

中国における行政判例指導制度の発展と改革

趙 静 波*

鄭 路 訳**

一、序言：発展中の中国判例指導制度¹⁾

(一) 中国判例指導制度の起源

中国は発展途上国として、経済の急速な発展を遂げていた一方、現代的な法律伝統に欠けていながら、いわゆる法治国家を建設しようとし、法律制度及び司法制度を再構築する作業を展開している。判例指導制度が中国司法改革の重要な試みの一つである。1949年から1978年にかけて、法律により司法解释权を付与されていないにもかかわらず、最高人民法院は、批復・複函・答復などの司法解釈文書の形によって、下級法院の質問を応対してきたのである。そして、こういう文書が最高人民法院の司法解釈文書であると思われる。この時期は、最高人民法院が受動的に文書を公布した時代であり、そして、司法解釈文書の文字にもいわゆる階級闘争と教育指導のニュアンスが強く感じられる。1979年に人民法院組織法が公布され、最高人民法院に対し明確に司法解释权が付与されていたので、司法解釈の数量が急増していたのである。最高人民法院は司法解釈、司法批復などを作成したり、典型的な判例を公表したりする形式を通して、地方各級法院の裁判活動を指導する。1985年「最高人民法院公報」(以下は「公報」と呼ぶ)が創刊され、法的文書、判例、司法解釈などを公布し、司法裁判を指導する機能が強調されたのである²⁾。したがって、これから最高人民法院による判例指導活動は新しい段階に入ったと思われる。1988年から、司法解釈は最高人民法院の裁判委員会により審議され、可決されてから、「公報」にて公表されなければならないこととなった。また、この時期から、政治や道徳のニュアンスが司法解釈から消えて、司法解釈が立法化される特徴が現れたと思われる。2000年から、法律の適用に関して疑問の余地がある典型的な判例が、最高人民法院の裁判委員会により審議・公表され、下級法院の裁判活動の参考に供することとなった³⁾。その後、最高人民法院により判例指導制度がさらに完備されて、

編集部注* 長春理工大学法学院副教授、法学博士

** 長春理工大学法学院非常勤講師 本稿は、2010年12月2日に開催された法学研究所第89回特別研究会の報告原稿を翻訳したものである。

- 1) 中国の法学用語において、「判例」はコモン・ローにおける先例としての効力を有するものとして用いられているが、日本語での判例は「案例」という語で表示されている。ただし、本稿の中では、日本の読者に配慮して、とくに断らない限り、日本語の習慣に従い「判例」を用いる。予めご了承してもらいたい。
- 2) 『最高人民法院公報全集』(1985-1994年)、284頁。
- 3) 最高人民法院『人民法院五年改革綱要』(1999-2003年)。

法律の適用基準を整えたり、下級法院の裁判活動を指導したり、法学理論を充実させたりすることに対し、指導判例は重要な役割があると強調され⁴⁾、初歩的な中国の判例指導制度が樹立されたのである。2009年、最高人民法院により司法改革を実行され、行政裁判に対する改革を深めることが提唱された。高級人民法院は最高人民法院の指導の下で、地方の実情を衡量した上で、適宜な改革の項目を試行することができる。そして、改革の実効が証明されてから、さらに全国範囲に普及させる⁵⁾。そして、同年2月に、中央政法委員会は「關於深入學習實踐科學發展觀解決政法工作突出問題的意見」を公布し、中国の実情に相応する判例指導制度を構築する作業のペースを上げようという要請を提出したのである。幅広い国土を有する中国において、各地方の経済社会発展が不均衡で、訴訟の実態も複雑であり、案件事実が同じ種類のものであるにもかかわらず、地方裁判所および裁判官の認識や法律適用などにおける差異により、矛盾する判決が言い渡されたことも見られる。そこで、司法裁判の経験を整理し、各級人民法院の裁判活動を指導し、司法裁判の基準を統合し、裁判官の自由裁量権を規制するために、典型的判例による指導的な役割が期待されるので、中国の特色を有する司法制度として最高人民法院は判例指導制度を構築していたのである。2010年8月末まで、最高人民法院はすでに721件の判例を公表して、その内容は刑事・民事・経済・行政・海商法などの各領域に及んでいた。これらの判例の中には、基本的に、社会に重大な影響を及ぼしたものと、案件事実が複雑であるものと、法律に明確な規定がないものもしくは規定が不明確なものであるもので、種々の新しい判例は、実定法レベルでの法律の欠陥を補い、法律の適用を明確にし、および実定法自身の発展を促進することにとって重要な役割を果たすことが期待されているのである。

いわゆる中国特色を有する判例指導制度については、その誕生と確立との背景から見れば、司法実践の要請に応えるために作られたものであると同時に、中国の憲政体制の下で、司法改革により生まれたものであると考えられる。まず、従来、中国の法律の淵源は実定法の条文だけであり、判例については先例としての地位および効力は一切認められない背景があるので、判例指導制度について参照性だけを有するものとして位置づけられた形で、問題の回避を意図するものである。次は、中国では立法解釈が主導的な制度となっているので、司法解釈が立法的な性質を有する背景の下で、判例指導制度は中国特色を有する司法制度の必然的な帰結である。そして、裁判官の立法活動が認められない憲政体制および観念の下で、裁判官の能動的な機能を発揮させるための工夫である。さらに、下級の法院の報告に対する批復という従来の司法解釈の形式を発展させていた帰結である。最後に、中国の司法機関が行政的な色合いもしくは傾向を持っていることも、重要な原因である。

(二) 中国行政判例指導制度の発展

中国の行政判例指導制度は全体の判例指導制度の重要な一部分であり、判例指導制度の発展の

4) 最高人民法院『人民法院第二個五年改革綱要』（2004-2008年）

5) 最高人民法院『人民法院第三個五年改革綱要』（2009-2013年）

過程の中で、行政法の領域には統一的な法典がなく行政法規がよく修正されるゆえに、常に変化する新たな法律関係に適応するために、行政判例指導制度は典型的なモデル判例を通じて法律法規を解釈・説明する役割を果たして、法律制度の発展を促進したのである。1985年から2010年まで、最高人民法院は76件のモデル行政判例を公布し、地方裁判所の行政裁判を指導する重要な機能を果たしていたのである。そして、「人民法院第二個五年改革綱要」は、判例指導制度を構築して完備させる上に、法規の適用を統一すること、下級裁判所の審判仕事を指導すること、法学理論を充実し発展することなどの側面において、モデル判例が重要な機能を発揮することを期待していると、明確に提出していたのである。モデル判例制度の創設から、モデル判例についての改革までの最高人民法院のさまざまな活動は、司法裁判活動においてモデル判例が機能を発揮することを期待しているといってもよからう。そして、昨今の判例指導制度の改革活動から見れば、「公報」におけるモデル行政判例はまだ正式に先例の効力を有する「行政判例」として名づけていないが、実際に最高人民法院の司法解釈と同じレベルの効力を付与されていたと考えられる。これらの「案例」は先例としての効力を有する行政判例の原型として、中国の行政訴訟、中国の行政法治及び行政法研究の発展に対し重要な影響を与えつつある。

二、中国行政判例指導制度の現状及び問題点

(一) モデル行政判例の一元的制定主体

最高人民法院は中国のモデル行政判例の唯一の制定主体として認められる。既存の指導性事例は、最高人民法院が全国の下級法院による最終審判決から選び出した典型的なものであり、しかも最高人民法院審判委員会の審議と訂正を受けたので、権威的な指導性を持っているのである。各地方裁判所は指導性判例を創設する権限を持っておらず、判例を提供したり、報告及び建議したりする職権または責任を有するのみである。したがって、既存の判例指導制度において判例の収集ルートが広いが、制定主体が一元的に限定されていたのである。

(二) モデル行政判例の「参考」性位置づけ

中国の判例指導制度により確立されたモデル判例に対して、「指導性」・「参考性」の位置づけは、その法律上における拘束力を有するものでないことを表明し、判決文に引用することができないという立場を表明したものであると思われる。中国の法伝統においては、裁判官は実定法の枠組みの中で法律を正確に理解し適用するしかできず、法律規範を創設することができないと思われ、指導性判例の効力は指導と参考の程度までにとどまるのである。しかし、実際に判例指導の「参考性位置づけ」についての認識がまとまらず、立法レベルにおいて判例指導の地位が不明確のままであり、一部分の裁判所及び裁判官は中国が成文法の国であり判例法を排斥すべきであることを理由に、中国における判例指導制度を構築することを完全に否定すべきであると主張する。さらに、一部分の裁判所及び裁判官は判例指導制度についての認識が不十分であり、モデル判例を回覧したり勉強したりすることに対し消極的であり、裁判に臨んでいるときに成文法及び

司法解釈に頼りすぎて、最高人民法院のモデル判例を調べるのが少なく、モデル判例の指導機能及び参考機能を十分に発揮させることができなくて、数多くの重要な指導機能を持つ典型的なモデル判例が高閣に束ぬという状態になってしまうことがある。

(三) モデル判例の一般的適用性と地方の差異

すでに最高人民法院により公布されていた行政判例は、被告の主体資格、具体的行政行為の認定、行政法の基本原則などの各方面の内容に及んで、全国範囲において一般的な適用性を有して、行政法律の適用基準を有効に統一させることができると思われる。しかし、中国の立法現状、各地の経済発展の不均衡及び全国80%の事件が下級審により解決される現実からして、新たに現れた複雑に典型的な事件は下級裁判所のレベルで訴訟が終結することが多いので、かえってモデル判例が参考・指導の価値を失ってしまうこともありうる。そして、すでに公表されたすべてのモデル判例の中で、行政法に関わるものはわずか10% ぐらいを占め、各級裁判所の行政裁判に対し有効な参考・指導の機能を十分に発揮できると思われない。

(四) モデル行政判例の質及び法律適用

既存の行政判例は、数が少ない上に、モデル判例として認定すべき重要な判例が入選されていないこと、すでに公表された一部の判例の指導機能が弱くモデル判例として不適切であること、一部のモデル判例の論理性が弱く、法文を適用する理由を明確に表明していないことなど、さまざまな原因により参考価値が影響されてしまうことがある。したがって、判例自身の参考価値が弱いや、同じ判例事実に対して異なる結論が出されたこともある。

(五) 判例編集の規範化

1991年から、最高人民法院は「中国審判案例要覧」、「人民法院案例選」を編集し、出版しはじめた。これらの案例は、各級人民法院の各種類の案例から選び出されたものであり、事実認定・証拠・法律の適用・司法解釈などの問題について、研究する価値があり、司法裁判に指導的な意義がある典型的に複雑な判例であり、裁判理由について重きを置きながら、権威的な解釈を与えるのである。

(六) 行政指導判例と「批複」の差異

批複というのは、下級人民法院が具体的な事件について、法律上の明確な規定が存在しない、もしくは法律規定が曖昧すぎて、具体的な適用が問題となる場合に、最高司法機関が下級人民法院の伺いに対し国の法律政策及び立法精神に基づき出された具体的な意見のことである。そして、批複に司法解釈としての効力を認められて、当該事件においてのみならず、これからの類似する事件においても、批複を直接に引用して判決を下すことができ、再び最高人民法院に何う必要がないということとなっている。効力から見れば、批複は判例法の各国の先例と同じような効力を持つのである。行政指導判例と批複の両者はともに具体的な事件に関するものであり、そし

て、実定法の条文の曖昧さや不明確のところを補完するために用いられるものであるが、形式上には、批復は簡潔であるが、モデル判例はより具体的な分析と論理を有するのにも、モデル行政判例には批復のような明確な法律効力を有しない。こういった現状は判例指導制度の発展にとってきわめて不利であるといわざるを得ない。

要するに、中国の行政判例指導制度は特別な方法により權威性を樹立させたものである。公表された判例の權威が無視できないし、参照されるべきであると思われる。しかし、当該制度については「指導」の機能にとどまると位置づけられたので、モデル行政判例は法律でもなく、司法解釈でもないの、法的拘束力を伴わず、裁判官の研修と日常勉強とのスケジュールに正式に入っていない。裁判官は法律や司法解釈のようにこれらの指導判例に詳しいと考えられない。「指導」作用の任意性から、「指導」を受ける者の主観に任されることとなってしまう。

三、行政判例指導制度に対する中国実務界の対応と改革

(一) 実務界の態度

まず、行政判例指導制度の価値と機能について司法実務界の認識が一致している。モデル判例は、「同案同判」を実現させる、すなわち法律の適用基準を統一することや、行政裁判の効率の向上、裁判官の自由裁量を規制することなどの各方面において、立法と司法解釈に比べて引きかえられない機能を持っていると思われる。民事裁判と刑事裁判に比べて、行政裁判において判例指導制度がより機能できると、多くの裁判官により認識される。その理由は次のようなものが考えられる。

まず、行政法規が一つの統一的な法典を形成することは難しいので、行政法律の他には、各地方や行政権を有する各行政機関による行政立法及び条例・規則などがたくさん存在しているので、お互いに衝突する現象が際立っている。そして、行政法律関係をめぐる紛争はよく社会注目の焦点となるので、公平に解決することは行政機関と一般民衆との対立関係を緩和するために重要である。さらに、中国の急速な経済発展により起こされた新しいタイプの行政争訟が相次いで現れるので、硬直化した立法が行政裁判の需要を満たさない恐れがあると思われる。

次に、省級人民法院の調査によると、およそ90%の裁判官は前例に参照すべきだと考えている。法律関係が複雑であり、法律上に明確な規定がないケースに臨んでいるときに、もしモデル判例がない場合に、多数の裁判官が裁判所もしくは上級裁判所により処理された類似する判例を参照することは普通である。最高裁により公表されたモデル判例より、60%～70%の裁判官が参照としてよく使われたのは二審法院による行政判例であり、最高人民法院により公表されたモデル判例を参照することは少ない。

さらに、モデル判例の「指導作用」と「参照作用」とは、行政裁判実践において機能を果たす方式が異なり、二種の効果をもたらすのである。一つは、判例が行政裁判において直接に参照され、裁判官が裁判で判例の主要な見解を引用し、その見解と基本原理の出所を表明しない方式である。もう一つは、裁判官が直接に判例の基本見解を引用せず、係属中の事件を分析するために

モデル事例を参照するだけである。

(二) 地方における行政事例指導制度改革の試み

最高人民法院が事例指導制度を発展させ、推し進めているうちに、事例制度に対する地方法院の試行実践は、中国の行政事例指導制度改革に重要な示唆を与えたのである。

2002年、鄭州市中原区人民法院は「先例判決制度の実行に関する若干規定」を公布し、先例の法律効力を明確にした。2002年、天津市高級人民法院（高裁）は「民事と商事審判において判例指導の実行に関する若干意見（試行）」を公布し、判例の役割、判例選択の条件、判例の編集と研究について相応たる規定をした。2005年、四川省成都市中級人民法院は「示範性事例制度」を実行し、「成都市中級人民法院示範性事例評審及公布実施弁法」を公布した。当該「弁法」により、「示範性事例」の範囲や、審査する機関、判例推薦の条件など、審査及び公布に関する一連の制度について具体的な規定を設けたのである。たとえば、成都市中級人民法院は「劉榮芳が公証書の取り下げについて四川省公証処を訴える」事件の審理を通じて、公証機関の公証行為を相手に提訴することができないと認定された。この判例は公証法の発布に先立って公表されたので、公証行為について行政訴訟を提起できるかどうかを解決するには、実践的な指導意見を与えたに間違いはない。そして、公安機関（警察機関）及び各地の行政機関も判例指導制度により自身の行政行為を規制する実践を始めたが、たとえば湖南省は2010年7月から「湖南省行政法律執行事例指導方法」を公布した。ある程度、中国の判例指導制度が段階的な成果を上げたといってもよからう。

以上のように判例制度について地方裁判所により行われた模索は、学問及び実務の両方が新たに現れた行政訴訟についての事実認定、法規範の適用、判決の執行などの問題に対する認識を統一することができるのみならず、「人民法院第二個五年改革綱要」により提出された訴訟制度を完備させる要望に応じて、司法公正及び司法効率の向上を実現させて、司法活動の權威性を維持するものであると思われる。地方裁判所により判例制度に対する改革実践を行われたことは、判例の価値に対する認識が深められ、判例制度に対する抵抗感が弱まった証であると考えられるが、地方裁判所が法の淵源及び効力の側面において判例制度に対する認識はまだ明らかでないのみならず、いわゆる「参照性」についての疑惑もまだ残されているので、中国の判例制度がコモン・ローの判例制度とは異なるのは、いうまでもない。いずれにしても、地方裁判所により行われた判例制度に対する実践は、中国判例制度の構築について、重要な意義があると思われる。

(三) 行政事例指導制度の新しい実践

2005年、最高人民法院（最高裁）と最高人民檢察院（最高検）は「中国事例指導叢書」を編集し始め、その中で、「これらの事例は裁判にとって直接的な法律根拠ではないが、裁判官、檢察官と弁護人が裁判理由或いは法廷弁論理由として引用できる」と明記した。そこで、モデル指導事例の範囲が拡大し、その数も増えて、（法律）効力も参照と指導から有限的引用の方向へと転換していたと言える。

2010年1月、最高人民法院行政審判法廷は法律の適用基準を明確し、行政裁判の尺度を統一さ

せ、行政審判工作进行を指導するため、「中国行政審判案例指導」を作るようと打ち出した。各級法院が定期的にモデル案例を報告するようにと要求し、モデルとなる案例格式規範も配った。今回の案例指導の編集書式は「最高人民法院公報」と比べて、より規範的で厳格であり、コモン・ローの判例と似ており、形式上は台湾の判例書式と類似している。

四、中国行政案例指導制度の転換と未来の発展

「案例指導」は到底「判例法制度」ではないから、裁判中において引用するにはさまざまな問題が存在しているうえに、法学界にとってもいくつかの難問が残されている。たとえば、中国は判例法の国ではないので、判例には「先例の法的拘束力」を認めてよいかどうか。判例に法的拘束力を認めるならば、裁判官は判例を通じて法律規則を作ることができるかどうか、あるいは、裁判官に判例を通じて新しい法的規則を作ること禁じるべきか。中国は幅広いのに対し判例は具体的なものであるのもので、もし案例に法的拘束力を認めるならば、すべての地域もしくはすべての事件に適用できるか。結論はいかなるものであっても、案例指導制度の課題は「中国法律建設作業が直感的な段階から自覚的な段階に入ったしるしである」と評価すべきであろう⁶⁾。行政案例指導制度は司法実務界にいかにかこの制度を完備させるべきか、という問題を問いかけた。昨今、「研究立場は立法中心主義から司法中心主義へ転換し、研究内容は本体論から方法論へ転換する」⁷⁾という法学研究の動きの下で、いかに裁判官に妥当な思考模式や裁判方法を提供すべきか、従来の行政案例指導制度には改革の必要があるか、いかに改革すべきか、などの問題に帰結されたのである。したがって、法律グローバル化の今、中国の実情と現実の基礎から、積極的に司法改革を進めて、人類司法文明の一般的な規則に合致できる一方、鮮明な中国特色を有する現代司法審査制度を構築し、行政案例指導制度から行政判例指導制度への転換を実現させることは、司法グローバル化の過程の中で、システム建設の必然的な選択である。

(一) 中国行政案例指導制度転換の根源と基礎

1. 文化基礎——中国伝統判例制度の歴史

ある社会が危機に臨んでいるときに、本能的に制度自身の源に顧みて問題点を探ろうとするのであろう。中国における伝統的な判例制度の展開から見れば、数千年に及ぶ法律実践の中で、中国の法律伝統には秦時代の「判例法」時代もあれば、漢から清までの2000年ぐらいの成文法と判例法とが併存していた時代もあるのである。武樹臣教授は「中国法律様式的反思与重構」という論文における考察によると、中国の法律制度の歴史を、「判例法」が「任意法」を覆る段階と、「成文法」が「判例法」を覆る段階、および「大混合法」による支配段階と「小混合法」段階などに分けることができると考えられる。

6) 武樹臣：「対大陸法学界關於借鑑判例制度之檢討的回顧与評說」判例与研究・1997年第2期、11、12頁。

7) 陳金釗：「法学的特点与研究的転向」求是学刊・2003年第2期。

古代中国の法律体系において、確か最も基本的な法律規範の形式は成文法であるが、成文法主義の中国は判例を廃棄せず、判例が司法における機能を否定するわけではなかったと思われる。秦漢時代からすでに判例の法的効力が明確に認識され、判例法に対する研究がおこなわれていたと思われる。漢時代においては秦時代の「廷行事」（廷尉行事、廷尉決事）を継承すると同時に、新しい判例形式——「決事比」が出現した。とくに董仲舒の「引経決獄」（春秋決獄）活動により、漢の判例法に新たな時代特徴が付与されたと言われる⁸⁾。そして、唐の時代から、「唐律疏議」をはじめとする立法活動は中華法系における判例法の成熟の一里塚として評価されているのである。唐は漢に引き継いで、判例比較で案件を断じて、すなわち司法活動は法律に明確な規定がない時に先例と比較して判決を下す伝統を維持する一方、書判（判例集）が現れて、司法実践において判例形成のルールを厳しく定めたのである。宋時代以降、判例集を編成する作業が続けられて、「名公書判清明集」、「折獄龜鑑」、「棠阴比事」、「熙寧寺判例」、「紹興刑名疑難断例」などの判例集が出現した。さらに、明清の時代になると、判例制度が急速に発展された段階に入ったのであり、明時代の「明大誥」に、司法官吏は案件を裁判するにあたり、必ず「明大誥」にある判例を引用して判断の根拠にすべきだと決められていたのである。清時代は明時代の制度を受け継いで、「大清律解附例」を形成し、「大明律」に載せた判例もほぼそのまま「大清律」に受け継がれた。清の乾隆五年（1740年）に「大清律例」が公布され、「律より先に例を適用する」という法律の適用に関する順序が正式に決められていた。そして、判例集の編成においても、多数の成果が現れて、「折獄新語」が明時代の唯一に残された判決集であり、清時代においても「鹿洲公案」という重要な判例法の著作が残されたのであり、さらに、清時代の最大規模である「刑案匯覽」には2045個の判例を収録しましたのである。そして、20世紀に入って、北洋政府時代に、法律の不備な現状を改善するために、法律移植による中洋法律の衝突を調和するために、「大理院」は判例法の適用を選択し、「判例要旨匯覽」を頒布した。国民政府時代、大理院は最高法院と名前を変え、たくさんの成文法律を公布したが、「科学の発展により社会が急速に変化しており、法学思想も進んできたので、成文法典だけに頼るのは、裁判の需要に満たさない恐れがあると思われ、法律秩序の安定と法律適用の統一化のために、判例集を編纂することに決め、全国の各法院の裁判に供し、時代の要請に応えるようにする。そして、『判例編纂委員会』を設けて、『本院の判決を六カ月ごとにまとめて公表する』と明確に規定されていた。当該法院により審理された案件の中から、内容が典型的で、そして法律の不備を補充でき、もしくは法律の真意を闡明でき、抽象的な規範としての価値があるものを選抜して、判例として認定し、それからの裁判の規則とするのである。」⁹⁾したがって、当時の法律制度には、成文法と判例法が混同しており、同時に機能する特徴があると思われる。

中国法律制度の成り行きから見れば、法律の誕生の日から、成文法が支配階級に重視されていたのである。「秦朝は、成文法主義を唱えた法家の理論を全面的に採用したが、それで漢朝は秦の

8) 何勤華：「秦漢時期的判例法研究及其特点」法商研究・1998年第5期、87頁。

9) 周道鸞：「中国案例制度的歴史発展」法律適用・2004年第5期、3頁。

制度を継承したなどの要素とあいまって、中国が法典化の国の道を行ってきたのである」¹⁰⁾。しかし、中国判例制度の歴史から見れば、成文法主義をとった中国は、判例制度を放棄し判例が司法実践における役割を否定したことはなく、各王朝の判例は時代とともに発展してきたのである。したがって、成文法と判例法とが有機的に結合することは、中国古代において一つの重要な立法技術の特徴となったのである。中国法律の発展は、立法活動を通じて「律」を作る時代と、判例法に依拠する時代とを経験したことがあり、さらに、判例法を捨てて法律に従い、また判例法を再確立するような時代の往復をも経験したことがあるが、判例がその役割を果たし続けてきたのである。判例は中国の法律の歴史で重要な地位を占めており、積極的な機能を発揮して、立法の不足と法律の欠陥を補うことに、正確に法律を理解し適用することによって、重要な意義があると思われる。したがって、中国法律の発展の成り行きを顧みれば、判例法の伝統が常に存在している、これは行政判例制度を確立することに基礎を固めたのである。

2. 思想基礎 — 法律のグローバル化背景で司法解釈理論変化の影響

19世紀から20世紀までの法学理論は、裁判官の自由裁量権の確認や、行政判例が行政法の法源の一つとして認められることなどの段階を経験してきたが、司法解釈理論は「厳格解釈」から「寛容解釈」への変化という特徴をあらわしたのである。概念法学をはじめの保守派と現実主義をはじめの急進派との間に、両者の見解を調和する穏和派と呼ばれる見解も現れた。現代社会はすでに「機械裁判官」の理念を捨てたが、同様に「立法裁判官」の理念も受け入れないのであろう。概念法学の主張した機械司法と、現実主義法学の主張した裁判官の法作りとの中間地帯に、新しい法学理論が出現した。たとえば、ドゥウォーキン、H・L・A・ハートなどの学者は、裁判官が法規範による規制を受けるべきと認識しながら、能動的な司法を主張したのである。こういう法学研究者たちの見解は、グローバル化の背景の下で中国法学理念の転換に、さらに成文法の下で司法改革を再考察する作業に、思想基礎と示唆を与えてくれたのである。判例が法の淵源ではなく、成文法だけが法源であるなど、中国法学の伝統的な理解は根本的に覆られたのである。

3. 域外経験 — 大陸法系の国の行政判例制度実践の有力証明

19世紀末から、二つの法系はお互いに吸収し、融合しはじめたのであり、大陸法系の国々は成文法制度の下で判例制度を導入しはじめた。判例法伝統と成文法伝統はそれぞれ自身の歴史背景があり、そして社会要請に応じて発展してきたのであり、両方の優劣を断言することができない。二つの法系の融合する傾向は大陸法系の国に深く影響をもたらして、法律の淵源が多元化となる現象が現れ、非正式な法源が確立されつつあり、裁判官の自由裁量権が拡大される一方、伝統的な規範論の理念に対する修正作業を通じて、経験方法の司法過程における役割が認められ、さらに裁判官の能動的な役割が認められたのである。ドイツをはじめ大陸法系の成文法伝統の国々は判例法制度を導入し始め、判例の指導機能を重んじる傾向がみられる。たとえば、ドイツの裁判所は判決の中で先例をたくさん援用することがみられる一方、ドイツの判例制度を完備させるために、先例を違反することを報告する制度が構築されたのである。フランスの行政法においても、

10) 何勤華：『中国法学史』（第一巻）法律出版社（2000年）218頁。

判例が重要な地位があると思われ、フランスの行政法は、最高行政法院の判例を基礎として構築されてきたのでありと考えられる。そして、第二次世界大戦後、日本はアメリカの法律制度により影響され、判例法制度の導入する動きがみられる。先例に従う規則が構築されたのみならず、最高裁の判例に拘束力を認めたと考えられる。とくに会社法の発展において、判例が重要な機能を発揮したと思われる。さらに、20世紀70年代から、EUの法律発展の背後にも判例法の影がみられると考えられる。欧州連盟条約の第164条によると、欧州の裁判所は条約を解釈及び適用するときに、「法律を遵守すべきである」が、当時、EUには法律が存在しないので、新しい法律制度を構築し完備する活動は、裁判所に任されるしかないと考えられる。したがって、EUの法律制度の構築にとって、欧州各国の裁判所は重要な役割を果たしうると期待されたと考えられる。以上のような大陸法系の各国が判例制度を導入し、発展してきた経験は、中国の行政判例制度にとって、重要な参考意義があると思われる。

他には、中国司法改革の進展に伴い、中国既存の案例指導制度の経験および地方人民法院の先例制度の模索と試みは、中国行政案例指導制度の確立に実践的な基礎を固めた。

(二) 行政判例の性質——個別案例の司法解釈

中国において、判例制度の導入について長年検討されてきたが、判例が法源としての位置づけの問題は研究者にとって乗り越えられない難問であり、中国で判例制度を構築することに重要な障害となると思われる。

実はこの問題について、法の淵源に対する伝統的な理解を捨てて、現行法を改正しなくても、司法解釈の位置づけを再認識し、指導性行政案例と司法解釈との関係を再整理し、「公報」による公表された案例を「判例」として認識すれば、行政判例を司法解釈として位置づけることも考えられる。その理由は以下のものが考えられる。ひとつ目は、「公報」には制度的効果がある。「公報」は最高人民法院により編集され、その中のモデル行政案例が各級人民法院に参考され、明確な模範効果があるのである。最高人民法院も「公報」の中で、「我が法院により公布された内部書類には公報と衝突するところがあれば、公報に準じて処理すべきである」と規定していたのであり、公報が司法を統一する重要な機能があると表明されたと考えられる。二つ目は、「公報」の中の判例は行政判例の独創性と一致である。行政判例は、行政法院の裁判官が具体的な事案において、法律規範に対して個別判例にとって拘束力を有する法律規範に対する司法解釈であり、個別の司法解釈たる特徴と機能を有するので、一種の司法解釈として位置づけられるべきである。つまり、行政判例を通じて、司法機関が行政法律の運用の中で、法律規定の真意及び用いられる概念などについて行われた説明・解釈である。

まず、行政判例の法律効力を明確にすること。行政判例の性質を司法解釈と認識され、司法解釈と同じレベルの法的地位を与えることである。一旦、判例が確立されたら、各級人民法院が厳格に守るべきであり、さもなければ、法律および司法解釈の規範性と統一性に背くことになってしまう。

次は、行政判例と立法性抽象司法解釈との効力を区分すること。台湾地域の経験を参考にする

ことが考えられる。つまり、行政判例と従来の司法解釈とを、司法解釈の二種類とみなして、行政判例は具体的な個別事例の司法解釈で、従来の最高人民法院の司法解釈は抽象的な司法解釈である。もし解釈上の衝突や不一致が生ずるならば、立法性司法解釈の効力が個別事例の司法解釈の効力より高いと認定すべきである。

さらに、行政事例自体の効力レベルを明確にすること。最高人民法院の判決と最高人民法院により公表された各級人民法院の確定判決は、最も高い効力を有して、全国地域にて適用できると考えられ、各級高級人民法院の判決はその管轄地域内のみ法的効力を有すると考えられる。

(三) 行政判例制定主体の二元性

判例法伝統の国においては、すべての判例は覆られない限り、先例としての効力があり、それからの判決がその判例に遵守すべきであると思われる。そして、最高裁判所により確認された先例は最高の権威を有して、他の下級裁判所は類似するケースにおいてそれに服従するように要求されているのである。ただし、最高裁判所により確認されていない場合もありうるので、その場合において、下級裁判所の判決は「先例」となることもある。したがって、英米法系の国において、判例は最高裁により制定されるだけでなく、下級裁判所により制定されることもできるのである。

中国で行政判例の制定主体について、以下のようないくつかの学説が存在する。一つ目は、最高人民法院が唯一の制定主体であると認識される見解である。二つ目は最高人民法院と高級人民法院が判例を制定する権限を持つ見解である。三つめはすべての人民法院が行政判例を制定することができるという主張される見解である。四つ目は判例を制定する権利をすべての人民法院にあると認識されるが、判例を公表する主体について、最高人民法院であるという主張である¹¹⁾。

判例を制定する権限を最高人民法院に限定しようとするのは、一方、中国下級裁判所の裁判官の法的教養が判例法伝統の国の裁判官に対する要求と比べてまだ足りない恐れがあり、最高人民法院の裁判官なら法的教養が高いので、行政判例を制定するには相応しいという考慮から主張されたのである。他方、中国全国人民代表大会常務委員会による「關於理解法律問題的決議」は、裁判過程において法律・法令に関する適用の問題があれば、最高人民法院の審判委員会により解釈すべきであると、明確に規定したのである。そして、中華人民共和国人民法院組織法の第三十三条にも、同じ内容の規定が明確に定められたのである。したがって、行政裁判における解釈する権限は最高人民法院により行使されるべきであるので、行政判例を制定する権限も当然最高人民法院に帰属すべきであろう。さらに、行政判例が最高人民法院により制定されることは、地方裁判所による判例の衝突や地方保護主義が免れるうえに、既存の法律制度及び一般市民の社会生活に急激な変化をもたらすことを避けると思われる。最高人民法院は中国の最高裁判機関であり、下級人民法院及び専門法院の裁判を監督し、下級人民法院が正確に法律を適用することを指導するものであり、最高人民法院により法的拘束力を有する判例を制定するのは、その監督・指導の

11) 徐景和：『中国判例制度研究』・中国検察出版社（2006年）97頁。

機能を果たす有効な手段であると考えられる。そして、最高人民法院により判例を制定すれば、判例の数及び質をコントロールすることができると思われる。

なるほど、最高人民法院を行政判例の制定主体とするのは適切であるのに間違いのないと思われるが、ただし、最高人民法院を唯一の主体と規定されるのは、主体の範囲が狭すぎる恐れがある。最高人民法院が自分で審理した事件は少なく、最高人民法院による一審の行政事例はいまだに存在しない上に、二審の行政事例の数も少なく、事例の種類も乏しい。そして、その中の二審の事例は、確かに事件の内容が複雑で訴訟の目的額も高いが、しかし法律の適用にかけては、必ずしも典型的なものとは限らない。もしも、行政判例の制定主体を各級人民法院に拡大すれば、逆に中国の実情に合致しないおそれがあると思われる。中国の各級人民法院は業務レベルにおいて格差があるので、地方各級人民法院に判例を制定する権力を付与することは、法律の統一性に不利をもたらす、人民法院の司法改革の目標及び目的に背く恐れがあると思われる。したがって、行政判例の制定主体を最高人民法院と高級人民法院に制限すべきと思われる。中国の法制建設の進展に伴い、高級人民法院の裁判官の業務能力は大幅に上昇し、行政判例を制定することに相応しい能力を持っていると思われる。さらに、地方の最もレベルの高い法院としては、案件の幅が広く種類も豊富であり、最も新しい社会問題と法律問題に直面できるので、モデル事例を形成するには有利である。

そして、判例の制定主体を二元化するうえに、行政判例指導制度の地域化あるいは地方化に工夫する必要があると思われる。中国の国土が広くて、いわゆる「改革開放」の市場経済制度改革により各地の経済発展がきわめて不均衡であり、全国一律の統一的な行政判例指導制度は必ずしも適切ではあるまい。したがって、行政判例指導制度の地域化あるいは地方化を実現すれば、地方裁判の要請に満足できる一方、行政判例指導制度が確実に機能することを保障できると考えられる。

(四) 行政裁判の公式文書の改革

既存の行政事例指導の質を高める側面からしても、将来の行政判例制度へ移転する側面からしても、裁判文書を改革する必要があるに間違いはない。裁判文書の核心は論理と論証であるが、今の裁判文書の最大の欠陥は証拠に対する分析や論証が不足であり、判決の論理性が弱いので、事例が簡単で雑に見えるきらいがある。したがって、もしモデル事例を個別の司法解釈として機能させようとするならば、十分な論証と論理を通じて法律を解釈する必要がある。

いかなる偉大な伝統の形成も長い緩やかな過程を経ている。法律制度の移植は可能だが、長年に沈澱してきた文化要素と生存環境が移植しにくい。人類の法律文明の重要な一部分として、英米法系の判例制度は単なる司法制度だけでなく、コモン・ローを背景に強大な生命力をもつ法律文化でもある。長い間、法理論学界と実務界とともに判例制度の優劣について議論してきたが、コモン・ローの国の具体的な法制度についての研究は判例法制度を避けられず、法律制度の発展と変革の中で、判例制度が姿を消したことはない。二つの法系がお互いに影響し合い、融合しつつある背景の下で、判例制度は大陸法系の国に受け入れられて、大陸法系の国で根をおろして、

特に公法の領域で大いに異彩を放った。行政判例は法の形式合理性の表し方としては、論理と経験・裁量方法とを有機的に統一されたものであり、立法権・行政権および司法権の三権を衡平したのみならず、公共利益と個人利益とを衡平したのであり、行政権に対するコントロールを実現させた上に、行政相対人の権利の保護を実現させた、公平と効率との均衡を保ったと評価できる。

ところが、中国において判例制度はまだ模索中であって、行政法領域に判例を導入し、かつその構築を完成するにはまだまだ長い道が必要であろう。が、行政判例制度は司法制度の核心範疇として、理論構築作業の突破口であり、行政判例は一種の法技術としては、公共領域における難問を解決するための技術指導である。行政判例制度は補充と創造の機能を有する制度モデルとして、成文法の国において、行政法を発展させるための必然的な選択である。行政法は憲政の重要な法的支持であり、その発達が現代法治の進展の重要なしるしであり、行政法時代は、「刑法時代」と「民法時代」に続け、形成中の法律時代である。この時代を迎え、この時代を生かせるために、行政判例制度は不可欠の法制環境であると考えられる。今の「公報」の中の行政事例を行政判例にまで高めることは、中国の行政判例制度を構築する初期の便宜上のやり方であり、既存のモデルを基礎としてさらに進展させ完備させ、行政事例制度から行政判例制度への転換を最終的に実現させるべきである。