

재일동포의 상속에 있어서 준거법 결정에 관한 고찰*

A Study on Determination of Governing Law of Inheritance of
Korean Residents in Japan

정 구 태** / 이 홍 민***

(Ku-tae CHUNG / Hong-min LEE)

〈차 례〉

I. 序 言

II. 북한의 법적 지위에 관한 문제

III. 재일동포의 국적에 관한 문제

IV. 재일동포의 상속에 관한 준거법 결정

V. 결론에 갈음하여: 사례 및 그 해결

I. 序 言

일본에 거주하는 韓民族은 대한민국 또는 조선민주주의인민공화국(이하 ‘북한’이라 한다)의 국적을 가지고 있는 경우가 많다. 세계화 시대에 세계 곳곳에 韓民族이 거주하는 것은 당연할 수도 있지만, 재일동포¹⁾의 경우 일본제국에 조선이 강제병탄되었던 역사 및 한국과 북한의 특수한 문제로 인해 여러 가지 복잡한 문제가 생긴다.²⁾ 本稿에서 검토하고자 하는 재일동포

* 부족하나마 이 글을 지난 2010. 12. 10. 永眠하신 故 衿山 崔達坤 선생님 靈前에 삼가 바칩니다. 아울러 심사과정에서 유익한 지적과 조언을 통해 많은 가르침을 주신 익명의 심사위원님들께도 깊이 감사드립니다.

** 조선대학교 법과대학 조교수, 법학박사.

*** 고려대학교 법학연구원 연구원, 박사과정수료.

1) 本稿에서 ‘재일동포’라 함은 이른바 올드커머 및 뉴커머(newcomer, ニューカマー)는 물론, 최근에 일본에 정착하여 거주하기 시작한 한국 또는 북한인도 포함하는 광의의 개념이다. 이하 국적에 관계없이(일본국적까지 포함하여) 칭할 경우에는 ‘재일동포’ 또는 ‘재일교포’로, 그 중 일본국적인 경우를 제외할 때에는 ‘재일한인’ 또는 ‘재일코리아인’으로, 대한민국 국적인 경우에는 ‘재일한국인’으로, 북한적(조선적)인 경우에는 ‘재일북한인’으로 표기한다.

의 상속문제도 그 중 하나라고 할 수 있다. 예를 들면 재일한국인과 재일 북한인이 혼인한 후 생기는 상속에 관한 문제이다. 이와 관련해서는 남·북한 및 일본, 三國의 법이 관련되며, 북한과 일본이 미수교국이라는 점이나 남·북한이 분단국가라는 점 등 정치적 문제까지 연관되어 복잡한 문제가 파생된다.

그간 남북한 거주 이산가족간의 상속 문제에 관해서는 많은 논의가 이루어져 왔으나,³⁾ 재일동포의 상속 문제에 관해서는 그다지 많은 논의가 이루어지지 않았다. 本稿에서는 재일동포의 상속에 관하여 특히 준거법 결정 문제를 중심으로 살펴보고자 한다. 이하에서는 먼저 논의의 전제로서 북한의 법적 지위에 관하여 간략히 살펴보고(Ⅱ), 다음으로 상속의 준거법 결정을 위한 연결점으로서 ‘국적’과 관련하여 三國의 국적법을 개관하며 재일동포의 국적 회복에 관한 역사적 문제에 대해서도 검토한다(Ⅲ). 연후에 재일동포의 상속에 관한 준거법 결정에 관하여 三國의 국제사법을 중심으로 중점적으로 검토하며(Ⅳ), 이들 논의를 바탕으로 결론에 갈음하여 재일동포의 상속에 관한 몇 가지 사례를 제시하고 이를 해결하고자 한다(Ⅴ).

2) 해방 직후인 1947년의 조사에 따르면 재일외국인 639,368명 중 598,507명이 재일 동포로서 93.6%를 차지하였으나(정인섭, 『재일교포의 법적지위』, 서울대학교 출판부, 1996, 5면), 이후 재일동포를 제외한 재일외국인 수가 급증하여, 2007년 말 조사에 의하면 재일외국인 2,152,973명 중 재일동포는 593,489명(27.5%)으로 재일중국인 606,889명에 이어 2위를 차지하고 있다(<http://www.newsjapan.co.kr/html/view.php?idx=2787&category=&pagenum=12>).

3) 신영호, “남북한주민간의 상속문제의 해결,” 『아세아여성법학』 제6호(아세아여성법학연구소, 2003), 81-104면; 同, “북한주민에 대한 한국민사법의 적용,” 『저스티스』 제121호(한국법학원, 2010. 12), 289-300면; 同, “남북 이산가족 사이의 상속 관련 문제 해결,” 『남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특별법 제정 공청회』(법무부, 2010. 11. 22), 39-81면; 유옥, “남북 주민 간 신분·상속문제 법적 해결방안 연구,” 『제35차 남북법령연구특별분과위원회 학술회의 자료집』(법무부, 2009. 12. 16), 46-81면; 이은정, “북한 주민의 상속권,” 『가족법연구』 제24권 제1호(한국가족법학회, 2010. 3), 149-178면; 임복규, “남북한 주민 사이의 상속문제 해결방안,” 『북한법연구』 제10호(북한법연구회, 2007), 105-125면; 최달곤, “남북 이산가족 재결합에 따르는 법적 문제점,” 『북한학연구』 창간호(고려대학교 북한학연구소, 2000), 321-322면 등.

II. 북한의 법적 지위에 관한 문제

한국과 북한은 분단국가라는 특수한 관계에 있다. 역사적인 문제나 정치적인 문제는 차치하더라도 이러한 현실은 한국과 북한의 관계가 일반적인 대외관계와는 다를 수밖에 없음을 의미한다. 또한 북한의 법적 지위를 어떻게 파악하느냐에 따라 북한주민의 법적 지위를 어떻게 파악할 것인지가 결정된다.

1. 남북한 특수관계론

대한민국헌법은 제3조에서 영토조항을 두어 규범적으로 완성헌법을 기본으로 하면서도, 제4조에서 통일조항을 두어 현실적인 분단상황을 인정하고 있기 때문에, 남북한관계는 규범체계상 국가간 관계라고 할 수 없지만 그렇다고 단일한 국내법이 현실적으로 적용되지도 않는 특수한 관계이다. 국제사회에서도 남북한이 각각 엄연히 국가적 실체를 가지고 국제법의 주체로서 활동하고 있어 헌법을 비롯한 국내법을 국제법적 규범영역에 그대로 적용할 수도 없는 ‘특수성’이 존재한다. 즉, 북한은 국내법적으로 헌법상 불법단체 또는 국가보안법상 반국가단체로서의 지위와 동시에 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서의 지위를 이중적으로 가지며, 규범적으로는 대한민국의 일부분으로서 대한민국과 함께 단일한 국가성을 가지나, 현실적으로는 국제사회에서 독립된 주권을 가진 국가로서 인정받고 활동하고 있기 때문에, 한반도에는 ‘사실상’ 두 개의 국가가 존재하고 있는 것으로 평가된다. 2005. 12. 29. 제정된 남북관계에 관한 법률 제3조 제1항이 “남한과 북한의 관계는 국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다”라고 규정하고 있는 것은 이러한 남북한 특수관계론⁴⁾을 입법적으로 수용한 것이다.⁵⁾

4) ‘특수관계론’에 대한 종래의 논의는 이주현, “남북한 특수관계의 의미,” 『남북교류와 관련한 법적 문제점[1]』(법원행정처, 2002), 11-64면; 이규창, “남북관계 발전에 관한 법률’의 분석과 평가 - 남북한 특수관계 및 남북합의서 관련 조항을 중심으로 -,” 『법조』 제55권 제8호(법조협회, 2006. 8), 159-195면; 양영희, “북한의 법적지위,” 『통일

2. 남북한 특수관계론에 따른 북한의 법적 지위

이러한 남북한특수관계론을 헌법규범적으로 분석할 경우에는 남북한관계가 적용되는 규범영역에 따라서 상이한 규범적 의미를 부여할 수 있고, 이는 국내법적 규범영역과 국제법적 규범영역으로 구분할 수 있는바, 그 각각의 의미를 살펴보면 다음과 같다.⁶⁾

첫째, 남북한관계가 국내법적 규범영역에서 적용될 경우, 그 소극적인 의미는 남북한관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아니라는 것을 의미하므로, 남북한관계에 대하여는 국제법원칙을 적용할 수 없다. 이는 정치적으로는 남북한이 하나의 민족국가를 달성하기 위하여 노력한다는 것을 대내외적으로 선언한 것일 뿐, 남북한관계를 직접 규율하는 기준을 제시하는 것은 아니다.

둘째, 남북한관계가 국내법적 규범영역에서 적용될 경우, 그 적극적인 의미는 북한의 이중적 지위가 반영된다는 것이다. 즉, 북한이 반국가단체로서 활동하는 규범영역에서는 헌법 제3조와 국가보안법 등 국내법이 적용되고 그러한 범위에서는 국제법원칙이 적용되지 않으며, 남북교류협력법 등 국내 법률과 남북합의서도 적용되지 않는다. 한편, 북한이 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서 활동하는 규범영역에서는 북한의 실체를 규범적으로도 인정하고 있으므로 원칙적으로 국제법원칙이 적용될 수 있고, 남북교류

사법정책연구(1)』(법원행정처, 2006), 1-26면; 이영진, “헌법상 영토·통일조항의 개정 논의와 남북특수관계론 - 국가보안법의 위헌·폐지론과 관련하여 -, ” 『통일사법정책연구(2)』(법원행정처, 2008), 53-104면 참조.

5) 일찍이 1991. 12. 13. 체결되어 1992. 2. 19. 발효된 ‘남북 사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서’(이하 ‘남북합의서’라 칭한다)가 남북한관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계’로 규정하였으나, 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 92헌바6 등 결정 및 대법원 1999. 7. 23. 98두14525 판결은 공히 남북합의서의 법적 성격을 법적 구속력이 없는 공동성명 또는 신사협정에 준하는 것으로 파악한 바 있다. 남북합의서의 법적 성격에 대해서는 우선 이효원, “남북합의서의 법적 성격과 효력,” 『북한법연구』 제7호(북한법연구회, 2004. 6), 297-324면 참조.

6) 이하의 立論은 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』(경인문화사, 2006), 142-154면, 특히 152-154면에 따른 것이다. 또한 이효원, “북한이탈주민의 이혼소송과 북한주민의 법적 지위,” 『가족법연구』 제22권 제3호(한국가족법학회, 2008. 11), 426-435면도 참조.

협력법 등과 남북합의서도 적용된다.

셋째, 남북한관계가 국제법적 규범영역에서 적용될 경우에는 국제사회에서 남북한이 각각 국제법의 주체로서 활동하고 있는 현실과, 국내법을 이유로 국제법의 적용을 배제할 수 없다는 국제법원칙을 고려하여, 남북한 일방 또는 쌍방이 각각 특정한 제3국 또는 국제기구와 법률관계를 형성할 경우에는 국제법원칙이 적용될 수 있다. 다만, 국내법적 규범영역에 속하는 남북한관계가 일정한 범위에서 제3국 또는 국제기구와 관련성을 갖는 경우에는 남북한관계의 특수성을 최대한 반영하여 국제법원칙을 변용 또는 탄력적으로 적용할 필요가 있다.

3. 남북한 특수관계론에 따른 북한주민의 법적 지위

남북한특수관계론을 북한주민의 법적 지위에 대하여 적용할 경우, 소극적인 의미에서 남북한은 나라와 나라 사이의 관계가 아니므로 북한주민을 외국인으로 인정할 수 없다는 것을 전제로 하게 되는바, 그 구체적 의미는 다음과 같다.⁷⁾

첫째, 북한이 반국가단체로서 활동하는 국내법적 규범영역에서는 북한주민에 대하여 반국가단체를 구성하는 적극적인 주체로 인정하든지 반국가단체에 의하여 사실상 지배당하고 있는 대상으로 인식하든지 모두 대한민국 국민이다.

둘째, 북한이 평화통일을 위한 화해와 협력의 동반자로서 활동하는 국내적 규범영역에서는 북한주민은 국가적 실체를 가진 북한을 구성하는 주민으로 인정되므로, 그러한 범위 내에서는 한국과 동등한 지위를 갖는 실체로서 분단체의 일부분을 구성하는 북한의 주민인 특수한 지위를 가진다. 즉, 북한주민은 외국인은 아니지만 현실적으로 한국인으로서의 법적 지위를 현실적으로 누리고 있지도 않은 특수한 지위로서 북한적을 가진 주민이므로 원칙적으로 국제법원칙을 유추적용하거나 북한주민에 대하여 외국인에 준하는 지위를 인정하여야 한다. 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044

7) 이하의 立論은 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』(註6), 165-183면, 특히 178-180면에 따른 것이다. 또한 이효원, “북한이탈주민의 이혼소송과 북한주민의 법적 지위”(註6), 435-449면도 참조.

판결도 “남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한 주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있고, 그러한 규정 내용이 우리 헌법의 영토조항이나 평화통일조항 등에 위배되지 않는다”고 판시하였다.

셋째, 남북한관계가 국제법적 규범영역에서 적용될 경우, 가령 남북한 일방 또는 쌍방이 각각 특정한 제3국 또는 국제기구와 법률관계를 형성할 경우에는 북한적을 인정하여 국제법원칙을 유추적용하거나 외국인에 준하는 지위를 인정하여야 한다. 이는 해외체류 중인 북한주민에 대한 외교적 보호권의 행사 또는 북한이탈주민의 특수한 지위와 관련되는 문제이다.

III. 재일동포의 국적에 관한 문제

상속의 준거법 결정에 관하여, 상속분할주의에 의하면 부동산상속은 부동산 소재지법에 의하고 동산상속은 피상속인의 속인법에 의하며,⁸⁾ 상속통일주의에 의하면 부동산이든 동산이든 묻지 않고 피상속인의 속인법, 즉 피상속인의 본국법 또는 주소지법에 의해 상속관계를 규율한다.⁹⁾ 따라서 속인법으로서 본국법주의를 취하는 한 상속통일주의와 상속분할주의 모두 상속의 준거법을 판단하기 위한 전제로서 피상속인의 국적이 문제된다. 재일동포의 국적에 관해서는, 재일동포가 한국 또는 북한의 국적을 가지면서 일본에서 거주하고 있다는 점뿐만 아니라, ‘일본제국의 조선 강제병탄’이라는 역사적 사실로 인해 복잡한 문제가 발생한다. 일본에 의한 강제병탄에 따라 일본국적을 가졌던 재일동포는 일정한 절차를 거쳐 한국 또는 북한의 국적을 회복하였고, 일정한 경우에는 일본의 국적을 취득하기도 하였다. 아

8) 상속분할주의는 19세기까지 지배적인 원칙이었고, 현재에도 미국 등 영미법계 국가를 비롯하여 중국과 북한 등 사회주의국가에서 채용하고 있다. 신창섭, 『국제사법[제2판]』(세창출판사, 2011), 318-319면.

9) 상속통일주의는 19세기 중엽에 사비니(F. C. v. Savigny) 등에 의해 주장된 이래 대륙법계 국가에서 널리 채용되었다(신창섭 <註8>, 319면). 다만 속인법을 무엇으로 할 것인가에 대하여는 입장이 나뉘어 오늘날 독일, 이탈리아, 네덜란드, 스페인을 비롯한 대다수의 유럽국가에서는 본국법주의를 취하고 있고, 덴마크와 노르웨이 및 중남미의 대다수국가는 주소지법주의를 채택하고 있다(同所 <註363>).

래에서는 우선 三國의 국적 취득요건에 대해 개관한 후에 재일동포의 국적 회복에 관한 역사적 문제를 검토한다.

1. 남·북한과 일본의 국적 취득 및 상실의 요건

국제사법상 국적은 연결점의 하나로서 문제되는데, 국적의 결정은 국적법에 의한다. 국적의 취득원인으로는 (i) 출생에 의한 국적취득, (ii) 출생 이외의 사유로 인한 국적취득이 있으며, (ii)는 다시 ① 친족법상 원인에 의한 국적취득, ② 자유의사에 의한 국적취득으로 나뉜다.¹⁰⁾ 아래에서는 이러한 구분에 따라 각국의 국적법을 개설한다.

(1) 한국의 국적취득·상실의 요건

한국 국적의 취득 및 상실의 요건에 대해서는 대한민국 국적법¹¹⁾이 규정하고 있는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

1) 국적의 취득

(가) 출생에 의한 국적취득

출생이라는 자연적 사실로 인하여 자동적으로 국적을 취득하는 것을 선천적 취득이라고 하는데, 부모의 국적에 따라 출생자의 국적을 정하는 방식(속인주의, 혈통주의)과 부모의 국적에 무관하게 출생한 장소에 따라 출생자의 국적을 취하는 방식(속지주의, 출생지주의)이 있다.¹²⁾ 한국의 국적법은 원칙적으로 속인주의를 채택하여 대한민국 국민의 자녀로 태어난 사람에게 대한민국 국적을 부여하고 있다. 다만 예외적으로 속지주의가 적용되는 경우가 있는데, 부모가 모두 분명하지 않거나 무국적자인 경우, 또는 대한민국에서 발견된 棄兒에게는 대한민국의 국적을 부여한다(법 제2조).

국적의 선천적 취득과 관련하여 1997년 개정 전의 국적법 제2조는 父系血統主義를 취하다가 남녀평등과 상충된다는 비판에 따라 부모양계혈통주의

10) 김연·박정기·김인유 『국제사법[제2판]』(법문사, 2006), 130-132면.

11) 2010. 5. 4. 법률 제10275호로 일부 개정되었다. 아래 이 항목에서는 ‘법’으로 인용한다.

12) 정종섭, 『헌법학원론[제3판]』(박영사, 2008), 102면.

로 개정되었다. 다만 그 적용을 완전히 소급시키지는 않고, 신법 시행전 10년 동안에 한하여 일정한 요건(모가 현재 대한민국의 국민이거나 모가 사망한 때에는 그 사망 당시에 모가 대한민국의 국민이었던 경우)을 갖춘 경우에만 대한민국의 국민을 모로 하여 출생한 자로 하여금 법무부장관에게 신고함에 의하여 대한민국의 국적을 취득할 수 있게 하였다(1997년법 부칙 제7조). 그 후 위 부칙의 “10년 동안에” 부분은 헌법재판소의 2000. 8. 31, 97헌가 12 헌법불합치 결정에 따라 위 법 시행 전 20년(1978년 6월 14일부터 1998년 6월 13일)으로 개정되었다(법 부칙 제7조).¹³⁾ 따라서 1978년 6월 13일 이전에 대한민국의 국민을 부로 하지 않고, 모만을 대한민국의 국민으로 하여 태어난 자는 대한민국의 국적을 가질 수 없다.

한편, 한국의 국적법과 같이 속인주의를 채택하는 경우에는 최초의 국민의 범위가 선결적으로 규정되어야 이를 기초로 그들 자녀가 출생과 함께 국적을 부여 받게 되므로, 최초의 대한민국 국민이 누구인가를 정하는 일종의 경과규정이 필수적이다.¹⁴⁾ 그러나 건국헌법 제3조 “대한민국의 국민 되는 요건은 법률로써 정한다”는 국적법률주의에 의거하여 1948. 12. 20. 제정된 국적법은 최초 국민에 대한 정의 혹은 경과규정을 두고 있지 않았다. 이는 일제강점기의 식민지배의 합법성을 부인하는 전제에서 그 기간에도 대한민국 국민이라는 개념은 유지되었으므로 최초한국인의 경계설정에 관한 규정을 둘 필요가 없다는 관점에 기인한 것이다.¹⁵⁾

이와 관련하여 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결은, “남조선과도 정부 법률 제11호 ‘국적에 관한 임시조례’ 제2조 제1호는 조선인을 부친으

13) 일본의 경우에는 1984년 국적법 개정시 부모양계혈통주의를 채택하면서 개정법 시행전 20년간 출생한 모계출생자에 대하여 현재 모가 일본 국민인 경우에 한해 법무 대신에게 신고하면 일본국적을 취득할 수 있도록 부칙에 특별규정을 두었다. 석동현, “신국적법의 성립경과 및 개정의 개요,” 『저스티스』 제32권 제2호(한국법학원, 1999. 6), 181면.

14) 장재욱, “국내체류 외국인의 가족법적 문제 -섭외 혼인·친자법을 중심으로-,” 『법제연구』 제24호(한국법제연구원, 2003. 6), 79-80면; 이병훈, “한국인은 누구인가? -북한과 재외동포의 국적문제-,” 『헌법학연구』 제10권 2호(한국헌법학회, 2004. 6), 157면; 안구환, “국적법상 국적의 선천적취득의 요건,” 『법조』 제56권 2호(법조협회, 2002. 2), 200면.

15) 명순구·이철우·김기창, 『국적과 법, 그 기원과 미래』(고려대학교 법학연구원, 2010), 57면.

로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정하고 있고, 제헌헌법은 제3조에서 대한민국의 국민되는 요건을 법률로써 정한다고 규정하면서 제100조에서 현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하고 있는바, 원고는 조선인인 소외 1을 부친으로 하여 출생함으로써 위 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948. 7. 17. 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다”고 하여, 1948. 7. 17. 제헌헌법 공포 이전에 조선인을 부친으로 출생한 사람은 모두 대한민국 국적을 가지고 있다고 판시하였다.

위 판결의 결론에 동조한다고 하더라도¹⁶⁾ 그 논거에 대해서는 의문이 없지 않다. 위 남조선과도정부¹⁷⁾의 임시조례는 북위 38도선 이남에만 그 효력을 미쳤던 법률로서, 38도선 이북지역에 거주하던 자에게까지 이 법률에 근거하여 조선국적이 부여되었다고 보아야 할 법리상의 근거는 없기 때문이다. 다시 말해, 미군정청의 통치권이 북위 38도 이남 지역에만 미쳤던 것과 마찬가지로 남조선과도정부입법위원이 제정하고 미군정청의 인준을 받은 법률도 또한 북위 38도 이남 지역에만 그 효력이 있었던 것으로 보아야 한다면, 적어도 위 임시조례가 시행되던 당시에 38도선 이북지역에 거주하던 자는 현재의 대한민국 법률상 무국적자에 해당하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다.¹⁸⁾

생각건대, 이 문제는 “신분등록부란 신분관계의 공시는 물론 국적부로서의 기능도 담당한다”는 점¹⁹⁾으로부터 그 해결의 실마리를 찾을 수 있을 것

16) 위 판례를 지지하는 김명기, “북한주민을 대한민국 국민으로 본 대법원 판결의 법이론,” 『저스티스』 제44호(한국법학원, 1997.06), 197, 204면은, 그 논거로서 1910년 한일병탄조약은 무효이므로 1910년 이후에도 국가로서의 한국은 소멸되지 않고 그대로 존속하였으므로 1948년 이전父를 한국인으로 하여 출생한 자는 출생 이후에도 계속 한국 국적을 보유한다는 점을 들고 있다. 그러나 한일병탄조약을 무효로 보아야 하는지와는 별개로, 대한제국 시기에는 국적을 정하는 규범 자체가 없었으므로, 단지 대한제국의 연속이라는 사실만으로 최초 한국인의 범위가 자동적으로 정해진다고 보는 것은 논리적인 비약이라고 생각된다.

17) 남조선과도정부는 재조선미군정청조선인기관으로서 북위 38도 이남 조선을 통치하는 입법, 행정, 사법부분 등을 가리킨다(1947. 5. 17. 남조선과도정부 법령 제141호).

18) 이장희, “한국국적법의 국제법적 문제와 검토,” 『외법논집』 제5집(한국외국어대학교 법학연구소, 1998), 357면; 노영돈, “우리 국적법상 ‘최초의 대한민국 국민의 범위’ 규정의 결여문제와 국적에 관한 임시조례의 효력,” 『인천법학논총』 제5집(인천대학교 법과대학, 2002), 75, 85-86면.

이다. 이에 착안한다면 다음과 같은 立論이 가능하다:²⁰⁾ ① ‘조선인’이란 대한제국 말기의 民籍을 모태로 1923년 民籍법을 대체한 朝鮮戶籍令²¹⁾에 따라 조선호적에 입적된 자를 의미한다;²²⁾ ② 조선호적 입적자는 위 임시조례에 의하여 대한민국 국적을 인정받은 것으로 되며,²³⁾ 그 후 대한민국 국적 이탈행위를 하지 않았다면 그 자손들까지 대한민국 국적을 승계한 것으로 볼 수 있다; ③ 위 임시조례는 제헌헌법 제100조와 제헌헌법 제3조에 의해 그 효력이 지속됨은 물론 헌법의 관할지역으로 그 적용이 확대되었다.²⁴⁾

(나) 출생 이외의 사유로 인한 국적취득

국적의 선천적 취득에 대응하는 개념으로 국적의 후천적 취득이 있는데,

19) 신영호, 『가족관계등록법』(세창출판사, 2009), 2면.

20) 이러한 解釋論과는 별개로, 立法論으로서 “대한민국 정부가 수립되기 전에 출생한 자로서 남조선과도입법위원이 1948. 5. 11. 제정한 국적에 관한 임시조례에 의하여 조선의 국적을 가진 자는 대한민국 정부 수립과 동시에 대한민국 국민이 된 것으로 본다”는 규정의 신설을 주장하는 견해로, 석동현, “헌법 국적법의 문제점과 개정 방향의 연구,” 『법조』 제46권 11호(법조협회, 1997. 11), 69면. 제성호, “한국 국적법의 문제점 및 개선방안,” 『국제인권법』 제4호(국제인권법학회, 2001), 136-137면도 立法論으로서, “대한민국 정부가 수립되기 전에 출생한 한민족으로서 대한민국 정부가 법통을 승계하는 그 이전의 정부에 소속되어 있던 모든 사람들과 그 사람들로부터 출생한 자로서 대한민국 국적법이 공포된 1948. 12. 20.까지 국적을 합법적으로 변경하지 않은 자는 거주지에 관계없이 대한민국 정부 수립과 동시에 대한민국 국민이 된 것으로 본다”는 규정을 신설할 것을 주장한다.

21) 대한제국의 국민은 한일병탄 전에는 1909. 3. 4. 民籍法에 의하여 民籍에 기재되었고, 병탄 이후에는 1923년부터 民籍法을 대체하여 조선호적령이 시행됨으로써 다시 朝鮮戶籍令에 기재되었다(나인균, “한국헌법의 영토조항과 국적문제,” 『헌법논총』 제5집 <헌법재판소, 1994>, 462면). 朝鮮戶籍令은 일제 패망 이후에도 미군정법령 제21호에 의하여 법적 효력을 지속하였고, 제헌헌법 제100조에 의하여 1960년 호적법이 제정되기 전까지 계속 적용되었다.

22) 신영호, “북한주민에 대한 한국민사법의 적용”(註3), 292면.

23) 임시조례 제5조는 “외국의 국적 또는 일본의 호적을 취득한 자가 그 국적을 포기하거나 일본의 호적을 이탈한 자는 1945. 8. 9. 이전에 조선의 국적을 회복한 것으로 간주”한다는 규정을 두고 있었으나, 호적은 내국인만을 입적대상으로 하며, 모든 내국인은 호적에 입적한다는 것이 신분등록법상의 원칙이라는 점을 상기한다면, 위 제5조가 일제기간 중 일본호적을 취득한 혈통상 조선인이 일본호적을 이탈하면 조선국적을 소급적으로 회복한다고 규정한 것은, 일제시대부터 호적을 기준으로 조선인과 일본인이 구별되었음을 방증한다. 정인섭, “우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토,” 『국제법학회논총』 제43권 2호(대한국제법학회, 1998. 12), 243면.

24) 정인섭, “우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토”(註23), 241, 245면.

출생이 아니라 인지, 귀화, 국적회복 등의 사유로써 국적을 취득하는 것을 말하며, 국적법이 정한 일정한 요건을 갖추어야 한다.

a) 친족법상 원인에 의한 국적취득

한국의 국적법은 친족법상 원인에 의한 국적취득방법으로 인지에 의한 국적취득 방법을 규정하고 있다. 그 외에 혼인이나 입양도 국적취득을 위한 방법 중 하나일 수 있지만, 한국 국적법은 이러한 행위를 귀화의 요건으로 하고 있을 뿐이다. 인지에 의한 국적취득은, 대한민국의 민법에 의하여 미성년인 자로서 출생한 당시에 그 부 또는 모가 대한민국의 국민이었던 자는 대한민국의 국민인 부 또는 모가 인지하고 그 사실을 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국의 국적을 취득하는 것을 의미한다(법 제3조).

b) 자유의사에 의한 국적취득

종래에는 “永久忠誓의 원칙”이라고 하여, 한 나라의 국민된 자가 다른 나라의 국민으로 되는 것을 부정하는 것이 일반적이었으나, 지금은 자유의사에 의하여 국적을 변경하는 것을 대부분 인정하고 있다. 이처럼 어느 국가의 국내법에서 규정하고 있는 국적취득조건을 모두 충족하고 그 국가에서 정한 절차에 따라 국적의 취득을 신청, 그 국가의 국민이 되는 것을 귀화라고 하는데, 한국의 국적법상 귀화는 귀화하는 자의 귀화요건에 따라 일반귀화(법 제5조), 간이귀화(법 제6조), 특별귀화(법 제7조)의 3가지가 있다. 이 중 특히 재일동포와 관련되는 귀화방법은 간이귀화로서, 이는 귀화대상자가 대한민국과 일반적인 관계 이상 밀접한 관계가 있을 때, 즉 교포2세 등에게는 일반귀화보다 대한민국에서의 거주기간을 줄여 주는 것이다. 물론 재일동포인 경우에도 특별귀화의 요건을 갖추면 특별귀화 역시 가능하다.

2) 국적의 상실

개정 국적법은 출생과 동시에 복수국적을 갖는 선천적 복수국적자의 우리 국적이탈을 최소화하고 사회통합 · 국가경쟁력 강화 · 저출산 위기해소 등을 위해 제한적인 범위²⁵⁾ 내에서 복수국적을 허용하면서, 이 경우 대한

25) ① 혼인관계를 유지하고 있는 결혼이민자, ② 대한민국에 특별한 공로가 있거나, 우수 외국인재로서 특별귀화한 자, ③ 국적회복허가를 받은 자로서 특별한 공로가 있거나, 우수 외국인재로 인정되는 자, ④ 해외입양 되었다가 우리 국적을 회복한 자, ⑤ 외국에 장기 거주하다가 국내에 영주 귀국하여 대한민국 국적을 회복한 65세 이

민국 국적을 취득한 날부터 1년 내에 외국 국적을 포기하거나(법 제10조 제1항), 법무부장관이 정하는 바에 따라 대한민국에서 외국 국적을 행사하지 아니하겠다는 뜻을 법무부장관에게 서약하도록 규정하고 있다(법 제10조 제2항). 복수국적자가 제1항 또는 제2항의 의무를 이행하지 아니하면 그 기간이 지난 때에 대한민국 국적을 상실한다(법 제10조 제3항).

개정법은 종래의 ‘이중국적’이라는 용어가 둘 이상의 국적을 가진 자를 모두 이중국적자로 규정하여 셋 이상의 국적을 가진 자를 포섭하지 못할 뿐만 아니라 부정적 이미지를 내포하고 있고, 종전 법이 복수국적자의 법적 지위를 명확히 규정하고 있지 못하고 있다는 반성하에, 이중국적자를 ‘복수국적자’로 용어를 변경하고, 복수국적자의 법적 지위에 관한 규정을 신설하여 복수국적자에게 국내법 적용에서 대한민국 국민으로만 처우함을 명확히 하고 있다(법 제11조의2 제1항).²⁶⁾

(2) 북한의 국적취득·상실의 요건

북한 국적의 취득 및 상실의 요건에 대해서는 조선민주주의인민공화국 국적법²⁷⁾이 규정하고 있는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

1) 국적자의 범위

북한 국적법은 한국과는 달리 혈통주의 법체계의 최초의 북한국적자의 범위를 확정하는 경과규정을 두고 있다. 즉 1963년의 구법²⁸⁾ 제1조는 “제

상의 자, ⑥ 본인의 뜻에도 불구하고 외국의 법률 또는 제도로 인하여 외국 국적 포기의무를 이행하기 어려운 자로서 대통령령으로 정하는 자 등이 그 예외에 해당한다(법 제10조 제2항 참조).

26) 복수국적을 엄격하게 제한하고 있던 종전 국적법의 문제점에 관해서는 최윤철, “대한민국 국적법의 현황과 문제점,” 『일감법학』 제17호(건국대학교 법학연구소, 2010. 2), 3-35면. ‘제한적 복수국적 용인’을 골자로 한 개정 국적법의 의의에 대해서는 차규근, “제10차 개정 국적법의 내용 및 그 의의,” 『법률신문』 제3902호(법률신문사, 2011. 1. 6), 13면; 이금로, “복수국적 허용의 국적법 개정과 의의,” 『홍익법학』 제11권 2호(홍익대학교 법학연구소, 2010. 6), 97-126면. 개정 국적법에 대한 비판적 고찰로서는 박병도, “개정 국적법에 대한 비판적 고찰,” 『일감법학』 제19호(건국대학교 법학연구소, 2011. 2), 111-148면.

27) 1999년 2월 26일, 상임위원회 정령 제483호로 수정된 법에 의하며, 출처는 장명봉 편, 『2008 최신 북한법령집』(북한법연구회, 2008), 91-92면에 의한다. 아래 이 항목에서는 ‘법’으로 인용한다.

1조 조선민주주의인민공화국 공민은 다음과 같다: 1. 조선민주주의인민공화국 창건 이전에 조선의 국적을 소유하였던 조선인과 그의 자녀로서 본 법 공포일까지 그 국적을 포기하지 않은 자; 2. 외국인으로서 합법적 절차에 의하여 조선민주주의인민공화국 국적을 취득한 자”라고 규정하였고, 이는 현행법 제2조에 계승되어 제2조는 “① 공화국 창건 이전에 조선의 국적을 소유하였던 조선사람과 그의 자녀로서 그 국적을 포기하지 않은 자, ② 다른 나라 공민 또는 무국적자로 있다가 합법적 절차로 공화국국적을 취득한 자”를 공민²⁹⁾으로 규정하고 있다.

다만 이 규정이 한국 국적자와 해외교포들에 대해서도 적용될 것인가에 대해서는 의문이다. 북한에서는 이 규정에 대해, 일제식민지통치 이전 조선정부에 소속되어 있었던 모든 사람과 그 사람들로부터 출생한 자녀로서 공화국국적법이 공포된 1963년 10월 9일까지 조선국적을 합법적으로 변경하지 않은 사람은 거주지에 관계없이 공화국 공민이 되었다고 해석하고 있다.³⁰⁾ 그런데 북한 구법의 공포일인 1963년 10월 9일까지는 국적에 관한 명문규정이 없었으므로 국적의 포기 또는 합법적인 변경이란 있을 수 없었으며, 국적법 시행 이후에도 북한국적으로부터의 제적은 최고인민회의 상임위원회가 결정하도록 되어 있으므로(구법 제10조, 현행법 제15조), 결국 북한당국에서 허가하지 않은 국적의 포기 또는 변경은 있을 수 없다. 이러한 점은 북한이 국적단일주의를 취하지 않으므로 외국국적 취득자도 당연히 국적을 상실하지는 않는다는 점에서 더욱 문제가 된다. 즉, 한국의 국적을 가진 자와 일본의 국적을 가진 자라고 해도 북한의 국적 또한 보유하게 될 가능성이 매우 높다.³¹⁾ 위와 같은 입장에 의한다면 북한은 모든 재일한

28) 북한의 구 국적법은 손희두, 『북한의 국적법』(한국법제연구원, 1997), 68-69면에 의한다.

29) 북한 헌법 제62조 제1항은 “조선민주주의인민공화국 공민이 되는 조건은 국적에 관한 법으로 규정한다”고 하고 있고, 국적법 제2조가 공민의 범위에 관하여 규정하고 있으므로, 북한 법체계상 ‘공민’은 곧 ‘북한국적을 가진 자’라고 할 수 있다. 손희두, “북한의 국적법과 그 과제,” 『남북교류와 관련한 법적 문제점(4)』(법원행정처, 2005), 14-15면.

30) 김영철·서원섭, 허섭 감수, 『현대국제법연구』(평양 과학백과사전종합출판사, 1988), 77면. 노영돈, “통일에 대비한 남북한 국적법의 비교연구,” 『통일문제와 국제관계』 제8권(인천대학교 평화통일연구소, 1994), 238면에서 재인용.

31) 오히려 북한의 입장에서는 한국 국적이 인정되지 않으므로, 한국 국적자는 단일한

인에 대하여, 아니면 적어도 조총련계 재일한인에 대해 인적 관할권을 주장하게 되는데, 일본이 북한을 승인하고 있지 않은 상태에서 이는 법적으로 곤란한 문제를 제기하게 된다.³²⁾

2) 국적의 취득

(가) 출생에 의한 국적취득

출생에 의한 국적취득에 관하여는 한국과 마찬가지로 속인주의를 취하고 있으며, 예외적으로 속지주의를 취하여 공화국영역에 거주하는 무국적자 사이에 출생한 자 또는 공화국영역에서 출생하였으나 부모가 확인되지 않는 자에 대하여도 선천적인 국적 취득을 인정한다(법 제5조). 사회주의국가들이 일반적으로 남녀평등주의를 주요한 정치적 슬로건으로 제창하는 것에 따라 북한 국적법은 제정당시부터 부모양계혈통주의를 취하고 있다.³³⁾

(나) 출생 이외의 사유로 인한 국적취득

출생 이외의 사유로 인한 국적취득에 관하여, 북한의 법은 친족법상 원인에 의한 경우를 별도로 규정하지 않고 있으며, 다만 귀화에 의한 경우와 국적회복에 의한 경우를 정하고 있다. 북한 국적법 제6조는 “무국적자 또는 다른 나라 공민은 청원에 의하여 조선민주주의인민공화국 국적을 취득할 수 있다”고 하고 있고, 이에 대한 결정은 최고인민회의 상임위원회가 한다(법 제15조)고 하여 귀화에 의한 국적 취득을 인정하고 있는데, 귀화의 구체적인 요건을 적시하지 않고 최고인민회의 상임위원회의 자유재량에 의하도록 하고 있다는 점이 특이하다. 또 북한 국적법 제12조는 “조선민주주의인민공화국 국적을 상실하였던 자는 청원에 의하여 공화국 국적을 회복할 수 있다”고 하여 국적회복에 관한 규정을 두고 있다.

3) 국적의 상실

북한 국적법은 국적의 상실에 대해 별다른 규정을 두고 있지 않기 때문에 일견 국적 상실을 전혀 인정하지 않는 것처럼 보인다. 다만 국적법 제

북한 국적만 가진다고 보게 될 것이다. 그러나 이러한 해석이 대한민국 헌법상 수용될 수 없음은 물론이다.

32) 손희두, “북한의 국적법과 그 과제”(註29), 22면.

33) 손희두, “북한의 국적법과 그 과제”(註29), 24면.

15조는 “공화국국적에로의 입적청원 또는 공화국국적에서의 제적청원에 대한 결정은 최고인민회의 상임위원회가 한다”고 규정하고 있는데, 여기서 제적청원이 언급되어 있는 것으로 보아 법리상 북한 국적을 이탈하고자 하는 자는 제적에 관한 청원을 할 수 있는 것으로 해석될 수 있다.³⁴⁾ 그러나 북한 국적에서 이탈하려는 행위는 소위 ‘조국과 인민을 배반하는 행위’로 간주되어 형법 제47조의 조국반역죄에 의해 처벌될 수 있으므로 국적이탈은 사실상 불가능하다.³⁵⁾

(3) 일본의 국적취득 · 상실의 요건

일본 국적의 취득 및 상실의 요건에 대해서는 일본 國籍法³⁶⁾이 규정하고 있는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

1) 국적의 취득

(가) 출생에 의한 국적취득

출생에 의한 국적취득, 즉 선천적 취득에 관하여는 한국과 마찬가지로 속인주의를 취하고 있으며, 일본에서 태어난 경우에 있어서 부모가 모두 분명하지 않거나 무국적인 경우에 예외적으로 속지주의를 채택하고 있다(법제2조). 일본도 우리의 구 국적법과 마찬가지로 부계혈통주의를 취하다가 1984년 국적법 개정으로 부모양계혈통주의를 채택하였다. 일본 판례는 부계혈통주의에 대해 입법재량 및 이중국적 방지를 위한 합리적 차별이라는 이유로 위헌이 아니라고 한 바 있지만, 학계는 위헌설이 다수였고 이에 따라 1984년 부모양계혈통주의로 개정되었다.³⁷⁾

(나) 출생 이외의 사유로 인한 국적취득

a) 친족법상 원인에 의한 국적취득

부 또는 모가 인지한 자로 20세 미만의 자(일본 국민이었던 자를 제외한다)는 인지를 한 부 또는 모가 자의 출생 시에 일본 국민이었던 경우에 그 부

34) 손희두, “북한의 국적법과 그 과제”(註29), 26면.

35) 손희두, “북한의 국적법과 그 과제”(註29), 27면.

36) 2008. 12. 12. 법률 제88호로 개정된 법에 의한다. 아래 이 항목에서는 ‘법’으로 인용한다.

37) 석동현, “신국적법의 성립경과 및 개정의 개요”(註13), 152면(註29).

또는 모가 현재 일본 국민인 때 또는 그 사망 시에 일본 국민이었던 때에는
법무대신에게 신고함으로써 일본 국적을 취득한다(법 제3조 제1항).³⁸⁾

b) 자유의사에 의한 국적취득

귀화에 의한 국적취득은 다양한 경우를 정하고 있는데, 우리 법상 국적
회복에 의한 경우도 일본법은 귀화에 의하도록 하고 있는 것이 특이하다(법
제8조 제3호). 일본 국적법의 귀화제도는 보통귀화, 간이귀화, 대귀화의 3가
지로 나뉘는데, 보통귀화는 우리 법의 일반귀화, 대귀화는 특별귀화에 해당
한다.

2) 국적의 상실

일본법은 이중국적을 인정하지 않으므로 외국국적을 취득하는 경우 일본
의 국적을 상실하게 된다. 이에 대해서는 법 제11조 내지 제16조가 규율하
고 있다.

2. 재일동포의 국적회복에 관한 역사적 문제

(1) 일본국적의 취득

국제법상 영토의 할양 또는 국가가 합병된 경우 피할양지의 국민 또는
피합병국의 국민은 종래의 국적을 상실하고 새로운 영유국의 국적을 취득
한다.³⁹⁾ 이에 따라 1910년 일본의 조선에 대한 강제병탄에 의해 당시의

38) 개정 전 일본 국적법 제3조 제1항은 한국법과 달리 ① 국적취득을 위한 가장인지를 막고, ② 국적의 안정성을 도모하기 위하여, 오로지 준정에 의한 국적취득만을 인정하였으나(澤木敬郎・道垣内正人, 『國際私法入門[第6版]』 <有斐閣, 2006>, 84頁), 일본 최고재판소 2008.6.4. 판결이 이 규정을 위헌으로 판단하면서, 개정 국적법 제3조 제1항은 父(또는 母)의 생후인지에 의한 국적취득도 가능하도록 하였다. 이에 대해서는 前田雅子, “國籍法3條1項の違法性と日本國籍確認判決,” 『ジュリスト』 第1376號(有斐閣, 2009), 58-59頁; 市川正人, “國籍法3條1項が, 日本國民である父と日本國民でない母との間に出生し後に父から認知された子につき, 父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本國籍を認めていることと憲法14條1項,” 『判例時報』 第2021號(判例時報社, 2009), 164-169頁; 松本和彦, “國籍法3條1項が, 日本國民である父と日本國民でない母の間に出生した後に父から認知された子につき, 父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した(準正のあった)場合に限り日本國籍の取得を認めていることによって國籍の取得に關する區別を生じさせていることと憲法14條1項 ほか,” 『民商法雜誌』 第140卷 1號(有斐閣, 2009), 59-82頁.

조선인은 일본국적을 취득하게 되었다.⁴⁰⁾⁴¹⁾ 1910년 한일병탄 당시 일본에 거주하는 재일조선인은 800명 정도에 불과했으나, 일제시대 당시 일본 국내의 노동력부족을 메우기 위한 강제 연행에 의해 그 수가 급증하여, 일본이 패전하는 1945년 당시에는 약 230만명 정도가 일본에 거주하고 있었다. 이후 조선의 독립에 따라 대한민국 정부가 수립되던 1948년 8월까지 3년간 약 150만명 정도가 귀환하였는데, 일본정부가 개인이 가지고 귀환할 수 있는 재산의 금액과 소지품의 무게를 각 1천円과 200파운드로 제한함에 따라 일본에 생활기반이 있는 재일코리안은 일본에 정착하게 되었다.⁴²⁾

이들의 국적에 대해 1946년 11월 연합국총사령부는, “총사령부의 인양계획에 따라 본국에 귀환하는 것을 거부하는 사람은 정당한 절차를 거쳐 수립된 조선정부가 재일한국인을 자국민으로서 승인할 때까지 일본국적을 보유하는 것으로 간주한다”고 발표하였다. 일본정부도 “재일한국인의 국적문제는 강화회의에서 정식으로 결정될 예정이며 현재는 미확정 상태이므로, 강화조약체결이 체결되지 않은 상태에서 재일한국인은 일본국적을 상실하지 않은 상태라고 보아야 한다. 특히, 현재 일본에 거주하는 사람들에게 대해서는 그와 같이 보고 있다”는 내용의 1949. 1. 26. 法務省 民事局長 표명을

39) 김연 · 박정기 · 김인유(註10), 132면.

40) 물론 한일병탄조약은 법적으로 무효라고 보아야 하지만(이에 관해서는 이장희, “1910년 한 · 일강제 병탄조약의 불법성, 무효성의 고찰,” 『외법논집』 제34권 제4호 <한국외국어대학교 법학연구소, 2010. 11>, 17-32면 참조), 당시 국제법상 모든 조선인이 일본인으로 치우되었으므로 우선은 이러한 ‘사실’을 전제하여 논의하고자 한다(정인섭, 『재일교포의 법적지위』 <註2>, 8면).

41) 일본은 조선병탄에도 불구하고 일본의 국적법을 조선에서 시행하지 않았다. 이는 대만 등과 비교할 때 특이한 일인데, 그 이유는 조선인의 외국귀화를 막기 위한 것으로 추측된다. 즉 조선시대에는 별도의 허가가 없는 한 외국귀화를 통한 조선국적의 이탈은 인정되지 않았는데, 당시 일본 국적법 제20조는 “자기의 지망에 의하여 외국 국적을 취득한 자는 국적을 상실한다”고 규정하고 있었으므로, 일본 국적법을 시행하면 당시 중국과 러시아로 이주한 독립운동가들에 대한 관할권 행사가 어렵게 된다는 점을 고려한 것이다(정인섭, 『재일교포의 법적지위』 <註2>, 9면). 그러나 국적법의 시행과는 별도로, 병탄조약 제1조에서 “한국 황제는 한국 전부에 관한 일체의 통치권을 완전히 그리고 영구히 일본국 황제에게 양여한다”고 규정하고 제2조에서 일본국 황제가 이를 수락한다고 규정함으로써, 대인주권이 일본으로 양여되었다(同所, 8면 註2>).

42) 박진오, “전후 일본의 재일동포 국적처리문제 고찰,” 『한일관계사연구』 제24집(한일관계사학회, 2006), 194면 註17, 18).

발표하여, 일본 국내에 거주하는 한국인의 일본국적 보유를 인정하였다.⁴³⁾ 이처럼 일본정부는 공식적으로 1952년 ‘샌프란시스코 대일평화조약’ 발효 시까지 재일한국·조선인의 국적을 일본국적으로 취급하였기 때문에 1952. 4. 28. 일본의 주권회복시까지 재일한국·조선인의 일본귀화라는 문제는 발생하지 않았다.⁴⁴⁾

(2) 일본국적의 상실

1952. 4. 19. 소위 샌프란시스코 평화조약의 발효에 즈음하여 일본 정부는 法務省 ‘民事甲 第438號’의 民事局長 通達 “평화조약에 따른 조선인, 대만인 등에 관한 국적 및 호적사무의 처리에 관하여”를 발표하여, 평화조약 발효일(동년 4월 28일)로부터 조선과 대만은 일본으로부터 분리되므로 이에 따라 조선인과 대만인은 内地, 즉 일본에 거주하고 있는 자를 포함하여 모두 일본국적을 상실한다고 하였다. 이로써 일본인과 혼인하거나 일본인에 의하여 입양되어 일본국적을 취득한 소수를 제외한 대부분의 재일코리아인은 무국적자가 되었다.⁴⁵⁾

43) 박진오(註42), 188-189면. 다만 이들이 일본인과 동일하게 대우받은 것은 아니고, 오히려 1947년에 공포된 ‘외국인등록령’의 적용대상에 재일코리아인을 포함시킴으로써, 실제로는 외국인 대우가 유리한 경우에는 일본인으로, 외국인대우가 불리한 경우에는 외국인으로 처우되었다(정인섭, 『재일교포의 법적지위』(註2), 34-38면).

44) 조병인·도중진·손영학, 『국적취득제도에 관한 비교법적 연구 -미국, 일본, 중국의 국적취득제도를 중심으로-』(법무부, 2002), 78면.

45) 노영돈, “‘조선’국적자의 한국국적 변경정책 추진해야,” 『北韓』 2002년 10월호(북한연구소, 2002), 130면. 1952. 4. 28. 이후 1962년 말까지 총 28,579명의 외국인이 일본국적으로 귀화하였지만 그 대부분이 재일한국·조선국적이었다. 즉, 재일한국·조선인의 비율은 1952년 귀화자가 총수의 82%를 시작으로 1962년까지 매년 90% 내외를 차지하였다. 1960년대에는 재일한국·조선인들의 일본귀화가 한층 증가하여 매년 3000~4000명 정도가 일본으로 귀화하였는데, 그 원인으로는 대체로 다음과 같은 두 가지 점을 들 수 있다. 하나는 1959년 8월 일본적십자사와 북한적십자사 사이에 ‘재일조선인귀환협정’이 성립하여 동년 12월부터 재일조선인들의 북한송환이 시작되었는데, 이로 인해 일본에 남아 있는 다른 재일한국·조선인들이 일본으로의 귀화를 현실적인 문제로 받아들이게 되었다는 점이고, 다른 하나는 1964년 한국과 일본 간의 ‘한일조약’의 성립을 전후하여 양국 의회에서 재일한국·조선인들의 향후 지위가 어떻게 결정될 것인지에 불안을 느낀 사람들이 귀화를 통해 법적 지위의 불안을 해소하려 했다는 점이다(조병인·도중진·손영학<註44>, 79면).

(3) 이른바 126호 해당자

재일코리안이 일본국적을 상실함에 따라 일본에 거주하기 위한 체류자격에 관한 법적 문제가 대두되었다. 이에 일본정부는 ‘포츠담선언의 수락에 따라 발하는 명령에 관한 건에 근거한 외무성 제 명령의 조치에 관한 법률(昭和27年 法律第126號)’을 제정하여, 동법 제2조 제6항에서 “일본과의 평화조약의 규정에 근거하여 평화조약 발효일에 일본국적을 이탈한 사람 중에서 1945. 9. 2. 이전부터 이 법률시행일까지 계속하여 본토에 재류하는 자(1945. 9. 3.부터 이 법률시행일까지 본토에서 출생한 자를 포함한다)는, 출입국관리령 제22조 제2항 제1호의 규정에 관계없이, 별도로 법률에서 정하는 바에 따라 그 사람의 재류자격 및 재류기간이 결정될 때까지 계속 재류자격을 요구하는 일 없이 본토에 재류할 수 있다”고 규정하였다.⁴⁶⁾ 이러한 법률에 의해 체류하는 사람들을 당시에는 126호 해당자라고 칭하였다.⁴⁷⁾

(4) 협정영주권의 취득

1965. 6. 22. 한국과 일본 양국은 ‘일본에 거주하는 대한민국 국민의 법적 지위 및 대우에 관한 협정’ 등을 비롯한 한일조약을 체결하였다. 이 한일조약이 동년 12. 18. 비준됨에 따라 1966년 1월부터 5년간에 걸쳐 재일코리안에게 본인의 신청에 의하여 ‘협정영주권’이 부여되었다.⁴⁸⁾ 그러나 한일 국교정상화시 일본이 대한민국을 유일한 합법정부로 인정하였기 때문에 협정영주권을 취득하기 위해서는 ‘한국’의 국적을 취득하여야 했다. 이에 따라 북한의 국적을 취득하기 원하는 자 및 남북통일 전까지는 자신의 재류자격을 방치해 놓겠다는 이른바 중립계는 협정영주권을 취득할 수 없었다.⁴⁹⁾

46) 재일코리안변호사협회 편저/박인동 옮김, 『일본재판에 나타난 재일코리안』(한국학술정보, 2010), 34면.

47) 박진오(註42), 196면.

48) 협정영주가 허가된 사람은 강제출국사유가 완화되어지는 등 일반외국인에 비교해서 유리한 취급을 받게 되어 있었다(박진오 <註42>, 197면).

49) 일본 정부는 민사국장 通達 ‘民事甲 제438호’에 의해 일본국적을 상실하게 되는 재일코리안에게 1952. 4. 28.부로 외국인등록법을 마련하여 외국인등록을 하게 하였는데, 이 때 그 국적란에는 대부분이 ‘조선’으로, 일부가 ‘한국’으로 기재하였다. 그러나 1965년 한일 국교정상화 이후에는 ‘한국’으로 기재한 사람은 한국 국적자로 인정하는

(5) 특별영주권의 취득

1965년 한일조약에 따른 협정영주권은 재일코리안 1세와 2세에게만 부여되었고, 3세 이하에 대해서는 25년 후에 다시 협상하기로 하였다.⁵⁰⁾ 이에 따라 1991년 한·일 양국의 외교장관 간에 각서가 체결되었고 이에 따라 일본정부는 1991년 5월 ‘평화조약에 의거하여 일본국적을 이탈한 자 등의 출입국관리에 관한 특별법’을 제정하여 ‘특별영주권’을 부여하게 되었다. 이에 따라 이른바 지문날인제도⁵¹⁾ 등이 폐지되었는데, ‘특별영주권’은 재일코리안 3세 이하에게 적용될 뿐만 아니라, 재일한국인과 재일북한인 모두에게 적용되었다. 이에 따라 협정영주권자와 이른바 126호 해당자로 양분되었던 재일코리안의 체류자격은 ‘특별영주권’에 의한 체류자로 일원화되었다.⁵²⁾ 다만 재일교포의 일부는 이 같은 특별영주도 신청하지 않고 종전과 같이 법126호 자격을 고수하였다.⁵³⁾

반면, ‘조선’으로 기재되어 있는 경우 ‘조선’은 국적을 표시하는 것이 아니라 출신지방을 표시할 뿐이라면서 이들을 무국적자로 처리해 오고 있다(노영돈, “‘조선’국적자의 한국국적 변경정책 추진해야” <註45>, 130-131면). 현재 재일교포의 외국인등록시 국적취급에 관한 일본정부의 입장은 다음과 같이 정리될 수 있다: ① 한국 표기자는 그가 대한민국 국민임을 의미한다. ② 조선민주주의인민공화국이라는 국호표기는 인정하지 않는다. ③ 조선 표기자는 그가 한반도 출신임을 의미하며 조선은 국호를 의미하지 않는다(이들의 국적이 무엇인가에 대하여는 어떠한 입장으로 표시하고 있지 않다). ④ 국적란 표기를 조선에서 한국으로 변경함은 당사자의 출신지 표시를 정식 국적국으로 변경함을 의미하며, 이에 는 그가 한국민임을 뒷받침할 수 있는 증빙서류가 요구된다. 한국에서 조선으로의 변경도 당사자의 자유의사만으로는 불가능하며, 기재착오 등 일정한 사유가 있는 경우에만 가능하다. ⑤ 부모의 국호표기가 각각 한국과 조선으로 상이한 경우 자의 국호표기는父의 표기를 따르도록 하고 있다. 한편, 일본정부가 발표하는 居留 外國人 통계에서는 한국과 조선이 별도의 국적으로 구분되지 않고 “韓國-朝鮮”이라는 단일항목으로 취급되고 있다(정인섭, 『재일교포의 법적지위』 <註2>, 138면).

50) 박진오(註42), 197면.

51) 이에 대해서는 우선 재일코리안변호사협회(註46), 172-186면

52) 박진오(註42), 199면.

53) 정인섭, 『재일교포의 법적지위』(註2), 59면. 한편, 해방 이후 일본에서의 외국인 등록 국적란에 나타난 한국적과 조선적을 비교해 보면, 1947년에는 한국적 0%, 조선적 100%에서, 한국적이 1950년에는 14%, 1960년 31%, 1970년 54%, 1992년에는 78%를 차지하게 되었다(임재완 외, 『재외 한인단체의 형성과 현황』 <집문당, 2007>, 117, 145면). 이에 대해서는 제2차 세계대전 패전 이후 일본사회의 정치·사상적 조류가 일본 공산당, 아나키즘 등 혁신계 세력을 지지하는 편이었으나 사회변화에 따라 조선적을 유지하는 사람의 수가 줄어든 것이라는 평가(임재완 외, 上揭書, 131, 144

IV. 재일동포의 상속에 관한 준거법 결정

재일동포의 상속에 관한 준거법을 검토하기 위해서는 三國의 국제사법상 상속에 관한 준거법이 어떻게 규정되어 있는지 뿐만 아니라, 국적의 충돌이나, 반정, 외국법의 적용제한을 위한 공서에 관한 문제에 대해서도 살펴 보아야 한다. 이하에서는 이들 내용에 대하여 개관한 후에, 한국과 일본의 국제사법상 재일동포의 상속에 관한 준거법 결정 문제를 검토한다.

1. 남 · 북한 및 일본의 국제사법 개관

(1) 한국의 국제사법

1) 상속에 관한 준거법

한국 국제사법 제49조 제1항은 “상속은 사망 당시 피상속인의 본국법에 의한다”고 규정하여 상속대상이 부동산이건 동산이건 관계없이 통일적으로 피상속인의 본국법을 준거법으로 하는 상속통일주의 및 본국법주의를 채택하고 있다.⁵⁴⁾ 사망 당시의 본국법이라고 하는 것은 피상속인이 그 사망 당시 국적을 가지고 있던 국가의 법을 의미하며, 그 국가의 상속법이 사망 당시와 현재 다른 경우에 사망 당시에 시행되고 있던 구법을 그대로 적용한다는 의미는 아니다.⁵⁵⁾ 구법이 적용되는가의 여부는 그 국가의 법적 판단에 맡겨져 있다고 보아야 한다.⁵⁶⁾ 피상속인의 본국법에 의해, ① 상속개시의 원인, 시기, 장소, 상속재산에 관한 비용 등은 물론, ② 상속인의 범위, ③ 상속재산의 구성, ④ 상속분, 기여분, 유류분 등이 모두 정하여진다. ⑤ 상속의 승인 및 포기에 관하여도 피상속인의 본국법에 의하여 정해지는

면)도 있지만, 이는 조선적을 유지하는 사람들 중 한국과 북한이 통일될 때를 기다리는 경우의 수를 무시한 평가라고 생각한다.

54) 이는 피상속인의 본국법이 신분에 관한 속인법주의와 밀접하게 관련된 전통적인 준거법으로서 갖는 명확성과 고정성에 의해 법적 안정성을 보장하고, 나아가 당사자의 이익에도 부합한다는 데 근거한다. 석광현, 『국제사법 해설[제2판]』(지산, 2003), 373면.

55) 김연 · 박정기 · 김인유(註10), 396-397면.

56) 일본에서 같은 취지의 견해로 山田鑠一, 『國際私法(新版)』(有斐閣, 2003), 94頁; 溜池良夫, 『國際私法講義[第3版]』(有斐閣, 2005), 36頁.

지에 대해서는 견해대립이 있지만, 오로지 상속의 준거법인 피상속인의 본국법에 의한다는 것이 통설이다.⁵⁷⁾

한편, 국제사법은 단일한 본국법주의 원칙을 고집할 경우의 문제점을 해결하고 피상속인에게 사망 후의 재산관계에 대한 예측가능성을 확보해주고자 제한된 범위에서 피상속인의 준거법 선택을 인정하였는데,⁵⁸⁾ 다만 당사자자치의 원칙이 도입되어 있지 않은 외국의 사정과 유류분권리자 등 이해관계자의 권리 침해 등을 고려하여,⁵⁹⁾ ① 유언에 적용되는 방식에 의하여 명시적으로, ② 지정 당시 피상속인의 상거소지법⁶⁰⁾ 또는 부동산에 관한 상속에 대하여는 그 부동산소재지법을 지정한 경우에 한하여 이를 인정하고 있다(법 제49조 제2항).

2) 국적의 충돌에 관한 규정

국적의 충돌은 적극적 충돌과 소극적 충돌이 있는데, 이 경우 문제되는 것은 이중국적으로 인한 국적의 적극적 충돌이다. 적극적 충돌의 해결방법으로는 출생에 의한 국적과 후천적 원인에 의한 국적을 구별하여 그 중 어느 하나를 우선시하는 방법도 있고, 국적취득시기를 기준으로 결정하는 방법도 있다.⁶¹⁾ 이에 대해 국제사법 제3조 제1항 본문은 “당사자의 본국법에 의하여야 하는 경우에 당사자가 둘 이상의 국적을 가지는 때에는 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 그 본국법으로 한다”고 규정하여 관련국간의 국적취득 사유나 시기를 문제삼지 않고 ‘밀접한 관련’의 유무에 따라 판단한다. 따라서 ‘밀접한 관련성’을 판단하는 것이 중요한데, 이 경우 일반적으로 대상이 되는 생활관계와 가장 밀접한 관련을 가지는 국가의 법이 준거법으로 된다. 이를 판단함에 있어서는 지역적 요소와 함께 국적취득의 경위, 현재 및 과거의 거주상황, 친족의 거주여부, 그 나라에 왕래하

57) 김연·박정기·김인유(註10), 399-400면. 다만 그로 인해 상속인에게 상속을 강요하는 것은 경우에 따라 공서위반의 문제를 야기할 수 있을 것이다(신창섭 <註8>, 323면).

58) 석광현(註54), 375면.

59) 신창섭(註8), 320면.

60) 다만, 그 지정은 피상속인이 사망시까지 그 국가에 상거소를 유지한 경우에 한하여 그 효력이 있다.

61) 김연·박정기·김인유(註10), 134면.

는 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다.⁶²⁾ 다만, 법 제3조 제1항 단서는 “그 국적 중 하나가 대한민국인 때에는 대한민국 법을 본국법으로 한다”고 규정하여 내국국적을 우선시키고 있다. 이 경우에는 외국이 대한민국보다 더 밀접한 관련이 있는 경우라도 준거법은 대한민국법이 된다.

3) 반정에 관한 규정

동일한 법률관계라 하더라도 법정지가 어디인가에 따라 준거법이 달라지는 경우가 발생하게 되는데, 이를 국제사법의 저축 내지 충돌이라고 한다. 이 중 A국의 국제사법에 의하면 A국의 법이, B국의 국제사법에 의하면 B국의 법이 적용되는 적극적 충돌을 해결하기 위해서는 양국의 국제사법을 통일하는 입법적 방법 밖에 해결방법이 없지만, 소극적 저축의 경우에는 반정제도에 의해 해결이 가능하게 된다. 즉 A국의 국제사법이 B국의 법을, B국의 국제사법이 A국의 법을 적용하도록 할 때에 A국에서 B국의 국제사법을 적용하여 A국의 실질법에 의해 해결하는 것이다.⁶³⁾ 반정제도에 관해서는 이를 긍정하는 입법례와 부정하는 입법례가 있는데, 국제사법 제9조는 반정제도를 인정하고 있다. 즉 동조 제1항은 “이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 의하여 대한민국 법이 적용되어야 하는 때에는 대한민국의 법(준거법의 지정에 관한 법규를 제외한다)에 의한다”고 하여 직접반정을 긍정하고 있다. 이는 구 섭외사법 제4조가 “당사자의 본국법”에 의해야 할 경우에만 반정을 인정하던 것에 비해 그 인정범위를 확대한 것이다.⁶⁴⁾ 다만 반정의 부당한 확대를 방지하기 위해 동조 제2항은 반정이 인정되지 않는 경우를 규정하고 있다.⁶⁵⁾

62) 김연·박정기·김인유(註10), 135-137면.

63) 김연·박정기·김인유(註10), 168-169면.

64) 석광현(註54), 107면: “이는 반정을 허용함으로써 국제사법의 이상인 국제적 판결의 일치를 도모할 수 있고, 경직된 법 선택의 원칙을 완화하여 구체적 사건에 보다 타당한 법을 적용할 수 있으며, 법정지법을 적용하여 외국법의 적용에 따른 어려움을 완화할 수 있는 등의 실제적 효용을 고려한 것이다.”

65) ① 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택한 경우, ② 국제사법에 의하여 계약의 준거법이 지정되는 경우, ③ 법 제46조의 규정에 의하여 부양의 준거법이 지정되는 경우, ④ 제50조 제3항의 규정에 의하여 유언의 방식의 준거법이 지정되는 경우, ⑤ 제60조의 규정에 의하여 선적국법이 지정되는 경우, ⑥ 반정의 적용이 국제사법의 지정 취지에 반하는 경우.

4) 공서에 관한 규정

국제사법규정에 의해 지정된 준거법인 외국법을 적용함으로써 내국, 즉 법정지의 공서양속에 반하거나 내국의 사법적 질서를 해치는 결과가 발생할 수 있다. 이에 대해 한국의 국제사법 제10조는 “외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 이를 적용하지 아니한다”고 규정함으로써 이른바 공서조항을 두고 있다. 여기서 말하는 ‘선량한 풍속 그 밖의 사회질서’란 민법 제103조가 규정하는 이른바 국내적 공서와는 구별되는 국제적 공서를 지칭한다.⁶⁶⁾ 공서조항의 적용에 있어서는 ‘공서’의 기준을 명확히 하는 것이 필요한데, 공서의 기준은 최소한 문명권에 속한 국가 모두에 대해서 공통된 것이 바람직하겠지만, 이를 엄격히 하면 국가적 이익을 무시할 수밖에 없으므로,⁶⁷⁾ 그 판단은 법정지법의 판단에 의하되 실질법에서의 공서의 개념보다는 제한적으로 인정되어야 할 것이다.⁶⁸⁾

(2) 북한의 대외민사관계법

1) 상속의 준거법

북한의 대외민사관계법은 상속분할주의를 원칙으로 하여 부동산 상속에 대하여는 부동산 소재지법을, 동산 상속에 대하여는 피상속인의 본국법을 준거법으로 지정하고 있다(북한 대외민사관계법⁶⁹⁾ 제45조 제1항 본문). 그러나 해외 거주자에 대하여는 별도의 특칙을 마련하여 동산 상속에 대하여도 피상속인의 거주지법을 준거법으로 하고 있다(동조 동항 단서). 따라서 제일북

66) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결은 “뉴욕협약 제5조 제2항 나호에 의하면 중재판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우에는 집행국 법원은 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있게 규정하고 있는바, 이는 중재판정이나 승인이 집행국의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 보호하려는데 그 취지가 있다 할 것이므로 그 판단에 있어서는 국내적인 사항뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 할 것”이라고 하였는데, 이는 외국중재판정의 승인거부사유인 공서가 국내적 공서와 구별되는 국제적 공서임을 판시한 것으로서, 국제사법 제10조의 공서조항의 취지에 부합하는 것이다. 석광현(註54), 119면.

67) 석광현(註54), 118면.

68) 신창섭(註8), 149면.

69) 장명봉(註27), 418-422면에 의하여 인용한다.

한인의 사망시 그의 일본재산(부동산 및 동산)에 대한 상속에 있어서는 일본 법만이 준거법이 되며 북한법이 준거법이 될 여지는 없다.⁷⁰⁾ 이는 사회주의 국가의 특성상 사유재산 인정의 범위가 좁기 때문에, 특히 토지의 개인 소유가 부인됨에 따라 상속인 부존재 사태가 발생하는 것을 막기 위한 조치이다.⁷¹⁾

한편, 대외민사관계법 제45조 제2항은 해외거주자에게 상속인이 없을 경우 그의 재산은 가장 밀접한 관계에 있던 당사자가 상속한다고 규정하고 있다. 이는 매우 특이한 조항인데, 재일 조총련조직의 경우 일본에서 단체로서의 법인격을 인정받지 못하고 있기 때문에 조직의 재산이 개인명의로 등기되어 있는 예가 많고, 이때 등기명의자가 상속인도 없이 갑자기 사망하면 조총련 조직의 재산이 상속인 부존재를 이유로 일본 국고에 귀속하게 되므로, 이러한 만약의 사태를 막기 위한 대비라고 추측된다.⁷²⁾ 그 외에 당사자자치의 원칙은 도입되어 있지 않다.

2) 국적의 충돌에 관한 규정

대외민사관계법 제7조는 국적의 충돌에 관해 규정하고 있는데, 다음과 같은 순서에 의해 판단하게 된다: ① 당사자의 국적 중 하나가 북한 국적인 경우 북한의 법, ② 당사자의 국적이 다른 나라의 국적인 경우 거주지 법, ③ 당사자의 국적이 다른 나라인 경우에 거주지가 그 중 없을 경우에는 가장 밀접한 관계가 있는 나라의 법.

이는 북한이 이중국적을 허용하는 것과 함께 미묘한 문제를 발생시키는

70) 本棚照一 監修/西山慶一・李光雄・小西伸男 編著, 『「在日」の家族法 Q&A(第2版)』(日本評論社, 2006), 9頁.

71) 정인섭, “북한의 대외민사관계법 시행과 재일교포의 가족법 문제 -북일수교후 일본에서의 취급 예상-,” 『서울대학교 법학』 제37권 2호(서울대학교 법학연구소, 1996. 9), 256면. 가령 나고야지방법재판소 1975. 10. 7. 판결은, “일본에서 사망한 북한 국적의 사람의 상속관계에 관해서 북한의 상속법에 의하면, 일본 내의 광범위한 부동산에 대해서는 개인 소유가 금지됨으로써 상속의 대상이 되지 않게 되는데, 이는 피상속인에 대한 상속권을 박탈하는 결과를 용인하는 것이 되어 일본의 공서양속에 반한다고 할 것이므로, 이 경우 북한법의 적용은 배척되고 법정지법인 일본민법을 적용하여야 한다”고 보았으나[西山慶一・李光雄・小西伸男(註70), 22頁(註53)], 이제 이러한 문제는 발생하지 않게 되었다.

72) 정인섭, “북한의 대외민사관계법 시행과 재일교포의 가족법 문제”(註71), 257면.

데, 예를 들어 일본에 거주하는 재일동포의 경우 북한의 국적법에 따르면 북한의 국적 또한 보유하므로, 한국 국적의 사람과 일본 국적의 사람간의 민사관계가 발생하였을 경우에도 대외민사관계법에 따르면 북한의 법이 준거법이 될 수 있게 된다.⁷³⁾

3) 반정에 관한 규정

대외민사관계법 제14조는 “이 법에 따라 다른 나라의 법을 준거법으로 적용하는 경우 그 나라의 법이 조선민주주의인민공화국 법에 되돌이킬 때에는 그에 따른다”고 하여 아무 제한 없이 반정을 인정하고 있다.

4) 공서에 관한 규정

대외민사관계법 제13조는 “이 법에 따라 준거법으로 정해진 다른 나라의 법 또는 국제관례를 적용하여 설정된 당사자의 권리, 의무가 우리나라 법률제도의 기본원칙에 어긋날 경우에는 조선민주주의인민공화국 법을 적용한다”고 하여 북한의 법률제도의 기본원칙의 위배여부를 유보조건으로 하고 있다.

(3) 일본의 ‘법의 적용에 관한 통칙법’

1) 상속에 관한 준거법

일본의 ‘법의 적용에 관한 통칙법(法の適用に關する通則法)’⁷⁴⁾ 제36조는 “상속은 피상속인의 본국법에 의한다”고 규정하여 한국의 국제사법과 마찬가지로 상속통일주의 및 본국법주의를 채택하고 있다. 위 법은 법례 제26조와 완전히 동일한데, 그 내용은 한국의 국제사법에 대한 설명과 마찬가지로 지이다. 한편, 당사자자치의 원칙에 대해서는 그 도입을 주장하는 견해가

73) 本稿 註31) 및 그 본문 참조.

74) 일본의 舊法인 法例는 明治31(1898)년에 공포된 이후 100년이 넘게 경과하여 개정의 필요성이 제기되어 왔고, 이에 따라 平成18(2006)년 제정된 ‘법의 적용에 관한 통칙법’에 의해 전면적인 개정이 이루어졌다(石黒一憲, 『國際私法(第2版)』<新世社, 2007>, 1-3頁). 그러나 그 개정내용은 자연인, 법률행위, 법정채권, 채권양도에 관한 것일 뿐, 물권이나 친족, 상속에 대해서는 法例의 내용이 그대로 유지되었다(神前禎, 『解説 法の適用に關する通則法 ―新しい國際私法―』<弘文堂, 2006>, 5-13頁). 아래에서는 ‘통칙법’으로 약칭한다.

있었지만,⁷⁵⁾ 아직 입법되지 않았다.

2) 국적의 충돌에 관한 규정

통칙법 제38조 제1항(법례 제28조 제1항도 동일한 내용이다)은 국적이 충돌하는 경우의 본국법에 관해 규정하고 있는데, 그 내용은 다음과 같다: ① 둘 이상의 국적 중 하나의 국적이 일본의 국적인 때에는 일본법을 당사자의 본국법으로 한다. ② 둘 이상의 국적 중 일본의 국적이 포함되지 않은 경우에, 당사자가 상거소를 가지는 나라가 있는 때에는 그 나라의 법을 당사자의 본국법으로 한다. ③ 둘 이상의 국적 중 일본의 국적이 포함되지 않은 경우에, 당사자가 상거소를 가지는 나라가 없는 때에는 당사자에게 가장 밀접한 관계가 있는 나라의 법을 당사자의 본국법으로 한다.

이 경우 이중국적을 인정하고 있는 북한의 국적법과 관련지어 해석하면, 일본의 ‘법의 적용에 관한 통칙법’에 의하면 일본의 법이 준거법이 되고, 북한의 대외민사관계법에 의하면 북한의 법이 준거법이 되는, 국제사법의 적극적 저축이 일어나게 된다.

3) 반정에 관한 규정

통칙법 제41조는 “당사자의 본국법에 의하여야 하는 경우에, 그 나라의 법에 의하면 일본법에 의하여야 할 때에는 일본법에 의한다. 다만 제25조(혼인의 효력에 관한 규정) 또는 제32조(친자간의 법률관계에 관한 규정)의 규정에 의하여 당사자의 본국법에 의해야 하는 경우에는 그러하지 아니하다”고 하여, 한국보다는 넓게, 북한보다는 좁은 범위에서 반정을 인정하고 있다.

4) 공서에 관한 규정

통칙법 제42조(법례 제33조와 같다)는 “외국법에 의하여야 하는 경우에는 그 규정의 적용이 공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 때에는 이를 적용하지 아니한다”고 하고 있다. 이러한 ‘공서’의 개념도 민법상의 그것과는

75) 木棚照一, 『國際相續法の研究』(有斐閣, 1995), 167頁 이하. 특히 230頁 이하에서는 法例 제7조 제1항(법률행위의 성립 및 효력에 대하여는 당사자의 의사에 따라 어느 나라의 법률에 의하여야 할 것인가를 정한다. 통칙법 제7조와 동일하다)에 따라 일본 법의 해석상 당사자자치의 원칙을 도입할 수 있다고 주장한다.

다른데, 왜냐하면 민법상의 그것은 강행규정 위반이면 모두 해당한다고 해야 하겠지만, 국제사법상 이를 모두 배척한다면 국제사법의 존재의의를 잃기 때문이다.⁷⁶⁾

2. 한국 및 일본 국제사법상 재일한인의 상속에 관한 준거법

(1) 한국 국제사법상 재일한인의 상속에 관한 준거법

재일한인의 상속에 관한 訴가 한국 법원에 제기된 경우, 한국 법원에 국제재판관할권이 있는지, 관할권이 있다면 준거법은 어느 나라 법으로 결정해야 하는지가 문제된다. 먼저 재일‘한국인’의 상속에 관한 訴가 한국 법원에 제기된 경우, 국제재판관할에 관한 국제사법 제2조에 따라 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는지 여부를 판단하여야 하는데, 그 실질적 관련성 유무는 국제재판관할배분의 이념에 부합하는 합리적 원칙에 따라서 결정하여야 하고(제2조 제1항), 법원은 국내법의 관할규정을 참작하여 국제재판관할권 유무를 판단하되, 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다(제2조 제2항).⁷⁷⁾

따라서 일본에 있는 상속인이 한국에 거주하는 상속인을 상대로 재일한 국민의 상속에 관한 訴를 제기하는 경우, 국내법의 관할규정인 민사소송법 제2조(보통재판적), 제3조(사람의 보통재판적)를 참작하고 당사자 또는 당해 사안과 대한민국의 실질적 관련성을 고려할 때, 피고의 주소지국인 한국 법원에 국제재판관할권이 인정된다고 볼 것이고, 설령 피상속인이 일본에 상거소를 가지고 있고 상속재산이 전부 일본에 소재하고 있더라도 그의 상속에 관하여는 국제사법 제49조 제1항에 의해 본국법인 한국 민법이 준거

76) 長瀬二三男・関口晃治, 『國際私法の解説【三訂版】』(一橋出版株式會社, 2008), 114頁.

77) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결: “국제재판관할을 결정함에 있어서는 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라야 할 것이고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 할 것이며, 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지와 당사자와의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 할 것이다.”

법으로 결정될 것이다. 다만, 한국 국제사법상 인정되는 당사자자치의 원칙상, 피상속인이 유언에 적용되는 방식에 의하여 명시적으로 피상속인의 상거소가 있는 국가인 일본법을 준거법으로 지정한 때에는, 피상속인이 사망 시까지 일본에 상거소를 유지한 경우에 한하여 그 지정에 따라 일본 민법이 준거법으로 결정된다. 상속재산인 부동산이 일본에 소재하고 있는 경우, 피상속인이 유언에 적용되는 방식에 의하여 명시적으로 부동산 소재지법인 일본법을 준거법으로 지정한 경우에도 이와 같다.

그렇다면, 일본에 상시 재류하면서 ‘북한적’을 가지고 있는 북한공민(재일 북한인)의 상속에 관한 訴가 한국 법원에 제기된 경우에는 어떠한가? 이 문제는 앞의 II. 1.에서 본 바와 같이 남북한 특수관계론에 입각하여 판단되어야 한다. 즉, 남북한 특수관계론에 따라 남북한을 국가와 국가의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수한 관계로 파악한다면, 북한은 내국도 아니고 외국도 아닌 ‘준외국’으로 간주되고 재일북한인의 상속 문제는 준국제사법적 문제로 취급되어 국제사법을 유추적용하게 된다. 그렇다면 재일북한인의 상속에 관한 訴가 한국 법원에 제기된 경우에도 국제사법 제2조의 국제재판관할에 관한 규정을 ‘유추적용’하여, 당사자 또는 분쟁의 대상이 된 사안이 한국과 실질적 관련이 있다면 한국 법원이 준국제재판관할권을 갖는다고 할 것이고,⁷⁸⁾ 이때에도 실질적 관련 유무는 (준)국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라 판단하되, 한국 민사소송법의 관할규정을 참작하고 (준)국제재판관할의 특수성을 고려하여야 한다.⁷⁹⁾ 가령 일본에 있는 상속인이 한국에 거주하는 상속인을 상대로 재일북한인의 상속에 관한 訴를 제기하는 경우에는 국내법의 관할 규정인 민사소송법 제2조, 제3조를 참작하고 당사자 또는 당해 사안과 대한민국과의 실질적 관련성을 고려할 때, 피고의 주소지국인 한국 법원에 준국제재판관할권이 인정된다고 볼 것이다.

관할권이 인정된다면 상속의 준거법은 한국 국제사법에 따라 피상속인의 본국법으로 결정되어야 하나, 피상속인이 ‘북한적’을 가지고 있는 북한 공

78) 결과에 있어서 같은 취지로 장준혁, “탈북자의 이혼의 준국제판할,” 『민사판례연구』 제31권(민사판례연구회, 2009. 2), 638-641면.

79) 조의연, “남북한 간의 관할권과 준거법 결정기준,” 『통일사법정책연구』[1] (법원행정처, 2006), 42면.

민일 경우 남북한 특수관계론에 따라 ‘국적’은 연결점이 될 수 없으므로, 이때에는 준국제사법 이론에 따라 국제사법 제3조 제3항을 유추적용하여 ‘당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법’을 준거법으로 보아야 한다. 준국제사법(quasi-private international law)이란 불통일법국, 즉 지역에 따라 서로 다른 법이 시행되고 있는 국가(미국, 캐나다 등 연방주의 국가)에 있어서 이들 異法地域 간의 법의 저촉을 해결하기 위한 법을 가리키는바,⁸⁰⁾ 남북한은 불통일법국은 아니지만 불통일법국에 유사한 상태에 있으므로 이에 관한 규정을 유추적용하여 장소적으로 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법을 준거법으로 볼 수 있는 것이다. 물론 이에 관한 남북한간의 협약이 체결되면 그에 의하게 될 것이나, 그러한 협약이 없는 상황에서 당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법은 ‘상거소지법’⁸¹⁾으로 보아야 할 것이다.⁸²⁾ 따라서 재일북한인의 상속에 관하여 그가 일본에 상당한 기간 정주하면서 ‘생활관계의 중심’을 설정해 왔던 경우⁸³⁾에는 상거소지법인 일본 민법이 준거법으로서 결정될 것이다.

(2) 일본 국제사법상 재일한인의 상속에 관한 준거법

재일한인의 상속에 관한 訴가 일본 법원에 제기된 경우, 가령 일본에 거주하는 상속인 간에 재일한인의 상속에 관한 쟁송이 발생한 경우, 일본 법원에 국제재판관할권이 있는지, 관할권이 있다면 준거법은 어느 나라 법으로 결정해야 하는지가 문제된다. 한국 국제사법과는 달리 일본 통칙법에는 국제재판관할에 관한 명문의 규정이 없는데, 일찍이 일본 최고재판소 1981. 10. 16. 판결은 “국제재판관할을 직접 규정하는 법규도 없고 이에 관

80) 신창선, 『국제사법(제7판)』(Fides, 2011), 28-29면.

81) 한복룡, 『국제사법』(충남대학교 출판부, 2007), 163-164면: “당사자와 밀접한 관련을 가진 법을 적용함으로써 구체적 타당성을 보호하려는 시도는 상거소라는 연결점의 채택·수용과정과 병행하여 왔다. 그러므로 상거소는 국제사법 내에서 오늘날의 법감정을 적절하게 대변해주는 중요한 개념이고 그 중요성과 효용성을 앞으로 더욱 증대될 것이다.”

82) 같은 취지로 신영호, “북한주민에 대한 한국민사법의 적용”(註3), 295면; 이은정(註3), 163면; 임복규(註3), 112-113면; 임성권, “남북한 주민 사이의 가족법적 문제,” 『남북한 사이의 사법적 법률관계』(법영사, 2007), 39면. 다만, 조의연(註79), 43면은 국제사법 제3조 제2항을 유추적용하여 이와 같은 결론을 도출한다.

83) ‘상거소’의 개념을 우선 이와 같이 파악하고 있는 한복룡(註81), 164면 참조.

한 국제조약이나 일반적으로 승인된 명확한 국제법상의 원칙도 확립되지 않은 상황에서는, 당사자간의 공평, 재판의 적정·신속을 기한다고 하는 이념에 의해 조리에 따라 결정하는 것이 상당하다”고 판시한 바 있다.⁸⁴⁾ 살피건대, 이 경우에도 앞서와 같이 일본 민사소송법의 관할규정을 참작하되 국제재판관할의 특수성을 고려하여야 한다. 그렇다면 일본의 관할규정인 일본 민사소송법 제4조 제1항,⁸⁵⁾ 제5조 제12호,⁸⁶⁾ 제14호,⁸⁷⁾ 제15호⁸⁸⁾를 참작하고, 당사자 또는 당해 사안과 일본과의 실질적 관련성 유무를 고려할 때, 재일한인의 상속에 관하여 일본법원에 국제재판관할권이 인정됨에는 별다른 문제가 없다고 볼 것이다.⁸⁹⁾ 관할권이 인정될 경우 상속에 관한 준거법은 통칙법 제36조에 따라 피상속인의 본국법이 되는데, 피상속인이 재일한인인 경우에는 남북한이 분단국가라는 점을 고려하여 그 준거법 결정에 관해 다음과 같은 학설대립이 있다.

第1說⁹⁰⁾은 현재 일본은 한국을 국가로서 승인하고 있기 때문에, 그 정통성으로부터 재일동포에게는 그가 한국인인지 북한인인지를 불문하고 모두 한국법만을 적용하려고 하는 견해이다. 이에 대해서는 북한이 조선반도의 북부를 실효적으로 지배하여 하나의 法域을 형성하고 있는 것은 공지의 사실이고, 국제사법이 섭외적 법률관계에 대해 당사자에게 가장 밀접한 법의 적용을 임무로 하고 있는 한, 국가 또는 정부의 승인·미승인과 준거법의 적용이란 아무 관계가 없다고 하는 비판이 제기되고 있다.⁹¹⁾ 현재 이러한

84) 在日コーリアン辯護士協會 編著, 『Q&A 新・韓國家族法』(日本加除出版, 2009), 5-6頁.

85) 한국 민사소송법 제2조와 같은 내용이다.

86) 한국 민사소송법 제20조(부동산이 있는 곳의 특별재판적)와 같은 내용이다.

87) 한국 민사소송법 제22조(상속·유증 등의 특별재판적)와 같은 내용이다.

88) 한국 민사소송법 제23조(상속·유증 등의 특별재판적)와 같은 내용이다.

89) 三井哲夫, “國際人事・家事事件の裁判管轄,” 『國際私法の争點(新版)』(有斐閣, 1996), 230頁은, 유산분할에 대하여는 상속개시지의 재판소가 관할권을 갖는다는 원칙이 일반적으로 확립되어 있으며, 그 대상은 동산 및 자국 내에 존재하는 부동산에 한정된다고 한다. 특히 裴薰, “在日韓國人の相續をめぐる諸問題,” 『新家族法實務大系③相續Ⅰ』(新日本法規, 2008), 507-508頁은 재일한국인의 상속에 관한 일본의 재판관할권에 관하여, 특별영주자나 일반영주권 등의 재류자격으로 일본에 정주하고 있는 재일한국인의 상속에 대해서는 실무상 일본 家庭裁判所에서 상속재산분할의 조정 내지 심판이 행해지고 있으며, 설령 상속인이 한국에 있거나 상속재산이 한국 내에 존재하는 경우에도 다르지 않다고 한다.

90) 桑田三郎, “外國法の正統性について,” 『民商法雜誌』 第34卷 3號(有斐閣, 1956. 12), 29頁.

입장을 지지하는 論者は 없는 것으로 보인다.

第2說⁹²⁾은 한반도의 分立狀態를 ‘兩國’의 分립으로 보아 각각의 國籍법에 의해 당사자의 國籍을 판단하되, 일본으로 귀화한 북한공민은 북한 國籍법상 대부분 이중국적으로 되어 있을 것이므로 이 경우는 이중국적자의 본국법의 결정의 문제로 보아 통칙법 제38조 제1항 단서에 의해 일본법을 본국법으로 보아야 한다는 견해로서, 일본의 다수설이다.⁹³⁾ 이에 대해서는 한반도의 分립상태를 과연 ‘兩國’의 分립으로 볼 수 있을지 의문이 제기되고 있다.⁹⁴⁾

第3說⁹⁵⁾은 한반도의 分立狀態를 一國 내에 2개의 정부가 대립하고 있는 상태로 보아, 일국 내에 2개의 상이한 法域이 있는 경우에 관한 통칙법 제38조 3항⁹⁶⁾을 유추적용해야 한다고 보는 견해이다.

第4說⁹⁷⁾은 영구히 일본에 定住하고 있는 재일한국인에게 그 國적이 이미 연결점으로서 실효성을 상실하였다고 보아, 본국법에 의하지 않고 주소지(상거소)인 일본법을 적용해야 한다는 견해이다. 이에 대해서는 단지 사실상태의 계속에 근거하여 본국법주의 자체를 포기하는 것은 명확성과 안정성을 깨뜨리는 것이라는 비판이 제기되고 있다.⁹⁸⁾ 현재 이 견해를 주장하는 論者도 없는 것으로 보인다.

第2說에 의하면 당사자가 재일한국인인 경우 한국 민법을, 재일북한인인 경우에는 북한 민법을 본국법으로 보게 된다. 이와 달리 第3說에 따라 통칙법 제38조 제3항을 유추적용하면 당사자에게 가장 밀접한 관계가 있는

91) 山田鐸一(註56), 75頁; 溜池良夫(註56), 183頁.

92) 山田鐸一(註56), 107-110頁.

93) 樓田嘉章, 『國際私法(第4版)』(有斐閣, 2005), 101頁.

94) 溜池良夫(註56), 192頁; 本棚照一, “在日韓國・朝鮮人の相續をめぐる國際私法上の諸問題,” 『立命館法學 第223・224號(立命館大學法學會, 1992), 612頁.

95) 溜池良夫(註56), 192頁(원칙적으로 본국에 준국제사법이 있으면 그에 의하고, 없으면 가장 밀접한 지역의 법률에 의한다고 본다); 本棚照一(註94), 612頁(일본과 북한 간에 국교회복이 이루어져 일본이 북한을 승인하게 되더라도 다수의 재일한국인에게 한국・북한 각각의 國적이 부여되어 있는 상태는 곧바로 변화되기 어려울 것이고, 남북의 협의에 의해 준국제사법적 원칙이 채택될 가능성도 고려하여 ‘一國’ 구성을 제창한다).

96) 한국 國제사법 제3조 제3항과 같은 내용이다.

97) 坪場準一, “涉外判例研究,” 『ジュリスト』 第195號(有斐閣, 1960), 61頁.

98) 山田鐸一(註56), 109頁; 道垣内正人, 『ポイント國際私法總論』(有斐閣, 1999), 152頁.

지역의 법을 본국법으로 보게 되는데, 위 IV. 2. (1)에서 본 바와 같이 준국제사법론에 의할 경우 ‘국적’은 연결점이 될 수 없으므로, 피상속인이 일본에 상당한 기간 정주하면서 ‘생활관계의 중심’을 설정해 왔던 경우에는 ‘상거소지법’인 일본민법이 당사자에게 가장 밀접한 관계가 있는 지역의 법으로서 준거법으로 인정될 것이다. 살피건대, 남북한 특수관계론과 같은 맥락에서 준국제사법적 해결방안을 제시하고 있는 第3說이 이론적으로 가장 타당하다고 생각한다.⁹⁹⁾ 다만, 第2說이 지적하는 바와 같이 일본으로 귀화한 북한공민의 경우에는 통칙법 제38조 제1항 단서에 의해 일본법을 본국법으로 보아야 할 것이다.

V. 결론에 갈음하여: 사례 및 그 해결

1. 전 제

피상속인의 사망으로 인한 상속관계를 판단함에 있어, 우선적으로 필요한 것은 법률관계의 성질 결정이다. 즉 상속인이 없는 경우에 그 재산에 대해 상속법에 의해 판단할 것인지 무주물선점법에 의해 판단할 것인지에 관한 ‘말도나도 사건(In re Maldonado)’¹⁰⁰⁾과 같은 경우의 문제이다. 그러나 아래에서는 우선 상속인이 존재하는 경우를 전제한다. 또한 상속관계를 판단함에 있어 선결문제로서 피상속인과 상속인과의 친족관계의 유효성 판단을

99) 한편, 일찍이 이호정, “재일한국인의 속인법 —혼인·이혼준거법을 중심으로—,” 『국제사법연구』 창간호(한국국제사법학회, 1995), 37-41면은 혼인·이혼준거법인 본국법으로서 재일한국인의 경우에는 한국법이, 재일북한인의 경우에는 북한법이 적용되어야 한다고 하면서도 입법론적으로는 적어도 3세대 이후의 재일한국인에 관한 한 상거소지법인 일본법을 적용하도록 하는 것이 그들의 당사자이익 및 국제사법적 정의에 보다 부합한다고 주장한 바 있다.

100) 말도나도(Maldonado)라는 스페인 국적의 여성이 스페인에 주소를 두고 살다가 사망하였는데, 스페인법에 의하면 상속인이 없었다. 그녀는 영국에 동산 재산을 남겼는데, 스페인 민법 제956조는 국가(스페인)가 상속권을 가지고 있는 것으로 규정하였고, 영국의 상속법은 무주물(bona vacantia)로서 국왕에게 귀속되도록 되어 있었다. 이에 대해 영국 항소법원은 이를 상속에 관한 사건으로 보아 스페인국의 권리를 인정하였다. 상사는 김연·박정기·김인유(註10), 110면.

어느 나라 법에 의할 것인지 등의 문제가 있지만,¹⁰¹⁾ 그 유효성에 아무 문제가 없다는 것을 전제한다.

2. 사례 및 그 해결

이러한 점들을 전제할 때에 재일동포의 상속이 문제되는 사례는, 재일동포인 피상속인의 국적에 따라 다음과 같은 세 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.

사례 1: A(한국 국적)와 B(국적 불문)가 혼인하여 C와 D를 낳은 후에 A가 사망한 경우

사례 2: A(북한적)와 B(국적 불문)가 혼인하여 C와 D를 낳은 후에 A가 사망한 경우

사례 3: A(일본 국적)와 B(국적 불문)가 혼인하여 C와 D를 낳은 후에 A가 사망한 경우

(1) 한국 국제사법에 따른 해결

재일동포를 피상속인으로 하는 상속에 관한 訴가 한국 법원에 제기되었을 경우, 그 준거법 결정에 관한 문제이다. 다만 A는 일본에 상당한 기간 정주하면서 ‘생활관계의 중심’을 설정해 왔던 것으로, 즉 A의 상거소지는 일본인 것으로 전제한다. 또한 사례1에서는 상속재산인 부동산이 일본에 소재하고 있는 등 사건에 국제성이 있는 것을 전제로 하며,¹⁰²⁾ 사례 1·2·3 모두 위 IV. 2. (1)에서 본 바와 같이 한국법원에 국제재판관할권이 인정되는 것을 전제한다.

1) 사례1의 경우, 국제사법 제49조 제1항에 의해 피상속인의 본국법인 한국 민법에 따르게 되므로, 한국 민법 제1000조 및 제1003조, 제1009조에 의해 B는 상속재산의 7분의 3, C와 D는 각각 7분의 2씩을 상속한다.

다만, 한국 국제사법상 인정되는 당사자자치의 원칙상, A가 유언에 적용되는 방식에 의하여 명시적으로 자신(A)의 상거소가 있는 국가인 일본법을 준거법으로 지정한 때에는, A가 사망시까지 일본에 상거소를 유지한 경우에 한하여 그 지정에 따라 일본 민법이 준거법으로 결정된다. 상속재산인

101) 김연·박정기·김인유(註10), 157-163면.

102) 사건의 국제성 판단의 기준에 관해서는 우선 석광현, “한국인 간에 일본에서 체결된 근로계약의 준거법,” 『민사판례연구』 제31권(민사판례연구회, 2009. 2), 580-581면.

부동산이 일본에 소재하고 있는 경우, A가 유언에 적용되는 방식에 의하여 명시적으로 부동산 소재지법인 일본법을 준거법으로 지정한 경우에도 이와 같다(국제사법 제49조 제2항). 이 경우 일본 민법 제887조 제1항¹⁰³⁾ 및 제 890조,¹⁰⁴⁾ 제900조 제1호¹⁰⁵⁾에 의해 B는 상속재산의 2분의 1, C와 D는 각각 4분의 1씩을 상속한다.¹⁰⁶⁾¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾

2) 사례2의 경우, 한국과 북한이 분단국가로서 1개의 국가에 대립하는 2개의 정부가 존재하고 있다는 것을 고려한다면 본국법주의를 취하고 있는 국제사법 제49조 제1항을 그대로 적용할 수는 없고, 위 IV. 2. (1)에서 본 바와 같이 준국제사법론에 따라 一國 내에 2개의 상이한 法域이 있는 경우

103) 제887조(자·대습상속) ① 피상속인의 자는 상속인으로 된다.

104) 제890조(배우자) 피상속인의 배우자는 언제나 상속인으로 된다. 이 경우 전 3조의 규정에 의하여 상속인이 되는 자가 있는 때에는 그 자와 동순위로 한다.

105) 제900조(법정상속분) 동순위의 상속인이 수인 있는 때에는 그 상속분은 다음의 규정에 따른다. 1. 자 및 배우자가 상속인인 때에는 자의 상속분과 배우자의 상속분은 각 2분의 1로 한다.

106) 일본 민법상 상속인의 순위를 정리하면 결과적으로 다음과 같다(제887~제890조): ① 피상속인의 배우자와 피상속인의 직계비속, ② 피상속인의 배우자와 피상속인의 직계존속, ③ 피상속인의 배우자와 피상속인의 형제자매.

107) 일본민법도 우리와 마찬가지로 유류분제도를 두고 있으므로, 피상속인의 유증이나 증여로 인해 상속인의 유류분이 침해된 경우 상속인이 준거법인 일본민법에 따라 수유자나 수증자를 상대로 유류분반환청구권을 행사할 수 있음은 물론이다. 한국 민법과 일본 민법상 유류분제도에 관한 규정의 비교는 정구태, 『유류분제도의 법적 구조에 관한 연구』(고려대학교 대학원 박사학위논문, 2010. 2), 19-22면.

108) 그런데 만일 C가 A의 혼외자라고 한다면, 일본민법 제900조 제4호 단서(“4. 자, 직계존속 또는 형제자매가 수인 있는 때에는 각자의 상속분은 서로 같은 것으로 한다. 그러나 비적출자의 상속분은 적출자인 자의 상속분의 2분의 1로 하며 부모의 일방만을 함께 하는 형제자매의 상속분은 부모의 쌍방을 함께 하는 형제자매의 상속분의 2분의 1로 한다.”)에 따라 C의 상속분은 혼인중 출생자인 D의 2분의 1이 되는데, 이러한 결과가 혹여 공서(국제사법 제10조)에 반하는 것은 아닌지가 문제될 수 있다. 그러나 내국의 공서에 의한 외국법 적용의 배척은 제한적으로 허용되어야 하므로, 외국법 적용 배척은 한국의 공서에 명백히(manifestly) 반하는 경우에만 허용되어야 할 것인바(신창섭<註8>, 149면), 혼외자의 상속분 차별이 이에 해당한다고 보기에는 다소 무리가 있다고 생각된다. 일본민법 제900조 제4호 단서가 혼외자의 상속분을 차별하는 것에 대해 일본 최고재판소 1995. 7. 5. 결정은 헌법상의 평등원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다. 이에 대해서는 青柳幸一, “嫡出性の有無による法定相続分差別,” 『憲法判例百選』(有斐閣, 2007), 64-65頁; 二宮周平, “婚外子の相続分差別と婚姻の尊重,” 『現代判例民法學の理論と展望』(森泉章先生古稀祝賀論文集), 『法學書院』, 1998), 727-738頁.

에 관한 국제사법 제3조 제3항을 유추적용하여 피상속인과 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법에 의하여야 한다. 이 경우 A와 가장 밀접한 法域은 상거소지인 ‘일본’이므로, 일본 민법에 따르게 된다. 따라서 B는 상속재산의 2분의 1, C와 D는 각각 4분의 1씩을 상속한다.

3) 사례3의 경우, 국제사법 제49조 제1항에 의해 피상속인의 본국법인 일본 민법에 따르게 된다. 따라서 B는 상속재산의 2분의 1, C와 D는 각각 4분의 1씩을 상속한다.

(2) 일본 국제사법에 따른 해결

재일동포를 피상속인으로 하는 상속에 관한 訴가 일본 법원에 제기되었을 경우 그 준거법 결정에 관한 문제이다. 역시 A의 상거소지는 일본인 것으로 전제하며, 사례3에서는 상속재산인 부동산이 일본 외에 소재하고 있는 등 사건에 국제성이 있는 것을 전제로 하고, 사례1·2·3 모두 위 IV. 2. (2)에서 본 바와 같이 일본법원에 국제재판관할권이 인정되는 것을 전제한다.

1) 사례1의 경우, 한국과 북한이 분단국가로서 1개의 국가에 대립하는 2개의 정부가 존재하고 있다는 것을 고려한다면 본국법주의를 취하고 있는 통칙법 제36조를 그대로 적용할 수는 없고, 위 IV. 2. (2)에서 본 바와 같이 준국제사법론에 따라 一國 내에 2개의 상이한 法域이 있는 경우에 관한 통칙법 제38조 3항을 유추적용하여 피상속인과 가장 밀접한 관계에 있는 지역의 법에 의하여야 한다(第3說). 이 경우 A와 가장 밀접한 法域은 상거소지인 ‘일본’이므로 일본 민법에 따르게 된다. 따라서 B는 상속재산의 2분의 1, C와 D는 각각 4분의 1씩을 상속한다. 일본 국제사법은 한국과는 달리 당사자자치의 원칙을 인정하고 있지 않기 때문에, 이 경우 A에 의한 준거법 지정은 문제되지 않는다.

이와 달리, 한반도의 분립상태를 兩國의 分立으로 파악하는 일본의 다수설(第2說)에 의한다면 준거법은 피상속인의 본국법인 한국 민법이 되므로, B는 상속재산의 7분의 3, C와 D는 각각 7분의 2씩을 상속한다. 그러나

당사자자치의 원칙을 인정하는 한국 국제사법상(제49조 제2항), 만일 A가 유언에 적용되는 방식에 의하여 명시적으로 자신(A)의 상거소가 있는 국가인 일본법을 준거법으로 지정한 때에는 통칙법 제41조에 의하여 반정이 인정되므로, A가 사망시까지 일본에 상거소를 유지한 경우에 한하여 그 지정에 따라 일본 민법이 준거법으로 결정된다. 따라서 B는 상속재산의 2분의 1, C와 D는 각각 4분의 1씩을 상속한다. 상속재산인 부동산이 일본에 소재하고 있는 경우, A가 유언에 적용되는 방식에 의하여 명시적으로 부동산 소재지법인 일본법을 준거법으로 지정한 경우에도 이와 같다.

2) 사례2의 경우, 사례 1과 마찬가지로 준국제사법론에 따라 통칙법 제38조 3항을 유추적용하여 피상속인과 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법에 의하여야 하는데, A와 가장 밀접한 관련이 있는 法域은 상거소지인 ‘일본’이므로, 일본 민법에 따르게 된다. 따라서 B는 상속재산의 2분의 1, C와 D는 각각 4분의 1씩을 상속한다.

이와 달리, 한반도의 분립상태를 兩國의 分立으로 파악하는 일본의 다수설(第2說)에 의한다면, 준거법은 피상속인의 본국법인 북한 민법이 된다. 그런데 북한의 대외민사관계법은 부동산상속에 대해서는 부동산소재지법을, 동산 상속에 대해서는 외국에 주소를 가지고 있는 공민에 관하여 거주지법을 적용하도록 하므로(대외민사관계법 제45조 제1항), 상속재산 중 부동산이 일본에 소재하고 있을 경우 부동산소재지법이자 거주지법인 일본법으로의 반정(통칙법 제41조)이 인정되어, 결국 재일북한인 B의 일본에 소재하는 부동산 및 동산에 대한 상속에 관해서는 일본 민법이 준거법으로 된다. 따라서 역시 B는 상속재산의 2분의 1, C와 D는 각각 4분의 1씩을 상속한다.

3) 사례3의 경우, 통칙법 제36조에 의해 피상속인의 본국법인 일본 민법에 따르게 된다. 따라서 B는 상속재산의 2분의 1, C와 D는 각각 4분의 1씩을 상속한다. 만일 A가 북한에서 일본으로 귀화한 후에 사망하였다면 어떠한가? 이 경우에는 이중국적을 인정하되 국적의 상실을 인정하지 않는 북한 국적법상 A는 북한 국적과 일본 국적을 겸유하게 되는데, “그 국적 중 어느 하나가 일본국적인 때에는 일본법을 당사자의 본국법으로 한

다”고 규정하고 있는 통칙법 제38조 제1항 단서에 의해, A의 본국법은 일본법으로 보아야 할 것이고, 그 결과는 위와 같다.

주제어

재일동포, 준거법, 국제사법, 준국제사법, 상속, 국적, 상거소지법

Korean residents in Japan, governing law, private international law, quasi-private international law, succession, nationality, the law of the country in which a party has his habitual residence

《참고문헌》

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 김연·박정기·김인유 『국제사법(제2판)』(법문사, 2006).
- 명순구·이철우·김기창, 『국적과 법, 그 기원과 미래』(고려대학교 법학연구원, 2010).
- 석광현, 『국제사법 해설(제2판)』(지산, 2003).
- 손희두, 『북한의 국적법』(한국법제연구원, 1997).
- 신영호, 『가족관계등록법』(세창출판사, 2009).
- 신창선, 『국제사법(제7판)』(Fides, 2011).
- 신창섭, 『국제사법』(세창출판사, 2007).
- 이효원, 『남북교류협력의 규범체계』(경인문화사, 2006).
- 임재완 외, 『재외 한인단체의 형성과 현황』(집문당, 2007).
- 장명봉 편, 『2008 최신 북한법령집』(북한법연구회, 2008).
- 재일코리아안변호사협회 편저/박인동 옮김, 『일본재판에 나타난 재일코리아』(한국학술정보, 2010).
- 정구태, 『유류분제도의 법적 구조에 관한 연구』(고려대학교 대학원 박사학위논문, 2010. 2).
- 정인섭, 『재일교포의 법적지위』(서울대학교 출판부, 1996).
- 정종섭, 『헌법학원론(제3판)』(박영사, 2008).
- 조병인·도중진·손영학, 『국적취득제도에 관한 비교법적 연구 - 미국, 일본, 중국의 국적취득제도를 중심으로』(법무부, 2002).
- 한복룡, 『국제사법』(충남대학교 출판부, 2007).

(2) 일반논문

- 곽진오, “전후 일본의 재일동포 국적처리문제 고찰,” 『한일관계사연구』 제24집(한일관계사학회, 2006).
- 김명기, “북한주민을 대한민국 국민으로 본 대법원 판결의 법이론,” 『저스티스』 제44호(한국법학원, 1997. 6).
- 나인균, “한국헌법의 영토조항과 국적문제,” 『헌법논총』 제5집(헌법재판소, 1994).
- 노영돈, “통일에 대비한 남북한 국적법의 비교연구,” 『통일문제와 국제관계』 제8권(인천대학교 평화통일연구소, 1994).
- 노영돈, “우리 국적법상 ‘최초의 대한민국 국민의 범위’ 규정의 결여문제와 국적에 관한 임시조례의 효력,” 『인천법학논총』 제5집(인천대학교 법과대학, 2002).
- 노영돈, “‘조선’국적자의 한국국적 변경정책 추진해야,” 『北韓』 2002년 10월호(북한연구소, 2002).
- 박병도, “개정 국적법에 대한 비판적 고찰,” 『일감법학』 제19호(건국대학교 법학연구소,

2011. 2).
- 석광현, “한국인 간에 일본에서 체결된 근로계약의 준거법,” 『민사판례연구』 제31권(민사판례연구회, 2009. 2).
- 석동현, “헌행 국적법의 문제점과 개정 방향의 연구,” 『법조』 제46권 11호(법조협회, 1997. 11).
- 석동현, “신국적법의 성립경과 및 개정의 개요,” 『저스티스』 제32권 제2호(한국법학원, 1999. 6).
- 손희두, “북한의 국적법과 그 과제,” 『남북교류와 관련한 법적 문제점(4)』(법원행정처, 2005).
- 신영호, “남북한주민간의 상속문제의 해결,” 『아세아여성법학』 제6호(아세아여성법학연구소, 2003).
- 신영호, “북한주민에 대한 한국민사법의 적용,” 『저스티스』 제121호(한국법학원, 2010. 12).
- 신영호, “남북 이산가족 사이의 상속 관련 문제 해결,” 『남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특별법 제정 공청회』(법무부, 2010. 11. 22).
- 안구환, “국적법상 국적의 선천적취득의 요건,” 『법조』 제56권 2호(법조협회, 2007. 2).
- 양영희, “북한의 법적지위,” 『통일사법정책연구(1)』(법원행정처, 2006).
- 유욱, “남북 주민 간 신분·상속문제 법적 해결방안 연구,” 『제35차 남북법령연구특별분과위원회 학술회의 자료집』(법무부, 2009. 12. 16).
- 이규창, “‘남북관계 발전에 관한 법률’의 분석과 평가 - 남북한 특수관계 및 남북합의서 관련 조항을 중심으로 -,” 『법조』 제55권 제8호(법조협회, 2006. 8).
- 이금로, “북수국적 허용의 국적법 개정과 의의,” 『홍익법학』 제11권 2호(홍익대학교 법학연구소, 2010. 6).
- 이병훈, “한국인은 누구인가? - 북한과 재외동포의 국적문제,” 『헌법학연구』 제10권 2호(한국헌법학회, 2004. 6).
- 이영진, “헌법상 영토·통일조항의 개정논의와 남북특수관계론 - 국가보안법의 위헌·폐지론과 관련하여 -, ” 『통일사법정책연구(2)』(법원행정처, 2008).
- 이은정, “북한 주민의 상속권,” 『가족법연구』 제24권 제1호(한국가족법학회, 2010. 3).
- 이장희, “한국국적법의 국제법적 문제와 검토,” 『외법논집』 제5집(한국외국어대학교 법학연구소, 1998).
- 이장희, “1910년 한·일강제 병탄조약의 불법성, 무효성의 고찰,” 『외법논집』 제34권 제4호(한국외국어대학교 법학연구소, 2010. 11).
- 이주현, “남북한 특수관계의 의미,” 『남북교류와 관련한 법적 문제점(1)』(법원행정처, 2002).
- 이호정, “재일한국인의 속인법 - 혼인·이혼준거법을 중심으로 -, ” 『국제사법연구』 창간호(한국국제사법학회, 1995).
- 이효원, “남북합의서의 법적 성격과 효력,” 『북한법연구』 제7호(북한법연구회, 2004. 6).

- 이효원, “북한이탈주민의 이혼소송과 북한주민의 법적 지위,” 『가족법연구』 제22권 제3호(한국가족법학회, 2008.11).
- 임복규, “남북한 주민 사이의 상속문제 해결방안,” 『북한법연구』 제10호(북한법연구회, 2007).
- 장재옥, “국내체류 외국인의 가족법적 문제 - 섭외 혼인·친자법을 중심으로,” 『법제연구』 제24호(한국법제연구원, 2003. 6).
- 장준혁, “탈북자의 이혼의 준국제관할,” 『민사판례연구』 제31권(민사판례연구회, 2009. 2).
- 정인섭, “북한의 대외민사관계법 시행과 재일교포의 가족법 문제 -북일수 교후 일본에서의 취급 예상-,” 『서울대학교 법학』 제37권 2호(서울대학교 법학연구소, 1996. 9).
- 정인섭, “우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토,” 『국제법학회논총』 제43권 2호(대한국제법학회, 1998. 12).
- 제성호, “한국 국적법의 문제점 및 개선방안,” 『국제인권법』 제4호(국제인권법학회, 2001).
- 조의연, “남북한 간의 관할권과 준거법 결정기준,” 『통일사법정책연구』[11](법원행정처, 2006).
- 차규근, “제10차 개정 국적법의 내용 및 그 의의,” 『법률신문』 제3902호(법률신문사, 2011. 1. 6).
- 최달곤, “남북 이산가족 재결함에 따르는 법적 문제점,” 『북한학연구』~장간호(고려대학교 북한학연구소, 2000).
- 최윤철, “대한민국 국적법의 현황과 문제점,” 『일감법학』 제17호(건국대학교 법학연구소, 2010. 2).

2. 日本文獻(漢字의 한글 발음 순)

(1) 단행본

- 道垣内正人, 『ポイント國際私法總論』(有斐閣, 1999).
- 樓田嘉章, 『國際私法(第4版)』(有斐閣, 2005).
- 溜池良夫, 『國際私法講義(第3版)』(有斐閣, 2005).
- 木棚照一, 『國際相續法の研究』(有斐閣, 1995).
- 監修/西山慶一・李光雄・小西伸男 編著, 『「在日」の家族法 Q&A(第2版)』(日本評論社, 2006).
- 山田錄一, 『國際私法(新版)』(有斐閣, 2003).
- 石黒一憲, 『國際私法(第2版)』(新世社, 2007).
- 神前禎, 『解説 法の適用に關する通則法 - 新しい國際私法 -』(弘文堂, 2006).
- 長瀬二三男・関口晃治, 『國際私法の解説(三訂版)』(一橋出版株式會社, 2008).
- 在日コリアン辯護士協會 編著, 『Q&A 新・韓國家族法』(日本加除出版, 2009).
- 澤木敬郎・道垣内正人, 『國際私法入門(第6版)』(有斐閣, 2006).

(2) 일반논문

裴藎, “在日韓國人の相續をめぐる諸問題,” 『新家族法實務大系③相續 I』(新日本法規, 2008).

本棚照一, “在日韓國・朝鮮人の相續をめぐる國際私法上の諸問題,” 『立命館法學』 第223・224號(立命館大學法學會, 1992).

三井哲夫, “國際人事・家事事件の裁判管轄,” 『國際私法の爭點[新版1]』(有斐閣, 1996).

桑田三郎, “外國法の正統性について,” 『民商法雜誌』第34卷 3號(有斐閣, 1956. 12).

松本和彦, “國籍法3條1項が, 日本國民である父と日本國民でない母の間に出生した後に父から認知された子につき, 父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した(準正のあった)場合に限り日本國籍の取得を認めていることによって國籍の取得に關する區別を生じさせていることと憲法14條1項 はか,” 『民商法雜誌』 第140卷 1號(有斐閣, 2009).

市川正人, “國籍法3條1項が, 日本國民である父と日本國民でない母との間に出生し後に父から認知された子につき, 父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本國籍を認めていることと憲法14條1項,” 『判例時報』 第2021號(判例時報社, 2009).

二宮周平, “婚外子の相續分差別と婚姻の尊重,” 『現代判例民法學の理論と展望(森泉章先生古稀祝賀論文集)』(法學書院, 1998).

前田雅子, “國籍法3條1項の違法性と日本國籍確認判決,” 『ジュリスト』 第1376號(有斐閣, 2009).

青柳幸一, “嫡出性の有無による法定相續分差別,” 『憲法判例百選』(有斐閣, 2007).

畑場準一, “涉外判例研究,” 『ジュリスト』 第195號(有斐閣, 1960).

A Study on Determination of Governing Law of Inheritance of Korean Residents in Japan

Ku-tae CHUNG* • Hong-min LEE**

In Japan there are many Korean residents with South or North Korean citizenship. It might be natural that Korean people reside all over the world in the age of globalization. The followings cause to Korean residents in Japan a lot of problems: (1) the history that Chosun Dynasty was annexed forcibly by the Empire of Japan and (2) the special problems between South and North Korea. The problem of inheritance of Korean residents in Japan is one of them. For example, it is a problem of inheritance which results from the marriage between a man and a woman who belongs to the pro-Seoul Federation of Korean Residents in Japan and the pro-Pyeongyang federation of Korean residents in Japan, and vice versa. This problem is related to laws of three countries South Korea, North Korea and Japan. Further, its relations with political issues (e.g. no diplomatic relation between North Korea and Japan, the division of Korea into North Korea and South Korea, etc.) cause complicated problems.

There have been a lot of studies on inheritance of separated families who reside in South Korea and North Korea. However, there are not many studies on inheritance of Korean residents in Japan. This study aims to make emphasis on determination of governing law of inheritance of Korean residents in Japan. In the introduction, it reviews the legal status in North Korea briefly. Then, it takes a survey of Nationality Act of the three countries regarding 'nationality' as a connection to the

* Assistant Professor, College of Law, Chosun University/ Ph.D.

** Researcher at the Legal Research Institute of Korea University.

determination of governing law of inheritance and examines historical issues on the reinstatement of citizenship of Korean residents in Japan. It discusses the determination of governing law of inheritance of the residents focusing the private international law of the three countries. In conclusion, this study suggests several cases of inheritance of Korean residents in Japan to resolve, based on the above discussions.