

2005年2月3日戸主制憲法 不合致決定に関して

趙 慶 済

1. はじめに

大韓民国（以下、「韓国」という）憲法裁判所は、2005年2月3日に、審判対象条項である民法778条、781条1項本文後段、826条3項本文がその根拠と骨格を与えている戸主制は、婚姻と家族生活における個人の尊厳と両性の平等を規定する憲法36条1項に違反し、民法778条、781条1項本文後段、826条3項本文もそれぞれ違憲としながら、それら条項は立法者が戸籍法を改正するときまで継続適用する、との憲法不合致決定を宣告した（以下、「本決定」という）¹⁾。

本稿では、最初に本決定の内容に関して多数意見を中心に判決文を引用しつつ略述し、次に本決定と同時平行して進行していた改正家族法の制定経過を辿った後に、本決定と改正家族法が求める新たな身分登録（戸籍）の編製方法に関する議論の一端を紹介するものである。なお、末尾に本決定全文の拙訳を掲載した。

2. 本決定の概要

本決定は、法院からの違憲法律審判提請に基づいている。それは、憲法が「法律が憲法に違反するかどうか裁判の前提になる場合に法院は憲法裁判所に提請してその審判によって裁判する」（107条1項）と規定し、憲

法111条1項1号が憲法裁判所の管掌事項として定めている(憲法裁判所法2条1号)ことを根拠とする²⁾。憲法裁判所が違憲決定を行うには、6人以上の裁判官の賛成が必要である(憲法113条1項, 憲法裁判所法23条2項1号)。

本決定は、9人の裁判官の内の6人が賛成したが(以下、「多数意見」という)、3人の裁判官が反対している(その反対の趣旨はそれぞれ異なる)。

前提となる事件は、計7件である。その事件とは、離婚して一家を創立した者が前夫との間に生まれた子を自己の戸籍への入籍申告をしたが民法781条1項本文により受理されなかった、また婚姻した夫婦が自己の戸籍の戸主が夫になっているので無戸主とする戸主変更申請をしたが無戸主申告は法律上の規定がないので受理されなかった、というものである。そこで、当事者は管轄法院に不服申請を行ったが、その裁判継続中に違憲法律審判提請申請をしたところ、当該法院がそれぞれ違憲法律審判の提請を決定して憲法裁判所に提請を行ったものである。

当該法院の違憲法律審判の対象条項は、民法781条1項本文後段(「子は……父の家に入籍する」 子の父家入籍の原則)、同法778条(「一家の系統を承継する者、分家した者またはその他の事由により一家を創立したか復興した者は、戸主となる」)だけであったが、憲法裁判所は、同法826条3項本文(「妻は夫の家に入籍する」 妻の夫家入籍の原則)は同法778条と密接不可分な関係にあると判断し、職権で審判対象に加えた。

(1) 多数意見の概要

審判対象条項は戸主制の骨格を構成する主要法律条項であり、それら条項の違憲の当否は「戸主制という制度自体の違憲の当否に帰着する」と捉え、戸主制全般の内容を検討することから開始する。

戸主制とは

戸主制とは、「戸主を頂点に家という観念的集合体を構成・維持して、

その家を原則的に直系卑属男子に承継させる制度」であり、「男系血統を中心に家族集団を構成してそれをほぼ永続させるのに必要な幾多の法的装置とも」いえるとし、「戸主制は、単に家の代表者を定めてそれを戸主という名称で呼び、戸主を基準にして戸籍を編製する制度とはいえない」として、戸主を単なる戸籍の基準者であるとの主張を斥ける。

その上で、戸主制の核心的要素は「家の構成」と「戸主の継承」にあり、家は現実の生活共同体とは無関係な「戸主を中心にして戸主と家族という身分関係相互間に連結される観念的な家族団体」であり、子の父家入籍や妻の夫家入籍などのように家の構成員を法律で強制している。また戸主の権利義務は、1990年の民法改正で大幅に削除されたが、「強制的家の構成とそれに随伴する家族関係の強制形成や家の承継という戸主制の要素は温存され」「それは象徴的な意味に留まらず民事実体法的な効果を有し」、民法984条の戸主承継順位は男性優越的な序列をつけ、「その基礎には男系血統は継承されるべきとの観念が残っている」とし、それは任意分家（民法788条1項）や戸主承継権の放棄（民法991条）が許されたとしても、「大きな変化が生じたとは評価し難い」と述べる。

憲法と伝統

次に、憲法と家族制度や家族法の関係について、家族制度や家族法は憲法の優位から逃れられないばかりか、家族法の役割は「社会現象や国民の法感情を単に反映することに留まるものではなく」「共同体の最高価値秩序である憲法理念を積極的に啓導して浸透させる役割も」家族法の任務であり、「家族法がそのような役割を遂行するどころか、憲法理念の浸透に障害をもたらし、憲法規範と現実との乖離を固定させる一助になっているならば、そのような家族法は修正すべきである」と述べる。

そのうえで、憲法9条（「国家は伝統文化の継承・発展と民族文化の暢達に努力しなければならない」と憲法第36条第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」）との関係について次のように述べる。

「我が憲法でいう「伝統」「伝統文化」とは、今日の意味から再解釈されなければならない」とした上で、「今日の意味を捕捉する際には憲法理念と憲法の価値秩序が最も重要な尺度のひとつになる点はいうまでもないが、そこでは人類の普遍価値、正義と人道の精神などを合わせて考慮すべきである」「したがって、家族制度に関する伝統・伝統文化は、少なくともそれが家族制度に関する憲法理念である個人の尊厳と両性の平等に反してはいけないとの自明な限界が導き出され」「歴史的伝承で今日の憲法理念に反するものは、憲法前文で打破の対象と宣言した「社会的弊習」になりえても、憲法第9条が「継承・発展」させるとする伝統文化に該当しないと解するのが、我が憲法の自由民主主義原理、前文、第9条、第36条第1項を合わせた総合的憲法解釈というべきで」あり「結論としては、従来の一定の家族制度が、憲法第36条第1項が要求する個人の尊厳と両性平等に反すれば、憲法9条を根拠にしてその憲法的正当性を主張することはできない」とした。

戸主制の違憲性

そこで、戸主制と憲法との関係に言及し、戸主制が、性役割分担に関する固定観念に基づく差別、戸主承継順位の差別、婚姻時の身分関係差別（民法826条3項本文、同ただし書との関係）、子女の身分関係の差別（父家入籍原則（民法781条1項本文後段））、父母が離婚した場合に母子が非正常に取り扱われる現実、引収入籍の際に妻と夫に差異を設けていること（民法784条）、未婚の母の子の入籍について父の認知があるか否かで戸籍移動の差異を設けていること（民法781条1・2項）、などで憲法36条1項の「両性平等の原則」に違反すること、また戸主制が「当事者の意思と自決権を無視するものであり、男系中心の家制度の構成を強制してこれを維持するために、身分当事者の法律関係を一方的に形成している」点からみて、憲法36条1項にいう「個人の尊厳」に反しているとした。

審判対象条項の違憲性

結論として、戸主制は憲法36条1項に違反し、民法778条は「当事者の

意思と自決権を無視して法律で戸主の地位を強要するという点から個人の尊厳に反するだけでなく戸主の地位の獲得において男女を差別し、民法第781条第1項本文後段と民法第826条第3項本文は、「当事者の意思と自律的選択権を無視し婚姻と子女に関する身分関係を一方的に形成する点から個人の尊厳に反し、さらに正当な理由なく男女を差別している」として、審判対象条項は憲法に違反するとした。

憲法不合致決定の選択

戸主制と審判対象条項が違憲となれば、戸主制と家制度を根幹とする戸籍法は全面的に改正しなければならない。しかし、「戸主を基準に家別に編製されている現行戸籍法」は直ちに改正施行できないので、身分関係を公示・証明する公的記録に大きな空白が生じる。そこで、戸籍法改正のときまで審判対象条項を暫定的に適用し、立法者の速やかな改正を求めることにした。

(2) 反対意見の概要

裁判官キムヨンイルと裁判官グォンソンの反対意見

両人は、戸主制が憲法36条1項に違反しないことについては同様の見解であるが、裁判官キムヨンイルは、民法778条、同826条3項本文は憲法に違反しないが、同781条1項本文後段（子の父家入籍原則）は、「その原則自体が違憲ではなく原則に対する例外の狭小な設定から個人の尊厳および平等の原則に反する結果となるので憲法に違反する」とするのに対して、裁判官グォンソンは戸主制が違憲ではないので審判対象条項すべてが違憲ではないとしている。

両人の戸主制が違憲ではないとの理由の大意は、次の通りである。

戸主制とは、「戸主を中心に家を構成してその家を原則的に直系卑属男子に承継させる制度」であり、「父系血統主義に立脚した家の構成と家統の継承のための制度」であるが、1990年の改正で戸主の権利義務はほぼ無くなったものの「戸主は依然として戸籍上の筆頭者としての地位をそのま

ま保有」している。その上で、韓国の伝統的家族制度の特徴を述べた。高麗時代から朝鮮時代中期までは「男婦女家婚」の風習に見られるように母系の要素の色濃い比較的合理的な父系血統主義であったが、朝鮮時代中期以後は男系中心の父系血統主義になり「それは必然的に親子制度・婚姻制度・相続制度などの家族制度全般に亘る多大な影響をもたらして、女子の地位を非常に劣悪化させる結果を招いた」。

そして、現行の戸主制が天皇制を維持するために日帝が強制移植したものと批判に対して、「現行法上の戸主制は朝鮮後期の頑固に変質した父系血統主義ではなく、古代以来朝鮮中期まで引き継がれてきた我が固有の合理的な父系血統主義の伝統を受け継ぎ父系血統主義の存立のために極めて基本的な要素だけを残しているから、日帝の残滓としての色彩を払拭して我が固有の慣習として復帰したもの」と述べ、また戸主制が、現実の家族共同体を束縛して「民主的発展を阻害する」との批判に対しては、「現行法上の戸主制は、戸籍に登録される家族の範囲を定めることにあり、直系卑属長男子の任意分家は許容され、法定分家は認められないものの三代家族を可能にすることで我々の伝統的な家族制度を考慮し」「戸主承継の順位において男子優先の原則を規定して象徴的な意味で我々の伝統的な父系血統主義を反映している制度」に過ぎないと述べ、戸主制が、両性平等の原則違反かどうかを「比例の原則」（立法目的の正当性、差別待遇の適合性、差別効果の最小侵害性、法益の均衡性）で検証し、さらに個人の尊厳違反かどうかを検証した上で、合憲との結論を示した。

裁判官キムヒョジョンの反対意見

同人の結論は、審判対象事項である民法781条1項本文後段（子の父家入籍原則）と同826条3項本文（妻の夫家入籍原則）は憲法36条1項に違反するが、同778条は「家族制度の保障のための立法裁量の範囲内で生じる立法的措置として憲法に違反しない」としている。

その理由の大意は、次の通りである。

戸主制は、「戸主を頂点に家という観念的な集合体を構成・維持して、

そのような家を原則的に直系卑属男子に承継させる制度」と整理し、「法的意味での「家」は戸主を中心に戸主と家族という身分関係で相互間に法律上連結された観念的な戸籍上の家族集団」を意味するが、「そのように把握した戸主制および家制度の概念は、現在存在する実情、制度の原則的な姿、それもその概略的な輪郭だけを反映することに留まるものであり、そのような概念が固定化され戸主制がその概念から必然的に父系血統主義を貫徹するための手段であると断定するのは難しい」。また「民法第778条は、実質的には特別の内容を決めない形式的な規定に過ぎず、その具体的な内容は他の個別規定で定め」「家族の範囲も同じく民法第779条だけで確定できず、配偶者、血族などに関する他の個別規定が適用されてこそ具体化され特定できる」のであり、「立法者は戸主制および家制度に関する民法の規定などを立法技術的に形式的な枠を定めた基本条項とその実質的内容を定めた個別条項に分けて規定するので」「条文の構成体系だけみても、戸主制が父系血統主義または男性優越主義と連結しているとの痕跡を基本条項である民法第778条に探すことは困難である」から「戸主制および家制度を構成する個別条項に違憲性があるとの理由で基本条項である民法第778条も違憲と判断するには問題がある」と述べる。その上で、現行民法上は「戸主がいかなるときも男系の血統に従い承継されるのではない点などを考慮すれば、戸主は家の形式的な主宰者として戸籍上の基準者の地位に過ぎない」する。

そこで、憲法36条1項の意味に関しては、「伝来の家族制度を立法者の自由な処分から保護するために家族制度に対する制度保障を規定しているものと解すべきである」として、その制度的保障の対象である家族制度は、「その存在自体若しくはその本質的内容を保障するために必要な範囲内で一定部分の国民の基本権制限を正当化する事由となるものであり、その範囲内で立法者は家族制度の存置の正当性に対する論証責任から解放される」と述べる。

その上で民法778条の違憲の当否に言及し、民法778条の規範的内容は

「家の存在を認めて[解釈上個人は家に所属しなければならないという要請を導き出す]、その家には法律が定める一定の方法により決定される戸主がいなければならない」という2点に留まり、そののみにより憲法に違反するとは考えられない。また「家の存在」や「戸主の地位」は、戸主承継順位の合理的改善や父系血統主義による家系継承の方式を変更することで可能で、その具体的決定方法に問題があれば「その個別規定が違憲であるのであって民法第778条が当然に違憲になるとはいえず、「立法的形成の内容によっては誰が戸主になるかを当事者の合意によって定める方式を採用することもできるから、民法第778条が特定の個人が戸主になることを強要している」との理由で個人の尊厳を侵害しているとも云えない、と述べた。

3. 本決定に至るまでの経緯と韓国改正家族法の制定経過

本決定は、韓国家族法の改正案が国会に上程されている最中になされたものであり、その改正を後押しするものとして大いに注目され、マスコミなどでは「戸主制違憲決定」として喧伝された。韓国改正家族法は、「民法中一部改正法律」として2005年3月2日、第252回韓国国会で可決され、同年3月31日法律第7427号として公布され即日施行された（ただし、戸主制廃止などに伴う戸籍法改正を必要とする条項は2008年1月1日から施行される³⁾）。

さて、韓国法務部は、2003年9月4日に戸主制廃止を含む民法中改正法律案を立法予告し、同年10月28日の國務會議の議決を経て、同年11月6日に政府案として国会に提出した⁴⁾。

政府案の提案理由の中では、「戸主を中心に家を構成する戸主制度は憲法が保障する両性平等を充足せず時代的变化による多様な家族形態に適應しないので、憲法理念に忠実に現実の家族生活に適應する先進的で平等な家族制度を具現するために家の概念および戸主制を全面的に廃止し・」と

述べ、主要骨子として「戸主に関する規定および戸主制度を前提とした入籍、復籍、一家創立、分家に関する規定を削除して戸主と家族構成員の関係から定義された家族規定も削除すること」とした。具体的には、現行の民法778条、780条、782条から796条までと第4編第2章の戸主承継条項などの戸主に関連する条項を削除するものであった。しかし、政府案は、同年5月29日の第16代国会の会期満了により廃案となり⁵⁾、改めて第17代国会に同一内容で2004年6月3日に再提出された⁶⁾。

政府案は、7月5日に法制司法委員会に回付されたが、それに併せて同年9月9日にイギョンスック議員案(156人)が、同年9月14日にはノヒチャン議員案(10人)が、それぞれ国会に提出され、法制司法委員会に回付されている⁷⁾。

イギョンスック議員案は、提案理由の中で戸主制廃止に関して、「現行民法の親族編には現実とは関係のない観念上の家を構成して戸主を中心に他の家族構成員間の関係を縦の権威的な関係で規律していることで、家父長的な思考が固定化され、これによる男女差別を助長して家族構成員の和合と福利を侵害する前近代的な家族観念を形成しているから、家の観念と戸主制を全面的に廃止して憲法が保障している男女平等と個人の尊厳と価値を実現して時代的变化に従い現実の家族生活に適合する家族制度を整えること」であるとし、ノヒチャン議員案のそれもほぼ同旨の提案理由を掲げ、戸主関連条項の廃止を提案した。

その後、政府案、イギョンスック議員案、ノヒチャン議員案に関する法制司法委員会などによる検討報告書が公表され、同年12月3日には、同委員会が、民法(親族・相続編)改正案に関する公聴会を開催した。同公聴会には、法務部、大法院その他各界の有識者と市民団体計11名の陳述人が招かれ、戸主制を含む民法改正案に対する賛成・反対の意見が激しくたたかわさた⁸⁾。その上で、同年12月28日の法制司法委員会は、戸主制廃止に伴う身分公示制度が示されないままでの民法改正案の審議ができないとの意見を受けて、法務部と大法院からの身分登録制度案の提出を求めた。そ

その後、2005年1月26日の法務部と大法院からの身分登録制度案の国会提出を受けて、法制司法委員会は同年2月21日に身分公示制度に関する公聴会を開催した⁹⁾。同公聴会には、法務部、大法院を含む各界8機関と団体から8人が出席し意見を陳述した。

他方、憲法裁判所は、戸主制違憲提請に関する第1回公開弁論を2003年11月20日に開催した¹⁰⁾。

同公開弁論に、請求人側の参考人として出席したチウニ女性部長官は、「妻の夫家の入籍、子の父家入籍、男系中心の戸主承継原理を内容とする戸主制は家族関係を縦関係で規定している典型的な家父長制度として家族構成員間の平等を阻害する規制として作用してきた」「戸主制は、人間としての尊厳と価値、幸福追求権と平等な婚姻と家族生活を定める憲法に違背する」と主張し、「戸主制は我々の固有の慣習ではなく日帝時代に移植された制度でこの時代の社会、経済的環境に適切ではない封建的残滓であるから継承発展させるべき伝統や美風良俗ではなく打破すべき社会的弊習」と強調した。さらに「たとえ戸主制の目的の中の一部がその正当性が認められるとしてもそれは慣習として維持する領域であり法として強制する制度ではない」と述べている。

それに対して、戸主制廃止に反対する成均館側代理人弁護士は、「現行の戸主制度は伝統文化の継承次元で首肯できる制度であり人間の尊厳と価値、幸福追求権を侵害するものでなく」「伝統的な家族観念と男女平等原理の調和という観点からみれば現行戸主制に対する民法規定が男女を非合理的に恣意的に差別している違憲の規定とはみられない」「たとえ、戸主制に問題があり是正する必要があるれば、立法政策的として扱えば充分で」「去る6月政府が民法改正案を国会に提出している今、強いて憲法裁判所で違憲提請をするのは疑問」と述べた。

そして、憲法裁判所は、2004年12月9日に最終公開弁論（5回）を行った後に¹¹⁾、2005年2月3日に戸主制に対する憲法不合致決定を下したのである。

一方、2005年2月28日開催された第6次法制司法委員会では、政府案、イギョンスック議員案、ノヒチャン議員案を統合して、戸主制廃止を含む「民法一部改正法律案（代案）」が可決され¹²⁾、同年3月2日開催の第252回韓国国会本会議では、同案が賛成多数で可決され成立した。

4. 戸主制廃止後の新たな身分登録制度

さて、2005年2月3日の憲法裁判所は、戸主制と戸主を定義する民法778条、子の父家入籍原則を定める民法781条1項本文後段、妻の夫家入籍原則を定める民法826条3項本文を違憲としながらも、それら条項は「立法者が戸籍法を改正するときまで継続して適用する」との憲法不致決定を宣告し、他方、2005年3月31日に公布施行された韓国改正家族法は戸主関連条項を削除したが、それら条項の削除は2008年1月1日から施行すると附則に定めた。したがって、憲法裁判所の立法促求決定とも絡みながら、身分登録（戸籍）制度の立法化が急がれている¹³⁾。

以下では、2005年2月21日に開催された法制司法委員会による「民法（親族・相続編）改正関連身分公示制度に関する公聴会」での審議内容を紹介する¹⁴⁾。なお、すでに同年1月26日には法務部案と大法院案が国会に提出されたが、「1人1籍制」とする点においては違いがない。

法務部は当初は夫婦いずれかが基準人となる家族簿制の検討も行っていたが、大法院との調整を経て個々人が1つの身分登録簿を持つ個人身分登録簿制を採用する方針を固めた。

当日説明された法務部案は、第1に、「本人基準の家族記録簿」とし、その具体的編製方法は個人別編製で個々の個人毎に身分登録簿を備え、原則的に本人の出生から死亡に至るまでの身分変動事項を記載する。第2に、その家族事項は、本人を基準に、本人の父母、配偶者、配偶者の父母、本人の兄弟姉妹、子女、それら各人の人的事項（姓名）、およびそれらの死亡の有無を記載する。なお、それら各人の人的事項の横には住民登録番号

が表示される¹⁵⁾。第3に、身分事項は本人の出生から死亡までの事項、つまり出生、養子縁組、婚姻、離婚、死亡などを記載する。第4に、本籍を定め、本籍は夫婦の協議で定めるが協議に至らなければ夫婦各自の本籍を維持するようにし、夫婦が本籍の協議で定められない場合の未婚の子女の本籍は父に従い、離婚のときの未成年子女の本籍は親権者の本籍とする。なお、各種証明書の発給の際に本籍が不必要な場合には本籍表示を制限する。第5に、証明方式は、発給対象を厳格に制限して証明方式を多様化し、個人の身分情報を最小限に保護する「目的別証明方式」を採用する。第5に、施行時期に関連して、身分登録制度案の確定後約2年6カ月程度が必要で予算は約350億ウォン程度になる。以上である。

それに対して、大法院は、第1に、本人の父母の死亡の有無、配偶者の父母の公示の有無、兄弟姉妹の公示の有無については技術的にも予算面でも相当の困難があること、第2に本人と配偶者の父母の死亡の表示は、孤児や片親であるかを示すことになり否定的で、第3に、法務部案が住民登録番号も表示する点は個人情報保護の点で問題があり、父母の公示方法は姓名だけで良い。以上を指摘した上で、その他の問題点として、身分登録簿の名称問題、現在の戸籍情報の誤謬等の訂正問題、70年代以前の住民登録番号の記載不備の点を挙げた。なお、大法院案では兄弟姉妹を公示対象から除外している。

各界から参加した陳述人の中からは、兄弟姉妹を公示対象から除外すると相続関係の把握が混乱し家族全体の身分情報の取得が難しく「1人1籍制」では家族共同体の解体が憂慮される¹⁶⁾、本籍は地域差別をもたらす手段になるから旧戸籍欄に記載すればよく夫婦と未婚子女の本籍を同一にするのは現行法の「子の父家入籍」「妻の夫入籍」を維持することになり、配偶者の父母の死亡の有無を公示する姻戚情報の公示は現在の戸籍より公示情報が多くなり、さらに父母の死亡の有無の記載は欠損家庭を示すことになる、また養子縁組の事実は子女が一定の年齢に達するまで記録記載を別に保管するなどの措置を採るべきである¹⁷⁾、「1人1籍制」により誤

謬・誤記が生じるおそれがあるので父母と子女を含む三世代にわたる家族票をつくるなどして本人が検索できるようにすること、従来の一定の家系と宗中に属する人が任意的に他の家系と宗中に属するなどが生じるおそれがあり国民の系統が不明瞭になるので特別法を制定すべきである¹⁸⁾、両案はプライバシー保護の観点から問題でありまた新たな家の概念を創出することにつながり家族の形態によっては新たな差別を生むので目的別に身分登録を編製すべきである¹⁹⁾、などの意見が示された。

なお、「民法中一部改正法律案」を可決した2005年2月28日の法制司法委員会では、某委員から民法改正案と身分登録関連法案を一括して処理すべきとの意見が示された。しかし、法務部長官は「実体法の制定後に手続法の制定」が順序であると述べて民法改正案の可決を迫った²⁰⁾。

法務部は、同公聴会の場で、今後は大法院、学会、実務専門家を交えた「身分登録法制定委員会」を発足させて、2005年上半期までに制定案を国会に提出する計画であると述べている。しかし、現在(2005年10月16日)に至るもその制定案は公表されていない²¹⁾。

5. おわりに

戸主制廃止については、父姓承継原則の修正の是非や親養子縁組の創設の是非とも絡みながら、本決定審理の公開弁論の場や改正家族法の国会審議の場で賛成反対の意見が激しくたたかわされた。それは様々な市民団体の間でも同様であった。

それらを私なりに集約すれば、次の諸点に求められるであろう。

第1に、民族の伝統的家族制度や伝統的家制度とは何を指すのか、戸主制はそもそも歴史的にみて民族の伝統的家族制度といえるのかいえないのか、という戸主制や家(戸籍)制度の歴史解釈上の問題、第2に、戸主制と戸主関連条項は、婚姻や家族生活における個人の尊厳や両性平等を規定する憲法36条1項に反するのか反しないのか、また戸主制度が憲法9条で

いう「伝統文化」であるとしてそれは憲法36条1項との関係でどう捉えるべきなのか、という憲法解釈上の問題、第3に、それら制度が憲法に反するかどうかは別にして、家族法や戸籍法の戸主関連条項を個人の尊厳尊重や両性平等の趣旨に沿いながらも伝統的家族制度の痕跡を残しつつ改正するのか、それとも全面的に削除すべきなのか、という立法政策上の問題、第4に、家族法は現実に進行する家族形態の多様化（核家族・再婚家族・母子家族・単身家族の増加）や変化に即応させる機能を担うのか、それとも一定の「家族共同体」を理想型にしてそれを基準にして構想するのか、という社会政策とも絡む家族法の役割に関する問題、第5に、戸籍の編製方式が現実生活に与える機能を重く捉えてその方式を変更するのかしないのか、変更するとしても現行法に修正を加えるだけに留めるのか、それとも夫婦単位の家族簿か、個々人の個人登録簿か、という身分登録（戸籍）の編製方式をめぐる問題、などである。

永年に亘り韓国社会に連綿と受け継がれてきた伝統は、国民感情や国民意識の深層に沈殿している。それ故にその伝統はそう容易に払拭されはすもなく²²⁾、なお暫く韓国社会は、伝統と多様化の狭間で葛藤し続けるであろう²³⁾。

いずれにしても、韓国は、家族法という領域ではあるが、伝統との訣別を宣言し男女平等の理念や個人の自律権を根幹に個人の多様な生き方を認める社会の実現に向けて大きく舵を切った²⁴⁾。

（追記）

脱稿後の2005年11月4日、韓国法務部は全8章121条に亘る「国籍及び家族関係の登録に関する法律」案を立法予告した。

それによれば、2008年1月1日から戸籍法を廃止して施行するもので（案附則1条、2条）、その登録事務は電算情報処理システムにより運営されその処理は従来どおり市、区、邑、面の長が行う（案4条）。法律案では、「本籍」概念は廃止されそれに代わって「登録準拠地」概念を導入し、

個人毎に付された「登録準拠地」に従い個人別に「登録簿」を作成して記録するものである(案8条1項)。法律案を読んだ限りでは、夫又は妻とその子供が同一の「登録準拠地」になるとは限らない。

「登録簿」には、1 登録準拠地、2 姓名、本、性別、出生年月日、住民登録番号、3 出生、養子縁組、婚姻、離婚、死亡、国籍変動事項及び家族関係変動事項、4 国籍及び家族関係に関する事項として大統領令で定める事項、が記録される。登録準拠地の変更も可能である(案8条2項)。ただし、登録簿に記録される本人以外の人的事項の範囲やそれらの記録事項などは大統領令に委ねられている。

発給される証明書の種類は、1 基本証明書、2 婚姻証明書、3 養子縁組証明書、4 親養子(特別養子)縁組証明書、5 家族証明書、6 詳細証明書、に限られ、それら証明書の交付を申請できる者は一定の範囲に限定される(案13、14条)、不正な方法でそれら証明書の交付を受けた者には罰則を課すなど個人の秘密情報保護に配慮している(案116条)。

また、婚姻時に民法781条1項ただし書により母の姓と本を継ぐと定められた場合には婚姻申告にその協議書の添付(案76条)を義務付け、民法781条6項により子の姓と本を変更しようとする場合は裁判の謄本の添付(案99条)を義務付けるなど、改正民法施行に備えている。

なお、同法律案は、施行後の登録事務は法院から法務部に移管することとしており、公布後6ヶ月以内に法院行政処に設置されている戸籍電算情報中央管理所は法務部に移転され、法院が保存管理中である戸籍簿申告書類関連書類は公布後1年以内に法務部に移転される(案附則4条)。「登録簿」の作成や現行の戸籍簿や電子戸籍の記録を「登録簿」に移記する期間を考慮すれば、同法律案は早々に国家に提出され、その通過後直ちに公布されることが予想される(なお、2005年11月4日立法予告された法案は近く刊行される『第2版「在日」の家族法Q&A』(日本評論社)に拙訳で掲載される)。

- 1) 憲法不合法決定とは、合憲決定、違憲決定、変形決定の中の変形決定ではあるが、違憲

決定の一種であり、「法律の實質的違憲性を認定しながらも立法者の立法形成の自由を尊重し法の空白と混乱を避けるために一定の期間までは当該法律が暫定的に継続効を有することを認める決定形式」権寧星『改訂版憲法学原論2005年版』(ソウル法文社, 2005年) 1134頁以下を参照。

- 2) 憲法裁判所法(1988年8月5日法律第4017号,最終改正2005年7月29日法律第7622号)。韓国憲法裁判所は1988年9月19日に設置され,違憲法律審判に限っては抽象的違憲審査制ではなく,具体的規範統制をとっている。この点は,権寧星・前掲注1)1129頁以下,高翔龍『現代韓国法入門』(信山社,1998年)68頁以下を参照。
- 3) 改正法の内容に関しては,金嘯洙『親族・相続法第6全訂増補版』(ソウル法文社,2005年)735頁以下,西山慶一「2005年韓国家族法の改正について」三木義一ほか編『日韓国際相続と税』(日本加除出版,2005年)337頁以下,高翔龍「韓国家族法の大変革」ジュリスト1294号(2005年7月15日号)84頁以下,申榮鎬「2005年韓国民法改正の主要内容」戸籍時報589号(2005年10月号)以下を参照。
- 4) 1999年の家族法に関する政府案は,青木清「1999年大韓民国家族法改正案」木棚照一監修「定住外国人と家族法」研究会編『「在日」の家族法Q & A』(日本評論社,2001年)331頁),2000年10月に再提出された政府案は,鄭鍾休「韓国民法の現代化(1)(2完)」民商法雑誌126号(2002年)2号155頁(162頁),同3号279頁(309頁)を参照。2003年の家族法に関する政府案は,金相培「韓国における戸主制廃止に関する議論(上)(下)」戸籍時報570号(2004年)24頁(25頁),573号9頁を参照。なお,戸主制廃止に関して,白井京「戸主制廃止に関する論議」ジュリスト1248号(2003年7月1日号)63頁。
- 5) 第16代国会の法制司法委員会所属の国家議員で戸主制廃止に賛成する者は「15名中3名」との指摘(金・前掲注4)戸籍時報573号9頁)。なお,第17代国会議員選挙は2004年4月15日に実施され与党が圧勝し,第17代国会は同年5月30日に開会した。
- 6) 政府案は,戸主制廃止とその関連条項の削除と改正,父姓承継原則の修正,子の姓の変更の許容,同姓同本禁婚制度の廃止と近親婚制度の整備,女子の待婚期間の廃止,親養子(特別養子制度)制度の新設などを含む多岐にわたる改正案である。
- 7) イギョンスック議員案は戸主制廃止など政府案とほぼ同様であるが,ノヒチャン議員案は,政府案・イギョンスック議員案が子の姓は父の姓を継ぐとの原則を維持しつつ婚姻申告時に母の姓を継ぐと父母が協議すれば子は母の姓を継ぐことができるのに対して,父母の協議で婚姻申告時に父または母の姓を継ぐことができるとする点で大きく異なる。
- 8) 同公聴会の会議録(第250回国会法制司法委員会会議録)は,<http://www.assembly.go.kr/>の法制司法委員会会議録より。
- 9) 同公聴会の会議録(第252回国会法制司法委員会会議録)は,前掲注8)HPより。
- 10) 法務部が,2001年12月憲法裁判所に提出した意見書では,戸主制については合憲意見を述べていたが(「戸主制が男系血統継承ないし父系血統主義を中心としているが,伝統的な家族観念と男女平等原理の総合的な解釈からの観点からみると非合理的で恣意的に差別していると解せられず人間の尊厳と価値を侵害するものとは解し難い»),2003年11月18日憲法裁判所に提出した意見書では「現行戸主制は時代の変化による多様な家族実態に符合しない側面があり憲法上の男女平等と個人の尊厳と価値の理念を完璧に具現できない側

面がある」と述べ、「本件違憲提請事件に示された事例は改正民法案が施行されれば自然に解決できる」ので「民法改正の背景と趣旨を斟酌して適切な決定を出して頂きたい」と述べて、戸主制に関する憲法見解を変更している(韓国法律新聞2005年11月24日記事 HP (<http://www.lawtimes.co.kr/Lawtimes-Web/>)より)。

- 11) なお、それに先立つ第3回公開弁論は2004年6月10日に開催。キムチュノン光州大学法科大学校教授が参考人として出席、「現在の家制度は1909年日帝による民法制定や朝鮮戸籍令によるよりは、伝統的家族制度を通して受け継がれ」「戸主制撤廃論者等はまた1800年代の宗法制により不平等な家父長制が確立したと主張するが農耕生活で必須の大家族制度を維持するための側面で父を中心にした家族制度が自然に形成された」と述べた(韓国法律新聞記事2004年6月11日前掲注10) HP より)。また、同年7月2日の憲法裁判所第47回憲法実務研究会では、金相瑤釜山大学法科大学校教授が「家族法上の憲法の諸問題」と題しての発表を行った。そこでは戸主制の伝統性を疑問とし現行戸主制は日帝時代に強制移植されたものと断じた。その全文は、憲法裁判所 HP (<http://www.ccourt.go.kr/>)参照。なお、その他に、金相瑤「戸主制は我が民族の伝統家族制度なのか?」韓国月刊法曹2004年7月号193頁、同『家族法研究』(ソウル法文社、2002年)255頁以下を参照。
- 12) 在籍15人中「可」11人「否」3人「棄権」1人で可決(前掲注8) HP より)。
- 13) 1993年から1995年までの韓国戸籍制度に関する法務部内の「民法改正特別分化委員会」での議論については、文興安「韓国における戸籍制度改編論議」中川淳古稀祝賀論集刊行会編『新世紀へ向かう家族法』(日本加除出版、1998年)601頁を参照。
- 14) 同公聴会の会議録(第252回国会法制司法委員会会議録)は、前掲注8) HP より。
- 15) 法務部案は、住民登録番号をパソコン上でクリックして人的索引として利用するようである。住民登録票の電算化は完了しているようであるが、そのリンクには相当の困難が予想されている。参考に、住民登録票、住民登録番号は、住民登録法第6条第1項「市長・郡守または区庁長は住民登録事項を記載するために個人別および世帯別住民登録票を作成・備置して……」第3項「市長・郡守または区庁長は住民に対して個人別に固有な登録番号(以下「住民登録番号」という)を付さなければならない」に規定している。また住民登録番号は戸籍の記載事項でもある(戸籍法第15条第4号「戸主および家族の姓名・本・性別・出生年月日および住民登録番号」)。
- 16) 大韓弁護士協会チェヨンゲン発言。
- 17) 韓国女性団体連合ナムインス共同代表発言。
- 18) 伝統家族制度守護汎国民連合クサンジン常任共同代表発言。
- 19) 目的別身分登録実現連帯ナヨンジョン発言。
- 20) 同公聴会の会議録(第252回国会法制司法委員会会議録)は、前掲注8) HP より。
- 21) 新身分登録(戸籍)制度に関する論文として、チョテヒョン「個別的身分登録制度」2003年2月10日韓国法律新聞、チョンヒョンス「戸主制廃止に備えた戸籍の新たな編製方法に関して」韓国「比較法研究」4巻1号(2003年2月)117頁、キムカップトン「戸主制度廃止による戸籍簿編製方式に関する小考」韓国法律新聞2003年11月27日、キムチュノン「戸主戸籍制に関する民法改正点の問題点」韓国法律新聞2005年2月7日、イヒベ「戸

- 主制の憲法不合致決定と新戸籍体系(家族簿制)」韓国法律新聞2005年3月7日, チョンチュス「新戸籍簿の名称と編製に関する考察」韓国法律新聞2005年8月22日, などがある。
- 22) 韓国改正家族法は, 家制度を残すので削除すべきとの批判を抑えて家族共同体の解体を憂慮する国民感情を考慮して, 779条(家族の範囲)を存置してその内容を改正した。
- 23) 2003年11月2日付朝鮮日報電子版(<http://www.chosun.com.editors/news/>)によれば, 同年9月24日実施した世論調査が紹介されている。それによれば戸主制廃止に賛成45.4% 反対46.2%, 男性は戸主制維持が54.5%廃止39.1%, 女性は戸主制廃止51.6%維持38.2%, 20・30代は戸主制廃止を望む意見が多く, 40・50代は戸主制時の意見が多い。また大都市は戸主制廃止が多く, 邑面地域は戸主制維持が多く, 中都市は見解が拮抗している。
- 24) 2005年7月21日韓国大法院(2002다1178)は, 慣習上の団体である宗中の構成員の資格を共同先祖と姓と本を同じくする後孫の成年男性に限定していた慣習を女性の成年後孫にも認めるとの画期的判決を宣告した。慣習上の団体である宗中とは「共同先祖の墳墓の守護と祭祀および宗員相互間の親睦を目的として, 共同先祖の後孫の成年男子の宗員から構成される宗族の自然的集団」。この判決は, 当然に新たな身分登録法において姓と本を同一にする一族集団の索引機能の完備を要求する。

資 料

大韓民国憲法裁判所
2005年2月3日戸主制憲法不合致決定 (全文)

趙 慶 済(訳)

* 注釈は訳者が付した。

事 件

2001 憲가 9・10 民法第781条第 1 項本文後段部分違憲提請

2001 憲가 11・12・13・14・15, 2004 憲가 5 (併合) 民法第778条違憲提請
提請法院

ソウル地方法院西部支院 (2001 憲가 9)

ソウル地方法院北部支院 (2001 憲가 10 から 15)

太田地方法院 (2004 憲가 5)

当該事件

ソウル地方法院西部支院 2000 号 파 988 入籍申告不受理処分に対する不服申請
(2001 憲가 9)

ソウル地方法院北部支院 1673 号 파 1673 戸籍公務員の処分に対する不服申請 (2001
憲가 10)

ソウル地方法院北部支院 2000 号 파 1674・1675・1676・1677・1678 戸籍公務員の処
分に対する不服申請 (2001 憲가 11 から 15)

太田地方法院 2002 号 파 722 戸籍事務官庁処分に対する異議申請 (2004 憲가 5)

主 文

1. 民法第778条, 第781条第 1 項本文後段, 第826条第 3 項本文は憲法に合致しない。
2. 上記法律条項は立法者が戸籍法を改正するときまで継続して適用する。

理 由

1. 事件の概要と審判の対象
- 가. 事件の概要
(1) 2001 憲가 9・10 事件

当該事件の申請人らは婚姻していたが離婚してそれぞれ一家を創立した者で、前夫との間に生まれた子らの親権行使者であり養育者であるが、その子らの戸籍は父である前夫が戸主の家に編製されている。申請人はその子らを自己の家に入籍させるために2000年10月頃に、管轄する戸籍官庁にそれぞれ入籍申告をしたが、戸籍官庁は民法第781条第1項本文を根拠に入籍申告を受理しなかった。

そこで、申請人らは当該事件の法院に各戸籍官庁の処分に対する不服を申請したが、その裁判継続中に民法第778条、第781条第1項本文が違憲であると主張して違憲法律審判提請申請をしたところ、当該事件の法院は2001年3月27日（2001 憲ガ9の場合）と同月29日（2001 憲ガ10事件）民法第781条第1項本文中後段に対する申請は受理して憲法裁判所に違憲法律審判を提請し、残りの条項は却下した。

(2) 2001 憲ガ11 から 15 事件まで

当該事件の申請人らは婚姻してそれぞれ1つの家を興し同一の家族を形成し、戸籍上の戸主は夫である申請人ら（2001 憲ガ11・14事件の場合）または申請人らの夫（2001 憲ガ12・13・15事件の場合）であるが、申請人らは夫が戸主となっている家を無戸主、即ち戸主の無い家に変えるために2000年10月頃または同年11月頃それぞれ管轄戸籍官庁に戸主変更申告をしたが、戸籍官庁は現行法上は無戸主制度は認められないという理由で戸主変更申告の受理を拒否した。

そこで、申請人らは当該事件の法院にそれぞれ戸籍官庁の受理拒否事件に対する不服を申請し、その裁判継続中に民法第778条、第826条第3項本文が違憲と主張して違憲法律審判提請申請をしたところ、当該事件の法院は2001年3月29日民法第826条第3項本文に対する申請は却下し、民法第778条に対する申請は受理して憲法裁判所に違憲法律審判を提請した。

(3) 2004 憲ガ5 事件

当該事件の申請人らは互いに婚姻して同一の家族を形成し、戸籍上の戸主は夫である申請人である。申請人らは夫が戸主となる家を無戸主、即ち戸主の無い家に変えるために2002年3月頃に戸籍官庁に戸主変更申告をしたところ、戸籍官庁は現行法上は無戸主制度は認められないとの理由で戸主変更申告の受理を拒否した。

そこで、申請人らは当該事件の法院に戸籍官庁の受理拒否処分に対する不服を申請したが、その裁判継続中に民法第778条、第826条第3項本文が違憲と主張して違憲法律審判提請申請をしたところ、当該事件の法院は2004年2月9日民法第826条第3項本文に対する申請を却下し、民法第778条に対する申請を受理して憲法裁判所に違憲法律審判を提請した。

㉔. 審判の対象

(1) 憲法裁判は、単に提請申請人や憲法訴願請求人の主観的権利救済だけのための制度ではなく、客観的に憲法秩序を守護・維持するための制度でもある。

憲法裁判所は、被請求人または審判対象を職権で確定することもあり(憲裁 1993.5.13 91 憲마 190, 判例集 5-1, 312, 320・憲裁 1998.3.26 93 憲마 12, 判例集 10-1, 226, 232), 違憲提請していない法律条項であっても、それと体系的に密接不可分の関係にあるか同一の審査基準が適用される場合にはその法律条項も審判対象に含ませて違憲提請された法律条項と合わせてその違憲の当否を判断することもある(憲裁 1999.1.28 98 憲가 17, 判例集 11-1, 11, 14・憲裁 2000.8.31 97 憲가 12, 判例集 12-2, 167, 172)。それは全ての憲法裁判の客観的機能を忠実に具現化しようとする趣旨から由来する。

(2) 民法第826条第3項本文に対する審判の必要性があるのだろうか。

当該事件の申請人らの中で無戸主の戸籍変更申告をした申請人らの本質的趣旨は、夫婦いずれもが戸主にならずに同等の家族構成員となる家を構成すべきというもので、ここには妻の無条件の夫家への入籍を争う趣旨も含まれていると解されるから、戸主の地位の創設に関する民法第778条とともに妻の夫家入籍に関する第826条第3項本文もまた提請申請の趣旨と無関係とは解せられない。

それだけではなく、民法第826条第3項本文は、第778条、第779条と密接な関係のある条項である。前者は戸主と結合して、男女が婚姻すれば妻は夫の家(夫が戸主であることもそうでないこともある)に強制的に編入されるという法律関係を創出するのであるから、それは民法第778条が根拠条項である戸主制の核心的内容のひとつである。

戸主制の違憲の当否が争点である本違憲提請事件では、民法第826条第3項本文が先に述べたように民法第778条と緊密な関係にあるならば、たとえ提請法院の見解のように前者の条項に厳密な意味での裁判の提請性がなくても、戸主制の違憲の当否という重要な憲法問題のより完全で一体的な解明のためには本条項についても審判の必要性が認められ、その違憲の当否までも審判の対象にしてまとめて審理・判断するのが、先にみた憲法裁判の客観的機能に照らして相当と解される。

(3) 以上により本件審判の対象は、民法第778条、第781条第1項本文後段、第826条第3項本文の違憲の当否であり、それら法律条項とその関連条項の内容は次の通りである。

778条(戸主の地位) 一家の系統を承継する者、分家した者またはその他の事由により一家を創立したか復興した者は、戸主となる。

781条（子の入籍，姓と本） 子は父の姓と本を継いで父家に入籍する。ただし，父が外国人であるときには母の姓と本を継ぐことができ，母家に入籍する。

826条（夫婦間の義務） 妻は夫の家に入籍する。ただし，妻が親家の戸主または戸主承継人であるときには夫が妻の家に入籍する。

関連条項

779条（家族の範囲） 戸主の配偶者，血族とその配偶者その他本法の規定によりその家に入籍した者は家族となる。

784条（夫の血族でない妻の直系卑属の入籍） 妻が夫の血族でない直系卑属のあるときには夫の同意を得てその家に入籍させることができる。

前項の場合にその直系卑属が他家の家族であるときにはその戸主の同意を得なければならない。

785条（戸主の直系卑属の入籍） 戸主は他家の戸主でない自己の直系尊属若しくは直系卑属をその家に入籍させることができる。

787条（妻等の復籍と一家創立） 妻と夫の血族でないその直系卑属は，婚姻の解消または取消しまたは離婚によりその親家に復籍するか一家を創立しなければならない。

夫が死亡した場合には，妻と夫の血族でないその直系卑属はその親家に復籍するか一家を創立する。

788条（分家） 家族は分家できる。

789条（法定分家） 家族は婚姻すれば当然に分家する。ただし，戸主の直系卑属長男子はその限りではない。

980条（戸主承継の原因） 戸主承継は次の各号の事由により開始する。

1. 戸主が死亡したか国籍を喪失したとき
2. 養子である戸主が養子縁組の無効または取消しにより離籍したとき
3. 女戸主が親家に復籍したか婚姻により他家に入籍したとき

984条（戸主承継の順位） 戸主承継においては次の順位で承継人になる。

1. 被承継人の直系卑属男子
2. 被承継人の家族である直系卑属女子
3. 被承継人の妻
4. 被承継人の家族である直系尊属女子
5. 被承継人の家族である直系卑属の妻

991条（戸主承継権の放棄） 戸主承継権はこれを放棄できる。

2. 提請理由と関係機関の意見

ア. 提請理由

- (1) 民法第778条は「一家の系統を承継する者、分家した者またはその他の事由により一家を創立したか復興した者は戸主となる」と規定するので全ての家には必ず戸主が存在する、いわゆる戸主制度を我々家族制度の基本原則と宣言している。しかし、本条による戸主制度は、戸主に優越的地位を付与して一家を構成する構成員をして戸主を頂点に強制的に一律的に順位付けることで尊厳な人格を有する個人が平等な資格で共同体を形成するのを不可能にしているので、本条は民主的基本秩序を規定する憲法前文と第4条に違反する¹⁾。
- (2) このように戸主制度は個人に自己の法的地位を自ら形成する機会を付与しない結果、個人の意思と無関係に支配・服従関係に強制的に編入させて戸主でない家族を戸主に従属させることにより個人の自律的な法律関係の形成を全面的に否認して劣位の地位を強制して人格権を侵害する結果をもたらすので、本条は人間としての尊厳と価値と幸福追求権を規定する憲法第10条にも違反する²⁾。
- (3) 本条に基づく戸主制度は、婚姻と家族生活においてその構成員相互間の平等な法律関係の形成を塞ぎ男性に戸主となる優先的な地位を認め、合理的根拠も無く妻の地位を夫より下位に母の地位を父より下位にそれぞれ位置づけるといふ正当性の無い男女差別を招いて、性別による差別を禁止する憲法第11条第1項と個人の自律的意思と両性の平等に基づく個人生活と家族生活の自由な形成を保障する憲法第36条第1項にそれぞれ違反する³⁾。
- (4) 我が社会の家族制度を維持するためには個人の権利を止むを得ず制限する必要があるとしても、本条によって形成される戸主制度は目的の正当性、手段の適合性、法益の最小侵害性と法益侵害の均衡性を備えた正当な基本権制限でないばかりか基本権の本質的内容まで侵害しており、本条は過剰禁止原則を規定する憲法第37条第2項に違反する⁴⁾。
- (5) 民法第781条第1項本文後段は、父系中心主義の原則を採択して子女が属する家を原則的に父の家と定めて男女の性による差別を定めているから、憲法第11条第1項と第36条第1項に違反する。
- (6) 民法第781条第1項本文後段をはじめとする子女の入籍に関する民法の体系は、一度父の家に属した子女が父母の離婚などで父との家族共同生活が不可能になった場合にも、子女に対して母の家への転籍の余地を与えないので、それは母子の権利を著しく侵害するものとして憲法第37条第2項に違反する。

㌦．法務部長官の意見

政府は家族制度において憲法上の人間の尊厳と価値、两性平等の理念をより忠実に具現して、既存の戸主を中心とする家族制度による社会的問題を解決すると同時に現実の多様な家族形態を包含して国民の変化した家族観念と新しい家族制度の構成に対する国民的要望を反映して、戸主制の廃止、子女の姓の決定における父姓強制の緩和、子女の福利のための姓の変更の許容を根幹とする民法改正案を国会に提出した。

㌧．女性部長官、国家人権委員会の意見

先の提請理由とほぼ同じ。

3．判 断

㌦．戸主制の概観

(1) 民法第778条等と戸主制の関係

憲法裁判所は審判対象となる法律条項の違憲の当否だけを判断する。といっても、ある法律条項は法律の中で孤立して存在するのではなく、他の法律条項を前提にするか条件としていることもあり、他の法律条項と結びついてひとつの法律効果を志向することもある。そのような法律条項の意味と機能は体系的な関連性の中でのみ正しく理解できよう。特に、民法第778条のように一定の法制度の根拠条項である場合においてはなおさらである。戸主制は、民法第4編第2款「戸主と家族」を中心とする多くの法律条項が網のように互いに連結して組成される制度である。民法第778条はそのような戸主制の根拠条項として核心的位相を占めている条項である。したがって、民法第778条は戸主制との関連性を離れて孤立的にその違憲の当否をそれ自体では判断できない。

他方、民法第781条第1項本文後段と第826条第3項本文もまた戸主制の骨格を構成する主要法律条項であり、民法第778条とは密接不可分の関係にある。

とすれば、本件審判対象条項の違憲の当否は戸主制という制度自体の違憲の当否に帰着すると解されるから、本件では戸主制全般の内容、違憲の当否を明らかにし、それと関連させて審判対象条項を判断することが相当である。

(2) 戸主制の概念

戸主制の概念を定義する法律条項は特にない。戸主制とは、民法第4編第2款「戸主と家族」、同編第8章「戸主承継」を中心に一定の法律条項にまとめられた、それら法律条項の連結網が形成する法的状態を指称する。民法の個別条項に込められている内容を総合してみれば、「戸主制」とは「戸主を頂点に家という観念的集

合体を構成・維持して、その家を原則的に直系卑属男子に承継させる制度」と集約し整理することが可能であり、換言すれば男系血統を中心に家族集団を構成してそれをほぼ永続させるのに必要な幾多の法的装置ともいえよう。戸主制は、単に家の代表者を定めてそれを戸主という名称で呼び、戸主を基準にして戸籍を編製する制度とはいえない。

(3) 戸主制の構成要素

戸主制を先のように整理すれば戸主制の核心的な要素は、結局「家の構成」と「戸主承継」にあるといえよう。

(7) 家の構成

民法は、家の用語を多くのところで使用しているがその定義規定をおいていない。しかし、民法第778条と第779条およびその他の関連条項を総合すれば、家とは原則的に戸主と家族で構成される。戸主とは「一家の系統を継承する者、分家した者またはその他の事由により一家を創立したか復興した者」をいい(民法第778条)、家族とは「戸主の配偶者、血族とその配偶者その他民法の規定によりその家に入籍した者」をいう(民法第779条)。子は父家に入籍し(民法第781条第1項本文後段)、妻は夫の家に入籍する(民法第826条第3項本文)。それらの条項を通して戸主と家族で組成する家の基本形が構成される。すべての国民は戸主または家族としてある家に必ず属している。

家は、戸主を中心にして戸主と家族という身分関係相互間に連結される観念的な家族団体であるから、現実の生活共同体とは無関係である。亡父の長男として戸主の地位を承継した仮の人物甲の例をみれば、甲が家族から出て他の場所で内縁の妻と同居していたとしても、また甲の長男である乙がその妻と子を連れて独立の家計を営んでいたとしても、彼らは法的には依然同一の家に帰属し、戸主は依然として甲である。

このような家の構成は、法律上で強制されている。この法律上の強制の代表的な内容を身分当事者別に分ければ、第一に、民法第778条の要件が充足されれば本人の意思とは無関係に法律上では当然に戸主となる。第二に、長男子でない男子は婚姻すれば一家を別に率いて戸主になる(民法第778条、第789条)。しかし、女子が婚姻すれば民法第826条第3項に従い「親家の家族」から「夫の戸主である家の家族」または「婚家の家族」に身分関係が変動する。第三に、子女が出生すれば当然に父家に入籍する(民法第781条第1項本文後段)。離婚した女子が、子女の親権者と養育者に指定され子女の世話をして同一の生活共同体をなしていても、その子女は母と家を興こすことはできず、当然に父が戸主である家の家族のままである。

このように戸主制は戸主を頂点に家を構成し、家族員は平等に独立した人格体として把握されるのではなく、戸主の配偶者、戸主の血族、戸主の血族の配偶者という形式で戸主との関係だけで把握される（民法第779条）。戸主制は戸主を家の中心的地位におき家族員を周辺の地位に配置しておくものである。そこで戸主の変更がある場合には前戸主の家族は新戸主の家族になるとの民法第780条の規定は、戸主制の当然の帰結である。

（L） 戸主の権限と義務

旧民法上では戸主は家の内部で相当の権限を行使することができたが、1990年の民法改正でその権限は大幅に縮小された。現在の戸主の権限は次の通りである。

第一に、家族の去家に対する同意権。家族がその母の再婚家に入籍する場合、従来の戸主は去家の同意権を持つ（民法第784条第2項）。

第二に、直系血族を入籍させる権限。戸主は他家の戸主でない自己の直系尊属や直系卑属を自己の家に入籍させることができる（民法第785条）。

第三に、親族会に関する権限。家庭法院に対して親族会招集を請求する権限（民法第966条）、親族会に出席して意見を開陳できる権限（民法第968条）、親族会の決議に代わって裁判を請求する権限（民法第969条）、親族会の決議に対する異議の訴えを提起する権限（民法第972条）。

第四に、廃家できる権限。一家創立または分家により戸主になる者は他家に養子縁組するために廃家でき（民法第793条）、女戸主は婚姻するために廃家できる（民法第794条）。

旧民法は戸主に対して家族扶養義務を課していたが（第797条）、1990年改正のときに削除された。

このように、1990年の民法改正で戸主の権限は非常に弱まり、戸主の義務はすべて無くなった。そこで、戸主の家父長的な権限が大部分削除されたので、戸主制は実質的に形骸化し、象徴的な意味に過ぎないのではないかとの疑問が出されることがある。しかし、いまだに去家同意権、直系血族入籍権のような権利が留保されているとの点は別にしても、強制的家の構成とそれに随伴する家族関係の強制形成や家の承継という戸主制の要素は温存されており、それは象徴的な意味に留まらず民事実体法的な効果を有している。最も代表的な事例だけを見ても、女子は婚姻すれば、親家の家族から婚家または夫家の家族としての身分に転換し、子女が離婚した母とともに再婚家庭で家族共同体をなしていても再婚した夫家の家族になることはできず、戸主の長男子が死亡しその妻と子女が婚家とは別に完全に独立した生活共同体として暮らしていても、その妻を中心にした独立の家族関係を別に形成するこ

とはできず、依然としてその妻の婚家の父やその子女の祖父である戸主との家族関係に縛られる。身分関係をこのように強制的に変化させたり変化を妨害することもあるのは厳然たる法的な効果である。

(ロ) 戸主の承継 (家の永続性)

民法第980条は戸主が死亡するなど場合に戸主承継する旨規定し、民法第778条は一家の系統を継承する者は戸主になると規定している。ここでいう一家の系統の承継が、即ち戸主承継に他ならない。

そこで、民法第984条は、戸主承継の順位を、直系卑属男子 家族である直系卑属女子 妻 家族である直系尊属女子 家族である直系卑属の妻と定めている。即ち、死亡した前戸主の男子、男の孫、未婚の女子、妻、母、嫁の順序になり、徹底して男性優越的な序列を付けている。

このような戸主承継制度を通して、家はその構成員の死亡、婚姻、分家等にもかかわらず絶え間なく後世に引き継がれてその永続性が保障されているが、その基礎には男系血統は継承されるべきとの観念が含まれている。

旧民法は戸主の直系卑属長男子の任意分家を禁止して(第788条第1項ただし書)、戸主承継権はこれを放棄できないとすることで(第991条)、戸主は法的な地位を強制的に承継させられていた。しかし、現行民法は戸主の直系卑属長男子の任意分家も許容し(民法第788条第1項)、戸主承継権の放棄を許容しているので(民法第991条)、強制的戸主承継制度は解消された。しかし、戸主承継順位の男性優越主義により、現実には直系卑属男子が全て(例えば、兄弟の全てまたは男子・男孫全て)戸主承継権を放棄しない限り、戸主の地位は男子によって承継されるので、戸主承継放棄条項によって男系血統の継承という戸主制度本来の趣旨と機能に大きな変化が生じたとは評価し難い。

ハ. 憲法と伝統

戸主制を始めとする家族制度に関して、それが民族の歴史と文化に根付く伝統であるから、これをむやみに合理性の基準で評価したり男女平等の図式で裁断してはならず、そのようにすれば規範と国民の意識の間に乖離を生むことになるとの議論もありえよう。そこで、憲法と伝統、憲法と家族法の関係に関して明らかにしたい。

(1) 憲法と家族法

憲法は、全ての国家秩序の根本になる国家社会の最高の価値体系であるので他の全ての法的規範や価値よりも優先する効力を有する点は、異論のないところである。憲法は、国家の最高規範であるので、立法・行政・司法すべての公権力の行使が憲法による制約を受けることはいうまでもないが、私法上の法律関係も直接・間接に

憲法の影響を受けるものである。憲法裁判所はかつて「憲法は、国民的合意によって制定された国民生活の最高の道徳規範であり、政治生活の価値規範として政治と社会秩序の指針を提供ので民主社会においては憲法の規範を遵守しその權威を保存することを基本にする」と説示している（憲裁1989年9月8日憲ガ6、判例集1、199・205）。

家族制度は、民族の歴史とともに生成し発展した歴史的・社会的産物という特性を有している。とはいつても家族制度や家族法が憲法の優位から逃れられる特権を享受することはできない。若しそれが許されるならば、民法の親族相続編に関する限り立法権は憲法に帰属しないで、家族関係の価値秩序は憲法の価値体系から分離できるとの結論に至るが、それは立憲民主主義においては容認されない。

若し憲法が家族生活や家族制度に中立的な態度を採っていれば、他の憲法規定と抵触しない限り伝統的な家族制度はなるべく尊重するのが正しいことになる。しかし憲法が家族生活に関して中立を守らずに自ら一定の理念・価値、制度を採択しているならば、それが家族生活・家族制度に関する最高規範になることはいうまでもない。そこで、今日においては、憲法は家族生活関係もこれを単に私人間の私的問題とのみ把握せず、それが国民生活や国家生活のひとつの要素であると認め、これを憲法事項に含ませるに至ったのである。それゆえに、今日では多くの国家の憲法で家族生活関係についてもその根本となる原則を憲法のひとつの内容として扱うのである。我が憲法も第36条第1項で婚姻と家族生活に関する規定をおいている。

特に、政治・社会的変革期に新たな政治・社会秩序、新たな価値と理念を志向して制定された憲法（我々の制憲憲法がこれに該当する）の場合、憲法に符合しない伝来の制度を憲法に符合させるように改めるとの憲法制定権者の意思が示されてもいる。勿論、その過程で国民の法感情や情緒と憲法規範との間に乖離現象が表れることもある。新しい憲法理念の採択にもかかわらず古来から引き継がれた意識が容易には変わらないからである。しかし、家族法の役割は社会現象や国民の法感情を単に反映することに留まるものではない。共同体の最高価値秩序である憲法理念を積極的に啓導して浸透させる役割もまた家族法の任務である。そこで、家族法がそのような役割を遂行するどころか、憲法理念の浸透に障害をもたらし、憲法規範と現実との乖離を固定させる一助になっているならば、そのような家族法は修正すべきである。

（2）伝統と民主的家族制度 憲法第9条と第36条第1項の関係

憲法前文は、「悠久の歴史と伝統に輝く我が大韓国民」を強調し、憲法第9条は「国家は伝統文化の継承・発展と民族文化の暢達に努力しなければならない」と規

定している。他方、憲法第36条第1項は「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」と規定している。そこで、憲法第9条と第36条第1項の関係をどのように捉えるのか、どのように総合して解釈するのが問題となるが、その回答の糸口は憲法第36条第1項の特別な立憲趣旨に加えて伝統や伝統文化の憲法的意味を明らかにすることに求められる。

憲法第36条第1項の沿革をみれば、制憲憲法第20条で「婚姻は男女同権を基本にして、婚姻の純潔と家族の健康は国家の特別な保護を受ける」と規定したことがその最初で、憲法定制当時から平等原則と男女平等を一般的に闡明すること(制憲憲法第8条)に加えて特別に婚姻の男女同権を憲法的婚姻秩序の基礎と宣言したのは、我が社会の伝来の婚姻・家族制度は人間の尊厳と男女平等を基礎にする婚姻・家族制度とは解しがたいとの判断の下に、近代的・市民的立憲国家を建設する場合に従来の家父長的な封建的婚姻秩序をこれ以上容認してはならないとの憲法的決断の表現と解すべきである⁵⁾。その憲法の意志は、1980年憲法でさらに強化された⁶⁾。両性平等命令が婚姻関係だけでなく全ての家族生活に拡大され、両性平等に加えて個人の尊厳まで求めたのである。そこで、現行憲法は国家の保障義務を付け加えることにより、ここに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であると確固と位置づけたのである。

他方、憲法前文と憲法第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理解すべきである。過去のある一定の時点で歴史的に存在したとの事実だけで憲法の保護を受ける伝統となるのではない。伝統とは、過去と現在の全てを含む文化的概念である。若し、伝統の根拠を過去にだけおく復古主義的伝統概念を採るならば、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に普遍的な文化様式として隠蔽・強要する副作用をもたらしやすく、現在の社会構造に相応する規範の定立若しくは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、すでに「憲法第9条の精神に従い我々が真正に継承・発展すべき伝統文化は、この時代の諸々の社会・経済的環境に適合し、また今日においても普遍妥当な伝統倫理若しくは道徳観念をいう」(憲裁1997年7月16日95憲ガ6等、判例集9-2, 1, 19)として、伝統の歴史性と時代性を確認しているところである。

したがって、我が憲法でいう「伝統」「伝統文化」とは、今日の意味から再解釈されなければならない。そして、今日の意味を捕捉する際には憲法理念と憲法の価値秩序が最も重要な尺度のひとつになる点はいうまでもないが、そこでは人類の普遍価値、正義と人道の精神などを合わせて考慮すべきである。したがって、家族制

度に関する伝統・伝統文化は、少なくともそれが家族制度に関する憲法理念である個人の尊厳と両性の平等に反してはいけなとの自明な限界が導き出されよう。歴史的伝承で今日の憲法理念に反するものは、憲法前文で打破の対象と宣言した「社会的弊習」になりえても、憲法第9条が「継承・発展」させるとする伝統文化に該当しないと解するのが、我が憲法の自由民主主義原理、前文、第9条、第36条第1項を合わせた総合的憲法解釈というべきである。

結論としては、伝来の一定の家族制度が、憲法第36条第1項が要求する個人の尊厳と両性平等に反すれば、憲法9条を根拠にしてその憲法的正当性を主張することはできない。

㊦. 戸主制の違憲性

(1) 両性平等原則違反

(㊦) 性役割に関する固定概念に基づく差別

憲法第36条第1項は、婚姻と家族生活における両性の平等待遇を命じており、男女の性を根拠にして差別することを原則的に禁止し、性質上専ら男性または女性に特有に表れる問題の解決のために必要な例外的場合にだけ性差別的規律が正当化される。過去、伝統的に男女の生活関係が一定の形態として形成されて来たという事実や観念に起因する差別、即ち性役割に関する固定観念に基づく差別は許容されない。

戸主制は、男系血統を中心に人為的に家族集団である家を構成してこれを承継するのがその本質であることは先にみたとおりである。人為的家族集団である家を構成・維持するのが正当かどうかはさておき、男系血統を第一に家を構成し承継することは、性に従い父と母を、夫と妻を、男子と女子を、即ち男女を差別するものであるから、そのような差別を正当化しうる事由とはならない。

崇祖思想、敬老孝親、家族和合のような伝統思想や美風良俗の保存のために戸主制を存置すべきとの見解もあるが、それは文化と倫理の側面でどのようにでも継承、発展させることが可能である。戸主制を維持してもそのような伝統文化や美風良俗が自然に育成されるのでもなく、戸主制を廃止したとしてもそれらが自然に失われるものでもない。

戸主制の男女差別は、家族内での男性の優越的地位、女性の従属的地位という伝来的女性像に根付く差別で性役割に関する固定観念に基づく差別に過ぎない。

(㊦) 戸主承継順位の差別

民法第778条は、民法第984条と結合して戸主の地位の承継的取得において徹底して男性優越の序列をつけることで男女を差別的に取り扱っている。男子という理由

だけで母と姉妹を差し置いて男子が、さらに祖母、母を差し置いて幼児である男孫が戸主の地位を占める。未婚の女子も男子や男孫がない場合には戸主になるが、後に婚姻すれば夫また婚家の父が戸主の家の家族員に入籍するので生涯を未婚で過ごさない限り戸主の地位を継続維持するのは不可能である。戸主制は、全ての直系卑属男子を正常な戸主承継者にして考案された制度で、女子は男子がない場合に一時的に家を継承させるために補足的に戸主の地位が与えられる残余範疇として存在している。

(口) 婚姻時の身分関係形成の差別

婚姻とは、男女が平等で尊厳のある個人として自由な意思の合致により生活共同体を作るものであるから、夫婦関係という生活共同体における男女は同等な地位を維持しなければならない。

ところが、民法第826条第3項本文によって女子は婚姻すれば法律上当然に夫の家に入籍するが、本条項は民法第789条と結合して次のような法律効果が生じる。

第一に、夫が戸主の直系卑属長男子である場合、夫は法定分家しないでそのまま自己の家に留まる反面、妻は従来所属していた自己の家を出て夫の家の新しい家族員になる(大概の場合親家の父が戸主の家から婚家の父が戸主の家への転入を意味する)。

第二に、夫が戸主の直系卑属男子でない場合は、夫は法定分家して新しい家の戸主になる反面、妻は夫の家に入籍するから入夫婚を除いてその家の家族員となるだけで戸主の地位を獲得できない。夫婦は婚姻関係の対等な当事者として夫婦共同体において同等な地位と資格を得なければならないにもかかわらず、このような妻の入籍制度は妻の夫に対する受動的・従属的地位を強制する。

妻の入籍制度は、戸主承継において女子の劣等的地位と結合して、女性をして気兼ねする父(ときには兄または男子の弟)の家に、婚姻すれば夫の家に、老いては男の子供の家に帰属させているが、それは女性に対する封建的三従の義の姿を今に再現しているといえるばかりか、個々の女性を尊厳のある独立の人格体として尊重せよとの憲法第36条第1項が予定している女性の姿とはあまりにも距離がある。

実際、妻の入籍という法律の制度が、社会心理的に及ぼす影響は非常に広範囲で深い。法律的には単に所属する家の変更に過ぎないが、それが女性の社会的地位に対する認識に及ぼす象徴的・心理的意味は非常に重大である。婚姻と同時に「戸籍を外れ」夫の戸籍へ移るのは今の親家との訣別であり婚家の一員に編入されたということに対する公式的な確認の意味を持つ。実際、多くの女子は婚姻申告時にアイデンティティの混乱・喪失という経験を経るといふ。そのような公式の確認を通し

て家族構成員の認識と心理に、ここで婚姻した女子は「出嫁外人」と内面化され、家族関係において婚家と親家という2分法的差別構造が定着する。家族関係に対するこのような認識と様相は当然に男児選好という病弊と連結し⁷⁾、社会的関係に拡大されるときは男性優位・女性卑下の社会的風土を助成・維持させる。

民法第826条第3項ただし書は、妻が親家の戸主または戸主承継人であるときは、夫が妻の家に入籍することができるというが(いわゆる入夫婚姻)、そのような制度があるからといって本文条項の男女差別性は相殺されない。形式的に入夫婚があまり行われていないだけでなく(統計をみれば、2000年度普通の婚姻申告は368,151件、妻家入籍申告は24件、1999年度の場合前者は396,206件、後者は6件である)、法律的に妻が親家の戸主または戸主承継人であるときに限定している点、妻家へ入籍するかを夫が自由に決定できる点で、妻の夫家入籍の場合とは明らかに差別的取扱いをしている。より本質的にみれば入夫婚さらに家系継承意識の発現として、父系血統継承の永続化のために一次的暫定的に母系を活用する便法に過ぎない。

(2) 子女の身分関係形成の差別

1) 父家入籍原則の問題

民法第781条第1項本文後段は「者は……父家に入籍する」と規定している。本条項に従い婚姻中の子は出生によって当然に父家に入籍する。入夫婚の場合には反対に夫婦間の子は母家に入籍する(民法第826条第4項)。父が外国人であるときにも母家に入籍する(民法第781条第1項ただし書)。婚姻外の子は父が認知することにより父家に入籍する。夫の認知のない婚姻外の子は母家に入籍する(民法第781条第2項)。

このように、現行民法は極めて例外的な場合を除いて子を父家に入籍するものと規定している。

子女が産まれると、当然に父家に入籍するとするのは、それ自体で家の存在を前提に子女を父系血統だけにつながる存在とみなすとの父系血統優位の思考に基づくが、それは子女が父母の両系血統につながる存在であるという自然的かつ科学的な道理に反しており、父に比べて母の地位を劣位におくことであり不当に差別するものである。母家に入籍できる例外的規定をにおいてはいるが、それは全て父家への入籍が不可能な場合に限定し、その範囲はあまりに狭小であるから男女差別性を治癒できないものである。

子を父家に入籍させるとの本民法条項の本質的な意義は、単に戸籍法上の戸籍編製の基準に留まらず、男系血統を通じた家の継承という戸主制の貫徹にある。大部

分が戸主の地位を兼ねる父の家に子女を編入させるのは、「戸主中心の家の構成」のための不可欠な要素であり、さらに「後孫を通じた家の継承」という戸主制のもう一方の内容を実現するための前提である。

2) 父母が離婚した場合の問題

子に対する身分法的規律は、第一に子の福利向上にその目的をおくべであり、第二に可能な限り親子関係当事者の自律的決定を尊重しなければならない。そこで一律的に夫家に入籍させることで父母が離婚した場合に非常に深刻な問題が惹起される。父母が離婚する場合には母が子女を養育する場合がかなり多く、我が社会の離婚率増加と合わせて離婚後の母が子女とともに暮らす母子家庭の数が徐々に増加している⁸⁾。

そこで、形式的には母が子女の親権者と養育者と指定され生活共同体を形成していても子女は民法第781条第1項本文後段に従い依然として父の戸籍に残ったままである。即ち、法的な家族関係は父子間にあるだけで、母子間には存在しない。単に夫の血族でない妻の直系卑属だけが実家復籍や一家創立を通して母と同籍できるに過ぎない(民法第787条第1項)。

それゆえに、父の養育権の放棄や再婚などにより父と子女間の交流が全く断絶していても、子女虐待、性醜行、暴行などで家庭破綻が父の側にある場合にも、当事者である子女が父家を出て母家への入籍を強く望んだとしても、父自らが子女の母家入籍を明らかに望んでいる場合でも、その子女は依然として父家に属してその父が子女の戸主になる。母と子女は、現実の家族生活と同様には法律的家族関係を形成できず、非正常な家族として取り扱われるから、社会生活をする面で何かと不便に直面するだけでなく、深刻な精神的苦痛を被ることになる。このような結果が、憲法に反することはいうまでもないが、今日の家族の現実にも全く一致していない。

3) 引収入籍の問題

妻が夫の血族でない直系卑属を家に入籍させようするには夫の同意がなければならず、その場合に直系卑属が他家の家族であるときにはその戸主の同意を得なければならない(民法第784条)。それゆえに、離婚後子女を養育しながら再婚した妻が前夫との子女とともに暮らしていても再婚した夫の同意がなければ子女とは別の家の構成員になる外ない。例え再婚した夫が同意しても、前夫が同意しなければ前夫の家を出ることはできない。

再婚率、特に女性の再婚率が暫時増加している状況でこの問題はさらに深刻な社会問題として台頭している⁹⁾。

夫が妻の血族でない直系卑属を入籍するには妻の同意という制限がないのに比

べて、妻の場合に先のような制限をおくのは、父系血族でない血族の父家入籍を制限しようとするものであり（第784条第1項の場合）、さらには家系継承を考慮したものであり（同条2項の場合）、それらは同じく男系血統だけを重視する戸主制の精神と合致する。

4) 未婚母の場合の問題

未婚母が子女を出産した場合、父が認知しなければ母家に入籍する（民法第781条第2項）。しかし生父が認知すれば母や子女の意思に関係なく父の家に入籍する。生父が母と婚姻をする意思がなく子女を養育してもまたそのような意思がなくても、生父の一方的な行為により子女は、家族関係の途方もない変化を甘受しなければならない、これこそ男性優位の思考に基づくものである。

(2) 個人の尊厳違反

憲法第36条第1項は、婚姻や家族生活は個人の尊厳を尊重する中で成立し維持すべきことを明らかにしている。婚姻や家族生活は、人間生活の最も本源的で私的な領域である。そのような領域で個人の尊厳を保障するということは、婚姻や家族生活においては個人は独立の人格体として尊重すべきで、婚姻や家族生活をどのように営むかに関しては個人と家族の自律的決定権を尊重せよとの意味である。婚姻や家族生活を国家が決定する理念や目標に従い一方的に形成することは、人間の尊厳性を最高の価値とみなしている民主主義原理と文化国家原理に基づく我が憲法では受け入れられるものではない。国家は、個人の生活様式や家族形態の選択の自由を広く尊重し、人格的・愛情的人間関係に基づいている現代の家族関係に介入しないことが正しいのである（憲裁2000年4月27日98憲判16等、判例集12-1, 427, 445, 446参照）。

したがって、婚姻や家族制度自体が有する社会性・公共性を理由にした止むを得ざる事由がない限り、婚姻や家族生活の形成について当事者の意思を無視して法律の希望から一方的に強制することは、個人の尊厳に反するものである。

ところで、戸主制は当事者の意思と自決権を無視するものであり、男系中心の家制度の構成を強制してこれを維持するために、身分当事者の法律関係を一方的に形成している。

第1に、大韓民国国民は例外なく戸主であれ家族であれ法律上の家族団体である家に所属しなければならない。

第2に個人の意思に反して戸主の地位を強制して付与する。戸主になれば家の代表者としての地位、一家の系統を継承する者の地位におかれることになり、戸主としての何がしかの権限も付与される。これは、法律上の無意味な地位といわざるを

得ない。さて、民法第778条の要件が充足されると、本人の意思とは無関係に法律上当然に戸主となり、自己と家族について有意味の身分法上の地位を強要されることになる(ただし、承継取得の場合積極的に放棄権を行使すれば、戸主の地位を免れることはできる)。当該事件の提請申請人らの事例は、そのような問題点を例証する見本である。夫婦いずれもが戸主となることを望まないにもかかわらず、無戸主選択権は認められず婚姻による法定分家の効果により夫に戸主の地位が強制されたのである。

第3に、全ての個人は家族内で平等で尊厳のある固体としてではなく、戸主との関係を通して家族内の身分的地位に留めおかれる。勿論、ここでは戸主は中心的存在として、他の家族員は周辺的存在として、位階化された家族秩序の中に配置される。

このように戸主制は、個人を独立の人格体として尊重するのではなく、専ら男系血統中心の家の維持と継承という目的のための対象的・道具的存在と把握している。戸主制は、個人と家族生活当事者の福利や選択権を無視したまま、家の維持と継承という観念に根付く独特な家族関係の形態を法として一方的に規定し強要しているから、婚姻と家族生活において個人の尊厳を尊重するとの憲法第36条第1項の要求に一致しない。

(3) 変化した社会環境と家族像

父系血統主義に立脚した家父長的家族制度が我が民族の伝来の家族制度であると認め、戸主制がそのような家族制度と一定の連関性を有すると仮定したとしても、戸主制が成立・維持可能な社会的背景は今日ではもはや存在していない。

朝鮮後期に始まり広まった父系血統主義に立脚した家父長的家族制度の理想的背景は、宗法思想と生理学であるとされるが¹⁰⁾、それらが今日の我が社会を直接導く指導的理念や原理とするのは困難であり、それゆえそれに基づく家族制度さらには今日の現代家族の標準とするのは困難である。

朝鮮後期とは社会・経済的環境も完全に変わったのである。家父長制の経済的土台は、農耕社会であつた。ところが、20世紀半ばに本格的に始まった産業化の進展は我々社会を大きく変貌させた。農業中心社会から産業社会への移行と表現できる生産関係の変化は、経済だけでなく社会・政治・文化など全ての面での変化を招来した。都市化の進展、核家族の定着で家族共同体の様相や生活原理が根本的に変化し、大衆教育の発達、女性の社会進出の増加は、個人の自由意識、女性の人権意識を伸長させた。

今日の家族は、一般的に父母と未婚子女で構成される現実の生活共同体を意味す

るものと認識され、大部分の家族がそのような小家族の形態を示している。家族の機能や家族員の役割分担に対する意識も全く異なっており、特に男女平等の観念は定着している。今の家族は一人の家長とそれに服属する家属に分離される権威主義的な組織ではなく、家族員すべてが人格を持つ個人として尊重される民主的な関係に変化している。夫婦の関係は勿論、父母と子女の関係も対話と相互尊重の原理によって、形成・維持すべきとの観念が広がっている。

他方、社会の分化に伴い、家族の形態も非常に多様化している。父母と子女で構成される典型的家族だけでなく、子女のない夫婦だけの家族、母と子女で構成される家族、再婚夫婦と彼らの前婚者との間の子女で構成される家族も多い。祖父から孫子女まで共に暮らす3世代以上の世帯は極端に減少している。女性の経済力の向上、離婚率の増加などで女性が世帯主として家長の役割を担う比率が漸増している。

戸主制と家制度は、このような今日の現実的な家族の様相とはこれ以上や調和せず、その存立基盤がこのように崩壊した現在では、戸主制をこれ以上存置する必要はなくなったといえよう。

戸主制という法律制度を廃止しても、崇祖思想や敬老孝親のような伝統文化や美風良俗がそれとともに廃棄されるのではなく、家門が崩壊するとか血統の根がなくなるのでもない。個人の血統や家系の伝承は、族譜を通して充分にその目的を達成することが可能で、崇祖思想や敬老孝親のような美風良俗は社会・文化・倫理の問題として、戸主制という法制度とは別に何時までも維持・発展が可能である点を明確にしておく。

㉔．審判対象条項の違憲性

以上で明らかにしたように、戸主制は憲法第36条第1項に違反する。審判対象条項である民法第778条、第781条第1項本文後段、第826条第3項本文は、戸主制の核心的構成部分を成す法規範である。それら法律条項は、あるときには独自の、あるときには互いに結合し、あるときには他の戸主制関連条項との体系的関連性を通して戸主制を存続させ具体的に実現させているから、先にみたように戸主制が有する違憲性を、審判対象条項はまさに有しているのである。

結論としては、民法第778条は、当事者の意思と自決権を無視して法律で戸主の地位を強要するという点から個人の尊厳に反するだけでなく戸主の地位の獲得において男女を差別しており、民法第781条第1項本文後段と民法第826条第3項本文は、当事者の意思と自律的選択権を無視し婚姻と子女に関する身分関係を一方的に形成する点から個人の尊厳に反し、さらに正当な理由なく男女を差別している。

以上のような理由から、審判対象条項は憲法に違反する。

叶. 憲法不合致決定の選択

審判対象条項は戸主制の骨格を成し戸主制と不可分の一体を成す核心要素であるから、本条項が違憲になれば戸主制と家制度はもはやこれ以上存続が困難である。違憲決定で戸主制が廃止されれば、戸主を基準に家別に編製されている現行戸籍法がそのまま施行できず、身分関係を公示・証明する公的記録に大きな空白が生じる。そのような法的状態は身分関係の重要な変動事項を戸籍が担えないことになり、重大な法的空白を意味する。戸主制を前提としない新たな戸籍整理体系へと戸籍法を改正するには一定の時間を要する反面、その間の国民の身分関係の変動事項を放置できないので、止むを得ず憲法不合致決定を宣告して、戸籍法改正のときまで審判対象条項を暫定的に継続適用させることが必要である。立法者は速やかに戸籍法を改正して、違憲である戸主制の暫定的な持続を解消する義務がある。

4. 結 論

以上のような理由で主文のように決定する。本決定については下記5の裁判官キムヨンイル、裁判官グォンソンの反対意見、下記6の裁判官キムヨンイルのその反対意見に対する別個意見と下記7の裁判官キムヒョジョンの反対意見がある外には、他の裁判官全員の意見が一致している。

5. 裁判官キムヨンイル、裁判官グォンソンの反対意見

多数意見は戸主制自体が憲法第36条第1項に違反するとし、次に戸主制の核心的構成部分であるとして、戸主制が有する違憲性を如実に反映する民法第778条、第781条第1項本文後段、第826条第3項本文も全て違憲という。

しかし、我々は戸主制が憲法に違反するとの多数意見について反対するので、次のような反対意見を表明する。

ガ. 戸主制の意義と戸主の地位

戸主制とは、戸主を中心に家を構成してその家を原則的に直系卑属男子に承継させる制度である。そのような戸主制は、父系血統主義に立脚した家の構成と家統の継承のための制度である点にその意義を見出すことができる。

民法の制定以来規定されてきた戸主制は、1990年1月13日法律第4199号で民法を改正し戸主相続制度を戸主承継制度にし、戸主の権限を大幅に縮小するなどの大幅な修正が加えられ、戸主の権限は非常に弱まることになり、戸主の義務はほぼ無くなることとなった。

このように戸主の家族に対する支配権や統制権が完全に除去されたので、戸主は

家長または戸主権者としての地位を剥奪されてしまったが、戸主は依然として戸籍上の筆頭者としての地位をそのまま保有している。元来、戸主と家族間の権利義務関係を意味するものであった戸主制は、1990年民法の改正により家族法上の権利義務制度としては有名無実化しているが、現行民法は戸主制に込められていた権利義務関係をほぼ全て無くしても家籍の法制に関する規定は依然として残しており、戸籍法はそのような家籍を戸籍編製の基準にしているために、戸主制は戸籍編製の基準としている点では依然その意味を有しているといえよう。

さらに戸主の家統継承者としての地位を確保させていた規定がほぼ削除され、戸主相続人に認められていた祭祀用財産の承継権が祭祀主宰者に移された点（民法第1008条の3）などにより戸主の家統継承者としての性格がより脱色されたが¹¹⁾、戸主承継制度がある以上戸主は少なくとも象徴的な意味での家統継承者としての地位を依然として保有している。

㊦ わが国の伝統的家族制度と戸主制度

(1) 有史以来、ほぼ大部分の文化圏で人類の普遍的な家族制度は父系主義原理により形成・維持され、わが国の場合も父系血統主義は全歴史を通して維持されて来た原則であったのであり、父系血統主義を基盤とした家族制度は古代から始まり高麗を経て朝鮮時代に至るまで漸進的に発展してきた。

わが国の伝統的家族制度の特徴は、母系的要素を強く帯びたもので女性を尊重する比較的合理的な父系血統主義の様相を有していた点である。

わが国では、古代から婚姻で結ばれた父系血族集団は同等な関係を形成して、女子は婚姻をすれば夫の血族集団の構成員の身分を取得し、本来の自身の血族集団の構成員の身分を失わずに、男子もまた自身の血族集団の身分を維持しながら女子の血族集団の構成員の身分を新たに取得した。つまり女子は婚姻後であっても元来の父系血族集団の構成員としての身分上・財産上の地位を維持していたので、女子の地位は男子に比してそれほど劣等とはいえなかった。

そのような母系的要素は、高句麗から行われそれ以来朝鮮時代に至るまで普遍的に維持され女性の地位保障に大きな役割をもたらした男婦家婚の婚姻風習に求めることができ¹²⁾、女子が婚姻をしても元来の父系血族集団の表示である父の姓をそのまま使用することも同様の脈絡から理解できよう。

そのような点は、東西を問わず父系血統主義により家族制度を形成した大部分の国で男性第一の婚姻文化を発展させ、女子は婚姻をすれば本来の姓を変更して夫の姓を使用するようになるのとは明らかに区別される特徴といえよう。

そのような我々の家族制度の特徴は、高麗時代を経て朝鮮時代中期まで続き財産

相続における子女の均分相続が認められたり祖上に対する奉祀も子女が輪行するなど、女子は男子とほぼ同等の地位を維持できることであった¹³⁾。

しかし、朝鮮時代中期以後、徐々に合理的な父系血統主義の様相が色褪せ男系中心の頑固な父系血統主義が浸透し始め、婚姻した女子には本来の父系血族集団の構成員としての身分を認めずにそこから排除し始めて、そのことは必然的に親子制度・婚姻制度・相続制度などの家族制度全般に亘った多大な影響をもたらし、女子の地位を非常に劣悪化させる結果を招いた¹⁴⁾。

それにより、朝鮮後期には至っては家族制度が徐々に家父長性格を持つことになったが、戸主は、経国大典から大典会通に至るまで対外的には戸籍の筆頭者であり国家に対しては責任を負い体的には家族を統率する地位を有していただけで、国家によって法的な権限が付与されるものではなかった¹⁵⁾。

(2) 高麗史の食貨志によれば、高麗時代の戸籍には戸主および戸主と同居する子供・兄弟・姪・婿などの親族の世系はもちろん奴婢とその世系までも記録すべきとしていたが、それは戸籍が単なる徴税と賦役のための帳簿の機能とに合わせて身分と出系を確認できる証明簿の役割を兼ねていたことを示している。即ち、高麗の戸籍は、徴税と賦役のために事実上の居住を基準に編製されていても、親族の出系を記録して族譜的機能を有していた。高麗の戸籍は、夫系とともに妻系を記録しようと徐々に範囲が拡大され母系も含まれる、四祖を記録する戸籍と八祖を記録する戸籍があったとの記録がある。

朝鮮時代の戸籍は、経国大典に至って戸主の四祖と戸主の妻の四祖が記録され、家族として連なる子女と婿、そして奴婢などを記載するなどして根本的には高麗の戸籍制を模範としたが、その範囲を縮小して四祖戸口式と規定した。それは朝鮮時代に至って戸籍の外に家系を記録する族譜が使用され、戸籍における出系の記録を通じての機能が縮小されたので戸籍に八祖に至るまでの記録をする必要がなくなったからである(ソンヒョンギョン「韓国家族法上の姓氏に関する研究」釜山大学校大学院博士学位論文、1996参照)。

㉔. 戸主制の伝統性の問題

現行法上の戸主制は、天皇制を維持・強化する目的から創案された日本の家制度、家督相続制度が植民地支配を通して移植されたもので、我々の伝統的家族制度または淳風良俗とはいえないとの批判がある。

我々の伝統的な戸主の地位は強力な家父長権が認められるのではなく、家の大人程度の相対的な意味を有しており、祭祀者・奉祀者の継承はあるものの、戸主が相続の対象になるのではなかった。

ところで、日帝式戸主制は家に含まれる家族員の範囲が非常に広く、その家族員を戸主が強力な戸主権で統率し、家の財産も戸主から戸主（原則的に長男）に単独相続させることをその特徴とするので、それをもって我々の伝統的家族制度または淳風良俗であるといえないのは勿論である。しかし、そのような批判は1990年民法改正以前の戸主制については相当部分妥当なものかは知らないが、少なくとも1990年改正以後の現行法上の戸主制についてこれを日帝の遺産と容易に罵倒するのは困難である。

まず、戸主または戸主制という用語自体が日帝の残滓とはいえない。

元来戸主という用語はすでに高麗時代に使用され、朝鮮時代には戸首人または戸主とも呼んだが家長に統一され、戸主、戸首人、家長は家の公法上の代表者の意味であったが、大韓帝国時代に至り戸主と統称され、それ以後法律上の用語として確立され今日に至っている。

次に、現行法上の戸主制は、すでにみた日帝式戸主制の特徴的要素をすべて除去している。

分家制度によって緩和された現行法上の家制度は、我が固有の大家族制を象徴的に表現する制度に過ぎず、現行法上の戸主には戸籍簿上の筆頭者としての地位と戸主承継制度を通して認められる象徴的な意味の家統継承者としての地位だけが残されているから、そのような地位は古代から引き継がれた父系血統主義の象徴的表現として我々の伝統から遊離したものではない。

つまり、現行法上の戸主制は朝鮮後期の頑固に変質した父系血統主義ではなく、古代以来朝鮮中期まで引き継がれてきた我が固有の合理的な父系血統主義の伝統を受け継ぎ父系血統主義の存立のために極めて基本的な要素だけを残しているから、日帝の残滓としての色彩を払拭して我が固有の慣習として復帰したものと評価できよう。

㉔．戸主制と社会環境の変化

戸主制は、それを成立・維持することが可能であった社会的背景が存在せず、また家族の形態が多様化する今日では現実的家族の様相とはこれ以上調和できず、現実の家族共同体を束縛して民主的社会発展を阻害する要素として作用するだけであるとの批判がある。

わが国でも農業社会から産業社会への移行と都市化の進展により、家族共同体の様相が一般的に父母と未婚子女で構成される核家族の形態に変わっていることは否定できない事実である。

我が民法もそのような現実を勘案して、直系卑属男子を含めて任意分家を許容し

(民法第778条第1項), 婚姻申告で自動的に分家する法定分家の制度(直系卑属男子は例外)を用意し(民法第789条), 戸籍と現実の生活共同体をできるだけ合致させて夫婦中心の家族制度を実現できるようにしている。さらに戸籍法第19条の2第2項第1号で, 養子縁組, 養子縁組の取消し, 離縁, 離婚その他の事由により他家に入籍すべき者に配偶者や直系卑属のあるときには法定分家に準じて新戸籍を編製できるようにしていることも夫婦中心の家族制度を実現させようとする趣旨である。

すでに戸主の権利が大部分削除され, ほぼ戸籍編製の基準を定める行政技術上の制度に過ぎなくなった現行法上の戸主制は, 戸籍に登載される家族の範囲を定めることにあり, 直系卑属長男子の任意分家は許容され, 法定分家は認められないものの三代家族を可能にすることで我々の伝統的な家族制度を考慮し, 戸主承継の順位において男子優先の原則を規定して象徴的な意味で我々の伝統的な父系血統主義を反映している制度に過ぎないといえよう。

とすれば, 任意分家制度を通して戸籍上登載される家族構成関係の選択権を付与することで三代家族を強要しなければ, そのような家族関係が戸籍上反映できる道を開いている戸主制が現実の家族共同体を束縛して民主的社会発展を阻害する要素として作用しているとは解し難い。

㊦. 戸主制の合憲性

(1) 婚姻制度と家族制度の制度的保障と憲法規範の意味

憲法第36条第1項は「婚姻と家族生活は個人の尊厳と両性の平等を基礎に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」と規定することにより, 民主的な婚姻制度を憲法的次元で保障している。

しかし婚姻や家族生活は, 人類の歴史とともに伝統と慣習のあり様によって存在しながら今日まで引き継がれて来たもので, 婚姻や家族関係を規律する家族法は伝統性・保守性・倫理性を強く持たざるをえない。したがって婚姻や家族関係に関する憲法規定を解釈する際にも家族法の伝統的性格を考慮せざるを得ず, それを度外視した憲法解釈は規範と現実の乖離を深化させて憲法生活の混乱を招くおそれが大きいといえよう。

であれば, 憲法第36条第1項が保障する婚姻や家族生活についての制度的保障も, 婚姻や家族生活の民族文化的伝統性, これに基礎づけられた婚姻制度や家族制度の保障を意味すると解すべきである。

さらに憲法第9条は「国家は伝統文化の継承・発展と民族文化の暢達に努力しなければならない」と国家の伝統文化の継承・発展義務を明文で規定しているので, 現在の婚姻制度や家族制度が伝統文化の根幹を成している我が固有の婚姻制度と家

族制度をそのまま踏襲しなければならないとは勿論いえないが、そこから完全に遊離した形態であってはならない。

そのような理由で、婚姻や家族生活についての憲法または家族法の規定を解釈・判断する際は、その性格上緊張関係にある両性平等の要請と伝統尊重の要請をとともに充足させる調和した方途を模索しなければならないが、今日の時点で我々の婚姻や家族生活で求められる平等の内容が具体的に如何なるものかを究明するのは決して容易なことではない。

平等思想が、歴史的に多様な変遷過程を経ながら、弱者に対する抑圧と疎外を解消するのに決定的な寄与を果たした点は否定できない。

しかし、現代の社会は既存の伝統と秩序それに権威が否定され解体される傾向を帯び「解体の時代」と特徴づけられているが、平等の理念が伝統の否定と秩序解体の論理により濫用される可能性も警戒せざるをえない。特に、家族法の領域で図式的な平等の意味から我々の伝統文化をむやみに裁断することによって伝統家族文化がことごとく否定解体される結果を招いてはならない。

(2) 両性平等の原則違反の当否

(7) 審査の基準

平等原則の違反の当否に対する審査は、その審査基準に倣って恣意禁止原則による審査と比例の原則による審査とに大別されるが、我が裁判所は比例の原則に従い審査をすべき場合に、第一に憲法で特別に平等を要求している場合、即ち憲法が差別の根拠にしてはならない基準または差別を禁止している領域を示し、そのような基準を根拠にする差別やそのような領域での差別の場合、第二に差別的取扱いにより関係基本権に対する重大な制限を招く場合を挙げる（憲裁1999年12月23日 98憲ワト363、判例集11-2、770、787）。

憲法第36条第1項は、婚姻や家族生活の領域で特別に男女平等を要求しているが、そのような領域で男性と女性を異なって取り扱う戸主制が両性平等の原則に違反するかを審査する際には比例審査をしなければならない。

(L) 比例の原則違反の当否

1) 立法目的の正当性

戸主制の立法目的としては、伝統的な家族制度の継承・発展とともに戸籍編製の基準の定立が挙げられるが、戸籍編製の基準の定立は付随的立法目的に過ぎず、その主たる目的は前者にあると解すべきである。

戸主制を通して継承・発展させようとする伝統的な家族制度の核心は、父系血統主義に立脚した家の構成および家統の継承と要約できるから、戸主制の立法目的が

正当なものと認定されるためには父系血統主義の維持の必要性が最初に究明されなければならない。

家族や親族集団の存続と統合を図るためには、家統の定立を通しての最小限の基準と秩序の付与が要請される点、これは否定し難い。

家統の定立が、必ず父系血統主義によらなければ不可能とまではいえないとしても、わが国だけでなく世界の大部分の国が伝統的に父系血統主義およびこれに立脚した家統継承を通して家族集団の維持に必要な秩序を付与する方法を選んで来ており、それは男女の自然的差異と社会的・経済的・政治的要件などが複合的に作用したものと推定できよう。

家族において母子関係は生来的に証明され、人間が出生して成長する過程で母子間の共同生活とそれを通じた養育が必須的である反面、父子関係や父子間の共同生活は必ずしもそうとはいえない。そのような状況で父姓主義などに代表される父系血統主義は、母子関係に比して父の子に対する責任意識を植え付けることで叶えざるをえない父子間の紐帯化に貢献し、家族の存続と統合に大きく寄与するものと考えられる。

およそ全ての秩序と制度の多くは差別と疎外を伴うものであるが、父系血統主義の長い伝統の下で女性が家族内で疎外の苦痛を味わってきた点是否定できない事実であり、父系血統主義が家父長的性格を強く持つ場合には、女性が感じる疎外の程度もまたより厳しいものであった。わが国の場合は、少なくとも朝鮮中期に至るまでは女性を尊重する合理的な父系血統主義の伝統が受け継がれてきたのは、先にみた通りである。

このように父系血統主義は程度の差異はあっても、必然的に女性の疎外を伴う点でその間の欠点だけがあまりにも明瞭になった点があるものの、父系血統主義は家族や親族集団ひいては人類社会に秩序を付与することにより人類が文明社会になることに非常に大きく寄与し、それに立脚した家統承継制度は人類をして浅薄な近代主義から抜け出し文化の伝承を可能にすることで人類文明に幅と深さをもたらしたという点で、その意味を過小評価することはできず、そのような事情は今に至っても大きくは間違っていないといえよう。

父系血統主義が持つこのような機能は、母系血統主義によっても概ね達成できるとはいえるが、歴史的に父系血統主義が定着した状況で一挙に伝統を飛び越えて母系血統主義に転換し難いといえようし、さりとて両系血統主義を採る方法では、家統の定立を通して秩序を付与することにより家族と親族集団の存続と統合を図るとの本来の目的を達成するのが不可能なことはいうまでもない。

先に述べたように父系血統主義の必要性和その不可避性が認められれば、如何にすればこれを合理的に運用することにより、これに必然的に伴う女性の差別と疎外を最小限にできるかという問題だけが残るといえよう。

とすれば、戸主制が継承・発展させようとする伝統的な家族制度が、父系血統主義に根拠づけられているとの理由だけで戸主制の立法目的自体が不当とは解し難く、その点は基本的に家族法が持つ伝統性と保守性および国家の伝統文化の継承・発展義務を明文で規定する憲法第9条に照らしてみれば、なお一層明らかとなろう。

2) 差別待遇の適合性

現行民法上戸主制を構成している代表的な原則および制度としては、妻の夫家入籍の原則、子の父家入籍の原則と戸主承継制度を挙げることができる。それらの中の妻の夫家入籍の原則と子の父家入籍の原則は父系血統主義に立脚した家の構成のためのものであり、戸主承継制度は父系血統主義に立脚した家統の継承を保障するための制度といえよう。

よって、戸主制は先の原則および制度を通して、立法者が追求する伝統的な家族制度の継承と発展という立法目的の達成を促進しているものといえるから、政策手段として適合性を有すると解されよう。

3) 差別効果の最小侵害性

戸主制を構成している妻の夫家入籍原則、子の父家入籍原則および戸主承継制度が具体的に差別効果の最小侵害性を充足しているかをみる。

ア) 妻の夫家入籍原則と子の父家入籍原則

女子が婚姻すれば父母から夫の家族になるとの観念は、農耕社会以来の永い父系血統主義ないし父系中心社会の伝統の下では当然視され、現在でも概ね世界的な慣行として受けとられているといえよう。

わが国の場合も長い期間受け継がれてきた男婦女家婚の伝統の下でも、男子が一定期間女子の家で生活した後に、最後には女子が男子の家へ移り生活したのであり、朝鮮中期以後男婦女家婚の伝統が稀になって親迎禮または半親迎禮の風俗が一般的になると¹⁶⁾、女子は婚姻すれば夫の家族として生活の拠点を父母から夫へと移すとの意識はさらに確実に一般化したのであり、そのような現実は今に至っても大きくは変わっていない。

民法第826条第3項本文で「妻は夫の家に入籍する」と妻の夫家入籍原則を規定しているのは、婚姻と同時に女子の生活基盤が夫に移動する現実を反映すると同時に夫婦が同一の戸籍に登載が可能にするための戸籍編製上の技術問題に過ぎないものであり、上記のように普遍化した家族生活関係を反映する単なる戸籍記録の変更

を述べ、女子の身分の従属的変更と解するのは的外れである。

さらに民法第826条第3項ただし書に、いわゆる入夫婚に関する規定をおき妻が実家の戸主または戸主承継人であるときには、夫が妻の家に入籍できる道を開いている。

民法体781条第1項本文後段で定める子の父家入籍原則は、妻の夫家入籍原則に従う付随的に必要な結果であるに過ぎない。これもまた我が社会の永い伝統と現実を反映していることは言う必要もないであろう。

とすれば、妻の夫家入籍原則と子の父家入籍原則はそれらが父系血統主義に立脚した家の構成のための前提としてわが社会の永い伝統と現実に基づくだけでなく、女性に対する実質的差別を内容としているものと解し難い点から差別効果の最小侵害性を充足させているといえよう。

ㄋ) 戸主承継制度

民法第984条は、戸主承継の順位において男子優先の原則を規定しているところ、これは基本的に父系血統主義に立脚する家統の継承を保障するためのものであるが、妻の夫家入籍原則と関連して戸籍事務の便宜を考慮した側面もある。

即ち、女子は婚姻すれば夫の家に入籍させて実家の家統を永久に続けられないから、男子優先の原則を適用すれば、女子を戸主にさせる場合は婚姻時に女子の去家による戸主の変動を招くという戸籍事務の煩わしさと人的・物的浪費を避けられる長所がある。

結局、上記のような戸主承継制度は、その上に戸主の地位が戸籍記載の基準、即ち戸籍簿上の筆頭者に過ぎない状況で、我々の伝統および戸籍事務の便宜を考慮して戸主承継において男子を優先的に考慮したものに過ぎないから、女性に対する実質的差別を内容としているものと解し難いとの点で差別効果の最小侵害性を充足させているといえよう。したがって、戸主制を構成する妻の夫家入籍原則および子の父家入籍原則および戸主承継制度はいずれも差別効果の最小侵害性に違反しないから、戸主制は差別効果の最小侵害性の要件も充足しているといえよう。

4) 法益の均衡性

立法目的の比重と差別待遇の程度が均衡しているかどうかをみる。

戸主制は、我々の伝統的な家族制度がその根幹にしている父系血統主義を支えるひとつの軸になっていることは明らかであるが、父系血統主義は戸主制だけによって支持されるのではなく、むしろ父系血統主義を維持するのにより根本的で核心的な役割を果たすのは父姓主義ないし父子同姓の原則にあるといえよう。

したがって、現行の戸主制が廃止されるか修正されれば、直ちに父系血統主義が

形骸化するとか、我々の伝統的な家族制度が一挙に崩壊の危機に直面するとは断定し難いが、ただ父系血統主義に根拠付けられている制度的装置である戸主制が存立するどうかは、父姓主義の未来とも無関係とはいえないので、戸主制と父姓主義は相互補完の関係または「唇亡齒寒」の関係にあるといえよう。

であるなら、先に述べたように父系血統主義の必要性和その不可避性が認められ、戸主制の立法目的が父系血統主義に立脚した家の構成と家統の継承を核心とする伝統的な家族制度の継承・発展にあるとしても、そのような事実だけで現行の戸主制が合憲であると解することはできないのは当然である。

例えば、戸主制に因る女性に対する差別待遇の程度が深刻で戸主制を通して達成しようとする立法目的に照らして法益均衡性を喪失するあまり、かえって戸主制が父系血統主義の合理的運用に阻害すると評価されれば、そのような戸主制は違憲を免れないであろう。

まず戸主制が法益の均衡性の要件を充足しているかどうかを審査するためには、それに因り招来している差別効果を明らかにする必要がある。

戸主制に因り女性にもたらされる差別効果は、まず戸主制に因って女性を男性に比較して二次的・従属的・劣位的存在として認識させることから女性の社会的地位に象徴的・心理的に不利な影響を与えるおそれが挙げられよう。その他に具体的な場合の実際の差別効果として、父母が離婚した場合、引収入籍の場合、未婚母の場合などに女性や子が被る混乱などが挙げられるが、これらは主に子の父家入籍の原則にあり、例外規定の狭さから生じたものといえよう。

他方、現行の戸主制を通して達成可能な立法目的や戸主制の維持を通して現実的に得られる利益を示せば次の通りである。

まず、戸主制を通して父系血統主義に立脚した家の構成および家統の継承を核心とする伝統的な家族制度を継承・発展させることから我が民族が昔から重視する家族や親族共同体の存続・統合に寄与するだけでなく、伝統に対する尊重意識を高揚することにより日毎に高まる物質主義や個人主義の弊害を塞ぎ緩和させることに寄与するであろう。

さらに、戸籍記載において三代家族の道を開いておくことで象徴的であっても我々の伝統的美風良俗といえる父母を養い奉養する伝統を鼓舞し助長するのに役立つ、これを通して日毎深刻になる老人問題の解決の一助にもなる。

そして、現実的な面からみても、戸主を基準にした戸籍編製方法の変更による人的・物的な面での莫大な国家的費用を節約でき、戸主などの概念を使用する数多い法令の改正がもたらす混乱と煩雑さを避けられるであろう。

戸主制にもたらされる女性に対する差別効果は決して軽視できないから、法益均衡性の問題の判断が容易とはいえない。

しかし、根本的には父系血統主義を廃止しない限り、それに因る女性に対する不利な象徴的心理的效果を完全に払拭することは困難であり、具体的な場合の実際の差別効果は戸主制の根幹を触らなくても、子の父家入籍の原則に対する修正・補完などを通して解決できる問題であるとの点を考慮するならば、現行法上の戸主制が法益均衡性を喪失する制度と断定することは困難である。

(C) 小 結 論

現行法上の戸主制は男性に比較して女性を比例の原則に反して差別するものとは解されず、したがって平等の原則に違反しない。

(3) 個人の尊厳の違反の当否

現行民法上の妻の夫家入籍原則、子の父家入籍原則および戸主承継制度などで構成される戸主制は、それにより大韓民国国民は例外なく戸主または家族として法律上の家族団体である家に所属しなければならないが、戸主の地位の取得が強要されたり、家族の身分的地位が戸主との関係を通して設定されるなど身分関係が一方的に形成される側面があるとはいっても、それは家族制度を法制化してこれを戸籍制度と連携させる過程で不可避なことといえよう。

そして、現行民法が法制化している家族制度の内容をみると、戸主の直系卑属長男子の場合も任意分家が可能であり（民法第788条第1項）、戸主承継権を放棄できるようにして戸主承継を任意化しているだけでなく（民法第991条）、戸主が家族に対して行使できる権限が実質的に全て消滅し、戸主の地位が戸籍記載の基準、即ち戸籍簿上の筆頭者さらには象徴的な意味の家統承継者に過ぎない点などを考慮すれば、個人の尊厳を実質的に侵害する要素を発見するのは困難であるから、これをもって婚姻や家族生活において個人の尊厳を尊重せよとの憲法第36条第1項の命令に違背するとは解し難い。

Ⅱ. 結 論

以上で述べた理由により戸主制は憲法第36条第1項に違反するものとは解されない。

ただし、具体的に本件審判対象である民法第778条、第781条第1項本文後段、第826条第3項本文の意見の当否に対して、裁判官キムヨンイルの見解は民法第778条、第826条第3項本文は憲法に違反しないが第781条第1項本文後段は下記6のような理由で憲法に違反するものとし、裁判官グオンソンは戸主制が憲法に違反するとは解せられない以上戸主制の主要構成部分を占めるそれら条項全てが憲法に違反しな

いことになる（家族と血縁は自然に生成され実在する実体であり単なる觀念上の存在ではない。戸主制度は実体として存在する家族と血縁を認識する記号の体系であり1つの技術に該当する。認識の技術が認識の対象である実体の存在と価値に影響を与えることはないとの通常の論理によれば、戸主制度は家族と血縁の存在および価値に何らの影響も与えられない。宗法制や家父長制のような文化的要素が戸主制度という認識技術に併用されてはいるが、このように併用される文化的外皮が引き起こす問題は文化の変遷と法律の変化によって自然に解決され、またそのように解決されることが望ましい。女性が持つ人間としての尊厳性に対する尊重を命ずる憲法の精神と原則は戸主制のような技術的記号の体系が侵犯できる領域外にある）。

6. 裁判官キムヨンイルの上記反対意見の別個意見

私は民法第781条第1項本文後段が規定する子の父家入籍原則が、それ自体としては違憲とは解さないが、民法第781条第1項本文後段は、その原則に対する例外の定めと関連して次のような理由で違憲と考えるので、別個意見を表明する。

妻の夫家入籍原則については、婚姻の取消しまたは離婚や夫の死亡の場合に実家復帰、一家創立などで夫の家籍から離脱できる道が開かれている（民法第787条）。しかし、子の父家入籍原則については父が外国人であるとき（民法第781条第1項ただし書）、父を知ることができないとき（同条第2項）、入夫婚の場合（民法第826条第4項）など母家に入籍できる例外的規定をおくだけで、それは全て父家への入籍が不可能な場合に限定されその範囲があまり狭いという点で、多数意見が指摘するように次のような問題がある。

第一に、父母が離婚した場合には母が子女を養育する場合が非常に多い実情で現実的に母が子女の養育者に指定され生活共同体を形成していても、子女は民法第781条第1項本文後段に従い、依然として父の戸籍に残ることになる。即ち、そのような場合に当事者である子女がいくら父家を出て母家に入籍を望んでも、その子女は依然として父家に所属してその父が子女の戸主であるが、母は住民登録上の同居人に過ぎない。

さらに、未婚の母が子女を出産した場合に父が認知しなければ「父を知ることができない者」として母家に入籍するが（民法第781条第2項）、生父が認知すれば母や子女の意思に関係なく父の戸籍に入籍する。生父が母と婚姻する意思がなく、子女を養育する意思がない場合も同様である。

上記の場合は、子の入籍と関連し現実には合わず不合理に子の意思をあまりにも制限して母を実質的に差別するものであるから、個人の尊厳および平等の原則に反す

るものとして違憲とせざるを得ないところ、そのような問題は全て子の父家入籍原則に対する例外が狭小に設定しているところにあるから、この場合違憲の責任は子の父家入籍原則を定めている民法第781条第1項本文後段に求める以外にない。

他方、夫が妻の血族でない直系卑属を入籍するには妻の同意という制限がないのに(民法第781条第1項後段または第782条第1項)比較して、引収入籍に関して規定する民法第784条は妻が夫の血族でない直系卑属を家に入籍させるのに夫の同意が必要としており、この場合にその直系卑属が他家の家族であるときにはその戸主の同意を得るように規定している。本条項と同様に戸主制と関連して女性を實質的に差別する条項として指摘されているが、本件審判対象と直接の関連があるものとは解しがたい。

結論としては、私は本件審判対象の中の第778条、第826条第3項本文は憲法に違反しないと解するが、ただし、子の父家入籍原則を規定している第781条第1項本文後段はその原則自体が違憲ではなく原則に対する例外の狭小な設定から個人の尊厳および平等の原則に反する結果となるので憲法に違反すると解する。

7. 裁判官キムヒョジョンの反対意見

私は、本件の各審判対象条項中の民法第781条第1項本文後段、第826条第3項本文について違憲との多数意見と見解を同じくするが、民法第778条については多数意見と見解を異にするので、以下に反対意見を述べる。

ガ. 戸主制および家制度とその関連条項

(1) 戸主制および家制度の概念

戸主制の概念を定義しても、その効果を特に規定する法律条項はない。戸主制度は民法第4編第2章「戸主と家族」、同編第8章「戸主承継」を中心に一定の法律条項を括りそのような法律条項が規律する法的状態を指称するもので、現行民法の個別法律条項を総合してみれば、結局「戸主制」とは「戸主を頂点に家という觀念的な集合体を構成・維持して、そのような家を原則的に直系卑属男子に承継させる制度」と集約して整理できよう。そして法的意味での「家」は戸主を中心に戸主と家族という身分関係で相互間に法律上連結された觀念的な戸籍上の家族集団を意味するといえよう。

ただし、そのように把握した戸主制および家制度の概念は、現在存在する実情、制度の原則的な姿、それもその概略的な輪郭だけを反映することに留まるものであり、そのような概念が固定化され戸主制がその概念から必然的に父系血統主義を貫徹するための手段であると断定するのは難しい。

(2) 現行法上の関連規定の構成体系

民法第778条は「一家の系統を継承した者，分家した者またはその他の事由により一家を創立したか復興した者は戸主になる」と規定して戸主を定義しており，家に関して直接定義した条項はないが，民法第779条は「戸主の配偶者，血族とその配偶者その他本法の規定によりその家に入籍した者は家族となる」と規定してその構成員の範囲を定めている。

そこで，その戸主制および家制度の基本的枠を定めている民法第778条は，実質的には特別の内容を決めない形式的な規定に過ぎず，その具体的な内容は他の個別規定で定めている。そして，家族の範囲も同じく民法第779条だけで確定できず，配偶者，血族などに関する他の個別規定が適用されてこそ具体化され特定できる。即ち，立法者は戸主制および家制度に関する民法の規定などを立法技術的に形式的な枠を定めた基本条項とその実質的内容を定めた個別条項に分けて規定するのである。そのような条文の構成体系だけみても，戸主制が父系血統主義または男性優越主義と連結しているとの痕跡を基本条項である民法第778条に探すことは困難である。

したがって，抽象的な一般論に基づいて戸主制および家制度全般に本質的に違憲性が内包していると解する多数意見は再考する必要があり，その違憲の当否を判断するには制度全体の大枠の性格を参考にしながらも，違憲の当否が問題になる個別条項を綿密に検討して違憲的な要素とその範囲を正確に選り分ける作業を先行する必要があり，その点が充分に考慮されないままに戸主制および家制度を構成する個別条項に違憲性があるとの理由で基本条項である民法第778条も違憲と判断するには問題がある。

(3) 戸主制および家制度の基本的性格

戸主制と家制度の基本的な性格，特に戸主の法的性格に関しては，戸主制と父系血統主義が密接不可分の関係にあると解する，いわゆる継宗制度説が主張されているが，現行民法上で戸主がいかなるときも男系の血統に従い承継されるのではない点などを考慮すれば，戸主は家の形式的な主宰者として戸籍上の基準者の地位に過ぎないと解するのが相当である。このように戸主制の法的性格について混乱があるにもかかわらず，極めて保守的な見解に従って戸主制が本質的に父系血統主義を維持するための手段と断定する多数意見には賛成し難い。

民法第778条は家制度を前提にしており，一家の他の構成員と区別される戸主という地位を想定しているところ，そのような男性優越主義的性格傾向は，民法第781条第1項本文後段と民法第826条第3項本文の個別規定に反映されているだけで

ある。

ㄥ. 戸主制と家制度の憲法的意義

(1) 家族制度の憲法的保障

憲法第36条第1項は「婚姻と家族生活は個人の尊厳と両性の平等を基礎に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」と規定している。本条項は、婚姻と家族生活は個人の尊厳と両性の平等を基礎に成立し維持されなければならないという内容と国家は個人と家族生活を保障しなければならないという内容を併せて定めている。論理的にみれば、国家が婚姻と家族生活の存在を保障しなければならないという原則的な当為命題と、さらにこれを土台にその具体的内容が個人の尊厳と平等を基礎に形成されねばならないという二次的な当為命題をともに決めていると解するのが相当である。他方、憲法は第9条で「国家は伝統文化の継承・発展と民族文化の暢達に努力しなければならない」と規定し、例えば家族制度に込められている内容が伝統文化または民族文化に抵触すれば、これもまた憲法的な保護の対象となり、場合によっては憲法第36条第1項が定める憲法的価値、即ち婚姻と家族生活での個人の尊厳と両性の平等という価値と衝突しこれを解決するための憲法的解釈が求められるのである。それゆえに、ここで見落としてはならない点は、憲法第36条第1項は一次的には如何なる場合にも婚姻と家族生活自体は保障することを明らかにしているので、婚姻制度と家族制度の存在それ自体は互いに相違する価値観の対立にもかかわらず維持されるべきというのが憲法制定権力者の価値的決断という点である。

とすれば、家族制度を保障する憲法第36条第1項の憲法的意味をどのように理解すべきであろうか。

まず、憲法第36条第1項は、伝来の家族制度を立法者の自由な処分から保護するために家族制度に対する制度保障を規定しているものと解すべきである(憲裁 2002.8.29.2001 憲ㄎ 82, 判例集 14-2, 180 参照)。

制度保障は、客観的の制度を憲法に規定し当該制度の本質を維持しようというもので、憲法制定権力者が特に重要で価値があると考える制度を憲法に規定することにより将来の法の発展、法形成の方針と範疇を第一に規律しようとするところにその目的がある。この制度保障は、主観的の権利ではない客観的の法規範という点から基本権と区別されているが、憲法によって一定の制度が保障されれば立法者はその制度を設定して維持する立法義務を持つだけに留まらず、憲法に規定されているために法律としてこれを廃止できず、仮に内容を制限したとしてもその本質的内容を侵害できない(憲裁 1997.4.24.95 憲 48, 判例集 9-1, 444, 445 参照)。

したがって、立法者は憲法的に保護される家族制度を法律として具体的に形成できるが、その立法的形成は家族制度自体を廃止できないのは云うまでもなく、その本質的内容を侵害しない限界内で成さねばならないのである。そして制度保障の対象である家族制度は、その存在自体若しくはその本質的内容を保障するために必要な範囲内で一定部分の国民の基本権制限を正当化する事由となるものであり、その範囲内で立法者は家族制度の存置の正当性に対する論証責任から解放されると解すべきである。

（2）家制度の憲法的意味

家制度は、上記のような憲法的保障の対象である家族制度の私法上具現した形態といえよう。家族制度の保障のためには、家と家族という概念を法的に明白に規律する必要があり、これでもって公権力に対するまたは公権力による保護の対象と範囲がより明白になり、家族制度保護のより確固とした基礎を固められるのである。例えば、家族の解体または軽視を招くような公権力の作用に対しては、それから防禦されるべき対象が事前により明白に認識されるし、租税行政や給付行政などの領域で家族を支援する政策を樹立・施行する際にその支援の対象を民法上の家と家族という概念を基礎にしてこれを直接または修正して使用することで公権力公使の統一と公平性を期することを期待できる。

家制度と個人の間を引き起される緊張関係から発生する憲法問題は、以下で再度検討してみよう。

（3）戸主制の憲法的意味

憲法が保障する家族制度と民法上の戸主制の間に必然的な相関関係があるとみるのは困難である。家制度が民法上で認められ、家と家族を公示する戸籍制度が認められるならば、少なくとも戸籍上の筆頭者としての意味があるが、それは憲法が直接求めているというよりは立法政策上の問題に過ぎないものとみられよう。ただし、家族制度の維持や強化が求められればその求心点としての戸主の地位が必要との観点がありうるが、その場合にも家と家族の間の紐帯感または連帯感に対する象徴的な意味以上を持つことは困難で、やはり立法政策的に決定される問題と考えられる。

ただし、戸主制と関連して、個人の尊厳と両性の平等という憲法的価値と伝統文化という憲法的価値の間でどの範囲で実際に調和するような解釈が可能かという問題になるが、この点に関しては以下に詳細に述べる。

4. 民法第778条の違憲の当否

（1）問題の所在

多数意見が戸主制について違憲性の根拠としている戸主承継順位での女性の差別

などの事由は、憲法第36条第1項前段に抵触するとしており、それに基づく違憲論は充分に受容しうる。したがって、そのような事由に該当する関連個別規定は憲法に違背しそのままでは維持できない。同じ脈絡から子の父家入籍を規定していることにより、父系血統主義的な要素のある民法第781条第1項本文後段、および妻の夫家入籍を規定していることにより男性優越主義的な要素のある民法第826条第3項本文は、上記のように憲法に違反するとの多数意見に賛成であるので、それに関する判示理由をすべて援用する。

しかし、民法第778条に関しては、多数意見が戸主制が個別規定の内容から飛び出てその本質上性役割に関する固定観念に基づく差別をしており個人の意思に反して家族団体である家に所属するか戸主の地位を与えられることが、法律的に強制されるのが個人の尊厳に反するとみて違憲と解しているが、これについては同意できない。

民法第778条がその意味に込める重要な規範的内容は、家の存在を認めて[解釈上個人は家に所属しなければならないという要請を導き出す]、その家には法律が定める一定の方法により決定される戸主がいなければならない、という2点である。

多数意見は、上記のそれぞれの規範的内容が憲法第36条第1項に抵触していると解しているので、以下ではそれらの事項の憲法的適合性に関して明らかにしたい。

(2) 民法第778条の規範的内容

民法第778条は戸主となる者として「一家の系統を継承する者」、「分家した者」、「その他の事由により一家を創立したか復興した者」をいうが、ここでも先に条文の構成体系と関連してみたように父系血統主義的・男性優越主義的要素を見出すことはできない。

第一に、「一家の系統を継承した者」に関してみれば、これに関しては戸主承継に関する民法第984条以下の個別条項が規定している。民法第984条が定める戸主承継順位は被承継人の直系卑属男子を最優先したもの(同条第1号)だけを見ても、父系血統主義的な要素が強く反映しているのは事実である。しかし、そのような両性差別的要素は民法第984条およびその関連個別規定が違憲である解し、その効力を喪失させるか立法的改善がありさえすれば解消できる問題であり、上記のような違憲の要素が基本条項である民法第778条に本質的に内在された問題と解するのは論理的飛躍である。

次に、「分家した者」に関しては、家族が婚姻する場合には法律上当然に分家する法定分家制度(民法第778条本文)が特に問題となる。ここで女子は婚姻により

夫の分家戸籍に入籍することで（民法第826条第3項本文）上記法定分家の対象に含まれないから、そのような法定分家に関する個別規定などによれば男性優越に立脚した女性の差別が存在すると解する余地がなくはない。しかし、それは法定分家制度または妻の夫家入籍原則に内在する問題に留まり、法定分家と同様に両性を均等に取り扱う任意分家（民法第788条第1項）の場合にも適用されている民法第778条所定の「分家した者」に内在する問題と解することはできない。

さらに「その他の事由により一家を創立したか復興した者」に関して見てみよう。一家の復興は、復籍の場合に一家創立と選択できる制度であるから（民法第786条第2項、第787条第3項）、復籍と一家創立を併せて述べよう。一家創立が認められるには多様な事由（民法第781条第3項本文、第782条第2項、第786条第1項、第787条第1項、第2項など）の中で特に両性差別的要素を見出すのは困難であるが、ただ、妻が婚姻の取消または離婚により一家を創立するか実家に復籍できるとする条項（民法第787条第1項）が女子の地位を別異に規定していると解する余地がある。とはいえども、この場合にも復籍または一家創立は妻の夫家入籍原則の反射から婚姻関係が解消される場合の処理を規定するもので独自の意味があるとは解し難く、これをもって女子を差別するものと解するとしてもそれは個別規定に局限された意味であるから、民法第778条と連関させることではない。

したがって、民法第778条が規定する個々の事由を検討しても、それが個別規定と連関していない以上、その規定自体が個別規定の内容を離れて本質的に性別に関与する固定観念に基づいた差別をしているとは解し難く、民法に家なる概念と戸主という概念を導入していることから、その形式的で基本的な枠だけを示しているだけである。そこで、残った問題は家の存在と戸主の地位を認める措置の憲法適合性にあるといえよう。

（3）家の存在の認定

憲法第36条第1項によれば、家族制度が憲法制定権力者によって特に保護の価値があると認定されていることは先にみた通りであり、その範囲で憲法は個人の基本権と抵触する場合にも家族制度自体は維持すべきという価値的決断を第一に明らかにしたものと解すべきである。したがって、この部分に関して立法者が持つ形成的自由は、憲法第36条第1項が定める基準に抵触しない限り非常に広範囲であると考えられ、立法者が形成する法的規律が家族制度の趣旨に反するか恣意的措置となるなど著しく不合理ではない以上、これを憲法に違反するとはみられない。故に、先に述べたように家族制度に関する法律的基础を強固にして家族間の法律関係を明確にするために民法が家制度をおくことは憲法が保障する家族制度を形成し維持する

のに寄与するのであるから、法的概念としての家の存在自体を規定する民法第778条が憲法第36条第1項をはじめとする憲法に違背すると解することはできない。

そして、法律上強制的に個人が家に属することが個人の尊厳に反するののかに関する問題は、人間と社会間の関係に関する深い洞察を要するといえよう。人間の理性を絶対化して人間を抽象化された孤立的な個別存在と把握する立場からは、個人が自身の意思に反して他人との関係を取り結ぶことについて否定的見解を持つであろう。しかしながら、他方では、現実に存在する具体的人間は、他人との関係においてのみ存在可能との実存的構造を持つと理解する立場からは、社会的存在としての個人が他人と関係を結ぶ原初的な出発点である家族関係を法的観念に反映することは、むしろ人間の本性に符合するとの見解を持つであろう。このように人間とその存在様式が多様な見解から異なる理解になることを考慮すれば、憲法自ら保護しようとする家族に各個人が属するような立法的措置が個人の尊厳を侵害すると断定するのは困難である。かえって、憲法は、各個人は家族関係で社会的関係の強固な基礎を求めべきであり、これを基礎にして始めて社会的連帯性の強化と政治的統合が可能との前提に立つものと解すべきである。

同様に、民法第778条が、個人が家に属すべきと規定していたとしても、その規定自体はそれによる法律効果を全く規定していないから、民法第778条が規定する家と個人の関係は観念的なもので象徴的な意味以上を持つものではなく、それに因る基本権侵害の程度が甚大とは解し難い。憲法が、明文の規定をおき家族制度を特に保障するのは、家族制度の存立のために上記のような最小限の制約は個人が受容できないことを前提にしていると解すべきである。

したがって、民法第778条が家の存在を規定し個人がそれに属するからといって、これを憲法に違背するとは解することはできない。

(4) 戸主の地位

(7) 民法第778条は、上記のような家族制度に根付いた個々の家に戸主をおいているところ、それは以下で検討するよう我々の伝統文化に根づくものと解するのが相当である。

即ち、高麗の家族制度は父系血統主義を基礎にしていたが、妻が婚姻により本来の血族集団の構成員としての身分と夫の血族集団の構成員としての身分を同時に持っていたために妻(母)側が尊重され妻(母)の地位が劣悪ではなく、家族関係が家父長的な構造を持つてはいなかった。高麗史食貨志によれば、戸籍には戸主および戸主と同居する子供・兄弟・姪・婿などの親族の世系は言うまでもなく、奴婢やその世系までも記録することとしていた。

朝鮮時代にも中期までは、財産相続において子女の均分相続が認められ、祖上に対する奉祀も子女が輪行するなど、女子の地位は男子に比べて劣等ではなかった。経国大典にも戸籍は戸主の四祖と戸主の妻の四祖が記録され、家族として率居する子女と婿そして奴婢などを記載するとして、根本的には高麗の戸籍制を受け継いでいた。しかし、その後しばらくして姓氏制度が整備され体系化し、垂直的父系血族主義と結合して父系血統主義が強化されて必然的に家族制度の変遷を招き、女子の地位を極めて劣悪にさせ親子制度を始め婚姻制度・相続制度の全般に亘って深刻な影響を及ぼした。

他方、朝鮮の家族制度は1896年に「戸口調査規則」が勅令により公布され新たな戸籍制度が施行されたが、戸主の四祖だけを記載させ家族制度が一層男系中心の父系血統主義へと進展した¹⁷⁾。

このように戸主の具体的な地位は時代の変化に従い異なっているが、戸主という観念自体は家族制度に家父長的性格が強く表れたかどうかと関係なく一貫して維持されて来た。これは少なくとも家族制度と共に「戸主」という観念は我々の伝統文化に深く根付いた文化的沈殿物と云い得ることを示しているから、憲法第9条によってその継承・発展が保障される必要がある。

(ㄱ) 他方、戸主という観念を認めれば、戸主と家族間には家族内での地位に差異が存在し、戸主の地位が強要されるから、これが個人の尊厳に反するのか、戸主でない家族の平等権を侵害するのが問題になる。

そのような問題状況では、憲法第36条1項前段が規定している憲法的価値と憲法第9条が規定している憲法的価値の衝突が生じるが、憲法自ら互いに抵触する価値を憲法秩序内に受容しながらその衝突関係を解決するだけの明確な基準を提示しないのは、立法者が衝突価値を巡る利益状況を正確に診断して法共同体の構成員の価値的志向性に委ねている政治的意思を修練し衝突するそれら価値が有する妥当領域の間の境界を法律で定めようとの意味と解される。それに従えば立法者に立法の方式・内容・形式の決定における一定の形成の自由（Ge Stal Tung Frei Heit）、即ち立法裁量が原則的に帰属する。しかし立法者の立法裁量も一定の限界を持つものであり、立法者が具体的に立法的形成をする場合に司法的審査の範囲は立法者の立法裁量の行使がその限界を逸脱しているかどうかにより局限され、その審査における基準は立法権の恣意的な行使ではあってはならないとの恣意禁止の原則を基準におかねばならない。

(ㄷ) それを前提に民法第778条が抽象的な「戸主」という観念を導入するのが、立法裁量の範囲に属するののかに関して述べる。

第一に、家族制度が存在すれば、その家族構成員の求心点になる戸主という観念を導入することは、かえって自然な現象と解される。家籍を戸籍編製の基準におく場合には戸主を中心に各家族構成員の関係を表示することが、戸籍事務の能率が期待でき読解性を高めるだけでなく、家族の求心点としての戸主を認めて家族構成員である子女の姓が統一して整えられるように規律するなどの措置は、家族の紐帯感と連帯性をより強化する側面があり家族制度の存続、維持に寄与するところがなくはない。さらに我々の伝統に根付く戸主制は、生存する尊属に対する奉養と死亡した祖上に対する奉祀と無関係ではなく、これを美風良俗として感ずる伝統的民族意識が投影していることから、これを継承・発展させるために戸主という観念を立法に反映させることをもって、立法裁量を濫用したとは解し難い。現行民法に至り旧法上持っていた戸主の實質的権限は相当部分排除され、戸主の地位が単なる戸籍上の基準者、即ち筆頭者の地位に過ぎなくなった点を考慮すれば、戸主の観念を民法に導入しただけで戸主でない国民を差別してその基本権が深刻に侵害されたと解するのも困難と判断する。したがって、両性の平等を侵害するなどの違憲の要素のある個別規定が効力を喪失するか合憲的に是正されれば、極めて形式的、抽象的に戸主の観念だけを認める民法第778条が立法裁量に反する違憲の規定とはいえない。

そして例えば、戸主制を維持してその戸主承継の順位を男女の区分なく世代（行列）と年齢の順で一応規定し、家族構成員の合意などによってその順位を変更できる道を開けば、父系血統の維持に対する自負心が高まる家系では父系血統に従う戸主承継をそのまま維持でき、父系血統主義を封建的悪習とみる家系ではこれとは異なる方式で戸主を決定できよう。それぞれ異なっていく各個人または家族集団の趣向と意思決定に国家が干渉する必要はない。このように個人の権利保障の領域と伝統文化の領域が調和をもたらす可能性がまったくなく、これを全的に排除したまま戸主制全般に影響を及ぼす民法第778条を包括的に違憲と判断するのは、かえって伝統文化の継承・発展に障害要素として作用する点でさらに大きな問題点を抱えている。

さらに、民法第778条によって戸主制になることが強要される点についても、誰が戸主になるかも民法第778条により直ちに決定されるのではなく個別規定の内容を総合してこそ判断が可能であるから、その具体的決定方法に問題があれば、その個別規定が違憲であるのであって民法第778条を当然に違憲と解することはできない。先に述べたように立法的形成の内容によっては誰が戸主になるかを当事者の合意によって定める方式を採用することもできるから、民法第778条が特定の個人が戸主になることを強要しているとは解しがたい。そして、戸主は単に戸籍上の基準

者または筆頭者の地位を持つに過ぎず、現実的に個人の身体と行動の自由に大きな影響を及ぼさず象徴的な意味だけを持つと解されるから、そのような意味とは社会構成員らの価値観に従い別異に評価されうる相対的なものである。したがって、民法第778条によって個人の尊厳が多少の影響を受ける側面があったとしても、それは相対的なもので過大評価されるものではない。さらに戸主制が家族制度の存続や維持に与える、先に述べた肯定的効果を考慮すれば、民法第778条が一家の観念的筆頭者として戸主という概念を認めてそれに従って意思に反して戸主になる場合が生じたとして、それが著しく差別的な方式による個人の尊厳を侵害する違憲的な措置とはいえない。

(라) とすれば民法第778条が戸主に関して規定していることも立法者の立法裁量の範囲内で生じた措置といえるから、これを憲法第36条第1項に違背する違憲な規定とはいえない。

다. 結 論

以上の理由で、本件審判対象条項の中の民法第781条第1項本文後段と民法第826条第3項本文は憲法第36条第1項に違背すると思われるが、民法第778条は家族制度の保障のための立法裁量の範囲内で生じる立法的措置として憲法に違反しない。

2005年2月3日

裁判長裁判官 ユンヨンチョル
主 審 裁 判 官 キムヨンイル
裁 判 官 グォンソン
裁 判 官 キムヒョジュン
裁 判 官 キムキヨンイル
裁 判 官 ソンインジュン
裁 判 官 チュソンヒ
裁 判 官 チョンヒョスック
裁 判 官 イサンギョン

- 1) 憲法前文「悠久の歴史と伝統に輝く我が大韓民国は3・1運動により建立された大韓民国臨時政府の法統と不義に抗拒した4・19民主理念を継承し、祖国の民主改革と平和的統一の使命に立脚して正義・人道と同胞愛により民族の団結を強固にして、すべての社会的弊習と不義を打破して、自律と調和を基礎に自由民主的基本秩序を一層確固にして政治・経済・社会・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、自由と権利による責任と義務を完遂させ、内にあっては国民生活の均等な向上を期し、外にあっては恒久的な世界平和と人類共栄に貢献することにより我々と我々の子孫の安全と自由と幸福を永遠に確保することを誓いながら1948年7月12日に制定され8次に亘って

改正された憲法をここに国会の議決を経て国民投票によって改正する。1987年10月29日「憲法第4条「大韓民国は統一を志向し、自由民主的基本秩序に立脚した平和的統一政策を樹立しこれを推進する」

- 2) 憲法第10条「すべての国民は人間としての尊厳と価値を有し、幸福を追求する権利を有する。国家は個人の有する不可侵の基本的な人権を確認してこれを保障する義務を持つ」
- 3) 憲法第11条第1項「すべての国民は法の前で平等である。何人も性別・宗教または社会的身分によって政治的・経済的・社会的・文化的生活のすべての領域において差別を受けない」憲法第36条第1項「婚姻と家族生活は個人の尊厳と両性の平等を基礎に成立され維持されなければならない、国家はこれを保障する」
- 4) 憲法第37条第2項「国民のすべての自由と権利は国家安全保障・秩序維持または公共福利のために必要な場合に限り法律で制限することができるが、制限する場合には自由と権利の本質的な内容を侵害してはならない」
- 5) 制憲憲法(1948年7月17日公布)第8条第1項「すべて国民は、法の下に平等であって、性別、信仰または社会的身分により、政治的、経済的、社会的生活のすべての領域において、差別を受けない」(金熙鎮『韓国の憲法』(敬文堂、1969年)250頁)。
- 6) 1980年憲法(1980年10月27日公布)第34条第1項「婚姻と家族生活は個人の尊厳と両性の平等を基礎に成立し維持されなければならない」(丘秉朝『第2補訂版 新憲法概論』(ソウル博英社、1992年)438頁)。
- 7) 韓国の男児選好思想は出生性比に如実に表われている。女兒100名当りの男児数は、1970年109.5人1980年105.3人1990年116.5人2000年110.76人2004年108.2人である。因みに韓国の合計特殊出生率(女子1名が妊娠可能な期間に出産した平均出生子数)は、1970年4.53人1980年2.83人1990年1.59人2000年1.47人2004年1.16人で、日本は、1970年2.13人1980年1.77人1990年1.54人2000年1.36人2004年1.29人である。韓国の統計は統計庁 <http://www.nso.go.kr/newnso/> より、日本の統計は厚生労働省 <http://www.mhlw.go.jp/> より。
- 8) 韓国の離婚率(千人当)は、1970年0.4%、1980年0.6%、1990年1.1%、2000年2.5%、2003年3.5%、2004年2.9%で(前掲注7)韓国統計庁 HP より)、因みに日本のそれは2000年2.27%、2003年2.25%、2004年2.12%である(前掲注7)厚生労働省 HP より)。
- 9) 総婚姻件数中再婚(男女の一方若しくは男女双方含)の割合は、1997年12.5%、2000年17.9%、2003年22.2%、2004年24.3%(前掲注7)統計庁 HP より)。
- 10) 金嘯洙『親族・相続法第6全訂増補版』(ソウル法文社、2005年)によれば、中国の家族制度は宗法に依拠してきたとの前提で「宗法とは封建貴族の親族組織であり、氏族制度の一種である。その特徴をみれば1つ目に父系的、二つ目に父権的、三つ目に父治的」(16頁)と述べ、韓国は「高麗時代までは中国の宗法制度が移植されなかったことが明らかであり、朝鮮朝に至り中国の宗法制度がわが国に完全に継受され、この宗法制に従い大家族制度を持っていた」(19頁)とある。韓国の宗法制度については、青木清「韓国法における伝統的家族制度について 宗法制度との関連を中心に」(名古屋大学法政論集87号(1981年)273頁以下)に詳しい。
- 11) 民法第1008条の3「墳墓に属する一町歩以内の禁養林野並びに六百坪以内の墓土である農地、族譜および祭具の所有権は祭祀を主宰する者がこれを承継する」。1990年改正前は

996条で定められていて「戸主相続人がこれを承継する」としていた。この承継する祭祀主宰者については、戸主承継人が当然に承継するという説とそうとは限らないとの説に分かれている（金嘯洙・前掲注10）559頁）。

- 12) 男婦女家婚とは、高麗時代から朝鮮時代中期まで一般的であった婚姻の風習とされ「婚姻後男子が女子の家にでかけ生活する婚姻形態」を指す。金相琫「韓国における戸主制廃止に関する議論（上）」戸籍時報570号24頁（27頁）を参照。
- 13) 「輪廻奉祀」「輪行奉祀」とは「男子と女子が交互に先祖の祭祀を奉祀する」ことを指す（金相琫・前掲注12）27頁参照）。
- 14) 朝鮮時代前期の相続制度に関しては、申榮鎬『朝鮮前期相続法制』（ソウルセチャン出版社、2002年）。また韓国の1960年民法改正前の相続法は、金嘯洙・前掲注10）724頁を参照。
- 15) 「経国大典」（1469年）とは、朝鮮朝時代のそれまでの各種法令を集大成した成法典で1470年に公布され、「大典会通」（1785年）は、朝鮮朝の大院君時代（1863年～1907年）に編纂された法典（以上武田幸男編『朝鮮史』（山川出版社、2000年）176、222頁）。韓国の朝鮮戸籍令までの戸籍制度については、崔弘基「韓国戸籍制度の発達」（利谷信義編『戸籍と身分登録』（早稲田大学出版部、1996年）165頁以下、金相琫『家族法研究』（ソウル法文社、2002年）255頁以下を参照。なお、朝鮮朝時代とは、1392年から1897年の大韓帝国成立までをいう。
- 16) 親迎禮とは「男子が女子に直接会って婚礼を行い直ちに男子の家で生活する婚姻形態」を指す。金相琫・前掲注15）298頁参照。
- 17) 朝鮮の戸籍制度は1894年の甲午改革で身分制度が撤廃され、その2年後に「戸口調査規則」が制定された。その段階でも「戸籍編製の単位は現実生活共同体である戸であり、その点においては以前の戸籍編製方式と異ならなかった」が、その後の統監府による1909年の「民籍法」以後から「日本名称の民法の家と家に属する個人の身分関係を公示、証明する身分登録制度としての体系を持つことになり、「その後朝鮮戸籍令が公布（1922年12月28日）、施行（1923年7月1日）されるまで」適用され、「父系血統中心の抽象的な家を戸籍編製の単位に設定」されていた。（以上は、2005年7月2日の憲法裁判所第47回憲法実務研究会での金相琫釜山大学法科大学校教授の発表文「家族法上の憲法的諸問題」6、7頁を参照した（憲法裁判所 HP（<http://www.ccourt.go.kr/>））。また、坂本真一「敗戦前日本国における朝鮮戸籍の研究」青丘学術論集10号（1997年）213頁以下では、朝鮮戸籍令制定前後の戸籍制度を詳しく論じている。