

# *Newsletter*

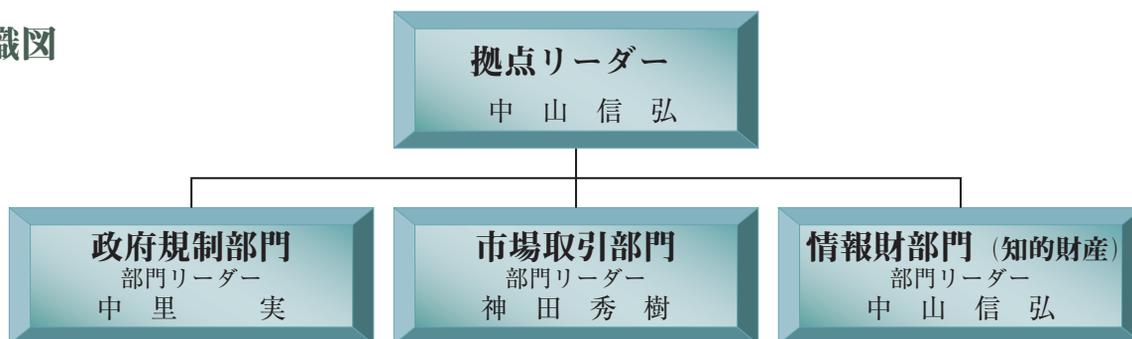
*No.5 Autumn 2005*



21世紀COEプログラム「国家と市場の相互関係におけるソフトロー」  
21st Century Center of Excellence Program “Soft Law” and the State-Market Relationship

# 1 研究教育組織

## 組織図



2005年10月31日

## 研究教育拠点構成員

中里実 (部門リーダー) 法学政治学研究科・租税法 五十嵐武士 法学政治学研究科・アメリカ政治外交史 碓井光明 法学政治学研究科・財政法 小寺彰 総合文化研究科・国際経済法 宇賀克也 法学政治学研究科・行政法 岩村正彦 法学政治学研究科・社会保障法 増井良啓 法学政治学研究科・租税法 白石忠志 法学政治学研究科・経済法	神田秀樹 (部門リーダー) 法学政治学研究科・商法 落合誠一 法学政治学研究科・商法 宮廻美明 法学政治学研究科・国際企業法 岩原紳作 法学政治学研究科・商法 山下友信 法学政治学研究科・商法 内田貴 法学政治学研究科・民法 藤田友敬 法学政治学研究科・商法 神作裕之 法学政治学研究科・商法 松村敏弘 社会科学研究所・産業組織・公共経済	中山信弘 (部門リーダー) ビジネスローセンター・知的財産法 ダニエル・フット 法学政治学研究科・法社会学 浅香吉幹 法学政治学研究科・英米法 大淵哲也 法学政治学研究科・知的財産法 荒木尚志 法学政治学研究科・労働法 森田宏樹 法学政治学研究科・民法
---	--	---

<b>特任教授</b> 渡辺裕泰 早稲田大学大学院ファイナンス研究科 相澤英孝 一橋大学大学院国際企業戦略研究科 柏木昇 中央大学大学院法務研究科 道垣内正人 早稲田大学大学院法務研究科 中島毅 日本銀行 呉承鍾 成均館大学校法科大学	<b>特任講師</b> 渡邊絹子 東海大学法学部 <b>特任研究員</b> 渡辺宏之 早稲田大学法学学術院 白崎宏一 (株)トレードウィン 加藤公延 新成特許事務所 川副令 法学政治学研究科 Julien Mouret Universite Montesquieu Bordeaux 4 齋藤民徒 法学政治学研究科 岩倉友明 東京証券取引所 Christian Förster Tübingen University <b>特任アシスタント</b> 永野仁美 法学政治学研究科 黒田有志弥 法学政治学研究科
<b>特任助教授</b> 石川博康 学習院大学法学部 瀬下博之 専修大学商学部 加賀見一彰 明海大学経済学部 大久保直樹 学習院大学法学部 山神清和 首都大学東京大学院社会科学研究所 藤谷武史 北海道大学大学院法学研究科	

## メンバー紹介

### 事業推進担当者（政府規制部門）



**岩村正彦（いわむら・まさひこ）** 1979年東京大学法学部卒業。東京大学法学部助手、東北大学法学部助教授、東京大学大学院法学政治学研究科助教授を経て、1995年8月から同教授となり、現在に至っています。専門は、社会保障法と労働法です。労働法に関しては、かねてから研究対象としてきた労災保険法のほか、外国人労働や高齢者雇用などが現在扱っている問題分野です。社会保障法の領域では、2001年に『社会保障法I』（弘文堂）を刊行して以来、その続きに当たる公的医療保険法について、雑誌への連載という形で研究を進める一方、公的年金法や社会福祉サービス法（介護保険法や障害者自立支援法など）に関しても研究を行っています。とくに高齢者や障害者の福祉の領域では、契約にもとづくサービス提供関係の重要性が増し、その反映として関係団体によって作成されたモデル契約書などが実務上大きな役割を果たしてきており、その点にも関心を向けていきたいと思っています。

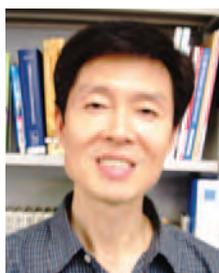
### 事業推進担当者（情報財（知的財産）部門）



**ダニエル・フット（Daniel H. Foote）** ハーバード・カレッジ（東アジア研究専攻、1976年卒）、ハーバード・ロースクール（1981年卒）卒業後、アメリカ合衆国の連邦地方裁判所（メイン州地区）、そして連邦最高裁判所（バーガー長官のもと）でロークラークとして勤務。1983年～1985年、東京大学大学院法学政治学研究科、外国人研究生。日産自動車法規部勤務、ニューヨークの法律事務所で、日米取引中心で弁護士として勤務してから、1988年よりワシントン大学ロースクール（シアトル市）で教鞭を執る（担当分野：日本法、雇用法等）。ハーバード・ロースクール（1994年～1995年）、東京大学（1991年、1998年～1999年）で客員教授。2000年8月より東京大学教授。専門は、法社会学。

労働・雇用慣行、刑事司法・刑事政策、契約の利用、訴訟行動・紛争解決行動等をテーマとして、日本の法と社会の相互関係が主な研究関心事である。そのため、研究面において、社会規範の生成と役割、社会規範と法規範の相互作用、裁判及び裁判外の紛争処理、雇用の分野における規制緩和、交渉の理論と技術、透明性・情報公開の影響等、ソフトローと関連のあるところが多い。教育面においては、「法社会学」の講義で社会規範の生成と役割を大きく取り上げる他、「国際契約交渉」や「マスメディアと法」の演習において、ソフトローに深い関連性のあるテーマを多く取り上げる。

### 特任教授



**呉承鍾（Oh, Seung Jong）** 1959年韓国ソウル生まれ。ソウル大学校法科大学卒業。米国Columbia Law School法学修士（LL.M）。西江大学校法学博士。1984年司法試験合格。1987年から1999年までソウル地方裁判所等、各級裁判所の判事を歴任。1997年から1999年までは司法研修院の教官を兼任（知的財産権主任教官）。1999年から現在まで弁護士、成均館大学校法科大学教授（専攻：知的財産権）、著作権審議調整委員会調整部長、通信委員会専門委員、産業財産権紛争調整委員会委員等。特許権、著作権等知的財産権に関する多数の論文と著書。

知的財産権法は世界的に規範の統一化が行われている分野です。手続き法のみならず実体法もそうです。私は特に知的財産権の侵害分野について深い関心を持っています。知的財産権の重要な概念は大部分が不確定概念です。例えば特許法の均等、進歩性、商標法の特別顕著性、類似性、著作権法の創作性、実質的類似性等があります。その結果、そのような不確定概念の解釈をめぐる紛争が続いて結果の予測を難しくし、法的安定性を阻害する原因になっています。私は日本と米国において知的財産権、特に著作権侵害の判断基準を研究課題としています。

## 特任助教授



**藤谷 武史 (ふじたに・たけし)** 1999年東京大学法学部卒業。同助手、Harvard Law School LL.M、同S.J.D.プログラム(現在も在籍中)を経て、2004年4月より北海道大学大学院法学研究科助教授。租税法専攻。

財源調達手段である租税は、多様な政策目的に用いられるツールでもあります。従来はこの政策目的税制(租税特別措置や非営利公益法人免税等)の法的位置づけを研究してきましたが、財源調達の制度でありながら政策的資源配分の回路でもある政策目的税制の研究を通じて租税と財政を統合的に捉える法的視点の必要性を痛感し、最近では租税法と財政法の統合を目指した研究を行っています。当面の課題は、経済学のMechanism Designの発想をヒントに、財政資金調達・配分に関わる法的制度の評価・設計のための理論的枠組を構築することであり、法的制度設計の発想を伝統的公法学的価値秩序に織り込んでいくことを目標としています。

ソフトロー研究との関係では、上記の制度設計的発想の一環として、租税法規の最適な統制密度、という問題に関心を持っています。予測可能性を担保するには租税法規は出来るだけ緻密に書かれた方がよいのですが、①立法・行政の資源制約、②新たな市場取引への対応の困難性、③否認リスクの低下による租税回避行為の誘発、という問題を伴います。他方、正確性を犠牲にした租税法規には、①市場取引を阻害し、②納税者の税制に対する信頼を失わせる、といった問題があります。そこで、現代の複雑な市場取引に対する租税法規設定には各取引類型の実務の見極めを前提とした作業が必要であり、租税法においても「市場→国家」という法形成のベクトルが存在する、少なくともハード・ローとしての租税法規単体でうまく機能しうる状況にない、ということが言えます。さらに、租税法のソフトロー的側面を承認するならば、租税回避行為について従来の「国家→市場」のベクトルのみを念頭に置いた発想(予測可能性の強調)が妥当すべき局面についても、新たな視点が導かれるのではないかと考えています。

## 特任研究員



**岩倉 友明 (いわくら・ともあき)** 1975年9月15日東京都生まれ。明治大学法学部法律学科卒業後、東京証券取引所入社。売買審査部で不正取引の調査業務等に従事した後、現在は審査部総務企画グループにて、東証取引参加者に対する検査業務の企画・立案等を担当しています。

本年5月に本プロジェクトに参加させていただき、主に証券市場関連のソフトローを研究しています。週1回の勤務にしてはやや重すぎるテーマなのかもしれませんが、証券会社や上場会社に関するソフトローを分析したうえで、それらの間、あるいは他の業界(例えば銀行や商品先物業界)と比較しながら、客観的に証券市場をソフトローという観点から見つめ直すようなことができると考えています。

また、実務家という立場から、どのように本プロジェクトに貢献できるのかというのも、個人的には大きなテーマです。実務家だからこそ取り上げることのできるテーマもあるのだと思いますが、理論構築という本プロジェクトの目的に沿えるよう、研究テーマを設定することも大事なのだと思います。研究の方法自体についても研究しながら、お役に立てる方法を考えていきたいと思っています。

いずれにしろ、本プロジェクトのような大きなことを考えることは、日常の業務においてはあまりありません。

自分にとっては非常に良い機会だと思っています。先生方のご指導をいただきながら、頑張っていきたいと思っています。

## 特任研究員

**西元 宏治 (にしもと・こうじ)** 早稲田大学法学部卒業。東京大学大学院法学政治学研究科専修コース修了。2005年3月、同博士課程単位取得退学。2005年4月より9月末までCOE特任研究員。現在、外務省任期付職員。

2005年4月から約半年間、ソフトロープロジェクトの特任研究員を務めさせていただきました。ここ数年、国際法秩序の多元化と国際司法・準司法機関の拡散という現象に対する関心から、主に国際経済分野における法制度化の進展とその影響について研究を行ってきました。本プロジェクトでは、国際投資に関するソフトロー収集、特に国際開発金融機関が運用する環境社会配慮ガイドラインのデータベース作成に従事していました。

経済分野は、国際法でも最も様々な規範、利害、そしてアクターが交錯する分野であると同時に、近年、制度化する進展が著しい分野でもあります。今後もソフトローを含む諸制度の形成及び運用に関する研究を通じて、新たな規範や制度の出現によって、一層、多元化する国際法秩序の動態と静態についての知見を深めて行きたいと思っています。

(最近の論文)

「Ethyl事件の虚像と実像：NAFTA第11章仲裁手続とカナダにおける貿易・投資の自由化の一局面(上)・(中)・(下)」(小寺彰(監修))『国際商事法務』Vol. 33, No. 9; No. 10; No. 11 (2005) 国際関係の法制度化現象とWTOにおける立憲化議論の射程」(奥脇直也(監修))『ジュリスト』1254号 (2003)

## 私のソフトロー研究

特任研究員 齋藤 民徒

私は、2005年4月より本COE特任研究員として、主に国際法学の見地から、国際関係のソフトローを収集し分析する作業に携わるとともに、ソフトロー概念の歴史的展開など理論的な考察も進めてきました。既に本COEプロジェクトでさまざまに分析されてきているところですが、近時の国際社会においてソフトローはめざましい展開を遂げています。実際、OECDの各種指針、UNIDROIT、WIPOやISOの動きなど、国際的な規範と国内的な規範が醸し出すダイナミズムは、この研究プロジェクトにおける醍醐味のひとつと言えるのではないのでしょうか。私自身、本COEプロジェクトの研究に日々携わりながら、ソフトロー研究と国際法研究との縁の深さを実感していますが、これについて論じる機会がありませんでした。このたび、「私のソフトロー研究」と題する小文を寄せる機会を頂戴しましたので、ソフトロー研究と国際法研究との関わりについて、あらためて考えてみたいと思います。

ソフトロー研究と国際法研究との関わりで、まず目につくのは、ソフトローが国際法学で長く論じられてきたという事実です。「ソフトロー」という考え方だけを取り出すとすれば、憲法学・公法学における「プログラム規定」をめぐる議論の歴史の方が長く、また精緻な展開を遂げてきたと言うこともできます。しかし、こと「ソフトロー」という表現のもと、さまざまな規範を論じてきたのが20世紀後半の国際法学であったことは間違いありません。とはいっても、そこに確固とした体系的な研究が存在していたわけではなく、さまざまな背景のもと、さまざまな議論があり、今日に至る時代的な移り変わりも見られます。このようなソフトロー論の歴史については、必ずしも十分な整理がなかったのですが、このたび、本COEプロジェクトにおきまして、シンポジウムや『ソフトロー研究』を通して私見を公表する機会をいただき、現在も研究を継続しているところです。このソフトロー概念の歴史的系譜に関する知見は、今後のソフトロー研究においても、研究の進展に伴って込み入りがちな論点の整理に役立つことが見込まれます。

さらに、ソフトロー研究と国際法研究との親近性は、「ソフトロー」という言葉の由来にとどまりません。ここで着目できるのは、国際法自体が「燃えない火」と形容されることがしばしばあるように、現象としての国際法過程自体に「ソフトさ」が伴っていることです。本COEプロジェクトにおいて、ソフトローの特徴として大枠の共通了解とされているひとつに、「最終的には裁判所でその履行が担保されるようなものではない規範」ということがあります。国際法として挙げられる規範の大多数は、これにあてはまります。国際法規範の多くは、その履行にあたって裁判所に訴えられるとは限りませんし、そもそも裁判所による強制的実現を予定していません。さらに、現代の国際法学で最も権威的であるとみなされてきている国際司法裁判所の裁判に典型的なように、そもそも判決に執行力が伴うことは稀であり、裁判で権利義務が宣言されたとしても、それが強制的に実現される保証はありません。国際法過程の「ソフトさ」は際立っています。

そしてまた、このようにソフトな国際法の研究にあたって、一定の柔軟性が要求されているように思われます。この点、裁判所でのハードな「適用」を一律に想定する議論では明らかに不十分です。私自身、大学院で国際法の研究を始める直前まで、司法研修所において要件事実論を始めとする裁判規範中心のハードな国内法を学んでいたこともあり、研究当初から国際法の「ソフトさ」に戸惑い、そのことを痛感してきました。このような問題意識から、国際法研究の方法論として私が提案してきたのは、「適用」、「援用」、

「参照」という3類型をもって、従来の司法過程中心の概念枠組を補うアプローチです。これは、従来もっぱら想定されてきた司法的な「適用」（第三者による法使用であり、典型的には裁判官による法の適用）をひとつの類型としながらも、これまであまり論じられることのなかった当事者間の法の「援用」（二者間における法使用であり、典型的には交渉における法使用）という類型を加え、さらには、当事者単独における法の「参照」（一者による法使用であり、日常的な法の使われ方・働き方の多くを占める）という類型も付加して、この新たな3類型をもとに、法が使われ、働く多様な場面を整理していくというものです。このように国際法の実態を社会学的に把握する試みは、ソフトロー研究そのものと言えるかもしれません。言ってみれば、これは、国際法の「ソフトさ」を直視しながら、「国際法がどのようにソフトなのか」という課題を解明する試みに他ならないからです。

以上のようにソフトロー研究と国際法研究とは縁が深く、そもそも「ソフトロー」という言葉が国際法学に由来することに加え、場合によっては国際法研究そのものがソフトロー研究と言える一面を持っています。もっとも、その他方で、国際法学には長い間、ソフトロー研究に対するためらいがあったようにも感じられます。国際法学を専攻してきた私自身、本COEプロジェクトの一員としてソフトロー研究に携わり、「私のソフトロー研究」というテーマで小文を書かせていただいていることに、どこかしら新鮮で不思議な気がいたします。印象深いのは、3年前、ある国際法の研究会でソフトローを主題に報告させていただいた時のことです。この会合において、ソフトローをあれこれと論じる私に対する大方の反応は、なぜ今更、10年以上も前に終わった筈のソフトローを論じているのかといったものでした。国際法学では、ソフトローをめぐる議論が、もはや過去の話として受け止められていたのです。これとは対照的に、本COEプロジェクトのソフトロー研究は、この数年間の蓄積もふまえ、一層の収集と分析とを展開すべき大変に勢いのある革新性に満ちた研究として存在しています。対比的に表現すれば、国際法学では「終わった」ソフトロー研究が、国家の内外にわたるビジネスローを中心とする本COEプロジェクトでは、まさに始まっています。

このような一種の「温度差」にもかかわらず、本COEプロジェクトで進められてきたソフトロー研究の展開と蓄積をふまえるならば、これに対応する研究課題が国際法学においても山積みの状態であることがわかります。その意味では、従来「終わった」と考えられていた国際法学におけるソフトロー研究は、実はほとんど始まっていなかったのではないのでしょうか。そしてまた、ソフトローと意識するかどうかは別として、国際法学は、対象としてのソフトローを一貫して論じてきました。実際、国際司法裁判所の判決や意見、国連総会決議を始めとする国際機関の決議や勧告など、執行力や法的拘束力のない数々の指針が真剣に受け止められ、その規範的内容や効果が重ねて議論されてきています。ましてや、既に述べましたように、国際法学が対象とする国際法規範そのものが、定義によってはソフトローにあたります。その意味でも、国際法学におけるソフトロー研究は決して終わっていません。本COEプロジェクトを始めとして、国内法学や国際政治学がソフトローを次々と語り始めたいま、国際法学に、一昔前に遠ざかったと信じ込んだソフトロー研究と正面から再会する機会が訪れているように感じます。

冒頭に述べましたように、国境の内外にわたって多種多様な規範が複雑に展開している今日、「国際法学の見地」ということ自体、どこまで独自の意義があるのかは必ずしも明らかではありませんが、ともあれ、本COEプロジェクトの進展は、国内法学、国際法学を問わず、学問的にも実践的にも内外に多大な成果をもたらすことが期待されています。このように意義深い研究プロジェクトの一端を担わせていただいている責任を自覚しながら、今後もひきつづきソフトロー研究を行っていきたいと考えています。

# 2 研究教育活動

本拠点の2005年8月から同年10月末までの活動をご紹介します。なお、報告者等の所属・肩書は当時のものです。

## 各部門における研究会等

### <政府規制部門>

#### ■租税法ソフトロー研究会

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第11回	2005年10月26日	Tax policy and distributive justice in Sweden	Bertil Wiman (Stockholm School of Economics教授)

### <市場取引部門>

#### ■市場取引ソフトロー研究会

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第9回	2005年8月8日	M&Aをめぐるとソフトロー的規制： 買収防衛指針をめぐって	神田秀樹（東京大学教授）
第10回	9月1日	取締役会・監査役会併設会社の ガバナンス・ベストプラクティス・コードの制定	小塚荘一郎（上智大学法科大学院教授）

### <情報財（知的財産）部門>

#### ■権利ビジネス研究会

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第7回	2005年8月29日	エンタテインメント業界における典型契約	内藤篤（弁護士）
第8回	10月28日	ライセンス契約の機能と保護 －ライセンサー倒産時の問題を題材に－	松田俊治（弁護士）

#### ■生命工学と法政策研究会（学術創成プログラムと共催）

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第9回	2005年9月28日	国家プロジェクトの展開と法的課題 （タンパク質研究を例にして）	田仲昭子 （独立行政法人理化学研究所ゲノム科学 総合研究センターチームリーダー）

#### ■知的財産法研究会

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第9回	2005年9月1日	特許権侵害行為の捉え方 －発明方法の一部の第三者による実施等	富岡英次（弁護士）

## <全分野横断的研究会>

### ■ソフトロー理論研究会

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第12回	2005年 8 月29日	ソフトローのSecondary Rule問題	加賀見一彰 (COE法律特任助教授)
第13回	9 月 5 日	証券会社をめぐるソフトロー	岩倉友明 (COE法律特任研究員)



### ■ソフトローデータベース収集・構築作業班

	開催日	テ ー マ
第 4 回	2005年 9 月 5 日	データ収集作業の進捗状況報告と今後の方針の決定等

### ■COE公開講座

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第16回	2005年 9 月29日	営業秘密の刑事罰による保護	山口厚 (東京大学教授)
第17回	10月27日	財産開示手続の創設と間接強制の拡大 - 最近の民事執行法の改正から -	青山善充 (明治大学法科大学院教授・ 東京大学名誉教授)

※COE公開講座はいずれもBLC公開講座と共催



### ■COEソフトセミナー

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第11回	2005年10月31日	ドイツの取締役の報酬の開示に関する ソフトローによる規律の統合について	Christian Förster (Tübingen University・COE法律特任研究員)

2005年9月1日(木) 開催 第10回市場取引ソフトロー研究会

### 『取締役会・監査役会併設会社のガバナンス・ベストプラクティス・コード』の制定

小塚 莊一郎 (上智大学法科大学院教授)

市場取引ソフトロー研究会においては、広義の市場取引にかかわるさまざまな自主的な規範について検討することを目的とするものであり、これまでに、いくつかの異なるタイプのテーマを取り上げてきた。具体的な素材をもとに実証的な検討を行うこともその重要なテーマであり、これまで行われた例としては、たとえば証券市場に関する取引所の自主規制規範に関する報告、日本酒製造・販売に関する特定の地域における取引慣行、情報通信分野におけるソフトロー等がある。

今回の研究会は、コーポレート・ガバナンスの問題を取り上げるものである。コーポレート・ガバナンスについては、これまで、諸外国との検討比較（「韓国における企業倫理」「企業の社会的責任—そのソフトロー化？EUの現状」）を行ったが、今回の研究会は、実証的事例研究であり、次の点で大きな特徴がある。すなわち今回取り上げたのは、日本取締役協会コーポレートガバナンス委員会の作成にかかる「取締役会・監査役会併設会社のガバナンス・ベストプラクティス・コード」であるが（同コードは、<http://www.jacd.jp/>において入手することができる）、報告者は、日本取締役協会コーポレートガバナンス委員会のもとに設けられた、ワーキング・グループの座長を務め、同コードの起草に大きく関与された小塚 莊一郎教授である。いわば、ソフトローの実質的起草者自らが、その作成意図、生成過程のさまざまな問題等について報告し、それをもとにソフトローの形成に関する研究の素材としようとする試みというわけである（類似の試みとしては、他に、「企業価値研究会」座長である神田秀樹教授による「買収防衛指針」（法務省・経済産業省）に関する報告が挙げられる）。

当日は、会社法研究者や実務家を中心とする多くの参加者があり、同コード制定の過程をめぐる詳細な紹介があった後、予想通りの活発な討議が行われた。「取締役会・監査役会併設会社のガバナンス・ベストプラクティス・コード」は、取締役会・監査役併設会社を対象に、これまでの実務の実践知をもとに、あるべきベスト・プラクティスを記述し、かつ公開会社の指針とするものである。まさにソフトローの典型とも言うべきものであるが、同コードの性格を巡っては、諸外国の例（イギリスのCombined Code、ドイツの例等）との比較、東京証券取引所「上場会社コーポレート・ガバナンス原則」、日本コーポレート・ガバナンス・フォーラム「コーポレート・ガバナンス原則」とを比較しつつ、さまざまな角度から議論がなされた。たとえば、同コードは、その違反について何らかのインフォーマルなサンクションが課されることすら予定されていない、またそもそも守っているか否かを開示させることすら予定されていない規範のように見えるが、そのような性格付けがなされたのはなぜか、といった問題提起がなされた。周知のように、イギリスのCombined Code等は、各企業において従わない自由はあるが、従わない場合は、その事実となぜ従わないかという説明を開示することが上場規則によって要求されている（“comply or disclose”）。ところが、同コードについては、このようなソフトな形でのエンフォースメントすら予定されていないのはなぜか、という問題意識である。

また内容としては、同コードが期待している監査役の位置づけ等が、通常の家社法の発想（ハードロー）と調和するののかといった点についても、かなり立ち入った質疑応答が行われた。たとえば同コードが、取締役会の経営判断の適正さについてチェックする役割、また敵対的買収への対応に関しても判断をするといった役割を監査役に期待しているように見えることについて、会社法（ハードロー）上の整理と整合性があるのか、もし仮に整合的でないとするれば、ソフトローの形でそういう修正を行うことが可能なのかといった問題である。

限られた時間であるが、議論は白熱し、なんとと言ってもコードのドラフトにかかわった小塚教授から、その制定にかかわる率直な意見や感想を聞くことができたことは、非常に有益であった。なお同コードの内容について知る貴重な機会であり、また多くの会社法研究者の研究資料としても有益なものと考えられるので、研究会の報告とその後のディスカッションの内容については、同コードとあわせて、「ソフトロー研究」に掲載することを考えている。

藤田友敬（東京大学大学院法学政治学研究科教授・当プログラム事業推進担当者）



## 国際交流

### < 事業推進担当者の海外研究活動 >

2005年

9月 増井良啓 アルゼンチン・ブエノスアイレスで開催された国際租税協会第59回会議に出席し、OECDモデル租税条約コメンタリーに関する意見交換と資料収集を行った

### < 海外からの来訪者 >

2005年

10月26日 Bertil Wiman (Stockholm School of Economics教授)  
第11回租税法ソフトロー研究会での講演「Tax Policy and Distributive Justice in Sweden」

10月31日 Christian Förster (Tübingen University・COE法律特任研究員)  
第11回COEソフトローセミナーでの講演  
「ドイツの取締役の報酬の開示に関するソフトローによる規律の統合について」

### < 来訪者の横顔 >



#### Dr. Christian Förster (特任研究員)

1972: born in Bochum, Germany

1997, 1999: First and Second State Exam, Tübingen University/District Court

2002: Doctor's Degree in Law, paper subject "The Dimension of the Company", a comparative analysis on the influence of a company's size on German and Japanese legal regulations

since 2002: Preparation of a second book (Habilitationsschrift) on the German "Garantievertrag"

(contract of indemnity), a comparative study on concept, structure and economic practice of securing against risk in several countries

September - November 2005: Visiting Research Professor on the COE Soft Law Program, The University of Tokyo

#### Soft Law in International Trade: The First Demand Guarantee

Soft Law regulations nowadays can be found in many areas formerly reserved for "hard", that is statutory law. An important sector is the field of international transactions, where legal regulation encounters many difficulties, especially caused by differing national legislation of the parties involved and the usually high complexity of specialized economic issues. Especially where codified law is not regarded as fully appropriate to solve the legal consequences, Soft Law alternatives may do the trick. A particularly successful product on a Soft Law basis is the so-called "First Demand Guarantee" (Bankgarantie auf erstes Anfordern), which is going to be explained in the following article.

Nobody knows what might happen in the future. Having to act under uncertain circumstances therefore always involves the possibility that results may not be as they were hoped for. Contracts of guarantee are a legal attempt to control the uncontrollable. Their task is to shift the negative financial consequences of a risk from the beneficiary creditor to the guarantor. The further the distance between contracting parties in an international transaction, the more urgent becomes the need for sufficient risk-protection: Problems might occur in relation to an unfamiliar legal system, import or customs formalities might prove an obstacle and finally changes on the political landscape can put an end to ones economic plans. Thus the popularity of the First Demand Guarantee does not need to be explained. It is not coincidental either that it spread simultaneously with the oil crisis in the Seventies and the topple of the Shah-regime in Iran.

Strangely enough, a general statutory definition of "Guarantee" is nowhere to be found, just as there is no systematic regulation available. On the other hand, the contract of guarantee is widely known and generally accepted on the basis of freedom of contract. Considering that these kind of contracts are enforceable by law, one might wonder for a moment if they are to be viewed as Soft Law at all. But, as was mentioned before, there simply are no statutory regulations, guarantees are mainly governed by trading practices and an endless amount of largely dissenting jurisdiction, especially in regard to specific contractual terms that have to keep up with commercial needs. To classify a contract of guarantee as Soft Law thus does not seem to be too far-fetched. Its underlying general concept is understood as an independent contractual obligation of one party (the guarantor), to keep another party (the beneficiary or creditor) harmless from the economic consequences of a particular risk.

The First Demand Guarantee is a specific class of guarantee, usually securing a transaction of significant value, where it is sufficient for the creditor to simply ask the guarantor for payment to make him immediately liable to pay the amount stipulated in the contract. Any objections whatsoever can only be brought forward in the course of possible following legal actions to get the money repayed. In this way the First Demand Guarantee is a very powerful means for the creditor to get hold of liquid assets even if he might not be entitled to them, as the risk mentioned in the contract has not materialized at all.

A First Demand Guarantee consists at least of three separate legal relationships:

1. The agreement between the beneficiary, creditor of the underlying contract, and the principal, debtor of the underlying contract, is the economic origin of the transaction as a whole. Both parties usually reside in two different countries.
2. The agreement between the principal and the guarantor, who is not a party to the aforementioned contract. The guarantor is typically a bank that issues the guarantee on behalf of its customer for a commission.
3. The agreement between the guarantor and the creditor, the actual contract of guarantee, where money will be paid in compliance with the requirements laid down by the parties, usually in writing.

Concerning the question of the demand for payment we have to further distinguish between two situations:

- a. The "formal" requirements denote the terms agreed upon in the contract of guarantee for claiming the guaranteed sum. They alone specify if and when the guarantor has to pay.
- b. The "material" requirements ask for the secured risk actually to have materialized. They determine when the creditor may rightfully keep the guaranteed sum.

As the guarantor already has to pay in case a., and in addition, a mere demand of the creditor is sufficient, rules of compliance are very strict: The demand has to be made in exactly the terms laid down in the contract of guarantee. The main reason being that the bank as guarantor usually has no means to see into the relationship between principal and creditor.

That leads us to the main problem of the First Demand Guarantee: The danger of fraud, or in other words the abusive drawing on the guarantee by the creditor. That is the case, when the "formal" requirements are met, but the "material" ones are not, the secured risk not having occurred. Now the guaranteeing bank finds itself in the difficult situation that on the one hand in order to keep a good reputation it still would like to pay, but on the other hand it also does not want to hazard the relationship to its customer, the principal. He himself rather had the bank refrain from paying at all.

However, it must not be too easy to bar the bank from honouring its agreement, as it would severely hamper the value of the First Demand Guarantee especially in international trade. Thus German jurisdiction - and most foreign countries<sup>1</sup>, too - largely agree that only in exceptional cases this might be done. That is, when fraud is evident and easy to prove. Here the creditor abuses his "formal" contractual position and is therefore not entitled to be protected by law.

There have been quite some attempts at regulating the First Demand Guarantee on an international basis by private bodies as the International Chamber of Commerce (ICC) in Paris and the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) in Vienna. The latest Version of the corresponding UNCITRAL guidelines contains a regulation on evidently fraudulent demands for payment similar to the aforementioned German approach. Sorry to say that until today only a handful of countries have ratified the convention.

The First Demand Guarantee shows in conclusion that a legal creation on the basis of Soft Law can be very successful if it truly serves the business community's needs. On the other hand the limits of Soft Law regulations have again become visible: In the event of legal conflicts, here predominantly cases of evident fraud, it is necessary to return to the chartered waters of national statutory law.

---

<sup>1</sup> Used here in the sense of the German "Garantievertrag". In Common Law terms, contract of "indemnity" would be the correct label, but as in the case of the First Demand Guarantee the term "guarantee" is also used, even if it had to be "indemnity", this notation is kept throughout the article.

# 3 研究成果

## COEソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ

2005年8月から同年10月末までに以下の1本が公表されました。本拠点のホームページからもダウンロードできます (<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/coelaw/outcome.html>)。

号	執筆者	タイトル
COESOFTLAW-2005-8	ロバート・B・レフラー	アメリカにおける医療倫理規定の機能的分析



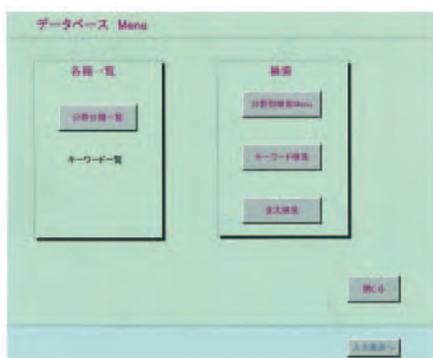
## ソフトロー研究

ソフトロー研究第1号（2005年1月刊）に掲載された論説「コーポレート・ガバナンスにおける法と社会規範についての一考察」（野田博）が、このたび第10回大隈健一郎賞の受賞対象論文に選ばれました。



## ソフトローデータベース

「ソフトロー」の実態を解明し理論的分析をおこなうという本拠点の目的遂行のため、収集したソフトローのデータを検索可能なデータベースとして整理・構築中です。



参考：ソフトローデータベース操作画面

# 4 21世紀COEプログラム中間評価結果

平成15年度採択の21世紀COEプログラムにつき、第3年度を迎える本年、その中間評価が行われた。2005年4月に提出された中間評価用の書類をもとに、同年5月23日にヒアリングが行われ、当拠点からは中山信弘（拠点リーダー）、神田秀樹（拠点リーダー代理）、藤田友敬（事業推進担当者）の3名が参加した。その後、同年10月に日本学術振興会から中間評価の結果が通知された（次頁参照）。

当拠点に対する評価は4段階（プロジェクトの中止も含めれば5段階）評価のうちの最上位のものであり、当拠点のこれまでの研究教育活動への取り組みが高く評価されたことになる。ソフトローを対象とするユニークな研究教育活動が評価されたこと、データベース構築に対する期待が大きいことがその主たる理由と考えられる。

ただし、一般的には高い評価を受けつつも、①データ収集の方法論の再検討、②対象とするソフトロー概念の明確化、③博士課程における教育面での配慮といった諸点について一層の努力が求められている。いずれも重要な問題に関するもっともな指摘であり、今後さらなる改善のために尽力していくこととした。

## ◆拠点形成の目的、必要性・重要性等：報告書(平成17年4月現在)を抜粋

### <本拠点がカバーする学問分野について>

法学（民法、商法、経済法、租税法、知的財産法）

### <本拠点の目的>

本拠点形成プログラムの目的は、「ソフトロー」の実態の解明と理論的分析を通じて、21世紀のビジネスロー分野における国家と市場の相互関係を解明すると同時に、ビジネスローの分野で、わが国が積極的に法形成の役割を担っていくことを可能にするだけの素養をもった研究者・実務家を養成するための研究教育拠点を形成することにある。

### <計画：当初目的に対する進捗状況等>

平成16年末段階において、他分野の研究者・実務家を交えた研究会・セミナー等を通じ、ビジネスロー分野におけるソフトローの実態の解明と理論的分析は着実に進んでおり、その成果は、シンポジウム・講演会を通じて対外的に公開されてきた他、COEソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ、雑誌『ソフトロー研究』によって公表されている。また、ソフトロー・データベースの基礎的資料収集と体系的な整理（カード化）は、各分野において相当進んでいる。若手研究者・実務家を拠点形成特任研究員・拠点形成特任助教授等として育成する試みは、平成16年度には軌道に乗っており、さらに今後は法科大学院との連携の強化を考えている。

### <本拠点の特色>

国の法律として最終的に裁判所による強制力ある規範をハードローと呼ぶとするならば、従来の日本におけるビジネスロー研究はハードローを中心にした体系の下に構築されてきており、ソフトローは付随的に言及されるにとどまってきた。また、国家試験等が日本の明文の法律の解釈や判例の理解を問うものであることから、実務家を目指す者の勉強、ひいては大学での教育はどうしてもハードロー中心とならざるを得なかった。このように、従来付随的かつ断片的にしか触れられることのなかったソフトローに正面から光を当てることに、当拠点の最大の特色がある。ソフトローを研究教育の中心に据えた法学の拠点ないしプロジェクトは、わが国においてはもとより、諸外国においても類を見ない。

### <本拠点のCOEとしての重要性・発展性>

ソフトローがビジネスローの領域に占める役割の大きさと従来の研究の蓄積の薄さに鑑みると、当拠点が行う「ソフトロー」の実態の解明と理論的分析は、わが国の今後のビジネスロー研究のための基

礎を提供するものとなる。また、ソフトローという伝統的な法律学の枠組みからは十分に分析できない対象を取り上げることで、新たな法学研究の方法論の発展にも寄与することになる。

さらに、当プログラムは、ソフトローの学問研究を行うとともに、その成果を法曹教育にも反映させることで、ビジネスローの領域における国際的競争力を有する人材を育成するための拠点を形成するという意義を有し、このことは、わが国の国益の観点からも大きな意味をもつものと考えられる。わが国が、今後ビジネスローの領域において国際的な法形成に貢献し、国際的に責任ある立場を果たしていく上でも、当拠点における研究教育は必須のものであると考えられる。

### ＜本プログラム終了後に期待される研究・教育の成果＞

当プログラムで行う事業終了の時点で、以下のような成果が達成されていることが期待される。

- (i) 大量の素材が無秩序に散在し、研究教育用のデータ整備が著しく遅れているソフトローについて、有用性の高いデータベースが構築される。
- (ii) 伝統的法律学の知見に加え、ゲーム理論をはじめとする経済学や社会学の学際的な研究手法も利用しつつ、ソフトローを含む社会規範の理論的・実証的研究を行い、ソフトローを研究対象として分析するための新たな方法論を確立する。
- (iii) 大学における学生の教育や実務法曹の再教育において、ソフトローを正面から位置づけ、ソフトローの意義と機能を十分に理解した研究者・実務家を輩出する。
- (iv) ビジネスロー分野において世界に通用する若手の研究者を育成するための環境を整備する。
- (v) ソフトローについてこれまで不文の形で蓄積された知見を体系化し、研究著作の形で公表する。特に国際シンポジウム、セミナー等を開催し、拠点形成の成果を国内外に向けて発信する。さらに、研究教育の成果は、随時、公開講座などによって、学生・実務界に還元する。

### ＜本拠点における学術的・社会的意義等＞

ソフトローについては、その重要性にもかかわらず、先行業績の蓄積が乏しく、その研究教育の方法論も確立しておらず、また体系的なデータベースもなく、今後のビジネスローの研究・教育の中核を担う英知を結集した研究教育拠点を形成する必要性が極めて高い。

## ◆21世紀COEプログラム委員会における評価

### ■総括評価

当初計画は順調に実施に移され、現行の努力を継続することによって目的達成が可能と判断される。

### ■コメント

ビジネスロー領域におけるソフトローの実体の解明と理論的分析を目的とする本プログラムは、先駆的であると共に極めて有益であり、その成果が大いに期待される所であり、ソフトロー研究とデータベースの構築の面で着実に成果を上げていると評価できる。とくに、充実したソフトロー・データベースの完成とその早期の公開には大きく期待できる。

ただ、今後、データ収集を続ける中で、網羅的収集には限界が出てくると思われるため、調査方法の理論的再検討が必要となるのではないかと考える。さらに、ビジネスロー領域のソフトローの範囲は極めて広範に及ぶ可能性があるため、今後の一層の研究推進のためには、対象とするソフトロー概念を明確に確立する必要がある。その上で、関連の隣接諸科学との緊密な連携を推進して、ソフトロー概念を基軸とした基礎理論研究の一層の展開を図ることが必要である。また、若手研究者の育成に関しては、多くの者を本拠点研究に参加させるなど成果が認められるが、それに加えて博士課程における教育面での配慮も望みたい。



発行日 2005年10月31日

〒113-0033 東京都文京区本郷7-3-1 東京大学大学院法学政治学研究科  
21世紀COEプログラム「国家と市場の相互関係におけるソフトロー」事務局

Phone:03-5805-7297 Fax:03-5805-7143 E-mail:coe-law@j.u-tokyo.ac.jp URL: <http://www.j.u-tokyo.ac.jp/coelaw/>