

第8章 民法

1. 韓日民法の比較

韓国民法は1958年に制定され1960年から施行されており、これまで9回改正されたが、その基本にあるのは、1912年に日帝により朝鮮に強要された日本民法である。日本民法は、1890年にフランス民法の影響を受けて制定され、「人—物—訴訟」から構成されるインスティテューティオネス（Institutiones）体系を採っていたが、1896年と1898年にドイツ民法に倣い、「総則—物権—債権—親族—相続」から構成されるパンデクテン（Pandekten）体系へと改正された。朝鮮では、1912年に後者の体系が適用された。

しかし、日本民法が相対的にフランス民法的色彩を強く有するのに比べて、1958年に制定された韓国民法はドイツ民法により一層近いといえることができる。日本では、1898年の民法改正から1950年代まで、民法学がドイツ民法学の強い影響下に置かれ、いわゆる「学説継受」が行われた。もっとも、韓国の場合にはさらに、ドイツ民法学の影響が強かった時代に日本民法学を勉強した韓国人研究者が中心となって、ドイツ民法が韓国民法典に条文化されることになった。それゆえ、韓国民法典には慣習法がそれほど考慮されていない（鄭鍾休）。韓国民法の条文数は計1118個ヶ条であり、日本民法の1044ヶ条よりも70ヶ条あまり多い。

民法の基本原則が所有権絶対性原則、私的自治原則および過失責任原則であることは両国民法に共通しており、また信義誠実原則などが一般条項として制約原則となっている点も同様である。しかし、日本民法では戦後付加された第1条の2により個人主義が強調されることとなった。これは、旧家族法の「家」の解体と関連するが、韓国民法にはそのような規定がなく、「家」は依然として存続している。一方、民法の法源で慣習法として「事実の慣習」が認められるのも両国民法で同じである。

以下では民法について検討するが、民法、商法、民事訴訟法などの民事法は、上述の憲法、行政法、刑事法など公法とは異なり、政治的な性格がほとんどなく、技術的な規定も多いため日韓民法間に相違点よりも共通点がより一層目につく。ただし、民法の家族法分野はそうではないので、注意する必要がある。

2. 総則

(1) 権利の主体

① 自然人

民法総則は、権利の主体と客体および法律行為などを規定するが、家族法には適用され

ない条項も多い。民法は、一般私法として商人間の取引関係を規律する特別私法である商法などと区別される。また実体法として手続法の民事訴訟法と区別される。以上の点は両国民法で共通している。

民法総則の権利主体に関する規定も韓日両国で基本的に共通している。すなわち権利能力と行為能力、無能力者制度等である。もともと、日本民法では、2000年4月に導入された成年後見制度の下で無能力者は制限能力者と表現が改められ、さらに民法の口語化を主な目的とする民法の一部改正法の施行により、2005年4月から制限行為能力者へと表現が改められている。自然人は出生と同時に権利の主体として権利能力を取得する。日本民法には外国人に関する規定があるが、韓国民法にない。

胎児の法的地位については、胎児に対する不法行為による損害賠償請求権などが例外的に認められるが、韓日いずれの判例も胎児は出生の時点ではじめて権利能力を取得するという停止条件説に立っている。しかし、両国学説とも、利害関係が発生した時点から権利能力を取得すると見る解除条件説が多数説である。自然人は死亡と同時に権利能力を喪失すると規定する点についても、両国いずれでも同じである。

単独で有効な法律行為をする能力を行為能力という。行為能力を有しない制限行為能力者は未成年者、限定治産者、禁治産者（日本では、現行法上、未成年者、成年被後見人、被保佐人、被補助人）である。両国とも未成年者は満20才未満者であり、未成年者が法律行為をするためには法定代理人の同意が必要とされ、後者の同意のない行為は取消すことができる点も同様である。満20才基準は制定当時のドイツ民法で満21才と規定されていたものを、日本民法と韓国民法が1才引き下げたものであったが、ドイツでは1975年から18才に引き下げられた。また、ドイツでは7才未満の者を絶対的な行為無能力者、7才から18才までを相対的な行為無能力者と規定するが、このような規定は韓国および日本民法にはない。他方、未成年者に権利のみ与え、また義務を免ずる行為、代理行為、賃金請求、労働契約締結、取消権の行使、遺言などの行為は、韓日いずれの民法上も単独で有効となり、さらに処分の許可を受けた財産の処分行為、許諾を得た特定営業に関する行為なども同意なく有効になる点で両国民法は同様である。そして未成年者が婚姻をすれば成年者と見なされる点も同一である。

韓国民法では、心身が薄弱とされる限定治産者、心身喪失の状態にある禁治産者に対する規定をおいている。これについては、かつて日本民法と韓国民法は同様であったが、日本では2種類（準禁治産者と禁治産者）の区別が充分でなく、また「禁治産」という言葉に差別的な要素があるという理由等で、1992年の改正ドイツ民法を参考に1999年に民法改正を行い、成年後見制度を置くに至った（2000年4月より実施）。従来の禁治産者は成年被後見人に、準禁治産者は被保佐人に変更され、さらに被補助人が加えられた。韓国民法でもこのような制度を立法論的に考慮する必要がある。無能力者の相手方を保護する催告権などの制度も両国で共通するが、韓国民法ではさらに撤回権と拒絶権が認められる。住所、不在についての規定や失踪宣告制度、同時死亡の推定の規定については両国民法にはほぼ

違いがない。ただし、韓国民法の場合、普通失踪の失踪宣告期間が5年であるが、日本のそれは7年と異なる。

②法人

法人についての韓日両国の民法規定も基本的に同一であるが、いくつかの点で異なっている。まず、韓国民法はドイツ民法に倣って営利法人と非営利法人とを区分するが（第32条）、日本民法上は、公益法人と営利法人とに区分され（第34条）、非営利非公益の法人（同窓会などの団体に法人格を認めること）は認められてこなかったが、2002年4月に施行された中間法人法によって法人格取得の途が開かれた。

法人設立に関する定款作成や主務官庁の許可および登記といった手続規定、また財団法人の場合の財産出捐（日本民法では寄付行為）の規定などは韓日いずれの民法でも同様に認められる。ただし、韓国民法では、ドイツ民法に倣って設立登記を法人の成立要件とするが（第33条）、日本民法典では対抗要件主義が採られる点が異なっている（第45条2項）。また、韓国民法では、財団法人の定款（日本民法では寄付行為）変更はあらかじめ定款で定めておいた場合や目的が達成された場合などに可能であると規定されるが、日本民法では何らの規定が置かれず、学説によって認められている。

法人の機関として、法人の事務執行を行う理事、最高意思決定機関である総会、業務監督を行う監事（任意機関）を置くとする点も両国民法で共通している。ただし、韓国民法では機関個人の責任が明示されるが（第35条1項）、日本民法ではドイツ民法の場合と異なりそのような明示規定がなく、機関個人の責任は判例と学説により認められる。

韓国民法は、理事の代表権制限を定款の任意的記載事項として規定し（第41条）、そのような制限は登記によってのみ第三者に対抗できると規定し（第40条2項）、さらに理事の善管注意義務（第61条）と連帯責任（第65条）をも明文規定するが、日本民法では代表権の制限は善意の第三者にのみ対抗できないと規定される（第54条）。もっとも、日本民法でも理事の善管注意義務と連帯責任は学説上認められている。韓日両民法とも社団法人の社員総会についての定めがあり、また韓国民法にはドイツ法に倣って社員権の譲渡と相続は禁止されるが（第56条）、日本民法では学説上否定されるに留まっている。

法人の能力を定款に定めた目的の範囲内で認める点や、存立期間の満了等により法人の解散を認める点も韓日両国民法で同様である。権利能力なき社団または財団に法人に関する規定が準用されるという点も同様である。

(2) 権利の客体

権利の客体である「物」についての規定は共通する（韓国民法第98条、日本民法第85条）が、法律行為についての規定は両国で異なっている。不動産にあって建物を独立した不動産として認める点もまた韓国民法と日本民法の共通点であるが、これは建物と土地とを一体的に規律する他の諸国の民法と異なっている。立木については韓日両国とも「立木に関

する法律」が制定されており、その他、名認方法による公示方法が両国とも認められている。主物と従物、天然果実と法定果実、果実の取得に関する規定は両国民法で共通である。

(3) 法律行為

①反社会秩序の無効

反社会秩序の法律行為を無効にする点は韓日いずれの民法にも共通する（韓国民法第103条、日本民法第90条）が、韓国民法ではさらにドイツ民法に倣って不公正な法律行為も無効と規定される（第104条）。もっとも、後者の類型については日本民法の判例・学説で当然に認められており、結果的に韓日両民法の規律内容は同様である。反社会秩序行為の無効基準は判例で決せられるが、両国判例は類似の立場を見せている。

②意思表示

法律行為について、意思表示に関する規定は両国民法で共通しており、自由意思に基づいて自発的に行われた法律行為は有効である。韓国民法での「真意でない意思表示」（第107条）は、日本民法で心裡留保（第93条）と呼ばれるもので、表意者が自らの真意と表示が一致しないことを自ら知っていながら行う意思表示を指す。両国民法ともこれに対して効力を認めるものの、相手方が真意でないことを知ることができるか、知っていた場合には無効とする。

次に、韓国民法における、「通情した虚偽の意思表示」（第108条）は日本民法で虚偽表示（第94条）と呼ばれるものであり、表意者が相手方と意思の連絡をしながら行う虚偽の意思表示を指す。両国民法ともこれを無効として、善意の第三者に対抗できないと規定する。

錯誤による意思表示とは、表示から推測判断される意思と真意が一致しない意思表示であり、表意者がその不一致を知らないことを指す（韓国民法第109条、日本民法第95条）。韓国民法は、ドイツ民法に倣って、法律行為の要素に錯誤がある場合に取消を認めるものであるが、この取消は善意の第三者に対抗できないと規定する（第109条）。他方、日本民法は法律行為の要素に錯誤がある場合には無効と規定するものの、表意者に重過失があれば無効を主張出来ないと規定する（第95条）。しかし、日本法上も、判例および学説はこの無効を表意者が相手方に対してのみ主張できる「相対的無効」として取り扱い、実際上の効果は取消とほとんど異なる。

詐欺や強迫による意思表示の取消すことができるのは、両国民法に共通に規定される（韓国民法第110条、日本民法第96条）。韓国民法上、相手方のある意思表示について第三者が詐欺または強迫を行なった場合、相手方がその事実を知ることができ、または知っていた場合に限って意思表示を取消すことができ、この場合には、この取消は善意の第三者に対抗できないと明文で規定するが、日本民法ではこれを詐欺についてのみ規定しており、強迫については判例・学説上認められる。さらに、意思表示の効力発生を到達主義と規定す

る点も両国民法は共通する（韓国民法第111条、日本民法第97条）。

③代理

代理についても両国民法の規定に大きな違いはない（韓国民法第114条以下、日本民法第99条以下）。代理とは、他人が本人の名前で意思表示をし、また受領して、その法律効果が直接本人に生じる法律関係のことを指す。代理人は本人のためにすることを明らかにして意思表示しなければならない。このことを顕名主義という。本人のためにすることを明らかにして意思表示をしない場合には、相手方が代理人として意思表示したことを知っているか、知ることができた場合ではない限り、意思表示は自己のためにしていると見なされるという点で両国民法は同一である（韓国民法第115条、日本民法第100条）。

代理者行為の瑕疵は、代理人を基準にして決するものとされ（韓国民法第116条、日本民法第101条）、代理人は行為能力者であることを要せず（韓国民法第117条、日本民法第102条）、権限を定めない代理人の代理権は保存行為等のみに限られる（韓国民法第118条、日本民法第103条）という点でも両国民法は共通している。さらに、韓日両民法は、代理人が本人の許諾がなかったり、代理人の行為が債務の履行でない場合、本人のために自分と法律行為をしたり（自己契約・自己代理）、同じ法律行為に対して当事者双方を代理する（双方代理）ことができないと規定しており（韓国民法第124条、日本民法第108条）、代理権は原則的に本人ないし代理人の死亡等で消滅すると規定する（韓国民法第127条、日本民法第111条）。

これに対して、韓国民法はドイツ民法に倣い、代理を単独行為と規定するが（第120条等）、日本民法はフランス民法に倣って代理を委任によるものと規定している点で異なっている（第104条等）。もっとも、日本民法上も委任によらない代理はあることから、判例および学説は委任と代理を区別している。また、韓国民法は、代理人が複数ある場合について、別段の定めがない限り各自が本人を代理するとみなす単独代理推定規定を置いている（第119条）。日本民法にはそのような規定はないが、判例および学説上そのように解されている。韓日両国民法は、代理人が自身の権限内行為をするために自身の名前で選任する複代理人を認めている（韓国民法第120条、日本民法第107条）。

権限のない代理人による無権代理として、狭義の無権代理と表見代理が認められるということも、両国民法に共通している（韓国民法第130条以下、日本民法第113条以下）。狭義の無権代理とは代理人に代理権がない場合かつ表見代理にあたらぬ場合のことを指し、表見代理とは実際には代理人に代理権はないが、あたかも代理権があるかのように見える特別な外観のある場合を指す。両国民法は、無権代理で締結された契約について本人に追認権と追認拒絶権を認め、追認により無権代理行為は遡及して効力を生ずると規定する。韓国民法は無権代理行為の相手方に催告権と撤回権を認め、日本民法は相手方に催告権と取消権を認める点で異なるが、後者の取消は実質的には撤回であるので、効果の点で韓日民法は異なる。さらに、無権代理人が契約の履行または損害賠償責任を負うと規定することでも両国民法は共通する。表現代理の要件が満たされる場合には、相手方は本人に対

して代理行為の効力を主張できるのみならず、無権代理の効果を主張できる点も共通する。

④無効と取消

韓日両国民法は無効と取消についても概して同様に規定する（韓国民法第137条以下、日本民法第119条以下）。韓国民法は、ドイツ民法に倣い、法律行為の一部が無効ならばその全部が無効とするが、その無効部分を除いても法律行為をしたものとなお認められる場合には残り部分が無効とはしないと規定する（第137条）。また、無効行為の転換について、韓国民法は、無効の法律行為が他の法律行為の要件を具備し、当事者がその無効を知っていたとすれば、他の法律行為をすることを欲したと認められる場合には、他の法律行為として効力を有すると規定する（第138条）。日本民法には一部無効や無効行為の転換についての規定はないが、一部無効の効果については判例および学説上理論的に当然の帰結であるとして認められている。無効行為の転換については、判例は否定的である。いずれの民法においても、無効の法律行為は追認してもその効力が生じないが、当事者が無効であることを知って追認すれば新しい法律行為とみなすという点で同様である（韓国民法第139条、日本民法第119条）。さらに、両国民法とも、法律行為を取消せばその行為が遡及して無効とされると規定する点でも同じである（韓国民法第141条、日本民法第121条）。これに対して、韓国民法は、取消権の消滅を追認可能日から3年、法律行為日から10年の除斥期間と規定するが（第146条）、日本民法はこれをそれぞれ5年、20年の消滅時効と規定する（第126条）点で異なる。両国民法とも取消権者に追認を認めて、一定の事由があれば法定追認も認める（韓国民法第143条以下、日本民法第122条以下）。

⑤条件と期限および期間

韓日両国民法は、条件と期限および期間を規定している点でも共通している（韓国民法第147条以下、日本民法第127条以下）。条件とは、法律行為の効力の発生・消滅を、将来の発生が不確定な事実にかからせる付款またはその事実を言い、期限とは、必ず到来する時期の到来に法律効果の発生・消滅がかかっている場合を言う。期間というのは一定時点間の継続する時間のことを言う。いずれの民法にも、条件として停止条件と解除条件とが規定されている。既成条件（法律行為当時既に成就された事実を内容とする条件）、不法条件等に関する規定は同様であるが（韓国民法第151条、日本民法第131条、132条）、日本民法には、さらに不能条件（法律行為当時、既に成就出来ない事実を内容とする条件）と随意条件が規定される（第133条、134条）。韓国民法では、不能条件と随意条件は理論上当然なのだという日本の学説に倣い規定されなかった。不能条件と随意条件はフランス民法等にもみ存在する例外的規定である。その他、期限と期間に関する規定も韓日両民法でほぼ同一である。

⑥時効制度

日本民法は、権利を一定期間行使しないことで権利が消滅するとする消滅時効とともに、物や財産権を一定期間占有・行使することで権利を取得することを認める取得時効を規定するが（日本民法第144条以下）、韓国民法では消滅時効制度のみ認められる（韓国民法第1

62条以下)。日本民法が消滅時効とともに取得時効を規定するのは、フランス民法に倣うものである。これに対して、韓国民法の規定はドイツ民法に倣うものである。

消滅時効の成立期間として、所有権以外の一般財産権につき20年、債権につき10年、商行為による債権につき5年という点は共通する（韓国民法第162条、日本民法第167条）。もっとも、短期消滅時効について、韓国民法では3年または1年と規定されるが、日本民法では3年、2年、1年と、より多様な期間が規定される（韓国民法第163条、164条、日本民法第170条以下）。より具体的にみると、医療や工事などの消滅時効が3年とされる点は同様であるが、韓国民法上、弁護士などの職務に関する債権、生産者および商人の販売等、手工業者職務等は3年の消滅時効に服するのに対して、日本民法では2年とされる点は異なる。1年の消滅時効については概ね同様である。

その他消滅時効の中断、停止、効果に対する規定は両国民法で概ね同様である。

3. 物権法

(1) 総則

物権というのは、特定の物を直接的かつ排他的に支配する権利を指す。物権法の原理として物権法定主義が採用されている点は両国民法に共通するが（韓国民法第185条、日本民法第175条）、韓国民法は慣習法による物権成立を全面的に肯定することに特徴がある。また、物権変動について、韓国民法第186条および第188条は、物権変動を目的とする法律行為である物権行為とともに登記・引渡しを必要とする点で、ドイツ民法第925条および第929条に倣うものであり、フランス民法式の意味主義を採用する日本民法とは異なる。すなわち、韓国民法では、不動産の得失変更は登記することでその効力が生じ、動産は引き渡しによってその効力が生じる。

この点、1958年韓国民法制定当時には、1912年以来の日帝下民法のもとで採用されてきた意思主義のために登記の慣行も定着しておらず、新たに形式主義を採用すれば社会的な混乱が生じるという理由で反対意見が提出された。これに対し、日本民法学では、民法制定時以来、形式主義の方が意思主義よりも優れているという学説があり、韓国民法典はこの学説をそのまま受容したといえることができる。

(2) 占有権

韓日両国民法は、占有権について規定を有する点で共通している（韓国民法第192条以下、日本民法第180条以下）。すなわち、占有権は、物を事実上支配することであるとして、自主占有（所有の意思で行なう占有）と他主占有（他人の所有権を前提とした占有）、直接占有（日本民法では自己占有といって他人が物を占有するのを意味する）と間接占有（日本

民法では代理占有とって、他人に物を占有させるのを意味する) といった区別がある。

日本民法は、占有権の承継取得について、現実の占有移転、簡易引渡し、占有改正、指図による占有移転を規定するが(第182条以下)、韓国民法でこれは動産譲渡の要件として規定される(第188条以下)。占有権の効果については、両法の内容は実質上ほぼ同一である。すなわち、占有者は占有の意思で善意、平穩および公然に占有して、前後に占有した事実があれば占有の継続があると推定されるが、占有者の無過失は推定されない。善意の占有者は占有物の果実を取得することができ、また占有を侵奪されたり、妨害を受けたり、妨害を受ける恐れがあれば占有を回収、保全し、妨害の予防を請求する権利を有する。もっとも、占有者が占有物を返還する際には、占有者は回復者に対して必要費と有益費の償還を請求(費用償還請求権)できる。

(3) 所有権

所有権に関する限り、韓国民法と日本民法は構造的にほぼ同一の規定を有している(韓国民法第211条以下、日本民法第206条以下)。すなわち、まず所有権の限界が定められ、続いて所有権の取得および共同所有の順序で規定がある。最初に所有権の限界として規定されているのは、物権的請求権と相隣関係である。

物権的請求権について、韓国民法は、ドイツ民法に倣い所有物返還請求権(第213条)、所有物妨害除去請求権および所有物妨害予防請求権(第214条)を明文で規定する。これに対して、日本民法には、物権的請求権を具体的に規定する条文はないが、判例および学説は理論上当然に認められると解している。

相隣関係について、韓国民法では、共用、隣地使用、生活妨害禁止、水道等施設、周囲土地通行、配水・用水・流水、境界、土地深掘、土地附近の耕作物設置等30ヶ条で規定され、日本民法においても30ヶ条が規定されている。しかし、韓国民法に見られる水道等施設権(第218条)をはじめとする様々な規定は日本民法にない。もっとも、日本民法でも、このような相隣関係は判例および学説で認められる。

また、所有権取得原因として、韓国民法は、取得時効、善意取得、無主物先占、遺失物拾得、埋蔵物発見、添付を規定するが(韓国民法第245条以下)、日本民法は、取得時効について総則で規定し、善意取得を占有のところで規定している(日本民法第162条以下、第192条)。韓国民法では、不動産占有による取得時効期間は20年間であり、不動産登記による取得時効期間は10年間である。日本民法では前者のみ認められ、善意の場合20年、善意無過失の場合は10年で取得時効が認められる点で、韓国民法とは異なる。

共同所有について、韓国民法は、共有(物が持分により数人によって所有されること)、合有(数人が組合体として物を所有すること)、総有(法人でない社団の社員が団体に物を所有すること)を規定する(第262条以下)が、日本民法は共有のみ規定している(第249条)。ドイツ民法は、実質的に合有に該当する規定をおいているが、明文規定は設けず、共

有のみ規定する。合有のほかには総有なる概念を認める立法例は韓国しかない。もっとも、韓国民法に見られるこのような共有形態区分は、共有のほかには合有と総有を認める日本民法の判例および学説を受け入れたものである。

(4) 用益物権

韓国民法には、用益物権として地上権（慣習法による墳墓基地権を含む）、地役権、伝賃権があるが（第2編第4章以下[第279条以下]）、日本民法には墳墓基地権はなく、他方韓国民法にない永小作権、入会権などが認められる（第2編第4章以下 [第265条以下]）。韓国でも小作権は伝統的に存在したが、これは民法典に採用されることがなく、現在はその意味を喪失している。

地上権とは、他人の土地の上に建物その他工作物や樹木を所有するために土地を使用する権利である。韓国民法における地上権は、日帝時代に慣習法上認められてきたものを明文規定したものである。墳墓基地権は、明文規定はないが判例により認められている。これに対して、日帝時代に日本では判例により慣習法として認められてきた温泉権が韓国民法では認められていない。地上権は実際には土地の用益にあまり利用されず、賃貸借が用いられることが多い。地役権は他人の土地を自身の土地の便益に利用できる権利である。

特に注目される点として、韓国民法には、韓国固有の制度として主張される伝賃権がある。もっとも、伝賃権も必ずしも韓国に固有のものとは言えず、中華民国民法典および満州国民法典で「典権」と規定されたものと類似している。伝賃権とは、住宅保証金を支給して他人の不動産を占有して使用、受益する一方、不動産全部に対して後順位権利者その他債権者に先んじて住宅保証金の優先返済を受けることができる権利を指す。（韓国民法第303条）。実際には、住宅保証金が小額の場合には、ほとんど伝賃権登記は行なわれず、賃貸借権の一種としての債権的伝賃権が設定されるが、この場合には住宅賃貸借保護法により保護を受ける。

(5) 担保物権

韓国民法は、担保物権として留置権、質権、抵当権を規定し、さらに特別法上仮登記担保権および動産譲渡担保権を規定している（第2編第7章以下 [第320条以下]）。これに対して、日本民法には、韓国民法にはない先取特権が規定されている（第2編第7章以下 [第295条以下]、先取特権は同第8章以下 [第303条以下]）。日本法上も、1978年に制定された仮登記担保契約に関する法律で仮登記担保が法的に認められている。さらに、韓国民法では、慣習による制度として判例で名義信託が認められている。

韓国民法上、留置権は物または有価証券の占有中にそれに関して発生した債権が弁済期にある場合法律上当然成立する法定担保物権とされ、また、質権は動産または財産権上に

成立する約定担保物権とされ、抵当権は原則で不動産上に成立する約定担保物権とされる。仮登記担保権というのは債権を担保する目的で不動産所有権移転請求権の仮登記をすることである。

日本民法は、フランス民法に倣い、質権について不動産質権を認めるが、韓国民法はドイツ民法に倣い不動産質権を認めない。また、日本民法の規定する先取特権は、フランス民法に由来する制度で、一定の類型に属する債権を有する者に付与される、債務者の財産について他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利のことである（第303条）。韓国民法には先取特権が定められていないが、日帝下民法で認定された先取特権がすべて廃止されたわけではなく、法定質権（第648条）、法定抵当権（第649条）、抵当権設定請求権という形態で今も残っている。

4. 債権法

(1) 総則

①債権総則の構造

債権法の原理と構造については、韓国民法と日本民法とで大差がない。物権の場合には、物権法定主義によりその種類が限定されるが、債権は原則的に当事者間でのみ効力を生ずるので、その内容は当事者の合意で様々に定めることができる。両国民法とも、債権総則（韓国民法第3編第1章 [第373条以下]、日本民法第3編第1章 [第399条以下]）で債権の目的、債権の効力、多数当事者の債権債務関係、債権譲渡、債権の消滅、指図債権および無記名債権を規定する（後二者は日本民法では債権譲渡のところで規定される）。その他、韓国民法にのみ規定される債務引受は、日本でも判例と学説により認められている。以下、債権総則の構造について概観しておく。

②債権の目的

債権の目的については、特定物引渡義務の場合の引渡時までの善管注意義務、種類債権の品質（中等品質提供の原則）および特定方法、金銭債権における弁済に用いる通貨と強制通用力、外貨債務において債務者の内国通貨による代用給付権、民事法定利率（年5分）、選択債権の特定方法などの規定は、両国民法でほぼ同様である。

③債権の効力

債権の効力については、韓日いずれの民法においても、まず任意履行と強制履行、債務不履行にともなう損害賠償請求権が規定される。損害賠償については金銭賠償の原則が定められ、また、損害賠償の範囲は原則として通常損害を限度とすると定められる。韓国民法は、ドイツ民法に倣い、債務不履行責任の要件として債務者に帰責事由があることを要求する（第390条）。この点、日本民法の規定（第415条）は曖昧であるが、判例と学説は帰責事由があることを要求している。さらに、韓国民法は、ドイツ民法に倣って履行補助者

の故意・過失についても規定するが、日本民法にはこれについては規定がなく、判例および学説で認められている。韓国民法は、債権者遅滞について、ドイツ民法に倣い、帰責事由がある場合にはじめて認め（第401条）、利息付債権に対しても利払い義務を否認し（第402条）、目的物の保管弁済の費用が増加された場合、増加額は債権者の負担とすると規定する（第403条）。これに対して、日本民法はフランス民法と共に債権者遅滞の要件効果について相応する詳細規定はなく、そのような効果は学説によって認められる。韓国民法は、ドイツ民法に倣い、不当に過度な損害賠償額の予定額を裁判所が適当に減額できると規定する（第398条）。これに対して、日本民法はフランス民法と共に賠償予定額の自由を認めるが（第420条）、判例と学説は裁判所の減額を認めている。

韓国民法は、日本民法と同様に、債務者の責任財産保全のための制度として、債権者に対して債権者代位権と債権者取消権を認めている（韓国民法第404条、第406条、日本民法第423条、第424条）。すなわち、債務者が第三者に対する権利を行使しない場合には、債権者は一定の要件の下にこれを代位して行使することができ（債権者代位権）、債務者が債権者を害することを知って第三者に対して財産権を目的とする法律行為を行った場合には、債権者は裁判所にその取消と原状回復を求める訴えを提起できる（債権者取消権）。これは、ドイツ民法では認められず、フランス民法で認められている制度を日本の民法が導入し、韓国民法もまたこれに倣ったものである。

④多数当事者の債権債務関係

多数当事者の債権債務関係（韓国民法第408条以下、日本民法第427条以下）は複雑なので詳細な説明は省略するが、基本的構造は韓日民法いずれも同様である。債権者や債務者が多数である場合の債権債務は、原則として分割債権債務として取り扱われ、各自に均等な割合で権利や義務が帰属される。もっとも、實際上、不可分債権・債務、連帯債務、そして保証債務の規定がより重要である。

⑤債権譲渡と債務引受

いずれの民法においても債権譲渡は認められる（韓国民法第449条以下、日本民法第466条以下）。指名債権を債権譲渡する場合には、債務者に対する通知や承諾がなければ債権譲渡を債務者や第三者に対抗できない。韓国民法は、ドイツ民法に倣い、債務引受についても規定を設けており、第三者は、債権者との契約により債務を引き受けて債務者の債務を免れさせることができるが、債務の性質が引受けを許さない場合にはこの限りでないとしている（第453条）。これに対して、日本民法は、フランス民法に倣い債務引受に対する規定をおかないが、判例と学説はこれを認めている。債務引受の場合には、債権者の承諾がなければ債務引受を債権者に対して主張できない。

⑥債権の消滅

債権は弁済、相殺、更改（新規債務による旧債務消滅）、免除、混同（債務者と債権者が同一人になった場合）等により消滅する（韓国民法第460条以下、日本民法第474条以下）。

(2) 契約

①総則

契約総則の規定も韓日両民法ではほぼ同一である（韓国民法第527条以下、日本民法第521条以下）。まず、契約はいずれの民法でも当事者の合意でだけ成立するとされる。隔地者間の意思表示の効力発生時期については民法総則で到達主義が採用されるが、契約の成立時期は承諾の意思表示が発信された時であるとする発信主義が採用される。この点、韓国民法は、承諾期間を定めない申込は申込者が相当な期間内に承諾の通知を受けることができなければその効力を失うと規定し（韓国民法第529条）、日本民法のような申込撤回の延着と通知に関する規定（日本民法第527条）を設けず、申込発信後の申込者の死亡や能力喪失についての規定（日本民法第525条）も設けていない。さらに、韓国民法では、交差申込による契約の成立が認められ（第533条）、またドイツと共に原始的不能についての規定（第535条）がある。しかし、これらの点について、日本民法には明文規定はないが、学説上相当な期間が過ぎれば承諾期間を定めない申込は効力を喪失すると解され、交差申込による契約の成立も認められ、さらに原始的不能も認められると解されている。

第二に、契約の効力については、韓日いずれの民法も、双務契約において対価的債務が発生することを前提として、同時履行の抗弁権、危険負担、「第三者のための契約」についての規定を設けている（韓国民法第536条以下、日本民法第533条以下）。同時履行の抗弁権とは、双務契約の当事者が相手方の履行提供がある時まで自己債務の履行を拒むことができることをいう。また、危険負担とは、双務契約の当事者の一方の債務が当事者双方の責に帰すべからざる事由により履行不能となった場合の負担の分配のことを言う。韓国民法は、そのような場合には原則として債務者がその責任を負い、債権者に帰責事由がある等の場合は債権者が負うと規定している（韓国民法第537条、538条）。これに対して、日本民法は特定物を目的とする双務契約の場合には債権者主義、それ以外の場合には債務者主義だが、債権者に帰責自由がある場合には債権者が危険を負担するとしている（日本民法第534条以下）。「第三者のための契約」とは、契約により当事者の一方が第三者に対して履行すべきことを約定することを指し、これについて両国民法とも同様の規定を有している。

第三に、韓日いずれの民法においても、契約の解約解除が認められる（韓国民法543条以下、日本民法第540条以下）。

②契約の種類

韓国民法は14種類の典型契約を規定するが、日本民法では13種類である（韓国民法第554条以下、日本民法第549条）。すなわち、財産権移転型契約（贈与、売買、交換）、賃借型契約（消費貸借、使用貸借、賃貸借）、役務利用型契約（雇用、請負、委任、寄託）、およびその他の契約（組合、終身定期金、和解）は共通するが、韓国民法にはさらに懸賞広告が定められる。懸賞広告とは、広告者がある行為をした者に一定の報酬を支払う意思を表示し、これに応じた者がその広告に定めた行為を完了することによりその効力が生ずる契

約のことである。その他、商法をはじめとする関連法による多様な契約類型があり、また法律に定められない様々な非典型契約がある。

③民法上の契約の修正

最近では、特別法によって伝統的な契約法理が修正されている。その中でとりわけ重要なものは運送、金融、保険などの取引で広く使われる約款を規律するための「約款の規制に関する法律」（1986年）、割賦取引で消費者を保護するための「割賦取引に関する法律」（1991年）、通信販売と多段階販売を規律するための「訪問販売等に関する法律」（1991年）などである。日本でも同様な修正立法があり、伝統的な契約法理の適用領域は大きく狭まっている。

(3) 法定債権関係

①事務管理と不当利得

契約に基づかない債権発生原因として、韓日両国民法は、事務管理（韓国民法第734条以下、日本民法第697条以下）、不当利得（韓国民法第741条以下、日本民法第703条以下）および不法行為（韓国民法第750条以下、日本民法第709条以下）を定めている。事務管理とは、法律上の義務なく他人のために事務を処理することである。事務管理が開始された場合には、管理者は本人の利益と意思を考慮して管理するべきであるとされ、管理事実通知義務や管理継続義務などを負う。また、不当利得とは、法律上の原因なく他人の損失のもとに他人の財産または労務によって利益を得ることであり、受益者はその利得を返還する義務を負うとされる。

②不法行為

不法行為は、故意過失による違法行為（日本民法では権利・利益侵害）によって他人に損害を加えた場合に、加害者に損害賠償責任を追わせる制度であり、韓日両国民法の規定は基本的に同様である。不法行為制度は、過失責任主義に立脚する民法上の不法行為と過失責任主義を修正する特別法による不法行為とに分けられる。前者は加害行為、故意や過失、違法性、損害の発生、因果関係などを要件とする。後者は民法上の不法行為責任に対する特則規定である。例えば「失火責任に関する法律」は失火者の損害賠償責任を故意や重大な過失に限定している。

韓日いずれの民法も、不法行為の効果について金銭賠償の原則（韓国民法第763条・第394条、日本民法第722条1項・第417条）を定めているが、さらに韓国民法は損害賠償の範囲規定（第393条）等債務不履行に関する規定を不法行為にも準用し、損害が故意または重過失によらず、その賠償により賠償者の生計に重大な影響を及ぼすに至る場合に賠償額の減輕請求を認めているが（第765条）、日本民法にはそのような規定はなく、判例および学説で認められる。

不法行為に関して最近注目される特別法は、加害者に無過失責任を認める特別法である。

例えば「自動車損害賠償保障法」、「原子力損害賠償法」、「環境政策基本法」、「油類汚染損害賠償法」などである。無過失責任が定められる不法行為類型においては、義務保険、共済または基金などを通じて責任負担の分散が行なわれる。

無過失責任主義を導入した製造物責任法は韓国では2000年に制定され、2002年7月から施行されている。日本の場合には、同法が1995年に施行されていることに比べて7年遅い。両国の製造物責任法の内容は概ね同様であり、製造業者は製造物の欠陥によって生命または財産に損害を被った者に対してその損害を賠償しなければならないと規定している。

5. 家族法

(1) 日韓家族法の比較

1912年の朝鮮民事令は、家族法については韓国の慣習によるとしたが、その後3回の民事令改正を経て、日本民法が韓国人にも適用されるようになった。1958年に現行韓国民法が制定されることになり、その後家族法は5回にわたって改正された。度重なる改正を通じて大部分の男女差別規定が撤廃されることになったが、依然として戸主制と同姓同本不婚制は韓国民法に残存している。日本家族法との形式的同一性にもかかわらず、韓国家族法が中国の儒教的宗法制度に立脚しているという点は特徴的である。

宗法制度とは、先祖の祭事を主宰する本家が分家を統率する制度であり、男系血統と男子優先による同族集団制度として朝鮮王朝時代に定着し、今日まで維持されている。男系血統主義では、例えば1991年の民法改正以前には、戸主の直系尊属である長男の分家は禁止され、本家を相続する場合にのみ養子が認められ、親族の範囲は男系が女系より広範囲に規定され（第777条）、同姓同本不婚、異姓不養、姓不変などの制度が認められていた。

また、男子優先主義については、父母の離婚時、母は自分の子の親権者になれず、離婚後の自分の子の養育責任についても原則的に夫に属し、さらに夫婦の生活費用も夫の負担であった。その他、後見の就任順序上の男子優先、戸主相続の男子優先、戸籍を別にする女の相続分差別などが認められてきた。

1991年に施行された改正民法では、後述するように、ここで挙げられた諸制度がほとんど廃止された。特に、戸主制（韓国民法第778条以下）はその権利義務のほとんどが削除され、有名無実化している。しかし、戸主相続については、相変わらず直系卑属男子中の婚姻中の子である長男に戸主が継承され、長男がいなければ次男に継承されるとされる。戸主相続の男子優先主義は男女差別であるという批判がある。さらに、万一婚姻中の子である息子がなければ婚姻中の子である娘に優先して婚外子である息子が戸主を継承するとされるが、これには婚姻の純潔を侵害する男児選好思想であるという批判がある。だが、そもそも戸主制自体が差別的なものであり、撤廃されなければならない。

日本と異なり、韓国では、「姓」の他に「本」という制度があり、この点については変更

されていない。戸籍制度が認められる点では韓国と日本は共通しているが、韓国の戸籍は「家」を意味するのに対して、日本のそれは「夫婦と子女」で構成される。親族について、韓国民法は8親等以内の血族、4親等以内の姻戚、および配偶者であると規定するが（韓国民法第777条）、日本民法は6親等以内の血族、3親等以内の姻戚であると規定し（日本民法第725条）、その範囲が前者よりはるかに狭い。

(2) 婚姻

①婚姻の成立

韓国民法では、民法第4編第3章婚姻の第1節（第800条以下）で婚約を規定するが、日本民法には関連規定はない。実際には婚約という慣習がなくなる趨勢にあることから、韓国民法の態度には疑問がある。

韓国および日本民法上の婚姻は申告（届出）により成立する（韓国民法第812条、日本民法第739条）。この点、事実婚は民法上の婚姻でないが、憲法上の婚姻として認める余地があることは前述した。婚姻の無効取消について、韓国民法は同姓同本および近親でないこと（改正）、重婚でないこと、女性の場合再婚禁止期間をすぎること（改正）、婚姻適齢に達すること、未成年者の場合父母の同意を受けることなどを規定していたが多くは改正されたが、同姓同本禁止を除外すれば日本民法と同じである（韓国民法第815条以下、日本民法第742条以下）。同姓同本禁止制は、憲法のところで述べたように廃止されるべきである。

婚姻可能年齢については、韓日両国民法ともに男子18才、女子16才と規定する（韓国民法第807条、日本民法第731条）が、憲法の平等権に違反するということは前述した。男女とも18才で婚姻可能であるように改正するのが正当である。さらに、再婚待婚期間の規定も女性に対する正当な理由のない不平等規定である。というのも、父親推定の問題は医学的に十分に解決できるからである。近親婚の禁止は、韓国では8親等以内を意味するが、日本では3親等内傍系血族などを基準としており、韓国の場合よりもその幅はるかに狭い。

②婚姻の効果

韓日両国民法は、婚姻により身分上および財産上の効果が発生する点について、ほぼ同様な規定を有する（韓国民法第826条以下、日本民法第750条以下）。もっとも、日本民法の場合、身分上の効果として夫婦同姓が規定されるが、韓国民法にはない。というのも夫婦別姓が原則だからである。もっとも韓国の夫婦別姓制度は男女平等に由来するものではなく、妻を夫の戸籍に入籍させない封建的慣習から始まったものである。韓国の夫婦別姓制度は、その由来には問題があるが、今日的にはより平等主義的であると言ってよい。

婚姻の身分上の効果として同居義務、協力義務、扶助義務および貞操義務が発生することは両国民法に共通する。これに関連して、婚姻が破綻した場合に夫婦間で強姦罪が成立するかという問題について、日本ではこれを認める判例があるが（広島高松江支判1987年6月18日高刑集40巻1号71頁）、韓国にはそのような判例はない。未成年者が婚姻すれば成年

として擬制され、また夫婦間契約取消権が認められる点でも、韓日両国民法に共通している。夫婦間契約は婚姻中一方が取消することができるが、第三者の権利を侵害することはいできない。しかし、夫婦関係が破綻している場合には、この規定の適用がかえって有害でありえるので、この規定は削除するべきである。

次に、財産上の効果としては、韓日両国民法とも夫婦財産契約と法定財産制を規定するが（韓国民法第829条以下、日本民法第755条以下）、実際にはほとんどの場合に法定財産制が利用される点で両国の状況は同様である。韓日民法の法定財産制は、夫婦の固有財産を認め、帰属が不明な場合には共有であると推定する制度である。この点、韓国の場合には住宅等の不動産を夫の名で登記する慣例があり、法定財産制は妻にとって極めて不利に働く。また、裁判所は家事労働に経済的価値を認めないので、妻は婚姻中に築き上げた財産に対する権利を離婚時に認められないことになる。1991年の民法改正によって配偶者の財産分割請求権が認められたが（韓国民法第839条の2）、平等な分割を認める必要がある。

両国民法とも、婚姻生活費用の夫婦共同負担と日常家事債務の連帯責任を規定する点で同一である。

(3) 離婚

①離婚の形態

韓国民法は協議離婚と裁判上の離婚を規定するが、日本民法はさらに調停離婚と審判離婚を認めている。他方、韓国民法は1977年に協議離婚時の家庭裁判所判事による確認制度を導入している（以上について韓国民法第834条以下、日本民法第763条以下）。韓国では協議離婚が全体離婚件数の80%を占める。

裁判上の離婚事由は、韓国民法で6種類、日本民法で5種類が規定される（韓国民法第840条、日本民法第770条）。このうち配偶者の不貞行為、悪意の遺棄、3年以上の生死不明、「その他婚姻を続けるに難しい重大な事由がある時」という4種類事由については両国民法に共通する。しかし韓国民法では、「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」と「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」という2事由が加えられる。これは、刑法について検討した直系尊属等に対する刑の加重と同じで、韓国法に特徴的な儒教的規定である。一方、日本民法には「配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき」なる事由が独自に規定されている。

離婚事由にいう「その他婚姻を続けるに難しい重大な事由がある時」とは、学説によって破綻主義離婚原因として理解されている。しかし、韓国の裁判所はこの事由を有責主義的に解し、有責者の離婚請求を棄却する態度をとり続けてきたが、最近精神病離婚をその一つとして認め、さらに有責者の離婚請求も場合によって認めるに至り、破綻主義に変ってきている。他方、日本の場合には、破綻主義の点で一步進んでおり、婚姻破綻による別居が長期間にわたり、未成熟子女もいなく、離婚後生活が精神的・経済的に困難になる事

情がない場合に、有責配偶者の離婚請求を認めている（最判1987年9月2日判例集41巻6号1423頁）。

②離婚の効果

日本民法では離婚の効果として入籍した配偶者が婚姻前の姓に戻るとされるが、韓国民法には当然ながらそのような規定はない。財産分与請求権は両国民法に共通して設けられている（韓国では1991年に導入）。この点、韓国では、裁判実務上専業主婦に夫名義の財産の3分の1の分与を認める傾向がある。というのも、韓国の裁判所は夫婦間の財産関係の清算という点に主眼をおいており、扶養の側面は考慮していないからである。扶養の側面を重視し、財産分与を2分の1に法定するのが妥当である。日本では財産分与請求権に慰謝料も含まれるが韓国民法では慰謝料を別途に認めている。

(4) 父母および子

韓国と日本の民法は共に婚姻中の出生者と婚姻外の出生者を区別している（韓国民法第844条以下、日本民法第772条以下）。しかし、韓国では婚姻中の出生者と婚姻外の出生者とを差別しないのに対して、日本では相続分に違いがある。これは、1990年に発効した児童の権利に関する条約第2条にいう「出生にともなう差別禁止」に明らかに違反する。両国民法とも養子制度を認めているが（韓国民法第866条以下、日本民法第792条以下）、さらに日本民法は1988年から特別養子制度を認めている。特別養子制度とは、家庭裁判所の審判により25才以上の両親が満6才未満の者を6ヶ月以上の試験養育期間を経て、認めるものである。

(5) 扶養

韓国と日本の民法は、扶養義務を夫婦間および父母の未成年者に対する扶養、直系血族およびその配偶者間、親族間扶養で区別して規定している点で共通している。しかし、日本では親族間扶養は家庭裁判所の審判によりその義務が認められる点で、韓国とは異なる。また、日本では、高齢化社会に対応した介護保険制度と年金制度、および成年後見制度があるが、まだ韓国にはない。

(6) 相続

韓国民法と日本民法は、遺言相続と法定相続を認める点で一致している（韓国民法第997条以下、日本民法第882条以下）。法定相続で第1順位となるのは、被相続人の直系卑属と生存配偶者であり、直系卑属がなければ直系尊属と配偶者が共同相続する点も両民法で同様である。しかし、韓国では、直系尊属がない場合、配偶者が単独で相続するが、日本では

兄弟姉妹と配偶者が相続人するという点で異なっている。韓国では、配偶者がいない場合には兄弟姉妹、4親等以内の傍系血族に財産が相続されるが、日本の場合には、後者は相続の範囲から除外される。韓日両国民法は、相続分は共同相続人の間で均分とすると規定しているが、日本では非嫡出子に対する差別がある。遺留分については、韓国と日本のいずれの場合も、子女と配偶者は法定相続分の2分の1、父母と兄弟姉妹は3分の1とされる。

鄭種休『韓国民法典の比較法的研究』、弘文社、1989年

権逸（権藤世寧）『改正韓国親族相続法』、弘文堂、1990年