慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	韓国における不在者の財産管理及び失踪宣告
Sub Title	Protection du patrimoine d'une personne absente ou declarée disparue sous le droit coréen
Author	金, 基昌(Kim, Keechang) 平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2012
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.22 (2012. 3) ,p.153- 162
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義 : 2011年度大陸法財団寄附講座「大陸法特別講義」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20120316-0153

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

講義
2011年度大陸法財団寄附講座「大陸法特別講義」

韓国における不在者の財産管理及び失踪宣告

金　　基　昌
平野裕之／訳

1．不在者
2．失踪宣告を受けた者

訳者注　以下に翻訳をしたのは、2011年度大陸法財団寄付講座「大陸法特別講義」第２テーマ「自然人の財産管理――韓国法」において、2011年10月31日に慶應義塾大学三田校舎においておこなわれた「第２講演　韓国における不在者の財産管理及び失踪宣言」の原稿の翻訳である。講演また質疑応答はフランス語で行われた。講演自体はこの報告原稿通りに行われたわけではなく、講演で付け加えられたり、質疑応答で述べられた意見等については適宜原稿を修正していることをお断りする。［　］中は訳者が付け加えた部分である。

1．不在者

［ここで］問題となるのは、その住所または居所を去って、帰ってくる見込みが殆どない者である。この者が、その事務及び財産の管理のために代理人を選任している場合には、国家が介入する必要はない。しかし、任意代理人または法定代理人（例えば、後見人）がいたとしても、代理人が本人との接触を失った場合には、本人の利益及び財産を保護するために何らかの措置をとることが必要になる。［この場合には､］家利害関係人または検察官の申立てにより、管理人が家庭裁判所によって選任されることになる（韓国民法［以下、条文のみ

で引用する］22条）。

韓国民法では、複数の住所が認められている（18条２項）。それ故、ある住所では、ある者は「不在」であり殆ど戻ってくる可能性はないが、他の住所では「所在」しており、自らまたは契約上の代理人により自己の事務を管理していると扱うことができる。この場合には、不在とされる住所地の［家庭］裁判所は、その者と連絡がとれずまた戻ってくる可能性も殆どないと評価したならば、その者のために管理人を選任することができる。その結果、同一の財産に対して、複数の者が管理権限を有するということも起きうることになる。

⑴ ［不在者管理人の］管理権限

「不在」者の管理人の行使する権限は非常に制限されている。その権限は、不在者の財産の⑴維持及び保全、⑵利用及び改良に限られている。それ以外の取引をするためには、家庭裁判所の許可が必要となる。この制限を越える取引（例えば譲渡）は、家庭裁判所によって事前に許可を得ているか、または、取引後に［家庭］裁判所によって追認されなければ無効である[1)]。もし管理人が、許可なしに、しかし必ず［家庭］裁判所の追認を受けると約束をして取引をした場合に、相手方は、管理人に［家庭］裁判所の追認を得るために必要な措置をとるよう求めることができる。もし管理人が、家庭裁判所に対して追認を求める手続きをとることを拒否したならば、相手方は、管理人に対して［それを行うよう求めて］訴訟を提起することができる。相手方は、家庭裁判所に対して、管理人に対して家庭裁判所に［追認を求める］手続きをとるよう命じる［通常］裁判所の確定判決に基づいて、追認を申し立てることができる[2)]。

家庭裁判所は、明確に限定されたまたは包括的な文言で（例えば、単に「譲渡」といったように）、［不在者管理人に対して］取引をなすことを許可することができる。しかし、この許可は不在者の保護を目的としたものでなければなら

1）Jugement de la Cour Supreme, 27 Janvier 1970, No. 69Da1820. Jugement de la Cour Supreme, 14 Septembre 1982, No. 80Da3063（ratification possible）.

2）Jugement de la Cour Supreme, 26 Decembre 2000, No. 99Da19278.

ない。不在者を害する取引は、一般的な文言では許可された範囲内の取引であったとしても、その効力は認められない。例えば、77Da1159事件では、管理人は不在者の財産を譲渡する権限が認められていた。［ところが］不在者と何ら関係のない企業の債務を担保するために、不在者の不動産に抵当権が設定されてしまったのである。最高裁は、それが許可された権限を越えるものではないとしても、抵当権［の設定］は効力を有しないものと判断したのである[3)]。

管理人による取引が裁判所により正式に許可を受けたものであると正当に信頼した第三者は、保護されるであろうか。実際上、原則として、第三者が裁判所により許可された範囲を誤解したとしても、第三者の信頼が「正当な」ものと考えられるのはまれであるということに先ず注意すべきである。［確かに］不在者ではない者の契約上の代理人であれば、正当な信頼を有している第三者は、表見代理の規定により保護される。［同じ契約に基づく代理人である以上］不在でない者以上に不在者を保護する理由はない。不在者でなければ、第三者が正当な信頼を有していれば、民法125条、126条及び129条により代理人として第三者が行った契約を履行することを義務づけられる。［契約に基づく管理人を置いた］不在者についても同様に考えるべきである。しかし、管理人が不在者の法定の管理人である場合には、第三者は、その管理人と取引をするに際してその管理人が裁判所の許可の有無やその範囲を確認する注意義務を負う。このような確認をしなかった第三者、または、裁判所の許可の範囲を誤解した第三者を保護することはできない。

管理人は不在者の財産を「利用」することができる。［しかし、親権者のように］管理人が財産の利益を享受し果実を取得するものと考えるべきではない。管理人は、財産の果実や賃料一切を収受する責任を負うにすぎないのである。不在者の財産管理は原則として無償である。管理費用のみが［管理人に］償還されるにすぎない（24条４項）。しかし、裁判所がそれを認めている場合には、管理人はそのサービスに対して報酬の支払を受けることができる。その場合、

3）Jugement de la Cour Supreme, 8 Novembre 1977, No. 77Da1159.

報酬は、不在者の財産から支払われることになる（26条２項）。

⑵［不在者の財産］管理の終了

裁判所によって管理人が選任されると、⑴不在者が住所に戻ったとしても、また、⑵その者との連絡がとれたとしても、更には、⑶その者が死亡していることが証明されても、管理人は当然には職を解かれることはない。管理人は、不在者の財産を善良なる管理者の注意でもって管理しなければならないということを想起すべきである。管理人は、それ故、このような場合でも、必要なことをしなければならないのである。例えば、相当の期間内に、管理を終了させるように裁判所に申立てをしなければならない。場合によっては、相当の期間、管理を継続しなければならない。何故ならば、相続人が管理を行うことができないことがあるからである（691条）。いずれにせよ、裁判所が管理人の負担と権限を消滅させるまで、管理人は管理の権利と負担を持ち続けることになる。従って、権利を失う前になされた取引は有効である[4)]。不在者の復帰または死亡の判明後に、管理人によりなされた取引を理由として、不在者や相続人に対して管理人が損害賠償義務を負うかは、別の問題である。

法定の管理人の権限は、不在者の財産の管理に限定されている。不在者が最後に親権を行使する父親または母親である場合には、その未成年の子のために後見人が選任される必要がある。［この場合には］管理人の負担と後見人の負担とを同一の者が引き受けることが可能である。

不在者のために管理人が選任された後は、不在者が死亡してもその権限は存続する。［不在者管理人がいるとしても］その死亡により、その者の財産について相続が生じることになる。それ故、不在者に帰属するのではなく（死亡しているので）、相続をした相続人に帰属する財産を、［不在者］管理人が管理をする権限を有することになる。［この場合には］管理の取消しが［家庭裁判所により］宣告されるまで、管理人と相続人の両者が管理の権限を有することにな

4）Jugement de la Cour Supreme, 21 Fevrier 1967, No. 66Da2352.

る。但し、管理人の権限は、相続人のそれよりも制限されることは既にみた通りである。

韓国民法には、管理の取消し、管理人の交替や監督に関しては、たった１箇条22条２項があるだけである。22条２項によると、不在者自身が、法定の管理人が裁判所によって選任された後に契約上の管理人を選任した場合には、裁判所は関係人（もはや不在者ではなく契約上の代理人により管理が可能である）、法定の管理人または検察官の申立てにより、法定の管理の取消し（終了させること）をしなければならない。裁判所は、利害関係人の申立てにより、または、職権で、管理人を解任したりまたは交替させることができる[5)]。管理人自身も、裁判所の許可を得てその管理の任務を辞退することができる。

不在者の管理は、その者について家庭裁判所によって「失踪の宣告がされた」ならば当然に終了する。失踪宣告を受けた者の財産の相続をめぐっては、後に説明をしたい。

２．失踪宣告を受けた者

不在者の管理は、理論的には、永遠に続いてしまう可能性がある。しかしそのような状況は、好ましいものではない。ある者の不在状態が一定の期間続いたならば、利害関係人または検察官の申立てにより、家庭裁判所により《失踪宣告》がされるべきである。「不在である」ということは、その者が生存も死亡も確認されていないということを意味するものである。ある者の死亡について十分な証拠がある場合、その死亡は関係者、同居人、死亡地の管理人またはその区域の行政の責任者により１か月以内に［死亡］登録がされなければならない[6)]。この場合（すなわち、死亡の十分な証拠がある場合）、裁判所は「失踪宣告」を求める申立てを棄却することになる。何故ならば、この［失踪］宣告はその者が死亡も生存も明らかではない場合にのみになされるべきものだからで

5）Jugement de la Cour Supreme, 8 Novembre 1977, No. 77Da1159.

6）Loi concernant l'enregistrement des rapports familiaux, Art. 85.

ある。同様の理由により、その者の死亡が既に登録されている場合には、裁判所はその死亡の登録を無視することはできない。死亡の登録は、重要な証拠としての価値を有している［からである］。ある者についての失踪宣告の申立ては、その者の死亡または生存について疑いがありさえすれば拒否されるべきである。この者が「失踪した」と宣告するためには、先ずは戸籍を訂正する必要がある[7)]。

家庭裁判所により、ある者の失踪宣告をしてもらうためには、５年の不在期間の経過が必要である。［この原則に対する例外として］もしある者が戦地に挑み、沈没した船舶におり、墜落した飛行機におり、その他死亡の危険がある状況にあったならば、その事情が終わった時から１年間連絡がなければ、この者についても失踪宣告をすることができる（27条）。［失踪の］宣告は、利害関係人または検察官の申立てがあったならば、必ずなされなければならない。この［失踪］宣告は裁判所が職権で行うこともできる。［失踪宣告の申立人についての］利害関係人ということは厳格に解されている。即ち、その権利または法的地位が宣告によって直接に影響を受ける者のみが、裁判所に［失踪］宣告を申し立てることができるにすぎない。例えば、配偶者、子（その者に子がいなければ、その父親または母親）、［不在者］管理人、債権者は、裁判所に［失踪宣告の］申立てが可能な利害関係人である。

不在者に子がいるときは（失踪宣告がされた場合には一段近いものであり相続人となる）、不在者の兄弟姉妹は、裁判所に［失踪宣告を］申し立てることはできない。何故ならば、［失踪］宣告はこれらの者の権利に影響を及ぼさないからである。要するに、最も近い相続人は裁判所に［失踪宣告の］申立てをすることができるが、それ以外の遠い［今のままでは相続が認められない］相続人は、不在者の失踪宣告を申し立てることはできないのである[8)]。他方、管理人や債権者は、その地位に基づいて、［失踪］宣告を申し立てることができる。

利害関係人または検察官により［失踪宣告の］申立てがあったならば、不在

7）Decision de la Cour Supreme, 27 Novembre 1997, No. 97Se4.

8）Decision de la Cour Supreme, 8 Septembre 1980, No. 80Se27.

者の最後の住所地を管轄する家庭裁判所は、官報、裁判所の定期刊行物、または、裁判所が適切と認めた新聞に公告を出さなければならない[9]。この公告には、失踪宣告の申立てがあったこと、問題となっている者の生存または死亡について6か月以内に誰からの申告もなかったならば、この者に失踪宣告がなされることを告示しなければならない。その者の財産管理について管理人が選任されているかどうかは、失踪宣告を求める申立てには何ら影響はない。

⑴ ［失踪］宣告の効果

ある者について失踪宣告がなされたならば、その者は、不在の期間が5年（または、その者が死に至るべき危険な状況にあった場合には1年）に達した時に死亡したものとみなされる（28条）。例えば、82Da144の事件では、その父親が1951年7月2日に亡くなっている。そして、その長男が、1945年以来連絡がなく、1970年1月30日にその失踪宣告を受けた。母親は、父親の財産は父親が1951年に死亡した時に長男が相続をし、その長男が1970年に子がなく失踪宣告を受けたため、その財産が［直系尊属である］自分のところに相続されたと主張をした。［しかし］最高裁はこの主張を退けている。［なぜならば］長男の失踪宣告が1970年になされたとしても、不在期間は1950年8月1日に満了しているからである。［即ち］長男はそれ故に、父親が1951年に死亡した時には既に死亡していたものとみなされるために、［父親の］相続人ではなかったことになり、その母親はこれ［長男の相続］を通じた父親の財産の相続を何ら主張しえないのである[10]。

ある者が［失踪宣告のために］必要な不在期間（5年または1年）をはるかに超えてから［失踪］宣告を受けた場合、その間（［即ち］死亡とみなされた時期から失踪宣告の時期までの間）になされた取引の効力は維持されるべきであろうか。もし法定の管理人が選任されていれば、その権限は不在者が死亡（実際のまたは法律によってみなされた）しても消滅することはない。［しかし］いずれに

9）Regles de Procedure Civile, Art. 142.

10）Jugement de la Cour Supreme, 14 Septembre 1982, No. 82Da144.

せよ、法定の管理人のなした取引は裁判所のチェックを受けることになる。裁判所の許可または追認を受けた管理人の取引は、不在者が失踪宣告を受ける前ではあるが、不在者が死亡したとみなされた時期（即ち、不在期間として要求される期間の満了後）よりも後の取引であったとしても、有効である。

不在者の管理人が契約による管理人である場合には、困難な問題が生じる。契約による管理人が、問題の者が長い間連絡がとれなくなっているにもかかわらず、法定の管理人の選任を［家庭裁判所に］申し立てることを怠る場合がありうる。23条によると、この場合には、契約上の管理人は法定の管理人の選任を求めることができるというにすぎず、申立てをすることは義務づけられてはいない。契約上の管理人は、そのまま契約上の管理人として［事務を］継続することができる。管理人がその者と連絡がとれなくなっているという事実により、契約上の管理人の権限は制限されるようになるのかどうか、制限されるとしたらいつからなのかについては疑問がある。更にもう１つ問題を指摘できる。［先の法定の不在者財産管理についてと同様に］不在者が最終的に相続人の申立てにより失踪宣告がされた場合、例えば、契約上の管理人が［本人が］不在になった後５年（または［危難失踪ならば］１年）後になした取引は、失踪宣告がされる前の取引であるならば有効とされるべきであろうか。恐らくそうではないであろう。ここでは、第三者は、表見代理に関する規定に依拠することは困難であろう。何故ならば、その取引は不在者［である本人］の名で行われており、その相続人の名で行われたわけではないからである。言い換えれば、契約上の管理人は、本人とされている［不在］者（この者は今は［失踪宣告後は］取引の時には死亡していたものとみなされている［その当時は相続人が当事者とならなければならない］）の代理人として行為しているのであり、その相続人は［契約の当事者ではないので］その義務を履行する責任はないのである[11)]。

⑵　失踪宣告の取消し

もし失踪宣告を受けた者が、生存している、または、死亡とみなされた時

期（5年または1年の経過）とは異なる時期に死亡していたことの証拠が出てきた場合には、失踪者本人、利害関係人または検察官の申立てに基づき、家庭裁判所は失踪宣告を取り消さなければならない（29条1項）。もし失踪宣告を受けた者が生存していた場合には、相続は生じなかったことになる。失踪者が死亡とみなされた時期と異なる時期に死亡していた場合には、それが必要であれば相続［の順序や内容］が変更されることになる。失踪宣告の効力は、単に反証をあげることによっては否定することはできない。［失踪］宣告の効力を失わせるためには、［判決の方式による］その取消しがされることが［必ず］必要である。

失踪宣告の取消しは、その間［宣告から取消しまでの間］に善意でなされた取引の効力に影響を与えない（29条1項）。例えば、父親の失踪宣告があったために、相続人である息子がその財産を売却した場合、売主（息子）も買主も父親が生存していることを知らなかった場合には、その売買契約は有効のままである。買主は、父親の失踪宣告の取消しがあっても何の影響も受けない。ここまでは何ら問題はない。

これに対して、息子は父親が生存していることを知っていたが、買主は知らなかった場合、買主は保護されるのであろうか。別の例を挙げれば、［逆に］息子は父親が生存していることを知らなかったが、買主は知っていた場合、買主は、失踪宣告が取り消された後に、買い取った財産を返還しなければならないのであろうか。

いずれにせよ、［失踪］宣告それ自体により財産を取得した者（先の例では息子）については、失踪宣告が取り消された場合には、［失踪］宣告そのものに

11）ところが、Jugement de la Cour de Busan, 1 Juillet 1993, No. 92Na10927は、但し、委任者死亡後に行われた受任者［代理人］の行為は、第三者が、代理人が委任者を代理する権利を有するものと正当に信頼していたならば、委任者の相続人のための行為として有効と判断している。この事件は、委任者の死亡からわずか5日後に取引がされた事例であった。この場合には、691条（状況からして必要ならば、委任は、委任者の相続人が委任事項について行えるようになるまで継続するものと規定している）が適用されるのではないだろうか。

より（相続により）取得した財産を、失踪宣告の取消しを受けた者（先の例では父親）に返還しなければならない。息子が相続により取得した財産を未だ譲渡していなければ、それを失踪宣告の取消しを受けた父親に返還するだけで足りる。息子が善意でその財産を売却したとしても、その代金を父親に返還しなければならない（29条２項）。私は、失踪宣告の取消しを受けた者の保護としては、この程度で十分であると考えている。善意の第三者が不在者（取引当時は未だ失踪宣告を受けていないためこのように言っておく）の保護のために犠牲にされるのは制限されるべきである。とりわけ、息子が、父親が生存するのを知りながら、しかし、買主はこれを知らずに、「相続財産」を売却した場合には、善意の買主に悪意の息子から取得した財産の返還を義務づけて、悪意の息子を保護する［ことになる結果を認める］理由はない［買主に追奪されるとしても、父親への代金の返還を免れる］。この場合、善意の第三者を保護し、父親と悪意の息子の間で問題が解決されるべきである。

これに対して、第三者がその取引が不在者を害することを知っていた場合には、これを保護する必要はない。息子が善意で相続財産を売却し、買主は父親が生存することを知っていた場合、そのような第三者を保護することは必要ではない。私は、悪意の者は、他の者の善意を根拠に保護を受けることはできないと考える。悪意の第三者は、（相続人が悪意であったか否かは問わず）相続人から取得した財産を失踪宣告の取消しを受けた者に返還すべきである。

善意の第三者によって財産が取得されたならば、失踪宣告の取消しを受けた者はその財産の返還を求めることができなくなる。これ以降は、その財産は完全にその第三者に帰属するので、その後に悪意で取引がなされていたとしても変わることはない。［この場合には］悪意ということを「考える」こと自体が間違いであろう。たとえそう考えられるとしても、取引の効力には影響はない。他方、買主が悪意で、この買主が更に悪意の別の買主にその財産を転売した場合には、失踪宣告の取消しを受けた者は転得者に対して返還を求めることができる。このような連鎖は、善意の第三者が登場するまで続くことになる。