

〈資料〉

# 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 ——

鬼頭 祐紀

## 目次

- I. はじめに
- II. 事実関係
- III. 訴訟経過
- IV. 多数意見
- V. 大法官權純一、大法官盧貞姬、大法官金尙煥の個別意見
- VI. 大法官閔裕淑の個別意見及び反対意見
- VII. 多数意見に対する大法官金哉衡の補充意見

## I. はじめに

以下で提示する資料は、韓国大法院2019年10月23日全員合議体判決<sup>(1)</sup>(以下、「大法院2019年全員合議体判決」という。)の事実関係、訴訟経過及び各意見である。

大法院2019年全員合議体判決は、科学的に血縁関係のないことが証明された子(AIDによって出生した子を含む。)について親生推定を規定する韓国民法第844条が適用されるか否かが争われた事件である。同判決の重要性は、同判決を判断するにあたって韓国大法院が各界の意見を広く集め、さらにそれをもとに公開弁論を実施したことからも明らかである。また、同判決の意

---

(1) 대법원2019.10.23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결 【집[민]67,996】。

見書については、「特集」という形で韓国家族法学会の学会誌に掲載がなされており、韓国の学界においても同事件の判決が下される前から大きな関心が寄せられていたことを確認できる。

翻って、我が国でも現在、法制審議会において親子法制に関する民法の改正作業が推進されている。ここでも嫡出推定や嫡出否認の訴え等、父子関係の根幹を成す規定はもちろん、何をもって法的親子関係の決定するかという根本的かつ重大な問題に対する議論が展開されている。

そこで、法的親子関係の決定の基準をなお模索し続けている我が国においても、韓国の大法院2019年全員合議体判決を巡る一連の議論は、参考にされるべき重要な検討素材であると考えられるため、ここで資料として提示することにしたい。

## II. 事実関係

X (男性) と訴外 A (女性) は、1985年に婚姻申告を行った法律上の夫婦である。この夫婦の間には、子が生まれなかったため、1992年頃に B 病院で検査を実施したところ、X が無精子症であることが判明した。そこで、X と訴外 A は、第三者から精子提供を受け、試験管施術によって子を持つことにし、訴外 A は Y1 を妊娠するに至った<sup>(2)</sup>。そして、1993年に訴外 A は B 病院で Y1 を出産した後、Y1 は AX 間の子として、出生申告がなされた。

また、訴外 A は、婚姻外の関係を通じて、Y2 を妊娠し、1997年に B 病院で Y2 を出産した後、Y2 は AX 間の子として、出生申告がなされた。なお、X は Y2 が自分の子ではないという事実を遅くとも2008年には知っていたとされている<sup>(3)</sup>。

その後、X と訴外 A は不仲となり、2013年 6 月に協議離婚意思確認申請書を提出した。X と訴外 A は、2013年 8 月に離婚が確定した後の権利義務

---

(2) 第二審における X の主張事実によれば、X は、第三者の精子の提供を受けて試験管施術を通じて子を出生することに同意しておらず、単にこれを黙認したに過ぎないと主張している。しかし、第二審法院は、この主張を受け容れていない。

(3) 第一審法院は、提出された証拠に基づき、遅くとも当時小学校 5 年生くらいであった Y2 が交通事故に遭い、検査を受けたことを契機として X は Y2 が自分の子ではないことを知ったと認定している。

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

の処理について記載した協議離婚履行覚書と親権放棄覚書をそれぞれ作成し、これらの覚書の公証を受けた。上記覚書には、Xと訴外A間の財産分割に関する内容とともに、Xが成人であるY1の養育費に対する支払義務がなく、Y2に対する養育費として高等学校を卒業するまで一定額を毎月支払うこととする内容が含まれていた。

なお、Xと訴外Aの上記協議離婚意思確認申請は2013年10月4日に取り下げられた。その後、Xは2013年10月8日に離婚調停を申請したが、調停不成立として、2014年8月19日に裁判に移行し、これに対して訴外AもXを相手方として2014年12月17日に反訴を提起している。最終的に、この離婚訴訟は、2015年10月30日に調停が成立している。

Xと訴外Aは、婚姻後、本件訴訟が提起されるまでY1及びY2(以下「Yら」という。)と同居しており、Yらは、Xが自身らの生父<sup>(4)</sup>でないことを知らないまま生きてきたが、協議離婚意思確認申請の頃に、Xと訴外Aが争う過程で、XがYらに対して、Yらが自分の子ではないと告げたことにより、XがYらの生父ではないという事実を知るに至った。

Xは、2013年9月26日にYらを相手方として、親子関係不存在確認請求の訴えを提起した。第一審法院が血液及び遺伝子鑑定を行った結果、XとYらは遺伝学的に親子関係がないことが証明されている。また、第一審及び第二審の法院が、Y1につき、B病院で第三者の精子提供による試験管施術によって出生したかを確認するために病院に対する事実照会を行ったが、同病院は、医療記録保存期間の経過によって診療記録がないと回答している<sup>(5)</sup>。

### Ⅲ. 訴訟経過

上記事実関係につき、第一審ソウル家庭法院<sup>(6)</sup>及び第二審ソウル家庭法院<sup>(7)</sup>はそれぞれ、以下のような判断を行っている<sup>(8)</sup>。

- 
- (4) 日本法の「実父」にあたる概念である。本資料では、韓国の用語法に従い、「生父」と訳出した。以下、同じとする。
- (5) 医療法第22条第2項及び医療法施行規則第15条参照。
- (6) 서울가정법원 2015.10.23. 선고 2013드단71039 판결。
- (7) 서울가정법원 2016.9.21. 선고 2015르1490판결。
- (8) 法院組織法第7条第4項及び第5項、同第40条第1項第1号及び第2号、民事

第一審は、従前の判例である外観説の立場に立脚し、訴外 A が婚姻期間中に同棲の欠如によって X の子を懐胎することができない外観上、明白な事情があることを認めることはできないとした上で、民法第844条第1項によって Y らは、X の親生子として推定されるため、これを覆そうとするのであれば、民法第846条、第847条による親生否認の訴えによるべきであると判示し、X の請求を退けている<sup>(9)</sup>。

第二審は、Y1 と Y2 に分けて、それぞれ以下のように判断している。

まず、Y1 の妊娠・出産に関する X の同意の有無につき、X が、無精子症の診断を受けた頃に、訴外 A が B 病院で精子の提供を受けて試験管施術による人工授精の方法で妊娠することについて同意した点、訴外 A の妊娠・出産、そして Y1 の出生について如何なる問題も提起せずに、Y1 を AX 間の子として出生申告した点、Y1 の出生記録に付されている出生直後の Y1 の写真中の人跡事項が記載された部分の右側上段に体外受精 (In Vitro Fertilization) の略称である「IVF」と書かれている点、配偶者のいる者が第三者の精子を用いて人工授精をする場合にはその配偶者の協力及び同意が必ず必要であり、訴外 A が X に内密に上記施術を通じて Y1 を妊娠することが事実上不可能であると思われる点を総合考慮し、訴外 A が X の同意を得て第三者から精子提供を受けて試験管施術を通じた人工授精を行い、Y1 を妊娠・出産したと認定した。その上で、Y1 につき、民法第844条第1項によって Y1 は X の子として推定されるため、民法第865条に基づく親生子関係不存在確認訴訟を提起することは不適切であると判示した<sup>(10)</sup>。

次に、Y2 に関しては、科学的技術の発達に伴い、親子鑑定によって親生子推定が血縁に反するか否かを明確に判断することができるのみならず、夫婦間の貞操義務に対する認識が昔よりも低下した現在に至っては親生子推定

---

及び家事訴訟の事物管轄に関する規則第3条参照。

- (9) なお、同法院は、仮に親生否認の訴えによって行われていたとしても、親生否認の訴えの期間をあまりに徒過していること、また X が Y らが自分の子ではないことを知りつつも、何も問題としてこなかったが、訴外 A との関係が悪化したことを理由に Y らに対する X の親生否認の訴えを許容すれば、子が長期間不安定な状態になることを挙げて、X と Y らの親子関係は否定しえない旨を述べている。
- (10) なお、同法院は、仮に親生否認の訴えによって行われていたとしても、X が第三者の精子を用いた Y1 の人工授精に同意したことから、禁反言の原則に従い、親生否認権を行使することはできないとも述べている。

の法理を無条件に維持し難いこと、同棲の欠如によって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その推定が及ばないと解釈しつつも、これとは別に、より一層、科学性及び客観性が担保されている遺伝子検査等によって夫の子ではないという点が明らかになった場合にまでその推定が及ぶというべき合理的な理由がないこと等を総合すれば、夫婦間の同居の欠如のみならず遺伝子型背馳の場合にも親生子推定の効力は及ばないとみるのが妥当であると判示し、XY2間に親生子関係はないと判断した。その上で、XY2間に養親子関係が成立しているか否かにつき、当事者が入養の意思で親生子出生申告を行い、そこに入養の実質的要件が満たされていたならば、入養の効力が発生し、この場合の虚偽の親生子出生申告は、法律上の親子関係である養親子関係を公示する入養申告の機能をする事になり、また親生子出生申告当時に入養の実質的要件を満たさなかったとしても、その後に入養の実質的要件を満たした場合には、無効な親生子出生申告は遡及的に入養申告としての効力を持つことになるとし、韓国民法第883条所定の入養無効事由がないことはもちろん、監護・養育等の養親子としての身分的生活関係がなければならぬとする判例を参照しつつ、本件においては、① Xは遅くとも2008年にY2が自分の子ではないことを知っていたと思われる点、それにもかかわらず、② Xは、長期間、Y2が自分の親生子として出生申告された事実に関して如何なる問題も提起しないままY2と同居し、父としてY2を監護・養育し、養親子的生活関係を継続して維持してきた点、③ XがY2に対する親権及び養育権を放棄しつつ、Y2の養育費として、高等学校卒業時までの間、一定額を支払う代わりにY2に預金を贈与するという内容の協議離婚履行覚書及び親権放棄覚書が作成され、公証を受けている点、④ Y2は、この間、Xが自分の生父ではないという事実を知らずに生きてきたが、AXの協議離婚意思確認申請がなされた頃にはじめてこの事実を知った点等を総合的に考慮すれば、XY2間には養親子関係が成立していると判断した。そしてさらに、韓国民法第905条所定の罷養原因もないため、この養親子関係は維持されるべきとして、Xの請求を退けている。

以上のように、第一審及び第二審のいずれにおいても、Xの主張が退けられ、XとYらの法的親子関係の存在は肯定されている。

以下では、大法院2019年全員合議体判決の各意見の全文翻訳を紹介する<sup>(11)</sup>。

(11) IV. ~VII. で示す各意見は、特に記述がない限り、判決文の「全文翻訳」である。

なお、多数意見を支持する大法官は13名中9名であり、さらに、この多数意見に対して大法官金哉衡の補充意見も付されている。そのほか、Y1につき、2つの個別意見（大法官權純一、大法官盧貞姫、大法官金尙煥の個別意見及び大法官閔裕淑の個別意見）が示され、また、Y2につき、大法官權純一、大法官盧貞姫、大法官金尙煥の個別意見と、大法官閔裕淑の反対意見も示されている。

## IV. 多数意見

本文：上告をすべて棄却する。上告費用は、Xが負担する。

### 1. Y1 に対する上告理由に関する判断

ガ. 妻が婚姻中の人工授精によって妊娠し、出産した子の親子関係

#### (1) 人工授精の子に対する親生推定規定の適用可否

民法は、父母と子の親子関係の成立に関して、血縁に基づく親子関係（第844条以下では、親生子に関する規定を置いている）と当事者の意思に基づく養子関係（第866条以下では、養子に関する規定を置いている）に区分している。このうち親子関係は、出生によって発生する父母と子の関係であって、父母が自然的な性的交渉によって妊娠した子を出産した場合を前提にするから、父母と出産した子の間には、生物学的な血縁関係が存在するのが原則である。

親子関係においても、母子関係と父子関係は、異なる姿として現れる。妊娠と出産という自然的事実によって、その関係が明白に決定する母子関係と異なり、父子関係はその関係確定のための別途の要件が必要である。民法は、婚姻中に妻が妊娠した子を夫の子として推定する親生推定の規定（第844条第1項。以下、「親生推定の規定」という。）を置いている。婚姻外の出生子の場合には、生父が認知するか（第855条第1項）、子が父を相手方として認知請求の訴え（第863条）を提起し、親子関係の存在を確定する方法で法律上の親子関係を創設することができ、このとき、父と子の間に血縁関係が存在するかが、証明の対象となる重要事実を構成する（大法院2002年

6月14日宣告2001ム(ㄷ) 1537判決、大法院2015年6月11日宣告2014ム(ㄷ) 8217判決等参照)。

Y1に対する本件の請求の争点は、妻が婚姻中に夫ではない第三者の精子の提供を受けて、自然的な方法ではない人工授精によって妊娠した子(以下、「人工授精の子」という。)を出産した場合、出生した子の親子関係を如何なる基準で認めなければならないかである(人工授精には、多様な形態がある。ここでは上記のような「第三者の精子提供型人工授精」以外の事案は扱わない。)。現行民法には、人工授精の子の親子関係の成立に関しては、明示的な規定がない。1958年2月22日の民法制定当時には、妻が人工授精によって子を妊娠することができるという可能性を想定することができなかつたために、これに関する規定を置くことができなかった。

しかし、親生子と関連した民法規定、とりわけ親生推定の規定の文言と体系、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と家族制度等に鑑みれば、妻が婚姻中の夫ではない第三者の精子の提供を受け、人工授精によって子を出産した場合にも、親生推定の規定を適用し、人工授精によって出生した子は夫の子として推定されるとみるのが妥当である。詳細な理由は、次のとおりである。

(ガ) まず、親生推定の規定の意味に関して検討する。

母子関係は、出産という事実によって親子関係が成立する、いわゆる自然的親子関係であるのに対して、父子関係は、自然的事実の有無を知ることができず、法律が認める場合にのみ、親子関係が成立するという意味で、法的親子関係である。親生推定の規定は、妻が婚姻中に妊娠した子を出産した場合、その子を夫の親生子として推定している。さらに進んで、民法は、婚姻中の妊娠事実を直接証明することが容易ではないという点を考慮し、婚姻が成立した日から200日後又は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し(民法第844条第2項、第3項)、一律的な基準に従い、婚姻中の妊娠の有無を定めることができるようにした。このような親生推定の規定は、親子関係の科学的確認が実質的に不可能であり、法律上の婚姻関係にある妻が夫の子を妊娠するものであるという社会的・法律的な背景を基礎として、婚姻中に出生した子が夫と血縁関係がある蓋然性

が高いということを前提にしている。

親生推定の規定は、それ自体によって真実の血縁関係と一致しない法律上の親子関係を発生させる可能性を内包している。法律上の親子関係を真実の血縁関係に合わせるようにすることが、憲法が保障している婚姻と家族制度の原則と考えることができるから（憲法裁判所1997年3月27日宣告95ホンガ（헌가）14、96ホンガ（헌가）7全員裁判部決定等参照）、このために民法は、親生推定の規定に従い形成された父と子の間の親子関係を除去することができる方法を列挙しており、親子関係の否認権を夫と妻に認めている（民法第847条。以下、「親生否認の訴えの規定」という。）。しかし、親生否認権を行使することができる期間をあまりに長く認めたり、その期間を制限しなかったりすれば、子の身分関係を早期に確定すべき必要性と身分関係をめぐる法律関係の安定性を害しうるから、民法は、親生否認の訴えは、夫又は妻が親生否認の事由があることを知った日から2年以内に提起しなければならないという提訴期間を定めている（民法第847条第1項）。このように、原告適格と提訴期間を制限する親生否認の訴えの規定に従い、親生推定の効力は、法律で認める他の推定に比して、強力な効力を有する。親生否認がなされず、親生子として推定される限り、生父が婚姻外の出生子として認知することもできず、子が生父を相手方として認知を請求することもできず、提訴期間が過ぎた後は、その推定が真実に反するものと明らかになったとしても、推定を覆すことができない。

民法は、このように親生推定の規定とこれを覆す方法である親生否認の訴えの規定を厳格に定めており、親生否認をすることができなくなった場合、子の法的地位が終局的に確定する。したがって、婚姻中に出生した子の父子関係は、民法の規定に従い、一律的に定まるものであり、その血縁関係を個別的・具体的に審査して定めるものではない。すなわち、民法は、婚姻関係から出生した子という事実に基づいて、規範的に親子関係という家族関係を形成し、そのように形成された家族関係に強い法的保護を付与する。このように一般的・制度的な側面での子の福利を保護しつつも、親生推定の規定によって形成された身分関係を否認しようという者には合理的な方法及び期間を定めて身分関係から脱することができるようにすることで、親子関係の確定を巡って対立する利益を調整するのが民法の基本的態度である。

婚姻中に出生した子に対する親生推定の基準をどのように定めるべきかの

問題は、夫婦と子の法的地位と関連するものであって、「法的な親子関係を真実に合致させようとする夫婦・子の利益」と「親子関係の迅速な確定を通じて法的安定を求めようとする子の利益」を社会現実や伝統観念に合うように如何に調和させるべきものであるかに関する問題である。これは、利害関係人の基本権、婚姻と家族生活に関する憲法的決断を考慮して決定すべき問題として原則的に立法者の裁量に委ねられている(憲法裁判所2015年4月30日宣告2013ホンマ(헌마) 623全員裁判部決定参照)。民法は、親生推定の規定と親生否認の訴えの規定を通じて、婚姻中に妊娠し、出生した子に対する親子関係の設定基準に関する立法的決断をしたとみることができる。

(ナ) 親生推定の規定を人工授精の子に対しても、同一に適用しなければならない理由に関して検討する。

法解釈の目標は、法的安定性を侵害しない範囲で具体的妥当性を追求するところにある。このために可能な限り、法律に用いられた文言の通常的な意味に忠実に法律を解釈するのが原則であるが、文言の通常的な意味を脱しない範囲においては、法律の立法趣旨と目的、制定・改正の沿革、法秩序全体との調和、他の法令との関係等を考慮する体系的・論理的な解釈方法を追加的に動員し、法解釈の目標に適う妥当な解釈をすることができる(大法院2009年4月23日宣告2006ダ(다) 81035判決、大法院2014年12月11日宣告2013ム(모) 4591判決、大法院2016年11月25日宣告2015ドウ(두) 37815判決等参照)。そして、立法当時に予想していなかった現象も、立法的に解決がなされなければ、現行法制度の構造に編入させ、より妥当な解決策を試みなければならない。

親生推定の規定は、妻が婚姻中に妊娠した子を夫の子として推定すると定めているに過ぎない。親生推定の規定は、文言上、妊娠に至った具体的な経緯により、親生推定の適用を制限したり、自然的方法ではなく、人工授精で妊娠した子に対する親生推定の適用を排除していない。このような親生推定の規定の形式は、2017年10月31日法律第14965号で改正された際にも、そのまま維持された。そのほかに民法の他の規定をみても、人工授精の子に対して親生推定の規定の適用を排除したり、これを制限してはいない。したがって、人工授精の子に親生推定の規定を適用することは、法律の文言が許容する法解釈の範囲内にある。

憲法第36条第1項は、「婚姻と家族生活は、個人の尊厳と両性の平等を基礎として、成立し、維持されなければならない、国家はこれを保障する。」と定め、個人の自律的な意思と両性の平等に基づいた婚姻とこれに基づいて形成される家族生活を保護している。親生推定の規定は、このような憲法の原則に基づいて夫婦が正常な婚姻生活を営んでいる場合、これを基礎として形成される家族関係に安定した法的地位を与え、家庭の平和を維持するのに寄与する。人工授精の子が出生に至った背景となる婚姻関係、そして、婚姻中に人工授精の子が出生することに伴い、発生することになる親子関係等の家族関係も、このように尊重されるべき個人と家族の自律的な決定権に基づいて形成されたものであるから、婚姻中に出生した他の子と差別を設けてはならない。婚姻に基づいて形成された家族関係に対する保護の必要性は、婚姻中に出生した子が人工授精の子という理由で変わることはない。妊娠するに至った具体的経緯により、婚姻中に出生した子に対する法的地位が変わると考えるべき法的根拠がない。正常な婚姻関係を維持している状態で出生した人工授精の子について、性的交渉によって出生した子ではないという理由で、親生推定の規定の適用を排除すべき合理的な理由もない。

親生推定の規定は、婚姻中に出生した子に対して、出生と同時に安定した法的地位を与え、法的保護の空白をなくそうとしたものである。これは、婚姻中に人工授精によって出生した子についても同様である。

性的交渉や生物学的血縁関係のみを親子関係の成立の根拠とし、これを理由に人工授精の子が夫の子として推定され得ないとみることは、婚姻中に出生した人工授精の子に対して父を定めることができない状態を招く。これは人工授精の子の法的地位を不安定にすることから、民法が親生推定の規定を置くに至った制度の趣旨に正面から背馳し、不当である。人工授精の子に対して親生推定の規定を適用せず、生物学的血縁関係のみを優先視する場合には、より不当な結果を招く。精子を提供した第三者が匿名である場合には、精子提供者を特定し難い。精子提供者は、自身の精子によって生まれる子に対して、父としての責任を負わなければならないということを想定することができず、父の役割を期待し難いのみならず、匿名で精子を提供したことのほかに子の妊娠と出生について、父としての身分を帰属させるに足る別段の役割をしていない。したがって、血縁関係があるという点のみをもって精子提供者を直ちに法律上の父として取り扱い、またその者に法律上の父とし

ての責任を問うことは妥当ではない。このように、人工授精の子に対して、親生推定の規定に従い、父子関係を定めなければ、事実上、父子関係を定めることができなくなり、民法が予想していない父子関係を成立させる等の不当な結果をもたらす。

要するに、親生推定の規定は、婚姻中に出生した子に対して適用されるが、親生推定の規定の文言と立法趣旨、婚姻と家族生活に対する憲法的な保障等に照らし、婚姻中に出生した人工授精の子も婚姻中に出生した子に含まれるとみななければならない。

(ダ) 子の福利は、親子関係の成立と維持において最も優先的に考慮されるべき事項であるから、人工授精の子に対して、親生推定の規定が適用されるかを問うときにも、子の福利に重点を置かなければならない。子の福利は、単純に子どもに保護・教養の保障という親子関係の実質を提供することに限られず、これに相応する法的な親子関係を形成してやることによって、父母の役割をすることができるようにしなければならず、これに従い、父母が子の発展のための支援を十分にすることができるように制度的に保障してやらなければならない。子の福利に持続的に責任を負う父母に対し、子との身分関係を帰属させることが子の福利にとって助けとなる。人工授精の子に対して、親生子関係が生じないとみることは、人工授精の子を養育してきた婚姻夫婦に大きな衝撃であるのみならず、これに基づいて家族関係を形成してきた子にとっても回復し難い危険といえることができる。

(ラ) 人工授精の子の出生過程とこれをめぐる家族関係の実際の姿に照らし、てみても、人工授精の子に対して親生推定の規定を適用することに社会的妥当性を認めることができる。

人工授精の場合、自然的な性的交渉という要素がない代わりに、人工授精又は受精卵の移植という補助行為が存在する。妻が第三者の精子を通じた人工授精の方法で、子を妊娠するのに、夫が同意する場合、夫婦は人工授精の子が夫と血縁関係がなくても、子に対して共同で責任を負うと予想したものであり、その同意に従い、出生した子と親子関係を形成するに至ったとみななければならない。夫は、妻が人工授精による妊娠と出産をする過程に同意することによって、関わることになり、その過程で出生した子は、夫婦間の自

然的な性的交渉によって妊娠・出産した子と同様に、夫婦間で婚姻中に出生した子とみることができる。このような親子関係に基づいて人工授精の子は、夫婦間の子としてそれらの者と実質的な親子関係の姿を形成し、維持している。社会的にもこのように形成された親子関係は、自然的な性的交渉で出生した子の場合と同様に、夫婦の親生子(친자<sup>12)</sup>)として受け入れられている。

それにもかかわらず、親生推定の規定の適用を排除し、また人工授精の子に対して夫婦と法的親子関係が成立しないとすれば、これは法的安定と平和を壊し、人工授精の子を法的保護のない空白状態に置くものとして、我が国の社会では受け入れ難い。

## (2) 人工授精の子に対する親生否認の許容の可否

(ガ) 上述のように、親生否認の訴えの規定は、法的親子関係を真実に合わせるようにしようという利益のために整えられた。しかし、血縁関係のない子が出生したという点が明らかになった場合には、親生推定の規定の適用の前提がなくなったものとみることができる。このような場合、民法は、夫と妻が家庭生活と身分関係から享受すべき人格権、幸福追求権、個人の尊厳と両性の平等に基づいた婚姻と家族関係に関する基本権を保障するために、これらの者に合理的な期間の範囲内で親生否認の訴えを提起することができるようにしている(憲法裁判所1997年3月27日宣告95ホンガ(헌가) 14、96ホンガ(헌가) 7 全員裁判部決定等参照)。

親生推定の規定に従い、人工授精の子を夫の子として推定する理由は、「同意」をすることによって、妊娠・出産の過程に関わった夫婦間に出生した子に対して、親生推定の規定を適用することが憲法と民法をはじめとした家族法体系の全体に照らし、正当であるとみることができるからである。人工授精の子どもに対して、親生推定の規定を適用することは、婚姻関係にある夫婦の家庭生活と身分関係を保障しつつ、自由な意思によって家族関係を形成し、社会的に認められる家族関係の実体を法的に保障するためである。

12) 原文では「친자(親子)」という「血縁関係のある子」という意味の一般用語が用いられている。日本語の持つ「親子」という言葉とは意味が異なるため、本稿では、便宜上「血縁関係のある子」という意味の法律用語である「親生子」という言葉で訳出した。

人工授精の子を妊娠し、出産する過程に照らしてみると、人工授精の子が夫と妻の性的交渉によって妊娠したものではなく、これによって子が夫と血縁関係がないという点はすべての人工授精の子に対して親生推定の規定を適用するときに既に考慮した諸事情であって、人工授精の子が出生する当時、夫が知っていた事実にはかならない。このような前提事実に基づいて、親生推定の規定を通じて、人工授精の子を夫の子として推定することは、夫が家庭生活と身分関係から享受すべき人格権、幸福追求権、個人の尊厳と両性の平等に基づいた婚姻と家族生活に関する基本権を保障し、これを実現させようとするためのものである。これに反し、夫に対して親生否認の訴えを提起することができるようにすることが、夫の基本権であるということとはできない。

親生否認の訴えは、自然的な性的交渉によって妊娠・出産した子に対して性的交渉過程がないということと、これによって生物学的血縁関係がないということを要件として提起することができる。人工授精の子に対しても、上記のような要件で親生否認の訴えを提起することができるのであれば、親子関係は、生物学的な血縁によって決定されることを前提とするものであって、人工授精を通じた親子関係の形成を否定する結果となる。これは、民法が親生推定の規定と親生否認の訴えの規定を置き、血縁以外の他の要素をも考慮して親子関係を定めようとした趣旨や目的に合致しない。

(ナ) 正常な婚姻関係を営んでいる夫婦間では、人工授精の子が出生する場合、夫は同意の方法によって子の妊娠と出産に関わることになるが、これが、親生推定の規定が適用される根拠であるということができる。夫が、人工授精に同意したが、後にこれを覆し、親生否認の訴えを提起することは許されない。さらに、人工授精の同意と関連した現行法上の制度の不備、人工授精がなされる医療現実、民法第852条において親生子であることを承認した子の親生否認を制限している趣旨等に照らし、このような同意が一見明白でなかった事情があるとし、直ちに親子関係が否定されるか又は親生否認の訴えを提起することができるかとみるべきではない。

現行法は、人工授精の同意に関する法制度が整備されておらず、同意書の作成や同意書保管期間等に関する明示的な規定等を有していない。生命倫理及び安全に関する法律(以下、「生命倫理法」という。)は、医療機関が必要な説明を行い、体外受精の施術対象者とその配偶者の書面同意を得るように

しているが(第24条第1項)、その説明・同意の内容が、主として胚芽生成の目的等、施術と関連した内容であり、親子関係の成立に関する同意があったかを巡って争いが生じる場合、同意の有無を明確に証明することが難しい状況におかれることがある。また、生命倫理法による同意書や法的父母の確定と関連した夫の同意の有無を明確に確認することができる医療記録が作成されたとしても、その保全期間が10年程度に制限されており、このような資料がなくなるおそれもある(生命倫理及び安全に関する法律施行規則第20条第4項によれば、同意書の保存期間も10年と定められている)。このような状況で同意書の作成やその保存の有無に従い、親子関係が成立するか否かが変わるとみることも、明確性と安定性が要求される身分関係の特性に照らし、妥当な解決方法ではない。したがって、人工授精の子に対して、親生否認をすることができるかに関しては、次のような基準に従い解釈し、どのような場合であれ、子の福利に反するか又は民法が親生推定の規定を置いた立法趣旨が忘却されないように慎重に判断しなければならない。

夫婦が正常な婚姻関係を営んでいる場合、出生した人工授精の子に対しては、夫の同意があった蓋然性が高い。したがって、婚姻中に出生した人工授精の子に対しては、他の明確な事情に関する証明のない限り、夫の同意があったものとみることができる。

大韓産婦人学会の補助生殖術の倫理指針(以下、「倫理指針」という。)によれば、第三者の精子を用いた精子提供施術は、原則的に法律上の夫婦に限ってなされるようになっており、他人の精子の提供を受けるためには、男性が不可逆的な無精子症と判断される等、他に自然的な方法では妊娠することができないという点が確定的に診断されなければならない。また、倫理指針は、施術対象の夫婦に対して倫理指針と関連法律等を十分に説明し、夫婦がこれをすべて受諾し、同意した上で実施されなければならないと定め、施術対象の夫婦は、精子提供の施術によって生まれた出生児を正常に養育する能力がなければならない、出生児がすべての場合で親子(친자)と同一視されなければならないと定めている。このように精子提供施術をする医療現実に照らしてみれば、婚姻関係にある妻が夫の同意のない状態で人工授精の子を妊娠・出産することは現実的に非常に困難である。

同意書の作成やその保存の有無が明確でなかったとしても、人工授精の子の出生後に夫が人工授精の子という事実を知りつつ、出生申告をする等、人

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

工授精の子を自分の親生子(尙子)として公示する行為をしたり、人工授精の子の出生後、相当の期間、実質的な親子関係を維持しつつ、人工授精の子を自分の子として知らせる等、社会的にみて親子関係を公示・容認してきたとみることができる場合には、同意のある場合と同様に扱わなければならない。

民法第852条は、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と定め、親生否認の機会を制限している。このように親生否認の訴えを提起することができる者が子に対して、親生子であることを承認すれば、以後、親子関係は確定し、これによって親子関係という身分関係が迅速に安定化し、これを通じて子の福利に適う結果をもたらす。夫が人工授精の子に対して、出生申告をしたり、人工授精の子の出生後、相当の期間、実質的な親子関係を維持してきたというように、親子関係を公示・容認する行為をした場合、これは、人工授精の子の出生前の過程を知っているとみることができる夫がそのような事実を前提にし、人工授精の子を自分の子として承認する行為として評価することができる。その後、夫が親生否認を主張することは、民法第852条の趣旨に反するのみならず、先行行為と矛盾する行為として信義誠実の原則に照らして許されないとみなさなければならない。

## ナ. 事実関係

原審判決理由及び記録によれば、次の事実をうかがい知ることができる。

- (1) Xは、訴外Aと1985年8月2日に婚姻申告をした夫婦であった。Xは、Aと結婚した後の1992年頃にB病院で無精子症の診断を受けた。これに対して、訴外Aは、Xの同意を得て、第三者から精子の提供を受けて、試験管施術を通じた人工授精の方法で妊娠した上で(日時省略)、B病院でY1を出産した。
- (2) Y1の出生記録に付されているY1の出生直後の写真の中の、人跡事項が記載された部分の右側上段に体外受精(In Vitro Fertilization)の略字である「IVF」が書かれている。
- (3) Xは、1993年3月29日、Y1の出生に対して如何なる問題も提起しない

ま、自身と訴外 A の子として、Y1 の出生申告をした。

(4) X と訴外 A は、夫婦の葛藤によって、2013年 6 月28日、ソウル東部地方法院に協議離婚意思確認申請書を提出した。Y1 は、X と血縁関係がないことを知らないまま生きてきたが、上記協議離婚意思確認申請の頃、X と訴外 A が争う過程で、X が、Y1 は自分の親生子 (친자) ではないと言うのを聞き、これを知るに至った。

(5) X と訴外 A は、婚姻後、本件の訴えの提起頃まで、Y1 とともに同居してきた。この時まで、X が Y1 との親子関係に対して別段の異議を提起したとみるべき事情はない。

(6) 本件第一審法院と原審法院は、Y1 が B 病院で第三者の精子提供による試験管施術を通じて出産したかどうか、その際、X が同意をしたか等を確認するために、上記病院に事実照会を行ったが、上記病院は医療記録保存期間が過ぎており、治療記録がないと回答した。

(7) X が協議離婚意思確認申請をした後の2013年 7 月28日、Y1 等と会話した内容の録音記録 (乙第 4 号証) によれば、X は、Y1 に対する人工授精当時、自身が無精子症であるということを知っており、上記病院で Y1 を産むことに同意し、それに従い、Y1 については娘として接し、Y1 の結婚時まで責任を負うという意味を明らかにしてきたことをうかがい知ることができる。

#### ダ. Y1 に対する親生子関係の存否

(1) 上記のような事実関係を上述の法理に照らして検討すれば、訴外 A が X と婚姻中に人工授精によって出生した子である Y1 は、親生推定の規定に従い、X の親生子として推定されるとみななければならない。のみならず、X は、Y1 を自分の子として承認したから、X が Y1 に対して親生否認を求めることができないとみななければならない。その理由は、次のとおりである。

(ガ) X は、訴外 A と婚姻後、病院の検査を通じて無精子症の診断を受け、

自然的な性交渉では、子を出産することができないことを認識した状態で、訴外 A が第三者の精子の提供を受けて、Y1 を妊娠・出産することに同意した。医療記録の保存期間が過ぎており、X がどのような形態で同意をしたのかを具体的に確認することはできないが、X が結婚後、長期間、子を持つことができなかつた状態で無精子症の診断を受けた後、時を経ずして、訴外 A が第三者の精子の提供を受けて、Y1 を妊娠・出産することに同意した。X の同意は、単純な医療施術に対する同意ではなく、Y1 と親子関係を設定しようとする意思で同意したものとみることができる。

(ナ) X は、Y1 が出生した日(日時省略)から9日後の〇〇日、Y1 の出生に対して如何なる問題も提起しないまま、X と訴外 A の子として Y1 の出生申告をした。X は、自身が無精子症によって子を出産することができないことと、自身の同意によって訴外 A が第三者の精子の提供を受けて、Y1 を妊娠・出産したということを明確に認識した状態で、Y1 に関する出生申告をした。これを通じて、X が Y1 と親子関係を形成しようという意味で同意をしたものとみることができるのみならず、X は、Y1 を自分の子として承認し、出生申告を通じて社会的にも公示した。

(ダ) X は、Y1 が出生した後、2013年頃、訴外 A と協議離婚を申請するまでの約20年を超える間、Y1 と同居しつつ、実質的な親子関係を形成してきており、これと矛盾する姿勢をみせたことはない。協議離婚を申請した直後も、Y1 に対して父の役割を果たそうとする意思をみせてもいた。このように X は、Y1 が自分の子として出生申告されている状態で長期間、Y1 を保護・教養する等により、実質的な親子関係を形成することによって、Y1 を自分の親生子として承認したと評価することができる。

(2) 同趣旨で、X が、親生推定の規定により、親生推定を受ける Y1 を相手方として、民法第865条で定める親生子関係不存在確認の訴えによって、親生子関係の不存在確認を求めることは、不適法であるという原審判断は、上述の法理に基づいたものとして正当である。原審判断に上告理由が主張するような親生推定に関する法理を誤解する等の誤りはない。

## 2. Y2 に対する上告理由に関する判断

ガ. 血縁関係がないという点が親生推定の及ばない事由となり得るか否か

民法第844条第1項による親生推定を覆すためには、夫婦の一方が民法第846条、第847条で定める親生否認の訴えを提起し、確定判決を得なければならない。夫婦の一方が、親生否認の訴えではなく、民法第865条で定める親生子関係存否確認の訴えを通じて、親生子関係の不存在確認を求めるのは不適法である（大法院1984年9月25日宣告84ム（マ）84判決、大法院2000年8月22日宣告2000ム（マ）292判決等参照）。

上述の親生推定の規定の文言と体系、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と家族制度、私生活の秘密と自由、夫婦と子の法的地位と関連した利益の具体的な比較衡量等を総合すれば、婚姻中に妻が妊娠し、出産した子が夫と血縁関係がないという点が明らかになったとしても、親生推定が及ばないとみることとはできない。詳細な理由は、次のとおりである。

(1) 血縁関係の有無を基準に親生推定の規定が及ぶ範囲を定めることは、民法規定の文言に反するのみならず、親生推定の規定を事実上、死文化するものであって、親生推定の規定を親子関係の設定と関連した基本規定としている民法の趣旨と体系に反する。

(ガ) 親生推定の規定は、血縁関係の存否を基準にその適用の可否を異にしない。子が夫と血縁関係がないという点が事後的に明らかになった場合、親生推定が及ばないとみことは、民法規定の文言に合致しない。

(ナ) 上記1.ガ(1)(ナ)でみたように、親生推定の規定は、婚姻中に出生した子に対して出生と同時に安定した法的地位を与え、子の出生時に法的保護の空白を無くし、婚姻関係において出生した子という事実に基づいて、親子関係を認めるためのものである。また、真実の血縁関係と一致しない法律上の親子関係を真実の血縁関係に合わせるように親生否認の訴えを認めつつも、提訴期間を置いて子の身分関係を早期に確定し、法律関係の安定を図っている。

このような民法の立法趣旨と規定の形式に照らしてみれば、婚姻中に妻が妊娠し、出産した子が、夫と血縁関係がないという点が確認されたという事実のみをもって直ちに親生推定が及ばないとするか、又は親生推定の例外に該当するとみて、誰でもいつでも親生推定の規定に従い、親子として推定される父子関係を争うことができるとしてはならない。これは、正常な婚姻関係を営んでいることを前提に家庭の平和を維持し、子の法的地位を迅速に安定させ、法的地位の空白を防止しようとする親生推定の規定の本来の立法趣旨に反するためである。親生推定の規定を通じて形成された法律関係が長い間維持され、強固となった場合、このように形成された子の地位については、誰も簡単に侵犯することができないようにし、子の地位を安定的に保障する社会的な必要性もある。

血縁関係がないという点を根拠に親生推定の規定の適用を排除することは、親生推定の規定に基づいて長期間形成されてきた親子関係、これと密接に関係している婚姻関係等、社会生活の基礎となる家族関係を一瞬にして不安定な状態に至らしめる。親子関係を長期間不安定な状態に置くのは、民法が親生推定の規定を置き、形成しようとした親子関係の姿に適用ということができず、安定を求める身分秩序の本来の性格と合わない。

(ダ) 婚姻中に出生した子に対する親生推定の基準をどのように定めるべきかは、夫婦と子等、利害関係人の基本権と婚姻・家族生活に関する憲法的な決断を考慮して決定すべき問題であって、原則的に立法者の裁量に委ねられている(憲法裁判所2015年4月30日宣告2013ホンマ(헌마) 623全員裁判部決定等参照)。結局、親子関係は、立法者が憲法の枠内で社会現実と伝統観念を考慮して具体的に定めることができるとみなしなければならない。

最近、遺伝子検査技術の発達によって、科学的親子鑑定が可能になった。離婚と再婚に対する社会的な認識が変わり、婚姻関係が破綻した状態で妻が夫ではない別の男性の子を妊娠し、出産する可能性も大きくなった。このように制定民法<sup>(13)</sup>で親生推定の規定を導入した当時とは、社会的・法律的地位が変化した。しかし、このような変化が父子間の親子推定に関する根本規定である親生推定の規定自体を無意味にするものではなく、親生推定の規

(13) 1960年1月1日施行の民法を示す用語として韓国で一般的に用いられている。

定が憲法に反することになるということもできない。

身分関係を含む家族関係は、基本的に血縁という生物学的関係から出発するが、必ずしも血縁関係のみをもって構成されるものではない。婚姻のように社会的関係を通じて構成される家族関係があるのみならず、親子関係に限定したとしても、今日においては、血縁のみならず、家族共同生活関係を営み、実質的に形成された親子関係が重要な価値を有するから、これを保護すべき必要性も大きくなった。これは、科学的検査技法の発達によって血縁関係を簡単に確認する可能性が高まったとしても、変わるものではない。

今日、大部分の国家においては、親生推定の規定によって親生子を推定する原則が普遍的に受け入れられており、親子関係関連の法律を改正しつつも、親生推定の規定を依然として維持している。血縁関係がない場合、親生否認権を制限なしに許容している国もあるが、この場合にも裁判上、親生否認権を行使することができる主体を親子関係に直接的な利害関係を有している夫婦、子と生父に限定している。父子間の血縁関係がないという点が明らかになったとし、誰でも如何なる制限もなしに親子関係の存否を争うことができるように許容することは、比較法的にもその類例を見出し難い。

(ラ) 親生推定の規定に従い、妻が妊娠した子を夫の子として推定することは、婚姻中に出生した子が夫の子である蓋然性が高いという点のみならず、実際にそのような関係を基礎として実質的な家族関係が形成される蓋然性が高いという点を前提とする。しかし、血縁関係なしに形成された家族関係も憲法と民法が保護しようとする家族関係に該当する。このような家族関係が、親生否認の訴えの提訴期間を過ぎる時まで維持される等、長い間が経過し、社会的にも成熟して強固となったならば、このような家族関係とそれに対する信頼を保護すべき必要性がより一層大きくなっていることから、これを誰でも簡単に覆すことができるようにしてはならない(憲法裁判所2015年3月26日宣告2012ホンバ(헌바) 357全員裁判部決定等参照)。

九九

(2) 血縁関係の有無を基準に、親生推定の規定の効力が及ぶ範囲を定めることになれば、必然的に家族関係の当事者ではない第三者が、夫婦関係や家族関係等の家庭の内部の内密な領域に深く関与するようになる結果を避けることができない。親生推定を受ける子に対して、親生推定が及ばないようにす

るか又はこれに対する公的な確認を受けるためには、結局、法院の判断を受けなければならないが、そのような場合、法院を含む国家機関が親子関係に深く関与することになる。婚姻とこれに基づいた家族関係は、憲法上国家から保障されなければならないが、このような関与を広く許容するようになれば、むしろ国家が保障すべき婚姻と家族関係を国家や第三者が侵害する結果をもたらす可能性があり、憲法の趣旨にも反する。

血縁関係の有無を基準に親生子関係を定めることは、正常な婚姻関係を営んできた夫婦間に出生した子について、個別的に子が婚姻中に夫によって妊娠したという点が証明されるか又はこれが証明されるまでは親生子関係が確定し得ないとするようになる。このような状態では、誰でもむやみに子の法的地位を争うことができるから、家庭の平和もやはり不安定になる。血縁関係の有無を基準に親生子関係を定めるようになれば、親子関係と関連した訴えが提起される場合、親生子関係ではないことを客観的、科学的に証明するために親子鑑定をするか又は夫婦間の秘密のようにみえる部分まで調査をしなければならず、その過程で夫婦の内密的な私生活が侵害されうる。第三者が他者の家庭に入り込み、他者の妻が出産した子に対して自己の子であると主張し、親子鑑定等を要求することを許容すれば、その家庭の平和は維持し難くなる。血縁の真実のためであるという理由で、夫婦、そして家族内部の私生活に属する事項に関して、第三者の介入を広く許容することは、家庭の平和維持を重要な立法目的のうちの一つとしている親生推定の規定の趣旨にそぐわない。

このような私生活の侵害による被害は、単純に夫婦間の関係にのみ限定されるものではない。親生推定の規定に従い、子と父母の関係で形成された私生活も侵害される。これらの者は全員、私生活の保護を受けるべき権利があり、とりわけ、子の私生活は子の福利とも直接的に関連するものとして一層保護されるべき必要がある。このように保護されるべき私生活は、それが過去のものであったり、現在、夫婦関係が解消されているという理由でその保護の程度が変わるものではない。すなわち、夫婦が離婚をする等、現在、家族をなしていないという事情を理由として、このような私生活の侵害は正当化されない。

夫婦の婚姻関係が終了し、家庭が解体される事情があったとしても、子の身分関係の法的安定を維持すべき必要が当然になくなるとみることはできな

い。親生推定の規定は、婚姻関係にある夫婦や子、個人を保護するに留まらず、親子関係自体を保護する機能もある。家庭の解体後でも、従前の家族構成員は、既に形成された法律関係を基盤として完全(온전)かつ安定的な社会生活を継続していく法的利益を有する。

憲法第36条第1項は、婚姻と家族生活は個人の尊厳を尊重する中で成立し、維持されなければならないことを明らかにしている。婚姻と家族生活は、人間生活の最も本源的かつ私的な領域である。婚姻と家族生活においては、個人が独立的な人格体として尊重されなければならない、婚姻と家族生活をどのように作り出していくかに関する個人と家族の自律的決定権は、尊重されなければならない。国家は、個人の尊厳と両性の平等を基礎として形成された家族生活を尊重し、人格的・愛情的な人間関係に基づいた家族関係に介入しないことが望ましい(憲法裁判所2000年4月27日宣告98ホンガ(헌가) 16、98ホンマ(헌마) 429全員裁判部決定、憲法裁判所2005年2月3日宣告2001ホンガ(헌가) 9、10、11、12、13、14、15、2004ホンガ(헌가) 5全員裁判部決定等参照)。婚姻と家族関係が他者の基本権や共同の利益を害しない限り、婚姻と家族関係に対する国家機関の介入は制限しなければならない。

(3) 法理的にみても、血縁関係の有無は、親生推定を覆すことができる事由には該当しうが、親生推定が及ばない範囲を定める事由とはなりえない。

民法は、親生推定の規定を置きつつも、夫に親生否認の事由があることを知った日から2年内に親生否認の訴えを提起することができるようにしているから、夫が親生否認の事由を知ることができない限り、親生否認の訴えの提訴期間は進行しない。これは、真実の血縁関係に対する認識に基づき、法律的な親子関係を真実に合わせようとする夫に対して、親生推定を否定することができる実質的な機会を与えたものである。親生否認の訴えが適法に提起されれば、父母と出生した子の間に生物学的血縁関係が存在するかが証明の対象となる重要事実を構成する。結局、血縁関係がないことを知るに至ったならば、親生否認の訴えを提起することができる提訴期間が進行し、実際に生物学的血縁関係がないという点は、親生否認の訴えによって親生推定を覆すことができるようにする事由である。

このように血縁関係の有無やそれに対する認識は、親生否認の訴えを理由があるようにする根拠又は提訴期間の起算点の基準として、親生否認の訴え

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

を通じて親生推定を覆すことができるようにする事由である。このことが、親生推定がはじめから及ばないようにするという事由として、親生否認の訴えを提起する必要さえないようにする要素とはなりえない。血縁関係がないという点を親生推定が及ばない前提事実としてみることは、原告適格と提訴期間の制限を置いている親生否認の訴えの存在を無意味にするものとして、現行民法の解釈上受け容れがたい。親生否認権を実質的に行使することができる機会を与えられていたにもかかわらず、提訴期間が過ぎてもこれを行わず、もはやこれ以上これを争うことができないようになった場合、そのような状態が、夫が家庭生活と身分関係から享受すべき人格権、幸福追求権、個人の尊厳と両性の平等に基づいた婚姻と家族生活に対する基本権を侵害するとみることができない(憲法裁判所2015年3月26日宣告2012ホンバ(헌바)357全員裁判部判決等参照)。民法の規定に反する解釈を動員してまで、夫に親生否認の機会をさらに与えなければならないほど、特別な必要性を認めることも難しい。

#### ナ. 事実関係

原審が認定した事実関係は、次のとおりである。

(1) 訴外 A は、婚姻外の関係を通じて Y2 を妊娠し(日時省略)、Y2 を出産した。X は、1997年8月6日、X と訴外 A の子として Y2 の出生申告を行った。

(2) X は遅くとも Y2 が小学校5年生頃であった2008年頃には病院の検査を通じて、Y2 が自分の親生子(친자)ではないという事実を既に知っていたものと思われる。

(3) それにもかかわらず、X は本件訴えを提起する頃まで、長い間、Y2 が親生子として出生申告された事実に関して問題としないまま、Y2 と同居し、父として Y2 を保護・教養してきた。

(4) X は2013年頃、訴外 A と協議離婚の過程で「未成年者である Y2 の親権と養育権を放棄し、Y2 の養育費として高等学校を卒業するまで月50万

ウォンずつを支払う」とする内容の覚書を公証した。

(5) Y2は、Xと血縁関係がないことを知らないまま生きてきたが、上記協議離婚意思確認申請の頃、Xと訴外Aが争う過程で、XがY2は自分の親生子(姪子)ではないと言ったことを聞き、これを知るに至った。

(6) Xと訴外Aは、離婚訴訟にまで至り、結局2015年10月30日に離婚するという内容で調停が成立した。

#### ダ. Y2に対する親生子関係の存否

(1) 原審は、次のような理由で、Y2に対するXの訴えが不適法であると判断した。

遺伝子型の背馳の場合にも、親生子推定の効力は及ばないとみなければならず、XとY2との間には、親生子関係が存在しないことが明らかである。ただし、少なくとも協議離婚意思確認申請以前に、入養の実質的要件がすべて備わっており、XとY2との間には、養子関係が有効に成立した。XとY2との間に罷養によって、養子関係を解消する必要がある等の特別な事情はない。したがって、XのY2に対する親生子関係の不存在確認を求める本件訴えは、確認の利益がない。

(2) しかし、上述の法理に従えば、訴外AがXと婚姻中にY2を妊娠し、出産した以上、Y2は民法第844条第1項によってXの親生子として推定され、事後的に遺伝子型の背馳という事情が明らかになった場合でも、依然として親生推定が及ぶ。したがって、Xが親生推定を受けるY2に対して親生否認の事由があることを知った日から2年以内に親生否認の訴えを提起し、親生子であることを否認する判決を得ていない以上、親生子関係不存在の訴えによって親生子関係の不存在確認を求めることは不適法である。

九五

原審の判断に不適切な部分はあるが、Xの控訴を排斥し、Y2に対するXの訴えを却下した第1審判決を維持した原審の結論は正当である。原審の判断に上告理由が主張するような関連法理を誤解するか又は論理と経験の法則に反して、自由心証主義の限界を脱するもの等として判決に影響を及ぼした

誤りはない。

### 3. 結論

Xの上告には理由がなく、これをすべて棄却し、上告費用は敗訴者が負担することとし、主文のとおりに判決する。この判決には、大法官權純一、大法官盧貞姫、大法官金尙煥の個別意見と、大法官閔裕淑の個別意見(Y1の部分)及び反対意見(Y2の部分)があるほかは、関与法官の意見が全員一致し、多数意見に対する大法官金哉衡の補充意見がある。

## V. 大法官權純一、大法官盧貞姫、

### 大法官金尙煥の個別意見

#### ガ. Y1に対する上告理由に関して

(1) 多数意見は、妻が婚姻中に夫ではない第三者の精子の提供を受け、人工授精によって妊娠した子を出産した場合、出生した子の親子関係を定めるときに、現行民法上、これに関する規定がない以上、民法の親生推定の規定を適用し、出生した人工授精の子が夫の子として推定されるとみるのが妥当であるとする。しかし、婚姻中に人工授精によって出生した子を夫の子としてみななければならない結論には多数意見と見解を同じくするが、これに至る理由を異にするからこの点を明らかにしておく。

民法は、父母と子の親生子関係は、父母と出生した子との間に生物学的血縁関係が存在することを前提とする。そして、母子関係は、女性の婚姻の有無を問わず、妊娠と出産という自然的事実によって外部的に明白に窺い知ることができるために、民法にこれに関する規定をおく必要がないが、父子関係は、血縁関係を確認するのが事実上不可能に近かったために、民法は、妻が婚姻中に妊娠した子は、夫の子として推定するという親生推定の規定を置いたのである。このような親生推定の規定は、何よりも婚姻関係にある妻が夫の子を妊娠することが自然に期待されるという社会的背景の下で、婚姻中に出生した子は、夫と血縁関係がある可能性が高いという蓋然性に基づいている。

しかし、最近、科学技術の発展によって人工授精をはじめとした補助生殖に関する医学技術が急激に進展したことに伴い、家族法分野でも親子に関する民法の規定の前提となる社会的・文化的背景自体が変化し、これに伴い、既存の民法規定と従来の法理では解決することができない倫理的問題と法律課題に新たに直面することになった。従来、難妊(난임)<sup>(14)</sup>又は不妊によって子を持つことができなかった者が、補助生殖の技術の助けを借りて、父母となりうる機会を持つに至り、これを通じて出生した子の親子関係をどのように規律するかというのが、その代表的な例である。過去においては、いわゆる「運命の問題」であったものが、今日においては「選択の問題」に変わり、これによる倫理的・社会的な責任の公論(공론화)が急がれているのが実情である。遺伝子検査技術の発達によって、親生推定の規定の適用の前提となる父子関係においては、血縁関係の不確実性という事情もやはりこれ以上、存在し得ないようになってきた。多数意見のように父子関係を確定するのに、母子関係とは異なり、親生推定や認知等のような別の法的要件が必要であるとみるべきではない。今や、人工授精を通じた子の出生を望んだ夫と妻の「意思」に対する法的評価とその責任の限界を真摯に議論すべき時である。

(2) 新たに発生した社会現象に対する法的な規律は、法律の制定・改正という立法によるのが原則である。しかし、新たな社会現象から始まった法的紛争が現実には発生しているにもかかわらず、その裁判に適用する法律の立法が未だなされていなかったとし、憲法から司法権を付与された法院が裁判を拒否することはできない。それゆえに、法院としては、このような問題状況に対して、合理的な立法者であれば、当然に準拠規範とするであろう法原則を探し出し、これを宣言する役割と機能を遂行しなければならない。このような法官の法形成は、変化する社会現実の必要にもかかわらず、立法権の不行使によって「法の空白」が発生したときに社会現実と法的秩序の間の間隔を埋めるための努力として当然に司法権に含まれるとみなければならない。このような法官の法認識作業は、法律の類推適用又は類推解釈とは区別される。法律の類推適用は、立法があるにもかかわらず、立法者が意図しなかった規律の空白がある事案に対して、法規範の体系、立法意図と目的等に照らして

---

(14) 妊娠が不可能ではないが、難しい状態を示す用語である。

正当であると評価される限度でそれと類似する事案に関する法規範を適用することをいう(大法院2018年3月22日宣告2012ダ74236全員合議体判決の多数意見に対する大法官金哉衡の補充意見参照)。補助生殖技術を通じた人工授精の子の出生という事案のみを挙げても、本件のように夫ではない第三者の精子を使用した精子提供施術を実施する場合はもちろん、妻ではない第三者の卵子の提供を受けるか又は代理母契約を通じて子を出産するという場合等、多様な類型が存在する。これを法秩序全体の観点から許容するか、許容するのであれば、家族法の観点でその親子関係の成立をどのように規律するかという問題は、立法によって解決すべき問題であり、多数意見の主張のように既存の親生推定の規定等を適用し、解決すべき性質のものではない。法院としては、問題となった事態の解決のために、これに関連する憲法規定及び他の法令との関係、法が追求しようとする基本的な価値と社会一般の普遍的な法意識等を総合的に考慮して、本件を解決するのに最も適した紛争解決基準、すなわち「具体的かつ歴史的な法」を形成する過程を経て、司法権を行使しなければならない。

比較法的にみても、この問題に関しては別途法律を制定して解決している立法例が多数ある。我が国でも何度か立法努力があったにもかかわらず、その成果を収めることはできていない。多数意見も指摘するように、1958年民法制定当時には、妻が人工授精によって子を妊娠・出産することは想定し得なかったために、これに関する規定を置く必要がなかったことは当然である。

(3) 父母と子の親子関係は、婚姻関係と合わせて人間生活の最も基本的かつ私的な領域に属しつつも、同時に我々の共同体を形成する土台として民法上の家族関係の基礎となる。憲法は、第10条で「すべての国民は、人間としての尊厳と価値を有し、幸福を追求する権利を有する」、第17条で「すべての国民は、私生活の秘密と自由を侵害されない」、第36条第1項で「婚姻と家族生活は、個人の尊厳と両性の平等を基礎として成立し、維持されなければならない、国家がこれを保障する」と宣言する。したがって、父母が子を持つと努力することは、幸福追求権と家族関係の形成に関する自律的決定権を行使するものであるから、他者の基本権や公共の利益を害しない限り最大限尊重されなければならない、その秘密もやはり保障されなければならない。

民法は、父母と子の親生子関係は、父母と出生した子の間に血縁関係がなければならぬという前提の下に、親子関係と真実の血縁関係をあわせることができるように、親生否認の訴えや親生子関係存否確認の訴え等のような手続きを整えている。それにもかかわらず、他方では、子の福利及び親子関係の迅速な確定という法益が優先させなければならないと考えられるときには、社会的観点から見て、既に形成された親子関係の成立をむやみに否定することができないようにしている。親生否認の訴えの規定に原告適格と提訴期間等の制限を置いたのがその例である。このように、民法は婚姻関係において出生した子であるという事実に基づいて、規範的にまず親子関係という家族関係を形成し、それとともに形成された家族関係に強い法的保護を与えているが、多数意見が適切に指摘しているように、これは立法者の裁量に委ねられているものとして立法的決断に該当し、さらに法が追求しようとする基本的な価値と社会一般の普遍的な法意識を反映したものであるとみなければならない。家族関係を規律する民法が追求しようとするこのような価値及びこれを通じてうかがい知ることができる社会一般の法感情又は法意識は、補助生殖術の実施を通じて出生した人工授精の子の親生関係の成立を規定する基準を定めるときにも当然に尊重されなければならない。

人工授精の子の出生過程で、夫と妻が真正な意思の合致によって補助生殖術の実施に同意したのであれば、これは、個人的にも社会的に出生する子の父母となる意思によって子に対する父母としての責任を引き受けるという意味を持つ。このとき、夫は、単純に妻の人工授精施術に対して同意をするものではない。夫は、妻と平等の立場で夫婦の合致した意思によって人工授精施術の過程に関わり、これによって出生した子と親子関係を成立させようとする意思を実現したとみるが現実には合う。

上記で検討したように、婚姻中の夫と妻が人工授精の子の出生に関して意思が合致し、これを土台として第三者の精子の提供を受けて、人工授精という補助生殖施術に同意することによって子が出生したのであれば、その子はその夫婦の親生子としてみなければならない。このようにみるからこそ、憲法に規定された国民の幸福追求権、私生活の秘密と自由、家族生活の保障の原則に合致し、家族関係に関する民法の規定とも調和をなし、法が追求しようとする基本的な価値と社会一般の普遍的な法感情及び法意識にも合う。さらに、このような夫と妻の合致した意思及び施術に対する同意を事後的に覆

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  
すことは許容されない。これは人間の尊厳と価値に対する憲法的決断と親子  
関係に関する民法の基本秩序及び善良な風俗に反するからである。

(4) 原審は、この部分のXの訴えを却下した第1審判決に対するXの控訴  
を受け容れず、その理由として次のような事情を挙げた。訴外Aは、配偶  
者であったXの同意を得て、第三者から精子の提供を受けて、人工授精に  
よってY1を妊娠・出産したのであるから、Y1は、民法第844条第1項によ  
ってXの親生子として推定される。Xが親生推定を受けるY1を相手方とし  
て民法第865条で定める親生子関係不存在確認の訴えによって、その親生子  
関係の不存在確認を求めるのは不適法である。

多数意見が詳細に説示したように、原審判決理由と記録によってうかがい  
知ることができる事実関係によれば、XはY1との親子関係を成立させよう  
という意思、すなわち、Y1の父母となる意思をもって妻であった訴外Aと  
合意し、これに基づいて人工授精を通じてY1が出生したことをうかがい知  
ることができる。したがって、Y1は、Xの親生子に該当することから、X  
がY1を相手方として提起した親生子関係不存在の確認の訴えは、理由なし  
に棄却されなければならない。ところが、Xのみが上告した本件では、不利  
益変更禁止の原則上、この部分の訴えを不適法であると判断した原審の判決  
より、Xにとって不利に請求を棄却する判決をすることができないから、結  
局、XのY1に対する上告は受け容れられない。

## ナ. Y2に対する上告理由に関して

(1) 従来、大法院は、親生推定の適用範囲に関して、大法院1983年7月12日  
宣告82ム(ㄷ)59全員合議体判決において、「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、海外に行っていたり、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、その推  
定が及ばない」と判示して以来、多数の判決を通じて一定の要件の下に「親  
生推定の例外」を認める立場(以下、「親生推定の規定の適用範囲に関する  
制限説」という。)を一貫して維持してきた(大法院1988年4月25日宣告87

ム (㉔) 73判決、大法院1988年5月10日宣告88ム (㉔) 85判決、大法院1992年7月24日宣告91ム (㉔) 566判決、大法院2000年1月28日宣告99ム (㉔) 1817判決、大法院2000年8月22日宣告2000ム (㉔) 292判決等参照)。

ところが、本件において、多数意見は、「婚姻中に妻が妊娠し、出産した子が夫と血縁関係がないという点が明らかになったとしても、親生推定が及ぶ」と判示し、その「詳細な理由」を明らかにしている。これを検討すれば、第1に、血縁関係の有無を基準に親生推定の規定が及ぶ範囲を定めるのは、民法の規定の文言に反するのみならず、親生推定の規定を事実上死文化するものであり、第2に、血縁関係の有無を基準に親生推定の規定の効力が及ばない範囲を定めるようになれば、必然的に家族関係の当事者ではない第三者が、夫婦関係や家族関係等、家庭内部の内密な領域に深く関与するようになる結果を避けることができず、第3に、法理的にみても、血縁関係の有無は、親生推定を覆すことができる事由には該当しうが、親生推定が及ばない範囲を定める事由とはなりえないというのである。

多数意見の立場をその理由に照らして検討すれば、血縁関係がないことが確認された場合にも、親生推定の例外は認められないと判示することによって判例が採っている「親生推定の規定の適用範囲に関する制限説」を事実上変更する趣旨にもみえるが、他方で、本件は、いずれにしても親生推定の例外に関する従来の判例が適用される事案ではないという理由から、これに関する見解を明らかにしないことによって、判例を維持する趣旨ともみることができる。この点に対して、不必要な法的混乱が起らないようにすべき必要があるにもかかわらず、多数意見はその立場が明らかではない。そこで、婚姻中の妻が妊娠し、出産した子が夫と血縁関係がないことが明らかになったという事情のみをもって親生推定が及ばないとみることができないという点については、多数意見と見解を同じくするが、親生推定の適用範囲に関する制限の可否とその判断基準については、個別意見として見解を明らかにしておこうと思う。

(2) 上記大法院82ム (㉔) 59全員合議体判決は、親生推定の規定の適用範囲に関する従前の無制限説を制限説に変更したものであって、上記判決は、その理由について「民法第844条は、民法第846条以下の親生否認の訴えに関する規定と合わせて、夫婦が正常な婚姻生活を営んでいる場合を前提に、家庭

の平和のために設けられたものであるというべきであり、その前提事実を有しない場合にまでこれを適用し、要件が厳格な親生否認の訴えによらなければならないとするのは、むしろ制度の趣旨に反して真実の血縁関係にそぐわない父子関係の成立を促進させる等、不当な結果をもたらすことがあるため」であると明らかにしている。これは、親生否認の訴えの原告適格者を「夫」に限定し、除斥期間を「子の出生を知った日から1年」と規定していた旧民法(2005年3月31日法律第7427号で改正される前のもの)の適用当時、血縁関係を科学的に証明することが事実上困難であった時代的背景の下で、家族法が保護しようとする家庭の平和という法益と血縁真実主義の間に調和的な解釈を図ったものである。憲法裁判所も、やはり親生推定の規定の適用範囲の問題を「法的な親子関係を真実に合わせようとする母・子・生父・父の利益」と「親子関係の迅速な確定を通じて法的安全を求めようとする子の利益」をいかにその社会実情と伝統的観念に合うように調和させるかに関する問題として理解している。そして、この問題は、原則的に立法者の裁量に委ねられているが、その親生推定の基準が過度に不合理であるか又はそれから脱することができる方法が過度に制限的であり、真実の血縁関係に反する親子関係を強要するものであれば、これは立法形成の限界を超えるものとして、違憲という立場である(憲法裁判所2015年4月30日宣告2013ホンマ(헌마)623全員裁判部決定参照)。

ところで、今日の時代状況は、1983年、はじめて親生推定の例外を認めた上記大法院82ム(ㄱ)59全員合議体判決当時と比較してみると、社会的・技術的・法的な背景が大きく変化したことから、親生推定の例外の認定の基準として、外観説を採用した既存の判例は、全面的に再検討される必要がある。

まず、離婚及び再婚が急激に増加し、離婚及び再婚に対する社会的認識も大きく変化した。これに伴い、関連法令と制度も変更され、女性の再婚を一定期間禁止していた民法規定が廃止される一方、婚姻関係の破綻から離婚の効力が発生する時までの期間は長くなり、女性が夫ではない男性の子を妊娠し、出産する可能性が増加した。夫婦の一方が長期間、遠隔地や海外で居住するか又は夫婦がともに他の外国に居住し、婚姻生活を営む場合も少なくない。何よりも、遺伝子検査の技術の発達によって科学的親子鑑定が難しくなくなった。科学的親子鑑定によって血縁関係がないという点を直接証明する

ことができるようになった今日の状況では、「同居の欠如」という外観又は形式によって血縁関係の不存在を間接証明するようにした後、これによって親生推定の規定の適用を制限する必要性はほとんどなくなってきたと言っても過言ではない。

また、2005年民法改正によって、親生否認の訴えの原告適格者が「夫」から「夫婦」に、提訴期間が「子の出生を知った日から1年内」から「親生否認の事由があったことを知った日から2年内」に変更された。夫婦が血縁関係の存否に対する認識に基づいて、血縁関係がない親子関係の維持の可否を真摯に熟慮する相当な期間が与えられたのである。それにもかかわらず、夫婦がその期間内に如何なる異議も提起しなかったならば、既存の推定された親子関係を法律上の親子関係として受け容れるか又は自身の親生否認権を行使しないという黙示的意思を形成したものとみることができる。このような場合には、法律上の親子関係を血縁関係に合わせるようにする親生推定を否認することができる夫婦の利益を制限すべき必要がある（憲法裁判所2015年3月26日宣告2012ホンバ（헌마）357全員裁判部決定等参照）。したがって、もはやこれ以上、夫婦が子との間の血縁関係の不存在のみを理由に、なおも血縁関係に関する間接証明の方法である「同居の欠如」という外観又は形式を証明する方法で親子関係不存在確認の訴えによって親子関係を否定することはできないとみななければならない。

(3) 他方、憲法第10条、第17条、第36条第1項によって、すべての国民は、幸福追求権及び家族関係の形成に関する自律的決定権を有しており、このような権利は、他者の基本権や公共の利益を侵害しない限り、最大限尊重されなければならないことは、既に上記で検討した。また、我が国の社会で、法律上の親子関係ないし家族関係が一般的に血縁関係に基づいているとしても、法律上の親子関係ないし家族関係が血縁関係のみをもって構成されたり、血縁関係と必ずしも一致したりするものではない。我が国の民法上、養子制度は親子制度と区別されているが、いち早く家や養親のための養子制度から子どものための養子制度に変化し、養父母と血縁関係のない養子も入養した時から養父母の親生子と同じ地位を有する（民法第882条の2第1項）。2005年民法改正によって導入された親養子制度による親養子は、夫婦の婚姻中の出生子とみなし（民法第908条の3第1項）、家族関係登録簿にも養父母

の親生子として表示され、養父母の姓と本に従う。親生推定の規定の適用を受ける親子関係は、親生否認の訴えによってのみ解消されうるから、これは、必然的に血縁関係のない法律上の親子関係の形成と維持を想定している。前述したように、補助生殖技術を利用して第三者の精子の提供を受け、子を出産する場合にも生物学的血縁関係とは異なる社会的親子関係が形成される。このように法律上の親子関係ないし家族関係は、依然として生物学的血縁関係から出発しているということができ、生物学的血縁関係と無関係な社会的親子関係ないし家族関係もすでに我々の社会の伝統の中に存在し、今日の社会制度の中でより多様な方式で受容・認定されている。

さらに、今日、国民の高揚した権利意識及び両性平等の観念とともに、家族の形態も非常に多様となった社会現実を考慮するとき、子に対する身分法的規律は、何よりも子の福利向上にその目的をおかなければならず、親子関係の当事者の自律的決定を可能とする限り、尊重されなければならないという憲法的な要請にも耳を傾けねばならない(大法院2019年1月31日付2018ス(스) 566決定、憲法裁判所2005年2月3日宣告2001ホンガ(헌가) 9、10、11、12、13、14、15、2004ホンガ(헌가) 5全員裁判部決定、上記憲法裁判所2012ホンバ(헌바) 357全員裁判部決定等参照)。このような親子法の理念と子の身分関係の早期確定及び法的安定という親生推定及び親生否認の規定の趣旨に鑑みれば、親生推定の例外の認定の必要性は、子の福利の観点から検討されなければならない。前述したように、親子関係は、血縁自体のみならず、父母、子としての社会生活上の実質にも重要な価値があることから、法律上の親子間に社会生活上の親子関係が形成され、成熟したのであれば、その社会生活上の親子関係に対する信頼を当事者の一方又は第三者がむやみに覆滅することができないように制限すべき必要を否定することはできない(上記憲法裁判所2012ホンバ(헌바) 357全員裁判部決定参照)。一方、それとは異なり、夫と子の間に血縁関係がないことが科学的に証明されたことから、さらに進んで、それらの者の間に社会的親子関係が全く形成されてなかったか、又はその社会的親子関係がもとに戻ることができないほどに破綻し、親生推定制度によって保護しようとする利益が存在しない場合もある。そのうえ、民法は、親生推定の規定によって形成される法律上の親子関係の直接的な当事者である子や生父の親生否認権を認める規定を置いていない。母の親生否認権が認められているが、子の利害関係と必ずしも一致するとみるこ

ともできない。母と法律上の父が、子を養育しないということはもちろん、子に対する無関心から親生否認の訴えを提起しないであるか、又は提訴期間を徒過してしまったが、生父が、子を養育する等、実質的に親子関係を形成してきたか、又はそのような関係を形成しうる蓋然性が高いときには、他の特別な事情のない限り、真実の血縁関係を追求しようとする利害当事者の人格権、幸福追求権を制限すべき正当な理由を見いだし難い。このような場合には、親生推定の規定の適用を制限することが、親生推定の制度が保障しようとする子の福利により適合する結果となりうる。したがって、「妻が夫の子を妊娠することができない外観上明白な事情」があるかどうかのみを基準に親生推定の例外を認めてきた従来の制限説は、そのまま維持されることが難しくなるとみななければならない。そして、前述の憲法的要請を考慮すれば、夫と子の間に血縁関係がないことが科学的に証明され、それらの者の間に社会的親子関係が形成されていなかったか、又は破綻していた場合には、親生推定の例外として親生推定の訴えによらなくとも、その親子関係を否定することができるというべきものであるが、血縁関係がないことが科学的に証明されたとしても、社会的親子関係が形成されている場合には、むやみに親生推定の例外の法理によって親子関係を否定することができないとみるのが妥当である。このとき、社会的親子関係とは、父と子の間に、父子としての情緒的紐帯が形成されており、父が父としての役割を遂行する意思を有し、子を保護、教養する等、生活の実態が形成されている状態を意味するとみることができ。そして、これを判断するときには、夫婦の婚姻継続の有無、過去に家族共同体とみることができる生活関係が形成されていたかどうかやその期間、父子間の情緒的紐帯関係の形成の有無、親子関係の破綻原因とそれに関する当事者の責任の有無、子の年齢、社会的親子関係の回復可能性、親子関係の破綻を認めることが子の人格形成と情緒に及ぼす影響等、家族関係を巡る様々な事情を余すことなく考慮しなければならない。

(4) 多数意見が説示しているように、原審判決理由と記録によってうかがい

八五  
知ることができる事実関係を上述の法理に照らして検討する。本件では、Xは、Y2の出生後、長期間、自身が上記Yと生物学的血縁関係がないことを知りつつも、親子関係を維持してきた。Y2は、Xと血縁関係がないという事情を知ってもなお、Xと親子関係を維持しようとする意思を有しており、

現在まで自分の生父が誰であるか知らない。Y2は、この間、Xが自分と血縁関係がないことを知らないまま生きてきたが、Xと訴外Aが離婚する過程で、XがY2は親生子(친자)ではないと言ったことを聞き、これを知るとに思ったが、その後も依然として、Xを自分の父として考え、Xが自分の父として残ってくれることを望み、本件請求を争っている。

このような事情からすれば、XとY2の間に社会的親子関係が消滅したとみることは難しく、親生推定の規定を通じて保護されるべき子の利益が存在しないとみることはできない。したがって、Y2は、依然として、民法第844条第1項によってXの親生子として推定され、Xが親生推定を受けるY2に対して親生子関係存在確認の訴えによってその親生子関係の不存在確認を求めることは許されない。

原審の判断に適切でない部分はあるが、Xの控訴を排斥し、この部分のXの訴えを却下した第1審判決を維持した原審の結論は正当である。原審の判断に上告理由の主張のように、関連法理を誤解するか、又は論理と経験の法則に反して自由心証主義の限界を超える等によって判決に影響を及ぼした誤りはない。

#### ダ. 結論

以上のように、本件の結論に関しては、多数意見と見解を同じくするが、その理由は異なるから、個別意見としてこれを明らかにしておく。

## VI. 大法官閔裕淑の

### 個別意見(Y1部分)と反対意見(Y2部分)

#### ガ. 議論の前提

Y1及びY2の部分は、相当部分の争点を共有する。Yらは、Xと訴外Aの間の法律婚関係が維持され、夫婦として同居する期間中に出生したが、遺伝子検査の結果、Xと血縁関係が存在しない事実が明らかとなった。ただし、Y1は、Xの同意の下に、第三者の精子の提供を受けて人工授精施術によって出生し、Y2は、訴外Aの婚外関係で出生した。Xは、Yらに対して親子関係不存在確認を求める本件訴えを提起し、血縁関係の不存在、Xの無精

子症等の事情を挙げて、民法上の親生推定の効力が及ばないと主張した。

原審は、Y2の部分において、遺伝子型の背馳があれば、親生推定の効力は及ばないと判断したが、Y1の部分においては、第三者の精子の提供の人工授精につき遺伝子型の背馳があることが明白であるにもかかわらず、夫が同意すれば、その者の親生子として推定されると判断することによって、多少相反する態度を見せた。

したがって、上告審としては、親生推定の効力が及ぶ範囲及びその例外的許容の可否と許容時の範囲の設定に関して、明白な判断をしなければならない状況である。

多数意見は、Y2の部分に対する判断につき、子と父の間に血縁関係がないという点が明らかになったとしても親生子として推定されるものであり、多数意見の全体を、その根拠を説明することに割き、民法上の親生推定の規定が厳格に定められており、子の父子関係は、民法の規定に従い、一律的に定められるもので、個別的・具体的な審査を通じて定められるものではないという点等を挙げている。続けて、多数意見は、Y2がXと訴外Aの婚姻中に出生したことから、遺伝子型背馳の事実が明らかになったとしても、親生推定の効力が及ぶとみなし、したがって、これと異なるように判断した原審は不適切であるとみなした。

すなわち、多数意見は、血縁関係が存在しない場合にも親生推定の例外を許容しないという点を明らかにした上で、その他の親生推定の例外に該当するかどうかをさらに進んで検討することなく、直ちに親生推定の効力が及ぶという立場である。

ところが、大法院の判例は、いわゆる外観説を採用し、一定の場合には、親生推定の例外を許容してきた。そして、原審は、Y2については「親生推定の効力が及ばない」と判断したために、多数意見が「血縁関係の不存在は、親生推定の例外に該当しない」と判断したならば、次の段階で、大法院の判例又は解釈上、親生推定の例外が認められる場合があるかどうか、そして、本件がその範囲に属するかどうかを判断してはじめて、Y2について親生推定が及ぶかどうかの結論を下すことができよう。

上記のような判断の論理的段階を考慮するとき、多数意見は、血縁関係の不存在は、親生推定の例外に該当しないという明示的判断と合わせて、その他に、解釈上、親生推定の例外事由を全く許さない立場として理解される。

これは、既存の大法院の判例の立場に反するのみならず、むしろ本意見は、大法院の判例を拡大解釈しなければならないという趣旨であるから、多数意見に反対する。

一方、多数意見に対する補充意見は、「多数意見が既存の大法院の判例に言及しないことによって、解釈上、親生推定の例外事由の認定の可否について判断しなかったもの」であるとする。しかし、これを受け容れることは難しく、多数意見があえて「親生推定の例外に関する大法院の判例の解釈適用」に関する見解を明らかにしない趣旨であれば、今後、この争点が問題となる事件においては以下のように解釈しなければならないという意味で見解を明らかにしようと思う。

以下では、議論の便宜上、親生推定の一般法理が適用される Y2 の部分を先に判断し、その上で、人工授精の独特の法理が問題となる Y1 の部分を判断することにする。

## ナ. Y2 の部分に対する反対意見

### (1) 反対意見の要旨

原審は、Y2 に民法第844条第1項の親生推定は及ばないが、X と上記 Y との間に入養の実質的要件がすべて充たされ、養親子関係が有効に成立したと判断した。多数意見と大法官權純一、大法官盧貞姬、大法官金尙煥の個別意見(以下、「個別意見1」という。)は、ともに入養の効力に関する判断に進むことなしに、Y2 に対しては親生推定が及ぶとみている。

しかし、Y2 に対しては、親生推定が及ばないとみなしなければならず、入養の効力が認められるかに関する原審判断については、入養の効力と黙示的追認に関する法理を誤解し、必要な審理を尽くさなかった誤りがある。

まず、多数意見は、民法上、親生推定の規定を厳格に適用し、民法に規定された親生否認の訴えを除けば、如何なる場合にも例外を許容しないという前提の下に、従来の大法院の判例が、一定の場合に親生推定の例外を許容してきた領域までも否定している。

多数意見によれば、法理的に優れている解釈が可能かもしれないが、「親子関係が存在しないにもかかわらず、家族関係登録簿に誤って登録され、これを正そうとする」多くの裁判において妥当な結論を導くことができない。

親生否認の要件を緩和する二度の改善立法と合わせて、従来の大法院の判例がいわゆる「外観説」の要件の下に、親生推定の例外を認めた趣旨がここにある。

個別意見1が、親生推定の例外を許容するか否かに関する多数意見の問題点を指摘し、解釈上、一定の範囲内で親生推定の例外が許容されなければならないとした結論には意見を同じくする。しかし、個別意見1が、大法院が従来採用していなかったいわゆる「社会的親子関係説」を提示する点と、Y2に対して親生推定が及ぶとした点については、見解を異にする。

## (2) 親生推定の可否

(ガ) 多数意見は、血縁関係が存在しないことが明らかになったとしても、依然として、親生推定が及ぶというのである。しかし、血縁関係の不存在は、親生推定の例外を許容することにつき、基本的な要素である。むしろ、この部分の争点は、この間、大法院の判例が形成してきた「親生推定が及ばない例外」の認定、すなわち、民法が規定する親生否認の訴えの硬直性を打破し、一定の要件の下で親生推定が及ばない場合を認めることによって、真実の血縁関係に従い、親子関係を形成することができるようにする法理を維持し得るか否か及びその範囲にある。

### (ナ) 大法院の判例と実務における適用

確立した大法院の判例は、夫婦のうち的一方が長期間にわたり、海外に行っていたり、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「同居の欠如」によって、妻が夫の子を妊娠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、親生推定が及ばないと判示している（大法院1983年7月12日宣告82ム（ロ）59全員合議体判決、大法院2000年8月22日宣告2000ム（ロ）292判決等参照）。

大法院の判例によれば、子が婚姻中に出生することによって民法上の親生推定が適用されなければならない事案においても、妻が子を妊娠することができる期間内に「同居の欠如」によって夫の子を妊娠することができないことが外観上明白であるという事情を挙げ、血縁関係の不存在を証明すれば、例外的に親生推定から脱し、親生子関係不存在確認の裁判を通じて家族関係登録簿上の身分関係を真実に合わせるように訂正することができる。大法院

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

の判例が親生推定の例外を許容する理由は、言うまでもなく、我が国の社会の現実において、真実の血縁関係のない者が、家族関係登録簿上の親子関係として登録されている経緯と理由が多様であり、事後的にこれを事実に合わせて登録事項を正すべき必要性があり、これを巡る利害関係もやはり多種多岐であるが、民法上の親生推定の規定の硬直性と厳格な親生否認の訴えの提訴要件によってはこれを解決することができないためである。

親生推定の規定は、親生否認の訴えの規定と結合し、親生推定を受ける子に対しては、親生否認の訴えで定める原告適格を有する者が、提訴期間内に訴えを提起しない場合に、子の身分関係を争うことができないように封鎖しているところ、それによって既に婚姻と家族共同生活の実質が消滅し、当事者も親生子関係の法律的な規律から脱しようとし、親生推定の規定を通じて保護しようとしていた法的利益がほとんどない場合までも、厳格な親生否認の訴えによってのみこれを覆すようにすることで不合理な結果をもたらすからである。

従来、大法院の判決は、妻が夫の子を妊娠することができないことが外観上明白なすべての場合ではなく、「同居の欠如」によって外観上明白な事情あるかどうかを判断し、これに従い、親生推定の例外の認定範囲を定めてきた。

これに従い、「外観説」という基準の解釈・適用を通じて、具体的な事件で私生活と家庭の平和の保護、子の安定した地位の保障という立法目的と法律的な親子関係を真実に合致させようとする当事者の基本権の間の調和を図ろうとしたのである。

しかし、「同居の欠如」のみを親生推定の例外の認定の判断基準とするのは、次のような問題点があることから、従来の大法院の判例がこれに関する判断基準としている「外観上明白な事情」の意味を現在の状況に照らして拡大解釈する必要がある。

### (3) 親生推定の例外

#### (ガ) 社会変化の反映

同居の欠如のみを「妻が夫の子を妊娠することができない外観上明白な事由」として限定すれば、裁判を巡る諸般の環境の変化を具体的な事件に反映することができなくなる。

親生推定と親生否認の訴えの規定は、制定民法の時から存在し、親生推定

の例外を認めた最初の大法院の判例は、1983年に宣告された。当時は、夫婦が、婚姻後に一つの場所で同居することが一般的な姿であったことから、夫婦間の内密な領域である私生活の秘密と自由を侵害せず、血縁関係の不存在を明白に証明する手段として「同居の欠如」が直ちに妻が夫の子を妊娠することができない外観上明白な事情となっていた。

ところが、現在では、離婚率の上昇、男女関係に向けられた社会全般的な認識の変化と合わせて、離婚に対する厳格な規律（離婚時の財産分割制度の新設、離婚後の非養育者の養育費負担義務の強化）によって婚姻関係破綻から離婚に至るまでの期間が長期化する等、親生推定の規定の導入当時とは様々な状況が変化した。女性の社会参与率の増加、交通手段の発展によって夫婦がそれぞれ別の地域や国家に居住し、仕事を持つ婚姻形態も増加している。遺伝因子検査の技術の発達によって、私生活侵害の争いなしに、低い費用と驚くべき精度で科学的な親子鑑定が可能となった。このような状況で「同居の欠如」のみを正常な婚姻生活の維持の可否や夫の子を妊娠することができる可能性があるかどうか等を判断する指標とすることは、現在の婚姻生活の姿やこれに基づいて発生する紛争状況に合わない。このように現在の変化した状況下では、従来の大法院が挙げた「同居の欠如」は、親生推定の例外を認める合理的な判断基準として機能し難くなった。

法院は、親生推定の原則を認めつつも、親生推定の規定が持つ限界と不適用を避けるために、親生推定の規定に関する法律解釈を通じて、誰がどの時期までにどのような事由によって親生推定の規定が及ばない例外を主張することができるか、如何なる判断基準によってこのような主張を受け入れるかを決定することによって、当事者に親生推定が及ぶ状況から脱することができるように許容するかを決定しなければならない。これは、親生推定の規定の存在意味を否定するものではなく、親生推定の規定を設けた時から予定されていた状況、すなわち、これを画一的に適用するときに発生しうる不当な結果から脱することができる許容範囲を法律の解釈を通じて定めるものである。

七  
九

#### (十) 民法改正と限界

親生推定の規定を巡る民法改正は、親生否認の要件を緩和する方向でなされてきた。

制定民法は、親生否認の訴えの提訴期間を「子の出生を知った日から1年」の短期間に定め、提訴権者を夫に限定していたが、自由な意思に従い、親子関係を否定しようとする夫の基本権を侵害するという理由で、憲法裁判所1997年3月27日宣告95ホンガ(헌가)14、96ホンガ(헌가)7憲法不合致決定を受けた。改善立法として、2005年3月31日法律第7427号によって改正された民法第847条第1項は、親生否認の訴えの提訴期間を「親生否認の事由があることを知った日から2年」と定め、提訴権者に妻を追加した。注目すべき点は、上記改善立法は、当時の憲法裁判所が提示した改正勧告意見よりも要件を緩和し、提訴期間をより長く認めたのみならず、子の出生後の一定の期間内に提訴期間を限定する規定を置かなかったという点である。

その後も、憲法裁判所は、制定民法第844条第2項のうち、婚姻終了後300日以内に出生した子を前夫の親生子として推定する部分に関して、母の基本権を侵害するという理由で、憲法裁判所2015年4月30日宣告2013ホンマ(헌마)623憲法不合致決定をした。これに伴う改善立法として、2017年10月31日法律第14965号によって改正された民法は、親生推定の原則を維持し、親生否認の許可請求制度及び認知の許可請求制度を新設して、婚姻関係が終了した日から300日以内に出生した子に対して親生否認の訴えよりも簡易な方法で親生推定を排除することができるようにした。

とりわけ、民法第854条の2、民法第855条の2は、婚姻関係の終了後、300日以内に出生した子に対して、原則的に親生推定が及ぶことを前提とするが、母又は母の前夫が提起した親生否認の許可請求や生父が提起した認知許可請求を通じて、家庭法院が、血液採取による血液型検査、遺伝因子検査等、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、許可を決定すれば、親生推定が及ばないようにすると定めている。たとえ、特定期間に限定されているとしても、諸般の事情を参照した法院の裁判を通じて親生推定が及ばない範囲を合理的に設定することができる法理を反映したものと評価することができる。

二度の改善立法は、社会変化に対応し、親生推定の例外を許容すべき必要性が徐々に高まっていることを反映している。改善立法によって解決されていない領域においては、従来の大法院判例を拡大運用すべき必要性が提起される。

改善立法によって救済の幅が広がったが、家族制度を巡る紛争の現実と変

化した制度に照らして、「親生否認の事由があることを知った日から2年」という提訴期間は、なお提訴権者に十分な期間となっていない場合がある。

現実の家族関係において、親生否認の訴えを提起しようとする当事者は、婚姻の終了を覚悟するほかない。したがって、親生否認の訴えは、離婚訴訟又は協議離婚の手続きを前提として提起されることになる。子が自分と血縁関係がないという事実を知った夫が、離婚を決心し、協議離婚と裁判上の離婚の間で手続きを選択し、親生否認の訴えの提起に至るまで、2年では十分ではない場合が発生しうが、その理由は、離婚手続きにおける家庭法院の後見的役割が強化されたためである。

協議離婚の場合、2007年12月21日に離婚熟慮期間制度が導入され（民法第836条の2）、養育すべき子がいる場合には、離婚意思の確認を受けることができる時間を3ヶ月以上要する。協議離婚であれ、裁判離婚であれ、民法第843条、第837条に従い、未成年者の養育者と養育費用等の養育に関する事項を定めなければならない。

さらに、離婚手続きが開始されたとしても、夫婦が再び家庭を維持しようとする場合もある。2年の提訴期間を画一的に適用すれば、提訴権者に対して、家庭を維持する努力をさせる代わりに、短期間内に親生否認の訴えを提起し、親子関係と合わせて、家族関係まで消滅させるか、又は親生否認権を放棄することで、永遠に親生否認をすることができる機会を喪失することになるか、二者択一の状況に置くことになる。このような結果は、民法が親生推定の規定と親生否認の訴えの規定を置き、子の身分関係について法的に規律することによって、婚姻と家族制度を保障しようとした趣旨に逆行し、望ましくない。

離婚手続きを改善し、無分別な離婚と家族解体を予防しようと努力するように、これに比例して、親生推定の例外を許容すべき必要も高まる。

直接的な利害当事者である子と生父は、今もなお、原告適格を否定されている（多数意見に対する補充意見は、子は親生否認の事由があっても、親子関係不存在確認の訴えを提起することができるという趣旨を主張するが、確立した大法院の判例が、親生推定が及ぶ限り「おそらく」親生子関係を否定することができず、親生子関係不存在確認の訴えは許容されないとした判示したことに正面から反する主張である。）。親生推定の規定が外形上適用される多数の下級審裁判の事案において、子や生父によって提起される親生子

関係不存在確認請求を認容した判決が不服なしにそのまま確定している事例を難なく発見することができる。家族関係から発生する法律問題に関する法律相談と訴訟救助の事業を営んでいる韓国家庭法律相談所は、本件における意見書(民事訴訟規則第134条の2)を提出し、親生推定の規定が社会変化に比して過度に厳格であり、相談現場において出生申告をすることができず、困難を強いられている者に多く接しており、このために、親生推定の例外認定の範囲を拡大し、真実の血縁に基づいた親子関係を形成することができるようにし、子の福利を優先視する考慮が必要であるという意見を明らかにしている。このような点は、具体的な事案によってはむしろ、親生推定を適用することが親生推定の規定を置こうとした本来の立法目的に反する結果となり得ることを示している。

#### (ダ) 小括

一定の要件の下で親生推定の例外を認める従来の大法院の判例は、維持されなければならず、むしろ拡大解釈すべき必要がある。従来の大法院の判例が親生推定の例外の認定範囲と関連して判断基準とする「妻が夫の子を妊娠することができない外観上明白な事情」は、「同居の欠如」のみならず、上述の親生推定の規定を巡る諸般の環境の変化と改正された民法の趣旨を参酌し、「妻が夫の子を妊娠することができなかったことが外観上明白である」とみることができる他の事情」も含むものと解釈されなければならない。どのような場合が「妻が夫の子を妊娠することができなかったことが外観上明白な事情」に該当するかは、一律的にいうことができない。個別事件を審理する家庭法院が、様々な事情を考慮して具体的妥当性を図ることができるように、合理的に判断すべきものである。その過程で、血液型検査、遺伝因子検査等の科学的方法による検査結果のみならず、別居の有無とその期間、夫婦のうちの一方が別の居住地を有していたり、外国等の遠い場所への往来が頻繁であったりしたかどうか等、諸般の事情を総合的に考慮することができる。さらに進んで、その夫婦の婚姻関係が終了又は破綻し、子を巡る従来の共同生活を維持することができないほどになっているかどうかとその経緯、関連者の態度と意思、親生子関係の不存在を主張する者が、父母、子のように、その親生子関係の直接の利害当事者であるかどうか、子の生父が請求する場合にはその者に認知及び養育の意思があるかどうか、第三者が請求する場合

には真実の身分関係の確定という本来の目的を超えた財産的利害関係のように、他の意図がうかがえるどうか等、様々な諸事情をも審理し評価して、「外觀上明白な事情」を判断することができる。

(ラ) 原審判断の当否

原審が「妻が妊娠して出産した子が、夫と遺伝子型の背馳があれば、親子推定が及ばない」と判断した部分は、適切ではない。しかし、原審判断は、全体的に血縁関係の不存在のみによって親生推定の例外を認めたものではなく、審理過程で明らかとなった婚姻関係の実質、Y2の4歳上の姉であるY1を人工授精によって得た経緯、Xが、Y2が自分の親生子ではないことを知るに至り、さらにYらの生母(친모)である訴外Aと離婚に至った経緯を総合的に考慮して、親生推定が及ばないと判断した趣旨と思われる。したがって、原審が、Y2に対して親生推定を否定した判断は正当である。

(4) 出生申告による入養の効力

(ガ) 原審は、XとY2の間に入養の実質的要件がすべて充たされており、養親子関係が成立したと判断した。

(ナ) 虚偽の親生子出生申告をしたとしても、入養の実質的要件が充たされている場合、入養の効力を付与する法理は、大法院1977年7月26日宣告77ダ(다) 492全員合議体判決で判示され、維持されてきた。

上記の判例は、理論的根拠が不足している、あるいは入養申告制度に合わないという批判にもかかわらず、現在まで強固に維持されてきた。入養を否定的にみていた学説と養子が養父の姓に従うことが不可能な法律的制約の下では、血縁関係がない子を親生子であるかのように養育しようとする者のために入養制度に代わってきたためである。これは、未成年者の福利に適する結果をもたらすのみならず、第三者が入養の効力を争うことができなくすることで、身分関係の安定に重要な役割を果たした。このように従来の大法院の判例が、とりわけ、未成年者に対して養育と扶養等、親子関係の性質を保護して子の身分関係の安定を図ることによって、子の福利を保障しようとした点は、現在においてもその価値を認めることができる。

(ダ)しかし、大法院の判例の価値を尊重したとしても、入養制度と法的規律が変化すれば、これに従うほかない。2005年3月31日民法改正によって、親養子制度が導入され、養子を自身の親生子のように養育しようとする養父母の意思を反映し、厳格な要件と手続きを経るようになった。さらに進んで、2012年2月10日法律第11300号によって改正された民法では、未成年者入養の要件として家庭法院の許可を得なければならないと定め、家庭法院の許可がない未成年者入養を無効事由として定めた(第867条、第883条第2号)。従来の判例も、当事者間に「入養無効事由がないこと」を要件としていることから、改正民法が適用される事案では、入養する意思で虚偽の出生申告をしたとしても、家庭法院の許可を得ていない以上、入養の成立要件を充たさず、入養無効事由がある場合に該当する。したがって、改正民法が適用される場合、未成年者については、出生申告に入養の効力を与える従来の大法院判決は、もはやこれ以上維持され難いものである。ただし、改正民法規定は、2013年7月1日から施行されたが、従前に形成された身分関係の安定のために、改正民法施行後も、従前の規定に従って生じた効力には影響を及ぼさないように定めたことから(上記改正民法付則第2条)、具体的な事案においては、改正民法施行前に入養の実質的要件がすべて充たされていたならば、上記の法理が適用されないのである。

(ラ)改正民法が適用されない場合であるとしても、上記のように、入養制度と法的規律が変化してきたという点は、従来の大法院判決の趣旨を具体的な事件に適用するときに考慮しなければならない要素となる。

入養がなされる場合には、養父、養母、養子がそれぞれ入養意思を表示しなければならない。大法院の判例は、養子に代わって入養承諾をすべき法定代理人の代諾がなかった場合も、養子が入養能力を備えた後に、黙示的に追認したとみることができる場合には、遡及的に入養の効力を認めることで、要件を緩和してきた(大法院1990年3月9日宣告89ム(ㄷ)389判決等参照)。一方、配偶者の一方が、婚姻外の関係で産んだ子に対して出生申告による入養の効力が問題となる場合、血縁関係のある配偶者の一方の代諾は問題とならず、生父は代諾権者から除外されるから(大法院2011年4月25日付2011ス(ㄸ)62決定、大法院2012年5月24日宣告2011ム(ㄷ)3389判決等参照)、結局、血縁関係がない「もう一方の配偶者の入養意思」が入養の合意を決定す

る唯一の要素となる。このような場合、その配偶者本人が入養意思を否認し、親子関係不存在を主張する事件において、入養意思の認定、とりわけ、追認による黙示の入養意思を認めようとするならば、細心の注意を払い、審理した後に判断する必要がある。

財産法領域でも黙示的追認を認めるためには、本人がその行為によって置かれることになる法的地位を十分に理解し、真意に基づいて行為の結果が自己に帰属するということを承認したものとしてみるに足りる事情がなければならず（大法院2014年3月27日宣告2012ダ（ㄇ）106607判決参照）、無効の事実を知りながら長期間異議を提起せず、放置したことのみをもっては黙示的追認を認めるには不十分である（大法院2007年1月11日宣告2006ダ（ㄇ）50055判決参照）。上記法理をあえて援用しなかったとしても、単純に入養無効の事実を知りながら「異議を唱えなかったという事情」のみを挙げて、黙示的追認を認めることには慎重を期す必要がある。

#### （マ）原審判断の当否

原審は、Xはどんなに遅くとも、Y2が小学校5年生頃であった2008年頃には、病院の検査を通じてY2が自分の親生子ではないという事実を既に知っていたものと思われるが、本件の訴えを提起する頃まで相当に長期間、Y2が親生子として出生申告された事実に関して如何なる問題にもしないまま、Y2と同居し、父としてY2を保護・教養し、養親子の生活関係を継続してきた点等を挙げて、少なくとも協議離婚意思確認申請前までには、入養の要件をすべて充たし、養親子関係が有効に成立していたと判断した。

原審の事実認定と判断によれば、協議離婚意思確認申請は、改正民法施行以前になされたことから、改正民法は適用されないと思われる。

しかし、原審の判断は次のような理由で肯定し難い。

原審が認定した事実関係によれば、Xは、2008年に至り、Y2が自分の親生子ではないという事実を明確に知るに至ったというのであるから、Y2に対する出生申告当時からこの時期までXに入養意思があったとはみることは難しい。原審は、Xが本件訴えを提起した頃である2013年まで、Xが、Y2が親生子として出生申告された事実に関して異議を唱えなかったり、Y2と同居したりした事情のみを認めたに過ぎないから、無効な入養を黙示的に追認したと簡単に断定すべきものではない。

さらに、記録によれば、Xは、上記の期間、妻に対して、Y2の生父が誰であるかを継続して追求し、本件の訴えを提起する時まで葛藤が持続されてきたものと思われる。Xは、2013年6月28日に協議離婚意思確認を申請し、上記申請が取り下げられた後、2013年10月8日に離婚を求める調停申請をし、2015年10月30日に離婚をする内容の調停が成立したが、その過程でY2が婚外関係の子であるという事実が妻の実家を含めた周囲に知れ渡り、子であるYらも知るに至り、夫婦間はもちろん、子との葛藤も激化する等、正常な家族関係を維持することができなくなったと主張している。

したがって、Xの主張は、Y2の出生申告時、自分の親生子ではないという点に対する確信がない状態で、親生子と考えて出生申告をした後、2008年頃に親生子ではないことを明確に知るに至ったが、Y2との間の関係を含めて、配偶者、そして他の子にまで影響を及ぼす婚姻関係の終了を選択するか、でなければ、婚姻関係をそのまま維持するかを選択しなければならない状況で5年余の期間を過ごしたという趣旨とみることができる。原審としては、Xが異議を唱えなかったという事情に加え、当時の状況とXの態度等、諸般の事情を細心に審理し、入養意思と追認の可否に関して判断しなければならなかった。原審判断に入養の効力と黙示的追認に関する法理を誤解し、必要な審理を尽くさなかった誤りがあるという上告理由の主張は正当である。

## ダ. Y1部分の個別意見

### (1) 個別意見の要旨

XがY1との親子関係を否定することができないという結論は、多数意見及び個別意見1と見解を同じくするが、その理由を異にする。まず、人工授精によって出生した子の親子関係に関する立法がない以上、民法上の親生推定の規定を適用する点については、多数意見と見解を同じくする。しかし、この法理が適用される範囲、親生否認の許容の可否及び要件等に関しては、多数意見と見解を異にする。次に、個別意見1は、親子関係を認める根拠を民法に求めないという点で全く異なる見解であると言うべきである。

### (2) 親生推定の規定の適用

(ガ) 我が国には、人工授精と親子関係を規律する立法がない。これに関す

る立法を有している国は、概して、母の夫が人工授精に同意した場合、これを根拠に夫と人工授精の子の親子関係成立を認めているが、親生否認請求の許容の可否、同意の要件や方式につき差があり、一律の基準を求めることは難しい。

(ナ) 立法が整っていない状態で、性的交渉によって妊娠した子を出産した場合を前提に整えられた親生推定の規定をそのまま適用することには難しい面がある。

しかし、出生時の法的保護の空白をなくそうとする立法趣旨は、人工授精の場合にも妥当し、父子関係を確定するための親生推定の制度は、夫と精子提供者が異なる本件と類似した構造を有する点、さらに精子提供者が匿名である場合には、精子提供者を特定し難いのみならず、認知手続きも期待することができないという点等を考慮するとき、「第三者の精子提供型人工授精」においては、夫と出生した子との間に民法第844条の親生推定の規定を適用するのが相当である。

一方、「第三者の精子提供の人工授精」は、妊娠以前に、既に夫婦間に出生する子が夫と生物学的血縁関係が存在しないということを当然の前提とする。夫の同意の下に進められた人工授精においては、夫婦にあらかじめ知られ了解されていた事情であり、「夫の同意」と「人工授精又は受精卵の移植」という補助行為が性的交渉を代替することになる。したがって、この場合、親生推定の例外として外観説を適用すべき必要性や当為性を求めることは難しい。

(ダ) しかし、この法理は、妻が婚姻中に「夫の同意」を得て、「第三者の提供精子」によって人工授精をし、子を出産した場合にのみ適用される。この点では、多数意見と見解を異にする。

多数意見は、冒頭では、「第三者精子提供型の人工授精」の場合のみを対象とするとしたにもかかわらず、実際の論証部分においては、これと異なり「婚姻中に出生した人工授精の子に対して親生推定が適用される」と結論づけることで、すべての人工授精の場合に一律的に民法上の親生推定の規定が適用されるとする。

多数意見は、「妊娠に至った具体的経緯に従い、子の法的地位が変わるも

のではない。人工授精の子に対して、性的交渉によって出生した子ではないという理由で、親生推定の規定の適用を排除すべき合理的な理由もない」とする。「妊娠の経緯が性的交渉によるものであるか、人工授精によるものであるか」は、親子関係の認定と完全に無関係な要素である。妻が医学的な事由や他の事情によって、婚姻中に「夫の精子」の提供を受けて人工授精によって子を出産した場合は、民法上の親生推定の規定が適用されることに疑問がなく、このような場合は、「第三者精子提供の人工授精」とは全く異なるものである。本件では、親生推定の可否が問題となる理由はやはり、「Y1が性的交渉によって出生した子ではない」という点ではなく、「Y1は、Xと血縁関係が存在しない」という点にある。

多数意見は、「生物学的血縁関係のみを親子関係成立の根拠とすることは不当である」とする。しかし、親子関係の核心は、生物学的血縁関係であることを否定することができるかは疑わしい。血縁関係が存在することが明白な場合と血縁関係が存在しないことが明白な場合とは、その規律を同じくすることができない。

次に、この議論は、「妻」側に補助生殖の方法が適用された場合にまで許容されるものではない。一般的に、母子関係は、出産によって親子関係が成立する自然的親子関係として解釈されているが、医学の発達によって「卵子提供の女性」、「体外受精卵を自身の子宮に着床し、実際に子を出産した女性」、「父母となる意思で代理母を通じた出産を依頼した女性」のうち、すべて又は一部が異なる場合、民法第844条第1項が規定する「妻が婚姻中に出生した子」につき「妻」と「夫の子として推定する」の「夫」の範囲は、別の法理として解釈、確定されるべきである。

### (3) 人工授精の子に対する親生否認の許容の可否

(ガ) 人工授精の子の親子関係の成立に関して、親生推定の適用を肯定する以上、親生否認の訴えの規定もやはり適用されるほかなく、これに従い、親生否認の訴えを提起することができる。

しかし、夫が人工授精に同意した場合には、民法第852条を類推適用し、親子関係を否定することができないと解釈される。夫の同意は、人工授精施術という医療行為に対するものであるが、同意によって人工授精が行われる結果、子を妊娠、出産して養育することに必然的に繋がっていることから、

別に特別な事情が明らかにならない以上、同意は、将来出生する子の親子関係を認める趣旨としてみることができるからである。

(ナ)ところが、多数意見は、さらに進んで、「他の証明がない限り、同意があったものとみななければならない」としているところ、同意の認定要件に関する部分において多数意見と見解を異にする。

同意が重要な法的意味を有する以上、同意をしたかどうかは、証拠によって認められなければならないことは当然であり、同意の事実が認められない場合はもちろん、同意の有無が不明であり、結果的に同意の事実を認定し難い場合にまで、同意を推定ないし擬制することはできない。また、夫が人工授精による出生事実を知ることができなかつた以上、自分の出生子として考え、出生申告をし、養育してきたとしても、これを挙げて、同意をしたものとみることもできない。同意なしに又は配偶者の意思に反して作出された同意書に基づいて、人工授精が進められた蓋然性が存在する以上、同意の認定要件は、強化されなければならないものであり、緩和されるべきものではない。

(4) 個別意見1は、婚姻中の夫と妻が人工授精の子の出生に関して意思が合致しており、第三者の精子の提供を受ける人工授精施術に同意することで、子が出生したならば、その子は、夫婦の親生子としてみななければならないというのである。また、個別意見1は、夫と妻の合致した意思及び施術に対する同意は、事後的に覆すことができないとすることで、このような場合の親生否認の訴えを排除している。個別意見1が提示する法理は、「夫婦の合致した意思」と「人工授精施術による出産行為」がある場合には、事後的に覆すことが不可能である程度に確固たる親生子関係を解釈によって創設する。

民法は、父母になろうとする「意思」のみを根拠に、親生子関係の成立という効果が発生するものと定めていない。親子関係は、家族関係の基礎となり、それと関連した様々な法律効果の根拠となる重要な身分法的効力を有するが、立法がない状態で、適用可能な民法の関連規定を排除し、解釈論によって民法が予定するものよりも、より大きな法律効果を達成しようという個別意見1には賛成し難い。

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

ラ。以上のような理由で Y1 の部分の結論に関しては、多数意見、個別意見 1 と見解を同じくするが、その理由は異なるから、個別意見としてこれを明らかにし、Y2 の部分は、多数意見、個別意見 1 に賛成することができないことを明らかにする。

## VII. 多数意見に対する大法官金哉衡の補充意見

多数意見に対するいくつかの疑問に関して、多数意見を補充する意見を提示しようと思う。

ガ. 人工授精の子に対して、親生推定の規定を適用することができるか？

(1) 社会の変化に基づいて立法者が予想し得なかった新たな事情が発生した場合に、法律の解釈や適用をどのようにすべきかは、様々な難しい問題を提起する。

人間の認識能力と予測能力の限界により、立法者は、法律が適用される具体的な事案をすべて予想し、法律を制定することはできない。絶えず変化する社会現実と多様な問題状況に直面し、多種多様の事案に合うように、適用する法律の内容をあらかじめ確定することもできない。したがって、法律は、立法者が、法律を制定する当時、法律の規定が適用されるものとして具体的に予定した事案のみならず、そうでない事案においても適用されてこそ、現実生活を規律する規範として生命力が継続して維持されうる。もし、立法者が予定した具体的な事案についてのみ法律が適用されるならば、社会の変化と科学技術の発展に従い、法律は、簡単に生命力を失い、絶えず新たな立法をしなければならないであろう。

立法当時、立法者が全く予想し得なかった事案が発生した場合でも、法院は、裁判を拒否することができない。民事事件に関して、裁判の基準となる成文法や慣習法がともに存在しない場合には、法官は、条理に従い、裁判をしなければならない(民法第1条)。法院は、立法者が予想し得なかった新たな事案においても、既存の法律を適用することができるかを判断するために、法律の解釈に関するいくつかの方法を活用し、法律の意味を確定し、これを新たな事案に適用することができるかを綿密に検討しなければならない。

一般的に、法院は、法律に使用された文言の通常的な意味に反しない限り、法律の立法趣旨と目的、その制定・改正の沿革、法秩序全体との調和、他の法令との関係等を考慮した体系的・論理的な解釈方法を通じて、具体的に適用される法律の意味を解釈・確定することで、時代状況の変化と発展に対応しなければならないということができる。法律制定当時、立法者が全く予想し得なかった事案という理由のみもって、既存の法律の適用又は類推適用の可否を細心に検討しないまま、法形成が必要な事案と断定し、新たな法理として解決しようとするのは望ましくない。

(2) 多数意見で検討したように、民法制定当時には人工授精によって子が生まれるという点を考えることができなかつたために、人工授精によって妊娠した子の親子関係の帰属に関して、明示的な規定を置くことができなかつた。人工授精によって子が生まれる現象が起こった後にも、そのような子の親子関係の帰属を定める立法がなされなかつた。人工授精によって妊娠した子の親子関係の帰属問題に関しては、法律の空白状態があるとみることでもある。

しかし、この問題を解決するためには、民法上の親子関係を定める規定から出発しなければならない。民法は、人工授精の子への親生推定の規定の適用を排除する明文の規定を置いていない。民法の親生推定の規定は、妻が婚姻中に妊娠した子を夫の子として推定するという非常に包括的な形態として規定されている。したがって、この規定は、妻が婚姻中に妊娠した子の父子関係に一般的に適用されるとみるのが文言の解釈に合う。

民法制定者は、妻が婚姻中に出産した子が夫と血縁関係がないこともありうるという点を予想し、その場合でも親生推定の規定の適用を予定していた。妻が第三者の精子の提供を受けることで、人工授精の子が夫と血縁関係がないとしても、このような子に対して親生推定の規定を適用することが、法律の文言のみならず、立法者の意図と目的に反するとみることにはできない。したがって、民法制定者が、親生推定の規定を置きつつ、人工授精の子の妊娠・出産を予想し得なかつたとし、このような点のみをもって親生推定の規定の適用を排除することはできない。

法律の文言の意味は、固定されるものではない。社会経済的变化と科学技術の発展に伴い、その意味もやはり変化しうる。従前には、法律文言の範疇に属するものとして予想し得なかつた対象も、時代と社会の変化に伴い、法

血縁関係のない子に対する韓国民法第844条(親生推定)の適用可否律の規律対象に含まれる。人工授精のように、新たな方法によって妻が第三者の精子の提供を受けて妊娠をした場合にも、現在の観点で親生推定の規定の適用要件である「妊娠」に含むとみるのが妥当である。親生推定の規定が自然妊娠のような特定の規定対象を明示せず、包括的な方式で規定をしているために、人工授精という新たな現象に柔軟に対処し得るとみることができる。

親生推定の規定が人工授精には適用されないとすれば、少なくとも類推適用を肯定すべきである。立法者が親生推定の規定の適用を予定した事案と人工授精の子の事案の間に類似点があり、法規範の体系、立法意図と目的等に照らし、親生推定の規定を類推適用するのが正当であると評価することができるためである。しかし、人工授精の子に対して、親生推定の適用又は類推適用に従い、その法的効果が変わることはない。立法者が予想し得なかった事案であるとし、常に類推適用を考慮しなければならないものではなく、上述のように、親生推定の規定の文言の形式に照らし、人工授精の子に対して親生推定の規定を適用することが妥当な法律の解釈・適用の方法である。

#### ナ. 社会的親子関係によって親子関係を確定することができるか？

(1) 個別意見は、法律上の親子間につき、社会的に親子関係が形成されていなかったか、又は社会的親子関係が破綻し、親生推定の制度によって保護すべき利益がなく、遺伝子型の背馳によって母の夫と子の間に血縁関係が存在しないことが科学的に証明されるときには、親生推定の例外が認められなければならないとする。個別意見は、これを通じ、いわゆる「社会的親子関係」の存否を親子関係の確定基準としている。しかし、この基準は、法的根拠がなく、親子関係の確定基準となりえない。

(2) 法律の解釈は、文言の通常的な意味に合うよう忠実に解釈することを原則とし、さらに進んで、法律の立法趣旨と目的、その制定・改正の沿革、法秩序全体との調和、他の法令との関係等を考慮する体系的・論理的解釈方法を追加的に動員することで、具体的な事案に合う最も妥当な解釈となるようにしなければならない。しかし、法律の文言自体が比較的明確な概念で構成されているならば、原則的に異なる解釈方法は、活用する必要がないか又は

制限されるほかない（大法院2009年4月23日宣告2006ダ（ダ）81035判決等参照）。

多数意見で検討したように、親生推定の規定は、婚姻中の子の妊娠を基準として親生推定の可否を決定しているに過ぎず、そのほかの事由によってその適用の可否を異にしてはならない。親生推定の規定の適用の可否を決定する要素は、婚姻、妊娠、出生である。これらはすべて出生当時に決定するものであることから、出生以後の事情によって親生推定が及ぶかどうかが変わるとみることにはできない。出生以後の事情である「社会的親子関係」の存否を親生推定の例外事由とみることが、出生当時に基準に親生推定の規定の適用の可否を定めている民法の態度に合わない。

(3) 出生以後に社会的親子関係が形成されていなかったか又は破綻したという事情は、一貫した判断基準として適用し難いのみならず、これを親生推定が及ばない方向として解釈することは、親生推定の趣旨と目的にも反する。

個別意見が判断の基準として提示している「社会的親子関係」は、評価的な要素が多く、一貫した基準で適用し難い。また、社会的親子関係の破綻は、当事者が意図的に作り出すこともできるのみならず、可変的である。裁判の時点でみて、社会的親子関係が破綻したものとみることができるとしても、その関係が再び回復することもありうる。個別意見は、子が生父と社会的な親子関係を形成してきた場合には、親生推定の例外を認め、生父と法律上の親子関係を確保することができるようにしてやらなければならないとみているが、子と生父の社会的親子関係もやはり可変的であるという点も軽視できない。

さらに進んで、このような基準を親生推定の例外事由とみて、法律上推定された親子関係を否認することができるようにすることも妥当ではない。親生推定の規定は、家庭の平和を維持し、子の法的地位を迅速に安定させようとするところに立法目的がある。また、民法が原告適格と提訴期間を制限する親生否認の訴えの規定を置き、親生推定の効力を法律で認める他の推定に比して強い効力を有するようにしたことも、身分関係の安定を通じて利害関係人の法的利益を保護しようとしたものである。法律に明示的な例外の規定を置いていないのみならず、立法意図と目的に反する方向で法律の文言に反する解釈をすることは自制しなければならない。

ドイツでは、生父に親生推定される子に対して、親生否認をすることができる権利を認めつつも、法律上形成された父子間に「社会的家族関係」が存在する場合には、生父の親生否認権を制限するとしていることも、このような観点で理解することができる。ドイツ民法は、親生否認手続きを法律で定め、子の法的地位の安定のために、申請権者と申請期間を制限している(第1600条、第1600条のb)。とりわけ、父(婚姻又は認知等によって認定された場合)、母、子のみならず、生父も親生否認権を行使することができるようにしているが、他の申請権者とは異なり、生父の親生否認権の行使は、法律上形成された父子間に「社会的家族関係」が存在しないことを前提すると定め、生父の親生否認権をより一層制限する。父子間に社会的家族関係が存在しない場合に限り、生父の親生否認を許容したのである。このように、ドイツでは、親生推定の規定によって形成された社会的家族関係を保護し、身分関係の法的安定性を維持するための目的で「社会的家族関係」の概念を引き出している。これは、親生推定の規定による法律関係を保護することで、社会的家族関係を血縁関係よりも優位に置く結果となる。これとは反対に、親子関係を否定する者が誰であるかとは関係なく、「社会的親子関係の破綻」を基準に法律上推定される親子関係を否認することができるようにすることは、むしろ確実に判明した生物学的親子関係や血縁関係を重視する結果となり得るという点で韓国民法の解釈論としては受け入れ難い。

#### ダ. 多数意見が既存の判例を変更しなかった理由はなんであるか？

民法は、妻が婚姻中に妊娠した子に対して、その子を夫の親生子として推定し、このような推定を破ることができる方法として親生否認の訴えを認め、その原告適格と提訴期間を厳格に制限している。

制定民法は、親生否認の訴えを「夫のみが子の出生を知った日から1年内」に提起することができるように定めていた。夫としては、上記期間内に子が自分の親生子であるかを知ることができない場合が多かったために、親生否認の訴えを提起することができる要件を緩和する必要があるが、

大法院は、制定民法が適用されていた事案において、夫婦のうち一方が長期間にわたり海外に行っていたり、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、同居の欠如によって妻が夫の子を妊娠することができな

いことが外観上明白な事情がある場合には、親生推定が及ばないと判断した(上記大法院82ム(ロ)59全員合議体判決、大法院2000ム(ロ)292判決等参照)。その理由として、親生推定の規定は、夫婦が正常な婚姻生活を営んでいる場合を前提とし、家庭の平和のために置かれたものであり、その前提事実を充たさなかった場合にまでこれを適用し、要件が厳格な親生否認の訴えをもって否認することができるようにすることは、制度の趣旨に反して真実の血縁関係にそぐわない父子関係を成立させる等、不当な結果をもたらす可能性がある点を挙げた。判例は、上記のような問題点を認識し、親生推定の規定を置いた趣旨を活かし、この規定の適用によって不当な結果を招くことを防ぐための解釈論を展開したものとみることができる。

このような判例については、賛否両論ある。同居の欠如のみならず、遺伝子型の背馳がある場合にも、親生推定が及ばないとみなければならないという主張がある一方で、判例を変更して婚姻中に出生した子に対しては無制限に親生推定の規定を適用しなければならないという主張もある。多数意見は、この判例に言及しておらず、この問題に関して判断していない。

本件の争点は、①人工授精の子に対して親生推定の規定を適用することができるかと、②従来の大法院の判例が認めてきた親生推定の例外とは異なる事由によって親生推定の例外を認めることができるかである。

遺伝子型の背馳がある場合にも、親生推定が及ぶということは、上記のとおりである。従来の大法院の判例では、外観説によって認められてきた親生推定の例外事由を依然として維持しなければならないかどうかや判例を変更して婚姻中に出生した子に対して制限なしに親生推定の規定を適用しなければならないかどうかは、本件の具体的解決と直接的な関連がなく、Yらに対して親子関係不存在確認を求めるXの上告理由にもこのような主張は含まれていない。多数意見は、上記判例の変更の可否を扱わずに、上記の争点に従い、Yらに親生推定が及ぶとみることができるかに限定して判断したのである。

六  
三

ラ. 親生否認の訴えにおいて原告適格を制限することによって生じる問題をどのように解決すべきか?

民法は、次のような改正過程を経て、親生否認の訴えの厳格性を緩和した。

2005年3月31日法律第7427号として改正された民法第847条第1項は、親生否認の訴えにおいて、提訴期間を「夫又は妻がその事由があることを知った日から2年内」に定め、夫又は妻が子に対する血縁関係の真実を認識するまで提訴期間が進行しないようにし、真実の親子関係に対する認識に基づいて親子関係の維持の可否を真摯に熟慮する期間を与え、親生推定を否認することができる実質的な機会を保障している。2017年10月31日法律第14965号の改正によって新設された民法第854条の2、第855条の2は、婚姻関係の終了した日から300日以内に出生した子に対して、原則的に親生推定が及ぶようにしつつも、母と母の前夫は親生否認の許可請求を、生父は認知の許可請求をすることができるようにし、親生否認の訴えよりも簡易な方法で親生推定を排除することができるようにした。

それにもかかわらず、依然として、親生推定が及ばない範囲を拡大させなければならないという主張が提起されている。最も重要な理由は、親生否認の訴えの規定で、親子関係の直接的な利害関係者である子や生父(子にとっては生父に比して、親生否認権を許容すべき必要性がより一層大きく、生父に親生否認権を認めるべきか、これを認める場合には如何なる制限をすべきかに関して議論が多いことから、以下では、子に限定して議論を展開する。)に対しては、親生否認権を許容する規定を置いていないためである。もし、子に対しては如何なる例外もなしに親生否認が許容されないとすれば、子の人格権を深刻に侵害するか、又は法律上推定された父子関係と社会的に認められる父子関係の間に著しい不一致が生じても、これを是正することができる機会が原則的に封鎖される結果となるであろう。

立法論としては、民法を改正し、子をはじめとした利害関係人にも一定の要件を充足する場合には、親生否認権を付与するのが望ましい。このような立法がなされる前に、解釈論の次元でこの問題を解決することができる方案を探す必要がある。この問題を解決するために、親生推定の規定が適用されない例外の認定範囲をより一層拡大しようという意見が提示されているが、これは、民法が親生推定の規定と親生否認の訴えを整えたことによって形成しようとした親子関係の姿を害するおそれがあり、法理的にも受け容れ難い。ここでは、親生否認の訴えの規定で原告適格を認める夫又は妻については、その規定に従い、親生子関係を確定し、親生否認の訴えの規定で原告適格を認めていない子等については、現行民法の体系的・合理的な解釈を通じて親

親子関係不存在確認の訴えによって親生子関係を確定する方案を提示してみようと思う。

具体的な事件の裁判においては、法令を解釈・適用することは、法院に与えられた固有の権限かつ使命であり、法令の文言の意味が持つ内包と外縁をともに考慮し、その範囲内で成り立ちうる合理的な解釈方法であれば、法院は、適切に憲法に合致する解釈に従い、このような解釈方法を採用しなければならない。

親生否認の訴えを提起することができる原告適格を夫又は妻に対して認めている現行民法では、夫又は妻は、親生子でないことを知るに至った場合、その日から2年以内に親生否認の訴えを提起し、子との間の法律上の親子関係を除去することができる。しかし、子は、親生否認がなされない限り、自身が親生子でないことを知ったとしても、親生否認の訴えによっては親生推定の規定による法律上の親子関係から脱することはできない。一方、民法は、親生否認の訴え以外に、実体上の法的親子関係と家族関係登録上の法的親子関係が一致しないときには、このような相違を正すための方法として、親子関係存否確認の訴えの規定（民法第865条）を置いている。民法第865条によれば、親生子関係に利害関係がある者は「他の事由」を原因とし、親子関係不存在確認の訴えを提起することができる。

夫又は妻は、親生否認の事由がある場合、親生否認の訴えの規定に従い、親生否認の訴えを提起することができることから、このような事由を原因とし、親子関係不存在確認を求めることは、民法第865条の規定に反して許されない。ところが、子は、親生推定の規定による親生推定の効果を受ける直接的な利害当事者であるにもかかわらず、親生否認の訴えに関する原告適格が認められない。しかし、このような点のみをもって、直ちに直接的な利害当事者である子に対して法律上推定された親子関係を血縁的な真実に合わせる機会を全面的に排除する方向で民法を解釈すれば、子の人格権と自己決定権、幸福追求権、そして、個人の尊厳と両性の平等に基づく婚姻と家族関係に関する基本権を深刻に制限する結果となる。これは、法律が憲法規範と調和するように解釈することを法令解釈の原則としている大法院が採るべき正しい解釈方法ではない。したがって、民法が認めている親子関係不存在確認の訴えを通じて、上記のような不合理な結果を除去することができるかに関しては検討すべき必要がある。法律の文言の通常な意味に

従ったとしても、親生推定の規定の適用を受ける子に親子関係不存在確認の訴えを提起することができるという解釈が可能であり、このような結果が親生推定の規定と親生否認の訴えの規定を置いた立法趣旨に反するものでもなければ、そのような解釈を通じて子に親生推定が適用される結果から脱することができる機会を与えることが、子に保障された憲法上の基本権を実現する合理的な方法となりえる。

まず、子の場合には、親生否認の事由があるとしても、親生否認の訴えを提起することができないから、このような事由を原因として親子関係不存在確認を求めることが、民法第865条の文言に照らして当然に禁止されるものではない。だからと言って、親生推定される子の親子関係に利害関係があれば、誰でも子の身分関係と関連して民法第865条に従い、親子関係不存在確認を求めることができるとみるものではない。上記のように、民法が親生否認の訴えを制限している立法趣旨は、身分関係の早期安定、子の福利、婚姻家庭に対する第三者の介入防止等に求めることができ、これを通じて親生推定が及ぶ子と夫婦の私生活と婚姻家庭の平和を保護する。このような親生推定の規定の立法趣旨と親生否認の訴えの規定で、親生否認を求める手続きや期間を厳格に規定しようとする目的を考慮すれば、婚姻中に出生し、親生推定される子の身分関係を争うことができる利害関係人とは、このような立法趣旨を毀損しない範囲にのみ限定的に認められなければならない。したがって、親生推定の効果を受ける子は、直接的な利害関係を有しているため、親子関係不存在確認の訴えを提起することができるのみなければならないものであるが、そのほかには身分上・財産上の利害関係がある者であるとしても、特別な事情がない限り、親子関係不存在確認を求めることができないとみなければならない。

子が親子関係不存在確認の訴えを提起することができるとしても、如何なる制限もなしに許されるとみることはできない。親生否認の訴えの規定は、夫又は妻が親生否認の事由があったことを知った日から2年内に親生否認の訴えを提起しなければならないものとして提訴期間を定めている。親生推定される子が、親子関係不存在確認の訴えを提起する場合にも、特別な事情がない限り、親生否認の訴えの規定を類推適用し、その提訴期間を制限しなければならないが、その起算点は親生否認の事由があることを知った時(子が未成年者である間にその事由を知ったならば、成年に達した日)としてみ

るべきである。

このように親生推定される子が親生子関係不存在を確認する判決の宣告を受けて、判決が確定すれば、その判決の既判力は、家事訴訟法第21条によって第三者に対しても効力を有し、誰も訴訟上や訴訟外でそのような親生否認の効果に反する主張をすることができないようになり、親生推定の効果はなくなる。しかし、親生否認の効果をも有する親生子関係不存在確認の訴えを提起することができる子であるとしても、そのような判決がない状態では、直ちに親生推定の例外を主張するか、又は親生推定の効力を否定することはできない。すなわち、上記のような親生子関係不存在確認請求を認容する確定判決がない状態では、親生推定の効力を受ける子が生父を相手方として認知請求をすることはできず、生父もそのような子を相手方として認知をすることもできないとみななければならない。

このように、親生推定の規定や親生否認の訴えの規定の立法趣旨が没却されない範囲で、親生推定の規定による親生推定の効果を覆すことができるようにすることで、親生否認の訴えにおいて、原告適格を厳格に制限し、それによって生じる問題点を解決することが望ましい。

以上のように、多数意見に対する補充意見を開陳する。