

新成年後見制度と国際私法

横 山 潤※

- I はじめに
- II 外国保護措置の承認
- III 管轄権
- IV 準拠法

I はじめに

平成12年4月1日より新成年後見制度が施行されている。これにともない、「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」つまりいわゆる法整備法によって、法例4条・5条および24条・25条の各規定は、実質法上あらたに導入された後見・保佐・補助制度を反映するものとなった。かくして、内国実質法上の新制度に鼓吹されながら国際私法上あらたな事項概念が作られた。しかし、法整備法を立法する際、「補助」という事項概念と旧来からの連結基準ははたして調和するのか、といった点について十分な配慮があったようには思われない。他方で、任意後見制度は法例の明文に影響を与えていない。その適用範囲いかんは解釈に委ねられている。こういった抵触法上の問題だけでなく、新成年後見制度は管轄権および外国保護措置の承認にも影響する。禁治産制度を中心としてこれら二つの問題につき展開されてきた学説の再検討が必要とみられる。本稿は、新成年後見制度との関連において、国際裁判管轄権、準拠法および外国保護措置の承認について問題点を明らかにし、解釈論および立法論上の提案をしようとするものである¹⁾。

上に言及した法例4条などの規定は1893年のケンブリッジ会期における「国際法学会」(Institut de droit international)の禁治産に関する決議を参考とした

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第1巻第2号2002年6月 ISSN 1347-0388

1) 本稿を執筆するに際しては、朝日大学の海老沢美広教授に貴重なご示唆を頂戴した。この場を借りて、お礼を申し上げたい。

がら立法されたようにみえる²⁾。通説的な見解も、この決議をほぼ忠実に踏襲した1905年7月17日ハーグの「禁治産並びにこれに類似の保護手段に関する条約」³⁾に留意しつつ解釈論を展開してきたようにみえる。法例の規定のみならず解釈論はほぼ100年前に国際的に通用していた考えかたに影響され続けているかのようである。このことの主たる原因は次の2点に求められうると思われる。第1に、成年者の国際的保護に関する事案がこれまで極端に少なかったため、規定の不十分さが顕わにならなかったことがあげられよう。第2に、日本だけでなく他の諸国においても事案が少ないため、諸外国の学説・立法との隔たりもそれほど顕著ではなかった点も指摘できよう⁴⁾。しかし、高齢者人口の急激な増加をみれば、21世紀においても同じ状況が続くとは思えない。こういった背景の下に、上に掲げた目的のために2000年1月13日ハーグの「成年者の国際的保護に関する

2) 以下、「国際法学会決議」と略称する。

3) 以下、「禁治産条約」と略称する。

4) 成年者保護に関する事案がこれまで少なかったことは日本に固有のことではないようである。Kurt Siehr, 'Protection of Adults in Private International Law under the 1997 Hague Preliminary Draft Convention—Old Cases and a New International Instrument' (未公表)によれば、ヨーロッパ各国において20世紀末あたりまでに括弧内に示された判例集にて公にされた事案の数は下記のとおりである。

オーストリア：1978年以降0 (Österreichische Entscheidungen zum internationalen PrivatrechtおよびZeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht)

ベルギー：1970年以降1 (Revue de droit international et de droit comparé)

フランス：1970年以降0 (Revue critique de droit international privé)

ドイツ：1945年から1996年まで19 (Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrecht)

イタリア：1942年以降4 (Capotorti, F et al, La giurisprudenza italiana di diritto internazionale private e processuale, Repertorio 1942-1996; Capotorti, F/Starace, V., (ed.), La giurisprudenza italiana di diritto internazionale private e processuale, Repertorio 1967-1990.)

オランダ：1973年以降7 (Nederlands Internationaal Privaatrecht)

スペイン：1970年以降1 (Revista española de derecho internacional)

スイス：1893年以降6 (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts)

条約」⁵⁾ にしばしば言及することとした⁶⁾。

以下においては、便宜上、外国保護措置の承認、管轄権および準拠法の順序で論を進めたい。

II 外国保護措置の承認

外国の裁判所などがとった禁治産宣告や後見人選任などの保護措置の承認いかんにもまず言及したい。この問題にたいする態度決定が後述する管轄権および抵触法の平面における処理に影響するからである。日本では外国禁治産宣告の承認を中心として論じられてきたため、これに関する学説をまず検討したい⁷⁾。

1 外国禁治産宣告の承認に関する学説

1) 山田三良

外国禁治産宣告の承認を否定するのが多数説であったように見える。この多数説は山田三良の見解に始まるように見える⁸⁾。山田は、外国において禁治産宣告を受けた本人が日本に住所または居所を有するにいたった場合には、当該宣告は日本ではなんらの効力も有しないとす。日本における公示なく外国の禁治産宣告の効力を認め、かくして第三者に無能力を対抗できるとすれば日本における取引の安全を害するだけでなく、公示方法を要求する日本の立法政策にも反する。さらに、外国禁治産宣告の効力の承認は禁治産条約が締約国相互間においてすら認めていない効力を肯定することになるとする。つまり、当該条約は、外国禁治産宣告の自動承認を認めている9条1項につづいて、2項において「(自国機関による禁治産宣告の) 公示方法は外国機関により宣告された禁治産にも同じく適

5) 以下、「成年者保護条約」と略称する。なお、同条約については、拙稿「成年者の国際的保護に関する条約」国際法学会編『日本と国際法の100年 第5巻 個人と家族』2001年203頁以下および「1996年および2000年のハーグ条約における子および成年者の保護」『国際私法年報』3号30頁以下を参照。

6) 溜池良夫『国際私法講義〔第2版〕』(1999年)280頁は、このハーグ条約などを参考にしながら法例の改正または特別法の制定が期待されるとしている。

7) この問題については、海老沢美広「涉外禁治産雑考」『朝日法学論集』10号39頁以下の先行研究を参照されたい。

8) 山田三良『国際私法』(1941)492-493頁。

用する旨または類似の方法をもって代える旨を宣告することができる」という留保を締約国に許容している。このこととの対比において、外国禁治産宣告の承認を日本国際私法の下で肯定することは当該条約すらも認めていないことを認めることになる、というのである。

2) 跡部定次郎

山田説の重要な論拠の一つは、禁治産条約9条2項の規定との対比であった。しかし、この規定は、公示を禁治産宣告の効力発生要件としている国に配慮して作られたようである⁹⁾。まさしく、跡部は山田説を批判して次のようにいう。すなわち、日本法上、禁治産宣告は宣告後の送達によって効力を発生し、公告によって初めて生ずるものではない。さらに、この公告が官報によって掲載されるとしても実際に世人に周知されるようなものではない¹⁰⁾。そして、禁治産条約以上に進んで外国禁治産宣告の効力を承認しても、法例3条2項の規定によって内国取引保護の要請はみたされる、と。

3) 江川英文

江川はこれら二人の論者の論をふまえながら次のように主張する。すなわち、①宣告地国たる外国における本人の行為に関しては、日本の国際私法の観点からみて宣告地国が管轄権を有しかつ日本の国際私法が指定する準拠法を適用しているかぎり、禁治産宣告は承認される。②第三国における本人の行為に関しては、第三国が宣告地の禁治産宣告を承認する場合には、日本においても承認される。しかし、③日本における本人の行為については承認されない。つまり、外国で禁治産宣告を受けても、日本では本人は健全者として取り扱われる、と¹¹⁾。

最後の点を江川説は次のように理由づける。すなわち、第1に、「我が国の法律が公告を以て禁治産宣告の効力発生要件としていないことは勿論である。又公告が大なる実益のないことも事実であろう」。しかし、禁治産制度においては、禁治産者の能力制限と公示方法とは分離できない関係にある。禁治産条約が外国

9) 参照、Deutsche Denkschrift zum Haager Abkommen betreffend die Entmündigung und gleichartige Fürsorgeregeln, NiemeyersZ 18, 597.

10) 跡部定次郎「法例第三条の規定に就いて」『法学論叢』19巻4号531-532頁。

11) 江川英文「国際私法に於ける禁治産制度」『国際法外交雑誌』35巻848-852頁。

禁治産宣告の自動承認を認めつつ、同時に公示に関する留保を締約国に許容しているのは、そのためである¹²⁾。公示が効力発生要件か否かは問題ではなく、公示方法が存在するか否かが問題である。第2に、法例の規定の上からいっても、3条がその2項において内国取引の保護を図っているのにたいして、4条がこの種の規定を設けていないのはそもそも外国の禁治産宣告を承認しないという前提に立っているからである。第3に、承認されるとすると外国法に従った後見・保佐によって保護されなければならないけれども、外国法の下での後見・保佐は日本において十分な機能を営みえない。第4に、本国たる外国で禁治産宣告が行われ、これを承認しなければならないとすると、日本では日本法に従った禁治産宣告ができず、本人が十分に保護されないことになる、というものである¹³⁾。

2 否認論

江川説がこれまで多数説の地位にあったといつてよい¹⁴⁾。しかし、すくなくとも新成年後見制度を背景にするかぎり、外国措置の承認を否定するこれら四つの理由はいずれも説得力を有しない。

1) 本人保護（上記第3および第4の理由）

上記第3および第4の理由が示すように、本国たる外国の禁治産宣告の効力を否認することによって、副次的に次の二点がその結果として得られる。第1に、本国管轄権を原則としながらも、外国人保護に関するかぎり、居住地国たる日本が排他的な管轄権を有する仕組みが創出される。第2に、法例24条1項の規定に従い本国法たる外国法に準拠しながら日本の裁判所が後見人の監督などをおこなわなくすむという結果である。たしかに、本国による保護にたいして居住地国による保護を優先させることは、多くの場合、本人保護の観点から妥当な解決をもたらそう。さらに、管轄権と準拠法の並行は本人保護および裁判所の便宜という観点からも望ましい。これらの意味において、外国禁治産宣告の効力を否認することは積極的な意味をもっている。しかし、後述するように、本国に禁治産宣告

12) 江川・前掲851頁。

13) 江川・前掲851～852頁。

14) 溜池・前掲書275～276頁もここでいう否認論である。

の管轄権を肯定すべき状況のあることそして禁治産宣告につづいて本国機関が選任した後見人の地位を日本においても承認すべき状況のあることは否定しがたい。こういった状況を見做す結果をもつかぎり、外国禁治産宣告の効力否認論には賛同しがたい。たとえば、日本に居住する成年者にたいして本国たる韓国の裁判所が禁治産を宣告し、その近親者を後見人として任命した場合に、日本の裁判所による後見開始および後見人選任の審判をあらたに求めないかぎり、当該後見人は日本において代理権を行使できない、とする理由はあるまい¹⁵⁾。

2) 法例の規定のありかた(上記第2の理由)

江川説が本国たる外国の裁判所の禁治産宣告にたいして与えている上記②および③の処理は、次のような抵触規定と直接適用されるべき実質規定との組み合わせを前提としてはじめて理解可能である。すなわち、“他国において禁治産宣告を受けた者の行為の効力は行為地法による”という抵触法規と“日本において禁治産者として公示された者のみを禁治産者とする”という実質法規の組み合わせである。つまり、否認論も取引保護という作用をもつ法規を解釈によって法例4条の規定に付加しており、法例4条に3条2項のような規定が存在しないことはその論拠とはなりえないはずである。

3) 公示(上記第1の理由)

“日本において禁治産者として公示された者のみを禁治産者とする”という実質法規は、外国措置の承認を阻止するためには直接適用の法規として構成されなければならない。

さて、新成年後見制度の導入にともない、禁治産および準禁治産宣告の公告に関する規定(旧家事審判規則28条および30条)は廃止された。さらに、補助・保佐・後見開始は戸籍ではなく成年後見登記によって公示されることになった。それでは、従来の多数説の趣旨に忠実に、“日本において登記された者のみを制限

15) 溜池・前掲書276頁は、外国の禁治産宣告の効力を日本では否認しながら法定代理人の日本における法律行為の効力を承認できるとする。しかし、禁治産宣告の効力を否認しながら、禁治産宣告を前提としてとられた後見人選任という措置がなぜ日本で承認できるのか、その理由は明らかではない。この点につき参照、田村精一「涉外禁治産・準禁治産の裁判管轄権及び準拠法、外国禁治産宣告の効力」『講座・実務家事審判法5』99頁以下。

能力者とする”といった法規を直接適用の法律として解釈論上肯定すべきか¹⁶⁾。このように強い効果をもつ法規を導入すべきではあるまい。登記事項証明書の請求権者は本人、後見人、4親等内の親族など一定の者に限定され(後見登記法10条1項および2項)、本人と取引をしようとする相手方には請求権がない。取引の安全を犠牲にしてもプライバシー保護が図られている。このように取引の安全という要請が国内法上も後退していることを考慮すれば、公示方法のないことをもって外国の保護措置の承認を拒否することは正当化できないと考えられるからである。

3 自動承認と取引の安全

成年者保護条約の下では、締約国でとられた措置は他の締約国において自動的に承認される。この条約の22条が列举する承認拒否理由以外には承認を拒否することはできない。日本法の下では、民事訴訟法118条の規定を類推適用して、日本においても外国の保護措置を自動承認すべきものと考えたい。その場合には、管轄権と公序の要件だけが問題となる¹⁷⁾。聴聞を受ける機会が成年者に保障されていたか否かは公序則適用の中で判定されよう¹⁸⁾。

もっとも、成年後見登記法による登記は日本人だけでなく外国人をも対象としているから、外国人と法律関係に入る相手方としては日本の後見登記法に基づいた登記事項証明書の記載を信ずるはずである。外国の保護措置を日本の後見登記に反映させる手段がないとすれば、登記事項証明書を信頼する相手方を保護するための処理が必要となる。法例15条2項本文を類推して次の法規が解釈論上肯定されるべきかと思われる¹⁹⁾。すなわち、「日本における法律行為または日本に所在する財産については、日本において承認されるべき外国の措置により能力の制限を受けているという理由だけでは、その者は善意の第三者に対抗することがで

16) 櫻田嘉章『国際私法〔第3版〕』(2000年)169頁は、後見登記法による登記が外国裁判の登記にも使えることを条件として承認を肯定しようとする。

17) 基本的に同旨、澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門〔第4版再訂版〕』(2000年)152頁。

18) 成年者保護条約22条2項b号。同旨、櫻田・前掲書170頁。

19) 15条2項本文の準用を示唆するものとして、澤木・道垣内・前掲書153頁。

きない」という法規と「日本の法律によれば成年者の代理人としての資格を有すべき者は、日本における法律行為または日本に所在する財産については、承認されるべき外国の措置によれば前者が代理人としての資格を有しないという理由だけでは、善意の第三者に対抗することはできない」²⁰⁾ という法規である。

Ⅲ 管轄権

後見開始や後見人選任など保護措置に関する管轄権の基礎は条理上のものとして構成されなければならない。その際、成年者保護条約の規律から学ぶべき4点に留意する必要があるようにみえる。第1に、保護の対象となる成年者に最も近い位置にある国が管轄権をもつべきである。第2に、子の保護と異なり、成年者を保護しようと意欲する者をつねに期待することはできない。そのため、成年者保護については、管轄権の積極的抵触よりも消極的抵触の発生を懸念しなければならない。第3に、多くの成年者は、要保護状態に陥る前に大なり小なり財産を蓄積しており、このことを管轄権の平面で考慮する必要がある。そして第4に、成年者の自己決定の尊重という理念をなんらかの形で管轄権の平面に反映させなければならない、という点である。以下、法定後見と任意後見の順序で管轄権の問題を検討したい。

A 法定後見

法例4条(5条)の規定は本人の本国の管轄権を当然のこととしており、4条2項の規定はその例外として居住地国の管轄権を定めている。これが、禁治産宣告の国際的管轄権に関する多数説による理解であった。後見についても、平成元年の改正前における法例23条(現行24条)の規定は管轄権を規定したものではなく、法の欠缺があるけれども、本国に原則的管轄権を、居住地国に例外的管轄権を認める前提にたっているとして解するのが自然であるとする見解が唱えられていた²¹⁾。これにたいして、法例の規定は管轄権を定めるものではないとしつつ、

20) 参照、成年者保護条約17条。

21) 池原季雄「後見・保佐」『国際私法講座 第2巻』(1955) 642頁。

居住地国の管轄権のみを禁治産宣告との関連で肯定し、後見についても、外国人について居住地国たる日本に管轄権を認める見解が有力に唱えられていた²²⁾。

上に述べた最初の三点に留意すると、新成年後見制度の下で日本の裁判所は次の場合に管轄権をもつべきではないかと考えたい。成年者が日本に常居所を有する場合、成年者が日本国籍を有する場合そして成年者が日本に財産を有する場合である。

1 常居所

まず、本人の常居所が日本にある場合に、日本の家庭裁判所は管轄権を有する。成年者保護条約5条の規定も常居所地国に（原則的）管轄権を肯定している。条約を作成する過程において、常居所地国に（原則的な）管轄権を付与することにつき異論を唱える代表はまったくなかったようにみえる。常居所地国は問題となっている者に最も近い位置にある。そのため、状況の把握や保護の必要性の判断そして迅速な対応という観点からみて最も適切であるからである。さらに、いったんとられた措置の実行と裁判所による監督も成年者の常居所地国において容易に行われよう。住所地の家庭裁判所に管轄を定めている家事審判規則22条（後見）、29条（保佐）および30条の7（補助）の規定の趣旨は国際的裁判管轄権の平面においても妥当と思われる。

2 国籍

現行法例4条（5条）および24条（25条）の規定は本国の管轄権を当然の前提としている。従来の多数説がいうように、これが自然な解釈というべきであろう。しかし、本人が外国に常居所を有している場合に、本国は保護措置をとる上であまりにも遠い位置にある。このことはかなり前から認識され、その妥当性が疑問視されていた²³⁾。

本国管轄のもつこういった難点を指摘することは、たしかに、真実の一側面を

22) これら学説については、溜池良夫「涉外人事非訟事件の諸相」『新・実務民事訴訟法講座 7』197頁以下を参照。

23) 江川・前掲834－835頁。

ついているといえよう。しかし、このことから本国の管轄権を排するという結論を導いてはならない。成年者の保護との関係では、未成年者の保護とは異なり、次の2点を無視できないからである。

第1に、未成年者については、通常、子と常居所をともにする父または母が保護の任にあたろうと意欲する。さらに、(親権者指定や監護者の指定のような)未成年者の保護措置については、父と母が(自らを親権者・監護者とするよう、そのうちの一つが子の常居所地国でもある)各々の本国において申立を行い、そのために複数国が競合して管轄権を行使しようとする。子の保護については、子の常居所地国と本国との間で管轄権の積極的抵触を回避することが重要である。これにたいして、成年者については、その居住地において保護の任にあたろうと意欲する者をかならずしも期待できない。周知のように、新成年後見制度は市町村長に後見開始の審判などの申立権を与え、こういった事態に対処しようとしている²⁴⁾。居住地において保護の任にあたろうと意欲する者がいないという事態は純国内的状況だけでなく国際的な状況においても発生しよう²⁵⁾。成年者保護条約がその7条において国籍所属国に常居所地国とは独立した管轄権を付与しているのは、こういった事態に配慮したためである。第2に、外国が常居所地国である場合に、判断能力の不十分となった成年者たる日本人につき当該外国がかならず保護措置をとると期待してはならない。常居所地国は他の国からきた成年者をかならずしも保護しようとはしない²⁶⁾。成年者保護条約33条の規定はこのことを物語る。この規定は次のような状況を想定している。老後の生活をスペイン

24) 参照、老人福祉法32条、知的障害者福祉法27条の3、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律51条の11の2。

25) 国籍を管轄権の基礎として肯定すべく田村・前掲93頁が掲げる例はこのような文脈でとらえるべきものと思われる。

26) 33条は次のように規定する。

「①第5条ないし第8条の規定により管轄権を有する機関が施設その他保護の与えられ得る場所に成年者を収容することを意図し、かつ収容が他の締約国において行われるべきときは、他の締約国の中央当局又は他の管轄ある機関に対して事前に意見を求めなければならない。この目的のために、意図されている収容につき理由を付して成年者に関する報告を伝達しなければならない。

②要請を受けた国の中央当局又は管轄ある機関が相当な期間内に収容に反対の意思を表明した場合には、収容に関する判断は要請した国において行うことができない。」

で送っていたスウェーデン人が判断能力を失ったとすると、スペインの機関はこの者をスウェーデンの公的施設に収容する措置をとることができる。相当の期間内にスウェーデンの機関は収容に反対する回答をスペインの機関に与えることができ、その場合には、スペインは収容措置をとることができない。しかし、反対の回答を与えなかった場合つまり同意の回答をした場合だけでなく当該期間内にいかなる種類の回答も与えなかった場合にも、スペインは当該成年者をスウェーデンに送り返すことができるのである。この点において、1996年ハーグの「親責任及び子の保護措置についての管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約」33条2項の規定が、要請を受けた国が無回答の場合、要請国が収容に関する措置をとってはならないとするのと大きく相違しているのである。

国際的状況における成年者保護にまつわるこれら2点を考慮すると、外国に常居所を有する本人をあえて保護しようとする者が本国にいる場合、その者の意欲を殺ぐような管轄権の配分を行うべきではない。たとえば、老後を外国において過ごす日本人の判断能力が十分ではなくなった場合には、その近親者を日本において法定後見人として選任する道を開けておかなければならない。

もちろん、外国に常居所を有する日本人たいして常居所地国たる外国が保護措置をとる可能性は否定できない。日本国籍を管轄権の原因として肯定すると、管轄権の積極的抵触という事態が発生しうる。まさしく、成年者保護条約7条の規定は常居所地国の管轄権に優越する地位を与えることによってそういった管轄権の積極的抵触を解決しようとする。すなわち、その2項の規定によれば、常居所地国の「機関が、状況に応じて必要な措置をとった旨、措置をとるべきではないと判断した旨又は当該機関に事案が係属している旨を成年者の本国の機関に対して通告したときは、前項の管轄権はこれを行使してはならない」とされる。しかし、国家間協力の期待できる条約の枠組の中であるならばともかく、国家法による処理であるかぎり、常居所地国であっても外国の管轄権に優先権を認めるべき理由はない。本国たる日本の裁判所の保護措置と常居所地国たる外国の裁判所の保護措置が併存してもやむをえない。もっとも、この点の不都合は強調されるべきではない。本国の管轄権に制約を加える成年者保護条約7条の規定も実際にはそれほど意味をもたない。子をめぐる紛争と異なり、同一の成年者につき常居

所地国と本国とがともに管轄権を行使するという事態は実際にはあまり生じないとみられるからである。ただし、日本国籍を管轄原因として管轄権を行使する日本の裁判所は、常居所地国機関が過去においてとった措置あるいは当該機関における事案の係属が知られている場合には、これを考慮して積極的・消極的な措置をとるべきであろう。

3 財産所在地

財産所在地は、学説上、そのようなものとして唱道されたことのない管轄権の基礎である。しかし、財産は本人の常居所地国と本国のいずれかに所在するわけではかならずしもない。

民法859条の3の規定によれば、家庭裁判所の許可を得なければ、後見人は本人の居住用不動産の売却などの処分を行うことができない。居住環境が本人の身上面に与える影響にかんがみ、後見人の権限に制限を加える趣旨である。たしかに、許可を与えるべき家庭裁判所の管轄権は、ほとんどの場合、本人の日本における常居所に基づくものと予想される。しかし、「居住用不動産」には、生活の本拠として現に居住の用に供されているものだけでなく居住の用に供するものとして予定されている不動産も含まれると解されている²⁷⁾。そうすると、現在は韓国に常居所を有するいわゆる在日韓国人の日本に在る生家について、本人の渡韓前に日本で選任されていた後見人がこれを売却するといった場合にも、それが将来居住の用に供されるものであるかぎり家庭裁判所の許可が必要とされよう。さらに、管轄権の原因は、外国においてとられた保護措置の承認要件でもある。たとえば、日本に常居所を有する日本人が外国においてコンドミニウムを所有しているとしよう。日本の裁判所によって代理権を付与された子にたいして当該物件の処分を財産所在地国の裁判所が許可した場合、この許可という措置の承認を、当該国が本人の常居所地国でも本国でもないとの理由にもとづいて、日本において否定する理由はあるまい。財産所在地を管轄権の基礎として否定することはで

27) 小林昭彦・大門匡・岩井伸晃・福本修也・原司・岡田伸太『新成年後見制度の解説』(2000年)150頁。

きないようにみえる。

しかし、財産の所在に基づく日本の裁判所の管轄権は次の2点において制約を受けると考えなければならない。第1に、この管轄権は、日本において効力を有する措置（つまり日本の裁判所の措置または日本で承認される外国の措置）の枠組の中にとどまらなければならない。さもなければ、本人により近い位置にある常居所地国や本国の機関がとった措置と矛盾する措置を日本の裁判所がとる事態が生じよう。さらに、本人が日本とは別の国にも財産を有している場合には、複数の国において選任された代理人が相互に矛盾・抵触する形でその権限を行使するという事態も考えられる。代理人相互の権限関係は、常居所地国の機関であれ本国のそれであれ、できうるかぎり唯一の機関が定めなければならない。第2に、所在地を管轄原因とする日本の管轄権は本人の身上に関する事項にまで及んではならず、かつ、日本所在の財産についてのみ認められるべきである。本人の身上に関する保護措置あるいは他の国に所在する財産に関する保護措置を正当化するものではない。成年者保護条約9条の規定もまた、「成年者の財産が所在する締約国の機関は、当該財産に関する保護措置をとる管轄権を有する」として財産に関する措置につき財産所在地国の管轄権を肯定すると同時に、当該措置は常居所地国や本国などの機関がとった措置と適合しなければならない、という条件を付している。

B 任意後見

「任意後見契約に関する法律」の下における任意後見監督人の選任などの管轄権は新奇な問題を提起する。いかなる場合に日本の裁判所は任意後見監督人の選任などの措置をとることができるかが問題となる。以下では、任意後見監督人の選任を中心に、管轄権に関する規律のあり方に言及したい。

成年者保護条約8条2項d号の規定は、常居所地国の機関が適切と判断することを条件として、「保護措置をとるべく成年者が書面により選択した機関の所属国」が管轄権を有するとしている。常居所地国の機関つまり法定後見につき原則として管轄権を有する国の機関が許容することを条件としたのは、成年者が外部的な影響を受けやすく、管轄権の選択したいが紛争の対象となりうることに配

慮したからである。日本の「任意後見契約に関する法律」の下では、本人の確定的な意思は公証人の関与および登記によって確保されている。それゆえ、任意後見契約が日本において登記されているかぎり、日本の家庭裁判所は任意後見監督人の選任などにつき国際的管轄権を有すると考えることができるかもしれない。

しかし、任意後見監督人の選任手続が象徴しているように、日本の任意後見法は当事者にたいして完全に私的自治を認めているわけではない。後見人の選択および後見人の事務内容については当事者が決定できるとしても、契約は任意後見監督人の選任の審判によってはじめてその効力を発生する。他方で、法定後見の場合にも本人の意思が無視されているわけではない。法定後見人が選任されるときには「本人の主観的事情」が考慮され、補助人・保佐人に代理権が付与される場合には「本人の同意」が必要とされているからである。その意味で、法定後見の開始と任意後見監督人の選任とはきわめて接近しているといわなければならない。まさしく、特別家事審判規則3条の規定は、成年者本人の住所地の家庭裁判所に管轄権を付与し、法定後見の土地管轄と異ならない処理を与えているのである。

そうすると、日本の裁判所が任意後見に関して有すべき管轄権と法定後見に関して有すべき管轄権とは基本的に一致すると思えなければならないようにみえる。しかし、法定後見について認められるべき管轄権の基礎を単純に任意後見にスライドさせるべきではあるまい。以下の3点を指摘したい。最初の点は、法定後見における国籍という管轄権の基礎を任意後見との関連で捉え直したものであり、最後の2点は、裁判所ではなく任意後見監督人が直接的には任意後見人を監督するという制度を背景としつつ、自己決定の尊重という理念を管轄権の平面に反映させようとするものである。

第1に、法定後見につき国籍という管轄権の基礎が正当化されるのは、上述したように、保護の任にあたろうと意欲する近親者などが本国に常居所を通常有していると期待できるからである。任意後見においては保護の任にあたるべき受任者が定まっているため、日本におけるその者の常居所を端的に想定することができよう。受任者の常居所が管轄権の基礎として肯定できるとすれば、逆に、本人の国籍は問題となるまい。たとえば、(韓国法では限定治産のレベルまで達しな

いと保護を受けられないので)補助開始相当の判断能力の低下があれば日本在住の子を任意後見人とする契約を韓国在住の韓国人が日本において登記し、判断能力が十全でなくなった時点において子の保護を受けるべく来日するという場合が考えられよう²⁸⁾。第2に、任意後見という保護方法が事前に本人によって準備されたものであるという側面は無視できない。このことは、任意後見監督人の選任の時点だけを基準にできないことを意味している。もしこの時点における管轄権の基礎の存否だけを問題にすると、任意後見契約の登記の時点において存在していた(本人の日本における常居所という)法定後見の管轄権を基礎づける関連性が任意後見監督人の選任の時点つまり本人の保護がまさしく必要となった時点において消滅しているときは、裁判所は任意後見監督人を選任することができなくなる。たとえば、日本に常居所を有する韓国人が日本所在の財産管理につき子を受任者とする任意後見契約を日本において登記し、その後子とともに韓国に移動した場合には、当該任意後見契約は発効しなくなる。この結果は、自己の保護方法を事前に決定するという任意後見制度の趣旨に反する可能性がある。もし韓国への常居所の移転にともない日本法の下での将来の保護を放棄するのであれば契約を解除できたと考えることができるからである。第3に、法定後見との関連において財産所在地という管轄権の基礎は、上述したように、いわば従属的な位置におかれるべきものである。しかし、日本において本人が任意後見契約を登記し、日本法の保護方法を意欲した場合には、財産所在地たる日本の管轄権は常居所地国や本国の管轄権に優越した地位をもつと考えるべきではあるまいか。たとえば、日本に在住する韓国人が任意後見契約を登記した場合には、後日、本人が韓国に移動し、韓国において法定後見人が選任されても、日本の裁判所は任意後見監督人を選任することができると考えるべきではなかろうか。

IV 準拠法

内国の民法など実質法と呼ばれる法律が改正されても、それが国際私法規定の

28) この意味において、山田真紀「涉外成年後見事件について」『家庭裁判月報』53巻9号24-25頁に賛同したい。

解釈に影響することは通常なく、立法論上の問題を提起することもまずない。実質法の立法政策と国際私法上の立法政策とは異なるからである。たとえば、民法3条の規定が将来「満18年を以て成年とする」と改正されても、「人の能力はその本国法によってこれを定める」とする法例3条1項の規定は変更されまい。満18年を成年年齢とする立法政策が行為能力について人の本国法の適用を命ずる立法政策に影響するとはみられないからである。しかし、内国の実質法の変更が国際私法規定の解釈に影響するとか、立法論の観点から反省を迫る場合がないわけではない。内国実質法の中にあらたに導入された制度が、それまでの国際私法が想定していない制度であるような場合である。平成12年4月1日に施行された「民法の一部を改正する法律」による補助制度の導入と法整備法による文言上の平仄あわせは、実は、国際私法上無視できない問題を含意している²⁹⁾。補助制度の導入は法例4条および5条ならびに24条および25条の解釈に影響すると同時に、これらの規定の立法論的な再検討を促す。この点とは別に、「任意後見契約に関する法律」はあらたな解釈論上の問題を提起する。以下においては、まず、補助制度が抵触法の平面においてもつ影響を視座におきながらこれらの規定を検討したい。

1 法定後見

1) 解釈・適用上の問題点

現行の法例4条(5条)および24条(25条)の規定はあらたに導入された補助制度にうまく対応していない。法整備法施行前における法例4条(5条)の規定は禁治産(準禁治産)を対象とし、禁治産(準禁治産)の「原因」には本国法を、その「効力」には宣告地法を原則として指定していた。さらに、法例24条(25条)の規定は、後見人の選任など「後見」の設定について日本人には本国法としての日本法を、禁治産(準禁治産)が日本に居住する外国人について宣告された

29) さらに、現行の規定のありかたは、ドイツ法上の「世話」を法例4条ではなく法例24条の「後見」の問題と性質決定する解釈(海老沢「涉外禁治産法雑考」『朝日法学論集』10号54頁)を困難にしたから、たんなる文言上の平仄あわせ以上の意味を持っていた。

場合には、宣告地法たる日本法を指定していた。これらの規定にいわゆる禁治産・準禁治産という文言は、法整備法によって、後見開始・保佐開始の審判という文言に置換された。そして、「補助開始の審判」があらたな事項として導入された。「補助開始の審判」の付加は、判断能力の点において健常者とそれほど異なる者の保護もまた法例の射程範囲に入ることを含意しているといえよう。その意味において国際私法上における保護対象者の範囲は拡大された。けれども、法整備法による法例の文言の変更は抵触法における保護対象者の拡大だけをもたらしただけではない。

日本民法の補助制度の下では、被補助人の行為能力はかならずしも制限されない。さらに、具体的な保護の必要性に対応する制度として設計されているため、判断能力のレベルを確定するだけで保護のシステムが開始するわけではない。このような民法上の補助のもつ制度的特徴を法例5条および25条にいわゆる「補助」が有するとすると、以下の二点が問題点として検討されなければならないように思われる。第1に、法例4条にいわゆる「原因」には本人の本国法が依然として適用される。しかし、補助開始の審判の「原因」に本国法をつねに適用すべきなのか。そもそも、「原因」の問題として本国法に致致すべき問題とは何か。第2に、「原因」、「効力」および「後見」という抵触法上の各事項の論理的な関連性は、法例制定当時の各国の禁治産（準禁治産）に関する実質法のありかたに対応していたものといえることができる。すなわち、〈心神喪失の常況など禁治産の開始を正当化する事由（A）〉があれば禁治産が宣告され、禁治産が宣告されれば〈行為能力の制限と一定の方法による能力補充の必要性という効果（B）〉が発生し、そのような一定の方法による能力補充の必要性のゆえに〈後見人の選任などの措置（C）〉がとられるというものである。禁治産（準禁治産）を対象としていた改正前の法例4条（5条）および23条（24条）における「原因」、「効力」および「後見」（「保佐」）という事項は、これら（A）、（B）および（C）に各々対応しているとみられる。しかし、現行の法例4条（5条）および24条（25条）の規定が後見制度や保佐制度には対応しているとしても、補助制度についても同じことがいえるか。実際的な観点からは本人が外国人の場合に問題となるので、以下ではこの場合を念頭において論を進める。

イ) 「補助の原因」に本国法を適用することの妥当性

法例制定に際し、禁治産の原因につき本人の本国法を準拠法とした理由は次の点にあるとみられる。すなわち、法例3条1項の規定は行為能力につき本国法主義を表明している。禁治産宣告によって行為能力に制限が加えられる以上、禁治産の開始についても本国法主義を踏襲するのがいわば一貫した処理である。さらに、本国法が許容しないような理由に基づいて能力制限を行うべきではない、という点である³⁰⁾。さて、日本民法の補助制度の下では、本人の行為能力を維持しつつ、補助人には代理権のみを与えることが可能である。この場合、補助開始の審判は行為能力に影響することではなく、その意味での不利益を本人がこうむるわけではない。さらに、補助開始の審判および代理権付与の審判には、本人の申立または同意がなければならない。こういった制度的特徴が法例の「補助」という事項概念に反映しているとすれば、かつての禁治産（準禁治産）のみならず保佐や後見との関係では問われない法律問題を法例はあらたに包摂することになる。たとえば、“行為能力を制限しないことを前提にして、本人Xが意欲するYへの代理権付与を裁判所は許容すべきか”という問題である。本国法に準拠すべき理由が上記の点に求められるとすれば、この法律問題を本国法に送致することは適当なことであろうか。

ロ) 補助における「原因」と「効力」の意味とその論理関係

補助制度は、保護の方法および保護の対象となる行為の範囲について、本人のおかれている具体的状況に適合した tailor-made な処理を可能にしている。法

30) 法例が制定された19世紀の終わりにおいても、本国法主義はそれほど自明のこととして受けいられていたわけではない。このことを例証するのが、1892年にジュネーブで行われた国際法学会 (Institut de droit international) 第1委員会における審議である。禁治産宣告の準拠法を本国法に求める見解とこれを全面的に居住地国法に求める見解が対立し、居住地国法の適用を提案する von Bar の提案は14対12の僅差で否決される。ところが、本国法主義に立脚した第1委員会の決議案全体は、15対11、棄権2で否決されるにいたるのである。その後、1895年のケンブリッジ会期において本国法主義を維持した決議案が全体会議で採択されることになるが、その際も14対11という僅差によるものであった。このことを知っていた法例の起草者もこと4条の規定にはそれほどの自信はなかったようにみえる。法典調査会の会議における穂積陳重も、この規定を提案するに際し、「他では見られない低姿勢の前置をして説明に入」っている (久保岩太郎『国際身分法の研究』(1973) 23頁)。

例4条(5条)および24条(25条)の規定はこういった補助制度のもつ制度的特徴に対応していないようにみえる。

a) 「原因」

「事理を弁識する能力を欠く常況にある」ことおよび「事理を弁識する能力が著しく不十分である」ことは、後見開始の審判および保佐開始の審判を正当化する理由となっている。これにたいして、「事理を弁識する能力が不十分なる」ことは、補助開始の審判の対象者を限定しても、それだけでは補助開始の審判を正当化する理由を構成しない。“本人X所有の甲不動産の売却についてYに代理権を付与しなければならない状況にある”といった個別的具体的な保護の必要性に関する条件もまた満たされなければならない。(代理権付与の審判または同意権付与の審判とともにしなければ補助開始の審判をすることができないとする) 民法14条3項の規定は、「保護の必要性に関する実体的要件」としての機能を果たしている³¹⁾。

このように、判断能力の不十分さだけでなく個別的具体的な要保護状態が補助開始の正当化事由であり、この点の判断が法例の「補助開始の審判」という事項概念に含まれるとすれば、禁治産(準禁治産)宣告や後見(保佐)開始の審判のように、浪費の有無とか判断能力の不十分さの点のみを切り離してこれを本国法に送致することはできないようにみえる。判断能力の不十分さと個別的具体的な要保護状態の双方が「原因」に入ると解さなければなるまい。けれども、“本人X所有の甲不動産の売却についてYに代理権を付与すべきか”といった個別的具体的な判断は法例24条(25条)が処理すべき問題である。「原因」の準拠法たる本国法によるべき問題ではない。そうだとすれば、補助開始の審判をするに際し、4条の規定の「準用」によって当該問題を本国法に送致することは困難のように思われる。

b) 「効力」

禁治産宣告があれば法律上当然に行為能力の制限と他人への代理権の付与による能力補充の必要性という効果が発生する。後見開始の審判の場合にも、全般的

31) 小林・大門・岩井・福本・原・岡田・前掲書51頁。

な財産行為について行為能力の制限と他人への代理権・取消権の付与による能力補充の必要性という効果が自動的に発生する。それゆえ、こうした効果が4条にいわゆる「効力」の準拠法たる日本法の下で発生すれば、外国人については法例24条の規定にいわゆる「日本において後見開始の審判ありたるとき」として日本法に従い特定の後見人に権限付与を行うことになる。「効力」に包摂される問題を重要な財産行為についての行為能力の制限と同意権付与の必要性に置き換えれば、保佐についても同様に推論することができよう。他方で、こういった推論は補助人については妥当しない。第1に、補助開始の審判によって行為能力の制限と補助人への代理権または同意権（取消権）の付与の必要性という効果は自動的に発生しない。補助開始の審判とは別個の審判（代理権付与の審判または同意権（取消権）付与の審判）により能力制限と補助人の権利が発生する。後見・保佐開始の審判におけるのと同様な意味での「効力」を補助開始の審判は発生させない。第2に、補助人の権利を発生させるこの別個の審判たとえば“本人X所有の甲不動産の売却についてYに代理権を付与する”という審判は補助開始の審判と同時に行われなければならない。外国人については「日本において補助開始の審判ありうべきとき」に行われるのであって、25条および24条2項の規定にいわゆる「日本において補助開始の審判ありたるとき」に行われるのではない。

2) 解釈論上の解決方法

個別的具体的事案において日本民法の補助制度を適用する根拠を法例4条および24条の規定の「準用」によって説明することはそれほど簡単ではない。しかし、あえて解釈論による解決を図ろうとすれば次のように推論することになると思われる。ここでは、要保護者が外国人であるとする。

まず、補助開始の原因は外国人たる本人の本国法による。能力制限が求められているのではなく、他人への代理権の付与のみが求められているとしても、「法律行為の能力が不十分である人を…支援する制度」³²⁾あるいは「人的地位への介入」³³⁾が問題となる制度として補助をみることができるからである。ついで、

32) 国際家族法実務研究会『問答式 国際家族法の実務』1275頁（海老沢美広）。

33) 「世話」について Staudinger-Kropholler, Art.24 EGBGB, Rdnr.30.

後見（保佐）開始の審判の場合と同様に、問題となっている者の判断能力の不十分さの点のみを本国法に送致し、具体的・個別的な要保護状態の有無の問題は送致しない。健全者に近い者についても本国法の下で保護が与えられていれば、補助開始の審判の「効力」は日本法による。その場合、審判による能力制限の可能性と代理権付与の審判または同意権（取消権）付与の審判の必要性が「効力」を構成する。そういった審判による能力制限の可能性と能力補充のための審判の必要性は民法14条3項の規定に従い肯定される。そこで、法例25条の規定に従い24条2項の規定を準用することにより代理権付与の審判または同意権（取消権）付与の審判を行う。しかし、準用の際、24条2項の規定にいわゆる「日本において後見開始の審判ありたるとき」を「日本において補助開始の審判ありうべきとき」と読み替える、という推論である。

このような解釈がかりに可能であるとしても、補助開始の審判の原因に本国法を適用することにはやはり躊躇せざるをえない。多くの国では、依然として、禁治産と準禁治産に相当する伝統的な保護制度を保有している。韓国もそういった国の一つである。同国では、判断能力の不十分さが（日本のかつての準禁治産に相当する）「限定治産」のレベルに達しないかぎり、健全者として取り扱われる。それゆえ、判断能力が健全者に近い在日韓国人には、本国法上原因がないとして補助開始の審判を行えないことになる。かくして、日本人ならば補助の対象となるような状況にあっても、韓国人は症状がかなり進行するまで保護を受けることができないことになる。このことがはたして妥当か、疑問とされよう。

3) 立法論

補助との関係では、「原因」について本国法を適用する必要性はかならずしもないし、4条（5条）および24条（25条）の規定はこの制度にうまく対応していない。さらに、解釈論によって解決することは近隣諸国の法制度を念頭においた場合、妥当な解決を導かないとみられる。立法によるこれら規定の改正が必要と思われる。これらの規定を改正する場合に、成年者保護条約が参考になるとみられる。成年者保護条約13条の規定は、その1項において、「…管轄権を行使する場合、締約国の機関は自国の法律を適用する」とする。成年者保護に関する管轄権を有する国の機関は自国法を適用することできる。このように管轄権所属国と

準拠法所属国との一致を認めれば、最もなじみ深い法を機関は適用でき、その任務は容易になる。さらに、措置は当該措置をとった国において多くの場合実現されるとみられるから実行も容易となる、というのがその理由である。法例4条(5条)および24条(25条)を改正する際にも、こういった管轄権と準拠法の並行を認めるべきである。さらに、補助にかぎらず法定後見開始の「原因」に外国人の本国法を適用する理由はないようにみえる。現行民法が本人の要保護状態に適合する措置を志向する以上、本国法の知らない事由に基づいて外国人の行為能力が制限されたとしても、その結果は決して不当ではないと考えられる。ちなみに、現行法においても法定後見開始の審判の「効力」には法廷地法が適用される。もっとも、法廷地法の適用は、禁治産宣告の効力が本人の国籍いかんによって異なると取引の安全を害するため法廷地法に統一する必要があるから、と説明されてきた。しかし、能力制限とその補充の方法とを画一化しない現行民法の下では、この説明はもはや説得力を有しない。成年者保護条約13条の規定の背後にある立法政策と同じ政策によって説明されるべきであると考えられる。

2 任意後見

「任意後見契約に関する法律」(以下、「法律」と略称する)は、本人と任意後見受任者との間で「法律」2条1号に掲げられている契約が締結され、日本において登記されることを想定している。外国法の下で作成された公正証書は登記の対象とはならないと考えられる。この条件が満たされるかぎり、法例24条(25条)の規定は「法律」の適用根拠たりえず(1)、「法律」のうち裁判所の措置に関しない強行規定は委任契約の準拠法いかんを問わず適用される(2)。他方で、措置に関する「法律」の規定は日本の裁判所が管轄権を有するかぎりかならず適用される(3)。法例8条の規定は適用されない(4)。さらに、法例7条の規定に従い当事者が委任契約の準拠法として外国法を指定しても、「法律」の規定の

強行的適用によって当該準拠法の規律すべき事項は限定される(2)³⁴⁾。

1) 法例24条(25条)

日本人および外国人を「法律」は保護の対象としている。「後見登記等に関する法律」もまた本人つまり任意後見契約の委任者が外国人であることを想定している(5条1号)。

「法律」の保護を外国人に与える根拠は、以下の理由から、後見に関する法例24条2項の規定ではない。自己決定の尊重という理念に従い、任意後見監督人の選任に際しては、裁判所は過去における法定後見の開始の審判を取り消さなければならない(「法律」4条2項)。ましてや、外国における法定後見開始に拘束される理由はない。そうだとすれば、外国人にたいする任意後見監督人の選任が「その本国法によれば後見開始の原因あるも後見の事務を行う者なきとき」(法例24条2項)にのみ許容されるなどと考えることはできない³⁵⁾。さらに、保護システムを事前に創出するのがこの制度の目的であるとすれば、「日本において後見開始の審判ありたるとき」(法例24条2項)といった要件は無意味である。法例24条(25条)は「法律」の適用根拠たりえない。

2) 契約準拠法(法例7条)

いわゆる持続的代理権法は、元来、本人が無能力となった後も代理人の代理権を自動的に消滅させず、その継続を単純に認めるものであった³⁶⁾。これを第1世代の持続的代理権法とすれば、このような持続的代理権の承認に加えて、契約の要式性、利害関係人の異議申し立て権および契約の公的登録などを要求する第2世代のものが登場する³⁷⁾。そして、明確に代理人の義務を定め、代理人の権利濫用を防止する手段をとる第3世代の持続的代理権法が生み出される。日

34) 任意後見制度については、新井誠『高齢社会の成年後見法〔改訂版〕』1999年、新井誠「任意後見制度」、新井誠編著『成年後見—法律の解釈と活用の方法』2000年113頁以下、デズイル・ラッシュ(志村武訳)「持続的代理権」実践成年後見法1号12頁以下を参照。

35) そもそも24条2項前段の規定は未成年後見を対象とした規定である。

36) その代表例は、National Conference of Commissioners on Uniform State Lawsが1979年に承認したUniform Durable Power of Attorney Act。

37) その代表例は、イングランドのEnduring Powers of Attorney Act 1985。

本の任意後見法はこの第3世代の持続的代理権法に属するといわれている³⁸⁾。第1世代の持続的代理権法が問題となるかぎり、その適用は一般的な委任契約の準拠法によって説明できよう。第3世代に属する「法律」との関連でも、法例7条の規定の下で委任者（本人）と受任者とは委任契約について準拠法の指定を行うことができる。しかし、代理人の権限濫用を防止する「法律」の目的は国際的な状況においても貫徹されなければならないと思われる。そのため、当事者が外国法を指定していても「法律」の強行規定は適用され（イ）、それに応じて委任契約の準拠法が規律すべき事項は限定されると考えられる（ロ）。

イ) 契約にたいする「法律」の介入

当事者が外国法を準拠法として指定しても、契約にたいする「法律」の強行規定の適用は避けられない。

第1に、委任契約が日本法の観点から適法であることが任意後見監督人選任の要件であることはいうまでもない。契約内容が適法か否かの審査は、早ければ公証人による公正証書作成の段階において、遅くとも任意後見監督人選任の段階で行われる。かりに委任契約が外国法を準拠法としていても、契約内容の適法性は日本の強行規定によって肯定されなければならない。第2に、「法律」は契約の適法性だけでなくその解釈にも強行的に適用される。その6条の規定によると、任意後見監督人選任後において任意後見人は本人の意思を尊重し、かつ、その心神の状態および生活の状況に配慮しなければならない。委任契約の準拠法たる外国法が受任者の「善管注意義務」にこれとは異なった意味を与えていても、当該規定は強行的に適用される。そうすると、任意後見監督人選任前においても、そういった配慮義務と矛盾しないように契約内容は解釈されることになる。第3に、任意後見監督人選任後における任意後見契約の解除には家庭裁判所の許可が必要である。任意後見監督人選任前ならばこのような許可なしに解除は可能であるけれども、それは、「法律」9条1項が「いつでも」解除できるとしているからであり、この規定の適用が前提となっている。

38) 以上の点および比較法的概観につき、デンズイル・ラッシュ・前掲8頁以下を参照。

ロ) 契約準拠法の規律すべき事項

委任契約の準拠法たる外国法の規律に委ねられる事項は、「法律」が私的自治に委ねている事項に限られよう。①詐欺・強迫、錯誤などの意思表示に関する問題、②契約内容たる任意後見人の報酬・費用の問題、③解除事由を限定する「正当な事由」などの解釈の問題、④任意後見人解任後における契約の運命の問題、⑤解除後の処理の問題、⑥当事者の死亡や破産などが契約の終了原因となるか否かといった問題である。

なお、契約準拠法たる外国法が本人の無能力を代理権の消滅事由と定めており、任意後見契約の締結が無意味であることが判明した場合、裁判所は、契約締結時点における準拠法指定についての本人の行為能力に疑問をもつかあるいは外国法の指定をいわゆる実質法的指定と構成するとみられる。

3) 任意後見契約にもとづきとられる措置の準拠法

任意後見監督人の選任その他の措置に関する規定は、以下の三つの理由から、日本の裁判所が管轄権を有するかぎりかならず適用されなければならない。上述したように管轄権と準拠法の並行を認める法規が立法されれば、法定後見とともに、この抵触規定によって適用されることになるう。

第1に、登記された任意後見契約があると法定後見の開始は原則として阻止される(10条1項)。このような任意後見契約の優先的効力は、準拠法を指定する当事者の意思によって左右されるべきではない。換言すれば、当事者が日本法を任意後見契約の準拠法として選択したか否かにかかわらず、肯定されなければならない。

第2に、「法律」の下での任意後見監督人の選任は、公的機関の監督の下における本人保護のシステムを開始させるものである。任意後見監督人の選任は、機能的には、法定後見における後見監督人などの選任に相当するだけでなく、法定後見開始などの審判や法定後見人の選任などの審判さらには補助人・保佐人への代理権付与の審判の役割をおびる。任意後見契約に表示された本人の意思は、職権により法定後見人を選任する際に考慮されるべき「本人の主観的事情」や補助人・保佐人への代理権付与に必要な「本人の同意」に代わるという側面をもっている。そうだとすると、任意後見監督人選任の審判の準拠法は、24条2項にい

わゆる「後見開始の審判がありたるとき」に適用されるのと同じの準拠法によるべきものである。

第3に、任意後見監督人による本人保護を原則とはしていても、ひとたび任意後見監督人が選任されれば、「法律」8条による裁判所の任意後見人解任権が示すように）本人保護の観点から裁判所は後見的に介入できる仕組みになっている。その意味でも、法定後見と任意後見とを異なって連結することはできない。

4) 法例8条（方式の準拠法）

任意後見契約の方式は法例8条の規定には服さない。「法律」2条1号の定義する任意後見契約であるかぎり、効力発生要件たる任意後見監督人の選任のためには日本法の定める公正証書によることは義務的とみられるからである。なお、任意後見監督人選任前の解除の合意についても公証人の認証する書面によることが義務づけられる。「法律」3条および9条1項の規定はともにいわゆる直接適用の法律である。