



Title	リスク時代の秩序再建と能働司法
Author(s)	呉, 英姿; 坂口, 一成//訳
Citation	新世代法政策学研究, 14, 71-95
Issue Date	2012-02
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/48422">https://hdl.handle.net/2115/48422</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP014_004.pdf



## リスク時代の秩序再建と能働司法

呉 英 姿  
坂口 一成（訳）

**要旨** 転換期の中国社会のリスクには二重性があり、社会はハイリスク状態を呈している。民衆において新たな共同価値観を確立し、社会ガバナンスモデルにおける法の支配を実現することは、転換期の中国社会のリスク制御と秩序再建の2つの基点である。能働司法の登場は転換期におけるリスク制御と秩序再建のニーズに応えたものであるため、ハイレベルの政治的正統性を獲得した。「能働」の意味には次のようなものが含まれると解すべきである。裁判を通じてリスク社会における法治の信念を確立し、社会の共通価値体系を再建すること、終始一貫した法適用を通じて、社会ガバナンスモデルにおける法の支配への転換を実現すること、民衆の司法参加メカニズムを改善し、司法を第1の「公共圏」にすることである。能働司法は司法の本質的属性と時代的使命の的確な把握を土台として打ち立てられ、政治的機能と裁判職能の間には必要な張力〔引っ張る力、あるいは引っ張り合う力の趣旨と解される〕とバランスが保たれるべきである。

**キーワード**：転換期、社会リスク、社会秩序、法治の信念、能働司法

### 1 転換期の中国はハイリスク社会である

現代中国は近代化に邁進すると同時に、システム大変革プロセスの最中にある。システム・制度の変革は社会構造が急速な変遷状態に入ることを推進する。近代化プロセスにおける道具性・物質性の変遷と比べて相対的に、システム、制度および社会構造の変革はより根本的な変革である<sup>1</sup>。

---

※ [ ] は訳者注を、また [ ] は中国語を示す。

換言すると、中国はまさに工業社会とリスク社会が交錯・重畳する時代にある<sup>2</sup>。このような転換期において、ほとんどあらゆるリスク社会理論が論じている、近代性に由来する社会リスクがはっきりと、あるいはうっすらと現れており、しかもこうしたリスクは社会転換がもたらす社会リスクと相重なり、相互に浸透し合い、ハイリスク状態を呈することになるろう。

#### (1) 文化と制度建設が経済発展から立ち後れ、経済上の政策決定の不合理さが巨大な社会リスクを極めて容易にもたらす

文化・制度建設の立ち後れは次の2つの問題を招く。1は核心的価値観の空白である。建国後の30年間、主流の政治的イデオロギーは度重なる社会運動の成功を経て中国人の伝統的価値観に取って代わった。他方、改革・開放以降、経済発展や富の刺激に現代的メディアの影響が加わり、経済活動領域において「試行錯誤」の現実主義的精神およびプラグマティズムが市場主体の規準となった。改革後30年の経済発展の歴史を振り返り、「ある意味において、30年の中国経済の奇跡は、比類なき現実主義的経験主義価値観の勝利である」<sup>3</sup>と述べた者がいる。私人の生活領域において、個人主義、消費主義および個人の権利を核心とする法などの近代的要素が大手を振って人々の生活に侵入し、中国人の価値観に強烈なインパクトを与え、政治的イデオロギーが次第に色あせ、伝統的価値観が社会的基盤を持っていなかったために人々の思考様式を再び占拠することができず、新たな終極的価値観がまだ形成されておらず、人々は消費主義に巻き込まれ、金銭至上の貨幣理性が行動指針となっている<sup>4</sup>。

2は制度の欠缺である。改革は制度設計および法的規制の不存在を前提に自発的に行われたものであり、圧倒的多数の政策および法の登場は往々にして改革の「成功した経験」の事後的総括であった。最も典型的なのは、

財産権制度の欠如である<sup>5</sup>。こうした環境において、体制外の改革の力は常に改革の政策リスクを負っている。それらの行為は政策に支持されるまでは、失敗がいつでも降臨しうる。それらは体制の突破者であるのみならず、現行制度の違反者でもあり、合法と違法の灰色地帯を漂わざるを得ない。起業家の中には政策の助けを考慮したからではなく、彼らが政策の存在を無視したから成功した者もいる<sup>6</sup>。制度的制約のない状態において、経済は単純に資本やその他の資源の投入を原動力として発展し、各利益集団が富、権力および成長の空間を巡って行う争いは、弱肉強食のジャングルの掟の様相を呈することを免れがたく、体制内の資源を有するか、体制内の資源を獲得するチャンネルを持つ者が極めて容易に市場でアドバンテージを獲得し、大量の資本および富を奪い取り、貧富の差をもたらす。反対に、権力と資本に縁のない弱者は権利の生態が極めて脆弱な状態に置かれる。これと同時に、権力のレントシーキングの環境が広範に存在し、権力により私欲を図る腐敗行為が至るところで蔓延し、社会的健康をひどく侵食し、一連の社会的・経済的問題および民衆の不満を引き起こしている。呉敬璉は「我々は改革の前途に関わる2つの選択肢を厳しく突き付けられている。一方は政治文明下の法治の市場経済の道であり、他方は権力者資本主義の道である」<sup>7</sup>と警告する。

より重要なことは、制度設計を欠き、特に政策決定において制度化された市民参加を欠くため、政府の公共政策の策定にかなりの随意性が伴っていることである。そして政策がひとたび誤れば、経済・社会に巨大なリスクをもたらすことになる。典型的な例は、株式市場や不動産市場に巨大なバブルを生み出した原因が財産権制度の欠陥と民営企業の投資環境の劣

<sup>5</sup> ジェームズ・キングが述べたように「最初から中国の改革は下から上への力とニーズが推し進めたプロセスであり、上から下への政策による改革方法が呈されたにすぎない」(詹姆斯・金奇『中国震撼世界』[JAMES KYNGE, *China Shakes The World: The Rise of a Hungry Nation*、ジェームズ・キング(栗原百代訳)『中国が世界をメチャクチャにする』(草思社、2006年))参照。引用は呉曉波・前掲注3、347頁による)。

<sup>6</sup> 呉曉波・前掲注3、347～348頁。

<sup>7</sup> 呉敬璉『呼喚法治的市場経済』(三聯書店、2007年)。

<sup>1</sup> 李路路「社会変遷：風険与社会控制」中国人民大学学报2004年2期。

<sup>2</sup> 成伯清「“風険社会” 視覚下的社会問題」南京大学学报2007年2期。

<sup>3</sup> 呉曉波『激蕩三十年——中国企業1978-2008』(中信出版社、2008年)347頁。

<sup>4</sup> 賀雪峰「中国村治模式実証研究叢書総序」『村治模式：若干案例研究』(山東人民出版社、2009年)2～5頁参照。

悪さにあったところ、さらに国際金融危機の衝撃が加わり、本来ならば实体经济に投資されるべき多くのマネーが株式・不動産市場に投下されたことである。そして政策決定層が経済発展の成功や庶民レベルでの通貨の過剰供給であると誤診し、誤った判断に基づきなした利率の引上げによる資金の流動性の抑制というマクロ的調整政策が、株式・不動産市場のバブルおよびインフレをさらに激化させ、現在、国家全体の経済と社会の安全に危機をもたらしている。

## (2) 転換期の社会構造は弾力性を欠き、リスクの激しさに拍車をかけている

経済システムの転換の結果の1つは資源の支配状況に深刻な変化が生じ、少数のエリート階層を加えた国家独占資本が圧倒的大部分の社会資源を支配すると同時に、効果的な組織メカニズムを欠き、また求心力を欠く基層社会を形成したことである。もし、縦軸で見た社会構造が貧富の差の「断裂」形態を呈しているとするれば、横軸のレベルでは集団が解体され、個体が析出された「砂漠化」状態である。都市においては、市場化の強烈なインパクトを受けて、伝統的な[単位]社会[[単位]は所属先であり、かつては農村を除き、それが就業・子女の就学・社会保障などを担っていた]の砦が緩み始め、ひいては解体に向かい、第1に単位システム外の組織の萌芽を、第2に単位メンバーの体制外への流動を、第3に単位職能の段階的なコミュニティへの移転を、第4に単位の破産・所有制改革による単位社会の解体をもたらした<sup>8</sup>。システムおよび制度の多元化・市場化、権力の非集中化および人と資本の流動性は日増しに強くなっている<sup>9</sup>。農村では、土地請負経営制度の推進および農業税の全面的廃止が、農村基層社会の構造およびガバナンス制度の変化をひっそりともたらし、国家の行政的パワーが農村から撤退した後、基層組織のマヒをもたらした。都市化と市場経済の発展、さらに顕著な経済格差および熾烈な社会競争が加わり、村民間の相互依存性が大幅に弱まり、人々は関わり合いを減らすことによ

<sup>8</sup> 毅鵬・呂方「単位社会的終結及其社会風険」吉林大学社会科学学报2009年6期参照。

<sup>9</sup> 李路路・前掲注1参照。

り矛盾の発生確率を下げている。このことは、村をかつての顔馴染み社会[熟人社会]から、分散的な「半顔馴染み社会」へと変化させた<sup>10</sup>。伝統社会の序列構造[差序格局]はまさに解消されつつある一方で、社会の高度な自己組織化を特徴とする成熟した市民社会はなお形成されていない。こうした形態を「自由無縁[陌生人]社会」と呼ぶ者もいる<sup>11</sup>。

断裂と砂漠化は機体構造に弾力性を欠くことの徴表である。いわゆる弾力性のある社会構造とは、社会の核心的構造が各メカニズムを通じて、絶え間なく分化していく構造の成分を再度社会の核心的構造に組み込むことができる構造である。そして、弾力性を欠く社会構造においては、分化していった社会構造の成分を社会構造、特に社会の核心的構造に組み込むことができないため、その結果は社会構造の部分間の分裂(断裂)、あるいは衝突の惹起である<sup>12</sup>。弾力性を欠く構造はリスク制御能力が限られており、さらにはこうした構造自体が社会的不安定のリスクを抱え込んでいる。社会紛争を例にすると、緩やかな社会構造においては、紛争は次の両極端を呈することになる。一方では、社会メンバーが疎遠なため紛争数が減少するが<sup>13</sup>、他方では、紛争のステルス化と激化が併存している——権力および資本に対峙して弱い立場に立つ個人は、紛争発生当初は往々にして堪え忍ぶことを選び、本当に耐えきれなくなったときには過激な方法で爆発し、群衆の紛争を形成したり、自殺やより弱者に対する傷害といった報復手段を採ったりするなどの「弱者の武器」により抗争する。これらは社会の人々に極度の不安をもたらす危険信号を発する。

## (3) 社会的信頼の欠如と政府の信用危機が社会リスク係数を高める

社会的信頼は重要な社会統合・統制メカニズムであり、社会システムを維持する重要な求心力である。深刻な信用危機は社会システム全体の崩壊を招来しうる。社会の転換は人と人との間のコミュニケーション関係を改

<sup>10</sup> 賀雪峰・前掲注4参照。

<sup>11</sup> 劉志民・楊登国「陌生自由人社会及其内卷化——關於中国社会結構現状的思考」甘肅行政学院学报2009年4期。

<sup>12</sup> 李路路・前掲注1参照。

<sup>13</sup> 駱建建『十字路口的小河村』(山東人民出版社、2009年)参照。

めると同時に、主体間の信頼関係にも変化をもたらす。そして社会の断裂、制度の無秩序化、人格の規範意識の喪失、さらには個人間のコミュニケーション能力の欠如は社会的信頼を谷底へと突き落とす。市場における大量の短期的行為と当事者の故意の契約違反によりもたらされる契約紛争において、ある側面から現代中国社会が直面している深刻な信用危機を看取することができる<sup>14</sup>。

まず、コミュニケーション主体間の信頼感の欠如である。社会共通の核心的価値観の空白および制度化の程度が低いこと、人格の規範意識の喪失の現象が普遍的に存在し、社会的コミュニケーションの短期化と信用危機を引き起こしている。社会規範の弱さ、相互の矛盾や規範の欠如のため、個人の既存の行為モデルと価値観は普遍的に疑われ、否定され、あるいはひどく破壊され、徐々にその自己に対する拘束力を喪失している。そして新たな行為モデルと価値観はなお形成されておらず、あるいは普遍的に受け容れられていない。そのため個人の行為は明確な社会規範の制約を受けず、人格の形成は真空状態に置かれ、人々の行為方式、価値観は種々の不確定性の挑戦を受けている。このため、リスク社会における人格形成が混乱と矛盾の状態に陥り、リアル人格の規範意識の喪失をもたらしており、人を存在意義と終極目標を失った「一方通行の人」にさせている。このためにコミュニケーション主体間の不信を引き起こし、社会に普遍的な信用危機が生じる<sup>15</sup>。

次は政府の信用危機である。一方で政府のリスクに対する責任感希薄である。ベックは「組織化された無責任」(organized irresponsibility)を用いてリスク社会時代のガバナンスの苦境を示した。すなわち、会社、政策決定者および専門家からなる同盟は近代社会の危険を作った後に、一連の言説で責任逃れをし、自己が作った危険をある種の「リスク」へと転化させた。そのため、近代社会の制度は高度に発達し、関係は緊密化し、人類の活動領域をほぼカバーしているが、それらはリスク社会が到来した際には効果的に対応できず、事前予防および事後的解決の責を負いがたい。

<sup>14</sup> 張維迎等「訴訟過程中的逆向選択及其解釈——以契約糾紛の法院判決書為例的經驗研究」中国社会科学2002年2期。

<sup>15</sup> 馮志宏「風險社会視域中的信任危機」學術交流2010年5期。

高度に専門化された近代的代理人は、商業、工業、農業に関する法・政治の多くの部門に分布し、システムの相互依存性を有するため、単一の原因および責任を切り出しがたく、さらに各種のガバナンス主体は法および科学を利用して自己弁護するため、数世紀にわたる環境破壊を含むリスクおよびその危害結果の責任主体を的確に確定しがたくなっている<sup>16</sup>。これはかなりの程度において政府に対する民衆の信用度を弱めている。国家主導のガバナンスモデルを採る中国社会において、「組織化された無責任」現象は非常に顕著であるばかりか、政府が真っ先にその疑いを向けるべき対象となっている。

他方では、政府の公共プロダクトの供給能力の不足がある。転換期の社会の断裂と砂漠化により、社会構造には強力な市民権メカニズムがなく、民衆は政府の決定および行為を制約するすべがない。経済成長の初期において、地方政府は当該地域の経済成長という政治的功績をより追求し、経済資源獲得の焦りと努力が公共利益に対するデリケートさと責任感に取って代わり、政府間の競争の有効性の喪失<sup>17</sup>は公共プロダクトの供給不足を招き、「地方保護主義」が流行し、「規制の弱体化」現象が広範に存在し、しかも経済発展途上地域ではより生じやすい<sup>18</sup>。阜陽の低品質粉ミルク、三鹿のメラミン入り粉ミルクなどの事件が何度も発生するのも偶然では

<sup>16</sup> 烏尔里希・貝克 (何博聞訳)『風險社会』(訳林出版社、2004年) [ウーリッヒ・ベック (東廉監訳)『風險社会——新しい近代への道』(法政大学出版局、1998年)参照]。

<sup>17</sup> 政府間競争理論は「経済人」仮説を基礎として、政府はある意味において企業・工場と類似しており、もし住民が異なるコミュニティ間を自由に移動できれば(「足による投票」)、公共支出のパレート最適を実現し、監督管理、施設、サービスなどを含む公共プロダクトの効果的な供給を保証するよう政府に迫ることができる。しかし、政府の経済人としての役割および公共プロダクト提供者としての役割の間には、畢竟、緊張関係があり、市民権による制約メカニズムを欠く状況において、政府間競争は政府が資本の圧力に屈することをもたらしやすく、最終的には経済成長のために公共プロダクトの供給を犠牲にし(例えば規制基準を緩和し、監督管理を弱める)、競争メカニズムの失効をもたらす(邱海雄・徐建牛「市場転型過程中地方政府角色研究述評」社会学研究2004年4期参照)。

<sup>18</sup> 楊雪冬等『風險社会与秩序重建』(社会科学文献出版社、2006年)100~101頁。

ない。これらの事件の深刻な結果は自国企業および商品に対する民衆の信用度の急激な低下として表れるだけでなく、より重要なことは、政府の監督管理能力に対する疑いがますます多くなることである。

政府の信用危機の直接的結果は、政治に対する社会の不満や怨恨が悄然と蓄積し、政治の力と信用可能性を破壊し、その結果は社会の「サブ政治化」であり、社会の運行コストを引き上げるばかりか、社会の安全と安定にも影響を及ぼす。

#### (4) 社会統制メカニズムの真空状態は極めて容易にリスクを制御不能に陥れる

社会転換のもう1つの結果は社会統制メカニズムの方向転換である。社会統制メカニズムはまさにイデオロギーによる統制から法による統制への転換過程にある<sup>19</sup>。建国後30年の間、主流の政治的イデオロギーは単位および村落の構造の助けを借りて、効果的に人々の思考様式および行為モデルを統制し、社会の高度な統合と安定を実現した<sup>20</sup>。司法は社会統制システム全体の周縁部に位置し、限られた統制機能の中では伝統的な司法統制の刑法化の特徴を残していた。改革・開放以降の30年間、社会統制の形式について、法または司法による統制を主とすることへの転換の兆しが見られるようになった。こうした方向転換はまず経済構造の市場化がもたらした社会統制システムにおけるイデオロギーの地位に対する衝撃に由来する。そこに参与する主体を同等に扱う市場は、身分制による人の区別と

<sup>19</sup> 社会を人々の秩序のあるコミュニケーション関係・状態と定義すれば、相互にコミュニケーションする人々の中に一定の規範体系があり、かつこれらの規範が人々に受け容れられ、社会的コミュニケーションの行為モデルとなっていなければ、社会は真実かつ安定したものではない。そこで、規範を尺度として、社会の行為は同調行動と逸脱行動とに分けられる。社会統制は人々の行為に対するリードおよび逸脱行動に対する規制により同調行動をもたらす社会メカニズムである。社会統制手段は主に法（司法）、道徳および宗教である。

<sup>20</sup> 詹姆斯・湯森等『中国政治』（江蘇人民出版社、1996年）311頁〔James Roger Townsend and Brantly Womack, *Politics in China* (3rd ed.). Boston: Little, Brown, 1986. 旧版の邦訳としてJ.R. タウンゼント（小島朋之訳）『現代中国：政治体系の比較分析』（慶応通信、1980年）がある〕。

制限を打ち破り、自由な流動が人々の生活・コミュニケーション圏を拡大すると同時に、単位・村落の統制を弱め、金銭・利益関係が社会生活を還元する主導原則となり、社会の核心的価値の礎となる総体的社会イデオロギーを気づかないうちに弱め、社会統制システムにおけるその核心的地位もこれにより徐々に希薄化した。

次に、その他の統制形式にはまた、イデオロギーに代わって歴史の舞台に躍り出る力がなかった。改革初期、農村の一部では、宗法と家族による統制形式が復活したかのようであったが、結局のところ、世帯〔戸〕を単位とする請負経営形式下の農村社会組織および権力構造と噛み合わず、社会組織関係を改めることができず、民間権威の確立の助けとならず、さらには現行行政権力に対する対抗勢力となることなどは語るに及ばない<sup>21</sup>。親族関係を基礎とし、伝統を導きとする宗法礼俗は経済的理性に対抗できない。伝統的郷土社会構造の特徴および社会関係の原則を構成する「序列構造」は、局地的にはなお作用しているが、多くは現実的利益の考慮を基礎とする人間関係であり、序列構造はますます「理性化」傾向を呈するようになっていく<sup>22</sup>。村民の農村コミュニティに対するアイデンティティは希薄化傾向にあり、村民の身分およびその権利義務の伝統的規範は失効している。

古い統制メカニズムが失効し、新しい統制メカニズムが形成されておらず、社会統制が「真空」状態に陥ったことも、社会リスクが蔓延・激化しやすい原因である。社会統制メカニズムの真空状態の直接的結果は、社会統合度の急激な低下であり、社会紛争の頻発である。市場化および社会規範の断片化は社会紛争の常態化と多発化をもたらし、国家に重い紛争解決の負担をもたらす。紛争解決制度は長期にわたり供給不足の状態にあり、大量の紛争が速やかに解消されず、徐々に累積して、圧力鍋の圧力調整弁

<sup>21</sup> 呉重慶「経済発展と農村社会組織関係の変遷」開放時代1997年7・8月号。王銘銘「村落視野中の家族、国家と社会——福建美法村の社区史」同・王斯福『郷土社会的秩序、公正と権威』（中国政法大学出版社、1997年）。

<sup>22</sup> 楊善華・侯紅蕊「血縁、姻縁、親情と利益——現階段中国農村社会中“差序格局”的“理性化”趨勢」寧夏社会科学1999年6期、柴玲・包智明「当代中国社会的“差序格局”」雲南民族大学学报2010年4期。

が開かないかのごとく、そのまま時間が経てば危険な社会の不安定の元を形成する。近年頻発している信訪ブームや群衆的衝突は、絶え間なく国家に社会の不安定の信号を発しており、紛争の効果的な解消ルートにより危機と圧力を解き放すことが急務となっている。

## 2 秩序再建と能働司法

社会のハイリスクおよび統制メカニズムの真空状態の発展を放任すれば、執政党および政府の正統性を危うくするのは疑いなく、国家としては理性的な規制能力のある統制メカニズムにより市場の発展のニーズを満たすことが急務となっている。社会秩序の再建の重責は歴史上初めて法と司法の双肩に委ねられている。

### (1) 紛争解決がより法と司法に依存するようになる

紛争のピラミッド型の発展法則<sup>23</sup>および当事者の紛争解決方式の選好<sup>24</sup>から見て、上手く運行している紛争解決メカニズムは、私力救済（民間の権威）、社会救済（NGO）および公力救済からなる多層的・多元的紛争解決システムであると解すべきである。しかしながら、総体的社会構造状態から抜け出したばかりの中国では、民間の権威およびNGOは基本的に不足またはマヒ状態にあり、一夜にしてその役割を担うようになることは不可能である。さらに次の2点の要因も加わり、社会の紛争自力解決メカニズムが短期間で育つことは不可能である。1は社会構造の「アトム化」である。すなわち、社会の求心力が低下し、メンバーは「社会共同体」の

<sup>23</sup> Miller および Sarat によれば、紛争の形成は一般的に発展のプロセスがあり、順に不満 (grievance)、要求 (claim)、紛争 (dispute)、民事訴訟 (civil legal dispute) の4段階を経る。生じた不満の全てが訴訟に発展するわけではなく、各段階で問題（あるいは習慣的な表現を用いれば紛争）が残らなければ次の段階に移らないため、各段階の問題数は通減するものであることから、「紛争ピラミッド」と呼ばれる（郭星華・王平「中国農村的糾紛と解決途徑——關於中国農村法律意識与法律行為的実証研究」江蘇社会科学2004年2期参照）。

<sup>24</sup> 郭星華ほか・前掲注23。

イデンティティを欠き、社会内部のコントロール・統合作用が低く、社会の自己統合剤となる紛争解決機構を欠き、そのメンバーのために効果的な紛争解決チャンネルを提供できない。2は、社会が共同体公認の価値基準および行為規範を欠き、社会の自治の程度がわりあい低く、アノミー状態に陥っていることである。かつて紛争解決において主な役割を担った人民調停委員会も、村落・単位への個人の依存度の低下に伴い、かつての輝きを失っている。

社会の紛争自力解決能力の低下により、社会はかなりの程度において確定的な法的ルールおよび強制力のある国家的規制を通じて社会をコントロールする方に期待するようになり、公力救済のニーズが社会の自治的調整をはるかに上回っている<sup>25</sup>。1980年代から始まった大規模な立法運動およびそれに続く司法改革はこの歴史的時期の必然的過程である。紛争が生じた際に、民衆は紛争解決のルートを政府、司法機関などの公共機構に求める傾向にある。「上訪ブーム」であろうと「訴訟爆発」であろうとも、社会の紛争解決が過度に国家の制度供給に依存していることを示す。近年、社会的紛争の解決、安定した局面の維持という巨大な圧力に直面し、国家は人民調停の再興を含む社会紛争解決メカニズム建設の強化戦略を提起した。政権構造において紛争解決職能を与えられている裁判所〔法院〕と警察〔公安〕〔訳語については拙著『現代中国刑事裁判論——裁判をめぐる政治と法』（北海道大学出版会、2009年）1～2頁参照〕、司法行政〔部門〕などは真っ先に紛争解決の主力軍の責を担うよう求められる。各地の基層政権建設においては「両所（司法所と派出所）一廷（人民法廷）」が紛争解消の最前線基地とされ、莫大な経費が惜しみなく投入され基礎建設がなされ、それは地方党委員会・政府の政治的功績の評価指標体系に組み込まれている。

### (2) 司法の社会統制機能の障害

社会統制がイデオロギーの代わりに法および司法に方向転換し、それらが主要な社会統制メカニズムとなることが機会を創出した。秩序に対する

<sup>25</sup> 範愉「社会転型中の人民調解制度」傅郁林主編『農村基層法律服務研究』（中国政法大学出版社、2006年）。

社会の渴望は客観的に法または司法の統制能力の強化を促した。しかし、これにより法および司法の統制がすでに社会統制システムにおいて主導的地位を占めたと結論づけるのは時期尚早である。司法の社会統制機能はまず法制度が社会に受け容れられるかによって決し、司法的強制はこれを基礎としなければ作用し得ない<sup>26</sup>。30年間の法制度建設の経過が証明するように、西洋文明に根ざす法・司法制度が中国で正統性を獲得することは容易ではない。法および司法は変化した社会構造に適合しないため、法および司法が社会統制機能を発揮する上ではなお障害が多い。むしろ、従来の社会統制構造が統制機能を喪失し、あるいは部分的に喪失したが、法および司法という代替構造の機能はなお正ポジションに着くには至っていないと言った方がよい。その顕著な表れは、制度が往々にしてシステムとメカニズムの改革に追いつけず、立法が改革および政策の変化に追随し、法が社会の行動を導く機能を果たすことができず、法に対する社会の承認度の向上スピードがかなり遅いことである。そのため、法を準則とし、法の支配を目標とする司法改革を阻む障壁は幾重にも積み重なっており、司法の威信が落ち込む。

### (3) 「能働司法」の提起

紛争解決における社会の制度供給への過度の依存、および人民調停などのその他の紛争解決機構の紛争解決能力の低下（国家が人民調停を再興しようとする努力は、こうした紛争解決方式についての民衆の「足による投票」の状況を変えていない）により、裁判所はかなりの程度において、本来ならば社会の紛争解決機構が果たすべき——「菓効範囲の広い」紛争解決機構の役割を担わざるを得なくなっている。党委員会・政府の厚い期待と圧力を受け、社会的・政治的機能面での司法の能力を強化し、政治生活における司法の地位と社会的評価を高めるために、裁判所は紛争解消、安定維持、ハーモニーの実現を当面の司法活動の重心としており、こうした背景において「能働司法」のスローガンが提起された。

中国的コンテキストにおける能働司法は、司法の社会的・政治的機能の角度から言って「能働」的だということである。すなわち、人民司法の人

民性（あるいは人民に奉仕し、大衆と密接につながる）の特質および党の執政目標への服従を強調し、司法裁判活動を党および国家の活動の大局において計画・推進し、党および国家の活動の大局のために積極的・自主的に奉仕する。例えば公丕祥の解釈によると、能働司法の内包には次のことが含まれる。①社会が司法を評価する最高基準は紛争が末端で効果的に解消され得たか否か、紛争の火種を徹底的に除去できたか否かであるのに対して、裁判の合法律性と規範性は副次的である。②司法はより積極的な役割を担い、より主体的に紛争を発見・予防・解決すべきであり、受働的に事件を受審することだけで満足してはならない。③裁判所は「裁判」という狭隘な職能分業に拘泥してはならず、紛争の予防・解消に役立つ業務でありさえすれば、積極的な調査研究の展開、紛争警報メカニズムの樹立、党委員会・政府の政策決定の献策としての司法建議の提供を含み、裁判所は積極的になすべきであり、これらも司法活動の重要な構成要素である。裁判官は単純にルールを適用する消極的な裁判者であるだけではいけなく、「社会エンジニア」の役割を担わなければならない<sup>27</sup>。近年、各地の裁判所が打ち立てている裁判官の模範において、裁判官に対するこうした役割期待をはっきりと看取できる<sup>28</sup>。

<sup>27</sup> 公丕祥「応対金融危機的司法能働」光明日報2009年9月9・10・11日。

<sup>28</sup> 例えば江蘇省裁判所が樹立した模範の陳燕萍裁判官および彼女の業務方法を総括した「陳燕萍仕事術」は典型的代表例である。陳燕萍は江蘇省靖江市人民裁判所の裁判官である。彼女は長期にわたり人民法廷で勤務し、基層社会の実際に密着し、紛争を効果的に解消できる仕事術を模索してきた。陳燕萍仕事術には次のようなことが含まれる。当事者に対して「温かく接し、忍耐強く耳を傾け、相手の立場に立って考える」こと、事件の事実を明らかにするために「挙証を指導し、深く調査し、厳正に審査する」こと、法適用に際しては「法律用語を転換し、法の精神を把握し、情理風俗を取り入れ」、扱った事件の「原告が安心し、被告が信服し、大衆が満足する」ことを追求すること、である。陳燕萍仕事術は「真心を込めて大衆に密着する。大衆が認める態度で訴求に耳を傾ける。深く調査研究する。大衆が認める方法で事実を明らかにする。法の解釈と理の分析に重きを置く。大衆が理解できる言葉で法理を説明する。真心を込めて紛争を解消する。大衆が信服する方法で紛争を解消する」とまとめられる。14年間で彼女は3100件以上の事件を扱い、誤判・上訪・苦情はゼロであり、70%近くの事件が調停で解決されており、基層民衆の広範な支

<sup>26</sup> 程汝竹『司法改革与政治発展』（中国社会科学出版社、2001年）198頁。

#### (4) 司法の政治的機能と裁判機能の交錯

能働司法は「紛争の効果的解決」（あるいは「末端での紛争解決」）を司法、特に基層司法の機能と位置づけている。陳燕萍のような裁判官の功績を上から下まで一致して認め、高く評価するのは、そのやり方が紛争を効果的に解決し、社会の理解と支持を獲得する面での成果が顕著だからである。もし紛争解決が本来的に審級制度における基層司法の固有の機能であれば、具体的事件において紛争解決の「有効性」を強調することは、裁判所が担う社会的・政治的機能をそれが強調していることを表している。紛争の効果的解決を能働司法の機能と位置づけることは、司法の政治的機能と裁判固有の機能の交錯の産物である。

司法の段階構造から言って、裁判機能は具体的事件の当事者の目的と社会の公共的目的・要求をともに考慮しなければならず、しかも裁判職能の重点は裁判所のクラスにより異なるものと位置づけられる。基礎に近い裁判所であればあるほど、それは紛争の直接的解決および私人の目的に奉仕する機能が強まり、高層であればあるほど、それは公共政策および社会統制に奉仕する機能が強まる<sup>29</sup>。具体的事件の紛争解決の有効性を強調すれば、司法固有の機能を超え、政治的機能のカテゴリーに属する。というのも、司法が紛争を解決する原理は「手続を通じた正義の実現」であり、十分な手続保障により当事者に対話と不満表出のためのプラットフォームを提供し、手続が終了し裁判が発効したときには、たとえインフォーマルには当事者間になお争いがあったとしても、法律上紛争はすでに解決されたものとみなすからである。しかし、紛争の効果的解決が求めるのは、紛争の徹底的な解決、すなわち事件を終わらせ、事態を終息させ、「当事者の問題を解決する」ことである。そのため、裁判官に対して、具体的事件の審理において具体的事件の各当事者の満足を追求し、訴訟が止む状態に到達するよう求める。長期間信訪が続いている尋常ではない事件について、あるいはいわゆる「非常時期」において、当事者の様々な要求（法的意味における訴訟上の請求に限らない）が考慮される。例えば、長年の上訪に

持および党委員会・政府の高い評価を含む、社会の高い承認を得ている（江蘇省高級人民法院陳燕萍工作法課題組『陳燕萍工作法』参照）。

<sup>29</sup> 傅郁林「審級制度的建構原理」中国社会科学2002年4期。

より仕事と収入源を失い、生活が苦しくなった場合には、紛争解決の訴求に仕事の手配、優遇措置の実施、病気治療の支援、経済的援助などの要求が紛れ込んでくる。そこで裁判所は裁判業務以外にさらに多面的な努力が必要となり、心理的・思想的に「働きかけ」、当事者の激情をなだめ、先鋭化した対立を軟化させなければならない。さらには例外的に、法律および訴訟手続の外で「協調」などの正常ではないルートを通じて、関係部門の協力・連携を求め、根本から当事者の問題を解決し、紛争および困難から当事者を徹底的に離脱させることにより、当事者の紛争の目標を「解消」することも<sup>30</sup>。

### 3 リスク制御および秩序再建装置としての司法

調和のとれた社会の構築の提起が多くの民衆の反響と支持を得たことは、人々の社会リスクの憂慮および新たな秩序への渴望を反映している。機能的に見て、もし社会または共同体自体の存在を確保することが、秩序の最低限の価値あるいは最小限の機能であるとすれば、社会または共同体内部の基本関係を秩序立て、再生産することを保証することは、秩序の一般的機能である。社会または共同体内部の関係の正常化の維持というレベルでは、秩序の価値は、権力構造に今ある状態を維持し、かつ正常に運行できるようにさせることとなる。このレベルでは、秩序の本質は権力による統制に対する社会メンバーの同意と受容である。この同意を実現するルートには、共同価値観の受容とルール（法）への服従——迫られてか、あるいは自ら望むかを問わず——が含まれる。まず、社会統制システムの最も効果的な統制メカニズムの1つは、社会で主導的地位を占め、共有されている価値観が存在することである。この価値観が大多数の社会メンバーの

<sup>30</sup> 以上のことから、コンテキストにおいてであろうと、内包においてであろうと、現在裁判所が展開している能働司法運動は西洋諸国の司法積極主義と全く関係がない。せいぜい「積極」〔原文は「能動」〕（中国の司法については「能働」と訳している）という2文字を借りただけである。その反対概念は「司法消極主義」ではなく、社会ガバナンスについて消極的、受動的な活動態度を採ることである。換言すると「能働司法」を「能働行政」、「能働検察」……としてもよからう。

観念に内面化し、社会メンバーの行動目標・基準、ひいては習慣となれば、それは行為を方向づけ、規範化する作用を有する。日増しに複雑化する現代社会において、こうした共通価値観が存在することは社会統合にとっても特に重要である<sup>31</sup>。次に、社会統制手段は主に法、道徳および宗教である。社会は人々の秩序あるコミュニケーションが構成する規範世界である。規範を尺度とすれば、あらゆる社会の行為は総体において同調行動と逸脱行動に分けることができる。社会統制は逸脱行動を様々な誘導および制約を通じて同調行動にする社会メカニズムである。一定の規範体系が人々の社会的コミュニケーションの行為モデルとなり、かつ人々のコミュニケーションがこの規範の支配を受け容れる傾向にあるときのみ、社会はリアルかつ具体的となる。そのうち、法による社会統制は主体の力から離れることはできず、実際にはむしろ司法経由の社会統制の方が多い。司法が社会統制を果たす原理は次の点にある。すなわち、政治的に組織した力と権威を利用し、個別の行為に対する直接的統制（懲罰、利益還元および治療）を通じて、普遍的行為に対する張力制御を実現し、人々の行為の予測可能性および確定性を現実過程に入れることによって、社会メンバーの行為を実際の統制下に置く。したがって、司法の最も一般的で、顕著な社会的・政治的機能は社会統制である

民衆に新たな共同価値観を確立し、社会ガバナンスモデルにおける法の支配を実現することは、まさに転換期中国社会のリスク制御と秩序再建の2つの基点であり、この2つの基点を連結させる理想的な装置は司法以外にはないかもしれない。というのも、司法は法適用を通じて法の支配を実現する最も有効なルートと公認されているからである——裁判官は法を用いて当事者の紛争を評価すると同時に、法の価値志向を顕彰し、当事者のために権利・義務関係を画定すると同時に社会秩序の向上に適切な指針を提供する。司法の運行を通じて抽象的な法理念、法の価値および法的ルールを生活絵図に具体化することは、まさに個別具体的な司法プロセスを通じて、人々が外在的な法的ルールを自己の血肉と化すことであり、法の価値もこれにより社会の共同価値観となる。現代社会において、司法は社会有機体に存在する人々が安全、公正さ、権利保障を求める制度的パイパ

<sup>31</sup> 李路路・前掲注1。

スと見なされている。このバイパスの流れスムーズであり、制度化の程度が高ければ高いほど、各種の逸脱行動が受ける圧力も大きくなり、社会秩序の状態も良くなる<sup>32</sup>。

現在、「能働司法」が当面の司法の社会的・政治的機能の主要なアスペクトとなっている状況において、リスク制御および秩序再建の装置としての司法の作用を発揮し、社会の共通価値体系および法の支配を再建することは、「能働」が含むべき内容となっている。

### (1) 裁判を通じてリスク社会の法治の信念を確立し、社会の共通価値体系を再建する

秩序再建を使命とする司法は意識的に法適用および判決の理由づけを通じて市民の法意識を涵養し、自由・理性の法観念を確立し、法治の信念を核的価値観とする社会の共通価値体系を形作らなければならない。転換期とリスク社会が交錯する現代中国にあつては、法治の信念について特別な反省的理性が必要である。①西洋の近代的発展は理性化のプロセスであり、特に近代形式主義的法は、国家があらかじめ制定した普遍的に適用されるルールを基礎として社会関係を処理・調節することを意味する。そして近代以降、理性主義精神が近代科学技術と結びついて次第に「技術的理性主義」を形成した。それは人類に豊かな生活と未曾有の主体能力をもたらすと同時に、人間性から離れ、かつそれを凌駕する支配の力へと徐々に変異した。「法は社会管理および社会統制の独立の道具としてみなされ、社会内部で自律性を具現化しているようである。近代法体系は専門的国家機構を運用して創造・解釈・実施し、一連の原則を理性的に制定する特定の政府のメカニズムであるとみなされる」<sup>33</sup>。近代的な法の変異は単純な「道具主義」を形成し、法の名義で権力の拡張および濫用を助長し、もって個人の権利・自由を抑圧し、外在的で相容れないルール秩序を形成し、人の主体的精神および価値を貶める。近年、西洋社会ではこうした形式的

<sup>32</sup> 龐德(沈宗靈訳)『通過法律的社会控制』(商務院書館、1984年) 26頁 [Roscoe Pound, *Social Control through Law*]。

<sup>33</sup> 羅傑・科特威尔(潘大松等訳)『法律社会学導論』(華夏出版社、1989年) 51～52頁 [原書は Roger Cotterrell, *The Sociology of Law: An Introduction* と思われる]。

な法を過度に重視する近代的法治信念への反省が始まっている。我々はまた現代的な反省と再建という考え方で、中国の法治の進展を見据え、推進し、西洋の近代的法治と同じ轍を踏まないようにしなければならない。このために次のように主張する学者もいる。すなわち、法至上を強調しなければならないのみならず、また「法道具主義」の傾向をも防ぎ、法的多元主義のルール秩序の育成を重視しなければならない。また、形式主義的な法を厳格に遵守し、手続的正義と実質的正義の訴求を堅持しなければならないだけでなく、さらにそこから生じ得る理性の拡張と圧制の傾向をも防止し、ADRや答弁取引、団体交渉制度などの反省・応答的手続主義の枠組みを確立し、もって主体性、対話協議性、反省・バランス性のある社会秩序の形成を推進しなければならない<sup>34</sup>。②リスク社会を元素として、権利観を再構築する。伝統的な「渴望がある」〔階級〕社会とは異なり、リスク社会は「不安である」社会である<sup>35</sup>。リスク社会において、リスクがもたらすインパクトと侵害を最大限に帳消しにすることは、理の当然として法的権利の趣旨の1つとなるはずである。伝統社会の権利観が表すことが、人々の自由と平等の追求であるとすれば、リスク社会においては、リスクの予測困難性および個体の防御能力の欠如の特徴に基づき、政府により多くの保障的責任を負うよう要求するため、権利の内容は積極的な権利の比重が増え、それにより人々が共同でリスクを防御する自信と力を奮い立たせることになる。③リスク時代の責任意識を明確化する。伝統社会の被害者がわりあい容易に責任主体を探し出せたことと比べて、リスク社会の複雑なシステムにおいて、近代的代理人はいずれも精密な分業と高度な専門化がなされていることから、社会問題が生み出す要素は多元的で、しかも多くの専門知識を含んでおり、システム的な相互依存性があり、単一の原因および責任主体を切り出しがたい。すなわちベックがいうところの「組織化された無責任」である。次に、近代化は民族国家の形成、資本の集中、日増しに緊密になる分業ネットワークおよび市場関係、社会的流動、大衆消費などを生み出しただけでなく、また個体化、すなわち単独の社会メンバーがもはやあらかじめ賦与され、また固定された集団のセーフテ

ィーネットに身を投じることはできず、直接的にリスクに晒され、制度に深く依存せざるを得ない事態を招いている。個体の自主性が極めて弱い時代において、それが担う責任がますます重くなっていることは背理である。こうした現象は責任理念の更新および改善を求めている。一方で公権力は責任理念を権力行使者の核心的価値観とし、かつ権力運行の始めから終わりまでに貫かせなければならない。他方で、各社会メンバーに「前借り権利観」の樹立を要求する。これは動的で、将来的な権利観であり、今ある権利を将来世代から借りてきたものだと見なし、将来世代の権利の完全性を保証するために、今、権利を行使する際には理の当然として慎重を期すべきとすることである。「権力責任観」であろうと、「前借り権利観」であろうと、責任理念を強調し、リスク予防およびリスクの責任分担に積極的な意義がある<sup>36</sup>。④社会リスクの公平な分配を内容として社会的正義感を再塑造する。リスク分配のロジックと富の分配のロジックには大きな違いがある。富の蓄積は社会の上層でなされ、リスクの集積は社会の底辺でなされる。貧困は大量のリスクを引き寄せ、富は安全を購入し、リスクを回避することができる。近代的リスクの知識への依存性のために、現在遭遇している無形のリスクは、科学的思考 (scientized thought) においてでなければ意識されない。通俗的に言えば、金があり、知識があればより上手くリスクの問題を処理することができる。リスクの拡散は「ブーメラン」効果、すなわちベックの言う「富は細かく序列化されるが、スモッグは平等に扱う」「貧困は階級的で、スモッグは民主的である」、「それは、直接的に反作用を及ぼすとき、危険の原因となった者に個々に向けられるだけでない。あらゆるものを一括して無差別に巻き添えにしてしまう」、「原因者たる工場がその生産を通じてどれだけスモッグの発生にかかわったかということには関係なく、スモッグの影響は、すべてに対して一律かつ無差別に及んでしまう」(ベック・前掲注16、70、74、76頁)という趣旨と解される]があるが、目下の問題は先進国・地域がリスクを大量に発展途上国・地域に移転させており、後者がこうした就業および税収をもたらし

<sup>34</sup> 馬長山「現代性重建与当代法治变革」2007年11月29日公表。

<sup>35</sup> 貝克・前掲注16〔ベック・同95頁参照〕。

<sup>36</sup> リスク社会の権利観と責任意識の概念については、2010年度江蘇省法学会法理学会と憲法年会における楊春福のメイン報告「風險社会的法理解読」〔リスク社会の法理の解説〕参照。

得る「危険な誘惑」に抗いがたいことである。中国について言えば、この2種類の分配ロジックは共同で作用している。そのため、社会の不平等は決してなくなっておらず、新たなレベルで強化されている<sup>37</sup>。裁判官はリスクの公平な分配の意識を樹立する必要があり、資本および富に鼻をつままれて進んでではなく、また科学技術の後光が差している専門家の言説を軽信し、これに盲従してはならない。特に資本力および技術知識の面で当事者双方に大きなギャップがある場合は、裁判官は手続および法解釈のテクニックを存分に活用して、双方の地位と利益のバランスをとり、リスクの損害結果およびその責任の公平な分担を実現しなければならない。

## (2) 終始一貫した法適用を通じて、社会ガバナンスモデルの法の支配への転換を実現する

リスクの本質が「不確定性」だとすれば、確定性を提供する法はリスクキラーである。社会的衝突・紛争がリスクの末梢神経であるとするれば、社会紛争解決メカニズムはリスクを感知する触覚であり、司法はそのうちの最も制度化されたリスク探知機である。もちろん法が提供する確定性は自然科学的意味における技術の統制とは異なる。社会統制メカニズムにおいて、法の独特の機能は次の点にある。社会の複雑性を昇華し、人々の行為に理論上の予測可能性および確定性を持たせる。他方、司法は裁判所およびその裁判行為を利用してこうした予測可能性および確定性を現実のプロセスに入れることによって人々の行為を実際の統制下に置く<sup>38</sup>。司法の社会統制作用の実現は司法制度の最終プロダクト——公正な裁判に依存する。この過程においては、訴訟手続の正当化作用および裁判官の裁判行為が核心的作用を果たす。

社会統制メカニズムの方向転換、そして司法の社会統制機能の障害問題に直面して、目下の社会秩序再建の核心はどのように現実の法の権威を作り出すかである。この目標を実現するために、裁判官が終始一貫した法適

用を堅持し、判決理由の説得作用を存分に發揮させ、法的技術の転化メカニズムを上手く運用し、利益衝突のデリケートさと激しさを緩和することは、法による社会統制という目標を実現し、人々の予測可能性およびリスク防御の自信を強化するための基本的要求である。このほか、目下の中国社会のハイリスク性に対応するために、能働司法はやはり法解釈テクニックにおいて、公共政策的考慮の内容を特に増やすべきである。社会リスク制御のニーズに基づき、公共政策が実定法に浸透することはすでに大勢の赴くところとなっている。このことは現代の刑法、不法行為法、労働法、環境保護法などの領域で目立っている。裁判官は法適用および法解釈の過程でこの趨勢に注意し、リスク意識を樹立し、法解釈の方法において時代と共に歩まざるを得ず、そうしなければ立法中の時代の精神から乖離することになる。もちろん、法解釈において公共政策的考慮を増やすにあたっては、公共政策と法原則との関係を上手く処理しなければならない。まず、法原則の規制を受けなければならない、単に「公共利益に基づき」と言うだけでは、個人の権利と自由を保障するボーダーラインである法を突破する理由とはなり得ず、さらに裁判官が特別な理由、深く充分な論証および充分な手続的保障を提供する必要がある<sup>39</sup>。

注意に値することは、法解釈において適度に公共政策を考慮することは、決して裁判官が裁判において公共政策を直接決定できることを意味しない。司法は個性化、受動性および裁判官の中立を制度的特徴とするため、裁判官は民意調査をすることができず、司法プロセスも民主的な表決メカニズムを組み込むことはできない。これは司法手続と「政治」手続が運行メカニズムおよび社会的職能の2つの面で截然と区別される基本的特徴を構成する<sup>40</sup>。さらには、近代的风险の特性はリスクに対抗する公共政策の基調がむしろ望ましくなく、不合理な類型的危険を惹起し得るリスクを何とか統制し、かつ実質的に公平なリスクの分配をすることであることを決定する。これは司法の能力をはるかに超えている。公共政策の形成について、裁判官の貢献はせいぜい社会の発展とリスク予防の見地から、具体的事件を通じて社会リスクの新たな動態を発見し、速やかに管理決定機

<sup>37</sup> 成柏清「“風険社会” 視角下的社会問題」南京大学学报2007年2期。

<sup>38</sup> 龐徳・前掲注32、10、26頁、博登海墨（鄧正来訳）『法理学——法哲学及其方法』（中国政法大学出版社、1999年）334頁〔原書はEdgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* と思われる〕。

<sup>39</sup> 勞東燕「公共政策与風険社会的刑法」中国社会科学2007年3期。

<sup>40</sup> 拙稿「司法的限度：在司法能働与司法克制之間」法学研究2009年5期。

構に関係情報を提供することである。これはある程度において、法と司法の社会統制作用を損害が現実となった後の事後的救済に限らず、リスク形成段階まで前倒しすることの一助となる。

### (3) 民衆の司法参加メカニズムを改善し、司法を第1の「公共領域」とする

リスク時代においては、リスク制御および責任の公平な分担の考慮から、政策決定プロセスへの市民参加は不可欠である。制度化された「インフォームド・コンセント」メカニズムはリスクを分散し、決定者と被（決定）影響者の間の矛盾を解決する必要な仕組みであると普遍的にみなされ、具体的には情報の公開、問責制および公聴会などの各種の市民参加型の政策決定である<sup>41</sup>。このことは、専門家による体系的な判断の権威の相対化を意味し、損害責任を一定範囲の各個人に分散し、決定者から決定の影響を受ける者へと移転し、特定の個人から不特定の個人の集合体（社会）へと移転する。こうした同意により下された公共選択自体になおリスクが満ちあふれているが、より容易に社会的承認を獲得し、かつ個体の責任を効果的に軽減し、組織化された無責任の難題を解決する。市民の政策決定参加のためにプラットフォームを提供する可能性のあるモデルは、ハーバーマスの言う「公共圏」であり、それは国家と社会の間の公共空間を指し、ここでは市民たちが自由に言論を表明し、自由に公共事務を討議し、政治に参加することができ、国家の干渉を受けないと仮定された、政治構造から独立した公共的コミュニケーションと公衆輿論である。それらは政治権力に対して批判的であると同時に、政治的正統性の根拠である——公共圏に身を置く市民は民主的手続を通じて政策決定に参加する。こうした参加を通じて、公共的意見がコミュニケーションの権力へと転換し、決定者に授権し、より重い論証義務を決定者に課すことによって、市民の受ける決定の影響が、彼らが諸形式の民主的討議により形成したコンセンサスに由来することを確保する<sup>42</sup>。

<sup>41</sup> 季衛東「風険社会的法治」中国私法ネット、2009年12月4日。

<sup>42</sup> 哈貝馬斯（童世駿訳）『事実と規範の間——關於法律和民主法治的商談理論』（三聯書店、2003年）500～506頁 [ユルゲン・ハーバーマス（河上倫逸・耳野健二訳）『事実性と妥当性——法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究（上・下）』（未

しかし、公共圏の形成は成熟した市民社会を基礎とする。現代中国社会には市民社会の萌芽があるが、市民社会へと変遷を遂げ得るかは未知数である。現在、政策決定への民衆参加の行動がないわけではないが、多くの「プレ市民社会」的特徴がある。例えば、参加の偶然性や散発化、政府動員型の参加が主であること、参加主体の顕著なエリート化などの特徴は、体制の変革と制度的保障が待たれる。自由無縁社会の状態において、各社会階層、また各階層間においては構造的な利益衝突が不可避免的に存在し、特に弱い立場にある社会階層の基本的価値観のコンセンサスは低く、彼らの利益表明と救済を求めるルートも充分ではなく、司法が中立の態度を固守し、社会全体の立場からあらゆるグループの長期的で、重要な利益を保護する責任を担うことがより必要とされる。もちろん、この課題はかなり困難であり、手続によらなければ解決できないかもしれない。いわゆる「手続が生み出すコンセンサス」である<sup>43</sup>。参審〔陪審〕制は司法においてこの役割を担う制度設計である。参審制の原理は次のようなものである。民衆に法の枠組み内で、手続ルールの制約を受けつつ討議・コミュニケーションを行わせ、交渉過程で事実と法に関する各意見についてコンセンサスを形成する。また、裁判官はこうしたコンセンサスに盲従せず、証拠法則、法解釈および法理によりそのリーガルマインドの影響力および法テクニクの転化作用を発揮し、形式的正義により大衆の素朴で、バラバラの正義を昇華させ、司法活動の的確性および予測可能性を保証する。参審制は民意を裁判に注入すると同時に、さらに両当事者の訴訟上のパワーバランスを保ち、特に刑事訴訟法および公共利益に関係する民事・行政訴訟においては、国家と個人のパワーバランスを保つ役割を果たし得るため、弱者の利益増強剤となる。わが国の人民参審制度は半世紀にわたる実践を経て、オリジナルの経験を蓄積し、また少なくない問題が生じている。人民参審制度を改善するには、一方では〔陪審団〕〔市民が罪責認定・量刑を評議し、合議体がそれを参考にする、という参審制とは別に、近年一部の地方で行われている試みを指すものと考えられる〕メンバーの多元化を保証し、特に民間組織（代表）を吸収してそれに参加させることに注意しなければ

来社、2002年〕。

<sup>43</sup> 楊力「新農民階層与鄉村司法倫理的反証」中国法学2007年6期。

ならない。また他方では、理性的に民意に対処し、深く、合理的で、十分な論証により民意と法を結びつけるよう裁判官に要求する。参審制の改善は民意が秩序立てられて司法に入るために手続的保障を提供するだけではなく、また民衆の市民意識を刺激し、中国の市民社会の育成に積極的な役割を果たし得る。

### 結びに代えて——能働司法が道を誤らないように

能働司法の登場は、転換期のリスク制御、秩序再建のニーズに応答したものであるため、高い政治的正統性を獲得する。能働司法は完全に中国の裁判所の独創であり、国外には参照できるサンプルがない。「能働」の意味については、司法がどのようにして自己の役割を保持し、政治的機能を発揮する面で適度な張力を保つか、あるべきバランスを保つか、が裁判官および裁判所の面前に置かれた難題となる。一部の地方の司法実践では、能働司法の実践に次のような誤りが生じている。

(1) 司法自体の位置づけが不明確で、機能発揮のチャンネルについて国家権力に依存することの方が多く、民衆と政府の争いにおいて果たす役割が十分に中立的ではない。「大局奉仕」、「中心的活動に奉仕する」の旗印の下で、国家権力の属国となっている。法テクニックと手続の正当化メカニズムの作用が充分ではなく、リスクに対応する際の「組織化された無責任」の状況がより際立っており、リスク制御にマイナスであるばかりか、かえってリスク係数を上げている。

(2) 調停の濫用。一部の裁判官は調停成功率の追求という功利性から、往々にして強い立場にある当事者の価値訴求に追随し、司法が部分的に紛争抑圧手段へと変異している。ここでは、法の柔軟性が、法とは随意に妥協してよく、訴訟は事件により異なった取り扱いをしてもよいものと誤解されている。その結果、司法の機能は単純な紛争解決段階に止まり、統一的な法適用を通じて司法の社会正義再生産装置としての役割を發揮させることができず、アノミーをひどくさせている。

(3) プラグマティックな紛争解決効果を過度に追求し、「事件を終わらせ、事態を終息させる」、「効果的な紛争解決」を過度に強調し、無原則に当事者に妥協を説き、責任の負担ではなく責任逃れを形を変えて奨励し、

元々希薄であった社会的信頼をさらに損ない、リスク制御メカニズムの礎を気づかないうちに削り、また一定程度司法の信用危機を招いている。

(4) 裁判所本位の視点から裁判効率の向上を単純に強調する。法の最も重要な目的は、インセンティブメカニズムの提供を通じて、当事者が事前に社会規範に合致する（社会的に見て最適の）行動を採るようリードすることである。司法の目的は紛争を公正に解決してルールを形成し、法の目標を実現すると同時に、社会正義の再生産装置となり、社会秩序を良好に再生産させることである。司法の効率の評価については、司法プロセスが上述の目標を実現したか否かを基準としなければならない。裁判権本位のいわゆる司法コストの削減、裁判効率の向上は、経済的視点から一面的に司法コストの削減を論じており、手続の簡略化（裁判のスピードアップ）に熱を上げ、個別の事件の審理が司法の公平と公正のボーダーラインを突破してしまう事態を招く。これは知らず知らずに訴訟中の逆方向の選択、甚だしきに至っては悪意の訴訟の氾濫を招き、真に司法ルートによる解決を必要とする紛争が司法から遠ざけられることになる<sup>44</sup>。これこそが真の司法効率の低下である。司法効率の低下は司法の社会的親和力を弱めるだけでなく、さらには司法のリスク感知の敏感さの低下や社会統制機能の弱体化をもたらす。

したがって、能働司法は司法の本質的属性と時代の使命の的確な把握を基礎として樹立し、政治的機能と裁判職能の間に必要な張力を慎重に保持し、適度なバランスを保たなければならない。すなわち、転換期の社会変遷とグローバル化を背景とした社会リスクの多発化という現実的状况を洞察し、社会リスクの制御と社会秩序の再建において積極的・能動的に役割を果たさなければならないだけではなく、また社会的公正を実現し、法の統一を守るという司法の天職を全うしなければならない。両者の緊張関係に直面し、裁判官はリスク時代の法治の信念を固守し、人文社会科学の素養を深め、法テクニックを不断に高め、日常的に処理する各事件に法の価値志向を浸透させ、司法手続の正当化作用を發揮させなければ、個別具体的事件における正義の実現と社会秩序の再建との間における法および司法の作用を最大化させることはできない。

<sup>44</sup> 張維迎等・前掲注14。