

〈 論 説 〉

韓国離婚法研究

—— 日韓比較民事法研究 (1) ——

【代表編集者】

五十川直行・大塚 芳典・金 敏圭

【分担執筆者】

埋田 晶子・鬼頭 祐紀
道山 治延・平嶋 瑠理

I 序 論

- 1 はじめに
- 2 日韓比較民事法研究の重要性
- 3 韓国離婚法の急展開
- 4 本論攷の構成等
- 5 「韓国民法研究会」参加者名簿

II 本 論

- 1 離婚法総説
- 2 協議上の離婚
- 3 裁判上の離婚

I 序 論

1 はじめに

「韓国民法研究会」は、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、かねてより、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」を手掛けている。

韓国の研究者をも含む同研究会の構成メンバーは、下記5のとおりである。

その共同研究の端緒としては、韓国の民事立法において、近時、法改革が急展開する「離婚法」の領域を対象に選び取り、まずは、「韓国離婚法」(韓国民法典第834条ないし第843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、韓国の離婚法実務等を調査・検討したうえで、総合的な「日韓比較離婚法研究」に接続させることを予定している。

2 日韓比較民事法研究の重要性

(1) 日本民法典の系譜的位置

現行日本民法典(施行:明治31年(1898年)7月16日)の出自・特性については、立法当時において蒐集可能であった「あらゆる西欧民法の比較法学的実験場」⁽¹⁾であるという基本認識を共有することが許されよう。

爾来、約120年が経過した。したがって、従来、わが国における比較民事法研究(ないし法実務)の対象としては、明治維新以来の民事立法・司法・法学(教育及び研究)等の形成史を反映して、フランス法、イギリス法、ドイツ法等、わが国が直接的間接的に摂取・継受した西欧各国別の外国法研究が主流であったこともなお自然であり、今後とも、その有用性に疑いはない。

しかし、同時に、わが国の比較法研究において、「広い比較法的視点の重要性」⁽²⁾が語られている。

(2) いわゆる「東アジア法系」論

他方、近時、比較法学におけるいわゆる「法系論」にあつて、五十嵐教授により「東アジア法系」の存在証明がなされている⁽³⁾。同教授が、法制度的側面及び法文化的側面において、さしあたり、日本、韓国、中国、台湾という3国家と1地域の間で、固有の「東アジア法系」を観念し、同時に、法における言語情報の重要性からも、同法系の民法典を「漢字文化圏民法典」⁽⁴⁾とし

(1) 五十川直行「日本民法に及ぼしたイギリス法の影響<序説>」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向』(有斐閣, 1992年)6頁。

(2) 滝沢正『比較法』(三省堂, 2009年)167頁。

(3) 五十嵐清『比較法ハンドブック [第2版]』(勁草書房, 2015年)253頁以下。

(4) 五十川直行「タイ民商法典の比較法的考察<序説>(1)」法政研究62巻3・4号(1996年)729頁。

て統一的に把握検討すべきものと構想される点において、広く「比較アジア民事法研究」⁽⁵⁾を構想する我々も、基本的に賛同申し上げる。

(3) 韓国民法典（ないし韓国民法学）との視線の往復

現行韓国民法典（施行：1960年1月1日）⁽⁶⁾の系譜については、鄭教授により、「日本民法典という形をとり、日本民法学という場において展開されていた西欧諸国民法の制度・規定が継受された」⁽⁷⁾旨の基本認識が与えられているが、わが国にあっては、昨今、ようやくにして、「日韓比較民事法研究」⁽⁸⁾への気運の高まりが看取できるようにうかがえる。

他方、韓国側においても、呼応するかのように、法継受の観点から比較法へと文脈を移動させ、日本民法典（ないし日本民法学）を比較法学の一素材として配置し、立ち入った検討を加える刺激的な文献が輩出している⁽⁹⁾。

このような、日韓（韓日）の互いの民法規範を介した知的交流が、日本側及び韓国側の双方にとり、学理的にも（法解釈学にとどまらず、立法学、法

(5) 五十川直行「タイ民商法典に及ぼした日本民法典の影響——比較アジア民事法研究への展望——」比較法研究57号（1995年）123頁以下。

(6) 韓国民法典の基本文献として、参照、金敏圭「韓国民法 解題」前田達明編『史料民法典』（成文堂、2004年）1800頁以下、高翔龍『韓国法〔第3版〕』（信山社、2016年）153頁以下。

(7) 鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』（創文社、1989年）318頁。

(8) 加藤雅信他編『21世紀の日韓民事法学——高翔龍先生日韓法学术交流記念——』（信山社、2005年）、吉田邦彦「日韓民法学の課題と将来」平井宜雄先生古稀記念『民法学における法と政策』（有斐閣、2007年）33頁以下、大村敦志＝権澈『日韓比較民法序説』（有斐閣、2010年）、五十川直行「時効法の改正」法政研究77巻2号（2010年）442頁以下、鬼頭祐紀「韓国相殺法の研究（一）——いわゆる「相殺の担保的機能」に関する韓国判例法——」九大法学112号（2016年）76頁以下、鬼頭・後掲注(7)・182頁以下、等。

(9) 정종휴[鄭鍾休]「韓国民法の 編纂과 比較法的 位置 —— 韓日法史學界의 協力을 期待하며 [韓国民法の編纂と比較法的位置 —— 日韓法史学会の協力を期待して]」法史學研究 제40호（2009）7면以下、서희석 [徐熙錫]「한국민법에 대한 일본민법의 영향과 향후의 관계 —— 비교법의 연구대상으로서의 일본민법을 위하여 [韓国民法に対する日本民法の影響と今後の関係 —— 比較法の研究対象としての日本民法のために ——]」民事法學特別號 제52호（2010）101면以下、정종휴 [鄭鍾休]『日本法』（新潮社、2011）1면以下等。

制史学、法理学、法文化論等の基本法学の観点においても)、法実務的にも、極めて有用かつ有益であることは疑いようがない。

3 韓国離婚法の急展開

「韓国民法研究会」は、この機に臨み、継続的研究「日韓比較民事法研究」を立ち上げるにあたり、その端緒としては、財産法の領域に先んじて、家族法の領域を扱うことを選択した。

何より、近時の家族法領域における日韓の民事立法の状況については、「日本の停滞」に対し「韓国の躍進」が語られる⁽¹⁰⁾ほど、事前調査・検討の段階にあって、学理的にも法実務的にも、家族法領域こそが最優先の日韓比較検討の対象であることが確認されたことに拠る。同時に、その急進する韓国の家族法改革を促し、かつ、支える韓国の家族事情や社会的背景事情等にも、関心が広く向かわざるを得ない。

ことに、離婚法の領域においては、日韓の民法法文上、元来、裁判離婚制度について、まことに興味深い異同がうかがえるほか、韓国の協議離婚制度は、1977年の法改正（協議離婚意思確認制度の導入）、2007年の法改正（協議離婚における熟慮期間、離婚案内、相談勧告、子に関する事項の協議書提出）、2009年の法改正（養育費支給に対する履行強制の強化）等の段階を経て、日本の協議離婚制度とは全く異質の仕組みへと変貌を遂げており、総じてここに、極めて短期間のうちに、韓国における離婚手続のすべての局面において、家庭法院による公的関与が制度化されるに至ったことが確認できる。

なお、この間の韓国における立法経緯や離婚手続にかかる法実務の状況等については、既に若干の邦語文献も公表されており⁽¹¹⁾、同文献に拠れば、この新しい離婚手続の法実践は、韓国社会に早くも浸透しつつあるよううかがえ、まことに興味深い。

(10) 大村 = 権・前掲注(8)・136頁以下。韓国家族法の基本文献としては、参照、高・前掲注(6)・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）。

(11) 宗賢鐘 = 二宮周平「韓国における協議離婚制度の改革と当事者の合意形成支援」立命館法2012年3号（2012年）574頁以下、犬伏由子 = 宗賢鐘「韓国法における親の離婚と子の養育について——子の利益（福利）を実現するシステムの構築に向けて——」法学研究（慶応義塾大学）86巻1号（2013年）(1)頁以下。

さらに、韓国の離婚にかかる最新の統計値⁽¹²⁾をもあわせて概観すれば、日本とは全く異なる隣国の離婚法事情が容易に感得されるようにうかがえる。

4 本論攷の構成等

そこで、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、現代韓国離婚法に関する最新の韓国語文献等をも撰取・検討したうえ、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、次の三段階が經由された。

①【基礎研究】：「韓国離婚法」(韓国民法典第834条ないし第843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、「日本離婚法」(日本民法典第763条ないし第771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】：現代韓国離婚法に関する基本文献として選定した、金淸洙＝金相容『親族・相続法 [第14版]』160-269頁(法文社、2017年)について、その全邦語訳(担当：大塚・鬼頭・金(相)・崔・朴)を敢行し、検討を加えたうえ、同文献を現代韓国離婚法に関する共通資料として確定させた。

③【総合研究】：韓国離婚法の全体に係る「本論」を用意し(担当：埋田・

(12) 韓国「2016年婚姻・離婚統計」(韓国：統計庁「보도자료 [報道資料]」, 2017)に拠れば、以下のことが確認できる。

①韓国：2016年の婚姻件数は281,600件であり、前年より21,200件減少し、過去の最大値は1996年(434,900件)であったところ、1974年以降の最小値であること、2016年の粗婚姻率(人口1,000人あたりの婚姻件数)は5.3件であり、1970年以降の最低値であること。

②韓国：2016年の離婚件数は107,300件であり、前年より1,800件減少し、過去の最大値は2003年(166,600件)であったところ、1998年以降の最小値であること、2016年の粗離婚率(人口1,000人あたりの離婚件数)は2.1件であり、1998年以降の最低値であること。

③韓国：2016年の離婚種別としては、協議離婚78.3%、裁判離婚21.7%であり、前年比で前者が0.7%増加したが、裁判離婚の推移としては、2008年(22.1%)以降急増したが、2010年(24.8%)以降は減少傾向にあること。

以上の韓国の統計値自体が、現代の日韓比較離婚法研究において、極めて興味深い情報であるといわざるを得ない。

平嶋)、韓国：東亜大学校における合同研究の機会等を踏まえて、「本論」をさらに整序し(担当：鬼頭・道山)、「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))からも、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・検討事項、韓国判例等の紹介が、現代韓国離婚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離婚法の理解等として、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。

なお、「韓国民法研究会」としては、本論攷を踏まえ、さらに、韓国の具体的な離婚法実務等への調査・検討をも加えたうえで、本研究が総合的な「日韓比較離婚法研究」に結実することを予定している。

5 「韓国民法研究会」参加者名簿(五十音順)

五十川直行(九州大学大学院法学研究院教授)[会長]

埋田 晶子(弁護士)

大塚 芳典(弁護士・日本弁護士連合会国際交流委員会副委員長)[発起人]

鬼頭 祐紀(岡山商科大学法学部法学科助教)[事務局]

金 相完(九州大学大学院農学研究院学術研究員)

金 敏圭(韓国：東亜大学校石堂人材学部教授)

崔 鏞(西南学院大学法科大学院生)

朴 清日(韓国：釜山広域市議会政策チーム研究委員)

平嶋 瑠理(弁護士)

道山 治延(福岡大学法学部教授)

II 本論

1 離婚法総説

以下では、現行韓国民法典「第4編親族 第3章婚姻 第5節離婚」について述べる。これは、現行日本民法典の「第4編親族 第2章婚姻 第4節離婚」に対応する。

離婚は、婚姻関係を終了させるひとつの仕組みである。近代法の下では、婚姻は当事者の合意のみによって成立するものであり、また解消可能と解されている。日本民法、韓国民法共に婚姻の解消方法として離婚の規定をおく。

韓国における離婚の制度としては、民法上の協議離婚(民843条以下)と裁判離婚(民840条以下)、そして家事訴訟法上の調停離婚(家訴49条以下)の3つがある⁽¹³⁾。

2 協議上の離婚

韓国及び日本は、共に協議離婚の制度を定める。協議離婚は、本来、当事者以外の介入を認めない離婚制度である。しかしながら、日本・韓国共に、協議離婚は当事者の自由意思に基づく離婚制度という美名の下に、追い出し離婚に利用される結果を招いた⁽¹⁴⁾。1977年の改正以降、韓国民法は、協議離婚に家庭法院の介入を求めることにより、当事者間の協議だけで離婚することを認めていない⁽¹⁵⁾。

(13) 윤진수 편 [尹眞秀編] [이동진 [李東珍]] 『주해친족법 제1권 [註解親族法 第1卷]』(박영사, 2015) 301면(本稿では、以下「尹編〔李〕, 앞의 책〔3〕」とする。)

なお、民事調停法(以下「民調」とする。)では、「調停に代わる決定」(民調30条)が定められており、具体的には、当事者間で合意が成立しない場合、当事者間で成立した合意の内容が適当ではない場合(民調30条)のほか、被申請者が調停期日に出頭しなかった場合(民調32条)に担当判事がこれを行わなければならないとされている。この決定は、日本法でいうところの「審判」に当たるものと思われる。

(14) 二宮周平他編 [高橋朋子] 『新注親民法(1)親族(1)』(有斐閣, 2017) 299頁; 김주수 [金晞洙] · 김상용 [金相瑢] 『친족·상속법 [親族·相続法]』(제14판 [第14版]) (法文社, 2017) 166면(本稿では、以下「金〔晞〕·金〔相〕, 앞의 책〔14〕」とする。)

(15) この制度の導入により、追い出し離婚が抑制されることとなり、協議離婚そのものが減少した(宋=二宮・前掲注(14)576頁以下)。

(1) 協議上の離婚

第834条

夫婦は、協議によって離婚することができる。

民法案審議録⁽¹⁶⁾(下) 61頁 第827条

参照外国立法例⁽¹⁷⁾：中華国民民法第1048条本文⁽¹⁸⁾；日本民法第763条；明治民法第808条

1. 概説

本条は、協議離婚について定める。日本民法第763条に相当する。

韓国法上、協議離婚には以下の要件が必要とされる。(i) 当事者間に離婚意思があること、(ii) 離婚の案内を受けること (第836条の2第1項)、(iii) 案内を受けた日から一定の期間が経過した後に離婚意思の確認を受けること (第836条の2第2項)、(iv) 養育事項及び親権者決定に関する協議書を提出すること (第836条の2第4項)、(v) 離婚をする者が成年被後見人である場合には、父母又は成年被後見人の同意があること (第835条)、更に、形式的要件として申告(届出)を必要とする(第836条)。

本条によれば、夫婦は両当事者の意思によって離婚をすることができる。しかし、2007年の改正により、家庭法院の積極的な後見的介入によって、養育費や面接交渉についての取り決めなしに離婚ができなくなった。

2. 離婚意思

離婚意思に関して、日本と同様に、実質的意思説と形式的意思説の対立がある。判例は、当初、実質的意思説を採用して、仮装離婚を無効としていたが⁽¹⁹⁾、

(16) 民議院・法制司法委員会・民法案審議小委員会『民法案審議録(下巻)親族編・相続編』(1957)を指す。同書は現行韓国民法典(1960年1月1日施行)の起草資料である。

(17) 『民法案審議録』に記された「参照外国立法例」を記載している。

(18) 中華国民民法第1049条本文の誤りと思われる。

(19) 「庶子を嫡子とするための形式上の離婚申告をしたとしても、申告当時に当事者双方に離婚意思がなかった場合には、その離婚はその効力が生じない。」(대법원[大法院] 1961.4.27. 4293민상536; 同旨대법원 [大法院] 1967.2.7. 선고66다2542)。

判例変更によって形式的意思説を採用するに至った⁽²⁰⁾。

離婚意思は、申告書作成時だけでなく、受理時にも求められる。当事者は、家庭法院における離婚意思の確認後であっても、受理以前であれば、家族関係登録公務員に対して撤回をすることができる⁽²¹⁾。

(2) 成年後見と協議上の離婚

第835条 <2011年3月7日改正>

成年被後見人の協議上の離婚に関しては、第808条第2項を準用する。

民法案審議録(下) 61頁 第828条

参照外国立法例：日本民法第764条；明治民法第809条、第810条；第772条、第774条参照

本条は、成年被後見人の婚姻について定める第808条の準用を通じて、成年被後見人の離婚に関する同意について定める。日本民法第764条が対応する。

日本民法は、成年被後見人の協議離婚について意思能力のみを求めており、行為能力を必要としない。離婚は高度に人格的内容を含むものであるから、他者の決定になじまないことがその理由とされる。したがって、成年被後見人が一時的に意思能力を回復しているときは、当事者だけで離婚できる。これに対して、韓国民法は、第808条2項の準用を通じて、父母又は成年被後見人の同意を要する。

(20) 1977年改正により、家庭法院における離婚意思の確認が規定された。そのため、大法院は、実質的意思説を維持しつつ、証拠方法を厳格にすることで事実上形式的意思説と同様の結論を採用したとされる(김민규 [金敏圭]「이혼실태와 가장이혼의 법리 [離婚実態と仮装離婚の法理]」 아세아여성법학 4 권 (2001) 110-111면)。

「協議上の離婚の場合には、離婚しようとする当事者双方は家庭法院に出席し、離婚意思の有無に関して判事の確認を受け、その確認書を添付して、離婚申告をしなければならないから、協議上の離婚が仮装離婚として無効と認められるには、誰もが納得しうるに足りる十分な証拠がなければならず、そうでなければ、離婚当事者間に一応一時的ではあるが、法律上、適法な離婚をする意思があったと認めることが離婚申告の法律上および事実上の重大性に照らし、相当であるが、婚姻の場合には婚姻当事者間に婚姻の意思があるかに関して戸籍公務員がこれを審査する権限がないことから仮装離婚に関する大法院の諸判例は仮装婚姻に関する事件に援用するのは適切ではない。」(대법원 [大法院] 1996. 11. 22 선고96도2049)。

(21) 家族関係登録規則第80条によれば、離婚確認書謄本を添付の上、離婚意思撤回書を提出して行く。대법원 [大法院] 1994. 2. 8. 선고93도2869参照。

(3) 離婚の成立と申告方式

第836条 <1977年12月31日改正> <2007年5月17日改正>

①協議上の離婚は、家庭法院の確認を受けて「家族関係の登録等に関する法律」⁽²²⁾の定めるところに従い申告⁽²³⁾することによって、その効力を生ずる。

②前項の申告は、当事者双方及び成年者である証人二人の連署した書面をもってしなければならない。

民法案審議録(下) 62頁 第829条

参照外国立法例：日本民法第765条1項；明治民法第811条

本条は、離婚の効力発生要件として申告による旨を定める。日本民法第765条に相当するが、日本民法は、届出を受理要件として定めている。

離婚申告は、家庭法院における意思確認から3ヶ月以内に協議離婚意思確認書の謄本を添付して、登録基準地又は住所地を管轄する地方自治体に対して行わなければならない。これを経過すると、家庭法院における意思確認はその効力を失う。また、確認のない申告が受理されたときは、離婚は無効と解されている⁽²⁴⁾。さらに、離婚意思確認の手続き終了後であっても、離婚意思を撤回することができ、離婚意思撤回書が離婚申告書と同時に提出されたときは、担当公務員は、離婚申告書を受理してはならず、たとえ協議離婚申

(22) 家族関係登録法は、2007年に民法の改正とともに制定された。この民法改正は、헌법재판소 [憲法裁判所] 2005. 2. 3. 선고 2001헌가9等の決定が戸主制に関する韓国民法第781条等につき、憲法不合致決定をしたことによる（『법률용어사전 2016년 개정판 [法律用語辞典2016年改訂版]』（현암사, 2016）108면によれば、「憲法不合致決定」とは、「法律の違憲性を認めつつも、立法者の立法形成の自由を尊重し、法の空白と混乱を避けるために、一定期間、該当法律が暫定的な継続効を持つことを認める決定形式である。」とされる。）。戸主制度を改めたために、これまでの戸籍法に代わる新たな身分登録制度が導入された（趙慶済「2005年2月3日戸主制憲法不合致決定に関して」立命館法學第302号（2005）1506頁以下を参照）。

(23) 韓国民法は、「申告」と規定する。これは「届出」の用語がないためで、日本民法にいう「届出」と同じ概念である。

(24) 金(暁)・金(相), 앞의 책 (14), 174면；この点に関して、日本民法は、第765条2項で離婚の効力を維持することとしている。法令違反を見逃し、受理しておきながら、離婚の効力を否定することは許されない。烏津一郎他編（岩志和一郎）『新版注釈民法(2)親族(2)』（有斐閣, 2008年）77頁。

告書が受理されたとしてもその効力は生じない⁽²⁵⁾。

第2項は、証人二人の連署を要する旨を規定するが、新設された「家族関係の登録等に関する法律」（以下「家族関係登録法」と略する。）第76条によれば、家庭法院の協議離婚意思確認書の謄本を添付したときは、証人二人の連署があるものと看做されるため、協議離婚時における証人の連署は不要となった。

(4) 離婚の手続き

第836条の2 <2007年12月21日改正><2009年5月8日改正>

①協議上の離婚をしようする者は、家庭法院が提供する離婚に関する案内を受けなければならない。家庭法院は、必要な場合、当事者に対し相談に関して専門的な知識と経験を備えた専門相談員の相談を受けることを勧告することができる。

②家庭法院に離婚意思の確認を申請した当事者は、第1項の案内を受けた日から次の各号の期間が経過した後に、離婚意思の確認を受けることができる。

1. 養育すべき子（懐胎中の子⁽²⁶⁾を含む。以下、本条においては同様）がいる場合には、3ヶ月
2. 第1号に該当しない場合には、1ヶ月

③家庭法院は、暴力によって当事者の一方に対して耐え難い苦痛が予想される等、離婚すべき急迫した事情がある場合には、第2項の期間を短縮又は免除することができる。

④養育すべき子がいる場合、当事者は第837条による子の養育及び第909条第4項による子の親権者決定に関する協議書又は第837条及び第909条第4項による家庭法院の審判正本を提出しなければならない。

⑤家庭法院は、当事者が協議した養育費負担に関する内容を確認する養育費負担調書を作成しなければならない。この場合、養育費負担調書の効力については「家事訴訟法」第41条を準用する。<2009.5.8本項新設>

2007年新設

1. 概 説

本条は、前条を受けて、「家庭法院の確認」を受けるための手順について定

(25) 대법원 [大法院] 1994.2.8. 선고93도2869. この場合、夫婦間の婚姻関係は協議上の離婚に関する戸籍（家族関係登録簿）の記載とは関係なく依然として存続すると解すべきである。

(26) これは日本でいうところの「胎児」に当たるものと思われる。

める。韓国民法においては、「離婚に関する案内」及び「熟慮期間の経過」、「子の親権者決定に関する協議」等は離婚の実質的要件と解されている。

第1項は、協議離婚をしようとする者に対し「家庭法院が提供する離婚に関する案内」を受ける義務について定める。離婚の結果（財産分割、親権、養育費、面接交渉など）、離婚が子に与える影響等、離婚に関する全般的な説明が案内の内容をなす。家庭法院は、「専門的な知識と経験を備えた専門相談員」との相談を勧告することができる。家庭法院の家事調査官や家庭法院外の相談機関がこれにあたとされる⁽²⁷⁾。

第2項は、家庭法院における離婚意思確認のために一定期間（熟慮期間）の経過を要する旨を規定する。協議離婚をしようとする者は、「養育すべき子」がいる場合には、案内を受けた日から3ヶ月の経過の後、離婚意思確認を受けることができる。この3ヶ月の期間内に、子の親権、養育に関する事項について協議することができ、専門相談員に相談することもできる。養育すべき子がない場合には、1ヶ月の経過後、家庭法院による離婚意思確認を受けることができる。これらの期間は家庭法院の裁量により短縮・免除することができる。

第4項は、家庭法院における離婚意思確認にあたって、親権者及び子の養育に関する協議書の提出義務を定める。当事者間でこれらの事項について協議できなかったときは、家庭法院において審判を受けた後、審判調書を提出することが求められている。

第5項は、家庭法院が、当事者間における親権者決定及び養育に関する事項を確認した後、養育費の負担部分について調書を作成しなければならない（養育費負担調書）と定める。この規定は2009年改正により新設され、養育親が養育費全額を負担する場合にも、調書は作成しなければならない⁽²⁸⁾。

2. 養育費の履行確保について

養育費負担調書については、家事訴訟法第41条が準用される結果、執行権原（債務名義）として取り扱うことができる。

(27) 金(疇)・金(相), 앞의 책 (14), 169면;尹編(李), 앞의 책 (13), 333면によれば、専門相談員は、心理学、精神医学、社会福祉学、家族関係学等の専門的知識を備え、かつ、相談経験のある者がこれにあたる。

(28) 金(疇)・金(相), 앞의 책 (14), 173면。

韓国法は、履行確保について幾つかの制度を備える。(i)民事執行法による方法。定期的に支給される一定の金額の養育費を受け取る手段としては効率が悪いとされた。(ii)家事訴訟法による履行命令、過料による履行確保。定期的支給命令を受けた者が正当な理由なく三回以上履行がないときは、義務者を監置することができる(家訴第68条)。これら制度をもつてしても、履行確保は十分に機能していないとされた⁽²⁹⁾。そこで、簡易な方法で養育費の履行を確保する制度が2009年に導入された。(iii)家庭法院は、養育費を支払う義務ある者(例えば、父)に給与等の支払い義務を有する者(会社)等に対して、給与から養育費を控除し、養育費の支払いを受けるべき者に直接支給するよう命じることができる(養育費の直接支払命令:家訴第63条の2)。また、家庭法院の職権又は養育費債権者の申請に基づいて担保の提供を命ずることができる(担保提供命令:家訴第63条の3)。(iv)判決・審判・調停証書又は調停に代わる決定により支払義務のある者は、権利者のためにその金銭を家庭法院に「任置」⁽³⁰⁾することもできる(金銭の任置:家訴第65条)。なお、(v)養育費を速やかに執行しうる措置として養育費負担調書に執行権原を与えている(家訴第41条準用)。そのため、韓国政府内の女性家族部の下に「韓国健康家庭新興院」を法人として設け、2015年「養育費履行確保及び支援に関する法律」を制定し、それに基づいた「養育費履行管理院」が養育費の履行確保のための相談及び法律支援を行う。

(5) 離婚と子の養育責任

第837条 <1990年1月13日、2005年3月31日、2007年12月21日改正>

- ①当事者は、その子の養育に関する事項を協議によって定める。
- ②第1項の協議は、次の事項を含まなければならない。
 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
- ③第1項による協議が子の福利に反する場合には、家庭法院は補正を命

⁽²⁹⁾ 金(曠)・金(相), 앞의 책 (14), 218면.

⁽³⁰⁾ 「任置」は、韓国民法典における典型契約の一種(韓民第693条~韓民第702条)である。これは日本民法典の「寄託」(日民第657条~日民第666条)に対応する。

なお、ここでの「任置」は、旧日本家事審判法15条の7に定められていた「金銭の寄託」に対応する制度と思われる。

じるか、又は職権でその子の意思・年齢と父母の財産状況、その他の事情を参酌して養育に必要な事項を定める。

④養育に関する事項の協議が調わないか、又は協議することができないときには、家庭法院は、職権で又は当事者の請求によってこれに関して決定する。この場合、家庭法院は第3項の事情を参酌しなければならない。

⑤家庭法院は、子の福利のために必要であると認める場合には、父・母・子及び検察官の請求又は職権で子の養育に関する事項を変更するか、又は他の適当な処分をすることができる。

⑥第3項から第5項までの規定は、養育に関する事項以外には、父母の権利義務に変更を及ぼさない。

民法案審議録(下) 62頁 第830条

参照外国立法例：中華民国民法105条⁽³¹⁾；日本民法766条；明治民法812条

1. 概 説

本条は、離婚時における子の養育に関して定める。改正前の規定は、子の養育に関しては父に責任があるものとしていたが、1990年の改正により子の養育に関しては父母の協議が原則となった⁽³²⁾。日本民法第766条がこの条項に対応するものと思われる。

第2項が離婚当事者が協議すべき内容を定める。(i)父母のうちのどちらが養育者となるか、(ii)養育費に関する事項、(iii)面接交渉に関する事項であるが、これらの内容を含む協議書を離婚意思確認申請までに家庭法院に提出しなければならない。原則として、これらの事項は離婚当事者の協議で定めるが、第3項によれば、協議内容が「子の福利に反する場合」⁽³³⁾には、家庭法院は補正を命じることができる。また、職権で定めることもできる。しかし、実務上、家庭法院がこれらの内容について積極的に指示することはなく、家庭法院の補正命令に従わない場合には、家庭法院は離婚意思確認書、養育費負担調書を作成しない⁽³⁴⁾。

(31) 中華民国民法第1051条のことと思われる。

(32) 尹編 [李], 앞의 책(13), 340-341면.

(33) 当事者間で定められた養育費が財産・収入状況に比して不当に少額である場合を含む。金(疇)・金(相), 앞의 책(14), 209-210면.

(34) 金(疇)・金(相), 앞의 책(14), 172면, 210-211면によれば、離婚意思を確認しないことによって、事実上、協議離婚はできないこととなる。

2. 親権と養育の分離

この条項を定めることで、親権者とは別に養育者を定めることが可能となった。このことは、事実上、離婚後の子の共同監護を可能とすることとなった⁽³⁵⁾。しかし、高葛藤事案については、共同監護を認めてはならないとする判例もある⁽³⁶⁾。

(6) 面接交渉権

第837条の2 <1990年1月13日改正><2016年12月2日改正>

①子を直接養育しない父母の一方と子は、相互に面接交渉することができる権利を有する。

②子を直接養育しない父母の一方の直系尊属は、その父母の一方が死亡したか、又は疾病、外国居住、そのほかには不可避な事情によって、子を面接交渉することができない場合、家庭法院に子との面接交渉を請求することができる。この場合、家庭法院は、子の意思、面接交渉を請求した者と子の関係、請求の動機、その他の事情を参酌しなければならない。<2016年12月2日新設>

③家庭法院は、子の福利のために必要ときには、当事者の請求又は職権によって面接交渉を制限・排除・変更することができる。

1990年新設。

本条は、面接交渉権について定める。日本民法においては、第766条が面会交流について定める。

立法以前の裁判実務⁽³⁷⁾は面接交渉を認めていたが、1990年の民法改正は実務に対して法的根拠を与えることになった。さらに2016年の改正は、直系尊属にも面接交渉権を与えるに至った。父母の一方の死亡等は、子が父母の他の一方の家とのみ交流するという結果となり、両家の紐帯を喪失する場合が多く、このことが子の心理的安定と健全な成長にも否定的な影響を及ぼすことから、祖父母に面接交渉権を与え、最低限の交流を確保する必要があるとされたためである⁽³⁸⁾。

(35) 裁判実務も、慎重にはあるが、認めている (대법원 [大法院] 2012. 4. 13. 선고 2011ㄹ4719)。

(36) 대법원 [大法院] 2012. 4. 13. 선고2011ㄹ4665。

(37) 서울고법 [ソウル高等法院] 1987. 2. 23. 선고86ㄹ313。

(38) 学説においては、直系尊属だけではなく、兄弟姉妹や伯父・伯母等との面接交渉の必要性が指摘されている。金 (疇)・金 (相), 앞의 책 (4), 229면; 尹編 [李], 앞의 책 (13), 358-359면. 수원지법 [スウォン地方法院] 2013. 6. 28. 자2013ㄹ33は、

韓国民法において、面接交渉権は、主として子の権利として位置づけられている⁽³⁹⁾。面接交渉の内容としては、直接に会って、交流することだけでなく、手紙を出すこと、電話をすること、贈り物をする等を通じて行われる⁽⁴⁰⁾。また、子の身上についての情報請求権も面接交渉の一部として認識されている点も特徴的である。非養育親が子と接触できない場合の代替機能として有益とされる⁽⁴¹⁾。

第3項は、家庭法院に対し面接交渉について広範な裁量権を認めている。精神疾患を患う母が子を養育する祖母に対して、子の面前で暴行を加えた事例において、面接交渉を認めなかった⁽⁴²⁾。

養育費負担調査に記載された面接交渉に関する事項は、家庭法院において一定期間内の履行を命じることができ(家訴第64条)、これに違反した場合、過料が課せられる(家訴第67条)。

(7) 詐欺、強迫による離婚の取消請求権

第838条 <1990年1月13日改正>

詐欺又は強迫によって離婚の意思表示をした者は、その取消しを家庭法院に請求することができる。

民法案審議録(下) 63頁 第831条

参照外国立法例：日本民法764条

1. 概説

本条は、詐欺・強迫による離婚の意思表示の取消しを定める。日本民法第764条に相当する(第747条の準用規定)。

民法総則の規定は、家族法の領域には適用がないという一般的理解から、第110条の特則として設けられたと解されている⁽⁴³⁾。次条の規定により、取

兄弟姉妹との面接交渉を認めた。

(39) 金(曄)・金(相), 앞의 책(14), 226-227면.

(40) 金(曄)・金(相), 앞의 책(14), 234면.

(41) 金(曄)・金(相), 앞의 책(14), 235면.

(42) 서울가심 [ソウル家庭法院審判] 2001.8.1.자 2001누단3029.

(43)尹編 [李], 앞의 책(13), 365면によれば、この点に関しては、学説上の争いがあるとされる。

消権の行使には期間制限がある。

2. 協議離婚の無効と取消し

韓国民法は、協議離婚の無効について定めをおいていない。離婚意思がない場合には、無効と解され、家事訴訟法には離婚無効の訴えについて規定をおいている⁽⁴⁴⁾。

婚姻意思と離婚意思がない場合には、各々無効と解され、家事訴訟法第23条と第24条には婚姻無効と離婚無効の訴えについてその提起権者と相手方を同様に規定している⁽⁴⁵⁾。ここで、上述の第836条において述べたとおり、韓国の協議離婚には家庭法院から離婚意思について確認を受けるように定めているのに、なにゆえ離婚意思のない事由をもって離婚無効の訴えを提起しうるかという疑問が生じうる。韓国の実務においては協議離婚における家庭法院の確認制度の法的性質は次のように解されている。すなわち、大法院1987年1月20日判決⁽⁴⁶⁾によれば、「協議離婚意思確認手続きは、確認当時に当事者が離婚をする意思を有しているかを確認するに留まり、それらの者が意思決定のための正確な能力を有しているか又は如何なる過程を経て協議離婚意思を決定したかという点については審理しない」のであり、家庭法院における離婚意思の確認に特別な効力が与えられているわけではなく、「したがって、離婚協議の効力は、民法上の原則によって決定されるべきであり、離婚意思の表示が詐欺、強迫によってなされたとすれば、民法第838条によって取消しうる」と解すべきである。」とされる。

(8) 準用規定

第839条

第823条の規定は協議上の離婚に準用する。

民法案審議録(下) 63頁 第832条

参照外国立法例：日本民法764条；明治民法810条

本条は、詐欺・強迫による離婚意思の取消しの期間制限を定める。日本民

(44) 金(疇)・金(相), 앞의 책(14), 174-175면.

(45) 金(疇)・金(相), 앞의 책(14), 174-175면.

(46) 대법원 [大法院] 1987.1.20.선교86므86.

法第764条に相当する (日本民法第747条2項の準用規定)。

準用されている第823条は、詐欺・強迫による婚姻の取消権の期間制限に関する規定であり、「詐欺を知った日又は強迫を免れた日から3ヶ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」と規定する。

(9) 財産分割請求権

第839条の2 <1990年1月13日改正>

①協議上の離婚をした者の一方は、他の一方に対して財産分割を請求することができる。

②第1項の財産分割に関して協議が調わないか又は協議をすることができないときには、家庭法院は当事者の請求により当事者双方の協力によって築いた財産の額、その他の事情を参酌して、分割の額及び方法を定める。

③第1項の財産分割請求権は、離婚した日から2年を経過したときには消滅する。

1990年新設。

1. 概説

本条は、財産分割請求権を定める。日本民法第768条の定める財産分与請求権に対応する。

韓国民法上、財産分割請求権は、夫婦の財産関係の清算、離婚後の扶養を中心として理解されているが、精神損害を賠償するための性質を否定しない⁽⁴⁷⁾。しかし、財産分割請求の主たる目的は清算である⁽⁴⁸⁾。

婚姻中に増えた財産は、名義の如何を問わず、分割の対象となるものと解されている⁽⁴⁹⁾。婚姻中に贈与や相続によって増加した財産であっても、「減少を防止したか、或いは増加に協力したと認められる場合には、分割の対象となり得る」⁽⁵⁰⁾。また、債務超過の場合には財産分割は認められないとした判例⁽⁵¹⁾を改め、「当然に財産分割請求が排斥されなければならないというも

(47) 金(曠)・金(相), 앞의 책(4), 256면; 대법원 [大法院] 2001.5.8. 선고2000다58804.

(48) 尹編 [李], 앞의 책(3), 376면.

(49) 대법원 [大法院] 2014.7.16. 선고2013므2250 전원합의체판결 [全合議體判決].

(50) 대법원 [大法院] 2002.8.28.자2002스36.

(51) 대법원 [大法院] 1997.9.26. 선고97므933等.

のではない」と判示するに至った⁽⁵²⁾。

2. 財産分割の手続き

財産分割に関して、家庭法院は当事者に財産目録の提出を命令することができる(家訴第48条の2)。正当な理由なく提出を拒み、虚偽の目録を提出したときは、過料に処せられる(家訴第67条1項)。さらに家庭法院は、当事者の財産状況に関し、個人の財産と信用情報を管理する公共団体、金融機関等に対して、職権で照会することができる(家訴第48条の3)。

(10) 財産分割請求権保全のための詐害行為取消権

第839条の3 <2007年12月21日改正>

①夫婦の一方が、他の一方の財産分割請求権の行使を害することを知らずながら、財産権を目的とする法律行為をしたときには、他の一方は、第406条第1項を準用して、その取消し及び原状回復を家庭法院に請求することができる。

②第1項の訴えは第406条第2項の期間内に提起しなければならない。

2007年新設。

本条は、財産分割請求権を被保全債権とする詐害行為取消権について定める。民法第406条(詐害行為取消権)を準用する。日本民法には対応する制度はない⁽⁵³⁾。

韓国の判例は、財産分割請求権を被保全債権とする債権者代位権の行使は認めない一方⁽⁵⁴⁾、2007年の民法改正によって、財産分割請求権を被保全債権とする詐害行為取消権が立法化されるに至った。この制度は、夫婦の一方が離婚又は財産分割の準備段階において、或いは、既に離婚・財産分割に関す

⁵² 대법원 [大法院] 2013. 6. 20. 선고2010므4071, 4080 전원합의체판결 [全員合議体判決]。

⁵³ 日本の下級審には民424条による取消しを認める事例が存在する。たとえば、東京高判昭和56年9月21日判時1020号43頁、京都地判平4年6月19日判タ813号237頁、大阪地判平成7年11月29日判時1567号124頁。

⁵⁴ 대법원 [大法院] 1999. 4. 9. 선고98다58016. なお、この点については日本の判例も同様の態度を示している(最判昭55年7月11日民集34巻4号628頁)。

る訴訟が継続している間に、夫婦の他の一方が財産分割請求権の行使を害する目的で財産を処分した場合に、相手方を救済する目的で導入された⁽⁵⁵⁾。

本条の定める詐害行為取消権は、元来、夫婦の一方が離婚を決意し、協議又は訴訟中もしくはそれが終わった後（もちろん、事前にも可能）、他の一方が自己名義の財産を減少させる法律行為を行った場合に、それを取消し、財産分割請求権を保全するために行使する権利である。しかし、実務においてはそれほど実例がない。かえって、相当の程度を超えた過大な財産分割であることを理由に、一般債権者が詐害行為取消権を行使する例が多い⁽⁵⁶⁾。このような状況は、一般には夫婦が離婚する際に、預金や年金などの金銭債権は処分しにくく、主として、不動産の処分行為が詐害行為になる場合が多い。夫の名義になっている不動産の処分行為について妻が詐害行為取消権を行使するよりも、財産分割請求権に基づく不動産処分禁止仮処分を申請する方が時間的・経済的に手続き上簡単であるという認識があるのではないかと推察される⁽⁵⁷⁾。

第2項は、2年間の期間制限を規定する。

(55) 金(疇)・金(相), 앞의 책(14), 259면: この立法によって、具体的内容が確定する前の抽象的権利としての財産分割請求権を被保全債権としうるかについて立法的な解決をした。

(56) 대법원 [大法院] 2000.7.28.선고2000다14101 (既に債務超過の状態にある債務者が離婚をするに当たり、自己の配偶者に財産分割として一定の財産を譲渡することによって結果的には一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になったとしても、それが相当の程度を超えた過大なものであると認めうる特別の事情のない限り、詐害行為として債権者による取消しの対象にはならないが、相当の程度を超えた部分は、適法な財産分割とはいえないので、その取消しの対象になりうるといえるものの、相当の程度を超えた過大な財産分割といえるほどの特別な事情があるという点に関する立証責任は債権者にある)。この場合、取消しの範囲は、過大な部分に限る(대법원 [大法院] 2000.9.29.선고2000다25569)。また、贈与当時、既に婚姻が破綻状態であった場合には、債務者の唯一の財産であったマンションを(実質的には協議による財産分割の趣旨を含め)慰謝料名目より妻に移転したことは相当性を超えると示したものもある(대법원 [大法院] 2001.2.9.선고2000다63516; 同旨 대법원 [大法院] 2006.6.29.선고2005다73105; 대법원 [大法院] 2006.9.14.선고2005다74900等)。

(57) 서울가결 [ソウル家庭法院決定] 2003.12.18.자 2003느단2699。

3 裁判上の離婚

韓国民法は、協議離婚と共に裁判離婚制度をも備える。婚姻当事者の一方が、離婚に応じない場合であっても、裁判所に対して離婚事由の存在を主張立証して、離婚を請求するものである。この点に関して、日本民法は、裁量棄却の制度を有する（日民770条2項）。しかし、韓国は民法中にそうした制度を規定していない⁽⁵⁸⁾。

日本では調停前置主義がとられていると同様、韓国でも調停前置主義が採用されている。したがって、訴訟提起前に、家庭法院に調停離婚を申し立てる必要がある（家訴第2条1項1（ナ）4号、第50条）。調停が成立しない場合に、裁判に移行する⁽⁵⁹⁾。

(1) 裁判上の離婚原因

第840条 <1990年1月13日改正>

夫婦の一方は、次の各号の事由がある場合には、家庭法院に離婚を請求することができる。

1. 配偶者に不貞な行為があったとき
2. 配偶者が悪意で他の一方を遺棄したとき
3. 配偶者又はその直系尊属から甚だしく不当な待遇を受けたとき
4. 自己の直系尊属が配偶者から甚だしく不当な待遇を受けたとき
5. 配偶者の生死が3年以上明らかではないとき
6. その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき

民法案審議録（下）64頁 第833条

参照外国立法例：BGB1564条、1565条、1566条、1567-1569条；ZBG137条、138条、139条、140条、141条、142条；code civil 229条、230条、232条；中華人民民法1052条；日本民法770条；明治民法813条

1. 総説

本条は、裁判上の離婚原因を定める。日本民法と同じく、有責主義離婚制

⁽⁵⁸⁾ 家事訴訟法第19条3項によれば、控訴法院は、控訴に対して「社会正義と衡平の理念に合わないか、又は家庭の平和と淳風美俗を維持するのに適切でない」と認める場合には、控訴を棄却することができる。

⁽⁵⁹⁾ 日本の家事事件手続法が定める審判による離婚制度を規定していないが、「調停に代わる決定」が審判に代わるものと解される。前掲注(13)参照。

度と破綻主義が混在する。日本民法の770条に対応するが、日本民法とは以下の点が異なる。(i) 精神病離婚を定めない⁽⁶⁰⁾。(ii) 配偶者の親族(嫁姑)との関係による離婚を認める。(iii) 裁量棄却を定めない。

有責離婚に関しては、(i) 不貞行為(1号)、(ii) 悪意の遺棄(2号)、(iii) 生死不明(5号)は伝統的な有責事由であり、この点では日本と異ならない。しかし、日本民法は配偶者の親族との関係での離婚を「婚姻を継続しがたい重大な事由」の中で処理するのに対し、本条4号及び5号は、「甚だしく不当な待遇」を離婚理由として民法中に残している⁽⁶¹⁾。

6号に関して、判例⁽⁶²⁾は「婚姻を継続し難い重大な事由」については、抽象的に定めているに過ぎない。判例によれば、「婚姻を継続しがたい重大な事由とは、婚姻の本質に相応する夫婦共同生活関係が回復し得ない程度に破綻し、その婚姻生活の継続を強制することが一方の配偶者に対し耐え難い苦痛となる場合をいい、これを判断するについては、婚姻継続の意思の有無、破綻の原因に関する当事者の責任の有無、婚姻生活の期間、子どもの有無、当事者の年齢、離婚後の生活保障、その他婚姻関係の諸般の事情を余すことなく考慮しなければならない」とされる。判例が、具体的な事例を類型化している点は、日本と同じである。(i) 性交不能⁽⁶³⁾、(ii) 夫の暴力⁽⁶⁴⁾、(iii) アルコール中毒⁽⁶⁵⁾、(iv) 過渡の宗教活動⁽⁶⁶⁾などが挙げられる。

(60) 精神病離婚は、6号で処理されている。대법원 [大法院] 1995.12.22.선고95ㄱ861。

(61) 日本民法は、改正前においては親族との関係で離婚原因を規定していた。明治民法によれば、「虐待」と「重大ナル侮辱」を離婚原因としており、またポアンナード民法は、「暴虐、脅迫及ヒ重大ノ侮辱」を定めていた。改正後は5号により破綻離婚として処理する(東京高判平成元年5月11日家月42巻6号25頁)。

これに対して、韓国法は、判例(대법원 [大法院] 2004.2.27.선고2003ㄱ1890)によれば、甚だしく不当な虐待について「婚姻関係の継続を強要することが非常に過酷と思われる程度の暴行や虐待又は重大な侮辱を受けた場合を指す」とされ、「夫の両親との相互関係が密接な家庭生活と親族関係から出てきたもの」(金(曠)・金(相), 양의 객(14, 189면)であり、親族との共同生活など様々な要素を考慮している。

(62) 대법원 [大法院] 1991.7.9.선고90ㄱ1067。

(63) 대법원 [大法院] 1997.3.28.선고96ㄱ608, 615(重度の躁鬱病事案); 最判昭和37年2月6日民集16巻2号206頁。

(64) 대법원 [大法院] 2000.9.5.선고99ㄱ1886; 最判昭和33年2月25日家月10巻2号39頁。

(65) 서울고법 [ソウル高等法院] 1987.4.20.선고87ㄱ15; 東京高昭55年11月26日判タ437号151頁。

2. 有責配偶者からの離婚請求

韓国は破綻離婚を採用するが、日本と同様に、有責配偶者からの離婚請求について判例は変遷する。当初、判例は有責配偶者からの離婚請求を認めなかった⁽⁶⁷⁾。これは、婚姻破綻を自ら招いた者に、離婚請求権を認めることは、婚姻制度が要求する道徳性に根本的に反し、一方の配偶者のみの意思による離婚ないし追い出し離婚を裁判所が是認することになり、不当であるからという理由に基づくものであった。

しかし、その後、대법원 [大法院] 1987年4月14日判決⁽⁶⁸⁾は、従前の判例を多少緩和し、離婚請求の相手方にも「婚姻を継続する意思がないこと」が客観的に明らかであった場合には、有責配偶者からの離婚請求であっても容認するとした。ここでいう「婚姻を継続する意思がない」場合とは、相手方配偶者も離婚の反訴を提起している場合や意地・報復的感情から表面的には離婚請求に応じないが、実際上は、婚姻継続と到底両立し得ない行為をしている場合である⁽⁶⁹⁾。これらの場合に、例外的に、有責配偶者による離婚請求を認めるのは、相手方配偶者が、裁判所を通じ、有責配偶者に対して私的に報復することを防ぐためである。

さらに、近時の判例によれば、有責配偶者からの離婚請求を許容する基準は一層緩和されている。すなわち、大法院2015年9月15日全員合議体判決⁽⁷⁰⁾は、「相手方配偶者も婚姻を継続する意思がなく、一方の意思による離婚ないし追い出し離婚の懸念がない場合はもちろん、さらに、離婚を請求する配偶者の有責性を相殺する程に、相手方配偶者と子どもに対する保護と配慮がなされた場合、時の経過に伴い、婚姻破綻当時、顕著であった有責配偶者の有責性と相手方配偶者が受けた精神的苦痛が徐々に弱化して双方の責任の軽重を厳密に問いただすことがもはやこれ以上無意味である程になった場合等の

(66) 대법원 [大法院] 1996.11.15. 선고96ㄹ851; 東京高平2年4月25日判タ730号164頁。

(67) 대법원 [大法院] 1965.9.21. 선고65ㄹ37。

(68) 대법원 [大法院] 1987.4.14. 선고86ㄹ28。

(69) 日本でも同様の判断基準が、最大判昭62年9月2日民集41巻6号1423頁の佐藤哲郎裁判官の意見として提示されている。

(70) 대법원 [大法院] 2015.9.15. 선고2013ㄹ568 전원합의체판결 [全員合議体判決]。

なお反対意見（積極的破綻主義）を含む同判決の詳細については、鬼頭祐紀「『有責配偶者からの離婚請求』に関する韓国判例法——家族法領域における日韓比較民事法研究への端緒——」九大法学113号（2016年）165頁以下を参照。

ように、婚姻生活の破綻に対する有責性はその離婚請求を排斥しなければならない程には残っていないという特別な事情がある場合」には、有責配偶者からの離婚請求であっても例外的に認めるとし、従前の判断基準に「有責性の相殺」という基準を追加するに至った。そして、具体的な考慮要素としては、①有責配偶者の責任の態様・程度、②相手方配偶者の婚姻関係継続の意思及び有責配偶者に対する感情、③当事者の年齢、④婚姻生活の期間及び婚姻後の具体的な生活関係、⑤別居期間、⑥夫婦間の別居後に形成された生活関係、⑦婚姻生活が破綻した後の様々な事情変更の有無、⑧離婚が認定される場合の相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状态及び生活保障の程度、⑨未成年の子どもの養育・教育・福祉の状況、⑩その他の婚姻関係の様々な事情を挙げている。

(2) 不貞による離婚請求権の消滅

第841条

前条第1号の事由は、他の一方が事前同意又は事後宥恕をしたとき、又はこれを知った日から6ヶ月、その事由があった日から2年を経過したときには、離婚を請求することができない。

民法案審議録(下) 66頁 第834条

参照外国立法例：BGB1565条、1570条；中華民法1053条；明治民法814条、816条

不貞行為を原因とする離婚請求権の制限について規定する。現行日本民法典には定めがない。明治民法典には規定が存在したが、不貞だけではなく、他の事由についても制限するものであった。

事前同意は、相手方が不貞行為をしても異議なしという事前の承諾であり、事後宥恕は相手方の不貞行為に対してそれを問責しないという観念の通知である。同意と宥恕は明示的または黙示的に表わしうが、単なる予見の程度だけでは同意と解しえず、宥恕も不貞行為を知らながら自発的に、かつ婚姻関係を持続しようとする真実な意思を表わすことを意味する。

特に問題となるのは事前同意である。まず、明示的な事前同意と認めたケースとしては、蓄妾関係の継続を容認した事案である。蓄妾関係が発覚し、妻が夫から教育費の送金を得ていた事案において、蓄妾関係を継続的に維持してきたならば、それ以後の姦通行為は事前同意があったものとされ、結局、

夫婦関係が破綻に至ったならば、婚姻関係破綻の帰責者はむしろ妻であるとした判決がある⁽⁷¹⁾。これは、先行行為に反する行為の禁止いわゆる矛盾行為に当たるといふ考え方のように思われる。また、黙示的な事前同意のケースは、夫婦の間に離婚意思の合致があり、別居したが、協議離婚の手続きを終えていない状況で、不貞行為が行われた場合が代表的な例である⁽⁷²⁾。しかし、離婚手続きの進行中に、不貞行為があったときには、裁判所は慎重な態度を示している。明確に離婚意思を表わしているときには黙示的事前同意と解するが、単に離婚訴訟を提起したことのみをもっては事前同意と解さないのが実務の立場である。

ここで注目したいのは、韓国においては憲法裁判所2015年2月26日決定⁽⁷³⁾により刑法第241条(姦通)が違憲とされ、削除に至ったことである。それ以前には、民法第841条による事前同意と事後宥恕が刑法第241条第2項の懲罰と宥恕に当たると解して、おおむね刑事事件として取り扱われてきた。代表的な刑事事件としては、大法院1997年2月25日判決⁽⁷⁴⁾を挙げることができる。すなわち、「当事者がこれ以上婚姻関係を継続する意思がなく、離婚意思の明確な合致がある場合には、たとえ法律的には、婚姻関係が存続するとしても、相手の不倫に対する事前同意とすることができる懲罰に関する意思表示が、その合意の中に含まれているものとみなさなければならず、離婚意思の明確な合意があったかどうかは、必ず書面による合意書が作成された場合のみならず、当事者の言動等、いくつかの事情で婚姻当事者の双方がこれ以上婚姻関係を維持する意思がなかった事情が認められ、いずれか一方の離婚要求に相手が真摯に応諾する言動としての事情が認められる場合にも、そのような意思の合致があったと認めることができる」と判示した⁽⁷⁵⁾。一方で、蓄妾関係に対しうる事前同意は公序良俗違反であり、無効である。したがって、離婚請求権は消滅しない⁽⁷⁶⁾。

(71) 대법원 [大法院] 1971. 3. 23. 선고71부 3.

(72)尹編〔李〕, 앞의 책 (13), 453면.

(73) 헌법재판소 [憲法裁判所] 2015. 2. 26. 선고2009헌바17전원재판부결정 [全員裁判部決定].

(74) 대법원 [大法院] 1997. 2. 25. 선고95도2819.

(75) 同旨: 대법원 [大法院] 1991. 3. 22. 선고90도1188; 대법원 [大法院] 2006. 5. 11. 선고2006도1759; 대법원 [大法院] 2008. 7. 10. 선고2008도3599等.

(76) 金(曠)·金(相), 앞의 책 (14), 259면.

(3) その他の原因による離婚請求権の消滅

第842条

第840条第6号の事由は、他の一方がこれを知った日から6ヶ月、その事由があった日から2年を経過すれば、離婚を請求することができない。

民法案審議録(下) 66頁 第836条

参照外国立法例: BGB1571条

破綻による離婚について、離婚請求の期間制限を定める。日本民法典には対応する規定はない。

破綻している婚姻を継続させることになるので、韓国においても、この規定は不要との意見がある⁽⁷⁷⁾。なお、不貞行為が継続している間は、この除斥期間は消滅しない⁽⁷⁸⁾。

大法院は「その他婚姻を継続し難い重大な事由」が離婚請求時まで存在している場合には、離婚請求権の除斥期間に関する民法第842条が適用されない⁽⁷⁹⁾と判示し、その事由が継続している間にはいつでも離婚の訴えを提起しうるから問題はないと理解している。

(4) 準用規定

第843条 <2012年2月10日改正>

裁判上の離婚に伴う損害賠償責任に関しては第806条を準用し、裁判上の離婚に伴う子どもの養育責任等に関しては第837条を準用し、裁判上の離婚に伴う面接交渉権に関しては第837条の2を準用し、裁判上の離婚に伴う財産分割請求権に関しては第839条の2を準用し、裁判上の離婚に伴う財産分割請求権保全のための詐害行為取消権に関しては第839条の3を準用する。

民法案審議録67頁 第837条

参照外国立法例: 中華国民民法1055条; 明治民法819条

裁判離婚に、協議離婚の規定の準用を定める。日本民法第771条に対応する。

(77) 金(曠)・金(相), 앞의 책(14), 195면。

(78) 金(曠)・金(相), 앞의 책(14), 187면; 대법원 [大法院] 1998. 4. 10. 선고96므1434。

(79) 대법원 [大法院] 2001. 2. 23. 선고2000므1561。