



Title	報告2 転換時代の法実践と法哲学
Author(s)	朴, 恩正; 岡, 克彦//訳
Citation	北大法学論集, 53(3), 215-230
Issue Date	2002-09-25
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15156">http://hdl.handle.net/2115/15156</a>
Type	bulletin (article)
File Information	53(3)_p215-230.pdf



[Instructions for use](#)

## 報告二 転換時代の法実践と法哲学

### I. 転換時代の法従事者

筆者は、去る一九九七年一二月、ソウルのある地方法院支院長から「自然法における司法的適用の可能性」というテーマで判事を対象とした特講をしてくれるように要請されたことがあつた。テーマを聞いた瞬間、間違つて聞いたのではないかと思ひ、聞き返したほどであつた。というのは、われわれ法曹界ももちろん、法学界でも一では、自然法はよく無視されたり、忘れられた存在として観念されているためである。一般人の認識のなかでも事情は同じである。筆者は、数年前に『自然法思想』と

いう本を刊行したことがあるが、ある日、書店でこの本が自然科学のコルナーに収められていたのを見て失笑したことがあつた。

自然法は、法実務家たち、そのなかでも特に裁判官により避けられたり、冷たく扱われている。第二次世界大戦直後は、法刷新と法改革の雰囲気なかで「自然法のルネッサンス」に最もはじめに目覚めた人々も実務家たちであつた。しかし、近年、韓国の法実務では抵抗権(1)のような概念でさえも言及することを避けているのが実情である。こうした雰囲気なかで実務界から自然法に関する講義を提案された筆者としては、思いが

岡 朴  
克 恩  
彦 正  
 訳

けないことであつた。ところが、よくよく考えてみると、最近、韓国の実務家たちが自然法というものにもう一度、関心を向けてみたいという気持ちが起こるのは、時代状況と社会変化による必然的なことであると思わざるを得なくなつた。また、今日、時代の急激な変化と、これによるわれわれの意識変化は、東アジアそしてさらに進んで地球村全体の様相であることを勘案するとき、韓国の法従事者として法に訴える市民が経験する紆余曲折は、部分的には地球の反対側にいる人々にも当てはまることであろうと考える。非実証主義的な法概念に対する法院の一部の関心は、おおよそ次のような韓国の政治的・社会的な環境変化による結果であろう。

第一に、過去三〇年間あまり続いてきた権威主義による軍事政権が崩れ、一九九二年、文民政府(金泳三政権―訳注)に入つて、まず必然的に提起された、いわゆる「過去清算」、「歴史清算」と関連して、法院に持ち込まれた様々な事件に対して、法院は今まで法を運用してきた方式だけではこのすべての事件を円満に解決することができないと見抜いていたことである。民主法治国家における通常の刑法で扱にくい「巨視犯罪」、「政府犯罪」および「国家犯罪」などを処理しなければならなかつた檢察と法院の当惑感は相当なものであつた。「ハードケース」

を前にしてわれわれ司法部は、国民の法感情に納得しうる解決策を示さなければならなかつた。「巨視犯罪」「国家犯罪」に対して通常の刑法を適用すれば、処罰されるべき人が、場合によってはむしろ保護されることもあり、一般市民が納得しづらい事態になる。すなわち、条文と従来の判例だけにとづけば、おかしな結果を導く可能性がある。この時点で、裁判官たちは職業的惰性から少し離れて、それに相応した真の法実践とは何かという根本的な問いに直面するようになる。ドイツの法哲学者アルトオー・カフマン(A. Kaufmann)がいったように、法哲学は「法の根本問題をすべていっしょにして、もう一度、批判的に考えてみる」学問である。紆余曲折の韓国憲政史は、裁判官にこのような意味の法哲学を實踐する機会を提供したものであろうと思われる。

去る二〇〇一年一月、韓国では民主化運動の過程において公権力の違法な行使で殺されたと疑われる事件の真相を究明するための「疑問死真相究明に関する特別法」、民主化運動と関連して犠牲になつた人たちとその遺族に対する名誉回復と補償を目的とした「民主化運動関連者名誉回復及び補償等に関する法律」および、済州島で一九四七年三月一日から一九五四年九月二二日まで発生した済州四・三事件の真相究明と犠牲者遺族の

名誉回復のための「濟州四・三事件真相究明及び犠牲者名誉回復に関する特別法」がそれぞれ制定された。過去清算の一環として制定されたこのような法律は、有罪判決を受けた人々を原状回復させる措置を含む内容で、実質的には判決の反民主性を確認する作業になっているということである。これは、結局、法判断が法律家ではない一般人の観点にもとづいて修正しつつ、ひとつの時代を締めくくろうとすることを意味する。韓国のような例は、ほかのアジアの国に重要な先例になるであろうと考へる。

第二に、法とは、伝統的に予測可能性、明瞭性、有効適切性、確実性および客観性の代名詞であった。反面、過ぎ去ったひとつの時代以来、韓国社会において跛行的ではあったが、急速な経済発展と社会変遷は、予測可能性が崩れたいわば不確実性の時代を招来したことである。裁判官もこの時代に影響されるしかなかった。激変する時代の流れによる不確実性は、今日、国内だけに止まらず、地球村全体に当てはまることでもある。ただし、韓国はその内容の変化あるいは速度においていずれの国とも比較することができないほどである。というのは、韓国社会は、わずか一世代のうちに農耕社会からシリコンバレーへと移行したためである。とりわけ、この社会は、九〇年代に入っ

て、「世界化」(グローバルイゼーションー訳注)と共に構造調整、解放などの余波で政治、経済、社会および文化の大激動に巻き込まれている。それゆえ、法の下においても、今はある程度、柔軟性をもたなければならなくなった。裁判官の法発見においてもある程度は柔軟性のある思考が必要になった。裁判官の法解釈も現実には符合し、当事者が納得しうる論拠にもとづかなければならなくなった。法理もしくは合法性というものに柔軟性が欠如するようになれば、それは、まさにあらゆる人が現に見える害悪を見えないようにさえざるような結果をもたらし、法がその機能を発揮しなければならぬままにその場所で法がその機能を停止してしまうことにもなる。つまり、不確実性の時代、危機の時代にあつて、裁判官もこれから社会で意味のある職業群として生き残るためには、法治主義の枠組みのなかでも法解釈の名でどの程度まで柔軟な思考を実践していけるのかを問わざるを得なくなっているのである。

第三に、近代以来、どの学問分野よりも法学は、法的なものや非法的なものを区分することに多くの情熱を傾けてきた。法学の独自のな領域が確保されればされるほどに、法律家集団の存在根拠もますます強まっていくのはいうまでもない。基本的に実定法国家で司法に対する立法の優位は確固としたものであ

る。しかし、そうなればなるほど、法律家は立法的・政策的な領域の価値論争から離れて、自足的で鉄壁な司法の牙城を築くことができた。すなわち、制定法の内容が何であるかに関わることなく、いわゆる法自体の論理というものにだけ没頭してもよいという彼らだけの専門領域が与えられたのである。これがまさに「法の自律性」である。<sup>(3)</sup>これは、今日、自由民主主義体制の下における「法の支配」の存在基盤を提供した。ところが、この法の自律性ないし独自性にひびが入り始めた。これは、法律家たちが今、これ以上自足的な法論理の域を支えるのは困難であることを意味する。要するに、裁判官の「社会化」が要請されるのである。このことは学問的な法学にも今や学際的な研究の必要性が次第に大きくなっていることの現れでもある。

多元主義時代、相対主義時代の雰囲気の中で当事者たちは、法院の権威や裁判官だけがよく知っていると思われる法理に首肯するよりは、今「私を説得しろ」と要求している。だからこそそうなのかも知れないが、今日どの国も例外なしに判決文は次第に長くなっている。論議による説得が要求される法廷で、今、裁判官は最もバランスのとれた視角から法と社会の関係そして個人と社会の関係を眺め、同時代の社会構成員が納得できる具体的な正義を示さなければならなくなった。このような状

況で法律家や法理論家は、今、その他の社会学者が法と社会そして個人と社会の関係をどのように説明しているのかについて関心をもたざるを得なくなった。とりわけ、憲法の実現ないし具体化という次元で憲法解釈学の課題を念頭に置けば、この点はさらに一層、明瞭になる。というのは、真の法実践は「法律」生活ではない「憲法」生活でなければならぬためである。長い間、学際的な洞察の無風地帯であった法と法学は、今日、各種のハードケースをめぐる外部世界、つまり「非法の世界」に向かつてその救援を求めている。国民国家を単位とする法生活は変化している（世界単位もしくはブロック単位の法の統一化傾向）。たとえば、政府組織の革新次元での司法改革の要求、社会の多様化による司法的解決の増大、基本権黄金時代の憲法解釈論争がそれである。今日、このような諸般の状況は、社会化された裁判官、学際的な関心をもった法律家であれば、社会を眺めていこうとする意欲すら湧かないであろう。

第四に、過去のようであれば、法院に持ち込まずに、政治圏や行政当局の委員会で解決していた政治的ないし政策関連の事案が、今日法院に持ち込まれている。議会での与野間の争いや労使政間の不協和音、政府と環境団体の争いは、早朝から法廷の門に駆け込まれる。このような姿をみていると、今や法院は

ある面でもうひとつの小さな議会になつてゐるという感がする。今日、憲法裁判所は法的関心と政治的参与の収斂様相をよく示している。国家と社会の秩序確立問題、集団の利益調整問題など、先鋭な政治的議題が、憲法裁判所で五対四（同裁判所の構成員は九名である。一訳注）などの違いで違憲あるいは合憲と決定され、結局、裁判官一人が選挙によつて選ばれた数多くの議会議員たちの決定事項を覆す場合を、われわれは頻りに目撃する。

このようにみれば、法院は今や条文や過去、先輩法曹人が出した判例だけに依存し、私的な利益間の均衡のみを考慮して、「中立的」な結論を引き出すよりは、各種政府の目標や社会的効率および社会構成員の道徳的要請などを考慮しなければならなくなつた。このため、裁判官は判例集以外に統計数字や世論調査、はなはだしい場合には時事週刊誌にも目を配らなければならなくなつてゐる。一言でいえば、一連の政策的思考は、今や法的思考の一部とみなさざるを得なくなつた。いわゆる六法全書というこぼしを耳にしてきた法学徒は、上級の学年に上がりつつ、近頃、法が契約法、会社法、破産法および通商法といった範疇から主に取り上げられてゐることに当惑するであらう。要するに、経済学徒の観点から法を捉えることができる能力な

しには、法の学習や法実務が不可能になるほどである。また、法的分析と経済分析の統合現象のほかには法的判断と道徳的判断の統合現象も起こつてゐる。

第五に、生命工学をはじめとした今日、先端科学技術、医学技術の急速な発展とこの技術の広範囲な適用から惹起される問題が、法律家たちに新しい悩みをもたらした。現代社会を特徴づける多くの表現があるけれども、何といつても現代社会は科学技術社会である。科学技術が世界を統一させているといつても過言ではない。情報科学を含めて科学技術の支えがなくては、「世界化」（グローバルゼーション）や「世界規範」ということは現れることができなかつたであらう。一九七〇年代中盤から始まり一九九〇年代に至つて、あまりにも速い速度で変化してゐる生命工学とこれに依存した先端医学は、人間の生命、健康、環境に及ぼす影響がどの程度なのかをはつきりと予測できない。にもかかわらず、それらの技術は直ちに広範囲に適用されることが不可避であるがゆえに、安定性と倫理性の観点から多くの問題をはらんでゐる。したがつて、この分野に対して法が介入すべき要請は次第に増大してゐる。しかし、安全性および倫理性の問題は、法という鈍重な武器で扱うにはあまりにもデリケートで複雑な問題を法律家に投げかけてゐる。

料 韓国では、最近、脳死と臓器移植に関する法律も制定された。

資 クローン技術が発展する中で、人間複製を禁じ、胚芽を保護する法律を作らなければならないという世論も高まっている。日本でも事情は似通っていると思われる。

この分野で立法的な要請は増えているけれども、いざ立法の段階になると容易なことではない。それは、現在、技術が発展しているなかで、その危険予測が難しく、危険自体についても専門家の間で意見が分かれているためである。科学者や医者、職業倫理に委ねたはずの多様な葛藤―胚芽や遺伝子をめぐっての問題、延命術、クローン、身体実験などが司法的な解決を期待して、法廷に持ち込まれる。しかし、実際に法廷がこのような問題に接近するに当たっては多くの難関に出くわす。生命科学技術の適用で引き起こされる葛藤は、勝者と敗者を分ける法廷、またお互いに衝突あるいは競合する権利の束である法言語でもって扱うには限界がある。技術適用と関連して、法が保護しようとする利益がいまだに明確ではない。というのは、科学共同体と当局、医師と患者、患者と家族および胚芽と産婦などの関係は、信頼保護の關係に置かれているために、過度に権利關係で法化させてしまえば、意外と個人に対してさらなる苦痛を伴う側面もあるためである。

生命倫理という厄介な問題を抱えた法律家たちには、抽象的な正義の守護よりはむしろ繊細な配慮の姿勢が要求される。そして、このような姿勢は、今までの裁判官には要求されず、したがってなじみが薄い。これと関連して、またもうひとつ要求されるのは未来的な思考である。法従事者は大体に過去の事柄を判断してきた人たちである。「子供が水に落ちたことに誰が責任を持たなければならないのか」という方式が大体に法の問題であった。ところが、生命工学技術が社会に投げかけた葛藤問題は、未来に及ぼす影響に対する判断を含んでいる。「産前の遺伝子治療行為が将来、子供にどのような影響を及ぼすのか」の問題を前にして悩まなければならないのである。要するに、科学技術社会において裁判官は相当程度に未来志向的・予防的な法思考の地平を確保しなければならなくなった。「法とは境界を示すことではあるが、道を示すことはできない」ということばは部分的には修正されるべき運命にある。

最後に、分断法時代、分断法論理を克服し、和解と統一に備えた法解釈マインドが必要になった。韓国社会で今まで分断の論理を主導してきたのが法学であり、法律家集団であったといっても言い過ぎではないであろう。法解釈を通じて体制統合、社会統合をより一層容易にする方向で法律家が努力すれば、統

一は早められるであろう。というのは、法治主義の拡大、法を通じた社会の合理化および組織化がまさに朝鮮半島の統一を意味するためである。

統一は、朝鮮半島において特殊な問題であるけれども、これと関連して要請される新しいリーガルマインドは、ある面ではアジアそして世界のほかの国家にも当てはまるものと思われる。まさに、それは人権の観点から脆弱な集団、異質な集団に寛容であり、彼らと共存しようとする課題である。その点で筆者は最近、韓国で推進している人権法の制定は、東アジアのほかの国にもよい教訓を残すだろうと考えている。最近、韓国では陣痛を伴いながら設立されようとしている人権委員会は、国連がモデルと提示する世界的な次元での組織である。人権委員会を創設しようとする人々の関心は、究極的には憲法の実現、すなわち人間価値の実現にある。人権委員会が作られれば、統一憲法の制定次元からも大きな役割を果たすであろう。

一方では、戦争、人種葛藤、環境災難および世界化による貧富差別の極大化でアジア地域でも難民と流民が増大し、彼らは経済的与件のよい国の国境地帯に集まっているこのとき、また他方で、経済的利害関係を中心として地域的ブロックが形成されているこのときに、国民国家単位で「法の支配」の訓練を受

けた法従事者が、「人権」概念と「主権」概念をどのように民主主義の観点から維持あるいは変化させることができるのかは、転換時代における法哲学の重要な課題となろう。

韓国社会のこのすべての状況変化は、法曹専門職が未来にも引き続いて意味のある専門職として生き残るためには、今よりもはるかに思慮深く、開放的でなければならぬことをわれわれに悟らせる。今までの慣行とは異なった法の運営を要求する時代的要請は、最近、韓国で司法改革に対する汎国民的熱望としても現れている。韓国社会は、立法正義よりは司法正義、すなわち裁判を通じた正義の具現に対する期待が国民情緒によりよく符合してきた社会だと診断される。「人がまずあって法が存在するのであって、法があつて人が存在するのではない」のことで、法が含まれた正義感、議会立法よりは裁判官法を志向している。「法の支配」は、韓国社会ではつまり「裁判の支配」として受け止められている。市民は、彼らの運命にあまりにも大きな影響を及ぼす法の最後の姿を裁判官の顔として記憶するのである。これは、過去の独裁政権、クーデター政権が多くの非常立法機構、すなわち似非立法機関を輩出したために、その渦中において法に対する一般人の期待は、司法部に向けられたためだとも考えられる。もちろん、勇氣と忍耐をもって、最善



料の、そして最も健全な結論が出るように法を解釈する裁判官に

対する期待は、時局事件に限られるものではなかった。

資 今までとは違った目で法を見ることのできる能力が法従事者に必要となったということは、彼らの関心がまず法典や判例の意味に狭められた実務法律家的な法概念よりは条文の背景原理に関連した複合的な法概念に向かう必要があることを意味している。いうなれば、専門職業的な状況を超越して、はるかに巨視的に法の意味を追求していくことを含意している。このことは、法を法らしくさせる何かが、単に権威的な制定手続の観点だけを検討したり、あるいは社会的に実効性を帯びているのか否かのみを検討すればよいというものではないということと関連している。法従事者は彼らの法実践課題を念頭に置いて、法とは何かという法哲学的な問いの中心部に入り込むようになる。法とは何か。

## II. 法とは何かをめぐる論争

この段階で確実にいえることは、法概念についての論議において意味論的接近を唯一の方法と見る態度は今や止揚しなければならぬという事実である。相反した正義が互いに角逐戦を

展開する法概念の論争史を探ってみれば、結局、われわれはあらゆる単一の範疇ですべてのものを説明しようとする知識史の無謀さを指摘せざるを得なくなる。その単一の範疇が神であったり、科学、階級、あるいは歴史であったりといずれにしても、あらゆるものを包括する単一の説明モデルは、われわれが法だと呼ぶ、その何か真の姿をあるがままに把握する上で障害となるだけであった。究極的にすべてのものを説明することができないの範疇とは、ある面ではまったく存在しないのかもしれない。実在というのは、最後まで掘り下げても多元的なものなのかもしれない。あらゆるものを包括する単一の説明的理論がどのようなものであれ、われわれは実在をあるがままに把握する上である面での妨げとなった場合が多かった。

結論だけをいえば、法は多次元的に接近しなければならぬ概念である。法はいかなる形態であれ、単一の意味の概念定義が限界に突き当たり多様な姿を帯びている。結局、あるひとつを選んで、極端になれば法は蒸発してしまう。それは「法なき法理論」に帰着してしまう。

法に対して、われわれがより明確に概念把握を試みるのは、単純な言語的明確性の問題ではなく、法概念でもって多様な目的を想定しつつ、満足のいく解決を図ることに有用でありうる

からである。法従事者の認識関心に最もよく符合する法概念は、実にこのようなものである。法従事者において規範的法概念に關する関心は、思考の構造的単位を追及する狭い意味を離れ、実に実践の観点から実質的に内容のある概念を獲得しようとする努力の一環である。

法が何かをめぐる論争の歴史は、実にその時代の認識関心に最もよく寄与する法に關する概念を探索しようとする長い闘争の過程であった。認識関心が時代の産物だとすれば、法が何かという問いは、どの時代の法なのかという問いを必然的に伴う。

そのようにして、われわれは今日、自由民主主義体制を念頭において、これに相当する法概念を追求しようになる。法の權威が形而上学やカリスマでない法の内的論理、まさにマックス・ウェーバーがいう合法性に移行して以来、法思考から法的内的論理以外の要素をすべて除いて、法意識の領域を明確に設定しようという主張は、法理論の主流をなしてきた。また、このような要請は立法を独占しつつ、すなわち、法の「実定性」を強調しつつ、誕生した国民国家単位の法生活に最もよく符合することでもあった。だとすれば、法の実定性、法の内的論理を強調しながら、何が法なのかはその実質内容や道徳的価値とは無關係に確認することができるという主張を根幹とした法

実証主義、分析法学の法概念論は、この時代の認識関心によく符合しているのか。でなければ、それは国民国家単位としての法システムの維持に傾倒しており、法知識の領域を価値的・政策的論議と決別させたまま、法律家専門化集団の専有物へと移行したために、これ以上、今日、自由民主主義、参与民主主義の体制下の認識関心に合致することは難しいのではないのか。もちろん、民主法治国家において裁判官を含めて公務員の公務遂行活動は、法の効力の根柢を確保する重要な指標のひとつとなりえる。ただし、そこにはある前提が伴う。司法部の独立、腐敗と汚職のない公務員社会の綱紀、民主的大衆政党的存在、健全な選挙風土などがそれである。このような前提なしには、裁判官や公務員の法に対する認識関心は、場合によつてはルソー式に表現するならば、「一般意志」ではない「個別意志」の表現に過ぎなくなる。その個別意志的な偏向性が、極端な場合には彼らの認識関心は不幸にも法から排除されるべき認識関心となりうることもある。

新しい時代は、法に対する認識の変化を要求している。認識関心の偏向性を克服し、裁判官の眞の法実践を支援する法概念に關する議論が必要である。筆者はこのような法概念論について、一般的に次のような基本立場を採るようになるだろうと考える。

第一に、法において概念は理念と連関させずしては論議することができないことである。法概念に関する理論のなかには、それが実践とどのように連関するのかに関する潜在的な図式が含まれている。この実践と連関した理論の部分がまさに概念の理念的な構成要素をなす。法とは何かという問いは、法原理と理想に関する討論、健全な代案に対する想像、社会成員が受け入れなければならない基本価値に関する議論の一部になるだけである。

法とは何かという概念に関する問いは、法とは何でなければならぬのかという理念に関する問いから完全に切り離すことはできない。というのは、法とは何かの問いは、法が命ずるものと道徳が命ずるものとの間に、法が命ずるものと正義が命ずるものとの間に、そして「存在する法」と「あるべき法」との間に連関関係があるのか、あるいは、ないのかをめぐる論争を通じてその内容が盛り込まれてきたためである。

このような法概念論は、必ず自然法論への回帰を意味すると解する必要はない。いわゆる「包容的法実証主義 (Inclusive Legal Positivism)」、<sup>(5)</sup>「ソフト法実証主義 (Soft Legal Positivism)」の名でもこのような法概念を受け入れることができるのである。これらソフト化した法実証主義によれば、法と道徳は必ず分離

しなければならぬといういわゆる「排除的法実証主義」はこれ以上堅持することができなくなる。周知のように、今日、成文憲法は一連の道徳的価値が含まれており、これが立法と法解釈の基準になっている。したがって、憲法で承認されている道徳原理を侵害する議会立法と裁判法は法ではありえない。道徳原理は、このように法の存在と内容を決定する根拠になる。このような「ソフト法実証主義」の主張は、実は「歴史的自然法論」と相通じる。「ソフト法実証主義」は道徳的原理が憲法によって法に編入されたためにそれが法の一部だとすれば、「歴史的自然法論」は道徳的原理には道徳的原理として不変の真理属性を有しているがゆえに、それは法の一部となるという主張を留保する。

第二に、法概念は、法の効力と密接に関連づけて論じなければならぬ問題である。法概念を追求することは、言語的明確性を図るための問題だけではなく、現実において満足しうる法的解決策を求める上でも、それを支援するものでなければならぬ。たとえば、法概念は立法者が望ましい法政策的な考慮に至る上でもそれに貢献しなければならぬ。そうかといって、その概念は、裁判官が彼の職務に合致した決定を下すときにも依存すべき概念でなければならない。そうならば、法概念の議

論においてわれわれは、法の誤用ないし法の歪曲の現実状況も考慮せざるを得ない。立法者がいつも最善の立法を行うことはない。否、むしろ最悪の立法を敢えて画策することもあるためである。このような極端な状況では、すなわち極端な不正義を内容とする規範については、その効力を認めることができず、それゆえに、法としての性格をまた剥奪するほかにない。もし、法があまりにも内容的に不当であれば、効力がなく、効力がなければ、法ではないというほかにない。裁判官に対してであれ、市民に対してであれ、法の名の下で理由もなく服従を要求する、いわゆる「判断の降伏」は受け入れることができない。ここで法の効力論は法概念の一要素をなしていることを知るようになる。

第三に、このように究極的に裁判官が事例に適用しなければならぬ規範を探索する上で、その参考となる法概念を導き出すためには、法概念のなかに「法原理」までも含めさせなければならぬことである。効力を法概念に関連づけて説明しなければならぬ理由が例外的な不法国家という状況が存在しうるためだとすれば、法概念のなかに「法原理」までも包含しなければならぬ根拠は、日常的な法治国家の状況でも「ハードケース」が存在しうるからである。このような法の欠缺の場合、法規が曖昧な場合あるいは曖昧でなかったとしても法規の解釈

をめぐって、意見の不一致が甚だしい場合には、原理に立脚して法を発見できるようにすることにより、そうでなければ引き起されるかも知れない法的な不確定性の状況がある程度、克服することができる。

裁判官が事例に適用する規範を探索することは、単純に事実を記述する問題ではない。裁判官は、記述的な態度で法に対するのではなく、規範的な態度で法に対するのである。彼は事例に法を適用することにより、ただ現象を解釈する者ではなく、法が実現しようとする目標と価値を極大化せよという命令の履行者となる。裁判官は、このような意味で実際に法規則とは構造的に違いのある法原理を厳然と適用している。今日、民主憲政国家でこの命令は、憲法理念を最大限に実現せよという要求として理解することができる。

第四に、法概念を獲得するためには、観察者の観点でなく参与者の観点を取らざるを得ないということである。早くから、分析法学の主張者が法を道德の一部と見た形而上学的自然法を拒否して、法学の固有の対象を定立しようとする科学的分析主義へと進んでいったのはよかつた。しかし、法科学は、ちょうど生物学者がシロアリ帝国の法則を記述するときのように、外部から観察する対象ではない。前の部分で法は認識関心にしたがつ

て、概念の幅が定まると述べたが、このとき認識関心の内在化がまさに参与者的観点に該当する。内在的な認識関心は大きく参与民主主義とも相通じる。すなわち、自由民主主義体制の下で法と法生活の意味を突きとめるのである。

参与者の観点は、何が正しい決定なのかに対する関心を表明する見方である。法概念を論じつつ、前で説明した三つの基本立場は、法とは何かを問う人が観察者ではなく参与者の立場にあるということ为前提としてこそ可能である。観察者の観点は、「ひとつの法体系内で何が命令あるいは禁止されているのか、何が許されているのか、また何に対して権限が付与されているのか」に関する議論に参与する人の立場をさす。参与者の観点に立つ代表的な集団が裁判官たちである。ほかの参与者たち、たとえば、法学者や弁護士もしくは法体系に関心のある市民は、特定の法体系の内容に対して、賛成したり、あるいは反対する議論をするとき、彼らは究極的に、もし裁判官が正しい決定をしようとする場合に裁判官はどのように決定しなければならぬのかに関心を置いているようだ。<sup>(8)</sup>ポスト分析法学の理論的な流れから現れた傾向のひとつが参与者的観点である。彼らは、大概、自由民主主義体制を前提として、そのなかで通用可能な法理論と法実践を模索する。

### Ⅲ. 裁判官の法実践を支援する法哲学

裁判官の実践的任務を念頭に置いて法哲学を展開した学者として、筆者はドイツのグスタフ・ラードブルフとアメリカのドナルド・ドゥーキン<sup>(9)</sup>を上げたい。彼らは、ふたり共すべて司法に力点を置いて、法哲学を展開した人々である。いうなれば、裁判官が親しむことができる自然法的な思维様式を開発した人々である。ひとりには「不法弁論」、そしてもうひとりには「原理弁論」という解釈的実践を通してそれが行われた。筆者はこのふたつの弁論が転換時代のアジア法従事者に様々な面で大きな影響力を及ぼしうると考えている。これらは、何よりも裁判官が社会変化に身を置いて法解釈を通じて勇氣をもつて、能動的に対処できるようにさせうると考える。筆者は、これらの弁論がとりわけ司法正義に対する期待値が高い東北アジア的な法感情と法文化によく適応することができると考えている。したがって、筆者自身の理論的な試みは次回の機会に譲って、以下ではこのふたつの思维モデルがわれわれに示唆するところについて、簡略に検討してみることにする。

「法治国家とは、毎食のご飯、飲む水、呼吸する空気のように<sup>(9)</sup>」といったラードブルフは、法治国家が墮落し、不法国家と

なつたとき、この誤つた過去を清算し、法を刷新させるつらい作業を果たして誰が担当しなければならぬかについて腐心した。彼の答えは、裁判所がこの課題を引き受けなければならぬというものであつた。法治国家を自浄する力は、裁判官に与えられている。

次のようなことを述べたドゥーキン<sup>9</sup>は、またどうであつたか。「法哲学と司法の確固たる区画線はない。裁判官の意見は法哲学のひとつ片鱗であり、たとえその哲学が隠蔽されており、引用と事実の羅列だけが論述の中心をなしているとしても、そうである。法哲学は、司法の総論部分であり、法に関するあらゆる決定の默示的な序幕である」<sup>(10)</sup>。彼はまた、裁判官の間での意見の不一致が深刻な「ハードケース」すなわち解決の難しい事案を前に置いて、裁判官はどのようにしなければならぬのかに腐心する。憲法理念や立法指針など法理念を裁判で適用可能な法原理の水準で具体化させる理論開発に努めた。彼は、裁判官の間での意見が行き違つたとしても、法的な問いに正答がありえないわけではないとする。裁判官はその正答を求め、法制度を最上の光で照明しなければならぬ使命を帯びていると見る。裁判官は、彼によれば法が実現しようとする目標と価値を極大化させるよう命令を受けた者である。こうして、彼は鉄

人王ではない鉄人裁判官、法解釈の複雑な構造をわれわれに示すための仮想の裁判官「ハキュレス (Hercules)」を法の王国Vの帝王として打ち立てた。

ラードブルフとドゥーキンから、筆者は裁判を通じた正義実現の要求が強い韓国の風土に合つた司法哲学を発見することができる<sup>11</sup>と考える。ラードブルフの「不法弁論」は、法治主義の信奉者であつた彼が例外的な不法国家的状況を念頭に置いて、裁判官に法刷新の勇気を与えるための理論であつたとすれば、ドゥーキンの「原理弁論」は、日常的な法治国家の下で解決の難しい事案に当たるようになったときに、裁判官が身を置くようになる不確実性の状況で裁判官の職業的確信を増大させてくれる理論である。

「不法弁論」の核心は、極度の不法を内容とした場合、その規範は法としての性格を具有することができないということである。「不法弁論」による制限を受けるようになるラードブルフの法概念は、法律の外観を帯びた不法に実際に直面するようになったときに有用な概念となりうる。もちろん、ラードブルフ公式に対する批判も多様に提起された<sup>(11)</sup>。しかし、批判のほとんどは実証主義的思考の硬直から現れたものである。いわゆる「排除的法実証主義」の偏狭な枠組みに囚われて柔軟性のある

思考を受け入れなかった結果である。現代社会が法の名である程度、耐え忍ばなければならぬ柔軟性は、法的安定性の敵ではない。韓国の憲政史は、柔軟性が法的安定性を害したのではなく、「法は法である」という方式の硬直性がむしろ法的安定性を害した例を無数に明らかにしている。

次に「原理弁論」について検討してみよう。少なくとも、ある程度、発展した法体系である場合、その法体系のなかには必ず法原理が含まれている。法体系のなかに必然的に原理が含まれているという事実は、法と道徳の間に最小限の連関関係があることを意味する。法体系を正しく把握するためには、ある程度、価値理論的な性向の模索を避けて通ることができない。そうでなければ、法体系のなかに厳然と含まれている原理の性格を十分に考察することができなくなる。規則が「確定的な命令」としての性格を備えれば、原理は「最善状態の命令」の性格を具有する。原理は「ある特定の内容がその法的および事実的可能性の下で最も高い程度に実現されるものを命令する規範である」<sup>(12)</sup>。

ドゥーキンが主張する原理に立脚した法解釈とは、立法と先例を無視しろという意味ではない。立法と判例に内在したより大きな正当化可能性を探索し、「内在的拡張」を試みる解釈を

すべきであるというものである。<sup>(13)</sup> 法により正義を実現しろという要請には、すべて同意するけれども、法が曖昧で、漠然とするとき、あるいはそうでなくても、解決が難しく頭の痛い事件で、法が真に述べているものが何であるかをめぐって、裁判官の間に意見の相違がありえる。このときドゥーキンは、司法正義を「条文どおり」「同意した」「契約した」および「慣行である」ような方式の硬直性に委ねず、制裁の最上の正当化根拠を探索し、忍耐力をもつて、条文あるいは慣行が奉仕する目的と原理に照らして、もう一度、批判的に省察することを勧めたのである。

最善の、あるいは最も健全な解釈から導かれる原理を規則と共に法概念の構成要素と捉えようとする試みに異議を提起する人もなくはない。彼らは次のように批判する。すなわち、相反する原理はいつも存在するものなので、原理理論に立脚して何ごとすべて根拠づけることができるために、原理を法体系の構成要素として受け入れるにせよ、受け入れないにせよ、結局、事件を前にした裁判官には、その違いがなくなることである。

しかし、ひとつの原理がほかの原理より優越するようになる条件は論証可能である。ひとつの優越条件に相応する原理は、

法的効果をもたらすようになる。そして、刑量の法則があらゆる事件でひとつの正答を導出するという方式で決定を引き出すことができなかつたとしても、合理的な論証構造を提示してくれることは間違いない。<sup>(14)</sup> 原理モデルは、すべての事件で決定的な確定力を確保できなかったとしても、少なくとも論証の負担がどこにあるのかを決定することはできるのである。

立法者には、法律全体が道徳的に一貫性を具備するように要求されているとすれば、裁判官は原理的な一貫性にもとづくことが要請される。一貫性のある原理の枠組みは、法共同体の最上の価値である。というのは、裁判官は、結局どんな決定がより賢明であるのか、あるいは、公正で民主的であるのか、共同体により奉仕するののかという関心にもとづいて、決めなければならないためである。

ドゥーキンが法解釈の複雑な構造を示すためには、仮定の裁判官は、現在の裁判官より反省的であり、自意識の強い裁判官であるに違いない。ただし、解釈を通じて原理の調和のある並存を企てることができる裁判官は、知的にも人格的にも超人的な人物だと見なければならぬのか。あるいは、政治的・道徳的原理を交差させる複雑な行列にしたがって、多様な競争的解釈の枠組みを構成し、試験しようとする裁判官は、想像のなか

にだけ存在する人物と見なければならぬのか。自分の目の前にある決定に全力を傾ける者として判決の開かれた構造を示そうと努め、いつも研究と批判に心を開いておく、こうした裁判官は、市民が日常の法生活で実際に会おうことを願う、まさにその裁判官であるに違いない。

(1) 抽象的で漠然とした超法規的権利概念である抵抗権を認めなかつた判例としては、大法院一九七五年四月八日宣告、七四ド三三三三判決と大法院一九八〇年五月二〇日宣告八〇ド三〇六判決を参照。一方、当時弁護士たちは、抵抗権概念について活発に意見を陳述した。維新政権が崩壊した直後、一九八〇年「ソウルの春」の当時、熟していた改憲論議でも学界一部と社会団体側では改正憲法に抵抗権条項を挿入しようという主張が提起されたことがある。

(2) 一九九〇年八月に「光州民主化運動関連者補償等に関する法律」、一九九五年二月に「五・一八民主化運動に関する特別法」がそれぞれ制定された。このような法にもとづき一九七九年一二・一二事件と一九八〇年五一八事件を前後に発生した憲政秩序破壊の犯罪行為に対して、一九九三年二月二四日まででは国家訴追権の行使に障害事由が存在したものと見て、その期間の間、公訴時



効が停止した。また、五・一八民主化運動と関連した行為または憲政秩序破壊行為を阻止あるいは反対した行為に対して有罪判決を受けた者について、刑事訴訟法上の再審規定にもかかわらず特別再審を請求することができようになつた。

(3) Roger Cotterell, *The Sociology of Law. An Introduction*, Butterworths, 1984, p.317 以下参照。

(4) これについては、姜慶善「憲法認識の展開と拡大―主権と人権の変化を中心に―」『憲法規範と憲法現実』権寧星教授停年紀念論文集(法文社、一九九九)七八五頁以下を参照。

(5) 「包容的法実証主義」という名称は、W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, 1994 に出ている。これについてはシン・ホンソップ「権威に対して―排除的法実証主義から包容的法実証主義へ」法学第三九卷第二号(ソウル大学校法学研究所、一九九八)一一一頁以下を参照。

(6) これについては、H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1994, p.250 参照。

(7) R.Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzip", in: *Rechtstheorie*, 1979, p.59 以下参照。

(8) R.Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, 1992, p.47.

(9) Gustav Radbruch, *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über grundlegendes Recht*, Göttingen, 1957.

(10) Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.90.

(11) これについては、朴恩正「司法的実践と法概念」法学研究第三卷第一号(韓国法哲学会、二〇〇〇)六五頁参照。

(12) ロバート・アレックシー「法体系と実践理性」法哲学と社会哲学第三集(法および社会哲学韓国学会、一九九三)九〇頁。

(13) たとえば、裁判官は両方の当事者に平等な陳述機会を与えなければならないという規定には、すべてが同意するであろう。ただし、この条文が、もし一方の当事者に比べて、他方の当事者の主張がより複雑であったり、多くの証人が必要とする場合にも、同一の時間を与えなければならないとの意味なのかについては、意見の食い違いがあり得る。このときは、両当事者のすべてを聞かなければならないという条文から、さらに進んで、困難な状況にある側の当事者により多くの時間を与えなければならないという「内在的拡張」に至るようにしなければならぬ。

(14) ロバート・アレックシー・前掲注(12) 一〇一頁。