

「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国判例法 ： 家族法領域における日韓比較民事法研究への端緒

鬼頭, 祐紀
九州大学大学院法学府 : 博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/1784605>

出版情報 : 九大法学. 113, pp.123-182, 2016-10-03. 九大法学会
バージョン :
権利関係 :

「有責配偶者からの離婚請求」に関する 韓国判例法* **

— 家族法領域における日韓比較民事法研究への端緒 —

鬼 頭 祐 紀

第1章 序論

第1節 本研究の位置：日韓比較民事法研究の一環として

第2節 本研究の意義

第2章 本論

第1節 大法院2015年9月15日全員合議体判決前史

第1項 大法院1965年9月21日【韓1】

第2項 大法院1987年4月14日判決【韓2】

第3項 大法院2009年12月24日判決【韓3】

第4項 小括：「有責配偶者からの離婚請求」の可否基準

第2節 大法院2015年9月15日全員合議体判決【韓4】

第1項 事実関係及び訴訟の経過

第2項 多数意見【韓4・多数】

第3項 反対意見【韓4・反対】

第4項 韓国内の評価

第5項 大法院2015年10月29日判決【韓5】

第3節 日韓比較判例法の観点から

第1項 韓国判例法の特徴

第2項 日本法検討への視点

第3章 終論—結びにかえて

第1節 今後の課題

第2節 韓国家族法研究への展望

【資料】：関連条文記

* 本研究は、「福岡家族法研究会」（平成28年5月26日。於：福岡家庭裁判所）の報告内容に加筆・修正を加えたものである。同研究会において、諸先生方には貴重なご意見を数多く賜った。この場を借りて深謝申し上げる。

** 本研究の文献収集に関しては、金祥洙 [김상수] 教授（韓国西江大学）の御助力を賜った。金祥洙先生にもこの場を借りて深謝申し上げる。

第1章 序論

第1節 本研究の位置：日韓比較民事法研究の一環として

「比較アジア民事法研究」は日本民法学の共通課題⁽¹⁾であり、「日韓（한일）比較民事法研究」は筆者の最大の関心である。「日本の民法（学）に影響を与えた諸外国の民法（学）」と合わせてさらに、「日本の民法（学）が影響を与えてきた諸外国の民法（学）を注視する」ことにも一考の価値があると考える筆者の立場からすれば、本研究もまた、個別具体的な論点研究を通じた日韓比較民事法研究の一環⁽²⁾である。財産法領域同様、日韓の家族法領域においても、条文それ自体の異同が散見される。

しかしながら、条文上の異同を超え、日韓の解釈論における異同を検討する研究成果はあまり見当たらない。すなわち、各条文に関する日韓の判例法・学説（史）の異同を明らかにする研究はなお少数に留まっている。これは、日韓比較民事法研究の基礎となる韓国民法の研究が十分に蓄積されてこなかったことに起因するものと考えられる。そこで、本研究は、今後の家族法領域における日韓比較民事法研究への端緒として「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国判例法を検討するものである。

第2節 本研究の意義

では、なぜ今この題材を喫緊の研究課題として取り上げるのか。これを明確にするためにも、(1) 比較法素材としての韓国離婚法 — 殊に裁判離婚 —、(2) 「有責配偶者からの離婚請求」に関する日本法 — 殊に判例法 — の現状、(3) 「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国判例法を取り上げる意義について、それぞれ確認する必要がある。

(1) 比較法素材としての韓国離婚法 — 殊に「裁判上の離婚」 —

現行韓国民法典は、1958年2月22日法律第471号として公布され、1960年1月1日施行されたが、施行から現在に至るまで約60年の間に度重なる改正を経験してきた。これに伴い、いわゆる家族法領域（第4編「親族」及び第5編「相続」）は、立法時と比べて大きく変化してきた⁽³⁾。中でも重要な改正として位置づけられているのは、1977年12月31日改正（1979年1月1日施行）、1990年1月13日改正（1991年1月1日施行）、そして2005年3月31日改正（同日施行）である⁽⁴⁾。殊に離婚法に即して言えば、1990年1月13日改正で協議離婚における「面接交渉権」（韓民837条の2）、「財産分割請求権」（韓民839条の2）が新設され、この2箇条の裁判離婚への準用（韓民843条）も認められるに至っている。さらに、2007年12月21日改正（同日施行）では、協議離婚の手続き（韓民836条の2）が整備され⁽⁵⁾、「離婚熟慮期間」等も導入された。また、「財産分割請求権保全のための詐害行為取消権」（韓民839条の3）が新設されたのもこの改正であった（上記に挙げた各条文は【資料】参照）。

以上のように、韓国家族法とりわけ離婚法については大きな変化が確認できる。そして、これらを日本法と照らし合わせてみれば、両国の離婚法には次のような異同が看取される。すなわち、「協議離婚」、「面接交渉権」、「財産分割請求権」は日韓を通じて条文が存在する。しかし、「協議離婚」に家庭法院が介入する点、「財産分割請求権保全のための詐害行為取消権」が現行韓国民法典に定められている点等は韓国法の特徴である。

では、「裁判上の離婚」に関しても、条文上の異同を看取し得るであろうか。以下で確認することにする。

韓民第840条 【裁判上の離婚原因】

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

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

韓民⁽⁶⁾840条は、日民770条に対応する条文であり、共に「裁判上の離婚」について規定している。一瞥するだけでも両者の異同を見出すことができる。

まず、相違点については、日民770条1項4号が精神病離婚につき定められているのに対して、韓民840条には対応する条文がない⁽⁷⁾。反面、韓民840条3・4号に対応する条文が日民770条1項には定められていない⁽⁸⁾。また、日民770条2項は1から4号までの事由に関して裁判所による裁量棄却の条文を設けているが、韓民840条には裁量棄却の条文が存在しない。次に類似点（酷似点）に関しては、日民770条1項1・2・3・5号と韓民840条1・2・5・6号の条文は対応関係にある。とりわけ日民770条1項5号と韓民840条6号は「その他婚姻を継続し難い重大な事由」と規定されており、文言に至るまで一致をみせている。このように、日韓の「裁判上の離婚」にも異同が確認される。

以上のとおり、離婚法全体を通じて日韓の条文上には異同が存在し、殊に「裁判上の離婚」については、相違点及び類似点ひいては酷似点までも見出すことができる。このことからすれば、学説及び判例法にも異同を見出し得るのではないか。そして、それらの検討は日本民法学の発展に寄与し得るのではないだろうか。そこで、本研究では「裁判上の離婚」に焦点を当て、個別具体的な論点を抽出して検討を行うべきであろう。

(2) 「有責配偶者の離婚請求」に関する日本法 — 殊に判例法 — の現状

では、何を対象とすべきか。日本において「裁判上の離婚」に関する論点のうち、「学説・判例上もっとも大きな論点」とされているのは、「有責配偶者からの離婚請求」である⁽⁹⁾。この論点を顧みれば、以下のような判例法の変遷が直ちに想起されるであろう。

最判昭和27年2月19日民集6巻2号110頁（以下「昭和27年判決」とする。）が「有責配偶者からの離婚請求」を棄却し、その後の判決もこれに従ったため、原則的に「有責配偶者からの離婚請求」を容認しない判例法理が確立した⁽¹⁰⁾。なお、一般的に、この判決は「消極的破綻主義」を採用したものと位置づけられている⁽¹¹⁾。

しかしながら、最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁（以下「昭和62年判決」とする。）は、以下のように述べて昭和27年判決を変更した。すなわち、「有責配偶者からの離婚請求」が「信義誠実の原則」に照らして許容されるか否かを判断する際には、①「有責配偶者の責任の態様・程度」、②「相手方配偶者の婚姻継続についての意思及び請求者に対する感情」、③「離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状態及び夫婦間の子、殊に未成熟の子の監護・教育・福祉の状況」、④「別居後に形成された生活関係」そしてさらに、⑤「時の経過とともに、これらの諸事情がそれ自体あるいは相互に影響し合っ変容し、また、これらの諸事情のもつ社会的意味ないしは社会的評価も変化することを免れないから、時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮されなければならない」（番号は鬼頭。）とした上で、さらに続けて、「有責配偶者からの離婚請求」であっても「[1] 夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、[2] その間に未成熟の子が存在しない場合には、[3] 相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許され

ないとすることはできない」〔番号〕及び傍点は鬼頭。）とした。

以上の判旨に基づき「有責配偶者からの離婚請求」が信義則に照らして許容されるか否かについては、前半を重視する「総合判断アプローチ」と後半を重視する「三要件アプローチ」があるとされているが、昭和62年判決以降の最高裁及び下級審判決は、主として三要件アプローチを基準に判断してきたことが確認されている⁽¹²⁾。ただし、三要件のそれぞれがどのような意義を有するのかについては、今なお不明な点が多く、近年ではこの意義について詳細な検討を試みる論稿も公表されている⁽¹³⁾。

上記ように、日本判例法の現状は昭和62年判決以降、主に、三要件アプローチを基準として展開されているが、昭和62年判決の解釈についてはなお議論の終息を未だみせていないことが確認される。また、周知のように平成8年に法制審議会が決定した法律要綱案（以下「平成8年要綱案」とする。）においては、昭和62年判決とその後の判決の趨勢に基づき、立法化が進められていた⁽¹⁴⁾。もっとも、この平成8年要綱案に基づく改正は未だ実現していない。

以上のことからすれば、現在の裁判の指針であり、将来の立法の重要な素材である昭和62年判決の判断基準を今一度再検討する時期にあると思われる。したがって、日韓比較民事法研究の個別具体的な論点としては、「有責配偶者からの離婚請求」こそが恰好の素材と言えよう⁽¹⁵⁾。

(3) 「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国判例法を取り上げる意義

本研究では、「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国内の議論を検討するに当たり、判例法にその焦点を置くことにする。その理由は、以下3点にある。

第1に、昨年（2015年）9月15日、「有責配偶者からの離婚請求」に関して、大法院が合議体判決による最初の判決を下したからである。大法院は、2015年6月26日に判決言い渡しに先立ち、約2時間に及ぶ公開弁論を実施している⁽¹⁶⁾。양승태 [梁承泰] 大法院長は、公開弁論の開催趣旨

を以下のように述べている。

すなわち、これまで大法院は原則的に「有責配偶者からの離婚請求」を許容しないという態度を示してきたが、①西欧諸国における有責主義から破綻主義への転換の増加、②経済発展に伴う家族関係及び離婚に関する意識の変化、③家族法の改正、④個人の幸福追求に関する意識が高まっていることに従い、韓国において、破綻主義を導入すべきではないかという声が高まっており、下級審でも破綻主義に立脚した裁判例が現れてきているため、この議論を慎重に再検討する機会を持つ必要があると考える。⁽¹⁷⁾

この公開弁論からは、破綻主義導入の当否につき、国内情勢はもちろん、外国立法趨勢と比較しながら深い議論がなされたことが推察される。大法院2015年9月15日全員合議体判決の議論を確認することは「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国法の議論を検討する際に最重要課題であると言えよう。なお、管見の限りでは、日本では同判決に関する研究成果は見当たらない。⁽¹⁸⁾

第2に、韓国判例法は、準拠法として日本の裁判所における解釈基準となり得るからである。現に以前、日本の最高裁において、「有責配偶者からの離婚請求」に関する事案について韓国法が適用されている。すなわち、最判平成9年2月25日家月49巻7号56頁（以下「平成9年判決」とする。）が韓国においては、「1987年以降、有責配偶者からの離婚請求であっても、既に婚姻関係が完全に破綻して形骸化し、かつ、相手方配偶者の実質的離婚意思の存在が客観的に明白である場合には、例外的に許容することができる旨を判示した大法院の判決が出現するに至っている」として、韓国判例法に言及して、「有責配偶者からの離婚請求」を許容した。⁽¹⁹⁾従来解釈基準がそのまま維持されているのか、あるいは変更されているか、さらには日本判例法との関係はどうかについて確認することは、喫緊の課題である。

そして、第3に、「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国判例法を

検討することは、同論点に関する日本判例法の再検討にとっても有益と思われるからである。本節(1)で確認したように日韓の条文には異同が存在するが、同論点に即して言えば、両国の条文は文言が一致しており、それぞれ日民770条1項5号と韓民840条6号の解釈論として議論される。個別具体的な事例を扱う裁判において、どのような事情を考慮して、韓民840条6号を解釈しているかについて検討することは、同条と文言を同じくする日民770条1項5号の解釈論についても示唆を与え得るであろう。

以上の3つの理由から本研究では、「有責配偶者からの離婚請求」に韓国判例法を、後述する【韓4】判決を中心に行う。

なお、本研究の当面の目的は、現時点における「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国判例法の到達点の確認を行い、その特色を整理して、さらに日本法検討への視点を獲得することにある。したがって、直ちに現在の日本判例法あるいは立法提案に賛同したり、または反対したりするものではない。本研究はいわば「有責配偶者からの離婚請求」に関する日韓比較民事法研究の基礎研究に位置づけられる。

第2章 本論

本論の構成は、第1節「大法院2015年9月15日全員合議体判決前史」、第2節「大法院2015年9月15日全員合議体判決【韓4】」、そして第3節「日韓比較判例法の観点から」である。

まず、第1節で大法院2015年9月15日全員合議体判決【韓4】に至るまでの経緯を検討し、第2節での【韓4】検討に向けての前提確認を行う。本研究の焦点となるべき2015年9月15日全員合議体判決【韓4】が下されるまでの大法院判決を教科書・体系書で確認してみるに、「有責配偶者からの離婚請求」に関する大法院判決は少なくとも、20件近く存在

⁽²⁰⁾する。さらに、下級審まで含めるとその数は相当数に及ぶ。⁽²¹⁾本研究では、この中から特に判例法の転換点になったものを3件取り上げて、詳細に検討する。

次いで、第2節で本研究の焦点とされるべき大法院2015年9月15日全員合議体判決【韓4】を詳細に確認し、検討する。その際、【韓4】の理解を一層深めるために、同判決を引用した【韓5】も合わせて検討する。

そして最後に、第3節では、筆者の視点から韓国判例法を整理しその特色を抽出した上で、日本法検討への視点を確認して、第3章「終論——結びにかえて」への架橋としたい。

第1節 大法院2015年9月15日全員合議体判決前史

第1項 大法院1965年9月21日【韓1】

本件は⁽²²⁾【離婚請求事件】である。

1. 事実関係

民集(민집)には、原審及び第1審の記載がされていないため、事実関係の詳細は必ずしも明らかではない。以下では、大法院が整理した⁽²³⁾原審確定事実及びXの上告理由で引用された原審判決文に基づいて整理した事実関係を述べることにする。

夫X(請求人・上告人)と妻Y(請求人・被上告人)は法律上の夫婦として生活していたが、婚姻後の1963年4月頃に卵管閉鎖症によるYの妊娠不能が判明した。その後、1963年5月18日、YはXが訴外Aと同居生活を送ることを黙認し、XとYはそれぞれ別居生活をするに至った。⁽²⁴⁾なお、1964年7月21日、Xと訴外A間には長男が出生した。

ところが、Yは1963年7月5日、Xに仮名で警告する趣旨の手紙を発送したのみならず、Xが当時勤務していた高等学校の校長に対してXの畜妾事実を話し、さらには教育員会等の主要関係各所に投書をした。その結果、Xは教育員会の勧告により1964年8月25日に辞職するに至った。

そこで、Xはソウル家庭法院に離婚請求をした。なお、第1審判決は不明であるが、第2審ソウル高等法院はX敗訴の判決を下した。これを不服としたXが大法院に上告した。

2. 判旨

（主文）：上告棄却。

「原審は、Yが妊娠不能であるという事実、XとYが別居生活することに合意したという事実、Yが別居生活の資金及び3ヶ月間の生活費を受領したという事実、Yが1963年7月5日、仮名でXに対し警告する趣旨の手紙を発送したにとどまらず、主要関係各所に投書等をする一方で、Xが畜妾公務員として勧告辞職された事実、そして、XとYが別居生活と家庭不和によって、多少の争いをしたにとどまらず、Xのバーバリーコート等を引っ張ったことで破れた事実のみをもっては、Yについて裁判上の離婚事由があると認定することができず、むしろXが家庭の平和と男女の本質的平等を無視しその責任に属する畜妾行為をしたばかりか、内縁の妻である訴外Aに対する愛情のみにひきつけられ、Yを構わず冷遇した結果、家庭の破綻を招いた事実を確定し、Xの離婚請求を排斥したことは正当である。XとY間において、Xの畜妾生活に起因する愛情の冷却があるとして、畜妾をしたXが愛情の冷却を理由に裁判上の離婚を主張することはできないものであり、配偶者の生殖不能が畜妾の正当な理由となり得ないのみならず、原審の適法な事実認定と正当な法律的判断を論難する上告論旨には理由がない」。

3. 韓国内の評価

【韓1】は、一般的に「有責配偶者からの離婚請求」に関するリーディングケースとされている⁽²⁵⁾。【韓1】が「有責配偶者からの離婚請求」を排斥した理由については、「倫理的見地」あるいは「婚姻の道徳性または社会通念」⁽²⁷⁾であると解されている。

また、金疇洙教授は、【韓1】が「有責配偶者からの離婚請求」を排斥したことについて、当時の韓国の実状と関連付けて次のように述べている。すなわち、韓国においては多くの場合、有責配偶者が夫であったために、「有責配偶者からの離婚請求」を許容すれば、妻の「追い出し離婚を合法化する」ことになり、妻の「離婚後の生活保障及び子どもの養育権」が保障されてない状況では妻が「過酷な犠牲者」となることに疑いようはなく、これは倫理的に受け容れ難いと⁽²⁸⁾する。

第2項 大法院1987年4月14日判決【韓2】

本件は⁽²⁹⁾【離婚請求事件】である。

1. 事実関係

大法院が整理した原審認定事実は以下のとおりである。

夫X(請求人・上诉人)と妻Y(被請求人・被被告人)は1980年3月7日に婚姻の届出をして、法律上の夫婦となった。その後、1980年10月29日、XY間には娘が出生した。ところが、この頃からXは、Yに嫌気を感じ、訴外Aと深い関係となり家庭を顧みなくなった。Xの態度についてYが咎めると、XはYに対し暴言を吐き、暴行を加えたため不和がひどくなった。

その後(1982年2月中旬頃)、Xは、軍医として入隊したが、Yが自分のもとを訪れる度に、Yに対して人前で暴言を吐いて侮辱し公然と離婚を要求して生活費もほとんど渡さなかった。また1982年5月頃には、Xは、自己の勤務地近くで訴外Aと同居するようになったが、そこを訪れたYをひどく殴打した。さらに、翌年年4月頃、Xは、Yと共にお金を出し合っして購入したアパートを処分し、その代金のうち金5,000,000ウォンをYに渡して協議離婚することを要求した。

これに対し、Yは協議離婚を拒否してXを相手方として離婚請求をすると同時に、Xと訴外Aを⁽³⁰⁾姦通罪で告訴した。Xは自らの過ちを悔い、Yとの婚姻継続を⁽³⁰⁾するとして上記告訴の取消しを求めたが、結局、Yは

これを取消さなかったため、Xは姦通罪として懲役1年6ヶ月の実刑判決を受け、これにより医師免許まで剥奪された。なお、Yの上記離婚請求は、法院がYに対し公示送達による書類の補正を求めたが、補正がなされなかったために却下された。

Xは、1984年6月1日に仮釈放され、その後Yを訪ねたがYとその家族から冷遇されて以来、別居状態にある。そして、訴外AがXに対してYと離婚して自分と婚姻しないのであれば、金20,000,000ウォンの慰謝料を支払うことを要求したため、Xはソウル家庭法院に離婚請求をした。第1審判決は不明であるが、第2審ソウル高等法院は、婚姻生活の破綻に対する責任が姦通告訴をしてXを服役させる等の行為をしたYにもあるが、より根本的には不倫関係を継続し家庭を顧みなかったXにあるとして、Xの請求を棄却した。これを不服としたXが上告した。

2. 判旨

（主文）破棄差戻し。

大法院は、「不貞行為をした配偶者を姦通罪として告訴することができるのは婚姻の純潔を保障するために法律が認定した権利であり、不貞行為をした配偶者がその誤りを悔やんでいるとして、必ずしも告訴を取消し許してやって婚姻を継続しなければならない義務が発生するものでもないから、Yが、上記と同様、Xをついに許さなかったとしてもこれを挙げ、上記離婚の破綻に関してYにも責任があったとまではみなすことができない」として、原審がYにも責任の一端があると判示した部分については誤りとした上で、続けて以下のように述べた。

「婚姻の破綻に関して責任のある配偶者がその破綻を原因として離婚を請求することができないことは当院が幾度となく判示してきたところであるが、これは婚姻の破綻を自ら招いた者に裁判上の離婚請求権を認定することは、婚姻制度が要求している道徳性に根本的に反し、配偶者の一方の意思による離婚ないしは追い出し離婚を是認する不当な結果とな

る。したがって、婚姻の破綻にもかかわらず離婚を望んでいない相手方配偶者の意思に反しては、離婚をすることができないようにしようとするだけのものであり、相手方配偶者にも婚姻を継続する意思がないことが客観的に明白であった場合にまで破綻した婚姻の継続を強制しようとする趣旨ではないものであるから、[1] 相手方配偶者も離婚の反訴を提起している場合、または [2] 専ら意地あるいは報復的感情から表面的には離婚請求に応じないでいるが、実際には、婚姻の継続とは到底両立し得ない行為をする等、その離婚の意思が客観的に明白であった場合には、たとえ婚姻の破綻に関して全面的な責任のある配偶者の離婚請求であってもこれを認容することが正当であるというべきであり、そのような場合にまで離婚を拒否し、婚姻の継続を強制することは、双方がもはやこれ以上継続する意思のない婚姻関係が形式上持続されるという有責配偶者に対して私的に報復することを助けるということに過ぎず、これを是認することはできないというべきである」([番号] 及び下線は鬼頭)。

「本件において、XとY間の婚姻が専らXに責任のある事由によって破綻したとみなすべきことは先述したとおりであるが、他方でYが原審認定のとおりその過ちを悔やんでいるXをついに許さず、姦通罪として実刑判決を受け服役するようにしたのみならず、Xの医師免許さえ取消される結果を招き、服役を終え訪ねてきたXを受け容れず、冷遇し互いに別居中であり、上記姦通罪の告訴とともにYがXを相手方にして提起した離婚審判請求がYの意思によって取り下げられたものではなく、住所補正がなされなかったことを理由として却下されたことに過ぎないとすれば、Yは実際にはXとの間の婚姻を継続する意思が全くないにもかかわらず、Yによって提起されたものである離婚審判請求が上記の通り却下され、婚姻が形式上持続されていることを奇禍として専ら報復的な感情から表面上としてのみその離婚を拒絶しているものとみなす余地が十分にあるといえよう」。

3. 韓国内の評価

【韓2】は、相手方配偶者が有責配偶者を姦通罪で告訴した場合でも、「有責配偶者からの離婚請求」は原則的に許容されないとしつつも、一定の場合には、「有責配偶者の離婚請求」であっても例外的に許容されるべきであることを明らかにした点で「判例法上画期的な発展」があり、相手方配偶者（離婚請求の被告）の保護にも「一定の限界」があることを示したと評される⁽³¹⁾。【韓2】が示した「有責配偶者の離婚請求」が例外的に許容される一定の場合とは、「離婚意思が客観的に明白な場合」であり、すなわち[1]「Yの反訴提起」、[2]「意地や報復的な感情から表面的には離婚に応じないでいるが、実際には、Yに婚姻の継続と両立し得ない行為がある場合」である⁽³²⁾。この基準は「有責配偶者の離婚請求権の法理を妥当に解釈するもの」として、学界の支持を得た⁽³³⁾。ただし、[2]が具体的にどのような場合を示すかについては【韓2】が残した課題であるとされて⁽³⁴⁾いる。なお、【韓2】が姦通罪告訴をもって直ちに相手方配偶者の離婚意思が明白であると認定しなかった点については賛否が分かれる⁽³⁵⁾。

また、[1]あるいは[2]のような場合に「有責配偶者からの離婚請求」が認められる理由について、後述する【韓4・多数】は、離婚を請求される配偶者が「有責配偶者に私的に復讐することを手助けする」ことを是認できないからであるとする。すなわち、これはあくまで「婚姻の純潔」を保障するものであり、有責配偶者に制裁を加えようとする者まで保護する必要はないということを意味している⁽³⁶⁾。

第3項 大法院2009年12月24日判決【韓3】

本件は【離婚請求事件】⁽³⁷⁾である。

1. 事実関係

原審である光州高等法院で認定された事実は以下のとおりである。

妻X（原告・控訴人・被上告人。1967年生まれ）と夫Y（被告・被控訴人・

上告人。1963年生まれ)は、1990年12月12日に婚姻の届出をして法律上の夫婦となった。なお、XY間には子B(1993年生まれ)及び子C(1994年生まれ)が出生している。

XはYの度重なる飲酒及び外泊によって望まない婚姻生活を送っていたが、1997年11月30日、家を出てYとは別に生活してきた。しかし、2003年9月30日に、Yの説得に応じて再び家に戻ってきたが、1カ月後の2003年10月30日に「申し訳ない」という内容の手紙を残して再度家を出た。XYの別居期間は、Xが一時的に家庭に復帰した期間を除き、約11年間に及んでいる。この間、Yは数回Xの行方を探しており、また二人の子どももXの帰りを待ち望んでいた。なお、XとYの別居以後、二人の未成年の子はYが自身の母の助けを借りながら養育してきた。

その後2007年初旬に、Xは訴外Aと出会って以来、現在まで同居している。また、Xと訴外A間には、2008年2月12日に体重2.4kgの足に障害を抱えた子Dが出生している。

本件調停において、Xは、Yとの婚姻生活が破綻しており、Dの治療及び養育のために離婚をさせて欲しいと懇請した。なお、Xは将来的にB及びCの養育費を負担するとも提案している。これに対して、Yは自身がXとの婚姻関係継続を切望しており、またB及びCもXの帰宅を待ち望んでいると主張したため、調停不成立となり本件に及んでいる。

第1審は【韓2】の例外的事由の不存在を理由としてXの請求を棄却したが、原審は、昭和62年判決を参考にして、「夫婦の別居が相手方の年齢及び同居期間に鑑みて、相当に長期間に至り、夫婦間に幼い子どもがいない場合であれば、相手方あるいは子どもが離婚によって精神的・社会的・経済的に著しく過酷な状態に置かれる等、離婚請求を容認することが著しく社会正義に反するというに値する特別な事情が認定されない限り、有責配偶者の離婚請求という理由のみをもって当該請求が許容されないと解釈してはならない」と判示し、Xの請求を認容した。これを不服としたYが上告した。

2. 判旨

（主文）：上告棄却

「民法第840条第6号所定の離婚原因である『婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』とは、婚姻の本質に相応しい夫婦共同生活関係が回復し得ない程度に破綻して、その婚姻生活の継続を強制することが一方の配偶者にとって耐え難い苦痛となる場合をいい（大法院 1991. 7. 9. 宣告 90 ム（ㄴ） 1067 判決, 大法院 2007. 12. 14. 宣告 2007 ム（ㄴ） 1690 判決等参照）、これを判断するについては、①婚姻継続の意思の有無、②破綻の原因に関する当事者の責任の有無、③婚姻生活の期間、④子どもの有無、⑤当事者の年齢、⑥離婚後の生活保障、⑦その他婚姻関係の諸般の事情を余すところなく考慮しなければならない。」（番号は鬼頭。）。

「XとYの婚姻関係は11年を超える長期間の別居と、Xと訴外Aの間の事実婚関係の形成等によって婚姻の実体が完全に解消され、XとYそれぞれが独立的な婚姻関係を持つに至っており、これに加えて、Xが事実婚関係において奇形児である娘まで出産してその子どもの治療と養育が切実に必要な状況にさらされている点、XとYの婚姻関係が上記のように破綻に至ったことには、婚姻期間中、Yとの葛藤を克服するために最善の努力をしなかったまま未成年の子どもを置いて一時家庭に復帰した期間を除いて11年を超える長期間家を出て最近に至っては他の男と事実婚関係を結んだXの責任と婚姻期間中に頻繁な飲酒と外泊に夫婦間の葛藤を引き起すことによって、Xを家出に至らせ、Xが婚姻に家庭に復帰できるように葛藤の原因を取り除き、正常な家庭環境を醸成して持続的にXの行方を探したが、最善の努力をしないことによって結局Xをして現状まで至らしめたYの責任が競合したとするものであるとした点、XとY間の夫婦共同生活関係の解消状態が長期化しており、Xの有責性も歳月の経過に伴い、相当程度に弱化しており、Xが置かれた状況に照らして、それに対する社会的認識または法的評価も変化せざるを得ないから、現状において、XとYの離婚可否を判断する基準として破綻に至っ

たことに対する責任の軽重を厳格に問いただすことの法的・社会的意義は著しく減殺され、双方の責任の軽重に関して断定的な判断を下すことがやはり困難な状況に至ったとみなせる点、Xとの離婚を拒否するYの婚姻継続の意思は一般的に離婚の可否を判断するについて必ず参酌されなければならない要素ではあるが、XとYが置かれた現状に照らして、これは婚姻の実体を喪失した外形上の法律婚関係のみを継続維持させることに違いないと思われ、Yの婚姻継続の意思に従い現在のような破綻状況を維持すれば、とりわけXにとって耐え難い苦痛を継続させる結果を招くものとみなせる点、その他に原審が説示した様々な事情等を総合・参酌してみれば、XとYの婚姻は婚姻の本質に相応しい夫婦共同生活関係が回復し得ない程度に破綻して、その婚姻関係の継続を強制することが一方の配偶者にとって耐え難い苦痛となるというものであって、婚姻制度が要求する目的及び民法の指導理念である信義誠実の原則に鑑みても、婚姻関係の破綻に対するXの有責性が必ずしもXの離婚請求を排斥しなければならない程度に重大なものであると断定することはできないから、XとYの婚姻には民法840条第6号所定の『婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』という離婚原因が存在するというべきである」。

3. 韓国内の評価

【韓3】は、一般的に、従来の判例法の立場を多少緩和した判決として位置づけられている⁽³⁹⁾。

また、本判決は、「全面的な破綻主義」を導入したとまでは言えないものの、「信義則」を理由に、「有責配偶者からの離婚請求」を認めた点においては、大きな「転換」があったという評価も確認される⁽⁴⁰⁾。

第4項 小括：「有責配偶者からの離婚請求」の可否基準

以上、3件の重要判決を確認することによって、2015年9月15日大法院全員合議体判決【韓4】に至るまでの韓国判例法の変遷を確認した。

以下では、「有責配偶者からの離婚請求」の可否基準という観点から上記3件の判決を整理することにする。

【韓1】が示すように、大法院は当初から「有責配偶者からの離婚請求」を原則的に許容していない。そして、この立場は続く【韓2】でも踏襲されており、その判旨の冒頭において【韓2】は「有責配偶者からの離婚請求」が原則的に許容されないことを再確認している。しかしながら、その一方で【韓2】は「婚姻を継続する意思がないことが客観的に明白であった場合」（具体的には【韓2】の〔1〕及び〔2〕）には、「有責配偶者からの離婚請求」であってもこれを許容すべきであるとした。

また、【韓3】は、【韓2】とは異なる基準で有責配偶者の離婚請求を認めている。すなわち、「婚姻制度が要求する目的と信義誠実の原則に照らして婚姻関係の破綻に対するXの有責性が離婚請求を排斥しなければならない程度に重いものであると断定することはできない」ことを理由に「有責配偶者からの離婚請求」を許容しており、この点につき【韓2】の基準とは異なる。さらに、「有責配偶者からの離婚請求」が例外的に許容される基準につき、【韓2】が離婚請求の相手方の婚姻継続の意思に関する事情のみ、すなわち離婚請求の相手方の事情のみを考慮するのに対して、【韓3】は上記①から⑦の様々な事情、換言すれば、離婚当事者双方の事情を考慮している点において、考慮事情が拡大していると言えよう。

以上、【韓1】から【韓3】を中心に、大法院2015年9月15日全員合議体判決【韓4】までの判例法を整理したが、韓国判例法は「有責配偶者からの離婚請求」を許容していないが、ある一定の条件下で「有責配偶者からの離婚請求」であっても例外的に許容していることが確認される。

第2節 大法院2015年9月15日全員合議体判決【韓4】

⁽⁴¹⁾
本件は【離婚請求事件】である。

第1項 事実関係及び訴訟の経過

本件の事実関係⁽⁴²⁾は以下のとおりである。

夫 X（原告・控訴人・上告人）と妻 Y（被告・控訴人・被上告人）は1976年3月9日に、婚姻の届出をして法律上の夫婦となった。なお、XY間には、訴外 B（1975年3月31日生）と訴外 C（1978年10月11日生）、訴外 D（1981年10月2日生）が出生している。

X及びYは婚姻生活中、Xの遅い帰宅、頻繁な飲酒、外泊等によって争いが絶えなかったが、Xは1996年頃、訴外 A と出会い交際するようになり、訴外 A の家を行き来するようになった。なお、Xと訴外 A の間には娘 E（1998年6月11日生）が出生した。

その後、YがXと訴外 A の関係を知り、XとY間の葛藤が深刻化すると、Xは、1999年12月頃に名誉退職をしたのを機に、Yともはやこれ以上一緒に生活することができないと考えて2000年1月頃に家を出て現在まで訴外 A と同居している。なお、Xは、Yとの別居中にも子どもたちの学費を負担しており、またYに対しても生活費として月約100万ウォンを支払っていた。また、Xは腎臓透析によって辛い課程において、2011年末頃、Yと子どもたちに対して腎臓移植に関する話をしたが拒否された後に、Yとの婚姻関係を整理しようという考えに至り、2012年1月頃からYに生活費を支払わずにいる。

Xは現在、同居中である訴外 A との間に中学生の子どもがおり、病気となったXを世話している者は訴外 A であるから、Yとの婚姻関係をもはやこれ以上維持することができないと主張して、離婚を強く望んでいる反面、YはXが戻ってくると信じており、未婚の子ども二人のためにもXの離婚請求に同意することができないとする。

第1審は、意地や報復的感情から離婚を拒否しているのではないとして、Xの請求を棄却している。さらに、第2審も原審判断を正当として、Xの請求を退けた。

第2項 多数意見【韓4・多数】

（主文）：上告棄却。

「1. ア. 婚姻は、一生の共同生活を目的として、夫婦の実体をつくりあげる身分上の契約であって、その本質は愛情及び信頼に基づいた人格的結合にある。夫婦は、同居して互いに助け合わなければならない義務があるが（民法第826条第1項）、これは婚姻の本質が要求することであって、婚姻生活をするということについて、夫婦は愛情と信頼及び忍耐によって、相手方を理解して保護し、婚姻生活の維持のための最善の努力をしなければならない。婚姻生活中において、障害となる様々な事態に直面する場合があったとしても、そのような障害を克服するための努力を尽くさなければならない。一時的に、夫婦間の和合を低下させる事情があるという理由をもって婚姻関係の破綻を招く行為をしてはならない（大法院1999年2月12日宣告97ム（ㄷ）612判決等参照）。

イ. 婚姻は、離婚によって解消される。夫婦は協議によって離婚することができ（民法第834条）、夫婦の一方は、法律に定められた事由がある場合には、家庭法院に離婚を請求することができる（民法第840条）。民法第840条は第1号から第5号において、裁判上の離婚原因となる離婚事由を「配偶者に不貞な行為があったとき」のように、具体的・個別的に列挙しているほか、第6号において、『その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』（以下「第6号の婚姻事由」とする）を離婚事由として規定している。さらに、第6号の離婚事由の意味に関して、大法院の判例は、婚姻の本質に相応しい夫婦共同生活関係が回復し得ない程度に破綻し、婚姻生活の継続を強制することが一方の配偶者にとって耐え難い苦痛となる場合をいうと解釈してきた（大法院1991年7月9日宣告90ム（ㄷ）1067判決、大法院2007年12月14日宣告2007ム（ㄷ）1690判決、大法院2009年12月24日宣告2009ム（ㄷ）2130判決等参照）。

ウ. 離婚制度に関する各国の立法例を詳細にみれば、配偶者のいずれか一方が同居・扶養・助け合い・貞操等の婚姻に伴う義務に違反する行

為をしたときのように、離婚事由が明白な場合において、その相手方へののみ裁判上の離婚請求権を認定するいわゆる有責主義と、夫婦の当事者の責任の有無を問わず、婚姻の目的を達成し得ない事実すなわち婚姻を到底継続し得ない客観的な事情を理由として離婚を許容するいわゆる破綻主義に大別することができる。

我が国の憲法は、第36条第1項において、「婚姻及び家族生活は、個人の尊厳と両性の平等を基礎として成立し維持しなければならない、国家がこれを保障する。」と規定していることから、個人の尊厳と両性の平等は、婚姻の効力のみならず、裁判上の離婚事由に関する評価及び判断についても指導原理となる。したがって、法院は、民法第840条に規定された裁判上の離婚制度を運用することについて、個人の尊厳と両性の平等を指導原理として、我が国の社会・経済的な現実と国民の普遍的な道德観念、さらに各国の立法趨勢等を綿密に検討した上で、相容れない法益を調整しつつも、一貫した法政策を維持することによって、国民の法生活に不必要な混乱が生じないようにしなければならないのである。」

「2. ア. 大法院は、早くから、裁判上の離婚原因に関する民法第840条は原則的に有責主義を採用しているものとして解釈してきた。よって、民法第840条第1号から第5号の離婚事由があるものとして認定された場合であっても、全体的に見て、その離婚事由を引き起こした配偶者よりも相手方配偶者に婚姻破綻の主たる責任がある場合には、その相手方配偶者はその離婚事由をもって離婚請求をし得ないとした(大法院1993年4月23日宣告92ム(㉓)1078判決等参照)。さらに、第6号の離婚事由に関しても、婚姻生活の破綻に主たる責任を有する配偶者はその破綻を事由として離婚を請求することができないことが原則であることを確認している(大法院1965年9月21日宣告65ム(㉓)37判決、大法院1971年3月23日宣告71ム(㉓)41判決、大法院1987年4月14日宣告86ム(㉓)28判決、大法院1990年4月27日宣告90ム(㉓)95判決、大法院1993年3月9日宣

告92ム（ㄴ）990判決等参照）。

もっとも、大法院は、第6号の離婚事由に関して、婚姻の破綻を自ら招いた配偶者に対して裁判上の離婚請求権を認定することは、婚姻制度が要求している道徳性に根本的に反し、配偶者の一方の意思による離婚ないしは追い出し離婚を是認する不当な結果となることから、婚姻の破綻にもかかわらず離婚を望んでいない相手方配偶者の意思に反しては離婚をすることができないようにしようとするものであるだけであり、相手方配偶者にとってもその婚姻を継続する意思がないことが客観的に明白な場合にまで破綻した婚姻の関係を強制しようとする趣旨ではない。したがって、相手方配偶者も離婚の反訴を提起している場合あるいは意地や報復的感情から表面的には離婚に応じていないが、実際には、婚姻の継続とは到底両立し得ない行為をする等、離婚の意思が客観的に明白な場合には、たとえ婚姻の破綻に関して全面的な責任を有する配偶者の離婚請求であっても、これを認容することが妥当であり、そのような場合にまで離婚を拒否して婚姻の継続を強制することは、双方がこれ以上継続する意思のない婚姻関係が形式上持続されるのに乗じて有責配偶者に私的に復讐することを手助けすることに過ぎず、これを是認することができないという見解を採っている（上述の大法院86ム（ㄴ）28判決、大法院2009ム（ㄴ）2130判決及び大法院1993年11月26日宣告91ム（ㄴ）177, 184判決、大法院1997年5月16日宣告97ム（ㄴ）155判決等参照）。

イ. 以上のような大法院の判例の態度については、我が国と類似の法制度を有している様々な国の立法例が有責主義から破綻主義に既に変更した点、夫婦共同生活関係が到底回復し得ない程度に破綻していたならば、婚姻は単に形式にすぎないのであって離婚は回避不能なことであるにもかかわらず、有責配偶者であるとして婚姻関係を継続維持しろと強制することは個人の尊厳と幸福追求権を侵害する面がある点、有責配偶者の離婚請求を排斥する判例が形成された1960年代中盤あるいはその判例が確立した1980年代後半までは、民法上の財産分配及び面接交渉権制度が

なかったが、その後民法が改正されて離婚した当事者に財産分割請求権及び面接交渉権が付与されただけでなく、子どもに対する養育権、親権等も男女間で差別なく平等に保障されるに至った点、我が国の社会が経済発展とともに、家族よりも個人を重要視する社会に変化しており、女性の社会的進出が増加したのみならず1990年代中盤以降からは、離婚率が急増し、離婚に対する国民の意識が大きく変化した点等を考慮すれば、今日では第6号の離婚事由の解釈についても、本来の立法趣旨に合わせて有責配偶者の離婚請求であったとしてもこれを許容する方向へ判例を変更しなければならないという主張が台頭していることから、これについて検討してみる。

ウ. 大法院が従来、有責配偶者の離婚請求を許容しなかったことには、自ら婚姻の破綻を惹起した者がこれを理由に離婚を請求することは信義誠実に反する行為であるという一般的な論理とともに、女性の社会的・経済的地位が男性に比して相対的に劣悪であることが現実である以上、もし有責配偶者の離婚請求を広く許容するならば、とりわけ、破綻に責任のない女性配偶者が離婚後の生計あるいは子どもの扶養等に大きな困難を経験する等、一般的な不利益を受ける危険が大きいことから、有責である男性配偶者の離婚請求を許さないことによって女性配偶者を保護しようとする趣旨があると思われる。このような観点から、大法院が従来採ってきた法の解釈を変えようとするれば、離婚に関連する全体的な法体系と現時点において従来の大法院判決の背景となった社会的・経済的状况に意味のある変化が生じたかに関する深い検討がなされなければならない。

第1に、離婚に関して、破綻主義を採用している多くの国の離婚法制度は、我が国と異なり、裁判上の離婚のみを認めてしているだけで協議上の離婚を認めていない。我が国においては、有責配偶者であっても相手方配偶者と合意を通じて離婚をすることができる道が開かれているのみならず、実際にも、2014年現在、離婚全体のうち77.7%程度が協議上

の離婚に該当するという実情である。これは、つまり、有責配偶者でも真摯な心と十分な補償をもって相手方を説得することによって離婚することができる道があることを意味することから、有責配偶者の幸福追求権のために裁判上の離婚原因についてまで破綻主義を導入しなければならない必然的な理由があるものではない。

第2に、1990年1月13日、民法が改正されたことに伴い、夫婦が離婚をする場合、当事者に対して財産分割請求権及び面接交渉権が付与されたことによって、離婚した女性の法的地位に関して改善がなされたことは事実である。しかし、破綻主義の立法例を採っている諸国においては、婚姻生活が破綻したとしても未成年者の利益のために夫婦関係を維持することが絶対的に必要であるという特別な事情があるか、または離婚に同意しない一方に対して非常に過酷な結果をもたらす場合等には、離婚を許容しないいわゆる『過酷条項』を置き、破綻主義の限界を具体的かつ詳細に規定しており、さらには、離婚を許容する場合においても、離婚後の扶養制度のように補償給付制度等、有責配偶者に対して離婚後、相手方に対する扶養的な責任を負わせる制度を備えているのが一般的である。これは、一方で、破綻主義の原則を採用しつつも、他方で、有責配偶者の相手方あるいは子どもを保護する制度的な措置を置くことによって破綻主義の実施に伴う相手方の一方的な犠牲を防止するためのものである。これに反して我が国には、破綻主義の限界、基準、そして離婚後、相手方に対する扶養的な責任等に関して如何なる法律条項も置いていない。もちろん、法院が判例によって破綻主義の適用に関してある程度の基準を提示することはでき、また慰謝料あるいは財産分配制度の運用について相手方に対する配慮を一層高める方向へ実務を発展させていくこともできるが、そのような司法的機能のみをもって相手方を保護するには、あまりにも不十分で限度がある。したがって、有責配偶者の相手方を保護する立法的な措置が整っていない限り、現段階において、破綻主義を採用して有責配偶者の離婚請求を広く認める場合には、有責配偶者

の幸福のために相手方が一方的に犠牲となる結果を生ずる危険が高い。

第3に、有責配偶者の責任事由としては様々なものがあるが、現実的に最も問題となるのは、配偶者ではない者と事実婚に近い法律関係を結ぶ場合である。我が国は、重婚を禁止しており（民法第810条）、これに違反したときには婚姻の取消しを請求することができるが（民法第816条第1号）、これを罰する刑罰規定を置いてはいない。事実上、重婚に対する刑罰条項として機能していた姦通罪が2015年2月26日、憲法裁判所の違憲決定によって廃止された以上、重婚に対する刑事制裁がないのが事実である。大法院の判例が有責配偶者の離婚請求を許容していないのには、重婚関係に置かれた法律上の配偶者の追い出し離婚を防止しようという意図があるが、多くの国では姦通罪を廃止する代わりに、重婚に対する処罰規定を置いていることに鑑みれば、これに対する如何なる対策もなしに、破綻主義を導入するならば法律が禁止する重婚を結果的に認める危険がある。

第4に、家族と婚姻生活に関する我が国の社会の価値観が大きく変化して女性の社会進出が大幅に増加したとしても、我が国の社会が就業、賃金、子どもの養育等、社会経済のあらゆる領域において両性平等が実現されたとみなすには、今なお不十分であるのが現実である。さらに我が国において、離婚率が急増して離婚に対する国民の認識が大きく変化したことが事実であっても、これは逆説的に婚姻と家庭生活に対する保護の必要性がそれほど大きくなったという傍証であると言え、有責配偶者の離婚請求によって甚だしい精神的苦痛を受ける、あるいはまた、生計維持が困難な場合が厳然と存在する現実に目を背けてもならないのである。

エ、以上の議論を総合して考えれば、第6号の離婚事由に関して有責配偶者の離婚請求を原則的に許容しないという従来の大法院の判例を変更することが正しいという主張は、その主張が挙げている様々な論拠を勘案しても、今のところは聞き入れることが難しい。

しかし、大法院の判例が有責配偶者の離婚請求を容認しないことは、先述のとおり、婚姻制度が要求する道徳性に反し、信義誠実の原則に反する結果を防止しようとするところにあることから、婚姻制度が要求する理想及び信義誠実の原則に鑑みても、その責任が必ずしも離婚請求を排斥しなければならない程には残っていなかった場合には、そのような配偶者の離婚請求は婚姻及び家族制度を形骸化させる恐れがなく、社会の道徳観・倫理観にも反しないものであることから許容されるとみなすべきである。

したがって、大法院の判例において既に許容しているように、[1] 相手方配偶者も婚姻を継続する意思がなく、一方の意思による離婚ないし追い出し離婚の懸念がない場合はもちろん、さらに、[2] 離婚を請求する配偶者の有責性を相殺する程に、相手方配偶者と子どもに対する保護と配慮がなされた場合、[3] 時の経過に伴い、婚姻破綻当時、顕著であった有責配偶者の有責性と相手方配偶者が受けた精神的苦痛が徐々に弱化して双方の責任の軽重を厳密に問いただすことがもはやこれ以上無意味である程になった場合等のように、婚姻生活の破綻に対する有責性がその離婚請求を排斥しなければならない程には残っていないという特別な事情がある場合には、例外的に有責配偶者の離婚請求を許容することができる。以上のように、有責配偶者の離婚請求を例外的に許容することができるか否かを判断するときには、有責配偶者の責任の態様・程度、相手方配偶者の婚姻関係継続の意思及び有責配偶者に対する感情、当事者の年齢、婚姻生活の期間及び婚姻後の具体的な生活関係、別居期間、夫婦間の別居後に形成された生活関係、婚姻生活が破綻した後の様々な事情変更の有無、離婚が認定される場合の相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状态及び生活保障の程度、未成年の子どもの養育・教育・福祉の状況、その他の婚姻関係の様々な事情を余すことなく考慮しなければならない。」〔番号〕及び下線は鬼頭。〕。

「3. 原審判決と原審が認定した第1審判決の理由及び記録によれば、

① X と Y は 1976 年 3 月 9 日に婚姻の届出をして法律上の夫婦として、その間に、成年である子ども 3 名をもうけている事実、② X は、2000 年 1 月頃、家を出て、X の娘を出産した訴外 A と同居している事実、③ Y は、X が家を出た後、一人で 3 人の子どもを養育した事実、④ Y は職業を持っておらず、X から生活費として支払いを受けた月 100 万ウォン程度で生計を維持していたが、しかし 2012 年 1 月頃からは、X から生活費の支払いを受けられなかった事実、⑤ Y は、原審の弁論終結当時、満 63 歳を超える高齢であって、胃癌手術を受け、甲状腺の薬を服用している等、健康がよくなり、X との婚姻関係に愛着を有しており、婚姻を継続する意思を明らかにしている事実等を窺い知ることができる。

このような事実関係を先述の法理に照らして詳細にみれば、X は婚姻生活の破綻に対し、主たる責任がある有責配偶者であり、婚姻関係の様々な事情を考慮してみても、Y が婚姻を継続する意思がないことが客観的に明白であるわけでもなく、意地や復讐的な感情から離婚に応じないだけで X の有責性とその離婚請求を排斥しなければならない程度には残っていなかったという特別な事情がある場合にも当たらないから、X はその破綻を事由として、離婚を請求することができないものである。

原審が同趣旨から X の離婚請求を棄却した第 1 審判決を維持した判断は、正当であり、そこに上告理由主張のように、論理及び経験則に反して、自由心証主義の限界を越えて、第 6 号の離婚事由または有責配偶者の裁判上の離婚請求等に関する法理を誤解する等の誤りはない。

上告理由に挙げられている大法院判決は、本件と事案が異なるから、本件に援用することに適していない。」

第3項 反対意見【韓4・反対】

민일영 [閔日榮] 大法官、김용덕 [金龍德] 大法官 (主審)、고영한 [高永鉉] 大法官、김창석 [金昌錫] 大法官、김신 [金伸] 大法官、김소영 [金昭英] 大法官の 6 名による反対意見は次のとおりである。

「ア. 夫婦共同生活関係が回復することができない程に破綻したならば、これはもはやこれ以上の婚姻生活は期待することができないことを示しており、結局、婚姻の実体が消滅し不存在であって婚姻という外形のみが残っているだけの状態を意味する。婚姻生活の回復が不可能であり、法律が予定した夫婦共同生活体としての婚姻の実体が完全に消滅したならば、これは実質的な離婚状態というべきものであることから、それに合うように法律関係を確認・整理することが合理的である。このような状態の夫婦共同生活関係につき、離婚を認めることは、現在婚姻実体は消滅しており、その不存在を確認することに尽きるのみで、未だその実体が残っている婚姻生活が回復する可能性があるにもかかわらず、新たにその実体を破壊して婚姻を解消するものではないことに留意しなければならない。

よって、たとえ婚姻生活が回復することができない程の破綻状態に至るまでの過程には様々な原因があり得るし、また同様に、双方または一方に主たる帰責事由があることもあり得るが、婚姻生活が回復することができない程の破綻状態に至り、婚姻の実体が消滅した以上その帰責事由はもはやこれ以上婚姻の実体の維持あるいは回復に如何なる影響をもたらすものではない。したがって、その帰責事由がその婚姻の解消を決定づける判断基準となることはない。ただし、そのような帰責事由については、それによって相手方が被った損害あるいは相手方の保護に必要な事項を離婚に伴う賠償責任及び財産分配等で十分に反映させることにより、それ相応の責任を問うとともに、これを通じて相手方配偶者を保護することができるものである。

したがって、第6号の離婚事由は夫婦共同生活関係が回復することができない程に破綻しており、その婚姻関係の継続を強制することが一方の配偶者にとって、耐え難い苦痛となる場合を示しているとしつつも、そのような回復不可能な状態の破綻に至った主たる責任を有する配偶者という理由のみをもって第6号の離婚事由による裁判上の離婚請求を許

容してはならないとする多数意見には賛成することができず、多数意見と同趣旨の従前の大法院判例は変更されなければならない。

下記において、以上の要旨の反対意見が妥当であるという論拠を具体的に提示する。

イ. 婚姻適齢に至った者が婚姻の合意をして婚姻の届け出をすれば婚姻が成立する(民法第807条、第812条第1項、第815条第1号)。婚姻は、愛情に基づき一生の共同生活を目的として精神的・肉体的・経済的に結合した共同体として、夫婦間においては同居して互いに扶養し助け合わなければならない義務がある(民法第826条第1項)。憲法第36条第1項も「婚姻及び家族生活は、個人の尊厳と両性の平等を基礎として成立し、維持されなければならない、国家はこれを保障する。」と規定しており、婚姻制度を保護している。婚姻が成立すれば、夫婦は愛情と信義及び忍耐によって、相手方を互いに理解して保護し、夫婦共同生活としての婚姻が維持されるように、相互間において包括的に協力しなければならず、婚姻生活中にその障害となる様々な事態に直面する場合があったとしてもこれを克服するために最善の努力をしなければならない。しかしながら、婚姻によって共同生活を作り上げた夫婦が様々な事情によってもはやこれ以上、婚姻を維持することができない場合が発生することに伴い、民法はこのような婚姻を解消することができる方法として協議上の離婚(民法第834条)と裁判上の離婚(民法第840条)の制度を置いている。

協議上の離婚は、家庭法院において離婚意思の確認を受けて届出することによって効力が生じ、その離婚事由に制限がないことから、夫婦間において離婚に関する真正な合意がなされれば、離婚が許容される。

一方、裁判上の離婚は、民法第840条において定められた裁判上の離婚事由がある場合に許容され、夫婦の一方が相手方の同意なしに、家庭法院に裁判上の離婚を請求することができる。協議上の離婚制度を置きつつも、別途、裁判上の離婚制度を備えた目的は、夫婦間において離婚に対する意思の合致がなされなかったとしても婚姻の解消が回避不能な場

合があることを考慮して憲法が認定した婚姻の制度的保障趣旨を脱しない範囲内において、客観的な裁判上の離婚事由を法律に定めて家庭法院の裁判によって、その事由があると認定されるときに離婚を許容しようとするものである。

これに従い、民法第840条は、裁判上の離婚を請求することができる離婚原因として、第1号から第6号までの事由を個別的に列挙しているが、そのうち第1号から第5号の事由は、不貞行為、悪意の遺棄、著しく不当な待遇または相手方の3年以上の生死不明として、すべて離婚請求の相手方に責任のある事由を具体的に定めているが、第6号の離婚事由は「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」とし、抽象的・包括的に規定している。

ウ。これまでの大法院は、第6号の離婚事由である「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」とは、婚姻の本質に相応しい夫婦共同生活関係が回復することができない程に破綻し、その婚姻生活の継続を強制することが一方の配偶者にとって耐え難い苦痛となる場合をいうと解釈してきた（前記大法院90ム（ㄹ）1067判決等参照）。

婚姻は、人間の尊厳及び価値を実現して幸福を追求する基礎となるだけでなく、社会生活において最も基本となる社会的組織体である家庭を形成する重要な土台となるものであって、一旦結んだ婚姻関係は維持されることが望ましい。しかしながら、夫婦が長期間別居する等の事由をもって実質的に夫婦共同生活が破綻して、もはやこれ以上、存在しないようになっており、客観的に回復することができない程に至ったときには、精神的・肉体的・経済的に結合した共同体としての夫婦共同生活を本質とする婚姻の実体は消滅したとみなすべきである。法的にのみ婚姻が解消されなかっただけで、婚姻関係が破綻する前の状態に戻ることができず、夫婦間の愛情と信頼の回復や同居義務の履行を期待することができない以上、その婚姻を土台として形成された家庭がその構成員である夫婦と子どもの尊厳及び価値を実現する組織体としての機能を遂行

することができないからである。

さらに、これと同様、外形的にのみ婚姻が維持された夫婦として互いに対立し葛藤する関係が長期間持続されることに伴い子どもの人格形成及び情緒等に否定的な影響をもたらし、また夫婦のお互いに対する悪感情が子どもに対してそのまま伝わり、父母・子どもの関係さえも破綻に至る恐れがある。

それでも外形のみの婚姻関係を存続させるならば、これは双方の配偶者にとって実際に履行不可能な夫婦共同生活ないしは同居義務等の履行を要求するものとなり不合理であって、その婚姻生活の継続を強制することが一方の配偶者にとって耐え難い苦痛となることから、このような場合には第6号の離婚事由である婚姻を継続し難い重大な事由があるときに該当するとみるべきである。

以上のように、夫婦共同生活関係が回復することができない程に破綻して婚姻生活の継続を強制することが一方の配偶者にとって耐え難い苦痛となるか否かが、第6号の離婚事由に該当するか否かの基準となることから、その破綻の程度、婚姻継続の意思の有無、破綻の原因に関する当事者の責任の有無、婚姻生活の期間、子どもの有無及び養育、当事者の年齢、離婚後の生活保障、その他の婚姻関係に関する様々な事情を余すことなく考慮するとともに（大法院1987年7月21日宣告87ム（ㄷ）24判決等参照）、婚姻及び家族生活を保障しようという民法の趣旨と婚姻制度を保障しようという憲法精神に照らして慎重に判断する必要がある。

エ. (1) 一方、大法院は、上記のように夫婦の婚姻関係を取り戻すことができない程に破綻したことをもって認定されたとしても、その破綻が離婚を請求する配偶者に全面的にまたは主たる責任を問うべき事由による場合、または離婚を請求する配偶者の責任が相手方の配偶者の責任よりさらに重いと認定される場合には、そのような有責配偶者の離婚請求を認容してはならないが、ただし離婚請求の相手方がその破綻後に、離婚を継続する意思がないことが客観的に明白であることにも、意地や

復讐的な感情から表面的に離婚に応じないでいるだけである等の特別な事情があれば、有責配偶者の離婚請求権が認定されることがあると解釈してきた（前記大法院6ム（ㄴ）37判決、前記大法院86ム（ㄴ）28判決、前記大法院90ム（ㄴ）1067判決等参照）。

（2）このように、大法院が婚姻関係の破綻に主たる責任のある有責配偶者の離婚請求権を制限してきたことは、離婚の破綻を自ら招いた者に裁判上の離婚請求権を認めることは、婚姻関係を故意に破棄した不法を行った者に離婚請求権を認めることになり、婚姻制度が要求している道徳性に反して配偶者の一方の意思による離婚ないしは追い出し離婚を是認する不当な結果となることを考慮したものである（前記大法院71ム（ㄴ）41判決、前記大法院86ム（ㄴ）28判決等参照）。

さらに、離婚を一つの病理的現状としてみなす社会的雰囲気とともに、女性の社会的・経済的地位が相対的に劣悪であり、帰責事由なしに離婚した女性配偶者が離婚後に経済的に自立し、社会活動を行うことが現実的に容易ではない事情及び離婚過程において財産分配・扶養・養育等に関して不利益を被らぬようにする制度あるいは手続きも十分ではない事情を考慮し、社会的・経済的弱者である女性配偶者を保護しようという目的がその背景にある。

（3）しかし、主たる〔責任のある〕有責配偶者の離婚請求という理由をもって裁判上の離婚請求を容認しなかった結果、夫婦が互いに勝訴のために相手方の帰責事由を浮き彫りにさせるしかなくなっていることに伴い、離婚訴訟手続きにおいて夫婦双方は、婚姻生活の過程で発生した葛藤と対立を暴き出し、それに関する責任攻防を繰り返すとともに相手方に対する非難と悪感情をとめどなくいうことで、夫婦関係はなおさら敵対的となり、離婚訴訟の審理が過去の過ちを暴露することのみに集中されるあまり、離婚過程における葛藤の解消、離婚後の生活や子どもの養育及び福祉等に関して合理的な解決策を模索するのが相対的に疎かになっている弊害が生じている。

さらに、婚姻生活の破綻を招く経緯は、概して、複雑かつ微妙でその責任が当事者のいずれか一方にのみあると確定することができない場合が多く、また破綻の主たる責任が裁判上の離婚を請求する配偶者にあるとしても、先述のとおり、夫婦共同生活関係が回復することができない程に、既に破綻していたならば、夫婦共同生活を本質とする婚姻の実体が客観的に消滅したことを否定することは難しい。さらに、多数意見も認定するように、夫婦共同生活関係が回復することができない程に破綻した状態が長期化し、破綻に責任のある配偶者の主たる有責性も弱化されることがあり、破綻の長期間の持続原因やその他の様々な事情が変化しつつ、責任の軽重を厳密に問いたただすことに関する法的・社会的意義が著しく減少して双方の責任の軽重について断定的な判断を下すということはやはり困難であり、適切でない状況に至ることもある（前記大法院2009ム（マ）2130判決参照）。

(4) また、急速な経済成長及び個人中心の社会変化とともに、離婚に対する社会的認識が変化して協議離婚等による離婚が増加したことに伴い、婚姻生活を継続することができない重要な事由がある場合にはより良い人生の質を追求するために離婚も可能であるという価値観の変化が生じ、女性の社会進出が活発化していることに伴い、女性も男性にひけを取らない経済的能力を持つ場合が増えている等、離婚後の女性の自立に関する社会・経済的な与件が非常に改善されてきた。さらに、1990年1月13日法律第4199号として改正され、1991年1月1日から施行された民法は、家族生活における男女平等の原則を強調している憲法の問題を反映し、離婚当事者に対して財産分割請求権及び子どもに対する面接交渉権を認める制度等を新設し、子どもに対する養育権及び親権も男女間で差別なく平等に保障した。さらに、実際の財産分配請求事件において、女性配偶者に対し、認定される財産分配割合が次第に高くなり、互いに対等な程になる事件も相当数あり、離婚財産実務においても女性配偶者に対する保護が持続的に拡大してきた。たとえ、民法が離婚後には夫婦

間の扶養義務を認定していなくても、その代わりに、離婚後の扶養制度を導入している法制度においては、概して、認定されていない裁判上の離婚に伴う損害賠償請求権を認定しており（民法第843条、第806条）、財産分配請求事件については婚姻中に築いた財産関係の清算のみならず、離婚後の当事者の生活保障に対する配慮等、扶養的要素等も共に考慮の対象となる大法院の判例（大法院2013年6月20日宣告2010ム（ㄷ）4071, 4088 全員合議体判決等参照）に従い、実務上、離婚後の扶養の必要性を反映して財産分配の範囲を定めている。そのみならず、大法院2014年7月16日宣告2012ム（ㄷ）2888 全員合議体判決において、既に発生した退職年金受給権が財産分配の対象に含まれるとみなして、年金受給者である配偶者が毎月受領する退職年金額のうち一定の割合に該当する金額を相手方配偶者に定期的に支払う方式で財産分配をすることを許容することによって長期的財産分配金の支払いを通じた離婚後の生活保障ないし扶養も実質的に可能となった。

以上のように、離婚に対する社会一般の認識、社会・経済的な環境の変化とともに、離婚法制度及び実務の変化等をともに総合して考えれば、従前の大法院の判例のように、有責配偶者の離婚請求という理由のみをもって第6号の離婚事由による裁判上の離婚請求を制限しなければならない必要は相当に減少してきたというべきものであり、むしろ、このような諸事情を反映して、第6号の離婚事由による離婚の可否に関する合理的な判断基準を新たに設けなければならない時がきた。

(5) 相手方配偶者の婚姻継続意思是、夫婦共同生活関係が破綻して客観的に回復することができない程に至ったか等を判断するときに、参酌されなければならない重要な要素であるということが出来る。しかし、そのような意思を参酌したにもかかわらず、夫婦共同生活関係が客観的に回復することができない程に破綻していたと認定される場合に、再び相手方配偶者の主観的な意思のみをもって、形式に過ぎない婚姻関係を解消する離婚請求が許されてはならないと断定することは不合理であり、

合意がなされていないときの婚姻解消手続きを規定した裁判上の離婚制度の趣旨にも一致しない。これに鑑みれば、合意離婚の場合には破綻主義が許容されても、それに代わる機能をする裁判上の離婚には、破綻主義を許容する必要がないという趣旨の多数意見が妥当しないことを知ることができる。

(6) 一方、憲法裁判所が姦通罪を罰する条項について違憲判定をしたことに伴い、姦通行為がもはやこれ以上処罰されなくなった。しかし、姦通罪は過去の姦通行為自体に対する刑事的な制裁である反面、婚姻破綻に伴う離婚は、婚姻の実体が消滅することに伴う将来の婚姻法律関係の解消として、その制度の目的及び法的効果が異なることから、姦通をした有責配偶者に対する刑事的な制裁がなくなったとしても、民事上の不法行為に該当する姦通行為による損害賠償責任を強化することは別論であって婚姻の実体が消滅した法律関係を別に取り扱わなければならない必要はない。その上、離婚請求権の認定可否は、法律の規定及び婚姻と離婚制度の目的、趣旨、機能等を総合して、当事者である夫婦及び子ども等の利益を調和する方向で未来のために定められなければならないものであり、有責配偶者に対して外形のみの婚姻関係を継続するように強制し耐え難い苦痛を強いることによって、その者に対する報いなし私的報復を達成するための手段となってはならない。

(7) 上記のように、様々な諸事情を総合してみれば、婚姻関係が破綻していたとしても、有責配偶者が離婚を請求して相手方がこれを拒否するという事情のみをもって、一律的に離婚請求を排斥することは、もはやこれ以上、離婚を巡る葛藤の解消に適切かつ合理的な解決方法であるとみなすことは難しい。

オ. したがって、離婚に対する国民の意識が大きく変化する等、社会的与件が成熟して法的・制度的な補完も相当になされてきた以上、今日では、婚姻関係が破綻してその実体が消滅したことに伴い、第6号の離婚事由によって離婚を請求した場合に、有責配偶者の離婚請求という理

由として、その離婚の可否を当事者の意思にのみ委ねることはできず、婚姻関係が完全に破綻してその実体が消滅していたか、さらに、そのような婚姻関係が変わらず保護されて維持されるべき必要があるか等に関し、客観的な事情に基づいた合理的な判断を通じて、やや相容れない可能性のある婚姻及び離婚という両制度の目的及び趣旨を調和することができる方法を模索しなければならない。

先述のとおり、憲法第36条第1項は婚姻及び家族生活が個人の尊厳及び両性の平等に基づいて成立し、維持されなければならないと規定するのは、もちろん婚姻を制度的に保障していることから、民法が定めた裁判上の離婚事由も、憲法が認めた個人の尊厳及び両性の平等等及び婚姻の制度的保障の趣旨を脱しない範囲内において解釈・適用されなければならない。

夫婦共同生活関係が回復することができない程に破綻していたとしても、夫婦間において個人の尊厳及び両性の平等を実現し、夫婦・子どもの幸福追求権及び人間らしい生活をする権利を保護する必要があることはその破綻前後において差異がない。婚姻において夫婦共同生活体としての同居義務が基本的な要素であるが、配偶者に対する扶養及び子どもの養育は、やはりそれに劣らず重要な意味を持っており、婚姻関係の破綻に責任のない配偶者が離婚によって著しい不利益を被らぬように保護する必要がある。

このような諸事情に鑑みれば、夫婦共同生活関係が回復することができない程に破綻した場合には、原則的に第6号の離婚事由に該当するものであるが、[1] 離婚によって破綻に責任のない相手方の配偶者が精神的・社会的・経済的に著しく過酷な状態に置かれる場合、[2] 夫婦の離婚が子どもの養育・教育・福祉を著しく害する場合、[3] 婚姻期間中に故意に長期間、扶養義務及び養育義務に背いた場合、[4] 離婚に備えて責任財産を隠匿する等、財産分配、慰謝料の履行を意図的に回避して相手方配偶者を困窮に陥れた場合等のように、有責配偶者の離婚請求を認

容すれば相手方配偶者あるいは子どもの利益を著しく害する結果をもたらし、正義・公平の観念に著しく反する客観的な事情がある場合には、憲法が保障する婚姻及び家族制度を形骸化する恐れがある。したがって、そのような客観的な事情が存在しない場合に限り、第6号の離婚事由があると解釈することが婚姻を制度的に保障した憲法の精神に一致する。

さらに、婚姻破綻に責任のない配偶者に対して裁判上の離婚を許容する場合にも、婚姻関係の破綻をもって被った精神的苦痛に対する慰謝料の数额を定める時に、主たる責任のある配偶者の有責性を十分に反映することによって婚姻解消に対する責任を負わせ、相手方配偶者に対して実質的な損害賠償がなされることを可能にし、財産分配の割合・数额を定めるときにも婚姻中に築いた財産関係の清算のみならず、扶養の要素を十分に反映して相手方配偶者が離婚後においても、婚姻中に劣らない生活の保障を受けることができるようにすることによって離婚請求をする配偶者の帰責事由と相手方に対する補償及び配慮の間に均衡と調和を図るべきものである。

一方、多数意見は、有責配偶者の離婚請求を認定するためには他の国におけるのと同様のいわゆる「過酷条項」等の制度的補完装置が必要であると考えている。しかしながら、第6号の離婚事由に関する上記のような解釈は、他の国におけるいわゆる「過酷条項」をもって考慮する諸事情を含んだものとして、婚姻制度を保障する憲法の精神及び現在までに整備された民法上の諸制度に基礎を有し、このような解釈と裁判実務の運用によって十分に相手方配偶者等を保障することができることから、必ずしもこれに関する法律的・制度的な補完が先行される必要はない。

カ。結論的に、夫婦の婚姻関係が回復することができない程に破綻してその婚姻生活の継続を強制することが一方の配偶者にとって耐え難い苦痛となる場合に、その破綻に主たる責任のある配偶者という理由のみをもって第6号の離婚事由による離婚請求を排斥することができるという多数意見には賛成することができず、多数意見が挙げている従前の大

法院の判例は以上の見解に反する範囲内において変更されなければならない。

婚姻の実体が消滅して回復不可能であり、婚姻が外形にとどまるに過ぎない状態に至ったならば、相手方配偶者を保護するために有責配偶者に対して給付、配慮等を要求する必要があるとしても、婚姻の解消後においてもそれと同様の給付、配慮等が継続されるようにする適切な方法を講じれば足りるものであり、有責配偶者の離婚請求という理由のみをもって外形のみの婚姻の解消自体を拒否すべきものではない。

キ。原審判決理由及び原審が認容した第1審判決理由によれば、原審はその判示のとおり的事实を認定した上で、婚姻関係の破綻に対して主たる責任のある配偶者はその破綻を事由として離婚を請求することができないという前提から、有責配偶者であるXの離婚請求は受け入れることができないと判断した。

しかし、先述した法理によれば、有責配偶者が離婚を請求するという事情のみを理由として離婚請求を排斥してはならず、X・Y間の夫婦共同生活関係が回復することができないほどに破綻し、その婚姻関係の継続を強制することがXにとって耐え難い苦痛となるかをまず見極め、そのように判断された場合であれば、本件離婚によって破綻に主たる責任のないYあるいは子どもたちの利益を著しく害しておらず、正義・公平の観念に著しく反しないと、客観的に認定されるかを審理して第6号の離婚事由に該当するかを判断しなければならない。

原審判決と原審が認容した第1審判決の理由及び記録によれば、①XとYは法律上の夫婦であるが、2000年1月頃別居を開始し、それから相当な期間が経過したこと、②XはAとの間に婚姻外の娘が誕生するやいなや家を出る等、婚姻破綻の主たる原因を提供したが、Yも別居を開始した後には、相当な期間が過ぎるまで、婚姻関係を回復するために別段の努力をしておらず、節句や祭式等のXの身内の行事に参加してXの親族と交流した事情が記録上現れていないこと、③Xは別居中に、XY間

において出生した子どもの学費を負担していたのみならず、本件訴訟を提起する頃まで、Yに対し、生活費として月100万ウォン程度を支払ってきたこと、④Xは糖尿及び高血圧の疾患があり、合併症によって、腎臓障害の2級の障害であるとして登録されている等、健康が良くなかったが、2011年末頃、Yと子どもに対し、腎臓移植に関する話をしたが拒絶されたまま、Aの助けを受けて家で腹膜透析を受けている等、Aの介護と協力なしには生活することが困難な状況に置かれていること、⑤XがAと同居しつつ、その間に生まれた未成年の娘を養育している等、別居後に形成されたX・Yの独立的な生活関係が定着化されていることが窺える。

このような婚姻生活の過程と破綻の経緯等に鑑みれば、X・Yの婚姻関係は、破綻し、もはやこれ以上回復することができない状態に至っており、婚姻生活の継続を強制することがXにとって耐え難い苦痛となるものであり、本件離婚が正義・公平の観念に著しく反しないと客観的にみなすことができる諸事情も相当に現れている。

それだけではなく、多数意見に従ったとしても、時の経過等に従い、X・Y双方の責任の軽重を綿密に問いただすことがもはやこれ以上無意味であり、Xの有責性とその離婚請求を排斥しなければならないほどに、残っていないとみなす余地があるから、上記のような事情も事実審法院の審理を通じて選び出す必要がある。

とりわけ、本件においては、たとえ重婚的事実婚関係であるにせよ、父母の養育が必要な未成年の娘がいることを考慮しなければならない。家庭は単純に夫婦のみの共同体に留まるものではなく、子どもの共同生活を保護する機能も有するから、婚姻の維持または解消を決定するときには、子どもの福祉を優先的に考慮する必要があるが、子どもの福祉は、現在、実質的に形成されている生活関係を基盤にして、実現され得る。重婚的事実婚関係を法律婚より保護することができないことが原則であるが、既に法律婚の実体が消滅し、外形のみが残っている反面、事実婚

が婚姻としての実体を持っている場合には、その事実婚関係において出生した子どもの福利のためにも、その実質に適した法律関係を形成し得るように配慮する必要がある。婚姻の実体が消滅し、回復が不可能でも、夫婦間の葛藤ないし感情的な対立等をもって、その外形のみを維持させることによって、次代の未成年の子どもの精神的な成長に悪影響を与え、福利を害する結果を産まないように、先代の外形のみの法律関係を実体に合わせて、合理的に処理する未来志向的な方法を考慮するのが妥当である。

にもかかわらず、原審は、上記のような諸事情を十分に検討しないまま、その判示のとおり理由をもって、Xの請求を棄却したところ、このような原審判決には、第6号の離婚事由及び有責配偶者の裁判上の離婚請求等に関する法理を誤解し、必要な審理を受けさせないことによって判決に影響を及ぼした違法がある。したがって、原審判決は破棄されなければならない。

以上のとおり理由をもって多数意見に賛成することができないことを明らかにする。」（[番号]及び下線は鬼頭。）。

第4項 韓国内の評価

【韓4】は、多数意見7名、反対意見6名であったが⁽⁴³⁾、結果として「有責配偶者からの離婚請求」を許容しないという結論に至った。以下では、【韓4】に対する韓国内の評価について(1)従来の大法院判決と【韓4】の関係、(2)【韓4・多数】及び【韓4・反対】に対する評価に分けて検討するが、これに先立ちまず【韓4・多数】と【韓4・反対】の要点を整理することにする。

【韓4・多数】は、原則的に「有責配偶者からの離婚請求」を許容しないが、その理由は以下4点にあるとする。すなわち、有責配偶者であっても協議離婚による離婚が可能であること（理由①）、「過酷条項」の不存在による離婚後における相手方配偶者及び子どもに対する扶養制度が

ないこと（理由②）、「姦通罪」の廃止及び「重婚」に対する刑事的制裁条項が存在しないこと（理由③）、社会経済のあらゆる領域で両性の平等が実現されたとは言い難いこと（理由④）、である。ただし、[1] 及び「婚姻生活の破綻に対する有責性がその離婚請求を排斥しなければならない程には残っていないという特別な事情がある場合（具体的には【韓4・多数】の[2] 及び[3]）」は例外的に「有責配偶者からの離婚請求」であっても許容するとし、これを判断する考慮要素として具体的に①「有責配偶者の責任の態様・程度」、②「相手方配偶者の婚姻関係継続の意思及び有責配偶者に対する感情」、③「当事者の年齢」、④「婚姻生活の期間及び婚姻後の具体的な生活関係」、⑤「別居期間」、⑥「夫婦間の別居後に形成された生活関係」、⑦「婚姻生活が破綻した後の様々な事情変更の有無」、⑧「離婚が認定される場合の相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状态及び生活保障の程度」、⑨「未成年の子どもの養育・教育・福祉の状況」、⑩「その他の婚姻関係の様々な事情」を挙げている。

これに対して【韓4・反対】は、「夫婦共同生活関係が回復することができない程に破綻した場合」には、「有責配偶者からの離婚請求」であっても原則的に許容されるとして、これを判断するに際して①「その破綻の程度」、②「婚姻継続の意思の有無」、③「破綻の原因に関する当事者の責任の有無」、④「婚姻生活の期間」、⑤「子どもの有無及び養育」、⑥「当事者の年齢」、⑦「離婚後の生活保障」、⑧「その他の婚姻関係に関する様々な事情」を考慮要素として挙げている。ただし、「有責配偶者の離婚請求を認容すれば相手方配偶者あるいは子どもの利益を著しく害する結果をもたらす、正義・公平の観念に著しく反する客観的な事情がある場合（具体的には[1] から[4]）」には、「有責配偶者からの離婚請求」は排斥されるとする。

では、以下で(1) 及び(2) について確認することにする。

(1) 従来の大法院判決と【韓4・多数】の関係

【韓4・多数】は従前の大法院判決よりも、「婚姻生活の破綻に対する有責性とその離婚請求を排斥しなければならない程には残っていないという特別な事情がある場合」を追加したという意味で「有責配偶者からの離婚請求」が許容される例外を「拡大」したとされる⁽⁴⁴⁾。ただし、金明淑教授は、【韓4・多数】につき、【韓3】を参酌して、韓民840条6号の「意味と判断基準」を「再確認」した判決と評価している⁽⁴⁵⁾。

(2) 【韓4・多数】及び【韓4・反対】に対する評価

まず【韓4・多数】について確認することにする。第1に、「有責配偶者からの離婚請求」が例外的に許容される場合についての評価につき確認する。上述したように、【韓4・多数】は、「有責配偶者からの離婚請求」が例外的に許容される場合について〔1〕から〔3〕を例示しているが、〔2〕と〔3〕に関しては以下のような批判がある。すなわち、〔2〕・〔3〕については「有責配偶者」が経済的扶養をしたか否かがその問題の中心となる可能性が高く、「婚姻の本質を歪曲する」恐れがあること、「離婚に対する社会的偏見」今なお残っている韓国で、無責配偶者の意思に反して離婚が許容され得ること、そして裁判官によって判断が変わる恐れがあるということが指摘されている⁽⁴⁶⁾。

また、【韓4・多数】がYの婚姻意思継続の有無につき「故意性や悪意性」を判断せず、単にXとの婚姻関係に愛着を示していたことについても「姦罪が廃止された状況における社会的雰囲気のみを考慮した政策的な決定である」との批判もある⁽⁴⁷⁾。

第2に、【韓4・多数】は上記で示した理由①から④に基づいて「有責配偶者からの離婚請求」を原則的に排斥するとするが、それぞれについては以下のような批判が述べられている。すなわち、「有責配偶者」の経済力によって離婚の可否が変化する恐れがあること（理由①）、韓国においても「有責配偶者に対する慰謝料、財産分割、子どもに対する養育費

請求等」によって相手方配偶者と子どもの将来への保障をある程度することができ、また破綻主義を採用したとしても相手方配偶者と子どもへの配慮をせず無条件に離婚を容認するわけではないこと（理由②）、「有責配偶者の離婚請求」を許容しない場合にも、重婚関係は継続されるため、「有責配偶者からの離婚請求」の排斥が重婚関係解消の手段として機能しないこと（理由③）、有責配偶者は男性だけでなく女性の場合も増加してきており、また女性の社会進出も増加していること（理由④）である。⁽⁴⁸⁾

次に【韓4・反対】について、現在のところ批判等はなされていない。⁽⁴⁹⁾ただし、判決による破綻主義の導入には反対する主張が確認される。⁽⁵⁰⁾

第5項 大法院2015年10月29日判決【韓5】

【韓4】の理解を深めるためにも、直後に、【韓4】の担当裁判官が⁽⁵¹⁾【韓4・多数】と同じ判断基準を用いたにもかかわらず、「有責配偶者からの離婚請求」を排斥しなかった大法院判決を確認することは必須であろう。⁽⁵²⁾そこで、以下では、大法院2015年10月29日判決⁽⁵³⁾について紹介する。なお、管見の限りでは、同判決につき検討を加える韓国文献は今のところ見当たらない。

1. 事実関係

大法院が整理した原審認定事実は以下のとおりである。

夫X（原告・上告人。1949年1月3日生まれ）と妻Y（被告・被上告人。1947年4月30日生まれ）は、1968年から同居をしていたが、1971年12月15日、婚姻の届出を終了して法律上の夫婦となった。なお、XY間には、子A（男・1969年生まれ）、子B（女・1972年生まれ）、子C（男・1976年生まれ）が出生している。

X及びYはソウルで婚姻生活をしていましたが、1987年頃、Xがドバイ（アラブ首長国連邦）で事業を開始したため、家族でドバイに移住した。その

後、同年、さらにスリランカに移住して X は建設企業、パルプ製造企業、エアコン部品生産企業等を運営したが、1995年3月頃、X は女性問題で夫婦喧嘩をした後に、家を出て Y との連絡を絶ち、スリランカで知り合ったノルウェー国籍の女性とスウェーデンで同居を開始した。

他方、Y は X の行方が不明となってすぐの1995年6月頃、X がスリランカで運営していた事業を処理した後に帰国した。企業を整理した50万ドル程の資金で傳貫の家を借り、子どもたちとともにソウルで生活していた。X は1995年8月頃、Y を訪ね、同居していた女性との関係を処理して帰国する旨を伝えた。しかし、この後、Y との連絡を避け、2006年頃、同居していた女性が死亡するまでスリランカで継続してこの女性と同居していた。なお、X 及び Y は、X が家を出てから、子どもたちの結婚式で少し顔を合わせただけで、ほとんど行き来がなく、原審弁論終結期日に至るまで約16年間、互いに別の生活を営んできた。また、X は子どもたちの結婚費用として、訴外 A に約15万ドル、訴外 C に約100万ドルを、事業資金として、訴外 B に約35万ドルをそれぞれ支援している。

また、家事調査過程において、Y は、X が家に戻り夫婦らしい生活をすることを望むとしつつも、他方では、「子どもたちのために離婚せず現在のように暮らせばよい」、「過去の出来事の是非を問いたい」としていた。さらに、訴外 D (X の母) の証言によれば、Y は1995年6月頃に帰国した後、夫の母である訴外 D を初めとして、夫側の家族と連絡をしたり夫の実家を訪問したことがなく、闘病中であった訴外 E (X の父) を訪ねたり、訴外 E を初めとした夫側の家族の葬式に参加したこともなく、Y の子どもともほとんど行き来がなかった。

2. 判旨

(主文) 破棄差戻し。

【韓 4・多数】を引用して、「有責配偶者」は原則的に婚姻生活の破綻を理由に離婚請求をし得ないが、【韓 4・多数】が示した例外に該当する

場合すなわち、「婚姻生活の破綻に対する有責性とその離婚請求を排斥しなければならない程には残っていなかった特別な事情がある場合」には、「有責配偶者からの離婚請求」であっても例外的に許容されると再確認した。なお、「有責配偶者からの離婚請求」が例外的に許容されるか否かを決する際の考慮要素についても、【韓4・多数】が示した先述の10の考慮要素を列挙した。

「ア. XとYの婚姻関係は、原審弁論終結当時、既に16年を超えて韓国とスリランカで互いに離れて生活する等の事情によって、XとY、各自の独立的な生活関係が固まっており、もはや婚姻の実体が完全に解消されるに至った。

イ. 上記のような長期間別居及び婚姻破綻に関しては、他の女性と長期間同居したXに主たる責任があるとみなすことが妥当である。しかしながら、一方、上記のようにYが嫁ぎ先の家と別に生活を送り、Yはもちろん子どもたちと嫁ぎ先の家との紐帯関係も事実上断絶されたものと思われ、この間に、Yがその紐帯関係を回復するための努力をしたか、またはXに家庭に復帰するよう、葛藤の原因を除去して関係を復元するための試みをしたことを窺い知ることができる資料も見出すことはできない本件においては、上記のように婚姻実体が完全に解消されるまでの過程において、Yの責任が全くないとみなすことも難しい。

また、上記家事調査過程におけるYの陳述と合わせて考慮してみれば、Yが婚姻破綻に関するXの主たる責任を問うということからさらに進んで、Yの婚姻継続の意思が確固たるものであるとも断定することが難しく思われ、婚姻の実体が消失した現状を肯定しつつも、単純に外形上としてのみ法律婚関係を残そうとしていることに過ぎないとみなす余地がある。

ウ. XとYの間において、夫婦共同生活関係の解消状態が長期化しており、Xの有責性も歳月の経過に従い相当程度弱体化しており、30年前に

韓国を出て継続して外国で生活してきた X が置かれた状況等に照らし、それに対する社会的認識または法的評価も変わらざるを得ず、さらに、Y が X の企業を整理したお金のすべてを生活費等に利用してきており、X が上記お金の返還を受けてこなかったのみならず、その主張のように、Y とともに生活してきた子どもたちに巨額の結婚資金または事業資金を支援していたならば、結果的に Y 及び子どもたちに対する相当な配慮がなされてきたとみなすことができることから、現状に至り、X と Y の離婚可否を判断する基準として破綻に至ったことに対する責任の軽重を厳密に問いただすことの法的・社会的意義が著しく減殺されたとみなす余地が十分にある。

エ. したがって、原審としては、X と Y の別居以降、Y 及び子どもたちに対してなされた配慮がどうであったか、X と Y 間の婚姻の本質に相応しい夫婦共同生活関係が回復し得ない程度に破綻した現状において、歳月の経過に従い、X の有責性と Y が受けた精神的苦痛が依然として双方の責任の軽重を厳密に問いたださなければならない程度に大きいとみなし得るか等に加えて、婚姻関係の破綻に対する X の有責性が必ずしも離婚請求を排斥しなければならない程に依然として残っているかを判断した上で、民法第840条第6号に定められた『婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』という離婚原因があるか否かを判断しなければならなかった。」（下線は鬼頭）。

第3節 日韓比較判例法の観点から

第1項 韓国判例法の特徴

以上、韓国判例法の変遷を【韓4】を中心に確認した。ここでは、上記で確認した各判決とそれらに対する評価を筆者の観点から整理してみることにする。以下、(1) 韓国判例法の変遷 — 「有責配偶者の離婚請求」の可否基準 —、(2) 【韓4・多数】と【韓4・反対】の異同、(3) 【韓4・反対】と【韓5】の当てはめに分けて述べることにする。

(1) 韓国判例法の変遷 — 「有責配偶者の離婚請求」の可否基準 —

【韓1】から【韓5】を総じてみれば、【韓4・反対】を除いて、韓国判例法は、「有責配偶者からの離婚請求」を原則的に認容していない。しかしながら、【韓2】以降、例外的に「有責配偶者からの離婚請求」を認めている。現在の判例法の到達点である【韓4・多数】によれば、「有責配偶者の離婚請求」が認められる例外は以下の二つの場合に大別することができる。すなわち、[1]「相手方配偶者も婚姻を継続する意思がなく、一方の意思による離婚ないし追い出し離婚の懸念がない場合」と「婚姻生活の破綻に対する有責性とその離婚請求を排斥しなければならない程には残っていないという特別な事情がある場合」(具体的には【韓4・多数】の[2]及び[3])である。前者については、【韓2】で示された「相手方配偶者にも婚姻を継続する意思がないことが客観的に明白であった場合」を再確認したものである。後者については、[1]が離婚請求の相手方の婚姻継続の意思に関する事情のみ、すなわち離婚請求の相手方の事情のみを考慮するのに対して、「有責配偶者からの離婚請求」を例外的に許容するか否かを判断するに当たり、上記①から⑩の様々な事情、すなわち当事者双方の事情を考慮している。この点からみれば、【韓4・多数】は【韓3】と軌を同じくするものと思われる⁽⁵⁴⁾。このように考えれば、近年の韓国判例法においては、例外的に「有責配偶者からの離婚請求」を許容するか否かにつき、離婚当事者双方の事情を考慮していることが特色として挙げられよう。

なお、準拠法との関係で言えば、【韓4・多数】が[1]のみならず、「婚姻生活の破綻に対する有責性とその離婚請求を排斥しなければならない程には残っていないという特別な事情がある場合」の判断基準を示したことからすれば、「有責配偶者からの離婚請求」に関する準拠法として韓民840条6号が適用される場合には、先述した平成9年判決とは異なることに留意すべきであろう。

(2) 【韓4・多数】と【韓4・反対】の異同

【韓4・多数】と【韓4・反対】には、以下のような異同が確認される。

まず、相違点についてである。上記で確認したように、【韓4・多数】と【韓4・反対】は「有責配偶者からの離婚請求」許容するか否かにつき原則と例外が対立関係にある。すなわち、「有責配偶者からの離婚請求」について、【韓4・多数】は原則的に排斥する立場を、これに対して【韓4・反対】は例外的に制限する立場を採用する。この点において、両者は異なる。

しかしながら、同時に両者には一致点も看取される。すなわち、【韓4・多数】は例外的に「有責配偶者からの離婚請求」を許容するか否かを判断する際に「総合考慮」をし、これに対して【韓4・反対】は「破綻」を認定する際に「総合考慮」をしている点で一致している。さらに、その考慮要素についても、【韓4・多数】の③⑩と【韓4・反対】の⑥⑧が完全に一致している。また、その他の考慮要素についてもそれぞれには相違は見られるものの、総じて、当事者双方の事情を考慮しようとする点では一致している。

したがって、理論的には、【韓4・多数】と【韓4・反対】は異なるように思われるが、両者とも「有責配偶者からの離婚請求」を許容するために「総合考慮」をする、すなわち、当事者双方の事情を考慮する点からすれば両者は軌を同じくするものとして評価できよう。

(3) 【韓4・反対】と【韓5】の当てはめ

【韓4・反対】の当てはめ（【韓4・反対】の判旨「キ」の②）と【韓5】の当てはめ（【韓5】の判旨「イ」の下線部）に着目すれば、離婚請求の相手方が、離婚請求者との関係修復に努力をしていたかに留まらず、離婚請求者の親族と交流をしていたかという事情を考慮している。両判決が、どの判断基準の考慮要素として、このような事情を考慮したのかは定かではないが、いずれの判決も「有責配偶者からの離婚請求」の可否の考

慮事情として、離婚請求の相手方が離婚請求者の親族と交流していたかという点を考慮している点では特色があると言えよう。

また、【韓5】の当てはめ（【韓5】の判旨「ウ」の下線部）においては、離婚請求者が別居後に、離婚請求の相手方に生活費を支払ったことを考慮するに留まらず、成年に達していた子ども達に対して「結婚資金」または「事業資金」を支払っていたことをも考慮している点で特色があると言えよう。

以上、韓国判例法の整理において抽出された特色を纏めると以下のとおりである。

まず、韓国判例法全体を総じてみれば、従来判例法が離婚請求の相手方の婚姻継続の意思の有無に関する事情（離婚請求の相手方の事情）のみを考慮していたが、近年の判例法は「有責配偶者からの離婚請求」を許容するか否かを判断するに当たり、「婚姻生活の破綻に対する有責性がその離婚請求を排斥しなければならない程には残っていないという特別な事情」、言い換えれば、離婚当事者双方の事情を考慮している。

次に、個別判決に目を転じれば、実際に抽出された考慮事情の中に、離婚請求の相手方と離婚請求者の親族との交流関係や離婚請求者が成年に達した子ども達へ支払った諸資金を考慮する判決も存在する。

上記で得られた韓国判例法の特色に基づいて、以下では日本法検討への視点を獲得することを試みる。

第2項 日本法検討への視点

第1章第2節(2)で確認したように、日本判例法の現状は、「有責配偶者からの離婚請求」の可否を判断するに当たり、昭和62年判決が示した「三要件アプローチ」を基準としている。この「三要件」の文言のみに着目すれば、別居期間の長短、未成熟子の有無、そして、離婚後、離婚請求の相手方が過酷な状況に陥らないために、離婚請求者が離婚請求の相手方に配慮をどれだけ尽くせるかが重視されやすくなり、韓国判例

法の特徴が示すような当事者双方の事情 — 離婚をするために、または婚姻を継続するために何をしてきたか — を考慮することが見えづらくなっているのではないか。

「三要件」 — 殊に別居期間 — の意味、また昭和62年判決が挙げた①から⑤の考慮要素が何を意味するものであったのか、韓国判例法の特徴から得られた、当事者双方の事情の考慮という視点からもう一度見直すことが必要ではないかと思われる。

また、その際、韓国判例法の特徴が示すように、離婚請求の相手方と親族との「紐帯関係」や成年に達した子どもに支払った諸資金が具体的に考慮すべき要素となり得るかについても検討が必要と思われる。

第3章 終論 — 結びにかえて

第1節 今後の課題

以上において、「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国判例法を検討し、その特色を整理して、日本法検討への視点を獲得した。今後は、以下のような課題に取り組んでいきたいと考える。

まず、日本法における課題としては、「有責配偶者からの離婚請求」の可否につき、離婚当事者双方の事情 — 離婚をするために、または婚姻を継続するために何をしてきたか — を考慮する視点から、昭和62年判決及びその後の最高裁判決、下級審の裁判例を再検討することを通じて、昭和62年判決を再解釈する必要がある。

次に、韓国法における課題としては、本研究では韓国判例法全体を通じて、理論分析に関して立ち入った検討することができなかった。この点については、学説（史）も影響を与えていると思われるため、学説（史）と合わせて、今後検討する必要がある。

第2節 韓国家族法研究への展望

本研究は、家族法領域における日韓比較民事法研究の一環として、「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国判例法を検討した。上記で示した各判決、とりわけ【韓4】をみてわかるように、この問題については、民法学領域に留まらず、憲法や刑法といった広範な法学領域への広がりが見取される。さらに、そこから進んで、「個人の幸福追求」と「家族」という点では家族学研究⁽⁵⁵⁾、「女性の社会進出」の観点からみればジェンダー研究も包含する論点であると言える⁽⁵⁶⁾。

尹眞秀 [윤진수] 教授が指摘されるように、今後も韓国家族法は「家族個々人の幸福追求と弱者保護の方向で発展する」⁽⁵⁷⁾であろうが、これらの研究分野と連携しながら、家族法分野における日韓比較民事法研究推進に尽力したい。

【資料】：関連条文訳

第834条 【協議上の離婚】

夫婦は協議によって離婚することができる。

第836条 【離婚の成立と申告方式】

- ①協議上の離婚は、家庭法院の確認を受けて「家族関係の登録等に関する法律」に定めるところに従い届出をすることによってその効力を生ずる。
- ②前項の届出は、当事者双方及び成年者である証人2名の連署した書面をもってしなければならない。

第836条の2 【離婚の手続き】

- ①協議上の離婚をする者は、家庭法院が提供する離婚に関する案内を受

けなければならず、家庭法院は必要な場合、当事者に対し相談に関して専門的な知識及び経験を備えた専門相談者の相談を受けることを勧告することができる。

- ②家庭法院に離婚意思の確認を申請した当事者は、第1項の案内を受けた日から次の各号の期間が経過した後に、離婚意思の確認を受けることができる。
 - 1. 養育しなければならない者（懐胎中の子を含む。以下、本条においては同じ）がいる場合には、3ヶ月
 - 2. 第1号に該当しない場合には、1ヶ月
- ③家庭法院は暴力によって当事者の一方に対して耐え難い苦痛が予想される等、離婚をしなければならない緊迫した事情がある場合には、第2号の各号の期間を短縮または免除することができる。
- ④養育しなければならない者がいる場合、当事者は第837条に従う子の養育と第909条第4項に従う子の親権者決定に関する合意書または第837条及び第909条第4項に従う家庭法院の審判正本を提出しなければならない。
- ⑤家庭法院は、当事者が合意した養育費用負担に関する内容を確認する養育費用負担調書を作成しなければならない。この場合、養育費用負担調書の効力については「家事訴訟法」第41条を準用する。

第837条 【離婚と子の養育責任】

- ①当事者は、その子の養育に関する事項を協議によって定める。
- ②第1項の合意は、次の事項を含まなければならない。
 - 1. 養育者の決定
 - 2. 養育費用の負担
 - 3. 面接交渉権の行使及び方法
- ③第1項に従う合意が子の福利に反する場合には、家庭法院は補正を命じるかまたは職権をもってその子の意思・年齢及び父母の財産状況、

そのほかの事情を参酌して養育に必要な事項を定める。

- ④養育に関する事項の合意がなされていないかまたは合意することができないときには、家庭法院は職権をもってまたは当事者の請求に従いこれに関して決定する。この場合、家庭法院は第3項の事情を参酌しなければならない。
- ⑤家庭法院は、子の福利のために必要であると認定する場合には、父・母・子及び検察の請求または職権をもって子の養育に関する事項を変更するかまたは別途正当な処分をすることができる。
- ⑥第3項から第5項までの規定は、養育に関する事項のほかには、父母の管理義務に変更を及ぼさない。

第837条の2 【面接交渉権】

- ①子を直接養育しない父母の一方と子は相互に面接することができる権利を有する。
- ②家庭法院は、子の福利のために必要なときには、当事者の請求または職権によって面接交渉を制限するかまたは排除することができる。

第838条 【詐欺、脅迫による離婚の取消請求権】 (省略)

第839条 【準用規定】

第823条の規定は協議上の離婚に準用する。

第839条の2 【財産分割請求権】

- ①協議上の離婚をした者の一方は、他の一方に対して財産分配を請求することができる。
- ②第1項の財産分配に関して協議にならないかまたは協議をすることができないときには、家庭法院は当事者の請求によって当事者双方の協力をもって築いた財産の数额、その他の事情を参酌して、分割の数额

(54) 129 「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国判例法（鬼頭祐紀）

及び方法を定める。

- ③第1項の財産分割請求権は離婚した日から2年を経過したときには消滅する。

第839条の3 【財産分割請求権保全のための詐害行為取消権】

- ①夫婦の一方が他の一方の財産分割請求権の行使を害することを知りつつも、財産権を目的とする法律行為をしたときには、他の一方は第406条第1項を準用して、その取消し及び原状回復を家庭法院に請求することができる。
- ②第1項の訴えは第406条第2項の期間内に提起しなければならない。

第2款 裁判上の離婚

第840条 【裁判上の離婚原因】（省略）

第841条 【不貞による離婚請求権の消滅】

前条第1号の事由は、他の一方が事前同意または事後容恕をしたときまたはこれを知った日から6ヶ月、その事由が生じた日から2年を経過したときには、離婚を請求することができない。

第842条 【その他の原因による離婚請求権の消滅】

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

第843条 【準用規定】

裁判上の離婚に伴う損害賠償責任に関しては第806条を準用し、裁判上の離婚に伴う子どもの養育責任等に関しては第837条を準用し、裁判上の離婚に伴う面接交渉権に関しては第837条の2を準用し、裁判上の離婚に

伴う財産分割請求権に関しては第839条の2を準用し、裁判上の離婚に伴う財産分割請求権保全のための詐害行為取消権に関しては第839条の3を準用する。

注

- (1) 日韓比較民事法研究に即して言えば、大村敦志・権澈『日韓比較民法序説』(有斐閣、2010)がある。もちろん、比較アジア民事法研究の根幹には、日本とアジア諸国の法の歴史的関連性を明らかにすることも必要不可欠である。このような観点を含む研究としては、たとえば鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』(創文社、1989)、五十川直行「タイ民法法典の比較法的考察<序説> (1) — 日本民法典との歴史的関連性」九州大学法政研究62巻3・4号(1996)732頁以下がある。
- (2) 筆者は既にこのような観点から韓国相殺法研究に取り組んでいる。その成果としては、鬼頭祐紀『韓国相殺法の研究(一) — いわゆる『相殺の担保的機能』に関する韓国判例法 — 』九大法学112号(2016)76頁以下がある。
- (3) 家族法領域に比べて改正回数は少ないが、第1編「総則」・第2編「物権」・第3編「債権」の改正も既にも実施され、また現在も進行中である。抜本的な改正の具体例としては、2011年3月7日改正(2013年7月1日施行)の成年後見制度の導入、2015年2月3日公布(2016年2月4日施行)の典型契約としての旅行契約(韓民674条の2以下)の新設等がある。
- (4) それぞれの改正の背景及び主な変更点については、青木清『韓国家族法 — 伝統と近代の相剋 — 』(信山社、2016)97-126頁、161-173頁がある。なお、財産法分野を含む韓国民法典の改正の要点については、송덕수 [宋徳洙], 민법총칙, 박영사, 2014, 51-59면が簡明に取り纏めている。
- (5) もっとも、協議離婚の場合に「家庭法院の確認」を受けることが条文に明記されたのは、1977年12月31日改正(1979年1月1日施行)である。
- (6) 現行韓民840条は1990年1月13日に一部改正が行われているが、これは「法院」を「家庭法院」に改めるものであった。
- (7) 『民法案審議録・下巻(親族・相続編)』民議院, 64면によれば、現行韓民840条のもととなった草案833条4号には、精神病離婚が規定されていた。また、同条同号による離婚の場合に、法院が諸般の事情を考慮することで、「相当な療養料の支払いを相手方に命じることができる」という条文が存在していたことも確認できる。

なお、現在の韓国では精神病離婚は、韓民840条6号の事案として扱わ

れている。

- (8) 旧日民（明治民法）813条7・8号には「虐待」または「重大ナル侮辱」と若干文言の違いはあるものの類似の規定が存在していた。
なお、李東珍 [이동진], 주혜진족법 제 1 권,尹眞秀 [윤진수] 編, 주혜진족법 제 1 권, 박영사, 2015.4, 443면は、3号のうち配偶者の直系尊属からの不当な待遇と4号は「家制度の影響を受けた規定」であるとしている。
- (9) 犬伏由子・石井美智子・常岡史子・松尾知子 [犬伏由子執筆部分]『親族・相続（弘文堂 NOMIKA）』（弘文堂、2012）80頁。また、村田裕「有責配偶者からの離婚請求の許否について——5年別居制案に対する疑問——」中京法学40巻3・4号（2006）203（79）頁は、「有責配偶者からの離婚請求」という論点を「戦後家族法学の最大の論争点の一つ」として位置づけている。
- (10) なお、昭和27年判決以降も、婚姻破綻についての有責性がある者からの離婚請求であっても、相手方配偶者により落ち度があった場合には離婚請求を認めている判決がある（最判昭和30年11月24日民集9巻12号1837頁）。また、婚姻関係が完全に破綻した後に、不貞行為をした夫の離婚請求を認めている判決もある（最判昭和46年5月21日民集25巻3号408頁）。
- (11) たとえば、窪田充見『家族法』（2011、有斐閣）102-103頁。なお、中川善之助編 [島津一郎執筆部分]『民法（親族相続）』（1963、青林書院）103-104頁は、昭和27年判決を「破綻主義を有責主義的に制限」という意味で「破綻主義の有責的制約」を示した判決と位置づけている。
- (12) 浦野由紀子 [松川正毅 = 窪田充見編]・新コメンタール親族（民法第725～第881条）（2016、日本評論社）105頁
- (13) 近年の論稿としては、たとえば、成澤寛「有責配偶者の離婚請求における『相当の長期間の別居』」山梨学院大学法学論集（2014）60頁以下が、三要件のうち、「相当の長期間の別居」につき、近時の裁判例を基に詳細な検討を加え、この要件を「有責性の風化と婚姻の形骸化を示すもの」と位置づけている。
- (14) 大村敦志「判例批評」法協111巻6号（1994）909頁
- (15) 五十嵐清『比較法ハンドブック第2版』（2015、勁草書房）100頁も、家族法領域は、元々、比較法に馴染まないとされてきたが、日本の「有責配偶者からの離婚請求」については、比較法的検討が解釈論と「無縁」とは言えないと指摘している。
- (16) この様子は、TV放送及びインターネットを通じて生放送された。詳細は、下記 URL (<http://www.scourt.go.kr/supreme/media/MediaActivityViewAction.work?gubun=710¤tPage=&pageSize=9&seqnum=6>) を参照。なお、口述内容を記載したのも同サイトに添付されている。（最終確認日：2016年

6月8日)

- (17) 공개변론 동영상, (주16) 양승태 대법원장 발언.
- (18) ただし、「有責配偶者の離婚請求」に関する韓国判例法を詳細に検討した先行研究としては、青木・前掲注(4) 193-198頁、申榮鎬「有責配偶者の離婚請求に関する判例の動向と現況」『21世紀の日韓民事法』(2005、信山社) 353頁以下がある。本研究はこれらの先行研究に加えて、大法院2015年9月15日全員合議体判決の検討を含む点で異なる。
- (19) 原審である東京高裁平成7年6月15日判決は、後述する【韓2】を引用して、有責配偶者からの離婚請求を排斥した第1審判決を取消す判決を下した。上記最高裁も、【韓2】を念頭に判決を下したものと推察される。なお、本件の解説としては、吉田欣子「評釈」判例タイムズ No.978 (1998) 130-131頁がある。
- (20) 송덕수 [宋徳洙], 친족상속법, 박영사, 2015, 84-86면、윤진수 [尹眞秀], 친족상속법 강의, 박영사, 2016, 85-89면参照。また、現行韓民840条に関する大法院判決を広範に取り扱っているものとしては、김주수 [金疇洙]・김상용 [金相鎔], 주석민법 [친족 (2)], 2010, 한국사법행정학회, 281면以下がある。
- (21) 積極的破綻主義を採用したとされる下級審の裁判例については、김정우, “유책배우자의 이혼청구 - 최근 판례를 중심으로 -”, 가족법원50주년 기념논문집, 서울가정법원, 2013, 162-165면参照。
- (22) 대법원1965.9.21 선고 65므37판결 [집13 (2) 민, 148]
- (23) 大法院 HP [www.scourt.go.kr/] 及び로앤비 [http://www.lawnb.com/] にも原審及び第1審の情報に掲載されていなかった。(最終確認日: 2016/07/17)
- (24) 別居に際し、①夫 X と妻 Y が同居していた家及び敷地を売却した代金の折半と②夫 X が妻 Y に対し生活費として毎月2,500ウォンを支払いが約されていた。①に関して、同不動産は、1963年8月9日、妻 Y の甥である訴外 B に20万ウォンで売却され、妻 Y は売却代金の半分である10万ウォンを受領した。なお、妻 Y は現在、同不動産に居住している。また、②については3ヶ月分を支払った後、支払いが滞っている状態である。
- (25) 김주수 [金疇洙], 친속·상속법 [第4版全訂版], 1997, 법문사, 214면, 李東珍 [이동진], 앞의 책 (주8), 489면等多数。さらに、後述する【韓4】でも、【韓1】が原則的に「有責配偶者からの離婚請求」を許容しない判例として参照されている。
- (26) 김주수 [金疇洙], 앞의 책 (주25), 212면
- (27) 권용우, “유책배우자의 이혼청구권”, 법학논총, 제33권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2009, 152면

- (28) 김주수 [金疇洙], 앞의 책 (주25), 212면によれば, 大法院は【韓 1】以外にも 畜妾行為をした者からの離婚請求を一貫して排斥しているとされるが, 김주수 [金疇洙] 教授自身は, 「有責配偶者からの離婚請求」であれば, 直ちに排斥する見解を採っておらず, 一定の場合には「有責配偶者からの離婚請求」であっても許容されるべきであるとする。
- (29) 대법원1987.4.14. 선고 86므28 판결 [집35 (1) 특, 529]
- (30) 韓刑法第241条【姦通】(2016年 1月 6日削除)
- ① 配偶者のある者が姦通したときには, 2年以下の懲役に処する。相姦した者も同様である。
 - ② 前項の罪は配偶者の告訴がなければならない。ただし, 配偶者が姦通をそそのかすかまたは有恕したときには, 告訴することができない。
- (31) 윤성호·주수익, “유책배우자의 이혼청구권에 관한 소고”, 법학연구 제 60집, 한국법학회, 2015, 163면
- (32) 신영호 [申榮鎬], “유책배우자의 이혼청구권 - 판례의 동향과 현황을 중심으로 -”, 고려법학42권, 고려대학교 법학연구원, 2004, 32면。
- (33) 김주수 [金疇洙], “유책배우자의 이혼청구가 예외적으로 인용된 사례”, 판례월보205호 41면
- (34) 朴泰浩, “유책배우자의 이혼청구”, 대법원판례해설 제 7호, 1987, 법원행정처, 294면
- (35) 구연창 [具然昌], “유책배우자의 이혼청구”, 慶熙法學제 23권 제 1호, 1988, 279면, 姜永虎, “유책배우자로부터의 이혼청구”, 사법논집 제 18집, 법원행정처, 518-519면は, 姦通罪告訴が「婚姻が解消されるか離婚訴訟を提起した後でなければならない」(刑訴229条) ことを理由に離婚意思が明白な場合に当たるとする。これに対して, 朴泰浩, 앞의 논문 (주34), 294면は, 【韓 2】の事実関係をみれば, X가本件訴訟を提起するまで訴外 Aとの関係を断絶していなかったように思われ, Y가「一時的な感情または生計等のために暫定的な措置」を採ったと考える余地があるために大法院は差戻しを命じたのではないかとしている。
- (36) 姜永虎, 앞의 논문 (주35), 518면
- (37) 대법원 2009.12.24. 선고 2009므2130 판결 [공2010상, 248]
- (38) 광주고법 2009. 6. 5. 선고 2008르242 판결 [각공2009하, 1215]
- (39) たとえば, 김주수 [金疇洙]·김상용 [金相瑈], 친족·상속법 — 가족법 [제11판] —, 法文社, 2013, 193면は, 従前の判決より基準が緩和したと述べる一方で, 同判決は「有責主義から破綻主義に移行する転換点となるものと評価するにはまだ早い」としている。
- (40) 이희배, “유책배우자의 이혼청구 허용이 신의칙·사회정의에 반하지 않는다는 사례”, 법률신문 제3823호, 2010, 15면參照。

- (41) 대법원2015.9.15. 선고2013므568판결 [공2015하, 1601]
- (42) 대구가정법원2012.8.22. 선고2011드단29651판결 (第1審) 及び대구가정법원2013.1.11. 선고2012르754판결 (原審) は大法院 HP [www.scourt.go.kr/] で事件番号を検索した。
- (43) 本件裁判長양승태 [梁承泰] 大法院長は多数意見を、本件主審裁判官김용덕 [金龍德] 大法官は反対意見をそれぞれ支持した。なお、김용덕 [金龍德] 大法官は、後述する【韓5】においても主審を務めている。
- (44) 윤진수 [尹眞秀], 앞의 책 (주20), 88면; 박소현, “젠더 관점에서 이혼법제에 대한 검토: 유책주의와 과단주의를 중심으로”, 이화젠더법학 제7권 제3호, 2015, 74-75면; 윤성호·주수익, 앞의 논문 (주31), 180면; 방응환, “유책배우자의 이혼청구”, 사법36호, 2016, 427면
- (45) 김명숙 [金明淑], “2015년 가족법 중요 판례”, 인권과 정의 제456호, 2016, 60면
- (46) 박소현, 앞의 논문 (주44), 75면
- (47) 윤성호·주수익, 앞의 논문 (주31), 180면は、このような過ちを繰り返さないように、有責配偶者が一定の場合に離婚できることを立法化すべきとする。
- (48) 김정범, “유책배우자의 이혼청구는 원칙적으로 불허되는가”, 법률신문 제4355호 (2015.10) 11면
- (49) この点については、【韓4・多数】の理論分析と合わせて、今後の研究に譲ることにする。
- (50) 박소현, 앞의 논문 (주44), 96면は、判決による破綻主義導入に反対する理由を、裁判官によって判断が異なる恐れがあり、女性保護が不十分な現行離婚法においては、「法と現実の乖離」がさらに大きくなるからであるとする。
- (51) 【韓5】の担当裁判官は、【韓4・反対】を支持した김신 [金伸] 大法官 (裁判長)、김용덕 [金龍德] 大法官 (主審) と【韓4・多数】を支持した박보영 [朴保泳] 大法官、권순일 [權純一] 大法官の4名であった。
- (52) 韓国大法院の小法廷は全員一致でなければ、判決を下すことができない (法院組織法7条1項)。この点は、小法廷で意見が一致しない場合でも判決を下すことができる日本とは異なる。
- (53) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2012므721 판결. 大法院の HP [www.scourt.go.kr/] で事件番号を検索した。
- (54) なお、【韓3】が韓民840条6号に当たるか否かを判断する考慮要素は「その破綻の程度」という要素を除いて、【韓4・反対】と一致している。このことからすれば、【韓3】は【韓4・反対】の考慮要素にも影響を与えていると言える。

(60) 123 「有責配偶者からの離婚請求」に関する韓国判例法（鬼頭祐紀）

- (55) 韓国家族学に関する文献としては、たとえば、金斗憲『韓国家族制度の研究』（2008、法政大学出版社）がある。
- (56) 박소현, 앞의 논문 (주44), 77면以下で、破綻主義導入の可能性につき、ジェンダー論の観点から検討している。そして、박소현, 앞의 논문 (주44), 97면において、破綻主義導入を考えるならば、まず、「離婚法制と女性の現実が劣悪である点を考慮すべきである」と指摘している。
- (57) 윤진수 [尹眞秀], 앞의 책 (주20), 2016, 10-11면