

# TMI Associates Newsletter

AUTUMN 2011  
**Vol.9**

TMI 総合法律事務所

## CONTENTS

- P.1 不正競争防止法の平成23年改正
- P.3 更新料条項を有効とした最高裁判決
- P.4 産活法に基づく株対価TOBの実現に向けた動き
- P.6 イスラム金融
- P.8 顧問紹介 弁護士 頃安 健司、弁護士 野木 正彦
- P.8 TMI月例セミナー紹介、書籍紹介

## 不正競争防止法の平成23年改正

— 弁護士 宮川美津子  
— 弁護士 海野圭一郎

去る本年5月31日、第177回通常国会において、不正競争防止法の一部を改正する法律が成立し、本年6月8日に公布された(平成23年法律第62号)。今回の改正は、営業秘密を保護するための刑事訴訟手続の整備、技術的制限手段回避装置等に対する規律の強化等を内容とするものであり、本年12月1日に施行される予定である。

### 第1 営業秘密を保護するための刑事訴訟手続の整備

不正競争防止法上の営業秘密侵害罪(21条1項)は親告罪であるが(同条3項)、同罪に係る刑事裁判において審理が一般に公開されることにより営業秘密の内容が公になるとの懸念から、営業秘密の侵害を受けた被害者が刑事告訴を躊躇しているという問題が指摘されていた。

これを受け、同法の平成21年改正時における国会の附帯決議において、営業秘密保護のための特別の刑事訴訟手続の在り方等について、早急に検討を進め、適切な法的措置を講じるべ

きこととされた。

このため、今回の改正においては、営業秘密侵害罪に係る刑事訴訟手続において営業秘密を適切に保護するため、以下の措置を講じることとされた(なお、本改正法は、その施行日において係属中の事件から適用され得るものと解される。)

①まず、裁判所は、被害者等の申出に応じて、営業秘密の内容を特定させることとなる事項を公開の法廷で明らかにしない旨の決定(秘匿決定)をすることができ、この秘匿決定をした場合には、秘匿決定に係る事項(営業秘密構成情報特定事項)について、公開の法廷で用いるべき言い換え表現を定めること(呼称等の決定)ができる(改正後23条)。

秘匿決定があった場合、起訴状や証拠書類の朗読は、営業秘密構成情報特定事項を明らかにしない方法で行うこととなるほか(改正後24条及び28条)、訴訟関係人のする尋問、陳述等が当該事項にわたるときは、裁判長により当該尋問等が制限される(改正後25条)。

②次に、裁判所は、秘匿決定をした場合において、一定の要件が認められるときは、公判期日外において(すなわち、傍聴人のいない法廷で)証人等の尋問又は被告人質問をすることができる(改正後26条)。

なお、裁判所は、この公判期日外の証人尋問等及び上記①の呼称等の決定をするに当たり必要と認めるときは、検察官・弁護人等に対し、尋問、陳述等に係る事項の要領を記載した書面の提示を命ずることができる(改正後27条)。

③また、検察官又は弁護人は、証拠開示をする際、相手方に対し、開示される証拠に記載等されている営業秘密の内容がみだりに関係者(被告人を含む。)に知られないようにすることを求めること(秘匿要請)ができる(改正後30条)。

以上の措置により営業秘密が実効的に保護されるためには、被害企業の協力が不可欠である。営業秘密侵害罪の刑事告訴をする場合には、起訴に至った際に、秘匿の申出を適切に行った上で、公判審理に先立って、検察官や裁判所に対し、営業秘密を適切に秘匿するために必要な資料や情報を提供できるよう、十分な準備をしておく必要がある。

この点、経済産業省は、「営業秘密管理指針」を改訂することで、被害企業において必要な準備及び協力の内容を可能な限り明らかにすることを予定しているため、まずはこの新しい指針を参考とすべきこととなる。

## 第2 技術的制限手段回避装置等に対する規律の強化

不正競争防止法においては、コンテンツの視聴・実行を制限するいわゆる「アクセスコントロール」といった技術的制限手段(2条7項)に対する不正行為が不正競争の一つとして規定されている(同条1項10号及び11号)。

ところが、近年、不正にインターネット上にアップロードされたゲームソフトをダウンロードして、正規の記録媒体以外でもゲーム機で利用できるようなアクセスコントロールを回避する機能を有する装置が提供されており、これに伴う被害は、インターネット上の著作権侵害コンテンツの氾濫と相俟って、より深刻なものとなっている。

このため、今回の改正においては、技術的制限手段を回避する装置等に対する規律を強化するため、近年流通している装置等の実態を踏まえ、以下の措置を講じることとされた。

- ①まず、従来の規制対象は、技術的制限手段を回避する機能のみを有する装置等を提供する行為であったが、同機能以外の機能を併せて有する装置等について技術的制限手段を回避する用途に供するために提供する行為に対しても、差止請求等を行い得る環境を整備するため、規制対象装置等の要件を見直した。
- ②規制対象装置の部品一式であって容易に組み立てることができるもの、いわゆる組立キットの提供行為についても、新たに規制の対象とした。
- ③さらに、技術的制限手段を回避する装置等の提供行為に対して刑事罰を導入した(5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこれの併科。法人処罰・重課もある。)(改正後21条2項4号)。

なお、本改正法と同じく第177回通常国会において成立した「関稅定率法等の一部を改正する法律」(平成23年法律第7

号)に基づく関稅法改正により、いわゆる水際措置の対象となる輸出入禁止品に技術的制限手段回避装置等が追加されている(本改正法の施行と同時に施行される。)

技術的制限手段に係る不正競争行為に関しては、従前、回避機能以外の機能(音楽再生、自作ソフトの起動等)を有していれば不正競争に当たらないのではないかと、露天、インターネット等による販売については販売者の特定が困難であり、背後に反社会勢力が関与していることもあることから、民事的救済による対応のみでは限界があるのではないかと指摘があった。今回の改正は、これらに対応するものであり、罰則による抑止効果も含めて、コンテンツ産業の保護強化が期待できる。

もちろん、コンテンツ関連業界、情報通信機器業界、ユーザーといった各関係者においても、今回の改正の趣旨を踏まえて、必要に応じて連携しながら、対策を検討・実施していくことが重要である。

以上

弁護士  
宮川美津子  
(1960年生)

Mitsuko Miyagawa  
直通 / 03-6438-5505  
MAIL / mmiyagawa@tmi.gr.jp



### 【主な取扱分野】

国際企業取引  
知的財産  
紛争解決

### 【登録、所属】

第一東京弁護士会(1986)  
ニューヨーク州(1994)  
日本商標協会理事  
日本仲裁人協会理事  
エンターテインメントロイヤルネットワーク  
AIPPI  
INTA(International Trademark Association)  
IBA(International Bar Association)  
産業構造審議会知的財産政策部会  
同部会技術情報の保護等の在り方に関する小委員会  
関稅法69条の21に規定する専門委員  
日弁連知的財産センター事務局  
日本知財学会

弁護士  
海野圭一郎  
(1979年生)

Keiichiro Umino  
直通 / 03-6438-5423  
MAIL / kumino@tmi.gr.jp



### 【主な取扱分野】

知的財産  
(2010年7月から2011年6月まで  
経済産業省知的財産政策室出向)  
労働関係

### 【登録、所属】

第二東京弁護士会(2007)

## 更新料条項を有効とした最高裁判決

— 弁護士 野間敬和

最高裁は、平成23年7月15日、賃貸借契約の更新時において賃借人が賃貸人に対して更新料を支払う旨の合意を有効と判断した、3つの判決を下した。この3つの最高裁判決の原審はいずれも大阪高等裁判所であったが、更新料条項の有効性について判断が分かれており、2つの事件については更新料条項を無効とし、1つの事件については更新料条項を有効としていた。このため、最高裁の判断が注目されていた。

本稿では、この最高裁判決を取り上げる。

### 第1 問題の所在と原審判決

賃貸借契約の期間が満了して合意更新あるいは法定更新される場合に、賃借人が賃貸人に対して更新料を支払う旨の合意がなされることがある。かかる更新料条項については、消費者契約法10条に違反するとして、その無効の確認及び過去に支払った更新料の返還を求める訴えが京都地裁等に数多く提起された。<sup>(1)</sup>

#### 1 問題の所在(消費者契約法10条)

消費者契約法10条は、消費者との契約における条項が、①民法の任意規定に比べて消費者の権利を制限するか消費者の義務を加重し、かつ②同条項が公序良俗(民法1条2項)に反する場合には無効になると規定する。契約における条項が公序良俗に違反する場合は、一切の個別事情を考慮した上で契約内容が一方当事者に不当に不利である場合とされている。<sup>(2)</sup>以下、①の要件を「10条前段条項」、②の要件を「10条後段条項」という。

そこで、更新料条項が、上記①及び②に該当するかが問題となる。

#### 2 各事件の原審判決

3つの最高裁判決の各原審判決の概略は【原審判決の概要】記載のとおりである。

各原審では、更新料の法的性質、とりわけ更新料の対価性が争われた。更新料の支払いが賃貸借契約の要素たる給付の対価に該当するのであれば、かかる対価の決定は当事者の自由意思により行われるべきこととなり、消費者契約法10条は適用されない(10条前段条項該当性は問題とならない)と思われるし、また、更新料の対価性は10条後段条項の該当性の判断に影響するからである。<sup>(3)</sup>

賃貸人側は、更新料の支払いは、以下の複合的な性質を有し

ていると主張した。

#### (a) 更新拒絶権放棄の対価

更新料は、賃貸人が賃貸借契約の更新を拒絶する権利を放棄する対価、あるいは更新拒絶権行使に伴う紛争を回避する目的である。

#### (b) 賃借権強化の対価

賃貸借が法定更新される場合、更新後は期間の定めのない賃貸借契約となって賃貸人が解約申入れをすることができるが、更新料の支払いによって期間の定めのある賃貸借契約となる(解約申入れされない。)

#### (c) 賃料の補充

更新料は、低く設定された月額賃料の補充としての性質を有する。すなわち、更新料は使用収益の対価である。

以上に対して賃借人側は、更新料は対価性が認められない不合理な支払いであると主張した。

#### 【原審判決の概略】

	第1事件 (大阪高裁H21.8.27)	第2事件 (大阪高裁H21.10.29)	第3事件 (大阪高裁H22.2.24)
月額賃料	45,000円	52,000円 (但し、50,000に減額)	38,000円
更新料条項の内容	1年ごとに10万円	2年ごとに賃料2か月分 (但し、2年ごとに賃料1か月分に変更)	1年ごとに賃料2か月分
更新料の性質・目的	更新拒絶権放棄の対価、賃借権強化の対価、使用収益の対価としての性質はないか乏しい。	賃貸借期間の長さに相応して支払われるべき賃借権設定の対価の追加分ないし補充充分 ⇒礼金の後払い的性質	更新拒絶権放棄の対価、賃借権強化の対価、使用収益の対価としての性質はないか乏しい。
更新料条項の10条前段条項該当性	民法に定める賃料支払義務に加えて賃借人の義務を加重するから該当する。	同左	同左
更新料条項の10条後段条項該当性	該当する。 (1) 賃借人の経済的負担は大きい。 (2) 更新料の合理的対価は存在しない。 (3) 低い月額賃料を提示して賃借人を誘引する効果がある。 (4) 賃借人と賃貸人との情報収集力に差がある。 (5) 更新料条項は借地借家法の強行法規から目を逸らせる働きがある。	更新料の金額が礼金と比して適正であれば該当しない。 (1) 更新料条項は、期間満了時において正当な理由がない限り更新拒絶されないという賃借人の利益を失わせるという、賃借人への不利益もある。 (2) しかし、更新料条項によって、賃料や礼金が低額にされる。 (3) 更新料支払いによって期間の定めのある賃貸借が設定される。 ⇒法定更新の場合には期間の定めのない賃貸借となり、賃貸人は解約申入れができる。 (4) 更新料を含めて現実の負担額の計算は可能である。	該当する。 (1) 更新料条項の対価性はないか乏しい (2) 賃借人が更新料条項に十分な知識、理解を有していない。 (3) 賃借人と賃貸人との情報収集力に差がある。 (4) 更新料条項によって、賃料が定額化されるといふ証拠はない。
更新料条項の有効性	無効	有効	無効

## 第2 最高裁判決

最高裁は、以下のとおり、更新料条項は原則として消費者契約法10条に違反せず、有効と判断した。なお、以下の規範及び理由部分は、3つの最高裁判決で共通している。

### 1 更新料の法的性質

まず最高裁は、更新料の法的性質は、諸般の事情を総合考量して具体的事実関係に即して判断すべきとし、「更新料は、賃料と共に賃貸人の事業の収益の一部を構成するのが通常であり、その支払により賃借人は円満に物件の使用を継続することができることからすると、更新料は、一般に、賃料の補充ないし前払、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質を有するものと解するのが相当」であるとした。

### 2 消費者契約法10条該当性

次に最高裁は、更新料合意が消費者契約法10条に違反して無効となるかについて、以下のとおり判断した。

まず、10条前段条項の該当性について、最高裁は、消費者契約法10条にいう民商法の任意規定には、明文の規定のみならず一般的な法理等も含まれるとした上で、更新料条項は、一般的には賃貸借契約の要素を構成しない債務を特約により賃借人に負わせるという意味において、任意規定の適用による場合に比して消費者である賃借人の義務を加重するとした。

次に最高裁は、10条後段条項の判断基準について、消費者契約の「条項が信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるか否かは、消費者契約法の趣旨、目的(同法1条参照)に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考量して判断されるべきである」とした。

そして、更新料条項については、更新料が賃料の補充ないし前払、賃貸借契約継続の対価等の趣旨を含むものであり、その支払いに経済的合理性がないとはいえないとした。また、一定の地域では更新料の支払いは公知であること、裁判上の和解手続等においても更新料条項を当然に無効とする取扱いがされて来なかったことからすれば、賃貸借契約書に更新料条項が一義的かつ具体的に規定され当事者の明確な更新料の支払合意があれば、賃借人と賃貸人との間に更新料条項に関する情報の質及び量並びに交渉力について看過し得ない格差はないとした。

以上の理由から、最高裁は、更新料条項が賃貸借契約書に一義的かつ具体的に記載された場合、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間等に照らし高額に過ぎるなどの特段の事情がない限り、10条後段要件には該当しないと結論づけた。

この判決により、更新料合意に関する議論に一定の結論が示されたことになる。

以上

(1)更新料問題の裁判の状況については、<http://www.koushinryou.net/bengodan/> が詳しい。

(2)消費者庁企画課編「逐条解説 消費者契約法(第2版)」221頁

(3)更新料の法的性質については、河上正二<判批>判例評論628号22頁に詳しい。

弁護士  
**野間敬和**  
(1970年生)

Yoshikazu Noma  
直通 / 03-6438-5618  
MAIL / ynoma@tmi.gr.jp



**【主な取扱分野】**  
一般企業法務  
証券化／プロジェクトファイナンス  
金融コンプライアンス  
コーポレート・ファイナンス  
国際企業取引  
不動産取引  
デリバティブ取引  
倒産処理／企業再建

**【登録、所属】**  
東京弁護士会(2004)  
ニューヨーク州(2004)

## 産活法に基づく株対価TOBの 実現に向けた動き

— 弁護士 高原達広  
— 弁護士 林 雄亮  
— 弁護士 田中健太郎

### 第1 はじめに

「産業活力の再生及び産業活動の革新に関する特別措置法(以下「産活法」という。)」の改正法が2011年7月1日に施行さ

れた。多岐にわたる改正のうち、本稿では、株式を対価とする公開買付け(以下「株対価TOB」という。)<sup>(1)</sup>の規制緩和に触れる。なお、自社株に加え、完全子会社が親会社株式を対価とするTOBも可能だが、ここでは自社株を対価とするTOBを前提とする。

### 第2 株対価TOBに関する規制緩和

株対価TOBの利用促進を企図し、産活法は会社法の特例を設けている。これは、認定事業者が、認定計画に従い株式を対価とするTOB<sup>(2)</sup>を通じて他の株式会社の株式を取得し、当該他の株

<sup>(3)</sup> 株式会社を関係事業者としようとする場合に適用される。

会社法	産活法上の会社法の特例	条文
募集事項の決定時に、対象会社株式の価格の決議が必要。	募集事項の決定時に、対象会社の株式等の数又はその算定方法の決議で足りる(対象会社株式と買付者の株式の交換比率の決定で足りる。)	21条の2第1項
原則として検査役の調査が必要。	検査役の調査は不要。	
TOB対価として交付する買付者の株式の発行決議日から払込期日までの間に対象会社の株価が下がった場合、応募株主や買付者の取締役等が価額不足填補責任を負うおそれあり。	応募株主及び取締役等が、価額不足填補責任を負わない。	21条の2第2項
プレミアムを付した交換比率で株対価TOBを行う場合、有利発行に係る株主総会の特別決議が必要となる可能性あり。	募集事項の決定につき、原則として株主総会の特別決議が必要となるが、TOB対価として交付する買付者の株式の数に1株当たり純資産額を乗じて得た額が買付者の純資産額の5分の1以下の場合、一定の場合を除き、取締役会決議で足りる(簡易要件を満たす場合、有利発行に該当する場合でも株主総会決議の省略が可能。)	21条の2第3項

21条の2第3項は、簡易株式交換と類似の数値要件を課した上で、買付け対価となる株式を取締役会決議のみで発行することを認める<sup>(4)</sup>。また、買付者の株主には株式買取請求権を与えている。これらを見ると、株対価TOBは、対象会社との合意形成がなくても可能な株式交換という性格も有していると思われる。

### 第3 株対価TOB実施に向けての手当

株対価TOBの実施に向けた改正等で、実務上留意すべき事項には以下のようなものがある(東証の適時開示実務上の取扱いについても所要の改正がなされている。<sup>(5)</sup>)。

#### ■ 開示府令等の改正による開示実務への影響

##### (1) 有価証券届出書の記載事項の追加<sup>(6)</sup>

株対価TOBは対価となる有価証券の取得の申込みの勧誘であり、募集に該当するため有価証券届出書の提出が必要となるが、株対価TOBの実施可能性の高まりを受け、開示府令及び開示ガイドラインの改正もなされている。具体的には有価証券届出書の記載の充実を図るために、「有価証券をもって対価とする公開買付けの場合の発行条件に関する事項」の記載が義務付けられ、以下の各事項の記載が求められている。

	記載事項
①	発行価格(出資の目的とする有価証券との交換比率により発行価格を決定する場合は当該有価証券の種類及び交換比率)その他の発行条件の合理性に関する考え方
②	当該発行条件により募集を行う理由
③	当該発行条件により募集を行うに至った判断過程

株対価であるため希釈化の影響を受ける買付者の株主にとっては、買付条件の妥当性を判断するための開示情報の充実が期待される。なお、買付者の株主が株対価TOBの阻止を企図し、対価となる買付者の株式の発行差止めを検討する可能性もあるが、主務大臣から認定された計画に基づく株対価TOBについ

て現実に差止めが認容されるのか、仮に認容された場合の株対価TOB自体の取扱いは明確でない。

##### (2) 臨時報告書の記載事項の追加<sup>(7)</sup>

海外で発行価額の総額が1億円以上の株券等の募集を開始した場合は臨時報告書の提出が義務付けられるため、海外で株対価TOBを実施する場合、通常、臨時報告書の提出が必要となるが、その記載内容を充実させるための開示府令の改正もなされた。具体的には、従来から有価証券届出書の記載事項であった、公開買付けに係る割当ての内容及びその算定根拠並びに対象会社の有価証券と買付者によって発行される有価証券との相違に加えて、「有価証券をもって対価とする公開買付けの場合の発行条件に関する事項」の記載が義務付けられた。また、有価証券届出書の記載事項が臨時報告書に取り込まれたことに伴い、その審査は有価証券届出書に準じて入念に行うとされた<sup>(9)</sup>。なお、個別具体的な事情の下、海外での株対価TOBの実施に伴い、国内で対価となる有価証券の募集を行っているとは評価できる場合、有価証券届出書の提出が必要とされるため、留意が必要である<sup>(10)</sup>。

##### ■ 公開買付けに係るQ&Aの追加<sup>(11)</sup>

##### (1) 対価となる有価証券の存在を示すに足る書面

株対価TOBにおいて決済の確実性を担保するため、有価証券の存在を示すに足る書面としていかなる書面を提供するかは一義的でなかったが、新たに追加された公開買付けに係るQ&A(以下「追加Q&A」という。)は、有価証券発行のための決議機関の議事録の写しの必要性を明記し、決議機関が取締役会の場合、取締役会議事録のほか、株主総会が不要であることの確認ができる書面を要するとする。追加Q&Aは、①21条の2第3項に定めた数値要件を充足する株式の発行であり、かつ、②(簡易組織再編と同じく)一定数の株式を有する株主からの異議通知がなされていない旨を証する買付者代表者名義の書面を、当該書面として例示している。

##### (2) 均一の条件・決済との関係の明確化

従来から、株対価TOBの対価として端数株式や単元未満株式の代わりに金銭の交付が可能と考えられていたが、「交換に係る差金として交付する金銭」を含めて、買付けの価格を「均一の条件」とすべきことを踏まえ、追加Q&Aは、①交付される公開買付者の株式と②端数株式や単元未満株式の代わりに交付される金銭はその価格を均一とする必要があるとし、また、公開買付届出書に①及び②の価格が均一であることの算定根拠を記載する必要があるとしている。また、従来から、スクイーズアウトの端数株式の処理過程で、買主はTOBを行う必要はないと解され、端数処理による金銭交付手続にもTOB規制はかからないと

解されてきたが、追加Q&Aはこの解釈を明確化すると共に、株対価TOBで差金として金銭を交付する場合はTOB規制がかかるため、金銭の交付を遅滞なく行う必要がある旨明確化している。

## 第4 小括

株対価TOBの利用に向けた環境は整いつつあるが、応募株主における株式譲渡益に対する課税繰延が認められていないという税務上の問題は解消されていない。もともと、来年度の税制改正の要望に当該事項が取り上げられており、改正でこの点が解消されれば、株対価TOBの実施促進が期待される。

以上

- (1) 21条の2。
- (2) 株式と現金を混ぜて対価とするTOBにも、当該特例は適用され得る。
- (3) 事業者であって、他の事業者がその経営を実質的に支配していると認められるもの(2条2項)。
- (4) 数値要件を充足しない場合、原則どおり株主総会決議を要する。
- (5) 平成23年8月25日東証上場44号。
- (6) 開示府令2号の6様式の第二部1の6・記載上の注意(5-2)等。
- (7) 開示府令19条2項1号ワ・2号へ。
- (8) 開示府令19条2項1号・2号。
- (9) 開示ガイドラインⅢ(3)③。
- (10) 開示ガイドライン、ハブコメ4,5の回答参照。
- (11) 公開買付けに関するQ&A問42ないし44。
- (12) 平成24年度税制改正要望に係る御意見一覧3/25頁。

弁護士  
**高原達広**  
(1970年生)

Tatsuiro Takahara  
直通 / 03-6438-5529  
MAIL / ttakahara@tmi.gr.jp



【主な取扱分野】  
一般企業法務  
企業合併・買収(M&A)  
ベンチャー関連

【登録、所属】  
第二東京弁護士会(1996)  
ニューヨーク州(1999)

弁護士  
**林雄亮**  
(1983年生)

Yusuke Hayashi  
直通 / 03-6438-5311  
MAIL / yhayashi@tmi.gr.jp



【登録、所属】  
東京弁護士会(2009)

弁護士  
**田中健太郎**  
(1986年生)

Kentaro Tanaka  
直通 / 03-6438-5394  
MAIL / ketanaka@tmi.gr.jp



【登録、所属】  
第二東京弁護士会(2010)

## イスラム金融

— 弁護士 海江田光

平成23年度の税制改正の一環として、日本版スクーク(イスラム債)について税制優遇措置が入ってきているほか、今年に入って国内大手損保がマレーシアの金融グループのイスラム損保(タカフル)会社に相次いで出資したり、国内大手銀行が同国でイスラム金融の手法による融資を実施するなど、国内金融機関もイスラム金融ビジネスを展開している。

### 第1 イスラム金融とは

イスラム金融は、イスラム教の教義に則った金融であり、この関係で、利息の禁止や豚肉・アルコール・たばこ・武器・ポルノ・賭博・映画等の忌避、現物取引の重視、損益分担等により特徴付けられる。また、イスラム金融においては、原則として、上記の利息(リバー)の禁止のほか、不明瞭性(ガラル)の禁止、投機性(マイシール)の禁止の要請がある。

イスラム金融の提供するメニューとしては、通常の金融でいう預金、貸出、保険、債券、指数、ファンド等に相当する様々なものがある。また、イスラム教徒の人々が常にイスラム金融を利用するわけではなく、普通の銀行も多く利用されており、一方で、イスラム教徒でない者がイスラム金融を利用することも可能である。

イスラム金融の代表的な手法として、

- ① 資金提供者が事業家に資金を提供、事業家が(不明瞭性を排除するために事業目的を特定して)投資・運用を行い、その損益を分担するムダラバ
- ② 共同出資、共同運営を行い、損益分担をするムシャラカ
- ③ 資金提供者が、売主からの買入価格に上乘せ利潤マージンを加えて、商品・資金の需要者に商品の転売を行うことにより、実質的に資金提供を行い、利息相当分の収益を得るムラバハ
- ④ 同様に一種の売買取引であるが、契約時点で存在しない商品の先渡し取引となるイスティスナー(製作依頼)、サラム(引渡し)
- ⑤ リースに似たイジャラ

などがあり、その他の手法とともに様々なバリエーションがあっ

て、需要に応じた広範な金融サービスの提供を可能にしている。例えば、上記①は、預金者が資金提供者となり銀行が事業家となって利息に代わって損益の分配をするムダラバ預金に使われたり(無利子の当座預金にはカルド・ハサンが使われる)、投資ファンドに使われることもあり、②も、ベンチャー・キャピタル的なものに使われたり、不動産を需要者と共同出資で購入した後共同出資した金融機関の所有割合を逓減することにより住宅ローンにも使われる。上記の大手銀行の現地法人がイスラム金融による融資を行った際には③のムラバハの手法に拠ったとされる。ムラバハは、商品を介したコモディティ・ムラバハなどの手法で銀行間取引にも使われる。

もっとも、国内の銀行を前提にすると、例えば、ムダラバやムシャラカが組合、匿名組合、投資事業有限責任組合等の持分に該当すれば、有価証券の売買などとして取り扱える可能性があるが、ムラバハやイジャラは商品の売買等を含んでいるため本で行うのは難しい。この点、平成20年の法改正で、銀行の子会社等は、金融関連業務としてイスラム金融のような「金銭の貸付<sup>(1)</sup>けと同視すべきもの<sup>(2)</sup>」を行えることになり、これにはムラバハやイジャラなどが含まれるとされる<sup>(3)</sup>。

## 第2 スクーク

イスラム債などと称されることの多いスクークであるが、法的には単純に債券とは言い難く、投資証券、信託受益権、集団投資スキーム持分等に該当することも考えられ、裏付資産があり、その資産の持分又はこれを利用した事業から生じる利益を受け取る権利を表す証書といった性質を持つものが多い。発行体(特別目的会社)は当該資産に係る事業を行うが、これにはイジャラ、ムシャラカ、ムダラバ等が使われる。金融危機の際にスクークでもデフォルトが発生したため、その後、スクークがアセットベースかアセットバックか、スクーク投資家が対象資産から優先的に回収可能か、対象資産の多様化、オリジネーターによる買戻契約(償還時)の内容、監査体制などがより注目されるようになった<sup>(4)</sup>。

日本では、昨年末に発表された金融庁のアクションプランで「我が国におけるイスラム債発行に係る環境整備」の推進が謳われ、今年の資産流動化法改正、税制改正で、資産流動化法上の特定目的信託の「社債的受益権」についてということではあるが、導管性要件の緩和、対象資産の買戻時の登録免許税や不動産取得税の非課税化、非居住者等の受ける配当や償還差益の非課税化などが定められている。社債的受益権については、あらかじめ定められた金額の分配を受けることとされているなど、イスラム法適格な商品として適当か不透明な部分も残されている<sup>(5)</sup>。

## 第3 デリバティブ

デリバティブ取引は、イスラム金融では、リバー、ガラルル、マイシールの禁止に抵触するおそれがあるが、リスク管理(ヘッジ)目的のために、二当事者が双方向で行うムラバハ取引にかかる事後・分割払いなどを応用し、プロフィット・レート・スワップ(金利スワップに相当)やクロス・カレンシー・スワップ(通貨スワップに相当)などが構成される。それらの基本契約となるべく、2010年3月には「ISDA/IIMF Tahawwut Master Agreement」が公表された。(変動金利相当部分については、ガラルルの禁止の観点から、計算期間毎に個別のムラバハ取引を締結する。)もっとも、これについては、イスラム金融に詳しいシモンズ・アンド・シモンズのムニーア・カーン弁護士によれば、確認書(コンファメーション)など関係書類の準備が十分でなかったこと、イスラム法の観点から懸念がもたらされたことなどにより、あまり普及が進まず、多くの金融機関は独自の書式を使い続けているとのことである。

## 第4 その他

イスラム金融は、中東でのインフラ・ファイナンスや、また、オイル・マネー、ソブリンファンドの日本への投資の際にも、重要な役割を果たすことが考えられる。実際の取引において、現地の実務家、専門家(弁護士)、イスラム法学者らとよりよく共同できるように備えたいものである。

以上

(1) 銀行法10条2項2号。

(2) 銀行法施行規則17条の3第2項2号の2など。

(3) 平成20年金商法等改正パブコメ結果68頁など。

(4) モハド・ダウド・バカル博士「金融危機後のイスラム金融市場の現状」海外投資融資2010年9月号44-45頁など。

(5) 改正資産流動化法230条1項2号。

弁護士  
**海江田光**  
(1962年生)

Hikaru Kaieda  
直通 / 03-6438-5425  
MAIL / hkaieda@tmi.gr.jp

### 【主な取扱分野】

金融取引  
証券化／プロジェクトファイナンス  
一般企業法務  
国際企業取引  
ベンチャー関連  
紛争解決  
コンプライアンス

### 【登録、所属】

第二東京弁護士会(1993年)

## 顧問紹介

### 弁護士 頃安 健司

Kenji Koroyasu

直通 / 03-6438-5338

MAIL / kkoroyasu@tmi.gr.jp

私は37年間検事をしておりましたが、何時も気になっていたのは、日本では無罪率が極端に低いことでした。常に1%を下回っていました。ちなみに昨年の統計では、地裁で0.11%、簡裁で0.17%でした。他の先進国では、恐らく20%近いのではないかと思います。無罪率が低いのは、検察官が無罪を恐れ、本来起訴すべき者を不起訴にしているからです。よく言えば謙抑主義ですが、裏を返せば、起訴すべき者を起訴しない検察の怠慢とも言えます。平野龍一先生は「適正無罪率というものがあるのではないかと」と述べられましたが、今でもこの考えが正しいと思うと同時に、検察の考えを変えられなかった自分の不甲斐無さを恥じている昨今です。



1967年4月東京地方検察庁検事、1970年5月ウイスコンシン大学法学修士、1993年4月最高検察庁検事、1993年12月大津地方検察庁検事正、1996年1月法務省官房長、1997年12月最高検察庁総務部長、1999年4月同刑事部長、1999年12月法務総合研究所長、2001年5月札幌高等検察庁検事長、2002年6月名古屋高等検察庁検事長、2003年2月大阪高等検察庁検事長、2004年6月退官、2004年7月第一東京弁護士会登録、2008年7月TMI総合法律事務所顧問弁護士就任

## 顧問紹介

### 弁護士 野木 正彦

Masahiko Nogi

直通 / 03-6438-5339

MAIL / mnogi@tmi.gr.jp

私は、大学在学中に司法試験に合格したが、卒業後、企業に入る道を選択した。当時、経済の高度成長が始まった時期であり、企業で働くことがより魅力的に見えたからである。企業では、色々な分野の業務を命じられたが、結果的には、その分野の法律や契約に関連する業務が中心であり、弁護士と接する機会も多かった。企業に入って数十年が経ち、低成長となり、経済の中核企業も交代する中で、定年近くの年齢となり、将来の選択を迫られた。私は、司法試験合格者という特典を生かして、企業を離れ、弁護士となる道を選択した。弁護士となって10年になるが、企業における業務経験は、業務の処理及び依頼人との関係で大いに役立っている。



1965年4月八幡製鉄株式会社(現 新日本製鉄株式会社)勤務、1994年10月日新製鋼株式会社勤務 外国企業との合弁契約、企業買収・企業売却契約、ライセンス契約、知的財産関係を含む企業法務全般を担当処理、2000年3月同社退職、2000年4月最高裁判所司法研修所入所、2001年12月第一東京弁護士会登録、2001年12月東京永和法律事務所勤務、2008年7月TMI総合法律事務所顧問弁護士就任

## TMI月例セミナー紹介

TMIでは、皆様への情報提供の場として、毎月無料でセミナーを開催しております。2011年7月から9月までに開催しましたセミナーの概要は以下のとおりです。今後のセミナーのご案内等につきましては、セミナー開催日の1ヶ月前を目処にTMIのHPの「Topics」(<http://www.tmi.gr.jp/information/topic/>)に掲載いたしますので、こちらをご参照いただき奮ってご参加いただければ幸いです。

過去に開催されたセミナーについてご興味のある方は、広報担当・峰までお問い合わせ下さい。  
【電話】(03)6438-5511 (代表) 【email】monthlyseminar@tmi.gr.jp

### 1 第37回セミナー (平成23年7月1日)

テーマ：「平成23年特許法改正の概要及び実務への影響について」

講師：弁護士 塚原朋一、同 松山智恵、弁理士 澤井光一

平成23年5月31日に、特許法等の一部を改正する法律が成立しました。その内容としては、現行法下の通常実施権登録制度を廃止し、登録なくして通常実施権を第三者に対抗できるようにする(当然対抗制度の導入)、現行法下では可能であった審決取消訴訟提起後の訂正審判の請求を一切禁止し、代わりに審決の予告なる新たな手続を導入する等、今後のライセンス実務や審判実務等に大きく影響を与える改正が数多くあります。そこで、本セミナーでは、今回の改正で何が変わり、実務にどのような影響があるのか、また今後どのような対応が必要になるのか等について解説しました。

### 2 第38回セミナー (平成23年8月26日)

テーマ：「不正会計の防止策と対応」

講師：弁護士 葉玉匡美

昨今、循環取引等の不正会計事件が多発しており、有価証券報告書の虚偽記載を理由として会社が課徴金を課せられたり、多額の損害賠償を命じられた例も散見されます。本セミナーでは、架空売上、循環取引、バーター、費用の資産化、架空債務等典型的な粉飾の手法を分かりやすく解説し、手口ごとに粉飾を予防するコツや発見のコツを分かりやすく説明しました。また、不正会計が発覚した場合において、会社や取締役が検討しなければならない民事、刑事、行政上の責任の概要や初動対応についても言及しました。

### 3 第39回セミナー (平成23年9月30日)

テーマ：「法務部のための国際税務」

講師：弁護士・税理士 岩品信明

国際取引には国際税務の知識が不可欠です。法務部の方々にとっても、取引や投資、子会社設立など国際取引に関する様々な局面において、国際税務の知識が求められています。そこで、企業が国際取引を行う局面ごとに、問題となり得る国際税務について説明しました。国際税務の諸項目(租税条約、移転価格税制、タックス・ハイブンプラン対策税制、PE(恒久的施設)、源泉徴収、外国税額控除)に加えて、東京国税局において国際税務の税務調査を担当した経験から、税務調査で指摘される項目についても説明しました。移転価格税制は重要であるため、近時の改正や事例を踏まえて解説しました。

## 書籍紹介

### 『企業のための震災・復興法律相談～東日本大震災をふまえて～』



【編著者】 TMI総合法律事務所

【発行日】 2011年7月

【出版社】 ぎょうせい

【価格】 2,500円(税込)

【判/頁】 A4判/243頁

東北地方を中心とする東日本に未曾有の被害をもたらした今回の大震災を受け、今後の我が国の復興に向けての道標となるよう、企業が直面したあるいは直面するであろう法的な問題点について、原発規制、会社法、労務、不動産、保険、税務などの分野ごとに分析を加えた書籍となります。

### 『詳説 公開買付制度・大量保有報告制度Q&A』



【編者】 三井秀範、土本一郎

【著者】 野崎彰、宮下央、池田賢生

【発行日】 2011年8月5日

【出版社】 商事法務

【価格】 3,300円(税別)

【判/頁】 A5判/278頁

本書は、金融庁が公表している公開買付け・大量保有報告に関するQ&Aについて網羅的に解説した初めての書籍であり、平成22年3月末まで金融庁企業開示課で公開買付け・大量保有報告規制を担当し、当該Q&Aの立案に携った宮下央弁護士と平成22年4月以降同課で勤務し、現在も当該Q&Aの立案を担当している池田賢生弁護士が執筆に関与したものです。ますます複雑になる公開買付け・大量保有報告規制を分かりやすく解説するものとして、M&Aや金融商品取引法対応の実務において皆様の参考となることを心がけております。

本ニューズレターで採り上げて欲しいテーマなど、是非、皆様の忌憚ないご意見・ご要望を下記までお寄せください。また、今後Eメールでの配信をご希望の方や送付先が変更となる方も、下記までご連絡ください。

(連絡先)編集部:TMI-newsletter@tmi.gr.jp 編集長:ktakahashi@tmi.gr.jp 03-6438-5533(直通)/TMIニューズレター編集部 編集長 弁護士 高橋 聖