

# 韓国・北朝鮮、中国・台湾を本国とする者の相続をめぐる諸問題

木 棚 照 一

一 はじめに

二 韓国・北朝鮮、中国・台湾の相続法および家族法の

特徴

(1) 概 観

(2) 相続人の範囲、順位および代襲相続権

(3) 相続分・遺留分・寄与分

(4) 相続財産の範囲

(5) 遺産債務の清算

(6) 相続人不存在の財産

三

日本所在する財産に関する在日韓国・朝鮮人、在日中国・台湾人の相続準拠法とその適用に関する若干の問題

(1) 概 説

(2) 各国国際私法規定の現状

(3) 相続準拠法の決定と反致

(4) 先決問題に関する学説、判例の対立

(5) 法例三三条の公序によって本国法の適用が排除される可能性

四 結びに代えて

韓国・北朝鮮、中国・台湾を本国とする者の相続をめぐる諸問題（木棚）

## 一 はじめに

日本社会の国際化によって、金や物だけではなく、人もまた国境を越えて移動することが多くなってきた。多くの日本人が外国で居住するようになり、多くの外国人が日本で生活するようになってきた。労働の場所やあり方にも変化が見られ、外国を労働の場所として選択し、そこに生活の本拠を有する者や老後を外国で生活しようとする者も増加してきた。また、日本で生活する者でも、外国で事業を営み、外国に財産を有する者も少なくない。このようになってくると、人の死亡による相続の問題を考える場合に、純国内的ではない、涉外的要素を含む問題が増加してくる。これは、国際化に伴う最近の新しい型の国際相続法に関する問題といえよう。一九八八年に採択されたハーグの相続準拠法に関する条約は、このような国際相続問題を解決しようとするものといえよう。<sup>(1)</sup>

しかし、日本においてはもっと古くから、多数発生している国際相続の問題がある。一九四五年八月の第二次世界大戦終了当時朝鮮、台湾から任意的に渡来し、あるいは強制的に連行されて日本に在住していた朝鮮籍、台湾籍の人々は三〇〇万人近くに達していたともいわれていた。これらの人々の多くは戦後独立した本国へ帰国したが、種々の理由から約七〇万余の人々が日本にとどまったといわれる。<sup>(2)</sup> これらの人々は、一九五二年四月二八日のサンフランシスコ平和条約の発効に伴い、平和条約自体には直接規定がなかったにもかかわらず、昭和二十七年四月一九日民事甲第四三八号法務府民事局長通達によって、平和条約の合理的解釈として、すべて日本国籍を喪失するものとされた。この民事局長通達については、このような重要な問題を民事局長通達で処理しようとした点ばかりでは

なく、「内地に在住する者を含めて全て日本国籍を喪失する」とした点や平和条約発効時まで共通法が観念的に存続することを前提として平和条約発効当時における戸籍を基準にした点など、内容的にも学説から厳しく批判されるところがあった。しかし、最高裁昭和三六年四月五日の大法廷判決（民集一五卷四号六五七頁）、最高裁昭和三七年一月五日大法廷判決（刑集二六卷二二号一六六一頁）などによって、台湾との関係では、日華平和条約の発効時である昭和二十七年八月五日を基準とした点を除いてほぼ前記通達の立場が追認された。したがって、これらの人々の相続問題は、法例二六条により被相続人の本国法が適用される渉外的な問題になる。第二次大戦後五〇年以上が既に経過し、二世、三世の時代となり、このような人々をめぐる相続問題が増加し、最近の判例などからみても実務的な重要性が増しているように思われる。<sup>(5)</sup>

一方では、これらの人々の本国法である韓国法・北朝鮮法、中国法・台湾法については法源が整備されてきており、これらの諸国の法は、比較法的にみて相互に民族の同一性ないし近似性と社会経済体制の近似性が交錯し、興味ある状況にある。他方では、これらの人々をめぐる国際相続法上の問題は、分断国家の国民に関する本国法の決定、反致、公序、相続の先決問題としての身分関係など、国際私法独特の法技術の面からみても共通する興味ある問題が存在する。にもかかわらず、この問題を総合的に考察したものは見当たらないように思われる。わたくしは、以前理論上も実務上も多くの問題点を含む在日韓国・朝鮮人の相続をめぐる問題の研究をまとめた論稿を書いたことがある。<sup>(6)</sup>しかし、その後の法の制定や改正もあり、修正が必要になっている部分もあるので、この際より広い視点から問題を捉え直してみる必要性を感じている。本稿では、前稿との重複をできる限り避けながら、古くから最も身近に存在する渉外的問題である在日韓国・朝鮮人、在日中国・台湾人をめぐる法律問題を相続に焦点を絞

って考察することにした。

- (1) 木棚照一『国際相統法の研究』（有斐閣、一九九五年）九二頁以下参照。
- (2) 西山国顯「在日中華民国（台湾）人の相統法(1)」戸籍時報四二〇号二頁参照。
- (3) 例えば、宮崎繁樹「放棄された領土と住民の国籍」法律論叢五一巻一号三七頁、大沼保昭「在日朝鮮人の法的地位に関する一考察（六巻）」法学協会雑誌九七巻四号五頁以下参照。
- (4) この点については、木棚照一「国籍法逐条解説(3)」戸籍時報四六二号二八頁以下参照。朝日新聞朝刊二〇〇一年二月九日三面は、与党三党の「国籍に関するプロジェクトチーム」が特別永住者の日本国籍取得要件緩和策として、①許可要件を簡素化する②届出制に改める③一旦日本国籍を付与したうえで国籍を選択させるの三案のいずれかで対応する方針を決めたことを報じている。
- (5) 平成に入ってから後の最高裁および高裁判決に限っても、中国・台湾人の相統に関しては、東京高裁平成二年六月二八日判決、判例時報一三六一号五六頁、東京高裁平成二年六月二八日判決（判決裁判所および年月日が同じであるが前掲のものとは異なる事件に関する）金融法務事情一二七四号三二頁、最高裁平成六年三月八日第三小法廷判決、民集四八巻三号八三八頁、東京高裁平成一年五月一二日判決、判例時報一六八〇号八六頁があり、韓国・朝鮮人の相統問題に関しては、福岡高裁平成四年二月二五日決定、判例タイムズ八二六号二五九頁、最高裁平成二年一月二七日第一小法廷判決、民集五四巻一号一頁がある。これらの人々は、平成三年法律第七一号の「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国に関する特例法」で、一般永住より有利な特別永住者として扱われている。これに該当する人々は、現在約五二万人といわれている（二〇〇〇年十二月二〇日毎日新聞朝刊一面参照）。
- (6) 木棚照一「在日韓国・朝鮮人の相統をめぐる国際私法上の諸問題」立命館法学二二三・二二四合併号六一二頁（戸籍時報四二五号、四二七号、四二九号に若干の修正を加えたうえで転載）

## 二 韓国・北朝鮮、中国・台湾の相続法および家族法の特徴

### (1) 概観

本稿で扱う問題を歴史的にみれば、いずれも儒教の影響を強く受けた古くからの中国の法を継受、発展させてきた国家ないし地域に関する。しかし、これらの国家ないし地域の法は、現在の時点で見れば、類似する部分もあるが、かなり大きく異なっている。一見類似しているように見えても実際には異なっていたり、逆に一見異なっているように見えても実は類似した点があることも少なくないのであるから、本来、学問的に深く検討しようとする<sup>(1)</sup>ば、それぞれの法やそれが行われている社会について歴史的に遡って概観し、法の継受を研究する必要があるが、それは現在のわたくしには残念ながら手に負えないところである。

民族的近似性ないし同一性という観点からは、韓国と北朝鮮、中国と台湾を比較する必要がある、社会経済体制という点では発展途上国から既に脱し、最近急速に力をつけてきた資本主義国である韓国と台湾を、市場経済を現実に導入し、あるいは、将来的には導入することを展望しつつも計画経済体制を維持する社会主義国の中国と北朝鮮を比較することが重要である。民族性と社会経済体制のいずれの比重がより重いかは、法の分野やそれぞれの国家ないし地域によって一律にいうことはできないので、個別的に問題毎にみる必要がある。敢えて一般的にいえば、相続については社会経済体制とのかかわりが深く、民族性よりも社会経済体制が占める比重が大きい。それに対し、相続の前提をなす家族的身分関係については社会経済体制の相違にもかかわらず、民族性の要因が強く残っ

ている部分が少なくない。いずれにしても、社会経済体制と民族性の両面からこれらの法を比較検討する必要がある。

ところで、これらの諸国ないし地域の現行法を検討する前に、それぞれの国ないし地域における現行法に至るまでの法源の変遷を概観しておく必要がある。これはたんに歴史的に考察することが現行法の理解にとつても必要であるという点からだけではない。相続は過去に生じた問題がかなり長期間を経て争われることもあるから、被相続人の死亡時点との関係で後に述べるような時際法上の問題が生じるので、実際上もこの点の言及が不可欠となるからである。

① 韓国の家族法・相続法の変遷は四つの時期に区別することができる。<sup>(8)</sup> 第一の時代は、韓国民法施行前の一六〇年一月一日前までであり、朝鮮民事令が適用された時代である。身分相続の一種である戸主相続は、長男の独占相続を原則とした。妻は子がいない場合にのみ相続権が認められるにすぎず、庶子は嫡出子と相続法上差別されていた。遺言については無方式主義が採られていた。第二の時代は、民法施行後から一九七九年一月一日の一九七七年改正法の施行前までである。民法は祭祀相続と戸主相続を含む身分承継と財産相続をそれぞれ分離し、独立したものとされた。戸主相続人は、墳墓に関する比較的広大な土地と族譜、祭具を承継し(九六六条)、財産相続についても相続分に五割の加算が認められた(一〇〇九条一項但書)。財産相続については、妻に相続権のほか代襲相続権を認め(一〇〇三条)、嫡出子と婚外子の相続分の平等が認められたが(二〇〇〇条一項、一〇〇九条)、他方で、女子の相続分について男子の二分の一(二〇〇九条一項但書)、家籍にない女子については四分の一とされた(一〇〇九条二項)。遺言について要式主義が採られた(一〇六〇条)。第三の時代

は、一九九〇年改正法が施行される一九九一年一月一日以前である。妻の相続分の五割加算が認められ（二〇〇九条三項）、婚姻していない女子の相続分を男子と平等にし（二〇〇九条二項）、遺留分制度が新設された（一一二条一・一二八条）。第四の時期は、一九九〇年改正法の施行後の一九九一年一月一日以降である。戸主相続が戸主承継に変えられ、相続と別の制度とされ、戸主相続人の特権が廃止された。同一家籍にない女子の相続分を男子と平等とし、寄与分、特別縁故者への財産分与の規定が新設された。また、財産相続人の範囲を従来の八親等内の傍系血族から四親等内の傍系血族まで狭めた（二〇〇〇条一項四号）。

ところで、一九八八年九月に設立された憲法裁判所は憲法の守護者として、過去一〇年間果敢に違憲決定を下してきたといわれている<sup>(9)</sup>。憲法裁判所は、一九九七年七月一六日の判決で伝統的な宗法制度に基礎を置く同姓同本婚禁止を定めた民法八〇九条一項を違憲とし、一九九八年二月三一日までに同条項を立法機関が改正しない場合には、一九九九年一月一二日より効力を失うものとした。また、この判決以前にも一九九七年三月二七日の決定によって親子関係否認に関する除斥期間につきその出生を知ってから一年以内と規定する民法八四七条一項を家族生活に関する基本権を侵害するものとし、新たに改正されるまでその適用を中止した。<sup>(10)</sup> 法務部はこれらを考慮した改正案を作成し、国会にこれまで数回提出してきたが、儒林を中心とした政治勢力の反対もあり現在までのところ成立していない。

② 北朝鮮の家族法・相続法は、一九八二年二月七日の中央人民委員会政令第二四七号「民法規定（暫定）」が公布され、一九八六年一月三〇日に正式に採択されるまでは、個別的な法令、憲法を始めとする一般的な規定がみられるのみであった。<sup>(11)</sup> 一九四五年一月一六日の「北朝鮮で施行されるべき法令に関する件」（司法局布

告第二号）によつて日本の支配のもとで施行された法の効力の喪失が宣言されたが、「朝鮮民情と条理に符合しない法令を除き」従来の法令が施行されるものとされた。一九四六年七月三〇日の北朝鮮臨時人民委員会決定第五四号「男女同権に関する法令」によつて、離婚原因や婚姻適齡などに関する規定とともに、女性の相続権を男性と平等にすることが定められた。その後もその時々で必要に応じて個別的な規定が設けられた。たとえば、一九四九年一月一五日の「後見人または補佐人の選定監督に關して」（内閣決定第二三三二号）、同年二月三一日の「養子縁組の成立に關して」（内閣決定第二八号）、一九五二年七月二六日の「戦災孤児に対する養子縁組手續に關して」（内閣決定一六七号）、一九五六年三月八日の「協議離婚手續を廢止して裁判離婚のみによる規定」などである。一九五八年二月一日「朝鮮民主主義人民共和國民法および民事訴訟法草案を準備することに關して」（内閣決定第一六号）が發布されて、ソ連法を参考にした家族・相続の規定を含む民法草案（以下、五八年民法草案という）がつくられたが、採択されるに至らず、暫定的にこれを裁判の基準とすることが認められたに過ぎなかった。一九七二年二月二七日の共和国社会主義憲法二四条によつて個人所有を「個人的で消費的目的のための所有」と定義するとともに、住宅付屬地經營をはじめとする住民の個人的副業經營で作られた生産物も個人所有とし、勤労者の個人所有を保護し、それに対する相続権を法的に保障することを宣言した。しかし、「民事規定」が發布されるまでの北朝鮮の家族法・相続法の全体像は明らかにされてはいない。民事規定においては第二章「婚姻及び家族關係」に關する一〇条―二六条に、相続に關する規定も含まれていたといわれているが、その正確な内容は極秘とされているため全体として必ずしも明らかではない。ただ、つぎのような規定があつたことは明らかにされている。法定相続のほか遺言相続が認められ、相続財産



は、一つの家庭を成して生活していた家庭構成員に移転するが、家庭構成員がいなかった場合には家族および近親に移転する（二三条）。被相続人を生前にひどく虐待したり、意識的に扶養しなかったような場合には、相続資格になる（二四条）。相続は六箇月以内に行わなければならない。六箇月が経過しても相続人が現われなかったり、全ての相続人が相続放棄した場合には、その財産は国家所有となる（二五条）<sup>(12)</sup>。北朝鮮の家族法・相続法の規定が全体として明らかになったのは、一九九〇年一〇月二四日最高人民会議常設會議が採択し、同年一二月一日より施行された「朝鮮民主主義人民共和国家族法」によってである。この法律は、全五四箇条からなり、相続に関する規定は、四六条と五三条である。

家族法は、一九九三年一〇月二四日最高人民会議常設會議の決定によって部分的に改正されている。改正法のうち、相続に関して実質的に重要なのは、相続の期間、期間経過後の相続財産の国庫帰属等を定めた五二条の一項と二項を一項にまとめて相続の承認、放棄期間とし、二項で前項で定める期間内に相続人が現われなかった場合、裁判所が利害関係人の申立により相続の承認・放棄期間をさらに六箇月間延長することができるものとした点である。<sup>(13)</sup>

③ 中国では、中華人民共和国建国以来、独自の相続制度を打ちたてて完成させることが重視されてきたが、一九八五年四月一〇日に中華人民共和国主席令第二四号として公布され、同年一〇月一日より施行された現行相続法までは相続に関する単行法は存在しなかった。<sup>(14)</sup>しかし、それまでも一九五〇年五月一日に公布され、同日に施行された婚姻法一二条には、夫婦が互いに遺産を相続する権利を有する旨規定され、一四条には、父母と子が互いに遺産を相続する権利を有する旨定められていた。また、一九五四年九月二〇日公布、施行された憲法

一二条は、公民の私有財産の相続権を保護することを規定していた。<sup>(15)</sup> 一九六三年八月二八日最高人民法院は、第一回全国民事裁判活動會議に「民事政策を徹底的に執行することに関するいくつかの問題の意見」を提出した。この中には、離婚認定の基準、重婚、売買婚、軍人婚姻の保護、離婚における財産および生活費の扱いに続いて、相続に関する規定が置かれており、たとえば、被相続人の財産はまず配偶者、子、父母が相続し、配偶者、子、父母がないときは兄弟が相続する権利を有するものとしていた。<sup>(16)</sup> 一九六六年からの文化大革命が終った後の一九七九年に最高人民法院は、第二回全国民事裁判活動會議に「民事政策法律を徹底的に執行することに関する意見」を提出した。ここでは相続について、第一順位の相続人を配偶者、子、父母とする点は六三年の意見と同一であるが、子が既に死亡していた場合の孫の代襲相続権を認めている。第二順位の相続人として祖父母および兄弟姉妹を挙げるが、兄弟姉妹の関係が悪化していた場合には、相続を認めないことを妨げないものとしていた。<sup>(17)</sup> また、同一順位の相続人間の遺産分割にあたっては、相続人が未成年者または勤労無力者であるかどうか、相続人が被相続人に対して果たした義務や相続人の勤労・生活上の需要などを考慮することができるとした。被相続人を虐待ないし遺棄した者の相続権を認めないことができるを定めていた。さらに、遺言相続を認めていたが、それが国家政策に違背してはならないとし、未成年者、勤労無能力者、生活困難者の相続を否定するような遺言を無効としていた。<sup>(18)</sup> 一九八四年八月三〇日に最高人民法院は、第四回全国民事裁判活動會議に「民事政策法律を徹底的に執行するうえでの若干の問題に関する意見」を提出した。ここでは先の意見を全面的に補充し、相続に関する規定が一九項目に及び、翌年公布された相続法に近い規定が定められており、相続法より具体的な規定もあつたといわれている。<sup>(19)</sup> このように相続法が公布されるまでは、

最高人民法院がそれに代わる基準を意見として提示してきたが、それも法規としての役割を果たしてきたといえよう。

④ 台湾の家族法・相続法は、一九三〇年二月二六日に公布され、一九三二年五月五日に施行された中華民國民法の親族および相続編である。<sup>(20)</sup> この民法は、一九四五年一〇月二五日より台湾に施行されることになった。<sup>(21)</sup> この親族・相続編は、ヨーロッパ大陸法を継受しながら、家族主義的な伝統的思想と当時の農業を中心とする社会を背景にこのような要素をも織り込んで立法されたものであった。相続に関する規定は、男と女や嫡出子と非嫡出子の差別をなくし、配偶者の相続分を保障するなどの特徴を有していた。しかし、経済の発展、交通通信機関の拡充、国民の思想觀念の変化等によって台湾社会に大きな変化がみられるようになり改正の必要性が生じて、一九七四年七月から司法行政部（現在の法務部）に民法研究修正委員会が設置され改正作業に着手された。<sup>(22)</sup> 一九八五年六月三日改正民法親族編・相続編が公布され、施行された。それによると、改正されたのは、旧法では原則として養子の相続分は実子の二分の一とされていたが（旧一一四二条二項本文、これを実子の相続分と平等にしたこと、旧法では中国で伝統的に存在した宗祧（ソウチョ）相続の觀念と関連して卑属および実親がない者が遺言で相続人を指定できる制度があったが（旧一一四三条）、弊害も多いので削除されたこと、遺言による遺産分割禁止の制限期間を二〇年から一〇年に短縮したこと（一一六五条二項）、旧法では相続人が相続放棄をするには、相続の事実を知ってから二箇月以内に裁判所、親族會議またはその他の相続人に書面で意思表示をすればよいことになっていたが、必ず裁判所に対して意思表示をしたうえで他の相続人にも通知すべきものとされたこと（一一一七条）、遺言の方式として危急時に認められる口授遺言の一種として新た

に録音遺言を認めたこと（一一九五条二号）などである。<sup>(23)</sup>

以上のように各国の法に変遷があるので、何れの時期の法を適用すべきかという時際法上の問題が生じる。時際法上の問題も法廷地国際私法によつて解決すべきとする少数説もあるが、わが国の通説判例は、相続のように被相続人の本国法によるべき場合には、被相続人の本国の時際法によつて決定すべきものとする。そこで、これらの国における時際法上の原則をみておくことにする。

まず、韓国民法の時際法規定は、特別な規則がある場合を除いて施行前に発生した事項にも遡及的に適用されるものとする（民法附則二条本文）。しかし、この法律施行以前に開始された相続に関しては、この法律施行後も、旧法を適用する（同二条一項）。したがつて、相続の開始が前述の四時期の何れに当るかによつて適用される法が異なることになる。

つぎに、北朝鮮の家族法には時際法に関する規定は直接にはみられないが、家族法施行前に開始した相続に遡及して適用されることはないと解されている。<sup>(24)</sup>

つぎに、中国の時際法にあたる原則は、一九八五年九月一日の最高人民法院の「中華人民共和国相続法を徹底的に執行するうえでの若干の意見」六四条二項で定められている。これによると、人民法院は、相続法が発効する以前に既に受理し、発効時に未だ審決していない相続事案に相続法を適用するものとされている。<sup>(25)</sup> このような原則は、相続法を制定した人民議会において「同法施行前に開始した相続については、施行前に既に遺産が処理されている場合は改めて処理しないが、施行時に未処理の場合は同法を適用する」と既に説明されていたことから、予測されたところともいえよう。

最後に、台湾における時際法の規定は、民法相続編施行法で定められており、同法一条によると、民法相続編施行前に相続が開始した場合には、本施行法に特別な規定がない限り民法相続編の規定を適用しない、とされ、相続法改正前に相続が開始した場合も本施行法に特別な規定があるときを除いて、改正後の規定を適用しない、とされている。<sup>(26)</sup> また、遺産分割禁止の遺言が改正前に効力を生じた場合に、その有効期間の制限につき残余期間を一〇年に短縮すること（四条）など、特別の規定を置く（二条一〇条）。

このようにみると、中国法以外は原則として新法不遡及を認めているが、その場合でも、台湾のように例外を定める特別規定がかなりあることもあり、注意を要する。以下、相続人の範囲と順位、相続分・遺留分・寄与分、相続財産の範囲、遺産債務の処理、相続人の不存在に分けて、現行法を概観してみることにする。このような概観は、必ずしも網羅的ではなく、極めて粗いものにならざるを得ないが、国際私法問題を考える最小限の基礎的知識の確認の意味はあるであろう。

## (2) 相続人の範囲、順位および代襲相続権

### ① 韓国

財産相続については、被相続人の直系尊属、直系卑属、兄弟姉妹、四親等以内の親族がこの順位で相続人になる（民法一〇〇〇条一項、以下、条文のみを記した場合は韓国民法一九九〇年改正法の条文を意味する）。同順位の相続人が数人あるときは最近親を先順位とし、同順位の相続人が数人あるときは共同相続人になる（同条二項）。相続人となるべき直系卑属または兄弟姉妹が相続開始前に死亡したか、相続欠格者となった場合に、その者の直系卑属に代

襲相続が認められる(一〇〇一条)。配偶者は、直系卑属と直系尊属とは共同相続人となり、それらの者がいない場合には、単独相続人になる(一〇〇三条一項)。特徴的なのは、相続開始前に死亡したまたは相続欠格となった者の配偶者がその者の直系卑属とともに同順位で代襲相続をすることが認められていることである(一〇〇三条二項)。この場合に、死亡した者の妻というのは、登記に関する大法院の例規によると、夫死亡後にも、継続して婚家との姻戚関係を維持している妻を意味するので、夫の死亡後再婚した妻は夫に代襲して相続することはできない、とされている。戸主承継を無力化し、形骸化しながらも存続させたことから、墳墓等の承継者である祭祀主宰者(一〇〇八条の三)を戸主承継人とみるか、現実に主宰している者とみるかにつき争いがある。<sup>(27)</sup>

## ② 北朝鮮

配偶者、子、父母が第一順位の相続人であり、それらの者がいないときには、孫、祖父母、兄弟が第二順位の相続人となり、それらの者もないときは近い親戚の順位によって相続する(家族法四六条、以下、条文のみを記した場合は、家族法のものとする)。民事規定と異なるのは、第一順位を「一つの家庭を成して生活する家族構成員」に限定していない点である。子とは、実子および法定親子関係にある子という。実子とは、婚姻関係から出生したかどうかを問わず、血縁関係のある子という(二五一条一項、二項)。法定親子関係には、継親子関係および養親子関係が含まれる(二九一条一項、三三一条一項)。継父または継母と継子の関係が生じれば、継子と実父または実母の関係はなくなり(二九一条二項)、養父母と養子の関係が生じれば、それ以前の父母との関係はなくなる(三三一条二項)。父母に特に被相続人との同居や労働能力がないことを要件としていない。「近い親戚」とは、父系ばかりではなく母系の親族を含み、一般に「知っている限りの親戚であり、実際には、八親等までたどればその後は不明である」とい

われている（一〇条参照<sup>(28)</sup>）。相続人が被相続人より先に死亡した場合につきのみの代襲相続が認められている（四九条）。親子の關係が重視され、明文上は子についての代襲のみを認めているから、再代襲を認めてはいないと解される。父母が第一順位の相続人であり、父母が先に死亡したとしても代襲相続が認められる結果、被相続人の財産は兄弟姉妹に相続されることになり、遺産が分散される結果を生じることになる<sup>(29)</sup>。

### ③ 中国

配偶者、子、父母が第一順位の相続人であり、兄弟姉妹、祖父母、外祖父母が第二順位の相続人である（一〇条一項）。ここで配偶者というのは、「婚姻管理登記条例」が施行される一九九四年二月一日以前は合法的事実婚の夫婦も含まれた。現在では事実婚は完全に無効とされ、配偶者から排除されている<sup>(30)</sup>。この他に、死亡した配偶者の親に対して主要な撫養義務を尽くした嫁や婿も第一順位の相続人となる（一二条）。主要な扶養義務というのは、他の相続人より多く主要な経済的援助や生活扶助を行うことであり、例えば、長期間の同居があるか、それがなくても、長期的に面倒をみ、家事労働を行うとか、長期にわたり経済的に養うことである。ここで子というのは、嫡出子、非嫡出子、養子および扶養関係にある継子を含む（一〇条三項）。また、父母というのは、実父母、養父母および扶養関係のある継父母を含む（一〇条四項）。被相続人の子が被相続人より先に死亡した場合に、子の直系卑属の代襲相続を代位説によって認めている（一二条）。相続人が被相続人より先に死亡したことが唯一の代襲原因であり、相続欠格等其他の代襲原因を認めていない。直系卑属が子に代位するのであるから、子が相続欠格などで相続資格を有しない場合には、そもそも代襲の問題は生じないと解されるからである。一二条によって、第一順位の相続人となった嫁や婿についても、その子の代襲相続が認められる（最高人民法院一九八五年九月一日意見<sup>(31)</sup>）。

以上の法定相続人以外の者にも相続を認めることがある（二四条）。それにはつぎの二つの場合がある。まず被相続人の扶養に頼っていた労働能力に欠けるか、生活基盤のない者である。被相続人の扶養に頼っていたというのは、全てのまたは主な生活費用を被相続人に頼ることをいい、一時的な援助を含むものではない。<sup>(32)</sup> 判断の基準時は被相続人の死亡時である。<sup>(33)</sup> たとえば、孫に扶養されていた祖母が孫の相続財産を相続する場合や長年にわたって兄に扶養されてきた妹が兄の相続財産の分割を受ける場合が挙げられている。<sup>(35)</sup> つぎに被相続人の扶養を相続人でないのに比較的多くみた者である。これには、被相続人に経済的援助を多く行つた者、被相続人に生活の扶助を多く行つた者および被相続人の死亡前病弱の期間中面倒をみた者が含まれる。

#### ④ 台湾

配偶者のほか、直系卑属、父母、兄弟姉妹、祖父母がこの順序で相続権を有する（一二三八条）。九八二条によると、婚姻は公開の儀式と二人以上の証人で成立するから戸籍上婚姻登記されていない者であってもこの要件を満たし、配偶者となることがある。婚姻登記がある場合にはこの要件が満たされているものと推定される（同条二項）。直系卑属は、子、孫、曾孫、玄孫等をいい、親等の近い者を先順位とする（一二三九条）。相続人となる子は、嫡出子、養子に分けられるが、非嫡出子は父の認知を得ると嫡出子とみなされる（一〇六五条一項）。これは撫育認知を受けた子も同様である。非嫡出子は母との関係では分娩の事実により嫡出子とみなされる（一〇六五条二項）。妾の子による妻の財産の相続、妻の子による妾の財産についての相続、前夫の子による継父の財産についての相続、前妻の子による継母の財産についての相続は、何れも認められない。<sup>(36)</sup> 子が被相続人より先に死亡したり、相続権を喪失した場合には代襲相続が認められている（一一四〇条）。代襲相続の性質については学説が分かれるが、固有権説



が多数説である。<sup>(37)</sup> 養子に関する代襲相続権については争いがあるが、少なくとも縁組後に生まれた養子の子については被相続人との血縁関係が擬制されるから、代襲相続権を認めるべきとする見解が有力である。<sup>(38)</sup> 被相続人が生前継続的に扶養した者に対して親族会で遺産を分与しなければならないとする規定がある（一一四九条）。

### (3) 相続分・遺留分・寄与分

#### ① 韓国

同順位相続人間の相続分の平等化はかられた（一〇〇九条一項）。戸主相続人の相続分の加算や同一家籍にない女の相続分の差別を廃止した。配偶者の相続分も夫と妻で平等にし、直系卑属、直系尊属の相続分に五割を加算した（同条二項）。一九七七年の第五次改正で遺留分規定が、一九八九年の第六次改正で寄与規定が新設された。遺留分は、直系卑属と配偶者については法定相続分の二分の一、直系尊属と兄弟姉妹については法定相続分の三分の一とされる（一一二条）。被相続人の財産の維持または増加に特別に寄与した共同相続人がある場合には、相続開始時における相続財産の価格から共同相続人が協議して決めた寄与分を控除したものを相続財産とみて、寄与者の相続分を本来の相続分に寄与分を加えた額とする制度である（一〇〇八条の二）。遺産分割における実質的公平を図る趣旨であるが、未経験の制度であるだけに多くの問題が残るといわれている。<sup>(39)</sup>

#### ② 北朝鮮

共和国相続人の相続分は平等とされている（四七条一項）。遺留分や寄与分の規定はない。しかし、遺言が遺言者の扶養を受けていた公民の利益を害する場合には、利害関係者または検事の申請により裁判所が遺言を無効にする

ことができる（五〇条）。この点はつぎに述べる中国の必留分制度の影響を受けているといわれている。<sup>(40)</sup>

### ③ 中国

同一順位の相続人の相続分は均分とされるが、これは実質的均分を意味するものと解される（一二三条参照）。まず、生活に特別な困難があり、かつ労働能力のない相続人については遺産分配の際に考慮し、相続分を多くしなければならぬ（同条二項）。他の相続人よりも被相続人を多く扶養した者に遺産を多く分配することができる。扶養の能力や条件があるのに扶養しなかったり、少なく扶養した者は遺産を分割されなかったり、少なく分割されるべきである（同条二、四項）。通常は主として被相続人に対する扶養状況を考慮して相続分が決定される。労働能力を欠いて生活の源泉を有しない相続人がいる場合には、その生活に必要な相続分を保留できる範囲（必留分）内でのみ遺言は有効とされる（一九条）。必留分の制度は、旧ソ連法の影響を受けているが、法定相続分との関係で割合を固定しておらず、相続人の生活困窮の状況によって必留分の割合、額が伸縮自在とされている等中国の実情に合うよう改良されている。<sup>(41)</sup>このような柔軟な基準は、中国法の優れた特徴とみられてきた。しかし、最近では、固定的な基準がなく、裁判所に恣意的な判断の権限を与えenとして批判し、明確な割合を定めるべきことを提案する見解もあるといわれている。<sup>(42)</sup>

法定相続人以外の相続人（一二四条）の相続分についてはつぎのように解されている。まず、被相続人の扶養に頼っていた労働能力に欠けるか、生活基盤のない者については、遺産分割時における生活需要を基本的に満たす程度を考慮して決定する。これは、被相続人に一年以上にわたって扶養された労働能力のない者を相続人とする、一九六四年のソ連民法五三二条の影響を受けたものといわれているが、<sup>(43)</sup>相続分の割合、額を伸縮自在としている点で中

国法独自の特徴がある。つぎに、法定相続人以外で被相続人を多く扶養した者については、実際に行った扶養の状況を考慮して決定する。その場合に、このような者が法定相続人よりも多くの遺産を分割されることがあり得る。

たとえば、相続人が勤務の都合上被相続人の面倒をみることでできないため、隣人が長期にわたってその面倒をみた場合等のように事情によっては相続人より多く遺産を分割することがあるといわれる。<sup>44)</sup>

#### ④ 台湾

同一順位の相続人の相続分は原則として均分とされている（一一四一条）。養子の相続分を嫡出子の半分とする規定があったが、一九八五年改正で削除された。配偶者の相続分は、直系卑属との共同相続では均分であるが、父母、兄弟姉妹との共同相続の場合は二分の一、祖父母との共同相続の場合は三分の二となる（一一四四条）。遺留分は、直系卑属父母、配偶者の場合には法定相続分の二分の一、兄弟姉妹、祖父母の場合には法定相続分の三分の一である（一二二三条）。相続開始前の遺留分の放棄は認められない。寄与分の規定はない。

#### (4) 相続財産の範囲

##### ① 韓国

被相続人の一身に専属するものを除いて、被相続人の財産に関する包括的な権利義務が相続財産になる（二〇〇五条）。物権の全部、無体財産権、遺骸の所有権などが含まれる。身分法上の原因による慰謝料請求権は相続財産にならないが、それ以外の慰謝料請求権は相続財産になる。

墳墓に属する一町歩以内の禁養林野、六〇〇坪以内の墓土である農地、族譜および祭具は相続財産から除かれる

(二〇〇八条の三)。農地改革法により自作農でない者に農地の分配が許されない。韓国に所在する農地を外国に居住する者が相続する場合には、韓国で農業を行っている者にその農地を売却する必要がある(大法院一九六八年六月一八日判決、一九六八(夕)五七三号)。

## ② 北朝鮮

所有権制度として、国家所有(民法四四条から五二条)、社会協同団体所有(民法五三条から五七条)のほか、個人所有が認められている。個人所有の財産のうち家庭財産に属しない個別財産にのみが相続の対象となる(五条、民法五八条、五九条六三条)。個人所有の対象となるのは主として生活用品、文化用品、自転車、自動車など個人的な消費の対象となる物に限られる。土地については個人所有は認められない。土地に対する使用権や家屋に対する所有権について個人所有が認められる場合もあるが、これは家庭財産と解され、相続財産に属しないと解されている(六一条参照)。家庭財産は家庭構成員として家庭生活に共同利用するために取得された財産をいい、個別財産は個人が家族構成員となる以前から有していた財産や特定の家庭構成員の個人的用途にのみ使用される財産をいう。預金は個人名義のものであっても家庭財産と解され、保険金は個別財産と解されている。特定の家族構成員が国家や社会から受けた褒賞品や贈答品は個別財産とされている。個人財産を家庭財産と個別財産に分け、後者の財産についてのみ相続を認めるのは北朝鮮独自の制度と思われる。

## ③ 中国

死亡時に遺された個人の適法な財産をいい、次のような物は含まれる(三条)。公民の収入、家屋、貯蓄、生活用品、樹木、家畜家禽、文物、図書資料、法律が認めた生産手段、著作権、特許権に含まれる財産権、その他の適

法な財産である。その他の適法な財産として最高人民法院は有価証券や債権等を例示している。中国に所在する土地につき個人は所有権を持たないが、使用権を持つことが認められており、宅地使用権は、七〇年、その他の土地使用権は四〇―五〇年とし、そのような土地使用権を相続させることができるものとする（一九九〇年五月一九日公布・施行の「中華人民共和国城鎮国有土地使用權讓渡・轉讓暫行規則」<sup>(45)</sup>）。しかし、これはむしろ例外というべきであり、公営住宅の賃貸借権や使用貸借権等は相続財産から除かれる<sup>(46)</sup>。債務も相続される。

夫婦が婚姻中に取得した財産は、特別の約定がある場合を除き、遺産分割の際に半分を被相続人の配偶者の所有とし、その残り半分を相続財産とされる（二六条）。配偶者の相続分を実質的にみればその限りで増加させることになる。

#### ④ 台湾

相続できるのは、被相続人の一身に専属するものを除くほか、被相続人の財産上の一切の権利義務とされている（二一四八条）。特許権、著作権等の知的財産権、物権、債権、人格権侵害によるものを除く損害賠償請求権等である。占有権については、権利の一種か事実関係につき学説上争いがあるが、相続できることについては争いがない<sup>(47)</sup>。ここで一身専属権とされるのは、父権、親権のような純粹に身分的権利、扶養請求権のような特定の身分を基礎とする財産権、身分権あるいは人格権侵害による財産的損害賠償および慰謝料等である<sup>(48)</sup>。

婚姻当時の夫婦の財産、婚姻生活中に夫婦が取得した財産は聯合財産とされ（二〇一六条）、婚姻当時夫や妻が所有していた財産はそれぞれの原有財産とされ、死亡した場合にも取り戻され、それぞれの相続財産となる（二〇二八条、二〇二九条）。聯合財産から原有財産等を除き残余財産を均分に分割し、それが相続財産とされる（二〇三〇

条の1)。

(5) 遺産債務の清算

① 韓 国

包括承継主義。相続人は相続開始を知ってから三箇月以内に単純承認、限定承認または放棄をすることができる(二〇一九条一項本文)。但し、この期間は利害関係人または検事の請求によって家庭法院が延長することができる(同条一項但書)。財産分離の制度がある(二〇四五条から一〇五二条)。

② 北朝鮮

相続の承認、放棄は相続開始から六箇月以内に行われなければならない(五二条一項)。相続を承認した相続人は、相続した財産の範囲内においてのみ被相続人の債務につき責任を負う(五一条)。債務の清算手続は整備されていないようである。

③ 中 国

相続人は、被相続人の納付すべき税金及び債務につき、遺産の實際価値を限度として完済すべきである。相続人は自由意思で遺産の實際価値を超えて弁済することもできる(三三条一項)。限定承継主義をとるにもかかわらず、債務の清算手続は整備されていない。<sup>(49)</sup>一九八五年九月一日の最高人民法院の「意見」六一条によれば、労働能力を欠いて生活の源泉を有しない相続人に対する給付が遺産債務の弁済より優先される。したがって、このような相続人がある場合には、たとえ相続財産が債務の完済に足らないとしても、そのような相続人にある程度の財産

を保留すべきものとされる<sup>(50)</sup>。また、同「意見」四九条によれば、相続人が扶養義務を果たさなかったことによって生じた債務については無限定の弁済責任を負う。

#### ④ 台湾

包括承継主義が採られ、遺産債務に対し相続人全員の連帯責任とされている(一一五三条)。しかし、芸術家や作家の作為義務のように被相続人の人格と結合した義務、身分保障、信用保証等被相続人と第三者の特別の信頼関係を前提とした債務、扶養義務のように一定の親族関係を基礎とした債務は一身専属的な債務として相続されることはない<sup>(51)</sup>。相続人は、相続開始の時から三箇月以内に遺産目録を作成し、法院に届けることによって、限定相続をすることが出来る(一一五六条一項)。相続放棄をするときは、自己のための相続開始を知ったときから二箇月以内に書面で法院に対して行い、かつ、書面によってその放棄によって相続すべき人に通知しなければならない(一一七四条)。

### (6) 相続人不存在の財産

#### ① 韓国

相続人搜索の公告(一〇五七条)と特別縁故者に対する財産分与の制度(二〇五七条の二)がある。相続人のない財産の清算に関する一〇五六条の期間中に相続権を主張する者がいないときは、家庭法院は、被相続人の療養看護した者、その他被相続人と特別に縁故のあった者の請求により相続財産の全部または一部を分与することができる、とする(一〇五七条の二)。日本民法の規定(九五八条の三)と類似するようにみえるが、日本民法では相続人搜索

の公告期間満了後三箇月以内に請求すればよいことになっている（同条二項）のに対し、相続人のない財産の清算期間満了後二箇月となっており、請求期間がかなり短くなっている点に注意を要する。もっとも、相続人搜索の公告期間満了後から期間を計算するのが妥当であるとして、改正案ではその点の改正も含んでいる。

② 北朝鮮

相続開始から六箇月以内に相続人が現われなかったか、全ての相続人が放棄した場合には、遺産は国庫に帰属する（五二条一項）。一九九三年九月二三日の改正によって、裁判所は利害関係人の申請にもつぎ承認・放棄期間をさらに六箇月延長することができる（五二条二項）旨の規定が追加された。特別縁故者制度はない。

③ 中国

相続する人が存在せず、遺贈を受ける人もない財産は、国家所有になるが、被相続人が生前に集団所有制組織の構成員であったときは、その所屬していた集団所有制組織の所有に帰することになる（三二条）。わが国のように相続人の不存在を要件とする特別縁故者制度はないが、相続人以外の被相続人の扶養を比較的多く引受けた者に対して適当な財産を分配できることを定めた相続法一四条の規定を相続人不存在の場合にも適用できる。一九八五年九月一日の最高人民法院『中華人民共和国相続法』の徹底的執行についての若干の問題に対する意見<sup>（52）</sup>五七条によると、相続法一四条に規定された遺産の分配を受けることができる者が遺産を要求する場合には、人民法院は、その者の状況を考慮して遺産を分配すべきである、とされている。

④ 台湾

親族会議による一箇月以内の遺産管理人選任の手続と裁判所への報告（一一七七条）、裁判所による六箇月以上の



期間を定めた公示催告手続（二七八条）を経た後、遺産債務を弁済し、遺贈物を給付したうえで、残余財産があれば、国庫に帰属する（二八五条）。公示催告期間内に相続を承認する相続人があるときは、承認前に遺産管理人がした職務上の行為は相続人の代理人がしたものとみなす（二八四条）。特別縁故者の制度はない。

（7） 韓国高麗大学名誉教授で早稲田大学客員教授の崔達坤先生はこの点を指摘され、今後の課題であることを強調される。

（8） この点については、木棚・前掲立命館法学論文六二七頁以下参照。なお、金容旭「韓国改正相続法の特徴と若干の問題点（上）」戸籍時報四〇二号三頁以下参照。

（9） 崔公雄「韓国家族法と国際私法問題」国際私法年報一号（信山社、一九九九年）一一一頁参照。

（10） これらの判決については、崔・前掲論文一二二頁以下参照。その他、九八年改正案作成後に出されたものとしては、憲法裁判所一九九八年八月二七日判決がある。この判決によると、民法一〇一九条が相続の限定承認、放棄のできる期間を相続開始があった日から三箇月以内とし、一〇二六条がこの期間内に限定承認、放棄をしない場合には、単純承認したものとみなしているのは、財産権と私的自治権を保障した憲法に違反するとされ、一九九九年二月三一日までに改正しない場合には二〇〇〇年一月一日より効力を失うとされた。

（11） 以下の記述は、一九九九年一月一三―一四日の「定住外国人と家族法研究会」における大内憲昭「北朝鮮の民法・家族法の変遷」報告のレジメを参考にしたものである。

（12） 大内憲昭『朝鮮社会主義法の研究』（八千代出版、一九九四年）二二七頁以下参照。

（13） 大内憲昭『法律からみた北朝鮮の社会』（明石書店、一九九五年）二二八頁以下参照。

（14） 中国における相続法に関する法源形成の歴史については、鈴木賢「現代中国相続法の原理」（成文堂、一九九二年）三一頁以下に詳細な研究がある。本稿ではそのほか、王家福・乾昭三・甲斐道太郎編『現代中国民法論』（法律文化社、一九九一年）一七九頁以下、劉素萍主編『承継法』（中国人民大学出版社、一九八八年）八五頁以下、陳宇澄「中国家族法の特徴——相続法を中心に」戸籍時報四五五号三九頁以下等を参照した。

（15） 鈴木・前掲書三七頁以下によると、一九五四年二月二日に最高人民法院は「相続案件におけるいくつかの問題に関する意

見」を出し、第一順位から第三順位までの法定相続人、同一順位の相続人間の遺産分割原則、遺産分割に当り生産活動に悪影響を与えないことなどが定めていたといわれている。これは、あくまで法院内部の参考意見とされているようであるが、憲法や婚姻法の規定を裁判所で実質的に適用しようとしたものとみることができよう。

- (16) 陳・前掲論文三九頁参照。鈴木・前掲書三八頁によると、このほか、遺産分割方法、相続欠格、遺言の制限、相続人不存在の財産の処理、債務の承継などが定められていたといわれる。

- (17) 陳・前掲論文三九頁参照。

- (18) 劉・前掲書八六頁参照。

- (19) 鈴木・前掲書三八頁、陳・前掲論文四〇頁参照。

- (20) 台湾相続法の沿革については、戴炎輝「戴東雄『中国承継法』(三民書局、一九九六年) 一二頁以下、劉得寬「中華民國へ台湾」の民法親屬(族)相続編の改正」法学(東北大学) 五〇巻五号二二二頁以下、黃宗樂「台湾における家族法の変遷と課題」戸籍時報四六二号二頁以下等を参照した。

- (21) 黃・前掲論文三頁参照。

- (22) 劉・前掲論文二二二頁、黃・前掲論文八頁参照。

- (23) 戴・前掲(注20)書一四頁以下、黃・前掲論文一一頁以下、劉・前掲論文二四六頁以下参照。

- (24) 大内憲昭教授によると、北朝鮮では特別の規定がない場合には法は即日施行され、遡及効を有しないのが原則であるという。

- (25) 陳・前掲論文四一頁参照。

- (26) 黃・前掲論文三頁以下は、一九四五年一〇月二五日に中華民法が適用されるようになった後の日本時代の慣習法との適用関係についても同様な原則で説明されている。

- (27) 金・前掲論文一〇頁参照。韓国においては祭祀財産が多くなり、これに関する紛争が生じることが多いことから祭祀承継人を戸主承継人とされるのは、朴秉濠「戸主制の變革」諸問題」金谷漢教授還甲記念論文集「民事法學」諸問題」(博英社、一九九〇年) 一八三頁以下、改正法の文言が明らかに変わり、戸主の本質が戸籍編成上の技術的存在に変わったのであるから、祭祀主宰者を祭祀を現実主宰している者と解するのは、金嘯洙「親族相続法」(法文社、一九九一年) 四〇四頁以下、五二四頁以下である。

- (28) 大内・前掲(注13)書二一七頁参照。

- (29) 木棚照一「日本の国際私法からみた朝鮮民主主義人民共和国の家族法の問題点」定住外国人と家族法研究会編『定住外国人と家族法Ⅳ』（自主出版、一九九三年）四一頁参照。
- (30) この点については、岩井伸晃「中華人民共和国の家族法及び関係諸制度の概要（下）」民事月報五一卷一〇号二七頁以下参照。
- (31) 崔清蘭Ⅱ康靖編著『承継法案例詳説』（群衆出版社、一九九〇年）九六頁以下参照。
- (32) 宗宙慶『承継法的逐条与適用』（長征出版社、一九八六年）一三九頁参照。
- (33) 劉素萍・前掲（注14）書二一九頁参照。
- (34) 崔Ⅱ康・前掲書一一五頁
- (35) 崔Ⅱ康・前掲書一一六頁
- (36) 戴・前掲（注20）書三九頁以下参照。
- (37) 戴・前掲書五六頁以下、劉得寛・前掲（注20）論文二五三頁参照。
- (38) 戴・前掲書五九頁以下、劉得寛・前掲論文二五一頁以下参照。養子が代襲相続人としての資格があるかどうかについては、判例上これを肯定するもの（司法院四五年釈字第70号）と否定するもの（司法院二四年字第一三八二号）が対立する。
- (39) 金容漢「韓国における家族法の変遷と特色（上）」戸籍時報四五七号二三三頁参照。たとえば、扶養義務者が被相続人を扶養した場合にも寄与分を認めるべきか、遺留分を算定する際に法的相続分を基礎にして算定するか、寄与分も考慮して算定するかなどの問題が指摘されている（金容旭「韓国改正相続法と若干の問題点（下）」戸籍時報四〇三号一九九頁参照）。
- (40) 崔達坤『北韓民法の研究』（相対出版社、一九九八年）三三五頁参照。
- (41) 鈴木・前掲（注14）書二四三頁参照。
- (42) 鈴木・前掲書二四四頁以下参照。
- (43) 劉素萍・前掲書二二〇頁参照。
- (44) 崔Ⅱ康・前掲書二二一頁参照。
- (45) 陳・前掲（注14）論文四二頁参照。
- (46) 劉素萍・前掲書一五六頁参照。
- (47) 戴・前掲書一一〇頁参照。

韓国・北朝鮮、中国・台湾を本国とする者の相続をめぐる諸問題（木棚）

(48) 戴・前掲書一一一頁参照。

(49) 陳・前掲論文四三頁参照。

(50) 劉素萍・前掲書二九九頁参照。

(51) 戴・一一三頁参照。

(52) 梁文書||黃赤東主編『婚姻收養繼承法及配套規定新釈新解』(中国民主法制出版社、一九九九年) 二二三五頁、鈴木・前掲書二八一頁参照。

### 三 日本所在する財産に関する在日韓国・朝鮮人、

#### 在日中国・台湾人の相続準拠法とその適用に関する若干の問題

#### (1) 概説

これまで概観してきた実質法の特徴を前提としながら、以下、弁護士や司法書士等のわが国の法律実務家が最も多く直面するであろう在日韓国・朝鮮人、在日中国・台湾人をめぐる若干の相続問題を国際私法の観点から論じてみることにしたい。わたくしが主として念頭に置くのは、戦前から日本に居住したか、少なくともサンフランシスコ平和条約発効時に日本に居住した者またはその子孫のように日本に永住権を持って居住する人々の相続問題である。これらの人々を被相続人とする相続の準拠法を決定するためには、これらの人々の本国法を決定する必要がある。この問題に本格的に取り組もうとすれば、歴史的な考察を前提として、未承認国家法の準拠法としての適格性、分断国家の国民の本国法の決定に関する理論的検討と具体的な決定基準、実効でない国籍の理論を法例の解

釈論として持ちこむことの可否など検討すべき問題点は少なくない。わたくしは、これらの点について言及したことがあり、紙面の関係もあるので、これらの問題点に立ち入らないことにしたい。結論的にのみ述べるとすれば、被相続人の本籍、出身地、近親者の居住地などの客観的要素だけではなく、被相続人の日常的な活動や所属団体などから推測できる帰属意思のような主観的要素をも考慮して、被相続人が何れの法域により密接な関連性を有していたかという観点から本国法を決定すべきである、ということになる。

そのようにして、被相続人の本国法が決定したとすれば、前章で概観したその国の実質法を適用して結論としてどうなるかを決定すればよいと言えそうにみえる。しかし、そう単純に言えない国際私法上の問題が残される。まず、法律関係の性質決定との関係である。つまり、前章でみた(1)～(6)のうち、どのような問題が法例二六条の相続に包摂されるかという問題である。(6)の相続人不存在が確定した後の財産の処理については法例二六条にも法例一〇条にもよるべき問題ではなく、条理により財産所在地法によるべき問題であるとみるのがわが国の通説である。

この問題は、被相続人との人的関係を重視して被相続人の当事者の利益によって基礎づけられるような相続問題とも性質を異にし、無主物先占のような個別的な財産の物権帰属問題とも性質を異にするからである。<sup>(54)</sup>もともと、そのうち特別縁故者への財産の分与については、内縁の妻や事実上の養子のように被相続人と人的関係ある者への財産の移転であるので、相続に近い性質をもつものとみて、相続準拠法によるべきとする有力説がある。しかし、特別縁故者となるのは、このような被相続人と特別の人的関係にある人に限られず、たんに被相続人に親切に世話をしたり、被相続人と親しかっただけの隣人、被相続人の入所していた施設や病院が所属する法人や被相続人の所属していた宗教法人なども含まれるのが通常である。特別縁故者への財産分与は、相続人不存在の財産処理の一環と

して、裁判所の裁量で財産を分与する制度であり、相続と性質を異にするように思われる。したがって、特別縁故者の問題を含めて相続人不存在の財産の処理は条理により決定すべき法律関係とみるべきである。<sup>(55)</sup> その場合に、条理として財産所在地法によるとするのは原則としてみれば合理的であろう。<sup>(56)</sup> 国内に所在する財産を信頼して身寄りのない者と取引をした内国債権者を保護したり、このような者を世話した内国に居住する者を保護するに適するかである。(5)の遺産債務の処理についても、遺産の管理・清算行為の属地的性質からみて法例二六条の相続から除外して条理により財産所在地法によるべきとする見解がある。<sup>(57)</sup> 確かに、中国や北朝鮮の相続法のように、遺産債務の弁済を積極財産の限度に限りながら、遺産の管理・清算手続が完備していない点を考えれば、一見、この見解によるほうが妥当な結論を導くようにも思われる。しかし、このような見解は、解釈論として無理があり、新たな問題点を生じさせるおそれもある。<sup>(58)</sup> むしろ、この問題の相続に属するとみながら、つぎに述べるように反致によって解決する方が妥当である。

本章では、(1)～(5)の問題が法例二六条の相続に属し、被相続人の本国法が決定したことを前提にしたうえで、さらに国際私法上どのような問題が生じるかをできる限り具体的に考察してみたい。その際、検討すべきであるのは、被相続人の本国の国際私法規定を考慮する必要がある場合、つまり、法例三二条の反致と先決問題であり、つぎに準拠法適用結果との関係で問題となる法例三三条の公序である。そのための前提として各国の国際私法の法源について簡単にみておくことにしたい。

## (2) 各国国際私法規定の現状

### ① 韓国

一九六二年一月一日に法律第九六号として公布、施行された大韓民国涉外私法が適用されている。涉外私法は、総則、民事に関する規定、商事に関する規定の三章、四七箇条からなる。属人法については、本国法主義が採られ、相続については二六条で被相続人の本国法主義が規定されている。この法ができるまでは日本の法例が施行されていた(附則②)。なお、韓国の国際私法は一九九九年六月から法務部に涉外私法改正研究班が設置され、現在改正作業中である。最近の情報によると、既に改正草案について同年一月二三日に公聴会が行われ、同月二五日には韓国国際私法学会年次総会での集中的な検討を経て、近日中に国会へ法案が提出される運びになっているようである。しかし、現段階では、法律として成立しておらないので、涉外私法が適用されていることを前提にすることにしたい。

### ② 北朝鮮

一九九〇年一〇月二四日、最高人民会議常設会議決定第五号として採択され、同年一二月一日から施行された家族法ができるまで、国際私法に関連する規定は知られていない。個別的法令の中に関連する規定があったかもしれないが、それらは秘密とされ、公開されてはいないので實際上知ることはできないのである。家族法には、付帯決定第三項で本法は「他の国で永住権を取得して生活する朝鮮公民には適用しない」とする条項が付け加えられた。この条項を国際私法からみてどのように捉えるべきかは別の機会に述べたことがある。<sup>(59)</sup>ここでは結論のみを述べると、在日朝鮮人のうち、本国法を北朝鮮法とする人々の日本に所在する財産の相続についてはこの条項から反致に

よって日本法を適用するものと解すべきである。一九九五年九月六日の最高人民会議常設會議決定第六二号として採択され、同日から施行されている対外民事関係法は、五章、六二箇条からなり、国際民事訴訟法の規定をも含む国際私法典である。相続については、四五条一項で、不動産相続については不動産所在地法を、動産相続については被相続人の本国法を適用するが、しかし、外国に住所を有する公民の動産相続については被相続人の住所を有していた国の法によるものとする。この対外民事関係法は、一九九八年二月一〇日に最高人民会議常任委員会政令第二五一号によって、文言自体やその解釈に疑義のあった若干の点について修正が加えられた。たとえば、四五条一項については、被相続人が「最後に」住所を有していた国の法とされた<sup>(60)</sup>。

### ③ 中国

国際私法に関する一般法は、一九八六年四月一二日公布、一九八七年一月一日施行の民法通則一四二条―一五〇条に規定されており、相続については一四九条に規定されている。その解釈に関連して、一九八八年一月二六日の最高人民法院の民法通則を徹底的に執行することに関する意見があり、七の一七八条から一九五条までが抵触規定に関するものである。その他に、一九八五年一〇月一日に施行された相続法の三六条にも相続に関する抵触規定がある。一九九三年の中国国際私法研究会の年会における決定に基づき「中華人民共和国国際私法」がモデル法（示範法）として起草されており、二〇〇〇年に国際裁判管轄に関する規定を含む、全五章、一六五箇条からなる第六次草案が公表されている<sup>(61)</sup>。

### ④ 台湾

一九五三年六月六日公布、同日施行の涉外民事法律適用法は、三一箇条からなる同国の国際私法典である。それ



以前は、一九二七年の国民政府令によって援用した法律適用条例が適用されていた。法律適用条例は、日本の法例に範をとって立法され、一九一八年八月六日に公布、施行された七章、二七箇条からなる中国における最初の国際私法典であるといわれていた。<sup>(62)</sup>

### (3) 相続準拠法の決定と反致

① 被相続人の本国法が韓国法や台湾法となる場合においては、それらの国の国際私法によると被相続人の死亡当時の本国法が相続準拠法になるから（韓二六条、台二二条本文）、法例三二条の反致が成立することは生じる余地はない。しかし、台湾の国際私法については、二二条に但書があり、台湾に所在する遺産については、台湾法によって中華民国（台湾）の国民が相続人になるときは相続することができることを定め、相続人が内国民である場合に關する特別の保護規定を置いている。また、二三条に相続人不存在の財産につき特別の規定を置いており、台湾に所在する本国法によると相続人のない外国人の財産については台湾法で処理することを規定する。

② 反致が問題となるのは、被相続人の本国法が北朝鮮法や中国法になる場合である。北朝鮮対外民事關係法四五条一項によると、相続分割主義がとられ、不動産相続については不動産所在地法、動産相続については被相続人の本国法が適用されることになっているが、外国に住所を有する北朝鮮の国民については住所地法によるとする。また、中国の民法通則一四九条、相続法三九条によると、不動産については不動産所在地法により、動産相続については死亡当時の被相続人の住所地法によるものとする。したがって、日本に住所を有する被相続

人が北朝鮮法や中国法を本国法とし、相続の対象となる不動産が日本に所在する場合には、不動産相続についても動産相続についても反致によって日本法が準拠法となるとみることができる。もつとも、日本における学説としては、反致に理論的にも実際のにも根拠がないとする見解が有力であり、このような見解から、できる限り反致を認めないとする見解もあり得る。法例二六条の採る相続統一主義の趣旨をできる限り貫徹するために、遺産として動産と不動産がある場合に、わが国に所在する不動産のみにつき部分的に反致を認めるべきではないという主張もある。<sup>(63)</sup>さらに、北朝鮮については、対外民事関係法四五条一項によって相続準拠法として日本法が指定されるようにみえる場合であっても、同法一四条一項によって反致が認められることは明らかであり、二重反致が成立するから、結局相続については北朝鮮法が適用されるべきことになるとの見解がある。<sup>(64)</sup>

確かに、平成元年の法例改正の際にも学会では反致規定を削除すべきとする意見が有力であつたし、純理論的に考えれば、反致に十分な根拠があるとはいい得ないであろう。しかし、現実に反致に関する三二条の規定は残つたのであり、この規定で明文で定められる以外の制限はできる限りなくすることが予測可能性の確保の点からも望ましいと言えるのではあるまいか。また、実際のみにて、中国や北朝鮮のようになお社会主義を基礎とする法制を堅持しようとする国を本国法とする人々の相続問題を考えると、少なくとも日本に所在する財産については日本法への反致を認める方が社会経済体制の相違を調整し、<sup>(65)</sup> 妥当な結論を導き得る。おそらくこれらの国の立場からみても、資本主義経済体制のもとで定住する在外国民の財産権や生存権の保護の観点から、わが国の法への反致を認めた日本の法的処理を承認することになるであろう。とすれば、判決の国際的調和も保つことができるから、敢えて反致を制限・否定するのは妥当でないといふべきである。また、反致を制

限することによって相統統一主義を貫徹しようとする見解は日本でもドイツでも必ずしも支持されておらない。少なくとも、中国法や北朝鮮法が相統準拠法として指定される在日の中国人や朝鮮人の相統問題を考える限りは、相統財産の殆どが日本に集中する場合が通常であるから、実際には相統統一主義と矛盾し、不都合を生じることには必ずしもならないというべきである。さらに、北朝鮮法が被相続人の本国法として指定される場合に二重反致を認めようとする見解についても、賛成することができない。確かに、二重反致を肯定する有力な学説が存在することは事実であるが、二重反致は、反致の反致を認めることになり、本来の反致の機能である国際私法の消極的抵触の解決を超えて、積極的抵触を念頭に置いたものである。比較法的にみても、反致を積極的に評価するのが最近の国際的立法動向であるが、二重反致を認める方向にはない。<sup>(67)</sup>北朝鮮の対外民事関係法一四条の解釈としても、法例三二条の反致規定まで考慮すれば日本法からの反致がないと解する余地もあり、北朝鮮法上そのような解釈が採られるかどうか明確ではない。したがって、たとえ、二重反致を全面的に否定する見解に立たないとしても、このような場合にまで、二重反致を認めるべきではないであろう。

③ わたくしのような立場に立ったとしても、被相続人の本国法が北朝鮮法や中国法であるからといって常に反致が成立するとは限らない。北朝鮮の対外民事関係法は一九九五年九月六日より施行されるものとするれば、それ以前に開始された相統には適用されないからである。中国の相統法についても類似の問題が生じる。また、被相続人が日本以外の外国で不動産を所有した場合も日本法への反致は成立しない。

北朝鮮においては対外民事関係法施行前には、一九九〇年二月一日施行の家族法にの付帯決議第三項があった。これは、「他の国で永住権を取得して暮らす朝鮮公民には」この家族法を適用しない。とする規定であっ

た。この規定の趣旨については必ずしも明確ではなく、議論の余地があつたが、少なくとも社会経済体制を異にする日本で永住権を取得して生活する在日朝鮮人については、家族法の相続規定をそのまま適用してはこれらの者が被相続人となる日本所在の財産についての相続に関しては日本法によることを認めたものと解することができた。<sup>(68)</sup>しかし、家族法施行前に開始した相続については、いずれにせよ日本法への反致は認められない。

中国の相続法三六条の解釈との関係で、一九七六年一月三日上海市で死亡した中国人が日本に遺した不動産の相続につき上海上級人民法院発給の夫と子供四人を相続人とする旨の相続権証明書があつてもその内容に疑問があるからそれに基づく遺産協議の効力を直ちに認めにくいとして、相続法が発効した時点において未処理であつたとして、相続法三六条、法例旧二九条によつて反致を認めた最高平成六年三月八日第三小法廷判決、判例時報一四九三号七一頁がある。しかし、この理由づけについては中国相続法の解釈との関係で批判する学説がある。<sup>(69)</sup>この見解によると、中国相続法の経過規定については、一九八五年九月一日の最高人民法院の「相続法を徹底的に執行することに関する若干の問題の意見」六四条二項によれば、相続法が発効する以前に受理し未だ審結していない相続事案には相続法を適用する、とされているが、本件第一審は、相続法の発効前である一九八三年に受理されているけれども、一九八七年に控訴されたから、本件口頭弁論終結時には相続法施行後であることが明らかになる、とされる。したがって、本件については、相続法発効の時点では未だ審結していないから、中国相続法が適用され、日本法に反致される、というのである。<sup>(70)</sup>中国法の解釈としては、このように解し、あくまで事件の審結の時点を基準とするのがおそらく妥当であるように思われる。

#### (4) 先決問題に関する学説、判例の対立

① 相続の準拠法上被相続人の妻、養子、非嫡出子のような一定の身分関係をもっている者に相続権を保障する場合に、ある人が相続することができるとどうかの問題 (Hauptfrage, 本問題) を解決する前提として、まず、その人がそのような身分関係をもつかどうかの問題となることがある。そのような身分関係が相続と独立した渉外的な単位法律関係を成している場合には、これを先決問題 (Vorfrage) という。先決問題に関するわが国の学説、判例がつぎのように対立している。一方で、準拠法説を採り、本問題の準拠法所属国の国際私法によって指定された準拠法で先決問題を解決しようとした判例 (東京高裁昭和五四年七月三日判決、判例時報九三九号三七頁以下をはじめ、東京控判明治四三年二月二六日法律新聞七〇〇号二二頁以下、大阪地判平成二年二月六日判例時報九三九号三七頁以下) がある。他方で、法廷地法説を採り、法廷地国際私法によって指定された準拠法で先決問題を解決したとみられる判例 (東京地裁昭和四八年四月二六日判決、判例時報七二二号六六頁以下、涉外判例百選「第三版」三八頁はじめ多数の判例) がある。

それに対して、近時の学説は、先決問題の概念を厳密に検討することなく、一律にいずれかの説によるのではなく、具体的に問題の性質に応じていずれによるべきかを決定する折衷説をとる傾向がみられた。とりわけ、法廷地法説を基本としながら、国際私法上の利益衡量などによって準拠法説によるべき例外的な場合だけ準拠法説による見解が有力であった。<sup>(1)</sup>しかし、わたくしは、先決問題を部分問題や先行問題と厳密に区別したうえで、準拠法説を原則としながら、反致と同様に外国国際私法を考慮する場合には利益衡量によってそれを制限することができる

する視点から、例外的に法廷地法説によるべきと考えた。<sup>(72)</sup>しかし、最近、サヴィニー型国際私法を前提とする以上、準拠法説を理論的に成り立ち得ないものとみて、そもそも先決問題は存在しないとする有力な見解が主張されている。<sup>(73)</sup>この見解によれば、当然法廷地国際私法の立場から各单位法律関係毎に準拠法が決定されることになる。このような学説の影響かどうかは明確ではないが、最高裁平成一二年一月二七日第一小法廷判決は、韓国人である被相続人が残した不動産に関する相続の先決問題として、嫡母庶子関係と継母子関係の存否が問題となった事例で、「渉外的な法律関係において、ある一つの法律関係（本問題）を解決するためにまず決めなければならない不可欠の前提問題があり、その前提問題が国際私法上本問題と別個の法律関係を構成している場合、その前提問題は、本問題の準拠法によるのも、本問題の準拠法が所属する国の国際私法が指定する準拠法によるのでもなく、法廷地であるわが国の国際私法により定まる準拠法によって解決すべきである」とした。<sup>(74)</sup>これは、先決問題につき最高裁が明示的に示した最初の判断であり、法廷地法説を支持したものであることは明らかである。しかし、法廷地である日本の法例旧一七条、一八条、二二条と本問題の準拠法所属国の涉外私法一九条、二〇条、二四条はほぼ同様の内容を定めており、その解釈も同様と考えられることを上告人も認めている。<sup>(75)</sup>つまり、本問題の準拠法所属国の国際私法が法廷地国際私法の指定する準拠法と異なる法秩序を指定しているのではないから、準拠法説によっても法廷地法説によっても指定される準拠実質法が異ならない事例に関するものと考えられるから、真の先決問題に関する判断とは言い得ない。<sup>(76)</sup>判例があくまで具体的な紛争に関する判断である点に意義を有するとすれば、実質的には、原審がおそらく前提としたであろう本問題の準拠実質法による見解を否定することの他、特別の意義を認めることはできないのではあるまいか。

もつとも、この判決によつて最高裁が採らないと宣言しているのであるから、何故本問題の準拠法所属国の国際私法によらなければならないのか、準拠法説の方に説明義務が生じるとの指摘がある。<sup>(77)</sup> わたくしは、この点についても一度整理しておくことにしたい。先決問題は本問題の準拠法適用段階ではじめて生じる問題である。すなわち、相続準拠法がある外国法に決定した段階で誰が相続人となるかを含めてその法に委ねているのである。その外国相続準拠法によつて配偶者、養子、非嫡出子等が相続人とされている場合に限り、ある者が配偶者に当るかどうかが、養子としての身分が成立するかどうか、非嫡出親子関係が成立しているかどうか、相続の解決の前提として問題になる。そのような前提となる身分関係が本問題の準拠法所属国法上純内国的関係と認められればその準拠法所属国の実質法によるべきことは当然である。ところが、この法律関係が涉外性を有し、相続とは独立の単位法律関係をなしているとすれば、先決問題が問題になり得るのである。その場合に、先決問題としての身分関係は、あくまで法廷地国際私法からみれば、一旦本問題の準拠法所属国の法秩序に委ねた問題なのであるから、原則として準拠法所属国の国際私法によるべき法律関係なのである。<sup>(78)</sup> したがって、これを法廷地国際私法の立場から規律することも不可能ではないとしても、あくまでそれは例外的場合でなければならないのである。このような立場に立つと、ある法律関係が独立に問題になった場合と先決問題として問題となった場合で準拠法が異なる場合が生じ、訴訟の仕方では異なる結果が生じることになり、妥当でないとする批判がある。しかし、異なる法秩序の視点から同一の事実を判断すれば異なる結果が生じることとは、国際私法の観点からみて何ら異常なことではない。つまり、ある事実関係をどのような法秩序からどのような法律関係とみるかであつて、結論が異なることは必ずしも背理ではないのである。<sup>(79)</sup>

② 準拠法説をとるか、法廷地法説をとるか結論が異なりうる若干の事例

真の意味で先決問題というためには、本問題である相続準拠法が外国法となるだけではなく、その外国の国際私法が結果的に日本法と異なる法を準拠法として適用し、かつ、指定された準拠法の内容が異なることが必要になる。それでは、そのような意味の先決問題がそもそも本稿で考察するような問題について生じるか、である。被相続人の本国法が中国法や北朝鮮法である場合に、日本に所在する不動産の相続については日本法への反致が成立し、日本に所在する動産の相続については被相続人が死亡当時日本に住所を有しない場合についてのみ先決問題が生じ得る。被相続人の本国法が韓国法や台湾法である場合には、反致が生じないので先決問題が生じ得るが、国際私法の規定が類似しており、先決問題に適用される法が結果的にみて同一であれば、先決問題が生じないことになる。

以下、先決問題が生じる若干の具体的な例を挙げて考えてみることにしたい。

(i) 日本に居住する日本人A女と台湾法を本国法とする中国人B男が日本で二人以上の証人立会のもとでの公開の儀式により婚姻した場合に、日本に所在するB男の不動産の相続につきA女は配偶者といえるか？これは、東京地裁昭和四八年四月二六日の事例と類似する、婚姻の方式に関する問題である。相続準拠法である台湾民法一一四四条は配偶者の相続権を認めている。そこで、A女はB男の配偶者であるかどうかが相続の前提問題として問題となる。A女とB男の婚姻は、国籍を異にする者の間の婚姻であるから、涉外性を持つ。相続準拠法所屬法域である台湾の涉外民事法律適用法一一一条一項但書によると、婚姻の方式は当事者の何れか一方の本国法によるか、挙行地法によれば有効である、とする。この婚姻はB男の本国法である台湾民法九八二条一項により方式上有効



とされるから、A女はB男の配偶者と認められ、相続人となる。これが準拠法説による結論である。それに対し、法廷地法説によれば、A女が日本人であり、日本で挙行された婚姻に関するから、法例一三条三項但書の適用がある。したがって、一三条二項によって常に婚姻挙行地法である日本法に従った方式が要求され、その方式を満たしていないから、A女は、B男の配偶者といえず、B男の相続人になり得ない。それにもかかわらず、被相続人の本国法における配偶者の決定についても常に法廷地国際私法によらなければならないとまでいう理論的必然性があるかどうかは極めて疑わしい。

(ii) 中国法を本国法とする中国人A男は、一九八七年八月にアメリカのカリフォルニア州で父方の従姉妹に当たる韓国法を本国法とする在日韓国人B女と婚姻した。A男は、一旦日本に帰国した後、上海の日系企業に就職しそこに居住し、一九九六年一〇月に上海で病気により死亡した。A男が日本に遺した銀行預金と有価証券の相続が問題となった場合にB女はA男の配偶者として相続することができるか？まず、準拠法説により考えてみる。この相続の準拠法は法例二六条により中国法になり、中国相続法一〇条によれば、配偶者は第一順位の相続人となる。そこで、B女がA男の配偶者となるかどうかが問題となる。この問題は、外国人との婚姻であるから涉外性を有し、A男の相続の先決問題になる。相続準拠法所屬国である中国の民法通則一四七条により、この婚姻には婚姻挙行地法が適用される。婚姻挙行地法であるカリフォルニア州法では、従兄妹同士の婚姻も近親婚とされず、他の要件が具備していると仮定すれば、有効な婚姻となる。したがって、B女は、A男の配偶者として相続権が認められる。それに対して、法廷地法説によれば、AB間の婚姻の実質的成立要件には、A男については中国法、B女については韓国法が適用される。韓国民法八一五条二号によると、八親等以内の傍系血族の関係がある者の間

の婚姻を無効としている。したがって、B女は、A男の配偶者とはいえず、A男の動産の相続人になり得ない。しかし、常にこのように考えるのが實際上妥当かどうか極めて疑わしい。

- (iii) 在日韓国人A男は、台湾法を本国法とする在日中国人B女との間で一九九〇年一〇月に子Cが生まれ、B女と同居してCを撫育したが、認知の手続をとることなく一九九四年一月交通事故で突然死亡した。Cの本国法が台湾法となるとすれば、CはAの遺産を相続することができるか？ 相続準拠法である韓国民法一〇〇〇条一項一号で嫡出、非嫡出を問わず被相続人の直系卑属が相続人になることが定められており、CがA男の直系卑属に当るかどうかは涉外性を有するから、A男の相続の先決問題になる。準拠法説によれば、相続準拠法所屬国である韓国の涉外私法二〇条の定めるところにより、A男の本国法である韓国民法八五五条の認知が必要になる。ところが、A男による認知の手続がとられておらず、認知請求の期間も既に経過しているとすれば、Cは、A男の直系卑属ということではできず、相続人となることはできない。それに対し、法廷地法説によれば、法例一八条二項により認知当時の子の本国法である台湾民法一〇六五条一項が適用され、撫育認知が認められるから、Cは、A男の直系卑属となり、A男の相続人となることができる。このような場合には、法廷地法説による方が妥当な結論を導けそうに思われる。しかし、韓国では、現在国際私法の改正が行われており、その草案によると、法例一八条二項と同じように、認知による親子関係の成立につき認知当時の子の本国法によることもできる規定があり、このような改正が行われれば、ここで挙げた例は、真の意味での先決問題ではなくなる。

以上の例はあくまでわたくしが起こりそうと考えたものの若干の例示にとどまる。しかし、わたくしがここで行いたいのは、本稿で扱うような最も生じそうな国際相続問題の範囲内で考えても、實際上先決問題を考える必要が

あり、これが妥当な結論を導くための法理論として利用できるのではないか、ということである。<sup>(80)</sup>

#### (5) 法例三三条の公序によって本国法の適用が排除される可能性

被相続人の本国法が中国法や北朝鮮法である場合には、社会主義経済体制を採る国の相続法として日本の相続法の内容と大きく異なるところがある。したがって、もし、反致が認められず、これらの相続法をそのままの日の人々の相続に適用するとすれば、公序によってこのような法の適用を排除すべき事例は多くなるであろう。たとえば、北朝鮮法との関係でいえば、わたくしのように北朝鮮家族法付帯決議第二項に抵触法的意義を認めて、日本法へ反致するとみても、家族法施行時である一九九〇年十二月一日以前に開始した相続については在日朝鮮人の日本に有する財産の相続につき反致を認めることはできない。付帯決議第二項による反致を認めないとすれば、北朝鮮対外民事関係法が施行された一九九五年九月六日以前に開始した在日朝鮮人の日本に有する財産の相続につき家族法に規定がそのまま適用されることになる。そうすれば、このような場合には、日本に所在する土地その他の不動産については相続が認められなくなり、動産についても相続財産の範囲が制限されることになる。これを阻止しようとすれば、法例三三条の公序により、本国法の適用を排除することになろう。さらに、被相続人が中国法や北朝鮮法からみて日本に住所を有しないと認められる場合には、日本に所在する動産の相続については反致が認められず、本国法が準拠法となる。たとえば、このような中国人の日本に所在する動産が債務過多に陥り、完済不能の状態になっているのに、中国相続法一四条によって被相続人の扶養を受けていた生活の基盤のない者が遺産の分与を求めた場合には、中国法によると適当な遺産を分与する必要があるが、このような中国法の適用は公序によって排

除される場合が生じるであろう。

被相続人の本国法が韓国法や台湾法である場合には、少なくとも現行法を前提とする限りは、公序が問題になる場合は稀であろう。たとえば、台湾法が相続準拠法になる場合には、配偶者は被相続人の直系卑属とともに均等な相続分しか認められないので、被相続人に嫡出子の他、非嫡出子や養子を含めて直系卑属が多いときは、配偶者の相続分は少なくなるので、このような場合に公序が問題となり得るであろう。<sup>(81)</sup>しかし、夫婦が婚姻中に取得した財産の半分が配偶者の財産とされ、残りの財産のみが相続財産となると解されるとすれば、単純に相続分のみをみて公序に反する結果になるということはできない。また、相続人不存在の場合における特別縁故者の問題を相続準拠法によるべき問題とみるとすれば、被相続人の本国法が台湾法である場合には特別縁故者の制度がないから、公序に関する法例三三三條の適用が問題となり得る。

(53) 木棚・前掲論文六一五頁から六二五頁参照。一国構成を採るか、二国構成を採るにかかわって、韓国・朝鮮については二国構成で捉え、中国・台湾については一国構成で捉えるべきとする見解のあり得る。しかし、少なくとも国際私法的にみれば、このように区別すべきではないように思われる。

(54) 木棚・前掲注(1) 書三七〇頁参照。

(55) 木棚・前掲注(1) 書三七二頁注(9) 参照。

(56) しかし、条理という以上、より柔軟な解決を示す原則を發展させるべきことについては、木棚・前掲注(1) 書三七三頁注(11) 参照。

(57) 田中徹・渉外判例研究、ジュリスト八一二号一三七頁、平塚真・判例解説『渉外判例百選〔増補版〕』(有斐閣、一九七六年) 一五一頁等参照。

(58) 木棚・前掲注(1) 書二九〇頁以下参照。

(59) 木棚照一「日本の国際私法からみた朝鮮民主主義人民共和国家族法の問題点」定住外国人と家族法研究会編『定住外国人と家族法Ⅳ』（自主出版、一九九三年）三八頁以下、とりわけ、六一頁以下参照。

(60) この点については、二〇〇〇年九月二三から二四日の定住外国人と家族法研究会における大内憲昭教授のレジュメを参照した。

(61) 韓徳培主筆、中国国際私法学会編『中華人民共和国国際私法示範法（第六稿）』（法律出版社、二〇〇〇年）参照。

(62) 欧電雲「中国における国際私法——序説」『北海学園大学法学部三〇周年記念論文集転換期の法学・政治学』（一九九六年）一〇〇頁参照。

(63) 山田録一『国際私法』（筑摩書房、一九八二年）四五九頁以下参照。なお、ドイツ類似の立場を採るものとして、J. W. Hedemann, Zur Behandlung des Anspruchs auf Pflichtteilsergänzung im internationalen Privatrecht, 23 ZfR (Niemeyer) 229, 248ff. (1913) がある。しかし、この見解はドイツでも支持されていなく。Vgl. J. Meryk, Der Pflichtteil in deutschen internationalen Privatrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts (1953) S. 140

(64) 東広島法務研究会『実務相続登記法』（日本加除出版、一九九六年）一七八頁以下参照。

(65) 前章でみた相続実質法との関係でより具体的にみれば、社会主義経済体制を採る中国と北朝鮮では、相続財産の範囲がかなり、あるいは、極端に制限されていること、遺産債務の承継につき積極財産を限度とする有限責任としながら、遺産の管理・清算制度が完備していないこと、さらに中国については、法定相続人以外に、被相続人の扶養に頼っていた労働能力に欠ける者などに相続を認め、遺産が完済不能の場合すらある程度の遺産を分与すべきことを定めているなど、日本にある財産についてそのまま適用できないような性質の規定がみられる。これは、社会経済体制の相違に由来するものと思われるが、反致によってこのような都合を回避することができる。

(66) 池原季雄『国際私法（総論）「法律学全集」』（有斐閣、一九七三年）二二六頁、山田録一『国際私法』（有斐閣、一九九二年）七一頁等参照。

(67) 桜田嘉章・判例解説、涉外判例百選〔第三版〕一一頁参照。

(68) 木棚照一・前掲注（29）論文五一頁以下参照。

(69) 陳宇澄・本件判例研究、名古屋大学法政論集一六三号三九〇頁参照。

韓国・北朝鮮、中国・台湾を本国とする者の相続をめぐる諸問題（木棚）

- (70) 陳宇澄・前掲判例研究三九一頁参照。
- (71) 池原季雄・前掲注(66) 書二七八頁、山田鐸一・前掲注(六六) 書一四七頁、澤木敬郎『國際私法入門「第三版」』(有斐閣、一九九〇年) 七一頁等参照。
- (72) 木棚照一・松岡博・渡辺惺之『國際私法概論「第三版」』(有斐閣、一九九八年(初版・一九八五年)) 七六頁参照。とくに、先行問題や部分問題が、先決問題と区別され、法廷地國際私法によるべき問題であることはわたくしのような見解からは重要となる。なお、例外を認める基準については異なるが、原則についてはわたくしと同様に解する見解として、塚場準一「先決問題はどのように処理されるか」『問答式 國際家族法の実務』(新日本法規、一九八七年) 一七九四頁参照。
- (73) 道垣内正人『ポイント國際私法・総論』(有斐閣、一九九九年) 一三〇頁以下参照。
- (74) 民集五四卷一号九頁、なお、本件判決の事実関係等を簡明に述べたものとして、大村芳明・判例解説『平成一一年度重要判例解説』ジュリスト一一七九号二九七頁以下、松岡博・判例評論、私法判例リマックス二二号一三八頁以下参照。
- (75) 民集五四卷一号五一頁参照。
- (76) この点で参考となるのは、桜田嘉章訳『パウ・ハインリッヒ・ノイハウス 國際私法の基礎理論』(成文堂、二〇〇〇年) 三五五頁である。ノイハウスは、先決問題の三つの前提条件として、本問題に外國法が適用されること、その外國の抵觸法が法廷地のこれと対応する抵觸規定と別の法秩序を結果として適用すること、考慮される両法秩序に内容的にも相違がなければならぬことを掲げている。
- (77) 道垣内正人「國際私法判例の動き」前掲注(74) 重判解説一九三頁参照。
- (78) この点については、桜田嘉章訳・前掲(76) 書三五四頁、佐藤やよひ「ヴェングラーの先決問題理論とその國際私法理論」『甲南法学四〇巻三〇四号二四〇頁等参照。
- (79) 桜田訳・前掲書三五七頁参照。
- (80) 道垣内教授が先決問題は存在しないとされるのは、従来の國際私法理論をこれまでの議論にとらわれることなく大胆に見直して、國際私法理論の単純化、明確化をはかうとされているからではないかと思われる。このような試み自体は評価することができ。しかし、そこで問題になるのは、厳密な概念的区別をどこまで行うか、また、妥当な結論を導くための理論枠組としての適格性とのバランスをどのようにとるか、である。これらの点で、わたくしの見解が道垣内教授と異なることになるように思われ

る。

(81) 神戸家裁平成六年三月二五日審判、家裁月報四七巻八号五九頁は、台湾法を本国法とする被相続人の財産の相続につき、妻の他五人の子がいるので、妻の相続分が六分の一となり、日本法上の配偶相続分である二分の一と比べて余りにも不当な結果となり、法例三三条により本国法の適用を排除すべきとする主張をしりぞけた。三井哲夫教授は、法例三三条が適用結果を問題にするとなれば、日本法上の妻の遺留分である四分の一に足りない場合には公序に反し得るとされている(三井・判例分析、民商法雑誌一一五号一頁一一頁)。しかし、この点は相続分だけではなく、相続財産の決定との関わりで夫婦財産制にも着目する必要がある。

## 四 結びに代えて

これまで、主として、在日韓国・朝鮮人および在日中国・台湾人の日本に所在する財産の相続を念頭において、それぞれの実質法の特徴を六点にわたり概観したうえで、国際私法上生じ得る問題点を考察した。残念ながら、紙面や時間、能力の制約もあって、必ずしも十分に書き尽くすことはできなかった。最後に、このような研究の意義と課題を整理することによって結びに代えたいと考える。

在日韓国・朝鮮人、在日中国・台湾人の相続問題は、古くからもっとも多く生じた涉外的相続問題であった。しかし、この問題を本格的に検討するのはなかなか困難な点があった。これらの人々の本国はもともと日本と同じ漢字文化圏に属するのであるが、現在では独自の文字を使用することが多くなり、韓国語、中国語に通じていなければ専門書を読むのが困難になっている。また、これらの国の中には日本が未だ国交をもたず、法の内容についても

公表されず、どのような法があり、どのような内容であるかを知ることとも困難な「近くて遠い国」北朝鮮があった。そのため、法例の立場からみれば本国法として北朝鮮法を適用すべきなのに、本国法の内容が不明であるとして請求を棄却したり、民族的に近似する国である韓国の法や法廷地である日本の法を適用した判例がみられた。<sup>(82)</sup>しかし、この点は北朝鮮の一九九〇年の民法、家族法の制定、一九九五年の対外民事関係法の制定などによって大きく変わってきた。これらの法はわが国でも既に翻訳され、これらに関する研究もみられるようになってきたからである。<sup>(84)</sup>朝鮮半島における南北の対話も大きく進展した。現在の段階で在日の人々の相続問題をできる限り全体的に論じ、まとめてみるのがたんに実務的必要性の観点からだけではなく、日本における国際私法学のあり方からみても重要な課題となるように思われる。

とはいえ、実際にはこの問題を国際私法学者が研究する場合に、困難な問題が残されていることはいうまでもない。相続の先決問題に関し準拠法説を基本として解決しようとする筆者の立場からすると、たとえば、中国の国際私法原則を定める民法通則等の法源には親子に関する規定が存在せず、それに関する原則を明確に捉えることが容易ではない。また、韓国や台湾の現行国際私法規定には、北朝鮮家族法にみられるような認知主義によらない非嫡出親子関係に関する規定が欠けている。これらについては、研究を深め、制定法以外の第二次法源を研究すれば明らかにできると一般的にはいえるのである。確かにその側面もあるであろう。<sup>(85)</sup>しかし、これらの諸国では、日本で問題となるような在日の人々の相続という問題に直面しているわけではなく、それぞれの国の現実的課題があり、そのような問題を明らかにする必要性が余り認識されていないことも少なくないのである。また、これらの諸国の中でも、韓国のように家族法および国際私法<sup>(86)</sup>の改正作業中か、現時点で改正が行われているかもしれない国があ



り、中国のように国際私法の改正作業中の国が含まれている。その意味では、改正法ができれば、直ちに修正、補充が必要になる問題を扱っていることは否定できない。この点で限界があることは認めざるを得ない。もつとも、たとえ法改正があつたとしても、既に言及した時際法との関係でその部分が全く無意義になるわけではない。さらに、在日韓国・朝鮮人、在日中国・台湾人の問題を扱うとしながら、これらの人々の法的地位に関する歴史的な考察や本国法の決定に関する議論を殆ど扱っていない。これは重複を避けるためではあるが、前稿は在日中国・台湾人の問題を直接扱ったわけではない。したがって、いずれこの問題も含めて全体として本格的に考察する必要があると考えている。

わたくしが在日韓国・朝鮮人をめぐる家族法・相続法の問題に取り組むきっかけとなったのは、一五年余前に在日の司法書士を中心とする「定住外国人と家族法研究会」の人々と出会ったことであつた。この研究会との出会の中で、国際私法の考え方を実務上生かしていくためには、実質法に踏み込んだ議論を具体的に展開していく必要があることを痛感した。<sup>(87)</sup> 本稿でもできる限り具体的に議論するために、各国の実質法の概観から始めた。わたくしには、語学上の問題があり、かつ、これらの国の実質法については全くの素人に過ぎない。このような問題を扱うことはかなりの冒険である。前述の研究会で得た知識の他、これらの諸国の学者とのある程度交流が可能であり、これらの諸国からの留学生もわたくしの周辺にいる。これらの人々の協力がなければこの問題に取り組むことができなかったであらう。<sup>(88)</sup> 不十分な点があることは自覚しているが、思わぬ過誤があるのではないかとおそれている。種々ご指摘を受けて研究を深めていきたいと考えている。

(82) たとえば、静岡地裁昭和四六年二月一二日判決、下級民集三二卷一一二号一六〇頁以下参照。

(83) 韓国法を適用した判例としては、たとえば、福岡地裁昭和三年一月一四日判決、下級民集九卷一号一頁、大阪地裁昭和三年三月一七日判決、判例タイムズ一六二号一九七頁があり、日本法を適用した判例としては、たとえば、京都地裁昭和六二年九月三〇日判決、判例時報二七五号一〇七頁があった。

(84) 民法、家族法については、大内・前掲注(13) 書二八七頁、三九一頁、在日本朝鮮民主法律家協会訳編『朝鮮民主主義人民共和国の民法、家族法』(在日本朝鮮民主法律家協会、一九九一年) 等、対外民事関係法については、月刊朝鮮資料一九九六年一号三〇頁以下、その修正同誌二号六四頁以下、木棚照一「朝鮮民主主義人民共和国の対外民事関係法に関する若干の考察」立命館法学二四九号一二二九頁以下、とくに一二四三頁以下の資料等参照。その解説についても、大内・前掲書一八九頁以下、崔達坤・前掲注(40) 書、大内憲昭「朝鮮民主主義人民共和国の国籍法・対外民事関係法に関する若干の考察」関東学院大学文学部紀要九〇号一三五頁以下等がある。

(85) たとえば、中国の国際私法示範法(第六稿) 一三五条によると、父母と子女との身分関係については、共通住所地法を適用するか、または、当事者の一方の本国法、住所地法、常居所地法のうち弱者保護に最も有利な法を適用する、としているので(韓徳梧編・前掲書三一頁、七七頁参照)、この点に関する現在の中国の有力な見解を知ることができる。

(86) 九章六二箇条からなる国際私法草案が二〇〇〇年一月に法務部から公表され、国会に提出されている。相続に関する四九条では、一項で相続は死亡当時の被相続人の本国法による、としながら、二項で被相続人が遺言に適用される方式によって、指定当時の被相続人の常居所地法、不動産に関してはその不動産所在地法を選択することができる、とし、但し、被相続人が死亡当時の国に常居所を有しない場合には、指定の効力は生じない、とする。

(87) この研究会の成果は、近くわたくしの監修のもとで日本評論社から『在日の家族法Q&A』として出版される予定である。

(88) 韓国法・北朝鮮法については、崔達坤先生、台湾法については、台湾政治大学教授林秀雄先生にご教示を受けたり、資料を収集して頂いた。また、中国法については、夏雨、袁藝の二人の院生に協力して頂いた。ここに記し謝意を表する。

〔後記〕 宮坂富之助先生、桜井孝一先生の古稀をお祝いして本稿を捧げることにした。両先生には、わたくしが早

稲田大学法学部に赴任以来、種々ご配慮、ご指導を賜った。とりわけ、宮坂先生には、「国際市場と法に関する総合研究」（早稲田大学一九九八・九九年度特定研究（共同））に関する研究会で大変お世話になった。本来この研究会の成果を論文として捧げるべきと考えたが、本稿で赦して頂くことにした。先生が念頭に置かれているように、近隣諸国との新たな協力・協働関係を構築するためには、本稿でとりあげた問題を解決することも重要な課題になるであろう。本稿は、直接先生と接点を持つものということはできないが、問題意識において間接的にかかわるところがあると考えたからである。

なお、本稿は、早稲田大学一九九九年度特定課題研究助成費を受けた「国際相統法の研究——中国、台湾、韓国・北朝鮮を中心に——」の研究成果の一部である。