
 論 説

マイノリティ問題に現れた韓国の 「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) — 「良心的兵役拒否」・「トランスジェンダーによる 性別変更」の事例を中心に —

岡 克 彦

目 次

はじめに

- I. 良心的兵役拒否の事例で展開された憲法適合的解釈の特徴とその問題性
 - (1) 事件の概要と憲法適合的解釈の意義
 - (2) 2018年の大法院判決で展開された「憲法志向的解釈」の意義とその特徴
 - (3) 司法解釈権の限界と憲法志向的解釈の問題性
 - (4) 司法解釈権の制限準則と憲法適合的解釈
- II. 法的な空白状況下での類推解釈による憲法適合的解釈の手法とその特異性
 - (1) トランスジェンダー問題を取り巻く法的環境と 2006 年大法院決定の概要
 - (2) 大法院決定で展開された憲法適合的解釈とその問題性
 - (3) 憲法適合的解釈に依拠した特異な類推解釈とその限界性
(以上、本号)
- III. 憲法志向的解釈を機能させる司法のメカニズム
 - (1) 一般法院における違憲法律審判の付託決定と憲法適合的解釈
 - (2) 違憲法律審判の付託権限と憲法適合的解釈の限界性
 - (3) 司法府の人権保障機能と憲法適合的解釈
 - (4) 司法府による人権保障機能が要請される韓国社会の背景
 - (5) 基本権重視の憲法適合的解釈に潜む問題性

Ⅳ. 司法府の規則制定権にもとづいて準立法行為にまで及んだ「積極司法」
の現象
おわりに

はじめに

本稿は、韓国でマイノリティ問題として代表される「良心的兵役拒否」と「トランスジェンダーによる性別変更」の二つの事例に対する大法院（最上級法院）の司法判断で活用された「憲法適合的解釈」にまず着目する。というのは、この解釈手法は、通常裁判所において従来の司法解釈権の限界を踰越して立法権限を代行するほどに「司法による法形成」が行われているなど、司法の機能的な変容を生じさせている直接の要因となっているからである。本研究は、通常裁判所での憲法の解釈実践を通じて生じた司法の機能的な変容の実態を分析することより、「司法による立法化現象」を解明するところにその目的がある。

日本における従来の先行研究では、アメリカ型の付随的違憲審査制を採っている日本法との比較から韓国におけるドイツの集中型である憲法裁判所制度を紹介したり、分析したりするかたちで1990年ごろから韓国の違憲審査制度が論じられてきた¹⁾。本題の憲法適合的解釈についても主に韓国の憲法裁判所での活動内容を取り上げられる傾向が強かった²⁾。しかしその一方で、憲法裁判所と対比される通常裁判所たる「法院」における憲法適合的解釈の活動に対する研究はあまりなされることはなかった。韓国では、抽象的規範統制の役割まで憲法裁判所が担っているドイツの場合とは異なり、一般の裁判での具体的事件に適用される法律に対して違憲性

1) 申平「韓国の憲法裁判所」ジュリスト954号（1990年）107頁、趙柄倫「韓国の憲法裁判の意義と構造」法律時報63巻7号（1991年）28頁、宋台植「韓国の憲法裁判所」白鷗大学論集8巻1号（1993年）69頁、趙元済「韓国の憲法裁判制度に関する一考察」北九州大学法政論集22巻3・4号（1994年）529頁、鄭柱白「韓国の憲法裁判の現況と展望」比較法文化18号（駿河台大学、2009年）1頁、閔炳老「韓国の憲法裁判制度の現況と課題」北大法学論集60巻2号（2009年）227頁など。

2) 水島玲央「憲法適合的解釈についての比較法的検討：7. 韓国」比較法研究78号（比較法学会、2016年）88頁など。

マイノリティ問題に現れた韓国の「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) (岡) の存否を事後的に審査する具体的規範統制のみを採っている³⁾。

具体的事件を解決する上で不可欠な憲法判断とは、単に適用される法律に違憲的要素の有無を確認するだけではない。より積極的な役割としては、適用法律の内容について憲法規範に合致するように司法解釈することが具体的規範統制の要請からむしろ強く求められるようになった。いわゆる「憲法適合的解釈」が最近、注目される理由がここにある。通常の司法解釈の一環として憲法規範に適合するように法令解釈をするということで、韓国では「憲法適合的解釈」が憲法裁判所のみならず、通常裁判所でも実践されるように求められている。実際、この方法については、一般法院では憲法裁判所に劣らず極めて活発に活用されている。日本の事例と比べると、合憲限定解釈のみならず合憲補充(拡張)解釈⁴⁾が積極的に実施されていることがその大きな特徴である。

本稿では、一般法院における合憲補充解釈たる「憲法志向的解釈」⁵⁾に焦点を当てて、従来の司法解釈権の限界を超えて近時、立法権限に介入する事例が増えている司法現象を分析の対象とする。

現地・韓国の研究では、国家や社会で重要な政策であればあるほどにその多くが本来的にその処理を果すべき役割を担っているはずの政治過程ではなく、その役割とは異なった司法機関で重要課題の解決が図られている傾向が、近年とても強いと指摘される⁶⁾。すなわち「政治の司法化現象」である。この傾向は「政治司法機関」といわれる憲法裁判所だけでない。韓国法の特徴であるが、憲法裁判所のみならず、一般法院にも法律以外の命令・規則・処分に対する違憲審査権を有するという二元的な違憲審査制の構造からの影響もあって、「政治の司法化」は一般法院において扱う通常の裁判でも顕著に見られる現象である。双方の司法機関があたかも立法府に代わって実質的に政策決定を行っているかのように見られ、政策決定の主導権が政治過程から司法府に移行していると危惧されるほどである⁷⁾。

3) 岡克彦「韓国」中村睦男ほか編著『世界の人権保障』(三省堂、2017年)186頁。

4) 合憲補充(拡張)解釈の概念については、赤坂幸一「法令の合憲解釈」大石眞ほか編『Jurist増刊：憲法の争点』(有斐閣、2005年)341頁を参照した。

5) 原島啓之「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察(二・完)」阪大法学64巻6号(2015年)262頁以下参照。詳しくは、後掲注(24)を参照のこと。

6) 차동욱「정치적 사법화에 대한 헌법재판소의 책임」한국정당학회보 15 권 2 호(한국정당학회, 2016) 71-72 면 등。

7) 강일신「사법의 민주적 정당성」공법연구 49 집 2 호(한국공법학회, 2020)

民・刑事および行政事件において政治過程で未解決な政策課題が裁判の場に持ち込まれる結果、当該事件が「法律上の争訟」であることを前提に裁判および司法判断を回避することが許されていない一般法院も必然的に「政治化」する（法院組織法2条1項、裁判拒否禁止の原則）。というのは、法令の解釈を中心とする通常の司法判断では解決困難な事例に法院の裁判官は直面することになるからである。裁判での争いを処理するためには、例外的ではあるが法的に論証可能な範囲をあえて超えてまでも新たな法を定立して重要政策を解決することが迫られる場合が生じてくる。現に「司法による法の定立」によって、一般法院が司法解釈権の範囲を逸脱して立法者を代行するようなかたちで立法権限に立ち入る事態にまで陥ったケースが散見される。いわゆる「司法の政治化」の一変型である「司法による立法化」という現象である。

本論稿では、一般法院での司法判断においても「司法による立法化」といわれる現象がどうして生じるのか、その司法システムと規範構造の分析を通じて同現象が生み出される司法のメカニズムを解明することにする。とりわけ、このメカニズムを解明するカギとなるのが、実は韓国における憲法適合的解釈の類型のひとつであり、かつ合憲補充（拡張）解釈たる「憲法志向的解釈」の実態である。詳細は本論での分析に譲る。

日本の憲法学でも司法における法令の違憲審査権のあり方については、従来から際立った研究蓄積がある。とりわけ、本稿のテーマでもある憲法適合的解釈では、違憲判断をできるかぎり回避させるために判例でも多く採用されている合憲限定解釈に対して豊富な研究成果がある⁸⁾。そこには、必ずしも同様の付随的違憲審査制を採るアメリカの判例や学説の影響だけでなく、日本の独自の議論の進展が見られる。その一方で、日本の憲法適合的解釈について比較法の観点からその研究を進展させるために、アメリカ以外にもドイツ、フランス、イタリアなどの事例との比較研究が盛んである⁹⁾。最近では、韓国、タイ、インドネシアおよびモンゴルなど、憲

110 頁。

8) 大西芳雄『「憲法に適合する解釈」について』同著『憲法の基礎理論』（有斐閣、1980年）183頁、宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典＝野坂泰司『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）72頁など。合憲限定解釈の学説状況とその概要については、赤坂幸一・前掲注（4）340-341頁に依拠している。

9) たとえば、土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018年）など。近年、比較法学会のシンポジウムでも「憲法適合的解釈についての比較法的検討」

マイノリティ問題に現れた韓国の「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) (岡)
法裁判所制度を有するアジア各地域との比較研究も行われている¹⁰⁾。本研究では、日本の裁判例であまり活用されてこなかった合憲補充(拡張)解釈に関する韓国の最新動向を明らかにすることにより、日本の憲法適合的解釈を再検討する素材を提供するとともに、違憲審査制度のあり方そのものを改めて問い直す契機にもなりうるだろう。

以下では、まず上記の「良心的兵役拒否」と「トランスジェンダーによる性別変更」の二つの事例で採られた憲法適合的解釈の意義を明らかにし、この解釈の特徴である「憲法志向的解釈」の概要とその特異性を分析する。次に、憲法志向的解釈を機能させている司法のメカニズムを解明することにより、韓国の司法機関で重視される人権保障機能の実態を描写する。最後に人権保障重視の憲法適合的解釈に潜んでいる課題を析出することにより、韓国で起こっている「司法による立法化現象」という司法の機能的な変容の問題性を解明することにする。

I. 良心的兵役拒否の事例で展開された憲法適合的解釈の特徴とその問題性

(1) 事件の概要と憲法適合的解釈の意義

本件は、韓国の国民のうち、成年男子のみに課される兵役義務を宗教などの良心上の理由にもとづいて拒絶する行為である、いわゆる良心的兵役拒否に対する刑事処罰の当否が問題となった事件である。この問題に関しては「下級法院の反乱」¹¹⁾といわれるほどに、2002年から16年間にわたり連鎖的に繰り返されてきた無罪判決と憲法裁判所への違憲法律審判の付託(原文:「提請」)決定を通じて、2018年に大法院と憲法裁判所で従来

と題して主要各国の憲法適合的解釈の動向が明らかにされた。毛利透「憲法適合的解釈についての比較法的検討: 企画趣旨について」比較法研究 78号(比較法学会、2016年)2頁以下など。

10) 作本直行編『アジア諸国の憲法制度』(アジア経済研究所、1997年)、大村泰樹=小林昌之編『東アジアの憲法裁判制度』(アジア経済研究所、1999年)、稲正樹=孝忠延夫=國分典子編著『アジアの憲法入門』(日本評論社、2010年)、今泉慎也編『アジアの司法化と裁判官の役割』(アジア経済研究所、2012年)など。

11) 「경향신문」2018년 11월 1일자 (전자판) <https://www.khan.co.kr> (2022년 2월 10일 확인) 등.

の確定判例や決定の変更を余儀なくされたボトムアップ型の特異な司法現象が生じていた。この現象については別の論稿で明らかにする予定である。本研究のテーマとの関連では、本事件で争点となった入営忌避等罪（兵役法 88 条 1 項）で定める構成要件該当性阻却事由たる「正当な事由」¹²⁾に良心的兵役拒否の事情が含まれるのか否かについて、司法判断を下した 2018 年 11 月の大法院判決（以下、「事例 1」とする。）および性的マイノリティの問題で話題となったトランスジェンダーによる性別変更を可能にさせた 2006 年の大法院決定（以下「事例 2」とする。）を本稿の主な研究対象にする¹³⁾。というのは、いずれの司法判断も共通して採用された解釈方法が憲法適合的解釈であるが、本研究ではこの憲法適合的解釈に着目したいからである。同解釈に着目する理由は、韓国の司法機関で憲法適合的解釈の方法が採用されたことにより、司法解釈権限が拡大するだけでなく、司法権限そのものの法的性質を著しく変化させたところにある。司法の機能的な変容が顕著に現れた典型的な事件がここで扱う事例 1 と事例 2 である。本稿では、「司法による立法化現象」だと評されるほどに韓国の一般法院を積極化させている司法の制度的・規範的なメカニズムの一端を解明

12) ただし、「正当な事由」に関する法的性質については、判例上で争いがあることは留意されるべきである。本事例のようにこの要件を構成要件該当性阻却事由と解する立場がある。その一方で、刑法総則で定める「正当業務行為」（韓国刑法 20 条）たる違法性阻却事由の一環として、特に兵役法の特別刑法規定（兵役法 88 条 1 項）として入営忌避等罪の成立をできる限り限定させるためにあえて「正当な事由」を拡張的に解する目的で同要件を違法性阻却事由と捉える立場がある〔서울남부지방법원 2004년 5월 21일 판결 (2002 고단 3940, 병역법위반 사건) 판결문 부분〕(副本)等。本稿では、その是非をあえて問わずに本研究の対象である 2018 年の大法院判決を分析する目的から同判決の立場に一先ず依拠することにする。

13) 대법원 2018년 11월 1일 전원합의체 판결 (2016도 10912, 병역법위반 사건) 판례공보 552호 (법원도서관, 2018) 2401면, 대법원 2006년 6월 22일 전원합의체 결정 (2004스42, 개명 및 호적정정 사건) 대법원판례집 54권 1집 (법원도서관, 2006) 290면。なお、韓国の法院および憲法裁判所の判例は、次のように分類して引用することにする。① 법원행정처 「전자우편 등을 통한 판결서 제공에 관한 예규」(행정예규 제 1320호, 2022년 11월 28일 개정) 4조 1항 1호により、法院の窓口で行った判決文開示申請にもとづいて入手した判決文および決定文の副本による場合は、法院名、事件番号などを記した後に括弧書で(副本)と表記する。② 法院図書館および憲法裁判所発行の判例集の場合は、「판례공보」と明記してその号数、発行年度などを表記する。③ 法院図書館発行の『判例公報』の場合は、「판례공보」と明記してその号数、発行年度などを表記する。④ 大法院および憲法裁判所それぞれに開設されているサイトの「대한민국 법원 종합법률정보」(<https://glaw.scourt.go.kr>)・「헌법재판소 지능형 통합검색」(<http://isearch.court.go.kr>)で入手した判決文および決定文の場合は、文末に括弧書で(web)と明記する。

マイノリティ問題に現れた韓国の「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) (岡) することをその目的とする。まずは【事例 1】の概要を紹介しながら、韓国で展開されている憲法適合的解釈の実態を明らかにする。

【事例 1 の概要】

被告人（上告人）X は、2013 年 7 月 18 日ごろに「2013 年 9 月 24 日までに陸軍 39 師団に現役兵として入営するように通知する」との慶尚南道地方兵務庁長の名で発令された現役兵入営通知書を受け取った。ところが、同年 9 月 24 日から 3 日が過ぎても該当部隊に入営しなかった。X は、エホバの証人の信徒で宗教上の良心の理由から入営しなかったものである。その結果、X は、兵役法 88 条 1 項による入営忌避等罪で起訴された（対象条文 1 を参照）¹⁴⁾。本事件の争点は、同罪の阻却要件たる「正当な事由」に良心的兵役拒否の事情が含まれるのか否かにあった。

〔対象条文 1〕

兵役法 88 条 1 項本文（入営の忌避等）「現役入営または召集通知書（募集による入営通知書を含む）を受け取った者が、正当な事由なしに入営日もしくは召集期日から次の各号の期間が経過しても入営しなかったり、または召集に応じなかったりしたときは、3 年以下の懲役に処する。1 号：現役入営は、3 日〔以下、省略〕」（下線部・筆者）¹⁵⁾。

【判決要旨】

本条の「正当な事由」とは、裁判官が個別に判断しなければならない不確定概念で、本罪を厳格に適用することによって生じる不合理な結果を 방지、具体的な妥当性を実現するための要件である。この要件を判断するときは、兵役法の目的と機能、兵役義務の履行についての憲法をはじめとした法秩序全体での位置づけ、社会的な現実および時代状況の変化などを考慮しなければならない。

本件の良心的兵役拒否は、憲法 19 条の「良心の自由」と憲法 39 条の「国

14) 대법원 2018 년 11 월 1 일 판결 (2016 도 10912, 병역법위반 사건)·앞의 글 (주 13) 2401 면.

15) 「병역법 일부개정법률 [법률 제 9754 호]」 관보 17019 호 (대한민국정부 행정 안전부, 2009 년 6 월 9 일자) 74 면.

防の義務」の間における憲法上の規範的な衝突を調整する問題である。この問題は、本条の要件たる「正当な事由」という文言の解釈を通して解決しなければならない。良心的兵役拒否者に兵役義務の履行を一律に強制させ、その不履行について刑事処罰などで制裁を科することは、良心の自由をはじめとする憲法上の基本権保障体制と法秩序全体に照らして妥当ではない。したがって、真正な良心にもとづく兵役拒否は、本条の「正当な事由」に該当する（下線部・筆者）¹⁶⁾。

本判例の特徴は、上記の下線部に示されたように入営忌避等罪の阻却要件たる「正当な事由」の不確定概念について「良心の自由」という基本権を保障する憲法の趣旨に合致するように司法解釈を行った点にある。いわゆる憲法適合的解釈の方法である。

憲法適合的解釈（原文：「憲法合致的法律解釈」とは、法律の文言が多義的で、違憲にも合憲にも解釈が可能な場合には合憲的に解釈する余地がある限り、この文言や法律を合憲に至るような解釈方法を採択しなければならないとの法解釈の原則だと定義される¹⁷⁾。まず韓国ではよく使用される解釈手法が日本の憲法学でも馴染みのある「合憲限定解釈」¹⁸⁾（原文：合憲解釈）である。たとえば、韓国の国家公務員法 66 条 1 項本文の「公務外のことのための集団行為」という公務員集団行為禁止等罪の構成要件は、文理上では「公務でない、あることのために公務員たちが行うすべての集団行為」と解することになる。この解釈では罪刑法定主義上の明確性の原則に反する可能性があるとともに、公務員の集会・結社の自由や表現の自由などを侵害することにもなり、同規定に対する違憲性の疑いが高まる。そこで、大法院では公務員に要求される憲法上の義務およびこれを具体化した国家公務員法の趣旨、国家公務員法上の誠実義務および職務専念義務などを総合的に考慮して、同要件を「公益に反する目的のための行為として職務専念義務を過怠するなどの影響をもたらす集団行為」に限定した縮

16) 대법원 2018 년 11 월 1 일 판결 (2016 도 10912, 병역법위반 사건)·앞의 글 (주 13) 2411 면, 2414-2415 면.

17) 한수웅 『헌법학 제 12 판』(법문사, 2022) 56 면. 本稿では、日本で通用する法概念を主に使用する。宍戸常寿「合憲・違憲裁判の方法」・前掲注 (8) 68-69 頁、同「憲法適合的解釈についての比較法的検討 1. 日本」比較法研究 78 号 (比較法学会、2016 年) 4 頁などによる。

18) 赤坂幸一・前掲注 (4) 340 頁参照。

マイノリティ問題に現れた韓国の「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) (岡小解釈を施した¹⁹⁾。この合憲限定解釈は、法規定に内在する違憲的要素を除去して、要件の内容について合憲的な要素のみを選び取って解釈することにより、この規定の法的効力を持続させる解釈方法である。

大法院では合憲限定解釈について次のように判示する。「ある法律について幾通りかの解釈が可能なときには、原則的にその法律条項の文言および目的に照らして可能な範囲内で憲法に合致する解釈をするべきであって、違憲として判断してはならない」²⁰⁾。その根拠としては、司法府が具体的な事件を解決する上で、適用すべき法律を解釈するにあたっては憲法に合致するようにその解釈を行うべき権限と責務を負っている点にある(憲法 103 条、同 10 条後段)。憲法裁判所でも合憲限定解釈について次のように述べた。「一般的にある法律について複数の解釈が可能なときには、憲法を最高法規とする統一的な法秩序を形成するために、憲法規範に符合する解釈、すなわち合憲解釈をしなければならない」²¹⁾。それぞれの法律は最高法規たる憲法の規範に符合する範囲内でその効力を有するに過ぎないという憲法による制限規範性に依拠している点にまずその根拠が求められている。

その一方で、立法者が一旦、制定した法律の効力はできる限り維持させることで立法者の立法形成権限(立法権)を尊重することが司法府に要請される。というのは、主権者たる国民の代表機関たる国会で法律を成立させたという国民の民主的な決定を何よりも尊重しなければならないからである(民主主義の要請)²²⁾。また、実際に法律が施行されると、それにもとづいて国家や社会で権利義務などの法律関係が形成され始めるので、同法律が失効することにより既存の法律関係に不測の混乱を生じさせることは何よりも回避しなければならない(法的安定性の要請)。

このように法律に対する憲法適合性と規範維持の原則とのふたつの相違

19) 대법원 2017 년 4 월 13 일 판결 (2014 두 8469, 정직처분 등 취소사건) 판례공보 514 호 (법원도서관, 2017) 1009 면.

20) 대법원 2016 년 2 월 18 일 판결 (2014 두 43707, 요양급여비용환수 처분취소 사건) 판결문 부분 (副本).

21) 헌법재판소 1989 년 7 월 21 일 결정 (89 헌마 38, 상속세법 제 32 조의 2 헌법소원 사건) 헌법재판소판례집 1 권 (1990) 145 면.

22) 허이훈 「행정법규의 헌법합치적 법률해석」 행정판례연구 24 권 2 호 (한국행정판례연구회, 2019) 489 면.

なる要請を調整する解釈方法が「合憲限定解釈」である²³⁾。この解釈は、法律に内包する違憲性を回避するための消極的な憲法適合的解釈の方法だといわれている。

(2) 2018年の大法院判決で展開された「憲法志向的解釈」の意義とその特徴

ところが、事例1の「正当な事由」の要件に対して今回の大法院判決で行われた憲法適合的解釈にはある特徴がある。まず「正当な事由」を含めた対象条文1には、上記の合憲限定解釈の事例と異なり違憲的要素がそもそも存在しない場合である。それにもかかわらず、良心的兵役拒否者の基本権を保障しようとする憲法の趣旨に合致するように同要件をあえて一積極的に一合憲解釈した点にその特徴がある。いわゆる「憲法志向的解釈」(原文:「憲法定向的解釈」)といわれる解釈方法である²⁴⁾。日本でいわれているところの「合憲補充(拡張)解釈」である(以下では「憲法志向的解釈」の用語を使う)²⁵⁾。この解釈は、幾通りかの法律解釈が可能な場合に憲法の原則や価値に照らして、その原則や憲法価値を法律規定に反映させて当該法律の内容をより最適化させる憲法適合的解釈のもうひとつの手法である²⁶⁾。ここでいう「最適化」とは、法律に違憲的な素地がなくても法律内容が憲法に符合するようにその中身をより明確にさせたり、あるいは具体化させたりしていく法解釈である。その典型例が事例1の不確定概念たる「正当な事由」に対する2018年の大法院判決であった。

たとえば、それ以外にも韓国の民法1条の「慣習法」および「条理」、同法103条の「善良な風俗その他の社会秩序」、刑法20条の「社会条規に違背しない行為」および国家公務員法63条の「品位が損なわれる行為」

23) 한수용·앞의 글 (주 17) 57-58 면 참조.

24) この法概念は、原島啓之・前掲注(5)262-266頁による。韓国での概念は、조동은「헌법합치적 법률해석과 법원의 기본권보장 의무」헌법학연구 23권 3호(한국헌법학회, 2017) 399-400면에依拠する。もっとも、ドイツ憲法学の影響を強く受けた韓国では、憲法適合的解釈と憲法志向的解釈の関係性については論者によって見解の相違が見られる。정진명「사법에 있어서 헌법합치적 해석의 의미와 한계」민사법학 82호(한국민사법학회, 2018) 67-68면 등.

25) 赤坂幸一・前掲注(4)341頁。

26) 허이훈·앞의 글 (주 22) 491면.

マイノリティ問題に現れた韓国の「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) (岡) など、一般条項や不確定概念の要件に対して、可能な解釈のなかから憲法の諸価値や原則に符合するような解釈をすることにより、法令の規定について憲法規範との整合性を図ることでその中身をより具体化させる司法解釈が行われている。また、民事上の契約内容についても憲法志向的解釈が行われる場合がある。最近の韓国では、事例1の大法院の動きだけに止まらず、大法院のほかの事件や下級法院などでも活発に取り入れられている解釈方法である。実際に、次のような事例で積極的な憲法適合的解釈の方法が採られている。

1. 宗中団体の宗員資格を娘たちにも認めた2005年7月の大法院の判決

従来の慣習によると、「宗中」というのは、同一の父系血統にもとづいた子孫で構成された血縁団体で、その構成員(宗員)は男子に限られていた。同じ父系血統を受け継いでいる娘たちにもその宗員資格の確認を求めて大法院で争われたのが本事件である。

大法院は、次のように司法解釈をして娘たちにも宗員資格を認めた。宗中団体の宗員資格を男子に限定してきた今までの慣習は、最上位規範である憲法で男女を区別せずに各自が個人としての尊厳を有しており(同法10条前段)、かつ両性の平等を旨とする平等原則(同法11条1項)に依拠する法秩序全体の趣旨に反し、無効である。民法1条では、民事に関する法律に規定がなければ慣習法により、慣習法がなければ「条理」によると規定する。宗中構成員の資格の基準については従来の慣習が無効である以上、その基準について「条理」で補充することが可能であるとした。「宗中とは、慣習法上の団体で共に共通する先祖の墳墓守護、祭祀および宗員相互の親睦を目的として自然発生的に構成される宗族団体である。したがって、宗中のこのような目的と本質に照らしてみると、先祖および姓と本を同じくする後孫は、性別に関わりなく成年になれば当然にその構成員になるというのが条理に適合するというべきである」と判示した(下線部・筆者)²⁷⁾。

本判例は、民法上の「条理」(1条)という不確定な法概念をもちいて上記の憲法上の個人の尊厳性および男女平等の原則に依拠させて、宗員資格の基準を導き出した。「憲法志向的解釈」の一例が示されている。

27) 대법원 2005년 7월 21일 전원합의체 판결 (2002 다 1178, 종회회원확인 사건) 대법원판례집 53 권 (법원도서관, 2006) 97면.

2. 延命治療装置の除去の可否が問われた 2009 年 5 月の大法院の判決
本件では、委任契約（韓国民法 680 条以下）に準じる「医療契約」（準委任契約：判例・通説）において、患者が生命を回復する可能性がない段階に至った場合、延命治療の中断に対する本人の明確な意思なしに医師は、同治療の中断処置を講じることが可能かどうか問われたのである。

大法院は、その可否について「医療契約」を根拠に次のように判示した。「医療契約にもとづいて提供される治療内容は、医療人の説明と患者の同意によって具体化する」。「回復不可能な死亡の段階に至った後に、身体に対して医学的に無意味な侵害行為に該当する延命治療を患者に強要することが却って人間の尊厳と価値を害することになるために、……（この）死亡の段階に至った後に患者が人間としての尊厳と価値および幸福追求権にもとづく自己決定権の行使と認められる場合は、特別の事情がない限り延命治療の中断が許される」（下線部・筆者）²⁸⁾。ここで重要なのは、患者の意思を単に民法などの実定法上の契約にもとづかせているだけでなく、憲法 10 条の包括的基本権たる「幸福追求権」から導かれる自己決定権に依拠させている点にある。治療行為の中断に対する患者の同意について、医療契約を踏まえつつ憲法上の基本権にしたがって最適化させている。こうした法律構成が「憲法志向的解釈」の具体例として取り上げられるゆえんである。

3. 良心的兵役拒否者に対して入営忌避等罪を無罪とした 2016 年 10 月の控訴審たる光州地方法院の判決

本稿の事例 1 と関連する良心的兵役拒否の事情を対象条文 1 の犯罪阻却要件たる「正当な事由」に該当させて、被告人を無罪としたのが本事例である。

同控訴審では、判決理由で次のように判示した。「『正当な事由』に良心的な兵役拒否の事例を含めない場合、被告人の兵役義務は全面的に履行する代わりに本人の良心の自由が一方的に犠牲させられることは基本権保障

28) 대법원 2009년 5월 21일 전원합의체 판결 (2009 다 17417, 연명치료장치제거 등 사건) 판례공보 324 호 (법원도서관, 2009) 854-855 면, 韓國での医療契約の法的性質については、주호노 『의사법학론 [제 2 판]』 (법문사, 2019) 545-546 면에 依拠했다.

マイノリティ問題に現れた韓国の「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) (岡上、望ましいことでない。むしろ、この事例を『正当な事由』に含めることが規範調和的な憲法解釈として正当である。・ ・ ・ ・ 国側はすでに国民の諸事情や条件にしたがって現役に服務できない者には多様な代替服務の制度を用意している。それにもかかわらず、良心的な兵役拒否者に対してはその良心に反しない国家の服務制度を設けておらず、国家の過怠を放置して、被告人に犯罪を構成して刑罰を科すことは基本権を著しく侵害するおそれがあり、ほかの代替服務を履行して現役に服していない兵役義務者との権衡を欠く」(下線部・筆者)²⁹⁾。

本人の自らの宗教的な信念にもとづいて兵役義務を拒絶して、自身の良心上の決定を貫く行為に対して入営忌避等罪で刑事処罰することの当否を判断するためには、被告人本人の「良心の自由」(憲法 20 条)と憲法上の国民の義務たる「国防の義務」(同法 39 条 1 項)である憲法上の価値が互いに対立している法益状況にあることを考慮する必要がある。従来の判例法理では国防の利益が最優先される傾向が強かった。本判例はこの立場に抗して、相互に衝突する憲法上の法益のうち、ある法益(国益)だけが一方的に選択されることで他方の法益(個人の基本権)が犠牲にされるべきではなく、相反する法益を共に最大限に実現させるような司法解釈を行うべきことを判示した。いわゆる規範調和的憲法解釈といわれるもので、憲法志向的解釈をより深化させた解釈手法である。本判決は 2018 年の大法院判決にも影響を与えたとされる。最近、人権保障上、特に注目されている方法である。

4. 元慰安婦たちに対して、日本政府への損害賠償請求権を認めた 2021 年 1 月のソウル中央地方法院の判決

本件は日本でもよく知られた事件である。原告・元慰安婦たちが日本政府に対して不法行為による損害賠償請求権を求めた事例である。2022 年 1 月にソウル中央地方法院は、本件で外国政府に対する主権免除の原則を適用させずに同損害賠償請求を認めたのであるが、その際法律構成で国際慣習法について積極的な憲法適合的解釈の方法を用いた。

主権免除の原則を根拠づける国際慣習法に対して、社会で積み重ねられ

29) 광주지방법원 2016년 10월 18일 판결 (2015 노 1181, 병역법위반 사건) 각급 법원 (제 1, 2 심) 판결공보 161 호 (법원도서관, 2017) 56 면.

た慣習たる社会生活規範が法規範として承認されるためには、憲法を最上位の規範とする法秩序全体に反しないものとして正当性と合理性が認めなければならないとの基準をまず示した。本件の国際慣習法は、「被告になる国家が国際共同体の普遍的な価値を破壊し、反人権的な行為により被害者に劇甚な被害を負わせた場合」には法規範としてその正当性と合理性が認定できず、その効力が及ぶものではない。したがって、人権救済の最終手段として選択された本件の民事訴訟での裁判権については主権免除の原則が適用されないと判示した³⁰⁾。

同法院の判断は、法の次元を異にする国際慣習法を国内の慣習と同様に捉えていいのか疑義のあるところではあるが、下線部で示したように韓国の憲法規範に適合するように慣習法の有効性を司法解釈した特異なケースではある。

以上が、韓国の一般法院で積極的な憲法適合的解釈が用いられた代表的な事例である。通常裁判所で憲法志向的解釈を含めて積極的な憲法適合的解釈が行われる根拠としては、次のようにいわれている。国家の法秩序は、憲法を最高法規としてその価値秩序にもとづいて支配される統一体を形成している。この統一体なかで上位規範は下位の規範の効力根拠になるだけでなく、規範の内容においても中身の一致を要求する³¹⁾。一般法院の場合、通常裁判における憲法適合的解釈を通して、単に下位法令の違憲性の存否を確認してその違憲的な要素を除去するだけでなく、これらの法令をさらに憲法に符合するように解釈することにより、憲法とそれ以外の法令との体系的な規範の整合性を図ることで、上記の法秩序全体の統一性を確保する国家作用を司法機関が担っているとされる³²⁾。

30) 서울중앙지방법원 2021년 1월 8일 판결 (2016 가합 505092, 손해배상 사건) 판결문 부분. 岡克彦「韓国ソウル中央地方法院・第一次日本軍慰安婦問題損害賠償事件」法政論集 291号 (名古屋大学, 2021年) 147頁の邦訳による。

31) 헌법재판소 1989년 7월 21일 결정 (89헌마 38, 상속세법 제 32조의 2 헌법소원 사건) 헌법재판소판례집 1권 (1990) 145면.

32) 송기춘「법원의 헌법재판」공법학연구 15권 1호 (한국비교공법학회, 2014) 129면 참조.

(3) 司法解釈権の限界と憲法志向的解釈の問題性

けれどもその一方で、一般法院における憲法志向的解釈の傾向に対して警鐘を鳴らす見解もある。先ほど事例1の大法院判決の反対意見は次のように指摘する。対象条文1の場合、その立法目的とは、従来確立した判例によると地方兵務庁長の命令で軍部隊に入営する場所と期日を指定して、入営対象者に刑罰を科してまでも本人を確実に入営させることで、兵役資源の確保と国民の間に公平な兵役負担を求めるところにある³³⁾。したがって、本罪の要件たる「正当な事由」として犯罪の成立を阻却するためには、本人に入営する意思があることを前提として指定された場所と期日までの入営に応じなかったことを正当化しうるに値するほどの事情（たとえば、疾病や天災等で入営できなかったときのように、本人に責めるべき事由が認められない場合）に限定して解することがこの要件の文理や立法目的に忠実な解釈である³⁴⁾。

兵役法令上、兵役義務を対象者に履行させるにあたって、徴兵検査への受検義務、兵役義務者への出国許可および帰国命令など、軍部隊へ入営処分以外にもそれに先行する兵務行政処分の段階ごとに当該義務違反の行為に対して刑罰規定が定められている。かつ、これらの刑罰規定には対象条文1に相当する「正当な事由」という犯罪阻却の要件がそれぞれに付されている（兵役法 87 条 3 項、94 条 2 項など）。今までこの要件の解釈としては、特定の個別的な義務履行に関連した事由ごとでその義務に応じることができなかった事情を考慮してその「正当性」を司法判断すべきことが判例上、確立されたものであり、かつ立法目的や兵役法令上の体系にも沿った解釈である³⁵⁾。

これに対して、多数意見は、被告人 X には兵役義務の前提である入営の意思がそもそも存在せず、かつ入営場所や入営期日とはまったく関連のない兵役義務者の内心の事情を「正当な事由」として考慮するなど、同要

33) 대법원 2018 년 11 월 1 일 판결 (2016 도 10912, 병역법위반 사건) 김소영 대법관 외 반대의견·앞의 글 (주 13) 2422 면.

34) 대법원 2018 년 11 월 1 일 판결 (2016 도 10912, 병역법위반 사건) 김소영 대법관 외 반대의견·앞의 글 (주 13) 2419 면.

35) 대법원 2018 년 11 월 1 일 판결 (2016 도 10912, 병역법위반 사건) 김소영 대법관 외 반대의견·앞의 글 (주 13) 2425 면.

件を抽象的・包括的な意味にまで拡張して解釈している。この解釈は、立法目的の範囲内で文理、論理および兵役法上の体系的に立脚して法解釈を行うべき原則と限界を逸脱するものである。韓国のように成文法中心の大陸法系の国家において裁判官の基本的な使命は、複雑に錯綜した実定法体系のなかから法を発見することにある。もちろん、事案によって明白な立法の欠缺で判決を通して法を補充することも不可避な場合もなくはないが、その場合でもできる限り司法として法の補充を自制したり、それを最小限に止めたりしなければならない。法解釈の目標は、どこまでも法的安定性を阻害しない限度で具体的な妥当性を図るべきであるとする。

このような解釈原則は、基本権侵害の程度が特に著しい国家刑罰権の発動を定めた刑事規定に対してはさらに厳格に要請される。刑事規定の制定あるいは改正以降で時代的・社会的な状況の変化によって過去にはなかった処罰上の不合理な点や処罰の違憲性に論議が提起されたときは、本来ならば立法府において正式な改正手続を経て当該の刑事規定を改変する方向でこれらの問題を解決するべきである。換言すると、法院には法律解釈という名目の下で当初から立法者がまったく意図しなかった新しい法をつくりだす独自の権限がそもそも存在しない³⁶⁾。反対意見は、韓国法で採っている権力分立の原則および制定法主義の立場から立法権と司法権を厳格に区別することを強調する。

ただし、多数意見が良心的兵役拒否の事情を「正当な事由」の要件に含めることで従来の限定解釈から拡張させようとする直接の要因は、以上の検討からすると兵役法の立法目的などとらわれずにむしろ被告人の人権を保護する目的から憲法の基本権規定にもとづいて当該要件を拡張的に解釈した「憲法志向的解釈」という方法を取り入れた点にある。問題は被告人の人権を保護する方向で「正当な事由」を拡張して解釈することが司法権限の範囲から逸脱しているのか否かにある。反対意見は、多数意見の解釈が立法権限から区別された従来の司法解釈権の限界を明らかに逸脱していることを端的に指摘する。

とはいいつつも今のところ反対意見が指摘するところの司法と立法の区切りは必ずしも明確ではない。まず最初に反対意見が問題視する司法解釈

36) 대법원 2018년 11월 1일 판결 (2016도 10912, 병역법위반 사건) 김소영 대법관 외 반대 의견·앞의 글 (주 13) 2422 면.

マイノリティ問題に現れた韓国の「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) (岡)

権と立法権との境界とはどういった線引きがなされるのかを明らかにする必要がある。この境界が明確になってこそ多数意見の解釈が司法解釈権の限界をどの程度、踰越しているのかを示すことが可能になる。また、この点の解明を前提にしつつ、より本質的な問題は、憲法志向的解釈が立法権を侵害するほどに司法解釈権限を広げさせていく規範的なメカニズムとはそもそも韓国法ではどのようなになっているのか、という点にある。このメカニズムの解明が本研究の核心である。というのは、この国においては憲法裁判所のみならず一般法院までもが合憲限定解釈に止まらず、より積極的に憲法志向的解釈に及んでしまう憲法適合的解釈の法的な仕組みおよびその機能を解明するところに本稿の目的があるからである。この点を明らかにするためにも、まずは反対意見がいうところの司法解釈権限の限界がどのように描かれているのかを具体的に示すことにする。

(4) 司法解釈権の制限準則と憲法適合的解釈

今までの大法院の判例によると、次のような司法解釈権に対する制限準則が示されていた。「裁判官の法律解釈は無制限的なものではない。法律の解釈は文言の通常的な意味を忠実に解釈することが原則である。さらに、法律の立法趣旨とその目的、その制定・改正の沿革などを考慮する論理的な解釈方法を追加的に動員することで、具体的な事案に即した最も妥当な解釈になるようにしなければならない」³⁷⁾。現地の学説では、この制限準則について次のように整理する。司法の解釈権には、一般的にも文意的な限界の制限準則と法目的論的な限界の制限準則がある。すなわち、文意的な限界とは、法律条項の文言に含まれたことばの意味を超えて、ことばの意味がまったく別の意味に変化しない範囲内での法解釈でなければならない、という制限準則である。一方、法目的論的な限界とは、立法者が当該法律を制定することで、実現しようとした立法者の明白な意思と立法目的を有名無実化させる内容に法解釈をすることができないとの制限準則である³⁸⁾。

37) 대법원 2019년 6월 20일 판결 (2013 다 218156, 소유권 이전등기 사건) 김재형 대법관 보충의견, 판례공보 568 호 (법원도서관 2019) 1440 면.

38) 강경근 「헌법해석과 헌법합치적 해석」 고시연구 31 권 2 호 (고시연구사, 2004) 90 면, 한수웅·앞의 글 (주 17) 59-60 면, 허이훈·앞의 글 (주 22) 501 면.

事例 1 の大法院判決の反対意見によると、立法者の明白な意思と立法目的を有名無実化させるとは、法院が「独自に法律解釈という名目の下で当初から立法者がまったく意図しなかった新しい法をつくるだす」ことを指している。司法解釈にふたつの制限準則を付加している根拠としては、上記の反対意見と類似して権力分立の原則および法治主義の原理にもとづいて、司法の解释权は立法府の立法権限を侵さない範囲内で法律の内容を解釈する権限が認められているに過ぎない点に求められている³⁹⁾。

ところがその一方で、韓国の憲法では、後(第三章)で詳細に検討するが、憲法裁判に限らず、民刑事・行政などの通常の事件でも法律のみならず、「憲法」にもとづいて裁判することを要請している(憲法 103 条)。それゆえに、憲法裁判所の裁判官だけでなく、一般法院の裁判官も裁判をするに当たっての憲法解释权を有している。また、法律に対する違憲審査制は、憲法裁判所にその審査権限があるものの、同権限を発動させるためには一般法院からの違憲法律審判の付託(原文:「提請」)が前提となっている。というのは、韓国の場合、前述したように具体的事件に適用する法律に違憲性の疑義がある場合にのみ違憲法律審判権を憲法裁判所で始動させることができるという具体的規範統制の機能しか有していないからである。一般法院には、当該事件に適用する法律に違憲性の疑いの存否を予備審査する権限が存在することにより、この法律に対して憲法裁判所に付託するか否かの一定の司法裁量を有している(違憲法律審判への付託権限)。つまり、憲法裁判所に付託させず、法律にある違憲性の疑義を払しょくさせて合憲的に法律を解釈することも可能な違憲審査システムになっている。

したがって、通常裁判所たる法院には法律に対する違憲審査への事前審査権が付与されたことにより、司法の裁判権に大きな変化をもたらした。それは、事例 1 のように大法院で最高法規たる憲法規範への適合性を具体的事件に適用する法律に求めるようになった結果、憲法適合的解釈(憲法志向的解釈)の名の下に文意的な制限準則および法目的論的な制限準則を大幅に緩和させるような司法解釈が可能になったことである。このことは、司法権の解释权限が広がるだけではない。司法権そのものの法的性質をも変容させることにつながったとされる。これを評して、最近の司法権限は

39) 대법원 2019년 6월 20일 판결 (2013 다 218156, 소유권 이전등기 사건) 김재형 대법관 보충의견·앞의 글 (주 37) 1440 면, 강경근·앞의 글 (주 38) 90 면.

マイノリティ問題に現れた韓国の「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) (岡「司法解釈権」から「司法による法形成権」へと変化していると論じる見解がある⁴⁰⁾。

もちろん、憲法適合的解釈のうちで「合憲限定解釈」は、上記の各制限準則に依拠して、法律に内在する違憲的な要素を回避して、立法者の意思や立法目的にしたがって限定的に合憲解釈を施すもので、立法権への介入にならないように特に立法府に配慮した解釈方法である (ただし、違憲が明白な法律を存続させてしまう課題は韓国法にもある)。これに対して、憲法志向的解釈は、先ほどの反対意見で指摘されたように一般法院が憲法適合的解釈の方法で既存の法律内容を書き換えたり、あるいは新たなルールや基準を法の文言に付け加えたりすることにより、立法行為に準ずるような法形成を行っているおそれがある。

実際、事例1の場合、多数意見に対して次のように反対意見はその問題点を明らかにする。「『正当な事由』の……範囲を広範囲に設定することは、抽象的な法律用語を解釈するなかでまたほかの抽象的な用語へと代替することに過ぎない。この読み替えは、従来の確立した大法院の判例、兵役法の趣旨と文言・論理・体系にも反するもので、……法解釈の原則さえ逸脱し、作為的に定義をつくり変えたといわざるを得ない」(下線部・筆者)⁴¹⁾。反対意見は、事例1の大法院判決について「正当な事由」という法律用語の読み替えを通して新たな法基準を付加することで立法行為を実質的に代行していることを示唆している。

以上、既存の法律に定められている不確定概念および一般条項に対する憲法志向的解釈への始動は、次のトランスジェンダーによる性別変更の事件で直接に適用すべき法令がない法的な空白状況において新たな展開を示していた。

40) 이계일 「헌법합치적 판결의 내적 유형에 대한 법학방법론적 탐구」 법과사회 60 호 (법과사회이론학회, 2019) 271 면. また、司法権の中核的な役割については法解釈よりも法形成に重点を置き、法形成のなかに法解釈を包摂する学説もある。この見解によると、法形成の概念について、①規範内在的法形成、②規範外部的法形成、③規範相反的法形成と類型化させて、①の規範内在的法形成が法解釈だと捉えている。남복현 「헌법재판의 기능과 법정책」 법과 정책연구 8 집 2 호 (한국법정정책학회, 2008) 290-291 면.

41) 대법원 2018 년 11 월 1 일 판결 (2016 도 10912, 병역법위반 사건) 김소영 대법원 외 반대 의견·앞의 글 (주 13) 2426 면.

II. 法的な空白状況下での類推解釈による憲法適合的解釈の手法とその特異性

(1) トランスジェンダー問題を取り巻く法的環境と 2006 年大法院決定の概要

次の事例は、トランスジェンダーによって国民登録上の性別記載事項を変更することの可否が問われた 2006 年大法院決定の憲法適合的解釈の問題を扱う。本件のポイントは、トランスジェンダーの人々が性別を法的に変更するには、「戸籍」(現:「家族関係登録簿」)⁴²⁾たる国民登録上の性別事項を別の性に変える必要があるということである⁴³⁾。というのは、法的な取り扱いにおける男女の区別は、韓国では主に国民登録上の性別に依拠して行われているからである。言い換えれば、性別の変更は、性別そのものを単に変えるだけではない。その変更に伴って家族法、労働法および兵役法など、各種の法分野で変更された性にもとづいて本人の性的地位を取扱ってくれるように、婚姻、労働、兵役事項などの法律の実体関係を変えるところにその目的がある。問題は、事件当時のみならず 2023 年現在に至っても韓国では性別の決定基準、その変更の要件および変更後の法的効果を定めた民法などの実体法上に規定をなお欠いていることである。かつ、性別変更に関する具体的な手続を定めるなどの手続法も存在しない。トランスジェンダーによる性別変更についてはまったくの立法上の空白状態となっている。韓国の下級法院でも、性別変更に関して法的な空白状態にあることを認識しつつ、本事件については必ず国会での立法措置が必要で、法律があってはじめて性別変更に対する司法の判断が可能だと判示した事

42) 韓国の戸籍制度は 2005 年の民法改正で廃止が決定された。それに代えて新たに「家族関係登録簿」が国民登録制度および身分関係の公示制度として創設され、2008 年から新制度が施行している。岡克彦『「家族」という韓国の装置：血縁社会の法的メカニズムとその変化』(三省堂、2017 年) 33 頁。

43) 詳しくは、岡克彦「韓国における性同一性障害と性別変更の法的可能性—一般法院の司法解釈による性的マイノリティの人権救済のあり方」『マイノリティ研究』6 号(関西大学マイノリティ研究センター、2012 年) 1 頁、同著「韓国における性転換と性差基準の法的模索—性的マイノリティでの人権保障の一局面」『国際社会研究』3 号(福岡女子大学、2014 年) 57 頁で論じている。

マイノリティ問題に現れた韓国の「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) (岡例がある⁴⁴⁾。当初、司法府としては、性別を変更するに当たってはそれを根拠づける実定法の存在がまずは前提となるべきであるとの立場を明らかにしていた。

したがって、韓国も、日本法で 2003 年に制定された「性同一性障害者の性別の取り扱いの特例に関する法律」(法律第 111 号、2003 年 7 月 16 日) のような特例法を制定する動きが 2 度ほど国会であった (2002 年と 2006 年)。しかし、いずれの法案 (議員立法) も政府および与党の反対で会期満了に伴って廃案となった (立法的解決方式の挫折)⁴⁵⁾。法院や学説などでは、法案の成立を強く求めるもいまだにその制定の用途は立っていない。むしろ、以下の事例 2 で示す 2006 年の大法院決定で判示された性別変更の基準と、同基準および手続を定めた司法府の内部規則たる「戸籍例規」(現：家族関係登録例規) (大法院規則) が事実上、準法律化してしまうという変則的なかたちが今なお常態化している。以下では、大法院自ら性別変更の法的基準を設けてトランスジェンダーによる性別の変更問題を積極的に解決しようとした「司法的解決方式」の特徴とその問題性について検討する。

【事例 2 の概要】

再抗告人 X は 1951 年に出生し、戸籍上は女性と記載されている。X は、成長期から男性的な気質が見られ、男子の衣服を身に着けると気持ちが落ち着くなど、日常生活で女性に対する不一致な感覚と男性への帰属感の高まりで精神的に混乱した日々が続いた。20 歳代になってからは、工事人夫など、主に肉体労働に従事し、男性として生活をしてきた。当時から性適合手術を強く希望していたが、経済事情で実現できなかった。41 歳の 1992 年 7 月に A 大学附属 B 病院にて性同一性障がい (原文：性転換症) と診断され、乳房、子宮および膣の摘除手術に続いて、陰囊の形成および人工睾丸の挿入手術を受け、男性性器と陰囊をもつようになった。精神医学検査の結果、X は、男性としてのアイデンティティがとても強いという事

44) 부산지방법원 2007 年 4 月 17 日 결정 (2006 브 6, 호적정정기각 결정에 대한 항고사건) 결정문 부분 참조 (副本), 대구지방법원 가정지원 2001 年 4 月 24 日 결정 (2001 호파 653, 호적정정 사건) 결정문 부분 참조 (副本).

45) 岡克彦「性同一性障害による韓国の性別秩序の法的変容に関する一考察」ジェンダーと法 11 号 (ジェンダー法学会、2014 年) 137 頁、141-143 頁。

実が判明した。今まで X は、法律上の婚姻をしたことがなく、女性として子どもを産んだ経験もない。ただし、男性としての生殖機能はない⁴⁶⁾。

原審では X による戸籍の性別記載訂正および改名の申請に対する抗告を棄却されたことに伴い、再抗告を大法院に求めたのが本事件である（下線部・筆者）。

〔対象条文 2〕

旧戸籍法 120 条（違法な戸籍記載の訂正）（現：家族関係登録法 104 条 1 項）「戸籍の記載が法律上、許されないものであることまたはその記載に錯誤もしくは遺漏があったと認められるときには、利害関係人はその戸籍のある地を管轄する家庭法院の許可を得て、戸籍の訂正を申請することができる」（下線部・筆者）⁴⁷⁾。

【決定要旨】

（多数意見 9 名）性同一性障がい者も、人間としての尊厳により幸福を追求する権利および人間らしく生活を営む権利を有しており、転換した性別が法的にも真正な性と評価できる（憲法 10 条、34 条、37 条 2 項）。それにもかかわらず、戸籍の性別記載や住民登録番号がいまだに従前の性のままであれば、社会生活に甚大な支障をきたすだけでなく、憲法上の基本権が侵害される憂慮がある。法令上の手続規定の不備を理由に同障がい者に対して戸籍の訂正を認めないのは、上記の憲法精神を具現させることができなくなるとなる。したがって、同障がい者に該当することが明白な者は、戸籍訂正に関する戸籍法 120 条の手続にもとづいて戸籍の性別欄を本人本来の性に修正することを許容する。同規定は、戸籍記載当時から存在していた記載の誤りを是正するための手続である。けれども、本件の場合、戸籍登載後の事件ではあるが、事後的にも本人本来の性と戸籍記載の性別を一致させることが、戸籍記載に真正な身分関係を反映させようとする戸籍法 120 条の立法趣旨にも合致した合理的な解釈になる。なお、戸籍上の性

46) 대법원 2006 년 6 월 22 일 결정 (2004 스 42, 개명 및 호적정정 사건)·앞의 글 (주 13) 301-302 면.

47) 「호적법중 개정법률 [법률 제 2817 호]」 관보 7236 호 (그 2) (대한민국정부 총무처, 1975 년 12 월 31 일자) 47 면.

マイノリティ問題に現れた韓国の「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) (岡)

別記載訂正の効果は、既存の身分関係や権利義務に影響を及ぼさないように、将来に向かって効力を有するものと解釈すべきである(下線部・筆者)⁴⁸⁾。

(2) 大法院決定で展開された憲法適合的解釈とその問題性

事例2の問題点は、事例1と異なり当該事件に直接に適用することが可能な法令がそもそも存在しないという立法上の空白状態において、一般法院が憲法適合的解釈の手法を用いてその隙間を埋める法論理をどのように構成し、かつ、こうした法解釈が司法権限の範囲を逸脱しないの否か、という点にある。

争点は、既存の法体系のなかからトランスジェンダーによる性別変更を可能にさせる具体的な法令をいかに発見し、かつ、どの程度の解釈であれば、立法権限を侵害させずに「司法解釈」の名の下に許容される法律解釈を定立することができるのか、あるいはできなかったのかにあった。今回の大法院の解釈は、X本人に対する人間の尊厳性と幸福追求権を保障した憲法の趣旨(憲法10条、34条1項)に合致するように、民法(家族法)の手續法たる戸籍法120条(対象条文2)の戸籍事項訂正手續を類推解釈して、トランスジェンダーによる性別変更にも適用が可能なように憲法適合的解釈を施して、法的な空白状態を補完しようとしたところにその特徴がある。

この多数意見に対して、反対意見(2名)からは次のような問題点を指摘する。男女間の性別決定のあり方は、一般国民の意見収斂、慎重な検討と熟議による審議過程を経て、主権者たる国民の代表機関たる国会による立法的な判断にもとづいて決定すべき事項である。一司法機関で決めうるものではない。いわゆる民主主義の要請にもとづく批判である⁴⁹⁾。

また、戸籍法は、身分関係を公示するための単なる手續法に過ぎない。トランスジェンダーによる性別変更は、国民登録上の性別表記を変えることだけを目的としていない。その表記を変えることに伴って、本人の実体

48) 대법원 2006년 6월 22일 결정 (2004스42, 개명 및 호적정정 사건)·앞의 글 (주 13) 300-301면.

49) 대법원 2006년 6월 22일 결정 (2004스42, 개명 및 호적정정 사건)·앞의 글 (주 13) 307면.

的な権利関係の変動を生じさせるところに真の目的がある。したがって、性別の決定基準、その変更の要件および手続は、民法などの実体法で本来的に定めるべき事項である。それにもかかわらず、多数意見は、戸籍法の手続的な規定に仮託して、実体法上の根拠がないにもかかわらず実体的な法律効果を実質上、導き出そうとした点に司法解釈上の問題がある。戸籍法 120 条の立法目的を逸脱し、類推解釈の許容された司法解釈権の範囲をはるかに超えている。これは法解釈ではなく、新たな法律の創造であって、憲法上で定める立法権を侵害しているとその問題性を明らかにした⁵⁰⁾。

今回の大法院解釈は、反対意見が示すように事例 1 よりも司法解釈権の境界を大幅に越境する解釈手法であった。特に、本人自らが願う性別に変えたいという自己決定を中核とする幸福追求権（憲法 10 条）を保障する憲法の趣旨に合致するように、戸籍の性別記載事項について戸籍法 120 条での事前の届出時に「錯誤があったと認められるとき」の要件を事後的な事実変化にも類推する積極的な憲法適合的解釈を行ったところに解釈のポイントがある。事例 1 と比較すると、事例 1 は「正当な事由」(対象条文 1) といった法律に直接に明記された要件（不確定概念）について憲法の規範に符合するように合憲解釈を施した。これに対して、事例 2 は事件に適用すべき直接の法令が存在しないという立法上の空白状況にあって、関連する手続法規に対して基本権規定たる人権保障に関する憲法の規範に合致するように類推解釈を行った。

しかも、事例 2 の場合、法律効果においても、類推解釈だといっても、戸籍の性別記載の訂正という手続法上の法律効果に止まらず、民法などの実体法上の根拠が存在しないにもかかわらず、性別そのものの変更という実体法上の法律効果までも生じさせている異質な憲法適合的解釈であった。このように捉えると、事例 2 は、類推解釈を行ったことで事例 1 に比べて憲法適合的解釈の幅や範囲が大幅に拡張しているところに両事例の差異がある。

50) 대법원 2006 년 6 월 22 일 결정 (2004 스 42, 개명 및 호적정정 사건)·앞의 글 (주 13) 306-307 면.

(3) 憲法適合的解釈に依拠した特異な類推解釈とその限界性

事例2で採られた憲法適合的解釈による類推解釈の方法が、司法権の権限行使として許容された範囲をどの程度、逸脱しているのか、その解釈の「異質さ」をまず検証することにする。大法院判例では、従来、確立された類推解釈の可能な司法権限の範囲については次のように判示した。司法府で法形成が許容される「法律の欠缺や空白」とは、まず立法者が意図しなかった規律の空白をいう。「類推解釈」とは、立法者が規律の空白状況をまったく認識することができなく必要な法的規律をしなかっただけで、合理的な立法者であれば、この空白状況に対して隣接領域の類似した規定と同じ内容の規律をしたであろうと認められる場合のみ可能な解釈だとその基準を示した⁵¹⁾。つまり、司法府の解釈権限には、立法者の認識可能な意思に反したり、あるいはその合理的な意思から推認したりすることが不可能な法形成を行うことが制限されているということである。

事例2の場合、多数意見でも判示したように民法や戸籍法の制定当時、出生以降に漸次的に自覚できる本人の性的アイデンティティにもとづいて性別を可変できるという事情について立法者は認識できていなかった。その意味では司法の法解釈によって法的な空白状況を補完する必要性は認められる。問題は、戸籍法たる手続法を類推してまでもトランスジェンダーによる性別変更を可能にすべき合理的な意思が立法者に存在していたと推認することができるのか否かにある。

同事例の決定理由で示された事情を考慮すると、立法者側で性別変更を可能にさせる法案が2回も発議されるも、成立には至らなかった事実の存在があり、これを受けてトランスジェンダーによる性別変更の可否については国民の合意形成にはいまだに至っていないとの大法院側の認識がある(特に反対意見)。かつ、多数意見には立法者にこの性別の変更を可とする合理的な意思の存在を推認しうる事情を考慮した説明がない。むしろ、多数意見の主たる法的な論拠は、トランスジェンダーたる本人への基本権保障による憲法趣旨に合致するように戸籍法の手続規定に対して憲法適合的解釈を行うことに対する法的正当性にその重きが置かれている。今回の大

51) 대법원 2019년 6월 20일 판결 (2013 다 218156, 소유권 이전등기 사건) 김재형 대법관 보충의견·앞의 글 (주 37) 1440-1441 면.

法院の判断は、既存の法規に形式的に依拠させつつも、事件当時、トランスジェンダーによる性別変更を容認するのか否かの立法者の合理的な意思を推認することまで想定しておらず、立法者意思とは無関係に司法自らが法形成を行っている可能性が高い。否、むしろ大法院はこの性別変更に対して国会による法律の成立をそもそも期待することができないからこそ立法院の合理的な意思をあえて推認しなかったというのが真意のようである。学説でも、本決定の多数意見について法律解釈の限界を逸脱しており、トランスジェンダーの基本権を保障するために司法積極主義の立場から「一種の法形成」を行ったものと指摘する見解がある⁵²⁾。

本決定に対する学説の主な評価については、次のように論評される。まず性的マイノリティの人権保護を最優先したことを評価する見解がある。事例2の事態は、立法の空白による違憲状況が続いているというよりは、法院が具体的な事案の審理を経て、性同一性障がい者として確認した場合には、戸籍法上の「訂正」の意味について憲法適合的解釈を施すことにより、性別の変更を可能にさせたということで司法的な救済手段の道を開いたことが、不十分ながらトランスジェンダーたちの苦痛を緩和させる最善の選択であったと評する⁵³⁾。

その一方で、同決定理由については有力な批判がある。大法院の決定は、戸籍官吏の事務的な錯誤による戸籍記載の誤りを訂正することを定めた戸籍法120条(対象条文2)の文理と立法目的からは相当に法理的な飛躍があるとの指摘がある⁵⁴⁾。戸籍法上、戸籍訂正には2つの手続がある。家事訴訟法2条などに定めた身分関係の変動に重大な影響を及ぼす戸籍記載事項の訂正には法院の身分変動に対する確定判決による場合(戸籍法123条現行：家族関係登録法107条)と、身分関係の変動にさほど影響を与えない戸籍の軽微な記載事項に対する訂正にはより簡易な非訟事件にもとづく法院の決定による場合とがある(対象条文2)。本件の大法院の判断は、

52) 강태경 「법적 추론에 대한 비판적 분석으로서의 인지적 분석」 법학 55 권 4 호 (서울대학교, 2014) 주 84, 216 면.

53) 허이훈·양의 글 (주 22) 주 11, 492 면. 그 이외에도 안소영 「성전환자의 가족관계등록상 성별정정 방법 및 그 기준에 대한 고찰」 이화여자법학 4 권 2 호 (이화여자대학교, 2012) 171 면 등이 있음.

54) 윤진수 「성전환자의 인권보호에 있어서 법원의 역할」 법학 52 권 1 호 (서울대학교, 2011) 310-311 면. ただし、ご自身は大法院決定の結論については肯定的な評価をしている。

マイノリティ問題に現れた韓国の「積極司法」と憲法適合的解釈のあり方 (1) (岡)

性別の変更により本人に関わる身分関係に重大な変動（婚姻関係、親子関係など）をもたらす事案にもかかわらず、単に対象条文2の文言にある戸籍「記載の錯誤」の要件を類推解釈しようとするあまりに手続法上、対象条文がそもそも想定していない事件にまで適用した誤りがあると批判する⁵⁵⁾。

もちろん、伝統的な司法解釈の手法でも、既存の法令で直接に適用できない場合、目的論的な拡張解釈や縮小解釈、さらに類推解釈で法律の不明確な内容をより具体化させることにより、法規範の欠缺を補完することは韓国でもよく行われる。ところが、今回の大法院解釈の問題性は、まず対象条文2で訂正可能な戸籍の軽微な記載事項の範囲を逸脱してトランスジェンダーによる性別変更の事例に同条を類推適用していることである。つまり、同規定の文意と立法目的から大幅にかけ離れて、司法府で独自に判断する憲法解釈を根拠にその解釈に合致するように手続規定の内容に新たな法基準を付け加えることで、既存の規定内容を書き換えている。それに止まらず、さらに手続法上の法的効果だけでなく、実体法上の規定なしに実体的な法律効果までも導き出そうとした点にある。大法院のこうした解釈方法は、司法の「解釈権限」ではとても収まらず、従来の司法の枠組みを切り崩す新たな司法作用が胎動しているようにも見える。こうした特異な類推解釈を法的に正当づけるためには、別の法的論理が必要になってくるだろう。この点については後（第Ⅲ章以下）で検討する。

確かに、事例2は極めて稀にみるレアなケースではある。この事例が判例の主流となって今後の動向が変化するとまでは現地点ではいえない。しかし、こうした特異な類推解釈を可能にさせてしまう韓国の司法システムや法的な環境がどのようになっているのかが本研究の核心である。さらにより本質的な問題としては、大法院が異例の類推解釈をしてまでトランスジェンダーによる性別変更を許容せざるを得なかった実質的な理由とはそもそも何だったのかにある。このことが課題としては残るが、この点はすでに別稿で論じている⁵⁶⁾。

55) 이준호 「성전환자에 대한 성별정정 허가 사건의 법리적 검토」 서울법학 29 권 4 호 (서울시립대학교, 2022) 63-64 면.

56) 岡克彦・前掲注 (45) 134 頁。

