

〈 論 説 〉

# 韓国婚姻法研究

—— 日韓比較民事法研究(2) ——

【代表編集者】

五十川直行・大塚 芳典・金 敏圭

【分担執筆者】

鬼頭 祐紀・道山 治延

## I 序 論

- 1 はじめに
- 2 韓国婚姻法の史的展開 — 素描
- 3 本論攷の構成等

## II 本 論

- 1 婚姻法総説
- 2 約 婚
- 3 婚姻の成立
- 4 婚姻の無効と取消し
- 5 婚姻の効力
- 6 事実婚

## I 序 論

### 1 はじめに

「韓国民法研究会」は、かねてより、わが国における比較民事法研究（ないし法実務）の展望にあたり、韓国民法研究の推進こそが学理的にも法実務的にも必須かつ急務であるとの基本認識を共有し、現代韓国民民事法に関する調査・検討を基礎とする継続的研究「日韓比較民事法研究」を手掛けており、

前論攷<sup>(1)</sup>において、その共同研究の端緒として選び取られた「韓国離婚法」の領域につき、合議により蓄積した研究成果を取り纏めた。

そこで、この先行領域に接続させ、改めて「婚姻法」の領域に立ち戻る方針に従って、まずは、「韓国婚姻法」(韓国民法典第800条ないし第833条)の法文にかかる邦語訳を確定し、その論点等を確認する基礎研究から始め、韓国の婚姻法実務等を調査・検討したうえで、総合的な「日韓比較婚姻法研究」に結実させることを予定している。

## 2 韓国婚姻法の史的展開 — 素描

韓国民法典(施行:1960年1月1日)のこの約60年間は、とりわけ家族法の分野において、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、わが国との対比も適わぬほどに、際立った法実践を遂行中であるようにうかがえる。

韓国婚姻法<sup>(2)</sup>も、先行文献に拠れば、元来、中国由来の「宗法制度」を中核とする伝統的家族秩序(その象徴がいわゆる「同姓同本不婚の制度」(韓国民法典[2005年改正前]第809条第1項であった。))を底流に、日本法(朝鮮戸籍令及び朝鮮民事令)の影響も受けたかたちで独自に構築されたが、民法典施行後は、個人の尊厳や両性の本質的平等の理念に根差す韓国社会の内発的な家族法改正運動の成果として、1977年改正、1990年改正、そして2005年改正という段階的な節目を越え、現代的家族秩序の形成を指向してきた。

たとえば、基本的な法制度設計のありかたとして、婚姻成立の方式をめぐる「法律婚主義と事実婚主義」<sup>(3)</sup>、そして事実婚の保護を取り上げよう。

---

(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。

(2) 韓国婚姻法の基本文献として、参照、高翔龍『韓国法(第3版)』(信山社、2016年)229頁以下、青木清『韓国家族法——伝統と近代の相剋——』(信山社、2016年)。

さらに、韓国家族の史的変遷に関する基礎文献として、以下のものがある。

金斗憲(李英美・金香男・金貞任(訳))『韓国家族制度の研究』(法政大学出版社、2008)、伊藤公雄・春木育美・金香男(編)『現代韓国の家族政策』(行路社、2010年)、岡克彦『「家族」という韓国の装置』(三省堂、2017年)。

(3) 我々の共有すべき基本的な問題意識として、参照、青山道夫「法律婚主義と事実婚主義」同『日本家族制度論』(九州大学出版会、1978年)127頁以下。初出は、『家族法大系Ⅱ』(有斐閣、1959年)所収。

先行文献<sup>(4)</sup>に拠れば、戦前の韓国にあって、従前は、婚姻習俗としての事実婚主義（儀式婚主義）的な制度であったところ、朝鮮民事令の改正（1922年）により、申告に基づく婚姻成立の制度（申告婚主義）が導入され、爾来、そのまま韓国民法典第812条に継承されていること、韓国民法典の施行直後より、婚姻申告がなされていない事実婚の妻と子の法的保護が図れない事態が問題視され、婚姻申告がなされていなくても家庭法院に婚姻確認の申請ができる仕組みとして、1963年、旧家事審判法により、「事実上婚姻関係存否確認請求」制度が立法されたこと、等の事情を確認することができる。

このうち、ことに、「事実上婚姻関係存否確認請求」制度（参照、後記：本論6(4)）には、実体法たる民法上の根拠規定が見当たらず、したがって、その理論的基礎をめぐる韓国内の諸議論のほか、その法実務の現況等について、日韓比較婚姻法の観点から、詳細かつ具体的な各論的研究が期待される。

進んで、現代韓国婚姻法事情の一例としては、近時アジア地域においても急展開する「同性婚」を扱う次の判決例を取り上げたい。

男性同士のカップルが、両家の家族及び親族を招き、双方の婚姻の意思を宣言した後、管轄庁に婚姻申告書を提出したところ、当該庁長から不受理処分が下されたため、これを争い、①憲法第10条の幸福追求権から導き出される婚姻における相手方決定の自由、②婚姻において、異性婚であれ同性婚であれ、同等に扱われるべき旨の平等の原則に照らし、婚姻は、「当事者の性別に関係なく、二人の愛情に基づいて一生の共同生活を目的とする結合」と解釈すべきであって、本件処分は違法で取消されるべきである、等と主張した。

ソウル西部地方法院は、次のように論じて、現行法の通常解釈としては同性である申請人らの間の本件合意を婚姻の合意と認めることはできず、本件婚姻申告は不適法であり、したがって、本件不受理処分は適法であると判断した（ソウル西部地方法院2016年5月25日決定<sup>(5)</sup>参照）。

憲法裁判所も、「婚姻は一男一女の精神的・肉体的結合であるという点には変わりがない」（憲法裁判所1997年7月16日全員裁判部決定<sup>(6)</sup>）、「婚姻は根本的に愛情と信頼に基づいて男女が結合すること」（憲法裁判所2011年11月

(4) 参照、青木・前掲注(2)・64頁以下及び83頁以下。

(5) 서울서부지법원 [ソウル西部地方法院] 2016. 5. 25. 자2014호 파1842결정。

(6) 헌법재판소 [憲法裁判所] 1997. 7. 16. 선고 95헌가 6 전원재판부결정。

24日全員裁判部決定<sup>(7)</sup>) であると示し、婚姻を「男女間の結合」と理解してきた。このような傾向からは、憲法、民法および家族関係登録法が規定している「婚姻」とは、「男女の愛情に基づいて一生の共同生活を目的とする道徳的、風俗的に正当視される結合」を意味すると解され、これを越えて、「当事者の性別を不問にし、二人の愛情をもとに一生の共同生活を目的とする結合」と拡張して解釈することはできないものとされていることがうかがえる。

「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、現代韓国婚姻法をめぐる法情報ないし法動向についても、積極的な収集を試み、これに日韓比較民事法の観点から多角的な検討を試みる予定である。

### 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共有し、現代韓国婚姻法に関する最新の韓国語文献等をも撰取・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、次の三段階が経由された。

①【基礎研究】：「韓国婚姻法」（韓国民法典第800条ないし第833条）法文の邦語訳（担当：大塚・鬼頭）を合議により確定し、条文ごとに、韓国民法制定時の資料（「民法案審議録」等）を探索した（担当：鬼頭）ほか、進んで、「日本婚姻法」（日本民法典第731条ないし第762条）及び関連する日本判例法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】：現代韓国婚姻法に関する基本文献として選定した、金晞洙＝金相容『親族・相続法 [第14版]』71-157頁、269-285頁（法文社、2017）について、その全邦語訳（担当：大塚・金（相）・鬼頭・崔）を敢行し、検討を加えたうえで、同文献を現代韓国婚姻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、韓国婚姻法の全体に係る「本論」のたたき台（担当：五十川・大塚・鬼頭・道山）を用意し、研究会における度重なる検討機会を踏まえて「本論」をさらに整序し（担当：鬼頭・金（敏）・道山）、冒頭に「序論」を付した（担当：五十川）うえで、韓国民法学の視点（担当：金（敏））から、本研究全体につき総合的な検討を加えた。

以下の本論攷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・

(7) 헌법재판소 [憲法裁判所] 2011.11.24. 선고 2009헌바146 전원재판부결정.

検討事項、韓国判例等の紹介が、現代韓国婚姻法に関する最新の有機的・立体的な法情報として、また、日本側から見た現代韓国婚姻法の理解等として、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。

## II 本 論

### 1 婚姻法総説

韓国法も、日本法と同様に、法律婚主義を採用する。形式的には、近代市民社会の法として、家父長的な家族共同体の影響を残しつつも、平等な人格の自由な意思の結合としての婚姻を定めている。しかし、韓国社会の急速な変容は、家族の機能を大幅に縮小させ、婚姻の意義・目的そのものも、「パートナーとの人的結びつきの安定化」へと向かう傾向が見受けられる。たとえば、内縁関係の拡大、同性婚、さらには韓国特有の問題状況として、禁止される近親婚（族内婚）の縮小という現象が顕れているように思われる。

### 2 約 婚

一般的に、婚約とは、男女間において将来結婚しようという内容の合意をすることを指す<sup>(8)</sup>。日本民法は婚約に関する定めを置いていないが、ドイツ民法やフランス民法など多くの立法例がある。その多くは、婚約を根拠にして婚姻を強制できないこと、正当な理由のない不履行は損害賠償請求の原因となること、等を規定している。韓国法も概ね同様であるが、「約婚」<sup>(9)</sup>と表記して、これを規定する。

約婚は、婚姻とは異なるものであり、婚姻に適用される要件の充足は必ずしも要しない。それらの要件は、婚姻の際に満たせば足りるからである。しかし、韓国法は、約婚についても、婚姻と同様に厳格な要件を課している。

(8) 二宮周平編〔二宮周平〕『新注釈民法(17)親族(1)』（有斐閣、2017年）101頁。

(9) 韓国語では「약혼（約婚）」と表記されている。本稿では、この表記に従い、韓国法の説明をする際には、以下「約婚」と表記する。

## (1) 約婚の自由

### 第800条

成年に達した者は、自由に約婚することができる。

民法案審議録（下）40頁 第793条

参照外国立法例：中華民法第972条

本条は、約婚の自由を規定する。日本民法には対応する規定はない。

約婚は、将来において婚姻することを内容とする当事者間の契約である。判例は「約婚とは婚姻することを目的とする婚姻の予約」と判示している<sup>(10)</sup>。本条においては、約婚は婚姻の約束に過ぎず、同居を要しないという意味において事実婚を含まない。

### 1. 約婚の成立

約婚は、婚姻をしようとする当事者の合意のみによって成立する。本条は、成年に達した者は何の制約もなく、約婚することが可能である旨を規定する。親や戸主（父母）の同意なく婚約ができることを規定したものであって、従来、韓国において慣習上行われた男女両家の父母等が約束した「定婚」は無効である<sup>(11)</sup>。

約婚について、強行法規や公序良俗に反する約婚の効力については争いがある。たとえば、妾関係を結ぶ際に、妻の死亡または妻と離婚した場合に婚姻申告を行うというような約婚は、公序良俗に違反し、無効であると示した事例<sup>(12)</sup>がある。一方で、約婚の相手方に内縁の妻があり、4人の子どもがいるのを知りながら私通関係を続け、その相手方との間に息子が生まれたとしても、婚姻予約の不履行に基づく損害賠償請求を排斥した事例もある<sup>(13)</sup>。

約婚の成立には、儀式も礼物の交換も必要としない。また、条件や期限を付すことも可能である。具体的には、兵役が終了したら結婚しようという合

(10) 대법원 [大法院] 1995.12.8 선고94므1676.

(11) 김주수 [金晞洙]·김상용 [金相瑠] 『친족·상속법 [親族·相続法] (제14판) [第14版]』(法文社, 2017) 75면 (本稿では、以下「金(晞)·金(相)」, 앞의 책 (11)とする。).

(12) 대법원 [大法院] 1955.7.14 선고4288민상156.

(13) 대법원 [大法院] 1965.7.6 선고65므12.

意は有効である<sup>(14)</sup>。しかし、「同居してみても良ければ婚姻しよう」とか、「懐妊したら婚姻しよう」という解除条件付約婚、または「これから5年間婚姻しよう」という終期付約婚は善良なる風俗に違反して無効である。その一方で、「これから1年後4月1日に婚姻しよう」という約束は、いわゆる始期付約婚であって有効であると解している<sup>(15)</sup>。

## 2. 約婚の効果

約婚の成立により、両当事者は婚姻を成立させる法的な義務を負う。ただし、約婚の成立により生じる債務は強制できないが（第803条）、正当な理由のない約婚の破棄は損害賠償請求の原因となる（第806条）。約婚はしたが未だに婚姻には至っていない間に出生した子は、婚姻外に出生した子として、その後の婚姻による準正の対象となる（第855条第2項）。

### (2) 約婚年齢

第801条 <2011年3月7日改正>

18歳になった者は、父母又は未成年後見人の同意を得て、約婚することができる。この場合、第808条を準用する。

民法案審議録（下）40頁 第794条

参照外国立法例：中華民法第973条・第974条

本条は、約婚適齢について定める。日本民法に対応する規定はない。

約婚は、将来の婚姻を内容とする契約であるから、何ら婚姻法上の制約を受けない。しかし、韓国民法は、年齢制限を置いている（早婚の禁止）。そして、未成年者が約婚をするにあたっては、本条は、父母又は未成年後見人の同意が必要である旨を規定する。

本条に違反した約婚の取り扱いについて、韓国法は規定を置いていない。学説は、婚姻に準じて取り消すことができるものとする<sup>(16)</sup>。

なお、制定当時は、男満18歳、女満16歳とされていたが、2007年の改正により、男女ともに18歳をもって約婚が可能となった。

(14) 金(矚)・金(相), 앞의 책 (11) 76면.

(15) 박동섭 [朴東涉] 『친족상속법 [親族相続法] [제 4 판 [第 4 版]]』 (박영사, 2013) 75면 (本稿では、以下「朴(東), 앞의 책 (15)」とする。)

(16) 金(矚)・金(相), 앞의 책 (11) 76면.

### (3) 成年後見と約婚

第802条 <2011年3月7日改正>

成年被後見人は、父母又は成年後見人の同意を得て、約婚することができる。この場合、第808条を準用する。

民法案審議録(下) 40頁 第795条<sup>(17)</sup>

参照外国立法例：ZGB 第90条

本条は、成年被後見人の約婚について定める。日本民法に対応する規定はない。

日本の成年被後見人は、意思能力を回復している間は、自由に婚約をすることができるが、韓国法は父母又は成年後見人の同意を要する。しかし、成年被後見人の残存能力を、可能な限り生かすために、家庭法院は、成年後見人が成年被後見人の身上に関する決定を下しうる範囲を決めることができる(第938条2項)と定め、柔軟性を図っている。さらに、成年者は自由に婚約することができるので(第800条)、限定被後見人も父母など親権者の同意なしに婚約することができる。その理由は、約婚には一般の行為能力を必要としないからである<sup>(18)</sup>。

### (4) 約婚の強制履行禁止

第803条

約婚は強制履行を請求することができない。

民法案審議録(下) 41頁 第796条

参照外国立法例：BGB 第1297条第1項；ZGB 第91条；中華民法975条

本条は、約婚に基づく婚姻の履行を強制<sup>(19)</sup>できないことを定める。日本民法に対応する規定はない。

(17) ただし、ここでは禁治産者として規定されている。

(18) 朴(東), 앞의 책(15)74면.

(19) ここに言う強制履行は直接強制だけではなく、間接強制をも含むと考えられるが、損害賠償の予定等による強制をも含むかについては学説上の争いがある윤진수 [尹眞秀編] [윤진수 [尹眞秀]] 『주해친족법 제1권 [注解親族法第1卷]』(박영사, 2015) 100면(本稿では、以下「尹編[尹], 앞의 책(19)」とする)。一般的には消極的に解されているようである(朴(東), 앞의 책(15)77면)。



約婚当事者は、約婚に従い、婚姻申告の義務を負うが、この義務に反して婚姻に応じない場合でも、これを強制できない。婚姻の本質からみて、当事者が任意に婚姻したときにのみその目的を達しうるからである。

## (5) 約婚解除の事由

第804条 <2011年3月7日改正>

当事者の一方に次の各号のいずれか一つに該当する事由がある場合には、相手方は約婚を解除することができる。

- 1 約婚後、資格停止以上の刑が宣告された場合
- 2 約婚後、成年後見開始又は限定後見開始の審判を受けた場合
- 3 性病、不治の精神病、その他の不治の疾病がある場合
- 4 約婚後、他の者と約婚又は婚姻をした場合
- 5 約婚後、他の者と姦淫した場合
- 6 約婚後、1年以上生死が不明な場合
- 7 正当な理由なく婚姻を拒絶するか又はその時期を遅らせる場合
- 8 その他重大な事由がある場合

民法案審議録（下）41頁 第797条

参照外国立法例：中華民法第976条

本条は、約婚の解除事由について定める。日本民法に対応する規定はない。約婚は、第803条が示すとおり、強制はできないのであるから、当事者間ではいつでも約婚を解除できるということになる。本条が定める事由による解除は、正当な事由の存在を推認させ、損害賠償請求における過失の認定に重要な意味を持つものと思われる。

### 1. 約婚の解除

約婚も契約の一種とみるなら、契約法の一般原則に従って、解除或いは取消しをすることは可能であるが、約婚については特別な解除事由を定めた。

#### (i) 資格停止以上の刑の宣告（第1号）

刑法第41条によれば、「資格停止以上の刑」とは、死刑、懲役、禁錮、資格喪失及び資格停止を定める刑を指す。罰金以上の刑に該当し、刑法の定める多くの罪がこれに該当する。資格停止以上の刑の宣告があれば確定しなくても解除事由になりうるかについては学説の対立があり、無罪推定の原則に

照らして確定の後に解除事由になると解すべきであるという見解がある。しかし、そのような場合であっても第8号に該当すると解しうる余地があるとされる<sup>(20)</sup>。

(ii) 約婚後の成年後見・限定後見開始の審判 (第2号)

約婚後に成年後見、限定後見開始の審判を受けたときは、約婚を解除することができる<sup>(21)</sup>。

(iii) 性病、不治の精神病、その他の不治の疾病がある場合 (第3号)

改正前の規定は、「性病、肺病その他の不治の悪疾」と規定していたが、2011年の改正によって「肺病」に代えて「不治の精神病」が規定されるに至った。医学の進歩により、肺病を不治の病として規定することは不適当であるとされたためである<sup>(22)</sup>。この点は、民法制定当時より議論された<sup>(23)</sup>。精神病、その他の疾患については、不治であることが求められるが、性病に関しては不治である必要はない。また、このような疾病の発生時期は約婚前であるか約婚後であるかを問わない<sup>(24)</sup>。

(iv) 他の者との約婚又は婚姻 (第4号)

自ら締結した約婚の相手方とは異なる者との約婚又は婚姻については、信義則上、約婚を解除する正当な理由があると考えられる。なお、約婚した者が他人と二重に約婚した場合、二番目の約婚については無効事由となる<sup>(25)</sup>。また、婚約した者が他の者と婚姻するという場合には、事実婚も含まれると

---

(20) 윤진수 [尹眞秀]『친족상속법 강의 [親族相続法講義]』(박영사, 2016) 26면.  
(本稿では、以下「尹, 앞의 책(20)」とする。)。刑の確定までは必要としないという見解として、朴(東), 앞의 책(15)78면参照。

(21) 尹, 앞의 책(20)26면。

(22) 金(暉)・金(相), 앞의 책(11)78-79면。

(23) 『民法案審議録(下)』(民議院, 1957) 42면의「審議過程」参照。

(24) 朴(東), 앞의 책(15)78頁参照。

(25) 約婚は将来婚姻するという契約であるから、二重に約婚または婚姻したときには重婚禁止に当たるから無効事由となり、一番目の約婚は第804条第4号に基づいて解除事由になる。

解される<sup>(26)</sup>。本条は、約婚した者が他の者と約婚や婚姻をすることに対する非難可能性を問うものであり、事実婚を除外する必要はないからである<sup>(27)</sup>。一方で、約婚と事実婚の区別が難しい場合もあるとされる。判例は、当事者が挙式後、新婚旅行まで行ったが夫婦共同生活に入る前に、当事者の一方の責めに帰すべき事由により破綻した事案において、約婚の他方当事者は事実婚の不当破棄と同様に帰責事由のある当事者に対してこれによる精神的損害の賠償を求めることができると判示した<sup>(28)</sup>。

(v) 他の者との姦淫 (第5号)

韓国法は、将来婚姻しようという意思の合致があつて約婚するので、その約婚の前提には性的倫理に関する信頼を守るべき義務をも負うと解される。本条に言う「姦淫」は、第840条の定める不貞行為よりは狭いものと解されている<sup>(29)</sup>。

(vi) 1年以上の生死不明 (第6号)

2011年の改正により、2年を1年に短縮した。1年の起算点は約婚者が相手方の生存を確認できた最後の日を意味すると解されている<sup>(30)</sup>。

(vii) 正当な理由なく婚姻を拒絶するか又はその時期を遅らせる場合 (第7号)

正当な理由は社会の一般的観念と具体的事情によって決せられる。就学中であることや病気の治療中であること、経済状態の急変は正当理由に当たるとされる<sup>(31)</sup>。

(26) 金(疇)・金(相), 앞의 책(11)79면; 朴(東), 앞의 책(15)78면参照。

(27) これには、反対意見もあつて、事実婚は含まれないと解する見解もある。なぜならば、法律において「婚姻」と定めた場合には、それは特別な事由のない限り、法律上の婚姻のみを指すと解する。それ故、事実婚の場合には、下記の第8号より解除しようという(송덕수 [宋徳洙] 『친족상속법 [親族相続法] (제3판 [第3版])』(박영사, 2017) 24면以下参照(本稿では、以下「宋, 앞의 책(27)」とする。))。

(28) 대법원 [大法院] 1998.12.8 선고98브961。

(29) 尹編(尹), 앞의 책(19)103면。

(30) 金(疇)・金(相), 앞의 책(11)79면; 朴(東), 앞의 책(15)79면; 宋, 앞의 책(27)25면。

(31) 金(疇)・金(相), 앞의 책(11)79면。

(viii) その他の重大な事由 (第8号)

第8号は抽象的な事由となっているが、学歴や職歴など婚姻決定に重大な影響を及ぼす事実を欺いた場合には、この条項に該当するものとされる。例えば、従前に互いに知らなかった男女が仲人の紹介により10日間の交際を経て約婚したが、学歴や職場における職種または職級を欺いたことが約婚後に明らかになった場合<sup>(32)</sup>がこれに該当する。しかし、妊娠不能は「婚姻予約」の解消事由にならないとする<sup>(33)</sup>。

2. 第三者の権利侵害による約婚の履行不能

約婚に基づく権利は第三者も尊重しなければならず、その権利を第三者が侵害したときには不法行為が成立する<sup>(34)</sup>。たとえば、第三者が約婚した一方の当事者との私通の結果、子どもを生んだ場合に損害賠償責任を認めた事案<sup>(35)</sup>がある。また、第三者が約婚中の女性を姦淫して男性にとって婚姻し得なくなった場合にも、その男性に対する不法行為が成立すると解されている<sup>(36)</sup>。さらに、約婚当事者の父母が約婚の不当破棄に加担した場合に、帰責事由のある約婚当事者はもちろんその父母も損害賠償責任を負い、さらに約婚の不当破棄の相手方とその父母も家事審判法第2条第3号(ガ)<sup>(37)</sup>から定める約婚解除による損害賠償を請求できると示した判決もある<sup>(38)</sup>。

(6) 約婚解除の方法

第805条

約婚の解除は、相手方に対する意思表示をもってする。ただし、相手方に対して意思表示をすることができないときには、その解除原因があることを知った時に解除されたものとみなす。

(32) 대법원 [大法院] 1995.12.8 선고94므1676, 1683.

(33) 대법원 [大法院] 1960.8.18 선고4292민상995.

(34) 宋, 앞의 책 2724면.

(35) 대법원 [大法院] 1961.10.19 선고4293민상531.

(36) 宋, 앞의 책 2724면.

(37) 現行では、家事訴訟法第2条第1項第1号ダ(다) 1.

(38) 대법원 [大法院] 1975.1.14 선고74므11.

民法案審議録(下) 42頁 第798条  
 参照外国立法例：中華国民民法第976条第2項

本条は、約婚解除の方法を規定する。日本民法に対応する規定はない。

### 1. 解除の方法

約婚の解除は、相手方に対する意思表示によって行われる。いかなる形式も必要としない。これ以上会わないという態度で示すなど、黙示の意思表示による解除も可能とされる<sup>(39)</sup>。ただし書は、約婚のみなし解除について規定する。例えば、約婚後1年以上の生死不分明は解除されたものとみなしうるとされる<sup>(40)</sup>。

### 2. 解除の効果

約婚の解除により、両当事者は婚姻を成立させるという義務から解放される。約婚の解除により損害が生じた場合には、損害賠償請求をすることができる(第806条)。なお、礼物の返還については次項で述べる。

## (7) 約婚解除と損害賠償請求権

### 第806条

①約婚を解除したときには、当事者の一方は過失がある相手方に対してこれによる損害の賠償を請求することができる。

②前項の場合には、財産上の損害の他に精神上的苦痛についても損害賠償の責任を負う。

③精神上的苦痛に対する賠償請求権は譲渡又は承継することができない。ただし、当事者間に既にその賠償に関する契約が成立していたか又は訴えを提起した後は、この限りではない。

民法案審議録(下) 42頁 第799条  
 参照外国立法例：BGB 第1298条・第1299条・第1300条；ZGB 第93条；中華国民民法第977条・第978条・第979条

本条は、約婚の解除に伴う損害賠償について規定する。日本民法に対応する規定はない。

(39) 金(曠)・金(相), 앞의 책 (11)80면.

(40) 金(曠)・金(相), 앞의 책 (11)81면.

約婚の成立により、当事者は婚姻の成立を期待し、婚姻の儀式や共同生活の開始に向けた準備に取り掛かる。また、約婚を契機に性的な関係を持つ場合もあろう。そうした状況のもとで、約婚が一方的に解除又は取り消されると、当事者は様々な影響を受けることになる。このような場合に、約婚の当事者は、債務不履行を理由として、或いは、不法行為に基づく損害賠償請求ができる。

## 1. 損害賠償

約婚の解除によって、婚姻をするという契約上の関係から解放されるが、解除により損害が生じたときには、賠償の義務がある。損害には、精神的損害及び財産的損害のいずれも含む。財産損害には、婚姻準備費用と婚姻の成立を信じて放棄した利益、すなわち信頼利益のいずれをも含む<sup>(41)</sup>。結婚式の費用や婚姻を理由とした離職などがこれに含まれる<sup>(42)</sup>。この損害賠償責任の性質は不法行為責任か、それとも債務不履行責任かについては見解の対立がある<sup>(43)</sup>。

当事者双方に過失があるときには、損害賠償請求は認められない<sup>(44)</sup>。

精神的損害は、不当な解除による苦痛を慰謝するということがその内容となる。約婚当事者の性的な関係によって情操を喪失したという理由から慰謝料の請求ができるかについて、下級審の判決及び学説の多数説はこれを否定している<sup>(45)</sup>。ただし、一方の誘引により相手方の真意に反して強圧に行われるときには損害賠償を認めるべきであるという見解もあると指摘されている<sup>(46)</sup>。

また、大法院は、精神的損害に基づく損害賠償請求権は、原則として譲渡又は承継できないが、その賠償について合意が成立したかまたは訴えを提起したときには譲渡または承継可能であるから、訴訟係属中に死亡した場合に

---

(41) 尹編 [尹], 앞의 책 (19) 108면.

(42) 金 (疇) · 金 (相), 앞의 책 (11) 82면.

(43) 朴 (東), 앞의 책 (15) 80면.

(44) 尹編 [尹], 앞의 책 (19) 107면.

(45) 서울가정법원 [ソウル家庭法院] 1966. 2. 7 심판 (법률신문 제 662호 6면).

金 (疇) · 金 (相), 앞의 책 (11) 82면; 尹編 [尹], 앞의 책 (19) 109면. なお、朝鮮高等法院1935年2月16日民録第22卷31頁も同趣旨。

(46) 尹, 앞의 책 (20) 27면以下.

は、相続の対象となるとしている<sup>(47)</sup>。

## 2. 礼物の返還

約婚に際して、礼物が贈られることがある<sup>(48)</sup>。約婚礼物の授受は、約婚の成立を証明し、婚姻が成立した場合に当事者ないし両家の情義を厚くする目的から授受され<sup>(49)</sup>、婚姻の不成立を解除条件とする贈与と類似する性質を有すると解される<sup>(50)</sup>。したがって、約婚の解消により、贈与された物は不当利得として返還されなければならない。判例は、姑が嫁に交付した約婚礼物はその婚姻が成立した後相当期間持続したときには、嫁の所有とみなされるのが妥当であるとする<sup>(51)</sup>。一方で、婚姻が成立しても、短期間で解消したような場合にも返還が問題になりうる場合がある。たとえば、一方がアパートの購入目的で相手方に交付した金銭は、返還を求めうるとされる<sup>(52)</sup>。しかし、約婚解消の原因が約婚礼物を交付した側にあるときは過失相殺がなされ<sup>(53)</sup>、また約婚解除に関して過失ある有責者は自ら提供した約婚礼物を積極的に返還請求する権利はないとするが<sup>(54)</sup>、学説上には有責当事者も返還請求権をもつという見解もある<sup>(55)</sup>。

## 3 婚姻の成立

韓国法も、日本法と同様、法律婚主義を採用しており、形式的要件である「申告」<sup>(56)</sup>届出と実質的要件の具備により成立する。実質的要件については、

(47) 대법원 [大法院] 1993.5.27선고 92므143.

(48) 日本で言うところの「結納」に該当する。

(49) 대법원 [大法院] 1996.5.14선고96다5506.

(50) 대법원 [大法院] 1976.12.28선고76므41, 42.

(51) 대법원 [大法院] 1994.12.27선고94므895.

(52) 대법원 [大法院] 2003.11.14선고2000므1257.

(53) 대법원 [大法院] 1976.12.28선고76므41.

(54) 대법원 [大法院] 1976.12.28선고76므41.

(55) 朴秉濠『家族法』(韓国放送通信大学, 1999) 66면 (本稿では、以下「朴(秉), 앞의 책(55)」とする。)

(56) 「申告」は日本の戸籍法における届出に該当する概念である。本稿では、韓国法の用語に合わせて、「申告」を用いる。

婚姻意思の合致、婚姻適齢に達していることや重婚でないこと、近親婚でないことなどの婚姻障害の不存在等が求められ、日本法と大きな違いはないが、近親婚の範囲等異なる点も少なくない。

このような実質的要件のうち、最も重要なものは当事者の「婚姻意思の合致」であろうが、それについては、婚姻の無効事由において述べることにする。

### (1) 婚姻適齢

第807条 <2007年12月21日改正>  
満18歳となった者は、婚姻することができる。

民法案審議録(下) 44頁 第800条・第801条  
参照外国立法例：BGB 第1303条・第1304条；ZGB 第98条；中華民法第980条・第981条；日本民法第731条；第738条；明治民法第765条・第772条

本条は、婚姻適齢を定める。日本民法第731条に相当する<sup>(57)</sup>。民法施行時は、現行日本民法典と同様に、男は満18歳、女は満16歳を婚姻適齢としていたが、2007年の改正により、男女を区別することなく、満18歳とした。

本条に違反した婚姻は、婚姻の取消しの対象となる(第816条第1項)。民法上の年齢は、誕生日を算入して計算する<sup>(58)</sup>(第155条、第158条)。すなわち、家族関係登録簿上の誕生日が基準となり、計算される(家例第141号)。

### (2) 同意が必要な婚姻

第808条 <2011年3月7日改正>

① 未成年者が婚姻をする場合には、父母の同意を得なければならない。父母のうちどちらかが同意権を行使することができないときには、他の一方の同意を得なければならず、父母がともに同意権を行使することができないときには、未成年後見人の同意を得なければならない。

② 成年被後見人は、父母又は成年後見人の同意を得て婚姻することができる。

<sup>(57)</sup> 2018年6月13日に成立した民法の一部を改正する法律(成人年齢に関連する法改正)は、婚姻適齢を男女ともに18歳とする(改正日本民法第731条)。

<sup>(58)</sup> 本条には「満18歳」と規定しているが、たとえば韓民第801条は「18歳」と規定している。両者は表記上の違いに留まり、実質的には差がない。



民法案審議録（下）44頁 第801条

参照外国立法例：BGB1303条；第1304条 ZGB 第98条；中華民國民法第980条・第981条；日本民法第731条；第738条；明治民法第765条・第772条（本条第1項は、原文では、一文で表現されているが、本研究会は、訳の都合上、二文に分けて訳出した。）

本条は、未成年者及び成年被後見人の婚姻について定める。日本民法第731条、第738条に対応する。

### 1. 未成年者の婚姻

未成年者が婚姻するにあたって、父母の同意が求められるのは、軽率な婚姻決定から未成年者を保護する趣旨である<sup>(59)</sup>。この同意権は、親権の内容の一部と考えられる<sup>(60)</sup>ので、原則的に父母が共同で行使する。本条第1項後段は、共同で行使できない場合を規定する。共同で行使できない場合とは、父母の一方の死亡や失踪など事実上行使できない場合を指す<sup>(61)</sup>。父母がないうちには、未成年後見人の同意で婚姻することができる<sup>(62)</sup>。

### 2. 成年被後見人の婚姻

韓国法も日本法と同様に、成年被後見人であっても、意思能力を回復しているときは、婚姻をすることができる<sup>(63)</sup>と定めている。しかし、韓国法は、この場合でも、父母又は成年後見人の同意を必要とする旨を規定している。

### (3) 近親婚等の禁止

第809条 <2005年3月31日改正>

① 8寸<sup>(63)</sup>以内の血族（親養子の入養前の血族を含む）間では、婚姻することができない。

<sup>(59)</sup> 金（疇）・金（相）， 앞의 책 (11)92면。

<sup>(60)</sup> 金（疇）・金（相）， 앞의 책 (11)92면。

<sup>(61)</sup> 金（疇）・金（相）， 앞의 책 (11)93면。

<sup>(62)</sup> 改正前は、親族会の同意を持って婚姻できる旨を規定していたが、2011年の改正によって親族会（第940条以下）そのものが削除され、この規定も削除された。

<sup>(63)</sup> 日本法でいうところの親等に対応する概念である。韓民第770条が「寸数」（親

② 6寸以内の血族の配偶者、配偶者の6寸以内の血族、配偶者の4寸以内の血族の配偶者である姻戚である者又はこのような姻戚であった者の間では婚姻することができない。

③ 6寸以内の養父母系の血族であった者と4寸以内の養父母系の姻戚であった者の間では、婚姻することができない。

民法案審議録(下) 45頁 第802条

参照外国立法例: BGB 第1301条; ZGB 第100条; 中華民國民法第983条; 日本民法第734条、第735条、第736条(明治民法第769条、第770条、第771条)

本条は、近親者間の婚姻の禁止を規定する。日本民法第734条、第735条、第736条に対応する。

改正前の本条第1項は、同姓同本の血族間の婚姻を禁止するもの、第2項は「男系血族の配偶者、夫の血族及びその他8寸以内の姻戚であるか又は姻戚であった者の間では婚姻できない」と定めていた。しかし、1997年の憲法裁判所の不合致決定<sup>(64)</sup>を受け、本条は2005年3月31日の改正を経て、現在の規定となった。

- (a) 8寸内の血族間では婚姻できない(本条第1項)。この範囲は、第777条の親族の範囲に一致する。この血族には自然血族と法定血族のいずれをも含み、直系血族と傍系血族を区別しない。これらの点において、韓国法は日本法と大きく異なる。
- (b) 6寸以内の血族の配偶者とは、兄弟の妻や叔母の夫、姉妹の夫がこれにあたるが、第777条の定める親族の範囲よりも広い。
- (c) 配偶者の6寸以内の血族に該当するのは、父母の配偶者の父母や兄弟姉妹、従兄弟等であるが、これも第777条の範囲よりも広く、過度に広いとの指摘がある<sup>(65)</sup>。
- (d) 配偶者の4寸以内の血族の配偶者の姻戚である者又はあった者の間の婚姻も禁止される。配偶者の兄弟姉妹の妻(配偶者)等がこれにあたる<sup>(66)</sup>。

等)の計算について規定する。韓国民法の親族編では、基本的に、「寸」という語が用いられている。しかし、韓国民法の相続編では、「親等」という語を「寸」と同じ意味で用いている(たとえば、韓民第1000条第2項)。

(64) 헌법재판소 [憲法裁判所] 1997. 7. 16선고95헌가6。

(65) 金(暉)・金(相), 앞의 책(II)98면。

(66) 姉の夫と妻の妹の間の婚姻は禁止されるか。この場合、妻の妹の側からみれば、

本条第2項は、これらの者の間の婚姻を社会倫理的見地から禁止したものと解されている<sup>(67)</sup>。

(c) 6寸以内の養父母系の血族であった者との婚姻は禁止される。

(f) 4寸以内の養父母系の姻戚であった者との婚姻はできない。

「入養」<sup>(68)</sup>によって法定血族関係が成立した場合、「罷養」<sup>(69)</sup>によって法定血族関係が終了しても一定の範囲の親族間における婚姻が禁止されている。これは社会倫理的見地によるものとされる。自然血族の姻戚間の婚姻については、本条第2項は詳細に規定するものの、法定血族間については、第777条の規定に従いこれを禁止している。

なお、本条に違反して婚姻が受理されたときは、第815条、第816条によって無効又は取消しの対象となる。

#### (4) 重婚の禁止

##### 第810条

配偶者のある者は、重ねて婚姻することができない。

民法案審議録（下）46頁 第803条

参照外国立法例：BGB 第1309条；ZGB 第147条、第101条；中華民國民法第985条；日本民法第732条；明治民法第766条

本条は、重婚の禁止を定める。日本民法第732条に相当する。

韓国民法は、本条の規定により、一夫一婦制を採用するが、日本と異なり、重婚罪を定めていない<sup>(70)</sup>。本条にいう重婚とは、「法律婚が二重に成立する

姉の夫は姉『2親等の傍系（父系）血族』の配偶者であるが、姉の夫の側からみれば、妻の妹は配偶者の2親等の傍系血族（二親等の姻戚）であるから、民法第809条第2項により婚姻できない（例規第150号）。もし、婚姻した場合には取り消し得る婚姻となる（第816条第1号）。以上、朴（東），앞의 책 (15) 93면参照。しかし、日本の場合には、慣行的に認めている（中川善之助『新訂親族法』（青林書院，1965年）168頁；青山道夫・有地亨編〔上野雅和〕『新版注釈民法(2)親族(1)』（有斐閣，1989年）222頁以下）。

(67) 金（疇）・金（相），앞의 책 (11) 99면。

(68) 日本法でいうところの養子縁組に対応する概念である。

(69) 日本法でいうところの離縁に対応する概念である。

(70) 韓国刑法に姦通罪（第241条）が存在していたが、2015年の憲法裁判所の判決（헌법재판소〔憲法裁判所〕2015.2.26자2009헌마17等）により違憲とされ、2016年

場合」<sup>(71)</sup>を指す。したがって、法律婚をしている者が事実婚関係に入っても、重婚には該当しない。

既に法律婚の状態にある者が新たに婚姻の申告をしても、受理されないの  
で、日本と同様、重婚が問題になることは原則としてない。失踪宣告の取消  
し等によって重婚となり得る点<sup>(72)</sup>は日本と同様である。しかし、これに留  
まらず韓国特有の問題としては、分断により、北緯38度線を越えて往来でき  
ず、重婚状態となった事例が少なくない<sup>(73)</sup>。大法院1993年の判決<sup>(74)</sup>は、重  
婚が成立して、10年以上、婚姻取消請求権を行使せずに、夫と前妻も死亡し  
た時期に夫の弟が亡兄の生存している重婚の妻を相手方として婚姻取消の訴  
えを提起した事案であるが、大法院は、公益上の必要性はなく、権利の濫用  
に当たるとして重婚の取消しを認めない旨を判示した。

#### (5) 再婚禁止期間

第811条 <2005年3月31日改正>  
削除

民法案審議録(下) 47頁 第804条  
参照外国立法例: BGB 第1313条; code civil 第228条; 中華国民民法第987  
条; 日本民法第733条(第767条)

削除された第811条は、女の再婚禁止期間を定めていた。婚姻の終了から  
6ヶ月間、婚姻を禁止するもので、日本民法第733条に相当するものであった。  
削除理由は、女に限って6ヶ月間、再婚を禁止することは両性の平等の原則  
に反するという点にある。ところが、再婚した女が妊娠、出産し、父を決め  
ることができないときには第845条によって父を決めることができるが、別  
居により婚姻関係が終了していない時期に、妻がさらに別の男との間に子ど

1月6日に削除された。

(71) 金(疇)・金(相), 앞의 책 (11) 100면.

(72) 金(疇)・金(相), 앞의 책 (11) 102-103면は、善意であれば、前婚を復活させ  
ないと説く。

(73) 「不在宣告に関する特別措置法」(1967年制定。その後2009年に至るまで数回改  
正が行われている)は、不在宣告を受けた者については家族関係登録簿(戸籍)  
が閉鎖され、民法第997条(相続開始の原因)の適用および婚姻に関しては失踪  
宣告を受けたものとみなすとしている(第4条)。

(74) 대법원 [大法院] 1993. 8. 24선고92브907。

もを懐胎したときには、父との間の「親生」推定（第844条<sup>(75)</sup>）をめぐって複雑な問題が生じる。この問題に関しては、憲法裁判所<sup>(76)</sup>は、第844条第2項について、2015年に憲法不合法決定を下し、結局2017年10月31日民法改正によって第844条第2項<sup>(77)</sup>が改正され、第854条の2<sup>(78)</sup>が新設されたことに留意を要する。

## (6) 婚姻の成立

第812条 <2005年3月31日改正>

①婚姻は、「家族関係の登録等に関する法律」に定めるところにより、申告することによって、その効力を生ずる。

②前項の申告は、当事者双方と成年者である証人2名の連署した書面をもってしなければならない。

(75) 改正前の第844条の規定の試訳は、以下の通りである。

①妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。

②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、婚姻中に懐胎したものと推定する。

(76) 헌법재판소 [憲法裁判所] 2015. 4. 30. 자2013헌마623.

(77) 改正後の第844条の規定の試訳は以下の通りである。

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婚姻関係が終了された日から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。

(78) 改正後の第854条の2の規定の試訳は以下の通りである。

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など、その他の事情を考慮して許可の可否を決める。

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(下) 47頁 第805条

参照外国立法例: BGB 第1317条; ZGB 第165条、第105条; 中華民國民法第982条; 日本民法第739条(明治民法第755条)

本条は、婚姻の形式的要件である申告について規定する。日本民法第739条に相当する。

## 1. 書面による申告

「家族関係の登録等に関する法律」(以下「家族関係登録法」とする)に定められた形式、すなわち書面による申告により、婚姻は成立する<sup>(79)</sup>。この申告は、当事者双方と証人2名が署名し、登録基準地又は住所地もしくは現在地を管轄する自治体に申告して行われる(家族関係登録法第20条)。但し、書面のみならず口頭によっても申告可能であり(同法第23条)、電子文書によっても申告可能である(同法第23条の2)。また、郵送による申告も可能である<sup>(80)</sup>。

## 2. 調停・裁判による申告

事実婚が成立したとみなしうる場合に、当事者の一方が婚姻申告に協力しないときは、他方当事者は事実上婚姻関係存否確認請求をして、婚姻申告することができる(家事訴訟法第2条第1項第1号ナ)<sup>(81)</sup>。

## (7) 婚姻申告の審査

第813条 <2005年3月31日改正>

婚姻の申告は、その婚姻が第807条から第810条まで及び第812条第2項の規定、その他の法令に違反のないときにはこれを受理しなければならない。

(79) 金(疇)・金(相), 앞의 책(11) 106면によれば、慣習上の儀式によって婚姻が成立するとの意識が強い点を挙げて、儀式により婚姻は成立し、申告は効力発生要件と説く説を紹介する。

(80) 日本法と同様に、当事者死亡後の受理も定める。また、婚姻申告特例法は、戦争により申告が出来ないまま、当事者の一方が死亡した場合の特例を規定する(家族関係登録法第41条)。

(81) 詳細については、後述の「6 事実婚(4)」を参照。

民法案審議録(下) 48頁 第806条  
 参照外国立法例：日本民法第740条(明治民法第776条)

本条は、婚姻申告の受理要件を規定する。日本民法第740条に相当する。

本条は、家族関係登録公務員の審査権の基礎となる。婚姻の申告を受け付けた公務員は、第807条から第810条までの規定、第812条第2項、その他の法令に関して審査することができ、法令違反がないと認めるときには、その申告を受理しなければならない。すなわち、当該婚姻は、婚姻適齢に達しているか、近親婚や重婚ではないか、父母(又は後見人)の同意を得ているか、当事者及び証人2名の連署があるかについて、家族関係登録公務員が法令違反の有無を審査し、法令違反がなければ受理しなければならない。この場合、審査は形式的に行うことができるだけであり、実質的な審査権までは認められていない。しかし、この形式的審査権の対象には、当該婚姻当事者が生存していたか否かを調査することも当然含まれると解されている<sup>(82)</sup>。

本条で定める婚姻の障害事由は、これらの事由があれば婚姻の申告を受理しないという意味に過ぎず、たとえ婚姻の障害事由があっても、誤って受理されれば婚姻は成立し、婚姻の無効または取消しの問題が生じるに過ぎない<sup>(83)</sup>。また、婚姻申告は、担当公務員が受理することによって完了し、受理された申告は登録簿に記載されなかったとしても婚姻は有効に成立する<sup>(84)</sup>。

先に述べたように、婚姻申告は郵送でも可能であり、また、本人が自ら申告する必要もない。そのため、本人の知らない間に婚姻申告がなされ、或いは、婚姻意思を喪失したにもかかわらず、申告書だけが存在するということがありうる。このような場合において、婚姻申告受理不可申告書の提出<sup>(85)</sup>を通じて、婚姻の成立を阻止することができる。

## (8) 外国からの婚姻申告

第814条 <2005年3月31日、2007年5月17日、2015年2月3日改正>

<sup>(82)</sup> 대법원 [大法院] 1991.8.13자91스6

<sup>(83)</sup> 朴(東), 앞의 책(15)99면; 宋, 앞의 책(7)34면以下.

<sup>(84)</sup> 대법원 [大法院] 1991.12.10선고91므344.

<sup>(85)</sup> 金(疇)·金(相), 앞의 책(11)109면.

①外国に在る本国民間の婚姻は、その外国に駐在する大使、公使又は領事に、申告することができる。

②第1項の申告を受理した大使、公使又は領事は、遅滞なくその申告書類を本国の在外国民家族関係登録事務所に送付しなければならない。

民法案審議録(下) 48頁 第807条

参照外国立法例: code civil 第170条; 日本民法第741条(明治民法第777条)

本条は、韓国人同士が外国で婚姻する場合の方式について定める。日本民法第741条に相当する。

一般に「領事婚」と呼ばれている。在外国民が、その国の方式にしたがって婚姻申告書を作成した場合には、3ヶ月以内にその地域を管轄する在外公館の長にその証書の謄本を提出しなければならない(家族関係登録法第35条第1項)。婚姻申告をしようとする韓国人が滞在する地域が在外公館の管轄に属しない場合には、3ヶ月以内に登録基準地の自治体の長または家族関係登録事務所の家族関係登録官に証書の謄本を発送しなければならない(同法第35条第2項)。

また、韓国人が外国人と婚姻する場合の成立要件は、各当事者に関してその本国法を適用する(国際私法第36条第1項)。婚姻の方式については、婚姻挙行地法または一方当事者の本国法に従う。一方当事者が韓国人であり、韓国内で婚姻を挙行するときには韓国法が適用される(国際私法第36条第2項)。

## 4 婚姻の無効と取消し

### (1) 婚姻の無効

第815条 <2005年3月31日改正>

婚姻は次の各号のいずれか一つの場合には無効とする。

- 1 当事者間に婚姻の合意がないとき
- 2 婚姻が第809条第1項の規定に違反したとき
- 3 当事者間に直系姻戚関係があるか又はあったとき
- 4 当事者間に養父母系の直系血族関係があったとき

民法案審議録(下) 49頁 808条

外国立法例: BGB 第1323条乃至第1328条; code civil 第180条、第181条、第182・第183条; ZGB 第100条; 中華民國民法第988条; 日本民法第742条

本条は、婚姻の無効原因を定める。日本民法第742条に対応する。



日本民法は、婚姻の無効原因として、婚姻意思の欠缺のみを定めるのに対し、韓国民法は、近親婚の一部についても無効原因として規定する。

## 1. 無効原因

### (i) 婚姻意思の欠缺（第1号）

婚姻の申告がなされたとしても、当事者間に婚姻をする意思がない場合には、無効である。

婚姻意思とは「夫婦関係を成立させる意思」であり、夫婦関係とは「その時代その社会において一般に夫婦関係としての精神的・肉体的に結合」を意味するとされる<sup>(86)</sup>。婚姻意思の意義については、単に婚姻申告をして登録簿上の夫婦関係を形成する意思、すなわち婚姻申告の意思を意味するという形式的意思説、申告（表示）意思と実体（効果）意思の合致を意味するという実質的意思説、民法上の定形に似合う婚姻をしようとする意思の合致を意味するという法的意思説があり、実質的意思説が通説とされる<sup>(87)</sup>。判例は、「当事者の一方のみに…真正の夫婦関係の設定を望む効果意思があり、相手方にはそのような意思が欠如していれば、たとえ当事者間に婚姻申告それ自体に関して意思の合致があり、一応法律上の夫婦という身分関係を設定する意思があったとしても、その婚姻は、当事者間に婚姻の合意がなかったものであって、無効と解すべきである」<sup>(88)</sup>と述べて、実質的意思説を採る。

さらに、仮装婚姻も原則として無効と取り扱われる<sup>(89)</sup>。たとえば、韓国における仮想離婚の例としては、婚姻外の子どもの身分を隠す目的、小学校の教諭から免職されない目的<sup>(90)</sup>、海外移住の目的<sup>(91)</sup>等の理由から婚姻申告

(86) 김주수 [金嘯洙]『親族・相続法』(法文社, 2004) 91면 (本稿では、以下「金(曝), 앞의 책(86)」とする。)

(87) 朴(東), 앞의 책(15)99면。

(88) 대법원 [大法院] 2010. 6. 10선고2010므574。

(89) 朴(東), 앞의 책(15)105면; 宋, 앞의 책(27)38면以下。

(90) 婚姻外の子どものを生んだ小学校の女子教諭が学校から免職されるのをおそれ、その子どもを婚姻中の子どもとして出生申告するために婚姻申告を行った場合等がこれに当たる。

(91) 「海外留学に行くためにはビザを取らざるを得ないので、まず婚姻申告を済ませよう」として婚姻申告を行ったが、新郎が先に留学に行き、新婦は結局留学に行くことができなかった場合に、その婚姻申告は精神的・肉体的結合の意思がなく、

を行った場合などが挙げられる。

慣習に従い、結婚式を挙げ相当期間同居し、その間に子どもが生まれ婚姻の実体はあるが、婚姻申告がされていない関係において、当事者一方の不在中婚姻申告が行われたとしても、その当事者間に既往の関係を解消しようと合意したか又は当事者の一方が婚姻意思を撤回した等の特別な事情のない限り、その申告によって成立した婚姻を当然に無効とすることはできないという判決もある<sup>(92)</sup>。さらに、当事者死亡後に受理された婚姻申告は、原則として無効であるが、大法院1987年の判決<sup>(93)</sup>は、相続権を回復する目的で提起された婚姻無効請求につき、「信義に従う権利行使とみなすことができず、社会生活上容認され得ない」と判示した。

#### (ii) 8寸内の血族との婚姻 (第2号)

韓国法は近親婚を広く禁止している。本条は第809条1項に定める近親婚のみを無効としている。直系血族・傍系血族を区別しない。第809条第2項(このうち直系姻戚関係を除く)及び第3項によって禁止される近親婚は、次条によって取消しの対象となるに過ぎない。

#### (iii) 直系姻戚関係にある者との婚姻 (第3号)

第809条2項は、「6寸以内の血族の配偶者、配偶者の6寸以内の血族」の間の婚姻を禁止するが、本条は、そのうち直系姻戚関係にあった者との婚姻を無効とする。義父や義母がこれに該当する。

#### (iv) 養父母系の直系血族との婚姻 (第4号)

養子の法定血族のうち、8寸以内の血族との婚姻は無効であるが(第815条第2項)、養親子関係が終了・解消された後にはその近親婚の禁止の範囲が6寸以内に縮小され(第809条第3項)、そのうち直系血族との婚姻は無効事由として規定されている。

---

ある目的(海外移住)を達成するためのものであるから無効となる。

(92) 대법원 [大法院] 1980.4.22선고79므77.

(93) 대법원 [大法院] 1987.4.28선고86므130.

## 2. 婚姻無効の性質

婚姻の無効は当然無効であり、無効確認請求訴訟によって婚姻の無効を確認することもできるし、他の訴訟において無効を前提に主張立証をし、訴訟を行うこともできる。この場合、請求権者は、当事者、法定代理人又は4寸以内の親族に制限されている（家事訴訟法第23条）。

## 3. 無効の効果

婚姻無効の判決が確定すると、婚姻当事者は当初より夫婦ではなかったことになる。婚姻無効の判決は遡及効を有し、善意の第三者に対してもその効力が及ぶ（家事訴訟法第21条）。婚姻無効の場合にも、第806条の規定が準用され、当事者は「過失ある」相手方に対して損害賠償を請求することができる（第825条）。

また、無効な婚姻関係から出生した子は、婚姻外で出生した子になる（第855条1項後段）。その子が未成年者であるときには、その子のための親権者と養育者を指定しなければならず、この場合には離婚の場合と同様に、家庭法院は事前協議するよう勧告すべきである（家事訴訟法第25条第2項）。

## (2) 婚姻取消し事由

第816条 <1990年1月13日、2005年3月31日改正>

婚姻は次の各号のいずれか一つの場合には、法院にその取消しを請求することができる。

- 1 婚姻が第807条から第809条（第815条の規定によって婚姻の無効事由に該当する場合を除く。以下、第817条及び第820条においても同様）まで又は第810条の規定に違反したとき
- 2 婚姻当時、当事者の一方に夫婦生活を継続することができない悪疾、その他重大な事由があることを知ることができなかつたとき
- 3 詐欺又は強迫によって婚姻の意思表示をしたとき

民法案審議録（下）50頁 809条

参照外国立法例：BGB 第1330条、第1325条；ZGB 第125条、第126条；code civil 第184条、第185条；中華民國民法第989条、第990条、第991条、第992条、第993条、第994条、第995条、第996条、第997条；日本民法第743条、第747条；明治民法第780条

本条は、婚姻の取消し原因について規定する。日本民法第743条に相当する。取り消しうる婚姻は、取消しまでは有効な婚姻として取り扱われ、取消し

によってその効力を失う。ただし、婚姻の取消しは遡及効を有しない(第824条)。

## 1. 取消原因

### (i) 婚姻適齢に達していない婚姻

第807条は、婚姻適齢を満18歳と規定しており、この条項に違反した婚姻は取り消しうる。取消権者(第817条)及び除斥期間(第819条)に関して別に規定されている。

### (ii) 父母の同意を得ていない婚姻

満18歳に達した者は婚姻することはできるが、未成年者である間は、父母の同意を要する(第808条)。成年被後見人は、意思能力を回復している間は、自ら婚姻することができるが、同様に父母又は成年後見人の同意を要する。同意がない場合、婚姻申告は受理され得ない(第813条)が、誤って受理された場合には有効に成立する。本条は、そのような婚姻の取消しを規定する。

### (iii) 近親婚

第809条が禁止する近親婚のうち、無効でない婚姻が取消しの対象となる。具体的には、第809条2項が定めるもののうち、6寸内の傍系血族の配偶者(叔父・叔母の配偶者)や配偶者の6寸内の傍系血族(配偶者の兄弟姉妹)、配偶者の4寸内の血族の配偶者(配偶者の兄弟姉妹の配偶者)であった者との婚姻は取消しの対象となる。また、6寸内の養父母系の傍系血族関係にあった者や4親等内の養父母系の姻戚の関係にあった者との婚姻も取消しの対象である。なお、日本民法は、慣習上認められてきた養子と傍系血族との間の婚姻を容認する態度を示しており(日本民法第734条第1項ただし書)、この点は韓国法と大きく異なる。

### (iv) 重婚

重婚も取消しの対象となる。取消権者については第818条が規定している。重婚の取消しについては期間制限の規定がないから、重婚が存在する限り、取消権は消滅しない<sup>(94)</sup>。ただし、重婚が成立し、約10年が経過した後、婚

(94) 대법원 [大法院] 2014. 7. 29 선고2011헌마275。

姻取消請求権を行使した事案においては、その権利行使が権利濫用に該当するとした判決がある<sup>(95)</sup>。

(v) 悪疾等の重大な事由があるとき

第816条第2号は、「当事者の一方に夫婦生活を継続することができない悪疾、その他重大な事由」を取消原因とする。ここでいう悪疾とは、性病や不治の精神病であるとされる。大法院は、妻が夫の性機能障害を理由に民法816条第2号に基づいて婚姻の取消しを求めた事案において、夫の性染色体の異常と不妊などの問題が民法816条第2号が定める「夫婦生活を継続することができない悪疾その他重大な事由」に該当するとは解し得ないと判示した<sup>(96)</sup>。

このような事由は、婚姻当時に知り得なかったものが取消しの対象となる。婚姻当時に知っていれば、相手方と婚姻しなかったであろうと認められる場合が基準となる<sup>(97)</sup>。

(vi) 詐欺・強迫による婚姻

詐欺・強迫によって婚姻の意思表示をしたときは、取消しの対象となる。日本民法第747条に相当する。

本条に関しては、婚姻に不利な事実や誇張された事実についての沈黙が問題となる。過去に離婚歴があり、子を出産した事実を知らなかった場合には、取り消し得るとする裁判例<sup>(98)</sup>も見られる一方で、婚姻当事者又は第三者が出産の経歴を告知しなかった場合に、このことが相手方の婚姻の意思決定に影響を及ぼしようという理由のみをもって一律的に告知義務を認め、婚姻取消事由に該当すると解してはならないと判示した大法院判決も存在する<sup>(99)</sup>。

## 2. 取消しの方法・効果

婚姻の取消しには調停前置主義が採用されているので、家庭法院に調停の

(95) 대법원 [大法院] 1993. 8. 24선고92므907.

(96) 대법원 [大法院] 2015. 2. 26선고2014므4734, 4741.

(97) 金(疇)・金(相), 앞의 책(1) 124-125면.

(98) 서울가정법원 [ソウル家庭法院] 2006. 8. 31선고2005드합2103.

(99) 대법원 [大法院] 2016. 2. 18선고2015므654.

申告をしなければならない(家事訴訟法第2条)。取消しの判決の確定によって、婚姻はその効力を失うことになる。しかし、子どもの養育責任と面接交渉権については、離婚に関する同様の規定が準用される(第824条の2)。さらに、一方当事者は責任事由のある相手方に対する損害賠償請求権も行使しうる(第825条)。その他、韓国民法は、日本のような離婚の規定の準用を明文化していないが、個別の規定に関して類推適用の余地があるという見解もあると指摘されている<sup>(100)</sup>。

婚姻の取消しによって、婚姻は将来に向かって解消される。同時に、姻戚関係も終了する(第775条)。

### (3) 年齢違反の婚姻等の取消請求権者

第817条 <2005年3月31日改正>

婚姻が第807条、第808条の規定に違反したときには、当事者又はその法定代理人が取消しを請求することができ、第809条の規定に違反したときには、当事者、その直系尊属又は4寸以内の傍系血族がその取消しを請求することができる。

民法案審議録(下) 51頁 第810条

参照外国立法例: 中華国民民法第989条、第990条; 日本民法第744条、第747条; 明治民法第780条

本条は、要件違反の婚姻取消権者について定める。日本民法第744条・第745条がこれに対応する。

#### 1. 婚姻適齢に違反する婚姻(第807条)

婚姻適齢に違反する場合には、婚姻の当事者及び法定代理人が婚姻を取り消すことができる。婚姻当事者の一方が取消しを請求するときは、その相手方は婚姻の他方当事者である。他方当事者が死亡している場合には、検察官を相手方として訴えを提起しなければならない(家事訴訟法24条)。

婚姻適齢に違反した婚姻の取消しに関しては、期間制限の規定がない。学説においては、第819条を類推することで、19歳に達したときはもはや取り消すことができず、また、懐妊したときにも取り消し得ないものと解すべき

<sup>(100)</sup> 金(曠)・金(相), 앞의 책 (1) 128-129면.

であると主張されている<sup>(101)</sup>。

## 2. 同意を得ていない婚姻（第808条）

満18歳に達した者が父母の同意なしに婚姻の申告を行い、これが受理されたときは、婚姻は有効に成立するが、その婚姻当事者又は法定代理人は、当該婚姻につき、取消権を有する。ただし、未成年者は成年擬制（第826条の2）により親権者はもはや法定代理人ではない。この点に関して、婚姻前の親権者（又は後見人）が取消権者になれるかが問題になる。この点については、様々に議論されており、これは成年擬制の規定を新設する際に、本条前段中の「法定代理人」という文言が削除されなかったことに由来する。そこで、法定代理人には婚姻当時の法定代理人であった親権者や未成年後見人は含まれないという見解<sup>(102)</sup>が見られる一方、未成年者保護のために親権者や未成年後見人を含むとする見解が見られる<sup>(103)</sup>。

この取消権は、婚姻した未成年者が19歳になった後又は成年後見終了の審判があってから3ヶ月が経過したかまたは婚姻中に懐胎した場合にはその取消しを請求することはできないと、制限規定を置いている（第819条）。

## 3. 近親婚

近親婚を取り消しうる者は、当事者、その直系尊属、4寸内の傍系親族<sup>(104)</sup>である。

第820条は、近親婚の取消権の消滅について規定し、当事者間の婚姻中に懐胎したときには、その取消しを請求することができないと定める。

### (4) 重婚の取消請求権者

第818条 <2012年2月10日改正>

(101) 尹, 앞의 책 20 50면.

(102) 尹, 앞의 책 20 50면は、婚姻当事者が成年被後見人のみ該当するとする。

(103) 宋, 앞의 책 27 45면以下参照（本条の規定する「法定代理人」は意図的に残されたと解する）。宋教授は、未だ婚姻適齢に達していない場合や婚姻が取り消された場合には、いずれも成年擬制を認めてはならないとする（同書46면, 56면）。

(104) 2005年の改正以前は8寸以内の傍系親族とされていた。

当事者及びその配偶者、直系血族、4寸以内の傍系血族又は検察官は、第810条に違反した婚姻の取消しを請求することができる。

民法案審議録

参照外国立法例：なし

本条は、重婚の取消権者について定める<sup>(105)</sup>。日本民法第744条が重婚の取消しについて定める。

韓国刑法は、重婚罪を規定していない。取消権者に検察官を含めており、公益的性格を有しているものと考えられる。改正前は、「当事者及びその配偶者、直系尊属、8寸以内の傍系血族又は検察官」と規定され、直系卑属による取消しは認められていなかったが、憲法裁判所の憲法不合致決定<sup>(106)</sup>を受けて、改正された。

取消権の期間制限については規定がない。大法院は、重婚した者の死亡によって重婚による身分関係は消滅することはないので、前婚の配偶者は生存している重婚の一方当事者を相手にして重婚の取消しを求める利益がある<sup>(107)</sup>と判断する一方、長期間の取消権不行使について権利濫用と判断したこともある<sup>(108)</sup>。

#### (5) 同意のない婚姻の取消請求権の消滅

第819条 <2011年3月7日改正>

第808条に違反した婚姻は、その当事者が19歳になった後若しくは成年後見終了の審判があった後3箇月が経過するか、又は婚姻中に妊娠した場合には、その取消しを請求することができない。

民法案審議録（下）52頁 第812条

参照外国立法例：日本民法第745条（明治民法第781条）

本条は、同意のない婚姻の取消し制限について定める。日本民法に対応す

(105) 2012年の改正前は、第811条に違反した場合の取消権者についての規定も存在していた。

(106) 헌법재판소 [憲法裁判所] 2010. 7. 29자2009헌가 8.

(107) 대법원 [大法院] 1991.12.10선고91므535.

(108) 대법원 [大法院] 1993. 8. 24선고92므907；金（曠）・金（相），앞의 책 (11) 123면も同趣旨。



る規定はない（日本民法上、不同意婚であっても、誤って受理されたときは、取消し得ないとされる）。

不適齡婚が受理され、婚姻当事者が19歳に達し、3ヶ月が経過したとき、成年後見終了の審判から3ヶ月が経過したときは、取消権は消滅し、婚姻は有効に確定する。また、婚姻中の懐妊も取消権の消滅原因となる。

#### (6) 近親婚等の取消請求権の消滅

第820条 <2005年3月31日改正>

第809条の規定に違反した婚姻は、その当事者間において婚姻中懐妊したときには、その取消しを請求することができない。

民法案審議録（下）53頁 第813条

参照外国立法例：なし

本条は、近親婚の取消し制限について定める。日本民法に対応する規定はない。

婚姻中に懐妊したときは、近親者間の婚姻であっても取消権は消滅する。本来、この条文は、婚姻中の子の出生を要件としていたが、2005年の改正により現行の文言に改められた。

第809条で定められている近親婚禁止の範囲のうち、8寸以内の血族（親養子の入養前の血族を含む）、当事者間に直系姻戚関係があるか又はあったとき、当事者間に養父母系の直系血族関係があったときには婚姻の無効事由になるため、これらを除く近親婚が婚姻の取消しの対象になる<sup>(109)</sup>（第809条、第815条参照）。

#### (7) 再婚禁止期間違反婚姻の取消請求権の消滅

第821条 <2005年3月31日改正>

削除

民法案審議録（下）53頁 第814条

参照外国立法例：中華国民民法第994条；日本民法第746条；明治民法第782条

本条は、再婚禁止期間中に婚姻した場合に、前婚の終了した日から6ヶ月が経過したか、又は再婚後懐胎したときにはその取消しを請求し得ないと規

(109) 宋, 앞의 책 ㉗46면以下；尹, 앞의 책 ㉗51면。

定していたが、2005年の民法改正により削除された。

### (8) 悪疾等の事由による婚姻取消請求権の消滅

#### 第822条

第816条第2号の規定に該当する事由がある婚姻は、相手方がその事由があることを知った日から6箇月を経過したときには、その取消しを請求することができない。

民法案審議録(下) 54頁 第815条  
参照外国立法例：なし

本条は、悪疾等の重大な事由に基づく婚姻の取消しについての期間制限を定める。日本民法には対応する規定はない。

大法院は、特別な事情のない限り、妊娠不能は第816条第2号の定める「夫婦生活を継続することができない悪疾その他の重大なる事由」に該当せず、第840条第6号(裁判上の離婚事由として、「その他婚姻を継続することができない重大なる事由があるとき」)の離婚事由とは異なる文言内容などに照らし、その事由は厳格に制限して解釈すべきであって、その認定には慎重にしなければならないと判示している<sup>(110)</sup>。

第816条第2号による取消しについては、本条により期間制限を定めるのみで、取消権者については定めがないが、当事者に限る趣旨と解されている<sup>(111)</sup>。

### (9) 詐欺、強迫による婚姻取消請求権の消滅

#### 第823条

詐欺又は強迫による婚姻は、詐欺を知った日又は強迫を免れた日から3箇月を経過したときには、その取消しを請求することができない。

民法案審議録(下) 54頁 第816条  
参照外国立法例：BGB 第1334条；ZGB 第1335条；code civil 第180条、第181条；日本民法第747条；明治民法第780条

本条は、詐欺・強迫による取消しについての期間制限を定める。日本民法第747条第2項に相当する。

本条のいう詐欺又は強迫をした者は、婚姻当事者に限られず、第三者によ

(110) 대법원 [大法院] 2015.2.26선고2014므4734, 4741参照。

(111) 金(疇)・金(相), 앞의 책 (11) 124면。

る詐欺又は強迫を含む趣旨である。

強迫から免れることは認識しやすいであろうが、詐欺より欺かれた事実を認識するまでには時間がかかる場合がありうる。夫が5年間、医大生と偽って生活してきたことは、婚姻取消事由に該当すると判示した裁判例<sup>(112)</sup>も見られる。立法論として婚姻申告から10年経過の後に詐欺事実を知った場合には、そのときから3ヶ月以内に婚姻取消の訴えを提起することができるようにすべきであるという見解も主張されている<sup>(113)</sup>。

日本民法は、追認による取消しの制限も併せて規定するが、韓国民法は期間制限のみを定める。

#### (10) 婚姻取消しの効力

第824条

婚姻の取消しの効力は、既往に遡及しない。

民法案審議録(下) 55頁 817条

参照外国立法例：BGB1343条；中華民国民法998条；日本民法748条；明治民法787条

民法第141条の規定があるにもかかわらず、本条は、婚姻の取消しにつき、遡及しないものと規定する。日本民法第748条に相当する。

本条により、取り消された婚姻関係から出生した子は、「親生子」<sup>(114)</sup>の身分を失わない。日本民法は、第748条2項・3項により取り消された婚姻関係から取得した財産の返還を定めている。しかし、韓国法は、日本法のような規定をおいていない。この点に関して、大法院は、婚姻の相手方が死亡した後に、婚姻が取り消された場合であっても、「財産相続などに関して遡及効を認める別途の規定がないので、婚姻中に夫婦の一方が死亡し、相手方が配偶者として亡人〔被相続人〕の財産を相続した後その婚姻が取消されたという事情のみをもってその前に行われた相続関係が遡及して無効になると

(112) 인천지방법원 [仁川地方法院] 2005.11.8 선고2005드단11930 (법률신문 제 3412호 6면)。

(113) 朴(東), 앞의 책(15)117면。

(114) 金(曠)・金(相), 앞의 책(11)294면によれば、「親生子」は「夫婦と血縁関係にある子であり、父母の婚姻状態に従い、婚姻中の出生子と婚姻外の出生子として分けられている」。日本でいうところの實子に当たる概念である。

か、またはその財産相続が法律上原因なしに取得したと解することはできない」と判示している<sup>(115)</sup>。

また、日本民法は、婚姻の取消しが遡及しない結果、その効果が離婚に類似することを理由として、離婚の規定を準用する旨の規定(日本民法第749条)を置くが、韓国法はこれを備えていない<sup>(116)</sup>。しかし、財産分割請求権については、類推適用されるとされる<sup>(117)</sup>。

本条のほか、婚姻の取消しによる効果を定める規定がある。①第775条は、取消しによって姻戚関係が消滅する旨を規定する。②損害賠償については、第825条により第806条が準用される。③婚姻が取り消された場合に、未成年者の子がある場合、第909条第5項により家庭法院は職権で親権者を定める。更に、④第824条の2によって、取消しに際して、子の養育及び面接交渉について取り決めなければならない。

今後は、婚姻の取消しと離婚を統一する方が望ましいという見解も主張される<sup>(118)</sup>。

## (11) 婚姻の取消しと子の養育等

第824条の2 <2005年3月31日改正>

第837条及び第837条の2の規定は、婚姻の取消しの場合に、子の養育責任及び面接交渉権に関してこれを準用する。

2005年新設。

本条は、婚姻の取消しに際して、監護を要する子の養育及び面接交渉について合意をする義務を規定する。日本民法第766条に相当する(日本民法第749条による準用)。

婚姻の取消しに際しては、離婚と同様に、①養育者の決定、②養育費用の負担、③面接交渉権の行使の可否及びその方法を含む協議を経て、家庭法院

(115) 대법원 [大法院] 1996.12.23선고95다48308.

二二七 (116) 金(疇)・金(相), 앞의 책(11)128면(取消原因があることを知っていた場合には、返還すべきとの議論があるが、一方で、規定がない以上、返還不要との立場も紹介している)。

(117) 金(疇)・金(相), 앞의 책(11)128면.

(118) 朴(乘), 앞의 책(55)86면; 朴(東), 앞의 책(15)118면.

の養育費負担調書作成を経て、婚姻の取消しの手続きが行われる。

取り消し得べき婚姻から生まれた子どもは「婚姻中に出生した子」の身分を継続して維持し、未成年者が婚姻して得た「成年者の身分」（成年擬制の効果）は婚姻の取消し後にも継続して維持される。また、婚姻の取消しの場合には離婚における子の養育責任に関する規定を準用しているので、子の養育者決定、養育費用の負担、面接交渉権の行使の可否およびその方法を、まず当事者の協議によって定めるが、協議が子の福利に反するか、協議が調わない又は協議し得ないときには、家庭法院が決定する（第837条）。また、子を直接養育しない父母と子は面接交渉権を相互に有し、家庭法院は、子の福利のために必要とするときには、当事者の請求または職権によって面接交渉を制限、排除、変更することもできる（第837条の2）。さらに、婚姻の取消しの場合における未成年者のための親権者の決定は、夫婦の協議が尊重されるべきであろうが、第909条第5項は、家庭法院が職権によって定めるとする。

## (12) 婚姻取消しと損害賠償請求権

第825条

第806条の規定は、婚姻の無効又は取消しの場合に準用する。

民法案審議録（下）55頁 第818条

参照外国立法例：なし

本条は、約婚の解除の場合の損害賠償を婚姻の無効又は取消しに準用する旨を定める。日本民法に対応する規定はない。

婚姻が取り消されたときにも、婚姻無効と同様に、善意の当事者は、「過失ある」当事者、詐欺又は強迫によって婚姻の意思表示をさせた当事者又は第三者に対して約婚解除と損害賠償請求権に関する規定（第806条）を用いることができる（準用）。この場合の損害にも財産的損害と精神的損害が含まれるのは、婚姻無効の場合と同様である。婚姻の取消しによる損害賠償請求は、家事訴訟法第2条第1項第1号ダ類事件として規定されており、調停前置主義の対象である（家事訴訟法第50条）。

## 5 婚姻の効力

婚姻の成立によって、夫婦間には、身分上、財産上の効果が生じる。

身分上の一般的効果としては、親族関係が発生し(第777条)、同居・扶養・協助義務を負うとともに相互に日常家事代理権を持ち、未成年者の場合に成年擬制の効果が生じる。夫婦各自の氏(姓)については、民法上明文の規定はないが、原則的に不文律として婚姻しても変わることはない。また、財産的效果として、夫婦財産の約定と変更、特有財産と帰属不明財産、家事による債務の連帯責任、生活費用の負担について民法は定めている。なお、身分的效果<sup>(119)</sup>と財産的效果を合わせ持つ相続権が生じる。

### (1) 夫婦間の義務

第826条 <1990年1月13日改正>

①夫婦は同居し、互いに扶養して協助ししなければならない。ただし、正当な理由で一時的に同居しない場合には互いに忍容しなければならない。

②夫婦の同居場所は、夫婦の協議によって定める。ただし、協議が調わない場合には、当事者の請求によって家庭法院がこれを定める。

③削除 <2005年3月31日改正>

④削除 <2005年3月31日改正>

民法案審議録(下)55・56頁 第819条<sup>(120)</sup>

参照外国立法例: BGB 第1353条、第1354条; code civil 第212条、第213条; ZBG 第129条、第160条; 中華民國民法第1001条、第1002条; 日本民法第752条; 明治民法第789条、第790条

本条は、婚姻している夫婦の同居・扶養・協助義務を定める。日本民法第752条に相当する(ただし、日本民法は、同居、協力及び扶助の義務のみを規定し、扶養については規定していない)。

#### 1. 同居義務

夫婦は、同一居所で夫婦共同体を形成し、生活するべき義務を有する。同

(119) 婚姻によって配偶者又は直系尊属としての身分が生じ、他方配偶者が死亡した場合又は子どもが死亡した場合に被相続人の配偶者又は直系尊属としての潜在的相続権が生じる。

(120) 制定民法(1960年1月1日から施行)では、同条第2項は夫婦の同居は夫の住所や居所であると定めていた。また、第3項は妻の夫の籍への入籍を規定し、第4項は、夫が妻の家に入籍するときに、子は母の姓と本にしたがい、再び母の籍に入籍すると定めていた。第3項以下は、2005年「戸主」制度の廃止に伴い削除された。

居場所は夫の住所とされていたが、1990年の改正により夫婦の協議によって定めるものとされた。

夫婦が正当な理由なく同居に応じないときは、同居の審判を求めることができる(家事訴訟法第2条第1項第2号マ類事件)。同居の審判につき、強制履行を求めることができない点は、日本と同様である。しかし、不当な同居義務の違反は悪意の遺棄として離婚原因にもなりうるが<sup>(121)</sup>、同居審判請求により同居の調停が成立したにもかかわらず、同居義務を尽くさなかった事案において、離婚の請求を前提にしなくても一回的慰謝料の支払いを命じることができないとはいえないと判示した大法院判決がある<sup>(122)</sup>。

## 2. 扶養義務

夫婦は互いに扶養すべき義務を負う。これは経済的扶養だけではなく、身体的・精神的なものを含む概念である<sup>(123)</sup>。扶養すべき程度に関して、夫婦間の扶養義務は、親族間の扶養義務を定めている第974条とは、その法的性質(生活扶助義務)を異にし、自己の生活水準と同水準の扶養義務を保障すべきもの(生活維持義務)と考えている<sup>(124)</sup>。ただし、婚姻費用の負担義務については第833条の定めがあり、本条は「夫婦間の扶養義務を履行するに於ける基準を示しているに過ぎない」<sup>(125)</sup>。

さらに、本条上の夫婦間の扶養義務と第974条の親族間の扶養義務の間にどちらが優先するかについて、大法院は、夫婦間の扶養義務が第一義的扶養義務であり、第974条による父母の成年に達した子どもに対する扶養義務は第二義的扶養義務であると示している<sup>(126)</sup>。

## 3. 協助義務

夫婦は家族生活共同体の維持のために協力しなければならない。家事など

(121) 尹, 앞의 책 (20) 57면.

(122) 대법원 [大法院] 2009.7.23선고2009다32454.

(123) 金(疇)・金(相), 앞의 책 (11) 132면.

(124) 尹, 앞의 책 (20) 57면; 金(疇)・金(相), 앞의 책 (11) 132면以下. 朴(東), 앞의 책 (15) 123면以下は、夫婦は相手方が自己の生活と同等の程度に生活を営むことができるように無条件に扶養すべきであるとする。

(125) 金(疇)・金(相), 앞의 책 (11) 133면.

(126) 대법원 [大法院] 2012.12.27선고2011다96932.

の分担をどのように決めるかは当事者の協議による。この義務の不履行についても強制執行はできない<sup>(127)</sup>。

#### 4. 性的誠実義務（貞操義務）

明文の規定はないが、夫婦の協助義務には、同居義務と夫婦共同生活の維持義務の内容として、不貞行為をしてはならないという性的誠実義務（貞操義務）をも含まれると解されている。夫婦の一方がこの義務に違反したときには、相手方が離婚を請求することができ（第840条第1号）、また不貞行為によって蒙った精神的苦痛に対する不法行為を理由として損害賠償も請求することが可能であり（第843条、第806条準用）、不法行為を行った第三者も配偶者がいるのを知って性的関係を持った場合には共同不法行為の責任（第760条）を負うとの判例も示されている<sup>(128)</sup>。

### (2) 成年擬制

第826条の2 <1977年12月31日改正> 未成年者が婚姻をしたときには、成年者とみなす。
--

1977年新設。
----------

本条は、婚姻による成年擬制を定める。1977年の民法改正により、本条は新設された。日本民法第753条に相当する。

本条がなければ、父母、未成年後見人の介入が不可欠となり、婚姻生活に第三者の介入を許すこととなる。それ故、本条により、未成年者が婚姻すると、私法上、成年者と同様に取り扱われる。親権・後見は終了し、行為能力について制限を受けず、単独で法律行為をすることができるようになる。本条による成年擬制の効果は、私法領域に限られ、公職選挙法や労働法などの領域においては、未成年者として取り扱われる<sup>(129)</sup>。

成年擬制の効果は、事実婚関係についても生じるかについては学説上、見解が分かれている。事実婚関係には認められないと解するのが多数説である

(127) 朴（東）， 앞의 책 (15) 124면.

(128) 대법원 [大法院] 2015. 5. 29 선고2013므2441.

(129) 金（曄）・金（相）， 앞의 책 (11) 136면；朴（東）， 앞의 책 (15) 126면.



が、認められるべきとする少数説も有力である<sup>(130)</sup>。また、未成年者が婚姻した後、その婚姻が解消された場合にも、成年者とみなすと解する立場が通説ではあるが、その場合には、当事者が成年者になったことがないという理由から未成年者と取り扱うべきであると解する見解もある<sup>(131)</sup>。

### (3) 夫婦間の家事代理権

第827条 ①夫婦は、日常の家事に関して互いに代理権を有する。 ②前項の代理権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。
民法案審議録(下) 56頁 第820条 参照外国立法例: BGB 第1357条; ZGB 第163条; 中華民國民法第1003条; 明治民法第804条

本条は、夫婦相互の家事代理権を定める。現行日本民法には規定がない。ただし、明治民法第804条は、「日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス」と定めていた。

#### 1. 家事代理権の意義

民法制定以前は、妻は夫の代理人として家事を切り盛りし、債務は夫が負担することとされていた<sup>(132)</sup>。しかし、現行法は、夫婦は平等に互いに代理権を有するものとし、夫婦の一方が負担した債務は、日常家事代理権の範囲に属するのであれば、他の一方も連帯して負担するものとして規定している(第832条)。

#### 2. 日常家事の範囲

日常家事とは、夫婦の共同生活において実用とする通常の事務を指し、その内容・程度・範囲は、その夫婦共同生活体の社会的地位・職業・収入能力など現実的な生活状態のみならずその夫婦の生活場所である地域社会の慣習等によって決定されるが、当該法律行為を行った夫婦共同体の内部事情と目

(130) 고상용 [高翔龍] 『民法總則』(法文社, 2005) 122면; 이은영 [李銀榮] 『民法總則』(博英社, 2005) 162면。

(131) 宋, 앞의 책 57면。

(132) 金(疇)·金(相), 앞의 책 (11) 146-147면。

的、そしてその法律行為の客観的種類と性質なども考慮して判断すべきであるとされる<sup>(133)</sup>。この基準によれば、家族の衣食住に関わる行為は、日常家事の範囲に属するが、客観的に妥当な範囲を超えた消費貸借や不動産の処分、連帯保証などは該当しない。

(i) 金銭の借用行為

金銭の借用は、その目的によって決定される。妻が、夫名義で購入した45坪のアパートの代金支払のためになした借入について、そのアパートに家族が居住している場合には、日常家事にあたる<sup>(134)</sup>。一方で、アパートの代金が巨額である場合には、否定している<sup>(135)</sup>。

(ii) 配偶者名義の財産の売却・担保設定

相手方配偶者の財産を処分する行為は、原則として日常家事には入らない。これを認めると、別産制を採用した趣旨に反するからである<sup>(136)</sup>。しかし、夫が精神上の障がいにより、入院中に、妻が夫所有の不動産を売渡して入院費、生活費などに充当し、残りをもって生活しうる家を購入しようとした場合には、相手方からみて妻に夫の代理権があると信頼し得る正当な事由があると示した判決<sup>(137)</sup>がみられる。一方で、夫婦間の家事代理権は、夫婦が共同体として家庭生活上、常に行われる行為に限るものといえるから、妻が自動車を購入するために他人から金銭を借用した行為はこれに該当しないと判示した大法院の判決も存在する<sup>(138)</sup>。判例は、相手方配偶者に権限を与えたと相手方が信じるに値する正当な事由を基準として、取引を保護する立場に立っているといえる。

(133) 金(囁)・金(相), 앞의 책 (11) 147-148년;尹, 앞의 책 (20) 60면; 대법원 [大法院] 1997.11.28 선고97다31229等。

(134) 대법원 [大法院] 1999.3.9 선고98다46877。

(135) 대법원 [大法院] 1997.11.28 선고97다31229。

(136) 金(囁)・金(相), 앞의 책 (11) 150면。

(137) 대법원 [大法院] 1970.10.30 선고70다1812。

(138) 대법원 [大法院] 1985.3.26 선고84다카1621。

## (iii) 債務保証

夫婦の一方が、他の一方を代理して、自己の債務や他人の債務を連帯保証した場合にも、同様の取扱いがなされる。大法院は、「他人の債務に対する保証行為は、その性質上何の反対給付もなく単に一方的に不利益のみを齎りうる点に照らして、夫が妻に他人の債務を保証するに必要な代理権を授与するというのは社会通念上異例に属するから、妻が特別な授權なく夫を代理して上記のような行為を行った場合に、これが民法第126条所定の表見代理が成り立つためには、その妻に日常家事代理権があったことだけではなく、相手方が妻に夫がその行為に関する代理の権限を与えたと信じたことを正当化できるほどの客観的事情があるべきである」と判示した<sup>(139)</sup>。

## 3. 日常家事代理権の性質と民法第126条との関係

本条は、家事代理権を規定するが、その趣旨は、日常の家事の処理を目的としたものである。通常、売買契約などの法律行為は、夫又は妻の単独名義で行われるのであるが、妻が夫の名義で受領するなどの行為は日常的に行われ得る。これらの行為は、一種の法定代理であり、厳格な顕名を求められる必要はない<sup>(140)</sup>。したがって、夫婦が別居している場合には、日常家事代理権も否定されると考えられている。

民法第126条は表見代理の法理について定めており、本条を基本代理権として表見代理が成立することを判例・学説は支持する<sup>(141)</sup>が、その範囲については日常家事の範囲においてのみ表見代理の規定を類推適用ことで相手方を保護すれば足りるとされる。夫が自己の印章と不動産権利証を妻に保管させ、妻と子どもを残して多年間別居していた事件で、妻に対する印章と不動産権利証の保管行為は、他の特別な事情のない限り、何らかの代理権を授与したと考えるのが妥当であると判断した判例<sup>(142)</sup>がある。一方で、妻が夫の代わりに借金する際に借入金を受領し、根抵当権設定書類を交付するのみならず、利息を夫に代わって支払った事例において、借用時から4年後残存債

(139) 대법원 [大法院] 1998. 7. 10 선고98다18988.

(140) 金(曠)·金(相), 앞의 책(11) 154면; 朴(東), 앞의 책(15) 134면.

(141) 대법원 [大法院] 1970.10.30 선고70다1812; 서울고등법원 [ソウル高等法院] 1972. 9. 21 선고72나286; 朴(東), 앞의 책(15) 135면以下.

(142) 대법원 [大法院] 1968. 8. 30 선고68다1051.

務金が確定され、分割弁済の約定を締結するに当たっても代理権が授与されたと信じるに値する正当な事由があるとは考えにくく、上記のように新たな内容の約定を締結することに関しては表見代理が成立しないと示した判例<sup>(143)</sup>も存在する。

#### (4) 夫婦間の契約取消し

第828条 <2012年 2月10日改正>  
削除

民法案審議録 (下) 57頁 第821条  
参照外国立法例: code civil 第1096条; 日本民法第754条(明治民法第792条)

本条は、「夫婦間の契約は、婚姻中、いつでも夫婦の一方がこれを取り消すことができる。ただし、第三者の権利を害することができない。」と規定していたが、2012年の民法改正により削除された。日本民法第754条に相当するものであった。

本条が削除された背景には、夫婦関係を理由として無条件に取消しを認めることは不合理であるという批判があったこと<sup>(144)</sup>、また判例も「婚姻関係がたとえ形式的に継続しているとしても、実質的には破綻に至っている状態であるならば、夫婦間の契約は取り消すことができない」と判断していたこと等が考えられる<sup>(145)</sup>。

#### (5) 夫婦財産の約定とその変更

第829条

①夫婦が、婚姻成立前に、その財産に関して別に約定をしなかったときは、その財産関係は本款中の次の各条に定めるところによる。

②夫婦が、婚姻成立前に、その財産に関して約定したときには、婚姻中これを変更することができない。ただし、正当な事由があるときには、法院の許可を得て変更することができる。

(143) 대법원 [大法院] 1990.2.26선고88다카24516。

(144)尹, 앞의 책(2) 62면。

(145) 대법원 [大法院] 1979.10.30선고79다1344等。

③前項の約定により夫婦の一方が他の一方の財産を管理する場合において、不適当な管理によってその財産を危うくさせたときには、他の一方は自己が管理することを法院に請求することができ、その財産が夫婦の共有であるときには、その分割を請求することができる。

④夫婦がその財産に関して別に約定をしたときには、婚姻成立までにその登記をしなければこれによって夫婦の承継人又は第三者に対抗することができない。

⑤第2項、第3項の規定又は約定により管理者を変更し又は共有財産を分割したときには、その登記をしなければこれをもって夫婦の承継人又は第三者に対抗することができない。

民法案審議録（下）57頁以下<sup>(146)</sup>

外国参照法例：BGB 第1432条；code civil 第1395- 第1397条；ZBG 第179条、第180条、第181条；日本民法第758条（明治民法第796条）

本条は、夫婦財産契約についての一般的な定めである。日本民法755条、第758条、第759条に相当する。

本条は、夫婦の自由な選択により夫婦の財産関係を定めることができる旨を規定する。韓国法上の夫婦財産関係は契約財産制が原則であり、夫婦財産に関する約定のないときに法定財産制に従う（本条第1項）。夫婦財産契約の内容になり得るのは、第一に、夫婦が婚姻前に取得した財産が夫婦のいずれに属するかという財産の所有関係、第二に、夫婦財産の管理処分権が夫婦のいずれに属するかという財産の管理処分関係、第三に、夫と妻の債務は各自負担するかそれとも共同で負担するという責任関係、第四に、婚姻関係解消時に夫婦の財産を如何に清算するかという清算関係が考えられる<sup>(147)</sup>。以上のような議論を前提に、夫婦財産契約により離婚時の財産分割の問題をも定めることができるかという点については、その契約が婚姻の本質的要素や男女平等、社会秩序に反すれば、許容されないというのが原則ではあるが<sup>(148)</sup>、近時、このような契約も可能であるという見解もある<sup>(149)</sup>。

(146) 管理共通制から別産制に移行した。これは憲法の精神を反映させたものである。  
（民法案審議録「審議経過」）。

また、第2項以下の規定に関して、民法案審議録（下）59頁参照。

(147) 尹, 앞의 책 (20) 65면.

(148) 尹, 앞의 책 (20) 65면以下.

(149) 윤진수 [尹眞秀編] [이동진 [李東珍]] 『주해친족법 제1권 [注解親族法第1

夫婦財産契約は、婚姻前に行われる必要があり、かつ、登記をしなければ第三者に対抗することができない。この契約は、原則として、変更することができず、正当な事由があるときに、家庭法院の許可のもとに可能となる。

なお、日本と同様に、韓国においても夫婦の間に実際に夫婦財産契約が締結される例は、未だにそれほど多くはない<sup>(150)</sup>。

## (6) 特有財産と帰属不明財産

第830条 <1977年12月31日改正>

①夫婦の一方が婚姻前から有する固有財産及び婚姻中自己の名義で取得した財産は、その特有財産とする。

②夫婦のいずれかに属するか明らかでない財産は、夫婦の共有と推定する。

民法案審議録(下) 58頁 第822条<sup>(151)</sup>

参照外国立法例：中華国民民法第1013条；日本民法第762条；明治民法第807条

本条は、夫婦間の財産関係につき別産制を採用する旨を定める。日本民法第762条に相当する。

### 1. 夫婦財産制の種類

#### (i) 特有財産

第1項は、「夫婦の一方が婚姻前から有する固有財産」、「婚姻中自己の名義で取得した財産」は特有財産である旨を規定する。これは財産法上の原則に従って各自が取得した財産を指す。婚姻前から各自が所有していた財産や婚姻中に相続した財産などがこれに該当する。消極財産も含まれる。

#### (ii) 共有財産

第2項は、「夫婦のいずれに属するか明らかでない財産」を共有と規定する。

卷]』(박영사, 2015) 252면。

(150) 尹, 앞의 책(20) 64면以下；朴(東), 앞의 책(15) 128면。

(151) 帰属不明財産については、夫の財産と推定することが提案され(民法案審議録「審議経過」。「審議要綱第14項参照」)、民法制定時には、夫婦のいずれに属するものか明らかでない財産は、夫の特有財産と推定する旨を定めた。しかし、1977年により現行法のように改正された。

夫婦間で取得の経緯が曖昧となり、特有財産であることを立証できない場合をも含む。夫婦共同生活に必要な家財道具等がこれにあたる。

(iii) 一方の名義であるが、実質的には共有と見るべき財産

婚姻中に夫婦の一方が自己名義で取得した財産であれば名義者の特有財産と推定されるが、実質的には他の一方と双方がその財産の対価を負担して取得したことが証明されたときには、特有財産の推定効果も失われ、双方の共有と解すべきとされる。婚姻中に夫婦が協力して取得した財産であるが、夫婦の一方名義となっている財産がこれにあたる。判例は、妻の家事労働や内助の功は具体的寄与とは認めず、財産分与の対象とはならないという立場を採る<sup>(152)</sup>。

2. 判例の態度

判例は、特有財産の推定を覆すためには具体的な財産的寄与の立証を求める。まず「夫婦の一方が婚姻中に自己の名で得た財産は名義者の特有財産であることが推定され、実質的に他の一方又は双方が対価を負担して取得したことが証明されたときに、特有財産の推定が覆され、他方の所有か、双方の共有であるとみなすべきである。しかし、財産を取得するにあたって相手方の協力があったとか、婚姻生活において内助の功があったことのみをもって上記推定を覆す事由になるとはいえない」と判示する<sup>(153)</sup>。

夫が住宅を買い受け、自己の名義で所有権移転を経たが、その買受資金の一部は妻所有の家屋売却代金から充当した場合には、その住宅に関する夫単独名義の所有権移転登記は妻の名義信託によるものと解する余地があるとした判決<sup>(154)</sup>がある。一方で、不動産購入資金の源泉は夫の収入であったが、妻がそれを何度も処分、買受けを繰り返し、夫の財産を増殖したならば、その不動産の取得は双方の資金と増殖努力によって成立したものであって、夫

(152) 金(疇)・金(相), 앞의 책(1)141-142면. 대법원 [大法院] 1990.10.23 선고90다카5624; 대법원 [大法院] 1995.10.12 선고95다25695; 대법원 [大法院] 1986.9.9 선고85다카1337; 대법원 [大法院] 1995.2.3 선고94다51338.

(153) 대법원 [大法院] 1992.12.11 선고92다21982; 대법원 [大法院] 1986.9.9 선고85다카1337, 1338.

(154) 대법원 [大法院] 1986.11.25 선고85누677.

婦の共有財産と解する余地もあると示した判決<sup>(155)</sup>もみられる。このような判例の態度に対して、学説は批判的な態度を示す<sup>(156)</sup>。

本条に関する判例理論は事実婚にも適用され得る<sup>(157)</sup>。

## (7) 特有財産の管理等

### 第831条

夫婦は、その特有財産を各自管理、使用、収益する。

民法案審議録(下) 59頁<sup>(158)</sup> 第823条

参照外国立法例：なし

本条は、特有財産の管理・使用・収益権限について定める。日本民法には条文がない。

特有財産は、夫婦別産制を原則として採用した以上、その特有財産の管理・使用・収益も各自で行うことは当然に思われる。この条文の基礎には、明治民法第14条に定められていた妻の行為無能力制度の不採用により、管理共通制を採用しないとの意味を宣言したことにその法的意義がある。

特有財産とは別に、帰属不明財産に対する共有推定の効果により、その管理なども共有財産の管理原則に従うものの(第262条以下)、夫婦共同の生活維持のための共有財産である点を考慮すれば、持分の均等は推定される<sup>(159)</sup>。憲法裁判所<sup>(160)</sup>は、事実婚関係以前に請求人が自己の費用で用意した婚需品(婚姻生活のために用意した物品)を事実婚の終了後、実家に持って行ったことには不法領得の意思——他人の財物を持って行ったとの認識ないし故意——がないから窃盗罪は成立しないと判断している。

(155) 대법원 [大法院] 1990.10.23선고90다카5624.

(156) 金(曄)・金(相), 앞의 책(1) 144면.

(157) 대법원 [大法院] 1994.12.22선고93다52068, 52075.

(158) 夫婦の一方が、不在その他の事由で、管理できない場合の特則を第2項に置く原案は、悪用される恐れがあるとの理由で採用されず、不在者管理で対応することが可能とされた。(民法案審議録「審議経過」)。

(159) 朴(東), 앞의 책(15) 132면.

(160) 헌법재판소 [憲法裁判所] 2002.7.18.자 2002헌마202.



(8) 家事による債務の連帯責任

第832条

夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときには、他の一方はこれによる債務について連帯責任を負う。ただし、あらかじめ第三者に対し他の一方が責任を負わないことを明示していたときにはこの限りではない。

民法案審議録(下) 60頁<sup>(161)</sup> 第825条

参照外国立法例：日本民法第761条

本条は、日常家事債務の連帯責任を規定する。日本民法第761条に相当する。

夫婦の一方が、日常の家事に関する法律行為をした結果、第三者との間で債務が発生したときは、夫婦は連帯してその責任を負う。本条にいう「家事による債務の連帯責任」の効果は、第827条第1項の「夫婦間の家事代理権」の効果と概ね同様であると考えられている。「日常家事代理」は原則的に代理行為を顕名した場合に認められるのに対し、「家事による債務の連帯責任」は代理行為を顕名しなかった場合にも認められる。この連帯責任は夫婦財産契約によっても完全に排除されないと解されている<sup>(162)</sup>。日本と同様に、民法第413条以下に定める連帯債務と同一ではない。負担部分に関する規定(第418条2項、第419条、第421条)の適用はなく、重疊的債務引受に近い性質を有する<sup>(163)</sup>。

判例は、本条において日常の家事に関する法律行為とは、夫婦が共同生活を営むために通常必要とする法律行為を意味するので、それを判断する際には、その法律行為の種類・性質などの客観的事実とともに家事処理者の主観的意思と目的、夫婦の社会的地位・職業・財産・収入能力など現実的生活状態を総合的に考慮して社会通念に従い、判断すべきであるとする<sup>(164)</sup>。大法院は、アパートの購入費用の名目で金銭を借用した事件において、そのような費用の支出が夫婦共同体を維持するために必須の住居空間を備えるため

(161) 第三者の不測の損害を避ける目的で定められた(民法案審議録「審議経過」)。

(162) 金(疇)・金(相), 앞 의 책(11) 157 면; 朴(東), 앞 의 책(15) 132 면; 尹, 앞 의 책(20) 68면。

(163) 金(疇)・金(相), 앞 의 책(11) 156면。

(164) 대법원 [大法院] 1997.11.28선고97다31229。

あれば、日常の家事に属すると解しうると判示する<sup>(165)</sup>。しかし、アパートの分譲を受けるために多額のお金を借用することが日常の家事に該当するとは言い難いとの反対論もある<sup>(166)</sup>。

また、夫婦の一方が長期不在の場合には、特別な事情のない限り、不在者は日常の家事はもちろん、非日常家事事務の処理も配偶者に委託するのが通常であるから、非日常家事代理権を認める方が良いとの意見<sup>(167)</sup>もみられるが、反対意見<sup>(168)</sup>も有力に主張されている。

## (9) 生活費用

第833条 <1990年1月13日改正>

夫婦の共同生活に必要な費用は、当事者間に特別の約定がなければ、夫婦が共同して負担する。

民法案審議録(下) 60頁<sup>(169)</sup> 第826条

参照外国立法例：中華国民民法第1026条、第1037条；日本民法第760条；明治民法第798条

本条は、生活費用<sup>(170)</sup>の分担義務を定める。日本民法第760条に相当する。

生活費用とは、家族共同体を維持するに必要な費用を意味する。例えば衣食住の費用、子どもの養育に関する費用、交際費・医療費・葬式の費用などがこれに含まれる<sup>(171)</sup>。韓国法上、生活費用を当事者間の協議によって定め得るものとされ、協議が調わないときには家庭法院に審判を請求することができる(家事訴訟法第2条第1項第2号、家事非訟事件マ類事件第1号)旨を定める。原則として、本条により夫婦が共同して負担する。本条の言う「共同して負担する」の意味するところは、夫婦が計算上均等に(1/2)負担す

(165) 대법원 [大法院] 1999.3.9 선고98다46877.

(166)尹, 앞의 책 (20) 69면.

(167)たとえば, 金(矚), 앞의 책 (86) 164면; 朴(乘), 앞의 책 (55) 100면.

(168)朴(東), 앞의 책 (15) 135면.

(169)改正前第833条は、婚姻費用については慣習によるとの規定をやめ、夫の負担とする旨を規定した(民法案審議録「審議過程」)。現行の規定は1990年改正による。

(170)日本民法上は、「婚姻費用」と表記しているが、本稿では韓国法に合わせて「生活費用」と表記する。

(171)朴(東), 앞의 책 (15) 133면.

るという意味ではない。各自の経済的能力に沿って分担するという意味であり、夫婦の一方、例えば、妻に資産や収入が全くない場合には、夫がすべてを負担すべきであると解されている<sup>(172)</sup>。

本条の「生活費用の共同負担」は、民法第826条第1項の「相互扶養義務」とは如何なる関係にあるのかという問題がある。請求人が被請求人に対して生活費用の支給（主位的請求）以外に過去および将来の扶養料の請求（予備的請求）を行った事案において、近時、大法院は以下のように判示した。

「第826条第1項は夫婦間の扶養・協助義務の根拠を、第833条は上記の扶養・協助義務履行の具体的な基準を示した条項である。家事訴訟法も第2条第1項第2号の家事非訟事件のうち、マ類1号から『民法第826条及び第833条による夫婦の同居・扶養・協助又は生活費用の負担に関する処分』を定め、第826条による処分と第833条による処分を同様の審判事項として規定している。したがって、第833条に基づく生活費用請求が第826条とは関連性のない別個の請求原因に基づいた請求とは解し難い。…（したがって）民法第826条第1項に定められた夫婦間の相互扶養義務は、夫婦の一方に扶養を受ける必要が生じたときに当然発生することではあるものの、過去の扶養料に関しては特別な事情のない限り、扶養を受ける者が扶養義務者に扶養義務の履行を請求したにもかかわらず扶養義務者がその義務を履行しなかったことによって履行遅滞に陥った後のことに対してのみに扶養料の支払いを請求することができるだけであり、扶養義務者に対して扶養義務履行の請求を行う前の扶養料の支払いは請求することができない」<sup>(173)</sup>。

結局、生活費用の支払いを求めた主位的請求と過去及び将来の扶養料の支払いを求めた予備的請求は、本質的に同一の請求原因に基づいたものであるとしたのである。

## 6 事実婚

事実婚とは、夫婦として婚姻生活を営んでいるが、婚姻申告をしていないために、法律婚として認められない関係をいう<sup>(174)</sup>。

(172) 金(暉), 앞의 책(8) 157면; 朴(東), 앞의 책(15) 133면.

(173) 대법원 [大法院] 2017. 8. 25. 자2014스26.

(174) 金(暉)·金(相), 앞의 책(11) 269면.

当初、判例は、事実婚を「婚姻予約」と理解して、その不当破棄を予約義務違反と解して、損害賠償の責任を負わせるものとしていた。その後、事実婚を婚姻に準ずる関係と解する立場からの批判<sup>(175)</sup>を受けて、不法行為に基づく損害賠償を請求することができるという態度を採るに至っている。

一方で、韓国法は、「事実上婚姻関係存否確認請求」制度を設けて、事実婚を法律婚に高める立法を行い、日本とは異なった展開を見せていることはすでに指摘したとおり(参照、前記：序論2)である。

## (1) 要件

事実婚として認められるための要件として、婚姻意思の存在が挙げられる。実質的にも、社会的にも夫婦としての関係に向けられた意思が求められる。結婚式を挙げること、相当期間の同居は、婚姻意思の認定する上での考慮事情に過ぎない。

客観的要件として、当事者間に夫婦共同生活の実態の存在が挙げられる。

## (2) 効果

事実婚について、婚姻に認められる効果のすべてが準用されるわけではない。身分登録を前提とする効果については認められないものと考えられている。親族関係は発生せず、相続権も認められていない。事実婚関係において出生した子は、母との関係では、婚姻外で出生した子となり、父との関係は、認知があった場合のみ親子関係が認められることになる。

韓国においても、重婚の内縁関係の問題がある。主として、夫死亡後の年金受給に関する事例が散見される。判例は、特段の事情がない限り、法律婚の妻に受給権があるとの態度を採る<sup>(176)</sup>。

### 1. 身分上の効果

同居・扶養・協助義務や貞操義務については、事実婚に準用される<sup>(177)</sup>。

---

<sup>(175)</sup> 金(疇)・金(相), 앞의 책 (1) 270면.

<sup>(176)</sup> 金(疇)・金(相), 앞의 책 (1) 279면. ただし、重婚の事実婚関係にあった配偶者であっても、法律婚が解消された後であれば、「事実上婚姻関係にあった者」として、年金受給権を有するとした大法院判決が存在する(대법원 [大法院] 2010. 9. 30선고2010두9631)。

これらの効果は、夫婦の実態的共同生活関係を前提にするものであるから、身分登録を前提とする姻戚関係が生じることはない。

## 2. 財産上の効果

事実婚の場合、財産関係については、実態的共同生活関係を前提とする制度については原則として婚姻の場合と異ならない。日常の家事に関しては互いに代理権があり、そこから生じる債務は連帯して責任を負わなければならない<sup>(178)</sup>。生活費用は共同して負担すべきであり、帰属不明財産は共有と推定される。しかし、登記や登録を前提にしている制度については、問題を異にする。登記を前提とする夫婦財産契約を第三者に対抗することはできず、当事者間において効力を有するに過ぎない。また、相続権も認められない<sup>(179)</sup>。

## 3. 事実婚から出生した子

事実婚によって出生した子は、婚姻外で出生した子となる。従って、日本と同様に、母との関係では出生により当然に親子関係が発生し、父との関係は認知によって生ずる（第885条）。しかし、判例は、認知されていない婚姻外で出生した子についても、父に対する不法行為による損害賠償請求を認める<sup>(180)</sup>。

### (3) 事実婚の解消

#### 1. 死亡による解消

事実婚関係において、相続は認められない。しかし、住宅賃貸借保護法は、事実婚関係にある者の一方が死亡した場合に、賃借権と債権的傳貫権<sup>(181)</sup>の承継を認める。また、特別縁故者に対する相続財産分与を認める（第1057条の2）。

(177) 金(疇)・金(相), 앞의 책(11)275면.

(178) 대법원 [大法院] 1980.12.23선고80다2077.

(179) 金(疇)・金(相), 앞의 책(11)277면.

(180) 대법원 [大法院] 1975.12.23선고75다413.

(181) 「傳貫權設定契約はなされたが、登記がなされていない傳貫權」を意味し、これは賃借権と同様に取り扱われ「住宅賃貸借保護法」より同様に保護される。

判例は、死亡による事実婚解消の場合には、財産分割請求権(第839条の2)の適用を認めない<sup>(182)</sup>。これを認めれば、法律婚の配偶者よりも事実婚の配偶者を保護することに繋がり、不当であるということを理由とする<sup>(183)</sup>。一方で、事実婚夫婦の一方が意識不明になった状況で、事実婚の解消と財産分割を求めた(その後、死亡した)事件<sup>(184)</sup>で、財産分割請求を認めている。学説は、事実婚配偶者の死亡の場合にも、財産分割を認めることを検討すべきとする<sup>(185)</sup>。

## 2. 合意による解消

合意による事実婚関係の解消も可能である。

## 3. 事実婚の一方的解消

法律婚と異なり、事実婚は一方的に破棄することができる。この場合、正当な理由なく一方的に事実婚関係を破棄された当事者は、損害賠償を請求することができる<sup>(186)</sup>。正当事由については、離婚の場合と同様に取り扱われる<sup>(187)</sup>。暴力や不貞行為<sup>(188)</sup>、性交不能<sup>(189)</sup>、悪意の遺棄<sup>(190)</sup>は事実婚解消の正当事由とされる。妊娠不能<sup>(191)</sup>には正当事由は認められない。

事実婚の解消に関して、財産分割請求権(第839条の2)が類推適用されると考えられている<sup>(192)</sup>。しかし、重婚的事実婚の場合における判例は揺れているように思われる。大法院<sup>(193)</sup>は、重婚的事実婚の解消による損害賠償と財産分割請求を認めなかった。そこでは、法律婚による夫婦関係が破綻し

---

(182) 대법원 [大法院] 2006. 3. 24 선고2005두15595。

(183) 金(疇)·金(相), 앞의 책(1) 284면。

(184) 대법원 [大法院] 2009. 2. 9 선고2008스105。

(185) 金(疇)·金(相), 앞의 책(1) 285면。

(186) 金(疇)·金(相), 앞의 책(1) 282면。

(187) 金(疇)·金(相), 앞의 책(1) 282면。

(188) 대법원 [大法院] 1967. 1. 24 선고66므39。

(189) 대법원 [大法院] 1966. 1. 31 선고65므65。

(190) 대법원 [大法院] 1998. 8. 21 선고97므544。

(191) 대법원 [大法院] 1960. 8. 18 선고59다995。

(192) 金(疇)·金(相), 앞의 책(1) 283면。

(193) 대법원 [大法院] 1996. 9. 20 선고96므530。

ている場合にのみ、重婚的内縁関係は保護されるとの論理を立てた。その後、大法院<sup>(194)</sup>は、夫婦の一方が家出をし、行方不明となった場合に、事実上離婚状態にあるということを認め、重婚的事実婚関係の成立を認めた。学説は、同判決が事実婚状態の要件を緩和したものと評価しており、重婚的事実婚についても財産分割の規定の類推適用を認めるべきであるとする<sup>(195)</sup>。

#### (4) 「事実上婚姻関係存否確認請求」制度

この制度は、1963年7月31日に制定された旧家事審判法第2条第1項丙により導入された。当時、事実婚関係にある当事者が一方的に追い出される場合が少なくなかったため、これを保護する目的で導入された<sup>(196)</sup>。

家事訴訟法第2条第1項は事物管轄を定めて、家事訴訟事件に「事実上婚姻関係存否確認」を規定する<sup>(197)</sup>。この制度によって、一方的な婚姻申告が可能となる<sup>(198)</sup>。

##### 1. 要件

事実婚が存在するという状況がある<sup>(199)</sup>が、当事者の一方が婚姻申告に協力しないときは、他方当事者は事実上婚姻関係存否確認請求をして、法律婚を成立させることができる(家訴第2条1項)。この制度による婚姻申告は創設的と解されている<sup>(200)</sup>。

(194) 대법원 [大法院] 2009.12.24선고2009다64161.

(195) 金(疇)・金(相), 앞의 책(1)284면.

(196) 金(疇)・金(相), 앞의 책(1)272면.

(197) 家事訴訟法第2条第1項は、「次の各号の事項(以下「家事事件」とする)についての審理と裁判は、家庭法院の専属管轄とする」と定めており、「事実上婚姻関係存否確認」については同条第1号(나)나.(나)나類事件1)に規定されている。

(198) 判決確定前に、他の者と婚姻申告をすることによって、これを妨げることができるが、婚姻禁止の仮処分を通じてこの制度の実効性を確保することも試みられている(金(疇)・金(相), 앞의 책(1)273면参照)。

(199) したがって、過去に事実婚があったという事情では、認められない(金(疇)・金(相), 앞의 책(1)273-274면)。

(200) 金(疇)・金(相), 앞의 책(1)273면.

## 2. 効果

調停又は裁判によって、事実婚が確認されたときは、一方的に婚姻の申告をすることができる<sup>(201)</sup>。事実上婚姻関係存否確認請求の訴訟において勝訴し、判決が確定したとしても、婚姻申告を行っていない以上、婚姻は成立しない。したがって、婚姻の取消事由にもならない<sup>(202)</sup>。

産業災害補償保険法、各種年金関連法等<sup>(203)</sup>は、事実上の配偶者を受給権者と定めており、主務官庁において事実上の婚姻関係を確認できないという理由で、給付を留保するということがしばしば生じる。本制度は、事実婚配偶者が有する各種の年金受給権の確認のために利用されており<sup>(204)</sup>、このような場合には、死者との間に事実上婚姻関係の確認を求める利益があるとされる<sup>(205)</sup>。

---

<sup>(201)</sup> 金(疇)・金(相), 앞의 책 (1) 271면.

<sup>(202)</sup> 대법원 [大法院] 1973. 1. 16 선고 72므 25; 대법원 [大法院] 1991. 8. 13자 91스 6. 朴(東), 앞의 책 (15) 98면も、韓国法が申告婚主義をとっている原則からみて判例の立場を支持するほかないとする。

<sup>(203)</sup> 대법원 [大法院] 2010. 11. 25 선고 2010두 14091는、重婚的事実婚関係にあった配偶者も法律婚が解消された後には「事実上婚姻関係にあった者」として軍人年金を受けると判示している。

<sup>(204)</sup> 金(疇)・金(相), 앞의 책 (1) 274면.

<sup>(205)</sup> 死者との婚姻を目的とする確認請求は認めないという趣旨の判例としては、대법원 [大法院] 1995. 11. 14 선고 95므 694; 대법원 [大法院] 1991. 8. 13자 91스 6がある。この制度に関しては、日韓比較婚姻法の観点から、さらに立ち入った各論的研究を予定する。