
 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(2・完) —「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、298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. 司法院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

(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

1. 裁判官の憲法解释权と二元的な違憲審査制

では、事例1を含めて、憲法志向的解釈という拡張的で積極的な憲法適合的解釈を可能にさせる韓国の司法メカニズムとはそもそもどのような構造になっているのだろうか。

それは、以下で見られるように司法の違憲審査権限が憲法裁判所以上に一般法院（通常裁判所）でより積極的に機能しやすい仕組みになっている点がまず挙げられる。韓国では、裁判官（原文：「法官」）一人一人に独立性が認められるとともに、裁判は「憲法および法律」に依拠することが憲法上、要請されている（憲法103条）¹⁾。このことは、憲法裁判所だけでなく一般法院（大法院および下級法院）の各裁判官が法律の解釈のみならず「憲法」をも解釈する権限を有していることを意味する²⁾。法院の裁判官自らも、具体的な判決理由で法令に対する憲法適合的解釈権限を有することの直接の根拠がこの憲法103条から導かれると説述している³⁾。

1) 정종섭 『헌법학원론 [제 13 판]』 (박영사, 2022) 1502 면.

2) 남복현 「헌법재판의 기능과 법적책」 법과 정책연구 8 집 2 호 (한국법정책학회, 2008) 283 면.

3) 서울남부지방법원 2004년 5월 21일 판결 (2002 고단 3940, 병역법위반 사건) [본 판결문 부분에 의함] (副本) 등. 憲法適合的解釈権限が各裁判官に有していることを憲法103条で依拠されている点は、そのほかの実務家および法学者の論稿でも指摘されている。김시철 「헌법쟁점에 대한 법원의 심리 및 판단」 공법연구 35 집 4 호 (한국공법학회, 2007) 96 면, 한수웅 『헌법학 [제 12 판]』 (법문사, 2022) 1371 면. なお、韓国の法院および憲法裁判所の判例に対する分類および引用の方法については、岡克彦 「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

制度上も法律に対する違憲審査権が憲法裁判所に有するだけない。法律以外の規則、命令および処分に対する違憲審査権は一般法院に有するという二元的な違憲審査制度になっていることが韓国法の特徴である⁴⁾。「大韓民国憲法」の制定以来（1948年制定）、今まで9回にわたって憲法が改正された。この改正過程で法律に対する違憲審査権は、主要な改正の度にそれを担う憲法裁判機関が変動してきた経緯がある。これに対して、法律以外の規則、命令および処分に対する違憲審査権は、憲法の制定当時から一貫して一般法院たる大法院が管轄してきた（48年憲法81条1項など）⁵⁾。韓国の違憲審査制度については、法律に対する違憲審査権が62年憲法（第5次憲法改正：62年憲法102条1項）で大法院に一元化した付随的違憲審査制を採った場合を除いて、別途の憲法裁判機関が担当してきた。その一方で、法律以外の下位法令に対する違憲審査権は通常裁判所たる大法院が担ってきたという二元的な司法構造が続いてきた。現行の87年憲法（第9次憲法改正）における違憲審査制の二元的な構造も、同憲法が制定されて以来、変わることもなかった司法の枠組みを基本的に踏襲したかたちとなっている。

憲法起草過程で起草者は当初より法律に対する違憲審査権は大法院ではない「憲法委員会」という別途の憲法裁判機関を設けてその機関に管轄させることを想定していた。これに対して、大法院側はアメリカの付随的違憲審査制をモデルにして通常裁判所たる自らの機関に法律に対する違憲審査権をも帰属させて同審査制の一元化を提案した。しかし、結局は、この点については当初の草案どおりに憲法が制定された⁶⁾。大法院案への反対理由としては、起草者が社会民主主義の憲法体制を構想していたこともあり、自由主義的なアメリカ憲法体制を採用しようとしなかったことおよび大法院を頂点とする通常の裁判組織が日本の植民地法制時代のそれをほぼ

変更』の事例を中心に」法政論集 298号（名古屋大学大学院法学研究科、2023年）注13、36頁に依拠する。

4) 송기춘「법원의 헌법재판」공법학연구 15권 1호（한국비교공법학회, 2014）133면、岡克彦「韓国」中村陸男ほか編著『世界の人権保障』（三省堂、2017年）186頁。

5) 國分典子「韓国憲法裁判所の組織と権限」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）8頁。

6) 國分典子「韓国建国期の違憲審査についての議論—日本との比較の視点から」法政論集 272号（名古屋大学大学院法学研究科、2017年）27-28頁。

踏襲した機関であり、かつその人員の多くが「親日派」であったことから、当時、法院に対する司法としての信頼性が極めて乏しいところにあったようである⁷⁾。

このような経緯から、一般法院では、裁判官各自の権限として憲法解释权を有しているだけでない。通常の裁判権限たる司法解释权とともに法律以外の下位規則などに対する違憲審査権をも有している（憲法 111 条 1 項 1 号、同法 107 条 2 項）。

2. 一般法院における憲法裁判所への違憲法律審判の付託制度

しかも、憲法裁判所での違憲法律審判権は、一般法院による同審判への付託（原文：「提請」）があつてはじめてそれが稼働する受動的で消極的な審査構造になっている（憲法 107 条 1 項、同法 111 条 1 項 1 号）。一般法院からの付託がなければ、そもそも同裁判所の違憲法律審判は作動しない（憲法裁判所法 41 条 1 項）。というのは、韓国ではドイツ型の憲法裁判所制度を導入させつつも、その役割としては抽象的規範統制ではなく、具体的な事件を解決する前提として通常の裁判で適用される法律に対して違憲性を司法審査するという具体的規範統制のみが行われているからだといわれている⁸⁾。

すでに説明した建国期の違憲審査制度の内容をさらに敷衍するならば、大韓民国憲法の制定当時に違憲審査制度が創設された当初より、「憲法委員会」という憲法裁判機関が違憲審査を稼働させるためには一般法院からの同審査の付託が必要な制度設計になっていた（48 年憲法 81 条 2 項）⁹⁾。建国期ですでに李承晩政権による権威主義体制が生じ、その後、軍事政権の成立によりその体制が長く続いてきた。建国理念としては、「立憲主義」を憲法で装うためにも違憲審査制は制度上、不可欠な仕組みではあった。けれども、為政者にとって最も不都合なのが自らの権力行使を規範的に統制される同審査制の存在であった。だからこそ、違憲審査制はできる限り

7) 이현환 「헌법재판제도의 도입배경과 정착 및 발전방향에 관한 연구」 헌법재판연구 창간호 (헌법재판연구원, 2014) 13 면, 國分典子・前掲注 (6) 30-31 頁。

8) 헌법재판소 1997 年 12 月 24 日 결정 (96 헌마 172 외, 헌법재판소법 제 68 조 제 1 항 위헌확인 사건) 헌법재판소판례집 9 권 2 집 (헌법재판소, 1998) 854 면。

9) 김영수 『한국헌법사』 (학문사, 2000) 430-431 면, 이현환·앞의 글 (주 7) 17 면 참조。

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（2・完）（岡

発動されることのないように違憲法律審判への付託制度を設けて、具体的規範統制の機能にのみ止めた。しかもその機能が長く封じ込められてきた¹⁰⁾。その影響もあり、1987年の民主化後、第9次憲法改正時（87年憲法）に憲法裁判所制度が導入される際にも一般法院による法律違憲審査の付託方式がそのまま採用された。法律に対する違憲審査権の発動については、当初より事実上、一般法院がその主導権を掌握してきたのである。

具体的には、法律に対する違憲審査権は訴訟当事者からの付託申請または法院自らの職権によって法律違憲審判を憲法裁判所に付託するという事前の手續から始まる（憲法裁判所法 41 条 1 項）。ここで重要なのは、法院で憲法裁判所への同審判を付託する前提として、まずは事件に適用する法律に対する違憲性の疑義について事前審査が一般法院で行われるという点にある¹¹⁾。

したがって、当該法律を同審判に付託するのか、あるいは付託させずに合憲と判断して訴訟当事者からの付託申請を棄却するのかを決定するための法律に対する憲法判断には、一定の司法裁量が一般法院にある¹²⁾。実際、担当法院は、同付託あるいは付託申請の棄却を決定するに際してその決定理由を付すことが要請されている（憲法裁判所法 43 条 4 号）。この司法裁量の存在が法院の憲法適合的解釈権限を派生させるもうひとつの法的な契機になっている。つまり、法院の司法権には、通常の司法解釈権限とともに違憲法律審判に対する法律の事前審査権限（違憲法律審判付託権〔原文：同提請権〕）が存在するのである¹³⁾。

(2) 違憲法律審判の付託権限と憲法適合的解釈の限界性

憲法上の論点としては、法律の違憲性に対する疑義がどの程度あれば、付託決定を下して憲法裁判所に違憲法律審判を要請することが可能なのか、逆に法律にある違憲的要素を払しょくして、憲法に合致するように法

10) 이현환·앞의 글 (주 7) 17 면 참조.

11) 정계선 「법원의 헌법적 판단」 헌법학연구 21 권 4 호 (한국헌법학회, 2015) 119 면, 조동은 「헌법합치적 법률해석과 법원의 기본권보장 의무」 헌법학연구 23 권 3 호 (한국헌법학회, 2017) 주 8, 393-394 면.

12) 이재홍 「법원에서의 헌법적용실무에 관한 연구」 인권과 정의 498 호 (대한변호사협회, 2021) 주 1, 80 면, 정계선·앞의 글 (주 11) 119-120 면.

13) 정계선·앞의 글 (주 11) 119 면.

律を独自に合憲解釈（憲法適合的解釈）することが可能な限界とは一体どこまでなのかが問題となる。前者の論点については、判例によると、法院が違憲法律審判の付託を行う場合、法律に対する違憲性の確信までの認識は必要ないが、違憲性の疑いに合理性の存在があることを求めている¹⁴⁾。法律に対する違憲性の疑いがある場合、法院で下される「違憲法律提請決定文」の様式でも当該法律を「違憲だと認められるほどの相当な理由がある」という定型文を決定理由に盛り込むことになっている¹⁵⁾。

一方、後者の論点である法院での憲法適合的解釈の限界については、本稿の中心テーマでもあるので、詳しくは後述する。ただし、学説では一般的に次のように指摘する見解がある。当該法律に違憲性の疑いが高い場合に法院が無理な解釈または合憲解釈を施して、違憲性を取り除こうと試みるときは、司法解釈の名の下に法文に明記された要件を削除したり、逆に新たな基準を付け加えたり、あるいは法律効果を変動させたりとすることで、事実上、準立法行為に及ぶ危険性がある。この場合はむしろ合憲解釈を行わずに憲法裁判所への付託決定を下すべきであるとする¹⁶⁾。

もっとも、憲法訴訟の手續上、法院の過度な合憲解釈に対する制度的な歯止めがないわけではない。それは、一般法院で当該法律に違憲性の疑義なしと判断して訴訟当事者からの付託申請を棄却決定した場合、この当事者がその決定に不服があれば、憲法裁判所への憲法訴願（規範統制型憲法訴願）の請求が可能で、この法律に対する違憲性の存否が憲法裁判所で改めて再審査されることになる（憲法裁判所法 68 条 2 項）。憲法裁判所で再審査された法律に対する憲法判断では、法律の違憲性についての実体的判断のみならず、一般法院の合憲棄却決定に対する是非の審査を通して法院の憲法適合的解釈権限の範囲およびその限界についても判示された事例がある¹⁷⁾。別稿で検討する予定である。

14) 헌법재판소 1993년 12월 23일 결정 (93헌가2, 형사소송법 제97조 제3항 위헌제정 사건) 헌법재판소판례집 5권 2집 (헌법재판소, 1994) 578면, 정재황『헌법재판론 [제2판]』(박영사, 2021) 316면.

15) 「위헌법률심판제정사건의 처리에 관한 예규」(재판예규 제1716호, 2019년 3월 29일 개정) 7조 2항의 전자양식 A2053, A2054.

16) 조동은·앞의 글 (주 11) 407면, 409-410면.

17) 헌법재판소 2012년 5월 31일 결정 (2009헌마123, 구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원 사건) 헌법재판소판례집 24권 1집 하 (헌법재판소, 2013) 281면 등. 本事件は、憲法裁判所と一般法院との司法解釈権をめぐる争われた代表的な事例であった。박승주「구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원 결정을 둘러

また、下級法院の憲法判断については、刑事裁判の判決の場合、適用された刑事法に対する違憲性の存在が控訴および上告の理由になる(刑事訴訟法 361 条の 5、1 項、同法 383 条 1 項)。民事訴訟の場合でも、判決に影響を及ぼす法令に対する違憲性の存在が上訴理由となっている(民事訴訟法 423 条)。上級法院で下級法院の憲法判断の当否が改めて審理されるのである。法院内部においても憲法適合的解釈を含めた自らの憲法判断のあり方について上訴の裁判を通して検証されるしくみにはなっている。

以上の検討で明らかになったことは、法院の司法裁量において違憲法律審判の事前手続たる付託判断と法律に対する憲法適合的解釈とが表裏一体の関係で行われているということである。具体的には、一般法院の場合、通常の民事、刑事および行政事件などで審理の途中からでも訴訟当事者による付託申請または職権で適用法律に対する違憲性の疑義について審査を行う機会が多い。違憲性の疑いありとなり、法院で同付託決定を下した場合は、審理中の裁判を停止させて憲法裁判所に違憲法律審判を要請することになる(憲法裁判所法 42 条 1 項本文)¹⁸⁾。つまり、一般法院の裁判官は、具体的な事件で適用法律を通常に解釈する前提として、当該法律に違憲の部分がないのか、それがあっても違憲の要素を取り除いて合憲として解釈可能な余地があるのかを裁判の場で常に意識せざるを得ない立場に置かれている¹⁹⁾。

日本のように、法律に対する違憲性を判断しない限り、当該事件を解決することができないほどに憲法問題が裁判上の不可欠な争点となっている場合にのみ違憲審査を発動させる。それ以外は、できる限り憲法判断そのものを回避させようとする傾向の強い付随的違憲審査制とは大きな差異を見せている²⁰⁾。いわゆる、法律への合憲性推定の原則は韓国では採用されていないといわれている²¹⁾。むしろ、憲法裁判所制度の導入の下で法律に

싼 헌법소송법적 쟁점에 대한 검토」헌법재판실무연구 13 권 (헌법실무연구회, 2012) 594 면.

18) 이재홍·앞의 글 (주 12) 81 면.

19) 이계일 「헌법합치적 판결의 내적 유형에 대한 법학방법론적 탐구」법과사회 60 호 (법과사회이론학회, 2019) 307 면.

20) 芦部信喜 『憲法 第四版』(岩波書店、2007 年) 364 頁、佐藤幸治 『日本国憲法論』(成文堂、2011 年) 626 頁.

21) 정진명 「사법에 있어서 헌법합치적 법률해석의 의미와 한계」민사법학 82 호 (한국민사법학회, 2018) 73-74 면, 한수웅·앞의 글 (주 3) 59 면.

対する具体的規範統制を機能させるために、一般法院に違憲法律審判付託手続を設けて各法律に対する違憲性の存否を事前に司法審査を要請したのも「法律の合憲性」への不信（懷疑）の姿勢を一般法院に求めたのであるといわれるほどである²²⁾。

とりわけ、憲法裁判所のみならず、一般法院に対しても単に違憲の疑いのある法律を憲法にもとづいて規範統制するだけではない。言い換えると、司法解释权の一形態たる憲法適合的解釈のうち、合憲限定解釈の方法のように法律の違憲性を取り除くことで法律の合憲性を確保させて当該法律の効力を維持させることにより、法秩序の安定性を保持するという消極的な合憲解釈に止まらない。事例1および2で見られるように対象条文1と2そのものには違憲的要素がなかったとしても、人権保障という憲法上の強い要請から訴訟当事者の基本権を救済する必要性が特に認められる場合は、司法自ら既存の法規定を駆使して基本権保障の憲法規定に符合するように、法律内容を積極的につくりかえるという憲法志向的解釈まで行われていた²³⁾。学説では、この解釈手法を「基本権（人権）合致的法律解釈」と称して基本的人権を重視する最近の一般法院による憲法志向的解釈の傾向を捉えている見解がある²⁴⁾。

けれども、この憲法志向的解釈は、法律内容が立法過程を経ないまま改変されることで立法権を侵害するおそれのあるほどに自らの司法権限を拡張させる可能性のある法解釈である。このことは、後で指摘するように単に司法権の量的な拡大だけでなく、質的な変化をももたらしたことを示している。すなわち、司法において伝統的な司法解释权に憲法適合的解释权が融合することにより、「法の発見」から「法の創造」へと司法の機能的な変容が生じていたのである²⁵⁾。

(3) 司法府の人権保障機能と憲法適合的解釈

司法が機能的な変容まで生じさせる最大の要因は、以上の検討から示唆

22) 한수용·앞의 글 (주 3) 59 면.

23) 이계일·앞의 글 (주 19) 주 70, 301-302 면.

24) 조동은 「법원의 인권합치적 법해석에 관하여」 헌법학연구 28 권 4 호 (한국헌법학회, 2022) 703 면, 조동은·앞의 글 (주 11) 393 면, 419-420 면.

25) 김시철·앞의 글 (주 3) 125-126 면 참조, 이계일·앞의 글 (주 19) 287 면 참조.

されているように司法府に対して人権保障が何よりも要請されている点にある。憲法裁判所でも、ある判例で一般法院が憲法裁判所と同様に国民に対する基本権保護を主たる役割として担っていることを前提として、一般法院に対してその裁判作用たる司法解釈において特に人権保障を尊重し、これを遵守するように求めた(憲法 10 条)²⁶⁾。「自らの管轄範囲内で基本権侵害がある場合、その権利を保護することはすべての法院に課された最優先的な課題のうちのひとつである」²⁷⁾。韓国では、憲法裁判所のみならず一般法院に要請されることは、「法の番人」として各法令の法的安定性を確保する法への秩序維持機能とともに、国民に対する基本権を保護する人権保障機能にも重点が置かれているところにある。韓国憲法 10 条では、国家の一機関たる「司法府」に対しても不可侵の基本的な人権を保障する憲法上の責務を負っていると解されている²⁸⁾。

もちろん、司法解釈のあり方としては、先ほどの 2018 年大法院判決〔事例 1〕の反対意見であったように法文の文意および立法者の意思に沿って法律解釈を行うのが原則である²⁹⁾。ただし、大法院のほかの判例では「裁判官が憲法で基本権を実現するために憲法適合的解釈をする場合」は、この原則をある程度、緩和させることが求められるケースがあることをほめかしている³⁰⁾。

とりわけ、前述した私法上の一般条項および不確定概念、たとえば「善良な風俗その他の社会秩序」(民法 103 条)、信義誠実の原則(同法 2 条 1 項)、「正当な理由」(勤労基準法 23 条 1 項)などは、単に立法目的やその趣旨にしたがって司法解釈するだけでない。近年、これらの法概念は、私人間における複数の基本権を比較考量して、当事者間に基本権保障が最大限に両立するように基本権間の調整を図る法規範としての性質を有すると理解されている³¹⁾。事例 2 のように私法規定に欠缺や空白があるときは、

26) 헌법재판소 1997년 12월 24일 결정 (96 헌마 172 외, 헌법재판소법 제 68 조 제 1 항 위헌확인 등 사건) 헌법재판소판례집 9 권 2 집 (헌법재판소, 1998) 856 면.

27) 헌법재판소 1997년 12월 24일 결정 (96 헌마 172 외, 헌법재판소법 제 68 조 제 1 항 위헌확인 사건) · 앞의 글 (주 26) 856 면.

28) 김시철 · 앞의 글 (주 3) 125 면.

29) 대법원 2018년 11월 1일 판결 (2016 도 10912, 병역법위반 사건) 김소영 대법관 외 반대의견, 판례공보 552 호 (법원도서관, 2018) 2421 면.

30) 대법원 2019년 6월 20일 판결 (2013 다 218156, 부동산 명의신탁 사건) 김재형 대법관 보충의견, 판례공보 568 호 (법원도서관 2019) 1441 면.

31) 장영철「사법의 헌법화 경향에 대한 소고」서울법학 25 권 4 호 (서울시립대학교,

罪刑法定主義が厳格に求められる刑事法や法治主義の原則が常に適用される行政法などの公法領域よりも、裁判官による法形成がはるかに広範に認められうる³²⁾。実際、韓国法の場合、民法や商法などの私法の分野では、先ほど検討したように実定法に規定がない場合、慣習および条理にもとづいて司法解釈することを可能にしている(民法1条、商法1条)。法律が欠缺している場合には、立法府における規定の制定や改正を待つまでもなく、司法府は「慣習」や「条理」にもとづいて独自に法基準を設けることができる法形成権が例外的に認められている。また、任意規定と相違なる意思が当事者に存在する場合の本人たちの意思内容、および当事者の意思が不明確な場合に慣習(事実たる慣習)に依拠させることが可能であり、その慣習の内容についての判断それぞれについても一定の司法裁量が認められている(民法105条、106条)。

その具体的な例が、本稿の第1章第2項で示した第1事例の「宗中団体の宗員資格を娘たちにも認めた2005年7月の大法院判決」、第2事例の「延命治療装置の除去の可否が問われた2009年5月の大法院判決」および第4事例の「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」などであった³³⁾。

私法分野において、こうした「司法による法形成権限」が広範に認められる法的根拠としては、まずは市民間の法律関係が自由に形成されるという私的自治の原則に求められる。この原則も当然に憲法上でも保障しているとされる。すなわち、私的自治は、憲法10条の幸福追求権という包括的基本権から導出される具体的権利である。これは、個人の意思による自己決定にもとづいて自らの法律関係を自由に創設、変更および終了させ得る自由として判例・通説で一般的に保障される³⁴⁾。この原則は、市民間すべてにおいて公平に認められていることから、原則として各市民には法律関係の相手方に対して基本権を保障すべき憲法上の義務を直接に課してはいない。同義務はあくまでも国家に対してのみ課している(憲法10条後段の反対解釈)。この点が韓国でも私人間に憲法が直接に適用されない実

2018) 11 면, 정진명 「사법에 있어서 헌법합치적 법률해석의 의미와 한계」 민사법학 82 호 (한국민사법학회, 2018) 95-96 면.

32) 장영철 · 앞의 글 (주 31) 12 면.

33) 岡克彦 · 前掲注 (3) 41-44 頁.

34) 장영철 · 앞의 글 (주 31) 5 면, 정진명 · 앞의 글 (주 31) 95-96 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（2・完）（岡

質的な根拠となっている。憲法が単に公法だという法的性質にのみその理由が求められているのではない。

私人間の場合、司法府はいずれの私人に対しても基本権を保障する第三者という公正な立場を堅持しつつ、両者に基本権が最大限に保障されるように基本権相互の調整を図ることが私法上の法律のみならず、憲法上の原理からも要請される（憲法 10 条後段、同法 27 条 1 項）。判例においても次のように判示する。「憲法上の基本権は、第 1 次的には個人の自由な領域を公権力の侵害から保護するための防御的な権利である。けれどもその一方で、憲法の基本的な決断たる価値秩序を具体化したものとして、私法を含めたあらゆる法領域にその影響を及ぼすのである。それゆえに、私人間の私的な法律関係も憲法上の基本権規定に適合するように規律しなければならない。ただし、基本権規定は、その性質上、私法関係に直接に適用可能な例外的なものを除いて、私法上に一般原則を規定した民法第 2 条（信義誠実の原則）、第 103 条（公序良俗の原則）、第 750 条（不法行為）、第 751 条（損害賠償責任）などの内容を形成し、その解釈基準となって間接的に私法関係にその効力が及ぶのである」（カッコ書き・筆者）³⁵⁾。したがって、憲法の基本権保障の原理は、私法の一般条項や不確定概念を媒介として間接的に私人間においても強く要請されることになる（間接適用説、第三者効力論）³⁶⁾。

最近、韓国では私法への人権保障を強化させるために、一般法院に対しても司法解釈権のみならず、それよりも広範で多義的な意味を有する前述の「法形成権」が認められる傾向にある³⁷⁾。もちろん、ある事例において基本権を制限したり、弱めたりする方向では法形成権が極めて制限的であり、抑制的に機能されるべきであるといわれる³⁸⁾。しかし逆に、当事者への人権救済が特に求められるなど、基本権の範囲を拡張したりして、その基本権を積極的に保護しなければならない局面においては、司法による法形成権

35) 대법원 2010 년 4 월 22 일 판결 (2008 다 38288, 손해배상 사건) 판례공보 346 호 (법원도서관, 2010) 902-903 면.

36) 박규환 「사적자치와 기본권의 제 3 자적 효력」 법학연구 25 권 3 호 (연세대학교, 2015) 48 면, 장영철 · 앞의 글 (주 31) 11 면. 韓国における間接適用説 (第三者効力論) の学説状況は, 장영철 「기본권의 제 3 자적 (대사인적) 효력에 관한 이론적 연구」 공법연구 37 집 3 호 (한국공법학회, 2009) 33 면 이하에依拠している.

37) 양천수 「법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성」 법과사회 52 호 (법과사회이론학회, 2016) 108-110 면.

38) 장영철 · 앞의 글 (주 31) 12 면.

が遺憾なく発揮されることが望まれている。トランスジェンダーによる性別変更を認めた事例2で性別変更に関して法的な空白状況にあっても大法院があえて関連法規に類推解釈を施して「法形成」を行ったのは、当事者への基本権救済を強く求めようとした最近の典型的な傾向の現れであった。

(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

一般法院にまでこのように人権保障が強く要請される社会的な背景には、現代の韓国社会でも一般的な制定法の基準だけでは解決の困難な事例が増え始めている状況がある。現に経済的・社会的な格差が著しく進行しており（社会の両極化）、とりわけ、人権侵害で問題となる事例の多くは、マイノリティの権利が侵されている場合（本件の性的マイノリティ以外に障がい者、外国人労働者、女性および子どもの人権問題など）であり、かつマイノリティとマジョリティとの階層間の軋轢が顕著で両者の利害を収拾させることが容易ではない。

こうした問題には、既存の法律や従来先の例基準でも解決が不能なケースが多く含まれている。だからこそ、一般法院には、立法そして過去の裁判例ではコントロールできない形で権利主張をする訴訟当事者に対して、既存の法令などにとらわれず、むしろ最高法規たる憲法にもとづいて、当該訴訟をどのように評価し、対立する利害をどう調整するのか、その具体的に妥当なルールを現場たる裁判の場で創出することが強く求められるようになって³⁹⁾。

言い換えると、韓国社会があまりにも多元的で複雑化しているので、法律を制定するに当たって立法者が現実社会にどのような規範的な効果（実効性）をもたらすのかを予見することが難しくなっている。いわば「法律」という一般的な法規範でもって、共通した価値や一定のルールを設定することに対して基本的なコンセンサスを形成することがそもそも困難になっている。特に、韓国社会では、北朝鮮との軍事的な対峙状況の下で国内の保守派とリベラル派のイデオロギー対立の激化、労使間対立による解決不能な労働問題の存在、兵役義務の男子限定性を含めたジェンダー問題をめ

39) 김연식 「다원화된 사회에서 헌법해석의 이해」 법학연구 20 권 3 호 (경상국립대학교, 2012) 23 면 참조.

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（2・完）（岡

ぐる男女間での苛烈な争い、若者と既存世代の世代間の著しい格差およびキリスト教、仏教などの宗教界の内紛など、各階層間に燻っている感情的な不満も加わって、立法府におけるコンセンサスの形成への困難さを益々、加速化させている。このことは、立法行為による一般的な法律で社会の多元性や複雑性に対処することに一定の限界に直面していることを含意している。

翻って考えると、立法者の立法権限には、元々、本質的な限界性を有している。つまり、立法者は、制定ときに法律の施行以降に生じるあらゆる状況についてまで規律することが本来的に不可能である（法律の欠缺生成の必然性）⁴⁰。司法府は、こうした立法上で必然的に起こりうる法律の欠缺状態を司法解釈で補完していくだけではない。さらには法律の制定当時にとにかく予測不可能な社会問題や紛争に対してまでも法的に解決するように務める責務がある（法院組織法2条1項）。それゆえに、できる限り既存の法令に依拠させつつも、司法解釈権限の範囲を超えて司法による独自の法形成を行わざるを得ない例外的な局面があり得る⁴¹。ある学説は、立法者が制定する法律にわざわざ一般条項や不確定概念を盛り込んだのは、こうした局面に対処するために司法解釈の権限を離れて、法の形成権までも司法府に付与（委任）したところにその目的があるのだと解する見解もある⁴²。

このような韓国の立法状況からすると、司法府は、長期にわたって急速に変化する社会現実への対応に限界のある立法府に代わって法律の一般条項や不確定な法概念を的確に活用してその社会変化に応じた具体的な法基準を創出することがとりわけ要請されることになる⁴³。具体的には、憲法の第三者効力にもとづいて上記の一般条項などを憲法理念に符合させて新たな規範がつくられていく（憲法適合的解釈）。近年はそれに止まらない。私法領域の通常の規定に対しても極めて例外的な場合ではあるが、立法者の立法目的や立法趣旨を超えてでも、基本権の保障という理念に合致するように憲法的な指針にもとづいて再解釈することが求められる事例が散見

40) 박진완 「헌법해석과 법률해석의 관계의 문제로서 법관의 법형성」 법학논고 71집 (경북대학교 법학연구원, 2010) 32면.

41) 김래영 「법원의 위헌법률판단권」 서울법학 28권 1호 (서울시립대학교, 2020) 39면 참조.

42) 조동은·앞의 글 (주 11) 405-406면, 418면, 남북원 「헌법재판의 기능과 법정칙」 법과 정책연구 8집 2호 (한국법정정책학회, 2008) 287-288면.

43) 장영철·앞의 글 (주 31) 13면 참조.

される。その典型的な例が事例2だといえよう。こうした一般法院の動きは、憲法10条で課された国家への基本権保護責務を遂行するために、法律の各規定を解釈することを通じて立法の欠缺や瑕疵を補完することにより、立法機能を実質的に代行していると捉えることができよう。司法府では、法令への解釈権を超えて「司法による法形成権」が特に強調される理由がここにある。

(5) 基本権重視の憲法適合的解釈に潜む問題性

しかしながら、事例2のように具体的事件に適用できる法令が存在しない法的な空白状況にまで憲法志向的解釈の名の下で類推解釈を行うことは、憲法適合的解釈の範囲が際限なく広がっていく危険性があるのは否定できないであろう。事例1のように一般条項および法律の不確定概念でもって解釈する場合に比べて、事例2は法的な空白状況にあって関連の法律に仮託してそれを類推解釈することで法秩序の隙間を埋めることにより、憲法規定を直接の根拠として法律の内容を書き換えたり、あるいは既存の法律に新たな法基準を付け加えたりしており、「司法による法形成」の程度が特に著しい。事例2で見られる憲法志向的解釈の問題の核心は、国民の討議や判断といった民主主義の過程（手続）を経ないままに司法府が立法府の立法行為を実質的に代行してしまっているところにある。韓国でも主権者たる国民の意思とは、通常その代表機関である「国会」によって制定される「法律」という法形式でその意思が具体的に発現される。国会に立法権限を専属させたり、あるいは法律であらゆる国家機関を拘束させたりする法治主義の究極の根拠は、法律そのものが国民全体の意思を反映しているとみなされているからである（国民主権原理、議会制民主主義の原則）⁴⁴⁾。

したがって、法律を解釈するに当たっても、主権者たる国民の総意とみなされている立法者の意思および立法目的に常に依拠して司法解釈を行うことが強く要請されてきた。司法解釈権に対して法規の文意的な制限準則および法目的論的な制限準則でその権限を限界づける実質的な根拠も各種

44) 조용환 「사법민주화의 현황과 문제점」 법과사회 1호 (법과사회이론학회, 1989) 84면 참조.

の法律に具現化された国民の意思に反してはならないとの原則にもとづいているからである⁴⁵⁾。一般法院による憲法志向的解釈について、こうした原則に照らしてみると、正式な改正手続を経ずにその規定内容が改変される可能性のみならず、立法者の意思や立法目的に沿わなかったり、さらにはそれらに反する法律内容に変更されたりすることにより、司法府が単に立法権限を侵すだけでない。究極的には国民主権の原理に反するおそれがある点に憲法志向的解釈の本質的な問題がありそうである⁴⁶⁾。

また、憲法規範は、基本権規定を含めて各々の規定内容に政治的価値および政治綱領が盛り込まれることの多い政治規範という性質をも内包している。憲法裁判所を含め一般法院にも憲法解釈権が存在するということは、こうした政治性を帯びた憲法準則にもとづいて下位の法規範に対して司法解釈を行うことを意味する。その上、憲法は一般法令に比べてとりわけ抽象的で理念的な規定が多用されている。かつ、基本権などを具体化させる法律が制定されない限りプログラム規定や抽象的権利を定めた程度に止まった宣言的な効力しか有しない規定も多い⁴⁷⁾。

それゆえに、こうした規定にある各種の憲法価値のなかから何を選択するのは裁判官の広範な裁量に委ねられている。とするとある場合には、憲法適合的解釈の名の下で裁判官個人の主観的な「正義観」にもとづいて新たな憲法ルールを自由に創出することが可能になったり、あるいは立法者の意図からかけ離れた形で法律内容が書き換えられたりすることにより、法秩序の空白が補充されたりするおそれがある。学説で指摘するように、憲法裁判所制度などでは、上訴の手続がなく一回きりで裁判が終局することから（憲法裁判所法 36 条 1 項）、司法府の憲法解釈がその法的正当性を批判的に検証されることなしに、司法の憲法解釈そのものがいかにも憲法規範として装飾されて憲法自体に代替されてしまう可能性がある（「代替憲法」の問題）⁴⁸⁾。

言い換えると、立法目的に依拠した各々の法律規定に内在した法的論理

45) 法規の文意的な制限準則および法目的論的な制限準則については、すでに本稿 I 章 (4) 項で検討した。岡克彦・前掲注 (3) 47 頁。

46) 김병록 「정치의 과도한 사법화와 사법국가의 문제」 법학론총 28 집 1 호 (조선대학교, 2021) 109 면, 116 면 참조.

47) 박일환 「헌법재판제도에 관한 소고」 대한변호사협회지 139 호 (1988) 39 면.

48) 김종철 「『정치적 사법화』의 의의와 한계 : 노무현정부 전반기의 상황을 중심으로」 공법연구 33 집 3 호 (한국공법학회, 2005) 237 면.

の射程を超えて、憲法規定によって無理な根拠づけを行うことにより、ある基準やルールを創出することで結論を導こうとすることがある。これは要するに法的な合理性から乖離して、裁判官の政治的価値判断が顕著に露呈することにもなりかねない。結果的には、司法府が裁判を通じて争点となっている政治問題について立法者に代わって政策決定を実質的に代行したり、さらには司法府による憲法（法律）解釈の独善化を招いたりしてしまうおそれがある（司法至上主義）⁴⁹⁾。

今日の現代社会において憲法上の人権保障機能の重要性が高まっているとはいえ、下位規範に対して憲法規範による規範統制を過度に強めることは、いわゆる法秩序の行き過ぎた「憲法化」あるいは「憲法への依存」になる。これは立法府による立法形成の自律性や裁量を脆弱にさせる可能性を高める⁵⁰⁾。のみならず、立法機能を阻害することで、国会をはじめとしたそれぞれの政治主体の行為を根拠づけている民主主義の機能がますます委縮させられてしまう。その結果、過度な規範統制は、政治過程そのものをネガティブな方向に導くことになるおそれがある⁵¹⁾。

規範体系上における憲法と下位の法令との関係性を考察すると、司法機関による違憲審査権を梃子にして法律、命令および規則などの法秩序全体を憲法にもとづいて規範統制するということは、国家の最高法規たる「憲法」とそれ以外の一般法令体系を法的に対抗させて、一定の緊張関係に置くことを意味する⁵²⁾。憲法にもとづかない法令は、原則としてその法的な存在根拠が失われ（憲法の授権規範性）、かつ、法令の内容においても憲法の規定に反しない限度内でその効力を有するに過ぎない（憲法の制限規範性）。

49) 채진원 「정치의 사법화 현상의 이론적 쟁점」 평화연구 19 권 2 호 (고려대학교, 2011) 267-269 면, 이영재 「『정치의 사법화』 민주주의의 위기인가?」 평화연구 20 권 1 호 (고려대학교, 2012) 78 면, 박진완·앞의 글 (주 40) 28 면.

50) 毛利透 「『法治国家』から『法の支配』へ：ドイツ憲法裁判の機能変化についての一仮説」法学論叢 156 卷 5・6 号 (京都大学法学部, 2005 年) 343-344 頁参照。韓国でも 1988 年から憲法裁判所制度が実施された初期段階の時点で学説において、司法権限が憲法解释权限にまで拡大することより「法秩序の憲法化」に伴って「司法の立法化」さらに「司法の政治化」に至ることをすでに危惧していたようである。한태원 「법률의 헌법화: 헌법재판소법을 중심으로」고시연구 239 호 (고사연구사, 1994) 31 면.

51) 김종철·앞의 글 (주 48) 237 면.

52) 岡克彦 「韓国の裁判制度における『司法の政治化』という現象：『政治化』する司法のメカニズム」専修大学法学研究所所報 55 号 (2017 年) 101 頁。

韓国の場合、特に違憲審査権が憲法裁判所だけでなく、一般法院にも保有される二元的な司法構造になっていることから、法令体系に対して司法府による違憲審査権限が過度に行使されると、違憲決定により法令の多くが失効したり、あるいは憲法適合的解釈により法令の内容が立法目的を逸脱して変容したりする事例が増えることになる。こうしたケースの増加は、国家の法秩序そのものが流動化するおそれが高まることを暗示している。つまり、法秩序への過度な「憲法化」は、国家の法秩序が憲法規範の下で不安定な法的環境に置かれることを含意している。換言すると、ふたつの司法機関が共に憲法にもとづいて法令に対する規範統制に司法機能の重心が傾きすぎると、既存の法システムの合理性そのものを失わせ、その実効性を弱めさせる可能性が増大する。いわゆる「法的安定性」を脆弱化させる危険性の存在である。これは、国家の法秩序全体を本来的に守護すべきはずの「憲法による規範統制システム」に内在するある種のディレンマとでもいうべき法現象である⁵³⁾。

今後の課題としては、憲法適合的解釈のうちでとりわけ憲法志向的解釈に制限を設けて、司法の解釈権に歯止めをかける仕組みをどのように設けるのかという点にある。まず憲法裁判所への違憲法律審判の付託権限との関係では、憲法志向的解釈の範囲を縮小化して、できる限り憲法解釈権を主な役割とする憲法裁判所の機能を強化する方向性の有無である。最大の論点は、立法権への過度な介入にならないほどの憲法適合的解釈の程度とはどの範囲までを指すのだろうかという点にある。今後の判例や学説の動向が注目されるころではある。

けれども、もう一方で、韓国における憲法による規範統制の高まりは次のようにも捉えうるであろう。もちろん、建前では「法治主義」にもとづいて立法府を頂点とする成文法主義や制定法主義を標榜しつつも、すでに検討したように近年、韓国社会においては多元化と複雑化に伴って国民の間において政策的なコンセンサスを形成できないほどに階層間の軋轢が著しい。その結果、国家政策の重要度が増せば増すほどに国会での審議や採決に紛糾がしばしば生じて、国家や国民生活に不可欠な法律の制定に至らない事態が散見される。こうした立法府を中心とする議会制民主主義の機

53) 岡克彦・前掲注(52)101頁。

能低下が要因となって国会による法形成に障害が起こっている。いわゆる「法治主義」の端緒となるべき立法が機能し得ない局面が増えている。韓国の「積極司法」の動きは、まさにこの立法府の機能低下や機能不全を補完するために司法による法形成の役割が強まっている現象だと捉えることが可能であろう。

翻って考察すると、立法府による法律の成立によって国家権力だけでなく、国民の社会活動およびその生活が規律されていくというトップダウン的な「法治主義」の従来型のあり方に変化が起きている。社会での法的な争いだけでなく、国家の政策形成においても法的な紛争が多く生じており、その解決を本来的な政治過程ではなく司法の場で収拾されるケースが増加している。こうした法的な紛争現場に即して導き出された、いわゆる「最適化(カスタマイズ)された解法」としての具体的な裁判規範が、社会のみならず、政治過程においても「法律」に準ずるものとして機能している。いわば、司法によるボトムアップ的な「法形成」の重要度が今まで以上に増している。学説では、この点について国家や社会での政策決定および法形成の主導権が立法府から司法府に移行しているとして「司法の政治化」だと評している⁵⁴⁾。このような韓国の司法現象は、ドイツにおける憲法裁判機能の変化を分析した毛利透が指摘した「法治国家」から「法の支配」への移行の動きに一脈通じるところがあるようにも思える⁵⁵⁾。現代国家における「政治」と「司法」の位相変容は、今後、ますます重要な課題となるだろう。

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

最後に、大法院がさらに日本のようなトランスジェンダーによる性別変更を取り扱う特例法が韓国で制定されなかったことに代えて、自ら創出した判例基準をより制度化させるために、憲法で認められた司法府の規則制定権にもとづいて戸籍例規(現行の「家族関係登録例規」)の制定に乗り

54) 차동욱「정치적 사법화에 대한 헌법재판소의 책임」한국정당학회보 15 권 2 호 (한국정당학회, 2016) 72 면, 양천수·앞의 글 (주 37) 108 면.

55) 毛利透・前掲注 (50) 344-346 頁。

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（2・完）（岡）
出した動きを検討することにする。

事例2の場合であるが、2006年6月22日の大法院決定にもとづきトランスジェンダーによる性別変更については、同年9月6日に国民登録たる戸籍簿（現行の「家族関係登録簿」）の性別記載事項を訂正する手続にしたがって処理することを大法院戸籍例規「性転換者の性別訂正許可申請事件等の事務処理指針」（現行：大法院家族関係登録例規）で定められた⁵⁶⁾。本例規は、トランスジェンダーによる性別訂正の基準、訂正手続、訂正に対する許可決定の効力など、全10ヶ条から構成されたもので、日本法の性同一性障害特例法（2003年制定）と同様に本人に実体的な法律関係の変更を生じさせる規則である。この例規は、憲法で大法院に付与された規則制定権に依拠している（憲法108条）。韓国の国会では、すでに見たように日本のような特例法の制定が挫折したことで、今までどおりトランスジェンダーによる性別変更に関しては立法上の空白状態が持続していた。司法府は、同性別変更を早急に実施する目的から、暫定的ではあるがその内部規則にもとづいてその変更の基準や処理手続を制定した。というのは、国民登録制度たる戸籍の管轄権限は、日本の場合とは異なり行政府ではなく、司法府にあったからである（旧戸籍法4条1項）（現行：家族関係登録法2条）。日本の植民地時代の名残りで現代でもこのシステムが引き継がれている⁵⁷⁾。

したがって、戸籍記載の訂正に関する具体的な事務処理は、その機関委任事務を担当する各地方自治体の長に対して戸籍法施行規則（大法院規則）とともに、戸籍例規（同規則を補充する下位の内部規則）にもとづいて行われている（同施行規則98条）。国民登録上の性別記載事項の訂正もこの事務の一環として、同戸籍例規で取り扱うことが事務手続き上、可能であった。大法院による同例規の制定は、変則的ではあるけれども、その立法上の空白状態を可及的に補完しようとしたのである。

大法院による変則的な規則制定に対しては、学説から次のような批判がある。法院の内部規則で定め得るのは、司法行政などに関する事務手続だけである。国民の権利義務の変動に直接に関わる事項については、法律の

56) 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(대법원 호적예규 제 716호, 2006년 9월 6일자).

57) 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）139-140頁。

委任なくして定めることができない。ところが、今回、制定された例規は、トランスジェンダーの人々に対して性別の変更を伴うことにより実体的な法律関係の変動を生じさせる法的効果までも定めている。大法院の規則制定は、立法府で定めることが試みられた特例法に準じた規範内容であり、立法行為に等しい。この行為は、司法府に付与された規則制定権の「域」を大幅に超えており、立法権を明らかに侵しているのであって、権力分立の原則および法治主義に反する⁵⁸⁾。

事例2で示された大法院の一連の動きは、裁判行為だけでなく、さらに規則制定の名目で実質的に立法行為にまで及んでいた。韓国でいわれる司法積極主義とは、通常、違憲審査で憲法判断を行う場合であれ、また法解釈において立法者の意図しないところまで司法判断を行う場合であっても、あくまでも司法解釈のあり方としての「積極性」を意味するに止まっていた⁵⁹⁾。ところが、今回の事件における大法院の特徴は、伝統的な司法解釈権の範囲を超える裁判行為だけでなく、自ら決定した判例基準を制度化するために司法規則を制定するという準立法行為にまで及んでおり、ふたつの行為がセットになってトランスジェンダーによる性別変更に関する立法的な空白を大幅に補完しようとした点にある。これは、従来の司法積極主義の範疇を超えた司法の「積極さ」であった。いわゆる「積極司法」とでもいうべき一般法院の特異な司法現象であった。すなわち、自らの司法権限を拡張しつつ、あるいはその限界を超えて政治過程の領域に踏み込もうとする司法行為の「積極さ」である⁶⁰⁾。

国家人権委員会や学説などでは、こうした変則的な立法状況を改善するためにも、立法府で特例法の制定を強く望む声が多い⁶¹⁾。しかしながら、

58) 김중권 「『성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침』의 문제점」 법률신문 2006년 9월 25일 자 14면.

59) 임지봉 「민주주의와 헌법재판소의 사법적극주의」 공법연구 37집 2호 (한국공법학회, 2008) 85-86면.

60) 岡克彦・前掲注(57) 149頁.

61) 国家人権委員会では、2008年8月に立法府に対してトランスジェンダーによる性別変更の要件およびその手続を主な内容とする特例法の制定を勧告した〔국가인권위원회 2008년 11월 5일 결정 (06진차 525, 06진차 673 병합, 성전환자 성별변경 시 인권침해 사건) 결정문 부분 (web)]. 学説でも、変則的な状況を改善するためにも同様の特例法を制定することの必要性が強調されている。현소혜 「성전환자의 민사상 법적 지위」 가족법연구 16권 2호 (한국가족법학회, 2002) 332면, 최성경 「성전환자의 성별정정 허가기준과 그 입법적 제언」 가족법연구 27권 1호 (한국가족법학회, 2013) 399면, 이준호 「성전환자에 대한 성별정정 허가

今現在でも特例法を立法化する目途が立っておらず、戸籍例規（現行の「家族関係登録例規」）での基準や手続にもとづいてトランスジェンダーによる性別変更を取り扱っていることが常態化しているのが現状である。

もともと、大法院側では現行の「家族関係登録例規」を6回にわたって改正してきた。主な改正点としては、従来の「性別訂正の許可基準」（6条）が2011年12月の改正で「調査事項」（6条）としてその法的性質を変更したことである⁶²⁾。すなわち、トランスジェンダーによる性別変更の法的基準を緩和させた。さらに2020年2月の改正では、「性別訂正の許可及びその効力」（7条）を「主文例」という表題に改変され、2項の性別変更の効力規定を削除した⁶³⁾。特に、2020年の場合、改正理由としては、「法院が裁判で決定すべき事項について一定の判断基準を提供するものと誤認される憂慮のある条項を修正したり、削除したりして、事務処理に必要な手続的な事項だけを定めるようにした」と記されている⁶⁴⁾。これは、学説などからの批判を踏まえて、立法権限に介入することのないように準法律的な規定を削除して事務手続に限定した規則改正であったことをほのめかしている。最近、同例規の法律的な要素がある程度に取り除かれ、家族関係登録に関する事務手続といった本来的な性質の法院規則へと回帰させようとする是正の動きが見られる。

사건의 법리적 검토」 서울법학 29 권 4 호 (서울시립대학교, 2022) 93 면 등.

62) (改正前)「第6条(性別訂正の許可基準)法院は、審理の結果、申請人に次の各号の事由があると認められる場合には性別訂正を許可することができる。(各号は省略)→(改正後)「第6条(調査事項)法院は、性別訂正許可申請事件を審理するために申請人に対する次の各号の事由を調査する」(下線部・筆者)。「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(가족관계등록예규 제 346 호, 2011년 12월 5일자).

63) (改正前)「第7条(性別訂正の許可及びその効力)①法院が性別訂正許可決定をするときに参考にすべき主文例は、下記のとおりである。([主文例]は省略)②性転換症を理由とする性別制定許可の効力は、法院がその決定を告示した時から将来に向かって生じる。ほかの法律に別途の規定がある場合を除いては、既存の法律関係には影響を及ぼさない」。→(改正後)「第7条(主文例)①改正なし②削除(2020年2月21日第550号)」。「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(가족관계등록예규 제 550 호, 2020년 2월 21일자).

64) 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침: 개정이유」(가족관계등록예규 제 550 호, 2020년 2월 21일자).

おわりに

以上、憲法適合的解釈の代表的な事例を2件取り上げて、両者を比較するかたちで韓国の憲法適合的解釈の特徴とその問題性について検証した。いずれの大法院の判決および決定理由を分析してみても、多数意見と反対意見が相互に対立する法理のなかから司法解釈権の限界性が浮き彫りになった。それとともに、多数意見がその限界をどのように踰越していったのかがある程度、明らかにすることができた。これらの事件で象徴されるように、司法解釈権を逸脱する事件が、近年、増える傾向にある。このことは、多くの司法判断で司法権の限界性が相当に揺れ動きつつ、その限界が不透明になっており、韓国の裁判機能がいわば司法権の臨界状況に陥っているとでもいえそうな状況である。問題の本質は、司法府の機能が司法解釈の限界を不明確にしたり、その限界性を超えたりすることで、司法府が立法権限に介入する程度が著しくなっている点にある。

司法権が臨界状況にまで深化していく要因は、すでに検討したように司法による通常の法解釈が行われる審理過程のなかで同時に、違憲法律審判の付託手続において適用法律に対する違憲性の疑義の存否（違憲法律審判の事前審査）と憲法適合的解釈が表裏一体的に実施し得る裁判構造にあった。つまり、司法の本来的な法解釈権限に加えて憲法適合的解釈権が融合した結果、まずは司法の解釈権限が拡張していった。それとともに、さらに最高法規たる憲法規範に下位法令の内容を符合させるという解釈方法により、司法府は立法者の意思や立法目的とはかけ離れて法律内容をつくりかえることが可能になった。法律に対して憲法による規範統制の機能を憲法裁判所だけでなく、一般法院にももたせることで、司法権は立法府の正式な改正手続を経ることなく、既存の法律内容を変更することができるようになった。それに加えて、法的な空白状況がある場合には新たな法規範を自ら創設するなど、立法権を実質的に代行することができるようになっていた。いわゆる「司法の解釈」から「司法による法形成」へと司法の機能的な変容が生じていた。言い換えると、「司法の政治化」の一類型たる「司法による立法化現象」が限定的ではあるが生起していたのである。

では、この現象にはどういった意義があるとともに、逆に何が問題となっているのだろうか。よく指摘される論点に「権力分立の原則」および「議

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(2・完)(岡)

会制民主主義の原理」に反するということがよく挙げられる⁶⁵⁾。権力分立の原則というのは、本来的には三つの国家機関にある権限のバランスがうまく維持されている状態を「良し」とする原則である⁶⁶⁾。かつ、三者間で不均衡が生じたとしても、立法府が相対的にほかの二者の国家機関よりも優位な位置に保たれることが望ましいと理解されてきた⁶⁷⁾。この従来を理解のうち、とりわれ後者の立法府の相対的な優位性が強調されるのは、立法府が主権者たる「国民」の意思を間接的に代表しているとの民主主義の要請にもとづくからである。

今回、取り上げた「司法による立法化現象」の問題性は、権力分立の原則および議会制民主主義の原則のいずれにも齟齬してしまっていることである。つまり、司法権が突出することでほかのふたつの国家機関との均衡性が崩れていることにある。それと、三権のうち、裁判における具体的事件ごとの限定的な場合ではあるにせよ、特に重要政策の決定で立法府よりも司法府が主導的に機能しているケースが散見されることである。もちろん、権力分立の原則のもうひとつの要素である機関相互の「けん制」という観点からすると、司法府による規範統制機能はほかの国家機関の権力行使を憲法規範にもとづいて常に監視しているわけで、上記の現象はこの監視機能がより強化されたものだとの肯定的な評価もあり得る。言い換えると、この現象が法的に正当化されるのは、ひとつは憲法規範に依拠して各国家機関の権力行使を監視している、という「法の支配」の原理からの根拠づけであろう。さらに、重要な正当化は、国家の権力行使、のみならず私人間などの社会という空間における社会的で不当な権力行使から国民の基本権を保護したり、あるいは救済したりする役割を司法が担っているところに求められる。司法による人権保護およびその救済の要請である(憲法10条後段)。

しかし、問題はその監視の限度を著しく超えたりして、ほかの国家機関の立法機能や行政機関の法執行機能を脆弱にさせたりすることにある。さ

65) 김병목 「정치의 과도한 사법화와 사법국가의 문제」 법학논총 28 집 1 호 (조선대학교, 2021) 109-110 면.

66) 양정운 「대화적 사법심사와 반복입법」 고려법학 72 호 (고려대학교 법학연구원, 2014) 185 면, 채진원 · 앞의 글 (주 49) 268 면.

67) 박중현 「정치의 사법화 시대의 헌법재판: 『헌법적 대화』 이론을 중심으로」 법철학연구 25 권 2 호 (한국법철학회, 2022) 129-130 면 참조.

らには訴訟当事者の人権救済が一方的に強調されすぎて、対立する他方の人々の人権やほかの種類の基本権を著しく制限させられたりしてしまうことである。もう少し踏み込んでいうと、司法府が立法権限や行政権限に介入して、ほかの機関の権限を実質的に代行してしまったり、あるいは基本権相互の調整機能を阻害したりするところに「司法の政治化現象」の事の本質があるということである。

今後の課題としては、韓国において権力分立の原則でいう機関相互の均衡性を破るほどに、どうして近年に至って司法府が他の国家機関に比べてここまで突出しているのかという点である。その原因の解明と「司法による立法化現象」をもたらす韓国社会の背景に対する究明が今後求められている。

* 本研究は、2022年度・学術振興会科学研究費・基盤研究（C）〔研究代表：岡克彦、課題番号：22K01156〕による研究成果の一部である。