

匿名組合の現代的機能 (1)

—その現状と法律上の論点—

米 田 保 晴

目次

- I. はじめに
- II. 匿名組合の属性—伝統的理解
- III. 匿名組合が用いられる現代的局面
- IV. 法律上の論点
- V. おわりに

I. はじめに

匿名組合（商法535条～542条）は、最近の商法の教科書では詳しく取り上げられないこともある⁽¹⁾が、ここ数年、不動産等の資産の流動化や航空機リースファイナンス等、ストラクチャード・ファイナンスの実務において活用されるようになってきている。

一方で、匿名組合にかかわる商法の諸規定は明治32年の商法制定時以来実質的な改正はなされておらず⁽²⁾、またこれらの諸規定の意味内容が、判例や学説による解釈を通じて大きく変更されるということも行われてない。

今日行われているストラクチャード・ファイナンスという金融技術が、商法制定時に立法者により想定されていたはずもないにもかかわらず、何ゆえ、匿名組合がほぼ100年以上も前の立法時の規定そのままの形で、この最先端の分野において利用されているのか、その理由を探るのが本稿の第1の目的である。

加えて、匿名組合にかかわる商法の諸規定およびその伝統的な解釈が、ストラクチャード・ファイナンスにおける現代のニーズを十分に満たしている

のかを吟味し、もし、満たしていない部分があるのであれば、商法のサイドで、その実務の要請に答える工夫はできないのかを検討するのが本稿の第2の目的である⁽³⁾。

手順としては、まず、「匿名組合」が伝統的にはいかなるものとして理解されているのかを確認し、次に、そのように理解された匿名組合が、今日のストラクチャード・ファイナンスにおいてどのように用いられているのか、その実態、理由、および法律上の問題点を述べる。その上で、実務上問題点とされている諸点を踏まえて、匿名組合に関する伝統的な理解を再検討し、私見を提示することとした。

II. 匿名組合の属性—伝統的理解⁽⁴⁾

匿名組合の法的性質については、一種の消費貸借とみる説、民法上の組合の一種とみる説、ドイツでいう内的組合 (Innengesellschaft) とみる説、一種の信託とみる説等もあるが、わが国では、匿名組合を商法のみとめる一種特別な契約であると解するのが通説であるとされている (和座223頁)。各説によって何を匿名組合の本質と考えるかにつきニュアンスの違いはあるものの、各説とも、匿名組合がどのような法的な特徴 (以下匿名組合の「属性」とよぶ。) を持つかについては、殆どの点において理解を共通にしている。

そこで、まず、伝統的に匿名組合の属性として理解されているものは何であるかを以下に確認しておきたい。

1. 匿名組合の定義

匿名組合の定義については、通常「匿名組合契約ハ当事者ノ一方カ相手方ノ営業ノ為メニ出資ヲ為シ其営業ヨリ生スル利益ヲ分配スヘキコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」という商法535条の規定がそのまま用いられており、この定義規定から、以下の属性が導かれている。

- ① 匿名組合は、出資をする者と営業をする者の二当事者からなる。前者を匿名組合員、後者を営業者という。
- ② 営業者は商人でなければならない。

- ③ 匿名組合員の資格には制限がない。
- ④ 一個の匿名組合における当事者は二当事者に限られる。(民法上の組合のように三名以上の当事者の存在は認められない。)その理由は、この制度の沿革⁽⁵⁾および商法規定(商法535条・539条)の文言に求められている。
- ⑤ 数名が共同して一当事者となることはできる。たとえば、数名の出資者の間に民法上の組合が存する場合には、数名の出資者が共同して匿名組合員となる。

営業者は複数の出資者(匿名組合員)と匿名組合契約を結ぶことができるが、この場合には営業者と出資者との間に出資の数だけ別個独立の匿名組合が存するにすぎず(東京控判明治44年5月16日法律新聞743号20頁)、各出資者(匿名組合員)相互間には何らの法律関係も生じない。

- ⑥ 匿名組合員は、営業者の営業のために出資をしなければならない。営業者の営業は収支損益の区別ができる独立性を持つ限り、必ずしもその全部でなくても、その一部、たとえば、特定部門の営業、支店等でもよい。
 - ⑦ 営業者は、営業から生ずる利益を匿名組合員に分配しなければならない。匿名組合には維持すべき一定の資本額概念はないから、ここでいう利益とは各営業年度の始めにおける財産額と年度の終わりにおける財産額とを比較したその増加額である。
2. 当事者と第三者との関係(対外関係)

- ⑧ 営業者は自己の名により営業を行う。すなわち、営業は営業者の営業であり、営業者のみが第三者に権利義務を有し、匿名組合員は第三者に対し何らの法律関係もない。匿名組合員は営業者の行為につき第三者に対して直接権利義務関係にたつことはなく(商法536条2項)、責任も負わない。
- ⑨ 匿名組合員が、その氏・氏名を営業者の商号中に用い、または商号として用いることを許諾したときは、その使用後に生じた債務は営業者と連帯して責任を負う(商法537条)。この規定の趣旨については、通常は、

匿名組合の現代的機能 (1)

「禁反言の適用を明らかにした注意的意味をもつものに過ぎない」（和座220頁等）と説明されるが、「名板貸（商法23条）と同じ趣旨に基づくものであるが、誤認は要件とされておらず、責任を負う範囲が広い。これは、匿名組合における営業者の営業は実質的には匿名組合員と営業者の共同事業だからである。」（弥永197頁）と、共同事業性のあらわれとする立場もある。

3. 当事者の相互関係（対内関係）

(1) 匿名組合員の出資義務

- ⑩ 匿名組合の出資の目的は金銭その他の財産に限られ、労務や信用の出資は認められない（商法542条・150条）。財産の出資であるかぎり、金銭出資・現物出資（モノ自体の出資、利用、あるいは、営業者に対する債権も含む）のいずれでもよい。
- ⑪ 「出資の履行時期、方法などは契約により定められたところに従うが、特約がなければ、営業者はいつでもその履行を請求できる（民法412条3項）。」（弥永196頁）
- ⑫ 匿名組合員の出資財産はすべて営業者に帰属し（商法536条1項）、匿名組合員はその財産について何らの権利も有しない。（民法上の組合のように当事者の共有財産とか組合財産上の持分とかというものは存しない。）

(2) 匿名組合員の利益分配請求権

- ⑬ 利益配分の割合は契約の定めるところによるが、別段の定めのないときは、民法上の組合に関する規定（民法674条1項）を類推し、各当事者の出資の割合に応じて分配するものと解される。

営業者は、分配利益について最高限を定めることができる。最低額を定めることについては、肯定する説（岸田297頁）もあるが、多数説は、もし、分配すべき最低額を保証する場合には、それが利益の有無にかかわらずその額の分配をするという意味とすれば、これは利息の支払いとなり匿名組合の本質に反し、匿名組合とはいえなくなるとして否定する

(根田185頁, 平出331頁, 和座223頁, 石井41頁, 大隈80頁)。

「利益配分は毎営業年度(特約がない限り1年間)末に現実に行わなければならない, 利益をそのまま留保することはできない」(岸田297頁)。

- ⑭ 「ここで返還されるのは目的物ではなく, 出資の目的物を金銭的に評価した価格であるが, 出資の目的物を返還する特約をなすことは, 可能である」(弥永198頁)。
- ⑮ 匿名組員に損失分担の義務があるとき, その出資が損失の分担により減少しているときは, 次の利益で出資の減少額を補填してなお余りがあるのでなければ, 利益配分を請求することができない(商法538条)。
- ⑯ 「この出資価額返還請求権は債権であって, 匿名組員は営業者の一般債権者と同順位で弁済を受けることができる」(弥永198頁)。

(3) 匿名組員の損失分担義務

- ⑰ 匿名組員が損失分担の義務を負うか否かは契約の定めるところによる。「商法は匿名組員が損失を分担する通常の場合を予想した規定(商法538条・541条但書)を設けているが, 損失を分担しない定めのあるときには, もとより適用がない。」(和座221頁)。
- ⑱ 損失分担に関する別段の定めがないときは, 当事者間では共同事業である匿名組合の性格上, 損失分担の定めがあるものと推定すべきものと解する。
- ⑲ 損失分担の割合は契約の定めるところによる。これについて別段の定めがない場合は, 民法上の組合に関する規定(民法674条2項)を類推して, 利益配分の割合と同一と推定される。
- ⑳ 匿名組員の損失分担の結果, その出資がゼロとなった後において, さらにマイナスになるか, あるいはゼロとなった後はもはや損失分担はなく, 分担を出資額にとどめるかは契約の定めるところによるが, この点について別段の定めがないときにいずれに解するかについては, マイナスにするとする肯定説(和座222頁, 平出337頁, 岸田297頁, 酒巻288頁, 石井43頁, 大隈85頁)が多数説であるが, 分担出資額にとどめると

匿名組合の現代的機能 (1)

する否定説（落合ほか275頁）もある。しかし、肯定説も、計算上マイナスの間は利益配分を受けることができないとするに止まり、匿名組合員が追加出資をして補填する義務まではないとする（平出338頁，岸田297頁，石井43頁，大隈85頁）。また、当初の出資額に責任が限定されないが、営業者は、契約によっても匿名組合に無限の出資義務をあらかじめ課することはできないとする説（平出338頁，弥永201頁）もある。

(4) 匿名組合員の営業執行請求権（営業者の善管注意義務）

- ① 匿名組合員は営業者に対し、契約の定めるところに従って営業を継続執行すべきことを要求する権利を有する。これに対応して営業者が負うべき義務は、民法上の組合の規定（民法671条・644条）の類推適用による善管注意義務と解される。営業者が契約で定められた時期に営業を開始せず、または一方的に営業を変更・休止・廃止・譲渡し、または、約定目的以外の目的に匿名組合員の出資を使用するなど契約に違反する場合には、匿名組合員は、営業者の義務違反として、損害賠償の請求（民法415条）および匿名組合契約の解除（商法539条2項）を行うことができる。

なお、営業者がその地位を第三者に譲渡することが認められていないのは、匿名組合員は営業者の個人的な信用に基づき出資を行っているからであるとされる。（近藤光188頁，基本法127頁）。

また、匿名組合員の地位についても、それが監視権の行使によって、営業の内容を知り得る立場にあることを考えれば、出資義務を履行したあとであっても、営業者の同意なしには他に譲渡できないと解されている（基本法127頁，平出333頁，大隈85頁）。

(5) 匿名組合員の営業監視権

- ② 匿名組合員は、営業者との関係においても、業務執行権はなく（商法542条・156条）、その事業参加は、営業者の業務および財産の状況に対する監視権（商法542条・153条）の範囲にとどまる。すなわち、匿名組合員は、営業年度の終わりには、営業者の貸借対照表の閲覧を求め、か

つ営業者の営業および財産の状況を検査することができる（153条1項）。また、重要な事由があるときは、裁判所の許可を得て、いつでも営業者の業務および財産の状況を検査することができる（153条2項）。

(6) 匿名組合員が営業者に対して競業避止を求める権利（営業者の競業避止義務）

㉓ 特約によって競業避止義務を有効に定めた場合は格別、匿名組合員が営業者に対して競業避止を求めることができるかについては、見解が分かっている。肯定説（岸田296頁，基本法127頁，平出334頁，石井43頁，大隈86頁）は、匿名組合は実質的には営業者と匿名組合との共同事業であることから、特約がない限り、営業者の競業避止義務を認める（但しこの見解によっても、介入権の規定がないため、競業行為の中止と損害賠償を求めることができるにすぎない。）。否定説（弥永199頁）は、「法定の競業避止義務は、営業譲渡人を除けば、営業をなす者で、しかも他の者に対し共同企業者または使用人もしくは機関等の地位にある者が負うものであるところ、営業者と匿名組合員とはそのような関係には立たない以上、営業者は法定の競業避止義務を負うことはないと考えらるべきであろう。」とする。

(7) 匿名組合契約の終了原因

- ㉔ 匿名組合契約は契約の期間の満了，その他契約一般の終了原因によって終了する。
- ㉕ 契約で匿名組合契約の存続期間を定めなかったとき，またはある当事者の終身間匿名組合契約が存続すべきことを定めたときは，各当事者は，6ヶ月前の予告をして，営業年度の終わりに匿名組合契約の解約告知をすることができる（商法539条1項）。
- ㉖ 止むを得ない事由があるときは，各当事者は，いつでも匿名組合契約の解約告知をすることができる（商法539条2項）。
- ㉗ 匿名組合契約の目的である事業の成功または不成功が確定したときは，匿名組合契約は当然に終了する（商法540条1項1号）。「しかし，いか

匿名組合の現代的機能 (1)

なる場合が事業の成功であり、または成功不能であるかは不明確であり、立法論的にはこれを削除すべきであるとの見解も有力である」(近藤光188頁)。

⑳ 営業者の死亡により匿名組合契約は終了する(商法540条1項2号)。「ただ特約により、営業者の相続人によって承継されるものとすることはできる。」(岸田298頁)

㉑ 営業者が後見開始の審判を受けたときは、匿名組合契約は終了する(商法540条1項2号)。

㉒ 営業者が破産したときは、匿名組合契約は終了する(商法540条1項3号)。営業者が破産すれば営業を行う能力が失われるからである(岸田298頁, 近藤光188頁)。

㉓ 匿名組合員が破産したときは、匿名組合契約は終了する(商法540条1項3号)。その理由としては、「匿名組合の破産は債権者の保護にかける」(岸田298頁)、あるいは、「匿名組合員が破産した場合には、債権債務関係を清算する必要性が生じることから匿名組合員の契約関係を終了させなければならない。合名会社や合資会社の社員の持分差押債権者は、退社請求権をもっているが(商法91条・147条)、匿名組合員の債権者はこのような権利をもっていない。」(近藤光188頁)と説明されている。

(8) 匿名組合契約終了による営業者の出資価額返還義務

㉔ 匿名組合が終了した場合には、営業者は、各匿名組合員に出資の価額を返還しなければならない(商法541条)。払戻しは、特約がない限り、金銭で行わなければならない。現物出資の場合でも同様である。すなわち組合員は、出資した財産そのものを返還することを請求することはできない(名古屋地判昭和53年11月12日判タ375号112頁)。

㉕ 損失負担の約定がない場合は、営業者は匿名組合員が履行した出資の全額を返還する。

㉖ 損失負担の約定がある場合に、出資が損失負担により減少しているときは、その残額を返還すればよい(商法541条但書)。

- ⑳ 損失負担の約定がある場合に、損失分担により出資がマイナスのまま契約が終了した場合には、匿名組合員は出資未払分があるときに限りその限度でマイナス分の補填を要するのみで、特約がない以上、特別に補充的な払込み義務はない（和座222頁，弥永200頁，近藤光186頁，平出344頁，石井43頁，大隈86頁）。
- ㉑ 匿名組合員は、営業者の一般債権者と同順位で出資価格の返還を受けることができる。
- ㉒ 匿名組合契約の終了は、営業者の営業の存否に影響を及ぼさず、営業者は自由にその営業を存続させ、あるいは廃止することができる。

II 匿名組合が用いられる現代的局面

次に、今日のストラクチャード・ファイナンスにおいて、匿名組合がいかなる利用のされ方をしているのか、その理由はなぜか、また、法律上の問題点はなにかについて述べる。

1. 不動産ファイナンス流動化における匿名組合の利用

(1) 背景

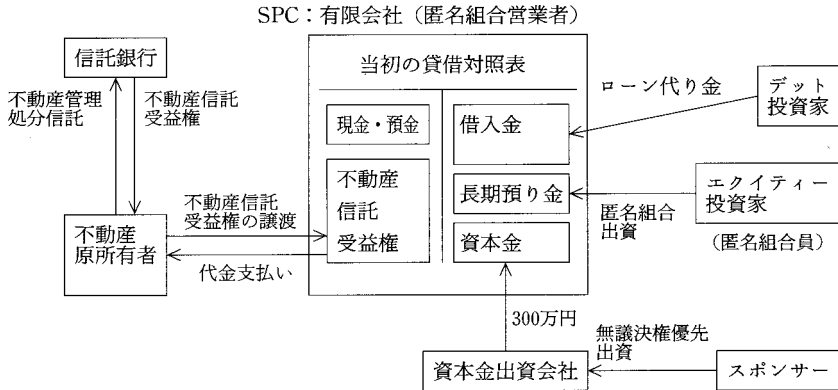
ここ数年、不動産の流動化のニーズが高まっている。その背景には、供給サイドとしては、バブル崩壊により不良債権化した不動産担保付ローンの処理対策として金融機関が不動産の流動化を必要としていることや、不動産を保有する事業会社により、資金調達や資産のオフバランス化による財務の改善を目的とする保有不動産の処分が求められているという事情があり、買い手サイドとしては、外資系のファンドを中心に、場合によっては可能な租税条約等の有利な取り扱いを背景に、割安感のできたわが国の不動産への投資意欲が高まってきていること、さらに、政府による、景気対策の一環としての不動産流動化を促進する諸施策（内閣総理大臣の指示をうけた担保付不動産等関係連絡協議会による「担保不動産等流動化総合対策」の策定等）もあって、不動産を投資対象とする金融商品が脚光をあびるようになってきたという事情がある⁽⁶⁾。

匿名組合の現代的機能 (1)

(2) スキームの概要

匿名組合が用いられる不動産の流動化のための典型的なスキーム（「TK（匿名組合）+YK（有限会社）スキーム」とよばれる。）の概要は以下の通りである（図1参照）。

（図1）匿名組合を利用した不動産流動化スキーム



まず、第1ステップとして、不動産の原所有者が信託銀行に対して不動産を信託譲渡し、代わりに信託銀行から、不動産信託受益権を受領する。次に、現所有者は、当該受益権をあらかじめ設立した特定目的会社（Special Purpose Company, 以下「SPC」という。）に譲渡し、SPCより代金を受領する。SPCは、日本法人である有限会社として設立されることが多い。これは、以下の理由による。

SPCを外国法人とすると非居住者・外国法人による日本国内の不動産への直接の投資として、その売却益に源泉徴収義務が課される（所得税法212条1項）。したがって、投資のための資産の受皿会社としては、日本法人であることが望ましい。そして、日本法人としては株式会社と有限会社が考えられるところ、有限会社の場合には、株式会社の場合と比べてその最低資本金が少ないこと（有限会社法9条，商法168条ノ4）、取締役が1名でいいこと（有限会社法25条，商法255条）、監査役が不要であること（有限会社法

33条1項)等の関係から、かかるSPCとしては有限会社がよりふさわしいとされているわけである。⁽⁷⁾

第2ステップとして、SPCへのエクイティ出資を募るために、SPCとエクイティ投資家との間に、SPCを営業者、エクイティ投資家を匿名組合員とする匿名組合契約を締結する。エクイティ出資者(匿名組合員)は複数のケースが多いが、その場合、各エクイティ投資家(匿名組合員)とSPC(営業者)との間で締結された個別の匿名組合契約が、複数本並行して存在することになる。

なお、不動産の原所有者がスポンサーとしてエクイティ投資家(匿名組合員)の一人となる場合には、その投資額が、流動化の対象となる不動産の譲渡時の適正価格(時価)の「おおむね5%の範囲内」であることが、当該不動産を原所有者の資産からオフバラ化する(不動産の譲渡取引を売却取引として会計処理する)条件とされている(日本公認会計士協会作成、平成12年7月31日付「特別目的会社を活用した不動産の流動化に係る譲渡人の会計処理に関する実務指針」第13項)。

第3ステップとして、デット(負債)の投資家を募る。債務の方式としては、まず、ノンリコース・ローンの組成がある。ノンリコース・ローンの場合においては、匿名組合の営業者であるSPC(有限会社)の持分について、一定のトリガー事由が生じるまでは、スポンサーである匿名組合出資者がそのすべてを保有し、取締役の派遣等を通じてその事業遂行(対象物の管理・処分等)に相当関与することを認めるという形も少なくない。⁽⁸⁾

デット(負債)を募る方法として、ボンド(債券)を発行する方法も可能であるが、有限会社は社債を発行できないため、その場合はSPCを株式会社にする必要があり、SPCの資本金として1000万円が必要となる(商法168条ノ4)他、株式会社としての諸要件を備えることが求められる。

(3) 匿名組合を用いる理由

本スキームにおいて、エクイティ出資者を、有限会社であるSPCの社員とせずに、あるいは、民法上の組合員とせずに、匿名組合員とする理由は、

匿名組合の現代的機能 (1)

以下の4点であるといえる。

第1の理由は、二重課税の回避である。有限会社の社員とした場合には、SPC（有限会社）に対する法人レベルでの課税と社員レベルでの課税との間で二重課税の問題が発生するが、匿名組合契約とすることにより、法人税レベルの課税を回避することができるのである。

わが国の税法上、匿名組合の経理方法および課税所得の算定に関しては、特段の規定が設けられておらず、したがって、匿名組合の経理に関する税務上の取扱いについては、課税所得金額の計算の通則である法人税法第22条の解釈の問題となる。⁽⁹⁾

法人税法22条の解釈上、匿名組合の場合は、その営業から生じる損益については一次的には営業者自体（SPCである有限会社）に対して法人税が課されるが、匿名組合員に対する収益の分配は営業者にとって損金計上ができるのである。匿名組合員への収益の分配が、ローンその他のデット（負債）の利子と同じように扱われているということも可能であろう。また、営業者段階での課税が行われぬという現象面に注目すれば任意組合⁽¹⁰⁾と類似していると評価することもできる。

ただし、税務上完全なパススルー事業体として取り扱われる任意組合とは異なり、匿名組合の場合は、一次的には営業者自体に対して法人税が課され、匿名組合員に分配すべき損益について営業者である法人の課税対象から除外されることを通じてパススルー事業体としての性格が確保されているため、任意組合への課税とは、以下のような違いがある。

- ① 匿名組合の営業により発生した損益のうち、匿名組合契約により匿名組合員に分配される損益の額を超える額がある場合には、その額は、営業者の課税所得の一部を構成することになる。
- ② 土地重課課税については、たとえ営業者から匿名組合員に損益が分配された場合であっても営業者に課税されることとなっている（租税特別措置法関係通達（法人税編）（以下「措通」という。）63(6)―2）。（これに対し、任意組合の場合は、土地重課課税についても、パススルーされ

る。すなわち、土地の譲渡に関わる対価の額、原価の額および経費の額は、各組員の持分に応じて各組員に帰属されるものとされ、各組員において課税される（措通63(6)―1)。

- ③ 匿名組合に係る財産およびその行為は営業者に帰属することから、組合事業に伴って発生した消費税については、任意組合と異なり、組員ではなく、営業者が納税義務を負う（消費税法基本通達1―3―2）。
- ④ ある匿名組員に対して出資額を超える損失を分配する特約を設けている場合には、当該匿名組員の課税所得の計算上、通常その出資額を超える損失の額は損金の額に参入されない。
- ⑤ 匿名組員に分配される利益に対して、営業者が源泉徴収義務を有するか否かは、組員の数によって決定することとされている。営業者が10人以上の匿名組員と匿名組合契約を締結している場合には、当該利益の分配につき20%の源泉徴収義務を営業者は負い、10人未満の匿名組員と匿名組合契約を締結している場合には、営業者による源泉徴収は不要とされている（所得税法210条、所得税法施行令288条・327条・298条8項）。

第2の理由は、匿名組員が営業から生じる責任を負わないという点である。上述のごとく二重課税の排除（税のパススルー性）という観点からは、民法上の組合（通常税法上の任意組合とかなりオーバーラップする）の形態を用いた方が徹底しているが、民法上の組合の場合には組員が営業から生じる責任を負わなければならないことから、組員が対外的責任を負わない匿名組合方式が通常用いられる。

第3の理由は、匿名組員が投資不動産の所有者にならないという点にある。民法上の組合方式では投資不動産が全組員の合有となる（民法668条）ことから、エクイティー投資家が非居住者・外国法人の場合には、その共有持分を通じて、投資家が恒久的施設を日本に有することになってしまい、税務上不都合が生じる。これに対し、匿名組合の場合には、投資不動産は営業者のみに帰属し、匿名組員の恒久的施設保有を回避できるというメリット

がある。⁽¹¹⁾

第4の理由は、非居住者・外国人にとってのものであるが、このメリットは、平成14年の改正で既になくなった。すなわち、エクイティー投資家が非居住者・外国法人の場合には、平成14年改正で源泉分離課税に一本化されるまでは、匿名組合の場合、匿名組合員の人数が10人以上か10人未満かにより、源泉徴収か総合課税かのどちらかとなり、投資するファンドの組み合わせ等により合理的にその数が調整できる場合には、有利な取り扱いを選択できる余地が一定程度存在していた。これも匿名組合方式が非居住者・外国法人投資家に好まれた理由のひとつといえよう。⁽¹²⁾

(4) TK+YK スキームの法律上の留意点

このスキームにおいて、匿名組合にかかわる法律上の留意点としては、以下の点がある。

第1に、TK+YK スキームでは、デット投資家に対して、エクイティー出資が信用補完的な役割をはたしていることから、ノンリコース・ローンの貸付人とエクイティ出資者（匿名組合員）との間で優先劣後構造についてきめ細かく規定するため、SPC（営業者）からそれぞれに対する支払いの優先劣後関係について、債権者間協定を直接締結することが多い。かかる債権者間協定の締結に際しては、特に匿名組合員が複数登場する場合に匿名組合員間にかかる契約を締結することが商法上の匿名組合性を阻害することがないかという議論がある。

すなわち、「匿名組合契約は、営業者と出資者との2当事者間の契約であり、複数の匿名組合員が出資を行う場合であっても契約関係は営業者と各出資者の間での別個独立した契約が成立し、組合員相互間には何らの法律関係を生じないのが原則である。しかしながら、複数の匿名組合員（出資者）間において、利益の分配方法について合意を行う場合には出資者相互間の関係は民法上の組合を構成し、かかる民法上の組合が匿名組合出資を行っているものと解される可能性がある。さらに、債権者間協定においては、その債務者をも拘束することにより、債務者による優先劣後関係に反した支払いを禁

じることが通常であるが、これにより、匿名組員間のみならず、営業者をも巻き込んで利益の分配方法について合意を行う場合には、これらの投資家とSPCの関係は、その全体を包括する民法上の組合を構成するものと解される可能性もでてくるので、慎重な対応が必要となる。」⁽¹³⁾といわれている。

第2に、ノンリコース・ローンに対して劣後する形で匿名組合出資がなされる場合には、当該匿名組合契約に規定する出資者に対する利益の分配としての支払い、出資金の返還が、ノンリコース・ローンの元利金の支払いに劣後する旨の停止条件付特約をすることが多いが、営業者または匿名組員が破産した場合に、かかる特約が有効なものとして取扱うことができるか否かが、商法540条3号の関係で問題となる。⁽¹⁴⁾

第3に、匿名組員が破産した場合に、匿名組合契約が自動的に終了し（商法540条3号）、営業者は匿名組員に出資の価額を返済しなければならない（商法541条）ことから、ある一人のエクイティー出資者の破産という、不動産のリスクとは関係のない事件によって、本スキームの継続が困難となる事態が生じうる点が問題である。⁽¹⁵⁾

これらの問題につき如何に考えるべきかについては、「Ⅳ. 法律上の論点」において検討する。

（続く）

注

- (1) 例えば、江頭憲治郎『商取引法 第三版』（弘文堂、2002）では、匿名組合については、特定債権法の説明（184頁注(3)）において若干触れられているのみである。浜田道代『商法 第三版』（岩波書店、2003）においても、匿名組合の説明は数行（4, 74, 86頁）である。
- (2) 商法542条について昭和13年に改正がなされ、商法540条につき平成11年に民法の後見制度の改正ともなう改正がなされているが、いずれも他の制度の改正ともなうものであって、匿名組合自体の実質的な改正ではない。
- (3) 商法の規定中、会社法については、平成15年10月22日に法制審議会会社法（現代化関係）部会により「会社法の現代化に関する要綱試案」がまとめられ、パブリック・コメントを踏まえて、現在同部会においてさらに議論が行われており、平成17年の通

匿名組合の現代的機能 (1)

常国会への法案提出が予定されている。これに対し、商行為法の諸規定は、それが制定された明治32年(1899年)以降殆ど改正がなされていない。この間、商取引の実務は大きな変化を遂げており、それにもかかわらず商行為法の諸規定の改正がなされていないのは、実際の商取引が主に当事者間の特約によってなされており法規定が時代遅れになっても実害が少ないという側面もあったとは思われるが、立法から100年以上経過した現在、商行為法の諸規定を見直し、各規定の、改正・廃止の可能性あるいは新規定創設の必要性を検討すべき時期にきていることは否定できないであろう(同様の問題意識につき、落合誠一「商法典の100年に思う」法教213号1頁(1998)および同「複合運送契約立法の基礎的考察」ジュリ1219号8項以下(2002)参照。)

商行為法の諸規定を再検討するための手順は、以下のようなものであると思われる。

1. 各規定が今日の商取引において用いられているのかいないのか、用いられているとすれば、各規定のどのような機能が利用されているのか。また、現行規定に不都合はないのか。用いられていないのであれば、その理由はなにか等を調べる。
2. 商行為法上の各規定が、制定以来、日本においてどのように利用されてきたかまたは利用されてこなかったかを調査する。かつて利用され、今日利用されていないとすれば、その理由は何か。また、将来利用される可能性はないのかを検討する。将来利用される可能性があるのであれば、現在用いられていなくても必要な改正を施した上で存続させる必要があるからである。
3. 各制度、各規定が利用されている商取引が、他国においても存在する取引であれば、他国においてはどのような法的取り扱いがなされているかを調査する。また、そのような取引が国際的に行われるものであれば、国際的なレベルでの法的取り扱いとしてどのような法規制が望ましいかを検討する。規定の改正・新設に当たっては、できる限り国際的に統一したものを、少なくとも、国際的な法的取扱いの方向性と整合性のとれたものとするのが望ましいからである。
4. 各規定が、いかなる経緯をへて今日定められている形となったのか、日本商法の立法・改正経緯のみならず、日本が継受した法の母国における立法経緯さらには、各規定・制度の発生源にまで立ち戻って、沿革を調べる必要がある。また、母国において、当該制度・規定が日本商法に取り入れられて以降、どのような発展、変更がみられるかを調べる必要がある。規定の改正・新設に当たっての方向性を判断する上で重要だからである。

本稿は、本文で述べた2つの目的に加え、このような商行為法規定再検討の第一歩として、「匿名組合」を対象として、上記の第1のステップを試みようという狙いもある。本稿の第3の目的である。

- (4) 伝統的に匿名組合に共通な属性として理解されているものを抽出するために参照した文献およびその略語は以下の通りである。なお、各文献に共通の内容の部分については、引用は原則として省略した。

岸田：岸田雅雄『ゼミナール 商法総則・商行為法入門』（日本経済新聞社，2003）

近藤光：近藤光男『商法総則・商行為法』（有斐閣，第4版，2002）

落合ほか：落合誠一＝大塚龍児＝山下友信『Sシリーズ商法I－総則・商行為〔全訂〕』（有斐閣，2001）

弥永：弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法〔補訂版〕』（有斐閣，2001）

神崎：神崎克郎『商法総則・商行為法通論〔新訂版〕』（同文館，1999）

基本法：服部榮三＝星川長七編『基本法コンメンタル商法総則・商行為法〔第4版〕』125～132頁〔和田一清〕（日本評論社，1997）

根田：根田正樹『企業取引法』（弘文堂，1997）

平出：平出慶道『商行為法〔第二版〕』（青林書院，1989）

中島：中島史雄『匿名組合の意義と性質』および「匿名組合の効力・終了」中村眞澄編『商法総則・商行為法100講』（学陽書房，1983）

近藤龍：近藤龍司『商法総則・商行為法概説』（中央経済社，1982），

和座：和座一清『匿名組合』鴻常夫・河本一郎・北沢正啓・佐藤庸・戸田修三編『演習商法（総則・商行為）改訂版』218～226頁（青林書院新社，1976）

酒巻：酒巻俊雄『匿名組合員の地位』星川長七ほか編『法学演習講座⑤商法総則・商行為法』284～293頁（法学書院，1973）

田中・久保：田中誠二・久保欣哉編著『判例体系 商法総則・商行為法〔増訂版〕』（有信堂，1968）

西原：西原寛一『商法総則・商行為法（商法講義I）』（岩波書店，1958）

石井：石井照久『商法II改訂版』（勁草書房，1959）

大隈：大隈健一郎『商行為法』（青林書院新社，1958）

- (5) 匿名組合の沿革については、通常以下のように述べられている。

「匿名組合制度は、10世紀頃から地中海沿岸の貿易で広く行われたコンメンダ（Commenda）契約にその起源を有している。そして、このコンメンダ契約は、初めは資本家が金銭や商品を企業家（船長など）に委託し、企業家は海外に渡航して貿易を行い、その利益を本国で資本家に分配することを内容としていたが、後に企業家が多数の資本家を集め、企業家も出資するようになり、組織性・永続性を持つようになった。これを15世紀頃にコレガンチァ（Collegantia）と呼んだが、これがさらに

匿名組合の現代的機能 (1)

発展・分化し、このうち、資本家が企業家とともに共同事業の主体として外部にあらわれるものが今日の合資会社となり、そうでないものが匿名組合の起源となった。

そして、1673年のフランス商事勅令は、合資会社についてのみの規定を設け、また、1974年のプロシヤ州法は、匿名組合についてのみの規定していたが、その後のフランス商法やドイツ商法は両者をともにとり入れ、日本商法もこれを受け継いでいるのである。」(近藤龍235頁)。

- (6) 西村総合法律事務所=編『ファイナンス法大全 下』269頁(商事法務, 2033)(以下「大全下」として引用)。
 - (7) 大全下280頁
 - (8) 大全下299頁
 - (9) 以下、税務上の取扱いについては、主として、久禮義継『流動化・証券化の会計と税務 第2版』95~100頁(中央経済社, 2003)(以下「久禮」として引用。)および大全下834~842頁による。
 - (10) 任意組合、民法上の組合、匿名組合の関係は次のように説明されている。「税務上は商法上の匿名組合とその他の組合(任意組合という)があり、共にそれそのものには課税がなされない。……税務上の任意組合は民法上の組合とかなりオーバーラップするが、契約的に組合の形態をとっていても実質的には社団性が強かったり、あるいはそれが法人課税の脱法であるような場合は、任意組合ではなく、人格のない社団として法人課税されることに注意を要する。つまり、税務上の任意組合は人格のない社団に対置される概念であり、この視点から任意組合かどうかは常に実質的に議論されるのである。これに対して、匿名組合については、商法上匿名組合であるという形式要件を満たすと、原則として税法上も匿名組合として取り扱われる建前になっている。これは、……匿名組合がそもそもスポンサーの名前を表に出さないことを目的とした二当事者契約であって、それそのものに社団性を認める可能性が低いことによるものと思われる。」(大垣尚司『ストラクチャード・ファイナンス入門』71頁(日本経済新聞社, 1997)(以下「大垣」として引用)。
- なお、任意組合の税務上の取扱いについては、久禮86~95頁参照。
- (11) 大全下281頁
 - (12) 大全下280~281頁, 836~840頁
 - (13) 大全下295頁
 - (14) 大全下295頁
 - (15) 湯川則之氏(みずほコーポレート銀行不動産ファイナンス営業部次長)よりのヒアリング

(続く)