

匿名組合と課税
契約の性質からのアプローチ

高宮 雄介
東京大学法学部

2004年8月

要約

本稿では匿名組合契約に係る課税関係の検討を行う。まず匿名組合契約の概観を試みた後、匿名組合契約の性質について論じた諸立場・裁判例の検討及びそれを前提とした考察を通して、匿名組合契約は単なる債権債務関係を規定したものではなく、共同事業を行うことを目的とした当事者間において結ばれる契約類型の一つであると考え。後半部においては前半部で得た匿名組合契約の性質に関する認識を基礎に匿名組合契約から生じた損益に係る課税処理につき現行課税実務の妥当性を検討し、現行課税通達の定めは一応の合理性を有しているものと評価する。最後に、近年ファイナンスのスキーム等に組み込まれる形で多く用いられている匿名組合契約に関し、商法上の典型的な匿名組合契約との比較において検討を加えた上で、これらに対する現行課税ルール適用の当否を論じ、匿名組合契約をめぐる課税問題を考える上で契約の性質を基礎としたアプローチが有効であることを明らかにする。

第1章 はじめに

第1節 本稿の目的

匿名組合契約は戦後の一時期¹を除いてその実際の使用例が顕在化することは少なく、訴訟の場に現れることも比較的稀な契約類型であった。しかし、近年、ファイナンス技術の高度化とともに匿名組合が本来商法が予定していたと思われる目的とは異なった用法で多数用いられ²、ある意味で納税側に有利とも思える³現行課税実務とも相俟って課税関係に混乱が生じている。このような混乱は、そもそも匿名組合自体の性質に関する私法上の検討を十分行なうことなく、課税ルールの問題点を中心にすえて検討していることに起因しているものと思われる。そこで本稿では匿名組合契約の本来的性質を探ることを通じて匿名組合に係る課税関係を考慮する視点を導入するとともに、近年増加している、匿名組合契約の新しい利用形態に係る課税関係を現行実務の課税ルールの範囲内で処理することが妥当であるかの検討を行い、匿名組合課税にかかる問題点の所在を明確化することをもってその目標とする。

¹ 保全経済会事件（1953）に代表されるように戦後の一時期、家計から少額の資金を受け入れる受け皿として匿名組合契約を称する金融媒介形態が広く用いられ、これらの金融媒介形態が金融法規に違反するかをめぐる匿名組合契約の実質を巡る議論がなされた経緯がある（参考、菅原菊志「保全経済会事件」ジュリスト 900号法律事件百選（1988）86頁）。

² 本レポートでは最近用いられている「匿名組合契約」が、商法上想定されていた典型的なものといかなる点で異なっているかを明らかにする。

³ 匿名組合契約を巡る現行課税実務においては現実に利益の配分がなされなくとも損失の配賦が認められるため、計算上の損失を先取りすることにより出資者側において課税繰り延べに用いることが可能である。

第2節 本稿の構造と立場

本稿は内容上2つの部分に区分される。

このうち前半部においては匿名組合契約の私法上の性質を詳細に検討する。検討の方法としては、匿名組合契約にかかる商法の条文による定めを概観した上で、匿名組合契約と類似するものと考えられる他の契約類型との比較を行うこととする。比較に際し、匿名組合契約の性質論に関して主張されている諸立場、匿名組合契約の存在/不存在に関する裁判所の特徴的な判断をも踏まえて、匿名組合契約の諸要素のうちいかなる要素が契約の性質を考える上で重要であるかという点に重点を置く。

後半部においては匿名組合契約の性質論に関する前半部の検討を踏まえた上で匿名組合契約に係る課税関係についての検討を行う⁴。

課税関係の検討に当たっては、匿名組合契約の私法上の性質を基に新たな課税ルールの可能性を探ることも有益であると考えられる⁵が、本稿では匿名組合契約に関する現行課税実務を所与のものとした上で、契約の性質論を基礎とした場合に現行課税実務に対していかなる説明が可能であるかを検討する立場に立った。事業資金調達スキームの一環として匿名組合契約を介在させるなどファイナンスの分野において匿名組合形式の契約が用いられている場合の課税関係についても、現行課税実務の適用可能性の問題として問題を捉える立場に立っている。第5章では租税法と私法に関する若干の検討を行っているが、これは前半部と後半部の考察を踏まえたうえで匿名組合契約に係る課税上の問題点の所在を指摘した本稿のまとめ部分にあたる。

第2章 条文上で定められている匿名組合の性質

匿名組合契約の定義は商法535条によって定められている。すなわち、「当事者の一方が相手方の営業のために出資をなし、その営業より生ずる利益を分配すべきことを約することによって効力を生じる」商法上の契約が匿名組合契約である。

さらに商法は匿名組合に関していくつかの条文を用意している。まず出資に関して、出資は「営業者の財産に帰する」(536条1項)こととされ、契約終了時には「残額の限度で」返還される旨が定められている(541条)。

一方で利益の分配に関し、538条は匿名組合員⁶に営業者の営業から生じた利益に関する利

⁴ ここで私法と租税法は全く次元が異なる問題であるとして、課税関係の検討に当たり私法上の契約の性質論を顧慮することは無意味であるという主張も成り立ちうる。しかし、課税の対象となるべき経済事象を発生させる法律効果をもたらすのは税法ではなく私法上の契約であり、私法上の契約は当然私法上の概念に従って内容が規律される(金子宏『租税法』(有斐閣、第九版補訂版、2004)39頁)ことから考えると、当事者が「匿名組合契約」という私法上の一概念を用いた契約を締結している際には(たとえ特約等によって当該契約の内容が大きく変容していたとしても)その私法上の性質から導かれる課税ルール適用の是非がまず検討されるべきであり、契約の性質論という私法レベルの検討が課税処理を考える上で意味を持つ場合も十分あるのではないかと考える。租税法と私法の関係については第5章で再度考えたい。

⁵ 上記註4の立場を前提にしている。なお、註74参照。

⁶ 匿名組合契約は営業者と出資をなす者の二者間で結ばれるものである以上、匿名組合員と言った場合、営業者のことも指すようにも思われるが、条文は匿名組合契約締結者のうち営業を行うものに対しては「組合員」ではなく「営業者」という用語を用いている。以下、本稿内では条文に従い、「匿

益分配請求権を認めている⁷。

最後に契約に係る当事者の権利義務関係について、条文はまず匿名組合員は営業者の行為に関して第三者に対して権利義務を有しない（536条2項）とした上で、匿名組合員は営業者に対して合資会社の有限責任社員同様の監視権を有することが定められている（542条が準用する153条）。

以上が条文の定めであるが、このような条文の定めからは次のことが言える。まず契約開始時に出資者である組合員から営業者に対して出資がなされるが、出資された財産は条文の文言上、営業者の財産に帰属することとなるため、契約存続中組合員は出資分に対して自らに帰属する財産としての権利行使をなすことはできず、営業から生じた利益に関して利益配当請求権を有するのみである。そして利益配当の基礎となるところの営業に関して、匿名組合員は営業に伴って当然生じるであろう第三者に対する各種の権利義務を負担することはなく、営業に関する監視権という形での間接的なコントロール⁸を及ぼし得るに過ぎない。そして契約終了時には匿名組合員は残額の限度で出資の返還を受ける、すなわち出資された財産の返還額は原出資額を上限として、営業の成果に服することになるのである。

第3章 匿名組合契約の法的性質論（匿名組合から生じる利益に注目して）

第1節 他の組織形態との比較による検討

匿名組合契約は2で見たように条文において規定されている部分が限定的であり⁹、条文の定めからは本契約を結んだ当事者がいかなる権利義務関係に立つことを想定されているのかが必ずしも明らかではない。そこで、匿名組合契約と同様に二当事者間における経済的価値の授受を含む契約である消費貸借契約、何らかの事業を行うための枠組みとして締結される契約である点で匿名組合契約に類似しているものと捉えうる任意組合契約、の二種の契約との比較により匿名組合の特徴を検討することとする。

第1項 消費貸借契約と匿名組合契約

消費貸借契約は当事者間で「種類、品等及ヒ数量ノ同シキ物」を返還することを約束して「金銭其他ノ物」が授受されることにより成立する契約である（民587条）。消費貸借においては返還が借り手の債務の内容であり、借り手は目的物自体の返還義務を負わないことから分かるように貸し手の提供した物の所有権は借り手側に完全に移転し、借り手は目的物の完全な支配権を取得する。これと同時に借り手は契約の効果として目的物と「種類、品等及ヒ数量ノ同シキ物」の返還請求権を取得することとなる。

名組合員」（または単に「組合員」）とは匿名組合契約締結者のうち、出資を行う側の者を指す語として用いることとする。

⁷ 538条はさらに匿名組合員が営業によって生じた損失を一定程度負担するかのような定めを置いている。この点は匿名組合の性質を重要な要素と思われるため、第3章第4節第4項で検討する。

⁸ 153条が定めるのは帳簿の閲覧など最小限度の情報公開請求権に過ぎないものであり、事業の帰趨に関する決定権ではない（第3章第4節第3項参照）。

⁹ たとえば、一般に匿名組合契約の要素（欠くことのできない性質）とされるところの出資者の有限責任性についてでさえも条文で明記されているわけではない。

一方で匿名組合契約においては前章でみたように組合員のなした出資は条文上営業者に帰属することになり（536条1項）、営業者は組合員に対して利益分配義務を負うことになる（535条）。このように消費貸借契約と匿名組合契約は、一方当事者の所有物であったものが契約によって相手方当事者に帰属することになる点、新たに目的物の帰属主体となった当事者がその提供者に対して何らかの経済的価値¹⁰の提供義務を負うことになる点、等において類似していると言える¹¹。

しかし、以下の2点に着目すると消費貸借契約と匿名組合契約について、各々の性質の違いが明らかになる。

まず、消費貸借契約や匿名組合契約において借り手側あるいは営業者が他方当事者に提供することとなる経済的価値の内容につき、消費貸借契約では通常契約時に定められた確定額とされることが一般であるのに対し、匿名組合契約では「営業ヨリ生スル利益」、すなわち、匿名組合営業の成果に依存して変動するものである¹³。このことの帰結として、消費貸借契約においては借主の信用状態が悪化した場合でも一度成立した元本返還請求権（+利子支払請求権）の額は変化しない¹⁴のに対し、匿名組合契約においては対象となる営業の業績如何により利益分配請求権の具体的な金額は法的に縮減する。

また消費貸借契約において借主は目的物をどのように用いることも許されるのに対し、匿名組合契約においては、営業者は匿名組合員からの出資を匿名組合契約に従って予め定められた「営業ノ為メニ」（535条）用いるという拘束を受ける。

以上のように、匿名組合契約は条文を見る限りでは出資目的物の所有権の帰属及び当事者間の利益分配に関する権利義務関係において消費貸借契約と類似している点が多いものの利益分配の性格及び出資された目的物の利用形態に注目すると両者は大きく異なり、匿名組合契約の性質及び当事者の権利義務関係を消費貸借契約のそのみを参考として考えることは困難なように思われる。

第2項 任意組合契約と匿名組合契約

匿名組合契約は条文上「組合」という文言が用いられている点、ならびに、今後行われる

¹⁰ 消費貸借契約であれば元本（利息付消費貸借であれば元本+利子）の返還を、匿名組合契約であれば営業から生じる利益の分配を為す義務が生じる。

¹¹ 所得税基本通達36・37共-21但書が、匿名組合契約の組合員が営業者から受ける利益の分配に関し「営業の利益の有無にかかわらず一定額又は出資額に対する一定割合により分配を受けるもの」について貸し金の利子として課税を行なうことと定めていることも匿名組合契約と消費貸借契約の異同を考える上で参考になる。また実際に判例においては消費貸借契約と匿名組合契約との区別が争点となった事案が見られる（後述、最判昭36・10・27民集15巻9号2357頁）。

¹² 服部榮三・柿崎榮治『演習商法上巻 商法総則・商行為法』（法学書院、初版、1966）213頁。

¹³ これは金銭を目的物とする典型的な契約に限れば、消費貸借契約においては投資のリターンがいわゆるdebt的なものであるのに対し、匿名組合契約においてはequity的なものであると言い換えることができよう。この点は金融商品の性格に影響を与える（後述するように近年ファイナンスの手段として用いられている匿名組合契約はリターンがequity性を有していることと出資者の有限責任の並存を可能とすることに価値を見出し、匿名組合契約の法効果を部分的に利用しているものとみることができる）。

¹⁴ 経済的には債務者である借り手の信用状況等により債権の価値は大きく変動することになる。しかし、このことは債権の券面額とは無関係であり、法的に保障される範囲に直ちに影響することはない。

であろう法律行為¹⁵に関し、その効果の帰属を抽象的に定めたいわゆる「組織契約」である点において民法上の組合契約と類似している。さらに匿名組合員の出資は「営業ノ為メ」に行なわれる（535条）ことから匿名組合契約は事業を目的として締結される契約であるということができ、同じく「出資ヲ為シテ共同ノ事業ヲ営ムコトヲ約スル」（民667条）契約である民法上の任意組合契約とこの点で類似性が認められる。

しかし、民法上の組合契約と匿名組合契約とは以下の各点において異なっている。

まず、契約の形態に関し、民法上の組合契約は組合員相互間で蜘蛛の巣状に契約関係が結ばれることを予定しているのに対し、匿名組合契約では常に営業者と組合員との一対一の契約として結ばれる。

また、第三者に対する権利義務に関して、民法上の組合においては組合員が持分割合に応じて直接負担する¹⁶のに対し、匿名組合契約においては536条2項の明文で匿名組合員が第三者に対して権利義務を有しないことが確認されている。

さらに、契約の目的たる営業も事業に関しても、民法上の組合では組合員の共同事業であることが明確となっており（民667条）組合財産も組合員の共有となる（民668条）¹⁷のに対し、匿名組合契約においては「相手方ノ」営業のために出資を為すことと規定されており（535条）出資した財産も営業者の財産に帰すこととされる。

最後に事業に対する関与権に関し、民法上の組合においては民法670条において各組合員は業務執行権を有することとされているのに対し、匿名組合契約においては組合員に対して業務執行権はおろか、何らかの決定権すら定められておらず、かろうじて542条が準用する153条において情報開示請求権程度の監視権が認められているのみである。

このように民法上の組合契約と匿名組合契約との間には一定の類似性はあるものの、以上挙げたようないくつかの重要な点で両者は相違しており、任意組合契約に関して一般に認められている諸性質は必ずしも匿名組合契約の性質を考えるに当たってそのまま妥当するとは限らないものと思われる。

第3項 本節の整理

第1項、第2項では匿名組合契約の性質を消費貸借契約及び民法上の組合契約との異同を明らかにすることによって考えた。本節において条文の定めに基づいて消費貸借契約・民法上の組合契約と匿名組合契約を比較した結果は以下のように整理することが出来るように思われる。

【匿名組合員の地位と他の契約類型】

¹⁵ 任意組合においては組合が行うことを予定する事業に、匿名組合においては営業者が行う事業にそれぞれ付随する様々な法律行為である。

¹⁶ 「組織形態と法に関する研究会」編『「組織形態と法に関する研究会」報告書』金融研究2003.12（日本銀行金融研究所、2003）の中ではこれを「直接無限責任」と分類する。

¹⁷ 条文上は「共有」であるが、通常は持ち分権の行使に関し団体的な拘束があることを重視し、「合有」という概念を用いて物権法上の共有との区別を行なう（内田貴『民法 債権各論』（東京大学出版会、初版、1997）288頁）。ただし、いずれにせよ個々の組合員と財産との関係は条文上切断されていないと言える。

	消費貸借契約	匿名組合契約	任意組合契約
出捐財産の帰属	出捐の相手方	出捐の相手方 ¹⁸	出捐者
利益分配の性質	固定 ¹⁹	事業に連動	事業に連動
営業に対する関与	なし	監視権 ²⁰	業務執行権
出資の用途	自由	「営業ノ為メ」	「共同ノ事業」
契約の性質	財産権の移転+それに対する経済的価値の分配（債権的契約）	匿名組合組織の形成（組織法的契約）	組合組織の形成（組織法的契約）

上図のように匿名組合契約は条文上、消費貸借契約、民法上の組合契約双方の特徴を併せ持った契約類型であり、この条文上の検討のみでは契約の性質を確定することは困難である。そこで次に匿名組合契約をどのような性質を有する契約類型と捉えるべきか、という点に関して主張されているいくつかの考え方を簡単に整理することを試みる。

第2節 匿名組合契約の性質を巡る各立場

匿名組合契約の法的性質については、大きく分けて以下の二つの立場に整理することができるものと思われる²¹。すなわち、一方は営業者と出資者の間には単なる債権・債務関係が成立しているに過ぎないものと理解し、両者を消費貸借契約の二当事者、あるいは、経営に関与する意思も能力も全く有しない一般投資家と経営の専門家たる営業者との関係に仮託して考える立場である。これに対して他方には匿名組合契約においては営業者、出資者が共同で何らかの事業に携わっているものと捉える立場が存在する。後者についてはさらに共同事業性の根拠につき経済的な側面を取り上げる考え方と、法律的側面（匿名組合契約関係の組合的側面）から検討する考え方の二つに分けることが可能である。以下、順に検討する。

第1項 出資関係説²²

本説は匿名組合契約における営業者と組合員の関係を単なる財産の出捐者、受入者に過ぎないものとするものである。本説の立場²³においては、匿名組合員が営業者から受ける

¹⁸ 匿名組合員の出資につき「信託的譲渡」と解する立場（竹下重人『民商法と税務判断 債権・債務編』（日本税理士会連合会編六法出版社、四訂版、1999）52頁）を採るならば、財産の帰属について一義に決まるわけではないという結論が導かれることになる。この立場については次章第4節第4項で再び扱う。

¹⁹ この点に関してはいわゆる共算的消費貸借をどのように扱うかが問題となる。

²⁰ 特約等でさらに広汎な関与権を認めることは匿名組合契約の性質になんら反しないものと考えられている。

²¹ 匿名組合契約の性質を巡る学説の対立状況につき、赤木暁「匿名組合員の出資」法政大學法學志林第四十一卷十號（1939）四一頁においては、變性若くは特別消費貸借説、變性債権關係説、特種關係説、組合説、という整理がなされている。しかし からの説はドイツ学説をそのまま移入したものであり、現行日本商法との関係が必ずしも明らかとなっていないためここでは取り上げない。

²² ここで各立場の整理にあたり用いているこれらの名称はあくまでも便宜上のものであり、各説の主張者が用いている名称ではない。

²³ 本箇所は淵圭吾「匿名組合契約と所得課税」ジュリスト1251号（2003）177頁に負う。ただし、本論文において著者は匿名組合契約における当事者関係について論じるに当たり、租税回避を防ぐた

利益の分配は受動的な所得(passive interest)にあたるという解釈に基づき、匿名組合員が営業に関して負担するリスクは出資額の限度に限られていることから法人の有限責任社員の負うリスクを超えるものではないこと、出資者の財産は条文の定めを見る限り匿名組合員に全く帰属していないこと、等を重視して、匿名組合契約の当事者間関係を、契約から生じる経済的利得のみにしか関心を有しない「投資家」と、単独事業として事業の経営を行う「事業家」の関係に近いものと捉えることになる。

第2項 共同事業説

匿名組合契約における営業者と出資者の関係を経済上の共同事業関係として捉える立場である。根拠としては主に、匿名組合契約が営業者の単独の営業であるのにも関わらず匿名組合員が営業に対して監視権(542条)を有することなどが挙げられる²⁴。本説は後述のように現行課税ルールの整合的な解釈に資する説であり、多くの論者によって唱えられている²⁵ものの、共同事業として捉えることが妥当性を有することの根拠につき、「経済的見地から見た場合」匿名組合における匿名組合員も監視権を通じて事業に参加しているものと考えられる」とするのみで法律的な見地からの論理付けが十分なされているとは言い難いように思われる。一方、この立場からは共同事業性を強調することにより、匿名組合契約を「単なる財産交換型の契約ではなく、組織形態の長期契約であり、むしろ、団体の一種として企業形態に属する制度で」²⁶ある、との主張も展開される。

第3項 内的組合説

匿名組合をいわゆる内的組合として捉える立場である。内的組合とは、内部的には組合であるが外部に対してその組合的性質を表出しない組織を指す²⁷。本立場は、組合は内部的に効力を有すれば足り、必ずしも外部に対して組合として表出することを必要とするものではない、との立場をとったで、任意組合が事業を共同して行う組織であるのと同様に匿名組合契約においても「営業」という事業の一種を目的とした事業であり、民法における組合に関する定めの特例法として匿名組合契約を位置づけることも不可能ではない点、合資会社における有限責任社員と全く同一の検査権を有する点、等を重視し、匿名組合員は「組合員」であると捉えざるを得ないものとする。その上で匿名組合関係にも組合関係が認められ

めに匿名組合契約から受ける利益の分配については配当・利子課税を行なうべきであるという価値判断を基礎に、一種の目的論的主張として匿名組合契約の性質解釈を行なっている可能性があり、当該論文における解釈が直ちに匿名組合契約の一般的性質まで論じたものと理解することは妥当でないように思われる。

²⁴ 水野忠恒『租税法』(有斐閣、初版、2003)318頁。

²⁵ 上柳克郎ほか『商法総則・商行為法』(有斐閣、初版、1980)179頁、服部=柿崎・前掲註12 213頁、和座一清『別冊法学セミナー147 基本法コンメンタール(商法総則・商行為法)』〔服部榮三・星川長七編〕(日本評論社、第四版、1997)125頁、水野・前掲註24 318頁、ほか多数。

²⁶ 上柳ほか・前掲註25 179頁

²⁷ 参照、赤木・前掲註17 五一頁。以下の内的組合説の解釈については原則として同論文に依拠している。

る以上²⁸、共同事業性は肯定されると主張する。(本説は第2項で検討した共同事業説に関し、法的側面からの一定の論理付けを施したものと言える。)

以上のように匿名組合契約を巡っては、消費貸借類似の単なる債権債務設定契約として捉える立場と何らかの理由付けにより当事者間の共同事業関係を肯定する立場とが並存している。ここでは匿名組合契約における営業者と組合員の関係をどのようなものとして捉えるべきなのか、敷衍すれば匿名組合契約における「営業」において匿名組合員が果たす役割は単なる資金提供者にとどまるのか、それとも何らかの意味でそれ以上の関与・役割までも想定されているものと考えべきであるのかが問題となっているのである。

第3節 具体的な事案における裁判所の判断

裁判所は具体的な事案の解決に当たり、どのような場合に匿名組合契約の存在を認めているのであろうか。訴訟の一方当事者が匿名組合関係の成立を主張し、他の契約と匿名組合契約との区別が焦点となった事案を取り上げることで、裁判所は匿名組合契約の特徴をどのように捉えているのかにつき検討を加えたい。

第1項 匿名組合契約を特徴付ける裁判例

岡山地判昭41・12・7下民集17巻11-12号1200頁

いわゆる恩給金融²⁹を行う貸し金業者(被告)と貸し金の原資提供者(原告)をめぐる法律関係が問題となった事案である。事業に用いる貸し金の原資はほぼ全て原告が提供したものと認定されている。原告が本件貸し金原資授受契約は匿名組合契約であるとして契約解除後の残金の全額返還を主張したのに対し、被告は消費貸借に当たるとして当該残金につき利息制限法の適用を主張した。岡山地裁は、原告はその社会的地位を慮って事業に名前を出さなかったものと認定した上で、本件契約は被告が対外的に自らの名において金融業をなし、原告は被告の事業に要する資金の殆どを出資するが、「その共同関係は内部的なものにとどめ、被告は原告の監視下に右事業を営み、それより生じる利益は相互に分配する旨の契約である」とした。すなわち、共同関係は内部的なものであること、営業者は出資者の監視下に事業を執行していたこと、利益は相互に分配されていたこと、などを考慮して、本件当事者間に匿名組合契約類似の契約の成立を認めた³⁰。

最判昭36・10・27民集15巻9号2357頁³¹

²⁸ 内的組合説においては、匿名組合契約の性質論を導くにあたり共同事業性を強調するが、一方で匿名組合契約の当事者間に共同事業性が認められる根拠として、内的組合であると言う性質論が有力な根拠とされる。参照、赤木・前掲註21 四七頁～五一頁、六一頁～六四頁。

²⁹ 認定された事実によると、恩給金融とは、恩給受給者の代わりに資金貸付者が恩給を代理受領し、これを貸付金の元利金返済に充てることを貸付条件とした金融事業である。

³⁰ ここで岡山地裁は商法上の匿名組合契約自体の成立は認めなかったが、これは本件被告の事業が金融業であり、匿名組合出資の目的たる「商人の営業」には当たらないと判断したために過ぎず、性質上は「商法の匿名組合に関する規定が準用されるものと解するのが相当である」とする。

³¹ 本事案は匿名組合契約の存否が問題となった事案ではなく、匿名組合契約という概念を借用した租

事業に当たり、必要資金を「投資」あるいは「出資」という言葉を用いて一般大衆から集めていた会社が契約に従って出資者に分配した金銭に対し、匿名組合契約類似の契約に基づく利益の配当金に当たるとして、税務当局が源泉徴収所得税徴収決定を行った事案である。資金を提供した一般大衆と当該会社との間の「出資」契約が旧所得税法 42 条 3 項に言う「匿名組合契約等」にあたるか否かが争われた。

最高裁は「…法律が、匿名組合に準ずる契約としている以上、その契約は、商法上の匿名組合契約に類似するものであることを必要とするものと解すべく、出資者が隠れた事業者として事業に参加しその利益の配当を受ける意思を有することを必要とするものと解するのが相当」であるとした。

事案の解決としては、出資者の意思に関し、金銭を会社に利用させ、その対価として利息を享受する意思を持っていたに過ぎないという原審認定を基礎とした上で、利益の分配に関し、営業案内でも投資配当という文言を用いず、元金、利息と表示しているなどの本件認定事実によっては「客観的にも匿名組合に類似する点はなく」、「本件契約をもって同法³²にいう匿名組合契約に準ずる契約と解することはできない」とした。

名古屋地判平 2・5・18 判タ 739 号 95 頁

不動産業を営む会社の不動産譲渡に係る所得に関する法人税申告に対し、税務当局が更正処分を行なった事案である。不動産譲渡所得額を巡る争いにおいて、原告である納税者側は不動産譲渡契約の背後に民法上の組合契約が成立していたことなどを主張、一方で被告となった税務当局側は背後には民法上の組合契約は存在しないと抗弁した上で、予備的に匿名組合契約が成立していたことを主張した。

名古屋地裁は当該土地の「購入、利用及び譲渡が全て原告³³名義で行われ」たこと、土地の利用について「原告の判断により行われ」、資金の出捐者は「わずかに資金不足が生じた際に協議して原告に援助する旨の条項が設けられているに過ぎない」ことを認定し、本件において不動産譲渡契約の背後に存在した契約関係は民法上の組合ではないとの判断を示した上で、当該契約につき、「…出資者が原告のために出資をなし、当該出資額に応じて原告の営業から生じる利益の分配を定めたものであるから…むしろ商法上の匿名組合契約…に該当するものというべき」とした。

第 2 項 判例のメルクマールの検討

上述した 3 つの裁判例においてはいずれも資金の授受を含む二者間の契約の性質が問題となり、一方当事者が匿名組合契約（あるいは匿名組合契約等）にあたるとの主張を行っている。これに対し、裁判所は、³²においては匿名組合契約等の成立を認め、一方で³³においては匿名組合契約に類似する点はないものとしている。裁判所はそれぞれの事案における争点となった契約のどのような点に注目してこのような結論に至ったものと理解することが妥当であろうか。

税法規の適用が焦点となっているに過ぎないが、借用概念の解釈にあたり、匿名組合契約の性質に対する裁判所の理解が示されているため、匿名組合契約を特徴付ける裁判例に当たるものとした。

³² 旧所得税法 42 条 3 項。

³³ 更正処分を受けた、納税者である不動産会社を指す。

この点に関し、 と の比較を行うと、 において裁判所は「(商法上の匿名組合契約に類似するものであるところの) 契約は、...出資者が隠れた事業者として事業に参加してその利益の配当を受ける意思を有することを必要とする」と述べた上で匿名組合契約の性質の存在を否定しているのに対し、 においては匿名組合契約の成立を認めているにも関わらず出資者の意思に関しては特段の認定を行ってはいない。つまり、ここでは裁判所が出資者の「隠れた事業者として事業に参加」(する)意思によって匿名組合契約の成否を決定しているという理解は必ずしも妥当しないように思われる。一方で、出資者の意思ではなく利益分配の性質に注目し、 で匿名組合契約との類似性が否定された理由は、主に、問題となった配当が確定利率であることを重視したためである、 との見解も存在するが、裁判所は利益分配の額が変動することを匿名組合契約の性質判断に際しての不可欠の要素としているものとは言い難いものと考えられる³⁴。

これに対し、 のように匿名組合契約と任意組合契約の区別が争われた事案においては共同事業遂行意思の有無は争点とならず³⁵、事業活動が全て原告名義で行われていた等の事実をもって匿名組合契約に当たると判断している。ここでは当該事業に対する出資者(資金出捐者)が事業に関与する際の態様によって区別がなされていると見ることができよう。

このように判例は消費貸借契約等、単なる金銭の貸借・出資契約と匿名組合契約との区別に当たっては共同事業遂行意思の有無を中心に判断しているようにも思われるが、必ずしも共同事業遂行意思を匿名組合契約を肯定する際の要件としているわけではないようである。他方、任意組合契約との区別に当たっては事業に対する出資者の参加態様を重視しているように思われる。つまり、具体的事案において匿名組合契約の成立を認めるに当たり、匿名組合の性質について一般に言われている³⁶ような、「利益分配の性質、事業への参加」という2つの要素を要件とした一義的な判断が裁判所において常に行われているものと理解することは難しい。ここでは、匿名組合契約を認めるために何らかの要件を観念しそれを基準として機械的になす判断ではなく、むしろ他の契約との比較的検討の中で匿名組合契約の性質と整合的な側面が当該契約の中にどの程度存在しているか、という観点からの個別的な判断が行われているものと理解することが妥当であるように思われる。

第4節 検討

第1項 検討するうえでの枠組み

では、匿名組合契約はどのような性質を持つ契約と捉えるのが妥当であろうか。以下では

³⁴ たとえば、最判昭 33・7・3 判時 160 号 15 頁は「営業者は資金を受け入れること自体に大きな利益を享けるのであるから、出資者に営業者の利益の有無を問わず、一定率の金員を利益の配当として分配することを約する契約(無名契約)を締結することは経済上ありうるわけであって...単に予め確定した割合の金員を分配すると定めたと言うことだけでは所得税法上の匿名組合契約等に当たらないと解することはできない」とする。

³⁵ 先述した名古屋地判平 2・5・18 判タ 739 号 95 頁はこの点に関し、原告の「...出資者全員が共同して事業を行うという認識があり、実際に、全員が事業に参加した旨の供述」は「信用することができない」とするのみであり、本件契約に共同事業遂行意思が存在したか否かに関する積極的な判断は行っていない。

³⁶和座・前掲註 25 126 頁。

前掲図表を基に、匿名組合契約の性質及びその認定を巡る上述の学説・判例の状況を踏まえて新たな考慮要素を加えるとともにこれを3つの観点から整理し、これを基として検討を行うこととする。

【他の契約類型との比較における匿名組合員の地位】

		消費貸借契約	匿名組合契約	任意組合契約
事業に係る リスク	利益分配の性質	固定 ³⁷	事業に連動	事業に連動
	損失の負担	なし ³⁸	出資額の限度	無限
事業への コントロール	事業への参加権	なし	監視権 ³⁹	業務執行権
	事業への参加意思	×		
出資財産の 所有関係	出資財産の帰属	出捐の相手方	出捐の相手方 ⁴⁰	出捐者
	出資財産の用途	自由	「営業ノ為メ」	「共同ノ事業」
その他	契約の性質	財産権の移転+それに対する経済的価値の分配(債権的契約)	債権債務関係の設定(債権的契約)+匿名組合組織の形成(組織法類似の契約)	組合組織の形成(組織法上の契約)

上図のようにここでは、利益分配の性質に加えて出資関係説において重視される損失の負担の要素を考慮し、事業に係るリスクの問題として取り上げた。また前掲図表上の「事業への参加権」に加え、判例⁴¹において重視される事業への参加意思を考慮し、両者を事業へのコントロールの問題として取り上げた。出資財産の帰属及び出資財産の用途に関する拘束の有無は出資財産の所有関係として整理した。さらに「その他」として匿名組合契約の性質論を検討するうえでは直接の根拠とはならないが、匿名組合契約が消費貸借契約と任意組合契約の双方の性質を併せ持っていることを付記した⁴²。

次項以降では上記図表を基礎として、事業に係るリスク(事業から得る利益・損失の配分)の観点、事業へのコントロール(事業への関与・支配)の観点、出資財産の所有関係(事業に向けられた出資に関する権利の所在)の観点、の各々から匿名組合契約の性質を検討することとする。

第2項 事業から得る利益・損失の配分(リスク)の観点より

³⁷ 註19参照

³⁸ 債務者が無資力となった場合でも、債権の券面額は変化しないため、債権者は法律上資金の受け手(消費貸借契約においては債務者)の損失を負担することはない。

³⁹ 註20参照。

⁴⁰ 註18参照。

⁴¹ 前掲、最判昭36・10・27民集15巻9号2357頁参照。

⁴² 出資関係説の立場からは匿名組合契約は当事者間の債権債務関係を規定したものと考えられるが、条文が「組合」という文言を使用していること(539、540条)から考えると、本契約は匿名組合組織の形成という側面を有していることは否めないものと思われる。ここでは、内的組合説の立場も踏まえ、債権債務関係の設定と組合組織の形成という二側面を有した契約との理解にたつた。

匿名組合員が事業から得る利益・損失の配分についての条文の規定は前章で見たように、組合員は事業の業績に連動した利益の配分を受け(535条) 損失が生じた際の負担額は出資額を上限とする有限なものに限られる⁴³(536、538条) というものである。

この点に関し、匿名組合契約を消費貸借契約類似の出資/投資関係であると捉える立場は、匿名組合契約において利益分配が事業に連動することは必ずしも組合契約の共同事業性を肯定する根拠とはならない⁴⁴とし、逆に匿名組合員は責任負担の限度が定められていることを考慮すると、匿名組合に民法上の組合のような共同事業性を認めることは困難であるとする。

では、このような考え方の前提にあるものと思われる「無限責任を負担する者でなければ共同事業を行っている者とはいえない」あるいは「共同事業を行っている者であれば必ず事業から生じた責任を無限に負担する」という考え方はここで妥当するであろうか。

この点につき、まず匿名組合においても内部関係に関しては組合員が出資額を超える損失を負担するものと考えられる点に注意する必要がある。すなわち、538条の定めから、匿名組合員は損失が生じた場合には損失を填補⁴⁵しなければ利益配当請求権を行使することはできず、このことは損失が原出資額を超えて生じた場合でも同じである。つまり、匿名組合員も計算上は出資額を超える損失を負担するのである。

一方で、条文上「共同ノ事業ヲ営ム...」(民667条)と明記されており、共同事業を行う者どうしの関係の典型として考えられている民法上の組合契約においてですら、当事者間の特約で特定の組合員につき、発生した損失の負担分を限定する旨の定めを置くことは契約自由の原則から当然に認められる。そればかりか、民674条1、2項は当事者が任意に損益分配の割合を定める場合があることを予定しているものであり、この規定からは特定の組合員につき損失の負担を原出資額の限度に限定⁴⁶したとしても、当該組合員は依然として組合が行う「共同ノ事業」に携わっているものと捉えうることが、条文の上でも示されているものと理解することができよう。

このことから考えると、上述のように匿名組合契約にかかる商法の規定が出資者の責任を限定していることをもって出資者である組合員に共同事業性が認められないことの根拠とすることは妥当でない。事業から得る利益・損失の配分の観点からは、むしろ分配を受けることとなる利益の額が業績に連動することに注目⁴⁷し、匿名組合契約における出資者には営業者と共同事業を行っている側面があることを肯定する根拠とすることのほうが妥当であるように思われる。

⁴³ ただし、有限責任性は必ずしも条文上明記されているわけではない。註9参照。

⁴⁴ この論理においては反証として共算的消費貸借の例などが挙げられることが多い。

⁴⁵ ここでの填補とは、出資者が更なる出捐をせまられるということではない。出資が当初の額に回復するまでは次期以降の利益が出資額の補填に用いられるため出資者は本来得られるはずであった利益分配を受けることができないという意味である。これは損失分を、出資者財産の積極的減少によってではなく、財産増加に関する制約を受忍することにより消極的に負担しているとみることができる。

⁴⁶ ここで損失を原出資額に限定するとは、原出資額以上の経済的出捐を為す義務を免除するということである。これに対して民法674条1項によれば、特約等がない場合には各組合員は出資割合に応じて損益を負担することになる、すなわち、組合に生じた損失を出資割合に応じて分配した額が原出資額を上回る場合には各組合員は出資割合に応じて無限に経済的出捐の義務を負うことになる。

⁴⁷ 利益分配が事業に連動することを、当初予期しただけの配当が得られないという意味で、「事業から得る利益・配当に関するリスク」と捉えることも可能であろう。

第3項 事業への関与・支配（コントロール）の観点より

匿名組合の組合員は合資会社の有限責任社員同様の監視権により営業へ関与することが認められている（542条、153条）。しかしながら、ここで153条に定める監視権とは単に営業者に対して営業に関する情報を開示するように求める権利に過ぎないため、条文の上では、組合員には営業者の行動のモニタリングを通じた事業への間接的関与が認められているのみということになる。そこで、「ある当事者が他の当事者と共同で事業を行っているならば、当該当事者には事業の各側面に対して広範に関与しうる権利が条文上保障されているべきである」という考えを前提とすると、匿名組合契約に関する商法の規定は民法上の組合契約に類似した共同事業性を否定する方向に働くようにも思える。

しかし、前述の「共同事業関係の肯定のためには事業に対する広範な関与権が保障されていることが不可欠である」という考え方は常に妥当するものとはいえない。なぜならば匿名組合契約における542条はあくまでも出資者の持つ、当該営業に対する関与権の「最低限の」保障を定めたものに過ぎない⁴⁸と考えられる⁴⁹ためである。すなわち、契約自由の原則が妥当する私法の領域においては強行法規に反しない限りいかなる特約も許されることから考えると、監視権の定めは匿名組合契約において出資者が営業に対して著しく制約された関与権しか有さないことの根拠として用いることは出来ない。536条2項、及び、542条が準用するところの156条の定めに従い、組合の業務執行等、第三者との権利義務関係を生じさせる行為は匿名組合員がなしうるところではないが、当該組合の内部関係、つまり営業者と組合員の二者間においては、条文に何ら規定がない以上当事者の合意によってある程度組合員の広範な関与権を認めることは許容されうると考えられよう⁵⁰。ここでは、あくまでも監視権の定めは商法が出資者に認めた関与権の下限に過ぎないのである。このように条文の定めは契約における当事者の権利を完全に規定したものではないものと考えれば、たとえ事業に対する広範な関与権が条文上確保されていないとしても共同事業関係が肯定できる場合があることになり、事業に対する関与権は実質的に判断すべき事柄ということになる。

次に、判例において匿名組合契約の存在を認定する際に考慮材料のひとつとされているものと思われる共同事業遂行意思に関して、出資者の当該営業に対する主観的関与の問題と捉えて検討する。

そもそも匿名組合契約はその沿革上、営業に関与したくとも何らかの制約により関与することができなかつた出資者が「営業者をして自らの営業をなさしむ」ために締結した契約類型が発達したものであり⁵¹、条文上も出資者は単に出資をなすのではなく、「営業ノ為メ」に出資をする。つまり匿名組合契約においては出資者の出資行為にとって「営業」が極めて重

⁴⁸ もし監視権が営業に関して出資者が関与できる権利の上限を画しているのであれば、例えば「匿名組合員八営業者二対シテ一切ノ権利ヲ有セス但第一百五十三条ノ規定ハ匿名組合員二之ヲ準用ス」といった文言になることが考えられるのではないであろうか。

⁴⁹ 参照、上柳・前掲註25 180-185頁。また赤木・前掲註21 四八頁は内的組合論の展開の中でこのような考え方を主張する。

⁵⁰ この点につき先述の岡山地判昭41・12・7下民集17巻11-12号1200頁は、営業者が融資資金の原資をその都度組合員から調達すると言う事業形式を取っていたため、貸付行為の実施の肯否という営業上重要な意思決定につき組合員の意向が広く及ぶ余地があった事案において、当該契約に匿名組合契約の性質が肯定できるとしている。

⁵¹ 沿革については、和座・前掲註25 125頁など。

要な要素となっているのであり、出資行為が匿名組合契約上の出資にあたるかの認定に際して組合員の「事業に参加する意思（隠れている営業者として参加する意思⁵²）」という主観的側面が考慮材料の一つとされることには合理的な理由があるものと考えられる。

このように考えると、営業に対する関与という側面においても、匿名組合契約の当事者間に共同して事業を行っているという関係を認める上で、出資者に認められた条文上の関与権が監視権に限定されることは大きな障害とならず、逆に共同事業遂行意思という主観的側面を考慮することにより匿名組合契約が持つ共同事業類似の性格が肯定されるように思える。

第4項 事業に用いられる財産の所有権の所在という観点より

これまでの検討で見たように、事業に関係するリスクの側面と事業に対するコントロールの観点から匿名組合契約において共同事業性を重視する考え方を採ったとしても、匿名組合契約においては組合員の出資財産が「営業者ノ財産ニ帰ス」（536条1項）とされていることが問題になるものと思われる。すなわち、「そもそも『事業を行う』とは自己の財産から生じた利益を得ることであり、他人の財産から生じた利得を得る場合には単に財産を提供した対価を得るに過ぎないのであって、事業をしたことにはならないのではないか」という考え方に対してどのような立場を採るかという問題である⁵³。

この問題に関し、上記のような考え方を否定し、「他人がその所有に属する財産を運用して生じた利益につき、分配を受けるに過ぎない当事者も、当該財産の所有者の事業に共同事業者としての立場で関与しているものと捉える余地がある」と言う見解を採った場合、ごく一般的な利息附消費貸借契約においても、場合によっては契約当事者間に事業を共同して行う関係が肯定されうることとなり、妥当とは思われない⁵⁴。単に相手の財産から生じる利益の分配を受けているのみでは「共同の事業」を行っているとはいえないと考えることが整合的

⁵² 東京地判昭 33・7・3 判時 160 号 4691 頁。

⁵³ 事業にとって元手となる資本は極めて重要な要素であるため、事業に必要な資金を提供することも一般には事業への参加と呼ぶ場合が多いだろう（ベンチャーキャピタルや事業再生ファンドなど）。しかしこれらのケースでは資金の提供自体が「参加」なのではなく、資金の提供者であることを背景として事業への事実上の影響力が生じること（たとえ出資先の事業に積極的に携わらなくとも事業の帰趨を左右するような重要な意思決定の際に潜在的に大きな発言力を行使できること）をもって当該事業に参加しているというに過ぎないのではないか。言い換えれば、純粋な資金面のみでの事業関与は「自己の計算と危険において営利を目的とし対価を得て継続的に行う経済活動（最判昭 56・4・24 民集 35 巻 3 号 672 頁）」といった意味において「事業」を理解した場合には事業への参加とは言えないのではないだろうか。これに対して、上場会社の株式を購入する一般投資家の場合など、事業に対する資金を提供してはいるが、事業への影響力を事実上ほとんど持たないためにいかなる意味においても事業への参加を肯定することが難しいケースもあるように思われる。このような「事業」という語の理解を巡る問題は、組合員の出資行為が前者と後者のいずれに類似しているかという点において匿名組合契約の性質論にも関係するものと思われる。

⁵⁴ このことは、課税時においても、組合員に配当された利益につき、課税上どのような所得として扱うべきか（所得性質の伝達を認めるか否か）という局面において影響を与えるものと考えられる。

⁵⁵ 消費貸借関係においても、一方当事者が事業に必要な資金の大部分を提供している場合など、「共同して事業を行う関係」が肯定されうる場合もあるように思われるが、これは事業のコントロール可能性が増加することを事業への参加と呼んでいるに過ぎないのであり、利息附消費貸借契約のような他人の財産から生じた利益の分配のみを受ける関係において、資金提供者に共同事業者としての役割を肯定しうることの根拠にはならないものと考え（この点につき註 53 参照）。

であろうと思われる。

では、匿名組合契約においては、536条第1項が出資の営業者への帰属を定めている以上、組合員は「共同の事業」を行うものとしての地位に立つと考える余地はないのであろうか。

この点、匿名組合の財産関係を詳細に検討すると、条文の定めにもかかわらず出資者には自らの出資に対する何らかの権利が残存していると捉えることが妥当であるように思われる。すなわち、所有権は物の完全な支配権であることから自己に完全な所有権が帰属している財産であれば当該財産は所有者の自由に処分ができるのが原則であるところ、匿名組合契約においては出資された財産の用途が「営業ノ為メ」と限定されており、営業者は受け入れた出資に対して完全な支配権を行使できない。これに対して財産を出捐した出資者は、出資の目的となった営業に対して、本章第3項で検討したように一定の関与権を有しているところ、全くの他人の財産に係る営業であればこのような権利を認めることには正当性を見出しがたい⁵⁶。

以上のように考えると匿名組合において営業者が出資として受け取った財産の所有権は、依然として出資者に部分的に留保されているものと見ることができると思われる。言い換えれば、出資財産は営業者に対して一種の信託財産として譲渡されているに過ぎない⁵⁷と考えられるのである。

このように事業に係る財産の所有権の所在についても、匿名組合契約において、出資者は他人の固有財産から生じた利益を得ているのではなく、(限定的ではあるものの)自己が権利の一部を有する財産から生じた利益を稼得しているといえるのであり、匿名組合契約の内部において両契約当事者がともに事業を行っているものと捉える考え方に整合的な結論が導き出される。

第5節 本章のまとめ

以上のように、匿名組合関係においては、出資者は事業に連動した利益の配分を受ける、事業に連動した利益配分を受ける基礎として「営業」に対して最小限度の関与権が法律上認められている、その関与権は出資財産に対する権利が出資者に(内部的に)一定程度留保されていることに基づいている、ということが言える。このことは匿名組合契約における両当事者が共同して「事業を行っている」関係にあることを基礎付けるものと考えられる。

それと同時に以上の考察を通して、匿名組合員は損失の負担に当たり出資額を限度とした責任を負うのみであること、153条(542条が準用)が定めるところの監視権は、単に出資者が営業者に対して情報開示を請求することが出来るのみであること、出資財産は営業者に帰属するものとされること、等といった条文上の定めは匿名組合の組合員(出資者)が「事業を行っている」ものとして匿名組合契約の性質を理解する考え方を阻却するものではないものということができよう。

このように考えると匿名組合契約における両当事者の間には、利益の連動、事業への

⁵⁶ もちろん特約などにより全くの他人の営業に対する関与権を定めることは当事者の自由であるが、前述のとおり監視権は匿名組合契約において法が出資者に対して認めた事業への関与権の下限として考えられるため、背後には何らかの根拠があるものと考えることが妥当であろう。

⁵⁷ 竹下・前掲註18 53頁参照。赤木・前掲註21 六三頁も内的組合論に依拠しつつ同様の見解を採る。

関与権、出資財産の帰属、という三つの観点から見た場合に、共同して事業を行なっている関係が肯定される。すなわち、匿名組合契約は消費貸借契約のように当事者間に単なる債権債務関係を成立させる契約類型ではなく、条文で定められているような権利義務関係を享受しつつも、あくまでも当事者同士が「共同して事業を行う」ことを目的として締結する契約類型であるということができるのである。

第4章 匿名組合の課税論（現行課税実務の妥当性とその射程）

第1節 前提

前章において検討した匿名組合契約の性質論を踏まえ、本章では匿名組合契約から生じる損益に係る課税ルールの検討を行う。前章における検討のように匿名組合契約が共同事業を行う当事者同士が結ぶ契約であるとの立場を採ったとしても、このことから直ちに匿名組合契約から生ずる利益に係る課税関係が一義に決定されるわけではない。一定の事業を行うことを目的として当事者間で形成される法律関係として、法は様々なものを準備しており⁵⁸、それらの課税関係は大きく異なっているためである⁵⁹。

そこで本章では、匿名組合契約から生じる利益に関する課税関係について現行実務の立場を検討した上で、匿名組合に係る課税の現在の運用がいかなる場合に正当化されうるか、その射程を考えることとする。

第2節 現行実務における定め

匿名組合に係る課税関係としては、主に、「営業」から生じた利益について、営業者の段階でいかなる課税を行うか、損益が組合員に分配される段階でどのような課税処理を行うか、の二点につき問題になるものと思われる。このうち に関しては、特段の問題は生じない⁶⁰。なぜならば匿名組合契約が存在していたとしても、営業者は単に自己の営業を行っているに過ぎないため、単独事業者が自らの営業から利益を受けた場合の課税関係と同様の処理をなせばよいものと考えられるためである⁶¹。一方で に関しては、その出資者が受ける利益につき、その課税上の取り扱いを定めた法律上の規定は存在しない⁶²。そこで実務上どのように扱われているか検討する必要が生じる。

⁵⁸ ここでいう一定の事業を目的とした法律関係とは、匿名組合のほかに、株式会社・有限会社等の各種会社組織、民法上の組合が含まれる。前掲註16『「組織形態と法に関する研究会」報告書』15頁はこれらを「共同事業を遂行するための組織のフォーマット」として3つの視点「法人格の有無、組織（法人）の目的、構成員の責任の態様」から整理している。

⁵⁹ 組織形態と法に関する研究会・前掲註16 70頁。

⁶⁰ ただし、出資者への利益分配額を営業者の課税ベースから控除するか否かに関しては問題となる余地がある。詳細は第3節参照。

⁶¹ なお、営業者に対する匿名組合員からの出資は、信託的譲渡に過ぎないとの立場（第3章第4節）を採ると、営業者にとっては預かり金であり、所得を構成しないこととなる（竹下・前掲註18 55頁）。

⁶² 淵・前掲註23 178頁参照。ただし、国際課税上のソースルールとしては、法人税法138条11号が「国内において事業を行なうものに対する出資につき、匿名組合契約（これに準ずる契約として政令で定めるものを含む。）に基づいて受ける利益の分配」に言及している。

この点、所得税基本通達 36・37 共-21 は匿名組合から生じた利益の組合員への分配分につき、 営業者の段階で当該営業より生じた利益に課税した上で、 匿名組合の営業者より分配された利益については営業者の営業の内容に従い組合員の所得とする、 営業者の段階では分配する利益は課税上必要経費に参入される、旨定めている。この課税方式は、匿名組合員に対して営業者が利益配当を行う際に、当該配当利益分を営業者段階で経費として控除することが認められているという点で特徴的⁶³である。ここではこのような課税方式を pay through 方式⁶⁴として考えることとする。

一方、営業者から利益の分配を受ける出資者が法人である場合につき、法人税基本通達 14-1-3 は匿名組合契約にかかる損益の帰属に関して、利益/損失の額については現実に利益の分配/損失の負担がない場合でも益金/損金に算入する、利益/損失の額については契約により分配/負担すべき金額を控除した残額を営業者の益金/損金に算入する、との旨定めている。ここで、利益・損失が実際に配分されていなくとも課税上出資者等に損益が直接帰属する⁶⁵ものとする課税方式を pass through 方式として捉えた場合、匿名組合契約においては少なくとも⁶⁶法人出資者については損益の帰属に関して pass through 方式が採られているものと理解することが出来る。

以上のように匿名組合契約から生じる利益に関する課税関係につき、所得税基本通達、法人税基本通達のいずれにおいても出資者に配分/配賦する利益/損益に関する組織体⁶⁷段階での課税は行なわれていない。では、このような課税方式は前章で検討した匿名組合契約の性質と整合的であろうか。次節において検討する。

第3節 現行課税実務を匿名組合契約の性質からどのように捉えるか

前章においては、匿名組合契約の性質につき、共同して事業を行うことを目的とする当事者間で結ばれる契約類契約であるとの検討を行った。この観点から捉えた場合、同じく「共同ノ事業ヲ営ム」(民 667 条)ことを契約の内容とする任意組合契約の課税関係を参考として考えることが有益であろうと思われる⁶⁸。

⁶³ 参照、宮武敏夫「匿名組合契約と税務」ジュリスト 1255 号(2003)108 頁。

⁶⁴ pay through という用語については様々な定義があるが、ここでは増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究第 30 号(2002)1 頁以下、内註 22 の記述を参考に、分配利益が必要経費として控除することができるという点のみに着目することとする。但し、匿名組合契約の場合には所得の性質の伝達も同時に行なわれる旨定められているため、所得性質に着目する定義を採ったとしても pay through にあたると認定することができよう。

⁶⁵ いわゆる「配賦“allocation”」である。組合課税において「配賦」という語を用いる意義については高橋祐介「組合課税 「簡素・柔軟・公平」な組合課税の立法提案」租税法研究第 30 号(2003)31 頁の立場を支持したい。

⁶⁶ 出資者が個人であっても pass through 方式により損益を帰属させることが出来るとの立場が実務上有力である。たとえば、<http://www.tokumeikumiai.com/about/>(日本中央税理士法人・株式会社 日本中央会計事務所『匿名組合.com』)参照。

⁶⁷ そもそも匿名組合契約は「契約」なのであり組織体という概念は存在し得ない、との考えもありうるが、ここでは具体的な「組織体」を想定しているのではなく、「利益の配分が行なわれる基となる実体(=条文上は営業者の財産である)」という意味で組織体という概念を用いている。

⁶⁸ より一般的には partnership 課税の問題となるが、ここでは新たな課税ルールを設計を目的とするのではなく、現行課税ルールの妥当性を検討することを目標とするため、比較的争いが少ない任意組合の課税処理を参考に検討を行うこととする。(なお、註 69 参照。)

この点、一般に任意組合契約では、事業から生じた損益に関しては各人の出資割合に応じ直接構成員に帰属するものとされており、構成員段階における課税が行なわれる。すなわち、任意組合の課税処理に当たっては損益の pass through が認められるものとされている⁶⁹。これに対して、匿名組合契約においては 536 条 2 項により営業者に財産が帰属するものとされているため、pass through の土台となるべき財産上の持ち分を観念することは、(少なくとも条文の定めを前提とする限りにおいて) 困難である⁷⁰。言い換えれば、匿名組合契約の出資者に関して損益の完全な pass through を肯定する課税処理を行なうことは考えにくいということになる。

しかし、ここで匿名組合の出資者組合員にかかる課税関係につき pass through 性を否定する根拠として用いているのはあくまでも条文上の財産の帰属に過ぎないことに注意する必要がある。前章において検討した契約の性質論を貫徹するのならば、匿名組合契約はあくまでも任意組合契約に類似した課税処理がなされるべきであり⁷¹、「匿名組合から発生した損益に係る課税処理については条文上の財産の帰属を重視して決定する必要がある」という考え方を前提としない限り、pass through 性を否定すべきという帰結にはならないためである⁷²。そこで、以下では「匿名組合から発生した損益に係る課税処理については条文上の財産の帰属を重視して決定する必要がある」という考え方が妥当であるかに関する検討を行うこととする。

前章の検討によれば、匿名組合契約においては、出資者は事業に連動した利益の配分を受け、その基礎として 営業に対して関与しうる最小限度の権利が法によって保障されている、という二点が契約の性質を特徴付ける上で重要であり(前章第 4 節第 3、4 項)、これらの要素は 出資財産に対する権利が内部関係において匿名組合員に一定程度留保されていることに基づいている、ということになる。つまり、匿名組合契約に「共同して事業を行う二当事者が締結する契約関係である」という性質が肯定できるとすれば、この性質論を根拠付けているのは条文上の財産の帰属ではなく、条文からは直接には帰結し得ない、出資者が出資財産に対して一定の権利を留保しているという考え方であると言うことができる。このことから匿名組合契約の課税関係を考える上で、契約の性質に基づいた任意組合契約との比較を試みる際には、「組合員は出資財産に対して一定の権利を留保している」という考え方を前提とすべきであり、この限りにおいて上述した「匿名組合から発生した損益に係る課税処理

⁶⁹ 任意組合契約に係る課税関係に関しても匿名組合契約と同様に明確な課税ルールが存在しないため課税関係が不明瞭であるとの批判がなされているが、主に出資割合と異なる損益帰属の定めをどのように扱うかを巡る争いであり、損益の pass through が認められること自体に異を唱える見解は少ないように思われる(参考、増井良啓、高橋祐介ほか「《シンポジウム》組織形態の多様化と所得課税」租税法研究第 30 号(2002) 98-99 頁〔水野発言〕)。

⁷⁰ 但し、前章第 4 項において検討したように、匿名組合契約の性質を考えるに当たっては出資者に財産に関する何らかの権利が留保されていると見ることが妥当であろうと考える。

⁷¹ 匿名組合契約・任意組合契約の双方が共同事業を行なう当事者間において結ばれる契約であるという考え方を前提とする。ここでは二当事者間で任意組合契約が結ばれるような場合を想定すると匿名組合契約との類似性がより明瞭になるものと思われる。

⁷² 匿名組合契約においては出資者の責任が出資額の限度に限られていることを pass through 性否定の論拠とする見解もあるが、このような見解は pass through 性が認められた結果として生じる弊害(現実には損失を負担しないにもかかわらず計算上の損失の配賦を受け、ひいては租税負担を軽減すること)を基礎に課税方式を検討している点で、政策論としてはともかく、純粋な法律論としては必ずしも首肯できないものとする。

については条文上の財産の帰属を重視して決定する必要がある」という考え方は正当とは思われない。

以上のように、匿名組合契約の課税関係を考えるに当たり、条文の文言からのみではなく契約の性質論に遡っての検討を行なう場合には、営業者に財産が帰属するという536条1項の定めは重視すべきではないものと考えられる。そして、このようにして536条1項との抵触が回避されるのであれば、匿名組合契約は性質において任意組合契約と同様に両当事者が共同事業関係に立つ類型である以上、組合員である出資者に関し組合から生じた損益のpass throughを認めることには十分理由があるものと思われる。すなわち、出資者についてpass through方式により課税関係を処理する旨定める法人税基本通達14-1-3は匿名組合契約の性質から合理的な説明が可能であると言えよう。

次に、匿名組合員が、営業者から現実に利益の分配を受けた場合につき定める所得税基本通達36・37共-21に関して検討する。

この点、匿名組合契約の対象となった営業から生じた利益より出資者が現実に分配を受ける配当に関しては、あくまでも営業者に対する利益配当請求権（538条）に基づいているのであり、原則どおり営業者の財産という組織体⁷³からなされるものとして考えることが妥当だと思われる。なぜならば、ここでは現実の利益の配分が問題となっているのであり、利益が生じる源泉は535条に定める「相手方ノ営業」、すなわち営業者の単独営業なのであるから、具体的な配当額に関して営業者の財産から出資者の財産へと経済的価値が移転したと見ることができるためである。このように営業者から配当を受ける利益につき、一度営業者の財産を介在させる課税方式はpay through方式と整合的である。つまり、所得税基本通達36・37共-21が、匿名組合契約に関して出資者が分配を受けた利益につきpay through課税を行うこととしていることには一応の合理性が肯定できる。そしてpay through方式を採った場合に問題となる分配所得の性質に関して、同通達が「営業者の営業の内容に従い組合員の所得とする」旨定めていること、すなわち所得の性質の伝達を認めている点に関して、匿名組合契約の性質に遡ると不合理なものは言えない。なぜならば、共同して事業を行うことを目的とした契約として匿名組合契約を理解した場合、匿名組合契約で定めたところの「営業」は、営業者の事業であると同時に匿名組合員自体の事業としても捉えうるようになるため、営業者より伝達される所得性質は、匿名組合員においては自己の事業内容に従った所得性質にあたるからである。

このように匿名組合契約を巡る現行実務の課税ルールは、損益の配賦につき契約の性質からのアプローチによって、配当された利益に関するも条文の定めを基礎とした契約の性質の観点から考えることによって十分説明することができるものであり、代替ルールを考案する余地があることは当然である⁷⁴が、現段階で課税ルールとしての妥当性が肯定できないほど匿名組合契約の内容から乖離したものではないものと思われる。

第4節 現行課税ルールの射程

⁷³ 前掲註67参照。

⁷⁴ 構成員の事業への関わりの程度によって課税上の取り扱いを区別するなど、私法上の契約の性質とは別次元の問題として一般的な構成員課税のルールを整備すること等が考えられる。

前節の検討のように、匿名組合契約に関する現行課税実務である通達⁷⁵は匿名組合契約の私法上の性質を前提とすると、一定の整合性を有した課税ルールであると評価することが可能である。しかし、このことは現行課税ルールが全ての匿名組合における課税関係において常に妥当性を有するという結論には直結しない。とりわけファイナンスのスキーム等に組み込まれる形で近年その利用が広まっている匿名組合契約は、第3章で検討したような匿名組合の私法上の性質と一見背反するような側面をも有している場合があるように思われる。そして、このような匿名組合契約についても法律及び通達によって特段の課税ルールが定められていない以上、現状では原則として上記既存通達に従った課税処理がなされることとなるが、性質が異なる契約に同一の課税ルールを適用することは一般に妥当な結果をもたらさない場合も多いことが考えられる⁷⁶。そこで本節においては、現行課税通達の適用が妥当性を有するのはいかなる範囲の匿名組合契約であるのか、すなわち現行課税ルールの射程について検討を加えることとする。

第1項 商法上の匿名組合契約

そもそも前章で検討したように匿名組合契約は共同して事業を行うための契約類型であり、典型的には、自ら事業を行う意欲はあるが何らかの制約⁷⁷により財産的出資にとどめざるを得ない匿名組合員とこのような組合員の意図を受けて出資財産を基礎に事業を遂行する営業者の二者間で結ばれるものである。この場合、匿名組合員は匿名組合契約の締結に際して「(匿名性を保ちつつ) 営業者の事業に共同事業者として参与することを可能とする」という法効果(前章の検討を踏まえ、これを匿名組合契約の「私法上の効果」と考えることとする)を有しているものと考えられることができる。

第2項 ファイナンスのスキームとして用いられる匿名組合契約

一方で、ファイナンスのスキームに組み込まれるなどの形で近年利用が広がっている匿名組合契約(以下ではこのような契約を商法上の匿名組合契約と区別し⁷⁸、「匿名組合形式契約」と呼ぶこととしたい)に端的に見られる特徴は以下のとおりである。まず、 営業者は当該

⁷⁵ 前節において検討対象とした所得税基本通達 36・37 共-21 及び法人税基本通達 14-1-3 である。

⁷⁶ 匿名組合契約を用いた租税回避商品はこの点に関する課税ルール上の不備を利用しているものと思われる。ただし、(中里実ほか「<パネルディスカッション> 企業金融と租税法」別冊商事法務 252『東京大学法律プロフェッショナルセミナー・企業組織と租税法』)における 37-39 頁の宮崎発言のようにこのような租税回避スキームにつき、「良きタックスシェルター」として肯定的に捉えることも可能であろう。

⁷⁷ 典型的には出資者である組合員において事業開始に不可欠な許認可を得ることが困難である等の要因が制約になるものと論じられる。しかし、先述の岡山地判昭 41・12・7 下民集 17 卷 11-12 号 1200 頁の事例に見られるように、当該事業への参加自体が社会的名声の低下につながる危険が高いため、出資者自らが事業に乗り出すことが物理的には可能であっても、隠れた事業者としての地位において事業に参与することを選択するということが当然考えられる。

⁷⁸ ただし、ここでこのような区別を行うのはあくまでも課税関係の検討を行うことを目的としているためであり、私法上は当事者が匿名組合契約として締結している以上、匿名組合契約の一類刑として有効であることは当然である。

事業の運営を実質的に第三者に委託することを予定しており⁷⁹、匿名組合員に対して条文（542条において準用する153条）上保障された監督権行使に当たっては、営業者の事前の承認が要求される⁸⁰。さらに出資の勧誘の際には、税務上損益が pass through されるため、課税繰り延べが可能となる点が強調される⁸¹。では、このような特徴を有する匿名組合形式契約は商法上の匿名組合契約に準ずるものとして扱うことができるであろうか。ここではにつき匿名組合契約の性質論の視点から検討を行った後、の要素をも考慮して匿名組合形式契約の性質を考えてみたい。

この点、の定めは匿名組合契約が営業者の営業に係る契約であること（535条）との関係で問題が生じる可能性がある。商法上の匿名組合契約においてはその契約の性質上、出資者も実質的には「営業」に共同して参与しているものと考えられることは前章の検討のとおりであるが、のようなことが予定されている場合、事業の主体は現実には第三者となるのであり、営業者と出資者の間に「共同して事業を行う」関係が肯定できるかは疑問である。同様に、の定めも商法上の匿名組合契約の性質とは相容れない部分がある。契約の性質に関する検討の際に見たとおり、匿名組合契約において153条の監視権の定めは出資者が事業への関与権を有していることの徴表として非常に重視すべきものであった⁸²。監視権のこのような性格を前提とした場合、営業者の事前の承諾を要求するといった監視権の形骸化につながる定めは本来の匿名組合契約からは説明しがたいものであると思われる。

以上見たように、近年ファイナンスのスキームに取り込まれるなどして用いられている匿名組合形式契約 すなわち のような側面を有しつつ、法形式上、匿名組合契約として締結されるところの契約類型 は商法上の匿名組合契約が典型的に持つ性質とは異なった性格を有しているものと考えられる。では、出資者はこのような契約を締結するに当たりどのような意思を有しているものと考えることが妥当であろうか。

この点、以上の検討を踏まえると、商法上の匿名組合契約と匿名組合形式契約は性質の異なった契約であると考えられるため、匿名組合形式契約を締結する出資者につき匿名組合契約の私法上の効果が全面的に肯定されるものと考えられることは困難である。出資者としては匿名組合契約ではなく、匿名組合形式契約という独自の無名契約から生じる私法上の効果を受容する意思があったものと考えることが妥当であろう。

一方で租税回避行為との関係で問題となるような匿名組合契約においては、前述 の事実（出資勧誘に当たり、匿名組合契約として契約を締結すると税務上損益が pass through 方式され、課税繰り延べが可能となる点が強調されること）が典型的に示すように、匿名組合契約を結ぶことによる「税法上の効果」を受容する意思は（少なくとも租税回避が問題となるような事案においては）容易に肯定できるものと考えられる。つまり、匿名組合形式契約を

⁷⁹ 参考、イートレード株式会社『「ジュラシック・パーク・インスティテュート匿名組合」匿名組合契約書(SAMPLE)』(https://search.etrade.ne.jp/fundentry/JURASSIC/jpit_keiyaku_sam.pdf) (イートレード株式会社、2003) 第4条2項。

⁸⁰ イートレード株式会社・前掲注79 第8条。

⁸¹ このようなメリットは性格上募集の際に大々的に表明されることは少ない。ただし、前掲注53『匿名組合.com』の解説等、税務処理が pass through 方式となることを匿名組合スキーム組成の際の注目点としてあげるものは若干見られる。

⁸² 153条の監視権は条文の文言を見る限りにおいて単なる情報開示請求権であるが、本稿においては、最低でもこのような権利が出資者に留保されていることが、事業に対する出資者のコントロールの度合いを考える上で重要となる旨論じた（第3章第4節第3項）。

結ぶ当事者には一般に匿名組合契約の「私法上の効果」を全面的に享受する意思はないが、事例によっては匿名組合契約の「税法上の効果」を享受する意思のみは肯定できるということになる。

第3項 現行課税ルール適用範囲

第1項、第2項を通して、ファイナンスの手段として用いられる匿名組合形式契約が商法の想定する本来の匿名組合契約とは異なったものであることを示すための検討を行なった。このことを踏まえると現行課税ルールの射程が明らかとなるものと思われる。すなわち、現行課税ルールは第3節における検討が示すとおり、共同して事業を行なう当事者間で締結される契約類型であるという匿名組合契約の本来の性質を前提としてのみ正当化されうるのであり、逆にこのような性質を有しない契約には現行課税ルールを適用することの正当性が認められない。そして典型的な匿名組合形式契約は商法上の匿名組合契約とはその客観的性質において大きく異なっているのであるから、損益の pass through や所得性質の伝達などの現行課税実務が有する効果を及ぼす必要はないものと考えられる。さらに主観面においても、前項の検討のとおり匿名組合形式契約を結ぶ当事者は、商法の定める典型的な匿名組合契約における私法上の法効果の重要部分を享受する意思を有していないことから、課税ルールの適用に際して当事者の真の意思に沿った課税ルールが適用されるべきとの立場を採ったとしても匿名組合契約に関する現行課税ルールの適用を排することは特段不合理とは言えないものと考えられる。つまり、現行課税実務は「匿名組合契約」という名称を冠した契約全般に適用されるのではなく、「匿名組合契約」という法形式をとり、かつ共同して事業を行う当事者間で締結される契約類型にのみをその射程とする。すなわち、ファイナンスにおいて用いられる匿名組合形式契約はその射程外となるのである⁸³。

第5章 まとめ 「租税法と私法」論と匿名組合との関係

本稿では前半部において匿名組合契約の私法上の性質を検討し、匿名組合契約は単なる二当事者間の債権・債務関係にとどまるものではなく、共同して事業を行う当事者間で締結される契約類型としての性質を有するものと考えた。一方後半部においては前半部で導いた匿名組合契約の私法上の性質論を基礎に現行課税実務を肯定的に捉えた上で、「匿名組合形式契約」に関してもこのような課税実務が適用されるべきであるかにつき検討した。本稿で用いたこのようなアプローチは匿名組合契約から生じる利得に関する現行課税実務の適用範囲を私法上の契約の性質という観点から限定するものであり、「租税法と私法」論との関係では、借用概念の解釈に関する統一説⁸⁴にあたるものと思われる。

⁸³ この論理からはファイナンス・スキームの一環として用いられる匿名組合契約であっても商法上の匿名組合契約の性質を有していれば、現行課税ルールが適用されるという結論が導き出される。しかし、ファイナンスのみを目的として一般投資家から資金を募る場合、事業自体の円滑な運営のためには前掲註79、80のような定めを設けることは不可欠であるものと思われるため、商法上の匿名組合契約の性質とファイナンス目的の契約としての性質を両立させることは現実には考えにくいのではないだろうか。

⁸⁴ 金子宏「租税法と私法 借用概念及び租税回避について」租税法研究第6号（1978）12頁。

ただし、借用概念の解釈に関する統一説を、匿名組合契約を巡る課税関係に適用するに当たっては以下のような若干の留保が必要であろう。

第一に、本来の意味での借用概念の解釈に関する統一説とは、私的取引の効果を生じさせる私法と当該取引に関する課税関係を取り決める租税法という二者間の調整、言い換えれば制定法間の調整に関する考え方の指針であった⁸⁵。これに対して匿名組合契約を巡る課税関係においては、既に述べたとおり課税当局の発した通達が存在するのみである。そこで、法令と異なり単なる行政庁の内部的な法令解釈の基準に過ぎない⁸⁶通達に関しては、第4章で採ったようなアプローチ（通達の射程を明らかにすることを通じて課税処理に関する一定の結論を導き出すという手法）を採ることは無意味ではないか、との主張がなされることが考えられる。しかし、課税当局の強大な権限を背景としている税務通達は、法的拘束力こそ持たないものの、現実には課税関係において極めて実効性のある規範である⁸⁷。さらに、課税要件として借用概念が用いられている以上（たとえ裁判規範性を持つことはなくとも）当該概念と私法との関係を明らかにする必要性が生じることは否定できない。そこで、租税関係においては通達を制定法と同様に解釈の対象とし、課税処理に関する結論を導き出すことにも十分に意義が認められるものと考えられる。

第二に、統一説は多くの場合において、私法上の規定を拡張解釈して税法を適用しようとする課税側の恣意的な運用⁸⁸に枠をはめるためのものである⁸⁹のに対し、匿名組合形式契約を巡る課税関係においては、利害状況が異なっている。すなわち、ここでは匿名組合契約の私法上の本質的性質を有していないものと考えられる契約に対して、納税者の側が、その課税上のメリットから、「匿名組合」という借用概念の税法分野への適用を望んでいるという構造が指摘できるのである。

以上述べたように若干留保すべき点はあるものの、私法上の契約の性質論を基礎に匿名組合契約に関する課税ルールを検討するという本稿のアプローチは、現行課税実務の射程範囲を明らかにしたという点において有用であったと言えよう。本稿では「匿名組合形式契約」には匿名組合に関する現行課税通達は適用されないという主張に至ったが、これは匿名組合契約にかかる現行課税通達が現実と乖離していることに起因しているのではない⁹⁰。契約の性質上商法上の匿名組合契約とは解し難い契約が匿名組合契約という法形式を標榜している場合において、それらの諸契約類型を契約の性質に応じた適切な課税類型に誘導する枠組みが未整備であることが問題の核心なのである。匿名組合契約を巡る現在の課税上の混乱を解

⁸⁵ 私法は制定法ではなく普通法として理解すべきである（中里実「国家活動と市場秩序」金子宏先生古稀記念論文集『公法学の理論と課題（上）』（有斐閣、初版、2000）95頁以下）とも思われるが、いずれにせよ私法と対置される租税法については制定法であることが前提であろう。

⁸⁶ 塩野宏『行政法 行政法総論』（有斐閣、第三版、2003）89頁。

⁸⁷ 裁判所に対する拘束力がない点をのぞけば、社会規範の中でも限りなく法規範に近い拘束力を持つのではないか。

⁸⁸ 白石健三「私法上と同一の概念の解釈(2)」＜別冊ジュリスト No.17＞租税判例百選(1968)32頁、水野忠恒「私法上と同一の概念の解釈」＜別冊ジュリスト No.120＞租税判例百選〔第三版〕(1992)24頁、等において匿名組合契約課税を巡ってこのような運用を行なう課税当局に対して批判的な見解が示されている。

⁸⁹ この点に関して、中里・前掲註85 117-118頁においては「制定法である租税法律の適用範囲を限定し、成文化された普通法である民法等の適用範囲を確保しようとする理論」として統一説（一体説）を理解すべきことが主張されている。

⁹⁰ 第4章第3節参照。

消するためには、この点につき再度確認する必要があるものと思われる。