



Title	報告 1 韓国における同姓同本禁婚制とその改革運動の展開
Author(s)	石, 熙泰
Citation	北大法学論集, 51(6), 133-152
Issue Date	2001-03-30
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15057">http://hdl.handle.net/2115/15057</a>
Type	bulletin (article)
File Information	51(6)_p133-152.pdf



[Instructions for use](#)

# 報告一 韓国における同姓同本禁婚制とその改革運動の展開

石 熙 泰

## 第一 序論

韓国家族法上の禁婚範囲は、世界にその例がないほどに広範囲である。禁婚規範の核心である同姓同本間の婚姻禁止制度は、中国の貴族組織原理である宗法制（父系・父権・父治・族外婚・長子相続の特徴を持つ）に由来するといわれている。今日、中国でさえも同制度は廃止され、その痕跡すら残されていない。

宗法制は高麗末・朝鮮初めに中国から韓国に受け継がれ、朝鮮後期によく普遍的に確立された家族制度原理である。その内容の大部分が韓国の古い伝統と必ずしも合致するものではないばかりか、個人の平等と自由を旨とする自由民主主義の理想にも背馳する原理であるにもかかわらず、つい最近までその残滓が払拭されず、実定法的威力を保持していたことは一つの驚

異的な事件であるといわなければならない。

同姓同本禁婚制に対しては、合理的・科学的根拠はなく、それはもっぱら家父長的男系血統中心主義のイデオロギーを維持するためだけの制度であり、男女平等と婚姻の自由という憲法精神に違背するという見解が支配的である。

この制度は、一九五七年の現行の新民法制定以降、七度の家族法改正で常にその戦略的な目標として掲げられ、毎回改正の対象となつたのであった。その廃止を推進する進歩的な学者たちと女性運動家及び市民団体の努力が絶え間なく続いた。一方、その改正を阻止しようとする保守派の勢力も侮れない存在であった。

そうした中で、ついには一九九七年七月一六日、憲法裁判所は同姓同本禁婚を規定している民法第八〇九条第一項に対して憲

料 法不合致決定を下すようになったのである。ところが、この決

定に対しては保守陣営の反発が強く、国会でも後続の立法措置  
資 がとられていないために、禁婚・許婚の範囲をめぐる論議はい  
まだに終わることなく続いている。

以下では、この制度に関する民法規定の制定経過とその内容  
ならびに沿革を概観し、この制度の改革運動の展開を紹介する  
ことにする。

## 第二 失効した民法規定の制定経過と内容及び問題点

### 1. 民法規定の制定経過

同姓同本間婚姻を禁止した民法第八〇九条の立法経過は以下  
のようである。すなわち、一九五七年の最初の政府草案第八〇  
二条は、

① 同姓同本である血族の間では婚姻することはできない。し  
かし、祖先の系統が明らかでない場合にはそれに当たらない。

② 男系血族の配偶者、夫の血族およびその他、四親等以内の  
姻戚であるか、このような姻戚であった間では婚姻はでき

ない。

とした。これに対し国会法制司法委員会修正案は、第一七七条  
で政府草案を次のように修正した。

① 次の各号に該当する者とは婚姻することはできない。しか  
し、養子縁組により第二号から第四号の親族関係が発生し  
たときにはこれに当たらない。

1. 直系血族と直系姻戚

2. 八親等以内の傍系父系血族

3. 四親等以内の母系血族

4. 八親等以内の夫族血族

② 前項各号に該当する者とはその関係が終了した後も婚姻す  
ることはできない。

ところが、この修正案は、儒林を中心とした保守派の猛烈  
な反対にあい、国会本会議で否決され、政府草案よりも更に  
保守的である現行（一九九七、七、一六までの）<sup>(1)</sup>規定に確定  
したのである。

### 2. 民法規定の内容

(1) 韓国民法第八〇九条は以下の通りである。すなわち、

〔①同姓同本の血族の間では婚姻をすることができない。〕

②男系血族の配偶者、夫の血族およびその他、八親等以内の姻戚であるか、このような姻戚関係にあった者の間では婚姻できない。〕

子は原則的に父の姓と本に従い（民法第七八一一条一項）、父が母の家に入籍する入夫婚姻の場合（民法第八二六条四項）と父が不明である場合（民法第七八一一条二項）に、例外として母の姓と本に従うのである。したがって、子の姓は父系血統を表示するものである。

一方、本は、自己が属する家系の始祖の発祥地名に依るものであり、貫、郷貫または貫郷などともいう。

血族（自然血族すなわち、父系血族と母系血族）は、血のつながりがある者であって、自己の兄弟姉妹と兄弟姉妹の直系卑属、直系尊属の兄弟姉妹と直系尊属の兄弟姉妹の直系卑属（以上傍系血族）をいう（民法第七六八条）。

同姓同本でありながら始祖を異なる場合は、血族（父系血族）とはならない。たとえば、新羅の敬順王を始祖とする金海金氏と駕洛の首露王を始祖とする金海金氏の間がこのような場合である。

これとは異なり、異姓同本であっても同一の始祖である場合

は血族（父系血族）となる（いわゆる本宗）。例としては、安東金氏と安東権氏の場合がこれに当たる。

民法上、婚姻が禁止されているものは「同姓同本の血族」であるために、上記の金海金氏の相互間や、安東金氏と安東権氏の間では婚姻を結ぶことができるのである。

（2）民法第八〇九条に違反する婚姻届が誤って受理された場合には、無効になる場合と取消原因になる場合がある。すなわち、当事者間に直系血族、八親等以内の傍系血族およびその配偶者として親族関係があったり、また過去にあったとき、また、当事者間に直系姻戚、夫の八親等以内の血族の姻戚関係があったり、過去にあったときには無効である（民法第八一五条二、三号）。

そのほかに、第八〇九条の規定に違反する場合には、当事者とその直系尊属、また八親等以内の傍系血族がその取消を請求することができる（民法第八一六条一号、第八一七条後段）。ただし、当事者の間において、すでに婚姻中に子を出生した場合には、この取消請求権は消滅するのである（民法第八二〇条）。

### 3. 問題点

上のような同姓同本婚姻禁止制度を支持する立場からの従来の主張および根拠を要約すると、概ね次のようなものである。

- ①同姓同本不婚の原則は、血統を重要視する韓国固有の美風良俗であり、倫理を重視する美しい風俗である。
- ②血統の見地から見ると、同姓婚は優生学的に有害である。
- ③同姓不婚制度は、韓国古来の慣習であり、伝統文化である。
- ④同姓婚を容認することは社会秩序を混乱させ、ひいては家族制度を破壊することが憂慮される。

このような理由から同姓同本不婚の原則を廃止しようという動きは、「畜生と同じ野蛮なもの」であり自らの淫乱行為を正当化しようとするものであるとして<sup>(2)</sup>いる。

一方、この制度に反対する立場の主張および根拠を総合的に要約すると次のようになる。

- ①同姓同本不婚の原則は憲法違反である。すなわち、
  - i. 憲法前文の精神に違反する。憲法前文では「全ての社会的弊習と不義を打破して」とあるが、「全ての社会的弊習」には封建的社会的弊習である同姓同本不婚の原則も含まれているのである。

ii. 同姓同本不婚の原則は父系血統中心であるため憲法第 一一条第一項に規定されている男女平等の原則に反し、

基本権である平等権を蹂躪する。

iii. 民法第八〇九条は、余りに広範囲に禁婚を定めているため、人間の重大な婚姻の自由を蹂躪し、憲法上の自由権などの基本権保障規定に反する違憲な規定である。

したがって、同規定は婚姻と家族生活において、個人の尊厳と両性の平等の精神が保障されるよう改善されなければならない。

②同姓同本不婚の原則は、中国に対する事大主義思想の残滓であり、封建制度の所産物である。

③同姓同本不婚の原則は、韓国伝統文化に反映される宗教的な思想、すなわち、シャーマニズム、仏教、道教およびキリスト教思想にも背馳する。ただ、同原則は儒教思想にのみその由来と基礎を見ることができただけである。

④同姓同本不婚の原則は、比較法的にも世界で唯一の制度であり、この制度を存続させるためのいかなる合理的な理由もなく、現代韓国の社会意識とも合致していない<sup>(3)</sup>。

思うに、同姓同本禁婚制は、実際の意義を持つことができず、単に家父長制的父系血統中心主義という旧時代のイデオロギーの実定法的な岩に過ぎないものではあるまいか。

すなわち、今日の遺伝学の発展により、八親等を超えると優生学的にはまったく害悪がない<sup>(4)</sup>という。また、慣習と倫理道德

の観点からも、もはや同姓同本不婚はその価値を喪失したものであると確信する。今から一五年前の一九八四年、大韓弁護士協会が全国の会員を対象に実施した意見調査では、この制度の廃止について七四・六％が賛成し、二五・四％が反対しているとの結果が表れた。<sup>(5)</sup> ソウルリサーチが一九九四年一月全国の一般人五〇〇名を対象として実施した世論調査では、この制度の完全廃止および禁婚範囲の縮小に七一・五％が賛成し、二八・五％が反対しているようである。また、中央日報世論調査チームが一九九五年三月に全国の一般人一、〇一五名を対象にして調査した結果、「同姓同本である者との婚姻」に対して、「婚姻しない」という回答が三八・一％、「婚姻する」という回答が五九・三％という数字が表れている。<sup>(6)</sup>

以上の調査結果などを考えてみると、今、この制度の慣習的・道徳的意義はほぼ消失したといえるのである。実際、親等数が数えられないほどに血縁が疎遠になっており、同じ血統であるとまったく意識していない男女が単に数百年前の男系先祖のみが同じであるという理由で婚姻を認めないのは、その規範的・倫理的妥当性を確保しているとはいえない。<sup>(7)</sup>

さらに、この制度の弊害は現実において現れている。すなわち、この制度によって男女の愛と婚姻の自由が相当に

制限されている。韓国では、現在、四、六〇〇万の人口のうち三〇〇余種の姓が使われており、その中でも金・李・朴の三姓が相当な比率を占める状況にある。<sup>(8)</sup> この状況から、実際に同姓同本の男女が出会う可能性はかなり高いということができよう。このことは、同姓同本で事実婚関係にある夫婦を救済するための「婚姻に関する特例法」が今まで限時法として三度（一九七七年、一九八七年、一九九五年）も制定・施行され、その結果四四、八二七組の夫婦が同法によって法的救済を受けたという事実からも推断することができる。<sup>(9)</sup>

また、いまだに女性の社会的地位が相対的に不安定である韓国社会では、この制度は女性をさらに不安に追いやる要素として作用している。というのは、同姓同本の事実婚関係では男性の方が相対的に女性よりも優位な立場にあるために、男性側が正当な理由もなくその事実婚を破棄したとしても、女性側は法的保護（損害賠償など）を受けることができないばかりでなく（九親等以上の同姓同本間の婚姻は取消を請求することができ。民法第八一七条後段）一度破局を経験した女性に対する否定的な偏見は、今も韓国社会に残存しているためである。

憲法規範の観点からは次のような問題がある。すなわち、この制度は、憲法第三六条第一項が規定している個人の尊厳と両

性平等に基づいて婚姻と家族生活を営む自由と権利、より具体的に婚姻における配偶者選択と、その配偶者との夫婦生活を営む自由と権利を侵害するものである。したがって、同制度はそれを保障する国家の義務に違反することになる。さらに、それは、現代的な婚姻秩序における出生者の遺伝学的保護と合理的血族観念の保護などの公共福利のために必要な範囲内の合理的な制限だとはいえない。むしろ、自由と権利の本質的な内容を侵害しているといえるのであって、同制度は憲法第三七条第二項の過剰禁止の原則にも違反している。<sup>(11)</sup>

### 第三 同姓禁婚制の沿革

同姓婚禁止制度の起源は「禮記」に「同姓雖百世 婚姻不得通 周道然也」とあるように、中国周時代に求められている。<sup>(12)</sup> 韓国古代でも同姓不婚の礼がなくなかったのである。すなわち、三国志魏志東夷伝滅条の記録によると滅が同姓不婚制をとっていたといえる。<sup>(13)</sup>

その後、三国時代からしだいに一夫一婦に基づいた家父長的家族制の確立と統一新羅期の漢姓採用により姓族の観念がより明白になるに伴って、同姓不婚制がとても重要な婚姻原則となっ

たとしていた。<sup>(14)</sup> しかし、高麗中期にいたるまで同姓婚が制度的に本格的に禁止されたとはいえないのである。

すなわち、新羅時代において王族は眞骨あるいは聖骨という特有の階級を形成し、その間で階級的な内婚をしていた。これは新羅王家が天降種族であることを自負し、その血の純粋性を守るためのものであった。このようにして王族・貴族の間で行なわれた同姓婚・近親婚が反射的に一般庶民の間にも蔓延するようになったのである。この事實は「三国史記」の著者 金富軾が新羅の近親婚に関して「新羅不止 取同生兄弟子 姑姨従姉妹 皆聘爲妻 責之以禮 則大悖矣」と記述しているのからも推断することができる。<sup>(16)</sup>

高麗時代においても新羅時代の制度を踏襲して「王族は天降種族である」という優越感を持ち、新羅時代の内婚制度をそのまま守っていた。民間でもこれにしたがった同姓婚が一般的に行われるようになったのである。これは世宗実録五〇卷、一二年一月一八日条の「前朝王室 婚娶同姓 士大夫亦然 鄭夢周 據禮爭之不得」という記録を通じて推断することができる。これは、高麗末まで王室・士大夫のあいだでは同姓婚が中断されなかったことを示している。<sup>(18)</sup>

新羅・高麗時代の同姓婚・近親婚の存在理由については、次

のような見解がある。すなわち、

① 王家が天降種族であるという優越感を持っていた。

② 外戚の弊害を防ぐことを意図していた。

③ シヤーマニズムと仏教思想が支配的であり、「娶妻不同姓」

の儒教思想が社会的な慣習を支配できなかった。

④ 近親婚による遺伝上の弊害についての認識がなかった。

⑤ 交通が不便であったために、族外婚が困難であった。

⑥ 男女間の交際が自由であり、社会的風俗が好淫的であった。<sup>(19)</sup>

しかし、儒教に同化された一部朝臣の強力な反対などにより

同姓婚・近親婚に対する反対思想が次第に台頭してきた。そう

して高麗の集権的封建社会が政権の確立期を経て発展期にさし

かかるようになる、同姓婚・近親婚に対する反動思想は内部

でも充滿し、ついに文宗朝（一〇四六〜一〇八三年）からは諸

法令が現れ出した。<sup>(20)</sup>つまり、文宗一二年（一〇五八年）五月の

大功親間の出生子に対する官吏登用を禁じる法の制定、宣宗二

年（一〇八五年）四月の同父異母兄妹間の出生子の官吏登用を

禁じる法の制定などがその例である。しかし、高麗のこうした

禁婚に関する律令は直接的には近親婚を禁止するものではなく、

出生子にたいする「禁錮令」であっただけであり、その目的は

官僚たちの貴族的威閥造成の防止にあったとされる。<sup>(23)</sup>

同姓同本不婚の原則は、朝鮮王朝に入り儒教を建国理念とする  
ることによって始めて本格的な婚姻法原理になるようになった  
のである。

すなわち、大明律直解<sup>(24)</sup>が用いられ、卷第六、戸律婚姻同姓爲

婚條「凡同姓爲婚者各杖六十 離異」の規定が施行されること

により、同姓不婚の原則は強制力を持つ制度として成立したの

であった。<sup>(25)</sup>ただし、上の規定にもかかわらず同姓異本者間の婚

姻は許容されていた。

同姓異本禁婚は英祖朝に入って施行された。つまり、続大典<sup>(26)</sup>

「郷貫雖異、姓字同則 無得婚娶」という規定が収められた後

のことである（もちろん王室と宗室ではすでに世宗二五年、一

四四二年より同姓異本婚姻、すなわち、李氏との婚姻が禁止

されていた<sup>(27)</sup>）。このように、続大典で同姓異本である者のあい

だの婚姻まで禁止したのは、当時明朝からの誤解（中国には本

貫というのがない）に基づいた非難を避けるための方便であっ

たと理解されている。<sup>(28)</sup>

しかし、このような同姓不婚の規範は韓国の古法と実情に符

合しないという趣旨から、刑法大典第五七二条に「氏貫が俱同

である者が、相婚したり妾を娶ったりした場合は、笞百回に処

し、この者を引き離す」と規定する形で、この制度が採り入れ



料  
られたのである。

## 第四 改革運動の展開

### 1. 民法改正の推進と限時的特例法の制定

民法における親族・相続編の合理化のための争いは民法制定過程より始まっていた。民法制定以後、その改正を目指す争いは限りなく続けられた。これまで七度の改正を通して、親族・相続編は非常に多くの部分が改正され、家族関係で男女平等と個人の自由が進展した。ところが、上述したように、同姓同本禁婚制度の廃止は実現されなかったのである。この制度の廃止（近親婚禁止制度への転換<sup>30</sup>）を含めて、家族法改正推進の経過を略述すると次の通りである。

(1) 一九六二年七月に、女性団体連合が家族法改正のための「建議文」を軍事政府に提出した。

(2) 一九七三年六月「汎女性家族法改正促進会」が構成され、一九七四年に改正案を作成して、一九七五年に女性議員達の名で国会に提出した。この案は、国会法制司法委員会では否決された。当時の案のうち、同姓婚禁止規定である民法第八〇九条に

ついでに改正案は以下のようなであった。

### 第八〇九条（近親婚禁止）

① 次の各号に該当するものは婚姻することができない。

1. 八親等以内の父系血族

2. 四親等以内の母系血族

3. 直系姻戚間

② 直系姻戚であったりまたは養親族であった者の間では婚姻はできない。

(3) 一九七七年七月に「同姓同本不婚制度改正促進会」が結成され、同年一月に「同姓同本不婚制度改正のための請願書」を国会に提出した。この後、同年一月に民法の一部が改正され、合わせて一九七八年一月三日まで有効な「婚姻に関する特例法」が制定された。その主な内容は次の通りである。

### 第二条（適用対象）

この法は、この法の施行当時、民法第八〇九条の規定に違反し、婚姻または事実婚関係にある者のうち、民法第八一五条第二号ならびに第三号（八親等以内の血族間）に該当するものを除外した者（以下、同姓婚などの関係にある者という）に対して適用する。

第三条（民法の適用排除）

同姓婚などの関係にある者については民法第八〇九条および第八一六条（婚姻取消の事由）の規定を適用しないものとする。

第四条（婚姻届の特例）

同姓婚などの関係にある者が戸籍法に定めるところにより婚姻を届けるときには、次の各号の一に定める方法によって、同姓婚などの関係にあるという事実を証明する書類を添付しなければならない。

(4) 一九八四年七月「家族法改正のための女性連合会」が結成され、改正案を作成したが、国会での議員提案に失敗した。

(5) 一九八七年一〇月に、一九八八年一月三〇日まで有効な「婚姻に関する特例法」が制定されたところ、その内容は前記のものと同じである。

(6) 一九八八年一月に「家族法改正のための女性連合会」が一九八四年に作成した案を再び国会に提出し、議員提案に成功した。この案は、一九八九年一月法制司法委員会の修正を経て国会で通過した。このとき、戸主相続制が戸主承継制に変わるなど重要な部分の改善が成し遂げられた（もちろん同姓同本不婚規定は除外された）。

(7) 一九九四年に法務部の法務諮問機関である民法改正特別分

科委員会が設置され、一九九六年六月に改正案を作成した。

同姓同本不婚規定の改正案と改正理由は次の通りである。

〈規定内容〉

第八〇九条（近親婚禁止）

① 八親等以内の父系血族と母系血族の間では婚姻できない。  
② 六親等以内の血族の配偶者と、配偶者の血族、四親等以内の配偶者の血族の配偶者である姻戚やこのような姻戚であった者の間では婚姻はできない。

③ 六親等以内の養父母系の血族であった者と、四親等以内の養父母系の姻戚であった者の間では婚姻はできない。

〈改正理由〉

1. 現行法は男系血族重視の規定であり、両性平等原則に反し、婚姻の自由を侵害する憂慮がある。婚姻権は憲法が保障する人間の基本権として認められている。

2. 同姓同本不婚制度は、思想的には儒教倫理、社会的には封建的農耕社会に基礎をおいた制度であって、人口の急激な増加、核家族の一般化、産業社会の社会構造および価値観の変化などの今日の実情に符合しない。

3. 同姓同本不婚制度は、我々の美風な良俗であり固有の慣習であるとしても、これは固定されたものではなく、

時代の变化に沿い、その実情に合うよう变化するのが通常だと思われる。

4. 近親婚を禁止する重要な理由は、倫理的・優生学的な側面から問題になるもので同姓同本不婚制度はこれとは無関係である。

5. 同姓同本不婚制度の発祥地である中国でも、すでに民法で（一九三一年、九八三条）近親婚禁止に転換された。比較法的に見たとしても、世界各国は禁婚範囲において差はあるものの、近親婚を禁ずるのが通例である。

6. 同姓同本不婚制度は国民意識にも符合していない。このような事実はいくつかの世論調査が証明している。

7. 同姓同本間で婚姻をし、婚姻届が出来ずにいる事実婚関係にある夫婦を救済するため、これまで三度にわたって限時法である「婚姻に関する特例法」が制定された（一九七七年、一九八七年、一九九五年）。これは、我が民法における同姓同本不婚制度が社会的に重大な問題になっていることを証明している。

(8) 一九九五年一月二日に、一九九六年二月三日までを施行の期限とする「婚姻に関する特例法」が制定された。その内容は前記のものと同一である。

## 2. 姓本制度の根本的革新の動き

同姓同本により事実婚状態に置かれた夫婦の悲哀やその子女の不幸、そして男児選好による女子胎児の死など、家族関係にもたらされる多くの問題の根本的な原因が、「子は父の姓と本に従う」という民法七八一条第一項の規定にあると見なして、これを変えようという革新的な運動が最近起こっている。

すなわち、一九九七年三月九日に「韓国女性団体連合」は、「父母の姓を共に用いる運動」を展開すると宣言して、その「運動本部」を発足させた。この運動の目標はもちろん法制度の改革にあるが、まずは個人的に父母の姓を共に用いることで、そのような意識を社会的に拡散させていくというねらいがある。たとえば、秋国男・南美淑の息子である秋根徳が秋南根徳と自称しようとするものである。

この運動の勢力はまだ微々たるものであるが、今後社会一般に、特に女性たちの意識に衝撃的な影響を与えると予見される。当時、言論は、それは独立的な生、平等な生、主体的な生の宣言である」という熱烈な反応を紹介した。<sup>(31)</sup>

実際、父母の姓を共に用いる知識人女性に出会うことは最近

それほど難しくない。

### 3. 違憲論議と憲法裁判所の憲法不合法決定

#### (1) 経緯

民法第八〇九条に対する違憲性の有無は、すでに民法制定の当時から学者たちの間で議論されてきたところである。ソウル家庭法院は、数件の「婚姻届不受理処分に対する不服」提訴があるや、一九九五年五月一七日、憲法裁判所に同規定の違憲審判提請をするようになった。提請の理由は、「……全ての国民が幸福を追求する権利を持つように保障する憲法第一〇条の精神を侵害し、また法の前の平等と不合理な差別待遇の禁止を規定した憲法第一一条第一項に違反するという提請申請人たちの主張には相当な理由がある」という点である。

憲法裁判所は長い審理を経て、結局、一九九七年七月一六日に民法第八〇九条第一項に対して憲法不合法を宣告するにいたった。

#### (2) 憲法裁判所決定の具体的内容

##### ①主文（全文）

民法第八〇九条第一項（一九五八、二、二二、法律第四七一号で制定されたもの）は憲法に合致しない。上の法律条項は立法者が一九九八年一月三日まで改正しなければ、一九九九年一月一日、その効力を喪失する。法院その他の国家機関及び地方自治団体は立法者が改正するときまで上の法律条項の適用を中止する。

##### ②単純違憲意見（概要）

#### i. 同姓同本禁婚制の定着過程とその社会的基盤

本来、同姓禁婚は中国で漢代に確立された制度として高麗中期から本格的にわが国に伝来しはじめたという。わが国では内婚制でない外婚制として同姓同本禁婚制が法制化されたのは朝鮮時代であり、特にその確立時期は一七世紀後半以降と見なければならぬものである。同姓同本禁婚制は当時の国家政策、国民意識や倫理観及び経済構造と家族制度などが婚姻制度に反映されたものである。当時は、男系を中心とした族閥的・家父長的大家族中心の家族制度であったし、社会経済的には自給自足を原則とする農耕中心の社会であった。

同制度は、そういう社会の秩序維持手段として機能していたものだと思えらる。

## ii. 社会環境の変化と同姓同本禁婚制の存立基盤の動揺

喪失した。

a. 社会を支配する基本理念は自由・平等の自由民主主義に取って代わり、身分的階級制度と男尊女卑思想は排斥されるようになったのである。

b. 封建的・閉鎖的な農耕社会から高度産業社会への変化

と共に国民の婚姻観も「家門と家門の結び付き」から当事者の自由意見を尊重する「人格と人格の結び付き」に変わり、家族の観念や形態も家父長的大家族から分化した核家族に変化して、親族的紐帯が弱化され家族員の地位に変化が生じた。

c. 人口の急激な増加と都市集中化により同姓同本は禁婚基準としての合理性が認められ難くなっており、家と本貫に関する観念は次第に稀薄になっている。

d. 三次にわたった「婚姻に関する特例法」の施行とそれによって四四、八二七組の夫婦が法的に救済されたという事実は、上のような変化と同姓禁婚制の行為規範としての機能不全を説明するものである。

e. 民法第七八一条第三項により、血縁とはまったく関係のない同姓同本が生じる可能性がある一方で、同姓同本というのはいまや血縁関係をあらわす指標としての機能を

f. 以上のようないろいろな変化によって同姓同本禁婚制の存立基盤は根本から動揺しているので、これを存置させる理由の有無に関して憲法理念に即した新たな照明と価値判断が必要である。

## iii. 憲法理念及び憲法規定より見た同姓同本禁婚制——違

## 憲性

憲法は第十条で個人の自己運命決定権を前提とする個人の人格権と幸福追求権を保障している。こうした自己運命決定権には性的自己決定権、特に婚姻の自由と婚姻相手方を決定する自由が含まれている。また、憲法第三六条第一項は個人の尊厳と両性の平等に基づいた婚姻と家族生活を保障しているところ、これによっても国家は国民に個人の婚姻相手の自由選択権を保障しなければならない。ところが民法は血族の間で親等の遠近に関係なしに一般的に婚姻を禁止しており、婚姻において相手方決定の自由を制限している。これは上述の憲法理念と規定に正面から背馳する。一方、民法はその制限の範囲を男系血族だけに限定するところから、これは憲法第一一条第一項の男女平等理念にも反する。ひいては民法の本条項はその立法目的がいまや

婚姻に関する国民の自由と権利を制限する際の根拠となる「社会秩序」や「公共の福利」にも該当しない点で、憲法第三七条第二項に違反するものである。

iv. 同姓同本禁婚制の存置論に対して

a. 優生学ないし遺伝学的有害論は、まずこの制度が有害論に基づいて定着したのではないという点、そして科学的証明もない点で合理的理由とはならない。

b. 廃止論に対してそれは社会の美風良俗と伝統文化に反して社会秩序の混乱と家族制度の破壊をもたらすと主張しているが、これは上述のような本制度の社会的存立基盤ないし現実的妥当性の変化に関する考察が欠如しており、倫理や道徳観念も時代に伴い変容し、歴史の発展法則にしたがって発展するとの考え方を度外視した主張である。

一般にある人間の行為に対して、それを国家が法規範を通じて規制するのか、それとも単純に慣習とか道徳に委ねるのは、その社会の時代的狀況と社会構成員たちの意識などによって決するほかにない。

同姓同本禁婚制もやはり万古不変の真理として我が婚姻制度に定着したのではなく、時代の諸般の社会・経

済的与件に基づいた倫理や道徳観念の反映にすぎない。本制度は、これからも継続して法的に規制すべき時代の普遍妥当な倫理ないし道徳観念としての基準性をもはや喪失している。

ただし、このことは憲法裁判所が同姓同本の血族間の婚姻を奨励したり既存の普遍妥当な倫理・道徳をすべて否定するものでは決してない。

③憲法不合法意見（概要）

同姓同本禁婚制が違憲ということには同じ見解だが、本制度が長年民族固有の婚姻風俗であり倫理規範でもあったので、すく違憲決定を下すのは適當ではない。家族法、特に婚姻制度は立法府の国会が我が国の伝統・慣習・倫理意識・親族観念・優生学的問題などいろいろの事情を考慮したうえで立法政策的に決定すべきである立法裁量事項なので、そのすべての事情を十分参酌して新たに婚姻制度を決めるように憲法不合法決定をすべきである。

④多数意見に対しての反対意見（概要）

i. 同姓同本禁婚制度と家族法の特徴

婚姻は国家・社会の基本構成要素である家族を形成する極めて社会的な性格を有するものなので、その社会固有の

伝統や風俗から強く影響を受ける。それゆえ、婚姻を規律する法というのは伝統・風俗に強く支配される保守的・歴史的性格を帯びるようになるわけである。したがって、その違憲性を合理性という論理だけで論ずることはできない。

## ii. 本制度の由来と慣習化

同姓同本禁婚制は、中国から伝来されたものではなく、紀元前二三三二年檀君建国の初めからの「不娶同族」という道徳律が慣習化したもので、朝鮮に至って儒教の影響で強化され、少なくとも六〇〇年以上守ってきた我が民族の美しい伝統・慣習・文化である。

## iii. 現実与件の変化と本条項の違憲性の有無

a. その間、社会・経済的与件と意識には変化があつたけれども我が婚姻慣習が実質的に変化したといえる公信用のある資料はない。反対の主張があるという理由だけでその制度に問題があるとは断言できない。国民の意識はそれほど変わったと見にくいものである。今まで何回か廃止論が国会で取り上げられなかったという点から照らしても、これは明らかである。

b. 婚姻に関する特例法の制定は同姓同本禁婚制に対しての反対の所産ではなく、同姓同本により事実婚にある当

事者と子女たちの社会生活上の不利益などを解消させるための配慮であつた。

## iv. 本制度と法的規制の正当性

家族関係に関する慣習中、どの範囲まで立法化して強制するのかが立法政策の領域に属するもので、立法者の判断が明白に非合理的であると判断しない限り、これを違憲だとはいえない。慣習として続いてきた禁止婚の範囲を法律で明確にして、婚姻関係の効果をあきらかにしておくのは社会秩序の維持のためにも必要であるから、その法制化の正当性は認められるのである。

## v. 本条項と過剰禁止の原則・幸福追求権及び平等権

a. 同姓同本禁婚条項は国民の幸福追求権と婚姻の自由などを実質的に侵害するものではない。また、同条項違反時の効果の面（刑罰権の不発動、当然無効ではない）からみて立法手段の適切性と法益侵害の均衡性にも問題がない。

b. むしろ、同条項は伝統文化という歴史的な事実と伝統文化の継承という両方の憲法理想（憲法第九条、国家の伝統文化の継承に関する義務）に符合するものである。

c. 男系血族中心の同姓同本禁婚制は長い歴史をかけて形

成されてきた制度であり、男女差別などの単純な論理だけではそれを変革させることはできないといえよう。

#### 4. 憲法裁判所決定以降の動向

同姓同本禁婚制に対しては、かねがね多数の学者がその廃止を主張してきたのである。憲法裁判所の憲法不合法決定が下るやすぐにそれを支持する見解が続々と発表されたが、一方でそれを批判する見解も根強いのが今までの実情である。

一九九九年一月一日以後に失効した民法第八〇九条を代替する改正規定はいまだに制定されていない状況である。

以下では、決定を支持する立場を除いて、決定以降のその他の動きを紹介する。

#### (1) 戸籍例規の施行

憲法裁判所の決定に従って一九九七年七月二六日以降、民法第八〇九条一項はその適用が中止されたために、法律の空白状況が生じた。それを解決するために大法院は一九九七年七月三〇日に過渡的な措置として戸籍事務処理のための「戸籍例規」

(第五三五号)を制定・施行したのである。この例規は全文六ヶ条で構成されているが、それは過去の「婚姻に関する特例法」を参考にして制定したといわれている<sup>(34)</sup>。

要約すると、本例規は市(区)・邑・面(最小の地方自治団体)の長は民法第八〇九条第一項にかかわらず同姓同本の同一男系血族間の婚姻届も受理しなければならないこと(第二条)、および、届出の時その婚姻が民法第八一五条第二号の無効婚(八親等以内の血族間の婚姻)でないことを証明する戸籍謄本あるいは族譜写本等を提出しなければならないこと、などを主な内容としている。

#### (2) 儒林の反対

憲法裁判所の決定に対して、全国各地域の郷校財団、儒道会及び成均館は共同名義で一九九七年八月一〇日、反対声明書を<sup>(35)</sup>発表した。

その要旨は次のようである。つまり、

1. 国民の大多数が同姓同本禁婚法の廃止に反対している。
2. 同姓同本禁婚法の廃止は近親婚慣行の蔓延と人間性喪失を招来する。



3. 同姓同本禁婚法が廃止されると家族秩序が壊され血縁関係が攪乱される。

(3) 韓国氏族総連合会の反対と家族法修正案の提案

韓国氏族総連合会は憲法裁判所の決定と国会での民法改正の動きに反対して、討論会開催・政府と国会への建議文発送・公聴会開催・示威など多様な方法でその意見を表明してきた。

特に、この会は相当に著名な民法教授と弁護士等を構成員とした「家族法研究院」を開設して（一九九九、一〇、一九九九年七月三一日付で政府の家族法修正案に対しての修正案を作成・提出した）。

まず政府修正案に対して、家族法というのは国民一般の法意識に符合しなければならぬが、政府修正案は十分な国民的合意なしに一部少数の見解に立脚したものである、修正案は大体今日の個人の利益のための契約的人間関係で通用される個人本位の自由な決断と相互合意主義、両性間の図式的平等主義を原理として作成されたものである、従来の父系中心的な家族規範のうち時宜にあわないものは正すべきだが、修正案は父系中心的な家族規範を全面的に廃棄して核家族体制や家族解体に転換

する結果を招来するものと批判して、次のような理由で同姓同本禁婚制の維持を主張した。

① 同姓同本の宗親間の禁婚は我が伝統家族文化の中核として国民の法意識のなかに生きている。

② 同姓同本の宗親間の婚姻が許容されると、宗中、族譜など我が伝統家族文化に致命的損傷をつけて、結局のところ崩壊させる危険が著しい。このような重大な変更は国民投票次元の合意なしには許容されるべきではない。

③ 同姓同本の宗親間の婚姻が許容されると現在の戸籍実務では八親等以内の宗親間の結婚も到底統制できなくなり、結局、禁婚体制が全体的に破壊される危険が顕著である。

④ 禁婚制度の崩壊は氏族のアイデンティティ破壊に直結し、結局、それにとづいた民族意識と民族愛も消滅するようになる。これは世界史の激動に苦しめられた韓民族の将来のために大きく憂慮されるので、決して容認してはいけなものである。

韓国氏族総連合会の修正案は次のようである。

第八〇九条（宗親、近親間の婚姻制限）

① 同姓同本の宗親、六親等以内の外親は互いに婚姻できない。

- ②六親等以内の血族の配偶者、配偶者の六親等以内の血族、配偶者の四親等以内の血族の配偶者の姻戚であるか、このような姻戚であった者は互いに婚姻できない。
- ③養父母系の四親等以内の血族または二親等以内の姻戚であった者は互いに婚姻できない。<sup>(36)</sup>

(4) 国会の対応

国会は、憲法裁判所の決定に従った民法改正などの立法措置を今まで持ち越しており、結局、一九九九年一月十七日に常任委員会の法制司法委員会が「血統を大切に国民の情緒上、同姓同本禁婚制度を廃止するのは時機尚早である」という趣旨で政府案に代えてそれを維持する内容の修正案を採択した状況にある。

これに対して、憲法裁判所は自らの決定の意味と効力を改めて強調する立場をあきらかにした。<sup>(37)</sup>

第五 結論

先に何度も言及したごとく、同姓同本禁婚制は、今日の韓国

社会の普遍的な倫理観・家族観・結婚観と合致しないものである。歴史的にも、それは朝鮮王朝において前王朝である高麗の氣風を断絶して新しい文化文物を創造・振興しようとする政治目的の産物でありながら、家父長制と男性優越主義を根幹として階層的支配構造を維持しようとする戦略的な社会イデオロギーの法的な表現であり、親明（中国）事大的な外交政策の所産であったと評価することができる。

同姓不婚制の廃止と近親婚の許容とは別のものである。男女の自由な結婚を保障し、男女平等の理念を具現するため、一定範囲における近親婚の場合を除き、同姓同本間の結婚を許容することが望ましいと思われる。

立法論的には、今日、韓国社会の親族観と婚姻観（特に地方における平均的・合理的観念）を考慮して十二親等以内の血族間での婚姻を禁止することが適当であると思う。<sup>(38)</sup>

註

(1) 制定経過に関する詳細な記録は、鄭光鉉、『韓國家族法研究附録』（ソウル大学出版部、一九六七）参照。

(2) 韓国日報世論調査結果(一部の存置論者の見解)報道  
一九五七・五・一二付および、国会法制司法委員長の民法改正法律案提案に対する国会議員三三人の反対請願理由(一九七七・一二・一六国会速記録)等を総合。

(3) 一九五七年、民法制定のための政府提示草案に対する国会法制司法委員会の修正案提出理由書および、一九五七年、国会法制司法委員会民法改正法律理由書等を総合。他に反対論を主張した初期の論文等としては、李兌榮、

『同姓同本の結婚——不婚の原則を批判して』、朝鮮日報一九五七・四・八、九、一一付・李裕長、『現実を見ようとしなない人達——特に儒林の頑固派について』、韓国日報一九五七年四月一四日付・韓国日報社説、『同姓同本不婚制の可否——伝統と法律』、一九五七年九月一三日付・金疇洙、『同姓同本不婚の原則に関して』、『法政』第一五卷二号、一九六〇・二、がある。

(4) 金疇洙、『家族法の現況と課題』、『家族法研究』第七号、一九九三、第二二頁。

(5) 法律新聞一九八四・九・二四付、一頁・金容漢、『同姓不婚制度の総合的考察』、『家族法の諸問題』法務資料第五五輯、一九八四、第二二五・二二六頁参照。

(6) 上の調査結果は、韓瑋熙、『同姓同本不婚制度再論』、『考試界』第四九八号、一九九八・八、第六一頁から再引用。

(7) 裴慶淑、『同姓同本不婚原則に関する批判』、『晴軒金會漢博士華甲紀念・現代民法学の諸問題』(博英社、一九八一)、第六六九頁参照。金疇洙、『同姓同本不婚の原則に関して』、『法政』第一五卷二号、一九六〇・二、第五六頁は同姓同本だとしても、それがはたして先祖を同じくする血族の間であるかどうか疑わしい場合があるという。

(8) 政府統計資料によると、一九八五年現在金氏(本貫二八二種)中、金海金氏三、八九二、三四二名、慶州金氏一、五二三、四六五名。李氏(本貫二三七種)中、全州李氏二、三七九、五三七名、慶州李氏一、二二七、二八〇名。朴氏(本貫一二七種)中、密陽朴氏二、七〇四、八一九名で三姓五本だけの人口が合計一一、七二七、四四三名に達している。経済企画院、『一九八五年人口および住宅調査報告上巻』一九八八、第一二、二八八、四四四頁。

(9) 『官報』第一三六七五号、一九九七・八・四付、第七八頁。  
(10) 韓国日報一九九一・五・二九付、第一五面によると、当時、同姓同本間の婚姻であるとの理由で婚姻の届出ができなかった事実婚夫婦は二〇万組以上になると推定されている。

(11) 同旨・李熙培、『同姓同本婚姻禁止規定の憲法不合法決定と今後の課題』、『判例月報』第三三三三号、一九九八・

六、第一九頁。

- (12) 金疇洙、〃同姓同本不婚の原則に関して、『法政』第一五卷二号、一九六〇、二一、第五三頁。韓福龍、〃朝鮮前期婚姻法研究、『家族法研究』第三号、一九八九、第二五一頁参照。
- (13) 陳壽、『三國志』(景仁文化社、一九七五)、第二二三頁。韓福龍、『韓国婚姻法の歴史の基礎』高麗大学大学院博士學位論文、一九八八、第六頁から再引用。
- (14) 金斗憲、『韓國家族制度研究』(ソウル大学出版部、一九六九)、第四三五頁。金柄大、〃同姓同本不婚制に関する小考、『南松韓瑋熙教授華甲紀念・現代民法の課題と展望』(ミルアル社、一九九四)、第九四頁参照。
- (15) 金疇洙、『婚姻法研究』(法文社、一九六九)、第一二二頁。
- (16) これに関しては「増補文献備考」英祖四六年(一七七〇年)編纂、正祖六年(一七八二年)補編、第八九卷、禮考三六、私婚禮条参照。
- (17) 金疇洙、〃同姓同本不婚制度に関して、『家族法研究』創刊号、一九八四、第二二頁。ところが、民間では同姓結婚がそれほど盛んではなかったという説明もある。金容漢、〃同姓同本婚制度の総合的考察、『家族法の諸問題』、法務部法務資料第五五輯、一九八四、第一九〇頁参照。
- (18) 韓福龍、前掲、朝鮮前期婚姻法研究、第二五一頁参照。
- (19) 鄭範錫、〃わが国の同姓婚および近親婚に関する研究、
- 『金斗憲華甲紀念論文集』第二四五頁以下、金疇洙、前掲、〃同姓同本不婚制度に関して、第一二頁から再引用。
- (20) 金疇洙、上掲論文、同頁。
- (21) 高麗史七五卷、選舉志三銓注条「嫁大功親所産禁任路」。
- (22) 高麗史七五卷、選舉志三銓注条「同父異母姉妹犯嫁所産任路禁錮」。
- (23) 朴秉濠、『韓國法制史考』(法文社、一九八一)、第三四一—三四二頁参照。
- (24) 太祖四年(一三九五)に中国明朝の法典である大明律を吏説で字句直解・修正潤色して刊行された法典として、朝鮮王朝の普通法典として依用され、あとに朝鮮の基本法典である經国大典の編纂に当たって、参考にされたものである。
- (25) 婚姻に関する大明律と大明律直解の内容比較に関して、崔弘基、『韓國戶籍制度史研究』(ソウル大学出版部、一九九七)、第一七一頁以下参照。
- (26) 英祖三二年(一七四六年)刊行。
- (27) 世宗実録九六卷、二五年六月二四日参照。
- (28) 韓瑋熙、前掲論文、第五二頁。
- (29) 光武九年(一九〇五年)公布。
- (30) 以下(6)までは、李兌榮、『家族法改正運動三十七年史』(韓國家庭法律相談所出版部、一九九二)参照。
- (31) 女性新聞一九九七・三・一七付。

(32) 九人の裁判官中五人が単純違憲意見を、二人が憲法不  
合致意見を、二人が反対意見を提示した。憲法裁判所法  
第二三条第二項所定の違憲決定審判定足数である六人以  
上に達しなかったために憲法不合法決定を下したのであ  
る。決定文は一九九七年八月四日付第一三六七五号『官  
報』に掲載されている。

(33) 例として、李熙培、〃婚姻家族政策理念による同姓同本  
禁婚規定憲法不合法決定〃、法律新聞第二六二三号、一九  
九七・一〇・六付・韓瑋熙、前掲論文〃同姓同本不婚制  
度再論〃等。

(34) 李熙培、〃同姓同本不婚から近親婚禁止への改正におけ  
る問題点と課題〃、一九九八年韓國国家族法学会夏季學術大  
会資料集、第一六頁。

(35) 東亜日報第二三六一八号、一九九九・八・一〇付、第  
二七頁等。

(36) 以上は韓國氏族総連合会編、『韓國氏族総連合会報』第  
三号、一九九九・八・一五付参照。

(37) 以上、文化日報一九九九・一二・二〇付、第二九頁参照。

(38) 朴秉濠、〃家族法の改正私案〃、韓國民法法学会編、『民  
事法学』第六号、一九八六、第四六六頁は同姓同本不婚  
制廃止を支持しながら、ただし過渡期的に父母の同意を  
受けなかった同姓同本婚姻は父母に限り取消可能なこ  
とにしようとする提案している。…金容漢、〃同姓不婚法理の

再検討〃、『梅石高昌鉉博士華甲紀念・民法学の現代的課題』  
(博英社、一九八七)、第七〇九頁・黄迪仁、〃同姓同本  
不婚の原則〃、『家族法の諸問題』法務部法務資料第五  
輯、一九八四、第二四六頁・韓國民法法学会の家族法改  
正試案では、前の「婚姻に関する特例法」と憲法裁判所  
の決定以後の「大法院戸籍例規」の内容とおなじ禁婚範  
囲を提案している。