

# TMI Associates Newsletter

SPRING 2015

Vol.23

TMI 総合法律事務所

## CONTENTS

P.1 消費税転嫁拒否行為の取締状況について

P.3 セクハラを理由とする従業員の解雇

P.4 経営者保証ガイドラインにおける保証債務整理と事業再生ADR

P.7 マレーシアの個人情報保護法

P.9 ベトナム企業法・投資法・住宅法・不動産事業法の2014年改正について

P.11 米国上場企業の買収スキーム  
～デラウェア州会社法§251(h)を利用する二段階合併～

P.12 クロスボーダー契約における準拠法と紛争解決条項の選択

P.14 米国におけるソフトウェア関連発明の特許性について  
～Alice連邦最高裁判決とその影響～

## 消費税転嫁拒否行為の取締状況について

— 弁護士 花本浩一郎

### 第1 はじめに

昨年4月の消費税率の引上げ以来、消費税転嫁特措法（以下「特措法」という。）に基づく消費税転嫁拒否行為に対する取締りが活発に行われており、平均月1件のペースで勧告・公表が行われている。同法は、下請法と同様、いわば不注意による違反をおかしやすい法律である。そこで、以下では、消費税転嫁拒否行為の取締状況について説明し、併せて下請法との異同も説明する。

### 第2 消費税転嫁拒否行為

#### ■ 行為者と行為の相手方

消費税転嫁拒否行為の規制は、一定の要件を備えた行為者と行為の相手方との間の取引に適用される。すなわち、表1の「特定事業者」が「特定供給事業者」に対して行う場合に適用される。

【表1】

	特定事業者	特定供給事業者
類型①	大規模小売事業者 (大規模小売業告示の「大規模小売業者」と同義)	大規模小売業者に継続して商品又は役務を供給する事業者
類型②	右欄の特定供給事業者から継続して商品又は役務の供給を受ける法人事業者(大規模小売事業者を除く)	・個人事業者 ・人格のない社団等である事業者 ・資本金額又は出資総額が3億円以下である事業者

なお、表中の「商品又は役務」は、特定事業者が販売する商品や役務に限られるものではなく、例えば特定事業者が自己の店舗で使用する什器(商品)や店舗の清掃(役務)等も含む。

#### ② 禁止される行為

消費税転嫁拒否行為として、5つの行為(減額、買ったたき、商品購入等の要請、本体価格での交渉の拒否、報復行為)が禁止されている。このうち、公正取引委員会による勧告・公表の対象となるのは買ったたきが圧倒的に多い。

##### (1) 買ったたきの要件

買ったたきとは、平成26年4月1日以後に供給を受ける商品又は役務の対価について、合理的理由なく通常支払われる対価よりも低く定める行為である。ここで、「通常支払われる対価」とは、消費税率引上げ前の対価に消費税率引上げ分を上乗せした額をいう。したがって、例えば平成26年4月1日より前に本体価格が100円(税込105円)の商品について、同日以後の対価を105円のまま据え置く行為は、買ったたきにあたる。

なお、「合理的理由」があれば買ったときにあたらない。しかし、「合理的理由」は、①客観的事情（原材料価格下落、大量発注によるコスト削減等）があり、かつ②十分な協議により特定供給事業者が納得して合意した場合にしか認められない。すなわち、当事者間で合意書があるだけでは「合理的理由」があるとは認められない。そして、当局は、消費税率引上げ前の対価に消費税率引上げ分を上乗せした額よりも低く対価を定めた場合は、原則として買ったときに該当し、特定事業者において「合理的理由」を説明しなければならないとの方針を明確にしており、現実にはこのような説明が成功することは稀である。

## (2) 執行状況

公正取引委員会及び中小企業庁は、特措法が施行された平成25年10月から平成27年3月までの間に、広範な書面調査及び2300件超の立入検査を行い、1700件超の指導を行っている。そのうち、買ったたきについての指導は1400件を超えており、22件が勧告・公表に至っている。

また、公正取引委員会及び中小企業庁は、下請法に基づく調査において得た情報を特措法に基づく調査においても使用することがあることを明らかにしている。

このように、特措法に基づく調査、指導は極めて広範かつ精力的に行われている。

## (3) 勧告・公表事例

これまでに22件の勧告・公表事例があるところ、すべての事例において買ったたきが問題とされている。典型的な勧告・公表事例は表2のとおりである。

【表2】

勧告年月日	違反行為類型	概要
1 平成26年7月24日	買ったたき	・特定事業者はスポーツ施設の運営等を行っている ・スポーツ指導を行う個人事業者(約2000事業者)に対し、免税事業者に該当することを理由として、当該事業者と協議することなく、消費税率の引上げ分を上乗せせずに業務委託料を据え置くことを決定し、その旨を平成26年2月上旬に書面で通知する等した ・特定事業者は勧告までに特定納入事業者に対して原状回復した(約900万円)
2 平成26年9月24日	買ったたき及び減額	・特定事業者は店舗等の賃貸借等を行っている ・平成26年4月又は5月に、店舗所有者(賃貸人)のうち賃料を消費税を含む額で定めている賃貸人のほとんど全てに対し、平成26年6月分以後の賃料について、消費税率引上げ前の賃料と同額に定めることを要請した(買ったたき) ・かかる要請の際に、消費税率引上げ分を上乗せして支払った平成26年4月分及び5月分の賃料に関して、当該賃料に係る消費税率引上げ分を同年6月分の賃料から差し引いて支払うことも併せて要請していたところ、この要請に応じた賃貸人に対して、当該消費税率引上げ分を同年6月分の賃料から差し引いて支払った(減額) ・特定事業者は勧告までに特定納入事業者(約90事業者)に対して原状回復した(約600万円)
3 平成27年2月26日	買ったたき	・特定事業者はプロ野球球団を運営している ・平成25年10月末頃以後、グッズの納入業者(約100事業者)に対して、平成26年2月1日から平成27年1月31日までのシーズンに販売するグッズの仕入価格(消費税を含む)について、前シーズンと同額に定め、平成26年4月1日以後も消費税率の引上げ分に相当する額を上乗せしないよう要請した ・特定事業者は勧告までに特定納入事業者に対して原状回復した(約500万円)

これまでの勧告・公表事例を見ると、平成26年4月1日以降の業務委託料、店舗賃料、仕入価格の据え置きが

典型的な買ったたきといえる。特に、価格が内税で定められている場合に、特定供給事業者からの増額申入れも特定事業者からの据え置き要求もなく価格が据え置かれたケース(実情としては両者とも消費税率引き上げによる価格改訂を失念していたケース)であっても買ったたきが認定された事例もある。

そして、表2の事例1に見られるように、特定納入事業者が免税事業者に該当する場合であっても価格を据え置くことは認められない。さらに、表2の各事例に見られるように、当局の調査を受けて原状回復(特定納入事業者に対して平成26年4月分に遡って消費税率引上げ分相当額を支払うこと等)を行っても勧告・公表は免れない。

したがって、個人事業者や小規模事業者との業務委託、店舗賃借、仕入取引が多い事業者の方は、平成26年4月以降業務委託料等が据え置きになっていないか、いま一度確認されることが望ましい。

## 3 下請法との関係

消費税転嫁拒否行為と下請法の禁止行為は、類似するものが多い(減額、買ったたき、商品購入等の要請等)が、両者の適用範囲は必ずしも一致しない(表3参照)。

【表3】

	消費税転嫁拒否行為	下請法の禁止行為
行為者と行為の相手方	特定事業者-特定納入事業者	親事業者-下請事業者
適用対象取引	商品又は役務の供給を受ける取引	製造委託等の4類型に限定
取引の継続性の要否	必要	不要

ある行為が消費税転嫁拒否行為と下請法の禁止行為のいずれにも該当する場合、特措法が優先適用される。そして、特定事業者が特措法の勧告に従った場合、当該勧告の対象となる行為に対して、下請法に基づく勧告を重ねて受けることはない。

もともと、ある行為がいずれか一方にしか該当しない場合もある。

例えば、資本金3億円超の事業者が資本金3億円以下の事業者と単発の製造委託取引をする場合、継続性がないため特措法の適用はないが、下請法の適用はありうる。逆に、両者が継続的な売買取引をする場合、下請法の適用はない(4類型に該当しない)が特措法の適用はありうる。

したがって、事業者としては、いずれの法律にも目配りが必要である。

以上

弁護士  
花本浩一郎  
(1967年生)

Koichiro Hanamoto  
直通 / 03-6438-5432  
MAIL / khanamoto@tmi.gr.jp



### 【主な取扱分野】

一般企業法務 / カルテル・談合 / 国際カルテル / 私的独占・不公正な取引方法 / 企業結合 / 下請法 / 景品表示法

### 【登録・所属】

ニューヨーク州(1994)  
第二東京弁護士会(2007)

## セクハラを理由とする従業員の解雇

— 弁護士 藤井 基  
— 弁護士 島山大志

### 第1 はじめに

企業は、法律上、セクハラ対策を行うことを義務付けられており、従業員によるセクハラが発覚した場合には、事実関係の調査を尽くした上で従業員に対して適切な処分を下さなければならないとされている（雇用機会均等法第11条、事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置についての指針（平成18年厚生労働省告示第615号））。近時のセクハラに対する裁判所の厳しい傾向（最判平成27年2月26日判例集未掲載（平成26年（受）1310号）参照）に鑑みれば、企業は、セクハラに加害者である従業員に対し解雇を検討する必要性が高まっていると言わざるを得ない。

そこで、本稿においては、セクハラを理由とする従業員の解雇が問題となった裁判例を紹介した上で、セクハラが起こった場合に、いかなる事案で従業員を解雇できるかを分析する。

### 第2 裁判例の紹介

裁判例① 福岡地判平成9年2月5日労働判例713号57頁(懲戒解雇有効)
【悪質な身体的接触の事例】観光バス運転手が宿泊所の旅館で未成年のバスガイドを無理やり押し倒し、強引にキスし、馬乗りになって下着をたくし上げ、乳房を触るなどした。
裁判例② 大阪地決昭和61年2月20日労働判例470頁88頁(懲戒解雇有効)
【悪質な身体的接触の事例】観光バス運転手が、旅行業務に同行したスチュワーデスと食事をした際、同女のTシャツをブラジャーが見えるくらいまでめくりあげて胸を触り、同女の肩を揉み始めて襟元からブラジャーの下に手を入れて乳房を触ろうとするなどした。
裁判例③ 大阪地判平成12年4月28日労働判例789頁15頁(懲戒解雇有効)
【悪質な身体的接触の事例】観光バス運転手が長距離バスを運転中、女性ガイドの膝の間に手を入れる、胸を触るなどの行為を約1時間半にわたって行い、業務終了後も同ガイドを生駒山の展望台に強引に誘い出し、背後から抱きついて胸を触るなどした。
裁判例④ 東京地判平成10年12月7日労働判例751号18頁(懲戒解雇有効)
【悪質な身体的接触の事例】残業を終えて帰宅しようとした女性従業員と同じエレベーターに乗り込み、同女を死角に引きずり込んで、抱きつきながら胸を触り、同女が残業を終えて事務室の電気を消した際に抱きつくなどした。
裁判例⑤ 東京地判平成17年1月31日判タ1185号214頁(懲戒解雇有効)
【悪質な身体的接触の事例】約80人の部下を擁する金融営業本部長の地位にあった原告が、エレベーター内で女性秘書の唇付近に突然キスをしたり、また他の従業員も同席する会議室の中で別の女性秘書を自身の膝の上に座らせ、胸を鷲掴みするように触ったりした。
裁判例⑥ 東京地判平成13年6月28日労働判例809号98頁(普通解雇有効)
【交際要求の事例】妻帯者である原告が、女性社員に対し、約3年間にわたって待ち伏せ、追いかける等のストーカーを行い、同女性従業員が退職の申し出を行った(労働判例809号98頁記載の概要参照)。
裁判例⑦ 大阪地判平成13年2月23日労働判例802号98頁(諭旨解雇有効)
【交際要求の事例】新幹線車掌である原告が、妻帯者にもかかわらず、かなり長期間にわたって、同僚の女性車掌に対し、執拗に飲食やホテルに誘い、夜間の長電話により交際を迫り、新幹線内の狭い室内で写真撮影を強行した(労働判例809号98頁記載の概要参照)。
裁判例⑧ 東京地判平成12年8月29日労働判例794号77頁(普通解雇有効)
【交際要求の事例】約30人の部下を擁するデータ管理関係の室長の地位にあり、単身赴任中の原告が、6人の女性従業員に対し、職場で二人きりになった際に、「デートしよう」、「食事に行こう」、「今すぐにも貴方を抱きたい」、「アプローチしているのに君は全然相手にしてくれない」、「昨日は(恋人に)会っていただろう。燃えたのか?」、「二人で宿をどうしよう」、「(アメリカへの出張に)自分も同行するよ。」などと発言し、また、男性従業員に対しても「夜だけ相手してくれる女を紹介してくれたら、管理職にしてやる。」などと述べ、同室内の女性従業員の間では原告と二人きりになるのは避けたいという雰囲気広がっていた。その他にも、i原告はセクハラ対策の責任者と位置付けられていた、ii原告は会社の調査に協力せず、かえって告発者捜査的な行動をとった、iii原告も一度は退職勧告を受け入れるかのような発言をしていた、iv原告の業務上の能力は高く、会社から高い評価を得ていた、という事情があった。

裁判例⑨ 東京地判平成21年4月24日労働判例987号48頁(懲戒解雇無効)

【性的発言等が問題となった事例】38人の部下を擁する東京支店長兼取締役の地位にある原告が、東京支店傘下の従業員のほぼ全員が参加する慰安旅行の宴会中、女性従業員4人に対し、手を握る、肩を抱きながら写真に写る、ii自らの膝の上に座らせようとして嫌がる女性従業員に「子供が出来るわけじゃないんだぞ」などと述べる、iii「胸が大きいな」とか「女性も男性に抱かれたい時があるやろ」などと述べる、iv「色っぽくなったなあ」とか「ワンピースの中のパンツが見えそうだ」などと述べる、v「この中で好みの男性は誰か」と質問し、嫌がる女性従業員に対して「答えないのであれば犯すぞ」という趣旨の発言をするなど、また日常的にも宴会や食事の席等で、vi女性従業員の手を触る、肩に手を回す、vii「胸が小さい」、「夫は単身赴任でさみしくないか」と述べるなどしていた。

### 第3 裁判例の分析

#### 1 悪質な身体的接触の事例

裁判例①～⑤はいずれも、胸や臀部を触るといった悪質な身体的接触が行われた事案であり、裁判所は全ての事案において懲戒解雇を有効と判示した。また、類似の事案において懲戒解雇その他の解雇を無効と判示した裁判例は見当たらなかった。そのため、上記で紹介した裁判例の事案と同程度の悪質な身体的接触が行われた場合には、従業員に対する解雇は有効と認められる可能性が高い。

また、裁判例①及び②のように衣服内部への侵入を伴う身体的接触や、裁判例①、③及び④のように助けを求めることが困難な状況下で行われた身体的接触は、特に危険性及び悪質性が高いといえ、解雇の有効性を強く基礎づける事情になると考えられる。

#### 2 交際要求の事例

裁判例⑥及び⑦はいずれも、詳細な事実関係は不明であるが、妻帯者である男性従業員が特定の女性従業員に対し、相当長期間にわたって執拗に交際を迫っていた事案である。裁判所はそれぞれ、男性従業員の行為は「職場秩序を乱すもの」、「著しく不都合な行為」に該当するとして、普通解雇と諭旨解雇の違いはあるものの、いずれも解雇を有効と判示した。交際要求の執拗さや期間の長さ、女性従業員に与えた被害の大きさ、加害者が妻帯者であるか否かがポイントになると考えられる。

裁判例⑧は、約30人の部下を擁する地位にある原告（妻帯者）が、6人もの女性従業員に対し、交際や肉体的関係を求める発言を繰り返したという事案である。裁判所は、原告の一連の言動について「不利益を示唆してこれ（注：誘い）に応じることを強要したということまではいえない（し、）…冗談と見られる発言も含まれているとはいえ、部下を困惑させ、その就業環境を著しく害する」とした上で、普通解雇を有効と判示した。この事案でも、交際要求等の執拗さや期間の長さ、加害者の地位、被害者の人数、職場環境に与えた悪影響の大きさがポイントになっており、会社の調査に対する協力の姿勢、反省の程度、退職勧告を行ったか否かなどの事後的な事情も加味されている。

なお、普通解雇及び諭旨解雇は、最も重い処分である懲戒解雇と比べると、その有効性が認められるハードルが若干低いと解されているため、懲戒解雇の有効性に疑義がある場合には、普通解雇や諭旨解雇にとどめることも検討する必要がある。

ある。

### ③ 性的発言等が問題となった事例

裁判例⑨は、38人の部下を擁する地位にある原告が、宴会中又は日常的に、4人の女性従業員に対し、手や肩を握る、自らの膝に座らせようとするなどの身体的接触を行うとともに、「女性も男性に抱かれない時があるやろ」とか「答えないのであれば犯すぞ」などと性的発言を行った事案である。

裁判所は、一連の原告の言動について「職務、職位を悪用したセクシャルハラスメント」に該当するとしながらも、「多数の…従業員の目もあるところで開けっぴろげに行われる傾向があるもので、自ずとその限界がある」、また、一連の身体的接触について「いわゆる強制わいせつ的なものとは、一線を画すもの」である、「犯すぞ」という趣旨の発言についても「女性を乱暴する意思がある前提で発言されたものでない」とした上で、i原告が反省の情を示していること、ii原告は会社に相応の貢献をしてきたこと、iii原告はそれまでセクハラ行為について指導や注意がされたことがなく、いき

なり懲戒解雇が行われたことなどの事情も併せて考慮して、懲戒解雇を無効と判示した。

本事例は、会社において一定の地位にある原告が多数の女性従業員に対して性的発言等を行った点で、裁判例⑧の事案と類似している。しかし、本事例は、セクハラ行為が「開けっぴろげ」に行われていた点や、原告と2人きりになるのは避けたいという雰囲気が広がっていたわけではないといった点が異なっている。したがって、裁判例⑧の事案と比べれば、行為態様の悪質性は低く、職場環境に与えた悪影響も小さいといえ、この点が解雇の有効無効を分けた可能性がある。

なお、裁判例⑨は懲戒解雇が無効と判断された事例ではあるが、訴訟に先行する労働審判においては論旨解雇が相当という審判が下されている。裁判例⑨は、論旨解雇の有効性について判断しているわけではないが、論旨解雇であれば有効と判断された可能性は否定できず、セクハラを理由とする従業員の解雇についての限界事例であると思われる。

以上

弁護士  
**藤井 基**  
(1968年生)

Motoi Fujii  
直通 / 03-6438-5532  
MAIL / mfujii@tmi.gr.jp



【主な取扱分野】  
人事制度の構築・運用 / 労働審判・労働関係訴訟等への対応 / 組合対応等

【登録、所属】  
東京弁護士会(1997)  
ニューヨーク州(2004)

弁護士  
**畠山大志**  
(1984年生)

Hiroshi Hatakeyama  
直通 / 03-6438-5358  
MAIL / hhatakeyama@tmi.gr.jp



【主な取扱分野】  
一般企業法務 / M&A / IT・通信 / リスクマネジメント / 不正調査 / 反社会的勢力対応 / 破産・特別清算 / 商事関連訴訟 / 労働審判・労働関係訴訟等への対応

【登録、所属】  
東京第二弁護士会(2011)

## 経営者保証ガイドラインにおける 保証債務整理と事業再生ADR

— 弁護士 佐藤真太郎  
— 弁護士 松永 耕明

### 第1 はじめに

我が国の特に中小企業においては、金融機関からの借入に当たって、代表取締役などの経営者が当該借入金について連帯保証を行う、いわゆる経営者保証が従来行われてきた。この点、経営者保証には様々な課題が指摘されていたところ、このような課題に対して官民共同で継続的な議論が行われる中、平成25年8月、行政当局の関与の下、日本商工会議所と全国銀行協会が共同で、有識者を交えた意見交換の場として「経営者保証に関するガイドライン研究会」を設置するに至った。そして同研究会は、中小企業団体及び金融機関団体の関係者、学識経験者、専門家等の議論を踏まえ、中小企業団体及び金融機関団体共通の自主的自律的な準則として、経営者保証ガイドライン（以下、「経営者保証GL」という。）を策定・公表し、同GLは平成26年2月1日から施行され

ている。

経営者保証GLは、法的拘束力を有するものではないものの、ステークホルダーにおいて適切に準則されることが期待されており、かつ施行後1年以上経過した現段階では、経営者保証GLに即して適切に経営者の保証債務を含めた形での事業の再生が実施された事例が蓄積されている。

本稿では、経営者保証GLに基づいて保証債務の整理を申し立てる場合の要件等を説明した上で、主債務との一体整理又は保証債務の単体の整理のための手続として利用され得、かつ近年事業再生のための手続として存在感を増している事業再生ADRの概要を説明したい。

### 第2 経営者保証ガイドラインとは

#### ■ 意義

経営者保証GLは、経営者保証における合理的な保証契約の在り方等を示すとともに主たる債務の整理局面における保証債務の整理を公正かつ迅速に行うための準則であり、前述のとおり、法的拘束力はないものの、主たる債務者、保証人及び対象債権者によって、自発的に尊重され遵守されることが期待されている。本稿では、特に経営者保証GLに基づく

保証債務の整理という観点から、以下のとおり経営者保証 GL を概観する。

## ② 対象となる保証契約

経営者保証 GL は、GL の対象となる保証契約について以下のとおり定めている。なお、以下、(1) の点については、中小企業と言っても必ずしも中小企業基本法に定める中小企業者等には限定されずその範囲を超える事業者も対象となり得ることに加え、個人事業主もその対象に含まれるとされている。

### 【経営者保証GL3項】

- (1)保証契約の主たる債務者が中小企業であること
- (2)保証人が個人であり、主たる債務者である中小企業の経営者であること。ただし、以下に定める特別の事情がある場合又はこれに準じる場合については、このガイドラインの適用対象に含める。
  - ① 実質的な経営権を有している者、営業許可義人又は経営者の配偶者(当該経営者と共に当該事業に従事する配偶者に限る。)が保証人となる場合
  - ② 経営者の健康上の理由のため、事業承継予定者が保証人となる場合
- (3)主たる債務者及び保証人の双方が弁済について誠実であり、対象債権者の請求に応じ、それぞれの財産状況等(負債の状況を含む。)について適時適切に開示していること
- (4)主たる債務者及び保証人が反社会的勢力ではなく、そのおそれもないこと

## ③ 対象債権者

経営者保証 GL は、GL の対象となる債権者を、中小企業に対する金融債権を要する金融機関等であって、現に経営者に対して保証債権を有するもの、あるいは、将来これを有する可能性のあるものであり、保証債務の整理を行う場合においては、成立した弁済計画より権利変更を受けることが予定されている保証債権の債権者であるとする。

## ④ 債務整理申立ての要件

経営者保証 GL は、対象債権者に対して、経営者保証 GL に基づいて保証債務の整理を申し出る場合の要件として以下のように規定している。具体的には、以下の口にもあるように、主たる債務者が法的債務整理手続又は準則型私的整理手続を申立てているか、これらの手続に係属しているか又は既に終結していることが求められているが、かかる整理手続はいわゆる再生型でも清算型でもいづれでも経営者保証 GL の利用は可能とされている。なお、ここでいう「私的整理手続及びこれに準ずる手続」には、保証人と対象債権者が相対で行う広義の私的整理は原則として含まれないとされており、法的債務整理手続を利用しない場合で経営者保証 GL に基づく保証債務の整理を申し出る場合には、後述する事業再生 ADR 等の手続を利用する必要があることに留意する必要がある。

### 【経営者保証GL7項(1)】

- イ)対象債権者と保証人との間の保証契約が第3項の全ての要件を充足すること
- ロ)主たる債務者が破産手続、民事再生手続、会社更生手続若しくは特別清算手続(以下「法的債務整理手続」という。)の開始申立て又は利害関係のない中立かつ公正な第三者が関与する私的整理手続及びこれに準ずる手続(中小企業再生支援協議会による再生支援スキーム、事業再生ADR、私的整理ガイドライン、特定調停等をいう。以下「準則型私的整理手続」という。)の申立てをこのガイドラインの利用と同時に現に行い、又は、これらの手続に係属し、若しくは既に終結していること
- ハ)主たる債務者の資産及び債務並びに保証人の資産及び保証債務の状況を総合的に考慮して、主たる債務者及び保証債務の破産手続による配当よりも多くの回収を得られる見込みがあるなど、対象債権者にとっても経済的な合理性が期待できること
- ニ)保証人に破産法第252条第1項(第10号を除く。)に規定される免責不許可事由が生じておらず、そのおそれもないこと

## ⑤ 保証債務整理の手続

経営者保証 GL は、GL に基づいて保証債務の整理を要請する場合の手続を以下のとおり定めている。具体的には、仮に主債務者が事業再生 ADR をはじめとする準則型私的整理手続を利用する場合、経営者保証 GL に基づく保証債務の整理についても事業再生 ADR をはじめとする同準則型私的整理手続を利用することが想定されており、一体的な処理が想定されている。また、保証債務のみを整理する場合であっても、当該整理にとって適切な事業再生 ADR をはじめとする準則型私的整理手続の利用が想定されている。

### 【経営者保証GL7項(2)】

- イ)主たる債務と保証債務の一体整理を図る場合  
法的債務整理手続に伴う事業毀損を防止するなどの観点や、保証債務の整理についての合理性、客観性及び対象債権者間の均衡性を確保する観点から、主たる債務の整理に当たって、準則型私的整理手続を利用する場合、保証債務の整理についても、原則として、準則型私的整理手続を利用することとし、主たる債務との一体整理を図るよう努めることとする。具体的には、準則型私的整理手続に基づき主たる債務者の弁済計画を策定する際に、保証人による弁済もその内容に含めることとする。
- ロ)保証債務のみを整理する場合  
原則として、保証債務の整理に当たっては、当該整理にとって適切な準則型私的整理手続を利用することとする。

## ⑥ 保証債務の履行手続(残存資産の範囲)

経営者保証 GL では、保証債務に履行基準について以下のとおり定めている。すなわち、保証債務の減免を要請する弁済計画については、原則として「残存資産」以外の資産を処分・換価等して得た資金を弁済原資とすることが想定されている。そして、経営者保証 GL は、原則として保証人が破産した場合の自由財産がこれに当たるとしつつ、早期の事業再生等の着手の決断に対するインセンティブを設けている。具体的には、早期の事業再生等の着手の決断による対象債権者の回収見込額の増加額を上限として、一定期間の生活費に相当する額、華美でない自宅、主債務者の実質的な事業継続に最低限必要な資産、その他の資産を残存資産に含め得るとしている。

この点、近時の実例においては、正常価格において約 1,900 万円の自宅が「華美でない」と判断されたこと等により合計で約 4,250 万円を超える残存資産が認められた事例もあり、その他筆者らが関与している事例においても約 4,000 万円の残存資産が認められている事例が存在する。経営者による早期の事業再生等の着手の決断という観点においては、ある程度の残存資産を一定の要件のもとで認めることは意義があるものといえよう。

### 【経営者保証GL7項(3)③】

対象債権者は、保証債務の履行に当たり、保証人の手元に残すことのできる残存資産の範囲について、必要に応じ支援専門家とも連携しつつ、以下のような点を総合的に勘案して決定する。この際、保証人は、全ての対象債権者に対して、保証人の資力に関する情報を誠実に開示し、開示した情報の内容の正確性について表明保証を行うとともに、支援専門家は、対象債権者からの求めに応じて、当該表明保証の適正性についての確認を行い、対象債権者に報告することを前提とする。

なお、対象債権者は、保証債務の履行請求額の経済合理性について、主たる債務と保証債務を一体として判断する。

イ) 保証人の保証履行能力や保証債務の従前の履行状況

ロ) 主たる債務が不履行に至った経緯等に対する経営者たる保証人の帰責性

ハ) 経営者たる保証人の経営資質、信頼性

ニ) 経営者たる保証人が主たる債務者の事業再生、事業清算に着手した時期等が事業の再生計画等に与える影響

ホ) 破産手続における自由財産(破産法第34条第3項及び第4項その他の法令により破産財団に属しないとされる財産をいう。以下同じ。)の考え方や、民事執行法に定める標準的な世帯の必要生計費の考え方との整合性(上記ニ)に関連して、経営者たる保証人による早期の事業再生等の着手の決断について、主たる債務者の事業再生の実効性の向上等に資するものとして、対象債権者としても一定の経済合理性が認められる場合には、対象債権者は、破産手続における自由財産の考え方を踏まえつつ、経営者の安定した事業継続、事業清算後の新たな事業の開始等(以下「事業継続等」という。)のため、一定期間(当該期間の判断においては、雇用保険の給付期間の考え方等を参考とする。)の生計費(当該費用の判断においては、1月当たりの標準的な世帯の必要生計費として民事執行法施行令で定める額を参考とする。)に相当する額や華美でない自宅等(ただし、主たる債務者の債務整理が再生型手続の場合には、破産手続等の清算型手続に至らなかったことによる対象債権者の回収見込額の増加額、又は主たる債務者の債務整理が清算型手続の場合には、当該手続に早期に着手したことによる、保有資産等の劣化防止に伴う回収見込額の増加額、)について合理的に見積もりが可能な場合は当該回収見込額の増加額を上限とする。)を、当該経営者たる保証人(早期の事業再生等の着手の決断に寄与した経営者以外の保証人がある場合にはそれを含む。)の残存資産に含めることを検討することとする。ただし、本項(2)ロ)の場合であって、主たる債務の整理手続の最終後に保証債務の整理を開始したときにおける残存資産の範囲の決定については、この限りでない。(略)

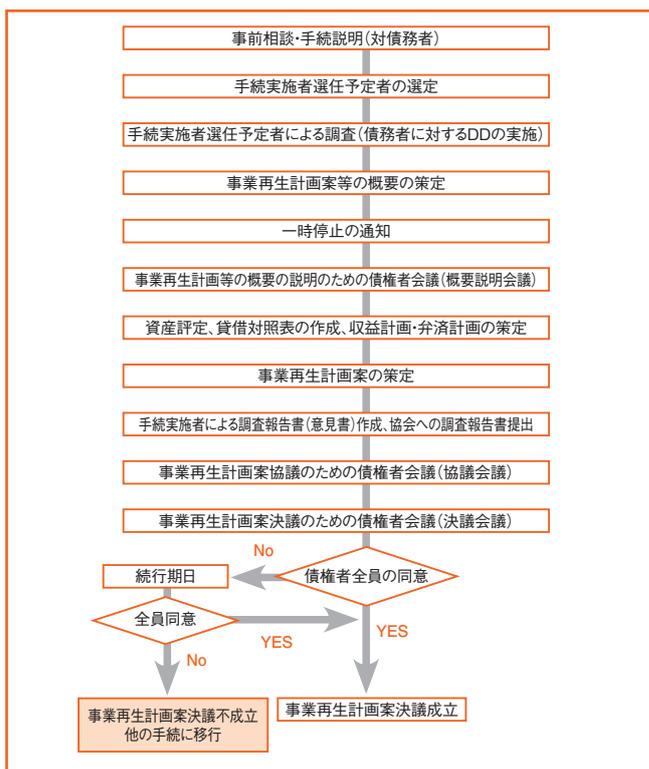
## 第3 事業再生ADRとは

ADRとは、「Alternative Dispute Resolution」(裁判外紛争解決手続)の略称であり、この裁判外紛争解決手続とは、民事の紛争を民事訴訟を通じた裁判所の関与のもとに解決するのではなく、公正かつ中立的な第三者が関与することによって解決する手続を意味する。そして、事業再生に特化したADR手続が事業再生ADRである。事業再生ADRでは、手続実施者と呼ばれる事業再生の専門家の仲介及び関与のもと、対象債権者の全員の同意を得て、事業再生計画が作成されることになる。なお、ここでいう対象債権者は原則として金融機関に限定され、商取引債権者は含まれない。

事業再生ADRは、事業価値の毀損を防ぐことができるという私的整理手続一般のメリットに加えて、メインバンクの積極的な主導が条件とされていないこと、厳格な資格要件が定められた手続実施者による手続関与がなされること及び手続スケジュールが比較的迅速かつ明確であること等がメリットとして指摘されており、近時、事業再生の有力な手法の一つとして注目を集めている。

事業再生ADRの具体的な手続の流れは、以下の図のとおりである。

### 【事業再生ADRの流れ(概要)】



上記図のとおり、事業再生ADRの利用を希望する債務者はまず、①事業再生ADRを事業再生ADR事業者として認可を受けた事業再生実務家協会(Japanese Association of Turnaround Professionals。以下「JATP」という。<sup>(7)</sup>)に対して事前相談を行った上で利用申請を行い、JATPの各種調査を経て、正式申込み及びJATPの事業再生ADR手続の正式受理に至る。そして②事業再生ADR手続を正式受理するとJATPは、速やかに債務者と連名で対象債権者に対し、債権回収や担保設定等の停止を要請する。これを一時停止の通知と言う。その後、③ i) 事業再生計画等の概要説明のための第1回債権者会議、ii) 債務者が作成し、手続実施者が調査・確認した事業再生計画案の協議のための第2回債権者会議、及び iii) 当該事業再生計画案決議のための第3回債権者会議を経て、対象債権者全員の同意を取得できれば、当該計画が成立し、権利変更が生ずるため、債務者は当該計画にしたがって弁済を行っていくこととなる。

なお、前述第二<sup>(8)</sup>のとおり、経営者保証GLに基づいて保証債務の整理を申し出る場合には、主たる債務者が、法的債務整理手続又は準則型私的整理手続の申立てを行っているか、当該手続に係属しているか、又は終了していることが要件とされているが、事業再生ADRは、このうち準則型私的整理手続の一つとして例示されており、よって主債務者が事業再生ADR手続を利用している場合には、当該主債務者の保証人たる経営者は、経営者保証GLに基づいて保証債務の整理を申し出ることが可能となる。また、保証債務の整理を要請する場合の手続についても、仮に主債務者が事業再生ADRをはじめとする準則型私的整理手続を利用する場合には、経営者保証GLに基づく保証債務の整理についても事業

再生 ADR をはじめとする同準則型私的整理手続を利用することが想定されており、一体的な処理が想定されている。

## 第4 最後に

以上のとおり、経営者保証 GL は、主たる債務の整理局面における保証債務の整理を公正かつ迅速に行うための準則であり、この準則に従えば保証債務の整理の場面において、早期の事業再生等の着手の決断により、自由財産以上の財産を残存資産とし得る制度となっている。但し、このような経営者保証 GL に基づく保証債務の整理を行うためには、上述のとおり法的債務整理手続又は事業再生 ADR をはじめとする準則型私的整理手続等の利用が必要となることから、経営者保証

GL に即した債務整理を検討される場合には、事業再生 ADR 等の利用の可否の検討についても合わせてリーガルアドバイザーに要請することが肝要であると言えよう。

以上

- (1) 経営者保証は、経営への規律付けや信用補完として資金調達の円滑化に寄与する面がある一方、経営者による思い切った事業展開や、保証後において経営が窮境に陥った場合における早期の事業再生を阻害する要因となっているなど、企業の活力を阻害する面もあり、経営者保証の契約時及び履行時等において様々な課題が指摘されてきた(経営者保証ガイドライン「はじめに」参照。)
- (2) 経営者保証GL3項
- (3) 「経営者保証ガイドライン」Q&A総論Q-3
- (4) 経営者保証GL1項
- (5) 「経営者保証ガイドライン」Q&A各論Q7-1
- (6) 「経営者保証ガイドライン」Q&A総論Q7-2
- (7) なお、事業再生ADR事業者として認可を受けているのは、現在、JATPのみであり、よって事業再生ADR手続を実施することはできるのも現時点においてはJATPのみである。
- (8) 経営者保証GL7項(1)

弁護士  
佐藤真太郎  
(1974年生)

Shintaro Sato  
直通 / 03-6438-5542  
MAIL / shsato@tmi.gr.jp



### 【主な取扱分野】

メディア / エンタテインメント / スポーツ / 人材・教育・福祉 / 医療 / ヘルスケア / バイオ / アジア / タックス・プランニング / 消費者対応 / 国際訴訟・仲裁・調停・ADR / 行政訴訟 / 税務争訟 / 商事関連訴訟 / 公的再生支援 / DIPファイナンス / DES・DDS / 私的整理・事業再生ADR / 不正調査 / リスクマネジメント / 起業・株式公開支援 / コーポレートガバナンス / M&A / 一般企業法務 / アライアンス / 民事再生・会社更生 / 破産・特別清算 / その他  
国際法務 / 事業承継 / 相続 / 遺言作成 / 遺産分割協議

### 【登録、所属】

東京弁護士会(2000)  
米国公認会計士(2005)  
東京弁護士会倒産法部会  
東京弁護士会綱紀委員会  
経営革新等支援機関(認定支援機関)  
事業再生実務家協会  
事業再生研究機構  
全国倒産処理弁護士ネットワーク

弁護士  
松永耕明  
(1985年生)

Komei Matsunaga  
直通 / 03-6438-5780  
MAIL / kmatsunaga@tmi.gr.jp



### 【主な取扱分野】

一般企業法務 / M&A / コーポレートガバナンス / 起業・株式公開支援 / 消費者関連法 / 民事再生・会社更生 / 破産・特別清算 / 私的整理・事業再生ADR / DES・DDS / DIPファイナンス / 公的再生支援 / 商事関連訴訟 / M&A、IPOにおける労務デュー・ディリジェンス

### 【登録、所属】

東京弁護士会(2012)

## マレーシアの個人情報保護法

— 弁護士 水田 進

### 第1 はじめに

マレーシアは、比較的安定した政治体制や整備されたインフラ、英語が広く通用する語学力などが強みとなり、首都クアラルンプールを中心に日系企業にとって魅力的な進出先となっている。また、クアラルンプール以外にも例えばマレー半島南端のジョホールバル地域では、広大な土地に工業団地やレジャー施設、教育施設を整備して発展させるという壮大な「イスカンダル計画」が進行しており、税制優遇措置等も存在するため、関心のある日系企業も多いだろう。

### 第2 マレーシアの個人情報保護法

マレーシアに進出して事業を行う際に留意すべき法律の一つに個人情報保護法がある。

マレーシアでは 1990 年代から個人情報の処理や開示に関する規制をどのようにするか議論がなされてきた。一部の業種については個別の規制法があったものの、2010 年によ

うやく個人情報保護について全般的に定めた個人情報保護法(Personal Data Protection Act 2010。以下「PDPA」という。)が成立し、2013 年 11 月 15 日に施行された。

PDPA の関連法規として以下のものがある。

- Personal Data Protection (Class of Data Users) Order 2013 : PDPA に基づく登録が必要な 11 業種を規定。
- Personal Data Protection Regulations 2013 : PDPA の内容を補足。
- Personal Data Protection (Registration of Data User) Regulations 2013:PDPA に基づく登録について詳細に規定。
- Personal Data Protection (Fees) Regulations 2013 : アクセス要求を行う際の上限費用等を規定。

### 第3 具体的内容

#### 1 個人情報とは

PDPA の適用対象となる「個人情報」とは、「商取引(commercial transactions)に関するものであって、「直接又は間接に、当該情報又は当該情報とその他の保有する情報と併せて特定される又は特定されうる個人に直接又は間接に関連するもの」をいう。

ここで特徴的なのは「商取引」に関するものに限定されてい

る点である。「商取引」とは、契約によるか否かを問わず商業的性質を有する取引をいい、これには、商品役務の提供、投資、融資、バンキング及び保険業に関するいかなるものも含まれる<sup>(1)</sup>。この定義については曖昧で分かりづらいという批判もあるが、企業が行う事業活動に伴って取得する個人に関する情報は基本的に PDPA 上の「個人情報」に該当すると考えられる。

また、日本で一般的にセンシティブ情報（機微情報）といわれている類の情報について明確に「センシティブ個人情報（sensitive personal data）」という定義を設けているのも特徴的である（たとえば日本やシンガポールの個人情報保護法では、法律の規定上はセンシティブ情報という用語やそれに類する表現は使用されていない）。

具体的には、「身体的精神的な健康状態、政治的意見、宗教的信条、犯罪歴・容疑に関する情報で構成される個人情報」が「センシティブ個人情報」にあたる。センシティブ個人情報に該当する場合には、PDPA 上の義務の一部が加重される場合があるので注意が必要である（例えば後述するように、センシティブ個人情報を取得する際には他の個人情報と異なり「明示的」な同意が必要となる）。

## 2 PDPAの適用対象

PDPA は、商取引に関する個人情報を処理する者及び処理を管理する者に適用される。

「処理（“processing”）」とは、個人情報の収集、記録、保持若しくは保管又は個人情報に関して何らかの作業をすることをいうとされており、企業が個人情報を取り扱う行為は基本的に「処理」に該当すると考えられる<sup>(2)</sup>。

## 3 個人情報保護に関する7原則

PDPA の適用対象者は、個人情報の処理にあたり、以下の7つの個人情報保護原則を遵守しなければならない。

### ①一般原則（PDPA 第 6 条）

PDPA の適用対象者は、個人情報（センシティブ個人情報を除く）については、個人情報の主体が同意しない限り個人情報を処理してはならない。もっとも、個人情報の主体が当事者となっている契約の履行のために個人情報の処理が必要な場合や、判決の執行の場合等については、個人情報の主体の同意なく個人情報を処理することができる。

一方、センシティブ個人情報については、一定の例外的な場合を除き「明示的」な同意を得なければ個人情報を処理してはならない。どのような同意が「明示的」であるといえるかという点について、PDPA やその関連法令には特に定義や説明がないが、後日明示性が争われることを避けるために、書面や電子メール等で、個人情報の主体が同意していることが明確にわかる表現で、同意を取得することが必須になろう。

### ②通知原則（PDPA 第 7 条）

適用対象者は、個人情報の主体に対して、一定の内容を書面で通知しなければならない。具体的には、個人

情報の収集及び処理目的、情報源に関する情報、個人情報の主体にアクセス権や修正権があること、個人情報に関する質問や苦情の連絡方法などである。

この書面による通知は、情報使用者が最初に個人情報の提供を求めたり収集したりするときに、できる限り速やかにマレー語及び英語で行われなければならない。

### ③開示原則（PDPA 第 8 条）

PDPA の適用対象者は、個人情報の主体の同意を得ることなく個人情報を開示してはならない。

但し、個人情報の収集時点の開示目的や、それと直接関連する目的の場合には、同意なく開示することができる。

### ④セキュリティ原則（PDPA 第 9 条）

PDPA の適用対象者が個人情報を処理する場合には、以下を考慮して、個人情報を消失、誤用、変更、不正又は偶発的なアクセス又は開示、改変、消滅から守るための実用的な手続をとらなければならない。

- (a)個人情報の性質と消失等による被害
- (b)個人情報が保管されている場所
- (c)個人情報が保管されているものに組み込まれているセキュリティ方法
- (d)個人情報にアクセスする個人の信頼、完全性及び能力を確保するための方法
- (e)個人情報の安全な移転を確保するための方法

### ⑤保持原則（PDPA 第 10 条）

いかなる目的で処理された個人情報であっても、その目的を満たすために必要な期間を超えて保持することはできない。

仮に当該目的のために必要でなくなった場合には、全ての個人情報が破棄又は永遠に消却されるよう合理的な手続をとる必要がある。もっとも、破棄の具体的な方法等については特に明示はされていない。

### ⑥完全性原則（PDPA 第 11 条）

PDPA の適用対象者は、個人情報が正確、完全、誤導的でなく、最新の状態にしておくために合理的な手続をとらなければならない。

### ⑦アクセス原則（PDPA 第 12 条）

個人情報の主体は、PDPA の適用対象者が保持する自己に関する個人情報にアクセスできる権利を有し、仮に個人情報が不正確、不完全、誤導的又は最新の状態にない場合、その個人情報を修正することができる<sup>(3)</sup>。

## 4 国外移転

PDPA は個人情報の国外移転について制限を設けている。具体的には、(i) ①個人情報の主体が同意している場合、②個人情報の主体との間で締結された契約を履行するため、国外移転が必要である場合、③個人情報の主体の生命等を保護するために移転が必要である場合など、一定の例外事由に該当する場合、又は (ii) 官報で大臣が指定した国に移転する場合を除き、マレーシア国外に個人情報を移転してはなら

いとされている。

この点、大臣の指定（上記(ii)）があれば安心して国外移転をすることができるのであるが、本稿執筆時点ではいまだ大臣が指定をしていない<sup>(4)</sup>。したがって、実際には上記(i)の例外事由に該当する場合にしか国外移転をすることができないことになっている。

## 5 個人情報保護局への登録

PDPAの適用対象者のうち、一定の業種の者については個人情報保護局に登録を<sup>(5)</sup>する必要がある。

対象業種は、通信、金融機関、保健、教育など11業種に及び、登録せずに個人情報を取り扱った場合は最大50万リンギの罰金若しくは3年以下の禁固又はその両方が課されるため注意が必要である。

## 第4 最後に

以上のとおりマレーシアのPDPAには、日本の個人情報保護法に定められていない国外移転の制限や登録義務等が存

在するため、留意が必要である。

以上

- (1)但し、Credit Reporting Agencies Act 2010上の信用調査機関による信用調査は含まないとされている。
- (2)なお、PDPAは、マレーシア国内で処理することを予定していない限り、マレーシア国外で処理される個人情報については適用されないことも明記している。
- (3)他の国の個人情報保護法では、個人情報を修正する権利を「修正権」という独立の権利として規定されていることも多いが、マレーシアのPDPAでは「アクセス権」の一内容となっている。
- (4)マレーシアの官公庁への電話照会による。
- (5)<http://www.mda.org.my/announcement/personaldata/index.html> 登録のためのフォーマットがウェブサイトで用意されている。

弁護士  
**水田 進**  
(1980年生)

Susumu Mizuta  
直通 / 03-6438-5414  
MAIL / smizuta@tmi.gr.jp



### 【主な取扱分野】

一般企業法務 / M&A / 商事関連訴訟 / コーポレートファイナンス / コーポレートガバナンス / アライアンス / IT・通信 / ベンチャー関連 / 東南アジア / その他国際法務

### 【登録、所属】

第一東京弁護士会(2007)

## ベトナム企業法・投資法・住宅法・不動産事業法の2014年改正について

— 弁護士 岡田英之  
— 弁護士 小幡葉子  
— 弁護士 小林 亮

— 法務 Nguyen Thu Huyen

### 第1 はじめに

2014年11月、ベトナムではいくつかの重要な法令が国会を通過し、2015年7月1日から施行されます。以下では、改正企業法、改正投資法、改正住宅法、改正不動産事業法の主要な改正点を紹介します。

### 第2 改正企業法

現行法では一人を予定している有限会社、株式会社の法的代表者は、複数人を置くようになります。ただし、複数人を置く場合でもそのうち少なくとも一人はベトナムに居住していなければならず、ベトナムから出国するときは他の者に委任しなければなりません。

また、会社の事業範囲は、現行法では事業登録証明書(BRC)に記載されますが、改正法ではBRCに相当する企業登録証明書(ERC)に記載する必要はなく、定款において定めるものとされます。ただし、事業範囲を変更したときは、管轄当局に通知する必要があります。

企業印鑑については、現行法では管轄当局が発行し、登録を要しますが、改正法では企業は企業印鑑の内容(企業名称及び企業コードは必須)、形態、個数を決定することができ、使用前に企業登録当局に通知し、国家企業登記ポータル上に公開するものとされます。また、現行法では企業印鑑を本店に保管する必要がありますが、改正法では使用及び保管については定款で定められるようになります。

また、有限会社における定款資本の払込期間は、現行法ではBRC発行日から3年以内とされていますが、改正法ではERC発行日から90日以内に払い込まなければならないとされ、払い込み期日までに払込みがされない場合、二人以上有限会社の場合は払込期日から60日以内、一人有限会社の場合は払込期日から30日以内に実際に出資された資本金に応じた定款資本及び各出資者の持分割合に登録を修正しなければなりません。また二人以上有限会社における社員総会の第一回目の定足数は定款資本の75%から65%に引き下げられます。

株式会社の株主総会の第一回目の定足数は議決権総数の65%から51%、第二回目の定足数は議決権総数の51%から33%に、決議要件は通常多数が議決権総数の65%から51%に、特別多数が議決権総数の75%から65%に、書面決議が議決権総数の75%から51%に、引下げられます。これらより高い割合を定款で定めている場合には、定款が優先すると解されます。

また、親子・グループ会社間では、子会社による親会社の出資・株式取得、及び同一の親会社を有する子会社相互間の出資・株式保有が禁止されます。

その他、少数出資者の保護や会社機関設計の柔軟化等についても改正点がありますが、いずれも今後制定されるガイドライン政令や運用を見守る必要があります。

### 第3 改正投資法

現在、外資企業には必ず発行されている投資証明書（IC）の名称が投資登録証明書（IRC）に変更され、IRCは外国投資家による新規のプロジェクトの場合にのみ発行されます。また、①外国投資家が定款資本の51%以上を保有する経済組織、または外国人個人が社員の過半数を占める合名会社（「A1」とします）、②A1の経済組織が定款資本の51%以上を保有する経済組織、③外国投資家とA1の経済組織の出資合計が定款資本の51%以上となる経済組織、が行う投資活動についても、IRCの発行等、外国投資家に対する規制が適用されます。もっとも、外国企業がマイノリティ（51%未満の出資）である内外合弁企業が、さらに子会社（外国企業からみれば孫会社）を設立する場合には、IRCが不要になります。

また、外国投資家が既存の現地企業の追加出資、株式・出資持分の取得等により買収する場合、IRCの発行手続は不要ですが、①対象会社が条件付事業分野を有する場合、及び②買収の結果外国投資家又は外国投資家に適用される規制を受ける外国投資資本を有する経済組織が定款資本の51%以上を保有することとなった場合には登録手続を要し、それ以外の買収の場合は登録手続も不要となります。このような手続上の負担減により改正法施行後は外国投資家による買収が増加することが期待されます。

一方で、現行法上のICは事業登録証明書（BRC。改正法の下ではERC）を兼ねているので別途BRCの取得は不要ですが、改正法のIRCはBRCを兼ねておらず、別途ERCの取得が必要となります。

このほか、投資禁止分野と条件付投資分野が整理されて一覧リストが明示され、国家企業登録情報ポータルにも掲載されます。今後新しく追加するには、各省庁の通達ではなく、法律・国会常務委員会令・政令のいずれかが必要となります。投資優遇措置に関しては、国会案件・首相案件・重要インフラ案件における国家機関・国営企業の契約上の義務履行に対する政府保証、大規模プロジェクトやハイテク産業への優

遇対象分野の拡大、IRCへの優遇措置の内容・根拠・条件の明記、などが挙げられます。具体的な要件や手続は今後発行されるガイドライン政令によって明らかにされます。

### 第4 改正住宅法

外国籍の個人のベトナムでの住宅所有は、現行法上、一定の要件を満たす定住者（ベトナムへの投資家・投資企業役員、ベトナム人の配偶者、国家功労者など）について、集合住宅の所有のみ認められています。また外資企業などの組織は自己使用（従業員の社宅）目的の住宅所有のみ可能とされています。

今年7月1日から施行される改正住宅法では、ベトナムに入国を許可された外国人であれば、住宅（集合住宅・戸建）を購入でき、事前に所轄当局へ通知することにより第三者への賃貸も可能であるとされました。外資企業についてはこれまでどおり自己使用目的のみ認められます。

外国人の住宅所有規制緩和の背景には、ベトナムの住宅市場がここ数年不振であることから、海外資金の流入を促進したいという期待があるとされ、ベトナム不動産投資の選択肢が増えたことは評価できます。ただし住宅所有に関連する法令（土地法上の外国人の土地所有権、税法上の取扱い、など）の整備はこれからであり、実際に外国人が住宅を購入するにはなお不確定要素も残るのが実情です。

### 第5 改正不動産事業法

不動産事業法の改正により、外資不動産業者にも、マスターリース事業（オーナーから建物を一括でリースし、複数のテナントに転貸する事業形態）が明文化されました。現行法上は外資のマスターリース事業は許されないと解釈されています。以前から日系不動産会社のマスターリース事業への関心は高く、同改正法の7月1日施行以降は、同事業への参入が始まるものと見られます。

このほかの改正内容としては、未完成不動産の販売に関する消費者保護規定の整備、不動産取引業者の資格の厳格化など、不動産市場の適正化へ向けた施策が盛り込まれており、今後の当局による的確な運用が期待されます。

以上

弁護士  
**岡田英之**  
(1963年生)

Hideyuki Okada  
電話 / +84(0)8-6299-0666  
MAIL / hokada@tmi.gr.jp



**【主な取扱分野】**  
一般企業法務 / M&A / コーポレート・ファイナンス / ストラクチャー・ファイナンス / プロジェクト・ファイナンス / 証券化・流動化・REIT / アジア

**【登録、所属】**  
第二東京弁護士会(1995)  
ベトナム外国弁護士(2011)

弁護士  
**小幡葉子**  
(1960年生)

Yoko Obata  
電話 / +84(0)4-3826-3826  
MAIL / yobata@tmi.gr.jp



**【主な取扱分野】**  
アジア / 一般企業法務 / M&A / コーポレートガバナンス

**【登録、所属】**  
東京弁護士会(1992)  
ベトナム外国弁護士(2013)

弁護士  
小林 亮  
(1984年生)

Ryo Kobayashi  
電話 / +84(0)8-6299-0666  
MAIL / rkobayashi@tmi.gr.jp



【主な取扱分野】  
一般企業法務 / 商標 / 特許 / ブランド / 知財訴訟・審判 / アジ  
ア / 不正調査

【登録、所属】  
第一東京弁護士会(2011)  
ベトナム外国弁護士(2014)

法務  
Nguyen Thu Huyen  
(1989年生)

Nguyen Thu Huyen  
MAIL / hnguyen@tmi.gr.jp



【主な取扱分野】  
一般企業法務 / 消費者関連法 / 労働法 / 不動産 / アジア

## 米国上場企業の買収スキーム ~デラウェア州会社法 § 251(h)を 利用する二段階合併~

— 弁護士 高野大滋郎

### 第1 はじめに

2014年の日本企業による海外企業のM&A件数は過去最多を記録した。地域別の件数では、北米はアジアに次いで多く、規模で見ると、サントリーホールディングスによるアメリカの酒造メーカー「ビーム」の約1兆6700億円の買収が最大であり(レコフ社調べ)、米国企業の買収は、依然として海外企業のM&Aの中でも大きなウェイトを占めている。

日本企業が米国企業を買収するにあたって、対象会社との間での秘密保持契約を締結し、MOUやLOIの締結、デュー・ディリジェンスを経て、買収契約を締結するというプロセスは、日本における買収の場合と基本的に異なることはないが、米国企業を買収には米国法が適用されるため、法的手続の面で日本法と異なる点が多く存在する。

そこで、本稿では、2013年8月1日に新設・施行されたデラウェア州会社法(Delaware General Corporation Law, 「DGCL」) § 251(h)を踏まえて、日本企業がデラウェア州法準拠の米国の上場企業を買収して完全子会社化するスキームを概説する。

### 第2 完全子会社化スキーム

日本企業が米国の上場企業を買収して完全子会社化を目指す場合、日本企業が米国において買収用ビークル(SPC)を組成して、SPCと対象会社である米国会社とを現金を対価として合併させることにより、対象会社を完全子会社とすることが一般的である<sup>(2,3)</sup>。このスキームには、(1)SPCと対象会社が合併契約を締結し、対象会社の株主総会で合併について株主の承認を得るといった一段階合併(one-step merger)と、(2)公開買付けを先行させ、その後スクイズアウトのための合併(back-end merger)を行うという二段階合併(two-step merger)がある。

#### 1 一段階合併

一段階合併は、買収会社と対象会社が合併契約を締結後、

対象会社が株主総会を開催して株主の承認を得る手続きである。対象会社は、株主総会の開催に先立ち、株主総会において合併の議案に賛成する議決権行使を勧誘して賛成の委任状を取り付けるための委任状説明書(Proxy Statement)<sup>(4)</sup>を作成し、米国証券取引委員会(SEC)に提出する必要がある。委任状説明書は、SECによる事前のレビューを受ける必要があるため、一定の準備期間が必要になる。その後、確定した委任状説明書とともに、株主総会の20日前までに招集通知を発送し<sup>(5)</sup>、株主総会にて合併の承認に必要な賛成を得られた場合には、合併の手続きを完了させることができる。一段階合併に要する期間は、合併契約締結後3ヶ月から4ヶ月程度であることが一般的である。

#### 2 二段階合併

二段階合併は、公開買付けを実施した後に合併を行うという二段階のプロセスを経るものであるが、新設のDGCL § 251(h)は、二段階合併の手続きに大きな影響を与えるものである。

DGCL § 251(h)の新設以前は、二段階合併を選択するにあたって、公開買付けにより90%以上の株式を取得することを前提としていた。というのは、DGCL § 253が、対象会社の株式の90%以上を保有している場合には、株主総会の承認を経ずに、取締役会の決議のみで合併(short form merger)を実行できるということを定めているからである。公開買付けを規制するウィリアムズ法は、公開買付け期間を最低20営業日と定めているため、公開買付け期間を短期に設定できるケースであれば、早ければ1カ月程度で手続きを完了でき、また、株主総会の準備・開催コストを大幅に節約できるというメリットがある。

しかしながら、公開買付けの結果、株式の90%以上の取得ができない場合は、原則として株主総会の開催の必要が生じるため、大幅な手続遅延と追加コストをもたらす結果となっていた。これを回避するための方策として、合併契約において買収会社に不足分(公開買付けの結果80%しか株式を取得できなかった場合、不足分は10%となる)を追加取得させる権利を付与するトップ・アップ・オプションという手法(top-up option)<sup>(7)</sup>や、二段階合併と一段階合併を実施するために必要な開示書類を同時並行で準備するという手法(dual-track structure)が利用されていた。

### 第3 DGCL § 251(h)

上記のような二段階合併のデメリットを解消すべく、DGCL § 251(h)が新設され、2013年8月1日に施行された。このDGCL § 251(h)によって、公開買付の結果、株主総会で合併が承認されるために必要な株式を取得すること等、一定の要件を満たした場合、二段階目の合併についての株主総会決議を省略できることとなった。これにより、二段階合併において株式の90%を取得できずに株主総会の開催を余儀なくされるリスクがなくなり、トップ・アップ・オプション等による手当はもはや不要となった。実際、米国において、DGCL § 251(h)の施行後、現金対価の二段階合併のほとんどのケースで利用されているとのことである。

DGCL § 251(h)に定める以下のすべての要件を充足する場合、公開買付け後に実施される合併について、対象会社の株主総会の承認が不要となる。なお、DGCL § 251(h)を利用する場合であっても、合併に反対する株主による株式買取請求権の行使は認められるため、一段階合併との違いはない。

- ①対象会社の株式が、米国の証券取引所に上場しているか、または、合併契約の締結直前時において2,000人以上の登録された株主に保有されていること。
- ②合併契約において、当該合併にDGCL § 251(h)が適用されることが容認され、または適用を義務付ける旨が明示的に規定され、かつ、公開買付けの実行後、可及的速やかに合併の効力が発生する旨が規定されていること。
- ③買取者が、対象会社の合併契約の承認又は拒絶について議決権を有する株式のすべてを対象として公開買付けを実行すること。ただし、公開買付けの開始時に、(a)対象会社、(b)公開買付者、(c)公開買付者の発行済株式のすべてを直接または間接的に保有していた者、または(d)これらの100%子会社が保有していた株式は対象外とする。
- ④公開買付けの完了後、買取者が、対象会社の各種種類の株式について、DGCL 及び対象会社の定款上、DGCL § 251(h)の適用がない場合に合併を承認するために必要

となる割合の株式を保有していること。

- ⑤買取者(公開買付けを行った会社)が、合併契約に基づき対象会社と合併すること。
- ⑥二段階目の合併によって、公開買付けに応じなかった株式につき、公開買付けにおける対価と同種同量の権利に変更されること。

### 第4 最後に

上記のとおり、DGCL § 251(h)の新設により、二段階合併が利用し易くなり、実際に米国のデラウェア法準拠会社の現金対価の買取案件において広く利用されている。今後、日本企業が米国上場企業を買取する際にも本条を利用する二段階合併が検討対象になると思われるため本稿にて紹介させていただいた。以上

- (1)2014年7月15日、解釈上の疑義を解決するためいくつかの点につき改正がなされた。
- (2)買取対価として、自社株式等の現金以外に対価とするケースもあるが、日本企業が買取会社となる場合、自社株式に対価とすることは現実的でないため、買取対価は現金となること一般的である。
- (3)買取会社がSPCを設立して、当該SPCと対象会社と併せさせる手法は「三角合併」(Triangular Merger)と呼ばれ、米国において一般的に利用されている。三角合併には、通常の三角合併(Forward triangular merger)と逆三角合併(Reverse Triangular Merger)がある。前者は、合併の結果、SPCが存続会社となるものであり、後者は、対象会社が存続会社となるものである。対象会社と取引先との契約において、契約上の地位の移転を禁止する条項がある場合、後者であれば当該条項違反のリスクが低くなる。また、後者は、対象会社がすでに取得していた許認可等をそのまま利用できるというメリットがある。
- (4)1934年証券取引法(Securities Exchange Act of 1934)§14(a)
- (5)DGCL §251(c)
- (6)デラウェア州会社法上、合併の承認には、議決権のある発行済株式総数の過半数が必要であるが(DGCL §251(c))、基本定款(Article of Incorporation)または付属定款(Bylaws)により引き上げられている例もある。
- (7)トップ・アップ・オプションについては、対象会社の授權株式数が、トップ・アップ・オプションの実行に必要な数に満たない場合には利用することはできないため、完全な解決策ではなかった。
- (8)DGCL §262

弁護士  
**高野大滋郎**  
(1980年生)

Daijiro Takano  
直通 / 03-6438-5730  
MAIL / dtakano@tmi.gr.jp



#### 【主な取扱分野】

一般企業法務 / M&A / コーポレート・ファイナンス / 民事再生・会社更生 / 破産・特別清算 / 私的整理・事業再生ADR / DES・DDS / DIPファイナンス / 商事関連訴訟

#### 【登録、所属】

第一東京弁護士会(2005)  
ニューヨーク州(2015)

## クロスボーダー契約における準拠法と紛争解決条項の選択

— 弁護士 森山義子

外国企業との間で締結するいわゆるクロスボーダー契約における準拠法と紛争解決条項を選択する際にはどのような要因を検討すべきであろうか。日本国内の取引で使う契約書テンプレートをそのまま英訳して、日本法、東京地方裁判所のまま締結している例やクロスボーダー案件はすべて一律に国際商工会議所(ICC)仲裁とする例も散見されるが、問題はないのか。本稿では、3回にわたり、準拠法と紛争解決条項

の選択基準について解説する。

### 第1 紛争解決条項の選択の指針

当事者が異なる国に所在する国際紛争の解決手段としては、一般的に、各国の裁判所による裁判と、当事者の合意に基づく仲裁(arbitration)、調停(mediation, conciliation)等が考えられ、紛争解決地としては、当事者の所在国、係争物や財産の所在国、第三国が考えられる。仲裁とは、当事者間の仲裁合意に基づいて、第三者である仲裁人が下す仲裁判断により紛争解決を行う手続をいい、各国の仲裁法や国家間の条約により強制力が与えられる。仲裁には、国際商工会議

所 (ICC) や日本商事仲裁協会 (JCAA)<sup>(2)</sup> といった仲裁機関による機関仲裁と、このような仲裁機関によらずに当事者間の個別の合意に基づいて行われるアドホック仲裁とがある。一方、調停は、第三者である調停人の手助けにより、紛争の友好的解決を図る手段をいい、当事者間の合意により紛争を解決するものであり、強制力を伴わないのが通常である。

紛争解決条項の選択にあたっては、当該取引においてはどのような紛争が考えられ、どちらの当事者がどのような救済手段や執行を求めることが想定されるのかをまず検討する必要がある。

例えば、秘密保持契約の締結において問題となる紛争や必要な救済手段としては、相手方による侵害の停止・予防 (営業秘密の開示行為の差止等)、侵害行為により生じた物の廃棄 (自社の営業秘密を侵害して製造した商品や関連資料の廃棄等)、侵害行為に供した設備の除却 (自社の営業秘密を侵害して設計された製造装置の除去等) などの差止請求をするとともに、発生した損害について損害賠償請求をすることが考えられる。また、緊急に差止請求をするための保全処分や、損害賠償債権の保全のための仮差押え等の民事保全処分手続を利用する必要性も検討すべきである。

すなわち、①侵害行為地における終局的な差止請求、②損害賠償請求、③相手方の財産所在地における強制執行、④侵害行為地や相手方の財産所在地における保全処分など、当該取引から想定される紛争の種類と救済手段、保全や執行の要否等を検討したうえで、それに都合のよい紛争解決条項及び準拠法を選択することが必要となる。また、状況によっては、文書開示命令その他の証拠開示手続や、証拠保全手続の容易性も考慮に入れる必要性も考えられる。

## 第2 紛争解決条項の選択: 裁判か仲裁か

一般的に、当事者が異なる国に所在する国際紛争の解決手段としては、上記の通り、裁判、仲裁、調停等が考えられるが、調停には強制力がないのが一般的であるため、紛争解決条項にはあまり登場しない。しかしながら、例えば、裁判に時間がかかることで悪評が高いインドにおいては、調停において成立した和解に仲裁判断と同様の効力が与えられるため、調停も積極的に利用されている。また、インド以外でも、相手方が自主的に判断に従うことが期待できる場合など強制執行の必要がない場合には調停を選択することも考えられ、裁判や仲裁を開始する前に調停を試みるべき旨を契約書に規定する場合もある。

次に、上記の①差止請求、②損害賠償、③保全処分等の救済手段を確実に取得するためには、裁判と仲裁のいずれがよいのかという点について検討する。裁判か仲裁かを選択するにあたって考慮すべき要素には、①執行の容易性、②保全処分・差止命令の必要性・取得の可否、③秘密保持の容易性、④裁判官や仲裁人の質・選択の可否、⑤手続の信頼性、手続にかかる時間・費用・負担等がある。

### (a) 執行の容易性: 外国判決の承認・執行について

せっかく判決や仲裁判断を取得しても相手方に対して執行できなければ、相手方が自主的に判決に従ってくれるのを待つしかなくなってしまう。

この点、裁判所の判決の執行も国家主権の行使なので、外国の裁判所で取得された判決 (以下「外国判決」という。) の効力は他国には及ばないのが原則であるが、その国の法律や条約により一定の要件のもとで外国判決を国内で承認し、執行することを認めているのが一般的である。逆に言えば、外国判決は執行を求める国において承認されない限り、執行されない。

日本においては、民事訴訟法 118 条、民事執行法 24 条により、①外国裁判所の確定判決であること、②当該外国裁判所が法令又は条約により当該事案についての国際裁判管轄を有すること、③敗訴の被告が訴訟の開始に必要な呼出し若しくは命令の送達 (公示送達その他これに類する送達を除く。) を受けたこと又はこれを受けなかったが応訴したこと、④判決の内容及び訴訟手続が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと、⑤当該判決を下した外国裁判所のある国において、日本の裁判所の同種の判決が同様の条件で効力を有すること (相互の保証があること)、の要件を満たす場合には、外国判決も効力を有するものとされている。

一方、外国において日本その他の国の外国判決が執行力を有するかは、その国の法律や条約の締結状況による。例えば、アジアの主要国においては、中国、韓国、台湾、インド、シンガポール、ベトナムにおいては一般的に外国判決を執行する法制度を取っているが、タイ、インドネシア、ミャンマーにおいては外国判決はそもそも執行されない。もっとも、インドにおいては日本の裁判所の判決は執行の対象とされておらず、中国においても実務上執行されないと解されている。また、ベトナムについても日本の裁判所の判決が執行されるとは限らないと言われている。一方、現在は日本の裁判所の判決を執行している国でも、日本の裁判所が当該国の判決を執行しない場合には、相互主義により同国において日本の判決の執行を否定される可能性がある<sup>(4)</sup>。他方、米国においては基本的に外国判決は執行されるが、州によっては相互保証の有無の検討が必要となる。

一般的に、日本のような相互の保証を要求する国 (A 国) では、相手国 (B 国) が A 国で下された判決を執行しない場合には B 国で下された判決の執行を認めないため、外国判決の執行が認められないことも多々ある。また、一般論としては外国判決の執行を認める国でも、自国の公序良俗に反する判決や敗訴当事者の手続保護が不十分な判決は執行しないのが一般的であり、そのような事情がない場合であっても、外国判決の承認・執行という手続を経る必要があることから費用と時間がかかるのが一般的である。

### (b) 執行の容易性: 外国仲裁判断の承認・執行について

外国判決の場合と異なり、外国で取得された仲裁判断であっても、台湾や北朝鮮などごく一部の例外を除いて主要な国々が加盟する「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約（ニューヨーク条約）」の加盟国において下された仲裁判断については、原則として、その加盟国において執行することができる。

但し、上記のアジア諸国のうち、ミャンマーについては、2013年にニューヨーク条約に加入したものの、まだ国内法の整備ができていないため、仲裁法が改正され次第執行可能になる予定とのことである。また、中国については仲裁合意の不存在や仲裁手続違反を理由に執行が拒絶される例も多々見受けられる。加えて、中国国内企業間の涉外要素のない契約や財産的利益に関する紛争は外国仲裁機関により仲裁できないと解されているので、当事者が中国現地法人の場合には注意が必要だ。また、ベトナムにおける外国判決・仲裁判断の承認は、「ベトナム法の基本原則」に反しない限り認められるが、その解釈は裁判所に委ねられており、ベトナムの裁判所の決定により国内・外国仲裁判断の執行が許可されない事例もある。インドネシアについては、執行段階において債務者より別訴が提起される事例が多く、裁判所も別訴が係属していることを理由に執行の停止を認めてしまうことがよくあるとのことである。

#### (c) 執行の容易性：まとめ

このように、外国判決であれ、外国仲裁判断であれ、いずれにしても執行が必要な国において承認・執行の手続を踏まない限り執行されないため、強制執行する国で判決を取得する場合に比較して、外国判決・仲裁判断の執行には費用と時間がかかることは否定できない。特に外国仲裁判断については、仲裁合意の瑕疵や仲裁手続の

瑕疵を理由に執行が否定される場合も多く見受けられる。

以上から、執行の容易性のみを考えるのであれば、執行が必要となる国の裁判所で判決を取得することも考えられる。一方で、世界各国の工場や研究所等で営業秘密が不正に使用又は開示される可能性があったり、相手方の財産が複数の国に所在する場合など、執行すべき国が複数にわたることが予想されるのであれば、執行の容易性から、裁判管轄の合意を非専属的合意として、他の裁判所において訴え提起する余地を残すか、仲裁を選択することも考えられる。

次回以降、(d) 保全処分・差止め命令の必要性、(e) 秘密保持の容易性、(f) 裁判官／仲裁人の質・選択、(g) 時間・費用・手続負担について検討する。

以上

- (1) International Chamber of Commerce (<http://www.iccwbo.org/>)
- (2) 一般社団法人日本商事仲裁協会 (<http://www.jcaa.or.jp/index.html>)
- (3) 増田晋編著「環太平洋諸国(日・韓・中・米・豪)における外国判決の承認・執行の現状」(別冊NBLNo.145、2013/12)62頁
- (4) 詳細については、TMI総合法律事務所「特集—債権回収に関するアジア各国の法制度」(金融法務事情No.1987、2014年2月10日号)、栗田哲郎「アジアにおける外国仲裁判断の承認・執行に関する調査研究」(法務省・法務総合研究所国際協力部、<http://www.moj.go.jp/content/000098011.pdf>)参照。なお、本稿の執筆に当たっては、前者の記事の執筆を担当し、又は執筆にご協力いただいた所内外の弁護士にご助力をいただいた。ここに感謝の意を表したい。

弁護士  
**森山 義子**  
(1964年生)

Yoshiko Moriyama  
直通 / 03-6438-5697  
MAIL / ymoriyama@tmi.gr.jp



#### 【主な取扱分野】

一般企業法務 / アライアンス / 消費者関連法 / 著作権 / 商標 / 意匠 / メディア / エンタテインメント / スポーツ / 商事関連訴訟 / 知財訴訟・審判 / 国際訴訟・仲裁・調停・ADR / 消費者対応 / 下請法 / 景品表示法 / アジア / その他国際法務 / ブランド / 医療 / ヘルスケア / バイオ / IT・通信 / 知財トラザクション(技術移転・特許売買・ライセンス) / フランチャイズ

#### 【登録・所属】

第二東京弁護士会(1998)  
ニューヨーク州(2004)

## 米国におけるソフトウェア関連発明の特許性について

### ～Alice連邦最高裁判決とその影響～

—— 弁理士 伊藤健太郎

#### 第1 はじめに

昨年6月、Alice v. CLS Bank 事件において、米国連邦最高裁判所により、ソフトウェア関連発明の特許性について注目すべき判決がなされました。本稿では、このAlice判決の要旨とその影響等について、簡単に説明したいと思います。

#### 第2 米国における特許適格性の基礎知識

Alice判決では、ソフトウェア関連発明の特許適格性(patent

eligibility: 特許法による保護対象になるか否かに関する要件)が争点となりました。そこで、Alice判決を理解するための前提として、まず、米国特許法における特許適格性の原則を説明します。

米国特許法の101条に、特許適格性の要件として、法定の特許主題(特許適格性を有する対象)が4つ列挙されています。101条によると、クレームされた発明が、①方法(process)、②機械(machine)、③生産品(manufacture)、④組成物(composition of matter)、のいずれかに該当するものであれば、特許適格性を有すると規定されています。

他方、特許適格性を有しないものが、判例でいくつか示されています。すなわち、クレームされた発明が、①自然法則(laws of nature)、②自然現象(natural phenomena)、③抽象的アイデア(abstract idea)のいずれかに該当する場合、特許適格性を有しないということが、1980年ごろまでに判例上確立しています。

そうすると、抽象的アイデアに基づいた方法（又はシステム）に関する発明は、果たして特許適格性を有するか否かが問題となります。

ソフトウェア関連発明は多くの場合、数学的アルゴリズムや人為的に取り決めたステップをコンピュータに実行させるものであるため、抽象的アイデア（数学的アルゴリズムや人為的な取り決め）に属するものであり特許の保護対象にならないのか、それとも、方法（コンピュータに実行させる方法）等に属するものであり特許の保護対象になるのかが問題となります。Alice 事件では、まさにこの点が争点となりました。

### 第3 Alice判決以前の状況

ソフトウェア関連発明の特許適格性については、以前から、多くの事件で争われていました。そこで、Alice 判決に到るまでの状況を、簡単に押さえておきます。

1998年のState Street Bank 事件において、米国巡回控訴裁判所（CAFC）は、クレームされた発明が「有用、具体的、かつ有形の結果」を得られるものであれば特許適格性を有すると判示しました。ビジネス方法を含むおよそ全てのソフトウェア関連発明は、大抵「有用、具体的、かつ有形の結果」を得られますので、この判決以降、ソフトウェア関連発明は何でも特許適格性を有するという運用が長らく定着していました。

しかし、2008年のBilski 事件 CAFC 判決により、State Street Bank 判決が修正され、クレームされた方法が特定の機械または装置と結び付けられている場合には特許適格性を有するという Machine-or-Transformation テスト（MoT テスト）という基準が示されました。これにより、ソフトウェア関連発明が何でも特許の保護対象になる状況からは一歩後退しましたが、それでもまだ、クレームされた発明が「特定の機械または装置」であるコンピュータによって実施されることを規定していれば、依然として特許適格性を有すると考えられていました。

ところが、2010年にその上告審であるBilski 連邦最高裁判決で、MoT テストは特許性に関する唯一の基準ではないと判示されました。つまり、クレームされた発明が特定の機械または装置と結び付けられているからといって特許適格性を有していることにはならず、個別具体的な案件ごとに、特許適格性を考える必要があると判示されました。

その結果、2010年以降、ソフトウェア関連発明については、何が特許の保護対象になるのか、また、どのようにクレームを記載すれば特許適格性を有することになるのか、はっきりとした基準がなく、審査官や裁判官ごとに基準が異なるように見える混沌とした状況になってしまいました。米国特許の実務家らは、Alice 判決によって、新たな基準が示されることを期待し、そのため、判決の内容が大変注目されたのです。

### 第4 Alice判決の要旨

Alice 事件では、仲介者を介する決済における仲介リスクを軽減するための方法に関する発明に対し、汎用のコンピュータにより抽象的アイデアを実行したものが特許適格性を有するかという争点につき、まず、抽象的アイデアは特許適格性を有しないことを確認した上で、本件クレームは、抽象的アイデアを、特許適格性を有する応用に変換するために必要な発明的概念（Inventive concept）がないため、特許適格性を有しないと判示されました。

Alice 判決では、抽象的アイデアを単に汎用のコンピュータで実装したという程度のクレームでは、特許適格性を有するには足りないことが明確にされたものの、どのような要素がクレームに含まれていれば発明的概念を備えると言えるのかについての基準は示されませんでした。そのため、依然として、ソフトウェア関連発明が特許適格性を有するためには具体的にどうすればよいのか、明らかでない状況が続いています。

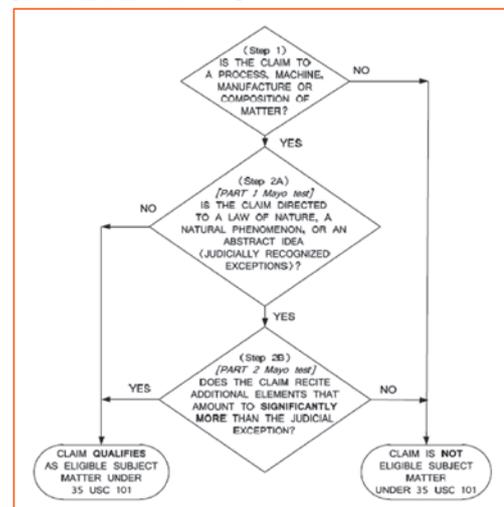
### 第5 Alice判決後の状況

#### 1 USPTOの運用指針と事例集の公表

Alice 判決を受けて、米国特許商標庁（USPTO）は、昨年12月に抽象的アイデアの特許適格性に関する運用基準を公表、即日運用開始し、続けて今年の1月に抽象的アイデアの特許適格性に関する事例集を公表しました。すなわち、USPTOにおける審査段階で、ソフトウェア関連発明の特許適格性をどのように判断するかについて、一応の基準が示されたこととなります。

運用指針によれば、審査段階では、図示の判断フローで特許適格性を判断するとされています（詳細は割愛します。）。運用指針や事例集の内容には、不明確な部分もありますが、少なくとも特許適格性を判断するためのフレームワークが示されたことにより、今後、ソフトウェア関連発明の特許適格性の議論が整理されていくことが期待されます。

【図:特許適格性の判断フロー】



## ② パテントトロールの動向に与える影響

従前の State Street Bank や Bilski の基準で登録された特許の中には、抽象的アイデアを単に汎用のコンピュータで実装しただけのものや、コンピュータで実装すらしていないものも多く含まれています。このような特許は、Alice 判決で示された基準で考えれば、潜在的に無効理由を有しているのではないかと指摘されています。

パテントトロールは、このようなコンピュータ関連発明の特許を数多く保有していると言われていたため、Alice 判決により特許が無効とされるリスクが高まった結果、パテントトロールによる特許訴訟活動が抑えられるのではないかと指摘が見られます。

パテントトロールの活動がどのような方向に向かうのか、また、米国において、どのようなソフトウェア関連発明が特許になり得るのか、今後も引き続き状況を注視して、最新の基準・運用に基づいた適切な対応を取ることが肝要です。

以上

弁理士  
**伊藤 健太郎**  
(1972年生)

Kentaro Ito  
直通 / 03-6438-5620  
MAIL / kito@tmi.gr.jp



【主な取扱分野】  
特許 / 出願権利化 / 知財訴訟・審判 / 知財戦略支援 / 知財トランザクション

【登録、所属】  
日本弁理士会(2005)

## TMI月例セミナー 最近の実績

TMIでは、皆様への情報提供の場として、毎月無料にてセミナーを開催しております。2015年2月から2015年4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か月前を目処に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、下記までお問い合わせ下さい。

**[email]monthlyseminar@tmi.gr.jp**

### ① 第79回セミナー(2015年2月26日、27日開催)

テーマ: 「新たなヘルスケア・ビジネスと薬事・医事法規制」

講師: 弁護士 **上崎貴史**  
同 **中野亮介**

### ② 第80回セミナー(2015年3月10日、17日、18日、20日、27日開催)

テーマ: 「改正会社法及び会社法施行規則への実務対応～コーポレートガバナンスコードにも触れつつ」

講師: 弁護士 **葉玉匡美**

### ③ 第81回セミナー(2015年4月9日、21日、23日開催)

テーマ: 「マイナンバー制度と改正個人情報保護法の実務対応」

講師: 弁護士 **岩品信明**  
同 **大井哲也**  
同 **近藤圭介**  
同 **山郷琢也**

## 書籍紹介



### 『労使双方の視点で考える 27のケースから学ぶ労働事件解決の実務』

【著者】 近藤圭介(共著)  
【発行日】 2015年4月  
【出版社】 日本法令  
【価格】 3,024円(税込)  
【判/頁】 A5/420頁

頻繁に直面する労働事件の類型を27のケースにして、労働者側を専門とする弁護士と使用者側を専門とする弁護士に分かれて、それぞれの立場から、解決の糸口を探していく内容となっております。本書は、東京弁護士会労働法制特別委員会に所属するメンバーによって執筆され、弊所からは近藤圭介弁護士が執筆に携わっております。

本ニューズレターで採り上げてほしいテーマなど、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: tshibano@tmi.gr.jp 03-6438-5562(直通) / TMIニューズレター編集部 編集長 弁護士 柴野相雄