

韓国憲法における「伝統」の解釈

——家族制度をめぐる憲法裁判所の判決を素材として——

牧野 力也

目次

- I はじめに
- II 韓国憲法 9 条
 - (1) 立法の沿革とその趣旨
 - (2) 法的性格
- III 家族制度をめぐる憲法裁判所の 9 条解釈と変遷
 - (1) 9 条解釈形成前史
 - (2) 9 条解釈の形成
 - (3) 9 条解釈の明確化
- IV 結び

I はじめに

憲法において「伝統的価値」が保障される場合、「伝統」とはいかなる具体的意味をもって解釈されるのか。また、「伝統的価値」と「現代的価値」とが衝突した場合、憲法上で両者の整合的解釈はどのようになされるのか。

わが国の憲法典に「伝統」の文言はなく、現行憲法において「伝統」の解釈が問題となることはない。しかしながら、近年の憲法改正をめぐる議論の中では、とりわけ「前文に

わが国固有の歴史・伝統・文化等を明記すべきか否か」という見解に見られるように、憲法上で新たに「伝統」を保障するかどうかは改正の一論点となっている¹。本稿は、こうした問題を考える一つの素材として、韓国における憲法上の「伝統」をめぐる議論に着目し、整理をするものである。

韓国では、1997年以降、伝統的家族制度の存廃をめぐる訴訟が憲法裁判所に提起されるようになった。これは、現実社会における婚姻・家族観の変化をきっかけとした社会問題としての側面もあったが、同時に、憲法解釈の問題としても、家族制度という枠の中で「伝統」をどのように位置づけるかという議論を生むこととなった²。すなわち、伝統の維持・尊重を義務付ける憲法 9 条³と、家族関係について規定する憲法 36 条 1 項⁴に関連して、「伝統であること」それ自体が、家父長的家族制度を正当化する憲法上の根拠となりうるのかという問題である。憲法 9 条が「伝統文化の暢達」を国家に義務付けている一方で、憲法 36 条 1 項は、家族関係における「個人の尊厳」や「両性の平等」といった現代的価値を保障しており、伝統的に形成され

1 平成17年度の衆議院憲法調査会報告書を参照。[[http://www.shugiin.go.jp/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/houkoku.pdf/\\$File/houkoku.pdf](http://www.shugiin.go.jp/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/houkoku.pdf/$File/houkoku.pdf)] (最終検索日：2014年3月17日)

2 例えば、尹眞秀「傳統的家族制度와 憲法-최근의 憲法裁判所 判例를 중심으로-」서울대학교法學제47권제2호 (2006)。정극원「혼인의 자유에 관한 헌법재판소의 판례의 동향」世界憲法研究제14권제1호 (2008) などがある。

3 憲法 9 条「国家は、伝統文化の継承・発展および民族文化の暢達に努めなければならない。」

4 憲法 36 条 1 項「婚姻と家族生活は、個人の尊厳と両性の平等を基礎として成立し、維持されなければならない。国家はこれを保障する。」

てきた家族制度の存廃という問題をめぐって「伝統的価値」と「現代的価値」とは、まさに衝突したのである。

こうした問題背景のもと、本稿では、主に伝統的家族制度をめぐる韓国憲法裁判所の判決を素材として韓国の「伝統」に関する議論の方向性を探り、憲法上の「伝統」が現代的憲法価値との関係においてどのように解釈され、位置づけられているかを分析する。

以下、Ⅱ章で韓国憲法9条の沿革とその法的性格について、学説の解釈を中心に概観した後、Ⅲ章で「伝統」が論点となった家族制度に関する憲法裁判所決定をいくつか探りあげ、それぞれの論旨の中で「伝統」について言及した部分を整理していく。

Ⅱ 韓国憲法9条

(1) 立法の沿革とその趣旨

韓国憲法において、伝統文化の継承・発展と民族文化の暢達をはじめ規定したのは、1980年の第5共和国憲法8条であった。そもそも、韓国憲法史上、伝統文化や民族文化に関する条文は、第5共和国憲法以前の憲法には存在せず、ただ前文において「伝統」という文言が用いられていただけである。また、ここで言う「伝統」の意味については、当該憲法が単純に連合国の勝利と援助によって制定されたものではなく、悠久の歴史と伝統を有する国民が、3.1独立運動の結果樹立されたかつての上海臨時政府を継承し、再建するということを宣言することによって、民族精

神を強調したものであるとされる。第5共和国憲法8条では、「文化」と結合し、「伝統文化」として規定され、現行憲法に至っては、文言をそのまま受容する形で第9条として規定した。

1980年の第8次憲法改正は、朴正熙政権が崩壊した後、国民の民主化に対する期待を裏切る形で軍事独裁体制を敷いた全斗煥政権の指揮のもとで進められた。当時の憲法改正過程について記した韓国法制処の資料によれば、同政権のもとで伝統文化の継承・発展と民族文化の暢達を国家に命じる規定が憲法上に新設された経緯については不明とされており⁵、その意図するところについても当時の政治的状况などを推測した上で言及されている。すなわち、朴正熙政権との差別化を図り、新たな時代を開くという大義名分のために、文化的同一性の確立と同質性の回復を謳う憲法規定の新設が必要であったためとされる⁶。文化的同一性の確立については、日本による植民地支配とその後の米軍軍政の中で、韓国固有の伝統文化や民族文化がわい曲されたことを考慮して、その後の国家運営において特別に強調するために規定したものであり⁷、また、文化的同質性の回復については、将来的な南北の統一に備えたものであるとも理解されている⁸。

(2) 法的性格

現行の憲法9条の法的性格に関しては、「文化国家条項」という理解が一般的である^{9, 10}。「文化国家」が担う役割の範囲につ

5 법제처『헌법주석서Ⅱ (제2권)』(2010) 267면.

6 上掲書、268면.

7 김수갑「한국헌법에서의『문화국가』 조항의 법적 성격과 의의」공법연구제32집제3호 (2004) 194면.

8 홍성방「문화국가원리」고시연구제25권제5호 (1998) 91면, 주33를参照.

9 前掲注5書、263면.

10 憲法裁判所は、学校環境衛生浄化区域と指定された地域内において、劇場などの施設を建てることを禁じた学校保健法6条などを違憲と判示した2003헌가1・2004헌가4事件の中で、「わが国は、建国憲法以来、文化国家原理を憲法の基本原理として採択している」と述べ、憲法9条を文化国家条項と解釈した。(판례집16-1, 679면)

いては諸説あるが¹¹、憲法9条は、国家に対し積極的課題として文化の振興を要請する「国家目標（目的）規定」であると理解されている¹²。

このような憲法9条の性格は、憲法の他の部分との関連からも説明される。すなわち、現行憲法は、前文において、「政治、経済、社会および文化のすべての領域において各人の機会を均等にし、能力を最高度に発揮させ…」と規定して、文化国家原理を国家の基本原理としている。憲法9条は、憲法前文とともに、国家について「文化」の範疇に含まれる基本的内容を明示したものである¹³と同時に、大統領に対して民族文化の暢達を義務付けた憲法69条¹⁴とともに、文化国家の実現を担保する規定である。また、良心の自由(19条)、宗教の自由(20条)、言論・出版の自由および集会・結社の自由(21条)、学問・芸術の自由(22条)などの基本権は、憲法9条との関連から、文化国家を実現するために欠かすことのできない権利として保障しているものと捉えられている¹⁵。

一方で、憲法9条が対象とする文化が、具

体的に何を指すものであるかについては議論がある。当該条項は、文言上文化一般についてではなく、「伝統文化」、「民族文化」について規定しており、上述の制定経緯を考慮に入れると、「伝統」や「民族」という文言に特別な意味を付与したものと見ることができからである。この点に関して、学説上は、「伝統」や「民族」といった文言に対して、特別な意味を認める立場と認めない立場に大きく分かれている。

前者の立場では、かつて第5共和国憲法8条として新設された経緯などに鑑みて、当該条項が、特に伝統文化や民族文化に対する国家の義務を規定した条項であると解釈する¹⁶。しかしながら、この場合でも、伝統文化や民族文化に対する国家の義務が強調される一方で、その他の文化に対する国家の義務が相対的に弱化するということになるわけではない。文化一般に対して広く国家による保障や義務が認められる中で、特に伝統文化や民族文化に対する保護が国家に要請されうるということである。したがって、伝統文化や民族文化については、大衆文化と区別してこ

11 文化国家の概念に関する見解として、例えば、류시조「韓國憲法상의文化國家原理에 관한研究」헌법학연구제14권제3호(2008)308면.ここでは、文化国家とは、個人の文化的基本権を保障し、また個人の文化的基本権を実現するために文化的給付義務を負う国家とされている。同様の見解に立つものとして、권영성「헌법학원론」(法文社、2010)146-149면.ここでは、国家の具体的義務として、文化助成義務、文化的自律性保障義務、文化的弱者保護義務をあげている。また、김세규「문화국가의 구현과 문화분권」土地公法研究제43권제2호(2009)487면.ここでは、国家からの文化の自由を保障するとともに、国家による文化の給付、すなわち文化に対する国家的保護・支援・調整を実現し、文化は国家によって形成され、また国家も文化の産物であるということを保証する国家であるとしている。他に、강경근「헌법」(法文社、2004)217면.ここでは、文化国家とは、共同体構成員が自らのアイデンティティを確認しながら、民主主義と法治主義憲法原理により共同体において生活することを可能にする国家とされる。また前掲注5書、263면.ここでは、文化国家について、文化の自由と平等が保障され、国家の積極的課題として文化の保護と育成が実現される国家であるとする。

12 전광석「헌법과 문화」公法研究18권(1990)177면.

13 前掲注5書、268면.

14 憲法69条(大統領の就任宣誓)

大統領は、就任に際して次の宣誓を行う。

「私は、憲法を遵守し、国家を保衛するとともに、祖国の平和的統一ならびに国民の自由および福利の増進ならびに民族文化の暢達に努め、大統領としての職責を誠実に遂行することを国民の前に厳粛に宣誓します。」

15 前掲注5書、268면.

16 류시조、前掲注11論文、308-309면. 김수갑、前掲注7論文、194면.

れを優先的に保護するための差別が、憲法9条によって正当化されることになる¹⁷。

他方、後者の立場では、「伝統」や「民族」といった文言を、単に表現として強調したものに過ぎないとし、当該条項が文化一般を等しく保障する条項であると解釈する¹⁸。憲法は、第11条で、文化の領域においても平等保護が要請されることを明示している。そのため、文化に対する憲法的保障が、特に伝統文化と民族文化に対して強く保障する形で規定されていると解釈するのは、憲法上問題があるということになる。もっとも、文言の解釈においては、このように立場を分ける両者であるが、伝統文化と民族文化のみを対象とする憲法9条を、一般的な文化国家条項へと改正するのが望ましいとする主張が双方からなされていることには注目すべきであろう¹⁹、²⁰。

Ⅲ 家族制度をめぐる憲法裁判所の9条解釈と変遷

前章では、学説において憲法9条の解釈が、「伝統」に含まれていた本来の意味を希釈する方向で、より一般的な意味を持つ条項として再解釈されようとしていることを確認した。

一方、伝統的家族制度をめぐるのは、「同姓同本禁婚制度²¹」や「戸主制²²」といった法制度化された伝統的家族制度について、「伝統であること」それ自体が制度の合憲性を主張する根拠の一つとされてきた。すなわち、ある制度が憲法前文に言う「社会的弊習」なのか「伝統的美風良俗」なのかを判断し、後者であれば、憲法9条を根拠として「個人の尊厳」や「両性の平等」といった基本権の制限を正当化しようというものである²³。これに対し、憲法裁判所は、1997年の同姓同本禁婚事件をきっかけとして、伝統文化の暢達を規定する憲法9条の解釈について言及し始めた。ゆえに、一連の判決を分析することで、憲法裁判所が現行憲法のもと憲法9条の「伝統」をどのように位置づけているのか確認することができよう。本章では、憲法裁判所が9条の解釈に言及する前の事例から分析を始め、時系列に沿って3つの時期に分けることで、解釈の具体的内容とその変遷について整理していく。

(1) 9条解釈形成前史

最初にとり上げる事例は、1997年3月27日に下された「嫡出否認の訴えの出訴期間制限事件²⁴」である。憲法裁判所は、本件の中で

17 전광석, 前掲注12論文, 175면. ここでは、文化であれば大衆、伝統といった区別なく文化育成の対象になりうるとする一方で、憲法が「伝統文化」、「民族文化」と明示していることから、これらを大衆文化と区別して優先的に保護することが憲法第9条によって正当化されるとする。

18 홍성방, 前掲注8論文, 91면.

19 例えば、前者の立場にある論者として김수갑, 前掲注7論文, 194면. ここでは、伝統文化や民族文化の継承および暢達が、国家の文化的優越性や伝統性を正当化するための方便として用いられることを警戒し、国家の文化的課題が伝統文化や民族文化にだけ重点を置くという誤解が為されないよう、バイエルン州憲法のような一般的な文化国家条項の形態に改正することが望ましいとしている。また、김세균, 前掲注11論文, 487-488면. ここでは、文化の多元化が進む21世紀を見据えて、新たな文化的基本権として再構成する必要があると述べる。他に、後者の立場に立つ論者として、홍성방, 前掲注8論文, 91면, 조3를参照.

20 韓国におけるアイデンティティと西洋の現代的価値観の相克については、國分典子「北東アジア―「非西洋」のアイデンティティ：韓国を中心に」法律時報81巻8号(2009)106-107頁を参照。

21 「姓」と「本(出身地)」を同じくする者同士の婚姻を、親等の遠近に関係なく一律的に禁じる制度。

22 「戸主」を「家」の代表とする家族制度の総体。

23 本稿において詳しく触れてはいないが、以下で検討する判例の反対意見では、制度の伝統性を強調し、幸福追求権などの基本権は伝統文化の継承という範囲において尊重されるものといった見解が主張されている。例えば、「同姓同本禁婚事件」での反対意見を参照(판례집9-2, 29면)。

24 헌재1997.3.27, 95헌가14, 96헌가7(병합) 전원재판부.

憲法9条については全く触れていない。しかし、家族の在り方と関連して伝統的家族観について言及していることから、同姓同本禁婚事件（1997年7月16日）を皮切りに展開される憲法9条の解釈とも関係があると思われる。したがって、これを憲法9条解釈の形成前史と位置づけて検討するところから議論を始めたい。

i) 事実の概要と判旨

2005年に改正される前の旧民法847条1項は、父親が子の嫡出を否認する訴えの出訴期間を「出生を知った日から1年以内」に制限しており、これが、父親に保障される幸福追求権ならびに家族生活において保障される基本権を侵害しているとして争われた事例である。

憲法裁判所は、法律上の親子関係を事実と符合させることを望む父親の利益と、親子関係の早期確定を求める子の利益を比較したうえで、「1年」という除斥期間が父親にとって過度に短期間であるとし、裁判官9人中8人の意見による憲法不合法決定を行った。

ii) 検討

本件では、父親にとっての嫡出関係を否認する権利を親子関係の早期確定という子の利益に優先させた根拠について、違憲法律審判の移送元法院が、父親による嫡出否認の出訴期間を「出生を知った日から1年」と民法上規定していることに対して「真実の血縁関係に対する愛着が日本などの外国とは比較にならないほど強い韓民族の伝統的な観念にもはなはだしく背馳する²⁵⁾」と述べているように、既存の民法規定が伝統的価値観に反している点の一つの論点となった。この点について、多数意見は以下のように述べている。

審判対象条項は、婚姻期間中には貞節が守られるという伝統観念を背景とした規定であるが、現

代社会は女性の社会的活動の増加と価値観の混沌および倫理意識の弛緩により、伝統観念に多くの変化が生じているし、また出産過程についても、病院などの専門機関で多くの子供たちが絶えず出産され続けており、子を取り違えられる可能性も否定できない点など、社会現実条件も変化して、真の実子関係が存在しない可能性が高くなっており、父親に嫡出否認権を付与する必要性はかえって増加している一方、わが国はどの国よりも血縁を重要視し、血縁に格別の愛着を持つ伝統慣習を維持している点などを総合考慮すれば、提訴できる期間を子の出生を知った日から1年と規定していることは過度に短いものといえよう²⁶⁾。

本件においては、憲法裁判所は何らかの伝統的価値観が現在でも通用するものである場合、その伝統的価値観に十分な配慮をしていない立法が国民の基本権を侵害し得る、と判示したのである。もし仮にその伝統的価値観が今日の一般的な通念ではないとするならば、伝統的価値観に配慮していないことが立法の違憲性を訴える一方の論点とはならず、上の事例の場合父親と子の利益衡量における考慮要素とはならなかった可能性がある。つまり、憲法裁判所は、何らかの伝統的家族制度の違憲性を判断するうえで、「その伝統的慣習が今日でも維持されているかどうか」を判断基準の一つとして据えていたと考えられるのである。この点に「現代的家族」と「伝統的家族」の境目をめぐってこの後展開される憲法9条の解釈につながる憲法裁判所の姿勢を見て取ることができよう。

(2) 9条解釈の形成

続いてとり上げる事例は、「嫡出否認の出訴期間制限事件」から半年も経ない1997年7月16日に出された「同姓同本禁婚事件²⁷⁾」で

25 헌법재판소판례집9-1, 198면.

26 헌법재판소판례집9-1, 203면.

27 헌재1997.7.16, 95헌가6내지13 (병합), 전원재판부.

ある。「姓」と「本(出身地)」を同じくする者同士の婚姻を、親等の遠近に関係なく禁ずるこの制度は、韓国における伝統的な家族制度の一つとされている。しかしながら、この制度をめぐっては1958年の韓国民法制定当初から学説上の批判があり、社会的にも高い関心を集めていた²⁸。とりわけ、「儒林」と呼ばれる制度の存続を主張する派閥と、女性団体を中心とした制度の廃止を主張する派閥との対立は長く続いており、国会も同姓カップルを法的に救済する措置を度々講じてはいたが、結局立法的には解決できなかった問題として、制度をめぐる事件が憲法裁判所に係属することとなった。

本稿との関係では、伝統的家族制度をめぐる憲法9条の解釈について、憲法裁判所として初めて言及したという点で重要な意味を持つ事例である。なお、本件については、わが国においても関連した研究が多くなされている²⁹。よって、本稿では事実および判旨の紹介は割愛し、「伝統」について言及された部分について検討を始めたい。

i) 9条の解釈に関する検討

同姓同本禁婚制度をめぐる議論の中では、前述したように、制度の存続派と廃止派との間において「伝統的美風良俗」か「封建的弊習」か、という形をとって対立していたが、そのような立場の違いは本決定における憲法裁判官の意見の中にも見て取ることができる。

本件の多数意見は、同姓同本禁婚制度の由来を遡り、それが儒教的倫理観と身分制的価値秩序の確立を制度背景としていることについて言及したうえで、制度の拠って立つ基盤(価値観や社会構造、経済基盤など)が、制

度が法的に確立した17世紀後半と今日とでは変化していると述べた³⁰。そして、これまでに「婚姻に関する特別法」を通じて事実婚の同姓カップルが救済されてきたこと、現代の恋愛・結婚において相手の姓や本貫が障害となる例が少ないことなどから、「同姓結婚禁止制の存立基盤が既に完全に崩壊したとまで断言することはできないが、これ以上支えることができないほど根本的に動揺している」と断言しながら「これは否定しがたい³¹」と断じたうえで、憲法9条の解釈について以下のように判示した。

(制度の廃止が)社会の美風良俗と伝統文化を損なうものであり、社会秩序の混乱と家族制度の崩壊を招くという主張に対しては、特定の行為について、国家が法規範を通じて規制するのか、そうでなければ単純に慣習や道徳に委ねるのかという問題が、人間と人間、人間と社会の相互関係について、時代や所に応じてその結果を区別すべきものであり、結局はその社会の時代的状況と社会構成員の意識などによって決定すべきものであると考える。婚姻関係には社会性が強く現れることから、婚姻に関する各種規範の中で、重要な原則は法がこれを後押ししてこそ婚姻による家族関係が安定するので、伝統的な慣習として受け継いできた婚姻禁止の範囲を法で明確にすることによって、社会秩序を維持することは大事なことである。しかしながら、同姓同本禁婚制度が必要だとする見解は、前で確認したような制度の社会的基盤及び現実的妥当性に関する考察を欠いており、倫理や道徳観念も時代により変遷し、歴史の発展法則にしたがって発展するという点を度外視した主張である。当該制度は、万古不変の真理としてわれわれの婚姻制度に定着したのではなく、時代の倫

28 岡克彦「韓国における「同姓同本禁婚制」違憲決定をめぐって」法律時報70巻2号(1998)57-58頁。

29 青木清「韓国家族法と日本の家族法—戸主制度の承譜をめぐって」ジュリスト1007号(1992)、石熙泰「韓国における同姓同本禁婚制とその改革運動の展開」北大法学論集51巻6号(2001)など。

30 헌법재판소판례집9-2, 11-14면.

31 헌법재판소판례집9-2, 18면.

理や道徳観念の変化により生じ、その時代の諸般社会・経済的環境を反映したものに過ぎないという点を勘案すると、既に前で確認した理由により、当該制度は、もはやこれ以上法的に規制すべき普遍妥当な倫理ないしは道徳観念としての基準性を喪失したものと看做すべきである。憲法第9条の精神により、われわれが真に継承・発展させるべき伝統文化とは、この時代の諸般社会・経済的環境に合致し、また、今日において普遍妥当な伝統倫理ないしは道徳観念ということができよう³²。(傍点は筆者)

ここで示された憲法9条の解釈は、婚姻・家族制度が万古不変のものではないという前提のもと、伝統的な婚姻・家族制度の中で法的に保障すべき部分とそうではない部分を峻別するための現代的解釈として提示されたものである。何らかの家族制度が伝統文化として国家の保護を受けるかどうかは、「この時代の諸般社会・経済的環境」に合うかどうか、そして「今日において普遍妥当な伝統倫理ないしは道徳観念」かどうかという基準によって判断されることになる。それぞれの文言の意味するところについては、判例中で検討されている①自由と平等を基礎とする社会理念の変化、②婚姻及び家族観念の変化、③産業社会への移行と人口増加、人口の都市集中化などが参考となろう。

ただし、①や③はともかくとして、②の考慮要素については解釈者の主観によって是とも非ともなりうる点にあいまいさが残る。反対意見における記述を見ても、多数意見と同様に同姓同本禁婚制の歴史的由来について言及したうえで、「社会環境や意識の変化があったとしても、わずか数十年でわれわれの婚姻慣習が本質的に変わったと見るほどの根

拠はなく³³」、「同姓結婚禁止制度は、われわれの民族が長い間慣習として守ってきた婚姻に関する伝統文化の一つとして根付いており、それに相応した行動決定の正当性が意識されているのは否定できない事実³⁴」であるとして、制度がなお社会的にも倫理的にも妥当していると見做している。制度の社会的妥当性について、反対意見を執筆した裁判官は、同じ論理を用いたうえで多数意見とは全く逆の理解を示しているのである。

ある伝統が今日でも妥当するものであるかどうかを判断する場合、結論は判断する者の主観的価値観に相当程度左右されうる。同姓同本禁婚制度の場合、制度を廃止しようとする側から見ると、制度は社会一般的に妥当する制度ではなく、制度を存続させようとする側から見れば、逆に制度はなお社会一般的に妥当する制度であると考えられている。それはすなわち、本件において多数意見が提示した憲法9条の解釈は、解釈者の主観に応じて大きく結論が変わりうる「スライディング・スケール」であったことを意味する。

とはいえ、伝統的家族制度を正当と主張する側の憲法上の根拠として登場した9条に対して、憲法裁判所は初めて一定の基準を内包する規範として解釈したのである。その後の家族制度をめぐる判例の中で憲法の保障する「伝統」とは何かという問題が一つの論点となっていることを見ても、本件において憲法9条の規範的意味に関する言及がなされたことの意義は大きい。

(3) 9条解釈の明確化

「同姓同本禁婚事件」によって初めて提示された憲法9条の解釈は、以下に挙げる「戸主制事件³⁵」において、より明確な形で示さ

32 헌법재판소판례집9-2, 19-20면.

33 헌법재판소판례집9-2, 24면.

34 헌법재판소판례집9-2, 26면.

35 헌재, 2005.2.3, 2001헌가9·10·11·12·13·14·15, 2004헌가5 (병합) 전원재판부.

れることとなる。本件の下された2005年という時期は、家族法の第6次改正として、法律上でも伝統的家族制度が「大きな転換期³⁶⁾」を迎えた時期でもあるが、そうした状況も手伝い、「戸主制事件」は、国会における家族法改正(2005.3.31)を後押しするものとして、韓国のみならずわが国においても注目を集めるものとなった³⁷⁾。

① 「戸主制事件」

i) 事実の概要と判旨

本件では、家族の代表者である「戸主」及び、被代表者であるその他の家族構成員によって構成される「家」と、戸主たる地位の承継など、戸主に関する法制度の全体について、父系血統を中心として人為的家族集団たる家を構成し、継承していくことの是非が問われた。すなわち、父系血統を優先する伝統的価値観に基づく「戸主制度」が、婚姻及び家族生活において個人の尊厳と両性の平等を保障する憲法第36条1項に反するかどうかという問題である。憲法裁判所は、関与裁判官8人のうち6人の意見により、戸主制度全体に対して憲法不合致決定を宣言した。

ii) 9条の解釈に関する整理と検討

憲法9条の解釈をめぐるのは、前述の「同姓同本禁婚事件」で裁判官の意見が分かれたように、「戸主制事件」においても、多数意見と反対意見で異なる9条の解釈が示された。とりわけ、多数意見は「憲法と伝統」と題して憲法36条1項と憲法9条の関係を詳しく論じており、このことから伝統的家族制度をめぐる問題に対して憲法裁判所が並々ならぬ決意を持って臨んでいたことを見て取ることができる。

多数意見は、憲法36条1項が家族生活・家族制度に関する最高規範であることを確認

し、「共同体の最高価値秩序たる憲法理念を積極的に教導し拡散させる役割もまた家族法のものであるが、家族法がこのような役割を遂行することはおろか、憲法理念の拡散に障害をもたらし、憲法規範と現実とのかい離をまねく一因となるならば、そのような家族法は修正されなければならない³⁸⁾」としたうえで、憲法36条1項と憲法9条との関係について、「同姓同本禁婚事件」の解釈を踏襲しながら以下のように判示した。

憲法第9条と第36条1項の関係をどのように設定するか、どのように調和的に解釈するかが問題となるが、その解答の端緒は憲法第36条1項の特別な立法趣旨に加えて、伝統ないし伝統文化の憲法的意味に注目することで見出すことができる。

憲法第36条1項の沿革を調べると、制憲憲法第20条において「婚姻は男女同権を基本とし、婚姻の純潔と家族の健康は国の特別な保護を受ける」と規定したものが最初であり、憲法制定当時から平等原則と男女平等を一般的に明らかにする(制憲憲法第8条)とともに、特に婚姻の男女同権を憲法的婚姻秩序の基礎であると宣言したことは、われわれの社会伝来の婚姻・家族制度が人間の尊厳と男女平等に基づく婚姻・家族制度とは考え難いという判断のもとで、近代的・市民的立憲国家を建設しようという場において、従来の家父長的封建的婚姻秩序をこれ以上容認しないという憲法的決断の表れとして見るべきであろう。このような憲法的意思是、1980年憲法においてより一層強化された。両性平等命令が婚姻関係のみならず、あらゆる家族生活にまで拡張され、両性平等に加えて個人の尊厳まで要求されることとなった。これに現行憲法が国家の保障義務を付け加えることによって、今や両性平等と個人の尊厳は、婚姻と家族制度に関する最高の価値規範として確固たる

36 高翔龍著『韓国法(第2版)』(信山社、2010)239頁。

37 이은영 「戸主制廢止 및 기타 家族法改正事項에 관한 研究 (I)」 考試界제50권제5호 (2005)、同「戸主制廢止 및 기타 家族法改正事項에 관한 研究 (II)」 考試界제50권제6호 (2005)。白井京「戸主制廢止、その後」ジュリスト1338号(2007)73頁。

38 헌법재판소판례집17-1, 17면.

地位を占めた。

一方、憲法前文と第9条でいう「伝統」、「伝統文化」とは、歴史性と時代性を帯びた概念として理解しなければならない。過去のある一定の時点において歴史的に存在したという事実だけで全てが憲法の保護を受ける伝統となることはない。伝統とは過去と現在を全て含んでいる文化的概念である。もし、伝統の根拠を過去にのみ求める復古主義的伝統概念を選択するならば、時代的に特殊な政治的・社会的利害関係を伝統という名の下で普遍的な文化様式によって隠蔽・強要するという副作用をもたらし、現在の社会構造に合う規範の確立や未来志向的社会発展を妨げる障害要素として機能しやすい。憲法裁判所は前に「憲法第9条の精神によってわれわれが真に継承・発展しなければならない伝統文化とは、この時代における諸般の社会・経済的環境に合い、また今日にあっても普遍妥当な伝統倫理ないし道徳観念であろう」（헌재1997.7.16, 95헌가6등, 헌법재판소판례집9-2, 19면）と述べることで、伝統の歴史性と時代性について確認したことがあった。

このように、わが国の憲法でいう「伝統」「伝統文化」とは、今日的意味で再解釈されたものとなる必要がある。そして、今日的意味で把握するにあたって、憲法理念と憲法の価値秩序が最も重要な尺度の一つとならなければならないということは、重ねて言うまでもない。ここで人類の普遍価値、正義と人道の精神のようなものを合わせて考慮しなければならないだろう。したがって、家族制度に関する伝統・伝統文化とは、少なくともそれが家族制度に関する憲法理念たる個人の尊厳と両性の平等に反するものであってはならないという自明の限界が導出される。歴史的伝承で今日の憲法理念に反するものは、憲法前文において打破の対象として宣言した「社会的弊習」となりうることはあっても、憲法第9条が継承・発展させるとした伝統文化には該当しないと見ることが、わが憲法の自由民主主義原理、憲法前文、第9条、

第36条1項を合わせた調和的憲法解釈というものであろう。

結論として、古来の何らかの家族制度が憲法第36条1項の要求する個人の尊厳と両性の平等に反するのであれば、憲法第9条を根拠としてその正当性を主張することはできない³⁹。（傍点は筆者）

ここでは、憲法36条1項が婚姻・家族関係における最高規範であることを確認したうえで、36条1項との関係において憲法9条を調和的に解釈した点に着目したい。「歴史的伝承で今日の憲法理念に反するものは、憲法前文において打破の対象として宣言した“社会的弊習”となりうることはあっても、憲法第9条が継承・発展させるとした伝統文化には該当しない」という解釈は、憲法36条1項との関係を明らかにすることによって、憲法9条の適用範囲に限界を設定したものである。少なくとも家族制度に関しては、個人の尊厳と両性の平等という「自明の限界」を尊重したうえでしか、伝統文化は国家によって保障されないことがここで明確になったのである。

同姓同本禁婚事件でも、憲法36条1項が家族関係における憲法理念であるということは触れられていた⁴⁰。しかし、家族制度の伝統的な部分が憲法理念に反する場合、家族関係において個人の基本権を国家が保障すると規定した36条1項と、伝統文化に対する国家の義務を定めた9条とが、どのような関係において解釈されるのかという点は、いまだ定かではなかった。

同姓同本禁婚事件と戸主制事件多数意見の憲法9条に関する解釈を比較すると、前者は「今日の社会経済的環境および倫理・道徳に合致しなければ」憲法9条のいう伝統文化には当たらないとしたのに対し、後者は「伝統文化であっても、個人の尊厳や男女平等といった憲法理念に反していれば」伝統文化に

39 헌법재판소판례집17-1, 17-18면.

40 헌법재판소판례집9-2, 17면.

該当しないというものであり、9条の解釈において現代の人権価値を明確に読み込んだ点に違いを見て取ることができる。ただ、前者についても「今日の国民意識において普遍妥当な倫理道徳」かどうかという解釈は、「個人の尊厳と両性の平等」という現代の倫理道徳に適っているかどうかという意味に読むことはできよう。前者と後者の解釈の違いは、解釈の変更というよりは言い回しの違いであり、伝統的家族制度に対する憲法裁判所の姿勢がより厳格な方向に変化したと即断することは難しいように思われる。

いずれにしても、本件の多数意見において示された解釈は、ある伝統文化が今日でも社会一般的に妥当しているかどうか、という主観的価値判断とは別に、個人の尊厳と両性の平等という客観的憲法価値に基づいて判断されることになるという点で、同姓同本禁婚事件の解釈において存在していたあいまいさを大いに払拭したものと評価することができよう。

② 「子女の父姓使用事件」⁴¹⁾

次に挙げる事例は「戸主制事件」から1年も経ない12月28日に下された決定である。本件において多数意見の示した判断は、一見すると同年に下された「戸主制事件」の多数意見において示された判断と比較して異質なものにも思える。しかし、多数意見の論旨を注意深く見ると、そこには憲法9条の規範的意味をより明確にしようとする憲法裁判所なりの工夫があるように思われる。以下、判旨を概観したうえで、本件における憲法裁判所の姿勢と「戸主制事件」における憲法9条解釈との関係について検討していく。

i) 事実の概要と判旨

2005年改正以前の旧民法781条1項は、「子

は父の姓及び本を継承して、父の家に入籍する」と規定していた。本件は、「子は父の姓及び本を継承して」という部分が父系血統を優先しており、婚姻及び家族生活における個人の尊厳と両性の平等を定めた憲法第36条との関連で問題とされた事例である。憲法裁判所は、関与裁判官8人中7人の意見において、「父姓主義」自体の合憲性を認めつつも、出生直後の子に姓を付与した当時、父親が既に死亡していた場合や、両親が離婚をして、母親が単独で親権を行使し子を養育する場合のような、一部例外的な状況において母親の姓の使用を認める例外規定が不備であることを理由として憲法不合法決定を宣言した。

ii) 9条の解釈に関する整理と検討

本件では、多数意見において憲法9条に関する言及が全く見られなかった反面、戸主制事件における多数意見の解釈は補足意見において言及されている。両者の見解には、父姓主義に対する理解や結論において大きな違いが見られた。以下、補足意見、多数意見の順に整理し、検討する。

補足意見を執筆した2人の裁判官⁴²⁾は、戸主制事件多数意見の解釈を踏襲したうえで⁴³⁾、家族法が父姓主義を採用していること自体を違憲と断じた。

当該事件法律条項が、子に対する姓の付与において父と母を差別して取り扱う唯一の基準は、ただ男性と女性、すなわち性別による⁴⁴⁾。

(中略)

われわれの社会の生活様式や社会構成員の意識構造に照らして見ると、父姓主義が正当なものであるとの主張がありうる。農耕社会という社会構造を基盤に、家長的価値秩序が支配していた近代以前の社会においては、父姓主義は生活様式

41 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5등.

42 宋寅準裁判官、全孝淑裁判官の2名。

43 헌법재판소판례집, 17-2, 560-561면

44 헌법재판소판례집, 17-2, 563면.

と意識構造に合致するものとして評価することもできた。政治・経済・社会・文化のすべての生活領域において、活動の主体は男性であったし、家族生活と親族関係の形成についても男性と男系血族を中心に成り立っており、宗法思想と家父長的権威に基づいた儒教的価値体系が普遍的価値秩序として受け入れられていた社会において、男性と女性の地位及び役割は、同等なものとして認識されていなかった。それにより父系を中心に個人の血統が把握され、個人は父系の血統を継承するものという認識が共有されるのは、自然な現象であったと考えられる。

しかし産業化、都市化、情報化に代表される現代社会において、産業構造は変化し、経済活動やその他の社会的活動領域において、男女の生物学的な差は無意味なものとなった。既に多数の女性が男性と対等な地位で社会的活動に参加しており、国家及び社会もやはり女性の社会的活動を積極的に保護している。家族生活内部においても父または夫の一方的な権限と優越的な地位は否定され、夫婦を中心とした家族構成員一人一人の自律的な意志が尊重される形態へと変化した。親族関係においても男性と男系血族を中心とした親族関係が常に優先するのではなく、具体的な生活関係での実質的な交流の程度によって、母系の親族関係が重要な比重を占める場合もある。また、個人の自由と両性の平等を基礎にした民主主義と合理主義は、既に大多数社会構成員の意識を支配する共感的価値たる地位を占めるものとなったし、制度と規範及びすべての生活領域において残存する男女間の不平等を一掃し始めている⁴⁵。

（中略）

結局個人の自由と両性の平等が普遍的に受け入れられ、実質的に実現されている今日の社会像に照らして見る場合、父性主義の強制は、われわれの生活様式や意識構造とは合致しない。歴史的に見て長い間伝統的に父性主義を採用してきたという事実から父性主義による差別取り扱いを正当化

しようとする見解もその根拠を認めることはできない。「同姓同本禁婚制」に対する憲法不合法決定と、「戸主制」に対する憲法不合法決定によって既に憲法裁判所が判示した通り、歴史的に長い間維持されてきた家族制度であるという事実だけで、その制度が直ちに憲法的に正当化されるものではなく、その制度が今日の価値に符合し、憲法理念に反しないというものでなければならないという限界を持つ。

長い間父性主義が維持されてきたということとを理由に、現在でも正当化されうるとする主張は、伝統的に男性と女性を差別して取り扱ってきたことを理由に、現在でもその差別的取扱いが正当であるという論理に過ぎない⁴⁶。

このように、補足意見では、家族法が父性主義を採用していることについて、今日の生活様式や意識構造に合致しないとの立場をとっており、また、父性主義が性役割に対する固定観念に基づく男女差別的要素を本質的に含むものであるということを確認している。ゆえに、父性主義は今日では社会一般的に妥当せず、また家族制度における個人の尊重と両性の平等という憲法の理念に反しているため、憲法の保障する伝統文化には該当しないと見るのである。

一見すると補足意見におけるこの結論は、戸主制事件における多数意見の立場を忠実に踏襲したものとも見ることができる。しかし、そうであるならば、家族関係における個人の尊厳と両性の平等を重視し、憲法36条1項と憲法9条の調和的解釈を図った憲法裁判所の姿勢は、戸主制事件からわずか10ヵ月余りで変わったことになるだろう。以下では、この点を確認するために、多数意見を整理し、検討する。

多数意見では、「社会の支配的価値秩序が変化したにもかかわらず、今日においても父

45 헌법재판소판례집, 17-2, 563-564면.

46 헌법재판소판례집17-2, 564면.

姓主義は相変わらずわれわれの社会の大多数構成員が自然に受け入れている生活様式であると判断される状況にあつて、当該審判対象条項はそうした生活様式を反映し、姓の使用に対する原則規定として父姓主義を規定したものとえよう⁴⁷⁾」と述べ、父姓主義が今日の社会一般において、なお自然なものとして受入れられているとしたが、一方で、父姓主義が「家父長的価値秩序が支配する男性中心の社会において形成され、維持されてきた生活様式⁴⁸⁾」であることも確認している。ここまでの判示内容を見る限り、「父姓主義」という伝統は社会一般的な通念ではあるが、両性の平等という「今日の憲法理念に反する」ので「歴史的弊習」に該当すると結論付けることもできよう。しかし、多数意見は続けて「父姓主義は、個人の具体的権利義務や法的地位に実体的な影響を及ぼさないため、父姓主義による事実上の差別的効果が個人の尊厳と両性の平等を侵害する程度に至ると見ることはできない⁴⁹⁾」ことを理由に合憲と結論したのである。

戸主制事件多数意見によれば、「家族制度に関する伝統・伝統文化とは、少なくともそれが家族制度に関する憲法理念たる個人の尊厳と両性の平等に反するものであってはならないという自明の限界」を持つものとされていた。言葉通りに読むならば、この表現は、個人の尊厳と両性の平等に反する家族制度を違憲と断ずるものである。しかしながら、本件における多数意見は、父姓主義の事実上の差別的効果⁵⁰⁾に言及しつつ、なお父姓主義の存続を容認したのである。ここには、制度が個人の権利義務関係とどのように関わりを持

つか、あるいは権利侵害の程度に関して、より具体的な基準が存在するのではなからうか。

本件の場合、補足意見では、子が父姓を名乗ることを法律で強要することが、男女差別的要素を本質的に有しており、両性平等原則に違反していること自体を憲法36条1項違反の根拠としている。一方で、多数意見は、父姓主義が家父長的制度であることを認識しながら、子が父親の姓を強制されることによって生じる個別具体的な権利侵害の有無について考慮した。つまり、多数意見の立場では、個人の尊厳や両性の平等といった憲法理念に反する伝統的家族制度が、個人の権利義務や法的地位に実体的に関わっており、救済の必要があるならば違憲とするが、権利侵害が事実上存在せず、形式的なものに過ぎないのであれば違憲とするまでには至らない、と判断しているように思われるのである。

「同姓同本禁婚事件」において「この時代の諸般社会・経済的環境に合致し、また、今日において普遍妥当な伝統倫理ないしは道徳観念」という形で言及された憲法9条における「伝統」の意味は、「戸主制事件」において「個人の尊厳と両性の平等に反するものであってはならないという自明の限界」を加えることにより、具体的で明確な規範となった。これに対して、本件の多数意見は、個人の具体的権利義務や法的地位に実体的な影響を及ぼすかどうかという新たな基準を付与したものと見る事ができよう。

③「継母子関係廃止事件⁵¹⁾」

憲法9条の解釈は「同姓同本禁婚事件」において言及され、「戸主制事件」において具体化されたのち、「子女の父姓使用事件」に

47 헌법재판소판례집17-2, 555-556면.

48 헌법재판소판례집17-2, 555면.

49 헌법재판소판례집17-2, 556면.

50 出生直後の子に姓を付与した時点で既に父親が死亡していた場合や、離婚後に母親が単独で親権を行使し子を養育する場合のような例外的な状況下において父姓主義を強要し、母親の姓の使用を認めないことが個人の尊厳、両性の平等に反するとされた。

51 헌재, 2011.2.24, 2009헌마89·248 (병합).

よって新たな基準が付与されることとなった。以下では、「子女の父姓使用事件」以後も解釈が踏襲されているかどうかを確認するために、2011年2月24日に下された「継母子関係廃止事件」について検討を行う。

i) 事実の概要と判旨

本件は、継母子関係に関する経過措置として定められた附則第4条が、同法の施行される1991年1月1日以前に成立した継母継子間の法定血族関係を消滅させると規定していたことについて、継子の継母に対する権利を失わせる立法措置が、憲法36条1項の保障する継子の基本権を侵害するかどうか問題となった事例である。これに対して、憲法裁判所は裁判官7人全員の意見によって同条項に対する合憲決定を行った。

ii) 9条の解釈に関する整理と検討

本件では、1990年改正民法附則第4条の審判対象部分が、憲法第36条1項に反するか否かを検討する際に、「戸主制事件」で展開された憲法第9条の解釈を引用し、議論を展開している。

憲法第36条1項は、婚姻及び家族生活に関する制度保障の性格を有するものであるが、古来の何らかの家族制度が、憲法第36条1項の要求する個人の尊厳と両性平等に反するものであるならば、憲法第9条を根拠として、その憲法的正当性を主張することはできない（헌재2005、2、3、2001헌가9등、헌법재판소판례집17-1、1、17-18면）。

当該事件の場合、憲法や民法制定以前から伝承してきた継母子関係を法律によって廃止することが、伝統的な家族制度の保障に反するか否かという点が問題となるところ、継母子関係を法定血族関係として認定しないと定める立法の趣旨が、家父長的で両性平等原則に反し、かつ今日の家族生活関係における妥当性が微弱なものについて、家族秩序を改善し、家族関係において継子が被る可能性のある不利益を防止しようとする目的のもの

であるならば、これは個人の尊厳及び両性の平等に反する伝統的家族制度を改善するための立法であるということができ、家族制度を保障する憲法第36条1項に違反すると看做すことはできない⁵²。（傍点は筆者）

このように、本件において「子女の父姓使用事件」以後も憲法9条に関する「戸主制事件」の解釈が踏襲されていることが確認された。さらに本件の場合、継母継子関係という「今日の家族生活関係における妥当性が微弱な」制度を廃止する立法措置を合憲としているところ、これは「子女の父姓使用事件」において示された「個人の具体的権利義務や法的地位に実体的な影響を及ぼすかどうか」という基準に則った判断といえる。継子にとっては、本件立法措置は継母の親権にともなう保護・養育を受ける権利を喪失させるものであるが、継母子関係と同様の法定血族関係の形成は、養子縁組によっても代替することが可能であり、継母子関係が廃止されることによって継子が被る「実体的影響」はそれほど大きくない。そのような、個人の権利義務関係に実体的影響を及ぼさない立法措置は違憲とするには当たらないと判断されたのである。

以上で整理したように、韓国憲法裁判所は、現実社会において家族関係が変化していく中で、個人の具体的権利義務や法的地位に実体的な影響を及ぼすかどうかという基準により、伝統的家族制度を許容する余地を一定程度残しつつも、憲法36条1項の「個人の尊厳」や「両性の平等」といった憲法価値を読み込むことで、現代社会において守るべき「伝統」と、廃止すべき「弊習」との峻別を図ってきた。こうした経緯からは、基本権との関係において「伝統」の持つ意味を限定しようとする憲法裁判所の姿勢を見て取ることができる。家族制度をめぐって、憲法裁判所

52 헌법재판소판례집23-1상, 117-118면.

は、憲法上の「伝統」が、家族の基本理念である「個人の尊厳」や「両性の平等」といった価値と調和しうる範囲でのみ規範的に意味を持つものと位置づけたのである。

Ⅳ 結び

Ⅱ章で述べたように、韓国憲法において「民族文化」や「伝統文化」が強調されたのは、日本による植民地統治によって揺らいだ民族の伝統やアイデンティティを再び確立するという特別な目的があったからとされる。そのような「伝統」は、しかしながら今日の憲法学説において本来持っていた意味が薄められ、より一般的な文化国家条項として再解釈されつつある。

一方、Ⅲ章では、「伝統的価値」が特に強く意識される家族の領域において、「伝統」の憲法規範的な意味を整理し分析した。韓国家族法の領域における「伝統」は、当初、伝統的に形成されてきた家族観を保護し、伝統的家族秩序を許容する根拠となりうるものであった⁵³。それは、婚姻や家族のあり方が現代的に変容しつつある今日の社会においてでさえ、憲法9条が、個人の尊厳や両性の平等に反する伝統的家族制度を正当化する根拠の一つとされたことから明らかであろう。婚姻・家族をめぐる法制度を現代化していく上で、「伝統」はまさに桎梏のような役割を担うこととなった。これに対する憲法裁判所の解釈が、本稿において検討した各判例を通じて示された「個人の尊厳や両性の平等に反し、個人の具体的権利義務や法的地位に実体的な影響を及ぼす伝統的家族制度は、憲法9条を根拠として正当化することはできない」というものである。今後、何らかの家族制度において伝統的家族観が立法根拠として主張された場合でも、それが個人の尊厳や両性の

平等に反するものであれば、「伝統であること」は制度を正当化する根拠にはなりえない。但し、Ⅲ章で採り上げた最後の二つの判例によれば、違憲性の判断は、最終的に「個人の具体的権利義務や法的地位に実体的な影響を及ぼすか否か」という点に左右される。おそらく、この点が憲法9条と他の憲法的価値とのバランスを図る上での、「現時点におけるボーダーライン」なのであろう。いずれにしても、憲法裁判所による憲法9条の解釈には、はっきりとした方向性を見出すことができる。

このようにして見ると、憲法9条の「伝統」に関する学説の趨勢および憲法裁判所による解釈は、いずれも憲法の現代的理念を重視し、「伝統」の持つ前時代的な性格を取り除こうとする点で共通しているようである。家族制度をめぐる憲法裁判例は、「伝統」の中に個人の尊厳や両性の平等といった人権理念とは相容れない部分が存在することを実証的に示すものであった。韓国憲法における「伝統」の解釈は、憲法に規定される他の現代的価値との調和が図られた結果として、内容の修正を余儀なくされたのである。

同時に、このことは、わが国において憲法改正を議論するうえでも一定の示唆を与えるように思われる。すなわち、わが国のように、憲法上「伝統」に関する規定が存在しない国家にとっては、憲法典に「伝統」の文言を明記するかどうかの議論を行う前提として、「伝統」の持つ意味について具体的に明らかにしなければならない。その際、「伝統」がその他の憲法的価値と矛盾しない方向で解釈されなければならないという点にも留意すべきであろう。

(筑波大学大学院人文社会科学研究所
法学専攻)

53 崔鐘庫 (岡彦彦訳)「韓国における儒教と法」北大法学48巻4号 (1997) 904頁以下を参照。