

## 資 料

# 大韓民国憲法裁判所 2005年12月22日父姓強制主義憲法不合致決定

趙 慶 濟(訳)

本稿は、大韓民国憲法裁判所が2005年12月22日に下した、父姓強制主義を規定する改正前民法第781条第1項本文「子は父の姓と本を継いで父家に入籍する。」中の「子は父の姓と本を継いで」部分が、憲法に合致しないとす決定の一部を翻訳したものである。

同条は2005年3月31日法律第7427号で「子は父の姓と本を継ぐ。ただし、父母が婚姻申告時に母の姓と本を継ぐものと協議した場合には母の姓と本を継ぐ」と改正されている。改正法は、子の姓は婚姻申告時の父母の協議があれば母の姓を承継できることにし、子の父姓承継主義の原則は維持しつつもその強制承継主義に終わりを告げた。それと同時に、同条第5項では婚外子の子が生父に認知されたときは、それまでの生父の姓強制承継主義を改め、父母の協議が協議が整わない時は家庭法院の許可により認知前の姓を継続して使用できることが可能とする改正を行い、また同条第6項は再婚家庭や離婚家庭などの「子の福利」を考慮して家庭法院の許可があれば子の姓の変更を可能とする立法を施すなど、姓に関する大幅な改正を行った。

しかし、これら姓に関する改正条項は、戸主制の廃止にも深く関わることでもあり現行戸籍法に変わる新しい身分登録法の制定などを考慮して、その施行日を2008年1月1日としている。本決定が、憲法不合致決定に留め2007年12月31日まで改正前民法の暫定的適用を認めたのはそのような背景があったからである。

本決定は、裁判官8名中5名が父姓強制主義原則自体は違憲ではないが例外条項の規定の欠如が憲法第10条と第36条第1項に違反すると結論づけ、8名中2名は父姓強制主義自体が憲法第36条第1項に違反すると結論づけたが、そのいずれもが上に述べたような理由により憲法不合致決定を宣告するのを相当とし、8名中1名が合憲と結論づけた。

本決定は、2005年2月3日の戸主制憲法不合致決定と同様に(拙稿「2005年2月3日戸主制憲法不合致決定に関して」立命館法学302号(2006年1月号)36頁)、韓国

家族法を支える家族制度の根幹に関わる決定である。なお、原文は大韓民国憲法裁判所のホームページ ([http://www.ccourt.go.kr/ccourt\\_hinformation/precedent.asp](http://www.ccourt.go.kr/ccourt_hinformation/precedent.asp)) を参照した。

[全員裁判部 2005.12.22, 2003 헌가 5 ][憲法不合致][判例集 17-2, 544~576]  
(2005.12.22.2003 헌가 5・6 (併合) 全員裁判部)

[主 文]

1. 民法第781条第1項本文(2005.3.31.法律第7427号による改正前)中「子は父の姓と本を継ぐ」部分は憲法に合致しない。
2. 同法律条項は2007.3.31.まで継続適用する。

[理 由]

1. 事件の概要と審判の対象

가. 事件の概要

(1) 2003 헌가 5

本件提請申請人クウアック クは、1989.1.18.父クウアック チンと母キム チンの間で出生し、クウアック チンの戸籍に入籍した。その後クウアック チンは死亡して、キム チンはイ ホと2001.6.28に再婚し、同日イ ホがクウアック クの法定代理人であるキム チンの承諾を得てクウアック クを入籍させた。提請申請人クウアック クは養父であるイ ホの姓を称することを希望し、2002.1.9にソウル地方法院北部支院に戸籍訂正申請をなし(2002 호파 84), その事件の継続中に民法第781条第1項本文が憲法に違反すると主張して、ソウル地方法院北部支院2002 호파 261で違憲法律審判提請を申請した。そこで同法院は民法第781条第1項本文中「子は父の姓と本を継ぐ」部分についての違憲法律提請申請を受理し、2003.2.13本件審判提請をなし、民法第781条第1項本文中の他の部分については裁判の前提とはならないとの理由で却下した。

(2) 2003 헌가 6

本件提請申請人クウアック ヘは、上記2003헌가 5事件の提請申請人であるクウアック クの弟で、父クウアック チンと母キム チンの間で1990.4.24に出生した。クウアック ヘは、上記2003헌가 5事件と同様の経緯でソウル地方法院北部支院に戸籍訂正申請(2002 호파 85)をなし、ソウル地方法院北部支院2002 호파 262で違憲法律審判提請を申請したところ、同法院が本件審判を提請するに至った。

#### ㄎ．審判の対象

本件審判対象は、民法第781条本文（2005.3.31.法律第7427号で改正前）中の「子は父の姓と本を継ぐ」部分（以下「本件法律条項」という）が憲法に違反するかどうかであるが、本件審判対象とその関連規定の内容は次の通りである。

民法第781条（子の入籍、姓と本）子は父の姓と本を継ぎ父家に入籍する。ただし、父が外国人であるときには母の姓と本を継ぐことができ母家に入籍する。

関連条項

別紙の通り。（省略）

## 2．違憲審判提請理由と関係機関の意見

### ㄎ．提請法院の提請理由

(1) 憲法第10条は「全ての国民は、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。国家は、個人の価値は不可侵の人権を確認してこれを保障する義務を有する」と規定し、個人の人格権と幸福追求権を保障しており、第11条第1項では「全ての国民は法の前で平等である。何人であっても性別・宗教または社会的身分によって政治的・経済的・社会的・文化的生活の全ての領域において差別されてはならない」とし、さらに第36条第1項は、「個人と家族生活は、個人の尊厳と両性の平等を基礎に成立し維持されなければならないが、国家はこれを保障する」と規定している。これらは婚姻制度や家族制度は人間の尊厳性尊重と民主主義の原理に従い規定すべきことを鮮明にしたものであり、伝統的な父系血統中心の婚姻や家族生活から、個人の尊厳と両性平等を基礎とする現代社会に適切な婚姻と家族生活へと転換させる婚姻と家族制度の基本原則を憲法に規定している。

(2) そこで、婚姻経験のある者が再婚して新たな家庭を築く場合に、夫が前妻との間にもうけた子女を新たな再婚家庭で養育するときには問題とならないが、夫人が前夫との間にもうけた子女を新たな再婚家庭で養育するときは、本件法律条項によってその子女は生父の姓と本を継がねばならないので新しい父の姓と本を継ぐことができないという不利益を被ることになる。このような姓不変の原則は過去の儒教精神を基盤にした農業中心の家父長階級社会で社会秩序を維持するための手段として機能していたが、身分的階級制度と男尊女卑思想が排斥され、婚姻についての観念が「家と家の結合」から「人格対人格の結合」へと転換し家族の形態も家父長の大家族制度から分化した核家族へと変化し、自由と平等を根本理念とする現代の自由民主主義社会ではその社会的妥当性や合理性は喪失した。

(3) 本件法律条項は、人間としての尊厳と価値や幸福追求権を規定する憲法第10

条及び個人の尊厳と両性の平等に基づく婚姻と家族生活の成立や維持を規定する憲法第36条第1項に反し、父系血族の維持のみを強調して性別による差別をもたらすことにより憲法第11条第1項の平等原則にも違反する。

#### ㌦．法院行政処長の意見

(1) 姓はその属する血統関係を区別する基準であり、特にわが国の姓氏制度の特色と呼べる血統名としての姓とその血統の区別をより正確にするための地名としての本貫を使用する姓氏制度は、伝統的な身分登録の方法として安定的家族関係の維持に貢献してきた。この姓本制度は、家制度とは無関係にこれまで定着した制度であり名とも併せて個人を特定する要素であり基本的な社会秩序に属する事項である。

(2) わが国は高麗時代から子は父の姓を継ぐとの父子同姓の原則を基本にしてきたものであり、既存の姓付与の方式を変更することは身分関係に重大な影響を及ぼし家族秩序や社会的に多大な混乱と波動が予想される点を十分に考慮すべきである。

(3) 本件法律条項で規定しているように父子同姓の原則を維持しないとすれば、日本民法第790条のように「子は父母の姓氏を称する」とだけ定め父の姓を称するか母の姓を称するかを国民の選択に任せるのが良いかは法律問題以前に現在の我々の社会的合意に従うべきであるとしても、我が社会の共同体の底辺に根付く普遍的な価値の共感度に帰着する問題であるので慎重な取り扱いが必要である。

#### ㌦．女性家族部長官の意見

(1) 婚姻した男女間で出生した者は父または母いずれか一人の血統だけを承継するのではないにもかかわらず、現行民法条項は子女の姓を父の姓とすることを強制しているが、それは父系血統主義を強制するものであり個人と家族の自律的決定権を侵害している。

(2) この点に関する外国の立法例をみれば、夫婦が共同の姓を婚姻姓に使用してきた国においても夫婦が共同の婚姻姓を使用するか婚姻前の姓を各自そのまま使用するかどうかは個人の判断に委ねる例が増えており、夫婦が各自の姓をそのまま使用するときは子女が父の姓を称することを強制する立法例は漸次減少し、父母の合意に従い子女の姓を定めるようにする場合が多い状況である。そのことは、家族法分野でも不必要な国家的強制を減少させ家族の自律的合意を尊重する傾向が強化されているからである。

(3) 父系血統主義は男子が歴史を支配する過程で形成された歴史的産物であり、今日のように女性の社会的法的地位が向上して両性平等意識が広がれば、父系血統

主義も変化する以外にない。東西を問わず父系血統主義を法で強制する国はほぼ無く、子女の姓の決定は父母の固有な親権に属する問題として父母の意思を尊重すべきである。他方、子女の姓を父母の合意に従い定めるようにすれば社会的混乱を憂慮する見解もあるが、家族姓を夫婦の協議で定める日本の場合においても全国民の98%以上が夫の姓を家族姓にし子女は夫の姓を使用しているのを見れば、わが国もまた父母が協議で子女の姓を定めるとしても国民の心情として大部分の国民は父の姓を継ぐことになるので社会的混乱は起こらないであろう。

### 3. 判 断

判 官：裁判官コンヨン Chol, 裁判官キムヒョジュン, 裁判官キムキョンイル, 裁判官チュソンヒ, 裁判官イゴンヒョンの意見

#### (1) 本件法律条項の内容

##### (가) 姓と本に対する民法規定

民法は本件法律条項で「子は父の姓と本を継ぐ」として全ての人をして父の姓と本を自身の姓と本に使用することを規定している。次に父を知らない子は母の姓と本を継ぎ（第781条第2項前段）、父母をすべて知らない場合には法院の許可を得て姓と本を創設し（第781条第3項本文後段）、姓と本を創設した後に父または母を知るに至った場合には父または母の姓と本を継ぐことにしている（第781条第3項ただし書）。そして父が外国人である場合には母の姓と本を継ぐことができる一方（第781条第1項ただし書）、妻がその親家の戸主または戸主承継人で夫が妻の家に入籍する所謂「入夫婚」の場合は、その夫婦間で出生した子は母の姓と本を継ぐと規定している（第826条第3項ただし書・第4項）。

##### (나) 姓と本の概念

社会的存在である人間の全ての生活関係は個人の同一性を認識し特定することから始まる。個人の同一性を識別する最も基本的な記号の多くは姓名が使用され、姓名は個人の血統を徴表する記号である姓と個人の個別性を徴表する名から構成される。名は個人一人一人に対する固有の名称として付与されるのに対して、姓は一定範囲の血縁集団に対する名称として使用される。ただし、人は父と母から血統を引き継ぎ、父系と母系の血縁集団に同時に帰属しているので、父の血統と母の血統いずれの血統を姓として表すかは姓の概念から直接に導かれるものではない。

他方、本は多くは本貫または貫郷というもので始祖の発祥地を意味する。本は姓の地縁的標識といわれるが、その多くは全く異なる血統を持つ集団が互いに同一の姓を使用する場合が少なくないが、それとは異なり同一血統の淵源を有して同一の

姓を使用しているがすでに分化して互いに別個の血縁集団と認識される場合もあるので姓だけでは血統の同一性が直ちに識別できない場合が多い。そこで本により特定される姓を通して血統の同一性を識別できるようにするために一般的には血統の同一性を徴表する記号としての姓は本によって特定された姓を意味する(以下では、姓と本を区別することなく、「姓」といえば本を含む姓を意味する)。

(4) 父姓主義原則の宣言

民法は本件法律条項により、全ての者が父の姓を自身の姓と決定し使用するべきで父姓以外の姓を使用できないとの「父姓主義」を宣言している。したがって父姓主義に例外を特別に認める場合でない限り、全ての者は本件法律条項により父の姓を自身の姓に使用せざるを得ず、父姓以外の姓を自身の姓に定めるとか父姓を他の姓に変更することはできない。

(2) 姓の使用に関する立法形成の自由とその限界

(7) 姓に関する規律の立法形成権

姓名は個人の同一性を識別する記号で個人のアイデンティティと個別性を徴表する。社会の中で個人が如何なる姓名として徴表され認識されるかは誰よりもその姓名を使用する個人に重要な問題となるので、個人は原則的には自身が望む内容で姓名を決定して使用できるべきである。したがって姓名の構成要素である姓も個人の意思に従い自由に決定して使用できるものと解される。

しかし他方で、姓名は人間の全ての社会的生活関係の形成の基礎となる点で重要な社会秩序に属する。姓名の特定は社会全体の法的安定性の基礎であるから、そのために国家は個人の使用する姓名に対する一定の規律を加えることができ、そのような制限は不可避なものでもある。つまり、個人の姓名の構成要素である姓を決定して使用することについても国家が介入して規律できるが、ただしそのような規律に際して国家がどの程度介入できるかが問題になるだけである。

ところで、姓は記号が有する性質により個人の権利義務に及ぼす実質的な影響力が大きいかといえず、姓の使用についての立法は主として新しい規律を創設するということよりは既存の生活様式を反映する形態から生じるという点で、姓の使用に関する規律は幅広い立法形成が認められるものと解される。

(4) 姓の使用に関する立法形成の限界

憲法は第10条で「全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がある」と規定し、全ての国民が自身の尊厳ある人格権を基礎にして自律的に自身の生活領域を形成できる権利を保障しているが(憲裁 1997.3.27.95 헌가 14等, 判例集 9-1, 193, 204 参照), 姓名は個人のアイデンティティと個別性を表す人格

の徴表であり個人が社会の中で自身の生活領域を形成し発見する基礎になるものと解されるから、自由な姓の使用は憲法上の人格権からも保護されるものである。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に成立し維持されなければならないと国家はこれを保障する」と規定し、個人の尊厳と両性の平等を基礎とする家族制度を憲法的次元で保障しているが、姓は血統を徴表する記号として個人の血統関係を如何に姓に反映するかの問題であり、その点は家族制度の一定の内容を示すものである。

姓に関する規律については幅広い立法形成の自由が認められているとしても、それは憲法的理念と価値に反することはできず、個人の人格権を侵害したり個人の尊厳と両性の平等に反する内容で家族制度を形成してはならないとの限界を有する。

### (3) 父姓主義自体の違憲性

#### (ア) 両系血統反映の問題点

人間は父と母から血統を受け継ぎ、個人の血統は父系と母系双方の血統からなる。出生の血統を遡れば個人には無数に多くの生物学的祖先が存在しているが、それらとの血統関係は父母を通して受け継がれたものであり、全ての人の血統は結局は父の血統と母の血統から構成されている。

そこで父の姓を個人の姓として使用する場合には、父の血統だけが姓に表現され母の血統は姓に反映されず、個人の血統関係の全てを姓に反映できない。そのような問題点は母の姓に従い個人の姓を定める場合も同様で、ただ父の血統と母の血統についての効果が正反対になる。父姓主義と母姓主義は個人の血統を反映する点においては、そのいずれにおいても完全とはいえず同様の限界を有する。

他方、父母の血統を全て姓に表現させる場合にも姓の機能面からすれば不完全になる。姓を使用する際に、単純に父の姓と母の姓を結合して使用する方法を採用した場合、世代を経て個人の全ての生物学的祖先の存在を姓に表現すれば姓は限りなく長くなり、個人を特定する記号としては非常に煩雑になる。そのような問題点に対する対策として、個人が父母の姓を結合して姓を使用するとか、子女に姓を引き継がせるときは自身の使用している父母の姓の中のいずれか一つの姓を選択して引き継がせ世代を経ても父と母からそれぞれひとつの姓を譲り受け姓が無限に長くなるのを防ぐとかが考えられるが、現在使用中の父母の姓の中で子女に譲る姓を如何なる基準により選択するかの問題が残り、子女と父母・祖父母等の縦の血縁集団の構成員相互間、父系と母系の横の血縁集団の構成員相互間で各自が異なる姓を使用するケースが多くなり、父母の血統を全て徴表させる意図とは離れて、姓の血統徴表機能それ自体が弱まるものと考えられる。

このように姓を通じて人間の血統を全て反映するのは事実上不可能だけでなく、姓を使用する制度的意義が専ら人間の生物学的血統の公示にあるのではないので、姓に個人の血統を制限された範囲で反映することも許されると考えられる。したがって父姓主義が母の血統を反映できない限界を有していてもそれ自体では姓の本質に反すとか立法形成の限界を逸脱しているとはいえない。

(4) 姓に関する社会一般の意識

東西の多くの文化圏でそうであったように、わが国でも父姓主義は規範として存在した以前から生活様式として存在してきた社会文化的現象であった。そのような生活様式は長い歴史を経て形成され維持されて来た結果、大部分の人々の意識の中に姓は必ず父の姓を意味するものと意識されるに至った。

父姓主義は家長的価値秩序が支配する男性中心の社会で形成され維持されてきた生活様式であり、産業化・都市化・情報化と表現される現代社会では適合しない生活様式という指摘が提起され漸次説得力を得てきたものとみられるが、個人の自由と男女平等を強調する今日に至っても父の姓を使用することが個人の権利義務に直接的な影響を及ぼさず、父の姓を使用することによる具体的な不利益が問題にはならないので、大多数の社会構成員は依然として父姓主義を自然な生活様式と受け止めているものとみられよう。さらに長い期間にわたり父姓主義が定着し宗親会や宗中などのような父の姓を基準にした集団的血縁主体が現在でも社会的実体を持ち多方面にわたる法律関係を形成しながら存在している状況である。

つまり、社会上の変化と支配的価値秩序の変化にもかかわらず、今日においても父姓主義は依然として我が社会の大多数の構成員が自然なものと受け止めている生活様式と判断される状況では、本件法律条項はそのような生活様式を反映して姓の使用についての原則として父姓主義を規定したものと解されよう。

(4) 父姓主義に因る具体的な権利侵害の不存在

民法が家族と親族を定義してその範囲を定める点においては勿論(第767条から第777条、第779条)、子に対する父母の親権(第909条)や財産の相続(第1000条)等を始めとした家族制度における個人の具体的な権利義務を規定する際に、姓は何らの基準とはならず、どの姓を使用するかどうかによって家族法上の権利義務や法的地位が異なるものではない。

家族生活や親族関係の現実を観察しても、子女が父の姓を使用することにより家族内部の生活関係において子女に対する母の権利義務や法的地位が父に比べて劣るとはいえず、父系血縁集団構成員との関係が母系血縁集団構成員との関係に比べて必ずしも優越的とは考え難い。

ただし、同一の姓を使用する血縁集団に対する紐帯感や帰属感・血統意識が同一の姓を使用しない血縁集団に対する人々に比べてより強化されるので、そのような範囲では父姓主義が父系血縁集団と母系血縁集団を事実上差別する結果をもたらしているといわざるをえないが、血縁集団に対する紐帯感・帰属感・血統継承意識等のようなものは極めて抽象的な価値であり、そのような価値についての影響を確かめるのは困難であるだけでなく具体的な権利義務や法的地位と直接関連するものと考えにくい。

このように父姓主義は個人の具体的な権利義務や法的地位に実質的な影響を及ぼさないので、父姓主義に因る事実上の差別的な効果が個人の尊厳と両性の平等を侵害する程度にまで達しているとは考えられない。

(㉔) 小結

以上で述べたように、両系血統を全ての姓に反映させるのが困難な点、父姓の使用に関する社会一般の意識、姓の使用が個人の具体的な権利義務に影響をもたらさない点などを考慮して、本件法律条項が姓の使用基準として父姓主義を原則に規定する点が、姓に関する規律を定める立法形成の限界を超えているとは考え難く、本件法律条項自体は憲法第10条、第36条第1項に違反するとはいえない。

(4) 例外的状況に対する配慮のない父姓主義の違憲性

(㉕) 父姓主義に対する例外の必要性

本件法律条項が、姓に関する規律をする際に父姓主義を原則に規定すること自体は立法形成の自由を超えるものとは解されず憲法に違反しないととしても、一部例外的な状況下では父姓主義の強要が個人の人格権を侵害し個人の尊厳と両性の平等に反するものと判断される可能性が存在する。先に述べたように父姓主義自体が個人の自由と平等に対する過度な制限とならないのは、婚姻と出産等における通常の父母と子女の関係を想定したものである。

しかし、信頼と愛情関係に基づき成立し維持される家族関係は、人間の他の全ての生活関係と同様に予期できない障害や避け難い変動が発生する。通常の家族関係では個人の権利義務や法的地位に何らの影響をもたらさないが、極めて限られた要素が障害や変動を発生させる家族関係においては、個人の自由と権利に深刻な打撃を与えるものにその性質が変質してしまう可能性がある。

例えば、夫婦間の同居・扶養・協助義務は、通常の家において個人の自由を制限するものとは思われず極めて副次的で軽微な制限と理解されるが、婚姻関係が破綻した夫婦においては深刻な自由の制限に捉えられ、そのような場合のために法は婚姻を規定しながらも離婚についても規定せざるを得ない。また父母と子の関係

とは出生という自然的事実により決定されるものであり当事者間の契約等を通じて形成できる性質のものではないが、例外的な状況では父母と子の関係と同一の法的地位を形成する必要性を認めており、入養（養子縁組）制度をおくのも同様の理由からである。

そこで、本件法律条項は、通常の家族関係の形成と存続を前提に父姓主義を規定はしているが、極めて限られた例外であっても父姓の使用が強制されることによって個人の自由と平等に対する深刻な侵害の可能性がある例外的状況に対する配慮を実質的に殆ど規定していない。

(4) 父姓主義に対する極めて限られた例外条項

民法は父を知ることのできない子は母の姓と本を継ぐとし（第781条第2項前段）、父母を全て知ることのできない子は法院の許可を得て姓と本を創設するようにしているが（第781条第3項本文前段）、それらは父の姓を継ぐとしても父の姓を継ぐのが不可能な場合の父姓主義を補充する規定であり、父姓主義の例外とは考え難い。

民法が父姓主義に対する例外と認めている場合とは、父が外国人の場合に母の姓を継ぐことができること（第781条第1項ただし書）と妻がその親家の戸主または戸主承継人で夫が妻の家に入籍する所謂「入夫婚」で出生した子がその母の姓を継ぐことにしていること（第826条第3項ただし書）、それらが全てである。

他方、自身が使用していた父の姓を他の姓に変更できるかについては、入養促進及び手続に関する特例法第8条第1項が児童福祉法により保護を必要とする児童で国民基礎生活保障法による保障施設や入養機関に保護依頼される者の入養の際に、養親が望む場合に養親の姓を継ぐことができるとしているだけで、民法はこれに関する何らの規定を置かず入養その他いかなる場合でも本件法律条項に従い父姓主義がそのまま適用される。

このように法律が認めている父姓主義に付いての例外はその範囲があまりにも限定されている。

(4) 父姓主義の強制が問題となる例外的状況

1) 例外的な母姓付与の必要性

出生直後の子に姓を付与するときに父がすでに死亡しているとか父母が離婚して母が単独で親権を行使し養育することが予想される場合や婚姻外の子を父が認知しているが依然として母が単独で養育する場合などに、母は自身の姓をその子の姓として付与できない。

そのような事例において母の姓を使用できないのが直ちに個人の自由に対する重大な不利益をもたらす両性の平等を侵害すると一律的にはいえない。しかし生活関

係の具体的な状況によっては父または父系血縁集団との紐帯や交流を全く期待できず父姓の使用が単に生父の姓を確認する機能以外には何らの意味を有しない反面、母の養育によって母と一緒に生活しながら母系の血縁集団を中心に生活関係を形成するのが明白に予想される場合には、家族関係の変動による通常の家族関係では抽象的な価値に過ぎない姓の使用問題が、父姓の使用についてはその利益がほぼ無いのに反して、母姓の使用については具体的な利益として表われる状況がある。このような場合にまで、一方的に父の姓を使用するのを強制して母の姓の使用を許容しないのは個人の尊厳と両性の平等を侵害する結果になる。

## 2) 例外的な父姓変更の必要性

姓の変更は個人の同一性を識別する記号の変更を意味するので、姓の変更を何らの制限もなく自由に許容せず姓の変更について一定の制限を加えるのは社会全体の法的安定性のためには避けられない。さらに姓が血統を徴表する記号という点で自身の血統と関係のない姓を使用することを内容とする姓の変更は姓の本質に符合しないといえよう。

しかし、本件法律条項は父姓主義に対する例外として他の姓への変更可能性を何ら規定していないので、家族関係の変動と新しい家族関係の形成等の具体的な状況によっては姓の変更を許容する必要がある、その場合法的安定性についての恐れがないか、姓が生物学的な父の血統を徴表することよりはるかに強い利益と関連している場合には、父姓の変更を許容すべきと解される。

入養による養父母と養子の関係は、生物学的父子関係とは認められないにもかかわらず父母と子の関係を認めている場合である。養子は親族関係、相続その他の法律関係で親生子と何らの差異がない。全ての入養の場合を同一に評価はできないが、入養の動機や養子の年齢・親生父母との関係・入養後の生活関係の形成などの具体的な事情によっては生物学的親生父母との関係が完全に断絶し、今後入養を通して形成される養父母との生活関係だけが養子の実質的な家族関係と親族関係を構成する場合もありうる。

また、父が死亡したか、父母が離婚した後に母が養育していた子を連れて再婚する場合、再婚した母の子が継父の姓を称したい場合もある。勿論この場合は入養の場合と異なり法律上においても父子関係を認める如何なる根拠もなく入養に比してその必要性があまりないとみても、具体的な状況によっては継父が実質的な父としての役割を果たして再婚する母の子が継父とその家族らとの恒久的な生活関係を形成する場合もある。

そのような具体的な事情において養父または継父の姓を使用することで、仮に血

統関係は存在しなくても同一姓の使用を通して新たに形成される家族の構成員であることを対外的に表すのは個人の人格的利益と極めて密接な関係を有すると思われる。他方そのような場合にも個人の生活関係に実質的にいかなる意味も持たない生物学的父の血統を姓として徴表するように強要することで、新たに形成される家族が使用する姓を使用出来ないことにより内部的には情緒の統合を妨害し、対外的には家族構成に関する非友好的な好奇心や偏見を誘発することもある。

そのような事情が厳然と存在しているのに、姓の使用を規律する立法においては夫婦と親生子で構成される通常の家族だけを想定し、その他の例外的状況で家族の構成員が経験する具体的で深刻な不利益については、実質的で究極的な解決策を用意していないのは立法形成の限界を超え個人の人格権を侵害するものといわざるを得ない。

(4) 小結

このように本件法律条項が父姓主義を規定すること自体は憲法に違反しているとはいえないが、家族関係の変動などによる具体的な状況下では父姓の使用を強要することが個人の家族生活に対する深刻な不利益を招来すると認められる場合にも父姓主義に対する例外を規定していないのは、人格権を侵害し個人の尊厳と両性の平等に反するので憲法第10条、第36条第1項に違反する。

(5) 結論

以上で述べたように本件法律条項の違憲性は父姓主義原則を規定したこと自体にあるのではなく、父の姓を使用することを強制するのが不当と判断される場合についてまで何らの例外を規定しないことにあるといえる。そこで本件法律条項について違憲を宣告する場合父姓主義原則自体についてまで違憲と宣言する結果となるから憲法不合致決定を宣告することとし、本件法律条項に対する改善立法がなされるときまで本件法律条項の効力を維持させておき、本件法律条項に対する改正法律がすでに公布され2008.1.1.その施行が予定されているので2007.12.31.まで本件法律条項の暫定的な適用を命ずるのが相当である。

4. 裁判官ソンインジュン、裁判官チョンヒョスックの意見

(1) 憲法第36条第1項の意味

憲法は全ての国家秩序の基礎になる国家社会の最高の価値体系であるので、歴史と文化に根付いた家族制度であっても、憲法的審査を回避することはできない。憲法第9条により継承・発展させるべき伝統文化とは、現代の諸々の社会・経済的環境に合致し今日においても普遍妥当な倫理若しくは道徳観念と解される。したがっ

て、歴史的に永きに亘り維持されてきた伝統的家族制度であっても、それが家族制度に関する今日の憲法理念である個人の尊厳と両性の平等に反してはならないとの自明の限界を有する（憲裁 1997.7.16.95 헌가 6 等, 判例集 9-2, 1. 19; 2005.2.3.2001 헌가 9 等, 判例集 17-1, 1, 15 参照）。

憲法第36条第1項は婚姻制度と家族制度が人間の尊厳性の尊重と民主主義の原理により規定されるべきことを鮮明にし、家族生活が「両性の平等」を基礎に成立・維持されることを明文化したものであり、立法者が家族制度を形成する際にはこれを必ず考慮することを要求している（憲裁 2000.8.31.97 헌가 12, 判例集 12-2, 167, 182）。

特に我が裁判所は子の父家入籍と妻の夫家入籍を主たる内容とする戸主制についての憲法不合致決定において、憲法第36条第1項が意味する「両性の平等」と「個人の尊厳」について次のように明確に判示したところである（憲裁 2005.2.3.2001 헌가 9 等, 判例集 17-1, 1, 18-23）。

「憲法第36条第1項は婚姻と家族生活における両性の平等待遇を命じているので、男女の性を根拠にして差別することは原則的に禁止され、性質上専ら男性または女性にだけ特有に表われる問題を解決するために必要な例外的な場合に限り性差別的規律が正当化される。過去、伝統的に男女の生活関係が一定の形態で形成されてきたとの事実若しくは観念に起因する差別、つまり性役割に関する固定観念に基づく差別は許容されてはいない。……婚姻と家族生活は人間生活の最も本源的で私的な領域である。そのような領域で個人の尊厳を保障するとは、婚姻・家族生活において個人が独立した人格体として尊重されるべきであり、婚姻と家族生活をどのように過ごすのかに関する個人と家族の自律的決定権を尊重せよとの意味である。……国家は個人の生活様式・家族形態の選択の自由を大いに尊重し、人格的・愛情的人間関係に築かれている現代の家族関係を介入しないことが望ましいのである。したがって、婚姻・家族制度に備わる社会性・公共性を理由とする止むを得ない事由のない限り、婚姻・家族生活の形成に関して当事者の意思を無視して法律の希望により一方的に強制することは個人の尊厳に反するものである。」

## (2) 本件法律条項の違憲性

### (가) 本件法律条項の意義

本件法律条項は、子は父の姓を継ぐことを規定している。本件法律条項により父は自身の姓を子に付与し子は父の姓を自身の姓として使用することになる。このような内容の父姓主義は父の血統を基準に個人の血統を認識して父系を中心に血統を

継承させようとする父系血統主義の核心である。

他方、民法は父が外国人の場合には母の姓を継ぐことができ(第781条第1項ただし書)、母がその親家の戸主または戸主承継人で父が母の家に入籍する所謂「入夫婚」で出生した子は母の姓を継ぐことにして(「第826条第4項」)、父姓主義について極めて限られた例外だけを認めている。

(4) 両性平等原則違反

1) 父系血統主義による女性の差別

姓は個人の血統を徴表するので、父姓主義は父の血統を基準に個人の血統を認識することを意味する。人間は生物学的には父と母の両系から共に血統を受け継ぐのであるが、父の姓を使用して自身の血統を表示するので個人の血統継承認識は父系を中心に形成され維持される。つまり、父姓主義は父の血統継承を意味するので世代を超えて父姓主義が適用される場合は、結局は男系を通じた血統継承を意味することになる。したがって、父姓主義は父と男性を基準に家族制度を構成する父系血統主義の核心となる。勿論、同一の姓を使用しないからといっても母または母系親族との血統関係が否認されるのではないが、同一の姓で表現される血統についての継承意識がより強力で持続的なものになるという点は多言を要しない。

一般に「代を継ぐ」と表現される家系の継承も姓で徴表される血統の継承を意味するが、例外のない父姓主義の貫徹は男性だけを通して家系の継承が保障される結果をもたらし、結局は男子を通してしか次世代に対して血統の徴表である姓を譲れずその家系の継承が断絶されると認識されて、男児選好の観念を生じさせ家族内部における女子の地位を男子の地位に比して副次的で劣等なものにしてしまう。

父がその子女に対して自身の姓を付与するのは当たり前の事実と受け止められるが、母は自身の姓をその子女に付与できないとの事実は子女に対する関係において母の地位が父の地位に比して明白に差別されていることを意味する。また、子女は父の姓を継ぐことにより、父を家族の中心に感じ父と子女が同一の姓を使用して血縁の一体感が自然に湧いてくるのに比して、母は自身の家族と異なる姓を使用することにより心理的に疎外感を感じる場合も少なくない。

さらに、父姓の使用を通して同一の姓を使用する父系の血縁集団構成員ら相互間の血縁の一体感と帰属感は、一般的に母系の血縁集団構成員相互間のそれに比して優先することになる。

このように本件法律条項が規定している父姓主義は、父と男性を中心にした血統継承を強制して父と男性を家族の中心におき家父長的価値秩序を維持・強化して家族内の女性の地位を男性に比して副次的で劣等と位置づけ女性を差別している。そ

の上、以下で述べるように、そのような差別を正当化できる何らの具体的な利益も見出せない。

2) 差別取扱いの正当な目的の不在

ガ) 本件法律条項が子に対する姓の付与について父と母を差別して取り扱っている唯一の基準は、ひとえに男性と女性、つまり性別である。しかし生物学的血統関係で見れば父の血統と母の血統は個人に同時に伝達され存在するのであるから、男女の生物学的性別の差異を根拠にして父姓主義を正当化できない。

ハ) 他方、我が社会の生活様式や構成員の意識構造に照らして父姓主義が正当との主張がありうる。農耕社会という社会構造を基礎にした家父長的価値秩序が支配していた近代以前までの社会にあっては、父姓主義がそれなりの生活様式と意識構造に符合したものと評価もできよう。政治・経済・社会・文化の全ての生活領域で活動の主体は男性であり、親族関係の形成も男性と男系血族を中心に成立しており、宗法思想と家父長的権威に基づいた儒教的価値体系が普遍的価値秩序と把握されていた社会で、男性と女性は同等なものと認識されなかった。それにより父系を中心に個人の血統を把握して、個人は父系の血統を継承するものと認識するのは自然な現象と思われる。

しかし、産業化・都市化・情報化に代表される現代社会において、産業構造は変化し経済活動その他の社会的な活動領域で男女の生物学的差異は無意味になった。すでに多くの女性が男性と対等な地位で社会的活動に参与しており、国家と社会は女性の社会的活動を積極的に保護している。家族生活の内部においても父または男性（夫）の一方的な権限と優越的な地位は否定され、夫婦を中心にした家族構成員個々人の自律的な意思が尊重される様相に変化しており、親族関係においても男性と男系血族が中心の親族関係が常に優先するのではなく具体的な生活関係での実質的な交流に従い母系の親族関係が重要な比重を占めている場合もある。さらに個人の自由と両性の平等を基礎にする民主主義と合理主義は、すでに大多数の社会構成員の意識を支配する共通の価値となっており、制度と規範は全ての生活領域で残存する男女間の不平等を一掃しつつある。このような社会的な生活像と意識の変化は家族制度にも反映され、民法は親族の範囲において父系血族と母系血族また夫の血族と妻の血族に対する差別を設けず財産相続においても男女の差別を無くし（第777条、第1009条）、改正したのである（1990.1.13.法律第4199号）。

つまり個人の自由と両性の平等が普遍的と受けとめられ実現されている今日の社会像に照らしてみれば、父姓主義の強制は我々の生活様式と意識構造とも符合しない。

다) 歴史的に永い期間伝統的に父姓主義を採用してきたとの事実から父姓主義による差別的取扱いを正当化する見解もその根拠を認めることはできない。「同性同本禁婚規定」についての憲法不合致決定と「戸主制」についての憲法不合致決定において、すでに我が裁判所が判示したように歴史的に長い期間維持されてきた家族制度であるとの事実だけではその制度が直ちに憲法的に正当化できるものではなく、その制度が今日の価値に符合し憲法理念に反していないとの限界を有する(憲裁 1997.7.16.95 헌가 6 等, 判例集 9-2, 1, 19; 2005.2.3. 헌가 9 等, 判例集 17-1, 1, 15 参照)。

父姓主義が長い期間維持されてきたから今日でも正当化できるとの主張は伝統的に男性と女性を差別的に取り扱ってきたので現在もその差別的取扱いが正当との論理に過ぎない。

### 3) 小結

本件法律条項は全ての個人をして父の姓を継ぐことにし母の姓を使用できないようにして男性と女性を差別的に取り扱っているが、そのような差別的取扱いについての正当な立法目的を探することはできないので、婚姻と家族生活における両性の平等を命じている憲法第36条第1項に違反する。

#### (다) 個人の尊嚴違反

##### 1) 父姓使用の一方的強制

가) 姓は血統を徴表する記号であるが個人の同一性を識別する姓名の構成要素であり、子の姓を決定する際に直接的な利害関係を有する者は、その子に血統を付与する父と母、そしてその姓を自身の姓名の一部として使用する子自身である。特に姓の決定と使用において子自身が最も大きい利害関係を持つのであるが、姓が出生直後の個人に付与される点からみて現実的には子の姓の決定にはその父母の意思とは独立した子の地位を認める実益がない。他方では一定の範囲の血縁関係にある父系と母系の親族らも利害関係を有するともいえるが、彼らはどこまでも子との父と母を媒介にした間接的な利害関係を有するに過ぎない。

したがって、父母の合意を通してその子に付与する姓を決定すれば、姓の決定に利害関係を有する個人の意思の全てが合致したものといえよう。その子女に父の血統を姓で付与するのか、母の血統を姓で付与するのかは本質的に個人が自身の家族生活をどのように過ごすのかについての私的生活の領域に属する問題と解される。例えば、父母が合意を通してその子が母の姓を継ぐものとしても、そのような決定が家族制度に関する社会秩序に恐れを招来するとかその他公共の利益に具体的な恐れを発生させるものとは考えられない。

ト）父母の合意が存在しない場合にも子が母の姓を継ぐことを認める必要性が認められる場合がある。

父の死亡、父母の離婚、婚姻外の子などの場合において母が単独で養育することが予想される場合には、父母の合意がなくても子に自身の姓を付与しようとする母の意思を尊重する必要性が大きい。父母の離婚と母の再婚または入養を通して子が新たな家族の構成員になる場合にも子が今後自身について事実上の父の役割を持つようになる継父や養父の姓に変更したいとすれば、子は自身の福利のためには法的安定性を害さない範囲で現在使用中の父姓の変更を許容すべきである。

しかし本件法律条項は個別的な家族関係と個人が直面する状況において母または子の利益のために母姓の選択の可能性や父姓の変更可能性を全く考慮せず、いかなる具体的事情において個人の意思も問わずに一方的に父姓の使用だけを強制している。

## 2) 父姓使用強制の具体的利益

このように本件法律条項が個人の意思を無視したまま父姓の使用を強制しているが、そのような強制について具体的な利益を発見し難い。

まず、個人が母の血統を基準にしてその家系を継承しようとするのを禁止しているが、全ての国民をして父系を通して家系を継承するようにしながら得られる具体的な利益が何なのかは不明である。父姓主義を全ての個人と家族に貫徹する場合、個人の姓は必ずその父の姓を意味することに誰でもが理解できる程度の抽象的な利益を考慮してみても、姓が父の姓を意味するものと理解するのは父姓主義を強制している結果形成された姓の徴表内容に対する固定観念に過ぎず、そのような固定観念が変化しても姓の使用に関する社会秩序に混乱が生じるとはいえない。

そして、父姓を基準にして数百年間受け継がれてきた族譜のような歴史的価値が認められる文化や宗中・宗親会などのように現実的に存続する実体としての文化現象を父姓主義を維持することにより保護ができるといわれるが、そのような資料や文化的現象は父姓の使用による付随的な結果に過ぎず父姓主義の目的とならず、父姓主義を強制しなくても個人は父の姓を使用することが可能であること、父系血統の継承と父系血縁集団の存続を何時までも維持発展させられるという点を考慮しても、歴史的価値のある資料や文化現象自体が父姓主義強制の目的になるとはいえない。

さらに、祖先崇拜や敬老孝親の美風良俗が必ずしも父姓主義の存在の前提にはならず、崇拜や孝親の対象を父系の祖先にだけ限定する理由もない以上、祖先崇拜や敬老孝親の美風良俗の保存のために父姓主義を強制すべきとの主張も説得力がない。

### 3) 小結

本件法律条項は婚姻と家族生活における個人の姓をどのように決定して使用する  
かについて、個人と家族の具体的な状況や意思を全く考慮せず国家が一方的に父姓  
の使用を強制したとしても父姓使用の強制に関する具体的な利益を探すことは困難  
であり、婚姻と家族生活における個人の尊厳を保障している憲法第36条第1項に違  
反する。

#### (3) 結論

以上で述べたように、本件法律条項は婚姻と家族生活における個人の尊厳を侵害  
し両性の平等に反し憲法36条第1項に違反する。

そこで法律が憲法に違反する場合、憲法の規範性を保障するために原則的にはそ  
の法律に対して違憲決定すべきであるが、違憲決定を通して法律条項を法秩序から  
除去することが法的空白や混乱を招く恐れのある場合には違憲条項の暫定的適用を  
命ずる憲法不合致決定をなすことができる(憲裁 1999.10.21.97 헌가 26, 判例集  
11-2, 383, 417-418; 2000.8.31.97 헌가 12, 判例集 12-2, 167, 186 参照)。

本件法律条項は個人の姓を定め使用する原則を規定する条項であるが、万一憲法  
裁判所が本件法律条項について違憲決定を宣告すれば、憲法裁判所が宣告したとき  
から本件法律条項はその効力を喪失し姓の決定と使用について何らの基準もなくな  
るといった法的空白と混乱が予想される。したがって、本件法律条項が改正され施行  
される前までは本件法律条項の効力を維持させ暫定的に許容する憲法不合致決定を  
宣告するのが相当であるところ、本件法律条項に対する改正法律が公布され  
2008.1.1.その施行が予定されているから、2007.12.31 まで本件法律条項の暫定的  
な適用を命ずるのが相当である。

#### 4. 結論

以上のような理由で本件法律条項について憲法不合致決定を宣告し 2007.12.31.  
まで本件法律条項の暫定的な適用を命じ主文のように決定する。

本決定には裁判官クオンソンの下記5の通りの反対意見があった。

#### 5. 裁判官クオンソンの反対意見

父姓主義を規定する本件法律条項が憲法に違反しないと私は考える。その理由は  
次の通りである。

##### 가. 文化が憲法に先行する場合

文化が常に憲法に先行することはない。しかし先行する場合もある。家族制度、  
その中でも父姓主義のようなものは、明らかに憲法に先行する文化の一つである。

既存の文化や制度が、後行の憲法的価値にそぐわないとの疑心を持つ場合には次のような段階的思考が必要である。第1段階は既存の文化や価値の合理性を確認しその合理性と憲法的価値の間隙の大きさを縮小するのである。「存在する全てのものは合理的である」との真理をこの場合に度外視する理由がないからである。第2段階はその間隙の大きさがこれ以上容認するのが困難な場合にはその間隙を解消する技術の合理性を確認することである。社会制度の相互の有機的關係を考慮するとき「角を矯めて牛を殺す」の愚を犯すことがあるからである。第3段階は時期の適格性を判断することである。万事あまりに遅くてもいけないがあまり早くても駄目だからである。

#### ㄥ．先行する父姓主義文化の合理性

人間は父と母二人から血統を受け継ぐ。そこで母との血統関係、つまり母子関係の存在は出産と授乳という自然的で客観的に確認可能な一般的事実を通じて体外的に明白に認識されるのに反して、父との血統関係、つまり父子関係はその存在を客観的に認識できない。出産と授乳のような外観上明白な一般的事実がなく大部分推定に基づいて認識できるだけである。したがって、父子関係の存在についての認識は母子関係のそれに比して本質的に不確実と云わざるを得ず、そのことは男性と女性の生理的差異、具体的には妊娠と出産の生理的メカニズム、そして妊娠の事前段階で進行する行為の秘密性を保障する社会制度と文化から来る不可避な現象である。

民法は父子関係について推定規定をおき（第844条）、その推定を否認できるようにしつつ（第846条）、再婚禁止期間違反の場合に出生した子の父を決定する手続（第845条）を設けている点も父子関係存否の不確実可能性を前提にしているところにある。

子の父が誰であるかが不確実となれば、その子の養育と保護を母以外の誰が責任を負うのかという問題が不確実になることを意味し、それが不確実な状態で継続するのは一夫一婦制度を基礎にする家族の形成と維持に脅威をもたらし、家族制度を基礎にする社会共同体の存続と安定自体に脅威となる。それだけでなく、子の父が誰であるかが不確実なことは、自己の血統を受け継ぐ子孫を設けて自己の生命の有限性を克服しそれにより自己の存在の永続的価値を確認しようとする人間の - その中でも男性人類 - 本能的願いが、場合によっては実現できないことを意味し、それは人間存在の価値を相当程度に曖昧にさせる副作用をもたらす。特に自分のために産まれたと考える多くの平凡な人間の場合にはなおさらである。

そこで子の父が誰なのかを、一方では社会に対して認識させ、他方では社会から認められるという、体外的公示の必要性が生じる。

そのような社会的必要に応じて登場した人類の文化的発明の一つが、父姓主義といえよう。そこで子が父の姓を使用するのはその子が特定の父の血統を受け継ぐ事実を公示する効果を持ち、そのような意味で姓は記号としての本質を持つのである。換言すれば、子は父の姓を使用することにより父子関係の存在を対外的に明確に公示できその公示による公信力を相当程度に社会から認定されることになる。したがって血統関係の公示の必要性に符合する側面では子が父の姓を使用するのが母の姓を使用することや他のものよりも格段により効果的で実用的である。

さらに出産と授乳の生理的機能を持たない男子はその機能を遂行する女性に比して子女との関係で一体感と紐帯感が元々薄く家庭に対する所属感も同様に薄いと云わざるをえない。母子関係に比して相対的に疎遠であり結束力が薄くなる父子関係は子が父の姓を使用することでその一体感と紐帯感が自然に強化され、父の子に対する責任意識がより鼓吹され結果的に家族全体の統合と結束が強化される。

このように父姓主義は子の父系血統を対外的に公示する機能を有すると同時に生来的に母に比して薄くなりがちな父とその子女間の一体感と紐帯感を強化して家族の存続と統合を保障する機能を有する。

要するに、父姓の使用は父系血統の公示を必要とする社会的需要に応ずるひとつの技術的記号の採択に過ぎず、そのような技術を採択するのは母系血統の公示の必要性が父系血統の公示の必要性より相対的に少ないとの自然的・社会的状況に従った文化的決断といえる。とすれば、父姓主義はそれなりの合理性を十分に認められるものである。

#### 4. 父姓主義と憲法的価値の相互の間隙

##### (1) 父姓主義によってもたらされる差別

父姓主義を採る場合母の血統は姓に反映されない点から女性に対する差別が発生するのは否定できない。しかし姓は人を識別するのに使用される多くの記号体系の一つに過ぎない。単に記号に父系血統の公示機能と相当な公信力が付与されるに過ぎない。その記号の採択が女性という存在が持つ人間としての尊厳性の実体に何らの影響を及ぼさないことは記号の本質上自明である。

実際の側面をみれば、父姓主義が維持され発展して来た過去の歴史をみて母姓の使用とは別個に個人の出身を認識する際に父系と母系に対して差別がなく母系についての親族関係や血縁関係が否認されることはなかった。朝鮮時代の中期に至るまで財産相続において男女の差別がなかっただけでなく、祖先に対する奉祀も子女の輪行として外孫による奉祀も可能で、婚姻をしても女性の方は夫の姓を継がず自身の姓をそのまま使用していた。他方今日においても親族の範囲、親権の行使、相続など

において父系が母系を差別せず親族・相続法上実質的な法的地位は勿論公私の法律関係において女性または母の法的地位が父姓主義により影響を受けてはいない。

そこで、父姓主義自体によって招来する女性に対する差別はこれを見つけないのは困難であり、例えそのような差別が存在したとしても先にみたような父姓主義の本質上そのような差別と父姓主義の間に何らかの先験的な因果関係があると断定するのは困難である。

### （2）再婚と入養による問題の本質

今日、再婚や入養の増加により子女が生父ではない人と事実上の父子関係を形成して生活するケースが多くなった。これにより生父の姓を継いだ姓を継父や養父の姓に変更することを許容すべきとの主張がある。その主張の主たる根拠は、入養または再婚を通して新たに構成する家族の場合その子女が事実上の父と姓と異なって使用することにより入養や再婚事実が他の人に露出する不利益を受け、それが入養や再婚家庭の統合を阻害する要素になるというのである。

しかし、再婚や入養の事実が露出して個人が受ける不利益とは再婚や入養に対する社会的偏見または斜視がその原因であり父姓主義がその原因ではない。勿論継父や養父の姓に変更できなければ再婚や入養の事実が露出される可能性が大きくなるが、姓の変更を許容したとしてもその事実が露出する可能性を全て防ぐことはできず、場合によっては姓の変更事実自体がかえってその個人の家族史をそのまま露出することもある。再婚家庭や入養家庭の家族構成員が受ける不利益の直接的な原因がそのようなところにあるにもかかわらず、そのような不利益の発生に間接的で迂遠的な連関を持つに過ぎない父姓主義をここで持ち出し、その違憲性を批難するのは問題の所在と批難の対象を誤って把握するものである。

### （3）父姓主義に対する例外の認定

他方、本件法律条項は父姓主義を規定しているが民法その他の法律では父姓主義に対する例外も認められている。父が外国人の場合に母の姓を継ぐことができるとし（民法第781条第1項ただし書）、または母が親家の戸主が戸主承継人であり夫が妻の家に入籍する場合にその間に産まれた子女は母の姓を継ぐことになる（民法第826条第4項）。これは家族形成の具体的な事情に従い父姓の使用を通して父系の家統を継承するよりは母姓の使用を通して母系家統を継承する必要がより大きいと認められた場合について母姓の使用を認めているものである。それ例外にも要保護児童その他親生父母との関係が実質的に断絶するものとみられる児童の入養においては入養される児童の姓を養親の姓に変更できる道を用意している（入養促進及び手続に関する特例法第8条第1項）。それらの規定は父姓主義の画一的適用で招来さ

れる一部の弊害を是正する意味を持っている。

(4) 小結

結局本件法律条項が規定する父姓主義は、その内容と憲法的価値の間に何らかの違憲の問題を引き起こす程度の間隙が存在するとは解せられず、違憲と解するのは困難である。

㉔．代替手段と時期の問題

(1) 代替手段の不適切

平等原則違反を理由に父姓主義が不当と主張すれば母姓主義もその代案にならないことは明白である。都市的な平等の要求を充足させようとするれば父と母の姓を同時に使用すべきことになる。しかしそのようにすれば何世代も経れば姓が長くなるので、姓は記号としての機能を喪失して個人の生物学的な血統を網羅する以外の意味しか持たなくなる。姓がそのように長くなるのを防止するのであれば、如何なる方法であれ子女に付与できる姓を選択する問題が再度浮上してくる。

他方、それぞれの個人や家庭ごとに姓の決定方式を異にできるようにすれば、個人や家族ごとに姓が徴表する内容がそれぞれ異なってくることになり、その内容についての共通の認識を前提とした社会的記号としての姓の機能は色褪せ個人の血統に対する社会的認識に混乱が生じる。それだけでなく、場合によっては家族内部で社会的に能力のある女性はその子女に自身の姓を付与できるが、そうではない女性は決して自身の姓を付与できなくなることもあり、新しい形態の不平等が惹き起される。

何よりも姓の変更を許容する場合、血統関係が全くない姓を使用することがありうるので、それは血統関係の存在を反映する姓の本質に反することになる。

ただし、入養や再婚を通して新たに構成された家族の統合のために必要ならば、公式的に公示する父の姓はそのまま保有するなり、一定の生活領域で他の姓を使用できるとするなり、同時に複数の姓を使用できるように許容することについては立法論的に検討してみるべきである。

したがって、父姓主義に対する代案と考えられる制度も父姓主義が持つ問題点と不平等の要素を完全に排除するものとは見られず父姓主義と同様の限界を持たざるを得ない。

父姓主義は他の家族制度と有機的に結合している。そこで父姓主義の排除が他の制度に及ぼす影響を十分に考慮して家族制度の崩壊を招かない合理的な代案を用意しなければならない。合理的な代案を用意せずに父姓主義を廃止すれば「角を矯めて牛を殺す」恐れがある。西洋では「Burning the house to roast the pig」との諺に

あるが、その恐れを警戒する。

父姓主義と一夫一妻主義、そしてこれを公示する過去のわが国の戸主と戸籍制度はもちろん一部改善の余地があるが、全体としてはそれらの制度と装置は人類そしてわが国が成就させた高度の合理性を持つ文化的産物若しくは装置としてこれ以上の合理的代案を当分の間は発見し難いと私は信ずる。

つまり、父姓主義についての適切な代案は現在では発見し難いと思われる。その点でも父姓主義は違憲と解せられない。

## （2）時期の不適切

我々の歴史を遡れば、父姓主義は姓を使用し始める頃から形成され発展し、今日に至るまで継続・維持されて来た家族制度のひとつである。父姓主義は母姓主義その他の制度との先験的比較を通して論理的判断に従い選択された結果ではなく、具体的な生活関係から自然にその合理性が認められ形成され発展した生活様式であり、規範以前に存在する文化的現象である。その生活様式と文化としての父姓主義は社会構成員の生活関係と意識の中で具体的な行動基準として定着しながら規範に達したものであり、そのような規範としての父姓主義が正に本件法律条項である。

そこで、時代の変遷と社会構成員の具体的な生活上の変化に従い生活様式と文化の変化が先行すれば、生活様式と文化現象を反映する規範もその変化に従い自然に変化するものが事物の自然な道理である。その道理とは異なり意図的な規範の変更を通して生活様式と文化の変化を先立って強制しようとするのは、新しい規範が万人の共感の高度の合理性を持たない限り、多くの新たな問題とこの上ない不法までを惹起する。

そこで父姓主義を規定している本件法律条項の合憲性の可否を判断するためには、生活様式と文化現象としての父姓主義が今日我が社会の一般的な意識と生活に符合してその存在価値を持っているかどうかの検討が必要であり、単に一面的な法論理だけでは評価できない。

姓の使用に関する今日の我が社会の生活様式と意識構造を眺めれば、姓は直ちに父姓を意味すると認識されるほど父姓主義は自然に受け止められており、父姓を基準にする宗中・宗親・族譜の刊行などを通して、縦的には数百年にわたり数十世代の祖先からの血統継承意識が存在し、横的にはより広い範囲の親族らとの紐帯感を形成している。反面、父の姓を使用しても母系を基準にした血縁集団や親族集団との情緒的親密感と紐帯感の形成に何らの制限を受けず、家族生活と社会生活における両性の平等がどの時よりも実質的に実現されている。しかも社会一般の意識は子女が父の姓を使用することにより個人の自由と平等に深刻な制限が加えられている

と受けとめられてはいない。

父姓主義は、我が社会では依然として有効に存続しており、その価値を認められている生活様式であり文化現象と捉えられる。抽象的な自由と平等の定規だけで父姓主義を規定する規範の合憲性を否定するのは、規範の変更を通して生活様式と文化現象の変化を一挙に成就しようとする反文化的な公権力の行使に当り、それは時期尚早で不適切なものである。

마. 結 論

したがって、父姓主義を規定する本件法律条項は、憲法第36条第1項に違反しないと私は考える。それだけではなく、大多数の社会一般が父姓主義を今も共通の我々の文化の一部として受容している現時点では、他の合理的な代案を示さないまま本規定を一挙に廃止するのは大いなる誤りとする。制度は聖人が作るとの諺は何を警戒するものであるのか。法が気分ではなく理性の産物というのは何を意味するのか。単に旧体制を保守するためにではなく合理の温存のために深く考えるべきことである。

裁判官 ユンヨン Chol(裁判長) クウォンソン キムヒョジュン  
キムキョンイル ソンインジュン チュソンヒ(主審) チョンヒョスック  
イゴンヒョン