

# 裁判制度における「基礎付け」と「事例参照」

— 伝統中国法を手掛かりとして —

寺 田 浩 明

## 目 次

- 一 伝統中国裁判制度における実定法と判例の位置
  - 二 量刑に際しての事例参照とその実定法化
    - (1) 事例参照実務の普遍性——「量刑相場」型実務が示唆するもの
    - (2) 事例参照の実定法化——「連邦最高裁量刑ガイドライン」が示唆するもの
    - (3) 事例参照型実定法の位置付け方
  - 三 法解釈をめぐる基礎付けと事例参照
    - (1) 現代裁判における法解釈の二側面
    - (2) 伝統中国裁判における法解釈
    - (3) 法解釈の最終的な定着先
- お わ り に——基礎付けと事例参照の位置関係

## 一 伝統中国裁判制度における実定法と判例の位置

筆者は前稿「非ルールのな法」というコンセプト——清代中国法を素材にして——において、伝統中国（具体的には最後の王朝である清代）における法と裁判のあり方、判決正当化の機制について以下のように論じた<sup>①</sup>。即ち、我々においては、何らかの形で正当性を認められた一般的で客観的な規則性（ルール）が存在することを前提として、それを個

別事案に「適用」する作業として裁判を構想し、またその論理的な展開作業を担う透明な主体として裁判官を位置づける。それに対して伝統中国では、事案の個別一回性を強調し、無限に異なる事案一件毎にそれに最も相応しい解決策を、それをするに足る資格と能力（徳）を持つ裁判官がその場で考案し提示（或いは教諭）する作業として裁判を構想した。その個別主義的解決案の総体がここでの法である。しかし目指すことは一事件事案専用の立法を裁判の場で行うことに近く、ここでは判決の正当化の為の客観的な足場は殆ど無いに等しい。実際その結果としてそこには裁判内容およびそれを提示する裁判官の正当性が共に裁判の成功（その解決策に対する天下万民の心服、紛争の解決、調和の回復）を通じて直接的に調達されるような自己循環的な（およそルールというものを媒介としない）正当化構造が生まれることになる。そこで前稿ではそうした構造を「非ルールのな法」と名付け、そうした法観念の全面的な展開形態として伝統中国の裁判制度の全体像の描出を試みた。

しかしその様に論ずれば論ずる程、これまで中国法制史の精華として遇せられてきた法典の位置づけが今度は難題として立ち現れる。周知の通り伝統中国には成文法典（律）の長い歴史があり、また歴代、皇帝の個別処断例を素材に随時副次法典を作る営為も続けられてきた（清代では「条例」と呼ばれ、律と合わせて「律例」となる<sup>②</sup>）。しかもこの半世紀ほどの研究を通じて、それらが単なる具文ではなく、裁判実務の中で活発に用いられていたことが明らかにされてきた<sup>③</sup>。それらの法典類は（勿論、小さな差違は幾らでもあるだろうけれど、基本においては右に言う）「ルール」の一種ではないのか、現にその一条を引いて行われる裁判をどうして「ルールに基づく裁判」と言ってはいけないのか、といった素朴な疑問は避けがたい。そこで筆者は前稿および別稿の中で、そうした疑問に答えるべく、実定法と判例がこの裁判制度の中において占める位置について検討を行い、おおよそ以下のことを明らかにした<sup>④</sup>。

まず実定法や判例制度があると言っても、それが裁判の中で用いられる場所は、刑罰が絡む事案のしかも量刑決定手

続きの中に止まる。裁判事案の大部分を占める「戸婚田土」(民事事案)の裁きでは何の実定法も引かれぬし(それ以前にそもそも民事実定法というものが存在しない)、また先例も引かれぬ。そこでは州県官は、当該地方における国家・皇帝の唯一の代理人として、当事者を相手に個別主義的な解決案を、当該事案を見た天下のまともな人間誰もが考える筈の答え(公正にして公共なる「天下の公論」として示し、関係当事者全員がその場で成程これが「天下の公論」かと認めて受け入れてしまえば、それで裁判は終わる。その手続的象徴が出廷者全員から出される「遵依甘結状」に他ならない。また刑罰が絡む「命盜重案」(刑事事案)の場合でも、州県官が担当する事実認定(誰に刑罰を科すかの決定とその対当事者社会での正当化)部分については、基本的な構図は上と大差ない<sup>⑥</sup>。どちらについてもそこにあるのは、一つとして同じ事案は無いという前提の下で、全面的に分散的に行われるアドホックな裁きであり、一件事案毎に行う関係当事者達からの納得調達により個々の裁きの正当化と裁判制度全体の正当化とを一挙に済ませてしまう仕方である。では何故、また何の為に量刑決定手続きの局面でのみ実定法が出てくるのか。まず量刑についても重視されることは「情法の平」、即ち犯罪事案毎に異なる罪情(情)とそれに対して加えられる刑罰(法)との間の正確な均衡であり、その適不適は社会秩序の安定不安定(最後には革命の形をとる)や民の不満を受けて天が下す譴責(それは天災の形を取る)によって、少々迂遠な回路を通ってではあるが、一応は直接的に問われまた証されるものとされていた。基本枠組みはこれについても「非ルールの」である。ただ問題はその判断の主体にある。広大な国土各地で起こる膨大な事案を処理する為には官僚の手を借りざるを得ない。ところが官僚達は「賢愚不一」であり、偉ぶって重刑を科す者も居れば、陰徳を積もうと重刑を避ける者も居る。皇帝としては、そうした者達の手を刑罰という大事を委ねて天譴を食らいたくは無い。そこで重大刑罰事案(特に取り返しの付かない死刑事案)については最初から末端官僚には刑罰原案作り(擬罪)だけをさせ、執行の前に必ず皇帝の裁可を求めさせる制度が歴代作られてきた(上申を取り次ぐ官僚達にはついでに原案の「覆審」を行わせる)<sup>⑦</sup>。

しかし全員が真面目であっても識見は様々である。多数の主体間で「情法の平」の判断が自明に揃う必然性はない。しかも量刑問題については一方の側に五刑二十等の刑罰という明白な共通項がある<sup>⑧</sup>。同じような事情なのにどうしてあの上申事案とこの上申事案で刑罰の重さが異なるのか、あれとこれはこんなに事情が違うのに同じ重さの刑罰で良いのか。全国の上申事案を一堂に集めてしまえば否応なく比較が始まってしまふ。勿論、中央で最後に個々に調整を行う制度的余地は幾らでもある(そしてその必要は最後まで無くなりもしない)が、すべてをそれで済ませるべくは余りにも事案数が多過ぎる。最も有効な対策は日々末端で作られ皇帝の下に押し寄せる上申原案間のバラツキ自体を抑制することである。その為には皇帝の側で予め犯情を事細かに類型化しそれぞれに五刑二十等の刑罰の中の特定のどれかを固定的に割り振った膨大な条文群(「犯罪刑罰対照早見表」の如きもの)を作成し官僚に配布し、擬罪に際して必ずその中の一条の援引を義務づければ良い<sup>⑨</sup>。それがまさに律例に他ならない。そうして州県官が作成した原案が、順次官僚制の中を覆審を経つつ上がって行き、最後に皇帝の下にもたらされる。皇帝がその原案をそのまま裁可すれば律例に書かれた通りの刑罰が下され、またそれを通じて自ずと全国刑罰の画一化も達成されることになる。こうして「情法の平」をめぐる個別主義的な判断も、統制の必要から否応なく一定程度の類型化と客観化を迫られ、そうして作られた実定法が実際に個別の判決を一定程度ガイドする。伝統中国について法に基づく裁判の実在を述べる論者が着目するのはまさにこの部分に他ならない。

ただ注意すべきは、こうした律例援引制度の他方には終始、律例に「正条」(適切な該当条文)が無い場合という想定がついて回っていたことである。幾ら成文化をしようと云っても、「情法の平」という個別主義的な理念を貫けば、個々に指定する「情」は自ずと狭く具体的なものにする他はない。しかしそれが狭くなればなる程、「定まり有るものは律例、窮まり無きものは情偽」という諺が示すとおり、今度は律条にビタリと当てはまらない事案が生まれることは避けられない。勿論だからと言って、規定がないから罰しないという選択肢は最初から頭にも浮かばないし、また賢愚不一

な官僚の手に再び量刑を委ね切るといふ選択肢も考えにくい。そこでこの制度は「凡そ律令はあまなく記載するが、事理を尽くしてはいない」とこのジレンマの存在を正面から認めた上で、「もし罪を断ずるのに正条のない場合は、他の条文を援引比附して、或はその上で刑を加重・減輕して罪名を定擬し、当該上司に上申して、審議が定まった後に奏聞せよ」、即ちそうした時には取り敢えず近接条文を参考にしてそれを加減する仕方でも量刑提案を行え、という副次的な対処方法を定めた。それが「比附」の制度であり、その個別の上申を皇帝が裁可すればそれが直ちに判決になる。

またこれとは別に、官僚達が単純素直に（律例に正文ありとして）擬罪してきた上申事案についても、それを見た皇帝の方が「この違いに気づかぬか」とばかりに、当該事案の「情」と既存条文が想定する「情」との違いを指摘して原案を「駁」し、臣下に再考を命じたり自身で異なった重さの刑罰を指示するという展開もあった。皇帝による「権宜の判断」「臨時の処置」と呼ばれる展開だが、律例の中にその事案事情に対応する既存条文が無いと言って次の処置に進むという点では、論理的には比附と同じ位置に立つ。

つまりここでは裁判に際して裁判官により当該事案の「情」が細かく観察され、実定法の適用可能性の側がむしろそれによって判別されるのである。これらも含めて考えれば、律例は現にその後の裁きの全体を統制していないというだけではなく、そもそも最初からすべての裁きの一般的基礎という位置を与えられていない。むしろ律文は穴だらけであるという側が正面から述べられ、裁判の場で事案を見て、この事案はその穴に当たると考えられたならば、その場でその事案の情に相応しい「情法の平」が皇帝官僚制を挙げて考えられ、それが最後に皇帝の名の下に示され執行される。

このようにして実定法の欠缺が次々と指摘され、皇帝によって次々と埋められて行く。そして同様の事案に対しては今後もこれと同じく処理しようとする場合には、その事案情報が直ちに関係官庁に到達（通行）され以後の擬罪に際して準拠が求められることになる。ただ今後の適用可能性についてそこまでの決断が直ちにできない場合には、皇帝は適用限界が未だ安定しない個別的処断例を用いて臣下が恣意的な操作を行うことを懼れて、擬罪に際して臣下が

こうした新規の諸断例（成案）を律例の如く援引することを禁止した。しかし駁されることだけは避けたい臣下の側としては、類似事案に関する皇帝の直近の判断の動向を気に懸けないではいられない。末端実務家達は成案を見ればそれを端から書き写そうとしたし、またしばらくすると省中央や刑部にいる高官やその法律顧問達が、手許にある成案を整理して百巻を超える浩瀚な成案集を刊行し始めた。官僚達は律に正条が無いと考えた場合にはまず成案集を検索し、そこに当該事案に似た成案があれば（律例の如く直接的な仕方では援引しただけで）その成案を参考として原案作りを行った。そして先行成案の踏襲例が続きそうとした処理実務が定着した（技術用語を用いれば処理技術が「枯れた」場合には、臣下の側から明示的に成案の成文化化を求める道も開かれていた。そして「通行」事案も含めて、どちらも最後には定期的な先例の見直し制度を経て「条例」の形に整理され、律の体系に組み込まれ、律と並んで通常の援引対象となつてゆく。

以上が清代の実定法制度・判例制度の全体像である。それが空文とは程遠い活力に溢れた制度であったことは疑いない。しかしそれは最初から我々が馴染んでいる実定法制度（ルールとその適用の仕組み）とは幾らか異なつた構造を持つている。まず伝統中国の律例は、個別条文が担当する狭い範囲の「情」に対応する刑罰を各々記すだけであり、以後の個別事案処理の全体を覆う一般的なルールを提示するという性格（或いは意気込み）をどうやら最初から欠いていた（律例の事例的な性格）。ただその反面として、そこで正文無き時に行われる律外の判断、その結果として作られる個別成案の側は、当該事案の「情」に対応する「情法の平」を示すという点で最初から律例と同じ本質を持ち、しかもその判断は律例の立法者と同じ皇帝によって下される（成案の立法的な性格）。ここでは立法者たる皇帝は立法後も裁判官の役を少しも降りてはおらず、その結果として律例と成案とは、ルールとケースという仕方で上下に位置するのではなく、むしろその皇帝自らがそれぞれの「情」に対して示した「情法の平」という意味で横に並び立ってしまう。ただ確かに同じく皇帝が示すにせよ、律例は一般的に、成案は個別事案処理に即してという違いはあり、またそれに応じて両者に

は援引の可否という差は付けられていた。しかし区別の動機が成案の適用限界の不安定さに対する危惧に過ぎぬ以上、それが無ければ成案も直ちに今後の裁判規範とされ、またそれ以外の場合でも現実が定着すれば次第に実定法に移行する。二つの間の垣根は低い。しかも一方でこうして成文法の詳細化が日々着々と進められながら、他方にはそれでも正文が無いと言う余地がなお無限に存在する（或いは無限にその余地が作り出される）仕組みになっていた。最先端では常に自ら先頭に立って新しい情勢に立ち向かい、自己の責任で「情法の平」を判断する「人」の出番が残され、その判断の可否は実質主義的な仕方（非ルールの）な作法で問われまた証される。如何に体系的な法典が存在し、また裁判でそれが活発に使われるにしても、そこにある裁きを、ルール準拠を根拠とする裁判と見なすことが出来ないこと（またそこにある実定法制度をルールの法と同一視することが出来ないこと）は以上で十分に明らかであろう。

ただ改めてこうして整理してみると、未だ十分に答えられていない論点がなおそこに横たわっていることにも気付かざるを得ない。即ち、律例を用いて行われることがルールの基礎付けではないことは分かった。ただ、それならば律例を用いてなされるのが非ルールの基礎付けなのかと言え、勿論そういうこともない。では律例が果たしている仕事を、およその裁判制度論の中に位置づけようとした場合、それが占めるべき場所は何処になるのか。例えばそれはルール型の裁判制度で言えばどの部分に対応するのか。それともルール型の裁判制度にはおよそ対応物を見いだせないような特異な現象なのか。或いはこれを逆にして言えば、律例がルールの仲間ではないとしたら、それは一体、何の仲間なのか。旧稿の議論には確かにこの点についての積極的な説明が欠けていた<sup>⑤</sup>。しかしそこが曖昧な限りルール型と非ルール型の対比論はなお完結したとは言えず、またこちらの側で積極的に位置づけ先を示さない限り、その落ち着き先を求めて律例援引をルール型の基礎付けと類比し、また律例操作を我々の法解釈と無媒介に対比し、その挙げ句に両者を混同する議論が止むこともないだろう。我々は更にもう一歩踏み出さなければならぬ。

そこで本稿では、己の無知を顧みず、現代裁判における量刑統一のあり方や実定法解釈のあり方の一二の側面を取り

上げ、それを伝統中国における類似物と積極的に対比することで、むしろルール型の基礎付けとは違う実定法のあり方、法解釈のあり方全般の性格およびその意外な遍在ぶりを明らかにし、それを通じて、伝統中国に見える律例や成案の扱い方がおよその裁判制度論の中で占める位置と意義を明らかにしてみたい。

## 二 量刑に際しての事例参照とその実定法化

### (1) 事例参照実務の普遍性——「量刑相場」型実務が示唆するもの

単純な疑問から始めよう。伝統中国の実定法制度は量刑統一の文脈の中で作られ機能している。では現代裁判では量刑統一の問題はどう処理されているのだろうか。最初に専門家の言に従って事情を紹介すれば、井田良「わが国における量刑法改革の動向」は現代日本の実務の現状を以下のように整理する。<sup>⑥</sup>

……わが国の実務の量刑においては、量刑相場がかなり強い規制力を持つている。裁判官たちは、検察官による求刑も参考としながらも、過去の裁判例における量刑に関する膨大なデータの集積を資料として、いま担当している事件に最も近い過去の裁判例を探し出し、そこで言い渡された刑に微修正を加えながら最終的な刑を決めているのである。中央集権的な司法制度の下で、裁判官は数年ごとに全国を移動するのであるが、このことも相俟って、全国にわたりに統一的な量刑が行われているのは事実である。

しかし、量刑相場の法的性格は何であるのか、それが量刑を規制する根拠はどこにあるのが問題となる。それは慣行に過ぎず、慣習法として法的規制力を持つものではない。それは裁判官のみに向けられたものであり一般の人に人を拘束するものではないし、具体的ケースの個別的事情によりそこから若干離れることは問題とされないことからすると、それは個々の事例についての妥当な量刑に関する平均的な考え方を多少なりとも反映した手がかりに

すぎないものといえよう。それに反するから量刑不当になるというのではなく、その量刑感覚が事実上量刑相場に反映している(それを手がかりとしてそこからうかがい知ることができる)というにすぎない。

裁判官の賢愚について徹底して懐疑的な伝統中国法とは対照的に、現代の裁判制度の下では、刑法典自体が一定の(と言っても常識的な感覚で言えば途轍もなく広大な)幅の中での量刑裁量の権限を正面から個別裁判官に与えている。ただ全面的に裁量を委ねられた裁判官側は実際にどうするか、何が出来るかと言えば、行うことは過去の類似事例の探索であり、そこで下された刑罰の微修正であるという。

事態の一面は、量刑といった最初から論理的決め手が殆ど存在しない問題について決定を委ねられた裁判官が、判断の手掛かりを取り敢えずは過去の同僚達の営為の中に求めるという点にあるが、より一歩踏み込んで見れば、その背後には社会側からする裁判の画一性・公平性の要請があることも容易に推察できる。と言うのも、大多数の国民にとって刑罰の重さこそが正義の主要な内実である。個々の裁判は独立しているとと言っても、国民の側からすれば、一つの裁判制度の下で行われる裁判である以上、同じような犯罪に対しては何処でも同程度の重さの刑罰が下されることは当然の期待であり、それを無視するような裁判制度は最後には国民の信頼を失う他はない。ただそれが実現される為には一つの裁判が行う量刑裁量が他の裁判が行う量刑裁量と事実上シンクロナイズしていることが必須となる。しかし勿論、ルールオプローの裁判では裁判(裁判官)独立の要請が他方には存在する。個別に独立しながら同時に相互にシンクロナイズするという無理難題を解決する仕方が、上記の量刑相場の参照実務に他ならない。独立した判断をするに際して、同じ裁判官仲間が行った過去の裁判例を事実に・自発的に参照する。そうして行われた判断が今度は次いで判断を行う他の裁判官にとっての参照対象となる。その回転を通じて、判決群の全体が自ずと一体的な意味を持つものになる。

勿論、その場合でも判決の形式的な基礎は刑法典にあり、また実質においても判断のイニシアティブは全面的に判断者側にある。確かに事例探索の後に、事案の類似性に着目して先行する量刑判断をそのまま「踏襲」する例が多かる

が、事案の相違に着目して違った量刑判断を下す(換言すれば事情側を「区別」することで二つの異なった判断を両立させる)仕方もあり、更には(或いは自己)の価値観に基づいて、或いは社会情勢の変化を自分なりに踏まえて(過去の判断に「反発」して、同様の事案について別の量刑判断を示すこともあり得よう。法と良心にのみ基づく独立した裁判という基本線に嘘はない。国民と裁判官仲間の注視の中で自立した裁判官により繰り返し繰り返した意識的な選択が行われ、それを通じて量刑に関する必要な程度の画一性と必要な程度の分散、必要な程度の安定と必要な程度の変化が自ずと実現される。それが量刑相場型実務の大雑把な内実でありまた効用でもある。

そして遠藤邦彦氏(当時、大阪地裁判事)が雄辯「量刑判断過程の総論的検討」で集約するとおり、こうした日本式の量刑相場型実務に対する日本の実務家達の評価は非常に高い。しかし同論文が既に紹介する通り、学説側からは「明瞭な法的基盤」「明確な基準」の欠如といった批判がなされている。量刑部分についてまでルールオプローの仕方では「明瞭な法的基盤」を指摘した。しかし現代日本の裁判官達が量刑を決定するに際して参照している対象は、律例よりも更に抽象性の低いままに無加工の事案情報そのものであり、またそうして出された個々の裁判結果は、今度は何の手続きを経ることもなくそのままなる裁判の参照対象となってゆく。これまではルール型の法との対比で伝統中国律例の事例的性格を強調してきたが、現代日本の量刑相場実務を対比先として選ばれば、律例はこうした事例参照の循環関係の量刑実務(その一部としての律例)の理解に対して幾つかの示唆を与える。

第一。前節では、伝統中国の裁判で援引される実定法が持つ事例的性格(それがルールとしての一般性・抽象性を著しく欠いていること)を指摘した。しかし現代日本の裁判官達が量刑を決定するに際して参照している対象は、律例よりも更に抽象性の低いままに無加工の事案情報そのものであり、またそうして出された個々の裁判結果は、今度は何の手続きを経ることもなくそのままなる裁判の参照対象となってゆく。これまではルール型の法との対比で伝統中国律例の事例的性格を強調してきたが、現代日本の量刑相場実務を対比先として選ばれば、律例はこうした事例参照の循環関係の

制度性を高めたものという位置に立ち、また官僚達による成案の自発的参照はこの相場参照とほぼ同じ実務であることに気づく。

第二。伝統中国裁判の原案作成過程では、通例官僚達によって何らかの律条が引かれるが、その行為はルール型の裁きの基礎付けと見るべくは余りに裏付け力が弱く（文面上一致する条文を引いても皇帝によって「情が違う」と言われれば抵抗のしようもない）、かといって非ルール型の裁きの基礎付けそれ自体でもない（個別主義的且つ実質主義的な基礎付けの如くにはそもそもルールは要らない）。基礎付けをめぐる議論枠組みで論じようとすると、どちらからも少しずつずれてしまう所が、その位置づけを難しくしていた。しかし現代日本の量刑相場の参照行為が立つ位置は更に徹底している。そこでは判決の基礎は刑法典への準拠にあり、それを通じて法定刑の幅の中にある刑罰はそのすべてが既に万全の形式的正当性を獲得しており、量刑決定に際して裁判官により行われる類似事案の参照は、その判決の正当性を増しも減じもしない。行われていることの全体は、他の仕方で既に基礎付けられているもの相互の「擦り合わせ」に近い。しかしそれでも量刑相場実務は必要なこととして裁判官達により自発的に行われている。量刑決定に際して行われる類例参照が判決の基礎付けとそのまま直結していない程度のこととは、別に驚くには値しないのかもしれない。

第三。ただ判決の基礎付けではないからと言って、それをする目的・それによって達成されることがおよそ「法」とは関係ないかと言えば否である。むしろそこにある「同じものは同じく違つたものは違えて」という要請（以下、「法」の統一の要請と呼ぶことにする）は、そこに示される判決の全体が法として遇される為の必須の要件ですらある。

裁判制度が大規模になれば、ルール型の裁判であれ非ルール型の裁判であれ、裁きと裁きの間で量刑の齟齬が起こることは避けがたい。しかしそれらを意味ある仕方で統一するという課題を、どうやら裁判の基礎付け構造は上手く処理できていない。ルール型の基礎付けを取る現代日本の裁判では、最初から刑法典がその任務を放棄している。そこでそれを補うものとして裁判に際して裁判官達による先行事例の参照が行われる。そして全く違う正当化原理の上に立つ伝

統中国の裁判でも、放っておけば官僚達の量刑判断間にバラツキが避けがたく生まれる。そこでそれを補うものとして実定法制度が作られた。そしてそこにおける律例や成案の扱い方の中には、不思議なことに現代の量刑相場実務と似た性格が幾つか見て取れる。

## （2） 事例参照の実定法化——「連邦最高裁量刑ガイドライン」が示唆するもの

では日本以外の他の現代国家では量刑統一の問題はどう処理されているのだろうか。遠藤上掲論文に従えば、対応の両極端のどちらもアメリカ合衆国の歴史の中に見て取れるようである<sup>⑧</sup>。

即ち、一九七〇年代（公民権運動前）までは、「連邦事実審裁判所の裁判官は、被告人に対し、保護観察からその犯罪の刑罰規定が定める最長刑期に至るまで、上訴審のコントロールを受けることなく、どのような量刑を選択することもできた。しかも事実審裁判所は、量刑に関し理由を明記する必要すらなかった」。そこで刑罰の重さは殆ど予測不能の状態に陥り、またそこに人種差別の要素が色濃く重なり、そうした不公平に対する不満は最後に刑務所暴動の多発をもたらした。そこで一九八四年に「量刑改革法」が作られ、一九八七年以降、連邦最高裁量刑委員会によって「連邦最高裁量刑テーブル」「量刑ガイドライン」および「量刑ガイドラインマニュアル」が作成施行されるようになる。

連邦最高裁量刑テーブルは、縦軸に「犯罪レベル」四三段階、横軸に「犯罪歴カテゴリー」六段階を分けた二五八の枠目を持つ表の形を取り、各枠内には対応する懲役刑の上限と下限（ガイドラインレンジ）が月数で示される（上限は下限の二五%増または六ヶ月増のうちの小さな方になる）。量刑ガイドラインおよび同マニュアルは、A四版六百頁程の大冊であり、毎年判例動向・社会動向を見て改訂される。その内実は罪名毎に作られた非常に細かなチェックリストであり、チェック項目毎にポイントが加算されてゆく。その結果として出てくる数値こそが上記テーブルの「犯罪レベル」に他ならず、それに容疑者の犯罪歴を加味すれば、彼に下されるべき刑罰の重さの枠目が一つに特定される。容易に想像で

きるとおりWEBのプログラムを用いればこの仕組みに対応した「量刑計算機」を簡単に作ることができ、実際、米国の弁護士事務所のホームページにその多数の例を見て取ることができ。

このように合衆国では量刑基準は最後に実定法化される。しかしその位置と性格は通常の裁判法規と同じではない。裁判の基礎は相変わらず刑法典側にあり、ガイドライン類は量刑の画一化のためのみに働き、またその制度的位置づけも所詮は裁判所の内部資料に過ぎない。上記のガイドラインは強制的 (mandatory) ではなく勧告的 (advisory) あり、枠組み離脱に際して十分な理由付けが求められ且つ離脱した場合には量刑不当を理由とする上訴が可能になるという制度的制約が課されるものの、それを離脱する自由は裁判官側に完全に残される<sup>⑨</sup>。そして何よりも実定法化の主体は立法者ではなく裁判官である。敢えて言うならば、一九七〇年以前の状態が(ほぼ似たような制度的前提に立つ現代日本の量刑実務が放棄すると何故か勝手に市場的収束の動きを見せるのとは対照的に)余りにも分裂・分散の傾向にあったために、現代日本では裁判官同士が相互的自発的に行っている(そしてそれで十分に足りている)程度のことを実現する為に、わざわざ中央にいる誰か(裁判官仲間の世話役)が責任を持って繰り返し情報を整理し、他の裁判官に向けて権威的に表示する大々的な仕組が作られた(作らざるを得なかった)、というのが事態の大筋なのであろう。

そしてこの展開は、現代日本の量刑相場よりも更にも増して律例理解に重要な示唆を与える。

第一の示唆は、量刑に際して裁判官が行う事例参照の仕組みをそのまま実定法化する仕方があるという事実、或いはルール型の基礎付けの仕組みとは違った文脈で作られた機能する実定法が(伝統中国の律例以外にも)存在するという事実それ自体であらう。条文の並んだ実定法を見るとそれだけでルール型の法だと思ひこむ(そして当然の如くにそれがルール型の法の働きをすることを期待し、その期待が叶えられないと今度は不満を述べる)議論の知的怠惰はこれだけでも既に十分に明らかである。

そして第二に、この米国の展開はこうした立法を中央による末端の統制(特に「官僚制的な」統制)と考える仕方に対しても一定の反省を迫る。確かに連邦最高裁量刑ガイドラインが作られた理由が個別裁判官のする恣意的判断の抑制にあることは最初から明らかである。また律例が賢愚不一な官僚達に対して皇帝が統制を加える手段として作られたことがそれが皇帝の名の下に臣下に命じられた事案処理をめぐる「命令」であることは議論の余地もない。しかしそうした統制的制度を欠いた現代日本でも、同僚裁判官がした判断事例の参照が他の裁判官達によって自発的に行われるという事実は、そうした統制構造の更なる背後にあるものの姿を我々に教える。大きな裁判制度の一部として個々の裁判を行う限り、同じ裁判制度下で行われる他の裁判と調和が取れていることが必要である。そしてその必要は、末端側においてこそ強く意識される。そのためには何にせよまずは同じ裁判制度のもとで下される判決の全体像について情報を得ることが必要であり、更にはそれら判決群の全体が結果として何らかの仕方で統一されることが必要である。対処の仕方は様々あるにせよ、中央による実定法化とその利用強制がその二つの必要を満たす方策の一つであることは否定できない<sup>⑩</sup>。

第三に、そして実際、中央による立法と言いま統制と言っても、そこで示される内実は基本的には裁判官達がそれまでしてきたことの総計を余り出ない。しかもそうした判断の全体が歴史(社会情勢)と共にゆっくりと推移するであろうことは、最初から織り込み済みである。統制の他方には逸脱の余地が常に残され、そしてその逸脱例を吸収する形で次なる成文化化が行われる。結局のところ、立法と言っても、そこに全体としてあるのは、裁判官集団内部で起る循環である(皇帝も現役の裁判官であったことを想起せよ)。そうである以上、そこに裁判官がする判断行為の全体を外部から基礎付けたり統制したりする機能がある筈もなく、その役割位置は裁判官達が自己の當為について行う集団的な反省過程の一部として論ずるのが相応しい<sup>⑪</sup>。

そして律例と連邦最高裁量刑ガイドラインの間にあるこの共通性、及びその連邦最高裁量刑ガイドラインが今度は刑法典と並び立っているという事実を踏まえて見直せば、全体の問題配置は次のようになる。

まず、二十世紀になって中国でも抽象的な構成要件と一定幅の量刑裁量の余地の組み合わせから成る近代型の刑法典

が作られ、それによって『大清律例』が置き換えられたという歴史的事実に圧倒されて、これまで（例えば罪刑法定主義の存否といった論点を巡って）伝統中国の律例と現代の刑法典とを対比する議論が繰り返されてきたが、少なくとも伝統中国成文法の制度的な位置と性格とを論じようとする限り、それは最初から対比の対象を根本的に誤っていた。正しい対比関係は、非ルール型の法理念と刑法典（ルール型の法理念）の間、律例と量刑相場や連邦最高裁量刑ガイドライン等の間にある。

そして前者の課題は、個別の裁判・個別の判決を一般的な枠組みによって基礎付ける所にあり、前稿以来明らかにしてきたとおり、その方法には大きく言ってルール型と非ルール型の二極がある。それに対して後者の課題は、法の統一の実現、個々の裁判結果と裁判結果との間をどのようにして意味ある仕方でも連動させるかという課題であり、それは（幾らか意外なことに）ルール型の裁判でも非ルール型の裁判でも基本的には裁判官達により行われる先事例の参照という共通の形で実現されている。そしてその中に、現代日本の量刑相場のようにバラの事例そのものを裁判官達が相互・直接的に参照する形もあれば、中央に居る誰かがそれら事例の精粹を条文化して実定法を作り末端にいる裁判官達に権威的に示す仕方もある。律例は、連邦最高裁量刑ガイドラインと並んで、そうした事例参照型の実定法の一例をなす。

### (3) 事例参照型実定法の位置付け方

しかし同じ事例参照型の実定法と言っても、連邦最高裁量刑ガイドラインの世界と律例の間には、誰が見ても分かる大きな差異がある。前者は小さいと雖も最初から量刑裁量の幅が残されており、更にはその幅の外への逸脱すらも許されている。それに対して後者は絶対的法定刑主義を取り、一旦援引してしまえば裁判官には量刑裁量の余地は一切無い。そしてこの差異の背後には言うまでもなく現代日本まで含むルール型の裁判制度と伝統中国の非ルールの裁判制度の

あり方の違いがある。

即ち現代日米のルール型の裁判所では、判決の形式的基礎付けは刑法典準拠にあり、量刑問題は（刑の上限という一点を除いて）それから制度的に切り離されている。量刑が食い違った判決も、取り敢えずルールに基づくものとして各々そのまま正当化され、独立した判決として世間に出ることができる。起こるバラツキも、よくよく目に余らない限りは、事案の個性や当事者側の闘い方の巧拙といった個別事情の中に紛れ込まれる。その分だけ、そこでは裁判間の量刑統一という話題は、全体的・長期的に見れば重要であるが、個別的・短期的に見れば補足的な話題に止まってしまふ。そして現代日本の量刑相場実務の如く、その統一が裁判官達の自発的行動を通じて概ね叶えられてしまえば、それ以上の制度化の動きも起こらない。またバラツキが目にも余り実際に統制的制度が作られた現代米国内でも、制度の基本はやはり裁判の独立側にある。中央が行うことはあくまでも現況の平均値の集約と提示（つまりは情報提供）に止まり、量刑ガイドラインの持つ拘束度も自ずと低く保たれる。しかしその全体的なルーズさが、裁判官集団に量刑基準の次なる変動の余地を提供する。

それに対して伝統中国では、律例上に量刑裁量の余地が無いという以前に、そもそも量刑を異にする様々な裁判結果がそのまま社会に提示され市場的に分布するという右の様な事象自体が、実は存在していない。

伝統中国では量刑の適切さは、裁きの正当性に直結する中核的な問題である（現代法とは異なり量刑は基礎付け問題から完全には切り離されていない）。しかもその量刑は事案事情の無限の差異に一つ一つの確に対応することが求められている。一旦「情法の平」理念を掲げた以上、同じ事情を持つ事案についての量刑が異なる事態（の表面化）自体が、既にして論理として許されない。こうした微細な対処は、明らかに複数の裁判官があちらこちらでそれぞれ独自に裁判を行うという方式では堪え得ない。そこで前節に見たとおり伝統中国では重い刑罰を科す全事案を皇帝の下にもたらさせ、全国に一人の皇帝がその事案の一つ一つについてその情に見合った重さの量刑を統一に行う（或いは臣下の個別主義的



判断の適切性を一人で最終チェックする)体制が作られた。つまり簡単に言えば、ここでは裁判所は天下に一つ、皇帝の主宰するそれしかない。<sup>22)</sup>

勿論、そこでも原案作成に際して官僚は既存の律例の中に正文があるか、また比附の対象条文をどれにするかをめぐって様々な選択を迫られる。覆審の過程で各級官僚間で激論が交わされ、またその議論に際しては沢山の先行事例が参照される。<sup>23)</sup>しかしそうした争いは当該事案をめぐるとの裁判の内部的な意見調整過程の中で戦わされるのであり、複数の対処法が未決着のままそれぞれ判決の形をとって外に出るようなことはない。これを逆にして言うならば、そうした審理の果てに天下に一つの裁判所で下される裁判例は、一般的ルールに解釈者というクッションを挟んで出てくる様々な個別解釈例という緩やかなものではあり得ない。一つ一つの判断が当該事情に対応する「情法の平」そのもの、官僚制機構の中で練り上げられ最高權威たる皇帝によって示された「唯一の正解」という性格を持つことになる。

そして律例を構成する個々の条文は、そうした權威的で最終的な決定を更に整理して集約したものである。律例が絶対的法定刑主義の形をとること、また今回の事案の事情は律に書いてあるのと同じ事情であると判断した途端、それを踏襲するより他の余地が無いことも、それが当該の情に対する唯一無二の「正解」であることの結果なのである。換言すれば、ここにある処理の「硬さ」は皇帝の専制権力の所産などではなく、むしろここにある「法」の本質の素直な帰結である。しかし繰り返し述べて来たとおり、ここではその代わりに律に正文が無い、この「情」は律が考えていた「情」とは違うという論法が広い範囲で許されており、そしてそれが次なる法変動の余地を提供することになる。

### 三 法解釈をめぐる基礎付けと事例参照

#### (1) 現代裁判における法解釈の二側面

このように現代刑事裁判における量刑実務のあり方は、大規模裁判制度の中には個々の判決の基礎付けという問題と並んで法の統一という課題と事例参照を通じてのそれへの対処という問題がもう一つ別に存在するという事実を、我々に如実に示してくれる。しかし後者の契機がそこでここまで明らかさまに自らの姿を見せるのは、偶々刑法典が量刑作業の一切を裁判官集団に譲っている為であり、そうした特殊な事情が無い限り、事例参照の契機はむしろ基礎付けの契機の中に非常に見えにくい仕方(二つの契機があるということを予め知らされていない限り中々その存在にすら気づきにくい形)で混ざ込まれている方が普通であり、しかもルール型と非ルール型とで占める位置は異なるが、どちらの裁判制度にも取り敢えずは実定法があり判断に際しては揃ってそれが前面に押し出されるので、その混合的な営為はどちらにおいても「法解釈」という(これまた放っておけば基礎付け、その中でも特にルール型の基礎付けとそのまま等置されがちな)外形の下で行われる。それは一面では紛らわしく煩わしいことには違いないが、これを逆にして言えば、それぞれの法解釈のあり方を精密に見て行けば、それぞれの裁判制度における基礎付けと事例参照の間の一般的な関係も自ずと解明できるということでもある。

例えばルール型の裁判における法解釈を取ってみよう。ルール型で法解釈という際にまず着目されるのは、一般的なルールから今回の判決の演繹的導出に到る一本道の論理連関であり、確かにこれが基本枠組みを形作る。しかしその結論の導出に到る作業過程では、その論理の射程を確かめるべく、ならば近似の事案についてはどうするかというシミュレーションがまず解釈者自らの中で行われ、その中で事情の類型化・差異化が行われる。そしてここでは(量刑の場

合とは異なり)事情の差異化がルール演繹型の基礎付けの差異化と一緒に行われるので、対象事情の区別が恰もルール内部の場合分け・論理的分化であるかの形に仕立て直される。

しかもそれぞれのシミュレーションに際しては、殆ど必ず他の法律家達(ここでは裁判官の他に弁護士や法学者も加わる)によって類似事案・近似事案をめぐってなされる同じ法条や周辺の法条についての法解釈やその成果としての判決例が意識的・無意識的に参照される。ある時は事情も同じ・論理も適切だと考えて先行する法解釈が「踏襲」される。またある時はそのケースではそうなるが今回の事案はここが違うと考えてその二つが「区別」される。そしてまたある時は事情は同じだがこの判断には賛成できないと「反発」し別の判断・別の論理構成が独自に目指される。随所に判断者側による選択の余地はあり、そしてその手順が法律家仲間のマナーに適ってさえいけば、それら諸判断のどれもが当該条文の正当な「解釈の幅」の中に並び立ち、またそれぞれの法解釈についての支持の多寡は判決の頻度分布の形で示される。

つまりここでは制度的に義務づけられた判決基礎付けの行為(法規範からの判決の演繹作業)という縦軸の営為の裏側で、実際には事例参照(両脇で行われている同類の行為との間で自覚的な位置取り)という横軸の営為がまずは個人内部で、ついででは他の法律家との間でという二重の仕方で行われている。

そして法律家同士(最後には裁判官同士)が判断に際してこのようにお互いに批判的・自覚的に位置取りをしあうことを通じて、そこに結果として、実定法の文言よりも更に具体的なレベルまで分節化した、裁判官達の判断基準の「現況」の如きものが現れることになる。それは一義のものというよりは、むしろ定着した多数説の実務から突発的・孤立的な扱いまでの一定の分布の形を取る。中央部分には強い共同性が与える重みと安定性があり、周縁部分には孤立的であれ取り敢えずは形式的に成り立つことがもたらす変動の余地がある。またその全体分布についても、個々の解釈どれもが実定法の条文から論理的に導かれる結論の範囲内にあることは確かだが、それらがこの特定の分布の仕方を取る

という点は、多数の裁判官による自律的選択の結果であると言う他はない。その限りでそこにあるものは社会全体の共識やその写像というより、むしろ現時点における裁判官仲間内の共識と言うのが相応しい。それもやはり裁判官達の間で成り立つ一種の「相場」なのであろう。それが「同じものは同じく違ったものは違えて」の課題を日々具体的に担う法の内実である。

そしてここから振り返れば、先に見た「量刑相場」参照実務は、既に有罪無罪の基礎付けが済んだ後に更に残る量刑の局面において、ルール型の法解釈作業が一般的に持つこの両側面のうちの事例参照的契機だけが表に出ている例として位置づけることができるのだろう。またこの二面性を踏まえれば逆に、民事裁判でも損害賠償額のような数量的且つ程度判断的な論点については、裁判官に委ねられた裁量部分をめぐって量刑相場と同様の展開は起こること、それどころか話題によっては法律家仲間の世話役による情報の集約整理と提示、そして繰り返されるその改訂という、連邦最高裁量刑ガイドラインの世界さながらの光景が見て取れる理由もよく分かることになる。

## (2) 伝統中国裁判における法解釈

伝統中国では量刑判断は「情法の平」の名の下に個別主義的に行われる。そして個別主義的判断である以上、それぞれの答えは個別的に成り立つ。またその個別の判断一つ一つについて「情法の平」が成り立ちさえすれば、その判断の全体も自ずと「同じものは同じく違ったものは違えた」処理になる筈なので、他の事案処理への考慮などは原理的に不要であると言え言える。しかし現実はそのほとんど単純でも長閑でもない。

まず性格を論ずれば、それに先行する判断例のすべてもまた、先行する裁判官(結局は皇帝)がそれぞれの情に對してその都度真剣に行つた「情法の平」判断(唯一無二の「正解」探し)である。今回の判断もそのただ中に立つ。これだけでも裁判官は、現代日本の裁判官達が同僚達の量刑判断に手掛かりを求めるのと同様に、或いはそれ以上に、先例を

気にせずにはいられない。しかもそこに官僚制的な裁判制度の問題が重ね合わされる。ここでは原案作りは州県官の手で行われるが、その判断は皇帝に至るまでに次々と上司の覆審というハードルを経る。その覆審を担う官僚達は全員が先行事例の情報（その枯れた部分としての律例、生の部分としての成案）に精通している。特に義務づけられなくとも、自己の判断を正当化する（上司に飲ませる）為には、その先例網の中に自分の今回の判断をマッピングする作業が実は不可欠のことになる。「情法の平」をとるとは、実際にはこうした先行事例の中の適切な場所に今回の判断を埋め込む作業として行われる。

そして律例はそうした先行事例の主要部分を固めたものとして存在する。制度的にも官僚裁判官がまず求められるのは、どの条文に当て嵌めるか或いは律に正文無しという方向で進めるかといった、今回の事案処理と既存の律例条文との関係づけである。個別主義的・実質主義的の判断と言っても、膨大な先例を抱える高度に発達した大規模裁判制度の中でそれを行おうとすると、何のことはない、最初に行うこと（踏むべき手順）は逆説的ながら実定法操作になってしまふのである。これを逆にして言えば、伝統中国における法解釈は、ルール型の基礎付けの文脈（今回の個別事案についての結論を一般的ルールから演繹的に導出する作業）の中の出来事としてではなく、むしろ個別主義的・実質主義的な基礎付けの途上で行われる事例参照という文脈の中の出来事として存在する。

その判断に際して先行事例の踏襲を選べば、行うことは既存条文の援引の形になる。そして末端から皇帝までが踏襲判断で揃えば、律例に示される刑罰がそのまま下される。伝統中国型裁判が最もルール準拠型裁判に近づき、また中国型・事例参照型の法解釈が最もルール型・基礎付け型の法解釈に近づく局面である。事案を何処かの条文の中に包摂するという言語操作面だけを取り上げるなら、おそらく両者の間に何程の差異もない。ただ前稿までで繰り返した述べた通り、そうした外見的類似性によって本質的差異が消される訳もない。

第一に、律条に示されるのはその情の場合にはこの重さの刑罰を科せという単純な命令文である。一旦、情が同じであると認定してしまえば裁判官が行うことはその命令の単純な実行に過ぎない。そうした包摂判断のみから成る作業を、ルール型の基礎付けにおける一般的規範を解釈を通じて個別的規範に転換する作業全部と同一視することはやはり適切ではない（そしてこの点を強く押せば、伝統中国法については「法解釈」という用語を避けた方が良いという説になる）。そして第二に、何よりもここでは正当化の起点は常に判決（個別事案について皇帝が下す判断）の側にある。最後の瞬間に皇帝が「情」の違いを言い立てる、そうして律に書いてある「情」を今回の特例的扱いに対応する「情」と従来の律例の扱いに対応する「情」に分け直してしまう可能性（それは同時に皇帝固有の責務でもある）が常時ある以上、律例と判決とが重なる（後者が前者に包摂される）場合においてすら、論理的には、実定法により今回の判決が基礎付けられたと言うより、むしろ逆に今回の判決（官僚による援引、皇帝による原案追認）によって当該条文（情と法との対応関係）の守備範囲の《現行性》が確認されたと言う方が遙かに相応しい。

しかもそこでは原案作成をする官僚側にすら、該当条文を探したけれど見つからなかったと述べる制度的余地が相当に残されていた。律例に正文が無い場合には先述のとおり「比附」が行われる。そこで行われる作業の内実は、全体としては今回の情に対応する新たな「情法の平」の決定、つまりは新規立法であり、それは最後に皇帝立法者による直接的承認により正当化される。ただ臣下がその提案をする際に、既存条文のどれかを判断の（それゆえ説得の）手掛かりとして提示することが義務づけられる。シンプルに正文無しの場合については、そこで行うことは、まさに素直に先行事例の全体的分布を見、その間の何処か適切な場所に今回の判断を位置付ける（埋め込む）操作になる。また実際には律例は相当に完備している。自然犯的な事案については、形式的に当該事案を覆いうる正文が一切無いという方が実は考えにくい。その場合には行われていることは、皇帝がする権宜の判断と似た、敢えて情の違いを言い立ててその「情」を現行条文の中から切り取って別置きし、その部分について現行法とは違った量刑判断を下す（そうした操作を正文が無いという名目で行う）作業になる。

そして従来は、こうした伝統中国に見える比附と現代裁判に見える類推とを対比して、類推はルール型の基礎付けの拡張の仕方であるのに対して、比附は（何しろ準拠先の条文がないという話なので）ルール型の基礎付けの枠を外れた行為である、という議論が行われてきた。勿論この結論はその限りでは正しい。<sup>⑤</sup>しかし上に見たとおり、実を言えば、伝統中国では対応条文がある援引の側もルール型の基礎付けそれ自体ではないのである。ここでは実定法と実定法解釈の全体が挙げて事例参照の文脈の中にあり、そしてその事例参照は非ルールのな基礎付け、実質主義的判断の一環として行われていた。判断は今ここで非ルールのに行われる。しかしその前には沢山の先行事例（それを固めた実定法条文）がある。そして援引も比附も、そうして先行する何らかの条文に言及する仕方である。原案書を作り皇帝の判断を仰ぐという点では違いは無い。両者の間にあるのは、ルール型基礎付けに従う「法に基づくケース」と「基づかないケース」の対比ではなく、むしろ今回の事案についての自己の判断の精度を確かめるべく比較対象先を考えてみたところ、先行事例との関係で踏襲の形になるケースもあれば区別の形になるケースもあるという種類の対比なのである。<sup>⑥</sup>またこうした基本文脈の差異がある以上、ルール型の法解釈と伝統中国の法解釈とを無媒介に一緒に扱い、比附をそうした「解釈技法」の列の中に並べて論ずることの意義は疑わしい。<sup>⑦</sup>そして成案が律例とは異なるものとして援引を禁止されつつも、実際の判断に際して官僚達によって応分の重み付け以って遇される事態も、行われることが厳密な根拠付けではなく緩やかな事例参照であることを踏まえれば、ごく自然なこととして理解できることになる。

### （3） 法解釈の最終的な定着先

このようにルール型の裁判でも非ルール型の裁判でも基礎付けと事例参照は絡み合った仕方で行われ、またどちらにおいてもそうした営為の中で実定法の解釈操作が行われる。しかしその基礎付けの構造の違い、また実定法とその解釈が基本的に基礎付けの文脈で現れるのか、それとも事例参照の文脈で現れるかの違いに従って、裁判官達によるそうした解釈的営為が最後に生み出すものも異なってくる。

ルール型の裁判では、法解釈の過程で幾ら事実として事例参照をしても、また幾ら事実として先例を踏襲しても、最後に示すものは自己が良心に基づいて行うルールからの演繹結果という形を取るより他にない。ただそれは単に外見を整えるだけの問題には止まらない。興味深いことに、ここでは誰もが一致してする解釈は、それぞれの裁判官がする解行為の所産としてではなく、最後にはルールそれ自体が最初から持つ意味の如く扱われ、また安定した処理のバリエーションの多くもルールの側に最初から内在する論理の一部分、その客観的な自己展開結果の如く位置づけられ、その上でなお残るバラツキ部分のみが狭義の解釈の争いの問題として示される。逆に言えば、こうした過程を通じて、裁判官仲間の共識に過ぎなかったものがゆっくりと社会全体が本来から持つ共識として定着されて行く。

事案処理をめぐる裁判官達の共同的営為はこうして繰り返しルールの側に回収され、ルール自身の豊穠化という終わり方をする。裁判官集団の権威がルールの権威に支えられていることの当然の帰結とも言えるが、ここでは裁判官集団の姿は最後には消えて客観的なルールのみが後に残る。基礎付けを担うルールが自分自身で細部にまで分化を遂げ、法の統一の課題をまで挙げて自ら担っているかのイメージが振りまかれる所以である。

それに対して非ルール型の裁判では、上とは反対に、幾ら先例を参照（踏襲や区別）したとしても最終的な説明は、これがこの事案に対する最適判断だという、現状との関係で行う個別主義的・実質主義的な正当化を描いて他にはない。そしてその事実が、実際にも裁判手続きの皇帝の下への集約をもたらす。また何よりここでは参照対象側も最初から一定の事情に対応する皇帝の判断例として存在し、また眺められる。事情が同じだと言ってしまえば最早踏襲するより他の選択肢はない反面、参照対象側に今回の事案の「情」に対応する判断例（その情についての「正解」が未だ存在しないと判断する余地は相応に残されており、その方向に進めば早速正解作りが始まり皇帝の名の下にその正解がその場で示される。

しかしその新規判断例が安定の極に到って条例の形で律例体系の中に組み込まれても、それ自身が次の段階では何程か事例扱いをされること、正文が欠けるという名目の下、次なる判断主体によってその先に規範的に無記の空間を作られてしまうことを封ずることはできない。ここでは個別の事例とは根本的にレベルを異にする特権的で一般的な「ルール」という場所それ自体が何処にも用意されていないのである。無い席には誰も座れない。

それは内容面から論ずれば次のことを意味する。今回新たに下された最終結論と先行する成案や実定法の間、つまり皇帝の至高の最終判断相互の間にも、客観的には何らかの論理的関係が成り立っている筈である。しかし何かの実定的ルールから演繹的に判決を基礎付ける必要はない(情法の平は個々に成り立ち、その判断が皇帝の権威によって直接的に基礎付けられる)ので、そのバリエーションは更なる高次のルールの分化のような話としては一般には語られない(語る必要も、語る機会もない)。そのすべてが、至高の判断主体が対象事案の情の違いに応じて出した最適判断として並列すればそれで足りてしまう。分類整理の必要は有っても、体系化の動機付けは弱い。またこれを逆にして言えば、ここで法の全貌を伝えようとする際には、可能ならこの分布の全体をそのまま示すのが一番の手段ということになる。<sup>28)</sup>

かくしてここでは何処まで行っても事例の併存とその参照という循環の輪の中から出られない。その結果として、最高レベル(皇帝の判断のレベル)で見られる事案分布全体の統合点は、結局は目の前の事案について最終判断を現に行う人(皇帝)になってしまふ。法の一貫性はその一人の自己同一性として担保される他なく、また法が持つ内容を概括的に論じようとするれば、客観化され社会的に共有された何かとしてではなく、その一人(あるいは広く彼に代表される伝統中国人)が胸中に持つ思考回路の紹介や再構成の如き仕方でするより他にないことになる。そしてそれは、非ルールのな法の居場所はそのような共同の心の中を措いて他にはないという事実と綺麗に対応する。

### おわり——基礎付けと事例参照の位置関係

発達した文明は何故か揃って「裁判」という制度、即ち一つの社会全体を覆う一つの法とそれに従った一つの裁きという仕組みを発展させてきた。そこでは目の前にいる全員をその制度論理の中に取り込むべく、裁きの基礎が社会全体(時には人類全体)の中に探し求められ、裁判官が考え示すことと社会構成員全員が考えることとの位置関係についての大規模な説明が作られた。

ある地域では人間あるいは人間社会の中に見て取れる規則性(ルール)が全体社会を語る時の手掛かりとして着目され、その規則性を強化し担保することの中に公権力の役割を見出し、またそうした一般的ルールを個別事例へ適用する過程として裁判を構想する仕方が取られた。またある地域では類としての人間をそのまま全体社会と考え、そうした人類が個体化以前に持つ共同性(公)を手掛かりにして、エゴイズムを持つが故に対立抗争する当事者に対して、全体の共存を実現すべく率先して「私」を捨てた先覚者が公平な立場から最適共存線を教え示し、その教諭を受けて当事者達もが共同性に目覚めて紛争を止める過程として裁判を構想した。ただ、そこで大前提の如く語られる「社会全体」は、実際には歴史的事実というよりはむしろ人間が作る政治共同体についてそれぞれがア priori に抱く独特のイメージに過ぎないので(或いは極言すれば、「社会全体」などといったものはおよそイメージ以外の仕方では存在し得ないので、それは法と裁判についての「説明」と言うよりは、むしろ最初から法と裁判についての各種の「神話」と呼ぶのが相応しいのかも)れない。前稿で述べたルール型の法と裁判と非ルール型のそれとの対比は、まさに議論のこのレベルに対応する。

ただ実際に秩序維持を担う為には、日々膨大な数の裁判をこなす具体的な仕組みが必要になる。そこでそれぞれの裁判理解に基づいてそれぞれの裁判所が作られ、またその裁判所を通じて法の統一が達成される様子が次のように夢想される。即ち、裁判がルール型の基礎付けを持つ所では、裁判は各自がルールに直結する独立した裁判所群によって担わ

れ、その裁判所を通じて一つの体系的なルールが論理的分岐をしつつ個別事案に到るかの如きイメージが抱かれ、またその中で自ずと「同じものは同じく違ったものは違えて」という結果が生み出されると想定される。ルールは単に一つ一つの裁きを基礎付けるだけでなく、同時にすべての裁きと裁きの間をも繋ぎ、自ら具体的な法の統一を担うものになる。それに対して非ルール型の裁判では、裁判制度の中心に事情の無限の差異に応じて無限に個別主義的な判断を下す皇帝（一つの大きな「公」的な心）を置き、そして官僚裁判官達はその皇帝の心を自らの心として振舞う存在として想定される。そうした皇帝と官僚が一体となった一つの裁判所が、千差万別・千変万化する事態に対して臨機応変・当意即妙の判断を次々に下し続ける。そこではそうした一体化し且つ自己同一性を保つ一人格が、法の統一性を担保し且つ日々それを担うものになる。

しかし実際にはどちらの話もそうは上手くは進まない。ルールは自分自身で自動的且つ整合的に分化したりはしないし、またその論理的展開の可能性も一本道とは限らない。事案に即してルールを分化させつつ同時に判断者間で必要な程度の共同性を保つ種類の営為とそれを担う主体が別途必要となる。また非ルール型についてもその夢想性は明らかである。幾ら一つの裁判所と言っても実際に対する相手は広大な国土・膨大な事案であり、それに対処する為には多人数からなる官僚制機構を以ってする他はない。しかし如何に一心同体を呼号しても、バラバラの主体が放つておいて同じ判断をする訳もない。実際には裁判所内部で意見を調整・統合する必要があり、しかも一つのブレも許されぬ以上その調整は一件一事件毎に行わなければならない。

そこでどちらにおいても、裁判を担う生身の裁判官達によってその欠如を補う為の共同的な動きが日常的に行われる。それが本稿で見た事例参照の営為であった。裁きの基礎付けの基本構造の相違に対応して、ルールの適用例として他事例を見るかそれとも優れた個別主義的判断の成功例として他事例を見るか、またばらついた結論が一旦そのまま判決の形で外に出るかそれとも一件毎に裁判機構内で統合が行われるかという違いはあるにせよ、行われる実質は案外にルール型・非ルール型のどちらでも大差はない。まず必要なことは先行事例に関する情報の共有である（そのやり方には、事例情報それ自体の流通という仕方もある）。誰かがその情報を整理して示す仕方もある。ついで個々の判断に際して、それら先行事例を参照しつつ踏襲・区別・反発の対応が取られる<sup>⑧</sup>。そして同僚達の注視の中でそうした操作が繰り返される中で法の統一がもたらされ、またそうして総合的に達成される実績こそが、それぞれの基礎付け論が高く掲げる「すべての個別問題に対して相応の論理的帰結をもたらす一般的ルールと、その忠実な体现者としての裁判官達」という像や、「すべての個別問題に対してそれに相応しい判断を次々に下す至高の一主体と、彼と一心同体の存在としての裁判官達」という像を裏から支えることになる<sup>⑨</sup>。

こうした事例参照の構造は、所詮は裁判官集団内部での関係に過ぎず、対社会的に行われる判決の基礎付けそれ自体ではない。しかし法の統一もそれ自体が法の重要な一要素であり、また判決の基礎付けも実際には事例参照と一体化した形で行われている。事例参照の契機無しには大規模裁判制度は実際には少しも動かないに違いない。しかし右に見たような機制を通してそうした内部的な営為は最終的には人びとの目からは隠され、代わって万能のルールや万能の皇帝、そのエージェントとしての個々の裁判官の姿が裁判制度の前面に押し立てられる。その結果、これまでこの次元が法と裁判を構成する独立した契機として十全な仕方を取り上げられること自体が殆ど無かった。しかし伝統中国の実定法制度はその次元の再評価を我々に迫っており、またそうして得られる知見は我々の裁判制度理解を随分と立体的なものにしてくれる。

伝統中国の実定法制度は、すべての大規模裁判制度の中に普遍的に見て取れるこうした事例参照の特殊な一形態として存在した。その営為の普遍性を論ずる為にルール型の基礎付けを巡って現れる諸現象との部分的類似性に拘泥する必要は無く、また逆に、実定法操作面で何程かの共通性が見て取れるからと言って、そこにある判決の基礎付け方とルール型のそれとの違いを論ずる必要がなくなる訳でもない。

- ① 「法学論叢」第二六〇巻第三・四号、五一―九一頁、二〇〇七年三月。以下、「非ルールのな法」論文と呼ぶ。なお「非ルールのな法」がシステムとして成り立つには様々な前提条件が必要だが、それらについては上掲論文の参照を乞うことにし、本稿では議論を省略する。
- ② 法典編纂史の概要については、滋賀秀三「法典編纂の歴史」(同「中国法制史論集—法典と刑罰」創文社、二〇〇三年)を参照。
- ③ しかも初期においては、専制的皇帝が恣意的な判決を下していたという通俗的な帝制中国裁判像の否定に力点が置かれたので、律例が活発に用いられること、裁判がルールに基づいて行われること、裁判が決して恣意的なものではなかったことの三者が同一視されがちであった。こうした学説史の動向については、拙稿「清代司法制度研究における「法」の位置付けについて」(思想「七九二号、一九九〇年六月)を参照。当然、伝統中国の歴史的事実の中にはルールに基づいた裁判像に馴染まない現象が幾らでも有るので、こうした議論枠組みで臨む限り、伝統中国の裁判は、専制的恣意的裁判よりは遙かにマシだが、本家ルールオプローの裁判には常に劣位するものという位置づけに必ずなる。勿論そうした位置づけは、右の認識枠組み自体が自己産出するもので、それ自体には発見的な意味合いは何もない。
- ④ 前掲「非ルールのな法」論文、拙稿「清代刑事裁判における律例の役割—再考—実定法の「非ルールの」なあり方について」(大島立子編「宋—清代の法と地域社会—財団法人東洋文庫、二六三―三〇七頁、二〇〇六年)、および拙稿「中国伝統法における法解釈のあり方」(「社会体制と法」一―一〇頁、二〇一〇年五月)。
- ⑤ もし当事者がそれが本場に「天下の公論」かと疑う場合には随時(判決前でも可能)上司への「上控」を許し、論理的にはその上控の果てに天下に一人の皇帝が座している。ただその場合でも更に高い權威の主体が同じ事を試みるだけのことであり、違った形の裁きが出てくる訳ではない。
- ⑥ 命盗重案についての審理でも、州県の法廷で律例への言及がなされることは原則的に無く、誰に刑罰を科すかの決定の基礎はここでも基本的に関係当事者間の事実認識の一致、具体的には出廷者全員により提出される遵依甘結状に置かれる。拙稿「自理と上申の間—清代州県レベルにおける命案処理の実態」(夫馬進編「中国訴訟社会史の研究」京都大学学術出版会、四二七―四七七頁、二〇一一年)を参照。
- ⑦ 実際には執行前に皇帝によって一件一件決裁がなされるのは死刑事案に限られ、徒刑事案は督撫の決裁、流刑事案は督撫と刑部の共同決裁によって執行に着手された。しかし徒刑・流刑事案についても、その処理結果が事案の詳細情報と共に定期的なまとめて皇帝に報告されることになっており、皇帝はその報告を見て幾らでも刑罰の事後的な更正が可能であった(これを逆に言えば、死刑は事後的更正が不可能なので事前に一件一件決裁が求められた。それゆえ論理としては徒刑以上の事案(つまりは「命盗重案」)のすべてについて皇帝が裁判官であったと言えることができる)。
- ⑧ 刑罰は基本的に笞五等・杖五等・徒三等・流二等・死二等の五種類があるが、律例の世界ではこの五種類が一体となって二十等の目盛りを持つ一つの量刑物差しのように用いられていた。
- ⑨ 「大清律例」刑律断獄「断罪引律令」条「凡そ罪を断ずるには皆な須く具に律例を引くべし。違ひし者は笞三十」。
- ⑩ 引用文は比附制度について規定する「大清律例」名例「断罪無正条」の律文そのものである。
- ⑪ 「大清律例」刑律断獄「断罪引律令」の後段部分「○其れ特旨の断罪、臨時の處治にして、定めて律と為さざる者は、此を引きて律と為すを得ず。得ず。……」。
- ⑫ 谷井陽子「清代則例省例考」(「東方学報」第六七冊、一三七―三三九頁、一九九九年)。
- ⑬ 「大清律例」刑律断獄「断罪引律令」条例3の後段部分「……如し督撫が案件を辦理して、果して舊案と相合し援じて例と為す可き者有れば、本「題本」内にて聲明するを許し、刑部は詳しく査核を加え、附して定例となさしむるを請う」。
- ⑭ 自然犯的な犯罪についてはは網羅的に規定する「刑律」においてすら本文で述べたような事例的性格は明らかである。それ以外の「戸律」「工律」といった章に至っては、単に規定が疎らであるというばかりでなく、何故この問題についての罰則規定だけが律に載っているのか(他のあの問題についての罰則規定が何故載っていないのか)についての体系的な説明すら殆ど不可能になる。ここまで来ると事態は「事例的」というより「例示的」と言う方が近いことになる。
- ⑮ これまで書いた論文の中で最も立ち入った言及としては、前掲「非ルールのな法」論文中の「五 法の制度化の二類型(2)二つのモデルの接点」がある。ここでは棚瀬孝雄教授の紹介するドーキンの「解釈共同体」論に依拠しつつ、現代裁判における裁判官相互の認識の共有と清代官界におけるそれとの類似性と相違点について述べた。本稿で述べる「事例参照」は、そこでどちらの裁判制度にも見える契機として着眼した裁判官相互の牽制と支え合いの構造を、より明確に取り出したものである。
- ⑯ 「慶應法学」第七号、一―一八頁、二〇〇七年三月。引用部分は二二頁以下。
- ⑰ 「判例タイムズ」一一八三・一一八五・一一八六・一一八七号、二〇〇五年。
- ⑱ 上掲遠藤論文二一八七号三三六頁以下。
- ⑲ 二〇〇一年の実態について言えば、ガイドライン内が六四%、上方離脱が〇・六%、下方離脱が三五・四%(そのうち被告人の訴追協力を理由とするものが一七・二%)だと言う。上掲遠藤論文二一八七号三三九頁。
- ⑳ ちなみに伝統中国の律例は「上からの法」であり、それに対して西洋法の中に出てくるルールオプローの理念を持つ基礎付け型のルールは「下からの法」であるといった対比が持つ問題点もこと関連する。そうした議論の言わんとするところはおそろしく、「法」という形は同じでも、それを人民が権力統制の為に用いるか、権力が官僚や人民の統制の為に用いるかで違っている点にあるのだろう。しかし「上から」示される伝統中国の律例(更に広くは事例参照型の実定法)についても、その内実は中央(皇帝の意志?)から泉の如く湧き出るものでは決してなく、むしろ末端の當為の集約という方が相応しい(何よりも中央側が持つ権威や権力は、却って全体の當為の集約体現者という役割の中にその基礎を持つのである)。また西洋法・近代法についても、社会の中にある規則性を吸い上げて法として示す當為は常に「上から」行われるのであり、ルールオプローの原理は一面ではルール護持型の公権力を立ち上げる為のセールストークに他ならない。そこにあるものが社会的で権力的な當為である以上、

どんな法制度も「上から」と「下から」の混合で成り立っている。むしろ対比は、そうした上下の循環構造が判決の基礎付けの局面（司法権力と社会との間）で成り立っているか、法の統一の局面（裁判と裁判の間、裁判権力内）で成り立っているかという所にある。そしてその差に従って実際には「法」の位置も形も異なってくる。

㉑ そしてそうした末端と中央の循環構造は伝統中国では律の制定に先立って既に存在する。初山明「中国古代訴訟制度の研究」（京都大学学術出版会、二〇〇六年）は、「法律答問」や「奏議書」といった帝政最初期に作られた法律書を、地方機関の司法実務の経験が中央に集約されて整理され、然る後に地方に再配分されて行く過程の中に位置づけ、その全体を「司法経験の再配分」と名付けている。律は歴史的にはその次の段階で登場する。

㉒ なお、この天下に一つの裁判所という論理は、一つとして同じ事案は無い（それゆえ事案間・判決間の比較も原理的にあり得ない）という前提の下、基本的に各州県単位で完全に分散的に行われる戸婚田土事案の裁判においてすら、論理としては一応は同様に貫かれていることに注意せよ。即ち、戸婚田土事案をめぐる末端州県で開かれる法廷を、「州県自理」という表現に引かれてか、州県官が自己の考えを述べ示す独立した裁判所の如く理解する仕方を時に見る。しかし第一節で述べたとおり、そこで州県官が語るのには飽くまでも当該個別事案について皇帝官僚制全体、それどころか論理的には全体人民が共に抱く苦の「天下の公論」である。州県官は（それ自身が一心同体と想定されている）皇帝官僚制の全体を代表する形で民の前に立ち、皇帝であればこう語るであろう答えを自らの口から語り、民もそうした話として州県官の宣示を聞く（またその裏側として、民がその点に疑念を覚えた時には随時更なる上司に対して「上控」を行い、それが本当に天下の公論なのか、皇帝官僚制全体の真意なのかを確かめることが許されている。そしてこの問い掛け先も最後には皇帝本人に至る）。結局、戸婚田土事案処理と命盗重案処理との違いは、この一心同体の一つの裁判所の結論を示すアフォルトの発話者を末端側に置くか中央側に置くかという点にある。

ちなみに言えば、我々の審級制度も、裁判官は全体に一つのルールの体現者として判決を語り、本当にそうかと確かめたい民は上訴を行い、そうなるも更なる裁判官がまた同じく全体に一つのルールの体現者として判決を語る。語る内容は公論とルールの違いはあるが、語る人間の位置関係自体は右の前者のケースと少しも変わらない。この類似を作り出しているのも、おそらくは法の統一という課題の共通性なのであろう。

㉓ 上司は下僚が上申してきた原案を駁すことができるが、下僚がその駁に納得の行かない場合には、更なる上司に対して異議を申し立てることができる。滋賀秀三「清代中国の法と裁判」創文社、一九八四年、二八頁。

㉔ 刑部では「律例館」という名の部署が先例を整理保存しており、覆審実務を担当する部署（清吏司）からの問い合わせがあると、関連する先例を百年レンジで探索し、折り返しその情報を「説帖」という文書形式で回答していた。中村茂夫「清代の刑案」（滋賀秀三編『中国法制史』—基本資料の研究」東大出版会、七二五—七三七頁、一九九三年）を参照。

㉕ 滋賀秀三氏は、比附の特徴（西洋法に見える類推との違い）として「第一に、比附は条文解釈上の操作ではないことである。解釈をしようにも該当する条文それ自身が存在しないときに比附が発動する。それは解釈の次元を超えた事柄なのである」「第二に、……処理すべき目前の案件の犯罪事実を微細な側面まで正確に構成要件化した条文が存在しないときに、この存在しない幻のA条と類似した構成要件を立てて刑罰を規定している別

条Bを採出して、これを量刑の基準として——B条の刑罰そのまま若しくはそれに一等加重または軽減して——適正な刑罰を定めるのが、比附という手法である」の二点を述べる（滋賀秀三「比附と類推」、『東洋法制史研究会通信』第一五号、二〇〇六年八月）。比附とは、未知の「情」に対応する新たな「情法の平」連関を定立すべく、先行立法例を参照しつつ行われる一種の立法行為であるという理解において、本稿の結論もそれと変わらない。見解の差違はむしろ以下に述べる援引の側の理解方法、そこから広がる「法解釈の文脈の差」という問題意識の有無の側にある。

㉖ ちなみにすべての実定法、すべての成案は、どれも当該事案の「情」をめぐる皇帝が下した最終判断なので、臣下にとっては当然、おそらくは後継の皇帝にとってすら、「踏襲」と「区別」はできても、「反発」という形は取りにくい。実質的に反発する場合には、おそらく事案外部の時代環境・社会環境までもを事案の「情」の中に含めて論じ、「因時制宜」「因地制宜」を掲げて「区別」をする形を取る。

㉗ 比附に代表される伝統中国の法解釈と現代法解釈との異同の問題を、本文に見たような制度的文脈の差異を顧慮せずに、むしろ法解釈の「技法」上のパリエーションとして類型的に論じてしまふ一連の議論がある。例えば笹倉秀夫氏は、比附を現代法解釈論の中に積極的に位置づけるべく、氏の法解釈論の枠組みの中で類推より更に連想の翼を羽ばたかせた解釈技法（氏の言葉では「諸事項を参照して、ある条文をベースにしてそこから一定の一般的な法命題を獲得し、関係する条文の規定対象とは異なる（類推も不可能な）ケースを処理するために使う技法」）「既存の条文から一般的な法命題を引き出して適用する技法」を、「われわれの意味における比附」と定義し、伝統中国固有の「比附」の中にも同じ構造が見取れるという議論を展開する（笹倉秀夫「法解釈講義」東京大学出版会、二〇〇九年）。また逆に「比附」というような手法を生み出していたのは、世界史上において帝制中国法だけであった」と述べる滋賀秀三氏も、前注所引の議論に加えて、比附と類推の間には「論理構造」「同じ、類似性」という機軸観念の働き方に違いがあるという議論を行い始め、類推では「法の適用の対象となる事物相互間の類似性」に着目するのに対して、比附では「罪質を同じくする——同じ犯罪類型に属する——こと」に着目される点に特徴があったと結論する。

こうした思考方法レベルの比較論が、伝統中国の法的思考の中に普遍的に位置付けようとする議論としてそれなりの積極的な意義を持つことは、筆者も否定しない。しかし法解釈の第一の特殊性は「解釈」の側ではなく「法」の側にある。その法の側にある歴史的・構造的な差異を飛ばして、あたかも問題は思考方法の側のみにあるかの議論をしてしまえば、どうしても対比の重要な要素が落ちてしまう。実際、笹倉氏の議論について言えば、確かに指摘の通り二つの法解釈の間には（本稿で述べる事例参照の構造の共通性に従う仕方でも）時に共通する景色を見いだせるが、オリジナルの「比附」側には氏の言う一般的な法命題の「適用」という契機だけはない。何より伝統中国にはそもそも個々の判決が一般的命題の適用結果として導かれるべきであるという構造自体が存在しないのである。その結果、氏の議論ではそれに発する問題（適用の契機が無い所で行われる法解釈とは何かという問い）、オリジナルな比附を性格付ける最重要の問題が問われぬままに消えてしまふ。そして滋賀氏の議論に対しても、そうした対比が論理的に可能であることまでは否定しないが、世界史上に孤立的であると断じた現象について今更、類似性への着目の仕方の違いといったレベルの対比を行うことに一体どのような「意味」があるのかという疑問を提起することは許されよう。比附先としてどの条文が選好されるかという問いは必要且つ貴重だが、それを類推との比較で論ずる必然性・必要性は実は何処にも存在しない。



結局、問題は、比附と類推とを技法レベルの違いとして比較する議論を始めると、意識すると否とに関わりなく、何時の間にか、解釈される対象としての実定法のあり方の側が問いの対象から外されてしまう点にある。しかし本稿で示したとおり、実定法が裁判制度の中で占める文脈は必ずしも一種類ではないのであり、むしろそれがその使われ方の差異を生み出しているのである。

⑳ そしてこの本質に従って、官僚制内のコミュニケーションのあり方も、時代と共に（或いは情報技術が進むにつれて）、中央で実定法を作った末に強制する仕方から、膨大な事案情報それ自体を官僚制内でリアルタイムに共有する方向に進んで行く。実際、清代に入ると、或いは省という行政区画を単位として（省例）、或いは六部を始めとする中央官庁を単位として（則例）、参考価値のある行政先例（時にはその抜粋、時には当該事案処理を巡る一件文書それ自体）を端から蒐集した浩瀚な書物が次々に作られるようになり、成文法は単なる梗概情報を示したものとしてその中に埋もれて行くことになる（拙稿「清代の省例」滋賀秀三編『中国法制史——基本資料の研究』東大出版会、六五七―七一四頁、一九九三年。谷井陽子前掲「清代則例省例考」。そしてこうした動きは後に滋賀秀三氏によって「法の世界から例の世界へ」という仕方でも、中国法典編纂史の最末期に現れる新たな動向として包括的な歴史的な位置づけを与えられた。滋賀秀三前掲「法典編纂の歴史」を参照。ここから振り返れば、律例（実定法）は、その一般性故に個別事案に原理的に優位する何か（ルール）としてではなく、むしろ情報技術が未発達な段階においてなお官僚制内で一定程度の情報共有を行おうとして作られた不十分で過渡的なツールとして位置付けられることになる。

また、そうした情報化の果てに行き着く先は現代日本の量刑相場実務に似た個別事案情報の完全共有状態に似たものになるが、しかしそこには現代日本にはある個々の裁判官の独立を支える契機は欠けている。むしろそこで夢見られているのは、リアルタイムに全情報を共有することで皇帝官僚制の全体がそのまま溶けて一つになり、そうして一体化した一つの裁判所が千差万別・千変万化する状況に対して自由自在に対応するような状態なのである。

㉑ ちなみにこの局面で事態を切り出してその二つを比較すれば、ルール型・非ルール型どちらの裁判官がすることも、事案を分類し既存の諸処理パターンの中のどれかの中に流し込む作業という点で大差はない。そしてこちらにもある事例参照の構造（非ルール型にあつては事例参照型の実定法、ルール型にあつては法解釈の事例参照の側面）が、各々の理念に代わって（或いはその理念を具体化したものとして）この日々の「実務」を主導する。裁判官は他の裁判官がするように振る舞い、当事者は他の当事者と同様に扱われることを求め、また同様に扱われさえすればそれで満足をする。勿論そこでも、それをする裁判官の地位は一体何によつてもたらされるのかを問えば、そこから基礎付けについての問題が広がって行く筈だが、通常は当事者にとっては（そして時には裁判官にとつても）裁判制度は既にそれとしてそこに存在するものなので、誰もわざわざそうした深淵を覗き込んだりはいらない。どちらの裁判制度も日々行うことは殆ど同じではないか（ルール型と非ルール型の対比は不必要に大仰である）という議論は、おそらくこの実感にも基礎を置くのであろう。

㉒ ただ裁判官の扱って立つ社会的足場は、取り敢えず上記のような法と裁判に関する「神話」にある以上、その像を支えることは裁判官自身にとつても必要なことである。なお今回の対比に限って言えば、このように基礎付け側が主軸となり事例参照側が補充的な位置に立つことは迷いようもない。しかしこの二つの契機が凡その裁判制度史の中でどのような順逆に立つかを論ずる場合には、これ以外の様々なパターンを考える余地と必要はあるだろう。例えば、全体社会に関する神話から始める以上の議論に対して、出発点は個々の裁きの側にある（或いはリアルに存在するのは終始一貫、個々の裁きである）。それらが支えを求めてお互いに繋がり合い、またお互いを制約し合う。そうした裁判と裁判とを繋ぐ事例参照型の水平的営為こそがすべての裁判制度の共通する基盤であり、各種の基礎付け論はむしろその相互的営為の中の何らかの契機を外部的な形で登場した、といった論理展開の可能性を直ぐに思いつく。そうした発想法と前注に述べた「実感」とを組み合わせれば、もう一つの裁判制度発生史論が描けることになる。