶⁶という点が、このような法形成のルートが開かれる意義として指摘されている。

以上で述べたように、判例による法形成は司法の独立を保障すると同時に、一般事件の当事者、弁護士や学者、下級人民法院の裁判官などもっと広範囲の参加者による法形成のルートを開く。これには中央集権的な体制の一角を崩す可能性も秘

めていると思われる。判例制度を導入すれば、司法の独立を支える制度として作用することや行政権力の濫用を制限することなど、法治の実現に積極的な影響を与えうる。このような議論が活発的に展開されるようになったのは明らかに法治への関心の高まりに関連している。そして、立法を強化することよりも、司法による法形成が重視されるようになって、制定法を通じて国民を支配することよりも、司法審査を通じて国家権力を制限することが重視されるようになったことは、「法治」およびその実現に関する学界の考え方の転換の現れだと思われる。従来の官僚や行政主導の社会から法曹や司法主導の社会へと転換させる意図もこのような議論から見て取られる。

第2節 判例制度導入の障害

判例制度を導入すべきかどうかについて、賛成論が圧倒的に有力に主張されていることは前述のとおりである。また、判例制度の導入の意義について異論を提起する論者もほとんどいない。しかしながら、それでも判例制度を導入する条件が整っていないことを理由に反対をする論者がいる。その反対理由はまさに中国に判例制度を導入するのにあたって、現実存在する障害そのものである。本節はこれらの障害を概観して、どうすれば克服できるのかを検討する。

1. 理論上の問題点

判例制度の導入にあたって、克服すべき障害は二種類に分けることができる。一つは觀念上の障害である。一部の論者は判例制度が現代中国の政治制度と相容れないのだと主張し、判例に拘束力を与えることに反対する。

判例に拘束力を与えるかどうか、その法源性を認めるかどうかは、結局のところ、法源の定義によって答えが違ってくる。制定法を唯一の法源であると厳格に解釈すれば、国家の権力機関である全国人民代表大会および地方各級人民代表大会は立法権をもっているが、人民法院には法を形成する権限がない。人民法院によって形成された判例

は法源であるはずがないし、それに拘束力を与える根拠もないことになる¹⁶⁷。

しかし、実際のところ、最高人民法院は正式に「司法解釈は法律効力をもつ」と規定しているから、まさに司法解釈を通じて法を形成している。それを無視して、制定法を唯一の法源だと解することで、判例制度の導入に人為的な障害を設置することに疑問を感じざるを得ない。日本の判例の法源性およびその拘束力に関する議論を鑑みても分かるように、司法解釈による法形成の現状から、判例に「法律効力」を与えることに何の問題もないし、法治を実現するためにも、司法による法形成を否定してはならないのであろう¹⁶⁸。判例制度の導入は事実上中国の政治制度と何ら衝突もないので、理論上問題がありとして、判例に拘束力を与えることに反対するのは、現実をきちんと受け止めていない結果だと言わざるを得ない。

2. 事実上の問題点

(1) 判決書の質

この問題について、前節にも述べたが、最大の問題は判決書の中に判決理由と推論の過程を示さないことである。判決理由と推論の過程がなければ、判例から法命題を抽出することは到底不可能であり、何らかの法規則を見出して、後に起こる同種の事件に適用するのも無理がある。判例制度の導入は必然的に高い質の判決書を必要とする¹⁶⁹。幸い、最高人民法院は判決書に判決理由を盛り込むことを司法改革の目標の一つとして、「人民法院の五ヵ年改革の綱要」（「人民法院五年改革綱要」1999年10月20日）の中で、「…判決書の論理性を強化し、判決書の中に裁判の過程を記録し、裁判理由も示さなければならない」と規定している。改革が進めば、質の高い判決書がしだいに蓄積され、判例制度の基礎を築いていくのであろう。

判決書の質は判例評釈の発展とも関連する。判決が下された後、学者や弁護士、他の裁判官などが判決理由をみて評釈するのは判例理論の発展にとって重要な意味を持つことである。一方、このような評釈は一種の社会世論を形成できる。裁判

官をけん制し、裁量権の濫用を制限して、司法の独立が成立後の裁判官を監督する¹⁷⁰。他方で、判例評釈を通じて、判例によって形成された法規則はさらに明確かつ具体的なものになる¹⁷¹。専門知識がなくても、一般国民は評釈をみて法規則を理解できる。判例を通じて法律を宣伝し、国民の権利意識を高めること¹⁷²も判例評釈がなければ期待できないのであろう。しかし、中国では裁判例に対する評釈はいまだに未発達である。これは従来の判決書に判決理由がちゃんと示されなかったことに関連して、判例制度の導入とともに解決すべき問題の一つである。

(2) 「確定しない裁判」の問題

判決書の質が高くなっても、判決が確定しないなら、如何なる裁判例も判例として成立しない。しかし、中国では、長い間、裁判事実の絶対的な真実と裁判結果の絶対的な正義を追求するあまり、判決がなかなか確定しない¹⁷³。法的効力が生じた判決に対しても、裁判監督の手続きに沿って、当事者やその家族は再審を申請できるし、人民法院も職権で判決の見直しができる。また、人民検察院も「プロテスト」して同様の要求を提出できる¹⁷⁴。しかも、裁判監督には回数制限がないため、再審が何度も繰り返されることがある。法的効力が生じた判決でも、その後再審によって覆される可能性があるのを考えると、その判決は先例としての安定性を欠いていると言わざるをえない。この問題を解決しない限り、判例制度を導入しても、判例が法の安定性と予測可能性に積極的に作用することを期待できないであろう。判例として認定された判決に対する再審を制限することは制度上可能だが、憲法によって付与された人民検察院の法律監督権限との関係で、問題が生じうる。

(3) 裁判官の資質

裁判官の能力と資質は判例制度を直ちにうまく作用させるほど高くないという問題が存在する。判例から判決理由を発見し、法規則を析出して同種の事案に適用することは、高い法技術を必要と

する。したがって、裁判官の専門知識や職業能力は判例制度がうまく作用することの保障である¹⁷⁵。能力が足りないなら、裁判官による法解釈はもちろんのこと、先例から法規則を見出して裁判に適用することもできないかもしれない。たとえ裁判官が判例を通じて法規則を形成しても、その能力に対する疑念はそのまま法規則に対する疑念になるおそれもある¹⁷⁶。また、判例制度は裁判官に法解釈権を与えるため、高レベルの職業道徳を要求する。道徳の面において不足のある裁判官に法解釈と自由裁量の権限を与えると、それが濫用され、そのまま腐敗につながるかもしれない¹⁷⁷。残念ながら、能力だけではなく、道徳の面においても不足のある裁判官はまだかなりいる。2005年最高人民法院の院長が人民代表大会において行われた報告¹⁷⁸によると、2004年一年で違法行為を理由に処罰された裁判官は461人もいて、中には高級人民法院の院長もいる。

しかしながら、中国の裁判官の能力と資質に不足があるのを理由に判例制度の導入を反対するのはただの短見である。判例制度を導入することで司法の独立に積極的に作用し、裁判官の法創造の能力を解放する上、もっと責任を持たせる。そして、判決書の改革で、外部からの干渉を排除し、裁判の透明度を高めることで、裁判官に対する社会世論による監督を強化して、逆に腐敗を阻止する効果も期待できる。このような作用で、裁判官の能力と資質を高めていくことも可能であろう。また、裁判官の能力は不変なものではなく、現に年々高めていく傾向があり、裁判官の任用条件も高くなっている¹⁷⁹。このような事情を考慮して、むしろ裁判官の能力と資質に不足があるからこそ、判例制度を導入すべきだと言えよう¹⁸⁰。

(4) 「錯案責任追究制」による障害

「錯案責任追究制」のような人民法院の内部規則によって、判例制度がうまく作用しないおそれがある。「錯案責任追究制」とは本来、裁判にかかる法律や法規を反して判決を下した場合に、違法行為をした責任者の責任を追及するための制度

である¹⁸¹。しかし、いま各級人民法院が施行している「錯案責任追究制」は多くの場合、二審あるいは再審の結果にしたがって「錯案」であるかどうかを判断する。つまり、「錯案」=誤判という図式になっている。二審や再審で覆された場合、前審の判断はただちに錯案となって、担当裁判官も何らかのサンクションを受ける場合が多い。また、一部の人民法院は今でも暗黙の慣習として、二審で覆された事件のパーセンテージを業績判断の基準としている¹⁸²。このような制度と慣習が存在する限り、裁判官は昇進や収入にかかる不利益をかわぶことを恐れるあまり、上級審で自分の判断が覆されないように、能動的に法創造を放棄する可能性が大きい。「錯案責任追究制は実質上裁判官の法解釈の権限を否定した」¹⁸³と評価する学者もいる。判例による法形成の機能をうまく作用させるためには、このような制度と慣習を一度見直す必要がある。

(5) 審級制度による障害

四級二審制の審級制度を改革しなければ、判例制度の導入の障害になる。日本の三審制の場合、基本的に終審としての第三審は最高裁判所で行われる。事件は最終的に単一の最高裁判所に移されることによって、裁判の統一がなされる。中国の四級二審制は日本の審級制度と違って、下から基層人民法院、中級人民法院、高級人民法院と最高人民法院の四つの審級があり、第二審で終審になる。そうすると、大部分の事件の一審は基層人民法院か中級人民法院で行われるため、終審は中級人民法院か高級人民法院になる。最高人民法院はほとんどの場合、裁判を通じて法解釈と法適用の統一を行うことがない。高級人民法院で終審が行われた事件だけを対象に考えても、全国で当該高級人民法院と違う法的判断を下す可能性のある同級の人民法院はほかに31ヵ所もある。

司法の統一も判例制度の役割の一つだと考えるなら、「少なくとも最高人民法院に理論上いかなる案件に対しても終審権を持たなければならない。そうすると、各級の人民法院に対して有効な監督

と制約が行われる」¹⁸⁴。したがって、一部の論者は審級制度の改革で三審制の導入を判例制度の導入の前提条件として議論している¹⁸⁵。あるいは、最高人民法院の判例だけに拘束力を与えるという意見もある¹⁸⁶。しかし、下級人民法院が裁判において行われた大量の法解釈に対して、数の少ない最高人民法院の判例によってその統一を行うことはとうてい不可能であろう。したがって、審級制度の改革なしに判例制度を導入すれば、その積極的な意義が大きく減殺される。

第3節 実務における実験的試み

司法実務における判例制度導入の最初の試みは、2001年の河南省鄭州市中原区人民法院の「先例判決制度」である。2002年に報道されて、基層人民法院が大胆にも中国最初の判例制度を作ったことは学界で議論を呼んだ。そして、2002年10月に天津市高級人民法院は「判例指導制度」を導入し、2003年に報道された。その後の2005年10月26日に、最高人民法院は「人民法院の第二個五ヵ年改革の綱要」（「人民法院第二個五年改革綱要」）を公布し、その中に「案例指導制度」の創設と改善を改革の目標とした。これは最高人民法院が打ち出した実験的な試みであり、学界の注目を集めている。本節はこれらの三つの制度を中心に判例制度の導入にめぐる実験的な試みを概観する。

1. 河南省鄭州市中原区人民法院

(1) 制度設計

中原区人民法院は司法の統一のために「先例判決制度」を創設したのである。先例判決制度とは、一定の手続きにしたがって認定された発効判決を「先例判決」として、今後の同類事件の処理を指導する。先例として認定できるのは、新しい類型の事件、一定の代表性のある事件、裁判技術、証拠の運用、法律の適用に一定の指導的な意味のある事件、裁判に対して一定の指導的な意味のあるその他の事件である。このような制度を創設したのは、裁判委員会の指導作用を強化し、裁判官の自由裁量権を規制し、正確に法律を適用するよう手

助けし、「公正と効率」を実現するためである。

「先例判決」の効力に関しては、合議廷および独任裁判官が同類の事件を審理するときに先例判決を参照して裁判すべきと規定されている。先例判決を参照することなく裁判をする場合は、その理由を提出し、その決定を裁判委員会の討論にゆだねなければならない¹⁸⁷。また、以下のような場合に先例判決は先例としての効力を失う。①先例判決が上級人民法院の同類の判決と矛盾する場合、②法律や法規と矛盾する場合、③事情の変化があって裁判委員会に否定された場合¹⁸⁸。

この「先例判決制度」にはいくつかの特徴がある。

①先例の認定は裁判委員会によって行われる。選定された判決だけが当該法院内で行われる裁判に対して一定の拘束力をもつ。「人民法院組織法」第11条の規定によると、裁判委員会は裁判を指導する職権がある。この「先例判決制度」も裁判を指導することの一環として観念されている。

②先例判決は一般的な拘束力をもつわけではなく、法源であるはずもない。したがって、判決書の中に先例判決を引用することができない。

③先例判決の公開に関しては、公開の対象を当事者と当該法院の裁判官にかぎる。そこに当事者に公開して、あらかじめ訴訟の可能な結果を見せることで、司法の公正を示す意図がある¹⁸⁹。

(2) 運用実態

実際の運用をみると、2006年10月1日までの統計によると、中原区人民法院によって「先例判決」と認定された裁判例が十件ある。そのうちの一件は上級人民法院の指導意見と衝突するため、すでに失効している。残りの九件のうち、六件は民事事件で、二件は行政事件で、刑事事件は一件だけである。注意すべきなのは、2003年以後、新しい「先例判決」は認定されていないことである¹⁹⁰。基層人民法院でこのような制度を運用するには限界があるため、その後の運用を控えたのではないと思われる。

この制度について、学者の態度は必ずしも一致

しているわけではないが、基本的にその積極的な意義を評価している。つまり、成文法の枠を超えず、裁判官の自由裁量権を制限し、法適用の統一をはかる制度として、現実の需要を満たしている¹⁹¹。しかし、この制度にも固有の問題点があると学者たちが指摘する。一つは、基層人民法院が法適用を統一するために制度を作った結果、かえってほかの地方の人民法院との間に法適用の不一致があらわれる可能性がある。それに、先例判決は社会に対して公開されていないため、ほかの人民法院に影響を及ぼすことはほとんど不可能であろう。もう一つは、このような先例制度は実際のところ、裁判委員会の機能を強化することになる。裁判委員会の機能を制限すべきだと主張する論者にとって、このような事態は望ましくない¹⁹²。また、中原区人民法院が勝手に先例判決制度を作って、司法の統一をはかる過程で、実際に人民代表大会の立法権を侵害したと主張する学者もいるが¹⁹³、現在の司法体制から見て、むしろ最高司法機関の司法解釈権を侵害したことになるのであろう。それでも、中原区人民法院が「先例判決制度」を導入したのは、「基層法院には司法改革を推進する切迫の需要と現実的な動力がある」¹⁹⁴からである。

2. 天津市高级人民法院

天津市高级人民法院の「判例指導制度」の創設は「先例判決制度」より一年後になるが、その目的は中原区人民法院のそれと同じで、同種の事件に同じ解決を与えるべきという平等の要請から由来する。

「判例」の認定も「先例判決」の認定と同じで、裁判委員会によって行われる。しかし、天津市高级人民法院は先の河南省鄭州市中原区人民法院よりレベルが高いため、認定された「判例」はその管轄内のすべての人民法院に公布し、同類事件の裁判のときに参考される。また、認定された「判例」は事実概要、裁判要旨、評釈の三つの部分に分かれて、形式上統一されている。「判例」は高级人民法院の管轄内の各級人民法院に対して強制

的な拘束力をもたないが、「指導性」を有する。制度の名前もそれから由来する。裁判官は「判例」と同類の事件を審理するときに「判例」を参照して判決しなかったら、その事情を書面で高級人民法院に提出しなければならないが、一応自分の判断で判決を下すことは許されている¹⁹⁵。「判例指導制度」が「先例判決制度」との違いは、「先例判決」はあらゆる法分野の裁判例を対象とするが、「判例指導制度」の「判例」はただ民商事分野の裁判例を対象とする。それはおそらく刑法の罪刑法定主義との衝突を避けるために、「判例」の範囲を限定したのであろう¹⁹⁶。

天津市高级人民法院が打ち出した「判例指導制度」に関する議論は少ないのだが、高级人民法院によって認定された「判例」の実効性と影響力は基層人民法院の「先例判決」をはるかに上回るのだと思う。「判例」に反する判決を下したら、上訴されて二審で覆される可能性が高いことは言うまでもない。それに、「錯案責任追究制」の存在も上級人民法院の判断が下級人民法院に対する拘束力を強める。規定はどうであれ、天津市高级人民法院の管轄下にある各人民法院は「判例」を尊重するのであろう。事実上の拘束力の強さを考えると、この制度は地域限定かつ法分野限定の一種の判例制度だと言えよう。その運用は活発ではなく、2003年から2004年までの2年間で、認定された判例は6件しかない¹⁹⁷。

3. 最高人民法院

(1) 制度の概要

最高人民法院の「案例指導制度」は一種の制度というより、まだ達成されていない一つの目標といったほうがいい。「人民法院の第二個五ヵ年改革の綱要」には、2008年までに、「案例指導制度」を創設し発展させ、指導性案例の法律適用基準の統一作用、下級法院の裁判に対する指導作用、法学理論の発展に於ける作用を重視する。最高人民法院は案例指導制度に関する規範性文書を制定し、指導性案例の編纂基準、編纂手続、公布方式、指導規則などを規定する」のを目標としている。し

かし、「案例指導制度」に関する具体的の規定はいまだに公布されていない。

それゆえ、学者たちにその位置づけや制度設計に関して議論する余地を与えたが、基本的に判例制度の導入に関する議論と大差がない。「案例指導制度」は折衷的な選択であり、過渡的な制度であるといわれている¹⁹⁸。その命名からも分かるように、「判例」や「先例」のような直ちに英米法国家の判例法を連想させる用語ではなく、もっと一般的に受け入れられている「案例」を使ったのは、判例ほどの拘束力を与えることなく、裁判官による法創造をも制限する意味をもつからである。また、従来の「案例」よりも高い効力をもつことを意味して、「指導」という言葉を使った¹⁹⁹。指導性案例という表現も使って、「案例指導制度」の枠内の案例をその他の案例と区別している。しかし、「指導」と従来の効力を現す「参考」の区別は必ずしも自明なものではない上、「案例」という用語もいろいろな場面に使われ、その定義を明確にすることは容易ではない²⁰⁰。

(2) 実現に向けての取り組み——『中国案例指導』

「案例指導制度」に関する具体的な規定はまだないのだが、その創設に向かって、実験的な動きはすでにあった。その成果は案例集『中国案例指導』（法律出版社）である。案例集は「刑事行政巻」と「民事巻」に分けられて、年にそれぞれ一冊を出版する。はじめて出版されたのは2005年である。2006と2007年の分も含めて、「刑事行政巻」と「民事巻」がそれぞれ三冊出版されて計六冊になる。実験的な試みであるためか、案例の数は少ない。刑事事件の案例は計11件、行政事件の案例は計7件、民事事件の案例は計19件、合わせて三年間に公布された「指導性案例」は37件しかない。それに、この案例集は最高人民法院と最高人民檢察院が合同で編纂したものである。「案例指導制度」はそもそも最高人民檢察院と無関係のはずだが、おそらく現存司法解釈体制の解釈主体の二元性を考慮して、合同編纂を行ったのであろう。従

来の案例集と比べて、『中国案例指導』は案例の選択や編纂の方法と内容などの面において、いくつかの特徴がある。

①掲載されている案例の形式

i 個々の案例には統一した形式で固有の番号と名称が与えられる。例えば、「民事〔2005〕004号案例」は案例の番号であり、どの法分野に属するか、いつ指導性案例として選ばれたのか、当該年当該法分野の何番目の案例であるのかを示している。案例番号に対応しているのは案例の名称である。案例の名称は訴訟の原告と被告、および訴訟の事由を示している。特例として、刑事事件の場合は案例の名称に公訴機関を示さない。このように統一した形式で案例の番号と名称を示すのは、指導性案例として従来の案例と区別するためであり、後の調べと引用をもっと便利にするためである。

ii 案例に関する資料は特に豊富である。例えば、「民事〔2005〕004号案例」に関する資料として掲載されたのは、一審原告の起訴状、被告の答弁状（書）、一審の判決書、二審の上訴状と二審の判決書である。従来の案例集にはこのように事件に関するおもな文書をすべて掲載することがない。案例の資料を充実させることで、裁判をより客観的に再現し、案例研究にもっと多くの手掛りを提供する。また、案例の資料の客観性が高められたことで、「読者はもっと全面的に事件を理解し、独自に客観的な判断を下すことができる」²⁰¹。

iii 学者による評釈がある。評釈の内容は基本的に当該事案の争点にめぐって展開されるが、幾つかの争点がある場合、どの争点に重点を置くのかは評釈を書いた学者次第である。また、案例の争点を議論の切り口として一般論を展開する場合もある。しかし、議論がどう展開されようが、案例の終審の法的判断を支持することは各案例に対応して掲載された評釈の基本的な立場である。人民法院の判断を支持する学者の評釈を掲載することで、案例の説得力を一層高めて、その指導力を強化する意図が見て取られる。

iv 一番重要な特徴として「案例指導原則」が示

されている。「案例指導原則」とは各掲載案例の評釈と資料よりも前に示されている法規則である。各「案例指導原則」はそれぞれ当該事案の各争点に対応する。各案例の争点に関する法院の判断を抽出し、それをさらに一般化にして抽象的な法規則として再構成したものが「案例指導原則」である。このような「案例指導原則」は従来の案例集になかったものであり、裁判例を通じて法規則を形成したという意味で指導性案例と従来の案例との一番大きな区別である。

②選択された指導性案例の内容

i すべての案例の終審は高級人民法院によって行われたのである。上訴審が高級人民法院によって行われた例もあれば、再審が高級人民法院によって行われた例もある。本来なら、最高人民法院によって終審が行われた事案を指導性案例として編纂するのは一番望ましいが、最高人民法院が審理する事案の数の少なさを考えると、高級人民法院が扱った事案から指導性案例を選出するのは仕方ない選択であろう。幸い、高級人民法院の判決は本来当該地区の下級人民法院に対して事実上一定の拘束力をもっているし、最高人民法院の認定を受ければ、同級のほかの高級人民法院を拘束してもあまり異論がないのであろう。

ii 選択された案例の判決書をみれば分かるように、従来の判決書に欠落していた判決理由がきちんと示されている。これは高級人民法院の終審判決書に限っての話ではない。ほとんどの一審判決書にも判決理由を示している。高レベルの判決書の存在こそ、指導性案例の案例集の編纂を可能にし、案例指導制度の基礎を築いたのである。

iii これらの指導性案例は新しい種類の事件や解決困難の事件を中心に選出され、意識的に法に規定のない法規則の形成や法解釈の統一を行っている²⁰²。

③判決書の中に案例を引用することに関して

『中国案例指導』に掲載されている指導性案例は従来の案例と違って、判決書の中に引用することが許されている。これは指導性案例の裁判における「指導」作用の具体的なあらわれだと考えて

いいのであろう。「これらの案例は裁判の直接的な法律根拠として使うことができないが、裁判官、検察官と弁護士は裁判理由あるいは法廷弁論の理由として使うことができる」²⁰³と『中国案例指導』に書かれているように、訴訟における両方当事者も指導性案例を引用できるから、運用が進むにつれて、その一般的な法規則としての性格は強化されるのであろう。

(3) 現段階の問題点

案例指導制度はまだ正式に確立されていない。とくに指導性案例の編纂基準と編纂手続に関する規定が存在しないため、指導性案例の効力を問う前に、いかなる基準で案例が選ばれるのか、いかなる審査を受けるのか、どの機関が具体的な選出を行うのか、というような指導性案例の形成にかかる基本的な問題は解決されていない。指導性案例の編纂過程は不透明のままである限り、判例による法形成が恣意に行われるというおそれが存在する。下級人民法院で処理されている事件は年間数百万件もある。その中から、最高人民法院は一定の手続を踏むことなく、監督を受けることもないまま、指導性案例の選出を行うのは決して望ましいことではない。この点に関して、下級人民法院の実験的な試みはまだ一步進んでいる²⁰⁴。現在の法体制を維持しつつ、2008年までに案例指導制度を確立するのを宣言した最高人民法院にとって、残されている時間はそう多くはない。

そして、「案例指導制度」を実現するために実験的に作成された『中国案例指導』にも幾つかの問題点がある。案例指導制度を正式に確立するためにはまずこれらの問題点を解決する必要がある。

①形式の問題

本来なら、先例を探し当てて、判決書の中から判決理由を見つけて、主文だけを取り出して、そこから抽象的な法規則を見出すのは各事件を担当する裁判官の任務である。そういう過程においては、先例の事実認定や推論過程などを無視するわけにはいかない。「案例指導原則」という法規則を直接に示し、とくに編纂の手法として学者によ

る評釈と具体的な案例よりも前に「案例指導原則」を置くことは、裁判官に案例よりも法規則そのものの方が優先されているという印象を与える。裁判官は「案例指導原則」を具体的な事案と切り離して、抽象的な法規則だけを適用する可能性が大きい。そうすると、法規則を正しく理解できない恐れがある上、適用の過ちが起こる可能性もある。案例指導制度の意義が大きく損なわれることになるのであろう。このように裁判官にかかわって予め指導性案例から抽象的な法規則を析出するのは、おそらく中国の裁判官の能力と資質を考えた上での折衷的な選択であろう。また、従来の司法解釈が示す抽象的な法規則を適用することに慣れている裁判官にとっては、具体的な指導性案例とともに抽象的な法規則も掲載されて、選択の余地が与えられ、自分の能力に応じて対応できるゆえ、望ましい形式かもしれない。

②効力の問題

指導性案例の効力はまだ不明確である。指導性案例を裁判理由の中に引用できるが、それは具体的に何を意味しているのかは明らかにされていない。引用できることを見る限り、従来の「参照」される案例と比べてもっと実効性をもつように見えるが、効力上実質的な変化があるかどうかはそれだけで判断できない。ただ制度の命名からみて、一般的な拘束力をもつとは思えないし、「判例」より拘束力は低いと考えるのが妥当であろう。「案例指導制度」が司法の統一などの役割を果たせるかどうかの問題は、下級人民法院がどこまでこれらの「指導性案例」にしたがって裁判をするのか、また、「案例違反」を理由に裁判監督を発動できるかどうかにかかっている²⁰⁵。人民法院内部の「錯案責任追究制」を使って指導性案例に事実上の拘束力を与えることは可能だが、司法の独立と裁判による法形成に対する悪影響を考えると、できればそのような方法を採用しないほうがいい。

③編纂責任者の問題

最高人民法院と最高人民検察院が合同で指導性案例を発布するのは従来の司法解釈と何らかわら

ないため、司法解釈に関する議論と同じように、裁判における一方の当事者が裁判に適用される法規則の形成にかかわったことで不公平につながる可能性はここでも否定できない。しかし、法改正なしで、最高人民検察院の影響を司法による法形成から排除するのはおよそ不可能なことである。したがって、こういった合同作業で二つの最高司法機関の法解釈に関する意見が統一されることを期待するしかない。

結びにかえて

前述の通り、現代中国における司法による法形成は司法解釈を通じて行われている。司法解釈制度に存在する問題点を解決するために、手続の規範化や現存司法解釈の整理と公開など、いろいろな努力が行われてきた。しかし、現在の司法解釈制度は司法の独立に反する要素を含んでいるうえ、党の政策を具現化するルートとしての性格も払えない。司法が法形成を通じてもっと積極的に法治の確立に役立つためには、司法解釈制度を根本的に改革するか、それを代替する別の制度を導入するか、その二つの選択しかない。

そこで、多くの学者と実務家は判例制度の導入がこの問題を解決できると考えて、それにめぐって積極的に議論を展開してきた。そして、ここ数年、議論がさらに活発化になっているのと同時に、実務においても判例制度の導入を想定した実験的な試みが行われた。人々はまるで判例制度の導入で中国司法の疲弊を一掃し、法治を実現させることを期待しているように思われる。とくに、最高人民法院が「案例指導制度」を打ち出した後、楽観的な意見によれば、この制度には「司法資源の節約、司法効率の向上、法制統一の保障、司法公正の実現、司法機能の発揮、紛争の積極的な解決、司法能力の強化、司法腐敗の抑制」²⁰⁶といったような作用があって、まさに法治の確立に必要な不可欠の制度だと言われている。

しかし、指導性案例が『中国案例指導』を通じて公表されてからもうすぐ三年経つが、「北大法

意」²⁰⁷のデータベースを調べたところ、それらを引用した裁判例はたったの一例もない。指導性案例は公表されてから三年間の間にほとんど引用されていないことが推測されよう。このように、最高人民法院は「案例指導制度」を確立しようとしている一方、裁判実務においては指導性案例がほとんど活用されていない。法治の確立に役立つことが期待されているとはいえ、制度を作るだけで期待通りに作用するとは限らないのは現状である。

過渡的な「案例指導制度」はそうであるように、いままでの議論で学者たちが想定している判例制度もこのような問題にぶつかるかもしれない。改革を進めるためには、新しい制度を作るだけではなく、現存の司法制度を抜本的に見直さなければならない。

現状では、判決書の質の低さという問題や判例評釈の未発達の問題を解決することは、判例制度の基盤を構築する上には重要な意味をもつし、実現しやすい目標の一つでもある。この点に関して、日本のような判例制度は司法による法形成の一つの模範として参考する価値があるほか、判決書の規範化や判例評釈の発展などに関しても、いろいろな経験を提供できる。

そのほか、裁判官の資質の低さという根本的な問題も解決しなければならない。しかし、高レベルの専門家集団の養成は一夜で達成できる目標ではない。この課題にはまだ予算と時間をかけて根気よく取り組みつづけなければならないが、解決への糸口はもう見えてきたと思われる。

他方、審級制度の改革は法改正なしに実現できないため、判例制度の導入における重要問題でありながら、その解決はいまだに困難である。

判例制度の導入は上向型の法形成ルートを形成するうえ、中国の民主化にも貢献できる可能性を秘めている。しかし、克服しなければならない障害は数多く存在しているため、導入のきざしを見せながら、その道のりはまだ遠い。

1 木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門（第4版）』（有斐閣、2006年）99頁参照

2 司法解釈と無関係に判例制度の導入を論じる論文もあれば、直接に司法解釈制度の代替物として判例制度を導入する論文もある。例えば、干朝端「建立以判例為主要形式的司法解釋体制」『法学評論』2001年第3期137頁以下、趙岩「法律解釋方式：從司法解釋到判例」『煙台大學學報（哲學社會科學版）』第14卷第1期（2001年）43頁以下参照

3 木間＝鈴木＝高見澤＝宇田川・前掲書（注1）99頁参照

4 武樹臣「對十年間大陸法學界關於借鑑判例制度之檢討的回顧與評說」武樹臣（主編）『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）367頁以下参照

5 松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一（編集）『講座・憲法学

6 権力の分立（2）』（日本評論社、1995年）204～205頁参照

6 田中英夫『英米法研究1法形成過程』（東京大学出版会、1987年）13～15頁、中野次雄編『判例とその読み方〔改訂版〕』（有斐閣、2004年）8頁参照

7 五十嵐清『法学入門（第3版）』（悠々社、2005年）70～72頁参照

8 末弘巖太郎『民法雑記帳（上）』（日本評論社、1984年）34～38頁参照

9 中野・前掲書（注6）15頁、なお、中野教授は同じ判例が繰り返されいわゆる「確立した判例」となっていくとともに、その内容が不文の法として効力を持つに至ることがあるとし、それによって確立された不文法を「判例法」と呼ぶが、一般の判例との区別ははっきりしていないし、議論を混乱させるだけではなかろうか。14、27頁参照

10 芦部信喜『憲法（第3版）』361頁（岩波書店、2003年）

11 芦部信喜「憲法判例の拘束力と下級審の対応」国家学会編『国家学会百年記念・国家と市民第一

巻』（有斐閣、1987年）84頁

12 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）383頁、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）279頁参照

13 芦部・前掲『憲法（第3版）』361頁、浦部法穂「判決の効力と判例理論」『法学セミナー増刊・憲法訴訟』（1983年）235～237頁参照

14 松井・前掲論文（注5）206頁

15 佐藤・前掲『憲法訴訟と司法権』（注12）273～278頁参照、また、同じ主張をする学者として、松井・前掲論文（注5）212～218頁参照

16 佐藤・前掲『現代国家と司法権』（注12）383頁、佐藤・前掲『憲法訴訟と司法権』（注12）279頁参照

17 佐藤・前掲『憲法訴訟と司法権』（注12）277頁

18 佐藤・前掲『憲法訴訟と司法権』（注12）278～279頁、前掲『現代国家と司法権』（注12）384～385頁参照

19 佐藤・前掲『現代国家と司法権』（注12）384頁参照

20 芦部・前掲『憲法（第3版）』（注10）361頁、五十嵐・前掲書（注7）68～72頁、野中俊彦＝高橋和之＝中村睦男＝高見勝利『憲法I（新版）』（有斐閣、1997年）13頁、星野英一『法学入門』（放送大学教育振興会1995年）170～171頁、六本佳平『法の世界』（放送大学教育振興会、2004年）173頁参照

21 芦部・前掲論文（注11）80～88頁参照

22 芦部・前掲論文（注11）84、87頁参照

23 樋口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功先生古稀記念『日本国憲法の理論』（有斐閣、1986年）675頁以下参照

24 中野・前掲書（注6）15頁参照

25 中野・前掲書（注6）16～18頁参照

26 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜（編）『講座憲法訴訟第3巻』（有斐閣、1987年）150～151頁

27 高橋・前掲書（注26）154～157頁参照

28 片山智彦「判例の変更」笹田栄司＝菅原郁夫

= 亘理格（編）『司法制度の現在と未来』（信山社、2000年）57頁参照

29 民事事件については上告裁判所になる可能性をもつ高等裁判所も判例を変更することができない。また判例と相反する裁判をすることも許されない。意見が判例と相反するときは事件を最高裁判所に移送してその判断を仰がなければならない。

（民事訴訟法324条、民事訴訟規則203条参照）

30 佐藤・前掲『憲法訴訟と司法権』（注12）279～280頁、松井・前掲論文（注5）218～220頁参照

31 芦部・前掲論文（注11）55～64頁参照

32 樋口陽一「判例の拘束力・考」芦部信喜『日本国憲法の理論（佐藤功先生古稀記念）』（有斐閣、1986年）678～679頁以下参照

33 片山・前掲論文（注28）60頁

34 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）11～12頁

35 佐藤・前掲『現代国家と司法権』（注12）353頁

36 その具体的な理由と評価基準は、佐藤・前掲『現代国家と司法権』（注12）370～373頁参照

37 最大判昭和48年4月25日 刑集27巻4号547頁

38 実際、日本の最高裁は判例変更の際して、明示的に変更すべき判例を特定して示すことについて慎重である。例を挙げるなら、最高裁昭和48年4月4日大法廷判決で尊属殺重罰規定（刑法200条）違憲判決は、25年判決を変更したもので、最高裁が特定の法律規定を初めて明示的に違憲と判断したことで特に有名である。

39 米倉明『民法の教え方＝一つのアプローチ（増補版）』（弘文堂、2003年）117頁

40 六本・前掲書（注20）167頁参照

41 六本・前掲書（注20）167頁参照

42 田中・前掲書（注6）5頁、この平等の要請は判例の法源性・先例拘束性に関する議論を展開するときにも持ち出されて、判例が法であるための根拠として使われる。松井・前掲論文（注5）208～209頁を参照されたい。

43 田中・前掲書（注6）5頁

44 六本・前掲書（注20）167～168頁、田中・前

掲書（注6）6頁参照

45 六本・前掲書（注20）173～174頁参照

46 東孝行『判例による法の形成』（信山社、1996年）135頁、田中・前掲書（注6）17頁参照

47 六本・前掲書（注20）168頁、田中・前掲書（注6）23～33頁、東・前掲書（注46）19～22、27～29頁参照

48 田中・前掲書（注6）23～25頁参照

49 田中・前掲書（注6）27～28頁参照

50 田中・前掲書（注6）29頁

51 六本・前掲書（注20）168頁、田中・前掲書（注6）30～31頁参照

52 田中・前掲書（注6）31頁

53 田中・前掲書（注6）31～33頁、東・前掲書（注46）28頁参照

54 田中・前掲書（注6）19頁参照

55 中野・前掲書（注6）209～223頁、六本・前掲書（注20）176～179頁参照

56 大判昭和10年10月5日、民集14巻1965頁、大村敦志「権利の濫用——宇奈月温泉事件」『民法判例百選Ⅰ（第五版）』（2001年）12～13頁参照

57 『法律学小辞典（第4版）』（有斐閣、2004年）612頁

58 内田貴『民法Ⅲ（第2版）』（東京大学出版会、2004年）515頁

59 民集23巻2号511頁

60 菅野耕毅「信義誠実の原則——消滅時効の援用が許されない場合」『民法判例百選Ⅰ（第五版）』（2001年）14～15頁

61 椎木緑司『判例の生成過程と破棄判決』（有信堂高文社、1996年）7頁参照

62 内田貴『民法Ⅱ』（東京大学出版会、2003年）225頁以下参照

63 民集7巻9号979頁

64 内田・前掲『民法Ⅱ』（注62）209頁以下参照

65 民集16巻7号1340頁

66 五十嵐・前掲書（注7）81～82頁参照

67 最高裁大法廷昭和39年11月18日判決（民集18巻9号1868頁）、また、最高裁大法廷昭和43年11月13日判決（民集22巻12号2526頁）参照

68 大河純夫「制限超過利息の返還請求」『民法判例百選Ⅱ（第五版）』（2001年）122～123頁、内田・前掲『民法Ⅱ』（注62）63～64頁参照

69 中野・前掲書（注6）224～234頁参照

70 六本・前掲書（注20）174～175頁参照

71 中華人民共和国最高人民法院民事審判第三庭編『知識産権審判指導と参考 第7巻』（法律出版社、2004年）61頁

72 陳興良「司法解釈功過之議」『法学』2003年第8期51頁以下参照

73 孫笑俠＝夏立安『法理学導論』（高等教育出版社、2004年）269頁参照

74 司法解釈研究の専門書として、董皞『司法解釈論』（中国政法大学出版社、1999年）参照、司法解釈の歴史的展開に関しては周道鸞「論新中国の司法解釈工作」『法律適用』1994年第5期7頁以下、王（王允）「中国司法解釈發展之回顧」『人民司法』1998年第3期18頁以下参照

75 董皞「我国司法解釋体制及其改革芻見」『法商研究』2001年第5期20頁以下参照

76 董皞「我国司法解釋的現状及其完善」『法学論壇』2001年第5期91頁以下参照

77 例えば、有名な例としては「憲法で保護される国民の教育を受ける権利を姓名権侵害の手段で侵害した場合、民事責任を負担するかの問い合わせに対する批復」（「最高人民法院關於以侵犯姓名權的手段侵犯憲法保護的公民受教育的權利是否應承擔民事責任的批復」）がある。

78 例えば、「中華人民共和國民法通則」に対応する司法解釈として、「中華人民共和國民法通則の執行に関するいくつかの問題についての最高人民法院の意見（試行）」（「最高人民法院關於執行「中華人民共和國民法通則」若干問題的意見（試行）」）がある。「民法通則」の156条に対して、司法解釈は200条もある。「中華人民共和國婚姻法」に対応する司法解釈として、「中華人民共和國婚姻法の適用に関するいくつかの問題についての最高人民法院の意見（一）」（「最高人民法院關於適用「中華人民共和國婚姻法」若干問題的解釋（一）」）と「中華人民共和國婚姻法の適用に関するいくつ

かの問題についての最高人民法院の意見（二）」（「最高人民法院關於適用「中華人民共和國婚姻法」若干問題的解釋（二）」）がある。「婚姻法」の51条に対して、二つの司法解釈はそれぞれ34条と29条がある。

79 董皞「司法解釋之管見」『政法論壇（中国政法大学學報）』1997年第6期6～7頁参照

80 孫笑俠＝夏立安・前掲書（注73）270頁参照

81 注意すべきは、「最高人民檢察院の司法解釋に関する規定」に規定された司法解釋の形式は最高人民法院の手續き規定よりも多いことである。全部で五つ、「解釋」、「規定」、「規則」、「意見」、「批復」である。公表は「最高人民檢察院公報」とその他の全国メディアに行われる。

82 馮文利「論司法解釋」『法律適用』1995年第5期10頁以下参照

83 董皞・前掲「司法解釋之管見」（注79）9頁、95～96頁参照

84 「最高人民法院の司法解釋に関する若干の規定」第3条、最高人民法院が制定し公表した司法解釋は法律効力を持つ。

85 「最高人民檢察院の司法解釋に関する規定」第5条、最高人民檢察院が制定し公表した司法解釋は法律効力を持つ。人民檢察院は起訴状、プロテスト申立状などの法律文書の中に司法解釋の規定を引用できる。

86 「最高人民法院の司法解釋に関する若干の規定」第15条、司法解釋が関連する法律規定とともに人民法院の判決あるいは裁定の根拠として扱われるとき、司法文書の中に援用すべきである。司法解釋を援用して判決あるいは裁定の根拠とするとき、まず適用される法律の条項を引用し、その後適用される司法解釋の条項を引用する。

87 張玉梅＝韓耀元「解讀「最高人民檢察院司法解釋工作規定」」『人民檢察』2006年第7期（上）45頁

88 劉崢「論司法体制改革与司法解釋体制重構——關於我国司法解釋規範化的思考」『法律適用』2000年第1期15頁以下参照

89 司法解釋を出す主体の問題に関して、よく取

り上げられるのは、司法解釈を出す権限のない行政機関が最高司法機関と一緒に司法解釈を出す問題である。例えば、姜濤「我国刑法司法解釋体制的審視与重構」『内蒙古社会科学』2005年第26卷第6期34頁以下、鄭顯華＝肖德芳＝李照彬「司法解釋權擴大化的表現及成因」『宜賓学院學報』2006年第1期1頁以下、劉崢・前掲論文（注88）16頁、張玖利「論我国司法解釋權的歸屬」『山東社会科学』2002年第1期138頁以下参照。しかし、実際のところ、例としてあげられたのは全部厳格な意味での「司法解釋」ではない。毎年の全国人民代表大会の会期中に最高人民法院の院長による「最高人民法院工作報告」を見る限り、最高人民法院が「司法解釋」と認定した司法性文書は全部公布のときに「法釈〔〇〇〇〇年〕××号」の文書番号の付いたものである。それらを見る限り、1997年「最高人民法院の司法解釋に関する若干の規定」が公布されたあとの「司法解釋」の中には最高人民法院と別の行政機関が合同で出した司法解釋がない。最高人民檢察院の司法解釋に関して、司法解釋に関連する文書番号が統一されていないため、以上のような検証方法で調べるのはできないが、インターネットでそのホームページを検索したところ、司法解釋に分類される司法性文書の中に、別の行政機関と合同で出したものがない。つまり、厳格な意味での「司法解釋」を見る限り、司法解釋を出す権限のない機関が最高司法機関と合同で司法解釋を出すことがない。しかし、あとで見られるように、これらの論文の中で取り上げられた例は実際のところ、拘束力のある司法性文書であり、司法解釋との間に大差がなく、その性質および効力に関して疑問の声も少なくない。

90 馬冬梅＝刑榮允「論我国司法解釋的主体」『河北大学学报（哲学社会科学版）』2004年第1期90頁以下、李潔「中国有権刑法司法解釋模式評判」『当代法学』2004年1月第18卷第1期81頁以下、董皞「我国司法解釋体制及其改革芻見」『法商研究—中南財經政法大學學報』2001年第5期23頁参照

91 憲法第129条、中華人民共和國人民檢察院は国の法律監督機関である。

92 「法律監督」と「裁判監督」に関して、木間＝鈴木＝高見澤＝宇田川・前掲書（注1）250～252頁参照

93 最高人民法院の司法解釋は「会社法の違反における収賄、横領、汚職などの刑事事件の法律適用に関するいくつかの問題についての解釋」（「關於辦理違反公司法受賄、侵占、挪用等刑事案件適用法律若干問題的解釋」）であり、最高人民檢察院の司法解釋は「会社および企業の被用者の収賄、横領、汚職事件の法律適用に関するいくつかの問題についての解釋」（「關於辦理公司、企業人員受賄、侵占和挪用公司、企業資金犯罪案件適用法律的幾個問題的通知」）である。

94 張兆松「司法解釋的衝突及解決途徑」『人民檢察』1996年第8期7頁以下、姜濤・前掲論文（注89）38頁参照

95 陳根芳＝傅国雲「論最高人民檢察院的刑事司法解釋權」『浙江省政法管理幹部学院學報』1999年第4期3頁以下、何沢宏「刑法中国国家工作人員之立法与司法解釋評析」『現代法学』2003年2月第25卷第1期95頁以下参照。また、このような意見の違いは1997年刑法の改正をきっかけに一応解決されたが、「国家工作人員」がまだ様々の場面で争点の一つになっている。木間＝鈴木＝高見澤＝宇田川・前掲書（注1）277頁参照

96 姚仁安＝陳獮「取消最高人民檢察院司法解釋權管見」『中国律師』2000年第7期14頁

97 杜超「司法解釋中的檢察院、法院和法官——淺析司法解釋主体」『法制与社会』2006年第6期20頁

98 最高人民法院の司法解釋は「最高人民法院關於執行「中華人民共和國刑法」確定罪名的規定」であり、最高人民檢察院の司法解釋は「最高人民檢察院關於適用刑法分則規定的犯罪的罪名的意見」である。

99 例えば、刑法第399条第1項の規定について、最高人民法院が設定した罪名は「徇私枉法罪」であるが、最高人民檢察院が設定した罪名は「枉法追訴裁判罪」である。同条第2項の規定について、最高人民法院が設定した罪名は「枉法裁判罪」で

あり、最高人民検察院が設定した罪名は「民事行政枉法裁判罪」である。龔本源「『兩高』對刑法分則規定的犯罪罪名的司法解釋不應存異」『湖北公安高等專科學校學報』1998年第3期40頁以下参照

100 新しい司法解釈は「最高人民法院、最高人民検察院關於執行「中華人民共和國刑法」確定罪名的補充規定」である。前掲注99であげた例に関して、前者を最高人民法院の設定した罪名に、後者を最高人民検察院の設定した罪名に、それぞれ統一したのである。一種の折衷だといえよう。

101 石徳和「我国刑事司法解釋的功能、缺陷及其完善」『安徽警官職業學院學報』2004年第2期2～3頁参照

102 丁慕英＝陸徳山「也論我国刑法司法解釋權的帰属問題——与遊偉、趙劍峰同志商榷」『当代法学』1994年第2期25頁以下、敬大力「最高人民検察院司法解釋工作近年發展、存在問題及其發展」『檢察實踐』1999年第2期24頁、陳國慶「最高人民検察院司法解釋權应当保留」『中国律師』2000年第7期10頁以下、陳根芳＝傅國雲・前掲論文（注95）5～6頁、張玉梅＝韓耀元・前掲論文（注87）44～45頁参照

103 黄松有「司法解釋權：理論邏輯与制度建構」『中国法学』2005年第2期9～10頁参照

104 例えば、北京市高級人民法院が出した「医療損害賠償事件の審理に関する若干の問題についての意見（試行）」という司法解釋性の文書によると、北京市高級人民法院より下級の各中級法院、各区および県の人民法院はこの司法解釋性の文書を「貫徹して執行」しなければならない。

105 劉佳「司法解釋体制中的矛盾梳理」『法学雜誌』2005年第3期126頁以下参照

106 李富金「地方法院無權發布司法解釋性文件」『法学』1998年第2期59頁以下参照

107 李建華「刑事司法解釋授權規定質疑」『人民檢察』2000年第11期46頁以下、陳志軍「刑法司法解釋省際衝突研究」『人民檢察』2005年第11期（上）22頁以下参照

108 郭秀梅「对我国司法解釋相關法律問題的探究」『天津市政法管理幹部學院學報』2004年第2期15

～16頁、黄松有・前掲論文（注103）10、12頁参照
109 孫笑俠＝夏立安・前掲書（注73）204～205頁参照

110 袁明聖「司法解釋立法化現象探微」『法商研究』2003年第2期5～6頁参照

111 張玉梅＝韓耀元・前掲論文（注87）45頁

112 このような拡張解釈に最高人民検察院が反発し、全国人民代表大会常務委員会による立法解釋を申請したが、2002年の立法解釋「中華人民共和國刑法第384条第1項に関する解釋」は、「私人の使用に供する」を司法解釋と同様に解釋した。つまり、「①公金を本人、親族、その他の自然人の使用に供すること、②個人の名義で公金をほかの單位の使用に供すること、③個人の決定で單位の名義で公金をほかの單位の使用に供し、個人の利益を図ったこと」である。

113 周其華「刑法司法解釋應遵循的原則研究」『中国社会科学院研究生院學報』2004年第6期34頁参照

114 この司法解釋は罪刑法定主義に反する典型例として悪名高い。幸い、4ヶ月も経たないうちに全国人民代表大会常務委員会による法改正（「關於懲治騙購外匯、逃匯和非法売買外匯犯罪的決定」）がなされ、この司法解釋が罪刑法定主義を骨抜きにする問題は長く続かなかった。

115 王瑞君「刑法司法解釋合理性評析——以罪刑法定原則為基点」『山東社会科学』2003年第5期47頁以下、周其華・前掲論文（注113）34頁参照

116 袁明聖・前掲論文（注110）4頁参照

117 袁明聖・前掲論文（注110）6頁参照

118 陳明「對司法解釋「立法化」問題的思考」『淮陰工學院學報』第14卷第6期（2005年）10頁以下、袁明聖・前掲論文（注110）6～8頁参照

119 司法解釋の立法化問題に関して、「170件司法解釋發揮「準立法」作用」『瞭望新聞週刊』2003年第7期46～47頁、竹懷軍「論我国刑法司法解釋的不足与完善」『學術交流』2004年第7期25頁以下、陳霞明「越權司法解釋芻議」『当代法学』2002年第8期103頁以下も参照されたい

120 ごく例外的な例ではあるが、香港とマカオに

関するすべての司法解釈は「安排」という名称で公布された。また、2006年に出された12件の司法解釈のうち、2件が「決定」という名称で公布されたのである。

121 劉麗君＝黎大有「我国司法解釋領域存在的問題芻議」『湖北函授大學學報』第19卷第2期（2006年）35頁

122 蔣集躍＝楊永華「司法解釋的缺陷及其補救——兼談中国裁判例制度的建構」『法学』2003年第10期16頁参照

123 王（王允）「從司法權之特性看司法解釋工作存在的問題」『人民司法』1998年第4期51頁参照

124 羅書平「中国司法解釋的現狀与法律思考」『中国律師』2000年第7期6頁

125 中国憲法第126条の規定によると、「人民法院は、法律の定めるところにより、独立して裁判権を行使し、行政機関、社会团体および個人による干渉をうけない」のである。「裁判の独立」は実際「人民法院の独立」である。裁判の独立を制約する要素はここで検討した司法解釋制度のほかにもある。木間＝鈴木＝高見澤＝宇田川・前掲書（注1）239～243頁参照

126 汪世榮「司法解釋批復四題」『法律科学』2004年第4期27～28頁参照

127 董皞・前掲「我国司法解釋体制及其改革芻見」（注75）24～25頁参照

128 陳艷美「論法官解釋——兼談我国司法解釋体制的改革」『山東電大學報』2004年第2期25頁

129 「人民法院の第二個五ヵ年改革の綱要」は2005年10月26日に最高人民法院が公布した司法文書である。2004年から2008年までの間の人民法院の司法改革の目標と任務を規定した文書で、50条もあり、法院改革の重要な指針としてその役割を果たしている。

130 司法解釋の役割に関する一般論として、王家福「中国民事法の發展および裁判所の役割」天野和夫＝P・アーレンス＝J・Lジョーウエル＝王叔文（編）『裁判による法創造』（晃洋書房、1989年）279～280頁、孫耀霖「我国司法解釋的功能和意義」『安陽師專學報』2000年第1期31～33頁、楊曙光

＝黄傑「司法解釋的定位研究」『山東公安專科學校學報』2004年3月第2期47頁、洪浩「造法性民事訴訟司法解釋研究」『中国法学』2005年第6期124～125頁参照

131 王（王允）・前掲「中国司法解釋發展之回顧」（注74）19頁参照、また周道鸞は司法解釋が「立法の發展に有利な条件を提供した…多くの重要法律の一部の主要条文が長期にわたる司法実務の経験のまとめであり、司法解釋の結晶である」としている。周道鸞・前掲論文（注74）10頁参照

132 孫耀霖「司法解釋和其他法律解釋的關係」『河南教育学院學報』1999年第4期74頁以下、蔣德海「司法解釋和行政法規的法律効力應規範化」『社会科学』2003年第4期54頁以下参照

133 二つの最高司法機關が司法解釋に関する手続き規定を出す前に、司法解釋の法源性や拘束力に関する論文として、王祥珍「司法解釋應属社会主义法制的淵源」『法学探索』1995年1月22頁、その後のもの高琳「民法司法解釋的法源性初探」『晋陽學刊』2004年第6期参照

134 楊元海「論我国司法解釋的法律地位与効力」『遼東学院學報』2005年第5期22頁以下参照

135 陳興良・前掲論文（注72）54頁

136 蒙柳＝万勇「論我国的司法解釋」『行政与法』2003年第4期77頁参照

137 李健建「司法改革：法律解釋學的視角」『山東審判』2003年第4期34頁参照

138 劉崢・前掲論文（注88）18頁

139 賀日開「司法解釋權能的復位与憲法的實施」『中国法学』2004年第3期9頁参照

140 柳硯濤＝王秀慧「關於司法解釋限界的理性思考」『中共長春市委党校學報』2006年4月70頁参照

141 司法解釋の「立法化」問題をこういう視点から見ると、歴史が残した問題だといえよう。中華人民共和国初期の司法解釋はまさに立法であったが、その役割を今でも否定できない。

142 柳硯濤＝王秀慧・前掲論文（注140）70頁

143 小口彦太＝田中知行『現代中国法』（成文堂、2004年）35～38頁参照

144 中野・前掲書（注6）19～20頁

- 145 劉佳・前掲論文（注105）128頁、袁明聖・前掲論文（注110）7頁、李潔・前掲論文（注90）83頁参照
- 146 董皞「超越案例、走向判例——「最高人民法院公報」發布案例之研究」『人民司法』2002年第6期18頁以下参照
- 147 武樹臣・前掲書（注4）377頁参照
- 148 陳大剛「論判例法方法在我国法制建設中的借鑑作用」武樹臣（主編）『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）68頁以下、孔小紅「設立判例法是健全法律機制的重要措施」武樹臣（主編）『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）81頁以下参照
- 149 例えば、中国における判例法伝統と二大法系の融合の流れを判例制度の導入の基礎として議論する。孔小紅「判例と審思：西方兩大法系国家和中国在判例問題上的比較研究」武樹臣（主編）『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）86頁以下参照
- 150 吳偉＝陳啓「判例在我国不宜具有拘束力」武樹臣（主編）『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）156頁以下、高岩「我国不宜採用判例法制度」武樹臣（主編）『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）187頁以下参照
- 151 何志鵬＝陳俊「判例制度：何時走出構想」『中国律師』1998年第7期45頁以下参照
- 152 孔丁英「關於借鑑判例制度的思考」『經濟与社会發展』第1卷第12期（2003年）119頁以下、吳美来＝睦欧麗「我国「有限判例制度」的構建」『法律適用』2004年第5期16頁以下参照
- 153 張騏「建立中国先例制度的意義与路径：兼答「“判例法”質疑」——一個比較法的視角」『法制与社会發展』2004年第6期98頁以下、張姍姍「現代司法理念与中国的判例制度」『法治論叢』第20卷第5期（2005年）48頁以下参照
- 154 李婧「淺談判例法作為民法淵源的意義与局限——兼論中国引進判例法的可行性」『研究生法学』2006年第3期87頁以下参照
- 155 許江＝羅勇「論法的不確定性与判例法之引進」『江蘇行政学院学報』2004年第3期104頁参照
- 156 劉士国「判例法与法解釋——創建我国判例制度的探討」『法学論壇』2001年第2期42頁参照
- 157 鄧修明「我国刑罰裁量模式与刑事判例機制」『現代法学』第28卷第1期（2006年）115頁以下参照
- 158 曹三明「中国判例法的傳統与建立中国特色的判例制度」『法律適用』2002年第12期37頁
- 159 陳大剛・前掲論文（注148）78～79頁参照
- 160 阮防＝邵培章＝李唐「試論建立我国的判例法制度」『法学評論』2005年第4期86頁参照
- 161 張騏・前掲論文（注153）103～104頁参照
- 162 鈴木賢「中国における裁判の独立の実態と特徴的構造」『社会体制と法』8号（2007年）54～58頁参照
- 163 陳衛東＝李訓虎「先例判決・判例制度・司法改革」『法律適用』2003年第1～2期合併号24頁参照
- 164 王曉莉「刑事司法判例及其在我国的合理定位」『六盤水師範高等專科学学校学報』第15卷第2期（2003年）46頁参照
- 165 陳雪琴「試論我国判例法的創設」『南平師專学報』第22卷第3期（2003年）44頁参照
- 166 李線玲＝郭建松「小議判例制度的可行性」『邢台学院学報』第19卷第1期（2004年）46頁
- 167 沈宗靈『法理学与比較法学論集（上冊）』（北京大学出版社、広東高等教育出版社、2000年）445頁参照、沈教授は判例制度の導入や判例の法源性と拘束力を否定するが、判例の積極的な意義を否定したわけではない、案例を通じて裁判を指導することを強化するべきだとも主張している。
- 168 張騏・前掲論文（注153）107頁、張騏「判例法的比較研究——兼論中国建立判例法的意義、制度基礎与操作」『比較法研究』2002年第4期93頁参照
- 169 吳美来＝睦欧麗・前掲論文（注152）17頁参照
- 170 沈敏榮「我国判例制度的建立与完善」『上海市政法管理幹部学院学報』第16卷第3期（2001年）16頁参照
- 171 孔丁英・前掲論文（注152）120頁参照
- 172 王霄艷＝張慧平「論判例在行政法治中的作用」

理論探索2005年第2期118頁、国民の権利意識を強めることも法治の一環として重要な意味をもつ、特に司法審査で行政権力を制限することは一般国民の参加なしに実現できないのだと主張する。

173 顧韜「論判例制度对我国法律解释体制的有機補充」『人民司法』2002年第4期31～32頁参照

174 木間＝鈴木＝高見澤＝宇田川・前掲書（注1）282頁、小口＝田中・前掲書（注143）154～156頁参照、刑事訴訟法に規定される裁判監督の概要についての記述で、民訴の場合、鈴木賢「中国における民事裁判の正統性に関する一考察——民事再審制度を素材として——」小口彦太編『中国の経済発展と法』（早稲田大学比較法研究所、1998年）379頁以下参照

175 張騏・前掲論文（注153）108頁参照

176 姜国峰「我国短期内不宜实施判例法制度」『山東省農業管理幹部学院学報』2001年02期66頁参照

177 李紅燕「質疑判例法源」『山西高等学校社会科学学報』第16卷第4期（2004年）85頁参照

178 肖揚「最高人民法院工作報告——2005年3月9日在第十届全国人民代表大会第三次會議上」『中華人民共和國最高人民法院公報』2005年第4期

179 裁判官の任用条件に関して、木間＝鈴木＝高見澤＝宇田川・前掲書（注1）245～248頁参照

180 馮軍＝孫学軍「論重構我国刑法判例制度的理論和現實基礎」『当代法学』2000年第1期11頁参照

181 最高人民法院1998年公布した「人民法院審判人員違法審判責任追究辦法（試行）」第2条の規定によると「人民法院の裁判にかかる人員は、故意に裁判に関する法律や法規を違反した場合、あるいは過失で裁判に関する法律や法規に違反し、かつ嚴重な結果をもたらした場合、違法裁判の責任を負わなければならない。」

182 王利明「論中国判例制度的創建」武樹臣（主編）『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）561～562頁参照

183 李潔・前掲論文（注90）83頁、また、袁明聖・前掲論文（注111）7頁参照

184 呉美来＝桂欧麗・前掲論文（注152）16頁

185 袁明聖「我国建立判例法制度的条件分析」『江

西財經大學学報』2001年第1期48～49頁、王霽霞「行政判例制度研究」『行政法学研究』2002年第4期51頁、呉美来＝桂欧麗・前掲論文（注152）16～17頁参照

186 王利明・前掲論文（注182）561～563頁参照

187 制度の概要は、劉作翔「先例判決引發爭論」夏勇（主編）『法治藍皮書 中国法治發展報告No.1（2003）』（社会科学文献出版社、2004年）51～52頁参照

188 張衛平「本土先例：觀察与思考」武樹臣（主編）『判例制度研究（下）』（人民法院出版社、2004年）1020頁参照

189 李広湖「談先例判決制度」武樹臣（主編）『判例制度研究（下）』（人民法院出版社、2004年）1001～1004頁参照。作者は中原区人民法院の院長である。

190 徐景和『中国判例制度研究』（中国檢察出版社、2006年）76、202頁参照

191 張千帆「先例与理性——也為中国的司法判例制度弁護」『河南社会科学』第12卷第2期（2004年）8頁以下参照

192 張衛平・前掲論文（注188）1021～1022頁、陳衛東＝李訓虎・前掲論文（注163）22頁参照

193 張志銘「論司法改革中的主体適格問題——以先例判決制度為例」武樹臣（主編）『判例制度研究（下）』（人民法院出版社、2004年）1000頁参照

194 徐景和・前掲書（注190）80頁

195 龔稼立「關於先例判決和判例指導的思考」『河南社会科学』第12卷第2期（2004年）18頁参照

196 李靖「提升公正審判水平的新嘗試——判例指導制度」『記者觀察』2003年第12期20頁以下参照

197 徐景和・前掲書（注190）80頁参照

198 周佑勇「作為過渡措置的案例指導制度」『法学評論』2006年第3期137頁以下参照

199 制度の命名に関しては劉作翔「我国為什麼要实行案例指導制度」『法律適用』2006年第8期8頁参照

200 蔣惠嶺「建立案例指導制度的具体問題」『法律適用』2004年第5期9～10頁参照

201 『中国案例指導2005年第1輯・民事卷』（法律

出版社、2005年）前言 2 頁

202 前掲書（注201）前言 1 頁参照

203 前掲書（注201）前言 1 頁

204 以上であげた例のほか、成都市中級人民法院は2005年に「示範性案例制度」を導入した。「案例指導制度」が打ち出された後も、下級人民法院は独自に実験的な試みを行っている。

205 陳燦平「案例指導制度中操作性難点問題探討」『法学雑誌』2006年第 3 期102頁参照

206 劉作翔・前掲論文（注199） 8 頁

207 「北大法意」（www.lawyee.net）は中国最大のネット上の総合的な法律資料のデータベースである。各種案例集に掲載されている裁判例を収集して構成した案例データベースは毎日更新され、裁判実務の現状をよく反映している。

（じょ こう 北海道大学大学院法学研究科博士後期課程 1 年）