

涉外後見立法試論

——属人法主義および法選択アプローチの限界——

佐藤 やよひ

甲南大学法学部教授

- 1 序—現状と問題提起
- 2 現行法例と本国法主義の問題点
- 3 実質法における動き
- 4 国際条約における動き
- 5 結論

1 序—現状と問題提起

本稿のテーマは法例の後見規定改正に向けての立法的提言をすることである。現行法例は明治31年(1898年)に制定されたものであるが、爾来100年の月日を経た今日、国際化の進展は立法当時の予想をはるかに上回る。そこで、制定百年を機に法例の全面的見直しの機運が高まってきている。もっとも13条以下については平成元年に既に改正がなされている。それは、しかし、国際私法における両性平等と子の福祉の達成の見地からのものであり⁽¹⁾、後見については条文番号のみ23条から24条へと変更されたにすぎない。しかるに、後見に関しては実質法投階では大変革の時期を迎えており、ハーグ国際私法会議においても従来の条約の全面的見直しが進んでいる。これらの動きは、一つにはわが国を含めて先進各国が高齢(化)社会を迎え、従来の行為無能力者制度を基盤とした後見制度では対応し切れない事態の発生が必定となり、制度の抜本的改革に迫られている現状に触発されたものである。さらに子(未成年者)については子の人権保護の見地から親子関係そのものについての考え方が従来と大幅に変化していることがその動きの要因として挙げられる。

このような状況の中で立法的提言をするということは、24条のみならず涉外後見に関わる現行法例の条文全てを抜本的に見直さなければならないことを意味する。つまりそれは、24条におけるアプローチ及び連結点の選択の問題だけ

ではなく、涉外後見としてカバーすべき範囲如何という全面的考慮を必要とする問題も取り扱わなければならないということである。しかし、この最後の問題は、現状を鑑みると、後見制度と禁治産・準禁治産制度との関係、成年後見と未成年後見の関係、そして高齢社会を迎えて実質法段階の改革が進みつつある先進各国とそうでない国との差、ならびに各国の後見制度と公的扶助等の制度との連続性の抵触法段階での調整、さらに条約批准をどの程度まで予想して立法の射程に取り込むか等、問題は極めて広範・多岐にわたって錯綜しており、しかも大いに政策的考慮を必要とする問題である。そういった問題について応える能力も資料も筆者は有していない。ただ、前二者、即ちアプローチと連結の問題は最後の問題に比べると技術的かつ理論的な問題である。しかもこの2つの問題は一応認識としては分けることは可能であるが、理論上は一体として現れてくる。そして問題の解決は、結局のところ、被後見人の保護の実効性の確保に最適な方法の採用ということに収斂されるといってよい。すると涉外後見のように本国を離れて暮らす人間の保護が一番問題となるときには、現行法例の採用するような本国法主義では実効性の確保の観点からすると適切な処理ではないということになる。そこで以上のような観点から現行法のアプローチおよび連結の問題点を探究していくことにより、問題全体に対し何か解決のための一つの方向性が見えてくる可能性があるのではないかと考えた次第である。というわけで、ここでは法例24条の構造から、そこにおける属人法としての本国法主義の妥当性を探究し、法選択という手法の可能性がどこまで残されているのかを探ることに焦点を絞りたい。

2 現行法例と本国法主義の問題点

(1) 現行法例のアプローチ

現行24条(改正前23条)は、その1項において「後見ハ被後見人ノ本国法ニ依ル」と規定し、さらにその2項において「日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外国人ノ後見ハ其本国法ニ依レハ後見開始ノ原因アルモ後見ノ事務ヲ行フ者ナキトキ及ヒ日本ニ於テ禁治産ノ宣告アリタルトキニ限り日本ノ法律ニ依ル」と定めている⁽²⁾。ところで、この1項と2項を全体として眺めると24条は法選択規定

としては極めて奇妙な規定である。1項のみを取り上げると準拠法として本国法を選択している規定と読めるが、2項では外国人につきわが国の裁判所に管轄が認められる場合について規定しているのであり、そこでは後見に付する可否かの問題とわが国における後見事務の内容・効果の問題を分けて規定し、後者の問題についてはわが日本法に準拠することを定めており、結局我が国で外国人の本国法が適用される場面は極めて少ないといえるのである。そして2項との関連で1項を見ると、1項は結局法選択規定というより、本国に管轄があり、本国で当該本国法にしたがって置かれた後見人は、わが国においても後見人としての資格が承認されるということ述べていると見るのが自然である⁽³⁾。するとここでは準拠法の「選択」といった双方主義的アプローチは大幅な後退をみせており、むしろ管轄および承認のアプローチが採られている⁽⁴⁾、即ち24条は準拠法選択についての規定というより、わが国が本国の場合だけでなく、一般的に本国の管轄を認めた、裁判管轄についての双方向的な規定であって⁽⁵⁾、むしろ準拠法については、2項に見られるように、わが国法の適用される場合のみを定めた一方主義的なアプローチが採られているとよい。したがって、管轄・準拠法のあいだに並行性が認められことになるが、一体なぜこのような並行性が求められたのであろうか。

その理由として考えられるものとしては、第一に後見においては手続と実体が密接不可分の関係にあることである。手続と実体が密接不可分の関係にあるときには、とりわけ後見のようにその実効性が眼目となる分野においては、準拠法と管轄の並行性が求められることは誰もが納得するであろう⁽⁶⁾。しかし、そのような場合でも手続の相似性が認められれば、できるかぎり適応問題として手続きの代用ができないかを探るのが近年の傾向といえる。さらにもう一度翻って鑑みるに、元来身分・能力といったいわゆる伝統的な属人法の分野では、厳格に管轄と準拠法の並行性を求めないまでも、原則的に本国管轄・本国法主義といった考えが根強い⁽⁷⁾。すると、ここに第二に本国法主義を採用することが管轄と準拠法の並行性を求めるのだという理由が考えられるのである。そうすると本国法主義の意義を問い直すことで、並行性の要求に変化がみられるのか、つまり連結点を変えることでアプローチにも変化が要求されるのかという問題

が浮かび上がってくる。そこで、以下この並行性の観点から本国法主義をもう一度概観することにしよう。

(2) 本国法主義と本国管轄の並行性

いわゆる属人法分野と呼ばれる身分・能力・家族の分野において本国法主義が採用された経緯についてはすでに多くの綿密な研究がなされている。それらの研究によると本国法主義の採用の背景には、1.近代国家統一及びそれに伴う国家的規模の法の統一、2.近代国家統一にあたって革命による人の身分からの解放が人を直接国家に結びつけたことが存在する。そして本国法主義採用の理由としては1.気候風土・民族・宗教が人の成育におよぼす影響の強さ、2.国籍の恒常性・安定性、そして、3.対人主権が主として挙げられる⁽⁸⁾。しかし、いずれも準拠法次元における本国法主義について論じたものであり、準拠法次元と裁判管轄次元の並行性が何故認めなければならないのかということに照準を合わせたものではない。この点につき、準拠法次元における本国法主義が裁判管轄にまで影響を及ぼしたことを検証したのが池原季雄教授の論文「国際私法に於ける裁判管轄権と当事者の国籍（一）（二）」⁽⁹⁾である。

教授は、本国管轄が準拠法次元の本国法主義と同様、近代民族国家の成立と国家的規模の私法の統一に伴うナショナリズムの隆盛、そして法における民族性の強調が要因となって抬頭し、ひいては対人主権を基礎とする本国管轄正当化の理論が構築されていったことを詳細に検討する。つまり、「法に於ける民族性の強調の傾向の発展と共に、人の身分的生活関係は宗教、風土、歴史、習俗等に基く民族性によつて決定され、従つてその本國に最も深い関係を有し、本國の裁判所の裁判を受けることが最も適當であるとの思想が生じ」⁽¹⁰⁾たのであるという。そしてやがて「一九世紀末より特に二〇世紀に入つてからは所謂對人主権の原則の上に、本國法廷の管轄を國際的に基礎づけようとする立法、判例、學説も現われて來たのであつた。」⁽¹¹⁾と述べる。

しかし、身分・能力の分野において準拠法と管轄の並行性が求められているのは独り本国法主義を採用する国ばかりではない。米国の法廷地法主義に見られるように、自国に裁判管轄ありとするときには法廷地国法が適用される国に

においては準拠法の決定は裁判管轄の決定に吸収され、当然両者は並行していることになる⁽¹²⁾。したがって、並行性を要求するのは必ずしも本国法主義および国籍原則による場合のみではなく、取扱っている問題自体の性格がそれを要求しているということになろう。

では一体なぜ身分・能力の分野に於いては管轄と準拠法の並行性が求められるのであろうか。そしてそこになぜ主権という概念の介入がまま見られるのか。これは身分・能力については現在の我々が思っている以上に公的関心事であったこと、そして現在も公益との関係が完全には切断しえないことにも一因があるといえる⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾。しかしそれ以上に、身分・能力といった分野においては名宛人に対する権威的判断規準としての法の正統性 (legitimität, legitimacy) の要求が最も露になり⁽¹⁵⁾、そしてそれが身分・能力の創設機関そのものの正統性を要求するからであろう。

正統性の要求が、最もよく看取できる場合は、カノン法上の婚姻の国家法による解消不可能性においてであろう。また、婚姻そして子の嫡出性(これにはまさに legitimität という語が使われるのであるが)が問題とされるときには、同じ状態が事実上複数成立することが可能であっても、その中のいずれが正統な規律権限のある法によって正統なものとして認められるか否かが問題となるのである⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。もっとも判断規準としての法の正統性だけが問題となるのであれば準拠法選択アプローチをとることも可能である。しかし、さらにそのような身分・能力が手続を通して創設されるときには、手続を通じた正統化が問題となり、この手続の正統性の問題が渉外的に現れるとき管轄が問題となるものといえよう⁽¹⁸⁾。

しかも、渉外的に正統性を問題とすると、その正統性は「国際的な正統性」をいうことになり、その正統性を国際法上正当化する (rechtfertigen, justify) ことが求められる。したがって歴史的に近代主権国家が成立し、私法の統一がなされると、法的正当化根拠として国家主権が浮上してくるのは極めて自然な成り行きであったともいえる。しかも、その統一国家が民族的統一体としての国家を標榜し、自国主権の絶対性を協調する考えが強くなると、ここに対人主権としての国籍原則が、本国法主義および本国専属管轄として現れてくるのも、

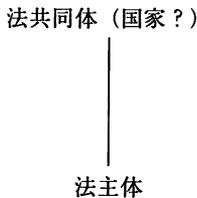
この流れとしては当然なものであったといえよう⁽¹⁹⁾。

(3) 属人法主義の問題点

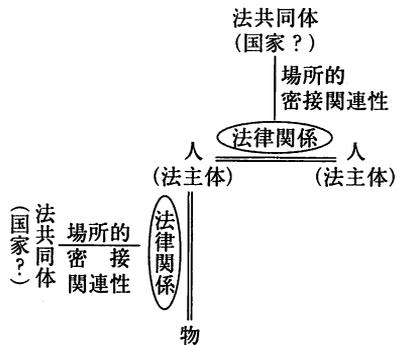
(i) とはいえ、なにゆえその正統性を属人法主義は、場所とのつながりではなく、人とのつながりに求めなければならないのであろうか。現在の伝統的国際私法においては準拠法は問題となっている法律関係と地域の密接関連性を基準に選択されている。つまり、問題を全て場所的空間化すること⁽²⁰⁾で解決を図ろうとしている。それは言うてみれば、当該法律関係の規律にあたり場所的最密接関連性(たとえそれが法廷地国の観点からの密接関連性にすぎなくとも)を当該規律の正統性の正当化根拠としていると見ることができる。しかし、本国法主義を採用する国は全てその前提として属人法、すなわち人についてまわる法であることを前提として本国法によるとしているのである⁽²¹⁾。そしていわゆる属人法とされる分野においては地域との密接関連性は「人と法の密接関連性」を媒介として初めて空間化されるといった迂路を辿るのである⁽²²⁾。では一体何故にこのような迂路が要求されるのであろうか。そしてこの迂路に頼らざるを得ない要因がいわゆる属人法分野とされる分野に敵として存在するのであれば、また後見が属人法の支配領域に入るものならば、現行法例を変える余地は極めて少ないといわざるを得ない⁽²³⁾。しかし、なぜ属人法主義かということについて立法者は理由を述べておらず、むしろそれは国際私法における大原則として当然の前提となっているのである⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾。

(ii) さてこの解答はというと、これはまさにいわゆる属人法として取り扱われる分野の問題が法の主体の属性を取り扱っており、法律「関係」そのものを取り扱っていないことに由来すると考えられる⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾。かつては婚姻・親子・相続といった身分法と呼ばれる分野は、まさに身分を取扱い、身分は能力と密接な関係を有していたことは周知の通りである⁽²⁸⁾。そして能力とは法主体の法的属性の問題(あるいは能力の場合には法主体そのものの存立の問題という方が正確かもしれないが)である。それに対し、債権、物権といった分野は人と人の「関係」、人と物の「関係」、すなわち他者あるいは物との間の法律「関係」を取扱うものである。図示すると次のようになる。

能力



法律関係



しかし、婚姻・離婚・相続といった制度が次第に能力の制限に結びつかないものとなり、むしろそこに他の分野と同様に人と人の関係、人と物の関係といった関係性のみが残されてくると、むしろそれは法律「関係」として当該法律関係についての場所的密接関連性が直接求められるのは国際私法の本質からして当然のことであろう。にもかかわらず、人の属性の問題の準拠法をもって当該法律「関係」の準拠法とすれば、そこに当該法律関係と真に場所的密接関連性を有する法との間に齟齬が生じるのは必定といえよう。

すると後見の場合でも問題となるのは、後見制度が人の能力の制限と結びついているか否か、あるいはその結びつきの程度如何である。この結びつきがない、あるいは極めて弱いものとなるとそれは法主体の属性としての問題より、他者あるいは物との「関係性」の問題として取り扱うべき問題ということになるのである。そして、現在能力の制限というよりも保護、すなわち保護の必要な人に必要な保護を与える制度として後見制度が見直されていることを考慮すると、属人法から解放してその場所的密接関連性を直接探究する方法が採られるべき時期にさしかかっているとみるべきであろう⁽²⁹⁾。そこで以下で少し実質法の動きを見ていくことにする。

3 実質法における動き

後見の分野における実質法の動きについては未成年者と成年者に関するものそれぞれ別個に見ていく必要がある。もっとも両者には大きな共通点が存在す

る。それは両者とも被後見人本人の自己決定権の尊重と必要な保護を迅速・十全に与えるために、公的介入が認められる度合いが従来に比べて大きくなっており、しかもその介入が個々のケースに応じた柔軟なものとなるように、当事者の権利・義務を規定するというよりも組織として制度を造り上げようとする傾向が強いことである。

(1) 未成年後見

未成年後見は「後見制度が親権制度の延長であり、その代用物である」と通常言われるように⁽³⁰⁾、成年後見と異なり、常に親権との関係が問題となる。それは親子関係を規律する一連の法の中で捉えられるべきものであり、したがって親子法を司る精神が後見制度の中でも活かされなければならない。ところで、親子関係については、1989年国連総会において「児童の権利に関する条約」が全会一致で採択され、1999年4月現在実に190ヵ国もの国がこの条約を批准している⁽³¹⁾。つまり、今後国内法を改正するしないに関わらず、この条約が各国親子法運用の指導理念を提示しているといっても過言ではない。

この条約の基本原則としては一般に、① 差別の禁止(2条)、② 子どもの最善の利益(3条)、③ 生命、生存及び発達に対する権利(6条)、④ 意見表明の機会(12条)の4つが挙げられる。そして各国はこの理念達成のため具体的な実効措置を講ずる義務を負っており、その実効的措置にあたっては結局「子どもの最善の利益」を優先的に考慮すべきであり、条約全体から伺えるのはそのための「適切な家庭環境」を整備するようとの要請である。つまり、国家は家庭尊重・援助は勿論のこと、ともすると家庭内弱者として物心両面にわたり家庭内で搾取の対象となる「子」について、親に代わり国が子の利益を直接確保・実現するために家庭介入・代替義務を負うのである(3・9・19条)⁽³²⁾。これは一方で国家の家庭への不必要な介入を排除することにもなるが、他方国がパレンス・パトリエ(*parens patrie*=親としての国)となることをも認めたものといえる⁽³³⁾。しかも、問題はこのような理念からすると、この介入が立法といった一般的な措置ばかりではなく、前述したように、個々のケースに応じた具体的で弾力的なものであることも要請されることである。

ところで、本条約の国際的実施措置は政府の報告制度のみであるが、政府報告に対しては政府審査がなされ、「最終的所見」を締約国毎に採択し、それは国連文書として公開される(45条)ことになっている。この最終的所見には懸念事項・提案・勧告が含まれ、5年後の次回政府審査までにそれらについての実効的な措置をとることとその報告が求められる⁽³⁴⁾となっているので、今後、現行法で条約との抵触はないとする立場をとる国も、本条約に則った国内実質法の改正が進む可能性は大いにあるといえよう⁽³⁵⁾。だとすると今後、国内実質法次元においては、子どもの最善の利益および自律をはかる観点から、不必要に子どもの能力を制限することなく適切な保護の確保に向けて、親の責任の強化とともに親の権威の絶対性の否定、そして公的介入の強化の方向への展開が見られると予想できよう。

(2) 成年後見⁽³⁶⁾

1999年は国連で国際高齢者年とされ、「高齢者のための国連原則」を促進・具体化する活動を始める年とされているが、すでに先進各国においては、早い国では1960年代後半から成年後見制度に関する見直しが進み、法制度の整備が図られている⁽³⁷⁾。わが国においても平成11年の145回国会に民法改正案等成年後見制度関連4法案が提出され、平成11年8月に継続審議事項となっている⁽³⁸⁾。この背景には2015年には高齢化率が25%を越えるという急激なわが国における高齢化の進展がある。ところが現行の禁治産・準禁治産制度は、その名の示すとおり、本人の財産の保護と取引社会の安全に配慮する観点から制度がつくられ、そのために画一的・硬直的な制度となっており、高齢(化)社会のニーズに応えられないので、先進各国の制度にならって民法の改正に踏み切ろうとしているわけである。

したがって、この法案制定の理念はまさに各国が成年後見制度制定にあたって理念としたものと同じといえる。その理念とは従来からの「本人の保護」の理念に加え、本人の自己決定(自立)の尊重、本人の残存能力の活用、ノーマライゼーション等の新しい理念であり⁽³⁹⁾、それらを調和させた法制度の確立が各国でも模索された、あるいはされつつあるとあってよい。つまり、「保護の必要

な人に、その必要に応じた保護を、必要な限りで与えられる」ように制度を柔軟・弾力的なものに改革しようという点で共通する。そこでは従来の制度とは異なり、本人の能力の画一的制限は避けて「必要とされている保護」は何かに眼が向けられている。

しかし、そのための保護を与える手続は各国の事情に応じて極めて異なったものとなっている。たとえば、わが国においても現行の禁治産・準禁治産といった二元的制度に対しドイツの世話法のような一元化した制度の導入が検討されたが、わが国では制度上無理ということで⁽⁴⁰⁾今回の改正案でも見送られている。また、わが国の現行規定の母法であるフランスの後見制度における完全後見では、他国の制度と異なり、家族会の役割が重要である⁽⁴¹⁾。さらに英国における持続的代理権授与法は、そもそも英米法系の国では行為無能力者制度というものがなく、しかも本人が意思無能力になるとそれまでに授与していた代理権が消滅するところから、本人が無能力になる前に任意代理人を選定しておき、意思無能力になったときに保護裁判所に代理権の登録をすることにより、代理権が発生するようにしたものである⁽⁴²⁾。つまり各国の手続は従来の法制度を前提にしており、しかも成年後見制度は他の公的扶助および精神衛生法といった法との繋がりの上に成り立つ制度である。したがって、目標とするところは同じであっても、それを達成する手続はそれぞれ各国各様であり、その内の一部のみを取り出して他の部分は他国の制度で代用がきくというようなものではないといえよう⁽⁴³⁾。

4 国際条約における動き

国際的な次元においても両者ともに実質法の動きのところで指摘したような共通点が存在するとはいえる。すなわち、実質法上追求されている価値が国際的次元においても追求されているのである。しかし、国際的次元においては成年者が近年漸く国内的な関心の高まりに刺激されて国際的にも眼が向けられるようになってきたのに対し、未成年者に関しては既に1924年の国際連盟における「ジュネーブ宣言」、1959年国連総会で採択された「児童の権利に関する宣言」に見られるように、古くから国際的関心が持たれ⁽⁴⁴⁾、動きも極めて活発で

ある。それに対し、成年後見の方は1971年の精神薄弱者の権利宣言と1975年の障害者の権利宣言あたりから国際的にも関心が高まってきたといえよう。そして国際的次元において成年・未成年後見いずれにとっても重要なのは一連のハーグ条約である。

(1) 未成年後見

未成年者後見については1902年「未成年者の後見を規律するための条約」⁽⁴⁵⁾が成立し、ここでは被後見人たる未成年者の本国法主義が極めて厳格に守られていた。しかし、この条約は1958年のボル事件⁽⁴⁶⁾の反省から1961年成立の「未成年者の保護に関する官憲の管轄権および準拠法に関する条約」にとって代わられている。1961年条約では本国法主義が大幅に後退し、常居所地国法主義を原則とし、さらに管轄権についても規定する⁽⁴⁷⁾。けれども、その3条「未成年者の属する国の国内法から法律上当然に生ずる権限関係は、すべての締約国において承認される。」の解釈をめぐる本国と常居所地国の管轄の競合が大きな問題となった⁽⁴⁸⁾。また締約国も1997年3月の段階で西ヨーロッパを中心に11ヵ国と限られている⁽⁴⁹⁾。

そこでこういった問題点を克服し、さらに国際協力を進めるために1996年に「親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約」(いわゆる親責任条約)が成立した⁽⁵⁰⁾。この条約はその名称からもわかるように、単なる準拠法選択のための条約ではなく、子の保護の実効的確保のために必要な手続全般にわたって定めている。

しかし、何よりも従来条約と異なる点で注目すべきことは、未成年者後見の問題を親責任に包含させて、これを親子法の問題の中に明確に位置づけたことである(1条2項, 3条c)⁽⁵¹⁾。つまり未成年者後見の問題はここにおいて成年後見と決定的にその位置づけが異なってくるということになろう。また、常居所地国管轄優先の原則を明確化し(5条)、準拠法と管轄の並行を認めており(15条1項)、さらに国際協力の現実的な達成のため中央当局制度を採用している点(第5章29条以下)が特徴的である。これは他のハーグ条約、すなわち、1980年の「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」⁽⁵²⁾および1993年の「国際

養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約」⁽⁵³⁾と平仄をあわせたものである。つまり、このようにはっきりと親責任の一部として未成年後見制度の位置づけがなされると⁽⁵⁴⁾、未成年後見においてもこれら親子関係を取り扱う他の条約との関係が重要となる。国際協力を達成するためにはこれらの条約の間に有機的な関連性・整合性をもたせることが必要となってくるからである。

そして子どもの権利条約に見られるように、「子の福祉」がもはや一国内の公序ではなく、国際的公序とも言えるようになった今日⁽⁵⁵⁾、国際養子縁組条約に見られるように、管轄や準拠法の抵触を直接解決しようというのではなく、実質的に「子の福祉」を国際的次元において実現できるように、国際条約自身が実質的な解決を目指す方向性⁽⁵⁶⁾を示しているといえる。わが国においてもこのような条約の批准を念頭に置くならば、未成年後見制度については法例の他の親子関係の規定と併せて改正⁽⁵⁷⁾を考えなければならないことになる。

(2) 成年後見

成年後見について1905年の「禁治産および類似の保護手段に関する条約」⁽⁵⁸⁾があり、この条約は1997年9月の時点でなおイタリア・ルーマニア・ポーランド・ポルトガルで有効である。ここでは原則本国管轄そして本国法主義を採用し(2条)、例外的に常居所地国管轄を認める(3条・6条・8条)。これに対し、1997年9月に特別委員会により「成年者の保護に関する管轄権、準拠法、承認、執行および協力に関する条約案」が採択されている。これは先に述べた親責任条約と平仄を合わせており、原則として常居所地国管轄を認め(5条)、管轄と準拠法を並行させ(12条)、しかも国際協力を促進するために中央当局制度を採用するものである(第5章27条以下)⁽⁵⁹⁾。

5 結 論

さて以上から明らかになったのは、もはや成年・未成年後見いずれも、能力の制限という観点からよりも、適切な保護を与えるという観点から立法されていることである。つまり本人の属性としての能力よりも、他との「関係性」が重視されている。するともはやここでは属人法という概念は無意味であり、場

所的密接関係性の観点からのみ考慮すべきということになる。とはいっても手続と実体の密接不可分なことは変わりはない。すると、必要な保護を迅速・十全に与えるためには常居所地国管轄を認め、その国の法に従って保護すべきであるということになる。

ただ、国際条約と異なり一国の立法としては、常居所地国に管轄があり、常居所地法が準拠法となるという双方向的な規律は無意味である。他国の直接管轄についてまで規律しても、当該他国がその法の名宛人ではそもそもないからである。これは承認の規定を別個に規定し、そこで被後見人の常居所地国でなした措置の原則的承認を認めればよい。したがって、直接管轄と準拠法については、自国に常居所を有する者については自国法の適用があるという一方的な規定とすべきである。

さらに、涉外後見に於ては実質法で追求している価値が国際公序として国際的次元においても求められている。しかもその価値は、上述したように、実効性ある保護の迅速な獲得に向けられている。するとそのための各国の制度や手段に相違があっても、追求されている価値を実現するだけの機能が備っていればよいことになる。つまり法の抵触の解決要請はここでは後退してしまう。そうすると、価値盲目的な抵触のみの解決に向けられた双方向的な規定よりも実質法とつながりのある一方的な規定の方が望ましいということもいえる。

それでは本国の管轄を認め、本国法主義を認める場合が全くないかということそうではない。とくに成年後見については各国の実情・財力の相違が大きすぎるので、例外的に自国民保護の見地から本国管轄の余地を残しておくべきであろう⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾。そして、このことは常居所地国たる外国裁判等の承認に際しても、実質法上追求する価値がそのまま国際的次元の価値にもなっている場合には⁽⁶²⁾、今後国際養子縁組条約のように、実体的に要求される最低限基準が遵守されているかが承認条件として入れた方がよくなる可能性も出てくる⁽⁶³⁾ことを意味する。

以上は未成年・成年後見いずれにも当てはまることであるが、ただ未成年後見が親子法の一貫として考えていくべきことに鑑みると、成年後見とは分離して立法すべきではないかと考える⁽⁶⁴⁾。

以上が筆者が渉外後見立法にあたって提言するところである。

- (1) 南敏文「改正法例の解説」(法曹会, 1992) 40頁～43頁。以下, 南・解説とす。
- (2) 現行 24 条は, もともと明治 23 年制定の旧法例には後見そのものについての規定がなく, 明治 31 年の現行法例において初めて設けられたものである。旧法例制定および現行法例制定の間の事情については, 川上太郎「日本国における国際私法の生成発展」(神戸法学双書 6, 1967, 有斐閣) 12 頁～101 頁参照
- (3) 池原季雄「第六節 親族 7 後見・保佐」国際私法講座 II (1955, 有斐閣) 642 頁 注(30) 参照。もっとも, 折茂豊『国際私法(各論)(新版)』(1972, 有斐閣) 411 頁, 下方元子「渉外後見の裁判管轄権とその準拠法」講座・家事審判法 5 岡垣學・野田愛子編(1990, 日本評論社) 278 頁では, 24 条は後見の準拠法について定めた国際私法規定であって, 後見の管轄権を定める国際手続法の規定ではない。と明言する。折茂教授はそこから管轄と準拠法を切り離して, わが国に居住する外国人について管轄を認めて, その本国法にしたがって後見人を選任する場合を認められる。近年, このような考え方が有力になってきているが, 果たして可能であろうかという疑問が残る。
- (4) 管轄の規定と見るとこれは双方向的な管轄規定ということになるが, 外国裁判所の直接管轄についてわが国が規定することはないので, 結局間接管轄についての規定ということになり, 承認の規定ということになる。
- (5) 但し, 池原・講座 II 642 頁注(30)においては 23 条(現 24 条)は管轄規定ではないとし, 日本法はこの点につき法の欠缺があるとして, 解釈により本国管轄を導き出す。
- (6) 三井哲夫「国際人事・家事事件の裁判管轄」国際私法の争点(新版)(1996, 有斐閣) 230 頁では, この要因を非訟事件の行政的要素に求める。しかし, 訴訟と非訟の区別が問題となるし, まさにこれは実定法の決め方如何によるところが大きいのでここでは非訟性という観点からの議論は取り扱わない。
- (7) 池原季雄『国際私法(総論)』法律学全集 59 (1973, 有斐閣) 20 頁 注(29)参照。同「国際私法に於ける裁判管轄権と当事者の国籍(一)(二)」国際 48 卷 4 号(1948) 541～573 頁, 6 号(1949) 738～771 頁以下, 池原・管轄として引用する。

現在, 離婚については昭和 39 年 3 月 25 日最高裁大法廷判決以来被告住所地地の管轄は原則として確立したといえようが, 本国の管轄についてはいまなお争いがある。筆者はこの判決によって従来正統性の見地から本国に専属的に管轄ありと考えられてきた流れに訴訟法の見地から修正がなされたと見る。
- (8) 旧法例においても本国法主義採用が認められていたが, そのことについての立法者の考えについての詳細な紹介として, 櫻田嘉章「渉外家族法における本国法主義」現代家族法大系 1 (1980, 有斐閣) 204～209 頁参照。
- (9) 注(7)参照。なお, この論文は第一回国際私法学会での報告論文である。

- (10) 池原・管轄 (一) 548 頁
 (11) 池原・管轄 (二) 549 頁
 (12) もちろん、米国のような立場を対人主権に対する領土主権から説明することは可能である。ただ、主権概念の国際私法理論への導入を嫌う考え方によると、場所的密接関連性から説明することになるのであろう。しかし、後に述べるように属人法として本国法主義を採用する場合にはいずれにせよ場所的密接関連性という考え方とは相容れないのである。

- (13) 櫻田・前掲「涉外家族法における本国法主義」207 頁, 238~239 頁。同「サヴィニーにおける準拠法選択の在り方について」法学論叢 126 巻 4・5・6 号 (1990) 188 頁のミッターマイヤの言葉。「自分に関する法律は公法 (öffentliches Recht) および政治的状況 (politisches Verhältniss) と関連しており (以下略)」また、Neumeyer, K., „Internationales Verwaltungsrecht“, Bd. 1, S. 16~26. 参照

法的親子関係の存在が血統主義を採用する国においては国籍取得の原因とされていること等からわかるように、身分変動が国籍の変動をもたらす可能性は現在も厳として存在するのであり、かつては家族同国籍主義が望ましいとされていたので、現在よりもさらに身分変動について公益が関係するものと捉えられていたものといえる。先に引用した池原教授の論文はそのテーマが本国管轄の適切性の探究にあるのであって、属人法としての本国法主義そのものに対する批判を直接の目的とするものではないが、そこには国籍という国家と国民の公法的紐帯を私法関係の連結点として用いることの批判が含まれている。

また、このような身分関係における公的側面と私的側面のせめぎあいが現在も如実に現れているのが氏についての公法権説と人格権説の対立であり、国際私法で属人法という考えを取るかぎり、両者の考えは準拠法については相違なく、ともに本国法主義を採用する結果となり、問題点は準拠法を適用する機関あるいは国際私法の方法論へと移行したものと筆者は考える。

- (14) 後見が公的関心事であることについては法典調査会の議事速記録における穂積陳重博士の一般的説明における管轄権の問題のところで明白に述べられている。久保岩太郎「現行法例の成立について (身分と総則の部) 一法典調査会議事速記録を中心として」(久保岩太郎『国際身分法の研究』(1973, 有信堂) 67 頁~68 頁)
 (15) この語は「正当性」と翻訳されることがしばしばであるが、筆者は「正統性」とであると考える、この「正統性」を「正当化」する根拠を指す場合には「正当性」と言うべきものと考えている。

法の正統性とは、本文でも述べたように、その法が名宛人に対し権威的規準として妥当していることを意味するが、その正統性の根拠を何に求めるかについては様々な考え方が可能である。筆者としてはこれ以上の議論は法哲学の領域に踏み込む上、筆者自身の考えも未だ充分徹底していないので避けたいが、ハート (H.L.A.Hart) およ

びラズ(J.Raz)の考えがもっとも筆者の考えているところに近いのではないかという感触を目下有している(感触にすぎないのは、この両者の議論を筆者が完全に把握しているとは言い難いからである)。井上茂・法規範の分析(1982,有斐閣)277~311頁,田中成明・現代法理論(1986,有斐閣ブックス)56~118頁,ラズ「法的妥当性」「権威・法・道徳」(深田三徳編「権威としての法—法理学論集 ジョセフ・ラズ」(1994,勁草書房)所収63~91頁,139~201頁),同「権威と正当化」(森際康友「自由と権利—政治哲学論集 ジョセフ・ラズ」(1996,勁草書房)所収139~188頁),Hart, "The Concept of Law," Clarendon Press,1990, pp.49~120.

- (16) H. Thue, "Connecting Factors in International Family Law" in "Families Across Frontiers" edited by N. Lowe & G. Douglas (1996, Nijhoff), p. 58 においては法は元々人々を集団に結び付ける宗教的かつ社会的な制度の一部としてとらえる。
- (17) 反致が本国法主義と住所地法主義の対立の緩和に用いられるのも、単に準拠法所属国が自国法の適用を望まないということのみではなく、法廷地国から見て規律する正統性を有する国自身が自国の正統性を否定しているのであれば、その国の法にしたがって判断しないことに何も躊躇する必要はないということになり、それが「王に優る王党たるなかれ。」の本来意味するところではないかとも考えられる。そしてその国が法廷地国の規律の正統性を認めているのであれば、法廷地国裁判所にとって自国法の正統性は疑うまでもないところであるから、当然それを受容するのに抵抗はない。そう考えると反致は必ずしも内国法優先の思想に立つものとはばかりは言えなくなる面も有することになる。さらにこの「正統性」が準拠法ばかりでなく手続機関の正統性をも要求するのであれば、ここにこそ隠れた反致の根拠が見出せるのではないであろうか。
- (18) 判断規準の正統性のみで足りるとするには、自国国家主権の絶対性を強調するばかりでなく、むしろ国際協調の観点から他国の主権も尊重し、他国の機関に対する信頼が生まれてくる必要があるであろう。しかし、近代国家設立以降、流れはむしろ自国国家主権の絶対性を強調し、他国の介入を嫌う傾向にあったので、管轄と準拠法次元を切断して考慮することが難しかったものといえよう。そして国際協調が進むに連れて少なくとも訴訟手続においては手続の相似性は大きくなりつつあり、さらにこれが他国機関への、とりわけ裁判所への信頼を高め、国際協調が進むという循環で展開してきているように思われる。そして国際協調の考えが広まるにつれ、本国法主義の双法化が進み、そこにまさに準拠法レベルと裁判管轄レベルの切断が可能となり、国際裁判管轄において純粹に訴訟的観点から管轄配分的考慮が可能となったものと筆者は考える。

また、さらにそこには国家を国際的に人権を保護するための道具と見る国家観そのものの変化も読み取れるであろう。このような国家観の変遷も考慮に入れると、法の

正統性の根拠はハートの言うように究極的には承認に行き着くものと思われる。すると国際私法は、法廷地国が外から外国法の妥当性を密接関連性を根拠に承認しようというものであるが、それが名宛人としての当事者自身がその内的言明として承認している法とずれがあれば、できるかぎり当事者の内的言明に合わせて法の妥当性を認めていこうとする考えが出てきて当然かと思われる。このように考えると家族法分野において尚も国籍を連結点とする属人法主義を採用することは十分に意味のあることであろう。そして、密接関連性を根拠に渉外的法律関係を規律する法の正統性を承認するのが国際私法の役目の一つであるならば、それが法規の内容に盲目的であるのは当然であろうし、公序において問われるのはその法規の内容の法廷地国における正当性であって、法自体の正統性ではないことになる。すると、公序を利用してさらにもう一度内容的に適切な準拠法選択を可能にしようとする機能的公序論は、法内容の正当性如何が規律の正統性をなぜ奪うことが可能かという点について説明が必要になるものと思われる。そしておそらくそこに見出しうるものは、筆者のような実証主義的立場とは全く異なる立場からの回答であろう。

- (19) 池原・管轄、前掲4号548～549頁。さらに551頁においては歴史的傾向として「一般管轄の決定の要素として国籍が考慮されたのは、近代民族國家の成立發展、民族主義の消長と極めて密接に關聯し、而もそこには往々國家主義的行過ぎが見られ、又對人主權の上にその國際的な基礎づけを試みた理論もみられたが、第一次大戰後、より高度の國際主義的思想の發展と共に稍々勢を減じて來たことを看取出來るであろう。」とまとめる。

また、米国の法廷地法主義はその正統性根拠を領土主権におくと見ることでもできる。

- (20) 時際法、人際法の問題もそれを国内法の管轄事項とすることで、渉外的問題の解決としてはやはり場所的空間化により一応の解決をはかっているといえよう。
- (21) 属人法主義としては必ずしも本国法主義だけでなく、住所地法主義もあるといわれているわけであるが、英米法、とりわけ米国に属人法という觀念が存在するかは極めて疑わしい。折茂・前掲「属人法論」8頁、また、池原教授は本国法主義に対して住所地法主義を推奨されているが住所地法主義が本国法主義に比するとはるかに属地的であることも意識されている(池原・管轄4号553頁注(II)参照)。
- (22) 櫻田・前掲「サヴィニーにおける準拠法決定の在り方について」203頁、207頁、西谷裕子「国際私法における本国法主義の成立と展開(二)」民商116巻6号(1997)902頁においても同様の指摘がなされている。また、同論文891頁に紹介されているゲーブハルトの考え方「そもそも人的法に関する規定は、人とある地の空間的結び付きを基準とするのではなく、血統及び民族性に基づいて形成される民族(Volk)の属性を示すものであるゆえ、婚姻能力、成人年齢等については民族的要素が基準とされねばならない。」は明らかに属人法分野における法選択が場所との密接関連性基準によるものでないことを端的に示すものといえる。

(23) このことについてはII項の例外的属地的後見を認めた立法理由においても指摘されている(法例修正案参考書50~51頁)。

(24) 法例修正案参考書50頁

平成元年の改正のあたっても属人法によるという点については争われておらず、したがって属人法として何を意味するかという点についても明確ではない(南, 解説46頁以下)。

(25) 本国法主義のさらに前提となっている属人法主義にその問題の根があるということは、いわゆる身分・能力の分野において属人法としての本国法主義を採用しているときに問題が生じるのは、常に属地的な保護の必要性が無視される点であることから明らかになる。3条II項の内国取引保護規定しかり、そしてまさに目下取り上げている後見についての24条II項もそうである。つまり、問題は本国法主義と属地主義の対立ではなく、属人主義と属地主義の対立ということである。

(26) サヴィニー自身が法律関係と区別して人の法的属性について扱っていることについて検証したのが、先程から取り上げている櫻田教授の「サヴィニーにおける準拠法決定の在り方について」である。その219頁では「法規の対象としては法律関係(特定の物への権利、債権、全体財産に対する権利、親族権)と区別して人自身・人の権利能力・行為能力・権利取得および享有の条件が挙げられ、抵触法の解決の基本原則として人自身の法状態が捉えられている点をも勘案すると、この人的法はそもそも各法律関係の準拠法確定という抵触法理論とは区別される問題であると言うことになる。」と述べておられる。なお、233~234頁も同様の趣旨から属人法概念の有用性への疑問が生ずることを指摘する。

(27) サヴィニーは法律関係を個人の意思の独立的支配の範囲(ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens)と定義し、その対象として1. 自己 2. 自然 3. 他人を挙げる(Savigny, „System des heutigen römischen Rechts“, vol. 1 (1840 rpt.), § 53, S. 334-335 小橋一郎訳『サヴィニー 現代ローマ法体系』第1巻(成文堂, 1993) 299頁以下)。ここでは自分が自身に対する関係、すなわち自分についての権利と他人に対する二つの関係、すなわち債権関係と親族関係の中この後者もを法律関係として捉えているのである。したがって、筆者のように「関係性」を他者あるいは物との関係、つまり外界との関わりのみに限っているのではないが、自己についての権利および親族関係の一部は(これは親族関係が不完全な自己を補充する機能を有するからであるが)法的権利というより原権(Urrecht)あるいはそれに近いものとして区別して取り扱い、それらは実定法の範囲から除外する。そして、8巻の§ 345では「人」と「法律関係」を区別して法の対象として取り上げていることは衆知のとおりである。したがって、「法律関係」として残るものはやはり、筆者と同様、外界との「関係性」を有するものであり、自己および自己を補充する親族関係はすべての法律制度の出発点ないしは前提としてその規律は別個に考えているものと思われる。

つまりある法体系が創り出す法的世界の主体、これはその世界の権利の主体となるものだが、これは「関係性」では捉えられないものと考えているのではないだろうか。このような主体を徹底的に属地的に考えて創り出すことも可能であるが、民族的統一体としての近代国家においては属人主義に傾かざるを得なかったと筆者には思われる。もっとも、サヴィニー自身はできる限り属人法についても場所的に捉えていこうとしたのであるが、そこには民族共同体の拡大とともに共同体の場所的拡大の目論見も有していたのではないかと筆者は考える。

- (28) Savigny, *ibid.*, Bd. 2, S.443 ff. Beylage VI, 小橋訳・同 第2巻373頁以下。
ここではStatusとCapitis deminutio(頭格の減少)が取り扱われているが、結局Statusには親族法のすべての関係が含まれ、それらが権利能力に影響することについて述べている。
- (29) 折茂・前掲「各論」402～403頁。
- (30) 鈴木ハツヨ「後見人および後見監督人の選任と職務(続) 一家事審判資料よりみたる後見制度」現代家族法大系1 (1980, 有斐閣), 381頁
- (31) わが国も1994年4月22日に批准(158番目), 5月22日より国内的効力が発生している。
- (32) 鈴木隆史「子どもの権利条約と家族法」ジュリ1059号(1995・1)106頁, 大阪弁護士会少年問題特別対策委員会編「子どもの権利条約は子どもの環境を変えるのか—子どもの権利条約の国内的实施」1頁(1997)
- (33) 公的介入を大きく認めている国としてアメリカ合衆国がある。米倉明『アメリカの家族—ポストン法学見聞記』(1982, 有斐閣)255頁以下, 樋口範雄『親子と法—日米比較の試み』(1988, 弘文堂)94頁以下。
- (34) 大阪弁護士会少年問題特別委員会編・前掲2～3頁。
- (35) ドイツでは既に1992年に本条約が発効しているが, 連邦政府は批准当時の現行国内法規態で条約に抵触はしていないとしつつ国内法の改正を進め, 1998年一連の法改正を行っている(岩志和一郎「ドイツの新親子法(上)(中)(下)」戸籍時報493号(1998)2頁以下, 495号(1998)17頁以下, 496号(1999)26頁以下)。
- (36) 成年後見に関する資料および論文は1994年位から怒濤の如く出ている。ここでは主に成年後見問題研究会編の「成年後見問題研究会報告書」(1997, 金融財政事情研究会)(以下「研究会報告」として引用)と日弁連司法制度調査会成年後見制度海外調査団編の「欧米6カ国の成年後見制度調査報告書」(1995)(以下「調査報告」として引用)による。また, 各国法につき法務大臣官房司法制度調査部編「諸外国における成年後見制度」(1999, 法曹会)
- (37) 1968年フランス民法の改正を嚆矢として, スウェーデンの1974年特別代理権法, 1988年管理後見法, 1985年の英国の持続的代理権授与法, カリフォルニア州の1990年公的後見人法, ドイツの1990年世話法等が挙げられよう。

- (38) 「民法の一部を改正する法律案等要綱の概要—成年後見制度の改正及び公正証書遺言等の方式の改正」法務省民事局参事官室法務省民事局第二局, ジュリ 1152 号(1999) 127~141 頁, 山岸信雄「民法改正案等成年後見制度関連 4 法案」立法と調査 211 号(1999) 51~53 頁。8 月 13 日, 参議院法務委員会で継続審議をとなる(朝日新聞 1999 年 8 月 14 日朝刊 6 頁)。平成 11 年 10 月 29 日に召集される第 146 回国会に再度提出されることとなった。
- (39) 法務省民事参事官室「成年後見制度の改正に関する要綱試案の概要」ジュリ 1141 号(1998) 特集・成年後見制度の立法課題 4 頁
- (40) 研究会報告 32~33 頁
- (41) 調査報告 8 頁, 26 頁
- (42) 研究会報告 19 頁, 調査報告 55 頁以下。
- (43) 台湾について国立政治大学法律学系教授の林秀雄教授はわが国よりも速い老化率を示す可能性があるにもかかわらず, 現行法で対処可能としている(同「台湾における成年後見—高齢者の保護」法の苑 32 号(1998, 「アジア家族法三国会議から」))。
- (44) 子どもの権利保障に関する国際的な動きについての歴史的推移に関しては「子どもの権利保障に関するおもな成果」自由と正義 46 巻 1 号(1995・1) 137 頁
- (45) 川上太郎「国際私法条約集」(1966, 有信堂) 111 頁。以下, 川上・条約集とする。
- (46) ボル事件については川上太郎「国際私法条約の解釈」国際 62 巻 2 号(1963) 1~16 頁参照。
- (47) 川上・条約集 157 頁以下。
- (48) 小出邦夫「ヘーグ国際私法会議第 18 会期の概要」民事月報 52 巻 6 号(1997) 76 頁
- (49) オーストリア, フランス, ドイツ, イタリア, ルクセンブルグ, オランダ, ポーランド, ポルトガル, スペイン, スイスおよびトルコである。
- (50) 小出・前掲参照, 草案の解説として, 横山潤「子の保護に関するハーグ条約準備草案について」一橋論叢 116 巻 1 号(1996・7) 1~19 頁
- (51) この条約と同様の考え方は, 我が国では親権廃止・親権後見統一論として, 既に昭和 25 年に於保不二雄教授が, 昭和 34 年に中川善之助教授が打ち出されている。久貴忠彦「親権後見統一論について」講座・現代家族法 4 巻(1992, 日本評論社) 3 頁以下
- (52) 南敏文「ヘーグ国際私法会議第 14 会期の概要」民事月報 38 巻 2 号(1983) 3 頁以下織田有基子「『子の奪取に関するハーグ条約』の実際の適用と日本による批准の可能性」国際 95 巻(1996) 2 号 35 頁以下。
- (53) 清水響「ヘーグ国際私法会議第 17 会期の概要—国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約を中心として—」民事月報 48 巻 11 号(1993) 30 頁以下。鳥居淳子「国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約について」国際 193 巻 6 号(1995) 1 頁以下。J. H. A. van Loon, “International Co-operation and Protection

- of Children with Regard to Intercountry Adoption,” *Recueil des Cours*, Tom. 244 (1993 VII), pp. 191 ff.
- (54) Van Loon, *ibid.*, p. 208. では未成年者後見は養子との区別がはっきりしないところがあることを指摘している。ただ後見や養子縁組の場合には実の親が行使する親権以上に公の監督の必要性が強いといえる。
- (55) A. Shapira, “Aspects of Child Custody and Kidnapping Case,” *Recueil des Cours*, Tom. 214 (1989 II), p. 148
- (56) Van Loon, *op. cit.*, p. 337, 横山潤『国際家族法の研究』(1997, 有斐閣) 244 頁注 28. W. Duncan “Conflict and Co-Operation. The Approach to Conflicts of Law in the 1993 Hague Convention on Intercountry Adoption” in “Families Across Frontiers,” p. 577.
- (57) 南・解説 158 頁においては、親子関係の準拠法を定める 21 条において本国法主義原則を採用したことについて、24 条 1 項との平仄を合わせたことを理由の一つに挙げている。
- (58) 川上・条約集 115 頁以下。
- (59) この条約案はハーグの 19 会期で採択予定ときく。これについては一橋大学の横山潤教授がいずれ紹介される予定である。筆者もこの条約案および親責任条約についてのハーグ会議の資料を横山教授から提供を受けた。この場を借りて謝意を表したい。
- (60) これは属人法としての本国法主義とは意義がかなり異なることになる。そして現行法例において最密接関係地国法と並べて連結点とされている国籍は従来の属人法としての本国法主義とは全く意義が異なってきたと見るべきであろう。むしろ、当事者になじみのある法に準拠することが正義にかなうという面が強くなってきているのではないと思われる。
- (61) イタリアの新国際私法 43 条 (成年後見規定), さらに 1998 年 11 月制定のチュニジア国際私法 41 条では本国法主義原則がいまなお原則的には維持されている。奥田安弘, 桑原康行「イタリア新国際私法の改正」戸籍時報 460 号(1996・4) 65 頁, 笠原俊宏「イタリア国際私法の改正とその特質について」比較法 34 号(1996) 134 頁, チュニジア国際私法典については, *IPRax* 4/99, S. 292 ff.
- (62) 後見を要求する前提たる権利はもはや国際法上の人権ということになろう。すると各国内法はそれを確保する手続を規定しているだけと見ることができ, この観点からもはや管轄と準拠法の切断は難しいということになろう。
- (63) 公序条項では国内基準が大きく影響してくるので, 国際公序としてこういった基準の明確化が必要となる。
- (64) 現在 (1999 年 10 月) 継続審議となっている「民法の一部を改正する法律」に合わせて「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に関する法律」2 条により, 法例の一部も改正されることになっている(この法案については, 溜池良夫・国際

私法講義[第2版] (1999, 有斐閣) 514頁)。それによると, 例えば法例4条第I項中「禁治産者」を「成年被後見人」と読み替えることになり, 未成年者は4条I項の対象から外れることになる。従って, 24条II項後段が適用される範囲も現行法とは異なってくる可能性が出てくる。その結果, 未成年後見と成年後見の取扱いに相違が出てくるのである。しかし, 結果としてそうなるとしても国際的次元における成年後見と未成年後見の理念の相違をきっちり議論しないまま, ただわが国の民法改正に合わせて法例の字句だけを安易にいじるのは, まことに乱暴な改正と言わなければならない。

The Guardianship in The Private International Law

—The Limit of Personal-law Doctrine and Choice-of-law Approach—

Yayoi SATOH

Prof. of Law, Kohnan University

In this paper, I make some propositions to amend the provision of guardianship in Horei (Art. 24). The need of this amendment is now considerably pressing, for the material law of this field is changing drastically in a lot of states, especially in the advanced states. In the background of this change, we can see the two factors as follows; 1. the world is aging rapidly, so many countries face the problem of senility. 2. the idea to protect the rights of the child has spread worldwide after the 1980 United Nations Convention.

To cope with these situations, every state should establish the procedure to give the necessary protection fully and rapidly to those who need it, instead of limiting legal capacity which is the traditional way. While at the stage of PIL, the thought of personal law is dominant in this field and we adopt the principle of nationality. This thought, however, is combined with the legal capacity. Then to meet the development in the material law, it is not proper to use the principle of nationality. What is worse, under this principle, the effectiveness of protection is rather spoiled, which should be due to that the thought of personal law is not based on

the idea of choosing the law most closely connected with the legal relation.

Considering the above mentioned, my conclusion is as follows;

1. the state where the person in question has the habitual residence should exercise its jurisdiction.

2. the applicable law is the internal law of the same state that has the jurisdiction.

3. the choice-of-law approach should not be adopted; that is, the unilateral norm should be better.

4. the norm of recognition of the measures by the state of habitual residence should be necessary, but the material minimum requirements should be one of the conditions of recognition.

5. the national country can exercise its jurisdiction exceptionally to protect its nationals.

6. the guardianship of the minor should be a part of the parent-child relationships, so it should be regulated separating from the protection of incapable adults.