

〈 論 説 〉

韓国実子法研究

—— 日韓比較民事法研究(5) ——

【代表編集者】

五十川直行・大塚 芳典・金 敏圭

【分担執筆者】

五十川直行・鬼頭 祐紀・大塚 芳典
道山 治延・李 庸吉

I 序 論

II 本 論

- 1 婚姻中の出生子
- 2 婚姻外の出生子
- 3 親生子関係存否確認の訴え
- 4 生殖補助医療により出生した子

I 序 論

1 はじめに

本論攷は、「韓国民法研究会」が、かねてより鋭意展開する共同研究「日韓比較民事法研究」の具体的成果の一斑として、既公表の四論攷⁽¹⁾に接続さ

(1) 五十川直行・大塚芳典・金敏圭（代表編集）「韓国離婚法研究 —— 日韓比較民事法研究(1) ——」岡山商科大学法学論叢26号（2018年）100(1)頁以下、同「韓国婚姻法研究 —— 日韓比較民事法研究(2) ——」岡山商科大学法学論叢27号（2019年）162(1)頁以下、同「韓国後見法研究 —— 日韓比較民事法研究(3) ——」岡山商科大学法学論叢28号（2020年）186(1)頁以下、同「韓国親権法研究 ——

せて、進んでは、「韓国実子法」の領域に立ち戻り、日本法との比較民事法の観点から、同領域にかかる基本認識を獲得しようと試みるものである。

具体的には、「韓国実子法」研究の基礎として、韓国民法典第4編「親族」第4章「父母と子」第1節「親生子」⁽²⁾(韓国民法第844条から第865条まで)の法文にかかる邦語訳を確定し、「生殖補助医療により出生した子」を含めて、関連する論点等を日韓比較の観点から抽出して検討し、今後さらに、韓国の実子法実務等をも調査・検討する機会を得て、総合的な「日韓比較実子法研究」に結実させることを予定している。

2 韓国実子法の遷移 — 素描

(1) 既に前論攷⁽³⁾において繰り返し指摘したとおり、韓国民法典(1960年1月1日施行)のこの約60年間にあって、家族法分野の総体が、急変する韓国の社会(家族)状況を背景に、相次ぐ急進的な制度改革の展開を通じて、わが国との対比も全く適わぬほど際立った法実践を遂行中であると概括できる

日韓比較民事法研究(4)——」岡山商科大学法学論叢29号(2021年)156(1)頁以下。

(2) 日本法における「実子」に対応する概念である。

韓国法にあっては、韓国民法典(1960年1月1日施行)上、「親生子」という法律用語が用いられており、現在ではこの用語が定着している。

しかし、民法施行直前の韓国大法院判決の中には「실자(実子)」という用語を用いているものがあり、また、民法施行直後においても「親生子」の用語と「実子」の用語を併記している教科書の例も確認される(たとえば、대법원 1959.5.14. 4291민상359 판결, 鄭光鉉『新親族相續法要論[相補版]』(法文社, 1962)195면参照)。これらは日本法の影響を受けたものと推察される。

上記のように、韓国民法典制定時に意図的に「親生子」という用語を採用し、現在ではこの用語が定着していること、また、「親生(친생)」という言葉自体が血縁を基準とするニュアンスを含むこと等に鑑みて、本論攷において韓国法を論じる際には、「친생자」を「実子」ではなく「親生子」と、「친생추정」を「嫡出推定」ではなく「親生推定」と、それぞれ訳出して記述した。ただし、本論攷のタイトル表記に関しては、様々な事情を考慮して便宜上、「韓国実子法研究」(한국실자법연구)とした。

(3) 五十川直行ほか・前掲注(1)・「韓国離婚法研究——日韓比較民事法研究(1)——」97(4)頁以下、同「韓国婚姻法研究——日韓比較民事法研究(2)——」161(2)頁以下、同「韓国後見法研究——日韓比較民事法研究(3)——」185(2)頁以下、同「韓国親権法研究——日韓比較民事法研究(4)——」155(2)頁以下。

ところ、実子法の領域においても、韓国の家族法制（家族法秩序）全体の根幹における構造的転換の遷移が象徴的に顕在化されているようにうかがえる。

すなわち、韓国実子法の近時の改正動向等を一瞥すれば、ここでも、先行して検討した他の家族法領域と同様に、韓国の伝統的家族観である〈父系(男系)血統中心主義のゆらぎ〉と、〈家庭法院による後見的介入の拡充〉という、二つの基本軸を確認することができる。

具体的には（その詳論が「Ⅱ本論」において展開されるが）、韓国実子法は、施行時以来、他の家族法領域と較べてやや安定的に経過したのち、2005年民法大改正の折のほか、2011年改正そして2017年改正を通じ、韓国現代家族の抱える現実的課題に即応するかたちで、立法改革の実績を段階的に積み上げてきたと概観できるよううかがえる。

また、この間の立法整備が、憲法裁判所⁽⁴⁾による憲法不致決定—具体的には、i 親生否認の訴え（旧第847条第1項）にかかる1997年3月27日決定、ii 親生子の推定（旧第844条第2項）にかかる2015年4月30日決定—という司法判断により否応なく促進された法事情には、日韓比較民事法の観点からも、注目せざるを得ない。

(2) 古来、実親子法の要諦は父子関係の確定にある⁽⁵⁾とされ、比較法的⁽⁶⁾にも、ドイツ法型の〈血縁真実主義〉とフランス法型の〈生活事実主義〉の対立軸を基礎に展開し、婚外父子関係にあつては、任意認知のみを認め、父の搜索を禁止するナポレオン民法典(旧第340条第1項)以来の〈認知主義〉の系譜等が存在する。これらの複合的要素に加えて、今日、全世界的に急進する生殖補助医療の荒波は、安定していた筈の法的母子関係をも揺るがしている。

韓国実子法の立法主義についても、韓国民法典制定時以来、〈血縁真実主

(4) 韓国の憲法裁判所と家族法改革につき、青木清『韓国家族法——伝統と近代の相剋』（信山社、2016年）161頁以下参照。

(5) 現行日本民法典制定時における梅謙次郎博士の次の発言が想起される。「一人人事編ノ實際必要ノアル場合ハ父タリ子タルコトガ出来ヌ場合デアル」（『法典調査会民法議事速記録六』（商事法務研究会、1984年）590頁上段〔第157回法典調査会（明治29年1月27日）における梅謙次郎起草委員の発言。ただし、強制認知（現行日本民法第787条〔明治民法第835条〕）の文脈である。〕）。

(6) 実親子関係法の比較法制史的な俯瞰として、泉久雄『親族法』（有斐閣、1997年）196頁以下、204頁以下参照。

義>の強固な基軸が存在し(たとえば、韓国民法第849条・第850条に対応する日本民法規定はない。)、加えて、ことに、親生否認の訴えの提訴期間に關する2005年改正(韓国民法第847条第1項)については、「韓国法文化」⁽⁷⁾という歴然とした背景事情の存在が強調されている。

同時に、韓国実子法の遷移の過程にあつては、わが国と同様に、実親子法の基本論点として、親生否認の訴えの提訴権者の改革(「母」を含めること)等のほか、司法的法発展において、①いわゆる「推定が及ばない子」をめぐる論争、及び、②生殖補助医療における法的親子関係のありかた、等が逐次展開されてきたことも特筆に値しよう。

前者の論争については、韓国において、近時、いわゆる「外観説」等の議論を超え、実親子法と養親子法との架橋をも意欲した「養育意思説」⁽⁸⁾が主張されていることに注視したい。

後者の生殖補助医療⁽⁹⁾にかかる法実務としては、何より、大法院2019年10月23日全員合議体判決[無精子症の夫ケース]において、改めて、この現代的文脈の只中で、法的父子関係確定の原点が問い直されたことが、比較法的検討素材⁽¹⁰⁾としても極めて重要である。

(7) 高翔龍博士は、同改正を促した憲法裁判所決定につき、「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背景がある」(同『韓国法〔第3版〕』(信山社、2016年)初版はしがきvii頁)とされた。

(8) 김민규 「생식보조의료와 사적생활상의 자기결정권」 부산대학교 법학연구 제51권 제1호 (2010) 550②6-551②7면参照。윤진수 편 [권재문], 後掲注(2), 556면も参照。

(9) 日韓両国の生殖補助医療と親子法等につき、大村敦志・権澈『日韓比較民法序説』(有斐閣、2010年)152頁以下、そのほか、生殖補助医療と親子関係に関する韓国の文献として、박민제「보조생식의료의 법규제와 친자관계에 관한 연구」법학연구 제48권 제2호 (2008) 29면; 유지홍「점단의료보조생식에 근거한 민법 제844조 친생자 추정에 관한 고찰」법학연구 제26권 제2호 (2015) 208면; 김은애, 유수정「완전대리모/자궁대리모가 개입된 배우자간 보조생식술에서 법적 부모 결정 문제 서울가정법원 2018.5.9. 자2018브15결정 관련 사례에 대한 논의를 중심으로」한국의료윤리학회지 제21권 제3호 (2018) 219면以下も参照。

(10) この大法院判決の検討等については、さらに、鬼頭祐紀「韓国親子法に関する一考察——父子間における生物学的親子関係の可及的重視——」岡山商大論叢第57巻3号(2022年3月公刊予定)1頁以下参照。

(3) 韓国実子法の領域にあって、現代韓国家族の抱える現実的課題を現す基本情報としては、やはり何より、近時、劇的に加速する少子化傾向に触れざるを得ない。韓国人口動態統計⁽¹¹⁾に拠れば、過去僅か40年の間に、出生子の数(括弧内は婚姻外の出生子数を示す。)は、1981年867,409人(9,844人)から、1990年649,738人(6,186人)、2000年640,089人(7,614人)、2010年470,171人(9,636人)、2020年272,337人(6,876人)と推移し、出生子総数が約1/3にまで激減し、婚外子の割合は2%以上に倍増したこと、合計特殊出生率も、1981年2.57から、1990年1.57、2000年1.47、2010年1.23、2020年0.84と、今や世界最少水準に至ったこと、等を確認することができる。

(4) 「韓国民法研究会」としては、今後とも、あらゆる機会を通じて、現代韓国実子法をめぐる法情報ないし法動向等についても、積極的な蒐集を試み、これに「日韓比較民事法研究」の観点から多角的な検討を加える予定である。

3 本論攷の構成等

本論攷は、「韓国民法研究会」の共同研究として、以下の手順や基礎作業等を相互共有し、現代韓国実子法に関する最新の韓国語文献等⁽¹²⁾をも摂取・検討したうえ、この間、合議により蓄積した研究成果を取り纏めたものである。

本研究の実施過程としては、逐次、以下の三段階が経過された。

① 【基礎研究】：「韓国親生子法」(韓国民法第844条から第865条まで) 法文

(11) 통계청(統計庁)「인구동향조사(人口動向調査) — 시도/법적혼인상태별 출생」各年度の指標に拠る。통계청(統計庁)「보도자료(報道資料) — 2021년 인구동향조사 출생·사망 통계[잠정](2022.2.23)」1面に拠れば、2021年の合計特殊出生率は0.81と、さらに減少中である。

なお、韓国における人口政策と家族の変容を扱う文献として、金香男「韓国の人口政策と家族」伊藤公雄ほか編『現代韓国の家族政策』(行路社、2010年)79頁以下参照。

(12) 現代韓国実子法の文献として、本論攷の全体を通じて、以下を参酌した。教科書として、윤진수『친족상속법 강의 [제3판]』(박영사, 2020), 송덕수『친족상속법 [제5판]』(박영사, 2020), 박동섭·양경승『친족상속법 [제5판]』(박영사, 2020)。体系書として、윤진수 편 [권재문]『주해친족법 제1권』(박영사, 2015), 김주수·김상용『주석 민법 [친족(3)] [제5판]』(한국사법행정학회, 2016), 민유숙 편 [정용신]『주석 민법 [친족(2)] [제6판]』(한국사법행정학회, 2020)。

の邦語訳(担当:大塚・鬼頭)を合議により確定し、条文ごとに、韓国民法典制定当時の資料(「民法案審議録」等)を探索した(担当:鬼頭)ほか、進んでは、対応関係にある「日本実子法」(日本民法第772条から第789条まで)及び関連する日本判例等との比較法的論点等を抽出して(担当:道山)、検討する機会を蓄積した。

- ②【文献研究】:現代韓国実子法に関する基本文献として選定した、金疇洙=金相琮『親族・相続法[第17版]』(法文社、2020年)287-346頁について、その全邦語訳(担当:鬼頭)を敢行し、合議による検討を加えたうえで、同文献を現代韓国実子法に関する共通の基礎資料として確定させた。
- ③【統合研究】:まず、韓国実子法の全体に亘る「本論」部分については、下記の分担により、各自たたき台を用意し、研究会における度重なる検討機会を踏まえて、さらに各自「本論」を整序し、進んでは、韓国民法学の視点(担当:金敏圭)から、本研究の全体について、最新の韓国法情報(判例等)の提供等をも含めた網羅的な検討を加え、最終的な合議のうえで、冒頭に「序論」(担当:五十川)を付した。

- ・韓国民法第844条から第847条まで(担当:鬼頭)
- ・韓国民法第848条から第851条まで(担当:大塚)
- ・韓国民法第852条から第854条まで(担当:五十川)
- ・韓国民法第854条の2から第855条の2まで(担当:鬼頭)
- ・韓国民法第856条から第862条まで(担当:道山)
- ・韓国民法第863条から第864条の2まで(担当:李)
- ・韓国民法第865条(担当:鬼頭)
- ・生殖補助医療により出生した子(担当:李)

以下の本論致において呈示する韓国民法典に関する法制史的資料、調査・検討事項、韓国判例等の紹介が、現代韓国実子法に関する最新の有機的・立体的な法情報として、同時にまた、日本側から見た現代韓国実子法の理解等として、日韓(韓日)の双方において、広く活用されることが期待される。さらには広く、本論致が、「実親子法の今後の展望」⁽¹³⁾を見据えた法形成に関する比較法的素材として、一定の位置を獲得することが期待される。

(13) フランス民法との対比等において、「実親子法の今後の展望」を考究する論致として、水野紀子「実親子関係法の展開と位置づけ」高翔龍ほか編『星野英一先生追悼 日本民法学の新たな時代』(有斐閣、2015年)985頁以下参照。

II 本論

本論致では、1 婚姻中の出生子（第844条から第854条の2まで）、2 婚姻外の出生子（第855条から第864条の2まで）、3 親生子関係存否確認の訴え（第865条）、4 生殖補助医療により出生した子、の順に検討するが、その前提となる韓国親子法の基本概念をここで簡潔に確認しておくことにする。

韓国民法典は、「子」を「親生子」(第844条以下)と「養子」(第866条以下)の2つに区別する。本論致の対象である「親生子」⁽¹⁴⁾とは、「父母と血縁関係のある子」という意味で用いられ、これはさらに「婚姻中の出生子」⁽¹⁵⁾と「婚姻外の出生子」⁽¹⁶⁾に区別されている⁽¹⁷⁾。すなわち、「親生子」と「養子」は血縁関係を、「婚姻中の出生子」と「婚姻外の出生子」は婚姻関係を、それぞれ基準として「子」を区別する概念と整理することができる。

1 婚姻中の出生子

以下では、婚姻中の出生子に関する規定（第844条から第854条の2まで）を検討する。

原則として、婚姻中の出生子については、夫の「親生子」として推定されるため（第844条）、この推定を覆すためには親生否認の訴え（第846条以下）によらなければならない。ただし、「親生推定が及ばない子」の法理が存在するほか、親生否認の許可請求（第854条の2）による例外が、近年の民法改正によって導入されていることは注目せざるを得ない。

(14) 日本法の「実子」に該当する。なお、韓国法における「親生子」の概念、及び、本論致における用語法等については、前掲注(2)参照。

(15) 日本法の「嫡出子」に該当する。

(16) 日本法の「嫡出でない子」に該当する。

(17) 김주수·김상용『친족상속법 —— 가족법 —— [제17판]』(법문사, 2020) 294면。同趣旨のものとしては、윤진수, 앞의 책 (12), 163면; 송덕수, 앞의 책 (12), 135면; 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 246면。

(1) 夫の親生子の推定

第844条 <2017年10月31日：本条第1項・第2項改正及び第3項新設>

①妻が婚姻中に妊娠した子は、夫の子と推定する。

②婚姻が成立した日から200日後に出生した子は、婚姻中に妊娠したものと推定する。

③婚姻関係が終了した日から300日以内に出生した子は、婚姻中に妊娠したものと推定する。

民法案審議録（下）：68頁 第838条

参照外国立法例：BGB 第1591条，第1592条；Code civil 第312条第1項，第314条，第315条；ZGB 第252条第1項，第254条，第255条；中華人民民法第1063条第1項，第1062条；日本民法第772条；明治民法第820条

本条は、妻が婚姻中に妊娠した子を夫の「親生子」として推定することを規定する。日本民法第772条に対応する。

母子関係が出産という外形的事実によって確定するのに対し、父子関係は一定の法律的要件が充足された場合に成立するとされている⁽¹⁸⁾。本条は、韓国民法が定める父子関係の成立形態の一つと言える。

1. 本条に関する2017年10月31日改正の経緯及び概要

2017年10月31日の民法改正によって、本条第2項と第3項が分離して規定されたが、その経緯と概要は以下のとおりである。

2017年民法改正前の本条第2項は、「婚姻成立の日から200日後又は婚姻関係終了の日から300日以内に出生した子は、婚姻中に懐胎⁽¹⁹⁾したものと推定する。」と規定していたが、2015年に憲法裁判所がこの規定に関して憲法不合法決定を下した。その事件概要は、以下のとおりである。請求人A女は、B男と離婚後、C男と同居して子Dを出生した。そこで、Dの出生申告をする際にCの姓を記載して提出した。しかしながら、担当の公務員から、前婚の

(18) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 8면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 559면.

(19) 原文は、「포태 (胞胎)」という用語を用いているが、日本法に合わせて「懐胎」と訳出した。なお、2017年改正に伴い、「포태 (胞胎)」という用語は、「임신 (妊娠)」という用語に改められている。これにあわせて、本条第1項の用語も「懐胎」から「妊娠」に改正された。この改正は、従来の日本法的法律用語あるいは難しい漢字表現を簡単なハングルに改める最近の韓国立法政策に歩調を合わせたものである。

解消から300日以内に出生した子については、第844条第2項によって前夫の親生子として家族関係登録簿に記載されることになり、この推定を覆すためには親生否認の訴えを提起しなければならないという説明を受けたため、出生申告を保留した。他方で、遺伝子検査の結果によって、DはCの子であることが確認されており、またCもDを自分の親生子として認知しようとしていた。そこで、Aは、民法第844条第2項等⁽²⁰⁾の規定が請求人の基本権を侵害していることを理由として憲法訴願審判を請求した⁽²¹⁾。これに対して、憲法裁判所2015年4月30日決定⁽²²⁾は、「社会的に離婚及び再婚が大きく増加し、法律的に女性の再婚禁止期間も廃止⁽²³⁾され、協議上及び裁判上の離婚に必要な時間⁽²⁴⁾が相当に延びた以上、離婚終了後300日以内に出生した子が夫の親生子(친자⁽²⁵⁾)である蓋然性は過去に比して大きく減ってきた。そして、遺伝子検査を通じて生父として確認された者が自分の親生子(친자)を認知する積極的意思がある場合には、子の法的地位に空白が発生する余地もない」とし、結論として、「民法制定以後、社会的・医学的・法律的な事情変更を全く反映せず、如何なる例外もなしに一律に300日の基準のみを強要することによって、家族構成員が経験する具体的かつ深刻な不利益に対する解決策を備えていないことは、立法形成(입법형성)の限界を超えたものであり、母が家庭生活と身分関係から享受すべき人格権及び幸福追求権、個人の尊厳と両性の平等に基づく婚姻と家庭生活に関する基本権を侵害するものである」とし、2017年改正前の本条第2項のうち、「婚姻関係終了の日から300日以内に出生した子」に関する部分について憲法不合致決定を下し、同規定が改正されるまでは暫定的な適用とすると命じた。

(20) Aは民法第845条に関しても違憲確認を求めていた。しかし、憲法裁判所はAがCと再婚していなかった状態でDを出産していたことを理由に、判断事項から同条を除外した。したがって、本件では民法第844条に対する合憲性のみが焦点となっている。

(21) 憲法裁判所法第68条第1項参照。

(22) 헌법재판소 2015. 4. 30. 2013헌마623 결정。

(23) 2005年3月31日民法改正による第811条の削除。

(24) 2007年12月21日民法改正による離婚熟慮期間(民法第836条の2第2項及び第3項)の導入。

(25) ここでの「친자(親子)」は、血縁関係のある子という意味の一般用語であるが、便宜上、「親生子」として訳出した。以下、同じとする。

上記決定を受けて、法務部が改正作業に着手した⁽²⁶⁾。そして、2017年民法改正に伴い、前婚解消（終了）後の出生子については、旧第2項から切り離し、第3項として新たに規定し、あわせて、第3項の場合には、親生否認の訴え（第846条以下）及び認知の訴え（民法第855条）によらない父子関係の決定（後述の第854条の2、第855条の2参照）も可能となった。

2. 親生推定

韓国法においても日本法と同様に、父母が婚姻中であるか否かを基準として、子が、婚姻中の出生子か婚姻外の出生子かに分けられ、さらに婚姻中の出生子は、夫の子として親生推定を受けるか否かによって、(i) 推定を受ける婚姻中の出生子、(ii) 推定を受けない婚姻中の出生子、(iii) 推定が及ばない子、に三分して議論がなされていることがうかがえる⁽²⁷⁾。

(i) 推定を受ける婚姻中の出生子

婚姻中に、妻が妊娠した子は「親生推定を受ける出生子」となる（本条第1項）。そして、婚姻成立から200日後及び婚姻解消から300日以内に出生した子は、「婚姻中に妊娠した子」と推定される（本条第2項及び第3項）。ここでいう「婚姻成立の日」については、学説上、「婚姻申告の日」のみを指すという見解⁽²⁸⁾と事実婚を経て法律婚に至る場合を想定して「事実婚の成立日」をも含むという見解⁽²⁹⁾が対立している。

(26) 윤진수 「친생추정에 관한 민법개정안」 가족법연구 제31권 제1호 (한국가족법학회, 2017) 1-2면. 윤진수 [尹眞秀] 教授は、同改正に関する審議会で委員長を務めており、同論攷は改正作業を分析する上で最も有益な文献と言える。

(27) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 9면; 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 296-303면; 송덕수, 앞의 책 (12), 137-143면; 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 255-257면参照。

ただし、윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 561면によって、立法論的にみたととき、「推定を受けない婚姻中の出生子」という類型を維持する必要があるかについては疑問が呈されている。

(28) 윤진수, 앞의 책 (12), 165-166면; 송덕수, 앞의 책 (12), 138면 (及び128면も参照); 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 261-262면。

(29) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 296-297면; 이경희 『가족법 (제9정판)』 (법원사, 2017) 177면。

本条によって、婚姻中の出生子は夫の子として推定される。この推定の効果は、反対証拠によって覆すことはできず、基本的には親生否認の訴え（第846条及び第847条）を提起しなければならないが、本条第3項の場合には例外的に親生否認の許可審判（第854条の2）も認められている⁽³⁰⁾。

(ii) 推定を受けない婚姻中の出生子

本条第2項は婚姻成立から200日後に出生した子を親生子として推定すると規定しているため、婚姻成立から200日以内に出生した子は、親生子の推定を受けないことになる⁽³¹⁾。この場合において、親生子関係を否定するには、親生否認の訴え（第846条及び第847条）によらず、親生子関係不存在確認請求の訴え（第865条）を提起することができる⁽³²⁾。

(iii) 推定が及ばない子

韓国法においても日本法と同様に、「推定が及ばない子」という法理が存在する。ここでは、判例の法理を中心に韓国法の議論を確認する⁽³³⁾。なお、

(30) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 297면; 윤진수, 앞의 책 (12), 165면; 송덕수, 앞의 책 (12), 138면。

(31) 婚姻成立から200日以内に出生した子に関して、日本では大判昭和15年1月23日民集19巻54頁が「認知ノ手續ヲ要セスシテ出生ト同時ニ当然ニ父母ノ嫡出子タル身分ヲ有スル」と判示したことにより、推定されない嫡出子という考え方が実務で定着していると言えよう。

他方、韓国では「推定を受けない婚姻中の出生子」という分類が一般に用いられていることが看取されるが、この分類が一般化した理由は必ずしも明らかではない。

また、윤진수, 앞의 책 (12), 166면は、婚姻成立から200日以内に出生した子を婚姻外の出生子として捉えるが、親生子出生の申告をすることによって認知の効力が生じ（家族関係登録法第57条）、認知がなされれば民法第855条第2項の準正によって婚姻中の出生子となるというべきであると指摘している。윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 561면も一般的理解に疑問を呈している。

(32) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 298면; 송덕수, 앞의 책 (12), 140면; 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 260면。

(33) 日本では、最判昭和44年5月29日民集23巻6号1064頁が、いわゆる外観説を採用して以来、裁判実務ではこれが維持されている。同趣旨の判決として、最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁がある。ただし、同判決では2名の裁判官が

判例が「推定が及ばない子」という法理を採用するに至った背景には、親生推定を覆すためには親生否認の訴えを提起する必要があるが、2005年改正前の民法第847条が「その出生を知った日から1年内」に訴えを提起しなければならないとして、親生否認の提訴期限を厳格に解していたことが関係しているように思われる。

「推定が及ばない子」の判断基準について、大法院1983年7月12日全員合議体判決⁽³⁴⁾の多数意見は、「第844条は夫婦が同居し、妻が夫の子を懐胎することができる状態で子を懐胎した場合に適用されるものであり、夫婦の一方が長期間にわたり海外に出ていたり、事実上の離婚によって夫婦が別居したりしている場合等、同棲の欠如によって妻が夫の子を懐胎することができないことが外観上明白な事情がある場合には推定が及ばないというべきである」と判示して、従前の判例⁽³⁵⁾を変更し、いわゆる外観説を採用した。その後の判決でも、同趣旨の判断が続いていた^(36, 37)。

しかし、近年の大法院判決によれば、判例が現在でもこの見解を維持しているかについては必ずしも明らかではなく、また外観説自体を維持すべきか

外観説に対する反対意見を述べている点には留意を要する。この判決に関する議論の概要については、二宮周平編〔野沢紀雅〕『新注民法(17)親族(1)』(有斐閣、2017) 559頁以下参照。

(34) 대법원 1983.7.12. 82ㄴ59 전원합의체 판결.

(35) たとえば, 대법원 1968.2.27. 67ㄴ34판결. 同判決は, 夫婦が事実上の離婚をし, 数年間別居生活を営んでいる間に子を懐胎した場合であっても, 民法第844条第1項の推定を覆すためには, 同第847条第1項の親生否認の訴えによって確定判決を受けるほかないと判示した。詳細な事実関係は不明であるが, 外観説によれば, 推定が及ばない子として判断される可能性があった事案とも言えよう。

(36) 대법원 1988.5.10. 88ㄴ55판결; 대법원 1990.12.11. 90ㄴ637판결; 대법원 1997.2.25. 96ㄴ1663판결等。たとえば, 上記대법원 1990.12.11. 90ㄴ637판결は, 1年に1度程度, 夫婦が会っていた事案において, 客観的に明白なほど, 同棲の欠如があるとは言い難いと判示している。

(37) また, 「戸籍上の父母の婚姻中の子として登録されている子であっても, その生父母(注:実父母)が戸籍上の父母と異なる事実が客観的に明白な場合には, その親生推定が及ばない」と判示した대법원 2000.1.28. 99ㄴ1817판결も存在する。同判決が外観説の理解を誤っていると批判する文献として, 김주수·김상용, 앞의 책(17), 302면; 윤진수, 앞의 책(12), 168면がある。

についても議論がなされている⁽³⁸⁾。すなわち、大法院2019年10月23日全員合議体判決では、無精子症の夫が、妻が婚姻中に第三者との間で出産した子に対する親生子関係不存在確認を求めた事件において、多数意見は外観説に言及することなく、父子関係の存在を肯定した⁽³⁹⁾。他方で、同判決の大法官權純一、大法官盧貞姫、大法官金尚煥の個別意見は、いわゆる社会的親子関係説に立脚し、また大法官閔裕淑の意見は血縁説及び家庭破綻説を意識しつつ、新たな外観説に立脚して、それぞれの見解を提示している。

(2) 法院による父の決定

第845条 <2005年3月31日：本条改正>

再婚した女子が出産⁽⁴⁰⁾した場合には、第844条の規定によりその子の父を定めることができないときには、法院が当事者の請求によってこれを定める。

民法案審議録（下）：69頁 第839条

参照外国立法例：BGB 第1600条；日本民法第773条；明治民法第821条

本条は、親生推定の重複によって父が定まらない場合において、家庭法院が当事者の請求によって父を定めることを規定する。日本民法第773条に対応する。

前婚解消から300日以内に出生した子が、母の再婚から200日後に出生するということが生じる⁽⁴¹⁾。この場合には父性推定の衝突が生じるが、本条は、

(38) 대법원 2019.10.23. 2016므2510 전원합의체 판결. 同判決の大法官權純一、大法官盧貞姫、大法官金尚煥の個別意見、大法官閔裕淑の意見、大法官金哉衡の補充意見をそれぞれ参照。

なお、同判決の詳細な事実関係及び各意見の全文翻訳については、本論叢の【資料】である鬼頭祐紀「血縁関係のない子に対する韓国民法第844条(親生推定)の適用可否——韓国大法院2019年10月23日全員合議体判決——」も参照。

(39) 同事件では妻が婚姻中に夫以外の男性との間で妊娠し、出産した子のほかに、夫の同意を得た上で妻がAIDによって出生した子に対する親生子関係不存在確認請求の可否に関しても論点となっている。AIDによって出生した子に関する議論は、後述の4「生殖補助医療により出生した子」を参照。

(40) 原文は「解産(해산)」となっているが、日本語に合わせて「出産」と訳出した。

(41) 김주수·김상용, 앞의 책(17), 304면; 윤진수, 앞의 책(12), 181면; 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 282면。

このような衝突について家庭法院が父の決定を判断することを規定する⁽⁴²⁾。

家庭法院に対して本条の請求をすることができる「当事者」とは、家事訴訟法第27条第1項から第3項までに定めるところに従い、当該事案に即し、子、母、母の配偶者、母の前配偶者がそれぞれこれに該当し、基本的に日本の人事訴訟法第43条と異ならない。まず生存者を相手方とすべきであり、生存者がいないときには、検察官を相手方とすべき点（家事訴訟法第27条第4項）も日本法と同様と言えよう。

なお、家族関係登録簿の訂正については、判決確定から1ヶ月以内に申請しなければならない(家族関係登録法第107条)。

(3) 子の親生否認

第846条 <2005年3月31日：本条改正>

夫婦の一方は、第844条の場合に、その子が親生子であることを否認する訴えを提起することができる。

民法案審議録（下）：69頁 第840条

参照外国立法例：BGB 第1593条；Code civil 第312条第2項；ZGB 第253条；中華民国第民法第1063条第2項；日本民法第774条；明治民法第822条

本条は、親生否認の訴えについて定める。日本民法第774条及び第775条に対応する⁽⁴³⁾。2005年民法改正前の第846条は、親生否認の訴えの原告適格を夫のみに限定していた⁽⁴⁴⁾。しかし、このような態度は家父長的な姿勢によるものであるという批判⁽⁴⁵⁾や血縁真実主義及び両性の平等に合わないとい

なお、윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 567면は、2005年3月31日の改正によって再婚禁止期間の規定（改正前民法第811条）が削除されたことでこのような状態が生じる可能性が高まったと指摘している。

他方、中川善之助・米倉明編 [日野原昌]『新版注釈民法(23)親族(3)』(有斐閣, 2011年) 184-185頁によれば、日本では、このような訴訟は稀であるとされている。

(42) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 304면。

(43) 日本法は、否認権と否認権の行使方法を分けて規定しているのに対し、韓国法は一つの規定で定めている点で相違はあるが、内容としては同趣旨である。

(44) 2005年改正前の第846条は「夫は、第844条の場合に、その子が親生子であることを否認する訴えを提起することができる」と規定していた。

(45) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 306면。

う批判⁽⁴⁶⁾を受けたため、母にも親生否認権（父子関係に対する否認権）を認める改正がなされた。親生推定がなされる場合に、その父子関係を争うとするならば、親生推定が重複しない限り、原則的には本条の親生否認の訴えによらなければならないとされている⁽⁴⁷⁾。ただし、2017年民法改正によって、後述の民法第854条の2が新設されたことに伴い、本条によらない否認も例外的に認められるに至ったことは特筆すべき点と言えよう。

また、親生否認については調停前置主義（家事訴訟法第2条第1項第1号ナ(ㄴ)類事件6）及び同法第50条）が採用されているため、調停不調の場合に夫又は妻⁽⁴⁸⁾が訴えを提起することができる。ただし、親生否認の訴えに関しては、大法院⁽⁴⁹⁾が当事者の任意で処分することができない事項であるという趣旨の判示をしたために、実務的には調停前置主義の意味がないと指摘されている⁽⁵⁰⁾。

なお、子については、親生否認権が認められていない⁽⁵¹⁾。

(46) 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 287면.

(47) 윤진수, 앞의 책 (12), 166면.

(48) 本条に従い、親生否認の訴えを提起することができる「妻」とは、生母（実母）に限定される（대법원 2014.12.11. 2013므4591 판결参照）。

(49) 前掲注 (35) 대법원 1968.2.27. 67므34 판결.

(50) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 38면. 同趣旨のものとして, 송덕수, 앞의 책 (12) 144면; 윤진수, 앞의 책 (12), 170면がある.

さらに, 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 286-287면も, 次のように述べて, 親生否認事件が調停前置主義に適さない旨を指摘する。前掲注 (35)의 대법원 1968.2.27. 67므34 판결に照らしても, 父子関係の定立は社会秩序に影響を与えるため, 当事者が任意に処分し得ない法律関係である。たとえば, 調停調書に「お互いに父子関係がない」と記載されたとしても, 親生否認の効力は生じない。この点は, 家事訴訟法第59条第2項ただし書が, 「調停や確定された調停に代わる決定は, 裁判上の和解と同一の効力を持つ。ただし, 当事者が任意に処分できない事項に対してはその限りではない」と明白に規定する。したがって, 和解もやはり不可能であるといえる。ただし, 和解や調停の手続きにおいて父が承認することは可能であり, これは親生否認権の消滅事由になる（第852条参照）。

(51) 子に対しても原告適格を認めるように主張する文献としては, 조미경 「혈연친실주의 —— 친생부인의 소에 관한 법무부개정안과 관련하여 ——」 가족법연구 제12호 (한국가족법학회, 1998) 372-378면参照。

(4) 親生否認の訴え

第847条 <2005年3月31日：本条改正>

①親生否認の訴えは、夫又は妻が他の一方又は子を相手方とし、その事由があることを知った日から2年内にこれを提起しなければならない。

②第1項の場合において、相手方となる者がすべて死亡したときには、その死亡を知った日から2年内に検察官を相手方として、親生否認の訴えを提起することができる。

民法案審議録（下）：70頁 第841条⁽⁵²⁾

参照外国立法例：BGB 第1596条第1項、第1549条第1項；ZGB 第253条；
中華民法第1063条第2項ただし書；日本民法第775条；明治民法第823条

本条は、親生否認の訴えの提訴期間について規定する。日本民法第775条及び第777条に対応する⁽⁵³⁾。提訴期間に関して、日本法に比して韓国法はより長いことが看取される。

1. 本条第1項に関する2005年民法改正の経緯及び概要

2005年民法改正前の本条第1項は、「否認の訴えは、子又はその親権者である母を相手方とし、その出生を知った日から1年内に提起しなければならない。」と規定されていた。

しかし、憲法裁判所1997年3月27日決定の多数意見⁽⁵⁴⁾は、改正前の本条第1項が夫の人格権及び幸福追求権を侵害するなどとして憲法不合致決定を下した。

すなわち、同決定の多数意見は、「民法第844条によって認められる親生子推定の効力は、法律で認められる他の推定に比して非常に強力なものであり、親生子として推定される限り、生父が婚姻外の親生子として認知をすることや子が生父を相手方として認知を請求することがともに許容されず、一旦、

(52) 民法案審議録によれば、現行韓国民法制定時において、当初、本条第2項は、「親権者である母がいなくときには、法院に特別代理人の選任を申請しなければならない」と提案されていたが、審議の過程で、「親権者である母がいなくときには、法院は特別代理人を選任しなければならない」に改められたことが確認できる。なお、現在の本条第2項のように改正がなされたのは、2005年の民法改正時である。

(53) 本条第2項は、日本の人事訴訟法第41条がこれに対応する。

(54) 헌법재판소 1997.3.27. 자 95헌가14, 96헌가7 결정.

提訴期間が経過した場合には、後にその推定が真実に反するものであることが明らかになったとしても、その推定を覆すことは許されない」ことから、「親子関係をもはやこれ以上争うことができなくなった夫としては、真実に反する親子関係をその意思に反して強制されることになる点で、人間の尊厳と価値、幸福追求権を保障した憲法第10条や婚姻と家族生活の保護を規定した憲法第36条に違反する素地がある。ゆえに、親生否認の訴えに対する提訴期間をどの程度にすべきかは、重要な問題であり、原則的にそれが立法裁量に属するとしても、その提訴期間自体が過度に短期間かつ不合理であり、夫が子の親生子かどうかに対する確信を持つよりも前に、その除斥期間が経過してしまうことによって、親生を否認しようとする夫に提訴を著しく難しくする、又は事実上不可能にし、真実の血縁関係に反する親子関係を否認することができる機会を極端に制限するものであれば、これは立法裁量の限界を超えるものとして違憲であると言わざるを得ない」と述べた。

この決定を受けて2005年民法改正によって、①提訴期間が2年に伸張され、さらに、②「出生を知った日から」という文言が「その事由があることを知った日から」に修正された⁽⁵⁵⁾。なお、「その事由があることを知った日」は、出生した子が夫の親生子ではないことを知った日と解されている⁽⁵⁶⁾。

2. 手続き

原告は原則的に夫又は妻であり⁽⁵⁷⁾、夫が原告となる場合には妻又は子が、妻が原告となる場合には夫又は子が、被告となる。原告が、子と夫の間に親子関係がないことを主張・立証することになる⁽⁵⁸⁾。ただし、親生否認の訴

55) また、前条で確認したように、この改正によって夫のみならず、妻に対しても親生否認権が認められるに至った。

なお、第847条第1項の改正過程の詳細については、鬼頭祐紀、前掲注(10)の文献も参照。

56) 김주수·김상용, 앞의 책(17), 308면; 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 289면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 582면。

57) その他の場合については、民法第848条(成年後見人と親生否認の訴え)、同第850条(遺言による親生否認)、同第851条(子の出生前における夫の死亡等と親生否認)をそれぞれ参照。

58) 김주수·김상용, 앞의 책(17), 309면。なお、同頁は、子の父が誰であるかまでは証明不要としている。

えは家事訴訟法第2条第1項第1号ナ(㉔)類事件に該当するため、受訴法院が職権で事実調査及び必要な証拠調査をしなければならない(家事訴訟法第17条)。また、家庭法院は、家事訴訟法第29条に基づき、血液検査等の受検を命じることもでき、またその命令に違反したときには同法第67条に基づいて過怠料の賦課または監置の制裁を下すことができる⁽⁵⁹⁾。

本条第2項によって親生否認の訴えの相手方となるべき者が死亡している場合に、検察官を相手方として訴えを提起することができることを規定する。また、判決確定から1ヶ月以内に原告は、判決謄本及び確定証明書を添付の上、家族関係登録簿の訂正を申請しなければならない(家族関係登録法第107条)。この訂正によって、子は婚姻外の出生子となる(家族関係登録例規第300号参照⁽⁶⁰⁾)。

(5) 成年後見と親生否認の訴え

第848条 <2011年3月7日：本条改正>

①夫又は妻が成年被後見人である場合には、その者の成年後見人が成年後見監督人の同意を得て、親生否認の訴えを提起することができる。成年後見監督人がいないか又は同意することができないときには、家庭法院にその同意に代わる許可を請求することができる。

②第1項の場合に、成年後見人が親生否認の訴えを提起しないときには、成年被後見人は成年後見終了の審判があった日から2年内に親生否認の訴えを提起することができる。

民法案審議録(下)：70-71頁 第842条⁽⁶¹⁾

参照外国立法例：BGB 第1595条第2項；Code civil 第316条，第318条；ZGB 第256条；日本民法第778条；明治民法第826条；日本人事訴訟手続法第28条

本条は、夫又は妻が成年被後見人である場合における親生否認の訴えに関

(59) この点については、後述の第863条の「3. 証拠方法」を参照。

(60) 家族関係登録例規については、「종합법률정보(総合法律情報)」で検索することが可能である。

(61) 現行韓国民法典の起草時の議論によれば、本条は無能力者の親生否認の訴えに関して規定するものであるが、ここに未成年者を含ませるか否かを議論していたことがうかがえる。なお、1960年1月1日に施行された韓国民法典第848条では、未成年者は含まれていなかった。

して規定する。日本民法第778条及び人事訴訟法第14条に対応する。

本条第1項は、成年後見監督人の同意又は家庭法院による同意に代わる許可を求めているが、これは成年被後見人の意思や利益に反する親生否認の訴えを防止する趣旨として理解されている⁽⁶²⁾。また、本条第1項前段が、夫又は妻の成年後見人⁽⁶³⁾が成年後見監督人の同意を得て、親生否認の訴えを提起する⁽⁶⁴⁾と規定していることに関して、これは成年後見人が成年被後見人を保護する立場にあることに起因すると説明されている⁽⁶⁵⁾。

本条第2項は、成年後見人が親生否認の事由があることを知りつつも、成年被後見人のために親生否認の訴えを提起しなかったのであれば、これを強制することはできないが、親生否認の判断はあくまでも夫又は妻に委ねられているため、後に成年後見終了の審判があった時から、その権利を行使するかどうかを決定できるようにしたものである⁽⁶⁶⁾。

また、本条の訴えは、成年後見人の職責に基づくものであり、代理に基づくものではないため、成年後見人が親生否認の事由があることを知った日から2年が経過し、親生否認の訴えを提起することができない場合でも、成年被後見人は、成年後見終了の審判があった日から2年内であれば、親生否認の訴えを提起する事が可能である⁽⁶⁷⁾。なお、2005年の民法改正によって提訴期間が1年から2年に伸長された。

(62) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 45면.

(63) 2011年3月7日民法改正によって第934条が削除されたことに伴い、条文中、配偶者は第一順位の後見人とはなっていない。ただし、事実上、配偶者が後見人に指定されることは少なくないと指摘する文献もある(윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 588면参照)。

(64) 韓国民事訴訟法第55条に従い、成年被後見人には訴訟能力が認められていないため、法定代理人を通じてのみ訴訟行為を行うことになる。

(65) 김주수·김상용, 앞의 책 (12), 97면。なお、日本法の状況も同様と言えよう(中川善之助・米倉明編 [松倉耕作]『新版注釈民法(23)親族(3)』(有斐閣, 2011年) 251頁)。

(66) 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 590면.

(67) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 45-46면.

(6) 子の死亡後の親生否認

第849条

子が死亡した後においても、その直系卑属がいるときには、その母を相手方として、又は母がいなければ検察官を相手方として、否認の訴えを提起することができる。

民法案審議録（下）：71頁 第843条⁽⁶⁸⁾

参照外国立法例：なし

本条は、子が死亡した場合における親生否認権の行使に関して規定する。日本民法には対応する規定はない⁽⁶⁹⁾。

本条は、死亡した子の直系卑属と死亡した子の父と推定される者との間に祖孫（丕亓）関係（祖父と孫の関係）がないことを確認するものである。本条の趣旨については、血縁関係を明らかにすることと相続問題を解決することが挙げられている⁽⁷⁰⁾。

(7) 遺言による親生否認

第850条 <2005年3月31日：本条改正>

夫又は妻が遺言で否認の意思を表示したときには、遺言執行者は親生否認の訴えを提起しなければならない。

民法案審議録（下）：72頁 第844条

参照外国立法例：なし

本条は、遺言による親生否認の訴えについて規定する。日本民法に対応する規定はない。韓国法において法定遺言事項に親生否認の訴えを含む点は特

(68) 民法案審議録によれば、「もしこの規定がなければ、子どもの死亡によって、その血縁関係を明らかにする方法が永久に封鎖されるから、草案が本条を設けたのは進歩的であると言える」と述べられているのがうかがえる。

この点を捉えて、윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 593면は、本条の趣旨を「血縁眞実主義」の実現にあると評価している。

(69) 日本の場合、被告である子が死亡した場合には、人事訴訟法第27条第2項により終了する。また、原告となる夫が死亡した場合には、同法第41条に補充規定がある。

(70) 김주수·김상용, 앞의 책 (12), 98면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 593면; 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 47면参照。

筆されるべきである⁽⁷¹⁾。なお、2005年の民法改正に伴い、妻も否認権者として追加された。

本条により、遺言執行者には親生否認の訴えを提起すべき義務がある。起算点に関しては、遺言執行者が親生否認事由のあることを知った日から2年内と解されている⁽⁷²⁾。

(8) 子の出生前における夫の死亡等と親生否認

第851条 <2005年3月31日：本条改正>

夫が子の出生前に死亡するか、夫又は妻が第847条第1項の期間内に死亡したときには、夫又は妻の直系尊属もしくは直系卑属に限り、その死亡を知った日から2年内に親生否認の訴えを提起することができる。

民法案審議録（下）：72頁 第845条

参照外国立法例：日本人事訴訟手続法第29条

本条は、親生否認の訴えにつき、原告適格を有する者が死亡した場合における否認権の行使に関して規定する。2005年の民法改正により、夫のみならず妻が民法第847条第1項の期間内に死亡した場合にも本条の訴えを提起することができるようになったことに加え、提訴期間も2年に伸張された。日本民法には対応する規定がないが、日本の人事訴訟法第41条（旧人事訴訟手続法第29条）がこれに対応する。

原則として、親生否認の訴えの原告となるべき者が死亡した場合には、訴えを提起することができないが、本条は夫又は妻の直系尊属もしくは直系卑属による訴えの提起を認めている⁽⁷³⁾。韓国法が民法典にこのような規定を

(71) 民法案審議録においては本条の立法理由に関する言及はない。

윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 596면もこのような立法を行った経緯は必ずしも明らかではないとしつつも、父の死亡後における補充的な嫡出否認権者に関連する日本法の議論を参照すれば、胎児に対する親生否認ができない法制度の下では、子の出生より前に死亡する可能性のある父にも親生否認をすることができる機会を与えるものとして捉えることができると指摘している。

(72) 김주승·김상용, 앞의 책 (12), 99면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 598면。なお、민유숙 편 [정용진], 앞의 책 (12), 50면によれば、これが支配的見解とされる。

(73) なお、夫又は妻が生前に訴えを提起していた場合には、家事訴訟法第16条（訴訟手続きの承継）によることになる。

設けている点は特筆されるべきものと言える。

本条の趣旨については、相続人の利益保護のためという観点⁽⁷⁴⁾と血縁真実主義の実現のためという観点⁽⁷⁵⁾があり、前者が支配的理解とされている⁽⁷⁶⁾。後者の立場⁽⁷⁷⁾は、日本の人事訴訟法第41条とは異なり、本条では相続権保護が明記されていない点、夫の直系尊属は夫にとって親生否認の対象となる子以外の子が存在する場合には相続権がないにもかかわらず、補充的に親生否認権が認められる点⁽⁷⁸⁾を挙げてこれに異を唱えている。

(9) 親生否認権の消滅

第852条 <2005年3月31日：本条改正>

子の出生後に、親生子であることを承認した者は、改めて親生否認の訴えを提起することができない。

民法案審議録（下）：73頁 第846条

参照外国立法例：BGB 第1598条第1項；ZGB 第257条；Code civil 第314条；日本民法第776条；明治民法第824条

本条は、承認による親生否認権の消滅を規定する。日本民法第776条に対応する。

本条により、子の出生後に、その子を夫の親生子として承認した者は、もはやその子に対して親生否認をすることができなくなる（信義則——矛盾行為の禁止）⁽⁷⁹⁾。

2005年民法改正前の第852条は、「夫がその子の出生後に親生子であることを承認したときは、改めて否認の訴えを提起することができない。」と定めて、

(74) 김주수·김상용, 앞의 책 (12), 100면。

(75) 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 600면。

(76) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 51면。

(77) 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 600면。

(78) 夫の2人の子A, Bが存在し, Aが親生否認の対象となる子, Bが親生否認の対象とならない子である場合, 直系尊属であるCのAに対する親生否認の訴えが可能であるという趣旨を述べるものと思われる。

(79) 韓国民法の体系を血縁真実主義との関係で捉える見解から, 血縁関係が一致しない親子関係については入養によって成立するのが原則であるが, 親生承認によってこのような目的を達成できるとすれば, 入養許可制度を導入した意味が薄れるという批判がある (윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 606-607頁参照)。

承認をする者を夫のみに限定していたが、改正された条文は「子の出生後に、親生子であることを承認した者」と改め、妻も含まれるに至った。本条の文言上、子の出生後の承認により親生否認権は消滅するが、親生否認権の消滅の効果は承認をした者のみに対して及ぶとされる⁽⁸⁰⁾。

本条の「承認」の内容に関しては、日本法と同様に、「夫の親生子であることを承認」するという見解が一般的であり、「承認」の方法については明示的なもののみならず、黙示的なものをも含むが、積極的な表明が必要であるという理解が一般的である⁽⁸¹⁾。また、単に出生申告をただけでは、承認したことにはならないというのが通説的理解である⁽⁸²⁾。これは、家族関係登録法第47条⁽⁸³⁾によって、夫が親生否認の訴えを提起した場合でも、出生申告をしなければならないことに起因するものであろう。

なお、胎児の場合にも本条を適用しうるかについては、これを否定する立場が支配的見解とされている⁽⁸⁴⁾。

(10) 訴訟終結後の親生承認

第853条 削除 <2005年 3月31日>
民法案審議録(下): 73頁 第847条 参照外国立法例: なし

2005年民法改正により削除される前の第853条は、「夫は、否認訴訟の終結後でも、親生子であることを承認することができる。」と規定していた。従

(80) 김주수·김상용, 앞의 책(12), 103면.

(81) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 56면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 605면.

なお, 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 291면は, 承認の方法については民法上規定がないが, 觀念の表示に該当するという。

(82) 김주수·김상용, 앞의 책(17), 309면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 605면; 송덕수, 앞의 책(12), 145면.

そのほかにも, 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 292면は, 夫が子どもの名前をつけたことのみをもって黙示的承認と断定することは難しいと指摘している。

(83) 家族関係登録法第47条は, 「親生否認の訴えを提起したときでも, 出生申告をしなければならない」と規定する。

(84) 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 605면.

来, 韓国民法第853条は上記のように定められていたが, 2005年の民法改正のときに削除された。日本民法には対応する規定がなかった本条(改正前の第853条)が制定されたものの, 2005年改正により削除されるに至った以下の経緯等には, 注視せざるを得ない。

同規定によって, 親生否認の訴訟が終了した後においてもなお, 自己の子として承認することが可能であった⁽⁸⁵⁾。なぜこのような立法がなされたかについては, 必ずしも明らかではない⁽⁸⁶⁾。なお, 承認の効果につき, 確定判決を得て戸籍の訂正(旧戸籍法第123条⁽⁸⁷⁾)がなされた後でも, 本条の承認をすることができるかが問題となるが, このような場合には, 改めて親生子関係存在確認の訴え(第865条)による確定判決を得た後にはじめて戸籍の訂正が可能であると解されていた⁽⁸⁸⁾。

しかし, この立法に対しては, 夫が親生否認訴訟で勝訴し, 子が夫の親生子ではないということが判決で客観的に確定した後であっても, 夫の一方的な意思によって真実と異なる父子関係を認めることができ, このような関係を永続化させることは不当であるという批判があった⁽⁸⁹⁾。子の立場からすれば, 実父を探すことの方が, かえって利益となることもあり得るためである⁽⁹⁰⁾。また, 親生否認の訴えは形成訴訟であり, 対世的効力があるにもかかわらず, 判決確定後においても, 夫による親生承認を認めれば, 形成訴訟によって対世的効力を有するという法理に反する結果を生み, 必ずしも子にとって有利な結果をもたらさないという批判や夫の一方的意思によって父子関係を左右し得るようにすることは不当という批判もあった⁽⁹¹⁾。

(85) 김주수·김상용, 앞의 책(12), 104면.

(86) 民法案審議録にも記載がない。

(87) 旧戸籍法第123条(判決による戸籍の訂正)

確定判決によって戸籍の訂正をしなければならないときには, 訴えを提起した者は, 判決の確定から1ヶ月以内に判決の謄本及びその確定証明書を添付して, 戸籍訂正の申請をしなければならない。なお, 同趣旨の条文は, 現在, 家族関係登録法第107条に定められている。

(88) 김주수 『주석 친족상속법 수정판』(법무사, 1973) 372면.

(89) 김주수, 앞의 책(88), 372면.

(90) 김주수, 앞의 책(88), 372면.

(91) 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 291면.

以上のような点を考慮して2005年民法改正によって、同規定は削除されるに至った。

(11) 詐欺, 強迫による承認の取消し

第854条 <2005年3月31日: 本条改正> 第852条の承認が, 詐欺又は強迫によるときには, これを取り消すことができる。
民法案審議録(下): 73頁 第848条 参照外国立法例: なし

本条は、詐欺又は強迫による親生承認の取消しについて規定する。2005年民法改正により、前条(第853条)の規定が削除されたことに伴い、本条の適用範囲は第852条による承認に限定されるに至った。日本民法に対応する規定はないが、日本では、民法第808条及び第812条の類推適用により、詐欺又は強迫による嫡出承認の取消しを解釈論として導くのが有力説の立場である⁽⁹²⁾。

本条の立法趣旨については必ずしも明らかではないが、民法第852条による親生承認の性質を意思表示として把握したため、その意思表示が詐欺又は強迫によるときには取り消すことができると規定したのではないかと指摘されている⁽⁹³⁾。

本条の請求権者は第852条の承認をした者であるが、取消しの相手方については規定がない。そのため、この点に関しては、子、妻、その他の利害関係人に限定する見解と外部からわかるように明白に取消しの意思表示をすれば足りるという見解が対立しているとされる⁽⁹⁴⁾。

取消権の除斥期間についても本条には規定が存在しない。それゆえ、この点は解釈に委ねられているが、民法第897条(入養の無効又は取消し)及び第904条(罷養の無効又は取消し)⁽⁹⁵⁾の類推適用によって「詐欺を知った日

⁽⁹²⁾ 中川善之助・米倉明編 [松倉耕作]・前掲注(65)・230頁。

⁽⁹³⁾ 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 609면; 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 59면。

⁽⁹⁴⁾ 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 610면。

⁽⁹⁵⁾ これらの規定は、民法第823条(詐欺, 強迫による婚姻取消請求権の消滅)を準用する形を採っている。

又は強迫を免れた日から3ヶ月」という見解⁽⁹⁶⁾と民法第861条(認知の取消し)の類推適用によって「詐欺又は強迫を免れた日から6ヶ月」という見解⁽⁹⁷⁾が対立している。前者は、身分関係の不安定を防止することを理由として、早期の身分関係確定を説くものである⁽⁹⁸⁾。他方、後者は、親生承認及び入養が「意思」に基づいて父子関係を成立させる点で共通しているが、親生承認が単独行為の一種であるのに対し、2011年の民法改正によって入養は法院の許可を要するようになったことを挙げ、両者を同じように扱うことは難しいと指摘する⁽⁹⁹⁾。その上で、この見解は、むしろ親生承認の本質を民法制定当時の状況に照らして認知に近いものとして把握すべきであると述べる⁽¹⁰⁰⁾。

(12) 親生否認の許可請求

第854条の2 <2017年10月31日：本条新設>

①母又は母の前夫は、第844条第3項の場合に、家庭法院に親生否認の許可を請求することができる。ただし、婚姻中の子として出生申告がなされた場合には、この限りではない。

②第1項の請求がある場合に、家庭法院は、血液採取による血液型検査、遺伝因子の検査等の科学的方法による検査結果、又は長期間の別居等その他の事情を考慮して許可の可否を定める。

③第1項及び第2項による許可を得た場合には、第844条第1項及び第3項の推定が及ばない。

民法案審議録：なし

(96) 김주수·김상용, 앞의 책 (12), 105면.

(97) 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 612면.

(98) 김주수·김상용, 앞의 책 (12), 105면.

(99) 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 611-612면.

(100) 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 612면は、民法制定当時の状況の具体例として、婚姻外の出生子に対する法的・社会的不利益が少なくなったという点及び外形説の適用要件が充たされた場合でない限り、血縁上の父子関係を科学的に証明することが事実上不可能であったという点を挙げている。なお、同頁は、この見解に従えば、錯誤による親生承認も詐欺又は強迫の場合と同様に解決することができるとする。

これに対して、取消しの期間は、民法総則の規定(第146条)が適用され、詐欺を知った日又は強迫を免れた日から3年、承認を行った日から10年と解する見解もある(박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 292면)。

本条は、婚姻の解消後300日以内に出生した子に対する家庭法院による親生否認の許可に関して規定する。日本民法に対応する規定はない。第844条の該当箇所ですべて述べたように、2015年4月30日の憲法不合致決定を契機として民法改正がなされたことに伴い、民法第855条の2とともに本条が新設された⁽¹⁰¹⁾。

本条第1項によって、母又は母の前夫は、親生否認の訴えによらずに家庭法院に対して親生否認の許可を請求することができる。ただし、婚姻中の出生子として既に出生申告がなされた場合には、この許可請求をすることはできない(本条第1項ただし書)。出生申告がなされた場合にこれを覆すのであれば、親生否認の訴えによることになる⁽¹⁰²⁾。

また、本条第2項に基づき親生否認の許可申請の可否については、家庭法院が「血液採取による血液型検査、遺伝因子の検査等の科学的方法による検査結果」又は「長期間の別居等その他の事情」を考慮して判断することになる。

家庭法院によって本条の許可申請が認められた場合には、民法第844条第1項及び第3項の推定が及ばないことになる(本条第3項)⁽¹⁰³⁾。本条第3項にいう推定が及ばないという言葉は、出生時に一旦、親生推定が成立するが、親生否認の許可があればこの推定が崩されるという意味で理解されている⁽¹⁰⁴⁾。

2 婚姻外の出生子

以下では、婚姻外の出生子に関する規定(第855条から第864条の2まで)を検討することにする。

婚姻外の出生子については、認知(第855条以下)をすることによってはじめて、父子関係が成立するという点で婚姻中の出生子とは異なる。また、認知を通じて父子関係が成立することによって、養育費の負担や相続権等の関係で問題が生じることになる。

(101) 憲法不合致決定及び改正経緯については、前述の第844条の該当箇所を参照。

(102) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 310면; 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 300면。

(103) 家事訴訟法第45条の8第1項に従い、家庭法院は親生否認の許可審判をする場合に、母の前夫(成年後見人がある場合には成年後見人)に対して意見陳述をする機会を与えることが可能である。

(104) 윤진수, 앞의 책 (12), 170-171면。

(13) 認知

第855条

①婚姻外の出生子は、その生父又は生母がこれを認知することができる。父母の婚姻が無効であるときには、出生子は婚姻外の出生子とみなす。

②婚姻外の出生子は、その父母が婚姻したときには、その時から婚姻中の出生子とみなす。

民法案審議録(下)：74頁 第849条

参照外国立法例：BGB 第1725条；Code civil 第334条；ZGB 第302条；中華民法第1064条；日本民法第779条，第789条第2項；明治民法第827条，第836条第1項

本条第1項は認知について、第2項は準正について、それぞれ規定する。日本民法第779条及び第789条に対応する。

1. 認知の意義

認知とは、「婚姻外で出生した子をその生父又は生母が自己の子として認めること」をいう⁽¹⁰⁵⁾。日本民法と同様に、韓国民法においても任意認知(本条)と強制認知(民法第863条)が規定されている。また、条文上は生母による認知も認められているが、一般的に、母子関係については、出産(分娩)という事実によって成立するために、別途、認知をする必要がないと理解されている点^(106,107)も日本法と共通している⁽¹⁰⁸⁾。したがって、韓国法においても、認知を通じて婚姻外の出生子と父との間に親子関係を発生させる点に主たる意義があるものと理解することができよう。

また、韓国法上、父による認知(任意認知)を法律行為として捉えるのが

(105) 윤진수, 앞의 책(12), 187면.

(106) 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 613면; 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 73면.

また、대법원 1967.10.4. 67다1791판결は、母子関係が「分娩」という事実によって成立するとしており、判例の立場も学説と同様である。

(107) 母の認知は、棄児等のような特殊な場合において、親子関係を確認する意味で用いられるというのが韓国における一般的な理解と言えよう(민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 73면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 557-558면参照)。

(108) 母の認知に関する日本の判例・学説については、二宮周平編〔前田泰〕『新注釈民法(17)親族(1)』(有斐閣, 2017年) 602-604頁参照。

通説的立場とされており⁽¹⁰⁹⁾, 認知意思の存在と認知の申告がその実質的要件となる。そして, 支配的見解に従えば, 認知の申告は, 既に存在する法的父子関係を確認するものではなく, 法的父子関係を創設するものとされている⁽¹¹⁰⁾。

2. 認知の当事者と手続き

上述したように, 母子関係は出産(分娩)によって当然に生じるものと理解されているのに対して, 婚姻外の出生子と父との間の親子関係は認知によって発生する。したがって, 認知を行う者(認知者)は, 主として父ということになる。

他方, 認知の相手方(被認知者)は, 婚姻外の出生子である。婚姻外の出生子であれば, 未成年者であるか, 成年者であるかを問わない⁽¹¹¹⁾。婚姻外の出生子が他人の親生子として推定を受ける場合には, 家族関係登録簿上の父(又は母)による親生否認の訴えに従い, 登録簿上の父と婚姻外の出生子の間の親子関係が否定されるまでは生父の認知は認められない⁽¹¹²⁾。ただし, 上述した2017年10月31日民法改正より, 民法第844条第3項の場合には民法第855条の2によって認知の許可請求も可能となったことには留意を要する⁽¹¹³⁾。また, 親生推定を受けない婚姻中の出生子の場合, 親生子関係不存在確認の訴えによって親子関係の不存在を確認した後でなければ, 認知ができない⁽¹¹⁴⁾。

認知は, 認知の意思表示と認知の申告によって成立する(民法第859条参照)⁽¹¹⁵⁾。なお, 被認知者である子の同意については必要ないとされている⁽¹¹⁶⁾。

⁽¹⁰⁹⁾ 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 73면; 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 306-307면。

⁽¹¹⁰⁾ 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 632면参照。

⁽¹¹¹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(17), 316-317면; 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 74면; 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 308면; 송덕수, 앞의 책(12), 150면。

⁽¹¹²⁾ 前掲注(85)의 대법원 1968.2.27. 67므34판결及び대법원 1978.10.10. 78므29판결参照。

⁽¹¹³⁾ 윤진수, 앞의 책(12), 188면; 송덕수, 앞의 책(12), 150면(及び146-147면)参照。

⁽¹¹⁴⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(17), 316면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 617면。

⁽¹¹⁵⁾ 認知の效果については, 後述の第860条の該当箇所を参照。

⁽¹¹⁶⁾ 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 74면。

なお, 日本では, 被認知者が成年者である場合には, その承諾を要することが明文で規定されている(民法第782条参照)。

これに対して、認知が親子関係を発生させる重大な行為であることを理由として、認知される子に判断能力がある場合には、その意思を問うのが妥当であるという見解もある⁽¹¹⁷⁾。

3. 準正

婚姻外の出生子の父母が婚姻したときは、その子は、父母の婚姻時から婚姻中の出生子とみなされる（本条第2項）。日本民法第789条が規定する準正は、父の認知及び父母の婚姻を要件としており、認知と婚姻の順序を問わない。これに対し、本条第2項で父の認知後に父母が婚姻した場合を規定している点で、日本民法第789条との相違が看取される。ただし、韓国民法典に明文の規定はないが、学説では、婚姻中の準正、婚姻解消後の準正、死亡した子の準正が認められている⁽¹¹⁸⁾。

(14) 認知の許可請求

第855条の2 <2017年10月31日：本条新設>

①生父は、第844条第3項の場合に、家庭法院に認知の許可を請求することができる。ただし、婚姻中の子として出生申告がなされた場合には、この限りではない。

②第1項の請求がある場合に、家庭法院は、血液採取による血液型検査、遺伝因子の検査等の科学的方法による検査結果、又は長期間の別居等その他の事情を考慮して許可の可否を定める。

③第1項及び第2項により許可を得た生父が「家族関係の登録等に関する法律」第57条第1項による申告をする場合には、第844条第1項及び第3項の推定が及ばない。

民法案審議録：なし

本条は、婚姻の解消後300日以内に出生した婚姻外の出生子に対する生父の認知の許可に関して規定する。日本民法に対応する規定はない。第844条の該当箇所述べたように、2015年4月30日の憲法不合法決定を契機として民

(117) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 317면.

これに対し、윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 618-619면は、生母又は子の同意という要件を導入する必要性について疑問を呈している。

(118) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 76면; 송덕수, 앞의 책 (12), 161면; 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 339면参照。

法改正がなされたことに伴い、民法第854条の2とともに本条が新設された⁽¹¹⁹⁾。

本条第1項によって、生父は、家庭法院に対して認知の許可を請求することができる。すなわち、この場合には、親生否認の訴えを提起せずに、生父が婚姻外の子を認知することが可能である。ただし、婚姻中の出生子として既に出生申告がなされた場合には、この許可請求をすることはできない（本条第1項ただし書）。出生申告がなされた場合には、母や母の前夫が親生否認の訴え提起し、判決が確定すれば、生父が認知することができる⁽¹²⁰⁾。

また、本条第2項に基づき認知の許可申請の可否については、家庭法院が「血液採取による血液型検査、遺伝因子の検査等の科学的方法による検査結果」又は「長期間の別居等その他の事情」を考慮して判断することになる。

家庭法院によって本条の許可を得て生父が家族関係登録法第57条第1項の申告を行ったときには、民法第844条第3項の推定が及ばないことになる（本条第3項）⁽¹²¹⁾。本条第3項にいう推定が及ばないという文言も、出生時に一旦、親生推定が成立するが、認知申告があればこの推定が崩されるという意味で理解できよう⁽¹²²⁾。

(15) 成年被後見人の認知

<p>第856条 <2011年3月7日：本条改正> 父が成年被後見人である場合には、成年被後見人の同意を得て認知することができる。</p>
<p>民法案審議録（下）：74頁 第850条⁽¹²³⁾ 参照外国立法例：BGB 第1729条；ZGB 第303条；日本民法第780条（明治民法第828条）</p>

(119) 憲法不合致決定及び改正経緯については、前述の第844条の該当箇所を参照。
 (120) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 318면；박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 302면。
 (121) 家事訴訟法第45条の8第1項に従い、家庭法院は認知の許可審判をする場合に、母の前夫（成年被後見人がいる場合には成年被後見人）に対して意見陳述をする機会を与えることが可能である。
 (122) 윤진수, 앞의 책 (12), 188면（及び170-171면）参照。
 (123) 現行韓国民法典の制定時の議論によれば、本条は無能力者の親生否認の訴訟に関するものであったが、無能力者に未成年者を含めるか否かを議論したことが確認される。なお、1960年1月1日に施行された民法典には、未成年者は含まれていない。

本条は、成年被後見人の認知について規定する。日本民法第780条に対応する。

日本民法が、成年被後見人の婚姻と同様、成年後見人の同意なしに認知できる旨を定める一方、韓国法は、成年被後見人の婚姻（第808条第2項）と同様、成年後見人の同意が必要である旨を規定する⁽¹²⁴⁾。この点につき、日本法との相違が確認される。

また、韓国民法は、父又は母が未成年者である場合の認知について父母の同意を要するとの規定を置いていない。認知は、生父（又は生母）のみがすることが可能であり（第855条第1項前段）、事実の承認であるがゆえに意思能力を必要とすることからである⁽¹²⁵⁾。これに対して、日本民法第780条は父又は母が未成年者であるときにもその法定代理人の同意を要しないと定めている。したがって、韓国では解釈によって、日本では明文の規定によって、解決されているという相違があるに過ぎないと言えよう。

なお、本条に違反する認知の効力に関しては、民法上に規定がない。学説においては、認知取消事由とする見解、認知無効事由とする見解、有効であるとする見解の対立が見られる⁽¹²⁶⁾。

(16) 死亡した子の認知

第857条

子が死亡した後においても、その直系卑属がいるときには、これを認知することができる。

民法案審議録（下）：75頁 第851条⁽¹²⁷⁾

参照外国立法例：BGB 第1733条；日本民法第783条第2項前段；明治民法第831条第2項前段

(124) なお、韓国民法第808条第2項により、成年被後見人が婚姻をするためには父母又は成年後見人の同意を得なければならない。同条については、五十川ほか・前掲注(1)「韓国婚姻法研究——日韓比較民事法研究(2)——」・16(14)頁以下を参照。

(125) 김주수·김상용, 앞의 책(17), 316면参照。

(126) 법원행정처 『법원실무제요 기사(I)』(2010) 518면；윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 623면。

(127) 立法時の議論によれば、「本条は、子どもが死亡したときには、その子に直系卑属があるときに限って認知することができるようにしようとするものであるとこ

本条は、死亡した子の認知について規定する。日本民法第783条第2項に対応する。韓国民法は、日本民法第783条第2項後段に対応する規定を欠き、また直系卑属が成年者である場合もその承諾を要する旨の定めがない点で、日本民法との相違が確認される。

韓国民法は、死亡した子を認知することは原則的に許容していないが、本条はその例外として直系卑属がある場合に限り認知を可能とした。本条の立法趣旨は、認知制度を濫用し、不当に相続の利益を得ることを防止するところにあるが、死亡した子に直系卑属がある場合には、その直系卑属が認知した父よりも先順位の相続人となるためこの問題が生じない⁽¹²⁸⁾。なお、既に言及したように、本条は直系卑属の承諾を要しない⁽¹²⁹⁾。

なお、本条による認知の効力については、民法第860条で後述する。

(17) 懐胎中の子の認知

第858条

父は、懐胎中にある子についても、これを認知することができる。

民法案審議録（下）：76頁 第852条

参照外国立法例：日本民法第783条第1項（明治民法第831条第1項）

本条は、胎児の認知について規定する。日本民法第783条第1項に対応する。韓国民法は、日本民法第783条第1項後段に対応する規定を欠き、母の承諾

ろ、これは父が従来認知をせずのまま、子が死亡した後に認知をすることによって、その遺産相続の権利のみを獲得することを防ぐところに意味がある」として、規定されたことがうかがえる。

(128) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 317면; 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 88면; 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 310면.

他方、日本では、諸般の事情から認知が遅れた場合に認知を可能にするものがあり、直系卑属の利益のために行われ、扶養目的の認知ではないとされている（中川善之助・米倉明編〔前田泰〕『新版注釈民法(23)親族(3)実子(1)』(有斐閣, 2004年) 356-357頁参照)。

(129) ただし、김주수·김상용, 앞의 책 (17), 317면は、父親の認知権濫用の問題が生じる可能性を指摘している。また、김주수·김상용, 앞의 책 (12), 115면は、直系卑属が成年者である場合に、認知によって発生する扶養義務等を望まないこともあるため、その承諾を得るようにすることが妥当であるとしている。

を必要としない点で、相違が確認される。

本条の意義については、子の出生前に父が死亡の可能性がある場合を想定し、父の死後に認知請求をする必要がないという点で、母及び子に対しても有利であるからであると説明されている⁽¹³⁰⁾。

本条による胎児認知については、家族関係登録法第56条に従い、申告書にその趣旨、母の姓名及び登録基準地を記載しなければならない。また、家族関係登録簿への記録は、その子が出生した後になされる（「特種申告書類編綴帳」への保存—家族関係の登録等に関する規則第69条参照）。

(18) 認知の効力発生

第859条 <2007年5月17日：本条第1項改正>

①認知は「家族関係の登録等に関する法律」の定めるところに従い、申告することによってその効力を生じる。

②認知は遺言をもってもこれを行うことができる。この場合には、遺言執行者がこれを申告しなければならない。

民法案審議録（下）：76頁 第853条

参照外国立法例：BGB 第1723条第1項；Code civil 第334条；ZGB 第303条；日本民法第781条（明治民法第829条）

本条は、認知の手続き（方式）に関して規定する。日本民法第781条に対応する。

1. 申告による認知

本条は、家族関係登録法の定めるところに従い、申告をすることによって認知の効力が生じる旨を規定する。

前述の民法855条の箇所すでに指摘されているように、韓国法では任意認知を法律行為として捉え、また認知の申告については法的父子関係を創設するものとして把握するのが一般的である。したがって、この申告も創設的申告と解されている⁽¹³¹⁾。認知の申告方法については、家族関係登録法第55条で定めており、その様式については家族関係登録法規則第29条よって大法院

(130) 김주수·김상용, 앞의 책(17), 317면.

(131) 윤진수, 앞의 책(12), 188면；송덕수, 앞의 책(12), 150면；박동섭·양경승, 앞의 책(12), 310면.

例規で定める（認知〔親権者指定〕申告書）。

認知申告以外の申告より認知の効力が生じる場合に関して、家族関係登録法第57条第1項は、「父が婚姻外の子について、親生子出生の申告をしたときには、その申告は認知の効力がある」と定めている⁽¹³²⁾。この親生子の出生申告による認知に関連して、大法院は、無効な婚姻において出生した子について出生申告がなされた場合には、認知の効力があると判断したことがある⁽¹³³⁾。他方で、大法院は、①婚姻外の出生子の父が死亡した後に、母によって婚姻申告と出生申告がなされた場合⁽¹³⁴⁾、②夫の死亡後、妻によって夫と別の女性との間に生まれていた婚姻外の出生子を自分と夫の親生子として出生申告がなされた場合⁽¹³⁵⁾、③祖父によって出生申告がなされた場合⁽¹³⁶⁾等においてはいずれも、認知の効力が生じないと判断している。なお、生物学上の親子関係にない子を認知した場合については、韓国では、認知の無効と取消しの問題として論じられていることが一般であるため、本稿においてもそのような形式で論ずることとする。

母による認知については、日本と同様、通常、問題とはされない。母子関係は、出生によって決定するからである⁽¹³⁷⁾。したがって、生母の認知申告は報告的の申告であると解されている⁽¹³⁸⁾。

2. 遺言による認知

韓国民法も、日本民法と同様に、遺言による認知を認める。ただし、録音による遺言が可能な点は、日本法と異なる⁽¹³⁹⁾。

また、韓国では、遺言認知による場合に、遺言執行者がこれを申告する旨

(132) 日本でも、旧戸籍法第83条が同趣旨の規定を置いていたが、改正によって削除された。しかし、最判昭和53年2月24日民集32巻1号110頁は、嫡出でない子につき、嫡出子としての届出をした場合には、認知届としての効力を認めている。

(133) 大法院 1971.11.15. 71다1983판결。

(134) 大法院 1972.1.31. 71다2446판결。

(135) 大法院 1985.10.22. 84다카1165판결。

(136) 大法院 1976.4.13. 75다948판결。

(137) 前掲注(100)の大法院 1967.10.4. 67다1791판결及び大法院 2018.6.19. 2018다1049판결参照。

(138) 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 310면。

(139) 韓国民法第1067条参照。

を民法に規定している点で、日本法との相違がうかがえる⁽¹⁴⁰⁾。なお、遺言執行者が行うこの認知申告は、報告的申告と解するのが一般的であり、したがって、申告がなくても、遺言の効力発生(民法第1073条第1項)によって、認知の効力が認められるとされている⁽¹⁴¹⁾。

(19) 認知の遡及効

第860条

認知は、その子の出生時に遡及して効力を生ずる。ただし、第三者の取得した権利を害することはできない。

民法案審議録(下): 77頁 第854条

参照外国立法例: 中華民法第1069条; 日本民法第784条; 明治民法第832条

本条は、認知の効力に関して遡及効を認めることを規定する。日本民法第784条に対応する。

本条によって認知の効力は、出生時に遡及する。認知の効力がいかなるものであるかについては、韓国民法も日本民法と同様、明文の規定を置いていない。一般に、認知の効力は、婚姻外の出生子と父との間に親子関係を発生させることであるとされている⁽¹⁴²⁾。認知によって発生した親子関係に関しては、以下の点が問題となる。

1. 養育費の負担義務

認知によって、父(又は母)は、出生時から認知した子に対する養育義務を負っていたことになる。過去の大法院判決では、①婚姻外の出生子に対し、生父が養育するとしたことを拒み、生母が養育してきた場合⁽¹⁴³⁾や②扶養能力のある生母が子を養育してきた場合⁽¹⁴⁴⁾、また③生父からの引渡要求に応

⁽¹⁴⁰⁾ 日本では、戸籍法第64条に規定されている。

⁽¹⁴¹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(17), 318면; 송덕수, 앞의 책(12), 151면; 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 312면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 635면。

これに対して、本条第2項の遺言執行者による申告を創設的申告と解するものとしては、윤진수, 앞의 책(12), 189면がある。

⁽¹⁴²⁾ 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 96면; 김주수·김상용, 앞의 책(12), 126면。

⁽¹⁴³⁾ 대법원 1967.1.31. 66므40판결。

⁽¹⁴⁴⁾ 대법원 1967.2.21. 65므 5 판결。

じず、生母が自ら子を養育した場合⁽¹⁴⁵⁾などには、過去の養育費の償還請求が認められていなかった。

しかし、大法院1994年5月13日全員合議体決定⁽¹⁴⁶⁾は、子を養育する者が相手方に対して「現在及び将来における養育比重の適正金額の負担を請求することができるのはもちろん、父母の子の養育義務は特別の事情がない限り、子の出生と同時に発生するものであるから、過去の養育費についても相手方が負担することが相当であると認められる場合には、その費用の償還を請求することができる」と示し、過去の養育費に対する償還請求を認め⁽¹⁴⁷⁾、過去の大法院の立場を変更した。ここで特別の事情とは、「一方による養育がその養育者の一方的で利己的な目的や子の利益にならないかまたはその養育費を負担させるのがかえって衡平に反するなど」の場合を意味する。

2. 相続権

本条は、相続と関連して大きな意味を持つ⁽¹⁴⁸⁾。すなわち、死後認知がなされた場合において、被認知者は、遺産分割がなされていないときは、民法第1013条によって相続財産分割請求をすることが可能であり、また既に遺産分割が終了している場合でも、相続分に相当する価額の支払いの請求が可能である(民法第1014条)。しかし、本条ただし書によって、第三者の権利を害することはできない。本条にいう第三者とは、認知者及び被認知者以外の者を指すとされるが⁽¹⁴⁹⁾、裁判実務ではとりわけ、他の共同相続人が第三者にあたるのかという問題と関連し、本条ただし書と民法第1014条の関係が問われている。

判例⁽¹⁵⁰⁾は、「認知以前に他の共同相続人が既に相続財産を分割ないし処分した場合には、認知の遡及効を制限する民法第860条ただし書が適用され、死後の被認知者は他の共同相続人らの分割その他の処分の効力を否定するこ

(145) 대법원 1976.6.22. 75므17, 18판결; 대법원 1985.6.11. 84다카1536판결; 대법원 1986.3.25. 86므17판결等参照。

(146) 대법원 1994.5.13. 92스21 전원합의체 결정。

(147) これ以前の判例は過去の養育費を認めていなかった。たとえば、前掲注(14)의 대법원 1967.2.21. 65므5판결がある。

(148) 김주수·김상용, 앞의 책(17), 331면。

(149) 김주수·김상용, 앞의 책(17), 332면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 637면。

(150) 대법원 2007.7.26. 2006므2757판결。

とができなくなるところ、民法第1014条はそのような場合に被認知者が他の共同相続人らに対してその相続分に相当する価額の支払いを請求することができるようにし、相続財産の新たな分割に代わる権利を認めることによって、被認知者の利益と既存の権利関係を合理的に調整するところにその目的があるものである」とし、認知以前に他の共同相続人が既に相続財産を分割ないし処分したときは、他の共同相続人が民法第860条ただし書の第三者に該当するが、民法第1014条によって被認知者が保護される旨を判示している。このような判例の態度は、民法第864条で死後認知請求制度を規定する最も重要な理由が、被認知者に相続権を保障しようとする趣旨であることを想起すれば、容易に理解できると評価されている⁽¹⁵¹⁾。

これに対して、後順位相続人の場合に関して、判例⁽¹⁵²⁾は、後順位相続人に第1014条を適用してはならないことは文理上明らかであるが、これを第860条ただし書の第三者として認めれば、後順位相続人が先順位にある被認知者よりも保護される結果となり、不合理であるから、被認知者よりも後順位相続人が取得した相続権は民法第860条ただし書の第三者の取得した権利に含まれないと解している。

3. 親権

婚外子の親権は、認知がなされるまでは通常生母にあるとされる⁽¹⁵³⁾。

また、認知された子の親権について、2005年3月31日民法改正の際に、民法第909条第4項は「…父母の協議で定めなければならず、協議をすることができないか又は協議が調わないときは、当事者は家庭法院にその指定を請求しなければならない」と定められたが、任意認知の場合には家庭法院の介入は不可能であり、「法院が職権で親権者を指定しなければならない」というのは、無意味であるのみならず立法上の誤りであるとの批判があった⁽¹⁵⁴⁾。

(151) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 332면.

(152) 대법원 1974.2.26. 72다1739판결. 同趣旨の大法院判決としては, 대법원 1993.3.12. 92다48512판결がある.

(153) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 333면.

ただし、民法第855条第1項前段からすれば、条文解釈上は、生父及び生母の双方につき、認知者となる可能性があるように思われる。

(154) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 333면參照.

それゆえ、2007年12月21日の民法改正によって、同条同項は「…父母の協議で親権者を定めるべきであり、協議をすることができないか又は協議が調わないときは、家庭法院は職権でまたは当事者の請求によって親権者を指定すべきである。ただし、父母の協議が子の福利に反する場合には、家庭法院は補正を命ずるかまたは職権で親権者を定める」と改正されるに至った。

なお、裁判上の認知の場合には、家庭法院は職権で親権者を定める（民法第909条第5項）。

4. 認知された子の姓と本

民法第781条第1項よって、子は原則的に父の姓と本に従う⁽¹⁵⁵⁾。認知された子も、父の姓と本に従うことが原則であるが、2005年3月31日の民法改正によって、民法第781条第5項が追加されたことに伴い、父母の協議によって「従前の姓と本を継続して使用することができる」に至った⁽¹⁵⁶⁾。この場合、認知申告の際に、「子が従前の姓と本を継続して使用する」という趣旨の協議書を提出しなければならない(家族関係登録例規第518号第8条参照)。

また、裁判上の認知が請求されたときも、裁判所は、子の姓と本について協議を行うよう勧告し、協議の結果を判決に記載すべきであるという見解がある⁽¹⁵⁷⁾。

(20) 認知の取消し

第861条 <2005年3月31日：本条改正>

詐欺、強迫又は重大な錯誤によって認知をしたときには、詐欺又は錯誤を知った日又は強迫を免れた日から6ヶ月内に家庭法院に、その取消しを請求することができる。

(155) 父母が、婚姻申告時に母の姓と本に従うと協議した場合には、母の姓と本に従う（同条第1項ただし書）。

なお、姓と本については、親族総則を検討する際に検討することとする。

(156) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 334면は、現状、父母に子の姓と本に関して協議すべき義務がない点を指摘し、協議の義務化を主張している。

(157) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 335면。

民法案審議録 (下) : 77頁 第855条⁽¹⁵⁸⁾
参照外国立法例 : 参照なし

本条は、詐欺、強迫又は重大な錯誤による認知の取消しを規定する。日本民法に対応する規定はない⁽¹⁵⁹⁾。

1. 認知の無効

韓国でも、日本と同様、認知の無効に関する規定が民法典には定められていないが、家事訴訟法上でこれを規定している⁽¹⁶⁰⁾。判例は、認知の無効を当然無効として解しているとされる⁽¹⁶¹⁾。したがって、認知無効の訴えは、確認訴訟として把握されている⁽¹⁶²⁾。相続回復請求など他の訴訟における先

(158) 現行韓国民法典の制定時の審議過程では、主に錯誤に関して議論がなされたようである。民法案審議録によれば、認知をしたが、実は自らの子ではなかったというような場合に、「第95条の通説的解釈によれば、それは錯誤ではない」との理解から、「認知が事実と反することが明白であっても認知者は仕方ないとするのは甚だ不当なことで…、認知制度の根本精神に反するというべきである。それゆえに、本項は現行民法883条とは反対に認知者が認知を取り消すことができるようにしたものである」とされる。

(159) 現行日本民法第785条は、「認知をした父又は母は、その認知を取り消すことができない」と規定しているが、これと関連して、大判大正11年3月27日大審院民事判例集第1巻137頁は、「民法第833条ハ認知ヲ為シタル父又ハ母ハ其ノ認知ヲ取消スコトヲ得スト規定シ認知ヲ為シタル父又ハ母ハ任意ニ其ノ認知ヲ取消スコトヲ得サルト同時ニ認知カ真実ニ反スルノ事由ヲ以テモ亦之ヲ取消スコトヲ得サルモノト為シタリ。從テ同条ハ認知ヲ為シタル父又ハ母ニ其ノ認知カ真実ニ反スル事由ヲ以テ其ノ無効ナルコトヲ主張スルコトヲモ許ササル趣旨ナリト解スルヲ得ヘシ」と判示し、「取消し」を「撤回」の趣旨として解釈している。

したがって、日本でも、詐欺・強迫による認知の取消しは解釈上、認められていると言えよう。

(160) 韓国家事訴訟法第2条第1項1号ガ(가)類事件3), 同26条第1項, 同28条をそれぞれ参照。

(161) 대법원 1992.10.23. 92다29399판결. 学説も一般的にはこのように解されている。

(162) 윤진수, 앞의 책 (12), 190면; 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 313면。

これに対し、認知無効の訴えを形成訴訟として把握する見解としては、송덕수, 앞의 책 (12), 152면がある。

決事項として主張することも許される⁽¹⁶³⁾。

また、認知の無効訴訟の原告・被告については、以下のとおりである。原告は、家事訴訟法第28条による第23条の準用により、当事者、法定代理人、4寸以内の親族となる⁽¹⁶⁴⁾。そして、家事訴訟法第28条による第24条の準用により、原告が当事者である場合には認知当事者の相手方、第三者が原告である場合には認知当事者双方が相手方となり、認知当事者の一方が死亡している場合には生存者、双方が死亡している場合には検察官が、それぞれ被告となる。なお、判決の効力については、家事訴訟法第21条第1項に基づき、第三者にも効力が及ぶ。

(i) 認知意思を欠く認知

意思能力を欠く者の認知は、無効である。

生物学上の親子関係が存在するが、自ら認知をしない父又は母に代わって他者が認知の申告をした場合、その認知は無効である⁽¹⁶⁵⁾。たとえば、戸主(祖父)が生父の代わりに行った認知(婚姻外の子に対する親生子申告による認知)につき、これを無効であるとする大法院判決がある⁽¹⁶⁶⁾。

また、生父の認知なしに生母によって婚姻外の出生子を任意で生父の親生子とする出生申告がなされた場合であっても、認知無効確認請求をすることができる一方で、この裁判の既判力は、認知の訴えには及ばないとする大法院判決⁽¹⁶⁷⁾も存在する。

(ii) 事実に反する認知

事実に反する認知と関連して、大法院1992年10月23日判決⁽¹⁶⁸⁾は、親生子ではない子に対して行った認知申告は当然無効であり、このような認知の無

⁽¹⁶³⁾ 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 313면.

⁽¹⁶⁴⁾ これに対して, 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 317면は, その他の者についても, 確認の利益を疎明すれば, この訴えをすることが可能と解すべき旨を主張している。

⁽¹⁶⁵⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(17), 322면; 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 314면.

⁽¹⁶⁶⁾ 前掲注(136)의 대법원 1976.4.13. 75다948판결.

⁽¹⁶⁷⁾ 대법원 1999.10.8. 98므1698판결.

⁽¹⁶⁸⁾ 前掲注(166)의 대법원 1992.10.23. 92다29399판결.ただし, 同判決は, 結論的に入養を認めなかった。

効の確定は判決その他の手続きによらずとも、また誰によってもその無効を主張することができるとした上で、さらに、このような認知でも、その申告当時、当事者間に入養の明白な意思があり、その他入養の成立要件がすべて具備された場合であれば、入養の効力があるものとして解釈され得ると判示した。したがって、同判決は、生物学上の親子関係にない子を認知した場合に、入養の要件を備えれば、入養の効果を生じる可能性があることを示したと言えよう⁽¹⁶⁹⁾。

これに対して、日本の最判平成26年1月14日民集68巻1号1頁は、「血縁上の父子関係がないにもかかわらずされた認知は無効というべきであるところ、認知者が認知をするに至る事情は様々であり、自らの意思で認知したことを重視して認知者自身による無効の主張を一切許さないと解することは相当でない」と述べ、認知者本人も民法第786条の利害関係人に該当するため、自らが行った認知に対する無効を主張できる旨を判示している。ただし、同判決は、具体的な事案に応じて必要がある場合には、権利濫用の法理等によって認知無効の主張を制限することも可能であるとしている。

2. 認知の取消し

一度、認知をすれば、通常これを取り消すことはできないが、本条によって、詐欺、強迫又は重大な錯誤によって認知がなされた場合には、これを取り消すことができる。ただし、裁判外の取消しによって一度成立した親子関係を否定することはできず、家庭法院に対して認知の取消しを請求することができるにとどまる⁽¹⁷⁰⁾。また、調停前置主義が採用されているため（家事訴訟法第2条第1項ナ(4)類事件7）及び同第50条）、調停が成立しなかった場合に裁判によることとなる。なお、判決の効力は、第三者にも及ぶ（家事訴訟法第21条）。

本条に基づき、認知の取消しをする場合には、「詐欺又は錯誤を知った日又は強迫を免れた日から6ヶ月内」に、家庭法院に対して調停の申請をしな

⁽¹⁶⁹⁾ これに対して、윤진수, 앞의 책 (12), 190면は、民法改正によって、法院の許可を得ていない未成年者の入養が無効となること（民法第867条第1項、同第883条第2号）を理由に、この判決はもはや維持されえないであろうと指摘する。

⁽¹⁷⁰⁾ 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 319면参照。

なければならない。この期間は、除斥期間である⁽¹⁷¹⁾。

実務では、子どもに対して認知をした後に、遺伝子検査を行い、血縁関係が認められないという理由で認知取消しの訴えをする場合が多いが、これは認知の無効事由にも該当するため、認知の取消しの実益は大きくないという指摘もなされている⁽¹⁷²⁾。

(21) 認知に対する異議の訴え

第862条

子，その他利害関係人は，認知の申告があることを知った日から1年内に，認知に対する異議の訴えを提起することができる。

民法案審議録（下）：77頁 第856条

参照外国立法例：ZGB 第305条；Code civil 第339条；中華民法第1066条；日本民法第786条（明治民法第834条）

本条は、認知の異議に関して規定する。日本民法第786条に対応する。なお、裁判上の認知は、本条による異議の訴えの対象とはならない⁽¹⁷³⁾。本条による異議の訴えは、任意認知に関するものである。

1. 認知の異議と認知の無効の関係

認知の異議（本条）と認知の無効（家事訴訟法第2条第1項1号ガ(7)類事件3))には、以下のような相違があることが指摘されている。まず、原告適格について、前者は認知者本人が訴訟を提起することできず、子、その他利害関係人がこれを行うことができるが、後者は認知者本人も可能である。次に、除斥期間については、前者が認知の申告があることを知った日から1年内である（本条）のに対して、後者は期間制限がない。

しかし、韓国法上、認知の異議と認知の無効の関係については、両者が実質的に同じであるために、両者を一元化すべきであるという見解が一般的である⁽¹⁷⁴⁾。

(171) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 101면.

(172) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 102면.

(173) 대법원 1981.6.23. 80므1909판결參照.

(174) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 324면；박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 325면.

これに対して、윤진수, 앞의 책 (12), 190면は、このような見解は「いわゆる客

2. 本条による異議の訴え

(i) 原因

通説⁽¹⁷⁵⁾・判例⁽¹⁷⁶⁾は、認知異議の訴えの性質を確認の訴えとして把握している⁽¹⁷⁷⁾。認知異議の事由は、明文の規定が定められていないが、認知申告が実体関係に合わないというものであるという点は見解が一致しているとされる⁽¹⁷⁸⁾。

また、家族関係登録法第57条に従い、親生子ではない子を婚姻外の出生子と誤解して、親生出生子として申告した場合には、認知の効力が認められるが、このような親子関係を否定するためには、本条による異議の訴えではなく、親生子関係不存在確認の訴えを提起しなければならないとされている⁽¹⁷⁹⁾。

(ii) 当事者

まず、本条による異議の訴えの原告は、「子」及び「その他利害関係人」である。

原告が子である場合については、子が未成年者又は成年被後見人であるときは、法定代理人が訴えを提起することになり、法定代理人が父である場合

観主義的認知論、すなわち、親子関係がない子に対する認知の効力は認められないという考えに基づくものであるが、事実上、民法の規定を死文化する解釈である」として批判している。

(175) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 103면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 642면; 윤진수, 앞의 책(12), 190면; 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 322면。

(176) 前掲注(16)의 대법원 1992.10.23. 92다29399판결。

(177) 他方, 日本民法第786条は「認知に対して反対の事実を主張することができる」と定めている。二宮周平編 [前田泰]・前掲注(108)・631-632頁によれば、学説上は形成無効説と当然無効説の対立があるとされるが、判例(前掲注(159)の大判大正11年3月27日判決)は形成無効説を支持し、その後の下級審もこれに従っているとされる。ただし、下級審の中には、認知が無効である旨を確認する旨の判決・審判も少なくないことが指摘されている。

(178) 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 643면。ただし, 同頁によれば, 認知者と被認知者間に血縁上の父子関係がないことを意味するものとして把握する説と認知者と被認知者の間に法的父子関係は成立し得ないことを意味するものとして把握する説の対立があるとされる。

(179) 대법원 1993. 7. 27. 91므306판결参照。

には、自己に対して訴えを提起することになり、利害が相反するため、特別代理人の選任を要する（民法第921条第1項参照）。また、利害関係人も原告となるが、ここでいう「利害関係人」とは、事実を反する認知が形式上存在するために不利益を受ける者を指し、代表的な例としては、相続権を喪失するか又は相続分が減少する者が挙げられる⁽¹⁸⁰⁾。そのほかにも、認知によって扶養義務を負担するに至った者、認知を希望する生物学上の親子関係がある者（父）が想定されている⁽¹⁸¹⁾。

次に、認知の異議の訴えの被告は、認知をした者である。認知者が死亡している場合には、検察官を被告として訴えを提起することができる（家事訴訟法第28条による同法第24条第3項）。利害関係人が原告となる場合には、認知者及び被認知者（子）を被告とする必要がある（家事訴訟法第28条による同法第24条第2項）。

(iii) 手続き

認知の異議の訴えについては、調停前置主義が採用されているため、まず家庭法院に調停を申請しなければならない（家事訴訟法第2条第1項第1号ナ(4)類事件8）、同法第50条）。ただし、家事訴訟法第59条第2項ただし書により、調停の成立のみをもって、家族関係登録簿の訂正をすることはできず⁽¹⁸²⁾、確定判決による家族関係登録簿の訂正はその訂正を申請しなければならない（家族関係登録法第107条）。

また、本条により、「認知の申告があることを知った日から1年内」に提起しなければならない⁽¹⁸³⁾。

(22) 認知請求の訴え

第863条

子及びその直系卑属又はそれらの法定代理人は、父又は母を相手方として認知請求の訴えを提起することができる。

(180) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 323면.

(181) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 323면.

(182) 前述の第846条の「親生否認の訴え」と調停前置主義の関係に関する本文の記述及び前掲注(50)を参照。

(183) なお、認知者が死亡している場合については、民法第864条を参照。

民法案審議録 (下) : 78頁 第857条
参照外国立法例 : ZGB 第307条以下 ; Code civil 第340条 ; 日本民法第787条 ; 明治民法第835条

本条は、認知請求の訴えについて規定する。日本民法第787条に対応する。父又は母が任意に認知をしない場合において、婚姻外の出生子、その直系卑属、又はこれらの者の法定代理人が認知請求の訴えを提起することができる。本条は、強制認知⁽¹⁸⁴⁾の規定であり、父母が生存中であれば、裁判を通じていつでも訴えを提起することが可能である。なお、父母が死亡している場合については、次条の説明に譲る。

婚外子の場合、その生母との親子関係は出産という外観により明らかであるが、生父との親子関係は、その生父による任意認知や出生届に拠ること以外では、この認知請求の訴え（強制認知）が唯一の方法であり、認知請求の訴えの存在意義はこの点にある⁽¹⁸⁵⁾。

認知請求の訴えは、父母の意思と関係なく、真の血縁関係を前提としたものである。親子関係は、人倫に関係するもので、この点、父母の意思より真実に重きをおく認知請求の訴えを許容すべきであり、それは憲法にも反しないとされている⁽¹⁸⁶⁾。

1. 認知請求訴訟の性質

認知請求訴訟の法的性質に関しては、父に対する訴えは、事実上の親子関係の存在を確認し、判決によって法律上の親子関係を創設することから形成訴訟として、そして母に対する訴えは確認訴訟として理解するのが一般的である^(187, 188)。他方、日本法でも通説的には、父に対する認知の訴えは形成訴

(184) 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 648면によれば, 被認知者からの認知請求は, 認知者からみれば「望まない」効果を甘受しなければならないという面があるために, 「強制認知」と呼ぶのが一般的であるとされる。

(185) 박동섭 · 양경승, 앞의 책 (12), 326면。

(186) 박동섭 · 양경승, 앞의 책 (12), 326면。

(187) 김주수 · 김상용, 앞의 책 (17), 326면 ; 송덕수, 앞의 책 (12), 155면 ; 윤진수, 앞의 책 (12), 191면 ; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 649-650면 ; 박동섭 · 양경승, 앞의 책 (12), 326면 ; 민유숙 편 [정용진], 앞의 책 (12), 112면。

(188) 前掲注 (106) 大법원1967.10.4. 67다 1791판결가「生父の婚姻外の出生子に対する認知が形成的なものに対し, 生母の婚姻外の出生子に対する認知は確認的なも

訟として把握されている⁽¹⁸⁹⁾。

2. 認知請求の訴えの手続き及び訴訟当事者

本条の訴えについては、調停前置主義が採用されている(家事訴訟法第2条第1項第1号ナ(ㄴ)類事件9)及び同条第50条)。したがって、調停が成立すれば調停に基づいて認知の申告がなされるが(家事訴訟法第59条第2項及び家族関係登録法第58条)、不調の場合には裁判によることとなる。

原告は、婚姻外の出生子⁽¹⁹⁰⁾、その直系卑属⁽¹⁹¹⁾、又はこれらの者の法定代理人⁽¹⁹²⁾である。

判例によれば、原告である婚姻外の出生子が親生推定を受ける場合には、親生否認の訴えによる判決が確定するまでは認知請求は認められないとされている⁽¹⁹³⁾。他方で、家族関係登録簿に親生子として記載されている場合に、その子が実父母を相手方として認知請求をするときは、家族関係登録簿上の父母に対して親生子関係不存在確認請求訴訟を提起しなければならないわけではないとした大法院判決⁽¹⁹⁴⁾がある。また、親生推定が及ばない子についても、直ちに生父母を相手に認知請求をすることができるとした大法院判決⁽¹⁹⁵⁾も存在する。

被告は、父又は母である。これらの者が死亡している場合には、検察官を

のである」と述べており、これを受けて、学説は判例もこの立場にあると評価している(김주수·김상용, 앞의 책(17), 326면의주(63); 송덕수, 앞의 책(12), 155면; 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 326면; 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 112면)。

(189) 中川善之助·米倉明編 [利谷信義]『新版注釈民法(23)親族(3)』(有斐閣, 2011年) 389頁; 二宮周平編 [前田泰]・前掲注(108)・641頁。

(190) 김주수·김상용, 앞의 책(17), 327면によれば、婚姻外の出生子が胎児である場合には、認知請求権が認められないとされる。同趣旨のものとしては、민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 113면がある。

(191) 直系卑属が認知請求の訴えを提起することができるのは、婚姻外の出生子が死亡した場合に限られるか否かについては、見解の対立がみられる。この点については、박동섭·양경승, 앞의 책(12), 330면의주(1)を参照。

(192) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 114면によれば、法定代理人の地位については、法定代理説と訴訟代行説の対立があるとされる。

(193) 前掲注(85)の大법원 1968.2.27. 67므34 판결。

(194) 대법원 1981.12.22. 80므103판결。

(195) 前掲注(87)の大법원 2000.1.28. 99므1817판결。

被告とする (次条で詳述する)。

3. 証拠方法

認知請求の訴えについては、原則として、請求人が様々な間接事実を挙げて婚姻外の出生子と父の親子関係を主張・立証しなければならない。ただし、大法院1985年11月26日判決⁽¹⁹⁶⁾は、「この訴訟 (注: 認知訴訟) においては、当事者の処分権主義を制限し、職権主義を採用しているものであるから、当事者の立証が十分でないときには、可能な限り職権で事実調査及び必要な証拠調査をすべきものである」と述べている。

間接事実の考慮要素に関しては、大法院2002年6月14日判決⁽¹⁹⁷⁾が「血縁上の親子関係という主要事実の存在を証明することにつき、父と親母⁽¹⁹⁸⁾との間の性交関係が存在するかどうか、他の男性との性交の可能性が存在するかどうか、父が子を自己の子として信じたことを推測させる言動が存在するかどうか、父と子の間に人類科学的検査や血液型検査又は遺伝子検査をした結果、親子関係を排除するか又は肯定する要素があるかどうか等、主要事実の存在や不存在を追認させる間接事実を通じて、経験則による事実上の推定によって主要事実を追認する間接証明の方法によるほかないが、ここでは血液型検査や遺伝子検査等の科学的証明方法が、その前提とする事実がすべて真実であると証明され、その推論の方法が科学的に正当であり、誤りの可能性が全くないか又は無視できる程度に極めて低いものと認められる場合であれば、そのような証明方法は最も有力な間接証明の方法となる」としている。さらに、家事訴訟法第29条第1項によれば、「家庭法院は、当事者又は関係人との血縁関係の有無を確定すべき必要がある場合に、他の証拠調査によって心証を得られなかったときには、検査を受ける者の健康及び人格の尊厳を害しない範囲で、当事者又は関係人に血液採取による血液型の検査等、遺伝因子の検査又はその他に正当であると認められる方法による検査を受けることを命じることができる」と規定されている。この受検命令は、「他の証拠調査によって心証を得られなかったとき」に補充的に行うことができるも

(196) 대법원 1985.11.26. 85므 8 판결.

(197) 대법원 2002. 6. 14. 2001므1537판결.

(198) 「実母」を表すことばで「生母」と同義語。国立国語院によれば、「生母」、「親母」共に「実母」を表す同義語で意味上の差異はないという。

のとして捉えることができるが、認知請求の訴え等、血縁上の親子関係を確定させる訴訟は、その結果が公益にも関連し、第三者の利害にも影響を及ぼすことから、可能であれば遺伝子検査等の科学的な証明方法による証拠調査をするべきであるというのが実務の指針のようである⁽¹⁹⁹⁾。また同条第2項及び同法第67条によって命令に反する場合には、過怠料、監置に処することも可能である。

4. 認知請求権の放棄

大法院1987年1月20日判決⁽²⁰⁰⁾は、認知請求権は、本人の一身専属的な権利であって放棄することができず、放棄したとしてもその効力が発生し得ないとした上で、仮に裁判上の和解の条項に認知請求の放棄を記載したとしても、その和解には効力がないとする。学説でも判例の立場が支持されている⁽²⁰¹⁾。

それは、親子（血縁）関係は「天倫」であり、これを否定する放棄を認めることは「婚姻外の出生子」一方に不利益となることは自明で、人倫に反し、子にとってあまりにも過酷であるとし⁽²⁰²⁾、よって、仮に生母が認知請求権を放棄したとしても、子には効力はなく、また放棄の対価を支払った場合であっても、その放棄は無効である⁽²⁰³⁾。

(23) 父母の死亡と認知請求の訴え

第864条 <2005年3月31日：本条改正>

第862条及び第863条の場合に、父又は母が死亡したときには、その死亡を知った日から2年以内に検察官を相手方として認知に対する異議又は認知請求の訴えを提起することができる。

⁽¹⁹⁹⁾ 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 118면.

⁽²⁰⁰⁾ 대법원 1987.1.20. 85므70 판결.

⁽²⁰¹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 326면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 648-649면. なお, 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 329면によれば, 이것이通説である.

⁽²⁰²⁾ 장재현 『註釋 民法』(정림사, 2010) 869면; 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 329면.

⁽²⁰³⁾ 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 329면.

民法案審議録 (下) : 78頁 第858条⁽²⁰⁴⁾
参照外国立法例 : 日本民法第787条 ; 日本人事訴訟手続法第32条

本条は、死後認知の提訴期間について規定する。2005年の民法改正に伴い、提訴期間が1年から2年に伸長された。日本民法787条ただし書に対応するが、期間制限の起算点につき、日本法が「父又は母の死亡の日から(3年)」⁽²⁰⁵⁾とされているのに対し、韓国法は「その死亡を知った日から(2年内)」とされている点で若干異なる。

前条でみたように、認知請求の訴えは父又は母の生存中であれば常にすることができ、認知請求権の放棄も許されない。そのため、判例⁽²⁰⁶⁾は、認知請求の訴えについては失効の法理(権利失効の法理)が適用されないという立場を採っている。

しかし、相手方である父又は母が死亡した場合には、本条によって、死亡を知った日から2年以内に検察官を相手方として訴訟を提起することができるという制限が設けられている⁽²⁰⁷⁾。民法は、認知制度の本質的要素を「意思」ではなく、「真の血縁関係」と把握していることから、父または母が死亡し

⁽²⁰⁴⁾ 民法案審議録(下)によると、従来、「父又は母が死亡した後にもなお認知請求又は認知異議の訴訟」を提起することができるか否かについては、学説が分かれていた。しかし、当事者(認知請求の相手方)の死亡により認知請求者の「意思表示を請求する方法がない限り、そのような訴訟はすることができない」というのが従来の学説・判例であったところ、「草案が訴訟をすることができるものとして規定したことは進歩的である」との記述がみられる。

⁽²⁰⁵⁾ 日本民法第787条における「死亡の日から」という起算点につき、この文言を死亡が客観的に明らかになった時と解した最高裁判決も存在する(最判昭和57年3月19日民集36巻3号432頁参照)。また下級審における事例として、子が父を特定しその死亡を知った時点时起算点とした京都地判平成8年10月31日判時1601号141頁がある(二宮周平編〔前田泰〕・前掲注⁽¹⁰⁸⁾・656頁も参照)。

⁽²⁰⁶⁾ 大법원 2000.11.27. 2001므1353판결。

⁽²⁰⁷⁾ この期間は、一般に除斥期間として捉えられている(김주수·김상용, 앞의 책⁽¹²⁾, 184면; 윤진수 편〔권재문〕, 앞의 책⁽¹²⁾, 656면; 민유숙 편〔정용신〕, 앞의 책⁽¹²⁾, 124면)。

なお、김주수·김상용, 앞의 책⁽¹²⁾, 184면によれば、訴権の濫用による弊害と証拠が希薄化するという点を考慮して、提訴期間を2年に限定したとされている。

た場合においても、その死亡を知った日から2年内に検察官を相手方として認知に対する異議の訴え及び認知請求の訴えを認めている⁽²⁰⁸⁾。

また、「死亡を知った日」に関連して大法院2015年2月15日判決⁽²⁰⁹⁾は、「認知請求等の訴訟において除斥期間の起算点となる『死亡を知った日』は死亡という客観的な事実を知ることの意味し、死亡者と親生子関係にあるという事実まで知らなければならぬものではないと解釈するのが妥当である」と述べている。したがって、死亡という事実を知っている以上、2年経過すれば認知請求の訴えはできなくなると解される。ところが、2016年2月3日の民事訴訟法改正により、未成年者（または成年後見人）は法定代理人によってのみ訴訟行為をすることができる（第55条第1項本文）と改められたため、子が未成年である間に法定代理人である母が子を代理して認知請求の訴えを提起しないときには、子が成年になった後、父の死亡を知った日から2年内に認知請求の訴えを提起し得ると解する方が妥当であるとし、また成年になる前に父の死亡を知っていたとすれば、成年になった日から2年内に訴えを提起すべきであるとする⁽²¹⁰⁾。

なお、南北住民間の家族関係及び相続等に関する特例法（2016年1月19日施行、法律第13763号）第9条によって、南北住民間の認知請求の訴えについては、分断の終了、自由な往来、その他の事由によって訴えの提起に障害事由がなくなった日から2年内に提起することができるとされ、本条の場合とは起算点を異にする点、もとより近年このような特別法が定められるようになった点にも留意を要する。

(24) 認知と子の養育責任等

第864条の2 <2005年3月31日：本条新設>

第837条及び第837条の2の規定は、子が認知された場合に、子の養育責任及び面接交渉権に関してこれを準用する。

民法案審議録：なし

本条は、認知の効果として、離婚の規定（子の養育及び面接交渉に関する

⁽²⁰⁸⁾ 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 123면.

⁽²⁰⁹⁾ 대법원 2015. 2. 12. 2014므4871 판결.

⁽²¹⁰⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 329면.

規定)を準用することを定める。「婚姻中の出生子」の父母が離婚した場合と婚外子が認知された場合というのは、双方共に父母が婚姻共同生活において子を養育できないという点に鑑みて、父母の養育に対する役割分担を規定している⁽²¹¹⁾。2005年の民法改正に伴い新設されたものであり、日本民法に対応する規定はない。

本条が準用する民法第837条第1項に従い、認知された子の養育に関する事項については、父母の協議が優先される。協議内容については同条第2項が準用されるため、養育者、養育費用、面接交渉に関する事項を含めなければならない。また、同条第3項の準用により、協議内容が、子の福利に反する場合には、家庭法院は補正を命じ、または職権で子の意思・年齢と父母の財産状況、その他の事情を参酌して養育に必要な事項を定める⁽²¹²⁾。さらに、同条第4項の準用により、協議が調わないとき等においては、家庭法院が、当事者の請求又は職権で養育に関する事項を定める⁽²¹³⁾。

本条により民法第837条の2も準用されるため、これにより、認知された子を直接養育しない父母の一方と子は、相互に面接交渉する権利を有する(第837条の2第1項)。また、子を直接養育しない父母一方の直系尊属は、父母の一方の死亡、疾病、海外居住、その他やむを得ない事情の下においては、直接家庭法院に子(孫)との面接交渉を請求することができる⁽²¹⁴⁾。この場合、家庭法院は、子の意思、面接交渉を請求した者との関係、請求の

⁽²¹¹⁾ 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 659면; 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 127면。

⁽²¹²⁾ 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 128면。ただし、任意認知の場合は、養育に関する父母の協議を審査する手立てがなく、手続上、法院が介入する余地がない点が指摘されている(김주수·김상용, 앞의 책(17), 335면)。

⁽²¹³⁾ 任意認知の場合は、やはり当事者の請求がなければ、法院が介入する余地がなく、上掲⁽²¹²⁾김주수·김상용, 335면の指摘と同様の問題が生じうる。そこで、任意認知の手続においても、本条制定後に新設された民法第836条の2(離婚の手続:2007年新設)第4項が規定する「子の養育と親権者決定に関する協議書」の提出、あるいはこれに関する「家庭法院の審判正本」の提出義務と同条第5項が規定する「養育費負担調書」作成義務に関する部分を準用すべきであるとの見解がある(윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 660면)。

⁽²¹⁴⁾ 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 128면。

動機、その他の事情を参酌しなければならない（同条第2項）⁽²¹⁵⁾。

面接交渉に関しても、家庭法院は、子の福利のために必要な場合には、当事者の請求または職権により、これを制限もしくは排除することが可能である（同条第3項）。

3 親生子関係存否確認の訴え

韓国民法第865条は、親生子関係存否確認の訴えについて定める。1960年1月1日に施行された韓国民法典の起草当時の議論を確認しても、なぜこのような規定を設けたのかに関する詳細な説明は見当たらない⁽²¹⁶⁾。

ここでの親生子関係とは、生物学的な意味の親生子関係ではなく、法律上の親生子関係を意味する。法律上の親生子関係は、婚姻外の出生子と生父との間の関係を除き、出生によって発生することを前提にしているが、ある事情によって登録簿の記録が法律上の親生子と異なっていた場合、子の出生とともに成立した法律上の親子関係はそれに影響を及ぼさない⁽²¹⁷⁾。現在の裁判実務では後述するように、同条は、法的親子関係と家族関係登録簿上の親子関係が一致していない状態を正すために用いられ、また法的親生子関係の成立と解消に関する他の訴訟手続との関係については補充的役割を果たすものとして運用されている。

⁽²¹⁵⁾ 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 12, 128면。

⁽²¹⁶⁾ 後掲注⁽²¹⁵⁾も参照。

⁽²¹⁷⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 17, 337면以下参照。たとえば、夫婦であるAとBが婚姻中に甲を出産したが、病院のミスによって甲がCとD夫婦に引き渡されCとD夫婦の親生子として出生申告が行われ、家族関係登録簿に登録されても、出生によって発生した甲の法律上の親子関係には影響を及ぼないとされる。すなわち、家族関係登録簿への登録とは関係なしに、甲の法律上の父と母はAとBということになる。

また、裁判例として、서울지방법원 1996.9.18. 94가합101443 판결参照（本件は、親生子でない子を親生子と間違えて養育してきた夫婦が病院を相手方として損害賠償請求を求めた事案である）。

(25) 他の事由を原因とする親生子関係存否確認の訴え

第865条 <2005年3月31日：本条第2項改正>

①第845条, 第846条, 第848条, 第850条, 第851条, 第862条及び第863条の規定に従い, 訴えを提起することができる者は, 他の事由を原因として親生子関係存否の確認の訴えを提起することができる。

②第1項の場合において, 当事者の一方が死亡したときには, その死亡を知った日から2年以内に検察官を相手方として訴えを提起することができる。

民法案審議録(下): 79頁 第859条⁽²¹⁸⁾

参照外国立法例: 参照なし

本条は, 親生子関係存否確認⁽²¹⁹⁾の訴えについて規定する。2005年民法改正により, 第2項の場合における提訴期間が1年から2年に伸長された。日本民法に対応する規定はない⁽²²⁰⁾。

本条は, 推定の重複がある場合における父を定める訴え(第845条), 夫又は妻による親生否認(第846条), 成年被後見人の親生否認(第848条), 遺言による親生否認(第850条), 親生否認しうる者が死亡した場合の親生否認の訴え(第851条), 認知に対する異議の訴え(第862条), 認知請求の訴え(第863条)について, 「他の事由を原因として」, 親生子関係存否確認の訴えを提起することができることを定める。

大法院2020年6月18日全員合議体判決⁽²²¹⁾の多数意見によれば, 本条第1項は「法的親子関係と家族関係登録簿に表示された親子関係が一致しないときに, これを正すために親生子関係存否確認の訴えを提起することができるようにしたものである」とされている⁽²²²⁾。また, 同判決は, 本条第1項が「親

²¹⁸ 現行韓国民法典の起草過程の議論では, 「本条に列挙した各訴訟における当事者適格を規定したものとして妥当である」として, 本条を規定したことが確認できる。

²¹⁹ 日本の「実親子関係存否確認」に対応する概念である。

²²⁰ 日本でも, 人事訴訟法第2条第2号が実親子関係存否確認の訴えを規定している。これについての日本の文献としては, 窪田充見『家族法(第4版)』(有斐閣, 2019年)191頁以下を参照。

²²¹ 대법원 2020.6.18. 2015므8351 전원합의체 판결。

²²² 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 661면も, 本条の趣旨は, 「実体法上の法的親子関係」と「家族関係登録簿上の法的親子関係」が一致しないときにこれを正すものとして把握し, 同様の理解を示している。

生子関係存否確認の訴えを提起することができる者を具体的に特定し、直接規定する代わりに、訴訟目的が類似する他の訴訟手続に関する諸規定を引用しつつ、各訴えの提起権者に原告適格を与え、その事由のみを異なるようにした点に鑑みれば、本件条項（注：民法第865条第1項）が定める親生子関係存否確認の訴えは、法的親生子関係の成立と解消に関する他の訴訟手続に対して補充性を有する」とし、本条を他の規定に対する補充的役割を担うものとして理解している⁽²²³⁾。したがって、親生子関係存否確認の訴えは本条第1項に規定される諸規定による訴えを提起することができない場合に限り、提起することができるものと把握されている⁽²²⁴⁾。このような理解に従えば、親生子関係不存在確認の訴えが主たる問題となる⁽²²⁵⁾。

1. 具体例

(i) 親生推定との関係

㉞ 民法第844条の推定を受けない婚姻中の出生子

前述の民法第844条 ((1).2.(ii) 参照) で述べたように、婚姻成立から200日以内に出生した子は、民法第844条第2項の親生推定を受けないため、本条によって親生子関係を否定することが可能とされている⁽²²⁶⁾。

(イ) 民法第844条の推定が及ばない子

前述の民法第844条 ((1).2.(iii)) で紹介した大法院1983年7月12日全員合議体判決⁽²²⁷⁾の多数意見は、婚姻成立後200日以降に出生した子ではあるが、夫婦が別居して約2年2ヶ月後に妻が別の男性との間に出産した子に対し

⁽²²³⁾ 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 663면; 박동섭·양경승, 앞의 책 (12), 342면も同様の理解を示している。

⁽²²⁴⁾ 윤진수, 앞의 책 (12), 197면。

ただし、親生否認の訴えによらなければならない場合であれば、親生子関係存否確認の訴えを提起することは不適法であるとしつつも、法院が誤ってこれを見過ごし、親生子関係存否確認の訴えによる審判が確定したときには、この審判は当然無効であるとは言い難いとした대법원 1992.7.24. 91㉞566판결が存在する。

⁽²²⁵⁾ 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 663면参照。

⁽²²⁶⁾ 前掲注 (32) の各文献参照。

⁽²²⁷⁾ 前掲注 (34) の대법원 1983.7.12. 82㉞59 전원합의체 판결。

て、夫が親生否認の訴えによらず、親生子関係不存在確認の訴えを提起することができる」と判示している。

(ii) 認知に関する諸規定との関係

(ア) 認知請求との関係

大法院1981年12月22日判決⁽²²⁸⁾は、戸籍上(現在の家族関係登録簿上)、他人の出生子として虚偽の登載がなされていた場合でも、その子は実父母を相手方として認知請求をすることができ、その前に戸籍簿上の父母に対する親生子関係不存在確認の訴えを提起しなければならないとは言い難いと判示している。

(イ) 認知に対する異議又は認知の無効との関係

大法院1993年7月27日判決⁽²²⁹⁾は、父が婚姻外の出生子に対して親生子の出生申告をしたときには、戸籍法第62条(現在の家族関係登録法第57条)によってその申告は認知の効力があるが、この申告が認知申告ではなく、出生申告である以上は、認知に関連した訴訟ではなく、親生子関係不存在確認の訴えを提起しなければならないと判示している。

(iii) その他

虚偽の親生子の出生申告によって家族関係登録簿に親生子として記載されている場合⁽²³⁰⁾、病院での新生児の取違えの場合等も本条の訴えを提起することができるというのが裁判実務及び学説の立場である⁽²³¹⁾。

2. 当事者適格

本条第1項に規定されている諸規定によって訴えを提起することができる者は、原告となることができる。原告適格に関して最も問題となるのは利害

⁽²²⁸⁾ 前掲注(194)の大법원 1981.12.22. 80므103판결。

⁽²²⁹⁾ 前掲注(179)の大법원 1993. 7. 27. 91므306판결。

⁽²³⁰⁾ 대법원 1967. 7. 18. 자 67마332 결정; 대법원 1984. 9. 25. 84므73 판결; 대법원 1984. 5. 15. 84므4 판결など。

⁽²³¹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(17), 339-340면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 663면; 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 343면。

関係人であるが、これについては上記の大法院2020年6月18日全員合議体判決⁽²³²⁾の多数意見が、従前の判例⁽²³³⁾を変更し、民法第777条の規定する親族であったとしても、一律的に原告適格を与えるものではないという趣旨の判断を下している。

また、親生子関係存否確認の訴えの被告は、家事訴訟法第28条による第24条の準用により、父又は母と子のうちのいずれかが訴えを提起した場合にはその相手方、利害関係人が訴えを提起した場合には父又は母及び子が共同で相手方となるが、このうちの一方が死亡している場合には生存者、全員がすべて死亡している場合には検察官となる。

3. 提訴期間

当事者が生存している限り原則的に、本条の親生子関係存否確認の訴えの提訴期間に制限はない⁽²³⁴⁾。ただし、本条第2項が「当事者の一方が死亡したときには、その死亡を知った日から2年以内に検察官を相手方として、訴えを提起することができる」と規定しているため、この場合には2年内に限定される。また、本条の「その死亡を知った日」とは、「死亡という客観的な事実を知った日」を意味すると解されている⁽²³⁵⁾。したがって、親子関係の存否を知っていたか否かにかかわらず、死亡という客観的な事実を知った後、2年が経過すれば、本条による訴えは提起できなくなる。

4. 審理

親生子関係存否確認訴訟については、職権主義が適用される（家事訴訟法第2条第1項第1号ガ(가)類事件4）及び同法第17条）。親生子関係存否確認の訴えについても、家庭法院は、家事訴訟法第29条に基づいて血液検査等の受検を命じることができる⁽²³⁶⁾。なお、本条の訴えは家事訴訟法第26条第

⁽²³²⁾ 前掲注⁽²²¹⁾の大법원 2020.6.18. 2015므8351 전원합의체 판결。

⁽²³³⁾ たとえば、대법원 2004.2.12. 2003므2503 판결。同旨の判決として、대법원 1998.10.20. 97므1585 판결も参照。これらの判決は、前掲注⁽²²¹⁾の大법원 2020.6.18. 2015므8351 전원합의체 판결より変更された。

⁽²³⁴⁾ 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 668면; 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 137면; 김주수·김상용, 앞의 책(17), 343면。

⁽²³⁵⁾ 前掲注⁽²⁰⁹⁾の大법원 2015.2.12. 2014므4871 판결参照。

⁽²³⁶⁾ この点については、前述の第863条の「3. 証拠方法」を参照。

2項により、被告の普通裁判籍のある家庭法院の専属管轄となる。

5. 判決の効力と家族関係登録簿の訂正

家事訴訟法第21条により、判決の効力は第三者にも及ぶ。また、判決確定後は1ヶ月以内に判決の謄本及び確定証明書を添付して家族関係登録簿の訂正を申請しなければならない(家族関係登録法第107条)。

4 生殖補助医療により出生した子

本来、民法が想定している生殖は、性交により子を設ける自然生殖であるが、その一連の過程で多くの夫婦が「難妊」⁽²³⁷⁾の苦しみに悩まされてきた。しかし近時の先端医療・生命科学は、生殖補助医療に関する種々の技術を開発し、これにより難妊の多くを解決へと導くことが可能となった反面、社会的には様々な問題を引き起こすことにもなった。

これまで韓国において、生殖補助医療の社会的関心が高まる中、生殖補助医療を統括する法整備が強く要請され、第17代国会(2004.5.30~2008.5.29)では、3つの法案が⁽²³⁸⁾、第18代国会(2008.5.30~2012.5.29)では、改め

⁽²³⁷⁾ 従来、韓国においても「不妊」という用語がよく使われてきた。「不妊」は妊娠可能な女性が1年以上経ても妊娠しない状態を表す医学用語であるが、現在は「不妊」よりも「難妊」という用語を多く使用するとし、それは現代の生殖補助医療の技術によれば、困難は伴うが妊娠を可能にし、当事者の立場においても、自身は正常であるという認識と共に妊娠できるという希望を持つためにも「難妊」という用語がより適切であるとする(유지홍, 앞의 논문(9), 151면, 주1))。また、生殖補助医療に関する規制の根拠規定が設けられている「生命倫理及び安全に関する法律」の場合、制定当時においては「不妊」という用語が使われていたが、「不妊」という否定的な用語が「不妊家庭」に対する社会的偏見を助長するおそれがあることから、「妊娠しにくいこと、またはそのような状態」を意味する「難妊」という用語に変更し、「難妊家庭」に希望を与え難妊に対する社会的認識を転換しようという理由から、本法が全部改正され、施行され始めた2013年2月2日からは、「難妊」という用語が使用されており(第29条第1項1号、2012年2月1日本法全部改正)、生殖補助医療の利用に対する費用を支援する政府の支援事業でも「難妊」という用語が使用されている(김은애, 유지홍, 앞의 논문(9), 220면)。

⁽²³⁸⁾ ①「体外受精等に関する法律案(議案番号:第4331号・2006.4.28)」, ②「医療補助生殖に関する法律案(議案番号:第5175号・2006.10.19)」, ③「生殖細胞等に

て「補助生殖に関する法律案（議案番号：14659・2012.2.10）」⁽²³⁹⁾が国会に提出され審議されたものの、これらは国会議員の任期満了により、廃案となり日の目をみることはなかった。よって、生殖補助医療に関する法整備は今なお整っておらず、現在のところ、「医療法制」として、第18代国会(2011.12.30)でその全部改正案が通過した「生命倫理及び安全に関する法律」において断片的に規制が行われている状況である⁽²⁴⁰⁾。

以下においては、紙面の関係上、限定的ながら、親子関係決定基準の内、父子関係の基準が問題となった「人工授精（AIH・死後懐胎，AID）」、母子関係の基準が問題となった「代理母」に関する議論状況の一断面と判例の到達点につき確認してみることにする。

(1) 人工授精

1. AIH の場合

AIHによって出生した子については、婚姻中の出生子として取り扱うという見解が多数である⁽²⁴¹⁾。ただし、冷凍保存されていた夫の精液を用いて出生した子の法的地位については議論があるところであるが⁽²⁴²⁾、ソウル家庭法院2015年7月3日判決⁽²⁴³⁾は死後懐胎子の認知請求を容認している⁽²⁴⁴⁾。

関する法律案（議案番号：第7703号・2007.11.6）」の3つであるが、これらの立法動向については、김민규「생식보조의료에 대한 최근의 논의와 과제」동아법학 제46호（2010）227면以下が詳しい。

²³⁹ 법제처（法制処）資料「議員立法（2012.2.27）」（https://moleg.go.kr/board/Download.es?bid=0004&list_no=59024&seq=1）。また、김은애, 유수정, 앞의 논문(9), 233면, 주19)も参照。

²⁴⁰ ここでは医事的な側面における規制で、親子法に対する明示的な規定が設けられている訳ではないものの、本研究の射程である実子法との関連では、特に同法「第2節 胚生成医療機関」（第22条～第28条）の規定が注目に値する。

²⁴¹ 김주수・김상용, 앞의 책(17), 345면；윤진수, 앞의 책(12), 201면；송덕수, 앞의 책(12), 168면；박동섭・양경승, 앞의 책(12), 271면。

²⁴² 윤진수 편 [권재문], 앞의 책(12), 687-688면参照。

²⁴³ 서울가정법원 2015.7.3. 2015드단21748 판결（김주수・김상용, 앞의 책(12), 41-42면掲載）。

²⁴⁴ これに関しては、認知請求を肯定する条件として夫の生前同意を要するが、夫が生前に精液の冷凍保存に同意しており死亡までにその同意を明示的に撤回していなければ死後の人工授精に対しても夫の同意が維持されるとする見解（민유승

他方、日本においては、最判平成18年9月4日民集60巻7号2563頁が、死後懐胎子と死亡した父との間の法律上の親子関係の形成は認められないとし、子からの認知請求を否定している。

また、死後懐胎子の認知請求を認めれば、認知された子が死亡した父の相続人となることができるかという問題が生じる。この点については、民法860条（認知の遡及効）及び民法第1000条第3項（相続に関する胎児の能力）が父の死亡時に既に出生していた子又は胎児として懐胎されていた子に対してのみ適用されることを理由として、父の死亡時に胎児として存在していなかった死後懐胎子の相続権を否定する見解が現行法の理解としては支配的であるとされている⁽²⁴⁵⁾。

現在、死後懐胎については、「生命倫理及び安全に関する法律」第23条2項第2号により禁止されている。しかし、医療法制で禁止されている行為といえども生殖補助医療による死後懐胎子が生まれた場合、その子に対する「親子法制」は別次元の問題であることから、「親子法制」の整備が喫緊の課題であるとされている⁽²⁴⁶⁾。

2. AID の場合

AIDによって出生した子であっても夫の同意があった場合には、その子は夫の親生子として推定され、婚姻中の出生子となるというのが通説的理解である⁽²⁴⁷⁾。また、人工授精について同意していた夫（父）が後になって

편 [정용신], 앞의 책(12), 143면)がある一方で、法院が事案の特殊性や権利救済の側面から親子関係を認めたことは理解できるが、この問題も現行法に基づき解釈・判断されるべきで、多角的な観点から、死後懐胎子と死亡した夫との間に親子関係を認めることに対して批判的な見解もある(김상현「우리나라에서도 사망한 남편과 사후수정자 사이에 친자관계를 인정할 수 있는가? — 서울가정법원 2015.7.3. 2015드단21748」서울법학 Vol.23 No.3 (2016)pp.25-59)。

⁽²⁴⁵⁾ 민유숙 편 [정용신], 앞의 책(12), 143면。そのほかの意見については、同書143-144頁参照。

⁽²⁴⁶⁾ 김민규, 앞의 논문(238), 233-235면。

⁽²⁴⁷⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(17), 346면; 박동섭·양경승, 앞의 책(12), 271-272면。

他方、日本でも、離婚に際しAIDによって出生した子の親権が争われた事案において、東京高決平成10年9月16日家月51巻3号165頁は、夫の同意を得て人工授精が行われた場合には、嫡出推定が及ぶとしている。

AIDによって出生した子との間の父子関係を否定できるかについて、近年、大法院2019年10月23日全員合議体判決⁽²⁴⁸⁾の多数意見が、「親生子と関連する民法規定、とりわけ民法第844条第1項（以下「親生推定の規定」とする）の文言と体系、民法が婚姻中に出生した子の法的地位に関して、親生推定の規定を置いている基本的な立法趣旨と沿革、憲法が保障している婚姻及び家族制度等に鑑みれば、妻が婚姻中に夫ではない第三者の精子の提供を受けて、人工授精によって子を出産した場合でも、親生推定の規定を適用し、人工授精によって出生した子が夫の子として推定されるとみるのが妥当である」と判示して、父子関係を否定できない旨を述べている。

また、当判決は「正常な婚姻生活を送っている夫婦間において、人工授精子が生まれる場合、夫は同意の方法で子の妊娠と出産に関与することになるが、これが、親生推定規定が適用される根拠ということが出来る」とし、よって、「夫が人工授精に同意しておいて、後にこれを覆して親生否認の訴えを提起するのは許されない」とした。

さらに「夫の同意」については、「夫婦が正常な婚姻生活を送っている場合、出生した人工授精子に対しては夫の同意があった蓋然性が高く」、「他の明確な事情に関する証明がない限り夫の同意があったものとみなすことができ」、「同意書作成やその保存の如何が明らかでなくとも、人工授精子の出生後、夫が人工授精子という事実を知りながら出生申告を行うなど人工授精子を自身の親生子として公示する行為を行ったり、人工授精子を自身の子と知らせるなど、社会的にみて親子関係を公示・容認してきたとみなすことができる場合には同意があった場合と同様に扱わなければならない」と判示した。

⁽²⁴⁸⁾ 前掲注(88)の大법원 2019.10.23. 2016ㄷ2510 전원합의체 판결. 夫が無精子症であることから、自然生殖によっては子を望めないことから、夫の同意のもと、第三者より精子提供を受け、AIDの方法で妊娠・出産した第一子（被告1）と婚外交渉により出生した第二子（被告2）の親子関係が問題となった事案である。本件は親生子関係が問題となった子が2名（被告1と被告2）いるが、ここでは、AIDにより出生した子（被告1）についての法院の判断を取り上げる。なお、第二子（被告2）に関しては、第844条の部分を参照。また、「親子法上の血縁主義の揺らぎ」について論じるものとして、김민규, 「성정체성장애 (GID) 로 인한 성별변경과 비배우자간의 인공수정 (AID) 자녀에 대한 친자추정법리」 한국의료법학회지 제26권제1호 (2018) 153면以下がある。

さらに、同意と関連した現行法上の不備や生殖補助医療の現実、「民法852条において親子であることを認めた子の親生否認を制限している趣旨等に鑑み」、「同意」が明確に示されていない事情があることをもって「直ちに親子関係が否定されたり、親生否認の訴えを提起できるというものではない」とし、婚姻中の夫婦間において人工授精の方法で生まれ親生推定を受ける子に対する親生否認の訴えを厳格に制限している。

よって、人工授精子が後に精子提供者に対し、認知請求をすることは許されず⁽²⁴⁹⁾、同様に精子提供者が自身の精子を利用し出生した人工授精子を認知することもできない⁽²⁵⁰⁾。

他方、第三者の精子提供を受ける際に夫の同意を得ていない場合については、「生命倫理及び安全に関する法律」第24条において、胚の生成等に関する配偶者の書面による同意を要することが規定されている関係上、夫の同意のない AID 施術は違法となるが、仮に夫の同意がないまま AID によって人工授精子を設けた場合、その子は、事案により親生推定を受ける婚姻中の出生子、親生推定を受けない婚姻中の出生子、推定の及ばない子となる⁽²⁵¹⁾。出生した子が、親生推定を受ける子であるときには親生否認の訴えを、親生推定を受けないか又は推定が及ばない子であるときには親生子関係不存在確認の訴えを提起することが可能であるとされている⁽²⁵²⁾。

未婚女性が第三者より精子提供を受け、子を出産した場合、出生した子は、その女性の婚姻外の出生子となる。この場合にも、人工授精子が後に精子提供者に対し認知請求をすることは許されず⁽²⁵³⁾、精子提供者の方から自己の

249) 서울가정법원2011.6.22. 2009드합13538판결。

250) 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 145면。この問題をめぐって、非婚同居の男女間において人工授精が行われ、その人工授精子が精子提供者を知っているのはもとより、生活を共にし養育もされている場合、精子提供者である男性が人工授精子の父としての地位を承認され得るのかという問題につき、アメリカの事例を紹介した文献として、김민규 「비혼인동거자 사이의 인공수정과 그 법률관계 — 미국 버지니아주 *Breit v. Mason and L.F.* 케이스를 소재로 —」 가족법연구제26권 3호 (2012) 133면以下参照。

251) 김주수·김상용, 앞의 책 (12), 40면；민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 147면。

252) 김주수·김상용, 앞의 책 (17), 347-348면；민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 147면。

253) 前掲注 249)의 서울가정법원2011.6.22. 2009드합13538판결参照。

精子を利用して出生した人工授精子を認知することもできない⁽²⁵⁴⁾。

(2) 代理母

(i) 概説

韓国における代理出産に関する論議は、代理出産契約の有効性及びこれに対する医療法制による規制という問題が中心であったが、代理出産の事案で、血縁上の母と分娩者が異なる場合、どちらが法的な母となりうるかが争点となったアメリカの Johnson v. Calvert 事件判決が紹介されたことで母子関係の決定基準も本格的に議論され始めるにいたったとされている⁽²⁵⁵⁾。

これまでの韓国内の議論としては、親生母子関係の重複を認めるか否かにつき、肯定説、すなわち「血縁母」と「出産母」の双方に「法的な母」の地位を認めることを前提に民法第909条第4項を類推適用し親権者となる母を決定しようという見解も提起されたが、「母子関係の重複」に対しては、否定的な評価が多く、その論拠としては親子関係の不確実性・不安定性を招く恐れがあり、子の福祉に反するという点があげられている⁽²⁵⁶⁾。

次に、母子関係の重複を否定し、「血縁母」と「出産母」の内、どちらに排他的な親生母の地位を認めるかについては、「血縁基準説」と「出産基準説」が対立しており、また「子の福利」の審査により「法的な母」を決定すべきであるとの「子の福利基準説」なども主張されている⁽²⁵⁷⁾。

(ii) 判例における代理母事例と母子関係決定基準

代理母・代理出産に関しては、日本でも、最判平成19年3月23日民61巻2号619頁は「現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるを得ず、その子を懐胎、出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない」として、母子関係は分娩の事実によって成立すると判断して

⁽²⁵⁴⁾ 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 147면.

⁽²⁵⁵⁾ 권재문 『친생자관계의 결정기준』(경인문화사, 2011) 321면; 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 674면; 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 148면.

⁽²⁵⁶⁾ 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 675면.

⁽²⁵⁷⁾ 윤진수 편 [권재문], 앞의 책 (12), 675면; 민유숙 편 [정용신], 앞의 책 (12), 147면.

いるが、韓国においても類似の事案であるソウル家庭法院2018年5月9日決定⁽²⁵⁸⁾が、出産という事実によって母子関係を判断すると述べている。つまり、「母子関係は親子と推定したり、その親生関係を否認する明示的な規定がなく、ただ婚姻外の出生子に対し生母が認知することができるが(第855条第1項)、その認知は棄児等、母子関係が明らかでない特殊な場合に限り許容され、…一般的な婚姻外の出生子と生母の間には、生母の認知がなくとも‘出産’をもって当然に法律上親族関係が生じると解釈する」のが一貫した判例の立場⁽²⁵⁹⁾である。すなわち、「わが民法上、父母を決定する基準は‘母の出産’という自然的事実であるということである」とし、「これに対して人工授精等、科学技術の発展に合わせ、法律上の父母を‘出産’という自然的事実ではなく、遺伝的共通性または授精体の提供者と出産母の意思を基準に決定すべきであるという意見がありうる。しかし、‘出産’という自然的事実は、他の基準に比し、その判断が自明で容易な点、母子関係は単純に法律関係にとどまるものではなく、授精、約40週の妊娠期間、出産の苦痛と授乳等、長い時間を経て形成された情緒的な部分が含まれており、そのような情緒的な紐帯関係もやはり‘母性’として法律上保護されることが妥当である点、しかしながら、遺伝的共通性または関係人らの意思を基準として父母を決定する場合、このような母性が保護を受けることができなくなり、これは結果的に出生子の福利にも反する点、また、遺伝的共通点または授精体の提供者を父母とみる場合、女性が出産だけに奉仕することになったり、形成

(258) 서울가정법원 2018.5.9. 자 2018브15결정. 事案は以下の通りである。夫婦であるAとB(2006年に婚姻)が、代理出産の方法で子を設けることし、ソウルの病院で、A・Bの精子・卵子による受精卵を代理母であるCに着床させた。2017年12月22日、Cはアメリカの病院でDを出産したが、病院発行の出生証明書には、Dの母は「C」と記載されていた。なお、受精卵は夫婦のものであることから、遺伝子検査の結果、出生した子Dは、A(夫)とB(妻)の子であることが確認されている。ソウルにおいて、Aが子Dの母を「B」と記載し、出生申告を行ったが、家族関係登録公務員が、申告書に記載の母の姓名(B)と出生証明書に記載された母の姓名(C)が一致しないという理由で不受理処分を行ったというものである。Aはこの不受理処分を不服として不服申請を行ったが、第一審法院は、2018年2月14日申請却下の決定を下した。

(259) 前掲注(100)의 대법원1967.10.4.67다1791판결. また、最新の大法院判決としては、前掲注(38)의 대법원 2019.10.23. 2016 ㄹ2510 전원합의체 판결等参照。

された母性を抑制しなければならない結果を招くこともあり、そのような結果は、わが社会の価値と情緒にも合わない点、精子や卵子を提供した者は民法上「入養」特に親養子入養を通して出生子の親生父母と同じ位置を得ることができる点、等に照らしてみると、わが民法上父母を決定する基準はそのまま維持しなければならないと判断する」と判示した⁽²⁶⁰⁾。

これは、出産母に原始的に母性を帰属させるが、精子や卵子を提供した者は民法上「入養」、特に親養子入養を通じて出生子の親生父母のような地位を持ちうる親養子入養許可審判等が設けられている点に鑑み、法院の裁判を通して血縁母に法的な母の地位を認めようとする立場を採ったものと理解されている⁽²⁶¹⁾。

さらに、当家庭法院は、代理母が法律上許容されるか否かという点については、「…民法上母子関係の決定基準が「母の出産の事実」である点、家族関係登録法上出生申告を行うときには、出生申告書に添付する出生証明書等により、母の出産の事実を証明しなければならない点、…生命倫理法の立法目的等を総合してみた場合、夫が配偶者ではない女性との性関係を通じて妊娠を誘発させ子を産ませる古典的代理母⁽²⁶²⁾の場合のみならず、本件のよう

⁽²⁶⁰⁾ 前掲注⁽²⁵⁸⁾의 서울가정법원 2018.5.9. 자 2018브15결정参照。

⁽²⁶¹⁾ 민유숙 편 [정용진], 앞의 책 (12), 147면。しかし、韓国にも親養子入養許可制度（日本の特別養子縁組制度にあたる）が設けられているが、親養子の場合には親養子入養の取消（第908条の4）と親養子の罷養（離縁）制度（第908条の5）が設けられていることから、その法的効力からみれば親生の母子関係とは根本的に異なる点にも留意が必要であると思われる。

⁽²⁶²⁾ 従前よりみられた、代を継ぐ子を得るために、夫が不妊の妻の同意を得て他の女性と性的交渉をもち、子を設けるやり方で、この場合の女性（の役割）のことを「씨받이（シバジ）」という。「씨(シ)」は「種」を、「받이（バジ）」は「受ける（受け止める）」を意味することから、「種を受ける行為または受ける人」を指す言葉である。最近はあまりみられないが、かつては多くあった事例で、この場合、夫とこの女性が「妾契約」を結んで同居する訳ではなく、妻の事前の承諾があったという点でも、いわゆる「妾関係」とも区別しなければならないとする（박동섭・양경승, 앞의 책 (12), 279면）。学者の多くが、この場合も別枠で論じることなく「代理母」の観念に包含して捉えてきたが、過去はともかく、この「シバジ契約」は、今日では人倫上到底容認できない行為で、憲法上の人間の尊厳と両性の平等の原則に反し許容されず、この点からも通常の「代理母契約」と本質的に異なるとされている（박동섭・양경승, 앞의 책 (12), 279-280면）。

に夫婦の精子と卵子によって生成された授精体を他の女性の子宮に着床させた後、出産させるいわゆる‘子宮（出産）代理母’も、わが国の法令の解釈上許容され得ないというべきで、このような代理母を通じた出産を内容とする契約は善良な風俗その他社会秩序に違反するもので、民法第103条により無効というべきである」とした。

大韓産婦人科学会は、「代理出産と関連して適正な施術を通じて代理母の身辺と健康保護、補償及び権利と義務、法的・倫理的地位等を保障すること」を目的とする「補助生殖術倫理指針（2017.7.1）」において、「代理母を通じた妊娠」は「夫婦間の精子と卵子から形成された胚を他人の子宮に移植し妊娠を試みること」に制限されており、当学会は、代理出産の種々の類型の内、夫婦（「意図父母」）の生殖細胞によって生成された胚を移植し、代理母が妊娠・出産だけを担う場合には倫理的に許容できると判断している⁽²⁶³⁾。

実際、このような規定を根拠に医療現場では、相当以前から代理母による妊娠・出産のための必要な医療行為を施行しているが、これはそれを望む「意図父母」の立場を十分に理解する専門家が、「意図父母」に協力してきたからではないかとの指摘がある⁽²⁶⁴⁾。その上で、代理母・代理出産に対して明確な基準を示していない法と代理母・代理出産を無条件に否定的なこととする文化が、難妊が深刻化した現実や代理母を通じてでも自身と遺伝的な繋がりのある子を設け、家族を作りたいという個人の考え方との間に乖離を生じさせていることから、これを解決するための努力が必要であるとする⁽²⁶⁵⁾。

従来、生殖補助医療をめぐる展開されてきた論議と判例理論から、その

⁽²⁶³⁾ 김은애, 유수정, 앞의 논문(9), 234-235면.ちなみに, 大韓産婦人科学会の「補助生殖術倫理指針」においては, これまで精子提供施術は「原則的に法律的婚姻関係にある夫婦のみを対象」とするとしていたが, 最近, 施術対象患者条件を「法的な婚姻関係」から「夫婦(事実上の婚姻関係にある場合を含む)」と倫理指針を修正し, 事実婚カップルに対してはこれを許容することとした.しかし「自発的非婚出産」などの場合には未だに社会的合意が必要であるとの立場をとっているとする(医学新聞[Web版]2020.11.26. <http://www.bosa.co.kr/news/articleView.html?idxno=2138885>).

⁽²⁶⁴⁾ 김은애, 유수정, 앞의 논문(9), 235면.

⁽²⁶⁵⁾ 김은애, 유수정, 앞의 논문(9), 235면.

⁽²⁶⁶⁾ 김민규, 앞의 논문(8), 550(26)면.

ベースにおいて、「親子関係に対する血縁主義の貫徹というイデオロギー」⁽²⁶⁶⁾が通底していることが見て取れる。しかしながら、自然生殖をベースとする現行民法上の慣行的解釈法理にとらわれ、「血縁主義」を固守する司法的判断を維持するしかないとすれば、それは、養育意思を有しない者を法律上の親と擬制することであり、「子の福利」を最高の理念とする現代親子法の法理に適合するものかどうか再考し、そのための新たな研究と努力が必要であるとの課題⁽²⁶⁷⁾も提示されている。

⁽²⁶⁷⁾ 김민규, 앞의 논문 (238), 238-239면; 김민규, 앞의 논문 (8), 550 (26)-551 (27)면. なお, 박민제, 앞의 논문 (9), 29면; 유지홍, 앞의 논문 (9), 208면; 김은애, 유수정, 앞의 논문 (9), 232-234, 236-238면も同旨の疑問と課題と提示する。

