

〈 論 説 〉

韓国養子法研究

—— 日韓比較民事法研究(6) ——

【代表編集者】

五十川直行・大塚 芳典・金 敏圭

【分担執筆者】

五十川直行・鬼頭 祐紀・道山 治延
大塚 芳典・李 庸吉

I 序 論

II 本 論

- 1 入養の要件と効力
- 2 入養の無効と取消し
- 3 罷 養
- 4 親養子

I 序 論

1 はじめに

本論攷は、「韓国民法研究会」が、かねてより鋭意展開する共同研究「日韓比較民事法研究」の具体的成果の一斑として、既公表の五論攷⁽¹⁾に接続さ

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

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

具体的には、「韓国養子法」研究の基礎として、韓国民法典第4編「親族」第4章「父母と子」第2節「養子」（韓国民法第866条から第908条の8まで）の法文にかかる邦語訳を確定したうえ、関連する論点等を日韓比較の観点から抽出して検討し、今後さらに、韓国の養子法実務等をも調査・検討する機会を得て、総合的な「日韓比較養子法研究」に結実させることを予定している。

2 韓国養子法の遷移 — 素描

(1) 既に前論攷⁽²⁾において重ねて指摘したとおり、韓国民法典（1960年1月1日施行）のこの約60年間にあって、家族法分野の総体が、急変する韓国の社会（家族）状況を背景に、急進的な制度改革を積み重ね、世界的にも瞠目すべき法実践を遂行中であると概括できるところ、この韓国養子法の領域こそ、近・現代韓国の家族法制（家族法秩序）全体を支える根幹的な法構造の遷移過程を最も鮮烈なかたちで表出させてきたようにうかがえる。

すなわち、民法典施行前⁽³⁾における韓国の養子制度にも遡り、今日までの韓国養子法の改革過程を追跡すれば、先行して検討した他の家族法領域以上に、韓国の伝統的家族制度の核心である〈父系（男系）血統中心主義〉のゆらぎと、〈家庭法院による後見的介入〉の拡充という、二つの基本軸を容易に抽出することができる。

たとえば、朝鮮養子慣習の根本則である、父系（男系）血統における「異

比較民事法研究(4)——」岡山商科大学法学論叢29号(2021年)156(1)頁以下、同「韓国実子法研究——日韓比較民事法研究(5)——」岡山商科大学法学論叢30号(2022年)208(1)頁以下。

(2) 五十川ほか・前掲注(1)・「韓国離婚法研究——日韓比較民事法研究(1)——」97(4)頁以下、同「韓国婚姻法研究——日韓比較民事法研究(2)——」161(2)頁以下、同「韓国後見法研究——日韓比較民事法研究(3)——」185(2)頁以下、同「韓国親権法研究——日韓比較民事法研究(4)——」155(2)頁以下、同「韓国実子法研究——日韓比較民事法研究(5)——」207(2)頁以下。

(3) 韓国民法典の施行前における「朝鮮の養子慣習」を扱う嚮導的文献としては、有泉亨「朝鮮の養子制度」末川博ほか編『穂積先生追悼論文集 家族法の諸問題』（有斐閣、1952年）279頁以下が特記されるべきである。

姓不養の原則」(「養子は同本同姓の者のうちから選ばれるという原則」⁽⁴⁾)の減衰という観点から、韓国養子法の遷移⁽⁵⁾を通覧してみよう(その詳論が、「Ⅱ 本論」において展開される)。

同原則の否定は、夙に、①民法典の制定前、「朝鮮民事令」の第3次改正(1940年2月11日施行)において、死後養子の場合を除き、異姓養子をも容認する旨の規定(第11条の2第1項)⁽⁶⁾が新設されたことに始まる⁽⁷⁾。続いて、②制定民法は、異姓養子を容認しながらも、養父と同姓同本でない養子には、養家の戸主相続を認めない旨の規定(制定民法第877条第2項)を定めたが、③戸主相続制度を撤廃した1990年改正は、同時に、死後養子、遺言養子及び婚養子を廃止した。進んでは、④2005年家族法大改正において、従来の「一般入養」(普通入養)制度とは別に、家庭法院の審判による「親養子」について、親生父母(実親)との親子関係を終了させて、養親の婚姻中の出生子とみなし、養父の姓と本に従うことにする旨の「親養子入養」制度が新設され(2008年1月1日施行)、さらに、⑤2012年改正では、未成年者の「一般入養」に対する家庭法院の許可制を導入する等、逐次の民法改正による養子

(4) 有泉・前掲注(3)・291頁(傍点は原文)。

大法院1994年5月24日宣告93ム119全員合議体判決も、同原則が民法典施行前の韓国養子慣習であった旨を判示する(同判決につき後掲注④参照)。なお、日本法制史上の「『異姓不養』なる厳制」については、穂積陳重(穂積厳夫訳)『祖先祭祀と日本法律』(有斐閣、1917年)162頁以下、青山道夫『養子(近代家族法の基礎理論)』(日本評論新社、1952年)51頁以下等参照。

(5) 韓国養子法の現況等につき、田中佑季「韓国における養子法の現状と今後の課題」鈴木博人編『養子制度の国際比較』(明石書店、2020年)341頁以下、申榮鎬「韓国養子法の現在と未来(上)(下)」戸籍時報627号(2008年)62頁以下、同628号(2008年)25頁以下、金亮完「韓国の親養子制度導入の意義」民商138巻4・5号(2008年)570頁以下等参照。

(6) 「朝鮮人ノ養子縁組ニ在リテ養子ハ養親ト姓ヲ同シスルコトヲ要セス但シ死後養子ノ場合ニ於テハ此ノ限りニ在ラス」(朝鮮民事令第11条の2第1項・官報3866号[1939年11月24日発行]926頁)。

(7) 朝鮮民事令の第3次改正により、異姓養子(第11条の2第1項)と婚養子(同第2項)が導入されたことについて、「韓国固有の異姓不養の原則を崩壊させ、父子血縁の純粋性を核とした韓国家族制度の解体に繋がる驚愕の大変革である」との評価がある(한봉희「한국의 가족법에 있어서 일제잔재」가족법연구 제9호(한국가족법학회, 1995)32면。)

法改革が蓄積されてきた。また、別途、⑥「孤児入養特例法」(1961年9月30日施行)以来の法系譜も、要保護児童の福利のための「入養特例法」において、その2011年全部改正により、家庭法院の審判による「入養児童」について、民法上の「親養子」と同一の地位とする旨が明文化(入養特例法第14条)されるに至っている。

(2) 上記の韓国養子法の遷移を捉えて、中川善之助博士が提唱された『『家のため』から『親のため』へ、そして『子のため』の養子へ』⁽⁸⁾という養子制度の発展図式は、韓国においてこそ妥当する旨が語られている⁽⁹⁾。

確かに、世界の養子法⁽¹⁰⁾にあつて、韓国法の現況は、養子の年齢を問わない「非断絶型養子」と未成年者を対象とする「断絶型養子」の双方を併存させ、別途、特定の要保護児童を救済するために適切な養親が選ばれる旨の「入養児童」という、児童福祉の仕組みをも備える点において、現代養子法の潮流⁽¹¹⁾に沿う法実践を展開してきたといえるであろう。

ただ、朝鮮の養子制度が元来、「旧日本民法流の『家』でもなく、宗族的关系にその重点をおいていた」⁽¹²⁾こと、韓国家族法を貫く「姓不変の原則」⁽¹³⁾及び父系血統主義にもとづく家族観を背景に、韓国民法における「一般入養」

(8) 中川善之助「フランスに於ける養子法の変遷」新報40巻1号(1930年)10頁以下。

(9) 윤진수 편 [현소혜] 『주해친족법 제1권』(박영사, 2015) 693-694면。

(10) 養子法の比較法的な俯瞰として、鈴木編・前掲注(5)所収各論攷のほか、床谷文雄ほか「特集・養子制度の国際比較研究」民商138巻4・5号(2008年)1頁以下、泉久雄『親族法』(有斐閣, 1997年)222頁以下等参照。

(11) 世界の現代養子法の潮流については、誤解をおそれずに表現すれば、「養親側により養子を選ばれる(養子選びの)制度」から、「特定の児童の福利・救済のため、公的機関の関与により、適切な養親が選ばれる(養親選びの)制度」へのシフト、といえないか。

(12) 有泉・前掲注(3)・282頁。有泉博士は、「異姓不養の原則」や「昭穆の序」という宗族法的制約がある朝鮮の養子制度は、「祭祀相続の法そのもの」(同302頁)であり、「宗族(宗中)のため」の養子と認識すべきものとされた。

なお、韓国の「相続上の養子制」につき、金斗憲(李英美ほか訳)『韓国家族制度の研究』(法政大学出版局, 2008年)230頁以下参照。

(13) 韓国の不文律とされる「姓不変の原則」につき、高翔龍『韓国法〔第3版〕』(信山社, 2016年)252頁以下参照。

は、かねてより、親族間の入養がほとんどである⁽¹⁴⁾とされること、また、断絶型養子として導入された「親養子入養」も、子（連れ子養子）が母親の再婚相手（継父）の姓・本を称することによる、「再婚家庭の安定」こそがその目的とされる⁽¹⁵⁾ことについては、日本法との対比という観点においても、特に注視されるべき韓国養子法固有の法事情であるようにうかがえる。

日韓比較養子法の観点からは、さらに、①未成年者養子につき、実父母の同意を要し（韓国民法第870条）、協議による罷養（離縁）が認められない（韓国民法第898条ただし書）こと、②成年者養子についても、実父母の同意を要すること（韓国民法第871条）、③親養子の成立要件として、試験監護（日本民法第817条の8）に対応する規定がないこと、等の韓国養子法の特徴が抽出されるし、何より、司法的法形成の局面において、逐次、①虚偽の出生申告による入養の成否（大法院1977年7月26日全員合議体判決⁽¹⁶⁾）、②独身者が親養子入養をすることの可否（憲法裁判所2013年9月26日決定⁽¹⁷⁾）、③祖父母が孫を養子とすることの可否（大法院2021年12月23日全員合議体決定⁽¹⁸⁾）、等の争点にかかる重要判決が蓄積されており、いずれにあっても、＜韓国社会における法的親子関係の本質＞にかかる論議が多様に展開されてきたことに留意したい。

(3) 進んで、現代韓国養子法の実相を『司法年鑑』⁽¹⁹⁾に求めよう。①一般入養の申告件数は、年間2,423件(2002年)から4,034件(2008年)まで漸増したが、のち、2,151件(2013年)、2,159件(2017年)、2,791件(2020年)と推移し、②親養子入養の申告件数は、施行初年の1,779件(2008年)から、2,065件(2013年)、2,215件(2017年)、1,503件(2020年)と推移する。他方、③入養特例法による申告件数は、49件(2008年)から3件(2013年)まで減少したが、のち、315件(2017年)、351件(2020年)と推移している。

(14) 田中・前掲注(5)・365頁以下等参照。

(15) 田中・前掲注(5)・351頁以下、高・前掲注(13)・258頁等参照。

(16) 後掲注(13)及び対応する本文の記述参照。

(17) 後掲注(17)及び対応する本文の記述参照。

(18) 後掲注(20)及び対応する本文の記述参照。

(19) 法院行政処『司法年鑑』（2003年～2021年）の各指標に拠る。なお、同指標につき、田中・前掲注(5)・362頁以下参照。

上記の入養申告件数データからは、少なくとも、家庭法院の許可制導入の影響のほか、親養子入養が一般入養の申告件数を上回るほど短期間で韓国社会に受容されたこと、入養特例法による入養児童も全入養件数の7%程度を占めていること、等が確認できるであろう。

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

3 本論攷の構成等

本論攷は、「韓国民法研究会」の共同研究として、以下の手順や基礎作業等を相互に共有し、現代韓国養子法に関する最新の韓国語文献等⁽²⁰⁾をも摂取・検討したうえ、この間の合議により蓄積した研究成果を取り纏めたものである。

本研究の実施過程としては、逐次、以下の三段階が經由された。

- ①【基礎研究】：「韓国養子法」（韓国民法第866条から第908条の8まで）法文の邦語訳（担当：大塚・金相完・鬼頭）を合議により確定し、条文ごとに、韓国民法典制定当時の資料（「民法案審議録」等）を探索した（担当：鬼頭）ほか、進んでは、対応関係にある「日本養子法」（日本民法第792条から第817条の11まで）及び関連する日本判例等との比較法的論点等を抽出して（担当：道山）、検討する機会を蓄積した。
- ②【文献研究】：現代韓国養子法に関する基本文献として選定した、金疇洙＝金相瑢『親族・相続法 [第17版]』（法文社、2020年）287－421頁につ

20) 現代韓国養子法の文献として、本論攷の全体を通じて、以下を参照した。

教科書として、김주수·김상용『친족·상속법 [제17판]』（법문사, 2020）、박동섭·양경승『친족상속법 [제5판]』（박영사, 2020）、송덕수『친족상속법 [제5판]』（박영사, 2020）、윤진수『친족상속법 강의 [제3판]』（박영사, 2020）、이경희『가족법 (9정판)』（법원사, 2017)。

体系書として、민유숙 편 [이선미]『주식 민법 [친족2] [제6판]』（한국사법행정학회, 2020）、윤진수 편 [현소혜]『주해친족법 제1권』（박영사, 2015）、김주수·김상용『주식민법 [친족(3)] [제5판]』（한국사법행정회, 2016)。

立法・改正経緯の解説書として、윤진수·현소혜『2013년 개정민법해설』（법무부, 2015)。

いて、その全邦語訳（担当：鬼頭）を敢行し、合議による検討を加えたうえで、同文献を現代韓国実子法に関する共通の基礎資料として確定させた。

- ③ 【統合研究】：まず、韓国養子法の全体に亘る「本論」部分については、下記の分担により、各自たたき台を用意し、研究会における度重なる検討機会を踏まえて、さらに各自「本論」を整序し、進んでは、韓国民法学の視点（担当：金敏圭）から、本研究の全体について、最新の韓国法情報（判例等）の提供等をも含めた網羅的な検討を加え、最終的な合議のうえで、冒頭に「序論」（担当：五十川）を付した。

- ・韓国民法第866条から第882条の2まで（担当：鬼頭）
- ・韓国民法第883条から第897条まで（担当：道山）
- ・韓国民法第898条から第904条まで（担当：大塚）
- ・韓国民法第905条から第908条まで（担当：五十川）
- ・韓国民法第908条の2から第908条の8まで（担当：李）

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、現代韓国養子法に関する最新の有機的・立体的な法情報として、同時にまた、日本側から見た現代韓国養子法の理解等として、日韓（韓日）の双方において活用されることが期待される。

さらには広く、本論攷が、日本の養子法改革⁽²¹⁾はもとより、「一体『養子制度とは何か』」⁽²²⁾という根源的な課題に関する比較法的素材として、一定の位置を獲得することが期待される。

(21) 養子法の立法提案として、二宮周平「親子法」(家族法改正研究会最終報告「家族法改正——その課題と立法提案」) 戸籍時報750号(2017年)13頁以下、二宮周平ほか「家族法改正研究会第9回シンポジウム『養子法の検討』」戸籍時報731号(2015年)2頁以下等参照。

(22) 山島正男「書評：青山道夫『養子』(近代家族法の基礎理論)」北海道大学法学会論集3号(1953年)81頁。

あわせて、日本民法典制定時における穂積陳重博士の次の発言が想起される。「養子ハ一人ノ人為ノ者テハアリマスケレトモ併シ乍ラ矢張り幾ラカ自然ノ性質ヲ帯ヒテ居ツテ進歩ノ或ル程度ニ於テハトウモ斯ウ云フ者カ必要テアツテ或ハ人類一般ノ常則テハナイカ」日本学術振興会『法典調査会民法議事速記録』第51巻148丁裏(第158回法典調査会[明治29年1月29日]における同起草委員の発言。傍点は五十川)。

II 本論

本論致では、1 入養の要件と効力(第866条から第882条の2まで)、2 入養の無効と取消し(第883条から第897条まで)、3 罷養(第898条から第908条まで)、4 親養子(第908条の2から第908条の8まで)、の順に検討を進めるが、ここで韓国養子法に関する基本的概念を簡潔に確認しておくことにする。

日本民法の「養子縁組」に対応する概念として、韓国民法では「入養(입양)」という用語が使用されている。日本民法が「養子縁組」を「普通養子縁組」と「特別養子縁組」に区別しているのと同様、韓国民法においても「入養」は、「一般入養(일반입양)」(韓国民法第866条以下)と「親養子入養(친양자입양)」(韓国民法第908条の2以下)に区別されている。

また、日本民法の「離縁」に対応する概念として、韓国民法では「罷養(포양)」という用語が用いられている。

上記の「入養」及び「罷養」という用語は、韓国民法制定時において既に使用されていたことが確認されるどころ、このような用語がなぜ、あるいはどのような経緯で使用され始めたかに関しては、必ずしも明らかではない。

1 入養の要件と効力

韓国民法も、日本民法と同様、養親となる者と養子となる者との間の入養意思の合致と、それに基づく申告を入養の要件としており、入養成立の要件に関する基本的な枠組みについては、日韓両国の民法典に大きな相違は見受けられない。

しかし、後述するように、韓国民法が、入養の同意又は承諾をすべき者がそれをせず、又はできない場合などに備え、家庭法院の介入を認めていること(韓国民法第869条以下参照)、成年者養子の場合においても父母の同意を要すること(同法第871条参照)などは、日本と異なる実情に対応するための規定を民法典に反映させたものと思われる。さらに、判例においても、虚偽の出生申告に基づいて入養の成立を認める理論が定着していることも特筆すべき点である。

また、一般入養の成立に伴う効果としては、養子が養親の姓に従うか、又

は親生父母（実父母）の姓に従うかに関して、韓国民法典に規定がないために見解の対立はあるが、親生父母の姓に従う見解が実務及び学説の多数説であることに鑑みれば、ここにも、「養子」や「親子」に対する日韓の相違が現れているように思われる。

以下では、韓国における一般入養の要件と効力について、条文ごとに検討を進めることにする。

(1) 入養をする能力

第866条 <2012年2月10日：本条改正>
成年になった者は、入養をすることができる。

民法案審議録（下）：79-80頁 第860条⁽²³⁾
参照外国立法例：BGB 第1744条；Code civil 第344条；中華民国民法第1073条；日本民法第792条⁽²⁴⁾（明治民法第837条）

本条は、一般入養（普通入養）に関する養親の入養能力について規定する。日本民法第792条に対応する。なお、周知のとおり、日本民法第792条は、近時（平成30年法59）の民法改正によって、養親となれる者の年齢を「成年に達した者」から「20歳に達した者」に改めている。

1960年1月1日施行の韓国民法第866条（養子をする能力）では、「成年に達した者は、養子をすることができる」と規定されていたが、2012年2月10

(23) 民法案審議録(下)79頁によれば、「満30歳に達した既婚男子は、養子をすることができる」と提案されていたが、審議の過程において「成年に達した者は、養子をすることができる」に修正された。これは、「養親となるには、戸主の長系の男子であることを要しないようにすべきこと」(審議要綱第26項第2号)及び「養子は、養親の尊属親ではなく、養親よりも年少者でなければならず、同姓者である場合には、養親と昭穆が合うことを要しないようにすべきこと」(審議要綱第26項第3号)としたことに起因するものである。

韓国法では、「昭穆之序」という用語が存在するが、これは、「養子となり得る者は、養親となり得る者と同行列にある男系血族の男子の息子でなければならぬという原則」を意味するとされている(송덕수『친족상속법 [제5판]』(박영사, 2020) 182면。同趣旨のものとして朝鮮総督府『慣習調査報告書』(1913年) 321頁も参照。)

(24) なお、民法案審議録(下)80頁には、日本民法第729条と記載されているが、誤記と思われる。

日の民法改正により、現行法のように改められた。2012年改正の前後で、表題及び条文の文言に多少の相違は確認されるが、これは韓国民法典の現代語化の結果であってその内容自体は同一である⁽²⁵⁾。

本条に従い、一般入養の場合には、成年者となれば養父母となることができ、養親が婚姻をしている必要はなく、また養親に他の子が存在するか否かに関しても問われない⁽²⁶⁾。また、養親となる者は、意思能力を備えていなければならぬと理解されているが⁽²⁷⁾、民法第873条で成年被後見人の入養が規定されているように、行為能力は必ずしも必要ではない。

本条に違反し、未成年者が養親となっている入養申告書が誤って受理された場合には、民法第884条第1項第1号によって取消しの対象となる。なお、婚姻による成年擬制によって成年に達した者が、本条で定める「成年」に該当するか否かに関しては、学説上、肯定説と否定説の対立が確認されるに留まる⁽²⁸⁾。

(2) 未成年者入養に対する家庭法院の許可

第867条 <2012年2月10日：本条新設>

①未成年者を入養しようとする者は、家庭法院の許可を得なければならない。

②家庭法院は、養子となる未成年者の福利のために、その養育の状況、入養の動機、養父母の養育能力、その他の事情を考慮して、第1項による入養の許可をしないことができる。

民法案審議録：なし⁽²⁹⁾

本条は、未成年者入養に対する家庭法院の許可について規定する。日本民

(25) 윤진수·현소혜 『2013년개정민법해설』(법무부, 2015) 200면参照。同趣旨のものとして、민유숙 편 [이선미] 『주석 민법 [친족 2] [제 6 판]』(한국사법행정학회, 2020) 162면。

(26) 親養子入養に関する要件等については、民法第908条の2を参照。

(27) 윤진수 편 [현소혜] 『주해친족법 제 1 권』(박영사, 2015) 702면；민유숙 편 [이선미], 앞의 책⁽²⁵⁾, 163면。

(28) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책⁽²⁷⁾, 700-701 면；민유숙 편 [이선미], 앞의 책⁽²⁵⁾, 163-164면参照。

(29) なお、1960年1月1日に施行された韓国民法第867条は、死後養子に関する規定であったが、この条文は1990年1月13日の民法改正で削除された。この点については、次条の説明を参照。

法第798条に対応する。両者は、未成年養子に対する家庭裁判所又は家庭法院の許可を必要とするという点では共通する。ただし、日本民法第798条が自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合には、家庭裁判所の許可を必要としないという規定が存在するのに対し、韓国民法第867条は、このような例外規定を定めていない点で異なる。なお、韓国でも、実務上、一方配偶者の前婚中に出生した子を他方配偶者が入養しようとする場合は、民法第874条第1項の例外として、単独で入養することが可能である⁽³⁰⁾。

2012年2月10日改正により本条が新設されたことに伴い、未成年者の入養については家庭法院の許可を要するに至った。このような許可制は、養子となる者の福利を害するのみならず、他の目的のために入養制度が悪用されることを防ぐ方法がないという問題点を解決するために、導入された⁽³¹⁾。

本条第1項に従い、養子となる者が未成年者であるときは、家庭法院の許可を要する。そして、家庭法院は、入養の実質的要件を備えているか否かに加え、「その養育の状況、入養の動機、養父母の養育能力、その他の事情」を審査して、入養の許否を判断する（本条第2項）⁽³²⁾。

(30) 家族関係登録例規第130号第6条によれば、「配偶者の前婚中に出生した婚姻中の子を入養しようとするときは、『民法』第874条第1項の規定にもかかわらず、親子関係がない配偶者の一方が単独で入養することができる」とされている（後掲注⁽⁴⁰⁾も参照）。

(31) 未成年者入養における許可制導入に関する導入経緯については、윤진수 편 [현 소해], 앞의 책 ⑦, 703-704면; 김주수·김상용 『친족·상속법 [제17판]』 (법문사, 2020) 356-357면参照。

(32) なお、家事訴訟法第45条の9にも、次のように規定されている。

家事訴訟法第45条の9（入養許可の手続き）

① 家庭法院は、入養の許可審判をする場合には、次の各号の者の意見を聞かなければならない。ただし、その者が意識不明、その他の事由によって自身の意思を表明することができない場合は、この限りでない。

1. 養子となる者（養子となる者が13歳以上である場合のみ該当する）
2. 養子となる者の法定代理人及び後見人
3. 養子となる者の父母（「民法」第870条によって父母の同意が必要な場合をいう）
4. 養子となる者の父母の後見人
5. 養父母となる者
6. 養父母となる者の成年後見人

なお、本条第1項に違反し、家庭法院の許可を得ずに受理された入養申告書は、無効である(第883条第2号)。これに対し、日本では、民法第798条に違反した無許可縁組届に関しては、民法第807条によって取消原因となるに過ぎない。

(3) 死後養子の選定権者の順位

第868条 削除 <1990年1月13日>
民法案審議録(下): 80-81頁 第862条 ⁽³³⁾ 参照外国立法例: 参照なし

② 家庭法院は、養子となる者の福利のために必要であると認める場合には、次の各号の区分に従い、該当資料を提供することを要請することができる。この場合、資料提供の要請を受けた機関は、正当な事由がなければ、これに従わなければならない。

1. 養父母となる者の住所地及び家族関係等を確認するための範囲: 市長・郡守・区長に対して、住民登録表謄本・抄本
2. 養父母となる者の所得を確認するための範囲: 国税庁長に対して勤労所得資料及び事業所得資料
3. 養父母となる者の犯罪経歴を確認するための範囲: 警察庁長に対して犯罪経歴資料
4. 養父母となる者が養育能力及び関連した疾病又は心身障害を有しているか確認するために特に必要であると認められる範囲: 「医療法」による医療機関の長又は「国民健康保険法」による国民健康保険公団の長に対して治療記録資料

(33) 民法案審議録(下)80-81頁によれば、もともと、本条では、死後養子の設定順位につき、「配偶者が正当な理由なく相当の期間内に死後養子を選定しないとき」は、次順位の者が死後養子を選定する旨を定めていた。

しかし、審議の過程において、韓国の慣習によれば、① 戸主が死亡したときに、その妻がいなかったり、死後養子を選定する意思を有していなかったりしたときに、次順位者がこれを選定するようになっていること、② 妻が仮に入養における当事者でなくても、入養の結果によって、養母の地位を有するのであるから、家の円満のためにも、亡戸主の妻の意思は最後まで尊重されなければならないことを理由に、本文に掲げた削除された民法第868条が制定された。

1960年1月1日施行の民法典では、死後養子に関する規定⁽³⁴⁾が設けられていたが、これらの規定は、1990年1月13日の民法改正によって、削除された。1990年民法改正により、戸主相続制度は戸主承継制度に改められ、男子中心主義が緩和されたために、死後養子制度も廃止されるに至った⁽³⁵⁾。本条の削除も、これに伴うものである。

1990年改正によって削除された民法第867条第1項では、「戸主が死亡した場合には、その直系卑属がないときに限り、その配偶者、直系尊属、親族会の順位で死後養子を選定することができる」と規定されており⁽³⁶⁾、また、民法第868条が、「前条第1項の場合に、配偶者がなく、又は死後養子を選定しない旨の意思表示をしたときは、直系尊属がこれを選定し、直系尊属がないときは、親族会がこれを選定することができる。この場合において、直系尊属又は親族会が死後養子を選定するには、法院の許可を得なければならない」と定めていた。したがって、削除前の民法第868条は、法定相続人がいない状態で戸主が死亡した場合につき、戸主相続人がいない状態を避けることを目的としていたといえよう。

(34) 具体的には、1990年1月13日改正前の第867条、第868条、第878条、第879条、第890条である。改正前の第867条については本条の本文の説明及び後掲注(36)を、その他の条文に関しては、後述する「第878条、第879条、第890条」を、それぞれ参照。

(35) 김주수·김상용 『주석민법 [친족(3)] [제 5 판]』(한국사법행정회, 2016) 245면。

(36) 改正前の民法第867条(死後養子)

- ① 戸主が死亡した場合には、その直系卑属がないときに限り、その配偶者、直系卑属、親族会の順位で死後養子を選定することができる。
- ② 廃家又は無後家を復興するために、前戸主の死後養子を選定する場合には、前戸主の直系尊属、親族会の順位でこれを選定する。
- ③ 前二条の場合において、直系尊属が数人であるときは、男子を先順位とし、男子又は女子が数人であるときには、最近尊属を先順位とする。ただし、実家の直系尊属は、出継子の死後養子を選定することができない。
- ④ 第870条の規定は、配偶者又は直系尊属の死後養子を選定する場合に、準用する。

(4) 入養の意思表示

第869条 <1990年1月13日：本条改正，2005年3月31日：本条改正，2011年3月7日：本条改正，2012年2月10日：本条改正>

①養子となる者が13歳以上の未成年者である場合には，法定代理人の同意を得て入養を承諾する。

②養子となる者が13歳未満である場合には，法定代理人が，これに⁽³⁷⁾代わり，入養を承諾する。

③家庭法院は，次の各号のいずれか一つに該当する場合には，第1項による同意又は第2項による承諾がなかったとしても，第867条第1項による入養の許可をすることができる。

1. 法定代理人が正当な理由なく同意又は承諾を拒否する場合。ただし，法定代理人が親権者である場合には，第870条第2項の事由がなければならぬ。
2. 法定代理人の所在を知ることができない等の事由によって同意又は承諾を得ることができない場合

④第3項第1号の場合，家庭法院は法定代理人を審問しなければならない。

⑤第1項による同意又は第2項による承諾は，第867条第1項による入養の許可があるまでは撤回することができる。

民法案審議録（下）：81頁 第863条⁽³⁸⁾

参照外国立法例：BGB 第1747条；日本民法第797条；明治民法第843条

本条は，いわゆる契約型入養の入養当事者が養親と養子であるという前提

(37) 原文では、「その者(二)」となっているが，日本法の表現に馴染むように、「これ」と訳出した。

(38) 民法案審議録(下)81頁によれば，本条は，もともと「第863条（15歳未満の者の入養承諾）養子となる者が14歳未満であるときには，法定代理人がこれに代わって入養の承諾をすることができる」と提案されていたが，審議要綱第26項第5号に基づき，「養子となる者が15歳未満であるときは父母が，父母がないときは後見人が，これに代わって入養の承諾をする。ただし，継母，嫡母又は後見人が承諾をするときには，親族会の同意を得なければならない」に変更された。審議要綱第26条第5号には，「養子となる者が15歳未満である場合には，現行慣習のように，父母がこれに代わって養子縁組をすることになり，15歳以上である場合には，父母の同意を要せず，家族であっても，その戸主の同意を要しないようにするものである。しかし，配偶者がある場合には，その配偶者の意思を尊重する必要があることから，これと共同で養子縁組をしなければならないとするものである」と記載されている（民法案審議録(下)16頁参照）。

の下に、入養の意思表示の有効要件としての法定代理人による同意又は代諾について規定する。日本民法第797条に対応する⁽³⁹⁾。

1. 改正の概要

1960年1月1日施行の民法第869条においては、代諾入養については、「養子となる者が15歳未満である場合には父母が、父母がないときは後見人が、これに代わり、入養の承諾をする。ただし、嫡母、継母又は後見人が承諾をするときには、親族会の同意を得なければならない」と規定されていたが、1990年1月13日民法改正によって、「養子となる者が15歳未満であるときは、法定代理人がこれに代わって、入養の承諾をする」と改正された。その後、2005年3月31日民法改正で、「養子となる者が15歳未満であるときは、法定代理人がこれに代わって、入養の承諾をする。ただし、後見人が入養を承諾する場合には、家庭法院の許可を得なければならない」と改められ、さらに成年後見制度導入に伴う2011年3月7日民法改正の影響⁽⁴⁰⁾を受けた改正も実施されている。

そして、2012年2月10日民法改正によって、本条第1項及び第2項として、改正前の第869条及び第871条に対応する規定が置かれた⁽⁴¹⁾。また同時に、第3項から第5項までの規定も新設された。

2. 養子となる者が13歳以上である場合（本条第1項）

本条第1項は、養子となる者が13歳以上の未成年者である場合には、未成年者本人が自ら入養の意思表示をすることができるとする一方、その法定代理人の同意を要する旨をも規定する。

2012年2月10日民法改正によって、代諾によらず未成年者本人が行う入養に対する年齢の基準が、15歳から13歳に引き下げられた。これは、民法改正の審議過程において、多くの国で未成年者本人の承諾を要する年齢を13歳又

(39) ただし、日本民法では、15歳以上の未成年者が養子となる場合であっても、法定代理人の同意を得る必要はない。

(40) 윤진수·현소혜, 앞의 책 (25), 204면は、2011年3月7日民法改正では、「後見人」を「未成年後見人」に変更したのみであり、内容的には改正前と差がないと指摘する。

(41) 윤진수·현소혜, 앞의 책 (25), 204면参照。

は14歳としており、未成年者の自律性を尊重することからしても、15歳よりも低い方が良いと判断されたためであるとされている⁽⁴²⁾。

本条第1項に違反し、養子となる13歳以上の者が自ら承諾の意思表示をしなかった場合には、その入養は無効である(民法第883条第1号)。これに対して、養子となる13歳以上の未成年者が自ら承諾の意思表示をすることにつき、法定代理人が同意をしなかった場合には、その入養は取消しの対象となる(民法第884条第1項第1号)。

3. 養子となる者が13歳未満である場合(本条第2項)

本条第2項は、養子となる者が13歳未満であるときは、法定代理人の代諾によって入養がなされることを規定する。日韓両国の民法典において、代諾養子(韓国においては、一般に「入養代諾」と呼ばれる)が認められている点は共通している。ただし、上述したように、韓国では2012年2月10日民法改正によって、養子となる者の年齢の基準が15歳から13歳に引き下げられており、この点は日本法と異なる。

(i) 代諾権者

本条第2項は、代諾による入養を可能としている。本来、入養の意思表示は養子となる者が自ら行うことが原則であるが、養子となる者が、未だ意思能力がない場合あるいは意思能力が著しく欠如している場合に、自ら入養の意思表示を行うことは事実上不可能であったり、不適切であったりすることから、本条第2項は、「法定代理人」が本人に代わり、入養を承諾すると規定している⁽⁴³⁾。

本条第2項にいう「法定代理人」とは、親権者及び未成年後見人を意味する^(44, 45)。

養子となる者が父母の共同親権下にあるときは、父母双方が代諾をしなけ

(42) 윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 205면 참조.

(43) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 716면.

(44) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 717면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 179면.

(45) 親権者が未成年者である場合には、民法第910条により、未成年者の親権者が親権を代行することになる。

ればならない。したがって、共同親権者のうちの一方のみが代諾をした場合や共同親権者のうちの一方が共同名義で行った入養に対する代諾が、他方共同親権者の意思に反するときは、その代諾は効力を生じない⁽⁴⁶⁾。なお、民法第920条の2は、財産行為に関する規定であるから、入養の代諾については適用されないと理解されている⁽⁴⁷⁾。

① 親権の喪失、② 親権の一時停止、③ 入養の代諾に関して親権の一部制限が宣告された父母（民法第924条）は、本条の代諾権者に該当しない⁽⁴⁸⁾。これに対し、父母が財産管理権のみを喪失した場合（民法第925条）には、その者に対しても本条の代諾権が認められる⁽⁴⁹⁾。また、父母のうちの一方が親権を喪失したときは、他方のみが代諾権者となり、父母双方が親権を喪失したときは、未成年後見人が代諾権者となる⁽⁵⁰⁾。ただし、未成年後見人が被後見人を入養しようとする場合には、利害相反に該当するため、特別代理人を選任し、特別代理人が被後見人の代理人として代諾権を行使すべきであると解されている⁽⁵¹⁾。

(ii) 代諾権を有しない者による代諾の効果

民法第883条第2号により、本条第2項に違反する入養は無効である。これに対し、日本民法は代諾権のない者による縁組の承諾の効果について明文

(46) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 717면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 179면.

(47) 김주수·김상용, 앞의 책 31, 359면.

また、日本民法第825条に関しても、同条は財産行為に関する規定であり、養子縁組の代諾に適用されるべきではないとする見解がある（中川善之助・山島正男編〔中川良延〕『新版 注釈民法 24 親族(4)』(有斐閣, 1994年) 214頁参照)。

(48) 김주수·김상용, 앞의 책 31, 359면参照.

(49) 김주수·김상용, 앞의 책 31, 359면. 同趣旨のものとしては、송덕수 『친족 상속법 [제5판]』(박영사, 2020) 179면がある.

(50) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 717면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 179면.

(51) 법원행정처 『법원실무제요 [4-2]: 가사(II)』(법원행정처, 2010) 292면; 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 719면.

なお、김주수·김상용, 앞의 책 31, 360면は、後見監督人がいる場合には、後見監督人が入養の代諾をすることができるとしている。

の規定を置いていないが、韓国民法と同様、無効と理解されている⁽⁵²⁾。

また、虚偽の出生申告による入養申告への転換が問題となった事案⁽⁵³⁾において、大法院1997年7月11日判決⁽⁵⁴⁾は、「被告〔筆者注：養子〕が入養の承諾能力が生じる15歳以後においても、継続して上記訴外1〔筆者注：養母〕を母と考えて生活する等、入養の実質的要件を充たした以上、被告はその者が15歳となった後に上記訴外1が行った入養に代わる出生申告を黙示的に追認したとみるのが相当であるというべきであり、一旦、追認によって形成された養親子関係は、罷養によらなくてはこれを解消することはできない」と述べ、虚偽の出生申告による入養申告への転換を認めるにあたって問題となる入養の実質的要件のうち、「法定代理人の代諾」については、未成年者が黙示的に追認したもとして、無効行為の追認を認めている⁽⁵⁵⁾。

他方、日本では、虚偽の出生届に「父母」として記載された者が、養子縁組に対する法定代理人の代諾権がないにもかかわらず、虚偽の出生届に「子」として記載されている者を他家の養子にしようとすることに代諾した事案につき、代諾権のない者による養子縁組への代諾を「一種の無権代理行為」と解釈した上で、養子自らが、15歳に達した後に、無効な縁組届について追認をすることができる旨を示した最高裁判決⁽⁵⁶⁾が存在する。

したがって、日韓両国の判例は、縁組届（入養申告）に関する無効行為の追認を認めている点で共通するが、その事案には相違が確認される点は注目すべきであろう。

4. 家庭法院による入養の許可（本条第3項）

本条第3項は、「法定代理人が正当な理由なく同意又は承諾を拒否する場合」や「法定代理人の所在不明等のために同意又は承諾を得ることができな

(52) たとえば、窪田充見『家族法〔第4版〕』（有斐閣、2019年）256頁。

(53) 韓国法においては、判例法上、虚偽の出生申告による入養申告への転換が認められている。詳細については、「Ⅱ 1 (3) 入養の成立（第878条）」を参照。

(54) 대법원 1997.7.11. 선고 96므1151판결。

(55) 同趣旨の判決としては、대법원 1990.3.9. 선고 89므389판결がある。

(56) 最判昭和27年10月3日民集6巻9号753頁。

なお、養子縁組の追認の効果については、民法116条ただし書の適用はないというのが判例の立場である（最判昭和39年9月8日民集18巻7号1423頁参照）。

い場合」には、家庭法院が、法定代理人の同意又は承諾なしに、入養の許可をすることができる」と規定する。

(i) 法定代理人が正当な理由なく同意又は承諾を拒否する場合（本条第3項第1号）

子の福利のためには入養が必要であるが、法定代理人が、子の保護や養育をする意思もなく、正当な理由なく入養に反対し、入養を成立させることができないのであれば、子の福利を著しく侵害することになる⁽⁵⁷⁾。そこで、本条第3項第1号は、客観的には入養が望ましいと判断される状況であるにもかかわらず、法定代理人が同意又は承諾をしない場合には、家庭法院が、法定代理人の同意又は承諾なしに入養を許可することができる旨を規定している。

ただし、法定代理人が「父母」であるときは、民法第870条第2項第1号及び第2号に従い、「父母が3年以上、子に対する扶養義務を履行しなかった場合」や「父母が子を虐待又は遺棄するか又はその他子の福利を著しく害した場合」に該当すれば、家庭法院による入養の許可が可能となる（本条第3項第1号ただし書）。この点に鑑みれば、父母である親権者の同意又は承諾なしに入養がなされることをできる限り制限しようとする趣旨のようにも理解できる⁽⁵⁸⁾。

また、本号の定める正当な理由のない場合の具体例としては、長期間、被後見人の保護及び養育に全く関心を示さなかった後見人が、金品を要求しつつ、同意又は承諾を拒否する場合などが想定されている⁽⁵⁹⁾。

(ii) 法定代理人の所在不明等のため同意又は承諾を得ることができない場合（本条第3項第2号）

本条第3項第2号により、法定代理人の所在不明等のために同意又は承諾を得ることができない場合にも、家庭法院による入養の許可が可能となる。

「法定代理人の同意又は承諾を得ることができない場合」としては、たと

57) 윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 205-206면参照。

58) 김주수·김상용, 앞의 책 31, 362면参照。

59) 김상용 「개정 양자법 해설」 법조 제668호 (법조협회, 2012) 20면; 김주수·김상용, 앞의 책 31, 362면。

えば、所在不明、長期間にわたる意識不明な状態、不治の精神疾患が挙げられる⁽⁶⁰⁾。また、本号の適用によって、長期間にわたり、家庭委託⁽⁶¹⁾養育をしている委託父母が委託児童を入養しようとする場合に、親権者と連絡が取れず、入養をすることができないという問題も解決できるとの指摘が確認される⁽⁶²⁾。

以上のことからすれば、本号は、法定代理人が長期にわたり入養に対する同意又は承諾の意思表示をし得ない状態にあると判断される場合に機能するものと考えられる。

5. 法定代理人の審問 (本条第4項)

本条第4項により、家庭法院は、法定代理人が正当な理由なく同意又は承諾を拒否する場合(本条第3項第1号)には、法定代理人を審問しなければならない。これは、法定代理人が入養の同意又は承諾を拒否することにつき、「正当な理由」を有しているにもかかわらず、家庭法院がこれを看過し、入養を許可することを防ごうという趣旨であるとされている⁽⁶³⁾。

本条に従い、家庭法院が審問する内容は、法定代理人が同意又は承諾を拒否することに対して正当な理由があるかどうか(本条第3項第1号)、そして、法定代理人が親権者である場合には、その者が子に対する養育義務を3年以上履行していないかどうか、及び子を虐待又は遺棄したり、その他子の福利を著しく害したりしたかどうか(民法第870条第2項第1号及び第2号)である。

6. 同意又は承諾の撤回 (本条第5項)

本条第5項により、家庭法院の許可(第867条第1項)があるまでは、法

(60) 김주수·김상용, 앞의 책(31), 362면.

(61) 児童福祉法第3条第6号によれば、児童福祉法上、「家庭委託」とは、保護対象児童の保護のために、性犯罪、家庭暴力、児童虐待、精神疾患等の前歴のない保健福祉命令によって定める基準に適合した家庭に保護対象児童を一定期間委託することをいうとされている。

(62) 윤진수·현소혜, 앞의 책(25), 206면.

(63) 윤진수·현소혜, 앞의 책(25), 206면.

定代理人が自ら行った同意又は承諾を撤回することが可能である⁽⁶⁴⁾。このような規定を設けた趣旨は、法定代理人が性急あるいは軽率な同意又は承諾をすることによって生じる問題を予防するところにあるとされる⁽⁶⁵⁾。そのため、本条第5項によって撤回が可能な期間は、一種の「入養熟慮期間」として捉えることができ、親生父母特に未婚母の自己決定権を尊重するためものと解されている⁽⁶⁶⁾。

(5) 未成年者入養に対する父母の同意

<p>第870条 <1990年1月13日：本条改正；2012年2月10日：本条改正></p> <p>① 養子となる未成年者は、父母の同意を得なければならない。ただし、次の各号のいずれか一つに該当する場合には、この限りではない。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 父母が第869条第1項による同意をするか又は同条第2項による承諾をした場合 2. 父母が親権喪失の宣告を受けた場合 3. 父母の所在を知ることができない等の事由によって同意を得ることができない場合 <p>② 家庭法院は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、父母が同意を拒否したとしても第867条第1項による入養の許可をすることができる。この場合、家庭法院は父母を審問しなければならない。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 父母が3年以上、子に対する扶養義務を履行しなかった場合 2. 父母が子を虐待又は遺棄するか又はその他子の福利を著しく害した場合 <p>③ 第1項による同意は、第867条第1項による入養の許可があるまでは撤回することができる。</p>
<p>民法案審議録（下）：81-82頁 第864条⁽⁶⁷⁾・第865条⁽⁶⁸⁾</p>

(64) なお, 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 725면は, 入養に同意又は承諾をした養子もこれを撤回することができるとしている。この見解に対しては, 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 183면は, 本条の文言からすれば, 養子による同意又は承諾の撤回を可能とすることができるという解釈については疑問であると指摘している。

(65) 윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 207면。

(66) 김주수·김상용, 앞의 책 31, 360면。박동섭·양경승 『친족상속법 [제5판]』 (박영사, 2020) 368-369면も参照。

(67) 民法案審議録(下)81-82頁によれば, 当初, 成年者養子及び未成年者養子を問わず, ① 養子をする場合又は ② 養子となる場合の両方につき, 父母等の同意を

本条は、未成年者の入養に対する父母の同意について規定する。日本民法に対応する規定はない⁽⁶⁹⁾。

本条は、法定代理人の同意又は承諾を規定する前条（民法第869条）と対比してみれば、体系的には酷似していると言えよう。

1. 改正の概要

1960年1月1日施行の民法第870条は、「① 養子となる者は、父母の同意を得なければならず、父母が死亡その他の事由によって同意をすることができない場合において、他の直系尊属があるときは、その同意を得なければならない」、② 民法第867条第3項の規定は、前項の直系尊属の同意に準用する」と規定していた。

その後、1990年1月13日民法改正によって、第2項が「第1項の場合において、直系尊属が数人であるときは、最近尊属⁽⁷⁰⁾を先順位とし、同順位者が数人であるときは、年長者を先順位とする」に改められた。

さらに、2012年2月10日民法改正が、未成年者入養と成年者入養を区別して規定する体系を採用したことを受けて、本条の表題及び内容が「未成年者入養に対する父母の同意」に関するものに変更されるに至った。

得ることが予定されていたことが看取される。しかし、審議の結果、審議要綱第26項第3号（「成年となった者は、既婚、未婚、有子、無子又は男子、女子であるかを問わず、戸主又は父母の同意を要さず、養親となることができるようにするが、配偶者があるときは、配偶者と共同で養子縁組をしなければならない」）に基づき、養子となる場合のみが父母の同意を得なければならない旨が定められた。

なお、1960年1月1日施行の民法第870条は、本文に掲げたように、成年者養子と未成年者養子を区別していない点は現在の韓国民法の規定と異なるため留意を要する。

(68) 未成年者が養子となる場合において、父母又は他の直系尊属がいないときは、後見人の同意を得なければならない旨が規定されていた。

(69) ただし、明治民法第844条は「成年ノ子カ養子ヲ為シ又ハ滿15年以上ノ子カ養子ト為ルニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」とし、明治民法には現行韓国民法に対応する規定があった。また、日本民法第797条第2項が存在することにも留意を要する。

(70) 親等が最も近い尊属を意味する用語である。

2. 父母の同意（本条第1項）

本条第1項は、原則的には未成年者の入養につき、「父母の同意」が必要である旨を規定する。この「父母の同意」は、入養によって、父母が親権を行使することができなくなり、また父母の地位と競合する他の父母の地位を有する者が出現することから、父母の地位に基づく権利として認められるものと理解でき、民法第869条の法定代理人の同意又は承諾とは、その性質が異なると言えよう⁽⁷¹⁾。

一方で、次のような場合には、例外的に、父母の同意が不要とされる。すなわち、① 父母が第869条第1項の同意をするか又は同条第2項の承諾をした場合（本条第1項第1号）、② 父母が親権喪失の宣告を受けた場合（本条第1項第2号）、③ 父母の所在を知ることができない等の事由によって同意を得ることができない場合（本条第1項第3号）である。

①の場合に、父母の同意が不要とされる理由については、親生父母としての入養同意権は原則的に親権者（法定代理人）としての入養同意権に吸収されるためであると説明する見解がある⁽⁷²⁾。これに対して、韓国民法の体系からすれば、親生父母としての同意（本条第1項）と法定代理人としての同意又は代諾（第869条第1項及び第2項）は別の意思表示であるが、法定代理人としての同意権又は代諾権を行使した場合、この者が親生父母としての入養同意権も行使するものであり、その意思を推定することで明示的な入養同意の意思を表示することを免除したものと解釈する方がより体系に適い、かつ簡明な解釈であるという見解もある⁽⁷³⁾。

②については、父母が「親権喪失の宣告を受けた場合」に限定されている。したがって、父母のうち的一方が親権喪失の宣告を受けている場合でも、他方の同意は必要であり、また離婚等によって親権のない父母の同意は必要である。本条第1項第2号が、親権喪失宣告を受けた父母のみに限定をし、そ

(71) 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 186면によれば, 未成年者入養における法定代理人の同意とは異なる概念であり, 本条の同意を, 民法第869条第1項の定める同意(「承諾同意」)と区別し, 「入養同意」と呼ぶこともあるとされる。

なお, 韓国民法では, 成年者入養の場合においても, 父母の同意が必要である。この点については, 民法第871条を参照。

(72) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 721면。

(73) 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 188-189면。

の同意を不要としているのは、制裁的な性質をもたせるためであると思われる⁽⁷⁴⁾。

③の場合にも、父母の同意が不要とされる。本条第1項第3号は、民法第869条第3項第2号と同趣旨と理解されている⁽⁷⁵⁾。

3. 家庭法院による入養許可 (本条第2項第1号及び第2号)

本条第1項が「父母の同意」を必要としている点に鑑みれば、韓国民法は、父母が知らぬ間に入養がなされることを避けようとしていることがうかがえる。

ただし、本条第2項は、父母が入養の同意を拒否した場合でも、家庭法院が入養の許可をすることができる旨を定める。すなわち、家庭法院は、「父母が3年以上、子に対する扶養義務を履行しなかった場合」(本条第2項第1号)⁽⁷⁶⁾や「父母が子を虐待又は遺棄するか又はその他子の福利を著しく害した場合」(本条第2項第2号)にのみ、父母の同意なしに入養の許可をすることができる。このことからすれば、本条第2項は、父母としての任務懈怠及び権利濫用に基づいて制限をかけているものといえよう。

なお、家庭法院が父母の同意なしに入養の許可をする場合には、本条第2項に従い、家庭法院は、父母を審問しなければならない。

4. 同意の撤回 (本条第3項)

父母の同意は、家庭法院による入養許可があるまでの間、撤回することが可能である(本条第3項)⁽⁷⁷⁾。本条第3項が定める「父母の同意」は、基本的に、民法第869条第5項が定める「法定代理人の入養に対する同意又は

(74) これに対し、김주수·김상용, 앞의 책(31), 364면は、父母に入養同意権を認める理由は、本質的に子を不適切な入養から保護しようというところにあるから、父母の入養同意権は実質的には親権の一部とみることができるとしている。

(75) 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 189면。なお、想定される事案等については、前述の「II 1 (4)入養の意思表示 4. (ii) (民法第869条)」を参照。

(76) 김주수·김상용, 앞의 책(31), 364-365면によれば、扶養能力のある父母が意図的に扶養義務を履行しない場合は本条第2項第1号に該当するが、扶養意思はあるが、扶養能力のない父母はこれに該当しないと理解されている。

(77) このような同意の撤回に関する規定を定めている意義については、「II 1 (4)入養の意思表示 (第869条)」も参照。

承諾の撤回」と同趣旨のものと言えよう⁽⁷⁸⁾。

5. 本条第1項に違反した入養の効果

本条第1項に違反し、父母の同意のない入養申請が受理されたときは、民法第884条第1項第1号によって、その入養は取消しの対象となる⁽⁷⁹⁾。

(6) 成年者の入養に対する父母の同意

第871条 <1990年1月13日：本条改正⁽⁸⁰⁾，2011年3月7日：本条改正⁽⁸¹⁾，2012年2月10日：本条改正>

① 養子となる者が成年である場合には、父母の同意を得なければならない。ただし、父母の所在を知ることができない等の事由によって同意を得ることができない場合には、この限りではない。

② 家庭法院は、父母が正当な理由なく同意を拒否する場合には、養父母となる者又は養子となる者の請求により、父母の同意に代わる審判をすることができる。この場合、家庭法院は、父母を審問しなければならない。

(78) 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 192면によれば, 実務上は次のような問題があることが指摘されている。すなわち, 養子となる者に親生父母と養父母がともに存在する場合において, 養子の親生父母は, 入養許可審判の告知を受け取ることが可能であるが, 養父母は法定代理人でない限り, 入養許可審判の告知を受け取ることができないから(家事訴訟規則第25条, 同第62条の8第1項, 同第62条の4第1項), 法定代理人ではない養父母は自身の入養同意をいつまで撤回することができるか明らかではないという問題がある。

上記の指摘は, 既に1度入養された子に対して, 2度目の入養がなされる場合において, 養親のうち的一方が離婚によって法定代理人ではなくなっている場合には, 入養許可審判の告知を受け取ることができないという事案を想定しているものと思われる。

(79) なお, 取消権者については, 「II 2 (2) 入養取消しの請求権者—同意又は承諾を要する入養に違反した場合(民法第886条)」を参照。

(80) 1960年1月1日施行の民法第871条は, 「養子となる者が成年に達していなかった場合に, 父母又は他の直系尊属がないときは, 後見人の同意を得なければならない。」という規定を置いていた。その後, 1990年1月13日民法改正は, この規定に「ただし, 後見人が同意をすることについては, 家庭法院の許可を得なければならない」という文言を追加した。

(81) 2011年3月7日民法改正は, 前掲注(80)で示した規定を, 「養子となる者が未成年

民法案審議録 (下) : 81 - 82頁 第864条⁽⁸²⁾

参照外国立法例 : BGB 第1747条 ; Code civil 第348条 ; 日本民法第798条 ; 明治民法第844条

本条は、成年に達している者が養子となる場合につき、父母の同意を得なければならない旨を規定する⁽⁸³⁾。日本民法に対応する規定はない。

本条第1項によれば、成年に達している者であっても、入養により養子となる場合には、父母の同意を要する。韓国の法感情 (又は法秩序) に照らしてみると、子が、父母の意見を聞かずに、養子になることは望ましくないという考えに由来するとされている⁽⁸⁴⁾。ただし、所在不明等の事由により、父母の同意を得ることができない場合には、同意は不要である (本条第1項ただし書)。なお、本条第1項ただし書が定める「父母の所在を知ることができない等の事由によって同意を得ることができない場合」という文言は、民法第870条第1項第3号及び同法第869条第3項第2号と同趣旨のものとして解されている⁽⁸⁵⁾。また、本条第1項に違反した入養申告書が誤って受理された場合には、民法第884条第1項に従い、取消しの対象となる。

本条第2項前段は、養父母となる者又は養子となる者の請求により、正当な理由なく同意を拒否する父母に代わって、家庭法院が同意に代わる審判を

年者である場合に、父母又は他の直系尊属がないときは、未成年後見人の同意を得なければならない。ただし、未成年後見人が同意をする場合には、家庭法院の許可を得なければならない。」に改めた。これは、成年後見制度導入に伴う改正である。

(82) 民法制定時の議論に関しては、前掲注 (67) を参照。

なお、1960年1月1日施行の民法は、成年養子と未成年養子を区別せずに規定していた点で、現在の韓国民法の体系とは異なることに留意を要する。

(83) 2012年2月12日民法改正前の第871条では、「未成年者入養の同意」に関する規定が置かれていた。未成年者入養の同意に関する詳細については、前条の説明を参照。

(84) 김주수·김상용, 앞의 책 (31), 365면.

また, 윤진수·현소혜, 앞의 책 (25), 210면によれば, 民法改正過程において, 成年者が養子となる場合に, 父母の同意を要するかが議論されたが, これまで成年者に対して父母の同意を要件とすることについて, 特に異議が唱えられなかったこと等を考慮し, 父母の同意は必要なものとしたと説明されている。

(85) 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 (25), 194면.

なし得る旨を定める⁽⁸⁶⁾。具体的には、養子となる子が未成年であった時に、養育義務を果たさなかった父母が、成年となった子の入養に反対する場合は想定されている⁽⁸⁷⁾。

また、本条第2項後段は、家庭法院に意見聴取の義務を課している。父母が同意を拒否する理由や動機等を把握するための規定である⁽⁸⁸⁾。

(7) 後見人と被後見人との間の入養

第872条 削除 <2012年2月10日>
民法案審議録(下): 82-83頁 参照外国立法例: BGB 第1752条第1項, 日本民法第794条, 明治民法第840条第1項

2012年2月10日民法改正によって削除された第872条は、後見人と被後見人との間における入養について規定していた。同条は、日本民法第794条前段に対応する規定であった。

もともと、1960年1月1日施行の民法第872条では、「後見人が被後見人を養子とする場合には、親族会の同意を得なければならない」と規定されていた。その後、1990年1月13日民法改正により、上記規定のうち「親族会の同意」の部分が、「家庭法院の許可」に改められた。さらに、2012年2月10日民法改正により、本条は削除されるに至った。本条が不要となったのは、次条第2項による民法第867条の準用によって、成年後見人が入養をする場合又は成年後見人が養子となる場合における家庭法院の許可が、新たに規定されたことに起因するものと思われる。

⁽⁸⁶⁾ 韓国家事訴訟法第2条第1項第2号ガ(가). 라(라)事件9)も参照。

⁽⁸⁷⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(3), 366면。同頁の注(33)によれば、より詳細には、次のようなことが想定されている。

① 父母が幼い子を置き去りにし、委託父母がその子を事実上養育してきたにもかかわらず、その後に委託父母が成年に達した子を入養しようとした際に、父母が現れ、この入養に反対する場合や、② 離婚後、子を直接養育していなかった父又は母が、養育費を支払わず、面接交渉もしていなかったが、その子を養育してきた継父(又は継母)が成年に達した子を入養しようとした際に、これに反対する場合は挙げられている。

⁽⁸⁸⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(3), 366면。

(8) 成年被後見人の入養

第873条 <2011年3月7日：本条改正，2012年2月10日：本条改正>

①成年被後見人は，成年後見人の同意を得て，入養をすることができ，養子となることができる。

②成年被後見人が入養をするか又は養子となる場合には，第867条を準用する。

③家庭法院は，成年後見人が正当な理由なく第1項による同意を拒否し，又は成年被後見人の父母が正当な理由なく第871条第1項による同意を拒否する場合には，その同意がなくても入養を許可することができる。この場合，家庭法院は成年後見人又は父母を審問しなければならない。

民法案審議録（下）：83頁 第867条

参照外国立法例：日本民法第799条（明治民法第847条）

本条は，成年後見が宣告された場合における入養について規定する。日本民法第799条に対応する。ただし，日本民法第799条によって準用される同法第738条と異なり，本条第1項により，韓国法は，成年被後見人が入養をする場合又は養子となる場合に，成年後見人の同意を求めていることについては，留意を要する。

1. 改正の概要

1960年1月1日施行の民法は，「禁治産者は，後見人の同意を得て，養子をすることができ，養子となることができる。」と規定されていたが，成年後見制度導入に伴う2011年3月7日民法改正によって，「成年被後見人は，成年後見人の同意を得て，入養をすることができ，養子となることができる」に改められた。その後，さらに2012年2月10日民法改正により，本条第2項及び第3項が追加された⁽⁸⁹⁾。

(89) 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 (27), 742면によれば, 2012年2月10日民法改正は, 成年被後見人が入養をする場合又は養子となる場合における成年後見人の同意と家庭法院の許可を得るようにした一方で, 同意免除手続きに関する規定を新設し, 成年被後見人の自己決定権の尊重及び成年後見人の権限濫用からの保護に万全を期したものであると説明されている。

2. 成年被後見人が養子となる場合又は成年被後見人が入養する場合

本条第1項は、成年被後見人が入養をするとき又は養子となるときは、成年後見人の同意を要する旨を規定する⁽⁹⁰⁾。これは、軽率な判断によって、入養をすること又は養子となることから、成年被後見人を保護するための規定である^(91,92)。

本条第1項に違反し、入養申告が受理された場合については、民法第884条第1項第1号によって、取消しの対象となる。

3. 家庭法院の許可

本条第2項は、第867条を準用により、第1項の同意に加え、家庭法院の許可を要する旨を規定する。これは、成年被後見人及び父母の同意のみをもっては、成年被後見人の保護に欠ける場合があるためと解されている⁽⁹³⁾。

本条第2項による家庭法院の許可は、ラ(라)類家事非訟事件に該当する⁽⁹⁴⁾。また、本条による入養許可の審判の請求人は、成年被後見人が養親となる場合と成年被後見人が養子となる場合で異なる。前者の場合には、成年被後見人が請求人となるが、この者には訴訟能力がないため、成年後見人が法定代理人として訴訟行為を行うべきであると解されている⁽⁹⁵⁾。後者の場合には、成年被後見人を養子にしようとする養父母が請求人となる⁽⁹⁶⁾。

(90) なお、成年者が養子となる場合については、韓国民法第871条により父母の同意を得る必要がある。

(91) 김주수·김상용, 앞의 책(35), 266면参照。

(92) なお、限定被後見人、特定被後見人、任意被後見人の場合には、限定後見人、特定後見人、任意後見人の同意なく入養当事者となることが可能と理解されている(윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 743면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 199면参照)。

(93) 김주수·김상용, 앞의 책(35), 266면は、たとえば、成年後見人が成年被後見人を自己の子として入養した後、相続を受けようとする場合があり得ると指摘している。

(94) 韓国家事訴訟法第2条第1項第2号가(가). 라(라)事件8)の2参照。

(95) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 745면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 201면。

(96) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 745면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 201면。

また、民法第867条が準用されるため、家庭法院は、様々な事情を考慮してこの許可審判を判断する⁽⁹⁷⁾。

4. 家庭法院による入養の許可と審問

本条第3項前段は、成年後見人が、正当な事由がないにもかかわらず、入養をすること又は養子となることに同意をしないとき、又は成年被後見人の父母が、正当な事由がないにもかかわらず、入養をすることに同意をしないときは、家庭法院が、これらの者の同意なしに、入養を許可することができる旨を定める。ただし、この同意に代わる許可を判断するにあたって、家庭法院は、まず、成年後見人又は父母を審問しなければならない（本条第3項後段）。

(9) 夫婦の共同入養等

第874条 <1990年1月13日：本条改正，2012年2月10日：本条改正>

① 配偶者のある者は、配偶者と共同で入養しなければならない。

② 配偶者のある者は、その配偶者の同意を得てはじめて、養子となることができる。

民法案審議録（下）：83-84頁 第868条

参照外国立法例：BGB 第1749条，第1746条；Code civil 第346条，第347条，
中華民法第1074条，第1076条；日本民法第795条（明治民法第841条），
日本民法第796条（明治民法第842条）

本条は、夫婦が共同で入養をすること、また、夫婦のうち一方が養子となる場合には、他方配偶者の同意を要することを規定する。日本民法第795条及び第796条に対応する。ただし、以下の点につき、日韓両国の条文に相違がみられることには、留意を要する。日本民法第795条が、養子となる者が未成年者である場合に限定して、夫婦共同縁組を規定しているのに対し、本条第1項はそのような制限を設けていない。また、日本民法第795条後段では、夫婦共同縁組に対する2つの例外規定が定められているのに対して、本条は、そのような例外規定を定めていない⁽⁹⁸⁾。

⁽⁹⁷⁾ 前述の民法第867条の説明を参照。

⁽⁹⁸⁾ 日本法の例外規定に対応する韓国の議論については、以下の2. 及び4. の説明を参照。

なお、本条に違反する入養申告は、民法第884条第1項第1号により、取消しの対象となる。

1. 改正の概要

1960年1月1日施行の民法第874条は、「①妻のある者は、共同でしなければ、養子をすることができず、養子となることができない」、「②妻の不在その他の事由によって共同ですることができないときは、夫が夫婦双方の名義で養子をすることができ、養子となることができる」と規定していた。その後、この規定は、1990年1月13日民法改正によって、「①配偶者のある者が、養子をするときには、配偶者と共同でしなければならない」、「②配偶者のある者が、養子となるときは、他方の同意を得なければならない」に改められた⁽⁹⁹⁾。さらに、2012年2月10日民法改正に伴い、多少文言が変更され、現行法のように規定されるに至った。

2. 夫婦共同入養（本条第1項）

本条第1項は、夫婦共同入養を規定している。同項のいう「共同で」の意味については、大法院1998年5月26日判決⁽¹⁰⁰⁾が、「入養が個人間の法律行為であることに照らしてみれば、夫婦の共同入養であるとしても、夫婦の各自について、個別の入養行為が存在し、夫婦の各自と養子との間に、それぞれ養親子関係が成立するというべきであるから、夫婦の共同入養においても、夫婦の各自が養子との間に、民法が規定する入養の一般的要件を充たすほか、さらに進んで、上記のような夫婦共同入養の要件を充たさなければならないものと解釈するのが相当である」と述べ、養父子間あるいは養母子間に、それぞれ個別に入養が成立する、いわゆる個別説を採用している。

また、養子が前婚の婚姻中の出生子である場合には、本条第1項の適用はなく、親生子関係のない配偶者が単独で入養することができると解するのが、

⁽⁹⁹⁾ なお、1990年1月13日民法改正以前にも、1964年12月31日及び1970年6月18日民法改正によって、ハングルの表現が一部変更されている。

⁽¹⁰⁰⁾ 대법원 1998. 5. 26. 선고 97므25판결.

他方、日本でも、最判昭和48年4月12日民集27巻3号500頁が個別説を採用している。

通説の立場である⁽¹⁰¹⁾。これに対し、婚姻外の出生子を養子とするときは、本条第1項が適用され、夫婦共同入養がなされなければならないというのが、多数説である⁽¹⁰²⁾。

3. 婚姻中の者が養子となる場合 (本条第2項)

本条第2項は、婚姻をしている者が養子となる場合には、他方配偶者の同意を得る必要がある旨を規定する。

4. 配偶者の不在等

配偶者の不在等を理由に、夫婦共同入養ができない場合又は配偶者のある者が養子となるために必要な他方配偶者の同意を得ることができない場合に、単独で、入養をすることができるか、又は養子となることができるかについては、学説上、意見の対立があることがうかがえる⁽¹⁰³⁾。

これに関連し、1960年1月1日施行の民法第874条の解釈が争われた事件ではあるが、大法院1998年5月26日判決⁽¹⁰⁴⁾は、夫婦共同入養につき、個別説を採用したうえで、「妻のある者が入養をすることにつき、一人のみの意思によって夫婦双方の名義の入養申告をし、受理された場合、妻の不在その他の事由によって、共同であることができないときに該当する場合を除き、妻と養子となる者との間には、入養の一般要件のうちの一つである当事者間

⁽¹⁰¹⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 752면.

実務上も、同様に、解されている (家族登録例規第130号第6条参照)。

⁽¹⁰²⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 753면.

⁽¹⁰³⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 212면.

肯定的な見解としては、김주수·김상용, 앞의 책 31, 368면; 박동섭·양경승, 앞의 책 66, 362면がある。これに対して、박명호『가족법』(한국방송대학교출판부, 1991) 181면は、1960年1月1日施行の民法第874条第2項のような趣旨の規定がないことを理由として、夫婦の一方が行方不明であったり、その他表意不能であったりする場合には、他方は単独で夫婦共同入養をしたり、養子となることはできないと主張する。

⁽¹⁰⁴⁾ 前掲注⁽¹⁰⁰⁾의 대법원 1998. 5. 26. 선고 97므25판결.

なお、当該事案は、死亡していた夫が、生前に、姓名不詳の者たちの子を、夫と妻との間の親生子として虚偽の出生申告をした事案であった。韓国において、実務上、虚偽の出生申告が入養申告として認められていることについては、後述の「I 1(13) 入養の成立」(第878条)を参照。

の入養合意がないことから、入養が無効となり（民法第883条第1号）、一方で、妻のある者と養子となる者との間には、入養の一般要件をすべて充たしたとしても、夫婦共同入養の要件を充たすことができないから、妻がその入養の取消しを請求することができるが、その取消しがなされない限り、それらの者の間に入養は有効に存続するものである」と判示し、配偶者の不在等を理由として夫婦共同入養ができない場合においても、その入養の効力は取り消されない間は有効に維持されることを示した。ただし、上記の判旨が現在もなお維持されるかについては、これを疑問視する意見もある⁽¹⁰⁵⁾。

(10) 直系長男子の入養の禁止

第875条 削除 <1990年1月13日>
民法案審議録（下）：84頁 第869条 ⁽¹⁰⁶⁾ 参照外国立法例：参照なし

1990年1月13日民法改正により、削除された第875条は、「戸主の直系卑属長男子⁽¹⁰⁷⁾は、本家の系統を継承する場合のほかは、養子となることができない」と規定していた⁽¹⁰⁸⁾。

1990年1月13日民法改正により、従来の戸主相続制度が戸主承継制度に移

⁽¹⁰⁵⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 (25), 213면は、同判決は本条が現行法のように改正される前に、妻の不在その他の事由によって、共同ですることができないときは、一方が単独でできると明示的に定めていた1960年1月1日施行の民法第874条が適用された事案であるから、本条が現行法のように改正された現在でも、その判旨が維持されるかは明らかではないと指摘している。

⁽¹⁰⁶⁾ 民法案審議録(下)84頁によれば、当初、第869条は、「戸主又は父母の系統を継承する者は、本家又は宗家の系統を承継する場合のほかは、養子となることができない。」と定められていたが、審議の過程で、「戸主の直系卑属長男子は、本家の系統を継承する場合のほかは、養子となることができない」に変更された。

⁽¹⁰⁷⁾ 長男を意味する韓国語である。過去に日本で用いられていた「長子」の概念に対応する。

⁽¹⁰⁸⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 (35), 271-272면によれば、本条は、将来、戸主を相続すべき地位にある戸主の直系卑属長男子が、本家の系統を継承するために入養される場合を除き、他家への入養を一切禁じ、戸主制度を維持するための規定であると評価されている。

行し、男子中心主義が緩和されたため、本条は削除された⁽¹⁰⁹⁾。

(11) 婿養子

第876条 削除 <1990年1月13日>
民法案審議録(下): 84-85頁 「※婿養子制度を認める問題」 ⁽¹¹⁰⁾ 参照外国立法例: 明治民法第839条

1990年1月13日民法改正で削除された第876条は、「①女婿とするために養子をすることができる。この場合には、女婿である養子は、養親の家に入籍する」、「②前項の場合において、養親子関係の発生・消滅は、婚姻関係の発生・消滅に従う。ただし、入養の無効、取消又は罷養は、婚姻関係に影響に及ぼさない」と規定していた⁽¹¹¹⁾。

この規定の削除については、韓国の家族制度に照らしてみれば、婿が娘の家の養子となることが適切ではないと考えられていたことに関係するものと思われる⁽¹¹²⁾。

(12) 入養の禁止

第877条 <1990年1月13日: 本条改正, 2012年2月10日: 本条改正> 尊属又は年長者を入養することはできない。
民法案審議録(下): 85頁 第871条 ⁽¹¹³⁾ 参照外国立法例: 日本民法第793条(明治民法838条)

⁽¹⁰⁹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(85), 272면参照。

⁽¹¹⁰⁾ 民法案審議録(下)84-85頁によれば、審議要項第26項第7号(「婿養子制度を認めるが、異姓者の場合には、戸主相続をできないようにすること」)に基づき、婿養子の規定とこれに関連する規定を設けなければならないとされ、最終的に、本文で掲げた条文が規定されるに至ったことが看取される。

⁽¹¹¹⁾ 民法案審議録(下)16頁によれば、韓国においては、同姓不娶及び異姓不養を原則としていたことから、婿養子の慣習がなかったが、朝鮮民事令第11条の2に従い、婿養子制度が導入されるとされる。本条は、これを明文化していたものと思われる。なお、前掲注(7)も参照。

⁽¹¹²⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(85), 272면参照。

⁽¹¹³⁾ 民法案審議録(下)85頁によれば、韓国民法制定時に、次のような議論があった

本条は、尊属又は年長者養子の禁止を規定する。日本民法第793条に対応する。ただし、韓国民法は本条に違反した入養を無効原因（韓国民法第883条第2号参照）としている点で、日本民法との相違が確認される（日本民法第805条参照）ことには留意を要する。

1. 尊属又は年長者養子の禁止

1960年1月1日施行の民法第877条においては、「① 尊属又は年長者は、これを養子とすることができない」、「② 養子であつて、養父と同姓同本でない者は、養家の戸主相続をすることができない」と規定されていた。その後、1990年1月13日民法改正によって、第2項が削除され、また、2012年2月10日民法改正⁽¹¹⁴⁾により現行法のように表現が改められた。

本条により、養親となる者の尊属又は年長者を入養することは禁じられているが、これらの者に該当しなければ、養子とすることが可能である。養親となる者と養子となる者が同い年の者でも問題はないとされている⁽¹¹⁵⁾。

ただし、本条には違反しないが、本条と関連し、養子となる者の資格として問題となる事案については、次の「2. 養子となる者の資格」で検討する。

ことが看取される。

当初、「同姓同本の傍系卑属である子の行列に該当する年少者でなければ、養子とすることができない」（第871条）と規定し、養子に関する旧慣習をそのまま規定していたが、審議要綱第26項第1号及び第4号に従い、本文で掲げる1960年1月1日施行の民法第877条の規定に改められた。

なお、審議要綱第26項第1号及び第4号には、「異姓者も養子とすることができるが、異姓養子は戸主を相続することができないようにすべきこと」、「養子は養親の尊属親ではなく、養親よりも年少者でなければならないが、同姓者である場合には、養親と昭穆が合うことを要しないとすべきこと（したがって、いわゆる次養子も普通養子であることに相違なし）」と記載されていたことも看取される（民法案審議録（下）14頁参照）。

(114) 윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 213면によれば, 民法第877条は, 2012年2月10日民法改正の前後で, 内容面における変更はなく, 表現のみが変わったとされる。

(115) 박동섭·양경승, 앞의 책 66, 363면によれば, これが多数説とされる。これに対し, 一定の年齢差を設けるべきという立法論的批判もあることが確認される(윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 761면参照)。

2. 養子となる者の資格

本条の反対解釈によれば、養子となる者が養親よりも年少者であれば、入養することが可能である。ただし、韓国においては、以下の点に関する議論がある。

(i) 既に他人の養子となっている者の入養

既に他人の養子となっている者が、さらに他者の養子となることができるかについては、これを否定する見解が存在する。この見解は、一般養子の場合、入養によって従前の親族関係が解消されないことから生じる親族関係の複雑化を回避するために、一般養子として入養した者をさらに入養しようとするときは、罷養を通じて従前の養親子関係を解消した後に、入養するのが妥当であるとする⁽¹¹⁶⁾。

ただし、この見解も、① 家族関係登録例規130号第2条が、「1995年3月22日以前の従前の『大法院戸籍例規』に従い、離婚した生母が婚姻中に出生した子を単独で入養した場合、その入養解消がなされなかった場合でも、生母と再婚した夫がその養子を入養することができる」と定めていること、② 民法附則第7427号(2005.3.31)第5条が「従前の規定によって入養された者を親養子としようとする者は、第908条の2第1項第1号から第4号までの要件を充たした場合には、家庭法院に親養子入養を請求することができる」と定めていることを理由として、これらの場合には、既存の養親子関係が解消されていないかつ、第2の養親子関係の成立を認めるべきであるとしている⁽¹¹⁷⁾。これらの場合につき、例外的に、第2の養親子関係の成立を認める理由は、親族関係が複雑化するわけではないということに起因するものと思われる。

なお、現在の日本では、転縁組(既に他者の養子となっている者を、さらに別の者の養子とすること)を否定する見解は、管見の限り、見当たらない⁽¹¹⁸⁾。

⁽¹¹⁶⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 370면參照。

⁽¹¹⁷⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 370면參照。

⁽¹¹⁸⁾ 「転縁組」を肯定するものとしては、たとえば、窪田・前掲注(52)・251頁、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続〔補訂版〕』(東京大学出版会, 2004年) 268頁がある。同趣旨のものとして、中川善之助・山島正男編〔阿部徹〕『新版 注釈民法(24) 親族(4)』(有斐閣, 1994年) 383頁がある。

(ii) 祖父母が孫を養子とする場合

祖父母が孫を養子として入養することが可能かについては、近時、注視すべき大法院決定が下された⁽¹¹⁹⁾。当該事件の事実概要は、次のとおりである。親生母と親生父との間で出生した子が、生後7ヶ月頃に、親生母によって外祖父母の家に置き去りにされた。なお、親生父母はまもなく離婚に至っている。その後、当該子は、親生父母と交流することはなく、外祖父母によって養育されてきた。当該子は外祖父母を親生父母と考え成長したのみならず、周囲の人々も外祖父母と当該子が親子関係にあると認識し、また親生父母も外祖父母と当該子の入養に同意していた。

大法院2021年12月23日全員合議体決定⁽¹²⁰⁾の多数意見は、上記事実関係に即して祖父母が孫（未成年者）を普通養子とする入養許可を求めたことにつき、「未成年者に親生父母がいるが、それらの者が子を養育せず、祖父母が孫の入養許可を請求する場合、入養の要件を充たし、入養が子の福利に適合すれば入養を許可することができる」と述べたうえで、当該入養が子の福利に適合するか否か判断する際に、法院が判断すべき考慮要素を次のように示した。

同意見は、「法院は、祖父母が単純な養育を超え、養親子として身分的な生活関係を形成しようという実質的な意思を有しているか、入養の主たる目的が父母として子を安定的・永続的に養育・保護するためであるか、親生父母の再婚や国籍取得、その他別の恩恵等を目的としたものでないかを検討し

ただし、中川善之助・山島正男編〔山島正男〕『新版 注釈民法(24) 親族(4)』（有斐閣、1994年）100頁によれば、日本民法施行以前においては、転縁組が禁止されていたことも看取される。

(119) この決定以前の学説においては、박동섭・양경승, 앞의 책(66), 363면が、韓国民法第103条（反社会秩序の法律行為）を根拠にこれを無効とする旨の見解を示していた。

また、同決定の第1審法院（울산지방법원 2017.10.23. 자 2016ㄴ단1226 심판）と第1審法院の判断をそのまま引用する形で判断を下した第2審法院（울산지방법원 2017.12.18. 자 2017ㄴ10 결정）でも、祖父母と孫との間の入養許可請求を棄却する理由の一つとして、親生父母が生存している状況で祖父母と孫との間の入養を認めれば、「家族内部の秩序と家族関係に重大な混乱を招来することは明らかである点」を挙げていた。

(120) 대법원 2021.12.23. 자 2018스5 전원합의체 결정。

なければならない。また、親生父母の入養同意が子の養育と入養に関して十分な情報の提供を受けた状態で自発的かつ確定的になされているかを確認し、必要な場合には、家事調査、相談等を通じて、関連情報を提供する必要がある。そのほか、祖父母が養育能力や養父母としての適合性のような一般的要件を有していることの他にも、子と祖父母の年齢、現在までの養育状況、入養に至った経緯、親生父母の生存の有無や交流関係等に照らし、祖父母と子との間に養親子関係が自然に形成されることを期待することができるかを検討し、祖父母の入養が子にとって、助けとなる事項及びおそれとなる事項を比較衡量し、個別具体的な事案において、入養が子の福利に適合するかを判断しなければならない。審理過程においては、養育される子が13歳未満である場合でも、自らの意見を形成する能力があれば、子の年齢と状況に照らして、適切な方法で子の意見を聴取することが望ましい」と述べた¹²¹⁾。

以上のことからすれば、同決定の多数意見は、少なくとも普通入養については、子の福利に適合すれば、祖父母と孫との間に、養親子関係が成立する可能性を示したと言えよう。

121) これに対し、大法官趙載淵、大法官閔裕淑、大法官李東遠の反対意見は、「第2寸の直系血族である祖父母が未成年の孫を入養することは、法定親子関係の基本的な意味に自然に適さないことに加え、さらに祖父母が入養事実を隠し、親生父母であるかのように養育するために行う秘密入養は、将来、子のアイデンティティ(정체성 [筆者注：原文では「正体性」という用語を使用しているが、アイデンティティで訳出した。])の混乱を招くおそれが高い。国際規範及び国内法令は、原家庭養育の原則を明らかにしており、このための後見制度や各種社会保障制度が整備されているが、親生父母に最も近い直系血族であり、親生父母による原家庭養育を支持し援助すべき祖父母が、むしろ社会的・経済的な地位が劣悪な親生父母の養育能力が不足しているという理由で、父母の地位に代わることは望ましくない。未成年の孫の親生父母が生存しているにもかかわらず、祖父母が孫の入養許可を請求する場合、入養許可は厳格になされなければならない。祖父母に実質的な入養意思があるという事情は、入養許可の一つの要件に過ぎず、前述の様々なおそれを克服し難い点を考慮すれば、祖父母の入養は、上記のおそれがすべて解消され得ることが明らかになった場合に許可することができる。家庭法院は、職権探知主義に従い、後見的立場で諸般の事情を審理した上で、子の福利のために入養許可の可否を決定する広い裁量権を有する」とし、多数意見の結論に反対する見解を示した。

他方、日本では、最判平成29年1月31日民集71卷1号48頁が、「養子縁組は、嫡出親子関係を創設するものであり、養子は養親の相続人となるどころ、縁組をすることによる相続税の節税効果は、相続人の数が増加することに伴い、遺産に係る基礎控除額を相続人の数に応じて算出するものとするなどの相続税法の規定によって発生し得るものである。相続税の節税のために養子縁組をすることは、このような節税効果を発生させることを動機として養子縁組をするものにはかならず、相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得るものである。したがって、専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合であっても、直ちに当該養子縁組について民法802条1号にいう『当事者間に縁組をする意思がないとき』に当たるとすることはできない」と述べて、祖父と孫との間における養子縁組を容認している。このことからすれば、普通養子の場合につき、孫を養子とすることが実務的にも認められていると言えよう⁽¹²²⁾。

(13) 入養の成立

<p>第878条 <2007年5月17日：本条改正，2012年2月10日：本条改正> 入養は、「家族関係の登録等に関する法律」に定めるところに従い、申告することによってその効力を生ずる。</p>
--

<p>民法案審議録（下）：85-86頁 第872条 参照外国立法例：中華国民民法第1079条⁽¹²³⁾；日本民法第799条（明治民法第847条）</p>
--

本条は、入養の成立要件について定める。日本民法第799条（準用される第739条）に対応する。

1. 改正の概要

1960年1月1日施行の民法第878条は、「①入養は、戸籍法に定めるところにより、申告することによって、その効力を生じる」、②前項の申告は、

⁽¹²²⁾ なお、明治民法の起草委員であった梅謙次郎博士も、普通養子の場合につき、孫を養子とすることが可能である旨を述べている（梅謙次郎『民法要義卷之四親族篇（復刻版）』（有斐閣，1984年）278頁参照）。

⁽¹²³⁾ 民法案審議録(下)86頁では、中華国民民法第179条になっているが、第1079条の誤記と思われる。

当事者双方及び成年者である証人二人の連署した書面でなければならぬ」と定めていた。

その後、戸籍制度が家族関係登録制度へ変更されたことを受けて、2007年5月17日民法改正により、上記第1項の規定のうち、「戸籍法」が「家族関係の登録等に関する法律」に改められた。

さらに、2012年2月10日民法改正により、第2項が削除された。これは、主として、同改正により、未成年者入養の場合には法院の許可を得なければならないことから、あえて証人は必要ないと判断されたことに起因するものと思われる⁽¹²⁴⁾。

2. 入養申告と入養の成立

本条により、入養は申告によってその効力を生じる。この申告は、創設的申告と理解されている⁽¹²⁵⁾。

入養申告の申告義務者は、入養をしようとする当事者でなければならない⁽¹²⁶⁾。家族関係登録法第31条第3項ただし書により、入養申告については、代理人による申告は許容されない。また、代諾入養の場合には、入養に代諾した法定代理人が申告をしなければならない(家族関係登録法第62条第1項)。養子が13歳以上の未成年者又は成年被後見人である場合には、親権者、未成年後見人又は成年後見人が申告義務者となる(家族関係登録法第26条第1項)⁽¹²⁷⁾。

入養申告の方法については、家族関係登録法第23条第1項により、書面又口頭ですることができる⁽¹²⁸⁾。

(124) 김주수·김상용, 앞의 책(3), 371면. 同頁は、さらに、成年者入養の場合も、証人の証明は実質的な意味を有していないと指摘している。

また, 윤진수 『친족상속법 강의 [제3판]』(박영사, 2020) 212면は、第2項が手続に関する事項であると考えて、改正法はこれを削除したとしている。

(125) 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(2), 764-765면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(2), 220면.

(126) 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(2), 765면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(2), 221면.

(127) ただし、この場合については、未成年者又は成年被後見人本人が申告をすることも可能である(家族関係登録法第26条第1項ただし書参照)。

(128) なお、近年の改正に伴い、韓国では電子文書による申告が一部可能になってい

入養申告の申告場所は、申告事件本人の登録基準地又は申告人の住所地若しくは現在地でなければならないが、在外国民に関する申告は、在外国民の家族関係登録事務所でもすることができる（家族関係登録法第20条第1項参照）。

入養申告の様式は、大法院規則で定められる（家族関係登録法第24条参照）。そして、その具体的記載事項は、家族関係登録法第25条がこれを規定する。

3. 虚偽の出生申告と入養の成立 — 日本における「藁の上からの養子」と関連して

韓国においても、入養申告をする代わりに自らの親生子として出生申告が行われていたのが実情である。この虚偽の出生申告による入養の成立を認めるかについて、判例は次のように変遷している。

1960年1月1日の民法施行より前に、大法院1947年11月25日判決⁽¹²⁹⁾は、「未だ出生届をしていない幼児を養子とする養子縁組につき、他の要件がすべて充たされていた場合に、当事者間の合意によって養子縁組届出に対して養父となる当事者が養子となる者をその妻との間に出生した嫡出子として出生届をしたときは、これによって養子縁組の効力が発生すると解釈するのが相当である」とし、虚偽の出生申告による入養の成立を認めていたが、民法施行後の大法院は、入養は入養申告によって効力が発生する要式行為であることを理由として、これを否定するに至った⁽¹³⁰⁾。

しかし、大法院1977年7月26日全員合議体判決⁽¹³¹⁾の多数意見は、「もともと身分行為の申告という形式を要求する実質的理由は、当事者間に申告に対応する意思表示があったことを確実にし、またこれを外部に公示するためであるというべきである。入養申告もやはり、当事者の入養に関する合意の存在とその内容を明白にし、実質的要件を備えていなかった入養をあらかじめ

るが、入養申告はこの対象外である（家族関係登録法第23条の2参照）。

(129) 대법원 1947.11.25. 선고 4280민상126 판결。

(130) たとえば, 대법원 1967.7.18 선고 67다1004 판결がある。

(131) 대법원 1977.7.26. 선고 77다492 전원합의체 판결。

このような判例理論を「無効行為の転換」と評する文献もある。たとえば, 박동섭・양경승, 앞의 책(66), 372면参照。なお, 本論点に関する韓国判例理論の検討及び日韓比較民事法研究については, 別稿を予定している。

防ごうとすることがその基本であると考えれば、当事者間に養親子関係を創設しようという明白な意思があり、さらに進んで、その他入養の成立要件がすべて具備されていた場合に、入養申告に代わり、親生子出生申告があれば、形式に多少誤りがあったとしても、入養の効力があると解釈するのが妥当であるというべきである。換言すれば、虚偽の親生子出生申告であっても、当事者間に法律上の親子関係を設定しようとする意思表示が明白に表れており、養親子関係は罷養によって解消されるという点を除いては、法律的に親生子関係と全く同じ内容を有しているものであるから、虚偽の親生子出生申告は、法律上、親子関係の存在を公示する申告として入養申告の機能を發揮するとも考えることができるというべきである」と判示し、再び、虚偽の出生申告による入養の成立を認める判断を下している。その後も大法院は、大法院1977年7月26日全員合議体判決を参照しつつ、同趣旨の判断を繰り返したため、韓国の裁判実務においては、虚偽の出生申告による入養の成立を認めるという理論が確立するに至った⁽¹³²⁾。

他方、日本の判例では、虚偽の出生届による養子縁組の成立については、これを否定しているが⁽¹³³⁾、最判平成18年7月7日民集60巻6号2307頁は、虚偽の出生届がなされた後、長期間、親子関係を継続してきた者に対する親子関係不存在確認請求の訴えが提起された事案につき、権利濫用法理を通じて、この訴えを許容しない旨を判示した。

上記のことからすれば、虚偽の出生申告(届出)による入養(縁組)が成立するか否かを巡って、韓国判例はこれを肯定し、養親子関係の成立を認めることで既存の親子関係の保護を図ろうとしている一方、日本判例は、これを否定するが、権利濫用法理によって既存の親子関係を解消させない仕組みを整えることで既存の親子関係の保護を図ろうとしているものと評価できる。

(132) たとえば、대법원 1981.10.13. 선고 81도2466 판결, 대법원 1998.2.23 선고 85므86판결などがある。

ただし、この判例理論については、2012年2月10日改正民法が施行された2013年7月1日以降においては、家庭法院の許可のない未成年者入養は民法883条第2号により無効となるから、改正法施行後の入養にはこの法理が適用されないという旨を述べる見解もある(윤진수, 앞의 책 (124), 213면; 김주수·김상용, 앞의 책 (31), 373면の注144参照)。

(133) 最判昭和25年12月28日民集4巻13号701頁; 最判昭和49年12月23日民集28巻10号2098頁参照。

(14) 死後養子の申告

第879条 削除 <1990年1月13日>
民法案審議録(下): 86頁 第873条 参照外国立法例: 参照なし

1960年1月1日施行の民法第879条は、「死後養子を選定したときは、その選定権者が前条の規定によって申告しなければならない」として、死後養子の申告義務者について規定していた。

しかし、本条も、死後養子制度の廃止に伴う1990年1月13日民法改正により、削除されるに至った⁽¹³⁴⁾。

(15) 遺言による養子

第880条 削除 <1990年1月13日>
民法案審議録(下): 86-87頁 第874条 ⁽¹³⁵⁾ 参照外国立法例: 明治民法第848条

1960年1月1日施行の民法第880条は、「養子は、遺言によっても、これを行うことができる。この場合には、遺言執行者が第878条の規定によって申告しなければならない」として、遺言による入養を規定していた⁽¹³⁶⁾。

しかし、1990年1月13日民法改正によって、死後養子の場合と同様、戸主制度を維持しつつ、男子中心主義を緩和させる目的で遺言養子制度を廃止した⁽¹³⁷⁾。

⁽¹³⁴⁾ 改正経緯については、前述の「II 1(3)死後養子の選定権者の順位(第868条)」を参照。

⁽¹³⁵⁾ 民法案審議録(下) 87頁によれば、当初、遺言による養子に関しては、実体的規定を置いておらず、節次のみが置かれていたが、本条に規定されるに至ったことが看取される。

⁽¹³⁶⁾ 日本の明治民法第848条も、これに対応する規定を定めていた。

⁽¹³⁷⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(35), 320면. また, 同頁は, 1990年1月13日民法改正案は, もともと, 戸主制度廃止を前提として遺言養子を廃止することにしたものであったとも指摘している。

(16) 入養申告の審査

第881条 <1990年1月13日：本条改正，2012年2月10日：本条改正> 第866条，第867条，第869条から第871条まで，第873条，第874条，第877条，その他の法令に違反しない入養申告は受理しなければならない。
民法案審議録（下）：87頁 第875条 参照外国立法例：参照なし

本条は，入養申告の受理要件について規定する⁽¹³⁸⁾。日本民法第800条に対応する。

本条は，提出された入養申告書に対して，家族関係登録公務員が審査すべき対象を定めている。本条に列挙された条文のほか，民法第878条及び家族関係登録法が定める方式に違反していないかも審査の対象となる。これらを審査した結果，法令に違反しない入養申告書は受理されなければならない。なお，家族関係登録公務員の審査は，形式的審査である⁽¹³⁹⁾。

(17) 外国における入養申告

第882条 <2012年2月10日：本条改正 ⁽¹⁴⁰⁾ > 外国で入養申告をする場合には，第814条を準用する。
民法案審議録（下）：87頁 第876条 参照外国立法例：日本民法第801条（明治民法第850条）

本条は，韓国外における入養申告について規定する。日本民法第801条に対応する。

⁽¹³⁸⁾ なお，1990年1月13日民法改正によって削除された第868条（死後養子の選定権者の順位），第875条（直系長男の入養禁止），第876条（婿養子），第879条（死後養子の申告），第880条（遺言による養子），及び2012年2月10日民法改正によって削除された第872条（後見人と被後見人との間の入養），第878条第2項（入養申告に対する入養当事者と成年者である証人2名の署名に関する規定）の適用が除外されている。

⁽¹³⁹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 35, 320면; 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 790면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 232면.

⁽¹⁴⁰⁾ 1960年1月1日施行の民法第882条は，「第814条の規定は，養子縁組の場合に準用する」と規定していた。2012年2月10日民法改正によって，表現は変更されているが，実質的な変更はない（윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 214면参照）。

本条により，外国で韓国人同士が韓国法に従い入養申告を行う場合及び外国で韓国人と外国人が韓国法に従い入養申告を行う場合には，第814条（外国における婚姻申告に関する規定）が準用されることになる。

手続きとしては，家族関係登録法第34条に基づき，外国に駐在する在外公館の長に申告をすることになる。

(18) 入養の効力

第882条の2 <2012年2月10日：本条新設 ⁽¹⁴¹⁾ > ①養子は，入養した時から養父母の親生子と同じ地位を有する。 ②養子の入養前の親族関係は，存続する。
民法案審議録：なし

本条は，入養の効力について定める。本条第1項は，日本民法第809条に対応する⁽¹⁴²⁾。

1. 入養の効果

(i) 養父母の親生子と同一の地位（本条第1項）

本条第1項により，養子は，入養時から「養父母の親生子と同じ地位」を有する。したがって，養父母が未婚である場合には婚姻外の出生子としての地位を取得し，また養父母が婚姻中である場合には婚姻中の出生子としての地位を取得する⁽¹⁴³⁾。

本条第1項の「養父母の親生子と同じ地位」という文言は，民法第908条の3第1項の「夫婦の婚姻中の出生子とみなす」とこと類似するが，両者は異なる。前者は，養子が養親の親生子との対比において差別されないということの意味するに留まるが，後者は，婚姻中の夫婦が生んだ子として取り扱

⁽¹⁴¹⁾ 윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 214면によれば, 本条は2012年2月10日民法改正により, 新設された条文ではあるが, 「養子が入養された時から養父母の親生子と同じ地位を有すること」と及び「養子の入養前の親族関係は存続すること」は, 従前より認められてきたものであるため, 特に新しい内容を規定したものではないと説明されている。

⁽¹⁴²⁾ 日本民法は, 本条第2項に対応する規定を欠くが, 韓国民法と同様, 養子の縁組前の親族関係は継続する。

⁽¹⁴³⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 795면。

うというものである⁽¹⁴⁴⁾。両者の実質的相違は、とりわけ、養子の姓と本を巡る議論に体现されているものと思われる。この点については、以下の(iii)で検討する。

「養父母の親生子と同じ地位」を取得することに伴い、入養申告の受理時に養子と養父母の間に親族関係が生じ、さらに扶養や相続などの権利義務関係も発生する⁽¹⁴⁵⁾。また、養子の親権者は、親生父母から養父母となる(民法第909条第1項後段)。

(ii) 入養前の親族関係の存続 (本条第2項)

本条第2項により、一般入養の場合には、入養前の親族関係が存続する。したがって、入養された子とその親生父母及び親族との間では、扶養や相続などの権利義務関係も存続する⁽¹⁴⁶⁾。なお、2012年2月10日民法改正以前の判例においても、同様の理解が示されていたことが確認でき⁽¹⁴⁷⁾、改正前後で実務上の相違はないものと思われる。

(iii) 養子の姓と本

一般入養の場合において、養子となった者が親生父母(とりわけ、親生父)の姓と本に従うのか、又は養父母(とりわけ、養父)の姓と本に従うのかについては、韓国民法に明文の規定がない。それゆえに、どちらの姓と本に従うかについては、学説上の争いがあるが、多数説は、養子が養父母の姓と本に従うことはできないという否定説である⁽¹⁴⁸⁾。実務でも、否定説の立場が

(144) 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(27), 795면参照。

(145) なお、養子と養親及びその血族、姻戚間における親系と寸数については、民法第772条がこれを規定している。

(146) この点につき、김주승·김상용, 앞의 책(31), 384면は、入養後、長い間、養子とその親生父母との間で如何なる交流もなかった場合であっても、養子が養父母から財産を相続した後に、直系卑属がいない状態で死亡した場合には、養子の親生父母にこの財産が相続されることを例に挙げ、一般養子の場合に入養前の親族関係が存続することから生じる問題点を指摘している。

(147) 대법원 1995.1.20.자 94마535 결정は、「養子を相続する直系尊属に対して如何なる制限も置いていないから、養子の相続人には養父母のみならず、親生父母も含まれると解釈すべきである」と判示した。

(148) 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(27), 796-797면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25),

採用されている⁽¹⁴⁹⁾。

また、上記学説上の争いと関連し、2012年2月10日民法改正時に提案された政府改正案には、本条第3項として、「養子は、養父又は養母の姓と本に従う。ただし、養子は、養父母の同意を得て、従前の姓と本を継続して使用することができる」という規定が存在していた⁽¹⁵⁰⁾。この提案に対し、国会審議の過程において、大法院が、次の3点を理由に挙げて、政府案に反対する意見を表明していることも看取される⁽¹⁵¹⁾。すなわち、大法院は、①従前の親族関係が断絶される親養子と異なり、一般的な入養は、従前の親族関係が継続して維持されるから、原則的に養父母の姓と本に従うようにすることは慎重である必要があること、②改名の場合、家庭法院の許可を得るようになっていたことから、姓と本を変更するときにも、家庭法院の許可を得るようになることが体系上適当であること、③養子の姓と本を変更する必要があるれば、子の福利のための姓と本の変更制度（民法第781条第6項参照）を活用すれば足り得ることを挙げている⁽¹⁵²⁾。その後、民法一部改正法律案（代案）として提案された第882条の2では、第3項は削除されていることが確認できる⁽¹⁵³⁾。

上記のような改正過程からすれば、一般入養がなされた場合に、養子が当然に養父母の姓と本に従うものではないとする否定説が、現在、実務上あるいは学説の多数説として定着している理由を理解することができよう。

239면参照。

(149) 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 238면。

(150) 정부, 민법 일부개정법률안 (의안번호1813111 ; 2011.9.1.), 9-10면。

(151) 법제사법위원회, 민법 일부개정법률안 심사보고서 (2011.12), 6면。

(152) 이러한大法院の態度に関して, 윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 215면は, 次のような分析及び意見を述べている。

大法院が政府案に対する反対理由として、従前の親族関係が維持されることを挙げている点は説得力がない。大法院は、入養が他の目的で姓を変える手段として悪用されることを恐れているものと思われるが、少なくとも、入養に関して法院が関与する未成年者入養や成年被後見人の入養の場合には、姓と本の当然変更を認めたととしても、特に問題はなかったはずである。

ただし、同頁も、改正された民法882条の2によっても、一般養子の姓と本は当然には変更されない旨を述べている。

(153) 법제사법위원장, 민법 일부개정법률안 (대안)(의안번호1814356 ; 2011.12.29), 9-10면。

2. 事実上の養子

事実上の養子とは、当事者間に入養意思の合致をはじめとした入養の実質的成立要件をすべて充たし、実際には養親子関係も形成されているが、入養申告をしておらず、法的には、入養が成立していない場合をいう⁽¹⁵⁴⁾。

このような事実上の養子については、入養の効果をどの程度認めるかという問題が存在する。事実上の養子に対して、民法第752条⁽¹⁵⁵⁾による生命侵害を理由とする慰謝料請求権や、事実上の養親が死亡したとき、養親に他の相続人がいない場合は、民法第1057条の2⁽¹⁵⁶⁾により、事実上の養子を特別縁故者として財産分与請求権を肯定する見解が確認される⁽¹⁵⁷⁾。

事実上の養子を巡る問題と関連する判例として、大法院1994年4月26日判決⁽¹⁵⁸⁾は、跡継ぎの養子として他家に行った者は、生父(実父)の祖先を始祖とする宗中には属さないという判例の立場を確認した上で⁽¹⁵⁹⁾、入養が無効である場合には、その入養により、生父の祖先を始祖とする宗中の宗員の資格を喪失しないとみるべきであり、事実上の養子として振舞っていることのみをもって、生父の祖先を始祖とする宗中の宗員の資格を喪失するということはできないと判示している。

(154) 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 27, 801면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 228면. 同趣旨で定義しているものとして, 김주수·김상용, 앞의 책 31, 386면; 박동섭·양경승, 앞의 책 66, 373면.

(155) 韓国民法第752条(生命侵害による慰謝料)は、「他人の生命を害した者は、被害者の直系尊属, 直系卑属及び配偶者に対しては, 財産上の損害のない場合でも, 損害賠償の責任を負う」と規定している。

(156) 韓国民法第1057条の2(特別縁故者に対する分与)は、「①第1057条の期間内に相続権を主張する者がいないときは, 家庭法院は, 被相続人と生計を同じくしていた者, その他被相続人と特別の縁故があった者の請求によって, 相続財産の全部又は一部を分与することができる」, 「②第1項の請求は, 第1057条の期間の満了後2ヶ月以内にしなければならない」と規定している。

(157) 김주수·김상용, 앞의 책 31, 386면; 박동섭·양경승, 앞의 책 66, 373-374면.

(158) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다32446 판결. 同判決は, 宗中總會で宗員に財産を分配することを決定した後の宗員の分配請求が問題となった事案であった。

(159) 同判決は, 대법원 1983. 2. 22. 선고 81다584판결, 대법원 1987. 4. 14. 선고 84다카750판결を参照している。

2 入養の無効と取消し

以下で述べる韓国における入養の無効と取消しに関して、日本と大きく異なる点は、無効原因の範囲である。韓国民法の方が日本民法に比して、無効原因は広い。具体的には、日本民法が、尊属・年長者養子及び代諾養子の要件違反については、取消原因として規定するのに対し、韓国民法は、これらを無効原因として規定する。

また、2012年2月10日民法改正により、家庭法院の許可のない入養についても、無効とした。さらに、公序良俗違反の入養も韓国では議論されている。

(19) 入養無効の原因

<p>第883条 <2012年2月10日：本条改正> 次の各号のいずれか一つに該当する入養は、無効である。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 当事者間に入養の合意がない場合 2. 第867条第1項（第873条第2項により準用される場合を含む）、第869条第2項、第877条に違反した場合
<p>民法案審議録（下）：88頁 第877条 参照外国立法例：BGB 第1754条，第1741条，第1750条；Code civil 第360条；ZGB 第267条；日本民法第802条（明治民法第851条）</p>

本条は、入養無効の原因について定める。日本民法第802条に対応する。

1960年1月1日施行の民法第883条は、「入養は、次の各号の場合には、無効とする」と規定し、第1号として「当事者間に入養の合意がないとき」、第2号として「第869条、第877条第1項の規定に違反したとき」と定められていた。

2012年2月10日民法改正により、第2号に養子が未成年者となる場合や成年被後見人が入養をし、又は入養される場合において家庭法院の許可を得ないときが追加された。

1. 当事者間に入養の合意がない場合（本条第1号）

入養も契約の一種であるために、本条第1項は、入養当事者間における入養に対する合意を求めており、これを欠く場合には当該入養を無効としている。

大法院1995年9月29日判決⁽¹⁶⁰⁾は、本条第1項の「当事者間に入養の合意

(160) 대법원 1995.9.29. 선고 94므1553, 1560판결.

がない場合」を、「当事者間に実際に養親子としての身分的生活関係を形成する意思の合致がなかった」ことと捉えている。したがって、実体的な養親子関係の形成に向けられた意思を欠く場合には、当該入養は無効となることを理由として、同判決は、告訴事件の処罰を免れるためにした入養を無効とした。

2. 本条第2号に規定された入養無効の原因

(i) 入養に対する家庭法院の許可を得ていない場合

2012年2月10日民法改正により、未成年者入養については、家庭法院の許可を要する旨が民法第867条として規定されるに至ったが、本条第2号は、この家庭法院の許可を欠く入養申告が受理された場合には、当該入養を無効としている。また、成年被後見人が入養するか又は養子となる場合についても、民法第873条第2項によって民法第867条が準用されるため、家庭法院の許可が必要となるが、この許可を欠く場合には、未成年者入養の場合と同様に無効となる。

他方、日本民法第798条も、未成年者縁組につき、家庭裁判所の許可を求めているが、これに違反した縁組は、同法第807条によって取消原因となるに過ぎない。この点で、日本民法と韓国民法は異なる。

(ii) 代諾権者の代諾を欠く場合

養子となる者が13歳未満であるときは、代諾権者の代諾を要する（民法第869条第2項）。本条第2号は、これを欠く入養を無効としている。

(iii) 養子となる者が養親の尊属又は年長者である場合

民法第877条に違反する入養、すなわち養子となる者が養親の尊属又は年長者である場合には、本条第2号により、当該入養は無効である。この場合には、追認によって、当該入養が有効となることもない⁽¹⁶¹⁾。

これに対し、日本民法第793条に違反した縁組は、同法第805条により、取消原因としている。

(161) 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 27, 810면.

3. 公序良俗に違反する入養

入養も法律行為であるから、公序良俗（韓国民法第103条⁽¹⁶²⁾）に反する入養は、無効である。

これと関連し、大法院2014年7月24日判決⁽¹⁶³⁾は、入養許可制度が導入される以前の民法の適用が争われた事案において、「入養許可制度が導入される前においては、成年に達した者は、性別、婚姻の有無を問わず、当事者の入養合意と父母の同意のみがあれば、入養をすることができたのであるから、当時の民法の規定に従い、適法に入養申告をした者が単に同性愛者として、同性と同居し、自身の性と異なる性の役割をしているという理由のみをもっては、その入養が善良な風俗に反して無効であるということとはできず、これは、それが入養の意思で親生子出生申告をした場合でも同様である」と判示している。

4. その他の入養無効の原因

韓国における特徴的な入養無効の原因としては、次のものが挙げられる。

(1) 養孫入養

養孫入養（양손입양）とは、孫のいない者が入養によって、祖孫関係を創設する入養を意味する⁽¹⁶⁴⁾。このような入養につき、大法院1988年3月22日判決⁽¹⁶⁵⁾は、「民法上、如何なる根拠もない養孫入養は、強行法規である身分法規定に違反し、無効というべきである」と判示している。

(2) 異姓養子

大法院1994年5月24日全員合議体判決⁽¹⁶⁶⁾は、「1939年11月10日に新設され、1940年2月11日から施行された朝鮮民事令第11条の2は、第1項において、『朝鮮人の養子縁組につき、養子は、養親と姓を同じくすることを要しない。

⁽¹⁶²⁾ 韓国民法第103条（反社会秩序の法律行為）：善良な風俗その他社会秩序に違反した事項を内容とする法律行為は、無効とする。

⁽¹⁶³⁾ 대법원 2014.7.24. 선고 2012므806판결.

⁽¹⁶⁴⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 27, 810면.

⁽¹⁶⁵⁾ 대법원 1988.3.22. 선고 87므105판결.

⁽¹⁶⁶⁾ 대법원 1994.5.24. 선고 93므119 전원합의체 판결.

ただし、死後養子の場合においては、この限りではない。』と規定することによって、死後養子でなければ養親と姓を異にする異姓の子も養子とすることが許容されることを明白にしたから、1940年2月11日からは死後養子でない限り、異姓の子も養子とすることができるようになったというべきである」と述べ、従前の大法院判決が、1915年4月1日から1959年12月31日までの異姓養子をすべて無効と解してきたのに対し、1940年2月11日から1959年12月31日までの間に行われた異姓養子については有効である旨を判示している。したがって、1915年4月1日から1940年2月10日に行われた異姓養子に関しては、無効と捉えられている⁽¹⁶⁷⁾。

5. 入養無効の訴えの性質

入養無効の訴えの性質については、当然無効説（確認訴訟説）と形成訴訟説の対立があるとされるが、前者が韓国における多数説及び実務の態度である⁽¹⁶⁸⁾。

入養無効の訴えの原告は、当事者、その法定代理人又は4寸以内の親族である（家事訴訟法第31条による同法第23条の準用）。また、訴えの相手方は、当該事案に即して、他方当事者、当事者双方、検察官となる（家事訴訟法第31条による同法第24条の準用）。

(20) 入養取消しの原因

第884条 <1990年1月13日：本条改正，2012年2月10日：本条改正>

①入養が次の各号のいずれか一つに該当する場合には、家庭法院にその取消しを請求することができる。

1. 第866条，第869条第1項，同条第3項第2号，第870条第1項，第871条第1項，第873条第1項，第874条に違反した場合
2. 入養当時，養父母及び養子のうち，いずれか一方に悪疾又はその他重大な事由があることを知ることができなかった場合
3. 詐欺又は強迫によって入養の意思表示をした場合

②入養の取消しに関しては，第867条第2項を準用する。

(167) 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(27), 811면參照。

(168) 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(27), 812면; 박동섭・양경승, 앞의 책(66), 377면等。

民法案審議録（下）：88－89頁 第878条
 参照外国立法例：日本民法第803条（明治民法第852条）；日本民法第804条－第808条；明治民法第853条－第859条

本条は、入養取消しの原因について規定する。日本民法第803条に対応する。

1. 改正概要

1960年1月1日施行の民法第884条は、「入養は、次の各号の場合には、法院に取消しを請求することができる」と規定し、第1号として「入養が第866条ないし第868条、第870条ないし第875条の規定に違反したとき」、第2号として「入養当時、養子に養家の系統を継承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」、第3号として「詐欺又は強迫によって入養の意思表示をしたとき」と、それぞれ定めていた。

その後、1990年1月13日民法改正により、死後養子に関する規定や直系長男子の入養の禁止の規定が削除されたことに伴い、これに関連した規定を本条の適用から除外した。また同時に、本条第2号については、入養当時に、養子のみならず、養親子の一方に悪疾、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場合に、当該入養が取消しの対象となることを定め、養親にも同様の事由を認めることによって、従前よりも取消事由を拡大するに至った。

さらに、2012年2月10日民法改正は、本条第1項に定めるとおり、入養取消しの原因を整理し、また、本条第2項に民法867条第2項を準用する形で裁量棄却の規定を設けた。

2. 入養の取消事由（本条第1項）

(i) 入養の実質的要件を欠く場合（本条第1項第1号）

㉞ 第866条に違反する入養

普通養子において、養親となるべき者は成年に達していることを要するが、これに違反し、未成年者が養親となった場合には、当該入養は取消しの対象となる。

(イ) 第869条第1項に違反する入養

13歳以上の未成年者が入養をするときは、法定代理人の同意を要するが、

これを欠き、13歳以上の未成年者が法定代理人の同意なしに入養の承諾をした場合には、当該入養は取消しの対象となる。

(ウ) 第869条第3項第2号に違反する入養

未成年者の入養に際しては、法定代理人の同意又は承諾を要するが、法定代理人が所在不明である場合には、家庭法院の許可を得て、入養をすることができる(民法869条第3項第2号)。しかし、法定代理人の同意又は承諾を得ることができたにもかかわらず、その同意又は承諾を得ずに入養が行われた場合には、当該入養は取消しの対象となる。

(エ) 第870条第1項に違反する入養

養子となる者が未成年者である場合には、父母の同意を要する(民法第870条第1項)。この同意を欠く入養は、取消しの対象となる。

(オ) 第871条第1項に違反する入養

養子となる者が成年に達しているときであっても、父母の同意を要する(民法第871条第1項)。これを欠く入養は、取消しの対象となる。

(カ) 第873条第1項に違反する入養

成年被後見人が、入養をする場合又は養子となる場合には、成年後見人の同意を要する(民法第873条第1項)。これを欠く入養は、取消しの対象となる。

(キ) 第874条第1項に違反する入養

婚姻をしている者は、入養に際し、他方配偶者と共同で入養を行う必要がある(民法第874条第1項)。これに違反し、単独で養父又は養母となる意思をもって入養をした場合には、当該入養は取消しの対象となる。

また、配偶者のある者が、入養に際し、他方配偶者と共同で入養をせず、自身及び他方配偶者の双方が養父母となるという入養を行った場合につき、判例⁽¹⁶⁹⁾は、入養の要件をすべて備えたとしても、夫婦共同入養の原則に違反するため、他方配偶者がその入養の取消しを請求することが可能であるが、その取消しがなされない限り、一方配偶者と養子との間の入養関係は有効に

(169) 前掲注(100)の大법원 1998.5.26. 선고 97므25판결。

存続するとした一方、他方配偶者と養子との間に入養については、入養意思の合致がないため無効である旨を判示している。

(ク) 第874条第2項に違反する入養

婚姻をしている者が養子となる場合には、他方配偶者の同意を要する（民法第874条第2項）。これを欠く入養は、取消しの対象となる。

(ii) 入養当時、養親又は養子に悪疾等の重大な事由があることを知ることができなかった場合（本条第1項第2号）

入養の際に、養父母になる者又は養子となる者のいずれかに「悪疾等の重大な事由」があることを知ることができなかったときは、当該入養は取消しの対象となる。

「悪疾等の重大な事由」は、一般的な社会生活関係に照らしてみると、入養当時、そのような事由の存在を知っていたならば入養をしなかった、又は養子にならなかつたであろうと認めうる場合を意味する⁽¹⁷⁰⁾。具体的には、不治の精神病、性的倒錯傾向、暴力的性向などが挙げられる⁽¹⁷¹⁾。これに対し、養子に身体的障がい又は発達障がい等があることや養親の財産が思ったよりも多くないこと等は、本条にいう「重大な事由」には該当しない⁽¹⁷²⁾。

(iii) 詐欺又は強迫によって入養の意思表示をした場合（本条第1項第3号）

詐欺又は強迫によって入養の意思表示がなされたときは、当該入養は取消しの対象となる。なお、提訴期間は、民法第897条により、同第823条が準用される結果、詐欺を知った日又は強迫を免れた日から3ヶ月となる。民法総則の取消しの規定（第146条）が、「取消権は、追認をすることができる日から3年以内に、法律行為をした日から10年内に行使しなければならない」と規定していることから、本条はこの特則となっている。

3. 入養取消しの訴えと家庭法院による裁量棄却

入養取消しの訴えは、ナ(나)類家事訴訟事件に属し、調停前置主義が適用

(170) 김주수·김상용, 앞의 책(31), 381면; 박동섭·양경승, 앞의 책(66), 384면.

(171) 송덕수, 앞의 책(23), 185면; 김주수·김상용, 앞의 책(31), 381면.

(172) 박동섭·양경승, 앞의 책(66), 384면; 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 823면.

される(家事訴訟法第2条第1項第1号ナ(㏸), 10)及び同法第50条参照)。しかし, 入養取消しの訴えの訴訟物それ自体は当事者の任意処分が許されないことから, 調停においては, 人間関係の調停を中心とし, 当事者の一方が入養取消請求を放棄して相手方を扶養するなど, 入養を有効なものとするか, 協議上の罷養をするように間接的かつ迂回的な調停がなされるようにするのが, 実務の態度である⁽¹⁷³⁾。

また, 入養取消しの訴えに関しては, 本条第2項により, 同法第867条第2項が準用される。その結果, 家庭法院は, 取消しの対象となっている入養を取り消さないほうが, 子の福利にとって望ましいと判断した場合には, その入養取消しの訴えを棄却することができる。

(2) 入養取消しの請求権者 — 入養適齢違反の場合

第885条 <1990年1月13日:本条改正, 2012年2月10日:本条改正> 養父母, 養子とその法定代理人又は直系血族は, 第866条に違反した入養の取消しを請求することができる。
--

民法案審議録(下):89頁 第879条 参照外国立法例:日本民法第804条(明治民法第853条)

本条は, 入養に関する適齢に違反した場合の取消権者について規定する。日本民法第804条に対応する。ただし, 養子本人と直系血族にも取消権を認めている点は, 日本民法第804条と大きく異なる。

1. 改正概要

1960年1月1日施行の民法第885条は, 「入養が第866条の規定に違反したときは, 養父母, 養子とその法定代理人又は直系血族が, その取消しを請求することができる, 第867条, 第868条の規定に違反した場合は, 選定権者がその取消しを請求することができる」と規定していた。しかし, 1990年1月13日民法改正により, 死後養子制度が廃止されたため, 上記規定の後段部分が削除されるに至った。その後, 2012年2月10日民法改正により, 若干の文言修正がなされているが, この改正前後で内容面に相違はみられない⁽¹⁷⁴⁾。

(173) 법원행정처, 앞의 책(5), 86면。

(174) 윤진수·현소혜, 앞의 책(25), 219면参照。

2. 取消権者

民法第866条が、養親となる者を成年者に限定しているため、これに違反するときは、民法第884条第1項第1号により取消しの対象となる。本条の定める取消権者は、養父母、養子とその法定代理人又は直系血族である。

(i) 養親又は養子

民法第866条に違反に基づく取消請求がなされる場合、養親及び養子はともに未成年者である。養親が成年に達すれば、民法第866条違反の取消しを請求することができなくなり（民法第889条参照）、また養子が養親よりも年長者であることはない（民法第877条参照）ということが前提となるからである⁽¹⁷⁵⁾。未成年者である養父母又は養子は、法定代理人を介して、取消しを請求することになる⁽¹⁷⁶⁾。

(ii) 養親又は養子の法定代理人

本条の法定代理人とは、養父母の法定代理人と養子の法定代理人の両方が含まれ、法定代理人は、養親又は養子の代理人としてではなく、それ自身が固有の取消権者となると理解されている⁽¹⁷⁷⁾。

(iii) 直系血族

本条の定める直系血族には、養親と養子それぞれの直系血族が含まれる。

(175) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 830면参照。

(176) 韓国家事訴訟法第12条により、家事訴訟手続きに関しては、家事訴訟法に特別の規定がない限り、民事訴訟法の規定が適用され、また、民事訴訟法第55条第1項によれば、未成年者は、法定代理人によってのみ訴訟行為をすることができる定められているため、本条に基づいて未成年者である養親又は養子が入養の取消しを請求する場合には、法定代理人を通じて訴訟を提起することになる。윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 830면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 269면も参照。

これに対して、日本においては、未成年者である養親が成年に達する前でも、訴訟能力が認められる限り、自ら縁組の取消しを請求することができるとする見解がある（中川善之助・山島正男編 [阿部徹]・前掲注(118)・364頁参照）。

(177) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 831면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 270면。

直系血族の範囲については、直系尊属及び卑属の両方が含まれるという見解⁽¹⁷⁸⁾と直系尊属に限定されるべきであるという見解⁽¹⁷⁹⁾があることがうかがえる。

(22) 入養取消しの請求権者 一 同意又は承諾を要する入養に違反した場合

第886条 <1990年1月13日：本条改正，2005年3月31日：本条改正，2012年2月10日：本条改正>

養子又は同意権者は、第869条第1項、同条第3項第2号、第870条第1項に違反した入養の取消しを請求することができ、同意権者は第871条第1項に違反した入養の取消しを請求することができる。

民法案審議録（下）：89頁 第880条
参照外国立法例：参照なし

本条は、同意又は承諾を要する入養に違反した場合における取消権者について規定する。代諾入養に関する違反及び養子が13歳以上である場合の入養に関する違反については、日本民法第806条の3、第807条に対応するが、第871条（成年者の入養に対する父母の同意）の違反については、対応する規定はない。

1960年1月1日施行の民法第886条は、「入養が第870条の規定に違反したときは、同意権者がその取消しを請求することができ、第871条の規定に違反したときは、その養子又は同意権者がその取消しを請求することができる」と規定していた。その後、1990年1月13日民法改正により、民法第871条違反の場合につき、法定代理人が取消権者として追加されたが、2005年3月31日民法改正により、再び「養子又は同意権者」に改められた。さらに、2012年2月10日民法改正により本条のような表現に変更された。

本条に定められた入養取消権者は、以下のとおりである。

(178) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 831면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 270면.

(179) 김주수·김상용, 앞의 책(35), 350면は、ここでの直系血族には「直系卑属」も含まれるが、成年に達していない養父母やその者の養子に単独で入養取消請求の訴えを提起することができる能力を有する直系卑属がいるとは想定し難いことから、「直系尊属」に限定されるべきであろうと述べている。

(i) 民法第869条第1項違反の取消権者

民法第869条第1項は、13歳以上の未成年者を養子とする場合に法定代理人（親権者である父母又は未成年後見人）の同意を求める。この規定に違反し、法定代理人の同意なしに入養をしたときは、本条により、養子本人と法定代理人が当該入養の取消権者となる。なお、当該取消権は、民法第891条の制限を受けることには、留意を要する。

(ii) 民法第869条第3項第2号違反の取消権者

民法第869条第3項第2号は、同条第1項の定める法定代理人の同意又は承諾が、法定代理人の所在不明等を理由に得られない場合に、家庭法院の許可をもってこれに代える規定である。この規定に違反し、同意又は承諾を得ることができたにもかかわらず、所在不明等を理由として同意又は承諾を得ることなしに入養が行われたときは、本条によれば、養子本人又は法定代理人が当該入養の取消権者となる。ただし、本条第3項第2号違反の場合については、代諾権者の代諾がない場合も含まれるが、本条の文言上、代諾権者は取消権者とならず、また代諾が必要な入養においては同意権者も存在しないことからすれば、結論として養子のみが取消権者となる⁽¹⁸⁰⁾。なお、当該取消権は、民法第891条の制限を受けることには、留意を要する。

(iii) 民法第870条第1項違反の取消権者

民法第870条第1項は、未成年者養子に関する父母の同意を規定する。この規定に違反し、未成年者が同意なく養子となったときは、本条により、養子本人又は同意権者である父母が取消権者となる。なお、当該取消権は、民法第891条の制限を受けることには、留意を要する。

(iv) 民法第871条第1項違反の取消権者

民法第871条第1項は、成年に達している者が養子となる場合であっても、父母の同意を要することを規定する。この規定に違反し、父母の同意なしに、成年に達している者が養子となったときは、同意権者である父母が取消権者となる。養子本人は取消権者とならない。

(180) 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 (25), 272면.

(23) 入養取消しの請求権者 — 成年後見人の同意を要する入養に違反した場合

第887条 <2011年3月7日：本条改正，2012年2月10日：本条改正>
成年被後見人又は成年後見人は，第873条第1項に違反した入養の取消しを請求することができる。

民法案審議録（下）：90頁 第881条
参照外国立法例：日本民法第806条第1項本文（明治民法第855条第1項本文）

本条は，成年被後見人が成年後見人の同意なしに入養をし，又は養子となった場合，すなわち民法第873条第1項に違反したときは，成年被後見人又は成年後見人がこれを取り消すことができる旨を規定する。日本民法第806条に対応する⁽¹⁸¹⁾。

1960年1月1日施行の民法第887条は，「入養が，第872条の規定に違反したときは，被後見人又は親族会員がその取消しを請求することができ，第873条の規定に違反したときは，禁治産者又は後見人がその取消しを請求することができる」と規定していた。しかし，2011年3月7日民法改正により，成年後見制度が導入されたために，この規定は「入養が，第872条に違反した場合には，被後見人，親族又は後見監督人がその取消しを請求することができ，第873条に違反した場合には，成年被後見人又は成年後見人がその取消しを請求することができる」に変更された。その後，2012年2月10日民法改正により，第873条に違反した場合には，成年被後見人又は成年後見人が入養の取消しを請求することができるように改められた。なお，民法第873条第2項に違反する場合については，無効事由となっている。

本条の定める入養取消権者は，成年被後見人本人又は成年後見人である。成年後見人については，入養時に同意権者であった成年後見人のみならず，入養時には同意権者ではなかった成年後見人にも原告適格が認められるとされている⁽¹⁸²⁾。民法第884条第1項第1号で成年後見人の同意のない入養が取消事由となることが，成年被後見人を不当な入養から保護するという趣旨であると解すれば，入養時に同意権者でなかった成年後見人を取消権者に

⁽¹⁸¹⁾ より正確には，2012年2月10日民法改正前まで本条が規定していた第872条違反に関する入養の取消しが，日本民法第806条と同趣旨を定めていた。

⁽¹⁸²⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 ②7, 835-836면.

含めるという理解が自然と考えられる。

なお、本条の取消権は、民法第893条及び第894条によって制限される⁽¹⁸³⁾。

(24) 入養取消しの請求権者 — 夫婦共同入養等に違反した場合

第888条 <1990年1月13日：本条改正，2012年2月10日：本条改正> 配偶者は，第874条に違反した入養の取消しを請求することができる。
--

民法案審議録（下）：90頁 第882条 参照外国立法例：参照なし

本条は、夫婦共同入養に違反した場合、又は、配偶者のある者が他方配偶者の同意を得ずに養子となった場合における入養の取消権者について規定する。後者の場合に関しては、日本民法第806条の2第1項が対応する。

1960年1月1日施行の民法第888条は、「入養が、第874条の規定に違反したときは、妻がその取消しを請求することができ、第875条の規定に違反したときは、本人及び直系血族又は8寸以内の傍系血族がこれを取り消すことができる」と規定していた。しかし、1990年1月13日民法改正により、直系卑属長男子の入養の禁止（民法第875条）の規定が削除されたこと、また民法第874条も改正されたことに伴い、「入養が、第874条の規定に違反したときは、配偶者がその取消しを請求することができる」に改められた。その後、2012年2月10日民法改正により、表現が若干変更されているが、この改正前後で内容面の変更はみられない⁽¹⁸⁴⁾。

韓国においては、婚姻中の夫婦が入養をする場合には、夫婦が共同でこれをする必要がある（民法第874条第1項参照）、これに違反した場合、すなわち一方配偶者が、他方配偶者の名を冒用し、入養をした場合には、本条により、他方配偶者がこの入養を取り消すことができる。仮に、夫が妻の名を冒用し、入養を行ったときは、妻が夫と養子となった子との間の養親子関係を取り消すことができる⁽¹⁸⁵⁾。ただし、取り消されない間は、養親子関係は存

⁽¹⁸³⁾ 詳細は、第893条及び第894条の箇所を参照。

⁽¹⁸⁴⁾ 윤진수·원소혜, 앞의 책 (25), 219면参照。

⁽¹⁸⁵⁾ なお、また妻と養子となった子との間の養親子関係については、入養意思がないことを理由に無効となる（前掲揚004の判例の説示を参照）。

続することになる。これに対し、日本では、このような場合、一方配偶者が縁組意思をもってした当該縁組は原則として有効に成立するというのが判例の立場である⁽¹⁸⁶⁾。

また、婚姻中の者が養子となるには、他方配偶者の同意を要するが(民法第874条第2項参照)、同意を得ずに養子となった者の他方配偶者は、本条により、その入養の取消しを請求することができる。

なお、夫婦共同入養をしなかった配偶者又は他方配偶者の同意を得ずに養子となった配偶者が自ら入養の取消しを請求することができるかについては、矛盾行為の禁止等の観点からこれを否定する見解がある⁽¹⁸⁷⁾。

(25) 入養取消請求権の消滅 — 養親が成年に達した場合における入養取消請求の制限

第889条 <2012年2月10日：本条改正>

養父母が成年に達したときは、第866条に違反した入養の取消しを請求することができない。

民法案審議録(下)：90-91頁 第883条⁽¹⁸⁸⁾

参照外国立法例：日本民法第804条ただし書(明治民法第853条ただし書)

本条は、入養能力に関する第866条の規定に違反した入養取消請求権の消滅について規定する⁽¹⁸⁹⁾。日本民法第804条ただし書に対応する。

2012年2月10日民法改正により、1960年1月1日施行の民法第889条の表

(186) 最判昭和48年4月12日民集27卷3号500頁。同判決も、他方配偶者と養子となった子との間の縁組は、他方配偶者に縁組意思がないことを理由として無効と判断している。

(187) 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 ②, 837면.

(188) 民法案審議録(下) 90-91頁によれば、以下のことを確認できる。

本条は、当初、「第860条の規定(注：現行第866条)に違反した入養は、養父が満30歳に達した後は、その取消しを請求することができない」と定めていた。しかし、審議過程において、入養能力に関する第860条の規定が、成年者は男女を問わず養子をすることができるように改められたため、これに伴う修正が本条にもなされている。

(189) なお、民法第866条に違反した入養の取消権者については、民法第885条の箇所を参照。

現が若干改められたが、この改正前後で内容面の変更はみられない⁽¹⁹⁰⁾。

民法第866条は、養親の入養能力につき、成年者であることを求めている。したがって、未成年者が養親となって入養をした場合に取消事由となる点、また未成年者である養親が成年に達したときは違法な状態から脱するために取消しの対象となり得ないとする点は、改正前の日本民法と同様である⁽¹⁹¹⁾。ただし、日本民法第804条ただし書が、養親が20歳⁽¹⁹²⁾に達した後でも、なお6ヶ月間は縁組を取り消すことができる旨を規定しているが、本条はそのような猶予を定めていない点では異なる。

(26) 入養取消請求権の消滅 — 死後養子に関する取消請求権の消滅

第890条 削除 <1990年1月13日>

民法案審議録（下）：91頁 第884条

参照外国立法例：参照なし

本条は、1960年1月1日施行の民法第867条及び第868条が定めていた死後養子の規定に違反した場合における取消請求権の消滅について規定していた。日本民法に対応する規定はない。

1960年1月1日施行の民法第890条は、「第867条、第868条の規定に違反した養子縁組は、その事由があることを知った日から6ヶ月、その事由があった日から1年を経過したときは、その取消しを請求することができない」と規定していた。しかし、1990年1月13日民法改正により、死後養子に関する第867条及び第868条が削除されたため、これに伴い、本条も削除されるに至った。

(27) 入養取消請求権の消滅 — 養子が成年に達した場合又は死亡した場合における入養取消請求権の消滅

第891条 <2012年2月10日：本条改正>

①養子が、成年に達した後3ヶ月を経過し、又は死亡したときは、第

⁽¹⁹⁰⁾ 윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 221면参照。

⁽¹⁹¹⁾ 民法第866条の箇所而言及したとおり、現在の日本民法は、養親となれる者の年齢を20歳としている。

⁽¹⁹²⁾ 改正前の民法では、「成年」となっていた。

869条第1項、同条第3項第2号、第870条第1項に違反した入養の取消しを請求することができない。

②養子が死亡したときは、第871条第1項に違反した入養の取消しを請求することができない。

民法案審議録（下）：91頁 第885条
参照外国立法例：日本民法第807条ただし書

本条は、同意又は承諾を要する入養取消権の消滅について規定する。日本民法第807条ただし書に対応する。

2012年2月10日民法改正により、同意又は承諾を要する入養の規定が改正されたために、本条もその影響を受けた改正がなされている。

未成年者入養に関して、法定代理人の同意又は承諾、父母の同意なしに、入養がなされた場合には、民法第884条第1項第1号によりその入養は取消しの対象となる。この場合、民法第886条に定められた者が、当該入養を取り消すことができる。しかし、本条は、養子が成年となった後3ヶ月が経過したとき又は養子が死亡したときは、もはや第869条第1項、同条第3項第2号、第870条第1項に違反した入養の取消しを請求することができない旨を規定する。

また、成年者が養子となる場合に、父母の同意なしに入養をしたときは、民法第871条第1項違反として同第844条第1項第1号の取消事由となるが、本条第2項は、養子が死亡すれば、もはや入養の取消しを請求できない旨を規定する。

(28) 入養取消請求権の消滅 — 後見人と被後見人との間の入養に関する入養取消請求権の消滅

第892条 削除 <2012年2月10日>

民法案審議録（下）：92頁 第886条
参照外国立法例：日本民法第806条第1項ただし書（明治民法第855条第1項ただし書）

本条は、削除された第872条に違反する入養の取消権の消滅について規定していた。

1960年1月1日施行の民法第892条は、「第872条の規定に違反した入養は、

後見の終了による管理計算の終了後、6ヶ月を経過したときは、その取消しを請求することができない」と規定していた。しかし、2012年2月10日民法改正により、第872条が削除されたため、これに伴い、本条も削除されるに至った。

(29) 入養取消請求権の消滅 — 成年後見人の同意を要する入養に違反した場合における取消請求権の消滅

第893条 <2011年3月7日：本条改正，2012年2月10日：本条改正> 成年後見開始の審判が取消された後，3ヶ月を経過したときは，第873条第1項に違反した入養の取消しを請求することができない。
民法案審議録（下）：92頁 第887条 参照外国立法例：参照なし

本条は、成年後見人の同意を要する入養に違反した場合に関する第887条の取消請求権の消滅について定める。日本民法に対応する規定はない。

1960年1月1日施行の民法第893条は、「第873条の規定に違反した入養は、禁治産宣告の取消しがあった後、3ヶ月を経過したときは、その取消しを請求することができない」と規定していた。その後、2011年3月7日民法改正により、禁治産制度から成年後見制度へ変更されたことを受けて、本条も改正がなされた。さらに、2012年2月10日民法改正で若干文言が修正されているが、この改正前後で内容的な差はみられない⁽¹⁹³⁾。

成年被後見人が後見人の同意を得ずに、入養し、又は養子となった場合には、取消事由となる（民法第873条第1項及び第887条参照）。しかし、本条により、成年後見開始の審判が取り消された後、3ヶ月が経過したならば、成年被後見人又は成年後見人は、もはやその取消しを請求することができなくなる。

本条は、成年後見開始の原因が消滅した以上、成年後見人の同意を要求する必要はなく、むしろ既に成立した養親子関係の安定性を図る方がより望ましいということから、入養の取消請求権の除斥期間を定めたものとされている⁽¹⁹⁴⁾。

(193) 윤진수·현소혜, 앞의 책 (25), 221면参照.

(194) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 (27), 842면.

(30) 入養取消請求権の消滅 — 入養取消権の期間制限

第894条 <2001年12月29日：本条改正，2012年2月10日：本条改正>
第869条第1項，同条第3項第2号，第870条第1項，第871条第1項，
第873条第1項，第874条に違反した入養は，その事由があることを知っ
た日から6ヶ月，又はその事由があった日から1年を経過したときは，
その取消しの請求をすることができない。

民法案審議録（下）：92-93頁 第888条
参照外国立法例：参照なし

本条は，入養取消権の期間制限について規定する。日本民法第806条，同
第806条の2，同第806条の3の各ただし書に対応する。

本条は，13歳以上の未成年者養子における父母の同意を欠く場合（民法第
869条第1項違反），法定代理人の所在不明等により同意又は承諾を得られな
いときに家庭法院の入養の許可を得ていない場合（民法第869条第3項第2
号違反），未成年養子における父母の同意を欠く場合（民法第870条第1項違
反），成年被後見人が養子となる場合において成年被後見人の同意を欠く場合
（第873条第1項違反），夫婦共同入養に違反する場合又は配偶者のある者が
養子となるときに他方配偶者の同意を得ていない場合（民法第874条違反）の
入養の取消しにつき，その事由を知った日から6ヶ月，又はその事由があっ
た日から1年を経過すれば，もはや請求できなくなる旨を規定する。

1960年1月1日施行の民法第894条は，「第870条，第874条の規定に違反し
た入養は，その事由があることを知った日から6ヶ月，又はその事由があっ
た日から1年を経過したときは，その取消しを請求することができない」と
規定していた。その後，2001年12月29日民法改正により，ハンゲルの表現に
一部変更があった。さらに，2012年2月10日民法改正により，他の条文と合
わせる形で上記のような規定に改められたが，内容的には改正前後で変更は
みられない⁽¹⁹⁵⁾。

本条の趣旨は，入養取消請求をすることができる期間を一定期間に制限す
ることによって，養親子関係を迅速に安定化させるところにある⁽¹⁹⁶⁾。

(195) 윤진수·현소혜, 앞의 책 (25), 221면參照。

(196) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 (27), 843면。

(31) 入養取消請求権の消滅 — 戸主の直系長男子を入養した場合

第895条 削除 <1990年1月13日>
民法案審議録（下）：93頁 第889条 参照外国立法例：参照なし

本条は、戸主の直系卑属長男子の入養を制限していた民法第875条に違反する入養の取消請求権の消滅について規定していた。日本民法に対応する規定はない。

1960年1月1日施行の民法第895条は、「第875条の規定に違反した入養は、その事由があったことを知った日から1年、その事由があった日から3年を経過したときは、その取消しを請求することができない」と規定していた。しかし、1990年1月13日民法改正により、第875条が削除されたため、これに伴い、本条も削除されるに至った。

(32) 入養取消請求権の消滅 — 悪疾又はその他重大な事由による入養取消請求権の消滅

第896条 <1990年1月13日：本条改正，2012年2月10日：本条改正> 第884条第1項第2号に該当する事由がある入養は、養父母及び養子のうちのいずれか一方が、その事由があることを知った日から6ヶ月を経過したときは、その取消しを請求することができない。
民法案審議録（下）：93頁 第890条 参照外国立法例：参照なし

本条は、民法第884条1項第2号に該当する場合における入養取消権の消滅について規定する。日本民法に対応する規定はない。

民法第884条第1項第2号は、入養時における悪疾又はその他の重大な事由の不知を理由として、入養を取り消すことができる旨を規定する。本条により、そのような事実を知った日から起算して6ヶ月が経過した場合には、この入養取消権が制限される。

1960年1月1日施行の民法第896条は、「第884条第1項第2号に該当する事由がある入養は、養親が、その事由があることを知った日から6ヶ月を経過したときは、その取消しを請求することができない」と定め、取消権者が養親のみに限定されていた。しかし、1990年1月13日民法改正により、養親

のみならず、養子も追加されるに至った。その後、2012年2月10日民法改正では、表現が若干変更されているが、この改正前後で内容的な相違はみられない⁽¹⁹⁷⁾。

本条もまた、養親子関係の早期安定のために、入養取消権を一定期間に制限する趣旨の規定と評価できよう。

(33) 準用規定 — 入養の無効又は取消しにおける損害賠償責任、詐欺又は強迫による入養取消請求権の消滅、入養取消し効力に関する準用

第897条 <2012年2月10日：本条改正>

入養の無効又は取消しによる損害賠償責任に関しては第806条を準用し、詐欺又は強迫による入養の取消請求権の消滅に関しては第823条を準用し、入養の取消しの効力に関しては第824条を準用する。

民法案審議録（下）：93-94頁 第891条

参照外国立法例：中華民国民法第1082条；日本民法第808条（明治民法第862条第1項）

本条は、入養の無効又は取消しの損害賠償請求に関しては民法第806条が、詐欺又は強迫による入養取消請求権の消滅に関しては同第823条が、入養取消しの効力に関しては同第824条が、それぞれ準用される旨を規定する。詐欺又は強迫による入養取消しに関しては日本民法第808条が対応するが、残りの部分については日本民法に対応する規定はない。

1960年1月1日施行の民法第897条は、「第823条、第824条の規定は入養の取消しに準用し、第806条の規定は入養の無効又は取消しに準用する」と規定していたが、2012年2月10日民法改正により、本条のような表現に改められた。ただし、2012年2月10日改正前後で、内容面に変更はない⁽¹⁹⁸⁾。

入養の無効又は取消しに関して、約婚の解除と損害賠償について規定する民法第806条が準用される結果、過失のある入養当事者は、他方当事者に対して財産上の損害のみならず、精神上の損害についても賠償する責任を負う⁽¹⁹⁹⁾。

詐欺又は強迫による入養の取消しに関して、詐欺又は強迫による婚姻取消請求権の消滅について規定する民法第823条が準用される結果、詐欺又は強

⁽¹⁹⁷⁾ 윤진수·현소혜, 앞의 책 (25), 221면參照.

⁽¹⁹⁸⁾ 윤진수·현소혜, 앞의 책 (25), 222면參照.

⁽¹⁹⁹⁾ 第806条第2項參照.

迫によって入養の意思表示をした場合において、詐欺又は強迫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は、もはや入養の取消しを請求することができない。

入養の取消しの効力に関して、婚姻の取消しに関する民法第824条が準用される結果、入養の取消しの効力は既往に遡及しない。したがって、罷養の場合と同様の結果となる。

入養の無効・取消しの結果、利得が存在する場合には、その返還が問題になろう。日本民法は、第808条による同法第748条の準用がなされる結果、返還の範囲については、善意の場合と悪意の場合が区別され、不当利得の特則となっている。韓国民法は同種の規定を置いていないため、学説上、入養当時にその取消原因があることを知っていた当事者は入養によって得た利益をすべて返還すべきとする見解⁽²⁰⁰⁾と入養が取り消されたとしても、養親子関係から得た相続財産等を不当利得によって返還すべき義務はないとする見解の対立がある⁽²⁰¹⁾。

3 罷養

養親子関係は、罷養によって解消しうる。韓国民法は、日本民法と同様、罷養の形態として、協議罷養と裁判罷養の2つを規定している。前者は、入養当事者の合意に基づく罷養を認めるという点で、後者よりも容易な罷養を認めている。ただし、韓国では、協議による罷養が認められるのは、養子が成年者である場合に限定されている。

2012年2月10日の民法改正を通じて、韓国民法は、養子が未成年者又は成年被後見人である場合における協議による罷養を廃止し、裁判による罷養のみを規定するに至った。

さらに、一連の民法改正を通じ、「家のための養子」から「子のための養子」への転換がなされているように見える。

以下では、協議罷養（第898条から第904条まで）及び裁判罷養（第905条から第908条まで）の規定を条文ごとに検討する。

(200) 김주수·김상용, 앞의 책(81), 383면.

(201) 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(27), 847면.

(34) 協議上の罷養

第898条 <1990年1月13日：本条第2項削除，2012年2月10日：本条改正>

養父母及び養子は，協議して罷養することができる。ただし，養子が未成年者又は成年被後見人である場合は，この限りではない。

民法案審議録（下）：94頁 第892条⁽²⁰²⁾

参照外国立法例：BGB 第1769条；ZGB 第269条第1項；中華民國民法第1080条第1項；日本民法第811条第1項（明治民法第862条第1項）

本条は，協議罷養について規定する。日本民法第811条に対応する。

1960年1月1日施行の民法第898条では，「①養親子は，協議によって罷養することができる」，「②戸主となった養子は，罷養することができない」と定められていた。その後，1990年1月13日民法改正によって第2項が削除された。さらに，2012年2月10日民法改正によって第1項の文言変更とただし書の追加がなされる形で全文が改正されるに至った。

1. 協議による罷養

協議による罷養は基本的に，協議による離婚と同様の仕組みが採られている。協議による罷養の実質的要件は，①入養当事者（養親と養子）の間に罷養の意思があること，②養子が未成年者又は成年被後見人ではないことである。

また，夫婦が共同で入養した子に対して夫婦の一方のみが罷養することができるかについては，学説上の争いがあるが，共同で協議上の罷養をしなければならぬという見解が多数説とされている⁽²⁰³⁾。これに対し，2012年2月10日の民法改正によって養子が成年である場合に限り，協議罷養が可能となったことに鑑みれば，養子の福利はもはや大きな問題とならないと考えら

⁽²⁰²⁾ もともと1960年1月1日施行の民法第898条第2項は，「戸主となった養子は，罷養することができない」と規定されていた。民法案審議録（下）94頁（同17頁も参照）によれば，このような規定が制定された理由は，韓国民法制定当時の慣習が，養子が戸主となった場合には，これを罷養することができないとされていたためであるとされている。なお，本文に記載したように，1960年1月1日施行の民法第898条第2項は，1990年1月13日民法改正によって削除された。

⁽²⁰³⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 289면；윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 854면。

れるため、必ずしも共同罷養に固執する必要はなく、具体的な事情に従い、単独罷養を認めても問題はないという見解も存在する⁽²⁰⁴⁾。

他方、夫婦共同罷養に関する判例の立場を検討する上では、2012年2月10日改正以前の判決ではあるが、大法院2001年8月21日判決⁽²⁰⁵⁾が参考となる。すなわち、同判決は、養親のうち的一方が既に死亡していた事案において、入養に関しては民法第874条第1項が夫婦共同入養の原則を採っていることを確認した上で、「罷養に関しては、別途の規定を置いてはいないが、夫婦の共同入養原則の規定の趣旨に鑑みれば、養親が夫婦である場合、罷養をするときにも夫婦が共同でしなければならないと解釈すべき余地がないわけではないが（養子が未成年者である場合には、養子制度を置いた趣旨に照らして、そのように解釈すべき必要性が大きい）、そのように解釈するとしても、養親夫婦のうち的一方が死亡するか又は養親が離婚したときには、夫婦の共同罷養の原則が適用される余地がないというべきである」と判示している。

この判旨からすれば、如何なる場合においても夫婦共同罷養が原則的に適用されるか否かについては必ずしも明らかではないが、少なくとも、①養子が未成年者である場合においては、夫婦が共同で罷養をすべき必要性が高いこと、②また、たとえ夫婦共同罷養が原則であるとしても、養親の一方が死亡するか又は養親が離婚しているときは、もはやこの原則は適用されないということを示したと整理することができる⁽²⁰⁶⁾。

2. 養子が未成年者又は成年被後見人である場合の特則(本条ただし書)

2012年2月10日民法改正で追加された本条ただし書により、養子が未成年者である場合には、協議罷養は認められていない。すなわち、現在では、未

⁽²⁰⁴⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 (31), 389-390면. 同書390頁は、具体例として養父母が長期間別居をしている場合を挙げている。

⁽²⁰⁵⁾ 대법원 2001.8.21. 선고 99므2230판결.

⁽²⁰⁶⁾ このように考えれば、上記判決の趣旨は、養子が未成年者である場合において、夫婦共同離縁の原則について規定し、夫婦のうち的一方がその意思表示をすることができないときは、例外的に単独の離縁を認める日本民法第811条の2と同趣旨として評価することも可能であろう。

ただし、韓国では、2012年2月10日民法改正により、未成年者である養子を罷養するときは、裁判上で罷養をしなければならない点には留意を要する。

成年者の養子に対する罷養は裁判上の罷養に一本化されている。これは、民法改正前の韓国民法の体系上、未成年者を養子とする場合に国家機関(法院)が介入する仕組みがなく、子の福利に及ぼす影響、罷養後の子の保護、養育等の問題があったため、これらの問題を解決するために整えられたものである⁽²⁰⁷⁾。

また、本条ただし書は、養子が成年被後見人である場合にも、養子が未成年者である場合と同様、協議罷養を認めず、裁判罷養への一本化を図っている。他方、養父母が成年被後見人である場合には、成年被後見人の同意を得て、協議罷養をすることができる(民法第902条参照)。

3. 協議罷養の効果

入養当事者の協議の結果、協議による罷養申告書が受理された場合には、一般入養に関する協議罷養の効果として、入養によって形成された養親子関係は終了する。また、親族関係も終了する(民法第776条参照)。その結果、扶養や相続などの権利義務関係も消滅することになる。

(35) 15歳未満の者の協議上の罷養

第899条 削除 <2012年2月10日>

民法案審議録(下): 94-95頁 第893条 参照外国立法例: 日本民法第811条第2項(明治民法第862条第2項)
--

本条は、15歳未満の未成年者の罷養につき代諾によることを規定していたが、2012年2月10日民法改正により削除された。この改正で削除された第899条は、「① 養子が15歳未満である場合には、第869条によって入養を承諾した者が養子に代わって罷養の協議をしなければならない。ただし、入養を承諾した者が死亡し、又はその他の事由によって協議をすることができないときは、生家の他の直系尊属がこれをしなければならない」、「② 第1項による協議を未成年者後見人や生家の他の直系尊属がする場合には、家庭法院の許可を得なければならない」と定めていた。

本条の削除は、未成年者である養子の保護のために行われた民法第898条

⁽²⁰⁷⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 388면参照。

の改正に伴うものである⁽²⁰⁸⁾。

(36) 未成年者の協議上の罷養

第900条 削除 <2012年2月10日>
民法案審議録(下): 95頁 第894条 参照外国立法例: 参照なし

本条は、未成年者が養子である場合における罷養について同意権者の同意を要する旨を規定していたが、2012年2月10日民法改正により削除された。この改正で削除された第900条は、「養子が未成年者であるときは、第871条の規定による同意権者の同意を得て、罷養の協議をすることができる」と定めていた。

本条の削除も、第899条と同様、未成年者である養子の保護のために行われた民法第898条の改正に伴うものである⁽²⁰⁹⁾。

(37) 準用規定

第901条 削除 <2012年2月10日>
民法案審議録(下): 95-96頁 第895条 参照外国立法例: 参照なし

本条は、同意権者である直系尊属の順位に関する規定の準用を規定していたが、2012年2月10日民法改正により削除された。この改正で削除された第901条は、「民法第899条及び第900条の場合に直系尊属が数人であるときは、民法第870条第2項を準用する」と定めていた。すなわち、直系尊属が数人いる場合には最も近い尊属を先順位とし、同順位者が数人いる場合には年長者を先順位とする旨が規定されていた。

本条の削除は、民法第899条及び第900条の削除に伴うものである⁽²¹⁰⁾。

⁽²⁰⁸⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 289면 參照。

⁽²⁰⁹⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 289면 參照。

⁽²¹⁰⁾ 民法第899条及び第900条の削除理由に関しては、それぞれの条文の説明を參照。

(38) 成年被後見人の協議上の罷養

第902条 <2011年3月7日：本条改正；2012年2月10日：本条改正>
成年被後見人である養父母は、成年後見人の同意を得て罷養を協議することができる。

民法案審議録（下）96頁 第896条
参照外国立法例：日本民法第812条；明治民法第864条

本条は、成年被後見人である養父母の協議罷養について規定する。日本民法第812条に対応する。ただし、成年後見人の同意を要する点は、日本民法と異なる。

本条に対する2011年3月7日民法改正は成年後見制度導入に伴うものであり、また2012年2月10日民法改正は第898条ただし書の追加に伴うものである。

本条により、養父母が成年被後見人である場合でも、成年被後見人が意思能力を回復しているときは、成年後見人の同意を得て罷養を協議することが可能である⁽²¹¹⁾。

(39) 罷養申告の審査

第903条 <2012年2月10日：本条改正>
第898条、第902条、その他の法令に違反しない罷養の申告は、受理しなければならない。

民法案審議録（下）96頁 第897条
参照外国立法例：BGB 第1770条；日本民法第813条第1項；明治民法第865条第1項

本条は、家族関係登録公務員による罷養申告の受理に関して規定する⁽²¹²⁾。日本民法第813条第1項に対応する。本条は、日本民法第813条第2項に対応する規定を欠いている⁽²¹³⁾。

⁽²¹¹⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 (27), 859면；김주수·김상용, 앞의 책 (31), 389면参照。

⁽²¹²⁾ 2012年2月10日改正前の第903条は、「罷養の申告は、その罷養が第878条第2項、第898条ないし前条の規定その他法令に違反しなければ、これを受理しなければならない」と定めていた。

⁽²¹³⁾ 本条に違反する罷養については、次条の「2. 協議罷養の無効と取消し」を参照。

本条は、婚姻申告の審査に関する規定（第813条）、入養申告の審査に関する規定（第881条）と同様に、罷養申告に対する家族関係登録公務員の審査義務（形式的審査義務）及び受理要件を定めている。本条に従い、家族関係登録公務員は、要件違反のない罷養申告を受理しなければならない。

(40) 準用規定 — 詐欺又は強迫による罷養請求権の消滅と協議罷養の成立

第904条 <2012年2月10日：本条改正>
 詐欺又は強迫による罷養の取消請求権の消滅に関しては第823条を準用し、協議上の罷養の成立に関しては第878条を準用する。

民法案審議録（下）96-97頁 第898条
 参照外国立法例：日本民法第812条；明治民法第864条

1. 罷養取消権の消滅と協議罷養の成立

本条は、詐欺又は強迫による罷養の取消し及び協議上の罷養の成立に関して、民法第823条及び第878条がそれぞれ準用される旨を規定する⁽²¹⁴⁾。日本民法第812条に対応する。ただし、取消権の消滅に関しては、日本民法が6ヶ月と定めているのに対し、韓国民法は3ヶ月としている。

本条によって詐欺又は強迫に関する婚姻取消請求権の消滅に関する民法第823条が準用されるため、詐欺又は強迫による罷養の取消請求権は、詐欺を知った日又は強迫を免れた日から3ヶ月を経過すれば消滅する。ただし、本条による民法第824条の準用がないため、罷養の取消しの効力は遡及しない。

また、本条による第878条の準用に従い、協議上の罷養は申告をもって効力が生じる。たとえ協議をしたとしても、申告がなされていない場合には、罷養の効力が生じない。それ故に、協議上の罷養の申告は、創設的申告として把握されている⁽²¹⁵⁾。

なお、罷養の取消しについては、調停前置主義が採られている（家事審判法第2条第1項第1号ナ(ナ)類事件11）及び第50条）。

⁽²¹⁴⁾ 2012年2月10日改正前の第904条は、「第823条及び第878条の規定は、協議上の罷養に準用する」と定めていた。

⁽²¹⁵⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 297면；윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 864면。

2. 協議罷養の無効と取消し

(i) 協議罷養の無効

日本民法と同様、韓国民法も、協議罷養の無効についての明文の規定を置
いていない⁽²¹⁶⁾。

しかし、罷養当事者(養親及び養子)間に罷養意思の合致がない場合には、
その罷養は無効である。罷養意思の合致がない場合とは、罷養の協議自体が
ない場合、養父母又は養子の意思能力がない場合、罷養意思の撤回がなされ
たにもかかわらず、罷養の申告がなされた場合、仮装罷養などが含まれると
されている⁽²¹⁷⁾。ただし、仮装罷養については、有効とする見解⁽²¹⁸⁾も存在す
ることには留意を要する。仮装罷養に関する見解の対立は、罷養意思を実質
的意思と考える立場と罷養意思を形式的意思と考える立場があることに起因
するものである。前者のように捉えれば、仮装罷養は罷養意思がないために
無効となるが、後者のように捉えれば、仮装罷養は罷養意思があるために有
効となる⁽²¹⁹⁾。

そのほかにも、協議罷養の当事者である養子が未成年者や成年被後見人
である場合について協議罷養がなされたときは、その協議罷養は無効と理解さ
れている⁽²²⁰⁾。このような解釈論は、韓国民法が、2012年2月10日の民法改
正により、養子が未成年者や成年被後見人である場合には、裁判罷養のみを
認める制度を整えたため、このような罷養は制度上許容されないと考えてい
ることに起因するものと評価できる。

(ii) 協議罷養の取消し

本条により、詐欺又は強迫によって罷養がなされた場合には、その罷養は
取消しの対象となることは明らかである。その他の場合に関して、韓国民法

⁽²¹⁶⁾ なお、日本の人事訴訟法第2条第3号が離縁の無効の訴えが可能であることを
規定しているのと同様、韓国の家事訴訟法第2条第1項第1号가(가). 6)でも、
罷養無効の訴えが規定されている。

⁽²¹⁷⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 391면; 송덕수, 앞의 책(23), 192면; 박동섭·
양경승, 앞의 책(66), 390면参照。

⁽²¹⁸⁾ 법원행정처 『법원실무제요 [4-1]: 가사 (I)』(법원행정처, 2010) 554면。

⁽²¹⁹⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 299면参照。

⁽²²⁰⁾ 송덕수, 앞의 책(23), 192면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 299면; 윤진수,
앞의 책(124), 225면。

は、日本民法と同様、協議罷養の取消しについての明文の規定を置いていない⁽²²¹⁾。

詐欺又は強迫による罷養以外の事案において、とりわけ、見解の対立が確認されるものとしては、成年被後見人である養父母が協議罷養をするにつぎ、成年被後見人の同意を得ていなかったとき、すなわち民法902条に違反した申告が受理された場合が挙げられる⁽²²²⁾。なお、この点については、未だ確立した判例や学説はないと指摘されている⁽²²³⁾。

(4) 裁判上の罷養の原因

第905条 <1990年1月13日：本条改正，2012年2月10日：本条改正>
 養父母，養子又は第906条に定める請求権者は，次の各号のいずれか一つに該当する場合には，家庭法院に罷養を請求することができる。

1. 養父母が養子を虐待又は遺棄するか，その他養子の福利を著しく害した場合
2. 養父母が養子から甚だしく不当な待遇を受けた場合
3. 養父母又は養子の生死が3年以上明らかでない場合
4. その他養親子関係を継続し難い重大な事由がある場合

民法案審議録（下）97-98頁 第899条⁽²²⁴⁾
 参照外国立法例：ZGB 第269条；中華民國民法第1081条；日本民法第814条；明治民法第866条

⁽²²¹⁾ なお、日本の人事訴訟法第2条第3号が離縁の取消しの訴えが可能であることを規定しているのと同様、韓国の家事訴訟法第2条第1項第1号ナ(나), 11)でも、罷養取消しの訴えが規定されている。

⁽²²²⁾ 民法第902条に違反した罷養申告が受理された場合に、罷養の取消しの訴えを提起することができるという見解としては、송덕수, 앞의 책⁽²³⁾, 193면がある。同頁は、民法第902条違反の場合を規定していないことは立法上の不備であるとし、入養取消しの規定を類推適用し、取り消すことが可能であるとする。

これに反対し、協議罷養を取り消すことができないとする見解としては、김주수·김상용, 앞의 책⁽³¹⁾, 391면；윤진수, 앞의 책⁽²⁴⁾, 225면；민유숙 편 [이선미], 앞의 책⁽²⁵⁾, 301면がある。

⁽²²³⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책⁽²⁷⁾, 862면；민유숙 편 [이선미], 앞의 책⁽²⁵⁾, 301면。

⁽²²⁴⁾ 民法案審議録（下）97頁によれば、裁判上の罷養原因については、多少の相違はあるが、現行日本民法第814条第1項と同趣旨の規定が提案されていたことが確認される。しかし、審議の過程で、本文（1. 改正の概要を参照）に記載した

本条は、裁判上の罷養の原因について規定する。日本民法第814条に対応する。ただし、本条第1号及び第2号が、日本民法第814条第1号に比して、より広範な罷養原因を認めている点には留意を要する。また、本条が、いわゆる裁量棄却の規定（日本民法第814条第2項）を欠く点も注目される⁽²²⁵⁾。

1. 改正の概要

1960年1月1日施行の民法第905条は、「養親子の一方は、次の各号の事由がある場合に限り、法院に罷養を請求することができる」とし、裁判上の罷養原因として次の5つを規定していた。すなわち、「①家門を汚し、又は家産を傾倒した重大な過失があるとき」、「②他の一方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」、「③自己の直系尊属が、他の一方から甚だしく不当な待遇を受けたとき」、「④養子の生死が3年以上明らかでないとき」、「⑤その他養親子関係を継続し難い重大な事由があるとき」である。

この規定のうち、第1号の「家門」及び「家産」が、1990年1月13日民法改正によって「家族の名誉」及び「財産」に変更された。しかし、上記の規定は、家のために養子が認められるという観点によるものであり、現代の養子制度が基本的に子のためのものであるという点から、時代に合わないという理由で2012年2月10日改正により削除されるに至った⁽²²⁶⁾。なお、2012年2月10日改正前の民法第905条第4号及び第5号は、現在の第3号及び第4号に対応するものである⁽²²⁷⁾。

2. 裁判上の罷養原因

裁判上の罷養原因は、次のとおりである。

よな条文（1960年1月1日施行の民法第905条）に改められたことがうかがえる（民法案審議録（下）98頁参照）。

(225) なお、韓国民法では、裁判上の離婚原因に関する第840条においても、いわゆる裁量棄却の規定を欠いている点にあわせて注目したい。

(226) 윤진수·현소혜, 앞의 책 (25), 225-226면参照。

(227) ただし、改正前の第4号は、「養子の生死が3年以上明らかでないとき」と規定し、養子に限定されていたが、2012年2月10日改正後の民法905条第3号では、養父母が追加されている。

(i) 養父母が養子を虐待又は遺棄するか、その他養子の福利を著しく害した場合（本条第1号）

本条第1号は、養子のための罷養原因である。具体例としては、養子に対して、身体的虐待（性的な虐待を含む）、過度な懲戒、適切な衣食住を提供せずに放任すること、犯罪行為を教唆すること、また、養親自身が、犯罪行為によって長期間服役しなければならないために養子を養育できないこと、薬物中毒等によって養子を養育できないこと等が挙げられている⁽²²⁸⁾。養父母の故意又は過失は必ずしも必要ではないが、養子の養育基盤を危うくするほどに「著しい」ものでなければならない⁽²²⁹⁾。

なお、養父母以外の養家の直系尊属から養子が虐待等を受けた場合や養父母が養子の親生父母等に虐待等を行った場合については、本条第1号の問題にはならないが、本条第4号の事由に該当する可能性がある⁽²³⁰⁾。

(ii) 養父母が養子から甚だしく不当な待遇を受けた場合（本条第2号）

本条第2号は、養父母のための罷養原因である。本号にいう「著しく不当な待遇」とは、精神的・身体的虐待、重大な侮辱、長期間にわたった扶養義務の悪意的不履行等のような破倫（패륜）⁽²³¹⁾的な行為に基づき、養親子関係を継続することが養父母にとって過酷な結果をもたらしうる場合を指すとされている⁽²³²⁾。

(iii) 養父母又は養子の生死が3年以上明らかでない場合（本条第3号）

本条第3号は、養親及び養子、双方のための罷養原因である。養親又は養子がともに3年以上生死不明、すなわち生存も死亡も証明できない状態である場合がこれに該当する。生死不明となった理由は、問題とならない⁽²³³⁾。

なお、長期間消息が途絶えても、生死不明の状態ではない場合には、本号

⁽²²⁸⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 395면.

⁽²²⁹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 395-396면.

⁽²³⁰⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 870면.

⁽²³¹⁾ 原文では、「悖倫(패륜)となっているが、「破倫」と訳出した。以下、「破倫(패륜)」とする。

⁽²³²⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 871면.

⁽²³³⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 871면. 同趣旨のものとしては、ほかにも 김주수·김상용, 앞의 책(31), 396면がある。

の問題ではなく、第4号の問題となる⁽²³⁴⁾。

(iv) その他養親子関係を継続し難い重大な事由がある場合 (本条第4号)

本条第4号は、日本法と同様、抽象的罷養原因を規定したものである。具体的には、不治の精神病、常習的犯罪行為、長期間の交流断絶などが想定されている⁽²³⁵⁾。また、本号の適用に関しては、養父母と養子の関係、財産状態、情緒の緊密度、養家又は生家の他の親族との関係、入養動機、養親子関係が継続し難い事由が発生した原因、罷養成立時の養子の福利等を総合的に考慮して判断すべきものとされている⁽²³⁶⁾。

1960年1月1日施行の民法第905条第5号(現在の民法第905条第4号)に関連し、大法院2002年12月26日判決⁽²³⁷⁾は、養子が養親の所有していた複数の不動産を処分したこと等につき、養親が特に叱責をすることなく、円満な関係を維持していたところ、養子の処分行為等があった時から20年以上が経過した後になって、この処分行為等を理由として罷養請求がなされたとしても、1960年1月1日施行の第905条第1号(家門を汚し、又は家産を傾倒した重大な過失があるとき)及び第5号(その他養親子関係を継続し難い重大な事由があるとき)に規定された罷養原因に該当するとはいえないとした原審判断を支持した。

また、下級審の裁判例としては、次のようなものがある⁽²³⁸⁾。なお、以下の事案は、すべて、入養に代わる出生申告によって養親子関係が形成されているという特徴があることに注視したい⁽²³⁹⁾。

養親の他の子との紛争を契機として、入養に代わる出生申告によって養子となった者と養親との間に20年以上連絡や往来がなかった事案⁽²⁴⁰⁾において、養親子関係が既に破綻しており、将来的に養親子として精神的・経済的生活

⁽²³⁴⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 872면.

⁽²³⁵⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 31, 396면.

⁽²³⁶⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 872면.

⁽²³⁷⁾ 대법원 2002.12.26. 선고 2002므852 판결.

⁽²³⁸⁾ 以下の下級審判決の判決文は、김주수·김상용, 앞의 책 35, 385-397면에資料として掲載されているものを参照にした。

⁽²³⁹⁾ 入養に代わる出生申告については、前述の民法第878条を参照。

⁽²⁴⁰⁾ ただし、認定事実からは、周囲の視線を気にして、養子の息子が結婚した際に、その結婚式には参加し、写真撮影をしていた事実も確認される。

共同体を回復する見込みもないことを理由にその他養親子関係を継続し難い重大な事由に該当するとしたもの⁽²⁴¹⁾がある。ほかにも、入養に代わる出生申告によって養子となった者が、養父と生母の離婚後、養父との間で一切の交流がなく、また養子の生父が戸籍上、他の親生子として記載されていた当該子を自己の養子として入養した事案において、その他養親子関係を継続し難い重大な事由があるとした事案がある⁽²⁴²⁾。

これに対して、① 父母不明の子を婚姻中の親生子として出生申告をした者らが離婚した後に、養子と養父の間に数十年間連絡がなかったという事情のみをもっては、養親子関係を継続し難い重大な事情があるとはいえないとした事案⁽²⁴³⁾や、② 入養に代わる出生申告によって養子となった者が、養母に対して、死亡した養父が生前に養子の名義にしていた当該不動産の所有権を主張し、対立しているという理由のみをもっては、養親子関係をこれ以上継続し難い程度の破倫(패륜)行為やその他重大な事由があるとはいえないと判断した事案⁽²⁴⁴⁾も存在する。

4. 有責者当事者からの罷養請求

養親子関係が破綻するに至った原因を自ら作出した者からの罷養請求が認められるか、すなわち有責当事者からの罷養請求が、「有責配偶者からの離婚請求」と同様、問題となる。

この問題につき、多数説は、有責当事者からの罷養請求は認められないという立場を採っている⁽²⁴⁵⁾。

5. 裁判上の罷養の効果

一般入養に関する裁判上の罷養の効果は、基本的に、協議罷養と同様である。ただし、裁判上の罷養の無効又は取消しを主張することができないという点は異なる。

²⁴¹⁾ 춘천지방법원2008.1.24. 선고 2006르236판결.

²⁴²⁾ 서울가정법원 2008.12.5. 선고2008르1782판결.

²⁴³⁾ 서울가정법원 2008.5.23. 선고 2007드단103409판결.

²⁴⁴⁾ 서울가정법원 2010.12.20. 선고 2010드단32835판결.

²⁴⁵⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 396-397면; 송덕수, 앞의 책(23), 193-194면; 박동섭·양경승, 앞의 책(66), 394면; 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 869면.

また、養子が未成年者である場合の罷養と関連し、罷養された未成年者の親権が親生父母に当然に復活するかが問題となる。この点については、2011年5月19日民法改正によって導入された民法第909条の2によって、家庭法院の親権者指定又は後見人選任審判の手続きを経ることになったため、罷養された未成年者の親権が、親生父母に当然に復活するものではないと理解されている⁽²⁴⁶⁾。

(42) 裁判上の罷養請求権者

第906条 <1990年1月13日：本条改正，2012年2月10日：本条改正>

① 養子が13歳未満である場合には、第869条第2項による承諾をした者が養子に代わり、罷養を請求することができる。ただし、罷養を請求することができる者がいない場合には、第777条による養子の親族又は利害関係人が、家庭法院の許可を得て、罷養を請求することができる。

② 養子が13歳以上の未成年者である場合には、第870条第1項による同意をした父母の同意を得て、罷養を請求することができる。ただし、父母が死亡するか又はその他の事由によって同意することができない場合には、同意なしに罷養を請求することができる。

③ 養父母又は養子が成年被後見人である場合には、成年被後見人の同意を得て、罷養を請求することができる。

④ 検察官は、未成年者又は成年被後見人である養子のために罷養を請求することができる。

民法案審議録（下）98頁 第900条

参照外国立法例：参照なし

本条は、罷養請求権者について規定する。日本民法第815条に対応する。民法第905条に掲げる裁判上の罷養原因がある場合において、本条に定められた罷養請求権者は、裁判上の罷養を請求することができる。

1. 改正の概要

1960年1月1日施行の民法第906条は、「第898条第2項、第899条から第902条までの規定は、裁判上の罷養の請求に準用する」と規定し、未成年者及び成年被後見人（当時：禁治産者）が養子である場合においても、協議罷養に係る規定を裁判上の罷養に準用していた。その後、1990年1月13日民法

²⁴⁶⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(27), 856-857면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 291면参照。

改正によって、民法第898条第2項が削除されたことに伴い、上記で列挙された条文からこれが除外された。

さらに、2012年2月10日民法改正では、未成年者及び成年被後見人が養子である場合の保護を強化する目的で、民法第899条から第902条までの規定が削除されたことに伴い、これらに対応する規定を本条で改めて規定するに至った。また、2012年2月10日民法改正により、裁判上の罷養請求権者の範囲は、改正前よりも拡充している。

2. 裁判上の罷養の請求権者

(i) 養子が13歳未満である場合（本条第1項）

養子が13歳未満であるときは、民法第869条第2項に基づき代諾をした法定代理人が、養子に代わって裁判上の罷養請求権者となる(本条第1項本文)。本条第1項の適用対象は、罷養当時、13歳未満である養子である⁽²⁴⁷⁾。

しかし、裁判上の罷養原因があるにもかかわらず、裁判上の罷養請求をすることができる法定代理人がない場合（死亡や所在不明等）には、裁判上の罷養を請求することができない。そこで、本条第1項ただし書は、このような場合につき、養子の親族（民法第777条⁽²⁴⁸⁾）又は利害関係人が、家庭法院の許可を得て罷養を請求することができる旨を規定している。養子の親族については、生家の親族に限定されず、養家の親族も含まれると理解されている⁽²⁴⁹⁾。また、利害関係人とは、主として、入養機関の長、児童保護専門機関の長が想定されている⁽²⁵⁰⁾。

⁽²⁴⁷⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 313면.

⁽²⁴⁸⁾ 第777条には、① 8寸以内の血族, ② 4寸以内の姻戚, ③ 配偶者が「親族」として規定されている。

⁽²⁴⁹⁾ 김상용, 앞의 논문 59, 42면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 314면; 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 877면.

ただし、養家の親族が含まれるかについては、改正過程における議論では、特に検討がなされなかったとの指摘もある（윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 227면の주 45参照）。

⁽²⁵⁰⁾ 김상용, 앞의 논문 59, 42면 (민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 314면; 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 877면も参照)。

(ii) 養子が13歳以上の未成年である場合 (本条第2項)

本条第2項本文により, 養子が13歳以上の未成年者であるときは, 入養に同意した父母の同意を得て, 裁判上の罷養を請求することができる。本条第2項の適用対象は, 罷養当時, 13歳以上の未成年者の養子である⁽²⁵¹⁾。

しかし, 父母が死亡するか又はその他の事由によって同意を得ることができない場合には, 同意は不要である (本条第2項ただし書)。本条第2項ただし書の「その他の事由によって父母の同意を得ることができない場合」の具体例としては, 生死不明, 所在不明, 意識不明などが挙げられている⁽²⁵²⁾。

(iii) 養父母又は養子が成年被後見人である場合 (本条第3項)

養父母又は養子が成年被後見人である場合には, 成年被後見人の同意を得て, 裁判上の罷養を請求することができる (本条第3項)。

本条第3項の適用対象は, 罷養当時, 成年被後見人である養父母又は養子である。したがって, 入養当時に成年被後見人でなかったとしても, 罷養時点で成年被後見人となっている養父母又は養子は, 成年被後見人の同意を得なければならない⁽²⁵³⁾。

(iv) 検察官による罷養請求 (本条第4項)

本条第4項により, 検察官も, 公益の代表者として, 未成年者又は成年被後見人である養子のために罷養を請求することができる。

具体的には, 養父母が未成年者又は成年被後見人である養子を虐待, 遺棄, 放任しているにもかかわらず, 入養当時の法定代理人がいないため, 又は関心がないために, 罷養請求をすることができない場合や養子の親族がいるが, 無関心で罷養請求をしない場合などが挙げられている⁽²⁵⁴⁾。また, 入養に同意した父母が正当な理由なしに裁判上の罷養に同意しない場合にも, 本条第4項に従い, 検察官が裁判上の罷養を請求することができる⁽²⁵⁵⁾。

⁽²⁵¹⁾ 民ユ숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 315면.

⁽²⁵²⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 878면 (민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 315면も参照)。

⁽²⁵³⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 316면.

⁽²⁵⁴⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 31, 395면.

⁽²⁵⁵⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 31, 393-394면.

(43) 裁判上の罷養請求権の消滅

<p>第907条 <2012年2月10日：本条改正⁽²⁵⁶⁾> 罷養請求権者は、第905条第1号・第2号・第4号の事由があることを知った日から6ヶ月、その事由があった日から3年を経過したときは、罷養を請求することができない。</p>
<p>民法案審議録（下）99頁 第902条 参照外国立法例：明治民法第870条</p>

本条は、裁判罷養請求権の消滅について規定する。日本民法に対応する規定はない⁽²⁵⁷⁾。

第905条の裁判罷養の原因のうち、養父母又は養子の生死が3年以上明らかではない場合（同条第3号）を除く原因に関して、出訴制限を設けるものである。本条に従い、罷養請求権者⁽²⁵⁸⁾は、第905条第1号、第2号、第4号の罷養原因があることを知った日から6ヶ月、罷養事由があった日から3年を経過した場合には、もはや罷養請求をすることができなくなる⁽²⁵⁹⁾。

本条の趣旨は、罷養請求権の行使期間を短期間に制限することにより、養親子関係の迅速な安定化を図っているところにあるとされている⁽²⁶⁰⁾。

⁽²⁵⁶⁾ 1960年1月1日施行の民法第907条は、「第905条第1号から第3号まで及び第5号の事由は、他の一方がこれを知った日から6ヶ月、その事由があることを知った日から3年を経過したときは、罷養を請求することができない」と規定していた。

2012年2月10日民法改正では、罷養請求権者（民法第906条）が拡充されたため、本条にもその影響が及んでいる。

⁽²⁵⁷⁾ ただし、明治民法第870条では、本条と同様に、提訴期間を制限する趣旨の規定が置かれていた。

⁽²⁵⁸⁾ 罷養請求権者については、「Ⅱ. 3 (44) 罷養請求権者」(第906条)の部分を参照。

⁽²⁵⁹⁾ ただし、第906条第1項ただし書に従い、養子又は養父母以外の第三者が罷養請求権者となった場合には、当該「親族又は利害関係人が、罷養事由のあることを知った日」から6ヶ月を計算するべきであり、また第906条第4項に従い、検察官が罷養請求権者となった場合には、検察官が罷養原因を知った日は無関係に、その事由があった日から3年内と理解すべきであると主張されている（윤진수 편 [현소해], 앞의 책 ⑺7, 882면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 ⑵5, 317-318면参照）。

⁽²⁶⁰⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 ⑺7, 882면参照。

(44) 裁判罷養における約婚の解消に伴う損害賠償請求の準用

第908条 <2012年2月10日：本条改正⁽²⁶¹⁾>
裁判上の罷養による損害賠償責任に関しては、第806条を準用する。

民法案審議録(下)99-100頁 第903条
参照外国立法例：参照なし

本条は、裁判罷養に基づく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⁽²⁶²⁾。

本条に従い、約婚の解消に伴う損害賠償請求を定める第806条が準用されるため、裁判上の罷養においても財産上及び精神上の損害を賠償する責任が発生しうる⁽²⁶³⁾。

4 親養子

親養子制度は、日本の特別養子制度と同様、断絶型・許可型の制度⁽²⁶⁴⁾で、2005年の民法改正により導入され、2008年1月1日より施行されている。それまでは、民法上の一般養子制度と「入養特例法」⁽²⁶⁵⁾上の養子制度が各々別の目的と背景下において運営されていた。

韓国の養子制度は、日本と同様に時代と社会の変化に伴い変遷し、「家のための養子」から「父母のための養子」を経て今日では「子のための養子」

⁽²⁶¹⁾ 2012年2月10日民法改正に伴い、表現のみが改められた(윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 228면)。したがって、2012年2月10日民法改正前後で内容面の変更点はない。

⁽²⁶²⁾ ただし、日本においても、最判昭和41年12月23日集民85号869頁が、裁判離縁に伴う慰謝料請求を容認している。

⁽²⁶³⁾ さらに、윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 884면は、家事訴訟法第2条第1項1. 다(다). 3)を参照しつつ、本条が、協議上の罷養、罷養の無効又は取消しの場合にも適用される可能性を示唆している。

⁽²⁶⁴⁾ 金亮完·前掲注(5)・570頁。

⁽²⁶⁵⁾ 本法の歴史は、1961年9月30日に制定された「孤児入養特例法」に始まるが、これは1950年代の朝鮮戦争による戦争孤児に対する対策として行われた海外への入養の法的根拠となった。その後、1976年12月31日にこの「孤児入養特例法」は廃止され、新たに「入養特例法」が制定される。1995年の改正で「入養の促進および手続きに関する法律」となったが、さらに2011年8月4日に全面改正され、名称も「入養特例法」となった。

に発展してきたものの⁽²⁶⁶⁾、従前の養子制度では制度の不備が公式な手続きによる入養をためらう原因となっていたことは夙に指摘されていた。殊に、韓国社会の「秘密入養」⁽²⁶⁷⁾の風土にしたがうとき、日本でも「藁の上からの養子」として知られるように、入養関連法に定められた手続きや入養機関を経ずに未婚の母や極貧の貧困者の子を譲り受け、わが子として秘密裏に入養する例が後を絶たず、このような場合、専門機関により事前審査と監督等が行われないがために「子の福利」の実現が期待できないとの批判があった⁽²⁶⁸⁾。

そのような中、従前に入養制度が抱えていた問題を解決し、子の福利を第一に、ことに継父と姓が異なるために苦しい思いをする再婚家庭の子の福利を増進させ、入養した養子が法的のみならず、実生活においても養親の親生子のように完全に入養家族の構成員として同化できるようにし、ひいては社会的に入養をより活性化しようとして、長い議論の末導入されたのが親養子制度である⁽²⁶⁹⁾。

「親養子」という名称も、あたかも「養親の親生子」として出生したように扱われるという意味合いで、「完全養子のウリ(우리=我が・我々)式表現」⁽²⁷⁰⁾とされている。

一方、その導入背景において類似点を有する日本の特別養子制度は、1987(昭和62)年の改正(昭和62年法第101号)により導入(1988(昭和63)年1月1日施行)されたが、養子となる子を要保護児童に限定し、縁組の手続き、効果及び離縁制限などで従来の養子制度と大きく異なり、「子のため」の養子法の理念をより具体化するもの⁽²⁷¹⁾とされている。

なお、養親は必ず、夫婦でなければならない(日本民法第817条の3)点、実父母の同意を要件(日本民法第817条の6)として、家庭裁判所の審判により「実方の血族との親族関係が終了する縁組を成立させることができ」(日

⁽²⁶⁶⁾ 韓国養子法の変遷に関しては、金亮完・前掲注(5)570-574頁参照。

⁽²⁶⁷⁾ 「秘密入養」の慣行とそれに対する大法院の態度については、金亮完・前掲注(5)・575頁参照のこと。

⁽²⁶⁸⁾ 배인구 「친양자제도 성립요건의 문제점에 관한 소고」 사법 1 권21호 (2012) 236면。

⁽²⁶⁹⁾ 배인구, 앞의 논문 ⁽²⁶⁸⁾, 237면。

⁽²⁷⁰⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 398면。

⁽²⁷¹⁾ 床谷文雄「養子制度の比較法的研究の課題」民商法雑誌第138巻第4・5号(2008年)408頁。

本民法第817条の2)、この場合、家庭裁判所は、「子の利益のため特に必要があると認めるときに」のみ成立させるものとされる(日本民法第817条の7)等の点は、韓国の親養子入養制度との共通ないしは類似点であるが、他方、養子や養親の年齢要件等と並んで一定期間の試験監護(日本民法第817条の8:最低6ヶ月)を要する部分は、注目すべき差異ともいえる。

親養子入養制度は、2012年2月10日民法改正により、養子となる者の年齢等に関する変更をはじめ、制度導入後の批判を受け、制度不備に関するさらなる補完を行い、その後の動向が注視されている。他方、日本においても、特別養子縁組制度の見直しに関する「民法等の一部を改正する法律(令和元年法律第34号)」(2019(令和元)年6月14日公布、2020(令和2)年4月1日施行)において、特別養子縁組における養子となる者の年齢の上限を原則6歳未満から原則15歳未満に引き上げるとともに、特別養子縁組成立の手続きにおいて養親となる者の手続きの負担を軽減する改正を行ったことで特別養子制度の利用を促進するための新たなステージに入ったといえ、日韓の両制度を比較検討する意義は大きいといえよう。

(45) 親養子の入養の要件等

第908条の2 <2005年3月31日:本条新設, 2012年2月10日:本条改正>

① 親養子を入養しようとする者は、次の各号の要件を充たし、家庭法院に親養子入養を請求しなければならない。

1. 3年以上婚姻中の夫婦として共同で入養すること。ただし、1年以上婚姻中の夫婦の一方がその配偶者の親生子を親養子とする場合は、この限りではない。
2. 親養子となる者が未成年者であること
3. 親養子となる者の親生父母が親養子入養に同意すること。ただし、父母が親権喪失の宣告を受けるか、所在を知ることができないか又はその他の事由によって同意することができない場合は、この限りではない。
4. 親養子になる者が13歳以上である場合には、法定代理人の同意を得て入養を承諾すること
5. 親養子となる者が13歳未満である場合には、法定代理人がその者に代わり入養を承諾すること

② 家庭法院は、次の各号のいずれか一つに該当する場合には、第1項第3号・第4号による同意又は同項第5号による承諾がなくても、第1項の請求を認容することができる。この場合、家庭法院は、同意権者又は

承諾権者を審問しなければならない。

1. 法定代理人が正当な理由なく同意又は承諾を拒否する場合。ただし、法定代理人が親権者である場合には、第2号又は第3号の事由がなければならない。
2. 親生父母が自己に責任のある事由によって、3年以上子どもに対する扶養義務を履行せず、面接交渉をしなかった場合
3. 親生父母が子を虐待又は遺棄するか、その他子の福利を著しく害した場合

③ 家庭法院は、親養子となる者の福利のために、その養育状況、親養子入養の動機、養父母の養育能力、その他の事情を考慮して親養子の入養が適当ではないと認める場合には、第1項の請求を棄却することができる。

民法案審議録：なし

本条は、親養子入養の要件等について定める。日本民法第817条の2から第817条の8までの規定に対応する。

1. 親養子入養の要件

親養子入養は、一定の要件を充たし、家庭法院の許可を得た場合に、既存の親族関係を完全に断絶させる効果を伴うものである⁽²⁷²⁾。すなわち、親養子入養は、宣告型入養と完全入養(Full Adoption)としての性格を有する入養である⁽²⁷³⁾。

(i) 3年以上婚姻中の夫婦として共同で入養すること(本条第1項第1号)

本条も、日本民法第817条の3と同様、婚姻関係にある夫婦が共同で養親となることを求める。これは、親養子に対し、婚姻中の出生子としての地位を与えることが親養子入養制度の立法趣旨であるのみならず、安定的な婚姻関係にある養親の家庭で育つことが子の福利にとっても望ましいためである⁽²⁷⁴⁾。

⁽²⁷²⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 886-887면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 321-322면参照。

⁽²⁷³⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 400면は、親養子入養を当事者の契約型入養とせず、子の福利のために宣告型入養としたことにつき、国家が当然に負担する児童保護義務を具体化したものと捉えている。

⁽²⁷⁴⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 887면。

なお、本条第1項にいう「婚姻」は法律婚のみを指す⁽²⁷⁵⁾。現行法上、独身者については、親養子入養は認められておらず、一般入養に限られることになるが、これに関連し、憲法裁判所2013年9月26日決定⁽²⁷⁶⁾は、本条第1項1号の規定が独身者の平等権を侵害しない旨を述べ、憲法に違反しないと判断している⁽²⁷⁷⁾。

本条は、養親が婚姻中であるのみならず、さらに、その婚姻が原則として3年以上継続していることを求める。3年以上婚姻が継続している場合には、その家庭が比較的安定していると考えられるからである⁽²⁷⁸⁾。この3年以上の婚姻継続の要件は、家庭法院の入養審判当時を基準に判断される⁽²⁷⁹⁾。ただし、婚姻中の夫婦の一方が他方配偶者の親生子を親養子とする場合には、例外的にその婚姻の継続期間は1年間に短縮され(本条第1項第1号ただし書)、夫婦共同入養の原則も適用されない。このような場合には、通常、婚姻と共に他方配偶者の子(前婚において出生した子または婚外子)と家族として共同生活を始めることになる。その共同生活期間は、一種の試験同居期間のような性格を帯びることになるともいえ、一定の試験養育期間を経て養子を認める外国の立法例⁽²⁸⁰⁾と比較しても3年という期間は長すぎるといえ、

275) 법원행정처, 앞의 책(5), 297면; 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 887면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 322면。

276) 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고2011헌가42 전원재판부 결정。

ただし、同決定は、9人中5人の裁判官が本条は違憲であるという趣旨の反対意見を述べているが、憲法第113条第1項、憲法裁判所法第23条第2項ただし書第1号の定める違憲決定するのに必要な定足数には達していないため、合憲という判断が下されたという点には、留意を要する。

277) これに対し、婚姻中ではない者にも親養子入養を認めることを立法論的に考慮すべきという見解もある(윤진수, 앞의 책(124), 229면参照)。

278) 김주수·김상용, 앞의 책(3), 400면。

また、윤진수, 앞의 책(124), 229면も、親養子制度の目的が親養子に完全な家庭をみつけようとするところにあるから、婚姻期間が短い場合には、婚姻が破綻するおそれがあると考えて、3年以上の婚姻継続を要件としているとする。

279) 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 888면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 322면; 송덕수, 앞의 책(23), 197면。

280) たとえば、ドイツ民法(第1744条)では「相当な期間(通常約1年)」, フランス民法(第345条第1項)は6ヶ月, スイス民法(264条)は2年以上の養育を要件としている旨があげられ、このような同居(試験養育)は一種の熟慮期間と同

そのような理由から、配偶者の子を入養する場合の婚姻持続期間は1年に短縮されたとする⁽²⁸¹⁾。

(ii) 親養子となる子が未成年者であること（本条第1項第2号）

親養子となる子は、未成年者⁽²⁸²⁾であることを要する（本条第1項第2号）。2012年2月10日民法改正前の第908条の2第1項第2号では、15歳未満の子が親養子の対象とされてきたが、同改正により、親養子となる子の要件は未成年者に変更されるに至った。ただし、婚姻により成年擬制された者は、たとえ19歳未満であっても親養子入養の対象から除外される⁽²⁸³⁾。

いつの時点で未成年者であることを要するかについて、学説では見解が分かれているが、親養子入養の可否が家庭法院の審判手続の長短に影響を受けるのは問題で、子の福利の観点からも親養子入養の請求時を基準とする見解が通説⁽²⁸⁴⁾であり、また実務においても同様の態度が採られている⁽²⁸⁵⁾。

(iii) 親生父母の同意（本条第1項第3号）

本条第1項第3号は、親養子入養につき、原則として親養子の親生父母の同意を得ることを求める。この親生父母の同意権は、憲法第10条から導き出される家庭生活と身分関係に対する人格権・幸福追求権及び同第36条第1項に基づく婚姻と家庭生活の自由な形成に対する基本権としての性格を有する⁽²⁸⁶⁾ところ、とりわけ、親養子入養が親生父母にとっては「わが子」との親子関

様の性格を有するとしている（김주수·김상용, 앞의 책(31), 401면）。

⁽²⁸¹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 401면。

⁽²⁸²⁾ 韓国では2013年7月1日より、成年年齢が19歳となっているため（民法一部改正·法律第10429号, 公布：2011年3月7日, 施行：2013年7月1日）、19歳未満の子は親養子入養が可能である。

⁽²⁸³⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 325면。

⁽²⁸⁴⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책(27), 893면；송덕수, 앞의 책(23), 197면；박동섭·양경승, 앞의 책(66), 362-363면。

これに対し、親養子入養の裁判確定時を基準とすべきという見解も存在する（이경희 『가족법（9 정판）』（법원사, 2017）243면参照）。

⁽²⁸⁵⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 325면。同趣旨のものとして, 법원행정처, 앞의 책(51), 298면がある。

⁽²⁸⁶⁾ 헌법재판소2012.5.31. 선고2010헌마87 전원재판부 결정。

係を終了させるという点からも重要な意味を持つといえる⁽²⁸⁷⁾。したがって、親生父母は、自身とわが子の親子関係が完全に断絶するという事実を十分に理解の上で同意の意思表示をしなければならず、たとえば、養父母となる者がまだ定まらない段階において、包括的に同意を行うといった、いわゆる「白紙的同意」は無効である⁽²⁸⁸⁾。

ここにおける親生父母とは、離婚後、親権者に指定されていない一方の親も含まれる⁽²⁸⁹⁾。このような場合、その（親権を有さない）一方の親は、法定代理人としての同意権は有さないとはいえ、子が親養子入養をするのに「父母として」意思を表示する機会が必要とのことから、生父（＝実父）または生母（＝実母）としての同意権を認めたものとされている⁽²⁹⁰⁾。

認知されていない婚外子の親養子入養に関しては、生母の同意又は承諾があれば足り、生父の同意は要しない⁽²⁹¹⁾。

(iv) 入養の意思表示

親養子入養は、許可型（介入型）入養としての性格を有するが、家庭法院の許可に先立って入養当事者の意思表示の合致を要する⁽²⁹²⁾。

2012年改正法は、これを明示的に示しており、親養子となる者が自ら入養承諾の意思表示をするのが原則である。ここでいう意思表示とは、当該入養により親生父母との関係が完全に断絶されるという法律効果を十分認識していることが求められる⁽²⁹³⁾。

(ア) 親養子となる子が13歳以上の未成年者である場合

親養子入養をする未成年者が13歳以上の場合には、法定代理人の同意を得

⁽²⁸⁷⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 27, 894면参照。

⁽²⁸⁸⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 27, 894면参照。

⁽²⁸⁹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 31, 402면; 송덕수, 앞의 책 23, 197면。

⁽²⁹⁰⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 31, 402면。

⁽²⁹¹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 31, 404면。

⁽²⁹²⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 27, 899면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 329면。この点、윤진수 편 [현소해], 앞의 책 27, 899면は、2012年改正民法は、親養子入養が契約型入養としての性格をも有していることを明示的に宣言したとする。

⁽²⁹³⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 27, 899면

て、親養子となる子自ら入養承諾の意思表示をすることができる（本条第1項第4号）。

2012年の改正前における民法では、親養子入養が可能なのは15歳未満の子であったため、常に親生父母若しくは法定代理人がその入養を代諾する構造がとられていたことから、別途法定代理人の同意を要する場面自体存在しなかった。しかし2012年改正民法では、親養子入養が可能な年齢を19歳未満（未成年者）とし、法定代理人の代諾を要する年齢を13歳未満と規定したため、13歳以上19歳未満の場合は、親養子となる未成年者自らが入養承諾の意思表示をするものとし、ここに法定代理人の同意要件規定が新設された⁽²⁹⁴⁾。

ここでの法定代理人とは、親権を有する親生父母または養父母及び未成年後見人が含まれる⁽²⁹⁵⁾が、その他に法定代理人として認められる場合としては、「保護施設の未成年者の後見職務に関する法律（略称：施設未成年後見法）」による後見人（法第3条、第6条）があげられる⁽²⁹⁶⁾。

(イ) 親養子となる子が13歳に満たない未成年者である場合

親養子となる子が13歳に満たない未成年者である場合には、法定代理人が代わりに入養承諾の意思表示（代諾）をしなければならない（本条第1項第5号）。

これについては、親生父母の同意要件と別途に法定代理人の承諾要件をおくのは無意味であるという見解もあるが、親権者に指定されていない親生父母の場合や、一旦他の者に入養した子を親養子入養する場合など親生父母が法定代理人ではない場合もあるため、親生父母の同意とは別に法定代理人の承諾は必要であるとする⁽²⁹⁷⁾。

(v) 免除規定

上述のように、親養子入養については、原則的に親養子の親生父母の同意または法定代理人の同意・承諾（代諾）を得る必要があるが、以下のような

⁽²⁹⁴⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 27, 899면.

⁽²⁹⁵⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 27, 899면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 329면.

⁽²⁹⁶⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 329면.

⁽²⁹⁷⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 329-330면.

場合には、同意等を得ずとも親養子入養をすることが可能である。

まず、本条第1項第3号ただし書は、親生父母の同意を要しない場合として、①親権喪失宣告を受けたために親権を有しない場合、②所在不明のために親生父母の同意を得られない場合を例示するとともに、③「その他の事由によって同意できない場合」を規定する。③については、生死不明、長期間にわたる意識不明状態などが含まれる⁽²⁹⁸⁾。

さらに2012年改正法は、次のような場合においては、親生父母の同意や法定代理人の承諾がなくとも例外的に親養子入養ができるものとして免除規定を拡大した。

すなわち、①法定代理人が正当な理由なく同意又は承諾を拒否する場合(本条第2項第1号)、②親生父母が「自己に責任のある事由」により、3年以上扶養義務を果たさず、面接交渉をしなかった場合(本条第2項第2号)、③子に対する虐待又は遺棄あるいは子の福利を著しく害するような事由がある場合(本条第2項第3号)などにおいては、家庭法院は、親生父母の同意がなくとも親養子入養を許可することができる。さらに、①において法定代理人が親権者である場合は、②または③の事由を要する。

これらは概ね一般入養の場合(第869条第3項・第4項、第870条第2項)と同様であるが、親養子入養の場合は、②において、3年以上にわたって親生父母が扶養義務を履行しないだけでなく、面接交渉も行わなかったことが付加されており、その両方を要する⁽²⁹⁹⁾。またその義務を履行できなかったことに「自己に責任のある事由」を要する⁽³⁰⁰⁾点において、一般入養との差異が見られる。

このように免除規定を拡大するに至った背景には、親生父母が養育意思と経済力がないにもかかわらず同意を拒否する場合⁽³⁰¹⁾や、その所在が不明な

⁽²⁹⁸⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 327면 參照。

⁽²⁹⁹⁾ 김상용, 앞의 논문 69, 29면. 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 898면も 參照。

⁽³⁰⁰⁾ たとえば、親生父母が経済的困窮状態に陥ったことで扶養義務を十分果たせなかったり、疾病または相手方の妨害等の事情により子との面接交渉が不可能であったような場合には、親生父母の同意なく親養子入養をすることはできない(윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 898면)。

⁽³⁰¹⁾ 正当な理由なく同意をしないことから「同意権を濫用する場合」にあたるが、このよう場合、その同意を得ることなく親養子入養ができるかが問題となった。同様に、子を虐待しているにもかかわらず、親養子入養に同意をしないことも「同

ために親生父母の同意を得ることができない問題が存在したことに加え、同意の対価として金銭を要求するような事例⁽³⁰²⁾などもみられ、親養子入養の障壁として影響を及ぼした⁽³⁰³⁾ことも法改正へと向かうファクターとなった。

2. 家庭法院における審査

(i) 手続き

(ア) 親養子入養の請求（本条第1項）

親養子入養をしようとする者は、本条第1項の要件を充足した上で、家庭法院に入養を請求しなければならない⁽³⁰⁴⁾。養父母になろうとする者が請求人で、親養子となる者が事件本人となる。

この請求に対し、家庭法院は、子の福利を基準に審査を行い、適当と認めるときには、許可審判をすることができる。審査の過程で、家庭法院は、親養子の対象となる子等の関係人の意見を聴取しなければならない（家事訴訟規則第62条の3参照）⁽³⁰⁵⁾。

(イ) 審理過程

家庭法院は親養子入養許可の可否を決定するにあたり、必要な事実調査及び証拠調査を職権で行うことができる（家事訴訟法第38条、家事訴訟規則第23条）。本来、親養子入養事件は、家事訴訟法上(라)類家事非訟事件で、

意権の濫用」にあたるとする（김주수·김상용, 앞의 책 (31), 404면）。

⁽³⁰²⁾ 대구지방법원가정지원2009.12.4.자2009ㄴ단496심판。

⁽³⁰³⁾ 이은주 「자의 복리를 위한 친양자제도」 가족법연구제27권제1호 (2013) 344면；田中佑季「韓国における親養子制度の意義と養子法の改正」法学政治学論究第101号（2014年）23頁。

⁽³⁰⁴⁾ これは家事非訟事件である（家事訴訟法第2条第1項第2号가(가) 12) 参照）。

⁽³⁰⁵⁾ 家事訴訟規則第62条の3第1項によれば、親養子となる子が13歳以上の未成年者である場合には、当該子の意見も聴取すべき旨が定められている。これと関連し、김주수·김상용, 앞의 책 (31), 408면의주 (204) は、親養子となる子が13歳未満の場合でも、入養に関して自己の意見を表明することができるときは、その意見を聴くのが妥当であるとする。また、윤진수, 앞의 책 (124, 231면) は、規定上、親養子となる子が13歳未満の場合には意見を聴く必要がないと指摘した上で、これは子どもの権利条約第12条に照らして問題があると述べている。

原則的に事件関係人を審問することなく書面審理だけで行うことができる(家事訴訟法第45条)。

しかし、親養子入養に関する審判を行う場合、必ず親養子となる者(13歳以上の場合)、養父母となる者、親養子となる者の親生父母及び後見人、親養子となる者に対し親権を行使する者で父母以外の者(親権代行者)及び親養子となる者の父母の後見人の意見を聴かなければならない(家事訴訟規則第62条の3第1項)とし、親養子となる者の親生父母の死亡等の理由により意見を聴くことができないときは、最も近親の直系尊属(同順位が数人のときは年長者)の意見を聴くことを規定する(同条第2項)。

意見の聴取方法については特に制限はなく、当事者や参考人として審問あるいは証人として尋問など口述によることもできれば、陳述書などの書面によることもできる。また家事調査官を通して意見聴取し報告を受けることもできる⁽³⁰⁶⁾。家庭法院は、上記のように関係人の意見を聴取しなければならないが、その意見に拘束される訳ではない⁽³⁰⁷⁾。

また、家庭法院は、親養子入養に関する審判に際し、必要な場合は養父母となる者に対し未成年者養育に関する教育を実施し、また入養機関、社会福祉機関等において実施される未成年者養育のための教育を受けるよう命ずることができる(家事訴訟規則第62条の9)⁽³⁰⁸⁾。

(ウ) 同意権者の審問(本条第2項後段)

本条第2項後段により、親生父母の同意なく親養子入養を許可する場合には、家庭法院は、親生父母に対して審問を行わなければならないが、このと

⁽³⁰⁶⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 ②7, 903면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 ②5, 334면.

⁽³⁰⁷⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 ②7, 903면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 ②5, 334면.

⁽³⁰⁸⁾ この部分に関連する家事訴訟規則は、2016年12月29日改正により新設され、2017年2月1日より施行されている。これに則って全国の法院では、親養子入養の請求人及びその配偶者を対象に「民法上入養父母教育」という名称で集団教育を実施している。これにつき法院は、当事者に未成年者養育に関する教育を受けると教育を受けた後に「入養父母教育参加確認書」を提出することを命じている(민유숙 편 [이선미], 앞의 책 ②5, 334면)。

き、必ず審問期日を設けなければならない⁽³⁰⁹⁾。

(ii) 判断基準と家庭法院の裁量

親養子入養の場合においても、子の最善の利益 (the best interest of the child) が最も重要な考慮事項であるため⁽³¹⁰⁾、「親養子の入養が適当ではないと認める場合」には、家庭法院は親養子入養の請求を棄却することができる (本条第3項)。

家庭法院は、親養子入養の許可審判にあたって、「養育状況、親養子入養の動機、養父母の養育能力、その他の事情」を考慮しなければならない。つまり、親養子入養においても未成年者一般入養と同様に、養子となる未成年者の福利が入養認容の判断基準となる⁽³¹¹⁾。日本民法第817条の7及び第817条の8が、実父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不相当であることその他特別の事情がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるときに、試験監護を経て、特別養子縁組を成立させるものと規定しているのと同趣旨と思われる。しかし、韓国民法が、日本民法のような試験監護を義務付けていない点には留意を要する。親養子制度導入時、試験監護期間に対する改正案が議員立法として提出されたことはあったが、入養が活性化されていない韓国社会の現実には相容れないとのことから、これが法として反映されなかったとされる⁽³¹²⁾。結局のところ、婚姻持続期間と試験監護期間はその性格は違うとはいえ、韓国民法は、夫婦の一方がその配偶者の親生子を親養子として入養する場合には1年以上婚姻が継続していることを求めているが、この期間が試験監護期間としての意味を有すると捉えられていること⁽³¹³⁾、また立法当時の状況から試験監護期間におけるその養育状況を監督する家事調査官等のマンパワー不足という現実問題も作用してのこととされている⁽³¹⁴⁾。しかしながら、立法当時に比して現在の家庭法院の後見

③⑨ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 ②5, 333면参照。

③⑩ 윤진수, 앞의 책 ②4, 233면。

③⑪ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 ②5, 332면参照。

③⑫ 조은희, 「자의 복리를 위한 친양자제도」 서울법학제21권제2호 (2013) 9면。

③⑬ 김상용 「개정민법 (친족상속법) 해설」 법조588권 (2005) 129-130면。

③⑭ 홍창우 「민법상친양자 제도에 관하여」 인권과 정의381권 (2008) 51면; 정구태 「독신자의 양친 자격을 부인하는 친양자제도의 위헌 여부 —— 헌법재판소 2013.9.26. 선고2011헌가42결정에 대한 비판적 검토 ——」 법학논총제22권제1

サービス等の機能は目を見張るほど発展したといえ、実際の困難は十分克服できる状況にあるとして、やはり試験監護期間を設けるべきであるとの主張もなされている⁽³¹⁵⁾。

また、「その他の事情」として考慮されることとしては、婚姻生活の安定性、養親子間の和合可能性、他の親族関係への影響及び親養子となる者本人の意思等があげられる⁽³¹⁶⁾。特に親養子入養は、親生父母との関係が完全に断絶され、姓・本も変更となる等、重大な効果が伴うため、親養子となる者本人の意思を最大限尊重する必要がある⁽³¹⁷⁾。

大法院も当該判断においては、「親養子入養は、親養子をして親生父母との親族関係を終了させ、養父母の婚姻中の出生子の身分を取得させる強力な身分形成的効果があるため（民法第908条の3）、親養子入養許容の是非を判断するにあたっては、入養される子の福利に適合するか否かを最優先に考慮しつつ、親養子入養の動機と現実的必要性、家族関係に及ぼす影響等も慎重に考慮し総合的に判断しなければならない」⁽³¹⁸⁾としている。

一般入養と違って親養子入養は、その許可審判が確定されると同時に効力が発生し（民法第908条の3）、一旦成立すると実質的成立要件に瑕疵があったとしても、その入養の無効や取消についてはかなりの制限を受けることから、家庭法院は親養子入養許可時の実質的成立要件の具備に関しては厳格に審査する必要がある⁽³¹⁹⁾。

호 (2015) 412면.

⁽³¹⁵⁾ たとえば、入養申請の日から6か月以上の試験監護期間を経た後に親養子入養の許可をすべきとするもの（고형석 「친양자제도에 관한 연구」 저스티스제108호 (2008) 63-64면）、婚姻持続期間を廃止ないし短縮し、6ヶ月の試験監護期間を経て親養子入養を認めるべきとするもの（조은희, 앞의 논문 ①2, 10면；정구태, 앞의 논문 ①14, 412면）、1年程度試験監護期間を設け、その期間中においては法院が指導・監督及び後見の役割を担う必要があるとするもの（국회법제사법위원회 「민법 (친족·상속) 개정에 관한 공청회」 자료 (2014년12월 3일) 230-232면 [곽배희 (한국가정법률상담소) 진술요지서]) などがある。

⁽³¹⁶⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 ②7, 904면.

⁽³¹⁷⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 ②7, 904면.

⁽³¹⁸⁾ 대법원2010.12.24. 자2010스151결정.

⁽³¹⁹⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 ②7, 905면.

(iii) 親養子入養の申告

家族関係登録法第67条に従い、家庭法院において親養子入養の許可審判が確定した後、1ヶ月以内に入養申告をしなければならない。親養子入養の場合、家庭法院の許可審判により直ちに親養子関係が成立するため(本条2項)、この申告は、報告的申告である⁽³²⁰⁾。

(46) 親養子入養の効力

第908条の3 <2005年3月31日：本条新設> ① 親養子は、夫婦の婚姻中の出生子とみなす。 ② 親養子の入養前の親族関係は、第908条の2第1項の請求による親養子入養が確定した時に終了する。ただし、夫婦の一方がその配偶者の親生子を単独で入養した場合における配偶者及びその親族並びに親生子間の親族関係はこの限りではない。
民法案審議録：なし

本条は、親養子入養の効力について規定する。本条第2項は、日本民法第818条の9に対応する。

1. 親子関係の成立(本条第1項)

親養子入養の成立により、養子は、「夫婦の婚姻中の出生子」とみなされる(本条第1項)。このことは「第二の出生」とも呼ばれる親養子入養制度の根本的な目的が、養子と親生子との間の差別を無くし、養子に親生子と同じ養育環境を与えるところにあることを示すものである⁽³²¹⁾。親養子入養の成立に伴い、親養子と養父母の親子関係はもちろん、親養子と養父母の親族との間に親族関係も発生することになる。

本条により、親養子は、原則として養父の姓と本に従うことになる⁽³²²⁾。ただし、養父と養母が婚姻申告時に、協議の上、子が母の姓と本に従うことに合意していた場合には、民法第781条第1項ただし書により、養母の姓と本に従うことになる。

⁽³²⁰⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 408면; 송덕수, 앞의 책(23), 198면; 박동섭·양경승, 앞의 책(66), 371면; 윤진수, 앞의 책(24), 230면。

⁽³²¹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(31), 408면。

⁽³²²⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(27), 908면。

2. 親養子入養以前の親族関係の終了 (本条第2項)

(i) 親族関係がすべて断絶する場合 (原則)

本条第2項は、親養子入養の成立によって「入養前の親族関係」が終了する旨を規定する。一般入養は養子の入養前の親族関係は存続する(民法第882条の2第2項)が、親養子入養は、入養前の親族関係が終了する「完全入養」に該当する。

親族関係終了の効果は、親養子入養が確定した時から将来に向かって生じることになり、出生時に遡及することはない⁽³²³⁾。

親養子入養によって終了となるのは法律上の親子関係、つまり権利義務関係に限定され、自然的・生物学的血縁関係自体が断絶される訳ではないため、近親婚禁止に関する民法第809条は依然として適用されることになり⁽³²⁴⁾、入養前に8寸以内の血族であった者との婚姻はできない(民法第809条第1項)。

(ii) 親族関係の一部が断絶する場合 (例外)

本条第2項ただし書は、配偶者の一方の親生子を他方配偶者が親養子とした場合の例外を規定する。この場合、一方配偶者の親族関係を終了させる必要はないからである。

夫婦の一方がその配偶者の親生子を親養子とする場合、単独で行うことができるため(民法第908条の2第1項ただし書)、その配偶者と子(親生子)の間には親生親子関係だけが存在し養父母の存在がないことになる。したがって、この関係は親養子入養によって終了する親族関係には該当しない⁽³²⁵⁾。

3. 家族関係の登録と証明

(i) 親養子入養の申告

親養子入養は、その許可審判の確定と共に効力が生じるが、家族関係変動の公示のため許可審判が確定した時から1ヶ月以内に親養子入養申告をしなければならない(家族関係登録法第67条第1項)。

親養子入養の成立と同時に既存の親族関係が終了し、養父母を基準とする

⁽³²³⁾ 民ユウ 2015年 10月 1日付 [イシノミ], 上の 2015年 10月 1日付, 339頁参照。

⁽³²⁴⁾ ユンジン 2015年 10月 1日付 [イシノミ], 上の 2015年 10月 1日付, 339頁参照。

⁽³²⁵⁾ 民ユウ 2015年 10月 1日付 [イシノミ], 上の 2015年 10月 1日付, 340頁参照。

新たな親族関係が成立するため、家族関係登録簿にもこれを記録することになり、よって親養子の家族関係登録簿本人の姓名欄に「親養子」の文言を表示した後、この登録簿を閉鎖し、親養子に対し新たな家族関係登録簿を作成する⁽³²⁶⁾。

(ii) 家族関係証明書と親養子入養関係証明書

家族関係証明書とは、本人と家族の身分事項を証明するための証明書で本人を基準に父母・養父母・配偶者・子・養子及びそれらの者の姓名、性別、本、出生年月日と住民登録番号が表示された証明書である（家族関係登録法第15条第1項）。

親養子は、この家族関係証明書には、養父母の「자녀(子)」として記載されるため、一見して養子であるという事実は知ることができない⁽³²⁷⁾。

「親養子入養」の事実は、「親養子入養関係証明書」のみを通じて知ることができる⁽³²⁸⁾。ただし、この証明書の交付は極めて厳格に制限されている。家族関係登録法第14条第2項によれば、①親養子が成年に達し、申請する場合（同項第1号）、②婚姻当事者が民法第809条（近親婚の禁止）の親族関係を把握しようとする場合（同項第2号）、③法院の事実調査委託があり、又は捜査機関が捜査上の必要に応じて文書で申請する場合（同項第3号）、④その他大法院規則で定める正当な利害関係がある者が申請する場合（同項第4号）には、「親養子入養関係証明書」の交付を申請することができる。このうち、④については、家族関係登録規則第23条第3項により、民法第908条の4又は入養特例法第16条による入養の取消し、又は民法第908条の5又は入養特例法第17条による罷養をする場合（同項第1号）、親養子の福利のために必要であることを具体的に疎明し、申請する場合（同項第2号）、

⁽³²⁶⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 912면.

⁽³²⁷⁾ 김주수·김상용, 앞의 책 31, 409면.

⁽³²⁸⁾ 家族関係登録法は、公示の必要性と入養当事者の私生活保護という法益間の均衡を図るため、親養子入養に関する事項は、専ら親養子入養関係証明書によってのみ公示できるようにした（윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 913면）。因みに、韓国の家族関係登録法第15条より発給される証明書は、家族関係証明書・基本証明書・婚姻関係証明書・入養関係証明書・親養子入養関係証明書の5種類である。

その他大法院例規が定める正当な理由がある場合（同項第3項）⁽³²⁹⁾に限定されている。

(47) 親養子入養の取消し等

第908条の4 <2005年3月31日：本条新設, 2012年2月10日：本条改正> ① 親養子となる者の親生の父又は母は、自己に責任のない事由によって、第908条の2第1項第3号ただし書による同意をすることができなかった場合に、親養子入養の事実を知った日から6ヶ月内に、家庭法院に親養子入養の取消しを請求することができる。 ② 親養子入養に関しては、第883条、第884条を適用しない。
民法案審議録：なし

本条は、親養子入養の取消し等に関して規定する⁽³³⁰⁾。日本民法に対応する規定はない。2012年2月10日民法改正により、表現が若干修正されたが、この改正前後で内容面の変更はない⁽³³¹⁾。

1. 親養子入養における一般入養の無効又は取消しに関する規定の適用除外（本条第2項）

本条第2項は、一般入養の無効について定める第883条及び一般入養の取消しについて定める第884条の各規定が、親養子入養の場合に適用されない旨を規定する⁽³³²⁾。本条により適用が除外される諸規定は、養子の実質的要件違反に関するものが中心であるが、親養子入養の場合には、既に家庭法院が実質的要件を審査していることから、この点は問題とならないためである⁽³³³⁾。

本条第2項により、親養子入養につき、一般入養に関する無効及び取消し

⁽³²⁹⁾ 家族関係登録例規第545号第3条（親養子入養関係証明書の交付請求の特例）参照。

⁽³³⁰⁾ なお、本条によって、親養子入養が取り消された場合の効果については、第908条の7を参照。

⁽³³¹⁾ 윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 232면参照。

⁽³³²⁾ 中川善之助・山島正男編〔大森政輔〕『新版 注釈民法 24 親族(4)』(有斐閣, 1994年) 639頁によれば、日本の特別養子縁組についても、第802条から第808条までの規定に基づき、縁組の無効又は取消しを請求することができないとされている。

⁽³³³⁾ 이화숙 『2005년 개정가족법 해설 및 평가』(세창출판사, 2005) 94-95면。

の規定はその適用が除外されるため、本条第1項に拠る場合のほか、親養子入養の無効又は取消しを請求することはできない⁽³³⁴⁾。なお、親養子入養を認容する家庭法院の審判なしに、親養子入養がなされた場合については、これを無効とみる見解⁽³³⁵⁾と不成立とみる見解⁽³³⁶⁾がある。

2. 親生父母による取消し（本条第1項）

(i) 取消事由

親養子入養に際し、第908条の2第1項第3号ただし書により、親生父母の同意なしに許可審判がなされたが、入養の同意ができなかったことについて「自己に責任のない事由」がある場合には、その親養子入養は、取消しの対象となる（本条第1項）。なお、この取消権は、親養子入養の事実を知った日から6ヶ月に制限される（本条第1項）。

親生父母につき「自己に責任のない事由」とは、①子が第三者によって誘拐されたり、迷子となったりした場合、②親生父母が心神喪失の状態であった場合などである⁽³³⁷⁾。これに対し、親生父母が親権喪失宣告を受け、親養子入養の同意をすることができなかった場合や親生父母が自ら子を遺棄し、長期間所在を秘した結果、その者の同意を得ることができなかった場合は、本条の定める「自己に責任のない事由」には該当しないとされる⁽³³⁸⁾。

(ii) 取消権者

本条により、親養子入養の取消しを請求できる者は、親養子入養当時、同意することができなかった親生父母である。取消訴訟の相手方は、親養子、親養子父母であるが、この中に死亡した者がいる場合には、生存者が相手方となる（家事訴訟法第31条による同法第24条第2項の準用）。また、取消訴訟の相手方がすべて死亡していた場合には、檢察官が相手方となる（家事訴

⁽³³⁴⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 917면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 343면; 김주수·김상용, 앞의 책 31, 413면.

⁽³³⁵⁾ 박동섭·양경승, 앞의 책 66, 378면.

⁽³³⁶⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 917면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 344면.

⁽³³⁷⁾ 법원행정처, 앞의 책 51, 99면.

⁽³³⁸⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 916면.

訟法第31条による同法第24条第3項の準用)。

(iii) 手続き

親養子入養の取消しについては、調停前置主義に服する(家事訴訟法第2条第1項第1号ナ(ㄱ)13)及び同法第50条参照)。しかし、親養子入養の取消しは、当事者が任意で処分することができない事項であるから、結果的には裁判によることになる⁽³³⁹⁾。

また、家庭法院は、親養子入養の取消事由が存在していたとしても、子の福利を基準として、親養子入養の取消しが正当でないと認められる場合には、取消しの訴えを棄却することができる(民法第908条の6参照)。

(48) 親養子の罷養

第908条の5 <2005年3月31日：本条新設>

① 養親、親養子、親生の父又は母若しくは検察官は、次の各号のいずれか一つの事由がある場合には、家庭法院に親養子の罷養を請求することができる。

1. 養親が親養子を虐待又は遺棄するか、その他親養子の福利を著しく害するとき
2. 親養子の養親に対する破倫(悞辱)行為によって親養子関係を維持することができなくなったとき

② 第898条及び第905条の規定は、親養子の罷養に関してこれを適用しない。

民法案審議録：なし

本条は、親養子の罷養について規定する。日本民法第817条の10に対応する。

親養子制度が、親養子を「夫婦の婚姻中の出生子」として取り扱う制度であることからすれば、親養子の罷養はこれと矛盾すると言えよう⁽³⁴⁰⁾。本条は、親養子制度の本質から多少逸脱しているものとみることでもできるが、韓国社会の秩序を考慮して導入されたものと考えられている⁽³⁴¹⁾。しかしながら、

⁽³³⁹⁾ 법원행정처, 앞의 책(5), 102면. 同趣旨のものとしては, 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(27), 918면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 345-346면; 송덕수, 앞의 책(23), 200면がある。

⁽³⁴⁰⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(3), 414면。

⁽³⁴¹⁾ 김주수·김상용, 앞의 책(3), 415면. なお, 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(27),

これに対しては韓国社会が未だ「父母のための養子」という性格を有し、その範疇から抜け出せていないとの批判もある⁽³⁴²⁾。

1. 親養子罷養における一般入養に関する罷養規定の適用除外（本条第2項）

本条第2項は、親養子罷養につき、一般入養の協議罷養及び裁判罷養に関して規定している民法第898条及び民法第905条が適用されない旨を定める。したがって、親養子罷養に関しては、裁判上の罷養だけが認められ、しかも親養子の罷養を請求することができるのは、本条第1項の各号に定められた事由がある場合に限定されることになる。

2. 親養子罷養の要件（本条第1項）

本条第1項は、①養親が親養子を虐待又は遺棄するか、その他親養子の福利を著しく害する場合、②親養子の養親に対する破倫（卍尊）行為によって親養子関係を維持することができなくなった場合に、親養子の罷養を家庭法院に請求することができる旨を定める。前者が「親養子のため」の罷養事由を規定するのに対し、後者は「養親のため」の罷養事由を規定している。

(i) 養親による親養子の虐待又は遺棄、その他親養子の福利を著しく害するとき（本条第1項第1号）

本条第1項第1号は、養親が親養子を虐待又は遺棄した場合に加えて、「その他親養子の福利を著しく害するとき」も、罷養事由となることが規定されている⁽³⁴³⁾。その具体例としては、常習的な犯罪・麻薬使用やアルコール中毒、犯罪行為や醜業の教唆ないしは強要、持続的な侮辱、遺棄などが挙げられている⁽³⁴⁴⁾。ただし、罷養事由として認められるためには、親養子の養育基盤

920-921면も親養子関係においていかなる事情が発生してもその入養関係がむやみに解消されないのが原則であるが、本条は、韓国固有の法感情を反映し親養子の罷養事由を相当幅広く定めているとする。

⁽³⁴²⁾ 윤진수, 앞의 책 (24, 233면).

⁽³⁴³⁾ これについては、一般入養においても同じく裁判上の罷養事由として規定されている（民法第905条第1項）。

⁽³⁴⁴⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 (27, 924면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 (25, 348면参照).

を危うくするほどに「著しい」ものでなくてはならず、ある程度の反復性や持続性が必要とされている⁽³⁴⁵⁾。

また、養親の一方にのみ罷養事由が存在する場合、たとえば、養父のみが身体的虐待を行っているような場合であっても、養父母双方に対する罷養事由となると解されている⁽³⁴⁶⁾。

これに対し、養親の離婚により、経済状況が悪化したという事情のみをもっては、本条の罷養事由に該当するとは言い難い⁽³⁴⁷⁾。

(ii) 親養子による養親への破倫(파륜)行為(本条第1項第2号)

本条第1項第2号が規定する「破倫(파륜)行為」は、民法第905条第2号が規定する「養子から甚だしく不当な待遇を受けた場合」と比較しても、その程度がより甚大でなければならない⁽³⁴⁸⁾。すなわち、「破倫(파륜)行為」とは、もはやこれ以上、親養子関係を維持することができないような行為を指す⁽³⁴⁹⁾。具体的には、親養子が養父母のうちの一方を殺害した場合や養親に対する殺人未遂があった場合は、本条第1項第2号の罷養事由に該当する⁽³⁵⁰⁾。これに対し、親養子が養親の期待通りに成長せず、問題行動を起こしたり、養親に反抗したりする程度では、本条第1項第2号の罷養事由に該当するとは言い難い⁽³⁵¹⁾。

よって、一般入養の裁判上の罷養事由である「養父母が養子から甚だしく不当な待遇を受けた場合」(民法第905条第2号)という次元では、ここでい

③45 김주수·김상용, 앞의 책(31), 416면。

③46 법원행정처, 앞의 책(51), 99면。

③47 김주수·김상용, 앞의 책(31), 415면; 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(27), 924면。

ただし、민유숙 편 [이선미], 앞의 책(25), 348면は、配偶者の親生子を親養子として入養した養父母が、その配偶者と離婚し、親養子と如何なる交流もなしに生活しつつ、これに対し、養父母と親養子がともに罷養を望んでいる等の事由がある場合には、親養子関係を維持することが本号の定める親養子の福利を著しく害する場合に該当することであると指摘する。

③48 윤진수 편 [현소해], 앞의 책(27), 924면参照。

③49 법원행정처, 앞의 책(51), 99면。

③50 김주수·김상용, 앞의 책(31), 415면。

③51 김주수·김상용, 앞의 책(31), 415면。

う罷養事由には該当しない⁽³⁵²⁾。

3. 手続き

(i) 請求権者

親養子の罷養を請求できるのは、養親、親養子、親生の父又は母若しくは検察官である。養親又は親養子が請求権者となる場合には、当該事案に即してそれぞれが相手方となり、親生父母、検察官が請求権者となる場合には、養親と親養子の双方が相手方となる（家事訴訟法第31条による同法第24条の準用）。

(ii) 家庭法院の許可審判

親養子の罷養の訴えも調停前置主義に服するが（家事訴訟法第2条第1項第1号ナ(4)14）及び同法第50条）、本条第2項が民法898条の適用を除外しているために、協議で罷養をすることができない。したがって、調停前置主義が適用されるのは、親養子罷養の訴えにおいて、養父母が親養子の破倫(卍)行為を許し、罷養の訴えを取り下げる等の場合である⁽³⁵³⁾。

また、本条第1項第2号に基づく、罷養請求があった場合には、民法第908条の6により、家庭法院は、親養子の福利のために適当でないとする場合には、これを棄却することが可能である。

(iii) 親養子罷養請求権の消滅

親養子罷養請求権の消滅に関しては、別途明文の規定はないが、民法第908条の8により一般入養の裁判上の罷養請求権の消滅に関する民法第907条が準用されると捉えられている⁽³⁵⁴⁾。したがって、親養子罷養請求権者は、本条第1項の各号が定める事由があることを知った日から6ヶ月、もしくはその事由があった日から3年が経過すると罷養を請求することができない⁽³⁵⁵⁾。

⁽³⁵²⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 924면參照。

⁽³⁵³⁾ 법원행정처, 앞의 책 51, 99면。

⁽³⁵⁴⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 351면。

⁽³⁵⁵⁾ 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 351면。

(iv) 親養子罷養の申告

親養子罷養の裁判が確定したときは、訴えを提起した者が、裁判確定日から1ヶ月以内に判決謄本及び確定証明書を添付して、罷養の申告をしななければならない(家族関係登録法第69条参照)。

(49) 準用規定 — 親養子入養の取消し又は罷養における考慮要素

第908条の6 <2005年3月31日：本条新設, 2012年2月10日：本条改正> 第908条の2第3項は、親養子入養の取消し又は第908条の5第1項第2号による罷養の請求に関してこれを準用する。
--

民法案審議録：なし

本条は、親養子入養の取消し又は罷養請求に関して、民法第908条の2第3項が準用される旨を規定する。日本民法に対応する規定はない。

2012年2月10日民法改正により、民法第908条の2が改正されたため、本条もその影響を受けた修正がなされているが、そのほかは表現のみが修正されたに留まる⁽³⁵⁶⁾。

親養子入養に関する取消し又は罷養の請求がなされた場合には、家庭法院が、民法第908条の4(親養子入養の取消し等)及び第908条の5第1項第2号(親養子入養の罷養)に定められた要件を検討するが、本条は、このときの考慮要素を民法第908条の2第3項に求める。すなわち、家庭法院は、親養子関係の解消が親養子の福利に適するか否かにつき、養親側と親生父母側の養育状況及び養育能力を比較衡量し、親養子入養の取消し又は罷養が適当ではないと認める場合には、その請求を棄却することができる⁽³⁵⁷⁾。

本条は、養父母や親生父母の利益より親養子本人の利益を最優先で考慮するための条文となっている⁽³⁵⁸⁾。

⁽³⁵⁶⁾ 윤진수·현소혜, 앞의 책 25, 232-233면参照。

⁽³⁵⁷⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 927면。

⁽³⁵⁸⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 27, 927면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 25, 353면。

(50) 親養子入養の取消し・罷養の効力

第908条の7 <2005年3月31日：本条新設>

① 親養子入養が取消されるか又は罷養されたときには、親養子関係は消滅し、入養前の親族関係は復活する。

② 第1項の場合に、親養子入養の取消しの効力は遡及しない。

民法案審議録：なし

本条は、親養子入養の取消し又は罷養の効力について規定する。日本民法第817条の11に対応する。

本条第1項により、親養子入養の取消し又は罷養請求の許可審判が確定したときは、親養子関係は消滅し、入養前の親族関係が復活する。

親養子と養親との間の親子関係が終了することに伴い、養親の親権も終了することになるが、親養子となっていた子と親生父母との間で親子関係が復活しても、親権については親生父母の親権が自動的に復活するわけではない(民法第909条の2第2項及第3項)⁽³⁵⁹⁾。そのため、一時的な親養子の保護の空白状態に備え、家庭法院は、職権で、親権者が指定されるか又は未成年後見人が選任されるまでの間、その任務を代行する者を選任することも可能である(民法第909条の2第5項)。韓国民法は、実父母による相当の監護が可能であることを特別養子の離縁の要件としている日本民法第817条第1項第2号に対応する規定を欠いているが、民法第909条の2第5項を用いて、このような実務的運用をしているものと推察される。

また、親養子入養の成立により、親養子は原則的に養父の姓と本に従うが(民法第908条の3)、親養子入養の取消し又は罷養が行われた場合には、生父(母)の姓と本に従うことになる。この場合の姓と本の変更は、実務上、

⁽³⁵⁹⁾ 2011年5月19日改正前の民法においては、親養子関係罷養により、親養子入養により創設された親族関係は消滅し入養前の親族関係が復活するため、親権も自動的に従前の状態、すなわち親生父母が親権者として復活するとしていた。この点、近年韓国では、入養する子の実親の約90%が独身のシングルマザーであるという現実から、親養子の親生母は養育能力を有さないことも多く、子の養育を放棄したり、そもそも親生母の行方を探すこと自体困難な場合もあり、親権が自動的に復活するとなると、結局親養子であった未成年者を保護の空白状態に放置する結果を招いた。これを立法的に解決したのが2013年7月1日より施行されている改正親権法(民法第909条の2第2項)である(김주닝·김상용, 앞의 책(3), 418-419면)。

自動的に行われている⁽³⁶⁰⁾。しかしながら、このような実務のあり方に対しては、長期間養父の姓と本に従っていた親養子に上記のような効果を一律に強制するのは不適切であるとして、既存の姓・本を継続して使用できるとする規定を設けるべきであるとの指摘もある⁽³⁶¹⁾。

(5) 準用規定 — 親養子入養に関する一般入養の規定の準用

第908条の8 <2005年3月31日：本条新設>

親養子に関して、本款に特別の規定がある場合を除いては、その性質に反しない範囲内において養子に関する規定を準用する。

民法案審議録：なし

本条は、親養子において、特段の定めがある場合を除き、一般入養の規定が準用される旨を規定する。日本民法に対応する規定はない。ただし、日本においても、特別養子縁組は、養子縁組の特別類型であり、縁組には変わりがないことを理由として、特則が定められていない限り、普通養子縁組の規定が適用される⁽³⁶²⁾。

なお、一般入養の規定が準用されない場合としては、①親養子に関して特則がある場合と②親養子の性質に反する場合がある。

(i) 親養子の特則により準用が排除される規定

親養子の特則により準用が排除される一般入養の規定としては、以下の表の示すとおりである。

⁽³⁶⁰⁾ 罷養の場合については、家族関係登録例規第137号第9条第1項及び第10条、取消しの場合には、第14条による第9条第1項及び第10条の準用。

⁽³⁶¹⁾ 윤진수 편 [현소해], 앞의 책 27, 929면.

⁽³⁶²⁾ 中川善之助・山島正男編 [大森政輔]・前掲注⁽³²⁾・360-361頁参照。

準用されない一般入養規定	親養子の特則
第867条	第908条の2
第869条第1項, 第2項, 第3項第1号, 第4項	
第870条	
第873条第2項	
第874条第1項	第908条の2第1項
第882条の2	第908条の3
第883条～897条 ※897条の中の入養取消しによる損害賠償責任に関して第806条を準用する部分は除外	第908条の4
第898条～第904条	第908条の5
第905条	
第906条第2項, 第4項	

(ii) 親養子の性質により準用が排除される規定

親養子の性質に反することからその準用が排除される規定としては、以下の表の示すとおりである。

準用されない一般入養規定	備 考
第871条	親養子になるものは未成年者に限定
第873条中, 成年被後見人が養子となる場合	親養子が成年被後見人である場合はない
第874条第2項	配偶者のある未成年者は成年擬制されるため親養子になることはできない
第878条 第881条 第882条	親養子入養はその許可審判確認と同時に成立するため準用の余地はない
第907条中, 第905条第4号事由部分	第905条第4号は親養子罷養事由とはならない

(iii) 準用される規定

上に示した準用されない規定以外の一般入養の規定は、基本的に親養子にも準用される。若干の見解の相違は存在するものの、準用される一般入養の規定としては、養親となる資格に関する第866条、法定代理人等の免除に関する第869条第3項第2号及び撤回に関する同条第5項、親生父母の同意免除に関する第870条第1項第1号及び同意撤回に関する同条第3項、成年被後見人が入養する場合は成年後見人の同意を要するとした第873条第1項及び同意免除に関する同条第3項などである⁽³⁶³⁾。

また、入養取消しによる精神的損害に対する賠償責任につき第897条中の第806条を準用する旨を定めた部分、罷養請求権の消滅に関する第907条中の第905条第1号・第2号事由による部分罷養による精神的損害に対する賠償請求に関する第908条は、親養子入養に準用される⁽³⁶⁴⁾。

⁽³⁶³⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 (27, 933면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 (25, 357면).

⁽³⁶⁴⁾ 윤진수 편 [현소혜], 앞의 책 (27, 933면; 민유숙 편 [이선미], 앞의 책 (25, 357면).