HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	コメント
Author(s)	尾崎, 一郎
Citation	新世代法政策学研究, 14, 131-136
Issue Date	2012-02
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/48428
Type	other
File Information	HJNGLP014_007.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

コメント

尾　崎　一　郎

呉英姿教授は、まず現在の中国が、急速な近代化（modernization）と市場経済の浸透を遂げている転換期にあり、そこでは、個人化ないしアトム化、伝統的社会統制メカニズムと価値観の消失（アノミー化）、政府の機能不全といった問題が発生しているとする。ベックのリスク社会（Risikogesellschaft）論を参照しつつそれを「ハイリスク社会」と捉えている。このような社会においては紛争解決がヨリ法律と司法に依存するようになっているのである。そこで、社会のリスクを制御し秩序を再建するためには、「能働司法」が必要だとする。これは、「党委員会・政府の大きな期待と圧力を受け、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評価を高めるために、裁判所は紛争解消、安定維持、和諧の実現を当面の司法活動の重心と」する背景において提起された「スローガン」である（本誌本号82頁）。つまり、「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（同84頁）。政治的機能と裁判職能の間に適度な緊張を保ちつつ、バランスをとりながら、裁判所は、公共政策に配慮し、社会の共通価値体系を再建するとともに、法律による統治を実現することを目指す。調停をはじめとするADRなども柔軟に活用しながら、プラグマティックに紛争を処理していくことが必要であるというのである。ハーバーマスの公共性（Öffentlichkeit）概念なども引きつつ、司法が、民衆も参加する「公共領域」にならないといけないとも言う。

一見すると、この議論は、政治や道徳、宗教などと截然と分かれ、狭義の法専門職支配が強まった「自律的法（autonomous law）」の境界線を緩和し、あらためて政治や道徳と連携しつつ、過度の形式主義や官僚主義を排除して、社会の多元的なニーズに柔軟に応えていく「応答的法（responsive

law)」を説く、セルズニック＝ノネ（Selznick & Nonet）の議論とも類似するように読める。呉教授自身が引用する、リスク社会論の立役者ベックも、政治システムの機能不全を前提に、科学（技術）自身の自省や、司法、メディアといった「サブ政治（Subpolitik)」による、リスクの制御に期待を抱いており、裁判所に一定の社会的（政治的）機能が期待されている点では、「能働司法」に通じるものがあるかもしれない。

しかしこのような表面的な類似に惑わされて、中国と欧米の根本的なコンテクストの差を無視するならば、「能働司法」というスキームの本質を見誤ることになると思われる（呉教授自身、能働司法は完全に中国の裁判所の独創だとする（同94頁))。すなわち、アメリカにせよドイツにせよ、そこで前提となっているのは、19世紀までに完成した社会システムの機能分化である。法、政治、宗教、科学などがそれぞれ自律的なシステムとして存立し、相互に直接的に介入し制御することができなくなっているという、近代化の宿命が前提なのである。中でも、法が自律的システムとして存立しているということは、法専門職が自治的な集団として存立していること、司法が政治や宗教や科学から独立していること、三権が分立し裁判官の独立が保障されていること、違憲立法審査権が確立していること、デモクラティックな立法により実体的な権利のカタログが整備されると同時に訴訟を中軸とする形式的な手続の保障が確保されていること、を意味する。他方で、法、政治、科学、経済はそれぞれ自律的システムとして分出してしまったがゆえに、科学技術の肥大によるカタストロフィックな環境破壊の危険や暴走するマネー経済を法も政治も適切に制御できなくなっているのである（「リスク社会」化の構造的要因)。ベックが、リスク社会が要請するのは新しい近代、すなわち自省的＝再帰的近代（Reflexivität des Modernisierungsprozesses)だとするのは、近代化の結果分出した、科学、法、政治といった各システム（それを、彼は、既存の、包括的で集権的な政治とも非・政治とも異なるサブ政治と名付ける）がそれ自身について自省的な観察を行い、あらためて近代化すること（つまり、科学の科学化、に代表される、近代の近代化のプロセス）によってしか、もはや「リスク」に対応できないと考えているからである。ハーバーマスが、政治システムと生活世界を媒介する公共圏における熟議によるデモクラシー（deliberative Demokratie)を説くのも、政治＝行政の一義的で一方的な介入

がもはやレジティマシーも実効性ももたなくなっているからである。ベックは次のように言っている（『危険社会』（法政大学出版局、1998年）390頁、原著 Ulrich Beck, *Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, 1986, s.312)。

> 「自己内省的近代化（reflexive Modernisierung）が進展すると、こうした見方［国家の支配権を何の疑問も抱かず市民や利益団体が受け入れる古典的市民産業社会のモデル］はさまざまな点でその妥当性を失ってくる。例えば、徐々に明らかになってきたように、政治上の「解決策」を得るためには民主主義的権利の実現が前提である。政治（サブ政治）の領域では唯一の、あるいは最善の解決策というものはなく、さまざまな解決策が存在するだけである。その結果、政治の決定過程はどんなレベルのものであっても、もはやどこかの指導者とか賢者による事前の模範的決定の実施とは見なされなくなる。」

ここで指摘されているのは、政府や政治の単なる力不足といった問題ではなく、真の近代化がもたらす構造的な宿命である。無論、個人化、アノミー化、価値の多元化といった現象は、このことと深く関係している。社会を一義的、一元的に統御する規範もシステムも存在しないからこそ、自省的＝再帰的で、民主的で理性的な対話（熟議）による、暫定的な合意の繰り返しを余儀なくされる（それに賭けるしかない）というわけである。

これに対して、呉教授が支持する「能働司法」のスキームは、似て非なるものである。奇しくも教授が「社会の共通価値体系の再建」（同87頁）と述べているところにもそれは象徴的に現れている。すなわち、統治者による上からの一義的な統制の貫徹と価値の再建という要素である。そもそも、本誌本号81頁にいうように、法院と警察（公安）と司法行政は十分に分離していないようである。司法と、党、政府との分離も十分でない。つまり司法ないし裁判官の独立は全く保障されていない。従って相互の抑制も働かない。だからこそ、公共政策を配慮した、柔軟な手続による、実効的な紛争処理ということが、裁判所の機能として、抵抗なく言えてしまうのではないか？　ベックやセルズニックらやハーバーマスの議論は、自律的な法や司法の独立を前提としつつ、ぎりぎりどこまでその境界線を緩和でき

るか、そのデモクラティックなレジティマシーを破壊せずにどこまでできるか、という近代の法治体制の臨界をめぐる理論的冒険である。セルズニックは、「応答的法」は、前近代的な「抑圧的法（repressive law）」同様、法が死に至るもう１つの途かもしれないとさえ言う。それを防ぐのは、彼独特の道徳理念（協働の道徳 morality of cooperation）である。これに対し「能働司法」論は、「自律的法」ないし「司法の独立」を経由しないまま、人民法院も参画する統治者の側が、紛争の芽を早いうちから摘んで（「リスク予防」）、秩序と統一的な価値観を維持・再建しようとするもののように聞こえる。確かに、公共政策と法原則とのバランス、公共利益と手続保障（ないし権利保障）とのバランスという問題があることは呉教授自身指摘するところである（同90頁）。しかし、見たところ、それはもっぱら司法が自覚し留意すべき課題として位置づけられているにとどまるようである。先のベックの引用にひきつけていうなら、裁判官という指導者の模範的で賢明な判断に期待するという論法である。

問題は、司法の独立、違憲審査制の確立、デモクラティックな立法といった条件を十分に満たさないまま、そのような課題を実現することができるのか、ということである。その不安が杞憂でないことを赤裸々に教えてくれるのが、賀衛方教授の報告である［本誌不掲載］。そこでは、ある殺人事件をめぐって、捜査機関、行政当局、法院が一体となって（捜査、起訴および裁判の「協力」、手続面でも実体面でも極めて問題の多い処理が強行されそうになったことが紹介されている。賀教授も書かれるように、ネットがない時代ならば、現地のメディアの片隅で小さく報道され、波風がほとんどたたないまま、終わっていたであろう。これもまた、「リスクの制御と秩序の再建」と言おうと思えば言えてしまう。無論、統治者による一方的な統制として、である。ネット世論がそうした統治者による「実効的」な介入を防いだこの殺人事件は、しかし、今後のあるべき司法を語る上でどの程度普遍性を持つのだろうか？不定形で一時的な熱狂を特徴とするネット世論が裁判の成り行きに影響を与えた事例がアネクドータルに蓄積されるだけでは（まさに、呂教授が言うところの、「散見される実践の断片」（同107頁））、司法のあるべき姿を思い描くことができない。もちろん、裁判官の中には、孫志剛事件や許霆事件や鄧玉嬌事件から一定の教訓を得て「模範的」な裁判を心がけるようになるかもしれない。そうやって市民の司法に対する信頼を回復させようとするかも知れない。しかし、そのような振る舞いが、行政当局の意向と抵触する場合、裁判官はどうするのだろうか？その独立、身分の保障が制度的に担保されていないうえに、「紛争解消、安定維持、和諧の実現」を「党委員会・政府」から期待されてもいる裁判官がなし得る選択は限定されたものとなろう。熱狂的世論に迎合して懐柔する途をとるのか、ヨリ周到に世論や弁護人の言説を「制御」して実効的なリスク制御を実現するのか……。

呉教授は、「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。」と述べる（同94頁）。しかし、そこでいう「政治的正統性」とはなんだろうか？賢明かつ実効的に統治を行っている治者に対する被治者の信頼？ハーバーマスも公共圏を論じるに当たってマスメディアやインターネットに注目していることはよく知られている。しかし、それは、決して熱狂的な世論の沸騰を意味してはいない。先にも述べたとおり、法的な権利と手続に枠づけられた理性的で民主的な討議である。そうした討議が逆に法ないし司法の「正統性」を担保する。統治者の自覚や自制、あるいは機能面での実効性（すなわちニーズへの上手な応答）ではない。

そもそも、呂芳教授も示唆するように、近代社会において、司法（あるいは自律的法）は、「法的効果」と「社会的効果」の原理的対抗を内在させている。すなわち、普遍的・一般的で体系的なルールに基づき形式的な手続きによる推論を行う法的判断／司法に対しては、形式的ドグマ（概念法学）、実効性の欠如、法の欠缺、法相互の矛盾、法の不確定性、といった批判が常につきつけられる運命にある。対置されるのは、実質的正義であり、利益衡量であり、帰結主義的（consequentionalism）な社会学的考察であり、（国家の）政策であり、実効的な社会統制である。これはまさに、現代中国における「能働司法」が重視するものであり、そのバックボーンである「法的効果と社会的効果の統一」というスローガンの要諦である。ここで重要なのは、この、形式的正義と実質的正義の対抗が、決して裁判官による健全で賢明なバランス感覚とか社会学的な知見（「生ける法」の知識）を活かした柔軟な法運用といったレベルの問題ではないということである。法が、インテグリティ（あるいは、「確定性、統一性、安定性」（同118頁））をもった自律的なシステムとして存立し、自身そのようなものと

しての自己理解をしていること、そのことが司法の独立の保障によって可能になっていること、によってもたらされる根源的なジレンマなのだ。戦後の日本では、古くは法の解釈の客観性の根拠をめぐる法解釈論争、無定型な利益衡量に代表される社会学的法律学批判に端を発する平井・星野論争、法における事実とフィクションの対抗、法の経済分析の唱道者たちによる法教義学批判（その最新版は「民商の壁」批判）といった形で、この問題が繰り返し論じられてきた。インテグリティとしての法（統合体としての法）の理論を説く米国のドゥオーキンが、権利論法と政策論法を厳密に区別し、法における前者の価値を強調していることも、この問題に関わる。法はまさに法であるがゆえに、「事実」や「利益」や「政策」や「礼俗」や「情理」と対立する。それらを批判し、捨象し、フィクショナルなreasoningを積み重ねることでかろうじて維持される人工物である。こうしたコンテクストについての省察を欠いたまま不用意に「法的効果と社会的効果の統一」を説くと、それは、赤裸々な利害対立状況において経済力や政治権力を有する強者による「精神なき（ohne Geist）」法道具主義か、さもなくば、自律性の不十分な司法（法権力）を取り込んだ前近代的政治権力による社会統制（「抑圧的法」）に堕してしまうだろう。その危険性は、欧米でも日本でも常にある。

呂教授が私たちに教えてくれるのは、中国の「能働司法」の理念が、一端は軌道に乗ったかに見えた司法改革において、「普遍的司法価値から中国伝統の人民司法へ」の「方向転換」（同103頁）がなされ、「和諧社会」のスローガンとともに、前面化してきたという事実である。その中で、人民法院の裁判官が、「各種の圧力の影響で、仕方なく受動的に社会的効果を追求し、明確な法規定に融通を利かせ」ているという面が、確かに存在する（同118頁）。ここには、ネットを媒介にして沸騰する世論と、それを上手に懐柔しながら国家の政策を貫徹しようとする統治者との板挟みになっている、裁判官の苦悩が垣間見える。まさに、賀教授の報告のタイトル（「権力と輿論との板挟みになる裁判所」）が示す通りである。呉教授がいう「転換期のリスク制御、秩序再建のニーズ」とは、誰のための制御、誰のニーズなのだろうか？　「リスク」をめぐる、法に枠づけられた理性的な討議は、どこに存在するのだろうか？