



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	韓国民法・韓国法文化と高教授：韓国民法の特色：日本法との比較
Author(s)	高, 翔龍
Description	シンポジウム
Citation	北大法学論集, 193-231
Issue Date	2008-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/32306
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(5)_193-231.pdf



韓国民法・韓国法文化と高教授

韓国民法の特徴

——日本法との比較——

高 翔 龍

〔Ⅰ〕はじめに——論題の由来

ただいま吉田先生から身に余るほどのご紹介を賜りました高と申します。一九九六年七月に北大法学会の招待を承り

「韓国人の法意識」についてお話しすることがございますが、一〇年過ぎた今日、尊敬する先生らの面前でお話しすることができたことは、一生忘れられない光栄のことと存じます。きょうは、「韓国民法の特色」というテーマをもつてお話しして参りたいと思います。

日頃、韓日両国間において、さまざまな文化の交流が活発に行われております。二〇〇二年度に韓日共同主催したサッカーワールドカップをきっかけに、スポーツ文化の交流が活発に行われており、二〇〇三年から「冬のソナタ」というドラマをはじめとして、「チャンギム」といったドラマなど、「韓流」と呼ばれる韓国ブームが起きました。このような文化を通して日本人は韓国文化の一面を体験しているのではないかと考えられますが、それは韓国においても「日流ブーム」とまでとはいえないかも知りませんが、若者が好んで読んでいる日本の漫画や小説、またはアニメなどを通して韓国人は日本文化の一面を体験していることと同様であろうと思います。学術の面でも、様々な領域において韓国に対する関心が高まっており、本格的な共同研究も現れ始めています。このような傾向は民法法学にも見られ、この一〇年ほどの間に、韓国法につき、日本語で書かれたものも相当に増えてきている次第でございます。

このように、韓日両国間では多様な文化交流が活発に行われてきますが、たがいに「近くて遠い国」であると言われることには、あまり変わりがないような気が致します。その理由として、韓日両国間の歴史認識の差、二つの国の類似性と異質性の混同といったことを挙げたことがあります⁽¹⁾が、これらのことは今日においても同じであると言えるのではないかと思います。韓国には「一〇年経つと江山が変わる」という諺があります。それは、一〇年過ぎれば大自然も変化し、人間万事も当然変わりゆくものであるという意味ですが、韓日関係について見れば、終戦後五〇年が過ぎた現在においてもなお「近くて遠い国」のままであるという感じがするわけでございます。

法は、単に技術的なものではなく、その社会が生み出した固有の文化の一つであると思います。比較法的側面から考

える場合に、二つの国の間に、はじめから全く違った法制度を発見することもあれば、全く同じ法制度を発見することもあります。しかし、外見上は同じ法制度であっても、その中身が異なる場合があるということに注意を払わなければならない。すなわち、韓国法や日本法、中国法その他の外国法を理解しようとするにあたっては、その国の歴史や文化、人々の法意識といった法文化を全般にわたって理解し、相互の違いを正確に認識するという作業を最初に行うことが極めて重要なのであるでしょう。異なる法文化を発見することは、その社会、その国の法を理解するにあたって不可欠な要素であると思います。国際関係において、しばしば他国の法文化を誤解することにより、国家間の様々な紛争が生じることがあり、それは私人の間においても同様であると思います。

私は、若い時に長期間日本留学を経験し、帰国後にも数回にわたって日本の法文化に接する機会があり、自分なりに日本の法文化を理解しているつもりであったのですが、今でも韓国と日本の異なる法文化に気がつくことがあります。現在、大東文化大学法科大学院と早稲田大学法科大学院で、広い意味でのアジア法の中における韓国法と（日本法との）比較法の講義を担当しており、今年で四年目になりますが、将来の法曹を志す若い人達に対して韓国の法文化を知らせたい、正確に理解してもらいたい、そしてアジア法を専門分野とする法律家になって、これからの韓日両国間にかかる「友情の橋」としての役割を担ってほしいという希望をもって臨んでいます。

以下では、民法上の財産編と親族・相続編の順に、その特色と思われるいくつかの制度をとりあげて、可能な限り日本民法と比較しながらお話を進めて参りたいと思います。発表にあたって、このようなテーマで発表なさった吉田邦彦教授の論文^②、韓国民事法学会で発表なさった大村敦志教授の講演の示唆に負うところが多く、この場を借りて感謝の意を表したいと思います。では、本論に入らせていただきます（以下敬語省略）。

「Ⅱ」民法財産編の特色

一・不動産の二元化（土地と建物）

韓国民法は、大陸法を継受して立法されたにもかかわらず、建物を土地の構成部分として認めているドイツ法やフランス法とは異なり、土地と建物を各々独立した不動産として規定（九九条一項）し、不動産登記簿も土地登記簿と建物登記簿に二元化されている。何故に従来の慣行と異なつて土地と建物が二元化されたかは明らかにされていない。土地と建物を二元化された法制は、日本法の場合も同様である（日本民法八六条一項）。

以下で、従来、土地と建物はどうか扱われていたかにつき、その沿革的側面から若干考えてみる。

（一）「土地家屋証明規則」と「韓国不動産ニ関スル調査記録」

不動産に関する近代的公示制度の嚆矢としては、一九〇五年の「第二次韓日協約」による統監府時代（一九〇五―一九一〇年）が始まつた一九〇六年の勅令第六五号により制定された「土地家屋証明規則」があげられる。この統監時代に設けられた「不動産法調査会」（委員長は伊藤博文（統監）の法部顧問である梅謙次郎）は、不動産法を制定するために一九〇六年七月より不動産慣例調査に着手する（「韓国不動産ニ関スル調査記録」（一九〇六、八）など、五巻の調査報告書を発刊した）と同時に一九〇六年（光武一〇年）一〇月二六日、勅令第六五号で「土地家屋証明規則」、一九〇八年（隆熙二年）七月一六日勅令四七号で「土地家屋所有権証明規則」など、不動産に関する法律を緊急に制定した。

土地家屋所有権証明規則によると、土地や家屋について売買、贈与、交換、典当（担保方法の一種）をなす際に、当

事者が提出した契約書を府尹・郡守（府・郡の知事）が審査し、「土地建物証明簿」に所定事項を記載、証明した後、契約書一通を当事者に交付した。同規則により、初めて土地と家屋がそれぞれ独立した不動産として取扱われるようになった。しかし、不動産法調査会が行った「韓国不動産ニ関スル調査記録」によると、地域によっては土地と家屋を一元化して売買などが行われていた。すなわち、京城（ソウル）では、建物所有権は多くの場合において土地所有権に從い、大邱では、家屋と土地の所有者が同一人の場合において家屋を譲渡するときは、土地は家屋に付随して移転する、釜山では自分の所有地に建てた家屋を売渡したときは、その敷地も家屋と共に移転するということがあった。このように、土地と家屋の一元化に関する慣習または一般人の意識は、今日においても根強く残っている。その例を一つ挙げよう。

（二）民法上の土地賃貸借

民法は土地賃貸借につき、「建物の所有を目的とする土地賃貸借はその登記がなくとも、その地上の建物の登記をしたときは第三者に対して賃貸借の効力を生ずる」（六二二条一項）と規定しており、この点は、日本借地借家法第一〇条一項に定められている意味・内容と同様である。六二二条一項は建物を所有する土地賃借人の保護という制度であるにもかかわらず、これと関連する紛争は非常に少ない（判例は二件ほどあるが、いずれも地上建物登記前にその土地に關し第三者が物権を取得した場合である。大判二〇〇三・二・二八、二〇〇〇^④（タ）六五八〇二、六五八一^⑤九）。このことは、その機能があまり果されていないということを意味する。この点は日本の場合と異なる。その機能が果されていないというのは、土地と建物を一つの不動産として認識してきた古来の慣習や韓国人の意識による。今日においても、他人の土地を賃借して自分所有の建物をたてるという意識はあまりない。その反面、土地所有者は自分所有の土地に他人が建物をたてるための土地を賃貸するという意識もあまりない。すなわち、建物をたてるためには、まずその土

地を買って、建物をたてるというのが韓国人の一般意識だからである。

以上のように、韓国の不動産売買に関する従来の慣行は、土地と建物は一元化されていたこと、今日においても韓国人は建物を「買う」と言う場合には当然土地も含む意味としてとらえる。このようなことから、慣習法上の法定地上権が広く認められている故であろう。

結局、不動産の二元化（土地と建物）は、沿革的側面からも、大陸法の継受という側面からも適合しない制度であるということとは否定できないだろう。

二. 法人でない血縁団体とその団体財産の名義信託

（一）法人でない団体（権利能力なき団体（社団・財団））

法人でない団体（社団・財団）について、判例・学説は「ある団体が法人として認めるに適した実体が存在すれば、法人に関する規定の中で法人格を前提とするものを除いてすべてこれを類推適用する」という立場をとっている（大判一九九七・一・二四、九六号（ダ）三九七二）⁽⁷⁾。この点は日本の場合と同様であると思われる。しかし、日本法と著しく異なる点は、韓国不動産登記法三〇条は法人でない団体（社団または財団）であっても、その団体の名義で団体所有の不動産を登記することができるという規定を設けていることである。すなわち、不動産登記法三〇条一項は「宗中、門中その他代表者又は管理人がある法人でない社団又は財団に属する不動産の登記に関しては、その社団又は財団を登記権利者又は登記義務者とする」と規定している。したがって、韓国の判例・学説が説いている「法人格を前提とするもの」とは、どのようなものであるかは明らかにされていない。このような定義については甚だ疑問である。というの

は、法人でない団体も不動産登記法三〇条により法人格がなくともその団体の名義で登記することができるからである。⁽⁸⁾もちろん、その団体の訴訟当事者能力は認められており（民事訴訟法五二条）、またその団体の所有財産も共同所有の形態である総有として認められている（民法二七五条）。

不動産登記法三〇条は、権利能力なき団体の一つの例として「宗中、門中」を挙げており、これは血縁団体をいうものである。では、具体的にどのような団体であるかを紹介することも、韓国の家族関係を理解するに役に立つのではないかと思われる。

（二）「宗中」という血縁団体

「宗中」という血縁団体が初めて法律上登場したのは、日本植民地時代が始まって（一九一〇年）間もない一九二二年（大正元年）の「土地調査令」（制令二五号）による。

「宗中」とは、一言でいえば、同一の始祖から生じたすべての者によつて構成される最大の父系血族集団をいう。一九一一年（明治四四年）に慣習調査を行った朝鮮総督府取調局長官回答によれば、宗中（「門中」とは、宗中よりその範囲が狭い団体。今日においては同じ意味で用いられている）という団体の人格に關し、「朝鮮ニ於テ一門或ハ門中ト称スルハ親族ノ団体ニシテ人格ヲ有セス而シテ門中所有ノ財産ハ其団体ヲ組織スル親族ノ共有ニ属シ門長ハ当然代表權ヲ有セス唯實際ニ於テハ門中協議ノ上門長ヲシテ代表セシムルコト多キモ是レ素ヨリ門中親族ノ委任ニ因ルモノナリ⁽⁹⁾」とし、その団体は法人格がないものとされた。このような慣習は今日においてもあまり変りがない。すなわち、判例は一貫して「宗中は共同先祖の後孫中、成年以上の男性を宗員として構成される自然的集団で」「その目的である共同先祖の墳墓守護と祭祀および宗中員相互間の親睦を目的とする自然発生的な宗族集団」（大判一九八五・一〇・二二、

八三斗斗(ダカ)二三九六、二三九七)である、と定義している。しかし、二〇〇五年に大法院大法院は、共同先祖の後孫中、成年以上の男性を宗員として限定した慣習法は、男女平等の憲法精神に反するもので、共同先祖の後孫中、性別を問わず成年になれば、当然に宗中の構成員となる(大判二〇〇五・七・二二(全員合議体)、二〇〇二斗(ダ)一七六)と判示し、従来の判例を修正した。したがって、今日においては成年以上の「女性」も宗中の構成員となる。

日本の判例もごく限られた血縁団体にせよ、沖繩における血縁団体であるいわゆる「門中」が権利能力なき社団にあたることとされた事例がある。すなわち「沖繩における血縁団体であるいわゆる『門中』が家譜記録等によって構成員の範囲を特定することができ、慣行により、有力家の当主を代表機関とし、かつ、毎年一定の時期に構成員の総意によって選任される当番員を日常業務の執行機関として定め、祖先の一人によって寄附された土地等の財産を門中財産として有し、これを管理利用して得た収益によって祖先の祭祀等の行事、門中模合(頼母子講の一種)その他の相互扶助事業を行ってきたなど、判示のような実態を有する場合には、門中は権利能力なき社団にあたる」(最判昭五五(一九八〇)・二・八、民集三四卷二号一三八頁)と説いている。また最近、最高裁は、沖繩本島において入会権はなお存続するということを前提として入会団体の会員資格の一つとして一家の代表者に限る「世帯主要件」とその入会権者の後継者となった「男女子孫要件」という「血縁的要件」が満たすことを要求していること(最判平成一八(二〇〇六年)・三・一七、第二小法廷。本判決の評釈として、大村敦志・ジュリスト(No. 一三三三)六四頁がある)は、「地縁的要件」は別として、狭い意味の韓国の「門中」と類似した血縁団体の一つの類型として考えられる。このことは、歴史上韓国の慣習法上の門中となんらかのつながりがあるのではないか。今後、研究すべき、興味のある分野であろう。

(三) 土地調査令(一九二二年)と宗中財産の名義信託

韓日併合後、朝鮮総督府は土地調査事業（一九一〇年―一九一八年）の一環として一九一二年八月に「土地調査令」を發布して、土地所有者はその所有関係を管轄機関に届け出るようにした（同令四条）。高等土地調査委員会は、その届け出により「土地所有者ノ権利ハ査定又ハ裁決ニ依リテ確定」（同令一五条）する。その査定および裁決は土地所有関係に対する最終的な宣言であったが、それは裁判所の判決を圧倒するほどの強い効力が認められた行政処分であった。土地調査局は、査定の確定または裁決に対しては、その事由の如何を問わず、これを司法裁判に回付する方法はないと断言し、判例も、「土地調査令ニ依ル査定又ハ裁決ハ一ノ行政処分ナルトモ其査定又ハ裁決確定シタルトキハ同令第十五条ニ依リ土地所有者ノ権利ハ之ニ因リテ確定セラレ同令第十六条ニ規定スル再審ノ申立ニ因リ變更セラレサル限りハ其査定又ハ裁決名義者ハ従来所有權ヲ有シタルト否トニ拘ラス絶対ニ其土地所有者ト確定セラルヘキモノトス」（朝高判大正六年（一九一七）・三・二七、朝高判集四卷二〇七頁）として、再審の申立により變更されない限り、土地の所有者として確定されたのである（要するに、当局は、紛争を抑制し、紛争解決を簡素化するため、査定および裁決に抵触する判決を防止しようとしたのである）。もし、土地所有関係を一定期間内に届け出をしなかった者は巨額の罰金に処せられた（同令一九条）。問題は、その当時、法人ではない宗中（門中）の名義で宗中所有の財産を登記する方法がなかったということにある。すなわち、一九一二年の朝鮮不動産登記令（日本不動産登記法の依用）に宗中といった権利能力なき団体の名義で登記する規定がなかったために、やむをえず、宗孫、宗中員といった個人の名義で、または宗中の代表者である数人の名義で登記しなければならなかった。

このように、歴史上やむをえない事情によって行われた登記につき、終戦後の大法院は「名義信託」による登記という新しい法理を創出したのである。すなわち、判例は不動産の名義信託に関して「当事者の信託に関する債権契約により信託者が実質的には自分の所有に属する不動産の登記名義を実体的に取引関係のない受託者に売買等の形式で移転し

ておくことをいうものである」(大判一九七二・一一・二八、七二四(ダ)一七八九大判集二〇・三、民事一五二)と説いている。したがって、「対内的関係においては信託者が所有権を保有し、それを管理・収益するから、公簿上の所有名義だけが受託者に移ること」(大判一九六五・五・一八、六五四(ダ)三一二)になる。それゆえに、対外的関係においては受託者が不動産の所有者となり当該不動産に対する「処分権」を有する。すなわち、判例は「宗中がその所有の不動産を宗会員に信託し登記簿上その宗中員の名義で所有権の登記を経たときは、宗中とその受託者である宗会員との間にいわゆる信託行為の法理が適用される。したがって、この受託者である宗会員からその不動産を譲受けた第三者は、その者の善意・悪意を問わず、適法に信託者である宗中の不動産の所有権を取得するものと解さなければならぬ。なぜならば、信託行為において受託者は、その対外的関係では完全な所有者としての権利を行使することができるからである」(大判一九五九・一・一五、四二九〇民上六六七、同一九六三・九・一九、六三三(ナ)三八八、大判集一一・二、民事一一四、同一九六六・一・三一、六五四(ダ)一八六、同一九六六・二・一五、六五四(ダ)二五三一等)と判示していることは、受託者にその「処分権」を認めたものと解されよう。このように、判例は「信託行為の法理」というものを取りあげて名義受託者に当該不動産に関する処分権を認め、その論理必然的な帰結として取引の相手方を無条件的(善意・悪意を問わず)に保護する立場をとってきており、確固たる判例法として形成されている。¹⁰⁾

三、不動産物権変動と登記

韓国民法における不動産物権変動の場合は、日本民法の場合と同様に法律行為による物権変動と法律の規定による物権変動がある。しかし、両国の民法は、前者の場合に著しく異った点があることに注意を払う必要がある。

(一) 朝鮮民事令および旧民法と意思主義(對抗要件主義)

日本植民地時代に韓国で適用された民事に関する基本法令は朝鮮民事令(一九二二(明治一五年)三月制令七号)であり、その第一条は「民事ニ関スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」とし、「左ノ法律」として同条一号に挙げられている日本の「民法」が、韓国にも適用された。さらに、同令は不動産物権變動に対する特別規定を設け、「不動産ニ関スル物権ノ得喪及變更ニ付朝鮮不動産登記令ニ於テ登記ノ規定ヲ設ケタルモノハ其ノ登記ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」(二三条)と規定し、對抗要件主義をとっていた。

これらの法令による日本民事法の適用は、現行民法が施行(一九六〇・一・一)されるまで、引き続き適用された(これを旧民法または依用民法という)。したがって、旧民法時代(一九四五・八一五―一九六〇・一・一)は、不動産物権變動の効力発生に関しても日本民事法によっており、日本民法一七六条が適用され、登記を對抗要件とする對抗要件主義をとった。

(二) 現行民法と形式主義(成立要件主義)

現行民法は登記を物権變動の成立要件とする成立要件主義(または形式主義)をとっているが(一八六条)、成立要件主義をとった理由は何か、その立法過程を若干探ってみる。

(a) 韓国民法一八六条

不動産の物権變動は、法律行為または法律規定など様々な原因によって、その効力を生ずる。この点については日本法と変わらない。しかし、法律行為による不動産物権變動は、その不動産の登記をしない限り効力を生じないという点で、日本民法の場合と著しく異っている。すなわち、韓国民法一八六条は「不動産に関する法律行為による物権の得喪

および変更は、登記しなければ、その効力を生じない」と規定し、公示方法としての登記を不動産物権変動の「成立要件」として定めている。これとは対照的に、日本民法一七六条は「物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる」と規定し、当事者の意思表示のみにより物権変動の効力を認める。ただし、その不動産物権変動は、登記をしない限り、第三者に対抗することができないと規定され（一七七条）、登記が不動産物権変動の「対抗要件」として定められている。要するに、一般論として、韓国民法は成立要件主義をとっているのに対して、日本民法は対抗要件主義をとっているという。しかし、韓国民法は、成立要件主義をとっているにも拘らず、登記の公信力を認めていないという点で、ドイツ法とは異なり、日本法と同じであるといえよう。このように、韓国法が、登記を成立要件としながらも、登記に公信力を認めていないという点は理解しがたいところであろう。

(b) 立法過程

(イ) 現行民法が旧民法の場合と異なる成立要件主義を採択した理由は何であろうか。

立法過程においても賛否両論が激しく対立した。学界は、形式主義の採択に対して、主に次のような理由から反対の立場をとった。①登記主義（形式主義）の利点として、法律関係の画一化が主張されるが、画一化それ自体に絶対的価値があるのではなく、むしろ法律関係を完全に画一化できないことが、法の世界における普遍的な現象である。②登記主義の採用の可否は、登記に対する信頼性、すなわち、どこまで真の権利関係の表示が実行されているにかかっているが、(当時の)韓国では、あまり実行できていないのが実情であり、このような状態で登記主義を採用すれば多大な弊害を生ずることになる。③登記主義を採用しながら、登記に公信力を認めないというのは跛行的措置である。⁽¹⁾

国会の審議過程においても、賛否の意見が激しく対立した。政府は、旧民法がとっている意思主義（対抗要件主義）から形式主義（成立要件主義）に転換しようとする理由として「物権法制において、可能な限り、一般取引に安定と確

信を与えるためには、形式主義がすぐれている⁽¹²⁾」ということをあげている。

国会法制司法委員会が民法案に賛成の立場をとった側の委員は、形式主義について「権利関係を明確にし、また、物権がいつ設定され、移転されたか、その時期を明確にすることが、取引安全を図る上で進展した法制である⁽¹³⁾」と述べ、さらに、形式主義を採択した理由につき、物権の排他性と関連させて説いている。すなわち、「物権という権利は、排他性をもつのが本質であり、債権とは違うこと…(省略―筆者、以下同じ)…つまり、第三者に対して、自分が所有権を持つ、自分に財産権があることを主張できるという排他性が…本質的なものであり、この物権については、登記がないと排他性を認められない。その結果、第三者に対抗することもできない。…そうになると、排他性のない所有権を認めることになり、それでは何の意味もない⁽¹⁴⁾」と説き、形式主義をとる民法案について賛成する立場をとった。それに対する反対の意見は、先に述べた学会の意見を土臺として、不動産物権変動については旧民法の態度を維持しようとする立場をとった。⁽¹⁵⁾すなわち、その理由として、①法律関係を簡易・便利にする。②意思表示主義の原則に符合する。③形式主義を採用するためには、実際に登記が奨励されなければならないが、現実はどうなっていない。④形式主義は公信力と密接に関連しているため、形式主義を採用すれば公信力を認めなければならないが、現状では公信力を認定できるだけの条件が整っていない。よって、意思主義を採用すべきであるという立場をとった。

結局、民法が形式主義を採用するに至った理由は、何よりも、現行民法の制定当時まで適用(依用)されていた日本民法上の意思主義・對抗要件主義の下で発生する問題を是正しようとするところにあった。つまり、物権変動の存否とその時期を明確にし、取引安全を図り、当事者間の法律関係に生じる矛盾を避けようとするところに、その主たる目的があったのである。⁽¹⁶⁾

(ロ) 現行民法が形式主義を採用しながら、登記の公信力を認めない理由は何であろうか。

立法当時の民法案起草委員長は、国会法制司法委員会で次のように陳述している。「…この契約においては、できるだけ一般取引界に安定と確信を与えようとするれば、形式主義に長所がある。…だからと言って、その原因が無効、あるいは、全く原因のない、当事者にとって全く効力がないような場合には、形式主義の信憑性を与えない。つまり、折衷の意味がこの中に込められております⁽¹⁷⁾」と説き、登記の公信力を否定することを明らかにしている。登記の公信力を否定する理由については、形式主義採用に反対する意見からも明らかにしているが、結局のところ、上記起草委員長の発言どおり、韓国法は、意思主義と形式主義との折衷の意味を有する韓国型物権変動主義（形式主義を採択しながら登記の公信力を否認する）を採用したものであるといえよう。

（三）物権変動の時期

韓国民法において不動産物権変動の時期は明白になっている。既述したように、不動産の物権変動は、登記をしなればその効力が生じないから、登記をしたときが物権変動の時期となる。したがって、韓国民法では、日本民法の六七六条の解釈をめぐって生じる不動産の物権変動の時期に関連する問題は生じない。

〔Ⅲ〕民法親族・相続編の特色

一．家族法の変遷

韓国家族法は、民法典の第四編の親族と第五編の相続で構成されている。家族法が立法される際には、儒教倫理に基

づいた保守的・慣習的特性が考慮され、主に韓国古来の慣習をもとにして制定された。その結果、親族・相続編は旧習である宗法制度（中国・周時代の宗族の組織規定。始祖を中心とする嫡長子孫により無限に継承（百世不遷之宗）の基本原理を骨組にした男系血統中心に立法され、憲法および民主主義理念と相反する規定が多く設けられた。したがって、民法が施行された直後から学界や女性団体らは、男女平等にもとづく民主的家族法改正の必要性を強く訴えつづけてきたが、一九九〇年一月に革新的に大幅な改正が行われた。さらに、二〇〇五年三月に戸主制度の全面廃止、姓不変原則の大幅な修正等を中心とした革命的な改正が行われ（二〇〇五年三月二法律第七四二七号）、今日に至っている。

現行家族法の特徴を理解するためには、韓日併合時代から今日に至るまでのその変遷過程につき、若干概観する必要がある。

（一）韓日併合時代における家族法

先ほど述べたように、日帝政府は、一九二二年三月十八日に制令第七号で「朝鮮民事令」を制定し、四月一日からこれを施行したが、この朝鮮民事令は、日帝支配下の韓国における民事に関する基本法令であり、同令により、日本の民法典と各種の特別法および付属法が韓国に依用されることになった。すなわち、朝鮮民事令第一条は、朝鮮の「民事ニ関スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」と規定し、依用される法律として日本民法および信託法、商法など二三個の各種特別法・付属法を挙げている。ただし、親族・相続については、朝鮮民事令第一条本文は「朝鮮人ノ親族及相続ニ関シテハ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外第一条ノ法律ニ依ラズ慣習ニ依ル」と規定し、これをもって朝鮮民事令の公布当時、親族相続に関しては日本民法の規定が適用されず、韓国の慣習法が適用された。しかし、その後、日帝の植民支配と同化政策が強化されるにつれて朝鮮民事令第一条は四回にわたって改正

されたが、第四回改正（一九三九年一月一〇日）により大幅に改正された（制令一九号）。すなわち、日本民法の氏に関する規定（旧民法七四六条）、裁判上の離縁に関する規定（旧民法八六六条ないし八七五条。ただし、隠居と関係のある旧民法八七四条但書および夫婦養子に関する八七六条は除外）、婿養子縁組の無効ないし取消に関する規定（旧民法七八六条および八五八条）が依用されると同時に「朝鮮人ノ養子縁組ニ存リテ養子ハ養親ト姓ヲ同シ縁組ノスルコトヲ要セス。但シ死後養子ノ場合ニ於テハ此ノ限ニ在ラス。婿養子ハ妻ノ家ニ入ル。婿養子離縁又ハ取消ニ因リ其家ヲ去ルモ家女ノ直系卑属ハ其ノ家ヲ去ルコトナク胎児生レタルトキハ其ノ家ニ入ル」という異姓養子制の規定が新設・追加された（朝鮮民事令第一条ノ二）。この改正によって韓国家族法（慣習法）上の不変の大原則である同姓同本不婚制と異姓不縁組制が廃止され、かつ婿養子制度が移植された。さらに、韓国人の精神的基盤である絶対的な「姓不変の原則」が、一九三九年（昭和十四年二月二六日）「朝鮮人ノ氏名変更ニ関スル件」（一九三九年朝鮮総督府令二二三号）という法律により、任意的とはいえ、韓国人の氏名を日本式に変えるという、いわゆる「創氏改名」が事実上強要されるに至った。強要されたというのは、日本氏名に変えない者には就職が困難になる等の不利益があったからである。以上のように、日帝は、韓国強占初期に家族法関係について日本民法を依用せず原則的に韓国の慣習法を適用していたが、漸次的に植民地同化政策を強化しながら日本民法の適用範囲が拡大された。

（二）米軍政時代

韓国は一九四五年八月二五日の光復（終戦による解放の意味）後、同年九月七日から米軍政が始まった。米軍政当局は、特に、朝鮮姓名復旧令（一九四六・一〇・二三軍政法令一二二号）を發布して日帝時代の創氏制度を廃止し、同法令による届出および戸籍記載手続規定に関する朝鮮姓名復旧令施行規則を公布した。この法令により日本氏名に変更さ

れた朝鮮姓名が祖先伝来の姓に復帰された。その後、一九六〇年一月一日に現行民法が施行されたが、特に家族法は六回の改正を経て今日に至っている。

(三) 現行家族法

第三次（一九九〇・一・一三）、第四次（一九九七・一二・一三）、第五次（二〇〇二・一・一四）家族法の改正を通して家族法は男女平等（親族姻族範囲の調整、嫡母庶子関係の廃止、法定相続分の調整、国籍法の改正による父母両系血統主義への転換）や財産権保障（相続回復請求権の出訴期間の改正（九九九条二項）、限定承認規定の改正（一〇一九条三項））といった憲法の基本精神に基づいて革新的に改正されたが、その後も、改正法に対して、全般的に社会的状況に適していないか、個別の制度が男女平等など憲法上保障されている基本権を侵害しているといった批判が絶えなかった。このような問題を解決するため、長い歴史の中で絶対不変的な制度として認識され、受け継がれてきた「姓不変原則」を大幅に修正する、またこの原則と不可欠な関係にある「戸主制度」を廃止すると同時に、「同姓同本不婚制度」の修正を行うなどの思いきった第六次改正（二〇〇五・三・三一）¹⁸⁾が行われた。この家族法第六次改正法により、現在、韓国の伝統的家族制度は大きな転換期を迎えている。

以下では、韓国家族法の特徴ともいえるいくつかの原則をとりあげ、これらについて概観する。

二. 戸主制度と二〇〇五年の改正家族法による廃止

(一) 戸主制の沿革

戸主制度は韓国固有の制度ではない。すなわち、「我が民法の戸主制度は、立法の拙速を図るあげく、戸主と戸主権成立の由来を検討せず、日帝の旧民法基礎者らが作り出した戸主ないし家督相続制の名称を変えて承継したものである」¹⁹⁾。ここでは、まず、戸主制の沿革についてながめてみる。

韓国における戸籍制度の起源は、中国の制度を継受ないし模倣して国が徴税、徴兵、賦役等の行政施策の資料とした「戸口」帳簿がその発端になった。²⁰⁾ すなわち、高麗時代（九三六～一三九二年）の戸籍制度は、常民（下級身分）の戸籍と両班（上級身分＝支配階級）の戸籍に区別され、常民の戸籍は徴兵、賦役の資料とした文書であったが、両班の戸籍は特権的身分の証明書であると同時に一種の免役証の文書であった。朝鮮初期（一四〇〇年代）の戸籍制度は人民の流移および良賤身分の混流を防止することが重要な目的の一つであった。したがって、人民の逃亡と壮丁の戸口漏落、良賤身分の混流を防止するなど戸籍の正確を図るため、一四〇七年（太宗七年）に隣保正長法が制定されると同時に一四一三年（太宗一三年）には号牌法が制定され、併用実施された。朝鮮後期に至り、一八九六年（建陽元年）に「戸口調査規則」が公布（一八九六・九・一・勅令六一号）された。

当時の戸籍に表現された戸主および家族とは、同一生活圏内にある現実の戸口を意味し、²²⁾ かつその戸籍には、戸主の年齢、本貫、職業、前居住地および四祖（戸主の父、祖、曾祖、外祖）、同居の親族以外の寄居人、雇用者の口数、家屋の所有の有無などを必要的記載事項としていた。このように、当時の戸籍は現実に同居する者に限って編成されたものであるから、それは、まさに戸籍との関係のない現行住民登録法による「住民登録」と一面似ている点があった。したがって、現実同居人を中心に編成された朝鮮時代の戸籍制度と今日における居住と全く関係のない法律（戸籍法）上の戸籍制度とは根本的に異なる。このような朝鮮時代の戸籍制度は、朝鮮初期に導入された中国の宗法制度の儒教理

念による家父長制家族制度と共に家族関係の慣習として形成され、「家父長」と「戸主」を同一のような意味としてとらえられ、それが今日に至るまで韓国人の一般意識の中に根強く残っているゆえではないかと思われる。

しかし、ここで注意を要するのは、朝鮮時代には、子女に対する父権、妻または妾に対する夫権があるだけで、父または夫としての資格外に特別に家長としての権利は認められなかったことである。⁽²⁴⁾ 父権または夫権以外に統一的支配権としての「家長権」制度が韓国に初めて登場したのは日本植民地時代であった。⁽²⁵⁾ すなわち、韓国では日本の明治民法が創案した戸籍上の家族団体の家や戸主権の觀念がなかったが、後に日帝が朝鮮民事令の改正による日本家族法の適用範囲の拡大、「第二次韓日協約」(一九〇五・一一・一七)による統監府時代(初代統監、伊藤博文)の「民籍法」の制定(一九〇九年法律八号)施行、韓日併合後の慣習調査の歪曲と「朝鮮戸籍令」の制定(一九二二年(大正十一年)勅令一五四号)施行等を通して日本式家制度や戸主制度が韓国に移植されたのである。⁽²⁶⁾

日帝時代の朝鮮戸籍令は、当時の日本戸籍法と同様に、長の「戸主」と「その家族」によって一つの戸籍(つまり「家」)を編成するようにした。戸籍の記載事項も韓国の「姓」の「本貫」を除けば、当時の日本戸籍法とあまり変らなかった(同令一一條)。

さらに、朝鮮時代の相続制度には父系継承の祭祀相続と財産相続の二つの相続制度しかなく、戸主権やその地位を承継する戸主相続制度はなかった。日帝が朝鮮の慣習を調査するに際し、慣習調査問項を日本民法の体系に基づいた規定を調査項目として設けて調査した結果、その報告書である上記「慣習調査報告書」や「民事慣習回答彙集」の内容は実際の慣習と一致しない部分が多かった。戸主相続制度がその一つの例である。すなわち、「慣習調査報告書」は「朝鮮ニ於ケル相続ニハ祭祀相続、財産相続及戸主相続ノ三種アル、…(省略―筆者)…戸主相続ハ戸主タル地位ノ承継シテ祭祀相続ヲ為ス者ハ同時ニ戸主ノ地位ヲ承継スルモノトナル」⁽²⁷⁾とし、戸主相続の慣習があるかのようにし、祭祀相続

人が同時に戸主相続をするという報告書が出されている。このことは、日帝の天皇制的家族国家主義理念を植民地同化政策として韓国に強制移植させ、体系化を図ったものと解されている⁽²⁸⁾。

このように韓国に強制移植された法律上戸主制度は、漸次的に韓国人の伝統的な儒教的家族観にすいこまれ、まさに古来から伝わってきた韓国固有の制度のように考えるようになった。終戦後にも家父長制家族制度の意味のある戸主制度についてはあまり抵抗がなく、戸主権、親権、夫権を縮小し、個人意思自治の範囲を拡大するという趣旨の下で引き継いで一九六〇年一月一日新民法七七八条以下に戸主と家族制度が設けられ、今日に至っている⁽²⁹⁾。

(二) 民法上の戸主制度

(a) 戸主相続制（一九九〇年改正前家族法）

民法七七八条は戸主について「一家の系統を継承した者、分家した者又はその他の事由により一家を創立若しくは復興した者は、戸主となる」と定義した後、「戸主の配偶者、血族及び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」（七七九条）とし、家の制度を設けて、各人は戸主または家族の身分をもってその家に所属することになっている。家には必ず戸主があり、戸主相続によってその地位が順次に継承される。このような戸主制度は一九九〇年民法改正によって「戸主権の相続から承継へ」といった大きな変化が生じた。

一九九〇年改正前の民法は「戸主相続制」を設けて、戸主が死亡または国籍を喪失したとき、などの場合に戸主相続が開始されるが（九八〇条一号）、戸主相続人になる者は被相続人の直系卑属男子が先順位になり（数人であるときには最近親を先順位とする。例、長男）（九八五条一項）、戸主相続人はその戸主相続権は放棄することができない（九九一条）。また「戸主の直系卑属長男子は本家の系統を継承する場合の外には養子になれない」（八七五条）と規定して直

系長男子の養子縁組を禁止していた。

さらに、「養子として養父と同姓同本でない者は養家の戸主相続をすることができない」（八七七条二項）とし、父系血統主義を貫いていた。

（b）戸主承継制（一九九〇年改正家族法）

しかし、今日において、このような戸主制度は現実的な必要性和実効性を失ったまま、男子中心思想維持のための非民主的・観念的な制度として機能しただけで、その廃止は以前から主張されてきた。一九九〇年改正の第三次改正案では、このような主張が受け入れられて戸主制度を廃止することになっていた。しかし、国会の審議過程で戸主制度は家族法の根幹になっている制度であり、これを廃止する場合、法律体系と家族関係を中心とする社会全般におよぼす影響があまりにも大きい、という主張が強力に提起された。結局、第三次改正の一九九〇年改正家族法は、戸主制度はなお存置するが実効性のなかった戸主の諸権利・義務に関する規定と男女平等の精神に反する規定、戸主継承を目的とする諸制度を削除し、戸主相続を戸主承継に改正した。その結果、改正法上の戸主制度は、家父長的要素がほとんど削除され形式的な名だけが残る状態になった。

（三）二〇〇五年家族法改正による戸主制度の廃止

二〇〇五年三月の家族法改正により、「戸主制度」が全面廃止された。すなわち、「戸主」に関する規定と、「戸主制度」を前提とする入籍・復籍・一家創立・分家等に関する規定が削除され（現行七七八条・七八〇条および七八二条ないし七九六条）、二〇〇八年一月一日より施行される。³⁰

二〇〇五年改正法の主要骨子の一つが「戸主制度」の廃止である。この点に関しては、改正の過程である国会法制司

法委員会公聴会（二〇〇四年二月三日）に出席した陳述人らによる賛否両論が激しく対立した。⁽³¹⁾改正に反対する側からは、儒教思想の根強い韓国社会において戸主制度が廃止されれば、伝統的家族制度の根幹が崩壊し、社会的に大混乱をもたらすことになるという意見が強く主張された。

これに対して賛成する側からは、「戸主」を中心に「家」を構成する「戸主制度」は、憲法上保障されている男女平等思想および個人の尊厳と価値を充足させることができず、また、時代的变化に伴って増加する多様な家族形態にも適合しないので、全面的に廃止されるべきであるという意見が主張された。

この改正過程の途中で、「戸主制度」に関する違憲審査が憲法裁判所で行われていたが、二〇〇五年二月三日、戸主に関連する「七七八条（戸主の定義）、七八一条一項（子の入籍、姓および本）、八二六条三項本文（妻の夫家への入籍）」がその根拠と骨組になっている戸主制は、婚姻および家族生活において個人の尊厳と両性の平等を規定した憲法第三六条第一項に違反する⁽³²⁾という違憲判決が下された。

三、姓不変の原則

「姓不変の原則」は、以下に概観する「父系姓本継承制」や「夫婦別姓制」といった原則を生み出した。これらの制度を理解するために、まず「姓」と「本」の意味については、若干の説明が必要である。

「姓」とは出生の系統を示す標識である。古来より父系中心社会である韓国においては、「姓」は原則的に父系血統を表示するものであり、「姓」によって各個人の所属している血統を分別することができた。しかし、同一の血統を有する多くの人が各地に分散したとき、各地域に分散した各派を表示するための標識が必要となった。そのために生じた

ものが「本」である。すなわち、各地に分散した各派の祖先の発祥地名を意味するもので、通常は「本貫」と呼ばれている。

このように「本貫」は、父系血族系統を表示する際に「姓」と不可分な関係にある。というのは、「姓」だけで血族系統を表示することはできず、「本貫」を並称することによってはじめて同族であることが表示されるからである。すなわち、韓国には祖先の発祥地を異にする同姓が多く、これを区別する必要があるため、必ず「姓」に「本」を付ける。³³⁾例えば、「金」という一つの姓をとってみても、その本貫は、「金海」、「慶州」、「光山」、「金寧」、「安東」等、様々であり、「金」という「姓」をもつ人でも、その本貫が「金海」なのか「慶州」なのかによって、祖先の父系血統が異なるのである。このように、「本」は血族系統を示す「姓」と不可分の関係にあり、「同姓同本」であれば、一応、同一父系血族に属するものとされる。

しかし、「同姓同本」がすべての場合に同一父系血族（同族）を意味するわけではない。「同姓同本」でありながら祖先を異にする場合、すなわち、同一父系血族でない場合もある。例えば、新羅の敬順王を先祖に持つ金海金氏（ここで「氏」とは一族を意味する。以下も同じ）と大駕洛の首露王を先祖にもつ金海金氏、崔文漢を先祖に持つ江陵崔氏と崔立之を先祖に持つ江陵崔氏等は「同姓同本」であっても、同一父系血族ではない。逆に、「異姓同本」であっても同一の父系血族とされる場合もある。例えば、安東「金」氏と安東「権」氏、金海「金」氏と金海「許」氏が同族とされていること等が、よく知られている例である。

民法は「姓」には必ず「本」を付けるようにしている（七八一条、戸籍法一五条四号）。すなわち、「姓」は父系血統を表示し（七八一条二項）、「姓」の変更は特殊な場合（父母の知らない子は法院の許可を得て、姓と本を創設する）以外には認められない（七八一条三項但書）とし、「姓不変の原則」をとっている。ただし、「入夫婚姻」（夫が妻の家に

入籍する婚姻)による出生子は母の「姓」と「本」を受け継いで母家に入籍するものと規定し(八二六条四項)、「姓」は父系血統を表示するという大原則の例外を認めている。

以上のように、「姓」と「本」の制度は、長い歴史の中で絶対的な不変の制度として認識され、受け継がれて今日に至っている。このような「姓不変の原則」は、次に概観する「父系姓本継承制」や「夫婦別姓制」といった原則を生み出した。

四、父系姓本継承制(子の父系血統継承)とその変化

二〇〇五年の改正前家族法は「子は、父の姓および本を継いで父の家に入籍する。ただし、父が外国人のときは、母の姓と本を継ぐことができ、母の家に入籍する」(七八一条一項)と定め、父が韓国人であれば、子は父の「姓」と「本」を継ぐという父系血統尊重主義の不変原則である「父系姓本継承制」をとっていた。しかし、このような父系血統尊重主義は、二〇〇五年の改正法により、大幅に修正された。

(一) 子が母の「姓」と「本」を継ぐ場合

先に述べたように、改正前民法は子の「姓」と「本」について「姓不変の原則」を根幹として、父の「姓」と「本」を継ぐという原則を規定(第七八一条一項本文)していたが、二〇〇五年の改正家族法(以下「改正法」とする)は、七八一条一項但書を二項に移し、代わりに「ただし、父母が婚姻の届出の時に母の姓および本を継ぐよう協議した場合には、母の姓および本を継ぐ」(同条一項但書)という規定を新しく設けた。したがって、このような協議がある場合

には、その父母から生まれる全ての子は、母の「姓」と「本」を継ぐことになる。この但書により、父系血統尊重主義は大幅に修正され、母系血統尊重主義への転換さえも可能にするような変化がもたらされたものと思われる。

(二) 子の「姓」と「本」を変更しうる場合

改正法は「子の福利のために、子の姓および本を変更する必要があるときには、父、母または子の請求により法院の許可を得てこれを変更することができる」(七八一条六項本文)と定め、子の「姓」を変更する制度を新しく設けた。この新設規定は、「姓不変の原則」を根幹とする「父系姓本継承制度」を大きく変えることになる衝撃的なものであるといえよう。

問題は「子の福利のために子の姓および本を変更する必要があるとき」とはどのような場合であるかということである。ここでは二つのことが考えられる。まず、父の「姓」と「本」を継いでいた子が、母の「姓」と「本」に変更する場合を考えられるが、実父の「姓」から実母の「姓」への変更という意味で、上記(一)のような場合と同様に考えてよいと思われる。問題は、子の母が再婚したときに、その子が義父の「姓」と「本」に変更するような場合である。二〇〇五年の改正の主目的の一つは、後者を認めることである。

改正過程において、主要な例として挙げられているものは、子の母が再婚した場合である。すなわち、母と一緒に住んでいる子は、たとえ母が再婚しても、実の父から受け継いだ「姓」と「本」は変わらないので、母の再婚相手の「姓」と「本」が異なる場合が生じる。例えば、改正法によっても、金(キム)姓の父と李(イ)姓の母の間に生まれた子は、原則的に金姓となる。父母が離婚しても、その子の「金」という「姓」は変わらない。たとえ、その子を養育する母が、朴(パク)姓の男性と再婚したとしても、その子の姓が金であることには変わらない。ゆえに、母の再婚相手の姓(朴)

とは異なるわけである。

したがって、このような場合に、外見上は父子関係にみえても、姓が異なるため、その子の母が再婚したことが容易に知れてしまう。その結果、その子が幼稚園や小学校でいじめの対象になりやすくなる等、父の「姓」と異なることにより子が被る精神的苦痛や社会的不利益等が大きいということが改正の主な理由であった。⁽³⁴⁾

もちろん、「姓」と「本」を変更するには、法院の許可を得なければならないが、子の母が離婚と再婚を繰り返すたびに、子の「姓」と「本」が変わる可能性もある。そもそも、「姓」とは本来、単純な個人の称号ではなく、出生の系統を表示するものであるという原則を守るのであれば、「姓」の継承には実親子関係が存在しなければならず、姻族に過ぎない義理の父の「姓」に従わせるということは問題であろう。さらに、本人の意思に関係なく、父祖から受け継いだ自分の「姓」が変更されることが、果して本当にその子の福利に適するものであるかどうかは疑問である。

子本人も法院の許可を得て姓を変更することができるが、子本人が未成年者であり、または法定代理人が請求することができない場合には、七十七条（親族の範囲）の規定にしたがって親族または検事が請求することができる（同但書）。

五、養子の父系血統継承とその変化

（一）慣習法上の同姓同本養子制度

韓国の伝統的な慣習法上の養子縁組は、父系血統を受け継ぐ男子が祭祀を継承することを前提とした同姓同本の血縁者養子縁組である。すなわち、韓日併合後の一九二二年「慣習調査報告書」によれば、「朝鮮ニ於ケル養子ノ習ハ祖先及自己ノ祭祀ヲ行ハシムルタメ擬制ノ子ヲ作ル必要ニ出テタルモノニシテ養子ヲ為スハ畢竟祭祀者（養親死亡ノ場合ニ

付テ言フ) 又ハ祭祀者タルヘキ者(養親生存ノ場合ニ付テ言フ)ヲ定ムルニ外ナラス故ニ祭祀者又ハ祭祀者タルヘキ者アルトキハ養子ヲ為スコトヲ得ス而シテ祭祀者タルコトヲ得ル者ハ男子ニ限り女子ノ祭祀者タルコトヲ認メサルヲ以テ男子アルトキハ養子ヲ為スコトヲ得ス⁽³⁵⁾とし、当時の養子制度の目的は祭祀を継承するもので、男子に限って認められている。さらに、「養子縁組ハ男系ノ血族間ニ⁽³⁶⁾行ハレ男系ノ血族ハ常ニ同姓ヲ称スルコトヲ以テ養子ハ依然トシテ本姓ヲ称ヘ之ヲ變更スルコトナシト雖モ常ニ養親ト同姓ヲ称ス⁽³⁷⁾」とし、養子になる者は、養親との同姓同本の血縁関係にある者でなければならない。養子縁組の要件として「養子ト為スコトヲ得ル者ハ養親トナル者ト同列ニ在ル男系ノ血族タル男子ノ子ニシテ且男子ナルコトヲ要ス⁽³⁸⁾」とし、その例として「同父兄弟ノ子(男) 其他男系ノ血統タル兄弟、再従兄弟、三従兄弟、四従兄弟等ノ子(男)」を挙げて、「是レハ男系ノ血統ヲ以テ親族ノ基礎トシ其断絶ヲ防ク趣旨ニ出テタルモノ⁽³⁹⁾」であるとしている。かかる養子は、養子縁組の日より養親の嫡出子たる身分を取得し養親およびその血族との間に実子と同一の親族関係が生ずる。

このような慣習法上の同姓同本の養子制度は厳格に守られて、それに反する異姓養子を縁組する場合に、一九〇五年の刑法大典五八二条の五項本文は「異姓の子孫を乞養して立嗣する者は、苔六十に処し、其子は本宗に歸させる⁽⁴⁰⁾」とし、刑法上処罰の対象になるなど、厳しく異姓養子の縁組は禁じられた。

(二) 朝鮮民事令第一一条による異姓養子制の導入

朝鮮民事令の第四回改正により「朝鮮人ノ養子縁組ニ在リテ養子ハ養親ト姓ヲ同シクスルコトヲ要セス。但シ死後養子ノ場合ニ於テハ此ノ限ニ在ラス。婿養子ハ妻ノ家ニ入ル。婿養子離縁又ハ取消ニ因リ其家ヲ去ルモ家女ノ直系卑属ハ其ノ家ヲ去ルコトナク胎児生レタルトキハ其ノ家ニ入ル⁽⁴¹⁾」(第一一条ノ二)という規定が新しく設けられ、異姓養子制

が導入された。異姓養子制の導入は、氏の創設制度とともに日帝の「内鮮一体」、「皇国臣民化」という同化政策を目的としたものである。⁽⁴⁰⁾

異姓養子の一つである婿養子制は、終戦後、現行韓国民法が施行（一九六〇年一月一日）されるまでの韓国大法院（日本最高裁に該当）は、「婿養子縁組は倭政退却と同時に無効である」（大判一九四八年民上制三四八号、一九四九・三・二六、破毀自判）との判決を下したが、いかに婿養子縁組の導入について反発があつたかをその判決理由から読みとらる。すなわち、「我邦古来の法典又は慣習上無子な者として養子を選定するには、必ず同性親族でその子行に相当する者であることを要する。：（中間省略―筆者）：婚姻において同姓間は勿論異姓であつても至近族戚間の嫁娶を絶対不許である。それは、親属の倫綱を尊重し、親属相姦の定律と相須して乱倫を禁防するためであり、真実に人倫と礼儀を尊崇する我が国憲民風の精華である」とし、家族関係に関する慣習一般論を述べた後、本件において「往年倭政期間に所謂婿養子制度を盲従した者であることを知るべきであり、婿養子たる者は養子として同姓系統に不台致であるのみならず、妻父、媳父、養父および子、婿、子婦の名分を雑紊乱し、その結果、婚姻かつ養兄弟間嫁娶に帰属し、一大乱倫行為になることを未免する者である。このような蛮夷的婿養子制度は倭政退却と同時に自然消滅したことはいうまでもなく、それに依つて成立された婿養子関係は公序良俗に違反するがゆえにその成立当初から無効である」と判示し、その婿養子関係を無効にした。

（三）民法上の異姓養子制度

このような婿養子制は、一九六〇年一月一日施行された現行韓国民法に引き継がれたが（八七六条一項「女婿にするために養子縁組することができる。この場合に、女婿である養子は養親の家に入籍する」）、一九九〇年一月一三日の民

法（家族編）改正で廃止された。その理由の一つは、婿養子制は日本の民法旧規定上のもので家制度のために受け入れたが、婿が養子を兼ねることは韓国人の法感情には合致しないということである。もう一つは、一九九〇年の民法（家族法編）改正により、戸主「相続制」が戸主「承継制」に変わったために（民法九八四条以下）、異姓の戸主承継も可能となり、婿養子にこだわらなくなったということである。したがって、韓国の伝統的な慣習法上の養子縁組は、父系血統を受け継ぐ男子が祭祀を継承することを前提とした同姓同本の血縁者養子縁組であったが、今日においては、それ以外の血のつながりのない他人同士の養子縁組、すなわち、「異姓養子」縁組が認められている（民法八六六条以下）。

問題は、異姓養子の場合に、その養子の「姓」と「本」については民法上の規定がないため、養親の「姓」と「本」に変わるのかということである。養子縁組後にも「姓不変の原則」にしたがって養子の「姓」は変わらないということが韓国人の一般的な意識である。⁽⁴⁾しかし、「入養（養子縁組）促進および節次（手続）に関する特例法」（「入養特例法」として一九七六年二月三十一日法律二九七七号で制定され、以後八回の改正を経て現在の法律名になっている）により縁組した養子（この法律によって養子になる者は、一八歳未満の要保護児童とされている）については、養親の希望があれば養親の「姓」と「本」を継ぐことができるとされている（同法八条一項）。

（四）特別養子制度の導入

二〇〇五年改正法は、親養子（特別養子）制度を導入して、「親養子は夫婦の婚姻中の出生子（嫡出子）とみなす」（九〇八条ノ三、一項）とし、法律上養親の嫡出子たる身分を取得することにした。したがって、親養子の姓については規定がないが、七八一条に基づいて養父または養母の姓にしたがうことになる。

親養子制度において注意すべき点は、一年以上の婚姻中である夫婦の一方がその配偶者の一五歳未満の親生子（嫡出

子)を親養子として縁組する場合(九〇八条ノ二、一項一号但書)には、夫婦共同ではなく単独で家庭法院に親養子縁組の請求をすることができるという点、また親養子の縁組前の親族関係は、親養子の縁組が確定されたときに終了する(九〇八条ノ三、二項本文)、夫婦の一方がその配偶者の親生子(嫡出子)を単独で縁組した場合における配偶者(親生子の父または母にあたる)およびその親族関係は終了せずに存続する(九〇八条ノ三、二項但書)という点である。

六、夫婦別姓制

「姓不変の原則」により、結婚しても「姓」は変わらない。先にも述べたとおり、「姓」とは、父系血統を表示(第七八一条一項)し、身分や戸籍の変動があっても変わらない血統を標識するものであり、これが古来より伝わる韓国の慣習法であった。したがって、「婚姻により他家に入籍しても、あえて姓を変えず、夫婦が姓を異にし、母子が異姓を称するのが通例」⁽⁴²⁾とされた。夫の「姓」も妻の「姓」も、それぞれの父系血統主義思想の結果として、婚姻後も変わらないのである。このように、韓国における「夫婦別姓制」は、本来、「個人の尊重」や「男女平等」といった理念に基づくものではなかったが、今日においては、これらの理念にも合致するため、二〇〇五年の改正法においても「夫婦別姓制」は修正されなかった。

日本の場合には、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」(日本民法七五〇条)とし、韓国のような夫婦別姓制をとっていない。しかし、結婚した際に夫婦同姓か夫婦別姓を自由に選択できる「選択的夫婦別姓制度」導入について、法務省は一九九六年の法制審議会の答申を受けて、その法案化に着手し、自民党の推進派は、二〇〇二年と二〇〇四年に家庭裁判所の許可を条件に例外的に夫婦別姓を認める妥協案を法務部会に提出したが、了解

は得られなかった。野党は、同制度導入の民法改正案を一〇回以上国会に提出しているが、審議入りも難しい状況である。⁽⁴³⁾ 家族や社会の枠組みの基本にかかわる制度の改正でもあり、大変重要な問題であると思われる。

七. 同姓同本不婚の原則とその修正

(一) 同姓同本不婚制の沿革

同姓同本不婚制とは、同一の「姓」および同一の「本」を継承する父系血族間における婚姻を禁止する制度である。この制度は、元来中国・周時代に始まり、漢時代に入ってはじめて確立した制度であるという。宗法制度が完成した周時代において同姓者は必ず同宗として、同族という支配的觀念が同姓婚を禁じさせた。礼記の曲礼では「⁽⁴⁴⁾為其近禽獸也」といい、同姓者間で婚姻することは禽獸に近く、人倫を紊乱させる、とされ同姓不婚原則を表明していた。明朝律である大明律（一三九七年）は「凡同姓為婚者各杖六十離異」とし、同姓間で婚姻した者はそれぞれ杖六〇の刑に処し、離婚させるという同姓不婚制をとっていた。韓国では、朝鮮時代（一三九二―一九一〇年）に入って儒教思想を建国理念として中国の大明律を朝鮮の法として依用することになり、それに従って同姓婚が徹底的に禁じられた。⁽⁴⁵⁾ 朝鮮末期に至り、刑法大典（一九〇五年）の五七二条は「氏貫が俱同である人が相婚したか、または妾を娶した者は苔一百に処し、離婚させる」と規定し、同姓同本間の婚姻は処罰の対象になった。以来、同姓同本の父系血族間の婚姻が禁じられた。

二〇〇五年の改正前民法八〇九条一項は、このような同姓同本不婚制を継承して、「同姓同本である血族の間では、婚姻をすることができない」と定め、「同姓同本不婚制」をとっていた。

(二) 同姓同本婚姻禁止の根拠

同姓同本の血族間における婚姻を禁止する根拠は、先に述べたように、伝統的には儒教思想による美風良俗や倫理的理由であり、優生学的理由が根拠となるのは終戦後ではないかと思われる。しかし、人口の激増、社会活動領域の広域化、道義・美風良俗の内容が変化したこと等により、一定の親等範囲外の同姓同本者間においては、倫理的・優生学的理由を禁婚根拠とする妥当性が失われている。さらに、禁婚の範囲を父系血統に限ることは男女平等の原則にも反する。また、その範囲が広過ぎることで、個人の重大な権利である婚姻の自由を蹂躪するという結果をもたらしている。

このように、親等数の如何を問わずに、同姓同本の血族間の婚姻を禁止する改正前の第八〇九条第一項については、制定当初から激しい賛成・反対の論議が展開され、その議論は最近まで続けられてきていた。その間に、同姓同本者間の事実婚の増大や、そのような内縁の夫婦間に生まれた子供を救済する必要性が重大な社会問題となり、国会は、そのような問題に対処するため、特別限時法を制定した。すなわち、一九七七年、一九八七年、一九九五年の三回にわたり、およそ一年限りの限時法（一九九五年法は一九九五・一二・二六、一九九六・一二・三一、まで）として、「婚姻に関する特例法」という法律が制定され、その期間中は、同姓同本である男女間であっても、九親等以上であれば、婚姻届の提出を認めるという措置がとられた。

ところが、一九九七年七月、憲法裁判所は、同姓同本不婚規定である民法八〇九条一項を違憲とする決定を下し、「同姓同本禁婚規制は、人間の尊厳と幸福追求権を保障する憲法理念に反すると同時に、婚姻の範囲を男系血族に限定した性差別は平等の原則に反する」ので、「現行民法条項が改正されるまで裁判所および行政機関はこの法律の適用を中止する」ものとし、「立法府が一九九八年末までにこの条項を改正しなかった場合には一九九九年一月一日よりその効力を失う」（憲法裁判所一九九七・七・一六、九五憲外（ガ）六―一併合）とした。

(三) 改正法における同姓同本不婚制の修正(近親婚等の禁止)

一九九七年の憲法裁判所の違憲決定により、同姓同本不婚規定(八〇九条一項)はその効力を失ったため、改正法は、憲法裁判所の違憲決定に従い、改正法八〇九条の標題も「同姓婚等の禁止」から「近親婚等の禁止」へと改め、同条一項は「八親等内の血族(親養子の縁組前の血族を含む)の間では、婚姻することができない」と改正された。したがって、今日においては、九親等以上であれば同姓同本血族間の婚姻が認められるようになった。

八. 親生(嫡出)子の推定と嫡出否認の訴えの出訴期間

(一) 嫡出子の推定

嫡出子推定に関する韓国民法八四四条二項は、日本民法七七二条二項と全く同じ内容を定めている。すなわち、「婚姻成立の日から二〇〇日後又は婚姻関係終了の日から三〇〇日内に出生した子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」と規定されている。

最近、日本では七七二条二項の嫡出推定の規定にかかわる問題として、生れた子の父親は誰かという家族制度の根幹を形成する法に起こった問題として激しく議論されている。しかし、嫡出推定の規定について韓国ではほとんど問題になっていない。というのは、この「婚姻成立の日」という民法規定の意味は、婚姻の申告の日であるが、事実婚成立の日も含むと解されており、判例も同じ立場をとっているからであろう。すなわち、判例は「わが国の昔い慣習によれば、たとえまだ婚姻申告がなされていなくても、夫婦がいわゆる内縁関係になって同居生活をしている間に妻が懐胎した子の出生日が、その父母の婚姻申告の後であり、その間の期間が二〇〇日に満たなくとも、このような子は特に父母の認

知手続を踏まなくても出生と同時に、当然に嫡出子としての身分を取得する」(大判一九六三・六・一三、六二四(ダ)二二八)と判示している。もちろん、それを争う場合には、反証または嫡出否認の訴え(八四六条)によらなければならない。

(二) 嫡出否認の訴えの出訴期間

嫡出否認の訴えの出訴期間について、韓国民法第八四七条は、日本民法七七七条と、全く同じ内容を定めている。すなわち、「子の出生を知った時(韓国民法は「日」―筆者)から一年以内に提起しなければならない」と規定しており、外見上は全く同じ規定である。しかし、韓国の憲法裁判所は、第八四七条は以下のような理由から違憲であるという決定を下した(憲裁一九九七・三・二七、九五憲ガ(ガ)一四)。すなわち、「…その提訴期間は、あまりにも短期間であるか不合理であるため、夫が子の嫡出であるか否かに対する確信を有する前に、その除斥期間が過ぎてしまうので、嫡出否認の訴えを顕著に困難にするか、事実上不可能ならしめる。その結果、真実の血縁関係に反する親子関係否認の機会を極端に制限することにより、自由意思にもとづいて嫡出関係を否認しようとする夫の家庭生活と身分関係で享有する人格権、幸福追求権および個人の尊厳と両姓平等を基礎とした婚姻と家族生活に関する基本権を侵害することとなる。したがって、この法律条項は、立法裁量の限界を越えたものになるので違憲であるといわざるをえない」という。二〇〇五年の改正民法第八四七条一項は、上記の違憲決定を受けて「嫡出否認の訴は、夫または妻が他の一方または子を相手として、その事由があることを知った日から二年内に提起しなければならない」と改正し、今日に至っている。

ここで、日本民法では問題とされていない同じ規定が、何故に韓国では違憲と判断されたのかを探ってみる必要がある。すると、韓国には儒教的な伝統慣習により真実の血縁関係を極めて重視する「絶対的血統継承主義」とも言うべき

法文化が根付いているという背景があることを発見するのである。

九. 非嫡出子（庶子）の法的地位

日本民法は、嫡出子と非嫡出子の法定相続分の差別を定めており（九〇〇条四号但書前段）、その規定が合憲であるか違憲であるかについて議論されている。一九九六年（平成八年）二月に公表された「民法改正要綱」⁽⁴⁷⁾でも、非嫡出子の相続分差別を廃止することが提案されたが、現在に至るまで法改正は進んでいない。非嫡出子の法定相続分の差別規定につき、最高裁は憲法一四条に違反するものとはいえないとして合憲と判断している（最大決平成七・七・五民集四九・七、一七八九頁、最一小判平成一六・一〇・一四判時一八八四号四〇頁）。

韓国民法は、非嫡出子（庶子）の法的地位についての規定を設けていない。その規定がないということは、相続の場合に嫡出子の相続分との差別がないことを意味する。朝鮮時代の家族法は、儒教倫理に基づいて形成された慣習法であり、儒教の封建的家族制度の下では一夫多妻が公認されていた。したがって、庶子は、私生子（妾の子女）⁽⁴⁸⁾より、むしろ婚姻中の出生子に近いし、かつその父は庶子が自分の子であると主張することによる争が多かった。民法上の認知制度（八五五条）は、民法が一夫一妻制を正式に採用することによってはじめて導入されたものである。

第三次改正（一九九〇・一・一三）の家族法は、嫡母庶子関係を認めていた。すなわち、「婚姻外の出生子と父の配偶者、その血族および姻族との間の親系と親等は、その配偶者の出生子と同一のものとみなす」（七七四条）と定めて、父の認知を受けた婚姻外の出生子と父の妻の間に彼らの意思によらず法律上当然に母子関係が生ずるという法定母子関係が認めていた。しかし、嫡母庶子関係が当事者の意思とは関係なく法定母子関係を成立させるということは、家父長

的制度の名残りであり、妾制度の残存物として、妻の人格に対する侮辱であるという理由で、その廃止が主張されてきた。一九九〇年改正法は、このような主張を受け入れて、嫡母庶子制度を廃止し、今日に至っている。したがって、今日における彼らの関係は単なる姻族関係に過ぎない。

以上に申し上げたものが、「韓国民法の特色」といえるか否かについて私自身も疑問をもっておりますが、思いついたいくつかの法律制度をとり挙げたことに過ぎませんので、ご了解お願い申し上げます。ご静聴有難うございました



- (1) 高翔龍、現代韓国法入門（信山社、一九九八）「はしがき」
- (2) 吉田邦彦、「日韓民法学の課題と将来」民法学における法と政策（平井先生古稀記念（有斐閣、二〇〇七）三三頁以下。
- (3) 大村敦志、「日本から見た韓国民法学―日韓比較民法研究序説・再論」韓国民事法学会（二〇〇六、六、一六）
- (4) 尹大成、韓国民事法制史研究（昌原大出版部、一九九七年）、八頁。
- (5) 上掲書、五六―五七頁。
- (6) 上掲書、六六―六七頁。
- (7) 郭潤直、民法総則（博英社、二〇〇二年）、一二六頁。

- (8) 詳細は、高翔龍、民法総則（法文社、二〇〇四年）二五〇頁以下参照。
- (9) 朝鮮総督府、民事慣習回答彙集（一九二二年）、七三頁。
- (10) 詳細は高翔龍、「宗中財産と名義信託」北大法学論集四九卷三号（一九九八・九）、二四三頁以下参照。
- (11) 民法法研究会、民法案意見書（一九五七年）六七頁。
- (12) 第二六回国会定期議会議速記録（以下「速記録」と称す）第三〇号（一九五七年）六頁以下、民議院法制司法委員会民法案審議小委員会、民法案審議録、上巻（一九五七年）一一八頁。
- (13) 「速記録」第四五号一九頁。
- (14) 上掲書
- (15) 「速記録」第四六号四頁以下。
- (16) 洪性載「不動産物権変動と登記主義の課題」二二世紀の日韓民事法学（高翔龍先生日韓法学交流記念）（信山社、二〇〇五年）二七七頁。
- (17) 「速記録」第三〇号六頁以下。
- (18) 詳しいことは、高翔龍、「韓國家族法の大改革」ジュリスト（No. 一二九四）二〇〇五・七・一五、八四頁以下参照。
- (19) 田鳳徳、「戸主制度の歴史と展望」大韓弁協誌一九八二・一〇月号、三三二頁。
- (20) 鄭光鉉、韓國家族法研究（서울大学出版部、一九六七年）、一三八頁。
- (21) 詳しいことは、上掲書、一二五頁以下参照されたい。
- (22) 上掲書、一二八頁。
- (23) 「住民登録法」（制定一九六二・五・一〇法律一〇六七号、一部改正二〇〇六・三・二四法律七九〇〇号）は、住民を登録させることにより、住民の居住関係等人口の動態を常時明確に把握し、住民生活の便益を増進させて、行政事務の適正な処理を図ることを目的として制定された法律である。住民は同法に基づいてその居住地の管轄行政機関（例、市、区役所等）に一定の事項（姓名、性別、生年月日、世帯主との関係、本籍、住所等。同法第一〇条）について申告する義務がある（同法一一条）。
- (24) 朴秉濠、「韓國の伝統家族と家長権」韓國学報一九七六・二輯、九二頁。

- (25) 李勝雨、「韓国家族法上の戸主制度」二二世紀の日韓民法学（高翔龍先生日韓法学交流記念）（信山社、二〇〇五年）、七八頁以下参照。
- (26) 山田録一／青木勢津／青木清、韓国家族法入門（有斐閣、一九八六年）、一七頁。
- (27) 慣習調査報告書、三四三頁。
- (28) 李勝雨、前掲論文、八一頁。
- (29) 鄭光鉉、前掲書（附録編）、三頁、四四四頁。
- (30) 戸主制度全面廃止により「戸主」と「家族」で構成された「家」を単位とした現行戸主制（戸籍法一九六〇・一・一・法律第五三五号）の代わりに、二〇〇七年五月に「家族関係登録等に関する法律」（二〇〇七・五・一七法律八四三五号）が制定され、二〇〇八年一月一日から施行される。同法により戸主を中心とする家単位で戸籍を編制した方式から国民個人別で登録基準地にしたがい「家族関係登録簿」、すなわち、一人一登録簿に編制される。
- (31) 第二五〇回国会、法制司法委員会会議録（以下「会議録」と称す）、第一四号（二〇〇四・一二・三）、一八頁以下（廃止賛成意見）、一七頁以下（反対意見、参照されたい）。
- (32) 憲裁二〇〇五年二月三日、二〇〇一憲ナ（ガ）九・一〇、一一―一五、二〇〇四憲ナ（ガ）五。「決定要旨」①憲法は、国家社会の最高規範であるがゆえに、家族制度が、たとえ歴史的・社会的産物であるという特性を有しているといえども憲法の優位から乗り越えることはできない。家族法が憲法理念の実現に障碍となり、憲法規範と現実との乖離を固着させることに一役買っているとすれば、そのような家族法は修正されなければならない。②戸主制は、姓の役割に関する固定観念を基礎とする差別であつて、戸主承継順位、婚姻時の身分関係形成、子の身分関係形成において、正当な理由なくして男女を差別する制度である。かかる制度により多くの家族は現実生活と家族の福利に適した法律的家族関係を形成できず、様々な不便と苦痛を被っている。崇祖思想、敬老孝親、家族和合といった伝統思想・美風良俗は、文化的・倫理的側面において継承・発展させることができるものであるから、これらを根拠にして戸主制のような明白な男女差別性を正当化させることはできない。③戸主制によって、当事者の意思または福利とは無関係に、男系血統中心の家の維持と継承といった観念に根をおろした特定な家族関係の形態が、一方的に規定・強要されることにより、個人は、家族内において尊厳ある人格体として尊重されるのではなく、家の維持と継承のための道具的存在として取り扱われている。このことは、

婚姻・家族生活の運営方法を決定する個人と家族の自律的決定権を尊重せよという憲法第三六条第一項に適合しない。(以上は、筆者が主要要旨であると思われる部分をとりあげたものである。)

- (33) 二〇〇〇年一月現在、帰化姓を除いた固有の「姓」は二八六個、「本」は四、一七九個ある。二〇〇三・一・二九統計庁報道資料による。

- (34) 第二五〇回国会「会議録」第二号三〇頁左段、法務部長官の答弁。第二五〇回国会「会議録」(公聴会)第一四号五頁以下、法務部審議官の陳述。

- (35) 朝鮮総督府、慣習調査報告書、明治四五年(一九一二年)、三二〇頁。

- (36) 上掲書、三二六頁。

- (37) 朝鮮総督府、民事慣習回答彙集、一九三三年、一三三頁。【七】養子縁組ニ関スル件「二・養子ハ男系ノ同一血族タル者ヨリ取ルコトヲ要シ而シテ男系ノ同一血族ハ其姓ヲ同シウシ且本貫ヲ同シウスル者ニ限ル」。

- (38) 上掲慣習調査報告書、三二一頁。

- (39) 上掲書、二七五頁。

- (40) 姜恩和、韓国の養子制度に関する考察(東京都立大学大学院博士学位論文、二〇〇六年)、五二頁以下。

- (41) 金嘯洙、親族相続法(二〇〇三)四七八頁。

- (42) 李光信、韓国民法上の姓氏制度研究(法文社、一九七三年)六頁以下参照。

- (43) 選択的夫婦別姓制度導入に関する世論は、内閣府世論調査報告書「家族の法制に関する世論調査」(二〇〇六年(平成一八年)一二月)参照。二宮周平、「夫婦別姓」ジュリスト(No. 一三三六)二〇〇七・六・一五、一二頁以下。

- (44) 金嘯洙、前掲書、一〇二頁以下。

- (45) 韓琿熙、家族法論集(韓教授停年記念、一九九九年)四〇一頁。

- (46) 金嘯洙ほか、註釈大韓民国親族法(日本加除出版社、二〇〇七)四四〇頁。

- (47) 棚村政行、「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリスト(No. 一三三六)二〇〇七・六・一五、二六頁以下参照。

- (48) 金嘯洙、前掲書、二六五頁。