

特集：イスラームと体制転換

イスラーム法における債権譲渡をめぐる諸問題とイスラーム債券（スクーク）
—マレーシアを事例として—¹

桑原 尚子

はじめに

マレーシアにおけるイスラーム金融制度は、イスラーム銀行業、イスラーム保険業（takaful）及びイスラーム資本市場（ICM：Islamic Capital Market）の三つの形態からなっており、企業が資金調達をするイスラーム資本市場には、イスラーム証券市場及びイスラーム債券（スクーク：sukūk）市場がある。マレーシア政府は、1980年代になってイスラーム金融制度構築へ本格的に着手し、まず、1983年にイスラーム銀行業を営むバンク・イスラーム・マレーシア（Bank Islam Malaysia Berhad：BIMB）を設立した。1990年代には、コンベンショナル・バンクも、イスラーム銀行業へ参入するようになると同時に、イスラーム資本市場の整備が開始されてイスラーム債券（スクーク）などの金融商品が開発されるようになった。2000年代に入ると、金融商品の多様化が進むと同時に、先物取引のようなイスラーム法学者の見解が鋭く対立する取引も行われるようになってきた。他方で、やや内向きな様相を呈していたマレーシアのイスラーム金融制度へもグローバル化の影響がみられるようになり、自国のイスラーム金融制度が客観的に認識されるようになったと言えよう。マレーシア以外の国へ目を転じてみると、イスラーム金融市場の中心はマレーシアと湾岸諸国（とくに、バハーレーン）であるが、香港上海銀行、シティ・グループ、スタンダード・チャータード銀行など欧米の大手金融機関もイスラーム金融へ参入している。

本稿は、イスラーム債券（スクーク）に焦点をあて、イスラーム法における債権譲渡（バイウ・ダイン：bay' dayn）をめぐる諸論点を整理した上で、イスラーム債券を正当化するイスラーム法学者の論理を明らかにし、金融取引に係るイスラーム法の現代化の一側面を提示することを試みるものである。

本稿においてイスラーム債券（スクーク）を取り上げる理由は、次の二つである。一つ目の理由として、イスラーム金融取引において重要なイスラーム法上の準則たるリバー（ribā）の禁止、射倖性（gharar）の排除及び投機性（maysir）の排除が、イスラーム債券（スクーク）をめぐる諸論点にその具体的適用として顕れていると思われるところ、イスラーム債券（スクーク）は金融取引に係るイスラーム法を理解するうえで格好の題材といえることが挙げられる。二つ目に、イスラーム法の観点からイスラーム債券（スクーク）を正当化するに際してマレーシアは他のイ

スラーム諸国と異なった論理展開をしてきたところ、イスラーム債券（スクーク）をめぐる諸問題を分析することでマレーシアの特色が浮かび上がると思われることが挙げられる。さらに、日本の状況に引き付けてみると、2011年に資金流動化法が改正され、社債的受益権という信託の仕組みを使ったイスラーム債券（スクーク）の発行ができるようになったことから、今後日本においてもイスラーム債券（スクーク）発行・流通が予測されよう。

本稿では、マレーシアにおけるイスラーム金融法制を俯瞰した上で（「1. マレーシアにおけるイスラーム金融法制概観」）、イスラーム債券（スクーク）に係る論点を提示して（「2. イスラーム債券（スクーク）の発行」）、債権譲渡に関するイスラーム法の学説を整理し（「3. イスラーム法における債権譲渡」、「4. 第三者における債権譲渡の論点」²⁾）、その後、マレーシア証券委員会のシャリーア諮問協議会（Shariah Advisory Council : Majlis Penasihat Syariah）の決議を所収した『証券委員会シャリーア諮問協議会決議（第2版）』を手掛かりとしてマレーシアにおけるイスラーム債券（スクーク）及びその第三者への譲渡を正当化する論理を明らかとする（「5. 債権譲渡：マレーシア証券委員会・シャリーア諮問協議会の見解」）。

1. マレーシアにおけるイスラーム金融法制概観

マレーシア連邦憲法第3条第1項は、「イスラームは連邦の宗教である。但し、その他宗教は連邦において平和と調和のうちに実践されうる。」と定めているが、本条における「イスラーム」は、「人間行為の全てを網羅する生活の指針」ではなく、イスラームの「儀式に関する行為」の意義に解釈されている³⁾。イスラームが国教であることの意義は、国家儀式をイスラームに則って執り行う義務を課しうることにあり、とされている⁴⁾。

マレーシアの法制はイギリス法を継受しており、イスラーム法は、イギリス植民地時代より、「特定の人種若しくは宗教又は特定の人種及び特定の宗教の両方に所属する集団」⁵⁾へ適用されるパーソナルロー（personal law）の地位にとどまる。「イスラーム法並びにイスラームの宗教を信仰する者のパーソナルロー及び家族法」については、州（連邦直轄領においては連邦）が立法専権を有する。その具体的事項には、親族、相続、信託（ワクフ）、宗教税（ザカート、フィトラ、バイトゥルマル等）、マレー人の慣習、宗教上の犯罪、シャリーア裁判所（イスラーム法裁判所）、ムスリムへの布教に対する制限などが含まれている（連邦憲法第9附則第2表）。このようにイスラーム法の適用領域は主として家族法に限定されており、これら事項については通常裁判所とは別系統の各州（連邦直轄領の場合は連邦）が設置するシャリーア裁判所（イスラーム法裁判所）において裁判が行われる。

国内外におけるイスラーム復興運動の高まりを背景として、1980年代始めから、裁判所をはじめとする司法機関の改編、立法を通じた法曹資格の制度化、イスラーム法のさらなる成文化等イスラーム法に関する司法制度及び立法の整備が進められてきた。司法の独立という観点からして重要な司法機関改編は、行政機関たるイスラーム宗教局の一部局にすぎなかったシャリーア裁判所を司法機関として独立させたことである。立法については、各州（連邦直轄領は連邦）において、イスラーム法のさらなる成文化が進められ、イスラーム家族法、イスラーム民事訴訟法、イスラーム刑法、イスラーム刑事訴訟法などが制定された。政府のイスラーム政策は、法・司法だ

けでなく金融へも及び、1983年にはイスラーム法に従って無利息銀行業を営むイスラーム銀行としてバンク・イスラーム・マレーシアが設立されるに至った⁶。

イスラーム金融に関する法律として、イスラーム金融業の免許、組織、監督などについて網羅的に規律するイスラーム金融業法（Islamic Financial Service Act 2013）が2013年に制定され、それまでイスラーム金融を部分的に規律していたイスラーム銀行業法（Islamic Banking Act 1983）及びイスラーム保険法（Takaful Act 1984）は廃止されることとなった。もともと、イスラーム金融業法は、イスラーム銀業法やイスラーム保険法と同じく、イスラーム金融に関する契約などの実体法を成文化したのではなく、イスラーム金融に関するイスラーム法の解釈は依然として、中央銀行シャリーア諮問協議会（Shariah Advisory Council of Bank Negara Malaysia）、証券委員会や各銀行に設置されているシャリーア諮問協議会の判断に委ねられている。

イスラーム金融に関する紛争は通常裁判所で処理される。判例集掲載の判例の多くは、バイウ・ビサマン・アージル（BBA:割賦払売買）、イジャーラ（賃貸借）及びバイウ・イステイスナウ（製造物供給契約）における顧客の債務不履行に関するものであり、債権回収を図る銀行に対して、債務不履行に陥った顧客は締結した契約がイスラーム法ではなく通常の（世俗法の）契約であると主張するケースが多いようである。通常裁判所は、イスラーム法に基づく契約を勘案せずに世俗法を適用するというものから、イスラーム法に基づく契約の性質を説明するようになり始めたが、依然として、いかなる法原則を適用するのか判然としない、と評されている。もともと、これまでの判例を批判的に捉える論者からは、Affin Bank Berhad v Zulkifli Abdullah⁷において、裁判所がイスラーム銀行の実務を批判しつつ、バイウ・ビサマン・アージルの意義を検討したことは留意すべき、と指摘されている⁸。

ここで、通常裁判所が世俗法たるコモンローを適用した典型例としてTahan Steel Corp Sdn Bhd v Bank Islam Malaysia Berhad⁹を取り上げ、イスラーム金融に関する紛争処理の実状をみてみたい。

【事件の概要】

原告（特別目的事業体：SPV: single purpose vehicle）は、被告たるバンク・イスラーム・マレーシアからイステイスナウの原則に基づいた融資を得て、開発プロジェクト用に甲土地賃借権を訴外A（Selangor Development Council）から1億2,800万リングで取得した。被告は原告から当該開発プロジェクトを9,700万リングで購入し、購入代金はイステイスナウ契約（製造物供給契約）¹⁰（以下「第1のイステイスナウ契約」と称す）が定めるすべての条件に従うと利用可能となっていた。また、第1のイステイスナウ契約の履行と共に、原告が被告から当該開発プロジェクトをその購入価格に利益を加えた価格で買戻すイステイスナウ契約（「第2のイステイスナウ契約」と称す）も履行されることとなっていた。被告は58,215,984.84リングを原告へ供したものの、残額38,784,015.16の提供についてはこれを拒んだ。

原告は、①被告は一方的に当事者が意図しない新たな条件を課し、利用可能なローンを停止して両イステイスナウ契約に違反した、②原告はかかる契約違反が両イステイスナウ契約の解除にあたるものとしてこれを受け入れた、③かかる被告の契約違反によって両イステイスナウ契約は終了し、被告は原告に対して担保に関する文書（甲土地譲渡証書、債務証書、会社の保証、代表者の保証、被告が100万リング以上執行できる投資勘定預金証書のメモランダム、開発プロジェクトに関する保険の譲渡

証書、開発プロジェクトに関する契約履行保証の譲渡証書、特別目的事業体に関する合意の受益者、受益者の協定)を執行することはできない、などを理由として、被告による原告に対する担保に関する文書の執行仮差止めを求めた。

他方、被告は、第1のイスティスナウ契約が定めた総額約8,000万米ドル又は被告が合理的に定める額について、開発プロジェクトの一部に充てることを目的として外国の輸出入銀行から融資を得るという条件に原告が違反した、と主張した。また、被告は、原告が債券発行を条件とした融資を輸出入銀行から得る決定を一方的に行った、とも主張した。被告は条件付きでかかる債券発行に合意したが、原告はこれにも違反した、と主張した。

【判 旨】 請求棄却。

(1) 輸出入銀行融資取得という原告に課せられた停止条件は、気まぐれでも敵意のこもったものでもなく、商業的なものである。原告は示された文言及び本質的なcondition、すなわち輸出入銀行融資を得ることについて、いくぶん気乗りしない態度をとっていた。原告は、被告の署名入り書面による合意なく輸出入銀行融資に関するconditionの適用を免れることはできない。原告が輸出入銀行融資を得ることができなかったことから、被告は支払いを拒むことができる。

(2) 当事者は一方的に契約内容を変更できず、一方的な契約内容変更は契約違反の原因となる。一方的な契約内容の変更は、わが国の法に反する。停止条件の変更を望んだのは原告であり、被告はこれを受け入れる、拒否する、あるいは条件付きでこれを受け入れることもできる。被告は、当然のことながら、両イスティスナウ契約遵守を主張することもできる。

(3) 被告の融資は、開発プロジェクトを完成させるために必要な融資のほんの一部でしかない。原告が被告の融資を得ることができなかつたら、開発プロジェクトを完成させるために必要な融資を輸出入銀行からどのようにして得るのか。

(4) 被告は1983年イスラーム銀行業法の下で免許を得た銀行である。被告はシャリーアに反する事業を営むことはできない。被告は遅延利息に相当するものを徴収できない。たった1回の分割払いの遅れも被告にとっては損失となる。このことに鑑みると、差止命令を原告に認めることは被告へ回復不能な損害をもたらすこととなろう。

(5) イスラーム銀行業の諸原則の下で事業を営む貸主としての被告は、高等法院が差止命令を認めないとしても、金銭回収の遅れによって損失を被らう。被告は、イスラーム銀行業の諸原則にしたがって、高利の性質を持つ遅延利息の徴収を禁じられているため、裁判所はかかる損失を補償できない。

裁判所は、仮差止命令の判断基準として、イングランド及びマレーシアの先例にしたがって、(1)「深刻な問題の審理」テスト、(2)「balance of convenience」テスト及び(3)「裁量」テストを採用している。

「深刻な問題の審理」テストにおいては、①原告への金銭提供に関する被告の義務は何か、②輸出入銀行融資に関する原告の矛盾した立場、③原告が輸出入銀行融資を得ることができなかったこと、④輸出入銀行融資について原告がこれを認めても拒否してもいないようであること、⑤契約内容の変更及び⑥銀行による権利放棄(waiver)が考慮すべき事項とされた。①についての争点は、「顧客[原告]は総額約8,000万米ドル又は被告が合理的に定める額について、開発プロジェ

クトの一部に充てることを目的として外国の輸出入銀行から融資を得たことを満足させる証拠を銀行へ提出しなければならない。」という条項が、condition（契約条件条項）又はwarranty（付随的条項）¹¹のいずれに当るかであり、当該条項はcondition（契約条件条項）にあたると判断された。したがって、原告による当該契約条項違反によって被告は契約解除することができる、と裁判所は判断した。

「balance of convenience」テストについて裁判所は、イングランド控訴院のKeet Gerald Francis判決を引用して、「認定するに際して、本件についての現状を含むすべての関連事項を考慮せねばならない。差止め命令が下された場合及びそれが認められなかった場合の損害について比較衡量しなければならない。すなわち、裁判官は訴訟当事者の関連する財務状態を考慮できる。」と述べた。そこで、①被告は回復不能な損害を被ったか及び②原告に損害賠償能力がないことが検討され、仮差止め命令が被告へ回復不能な損害を与えること、そして原告に損害賠償能力がないことが認められた。

「裁量」テストについて裁判所は、イングランド控訴院のKeet Gerald Francis判決が示した「請求の遅れ又は金銭賠償のような原告のエクイティを満足させるのに妥当な別の救済といったすべての裁量事項を考慮する」というルールにしたがって、本件において考慮すべき最重要事項として、損害賠償の妥当性を検討した。裁判所は、特別事業体たる原告にとって利益が唯一の目的であるところ、原告にとって損害賠償は妥当であり、損害賠償の妥当性の他に考慮すべき事項はない、と判断したのである。

2. イスラーム債券（スクーク）の発行

（1）シャリーア諮問協議会の位置づけ

マレーシアのイスラーム資本市場は、同国の資本市場全体を監督する証券委員会（財務大臣管轄）によって監督されている。証券委員会内に設置されているシャリーア諮問協議会が、イスラーム資本市場のシャリーア遵守性を担保する機能を担っている。すなわち、シャリーア諮問協議会は、同国のイスラーム資本市場における金融商品がシャリーアの諸原則に反しないかを検討するとともに、シャリーアの諸原則を遵守した新たな金融商品の開発を行っている。さらに、シャリーア諮問協議会は、証券のシャリーア適格性を判断する権限も有している。シャリーア諮問協議会はイスラーム法及び金融の専門家から構成され、同協議会の委員は証券委員会によって任命され、その任期は2年である（再任可）¹²。

イスラーム金融において、とりわけ重要なイスラーム法上の準則は、リバーの禁止、射倖性の排除及び投機性の排除である。イスラーム証券委員会が述べているように、イスラーム法にしたがうイスラーム資本市場は、イスラーム法が禁止するリバー、射倖性及び投機性を含まないものとされている¹³。

（2）イスラーム債券（スクーク）

債券とは、消費貸借上の金銭債権を表象する証券である。リバー禁止準則の下、イスラーム法では有償の消費貸借は認められないため、利息に相当するクーポンが発生する債券を発行するこ

とはできない。そこでマレーシアのイスラーム金融では、コンベンショナル金融の債券に代替するようなイスラーム債券（スクーク）を発行している。マレーシア証券委員会によれば、イスラーム債券（スクーク）とは、「シャリーア諮問協議会が承認したシャリーアの諸原則及び概念を用いた資産への持分又は投資を表象する証書」と定義されている¹⁴。

各種イスラーム債券（スクーク）は、その裏づけとなる資産の形態に基づいて区別されている。マレーシア証券委員会『イスラーム債券（スクーク）についてのガイドライン』¹⁵によれば、①バイウ・ビサマン・アージュル・スクーク、②ムラーバハ・スクーク、③イステイスナーウ・スクーク、④イジャラ・スクーク、⑤ムダーラバ・スクーク、⑥ムシャーラカ・スクークといった6種類のスクークがある。①から③のスクークは、「裏づけとなる交換契約から生ずる債権に対する権利を含む資産についての証書所有者の持分を表象する証書」である。④は、「リースの目的物たる資産及び／又は利益及び／又は役務並びに将来生ずるリース債権に対する権利についての証書所有者の持分を表象する証書」である。⑤は「ムダーラバ事業についての証書所有者の持分を表象する証書」、⑥は「ムシャーラカ事業についての証書所有者の持分を表象する証書」と定義されている。

イスラーム債券（スクーク）を、裏づけとなる資産又は投資／事業の持分を表象する証書として構成することで、コンベンショナル金融において債券の有する性質、すなわち消費貸借上の金銭債権という性質を払拭している。換言すると、実物資産の売買を介在させることで、リバーが発生するのを回避している。スクークは、とくに実務家から、コンベンショナル金融の資産担保証券（Asset Backed Securities：ABS）に類するものとも評価されている¹⁶。このような実物資産を重視するイスラーム金融とコンベンショナル金融との主な違いは、国際協力銀行のシャリーア・アドバイザー・グループを構成するイスラーム法学者の代理人によれば、①コンベンショナル金融において利息が支払われるのに対して、イスラーム金融では利益又は賃料が払われること、②コンベンショナル金融において取引対象が金銭や証書であるのに対して、イスラーム金融では取引対象が実物資産であること、③コンベンショナル金融において予め約定された元本と利息が支払われるのに対して、イスラーム金融では資金や実物資産から実際に発生した利益が支払われること、④コンベンショナル金融において金融機関は商取引に直接関与しないのに対して、イスラーム金融では金融機関は商取引に直接関与すること、にあるとされている¹⁷。

3. イスラーム法における債権譲渡

さて、イスラーム債券（スクーク）について、それがイスラーム法を遵守している限り、マレーシアだけでなく中東でも認められることに異論はない。争いは、イスラーム債券（スクーク）発行の裏づけ資産に対する見解の相違から生じている、すなわち、売掛債権を裏づけ資産とするイスラーム債券（スクーク）は、コンベンショナル金融における債券とその性質において変わらないのではないかと、というのが争点である。ここには、イスラーム法において第三者への債権譲渡が認められるか、そして、債権を取得した価格以外の価格で譲渡することが認められるか、という2つの争点が含まれている。

（１）債権譲渡の法的構成

イスラーム法において債権譲渡は、売買の一形態、すなわち債権の売買（bay' dayn：バイウ・ダイン）として観念されている。したがって、売買に係る諸準則が債権譲渡へ適用されることとなる。

（２）基本概念の整理

ア．売買（バイウ：bay'）

売買とは、物（māl）と物の交換を意味する。例えば、シャーフイー派の高名な法学者たるナワウィーは、売買について「所有権の移転をとまなう物の交換」と定義していることが指摘されている¹⁸。したがって、売買目的物の対価は金銭に限られず、わが国民法の「交換」も「売買」に含まれることとなる。このようにイスラーム法における「売買」は、わが国民法上の売買よりも広い取引を指している。

イ．物（マール：māl）

物（māl）について、ハナフィー派はこれを有体物に限定する一方で、シャーフイー派、ハンバル派及びマーリク派ではこれを有体物だけでなく用益や権利といった無体物も含むものとしている¹⁹。

ウ．物の分類

い．ダイン（dayn）とアイン（'ayn）

債権・債務と訳される「ダイン」は、必ずしも日本法でいうところの債権・債務と同義ではない。ズハイリーによれば、ダインとは、「債務負担能力（ズインマ：dhimma）のおかれたもので、義務（al-iltidhām）の原因を明確にし得るもの」²⁰をいい、具体的には「売買目的物（mabī'）の代価（thaman）²¹、消費貸借の返還物、婚資、使用から得る収益、損害賠償、khula離婚の補償²²、サラムの目的物（muslam fī-hi）」などがこれにあたるという²³。ズハイリーが挙げる例から明らかのように、ここでいうダインは、わが国民法に則して言うならば、債権債務関係における給付の内容を指している。もっとも、柳橋によれば、広義のダインは債権・債務の意味で用いられるという²⁴。

主としてハナフィー派の法学者カーサーニー（イスラーム暦587年／西暦1191年死去）、マルギーナーニー（イスラーム暦593年／西暦1197年死亡）、サマルカンディー（イスラーム暦539年／西暦1144年死亡）の法学書に依拠してリバー禁止準則を詳細に検討した両角は、物の分類方法としてのダイン及びアインに言及している²⁵。それによれば、ダインとは不特定物に、アインとは特定物に類似の概念であり、ダインは受領（qabd）によってアインとなるという。また、ダインは、「それ自体としてはまだ具体的な形を持たず、ある者が他者に対して引き渡すはずの物あるいはある者が他者のために実行するはずの行為を指す」と言う。さらに、両角は、ダインという言葉自体には義務・権利の要素が含まれない、と指摘している²⁶。

ii. 売買目的物と代価

ハナフィー派は、基本的には、売買目的物は指定 (ta'yin) によって特定される物であり、代価は指定によって特定されない物、と定義している²⁷。他方、シャーフイー派では、売買目的物と代価は契約締結に用いる言葉によって決まるとされている²⁸。

iii. 売買目的物と代価の組み合わせに着目した売買の分類

イスラーム法における売買は、売買目的物と代価の組み合わせに着目すると【表1】のように分類できる²⁹。

【表1】 売買目的物と代価の組み合わせに着目した売買の分類

		代価	
		ダイン	アイン
売買目的物	ダイン	ダインを代価とするダインの売買 (bay' al-dayn bi-'l-dayn) …両替 ³⁰	アインを代価とするダインの売買 (bay' 'al-ayn bi-'l-dayn) …サラム
	アイン	ダインを代価とするアインの売買 (bay' al-'ayn bi-'l-ayn) …日本法の「売買」	アインを代価とするアインの売買 (bay' al-'ayn bi-'l-dayn) …日本法の「交換」

出典：(柳橋2012：331-2) を参照して筆者作成。

(3) 債権譲渡についての学説

ここでは、ズハイリーにしたがってイスラーム法における債権譲渡に係る問題を整理する。ズハイリーの著作に依拠して債権譲渡に係る問題を整理するのは、債権譲渡に関するイスラーム法学者の論理構成を把握するためである。ズハイリーは、債権譲渡に係る問題を、期限付債権の譲渡 (bay' al-dayn nasi'a) と金銭即時払いの債権譲渡 (bay' al-dayn naqdan fi-l-hal) に分類し、それぞれ、譲受人を債務者及び第三者とする場合に分けて論じている³¹。

ア. 期限付債権の譲渡

ズハイリーは、まず、期限付債権の譲渡は、ダインとダインの交換と観念されており、譲受人が誰であれ、ダインとダインの交換が禁止されることについて法学者の見解は一致している、と指摘する。ズハイリーは、債務者への期限付債権譲渡の例として、①小麦の売買契約において1か月後に小麦の引渡しと代金支払いを約す売買、②売主が買主へダインを引渡すことができない場合において売主が買主へダインの引渡しを増加分付きで延期することを申出て買主がこれを承諾したときの二つを挙げている。②における増加分はリバーにあたるという。第三者への期限付債権譲渡の例としズハイリーが挙げるのは、③債務者から譲渡人へ給付予定の小麦を1か月後に代金と引き換えに譲受人へ引き渡すことを約す売買、④債務者から譲渡人へ給付予定の小麦と「現

物 (sil'a hādara) (アイン)」の交換である。③及び④については、契約の場 (majlis al-'aqad) において占有の引渡しができないが故に、このような売買は適正でないという³²。

さて、ダインとダインの交換が禁止される根拠としてズハイリーが挙げるのは、預言者がダインとダインを禁止したことを伝えるハディースであるが、それ以外の理由についてズハイリーはとくに言及していない³³。

イ. 金銭即時払いの債権譲渡

ここでいう債務者への債権譲渡は、わが国民法の代物弁済に相当する。スンナ派の四法学派の多数派はこれを有効と解釈しているとして、その理由についてズハイリーは、ハナフィー派法学者のカーサーニーやハンバル派法学者イブン・クダーマ等の法学書を根拠として次のように述べている。すなわち、「ダインとダインの交換が有効でないのは引渡しができないためであり、この〔債務者への債権譲渡の〕場合において引渡しは必要ない。なぜならば、債務者が〔債務の〕責務 (dhimma) を負っているからである。」³⁴と云う。続いて、ズハイリーは債務者への債権譲渡の例を挙げて、「債権者が債務者へダインを譲渡して、代わりに債務者の負う別の種類 (jins) のダインを譲受する。そうすると、譲渡したダインは消滅するが、その代わりにものを提供しなければならぬ」³⁵と云う。このような事例が認められるのは、それが当事者間の和解又は妥協とみなされるからだ、と述べている。

第三者への債権譲渡をめぐる各法学派間に学説の対立がみられるという。ズハイリーは、ハナフィー派では目的物が動産の場合においてその引渡不能な売買を認めないので、債務者以外の者による債権譲渡はこれを締結できないと述べている。続いて、債務者だけがダインを引き渡すことができると強調した上で、ダインとは、「責務の生じる擬制的財物」又は「ある物 (al-māl) の所有権を移転して、それを引き渡す行為」³⁶であり、このようなダインは売買において引き渡すことができないと云う。

ズハイリーは、シャーフィイー派のなかには、弁済の確実なダイン (al-dayn al-mustaqirr) に限って第三者への譲渡を認める学説があることを紹介する。弁済の確実なダインの例として挙げられているのは、物の滅失毀損に対する損害賠償、消費貸借の返還物である。ハンバリー派についても、多数説は第三者への債権譲渡を認めないが、同法学派の法学者イブン・カーイムはこれを認める、と指摘している。

ズハイリーによれば、マリック派においては、次の要件を満たす債権譲渡は有効である。(1) 債権譲渡がリバーや射倖性といった禁止事項に反しないこと、すなわち (1-1) 受領前に譲渡可能なダインであり、売買目的物たるダインが食物でないこと、(1-2) 債権譲渡の代価が即時払いであること、(1-3) 代価が売買目的物たるダインと異なる種類に属すること、同じ種類に属する場合はリバーを回避するために等しいこと、(1-4) ダインが銀の場合は代価が金でないこと、(2-1) 債務者 (al-mudin) が契約の場に立ち会った上での譲渡が望ましい、(2-2) 債務者がダインの存在を認識していること、(2-3) 債務者がダインに拘束されること、(2-4) 譲受人と債務者が敵対関係にないこととされること、が要件として掲げられている。

4. 第三者への債権譲渡に関する論点

以上から、売買目的物が動産の場合において受領前に債権者がこれを転売することの可否、ダインを対価とするダインの売買禁止、リバーの禁止という売買に係るイスラーム法の準則が第三者への債権譲渡の論点となっていることが明らかである。

(1) 売買目的物が動産の場合において受領前に債権者がこれを転売することの可否

売買目的物たる動産の受領前に債権者がこれを転売することを禁止しているのはハナフィー派であるが、その直接の根拠は預言者が受領前の物の売買を禁じたと伝えられるハディースに求められている。そして、売買目的物滅失の場合に売買契約が無効となりうるという射倖性を内包することを理由に、これを禁止すると解釈している³⁷。換言すると、ハナフィー派法学者は、債権譲渡の目的たる債権の給付内容が滅失する可能性を射倖性とみなしているといえよう。このような滅失の可能性というリスクが存することを承知の上で、譲受人は債権譲渡契約を締結するというのがわが国民法の立場であるが、イスラーム法の少なくともハナフィー派ではそのように解釈していないようである³⁸。さらに、上述の債権譲渡についてのズハイリーの整理から、債権譲渡の目的たる債権の給付内容について、債務者から譲渡人への現実の引渡しのないことも第三者への債権譲渡を禁止する理由であることが明らかであろう。

他方、ハナフィー派が第三者への債権譲渡禁止の理由として挙げる動産の受領前の転売禁止の準則は、マリーク派においては食物に限ってその適用を受ける³⁹（上述のマリーク派における債権譲渡の成立要件(1-1)）。したがって、マリーク派の学説によれば、給付の目的が食物でない限り、第三者への債権譲渡が認められることとなる。

ハンバリー派は、食物についてその受領前の転売を認めないとしつつ、体積計量物（al-makil）、重量計量物（al-mawzūn）及び個数物（al-mu`adūd）を除く動産はその受領前に転売しうる、という⁴⁰。なお、シャーフイー派もハナフィー派と同じく、売買目的物の受領前にこれを転売することを認めていない⁴¹。

(2) ダインを対価とするダインの売買の禁止

ダインを売買目的物とする売買（債権譲渡）は、その対価たる代価がダインかアインかによって、①ダインを売買目的物、ダインを代価とする売買、②ダインを売買目的物、アインを代価とする売買の二つに分類される。

ダインとダインの交換禁止とは、「契約の場が終了した時点で交換に充てられる物がともにダインであってはならない」ことを意味する⁴²。ダインとダインの交換とは、「両債務の履行に期限が設けられる契約」及び「債権を債務者又は第三者に売って、その対価の支払いに期限を付す契約」をいう⁴³。

ダインとダインの交換禁止の根拠としてハディースが挙げられているものの、その理由については明示されているわけではない。柳橋は、ダインとダインの交換禁止のハディースの信憑性が高くないこと、イスラーム法の法学書においてその理由が明示的に説明されることもないことに言及した上で、債権譲渡の目的の授受が「不確かだという意味での射倖性がその動機のような

る」と述べている⁴⁴。他方、イスラーム法研究の碩学たるシャハトは、ダインとダインの禁止の理由について、期限のリバー禁止を拡大適用したものとみなしている⁴⁵。両角は、ダインとダインの交換禁止が、「リバー禁止準則と極めて整合的な関係にあるということも明らかであり、両準則はいずれも同種の問題を意識・考慮していると推測される」と指摘している⁴⁶。

ダインを売買目的物、アインを代価とする売買について、イスラーム法はサラム、すなわち代価の引渡しを先履行債務とする売買としてこれを認めている。ズハイリーによれば、各法学派の主だった法学者は、売買の目的物についてその種類、品質、量、弁済期、目的物の価格及び引渡し場所（目的物の移転に費用が生じる場合）が確定していることをサラムの成立要件として挙げていると言う⁴⁷。ハナフィー派、シャーフィイー派及びハンバル派においては、代価がダイン（例えば金銭）の場合は、ダインとダインの売買禁止の原則から、契約の場において、その引渡しが行われねばならない、とされている⁴⁸。サラムの目的物については、リバー禁止準則から、代価と共通の単位系又は同一の種類であってはならない、とされている⁴⁹。また、サラムの目的物は種類物・不特定物であり、「指定によって特定される（yata'ayyan bi-l-ta'yin）」ものでなければならない、と指摘されている。なお、金貨及び銀貨は指定によって特定されないため、金貨及び銀貨を目的物とするサラムは許容されない、と言う⁵⁰。したがって、金銭をサラムの目的物とすることは許されないこととなる。サラムの効果についてズハイリーは、「(売主のために) 特定された物の頭金に所有権（al-milk）が成立すると引き換えに、サラムの買主のために目的物の中に所有権が遅れて成立する」と述べている⁵¹。

(3) リバーの禁止

リバーには、剰余のリバー（ribā al-fadl）と期限のリバー（ribā al-nasā'）があり、前者はリバー財（金、銀、小麦、大麦、ナツメヤシの実、塩）において同種の物が交換される場合に生じる量又は交換時期の差異であり、後者は種類の異なる物が交換される場合に生じる交換時期の差異である⁵²。したがって、債権譲渡において目的物たるダインと代価が同種の場合には、契約の場において等価で両債務が履行されなければ剰余のリバーが生じることとなる。また、債権譲渡において目的物たるダインと代価が異なる種類に属する場合は、契約の場において両債務が履行されなければ期限のリバーが生じることとなる。

5. 債権譲渡：マレーシア証券委員会・シャリーア諮問協議会の見解

次に、『証券委員会シャリーア諮問協議会決議（第2版）』に依拠して、第三者への債権譲渡についてのマレーシア証券委員会・シャリーア諮問協議会の債権譲渡についての見解をみってみる。

【決 議】

1996年8月21日第2回会合においてシャリーア諮問委員会は、イスラーム資本市場発展に資する諸概念の一つとして、債権譲渡 (bai' dayn : debt trading) の原則を受け入れることについて、全員一致で合意した。これは、一定の条件の下で債権譲渡の概念を認める数人のイスラーム法学者の学説に依拠したものであった。資本市場において、市場参加者の公共の利益 (maslahah) を保護しうる透明性の高い規制システムが存する場合は、かかる条件は充たされることとなる。

【はじめに】

イスラーム法学の観点からすると、代金、返還物、婚姻契約締結後に支払われない場合における婚姻完成の前後の婚資、賃貸料、損害賠償、khula離婚における慰謝料、購入注文書への支払金を含むなど、ダインの射程は極めて広い。

イスラーム資本市場の文脈において、債権譲渡とは、ムラーバハ、バイウ・ビサマン・アージル、イジャーラ、イジャーラ・ムンタヒーヤ・ビッタームリーク、イスティスナーウなどの交換契約から生じるダインを売買する原則である。

【債権譲渡の許容性を支持する見解】

債権譲渡原則は、過去から現在までのイスラーム法学者の間で、常に争点の一つであり続けている。もっとも、イスラーム法学者の間で債権譲渡を禁止することについての合意は成立していない。

一般に、イスラーム法学者の多数派は、債務者への債権譲渡を認めることについては意見が一致している。第三者への債権譲渡について見解が異なっているのだ。その理由は、譲渡人から譲受人へ目的物を引き渡すことができない、というものである。

1996年1月25日の第8回会合においてイスラーム商品研究グループ (Islamic Instrument Study Group : IISG) は、幾人かのイスラーム法学者が債権譲渡を認めない理由を明らかにした。すなわち、その理由とは、譲受人が負うリスク (gharar : ガラール)、受領／占有 (qabadh) の不存在及びリバーである。

○過去のイスラーム法学説の検討

ハナフィー派は、譲受人、債務者及び債権自体の性質にとっての潜在的危険の側面から、債権譲渡を考えていた。ハナフィー派は、債権譲渡においてリスクは払拭されないことを理由として、第三者への債権譲渡を認めないことでその見解が一致していた。債権は、擬制的財物であり、譲受人は目的物を所有できず、譲渡人は目的物を引き渡すことができないので、譲受人は多大なるリスクを負うこととなる。

マーリク派は、市場での債権譲渡を容易にするために一定の要件が充たされる場合に第三者への債権譲渡を認めていた。かかる要件とは、次のようなものであった。

- (a) 購入代金の即時払い
- (b) 債務者が債権譲渡の場に居合わせること
- (c) 債務者が債権の存在を確認すること
- (d) 債務者が法的拘束を受ける集団に属すること。それにより、債務者はその債務を弁済することができる。

- (e) 代価がダインと同種でないこと。代価がダインと同種である場合には、リバーを回避するために、等価でなければならない。
- (f) 債権は、将来引き渡される通貨（金及び銀）の売買からは発生しない。
- (g) ダインは、その引渡前にあっても、売買可能な物でなければならない。これは、ダインが、受領前の取引が禁止されている食物類でないことを保証するためである。
- (h) 譲渡人と譲受人が敵対関係にないこと。敵対関係は、債務者に困難を生じさせる。

このようなマーリク派の要件は、次の3つに分類できる。すなわち、(a) 譲受人の権利保護、(b) 受領前の債権譲渡の回避、(c) リバーの回避、である。

シャーフイー派は、ダインが保証され、かつ即時に引き渡されねばならないアインとの交換である場合は、第三者への債権譲渡を認めていた。債権譲渡がされると、現金又は目に見える資産でその対価が支払われねばならない。

イブン・カイムは、債権譲渡を禁止するイジュマー（合意）が存しないことを理由として、債権譲渡を容認していた。禁止されているのは、「bai' kali' bi kali'」であった。

このような学説検討の結果から、過去においてイスラーム法学者の間で債権譲渡についての見解が対立する主たる理由は、譲渡人が目的物を引渡す能力にあることが明らかとなった。この点は、イブン・タイミーヤも言及しており、四法学派の偉大なる文献への言及にも基づいていた。

譲受人が多なるリスクを負うことへの恐れから、第三者への債権譲渡を禁じるイスラーム法学者の学説は（ハナフィー派）、ある意味で真実でもある。これは、とくに、監督とコントロールが不在な場合にもっともである。ここにおいて、譲受人の公共の利益は保護されねばならない、なぜなら、譲受人は、売買契約を締結する一方で債権譲渡というリスクを負う当事者であるからだ。マレーシアにおいては、債権譲渡の準則に基づく債券商品（debt securities instruments）は、契約当事者の権利保護を目的とした中央銀行と証券委員会による規制に服している。それ故、マーリク派が課す要件は満たされ、かつハナフィー派が挙げるリスクへの恐れは規制と監督によって克服されうる。

このように、ハナフィー派及びマーリク派の間で債権譲渡についての見解に違いは存するものの、経済システムにおいて譲受人の公共の利益を保護する規制システムが存する場合は、債権譲渡は可能と結論できる。

マーリク派の課す5つ目の要件は、リバー財の交換に関連する。債券の売買において、証券の性質は現金と異なる。それゆえ、物の交換に課された要件に拘束されることはない。」

シャリーア諮問協議会は、第三者への債権譲渡を容認するに際しての最大の障害が、譲渡人の目的物を引渡す能力が定かでない、すなわちリスクないし射倖性が存する点にあるとみなしている。この点について、中央銀行と証券委員会の監督権限を根拠として、かかるリスクないし射倖性は払拭されると結論づけている。留意すべきは、これにより無条件に第三者への債権譲渡が許容されるといっているわけではなく、マーリク派の掲げる要件を満たす場合に、第三者への債権譲渡が許容されると解釈している点である。そこで、問題となるのは、額面価格以外での債権譲渡である。すなわち、債権譲渡の目的物及び代価が金銭である場合、契約の場において等価交換がなければ剰余のリバーが発生することとなる。そこで、シャリーア諮問協議会は、証券は金銭

とは異なるという立場をとり、それ故、証券は、金銭であれば従わねばならない物の交換に係る諸原則に拘束されないとの見解を示している。

現代中東のイスラーム法学者の多数は、シャリーア諮問協議会の見解と異なり、第三者への債権譲渡に否定的である。その理由として、預言者のハディースのほか、額面価格以外での債権譲渡はリバー禁止準則に違反することが挙げられている⁵³。マレーシアと中東のイスラーム法学者の間の見解の相違は、ダインを物又は金銭とみなすかの違いから生じている。マレーシアではダインを物とみなすことで、額面価格以外での譲渡が可能となるのに対して、ダインを金銭とみなす場合には額面価格以外での譲渡はリバーが発生するので認められないこととなる⁵⁴。したがって、売掛債権を裏づけ資産とするイスラーム債券（スクーク）の発行については、中東では否定的な見解がとられることが多いとされ、その理由は、売掛債権の譲渡が消費貸借上の金銭債権譲渡とその性質において同じであるからだ指摘されている⁵⁵。

おわりに

マレーシアのイスラーム金融は、コンベンショナル金融における債券－消費貸借上の金銭債権を表象する証券－に代えて、裏づけとなる資産又は事業への持分を表象する証券として組成することで、イスラーム債券（スクーク）発行による資金調達を可能とした。もっとも、裏づけとなる資産の形態に基づいて各種のイスラーム債券（スクーク）が存するが、このうち売掛債権を裏づけ資産とするイスラーム債券（スクーク）については、これを認めるか否かにつき、イスラーム法学者の間で争い生じている。本稿は、売掛債権を裏づけ資産とするイスラーム債券（スクーク）の問題が示すイスラーム法における債権譲渡の論点整理を、その射程としていた。売掛債権を裏づけ資産とするイスラーム債券（スクーク）の問題には、イスラーム法において第三者への債権譲渡が認められるか、そして、債権を取得した価格以外の価格で譲渡することが認められるか、という2つの争点が含まれていた。

イスラーム法において第三者への債権譲渡を認めるか否かを判断するに際して論点となっていたのは、かかる債権譲渡が、動産の受領前の転売禁止、ダインを対価とするダインの売買禁止及びリバーの禁止という売買に係るイスラーム法の準則と抵触しないか、という点であった。そして、債権を取得した価格以外の価格での譲渡を認めるか否かを判断するに際して論点となっていたのは、それがリバーの禁止に反しないか、という点であった。マレーシアの証券委員会・シャリーア諮問協議会は、もっぱら、第三者への債権譲渡が動産受領前の転売禁止の原則に抵触しない点を強調していた。すなわち、動産受領前の転売禁止の理由を当該動産の引渡しができない可能性の存する点にリスクないし射倖性があるから認められないと解釈する学説に対して、マレーシアの中央銀行及び証券委員会の監督下においてはかかるリスクは払拭される、と反駁していた。その他の論点については、とくに個別に取り上げて反駁するわけでもなく、ただマレーシアの中央銀行及び証券委員会が監督することを強調するのみであった。そして最もその克服が困難と思われる争点、債権を取得した価格以外の価格で譲渡することが認められるか否かについては、「証券」は「金銭」とは異なる解釈してイスラーム法の売買に係る諸準則の適用を受けないとの見

解を示した。結果として、割引価格での売掛債権を裏づけ資産とするイスラーム債券（スクーク）の売買が可能となったのである。

イスラーム法における債権譲渡についての考察から、動産売買においては契約の場での目的物の占有の引渡ししが売買契約成立の重要な要素となっていることが明らかとなった。もっとも、占有の引渡しがないが故に債権譲渡を認めないのは、イスラーム法に限ったことではなくコモンローも以前はそうであった⁵⁶。また、ローマ法においても、債権は債権者と債務者を結び付ける「法鎖（*juris vinculum*）」であり、債権をその主体から切り離して譲渡することは認められないとして債権譲渡は禁止されていた⁵⁷。中世末期から近世にかけての経済・商業取引の発展が債権の財産化・債権の取引対象化へと導く過程で近代民法は債権の譲渡性を承認したのであり⁵⁸、中世までには完成したといわれるイスラーム法がイスラーム債券（スクーク）をめぐる論理構成において直面しているのは、権利と客体の分化、債権の財産化・債権の取引対象化のためのイスラーム法の再構築である。それは、遅れてきた「近代経験」とも言えよう。

参考文献

【日本語文献】

- ・新井サイマ（2011）「スクーク（イスラム債）の日本国内発行への道を開いた資産流動化法の改正」・『野村資本市場クォーターリー』夏号。
- ・池田真朗（2001）『債権譲渡法理の展開』、弘文堂。
- ・池田真朗（2004）『債権譲渡の研究』増補二版、弘文堂。
- ・池田真朗（2010）『債権譲渡の発展と特例法』、弘文堂。
- ・池田真朗（2010）『債権譲渡と電子化・国際化』、弘文堂。
- ・石川直樹（2011）「スクーク発行に関する法的観点からの経験的考察と展望」『月刊資本市場』311号。
- ・イスラム金融検討会編著（2008）『イスラム金融：仕組みと動向』日本経済新聞出版社。
- ・大河原知樹＝堀井聡江＝磯貝健一（2011）『オスマン民法典（メジェッレ）研究序説』NIHUプログラム「イスラーム地域研究」東洋文庫拠点＝財団法人東洋文庫研究部イスラーム地域研究資料室。
- ・川村 藍（2011）「中東湾岸諸国のイスラーム金融をめぐる法制度とその問題」『イスラーム世界研究』第4巻1－2号
- ・桑原尚子（1998）「金融制度へのイスラーム法の導入：バンク・イスラーム・マレーシアを事例として」『アジア経済』第39巻第5号。
- ・島田真琴（2006）『国際取引のためのイギリス法』慶応大学出版会。
- ・角紀代恵（1983-5）「イギリス法における債権譲渡の歴史（1）～（3完）」法協100巻12号、101巻5号、102巻1号。
- ・田原一彦（2009）「日本法制下のイスラーム金融取引」『イスラーム世界研究』第2巻2号。
- ・長岡慎介（2011）『現代イスラーム金融論』名古屋大学出版会。

- ・中川利香（2006）「開発戦略とイスラーム金融の融合の試み：イスラーム銀行を中心に」鳥居高編『マハティール政権下のマレーシア：「イスラーム先進国」をめざした22年』アジア経済研究所。
- ・ノエル・J・クールソン／志水巖訳（1987）『イスラームの契約法』有斐閣。
- ・野呂瀬和樹（2011）「イスラーム金融の台頭：グローバル金融市場の新潮流」『NRI Knowledge Insight』初夏特別号。
- ・船田亨二（1967）『ローマ法入門』新版、有斐閣。
- ・武藤幸治（2005）「急速に広がるイスラーム金融市場」『季刊 国際貿易と投資』62号。
- ・武藤幸治（2008）「世界金融危機とイスラーム金融」『季刊 国際貿易と投資』74号。
- ・モハド・ダウド・バカール（2010）「金融危機後のイスラーム金融市場の現状—デフォルト事例のシャリア判断も含めて」『JOI』9月号。
- ・両角吉晃（2011）『イスラーム法における信用と「利息」禁止』羽鳥書店。
- ・柳橋博之（1998）『イスラーム財産法の成立と変容』創文社。
- ・柳橋博之（2012）『イスラーム財産法』東京大学出版会。
- ・吉田悦章（2010）「イスラーム金融最新事情」『JOI』9月号。
- ・我妻 栄（1997）『近代法における債権の優越的地位』復刊、有斐閣。
- ・『注釈民法（11）』（1965）、有斐閣。

【外国語文献】

- ・ Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, Shari'a Board, Resolution on Sukuk, <http://www.aaofii.com/aaofii/default.aspx>
- ・ Adnan Trakic & Hanifah Hayder Ali Tajuddin (eds) (2012), *Islamic Banking & Finance : Principles, Instruments & Operations*, Malaysia : CLJ Publication.
- ・ Ahmad Hidayat Buang (2000), *Studies in the Islamic Law of Contracts : The Prohibition of Gharar*, Malaysia : International Law Book Service.
- ・ Ahmad Hidayat Buang (2007), "Islamic Contracts in a Secular Court Setting? : Lessons from Malaysia", *Arab Law Quarterly*, 21.
- ・ Anderson, Scott R. (2010), "Recent Development : Forthcoming Changes in the Shari'ah Compliance for Islamic Finance", 35 *The Yale Journal of International Law* 237.
- ・ Cattelan, Valentino (2013), "Property (*Māl*) and Credit Relations in Islamic Law : An Explanation of Dayn and the Function of legal Personality (*Dhimma*)", *Arab Law Quarterly* 27.
- ・ El-Gamal, Mahmoud A. (2003), "'Interest' and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance", 27 *Fordhan International Law Journal* 108.
- ・ El-Gamal, Mahmoud A. (2008), "Incoherence of Contract-Based Islamic Financial Jurisprudence in the Age of Financial Engineering", 25 *Wisconsin International Law Journal* 605.
- ・ Engku Rabiah Adawiah (2003), "Islamic Law Compliance Issues in Sale-based Financing Structures as Practiced in Malaysia", 3 *MLJ* lviii.

- Hooker M. B. (1976), *The Personal Laws of Malaysia : an introduction*, Kuala Lumpur : Oxford University Press.
- McMillen, Michael J.T. (2007), "Symposium : Islamic Business and Commercial Law : Contractual Enforceability Issues : Sukuk and Capital Markets Development", 7 *Chicago Journal of International Law* 427.
- McMillen, Michael J.T. (2008), "Asset Securitization Sukuk and Islamic Capital Markets : Structural Issues in These Formative Years", 25 *Wisconsin International Law Journal* 703.
- Mohamed Rafe Md.Haneef (2005), "Recent Trends and Innovations in Islamic Debt Securities : Prospects for Islamic Profit and Loss Sharing Securities" in Ali, S. Nazim (ed.), *Islamic Finance : Current Legal and Regulatory Issues*, Cambridge, Massachusetts : Harvard Law School , ILSP, Islamic Finance Project.
- Muhammad al-Bashir Muhammad al-Amine (2012), *Global Sukūk and Islamic Securitization Market : Financial Engineering and Product Innovation*, Leiden and Boston : Brill.
- Rayner, S.E. (1991), *The Theory of Contracts in Islamic Law*, London : Graham & Trotman.
- Rosly, Shaiful Azhar (2007), *Critical Issues on Islamic Banking and Financial Markets : Islamic Economics, Banking & Finance, Investments, Takaful and Financial Planning*, Malaysia : Dinamas Publishing.
- Rusni Hassan (2009), "The Outlook of the Malaysian Islam Capital Market", 3 MLJ cxvii.
- Shachat, Joseph (1964), *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press.
- Securities Commission Malaysia (2007), *Resolution of the Securities Commission Shariah Advisory Council*, second edition, Securities Commission.
- Securities Commission Malaysia (2011), *Islamic Securities Guidelines (Sukuk Guidelines)*, Securities Commission.
- Siddiqi, M.Nejatullah (2005), "Social Dynamics of the Debate on Default in Payment and Sale of Debt", in Ali, S. Nazim (ed.), *Islamic Finance : Current Legal and Regulatory Issues*, Cambridge, Massachusetts : Harvard Law School , ILSP, Islamic Finance Project.
- Siddiqui, Rushdi (2007), "Shari'ah Compliance, Performance, and Conversion : The Case of the Dow Jones Islamic Market Index", 7 *Chicago Journal of International Law* 495.
- Vohrah, K.C., Koh, Philip TN and Ling, Peter SW (2004), *The 5th edition of Sheridan & Groves : The Constitution of Malaysia*, Malayan Law Journal.
- Younes Soualhi (2012), "Bridging Islamic Juristic Differences in Contemporary Islamic Finance!", *Arab Law Quarterly*, Vol. 26.
- Zuḥailī, Wahbah al- (1997), *Al-fiqh al-islami wa-adillatu-hu*, vol.5, Damascus : Dār al-fikr al-mu'aṣir.; El-Gamal, Mahmoud A. (trans.) (2007), *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, second edition, vol.1, Damascus : Dar al-Fikr al-Mouaser.
- Zuḥailī, Wahbah al- (2012), *Mausū'a al-fiqh al-islami wa al-qadāyā al-mu'aṣira*, vol.4, Damascus : Dār al-fikr al-mu'aṣir.

・ 本文における引用文中の〔カッコ〕は筆者による挿入を意味する。

注

- (1) 本稿は、「社会体制と法」研究会・2012年度研究総会（2012年6月1日 於立命館大学朱雀キャンパス）での報告を修正加筆したものである。
- (2) わが国民法からすると、「第三者への債権譲渡」と称するのは違和感があるが、本稿では、譲受人に債務者も含めて債権譲渡を論じるイスラーム法学者の使い方に倣って譲受人が第三者の場合を「第三者への債権譲渡」と称する。
- (3) *Che Omar bin Che Soh v Public Prosecutor* [1988] 2 MLJ 55（1987年12月16日、1988年2月29日最高裁判所判決）。
- (4) *Vohrah, Ling and Koh* (2004 : 32)。
- (5) *Hooker* (1976 : i)。
- (6) マレーシアのイスラーム銀行については、桑原（1998）、中川（2006）を参照されたい。
- (7) [2006] 1 CLJ 438。
- (8) 通常裁判所におけるこれまでの判例の傾向については、*Ahmad Hidayat* (2007 : 325-334) を参照。
- (9) [2004] 6 MLJ 1（2004年クアラルンプール高等法院判決、*Abdul Malik Ishak*判事）。
- (10) イスティスナーウ契約においては、代価支払いが先履行であり、後に目的物を受け取る。
- (11) *condition*（契約条件条項）は契約の根幹にかかわる重要な条項であり、これに違反した場合は、契約当事者は違反した当事者に対して損害賠償請求及び契約解除することができる。他方、*warranty*（付随的条項）は、契約条項（*terms*）の内、その不履行が契約の根幹に影響を与えない程度の付随的な条項のことである。*warranty*（付随的条項）違反があったとしても、契約当事者の契約上の義務が消滅することはないが、損害賠償請求は認められる（島田 2009 : 110-113）。
- (12) 以上のシャリーア諮問協議会に関する記述については、*Securities Commission Malaysia* (2007:2-5) を参照。
- (13) <http://www.sc.com.my/sub.asp?pageid=&menuid=267&newsid=&linkid=&type=>（マレーシア証券委員会のHP）。
- (14) *Securities Commission Malaysia* (2011 : 5)。
- (15) *Securities Commission Malaysia* (2011)。同ガイドラインは、資本市場及びサービス法策377条に基づいて定められたものであり、イスラーム債券（スクーク）の発行等について定めている。
- (16) 例えば、田原（2009）、野呂瀬（2011）など。もっとも、モハド・ダウド・バカル（2010）によれば、イスラーム債券（スクーク）が「アセットベース」なのか、あるいは「アセットバック」かにつき多くの投資家に混乱がみられるという。両者の違いは、デフォルトの際に、投資家が裏づけ資産を自己の所有物として処分できるか否かにある。すなわち、「アセットベース」の場合には、裏づけ資産の所有権は投資家へ移転されるのでデフォルトの際に投資家がそれを処分することができるが、「アセットバック」の場合には、裏づけ資産はイスラーム債券（スクーク）の発行体にあるので投資家は発行体に対する請求権をもつにとどまる、と指摘されている。

- (17) イスラム金融検討会（2008：24）.
- (18) Zuhaili（1997：3305）, Zuhaili（2012：112）.
- (19) 柳橋（2012：47）.
- (20) Zuhaili（2012：166）.
- (21) 「売買目的物」と「代価」は、イスラーム法における物の分類方法の一つであるが、後述のように、それぞれ適用される準則が異なる。詳しくは、両角（2011：84,85）を参照のこと。なお、両角（2012）ではthamanを代金、mabi'を被売買物としているが、本稿では、オスマントルコ民法典の翻訳をしているシャリーアと近代研究会（平成25年度科学研究費補助金・基盤B「イスラーム法の近代的変容に関する基礎研究」〔研究代表者 大河原智樹〕）で使用している訳にしたがい、それぞれ代価、売買目的物と訳出した。
- (22) khula離婚とは、妻が離婚の代価を夫へ支払うことを要件の一つとして成立する離婚をいう。
- (23) Zuhaili（1997：3404）, Zuhaili（2012：194）.
- (24) 柳橋（1998：175）.
- (25) 両角（2011：79-87）を参照。
- (26) この点について両角（2011：83）は、「…（前略）…あるダイン（たとえば被売買物としての小麦）は、それを引き渡せと要求できる側、つまり買主にとっては、dayn lahu（彼に有利なダイン、彼が要求できるダイン）となり、それを引き渡さなくてはならない側、つまり売主にとっては、dayn 'alayhi（彼に不利なダイン、彼が負担するダイン）と表現される。つまり、いわば義務・権利の要素は、ダインという言葉に付加される前置詞句によって表現され、ダインそれ自体のなかには含まれない、ということになる」と述べている。
- (27) 両角（2011：84-5）参照。
- (28) Zuhaili（2012：166）. 例えば、「私は〇〇を××を代価として売却する」と言うことによって代価と売買目的物が決まる。
- (29) 例えば、オスマントルコ民法典（Majallat al-Ahkām al-'Adliya）第120条は、売買の分類について、「売買は、〔売買の〕目的物の観点から、4つに分類される。第1の分類は、代価による財物の売買である。この分類が売買のうちでもっとも知られるために、単に売買といわれる。第2の分類は、両替である。第3の分類は、交換である。第4の分類は、先物売買である。」と規定している。
- (30) もっとも、ダインとダインの交換禁止の準則があるため、両替が有効に成立するには、散会（契約の場から当事者が物理的に離れること）までに交換が完了することが求められる。すなわち、「契約締結時（申込と承諾が合致した時点）では契約に充てられる金銭はダインであっても、両当事者が散会するまでにはアインになっていなければならない。」（柳橋 2012：332）.
- (31) 「（3）債権譲渡の学説」における学説の整理については、Zuhaili（1997:3404-3408）,（2012:194-197）を参照した。
- (32) 「適正でない」、すなわち不適正な契約とは、契約の成立要件（契約の申込と承諾、当事者の意思能力など）は満たされたが、適正要件（リバー禁止則に反しない、目的物や代価が確定しているなど）を満たさない契約である。不適正な契約は治癒可能、すなわち有効な契約へ転化することが可能であり、この点で無効な契約と異なる。不適正な契約を観念するのは、ハナフィー派及びマーリク派の一部学説である。シャーフイー派及びハンバル派は、有効な契約と無効な契約だけを観念している。効力からみた契約の分類について詳しくは、柳橋（2012：172-177）を参照のこと。
- (33) ダインとダインの交換については後述。

- (34) Zuhaili (1997 : 3405), (2012 : 195).
- (35) Zuhaili (1997 : 3405), (2012 : 195).
- (36) Zuhaili (1997 : 3406), (2012 : 195).
- (37) Zuhaili (1997 : 3463), (2012 : 244). なお、この場合において売買目的物が滅失したとき、原契約は無効となり (yabtil al-bay' al-awal)、転売契約は取消される (yanfasakh al-thani)。
- (38) Zuhaili (1997 : 3380, 3381) によれば、売買目的物が滅失した場合は、原契約も債権譲渡契約も無効となるという。
- (39) Zuhaili (1997 : 3464), (2012 : 244, 245). その直接の根拠は、預言者が「食物を購入した者は誰であれ、それを受け取るまで転売してはならない」というハディースにある、とされている。受領前の食物の転売を禁止する理由は、それがリバー禁止準則、すなわち期限のリバー (ribā al-nasā') 禁止に反する可能性があるからだと指摘されている。Zuhaili (1997 : 3464) を参照。
- (40) Zuhaili (1997 : 3464), (2012 : 245).
- (41) Zuhaili (1997 : 3464), (2012 : 245).
- (42) 柳橋 (2012 : 337).
- (43) 柳橋 (1998 : 178).
- (44) 柳橋 (2012 : 337).
- (45) Schacht (1964 : 146). なお、柳橋 (1998 : 179) はシャハトの見解に対して、「ハナフィー派はダイン対ダインの有償契約は不成立であるとしているが、同派によればリバーの禁止に抵触する契約は無効であるとされることからこの説をにわかに入力することはできない。」と述べている。
- (46) 両角 (2011 : 277).
- (47) Zuhaili (1997 : 3605), (2012 : 360).
- (48) Zuhaili (1997 : 3607, 3608), (2012 : 362). 他方、マーリク派の鼻祖マーリクは、3日以内に「代価」の引渡しがあればよいとしている。Zuhaili (1997 : 3608) を参照。
- (49) Zuhaili (1997 : 3609), (2012 : 324).
- (50) Zuhaili (1997 : 3609, 3618). もっとも、両角 (2011 : 81) によれば、「金貨及び銀貨は指定によっては特定されないが、受取 (カブド) によって特定される」、すなわち「アイン」となる。
- (51) Zuhaili (1997 : 3627).
- (52) リバーの一般的な定義については、柳橋 (2012 : 235-237) を参照。
- (53) Mohamed Rafe (2005 : 48, 49).
- (54) ダインを物又は金銭とみなすかについては、Rosly (2007:462-464) を参照。また、長岡 (2011:131) も、第三者への割引価格での債権譲渡を容認する見解は、債権の取引を非貨幣財の売買とみなし、他方、これを容認しない見解は、債権の取引を貨幣財どうしの取引とみていることを指摘している。
- (55) Siddiqi (2005 : 113).
- (56) コモンローにおける債権譲渡の歴史について詳しくは、角紀代恵 (1983-5) を参照されたい。
- (57) ローマ法における債権譲渡の禁止については、我妻 (1964 : 509)、船田 (1967 : 166)、注釈民法 (11) (1965 : 336) を参照。
- (58) 注釈民法 (11) (1965 : 337-8).