

基調報告への応答—デンマークから

法哲学と刑事法

南デンマーク大学教授 トーマス・エルホルム (Thomas Elholm)

- I. はじめに
- II. 法哲学的観点
- III. 象徴立法
- IV. 法解釈学と法哲学の現在の課題
- V. おわりに

I. はじめに

本日は、デンマークから見た法哲学について話したいと考えています。

法哲学の観点と題しておりますが、法哲学とは何かということについて考えると、これは、法、法学、法解釈学の役割について分析をし、それについて思考することだと考えています。ただし、デンマークにおいて、哲学的あるいは法哲学的な観点があるのか否かということについて疑問があります。

II. 法哲学的観点

松澤先生からデンマークの法哲学についての報告があったように、私たちデンマーク人は、本当にプラグマティックで、理論が大嫌いです。このことは、裁判官、弁護士、法学者にも当てはまります。私の友人であり、そして、デンマークで最高の刑法学者と呼ばれている学者も、非常にプラグマティックで、理論が大嫌いだと言っています。そして、理論は全くの役立たずだとも言っています。また、政治家も同じように考えています。そのため、デンマークでは、法哲学的な、あるいは、方法論的な思考に注目していません。

では、今日、そうした観点を持っているかどうかということについては、先ほどの報告で、松澤先生からアルフ・ロスの名前が出ました。ロスの主要な著書は、1953年のものになります。クヌド・ヴォーベンとストゥア・ラウリッセンという名前も出ましたが、彼らは、1970年代に活躍しました。さらに、ヘンリック・ザーレも出ましたが、彼は、1980年代から90年代初頭にかけて活躍しました。こうした話は、20年、30年前の話になります。

そこで、今はどうなのかということになります。すべての教科書を調べてみた

のですが、そのうちの一つには、リーガル・リアリズムとアルフ・ロスの考え方は、ルネサンスの時代を迎えていると記述されていました。そのため、ロスの考え方は、いまだに健在であるということになるでしょう。このように、私たちは、一般的に、少なくとも部分的には、リーガル・リアリズムに追従しているのです。

法学とは、ヴァリッド・ローの記述であり、ヴァリッド・ローとは、裁判官や弁護士などによって適用される法律であります。松澤先生も言及されたこの思考プロセスは、法律家の間で共通のものとなっています。私たちは、この思考プロセスに関心を持っているのです。そして、私たちは、法律と倫理を区別する努力をし、ヴァリッド・ローと法政策を区別する努力をしているのです。

このように、リーガル・リアリズムは支配的なものであって、私たちも実践してはいるのですが、それについて考えるということはありません。確かに、法哲学は議論されますが、専門家同士のごく閉鎖的な集団の中で議論されるだけで、その専門家の数も多くありません。また、デンマークでは、法律的な方法論について、分析をしたり、体系化したりすることがあまり行われていません。また、裁判官、弁護士、学者、政治家の実践と理論の間で、相互的な作用はありません。そこで、裁判官、弁護士、学者、政治家の観点は何かと考えると、正義に対するコモン・センスということになるかと思われまます。

現在最も有名なデンマークの法律学者は、ベルンハルト・ゴマー (Bernhard Gomard) であり、年齢は 88 歳です。数年前に、よい解釈論は何かということ、彼に聞いたことがあります。彼は、「見れば良いものは分かる。だから良い解釈論は見れば分かる。」と答えました。これは、その意味するところを分析したり、これはどんなものであるかと考えたりすることはなく、ただ見ることさえすれば、一目瞭然でわかるもということでしょう。つまり、良いものを見れば、感覚的・直感的に分かるということ。みなさんも、見てこれは良いものだとは分かっていても、必ずしも、それがなぜ良いものなのかは説明できない、といった経験があるかと思ひます。

デンマークのプラグマティズム、そして、非論理的な思考というのは、日常の我々の生活において、本当にうまく機能しています。少なくとも、私たちはそう思っていますし、それについて心配していません。ただそれを受け止めているだけです。しかし、ドイツ人は、「なんてひどいことだ」といった感じでデンマーク人を見ている。ドイツ人は、デンマーク人を見て、クレイジーか、大人になっていないかのどちらかであると思っているのです。だから、私たちに何をやっているのかを聞かないでください。私たちは何をやっているかわかりません。ただそれを実践しているというだけなのです。ただし、良い解釈論というのは、見ればすぐに分かります。これは、正義に対するコモン・センスのようなもので、あ

る程度直観的なものであって、非理論的なものであるため、どうも説明することができないのです。

Ⅲ．象徴立法

正義に対するコモン・センスというものは、ここ 10 年、20 年で非常に大事なものとなっています。政治的なレベルで見れば、法律を制定する立法者たちに関係します。議員の間では、ますます象徴立法を行う傾向が強くなっています。松澤先生からも、ドイツにおいて、そういった傾向があるというお話があったかと思えます。

象徴立法というのは、定義することが難しいのですが、少なくとも、刑法が目的とするのは、強力なシグナル、あるいは、政治的メッセージを発信することであるので、それが象徴立法であるということになります。これは、問題を解決するというよりも、「力強く決意を持ってやるのだ」ということを表明することです。こうした強い表明をする必要があるのは、例えば、一つの事案がメディアで非常に取り上げられるような場合です。そうしたことがあると、政治家たちが、こうした象徴立法という仕組みを機能させ始めます。政治家たちは、正義についてのコモン・センスに基づいて、これは「正しい」あるいは「正しくない」ということを、社会の価値観に照らしたて象徴立法を行い、シグナルを発信します。これは、特に深く分析をしているというものではなく、感覚的なものです。これは、犯罪防止・予防といった予防的アプローチというよりも、決意を表明するということです。ここ 10 年、20 年の間に、デンマークでは、こうした傾向がより多く見られました。

ここで、司法制度の中に象徴的な法律が施行されるとどうなるかを表した具体例を見てみましょう。これが問題となるのは、裁判官の有する正義に対するコモン・センスと一般的な正義に対するコモン・センスの間で不一致が生じる場合です。

コペンハーゲンで、夜中に、若者たちがナイフで刺されるという事件が起きました。これを知った政治家たちは、公的な場でナイフを所持することは自由刑に処するという内容の新しい法律を即座に制定しました。ここで発せられたメッセージは、すべての事案に当該法律が適用されるというものでした。この法律が制定された数か月後、スーパーで働いており、仕事で箱を壊すためにナイフを所持する必要のあった若い男性が、車にそのナイフを載せたまま、友人を迎えに行くためにディスクに向けて車を運転していたところ、警察官に止められ、車からナイフが出てきたという事件が起きました。ここで、この若者が 7 日間の自由刑に処せられるべきか否かが問題となりました。

地方裁判所は、法律にそう書かれている以上、7 日間の自由刑に処せられるべ

きだと判断しました。しかし、この判決に対して、政治家たちは、「この法律はこうした事案に適用することを意図して作ったわけではない」と反論しました。また、高等裁判所も、法律にそう書かれてある以上、7日間の自由刑に処せられるべきだと判断しました。この判決に対しても、政治家たちは同様に反論しました。

通常、こうした事案は、最高裁までいかないのですが、あまりに議論が多く、この法律をどのように適用すべきかということについて不確定要因があったために、ついには、最高裁に送られることになりました。そこで、最高裁は、罰金に処するという判断を下しました。コモン・センスというのがどこにあるのかはわかりませんが、コモン・センスに聞いてみるならば、これは罰金に処すべき事案であったということです。

ただし、法学者としてこの現象を説明せよと言われれば、それは容易なことではありません。こうした象徴立法は、司法制度の中に不確定要因をもたらします。これは、法の解釈が裁判官にとって理解できないものであったために生じたことでしょうか。私はそうではないと思います。こうした事態が生じたのは、立法者が、どのように法律を適用して欲しいのかということ、立法者自身が理解していなかったからでしょう。つまり、立法者は、単に強力なシグナルを発したかっただけなのです。この象徴立法のシグナルをどう捉えたらよいかということ、司法制度が分かっていなかったのです。ここでは、一般的な正義に対するコモン・センスと、裁判官の正義に対するコモン・センスとの間で不一致が生じていたのかもしれない。少なくとも、ここで生じた出来事をどのように説明したらよいかということ、法学の観点からは難しいのです。

過去10年、20年の間に、こうした例はいくつかありました。例えば、刑法の中に、新たにテロ行為に対する規定が設けられました。国連においても、EUにおいても、テロリズムの定義を行おうと何度も試みましたが、定義することはできませんでした。例えば、自由を巡って戦っているフリーダム・ファイター (freedom fighter) は、見る人によってはテロリストです。フリーダム・ファイターなのかテロリストなのかということは、非常に政治的な要素が考慮しなければなりません。ネルソン・マンデラは、長年、テロリストというレッテルを張られました。私が知る限り、大統領になった後でも、テロリストだと言われていました。テロリストのリストというのが、国連にもEUにもありますが、誰をテロリストとしてリストに載せるかは、少なくともその一部については、政治的な決定となるのです。そのため、立法者たちは、それを決定し、定義することができないと諦め、司法制度に任せるということになりました。実際にこうした事案が発生し、最高裁が特定の人物がテロリストかどうかということに迷っています。こうした事案に関しても、法的な議論というよりも、正義に対するコモン・センスが用いられます。9.11の後、何らかのシグナルを発信することが重要であるとし

て、テロリズムに関する規定が設けられましたが、やはり定義づけはなされていません。

IV. 法解釈学と法哲学の現在の課題

こうした象徴立法は、法哲学あるいは法解釈学に対してどのような課題を投げかけるのでしょうか。あるいは、立法のプロセスに対してどのような課題を投げかけるのでしょうか。先ほども申し上げたように、こうした状況では、ヴァリッド・ローを記述する、説明するという自体、学者たちは難しく感じるでしょう。松澤先生が、ある事案について裁判所が判断することになった場合に、その結果を予測しようと試みるロスの予測理論について、言及されました。上記の事案で明確であったように、法律の主目的がメッセージを発信するという目的であった場合に、裁判官たちは、ヴァリッド・ローとは何かということに関して、確信を持っていないのです。上記事案についていえば、地方裁判所、高等裁判所は、こうした事態について強力な姿勢をとるとするのであれば、7日間の自由刑に処すべきであると判断したに過ぎないのです。そして、最高裁は、この事案の場合には、そうではないと判断したのです。松澤先生のおっしゃった裁判官の思考プロセスというのは、この場合には、通常のプロセスではなく、混乱しているように思われます。通常、私たちが慣れ親しんでいる法律の議論は、ここでは行われていません。こうした事案の場合、ヴァリッド・ローと法政策との境が、少しはつきりしなくなるということかもしれません。

では、我々としては、どのような法律学の理論を打ち立てることによって、裁判官を手助けできるのでしょうか。あるいは、我々としては、どのような法哲学的な理論を打ち立てることによって、裁判官や政治家に対してこうした法律を制定するなど言わせることができるのでしょうか。こうした仙台でのセミナーに参加することによって、その方法を発見しなければならないかもしれません。あるいは、もしかすると、刑法を適用するということは政治なのかもしれません。ともすれば、アメリカがそうであるように、政治によって任命された裁判官というものが必要になってくるかもしれません。そうして任命された判事のほうが、正義のコモン・センスをよりよく把握しているかもしれません。あるいは、より直感的に分かるのかもしれません。また、刑法は理論的なものではなく、正義に関するコモン・センスに基づくものであるということを我々は理解しなければならないのかもしれません。

V. おわりに

私は、アルフ・ロスの精神のもとに教育をされた人間でありますから、この状況を気に入っているわけではありません。ヴァリッド・ローの分析と法政策は、

私としては、区別をしたいと考えています。しかし、アсп先生は、これら二つをうまく組み合わせる方法を知っているかもしれない。そういうわけで、アсп先生のお話を伺いましょう。