

令和 5 年 6 月 15 日現在

機関番号：13901

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2016～2022

課題番号：16K03444

研究課題名（和文）性的マイノリティの人権救済をめぐる韓国の「積極司法」の構造的特質に関する研究

研究課題名（英文）A Study on the Structural Characteristics of "Positive Justice" for Human Rights Remedies of Sexual Minorities in South Korea

研究代表者

岡 克彦（OKA, Katsuhiko）

名古屋大学・法学研究科・教授

研究者番号：90281774

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,500,000円

研究成果の概要（和文）：本研究は、韓国の司法過程においてトランスジェンダー（以下「TG」という。）による性別変更が認められることにより、既存の性別秩序に変化をもたらした点に着目して、性的マイノリティの人権救済システムの構造的な特質を実証的に分析するところからその特徴がある。かつ、TGの問題が立法過程から疎外されやすい制度的な構造とその要因を析出する。

さらに、TGによる性別変更をめぐる解決方式において日韓で大きく異なっていることに視点を置きつつ、TGの性別変更の基準と手続を定めた日本の「立法による解決方式」と比較しつつ、裁判所の解釈でTGの性別変更を認める韓国の「司法による解決方式」の特徴とその問題性を解明している。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究は、TGによる性別変更の事例に現れた「積極司法」の現象について立法や行政の政治過程といった「法」と「政治」との相関関係のなかから性的マイノリティの問題が疎外されやすい統治機構上の構造的な要因を解明しようと試みている。また、韓国における「積極司法」に関する研究は、性的マイノリティをめぐる日本の司法のあり方を解明する手がかりを提供できるだけでなく、政治過程においても、裁判機関がどの程度までの過程に関わることが許されるのか、その司法権の限界を改めて問い直す契機にもなっている。

研究成果の概要（英文）： This study is characterized by its empirical analysis of the structural characteristics of the human rights redress system for sexual minorities, focusing on the changes brought about in the existing gender order by the recognition of transgender. This study is characterized by its empirical analysis of the structural characteristics of the human rights redress system for sexual minorities, focusing on the changes in the existing gender order brought about by the recognition of gender reassignment by transgender people in the Korean judicial process.

This study analyzes the institutional structure and factors that tend to marginalize transgender and other sexual minority issues from the legislative process. It also clarified the characteristics and problems of the "judicial solution" in Korea, which allows TG gender reassignment through court interpretation, in comparison with the "legislative solution" in Japan,

研究分野：比較憲法学・アジア法

キーワード：性的マイノリティ 韓国 積極司法 人権

## 1. 研究開始当初の背景

平成 25 年度の科研では、「現代韓国における戸主制の廃止と『性差』の法的構造の変容に関する実証的研究」を課題として、主にふたつの論点に絞って研究を進めていた。ひとつは、2008 年にどうして韓国で「戸主制」が廃止されたのか、という論点である。もうひとつは、韓国の戸主制の廃止以降、家族法をはじめ、男女の「性差」の法的構造がどのように変容しているのかを解明するところにある。前者の論点は、平成 25 年度の科研研究でほぼ当初おりの成果を生み出すことができた。ところが、後者の論点が十分に解明できたとはいえず、戸主制廃止の動きを追っていくと、新たな視点として男女の「性差」問題に接近することができることを見出した。それが男女の性別について両者それぞれが法的に越境するトランスジェンダーの問題であった。

トランスジェンダーによる性別変更の問題を通して、男女の性差に対する「法的境界のゆらぎ」に着目することで、どうして戸主制の廃止過程のなかでそれと同時に男女ともに性別の法的境界を越境する現象が生じるのかという課題から男女の性差の法的構造に対する変容の実質を解き明かすことが可能だと構想した。また、本研究は、「積極司法」という裁判制度の特質を分析することにより、性的マイノリティの問題が立法過程から疎外されやすい統治機構上の構造的要因をも解明することにした。

## 2. 研究の目的

本研究は、韓国の司法過程においてトランスジェンダー（以下、「TG」という。）による性別変更が認められることにより、既存の性別秩序に変化をもたらした点に着目して、性的マイノリティの人権救済システムの構造的な特質を実証的に分析するところにその目的がある。

この研究では、まず TG をはじめ性的マイノリティの問題が立法過程から疎外されやすい制度的な構造とその要因を析出する。それと共に、TG による性別変更をめぐる解決方式において日韓で大きく異なっていることに注目して、TG の性別変更の基準と手続を定めた法律を制定する日本の「立法による解決方式」と比較しつつ、裁判所の解釈で TG の性別変更を認める韓国の「司法による解決方式」の特徴とその問題性を明らかにすることを目論んでいる。

## 3. 研究の方法

本研究は、現地韓国でのフィールドワークを中心として、TG の性別変更をめぐる判例を調査・収集する作業を行い、訴訟当事者側のインタビュー、訴状および裁判資料なども調査の対象とする。一方、政府や与党側では、TG の性別変更には消極的な立場を堅持していた。反対側の一次資料をも調査・収集する方法を採っている（**法社会学的方法**）。

## 4. 研究成果

### (1) 「男」と「女」のふたつの性への固定化

韓国では、国民の性別を男女の二性に厳格に区別して性の多様性を法的に認めようとしない指向性が極めて強い。いわゆる、「性別二元体制」の存在である。

仮に TG による性別変更を認めるにしても、一旦、変更した性を不可逆的に固定化させることで、本人を取り巻く身分関係だけでなく、社会の性別秩序そのものを安定的にさせるためである。あいまいな中間的な性を法的に認めれば、二つの性に区分されていることを前提とした社会共同体内のほかの構成員たちの戸惑い、不快感および嫌悪感などを与えることになるからである。そのことが要因となって、人々の権利や利益を侵害したり、さらには犯罪を誘発したりするおそれもある。

### (2) 「性別二元体制」を堅持する国家

国家が「性別二元体制」を堅持しようとするもう一つの根拠は、TG による性別が可変されることで、国民の性別が常に不変であるとの前提で構築されてきた既存の性別秩序システムそのものに混乱が生じることを懸念している点にある。

婚姻中に TG による性別の変更を容認すると、民法が許容しない同性婚の外観が現出することになる。また、未成年の子どもを有する TG の人が性別の変更を認めると、一

つの性に偏った親が二人存在するようなかたちで国民登録に表記されることになり、各人の性別表記と家族の続柄に混乱が生じる。

したがって、国民の身分関係のうちでも重要事項のひとつである「性別」を区分する法的基準は、より明確にかつ一律的に定めることが要請される。

### (3) 住民登録番号に内在するジェンダーコード

TGにおいて性別秩序体系で問題になるのは、韓国のマイナンバーたる住民登録番号である。この数字のなかに性別を表示するジェンダーコードが組み入れられている。TGの場合、本人の身体的な外観とジェンダーコードの明らかな不一致から社会生活上、人々からの誤解、ハラスメント、取引の拒否および就職の不採用などの不利益を受けることがしばしばである。

さらに、深刻化しているのは、マイナンバーのデジタル化に伴って、本人が最も知られたくないジェンダーコードがネット上で容易に流布されてしまうことである。情報保護法があるにもかかわらず、かえって情報のプライバシーが侵害されてしまうアイロニーがある。TGの人々にとってジェンダーコードの存在自体が様々な差別やいたがらせを受ける制度的な要因になっている。

だからこそ、TGの人々の多くが、ジェンダーコードを変えるために法的性別の変更を切実に願わざるを得ない。

### (4) TGと徴兵制問題

TGによる性別変更でとりわけ問題になるのは、徴兵制である。韓国では、国民すべてに国防の義務を憲法上、明記している(憲法39条1項)。この憲法規定を受けて国民皆兵を実現させるために徴兵制を採用している。ところが、兵役法では、兵役義務の対象を男子に限定させている(同法3条1項)。韓国の男子の間では、以前から同義務を逃れるために義務の軽減や免除事由に該当するような様々な手段(視力の低下手術の施術、手の指を人為的に切断など)が使われてきたことが社会問題化していた。

近年では、TGを理由に兵役を忌避した行政・刑事事件が裁判で争われている。本人が長年、同障がいを患ってきた患者なのか、あるいは単に兵役逃れの手段で同障がいを装う虚偽によるものかが問われた。行政当局としては、国民すべてに兵役制度を公平かつ適正に運用するためにはできる限り性別変更の契機を抑制させるとともに、同義務の存否を公正に審査する目的からも性別の判定基準はより厳格に規定しようとする。国家としては、性の多様性という名の下にあいまいな性領域を法的に容認することができない立場にある。

### (5) 性的マイノリティが取り巻く法的環境

近年、特に韓国社会でもトランスジェンダーや同性愛など、性的マイノリティの保護を求める社会運動が高まっている。その一方で、キリスト教を中心とした宗教界や一部の市民団体では、とりわけ同性婚に強く反対する運動が活発に展開している。同性婚の是非をめぐる社会では賛否両論に二分している。大法院が指摘するように、未成年者や婚姻中のTGによる性別変更を認めるのか、さらに同性婚を容認するのかの問題は、最終的には主権者たる国民の代表機関である国会で国民的な総意を経て決定すべき立法事項である。

現在のところ、与党を中心とした多くの国会議員は、反対派であるマジョリティ側から多数の支持や政治的な支援を受けている関係から彼らの意に反して同性婚を容易に認めようとはしない。それを認めれば、次期の選挙で落選するリスクがあるからである。司法府の立場としては、未婚中や離婚したTGの人たちに対しては性別の変更を許可する方向ではある。

しかし他方では、こうした立法状況のなかでは、民法上、いまだに同性愛による婚姻を禁止している以上、彼(女)らが一旦、婚姻した後は異性愛による夫婦生活を維持させる目的から両性の性別が変更されることのないようにTGの性別変更を厳格に規制するほかにない。韓国では、家事審判で婚姻中や未成年の子どもがいるTGの人々による性別変更が争点になったことを契機として、国民すべての性別を固定化させようとする国家の動きがさらに強まっている。

### (6) トランスジェンダーと「積極司法」

今回、TGによる性別変更に関する司法過程の一連の動きを検討すると、次のような課題が浮かび上がってくる。それは、性的マイノリティの人権を保護するという名の下に、司法府はどの程度まで立法(政治)過程の領域に踏み込むことが許されるのか、という問題である。

ある法院の行為がこの課題に関わってくる。ひとつは、2006年の大法院決定で戸籍法第120条の戸籍記載訂正手続に類推解釈を施して、GIDによる性別変更を許可した裁判行為である。もうひとつは、司法府自ら独自の規則制定権を利用して、事実上、日本法のような「性同一性障害特例法」に準じて実体的な法律効果を導き出す「例規」を制定した行為である。今回の司法府の特徴は、裁判行為だけでなく、さらに規則制定の名目で実質的に準立法行為にまで及んでいることである。

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に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る。ところが、今回の大法院は、司法解釈と準立法行為をセットにしてTGによる性別変更の法的な不備を大幅に補完しようとした。

これは、従来の司法積極主義の範疇をも超える司法府の「積極性」であった。こうした現象を「積極司法」と呼ぶ。すなわち、自らの司法権を広げつつ、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。この積極司法は、どのように正当化されるのであろうか。本研究のもう一つの特徴は、積極司法のあり方が問われている点にある。

## (7) まとめ

以上の分析からまとめてみると、法制度を中心とした韓国の性別秩序体系には、国民の性別というのが基本的に一生涯、変わらないことを前提としつつ、仮にそれ以降、性別が変更されたとしても、男女いずれか一つの性に確定させて、いずれとも区別のつかない曖昧な性の領域（つまり、性の多様性）を法的に排除させようとするところにひとつの特徴がある。

また、TGによる性別の変更は一回限りであって、再び従前の性に再転換する可能性を断ち切って性別の不可逆性を強めることで国民それぞれの性別を固定化させようとしている点がもうひとつの特徴である。いわば、国民の性別を男女の二性に厳格に峻別する「性別二元体制」を堅持しているといえよう。言い換えると、韓国にとって国民の性別事項は、人それぞれ個人に帰属しているというよりも、むしろ「公序」として国家により厳重に管理されるべきものとの認識がとて強いようである。

韓国の学説は、このことを評して「韓国は国家が性別を区別し、管理する国」であると指摘する。最近では、次のように市民の側で性の多様性を要求する社会運動が高まれば高まるほどに、法院を中心とする国家は逆にその流れを抑制させるために性別の二元性を強化しようとする傾向が顕著になっている。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計8件（うち査読付論文 1件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 岡克彦	4. 巻 291号
2. 論文標題 資料：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（ソウル中央地方法院2021年1月8日判決）	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 名古屋大学・法政論集	6. 最初と最後の頁 121-159頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 岡克彦、稲田亜梨沙、金納達昭、石崎明人、川野麻衣子	4. 巻 82号
2. 論文標題 法整備支援への携わり方	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 ICCLC NEWS	6. 最初と最後の頁 17-24頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 岡克彦	4. 巻 1
2. 論文標題 韓国における「政治の司法化」現象 ストリート・デモクラシーによる「市民的正義」と司法の裁判	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 尹龍澤ほか編『コリアの法と社会』（日本評論社）	6. 最初と最後の頁 108-116頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 岡克彦	4. 巻 1
2. 論文標題 韓国における反日問題と法	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 尹龍澤ほか編『コリアの法と社会』（日本評論社）	6. 最初と最後の頁 50-52頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 岡克彦	4. 巻 12号
2. 論文標題 トランスジェンダーをめぐる韓国の「男」と「女」の法的区別：韓国法に内在する「公序」としての性別秩序体系の実相	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 アジア法研究	6. 最初と最後の頁 19-37頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 岡克彦	4. 巻 11号
2. 論文標題 韓国における「近代家族モデル」の法的創出とその解体過程	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 アジア法研究	6. 最初と最後の頁 21-37頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 岡克彦	4. 巻 55号
2. 論文標題 韓国の裁判制度における「司法の政治化」という現象	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 専修大学法学研究所所報	6. 最初と最後の頁 93 110頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 岡克彦	4. 巻 78号
2. 論文標題 トランスジェンダーをめぐる韓国の性別秩序の法的課題と「積極司法」のあり方	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 比較法研究	6. 最初と最後の頁 257-267頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計14件（うち招待講演 13件 / うち国際学会 0件）

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 法整備支援への携わり方：名古屋大学CALEの場合
3. 学会等名 法務省法務総合研究所「法整備支援へのいざない」（招待講演）
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 韓国における民主主義から疎外されるマイノリティ問題と『積極司法』のあり方 - 良心的兵役拒否事件をめぐる下級法院の動きを中心に
3. 学会等名 2021年度・関西大学三研究所（東西学術研究所、経済・政治研究所、法学研究所）合同シンポジウム「韓国の現在：文化・政治・経済・法律 日韓の相互理解のために」（招待講演）
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 マイノリティ問題に現れた韓国の『積極司法』と憲法適合解釈のあり方 - 『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
3. 学会等名 科学研究会「東アジアにおける憲法裁判制度と司法の変容 韓国・台湾を中心に」
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 韓国のトランスジェンダー問題からみえてくる「男」と「女」の法的境界
3. 学会等名 東アジア学会（招待講演）
4. 発表年 2019年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 トランスジェンダーをめぐる韓国の「男」と「女」の法的区別 韓国法に内在する「公序」としての性別秩序
3. 学会等名 アジア法学会（招待講演）
4. 発表年 2018年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 韓国における「近代家族モデル」の法的創出とその解体過程 拙著『「家族」という韓国の装置』を素材にして
3. 学会等名 アジア法学会（招待講演）
4. 発表年 2017年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 戸主制をめぐる韓国の『近代家族』の法的形成とその変容
3. 学会等名 在日本法律家協会第5回研究会（招待講演）
4. 発表年 2017年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 書評『家族という韓国の装置』に対して
3. 学会等名 第13回韓・朝鮮半島と法研究会（招待講演）
4. 発表年 2017年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 韓国における権威主義体制下の憲法学者の役割と機能
3. 学会等名 日台研究学術交流会「権威主義体制下での憲法学説の形成および憲法教育」(招待講演)
4. 発表年 2017年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 トランスジェンダーからみた韓国の性別秩序の特徴とその法的課題
3. 学会等名 体制転換と法研究会(招待講演)
4. 発表年 2016年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 「トランスジェンダー」をめぐる韓国の性別秩序の法的特徴とその実態 「徴兵制」と性的マイノリティ
3. 学会等名 比較法学会(招待講演)
4. 発表年 2016年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 北朝鮮法における司法制度の特徴
3. 学会等名 「韓・朝鮮半島と法」研究会(招待講演)
4. 発表年 2016年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 韓国の裁判制度における「司法の政治化」という現象
3. 学会等名 専修大学法学研究所主催・公開シンポジウム（招待講演）
4. 発表年 2017年

1. 発表者名 岡克彦
2. 発表標題 韓国の街頭民主主義に依拠した「市民的正義」と司法の政治化現象
3. 学会等名 韓国研究会主催・ワークショップ（招待講演）
4. 発表年 2017年

〔図書〕 計4件

1. 著者名 尹龍澤・青木清・岡克彦ほか編著	4. 発行年 2020年
2. 出版社 日本評論社	5. 総ページ数 337
3. 書名 コリアの法と社会	

1. 著者名 初宿正典 = 辻村みよ子 = 岡克彦ほか	4. 発行年 2017年
2. 出版社 三省堂	5. 総ページ数 447
3. 書名 新解説・世界憲法集〔第4版〕	

1. 著者名 中村 睦男=岡克彦ほか	4. 発行年 2017年
2. 出版社 三省堂	5. 総ページ数 288
3. 書名 世界の人権保障	

1. 著者名 岡克彦	4. 発行年 2017年
2. 出版社 三省堂	5. 総ページ数 272
3. 書名 「家族」という韓国の装置 血縁社会の法的メカニズムと	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------