

不動産特定共同事業法の検討

——不動産証券化研究の一環として——

上原 由起夫

一 はじめに

不動産特定共同事業法は、平成六年四月一五日、閣議決定されて、第一二九国会に提出された。そして、六月二二日、参議院本会議にて可決、成立したものであり（日本共産党を除く全党一致）、二九日に平成六年法律第七七号として公布され、平成七年四月一日、施行された⁽¹⁾。その目的は、「不動産特定共同事業を営む者について許可制度を実施して、その業務の遂行に当たつての責務等を明らかにし、及び事業参加者が受けることのある損害を防止するため必要な措置を講ずることにより、その業務の適正な運営を確保し、もって事業参加者の利益の保護を図るとともに、不動産特定共同事業の健全な発達に寄与すること」である（法一条）。

本法は、昭和六二年に登場したいわゆる不動産小口化商品（平成七年九月末現在、国内商品が五八七四・六億円、海外商品一八四八・六億円に達している⁽²⁾）についての業法であるが、これは不動産の証券化との関係で議論されてきたものであり、⁽³⁾ 包括的有価証券概念にとりこまれることを阻止したという経緯がある⁽⁴⁾。

不動産業者が不動産を共有持分権あるいは区分所有権の形で一般に販売し、同時に買主の所有する共有持分権等の出資により組合を組成したり、または不動産全体を借り上げ、当該不動産を一括して賃貸する等の不動産取引により運用し、得られる収益を買主（出資者・賃貸人）に分配する契約が、いわゆる不動産小口化商品である。⁽⁵⁾

平成三年頃に小口化商品の影の部分が顕在化し、社会問題となった。契約内容や不動産取引についての適正な情報開示がないまま契約を締結させられたり、分配されるべき収益が流用されたり、経営基盤の脆弱な業者が倒産して不動産の処分が困難になり投下資金が回収できなくなるというものである。その被害者は七五〇〇人、購入総額一七〇億円超である。⁽⁶⁾このような詐欺的商法としては、すでに抵当証券の教訓があり、⁽⁷⁾抵当証券業の規制等に関する法律が制定されている。⁽⁸⁾

不動産共同投資事業は、不動産という資産に着目した「新しい資金調達方法」という本質を有している。投資と金融は、ともに社会の潜在的需要に向かって資金の流れを作り出すものであり、しかも直接金融においてはほとんど區別がないような形で現れてくる。⁽⁹⁾その意味で不動産共同投資事業は金融の問題である。

不動産共同投資事業と通称されていたものが、立法化にあたって不動産特定共同事業という名称になった。

二 不動産特定共同事業法の内容

1 対象事業の定義

不動産特定共同事業契約とは、① 不動産取引による収益分配を約する任意組合契約（法二条三項一号）、② 不動産取引による利益分配を約する匿名組合契約（法二条三項二号）、③ 不動産取引による収益分配を約する共有に

係る不動産の賃貸・賃貸委任契約（法二条三項三号）、④ 外国の法令にもとづくもので①～③に類する契約（法二条三項四号）、⑤ ①～④に類する契約で政令で定めるもの（法二条三項五号）であり、予約を含む（法二条三項）。

①の任意組合契約は、民法六六七条以下の規定によるものである（民法上の組合⁽¹⁰⁾）。この方式によると、組合員の個人的責任が生ずるし、組合の事業によって損失を生じたときは、全組合員が分担することになる。⁽¹¹⁾組合員たる地位の譲渡は、約款で認めれば有効であり、流通性が付与されることになる。⁽¹²⁾しかし、不動産特定共同事業者≡業務執行組合員≡理事長以外の者に対する組合員たる地位の譲渡は禁止されている（則八条二項一三号）。

②の匿名組合契約は、商法五三五条以下の規定によるものである。この方式によると、組合員は出資額を限度として損失分担義務を負うことになる。⁽¹³⁾不動産特定共同事業者≡営業者以外の者に対する出資者たる地位の譲渡は禁止されている（則八条二項一三号）。

③は、共有不動産のみが対象である。⁽¹⁴⁾当事者の一方が相手方の行う不動産取引のため自らの共有に属する不動産の賃貸をし、またはその賃貸の委任をし、相手方が当該不動産により不動産取引を営み、当該不動産取引から生ずる収益の分配を行うことを約する契約である。不動産特定共同事業者以外の者に対する事業参加者の契約上の権利および義務の譲渡は禁止されている（則八条二項一三号）。

④は、外国の制度が①～③のどれに類似するかの問題である。米国のリミテッド・パートナーシップは匿名組合に近く、ジェネラル・パートナーシップは任意組合に近い。

⑤は、どんな商品が出てくるか予測がつかないからこのような規定を置いたものであり、将来、必要になったときに政令で定めればよいということで、まだ政令に定められていないのである。⁽¹⁵⁾

不動産特定共同事業契約から除かれるのは、「契約（予約を含む）」の締結の態様、当事者の関係等を勘案して収益

又は利益の分配を受ける者の保護が確保されていると認められる契約（予約を含む。）として政令で定めるもの」（法二条三項）であり、不動産特定共同事業法施行令（平成六年十二月二六日 政令第四一三号、「令」と略す）一条に次の五つの契約が定められている。（a）任意組合契約で業務の執行の委任を受けた株式会社Ⅱ業務執行組合員が株主を組合員として当該株式会社の利益の分配のために締結するものその他契約の締結の様態がこれに類する契約として不動産特定共同事業法施行規則（平成七年三月一三日 大蔵省・建設省令第二号、「則」と略す）で定めるもの。省令では、②④の契約で当該契約にもとづいて不動産取引を営もうとする株式会社が株主に対する当該株式会社の利益の分配のために締結するものと、株式会社がその株主と締結する①④の契約で、当該株主の所有する株式が当該契約における出資または賃貸もしくは賃貸の委任を行う当事者の権利および義務に転換されるもの（当該権利および義務の全部が株式から転換されるものに限る）（則一条）。商法の規定によりすでに株主の利益の保護が図られているからである（通達）。（b）匿名組合契約で出資を行う者が当該契約の相手方となる他の法人の発行済株式の総数または出資の総額を所有する法人その他当該契約の相手方となる他の法人を実質的に支配しているものとして主務省令で定める法人であるもの⁽¹⁶⁾。これは、親会社がいわゆる一〇〇％子会社に対して出資を行う匿名組合契約であり、一般にこうした親会社は、子会社の行う事業のリスクを自ら回避できるだけの経営上の支配力を有していると考えられることから、その当事者の関係等を勘案して本法の保護の対象とはしないものとされた（通達）。（c）不動産取引による収益分配を約する共有に係る不動産の賃貸・賃貸委任契約で、宅地建物取引業者が賃貸または賃貸の委任の目的となることを示して行った販売またはその代理もしくは媒介に係る不動産以外の不動産を不動産取引の目的とするもの。これは、対象不動産を共有することとなった原因が、不動産特定共同事業契約締結以前に、不特定または多数の者に宅地建物取引業者により、またはその代理もしくは媒介により販売されたことによるもの（いわゆる「事前販売型」

のもの）以外のものを除外するのである。つまり、事前販売型のみが規制の対象となるのである。（d）契約に係る権利を表示する証券または証券が発行されるもので当該証券または証券が新たに発行される際にその取得の申込みの勧誘につき証券取引法または同法に相当する外国の法令の適用があるものその他契約の締結の様態がこれに類する契約（契約に係る権利につき、当該権利の登録に関する法律の規定（外国の法令の規定を含む。）による登録がされたもので、かつ、証券取引法または同法に相当する外国の法令の適用があるもの）。これらは、すでに証券取引法またはこれに相当する外国の法令によって投資家の利益の保護が確保されていると認められるから重ねて本法の保護の対象としないのである。（e）外国において締結される契約で、当該外国の法令の規定により収益または利益の分配を受ける者の保護が確保されていると認められる契約（国内でその締結の勧誘が行われる契約で当該契約の当事者が一時的に外国に移動し当該外国において締結するものは、その後の収益又は利益の分配等の行為が国内で行われる場合に事業参加者の利益の保護の確保がすではかられているものとは認められないから除かれる）。

不動産特定共同事業とは、（イ）不動産特定共同事業契約を締結して当該不動産特定共同事業契約にもとづき営まれる不動産取引から生ずる収益または利益の分配を行う行為（法二条四項一号）と、（ロ）不動産特定共同事業契約の締結の代理または媒介をする行為（法二条四項二号）で、業として行うものである。

不動産特定共同事業者とは、法三条一項の許可を受けて不動産特定共同事業を営む者である（法二条五項）。

事業参加者とは、不動産特定共同事業契約の当事者で、当該不動産特定共同事業契約にもとづき不動産特定共同事業を営む者以外のものをいう（要するに、投資家のことである）。

2 開業規制

不動産特定共同事業を営もうとする者は、主務大臣または都道府県知事の許可を受けなければならない（法二条一項）。「許可」は、宅地建物取引業法の「免許」と同義である。大臣許可と知事許可の区別は宅地建物取引業法二条一項にならっている。すなわち、二つ以上の都道府県の区域内に事務所を設置して事業を営もうとする場合は大臣の許可を受けなければならない、一つの都道府県の区域内のみ事務所を設置して事業を営もうとする場合は当該事務所の所在地を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない。大臣許可の申請は、主たる事務所の所在地を管轄する知事を経由して大臣に、知事許可の申請は、事務所の所在地を管轄する知事に、法定事項を記載した許可申請書を、法定書類を添付して提出しなければならない（法五条）。

さらに、不動産特定共同事業を営むために許可を受けようとする者の欠格事由が規定されている（法六条）。許可を受けることができる者は、法人である宅地建物取引業者に限られる（法六条一号・二号）。そして、許可の基準が定められている（法七条）。契約締結業者の資本または出資の額は、一億円以上、代理・媒介業者の資本または出資の額は二〇〇〇万円以上である（令四条）。いわゆる特別目的会社は、その発行済株式の総数または出資の総額を資本または出資の額が一億円以上の不動産特定共同事業者（契約締結法人）が所有している法人で、不動産特定共同事業以外の事業を営まず、その営む不動産特定共同事業に関して当該契約締結法人が連帯して債務を負担する場合である（則七条）。

その資産の合計額から負債の合計額を控除した額が資本または出資の額の $\frac{1}{10}$ に相当する額を満たすものであり（法七条二号）、その者またはその役員もしくは事務所の代表者が当該許可の申請前五年以内に不動産特定共同事業に関し不正または著しく不当な行為をしたものでなく（法七条三号）、事務所に業務管理者が置かれ（法七

条四号）、約款の内容が政令で定める基準に適合し（法七条五号）、不動産特定共同事業を適確に遂行するに足りる財産的基礎および人的構成を有すること（法七条六号）。

契約約款についても許可の基準となることが重要である。約款の内容しだいでは、事業参加者は保護されないからである。許可申請書に、不動産特定共同事業契約の約款を添付しなければならない（法五条二項四号）。その約款の内容が政令で定める基準に適合することが許可基準の一つとされている（法七条五号）。詳細は、令五条と則八条に定められている¹⁸⁾。もっとも、契約締結の代理または媒介のみしか行わない業者については、許可申請書の添付書面から除かれている。約款の追加・変更をしようとするときは、許可権者の認可にかからしめている（法九条一項）。

さらに、変更許可（法八条）、変更認可（法九条）、変更届出（法一〇条）、廃業等届出（法十一条）の規定がある。主務大臣および都道府県知事は、不動産特定共同事業者名簿を備えなければならない（法一二条）、不動産特定共同事業者名簿等を一般の閲覧に供しなければならない（法一三条）。

3 行為規制

（1）業務遂行の原則 「不動産特定共同事業者は、信義を旨とし、誠実にその業務を行わなければならない」（法一四条一項）とし、信義誠実の原則（民法一条二項）を規定している。さらに、投機的取引の抑制（土地基本法四条参照）を明示しているが（法一四条二項）、「投機的取引の抑制」という語は、自主規制としての不動産特定共同事業協会の業務の中にも「投機的取引の抑制を図るため必要な調査及び研究」（法四一条二項四号）としてあげられている。

（2）名義貸しの禁止 不動産特定共同事業者は、自己の名義をもって、他人に不動産特定共同事業を営ませては

ならない(法一五条)。

(3) 標識の掲示 不動産特定共同事業者は、事務所ごとに、公衆の見やすい場所に、主務省令で定める様式の標識を掲示しなければならない。不動産特定共同事業者以外の者は、このような標識またはこれに類似する標識を掲示してはならない(法一六条)。

(4) 業務管理者 不動産特定共同事業者は、法の定める業務や業務の実施に関し必要な助言、指導その他の監督管理を行わせるため、その従業者であって宅地建物取引主任者資格登録を受けていることその他主務省令で定める要件を満たす者を置かなければならない(法一七条)。この者が、業務管理者である。省令では、不動産特定共同事業者の業務に関し三年以上の実務の経験を有する者またはその実務の経験を有する者と同等以上の能力を有するものとして主務大臣が定める基準に適合する者であることとしている(則一七条)。主務大臣が定める基準として、告示第三号(平成七年三月二七日)は、「主務大臣が指定する不動産特定共同事業に関する実務についての講習を修了した者であること」(一号)、「前号に掲げる基準のほか、主務大臣が不動産特定共同事業の業務に関し三年以上の実務の経験を有する者と同等以上の能力を有すると認められた者であること」(二号)とし、さらにこの二号の三年以上の実務の経験を有する者と同等以上の能力を有すると認めらるる者を、告示第四号(平成七年三月二七日)は、「不動産コンサルティングに関する知識及び技術の審査・証明事業認定規程(平成四年建設省告示第一二七七号)第二条の規定に基づく審査・証明事業として平成四年建設省告示第一七五九号により認定を受けた不動産コンサルティング技能試験・登録事業に係る登録者」(一号)、「ビル経営管理に関する知識及び技術の審査・証明事業認定規程(平成三年建設省告示第六六号)第二条の規定に基づく審査・証明事業として平成三年建設省告示第一一四号により認定を受けたビル経営管理士審査・証明事業に係る登録者」(二号)すなわち、「不動産コンサルティング技能試験登録者」と

「ビル経営管理士」としたのである。¹⁹⁾業務管理者の業務は、①不動産特定共同事業契約の成立前に交付する書面の作成時の記名押印(法二四条二項)、②不動産特定共同事業契約の成立時に交付する書面(契約書)の作成時の記名押印(法二五条二項)、③財産管理報告書の作成時の記名押印(法一八条三項)であり、さらに実施に関し必要な助言、指導その他の監督管理を行わせる業務として、④不動産特定共同事業契約の締結の勧誘(法一七条一項一号)、⑤不動産特定共同事業契約の内容についての説明(法一七条一項二号)、⑥事業参加者の求めに応じ、不動産特定共同事業契約に係る財産の管理の状況について説明すること(法一七条一項三号)がある。

なお、業務管理者名簿を備え置かなければならず、事業参加者の請求があれば、閲覧させなければならない(法一七条二項、則一七条二項)。

(5) 広告の規制 宅地の造成または建物の建築に関する工事の完了前においては、当該工事に関し必要とされる開発行為の許可、建築の確認その他法令にもとづく許可等の処分で政令で定めるものがあつた後でなければ、当該工事に係る宅地または建物について不動産特定共同事業に関する広告をしてはならない(法一八条一項、令六条)。いわゆる「青田売り」に対する制限を規定している。

不動産特定共同事業者は、自己が不動産特定共同事業契約の当事者となるか、代理人となるか、媒介を行うかの別および契約の種類(法二条三項各号)を明示しなければならない(法一八条二項)。

業務に関して広告をするときは、不動産取引による利益の見込みその他主務省令で定める事項について、著しく事実と相違する表示をし、または著しく人を誤認させるような表示をしてはならない(法一八条三項)。省令で定める事項は、①不動産特定共同事業者の資力または信用に関する事項、②不動産特定共同事業の実績に関する事項、③不動産取引の内容に関する事項、④事業参加者に対し分配を行う収益または利益の保証に関する事項、⑤不動産特定共

同事業契約の解除に関する事項、⑥不動産取引から損失が生じた場合における当該損失の負担に関する事項、⑦不動産取引に係る市況に関する事項である（則一八条）。

(6) 事業実施の時期に関する制限 宅地の造成または建物の建築に関する工事の完了前においては、当該工事に関し必要とされる開発行為の許可、建築の確認その他法令にもとづく許可等の処分で政令で定めるものがあつた後でなければ、当該工事に係る宅地または建物について不動産特定共同事業を行つてはならない（法一九条）。これも、青田売りに対する制限である。

(7) 不当な勧誘等の禁止 不動産特定共同事業契約の締結の勧誘をするに際し、その相手方に対し、当該不動産特定共同事業契約に関する事項であつてその相手方の判断に影響を及ぼすこととなる重要なものにつき、故意に事実を告げず、または不実のことを告げる行為をしてはならない（法二〇条一項）。

不動産特定共同事業契約の解除（組合からの脱退を含む）を妨げるため、事業参加者に対し、当該不動産特定共同事業契約に関する事項であつて事業参加者の判断に影響を及ぼすこととなる重要なものにつき、不実のことを告げる行為をしてはならない（法二〇条二項）。

不動産特定共同事業者またはその代理人、使用人その他の従業者は、不動産特定共同事業契約の締結の勧誘をするに際し、その相手方に対し、利益を生ずることが確実であると誤解させるべき断定的判断を提供する行為をしてはならない（法二一条一項）、不動産特定共同事業契約の解除を妨げるため、事業参加者を、威迫して困惑させてはならない（法二一条二項）。さらに、そのほか契約の締結の勧誘または解除の妨げに関する行為で、相手方または事業参加者の保護に欠けるものとして主務省令で定めるものをしてはならない（法二一条三項）。省令では、不動産特定共同事業契約の締結の勧誘をするに際しその相手方に対し特別の利益を提供することを約する行為としているが（則

一九条）、通達では、「特別の利益を提供すること」とは、特定の事業参加者に割り増しして利益等の分配を行うことその他不動産特定共同事業契約に関し生ずる利益について特別の利益を提供することをいうものであるとしている。また、不当な勧誘行為として、①相手方の業務または生活の平穩を害するような時間帯に訪問し、または電話をかけること、②勧誘に対する拒絶の意思を明らかにした者に対し、執拗に勧誘すること、③社会的に過剰な営業活動であると批判を浴びるような勧誘を行うことも適切でないとしている。

(8) 金銭等の貸付けまたはその媒介等の禁止 不動産特定共同事業契約の締結の勧誘をするに際し、その行う不動産特定共同事業に関し、その相手方に対し金銭もしくは有価証券を貸し付け、またはその相手方への第三者による金銭もしくは有価証券の貸付けにつき媒介、取次ぎもしくは代理をしてはならない（法二二条）。いわゆる事前販売時において、持分の購入代金に関し金銭の貸付けまたはその媒介等を行う行為は「不動産特定共同事業に関する」ものではないので禁止されない（通達）。相手方である事業参加者が宅地建物取引業者の場合には本条は適用されない（法四七条一項）。

(9) 約款にもとづく契約の締結 不動産特定共同事業契約の締結は許認可された不動産特定共同事業契約約款にもとづかなければならない（法二三条）。

(10) 契約成立前の書面の交付 不動産特定共同事業契約が成立するまでの間に、その申込者に対し、契約の内容およびその履行に関する事項で主務省令で定めるものについて、書面を交付して説明しなければならない（法二四条一項）。事業に参加するかどうかを判断するのに情報開示が非常に重要だからである。なお、省令で定める事項のうち、書面に記載すべき出資の単位については（則二〇条）、通達で①不動産特定共同事業契約に係る金銭の出資額については、原則として一億円以上とすること、ただし、資本金等の額が一〇億円以上で、かつ、その資産の合計額か

ら負債の合計額を控除した額が資本金等の額以上である法人または当該法人が設立した特別目的会社にあつては、その額を一〇〇〇万円まで引き下げることができること、②現物の出資額については、五〇〇万円以上とすることとされた。⁽²⁰⁾

不動産特定共同事業者が自ら行う事前販売（代理・媒介を含む）をとまう不動産特定共同事業者の場合は、契約が成立するまでの間に当該契約の内容およびその履行に関する事項について書面を交付して説明しなければならないが（法二四條一項）、「事前販売」契約に関し宅地建物取引業法三五條に規定する重要事項の説明が必要であり、これらは同時に行うのが望ましい（通達）。

(11) 契約成立時の書面の交付 契約成立時には、法定事項記載の書面（契約書）を交付しなければならない（法二五條一項）。法定事項は、①不動産特定共同事業者の法二條三項各号に掲げる契約の種類、②不動産特定共同事業者に係る不動産取引の目的となる不動産を特定するために必要な表示およびその不動産取引の内容、③事業者参加者に対する収益または利益の分配に関する事項、④不動産特定共同事業者に係る財産の管理に関する事項、⑤契約期間に関する事項、⑥契約終了時の清算に関する事項、⑦契約の解除に関する定めがあるときは、その内容、⑧その他主務省令で定める事項（則二一條参照）である。

(12) 書面による解除 事業者参加者は、契約成立時に交付される書面（契約書）を受領した日から起算して八日を経過するまでの間、書面により当該不動産特定共同事業者の解除をすることができる（法二六條）。いわゆるクーリングオフ制度の規定である。投資家保護の規定であるから、事業者参加者が宅地建物取引業者である場合については適用されない（法四七條二項）。また、宅地建物取引業法三七條の二では、当該宅地建物取引業者の事務所等以外の場所においてという制限があるが、本法では場所の制限をしていないという差異がある。

(13) 財産の分別管理 不動産特定共同事業者は、主務省令で定めるところにより、不動産特定共同事業者に係る財産を、自己の固有財産および他の不動産特定共同事業者に係る財産と分別して管理しなければならない（法二七條）。不動産特定共同事業者は、対象不動産が同一である不動産特定共同事業者ごとに本規定に掲げる書類を調整することにより、業務に関する帳簿書類を作成し、不動産特定共同事業者に係る財産を自己の固有財産および他の不動産特定共同事業者に係る財産と分別して管理する（則二二條）。

(14) 財産管理報告書の交付 不動産特定共同事業者は、事業者参加者の求めに応じ、不動産特定共同事業者に係る財産の管理の状況について説明しなければならず（法二八條一項）、事業者参加者に対し、主務省令で定めるところにより、定期に、不動産特定共同事業者に係る財産の管理の状況についての報告書を交付しなければならない（法二八條二項）。この報告書は、一年を超えない期間ごとに作成・交付しなければならないが、記載事項は、①報告の対象となる期間、②期間満了の日（基準日）における当該事業者参加者の出資に係る持分、出資の割合または賃貸もしくは賃貸の委任の目的である財産の共有持分、③当該不動産特定共同事業者契約にもとづき期間内に営んだ不動産取引の内容および当該不動産取引から生じた収益または利益および損失の状況、④基準日における当該不動産特定共同事業者契約に係る財産の状況である（則二三條）。

(15) 書類の閲覧 不動産特定共同事業者（不動産特定共同事業者の当事者に限る）は、主務省令で定めるところにより、その業務および財産の状況を記載した書類を事務所ごとに備え置き、事業者参加者の求めに応じ、閲覧させなければならない（法二九條）。これらの書類は、業務状況調査と比較貸借対照表であり、当該事業年度経過後三月以内に作成しなければならない（則二四條）。

(16) 事業者参加者名簿 不動産特定共同事業者（不動産特定共同事業者の当事者に限る）は、契約を締結したと

きは、主務省令で定めるところにより、事業参加者の名簿を作成し、保存しなければならない（法三〇条一項）、名簿記載の事業参加者の求めに応じ、閲覧させなければならない（法三〇条二項）。名簿には、事業参加者の商号もしくは名称または氏名および住所を記載し、対象不動産が同一である不動産特定共同事業契約ごとに契約締結後遅滞なく作成し、契約が締結された事務所において保存する（則二五条）。

(17) 守秘義務 不動産特定共同事業者は、正当な理由がある場合でなければ、その業務上取り扱ったことについて知り得た秘密を他に漏らしてはならず、事業を営まなくなった後も同様である（法三一条一項）。代理人、使用人その他の従業者が業務の補助により知り得た秘密についても同様である（法三一条二項）。

4 監督

不動産特定共同事業者に業務に関する帳簿書類の作成・保存義務（法三二条）、事業報告書の作成と毎事業年度経過後三月以内の提出義務（法三三条）が課せられており、主務大臣または都道府県知事の指示（法三四条）、業務停止命令（法三五条）、許可の取消し（法三六条）、業務管理者の解任命令（法三七条）、監督処分⁽²⁰⁾の公告（法三八条）、主務大臣または都道府県知事の指導・助言・勧告（法三九条）、立入検査等（法四〇条）のような業者に対する監督規定がある。

5 不動産特定共同事業協会

不動産特定共同事業者は、事業参加者の保護を図り、不動産特定共同事業の健全な発展に資することを目的として、不動産特定共同事業者を会員とし、名称中に不動産特定共同事業協会という文字を用いる民法三四条の規定による公

益法人を設立することができる（法四一条一項）。この協会は、会員に対する指導・勧告、事業参加者等からの苦情の解決、不動産の適正かつ合理的な利用の確保および投機的取引の抑制を図るため必要な調査および研究等の業務を行う（法四一条二項）。現存の不動産シンジケート⁽²¹⁾協議会が設立の母体になるであろう。

6 雑則

(1) 信託会社等に関する特例 信託会社および信託業務を兼営する銀行で宅地建物取引業を営もうとするときは、その旨を建設大臣に届け出なければならないので（宅地建物取引業法七十七条三項）、この届出をしたもの（「特定信託会社等」という）は、本法三条から一〇条、および三六条の規定を適用しない（法四六条一項）。不動産特定共同事業を営む特定信託会社等は、主務大臣の許可（法二条一項）を受けた不動産特定共同事業者とみなして本法の規定が適用される（法四六条二項）。特定信託会社等は、不動産特定共同事業を営もうとするときは、主務省令で定めるところにより、不動産特定共同事業約款を添付して、その旨を主務大臣に届け出なければならない（法四六条三項）。許可を受ける必要がないのは、特定信託会社等は、信託業法において賃貸の委任契約の締結等を業として行うことが認められており、こうした業務については信託業法にもとづく免許を取得して行う信託業務に含まれることから本法の許可を重ねて求める必要はないと考えられるためである⁽²²⁾。

(2) 適用除外 金銭等の貸付けまたはその媒介等の禁止（法二二条）の規定は、宅地建物取引業者（宅地建物取引業法二条三号参照）を相手方とする場合については、適用しない（法四七条一項）。書面による解除（クーリングオフ）（法二六条）の規定は、事業参加者が宅地建物取引業者である場合については、適用しない（法四七条二項）。本法の規定は、国および地方公共団体には適用しない（法四七条三項）。

(3) 宅地建物取引業法の規定の不適用 不動産取引による収益分配を約する任意組合契約(法二条三項一号)にもとづき不動産取引を行う事業参加者その他政令で定める事業参加者については、宅地建物取引業法の規定を適用しない(法四八条)。

(4) 主務大臣等 当初の出資が金銭をもって行われ、かつ、契約終了時のその返還が同じく金銭をもって行われるものなど一定の不動産特定共同事業については、金融商品の側面を有することから大蔵大臣および建設大臣の共管、その他の事業については建設大臣専管とした(法四九条一項一号、二号)。主務省令は、大蔵省令・建設省令である(法四九条二項)。

7 罰則

法五二条から五九条まで、罰則を定めている。

8 附則

三条(検討)において、「政府は、この法律の施行後一〇年以内に、この法律の実施状況、社会経済情勢の推移等を勘案し、事業参加者の利益の保護及び不動産特定共同事業の健全な発達の観点からこの法律に規定する不動産特定共同事業に係る制度等について総合的に検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする」と規定した。一〇年以内に見直しをするということである。

三 積極的活用の提言

(1) 魅力に富んだ商品の提供 このように不動産特定共同事業法という「仏」が作られたのであるから、いよいよ魅力に富んだ商品の提供ということで「魂」を入れることになろう。不動産特定共同事業の可能性について考えてみよう。

まず、地権者参加型の事業手法として、今後は、不動産事業の開発段階から、投資家が直接、不動産あるいは金銭を出資する形態が出てくることも予想されるという指摘がある⁽²³⁾。

また、老朽マンションの建て替えに、不動産特定共同事業(任意組合方式、法二条三項一号)と組み合わせる提案もなされている⁽²⁴⁾。

法二条三項二号は、不動産取引による利益分配を約する匿名組合契約を規定しているが、いよいよ、匿名組合型商品の第一号が誕生することになった。野村不動産が千葉市の大規模住宅地開発事業で近く事業化することである。匿名組合員は個人でなく、法人(ハウスメーカー)である⁽²⁵⁾。

私は、定期借地権者を事業参加者(投資家)にすることを提案した。持家によるキャピタルゲインの取得分を不動産特定共同事業に参加することにより取得できるならば、持家にこだわることはない⁽²⁶⁾。

さらに、阪神・淡路大震災の復興まちづくりの実戦として、罹災都市復興特定共同事業を提案したい。利回りが低くても、援助したいという国民は大勢いる。その枠組みがないだけである⁽²⁷⁾。

(2) 大衆投資家の形成 情報開示をきちんとすることによって、投資家が正しく判断することができるようにな

る。どこまで小口化できるかが最大の焦点となる。⁽²⁸⁾

(3) 不良債権の処理 不良債権となるのは、抵当権が設定されている不動産が換価できないのであるから、小口化商品にして売却することにより流動化すべきであろう。⁽²⁹⁾ 不動産を証券化して自由市場を作れば、担保不動産は均衡価格で取引されることにより、不良債権は処理されることになる。⁽³⁰⁾ そのためにも、不動産特定共同事業が有益である。

(4) 展望 高齢化社会になると、社会の活力がなくなり、もはや大規模開発など望めないことになる。二一世紀の都市づくりはいま着手しなければならぬ。都市開発事業の資金調達手段として不動産特定共同事業が有効であろう。それによって社会資本の拡充が図られることになる。不動産特定共同事業法は、規制法であるにもかかわらず、「規制」という語を省いたがゆえに(注(2)参照)、単なる規制法にとどまらず、都市開発という積極的意義を内包した法として評価されるのではないだろうか。

注

(1) 平成四年に、建設省は、「不動産共同投資事業法案(仮称)」を準備していたが、提出が見送られている。しかし、平成五年には投資家保護の立場と、景気回復のために不動産流動化が必要であるとの提言から、建設省も年末になって「不動産特定共同事業法案」の平成六年春の通常国会提出を決定した。立法の経緯については、佐藤一雄『不動産特定共同事業法―その理論と実戦』七九頁以下(住宅新報社、平七)参照。

私は、平成四年一月一日、明海大学で開催された日本不動産学会平成四年度秋季全国大会(学術講演会)で、「不動産証券化の新展開」のテーマで学会発表を行った(座長は、田中一行教授(成蹊大学経済学部)、コメンテーターは、松本恒雄教授(一橋大学法学部)である)。その中で、私は、「不動産の証券化」論議の経過を辿りつつ、その問題を明らかにした上で、当時、建設省が準備していた「不動産共同投資に係る事業の規制に関する法律案要綱」を不動産小口化商品に御墨付を与えるものと評価しつつ、わが国の「不動産の証券化」は、デット型が抵当証券に収束したように、エクイティ型は不動産小口化商品にシフトしていくと述べた

(上原由起夫「不動産証券化の新展開」日本不動産学会平成四年度秋季全国大会(学術講演会)梗概集・8・六九頁以下(平四))。
「不動産の証券化」そのものについては、私はすでに平成二年一月八日、国土館大学公開講座(柴田会館)で「不動産の証券化について―法学からのアプローチ」というテーマで講演を行った(抵当証券二二一四頁以下(平二)に速記要約が掲載されている)。なお、不動産の証券化の定義づけの困難なことについて、松本恒雄「不動産の証券化についての民法学からの検討」信託法研究一五号一三九頁以下(平三)参照。

平成六年一〇月八日の金融法学会第一一回総会シンポジウム「いわゆる金融の証券化とその法的評価」でもとりあげられた(丸山秀平「不動産の証券化―わが国における経緯と展開」金融法研究資料編(10)八四頁以下(平六)、報告内容は、金融法研究一六八頁以下(平七))。

(2) 不動産特定共同事業法は、不動産小口化商品を規制する法律である。そこで、本来ならば、「不動産特定共同事業の規制等に関する法律」という名称になるのであるが、規制緩和の潮流の中で「規制」という言葉の使用を遠慮したといわれている。しかし、規制法であることは間違いない。平成四年当時は、「不動産共同投資に係る事業の規制に関する法律案」であった。不動産業界にとっては、宅地建物取引業法以来四二年ぶりの業法の成立である(佐藤・前掲注(1)八四頁)。

(3) 「現状の不動産小口化商品は不動産証券化の理念的なモデルからは離れているが、これを不動産の証券化とは別のもの、あるいは未発達な証券化と考える必要はない」ことについて、田村幸太郎『不動産証券化の法的基礎』五八頁以下(勁草出版サービスセンター、平六)参照。

(4) 証券取引法上の有価証券を米国にらって幅広くとらえれば、不動産小口化商品も「投資契約」としてとりこまれてしまうことになり、この点で大蔵省と建設省が対決した(不動産コンサルティング(別冊・不動産鑑定)一三三頁以下(平二))。

(5) 昭和六二年三月、三井不動産販売と長谷工コーポレーションがそれぞれ、「トレンディ」と「RIS」の名で、ほぼ同時に売り出した。「トレンディ」は、東京都港区赤坂のオフィスビルを小口化したもので、一口一億円で三八口に分けられ、二五口が販売された。一口購入した投資家は、三階以上の部分の所有権の三分の一の共有持分権を他の投資家とともに住友信託銀行に信託して運用してもらい、配当のほか、一〇年後に売却して値上がり益を得るといものである。不動産小口化商品については、『最新不動産小口化・証券化ハンドブック』(日経BP社、平二)参照。

(6) 不動産小口化商品を積極的に販売したマルコー、五輪建設、ライベックス、高野敏男商店(平成三年一月から平成五年三月までの間に相次いで倒産)四社の販売総額(マルコーは海外投資物件のみの数字)と購入者数である(三木俊博・佐々木幸孝・村本武志

不動産特定共同事業法の検討(上原由起夫)

「変額保険・不動産共同投資事件と融資者責任(2)」NBL五九二号五四頁(平八)。

(7) 上原由起夫「証券抵当の課題」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊NBL三三〇頁(平七)参照。

(8) 上原由起夫「抵当証券制度の新展開―抵当証券法成立を契機として―」国士館法学二〇号二二頁以下(昭六三)参照。

(9) 田中一行教授から御教示を賜った。

(10) 民法上の組合の場合、すべての当事者が組合の事業の遂行に関与する権利をもつことが必要である。最小限、業務執行に対する監督の権限を有するのであり、これを監視権という(民法六七三条)。監視権がないと単なる利益配当契約になってしまう(福地俊雄『新版注釈民法(17)』四八頁(鈴木祿弥編)(有斐閣、平五))。

(11) 出資額以外に組合の損失を補充する義務、損失分担義務を負わない当事者があっても、組合契約の性質を失うものではない。しかし、これは内部関係だけのことであり、組合の債権者に対する関係で損失分担をしない旨を主張できるかどうかは別の問題である。民法の原則は、各組合員に無限の人的責任を負わせるのである。もっとも、民法上の組合の中にも、組合的な団体から社会的色彩の濃厚な組合まであるから業務執行組合員だけに人的無限責任を負わせるのが妥当な場合もあるという説もある(品川孝次『新版注釈民法(17)』一三二頁(鈴木祿弥編)(有斐閣、平五))。しかし、そのためには組合員の責任を限定する旨の債権者との間の契約がなければならず、この特約は悪意の第三者にも対抗しうる(我妻栄『債権各論・中巻二・民法講義』八一〇頁(岩波書店、昭三七))。善意の第三者には対抗しえないのである。省令では、約款に事業参加者、組合員が無限責任を負う旨を明示することを要求している(則八条二項一〇号ロ)。

(12) 組合員たる地位の譲渡については、民法に規定がない。組合契約で許すときは譲渡できるとするのが通説である。実質的には、譲渡人が脱退し、譲受人が加入するのと同様で、脱退と加入は認められているのだから、組合員たる地位の譲渡による交替も認められるというわけである(我妻・前掲注(11)八四一頁、菅原菊志『新版注釈民法(17)』一五九頁以下(鈴木祿弥編)(有斐閣、平五))。判例は、ほかの組合員の承諾を得れば組合員たる地位を第三者に譲渡しうるとしている(大審院大正五年一月二〇日判決・大審院民事判決録二二輯二四五頁など)。しかし、相続、遺贈、破産その他これらに準ずる場合を除き、契約の相手方である不動産特定共同事業者、業務執行組合員、理事長以外の者に事業参加者、組合員たる地位(契約上の権利および義務)を譲渡することを禁止したのである(則八条二項一三号)。

(13) 匿名組合は、営業者(商人に限られる)がその営業のために他の者、匿名組合員から財産の出資を受け、これに対し営業から生ずる利益を分配すべきことを約する契約である。資本関係を秘密にしたい営業者、営業との関係を秘密にしたい資本家等により利用されるものである。匿名組合員は営業者の陰に隠れ、その存在が外部に知らされない。

匿名組合の当事者は、営業者と匿名組合員(出資をする者)の二名である。営業者は、資本力を強化するために、多数の出資者と同一内容の匿名組合契約を締結することができるが、この場合にも、匿名組合は、営業者と各出資者との間に各別に並存するだけで、出資者相互の間には何の法律関係も存しない。

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。出資の目的は、金銭その他の財産に限られ、信用および労務は認められない(商法五四二条による同法一五〇条の規定の準用)。匿名組合員の出資は、営業者の財産に帰属する(商法五三六条一項)。

営業に対する監視権が認められているので、営業年度の終わりに営業時間内に限り、貸借対照表の閲覧を求め、かつ業務および財産の状況を検査することができる。また、重要な事由があれば、いつでも裁判所の許可を得て業務および財産の状況を検査することができる(商法五四二条による同法一五三条の規定の準用)。このように監視権により営業の内情に通ずる関係上、匿名組合員の地位は、出資義務の完了後でも、営業者の同意なしに他人に譲渡することはできないというのが通説である(西原寛一『商行為法』一八一頁(有斐閣、昭三五))。省令でも出資者、匿名組合員たる地位の譲渡を禁止している(則八条二項一三号)。やむをえない事由があるときは、各当事者はいつでも契約を解除することができる(商法五三九条二項)。この解約権を制限する特約は無効である(民法九〇条)。

事業の危険を負担するのは、匿名組合員の出資財産のみである(有限責任)。損失は特約があれば負担しなくてよい。損失分担は匿名組合の要素ではないからである(西原・前掲書一八二頁)。特約がなければ、匿名組合員は損失を分担するのであり、その割合は、別段の定めがないときは、民法上の組合の規定(民法六七四条)が類推適用され、利益分配の割合と同じになる(平出慶道『商行為法』三三七頁(青林書院、第二版、平一))。

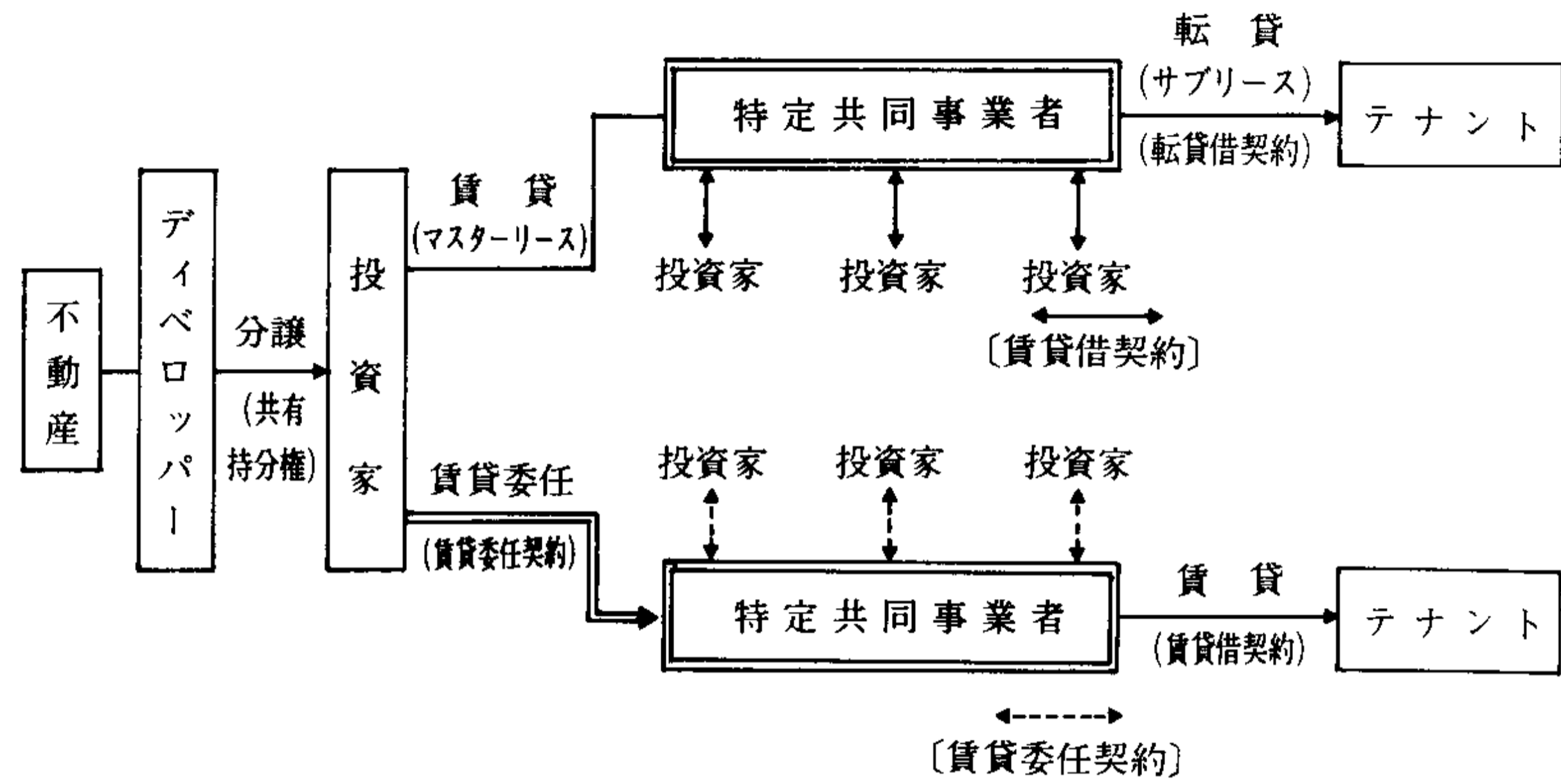
(14) 共有不動産に限定しないで、区分所有権まで含むとすれば規制の対象が広がりすぎるものが懸念されるからとのことである。区分所有権ならば、賃借している業者に不適切な行為があれば、賃貸借契約を解除したり、区分所有権者自身で使用したりすることも可能だから規制の対象とする必要性に乏しいとされた(不動産特定共同事業研究会編『ハンドブック不動産特定共同事業法』八頁以下(大成出版社、平七))。消費者保護の観点からは異論もあろう。

(15) 共有持分権を提供してホテル経営を委託する場合等は規制の対象とならないと考えられ、脱法行為が心配されるので、政令で追加指定ができるとしても、被害の後追いになるのではないかとこの危惧が残るという指摘がなされている(三木ほか・前掲注(6)五六)

不動産特定共同事業法の検討(上原由起夫)

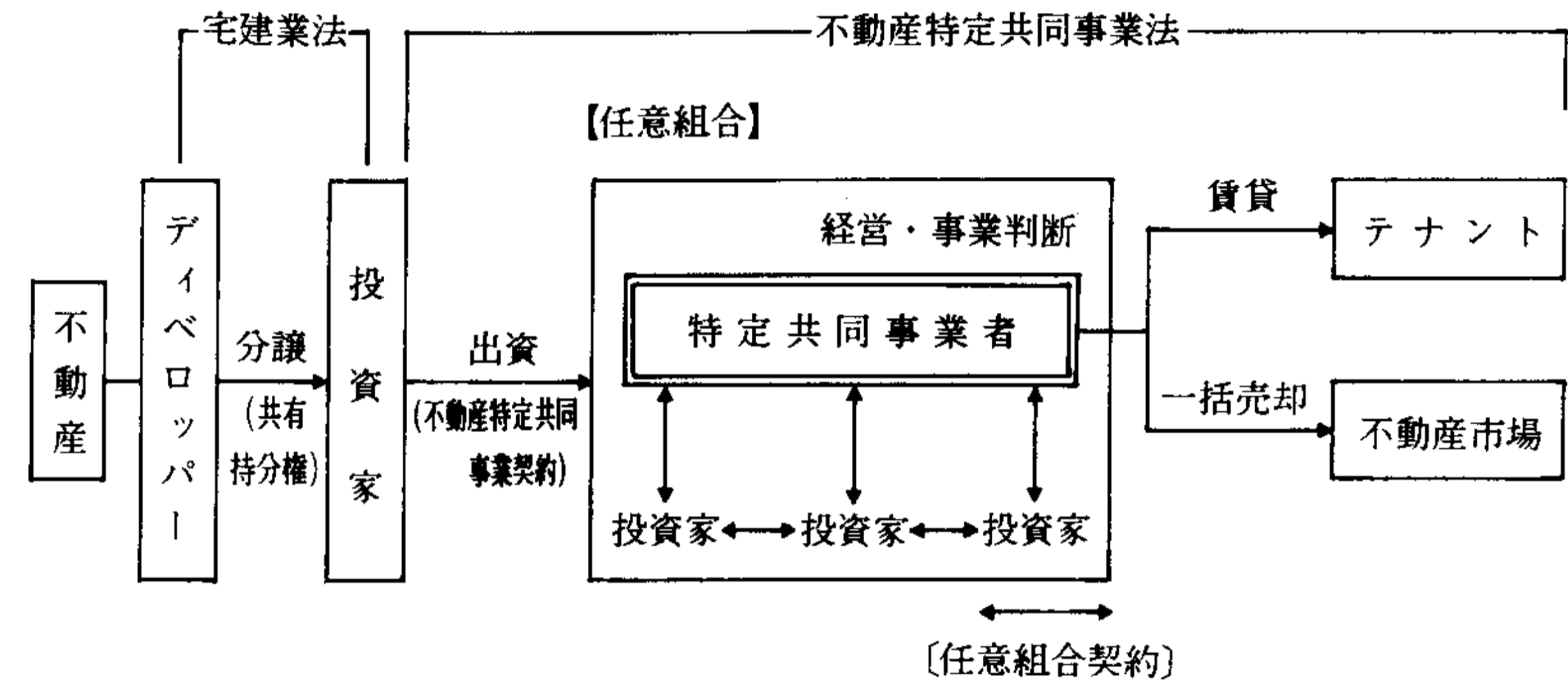
- 頁)。
- (16) 省令は定められていない。
- (17) 資本金額がいくらかということは、中小不動産業者のビジネス・チャンスの拡大につながるもので、どこまで小口化できるかという大衆投資家形成ほどは論じられていないが、不動産業者にとっては重大な問題である。
- (18) 財団法人土地総合研究所は、平成七年三月に「不動産特定共同事業の約款等に係る研究会報告書」を発表した。そこでは、任意組合契約(現物出資型)、匿名組合契約(金銭出資型)、賃貸借契約(固定賃料(一括借上)型)を対象として約款案を作成している(不動産シンジケーション協議会編『不動産特定共同事業の契約約款と関係法令』(住宅新報社、平七)参照)。
- (19) 東京大学社会科学研究所の都市的土地利用研究会(代表は、稲本洋之助東京大学教授)の第一〇回公開研究会(平成六年一二月一〇日、明治大学会館)「創造的都市開発とプロジェクトファイナンス」で、私は、パネラーとして「不動産特定共同事業法の意義を検討する」というテーマの報告をし、その中で、業務管理者として「不動産コンサルティング技能試験」(財団法人不動産流通近代化センターが実施)の合格者が適任であることを私見として述べたが、実現したわけである。
- (20) 大衆投資家の形成のためには、もっと小口化する必要がある。外国と比較するとまだ高額すぎる。一口五〇万円〜一〇〇万円にして普及させるべきである(抵当証券は小額販売にしてプームになったのである)。サラリーマン・OLがボーナスで購入できなければ国民に支持される商品にはなるまい。
- (21) 不動産シンジケーション協議会は、平成二年九月一七日に、不動産共同投資事業の適正かつ円滑な運営と取引の公正を図るため、諸制度の整備や改善を進め、不動産シンジケーション事業の健全な発展を促進し、公共の利益の増進に寄与することを目的として設立された。平成七年一〇月現在、大手不動産会社四二社が会員になっている。理事長は、田中順一郎氏(三井不動産株式会社代表取締役社長)である。
- (22) 不動産特定共同事業研究会編・前掲注(14)二六頁。
- (23) 河村正人「不動産特定共同事業法の制定」金融法務事情一三九二号一六頁(平八)。河村氏は、当時、建設省建設経済局不動産課課長補佐として立法に尽力した。
- (24) 中尾宏氏(日本債券信用銀行調査部)の主張(住宅新報平成七年七月一四日号「定借論壇」)。
- (25) 住宅新報平成八年四月一二日号。
- (26) 前掲注(19)のシンポジウムで述べたところである。私見については、住宅新報平成七年二月二四日号「定借ガイド大全集第一部よみがえる土地5」で本多信博記者が次のように紹介している。「国土館大学法学部の上原由起夫教授はユーザーが定期借地権住宅を購入すると同時に、不動産小口化商品のような不動産特定共同事業に投資することを提唱している。その方が『所有よりも利用することに意味がある』住宅の取得と、資産形成としての不動産の取得が最初から分離されているため合理的だ」と話す。「『大手ハウスメーカーが、五千万円の定期借地権付き住宅と、一口五千万円の不動産小口化商品とを最初からセットして販売するのも面白いのではないか』という上原教授の提案こそ、定期借地権市場の未来をよりの確にとらえているのかもしれない」と。
- (27) 佐藤・前掲注(1)二八頁も同様の主張をしているが、不動産シンジケーション協議会が音頭を取って実現すべきであろう。
- (28) 前掲注(20)参照。なお、税務上の不動産性との関連も問題となる。不動産特定共同事業にとって税務の問題は欠くべからざる課題である。杉本茂『不動産共同投資事業の法律・会計税務と評価』(平五、住宅新報社)参照。
- (29) 不良債権を市場価格で評価して償却する必要があるとして、債権の額が大きすぎるので小口に分割して証券化する方法が提案されているが(長谷川徳之輔+不動産金融研究会『土地本位経済大崩壊―迫る土地デリバティブ金融危機』二二七頁(総合法令出版、平七)、それならばデット型で抵当証券の問題になるであろう。むしろ、エクイティ型として、抵当不動産を小口化して売却し、換金するほうがよいと思う)。
- (30) 小室直樹『それでも国家と呼べるのか 万死に値する大蔵・外務官僚の罪』二七九頁以下(クレスト社、平八)。なお、小室氏は、大前研一『金融 危機からの再生』一四四頁以下(プレジデント社、平成七)を引用し、「土地は金融商品である」といい、「実際に土地が金融商品として市場化されるためには、土地は証券化されなければならない」と主張する(二七九頁)。私も、土地は金融商品であるという命題は正しいことを、不動産法および金融法の講義をする中で痛感してきた。現代土地所有権論は、こうした観点を抜きにしては論じられないのである。

③ 賃貸、賃貸委任による商品の例



佐藤一雄『不動産特定共同事業法——その理論と実践』
91頁以下(住宅新報社、平7)を修正。

① 任意組合(不動産小口化商品の例)



② 匿名組合(金銭出資による商品の例)

