

論 説

中国で裁判官が憲法を適用する
ということについて
——齊玉苓事件を手掛かりにして——

小 口 彦 太

はじめに

一 齊玉苓事件の背景

二 齊玉苓事件の評価

結びにかえて

はじめに

1990年、山東省済寧市の高校生であった齊玉苓（以下甲とす）という女性が済寧商業学校の試験を受け、学校から90級財務会計専攻の「委培生」（一般合格には点数が不足するが、卒業後の受け入れ先の保証等所定の条件を満たすことにより受験を申し込んだ学校への入学が認められる制度）に採用された。しかし、彼女の在籍していた高校（滕州市第八中学）はこの試験の成績を甲に知らせず、また合格通知書を本人に発送することもせず、甲と同期の別の学生陳曉琪（以下乙とす）にそれを送った。乙は甲の名前で学校に通学し、その商業学校の課程を修了し、中国銀行滕州支店の仕事先に配属を受け、そこでも人事部は文書類において甲の名前を使用し続けた。多年にわたって隠されていたこのことが、ついには発覚するところとなり、1999年1月29日、甲は乙と、乙の父親の陳克政、もと甲が在籍していた滕州市第八中学および滕州市教育委員会を相手取って、甲の姓名権を侵害し

たことと教育を受ける権利を侵害したことを理由として裁判所に対して、被告による侵害の停止、謝罪、および経済的損害〔損失〕16万元と精神的損害〔損害〕40万元の賠償を請求した。一審裁判所（棗庄市中級法院）はこのうち姓名権侵害について不法行為を認めたが、教育を受ける権利の侵害を理由とする損害賠償請求は認めなかった。そこで、原告甲は一審裁判所の判決を不服とし、被告乙は甲の姓名権を侵害したことによる精神的損害として5万元を、また各被上訴人は共同で本人が教育を受ける権利（商業学校に通うことの権益と関連する権益）を侵害したことにより、甲に与えた経済的損害16万元を賠償するよう山東省高級人民法院に上訴した。

この一見何の変哲もないように見えた民事事件が、司法機関に対して厄介な問題を提起することとなった。すなわち姓名権侵害の問題については、民法通則120条に規定があるが、教育を受ける権利は民事法の中に規定されていない。憲法46条には教育を受ける権利が公民の基本的権利として規定されているが、中国の各級裁判所は具体的案件を審理するとき、憲法を直接引用するということをしてこなかった。したがって、一般的には、こうした訴えは法律に根拠がないことを理由として受理されてこなかった。山東省高級法院は、しかし、それまでの慣例と異なり、本件には法律適用面で疑難な点が存在しているとして、人民法院組織法33条の規定（「最高人民法院は裁判過程においてどのように法律、法令を適用すべきかの問題について、解釈を行う」）にもとづき最高人民法院に上申しその解釈を求めた。これに対して最高人民法院は「当事者齊玉苓が主張する、教育を受ける権利は、わが国憲法46条1項の規定に由来する。本案の事実によれば、乙らは姓名権侵害の手段を以て甲の、憲法の規定によって享有するところの教育を受ける基本的権利を侵害し、あわせて具体的損害結果をもたらしたので、相応の民事責任を負担しなければならない」との批復を示し、これを受けて山東省高級人民法院は、「齊玉苓が、被上訴人に対してその教育を受ける権利を侵害したことの責任を負うように求めていることは、理由が正当であり、支持しなければならない」として、経済的損害賠

償額7000元、間接的な経済的損害賠償額41045元、精神的損害賠償額50000元の支払いを被告らに命じた。この最高人民法院の批復および判決が中国の憲法学界において、憲法の司法化をもたらしただけのものとして、俄然脚光を浴びることになった。また、この民事事件に憲法が直接適用されたことで、憲法の私法化の是非をめぐる論争をも引き起こした。

中国において、憲法を裁判所が直接適用したことが何故にかくも多くの憲法学者の関心を惹いたのか。そこには、中国の憲法学者の憲法に対する切ないまでの憧憬が存した。「ちょうどわが国の農村経済改革が安徽省小崗村の農民の家庭聯産請負制の自発的実行に端を発したように、“憲法の司法化”は、単に学者の呐喊であるだけでなく、それは普通の市民の権利意識の覚醒と、自らの利益を法を用いて守る行動とによって決定される。現代社会の多くの問題はすでに憲法による解決を待っており、新世紀の法学はまさに憲法学の春であり、“依法治国”とはまさに真の憲法による治国のことであると予言することが出来る」⁽¹⁾。李大釗の「中国の春」を想起させる「憲法学の春」を中国は今迎えようとしているのであろうか。

一 齊玉苓事件の背景

憲法は一国の基本法である。中国も現行憲法の序言において「本憲法は国家の根本法であり、最高の法的効力を有する」と述べ、同5条2項で「一切の法律、行政法規及び地方性法規は憲法と抵触してはならない」と規定している。およそ法というものは上位法と下位法、一般法と特別法といった一定の内的体系性を有し、そのことによって各種法相互間の抵触を

(1) 王磊『憲法的司法化』中国政法大学出版社、2000年、前言3頁。なお、齊玉苓事件に関しては、日本での研究者の専論がある。特に季衛東「合憲性審査と司法権的強化」(中国社会科学2002年2期、4～16頁)および但見亮「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37巻2号、69～117頁)では本件についての詳細且つ総合的な分析が加えられており、是非参照してほしい。

防ぐのであるが、その要をなすのが憲法である。とりわけ市民の基本的権利である人権の保障にとって憲法は死活的重要性を有する。では憲法の最高法規性を制度的にどう保障するのか。「憲法の最高法規性を前提としたうえで、その有権解釈権を最終的にどの機関にあたえるかによって、違憲審査制の有無と種類が分かれるのである」⁽²⁾。周知のように、日本は米国と同様、普通裁判所による審査制をとり、ドイツ、フランス、韓国等は特別の憲法裁判機関による審査制をとる。中国はこのいずれのタイプとも異なり、全国人民代表大会（以下、全人代とす）及び同常務委員会が憲法実施監督権を有し、具体的及び抽象的違憲行為に対するチェック機能を果たすことが定められている（全人代については62条、全人代常務委員会については67条）。

ところで、中国は権力分立制をとらず、全人代に権力が集中するシステムを一貫して採用してきた。それは中国憲法が欧米型の立憲主義憲法とは歴史的系譜を異にするからである。立憲主義憲法が、社会契約論にもとづき国家権力からの市民的自由の保障を目的とし、その目的を達成するために権力分立を不可欠の前提とする（「権利の保障がされず、権力の分立が規定されないすべての社会は、憲法をもつものでない」フランス人権宣言16条）のに対して、不可分「最高の国家権力機関」（憲法57条）としての全人代は、「議行合一（combination of legislative and executive powers）の原則にもとづいて活動」し、「国家機関体系において指導と監督の地位を占め、その他の国家機関の牽制を受けない」⁽³⁾。つまり中国憲法の想定する統治制度は、マルクス「フランスの内乱」によって描かれたパリコミューン→ソ連邦の最高ソビエトの系譜に属し、アメリカ独立宣言、フランス人権宣言等に由来する立憲主義型の統治制度と歴史的系譜および類型を異にする。問題は、現代の立憲主義諸国家によって導入された違憲審査制が国によりその強弱の度合いに差等あるものの、それなりに機能しているのに対して、こ

(2) 樋口陽一『憲法』創文社、1992年、86頁。

(3) 呉家麟主編高等学校法学教材『憲法学』群集出版社、1984年、179～180頁。

の権力集中型の全人代による憲法実施監督は現実には全く機能していないという点にある。憲法学界の重鎮は次のように述べている。「憲法実施の実践面から見て、違憲行為には二種類ある。その一は、具体的違憲行為であり、国家機関および個人が憲法に違反する具体的行為である。例えばある地方では、本来、法によれば人代が免職すべき幹部を人代ではなく、人代常務委員会が行っているとか、法によれば、本来、人代が選挙し、その常務委員会が任免すべき幹部を法の定める手続によらずに、上級の機関が直接任免しているとか、ある単位では人代の代表者が享有する免除特権を侵害して不法に逮捕する……等の事例が存在する。もう一つの違憲行為は抽象的違憲行為である。これは国务院が制定した行政法规や、省級人代および同常務委員会が制定した地方性法規が憲法、法律と抵触するような状況を指す。憲法の規定によれば、全人代常務委員会には国务院の制定した、憲法と法律と抵触する行政法规を取り消す権限があり、また省・自治区・直轄市の国家権力機関（＝地方人民代表大会）が制定した、憲法、法律、行政法规と抵触する地方性法規を取り消す権限がある。しかし、現在までのところ、全人代常務委員会は行政法规や地方性法規に対して本来なすべき審査を行っていないし、まして憲法、法律と抵触するいかなる法規も取り消していない。こうした状況は、憲法実施を監督し、社会主義法制の統一と尊厳を維持するうえで明らかに不利である」⁽⁴⁾。

この抽象的違憲行為中、王叔文氏には何故か憲法と抵触する法律については言及がない。この点に関して、全人代常務委員会の制定した法律については、その後2000年の立法法により「全人代はその常務委員会が制定した不適切な法律—憲法と抵解する法律という表現はとっていないが—を改正または取り消す権限を有する」(88条1号)というかたちで一定の整備がはかれた（しかし、その具体的実施のための手続規定がないため、この伝家の宝刀も抜けないままである）が、全人代自体の立法行為については憲法審

(4) 王叔文「論憲法実施の保障」中国法学1992年6期、18頁。

査が及ばないままである。それは、結局、合憲か違憲かの有権解釈権は全人代にあるのだから、その全人代が合憲と判断した立法行為が違憲になることは論理的にあり得ないし、またその立法行為に別の機関が疑義を呈することは、権力分立制をとるところであればいざしらず、権力集中制をとる中国では制度上あり得ないということだろうか。

この90年代初頭に提起された全人代による憲法監督権の機能不全という状況はその後にも全く改善されていない。その原因は、結局、3000人にも及ぶ代表が一同に会して、しかも1年に1度僅か10日程度の期間中に憲法審査を行うことなど不可能であるという技術的要因に帰する。ここに、全人代の中に違憲審査を専門とする憲法委員会の類いを設置すべしとの構想が出てくる所以がある。この憲法委員会設置構想はすでに1982年に現行憲法を制定しようとしたとき憲法草案第二稿に盛り込まれたが、結局削除された⁽⁵⁾。その後も、憲法委員会構想は1987年の中共13回全国大会、第7期全人代常務委員会委員長会議等で検討が加えられたが、現在に至るもまだ日の目を見ていない。このような状況の中で包万超氏による憲法委員会設置に関する興味ある論文が現われた。興味あるという意味は、それまでタブー視されてきた裁判所＝最高人民法院にも違憲審査の仕事を担わせようとする、憲法の司法的適用の構想が—管見の及ぶ限り初めて—示されたということにある⁽⁶⁾。

この「複合審査制」を主張する包論文の特色は、現行憲法が予定する統治の枠組みと抵触しないぎりぎりの方向で考え抜かれた構想である点にある。

包氏は、先ず、従来から主張されてきた憲法委員会について、それを全人代常務委員会ではなく、全人代内に設置することを提案する。全人代常務委員会に設置した場合、常務委員会に従属する憲法委員会がその立法行

(5) 蔡定劍「中国憲法司法路徑探索」法学研究2005年5期、123頁。

(6) 包万超「設立憲法委員会和最高法院違憲審查併行的複合審査制」法学1998年4期。

為について違憲審査を行うことが困難になるからである。後に立法法において、全人代常務委員会の疑義ある立法行為に対して、全人代によるその取消権を認めたが(前掲立法法88条)、包論文はその先駆をなすものである。包氏の憲法委員会構想は以下のとおりである。先ず構成員は9名から15名とし、全人代代表の中から、高級政府官員、高級裁判官、大裁判官・法律専門家を3:3:4の割合で選ぶ。その権限は全人代常務委員会の立法行為と全人代の立法行為とで区別される。先ず常務委員会の立法行為については、常務委員会が法律及び決議を採択した後7日以内に憲法委員会にそれを送付してその審査を求める。憲法委員会は15日以内に審査報告をなし、憲法と抵触していると判断した場合、常務委員会は必ず審査結論を表決に付きなければならない。そして、3分の2以上の多数で採択されなければ、憲法委員会の決定を否決できないとする。また、常務委員会がすでに公布し法的効力が生じている法律、決議に対しても、それが憲法と抵触すると憲法委員会が判断したときは、修正意見を提出する権限を有し、常務委員会は必ず当該修正意見につき表決をなし、3分の2以上の多数で採択されない限り、憲法委員会の修正意見を否決できないとする。ここでは、常務委員会は憲法委員会の審査結論や修正意見に答えることが義務づけられている。この義務づけが可能となるのは常務委員会が憲法委員会の属する全人代の下位機関であることによる。

では、全人代の立法行為に対してはどうするのか。この点こそ、権力の不可分至高制のもとでの違憲審査のアポリアをなすのであるが、包氏は以下のような構想を示す。全人代が法律草案を表決する30日前に当該草案を憲法委員会に送付して合憲性審査を行う。憲法委員会は、全人代開催の15日前までに書面で審査報告を行う。全人代はその報告を考慮する義務はあるが、憲法委員会の建議を受け入れる義務はない。すでに法的効力の生じている全人代が制定した法律に対しては、それが憲法と抵触すると判断したときは、全人代主席団に修正意見を提出する権利を有する。ここでは憲法委員会の審査報告、修正意見に全人代が答える義務はない。もちろん従

う義務もない。この、義務付けを伴わないことによって全人代の至高制は保障されている。しかし、全人代は憲法委員会の審査報告を「考慮」することが義務づけられることにより、事実上の拘束力を持たせようとしている。よく考え抜かれた構想である⁽⁷⁾。

包論文の特色は、憲法審査に最高人民法院も関与させようとした点にある。憲法実施監督権は全人代および全人代常務委員会のみが有すると規定されている。この関門を彼はどのようにクリアしようとするのか。彼は以下のような構想を提起する。違憲審査権能は裁判所の中でも最高人民法院のみが有し、そこに違憲審査廷を設置し、その構成員は最高人民法院長、副院長および一部の「大法官」とする。任期は5年とし、1期に限って再任を認める。最高人民法院の各審判廷案件、および下級法院の審判廷での案件審理において法律、法令に違憲の疑義があるときは、以下のような方法で違憲審査廷での審理に回す。先ず、前者について。当該審判廷が違憲の疑いがあると判断すると、違憲審査廷に送付し、違憲審査廷は、全人代常務委員会が制定した一般法律、および行政法規、地方性法規、規章が違憲であると判断すると、その違憲無効を宣告し、且つ以後の訴訟において違憲の当該条文を適用してはならないことを宣告する権利を有する(判例制度の導入)。他方、全人代が制定した法律が違憲であると判断したときは、憲法委員会を通じて、その修正の建議を提起する。次に、下級審の場合、当該法院は審理を中断して、直接最高人民法院の違憲審査廷に裁決の申請をなし、違憲審査廷は1ヶ月以内にその回答をなし、違憲と判断した場合は違憲の条項を公布する。しかし、このままでは憲法62条、67条の規定に違背する。そこで、彼は「ただし、憲法委員会が(それらの違憲審査廷の違憲宣告につき)違憲にあたらないと認定したときは、違憲審査廷は宣告を取り消し、憲法委員会の裁決に服する義務がある。したがって、全人代常務委員会、國務院、地方人代は違憲審査廷の裁決に対して憲

(7) 同、14頁。

法委員会に再審査を申請する権利を有する」と説く⁽⁸⁾。こうすれば法院（違憲審査廷）は全人代（憲法委員会）に従属する構造になり、現行憲法の枠を破ることはない。

以上が包論文での複合審査制の概要であり、この彼の構想はその後他の学者によって継承されてきている。例えば強世功氏は次のように述べている。「二元的違憲審査の……メカニズムは非常に重要である。何故なら違憲審査は憲法と法律、法規の理解に関わり、これは非常に複雑な専門的な理性活動であって、専門的機構によって行われる必要がある。一方で、全人代および同常務委員会は代議制機構であり、これに比べて最高人民法院は専門的な裁判に従事する機構である。……一旦、司法による違憲審査が行われるようになると、大量の違憲問題が司法による訴訟を通じて最高人民法院に招来されることになり、最高人民法院は専門的な法知識を通じて濾過した後、全人代および同常務委員会に上申して立法的違憲審査を求めることになる。……このようにして立法的違憲審査の資源の消費を有効に節約でき、立法的違憲審査の効率を高めることが可能となる」、と⁽⁹⁾。

さて、しかし、裁判所が具体的訴訟において直接憲法を適用することを、中国はこれまで認めてこなかった。そのことを端的に示しているのが行政訴訟法52条の文言である。ここでは「人民法院が行政案件を審理するとき、法律と行政法規、地方性法規に依拠する」とあって、憲法規範を行政訴訟において適用することは予定していない。つまり行政事件という、公権力の行使の違法性の有無が問われる事件において、裁判所による違憲審査を認めない、口出しをさせないということである。刑事訴訟や民事訴訟においてももちろん、憲法は直接の法源とは認められていない。こうした、憲法規範を裁判過程において直接適用することを認めないという態度は、遡れば最高人民法院の1955年7月30日の批復（「刑事判決において罪を

(8) 同、14～15頁。

(9) 「誰来解释宪法——从宪法文本看我国的二元违宪审查体制」中外法学2003年5期、541頁。

論じ刑を科すことの根拠として憲法を引用してはならないことについての批復¹⁾に由来すると一般に説明されてきた。

この批復は以下のようなものである。「新疆省高級法院あて：貴院（55）刑二字第336号の問い合わせを拝見した。中華人民共和国憲法はわが国家の根本法であり、また一切の法律の母法である。劉少奇委員長は中華人民共和国草案の報告の中で、次のように指摘した。『憲法は、国家生活の最も重要な問題について、どのようなことが合法であるか、また法で定められたことは必ず執行されなければならないことを、また、どのようなことが違法〔非法〕であるか、そして必ずそれは禁止されなければならないことを規定した』、と。刑事法の面において、憲法はどのように罪を論じ刑を科すかについて何ら規定していない。したがって我々は貴院の意見に同意する。刑事判決において罪を論じ刑を科すことの根拠として憲法を引用してはならない」。この批復は、しかし、論旨がたどりづらい。先ず、憲法が根本法であり、一切の法律の母法であるということからは、憲法規範の適用を排除するという結論は出てこない。また、劉少奇の言自体からもし、そうした結論は出てこない。結局、最後のフレーズ、すなわち「刑事法の面において、憲法はどのように罪を論じ刑を科すかについて何ら規定していない」ということが憲法規範適用を認めないことの直接の根拠をなしている。そうであるとすると、「憲法の条文は『構成要件と法的効果』の論理構造をとらない」⁽¹⁰⁾から、刑事（や民事）事件の直接の根拠規定とすることはできないと述べているに止まり、違憲の立法行為や行政行為に対する裁判所の判断までも禁止したものとは言えないことになる。

裁判所が憲法を直接適用すべきでないことの理由として引き合いに出されるもう一つの根拠が最高人民法院の1986年の批復である。その内容は以下のとおりである。「江蘇省高級人民法院あて：貴院の蘇法〔1986〕11号の問い合わせを拝見した。人民法院が法律文書を作成するさいに法規規範性

(10) 梁慧星「最高法院關於侵犯受教育權案件的法釈〔2001〕25号批復評析」民商法論叢23巻、334頁。

文書〔法律規範性文件〕をどのように引用すべきかについて検討を加え、以下のように答える。……人民法院が民事および経済紛争案件を法にもとづき審理し、法的文書（判決文等——小口補）を作成するさいには、法律、行政法規は直接引用してよい。憲法、法律、行政法規と抵触しない地方性法規、自治条例、単行条例も引用してよい。国务院各部委員会・地方人民政府が公布した決定・命令・規章で、憲法、法律、行政法規と抵触しないものは、案件処理において参照執行してよいが、（判決文中に——小口補）引用してはならない。最高人民法院が出した、各種法律を執行するうえでの意見や批復は貫徹執行しなければならないが、直接引用してはならない」。この批復のポイントは二点ある。その一は、裁判所の判決作成において適用すべき法の中に憲法が入っていないということである。このことは裁判所が直接憲法を適用することを認めていないことを物語っている。もう一つは、「憲法、法律、行政法規と抵触しない地方性法規、自治条例、単行条例は直接引用してよい」「国务院各部委員会・地方人民政府が公布した決定・命令・規章で、憲法、法律、行政法規と抵触しないものは、……参照執行してよい」との文言である。ここでの「引用」と「参照」との使い分けが何を意味するかについては、その後に制定された行政訴訟法53条の理解とも絡んでくる。

行政訴訟法53条は「人民法院が行政案件を審理するときは、国务院各部・委員会が法律および国务院の行政法規、決定、命令にもとづいて制定、発布した……規章を参照する」と規定し、同52条の「人民法院が行政案件を審理するときは、法律、行政法規、地方性法規に依拠する」という表現と区別している。この点につき、行政訴訟法制定時、全人代常務委員会副委員長で同法制工作委员会主任の要職にあった王漢斌は、「規章の中にはいくつか問題のあるものが存在する。したがって草案では、法院が行政案件を審理するときは、規章の規定を参照すると規定したが、これは……法律、行政法規の原則的精神に合致しない、あるいは完全に合致しない規章に対しては、法院は彈力的に処理する余地がある」と述べ、法

律、行政法規と抵触する規章については適用を拒むことができることを暗示し、規章に関する限り裁判所に選択的適用権を付与したと解する余地を与えた。しかし、この点については異論もあり、規章が上位法と抵触した場合は立法法88条3号（「国务院は不適当な部門規章および地方人民政府の規章を改正、取り消す権限がある」）により、当該裁判所は審理を中断し、国务院に解釈、裁決を求めそのうえで裁判所は審理を再開しなければならないと主張する論者もいる⁽¹¹⁾。規章についてすら選択的適用権が認められないとすれば、法律、行政法規、地方性法規について当然、裁判所による合法性審査は許されないことになる。

しかし、規章について裁判所による選択的適用権を認めようとする論者の中には、さらに進んで、法律、行政法規と地方性法規の関係、あるいは法律と行政法規の関係についてもその選択的適用権を一挙に認めていこうとする論者もいる。例えば羅豪才はその一人である。「行政訴訟法は、法律、行政法規、地方性法規、自治条例、単行条例などレベルを異にする規範は裁判所の裁判の根拠〔依拠〕となすことを規定している。これは法体系全体から行政法の規範的効力を観察したものであり、ここでの「根拠」とは決して裁判所がいかなる行政法規範であれそれを必ず適用しなければならないという趣旨ではない。憲法の定める、人民法院は法律により独立して裁判権を行使するとの一般原則にもとづき、憲法と法律に合致する規範を裁判の根拠とするということであって、法律の規定に合致しない、または不完全にしか合致しない規範は根拠とすることはできない」⁽¹²⁾。しかし、羅氏のように、はたして憲法126条の法院の独立規定から法律、行政法規、地方性法規の相互関係についての裁判所による選択的適用権の承認まで導き出せるのか。この問題は、結局、裁判所と国务院、地方人民代表大会の権力配分を現行憲法がどう構想しているのかという問題に行き着

(11) 胡錦光＝韓大元（小口彦太＝大内毅訳）『中国憲法の理論と実際』成文堂、1989年、63頁。

(12) 注(11)書より転引、60頁。

く。そして、現在までのところ理論的にも実践的にも決着はついていない。決着はついていないが、90年代に入って、裁判所の選択的適用権を積極的に認めていこうとする動きが見られるようになったことは注目しておかなければならない。例えば1993年3月11日付けの最高人民法院の福建省高级人民法院あての復函における「人民法院が行政案件を審理するとき、地方性法規の規定が法律、行政法規の規定と一致しない場合は、法律、行政法規の規定を執行しなければならない。」⁽¹³⁾とか、河南省農作物種子管理条例無効宣告事件（李慧娟事件）における、「河南省農作物種子管理条例は法的地位が劣る地方性法規であり、その種子法（＝法律）と矛盾する条項は自ずから効力を失う」との河南省洛陽中級人民法院および河南省高级人民法院の判断は裁判所の側からのこの問題での能動的動きである⁽¹⁴⁾。また、全人代常務委員会法制工作委员会も、「法律を理解し執行するうえでの若干の問題に関する解答」の第18項目の中で「人民法院が行政案件を審理する中でもし地方性法規と国家最高権力機関が制定した法律とが抵触することを発見したときは、国家権力機関が制定した法律を執行しなければならない」との判断を示した。しかし、こうした動きには、当然、反対論もある。上記の河南省農作物種子管理条例無効宣告事件に対する河南省人代の「こうした行為（地方性法規無効宣告宣言）の実質は省人民代表大会常務委員会が採択した地方性法規に対する違法審査であり、わが国の人民代表大会制度に違背し、権力機関の職権を侵害し、重大な違法行為をなす」との警告が示され、事実、この判断を示した河南省洛陽市の中級法院の院長は解任され、裁判官の職自身も剥奪されそうになった。

ところで、選択的適用権、すなわち法令審査権と違憲立法審査権は同視

(13) 事件の内容は、法律である漁業法の規定では、違反の情状が重大な場合は「漁具を没収できる」（30条）となっているのに、福建省の地方性法規である漁業法実施弁法では「情状が重大な場合は漁船を没収できる」（34条）となっており、漁業法30条により漁業法実施弁法34条の効力を否定した。

(14) 本件の詳細については韓大元編『中国憲法事例研究（一）』法律出版社、2005年、284～308頁。

されることがあるが、行政機関や地方立法機関の法令に対する裁判所の審査権の問題と、法律に対する審査権とはその持つ意味が異なってくる。中国では、ようやく地方人代の立法行為に対して法令審査権行使の実例が見られるようになったばかりであるが、それとて地方人代側の激しい反発を招いた。最高人民法院と同級の国家機関である国务院の立法行為に対する審査権行使、すなわち法律と行政法規の抵触に対して裁判所が判断を下した事例はまだ存在しない。まして最高の国家権力機関である全人代の立法行為に対して、それに国家機関として従属する裁判所が法令審査権を行使するとなると、事柄はまったく異なってくる。法律の合法性を審査するためには、憲法を根拠にするしかない。しかし、憲法を裁判過程で直接適用することは、1955年の批復以来、最高人民法院自体が認めてこなかった。また、立法者も行政事件、刑事事件、民事事件において裁判所が憲法を適用することを認めてこなかった。こうした中で齊玉苓事件が起きたのである。

二 齊玉苓事件の評価

「もしも齊玉苓案は2001年の中国の一大事案であると言ったとしても、それは決して言い過ぎではない。この事案は非常に重要な人物がかかわったわけでもなく、また目的物が多額に上ったわけでもない。しかし、これは中国法治建設の一里塚をなす。何故なら、これは中国憲法についての伝統的観念に対する挑戦をなし、憲法の司法化に道を開き、憲法実施の新しい探索をなすからである」⁽¹⁵⁾。しかし、すべての憲法学者がこうした手放しの積極の評価を下したわけではない。それぞれの学者の憲法観の違いに応じて積極、消極両論が見られた。ここではさしあたり陳雲生氏のまとめにもとづいて、その積極、消極論を俯瞰してみよう⁽¹⁶⁾。

(15) 王磊「憲法実施の探索——齊玉苓案の幾個憲法問題」中国社会科学2003年2期, 29頁。

最高人民法院の批復は中国憲法学界において主として二つの問題、すなわち憲法の司法化と、それから憲法の私法化についての討論を引き起こしたが、先ずは、憲法の司法化の面での積極的評価派の見解は以下のように紹介されている。

「当該批復は司法的手段を用いて憲法が規定する公民の基本的権利を保護しようとした全国で最初の案件であり、憲法の司法化の先駆けをなすものである。また、ある学者は、憲法中の公民の多くの基本的権利が具体的な法律的保障がない状況のもとでは、憲法の国家の実生活上の地位を窮地においている。最高人民法院が、さして典型とも思えない民事案件を選んで、こうした批復を与えたのは、当面の社会経済的条件のもとでとられた、社会的代価が比較的小さく、各方面に対して与える衝撃の弱い、公民の権利実現と保護の方法である。民事案件において憲法の関連規定を直接適用することを通じて、憲法の司法化を先ず実現し、次第に社会全体の憲法観念の転変に影響を与え、最終的に憲法の全面的司法化のために実践上の探索と思想観念上の先導をなすものである」⁽¹⁷⁾。

次に、否定派の見解は以下のように紹介されている。

「当該案件が『裁判所が直接憲法条文を適用した最初の案件である』とか、さらには、それは『中国の人民法院が違憲行為に対して司法審査を行う門を開いた』と説くとすれば、それは当該案件に対する重大な誤読である」。「本案は普通の民事上の不法行為案件であり、教育を受ける権利が憲法の規定する公民の基本的権利の一つであるとしても、この基本的権利は具体的に法律でもって保障されてはいない。他方、教育法などの法律は、公民の教育を受ける権利を保護する規定を明確に規定している。教育法81条は『本法の規定に違反して、教師、教育を受ける者……その他の教育機関の合法的権益を侵害し、損失・損害を与えたときは、法により民事責任を負担しなければならない』と規定しており、この規定は、民法通則の民

(16) 『憲法監督司法化』北京大学出版社、2004年。

(17) 同、482～483頁。

事責任に関する一般規定および教育法の規定によって不法行為者の民事責任を追及するうえで十分な法律的根拠をなしており、こうした行為の性質をわざわざ憲法の高みにまで高める必要はない」⁽¹⁸⁾。この文中の「本案は普通の民事上の不法行為案件であり……この（憲法上の）基本的権利は具体的に法律でもって保障されてはいない」との指摘は民法学者梁慧星氏の議論とも重なるので、もう少し梁教授の議論をみておこう。

梁教授は、まず、民事および刑事事件については憲法を直接引用すべきではないと断ずる。それは「憲法の条文が裁判規範の論理構造」すなわち「構成要件と法的効果」の論理構造をとらないからである。構成要件も法的効果も明記されていないのでは、裁判規範たり得ないというわけである。次に、梁教授は、本件判決の法的根拠をなすのは、民法通則106条2項の「公民、法人が故意・過失によって国家、集団の財産を侵害し、他人の財産、人身を侵害したときは、民事責任を負わなければならない」という不法行為規定であり、教育法81条が「本法の規定に違反し……損失、損害を与えたときは、法により民事責任を負わなければならない」というときの「法により」の「法」とは、この民法通則106条2項のことである。そしてこの民法通則106条が想定する「財産」とは財産権、「人身」とは人身権を意味し、憲法上の「教育を受ける権利」を侵害しても本来的には106条2項の構成要件には当たらない。しかるに最高人民法院はこうした解釈にとらわれず、憲法の教育を受ける権利についての規定を用いて、民法通則の不法行為責任に関する規定を解釈した。このことは、最高人民法院が不法行為責任の構成要件としての「加害行為」の侵害の客体には、民事権利（財産権と人身権）を限度とせず、憲法上の教育を受ける権利をも含めたということを意味する。最高人民法院の批復について評価すべきとしたら、それは「民法学者の、不法行為に関する侵害の客体を民事権利に限定するとの通説を突破し、憲法上の教育を受ける権利を不法行為責任の保護の客

(18) 同、483頁。

体に組み入れた」その創造性にある。「法治に向かいつつある今日、最高人民法院が通説に拘泥せず、合憲性解釈の方法を採用し、大胆に不法行為責任というこの法律手段を運用して公民が憲法に依拠して有する基本的権利を保護したことは、公民の権利保護重視と積極的創造の精神の点で賞賛に値する」というわけである。合憲性解釈とは、梁教授によれば「憲法の規定を用いて民法の規定を解釈する」類の解釈のことであるという⁽¹⁹⁾。因みに、こうした民法の合憲性解釈の例は齊玉苓事件が最初ではなく、すでに最高人民法院1988年10月14日の批復に見ることができるという⁽²⁰⁾。梁教授によれば齊玉苓事件は憲法の「直接的」司法適用の事例としてとらえるべきではなく、憲法の間接的適用の事例として理解すべきであるということになる。

次に憲法の私法化の面について見てみよう。本件は私人間での紛争に憲法が適用された事例であるが、その積極的肯定派の見解は以下のとおりである。

「憲法は政府と人民の関係を確定する根本法であるが、同時にまた公民の権利を保護する根本法でもある。憲法の規定する公民の権利を政府は侵犯できないが、私人もそれを侵犯してはならない。これが、憲法が私法領域に介入する、すなわち私法化にもっとも根本的な理由を提供する。しかも、社会の発展につれて公民の社会経済的権利に関する憲法の規定は日増

(19) 前掲注(10)論文, 334頁, 334～335頁, 337頁, 339頁。

(20) 合憲性解釈の最初の事例は天津塘区人民法院が審理した「工傷は一律に責任を負わない」との契約の無効を示した最高人民法院の1988年10月14日の批復（(1988)民他字第1号批復）である。そこにおいて、「労働者に労働保護を行うことはわが国の憲法の中にすでに明文の規定（42条——小口補）がある。これは労働者が享有する権利であり、国家の法律の保護を受ける。いかなる個人、組織もみだりに侵害してはならない。被告は雇い主の身分で被用者に対して当然労働保護を与えなければならない。しかるに被告は逆に『工傷は一切責任を負わない』ということを労働者募集登録表に注記した。これは、憲法と労働保護に関する他の法規に違反し……こうした行為に対しては無効を認定しなければならない」との判断を示した。前掲注(10)論文, 338頁参照。

しに多くなり、政府と人民の関係も伝統的な相互対峙型から人民が政府に依存し、政府を通じて自身の権益を実現する……「互動型」に変化している。こうした状況のもとでは、憲法の規定が私法の領域に直接適用され、公民の私法的権利が保護され侵害を受けないようにすることは、一個の現実的な選択である」⁽²¹⁾。

これに対して、消極派の見解は以下のとおりである。

「憲法は政府と人民の関係を規定する根本法であり、憲法上の権利は国家機関によって保護されなければならない。国家機関がその保護に努めず、公民の権利が侵害を受けたときは、国家機関は相応の法律責任を負わなければならない。こうした、法律責任を負担するという形式を通じて、問題は一個の公法上の問題に転化する。すなわち国家機関が法定の職責を履行したか否かという問題に転化する。もしも純粹の私人間での紛争であれば、単純に憲法を適用して処理するというわけにはいかない。もし普通の民事案件に憲法の条文を直接適用するとなると、一方当事者の行為を違憲と論じ、その違憲責任を負担させることは、実際には違憲行為の概念の過度の一般化であり、違憲行為の理解に混乱をもたらす」⁽²²⁾。こうした反対論は、立憲主義憲法観、すなわち憲法は権力を規制するのであって、私人を規制するのではないとの観念に馴染んでいる者からすると、至極当然の議論のように思える。こうした立場からすると、そもそも憲法規範を私人間に適用すること自体が問題なわけで、したがって齊玉苓事件には何の意義もないどころか、憲法適用を誤った事例ということになる。

以上の議論を通じて明らかになったのは、齊玉苓事件は憲法の司法化の実現という観点からすると、あまり筋の良い事件ではなかったということである。何故なら、本件での批復は違憲審査に何ら関わりようのない、そして、そもそも憲法を適用するまでもない、民法の解釈論だけで処理できる事件であったように思われるからである。中国不法行為法の成立要件を

(21) 前掲注(16)書、483～484頁。

(22) 同、484頁。

めぐっては、違法性を要件とするか否かをめぐって意見の対立があり、文言上、民法通則106条2項には、「違法に」権利を侵害するとの文言がないことから、中国不法行為法においては違法性を必要としないとの有力な見解がある⁽²³⁾。この説によれば、教育を受ける権利の侵害があったかどうかを論ずる必要はないのであるから、公民の教育を受ける基本的権利を規定した憲法46条を持ち出す必要はない。また、違法性を要件とする論者からしても、少なくとも本件主犯格の被告に対する損害賠償請求においては憲法は不要である。というのは、憲法46条の教育を受ける権利が想定しているのは「平等に教育を受ける権利を享受する」という趣旨のものであり、そうした権利を保障する義務を負うのは、国家、社会、学校および家庭だけである。本件主犯格の陳曉琪および陳克政にはそのような義務はない。したがって「絶対に被告陳曉琪および陳克政が齊玉苓の『憲法規定に依拠して享有する教育を受ける基本的権利』を侵害したとはいえない」⁽²⁴⁾。原告が不法行為によって侵害された客体は「齊玉苓が濟寧商業学校との間で成立させた教育契約に依拠して享有する債権の權益」⁽²⁵⁾なのである。違法性を要件とする説に立っても、実は本件に憲法は不要なのである。

ところで、最高人民法院の批復について積極、消極両論を紹介した陳雲生氏自身も、当該批復についての評価はきわめて低い。憲法の司法化は

(23) 王利明氏は次のように述べている。「各国の法律および司法実践によれば、不法行為の責任の構成要件はそれぞれ異なる。フランスを代表とする国家では、不法行為責任の構成要件は主に損害事実、因果関係および過失によって構成されている。他方、ドイツを代表とする国家では、以上の三要件以外に、違法性要件が含まれている。当然、異なる帰責原則の指導を受ければ、責任の構成要件も異なってくる。わが国の立法および司法実践に立てば、過失責任および過失推定責任においては、損害事実、因果関係および過失によって構成される責任要件を我々は主張する」（王利明主編『民法・侵權行為法』中国人民大学出版社、1993年、136頁）。

(24) 梁慧星，前掲注（10）論文，341頁。

(25) 同，341～342頁。

「一つの偉大な憲法プロジェクトとみなされなければならない、司法制度改革を鋭意行ううえでの創挙でなければならないと考える。このような偉大なプロジェクトと鋭意の創挙に対しては、典型的影響力を有する憲法案件と震撼させる力を有する判決を通じて実現されなければならない。国外のある顕著な『憲法革命』と著名な憲法原則の確立は、通常、この種の方法を通じて実現されたのであり、関連事例と判決はまさに記念碑として書物や教科書に採用され、学者達の研究の素材となり、学生達の学習素材となった。しかるに齊玉苓案および最高人民法院の批復は明らかにこうした重責を託することはできない。……齊玉苓案自身は一個の民事案件にすぎず、憲法案件の性質を備えていない」⁽²⁶⁾。陳氏からすると、マーベリー対マジソン事件におけるマーシャル判事の判決の如きものでなければならないということであろうか。しかし、筆者から見ると、これはあまりにも非現実的な議論である⁽²⁷⁾。こうした中で、齊玉苓案件に関する最高人民法院の批復を一貫して積極的に評価する論陣を張ってきたのが蔡定劍氏であった。そこで、氏の議論に即してもう少し積極的評価の内容を跡付けてみたい。

齊玉苓事件は憲法の私人間適用であった。蔡氏はこの私人間への適用について、それは憲法の私法化という現代憲法理論の趨勢であるという。「伝統的憲法理論では、憲法は国家と市民の間の法律関係を規定し、国家権力を規範化することを対象とし、したがって憲法は一般に公法ととらえられてきた。しかし、現代の法治社会の発展につれて、特に人権保障の必要につれて、憲法の調整範囲は大いに拡大され、私法関係の調整にも適用

(26) 前掲注 (16) 書、485頁。

(27) 陳氏は次のように述べている。「憲法の司法化とは……司法化の形式を通じて憲法を正しく、順調に実施させることであ」り、「ちょうどアメリカ等がそうであるように、いつの日か我々の憲法と法理学者および法律学校の学生達が専門書、判例（原文のまま）、教科書のなかで中国の裁判官達が自ら書いた精妙な判決文を賞賛し、研鑽できる」日の来ることを切望するのである（同、489頁）。

されるようになってきており、直接憲法を適用して私人間での紛争を解決でき、市民の権利のきわめて多くが私権の領域の事柄となってきている。そのようなわけで、憲法は単に公法にとどまらず、私法の属性をも有しているのである」^{〔28〕}。こうした指摘は特に目新しいわけではなく、多くの憲法学者が一般に説くところでもある。例えば日本の代表的教科書である芦部信喜著『憲法』でも「人権……の価値は実定法秩序の最高の価値であり、公法、私法を包括した全法秩序の基本原則であって、すべての法領域に妥当すべきであるから、憲法の人権規定は私人による人権侵害に対しても何らかの形で適用されなければならない」^{〔29〕}と説かれている。しかし、実は、蔡氏にとってこの憲法の私法化論は、氏の憲法の司法化論を展開するうえで欠かすことのできないきわめて重要な位置を占めている。そのことを理解するうえで興味深いのは李忠＝章忱共同論文にある次のような指摘である。「司法機関は私法の領域で基本的権利規範を適用することができる。では、国家機関が公民の基本的権利を侵害した場合に、司法機関はそのような案件を受理できるか。この問題については賛否両論ある。……筆者は、司法機関が私法領域において公民の基本的権利規範のために救済を提供できることは認めるとしても、そのことから公法領域において公民の基本的権利規範を適用できるわけではないとの見解に同意する。その理由として、第一に、（公法領域においては——小口補）憲法の調整対象は主に立法機関と行政機関であり、特に立法機関の立法活動が対象となる。立法および行政機関の行為はかなりの程度普遍性を有し、もしこの両機関の行為に対して憲法を適用してその審査と制裁を行おうとすれば、憲法を適用する機関（すなわち裁判所——小口補）は高い権威性を有していなければならない。他方、普通の法律の場合は、国家機関、公民、法人その他の組織が調整対象となり、法律執行機関はその職責の順調な遂行を可能とする高い権威性を必要としない」^{〔30〕}。裁判所がせいぜい憲法を適用できるのは、

〔28〕「關於什么是憲法」中外法学2002年1期，98頁。

〔29〕『憲法』（新版），岩波書店，1997年，106頁。

国家権力機関および国家機関のかかわらない領域においてのみである。何故なら、それら諸機関に匹敵できるだけの高い権威性を中国の裁判所は持ち合わせていないからである。このような中国における裁判所の置かれた現実を踏まえれば、憲法の司法的適用の突破口になり得るのは、権力が関心を払わない私人間への憲法適用しかないのである。「中国の政治体制のもとで、国家機関と政党の行為の違憲を監督し……ようとしても、それを（裁判所による——小口補）憲法監督で行うのは荷が重い。したがって、中国の当面の実際の状況から出発して中国憲法の実施を行い、先ず私権による公民の基本的権利侵害問題を解決するようにして、憲法の司法化の道を歩むことが、中国憲法の実施を進める現実的なやり方なのである」⁽³¹⁾。全人代の違憲審査権と衝突しないように細心の注意を払いつつ、「公民の憲法上の基本的権利の侵害（立法および国家行為によって引き起こされたものではないこと——原文。傍点は筆者）についての紛争（主に私権侵害で、規章以下の一般的な規範性文件の合憲性審査を含む——原文）」⁽³²⁾だけが憲法の司法的適用の対象となり得る。したがって蔡氏の描く「策略」は以下のようなものとなる。「西洋が国家権力を弱くし、市民の権利を強化する道から出発し（た）……わが国は先ず強大な国家権力があり、きわめて脆弱な公民の権利が存した。計画経済から市場経済へと発展する過程は、集権から分権へと向かい、人治から法治と向かう過程でもあった。……このことは、憲政面では弱体な法でもって強大な政府権力を制限し統制するという大きな課題に直面することとなった。もしも西洋の経験によるならば、中国の憲法はどうしても先ず国家権力に対する監督のメカニズムを構築しなければならず、このことは、中国の憲法実施のメカニズムを最も困難なところから出発させることにほかならず、これは憲法実施の策略上とり得な

(30) 李忠＝章忱「司法機関と憲法適用——從最高人民法院關於公民學教育權的司法解釋談起」（信春鷹編『公法』第三卷，法律出版社，2001年，315～316頁）。

(31) 蔡定劍，前掲注（5）論文，123頁。

(32) 同，123頁。

い。したがって、わが国の憲法実施のメカニズムの構築は先ず矛先を避けて、西洋憲政の道とは異なった道を行かねばならず、憲法上の公民の基本的権利の保護から始め、且つ憲法上の権利が私権による侵害を受けることから出発しなければならない。憲法を実施させ、憲法の権威を構築することから始めて、その後に条件が備わるのを待って、あらためて違憲立法審査のメカニズムを構築する。これこそが切実に行うことのできる中国憲法実施の道なのである」⁽³³⁾。憲法の私法化を通じて憲法の司法化の道歩み、いつの日か違憲審査を可能にする、これが蔡氏の戦略である。こうした氏の議論から想起されるのは強世功氏の言うところの「トロイの木馬」論である。強氏は以下のように述べる。「違憲審査の角度から見れば、多くの学者は斉玉苓案は決して真の意味での憲法司法化案件などではない。……しかし、憲法の司法化は実際にはマジックワード〔話語圏套〕である。何故なら一旦司法判断の意味での憲法の司法化を主張するようになると、自然と違憲審査の意味をもそこに忍び込ませるようになったからである。黄松有裁判官はうっかりこの秘密を洩らしてしまった。彼の考えとは次のようなものであった。『1803年、アメリカ連邦最高裁判所は治安判事マーベリーがマジソンを訴えた事件を審理したとき、最高裁長官のマーシャルは当該案の判決の中で、立法機関の制定した、憲法と抵触する法律の無効を宣告し、これにより憲法の司法化の先駆けを作った』。黄の以前の憲法司法化概念の定義からすると、これは自己矛盾した表現である。しかし、この矛盾は単に表面上のものであり、彼は意識的にこの概念自身の曖昧さ〔歧義〕を利用して違憲審査を憲法の司法化の概念の中にひそかに忍び込ませた可能性がある。かくして、憲法の司法化は裁判官と学者達のトロイの木馬となり、一個の司法裁判概念を通じてひそかに国家権力配分の憲政概念を持ち込むことになった。憲法の司法化は表面的には司法判断に関する法理学説を装いながら、実際には国家権力の構成に関わる政治学説

(33) 同、122頁。

となった」⁽³⁴⁾。蔡氏の議論は中国に対するリアルな現状認識を踏まえた、まさに「トロイの木馬」論の典型であるといつてよい。しかし、氏が「憲法の私法化を通じて憲法の司法化」を実現しようとする、当の憲法は、違憲審査制の母国であるアメリカ合衆国の憲法とは類型を異にする。アメリカの憲法学者 O. フィス氏は中国とアメリカの二つの憲法を言論の自由を素材にして比較した論文の中で、「アメリカにおける言論の自由は立法、行政、司法の行為に制約を課す。すなわちそれ（憲法人権規定——小口補）が当該の法律に切り込むのである。中国では、この新しい憲法のもとでさえ、言論の自由は一個の残滓にすぎないように思われる。それは制定法（またはその他の形態の法）の規制の及ばないところにおいてのみ存在する。（中国憲法で言論の自由を規定した——小口補）35条は市民に何をしてよいかを告げているが、それは国家の権力に対する制約にはなっていない。市民は合法とされた言論に従事することが許される。アメリカでは、個人は何をしてよいかを告げられることはない。彼らが理解していることは、特に否定されていない限り——しかしその制限は法律にもとづかなければならない——何事もなすことができるということである。」⁽³⁵⁾と説いている。氏がここで指摘しているように、中国憲法の人権規範は、立法や行政行為に切り込む構造になっていないのである。むしろ憲法51条（「公民は自由と権利を行使するとき、国家、社会、集団……の利益を害ってはならない」）、52条（「公民は国家の統一と民族の団結を維持する義務を有す」）、53条（「公民は……国家秘密を保守し……公共秩序を遵守し、社会道徳を尊重しなければならない」）、54条（「公民は……祖国の安全、榮譽、利益に危害を及ぼす行為を行ってはならない」）等一連の規定により、市民の自由を憲法自体が規制する構造（義務の体系）になっているのであるから、各立法機関による

(34) 強世功「憲法司法化悖論——兼論法学家在推動憲政中的困境」中国社会科学 2003年2期, 21頁。

(35) O. Fiss, Two Constitutions, 11 Yale Journal of International Law 497 (1986) .

自由制限の規定を憲法自らが合理化し、正当化するということになる。こうした憲法構造を前提にして、憲法の私人間適用を積極的に主張するということが、中国の憲法生活にどのような影響をもたらすであろうか。立憲主義憲法体制のもとでは、憲法の私人間への適用についてはきわめて慎重である。その典型的議論が人権規定の私人間への無適用説である。その無適用説が力説するのは「憲法上の人権は国家を名宛人とするものであり、これを私人間の争いに援用するためには、私人も憲法の名宛人だということにしなければならない。しかし、これは立憲主義の憲法観・人権観の大きな修正になり、悪くすれば国家が国民に対し『憲法忠誠』を要求するということになりかねない。それを避けたいなら、『憲法上の人権』は国家のみを名宛人とするという論理を維持すべきである」⁽³⁶⁾ということである。中国憲法はこの「私人も憲法の名宛人とする」構造になっており、この構造のもとでなおいっそう私人間への憲法規範の適用を強調することは、中国憲法の立憲主義憲法への転換の芽を自ら摘んでいくことになる。

蔡氏ともあろう学者がこうした、憲法を私人間での紛争に適用することの問題性について無知であるとは思えない。そのことは以下のような氏自身の指摘によっても窺える。「公民は違憲たり得るや否や。憲法の精神は我々に公民は違憲の資格を欠いており、違憲の主体にはなり得ない、したがって公民の違憲問題は存在しないことを教えている。その理由は、憲法は人民が政府に向かって制定した契約であり、それは人民がルール〔規範〕をもって政府権力を統制し、政府権力の乱用を防止し、公民の基本的権利を保障する根本法である。憲法を制定する目的は、国家が非をなさないように制限し、あわせて政府をして公民の権利を保障する義務を負わしめることにある。どうして公民に義務を負わせることができようか。公民の憲法上の義務を規定することは、国家と公民の関係を顛倒させることで

(36) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』有斐閣、2005年、100頁。

あり、憲法の本質的精神を攪乱するものである」⁽³⁷⁾。このような指摘と、私人間への憲法の直接適用の積極的主張との折り合いをどのようにつけたらよいのだろうか。憲法上の複数の価値が争われているとき（例えば秋菊打官司事件のように肖像権＝人格権と撮影行為＝表現活動の自由権が対立したようなケースを想起されたし）、憲法を直接適用するということは、一方の価値（例えば表現活動の自由の権利）を憲法自身が制限あるいは否定するということにならざるを得ず、それは氏のいう「どうして公民に義務を負わせることができようか」という指摘と矛盾するのではないだろうか。また、中国憲法はそもそも「公民に義務を負わせることができ」る構造になっているのであり、何故にそのことを蔡氏は見落としておられるのであろうか。

結びにかえて

「ドイツの憲法裁判所は憲法訴訟を受理するとき、もっぱら公権力による市民の基本的権利侵害の案件に限っている。私人間の関係の領域には関わらない。西欧の学者のこうした理論はその憲法理論、すなわち憲法はただ政府の権力を制限するだけであるとの理論に由来する。したがって、国家行政人員が市民の基本的権利を侵害したときには憲法救済が与えられなければならない、憲法訴願制度が実行されなければならない。しかし、わが国は西洋のこうした憲法理論の拘束を受ける必要はない。いかなる民事案件であっても、憲法条文を引用することができる」⁽³⁸⁾。この「筆者」は著名な憲法学者肖蔚雲氏である。しかし、中国で裁判所が憲法を適用するということは、「政府の権力を制限する」ことに加えて、私人間にも適用できるというのではない。現状では、私人間にしか適用できないのである。そして、肖氏は「公民の基本的権利と自由を保護することは、憲法の重要な

(37) 前掲注(28)論文, 99～100頁。

(38) 肖蔚雲「憲法は審判工作的根幹法律依拠」法学雑誌2002年3期, 4頁。

内容をなす」⁽³⁹⁾と説くのであるが、私人間に憲法を直接適用することにより、はたして「公民の基本的権利と自由を保護する」ことになるのであろうか。むしろ、私人間に憲法を直接適用することとは「国家が国民に憲法忠誠を要求」し、当事者の一方の公民の基本的権利を憲法が直接制限するということになる。山東省高級法院副院長の郝明氏は、齊玉苓事件の意義として「現実の社会では、憲法違反の行為が追及されてこなかった。最高法院の司法解釈と当該案件の判決は、重大な突破をなし、裁判所が『憲法に関わる訴訟』を通じて、公民の基本的権利を保障する先例を創造した」⁽⁴⁰⁾と述べているが、齊玉苓事件は、あえて憲法を直接適用しなくても十分解決できる類いのものであった。齊玉苓事件が憲法学に与えた意義は、前述した梁慧星氏の評価、すなわち最高人民法院が憲法の合憲性解釈の方法を採用して、「不法行為に関する侵害の客体を民事権利に限定するとの通説を突破し、憲法上の教育を受ける権利を不法行為責任の保護の客体に組み入れた」ということに尽きるように思われる。ただ、梁氏の議論はかなり分かりにくい。氏は一方で、「憲法条文を直接民事、刑事裁判の判決の根拠として引用してはならないとの司法慣例」⁽⁴¹⁾を肯定し、齊玉苓事件での最高法院民事審判第一審判廷からの問い合わせに対して「(本件は) 先ず民法通則の規定を基準とすべきである。わが国の民法通則は第五章で特にこの種の民事権利を規定しており、民法通則以外のところで軽々しく『教育を受ける権利』を民事権利として認めるべきでない」⁽⁴²⁾（それは裁判立法になる——小口補）と述べながら、他方で、前述のように最高人民法院が「憲法上の教育を受ける権利を不法行為責任の保護の客体に組み入れた」ことを評価しているのである。この問題をつきつめていくと、憲法上の公民の基本的権利を民法の解釈にどのようなかたちで反映させてい

(39) 同、3頁。

(40) 同、4頁。

(41) 前掲注(10)論文、333頁。

(42) 同、336頁。

くかという問題に帰着する。民法解釈論（そして刑法解釈にも同様）に憲法規範をどのようなかたちで組み込んでいくかという解釈方法論上の問題を憲法学者、民法学者に自覚させたという点に齊玉苓事件の意義があったと、筆者は、考える。

以上のような筆者なりの関心からすると、結局、以下のような強世功氏の齊玉苓事件についての意義づけが最も要領を得ていると思われる。長文にわたるが敢えてそのまま引用しておきたい。「疑難案件においては、憲法は一個単独の法源として援引するのではなく、（民法、刑法等の法律や、國務院の行政法規、地方人代の地方性法規等の——小口補）部門法理解の手段として登場する。裁判官は“合憲性解釈”の原則のもとで部門法を解釈し、したがって憲法と部門法の間、憲法条文の間、部門法相互の間で有効な合憲性解釈の循環を構築し、憲法の原則と条文を具体的な部門法の中で解釈し、憲法の抽象的原則と権利を部門法の中の具体的で、操作可能な法律上の権利として解釈し、同時にまた現実生活中に生じる保護を必要とする権利が解釈を通じて憲法の中に充填され、憲法の内容を豊富化し、憲法と法律に対する理解を不断に拡充していく。これは、裁判官についていえば、各疑難案件に対処するための高い法解釈技術を必要とする。疑難案件での核心的問題は、憲法の権威を援引するのではなく、いかにして憲法を解釈するか、いかにして憲法解釈を通じて部門法の意味内容をよりいっそう明確化するか、したがって憲法と部門法を緊密に結合させて当事者の権利を保護するかである。最高人民法院の齊玉苓案に関する批復の重要な意義は、単に憲法自身にあるのではなく、より主要にはこの解釈を通じて不法行為法体系をより完全なものにしたということである」⁽⁴³⁾。しかし、問題はここからあらたに始まる。刑法の“合憲性解釈”の可否の件はさておき、民法はそもそも憲法の部門法であるのか。我々はあらためてこの原理的にして且つ中国という場においてはすぐれて政治的要素をはらんだ課題

(43) 前掲注（9）論文，532～533頁。

の検討に進まなければならない。