

論 説

「案例指導」の現状と機能
——「中国裁判事例研究」の始にあたり

俚 見 亮

はじめに

- 1 「案例指導」の形成
 - 2 「案例指導」の現状と理論
 - 3 「案例指導」の問題と可能性
- おわりに

はじめに

中国において、裁判事例研究が活発になってきたのは比較的最近のことといえる。これは、たとえば2000年になってはじめて最高人民法院⁽¹⁾が「今年から選択的に社会に向けて裁判文書を公開する」（傍点部は論者による）とする文書⁽²⁾を公布したという事実などから明らかのように、そもそも研究対象としてのテキストの入手が困難であった、ということが原因にあるといえようが、それ以外にも、党と政府に「権力と銭力」を握られた

(1) 本文では、中央・地方の国家機関の呼称について原語に依拠することとし、あわせてそれぞれ略称を用いて、裁判所を「法院」、議会を「人民代表大会（略して人大）」、そして地方の行政機関を「政府」とした。また、中国共産党はこれを「党」と略して記載する。なお、法規の名称などとの関係から、最高法院のみ必ず「最高人民法院」と記述することとした。「案例」については、原義に従い、先例一般を指すことも、一つ一つの事例を指すことも、また個別の制度名称を指すこともあるので注意されたい。なお、原語の表現を直接用いる場合やそれを強調した訳出については「 」をつけて示している。

(2) 「最高人民法院裁判文書公布管理弁法」（2000年）冒頭部分。

法院が、「地方保護主義」の影響の下、各地でばらばらな、時に明らかに不当・違法な裁判を繰り返していた、という事実（または認識）により、社会全体に司法への不信が根強く、法の解釈・適用の参考として裁判事例を検討することにも少なからぬ懷疑が存在していた⁽³⁾、ということも大きな原因であっただろう。

このような経緯はあったものの、昨今最高人民法院をはじめとする実務の側から「案例指導」の整備と制度化が強く叫ばれており、各地の高級法院および下級法院ではすでに数年にわたる試行が重ねられ、最高人民法院では「案例指導制度」の内容と手続を規定する文書の起草が進められている。同時に、このような状況に触発され、学界側からも多くの議論が提起されるなど、実務・理論の双方において、「中国特色的案例指導制度」が強い注目を浴びているのである。

このような状況に鑑みて、論者は早稲田大学比較法研究所の共同研究の一として「中国裁判事例研究」を催すこととし、その始にあたり、本稿において、中国の「案例指導」の経緯と試行状況および問題点を明らかにし、制度化についての検討を行うことにより、裁判事例研究の意義とその可能性を展望する一資料を提供することを試みた。もちろん、裁判事例研究の意義については様々な考えがありえようし、「案例指導」の制度化とその内容が裁判事例研究の可能性云々に直結するとは限らないが、願わくば本考察が、研究対象となる「案例」の位置づけとそれを取り巻く制度状況の考察の一助となればと考える。研究会とも合わせて、読者諸賢のご批判・ご意見を賜れば何よりの幸いである。

(3) 王光輝「一個案件，八份判決：從一個案件看行政訴訟與民事訴訟的交叉與協調」中外法学1998年2期113頁では、一つの事案について、各地の法院で同地の主体の利益を擁護するために幾つもの相矛盾する判決が出される混乱ぶりが紹介される。

1 「案例指導」の形成

(1) 最高人民法院による「案例」の内部発布

中国の制度に関する論文では、往々にしてそのルーツを歴史のはるか彼方に求めるやり方が見られる。「案例指導制度」もその例にもれず、それが「舶来品」の「模倣」または「移植」ではないことを論証する目的などから、条文規定がない場合は判例により断ずることができるという制度が殷・商の時代から既に行われていたとして、その歴史的経緯を詳しく紹介する記述も見られるが⁽⁴⁾、現在中国で形成され模索されている「案例指導」は、そのような指摘がいうところの「伝統的制度」とは質的に異なるものというべきであろう。

その証左というべき点は、改革・開放後の「案例指導制度」の端緒とされる、1988年の最高人民法院活動報告に現れた「モデルケース」の特徴に求めることができる。

同報告では、下級法院に対する裁判活動の監督措置として、「5年にわたり、最高人民法院は正式に203の事例を発布し、主に重大・複雑な刑事事件における量刑基準の統一、新しく出現した刑事事件の認定・量刑についてのモデルケースの提供、改革・開放で新しく出現した民事・経済事件についてのモデルケースの提供を行った」としている。この「報告」に現れた事例による下級法院の指導・監督については、①裁判系統にのみ発布された内部文書、②刑事が多く、民事が少ない、③必要に応じて随時出された、④形式性・規範性が低く、内容のレベルも高いとはいえない、とい

(4) 最高人民法院の周道鸞氏の指摘。「中国案例制度的歴史發展」法律適用2004年5期2頁以下。この点、マックス・ウェーバーは、伝統中国において「信頼できる先例にのっとって裁判手続をとる」という「“類例”を使用する慣例」があったとしながらも、「公式の判決例集成は」「伝統主義にも拘らず欠如していた」とする。マックス・ウェーバー「儒教と道教」(森岡弘通訳)筑摩書房1970年138頁。

った特徴が指摘されている⁽⁵⁾。

このように、この「モデルケース」は、一定の先例裁判制度の構築・模索というより、治安問題を中心とした社会変化への対応というべき側面が強く、またその形式は、具体的事例処理についての裁判所系統内での指示・指導、というべきもので、ある程度抽象化・一般化されたルールの定立というべきものではない。さらに、その内容についても、具体的事例での条文規定の繰り返しと法規の適用の肯定・奨励というものが目立つ。これらの点から考えれば、少なくともこの「モデルケース」の淵源を伝統中国の判例制度に求めることは多少牽強附会の感が否めず、殊更に歴史・伝統を強調する記述は説得力に乏しいと言わざるを得ない。

(2) 「最高人民法院公報」による「案例」の定期的公布

中国で「案例」が外部に定期的に公布されるようになったのは、1985年の「最高人民法院公報」からである。同「公報」では、各級法院が審理した事件から「重要な参考およびモデルとしての作用を有する」ものを選び出し、これを「モデルケース」として紹介することにより、「各級人民法院が関連の事件を審理する際の指導」とすることが企図されたのであり、この「公報」の「案例」掲載により、「中国の案例制度はかなり規律立った軌道へと進んでいった」とされている⁽⁶⁾。

この「公報」上での「案例」の掲載については、まず一般に、大きく1997年末までとそれ以降とが区別されている。これは、97年以前の「案例」の掲載は、下級法院から推薦されたかまたは最高人民法院裁判委員会を選出した既済事件が、副院長の審査・同意を得たうえで同院の裁判委員会に付され、そこでの審議・討論を経たうえで掲載される、という手順であったのに対し、98年からは同様の既済事件について最高人民法院の各法院に意見を求め、その同意を得たうえで同院の副院長の審査・同意を経て

(5) この特徴については同上周道鸞・5頁から抜粋。

(6) 引用部分は周道鸞・前掲注4・5頁。

掲載される、という手順が変わったためであるとされる⁽⁷⁾。

「案例」の選出条件については、審級の高低は問わず、すべての既済事件を対象に、事件の典型性、新規・重大性、社会的影響、そして解決困難性などを考慮して選出されるものとされている⁽⁸⁾。これは逆にいえば、「公報」への「案例」掲載の背景に、各裁判所での典型的な事件処理基準の不確定、社会の変化に伴う新種・重大事件の頻発、治安・秩序の動揺と社会の混乱、そして司法の処理能力の低さといった問題（またはその意識）があったことを如実に示すものといえる。

次に、その内容は、時期により若干の違いがあるものの、大きく分けて、事件名、判決要旨、当事者等、請求要旨、原告・被告の主張および主な証拠、認定事実、一審の認定と結論、二審での当事者の主張、そして裁判所の認定と結論（主文）から構成されている。そしてその目的・意義については、「各級人民法院が関連事件処理を指導する上での重要な参考およびモデルの役割」⁽⁹⁾とされている。2008年末までに600件程度の「案例」が掲載されており、最近の「公報」では、民事・刑事・行政などの領域を問わず、毎月3件程度の既済事件が「案例」として掲載されるのが常となっている。

この「公報」による「案例」の公布は、「公報」が季刊から毎月刊となり、その掲載内容も次第に詳細になっていったことから明らかなように、その重要度は次第に高まり、最も「権威」ある「指導」として位置づけられている⁽¹⁰⁾。

(7) 「案例」掲載における裁判委員会の役割についてはこの他にも、ごく初期の「案例」については裁判委員会がそれに見解・評価を付していた、ということが指摘される。周道鸞・前掲注4・6頁。

(8) 蔣恵吟「建立案例指導制度的幾個具体問題」法律適用2004年5期10頁以下参照。蔣氏の所属は最高人民法院。

(9) 周道鸞・前掲注4・5頁。

(10) 後述のように、この後に出された各種「案例」書・刊行物と「公報」とを、同様の位置づけにおくものと区別する立場とがみられているが、後者が多数であるように思われる。

(3) 「案例指導」書の出版とその広がり

このような「公報」による「案例」掲載以降、最高人民法院の各法廷や研究室などにより、「公報」以外にも「案例」を冠した各種の出版物が出されている。

このようなものとしては、まず最高人民法院応用法学研究所による「人民法院案例選」があげられる。これは、1992年から人民法院出版社により出されているもので、「全国各級人民法院の大きな力での支持と共同の参与の下で…人民法院の裁判活動を指導する重要な形式」⁽¹¹⁾であるとされている。

この「人民法院案例選」については、その内容や構成、そして編集組織や手続などが最高人民法院の文書により詳細に規定されており⁽¹²⁾、一般の出版物とは異なる公的な位置づけが見出される。この規定にもあるように、同書の「案例」は、すべての高級法院および大規模市の中級法院の「通信編集」担当者が推薦・提出した裁判事例について、最高人民法院応用法学研究所が審査・選出したものを掲載しており、推薦前と選出後に、「案例」として相応しいものとするための修正・編集がなされる。その内容については「法律の適用の問題について指導的意義のある事例」といった条件がみられる。同書は教科書サイズで毎年4冊出版され、一冊に50～80件の事例が掲載されており、2006年時点ですでに累計で3000を超える事例が掲載されたとされている。

次に、国家法官学院と人民大学の選による「中国審判要覧」がある。これは1991年から出版されているもので、刑事、民事、商事、そして行政それぞれが別の巻となっており、大型の事典サイズ400～800ページ、毎年各1巻にそれぞれ50～100件程度の既済事例が掲載されている。人民大学との共同編集ではあるが、編集委員会の主任は最高人民法院の院長が担当し

(11) 「人民法院案例選」冒頭部分の説明。

(12) 「最高人民法院弁公庁の『人民法院案例選』編集活動の強化に関する通知」(2005年)。

ており、編集委員にも最高人民法院の各責任者が名を連ねている。その編集方針については、従来「中国の司法活動者…に価値ある参考資料を提供する」（1992年の序）こととされていたが、その後「裁判の実践を指導する」（2004年の序）ことが明確に書き加えられている。

このほかにも、最高人民法院の民事・刑事・行政各法廷の編による「審判参考」など、「案例指導」を目的とする書物が最高人民法院によっていくつか出されているが、これらと「公報」との最大の違いは、主に「案例」についての評釈の有無にあるということができる。「公報」を除いて、近時の「案例指導」を目的に掲げる書物では、一般に事実や判決の概要の後ろに、評者による評釈がみられる。この点について、「要覧」の序（2004年）では、「法律適用の理由と法学理論に及ぶ観点についての読者の理解を容易にするため、編者により解説を記すとともに、裁判の足りない点について評価を行う」ものとされている⁽¹³⁾。

なお、「ほぼすべての高级人民法院はみな同地区の典型案例を編纂・印刷し、少なからぬ中級、基層人民法院もまた典型としての意義のある案例を編集して学習・参考の用に供している」⁽¹⁴⁾とされるように、「案例指導」書の編集・発行は最高人民法院にとどまらず、下級法院においても広く行われ、それはすでに氾濫・遍在の観を呈するものとなっているが、この点については後述したい。

(4) 「案例指導」の制度化への模索

このように、「案例指導」は、「公報」への「案例」掲載から、「案例」の名を冠した公刊物・書物の出現と拡大という発展を見せているのだが、このような発展は、最高人民法院の「案例指導制度」への姿勢とインタラクティブな関係にある。そして、その「姿勢」を知るためのバロメーター

(13) 但し、各書物の内容は時期により大きく変化しており、一定ではない。

(14) 「人民法院案例選2006年3期」序2頁。なお、同記述は瀋徳咏氏（最高人民法院副院長）によるもの。

となっているのが、1999年以降3回にわたって公布された「人民法院5年改革綱要」である⁽¹⁵⁾。

その内容を見ると、まず1999年の「5年改革綱要」では、「典型案例を公布し、下級法院の類似案件処理の参考とする」(14項)と規定されていたのに対し、2004年の「25(『第2の5年改革綱要』の略。『35』も同)」では、「案例指導制度を打ち立て、改善し、指導的案例の各方面での役割、すなわち法律適用基準の統一、下級法院の裁判活動の指導、法学理論の充実と発展といった役割を重視する」として、明確に「案例指導制度」の樹立が目的として示され、さらに、「最高人民法院は案例指導制度に関する規範的文書を制定し、指導的案例の編集・選出基準や選出手続、公布方法、指導規則などを制定する」(いずれも13項)と規定されており、制度樹立の根拠や手順についても規定が及んでいる。

このように、最高人民法院は公的文書において「案例指導」の重視とその制度化を明確に打ち出しており、これが「案例指導」書の拡大と活発化を招いたわけであるが、うがった見方をすれば、最高人民法院の様々な部門・機関による「案例指導」書の氾濫は、「案例指導」の制度化に向けての基礎作り、または制度定立後のためのトレーニングという側面もあるだろう。その制度定立のためのトレーニングという意味では、中国の多くの新制度同様、「案例指導」についても、まず地方において制度化の実験・試行が広く行われており、「参考」「指導」を冠する書物・刊行物が出され、「案例指導」についての規定が定められることとなっている。

このような「案例指導」制度化の試行は、「25」より早く、既に2002年の段階で始まっていたとされており、河南省の省都である鄭州市の中原区法院が導入した「先例判決制度」⁽¹⁶⁾がその最初のものと言われている。中

(15) 1999年、2004年、そして2009年に出されている。以下では原語に依拠して、それぞれを「5年改革綱要」「25(『第2の5年改革綱要』の略)」「35」と記述する。なお、これらはいずれも法律の条文の形式をとっておらず、内容中に条・項・号の別を見出し難いが、各部分を「項」等と記載する記述がいくつか見られたので、ここではその用法に従った。

国の刑事訴訟法の大家である陳衛東教授は、同制度について、「爾後の同種事件の処理に一定の拘束力を有し、その他の合議廷または独任裁判官は同種事件の処理においてこれを参照しなければならない」という裁判所側の説明を紹介している⁽¹⁷⁾。

同法院は基層法院であり、裁判所階層の末端にあるものとなるが、このような法院がまず選ばれたのは、制度を試験的に行う上で小規模であることが望ましかったということもあろうが、一般に省都など大都市の基層法院は人員のレベル、事件の量・質いずれも高いことが要因であったものと思われる。

これに対し、大都市の中級法院や省レベルの高級法院にも「案例指導制度」が導入されている。これらは、高級法院に限ってみても、「20以上の高級人民法院（注：全部で31のうち）で文書を公布して案例指導を運用している」⁽¹⁸⁾と指摘されており、比較的早くに導入されたものとしては、天津市高級法院（直轄市であり省レベル）の「判例指導」（2002年）、江蘇省高級法院の「典型案例指導」（2003年）、そして四川省高級法院の「典型案例」（2004年）などが挙げられる。

これら各制度は、いずれも当該裁判所による「意見」「規定」「制度」等と称する規範的文書を根拠とするものとなっており、その文書に、「案例」公布の目的、性質および役割、「案例」選出基準・条件・範囲、案例の構造、そして掲載媒体や方法及び賞罰などについて規定されている。それを見ると、名称は様々であるものの、掲載媒体は法院の刊行物及びHP、掲載目的は管轄法院の指導・参考とされ、記載案例の形式は一般に①表題、②判決要旨、③事件の概要、④判決、⑤評釈、となっている。

(16) このように、当初「案例指導制度」は通用の名称ではなく、各地の法院でそれぞれ異なる名称がとられていた。現在名称の統一が叫ばれており、鄭州市中原区法院の制度についても、既に「典型案例指導制度」と改められている。

(17) 陳衛東 李訓虎「先例判決・判例制度・司法改革」法律適用2003年1-2期20頁。

(18) 楊力「中国案例指導運作研究」法律科学2008年6期40頁。

なお、これらの「**案例指導制度**」は、それぞれ管轄地区内の裁判所系統の指導を目的とするものであるため、「**案例**」候補事件の収集方法・範囲及び指導対象などは、基層法院と中級、高級法院では大きく異なることとなる。

2 「**案例指導**」の現状と理論

以上のように、「**案例指導**」は典型的・指導的「**案例**」の掲載された書物の出版という段階から、既に規範的文書による規定に基づく各地・各級の法院での試行、という段階に入っているわけであるが、その中で実務において様々な状況が出現し、これに対応して理論的な主張も展開されている。そこで、以下ではこれらの現状及び理論の検討を通じて、「**案例指導**」の現状を明らかにしたい。

(1) 「**案例**」と「**判例**」

上述のように、現在各地で行われている制度には、「**先例判決**」「**判例指導**」「**参関案例**」「**典型案例指導**」など様々な名称が冠されている。この点、「**中央集権**」を強調する国家で、規範的文書に基づいて同様の制度が全国的に試行される際、なぜその名称が統一されなかったのかは、とりわけ司法に関する中央と地方との関係を考える上で興味深いともいえるが、試行という性質上まず余計な前提を与えず、自由な試行の中でその功も罪も確かめることを優先したとするならば、これは賢明なやり方ということもできよう。

但し、やはり「**行き過ぎ**」を許すというものではないようである。上述のように、本制度の発端となった鄭州市中原区法院の「**先例判決制度**」という名称は、「**容易に分岐を招く**」ものとして、「**典型案例指導制度**」という一般的な名称に改められている。

さて、いずれにせよ、これらの名称の問題において論争の焦点となって

いるのは、「判例」と「案例」の違いである。中国においても、以前から「判例」という名称は用いられており、とりわけ「判例指導」を行う以前には、外国の制度または一般的な呼称として、「判例」を用いる記述も多くみられた⁽¹⁹⁾。

これに対して、中国の「判例指導」に関する論文・記述をみると、その多くが、制度の名称としては「判例」ではなく「案例」とすることが望ましい、としている。その理由としては、①「判例」とすると、英米法、特に英国における判例法との混同が生じる、②「判例」の概念には政治的要素が含まれ、社会主義・民主集中制をとる我が国の国情にはなじまない、③教育・伝播という点から考えれば、専門的・外来的色彩の濃い「判例」という用語よりも、一般的・日常的色彩の濃い「案例」という用語が望ましい、といったものが挙げられている。

このように、学説の大勢は「判例」との呼称を排する点で一致しているようであるが、これは何より「判例法」に伴う裁判官による「法官造法、法的発現」（法の創設、法の発見）といった側面を問題とするものであり、そのロジックは①と②を包摂するものと言える。すなわち、「判例」との呼称による「判例法」との混同→「法官造法」の承認→司法権による立法権の侵食→民主集中制への違背、という論理である⁽²⁰⁾。

このようなことから、各地の制度の名称も「案例」を冠するものが多くみられ、一般的な制度名称も「判例指導制度」、個別の裁判事例も「指導的判例」と称されることとなっている。もちろん、敢えて「判例指導」と

(19) 最高人民法院の蔣惠嶺氏は、「我が国がこれから設立する制度を『判例』と称することは何ら原則的問題はない」が、「不必要なパニックを引き起こすことを避ける」ため、「判例」という言葉が避けられた、と指摘する。蔣惠嶺・前掲注8・10頁。

(20) この点の意識は強く、たとえば北京市高級人民法院課題組「關於完善判例指導制度的調研報告」93頁では、『判例指導』が「現行法を超えるものではなく、立法形式の『法官造法』ではないことが、英米法系国家の判例制度とのもっとも重要な区別である」とされている。<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=288559>（HPはいずれも2009年4月16日確認）

いう名称を冠する天津市高級人民法院の例があるように、名称は未だ一致をみているとは言えないが、いずれにしても、所謂「判例」とは異なるものである、という認識は一致している。つまり、その名称にかかわらず、外国の「判例」制度とは異なる「中国特色的」な制度が「案例指導制度」なのだ、という認識なのであるが、それは「案例」について限定的で識別可能な基準をもたらずわけはなく、またぞろ現実に行われているものがとりあえず「案例指導制度」である、という結論を招くことになる。

(2) 抽象化と原文性

上述のように中国の「案例指導」は、まず最高人民法院の「公報」への掲載から始まり、刊行物等への掲載の広がりを経て、地方各級の法院での試行へと至っている。この経緯において、一貫して見られる特徴は、一般的ルールの抽出と原文性の軽視である。

この点、例えば「公報」には1985年から「案例」が掲載されているが、2004年以前の掲載「案例」には、判例の要旨をまとめた「裁判摘要」が掲載されていなかった。この2004年以降の「公報」上の「案例」における「裁判摘要」の掲載は、一般に大きな成果と受け止められている。また、上記「人民法院案例選」に関する最高人民法院の「通知」にも、「裁判要旨は案例の『眼目』であり、指導的案例の意義の所在である」として、「裁判要旨による新しい裁判規則の確立を確保する」ことが明確にうたわれている。

このように、「裁判摘要」等の判決要旨の部分は、「案例指導制度」の要と目されており、湖南省高級法院の鄧志偉氏などは、「公報」はじめ各出版物に掲載される「案例」いずれもについてその「指導的効力」を認めたくえで、これら「案例」の判決要旨の部分こそが、「総括、提示、抽象及び指導の機能を持つ」もので、「指導的案例のカギとなる部分とみなされている」⁽²¹⁾と評している。

ここで興味深く思われるのは、このような判決要旨に対する評価の高さ

が、裁判文書の原文への評価の低さを同時に伴っている、ということである。このような評価の低さは、上記鄧氏が2004年以前の「公報」掲載「案例」について、判決要旨が付されず多くが裁判文書の全文登載などであったために「裁判官の裁判方法、思考の道筋、司法理念などが長文の裁判文書の中に埋もれてしまい、必要な精練に欠け、より普遍的な適用価値を失ってしまった」とする指摘、そして上記最高人民法院の「通知」で「特に『裁判』の部分での説理が十分でない状況下」では編集担当者が改めて法的観点・解釈について評釈を行うよう指示していることなどからも明らかである。

さらに、もうひとつ特筆すべきは、このような判決要旨について、これを「司法解釈に相当するもの」とする考えが見られることである⁽²²⁾。これはまさに、上記のような「裁判要旨による新しい規則の確立」「普遍的な適用価値」、という認識に合致するものであるが、司法解釈と同視すべきかどうかについては見解が分かれている（後述）。また、「人民法院案例選」など、最高人民法院等の編集による他の出版物上の判例要旨には、同一事件の「公報」の「裁判摘要」とに少なからぬ違いがみられており⁽²³⁾、これをどのように評価すべきかについても疑問が残る。

このような「要旨」による抽象化は下級法院でも積極的に導入されており、下級法院の制度をみると、その位置づけは様々であるものの、例えば

-
- (21) 鄧志偉 陳健「指導性案例裁判要旨的価値及其實現—以最高人民法院公報案例為研究對象」法律適用2009年6期40頁。
- (22) 珠海市中級法院の董嶠 賀曉翊氏による「指導性案例在統一法律適用中的技術探討」法学2008年11期144頁では、「我國の指導的案例制度は最高人民法院が拘束力ある判例を公布するという形式で行使する司法解釋權と位置づけなければならない」と主張されている。
- (23) 例えば、「公報」2006年1期44頁の事例の「裁判摘要」は、行政機關の内部的行為についての訴訟が認められるかについての本件判示の内容を、「上級が行政命令の形式で行った下級に対する指示が、直接的外部的法律効果を生じるとき」としているが、「人民法院案例選」2006年3期411頁の同一事件の「要点提示」では、「上級行政機關の下級に対する指示が、当事者の權利義務に實際の影響を生じるとき」としている。

瀋陽市中級法院の「案例指導工作」に関する「意見」では、「指導的案例の裁判要旨は速やかに関連の政府部門、人民検察院に通知し、合わせて『法官說法』番組を用いてしっかりと法律宣伝をしなければならない」（7条1項）と強調するなど、自らの作成した「裁判要旨」に「指導的案例」から抽出された「普遍的な適用価値」を認めている。また、陝西省高級法院の「参閱案例發布制度」では、同「案例」の冒頭に置く「要点提示」を、「案例の法律論争の焦点またはその体现する法律問題を根拠として帰納された裁判規則である」（9条2号）と位置付けている。

もちろん、これらの判決要旨の採用とその重視という事実が、直接かつ必然的に原文性の軽視をもたらすとは限らない。しかし、上記いずれの「案例」に関する規定においても、「案例」候補となる裁判文書を作成した法院が、上級の要求に応じて原文を修正・整理したうえで提出し、上級法院の裁判委員会が審議の上「要求に合わないものは、通信編集担当に再度修正させる」（上記「發布制度」17条）といった念の入れようであり、そこに原文性などという意識はまるで見られていない。

なお、現在最高人民法院は判決書の原文を原則的に公開していくよう呼び掛けているが、これは「案例」の作成・編集とはまた別の問題である。根本的には、裁判官が判決書とは別に、より詳細かつ具体的な「卷宗」（訴訟記録）を作成してこれを法院の内部・上下で共有している、という現状が改善されない限り⁽²⁴⁾、判決書が公開されても、その「原文性」に大きな価値を見出すことはできないだろう。

(3) 「指導」—「案例」の拘束力

「案例」の拘束力については、これを「事実上の拘束力」とする見解が多数であると思われる。上述のように、これを司法解釈と位置付けて、そ

(24) 論者が中国の法官に行ったインタビューで、「日本の裁判所を訪問して、判決書ではなく裁判官が上級に提出または保管している『卷宗』を見て、彼らの判断過程の全貌を知りたい」との希望を出されたことがある。

れにふさわしい「法的拘束力」を認めるべきであるとする主張も散見されるものの、「案例」に関する規範的文書や各種「案例」掲載物などを見る限り、そこでは「案例」は一般に「指導」「参考」となるもの、とされるにとどまり、「法的拘束力」を付す根拠は見出されない。

地方の下級法院での試行を見ても、例えば天津市高級法院の「判例指導」に関する「若干意見」では、「判例は指導性を有するが、規定性を有しない」とされ、「判例」という名称をとりつつも、その効力は「指導」にとどまる、とされる。また、四川省高級法院や陝西省高級法院、そして成都市中級法院の関連規定には、法的効力についての指摘自体がみられない。さらに「案例制度」の先駆けとなった鄭州市中原区法院の「先例判決制度」は、名称を「典型案例指導制度」と変えただけでなく、その「暫定規定」において「指導的典型案例は、本院裁判人員の事件処理を指導するための根拠となるのみであり、法的拘束力をもつものではない」とわざわざ確認している。このことからわかるように、少なくとも試行の場面では、「案例」に「法的拘束力」はない、という点は当然の前提となっているように思われる。

これを前提として「事実上の拘束力」を考えれば、それは「案例」が正式な法源とはならないこと、すなわち一般的・抽象的なルールとして爾後の事件処理を法的に拘束するものではない、ということを前提とした拘束力であり、これが「指導性」と称されているものということになる。つまり、何らかの拘束力に、「規範性がない」、「法的拘束力を持たない」、さらには効力に関する規定を置かないなどの方法により制限を加えたもの、または何らかの拘束力からこれらの特徴を差し引くことにより消極的に表現されたものが、「事実上の拘束力」すなわち「指導性」ということになる。

では、この「指導」という概念はどのようなものなのだろうか。この点について、まず「案例」発展の経緯からみれば、従来のような単なる「参考」ととどまるものではない、すなわち、下級審が自らの必要に応じて任意に参照するようなものではない、ということになる。実際に、「案例指

導」の発展を主張する論文では必ずと言っていいほど、「5年改革綱要」における「案例」の「参考」としての役割が、「25」において「指導」の地位へと「昇格」したことが強調されている⁽²⁵⁾。

しかしそれが「拘束力」にどのような変化をもたらすのかということになると、やはり見解の一致は見られず、「指導」の説得性を重視する立場から、「説得力に類するものとして体现された『事実上の拘束力』」により各級法院の実践における「自発的遵守」が導かれる、という側面を強調する視点もあれば⁽²⁶⁾、「審級制度の存在により、下級法院の裁判官は自らの判決が上級法院で覆されるようなりスクを冒したくない⁽²⁷⁾」として、審級構造に「事実上の拘束力」を求める見解もあり、逆に「たとえ案例を参照しなくても、違法でもなく、特に説明する必要もなく、さらにならざる責任を負う必要もない⁽²⁸⁾」とする見解も見られるなど、「疑いなく、目下の案例の実践においてもっとも議論の多い問題となっている⁽²⁹⁾」のである。

各地での試行を見ても、「事実上の効力」に関する規定は様々であり、「指導性は案例における法律の正確な適用による説得力にある」（瀋陽市中級法院）とするものもあれば、天津市高級法院の「判例指導」のように、同種事件の「判例」があるのに管轄内の下級法院がこれを参照せずに事件を処理したときは、判決の状況を高級法院に書面で報告しなければならないと規定して、報告義務などを課すことにより法院系統の内部での指導・

(25) 何栩栩「中国式案例指導制度探究」法制与經濟2008年75頁は、「25」により中国は「『案例』が以後の法院の裁判活動を『指導』するものに高めなければならない」と指摘する。

(26) 袁秀挺「我国案例指導制度的实践運作及其評析—以『最高人民法院公報』中的知識產權案例為対象」法商研究2009年2期108頁。

(27) 聶昭偉「我国判例制度的建立」法律適用2004年5期14頁。同氏の所属は浙江省高級人民法院。

(28) 胡雲騰 于同志「案例指導制度若干重大疑難爭議問題研究」法学研究2008年6期7頁。なお、胡氏は最高人民法院中国応用法学研究所所長。

(29) 四川省高級法院の陳明国「我国案例指導制度建立的若干問題 以四川省高院為例」法律適用2008年11期85頁の指摘。

管理体制に依拠して「案例」の「事実上の効力」を担保しようとしていると思われるものもある⁽³⁰⁾。

いずれにせよ、「事実上の効力」が何を意味するべきかについては見解が大きく分かれており、最高人民法院による「規範的文書」の制定が待たれている。なお、この「効力論」同様、判決文中において「案例」を根拠として用いることができるか、という点についても争いがあり、大きくは、理由中での引用を可とする立場とどのような形での使用も不可とする立場に分かれているが、これも「案例」の効力論における見解の相違に対応するものといえよう。

(4) 「指導」の範囲と方法

ここまでの検討からも明らかなように、中国の所謂「案例指導制度」においては、従来「案例」の編集と公布が強調され、その整備が進められてきたのだが、それがどのように「指導」するのか、という点については未だ明確な基準が見られない。最高人民法院も、自らの編集による「案例」の「指導性」を強調するものの、どの部分が、どのように「指導」するのかを明確にしたことはない。

この点、本来「案例指導」が個々の模範的事例の紹介により、法律適用の「参考」を示す、というものであったことから考えれば、具体的な「指導」の範囲なり方法なりが示されないことも当然であったといえようが、「25」などにより「案例」の「指導」が再三強調され、制度化が試みられる過程で、その具体的な範囲と方法が重視されるようになってきたのである。

(30) 広東省高級法院の秦旺「論我国案例指導制度的構建和適用方法一以『最高人民法院公報』為分析樣本」法律方法与法律思维（法律出版社2007年）4期214頁には、「地方法院の探索の状況からみれば、…基本的なモデルは大同小異であり」「管轄内の裁判官は同種事例の審理においては『案例』を参照して判決しなければならず、参照すべきでないときは『案例』を公布した裁判委員会に書面で報告を行う」との指摘がある。

しかし、この範囲と方法の分析には、一つの大きな障害が立ちふさがっている。すなわち、上述のように、最高人民法院をはじめとした各級法院は、いずれも熱心に「案例」の編集と作成、公布を行っているのにもかかわらず、「案例」の利用法については明確に論ずることはなく、それどころか判決文書での引用を厳禁するなど、その利用について実例を検証することができない、という障害である。

この点、地方法院の規定も、「司法解釈の効力をもつものではなく、直接引用してはならない」（瀋陽市中級法院）と規定するなど、引用については概ね否定的であり、「案例指導」の試行状況の調査を行った北京大学の張麒教授も、「指導性案例の使用は任意性が高く」「目下全国の法院系統では…いかに使用または引用するかについて統一の規定がなく」「調査に応じたほとんど全ての裁判官が、指導的案例を使用したとしても一般には判決書には引用せず、また説明もしないと語った」⁽³¹⁾と指摘している。

このため、「案例指導」の「範囲」と「方法」は、検証というよりも模索というべきものとなり、畢竟そのやり方は、distinguishing technique や necessary fact など判例法系の概念を直接中国の「案例」分析に用いることを提唱するものや、「裁判要旨」など現状の「案例」構成部分と爾後の事件の対応する部分との比較、といったいわば提案というべきものとなっている⁽³²⁾。

もちろん、この範囲と方法の問題は、上記の抽象化と拘束力の問題に密接に関連している。蓋し、各「案例」掲載物が「裁判摘要」等の判決要旨の抽象化を進めるにつれて、その裁判規範としての性格はより鮮明になり、従うべきルールが明確にされてくるからである。このため、各地の規定と論文とを問わず、「指導」のあり方を模索する記述は、例外なく判決

(31) 張麒「指導性案例中具有指導性部分的確定与適用」法学2008年10期97-98頁。
なお、張教授はこのような案例の使用法を「隱含性使用」と称している。

(32) 前者について、楊力・前掲注17・40頁以下は、上記の判例法の方法基準を提唱するとともに、日本の判例を用いてレイシオ・デシデンタイの抽出方法を論じている。後者については、張麒・前掲注28・89頁以下参照。

要旨の「指導性」を強調するわけであるが⁽³³⁾、いずれにしても、何かどのように「指導」するのか、という点についても、最高人民法院の規定の公布が待たれる、ということになる。

(5) まとめ

このように、「案例指導」を取り巻く理論と試行状況は、最終的な制度の確立に向けて現在百家争鳴というべき様相を見せている。当初「案例」の編集と公布に置かれていた重点が、次第にその効力、そして爾後の判決の「指導」方法や範囲という具体的な運用へと移ってきたことも、制度の実現を踏まえたものということができよう。

ただ、このような理論と試行状況には、既にいくつか懸念すべき問題が浮かび上がっており、それは「案例指導制度」の機能に影響を及ぼしかねないと思われる。そこで、以下ではこれらの問題について検討し、あわせて「案例指導制度」の可能性について展望してみたい。

3 「案例指導」の問題と可能性

(1) 権威と実用のジレンマ

「案例指導」の現状においては、理論・実務において様々な立場・方法がみられる。もちろんその背景にはやはり様々な原因があるわけだが、分岐の重要な要素となっているのは、「上」の権威と「下」の実用、ということにあると思われる。

まずこの権威については、「案例」がどのような「指導」または「拘束力」を発揮するかについての立場の違いにかかわらず、その実効性確保の

(33) 最高人民法院中国応用法学研究所の胡雲騰所長は、各種「案例」書の掲載方法を例にとり、「我国の司法実践では、裁判要旨または裁判規則に十分な熱情を傾けている」として、「指導的案例の指導的価値を抽出し、指導的案例の裁判要旨または裁判規則を形成する」ことを「指導方式」として提唱する。胡雲騰等・前掲注27・12頁。

ための共通の前提であるかのように、到る所でその必要性が叫ばれる。考えてみると、既に全国の各級法院がその判決文書をネット上で公開する傾向が広がっている中で、「案例指導」の制度化がこのように注目される理由は、それが最終的には最高人民法院の権威に担保されているというところにあるだろう。中には、「案例」が最高人民法院のどの組織による編集・発行かにより、その権威の「高低」、ひいては「指導性」の程度を論ずるものも見られるなど、権威への傾倒はある種極端なほど顕著になっている⁽³⁴⁾。

しかし、この権威という側面に対し、「案例指導」には実際の必要も強く主張される。とりわけ、日常的に事件処理に接する下級法院に依然として「素質」の問題が叫ばれる現状で、法院の上下または内部で処理を一定にさせるため、頻出・典型事例の処理基準を「案例」を通じて明確にしておきたい、という要請は強い。しかるに、最高人民法院公報の「案例」は、主に下級法院の既済事件を選択・編集して掲載したものではあるものの、掲載「案例」の「指導性」を重視すればどうしても一般的・抽象的なものが選ばれようし、また質を高めようとすれば技術的な問題に傾斜せざるを得ず、畢竟下級法院の現場のニーズに適應するものが少なくなることになる。

このため、現在「案例」の「権威性」を叫ぶ主張の中にも、各地の高級法院、ひいては中級、基層法院も、それぞれの必要に応じた「案例指導」を行うことを許容すべきとする見解が広くみられている⁽³⁵⁾。それは必然的に、「指導性」のある「案例」については、これを最高人民法院の選に

(34) 「公報」掲載の「案例」について、98年から最高法院裁判委員会の選ではなくなったため「権威性が低下した」といった指摘が見られる。楊力・前掲注18・26頁注①。

(35) 曹璐「略論我国案例指導制度的構建」は、案例の作成・公布主体に関して「各級法院にいずれも先例作成・公布の権力を認める」学説を第一の観点として紹介し、これに賛同する <http://www.east124.com/dongfangfz/node16/ula23973.html>。

よるものに限るべき、とする見解との対立を招き、さらには編集・選出機関の権威に対応した「案例」の効力の質・範囲の別などについての対立をもたらすこととなる。

さらに、このことは同時に、「案例指導」の規定において、推進元である「上」と試行の現場である「下」とのズレも招いている。上述のように、「案例指導」の拘束力や範囲が定まらないのは、突き詰めれば最高人民法院の関連の文言がごく曖昧かつ一般的であるためであるが、「参考」として提示する側は、実効性をその背景にある権威により担保するため、詳細な検討・分析などは必要がない。これに対し、「下」の側からすれば、「上」が明確に定めていないことに大胆に踏み込むようなことは自らの首を絞めかねず、「触らぬ神に祟りなし」との結論に至り、結果として「案例」について判決書での引用は一切禁止するといった規定をおくまでになるのである。

このように、「上」の「権威性」による「案例指導」の実効性確保と「下」の「実用」に応じた「案例指導」の有用性確保とは、その重点の置き方に応じて、「案例指導」の制度化の姿・方向を決定づけるものといえる。この点、各級法院は自らの管轄内の人大・政府の規定についてのみ拘束力ある「案例」を公布することができる、との主張もあるが⁽³⁶⁾、「案例」は司法解釈ではなく、また管轄内の国家機関の制定した法規の適用にとどまる事例などが果たして都合よく見つかるのか、またはそのような分離・抽出が可能なのか甚だ疑問であり、何よりこのような限定は、日常・頻出事例の処理基準の一定化という下級法院の「案例指導」利用目的にそぐわない。

いずれにしても、最高人民法院の規定が権威と実用にどのようなバランスをおくかが注目されるところであるが、考えてみると、「権威性」と言っても「公報」記載「案例」はそもそも下級審の判決であり、それ自体に

(36) 胡雲騰・前掲注28・14頁。

は当初「権威性」が伴ってはいなかったはずで、その「権威性」は要するに「上」の選出と編集による「公認」行為にあるということになる⁽³⁷⁾。編集後に付された「裁判摘要」が「案例」の要とされ、「指導」の核とされることに如実に現われているように、各法院が自らの賢慮と論証よりも「上」の権威に縁りすぎるのが、自身の権威と説得力にどのような影響を及ぼすか、という点は疑問に思わざるを得ない。

(2) 司法行政とルールの潜在化

このような権威による「案例」の実効性確保については、上述のようにこれを「上級審で覆されるリスク」に結びつける考え方も見られるが、より効果的なのは明に暗に行われる司法行政による統制であろう。

中国の所謂「司法の独立」は、それ自体についての疑義はともかくとして、少なくともそれは「裁判官の独立」ではない。個別の裁判についての法院内の裁判委員会による審議、各廷長、正副院長による審査、さらには上級への個別事件についての「請示」(具体的事件処理についての指示願い)や、上級からの一般的事件処理基準の指示など、「司法行政」の問題はかねてから強く批判されている⁽³⁸⁾。

このような構造については、「5年改革綱要」「25」などでも改革が叫ばれ、一定の改善を見ているとされるものの、「案例指導」の現場では、このような「司法行政」の問題が懸念または批判されるどころか、その機能が重視され、「案例指導」推進の重要な手段とすら考えられているのではないかと疑わせる面がみられる。

(37) この点、川島博士はかつて最高裁の判例集編纂の在り方を、「先例とする価値ありと自ら認めて選択しそれを『先例』とする意図のもとに『判例集』に収録して交換したものが『判例』(『裁判上の先例』という意味での)とされるのだ、とする考え方を「いわゆる『公認理論』」として批判する。川島武宣作品集第5巻190頁。

(38) 郭道暉「実行司法独立与遏制司法腐败」信春鷹 李林編「違法治国与司法改革」(中国法制出版社1999年)85-86頁など。

例えば、天津市高級人民法院の陳燦平氏は、「案例」の「事実上の拘束力」の中核に「司法管理の面での懲罰または紀律処分の危険」を掲げ、『「指導的案例」に違背した場合の管理性懲戒措置』として、「上級または同級法院の裁判委員会が司法管理性指示または警告を行い、合わせて裁判官の目標管理・考査基準とリンクさせる」べきであるとして、「指導的案例への注意を怠ったことにより裁判結果が不公正となったときは、『司法管理性行政処分により、誤審事件として法的手続きにより処分される』と規定すべきである」とまで述べている⁽³⁹⁾。

このような「司法管理」の意識は、より下級の法院においては一層徹底される。基層法院での「案例指導」の状況について報告する文書では、現在改判・破棄差戻し事件が点数化・成績化されているが、「案例指導」により同種事件の裁判委員会での討議を徹底した結果、改判率・差戻し率が大きく下がった、と絶賛する。そして、同記述はさらに、「案例指導活動展開のための基本的方法」において、「上級法院の案例指導意見を適用する」として、頻出・難事件について市の中級法院が「医療紛争事件審理についての意見」「学校内負傷事件審理についての意見」などと称する「十余りの指導意見」を出しており、これが「規範的意見」として「すでに基層法院裁判官の事件処理における重要な根拠となっており、『引用できない司法解釈』と称され」「極大な歓迎を受けている」とまで述べているのである⁽⁴⁰⁾。

現状からみれば、「案例指導」は上級または同級の「司法管理」の強力性によりその実効性が担保されているようであるが、問題は、「案例」のどの部分が「指導性」を持つかについて全く基準がない中で、誤審事件処分や指標化・成績化を通じて「案例」の「適用」が強制される、という

(39) 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3期101頁。

(40) 引用はいずれも瀋陽市和平法院の宋坤赤氏による「開展案例指導工作 提高審判質量和效率」http://www.hpc.gov.cn/admin/news_view.asp?newsid=87 (2009年4月16日確認)

ころにある。そうすると、指標・成績を問われる下級法院からすれば、畢竟判決前に上級に伺いを立てる「指示願い」を活発に行わざるを得ない。しかも、誤審認定は必然的に結果主義とならざるを得ないが、その「結果」とは要するに上級審での改判・差戻しである⁽⁴¹⁾。これはなおさら下級審の上級頼みを加速させ、結果として「案例」に基づいて上級法院が「引用できない司法解釈」を制定することが「極大な歓迎を受ける」、という異常な状態に陥ってしまうのである。

このように、「案例指導」は「各方面からの干渉」を排するという効果を上げるよりも、むしろ数値目標の追加による管理の強化と上級への依存につながっているように思われる。そして、このような管理が往々にして「潜規則」(暗黙のルール)となっていることも明らかである。「案例指導」が、従前の司法系統の体質・構造を改めることを期待されるのと裏腹に⁽⁴²⁾、このような体質・構造に依拠し、さらにそれを強化する方向に作用していることは皮肉と言わざるを得ないが、法院内及び上下の「監督・指導」が明確に制度化されている現在の構造において、「案例指導」は新たな指標として「指導対象」となるのは当然であり、またこれに依拠しなければ推進が難しいことも事実であろう⁽⁴³⁾。

(41) 陳有西「法官責任的制度選択」は、『誤審追及制』強調の結果、「上級による改判または差戻しさえあればすなわち誤審とされる」として、これが「事前の内部での指示願い」などの異常な状態を「普遍化させている」とする。
<http://www.xblaw.com/news.asp?nid=3823>

(42) この点、張麒「論尋找指導性案例的方法 以審判經驗為基礎」中外法学2009年3期468頁は、「案例指導」に関する調査の結論として、「現行の体制上の原因により、中国の裁判官が指導性案例を用いるとき、…往々にして彼らの上級指導層に対応する必要がある。それは、延長、院長、裁判委員会、政法委員会及びその他の責任者である」としながらも、結論としては、「案例指導」により「裁判活動に対する各方面からの干渉に対応ひいては減少させることができる」とするが、現状を見る限りこの結論については肯首しかねるところがある。

(43) 楊力・前掲注18・25頁は、上級法院への指示願いという慣行を用いることにより、「案例指導」を行うことが「コストの最小化」と「実体正義の追及」という要求にかなうものだ、と主張する。

いずれにせよ、この事態を改善することが、今後の「案例指導」の制度化において不可欠であることは明らかであるが、それには現在の司法行政と法院内外の構造の徹底的改革が必要となり、その実現は期待薄である。

(3) 「法官造法」と司法解釈の矛盾

上記の基層法院裁判官は、下級法院で頻出する処理の困難な事件については、上級法院が一般的・抽象的な「処理意見」を出しており、このような「引用できない司法解釈」に基づいて判断がなされている、と指摘していた。このようなやり方がどの程度の広がりを見せているのかは定かではないが、少なくとも一部の「案例指導」の試行現場に、「案例」による「指導」を超えて、「案例」に基づいて抽出された一般規則の「制定」と「適用」という様相が現れていることは確かである。

このような下級法院におけるルールの「制定」と「適用」というべき活動は、昨今特に活発化している。それが特に顕著なのは、刑事事件の量刑に関する基準である。中国では犯罪認定における「定量論」がとられており、規定上被害額等に応じて量刑の範囲が分けられているのであるが、その範囲内での幅、さらには法定・酌量による刑の加重・減輕の幅についての裁量をも統制するべく、現在各地・各級の法院では犯罪の内容や情状に応じた量刑の細分化が行われている。たとえば、江蘇省泰州市中級法院の定めた量刑指導規則では、「刑罰執行後または釈放後1年以内に再び犯罪した者は50%の加重」(13条)、「身柄拘束中に他人の重い犯罪について司法機関に明らかにしたときは15%の減輕」(20条)といったように、量刑についての裁量について細かく定められており、管轄内の法院が従うべき基準として示されているのである⁽⁴⁴⁾。

(44) 2009年9月18日放送の中央電視台「今日説法」が、同法院を含めた地方の法院での実践を詳しく紹介するが、同番組でゲストの専門家がこのようなやり方を賞賛していることから見れば、これは既に中央の同意を得ているものと見るべきであろう。

このように、現在中級法院等が「制定」し、同級および下級の法院において「適用」される「司法解釈」には、内部的なものと外部的なものがあるようだが、いずれにしても、これは「司法解釈」があるのに「案例指導」が必要とされるとする理由、すなわち具体的な事例による「指導」を通じて「司法解釈の漠然性」を克服し、「具体的な事件事実に基づいて法律規定の意味を解釈する」⁽⁴⁵⁾という理想とかけ離れている。しかし、それ以上に問題なのは、「案例指導」を推進する際に、これが「法官造法」ではないこと、つまり司法が立法の領域を侵害するものではないことが強く主張されていたのに、もう一方では「法官造法」というべき事態が容認ひいては推進すらされていることである⁽⁴⁶⁾。

もちろん、そもそも最高人民法院の行う司法解釈こそが抽象的・一般的ルール制定の最たるもので、実質的に見れば明らかに司法が立法作用を行うものと言わざるを得ないが⁽⁴⁷⁾、「司法解釈」なる権限が法律上認められている以上、少なくとも形式的には違法とは言えない⁽⁴⁸⁾。しかし、下級法院の一般的・抽象的ルールの制定にはそのような法律上の根拠すらない。それどころか、下級法院による「司法解釈」は最高人民法院により厳禁されており、「案例指導」が具体的な事例の提示にとどまらず、一般的・抽象的ルールの制定にまで至ることは明らかに違法である⁽⁴⁹⁾。これ

(45) 引用箇所は郭哲 張双英「案例指導制度法律統一適用的中国話語—以『同案同判』契入」2008年12期206-207頁。

(46) 上述のように、川島博士は最高裁の判例形成のあり方について、事実上最高裁が立法を行う「世界に例を見ない公認理論」として激しく批判するが、より徹底した「公認主義」をとる中国が法院または裁判官による立法を完全否定しているという事実は興味深い。川島武宜作品集第5巻315頁参照。

(47) 浙江省高級法院の聶昭偉氏は「司法解釈体制」が「立法権に対する最大の侵害である」として正面から批判する。聶昭偉・前掲注・15頁。

(48) 但し、形式的にはともかく、実質的には人民法院組織法33条に認められた「裁判過程における法律の具体的適用問題について行う解釈」の範囲または限定に違反している、という批判は強い。李仕春「案例指導制度的另一条思路—司法能動主義在中国的有限適用」法学2009年6期66頁。

(49) 1987年「最高人民法院の『地方各級人民法院が司法解釈の文書を制定しては

に対しては、上記「司法解釈」の例外にあたる、すなわち「裁判の実践で面した具体的な問題について」「経験総括的文書を事件処理の参考として供している」にすぎない、という反論もあり得ようが、これは上記のような実際の規定内容および実務の認識とかけ離れている。

とはいえ、制度上最高人民法院に「司法解釈」の権限が認められ実質的に広く立法を行っており、また従来から各級で広く「指示願い」と「内部指示」、さらには一般的ルールの提示による問題処理を行ってきた司法系統にとって、その合法性はともかく、事件ごとに上級の個別的な指示を仰ぐより、事前に一般的な基準を示してもらったほうが望ましい、と考えるのは、ある意味当然であるともいえる。この背景には、全一体として分離・対立の否定される権力構造下で、「安定」「調和」が何よりも優先され、その結果、治安・秩序に影響するような重要な問題はすべて不可視的な指導・管理による事前の調整にゆだねられている、という構造ないし慣行が見え隠れしている。

上述のように、「案例指導」の効力確保のためにそれを「司法解釈」と位置付けることを主張する記述が裁判官を中心に少なからず見られているが、ここには一体的構造による司法の感覚の麻痺、つまり「審判者が同時に立法者となる」ことへの警戒の欠落若しくは習慣化というべき状況が如実に現れている。司法にとどまらず、より抜本的な統治構造の再考・再編が求められているといわざるを得ない。

(4) 「同案同判」の猛威と司法改革の行方

このように錯綜と矛盾を呈する「案例指導」であるが、この「案例指導」はそもそも「同案同判」、つまり同様な事件が同様に処理されることを求めて推進されたものである。まさに、最高人民法院の行った「案例指導制度調査研究」の責任者を務めた劉作翔氏が、「我が国はなぜ案例指導

ならないことについての回答」は、「地方各級法院はいずれも司法解釈的文書を制定してはならない」とする。

制度を行わなければならないか」と題する論文において、「最初の、直接的な原因は、ここ数年中国の法院の判決において出現している相当多数の『同案不同判』状況である」⁽⁵⁰⁾（『 』は論者が付したもの）とするように、実務・理論を問わず、「案例指導」の必要性を論ずる記述ではほぼ例外なく「同案同判」がその目標として最重要の地位に置かれている。考えてみれば、詳細な量刑基準のルール化や「指示願い」に基づく事例処理なども、「同案同判」という目的において一致すると言えるのであり、現在法院の改革の方向はこの「同案同判」の要求に強く影響されている、と言っても過言ではない。

この「同案同判」の強調に関して、注目されるのはそのメディアでの扱いである。特にここ最近、テレビでの法律宣伝番組や討論番組、ニュースやドキュメント、そして視聴者参加番組など、「同案同判」を題材とする番組は枚挙にいとまがない。これには、ATMの故障を奇貨として多数回にわたり預金額をはるかに超える現金を引き出したという行為が、同様に「金融窃盗罪」と認定されながらもその量刑に甚だしい差（無期と5年）が出た事件や、酒酔い運転で同様に死者が出た事件について死刑判決（1審）と懲役3年という違いが生じたことなどをきっかけに学説・世論が盛り上がったという理由もあるが⁽⁵¹⁾、メディアの性質、とりわけ中央電視台が積極的にこれを報じていることから考えれば、「同案同判」は一種の官製キャンペーンと見ることもできよう⁽⁵²⁾。

いずれにせよ、「案例指導」は「同案同判」の目的、すなわち直接的に

(50) 劉作翔「我国為什麼要实行案例指導制度」法律適用2006年8期5頁。

(51) 例えば前者については、中外法学2009年1期が100頁以上を割いて「許霆案的規範与法理分析」と題する特集を組んでいる。後者については、2009年8月18日放送の中央電視台の人気トーク番組「新聞1+1」が、正に「同案不同判：情理？ 法理？」と題する番組を放送している。

(52) この点、羅源「新聞監督的思考」（趙中頡編「法制新聞与新聞法制」法律出版社2004年107頁）は、「政府による指導・統制を受ける」メディアが「行政よりも司法の監督においてより大きい自由と独立性を持つ」ため、メディアの司法監督は「社会のガス抜きバルブの一つとなっている」と指摘する。

は類似事例の処理における不公平・不公正の防止というところにあるのだが、ここで疑問に思われるのは、では何をもって「同案」であるとするのか、という点である⁽⁵³⁾。上述のように、現在の「案例指導」ではどの部分がどのように「指導」するのかは全く不明確であり、理論的な探索がなされているにとどまるものの、その現状を見る限り、そこからは「同案」認定における一つの方向性がみてとれる。すなわち、まず「権威的案例」については「裁判摘要」部分の抽象化を徹底し、その基準を一般ルールにまで高めることにより、「同案同判」としての基準適合性を失わせる。同時に、下級法院の事件処理の現場においては、事例についての指導・監督及び詳細な基準の定立による管轄内事例処理の均一化を徹底し、まさに「同案」についてのオートマティックな「同判」を実現する。このようにして、全国で「権威的」かつ「抽象的」な「規範」による「指導」を実現し、各地では「合理的」かつ「具体的」な「同案」による「同判」を実現しようとするのである。

「案例指導」の漠然性の維持と地方ルールの事実上の承認という現状は、このような方向を明らかに示している。確かに、現在「同案同判」が主に刑罰に関して論ぜられ、地域の治安・秩序に関わること、さらに重大な犯罪でも一般に省レベルの高級法院が終審となることを考えれば、少なくとも地方ルールの徹底は至極当然の選択といえるかもしれない。しかし、このようなやり方は違法の疑いが強いだけでなく、「5年改革綱要」[25]で進めてきた改革、とりわけ司法行政構造の改善と審理にあたる裁判官への内外からの圧力の解消、という目的に違背するものである。

ここで浮かび上がるより重要な問題は、そもそもこのような「同案同

(53) 前述の「今日説法」では、近隣で近接時期に発生した同様の交通事故について、歩行者等1人が死亡し、歩行者側に同様の過失があり、警察により加害者側の責任が大と認定された数件の事件を「同案」とし、その刑罰に3倍もの差（6月から1年半）があることを問題としていた。なお、このように「同案同判」問題は主に刑罰に関して論じられているので、「同判」の問題は比較的明確である。

判」は絶対に実現しなければならないことなのか、また、なぜ中国において「同案同判」がかくも強く主張されるのか、ということである。それに対しては、中国では随分長い間、司法への不信・司法の権威の失墜、という状況が絶えず指摘され、「同案同判」もそれへの対応策、または解決策とされるからだ、という答えが一般に示される。しかし、当事者の主張を全く意に介さず、判決で十分な説得・感服を行わないという現状のもとで⁽⁵⁴⁾、ばらばらな硬直的ルールを乱立させることにより、「失われた権威」「信頼」を取り戻すことができるのだろうか。また逆に、独立した司法・裁判官が、当事者の主張・挙証に真摯に答えた結果としての判決が、「権威的判例」や他の法院の事件と異なるとしても、それが公正を害するもの、または真に公平でないものといえるのだろうか。

司法の「素質」や「権威のなさ」、そして「民衆の不信」を理由にして、裁判官を硬直的で詳細なルールで縛ることは、その「素質」の醸成を妨げ、「権威」を失墜させ、結果としてさらなる「不信」を招きかねない。「判例指導」について掲げられる理想や目標が、どのような「同案同判」を指向しているのか、ひいてはどのような司法をその担い手とすべきなのか。このような視点から、「判例指導」のあり方と「同案同判」の是非を考え直すことが、現在の急務である。

おわりに

上述のように、「判例指導」の制度化は、最高人民法院の「人民法院改革5年綱要」および「25」の記述を根拠に推進されてきたのだが、現在それは曲がり角に来ている。2009年3月に出された「35」は、これまでの司

(54) 北京大学の陳瑞華教授は、上記「許霆案」について、法院が筋の通った弁護意見に何らの反応もせず、逆に弁護側・検察側が全く主張しなかった事項を前提にして判決を行うなど、「とても心服できない裁判を『国家権力に依拠して』行っている」と指摘する。陳瑞華「脱繮の野馬 從許霆案看法院的自由裁量權」*中学法学*2009年1期81頁。

法改革の方向性、すなわち裁判委員会及び上級法院による過度の干渉を排し、個々の事件処理における裁判官及び合議体の権能及び独立性の向上を進める、という方向性を転換し、秩序維持と統治の一体性の強化を前面に押し出して、党・人大・政府による法院に対する指導・監督の徹底と、法院系統内の上級及び裁判委員会による監督体制を再度強化する意思を明らかにしている⁽⁵⁵⁾。同時に、これまで「5年綱要」「25」でその規定が次第に拡大してきた「案例指導制度」については、「35」にはまったく規定が見られず、「量刑指導」による裁量権の統制が強調されるのみとなっているのである。

これに対し、地方での「案例指導制度」については新しい動きがみられている。8月に、広東省高級法院で「案例指導制度」の改善が進められ、上級法院が「確認のうえ公布した案例」については、爾後「管轄区内の法院における同種事件の処理において拘束性を持つ」とのニュースが一斉に報道されたのである。中央電視台などで全国への報道が大々的に行われたという状況から見ても、このようなやり方が、試験的な段階ではあれ今後の一つの方向性として示されたといえる。

このような一見矛盾した現象は、最高人民法院が作成するとされた「案例指導制度」規定にどのような影響を与えるのか。現在草案が作成され、公布に向けての準備が進んでいると指摘されているが⁽⁵⁶⁾、そこにどのよ

(55) 「35」の二、(一)7では、「上級人民法院による監督指導活動メカニズムの強化・改善」に加え、上下での「破棄差戻し事件の連絡・協調制度」「上級人民法院への指示願い・報告制度を規律あるものとする」と規定されている。

(56) 李仕春・前掲注48・59頁には、2009年3月に最高人民法院副院長が行った「案例指導制度は今年審判委員会で審議され、可決すれば全国で行われる」との発言が紹介されている。この点、樋口陽一は日本の憲法判例のあり方について、条件ないし環境が変わる展望もなしにありうべき積極的側面だけに期待をよせるべきではないとして、拘束力があくまで「事実上」のものであることを強調する定式を主張する。文脈の違いはあるものの、傾聴すべき観点であろう。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」)(1986年有斐閣)700頁。

うな「指導性」が認められ、「拘束力」が与えられるのか。現在のところ、「案例指導制度」は、下級法院による各地での法適用に関する詳細なルールの設定とそれによる「拘束」という慣行の延長に位置づけられるものと思われるが、その合法性及び論理性の疑義は解消されるのだろうか。

このような疑問は、今後制度化が着々と進むとされる中で、一定の答えが出され、それがまた更なる批判と疑問を生み出すことであろう。今後の裁判事例研究においては、このような問いをくり返しながらか、一つ一つの事例について考察していかなければならない。

いずれにしても、規範的文書によりどのような「案例指導制度」が打ち立てられるにせよ、審理過程において当時者の主張が尊重されず、その提起した議論に対して法院が真摯な対応も見せず、一方的に簡単な判決を吐き出して終わってしまうという現状では、そのような判決が「案例」として如何に編集・修正され上級により権威づけられたとしても、人々がそれに服するとは考えにくく、またそれに従うべき何らかの正当性を見出すことも困難であり、さらにこのような「案例」に基づく裁判により「司法の信頼」が再構築されるとも思われない。

現在、訴訟法の改正が議事日程に挙げられているが、そこでは「誰の、誰による、誰のための裁判なのか」という視点に立った全面的な規定の見直しが求められているのであり、それは「案例指導制度」についてもまったく同様である。当事者の主体的な訴訟活動を通じた対話・協働の結果としての判決がオリジナルとして尊重され、その中から生きたルールが導き出されていく。それこそが、「案例指導制度」に求められるあり方であり、「司法の信頼」の基礎であるということが、再認識されるべきであろう⁽⁵⁷⁾。

(57) 結論を導くにあたり、田中成明「法の考え方と使い方」(大蔵省印刷局1990年)に多くの啓発を受けた。特に、271～282頁。