

# 研究ノート

## 社会主義憲法の動向

### ——中国における違憲審査制に関する議論について——

エレドンピリゲ  
額尔敦畢力格\*

- はじめに  
問題の所在  
I 中国における法治国家論の提唱  
II 憲法監督制度の現状  
III 人民法院の審理における憲法適用の経緯  
IV 違憲審査制度の設計をめぐる議論  
V 行政訴訟法—憲法訴訟の突破口  
結語

#### はじめに

冷戦の終焉及び旧ソ連・東欧諸国での体制転換にともなって、第二次世界大戦後以来の憲法制定ラッシュがおき、違憲審査制が広く導入され、西側の価値にとどまっていた「立憲主義」が採用されるに至り、「立憲主義」はグローバル化しており<sup>1)</sup>、「違憲審査制革命<sup>2)</sup>」が生起している。同時期において、アジア地域でも韓国、モンゴル、台湾といったいくつかの権威体制国家が民主化され、違憲審査制の導入を果たし、違憲審査の第三波<sup>3)</sup>という状況にある。

本稿の目的は、上述のような国際的な背景の下で、いわゆる社会主義国家として現存している中国における憲法理論の動向<sup>4)</sup>を検討することにある。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第8巻第2号2009年7月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- 1) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（2001年、日本評論社）2頁。
- 2) 樋口陽一『転換期の憲法?』（1996年、敬文堂）162頁。
- 3) Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge U. Pr., 2003) at 90. ギンズバーグによれば、違憲審査制は三つの波において、世界中に広がったという。その第一波は、アメリカとそれを構成する諸州による違憲審査制の導入であり、第二波は、第二次世界大戦直後に書かれた憲法による違憲審査制の導入である。そして、違憲審査制の第三波は、近年における旧共産主義国家と民主化された国々による違憲審査制の導入である。

## 問題の所在

中国現行憲法は1982年に成立した。現行憲法監督制度は憲法制定時確立された制度である。文化大革命期における民主主義制度に対する破壊、権利・自由に対する恣意的な剥奪により起きた悲劇に対する反省として現行憲法監督制度を設けた。しかし、憲法監督制度は、その機関の構成、権限、権限行使の手続、違憲訴訟提起の主体等に関して規定が存在しない。故に、多くの現実的な問題に直面する際、その無力さを表しており、現行憲法監督制度は違憲審査制であると観念するに程遠い制度である。しかし一方で、違憲審査権を持たない人民法院は具体的事件を審理する際、やむを得ず違憲な法律と遭遇している。

中国は改革開放政策を実施して以来、経済が目覚ましい発展を見せた。そして、憲法も近年において、頻繁に改正されるようになってきている。当初、多くの学者は

- 
- 4) 日本において、中国憲法に関する優れた研究は数多くある。その中でも憲法保障に関する研究としては、管見の限りでは以下のものがある。中国が憲法保障の理論と現実の両面で直面している隘路を検討し、その究極の隘路は共産党の意志次第であるということ を明らかにする、土屋英雄「現代中国の憲法保障—構築と隘路(一)」筑波法政第42号(2007年)1-32頁、同「現代中国の憲法保障—構築と隘路(二)」筑波法政第44号(2008年)1-26頁。また、司法権の独立と中国共産党との関係を分析する、冷羅生「中国現行憲法と共産党政策の関連性について—中国違憲審査制を保障するため」千葉大学人文社会科学研究第14号(2007年)170-178頁。齊玉苓案を手がかりに中国における憲法訴訟の可能性を分析する、但見亮「齊玉苓事件のインパクト—中国における憲法訴訟の展望」比較法学第37巻2号(2004年)69-117頁、小口彦太「中国で裁判官が憲法適用することについて—齊玉苓事件を手掛かりにして」比較法学第41巻1号(2007年)37-65頁。中国の現行憲法監督制度を分析する論文としては、西村幸次郎「中国の憲法監督」比較法学第20号(1986年)1-25頁、鹿嶋瑛「中国における憲法保障—現行82年憲法下における憲法監督制度を中心に(一)」法学研究論集第20号(2004年)1-25頁、鹿嶋瑛「中国における憲法保障—現行82年憲法下における憲法監督制度を中心に(二)」法学研究論集第21号(2004年)1-18頁、華夏(崔延花訳)「講演 中国における憲法の「実施保障」問題について」比較法雑誌第39巻1号(2005年)51-64頁。中国憲法の実施において共産党の役割を肯定し、憲法の実施に対する根本的な保証は憲法に規定された憲法保障制度に頼るだけでなく、憲法のもともとの擁護者である広大な人民の力に頼らなければならないという見解を示す、趙友琦「中国の憲法保障制度」法学志林第82巻1号(1984年)107-119頁。最近の中国における違憲審査制に関する議論を分析する、鹿嶋瑛「中国における憲法保障—違憲審査制の制度改革をめぐる議論を中心に」法学研究論集第28号(2008年)1-16頁、また洪英「中国の憲法監督制度について—外国との比較的研究」大阪経済法科大学法学研究所紀要第32号(2001年)163-190頁。経済改革と法治国家構築に伴って、違憲審査制を導入する制度的条件は整いつつあるという見解を示す季衛東「違憲審査制をめぐる法と政治」ジュリスト第1258号(2003年)65-75頁等。

経済が発展すれば、人民の権利意識が高まり、政治改革をもたらすであろうと認識していた。従って、経済の発展を憲法改正と違憲審査制の導入と結び付けて論じることが多かった。また、近年中国で盛んに行われている違憲審査制の設計・導入を主張する諸議論は、何のために違憲審査制を設置するか、そして違憲審査制の目的は何かをあいまいにしたままに論じられているように思われる。本稿は、いわゆる社会主義国家として生き残っている中国における憲法理論の動向を整理することで、特に違憲審査制の設計・導入に関する議論が、違憲審査制の目的—「立憲主義」とは、「権力は縛られるべきだ」という単純なたぐいのものではなく、権力=多数者によっても侵しえないものとしての「人権」という観念と、それを担保するための違憲審査制という装置を内容として持っている<sup>5)</sup>（傍点は引用者）—を正面から論じることが少なく、専ら制度設計に集中しているという状況を明らかにしたい。

本稿の構成は、まず中国の現行憲法制度及びその憲法監督制度に関して概観する。次に、人民法院の實踐において、憲法に言及した裁判例に関して検討し、最後に、最近の憲法訴訟に関する議論を取り上げる。

## I 中国における法治国家論の提唱

### 1 「人治」から「法治」への転換

中国の法秩序の原点となっているのは現行憲法第5条の「国が社会主義法制の統一と尊厳を維持する。すべての法律、行政法規は憲法に抵触してはならない。すべての国家機関、武装力量、各政党と各社会団体、企業事業組織は必ず憲法及びその他の法律を遵守しなければならない。すべての憲法及びその他の法律に違反する行為は、これを追及しなければならない。如何なる組織及び個人も憲法と法律を超越する特権をもつことはできない。」という規定である。80年代に入ってから中国において、改革・開放の政策によって、社会は急速に変貌し、従来の計画経済から社会主義市場経済への移行を背景に、「人治」から「法治」へ転換する法制度の整備が始まり、法治国家の観念も、ようやく中国に根付いた。

5) 阪口・前掲注(1) 2頁。

現行憲法の制定前後、社会の基本的法律の制定、司法機構の確立などの作業が急速に進んだ。たとえば、刑法、刑事訴訟法、行政訴訟法などである。中国が成立してから何十年も「党の支配」・「人の支配」という秩序が続き、個人の精神的、財産的基本的権利が十分に保障されず、国民に安心、安全な生活を営む環境が提供されなかったこと、国家にとっては政治闘争や階級運動が続き、国力の低下などの諸事態に対する改善策—支配方法の変更—として現行憲法は成立した<sup>6)</sup>。そして憲法体制を基礎とする社会主義国家は再スタートすることとなった。即ち、「人民の民主的権利を保障するために、必ず社会主義法制を整備し、強化して、民主主義を制度化・法律化せしめ、このような制度および法律に安定性、連続性及び大きな権威性を有せしめ、根拠とする法があるのみならず、法があるからには、必ずそれにより、法を厳正に執行し、法に違反すると必ず追及する<sup>7)</sup>」ということである。憲法41条は「①中華人民共和国国民は、如何なる国家機関又はその公務員に対しても、批判及び建議を行う権利を有する；如何なる国家機関又はその公務員による違法行為及び職務怠慢または過失に対しても、関係の国家機関に不服申立て、告訴または告発する権利を有する。但し、事実を捏造または歪曲して誣告陷害をしてはならない。②国民の不服申立て、告訴または告発に対しては、関係の国家機関は、事実を調査し、責任を持って処理しなければならない。何人も、それを抑圧しまたは報復を加えてはならない。③国家機関又はその公務員によって国民の権利を侵害され、そのため損失を受けた者は、法律の定めるところにより、賠償を受ける権利を有する」と規定し、国民の権利を保障するための行政訴訟の理念を謳っている。

## 2 現行憲法に対する改正

旧ソ連が崩壊した後、中国が唯一の社会主義国家として世界諸国の関心を引くこととなった。このように世界の注目を集めた中国は経済的領域で社会主義市場経済を導入して、目覚ましい発展を見せると同時に、官僚の職権濫用、または賄賂など法と犯罪にかかわる問題が深刻化している。専制主義、官僚主義、特権思想、

6) 張勇『中国行政法の生成と展開』（1996年、信山社）31頁参照。

7) 『十一届三中全会以来重要文献選読』上冊（1987年、人民出版社）30頁以下参照。

家父長的風習が社会主義国家体制に深刻な影響を与えてきた。国家官僚の不法行為は国民に強く批判され、共産党指導の政府はこれを無視することはできなかった。同じ時期において、国際的には「違憲審査制革命」によって、立憲主義がグローバル化しているという状況であった。国内的には国家体制の欠陥が顕著となり、そして国際的に立憲主義が旧社会主義国家に広がったことが中国の憲法改正が頻繁に行われた背景である。中国現行憲法は1982年の成立から今日に至るまで四回の改正を経ており、その頻繁に行われた原因を王振民は次のように指摘している<sup>8)</sup>。まず、中国社会の急速な変化により憲法と現実の間には「時差」が生じ、憲法は改正に迫られた。また、憲法自身が多くの政治的、綱領的な規定と経済制度及び経済体制に関する規定を含んでおり、政治的、経済的な発展に合わなくなった。さらに、憲法に対する認識の違いである。中国における伝統的な政治理論は憲法を政治的道具とみなして、政治を規律する法と認識していなかった。

経済制度改革と改革開放政策の順調な展開のため、憲法に財産権に関するあらたな規定を加えることが必要となり、1988年改正、1993年改正、1999年改正がなされるに至った。しかし、この三度の改正はいずれも共産党の単独支配という国家権力の構造に触れることがなかった。また憲法発展の方向は明らかに国家権力を制限するものではなく、個人の権利を制限し、自由に対する制限の程度と方法を調整しただけである。改正の重点は常に経済発展に伴って生じた所有権関係のギャップを解決するためであった<sup>9)</sup>、1999年改正においては、財産権関係以外にも「法治国家」が強調された。以下改正の具体的な内容を簡単に紹介したい。

1988年の改正の具体的な内容は二つである。すなわち、①現行憲法第11条に増加規定となる3項「国家が私営経済の存在とその発展を法律の範囲内で許可する。私営経済は社会主義公有制経済の補充である。国家が私営経済の合法的な権利・利益を保護し、私営経済に対して指導を行い、また監督及び管理する。」を加えた。②第10条4項を修正して、「土地使用権を法律の規定に従って譲ることができる」とした。この改正は国家が私有財産を認め、雇用、土地の商品化等を

8) 王振民『中国違憲審査制度』（2003年、中国政法大学出版社）333頁。

9) 季衛東『憲政新論（第二版）』（2005年、北京大学出版社）215頁。

許可したとみることができる。また、1993年の改正の具体的な内容は共産党の指導する多党合作と政治協商制度が長期的に存在することを確認し、県、市の人民代表大会の任期を5年とする。経済面では、計画経済を全面的に放棄して、社会主義市場経済を実行するということであった。

法治国家論を貫徹するための改正と目されるのは1999年改正と2004年改正である。こうした改正の背景には、政治的、経済的、社会的現実の変化がさまざまに、現実と憲法との乖離を放置しておく、憲法秩序の安定性に悪影響を及ぼすという認識が党と国家の指導部を支配するようになったことがある。このような認識を具体的に表したのは国家指導部の発言であり、これらの発言は後の憲法改正を通じて、憲法に書き込まれた。具体的には、「党第15回全国代表大会における報告」の中で、当時国家主席であった江沢民が「人権を尊重し保障する」という文言を党中央の正式の文章の中で始めて用い<sup>10)</sup>、その後の「党第16回全国代表大会における報告」にも同じような言葉が見られた<sup>11)</sup>。また、憲法の公布・施行20周年記念講演の中で現国家主席胡錦濤が「憲法保障制度を健全化して憲法の実施を確保する」<sup>12)</sup>と強調したことである。そこで、1999年改正は「中華人民共和国は法治を実施し、社会主義法治国家を建設する」とした。さらに2004年の憲法改正は江沢民の「三つの代表」思想<sup>13)</sup>、土地または私有財産の「徴収」と「補償」、社会保障制度、「国家は、人権を尊重し、保障する」という規定およびその他の改正事項を加え、中国憲法においては画期的な改正であった。その改正内容の中でも最も重要な内容は「人権の入憲」であった。「人権の入憲（人権を憲法に書き込むこと）」について郭道暉は次のように説明している。「憲法と法律が保障する人権は二種類あり、一つは憲法の明文規定によって確認された憲法上の権利であり、もう一つは憲法及び法律上明文を持って定めてない人権である。

10) 中共中央文献研究室編『十五大以来重要文献選編(上)』（2000年、人民出版社）31頁以下参照。

11) 『中国共産党第十六次全国代表大会文献彙編』（2002年、人民出版社）25頁以下参照。

12) 人民日報2002年12月5日4面。

13) 江沢民が2002年に広東省を視察の際提出した理論である。その内容は：①わが党は常に、中国の先進的な社会的生産力の発展要求を代表する、②わが党は常に、中国の先進的文化の前進方向を代表する、③わが党は常に、中国の最も広範な人民の根本的な利益を代表する、というものである。

憲法が自国民だけではなく、外国人、難民、移民、無国籍な人等の人権をも保障する。自国民の権利だけを保障するようなナショナリスティックな憲法は世界人権宣言と矛盾しており、開放的な現代憲法ではない<sup>14)</sup>。「人権の入憲」といえども、「中国における人権保障の根本的課題は、憲法上の権利保障体制そのものが未確立ないし未機能であるということであり、憲法保障の具体化が要求されるであろう<sup>15)</sup>」。このような中国の「法治国家」への転換の制度整備の面での実質的な一歩となったのは「行政訴訟法」の制定であった。この行政訴訟法の制定を皮切りに、手続的規範で国家権力を制限する制度構築の作業も推し進められてきた<sup>16)</sup>。

## II 憲法監督制度の現状

### 1 現行憲法監督制度の現状

現行憲法監督制度は1982年憲法の制定時に確立された制度である。文化大革命期における民主主義制度に対する破壊、権利・自由に対する恣意的な剥奪により起きた悲劇に対する反省として現行憲法監督制度を設けた。当時、憲法監督機関等の専門機関に関して、その機関の構成、権限、権限行使の手続、違憲訴訟提起の主体等に関して多くの学者がその独自の章を置くことを要求したがそれは結局実現しなかった<sup>17)</sup>。現行憲法における憲法監督に関する規定は以下の通りである。

憲法の最高法規性に関する規定は、憲法前文と第5条2項の「一切の法律、行政法規と地方法規は、憲法と抵触してはならない」というものである。また、第5条3項においては、「一切の憲法及び法律に違反する行為に対して、その責任を追及しなければならない」と定め、憲法の規範性を表している。憲法監督を実施する主体に関しては、全国人民代表大会（以下「全人代」という）及びその常務委員会は憲法監督権を有しており（第62条2項、第67条1項）、全人代の常務委員会が憲法解釈権を有している（第67条1項）、また全人代は審査権、批准権、改正権、取消権及び罷免権を有しており（第62条9、10、11項）、その常務委員

14) 郭道暉「人権観念と人権入憲」法学（2004年）第4期17頁。

15) 土屋英雄「中国の憲法改正—2004年改正の過程、内容、意義—」レファレンス（2004年）第644号75頁参照。

16) 季衛東『中国的裁判の構図』（2004年、有斐閣）125頁。

17) 西村幸次郎編『現代中国法講義』（2001年、法律文化社）17頁。

会は監督権、法律に対して解釈する権、審査権、批准権、取消権及び罷免権を有する（第67条4、5、6、7、8、11、12、14項）。さらに全人代及びその常務委員会は特定の問題に関して調査権を有する（第71条）と定めており、憲法監督を行う機関は重なりあって、不明確である。

現行憲法監督制度は司法的機関ではなく、立法機関による監督であり、その審査方式も「訴訟」ではなく、「立法過程」を通じて審査するのであり、政治的色彩が濃いのである。また、その審査を行う際、事前審査であれ、事後的審査であれ、審査するのはその問題の法律・法規が上位の法律・法規と抵触しているかどうかだけであり、法律の適用に関する具体的な問題や憲法訴訟の問題ではない。これについて中国において、憲法訴訟制度は未だに成立していない<sup>18)</sup>という指摘があり、現行の憲法監督制度を違憲審査機関と観念することを退けている学者もいる。

## 2 現行憲法監督制度の問題点

表面上、現行憲法監督制度は完備され、発展されつつあるが、一方その根本的な欠陥を露呈しつつある。これらの欠陥は現行憲法監督制度の「生まれつき」の欠陥であり、克服することのできない致命的なものである。その中でも、最も著しいのは次のようなものである<sup>19)</sup>。

第一に、憲法監督制度は専門性、操作性の強い作業であり、専門機関による違憲問題の解決を求める制度である。従って、憲法監督制度の専門化は効果的な憲法監督を行うための前提条件となる。ところが、全人代による憲法監督を行う際、3000人ほどの代表が集まること自体が難しいことであり、代表者全員が一致して、法律、法規の合憲性を審査することもできない。また、社会発展に伴い、違憲問題の専門性、技術性も高まり、短期間でその違憲問題に関する結論を下すことも不可能である。さらに、憲法が全人代に賦与した権限は15項に達しており、全人代が毎回処理する全国的な問題は多く、憲法監督が有効に実施されない。ゆえに、現行憲法監督制度は専門性に欠けるのである。

---

18) 李忠『憲法監督論』（2002年、社会科学文献出版社）244頁。

19) 李忠・同245頁。

第二に、憲法監督制度の連続的な運用は違憲問題を直ちに解決するには不可欠な要素である。しかし、全人代は毎年一回例会を行い、会期は僅か半月である。全人代常務委員会は二ヶ月ごとに開催されるが会期が短いため、違憲問題に対して、有効な処理はできない。従って、現行憲法監督制度はその運用上連続的でない。

現行憲法監督制度がこのような衰弱な制度となったのは、現行憲法がイデオロギーを強調し過ぎて、憲法も裁判に用いられうる法律であるという点を軽視したことにある。また、違憲審査を行う主体が不明であり、運用の際の手続的制度の不備、そして最高裁判所の違憲審査権を排除したことにある<sup>20)</sup>。

### 3 現実の憲法問題に対する憲法監督制度の無力

中国の「手続革命」ないし憲政発展の歴史において、2002年12月は一つの分水嶺として理解されてもよい<sup>21)</sup>。この月開催された現行憲法実施20周年記念大会で、違憲審査制の導入及び憲法解釈の強化を提唱する言説が唱えられた。月末の中国共産党第16期中央委員会政治局1回目の会議では憲法学習は中心テーマにされ、「憲法の尊厳」が強調され、この象徴的な出来事が今の指導部への期待を高めた<sup>22)</sup>。現行憲法第62条2項の「全国人民代表大会は憲法の実施を監督する」、また第67条1項の「全国人民代表大会常務委員会は憲法を解釈し、その実施を監督する」、7項の「全国人民代表大会常務委員会は國務院の制定した憲法と法律と矛盾する行政法規、決定と命令を廃止する権限を有する」という規定によれば全人代及びその常務委員会に違憲審査権が与えられているといえる。しかし、こうして与えられた違憲審査権が一度も行使されなかったことは中国学界では広く共有されている認識である。

現行違憲審査制度として見られた憲法監督制度の不能は2003年に起こった「孫志剛事件」<sup>23)</sup>をきっかけにしてはっきりとなった。この事件には人格権、人身の

20) 包万超「設立憲法委員会和最高法院違憲審査庭併行的複合審査制」法学（1998年）第4期14頁。

21) 季衛東・前掲注(16)125頁。

22) 李銳「關於我国政治体制改革的建議」炎黄春秋（2003年）第1期15頁。

自由、人権保障等の憲法問題が絡んでいる。「孫志剛事件」の発生が文化的伝統の障壁を破って、近代憲政の価値的基礎を打ち立てるための梃を提供したとさえいえる<sup>24)</sup>。そして「孫志剛事件」は、自然に制度変遷の突発口となった<sup>25)</sup>。事件後、若手法学研究者3人<sup>26)</sup>が「立法法」第90条2項<sup>27)</sup>に基づいて、第8条5項、第9条<sup>28)</sup>の規定によって、公民連名陳情書の形式で、全人代常務委員会法制工作委員会に違憲審査の建議を提出し、國務院の発布した「都市における浮浪者乞食收容送還弁法」という行政法規は憲法違反であると主張した<sup>29)</sup>。関係機関も審査に積極的姿勢を示し、官報誌である『瞭望』誌に全人代常務委員会新聞局の牛龍雲は特別評論「從『孫志剛事件』透視中国違憲審査制」を発表して、中国違憲審査制の不備を認めた上、立法法の規定によって対応する可能性を示唆した<sup>30)</sup>。しかし、その後関係機関は最終的には動こうとしなかった。したがって、国民および法学界が期待していた違憲審査の先例または制度化は実現できなかった。一方、人民法院が憲法を裁判基準として用いることを否定していた伝統を破り、その審理においてしばしば憲法規定に言及するようになった。経済体制改革の深化

23) 主要な経緯：被害者孫志剛は2001年武漢科技学院芸術設計専攻を卒業して、2003年2月24日に広州達奇服装有限会社に就職する。その後2003年3月17日夜10時頃、身分証明書を持っていなかったため広州市で警察に身柄を拘束され、收容所に連行された。さらに18日夜、收容治療所に移送された。3月19日夜、施設の管理員及びほかの被收容者から暴行を受け死亡した事件である。事件の原文は『南都市報』2003年4月25日の記事を参照したものである。

24) 季衛東・前掲注(16) 127頁。

25) 社説「誰為一個公民的非正常死亡負責？」南方都市報2003年4月25日。

26) 記事「三名公民上書人大建議对收容弁法進行違憲審査」中国青年報2003年5月16日を参照。

27) 2000年に制定された法律である。その立法目的は立法活動を規範して、法治国家を建設する(1条)と地方で制定される法規等の制定、修正と廃止の根拠となる(2条)であり、その内容の一部は違憲審査を発動する手続を定めたものと見ることができる。第90条2項は国家機関、社会団体、企業事業組織及び公民が行政法規、地方法規、自治条例、単行条例が憲法またその他の法律と抵触すると考えた場合、審査するよう全人代常務委員会に書面意見を提出事が出来ると定めている。

28) 「立法法」の第8条5項は、公民の政治的権利の剥奪、人身自由に対する強制的な制限、処罰は法律によって定めること。第9条は、國務院は全人代とその常務委員会の授權により立法することができる。しかし、犯罪と刑罰、公民の政治権利の剥奪、人身自由を制限する強制措置と処罰に関する立法は除外と定めている。

29) 記事「三名公民上書人大建議对收容弁法進行違憲審査」中国青年報2003年5月16日。

30) 牛龍雲「從『孫志剛事件』透視中国違憲審査制」瞭望2003年6月5日45頁。

および法治国家の構築に伴って司法権が急速に台頭<sup>31)</sup>してきた結果、人民代表大会（立法機関）と人民法院（裁判機関）との権力関係の再編が避けられない<sup>32)</sup>急務となっている。

### Ⅲ 人民法院の審理における憲法適用の経緯

#### 1 憲法適用を否定する「根拠」

中国では、人民法院が具体的事件の審理において憲法を裁判基準として用いることは否定されてきた。しかし、憲法の適用を否定する憲法及び法律上の根拠は不明確のままである。現行憲法において、それ自身を基準として用いることを禁止する規定は存在していない。逆に憲法は「全国の各民族、一切の国家機関と武装力量、各政党、各社会团体、各企業組織また事業組織は……憲法の施行を保証する職責がある」と定めており、自己の最高法規性を強調している。また、「一切の法律、行政法規と地方法規は、憲法と抵触してはならない」、「一切の憲法及び法律に違反する行為に対して、その責任を追及しなければならない」という規定から見れば憲法訴訟は可能であることを明示している。

法律上憲法の適用を否定する規定はあるのではないかという疑問が提示されるかもしれないが、そもそも、憲法は「最高法規」である以上、下位の法律によってその効力を否定することは不可能である。ところで、共産党独裁という中国の独特の状況から見れば、政策的に否定された可能性もありうるのである。しかし、党と国家の指導層からは憲法の適用を否定する発話はされたことがない。建国以来、一貫して憲法の最高法規性が強調されてきた。特に近年、党と国家指導部から「憲法は国家の根本的な法であり、我々は憲法の權威を高め、憲法の実施を監督する強力な機関を作るべきである。如何なる国家機関、組織また個人は憲法及び法律を超越する特権を有してはならない。違憲という行為は最も嚴重な違法行為であり、その責任を追及しなければならない。」<sup>33)</sup>というような発話が繰り返

31) 実際最高人民法院は、司法解釈を通じて多くの立法の不足を補っており、立法機能を果たしているところが多い。

32) 季衛東・前掲注(16) 129頁。

33) 江沢民が1999年の憲法改正の際、党外人士の意見を求める座談会での発話の内容であり、また胡錦濤が憲法実施20周年の記念会で同じことを述べている。

しなされており、憲法の最高法規性は強調されている。

憲法及び法律の規定上、人民法院が憲法を適用することを否定する明文の条項はなく、また何らかの政策に依拠するものでもなく、伝統的な法慣行に過ぎない<sup>34)</sup>。中国憲法が司法機関において適用することができないのは、如何なる法律または政策に基づくものでなく、慣習であるに過ぎない<sup>35)</sup>。また、全人代を最高権力機関として「人民代表大会制度」を実行する統治構造では、憲法の実施・監督もまた権力機関によって行われるべきという観念が強いためである<sup>36)</sup>。

その憲法適用を否定してきた法的根拠と見なされているのは人民法院の二つの司法解釈であると考えられる。一つは、1955年の『最高人民法院の刑事判決において憲法を引用して論罪科刑の準拠とすべきではないことに関する回答書簡』<sup>37)</sup>という司法解釈であり、その主な内容は「刑事判決において、憲法は有罪判決と科刑の準拠とするべきでない」ということであった。もう一つは1986年の『最高人民法院の人民法院が法律文書を作成するに当たりいかなる法律規範性文書を引用すべきかに関する回答』<sup>38)</sup>という司法解釈文書である、その主な内容は「人民法院が判決文に引用しうるのは、法律、行政法規、地方性法規、自治条例・単行条例である」であり、憲法規定は挙げられてないということである。これに対して批判的な見解が強く主張されている。

公民個人の憲法上の基本的権利を侵害する行為に対しては、司法手続を通して法律上の救済を与え、憲法の規定により保障する必要が切実にある<sup>39)</sup>。中国の統治構造では、人民法院は全人代から発生し、それに対して責任を負い、その監督を受ける。また、最高人民法院及び各級法院は国の裁判機関であり、その法律を執行することは人民法院の責任であり、またその職権でもある。したがって、人民法院はどの法律、法令を執行すべきか、しえないかを選択する権限はないということが言われる<sup>40)</sup>。また、最高法規である憲法は、裁判過程において違法か

34) 上拂耕生『中国行政訴訟の研究』(2003年、明石書店) 327頁。

35) 王振民・前掲注(8) 169頁。

36) 王磊『憲法的司法化』(2000年、中国政法大学出版社) 19頁。

37) 國務院法制局信息中心『中国法律法規全庫』「司法解釋庫」(1998年、中国檢察出版社)。

38) 國務院法制局信息中心・同。

39) 周偉「憲法在審判實踐中的適用問題研究」憲法学・行政学(2000年)第5期14頁。

40) 王振民・前掲注(8) 173頁。

否かを判断する最高の基準であるべきであると有力説は主張するのである<sup>41)</sup>。また上述した二つの司法解釈も、憲法の適用を完全に否定したわけではない。55年解釈は憲法の適用を否定しているのではなく、有罪判決と科刑に憲法規定を準拠とすべきでないとしただけである。また86年解釈は下位法規範を並べただけであり、憲法の適用を否定も肯定もしていない、むしろ回避の態度をとっている<sup>42)</sup>。従って、憲法の適用を否定する根拠は人民法院自身の慣行でしかない。

しかし、李歩雲によれば、中国憲法は綱領的、抽象的、概括的であり、具体的でないため、裁判する際の適用になじまない<sup>43)</sup>というのである。しかし、近代憲法は人権宣言部分と統治部分から構成され、人権を救済する手段として、統治機構が観念されている。中国憲法は三権分離、違憲審査制をとってないという欠陥を有するが、ひとまず統治部分と人権宣言部分から構成されており、特に人民の具体的な権利規定を有している。故に、その規定の内容の具体的であることを考えれば、裁判を通じて権利救済するになじむ憲法であることは確かである。また、諸外国の憲法と比べて見る限り、特に違憲審査制の「母国」であるアメリカ憲法は七千語前後であるのに比べて、中国憲法は一万九千語である<sup>44)</sup>ことを考えれば、抽象的ということはできない。

## 2 最高人民法院の審理における憲法の適用—「齊玉苓案」

経済改革の深化および法治国家の構築に伴って、政府権力に制限を加えて個人的権利の保障を強化すべきだという内在的要求も高まりつつあり<sup>45)</sup>、それが駆動力となり、司法審査制はにわかに脚光を浴びるようになった<sup>46)</sup>。そして、人民法院の実践においてもいくつかの憲法に言及する裁判例が現れた。その中でも最も「憲法司法化第一案<sup>47)</sup>」という高い評価を得たのは2001年山東省の齊玉苓姓名権

41) 王磊・前掲注(36) 21頁。

42) 王振民・前掲注(8) 172頁。

43) 李歩雲編『憲法比較研究』(1998年、法律出版社) 33頁。

44) 王振民・前掲注(8) 178頁。

45) 沈宗靈「権利・義務・権力」法学研究(1998年)第3期45頁。

46) 季衛東・前掲注(16) 129頁。

47) 黄有松「憲法司法化及其意義—從最高人民法院今天的一個『批復』談起」人民法院報2001年8月13日。

訴訟および憲法的教育基本権の意味内容に関する批復（司法解釈）<sup>48)</sup>である。

本事件の主な経緯は以下の通りである。原告齊玉苓と被告陳曉棋は山東省藤州市第八中学校1990年の卒業生であり、同じ村に住んでいた。1990年齊玉苓は高中專業予選試験を通過し統一募集及び訓練に出願する資格を得たが、陳曉棋は不合格だった。山東省濟寧市商業学校から齊玉苓に対して発行された入学許可書は陳曉棋の父が受け取った。陳曉棋は齊玉苓の名義により入学・卒業し、卒業後もその名義により中国銀行藤州市支店で働いていた。1999年齊玉苓はそのことを知り、陳曉棋とその父、藤州市第八中学校、藤州市教育委員会を被告として法院に提訴した。一審を経て、陳曉棋は山東省高級人民法院に上訴する。この事件につき最高人民法院が、陳曉棋は齊玉苓の憲法上保障されている教育を受ける権利を侵害しており、民事責任を負うべきであると認める趣旨で、『最高人民法院の姓名権を侵害する手段を持って憲法が保障する公民の教育を受ける基本権利を侵害したら民事責任を負うべきか否かに関する回答』という批復（司法解釈）を行った。こうして最高人民法院は司法解釈の形で憲法条項を裁判規範として事件審理の過程に導入するように試みた。憲法という根本規範をもって立法権に対抗して、司法権の地位向上を図ろうとする思惑もその背後にあったであろう<sup>49)</sup>。実際には、下級人民法院でもいくつかの例<sup>50)</sup>が現れた。現在まで4級の人民法院でそれぞれ「準憲法訴訟」と言うべき基本権裁判を経験してきたがゆえに、司法審査制を導入するための条件も整いつつある<sup>51)</sup>。しかし、人民法院が現行法制度—全人代は最高権力機関であり、人民法院には違憲審査権が許されていない—に基づいて違憲審査を行うとすれば、最も可能性があるのは事件に付随して国の最高機関である全人代の制定した法令に対して憲法適合性の判断をすることではなく、

48) 『中華人民共和國最高人民法院公報——2001年合訂本』152頁。しかし、最高人民法院によって、2008年12月18日に発表された「最高人民法院關於廢止2007年底以前發布的有關司法解釋（第七批）的決定」の公告によれば、本司法解釋の適用を停止するという。この公告について「憲法司法化は物語（過去）となったという見方も出ている。

49) 季衛東・前掲注(16) 130頁。

50) 人民法院の下級審で憲法を適用して国民の権利救済を図った判決は主に三種類である。一、人民法院の通常訴訟を通じて国民の憲法上の権利を保護した判決である。二、人民法院は通常訴訟を通じて地方法規に対して審査を行った判決である。三、選挙訴訟である。

51) 季衛東・前掲注(16) 131頁。

行政機関が行う「具体的行政事件<sup>52)</sup>」の違憲性について判断することしかない。従って、これは非常に限定された違憲審査権となり、また違憲審査制の本来の目的を大いに外れた制度となるであろう。

#### IV 違憲審査制度の設計をめぐる議論

立法及び行政行為の憲法適合性を判断するという意味での違憲審査制に関して現在中国で有力な見解は四つある。

①憲法委員会による審査、即ち全人代の下で全人代常務委員会と併行する憲法委員会を設置する案<sup>53)</sup>、全人代の下に憲法委員会と呼ばれる違憲審査専門機関を設立する案<sup>54)</sup>と全人代常務委員会の下に憲法委員会を設置する案<sup>55)</sup>の三つである。②人民法院が違憲審査権を行使する<sup>56)</sup>。③新たに憲法法院（憲法裁判所）を設立する<sup>57)</sup>。④複合的違憲審査制、即ち全人代及びその常務委員会の違憲審査だけでなく、その他の専門機関—たとえば憲法監督委員会、人民法院—による違憲審査権の併行を認める型を主張している<sup>58)</sup>。

##### 1 憲法委員会

全人代の下で憲法委員会を設置するという見解は多数説である。国が如何なる憲法監督体制をとるかはその国の支配層の意思で決まるものではなく、その国の

- 
- 52) 中国行政訴訟法は人民法院の行政機関の「抽象的行為」に対する審査権限を否定している。
- 53) 劉景欣「論中国憲法監督体制」内蒙古大学学报（哲社版）（1992年）第1期120頁、また費善誠「試論我国違憲審査制度的模式選択」憲法学・行政法学（1999年）第5期10頁、于浩成「一個極其重要的建議：關於憲法實施的保障問題」法学雜誌（1982年）第4期25頁、姚登魁・鄭全成「試論健全保障憲法實施的機制」当代法学（1988年）第3期123頁。
- 54) 吳家麟「論設立憲法監督機構的必要性和可行性」法学評論（1991年）第2期5頁、董成美＝胡錦光「我国違憲審查的組織機構初探」中国人民大学学报（1987年）第1期121頁。
- 55) 王叔文「論憲法實施的保障」中国法学（1992年）第6期21頁。陳雲生『民主憲政新潮』（1988年、人民出版社）253-275頁、季衛東「合憲性審查与司法權的強化」中国社会科学（2002年）第2期5頁。
- 56) 王磊「試論我国的憲法解釋機構」中外法学（1993年）第6期21頁。
- 57) 正文「完善我国的違憲審查制度」憲法学・行政法学（1998年）第2期34頁。また、康大民「建議設立憲法法院」法学雜誌（1981年）第2期31-32頁。
- 58) 包万超・前掲注(20)12頁。汪進元「司法審查模式論」社会科学（1994年）第4期36-39頁。

歴史的伝統、政治体制および法律構造によって決定され、とりわけその国で実行される政治体制によって決定される。したがって、歴史的伝統、政治体制および法律構造が類似する国々の憲法監督制度も同じ種類に属するのである。また、自国の実行する政治体制と適合する制度だけがよりよい役割を果たすことができる。ゆえに民主集中制を採っている中国においては全人代の権力は人民に由来し、人民主権の原則を体現している、故に全人代の下で憲法監督権を行使するにふさわしいというのである<sup>59)</sup>。しかし、具体的にどのような制度設計が望ましいかというところ、それぞれ違った主張がある。

① 全人代常務委員会と併行する憲法委員会

違憲審査権を有する全人代の非専門・非継続的という問題点とその自己監督の不可能ということを考え、劉景欣は全人代の下で独立した憲法委員会を提唱する。憲法委員会は憲法の実施に対して専門的で、最高の監督権を有する。その監督範囲は憲法が直接効力<sup>60)</sup>をもつ部分であり、会議という方法で審査し、多数決で決める。委員は全人代により任命されるべきであり、その構成員は政治家及び法律家が望ましい。任期は全人代の任期と同じであるべきである。そして、憲法委員会は憲法により独立して監督権を行使する同時に、全人代の監督を受ける。

また、費善誠によれば、このような憲法委員会は同時に憲法裁判所の合理的な要素を取り入れるべきであるという<sup>61)</sup>。具体的に、全人代の憲法監督機能と憲法委員会の違憲審査とを結合させ、主に憲法委員会の専門機関が違憲審査をする。その理由としては、改革と発展という視点から中国の違憲審査制の問題を考えるべきであり、専門機関が違憲審査をすることは中国の政治体制と伝統と適合する。また、全人代の原則を守ることができ、その権限を脅かす存在にならないという点を上げている。憲法委員会の職権として以下の四つをあげている：①法

59) 胡錦光＝韓大元『中国憲法の理論と実際』(1996年、成文堂) 151頁。

60) 劉景欣は、憲法違反問題が生じた場合に直接憲法規定を用いてその問題をただすことができるかどうかによって、憲法の効力を直接効力の部分と間接効力の部分という二つに分けることができるという前掲注(53)。しかし、このような分け方をあいまいに説明しており、またその根拠も示してない。従って、日本で議論されている人権の私人間効力の問題と勘違いやすい。

61) 費善誠・前掲注(53) 10頁。

律、行政法規、地方法規および規則の合憲性を審査する。②国家機関間の権限争いを仲裁する。③憲法を解釈する。④憲法問題に関する諮問を受け入れる。

## ② 全人代の下憲法委員会

呉家麟は、憲法監督制度の設立は以下のことを前提にすべきであると主張する<sup>62)</sup>。すなわち、民主集中制の原則に違反し、全人代の最高権力機関たる権威を揺るがしてはならない。また、中国の実情から出発すべきであり、外国の制度を参照にすべきだが制度をそのまま受け入れることは避けるべきだという。そして全人代のもとで置かれるこの委員会は全人代を補佐して憲法監督を行うこととなる。憲法委員会を確立するために三つの段階を要する。まず、助言権の段階。この段階で憲法委員会は全人代に対して、助言をする権限だけもつことになる。第二段階では、一部の事柄に対して決定権を有するようになる。しかし、呉家麟は決定できるのは具体的にどのような面かについて言及していない。最後に憲法訴訟事件を審理する権限を有するようになる。

董成美と胡錦光は、憲法委員会は補助的な機関であり、全人代とその常務委員会のもとに属する専門的な機関であり、全人代とその常務委員会が違憲審査権を与えるという<sup>63)</sup>。このような憲法委員会を設ける理由として、①民主集中制を採用している人民代表大会制度という中国の現行政治制度に適合的であり、②現行憲法にはこのような専門機関の設立、法的地位と職権について明白な規定が存在しており<sup>64)</sup>、③憲法上の規定を根拠に設置される委員会は、その法的地位が他の機関より高い位置にあり、高度の代表性を有するという点が挙げられる。

## ③ 全人代常務委員会のもとの憲法監督委員会

憲法監督制度の機能不全の原因について、陳雲生が問題はその制度自身にあるのではなく、憲法監督に対する重視の程度によるという<sup>65)</sup>。従って、憲法監督を重要視しない限り、代わりにどんな制度を導入しても不発的であろうと主張す

62) 呉家麟・前掲注(54) 5頁。

63) 董成美＝胡錦光・前掲注(54) 121頁。

64) 中華人民共和國憲法第70条1項は「全国人民代表大会は、民族委員会、法律委員会……及びその他の必要な専門委員会を設置する。」と定めており、この規定に基づけば、憲法監督委員会を設置する憲法上の根拠規定となりうる。

65) 陳雲生・前掲注(55) 253-275頁。

る。もちろん、陳雲生は憲法監督制度が自分自身の限界から、有効に働くことはないと認めており、将来的には憲法法院もしくは憲法委員会の導入は必要であるという。しかし、中国の現状からすれば、現時点では全人代に従属する、独立的な決定権のない憲法委員会が適切であり、その主な権限は助言と意見をなすことである。またこのような委員会の設立は現在の法律委員会を改革するだけで十分であるという。

王叔文はこの案について以下のような検証を加えている<sup>66)</sup>。①香港とマカオの返還に伴って、全人代のもとで香港とマカオという二つの特別行政区基本法委員会を設立し、全人代常務委員会の香港とマカオにおいて制定された法律に対する審査と基本法の解釈に協力しているということを考えれば、全人代のもとで憲法委員会を設置することはありうる。②全人代常務委員会は憲法監督権を直接行使しているので、そのもとで設置するのはより望ましい。③全人代の法律委員会は法案の起草および研究活動が多忙であるため、全人代常務委員会を補佐して、憲法監督権と憲法解釈権を行使する暇はないであろう。

## 2 最高人民法院による違憲審査

王磊は誰が憲法を解釈すべきか、という面から分析して最高人民法院は裁判権に基づき、憲法解釈権を有するという結論に至る。王磊によれば、全人代及びその常務委員会も立法行為を通じて憲法を解釈することはできるが専門機関として解釈することができないと指摘し、憲法を法であると観念して違憲審査制を設置するのであれば、人民法院による違憲審査権の行使が一番適切であるという<sup>67)</sup>。また、楊臨萍は最高人民法院の内部に違憲審査廷を設置することは法律によって、可能であるといい、その論拠として、最高人民法院が事件の審理過程で法律、法令の適用について解釈を行い、法院の司法解釈は疑いなく固有の権限であり、世界各国の通例であるということをおげる。人民法院による、いくつかの行政規則に対する審査を行った裁判例もすでになされており、事実上最高人民法院は不

66) 王叔文・前掲注(55) 21頁。

67) 王磊「中国的憲法解釋機構」許崇徳『憲法和民主政治』(1994年、中国檢察出版社) 98頁以下参照。

完全ではあるにせよ、違憲審査権を行使している<sup>68)</sup>という。

### 3 憲法法院（憲法裁判所）

康大民は、全人代が憲法解釈権を有するという憲法上の規定を考慮して、中国の憲法監督制度は全人代という権力機関と司法機関という二つの機関から構成されるべきであるという<sup>69)</sup>。すなわち、権力機関は憲法に関する一般的な解釈を行い、司法機関は具体的裁判過程を通じて違憲問題を処理するということである。しかし、この場合、全人代と憲法法院の間の権限分配は三権分立の原理に基づくものではないため、両者の権限範囲がはっきりしておらず、特に憲法法院の権限は明らかではない。また、多くの場合違憲審査の対象となるのは国の最高権力機関である全人代の制定する法律が違憲か合憲かという問題であるということを考えれば、憲法法院は事実上違憲審査権の行使はできないのであり、その設置は「絵に描いた餅」となろう。さらに、憲法法院の構想に対して、「憲法法院は外部者の身分で、立法機関の立法活動および行政機関の行政活動を審査し、監督するという視点から設置されたものであり、監督の本意には合致するが中国においては、この制度設置を可能にする最も基本的な理論問題は、まだ解決されておらず、人々に意識されたことすらない。」<sup>70)</sup>という反論があり、この批判は付随的審査制の主張についても同じようになされている。憲法法院の提案は憲法改正を要請しており、現行憲法体制と激しく衝突するものである<sup>71)</sup>。

### 4 複合的な違憲審査制

現行憲法体制の下では、全人代およびその常務委員会の権力の正当性を認めなければならない状況を考え、この説が提唱された。この説は近年新たに提唱されたものであり、全人代およびその常務委員会の下で憲法委員会を設置し、最高人民法院の下に違憲審査廷を設立し、それぞれ非訴訟、事前の審査と付随的審査を

68) 楊臨萍「法院改革的憲法思考」法制日報1999年1月14日。

69) 康大民・前掲注(57) 31-32頁。

70) 胡錦光＝韓大元・前掲注(59) 152頁。

71) 杜鋼建「中国違憲審査制的改革与社会主义法治国建設」劉海年＝李步云＝李林編『依法治国 建設社会主义法治国家』(1996年、中国法制出版社) 463頁。

行使する<sup>72)</sup>と主張する。汪進元によれば、中国憲法及び行政訴訟法が相まって権力機関による事前審査と司法機関による事後的審査というシステムを構成している。しかし、違憲公文書<sup>73)</sup>と違憲行為に関しては「真空状態」<sup>74)</sup>であるという。公文書に関して違憲審査を行うことができるという法規定は存在してない、また現行行政訴訟法第11条によれば、具体的な行政行為に関してのみ違法(違憲)審査を行うことを許しており、抽象的行為に関して審査はできないとしている<sup>75)</sup>。また、行政機関以外の国家機関の行為に関して、憲法第5条3項が原則的な規定をおくにとどまっておき、具体的な制度を設けてない。現行憲法監督制度のこのような欠陥を克服するため、全人代およびその常務委員会の監督以外にも、人民法院において事後的審査をできるようにする制度改革は必要である<sup>76)</sup>という。これは全人代およびその常務委員会の権威性と最高人民法院の実践性という長所をあわせたものであるが、現実運用し難い制度である。人民法院の法解釈と全人代の解釈とが矛盾した場合、特にそうであろう。

## V 行政訴訟法—憲法訴訟の突破口

### 1 憲法訴訟への近道—行政訴訟法の成立及びその目的

改革・開放政策が推進されると同時に、「民主と法制」強化の問題も、党と政府の中心政策となり、中国歴史上十年間の波乱をもたらした文化大革命時代の「無秩序」状態からの脱出が図られる。行政事件訴訟はそれまで民事訴訟の制度により行われていた。しかし、経済発展に伴い公権力による人権侵害事件が相次ぎ、人々が行政権の乱用に対する歯止め、かつ行政機関によって侵害された合法的権益に対する司法救済を求める要請も一段高まり、民事訴訟法のみでは対応できなくなった。こうした状況を背景に、1989年に現行行政訴訟法が第七回全人

---

72) 包万超・前掲注(58) 12頁。

73) 汪進元の論文によれば、公文書とは法規範性を有する文書のことを指しているようである、しかしそれが具体的にどのような文書なのかということをはっきり説明していない。

74) 汪進元・前掲注(58) 36-39頁。

75) 現行行政訴訟法第11条は、行政訴訟受理範囲を列挙しており、同法第12条は人民法院が受理してはいけない範囲を列挙している。

76) 汪進元・前掲注(58) 36-39頁。

代第二次会議を通過し、翌年の10月から実施された。これによって中国では本格的行政争訟制度が確立された。社会主義中国の法秩序における画期的意義を有する出来事である<sup>77)</sup>。

中国行政訴訟法制度の確立過程については三段階に分けることが出来る。第一段階は、1982年3月から1987年1月1日までである。この段階において、行政案件は民事訴訟手続の中で審理された。独立の行政訴訟手続は存在しなかった。第二段階は、1987年1月1日から1990年10月1日までである。この段階で行政訴訟手続がようやく民事訴訟手続から分離され、独立の訴訟手続を形成するようになった。第三段階は、1990年10月1日から現在までである。行政訴訟法が施行され、行政手続が民事訴訟手続から完全に分離し、1種独立した訴訟制度となった<sup>78)</sup>。

中国行政訴訟法第1条は、「人民法院が正確、迅速に行政事件を審理することを保証し、国民、法人及びその他の組織の法律上の権利利益を保護し、行政機関の法による行政職権の行使を擁護し、かつ、監督するため、憲法に基づき、この法律を制定する<sup>79)</sup>」と定め、その立法目的を謳っている。この条文から見る立法目的は、行政事件の正確迅速な処理、国民の権利利益の保障ならびに行政職権の擁護及び監督などにあると考えられる。正確、迅速な事件審理を保障するため同法第3条は「人民法院は、法により、行政事件について、独立して裁判権を行使し、行政機関、社会团体および個人の干渉を受けない」と定め、かつ、第4条は「事実を根拠とし、法律に準拠する」を審理の原則としている<sup>80)</sup>。その第二の目的は国民等の合法的な権利利益を保護することである。その合法的な権利利益とは何か。憲法及び法律上の法益であり、2004年の憲法改正によれば人権の保障もその一内容となる。第三の目的は行政権の行使を監督することである。行政訴訟法が行政権の監督を第一義的目的とすることが行政権の司法権に対する伝統的優位を否定する意義を物語っている<sup>81)</sup>。そして、2004年に公表された「全面推進依法行政行政実施綱要（法治政府を全面的に推進する綱要）」は、合法合理的な行政、

77) 葉陵陵『中国行政訴訟法の特質』（1998年、中央大学出版社）14頁。

78) 皮純協＝馮軍＝呉徳星『中国行政法の理論と実際』（1998年、成文堂）306頁。

79) 訳文は張勇・前掲注(6) 291頁による。

80) 葉陵陵・前掲注(77) 22頁。

81) 葉陵陵・同23頁。

人民の行政への参加の拡大、手続的デュー・プロセス、行政情報の公開性の推進、人民の知る権利の確保、行政裁量の適法性、行政権の侵害からの司法的救済、行政に対する立法監督と司法監督などのような新しい概念・措置を導入した。これは法による行政だけではなく、法律優越の原理をも承認した点で画期的な意義を持っている<sup>82)</sup>。

## 2 憲法訴訟の突発口—行政訴訟法

上のような、行政訴訟法の目的を受けて、楊海坤は「憲法訴訟の突発口は行政訴訟法」論<sup>83)</sup>を提唱する。楊海坤は、違憲審査制を導入することに関して学界では異論はないが、その選択肢の一つである人民法院による違憲審査権の行使という議論に対して、「斉玉苓案」をきっかけに批判が最も強くなってきている、という。そしてその批判は主に①最高人民法院が下位の法律を捨てて直接憲法を援用したことは、法院の法律によって裁判する原則に違反したということ、②憲法上、最高人民法院が憲法を解釈し、監督する権限は定められていないこと、③仮に最高人民法院に憲法を援用する権限があるとすれば、法律を審査する権限も当然行使されることになり、「全人代制度」と矛盾するという、④最高人民法院が憲法を援用して民事事件を解決したことは誤りであるということ等があるが、①が最も適切な批判だと指摘して次のような反論をする。

確かに『中華人民共和国教育法』（以下教育法という）における具体的な規定を用いて問題を解決できるし、最高人民法院がその『教育法』を無視したのも誤りである。しかし、最高人民法院の司法解釈（批復）によって示された最も注目すべきことは法律を無視して憲法を無理やりに引き出したことではなく、憲法を判断基準にして裁判することができるという先例を作ったことである。また、人民法院が憲法を基準にして裁判をすることに対して、憲法上明文の禁止規定は存在しない。逆に憲法前文の後段は「この憲法は法律の形式を持って中国各民族

---

82) 季衛東・前掲注(16) 125頁参照。法律の優越とは、法律を超越した特権的存在を否定したところを指している。

83) 楊海坤「從行政訴訟走向憲法訴訟」法制与社会發展(2002年)第1期56-61頁参照。また、胡肖華「從行政訴訟到憲法訴訟」中国法学(2007年)第1期100-110頁参照。

の努力の結果を確認し、国家の根本的な制度と任務を規定した国家の根本法であり、最高の法効力を有する。全国の各民族、一切の国家機関と武装力量、各政党、各社会团体、各企業組織また事業組織は必ずこの憲法をその活動の根本的な準則にし、且つ憲法の尊厳を擁護し、憲法の施行を保証する職責がある。」と定めており、憲法は最高効力をもつ法律（最高法規）であることを宣言していることを考えれば、憲法を基準にして裁判することはむしろ憲法によって肯定されている。さらに、憲法の「全国の各民族、一切の国家機関と武装力量、各政党、各社会团体、各企業組織また事業組織は……憲法の施行を保証する職責がある。」という規定は憲法を施行する主体と様式の多様性を表している。人民法院の憲法を基準に裁判をする行動は人民法院が裁判という様式で「憲法の施行を保証する」職責を果たしているという<sup>84)</sup>。

従って、憲法を基準にして裁判をすることは憲法によって人民法院に与えられた「隠し権力（違憲審査権）<sup>85)</sup>」であり、その権力は「齊玉荅案」をきっかけに現れたという。そしてこの権力（違憲審査権）と、「人民主権」の表れである「中華人民共和国全国人民代表大会は最高の権力機関である」という定めとの関係をどうすべきか、という疑問に対して次のように答えている。つまり、最高人民法院が全人代の最高権力を超越する権力を持つことが禁じられているが、人民法院のこの権力（違憲審査権）は立法権に対するものであって、行政権、司法権、立法権という三つの権力の源である「最高権力機関」を制限するものではないという<sup>86)</sup>。つまり、楊海坤は立法権も、行政権、司法権と同じく全人代から発生し、それに対して責任を負うというように考えている。従って、立法権の法律制定行為は全人代（最高権力機関）の行う行為と違うものであると見なしている。

最後に、立法権に対して「隠し権力」である違憲審査権を確立させるための訴訟は行政訴訟であるという<sup>87)</sup>。その例として1801年のアメリカにおけるマーベ

84) 楊海坤・前掲注(83) 59頁。

85) 楊海坤によれば、違憲審査権は司法権に当然含まれていると考えており、そして人民法院自身が違憲審査権を表に持ち出して行使することを通じて、自らそれを確立させることはその宿命であるように論じている。

86) 楊海坤・前掲注(83) 60頁。

87) 楊海坤・同61頁。

り対マディソン事件判決を挙げる。アメリカ憲法典に司法審査の明文規定はないにもかかわらず、司法権が自ら違憲審査権を確立させたことは、まさに「法律とは何かを判断するのは司法権の職務である」というマーシャル首席判事の言葉通りであり、その「隠し権力」を発掘したことである<sup>88)</sup>。現在最高人民法院は「斉玉苓案」に対する司法解釈を通じて、「立ち入り禁止の領域」とされている領域に入り、この「隠し権力」を発掘している<sup>89)</sup>。

しかし他方で、アメリカや日本において、司法審査を確立させたマーシャルの論法の不十分さが指摘されている<sup>90)</sup>。つまり、まず法律が憲法に違反するかどうかを決めるのは誰であるかという問題に対してである。アメリカ憲法には明文規定が存在しない。従って、憲法からは違憲審査制が必然的に導かれないというのはマーシャルに対する第一の批判である。そして、これは違憲審査制に関して明文規定を有しない中国憲法に対しても同じく言えることである。また、マーシャルによると「何が法であるかを語るのは司法の職務である。」楊海坤もこれに好意を払って、自分の主張を論証するため引き合いに出している。しかし、憲法に違反する法律を審査する権限は裁判所だけに与えられているのか。立法機関も憲法を尊重する義務を有しており、法律を制定する際、その合憲性について事前審査を行っているはずである。従って、この場合には、司法権だけに違憲審査権を与えているというのは十分な根拠を有しない。さらに、憲法の最高法規性は裁判所が違憲審査制を有する根拠となりうるかである。立法機関が最高法規としての憲法に準拠して制定する法律はひとまず違憲の疑いは存在しないし、仮にあったとしても、最高法規規定は直ちに司法的審査の根拠となりえない。マーシャルの論法はあまりに形式論的に徹しているので、その実際の運用にあたって、その同じ論理を貫きえない事態を生じる<sup>91)</sup>。マーシャル意見に対するこれらの疑問を解決しない限り、「憲法訴訟の突破口は行政訴訟法」の戦略は失敗作になりかねないであろう。これは「憲法訴訟の突破口は行政訴訟法」の戦略の成否に関する第

---

88) 楊海坤・同58頁。

89) 楊海坤・同58頁。

90) 差し当たり、鶴飼信成『司法審査と人権の法理』(1984年、有斐閣)58-63頁参照。

91) 高柳賢三『司法権の優位(増訂版)』(1958年、有斐閣)48頁。

一のハードルである。

第二のハードルは憲法訴訟を実体訴訟法でまかなっていくことの弊害を克服することである。この問題に関して、日本の憲法学界において盛んに論じられてきた。即ち、日本において、現行付随的審査制が憲法訴訟の提起に関して、特別な手続に基づく特殊な訴訟形態をとるものではなく、民事、刑事、または行政の、いずれかの事件の審理の際その訴訟形態をとってのみ行われるという支配的な見解にあり、こういう理解に基づいた憲法訴訟はきわめてしばしば、同時に行政訴訟そのものでありうることも否定できない。また、このような認識に基づいて形成された司法権の概念も非常に狭いものである。従って、日本における憲法訴訟は実定訴訟法でまかなわれていて、「既存の訴訟法に全面降伏」<sup>92)</sup>して、「訴訟法の留保」<sup>93)</sup>の問題が生じている。楊海坤の「憲法訴訟の突発口は行政訴訟法」戦略は行政訴訟法を基盤に行われるものであり、「訴訟法の留保」<sup>94)</sup>の問題を避けることができるだろうか。

さらに、憲法訴訟の「試金石」とも言われている行政訴訟法は人権侵害に対する司法的救済の可能性を示しながら、他方そのマイナス面をも持っている。それは司法審査の対象範囲を厳しく限定して、しかも列挙式で明示していることである。一方、最高人民法院は1991年に行政訴訟法の貫徹執行に関する試行司法解釈を發布することを通じて、行政訴訟の不受理事項を狭く解釈して、行政法規・規則や地方性法規・規則の定める行政最終裁決に対する司法審査を可能にした。また2000年に新しい司法解釈を發布して、司法審査の及ばない抽象的行政行為の概念内容を狭く解釈し、不受理の範囲をも列挙式で説明している。人身権（自由権）と財産権について広く解釈を用いて、行政訴訟を通して保護できる権利の範囲を広げている。最高人民法院の司法解釈的なやり方で行政事件審理の範囲は若干広くなったとはいえ、このような司法解釈は法律ほどの安定性、継続性の保障がない。

92) 奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究第41号（1979年）97頁。

93) 棟居快行『人権論の新構成』（1992年、信山社）288頁。

94) 奥平・前掲注(92) 97頁、また棟居・前掲注(93) 288頁。

### 3 中国憲法の司法化の道—合憲解釈の方法

中国における違憲審査制に関する最近の議論の一つは上官丕亮の提示する「合憲解釈」の方法である<sup>95)</sup>。彼は違憲審査制に関する議論の行き詰まった状態を「我が国の憲法司法化の実践は始まったばかりで終わった」と評価し、このような状態を打開し、憲法司法化を有効に進めるには第三の道—合憲的解釈の方法—があるという。

人民法院が法律を適用する際、必ずそれを解釈しなければならない。そして、合憲解釈は重要な解釈の方法であるが、中国学界において十分認識されていない<sup>96)</sup>。実践レベルにおいて、人民法院が無意識にこの方法を用いている事案は少なくとも六十件存在しており、「齊玉苓案」はその典型例である<sup>97)</sup>。

上述の認識から、上官丕亮は中国の裁判官は合憲解釈を行う意識及び能力に欠けており、ゆえに我々学者はその基本方法の提供につとめるのは当面の任務であるといい、以下のように具体案を提示している。

まず、彼は誰が合憲解釈を行うかと自問自答をする。現行憲法の規定によれば、合憲解釈を行う権限を有するのは、全人代の常務委員会と最高人民検察院及び最高人民法院という三つの特定の国家機関であり、その中でも最高人民法院の司法解釈は圧倒的に多い。そして人民法院システムの中でも、法律の解釈を行っている主体は最高人民法院だけではなく、具体的には判決を下している裁判官である。裁判官が個々の事件において、法律を解釈することは、最高人民法院の解釈と常務委員会の最終的解釈権と矛盾しない。法律の解釈を行う際、裁判官は必ず最高法規である憲法の精神に照らして解釈する義務がある。従って、裁判官は当然に憲法を解釈する権限を有することとなる。上述のような法律を解釈する権限の論理に従えば、憲法を解釈する裁判官の権限も常務委員会とその他の憲法解釈機関の最終的な憲法解釈権限と矛盾しない。この場合、下級法院は「齊玉苓案」のように、最高人民法院の司法解釈を仰ぐ必要はなくなる。

続いて、法律の合憲解釈とは憲法規定とその精神に照らして法律を解釈する仕

95) 上官丕亮「当下中国憲法司法化的路径与法方」現代法学(2008年)第30巻第2期3頁。

96) 上官丕亮・同4頁。

97) 上官丕亮・同5頁。

事であるゆえに、裁判官は憲法を理解しなければならない。これは裁判官が憲法を解釈する第一歩である。そして、合憲解釈を行った場合、その根拠となる憲法条文を判決文の理由の部分に引用すべきである。裁判官は法律の解釈をする際、必ずその合憲性を判断した上で合憲解釈を行うべきである。合憲判断を行うとき、なるべく「合憲推定原則」に基づいて行うべきである。しかし、問題は裁判官が明らかに違憲である法律と遭遇した場合どうするのかである。この問題に対して、上官丕亮は以下のように答えている；裁判官は明らかに違憲である法律を合憲解釈してはならない。そして、「行政訴訟法」は間接的に裁判官に適用する法律を選択する権限を与えており（厳格には法律の選択権ではなく、規章〔条例、規則〕の選択の権限である）<sup>98)</sup>、また「立法法」は、下位法より上位法、一般法より特別法、旧法より新法が優先的に適用されると規定し、人民法院に法律に対する選択権を与えている<sup>99)</sup>が、現行制度の下で、人民法院は違憲な法律を適用しないということはいできない<sup>100)</sup>。

最後に、上官丕亮は、人民法院が明らかに違憲である法律を違憲であると宣言し、直接憲法を適用することはできるのかという問題に関して分析している。彼によれば、現行体制下で、人民法院が明らかに違憲である法律でも、それを適用しないというのは現実的なやり方ではないという。なぜなら、人民法院は最高権力機関およびその常設機関の制定した法律の適用を拒否する権限を有しないからである。しかし、人民法院が明らかに違憲である法律を発見したら、最高人民法院に報告し、最高人民法院がまたそれを全人代常務委員会に報告して、その決定を仰ぐということはいできるという。その間、人民法院は訴訟を中止し、全人代常務委員会が決定を下してから、訴訟を再開すればよいという<sup>101)</sup>。

98) 1989年の第七回全国人民代表大会第二次会における『関与「中華人民共和國行政訴訟法（草案）」的説明』によれば、法律、行政法規に抵触する規章（条例、規則相当のもの）に対して、人民法院は自由選択の権限がある。

99) 最高人民法院で裁判官を勤めている楊臨萍は、「憲法と『立法法』の規定によれば、中国法官は法律を選択して適用する権限を有しており、憲法と上位法と抵触する法規範を適用しないことができる」と述べている。楊臨萍『中国司法審査若干問題前沿問題』（2006年、人民法院出版社）1頁参照。

100) 上官丕亮・前掲注(95) 14頁。

101) 上官丕亮・同15頁。

上官丕亮のいう「合憲解釈」とはいかなる内容のものなのか。彼によれば、「合憲解釈」は「私人間効力」論、特に「間接効力説」と實際上同じものである。また、私人間効力論とは主に民法の規定に憲法の主旨を取り込んで解釈・適用するというものであり、この方法を民法だけではなく、他の実定法にも適用すれば、憲法の司法化を実現できるという<sup>102)</sup>。しかし周知の通り、私人間効力論とは、資本主義の発展に伴って生じた「社会的権力」—国家類似の私的団体—による人権侵害からも、国民の人権を保護する必要がある<sup>103)</sup>という状況下で生まれた理論であり、公権力による人権侵害ではなく、私人間における人権侵害を防ぐためのものである。従って、人民法院が法律を適用する際に、憲法の主旨に従って法律を解釈することだけを目的とする上官丕亮の「合憲解釈」は、私人間における人権侵害を防ぐための従来の「私人間効力論」と全く別物であることは明らかである。では、上官丕亮は「私人間効力論」のどのようなところに注目したのか。彼は、憲法の主旨を民法の一般規定に取り込んで解釈するという方法に注目しており、これが憲法司法化の第三の道であるという。しかし、彼自ら認めている「人民法院の憲法解釈を基礎付ける憲法上の規定があるかどうか、また政治上人民法院の憲法解釈を許しているかどうかにもかかわらず、人民法院は事件を審理する司法過程において憲法解釈を行ってきたのは事実である<sup>104)</sup>」ことを考えれば、このような憲法の司法化はすでに何十年に渡って人民法院によって行われており、改めて指摘するほどの問題ではないであろう。もし上官丕亮の問題関心は人民法院が憲法の主旨を積極的に実定法の解釈に取り込むことであり、違憲な法律を発見することにあるというのであれば、むしろ違憲審査制を正面から論じるほうが理解しやすいと思われる。また、彼は人民法院が発見した違憲な法律を最高人民法院に報告し、最高人民法院が全人代常務委員会に提示し、その判断を求めると言っているが、明らかに、上官丕亮にとっては現行憲法監督制度が違憲審査制度と観念されていることは間違いないのである。

---

102) 上官丕亮・同4頁。

103) 芦部信喜『憲法（第四版）』（2007年、岩波書店）107頁。

104) 王振民・前掲注(8) 302-303頁。

## 結語

旧ソ連が崩壊した後、中国がいわゆる社会主義国家として世界諸国の関心を引くこととなった。このように世界の注目を集めた中国は経済的領域で社会主義市場経済を導入して、目覚ましい発展を見せている。同じ時期において、ヨーロッパを中心に起こった「違憲審査制革命」によって、東欧諸国において政治変動が起こり、違憲審査制の導入を一環とする「体制転換」が行われている。

本稿では、中国における憲法理論の動向について、不十分ながら紹介してきた。まずは現行憲法における憲法監督制度を紹介し、その機能不全を確認した。そして、現行憲法監督制度が機能不全であるに対して、違憲審査権をもたない人民法院は具体的事件を審理する際、違憲問題に直面している。そして、現行憲法成立から今日に至るまでまだ牙がない、一度も何かを咬んだこともない<sup>105)</sup>という状況である。このような状況を受けて、学界において、違憲審査制の設計に関する議論は盛んに行われたが、不発に終わっている。近年、少数ながら一部の学者は違憲審査制の確立の方途を探り続けており、本稿では、その中の「憲法訴訟の突破口は行政訴訟法」論と「合憲解釈の方法」を紹介した。しかし、これらの議論は違憲審査制に対してどんな認識に立って行われているのかは必ずしも明確でない。

立憲主義のグローバル化という世界的な背景の下で、中国において経済発展により憲法と現実の間には「時差」が生じ、多くの政治的、綱領的な規定と経済制度及び経済体制に関する規定を含んでいる憲法自身が、政治的、経済的な発展に合わなくなった。さらに、憲法を政治的道具とみなして、政治を規律する法と認識していなかった伝統的な政治理論・認識は変化を迫られている、というのが、多くの学者に共有されている共通の認識である。しかし、経済の発展は必然的に政治改革をもたらし、違憲審査制の導入の結果に行き着くであろうか。改革開放が実施されてから何十年を経ており、そのような認識に対する答えも見えるようになってはいるはずである。従って、違憲審査制の導入を論じるには、その目的を正面から論じていくことが必要であるように思われる。そして、立憲主義を

105) 林来梵「憲法不能全然没有牙」法学(2005年)第6期91頁。

前提にする違憲審査制の導入が立憲主義国家への転換と同時にされることは、実際旧ソ連、東欧各国及び近年新しく民主化された国々の経験を参照すれば十分理解できることである。これらの国々はその憲法典に「人権」観念を掲げており、それを担保するための制度として違憲審査制を導入しており<sup>106)</sup>、実際も人権保障として良かれ悪しかれ機能している<sup>107)</sup>のが現状である。ここで復権している「立憲主義」とは、「権力は縛られるべきだ」という単純なたぐいのものではなく、それは権力=多数者によっても侵しえないものとしての「人権」という観念とそれを担保するための違憲審査制という措置を内容として持ったものである<sup>108)</sup>。違憲審査制にはアメリカ通常裁判所型とドイツ憲法裁判所型があるとされているが、近年両者の間には「合一化傾向」<sup>109)</sup>が見られており、こういう現象の中で中国においては、選択すべき違憲審査制の類型よりその導入の目的及び方法を議論すべきであるように思われる。その際には、旧ソ連、東欧各国及び近年新しく民主化された国々における違憲審査制の導入の経験が重要な参照になると思われる。

---

106) 東欧に関する紹介は、法律時報（1997年）第69巻3号の特集「体制転換と憲法裁判」の諸論考を参照。

107) とりわけ台湾の例として台湾司法院の釈字を挙げれば：第380、第450、第462、第462、第563号解釈は憲法第11条の「講学の自由」から「学術の自由」、「研究の自由」、「教学（教授）の自由」、「学習の自由」等の憲法上の権利を解釈によって創出している。また、憲法第15条の「工作（勤労）権と財産権」から「営業の自由」、「職業（選択）の自由」を創出している。特に、司法院は憲法の第22条の「その他の自由及び権利」という文言から憲法に明文規定がない「隱私（プライバシー）権」、「家庭権」、「姓名権」、「婚姻権」等の数多くの権利を創出している。差し当たり、李震山『多元、寛容と人権保障（第二版）』（2007年、元照出版公司）21-40頁、また李震山「憲法未列挙権利保障之理論與實踐」許志雄＝蔡茂寅＝周志宏編『現代憲法的理論與現實』（2007年、元照出版公司）、341-359頁を参照。

108) 阪口・前掲注(1) 2頁。

109) マウロ・カベレッティ著、谷口安平＝佐藤幸治訳『現代憲法裁判論』（1974年、有斐閣）160-161頁。