

特集

シリーズ比較法シンポジウム二〇一八 (一)

## 解題

前田 美千代

### 一 シリーズ比較法シンポジウム二〇一八の開催について

シリーズ比較法シンポジウム二〇一八 (Keio Comparative Law Symposium 2018) は、慶應義塾大学法学部と大学院法務研究科の共催により、二〇一八年七月から一〇月にかけて全六回にわたるシリーズ企画として、慶應義塾大学三田キャンパスにおいて開催された。開催の目的は、ラテンアメリカ諸国を中心に著名な法学者を日本へ招聘し、国際化にともなう国内法制および実務への影響ならびにその相互比較を行う機会を提供するというものであった。招聘講演者の出身国は、アルゼンチン、ブラジル、イタリア、パナマと多岐にわたり、それぞれの専門分野も、国際私法、契約法、家族法、憲法、法文化論、民事訴訟法と幅広く、各種法分野を横断する内容と

なった。

本特集で掲載するのは、これらのうち第一回、第二回、第五回および第六回の講演原稿について、講演会当日の質疑応答を踏まえ各講演者が書き改めたものを翻訳し直した上で監訳・監修を経たものである。監訳・監修は、各講演会で討論者を務めた各分野の専門家により行われた。

## 二 各講演会の概要

### 1 第一回講演会

二〇一八年七月一日開催の第一回講演は、アルゼンチンのリトラル国立大学法学部フロレンシア・ウエゲル<sup>1)</sup> オスチ助教によりスペイン語で行われた「二〇一五年アルゼンチン新民商法典における国際私法規定について」であり、芳賀雅顕法務研究科教授（民事訴訟法）が討論者を務め、山口詩帆君（慶應義塾大学院法学研究科博士課程）が通訳を担当した。

本講演は、アルゼンチン新民商法典に新たに設けられた国際私法規定に関するものであった。国際私法規定は、ペレス（Dalmacio Velez Sarfield）<sup>1)</sup> による一八六九年旧民法には存在せず、二〇一五年新法典で初めて設けられたものである。アルゼンチンでは、歴史的経緯により、手続法のみ州ごとに異なるものとなっているため、<sup>2)</sup> 新民商法典で定められたのは、国際裁判管轄と準拠法のみで、外国判決の承認・執行に関しては何ら規定が置かれなかった。今回の講演で特に強調されたのは、「法源対話（diálogo de fuentes）」<sup>3)</sup> という法理論である。法源対話とは、上位法優位の原則や、特別法優先の原則、後法上位の原則という伝統的方法によらずに、法令間の矛盾を克服するルールである。ドイツの国際私法学者エリック・ジェイム<sup>3)</sup> が唱えた法理論が、ジェイムの下で学んだブラ

ジルのクラウジア・リマールケス教授(リオ・グランヂ・ド・スル連邦大学)の功績によりラテンアメリカで広く普及したものであるが、わが国ではあまり研究が存在しないようである。<sup>(4)</sup> なお本改正作業プロセスの特徴として、起草委員会が、学識経験者および法律実務家を広く招集したことを挙げることができる。こうした民主的方法は、国土が広大であることや、先述のように州によって司法制度が異なること、ならびに、地域ごとに様々なニーズや気質・風土があることを考えると、非常に有用であったとのことである。

## 2 第二回講演会

二〇一八年七月一八日開催の第二回講演は、アルゼンチンのマル・デル・プラタ国立大学法学部ミゲル・アンヘル・アコスタ教授によりスペイン語で行われた「二〇一五年アルゼンチン新民商法典における契約法および家族法の重要改正」であり、前田美千代が討論者を務め、高橋一実君(慶應義塾大学大学院法学研究科修士課程)が通訳を担当した。

本講演では、演題のとおり、二〇一五年アルゼンチン新民商法典について、契約法および家族法に関する重要改正を中心に論じられた。全体として一八六九年旧民法における判例法理が明文化された改正であり、外国法からの影響はそれほど多くないとのことであった。民法総則にあたる第一巻では、後見法分野で行為能力制限を伴わない「支援 (apoyo)」制度が設けられたほか、<sup>(6)</sup> 契約法(第三巻)では、契約総則に、「同意、申込みおよび承諾 (Consentimiento, oferta y aceptación)」「(九七一条〜九八三条)」、「約款による附合契約 (Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas)」「(九八四条〜九八九条)」に加え、「契約交渉 (Tratativas contractuales)」「(九九〇条〜九九三条)」や「予備契約 (Contratos preliminares)」「(九九四条〜九九六条)」、「一方予約 (Pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad)」「(九九七条〜九九九条)」といった契約締結過程に関する

規律が明文化された。また、「下請契約 (Subcontrato)」（一〇六九条〜一〇七二条）や「複合契約 (Contratos conexos)」（一〇七三条〜一〇七五条）に関する規律も明文が置かれた。契約締結過程に関する規律はフランス債務法改正でも採用されたが、<sup>(7)</sup>わが国の債権法改正では採用されなかった。また、様々な典型契約類型が大幅に追加された。家族法 (第二卷) では、同性婚に関する規律、性転換に関する権利といった、憲法規範を具体化する規定が設けられた。ステップファミリー (familia ensamblada) についても、子の養親ではない配偶者および同居人を「隣接親権者 (progenitor afín)」<sup>(8)</sup>として親権を認め、監護義務等の親責任 (responsabilidad parental) を負わせる類型が新たに設けられた (六七二条〜六七六条)。ラテンアメリカでは、伝統的な婚姻家族に對置する概念として「同愛家族 (familia homofélica)」<sup>(9)</sup>という考え方が提唱されており、同性婚の容認へと結実しているが、<sup>(10)</sup>こうした「同情愛を基礎とする家族」観は、婚姻に限らず親子に対してもその影響を見て取ることができよう。本講演では、主に新規のルールを中心に解説が行われたが、本改正自体は伝統と革新を調和させるものであったということである。

### 3 第五回講演会

二〇一八年一〇月四日開催の第五回講演は、パナマ大学法学部ヒルベルト・ブタン教授によりスペイン語で行われた「パナマ新国際私法典における非対等当事者間の準拠法」であり、北澤安紀法学部教授 (国際私法) が討論者を務め、講演会当日の通訳はブタン教授の教え子であるルベン・ロドリゲス氏 (北海道大学法学研究科助教、パナマ弁護士) が担当した。

ブタン教授は、二〇一五年施行のパナマ新国際私法典の起草者であり、本講演では、パナマ新国際私法典の中から、非対等当事者間の準拠法について、比較法的見地より、パナマ法、日本法といった国内法制間比較のみな

らず、ヨーロッパ諸国、ラテンアメリカ諸国の条約法についても焦点を当てた。ラテンアメリカ諸国の国内法等でも、弱者当事者保護の見地から、当事者自治による自由な準拠法選択を制限する法制度を採用しているものがある中、パナマ新国際私法典では、国際消費者契約の場合に、消費者利益優先原則の下、「消費者に最も有利な」法選択が行われ得、消費者のフォーラム・ショッピングを許容する法制度となつていることが分かった。誰が「消費者に最も有利」であるかを判断するのについては未だ確立したルールがない中、パナマ新国際私法典および日本法では、消費者が主張して初めて「消費者に最も有利な法」が準拠法として適用される。

この点、ラテンアメリカ諸国の条約法である一八八九年・一九四〇年モンテビデオ条約追加議定書二条では、いずれも裁判官の職権による外国法の適用を認める。その上で、締約国政府には相互に現行法および後に承認される法の原本二点の送付が義務付けられている(六条)。しかし、当時において法情報を取り扱う専門部署が各締約国に不在であったことから実務的には成功しなかった。<sup>(11)</sup> 同様にラテンアメリカ諸国の古典的な条約法である一九二八年ブスタマンテ法典においても、外国法の証明に関する特別ルールが置かれ、各締約国の裁判官および裁判所は妥当と認める場合に職権で外国法を適用することができ(四〇八条)、そのために、裁判官は職権で外アルトを通じて当該国に当該準拠法の法文、効力および意義についての情報を提供するように要請することができ(四一〇条)、要請を受けた締約国はできる限り短期間に当該情報を提供する義務を負う(四一一条)。

国際私法に関する米州間専門会議を経て一九七九年に締結された国際私法的一般規範に関する米州条約(Convention Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado)二条では、締約国の裁判官および当局は、当事者の主張を害することなく、当該国の裁判官と同様に、外国法の適用を義務付けられると定めている。そして、同条約四条では、この点に関する上訴可能性についても定められている。そして、CIDP-IIの枠組みで同年に締結された証明および外国法についての情報に関する米州条約(Convention Interamericana

sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero) において、締約国が他の締約国から請求を受けた場合には、当該国の法文、効力、法的意義および法的射程についての情報提供を行う義務が定められている。現在はこれら条約法の解釈の下で、消費者に最も有利な法が裁判官の職権により適用され得る<sup>12)</sup>。

#### 4 第六回講演会

二〇一八年一〇月一日開催の第六回講演は、ブラジルのリオデジャネイロ州立大学法学部アントニオ・カブラウ教授によりポルトガル語で行われた「比較法的視点からみたブラジル民事訴訟法の新潮流」であった。石川明教授記念手続法研究所との共催であったため、三上威彦武蔵野大学法学部教授がコーディネーター、工藤敏隆法務研究科准教授および芳賀雅顕法務研究科教授が討論者を務め、ホベルト・カラペト弁護士 (Cano 特許法律事務所) と前田が通訳を担当した。

本講演では、二〇一五年ブラジル新民事訴訟法典の中から、効率性原則、裁判官の事件管理、拘束性を有する先例、訴訟契約、反復事案のための訴訟手続、先決問題に関する既判力の拡張等について論じられた。いずれもわが国の民事訴訟法研究者にとって非常に有益な論点であり、参加した研究者・院生から多くの質問が出され白熱した議論が行われた。

全講演会を通じ、のべ三〇〇名を超える聴講者を動員し、その中には慶應義塾大学の学生・院生・教職員の他、各国大使他大使館関係者、法律関係以外の分野でラテンアメリカと関わる一般参加者が多数おり大変盛況となった。

### 三 招聘講演者の紹介

#### 1 フロレンシア・ウエゲルⅡオスチ助教(アルゼンチン)

第一回(二〇一八年七月一日開催)の講演者フロレンシア・ウエゲルⅡオスチ助教は、アルゼンチン北部のサントフェ州にあるリトラル国立大学法学部に所属する国際私法研究者である。ウエゲルⅡオスチ助教は一九八七年生まれでリトラル国立大学法学部を卒業後二〇一二年まで弁護士として執務し、二〇一四年にブエノスアイレス大学にて国際私法分野で修士号を取得、二〇一五年より学費全額免除の奨学金を得てリトラル国立大学の博士課程に在籍するとともに、二〇一三年より同大学国際私法講座の助教を務めている。ウエゲルⅡオスチ助教の著作には、国際環境訴訟<sup>(13)</sup>法や人権と司法アクセス<sup>(14)</sup>をテーマとしたものがある。

#### 2 ミゲル・アンヘル・アコスタ教授(アルゼンチン)

第二回(二〇一八年七月一八日開催)の講演者ミゲル・アンヘル・アコスタ教授は、アルゼンチン・ブエノスアイレス州南部の港町マル・デル・プラタにある国立大学法学部所属の商事法研究者である。アコスタ教授は、一九四八年生まれで一九七三年にマル・デル・プラタ国立大学法学部を卒業し弁護士となった後、一九九一年にロンドン大学クイーン・メアリー校にて商法分野で修士号を取得、二〇〇〇年にはブエノスアイレス大学にて法学博士号を最優等(*Summa Cum Laude*)の成績で取得した。一九八五年にマル・デル・プラタ国立大学法学部専任講師となり、一九九六年に准教授、二〇一〇年より現職の商法主任教授を務めている。二〇〇四年から二〇〇八年および二〇〇八年から二〇一二年の二期にわたり同大学法学部長を務めた。学外では、マル・デル・プラタ弁護士会仲裁委員会委員長を二期(二〇〇五年〜二〇一三年、二〇一三年〜二〇一九年)務めている。アコスタ教

授の著作には、商法の歴史に関するもののほか、<sup>(15)</sup> 追奪担保責任、<sup>(16)</sup> 継続的供給契約、<sup>(17)</sup> 支配的地位の濫用など二〇一四年アルゼンチン新民商法典に関するものが多数ある。

### 3 ヒルベルト・ブタン教授 (パナマ)

第五回 (二〇一八年一月四日開催) の講演者ヒルベルト・ブタン教授は、ラテンアメリカおよびフランスにおいて著名な国際私法学者であり、二〇一五年パナマ国際私法典のほか、国際商事仲裁法や涉外養子に関する身分登録法など国際私法分野における各種パナマ国内法の起草に関して中心的役割を担ってきた。現在、パナマ大学法学部長を務めるとともに、ブタン法律事務所 (BOUJIN LAW FIRM) の所長弁護士として執務しており、学術・実務の両面で国際的に活躍している。これまでに、フランス (ソルボンヌ大学)、アルゼンチン (マル・デル・プラタ大学)、カナダ (オタワ大学、モントリオール大学)、キューバ (ハバナ大学)、トルコ (イスタンブール大学)、メキシコ (国立自治大学、モンテレイ大学)、スペイン (マドリッド・コンプルテンセ大学) において訪問教授として招聘され招待講演を行っている。ブタン教授の主要著作には、国際私法の教科書・注釈書が含まれており、<sup>(19)</sup> ラテンアメリカ全土の国際私法を学ぶ学生・実務家により参照される基本書となっている。

### 4 アントニオ・カブラウ教授 (ブラジル)

第六回 (二〇一八年一月一日) の講演者アントニオ・カブラウ教授は、二〇〇一年にリオデジャネイロ州立大学法学部を卒業、二〇〇四年に同大学にて公法系で修士号を取得、二〇一一年に訴訟法で博士号を取得した。博士課程在籍中の二〇一〇年から二〇一一年にはドイツのミュンヘン大学にて D A A D 奨学生として在外研究を行っている。法律実務家としては、公共弁護士 (二〇〇二年～二〇〇四年)、連邦裁判官 (二〇〇四年～二〇〇五



年)を経て、二〇〇五年より今日まで連邦検察官として活躍している。連邦検察官としては、公共財産、消費者および環境保護に関する公共民事訴訟(集団訴訟)に従事してきたが、インサイダー取引や脱税などの分野にも携わっている。こうした実務の傍ら、二〇〇七年よりリオデジャネイロ州立大学民法訴訟法教授として研究・教育に従事しており、二〇一五年からはサンパウロ大学においても競争試験を経て任用され講義を担当している。マルチリンガルのカブラウ教授は、母語のポルトガル語による注釈書などの著作のほか、ドイツ語や英語、イタリア語、スペイン語でも多数の論文を執筆しており、ダイナミックな比較法の視点を持ちつつ、ブラジル訴訟法学の海外発信に重要な役割を果たしている。

#### 四 後援および助成について

シリーズ比較法シンポジウム二〇一八の開催にあたり、村田学術振興財団(研究会助成)、石川明教授記念手続法研究所、小泉基金(外国人学者招聘費補助)、科研費補助金(基盤研究C)より貴重な財政的支援を得た。また、開催告知について、アルゼンチン大使館、ブラジル大使館、パナマ大使館、日本ブラジル法律・文化協会、東京サンパウロ三田会の協力を得た。ここに記して感謝の意を表す次第である。

〔付記〕 本研究はJSPS科研費JP18K01224の助成を受けたものである。

- (1) 中川和彦「アルゼンチン民法典起草者ダルマシオ・ヴェレス＝サルスフイエルド小伝」成城法学七九号(二〇一〇年)五～四三頁。
- (2) 現行の一九九四年アルゼンチン憲法(Constitucion Nacional: CN)では、各州に憲法制定や司法行政に関する権

限が認められるとともに(五条)、憲法により連邦政府に委任されていない全ての権限を各州が保持することが定められている(一一一条)。こうした権限との相関性で、アルゼンチンでは州ごとに最終審となる最高裁判所があり、州ごとに固有の手続法(民事、商事および刑事)を定めることができる(七五条三〇号、一二六条)。

(3) ジェイムズによれば、「国際私法ではコミュニケーションが生じる以上、最も重要な現象は、非常に不均質な法源間の対話の結果として、法の抵触の解決が生じるという事実である。人権、憲法、国際条約、国内法体系など、あらゆるこれらの法源は、相互に排斥し合うものではない。それらの法源は相互に『対話する』のである。裁判官は、もろもろの法源の言わんとするところに耳を傾けながら、それらを調和させなければならぬ」(Des lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions et les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement: elles "parlent" l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent.)」(AYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne," *Recueil des cours* 251, 1995, p. 259)。

(4) リママルケス教授は「一九九〇年ブラジル消費者保護法典と二〇〇二年新民法典との間の「法源対話」を試みる中でブラジル型法源対話論として再構成するとともに、消費者保護法典改正法律家委員会メンバー(兼報告担当者)としても、法源対話論に基礎を置く「消費者利益優先原則」の明文化に尽力した(MARQUES, Cláudia Lima, "Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002," *Revista da ESMESE*, no 7, 2004, pp. 15-54)。

(5) 本講演の討論者を務めた芳賀雅頭法務研究科教授によれば、各国実質法の内容を具体的に検討した上で法適用の優先関係を判断する点で、強行法規の特別連結理論に似た考え方であるとのことである。日本では、「優遇比較」という表現で説明している箇所がこれに相当するのではないか(小出邦夫編著『逐条解説・法の適用に関する通則法』増補)〔商事法務、二〇一四年〕一三六頁、出口耕自著『論点講義国際私法』(法学書院、二〇一五年)二六八頁、櫻田嘉章ほか編『注釈国際私法(一)』(有斐閣、二〇一一年)〔西谷裕子〕二五四頁)。

- (6) 山口詩帆「二〇一四年アルゼンチン新民商法典における「支援 (apoyo)」制度—わが国の成年後見制度の改革と障害者権利条約への適合に向けて—」法学政治学論究 二二二号 (二〇一九年) 二〇七—二四〇頁。
- (7) 一八〇四年フランス民法では「契約の成立」に関する規定が置かれておらず、合意 (conventions) の有効性について規定する一一〇八条の下で、申込みや承諾の問題、契約成立時期の問題が議論されてきた。二〇一六年フランス改正債務法では、「契約の成立 (La formation du contrat) (第二節) に関する規定群が新規に創設され、その中で「申込みおよび承諾 (L'offre et l'acceptation) (第二小款) について明文で定められるに至った。そして、一一二一条では契約の成立時期を承諾到達時とする一方で、申込みの撤回ルールおよび失効ルールについては、別段の定めを置く(一一一五条—一一七条)。このように契約成立時期の問題と申込みの撤回可能性の問題は分離して考慮されるべきことが明らかとなり、翻って、申込みの撤回可能性の問題は、同じく第二節に小款として新規創設された「交渉 (Les négociations) (一一二二条—一一二二二条) や「一方予約 (Le pacte de préférence et la promesse unilatérale) (一一二三条—一一二四条) との相対的關係性の分析へとシフトしていくように思われる。」
- (8) 隣接親権者 (progenitor aijn) とは、児童または青少年の監護義務を負う者と同居する配偶者又は同居人として定義されている(六七二条)。ステップファミリー (família ensamblada) に関して、隣接親権者に、監護における協力のための諸権限を付与するほか、同人が同居から当然に生じる約束や任務を果たし、日常生活を請け負うことができるために国内規範および社会に対する関係で必要な承認を与えることを意図したものである。こうして、隣接親権者という概念は、ステップファミリーの中核を構成する価値を有するものとなる。つまり、親権者の配偶者および同居人は、ステップファミリーという「家族」における新たなアイデンティティを有する必要な構成員として考慮されることになり、ステップファミリー内の内と外という壁が取り払われ、内も外もない単一のプライベートルームを構築するようになるからである (Alda Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo IV, Buenos Aires: Editorial Rubinzal - Culzoni, 2014, p. 237)。
- (9) Maria Berenice Dias, *Homofetividade e os Direitos LGBTI*, 7<sup>th</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- (10) マシヤド・ダニエル著『ブラジルの同性婚法—判例による法生成と家族概念の転換—』(信山社、二〇一八年)。
- (11) Eduardo Tellechea Bergman, "Aplicación e información del derecho extranjero en el ámbito interamericano,

- regional y en el Uruguay”, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión: RSTPR, Año 2, N° 3, 2014, p. 38.
- (82) Adriana Margarita Porcelli, “Análisis de la aplicación del derecho extranjero a la luz de las disposiciones generales de derecho internacional privado en el nuevo Código Civil y Comercial argentino,” *Quaestio Iuris*, vol. 10, n° 03, 2017. pp. 1793-1827; Eduardo Tellechea Bergman. *op. cit.*, pp. 35-58.
- (83) Florencia Weghel Osci, “Los principios de derecho internacional ambiental en los fueros jurisdiccionales internacionales. Aproximaciones preliminares” - XXXIII Congreso Nacional de Derecho Internacional: ponencias. - 1ª ed. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2011.
- (84) Florencia Weghel Osci “Entre Escala y Garibidis: inmunidad de jurisdicción y acceso efectivo a la justicia. A propósito de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en “Alemania c. Italia - con intervención de Grecia”, Cuadernos ASADIP - Jóvenes investigadores, 2015; Florencia Weghel Osci, “¿Hacia nuevas fronteras de la justicia? La irrupción del paradigma de los derechos humanos en la atribución de jurisdicción y la taxonomía del derecho internacional”. In: J. A. Moreno Rodríguez, Cl. Lima Marques (coord.), *Los servicios en el Derecho internacional privado*. Jornadas de la ASADIP 2014, Porto Alegre, 30-31 octubre de 2014, pp. 886-888.
- (85) Miguel Ángel Acosta, “Un siglo de existencia del Juzgado de Paz de Mar del Plata 1880 – 1979.” In: Ortega, María del Carmen; Slavin, Pablo E. (Coord.), *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales*, Mar del Plata: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, 2002, pp. 87-104.
- (86) <http://jornadasderechocivil.jur.uca.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Acosta-Juan-Francisco-y-Acosta-Miguel-Angel.pdf>
- (87) Miguel Ángel Acosta, “Acerca del Contrato de Suministro,” *Revista del Código Civil y Comercial*, 2017, pp. 223-246.
- (88) Miguel Ángel Acosta, “Abuso de Posición dominante en el nuevo Código Civil y Comercial.” *Revista del Código Civil y Comercial*, 2017, pp. 79-83.

- (61) Gilberto Boutin, *Derecho Internacional Privado*, 3<sup>a</sup> ed., Panamá: Edition Maître Boutin, 2010.
- (62) Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer, *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Forense, 2016.