九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

公法判例研究

九州公法判例研究会

水島, 玲央
九州大学韓国研究センター : 特任講師

https://doi.org/10.15017/1520995

出版情報：法政研究. 82 (1), pp.99-115, 2015-07-27. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

公法判例研究

九州公法判例研究会

韓国の梨花女子大学ロースクール事件

（憲裁二〇一三・五・三〇・二〇〇九憲マ五一四）

水島玲央

【事実の概要】

原告[1]は男子大学生Aと、大学を卒業して法学専門大学院（日本でいう法科大学院のこと。以下「法科大学院」とする）への入学準備をしていた男性Bであり、ともに二〇一〇年度に法科大学院進学の準備を進めていた。

被告は韓国の教育科学技術部長官（以下「教育部長官」とする）と、学校法人梨花学堂（以下、「梨花女子大学」とする）である。

二〇〇八年九月一日に、梨花女子大学が法科大学院の設置認可を求めて教育科学技術部（現在の教育部）に入学選考計画を提出したが、当該入学選考計画では入学資格を女性だけに与えていた。だが教育部長官は梨花女子大学の入学選考計画そのままに法科大学院の設置認可を与え、入学資格を女性のみとする部分について是正措置をしなかったため、その不作為によって、男性である原告の平等権、職業選択の自由、教育を受ける権利が侵害されたとして、憲法訴願審判を請求したものである。

また、梨花女子大学に対しても、法科大学院の募集要項が女性のみを入学者の対象をしていることから、男性差別であるとして憲法訴願審判を請求した。

【判旨】

一　主位的請求に対する判断

（一）適法要件に対する判断

この事件では、まず原告による憲法訴願審判請求が適法であるかどうかが判断されている。憲法裁判所は、「憲法訴願審判においては原則的に公権力の行使または不行使の直接的な相手方のみが自己関連性を認められ、公権力の作用に単に間接的であったり事実的または経済的な利害関係があるだけの第三者の場合には、自己関連性が認められない」としながらも、「公権力作用がその第三者の基本権を直接的で法的に侵害している場合には、例外的にその第三

者に自己関連性がある」とした。

そうしたなかで本件については、「全ての法科大学院の総入学定員が限定されている状態で本件認可処分が、女性のみが進学できる女子大学に法科大学院設置を認可したことは、結局原告のような男性が進学できる法科大学院の定員が女性に比べて少なくなるという結果をもたらし、原告の職業選択の自由、平等権を侵害する可能性があるので、本件認可処分の直接的な相手方ではない第三者である原告にも基本権侵害の自己関連性が認められる」とした。

次に請求期間については、韓国における憲法訴願審判は、「基本権の侵害事由があることを知った日から九〇日以内に、その事由がある日から一年以内に請求しなくてはならない」ので、本件認可処分は二〇〇八年九月一日に行われ、原告のAは二〇〇九年六月一六日に国選弁護人の選任申請を行ったため請求期間を遵守しているが、もう一人の原告であるBは二〇〇九年九月八日に憲法訴願審判を請求したため、一年を経過しており不適法であるとした。

なお憲法裁判所は本件募集要項について、「憲法訴願の対象となる行為は、国家機関の公権力作用に属さなくてはならない」とし、「ここでの国家機関は、立法・行政・司法などの全ての機関を含み、間接的な国家行政、例えば公法上の社団、財団などの公法人、国立大学（…）のような営造物等の作用も憲法訴願の対象となる」としたが、「梨花女子大学は私立大学であり、国家機関や公法人、国立大学のような公法上の営造物に該当せず、一般的に私立大学とその学生との関係は私法上の契約関係なので、（…）公権力の主体としたり、その募集要項を公権力の行使とみることはできない」として、本件募集要項は憲法訴願審判の対象になりえないとした。

（二）本件認可処分に対する判断

憲法裁判所は、本件認可処分に対して判断をするにあたり、「ひとつの規制によって多くの基本権が同時に制約を受ける基本権競合の場合には、基本権侵害を主張する原告の意図及び基本権を制限する立法者の客観的動機などを斟酌して事案と最も密接な関係があり、また侵害の程度が大きい主な基本権を中心としてその制限の限界を検討してみなくてはならない」として、平等権や教育を受ける権利については、法科大学院に入学できる可能性が低くなることを主張しており職業選択の自由の問題と重複するため、本件では職業選択の自由を中心に論じるとした。

憲法裁判所はまず、設置認可の申請をした大学のうち梨

花女子大学は五位であったとして、本件認可処分が「決して女性優待を目的としたものではなく、（…）女子大学としての伝統を維持しようとする梨花女子大学の大学の自律性を保障しようとしたものである」ため、目的の正当性があり適合な手段であるとした。

次に、梨花女子大学が「一八八六年に韓国女性に新教育の機会を与えるために設立された国内最初の女性の高等教育機関として、一二〇年以上女子私立大学の伝統を維持し、教育目標は「国家と人類社会の発展に貢献する女性指導者養成」としている。したがって梨花女子大学のアイデンティティの核心は「女性高等教育機関」という点であり、教育目標の核心は女性指導者養成にある。したがって梨花女子大学が女子大学としてのアイデンティティを維持するか、男女共学に転換するかは、私立大学である梨花女子大学のアイデンティティの本質的な部分に該当する」とした。そして「女性という条件を削除し、男性も学生として受け入れようとしたり、もしくは女子大学としての伝統を勘案し、男性の入学自体を禁止しない代わりに、一定の比率の女性の配分を与える方法を選択したのであれば、男性志願者の職業選択の自由を制限する程度がより緩和されるであろうが、これはすなわち梨花女子大学のアイデンティティを毀損させることになるので、迂闊に対案とするのは難しい問題である」とした。

一方、原告の職業選択の自由を侵害するかどうかについては、原告は「梨花女子大学以外に全国の二四の他の法科大学院、総一九〇〇名の入学定員に志願することができ、入学して所定の教育を終えたあと弁護士試験を通じて法曹人になれる充分な可能性があるので、本件認可処分によって原告が受ける不利益が過度に大きいとみるのは難しい」として、本件認可処分が原告の「職業選択の自由と梨花女子大学の大学の自律性のあいだに、適正な比例関係を維持しているということができる」とした。

そして「学生の選抜、入学の選考も私立大学の自律性の範囲に属するという点、女性の高等教育機関という梨花女子大学のアイデンティティに照らして、女子大学という政策の維持については、大学の自律性の本質的な部分に属するという点、本件認可処分によって原告（…）が受けた不利益が大きくないという点を考慮すると、本件認可処分は原告の職業選択の自由と大学の自律性という二つの基本権を合理的に調和させたものであり、両基本権の制限において適正な比例関係を維持したものである」として、「本件認可処分が原告（…）の職業選択の自由を侵害し、憲法に

違反するとはいえない」と判断した。

二　予備的請求に対する判断

憲法裁判所は予備的請求に対しても判断を下している。憲法裁判所は、憲法裁判所法が公権力の行使のみならず不行使についても憲法訴願審判の対象となるとしているが、「行政権力の不作為に対する憲法訴願は、公権力の主体に憲法から由来する作為義務が特別に具体的に規定され、これに基づき基本権の主体が行政行為ないし公権力の行使を請求できるのにもかかわらず、公権力の主体がその義務を懈怠する場合に限って許されるとするのが我が国の裁判所の確立された判例である」とした。

そのうえで、法科大学院の設置・運営に関する法律第三八条の規定[2]が、「教育部長官の是正命令はその文言上、裁量行為であることが明らかであり、憲法規定や憲法解釈上、教育部長官に学校法人梨花学堂の法科大学院募集要項と関連して同法第三八条による是正命令をする義務があるとはみられない。したがって本件不作為に対する審判請求は、憲法から由来する具体的作為義務が認定される公権力の不行使を対象としたものではないので不適法である」とした。

三　結論

したがって原告の本件認可処分に対する審判請求は、「理由がないのでこれを棄却し、原告の残りの審判請求はすべて不適法なのでこれを却下することにし（…）裁判官李鎭盛、裁判官趙龍鎬の一部反対違憲を除いた裁判官全員の一致した意見として主文のとおり決定する」として、教育部長官による認可処分の部分については棄却し、残りの争点についてはすべて却下した。

四　一部反対意見

なおこの判決では、李鎭盛裁判官と趙龍鎬裁判官が一部反対意見を述べている。二人の裁判官は、そもそも本件は原告が梨花女子大学の法科大学院への入学ができないことに対して争っているのではなく、法科大学全体の定員が二〇〇〇名であるうち、梨花女子大学が女性のみ一〇〇名募集するため、実質的に一九〇〇名となりその分法科大学院に進学する可能性が低くなったということを争っている点に注目する。

本件認可処分によって合格可能性が低くなったのは事実であるとしながらも、原告の合格の可能性は、適正試験や学校の成績、面接の結果などによるので、法科大学院の定

員が女性より少ないことが決定的な要素とはいえず、「事実上の不利益にすぎず、本件認可処分によって原告の自由の制限、義務の賦課、権利または法的地位の剝奪が生じた場合とみることはできない」とし、「これにより原告の憲法上の基本権の侵害の問題が生じる余地はないため、本件認可処分に対する審判請求は基本権侵害の自己関連性は備えておらず不適法」であるとして、本件認可処分に対する審判請求に自己関連性がないため、すべての請求を却下すべきであるとした。

【評釈】

一　はじめに

本件は女子大学に法科大学院を設置したことで男性の入学定員が減ってしまうことが、男性差別や職業選択の自由の侵害、教育を受ける権利を侵害されたとして争われた事例である。日本では女子大学に法科大学院が認可された事例がないため、本件のような事例は日本では起こり得ないが、もし女子大学に法科大学院を設置していたらどのような議論が生じるかみていくうえでは、非常に興味深い。

本件では、原告は主位的請求と予備的請求に分けて憲法訴願審判を請求している。主位的請求では、教育部長官が梨花女子大学に入学資格を女性のみに与えた法科大学院設置を認可したことと、梨花女子大学の女性のみに入学資格を与えた法科大学院募集要項について争っている。予備的請求では、教育部長官が梨花女子大学の募集要項が法科大学院の設置・運営に関する法律第二二条[3]の規定に違反しているが、同法三八条に基づき是正命令をしなかったとして、作為義務に対する公権力の不行使であると主張した。

憲法裁判所はこれらの請求のうち、認可処分については判断したが、残りの部分については、募集要項の部分については梨花女子大学が私立大学であるため公権力の行使には当たらないとして審判請求が不適合であるとした。公権力の不行使の部分については、教育部長官の是正命令は義務ではないとして、具体的な憲法問題に入ることなく却下している。

また二名の裁判官は、教育部長官による梨花女子大学に対する認可処分についても、それが原告に対する基本権の侵害に値せず、憲法訴願審判に必要な自己関連性の要件を備えていないとして、全ての請求を却下するよう主張している。

本件は、女子大学に法科大学院を設置して女性のみを定員とすることが男女差別になるかどうか関心を集めた事例

であったが、憲法裁判所はこうした問題をあまり詳細に議論することはなかった。したがって以下では、韓国におけるロースクール制度を紹介したあと、憲法裁判所の判断についてみていくことにしたい。

二　韓国におけるロースクール制度の概観

日本では二〇〇四年からロースクール制度が始まったのに対して、韓国は二〇〇九年からロースクール制度が開始された。だが日本と韓国のロースクール制度にはさまざまな制度上の違いがみられるので、本件について理解を深めるには、まずは韓国のロースクール制度について把握する必要があるため、簡単にみていくことにしたい。

日本では多くの大学において法科大学院が設置されたが、現在では淘汰が続いている。一方、韓国ではロースクール設置の認可をされた大学の数がそもそも非常に少ない。首都圏に一五大学（うち国立大三大学）、地方に一〇大学（うち国立大七大学）、合計二五の大学のみがロースクールの設置を認可されている。[4]

それぞれの大学の定員の内訳をみると、首都圏ではソウル大（一五〇名）、高麗大（一二〇名）、延世大（一二〇名）、成均館大（一二〇名）、漢陽大（一〇〇名）、梨花女子大（一〇〇名）、慶熙大（六〇名）、中央大（五〇名）、韓国外大（五〇名）、ソウル市立大（五〇名）、亜州大（五〇名）、仁荷大（五〇名）、西江大（四〇名）、江原大（四〇名）、建国大（四〇名）となっており、地方では慶北大（一二〇名）、釜山大（一二〇名）、全南大（一二〇名）、忠南大（一〇〇名）、全北大（八〇名）、東亜大（八〇名）、嶺南大（七〇名）、忠北大（七〇名）、圓光大（六〇名）、済州大（四〇名）の、合計二〇〇〇名となっている。[5]なおアメリカのロースクール制度において「法学部」が存在しないように、法科大学院が認可された韓国の大学では、「法学部」が廃止されてしまったところが、日本とは大きく異なっている。

法科大学院修了後についてみると、日本では法科大学院を修了したあとの新司法試験の受験回数がこれまで五年以内に三回までとなっていたうえ（現在では五年以内に五回へと改正）、合格率が二〇一四年度は二二％に過ぎないなど、[6]合格率が低い上に合格しても就職が難しいという問題がみられる。一方、韓国では法科大学院の認可を与えられた大学がそもそも多くないのと、法務部の方針では卒業後に受験する弁護士試験（日本でいう新司法試験）の合格率を入学定員の七五％とするとしており、[7]さらには弁護士試

験の受験回数制限も、当初より五年以内に五回まで[8]となっているため、日本ほどにハイリスクな制度にはなっていない。

したがって韓国の制度下では、まず法科大学院に入学することが、事実上弁護士への道の「入口」となるため、法科大学院への入学が日本以上に重要視されることになる。ゆえに原告は、梨花女子大学が女性のみに入学資格を与えたことを問題視したものと考えられる。

三　評価

本件では、梨花女子大学という女子大学が女性のみを法科大学院の入学対象としていることが男性差別になるのではないかについて注目された。なお、原告が梨花女子大学の法科大学院に入学したかったのかどうかは明らかではないが、憲法裁判所の一部反対意見をみると原告が梨花女子大学の入学が不可能となった点ではなく、法科大学院に合格する可能性が低くなった点を争おうとしていると指摘されている。

韓国では基本権の救済にあたり、憲法裁判所で憲法訴願審判を請求するという方法があるが、憲法訴願がそもそも、「公権力の行使または不行使によって憲法上保障された基本権を侵害された者が憲法裁判所にその権利の救済のために憲法訴願審判を請求し、これに対して憲法裁判所が審判を通じて国民の基本権を救済して憲法秩序を守護して維持する制度[9]」であるとしており、公権力による基本権の侵害を対象としている。

そのため、原告自身にとっても、梨花女子大学のような私立大学によって基本権が侵害されたと主張する場合、憲法訴願の対象として認められないのではないかいうのは想定内であったようで、憲法訴願審判の対象の矛先を梨花女子大学のみならず、教育部長官にも向けている。

（一）過剰禁止の原則

韓国の憲法裁判所では、過剰禁止の原則（比例原則）が違憲審査の基準として確立している[10]。これは「国家権力は無制限に行使されるものではなく、必ず正当な目的のために、そしてその目的を達するために必要な範囲内においてのみ行使されるべきだという憲法上の原則である[11]」とする。

こうした考え方は、韓国憲法第三七条第二項の「国民のすべての自由及び権利は、国家の安全保障、秩序の維持又は公共の福祉のために必要な場合に限り、法律によって制限することができるが、制限する場合においても、自由及

び権利の内容を侵害することはできない」とする規定を根拠においている。

憲法裁判所は、国土利用管理法に関する違憲法律審判において、過剰禁止の原則を適用するにあたり、具体的な判断基準として、第一に「目的の正当性」、第二に「方法の適切性」、第三に「被害の最小性」、第四に「法益の均衡性」という四つの基準を挙げている。[12]

なおこの四つの判断基準のうち、目的の正当性を含めることについては、学界では議論が分かれており、鄭宗燮は過剰禁止原則が対象となる法律の方法的な限界を審査するための基準であるとして、目的の正当性を除き、「適合性の原則」、「必要性の原則」そして「比例性の原則」の三つのみを掲げている。[13] 論者によって用語が異なるが、「方法の適切性」は「適合性の原則」と、「被害の最小性」は「必要性の原則」と、「法益の均衡性」は「比例性の原則」と同じものと解釈して差し支えないであろう。[14]

目的の正当性は「基本権を制限する立法は、国家安全保障・秩序維持・公共の福祉のための正当な目的がなければならない」[15]とする考え方である。

方法の適切性（適合性の原則）とは、「基本権制限の手段または方法が基本権制限の目的を実現するにあたって性質上適合でなければならないとする原則」[16]である。

被害の最小性（必要性の原則）とは、「基本権の制限の手段または方法がいくつかあり、それが基本権制限の目的を同じように実現できるのであれば、国会はそのなかから基本権をもっとも最小に制限する手段や方法を選択しなくてはならないとする原則」[17]である。

法益の均衡性（比例性の原則）とは、「基本権制限の手段または方法が適合性の原則と必要性の原則を充足させるものだとしても、その制限を受ける基本権の主体がこれを受忍できない程度のものであってはならないとする原則」[18]のことである。

韓国の憲法裁判所において、この過剰禁止の原則は、原則的にすべての基本権の領域において違憲審査の基準として適用されているが、各原則についての判断が曖昧であったりしているため、憲法裁判所による恣意的な運用をされてしまうのではないかという指摘もみられる。[19]

梨花女子大学ロースクール事件についても、憲法裁判所は教育部長官が梨花女子大学に法科大学院の設置の認可処分をした部分について、やはり過剰禁止の原則を用いて判断を行っている。

例えば、目的の正当性については、教育部長官が梨花女

子大学に設置の認可をしたことは、女性を優遇することを目的としたものではなく、女子大学としての伝統を守ろうとする梨花女子大学の自律性を保障しようとしたためであるとして、教育部長官による設置の認可に目的の正当性を認め、本件では同時に、方法の適切性についても認めている。

そして法益の均衡性においては原告の職業選択の自由に対する制限と、梨花女子大学の自律性という二つの権利が衝突しているとし、原告が梨花女子大学以外の他の二四の法科大学院に進学する機会は開かれているとして、原告の不利益が過度に大きくはないため、原告の不利益と梨花女子大学の自律のあいだに、適正な比例関係を維持していると判断している。

なお本件では、過剰禁止の原則の判断基準のうち、被害の最小性については、既に法益の均衡性のところで原告の不利益が大きくないとしているからか、特に言及していない。

(二) 学説の展開

(1) 肯定説

本件について研究したものは、韓国においてもあまり多くないが、学説は梨花女子大学のロースクールに対して親和的な立場のものと、憲法裁判所の判決に対して批判的なものに大別されている。[20]

前者の見解をみると、第一に大学の自治、第二に梨花女子大学の伝統、第三に積極的差別是正措置の観点から、梨花女子大学の法科大学院を擁護しており、例えば崔大権は、韓国憲法では第三一条第四項において「教育の自主性、専門性、政治的中立性及び大学の自律性は、法律の定めるところにより、保障される」ため、大学の自治制を保障しているとして、法科大学院の設置・運営に関する法律においても法科大学院が男女共学でなければならないと規定する根拠条文は見当たらないとしている。[21] また梨花女子大学は私立大学であるため学生を選抜することが、公権力の行為とはいえないため第三者的効力の問題はあるが、本件の場合は仮に間接適用説に立っても具体的に何をどうすればよいのか答えを出すのが明確ではないとする。[22]

崔大権は次に、梨花女子大学が女性の教育が困難であった朝鮮王朝時代の一八八六年に設立され、日本による植民地時代や朝鮮戦争を経て、女性高等教育機関としての歴史と伝統を維持してきたという点に注目する。[23] 韓国憲法第九条では、「国家は、伝統文化の継承、発展及び民族文化の

暢達に努めなければならない」としており、「憲法第三七条第二項の構造上制限が加えられる基本権（この場合平等権）の侵害を正当化される公益（伝統を継承・発展させなくてはならない公的必要性）として表現されるものと信じる」[24]と主張する。そして「女性指導者養成のための女子高等教育機関としての伝統を尊重しなくてはならない（国家的）公益に比べて両性平等価値の侵害の程度があまり大きくないのであれば女子ロースクールとしての梨花ロースクールは憲法的に正当化されるであろう」[25]とし、梨花女子大学の女性高等教育機関としての伝統が国の公益に該当するとしている。

崔大権はそれから、仮に梨花女子大学の法科大学院において女性のみを入学定員とすることが男女平等に違反するとしても、現在の韓国社会では女性の進出がまだ不十分であるとする。そのため、韓国では一九八七年の民主化以降、「男女雇用平等法」や「女性発展基本法」などが制定されたり、公職選挙法第四七条第三項[26]において国会議員の比例代表候補の五〇％を女性とするよう定めたり、「国公立大学女性教授採用目標制」が導入されるなど、積極的差別是正措置が展開されてきたことを紹介する[27]。そして法曹界においても、梨花女子大学の入学定員を合わせても、法科大学院全体の女性の入学者数が五割に満たず、仮に法科大学院の入学定員を女性に多く割り当てたとしても、法曹界では現在でも女性の裁判官や検察官が少ないため、今後も相当な期間にわたって積極的差別是正措置を展開する必要があるとする[28]。

換言すると、崔大権は梨花女子大学の法科大学院の問題は、それが大学の自律の範囲内であること、女子高等教育機関は憲法上の「公益」であるということ、そして韓国社会において女性の社会進出が必要であるという点を指摘している。

（2）否定説

一方、憲法裁判所の判決に否定的な学説では、憲法裁判所で争点とされた三点に着目し、それぞれの判断について疑問を提起している。

例えば崔祐禎は、まず教育部長官による梨花女子大学への法科大学院の認可処分について、当該認可処分の法的性格が、羈束行為なのか裁量行為なのかを論じるとともに、認可とは処分の形式で行われるため、処分性を有する公権力の行使としての性格をもつとする[29]。そして当該認可処分について、法科大学院の設置・運営に関する法律第六条第

一項[30]における認可が単なる裁量行為ではなく、実際には多くの大学が設置の過程で異議を提起していることから、羈束裁量行為の性質があるとする。[31]

また教育部長官の認可処分が、公益のための羈束裁量行為であるのならば、憲法上の基本権の問題に照らし合わせて審査する義務があるが、こうした基本権の問題を顧みることなく梨花女子大学にロースクールの設置を認可したことは、憲法上の平等原則に違反するのではないかと指摘している。[32]

崔祐禎は第二に、裁判所が梨花女子大学の募集要項が公権力の行使ではないとした点についても疑問を投げかける。まず韓国における大学のうち九〇％以上を私立大学が占めているため、大学が単なる私的な団体に過ぎないのかどうか問題を提起する。[33]基本権が単に国家に対する主観的公権以外に客観的価値秩序としての面があるとして、国家権力のみならず巨大な社会的勢力すなわち財閥やマスコミなどとともに大学も基本権の拘束を受ける機関と認定されなくてはならないとする。[34]そしてこうした私人間効力の問題については、ドイツの連邦憲法裁判所ではリュート事件のように憲法裁判所が判断を行っているが、韓国の憲法裁判所では私立大学が公権力ではないという理由で却下したことを批判する。[35]

また法曹の資格が司法試験から法科大学院へと変更されたため、法曹の養成という公益的性格を私立大学に委託しており、国家の公的任務の委託であるとし、形式的には梨花女子大学の自律的な募集要項であるが、実質的には教育部の認可行為によって効力が発生するものであるため、梨花女子大学の募集要項が公権力の行使に相当すると主張する。[36]

第三に崔祐禎は、教育部長官の是正命令の不作為については、憲法裁判所が法科大学院の設置・運営に関する法律第三八条の是正命令が裁量行為であり義務ではないとしていることについては、そもそも法科大学院出身者は弁護士試験の受験資格を与えられ、弁護士のみならず裁判官や検察官に任命されていくという点で公益的な性格が含まれているという点に着眼する。[37]韓国憲法第一一条が性別・宗教・社会的身分について差別を禁止しているにもかかわらず、法科大学院の設置・運営に関する法律の文言のみを理由に作為義務はないとしたことについて、「単純に法文言上の解釈に留まった結果に続き、憲法的価値の実現を自ら放棄した結果をもたらした」[38]と批判する。

第四に、崔祐禎は積極的差別是正措置と逆差別の問題に

ついて言及している。憲法における平等原則が単に行為の平等のみならず結果の平等も要求しているが、梨花女子大学についてみると、韓国では「女性の司法試験合格率や法科大学院の合格率をみるとこれ以上積極的な優待措置が必要ないほどの合格率をみせており、こうした状況で女性だけのための合格者の定員を別途に置くことは男性に対する逆差別になりうる」[39]とし、韓国社会の現状について肯定説とは正反対の認識を示している。

(三) 私見

(1) 過剰禁止原則について

以上、憲法裁判所による判断と、本件についての肯定説と否定説をみてきた。学界では本件について、両性の平等の問題として議論しているが、憲法裁判所は職業選択の自由を中心に論じることで両性の平等の問題について積極的に判断することを避けてしまったようにみえる。

憲法裁判所の判断をみると、次のような問題点が挙げられる。まず梨花女子大学の女子大学としての伝統を守るためであるとする目的の正当性が認められるとしても、女性のみに一〇〇人もの入学定員を認めるという方法の適切性についてはどうだろうか。

実際に原告は、全国の法科大学院全体の定員が年間二〇〇〇人と限られているにも関わらず、そのうち一〇〇人分が梨花女子大学に割り当てられてしまっているため、その分男性が法科大学院に進学できる可能性が狭まってしまう点を主張している。教育部長官が梨花女子大学に法科大学院設置の認可をするのであれば、一〇〇人という数字が本当に適切だったのか検討の余地があるように思われる。

次に法益の均衡性であるが、憲法裁判所は原告の職業選択の自由と梨花女子大学の自律が衝突している旨言及しているが、梨花女子大学において実際に男子学生を受入れていないのかどうか実情について一切念頭に置くことなく、原告の不利益が大きくないとして、梨花女子大学の自律性を理由に棄却してしまったことも問題の余地があるように思われる。

例えば、韓国の多くの女子大学では、男子学生の入学も受け入れているところが多く、[40]梨花女子大学においても、自国民の男子学生はこれまで受入れていないが、外国人留学生全体の約三〇%を男子学生が占めている。[41]そのため梨花女子大学が韓国の他の女子大と比べると男子学生の受入れに消極的ではあるとはいえるものの、これまで徹底して「男子禁制」を貫いてきたのかというと、決してそうとも

言い切れないことがわかる。

だがその一方で梨花女子大学の現在の総長は、大学院への男子学生の受入れについて公式的に反対を表明しており、大学の活性化のために専門職大学院に男子学生を受け入れてはどうかという提案については、「全く計画がない（…）女性に最大限の機会を与える」[42]と発言している。憲法裁判所は本件認可処分について女性優待を目的としたものではないとしたが、梨花女子大学ではむしろ女性優待を念頭に置いていたことが窺える。

それから被害の最小性について憲法裁判所は特に言及しておらず、過剰禁止原則のひとつの基準を省略してしまったため、本件では過剰禁止原則を緩やかに適用しているようにみえる。

（2）韓国における私人間効力

次に、憲法裁判所は梨花女子大学が私立大学であるため、公権力による基本権の侵害には当たらないとして、梨花女子大学の募集要項については、原告による憲法訴願の審判の対象からは却下した。

たしかに、韓国の憲法裁判所法第六八条第一項では「公権力の行使または不行使により憲法上保障された基本権を侵害された者は、法院の裁判を除いて、憲法裁判所に憲法訴願審判を請求することができる。ただし、他の法律に救済手続がある場合には、その手続をすべて経た後でなければ請求することはできない」としており、私人間における基本権侵害については、憲法訴願審判を認めていない。

そこで韓国では私人によって基本権の侵害を受けた場合、法院（日本でいう裁判所）に権利救済を求める必要がある。[43]一見すると、これでは私人間効力については憲法訴願審判を請求できなくなってしまうが、こうした憲法裁判所の消極的な姿勢は、果たして妥当なのだろうか。

日本では私人間効力について、学説では無効力説や直接適用説、間接適用説などがあり、現在では間接的要説が通説的見解となっており、判例も間接適用説に立脚している。

一方、韓国における私人間効力についての学界での議論をみると、「原則的に間接適用説に立脚しながらも、但し憲法規定や憲法解釈上、基本権の対私人的効力が認められない基本権と対私人的効力が直接適用される基本権もある」[44]としている。そして具体的には請求権的基本権・司法手続的基本権・参政権・遡及立法による参政権制限と財産権剝奪禁止などは私人間効力が認められないものとされ、勤労三権・言論出版の自由・狭義の人間の尊厳と価値およ

び幸福追求権などは私人間効力が認められるものとされている。[45] したがって、学界では私人間効力を認める見解が支配的となっているので、憲法裁判所でも救済方法を講じていく必要があるといえるのではないだろうか。

四　おわりに

梨花女子大学ロースクール事件は、韓国社会における男女の平等が議論されるなかで、積極的差別是正措置と逆差別の問題が注目された事件であったが、憲法裁判所はこうした憲法問題について正面から積極的な判断をしたとは言いがたい。

韓国社会では現在、女性の社会進出を高めるためのさまざまな方法が取られている一方で、現在でも男性のみが兵役の義務を課されているなど（兵役法第三条第一項）、近年では男性からも不満が高まってきている。[46] 例えば、韓国の男性は一般的に大学を休学して兵役に就くため、学業や就職が女性よりも出遅れてしまうという不利益が問題となっている。[47] したがってこうした状況が男性にとって大きな不満を生みだしている。また兵役忌避の問題を解決するための一環として、一九九九年に憲法裁判所で違憲とされた公務員試験における「軍加算点制度」を、憲法に抵触しない範囲で復活させようとする議論が起きるたびに女性団体から反対がみられるなど、[48] 韓国社会における男女の平等の問題は、男性の兵役の義務と絡んで、非常に解決が困難な複雑な構造となっている。

日本でも昨年、栄養士の免許取得をめざし、福岡女子大学の「食・健康学科」への入試を出願した男性が大学に受理されなかったため、日本国憲法第一四条に違反するとして提訴しており、[49] 韓国の梨花女子大学ロースクール事件のようなケースが起きるなど、教育における「男性差別」の問題が議論されるようになってきている。

したがって女子大学は、女性の高等教育にこれまで大きな役割を果たしてきたと考えられるが、近年では、女性の社会進出が高まるなかで、男性が問題を提起するようになっており、新たな局面をむかえているといえよう。社会において男女の平等が実現していくなかで、女子大学の役割についてあらためて考え直してみる時期に差しかかってきているのではないだろうか。

（1）　韓国では憲法訴願審判における当事者のことを「청구인（請求人）」と「피청구인（被請求人）」いう表現を用いるが、本稿では便宜上、判決文における表現も含めてすべ

て「原告」・「被告」と意訳する。

(2) 法科大学院の設置・運営に関する法律第三八条：教育部長官は法科大学院が設置された大学または当該法科大学院が第五条第二項および第四項、第七条第三項、第八条、第一六条、第一七条、第一八条第一項から第三項まで、第一九条、第二〇条、第二二条、第二三条、第二五条、第二七条および第三二条に違反する場合には、一定の期間を定めて法科大学院が設置された大学の設立・経営者または大学の長に是正命令をすることができる。

(3) 法科大学院の設置・運営に関する法律第二二条：法科大学院に入学できる者は学士号をもっているか、法令によりこれと同等以上の学力があると認められる者（以下「学士号を取得した者」とする）とする。

(4) 鄭宗燮「韓国の法学専門大学院の現状と課題」法学教室、通巻三八三号（二〇一二・八）、一四二頁参照。

(5) 鄭、同上。

(6) 「司法試験合格率、最低の二二％ 予備試験組は六六％」朝日新聞、二〇一四年九月一〇日 http://www.asahi.com/articles/ASG9951W4G99UTTIL02M.html（検索日：二〇一五・一・二五）

(7) 楊萬植「韓国のロースクールの状況と卒業後の進路」専修大学今村法律研究室報、第五九号（二〇一三・一二）一九頁参照。

(8) 楊、同上；藤原夏人【韓国】法曹界の新しい動き―ロースクール出身弁護士の誕生―」外国の立法：立法情報・翻訳・解説、月刊版二五三―一号（二〇一二・一〇）、二四頁参照。

(9) 鄭宗燮、「憲法訴訟法 第四版」、서울：博英社、二〇〇六、四六九면。

(10) 閔炳老「韓国の違憲審査制の現況と課題 ―違憲審査基準を中心として」大沢秀介・小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法―憲法裁判の影響を中心に』（慶應義塾大学出版会・二〇〇六）八四頁参照。

(11) 閔、同上。

(12) 헌재一九八九・一二・一二・八八헌가一三；閔、同上、八五頁参照。

(13) 鄭宗燮、「憲法學原論」、서울：博英社、二〇〇六、二九六면 참조。

(14) 閔炳老はドイツ連邦憲法裁判所で確立されている比例原則である「適合性の原則」「必要性の原則」「狭義の比例原則」をそれぞれ自国の「方法の適正性」「被害の最小性」「法益の均衡性」に当てはめている。（閔、前掲、八六頁参照）。

(15) 成樂寅、「憲法學」、서울：法文社、二〇〇五、二六〇면。

(16) 鄭宗燮、註(13)、같은 면。

(17) 鄭宗燮、위의 책、二九七면。

(18) 鄭宗燮、위의 책、같은 면。

(19) 閔、前掲、八七頁参照。

(20) 肯定説は憲法裁判所による判決が出る前に書かれたものであり、否定説は判決後に書かれたものである点に留意する必要がある。

(21) 최대권、〝사립여자법학전문대학원의 존재가 양성평등원칙에 반하여 위헌인가〟、공법연구、第三九集、第三号（二〇一一・二）、三〇二頁。

(22) 최대권、위의 글、三〇三-三〇四面 参照。

(23) 최대권、위의 글、三〇五面 参照。

(24) 최대권、위의 글、三〇六面。

(25) 최대권、위의 글、같은 면。

(26) 韓国公職選挙法第四七条第三項：政党が比例代表国会議員選挙及び比例代表地方議会議員選挙に候補者を推薦する時には、その候補者のうち一〇〇分の五〇以上を女性に推薦し、その候補者名簿の順位のすべての奇数には女性を推薦しなくてはならない。

(27) 최대권、위의 글、三一一面 参照。

(28) 최대권、위의 글、三一三-三一四面 参照。

(29) 최우정、〝이화여대 법학전문대학원 실치인가 중입학전형계획 위헌확인에 대한 헌법재판소의 결정문석-二〇〇九헌마五一四 사건-〟、계명법학、第一七集（二〇一三）、六八面 参照。

(30) 法科大学院の設置・運営に関する法律第六条第一項：教育部長官は国民に対する法律サービスの円滑な提供及び法曹人の需給状況など諸般の事情を考慮し、法科大学院の総入学定員を定める。この場合教育部長官は総入学定員をあらかじめ国会所管の常任委員会に報告しなくてはならない。

(31) 최우정、위의 글、六八-六九面 参照。

(32) 최우정、위의 글、六九面 参照。

(33) 최우정、위의 글、七一面 参照。

(34) 최우정、위의 글、같은 면 参照。

(35) 최우정、위의 글、七一-七二面 参照。リュート事件の詳細については、木村俊夫「ドイツ連邦憲法裁判所における「リュート事件」の深層：ユダヤ人ジュース・オッペンハイマー裁判をめぐって」法政研究、第六八巻第一号（二〇〇一）二三九-二四一頁参照。

(36) 최우정、위의 글、七二面 参照。

(37) 최우정、위의 글、七三面 参照。

(38) 최우정、위의 글、七四面。

(39) 최우정、위의 글、七五-七六面。

(40) 〝〝나 여대 다니는 남자야〟…금남의 벽 허문 '여대 속 남학생들'〟、아시아투데이、二〇一二년 二월 二八일、http://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=603794（검색일：二〇一五・二・六）

(41) 〝나 이대 나온 남자야!〟、조선일보、二〇〇九년 七월 二八일。http://www.chosun.com/site/data/html_dir/2009/07/28/2009072800880.html（검색일：二〇

一五・二・六)

(42) "최경희 이화여대 총장, "대학원 남학생 허용에 반대", 온타임즈", 二〇一四년 八월 二二일, http://tour.egreennews.com/news/articleView.html?idxno=51094(검색일:二〇一五・二・八)

(43) 대판 二〇一〇・四・二二선고 二〇〇八다三八二八八 宗教団体が設立した私立高校において宗教教育を必須科目としたことが、韓国憲法第二〇条の信教の自由に違反するかどうかが争われた事例。

(44) 成樂寅、앞의 책, 二四一면。

(45) 成樂寅、위의 책, 二四一-二四二면 참조。

(46) 「女性に兵役税を」…韓国内の「女性嫌悪症」、底辺には兵役問題」、中央日報、二〇一四年三月一九日、http://japanese.joins.com/article/140/183140.html(検索日:二〇一五・四・一二)なお憲法裁判所は男性のみ兵役義務を課している兵役法第三条第一項について、「武器の所持・作動及び戦場の移動に要請される筋力などが優秀な男性が戦闘により適合した身体的能力を備えている」として原告の訴えを棄却している(헌재二〇一四・二・二七・二〇一一헌마八二五)。

(47) 「[オピニオン]兵役加点をめぐる議論」、東亜日報、二〇一四年一二月二〇日、http://japanese.donga.com/srv/service.php3?biid=2014122012748(検索日:二〇一五・二・一五)

(48) 「【社説】「軍加算点制」復活させ共感広げねば」、中央日報、二〇一一年一月一一日、http://japanese.joins.com/article/525/136525.html(検索日:二〇一五・二・一五)

(49) 「「公立女子大行きたい」男性、出願不受理は違憲と提訴」、朝日新聞、二〇一四年一一月一五日、http://www.asahi.com/articles/ASGCF51QYGCFPPZB00N.html(検索日:二〇一五・二・二四)