

# *Newsletter*

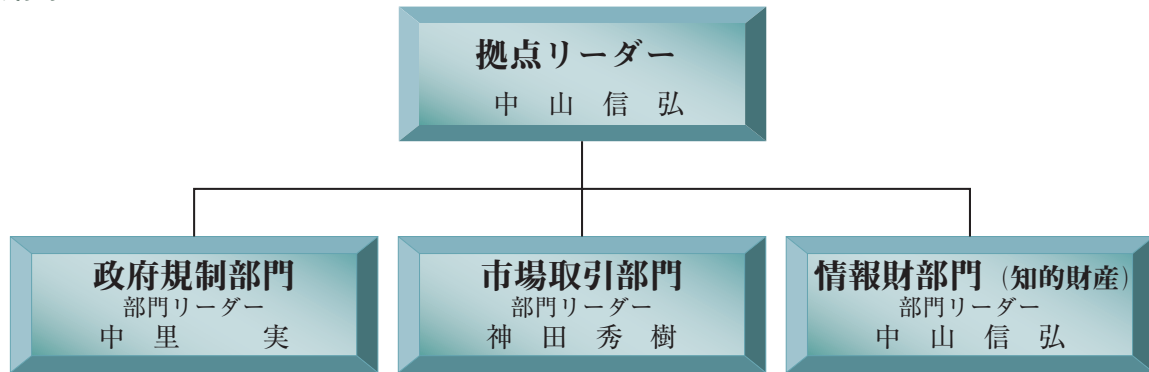
*No. 13 Autumn 2007*



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



2007年10月31日

## 研究教育拠点構成員

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

## 特任教授

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
加藤公延	新成特許事務所
瀬下博之	専修大学商学部

## 特任准教授

石川博康	学習院大学法学部
加賀見一彰	東洋大学経済学部
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
渡辺宏之	早稲田大学法学学術院
木村草太	首都大学東京都市教養学部法学系
松原有里	明治大学商学部

## 特任研究員

白崎宏一	トレードウィン株式会社
川副令	法学政治学研究科
Julien Mouret	Université Montesquieu Bordeaux 4
萬澤陽子	法学政治学研究科
三瀬朋子	法学政治学研究科
吉永圭	法学政治学研究科
田中研午	東京証券取引所
岸本裕子	法学政治学研究科
許淑娟	法学政治学研究科
西村裕一	法学政治学研究科

## 特任アシスタント

永野仁美	法学政治学研究科
武生昌士	法学政治学研究科



## 私のソフトロー研究

特任研究員(トレードウィン(株)) 白崎 宏一

私は、今まで約10年余り、IT業界に身を置きながら金融機関向けのITコンサルティング、システム導入等に携わってきました。当「国家と市場の相互関係におけるソフトロー」プロジェクトには2004年から、IT・通信関連のソフトローデータベース構築に係るデータ収集、各種研究会等への出席といった形で参加させて頂いておりますが、今回は、これまでの実務経験等から、IT、金融業界における「ソフトロー」と言われるガイドライン・

基準等の重要性・実効性について、また、当プロジェクトの成果物のひとつであるソフトローデータベースについて思うところを記載させて頂きます。

情報技術は、今や我々の生活・ビジネスにおいてなくてはならない存在になっているのは周知の事実かと思えます。例えば、インターネット利用人口は8,000万人を超え、人口普及率も60%を超えています。また、インターネットを経由しての証券取引（株式現金取引および信用取引）は、平成18年10月からの6ヶ月間で約128兆円、同期間中の全証券会社の売買代金の約25%を占めています。また、法律の世界においても、情報技術への配慮という形で、浸透しているのが見て取れるかと思えます。例えば、「個人情報保護法」、各省庁から発出されている「個人情報ガイドライン」等において、個人情報の管理方法に係る記述が情報システムにて行われていることも配慮・想定した内容となっていますし、また、金融商品取引法に係る内部統制の実施において、金融庁から公表された「財務報告に係る内部統制の評価及び監査に関する実施基準」では「ITへの対応」という項目があり、内部統制の基本要素の1つとして認識されています。

また、情報技術の持つ特徴として、技術進化・浸透のスピードを上げることができます。10年前、インターネットという情報網がこれほど急速に生活・ビジネスに浸透し、身近になることを予想した人はどれほどいたことでしょうか。また、10年前、携帯電話という情報端末がこれほど、機能を複雑化させ、普及すると誰が予見できたでしょうか。ビジネスにおいては、この情報技術の進化スピードに乗り遅れないように必死で動向をウォッチし、新しい情報技術を自社のビジネスに取り込み、自らがビジネスルールを塗り替え、新しいビジネスモデルを構築し、競争優位性を獲得することに躍起になっています。

その一方で、進化し続ける技術自体の脆弱性、複雑な情報システムのマネジメントの難しさなど、情報システムや組織体におけるセキュリティ対策の不備に起因して様々な問題が生じており、社会的な影響はより深刻なものとなっています。金融業界における情報技術に係る事故・事件で、ざっと思いついただけでも、「合併に伴うシステム統合に掛かる障害」、「フィッシング詐欺」、「大量誤発注障害」、「取引所システムの停止」、「金融機関からの個人情報漏洩」等、皆様の聞き覚えのある事象ばかりだと思われれます。

従来、このような障害への対処方法は、発生した障害に対する個別の対策がメインであり、これらの対応は、各々の企業努力によりそれぞれ対応されてきました。しかし、情報技術がますます複雑化してきていること、ビジネス・生活への影響度が増してきていることから、最近では、情報技術・マネジメントに係る脆弱性に対処するための「セキュリティガバナンス」、リスクを適切に管理する「リスクマネジメント」の重要性が増してきています。

この情報技術に係る「セキュリティガバナンス」、「リスクマネジメント」の有効性・実効性を担保する枠組みに関してハードロー的な観点からのサポートはあまり見受けられません。それは、情報技術・情報技術マネジメントの多様性、進化のスピードのせいかもしれません。そうすると、この情報技術に係るリスクマネジメントの有効性・実効性を担保する枠組みは、当プロジェクトの研究対象である「ソフトロー」によるところが大きいのかもしれない、大きくならざるを得ないのかもしれないと考えております。

例えば、金融庁から公表されている検査官向けの「金融検査マニュアル」などにも、別添として情報システムに係る項目をまとめたものがあり、各々の金融機関は、このペーパーより行政当局のスタンス・考えを把握・理解し、リスクマネジメント態勢の確立に努力しています。また、経済産業省は、「セキュリティガバナンス研究会」を発足させ、「セキュリティガバナンス研究会報告書」などを公開し、各事業者に「セ



セキュリティガバナンス」の社内体制の確立・促進に関して普及啓発を行っています。

また、日々刻々と変化し多様化している情報技術に係るセキュリティ事故の発生状況、対応策等は、IPA（独立行政法人 情報処理推進機構）等から情報が発信され、また各種業界団体からも、対応策等に関するガイドラインなどが公開され（例えば、日本証券業協会から公表されている「インターネット取引において留意すべき事項について（ガイドライン）」など）、各企業（金融機関）の自助努力をサポートする形が取られています。ただ、これらの情報発信に関しては、各々の企業が自らリスクマネジメントの必要性・重要性を持たなければ、効果的なリスクマネジメント体制を構築することはできません。つまり、柔軟性・機動性を持ちつつ、事業者に対して、より実行力を持つ枠組みが必要と考えます。

私個人としては、このような枠組みとして、例えば事業者におけるセキュリティレベルの向上・維持を目的に創設された「ISMS認証制度」（この制度が有効と結論づけている訳ではありません。）等の「認証制度」を有効に活用し、ビジネス遂行上の必須要件となるような認識が事業体間で浸透すれば、このような制度は有効に働くのではないかと考えます。また、先日、2007年10月10日から開始された日本証券業協会による「インターネット取引に係るシステム障害報告件数」の公開など、直接的なエンフォースメントではなく、投資家をはじめとするステークホルダーへの情報開示等により、各金融機関の自助努力を向上させようという枠組みの活用等も有効であるのではないかと考えます。

このように情報技術に関連する分野では、様々な事業体、団体等が信頼性のある情報技術の活用の促進のために様々な活動を行っております。このような活動を注意深く、様々な観点から分析・研究することによりビジネスを安定的にかつ有効的に遂行していくためのIT分野でのソフトローが持つべき特性等を明らかにしていければと思っております。

また、当プロジェクトにおいて、参加させて頂いておりますソフトローデータベースの情報収集活動に関してですが、当プロジェクトに関わっていらっしゃる様々な方々の貢献により、実によいデータベースが構築されてきていると感じております。このデータベースには、国内におけるソフトローと呼べると考えられる各種団体等から公開されているガイドライン、基準、規則等が、分野別に、作成主体、作成年月日（改定年月日含む）、概要、所在（当基準のアクセス先）等が整備されております。

例えば、インターネット上で、「ガイドライン」というキーワードを検索すると何件ヒットすると思われれます？ 実に約9,400万件もヒットします。また、同様に「基準」というキーワードで検索すると約5,400万件もヒットします。もちろん、この検索結果の中には、ガイドラインや基準そのもの以外に、該当のガイドライン、基準を解説しているページ等も含まれますし、該当のガイドライン、基準へリンクを張っているだけのページ、ソフトローと呼べないガイドライン（何らかの私設システムの操作ガイドラインなど）等、実に様々なページ・コンテンツが氾濫していることがわかります。実務者、研究者が、ある特定業界において普及している、準拠すべき拠り所としてのガイドライン・基準をあたるのに、当プロジェクトで公開している「ソフトロー総合データベース」※は実に作業を効率的にしてくれるツールだと考えます。上記のように分野毎にカテゴリズされ、そのコンテンツの概要、目的等が簡潔に纏められ、作業者は効率的に目的に合致するコンテンツを見つけ出すことができるでしょう。このようなある特定のカテゴリに属すると考えるコンテンツを体系化された形で整備することは有意義なことだと感じております。

また、私が当プロジェクトに参加させて頂いた2004年当時、インターネットで「ソフトロー」というキーワードを検索し、ソフトローの定義、活用のされ方などを調べようとしました。しかし、当時、当プロジェクトにおけるソフトローという意味に合致するコンテンツは、ほとんどありませんでした。それが、先日（2007年10月）改めて、「ソフトロー」というキーワードでインターネットを検索すると、9,000件程度ヒットしました（もちろん、全然意味の異なる使われ方をしているページ等も含まれていますが）。ここ数年間で「ソフトロー」という言葉は、様々な分野において市民権を得てきているように思われます。このように市民権を得つつあるソフトローに興味を持つ方が今後増え、その方たちに少しでも貢献できるコンテンツを整備していければと考えております。

※

[http://dbr.nii.ac.jp/infolib/meta/CsvDefault.exe?DEF\\_XSL=default&GRP\\_ID=G0000105&DB\\_ID=G0000105SOFTOLO&IS\\_TYPE=csv&IS\\_STYLE=default](http://dbr.nii.ac.jp/infolib/meta/CsvDefault.exe?DEF_XSL=default&GRP_ID=G0000105&DB_ID=G0000105SOFTOLO&IS_TYPE=csv&IS_STYLE=default)

## 私のソフトロー研究



特任准教授 山神 清和

私は、知的財産法を専攻しておりますが、一般の方に専攻のお話しをすると「ああ、特許権や著作権のことを研究されているんですね」という反応が返ってきます。一方、ソフト・ローの研究をしていますとお話しすると「そのソフト・ローとはなんですか?」、「ソフト・ローがあるなら、ハード・ローもあるんですね」という言葉がある種の困惑とともに返ってきます。

我々が研究している「ソフト・ロー」とは、裁判所で履行が担保されている、主に成文法を中心とした法律（これが「ハード・ロー」と呼ばれるものです）ではなく、「ハード・ロー」のように最終的に裁判所による強制的実行が保証されていないにもかかわらず、現実社会の取引において当事者が従っている諸規範を指します。

そして、ソフト・ローを研究するには、おおよそ次のような3つのアプローチがあると言われています。まず、「最終的に裁判所による強制的実行が保証されないにもかかわらずなぜ当事者はその規範に従うのか」という問を追究するものです。最終的に履行が強制され得ないルールに、人々が従うには何か理由があるはずで、それを明らかにするところに意義があります。そして次に「ソフト・ローという規範はなぜ発生するのか」という点を検討するアプローチもあり得ましょう。我国には既に多くの「ハード・ロー」が存在します。そしてこれらの「ハード・ロー」を中心に実務は動いているはずであります。その間隙を縫って、「ソフト・ロー」がどのように生まれ、成長し、「ハード・ロー」を補完するようになったかを研究することは、「なぜ人々はソフト・ローに従うのか」という意図と同じく、根本的・理論的研究といえましょう。最後は「どのようなソフト・ローが実際に存在し、どのようにハード・ローを補完しているのか」という問題を検討するアプローチです。現在の複雑な法体系の中にどのようなソフト・ローが息づいており、それが実務でどのような役割を果たしているのかという現状を、(理論的な検討はさておき)まず把握しようというアプローチとなります。

私は最後のアプローチをスタート地点として、徐々に理論的研究へと進んでいきたいと考えています。以下ではもう少し具体的に述べてみましょう。

私の専門とする知的財産法とは、実は特許法や著作権法に限らず、実用新案法、意匠法、商標法など種々雑多な法律が複雑に絡み合った法体系です。そして、この知的財産法はかなり「ハード・ロー」が整備された法分野であるといつてよいと思われます。そうだとすると、もはや「ソフト・ロー」の存在する余地はないのでしょうか。実はそうではありません。拠点リーダーの中山信弘教授のお言葉をお借りすれば、知的財産法とは財産的価値のある情報を保護する体系であります。それが故に、日々多種多様な情報の保護の是非を判断する必要がありますので、そこに「ハード・ロー」ではなく「ソフト・ロー」が登場する余地があるのです。換言すると「ハード・ロー」というしっかりとした網の目から漏れてしまう新規の情報があり、それが財産的価値を持つ場合にそれをどう保護するのかあるいは保護しないのかそれを結論づける前提として、「ソフト・ロー」の現状を把握することは重要となります。

例えば、著名なスポーツ選手の肖像や氏名を商品に用いる場合、既存の知的財産法では、どのような枠組みが「ハード・ロー」として用意されているのでしょうか。また、スポーツ選手ではなく、著名になった動物（直立するレッサー・パンダの風太）の肖像や氏名（名称）を使う場合はどうでしょうか。これらの問題を端的に表すとすると「商品化権、パブリシティ権をみとめるのかどうか」ということになります。こういった氏名（名称）・肖像を使う場合には、契約実務上どのような形で取り扱われているのか、それは何らかの知的財産権の形を取っているのだろうかという点が実態を把握する上では重要となるわけです。

知的財産法で全く保護されないものが契約上は実質的に保護を受けている場合、当事者のうち、それら

の氏名・肖像を利用する側は本来支払うべきでない対価を払って、利用していることとなります。本来「ハード・ロー」として書いていなければ権利としては保護されず、従って誰がどのように利用してもいいように思われますが、このように知的財産法という「ハード・ロー」の枠組みからはずれている可能性が高く、裁判所に行って認められるかどうかははっきり分からないものをお金を払って使わせてもらう慣行が、通常のビジネスでは、数多く存在します。これらの慣行こそが「ソフト・ロー」に他ならないわけですが、「ソフト・ロー」にどのようなものがあるかを突き詰めていくと、なぜ「ソフト・ロー」として存在するのか、という方向へ関心が向かうこととなります。私の研究の方向はまさにこのようなものであるとよいと思います。

なぜ存在するのかということをごここで一言で書くわけにはいきませんが、次のようなことは言えると思います。すなわち、知的財産法の保護の対象に関わる技術・事情の急速な進展は、頻繁な法改正にもかかわらず、法律とビジネスの現状の乖離をもたらしており、それを補完するために存在するものが「ソフト・ロー」なのであるということです。さらに、司法による救済を受けるために要する時間も含めた様々なコストを回避するために、「ハード・ロー」ではなく「ソフト・ロー」に頼るのだという見方も出来ましょうし、「コスト」という概念を拡張して、例えば企業イメージを重視する当事者は法的紛争による企業イメージの低下をコストと考え、「ハード・ロー」ではなく「ソフト・ロー」の利用を選択するのだとも言えます。

以上のように考えると、「ソフト・ロー」というものの存在を肯定的に考えてしまいがちですが、最近ではこの考えにやや疑問を持っています。例えば、先に挙げたように著名な動物の写真を自分で撮影して、それをTシャツにプリントして売り出した人がいたとします（多摩川のタマちゃんの時にもそのような商売をする人が実際にいたことが報道されていました）。この場合に、Tシャツを販売する人と風太を所有する動物園という両当事者の間では、Tシャツの販売額の5%を動物園に支払うかわりに、動物園は風太の肖像をTシャツの模様として利用することを許諾するという契約が結ばれたとします。そして、前述した「ソフト・ロー」の発生理由に基づき、同様の事例で同様の契約が締結されていったとします。この場合に、何らかの知的財産権（「ハード・ロー」として肖像を利用する権利）を規定する、すなわち「ソフト・ロー」を「ハード・ロー」に取り込んでいくべきでしょうか。私の答えは「否」であります。「ソフト・ロー」では実質的に保護されているものでも、「ハード・ロー」では保護の対象から明確に外すべきものがあるのだというのが私の立場です。知的財産法で様々な情報が保護されているわけですが、その保護範囲は各知的財産法の目的（著作権法であれば文化の発展ですし、特許法であれば産業の発達）にのっとって明確にその境界を画定する必要があり、その境界確定を誤れば場合によっては、それらの法律の目的を達成することが出来ないと考えます。

なお、ギャロップレーサー事件最判（最判平成16年2月13日民集58巻2号311頁、判時1863号25頁、城山康文「物の画像・名称の利用」ソフトロー研究3号も参照されたい）は「現行法上、物の名称の使用など、物の無体物としての面の利用に関しては、商標法、著作権法、不正競争防止法等の知的財産権関係の各法律が、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用権を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないようにするため、各法律は、それぞれの知的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、その排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしている。

上記各法律の趣旨、目的にかんがみると、競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用につき、法令等の根拠もなく競走馬の所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、また、競走馬の名称等の無断利用行為に関する不法行為の成否については、違法とされる行為の範囲、態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において、これを肯定することはできないものというべきである」と判示して、著名な競走馬の馬主が、当該競走馬の名称をゲームソフトに利用したソフト会社に対して名称使用料を支払う義務がないことを明確に否定しました。

以上が私のソフト・ロー研究の大まかな方向性ですが、研究にあたっては「ソフト・ロー」の存在理由を踏まえつつ、知的財産法による各種情報のあり方を考えるよう心がけたいと思います。



# 2 研究教育活動

本拠点の2007年8月1日から同年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。

## <政府規制部門>

### ■経済法研究会

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第26回	2007年9月5日	CREDIT SUISSE SECURITIES (USA) LLC v. BILLING (欧米事例)	
第27回	10月5日	防衛庁発注タイヤ・チューブ事件 (日本事例)	

### ■租税法ソフトロー研究会

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第20回	2007年8月8日	OECD Model Tax Convention Article 24 (Non-Discrimination) に関する5月3日 discussion draftについて	増井良啓 (東京大学教授)
第21回	8月24日	租税条約と国内税法の交錯	井上康一 (弁護士)
第22回	9月5日	岩澤雄司「条約の国内適用可能性」をめぐって	川副令 (COE法律特任研究員)

### ■国際関係とソフトロー研究会

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第8回 (私法系)	2007年9月20日	COE最終成果物の各自の担当部分についての原稿に基づく報告と議論 (最終とりまとめ)	道垣内正人 (早稲田大学大学院教授・弁護士・ COE法律特任教授) 他

## <全分野横断的研究>

### ■ソフトロー理論研究会

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第18回	2007年9月28日	買収防衛策導入の業績情報効果： 2005年導入企業に関する実証分析	広瀬純夫 (信州大学講師) 藤田友敬 (東京大学教授) 柳川範之 (東京大学准教授)



### ■COE公開講座 (BLC公開講座と共催)

	開催日	テ ー マ	報 告 者
第30回	2007年9月25日	いまなぜ「債権法改正」か？	内田貴 (東京大学教授) 詳細は本誌9頁-11頁参照
第31回	10月18日	倒産処理手続と担保権 - 集合債権譲渡担保を中心として	伊藤眞 (東京大学名誉教授・ 早稲田大学大学院法務研究科教授)

2007年9月25日（火）開催 第30回COE公開講座（第40回BLC公開講座と共催）

### 「いまなぜ『債権法改正』か？」

内田貴（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〈講演当時〉）

#### 1. セミナーの目的

近時、法務省は民法の債権法部分について抜本的見直しを行うことを決定した（<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji99.html>）。これを受けて学界・実務界では債権法改正の要否に関する検討が始まっており、既に一定の成果も公表されている（例えば、全国銀行協会の「銀行取引に係る債権法に関する研究会報告書」（[http://www.zenginkyo.or.jp/news/entryitems/news190425\\_2.pdf](http://www.zenginkyo.or.jp/news/entryitems/news190425_2.pdf)））。しかしながら、債権法改正が問題とされている理由について理解の一致が確立しているわけではない。本セミナーでは、民法・商法・民事訴訟法の研究者で組織される「民法（債権法）改正検討委員会」において中心的役割を果たしておられる内田貴教授（COE事業推進担当者（当時））に、債権法改正の背景事情についてご説明戴くこととした。

#### 2. これまでの経緯

今般の債権法改正の機運の高まりは、昨年法務省が債権法の抜本的見直しを決定したことに端を発するが、その背後には学界の動向があったと言える。1993年、民法典の百周年に向けて組織された能見善久教授を中心とする研究会は、98年に『債権法改正の課題と方向』（商事法務）を公表した（同年の日本私法学会においてシンポジウムが開催された）。しかしながら、その提案内容は参加した研究者各人の研究成果としての性格が強く、体系的な一貫性を欠くものであった。そこで2001年3月、学界の有志で「民法改正検討委員会」が結成され、研究グループとして一貫性のある改正草案の作成が目指されることとされた（その成果の一部は既に公表されているところである）。このような学界における債権法改正に向けた研究の蓄積が今般の債権法改正の一因であると評価できる。

#### 3. 民法典の性格

次に、民法典の改正の必要性を理解するうえでは、その法典の特殊な性格を理解しなければならない。

民法典の歴史は1804年のフランスの民法典に始まるが、ナポレオン法典はフランス人にとって国民精神の象徴であり、社会の根本規範として今日まで存在し続けている。また1900年施行のドイツ民法典は、ドイツの真の統一、国民統合を実現する手段としての性格を有していた。民法典は単なる法典にとどまらない文化的象徴としての意味を有してきたのである。また、民法典の特殊な性格は、近時



制定されたロシア民法典や中国の諸法典にも看取できる。ロシア民法典は自由主義への移行を宣言するものであり、中国における契約法典・物権法典も社会主義市場経済の導入を表明とするものと言えるのである。

このように、民法典の編纂は、その国の社会の構成原理を定め、それを内外に示すという意義を有する。そして、フランス民法典やドイツ民法典がその後の世界に与えた影響を想起すれば、社会の構成原理にはいくつかのモデルが存在し、それぞれが「ブランド」としての力を有してきたと考えられる。コモン・ローに属するアメリカ法もまた、統一商事法典（UCC）というモデル法を通じて、世界への影響力を行使してきたと言える。

これに対して、わが国の民法典は、起草者の「比較法の果実」という言葉に示されるように、当時の西洋諸国の民法典の粋を結集したものである一方で、それ自体としてはオリジナリティの乏しいものであったと言える。そしてそれゆえ、諸外国からモデルとされるようなブランド力を有しているとは言い難いのである（この点との対照で興味深いのがオランダ民法典である。オランダ民法典の制定に際しては、広範な比較法研究がなされつつも、十分なオリジナリティを有する内容となっている）。

民法典をその構造を含めて抜本改正するということは、ある条文の不都合を正すための改正——もちろんそれ自体は必要であるが——とは質的に異なるものである。21世紀における社会の構成原理についてメッセージを示すような改正であることが求められるのである。

#### 4. 抜本改正が必要とされる理由

以上の民法典の性格を前提として、現在その抜本的改正が必要とされている理由としては、次の諸点を挙げることができる。

①民法典の想定する「人」。19世紀の民法典は、特定の階級利益を考慮せず、抽象的な「人」の概念を採用した。そして、それとは区別される「商人」について特別の準則を設けることとした。しかしながら、現代において、商人ではない自然人の大部分は「消費者」として立ち現われることになる。そしてそれゆえ、商人と消費者を除いた後に残る「人」とは一体何なのかという疑問が生じることになる。また、商人と消費者の最大公約数として「人」を想定できるのかも問題となる。このように民法典の想定する「人」について再考が迫られているのである。これらの問題に対しては、(a)「人」概念を実質化する（消費者の属性を備えた「人」概念を採用する）、(b)抽象的「人」概念を維持したまま消費者法の規律を民法に取り込む、(c) (a)と(b)の双方を採用するなどの対応策がありうる。「人」概念のあり方についても、立法に際しては十分議論をする必要があると考えられる。

②民法典は誰のためにあるか。近時の司法制度改革は事後救済型社会への移行を目指すものと言えるが、そのような社会において現行民法典が十全の機能を果たすかに疑問がある。わが国の民法典は「プロのための法典」であると言える。起草過程において定義規定や教育的効果のある諸規定が除かれ、専ら要件・効果に関する規定が置かれることとされた。他方で、当然の原則は敢えて規定しない

という方針が採用された（例えば、物権定請求権に関する規定は民法典に置かれていない）。その結果、わが国の民法典は独仏などと比べて条文数が少なく、判例・学説の占める比重が大きくなっている。それゆえ、民法典を読むだけでは一般市民は権利義務関係について判断できないこととなっている。判例・学説を篩いにかけて、民法典の透明性を高めることが、事後救済型社会を実現する前提として必要とされていると考えられるのである。

③民法典の空洞化。現在では民法典の外側に多数の特別法が存在する。それらのすべてを民法典の中に取り込むことは現実的ではないとしても、法典主義を採用する以上、ある程度は一覧性を確保する必要があると言える。

④地域的・世界的統一化傾向。国際売買法の領域では、かねてからUNCITRALのウィーン条約（CISG）やUNIDROITの国際商事契約原則（PICC）など法統一の動きが存在した。また近時のヨーロッパではEU市場の登場を背景としてヨーロッパ契約法原則（PECL）が公表され、それを前提としてドイツで債務法が改正されたほか、フランスでも改正の検討作業が進んでいる。世界の傾向に合わせる必要が必ずしもあるわけではないにしても、債権法は国際的に統一化の傾向が強い領域なので、そのような動向に対する態度決定は必要になると考えられる。



## 5. おわりに——世界に対する視点

近時の全世界的な立法の動向を前提とすれば、人類の知的遺産である民法典の発展に日本が参加することの意義が積極的に評価されるべきである。その前提として、比較法的知見を参考としながらも独自性のある民法典を作り上げる必要がある。わが国は民法典施行後の百年余りの期間の中で、独自の実務や理論を形成してきた。それらを結集した「経験の果実」としての民法典を構築することが、現在我々が直面している課題なのである。

加毛明（東京大学大学院法学政治学研究科准教授・当プログラム事業推進担当者）

### 5年間の本プロジェクトの活動を振り返って

情報財(知的財産)部門 大淵 哲也

情報財(知的財産)部門では、この5年間、部門リーダーの中山信弘教授(本プロジェクトの拠点リーダーでもある)のもと、権利ビジネス研究会、知的財産法研究会、生命工学と法政策研究会の3研究会と、知的財産ソフトロー収集分析作業班の活動を中心として、非常に多種多様な情報財(知的財産)関係のソフトローに関して、ハードローとの相互関係の点も含めて、さまざまな形で精力的に研究を進めてきた。以下、私の個人的な感想等を述べることにしたい。なお、本プロジェクトの情報財(知的財産)部門の研究活動等の詳細については、本プロジェクトのHP(<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/coelaw/>)の情報財(知的財産)部門の研究教育活動の欄も是非ご参照いただければ幸いである。

民事訴訟と行政訴訟の双方にわたって膨大な判例を有するなど、極めて高度に発達したハードロー(裁判所その他の国の権力によってエンフォースメントされる規範)を有する知的財産法の世界では、その反面、ソフトローは従前あまり重視されてこなかった面もみられるが、この5年間の研究を通じて、このような知的財産法の世界でも、ソフトローが重要な役割を果たしており、かつ果たすべきものであることが改めて浮き彫りとなった。

情報財(知的財産)と一口にいても、非常に多種多様な内容を含むものであり、このような多様性に十分対応すべく、権利ビジネス研究会、知的財産法研究会、生命工学と法政策研究会という3つの研究会を立ち上げたが、特に、これら3研究会間の有機的な連携に力点を置いた。また、後述の、知的財産ソフトロー収集分析作業班の作業との間の有機的な連携に特に力を入れた。これら3研究会では、学内の研究者のみならず、学外の研究者も広く参加したほか、裁判官、弁護士、弁理士、企業内知的財産法担当者等の実務家多数の参加もいただき、学界実務界の総力を挙げてこの難しいテーマに全力で取り組んだ。これら3研究会の会員(参加者)は20名ないし数十名にも及ぶ大規模で充実したものとなった。これら3研究会での貴重な研究成果については、ジュリスト誌に「知的財産法の新潮流」として逐次連載され、社会に広く公開されてきたものであり、学界実務界双方で大きな反響を



呼んだ。知的財産関係のソフトロー自体の研究が従前の先行研究がなく、手探り状態であった上に、特に、このようなソフトローがハードローの場面でどのように受け入れられるかの点についても、知的財産法のみならず、経済法、契約法等の諸関連分野の知見の総動員が不可欠となる複雑困難な問題であり、理論面実務面の双方からの徹底した分析検討を要する難問であったが、学界実務界双方の全面的協力を得て、掘り下げた総合的な研究分析を行うことができた。

また、これら3研究会では、会員以外に、学生（法科大学院生、大学院生、学部生）も多数オブザーバーとして参加し、積極的に、質疑、討論等に参加してくれた。将来のソフトロー研究を担う若手の養成の場としても大きな役割を果たすことができたのではないかと自負しているが、今後のソフトロー研究の若き担い手の裾野の広がり大いに頼もしさを感じた次第である。

このようなソフトローについての、ハードローとの相互関係を含めた理論面につき、上記3研究会で研究を行ったが、これと並んで、ソフトローの実態調査が不可欠の重要性を有していることはいうまでもない。この重要な作業を行うべく、城山康文弁護士（本学法科大学院実務家教員）ほかの指導弁護士のご指導のもとソフトロー収集分析作業班が結成され、ソフトローが問題となる典型的な場面である、特許等ライセンス契約、プロ野球・サッカー業界における放送許可権・商品化権等のライセンス、舞台演劇製作過程における契約、ジェネリック医薬品（後発医薬品）について、ソフトローの収集作業を当該業界関係者等との集中的精力的なインタビュー等を通じて行った上で、これに多方面からの分析を加えた。この作業による貴重な成果についても、パテント誌や「ソフトロー研究」誌において広く公開され、大きな反響を呼んだ。また、この作業班の作業の成果については、権利ビジネス研究会と合同で、知的財産ソフトロー収集作業班報告会が開催され、権利ビジネス研究会との緊密な情報交換・意見交換が図られた。なお、このソフトロー収集作業班の積極的な活動においても、極めて優秀な学生諸君多数が大いに参加協力してくれた。

これ以外にも、情報財（知的財産）関係のソフトローのデータベース作成にも力を注いだ。

以上のような情報財（知的財産）関係のソフトローの収集やデータベース作成とソフトローについての理論的検討分析を通じて、情報財（知的財産）関係のソフトローの実態把握とこれに基づく理論的検討分析の基盤ができたことが、この5年間の活動の最大の成果といえると思われる。前述のとおり、ハードローが極めて高度に発達している情報財（知的財産）の分野においても、ソフトローが極

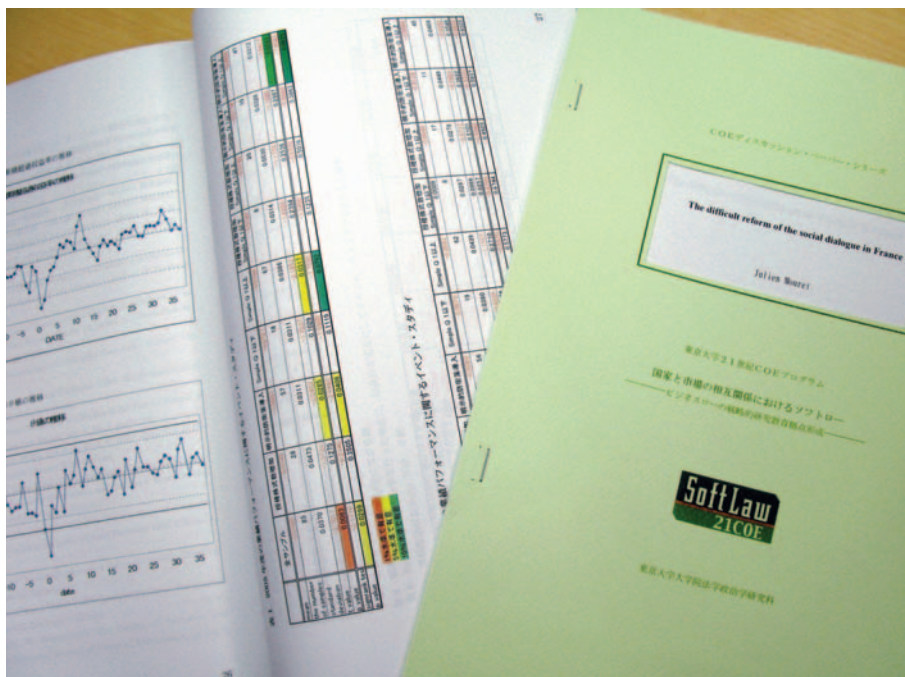
めて重要な役割をはたしており、かつ、はたすべきものであることが改めて再認識されたことの意義は極めて大きなものがあり、今後は、この認識に立って、この5年の活動の貴重な成果の基盤の上に一層の研究を積み上げていくことこそが、学界実務界双方からの熱い期待であることが痛感させられた次第である。このプロジェクトを立ち上げた際には、ハードローが極めて高度に発達している情報財（知的財産）の分野においてソフトローの果たすべき役割等につき途方に暮れた記憶があるが、ようやくここまで研究を進めることができ、感慨無量である。

最後に、ソフトローという新しい分野を正面から目標に掲げて研究を進めるという大胆な本プロジェクトにおいて、多くの時間を割いて刺激的な示唆と研究をしてくださった事業推進担当者の方々、特任教員、特任研究員および特任アシスタントの方々、そしてプロジェクトの円滑な遂行を支えてくださった事務担当の方々に対して、厚く御礼申し上げたい。また、ご多忙の中、本プロジェクトにご協力いただいた、学外の研究者の方々、裁判官、弁護士、弁理士、企業内知的財産専門家の方々にも、研究会へのご参加、ご報告、ジュリスト誌への論文執筆等で大変にお世話になり、心から御礼申し上げたい。さらには、知的財産関係のソフトローの多方面からの詳細な実態調査に、ご多忙の中、アンケート、インタビュー等で、貴重な時間を割いていただいた業界等関係のご担当の方々にも心から厚く御礼申し上げたい。将来も、研究と教育の両面においてソフトローの重要性が認識され実践されるよう、本プロジェクトの成果を踏まえてさらなる研究活動の蓄積がなされることを心から期待したい。

# 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

2007年8月から同年10月末までに以下の2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-2007-9	広瀬純夫 藤田友敬 柳川範之	買収防衛策導入の業績情報効果：2005年日本のケース
COESOFTLAW-2007-10	Julien Mouret	The difficult reform of the social dialogue in France





発行日 2007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/>