



Title	報告Ⅰ 韓国法哲学の現状と課題－韓国における法実証主義と自然法論の問題をめぐって－
Author(s)	金, 哲洙; Kim, Tscholsu
Citation	北大法学論集, 41(4), 121-141
Issue Date	1991-03-28
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16785">https://hdl.handle.net/2115/16785</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(4)_p121-141.pdf



報告 I

韓国法哲学の現状と課題

—— 韓国における法実証主義と自然法論の問題をめぐって ——

金 哲 洙

一、法実証主義と自然法論の対立の問題史

(一) 韓国における法実証主義と自然法論の研究状況

韓国の法学部には、専任の法哲学教授がいなくとも多いので、韓国の法哲学会は現在五〇名位の学者が加入して、年一回発表会を催している。韓国でも I V R 韓国支部が結成されて会員は八〇名位で、年に三、四回発表会を開いている。I V R 韓国支部は今年春、I V R の President である T a y 御夫妻を御招きして会合をもった。韓国支部会長は徐

燉珺博士で、現在韓国の學術院会長をしている。I V R 韓国支部は徐会長の名を記念して記念論文集『東西の法哲学と社会哲学』を刊行した。<sup>(3)</sup> この論文集には三六編の論文が掲載されている。海外の教授が一一編の論文を送ってくれ、韓国の教授が二五編の論文を書いている。この論文集は、第一部「法哲学と法文化」、第二部「法の本質と理念」、第三部「現代法哲学の傾向」、第四部「東洋文化と法哲学」、第五部「社会問題と社会哲学」、第六部「実定法の法哲学的接近」により構成されている。

この論文構成をみてもわかるように、韓国の学者の関心事は広い分野にわたっている。その中でも法実証主義と自然法論に関心が深いのを発見することができる。朴恩正教授は、Hobbes の自然法哲学を論じているし、<sup>(4)</sup> 徐元宇教授は財産権保障の現代的意義を論じているが、<sup>(5)</sup> 自然法論と法実証主義を代表しているような論文である。

韓国で法実証主義と自然法論が活発に論議されているのはドイツ学界の多大な影響によるものである。Radbruch の自然法論への傾斜が第二次大戦後の韓国でも関心事であり、Radbruch の法哲学が韓国に強い影響を与えた。日帝による併合以前はアメリカ的な自然法論が流行したが、日帝による併合後はドイツの法実証主義（特にカール・シュミットの）が流行した。解放後、日帝の法体制が違法な実定法だったので、ドイツの Gesetzliches Unrecht を主張した Radbruch の自然法論が韓国の学者に与えた影響は大きかったのである。五〇年代から六〇年代にわたってドイツで勉強した法学者達は大部分自然法論者であった。<sup>(6)</sup> しかし七〇年代とか八〇年代にアメリカで勉強した人の中には法実証主義者が多くなってきた。<sup>(7)</sup>

## (二) 法曹界と立法分野における法実証主義の支配

法学界では自然法論が活発に論議されたけれども、法曹界では日帝の時代と同じように法実証主義が支配的であった。

その理由は建国当時の判事や検事、弁護士が日帝の司法試験の合格者であり、日帝に忠実な反民族行為をしたものが大部分であったからである。後の自然法論により遡及的に親日行為が罰せられるかも知れないと思った彼等は法実証主義の妥当性を強調し、日帝の法律により同族の弾圧をしたのも罪ではないと強弁した。国民は反民族主義者の処罰を望んだので、国会は反民族行為者処罰法を制定したが反対者によりその施行が阻止された。

一九四八年の憲法はヴァイマル憲法の影響を受けて基本的人権を法律の留保下に保障した。例えば、「すべての国民は法律に依らざれば、言論、出版、集会、結社の自由を制限されない」(第一三条)としていたし、「国民の自由と批判を制限する法律の制定は秩序の維持と公共福利のために必要な場合に限り」(第二八条二項)と規定していた。これらの憲法規定も自然法論的に解釈することができるものであったが、李承晩政権時代の立法院とか司法部、行政府は法律万能的に解釈して違憲的な法律の存在を認めなかった。

一九六〇年の四・一九学生革命によって李承晩体制が崩れ、一九六〇年六月一五日の第二共和国憲法は法律留保を削り、「すべての国民は言論・出版の自由と集会・結社の自由を制限されない」(第一三条)、「国民のすべての自由と権利は秩序維持と公共福利のために重要な場合に限り法律により制限することができる。但しその制限は自由と権利の本質的な内容を毀損してはならないし、言論・出版に対する許可を規定することはできない」(第二八条)と変った。これは自由と権利が憲法前的なものと解し、その本質的内容は法律でもってしても制限することができないと謳ったもので、ボン基本法をまねた自然的な規定であった。

それが一九六一年五・一六軍事クーデターにより「基本的人権は革命課業遂行に支障がない場合に限り保障される」と変わり、人権抑圧的な法律や命令が量産された。これらの法や命令に対しては違憲審査も許されなかった。その時の代表的な悪法は反共法とか国家保安法であった。反共法は反共を国是とする革命政府が言論・出版の自由を制限したも

ので、言論・出版・集会・結社の自由を規定した憲法に合致するには遠いものであった。一九六三年の第三共和国憲法は第二共和国憲法と同じく言論・出版の自由を規定したが、反共法が憲法に違反するという主張に対して大法院は合憲であると判決した。<sup>9)</sup>

一九七二年の維新憲法は法実証主義的な国家万能的な憲法であり、国民の基本的な人権は法律により制限することができるばかりでなく、緊急措置によっても事前的に制限することができるようになり、国民の基本的な人権はひどく制限された。その反発で第五共和国憲法や第六共和国憲法は自然権的な人権条項を規定している。

### (三) 憲法の人権規定の変遷と憲法改正

憲法の人権理念も時により変遷した。一九四八年以後李承晩大統領時代の憲法は実定法万能的であり、緊急命令でも人権を制限することができるようになっていた。一九五〇年六・二五朝鮮戦争の最中には緊急命令による統治が行なわれ、国民の人権はよく保障されなかった。令状の無い逮捕等が行なわれたし、自白の強制・拷問等が茶飯事に行なわれた。権力分立制が否定され、大統領の独裁が行なわれた。

第二共和制にはいつて学生達や国民の抵抗権の行使により、国民の人権が自然権として認定されたし、立法や判例も憲法に違反する法律の改正や廃止を促した。ドイツ憲法にならって基本権の本質的内容は法律でもってしても制限できないと規定したし、憲法違反の法律を無効化するために憲法裁判所制をとった。司法院も悪名高い軽犯罪法や道路交通法を言論・出版・集会・結社の自由の制限のために濫用することができないように制限判決をした。

それが軍事クーデターにより憲法裁判所制が廃止され、立憲主義が廃棄された。軍人達は日帝時代の軍人と同じく「法律は法律、命令は命令」というスローガンの下、政府権力を濫用し専制国家を造り上げた。それでも人民の消極的抗争

により一九六三年の第三共和国憲法は人権を自然権と解釈することができるよう規定した。だが実際の運用は全く反対であつて、法実証主義的な解釈が支配し、法律万能的な統治が行なわれた。非立憲主義・専制政治の絶頂は一九七二年以降の維新憲法時代であつた。<sup>10)</sup> 朴正熙大統領は全ての国家権力を大統領個人に集中して専制君主として君臨した。統一主体国民会議という一種の国政翼賛会で大統領を選挙し、大統領は実質的に国会議員の三分の一を任命し、あらゆる司法官を任命し、国務総理とあらゆる行政官を任命し、国会議員を一挙に罷免することができるよう国会解散権もにぎつていた。法律に対する違憲審査制は実質的に廃止され、大統領の一声で法律が制定されるようになった。その結果、数多い違憲的な法律が制定されたけれども司法府は法律の違憲審査を行なわなかつた。朴正熙大統領の時代には法律の違憲性を争う弁護士も少なかつたし、実質的な王朝的専制主義が支配した。

その反作用で第五共和国憲法は、国民の希望によつて、人権を自然権と解釈するように規定したが、違憲立法審査権が整備されなかつたし、司法府も司法消極的な解釈をして立憲主義は発達しなかつた。<sup>11)</sup> 第六共和国憲法はドイツ的な憲法裁判所制を導入し、憲法に違反する法律の無効宣言を認めている。憲法の人権制定も自然権的に制定されている。<sup>12)</sup>

韓国憲法の人権規定は、実定権―自然権―実定権―自然権という循環をたどつてきた。それは、独裁的な統治者は人権の超国家的性を認めず実定権として国家により保障制限するのが当然と考え、また、独裁者の退場後は、国民によつて人権が前国家的なものと考えられた結果である。

#### (四) 憲法の人権規定と実際の適用の問題

憲法はこのように循環的になつたけれども、行政法学者は憲法は変わつても行政法は残ると考えるし、刑法学者は、罪刑法定主義によつて、法律が改正されるまでは憲法に違反する法律も適用されなければならないと考えている。このよ

演 講  
うな実定法万能の法律論がはやっているのが韓国の問題である。権利は法律で保護される利益であるという民法学者の権利解釈では、憲法がいくら人権を規定していても、法律がそれを詳しく規定していなければ権利ではないという論理が成立すると考えている。

もう少し進歩的な憲法学者は、憲法も法律の一種であるから、憲法の明文で規定されている人権は権利であるが、明文の規定のない人権は権利でないと考えている。法曹界では未だ憲法は政治的綱領で立法方針規定であるので、裁判規範ではないという法実証主義的な見解が支配している。このような状況が果して正常な憲法解釈であるかが問題である。

- (1) 法学部は約四五位である。
- (2) 彼は I V R の Executive Member でもある。
- (3) 法哲学及社会哲学韓国学界編、『東西の法哲学と社会哲学』(法文社、一九九〇)
- (4) 梨花女子大学副教授、著書に『自然法論』(民法社、一九八七)がある。
- (5) ソウル大教授、著書に『現代行政法論(上)』(博英社、一九八〇)がある。
- (6) Radbruch に関して Doktor の Dissertation を書いた人も三人いた。Zong Uk Tjong, Ji Su Kim, Jae Woo Shin.
- (7) America の批判法哲学 (Critical Legal Studies) の学説も紹介される。
- (8) 詳細は金哲洙「韓国憲法の制定と改正経過小考」尹龍澤訳、『アジア研究』、第五号、金哲洙「外国憲法が韓国憲法におよぼした影響」、『自治研究』、参照。
- (9) 韓国語文献は金哲洙『韓国憲法史』(大学出版社、一九八八)参照。
- (10) 維新憲法については金哲洙『憲法学概論』一九七三、韓泰淵・葛奉根、『韓国憲法論』(洋版出版社、一九七五)。
- (11) 第五共和国憲法については、金哲洙『新憲法学概論』、一九八一年、参照。

(12) 詳細は金哲洙「韓国法の過去・現在・未来」、『法学セミナー』、一九九〇・九。丘秉朔「運用に期待がかかる韓国憲法」、『法学セミナー』、一九九〇・九。丘秉朔「韓国第六共和国憲法の特徴」、『亜細亜法学』、二三卷第一号。金哲洙「憲法学概論」、一九八八年、参照。

## 二、現行憲法における解釈論の問題状況

### (一) 現行憲法の成立と人権規定の理念

現行憲法は一九八七年政権交替のため国民の合意により制定されたものである。現行憲法の基本権条項は今までの憲法中で一番詳細で新しい基本的人権を多数規定している。その中でも国民の私生活の秘密と自由環境権、快適な住居生活をする権利、女子、老人、青少年、身体障害者等の福祉への権利、男女雇用平等、正当な賃金への権利、犯罪被害者の被害補償請求権、生涯教育への権利、国家有功者、傷痍軍警等の優先的就労権、保健権、大学の自律性保障などが特徴的である。今までの憲法では身体の自由の保障が不充分であったために身体と自由の保障のための規定もより詳細になった。

だがいまだに法律の留保下にある人権も相当ある。財産権の内容と限界の法律主義、通信・放送の施設規準と新聞の機能保障のための制度の法律主義、正当な損失保障と正当な損害保障の法律主義。法律の定める請願権、法律の定める選挙権、公務担当権、国家救助請求権、教育を受ける権利、勤労者の最低賃金請求権、勤労条件の規準の法律主義。国家有功者等の優先的就労権、公務員勤労者の労働三権、生活保護請求権、環境権の内容と行使等が法律留保下にある。法律の留保が形成への留保であるか制限への留保であるかは問題であるが、一般的には形成への留保だと理解されてい

## (二) 憲法に規定されていない基本権の認定問題

平和的生存権とか知る権利とか抵抗権等については憲法に明文の規定がないので、これらの新しい基本権が憲法上認められているのかについて論争がある。法実証主義者は、基本的人権は法律で保障するものであるから、法律の規定がない場合には基本的人権として保障されないと主張する。自然権論者は基本的人権は国家以前、憲法以前の権利であるから、憲法に規定されていなくとも基本的人権として認められていると主張する。

憲法に「規定のない基本的人権も軽視されない」との明文規定があるので、一般的には憲法の明文規定が無い新しい人権も保障されていると考えられている。だがその論拠は憲法のどの条文の解釈にあるかが問題となっている。

法実証主義者は、憲法第三十七条一項「国民の自由と権利は憲法に列挙されていないとの理由で軽視されない」という条項が憲法に列挙されていない基本的人権の保障規定であるといっている。法実証主義者の解釈は、憲法の規定は権利創設的な規定であり、憲法に規定の無い人権は保障されないのが原則であるが、憲法第三十七条一項が例外的に憲法に列挙されていない基本的人権を創設し保障していると解釈・主張している。法実証主義者はこの規定から創設された人権を「列挙されていない基本的人権」だと命名している。

自然法論者は、この法実証主義者の主張は間違っていると主張する。基本的人権は前国家的なものであり、憲法制定以前からあるものであり、憲法がこれを確認し保障する義務を国家に与えていると主張する。その根拠に韓国憲法の第一〇条をあげている。韓国憲法第一〇条は「すべての国民は人間としての尊厳と価値を有し、幸福を追求する権利をもつ。国家は個人がもっている不可侵の基本的人権を確認し、それを保障する義務を負う」と規定している。これは、文

理的に解釈したら、自然権規定だということがすぐわかる。

また第三七条一項は、文理的に解釈したら、注意的規定であり権利創設的な規定でないことが明白である。また第三七条二項が基本的人権を法律により「制限する場合にも自由と権利の本質的内容は侵害することができない」と制限しているのも、自然権が法律以前のものであることを確認しているものであると主張する。

(三) 私 見

この論争は法哲学的な世界観や憲法観、国家観の相違からくるものである。韓国憲法の文理的解釈によつたら、自然法論的な解釈になるのに、法実証主義者が論理的に解釈する必要があるかが疑問である。法実証主義者は権利の宣言だけでは権利が創設されないとし、法律が具体的な内容を確定し法律により行使方法を規定しなければならぬといっている。憲法の規定は立法方針規定であり、法律で具体化されない以上、権利ではないという。特に生存権の基本権(社会的の基本権)は法律で具体化しない以上権利ではないと論理解釈している。

法実証主義者は憲法の解釈は文理解釈で可能な時は文理解釈で始め、終るべきだとの Theodor Maunz の解釈原理に反している。憲法の解釈は憲法制定権者の明示的意思に反してはならない。韓国憲法の制定権者である国民は今までの人権侵害現象に反発して明確に自然権的に憲法を改正し第一〇条を規定しているので、文理解釈や主観的解釈にしたがって自然権的に解釈するべきである。論理的に歴史的に見ても、基本的人権は国家以前、憲法以前の権利である。前国家的な基本的人権を保障するために憲法で国家を造り、国家権力の担当機関を創造し基本的人権を守るように義務を負わせたものである。

基本的人権も絶対的なものではない。基本的人権の濫用により他人の基本的人権が侵害されたり、基本的人権の保障

演 機関である国家自体が崩壊されてはならないので基本的人権も自然な限界があるといわなければならない。韓国憲法はそれを第三七条で明白に規定している。「国民のすべての自由と権利は国家安全保障、秩序維持または公共福利のために必要な場合に限って法律により制限することができるが、制限する場合にも自由と権利の本質的内容は侵害することができない」。

この規定により国民のすべての自由と権利は法律で制限することができるのかといえば、そうではない。本質的内容だけでありたっている基本的人権は、法律でも制限されない絶対的基本権である。絶対的基本権には良心の自由・思想の自由・学問研究の自由・信仰の自由等内心の自由がある。これらの内心の自由は国家安全保障・秩序維持・公共福利のためにも制限することができない。基本的人権の本質的内容は、許可のない言論・出版・集会・結社・居住移転・財産の売買等を包含するから、居住移転の許可制とか言論・出版・集会・結社の許可制は違憲である。死刑も生命権の本質的内容を侵害するもので違憲である。

### 三、基本的人権の体系

#### (一) 包括的人権か個別的人権か

法実証主義者は基本的人権は個別的な保障であると考えている。この論拠は、基本権は法律で保障されているのであるから、個別法律で保障される基本権を総括的に包括することはできないと考えている。法実証主義者は自然法論は絶対君主制に反対する抗議的性格をもっていたが、国民主権国家ではその抗議的性格は必要で無くなったといっている。一步譲っても、自由は前国家的だといえども自由権は国家内的なものであるという。法実証主義者は基本的人権は対国

家的効力しかもっていないという。

自然法論者は国民の基本権は人間としてもつ権利であり、それは包括的なものであり、法律で保障する個別的の基本権の総合ではなく、はじめから総合的人権から個別的人権が派生すると考えている。それであるから憲法に規定されていない基本権も当然に包括的基本権からひきだされるものであるという。憲法が基本的人権を個別的に規定しているのは個別的人権の例示であり、それは列挙ではないという。憲法が個別的人権を規定しているのは前国家的な人権を確認するものであって、人権を新たに賦与するものではないといっている。

韓国憲法はどのような態度をとっているかといえば自然法論に立脚して人権を規定している。その代表的規定は前にあげた憲法第一〇条と第三七条一項の規定である。自然法論者は憲法第一〇条の規定が包括的人権の規定であり主基本権を規定していると主張している。法実証主義者は憲法第一〇条は人権宣言のマニフェストのみであり、そこから基本的人権はでてこないという。憲法第一〇条の解釈で折衷論をとっている学者は、第一〇条前文の「すべての国民は人間としての尊厳と価値を有し」は宣言的な規定であり、基本的人権ではないといい、「幸福を追求する権利をもつ」という規定だけが幸福追求権を規定していると主張する。この論者は知らず知らずのうちに法実証主義に傾斜しているといえる。憲法の正文が権利をもつという時にしか権利性がないというのは、文理解釈に忠実なようにみえるが、もしそのような文理解釈にこだわったら、「国民は…の自由をもつ」という場合にも、自由はもつが権利はもたないという奇妙な解釈をする結果になるであろう。

私の見解は、憲法第一〇条の前文が「人間の尊厳と価値権・幸福追求権」を憲法が確認しているし、それが自然権である包括的な基本権全部を指摘していると考える。後文がこれをうけて「国家は個人がもっている不可侵の基本的人権を確認しそれを保障する義務を負う」といっている。この後文は「個人がもっている不可侵の基本的人権を確認し」と

いつているから、前国家的な不可侵・不可讓の基本的人權を確認しているのである。この自然法的な基本的人權の確認の後、憲法は國家にそれを保障する義務を負わせていると考える。法実証主義者はこの憲法第一〇条は立法方針規定であるので、強制規範ではないといっている。だが支配的学説や判例は憲法第一〇条の裁判規範性を認めており、憲法裁判による強制可能性を認定している。

## (二) 主基本権と派生的基本権の関係

憲法の基本権規定にも上下の位階があるかが問題である。法実証主義者は憲法の条項はみんな同じ効力をもっていて、何等の位階もないといっている。自然法論者は憲法の規定にも上下の段階があるとみて、上位の規定に違反する下位の憲法規範は無効であると主張している。韓国の憲法は万民平等の原則を規定しながら、軍人、軍務員、警察公務員等の國家賠償請求権を剝奪している(憲法第二九条二項)。もとは軍人、軍務員等の國家賠償請求権の剝奪は國家賠償法で規定されていた。それが裁判所で平等権に違反すると判決されたために、朴正熙大統領は維新憲法を作り、その時にこの条項を憲法に格上げしたのであった。法実証主義者達は憲法規範間には上下の位階がないために合憲であると主張するし、裁判所もこの見解に立っている。自然法論者は憲法の平等規定は憲法核であり、國家賠償権の制限を規定したのは憲法核であるから、この条項は「憲法核に違反する憲法律」であって無効だと主張する。

憲法核と憲法律の区分は自然法論者の主張である。憲法第一〇条の基本的人權尊重規定と第一一条の平等規定等が憲法核的な規定であると考えられている。自然権論者によれば、憲法核である憲法第一〇条は憲法の根本規範であり、これに違反する憲法条項は効力がないといえる。憲法第一〇条は包括的な基本的人權全般を規定しそれ以後の基本権規定は包括的な基本的人權から派生する個別的基本権を例示していると考えている。

私の見解では、憲法第一〇条が包括的な基本的人権一般を規定し、以下の人権条項はこれを詳細化し例示していると考えられる。憲法第一〇条の人間の尊厳と価値・幸福追求権はドイツ基本法第一条の人間の尊厳と日本国憲法第一三条の幸福追求権を総合したものを規定しているのである。ドイツ基本法の「人間の尊厳は不可侵である」という解釈でも、これを基本権自体ではなく基本権の理念的出発点であるという見解もあるし、日本国憲法第一三条も人権宣言の一般原理だと考える人もある。だが多数説はこれを人権保障規定だとして、一般的人権、包括的人権を保障していると主張している。

韓国憲法的第一〇条は一般的人権全般を包括的に宣言しているもので、これは主基本権Ⅱ母基本権といえる。<sup>①</sup>この主基本権Ⅱ母基本権から派生的な個別的な基本権Ⅱ子基本権が生じてくると考える。この主基本権はあらゆる基本権を包括しているが抽象的であり、個別的な基本権はより具体的であるといえることができる。

主基本権は主人格権、主平等権、主自由権、主生存権、主請求権、主参政権を包括している。主人格権、主平等権、主自由権、主生存権、主請求権、主参政権も個別的な人格権、個別的平等権、個別的自由権、個別的生存権、個別的請求権、個別的参政権に分化する。憲法適用でははじめに個別的な基本権を適用し、個別的な子基本権の規定が無い場合には主人格権、主平等権等の規定を適用し、その規定からも特別な子基本権が論拠されない場合には、憲法第一〇条の主基本権を適用すべきである。

例えば、夜間通行の自由権があるかどうかの問題になる時には、はじめ居住移転の自由に該当するかを検討する。居住移転の自由ではないのが明白だから子基本権として列挙されていない基本権であるが、憲法上保障されているのはわかる。それが私生活の秘密、自由ではないこともわかる。それは身体活動の自由ではあるが、身体の自由自体ではない。それで夜間通行の自由権は身体活動等一般的移動自由権、即ち主自由権であるといえる。だが韓国憲法は一般的移動自

由権は規定していないので、主基本権の幸福追求権からこれを引き出すのがよいだろうと思う。

生命権も同じである。生命権は生存権とは違い、自由権とも違う。日本やドイツの憲法には明文の規定があるが、韓国の憲法には明文の規定がない。その時に主基本権である人間の尊厳と価値・幸福追求権に生命権の根拠をさがすのである。一般的人格権も韓国憲法には規定されていない。この一般的人格権は自由権でもなく生存権でもない、その根拠は人間の尊厳、価値権と幸福追求権からさがす他はない。このように、人間の尊厳と価値・幸福追求権はあらゆる基本的人権の本源であるが、憲法の適用時には最終的に適用するのが妥当であるといえよう。もちろん国家権力がある個別的基本権を侵害している時は憲法第一〇条の基本的人権を同時に侵害しているといえる。自然法論的にみたらあらゆる人権の侵害は主基本権の侵害であり、憲法第一〇条の侵害であるが、憲法の適用では便宜上個別的基本権規定の違反であるかを先決的にみるのも一方法である。

### (三) 主基本権と新しい基本権

人間の尊厳と価値・幸福追求権は広義にみれば主基本権であり、あらゆる人権を包摂している。それは平等権とか自由権とか生存権とか請求権とか参政権の源泉である。だがこれを狭義にみれば憲法に規定のない一般的人格権Ⅱ主人格権と一般的行動自由権Ⅱ主自由権と生命権の直接的源泉であるといえる。また抵抗権とか平和的生存権とか学習権の根拠であるといえよう。

人間の尊厳と価値観は一般的には生命権と一般的人格権等に分離することができるし、幸福追求権は一般的行動自由権とか幸福追求権Ⅱ主生存権等に分離することができる。だが、この分離は便宜的なものであり、本質的には人間の尊厳と価値・幸福追求権は一体的である。韓国では生命権に関する明文の規定はないしそのかわり死刑という単語が憲法

に言及されている。そこで、法実証主義者は死刑は罪刑法定主義により法律で規定しているから合憲だといっている。自然法論者は生命権は人間の基本権の中でも一番重要なものであり、憲法第一〇条の人間の尊厳と価値に内包されていると主張する。生命権を肯定する以上、法律でもっともその本質的内容は侵害することができないようになっていかに死刑は憲法違反だといっている。

一般的人格権も憲法には明文の規定がない。一般的人格権は主人格権ともいえるもので人格形成権、人格維持権、人格表現権からなっている。そのうち良心の自由とか学問の自由、宗教の自由等は個別的の基本権として特別に保障されているから、憲法第一〇条からは知る権利、聴く権利、学習する権利、読む権利等の人格形成権をひきだすようにしよう。知る権利はドイツや日本では情報への自由として表現の自由からひきだしているが、これは単純な自由権ではないので、憲法第一〇条から直接に抽出するのがより論理的である。人格維持権の一つとして情報に対する自己決定権 (*das informationelle Selbstbestimmungsrecht*) がある。この権利は自分の情報を *computer* の記録に入れるべきかを決定する権利と *computer* に入力された資料を閲覧し、その資料の訂正を要求する権利であって、自由権である私生活の秘密以上のものである。それから名誉権、姓名権、肖像権等も一般的人格維持権の内容である。人格の表現権は表現の自由として特別に規定されている。

平和的生存権は平和状態で平和に生きる権利である。これは今までの生存権とはその性質が違う。人間として戦争の恐怖から解放されて平和に生きる権利である。韓国憲法には明文の規定はないが、これも主基本権である人間の尊厳と価値・幸福追求権の内容であることは明らかである。韓国憲法は平和的統一条件と侵略戦争の禁止条件により制度的に保障されているが、この権利自体は憲法第一〇条により保障されている自然権であるとみるべきである。

抵抗権は、革命権と同じく韓国憲法に明文の規定がない。だが抵抗権と革命権は国民主権主義により国民に留保され

ている。国民の権利である抵抗権の根拠も憲法第一〇条にある。一般的行動自由権は当然のものとして規定されていないが、それは幸福追求権の一内容として受容されている。主生存権は文化的生存をする権利であるが、これも当然幸福追求権の中に包含されるが、韓国憲法には明文の規定がある。衣食住の権利に対しても物質的な生存権として把握されなければならない。韓国憲法は環境権について規定しているし、快適な住居環境についても規定している。だが快適な住居環境から人間にふさわしい住宅を受ける権利があるかが問題になるだろう。もし快適な住居環境権の規定が無い場合には、幸福追求権からこれをひきだすことができるといえよう。法実証主義者はこのような解釈を批判し、権利概念を曖昧模糊たるものにするものであると反対しているが、韓国憲法の解釈論でも充分可能な理論である。自然法論的にみれば、自然権は一体であり、それを分化して憲法に例示したものが自体が問題であるが、今までの歴史的経験により実定憲法的保障も必要なので例示したのであるといえよう。韓国憲法のように改正が多いときには新しい人権を憲法に例示することが可能であるが、日本国憲法のように改正の難しい憲法では自然法的な法解釈が必要であるといえよう。新しい基本的人権は生成する自然法の内容であるといえる。

(1) 詳細は、鈴木敬夫「人間の尊厳と抵抗権——韓国法哲学・憲法学の一側面——」、札幌商科大学『論集』、第二五号(人文・商経合併編)一九八一、一四七頁参照。

(2) 詳細は、金哲洙「抵抗権小考」、ソウル大学校『法学』、一九八〇。鈴木敬夫編訳『現代韓国の基本権論』(成文堂一九八五)、九五頁以下参照。

#### 四、憲法裁判所による憲法解釈と憲法保障

##### (一) 憲法裁判制度の意義と導入

法実証主義者は立法権の優越を唱えて法律の憲法違反性審査を否定している。だが Kelsen は法秩序の段階構造を唱え、憲法の最高法規性を強調し、憲法下の法律であるべきだとして法律の違憲審査を主張し、オーストリアの憲法制定にあたって憲法裁判所制を導入し、法律の違憲審査を行うようにした。自然法論者は実定法の上位にある自然法の最高法規性を強調し憲法律や法律の自然法違反を判決する機構の導入を主張した。現代の憲法核は大部分自然法を実定法化しているのので、違憲審査の基準には憲法核が重要な役割を果しているし、もし憲法核に自然法が規定されていない場合には、自然法を基準とするべきだと主張している。

韓国でも法実証主義者により法律の違憲審査が主張されたが、その基準は実定憲法だけだと唱えられた。だが自然法論者は法律の自然法違反も判断すべきであるし、自然法違反の法律の無効を宣言すべきだと主張している。

韓国に憲法裁判所が初めて導入されたのは一九六〇年の第二共和国憲法時代で、ドイツ基本法の影響が強かった。憲法裁判所はドイツ基本法の自然権論的な解釈学者により導入されたものであるが、一九六一年の軍事政権により発足も見ずに廃止されてしまった。それは革命立法の違憲性を争うことができないようにしようとした法実証主義者の発想であった。

一九六三年の第三共和国憲法はアメリカ型の司法審査制をとったが、司法消極主義のために違憲判決はほとんどなかった。一九七一年二件の法律条項に対して憲法違反の宣告がでたことに端を発して、有名な司法反動がはじまった。大統領と行政府は司法府の違憲判決に激怒し、司法府の権限を縮小するように努力した。その結果、一九七二年の維新

憲法は司法府の違憲法律審査権を奪つてしまつた。その後の一五年間、一件の法律の違憲審査もなかつた。

それで一九七七年の新しい憲法の制定時に憲法裁判所を新設するように憲法学者が主張して憲法に導入することができた。だがこの憲法裁判所はドイツの憲法裁判所と違つて抽象的規範審査ができないのが特色である。一般裁判所の裁判官が裁判途中で当事者の申請によるか職権により適用すべき法律の違憲審査を憲法裁判所に提請すれば、憲法裁判所はこの法律の違憲か否かを決定することができるようになってゐる。これはドイツの具体的規範審査と同じである。

一九八七年の第六共和国憲法裁判所の特色は憲法訴訟制度の採択である。韓国の憲法裁判所法は「公権力の行使又は不行使に因り憲法上保障されている基本権を侵害された者は裁判所の裁判を除外して憲法裁判所に憲法訴訟願審査を請求することができる。但し、他の法律に救済手続がある場合にはその手続をすべて經由した後でなければ請求することができない」(第六八条一項)と規定してゐる。これは国民の基本的人權の最後の保障者としての憲法裁判所の権限を規定してゐるものである。ドイツ憲法裁判所と違ふのは、違憲法律審査型憲法訴訟願である。当事者が訴訟途中裁判官に適用法律の違憲審査の提請を申請する時、当該裁判官はそれを却下することができるが、その却下決定に対して当事者は憲法訴訟願を出すことができるようになってゐる(第六八条二項)。これは裁判所の裁判が憲法裁判所への訴訟対象にならないという原則の例外だといえよう。

## (二) 憲法裁判所の構成と適用

憲法裁判所は九名の裁判官からなつてゐる。憲法裁判所の所長と五名の裁判官は常任であるが三名は非常任で弁護士を兼業してゐる。憲法裁判所長は国会の同意により大統領が任命し、他二名の裁判官を大統領が任命する。その他の三名は国会で選挙し、三名は大法院長が指名し、大統領がそれらを任命するようになってゐる。

今まで憲法裁判所に提起された憲法裁判は多数にのぼっている。その大半は違憲法律審査と憲法訴訟である。そのうちでも特記すべきものは社会安全法や国家保安法の限定的合憲解釈や国会議員選挙法や訴訟促進特別法の各条項の違憲判決である。これまで平等権に反する規定が違憲であることが宣言されている。今係争中の違憲訴訟には国会の立法手続の適法性の問題がある。国会で野党議員の議事妨害のために与党が討論を省略し公表無しに通過したと宣布したいわゆるカッパライ法案の成立の合法性が問題になっている。

これまでの判決では、国家の利益とか銀行の利益のために一審での判決に強制執行を認めなかった法律が不平等だといつて違憲宣告された。だが国家保安法の讃揚・鼓舞・同調罪とか不穩文書所持罪には限定的合憲解釈がなされている。土地取引の許可制とか、補償時に政府の土地基準価格によって補償することを合憲だと決定している。

憲法裁判所の決定例を見れば、裁判官の憲法解釈の仕方を類推することができる。今の憲法裁判官は弁護士や検事、判事出身からなっているが、弁護士出身が圧倒的に多く検事出身が一人である。弁護士は判事出身が大部分である。この裁判官達は法実証主義的な憲法解釈をしており、国家の利益や政府の見解に重きをおくことができる。ささいなことでは政府の見解に反対する決定もあるが、国家利益に決定的な影響がある事件については政府の見解に同調している。

一、二人の裁判官が合憲判決には反対意見を書いているけれども、その人達も自然法論者であるとするよりは野党の推薦で国会で選挙されたから、野党の見解により反対意見を書いていると見える。この裁判官達は大部分、第一共和国時代に憲法を習った人達であるから、法実証主義的な解釈をしているのが当然であると思っている。だが、若い裁判官や若い弁護士、学者達は自然法論にしたがって法律の違憲性を提請し、弁護し、主張している。

憲法裁判所も、知る権利については憲法の表現の自由とか人間の尊厳・価値・幸福追求権から派生するものと判決し

演 講  
ている。死刑の違憲性とか教員の労働三権制限法律の違憲性等については判決をおくらせている。死刑や墮胎等の合憲性判定の時に自然法論と法実証主義の対立が尖鋭化するだろう。

## 五、結論・韓国法哲学の課題

韓国の憲法裁判所や司法部、行政府、立法府が法律万能主義の立法、行政、裁判をしているのは、現在の裁判官や行政官や国会議員が法実証主義的教育を受けたためである。日本帝国時代に教育を受けた裁判官や行政官は勿論第一共和国時代に法学教育を受けた人達も法律万能主義を信奉していた。それは専制主義的な李大統領の政権のためであった。又軍人達が革命をおこして軍政を延長した第三共和国、第四共和国、第五共和国の二八年間も学問の自由がなかったし国家権力の制限を主張した立憲主義者は弾圧を受けた。専制主義的な維新憲法の制定に反対した学者が極く少なかったのも、学問の自由がなかったためであった。

第二次大戦後ドイツやアメリカで勉強した留学生達は自由と人権の優越を信奉する自然法論者が多かったが、韓国の政治情勢に応じて法実証主義者にかわり、国家権力の優越を講義するようになった。法哲学や憲法学を研究する学生も少なかったし立身出世のため実定法学を研究する学生は多かった。かさなる改憲のため憲法に対する尊重心も少なかったし、立憲主義への信頼も地におちた。その結果法哲学や憲法学が公務員試験からはずされるようになった。司法試験科目では法哲学が択一試験科目になったし、憲法学も統治構造論を出題するようになり、人権問題は出題しないようになってしまった。

その結果、法実証主義が流行し、法律万能的な憲法解釈が支配した。第六共和国になって学問の自由は復活されたが、

自然法論よりも社会主義的な法思想が流行しはじめた。

韓国の法律万能的な法運用を改革するには、司法官や行政官、国会議員を再教育しなければならない。今ソウル大学の法学研究所では弁護士や司法官の再教育をしているが、法曹界の呼応はそう活発ではない。学生達も法哲学の講義はよく聴かないし、法価値論や法倫理論を講義する教授も少ない。アメリカの Jurisprudence は分析哲学等の影響で法の本質論を充分には研究しているわけではない。法学研究者も民主主義的な世界観に立って法学の研究をしなければならぬ。司法試験や公務員採用試験の科目調整を行わなければならないし、司法制度の改革、法学教育の改革が断行されなければならない。今、韓国法学教授会は法学教育の再検討をしているし、司法試験制度改革委員会は司法試験の改正を検討している。また大学院も司法制度改革のため法曹一元化案を検討している。

九〇年代にはこれらの諸制度が改革され自然法論を信ずる学者達が憲法裁判所や大法院の裁判官に抜擢されたら、立憲主義的な憲法解釈が優越するかも知れない。民主化、国際化の時代的趨勢に応じて自然法論が風靡することを期待することができるかも知れない。法哲学の復興を願うのが韓国法哲学者の希望である。

(原文日本語)