HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス（3）：司法解釈と指導性案例を中心に
Author(s)	徐, 行
Citation	北大法学論集, 63(6), 436 [89] -379 [146]
Issue Date	2013-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52550
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR63-6_004.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス（3）

—— 司法解釈と指導性案例を中心に ——

徐　　行

目　次

序章
（一）問題意識および課題
（二）本稿の構成
（三）先行研究の整理
（四）本稿の意義
第１章　概念と用語の整理
第１節　法の解釈に関して
第２節　案例に関連する用語
第３節　司法による法形成の担い手
第２章　司法による法形成の発展史
第１節　司法解釈の発展史
第２節　案例の発展史　（以上、62巻４号）
第３章　司法解釈による法形成の仕組
第１節　規範レベルからみる司法解釈の形成過程
第２節　現実における司法解釈の役割と問題点
第３節　その他の司法解釈性文書　（以上、62巻６号）
第４章　案例を取り巻く現状
第１節　司法における案例の位置づけ
１　指導性案例に関する公式な説明
２　指導性案例に関する議論
第２節　現実における案例の役割

1　制度面からの検討
2　実例からみる案例による法形成
3　案例にかかる現状のもう一つの側面――［同案不同判］
（以上、本号）
第3節　案例による法形成の未確立の原因
第5章　司法による法形成の制度転換を目指す改革の試み
終章

第4章　案例を取り巻く現状

第1節　司法における案例の位置づけ

1　指導性案例に関する公式な説明

前述の通り、「案例指導業務に関する規定」は2010年に公表されたものである（その後、通し番号が付された最高法院による「指導性案例」が公布されたが、その数がわずか16である。通し番号付きの「指導制案例」については、次章で改めて検討する）。そして、指導性案例の選出・編纂・公表に関する詳細な手続およびその効力を規定した法律も司法解釈もない。その位置づけと役割を解明するためには、まず各種の司法文書や最高法院の雑誌、最高法院が編纂した案例集の端書などからヒントを見つけるしかない。

1985年、最高人民法院公報が創刊されると同時に、指導性案例も掲載されるようになった。その特徴と役割について、以下のように示されている。つまり、「『公報』が公布する案例は、最高人民法院裁判委員会が繰り返して検討し、一字一句を考慮して、数多ある案例の中から精選したものである。すべての案例は詳細な事実と判決理由、結果を記しており、深い法的意義を内包している。それは法制宣伝のための一般の案例と異なるし、学者たちがある論点を説明するために編纂した講学用の案例とも異なる。それは典型性や真実性、公正性、権威性などの特徴を有していて、最高人民法院が地方各級人民法院の裁判業務を指導するための重要な道具であり、国内外の人々が中華人民共和国の法律を研究する

ための貴重な資料でもある」[1]。

ここで分かるのは、最高法院公報に掲載された案例は一般の案例と異なること、それが「典型性や真実性、公正性、権威性などの特徴」を有しており、最高法院が地方各級法院の裁判業務を指導するための重要な道具となっていることである。最高法院公報に掲載された指導性案例の権威性について、司法解釈も触れている。最高法院辦公庁「本院が発する内部文書が『最高人民法院公報』の公布内容と一致しない場合、一律に公報を基準とすることを繰り返し知らせることに関する通知」（法辦［1988］15号、1988年６月４日公布）によると、「公報によって公布された最高人民法院の文書、批復と案例は、より正確でより権威性を確保するために、公表する前に、必ず裁判委員会のまじめな議論を経ていて、…」、そして、公報を出版する目的は「地方各級人民法院の裁判業務を指導し、社会主義法制の建設をさらに強化する」ためである。最高法院裁判委員会の審査を経ているため、一般の案例と違って、公報に掲載された案例は権威的であり、裁判業務を指導する役割を果たせるわけである。

そして、最高人民法院の公式案例集の一つとして出版されている『人民法院案例選』の端書によると、当該案例選を出版する目的は、「適時に経験と教訓をまとめて、裁判業務を指導し、理論研究を促進し、社会主義法制を宣伝する」ことである[2]。最高法院が編纂・出版する案例集であるため、裁判業務を指導する役割が期待されているが、最高法院公報に掲載される案例と比べると、裁判委員会の審査を経ていない分、権威

[1] 最高人民法院公報編集部『中華人民共和国最高人民法院公報全集（1985～1994）』（人民法院出版社、1995年）出版説明による。

[2] 最高人民法院中国応用法学研究所『人民法院案例選（2000年第１輯）』（人民法院出版社、2000年）説明による。そのほか、『人民法院案例選』を紹介するホームページにおいて、『人民法院案例選』は「人民法院の裁判業務の概況と一定時期の社会の風貌を如実に反映しており、人民法院の裁判業務を指導する重要な形式であり、立法機関が法律を制定する場合と人民法院が司法解釈を制定する場合の重要な参考であり、法学研究の基礎資料および法学教育の豊富の素材である」として、紹介されている。http://yyfx.chinacourt.org/public/detail.php?id=4（最終訪問日、2010年１月31日）

性の面で幾分弱くなると思われる。なお、同じく最高法院の公式案例集の一つである『中国審判案例要覧』も同様な役割が期待されている[3]。

ところが、1998年以降、最高法院公報に掲載される案例も裁判委員会の審査を経ることなく公表されるようになった[4]。それでも、公報に掲載される案例は「特に高い権威性、正確性と指導性」を有しており、その他の案例と一線を画しているとされ、その役割について、もっと具体的な説明も為されている。つまり、「一部の案例は深い法的意義を有しており、立法と司法解釈の不足を補っただけではなく、一個一個具体的な案例を通じて、新しい法原則と裁判規則を創出し、我が国の裁判実践を大いに豊かにした」[5]。2000年当時の最高法院公報の編集者はすでに案例による法形成を意識し始めたと言えよう。その後、最高法院公報全集の編纂・出版が中止され、毎年１年間の公報を合冊製本して出版するようになり、出版説明で掲載案例の位置づけや役割について説明することもなくなった。しかし、最高法院公報における案例の最たる権威性はその後も変わっていないと思われる。

総合的に見ると、最高法院が公表した指導性案例は下級法院の裁判業務を指導する役割を担っている。その中、最高法院公報に掲載された案例はもっとも権威的である。しかしながら、一言「指導」といっても、具体的にどんな効力を有しているのかは不明であり、権威性の面における差は裁判実務においてどう現れているかも明らかではない。なお、この時期に地方法院が自ら体系的な案例集を出版する例はまだほとんど見られない[6]。最高法院が案例指導制度を打ち出すまで、各地の法院には積

---

[3]『中国審判案例要覧』を紹介するホームページとして、http://njc.chinacourt.org/jxky/spyl.php（最終訪問日、2010年１月31日）

[4] 周道鸞「中国案例制度的歴史発展」法律適用2004年５期５頁参照。

[5] 最高人民法院公報編集部『中華人民共和国最高人民法院公報全集（1995～1999)』（人民法院出版社、2000年）出版説明による。

[6] 筆者が知る限り、上海市高級人民法院が編纂する『上海法院案例精選』はその唯一の例である。1994年から年間１冊のペースで出版されている（1994年、1995年当時は『上海法院最新案例精選』である)。1994年から2004年までは、上海人民出版社が、2005年以降は人民法院出版社が出版・発行している。そのほか、単発的な案例集として、『天津法院案例集』（法律出版社、2001年）や、

極的に案例集を編纂するインセンティブがなかったからだと思われる。

そして、2004年以降、最高法院の「第二次五ヵ年改革綱要」の方針に従って、案例指導制度の創設が打ち出された。また、綱要のタイムテーブルより２年遅れて実際に[7]、「案例指導規定」も2010年に公布された。当該規定７条は「最高人民法院が公布した指導制案例について、各級人民法院が類似の事件を審理する際に参照すべき［応当参照］だ」と規定している。しかしながら、「参照」の意味は依然として明らかではない。

現時点で「案例指導規定」の内容と合わせて「綱要」における「指導」の意味を理解するには、学説以外、新しい案例集の端書・後書きを解読するしかない。この動きは司法による法形成の改革の一環と位置づけることができるので、次章で改めて検討するが、規定が不明確である以上、案例指導制度における「指導」の意味が昔使われてきた「裁判業務を『指導』する」という表現との間に、どんな区別があるのかは不明である、という結論になる。また、各地の高級法院が下級法院の裁判業務を指導するために持続的・体系的に案例集を編纂・出版し続けていることも、指導性案例の位置づけと役割の不安定さを物語っていると思われる。

２　指導性案例に関する議論

以上で検討したのは、最高法院の公式出版物に書かれた指導性案例の位置づけと役割に関する記述である。それを見る限り、指導性案例がどんな効力を持っていて、どんな役割を果たしているのかは今ひとつ明らかでないように思われる。そこで、案例の位置づけや役割に関する議論を見て、それを探ってみたい。

指導性案例の役割について、より具体的には「各級法院の裁判業務を指導する」ことの意味について、一般的には下級法院の裁判の参考に供

2001年から2004年まで、一部の地方の高級法院が編纂し、法律出版社が出版する『人民法院裁判文書選』などがある。

[7] 最高法院研究室と政治部の裁判官に対するインタビューによる。裁判官による法形成を警戒した全人大がストップをかけたと言われている。（インタビューの日時、2009年３月26日10時～12時半。インタビューの対象、最高法院研究室の李主任・政治部の劉裁判官）。

するものだと理解されていて、司法解釈と違って、「法律効力」を有しない。例えば、最高法院の研究室室長であった周道鸞は、最高法院公報に掲載されている案例について、「各級人民法院による関連事件の審理に対する指導において、重要な参考と参照［借鑑］作用を有する」と述べている[8]。つまり、「指導」の具体的な中身は、事件審理における参考材料として使われることである。そして、案例はあくまで参考の対象であり、司法解釈と違って、「法的拘束力を有しない」[9]とされる。なお、「参考」という表現自体の中身も規範的に決められているわけではないため、重要なのは要するに指導性案例には法的拘束力がないということである。「案例指導規定」における「参照」についても、同様なことが言えると思われる。

この点に関しては、最高法院の裁判官である龔稼立が以下のように述べている。「…案例の効力は完全に説得的なものであって、裁判人員は裁判活動において、裁判を参考・参照するかどうかについて、大きな選択権を持っている。たとえ案例を参照しなくても、本法院の裁判委員会や上級法院にわざわざ説明する必要がなく、何ら責任も負わない」、と[10]。最高法院は各級法院の裁判官に指導性案例に従わせるための措置を講じていないことも、指導性案例に拘束力を持たせる意図がないことを示していると言えよう。そして、指導性案例に法的拘束力がないという現実があるからこそ、判例制度の導入や案例指導制度の中身に関する議論が活発に行われてきたと言われている[11]。

指導性案例に法的拘束力がないものの、最高法院公報で案例が公表されるようになった1985年以降、司法実務において重要な役割を果たすことが期待されるようになった。特に学界では、諸外国の判例法や判例制度、中国古代のいわゆる「判例法」に対する研究を通じて、指導性案例

[8] 周道鸞・前掲注（４）５頁。
[9] 周道鸞・前掲注（４）７頁。
[10] 龔稼立「関於先例判決和判例指導的思考」河南社会科学2004年２期18～19頁。
[11] 董皞『中国判例解釈構建之路』（中国政法大学出版社、2009年）３～６頁（董皞）参照。

が果たせる役割について、活発な議論が展開されてきた[12]。そこで、もっとも重要視され、期待されている役割は法の不足を補うことと法適用の統一である[13]。1988年の７期人大１次会議における鄭天翔院長による最高法院活動報告も、「重大かつ複雑な刑事事件の量刑基準を統一する」ことや、新しい種類の刑事・民事・経済事件に「範例を提供する」ことを最高法院が案例を公表する目的としていた。

なお、「第二次五ヵ年改革綱要」13条は指導性案例の法律適用基準の統一作用を強調しているが、その法形成機能に触れていない。それは綱要を制定する当時、最高法院がすでに裁判による法形成に対する人大の警戒を考慮したからかもしれない。つまり、裁判による法形成が人大の立法権を侵食する可能性を持つ以上、あからさまにそれを承認するわけにはいかない。しかしながら、最近の判例制度の導入や案例指導制度の中身に関する議論を見る限り、法適用の統一という役割に偏る論者がいるものの[14]、多くの学者はなお指導性案例（または判例）が将来的に法形成機能をも果たすことを期待している[15]。

ところが、指導性案例が果たせる役割に対する以上の期待は、裏返せば、司法実務における指導性案例が現在そのような役割を果たしていないことを前提としている。つまり、現状認識として、指導性案例は期待通りの役割を果たしていないから、制度改革が必要だとされ、それに関

[12] 1986年からの10年間の間に発表された関連論文は30部以上あるが、ほとんど学者によるものである。武樹臣『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）序５～６頁参照。

[13] 議論の概要について、武樹臣「対十年間大陸法学界関於借鑑判例制度之研討的回顧与評説」武樹臣『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）367～369頁、董皞・前掲注（11）56～57頁（郭建勇）参照。

[14] 劉樹徳＝喩海松『規則如何提煉――中国刑事案例指導制度的実践』（法律出版社、2006年）前言７～12頁参照。

[15] 徐景和『中国判例制度』（中国検察出版社、2006年）16～35、39～52頁、北京市高級人民法院課題組「関於完善案例指導制度的調研報告」最高人民法院研究室『審判前沿問題研究――最高人民法院重点調研課題報告集』（人民法院出版社、2007年）350～351、357～358頁、董皞・前掲注（11）68頁（郭建勇）参照。

する議論も後を絶たない。「現実では、指導性案例は拘束力を持たないため、裁判官が普段読む資料の一つに過ぎず、実際の業務における指導作用は案例を公表する者が期待するほど大きくないし、指導性案例に対する注目や研究、実際の運用なども理想状態ではない」と言われるように、指導性案例は期待通りにその役割を果たしておらず、その理由が「拘束力がない」ことにあるとされている[16]。最高法院人民法院報の編集者が案例指導制度に関する調査報告においても、従来の最高法院が公布した各種の指導性案例は、「選択と審査の手続が異なるし、それぞれの参考価値も一致しているわけではなく、形式も同じではないため、一部のものは真に指導作用を発揮していない」と述べている[17]。甚だしきに至っては、「我が国現在の案例公布制度は、司法活動に明確な法的基準を確立し、法の曖昧なところを明らかにし、法の不足を補い、法規範に関する議論を減少させる作用を果たしていない。…破棄自判、差戻しの比率が高すぎる原因の一つは、公布された案例が真にその作用を発揮していないことである」といって、指導性案例が全く役に立っていないかのように、その現状を批判する論者もいる[18]。

第２節　現実における案例の役割

１　制度面からの検討

現状認識として、現在の司法実務においては、指導性案例があまり法形成や法適用の統一といった機能を果たしていないと考えられるのは先述の通りである。指導性案例には法的拘束力がなく、そもそもその拘束力を規定するための法律や司法解釈（または司法解釈性文書）がないことは事実である。そこで、その役割を果たすための条件について、「（最高法院公報に掲載されている案例は）法律でもなければ、司法解釈でも

[16] 董皞・前掲注（11）４頁（董皞）。

[17] 人民法院報社課題組「関於案例指導制度的調研報告」最高人民法院研究室・前掲書注（15）448頁。

[18] 丁海湖「我国『案例公布制度』的実証考察及其刑事」当代法学2008年７期142頁。筆者はそれほど悲観的ではない、その理由は次節で検討する現実に案例が果たしている役割の実例にある。

ない、しかも拘束力も持たない。当然ながら、裁判官の学習や訓練の計画に入ることはなく、どれくらいの裁判官が法律や司法解釈のようにこれらの案例を熟知しているかが疑わしいのである。…いわゆる『指導』は事実上大きすぎる弾力を有しているため、結果的に被『指導』者の主観的な恣意性によって、任意に取捨されている。一つの案例が真に遵守されるためには、二つの条件を具備しなければならない。一つは裁判官が案例を知り・熟知すること、一つは当該案例が２審法院による１審判決の維持、変更または破棄の根拠・理由となることである。」[19]という指摘がある。

この指摘のロジックはすなわち、２つの条件をクリアできれば、案例は真に遵守される＝拘束力を持つ。つまり、この２つの条件こそが、指導性案例が法形成や法適用の統一などの機能を果たすための基礎である。それでは、この２つの条件が、制度面からみて、達成できるのだろうか。以下では、この問題に答えを見出すべく、日本と比較しながら、先例拘束性を確保するための各制度的な要件の検討を行う。

前者について、まず日本の情況を見てみよう。日本では、最高裁から地裁､家裁まで､各級の裁判所に対応する判例集が多数出版されており、しかも、実務家から、学者、法学部生、一般市民まで、判例に容易にアクセスできる環境が整備されている。三ヶ月章教授の言葉を借りれば、「この点（国民の目にふれやすい形で判例が明らかにされていること）に関しても、我が国はおそらく世界で最も進んでいる国の一つに数えてよいであろう。公に編纂され､刊行される判例集の数も数種にのぼるし、もっぱら判例の報道を目的とする私的な刊行物も一､二にとどまらない。…いわゆる判例批評というジャンルも、わが国では法学の一つの重要な分野を成すに至っている。そして、この種の文献の量も、おそらくは世界の最高水準にあるといってもよいであろう」[20]というわけで、まさに世界レベルの判例公表体制が整っていると言える。

日本のそれと比べたら、中国の案例公表体制は遥かに遜色していると

[19] 董皞「超越案例走向判例――『最高人民法院公報』発布案例之研究」人民司法2002年６期19頁。

[20] 三ヶ月章『法学入門』（弘文堂、2001年）41 ～ 42頁。

思われる。裁判官が実際に案例を読むかどうかを別として、制度的に必要不可欠なのは、公布された指導性案例を裁判官がアクセスできるような状態にすることである。この点に関して、最高法院公報について言えば、各級法院はそれを多数購読しなければならないとされているし[21]、20数年前でも購読していなかったのは「極少数」の法院であるため、今となっては、もはやほとんどの裁判官がそれに掲載されている案例にアクセスできる条件が整っているだろう。しかし、予算の少ない法院は、最高法院による案例集や人民法院報などの新聞を購読する余裕がない場合もある[22]。インターネットに接続できれば、人民法院報の電子版を閲覧できるし、「北大法意」[23]などの案例データベースに接続して、最高法院が公表した指導性案例を検索することもできるが、それでもすべての指導性案例を知ることは困難である（通し番号付きの指導制案例なら、最高法院の HP からアクセスできる）。ただし、最高法院は2010年までに、全国各級の法院をカバーできる業務ネットワークを基本的に完成させることを目標として掲げていたことを考えれば[24]、インターネットを使って最高法院が公表した指導性案例を検索・閲覧する条件は整備されつつ

[21] 前述「本院が発する内部文書が『最高人民法院公報』の公布内容と一致しない場合、一律に公報を基準とすることを繰り返し知らせることに関する通知」によると、「『公報』が創刊して３年余り経ったが、まだ極少数の人民法院が『公報』を購読していない…『公報』を購読していない、または購読部数が極めて少ない人民法院は、実際の状況に応じて、適量に購読し、または購読の部数を増やし、裁判人員の業務上の需要を満たさなければならない」とされている。

[22] 書籍の値段が日本と比べて格段に低い中国でも、「多くの基層法院は経費の原因で、『人民法院案例選』などの案例書籍を購読しておらず、甚だしきに至っては、『最高人民法院公報』でもすべての裁判官が見られるわけではない」という基層法院の裁判官による指摘がある。饒莉莉＝寥雲倩「関於実行案例指導制度的調研報告」沈徳咏『中国特色案例指導制度研究』（人民法院出版社、2009年）119頁。

[23] 北大法意は掲載案例30万強の中国最大のインターネットに基づく案例データベースである。www.lawyee.net（最終訪問日2012年１月31日）

[24] 杜中傑「全国法院信息化工作会議召開」人民法院報2007年８月３日１版参照。なお、「基本的に」という言葉が使われている以上、一部例外の法院が存在することも想定しなければならないが、全体に占める割合は低いと推測する。

あると推測できる。そうなれば、指導性案例を知っているかどうかの問題は、結局裁判官に最高法院が公表した指導性案例を読むインセンティブがあるかどうかの問題に変わってしまうと思われる。

後者に関しては、２審法院が判決書の中で、判決の根拠として案例を直接引用することはできないし、判決理由の中で判決を引用することもあまり考えられないため[25]、そういう意味で下級審の裁判官に案例に従うよう強制することができない。しかしながら、中国における裁判統制システムのもとでは、上級法院の下級法院に対する影響力も無視できない。特に各下級法院が直属する上級法院は、２審法院として、下級法院の判決を覆すことができるほか、「誤判責任制」を発動して、１審法院の担当裁判官の責任を追及することもできる。実際、そのようなリスクを回避するために、問い合わせ制度が多用されているとも言われている[26]。ここでは、誤判責任制について、もう少し敷衍する。

中国における裁判統制システムの構造はすでに先行研究によって解明されているため[27]、ここではその具体的な仕組みに立ち入るのを控えて、主に指導性案例に拘束力を持たせるのに有利だと思われる誤判責任制を簡単に紹介する。誤判責任制は1990年に秦皇島市の法院系統が最初に導入を試み、その後全国各地の法院に受け入れられて、普及した制度である。最高法院もそれを受けて「人民法院裁判人員違法裁判責任追及辦法

[25] 筆者が知る限り、実際に判決理由の中で案例を引用した裁判例が数件しかない（案例データベース「北大法意」に基づく調べで、いずれも2010年以降の判決）。上海市高級法院でのインタビューにおいても、判決理由の中で案例の精神を体現することは可能だが、直接引用することは禁止されていると言われた（インタビューの日時は2008年12月26日10時～ 12時、インタビューの対象は研究室の呉副主任と民一庭の孟裁判官である）。また、間接的な証拠として、案例指導制度を想定した実験的な案例集である『中国案例指導（2005年１輯・民事巻）』（法律出版社、2005年）の前言によると、当該案例集に掲載されている案例は判決理由の中で引用できるとされている。これは当該案例集だけの特徴であり、裏返せば、それ以外の案例は判決理由の中でも引用できないと思われる。なお、当該案例集に掲載されている案例も引用された例が見当たらない。

[26] 鄧修明「論我国司法解釈模式的重塑」社会科学研究2007年１期88頁参照。

[27] 坂口一成『現代中国刑事裁判論裁判をめぐる政治と法』（北海道大学出版会、2009年）５章245頁以下、特に260 ～ 309頁参照。

（試行）」（法発［1998］15号、1998年９月３日公布・施行）を公布し、誤判責任制を定着させた[28]。総じて、「人民法院の裁判人員は、裁判・執行業務において、故意に裁判業務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業務に関する法律や法規を違反し、かつ重大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」（２条）とされていて、具体的には５条から21条にわたって、違法裁判の責任を負わなければならない情況を規定した。特に、誤判に関する14条の規定によると、「事実および法律に故意に違反し、誤った裁判を行った場合」（１項）、「過失により裁判の誤りをもたらし、重大な結果をもたらした場合」（２項）は誤判と認定され、違法裁判の責任を負うことになる。ただし、22条は免責される状況も規定しており、誤判について言えば、「法律、法規に対する理解と認識上の相違によって誤判をもたらした場合」（１号）、「案件の事実と証拠に対する認識上の相違によって誤判をもたらした場合」は責任を負う必要がない。

本来なら、指導性案例に反する判決を出しても、法解釈の相違によるものなら、誤判責任制に引っかかる心配はないはずである。ところが、今の各級法院が施行している誤判責任制は多くの場合、２審あるいは再審の結果にしたがって誤判であるかどうかを判断している。つまり、２審や再審で覆された場合、前審の判断がただちに誤判［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[29]。また、一部の人民法院は今でも暗黙の慣習として、上級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[30]。このような誤判責任制（最高法院の規定の本旨ではないが）と業務評定の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ぶる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、能動的に法創造を放棄する可能性が大きい。実際に「誤判責任追及制は実質上裁判官の法解釈の権限を否定し

[28] 賀日開＝賀岩「錯案追究制実際運行情況探析」政法論壇2004年１期150頁参照。
[29] 賀日開＝賀岩・前掲注（28）151頁参照。
[30] 王利明「論中国判例制度的創建」武樹臣『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）561 ～ 562頁参照。

た」[31]と評価する学者もいる。そういう意味では、裁判官に案例による法形成の参加意欲にマイナスな影響を与えるかねない制度運用の慣習であるが、案例に拘束力を与えるのに、まさに便利な道具になりうるのである[32]。

これらの裁判統制システム（特に誤判責任制）によって強化された上級法院による影響力を考慮に入れると、１審法院の裁判官はよほどの勇気がなければ、２審法院による案例に反する判決を出すことはないだろう。そして、その案例は事実上の拘束力を持つようになる。そういう意味では、裁判官には少なくとも直属の上級法院の案例を読むインセンティブがあると思われる。中級法院について言えば、その直属の上級法院は高級法院であり、高級法院による指導性案例を読むことは中級法院の裁判官にとって、実益のあることであろう。高級法院の裁判官も同様に最高法院による指導性案例を読むことで、リスク回避できると考えられる。そして、高級法院の裁判官が最高法院による指導性案例を読んでいることを仮定して考えてみると、彼らは最高法院の指導性案例を知っているから、彼らによって判決を覆されることを回避するために、中級法院の裁判官も最高法院の指導性案例を読まなければならない。基層法院の裁判官にとっても同じ状況である。

以上の分析からすると、各級法院の裁判官には指導性案例を読むのに十分なインセンティブが与えられているように見えるが、問題はそう簡単ではない。中国は４級２審制を採用しているため、ほとんどの２審は中級法院と高級法院で行われる。最高法院によって２審が行われる裁判はごく限られている。そうすると、高級法院の裁判官が最高法院による指導性案例を読んでいるという仮定が成立するかどうかはまず疑わしくなる。そして、２審の裁判官が実際に指導性案例と対比しつつ、１審判決を検討するかどうかという問題もある。もし２審の裁判官が上級法院による指導性案例、ひいては所属法院による指導性案例にも従う必要が

[31] 李潔「中国有権刑法司法解釈模式評判」当代法学2004年１期83頁、袁明聖「司法解釈立法化現象探微」法商研究2003年２期７頁参照。

[32] 第５章第１節で検討するが、実際に案例指導制度の導入を想定して、誤判審査制を使って、指導性案例の拘束力を保障する提案がよく挙げられる。

ないと考えているなら、１審の裁判官がそれらを無視しても、リスクを負うことがないだろう。そうなると、案例は事実上の拘束力も持たなくなる。結局のところ、中級法院と高級法院の裁判官に指導性案例に従うという意識がない限り[33]、あるいは単純に指導性案例を読む余裕がなければ[34]、各級法院の裁判官に指導性案例を読むための十分なインセンティブを与えられないと思われる。

結論として、指導性案例にアクセスするためのハードウェアが整えつつある現在、行政的な性格を有する中国の法院システムにおいて、指導性案例に事実上の拘束力を持たせるための基本的な制度条件は整っていると思われる。しかし、実際に拘束力を持たせられるかどうかは、結局裁判官の意識や資質といった人的条件に大きく左右されている。

それと比べて、日本の場合、まず意識の面で、「…どの法律問題についても、その点に関する判例はどうなっているかがまず問題とされる。そして、判例があれば、大抵はそれに従うべきだといわれるだろう。そのことから知られるのは、判例が好むと好まざるとにかかわらず実務の世界を支配しているという事実である」[35]と言われるように、判例が実務の世界を支配しているし、判例を尊重する意識自体が司法修習の時代から植えつけられている点においても、中国の法曹と大きく異なる。

そのほか、審級制度の相違によって、日本の最高裁が直接に裁判を通

---

[33] これは裁判官の法意識に係わる問題であるため、第３節で改めて検討する。

[34] 残念ながら、上海市静安区人民法院、上海市高級人民法院、吉林省長春市中級人民法院の裁判官に対すインタビューの結果、インタビュー対象者は全員一致で、案例を読む余裕がないと主張している。上海市静安区法院について、インタビューの日時は2008年12月25日13時～ 14時半、対象は研究室の邱主任と政治部の張裁判官である。上海市高級法院について、前掲注（25）参照。吉林省長春市中級法院について、インタビューの日時は2009年３月23日15時～17時半、インタビューの対象は刑一庭の盧裁判官補佐である。なお、上海市高級法院の孟裁判官によると、大量発生する典型的な事件について、先例を参考に判決書を書くのは効率がいいため、指導性案例を調べて、それに従って判決する場合もある。逆に言うと、先例を効率よく検索できるシステムがなければ、裁判官は単発的に起こる事件のために、指導性案例を調べる余裕がないというのは現状であろう。

[35] 中野次雄編『判例とその読み方（改訂版）』（有斐閣、2008年）10 ～ 11頁。

じて法解釈・法適用の統一を行えるため、判例の拘束力の強化に一役を買っている[36]。また、それ以外の制度面の要素で、判例が事実上の拘束力を持たせていると思われる重要な条件として、司法行政による裁判統制が挙げられよう。

その点においては、あるいは日中の間にはさほど大きな差がないかもしれない。つまり、日本の裁判官が先例に従う重要な理由は、「…もし下級審の裁判官が最上級審裁判所の判断に反する判断をすれば、その裁判は上訴の結果結局破棄されるだろうから、裁判官は判決に従って裁判をするのだ」[37]、というわけである。そして、その背後には中国と同様、裁判官に対する行政的な「統制」が行われているからこそ、裁判官があまり判例に反する判決を出さず、その反射的効果として、判例が事実上の拘束力を持つようになったのである[38]。また、先ほど誤判責任制が裁判官に能動的に法形成に参与するのを放棄させる可能性があることを指摘したが、日本の裁判統制についても同様なことが言えよう。つまり、「…裁判官がこうした組織環境の中にいることが、裁判官の裁判における判断作用に何らの影響も与えないと考えることは難しい。それが、裁判官の自由闊達な気風を養い、裁判に対して創意をもって積極的に取り組む姿勢を励ますことにつながらないことは確実であろう」[39]と言われているように、上からの押し付けは、先例の拘束力を強化する作用があるかもしれないが、裁判官の能動的な法創造活動にはつながらないわけである。

ただし、先例拘束性の強化作用だけを見れば、先例を知る基本的な条件が揃っており、しかも日本と同様に裁判官を行政的に統制する制度が

---

[36] 五十嵐清『法学入門（第３版）』（悠々社、2007年）70 ～ 72頁参照。

[37] 中野次雄・前掲注（35）18頁。

[38] ここでいう行政的な「統制」は、主に最高裁事務総局による人事面の統制と裁判内容についての「指導・助言」を念頭に置いている。日本の下級審の判決が「ステロタイプ化」していると揶揄され、それをもたらしたのは官僚制的な「統制」だと言われている。新藤宗幸『司法官僚裁判所の権力者たち』（岩波書店、2009年）17頁、また、同書第三章「司法官僚の支配の実態」113頁以下参照。

[39] 六本佳平『日本の法と社会』（有斐閣、2008年）193頁。

機能している中国において、指導性案例を尊重し、それに従って判決を下す裁判官が現れても何ら不思議ではない。先例を尊重する裁判官がいれば、先例によって確立されたルールがこれらの裁判官によって援用され、一種の法として定着していく現象も現れるだろう。次は、そのような「案例による法形成」とも呼べる現象の実例を見てみよう。

2　実例からみる案例による法形成

ここでいう案例による法形成は広い意味での法形成を指す。つまり、法を解釈して、その中身を明確にし、それをルールとして定式化させることも、法の不足を補完して、新しいルールを形成すること（法解釈の枠組みを超えた実質的な修正も含まれる）も、ここでいう案例による法形成に含まれる。

具体例として取り上げるのは最高法院公報に掲載されている案例のほか、最高法院の案例集や高級法院の案例集に掲載されているものもある。指導性案例の全般をカバーできるよう、もっとも権威的な指導性案例に限定せず、典型的だと思われる例を選択して検討する。また、後続案例を調べるのに際して、主に「北大法意」という案例データベースを利用した。それに掲載されている案例については、改めて出所を示さない。

【案例１】電子図書館［数字図書館］が著作権者に無断で著作物を収録・公開することは著作権侵害に当たるとして、作者による差止・損害賠償の請求を認めた案例[40]

〔事実の概要〕

X（原告）は北京大学法学院の教授であり、『当代中国刑法新視界』、『刑法適用総論』、『正当防衛論』などの書籍の著作権を有している。Y（被告）は2000年１月に成立した会社であり、「中国電子図書館」というサイトを運営し、他人の著作物を収集・整理して、当該サイトで公開している。

2001年12月、X は Y が無断で「中国電子図書館」に上記三冊の書籍を掲載し、サイトに登録して料金を支払った者に全文の閲覧とダウン

[40] 最高人民法院公報2003年２期34 ～ 35頁掲載、北京市海淀区人民法院2002年６月27日（2002）海民初字第5702号判決。

ロードを提供していることを発見した。そこで、Xは、Yによって「情報ネットワーク送信権」が侵害されたとして、Yに対して①侵害の停止、②400,000元の損害賠償、③侵害を阻止するための合理的な支出8,000元の賠償を求めて、訴訟を提起した[41]。

一方、Yの抗弁として、「中国電子図書館」は基本的に情報化時代の社会の需要を満たすための公益型の事業であることや、著作権保護のシステムの開発に投資し、著作権者の利益を保護するとともに、公衆により良いサービスを提供しようとしていることなどを主張した。

〔判旨〕

請求認容。

①「中国電子図書館」におけるXの著作物の使用を停止せよ。

②損害賠償として、Xに80,000元を支払え。

③訴訟のための合理的な支出4,800元を支払え。

〔判決理由〕[42]

1．法により著作権者は著作権を有し、他人が許可なく自分の著作物を使用することを制限する権限を有する。ただし、そのような制限は社会公衆が著作物にアクセスできる範囲の拡大によって、作者の権利行使

[41] 著作権法（1990年９月７日採択・1991年６月１日施行）10条１項は著作権に含まれる人身権と財産権を規定している。同10条１項12号によると、「情報ネットワーク送信権、すなわち有線又は無線方式により公衆に著作物を提供し、公衆が自身の選択した時間と場所において著作物を取得できるよう設定する権利」が著作権に含まれる（本号は2001年10月27日の法改正で追加された条文である）。また、著作権者の許可なしに、情報ネットワークを通してその著作物を送信した場合、情状に応じて、侵害の停止、影響の除去、謝罪、損害賠償などの民事責任を負わなければならないとされている（同48条１号）。なお、情報ネットワーク送信権の保護方法について、別に国務院による行政法規によって規定されるが（同58条）、「情報ネットワーク送信権保護条例」は2006年５月10日になってようやく採択されて、同７月１日に施行された。

[42] 判決の根拠として引用された条文は著作権法10条１項12号、11条１項、同２項、47条１号、48条２項である。

に重大な影響がもたらされる場合に限られる。本件の場合、Ｘは出版社に著作物の発行を許可したが、それはただ著作物を有形の媒体（紙媒体）に固定し、公衆にアクセスさせることを意味する。したがって、Ｙが許可なく「中国電子図書館」にＸの著作物を収録したことは、ネットワークにおけるＸの権利行使に影響を与えた。

２．図書館の機能は著作物の保存および社会公衆に著作物へのアクセスを提供することである。この種のアクセスは、特定の著作物が特定の読者によって、特定の期間内において特定の方法（貸出）を通じて達成される。この種のアクセスは知識の伝達、社会文明の進歩にとって、非常に重要な意義を持つ一方、作者による権利行使に対する影響が極めて限られているため、著作権侵害にはならない。しかしながら、本件の場合、Ｙは企業法人としてＸの著作物をインターネットにアップロードした。それは電子図書館という形式を採用しているが、(1) 著作物の送信の時間と空間を拡大し、(2) 著作物にアクセスする人数を増加させ、(3) 著作物にアクセスする方式を変え、かつ (4) 作者が合理的な報酬を得られるための適切な手段を取らなかった。したがって、Ｙの行為はＸが社会公衆に自分が認めた方式で自分の著作物にアクセスさせることを阻害し、Ｘの「情報ネットワーク送信権」を侵害した。

３．Ｘは損害賠償400,000元と訴訟のための合理的な支出8,000元を請求したが、それが合理的な請求額であることについての挙証責任を果たしていないため、法院はＹの不法行為の情状に応じて、損害賠償80,000元と訴訟のための合理的な支出4,800元が相当だと判断した[43]。

〔コメント〕

１．本判決の位置づけ

本件は最高法院公報に掲載されている電子図書館による著作権侵害に関する唯一の案例であり、中国最大の案例データベースである「北大法意」で確認できる最初の判決でもある。基層法院の判決でありながら、

[43] 著作権法48条２項、「権利者の実際の損失または不法行為者の違法所得を確定できない場合、人民法院は不法行為の情状に基づき、50万元以下の賠償額を裁定する」。

最高法院公報に掲載されることによって、指導性案例となった。判決書において、単に著作権法の条文を引用するだけでなく、判決理由をも詳しく示した点は、本判決の先例としての価値を高めたと考えられる。また、判決当時は情報ネットワーク送信権に関する行政規則がまだ制定されていないのにもかかわらず、権利侵害の一類型の判断基準を樹立したという意味においても、本判決は電子図書館による著作権侵害に関するリーディングケースだと言えよう。

２．本判決によって確立された電子図書館による著作権侵害の判断基準

①著作権者の授権なしに電子図書館に著作物を収録する行為は、「社会公衆が著作物にアクセスできる範囲の拡大」に繋がるため、著作権者のネットワークにおける権利行使に影響を与える。一般論として、その影響が重大である場合、著作権者は著作権を行使して、著作物の使用を制限することができる。本判決が「重大な影響」という制限を情報ネットワーク送信権の行使の要件として設定したのは、著作権法には当該送信権の行使に何ら制限も設けていないためだと思われる[44]。フェアユースの視点から、情報ネットワーク送信権の行使に制限を加える必要があると裁判官が考えたかもしれない[45]。

②電子図書館は伝統的な図書館と違って、(1) 著作物の送信の時間と空間を拡大し、(2) 著作物にアクセスする人数を増加させ、(3) 著作物にアクセスする方式を変えるため、それがフェアユースの限界を超えて

[44] なお、著作権法22条８号によると、図書館による陳列、保存のための複製という著作物の利用は、著作権者の許可を要せず、著作権者に報酬を支払う必要もない。これは図書館による著作物のフェアユースに関する唯一の条文である。

[45] 何の制限も設けなければ、結局大量の著作権者に一々許可を取らなければ、図書館による著作物の電子化は不可能になる。著作権の集中管理が進んでいない中国において、その実現可能性は大きな問題となる。秦珂「数字図書館運作中侵犯版権的客観因素分析」図書館理論与実践2003年５期３～４頁、張平「数字図書館建設中的法律問題及対策研究」国家図書館学刊2004年４期58～59頁参照。

おり、著作権者の権利行使に重大な影響を与えると考えられる。したがって、上記の三つの要件で伝統的な図書館と異なる電子図書館が、著作権者の授権がなく、かつ（4）著作権者が合理的な報酬を得られるための適切な手段を取っていない場合、著作物を収録して、社会公衆に公開することは著作権侵害に当たる。

本判決は電子図書館と伝統的な図書館との差異を示すことで、著作権者による授権がない場合の電子図書館による著作物の利用を排除した[46]。一方、電子図書館が伝統的な図書館と同じように、特定の著作物を特定の期間内において、特定の方法で特定の読者にアクセスさせるよう、著作物の利用に制限を加えた場合、電子図書館による著作物のフェアユースの余地も残されていると思われる（判決はフェアユースに触れていない）。

〔その後の案例の展開〕

１．以上の判決を受けて、その後、多くの著作権者が電子図書館の運営者を相手に、著作権侵害訴訟を提起した。各地の法院も上記著作権侵害の判断基準に従って、許可なしに著作物を収録・公表した電子図書館の運営者に侵害の停止と損害賠償を命じたのである。特に、民間資本が投資して設立した主要な電子図書館である［書生之家］電子図書館と［超星］電子図書館[47]を被告とする訴訟が多発し[48]、電子図書館側はことごとく敗訴した[49]。

---

[46] 張敏＝劉可静「数字図書館和有関著作権問題的思考」図書情報工作2003年７期55頁参照。

[47] 両者は民間資本による電子図書館の代表格だと言われている。江向東「我国数字図書館建設現状、存在的問題及其対策」福建師範大学学報2003年５期144～145頁参照。

[48] 北大法意のデータベースに基づく統計によれば、［書生之家］電子図書館による著作権侵害訴訟の案例は16件、［超星］電子図書館による著作権侵害訴訟の案例は14件がある。後述する［万方］データ株式会社が開発した電子図書館による著作権侵害訴訟の件数に次ぐ２番目と３番目に多い。

[49] 下記万方会社の案例も含めて、電子図書館による著作権侵害に関する案例

その中の一例として、中国社会科学院知的財産法研究センターの研究員Ｘが、自分が著作権を有する８冊の著書をＹが（[書生之家] 電子図書館の運営者である北京書生デジタル技術会社）許可なく［書生之家］電子図書館に収録・公表したことが情報ネットワーク送信権の侵害に当たるとして、侵害停止、謝罪および損害賠償を求めて提起した訴訟について、１審判決[50]はＹが著作物の利用範囲と利用方法に制限を加えたことを認めつつも、それが「実質的に著作物が任意に使用されるリスクを減少させたわけではなく、著作権者の許可なしにその著作物を利用したことの性質も変わらない」ことや、「伝統的な公益図書館は物的条件の有限性と使用規則の確実性により、著作権に対する影響が有限的であり、その投資の公共性により、公共利益と私人利益がある程度一致しているため、著作権の行使を制限する可能性を具備している」が、「Ｙの企業性質、経営方法、経営目的および著作権者の利益に対する影響は図書館と異なる」ことなどを理由に、Ｙによる制限措置の有効性と電子図書館の公益性を否定し、Ｘの請求を認めた。

その後、Ｙが上訴したが、２審判決[51]もＹが営利目的の企業であり、[書生之家] 電子図書館も公益図書館ではないことや、Ｙによる著作物の利用制限は著作権法における合理的な利用（フェアユース）に要求される程度に達していないことなどを理由として、それを棄却した。

２審判決は著作物の利用に制限を加えた場合に、その利用が著作権法における合理的な利用（フェアユース）[52]に当たる可能性を明確に示し

のほとんどは北京市の法院によるものである。これは主要な電子図書館の運営・開発業者が北京に集中しているためだと思われる。なお、北京市の法院による判決のほか、上海市第二中級人民法院2004年12月26日（2004）滬二中民五（知）初字第193号判決や、安徽省高級人民法院2009年４月23日（2009）皖民三終字第0014号判決も同様な判断基準に従って、電子図書館を伝統的な図書館と区別して、それによる著作権侵害を認定した。

[50] 北京市海淀区人民法院2004年12月20日（2004）海民初字第12509号判決。

[51] 北京市第一中級人民法院2005年６月10日（2005）一中民終字第3463号判決。

[52] 著作権法に著作物の合理的な利用について規定を置いてあるとされるが（22条、23条）、合理的な利用という表現を使っていない（権利の制限という表現が使われている）。

た。ただし、フェアユースの具体的な要件をはっきりと示したわけではなく、ただ「３人以上が同時にアクセスできないこと、プリントスクリーンでしか著作物を複製できないこと」といった程度の制限がフェアユースの要件をクリアしていないとした。なお、フェアユースに触れたことで、先例よりも一歩前進したと考えられるが、伝統的な公益図書館との差異を示し、実質的に著作権者の授権なしに、電子図書館による著作物の利用を排除した点において、先行判決と同じ構図だと言えよう。

２．上記リーディングケースによって確立された情報ネットワーク送信権侵害の判断基準は、その後、インターネットに基づく電子図書館の運営者から適用範囲が拡張され、図書館や大学、研究所などにおけるLAN（イーサーネット規格）に基づく電子図書館システムを開発した業者にも適用された。

代表例として、1,000名近くの修士・博士が［万方］データ株式会社（以下万方会社と略す）を相手に、著作権侵害の停止と損害賠償を求めて提起した一連の訴訟が特に注目されている[53]。万方会社が「中国学位論文全文データベース」を開発し、大学図書館や伝統的な図書館にそれを販売したところ、自分の論文が許可なしに収録・公表されたとして、2006年６月、491名の修士・博士が万方会社を相手に訴訟を提起し、その内の421名は勝訴、残りの70名は敗訴という結果になった[54]。そして、2008年10月、さらに482名の修士・博士が万方会社を相手に訴訟を提起し、その内の364名は勝訴、残りの118名は敗訴という結果になった。

判決は先行案例の判断基準に従って、以下のように述べている。「万方会社は技術的な措置を講じて、学位論文データベースのユーザーがLANのIPアドレスの範囲内でしか当該データベースに接続できないよ

[53] 中国ではクラスアクションといったような手続ルールがないため、1,000件近くの著作権侵害訴訟がそれぞれ独立して提起されたことになる。しかしながら、判決書を見れば分かるように、事実の部分に違いがあるものの、判決理由は原告勝訴または敗訴によって２種類に分かれるだけである。

[54] 勝訴判決の例として、北京市海淀区人民法院2008年６月26日（2008）海民初字第8636号判決、敗訴判決の例として、北京市海淀区人民法院2008年６月23日（2008）海民初字第8805号判決参照。

う制限を設けたが、それは公衆が学位論文データベースのユーザーとして、LAN から関連論文にアクセスする可能性を排除したわけではない。万方会社による関連論文の送信範囲に対する制限は、公衆が自身で選択した時間と場所において関連論文にアクセスすることを禁じるという程度に達していないため、学位論文データベースは伝統的な図書館と違って、万方会社による関連論文の商業的な利用は著作権法における図書館による著作物の合理的な利用に当たらない」、と。

つまり、データベースを販売する行為は営利目的の商業行為であり、公益的な行為ではない。そして、公衆に自分で選択した時間と場所でしか著作物にアクセスさせないという厳格な要件をクリアできなければ、伝統的な図書館と同程度の著作物の利用に対する制限を達成したとは言えない。図書館による著作物のフェアユースの具体的な要件を明確に示したことは、先行案例からの前進だと言えよう。

そして、上記要件は「情報ネットワーク送信権保護条例」（2006年７月１日施行）７条の規定にも同調していると思われる[55]。万方会社は図書館ではないため、法院も保護条例の７条を直接適用しなかったが、事実上それを類推適用し、電子図書館システムの開発業者にも図書館と同等の要件を科したと考えられる。

なお、万方会社によるデータベースの開発・販売はフェアユースに当

[55]「情報ネットワーク送信権保護条例」７条１項は、「図書館、公文書館、記念館、博物館、美術館等は著作権者の許可なしに、情報ネットワークを通じて、本館館内のサービス対象者に、本館所蔵の合法的な電子著作物と法により陳列または保存の必要に応じて電子的に複製した著作物を提供し、著作権者に報酬を支払わないことができる。だだし、直接的にまたは間接的に利益を得ることはできない。当事者に別段の約定がある場合を除く」、と規定し、図書館による電子著作物とアナログ著作物のデジタルコピーに対するフェアユースの要件を示した。「館内」という場所の制限が設けられているため、「開館時間内」という時間の制限も解釈上当然存在する。それに対して、万方会社のデータベースによる著作物の利用制限はただ「LAN の範囲内」という場所の制限だけがあって、時間の制限がない。そのような利用制限ではフェアユースに当たらないとする法院の判断は保護条例７条１項とのバランスを考えて、ある意味当然の結論だと言えよう。

たらないとされた以上、裁判の結果は著作権者による授権の有無によって左右される。この一連の訴訟で敗訴した原告はみな在籍していた大学と協議し、著作権の授権契約を結んでいた。その結果、各大学が中国科学技術情報研究所と著作権の授権契約を結び、当該研究所がさらに万方会社と著作権の授権契約を結ぶといういわゆる２回の間接授権を経て、万方会社は当該論文の送信権を獲得していたと法院が判断したのである。なお、著作権者はただ公表権を大学に与えただけであって、情報ネットワーク送信権が授権契約に含まれていないとして、判決を批判する学者もいる[56]。

〔評価〕

リーディングケースは電子図書館が著作権者の許可なしに著作物を利用することに関して、その利用形態における伝統的な図書館との差に注目し、伝統的な図書館ほどの利用制限がないことを理由に、電子図書館の運営者による著作権侵害を認めた。２番目の案例はこの枠組みを継承し、著作物に対する高度な利用制限がなければ、フェアユースに当たらないとして、同じく電子図書館の運営者による著作権侵害を認めた。これらの判決は「情報ネットワーク送信権保護条例」が公布される前に、情報ネットワーク送信権侵害の一形態である電子図書館による侵害の判断基準を示し、しかも著作権法に規定されていないそれに関連するフェアユースの可能性をも示唆した。その後、保護条例が公布され、３番目の案例は先例の枠組みを踏まえて、保護条例に同調しつつ、より具体的な判断基準を示し、それを電子図書館システムの開発業者にも適用した。

この例においては、指導性案例がルールを形成し、その後の案例はそれを具体化しつつも、基本的な枠組みを変えずに援用するという流れが形成されている。しかも、その後制定された行政規則も指導性案例と同じ枠組みを採用し、電子版の著作物の利用に対する高度な制限をフェアユースの要件とした。つまり、訴訟で形成された裁判規範はその後の法によって承認されたわけである。

---

[56] 王琛琛＝李紅艶「浅析我国数字図書館建設中的版権保護問題――以千名碩博士訴万方学位論文侵権案為例」新聞界2009年１期36頁参照。

【案例２】未登録の個人経営体と被用者の関係を雇用関係とし、労働法79条の適用を否定した事例[57]

〔事実の概要〕

Ｘ（原告・被用者）は1996年８月にＹ（被告・未登録の個人経営体）に雇われ、Ｙが所有する砂の輸送車の操業を手伝うことになったが、同10月17日、Ｘは操業中の事故で左足を骨折した。Ｘは病院に運ばれたが、経済的に困難な状況に陥ったため、Ｘの父Ａは仕方なくＹと和解契約を結んだ。その内容は、ＹがＸの入院期間中の治療費用と1,000元の補償金を支払う代わりに、その他の責任は一切負わないというものであった。1999年７月、Ｘは徳陽市中級人民法院による臨床鑑定を受けて、その障害はレベル５［五級残］であると認定された。その後、ＸはＹに対し、111,760.20元の損害賠償を求めて訴訟を提起した。

これに対して、Ｙは①これは労働紛争であり、労働紛争仲裁を先に行うべきこと（仲裁前置）、②Ｘに重過失があること、③ＹとＸの間には和解契約が成立していることなどの抗弁を主張した。

１審（広漢市人民法院）の判断は以下の通りである。①Ｙが登録された個人経営体［個体工商戸］ではないため、労働関係の主体に当たらないとし、ＸとＹが結んだ契約は雇用契約であり、両者の間で形成されたのは雇用関係であると認定した。労働法が適用されないため、労働紛争仲裁を先に行う必要がない。②Ｘは仕事中に職務行為により負傷し、故意か重過失があると認められないため、ＹはＸの損害を全額賠償しなければならない。③Ｙと和解契約を結んだのはＡである。それはＸ本人の意思表示によるものではないため、無効である。以上の判断に基づき、法院はＹに対して、Ｘに82,023.20元を支払うよう命じた。

Ｙは１審に不服として、徳陽市中級人民法院に上訴した。その理由は以下の通りである。①Ｙは事実上の個人経営体であり、Ｘとの間に形成されたのは労働関係であるため、労働法を適用すべきである。②ＹとＡの間で成立した和解契約はすでに履行されたため、有効である。

[57] 最高人民法院公報2001年１期32頁以下掲載、徳陽市中級人民法院2000年３月15日判決、案号不明である。

〔判旨〕
上訴棄却

〔判決理由〕
Ｙの上訴理由①については、一審と同じ判断である。つまり、Ｙは工商行政管理機関に登録していないため、個人経営体の法的地位を有しないと認定した。上訴理由②については、完全行為能力者の民事権利の処分権は本人かその代理人にある。ＡはＸの代理人ではないため、その処分は無効であると判断した。

〔コメント〕
１．本判決の位置づけ
本件は雇用関係と労働関係を峻別し、未登録の個人経営体と被用者の関係を雇用関係とし、労働法79条の適用を否定した最初の指導性案例であり（「北大法意」調べ）、最高法院公報に掲載されている唯一の案例でもあるため、同種事件のリーディングケースに当たる。

２．本件の最大の争点はＸとＹとの間は労働関係であるのか、それとも雇用関係であるのかという問題である。両者を区別する実益は、表4.1の通りである。

表4.1　雇用関係と労働関係を区別する実益

	雇用関係	労働関係
労働紛争仲裁前置	×	○労働法79条[58]
適用法律[59]	民事法	労働法
労働災害保険の適用	×労災不成立	○

[58] 労働法（1994年７月５日公布、1995年１月１日施行）79条後段によると、労働紛争の当事者が「仲裁の裁決に不服する場合、人民法院に訴訟を提起することができる」とされている。つまり、労働紛争仲裁前置という制度設計を採用している。
[59] 楊暁蓉「労働関係与雇用関係的界定及実務問題探討」中国労働2005年８期20頁参照。

賠償額の算定	労災に関する法規定、または道路交通事故処理辦法[60]を参照する（本件は企業職員労災保険試行辦法を参照した）	労災保険条例[61]（2004年以前は企業職員労災保険試行辦法[62]）

労働法２条１項は労働法の適用範囲について、「中華人民共和国国内の企業、個人経営組織（以下「使用者」という）およびこれと労働関係を結ぶ労働者については本法を適用する」と規定しているが、個人経営組織の中身ははっきりとしていない。それに対する解釈として、労働部「『中華人民共和国労働法』の貫徹執行の若干問題に関する意見」（1995年８月４日公布･施行）１条は、「労働法２条における『個人経営組織』は一般的に被用者７人以下の個人経営体［個体工商戸］を指す」と規定している。本件の１審の裁判官はそれを援用して、Y が登録を行っていないため、法により成立した個人経営体ではないと認定し、Y を労働法の適用範囲から外した。２審も同じ判断を下した。上記労働部による「意見」は、文面上未登録の個人経営体を排除していないため、裁判官の判断はそれに対する解釈だと言えよう。それによって、X は労働仲裁を経ることなく、直接訴訟を提起することが認められた。

３．賠償額の算定基準に関して、1審は労災に関する法規定である「企業職員労災保険試行辦法」を参照の対象とした（２審はそれに触れていない）。雇用関係に基づく被用者による損害賠償請求事件において、労災に関する法規定を参照して賠償額を算定する先例を作ったわけである。このやり方も一種のルールとして受け継がれ、最終的には労災保険条例63条１項によって承認されたのである[63]。

---

[60] 道路交通事故処理辦法（1991年９月22日公布、1992年１月１日採択）第六章35条～41条は損害賠償について規定している。それを参考に雇用関係における損害賠償額を算定した実例として、青海省湟中県人民法院、2003年９月20日（2003）湟総民初字第102号判決参照。

[61] 労災保険条例［工傷保険条例］（2003年４月27日公布、2004年１月１日施行）

[62] 企業職員労災保険試行辦法（1996年８月12日公布、同10月１日施行）

[63] 労災保険条例63条１項によると、被用者に対する未登録の使用者による損害賠償は、労災保険条例に規定されている労災の基準を下回ってはならない。

〔その後の案例の展開〕

本件が公表されて以後、雇用関係と労働関係を区別し、未登録の個人経営体と被用者の関係を雇用関係とし、労働法の適用を排除しながらも、使用者の賠償責任を認定し、労働災害に関する法規定を参照して賠償額を算定する事例が数多く現れた。本件と同じ法構成を採用している例として、2003年６月13日広東省汕頭市中級人民法院による（2001）汕中法立上字第32号判決、2002年５月９日広東省広州市中級人民法院による（2001）穂中法民終字第2522号判決、2002年６月27日広東省恵州市中級人民法院による（2002）恵中法民一終字第74号判決、2002年11月26日雲南省昆明市中級人民法院による（2002）昆民二終字第775号判決、広東省佛山市中級人民法院による（2003）佛中法民一終字第854号判決、「劉霞、杜夢昱、王運珍、杜全方 vs 趙学勤」[64]（四川省雅安市中級人民法院）などが挙げられる[65]。

その中、（2003）佛中法民一終字第854号判決は先行指導性案例よりも一歩進んで、労災に関する規定を参照する理由を説明した。すなわち、「上訴人の損害は労働法上の労働災害ではないが、上訴人と被上訴人の間に雇用関係が存在し、労務の提供や報酬の支払いなど一般的な労働関係の要素を含んでいるため、本件は労働災害損害賠償事件と類似している…法律に明文規定のない契約について、他の法律の最も類似した規定を参照することができると規定した契約法の原理に従い、本件は最も類似する中華人民共和国労働法の関連規定と労働災害損害賠償事件に関する規定を参考に、賠償額を算定すべきである」、と[66]。判決理由をはっき

道路交通事故処理辦法を参照して賠償額を算定すると、労災の基準を下回るため、この規定は労災の基準を参照して賠償額を算定することを前提としていると思われる。

[64] 北大法意に掲載されているが、案号と判決の時間は不明である。

[65] それと対照的に、登録した個人経営体と被用者の関係を労働関係とし、仲裁の前置を肯定した事例も現れている。（2003）海南民二終字第273号判決（海南省海南中級人民法院、2003年８月27日）、（2006）佛中法民一終字第653号判決（広東省佛山市中級人民法院、2006年８月31日）、（2006）佛中法民一終字第1087号判決（広東省佛山市中級人民法院、2006年11月28日）などがそれである。

[66] この事件では、賠償額の算定基準は争点の一つとなっている。１審は道路

りと示したことで、当該ルールの説得力を強めたと思われる。

〔評価〕

リーディングケースは労働法２条１項および「『中華人民共和国労働法』の貫徹執行の若干問題に関する意見」１条に対する解釈として、未登録の個人経営体が労働法２条１項の個人経営組織に当たらないとして、それを労働法の適用範囲から除外した。その後の多くの案例はこの解釈をそのまま援用し、それを一つのルールとして定着させたと評価できる。また、賠償額の算定基準として、労災に関する法規定を適用し、その後の法によって承認されたことも、法の不足を補う一種のルール形成だと言えよう。

【案例３】労災保険条例における［機動車］には列車も含まれるとする事例[67]

〔事実の概要〕

X（原告）の夫ＡはＺ（第三者）の職員である。2004年６月13日、Ａは仕事を終えて自転車で帰宅する途中、何家湾踏切で警報機の警報を無視して、閉められたゲート（遮断機）を無断で開け、鉄道を横切ろうとしたところ、走ってきた列車にひかれて死亡した。

鉄道警察の調査によると、事故の責任はＡにある。

なお、Ａの家庭の経済状況を考慮して、上海鉄道支局楊浦駅は一時金などの補償12,775元をＡの家族に支払った。

2004年６月30日、ＺはＹ（被告・労災認定を行う行政機関）に対して、Ａの労災の認定を申請した。2004年９月６日、Ｙは列車が労災保険条例14条６号[68]の［機動車］に当たらないとして、虹口労認（2004）字第

交通事故処理辦法を適用したが、２審はそれを破棄し、労災に関する法規定を適用した。

[67] 上海市高級人民法院編『2007年上海法院案例精選』（人民法院出版社、2008年）393 ～ 387頁参照。本件は上海市虹口区人民法院による判決である。判決を下した日時と案号は不明である。

[68] 労災保険条例14条は労災と認定すべき具体的な事由を規定していて、「出勤・退勤の途中、［機動車］事故による傷害を受けたこと」もその一つとされてい

180号労災認定書を作成し、Ａの死亡が労災に当たらないと認定した。2004年９月23日、Ｘはそれに不服として、上海市労働と社会保障局（Ｙの上級機関）に対して、行政不服申立てを行ったが、審査の結果、Ｙの処分が維持された。

そこで、ＸはＹに対し、具体的な行政行為（虹口労認（2004）字第180号労災認定書）の取り消しを求めて訴訟を提起した。

それに対して、Ｙは道路交通安全法119条３号[69]と道路交通管理条例３条１号[70]を根拠に、列車が労災保険条例14条６号の［機動車］に当たらないことを抗弁として主張した。

〔判旨〕

請求認容。

〔判決理由〕

Ｙは道路交通安全法119条３号と道路交通管理条例３条１号を根拠に、列車が労災保険条例14条６号の［機動車］に当たらないと解釈したが、それは狭義の解釈である。

労災保険条例が調整する法律関係の外延は道路交通に関する法律のそれとは異なるため、労災保険条例14条６号における［機動車］は、道路を走行する車両に限定されない。つまり、客観的な現状に符合する合理的な解釈によれば、列車、地下鉄、ライトレールなども［機動車］に含

る（同６号）。

[69] 道路交通安全法（2003年10月28日公布、2004年５月１日施行）119条３号は本法における［機動車］の定義を以下のように規定している。すなわち、「［機動車］は、動力装置によって駆動または牽引され、道路を走行し、人員の乗用、部品の運搬または工事の専門作業の進行に供する装輪式車両を指す」とされている。

[70] 道路交通管理条例（1988年３月９日公布、同８月１日施行）３条は「本条例における車両は、道路を走行する下記［機動車］と［非機動車］を指す」とした上で、［機動車］については、「［機動車］は各種自動車、路面電車、バッテリーカー［電瓶車］、バイク、トラクター、装輪式専用機械車を指す」（同１号）と規定している。

まれる。したがって、A が遭遇した列車事故も労災保険条例14条６号における［機動車］事故に当たる。

〔コメント〕

１．本判決の位置づけ

本件は2008年に出版された案例集に掲載されているが、2007年２月１日にすでに報道されたことから[71]、判決が下されたのは2007年２月よりも前だと分かる。後の同種事件の判決日時と比べて比較的に早いであるが、労災保険条例における［機動車］に列車が含まれるとする判決は、本件が初めてではない。2005年７月、成都市金牛区人民法院による判決で、すでに類似する判断が示されていた[72]。

当該事件の概要は以下の通りです。2004年６月17日、X の職員 Z（第三者）が出勤途中、列車にぶつかられて負傷した。Z は Y に対して労災認定の申請をし、Y は列車も［機動車］に当たるとして、Z の傷害が労災だと認定した。その後、X はそれに不服があって、「列車事故は［機動車］事故に当たらない」として、認定の取り消しを求めて訴訟を提起した。それに対して、法院は「列車は［機動車］に当たらないはずだが、労働者の権益を保護する労災保険条例の立法目的からして、［機動車］の範囲を広く理解すべきである」と述べて、X の請求を棄却した。列車が［機動車］に当たらないはずだと一言前置を置いたが、立法目的から［機動車］を広く解釈した点において、本件と同じ展開だと言えよう。

しかしながら、成都市金牛区法院による判決は本件と違って、高級法院の案例集に掲載されておらず、人民法院報によって報道されることもなかった。指導性案例ではないし、全国的な影響力をもつ新聞による報道で裁判官に周知される条件もクリアしていないことから、本件と比べると、先例としての価値が低いと思われる。指導性案例として、「労災保険条例における［機動車］には列車も含まれる」というルールを確立

[71] 高万泉＝顧瓊「下班途中死於火車碰撞属工傷――上海審結一起労働争議案」人民法院報2007年２月１日４面参照。

[72] 晨迪「職工上班途中被火車撞傷算工傷」就業与保障2007年５期35頁。

したという意味で、本件はリーディングケースだと言えよう[73]。

2．最高法院公報に掲載されている案例と違って、上海市高級法院の案例集に掲載されている本件は、案例の後に編集者の「解説」が書かれている。これは日本における「調査官解説」に似ていて、案例に示された解釈論をより具体的に展開している。

本件の場合、解説者は以下のような解釈論を示した。つまり、①労災保険条例に［機動車］の明確な定義がない。したがって、それを解釈しなければならない。②条文の文意からみると、「道路を走行する車両」以外の［機動車］の技術的な特徴に符合するその他の車両は除外されていないため、道路交通安全法と道路交通管理条例における［機動車］の概念を機械的に引用してはならない。③労災保険条例の立法目的は労働者の権益保護の強化であるため、［機動車］の範囲について、広義の解釈を採用すべきである。その場合、列車も［機動車］に当たる。本件に即して言えば、仕事帰りに列車にひかれて死亡した場合は労災に当たるとした裁判官の判断は妥当である。

このような解釈は指導性案例が示したルールを理解する一助となるし、当該ルール自体の説得力をも高める。なぜなら、ルールを理解できなければ、後の同種事件でそれを適用することもできないからである。したがって、学者による案例評釈が未発達の中国において、このような解説はとても重要な意義を持っていると思われる。

〔その後の案例の展開〕

「北大法意」には同種の事件が収録されていないが、雑誌に掲載されている案例や後に最高法院の案例集に掲載された指導性案例を見る限り、本件判決が人民法院報によって報道されて以降、同種事件における

[73] 本件が報道されてから、各地の裁判所では同じような判断が下されるようになり、「列車は機動車ではない」という認識が過去の歴史となったと言われている。馬楽楽「上下班途中被電動自転車撞傷被認定為工傷」http://www.my818.cn/ReadNews4.asp?table_name=4&NewsID=287（最終訪問日、2009年10月31日）

［機動車］の解釈は統一されたと思われる。

たとえば、武漢市に起きた同種の事件において[74]、Xが仕事帰りに、列車にひかれて右足を失ったことについて、Y（行政機関）は列車が［機動車］に当たらないため、Xの傷害が労災ではないと認定した。Xが訴訟を提起し、1審法院は列車が［機動車］に当たらないとして、Xの請求を棄却したのに対して、2審法院は「現行法律（労災保険条例）では列車が［機動車］に当たらないと明確に規定した条文がない」ことを理由に、列車事故も［機動車］事故であるとし、Xに逆転勝訴の判決を下した。なお、この案例の2審判決が下された期日は不明であるが、掲載雑誌の情報（2007年6月号）や、原告側逆転勝訴の判決を下したことから、本件判決の報道の影響を受けているのではないかと推測される[75]。

また、本件判決より少し遅れて、『人民法院案例選』にも同種の案例が掲載された[76]。当該指導性案例は最高法院による案例集に掲載されているため、上海市高級法院の案例集よりも影響力が大きいと思われる。また、十数年にわたる訴訟の経過から、同じ問題に関する法院の見解の変遷も見てとれる[77]。公表が本件判決の報道より遅れていなかったら、

---

[74] 1審判決は2006年3月30日に武漢市江漢区人民法院によって下され、2審判決は武漢市中級人民法院によって下された（判決の期日や案号は不明である）。譚立独「較真火車軋右腿不能算工傷打工妹玩不起『法律遊戯』」工友2007年6期5～7頁参照。

[75] 同様な推測が当てはまる事件として、毛愛東「火車属於機動車嗎」浙江人大2007年6期57頁参照。

[76] 最高人民法院中国応用法学研究所編『人民法院案例選2007年第4輯』（人民法院出版社、2008年）415～422頁。

[77] 訴訟の経過は以下の通りである。1996年9月19日Xが仕事帰りに列車にひかれて両足を失い、その後Yに対して労災認定の申請を行った。Yは2000年に列車が［機動車］に当たらないため、Xの傷害は労災ではないと認定した。同5月にXは訴訟を提起したが、法院は列車が［機動車］に当たらないと判示したため、1審、2審ともに敗訴で終わった。（なお、当時の準拠法はしかし、Xはそれでも不服があるとして、2004年に省高級法院に「申訴」を行った。同12月に高級法院は原審判決を破棄し、中級法院に差し戻した。2005年8月に中級法院による再審が行われ、Xが逆転勝訴した。しかしながら、2005年12月にYは改めて列車が［機動車］に当たらないとして、Xの傷害は労災ではないと

同種事件のリーディングケースになっていたかもしれない。ちなみに、この指導性案例にも解説が付いていて、しかもリーディングケースに触れている。それはリーディングケースによって確立されたルールを最高法院の案例集が再確認したことを意味しており、地方の高級法院の案例集に掲載されているリーディングケースの影響力の不足を補ったと言えよう。

〔評価〕

実務界において、労災保険条例14条６号における［機動車］の解釈にめぐって意見が分かれている。見解が分かれたのは労災保険に関する旧法と新法の規定が異なっているためである。

表4.2　労災保険に関する新旧法律対照表

	旧法・企業職員労災保険試行辦法 ８条９号	新法・労災保険条例 14条６号
傷害を受けた時間と場所	出退勤の途中 規定された時間・ルート	出退勤の途中 時間・ルートに関する規定なし
本人の責任に関する要件	本人に責任・主要責任がない	なし
［機動車］の範囲	［道路交通機動車］	［機動車］（道路交通という限定なし）

列車が［機動車］に当たるとする説は、労災保険条例14条６号が旧法の「道路交通」という限定を取り除いたため、「労働者に対する保護の範囲を拡大した。……［機動車］には、『道路交通』という制限がないため、排除されたのは［非機動車］であり、その範囲には『道路交通』という意味での機動車の他、当然ながらレール上を走る装輪式の列車やリニアモーターカーなども含まれている」と主張する[78]。

認定した。それを受けて、2006年２月にＸがもう一度提訴した。１審判決（2007年６月、南京市白下区人民法院）は列車が［機動車］に当たるとして、Ｙの認定の取り消しを容認した。その後、Ｘは法院にＹに対して、「Ｘの傷害が労災である」と認定するように命令することを求めて上訴したが、２審（2007年10月、南京市中級人民法院）はそれを棄却し、１審判決を維持した。

[78] 山東省高級人民法院行政審判庭本刊編輯部「労働工傷行政確認案件法律適

それに対して、列車が［機動車］に当たらないとする説は、「道路交通」という制限がなくなったため、非道路上の交通事故でも労災だと認定できる。しかし、「［機動車］に関しては道路交通安全法の規定に従って、正確に理解しなければならない。鉄道、飛行機、船舶などの交通手段は道路交通安全法に規定されている［機動車］に属さないため、……鉄道、飛行機、船舶などの交通手段による傷害は労災だと認定できない」としている[79]。

本件判決とその後の最高法院の案例集に掲載された同種の指導性案例はこのような見解の対立に終止符を打ったと思われる。実際のところ、列車が［機動車］に当たらないとする説はその後主張されなくなった。したがって、これらの指導性案例は案例２と同様、裁判官による法解釈が新しいルールとして定着するという案例による法形成の実例としての意味を有する。そのほか、後続の指導性案例の解説が先例に触れていることは、案例の先例としての意義が少しずつ意識されるようになったことを示していると考えられる[80]。また、とても珍しい例ではあるが、訴訟の当事者によって、本件指導性案例が引用されたという報道もある[81]。これは一部の市民の間で、先例を引用して自分の主張の正当性を証明する意識が芽生えたことを証明していると思われる。

最後に、本件判決の解釈は案例による法形成の実例として評価できるが、解釈自体は立法者の理解と乖離している可能性があることを指摘しておきたい。2009年７月24日に公表された国務院「『労災保険条例』の

用問題研究」山東審判2006年２期22頁。

[79] 江蘇省高級人民法院行政審判庭「工傷保険行政案件審理若干問題研究」法律適用2005年10期43頁。

[80] その後の事例（2008年11月25日、本溪市明山区人民法院）において、仕事帰りに列車にひかれて負傷した場合は労災に当たると認定した裁判官は、インタビューで先例に参照して判決を下したと認めている。金松「下班被撞算不算工傷取決於火車算不算機動車」http://www.lnd.com.cn/htm/2008-11/26/content_428779.htm（最終訪問日、2009年10月８日）

[81] 訴訟当事者（原告）が2007年12月の同種事件の訴訟において、本件判決を引用したと報道されている。劉佳麗・范暁林「上下班途中被火車撞了算不算工傷」http://www.btophr.com/s_mfile/10909.shtml（最終訪問日、2009年10月31日）

改正に関する決定（意見公募草案）」は14条６号を削除した。書かれた立法理由の一つは、2006年に「自動車［機動車］交通事故責任強制保険条例」が実施され、出退勤途中に［機動車］事故の傷害を受けた労働者は自動車交通事故責任強制保険から賠償が得られるようになり、民事訴訟によって損害の補てんも可能になったことである。それを見る限り、立法者は決して［機動車］を広く解釈することを想定しておらず、むしろ自動車交通事故による傷害に限定していたように思われる（なお、2010年12月20日に改正された「労災保険条例」14条６号の規定によると、出退勤の途中に発生した、本人に主な責めを帰すべからざる交通事故、都市部のレールトランジットの事故、連絡船・フェリーの事故、および鉄道事故によってもたらされた損害が労災に当たる）。こういう理解が正しければ、指導性案例の解釈は立法本意に反する解釈となり、そのルール形成の性格がますます強まるだろう。

【案例４】胎児の不法行為に基づく損害賠償請求権を認めた事例[82]

〔事実の概要〕

2002年９月19日、X（原告）の父Aがバイクを運転して、Y（被告）が違法駐車していた三輪バイクと衝突し、死亡した。福清市と福州市の交通警察が作成した道路交通事故責任認定書によると、Yは当該事故の主要責任を負わなければならない（Aは二次的な責任を負う）。当時、Aの妻Bが妊娠しており、2003年４月４日にXを出産した。その後、BはXの法定代理人として、Yに対してXの扶養費用19,700元の40％に当たる7,680元の損害賠償を求めて、訴訟を提起した。

それに対して、Yは事故発生当時、Xがまだ出生していなかったため、民事権利能力を有しておらず、生前のAの実際の被扶養者でもないため、損害賠償請求権を有しないことを抗弁として主張した。

〔判旨〕

[82] 国家法官学院＝中国人民大学法学院編『中国審判案例要覧（2004年民事審判案例巻）』（中国人民大学出版社、人民法院出版社、2004年）237頁以下掲載、福建省福清市人民法院2003年９月４日（2003）融宏民初字第041号判決。

請求認容。

〔判決理由〕

胎児が生まれることは自然の摂理であり、未成年者が父母の扶養を請求するのは法が与えた権利である。X は A の嫡出子であり、A の扶養を請求する権利を有する。しかし、X は出生後、A の扶養を受ける権利がその死亡によって実現不可能となり、被扶養権が侵害されたのである。当該権利侵害が Y の違法行為との間に因果関係があるため、法の公平、正義および社会の公序良俗を維持するために、X の請求を認める。

〔コメント〕

1．本判決の位置づけ

本件は同時に公表された、胎児の不法行為に基づく損害賠償請求権を認めた２件の指導性案例のうちの１件である[83]。１年前の同案例集に胎児が民事権利能力を有しないことを理由に、原告適格を認めなかった案例を掲載していたため[84]、本件が胎児の原告適格を肯定し、その不法行為に基づく損害賠償請求権をも認めたという意味において、先例を変更したのであって、同種事件の新しいリーディングケースになったと言えよう。

---

[83] もう１件は、『中国審判案例要覧（2004年民事審判案例巻）』233頁以下掲載、河北省高級人民法院2003年６月26日（2003）冀民一終字第49号判決。判決の期日は本件よりも早いが、請求権の有無が争点となっておらず、ただ裁判官が判決理由で「胎児は母体の一部でありながら、その体は出産前から身体上の利益を有し、法律の保護を受ける。その利益が侵害された場合、胎児は生きて生まれたときに、権利の主体として保護請求権を行使できる」と述べただけである。それは傍論に当たると思われるため、請求権の有無が争点となった本件を選んだのである。なお、本件と違って、この案例は汚染物質による胎児の身体に対する直接の侵害に基づく損害賠償請求である。

[84] 国家法官学院＝中国人民大学法学院編『中国審判案例要覧（2003年民事審判案例巻）』（中国人民大学出版社、人民法院出版社、2003年）277頁以下掲載、江蘇省無錫市濱湖区人民法院2002年６月18日（2001）濱馬民初字第129号判決。当該案例は胎児の原告適格を認めないとしつつも、その母親に対する賠償額の調整で胎児の権益を保護しようとした。

２．中国は胎児の権益保護に関して、絶対主義を採用していて、胎児に権利能力がないという原則を貫徹する立法をしている[85]。本件はそれを修正し、胎児でも損害賠償請求権を取得できるとしたのである。ただし、裁判官は判決理由の中で、その法的根拠を示しておらず、結論を正当化するために「法の公平、正義および社会の公序良俗を維持する」ことを理由として挙げただけである。もう１件の指導性案例も同様な問題が指摘できる。なお、後者の判決理由[86]を見れば、裁判官が「人身権延伸保護説」[87]の影響を受けて、胎児の損害賠償請求権を認めたと思われる。いずれにせよ、裁判官が胎児の権益を保護しようとする姿勢は評価できるが、制定法との関係から見れば、法規定を実質的に修正したとしか言いようがない。まさに裁判官による法形成［法官造法］である。

〔その後の案例の展開〕

胎児の権利能力を否定し、原告適格がないとした指導性案例から一変、胎児の不法行為に基づく損害賠償請求権を認めた指導性案例が２件同時に公表されて以降、（生きて生まれた）胎児の損害賠償請求を認めた判決が続出したのである。たとえば、2005年10月17日江蘇省靖江市人民法院（2005）靖民初字第565号判決、2009年１月14日重慶市彭水苗族土家族自治県人民法院（2008）彭法民初字第674号判決（以上、「北大法意」掲載）があるほか、天津市経済技術開発区法院も2005年に同じ趣旨の判決を下しており[88]、2005年12月８日江蘇省揚州市中級人民法院（2005）揚民一終字第0400号判決や、2006年河南省内郷県人民法院（2006）内法

[85] 民法通則９条は、「公民は出生から死亡するまで、民事権利能力を有し、法により民事権利を享有し、民事義務を担う」と規定している。なお、相続法（1985年４月10日公布、同10月１日施行）28条によると、相続の遺産分割にあたって、その相続分が留保される。

[86] 前掲注（83）参照。

[87] 胎児に先在的な身体上の利益を有し、法律の保護を受けるとし、その条件として、胎児は生きて生まれることが必要とされる。楊立新＝王海英＝孫博「人身権的延伸法律保護」法学研究1995年２期参照。

[88] 李経網＝高立紅＝許源「父親不幸車禍死亡『遺腹子』獲得賠償」人民法院報2005年８月６日４面。

民初字第270号判決など[89]の案例も公表されている。

なお、判決の時期は同じく2003年であるが、2006年に初めて指導性案例として公表されたものもある[90]。当該指導性案例は最高法院公報に掲載されているため、本件よりも権威的であるが、公表が遅いことから、一連の裁判例の流れを踏まえて、胎児の原告適格と損害賠償請求権を再確認するために掲載されたと思われる。

〔評価〕

本件のように、具体的な法解釈論を示さず、法規定を実質的に修正した例はあまり多くないと思われるが、指導性案例が一旦あるルールを確立したら、裁判官はその説得力や法規定との整合性などをあまり意識せず、それを適用する傾向がある。実際のところ、最高法院公報に掲載されている案例を除けば、残りのすべての判決の中で、具体的な法律の条文に関わる解釈論を展開した例は一件もない。立法本意に反すると思わ

[89] それぞれ、趙明「侵権人応負担遺腹子的扶養費」人民法院報2006年10月18日６面、楊慧文「胎児在交通事故後出生可獲得扶養費賠償」人民法院報2007年８月17日５面。なお、この２つの案例は人民法院報によって報道された一般の案例と違って、裁判要旨、事実概要［案情］、判決と評釈の四つの部分によって構成され、体裁から見ると、『人民法院案例選』などの最高法院の公式案例集に似ている。特に「裁判要旨」が判決理由から具体的なルールを抽出し、それを明確に示している点は特徴的であり、案例指導性を意識していると思われる。

[90] 最高人民法院公報2006年３期35頁以下掲載、四川省瀘州市江陽区人民法院2003年５月28日判決、案号不明である。なお、この指導性案例とともに［裁判摘要］（判決における解釈論の要旨）も掲載されている。それによると、民法通則19条後段は「（公民の身体を侵害し）死亡をもたらした場合、葬儀の費用や、死者が生前扶養していた人の必要生活費などの費用を支払わなければならない」と規定しており、判決は「生前扶養していた人」には「死者が扶養すべきであったが、死亡事故の発生によって、まだ死者によって扶養されていない子」も含まれると解釈した。それを見る限り、先例よりも単純明快な解釈論を展開しているが、民法通則９条との関係は説明されておらず、まだ強引な解釈だと言えよう。また、法的構成が変わっているため、胎児の原告適格と損害賠償請求権を認めたからと言って、先例のルールを再確認したと言えるかどうかについて、議論の余地がある。

れる解釈論を展開した案例３のルールを、そのまま適用してきた裁判官と同様、本件と同じ判断を示した裁判官たちも、先例の正当性を考慮せず、それを機械的に適用したような印象が見受けられる。ただし、胎児を保護しようとする先例の実質的な合理性を認めて、法との整合性など形式面の問題を無視して、自らの正義感覚から、能動的に指導性案例のルールの適用を選択した可能性もある。その可能性があることは、案例３と同様な判断を下した裁判官たちについても言えるだろう（特に列車が［機動車］に当たらないはずだとしながら、［機動車］を広く解釈した成都市金牛区法院の裁判官は自らの正義感覚からそのような判決を下したと考えられる）。

【案例５】［假一罰十］（商品が偽物であれば､代金の10倍を賠償する）を売主の申込とし、契約に従って商品代金10倍の損害賠償を認めた事例[91]

〔事実の概要〕

Ｘ（原告・買主）は2001年８月24日にＹ（被告・売主）から4,200元の価格でサムソンブランドの携帯電話を一台購入した。購入時にＹはＸに対して、「商品が偽物であれば、代金の10倍で賠償する」と言って、携帯電話が本物のサムソンブランドの商品であることを保証した｡また、Ｙの店舗の前には、［假一罰十］という看板もあった。ところが、同８月29日に上海市製品品質監督検査所が鑑定した結果、当該携帯電話は偽物（サムソンブランドの模造品）であることが判明した。それを受けて、ＸはＹに対して、4,200元の代金の返還、代金の10倍に当たる42,000元の損害賠償および鑑定料200元の支払いを求めて、訴訟を提起した。

それに対して、Ｙは①［假一罰十］の看板を立てたのは2001年８月25日であって、それ以前に買われた携帯電話には遡及しないこと、②［假一罰十］の約束は、模造品の携帯電話の販売を促進するための売り文句であるため、消費者権益保護法49条[92]を適用すべきであることを抗弁と

[91] 『中国審判案例要覧（2003年民事審判案例巻）』107頁以下掲載、上海市第一中級人民法院2002年８月20日（2002）滬一中民一（民）終字第1524号判決。

[92] 消費者権益保護法（1993年10月31日公布、1994年１月１日施行）49条による

して主張した。

１審（上海市徐匯区人民法院）は以下のように判断した。①［假一罰十］は消費者に対する申込であり、Ｘが Ｙから携帯電話を買った時点でそれが契約の一部として承諾されたため、法的拘束力を持つ。②Ｙは看板が2001年８月25日に立てられたことを立証できていない。以上の判断に基づき、法院は消費者権益保護法49条の適用を排除し、契約法８条[93]に従って、Ｘの請求をすべて認めた。

Ｙは１審に不服として、１審の時と同じ理由に基づき、上海市第一中級人民法院に上訴した。

〔判旨〕

上訴棄却

〔判決理由〕

Ｙの［假一罰十］という約束は消費者に対する申込である。法律にはそれを禁止する規定がないため、それが有効である。看板が2001年８月25日に立てられたことを立証できていないため、［假一罰十］の約束に従って賠償責任を負わなければならない。

〔コメント〕

１．本判決の位置づけ

消費者権益保護法49条を適用して商品代金２倍の賠償を認めた指導性案例は本件以前にもあったが[94]、本件のように、売主が［假一罰十］を

と、「事業者は、商品またはサービスを提供するときに詐欺行為を行った場合、消費者の要求に従って、その受けた損害の賠償を増額しなければならず、賠償を増額する金額は消費者が購入した価格、またはサービスを受けた費用と同額とする」。

[93] 契約法（1999年３月15日公布、同10月１日施行）８条によると、「法に基づき成立した契約は当事者に対して法的拘束力を有する。当事者は約束に従って自らの義務を履行しなければならず、無断で契約を変更、解除してはならない。法に基づき成立した契約は、法によって保護される」。

[94] 江蘇省南京市玄武区人民法院1997年４月４日（1997）玄民初字第270号判決。

約束した場合、消費者権益保護法49条の規定以上の賠償額を認めるべきかどうかについて、法院の判断が示されたのは、本件が初めてである（「北大法意」調べ）。したがって、本件は［假一罰十］の有効性を認めたリーディングケースに当たる。なお、本件判決は最高法院公報ではなく、『中国審判案例要覧』に掲載されている指導性案例である。権威性の面では公報掲載の案例に劣るが、最高法院による出版物として、全国的な影響力を持つ点においては、公報と同じである。

２．［假一罰十］を売主による申込と認定し、契約法８条という一般条項を適用して、その有効性を認めた構成は単純明快であるが、消費者権益保護法49条との関係で問題が残る。つまり、49条は、事業者に詐欺行為があったと認められる場合の賠償額の上限を規定している条文であるかどうかの問題がある。それに関して、法院は「法律には［假一罰十］を禁止する規定がない」と述べたことから、消費者権益保護法49条は賠償額の上限を規定し、当事者間でそれを超える賠償額を取り決めることを禁止する条文ではないと解したことが窺える。

〔その後の案例の展開〕

［假一罰十］という約束があれば、消費者権益保護法49条を適用せず、契約としてその法的拘束力を肯定し、買主の賠償請求を認める本件の構成は、その後の案例にも援用され、基本的には一つのルールとして定着した。

例えば、本件が公表されてから１年後、同じ案例集に本件と同じ構成の指導性案例がもう一件掲載された[95]。当該指導性案例も模造品の携帯電話を販売した売主が［假一罰十］を約束し、偽物だとばれて買主に訴えられてから、［假一罰十］を掲げた期日と消費者権益保護法49条の適用にめぐって争った事件である。法院の判断も本件と同じであるが、「消費者権益保護法49条は商品代金２倍の賠償と規定しているが、それは事業者が自ら民事責任を加重することを禁止しているわけではない」と本件よりもはっきりと消費者権益保護法49条の規定を解釈したのである。

[95]『中国審判案例要覧（2004年民事審判案例巻）』59頁以下掲載、北京市第一中級人民法院2003年９月20日（2003）一中民終字第10635号判決。

より明確にルールを示したと言えよう。その他、2007年３月23日北京市第二中級人民法院（2007）二中民終字第02759号判決も同じ構成を採用した[96]。

人民法院報によって報道された同種の事件のほとんどについて、より具体的にいうと、江西省上猶県人民法院や河南省鄭州市二七区人民法院、河南省民権県人民法院、湖南省長沙市開福区人民法院、上海市虹口区人民法院、北京市海淀区人民法院、広東省中山市中級人民法院などを含む全国各地の法院がこの問題について同様な解決を与えた[97]。また、インターネットでも同種の事件が数多く見られる。しかも、一部の事例は法院の判決ではなく、調停によって決着がつけられたのである。なお、判決によって解決された事件は本件と同じ構成である[98]。調停については、江蘇省無錫市崇安区人民法院や江蘇省宝応県消費者協会による調停が１例ずつある[99]。

---

[96] なお、この事件において、法院は売主の責任が比較的に軽いことを鑑み、賠償額の減額を認めた（商品代金の５倍）。

[97] 全部で計７件があって、報道の時間順に羅列した。それぞれ、陳正＝頼道文「商家違約售仮煙假一賠十担責任」人民法院報2005年４月27日４面、「商業承諾非児戯河南一医薬公司被判『假一罰十』」人民法院報2005年５月12日１面、蒋姫「専売店里売假貨『假一罰十』応承諾」人民法院報2005年７月14日４面、龍偉＝鉄筆「長沙一超市売假薬被判十倍賠償」人民法院報2005年８月11日４面、高万泉＝陳麗「広告承諾中『假一罰十』的性質」人民法院報2005年９月19日４面、韋悦「法院認定商家発票『假一罰十』承諾有効北京一消費者獲10倍賠償」人民法院報2008年１月18日４面、田浩＝張慧鵬＝李志金「承諾作出以後――商家銷售假手机被訴依約十倍賠償案始末」人民法院報2008年11月６日８面参照。なお、最後の一件は中央テレビ局の「社会と法」という番組で、2007年度の全国的な影響力を持つ15個の案例の一つに選ばれて、大々的に報道された。１審は２倍の賠償しか認められなかったが、２審は10倍の賠償を認めて、事実上本件指導性案例のルールを再確認した。

[98] 例えば、広東省深セン市宝安区人民法院による判決が10倍の損害賠償を認めている。具体的には、http://news.xinhuanet.com/legal/2007-10/19/content_6907930.htm（最終訪問日2009年12月31日）参照。

[99] 前者は５倍の損害賠償で和解したが、後者はやはり10倍の損害賠償で調停が成立した。それぞれ、http://www.chinamil.com.cn/site1/xwpdxw/2009-06/11/content_1795654.htm、http://www.yzxx315.com/html_6116.htm（最終訪問日

ところが、消費者権益保護法49条が賠償額の上限を規定しているとして、10倍の賠償を認めなかった例もある。2007年に天津市南開区人民法院が、2009年に雲南省大理州中級人民法院がそれぞれの判決において、「假一罰十」の約束が消費者権益保護法の規定に反することを理由に、その効力を否定し、商品代金２倍の賠償しか認めなかった[100]。

〔評価〕

『中国審判案例要覧』が２年連続で『假一罰十』に関する指導性案例を掲載し、消費者権益保護法49条は賠償額の上限を設定する条文ではなく、当事者の間で２倍を超える賠償額を約束することは有効だと確認した。その後の同種事件の判決も基本的には先例に追随している。しかも、2004年３月12日に工商行政管理総局が公布した「消費者権益を侵害する行為の処理に関する若干規定」という行政規則の１条２項前段は、「事業者は消費者との間に約束があり、または消費者に対して保証をした場合、約束または保証の内容が消費者の合法的な権益の保護に有利であり、かつ法律や法規の強行規定よりも厳しい場合、当該約束または保証に従って履行する」と規定した。「仮一罰十」という約束は、「消費者の合法的な権益の保護に有利であり、かつ法律の強行規定よりも厳しい」であるため、消費者権益保護法49条と矛盾せず、有効だと認めるべきであろう。つまり、指導性案例の法に対する解釈は、後の行政規則によって再確認されたのである[101]。

それにもかかわらず、少なくとも２件の反対事例があることは、指導性案例はおろか、大量に報道された同類事件や、行政規則があっても、先例によって確立されたルールがまだ裁判官の間に完全に浸透していないという現状を露わにした。特に2007年の天津市南開区人民法院による

2009年12月31日）参照。

[100] それぞれ、張暁敏＝何錦輝「三万買只假翡翠蛤蟆玉器店被判退一賠一法官提醒：假『一』不能賠『十』」人民法院報2007年７月４日４面、唐時華＝馮楊＝儲皖中「10瓶假茅台的賠償之訴」法制日報2010年１月21日12面参照。

[101] なお、当該行政規則の名宛人は地方各級工商行政管理機関であるため、裁判規範ではない。ただし、訴訟の時に、参照の対象となる。

判決が、ずっと先例と同様に処理された同種の事件を報道してきた人民法院報に掲載されたことは衝撃的である。少なくとも、この事例の編集者は先例との関係をまったく意識せず、それを掲載したと思われる。当該事例は指導性案例ではないが、下級法院の裁判官が当該事例を掲載した意義をはきちがえる可能性も否定できない[102]。このように、指導性案例と一致する事例が続出する一方、それを知らずにそれに反する判決を出す裁判官もいるし、指導性案例を公表できる立場の人間もそれに反する判決を堂々と報道している。先例を調べ、先例に従うという意識が浸透していないことはこの例からも窺える。

以上の５つの事例を見る限り、法を解釈し、または法の不足を補ってルールを形成する指導性案例があることは明らかであろう。そして、先例を調べて、それに従って判決を下す裁判官もいることは、これらの指導性案例と同じ法的構成を採用する後続事例の数々から推測できる。少なくとも、ここで検証した指導性案例（全体の極一部にすぎないが）は「事実上の拘束力」を持っていると評価できよう。そういう意味では、中国にも先例としての拘束力を持つ「判例」があると言えよう[103]。

---

[102] 案例３のように、地方の高級法院による指導性案例が人民法院報の報道によって、全国的な影響力を持つようになったことを鑑み、裁判に混乱をもたらすリスクは決して低くはないのであろう。

[103] ただし、一つのルールが指導性案例によって確立され、それを援用する裁判例の蓄積によって、法として定着していく現象をどう説明すべきかに関しては、別の次元の問題である。一方、先例を尊重する意識が向上し、一部の裁判官がそれに従って判決を書くようになり、それを繰り返した結果、このような現象が現れたという説明は成り立つ。この場合、重視されているのは、指導性案例の先例としての形式的な合理性であるが、逆に先例の機械的な適用をもたらす恐れがある。他方、裁判官が先例の内容についての価値判断を行い、その結論が妥当だと判断した場合だけそれを適用し、裁判官の間で似た正義感覚が共有されているため、先例の援用が繰り返され、同じ現象が現れたという説明も可能であろう。その場合、重視されているのは、指導性案例の実質的な合理性であるが、その適用が恣意になり、指導性案例全体に対する信頼を害する可能性も秘めている。どちらの仮説が正しいかについて結論を出すためには、もっと事例を検証しなければならないが、後で検討する［同案不同判］の例や、案

ところが、以上のような実例がある一方、他方では［同案不同判］（［同案異判］ともいう）という現象、すなわち、「同種の事例は同様に解決せよ」という要請が無視され、同種の事件であるのにもかかわらず、異なる判断が下される現象も大きな問題として取り上げられている[104]（ネットで検索すれば、関連報道は確かに多いが、実際に学界における議論はさほど活発的ではないと指摘する学者もいる[105]）。以下では、［同案不同判］の事例を挙げて、何が問題とされているのかは見てみよう。

３　案例にかかる現状のもう一つの側面――［同案不同判］

［同案不同判］の現象は大きく分けて、２種類の状況が想定される。１つは、指導性案例があるのにもかかわらず、後続事件の裁判官がそれを無視し（あるいはその存在を知らなかったがために）、先例と異なる判断を下し、または先例との関係で著しくアンバランスな判断を下した場合がある。指導性案例によって確立されたルールを無視したにせよ、量刑や損害賠償の額が先例とのバランスを考慮しなかったにせよ、その

例３、案例４といった実例を見る限り、後者の方が現状に近いと思われる。また、第３節で示すように、裁判官の間で先例を尊重する意識が形成されているとは言い難いし、そのため、裁判統制システムがあっても、それが必ずしも裁判官に指導性案例に従うよう強制しているわけではない。そういう意味では、ここで取り上げた例が複数の裁判官の価値判断が偶然一致した産物である可能性は否定できない。

[104] ［同案不同判］の現象は一般人の公平感覚や正義感覚に反するため、それが起きると、司法に対する国民の信頼が損なわれるし、腐敗があるのではないかとみんなが疑うようになる。それが［同案不同判］の問題が大きく取り上げられている理由とされている。丁愛萍「『同案不同判』威及公衆法律信仰」人民政壇2007年８期41頁、秦国輝「同案異判、誰之過」法律与生活2004年16期20頁参照。

[105] 殷増華「『同案不同判』的法理分析和現実対策」法制与社会2009年25期78頁参照。確かに、［同案不同判］の問題を中心に議論を展開する論文の数は少ない。ただし、司法の統一を図る重要な目的の一つとして、［同案不同判］を無くすことがよく取り上げられる。学者たちは決してこの問題に無関心なわけではない。また、後述（５章）するように、案例指導制度（または）判例制度を導入する重要な動機の一つは法解釈・法適用を統一し、［同案不同判］の問題を解決することである。

結果、同種の事件が同様に解決されなかったため、［同案不同判］と評価される。もう１つは、そもそも先例となる指導性案例が存在せず、法や司法解釈の規定が不明確で、あるいは法規定がないため、裁判官が提起された訴訟について、自分で考えて判断を下した場合、その結論が相互に矛盾したり、量刑や賠償額に大きなばらつきがあったり、同じ結果でもその理由が全く異なったりして、［同案不同判］と評価される場合である。以下の実例は主に前者に関するものであるが、後者についても、最後で簡単な例（ケース３）を挙げて説明する。

《ケース１》現金自動預け払い機（ATM）の故障を利用して、巨額の金銭を銀行から引き出し、窃盗罪（「金融機構の財物を窃取した」）とされた同種の事件の量刑が著しくアンバランスとされる例

【案例６】何鵬窃盗事件[106]

〔参考条文〕

刑法（2011年改正前）264条（窃盗罪）後段、同１号

次の各号に掲げる事情の一つがある場合、無期懲役または死刑に処し、財産の没収を併科する。

一　金融機構の財物を窃取し、その額が特に巨額である場合。

〔事実の概要〕

本件被告人何鵬は2001年３月２日に10元の残高しかないキャッシュカードを使って、建設銀行の ATM で残高なしと確認したのにもかかわらず、100元を下ろすボタンを押した。ちょうど銀行のパソコンが故障し、ATM が暴走していたため、100元が出された。それをチャンスと見た被告人は現金を下ろし続け、計4,400元を下ろした。次の３月３日、被告人はそれを繰り返し、７箇所の ATM で計425,300元を下ろし、二日間で合計429,700元を下ろした。その後、隠ぺい工作として、キャッシュカードを遺失したと仮称し、銀行に届け出た。また、他人名義で54,300元を銀行に預け入れ、残りの金の一部を使い、カードも捨てた。なお、

[106] 国家法官学院＝中国人民大学法学院編『中国審判案例要覧（2003年刑事審判案例巻）』（中国人民大学出版社、人民法院出版社、2004年）250頁以下掲載、2002年８月19日雲南省高級人民法院（2002）雲高刑終字第1397号判決。

逮捕された後、被告人は下ろした現金を全額返還した。

〔１審〕雲南省曲靖市中級人民法院

弁護人はATMが故障したから現金を下ろせたと認めつつも、被告人の行為は銀行の許可を得て実現したもので、授権された行為と見るべきであって、窃盗罪の「密かに窃取する」という要件を満たさなし、銀行側にも過失があるため、不当利得で処理すべきだと主張した。

それに対して、判決は被告人が不法占有の目的でATMから銀行の現金429,000元を下ろしたこと、キャッシュカードを捨てて、遺失したと銀行に届け出たのは自分の行為でないことを装って、秘密にするためであることを理由に、被告人が「不法占有の目的で密かに金融機構の財物を窃取した」と認定した。しかも、その額が特に巨額であることから[107]、刑法264条１号に当たるとして、被告人を無期懲役に処し、個人の全財産の没収を併科した（刑法57条１項）。これに対して、被告人は１審と同じ理由で上訴した。

〔２審〕雲南省高級人民法院

上訴棄却。

判決理由は１審と全く同じである。

【案例７】許霆窃盗事件

〔事実の概要〕

本件被告人許霆は2006年４月21日に、残高170元余りのキャッシュカードを持って、A（別件処理）とともに広州市商業銀行のATMで100元を下ろそうとしたところ、誤って1000元と入力した。ちょうど銀行のパソコンがアップデート中に故障し、ATMが1,000元を出した。しかも、残高に反映されると、１元しか下ろされていないということになった。それをチャンスと見た被告人はATMから175,000元を下ろし、すぐ逃げて隠れた。その後、１年余りの逃亡生活を経て（その間、下ろした現

[107]「窃盗事件の審理における具体的な法適用の若干問題に関する解釈」によれば、各地方の高級法院が「特に巨額」の認定基準として、30,000元から100,000元の間で最低限を設定することができるが、本件は100,000元を超えているため、特に巨額に当たる。

金を使い果たした)、2007年７月11日に逮捕された。

〔１審〕広東省広州市中級人民法院[108]

弁護人は被告人の行為は横領罪であり（刑法270条)、窃盗罪に当たらないと主張したが、１審判決は被告人が不法占有の目的で、密かに金融機構の財物を窃取したとして、被告人を無期懲役に処し、個人の全財産の没収を併科した（弁護人の主張に対して、認定した事実を述べただけである)。

それに対して、被告人は自分の行為が窃盗罪に当たらないこと、銀行側にも過失があること、A と比べて量刑が重すぎることを理由に上訴した。

〔２審〕広東省高級人民法院[109]

破棄差戻し

原審の事実は明らかではなく、証拠も不十分である。

〔差戻し審１審〕広東省広州市中級人民法院[110]

弁護人は①事実は明らかではなく、証拠も不十分であること、②被告人は ATM の機能を破壊したわけではなく、その授権を経て現金を下ろしたため、銀行に対して秘密ではないこと、③被告人の占有の意図は ATM の故障によって誘発されたもので、偶然性が強く、模倣される心配もなく、社会危害性が軽微であること、④被告人の行為は不当利得で処理すべきであることなどを理由に無罪弁護を行った。

それに対して、法院は事実認定に問題がなく、証拠も十分であるとした上で、被告人が下ろした現金を持って逃亡したのは、銀行にばれていないと思って、隠し通せると思ったからであるとし、被告人は主観的に不法占有の目的を持っており､客観的に密かに金融機構の財物を窃取し、かつその額が特に巨額であると認定した。そして、本来なら、無期懲役または死刑に処し、財産の没収を併科すべきであるとしつつも、被告人の行為は計画的なものではなく、また破壊的な手段で金融機構の財物を窃取する犯罪行為とも異なるため、その主観的悪意はあまり大きくないと

[108] 2007年（2007）穂中法刑二初字第196号判決。

[109] 2008年１月９日（2008）粤高法刑一終字第５号裁定。

[110] 2008年３月31日（2008）穂中法刑二重字第２号判決。

認定した。以上の判断に基づき、法院は被告人を法定刑以下の刑罰に処することができるとし、有期懲役５年、罰金20,000元の判決を下した[111]。

これに対して、被告人はなお不服があるとして、上訴した。

〔２審〕広東省高級人民法院[112]

上訴棄却。

解釈論を展開し、具体的に窃盗罪に当たる理由を説明しながら、差戻し審１審の理由をそのまま援用して、法定刑以下の刑罰に処することを正当化した。

その後、最高法院の承認を経て[113]、２審裁定が発効した。

〔コメント〕

案例６との関係で案例７の量刑がアンバランスであることは明らかである。被害金額からすると、案例７は案例６の約５分の２しかないが、刑法上の評価として､同じく特に巨額に当たる。しかも､案例６の場合、被告人は下ろした現金を全額返還したのに対して、案例７の場合は被告人がそれを全部使い切ったのである。それ以外の事実関係で極めて高い類似性を持つ２つの事件で、量刑でこれほどの差が出るとなると、もはや［同案不同判］と評価するしかない。

そして、案例６が指導性案例であり、案例７にとってはまさに先例である。しかも、両事件の弁護人の主張も似ており、それを退けた判決の構成もまた一致している。案例６が拘束力を持っていれば、本来の結果として、案例７の被告も無期懲役に処されて、２審判決でそれが確定されたはずであろう。実際、１審までの流れを見るかぎり、この２つの案例も指導性案例の事実上の拘束力と法形成作用を証明する例になれたかもしれない。そうならなかった理由は、案例６と違って、案例７は報道され、インターネットによって影響力を広げ、学者、実務家、人大の代

[111] 刑法63条２項は、「犯罪分子に本法の定める刑を減軽する情状がなくても、事件の特別の状況に基づき、最高人民法院の許可を経て、法定刑の下限以下の刑を科すことができる」と規定している。本件はこの条文を適用したのである。

[112] 2008年５月23日（2008）粤高法刑一終字第170号裁定。

[113] 刑法63条２項参照、2008年８月20日最高法院（2008）刑核字第18号裁定。

表まで巻き込んで、強い影響力をもつ世論を形成したところにある[114]。

１審に対する世論の反応は、「量刑が重すぎた」との一言である[115]。世論による大きなプレッシャーにさらされて、法院側が２つの選択肢があった。適法と評価されて指導性案例となった先例に従って１審判決を維持するか、一般大衆の感覚に沿って量刑を調整するために１審に差戻すかである。結局後者が選択されたのは、裁判に期待されている役割は法に従って判決をすることにとどまらず、「社会効果」の実現も望まれているからである[116]。つまり、「裁判において裁判官は社会的承認を取り付けなければなら（ない）」とされているため[117]、一般大衆の感覚に応じて、事件は１審に差戻されたのである。しかし、事実認定と法の適用において特に問題がなく（だからこそ案例６は指導性案例として承認された）、被告人に法に定められた刑を減軽する情状もないため、仕方なく、例外規定である刑法63条２項を適用し、最高法院の承認を取って、刑を５年に減軽したのである[118]。

以上のことを踏まえて、この例について２点を指摘しておきたい。一つ、指導性案例は裁判統制システムによってその拘束力が保障されているにせよ、裁判官の自由の選択によって従われているにせよ、裁判が「安

---

[114] 世論が如何に形成され、展開されたかについて、余亜蓮＝黄（王京）「許霆案的『群衆感覚』」浙江人大2008年５期61頁以下参照。

[115] 余亜蓮＝黄（王京）・前掲注（114）62頁。

[116] １審広州市中級人民法院刑事庭の庭長である甘正培は、「広東省高級法院によって差戻されてから、偵察機関と公訴機関が関連する証拠を補充し、さらに深めて許霆の行為の社会危害性や犯罪構成などの問題について論証した。真面目に公訴側と弁護側の意見を聞いた上で、（我々）は十分に法律効果と社会効果の統一を考慮した」と述べたように、裁判では、法（先例）だけでなく、社会効果を考慮しなければならないことは明らかである。談佳隆「許霆案由無期改判５年、『類許霆案』怎么辦」中国経済週刊2008年13期43頁参照。

[117] 坂口一成『現代中国刑事裁判論裁判をめぐる政治と法』（北海道大学出版会、2009年）344頁。

[118] １審と差戻し１審の量刑における大きな差は違う社会環境に置かれた必然的な結果と評釈する論者もいる。案例６の１審と２審が同じ結果となったのは、裁判が置かれていた社会環境に変化がなかったためである。汪明亮「許霆悪意取款案的一個理論解読：定罪量刑模式視角」中国刑事法雑誌2008年７期８頁以下参照。

定を第一として『改革・発展・安定』の実現に奉仕する作用であると考えられている」以上[119]、「改革・発展・安定」の実現のために先例拘束性を犠牲にしなければならない場合がある。一つ、指導性案例は当事者を説得するための材料として、また一般大衆に抽象的な法を具体的に示す規範として期待されているが[120]、先例の積み重ねがあるからと言って、それが説得力を持つのではなく、当事者を含む一般大衆を納得させるためには、なおその内容の実質的合理性を求めなければならないと思われる。本件に即して言えば、下級法院は最高法院による指導性案例で自分の判断を正当化することがでなかった。逆に先例が大衆の感覚から離れているため、不当と評された。なお、案例６が当初から正しいルールを確立していたら、案例７はそれを直接引用して、正しい結論を導き出せたはずだとして、案例指導制度を確立すべきだと主張する議論もある[121]。まさに、先例拘束性の形式的合理性を無視して、指導性案例の価値を実質的合理性の一点に求めていると言えよう。

《ケース２》指導性案例を迂回するための裁判所の行動が事実上の［同案不同判］をもたらす例

【案例８】民政部門が交通事故で死亡したホームレスに代わって、事故責任者・保険会社に求償する原告適格を有しないとする事例[122]

〔事実の概要〕

2005年４月２日ホームレスＡがY1とY2の責めに帰す交通事故に巻き込まれて死亡した。Y1とY2はそれぞれ保険会社Y3と契約し、自分が運転する自動車に責任保険をかけていた。原告Ｘは Ａが死亡した地域を担当する民政局であり、自分がホームレスの救助を担当する政府部門であり、ホームレスの権利主張を支援する役割を担っているため、交

[119] 坂口一成・前掲注（27）348頁。

[120] 胡雲騰＝於同志「案例指導制度若干重大疑難争議問題研究」沈徳咏『中国特色案例指導制度研究』（人民法院出版社、2009年）８頁参照。

[121]「借許霆案推動司法改革」中国新聞週刊2008年12期２頁参照。

[122] 最高法院公報2007年６期32頁以下掲載、2007年３月27日南京市中級人民法院判決。

通事故の被害者Aに代わって、その生命権が侵害されたことを理由に、Y1とY2に損害賠償、Y3に責任保険の範囲内で求償する権限を有すると主張し、訴訟を提起した。それに対して、Y1、Y2とY3はともにXが原告適格を有しないことを抗弁として主張した。

1審（江蘇省高淳県人民法院）はXとAの間に行政的な法律関係があるものの、民事的な法律関係がないことを理由に、Xが原告適格を有しないと認定し、その訴えを却下した。Xはそれに不服とし、南京市中級人民法院に上訴した。その理由として、①ホームレスに代わって訴訟を提起し、司法的な救済を与えることも民政部門の職務に含まれていること、②XはAの葬儀などの事後処理を行ったため、両者の間に民事的な法律関係があること、③Xの訴訟請求は司法解釈[123]の趣旨に合致するし、原告適格を認めないと、権利侵害行為を行った者が民事責任を逃れる結果をもたらし、法律の基本原則に反することが挙げられた。

〔判旨〕

上訴棄却。

〔判決理由〕

1．民事訴訟法108条1号によると、原告は本件と直接的な利害関係を有する公民、法人またはその他の組織でなければならない。ここで言う「直接的な利害関係」は民事的な法律関係を指す。具体的に言うと、「人身損害賠償事件における法律適用の若干問題に関する解釈」に従って、XとAの関係が民事的な法律関係であるかどうかを判断しなければならない。同司法解釈の規定によると、「賠償権利者」は「権利侵害行為またはその他の侵害原因によって人身損害を受けた被害者、法により被害者が扶養する被扶養者および死亡した被害者の近親族を指す」（1条2号）。XはAの被扶養者・近親族ではないため、原告適格を有しない。

2．国務院「都市部生活のあてのない流浪物乞い人員救助管理辦法」（2003年6月20日公布、同8月1日施行）に規定された民政部門の業務

[123] 最高法院「人身損害賠償事件における法律適用の若干問題に関する解釈」（法釈［2003］20号、2003年12月26日公布、2004年5月1日施行）を指す。

範囲に、ホームレスに代わって訴訟を提起することが含まれていない。

〔その後の案例の展開〕

当該事件は「政府がホームレスに代わって損害賠償を求める『第一の事件』」と言われていたが[124]、それ以前にも同種事件の訴訟があった。湖北省臨湘市法院、浙江省桐廬県法院はともに2006年に民政部門勝訴の判決を出していたし、湖北省宜昌市伍家岡区法院は2006年、調停で民政部門と交通事故の責任者を和解させた。いずれの事件も民政部門が損害賠償を獲得したのである[125]。しかし、最初に人民法院報によって報道されたのは本件であり、後に最高法院公報に掲載され、指導性案例となったことから、民政局が同種の事件において、原告適格を有しないことは一つのルールとして最高法院によって確認されたと言えよう。

ところが、その後の展開は必ずしも最高法院の意思と一致するものではなかった。たとえば、安徽省蕪湖市法院は調停で同種事件を処理し、民政部門は11万元の賠償を獲得した（具体的な月日は不明であるが、2007年８月以降、つまり本件指導性案例が公布されて以降である）[126]。2008年、福建省建陽市法院は民政部門勝訴の判決を出して、民政部門は22万元の損害賠償を獲得した[127]。2009年、江蘇省銅山県法院はまたもや調停で事件を処理し、民政部門は14.5万元を獲得したほか[128]、安徽省寧国市法院も調停で事件を処理し、民政部門は５万元を獲得した[129]。

〔コメント〕

---

[124] 趙興武＝杜慧「流浪漢車禍身亡民政局出面索賠」人民法院報2007年３月27日４面。

[125] これらの案例について、「民政部門替流浪漢打官司之争」人民法院報2007年５月27日５面参照。

[126] 楊懐栄「譲公益訴訟維公民権益」人民法院報2008年４月18日７面参照。

[127]「流浪人員身亡民政提民事訴訟」人民法院報2008年10月12日３面参照。

[128] 安健「無名氏車禍身亡民政局代訴獲賠」人民法院報2009年２月２日３面参照。

[129] 畢勇＝許道鋒「客車撞死流浪漢民政部門討賠款」人民法院報2009年８月21日３面参照。

指導性案例が公布された後のこれらの事件は１件の判決を除けば、訴訟で民政部門の原告適格を肯定し、損害賠償請求を認めたものがない。そういう意味では、先例に反する例は１件しかない。しかしながら、結果として、すべての事件において、民政部門が事実上の損害賠償を獲得している。これらの事件は案例７と違って、法院が世論によるプレッシャーに晒されておらず、社会的承認を取り付けるために先例と異なる解決を示す必要がない。しかも、公報に掲載されている本件は法的構成の面で単純明快であり、最高法院によってその妥当性が担保されていると思われる。それにもかかわらず、［同案不同判］と評される現象が起きたのである[130]。

法院が民政部門に加担するのは幾つかの理由が考えられる。一つ、素朴な正義感覚から出発すると、被害者がたまたまホームレスであって、扶養する家族もいなければ、近親族もいないだけで、加害者が本来負うべき賠償責任を逃れるのは不公平である。この感覚は本件原告Ｘの上訴理由③にも込められていると思われる。実際、湖北省臨湘市法院が民政部門勝訴の判決を下した理由の一つは、「公平と正義を求める社会の価値観に符合する」ということである[131]。もう一つ、政府との関係で中立的ではない法院は、事件の両当事者との距離感から、より身近な政府の一部門に加担することを選択した可能性もあるだろう[132]。

いずれにせよ、事件の処理において、指導性案例と正面衝突せず、調停を使って事実上指導性案例に反する解決を与えるのは、［同種の事例は同様に解決せよ］という要請に反する点で批判されるが、逆にこれらの裁判官は最高法院公報に掲載された指導性案例を重視していることが

[130] 丁愛萍・前掲注（104）41頁参照。

[131] 前掲注（125）参照。

[132] 学者が紹介した例によると、山東省濰坊市奎文区の民政局と実際にホームレスを救助する救助ステーションとの間で、どちらが勝訴判決で獲得した損害賠償金を保管すべきかについて争いが生じているという。公益のために損害賠償金を使うつもりなら、どちらかが保管してもいいはずなのに、争っているということは、自分の利益と関連しているためだと思われる。法院の判断が政府の利益追求に影響される可能性も十分考えられるだろう。羅小芳「質疑民政局的善意」西安文理学院学報2008年２期81頁参照。

示された点で評価できるかもしれない。同時に、これらの事例は調停に応じた片方の当事者が指導性案例を知らなかったことをも示唆している（指導制案例を知っていたら、そもそも和解に応じないと思われる）。この点からも、一般大衆に指導性案例が法を具体化した規範として認識させるには、まだ時間がかかることが窺えよう。

なお、仮に法院は上記一つ目の理由で民政部門に加担したとすると、これらの例もまた、裁判官が先例に従うかどうかの選択に際して、その実質的な合理性を重視していることを示している。そうだとすると、裁判官は裁判統制システムのプレッシャーを受けて先例に従っているというより、合理的だと判断した場合に限って、自由の選択で先例に従っているにすぎないかもしれない。

《ケース３》「虐待された妻が夫を殺害する」同種の事件における量刑の不均衡

これは［同案不同判］の代表的な例の一つとして、よく挙げられているものである。以下は複数の同種の事例を表にまとめて、直観的に［同案不同判］の問題点を示す。

表4.3　虐待された妻が夫を殺害する事例[133]

判決の時間	事件発生の場所	量刑
1998年	遼寧省	即時執行死刑
2001年	河北省	無期懲役
2001年	海南省	執行延期２年付死刑[134]
2001年	内モンゴル自治区	執行延期２年付死刑[135]

[133] 製表に当たって、以下の文献を参照した。なお、一部の事例の出所が示されておらず、筆者の調べでは確認できなかったものもある。徐景和·前掲注(15)42頁「近年来婦女以暴抗暴典型案件判決状況一覧表」、徐昕「邁向司法統一的案例指導制」『「転型中国法律与社会」国際学術検討会論文集（2009年）295頁「『受虐婦女殺夫』典型案件判決情況」参照。

[134] 2001年10月15日海南省海南中級人民法院（2001）海南刑初字第140号判決。

[135] 劉巍「因為絶望、所以殺人」http://w5.cns.com.cn/shidian/2003-06-01/4.htm（最終訪問日2010年１月31日）参照。なお、１審は即時執行死刑でした。

2003年	遼寧省	有期懲役３年
2003年	河北省	有期懲役12年
2004年	北京市	有期懲役11年[136]
2004年	北京市	有期懲役13年
2004年	江蘇省（南京市）	有期懲役５年
2005年	内モンゴル自治区	有期懲役３年、執行猶予５年[137]
2005年	北京市	有期懲役３年、執行猶予３年
2006年	上海市	有期懲役14年[138]
2006年	海南省	無期懲役[139]
2007年	浙江省	執行延期２年付死刑[140]

以上の14件の事例は10年間という比較的に短い間に起きて、判決が下されたもので、罪名はすべて故意殺人である（刑法232条）。しかしながら、量刑の面を見る限り、最低刑は有期懲役３年、執行猶予５年であり、最高刑は即時執行死刑であって、一目瞭然のアンバランスである。量刑の判断に際して、いろいろな要素を考慮する必要があるのは言うまでもないが、これらの事件の基本的な事実はみんな「虐待を受けた妻が暴力で反抗し、夫を殺した」というのであって、いろいろな要素を加味して考慮しても、ここまでの差が出るのかというと、疑問を感じざるを得ない。「量刑の差異は被告人の自首またはその他の反省の情状、一般大衆の同情の世論、年寄りや子供を扶養する必要などの要素と関連するかもしれない。それでも、事件の情況が同じまたは類似の事案として、極刑から執行猶予までの巨大の（量刑）の差は、『同案不同判』の大きな問題を反映している」と評されるのも無理ないであろう[141]。

---

[136] 北京に関する３つの事例は全部確認できる。「家暴命案首次判処最軽刑弱婦被判刑３年緩刑３年」http://news.xinhuanet.com/legal/2005-02/03/content_2542172.htm（最終訪問日2010年１月31日）参照。

[137] 陳虹偉「同是受虐殺夫上海重判14年包頭軽判緩刑、専家建議統一量刑標準」法制日報2006年３月29日５面参照。

[138] 陳虹偉・前掲注（137）参照。

[139] 2006年９月14日海南省海南中級人民法院（2006）海南刑初字第105号判決。

[140] 2007年10月22日浙江省麗水市中級人民法院（2007）麗中刑初字第34号判決。

[141] 徐昕・前掲注（133）294 ～ 295頁。

なお、この種の事件に関する司法解釈（司法解釈性文書）もなければ、指導性案例もない。比較・参考の基準となるものがないため、これほどの量刑の不均衡が現れたのかもしれない。ただし、各地域に限定して比較すれば、北京市や遼寧省、内モンゴル自治区のように量刑の前後の差が大きい地域もあれば、遼寧省や海南省のように相対的に安定している（刑が重い）ところもある。後者の場合、何かの裁判統制作用が影響している可能性も考えられる。いずれにせよ、上から具体的なルールや基準が示されなければ、訴訟における裁判官の自由裁量は混沌とした［同案不同判］の現象をもたらす力を持っている。裁量権に対する制限という意味で、指導性案例の役割が大いに議論されるようになったのも、そのためである（この点について、次章で検討する）。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス――司法解釈と指導性案例を中心に――」（2010年６月30日学位授与）を加除・修正したものである。本稿に先行して公表した拙稿「現代中国における司法解釈と案例」（社会体制と法11号33 ～ 48頁）は、博士論文の作成中に得られた知見も取り入れているため、本稿と一部重複する内容を有する。なお、加除・修正にあたって、若手研究（B）（研究課題番号：24730001）の援助を受けている。