

スクイーズアウト税制における適格要件の合理性判断規準の考察

—課税繰延べ理論の限界と境界—

柴田 重樹

スクイーズアウト税制における適格要件の合理性判断規準の考察 —課税繰延べ理論の限界と境界—

柴田 重樹

【 要 約 】

平成29年度税制改正により、スクイーズアウト税制が創設された。しかし、この税制の特徴は企業買収の側面を大いに有しているが、従前の組織再編成税制においては、企業買収は売買取引と考えられてきたはずである。このように、組織再編成税制における売買取引の概念が不明瞭な状況では、租税回避行為として否認される恐れがあり、租税の予見可能性や中立性が損なわれているのではないかと危惧する。かかる問題意識のもと、スクイーズアウト税制における適格要件の合理性判断規準を、課税繰延べ理論の限界とそこにおける租税回避との境界の視点から考察することを本稿の目的とする。

まず1章では、会社法上の組織再編法制を概観した上で、スクイーズアウト制度の導入の背景と問題点を明らかにした。これにより、会社法施行から「対価の柔軟化」に関する部分のみ1年間遅らせ、その間に企業が買収防衛策の導入等必要な対応を検討し、かつ、政府においても必要な措置をとることができるようにとの政治的判断により、平成19年に施行されたが、M&A（企業買収）が前提とされている制度であることが明らかとなった。

2章では、組織再編成税制の基本的考え方を確認し、税制の在り方を整理するとともに、スクイーズアウト税制が我が国の組織再編成税制にどのように位置付けられるかを検証した。適格組織再編成に関する課税繰延べの理論的根拠である「経済的実態に実質的な変更が無い」や、「支配の継続」、「投資の継続」とはどのようなことを意味するのか、「課税を繰り延べるべき取引」とは何を意味するかは不明確な状態にあることが明らかとなり、これこそが、本稿の問題点の根源となっていると結論した。

3章では、課税繰延べ理論の根拠とされる「支配の継続性」と「投資の継続性」にかかる判例法理を検証した。「支配の継続性」とはグループ内の組織再編成のみに適用すべき考え方であり、「合併の前後を通じて移転資産に対する支配が継続しているとはいえず……単なる資産の売買にとどまるものと評価することが妥当」であるとして、「みなし共同事業要件」による繰越欠損金の引継ぎを否認した判旨は明らかに問題がある。次いで、「投資の継続性」であるが、所得税法58条の課税繰延べの根拠である「機能説」という考え方は、投資の継続という概念の現れであることがわかった。これは、米国の規定が参酌されているとされ、つまり、米国の「投資の継続性」の概念が、組織再編成税制より以

前に、我が国の税法に導入されていたことが明らかとなった。

終章では、3章までに考察してきたスクイーズアウト税制の問題点が、租税回避として法人税法132条の2が適用され否認され得るかどうかを検証した。判例法理では、「濫用基準」が用いられているが、この判断基準には依然曖昧さが残り、予見可能性の確保は十分とは言い難い。さらに、「段階取引」について、旧法人税法28条にかかる判例を検討したところ、金銭対価による組織再編が認められている現在においては、特定のスキームについて、租税回避として否認される可能性が存在している。上記を踏まえて、米国における組織再編税制を概観したが、米国が作り出した投資持分継続性原理は、売買取引と組織再編との線引きを明らかにするために使用されており、投資持分継続性が認められる金銭対価の割合は、組織再編の類型毎に要件が異なることを確認した。

以上、本稿における検討から、組織再編成税制の課税繰延べ理論を明確にすべきであり、そして、米国の組織再編税制のように、対価要件に関しては、組織再編の類型毎に定めるべきであって、株式交換等については、金銭対価によるものを適格組織再編成として課税を繰り延べるべきではないと結論づけた。仮に、政策的な配慮からM&A（企業買収）の側面が強いものまで適格組織再編成として課税を繰延べるのであれば、課税理論上は単なる課税上の優遇措置、すなわち租税特別措置法に位置付けるのが妥当である。

目 次

はじめに	1
1. 組織再編の意義	7
1. 1 組織再編の手法と法的性質.....	7
1. 1. 1 合併.....	7
1. 1. 2 株式交換.....	11
1. 1. 3 全部取得条項付種類株式の端数処理等.....	12
1. 2 「スクイーズアウト」の意義.....	15
1. 2. 1 対価の柔軟化.....	15
1. 2. 2 事業上の目的の不当性.....	18
1. 3 少数株主保護の問題.....	20
小括.....	21
2. スクイーズアウト税制の適格要件の射程	22
2. 1 組織再編成税制の位置付け.....	22
2. 1. 1 組織再編成税制の立法趣旨.....	22
2. 1. 2 組織再編成税制の基礎理論.....	24
2. 1. 3 適格要件の判断要素.....	29
2. 2 売買取引該当性と課税繰延べ理論.....	37
2. 2. 1 金銭対価.....	37
2. 2. 2 全部取得条項付種類株式の端数処理等の位置付け.....	42
2. 3 課税繰延べ理論の限界.....	46
小括.....	47
3. 課税繰延べの理論に関する判例法理	48
3. 1 「支配の継続性」に関する事案-東京地判平成26年3月18日（訟月 60巻9号1857頁）	48
3. 2 「投資の継続性」に関する事案-大阪高判平成15年6月27日（判タ 1155号202頁）	52
小括.....	56
4. 適格要件と租税回避否認の規準	57
4. 1 租税回避否認の法理.....	58
4. 1. 1 法人税法132条の2	58

4. 1. 2 旧法人税法 28 条.....	62
4. 2 米国における適格要件の捉え方.....	65
4. 2. 1 組織再編成税制の構造.....	65
4. 2. 2 投資持分継続性 (COI)	68
小括.....	70
おわりに	71
参考文献	75

はじめに

平成29年度税制改正にてスクイーズアウト税制が創設された。これは、具体的には、①株式交換で少数株主に金銭を交付して完全子法人化するものを適格（適格株式交換等）とする改正、②全部取得条項付種類株式の端数処理・株式併合の端数処理・株式売渡請求で少数株主を排除して完全子法人化するものと株式交換を合わせて組織再編成（株式交換等）とし一定のものを適格（適格株式交換等）とする改正、③合併で被合併法人の少数株主に金銭を交付するものを適格合併とする改正、④スクイーズアウトの対象となった少数株主のみなし配当課税を緩和する改正、⑤非適格株式交換等において時価評価を行う完全子法人の資産を帳簿価額が1,000万円以上のものとする改正、⑥適格スクイーズアウトにより連結納税に加入することとなる法人の資産の時価評価を行わず欠損金の持ち込みも認める改正の6つからなり、これを表したのが図表1である¹。その特徴をまとめると、金銭を交付する株式交換と合併（吸収合併）を適格とする改正と、全部取得条項付種類株式の端数処理等を組織再編成として位置付けた上で要件を充たすものを適格とする改正の2つであるといえる。

¹ 朝長英樹『現代税制の現状と課題（組織再編成税制編）』9頁（新日本法規、2017）

図表1 <平成29年度のスクイーズアウト関係改正の概要>

手法	適格となり得るもの (注1)の株式の保有状況	少数株主への金銭等の 交付	組織再編成の取扱い		連結納税における取扱い		
			改正前の取扱い	改正後の取扱い	改正前の取扱い	改正後の取扱い	
							非適格
合併(吸収合併)	合併法人が被合併法人の 株式等の3分の2以上保有	合併法人以外の被合併 法人の株主等に金銭交 付	被合併法人の資産・負債の合併法人へ の時価譲渡	被合併法人の資産・負債の合併法人へ の時価譲渡	被合併法人の資産・負債の合併法人への 簿価引継ぎ	被合併法人の資産・ 負債の合併法人への 簿価引継ぎ	
			被合併法人の欠損金の切捨て	一定の要件の下で被合併法人の欠損金 の合併法人への引継ぎ	被合併法人の欠損金の切捨て	一定の要件の下で被 合併法人の欠損金の 合併法人への引継ぎ	
株式交換	株式交換完全親法人が株 式交換完全子法人の株式 等の3分の2以上保有	株式交換完全親法人が 株式交換完全子法人の 株主等に金銭交付	完全子法人の時価評価対象資産(注 2)の時価評価	完全子法人の時価評価対象資産(注 2)の時価評価	加入時の時価評価対 象資産(注2)の時 価評価の除外	加入時の時価評価対 象資産(注2)の時 価評価の除外	
			(対象法人の処理 なし)	完全子法人等の時 価評価対象資産の 時価評価(注2)	完全子法人等の時価評価対象資産(注 2)の時価評価の除外(対象法人の処 理なし)	加入時に時価評価対象資産(注2) の時価評価	加入時の時価評価対 象資産(注2)の時 価評価の除外
全部取得条項付種類株式	最大株主等である法人と 対象法人との間に一方の 支配関係又は同一の者に よる支配関係	最大株主等である法人 以外の株主等に端数相 当の金銭交付	(対象法人の処理 なし)	完全子法人等の時 価評価対象資産の 時価評価(注2)	完全子法人等の時価評価対象資産(注 2)の時価評価の除外(対象法人の処 理なし)	加入時に時価評価対象資産(注2) の時価評価	加入時の時価評価対 象資産(注2)の時 価評価の除外
株式売渡請求	一の株主等である法人及 びその完全支配関係法人 が対象法人の株式等を保 有(我が国の会社法の場合 には特別支配株主が9 0%以上保有)	一の株主等である法人 が対象法人の他の株主 等に金銭交付	(対象法人の処理 なし)	完全子法人等の時 価評価対象資産の 時価評価(注2)	完全子法人等の時価評価対象資産(注 2)の時価評価の除外(対象法人の処 理なし)	加入時に時価評価対象資産(注2) の時価評価	加入時の時価評価対 象資産(注2)の時 価評価の除外

(注1) 支配関係法人間の金銭等交付スクイーズアウトは、スクイーズアウト後もスクイーズアウト前の支配関係が継続することが見込まれていること(合併の場合には、スクイーズアウト前のみ)、対象法人の従業者の80%以上が業務に引き続き従事することが見込まれていること、対象法人の主要な事業が引き続き行われることが見込まれていること、という3つの要件を満たすものが適格となる。

(注2) 帳簿価額1,000万円以上の資産(帳簿がない自己創設のれん等は、時価評価の対象外となる。)

引用元：朝長英樹『現代税制の現状と課題(組織再編成税制編)』157頁(新日本法規、2017)

まず、特徴の一つである「金銭交付の容認」についてであるが、金銭交付型の組織再編は、従来であれば無条件に「非適格組織再編」として取り扱われていたが、それを一部「適格組織再編」とした。法人税法2条の適格組織再編成の定義規定では、金銭の交付する組織再編成は、100%グループ内の組織再編成、50%超100%未満のグループ内の組織再編成又は共同事業を行うための組織再編成のいずれであるにもかかわらず、全て非適格にするという仕組みになっている²。これは、我が国の組織再編成税制においては、法人が移転資産の譲渡損益の計上を行うのか否かということに焦点を当てて、適格か否かということ判断するという考え方が採られているためであり、法人税法2条の定義において、金銭を交付しないことにより「適格」となる可能性があることとなったものについて、さらに、支配関係が継続するのか否かということを含む判定が行われ、金銭交付によって非適格となるものについては支配の継続を理由として「適格」とすることができないということの意味する³。適格組織再編成に関する課税繰延べの理論的根拠は、「支配の継続性」と「投資の継続性」という2つの継続性からなり、つまり、「経済的実態に実質的な変更が無い場合に課税しない」という意味での実質主義であり、それに基づいて法人段階における「移転資産に対する支配の継続性」と株主段階における「投資の継続性」が要求されている⁴。しかし、法人税法2条の定義規定にいう「組織再編成の対価を株式に限定すること」の要件は、「適格組織再編成と売買とを区別するためであり、それが支配の継続性の審査と同義なのか明らかでない⁵との指摘もあるが、少なくとも、金銭等不交付要件自体は適格組織再編成と売買との区別のための要件である。対価に金銭が混じるということがあれば、その部分については資本等取引ではなく資産の譲渡取引が行われていると考えられる⁶。そうだとすれば、今回のスクイーズアウト税制は、売買とされる組織再編成に関しても適格要件を認めることになり、「金銭交付の有無による適格判定」と「支配の継続の有無による適格判定」の階梯が異なるという、組織再編成税制の理屈に基づくものではないのではないかと考える⁷。

次にいま一つの特徴である「全部取得条項付種類株式の端数処理等を組織再編成として位置付けた上で要件を満たすものを適格とする」という部分であるが、組織再編成税制は通常の資産の売買や交換と異なるものが全て組織再編成

² 適格合併であれば法人税法2条十二の八が該当する。これは対価要件として、被合併法人の株主等に対し、合併法人株式又は合併親法人株式のいずれか一方の株式又は出資以外の資産が交付されないことを適格要件としている（同上、14頁参照）。

³ 同上、377頁

⁴ 渡辺徹也『企業組織再編成と課税』128頁（弘文堂、2006）

⁵ 同上、133頁

⁶ 阿部泰久=山本守之「企業組織再編成税制の考え方と実務検討」税弘49巻6号29頁（2001）

⁷ 朝長・前掲注1）377頁

となるという前提で作られているものではなく、全部取得条項付種類株式の端数処理等は通常の資産の売買や交換と区別する理由にはなっても、組織再編成と位置付ける理由にはならない⁸。法人が自ら行っていた事業を他の法人に移転して当該他の法人において事業を行うというものが「組織再編成」の本来の姿であり、有価証券取引である株式交換に関しても形式上は有価証券取引であるものの合併と同じように組織法上の行為であるとともに合併と同じようにすべての会社財産の取得とみてもよい実態があるため、「組織再編成」に含められたわけであるが、株式交換が合併と同じというケースと有価証券の売買や交換と実態が同じというケースとを区別する手掛かりが明確になってきたというのであれば、全部取得条項付種類株式の端数処理等を「組織再編成」と位置付けるのではなく、「組織再編成」と位置付けることが適当でない株式交換を「組織再編成」から除くというのが本来の正しい改正の在り方との指摘がある⁹。

このように、スクイーズアウト税制は、一般には企業買収とされる行為まで組織再編成税制に組み込んだと考えられるが、今までの組織再編成税制においては、企業買収は売買取引と考えられてきたはずである。そうであるならば、スクイーズアウト税制により、売買取引までも組織再編成税制に組み込まれるべきと考えるか、組織再編成税制における売買取引の概念に変化がもたらされたと考えるかのどちらかである。前者については、売買取引も組織再編成税制に組み込まれるという観点からすると、事業譲渡などについても組織再編成税制の対象となる可能性がある¹⁰。このことから、組織再編成税制における売買取引の概念が変化したという後者を採用するのが妥当であろう。このような、組織再編成税制における売買取引の概念が不明確な状況では、「租税回避」となるのか否かが大きな争点となる可能性が高い。否認されるべき租税回避とは、少なくとも「①通常の相応な方法とは異なる異常な行為形式を選択し（行為計算の異常性・不合理性）、②それによって通常の行為形式を選択したときと同一の経済的・法的効果ないし経済目的を達成し（同一の経済目的の達成）、③その結果、通常の法形式による場合の租税負担を軽減または排除している場合（租税負担の減免）」の3つの客観的要件を充たすことが必要とされているわけである

⁸ 同上、379頁

⁹ 同上、379-382頁

¹⁰ そもそも組織再編成税制は、営業譲渡により企業買収と行う場合には、資産の時価取引として譲渡損益課税が行われるが、他方、合併により企業買収を行う場合には、課税が繰り延べられるという問題を解決するために作られた税制である（佐藤信佑「株式交換等・移転税制の歴史の変遷と現行法上の問題点」税通73巻9号14頁（2018）参照）。さらに、合併と事業譲渡とを比べると合併消滅会社の権利義務を包括的に承継する点と権利義務承継に関して個別承認を要しない点とが異なるが、それ以外の経済効果はほぼ同一であり、換言すれば、すべての事業を譲渡して清算することは、金銭交付合併を行うことと同等の経済効果があるといえる（朝長英樹『合併実務必携〔第3版〕』59頁（法令出版、2017）参照）。

が¹¹、スクイーズアウト税制により適格組織再編成とされるような企業買収行為であっても、上記3要件を具備した租税回避行為として否認され得る可能性が存在するのではないだろうか。具体的には、最大株主が60%以上の株式を持っており、40%の株式を持っている少数株主が存在する法人を完全子法人化しようとする場合において、その少数株主が任意に株式を売却することに応じてくれる可能性があるというときは、その少数株主から任意に株式を買い取って完全子法人化するのか、あるいは「組織再編成」とされた株式交換等により完全子法人化するのかで大きく課税関係が異なり、特に連結納税制度を採用している場合は大きな問題が生ずる可能性がある¹²。

本論文では、かかる問題意識のもと、先ず第1章で会社法上の組織再編の意義を確認する。これは、我が国の組織再編成税制は、会社法の組織再編を基に組み立てられていることや、課税繰延べが「経済的実態に実質的な変更が無い場合に課税しない」という実質主義を根拠としていることから¹³、先ず会社法上における組織再編法制を確認することで、組織再編の「法的性質」や「経済的実態」とは如何なるものかを考察するためである。第2章では、税法上の組織再編の課税理論を確認し、スクイーズアウト税制の最大の特徴である、「金銭対価の容認」と「全部取得条項付種類株式の端数処理等を組織再編成として位置付けた上で要件を満たすものを適格とする」という制度が、今まで考えられてきた組織再編成税制の課税理論にどのように位置付けられ、どのような問題点が生ずるのかを明らかにすることを目的とする。続いて第3章では、組織再編成税制において課税繰延べの根拠となる「移転資産に対する法人支配の継続」の概念を、ヤフー事件第一審判決¹⁴から検証すると同時に、米国の「投資の継続性」の概念を根拠としている所得税法58条に係る判例¹⁵を検証する。「移転資産に対する支配の継続」であるが、この概念は「基本的考え方」以外に明確に説明がなされている資料がなく、ヤフー事件地裁判決（東京地判平成26年3

¹¹ 大淵博義「租税回避行為の否認法理とヤフー事件-最高裁判決の否認ロジックの相克-」租税訴訟第10号87頁（財経詳報社、2017）

¹² 株式交換等により適格組織再編成とされた場合には、連結納税制度の開始時または加入時において時価評価課税を受けず、未処理欠損金額の切捨ても必要なくなるためである（朝長・前掲注1）385-386頁参照）。ただし、3分の2以上を取得した後に、株式交換等により少数株主を排除することにより、100%子会社になった場合は租税回避として認定することは困難であるとの意見も存在する。その理由としては、被買収会社の株主のうち、相対取引による交渉が困難な株主がいる場合には、交渉可能な株主から株式を取得した後から、株式交換等により少数株主を締め出すという手法は極めて古典的な手法とされるからである（佐藤信佑「組織再編税制、連結納税制度およびグループ法人税制の残された課題—平成29年度税制改正を受けて—」ビジネス法務17号10巻140頁（2017）参照）。

¹³ 渡辺・前掲注4）128頁

¹⁴ 東京地判平成26年3月18日（訟月60巻9号1857頁）

¹⁵ 大阪高判平成15年6月27日（判タ1155号202頁）

月18日)においては、この「基本的考え方」が参照されている¹⁶。このことから、ヤフー事件の第一審判決より、「支配の継続性」や「組織再編成税制の趣旨・目的」の外延を探ることを目的とする。次に「投資の継続性」に関してであるが、所得税法58条は一定の要件を満たす同種交換について課税繰延べを認めている¹⁷。この課税繰延べ理論の根底には、米国における組織再編成税制の課税繰延べの論拠となる「投資の継続性」の概念が採用されており、どちらも根底にある考え方は同様である¹⁸。すなわち、「投資の継続性」の概念は、組織再編成税制が創設される前より、所得税法58条において我が国に存在していた。そこで、特別養護老人ホーム事件(大阪高判平成15年6月27日)¹⁹を取り上げることにより、我が国における「投資の継続性」の概念を明らかにすることを目的とする。最後に第4章で、スクイーズアウト税制を使用した企業買収行為が、租税回避行為として否認される可能性を検討したうえで、組織再編成税制における課税繰延べの理論を、米国の判例理論である投資持分継続性原理から検証し、組織再編成税制の在り方を考察する。我が国の組織再編成税制は、全く独自のものであり、米国型でも欧州型でもないとの指摘も存在するが²⁰、投資持分継続性(continuity of interest)という米国が作り出した判例理論は、どの国であろうとこの考え方が基礎になれば組織再編成税制は成り立たないことから²¹、投資持分継続性原理を考察することで、スクイーズアウト税制の適格要件の合理性判断規準を、租税回避との境界線から明らかにすることを試みる。

¹⁶ もっとも、高裁判決(東京高判平成26年11月5日(訟月60巻9号1967頁))においては、地裁判決の「移転資産に対する支配が継続することもなく」という部分が削除されており、「支配の継続性」の概念は、ヤフー事件の判決には、直接影響を及ぼしていない。

¹⁷ 武田昌輔は「交換は譲渡の一形態であり、2つの売買契約を単一化した契約とみることができるので資産を時価で譲渡し、資産を時価で取得したとみれば、本質的にキャピタル・ゲインに対し課税すべきことになる。しかし、キャピタル・ゲインに対する課税については、従来から種々議論があるところであり、同一種類の固定資産を交換したような場合には、同一の資産が継続して保有されているとみられるので、これについて課税することは問題もあることから、一定の条件に適合する交換については、譲渡がなかったものとみなし、キャピタル・ゲインに対する課税を繰延べ」としている(武田昌輔編『DHC コメントール所得税法第3巻』4262頁(第一法規、1983))。

¹⁸ 水野忠恒『体系租税法〔第2版〕』254-255頁(中央経済社、2018)

¹⁹ 大阪高判平成15年6月27日(判タ1155号202頁)

²⁰ 朝長・前掲注1)368頁

²¹ 水野忠恒「企業組織再編税制改正の基本的考え方」別冊商事252号69頁(2002)

1. 組織再編の意義

1. 1 組織再編の手法と法的性質

1. 1. 1 合併

我が国の税法上の組織再編成税制は、会社法の組織再編を基に組み立てられていることから、まず会社法上における組織再編法制を確認する。会社法第五編では、「組織変更、合併、会社分割、株式交換、株式移転」を定めている。また、合併（特に吸収合併）とその経済的実態が類似している事業譲渡であるが、こちらは、会社法第五編ではなく、第二編第七章において、「事業の譲渡等」として定めている。

まず合併であるが、合併とは、2つ以上の会社が契約を締結して行う行為であって、当事会社の一部または全部が解散し、解散会社の権利義務の全部が清算手続きを経ることなく存続会社または新設会社に一般承継（包括承継）される効果を持つものであり²²、当事会社の1つが存続して他の消滅する会社を吸収する吸収合併と、当事会社のすべてが消滅して新しい会社を設立する新設合併とがある²³。会社法はいずれの場合も、合併の結果、一部または全部の会社が解散によって消滅すると構成するため、合併は消滅する会社にとっては解散の一場合であるが、ただし、合併の場合には、その他の解散の場合と異なり、消滅会社の財産は存続会社または新設会社に包括的に承継され、消滅会社の株主は合併手続きの中で対価を受けるため、清算手続きは不要である。このような合併の本質については、いわゆる人格合一説といわゆる現物出資説が、かつて激しく対立してきた²⁴。

人格合一説とは、合併を「2個以上の会社間の契約に因って之を合同して一会社とすること」²⁵と理解するものであり、大正時代から現在までの通説と言われている²⁶。一方、昭和に入り、合併に際し存続会社が消滅会社の株主に株式を交付しなければならないことをまったく説明できないとして人格合一説を批判する現物出資説が登場した²⁷。これは、吸収合併は消滅会社の社員が存続会社の社員となることをその内容とするが、この場合における消滅会社の社員の存続

²² 江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』851頁（有斐閣、2017）

²³ 実務上は、経済的に対等合併といわれるケースにおいても、法的には吸収合併の手続きがとられることが多く、新設合併はきわめて稀である。その理由としては、新設合併のほうが吸収合併より登録免許税が高額となる点や、合併の際、消滅会社の受けていた営業の許認可および金融商品取引所の上場資格等がいったん消滅し、再申請が必要となるので、新設合併が、吸収合併より手間がかかる等であるといわれている（同上、855頁参照）。

²⁴ 森本滋編『会社法コンメンタール 17—組織変更、合併、会社分割、株式交換等（1）』81頁（商事法務、2010）

²⁵ 松本蒸治『日本会社法論』80頁（巖松堂書店、1929）

²⁶ 田中誠二『三全訂会社法詳論・下巻』1134頁（勁草書房、1994）

²⁷ 森本・前掲注24）81頁

会社への加入は、通常の資本増加の場合における増資する会社への社員の加入と性質上とくに区別されるべき理由がなく、吸収合併もまたその本質においては現物出資をもってする資本増加の1つの場合にほかならないというものである²⁸。

ただこの問題について、神田秀樹は、「従来、合併の法的性質については、当事会社が合体する組織法上の特別の契約であるとする見解（人格合一説）と消滅会社がすべての財産を現物出資し、存続会社が株式を発行しまたは新設会社が設立されると考える見解（現物出資説）とが対立してきた。債務超過の会社を消滅会社とする合併はできないと解されてきたが、これは後者のほうが説明がしやすい。しかし、現物出資説は消滅会社が合併により清算を必要とせず、当然消滅する面を説明できない。いずれにせよ、今日では、どちらの見解をとっても具体的問題の解決に差異はない。」²⁹と述べており、会社法の立法担当者であった相澤哲も、人格合一説と現物出資説については、「合併の対価が相手方会社の株式に限定されず、対価として金銭のみを交付する合併も認められることとなる会社法の下では、前記のいずれの説によっても合併の性質を説明するのに困難を伴う。むしろ、合併は、消滅会社となる会社とその事業に関する権利義務の全部の譲渡等をするものとともに解散し、その解散につき清算手続きを要せず、ただちに法人格を失い、また、その結果として、それによる権利移転については特段の対抗要件を具備しないこととなるという特則が適用される特殊な行為という程度の理解をしたほうが、その規制体系等を考える上では便宜であるものと思われる。いずれにせよ、合併については、従来からその概念の大枠が固まっており、会社法において特にその意義を明確化する必要性が乏しいものであることから、それ自体の定義規定については設けないこととした。」³⁰としている。

次に、事業譲渡であるが、譲渡会社の規定を確認すると、原則として取締役会設置会社では、重要な財産の処分には取締役会決議が必要である。そして、すべての会社で、事業の全部の譲渡・事業の重要な一部の譲渡の場合には、株主総会の特別決議が必要となり、反対株主には原則として株式買取請求権が認められている。この株主総会の特別決議を必要とする事業譲渡とは何かについては、会社法上定義はなく、解釈で決めることとなり、とくに「事業の重要な一部」とは何かが問題となる³¹。この点について、平成17年改正前商法のもとで、その譲渡に株主総会の特別決議を要する営業譲渡概念について、最高裁の

²⁸ 大隅健一郎「商法改正要綱に於ける会社合併の問題」論叢26巻5号727頁（1931）

²⁹ 神田秀樹『会社法〔第20版〕』353-354頁（弘文堂、2018）

³⁰ 相澤哲編著「立案担当者による新・会社法の解説」別冊商事295号181頁（2006）

³¹ 神田・前掲注29）351頁

大法廷判決³²は平成17年改正前商法24条以下の営業譲渡と同じであると解している³³。つまり、「商法245条1項1号によって特別決議を経ることを必要とする営業譲渡とは、同法24条以下にいう営業の譲渡と同一意義であって、営業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産の全部または重要な一部を譲渡し、これによって、譲渡会社はその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、譲渡会社はその譲渡の限度に応じて法律上当然に同法25条に定める競業避止義務を負う結果となるものをいう」とされている。その理由としては、①営業の譲渡が単なる財産の譲渡と異なることは、商法総則の規定から明らかであり、②営業でない財産の譲渡につき譲渡会社の営業が遂行できなくなるかどうかという相手方からわからない事情で決議の要否をきめるのは法律関係の明確性と取引の安全性を害するという二点にあるとされるが、この見解については、学界では批判が強く、ここでは株主総会の特別決議の要否が問題なのであるから、その取引が株主に与える影響の大きさによって判断すべきであるとの見解が多い³⁴。

そもそも合併という概念は何かという問題は、最初は、合併と事業譲渡ないしは大規模な売買契約とどこが異なるかという形でドイツにおいて議論が始まった³⁵。まず、1860年代から1880年代半ばまでに、株式会社同士の吸収合併には、第1に合併当事会社の1社が「解散」し、第2に解散する会社において清算手続きが開始されず、第3に解散会社の債権債務を含むすべての権利義務の包括承継により存続会社に移転するという、3つの特徴があると考えられるようになった。これに対して、事業譲渡においては、第1に事業譲渡後に譲渡会社が解散することは必要とされず、第2に事業譲渡後に譲渡会社が解散する場合には清算手続きが開始され、第3に事業を構成する権利義務の個々の譲渡手続(特定承継)により譲受会社に移転することとなる³⁶。ドイツにおいて、1880年代の半ばまでは、合併対価を株式に限定するという考えはなく、実際にも合併対価が株式に限定されていなかった³⁷。その後、印紙税法の解釈に関する判決を契機に合併対価は株式に限定されると考える学説が急増することに

³² 最大判昭和40年9月22日民集19巻6号1600頁

³³ 神田・前掲注29) 351頁

³⁴ 同上、351頁。また神田秀樹はつづけて、「事業の重要な一部の意義」として、「学説は、一般に、端的に有機的の一体性のある組織的財産であれば足りるとし(得意先関係の有無を問わない)、かつ、譲渡会社はその後その営業(事業)の継続が困難になるかどうか(必ずしも競業避止義務を負うかどうかを問わない)を基準として考える傾向が強い。また、最大判昭和40・9・22の理解のしかたについても、事業が承継可能であることと反対の特約がないかぎり総則の規定に基づき譲渡会社に競業が禁止されることは、事業概念の属性であると解される。」と述べている(同352頁参照)。

³⁵ 森本・前掲注24) 80頁

³⁶ 同上、80頁

³⁷ 柴田和史「合併法理の再構成(2)」法協105巻2号99頁(1988)

なり、1890年代になると、合併には、営業譲渡と異なり、存続会社は消滅会社の株主を収容し存続会社の株主とする第4の特徴があると考えられ、我が国の商法学は、このドイツの学説に依拠し、これら4つの特徴を株式会社の吸収合併の概念とした³⁸。そして、会社法制定前の段階においても、合併と営業譲渡の区別（合併の特徴）として、消滅会社の財産が包括的に存続会社または新設会社に承継され、財産の一部を移転の対象から除外することは許されないこと、消滅会社は合併により解散し、清算手続きを経ることなく消滅すること、消滅会社から承継する財産の対価ともいふべき存続会社または新設会社の株式は直接消滅会社の株主に与えられ、その結果、消滅会社の株主は当然に存続会社または新設会社に収容されることがあげられていた³⁹。

そのような経緯を踏まえて、現在の会社法における合併と事業譲渡の法的性質を比較すると、会社法的にはどちらも株主総会の特別決議が必要で（略式手続きおよび簡易手続の場合を除く）、また原則として、反対株主は株式買い取り請求権を有する。しかし、合併と事業譲渡には次のような相違が存在する。それは、①事業譲渡では通常取引法上の契約なので、契約で決めた範囲の財産が個別に移転し（個々の財産の移転手続が必要）、事業財産のうちのあるものを除外しまたは事業の一部を移転することもできるが、合併は消滅会社の全財産が包括的に移転し（個々の財産の移転手続は不要）、財産を一部除外したりすることはできない⁴⁰。②事業譲渡では、全部譲渡の場合でもそれにより譲渡会社は当然には解散しないが（したがってその後、事業目的を変更して事業を続けるか、解散して残余財産を株主に分配する等の選択肢がある）、合併では消滅会社は法律上当然に解散し・消滅し、株主は存続会社・新設会社の株式その他の対価を受け取る。③事業譲渡では、譲渡会社は債権者の承諾を得て譲受者に免責的債務引受をさせない限り債務を免れないが⁴¹、合併では消滅会社の債務は当然に存続会社または新設会社に引き継がれる。そのため、事業譲渡とは異なり、合併では会社債権者異議手続を会社法は要求している。④合併では法定事項を定めた合併契約の締結が会社法上要求されるが⁴²、事業譲渡ではこれがない。⑤

³⁸ 森本・前掲注24) 80頁

³⁹ 大隅健一郎＝今井宏『会社法論（下Ⅱ）』32-34頁（有斐閣、1991）また、「しばしば、合併とは二個以上の会社が合して一個の会社となる行為であるといわれるが、これは合併の経済的説明にとどまり、その法律概念とはなりえない」と述べている（同32-34頁）。

⁴⁰ 合併における権利義務の全部の一般承継として、「存続会社・新設会社は、合併により消滅会社の権利義務を一般承継するから、たとえ消滅会社の債務の全部または一部を承継しない旨の合併承認決議をしても、承認しない旨の条項が無効である。消滅会社・従業者間の雇用契約等の継続的法律関係も、合併に際し、特段の合意がない限り、存続会社・新設会社に承継される」とされている（江頭・前掲注22) 851頁）参照。

⁴¹ ただし、債務を移転しない場合であっても、会社法総則の規定に基づいて譲受会社が弁済責任を負う場合もある（神田・前掲注29) 350頁参照）。

⁴² 会社法748条は、「会社法は、他の会社と合併することができる。この場合においては、合併を

合併については、会社法は合併無効の訴えを要求するが、事業譲渡ではこれがない⁴³。これらの相違点が合併特有の概念と考えられ、合併たる所以といえる。

1. 1. 2 株式交換

株式交換とは、ある株式会社がその株主総会の特別決議の承認等により、他の既存の株式会社の100%子会社となる取引である。実際の株式の交換は、完全親会社となる当事会社と完全子会社となる会社の株主との間で行われる。株式交換制度は、持株会社の設立を容易にするために、平成11年商法改正によって創設されたものであるが、その利用は持株会社設立のためだけに限られるわけではなく、企業買収の手段などとしても利用することができる⁴⁴。この株式交換制度の背景としては、平成9年に持株会社を解禁する独占禁止法の改正が行われ、それまで一律に禁止されていた持株会社が解禁され⁴⁵、事業支配力が過度に集中することとなる場合を除いて、持株会社が認められることとなった⁴⁶。しかし、純粋な持株会社組織が可能となっても、どのようにして従前の組織を持株会社に移行するかが課題であり、既存の手法を用いるのであれば抜け殻方式⁴⁷がもっとも便利であると考えられたが、当時は会社分割制度が整備されておらず、事業譲渡に伴う権利義務の個別的な承継が避けられないという難点が存在しており、そこで注目されたのが株式交換制度であった⁴⁸。

株式交換によれば、複数の当事会社が持株会社組織を構築することが容易になり、すでに持株会社が存在している場合に、株式交換を用いれば、新しい完全子会社を持株会社組織に組み入れて、組織を拡大することができる⁴⁹。また、合併に比べて、既存の会社を完全子会社化の方が、合併は消滅会社の権利義務の一般承継であるから、存続会社・新設会社が膨大な簿外債務を承継する危険もあるのに対し、完全子会社化であれば、株式の承継だけであること⁵⁰や、法

する会社は、合併契約を締結しなければならない。」と定める。

⁴³ 神田・前掲注29) 354頁

⁴⁴ 同上、388頁

⁴⁵ 川浜昇「株式交換制度の創設とその問題点」ひろば51巻11号4頁(1998)

⁴⁶ 独占禁止法9条「事業支配力過度集中の規制」また、持株会社とは、総資産に占める子会社株式の比重が50%を超える会社をいい、一般に、自らは事業をしないで他社の株式を保有し支配することを主な目的とする持株会社を純粋持株会社、自らも事業を行うとともに他社の株式を保有し支配するような会社を事業持株会社と呼び、独占禁止法が禁止していたのは前者である(神田・前掲注29) 388頁参照)。

⁴⁷ この方式は、既存の事業会社を持株会社として残し、従前の事業を完全子会社に事業譲渡などによって移転する方法である。

⁴⁸ 川浜・前掲注45) 4頁

⁴⁹ 森本・前掲注24) 409頁

⁵⁰ 株式交換では、消滅する会社はなく、各当事会社の財産は変動せずに株主が変動するだけである。したがって、合併等と異なり、原則として法は会社債権者異議手続を要求しておらず、対価として完全親会社となる会社の株式以外のものを交付する場合に限って会社債権者意義手続

人格が別であると、従業員の給与体系の統合・労働組合の統合等が通常必要ないなどのメリットが存在する⁵¹。

株式交換を効果の点からみると、完全子会社となる会社の株主が、保有する株式を完全親会社となる会社に対し現物出資をして募集株式の発行等を受けたのと全く同じである。しかし、手続上は、現物出資に似た手続（現物出資的構成）ではなく、合併に似た手続（組織法的な行為としての構成）が採用されており、この理由としては、現物出資的構成をとると、裁判所の選任する検査役の調査が原則として必要となることが嫌われたためである⁵²（会社法 33 条・207 条）。

1. 1. 3 全部取得条項付種類株式の端数処理等

全部取得条項付種類株式の端数処理等とは、①全部取得条項付種類株式の端数処理、②特別支配株主の株式売渡請求、③株式併合の 3 つをいう。

まず全部取得条項付種類株式の端数処理であるが、全部取得条項付種類株式とは会社が株主総会の特別決議によりその種類の株式の全部を取得することができるという内容の種類株式である（会社法 107 条 1 項 7 号・同条 2 項 7 号）。会社法制定前は、会社が債務超過の場合に既存株主の持株を零にする「100%減資」⁵³は、同時に株式発行がなされるのであれば、行い得ると解されていたものの、更生手続・再生手続以外でそれを行う場合には株主全員の同意が必要であると解されていたが、株主全員の同意が必要では迅速性に欠けるため、会社法において株主総会の特別決議により会社が株式の全部を強制取得をすることができる一方、取得対価無償等の取扱いに不満な株主が裁判所に救済を求めることができるという背景により創設された⁵⁴。例えば、普通株式だけを発行する会社がこれを行おうとする場合には、まず株主総会の特別決議により定款を変更して全部取得条項を付し種類株式発行会社とする。次に、株主総会決議でその株式を取得し、さらに新株を発行する。

この制度は、立法過程において、債務超過の要件を不要とする、種類株式発行会社の制度とする等の変更が加えられたため、制度が複雑になると同時に、株式の有償取得も可能となったことにより、株式取得による企業買収後に残存

を要求している（神田・前掲注 29） 389 頁参照）。

⁵¹ 江頭・前掲注 22） 936 頁

⁵² 同上、937 頁

⁵³ ここでいう「100%減資」とは株主総入れ替えをすることという。業績が悪化した会社では、その株主にとっての価値は零である。そこで、いったん既存株式を全て消して、資本金も零としたうえで、同時に新株を発行して資金を入れ、その会社の再生を図る。これにより、新しく資金を投入してくれる再生ファンド等にインセンティブを与えるという手法である（神田・前掲注 29） 88 頁参照）。

⁵⁴ 江頭・前掲注 22） 156 頁

する少数株主の縮出しの手段として用いるなど、既発行株式の内容を変更するための制度としての用途が広まった⁵⁵。その背景として、平成18年度税制改正による株式移転・株式交換の抜本改正が影響していると考えられる⁵⁶。

次に、特別支配株主の株式等売渡請求であるが、特別支配株主の株式等売渡請求権は平成26年の会社法改正で創設されたものである。これは、株式会社Aの特別支配株主⁵⁷が、Aの株主全員に対し、その有するAの株式の全部を自分に売り渡すことを請求することができ、特別支配株主は、一定の日に、請求対象となった株式の全部を強制的に取得することができる制度である⁵⁸。この特別支配株主の請求権は、会社に対する権利ではなく、自分が特別支配株主である会社（対象会社）の他の株主に対する権利である点において、特殊な少数株主権である⁵⁹。ただし、売渡株主への配慮という観点からは、特別支配株主による一方的な条件提示のみによって無条件に売渡請求が認められることは適切ではなく、売渡請求の条件について一定の制約が必要であると考えられることから、対象会社の承認が要件とされている（会社法179条の3第1項）。

一般に、このような少数株主を解消すること（会社を100%子会社とすること）は、「キャッシュアウト」などと呼ばれ、会社法のもとでは、金銭を対価とする合併や株式交換、全部取得条項付種類株式の取得、大規模な株式併合などを利用してこれを行うことが可能であるが、しかし、これらの方法はいずれも株主総会の特別決議を要するのに対して⁶⁰、この制度によると、長期的視野に立った柔軟な経営の実現、株主総会に関する手続きの省略による意思決定の迅速化、有価証券報告書の提出義務等の法規制を遵守するためのコストや株主管理コストの削減等を実現し得る点で、メリットを有する⁶¹。

取得の差止め事由としては、「株式等売渡請求が法令に違反する場合」、「対象会社による通知・公告義務または事前開示手続の違反がある場合」、「対価として交付される金銭の額（算定方法）または割当てが対象会社の財産の状況その他の事情に照らして著しく不当である場合」において、売渡株主が不利益を受ける恐れがあるときは、売渡株主等は、特別支配株主に対し、当該請求に係る

⁵⁵ 江頭憲治郎『会社法制の現代化に関する要綱案』の解説〔IV〕商事1724号16頁（2005）

⁵⁶ 岩倉正和=太田洋『M&A法務の最先端』454-458頁（商事法務、2010）

⁵⁷ 特別支配株主とは、「株式会社の総株主の議決権の十分の九（これを上回る割合を当該株式会社の定款で定めた場合にあっては、その割合）以上を当該株式会社以外の者及び当該者が発行済み株式の全部を有する株式会社その他これに準ずるものとして法務省令で定める法人（特別支配株主完全子法人）」をいう（会社法179条1項括弧書）。

⁵⁸ 会社法179条の9第1項。またこの制度は、種類株式につき異なる取扱いをできる点を別として、売渡株主の有する売渡株式の数に応じて金銭を交付しなければならないとされる（会社法179条の2第2項・3項）。

⁵⁹ 江頭・前掲注22) 276頁

⁶⁰ 略式等の場合を除く。

⁶¹ 阿部泰久『立法経緯から読む会社法改正』140頁（新日本法規、2014）

売渡株式等の全部の取得をやめること（差止め）を請求することができる⁶²。これは、組織再編行為、とくに略式合併等の差止めと同じ差止事由を、株主総会決議なしに効果が発生する点で制度主旨が類似する特別支配株主の株式等売渡請求についても認めたものである⁶³。

最後に株式併合であるが、株式併合とは、数個の株式を合わせて、それよりも少数の株式にする会社の行為である⁶⁴。各株主の所有株式数を一律・按分的に比例させ、かつ、会社財産・資本金額には変動を生じさせない。株式の併合は、その結果生ずる株主に対し不利に働くという理由から、平成13年改正前は、法律がとくに必要性を認めた場合にしか行うことができないものとされていた。平成13年改正は、出資単位に関する会社の自治の尊重という観点⁶⁵から、株式の併合が許容される事由に関する規制を撤廃し、一定の手続を踏めば事由のいかんを問わず株式を併合できるものとした⁶⁶。株式併合により1株に満たない端株が生じる場合については、反対株主の株式買取請求権が認められ、買取請求手続きなどは、組織再編等の場合の反対株主の株式買取請求権とほぼ同様である（会社法182条の2）。株式併合が法令または定款に違反する場合、株主が不利益を受けるおそれがあるときは、株主は、会社に対し、株式併合の差止めを請求することができ（会社法182条の3）、また、株式併合により1株に満たない端株が生じた場合は、競売して代金を分配するのが原則であるが、市場価格がある株式は市場価格で売却しまたは買取り、また市場価格がない株式でも裁判所の許可を得て競売以外の方法で売却しまたは買取り、代金を分配することも認められる（会社法235条1項・2項、234条2項-5項）。

平成26年会社法改正は、MBO等において使われる全部取得条項付種類株式の取得について、合併等の組織再編の場合と比べて情報開示等の規律が不十分であったことを改善し、事前・事後の情報開示を要求するとともに、差止め制度を新設するなどの改正をしたが、これに合わせて、株式併合がMBO等に使われる可能性にかんがみ、そのような株式併合についても、事前・事後の情報開示を要求するとともに、差止め制度を新設し、さらに、端数が生じる場合については、反対株主の株式買取請求権を新設した。この結果、平成26

⁶² 会社法179条の7

⁶³ 江頭・前掲注22) 282頁

⁶⁴ 会社法180条1項

⁶⁵ 株式を有する者は、所有する数が一株であっても、会社に対し、自益権・共益権を有する。しかし、例えば株主総会の議決権行使に関し、会社には、株主に総会日程を通知する等のコスト（株主管理コスト）がかかる。零細な株主が少ない閉鎖型のタイプの会社では、当該コストの経済合理性を疑わせる事態は通常生じないが、上場会社等においては、時価数百円の株式一株を有する株主のため管理コストとして年間数千円を要する等の問題が生ずる（江頭・前掲注22) 135-136頁参照）。

⁶⁶ 同上、284-285頁

年会社法改正後は、MBOその他の二段階キャッシュアウトにおいては、仕組みが複雑な全部取得条項付種類株式の取得ではなく、第一段階に株式公開買付けにより、90%以上を取得できた場合には特別支配株主の株式買取請求が使われ、90%未満の取得にとどまった場合には端数が生じる株式併合が使われることが実務上定着しつつある⁶⁷。

株式併合の差止めとしては、株式併合が法令・定款に違反する場合において、株主が不利益を受けるおそれがあるときは、株主は、会社に対し、当該株式併合をやめること（差止め）を請求することができ、法令・定款違反の例としては、「株主総会決議の瑕疵」、「通知・広告の瑕疵・虚偽記載」、「併合の割合の不平等取扱い」等があげられる（会社法182条の3）。

1. 2 「スクイーズアウト」の意義

1. 2. 1 対価の柔軟化

(1) 施行されるまでの経緯

従来、吸収合併等が行われる場合において、消滅会社の株主等にその有する株式に代わるものとして交付される財産は、原則として存続会社の株式に限られていた。会社法が施行されたのは平成18年であるが、それから1年後の平成19年に合併等の対価の柔軟化として、吸収型再編（吸収合併、吸収分割、株式交換）をする場合においては、消滅会社の株主等に対して、存続会社の株式の交付をすることなく、金銭その他の財産を交付することや、対価を交付しないことができることとされた⁶⁸。この「対価の柔軟化」の経緯であるが、各方面から寄せられていた要望であったことは間違いないが、それぞれの立場によりそのニーズは異なっている。まず、国内からの要望は主に経団連側から強いものがあつた。具体的には、「競争力あるグループ編成を実現するためには、経済環境の変化に対応して、機動的な組織再編を可能とすることが必要となる。求められる組織再編の内容に応じて、多様な選択肢を設けるべきである」とし、その具体策の一つとして対価の柔軟化を取り上げた⁶⁹。これに対して、国外からの要望は、国境を越えたM&Aに際して外国株式を対価として用いる場合につき課税繰延べ措置が実現されることであり、合併等対価の柔軟化の実現自体では

⁶⁷ 神田・前掲注29) 123-124頁

⁶⁸ 対価の柔軟化が図られたのは、吸収型組織再編のみであり、新設型組織再編（新設合併・新設分割・株式移転）は、当事会社が単独でまたは、共同して、消滅会社もしくは分割会社の権利義務または完全子会社の株式を出資して新たに会社を設立するという性質のものであることから、これらについては対価の柔軟化は図られていない（相澤哲「合併等対価の柔軟化の実現に至る経緯」別冊商事309号37頁（2007）参照）。

⁶⁹ 日本経済団体連合会「会社法改正への提言－企業の国際競争力の確保、企業・株主等の選択の尊重－」www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2003/095.html（2018/11/25最終閲覧）

なかった⁷⁰。すなわち、合併と同様に我が国の会社間における組織再編行為の一種である株式交換制度にかかる税制について、広く優遇的な措置が講じられていたわけであるが⁷¹、欧米を中心に、外国企業が我が国においてM&Aを企画するに際して、国内企業に比して不当に不利な立場に立たされるという不満の聲が、国外企業や経済団体のみならず、外国政府からも強く寄せられていた⁷²。また政府側も、この問題については対日投資の促進という観点から積極的に導入すべきだという意見があり、内閣総理大臣施政方針演説において、「日本の魅力再生」として、「海外から日本への直接投資は、新しい技術や革新的な経営をもたらし、雇用機会の増大にもつながります。脅威として受け止めるのではなく、日本を外国企業にとって魅力ある進出先とするための施策を講じ、5年後には日本への投資残高の倍増を目指します」と表明した⁷³。

以上のような背景から、会社がその企業価値を高めるために行う組織再編行為の対価を存続会社等の株式に限定することなく、金銭その他の財産もその対価とすることにより、三角合併やキャッシュ・アウト・マージャーなどの選択肢を増やすことで、組織再編の効率性・迅速性を高めるとともに、組織再編の促進を通じてM&A市場を育成し、市場における淘汰によって我が国経済を活性化させるべく「対価の柔軟化」が検討されたわけである⁷⁴。しかし、我が国の経済界の一部において、いわゆる三角合併が可能になることが、主として外資による対日投資促進の意欲を高め、ひいては我が国市場における株式の敵対的買収を増加させるのではないかという懸念が強まった⁷⁵。そのような状況を受けて、経団連側の今までの柔軟化に対する積極的な姿勢は大きく変化し、平成16年11月16日付の「企業買収に対する合理的な防衛策の整備に関する意見」という意見書では、「会社法制の現代化において、合併等の対価を柔軟化し、親会社株式等を対価とできる方向で検討が行われている。例えば、全く企業風土の異なる会社が、子会社を買収対象企業と合併させ、自社の株式を対価として、現金を負担することなく、100%子会社化することが可能となる。これに伴

⁷⁰ 相澤・前掲注68) 39頁

⁷¹ 旧租税特別措置法67条の9の2、旧租税特別措置法施行令39条の30の2第2項

⁷² 相澤・前掲注68) 39頁。日本企業にとっては、すでに株式交換税制が設けられていたことから、親会社が日本企業である場合の親会社株式を対価として用いることについては、さほどニーズはなく、むしろ金銭を中心とした財産一般を対価として用いることができるようになるという選択肢の拡大という面に意味があったといえる。一方、外国企業にとっては、合併等対価の柔軟化自体は、何ら本質的な要望ではなく、外国株式と日本株式との交換する類型のM&Aにつき、課税の繰延措置を実現するための、もっとも現実的なステップとして認識されていたと考えられる(同47頁参照)。

⁷³ 首相官邸「第156回国会における小泉内閣総理大臣施政方針演説(平成15年1月13日)」
www.kantei.go.jp/jp/koizumispeech/2003/01/31sisei.html (2018/11/25最終閲覧)

⁷⁴ 相澤・前掲注68) 36-38頁

⁷⁵ 同上、41頁

い、企業の長期的利益にコミットしていない買収者が、自らの短期的利益の追求を図ることにより、企業価値が損なわれたり、株主や従業員、地域社会等に大きな不利益を及ぼすリスクが増すことは否定できない⁷⁶としている。

上記の経団連側の懸念に配慮する形で、会社法施行から、「対価の柔軟化」に関する部分のみ1年間遅らせ、その間に企業が買収防衛策の導入等必要な対応を検討し、かつ、政府においても必要な措置をとることができるようにとの政治的判断により、平成19年に施行されることとなった⁷⁷。

(2) 対価となる財産の種類

消滅会社の株主等に対して交付できる対価については、会社法上、「財産」と評価できるものであれば問題なく、それ以外に特に制限は設けられていない(会社法749条1項2号・751条1項3号・758条4号・768条1項2号・770条1項3号)。ただし、吸収合併および株式交換については、消滅会社の株主等に対して、その有する株式の数に応じて対価を交付しなければならないものとされている(会社法749条3項・751条3項・768条3項・770条3項)ことから、上場会社のように多数の株主を有する株式会社において対価として利用され得る財産は、存続会社等の株式のほかは、事実上、金銭や親会社株式など、その金額または数量により容易に価値を判定することができる流動性の高い財物に限られると考えられる⁷⁸。

もっとも、対価の種類に応じて、吸収合併の消滅会社および株式交換の完全子会社においてとるべき手続きは、株主保護の観点から異なる規律が設けられている⁷⁹。すなわち、吸収合併の消滅会社および株式交換の完全子会社においては、それぞれ吸収合併契約または株式交換契約につき、株主総会の特別決議による承認が必要であることが原則であるが、当該会社が公開会社であって、対価が「譲渡制限株式等」である場合には、基本的に株主総会の特殊決議を要し(会社法783条1項・309条3項2号)、また、対価が「持分等」である場合には、総株主の同意を要するものとされている(会社法783条2項)。なお、吸収分割については、常に対価の交付を受ける者は分割会社であるものと整理されたため、対価が「譲渡制限株式等」や「持分等」である場合であっても、分割会社における吸収分割契約の承認は、株主総会の特別決議によれば足りる。この「譲渡制限株式等」および「持分等」の詳細は、法務省令に委ねられているわけであるが、対価の柔軟化により、会社法上、およそありとあらゆる財産

⁷⁶ 日本経済団体連合会「企業買収に対する合理的な防衛策の整備に関する意見」
www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2004/085.html (2018/11/25 最終閲覧)

⁷⁷ 藤田友敬ほか「会社法における合併等対価の柔軟化の施行」別冊商事309号1頁(2007)

⁷⁸ 相澤・前掲注68)37頁

⁷⁹ 同上

が対価として用いられる可能性があり、その中には「譲渡制限株式等」または「持分等」そのものではなくとも、それらに準じた取扱いがされるべきものがあり得るところ、規律の明確性の観点から、その詳細を具体的に法務省令において規律することが望ましいと考えられたためである⁸⁰。

1. 2. 2 事業上の目的の不当性

スクイーズアウトとは、支配株主が少数株主を会社から強制的に締め出すことをいい、その動機としては、公開にともなう管理コスト高の回避⁸¹、敵対的買収からの防衛、経営効率の改善などがあげられる⁸²。

買収対象会社の残存少数株主の締出し（スクイーズアウト）による完全子会社化の方法は、「交付金合併」、「交付金株式交換」、「全部取得条項付種類株式の端数処理」、「特別支配株主の株式売渡請求」、「株式単位を巨大にする株式併合」等があり、買収ファンド等によるLBO（Leveraged Buyouts）、すなわち借入金を原資とする企業買収の際に必要なことが多い。なぜなら、買収者は、借入金の返済のため対象会社の資産を利用し（当該資産への担保設定、流動資産の借入れ等）、対象会社に少数株主が残存していると、当該利用行為は支配株主（買収者）・少数株主間の利益相反的な状況を招くからである⁸³。

「交付金合併」と「交付金株式交換」は、平成29年税制改正にてスクイーズアウト税制が創設される前は税制上の問題があり、「特別支配株主の株式等売渡請求」と「株式単位を巨大にする株式併合」に関しては、平成26年の会社法改正前までは、制度が未整備であったことから、主に全部取得条項付種類株式の取得の方法が採用されてきた。これらの各方法を用いた「少数株主の締出し」については、閉鎖型のタイプの会社において、内紛解決を目的に少数派に対して行われることもあり得る⁸⁴。

この類型については、「目的の不当な会社の行為」として違法であると主張されることが少なくない⁸⁵。「目的の不当な会社の行為」は、株主間の紛争以外にも問題になり得るが⁸⁶、少数株主の締出しのような株主間の紛争については、特別利害関係株主（多数派）の議決権行使による著しく不当な決議の取消しの問題として、おおむね解決できる（会社法831条1項3号）。

「少数株主の締出し」のうち、公開型のタイプの会社の買収後の残存少数株

⁸⁰ 相澤・前掲注68) 37頁

⁸¹ 例えば、法的コスト、上場コスト、会計コストなどが存在する。

⁸² 大塚章男「スクイーズアウトにおける「事業目的基準」の有用性」筑波ロー2号16頁（2007）

⁸³ 江頭・前掲注22) 160頁

⁸⁴ 同上、52頁

⁸⁵ 大塚・前掲注82) 16頁

⁸⁶ 不当労働行為を目的とする会社の解散等がある。

主を対象に行われるものは、その対価として少数株主に支払われる金額の適正性の点は別として、締め出すこと自体は、類型的に「著しく不当な決議」に当たらないと解すべきである⁸⁷。LBOでは、効率的な企業買収市場の形成・維持に不可欠なものである半面、公開型の会社の株主は、適正な対価を取得できれば、当該会社の株主の地位に固執すべき理由はないからである。

しかし一方で、閉鎖型のタイプの会社の内紛に起因する少数株主の締め出しについては、「目的の不当性」から会社法831条1項3号が適用にならないかの点を裁判所は慎重に判断すべきである。江頭憲治郎は、「閉鎖型のタイプの会社の株主にとっての株式は、単なる予想キャッシュフローの現在価値ではなく、経営者としての報酬を生む源泉であり、かつそうした会社では株主間に経営に参加する明示・黙示の約束があることが少なくない等、複雑な事情があるのが通例だからである」とし⁸⁸、また弥永真生も、「たとえば、吸収合併において、吸収合併存続会社の株式以外の財産を交付すると、少数株主を締め出す結果（スクイズ・アウト）になるが、少数派株主を締め出すことを主要な目的として、現金対価合併を行う合併契約の承認決議には決議取消原因があると通常は考えるべきである。なぜなら、平成26年会社法改正で、特別支配株主の株式等売渡請求が認められたが、特別支配株主は特別支配株主完全子法人と併せて、会社の総株主の議決権の10分の9（これを上回る割合を定款で定めた場合はこの割合）以上有していなければならないとされているからである。この制度とのバランスからは、株主総会の特別決議によって、少数株主を追い出す結果になるような組織再編行為が認められるのは、その組織再編行為に正当な事業上の目的があるということ以外には正当化できないし、総会決議の有効性を争うことを認めなければ首尾一貫しない（特別支配株主という要件は、総会決議を経ないで行えるための要件であると考えられ、それは、行為の効力のレベルでの重要な救済手段を認めないことが正当化される要件であると位置づけることができる）。この議論は、吸収分割や株式交換の場合にも当てはまる」と指摘している⁸⁹。

この事業目的基準を導入すべきか否かについては議論がある。まず不要説についてであるが、これは、そもそも会社法で交付金合併が認められていることに重きを置いた考えであり、また、あいまいな「正当な事業目的」によって、事後的に合併を無効とすれば取引を混乱させるという点にある⁹⁰。必要説は、あまりにも不当な締め出し合併につき事業目的基準を適用することで合併無効を

⁸⁷ 三苫裕=遠藤努「ゴーイング・プライベート取引におけるキャッシュ・アウトに関する一般論（下）」金判1405号4頁（2013）

⁸⁸ 江頭・前掲注22）52頁

⁸⁹ 弥永真生『リーガルマインド会社法〔第14版〕〕374頁（有斐閣、2014）

⁹⁰ 大塚・前掲注82）40頁

認めて、これを救済しようという趣旨と考えられるが、これは著しく不当な合併条件を無効原因とすべきか、という従来から存在する論点とも共通すると考えられる⁹¹。二段階合併が実行される場合、合併条件の正当性等を前提とする限り（すなわち第一段の買付価格と第二段の交付金とが同一条件であれば）、少数株主の排除それ自体が「正当な事業目的」と解されるとの見解も存在している⁹²。

1. 3 少数株主保護の問題

「1. 2. 2」で述べた「事業上の目的の不当性」という問題であるが、スクイーズアウトを行う上で、少数株主の保護について争われた事件として、「インターネットナンバー事件」⁹³がある。本件は、Y（被告）が行った全部取得条項付種類株式を用いたスクイーズアウトに対して、少数株主であったX₁ら（原告）が、株主総会決議の内容は全部取得条項付種類株式を規定した法の趣旨を逸脱し、または株主平等原則に違反するとして、株主総会決議の無効確認を求めて訴えを提起したものである⁹⁴。これに対して東京地裁は、「全部取得条項付種類株式制度を規定した会社法108条1項7号、2項7号、171条ないし173条が、多数決により公正な対価をもって株主資格を失わせることを予定していることに照らせば、単に会社側に少数株主を排除する目的があるというだけでは足りず、……少なくとも、少数株主に交付される予定の金員が、対象会社の株式の公正な価格に比して著しく低廉であることを必要とすると解すべきである。」として原告の訴えを棄却した。

上記の判旨のとおり、少なくとも締出対価が相当でないことが必要であるとされると、対価が相当であれば常に不当決議に該当しないことになる。それゆえ、本判決は、締出しの目的があれば不当決議に当たるとする見解を排斥するようにみえながら、それを越えて、締出目的の正当性を問題にすることを広く

⁹¹ 同上

⁹² 笠原武朗「少数株主の締め出し」森淳二郎=上村達男編『会社法における主要論点の評価』129-130頁（中央経済社、2006）

⁹³ 東京地判平成22年9月6日（判タ1334号117頁）

⁹⁴ 事実の概要は、以下のとおりである。「Y社（インターネットナンバー）は、非上場の株式会社であり、東証一部上場のA社（GMOインターネット）は2003年10月にY社の第三者割当増資を引受けて、A社代表BらをY社の取締役会会長に派遣しており、本件総会決議当時はA社の子会社C社がY社の71.5%の株式を保有していた。Y者はD社（JWord）と提携関係を結んでいたが、A社は2003年10月頃にD社に出資しその経営権を獲得した。Y社の10.8%の株式を有するX₁社（オエイ商事）はY社とD社の提携関係がY社の特許権を侵害し、Y社の利益を損なうと考えて、Bらの責任追及をY社に請求したが、Y社は提訴しないと通知した。X₁社はC社にY社株式を1株700円で買取ると表明したが交渉は決裂した。2009年6月25日にY社は臨時株主総会と種類株式総会を開催し、定款変更により従来の普通株式を全部取得条項付種類株式にしてそれを1株につき新たな種類株式12万6380分の8株を対価にして取得すると決議した。それによりC社以外の株主には1株につき端数処理による70円が交付された。合計15.0%のY社株式を保有するX₁社ら6名の株主はそれらの総会決議の取り消しと無効確認の訴えを提起した。」

否定したことになる⁹⁵。もっとも前述にあるように、学説上は、締出しにつき正当な事業目的を立証できなかった場合には不当決議に該当するとする見解も存在するが、どのような場合に正当目的があるのかについては判然としない⁹⁶。この不当性要件は濫用事例を制限しており、「正当事由」は少数株主のみを締め出す目的を制限しているとする考え方と、少数株主の締出しのみを目的にしていることを濫用と捉えて不当性の要件で制限してしまう考え方があり得るが⁹⁷、少数株主の締め出しのみを目的とした利用を禁止する理由も明確でない状況で会社に正当目的の立証を要求することは、抑制すべきでない締め出しまで抑制してしまう危険を有することを鑑みると、本判決の立場にも一応の合理性が認められよう⁹⁸。しかし、他方で、目的の正当性が全く問題にならないとするのは行き過ぎであろう。学説上、閉鎖会社における締め出しの許容性はより慎重に判断されるべきであるという意見が有力であり⁹⁹、本件においてもYは上場会社ではなく、Yの株式分布に照らせば裁判所は慎重な判断が求められたはずである。たとえ少数派株主に交付される対価が公正なものであっても、大株主の持株比率、大株主・経営陣と少数株主との関係、少数派株主の権利行使の状況その他の少数派株主の締め出しがなされるに至った経緯を考慮して、少数派株主を締め出す総会決議を「著しく不当な決議」として取り消す余地はなお認められるべきである¹⁰⁰。本来あるべき企業経営の実現に向けた行為を阻害するために締出しが行われた場合のように、濫用的な目的の場合で、かつ、そのことを少数株主が立証できた場合にまで、不当決議に該当せず決議取消しは認められないとする理由は見当たらず、したがって、そうした決議取消しの余地まで排除する趣旨のものではないと理解する限りにおいて本件判旨は妥当と考えるべきである¹⁰¹。

小括

我が国の組織再編成税制は、会社法上の組織再編を基に組み立てられていることから、本章では、会社法上における組織再編法制を確認した。

特に会社法上のスクイズアウトであるが、導入の背景として、「競争力あるグループ編成を実現するためには、経済環境の変化に対応して、機動的な組織再編を可能とすることが必要となる。求められる組織再編の内容に応じて、多

⁹⁵ 久保田安彦「判批」商事2032号109頁(2014)

⁹⁶ 同上、110頁

⁹⁷ 笠原・前掲注92)119頁

⁹⁸ 長畑周史「判批」青森法政論叢13号125頁(2011)

⁹⁹ 江頭・前掲注22)52頁

¹⁰⁰ 鳥山恭一「判批」法セ673号117頁(2011)

¹⁰¹ 久保田・前掲注95)110頁参照。

様な選択肢を設けるべきである」という国内からの要望と、「合併と同様に我が国の会社間における組織再編行為の一種である株式交換制度にかかる税制について、広く優遇的な措置が講じられていたわけであるが、欧米を中心に、外国企業が我が国においてM&Aを企画するに際して、国内企業に比して不当に不利な立場に立たされる」という海外からの要望によるものがあつた。そして、会社法施行から、「対価の柔軟化」に関する部分のみ1年間遅らせ、その間に企業が買収防衛策の導入等必要な対応を検討し、かつ、政府においても必要な措置をとることができるようにとの政治的判断により、平成19年に施行されたが、M&A（企業買収）が前提とされている制度であることが明らかとなった。また、買収対象会社の残存少数株主の締め出し（スクイーズアウト）による完全子会社化の方法は、閉鎖型のタイプにおいて「目的の不当性」より、会社法831条1項3号の適用の問題が存在している。これに関して争われた判例を取り上げ検討したわけであるが、「正当事由」は少数株主のみを締め出す目的を制限しているとする考え方と、少数株主の締め出しのみを目的にしていることを濫用と捉えて不当性の要件で制限してしまう考え方の両方があり得るとされている。前者の考え方は、少数株主の締め出しのみを目的とした利用を禁止する理由も明確でない状況で会社に正当目的の立証を要求することは、抑制すべきでない締め出しまで抑制してしまう危険を有するという指摘が存在していることから、後者の考え方を採用するのが妥当とされよう。そして、学説上、閉鎖会社においては締め出しの許容性はより慎重に判断されるべきであるという意見が有力であるとされる。つまり、閉鎖型の会社におけるスクイーズアウトについては、税法上その概念を借用している会社法においても問題が生じ得ることが明らかとなったわけである。

次章においては、本章の会社法上における組織再編法制を踏まえた上で、我が国の組織再編税制の課税理論と、スクイーズアウト税制がその課税理論にどのように位置付けられるのかを検証する。

2. スクイーズアウト税制の適格要件の射程

2. 1 組織再編成税制の位置付け

2. 1. 1 組織再編成税制の立法趣旨

平成13年度の法人税法改正において合併、分割、現物出資、事後設立及びみなし配当を中心に、組織再編成の全般にわたり、税制の抜本的な改正が行われた。このうち、分割に係る税制は、平成12年の商法改正により会社分割制度が導入されたことに伴い、平成13年度の法人税法の改正において新たに導入されたものである¹⁰²。

¹⁰² 『改正税法のすべて 平成13年度版』131頁（大蔵財務協会、2001）

これに対して、分割以外の項目に係る税制には、相当に長い歴史があり、合併の場合の清算所得に対する課税は大正9年、合併差益に対する課税は昭和2年、現物出資の課税特例は昭和17年、みなし配当に対する課税は大正9年に始まっている¹⁰³。これらの税制は、その後、それぞれに幾度かの変遷を経て現在に至ったものであるが、平成13年度改正前の直近の主要な改正は、昭和42年の合併の場合の清算所得に対する課税制度の改正となっている¹⁰⁴。このような経緯からもわかるように、これらの税制は、いずれも馴染み深いものではあるが、他方、我が国の経済社会が大きく変化するなかにあつて、長期にわたり本格的な見直しが行われてこなかった。このため、平成13年度改正において、これらの税制について抜本的な見直しが行われた¹⁰⁵。その理由として、1996年10月から始まった金融ビッグバンが都市銀行の大規模な合併・組織再編成をもたらし、それをきっかけとして、事業会社においても従来の企業系列や資本関係を越えた大規模な再編成、統合、グループ再構築の動きが急速に広がり、このような動きに対応して、1997年の独占禁止法改正による純粋持株会社の解禁、1999年10月の商法改正による株式交換・移転制度の創設、2000年商法改正による会社分割制度の創設など、相次ぐ法改正により企業組織再編成の手法も改善・多様化された。この背景には我が国企業が、今までの組織・形態を維持したままでは、世界的な競争と変化の時代に生き残ることが困難になってきたことがある¹⁰⁶。

そこで新しい時代に対応していくための企業組織・形態の改革の方向は、大きく分けて二つあった。第一は、一つ一つの企業規模を適正な程度に収めながら、資本関係で結ばれた企業グループとして再構築していく方向であり、第二は、より大きな競争単位を求めて複数の企業が従来の資本関係を越えて統合し、あるいは共同で事業を進めていく方向であり、この「企業グループ」と「共同事業」、あるいはその重層的な組み合わせがその後の組織再編成を考えていく上でのキーワードとして、税制の手当てが不可欠であつた¹⁰⁷。もっとも、産業界

¹⁰³ 同上、131-132頁

¹⁰⁴ 同上、132頁

水野忠恒は、「平成13年度に組織再編成税制が導入されるまでも、合併については、清算所得に対する法人税が存在し、合併の時点における含み益に課税されることになっていたが、実際には、商法上の時下以下主義に従って、被合併法人の資産の帳簿価額で引き継ぐことにより、課税の繰延べがなされるのが通常であつた。しかしながら、なぜ、合併については、課税の繰延べが認められるのかということに対する明確な理論は存在しなかつたと思われる。商法上の現物出資説または人格承継説を根拠とする説明がなされたのみである。組織再編成税制の整備により、適格合併について認められる損益計上の繰延べ（non-recognitions）の趣旨が明確にされた」と述べている（水野・前掲注18）614頁参照。

¹⁰⁵ 前掲注102）132頁

¹⁰⁶ 阿部泰久『法人税制1980年代から現在までの変遷』80頁（ロギカ書房、2017）

¹⁰⁷ 同上、80-81頁

の要望としては、当初、商法の会社分割制度だけに対応した税制を望んでおり、当時租税特別措置法に規定されていた株式交換・移転制度のように、会社分割制度に対応した必要最小限の部分の租税特別措置法の制定だけを望んでいた。しかし、分割というものは、既存の合併や現物出資などの分社化の制度と経済的な効果は同じであることや、分割の手当てと、既存の合併や現物出資等の制度の手当てがセットになって行われるときに、既存の問題となっているところを含めて全部見直すべきであるという主税局の意向により、企業組織再編成税制が創設された¹⁰⁸。

以上のような考え方を踏まえて、平成13年度税制改正において組織再編成税制が創設された訳であるが、「改正税法のすべて 平成13年度版」を確認すると、「我が国においては、国際化、情報化の進展等により、企業活動が多様化・複雑化するとともに、いわゆるバブル崩壊後、厳しい経営環境が続くなかで、企業の組織再編成が重要な課題となっています。企業法制においても、平成9年の合併手続きの簡素合理化、平成10年の自己株式の取得・消却要件の緩和、平成11年の株式交換・株式移転制度の導入、そして平成12年の会社分割制度の導入というように、次々に企業の組織再編成のインフラとなる整備が行われています。このような状況を踏まえ、税制においても、我が国の経済社会の構造変化に対応した税制を創設すべく、合併、分割、現物出資、事後設立及びみなし配当を中心として、組織再編成の全般にわたり抜本的な見直しを行うこととされました。この見直しに際しては、組織再編成の全般を通じて整合性のある取扱いとなるように、組織再編成に係る税制を統一的、かつ、体系的に整備することが企図された」としている¹⁰⁹。

2. 1. 2 組織再編成税制の基礎理論

法人税法では、平成13年度改正において、「組織再編成に係る所得の金額の計算」¹¹⁰というセクションを設けて、企業組織の再編成に係る課税上の取り扱いを規定している¹¹¹。法人税法において、組織再編成は、法人格の変更（消滅、承継、発生等）を生じさせる行為であり、かつ、資産・負債を法人間で移転させる行為であって、その際に、出資者は、旧株式等の対価を受け取り、また、利益の分配を受けることが有り得ると捉えている¹¹²。換言すれば、法人税法においては、合併を含む組織再編成とは法人と他の法人との間の取引であると捉

¹⁰⁸ 阿部泰久「改正の経緯と残された課題」別冊商事 252号 80-81頁（2002）

¹⁰⁹ 前掲注102）132頁

¹¹⁰ 法人税法 62条以下

¹¹¹ 水野・前掲注18）536頁

¹¹² 朝長・前掲注10）127頁

えており、その上で、出資者に課税関係が生ずることもあるとしている¹¹³。このため、我が国の組織再編成税制は、組織再編成によって移転する資産や負債のキャピタルゲインに対する課税の取扱いを中心に据えて構築されている¹¹⁴。

具体的には、合併・分割・現物出資・現物分配（以前は事後設立もあった）等の組織再編成のそれぞれの定義について、第2条に詳細に定められ、さらに、そこで、資産の移転として譲渡益課税が行われる場合と、譲渡益（含み益）の課税の繰延べを認める場合の適格要件が規定されている¹¹⁵。現物出資と現物分配は、資産の移転による会社（子会社）の設立であり、合併や分割は、企業組織の拡大や縮小を伴う再編成である。法人税法はこれらの行為を企業組織の再編成としてひとくくりとし、税制上の取扱いも、基本的には、中立性のため整合性を保ち、同様に課税するようにつとめている¹¹⁶。その理由は、「会社分割には、現物出資、合併等と共通する部分があり、例えば、分割型の吸収分割と合併では法的な仕組みが異なるものの実質的に同一の効果を発生させることができる。同じ効果を発生させる取引に対して異なる課税を行うとすれば、租税回避の温床になりかねないなどの問題がある」¹¹⁷という配慮から、実質的に同様の形態には同様の課税を考え、課税の公平や中立性を維持しようとするものである¹¹⁸。この税制で採用された事業承継税制における法人税法のスタンスは、一定の条件をクリアする場合にのみ、被合併法人あるいは分割法人の欠損金額を、合併法人または分割承継法人の損金として引き継がせようとする点にあったともいえる。その際における法人税制の基本的な考え方としては、法的形式よりも経済的な実態を重視し、会社分割などの当該取引が資産等の売却である場合には、取引時点で未実現の利得に課税するなど譲渡損益の認識をし、そうでない場合（=再編の場合）には、取引の時点で譲渡損益を認識せず、課税の繰延べを認めるという考え方が存在している¹¹⁹。そのため、この税制においては、売却と再編の線引きをどのように行うかが重要なキーポイントになる¹²⁰。

それらを踏まえて、平成12年10月3日に、政府税制調査会の法人課税小

¹¹³ 同上

¹¹⁴ 同上

¹¹⁵ 水野・前掲注18) 536頁 また、「実際には我が国の法人税法の体系は現在もなお、所得の計算規定が中心であり、組織再編成の税制について体系的にまとめられているわけではない。」としている（同536頁参照）。

¹¹⁶ 同上

¹¹⁷ 税制調査会「会社分割・合併等の企業組織再編成に係る税制の基本的考え方」
www.cao.go.jp/zeicho/siryou/a02kai_2.html (2018/08/27 最終閲覧)

¹¹⁸ 水野・前掲注18) 537頁

¹¹⁹ 玉國文敏「企業組織再編税制をめぐる将来的課題」武田昌輔編『企業課税の理論と課題』419-420頁（税務経理協会、2007）

¹²⁰ 神田秀樹「新しい企業組織再編税制の基本的構造」商事1596号26頁（2004）

委員会¹²¹が公表した、「会社分割・合併等の企業組織再編成に係る税制の基本的考え方」として題された報告書¹²²の考え方を確認すると、

「第一 基本的な考え方

- (1) ……企業組織再編成により資産の移転を行った場合にその取引の実態にあった課税を行うなど、適切な対応を行う必要がある。
- (2) ……全体として整合的な考え方に基づいて整備する必要がある。…法的な仕組みが異なるものの実質的に同一の効果を発生させることができる。同じ効果を発生させる取引に対して異なる課税を行うこととすれば、租税回避の温床を作りかねないなどの問題がある。第二に、現行の税制においては、営業譲渡により企業買収を行う場合には、資産の時価取引として譲渡益課税が行われるが、他方、合併により企業買収を行う場合には、課税が繰り延べられるなどの問題がある。
- (3) ……会社分割・合併等の組織再編成に係る法人税制の検討の中心となるのは、組織再編成により移転する資産の譲渡損益の取扱いと考えられるが、法人がその有する資産を他に移転する場合には、移転資産の時価取引として譲渡損益を計上するのが原則であり……ただし、組織再編成により資産を移転する前後で経済実態に実質的な変更が無いと考えられる場合には、課税関係を継続させるのが適当と考えられる。したがって、組織再編成において、移転資産に対する支配が再編成後も継続していると認められるものについては、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べることが考えられる。……株主の旧株（分割法人や被合併法人の株式）の譲渡損益についても、原則として、その計上を行うこととなるが、株主の投資が継続していると認められるものについては、上記と同様の考え方に基づきその計上を繰り延べることが考えられる。
- (4) ……新株等の交付が分割法人や被合併法人の利益を原資として行われたと認められる場合には、配当が支払われたものとみなして課税するのが原則である。……移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べる場合には、従前の課税関係を継続させるという観点から、利益積立金額は新設・吸収法人や合併法人に引き継ぐのが適当であり、したがって、配当とみなされる部分はないものと考えられる。」とされている¹²³。

¹²¹ なお、当時、政府税制調査会の法人課税小委員会の委員長は水野忠恒である。

¹²² 前掲注 117)

¹²³ 渡辺徹也は、「政府税調は首相の諮問機関であるから、厳密な意味では、その資料に立法者の意図を見いだすことはできないはずであるが、組織再編税制に関しては、これ以外に課税繰延の理論的根拠を探る有力な資料がみあたらない。……もっとも、組織再編税制のような大きな法改正に関しては、国会は何らかの形でその立法趣旨を明らかにすべきであり、一般論としても、

この政府税制調査会の「基本的考え方」について、当時の主税局における立法担当者であった朝長英樹の見解を確認すると、(1)の部分は、組織再編成税制が実態に合った課税を行うという観点に立って創られたものであるということを示しており、(2)の部分は、組織再編成税制が全体として整合的な考え方に基いて整備された体系的な制度でなければならないということを示しているとする。(3)の「会社分割・合併等の組織再編成に係る法人税制の検討の中心となるのは、組織再編成により移転する資産の譲渡損益の取扱い」という部分は、我が国の組織再編成税制においては、組織再編成の全てに共通するものが法人間の資産の移転であることを踏まえ、法人間で移転する資産の譲渡損益の取扱いを検討の中心に据えて制度が創られているということを示し、「法人がその有する資産を他に移転する場合には、移転資産の時価取引として譲渡損益を計上するのが原則」という部分は、法人が組織再編成で資産を移転する場合には、その移転資産の譲渡損益を計上するのが原則であり、組織再編成税制においては、非適格組織再編成の取扱いが原則となるうえで、「移転資産に対する支配が再編成後も継続していると認められるものについては、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べる」という部分により、法人が組織再編成で資産を移転してもその移転資産に対する支配が継続していると認められる場合には、その移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べてもよいと考えられ、組織再編成税制においては、適格組織再編成の取扱いが特例として成り得るという考え方であるとする。この特例である適格組織再編成の取扱いが移転資産の譲渡損益の不計上ではなく、移転資産の譲渡損益の計上の繰延べであるということである。加えて、「株主の旧株（分割法人や被合併法人の株式）の譲渡損益についても、原則として、その計上を行うこととなるが、株主の投資が継続していると認められるものについては、上記と同様の考え方に基きその計上を繰り延べる」という部分は、組織再編成を行う法人の株主について、旧株が新株等になるという資産の形態変化がある場合には、旧株の譲渡損益を計上するのが原則であるが、投資が継続していると認められる場合には、特例として、旧株の譲渡損益の計上を繰り延べることが有り得るということを示し、株主における原則と特例の考え方が法人における原則と特例の考え方とは異なっているとしている。

(4)の「新株等の交付が分割法人や被合併法人の利益を原資として行われたと認められる場合には、配当が支払われたものとみなして課税するのが原則」という部分は、株主に交付される新株等に利益を原資とする部分があれば、配当とするのが原則であるということを示し、利益を原資として株主に新株等を交付するという法人の処理と配当が支払われたものとみなす株主の処理とは不

今後そのような公表制度の構築が望まれるところである。」と述べている（渡辺・前掲注4）128頁参照）。

可分に結びついていると指摘している。また、「移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べる場合には、従前の課税関係を継続させるという観点から、利益積立金額は新設・吸収法人や合併法人に引き継ぐのが適当であり、したがって、配当とみなされる部分はない」という部分は、分割法人や被合併法人が分割型分割や合併等によって分割承継法人や合併法人に移転した資産の譲渡損益の計上を繰り延べる場合には、分割法人や被合併法人の利益積立金額を分割承継法人や合併法人に引き継ぐのが適当であるということ、そして、その場合には、分割法人や被合併法人に利益積立金額が株主に交付されたこととはならないから、株主には配当とみなされる金額は生じないと捉えている¹²⁴。

これらをまとめると、組織再編成税制は、「原則として、組織再編成により移転する資産等についてその譲渡損益の計上を求めつつ、特例として、移転資産等に対する支配が継続している場合には、その譲渡損益の計上を繰り延べて従前の課税関係を継続させる」という制度であり、これは、我が国では「法人は誰のものか？」という問いに対して、「株主のもの」と答える者は少数であり、多くの者が「社長のもの」と答える状況にあったことから、あくまで「株主の投資の継続性」を基礎とする制度ではなく、「移転資産に対する法人支配の継続」を基礎とした制度であり¹²⁵、「投資の継続」の概念は一部例外的に認められている¹²⁶。また、我が国の租税法は基本的には、私法上の概念を前提として課税上の取り扱いが定められていることがほとんどである¹²⁷。その為、我が国の組織再編成税制は、基本的には、会社法第5編に規定されている典型的な組織再編行為（を構成する諸概念）を基礎として、それらに対する課税上の取り扱いを定める形（制定法を基礎としたアプローチ）で構築されている¹²⁸。もっとも、アメリカの連邦所得税の場合、株主レベルに焦点を当てて、株主による「投資の継続性」（continuity of interests）を基礎として課税繰延べのための税制適格要件が構築されている¹²⁹。また、「投資の継続」という性質が見られる組織再編的な行為を広く対象とした上で、問題となる行為によって交換される財産の性質や当該行為により達成される結果に着目した機能的な観点からそれらを分類し、それぞれに対する課税上の取扱いを定めるという形（機能主義的なアプローチ）で構築されている¹³⁰。

このように、創設当時から我が国とアメリカでの組織再編成税制は基礎とな

¹²⁴ 朝長・前掲注1) 4-5頁

¹²⁵ 同上、189-190頁

¹²⁶ 太田洋編『M&A・企業組織再編のスキームと税務～M&Aを巡る戦略的税務プランニングの最先端』103頁（大蔵財務協会、2016）

¹²⁷ 同上、84頁

¹²⁸ 同上、103頁

¹²⁹ 同上、102頁

¹³⁰ 同上、84頁

る概念に相違があり、そもそも朝長英樹は、「従来、長年にわたり、改正の度ごとに、アメリカやヨーロッパ諸国の模倣をするかのごときことを繰り返してきたことの功罪を改めて問い返し、後進国型思考を脱して、我が国にふさわしく、かつ、理論的で、諸外国のお手本としてもらえるようなものを創り上げるという姿勢で臨んだ」¹³¹とされているが、従来の法人税の中心的課題は、法人所得の計算であり、法人の所得計算それ自体は、基本的には一般に公正妥当と認められる会計処理の基準に従って計算されるものとされてきており、実際一つの経済活動の実体としての所得計算が必要であった¹³²。しかし、我が国の近年の組織再編成に係る税制改正は、急速にアメリカの税制に近づきつつある¹³³。つまり、法人の特殊性を反映する法人一株主関係を法人課税問題の中心におき、それを法人の形成過程、法人のライフサイクル、つまり、法人の設立・運営・組織の変更に応じて、その基本的仕組みである構造的問題に関する課税理論を体系化するアメリカ連邦所得税に近づきつつあると考えられる¹³⁴。

2. 1. 3 適格要件の判断要素

組織再編成税制においては、法人に対して適正に法人税を課するという目的があり、当然その個々の実態に即した課税を行う必要がある。例えば合併の場合、被合併法人から合併法人に資産及び負債が移転することから、基本的には、その資産及び負債への支配は途絶えることになるが、その実態に目を向けると、その支配が継続していると見れる場合もある。支配が途絶えるという場合には、その資産及び負債は、形式的にも実質的にも他に移転したものと考えることができ、その資産及び負債の譲渡損益を計上する必要があるが、しかし、実態として支配が継続しているという場合には、形式的にはその資産及び負債の移転の処理を行うものの、実質的にはその資産及び負債の移転を従前のままとしてその譲渡損益を繰り延べるのが適当とされる¹³⁵。このような前者の合併を原則と捉え「非適格合併」と呼び、後者の合併を特例として「適格合併」と呼び、「非適格合併＝買収」と考えられている¹³⁶。この「支配が継続している」かどうかの判断であるが、法人税法上は「完全支配関係がある場合（100%）」、「支配

¹³¹ 朝長・前掲注1) 368頁

¹³² 水野・前掲注18) 532頁 水野忠恒は続けて、「法人税法の規定の多くは企業会計の概念で構成され、我が国の法人税法は、法的問題としては、所得計算に関する個々の条文における論点をめぐる詳細な解釈論や裁判例はあるものの、法人税に関する大きな法理論というものは目立たなかったと認識される。」としている（同532頁参照）。

¹³³ 金子宏『租税法〔第22版〕』460頁（弘文堂、2017）

¹³⁴ 水野・前掲注18) 532頁

¹³⁵ 朝長・前掲注10) 133頁

¹³⁶ 同上、134-135頁

関係がある場合（50%超）¹³⁷、「共同事業を行う場合」に分けていくつかの要件を定め¹³⁸、それらを満たしている場合は、「支配が継続している」と考える。

もともと、法人税法で「移転資産に対する法人支配の継続」を基礎に適格要件が構築されているといっても、それが貫徹されている訳ではない。例えば合併の場合、被合併法人は解散するため、合併法人の被合併法人に対する支配の観念はできず、「移転資産に対する法人支配の継続」は存在しない。しかし、それらの場合に課税繰延べが一切認められないとするのは不合理であり、適格合併に該当するための要件としては、「移転資産に対する法人支配の継続」の代わりに例外的に「投資の継続」の考え方が用いられ、原則として、被合併法人株主の80%以上が、受領した合併法人株式の全部を継続して保有することが見込まれていることが、適格要件に該当するための要件とされている¹³⁹。その適格要件を、「合併の場合」と「株式交換の場合」に分けて整理をすると、次の通りである。まず合併の場合であるが、合併における適格要件はさらに、①完全支配関係がある場合、②支配関係がある場合、③共同事業を営む場合に分けられる。完全支配関係がある場合の適格要件は（イ）金銭等不交付要件¹⁴⁰と（ロ）完全支配関係継続要件¹⁴¹である。この金銭不交付要件であるが、対価として交付したもののうち要件を満たすものをまとめると下記の図表2のとおりになる。

¹³⁷ この「完全支配関係」と「支配関係」であるが、平成22年改正により、資本関係が100%となっている法人間の関係を「完全支配関係」、資本関係が50%超となっている法人間の関係を「支配関係」とする定義規定が新たに設けられた。（法人税法2条12の7の6・法人税法2条12の7の5）この「完全支配関係」という用語は、連結納税制度、グループ法人税制における規定と共通の用語として使用されている（同上、141頁参照）。

¹³⁸ ただし、平成29年度税制改正でスクイズアウト税制と同時に創設されたスピノフ税制により、「独立して事業を行う場合」が追加されている。しかし、本論文では「独立して事業を行う場合」については言及しない（一橋直美「企業組織再編税制について」租税研究823号123頁（2018）参照）。

¹³⁹ 太田・前掲注126）103頁

¹⁴⁰ 法人税法2条十二の八

¹⁴¹ 法人税法2条十二の八イ、法人税法施行令4条の3第2項 なお、被合併法人と合併法人との間に、いずれか一方の法人による完全支配関係がある場合は、合併により一の法人となることから、合併後の完全支配関係の継続は求められていない。

【図表 2：適格合併における金銭不交付要件】

対価の種類等	金銭等不交付要件
合併法人株式	○
合併法人の親会社株式	○
端株相当の金銭	○
剰余金の配当としての金銭	○
反対株主買取請求に基づく対価としての金銭	○
発行済株式等の総数の3分の2以上を保有する場合 に他の少数株主へ交付される金銭	○
無対価	○
上記以外の金銭その他の資産	×

(出所：筆者作成)

次に支配関係がある場合の適格要件であるが、これは（イ）金銭等不交付要件¹⁴²、（ロ）支配継続要件¹⁴³、（ハ）独立事業単位（従業者引継要件）、（ニ）事業継続要件¹⁴⁴である。（イ）と（ロ）については完全支配関係の場合と考え方は同じである。（ハ）については、さらに、イ. 主要資産負債引継要件とロ. 従業者引継要件¹⁴⁵の二つから成るが、合併においては主要資産負債引継要件は当然満たされるため、必然的に従業者引継要件により独立事業単位要件を満たすかどうかの判定が行われる。

最後に共同事業を営む場合の適格要件であるが、こちらは（イ）金銭等不交付要件、（ロ）事業関連性要件、（ハ）事業規模等要件、（ニ）独立事業単位要件（従業者引継要件）、（ホ）事業継続要件、（ヘ）株式継続保有要件である。これらをまとめたのが、下記の図表 3 である。

¹⁴² 法人税法 2 条十二の八

¹⁴³ 法人税法 2 条十二の八ロ、法人税法施行令 4 条の 3 第 3 項 なお当事者間で支配関係がある合併の場合は、完全支配関係がある場合の合併と同じ考えにより、合併後の支配関係の継続は求められていない。

¹⁴⁴ 法人税法 2 条十二の八ロ(2) 被合併法人の合併前に営む主要な事業が合併後に合併法人において引き続き営まれることが見込まれることをいい、その当初合併後に行われる適格合併によりその主要な事業がその適格合併に係る合併法人に移転することが見込まれている場合のその適格合併に係る合併法人も含まれる。なおこの要件は、その資産の移転を単なる事業譲渡と区別するためである（太田・前掲注 126）103 頁参照。

¹⁴⁵ 法人税法 2 条十二の八ロ(1) 被合併法人の合併直前の従業者のうち、その総数のおおむね 80%以上に対応する数の者が合併後に合併法人の業務に従事することが見込まれていることをいう。

【図表 3：合併における適格要件】

合併における適格要件	100%支配	50%超支配	共同事業
金銭等不交付	○	○	○
(完全) 支配関係継続	○	○	—
独立事業単位 (従業者引継)	—	○	○
事業継続	—	○	○
事業関連性	—	—	○
事業規模等	—	—	○
株式継続保有	—	—	○

(出所：筆者作成)

上記が適格要件の具体的内容になるわけであるが、これらはいずれも、株主の「投資の継続」と、事業に対する「支配の継続」という概念のもと整理されている。この適格要件は、大きく入り口を「企業グループ内の組織再編成」と「共同で事業を行うための組織再編成」とに分けられるのであるが、その経緯を確認すると、最初に「金銭等不交付要件」という考えが整理され、次に考えられたのが、「企業グループ内の組織再編成」という概念である¹⁴⁶。企業グループで再編成を行う場合は一体のものであり、経済的実態には変化がないと考えられたわけである¹⁴⁷。では「企業グループとは何か」という疑問が生ずるわけであるが、これは主税局側と経団連側との交渉により決まったという経緯がある。まず主税局側は100%の完全支配関係は課税繰延べの対象としたが、経団連側は25%の支配関係でも課税繰延べの範囲に入れるべきと主張した¹⁴⁸。それに対して、主税局側は80%という基準を提案したが¹⁴⁹、両者の折り合いは付かず、結局、旧商法の内容を用いて発行済株式の50%超というものをグ

¹⁴⁶ 阿部・前掲注108) 82頁

¹⁴⁷ 同上、82-83頁

¹⁴⁸ 25%を主張する根拠は、法人税法においては受取配当金益金不算入率の基準や外国税額控除の間接税額控除の基準として、25%という数字が用いられていたためである。しかし、主税局側は25%という基準は広すぎると主張し、採用されなかった(同上、83頁参照)。

¹⁴⁹ 仮にもし、80%という基準を経団連側が受け入れていた場合、連結納税制度の対象も100%完全子会社のみではなく、80%という基準に準拠していた可能性もある(同上、82頁参照)。そうすると、スクイーズアウト税制においても金銭交付要件が3分の1までではなく、20%未満という基準が採用されていた可能性も存在する。いずれにせよ、連結納税制度とスクイーズアウト税制の基準に整合性をもたせるべきである(佐藤・前掲注12) 140-142頁参照)。

ループとして定めることとなった¹⁵⁰。このような経緯のもと、「企業グループ内の組織再編成」ができたわけであるが、まず100%の完全支配関係がある場合での再編であれば何をやっても構わないとされ、50%超100%未満の場合には「独立事業単位要件」と「事業継続要件」というものが定められた。

「独立事業単位要件」とは、再編にあたって切り出されるもの、あるいはその結果生み出される新しい事業というものが、単なる資産の移転ではなく生きた事業であるということを証明するための要件である¹⁵¹。その要件は、主要な資産・負債の引継ぎと、従業者の概ね80%の引継ぎから成るが、従業者の引継ぎが要件とされた理由について阿部泰久は、「事業とは、やはり人・物・金であるという考え方がありまして、独立した事業単位ということを考えるにあたっては、単なる資産・負債だけではなくて、従業者を含める」としており¹⁵²、「事業継続要件」に関しては、グループ内で分社化して、それをすぐにグループ外に出してしまったり、やめてしまった場合は、単なる資産の切り出しに過ぎないことから、再編後の移転事業を継続していくことが必要と考えられた¹⁵³ために定められたとしている¹⁵³。

次いで、「共同で事業を行うための組織再編成」における適格要件の考え方であるが、これは、例えば上場企業同士の合併において、時価課税が行われると日本経済の将来をも危うくさせる可能性があることから、現実企画されているような組織再編成がもれなく一定の要件に当てはまるようにしたいとの意図で適格要件が定められた¹⁵⁴。では、「共同」とは具体的に何をいうのかというと、「事業関連性要件」や「規模要件」によって整理されている。「事業関連性要件」の「関連性」とは非常に曖昧な概念であり、同業同種など同じような仕事をしている者同士が組織再編成するのみならず、一緒にやることにより何らかのプラスの効果が生まれるということもあり得るため、ある意味広く捉えられており、複数の者が共同で事業を行うことによって、より経済的に望ましい効果が

¹⁵⁰ 阿部・前掲注108) 83頁

¹⁵¹ これはドイツにあった考え方を参考にしたが、ドイツほど厳格なものとはなっていないとされる(同上、86頁参照)。

¹⁵² 同上。阿部泰久は続けて、この80%という数字について、「従業者の全部を引継ぐことは現実的に無理であり、やはりアローアンスが欲しいということになり、結果的に80%になったのです。80%でなければならないという理屈はありません。75%でも90%でもよかったです。組織再編の実例では、リストラなどによっては、このくらいの数の人は減っていましたので、いろいろ議論をした結果、大体八割としておけば大きな支障はないため、80%に落ち着いたのです」と述べている(同86頁参照)。また、組織再編成税制創設当時に、財務省主税局に所属していた佐々木浩は、「従業者の引継ぎについては、どちらかという税制上の必須事項ではないのではないかといた指摘もありますが、事業を移転するということであればそれを構成する要素の一つでもあるのでといったことで置かれている規定」と述べている(佐々木浩ほか『企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望』69頁(大蔵財務協会、2012))。

¹⁵³ 同上[阿部]

¹⁵⁴ 同上、83頁

生じることが期待できるものは、「関連性」があるとされる¹⁵⁵。経済的な合理性が説明でき、関連性の要件はシナジー効果であればよいとすると、実際に要件を縛るのは、「規模要件」である。では、「規模要件」とは何かというと、二つの考え方が存在する。第一にあまりに規模が大きく違う者同士が行う共同事業は、あくまで大きい方が、小さい方を取得していると考えられることから、主税局はそれほど大ききの違わない者同士が行う共同事業にしたいと主張した¹⁵⁶。しかし、当時の共同事業に当たるような事案を整理し、その規模を比較するともっと幅広いことがわかったため経団連側は反対し、交渉の結果、一對五という数字に定められた¹⁵⁷。第二に、「規模」というのは何で判定するかという問題があるが、これは会社同士の規模ではなく、あくまで共同で行う事業の規模だけを比べればよいとされ、これによって、一對五という一見狭そうな範囲を非常に広く捉えることができ、世間的にも納得できる数字に落ち着いたとされる¹⁵⁸。それでも救われない場合、具体的には、中小金融機関の破綻を防ぐため、都銀と第二地銀が合併するなどの場合は、到底規模要件では当てはまらず、主税局側から「特定役員引継要件」というものが提案され、一つの要件として採用された¹⁵⁹。最後に、「共同で事業を行うための組織再編成」については、「株式継続保有要件」というものが課されているが、もともと「共同で行う」ということは、それぞれ共同で事業を行う者の投資価値を継続しなければならないと考えられるためである¹⁶⁰。

以上が合併時における適格要件とその趣旨であるが、株式交換の場合の適格要件も基本的には同様であり、まとめると下記の図表4のとおりである。

【図表4：株式交換における適格要件】

¹⁵⁵ 同上、84頁

¹⁵⁶ 同上。具体的には当初、四分の五から五分の四以内（125%から80%以内）という数字であり、これは国際的な会計上の相場が参考とされた。

¹⁵⁷ 同上

¹⁵⁸ 同上

¹⁵⁹ 同上。これは、規模要件に代わって、当時会社双方の役員、つまり常務クラス以上が経営に従事していればよいということであり、小さい方からも常務になる人が出て、通常の役員任期である一期二年を務めればよいとされる。

¹⁶⁰ 同上、86頁。「この点に関しては、継続保有というものを義務付けたとしても、現実には対応できない部分があり、特に上場企業において問題となる。上場株式であればいつでも売却することが可能であり、このような株式継続保有要件を定めたとしても、無意味でありフォローすることはできない。ではどうすればいいのかという議論が存在したわけであるが、結果的には株主の数が公募要件の50人というところで線が引かれた。つまり、株主が50人以上であればフォローしきれないが、50人未満であればきちんと株式継続保有要件を課するというものである」（同86頁参照）。

株式交換等における適格要件	100%支配	50%超支配	共同事業
金銭等不交付	○	○	○
(完全) 支配関係継続	○	○	—
従業者継続従事	—	○	○
事業継続	—	○	○
事業関連性	—	—	○
事業規模等	—	—	○
株式継続保有	—	—	○
組織再編後完全支配関係継続	—	—	○

(出所：筆者作成)

組織再編成が非適格となった場合の取扱い、そして適格となった場合の簿価引継扱いは、会社法上の取引が簿価であるか否かとは無関係に、税法における適格・非適格が判断されるため、会社法からの離脱を示しているようにもみえる¹⁶¹。組織再編成税制は、商法が会社分割制度を創設したことを契機として導入されたが、会社法（商法）上の会社分割であれば、すべて税法上の適格分割になるわけではなく、合併についても同様である。そのため、「会社法が認める取引を税法が認めないのはなぜか」という疑問が生ずるが、企業組織再編成税制は、「企業の競争力を確保し、企業活力が十分発揮できるよう、商法等において柔軟な企業組織再編成を可能とするための法制等の整備が進められている」¹⁶²ことを前提としているためである。なぜなら、会社法上の「認めない取引」という意味は文字通り会社法違反の行為であるが、税法上の「認めない取引」という意味は、取引が非適格になるということではなく、非適格取引は税法違反ではない。組織再編成税制については、条文上、非適格が原則的取扱いであり、さらに取引が非適格になっても、課税上常に納税者が不利になるというわけではない¹⁶³。したがって、「会社法が認める取引だから税法も認めるべき（すなわち適格とせよ）」という論理は説得的なものではないが¹⁶⁴、ただし、会社法で認められるこれらの取引が、なぜ組織再編成税制で非適格扱いされるのかということについて、税法からの理由付けが重要であること、そしてもしそれが

¹⁶¹ 渡辺・前掲注4) 39頁

¹⁶² 前掲注117)

¹⁶³ 渡辺・前掲注4) 40頁。例えば、含み損がある場合は、非適格になった方が課税上有利である。

¹⁶⁴ 同上

できなければ、適格組織再編成に関する2つの基準と7つの適格要件¹⁶⁵の設定自体を見直す必要がある¹⁶⁶。

スクイーズアウト税制の導入前の組織再編成税制は、組織再編成の種類を会社法上の概念から借用して、合併、分割、現物出資、現物分配、株式交換、株式移転に限っていた¹⁶⁷。組織再編成として、現物出資、現物分配、合併、分割が統合されて規定されたのは、これらの取引が、その用い方によって、一方では会社の設立行為の側面があり、他方では、企業合併・買収の面があるからである¹⁶⁸。そのうえで水野忠恒は、「もともと、課税の公平や中立性を配慮するために、法律上の構成にあたり、これらの取引・行為を並列させて一律に規定する必要があるとはいえないが、会社法においてはまったく異なるこれらの形態を、法人税制上は、整合的に扱い、そのために組織再編成という統一した枠組みに仕組むことは、取引の実質を重視する租税法の特色ともいえると思われる。……会社法においては、現物出資は取引法であり、会社の合併や分割は組織法・団体法であると峻別されているのであるが、そのステップを実質的にみれば、いずれも資産の移転と株式の移転・交換がなされるのであり、むしろ、統一的に規定するのが明確であるというのが租税法の考え方であると思われる¹⁶⁹と述べている。さらに、平成29年度税制改正で導入されたスクイーズアウト税制では、会社法上の組織再編とはされていない、「全部取得条項付種類株式の端数処理」「株式併合」「株式売渡請求」についても、「株式交換等」として税法上の組織再編成に組み入れられた。この会社法上の組織再編とされないものを、税法上の組織再編成として取り扱うこと自体については、会社法は課税のことを考えて作られているわけではないし、反対に税法は、会社、株主および債権者間の利害調整を本来の目的としていないため問題はないと考えられるが¹⁷⁰、重要なのは、税法と会社法とで齟齬が生じる場合に、税法が会社法とは異なる考え方をとる合理的根拠について(税法独自の立場から)説明しなければならず、

¹⁶⁵ 2つの基準とは、「(1) 企業グループ内再編成 (2) 共同事業再編成」であり、7つの要件とは「①対価要件、②支配関係継続要件、③事業関連性要件、④事業規模要件又は特定役員引継要件、⑤従業者引継要件、⑥事業継続要件、⑦株式継続保有要件」である。

¹⁶⁶ 渡辺・前掲注4) 42頁

¹⁶⁷ 渡辺徹也『スタンダード法人税法』237頁(弘文堂、2018)

¹⁶⁸ 水野・前掲注18) 537頁

¹⁶⁹ 同上

¹⁷⁰ ただし、税法解釈に際しては、私法との関係が常に多くの問題を有していることから、対立する2つの意見が存在する。1つ目は、国税庁、旧大蔵省及び一部の学者にみられる意見で、「税法には税法の独自性がある。したがって、税法解釈はあくまで課税目的に従って判断すべきであり、課税目的に反する民事法上の考え方は否認してよい」とする考え方であり、2つ目は、法務省の一部及び地裁の判事に多く見られる意見で、「公法は私法上の権利義務の立場に立って存在するものであり、税法は民事法上の秩序の上に立って存在するのであるから、税法解釈をその課税目的によって解釈することは許されるべきではない」とする考え方である(山本守之「事例から考える租税法解釈の在り方」税弘65巻9号148頁(2017)参照)。

そのためにも、組織再編成に関する原則等の明確化が重要な課題となる¹⁷¹。

2. 2 売買取引該当性と課税繰延べ理論

2. 2. 1 金銭対価

スクイーズアウト税制とは、具体的には、「①株式交換で少数株主に金銭を交付して完全子法人化するものを適格（適格株式交換等）とする改正」、「②全部取得条項付種類株式の端数処理・株式併合の端数処理・株式売渡請求で少数株主を排除して完全子法人化するものと株式交換と合わせて組織再編成（株式交換等）とし一定のものを適格（適格株式交換等）とする改正」、「③合併で被合併法人の少数株主に金銭を交付するものを適格合併とする改正」、「④スクイーズアウトの対象となった少数株主のみなし配当課税を緩和する改正」、「⑤非適格株式交換等において時価評価を行う完全子法人の資産を帳簿価額が1,000万円以上のものとする改正」、「⑥適格スクイーズアウトにより連結納税に加入することとなる法人の資産の時価評価を行わず欠損金の持ち込みも認める改正」の6つからなり¹⁷²、最大の特徴は、金銭対価の容認であるといえる。

平成19年度の税制改正前は、合併について合併法人の株式以外の資産が交付される場合には、その合併は適格合併とはならず、被合併法人において移転資産等の譲渡損益の計上が求められ、また被合併法人の株主においてみなし配当課税が求められるとともに、株式の譲渡損益の計上が求められていた。しかしながら、平成19年の会社法改正を受けて平成19年度の税制改正にて、合併についての適格要件及び被合併法人の株主の株式譲渡損益の計上を繰り延べる要件を満たす対価資産に合併法人の親法人株式が含まれた¹⁷³。この合併法人の親法人株式とは、合併法人との間にその合併法人の発行済株式の全部を直接に保有する関係がある法人すなわち合併法人の100%親会社の株式とされ、この改正により、三角合併が適格合併となりえることになった。この改正の趣旨としては、税制上は合併法人の株式以外の資産が交付されることもあり得るものとして規定が置かれているが、これは合併等対価の柔軟化が一般化される前の旧商法を前提として整理されていたこともあり、親法人の株式を特に取り上げてその取扱いが示されている訳ではなく、そのため、会社法の改正により一般的に可能となった「合併等対価の柔軟化による合併法人の親法人の株式を交付」を、従来の税制上の整理に当てはめると適格要件を満たさないこととなる。しかしながら、合併法人との間に直接の100%の資本関係がある親法人の株式であれば、その株式の保有を通じて合併法人に対する実質的な支配が継

¹⁷¹ 渡辺・前掲注4) 282頁

¹⁷² 朝長・前掲注1) 9頁

¹⁷³ 法人税法2条十二の八、61条の2第2項 また、分割、株式交換についても同様の改正が行われているが、内容な基本的には共通であることから省略する。

続できると考えられ、親法人の株式であっても合併法人の株式による直接的な支配と同等の状態を創ることができると考えられるためである¹⁷⁴。

かかる平成19年度の改正は、100%の持分関係にある法人を実質的に一体と捉える方向に向かうべきことを基本として理論構築と制度設計を行ってきた近年の改正の流れを踏まえたものであり、適切な改正となっているといえる。また、「100%の持分関係にある法人を実質的に一体と捉える」ということであるならば、100%親会社だけではなく、100%子会社株式もこの対価資産に含めるべきではないかという疑問も生じるが、合併法人の100%親会社の株式を合併によって交付しても合併法人と100%親会社の100%の持分関係は変更がないものの、合併法人が100%子会社の株式を合併によって交付した場合には合併法人とその100%子会社であった法人との100%持分関係は崩れてしまうことから、その合併を適格合併として従前の課税関係をそのまま継続されることとするのは適切ではなく、このような点からしても、三角合併における合併親法人株式について特例を設けた改正は基本的には評価できるといえる¹⁷⁵。その後、平成29年度税制改正によるスクイズアウト税制の創設によって、従来であれば無条件に「非適格組織再編成」と取り扱われていた金銭交付型の組織再編が、一部「適格組織再編成」として容認された。この点、朝長英樹は疑問を呈しており、「法人税法2条の適格組織再編成の定義規定では、金銭を交付する組織再編成は、100%グループ内の組織再編成、50%超100%未満のグループ内の組織再編成又は共同事業を行うための組織再編成のいずれであるにもかかわらず、全て非適格にするという仕組みである。これは、我が国の組織再編成税制においては、法人が移転資産の譲渡損益の計上を行うのか否かということに焦点を当てて、適格か否かということ来判断するという考え方が採られているためである。このようにして、法人税法2条の定義において、金銭を交付しないことにより『適格』となる可能性があることとなったものについて、さらに、支配関係が継続するのか否かということを含む判定が行われる、ということになっているわけである。これは、金銭交付によって非適格となるものについては支配の継続を理由として「適格」とすることができないということの意味しており、組織再編成税制がこのような構造となっていることは、法人税法2条の定義を正しく解釈すれば自明のことで

¹⁷⁴ 『改正税法のすべて 平成19年度版』272頁（大蔵財務協会、2007）

¹⁷⁵ 朝長英樹「会社法と租税法の交錯-組織再編成を中心として-」本庄資編『関連法領域の変容と租税法の対応』42頁（財経詳報社、2008）ただし、朝長英樹は「合併法人において、合併親法人株式につき、合併契約日に時価による譲渡と取得をしたものとしてその含み損益を清算するとともに、非適格合併によってその合併親法人株式を交付するときは帳簿価額により譲渡したものとす取扱いに関しては、やや疑問なしとしない」と述べている。

ある」¹⁷⁶と指摘している¹⁷⁷。

適格組織再編成に関する課税繰延べの理論的根拠は、「支配の継続性」と「投資の継続性」という2つの継続性からなり、つまり、「経済的実態に実質的な変更が無い場合に課税しない」という意味での実質主義であり、それに基づいて法人段階における「移転資産に対する支配の継続性」と株主段階における「投資の継続性」が要求されていると考えられる¹⁷⁸。しかし、法人税法2条の定義規定に存在する「組織再編成の対価を株式に限定すること」は、「適格組織再編成と売買とを区別するためであり、それが支配の継続性の審査と同義なのか明らかでない」¹⁷⁹との指摘もあるが、少なくとも、金銭等不交付要件自体は適格組織再編成と売買との区別のための要件である。対価に金銭が混じるということがあれば、その部分については資本等取引ではなく資産の譲渡取引が行われていると考えられる¹⁸⁰。これは、例えば合併の場合、被合併法人の財産を換価して現金にして交付するということになる、結局、財産をもらって金銭を対価として渡すことと同じであり、その場合は、仮に一部であってもその全体が譲渡なのだという前提に戻って考えるとされる¹⁸¹。つまり、今回のスクイーズアウト税制は、売買とされる組織再編成に関しても適格要件を認めることになり、「金銭交付の有無による適格判定」と「支配の継続の有無による適格判定」の階梯が異なるという、組織再編成税制の理屈に基づくものではない¹⁸²。そうであるならば、スクイーズアウト税制により、売買取引までも組織再編成税制に組み込まれるべきと考えるか、組織再編成税制における売買取引の概念に変化

¹⁷⁶ 朝長・前掲注1) 377頁

¹⁷⁷ 適格合併であれば法人税法2条十二の八、法人税法施行令4条の3が該当する。法人税法2条十二の八では、対価要件として、被合併法人の株主等に対し、合併法人株式又は合併親法人株式のいずれか一方の株式又は出資以外の資産が交付されないことを適格要件としている。

¹⁷⁸ 渡辺・前掲注4) 128頁

¹⁷⁹ 同上、133頁

¹⁸⁰ 阿部泰久=山本守之・前掲注6) 29頁

¹⁸¹ 菅原英雄「企業再編税制を巡る留意点(その1)」租税研究642号25頁(2003)

¹⁸² 朝長・前掲注1) 377頁。ただし、朝長英樹は「1円でも金銭が交付されれば組織再編成を常に「非適格」とするべきであると主張するつもりは毛頭ない。対価の大部分が株式で交付されて残りの一部分が金銭で交付される組織再編成は、その実態からすれば、対価が金銭のみで交付されるものよりも対価が株式のみで交付されるものに近いため、必ずしも、その組織再編成で移転する資産の全ての譲渡損益を計上されなければならないということにはならない、と考えられる。つまり、少額の金銭交付があったとしても、組織再編成の実態に即して、その金銭に対応する部分以外の部分について、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べさせるという「適格」があってもよい、ということである。このような「適格」と平成29年改正で設けられた「適格」との違いは、前者が後者とは違って100%グループ内の適格組織再編成、50%超100%未満のグループ内の適格組織再編成及び共同事業を行うための適格組織再編成のいずれにも共通するものであるということ、そして、前者が後者とは違って金銭の交付を受ける株主を特定の株主に制限しないものであるということである。組織再編成税制の理論と構造を正しく踏まえて、対価として少額の金銭が交付される組織再編成の取扱いを考えるとすれば、本来は、このように「適格」の範囲を広げるべきであるということになるはずである。」と述べている(同377頁参照)。

がもたらされたと考えるかのどちらかである。前者については、売買取引も組織再編成税制に組み込まれるという観点からすると、事業譲渡などについても組織再編成税制の対象となり得る可能性がある¹⁸³。このことから、組織再編成税制における売買取引の概念が変化したという後者を採用するのが妥当であろう。

「平成29年度改正税法のすべて」において、「組織再編成の適格要件のうち対価要件について、組織再編成前に特定の株主が対象会社を支配している場合において、その特定の株主に対象会社が吸収される合併が行われるとき又はその特定の株主の対象会社に対する持株割合が減少しないときは、組織再編成により少数株主に株式以外の対価が交付されたとしても、その特定の株主が株式の所有を通じて対象会社の資産を支配している状態に変わりがないといえるため、移転資産に対する譲渡損益（保有資産に対する評価損益）を計上する必要はないと考えられることから、支配関係がある法人間の吸収合併及び株式交換の対価要件が緩和された」¹⁸⁴とされているが、この説明であれば、支配の継続は、特定の支配株主についてだけ判断すればよいということになり、組織再編成税制導入時の課税繰延べ根拠である「支配の継続」概念からは大きく変化したことになるが、その理由は明らかではない。なぜ、締め出しの場合は、対価の1/3まで交付金を支払っても支配の継続があり、それ以外の場合に、例えば、支配株主に支払う対価の1%が金銭であった場合は、支配の継続がなくなるのか（たとえ残り99%の適格対価が従前の支配株主に交付されたとしても、なぜ支配の継続がないといえるのか）、たった1人の株主が金銭の交付を受けただけで法人の有していた資産の含み損益に課税され、かつ適格対価のみを交付された残りの株主についてもみなし配当課税が行われてきたこれまでの扱い¹⁸⁵と

¹⁸³ そもそも組織再編成税制は、営業譲渡により企業買収を行う場合には、資産の時価取引として譲渡損益課税が行われるが、他方、合併により企業買収を行う場合には、課税が繰り延べられるという問題を解決するために作られた税制である（佐藤信佑「株式交換等・移転税制の歴史の変遷と現行法上の問題点」税通73巻9号14頁（2018）参照）。さらに、合併と事業譲渡を比べると合併消滅会社の権利義務を包括的に承継する点と権利義務承継に関して個別承認を要しない点とが異なるが、それ以外の経済効果はほぼ同一であり、換言すれば、すべての事業を譲渡して清算することは、金銭交付合併を行うことと同等の経済効果があるといえる（朝長・前掲注10）59頁参照）。

¹⁸⁴ 『改正税法のすべて 平成29年度版』318頁（大蔵財務協会、2017）

¹⁸⁵ 適格合併に係る被合併法人の株主については、金銭その他の資産の交付を受けた場合でも、みなし配当課税は行われぬ（所得税法24条1項1号、所得税法25条1項1号）。これについて渡辺徹は、「そのような株主が受領したものの中身には、理論上、被合併法人の利益積立金額から払い出されたと考えるべき部分がある。みなし配当課税と株式譲渡損益課税の関係では、61条の2第1項1号や租税特別措置法37条の10第3項がみなし配当の金額を除いていることからわかるように、みなし配当先取りが原則的ルールである。したがって、交付金を受領してみなし配当課税がない説得的な理由が求められる」とし、このような取り扱いに疑問を呈している（渡辺・前掲注167）280頁）。

の理論的整合性が問われることになる¹⁸⁶。

さらに、株式交換と吸収合併においては、株式交換完全親法人となる法人又は合併法人となる法人が単独で株式交換完全子法人となる法人又は被合併法人となる法人の株式の3分の2以上を保有している場合にのみ、少数株主に金銭を交付しても「適格」となるとされているが¹⁸⁷、この数値基準を設けた趣旨・目的が不明である。従来から、100%と50%超という「支配」の数値基準が存在する中であって、それらとは異なる新たな「3分の2」以上という基準を設けていることから、本来はその根拠を明確に説明する必要がある。租税特別措置法ではなく、法人税法のなかに設けているため、なぜ「3分の2」であるのか、また、それが吸収合併と株式交換においてのみ用いられているのはなぜか、ということに関する明確で理論的な説明が求められる¹⁸⁸。この基準は、会社法における特別決議を意識したものではないかという推測も存在するが、会社法における特別決議と同じものとなっているわけではなく、しかも、我が国の法人税法はさまざま異なる外国の会社法制に服する外国の組織再編成をも対象として取り扱いを定めることとなることから、この説明は必須となる¹⁸⁹。

このように、金銭を交付して少数株主を締め出す行為は、「基本的考え方」にいう「投資の継続」や「支配の継続」を想定していた平成13年度の制度導入時における組織再編成とは大きく異なっているといえ¹⁹⁰、組織再編成税制全体を貫く理論とは無関係に、単に締出しを課税上優遇（締出しを通じた合併や完全子会社化を税制の面からバックアップ）したいというのであれば、改正は租税特別措置法で行うべきであったともいえる¹⁹¹。そのような点に対して、朝長英樹は、「そもそも、近年の法人税制の改正には、理論と政策の区分が的確に行われず、理論の法としての法人税法の改正として行うべきものを租税特別措置法の改正として行ったり、その反対に、政策の法と初手の租税特別措置法の改正として行うべきものを法人税法の改正として行う例が見受けられるが、法人税法と租税特別措置法の二つの税法が存在することの意味を再確認し、理論と政策を混同することのないようにする必要がある。法人税制は、法人税法と租税特別措置法の二つの法律によって成り立っているわけであるが、意味なく、そのような構造になっているわけではない」¹⁹²とし、「従来、法人税法の改正に当たっては、理論なき改正とならないようにするということが、非常に強く意

¹⁸⁶ 同上、275頁

¹⁸⁷ 適格株式交換であれば「法人税法2条十二の十七」、適格合併であれば「法人税法2条十二の八」である。

¹⁸⁸ 朝長・前掲注1) 378頁

¹⁸⁹ 同上

¹⁹⁰ 渡辺・前掲注167) 274頁

¹⁹¹ 同上、275-276頁

¹⁹² 朝長・前掲注175) 48頁

識されていた。理論なき改正は、納税者の理解を得ることもできず、予見可能性をなくしたり、執行における個別判断を混乱させたり、複雑怪奇なパッチワーク税制に陥るなど、様々な深刻な問題を引き起こすこととなる¹⁹³、という指摘をしている

2. 2. 2 全部取得条項付種類株式の端数処理等の位置付け

スクイーズアウト税制にて、全部取得条項付種類株式の端数処理・株式併合の端数処理・株式売渡請求で少数株主を排除して完全子法人化するものと株式交換とを合わせて組織再編成（株式交換等）とし、一定のものを適格（適格株式交換等）とするという改正が行われた。この根拠を「改正税制のすべて 平成29年版」にて確認すると、「これらの方法は、子会社の意思決定を必要とすること、少数株主の個別の意思にかかわらず強制的に少数株主から子会社株式が取得されることという点において、単なる資産の売買・交換とは異なる共通点を有するものであり、課税上の不整合は望ましくないと考えられることから、全部取得条項付種類株式の端数処理、株式併合の端数処理、株式売渡請求による100%子法人化を組織再編成に係る税制の下に位置付け、株式交換との間で税法上の取扱いが統一された¹⁹⁴、としている

まず、株式交換に係る課税上の取扱いは、平成11年の商法改正による株式交換等¹⁹⁵の制度の導入に伴い、株主における株式譲渡損益課税の見直しとして、平成11年の租税特別措置法改正により創設された。これは、一定の要件を満たす株式交換については、株式交換の対象である株式の譲渡益について課さず、株式交換により取得した株式を売却した際に、その株式の譲渡益として課税するものである¹⁹⁶。株式交換に係る課税の特別措置は、収益実現の取引である「交換」による課税の特例として、租税特別措置法に置かれたものである。すなわち、株主における課税繰延べとして、交換により取得した特定親会社株式の圧縮記帳を認める制度である。一方、特定親会社における特定子会社株式の受入価額は含み損益を反映させない、（株主における）帳簿価額等を基準としていることにより、当時の法人税法51条の「特定の現物出資により取得した有価証券の圧縮額の損金算入」における受入資産についての処理と同様の法整備を行ったと考えられる¹⁹⁷。

¹⁹³ 同上

¹⁹⁴ 前掲注184) 318頁

¹⁹⁵ ここでいう「株式交換等」とは、「株式交換」と「株式移転」のことを指す。スクイーズアウト税制の創設に伴い、新たに「株式交換等」という定義が生まれたことにより、誤解が生じる可能性がある。そのため、株式移転に関しても基本的には株式交換と同様の改正が行われているが、以下、株式交換にのみ言及し、「株式交換」とのみ記述する。

¹⁹⁶ 旧租税特別措置法67条の9の2、旧租税特別措置法施行令39条の30の2第2項

¹⁹⁷ 税理士法人プライスウォーターハウスクーパース『平成22年度産業組織法の適切な執行「組

旧法人税法 51 条では、現物出資法人が被現物出資法人の設立時の発行済株式の総数又は出資金額の 95%以上を継続保有することを条件として現物出資資産の含み損益の課税繰延べを認めるものだが、旧租税特別措置法 67 条の 9 の 2 においても、特定子会社株主における所得計算及び特定親会社株式の取得価額にこの考え方を反映させていると考えられ、したがって、株式交換は商法では合併類似の組織法上の行為として導入されたものと考えられるが、税務上は取引法上の行為と観念してその取扱いが整備されたものと考えられる¹⁹⁸。その後、会社法施行に伴う平成 18 年度の税制改正により、株式交換税制の規定が租税特別措置法から法人税法本法の組織再編税制の一部を構成するものとして新たに規定された¹⁹⁹。具体的な取扱いの内容としては、これまでの合併等に係る税制と整合性をもったものとするため、子法人の有する資産の含み損益に対する課税については、その株式交換が適格要件に該当するものかどうかにより判定し、その株式交換が適格要件に該当する場合には、法人が有する資産の含み損益を計上せず、適格要件に該当しないものである場合には、子法人の有する資産の含み損益を計上する。この場合、含み損益の計上は、子法人の有する資産は取引行為の直接の対象となっていないため、その時価評価により含み益及び含み損を計上することとされた。この平成 18 年度の税制改正の趣旨については、「改正税法のすべて 平成 18 年度版」を確認すると、「株式交換は、子法人となる法人の発行済株式のすべてを親法人となる法人に取得させる行為であり、したがって株主による任意の行為とは異なり、完全親子関係を創設する組織法上の行為と位置付けられ」としている。具体的には、「子法人がその発行済株式の全部を他の法人に取得させる行為であり、子法人が株式交換契約の締結当事者となるなど子法人の主体的な行為」であるためとされる。したがって、「子法人の株主にとっては、その個別意思とは必ずしも関係なく合併法人の株主がその個別意思とは必ずしも関係なく合併法人の株主になる合併と類似している一方、株主個々の個別意思に行われる「株式と株式の交換」といった事実行為と異なる」、とされる²⁰⁰。また、「株式交換により親法人は子法人の発行済株式の全部を取得することになるので、これにより、子法人の役員を選解任や子法人からの剰余金の配当に係る議決権を完全に掌握することから、子法

織再編の実態とそれにふさわしい税制のあり方に関する調査」調査報告書』42 頁（2011）

¹⁹⁸ 同上、42-43 頁。例えば金銭交付について、交付対応部分について譲渡損益が実現するが、株式交付部分には課税の影響を与えない点などがその特徴を表しているといえる。

¹⁹⁹ 租税特別措置法と法人税法本法での取扱いを比較した場合の大きく異なる点は、①他の組織再編税制と同様の税制適格要件を新たに設けられたこと、②対価要件の一つとして認められていた 5%未満の現金等対価の交付が、他の組織再編成税制と同様に認められないこととなったこと、③税制非適格の株式交換等の場合には、完全子法人の保有資産の評価損益を計上させることが挙げられる。

²⁰⁰ 『改正税法のすべて 平成 18 年度版』299 頁（大蔵財務協会、2006）

人の事業や資産、利益全てを親法人が実質的に支配することとなる……したがって、株式交換には、株式取得を通じて子法人の事業、資産を実質的に取得するのと同様の効果がある……合併は法人の事業や資産を直接的に取得する行為ですから、両者はこのような点で共通性がある行為とみることができます。言い換えると、『合併は会社財産の取得』であるのに対し、『株式交換は会社そのものの取得』である』とされている。そのような考えを踏まえ、「組織再編成の法的な仕組みが異なるとしても、実質的に同様の効果を得られる取引に対して異なる課税を行うとなると、組織再編成の手法の選択に歪みをもたらしかねないなどの問題が生ずることになり……株式交換等と合併の類似性に加え、株式交換によって出来上がる形態が、子法人を吸収合併した後に現物出資したのと同じ形態（完全親子会社関係）となることも考え合わせると、株式交換に対する課税は、課税の中立性等の観点から、合併等に係る税制と整合性を持ったものとするのが適当と考えられる」²⁰¹、とされる。そこで、株式交換に係る税制の見直しを行った上で、一体的な組織再編成に係る税制として再構築がされた。しかし、取得組織再編成の一形態としての株式交換取引は、M&A（企業買収）の性質を有しているということを見落としているという指摘がある²⁰²。株式交換を換言すれば、自社株式を対価として、対象法人を買う行為であり、A社が現金ではなく、自社株式でT社を買収する行為である。対価として現金等を用意しなくていいため、A社にとって実質的な買収コストが低くなるという利点が存在する。A社がT社の事業に魅力を感じ、株式交換でT社の株式を取得しようとするケースでは、通常A社とT社に持株関係が生じていないが、持株関係がない法人事業を取得するということは、企業買収の場面では、頻繁に行われることである²⁰³。また、M&Aという点を強調すれば、A社の公開買付けによるT社株の個別的取得も、立法論としては適格組織再編成の範疇に入ってもよいことになる²⁰⁴。ところが、我が国の組織再編成税制はそのような前提を取っていない。企業グループの再編成が基本形であり、それに要件を追加する形で制度を構築している。すなわち、組織再編成とは、そもそも互いに株式

²⁰¹ 同上

²⁰² 渡辺・前掲注4) 109頁

²⁰³ 神田・前掲注29) 346頁。一般に会社の事業を第三者に売却する場合を第三者からみて買収と呼ぶ（これに対して、企業グループ内での事業の移転などは、一般に企業の再編と呼ぶ）が、上場会社の株式のすべてを取得しようとする場合、いわゆる「二段階買収」の方法が利用されることが多い。通常は、第一段階として、公開買付の方法で対象会社の全株式の取得を試み、これで取得できなかった残りの株式を、第二段階として、株式交換や全部取得条項付種類株式制度を利用した取得などの方法である（同346-347頁）。

²⁰⁴ アメリカのB型組織再編成はこれに該当する。自社株式を対価とした公開買付け等で、A社が全T社株の80%以上を取得すれば、適格取引となる。しかし、我が国の組織再編成税制は、会社法を借用しているため、完全親子会社関係を作らない企業買収取引は最初から適格取引の枠外に置かれている（渡辺・前掲注4) 109頁参照）。

を保有し合う法人どうしが合併したり分割したりする行為、換言すれば、企業グループ内部におけるシャッフルを念頭に置いており、法人段階における「支配の継続」が重視され、株主段階における「投資の継続」が重要性において劣後しているのもそのことが理由と考えられる²⁰⁵。

次に、株式交換と全部取得条項付種類株式の端数処理等との整合性であるが、「改正税法のすべて 平成29年版」²⁰⁶にいう、「子会社の意思決定を必要とする」ことや、「少数株主の個別の意思にかかわらず強制的に少数株主から子会社株式が取得される」という点については間違いないが、組織再編成税制は通常の資産の売買や交換と異なるものが全て組織再編成となるという前提で作られているものではなく、全部取得条項付種類株式の端数処理等は通常の資産の売買や交換と区別する理由にはなっても、組織再編成と位置付ける理由には必ずしもならない²⁰⁷。そもそも株式交換は企業買収の手段に使われる可能性が高く、「買収には課税する」という考え方が取られた平成13年の組織再編成税制創設時には、組織再編成に組み込むことは見送られた²⁰⁸。その後、平成18年税制改正にて株式交換が組織再編成税制に組み込まれるが、当時の趣旨を確認すると、「組織再編成の法的な仕組みが異なるとしても、実質的に同様の効果を得られる取引に対して異なる課税を行うとなると、組織再編成の手法の選択に歪みをもたらしかねないなどの問題が生ずることになり……株式交換等と合併の類似性に加え、株式交換によって出来上がる形態が、子法人を吸収合併した後に現物出資したのと同じ形態（完全親子会社関係）となることも考え合わせると、株式交換に対する課税は、課税の中立性等の観点から、合併等に係る税制と整合性を持ったものとするのが適当と考えられ」²⁰⁹とされ、株式交換に係る税制の見直しを行った上で、一体的な組織再編成に係る税制として再構築がされたわけである。

しかし、法人が自ら行っていた事業を他の法人に移転して当該他の法人において事業を行うというものが「組織再編成」の本来の姿であり、有価証券取引である株式交換に関しても形式上は有価証券取引であるものの合併と同じように組織法上の行為であるとともに合併と同じようにすべての会社財産の取得とみてもよい実態があるため、「組織再編成」に含められたわけであるが、株式交換が合併と同じというケースと有価証券の売買や交換と実態が同じというケースとを区別する手掛かりが明確になってきたというのであれば、全部取得条項付種類株式の端数処理等を「組織再編成」と位置付けるのではなく、「組織再編

²⁰⁵ 同上、110頁

²⁰⁶ 前掲注184) 318頁

²⁰⁷ 朝長・前掲注1) 379頁

²⁰⁸ 同上、172頁

²⁰⁹ 前掲注200) 299頁

成」と位置付けることが適当でない株式交換を「組織再編成」から除くというのが本来の正しい改正の在り方との指摘がある²¹⁰。

2. 3 課税繰延べ理論の限界

課税繰延べとは、①資産を移転する者において譲渡損益を計上しないこと、②資産を受け入れる者において取得価額を引き継ぐこと、の二点からなるが、計上を延期した譲渡損益は、次にその資産を譲渡したときに計上されることとなる²¹¹。課税繰延べが認められれば、納税者は租税の支払いを延期する利益を得ることができるため、どのような取引に対して課税繰延べが認められるかということは、租税の支払いをできるだけ少なくしたいと考える納税者にとっても、歳入をできるだけ確保したいと考える政府にとっても重要な意味をもつ²¹²。

我が国における課税繰延べの根拠は、「経済的実態に実質的な変更がないと考えられる場合には、課税関係を継続させるのが適当である」とされ、法人においては、「支配の継続性」、株主においては、「投資の継続性」という概念が基礎に置かれているが、この根拠には大きな問題が存在する。それは、「経済実態に実質的な変更が無い」や、「支配の継続」、「投資の継続」とはどのようなことを意味するのか、どのような取引がこれに当てはまるのかの判断が困難であるということである²¹³。スクイーズアウト税制は、前述のように、今までは時価評価されるべき売買取引に該当すると思われるようなものも、適格組織再編成に組み込まれたとの指摘をしたが、このような問題はまさしく、どのような取引が「経済実態に実質的な変更が無い」取引に該当するのかが明確でない故に起こる議論である。しかし、ある取引についてそれが「経済実態に実質的な変更が無い」取引であるかどうかを判断することは非常に困難である。それは組織再編成自体が、売買契約や雇用契約などの典型契約とは異なり、また必ずしも一般的な取引慣行や取引相場もなく、多数の企業が関与して複雑巧妙なものであることが多いことに起因していると思われる²¹⁴。

²¹⁰ 朝長・前掲注1) 379-382頁

²¹¹ したがって、課税繰延べにおいては、納税者は課税の延期による利益を得ることができるのであり、課税の免除による利益を得るのではない。ただし、計上を延期した利益をもって将来の損失と相殺することにより、結果的に税負担を軽減することはあり得る。

²¹² 芳賀真一「企業組織再編成税制における課税繰延べの根拠と合理性：公平・効率・簡素の視点から」一法5巻1号361頁(2006)

²¹³ 同上、363頁。課税の繰延べを認めるべき範囲をめぐる問題を検討するには、課税繰延べを認める目的を明らかにする必要があるが、それ自体にどのようなメリットがもたらされるのかを説明するものもないことから、理解が非常に難しく、こうした考え方をもとにルールを設計し運用することにはある程度の困難が伴う(同361-362頁参照)。

²¹⁴ これについて芳賀真一は、「課税を繰延べるメリットが分かれば、それにしたがって『経済実態に実質的な変更が無い』取引の範囲を確定することができるかもしれない。しかし、そのようなことは、十分説明されていない」と言及している(同上、365頁参照)。

このように、「課税を繰り延べるべき取引」とは何を意味するかは不明確な状態にあるわけであるが、最も危惧すべきは、我が国には法人税法132条の2という組織再編成税制における租税回避否認規定が存在し、その解釈にあたって「濫用基準」²¹⁵という曖昧さがあることである。そのような状況では、納税者の組織再編成にかかる意思決定を委縮させ、租税の中立性が損なわれているといえるだろう²¹⁶。

小括

本章では、まず、組織再編成税制の基本的考え方を確認し、税制の在り方を整理するとともに、スクイーズアウト税制が我が国の組織再編成税制にどのように位置付けられるかを検討した。

我が国の組織再編成税制は、移転する資産や負債のキャピタルゲインに対する課税の取り扱いが中心に据えられており、「原則として、組織再編成により移転する資産等についてその譲渡損益の計上を求めつつ、特例として、移転資産等に対する支配が継続している場合には、その譲渡損益の計上を繰り延べて従前の課税関係を継続させる」という制度であり、会社法に規定されている組織再編行為（を構成する諸概念）を基礎として構築されている。適格組織再編成に関する課税繰延べの理論的根拠は、「支配の継続性」と「投資の継続性」という2つの継続性からなり、つまり、「経済的実態に実質的な変更が無い場合に課税しない」という意味での実質主義であり、それに基づいて法人段階における「移転資産に対する支配の継続性」と株主段階における「投資の継続性」が要求されている。そこで、スクイーズアウト税制の「金銭を交付する株式交換と合併（吸収合併）を適格とする」という特徴であるが、金銭等不交付要件は適格組織再編成と売買との区別のための要件であり、対価に金銭が混じるということがあれば、その部分については資本等取引ではなく資産の譲渡取引が行われていると考えられる。また、もう一つの「全部取得条項付種類株式の端数処理等を組織再編成として位置付けた上で要件を満たすものを適格とする」という特徴に関しても、株式交換取引はM&A（企業買収）の性質を有しており、全部取得条項付種類株式の端数処理等に関しても同様である。したがって、スクイーズアウト税制においては、売買取引とされる取引までもが適格組織再編成として課税の繰延べが行われ得るが、そもそも、この課税繰延べの根拠である「経済的実態に実質的な変更が無い」や、「支配の継続」、「投資の継続」とはどのようなことを意味するのか、「課税を繰り延べるべき取引」とは何を意味する

²¹⁵ 第4章を参照。

²¹⁶ 組織再編成税制を中立性の観点より研究したものとして、芳賀真一「適格組織再編に対する課税繰延べは税制を中立にするか—少ない負担で多くの税収を得るための条件—」福岡59巻2号247-296頁（2014）などが存在する。

かは不明確な状態にあることが明らかとなった。

そこで次章では、本章で明らかとなった組織再編成税制の課税繰延べの根拠理論とされる、「支配の継続性」、「投資の継続性」の概念を、我が国の判例より検証することを試みる。

3. 課税繰延べの理論に関する判例法理

3. 1 「支配の継続性」に関する事案-東京地判平成26年3月18日（訟月60巻9号1857頁）

本章においては、組織再編成税制の課税繰延べの理論である「支配の継続性」と「投資の継続性」の概念を検証するために二つの判例を取り上げた。

まず、「支配の継続性」であるが、この概念は「基本的考え方」²¹⁷以外に明確に説明がなされている資料がなく、ヤフー事件の地裁判決（東京地判平成26年3月18日）²¹⁸においては、この「基本的考え方」が参照されている²¹⁹。このことから、ヤフー事件の地裁判決より「支配の継続性」の外延を探った。

【事実の概要】

ヤフー株式会社（原告、以下「X社」という。）は、株式会社ソフトバンク（以下「ソフトバンク」という。）から、その100%子会社のソフトバンクIDCSソリューションズ株式会社（以下「IDCS」という。）の全株式を取得して特定資本関係を形成した後に、同社を被合併法人とする適格合併を行い、同社の繰越欠損金を引き継いで控除を行って、平成21年3月期の法人税の確定申告を行った。X社が、本件適格合併において、被合併法人IDCSの繰越欠損金を承継して控除したのは、X社の代表取締役甲（以下「甲氏」という。）が、本件特定支配関係形成2カ月前にIDCSの取締役副社長（特定役員）に就任した後に適格合併を行ったものであり、法定のみなし共同事業要件を充たしているということによる。

これに対して、麻布税務署長（被告、以下「Y」という。）は本件特定支配関係形成の2カ月前に甲氏がIDCSの特定役員に就任したことに関して、異常ないし変則で不自然、不合理であり、その制度の趣旨目的に反するものであるから、法人税法132条の2²²⁰を適用して、甲氏の特定役員就任の事実を否定し

²¹⁷ 前掲注117)

²¹⁸ 東京地判平成26年3月18日（訟月60巻9号1857頁）

²¹⁹ もっとも、高裁判決（東京高判平成26年11月5日（訟月60巻9号1967頁））においては、地裁判決の「移転資産に対する支配が継続することもなく」という部分が削除されており、「支配の継続性」の概念は、ヤフー事件の判決には、直接影響を及ぼしていない。

²²⁰ 法人税法132条の2は、以下のとおりである。

「（組織再編成に係る行為又は計算の否認）

て、みなし共同事業要件を欠く合併であるものとして、X社が行ったIDCSの繰越欠損金の控除を否認する更正処分を行ったものである。

【判旨】 請求棄却、控訴。

「法132条の2が設けられた趣旨、組織再編成の特性、個別規定の性格などに照らせば、同条が定める『法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの』とは、『①法132条と同様に、取引が経済的取引として不合理・不自然である場合』のほか、『②組織再編成に係る行為の一部が、組織再編成に係る個別規定の要件を形式的には充足し、当該行為を含む一連の組織再編成に係る税負担を減少させる効果を有するものの、当該効果を容認することが組織再編税制の趣旨・目的又は当該個別規定の趣旨・目的に反することが明らかであるものも含む』と解することが相当である」としたうえで、「組織再編成を構成する個々の行為について個別にみると事業目的がないとはいえないような場合であっても、当該行為又は事実で個別規定を形式的に適用したときにもたらされる税負担減少効果が、組織再編成全体としてみた場合に組織再編税制の趣旨・目的に明らかに反し、又は個々の行為を規律する個別規定の趣旨・目的に明らかに反するときは、上記②に該当する。」

「法132条は、同族会社においては、所有と経営が分離している会社の場合とは異なり、少数の株主のお手盛りによる税負担を減少させるような行為や計算を行うことが可能であり、また実際にもその例が多いことから、税負担の公平を維持するため、同族会社の経済的合理性を欠いた行為又は計算について、『不当に減少させる結果となると認められるもの』があるときは、これを否認することができるものであるとしたものであり、法132条の2とはその基本的な趣旨・目的を異にする」としたうえで、「ある経済的効果を生じさせる組織再編成の方法として何が『通常用いられるべき』法形式であるのかを、経済合

第百三十二条の二 税務署長は、合併、分割、現物出資若しくは現物分配（第二条第十二号の五の二（定義）に規定する現物分配をいう。）又は株式交換等若しくは株式移転（以下この条において「合併等」という。）に係る次に掲げる法人の法人税につき更正又は決定をする場合において、その法人の行為又は計算で、これを容認した場合には、合併等により移転する資産及び負債の譲渡に係る利益の額の減少又は損失の額の増加、法人税の額から控除する金額の増加、第一号又は第二号に掲げる法人の株式（出資を含む。第二号において同じ。）の譲渡に係る利益の額の減少又は損失の額の増加、みなし配当金額（第二十四条第一項（配当等の額とみなす金額）の規定により第二十三条第一項第一号又は第二号（受取配当等の益金不算入）に掲げる金額とみなされる金額をいう。）の減少その他の事由により法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるものがあるときは、その行為又は計算にかかわらず、税務署長の認めるところにより、その法人に係る法人税の課税標準若しくは欠損金額又は法人税の額を計算することができる。一 合併等をした法人又は合併等により資産及び負債の移転を受けた法人 二 合併等により交付された株式を発行した法人（前号に掲げる法人を除く。） 三 前二号に掲げる法人の株主等である法人（前二号に掲げる法人を除く。）」

理性の有無や事業目的の有無という基準により決定することは困難であり、これらの基準は、上記の類型に属する租税回避行為の判定基準として十分に機能しないものといわざるを得ない。他方、組織再編税制に係る個別規定は、特定の行為や事実の存否を要件として課税上の効果を定めているものであるところ、立法時において、複雑かつ多様な組織再編成に係るあらゆる行為や事実の組み合わせを全て想定した上でこれに対処することは、事柄の性質上、困難があり、想定外の行為や事実がある場合には、当該個別規定を形式的に適用して課税上の効果を生じさせることが明らかに不当であるという状況が生じる可能性がある」

「本件においては、特定役員引継要件が形式的には充足されてはいるものの、役員の出退という観点からみて、『合併の前後を通じて移転資産に対する支配が継続している』という状況があるとはいえず、施行令112条7項5号が設けられた趣旨に全く反する状態となっており、「法57条3項にいう『共同で事業を営むための適格合併等』に当たるとされる施行令112条7項の2号から4号までとの関係でみると、……本件合併は、その実質において、共同で事業を営むためのものとはいえず、単なる資産の売買にとどまるものと評価することが妥当なものであって、法57条3項にいう『共同で事業を営むための適格合併等』としての性格が極めて希薄であることが明らかであるといわざるを得ない」

【検討】

ヤフー事件は、主に租税回避の事案として扱われるが、ここではあくまで、判例における「組織再編成税制における支配の継続性」という概念の外延について考察する。

判旨では、「合併の前後を通じて移転資産に対する支配が継続しているとはいえず……単なる資産の売買にとどまるものと評価することが妥当」であることから、「法57条3項にいう『共同で事業を営むための適格合併等』としての性格が極めて希薄であることが明らかであるといわざるを得ない」として、「みなし共同事業要件」による繰越欠損金の引継ぎを否認しているが、これは大きな間違いである。

「支配の継続」というときの「支配」とは、本来、株式保有を通じた支配を意味し、株式を保有するということは、その株式を発行した法人への支配を通じて間接的に資産を所有していることをいう²²¹。平成13年度税制改正では、その間接的な所有に対して「支配」という言葉を用いることで、グループ内の

²²¹ 岡村忠生ほか「東京地裁平成26年3月18日判決の検討」税弘62巻7号35頁（2014）

組織再編成を適格とするという論理を構築したと考えられる²²²。組織再編行為では、移転資産に対する支配が株式保有を通じて継続する場合があるので、そのような場合については、譲渡損益に対する課税を繰延べるとというのが適格組織再編成の考え方であり、これは、法形式上は所有者の変化、すなわち、譲渡があっても、実態としてその支配に変化がないので、これを課税の機会とするのは適切ではないという立法上の判断によるものである²²³。しかし、それだけでは持分関係のないグループ外の組織再編成は適格とならないため、経団連側からの要望により共同事業要件を定めることとなった²²⁴。そのため、「支配の継続」からみると、共同事業要件は異質なものであり、「支配の継続」で組織再編成を説明すること自体には無理があると考えられる²²⁵。仮に「支配の継続」があり、それによって組織再編成が適格となっても、それだけで欠損金の引継ぎが認められるわけではなく、適格要件を充足したうえで、さらに、欠損金引継ぎのための要件を充たさなければならない。その要件が「みなし共同事業要件」であり、課税繰延べのための適格要件と、欠損金引継ぎのためのみなし共同事業要件とは異なるものであり、これらの趣旨は同じではない。裁判官はおそらく、適格要件のなかに「共同事業要件」があることから、混同してしまったと思われるが、両者は似て非なるものである。そもそも「基本的考え方」には欠損金に触れた部分はなく、「支配の継続」はあくまで「移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べる」ための概念であり、「支配の継続」を述べた部分はどこも特定役員の引継ぎとは直接は関係がない。本件における合併は、完全支配関係にある法人間の合併として当然に移転資産に対する支配の継続が認められるからこそ適格合併とされたのであり、判決が移転資産に対する支配の継続がないからといって、欠損金の引継ぎが認められないと述べたのは背理であり²²⁶、ここでの「支配の継続」は、単なるマジックワードとなっている可能性がある²²⁷。

以上のことから、「支配の継続性」では、「共同事業要件」や「みなし共同事業要件」を説明することができず、グループ内の組織再編成にのみ適用すべき考え方であることや、繰越欠損金の引継ぎの根拠とはならず、あくまで課税の繰延べの根拠でしかないという見解に達した。ただし、本判決を以てしても「支配の継続性」という概念を明確に説明することはできていない。「支配の継続性」という概念は、一見、課税の繰延べ理論を包括的に説明できる画期的な概念に

²²² 同上

²²³ 岡村忠生「組織再編成と行為計算否認(1)」税研 177 号 73 頁 (2014)

²²⁴ 阿部・前掲注 106) 81 頁

²²⁵ 岡村・前掲注 223) 35 頁

²²⁶ 同上、81-82 頁

²²⁷ 渡辺徹也「組織再編成と課税」岡村忠生編著『租税回避研究の展開と課題』141-143 頁 (ミネルヴァ書房、2017)

思えるが、このような包括的に説明できる概念は、結局は何も説明できていないのではなかろうか²²⁸。

3. 2 「投資の継続性」に関する事案-大阪高判平成15年6月27日（判タ1155号202頁）

所得税法33条により、譲渡時には譲渡益に対して課税されるのが原則であり、この譲渡には交換も含まれる。しかし、一定の要件を満たす同種交換について所得税法58条は課税繰延べを認めており²²⁹、本判決はこの課税繰延べの趣旨について言及したものである。この課税繰延べ理論の根底には、米国における組織再編成税制の課税繰延べの論拠となる「投資の継続性」の概念が採用されている²³⁰。すなわち、「投資の継続性」の概念は、組織再編成税制が創設される前より、所得税法58条において我が国に存在していた²³¹。そこで、本件を取り上げることにより、我が国における「投資の継続性」の概念を検証する。

【事実の概要】

個人X（原告・被控訴人）は、平成10年8月10日に、訴外Aとの間で、X所有の甲宅地とA所有のA宅地を、また、X所有の乙宅地と訴外B株式会社所有のB宅地とを交換する旨の契約を締結した。

平成10年9月24日、堺市から特別養護老人ホームの設置運営等を目的とする社会福祉法人D会の設立認可を受け、同年10月5日に設立登記がされ、Xは平成13年5月28日にD会の理事に就任した。

平成11年1月23日に、XはD会に対して、本件交換により取得したA・B宅地（以下「本件土地取得土地」という。）を寄付した。なお、元々は甲・乙宅地（以下「本件譲渡土地」という）にて、特別養護老人ホームを営むために本件譲渡土地を平成5年に取得していたが、周辺住民に反対され、堺市の紹介で本件交換が行われたという経緯があった。

²²⁸ 佐藤信佑『条文と制度趣旨から理解する合併・分割税制』67頁（清文社、2018）参照。

²²⁹ 武田昌輔は「交換は譲渡の一形態であり、2つの売買契約を単一化した契約とみることができるので資産を時価で譲渡し、資産を時価で取得したとみれば、本質的にキャピタル・ゲインに対し課税すべきことになる。しかし、キャピタル・ゲインに対する課税については、従来から種々議論があるところであり、同一種類の固定資産を交換したような場合には、同一の資産が継続して保有されているとみられるので、これについて課税することは問題もあることから、一定の条件に適合する交換については、譲渡がなかったものとみなし、キャピタル・ゲインに対する課税を繰延べ」としている（武田昌輔編『DHC コメントール所得税法第3巻』4262頁（第一法規、1983）参照）。

²³⁰ 水野・前掲注18）254-255頁

²³¹ ただし、投資の継続性が主に問題になる組織再編成税制においては、保有対象物の実質的同一性があるのに対し、所得税法58条の場面では、明らかに保有対象物の同一性がないという違いがある（浅妻章如「判批」ジュリ1297号167頁（2005））。

Xは本件交換につき、平成10年分の所得税の確定申告において、所得税法58条1項²³²の「固定資産の交換の場合の譲渡所得の特例」（以下「本件特例」という。）を適用して確定申告を行った。なお、Xは当該土地の寄付について、租税特別措置法40条を適用して非課税の特例の適用を受けている。

これに対して、Y（被告・控訴人）は本件取得土地をD会に寄付するために交換したような、暫定的、一時的な用途は特例の「同一の用途に供した」ものには該当しないとして本件特例の適用を否認する更正処分を行った。そこで、Xが更正処分の取消しを求めた事案である。第一審判決（大阪地裁平成14年10月10日判決（判タ1155号205頁））では、本件特例の適用を認めたため²³³、Yが控訴したものが本件である。

【争点】

本件の争点は、交換による本件取得土地を社会福祉法人に寄付することを前提として行った交換について、所得税法58条1項の本件特例が適用できるかという点である。

【判旨】控訴棄却、確定。

「譲渡所得に対する課税は、資産の値上がりによりその資産の所有者に帰属する増加益（キャピタル・ゲイン）を所得として、その資産が所有者の支配を離れて他に移転するのを機会に、これを清算して課税する趣旨のものであり、法33条1項にいう「資産の譲渡」とは、有償無償を問わず資産を移転させる一切の行為をいうものと解すべきであって、交換も資産を移転する契約の一類

²³² 所得税法58条1項「居住者が、各年において、一年以上有していた固定資産で次の各号に掲げるものをそれぞれ他の者が一年以上有していた固定資産で当該各号に掲げるもの交換のために取得したと認められるものを除く。」と交換し、その交換により取得した各号に掲げる資産（以下この条において「取得資産」という。）をその交換により譲渡した当該各号に掲げる資産（以下この条において「譲渡資産」という。）の譲渡の直前に用途と同一の用途に供した場合には、第三十三条（譲渡所得）の規定の適用については、当該譲渡資産（取得資産とともに金銭その他の資産を取得した場合には、当該金銭の額及び金銭以外の資産の価額に相当する部分を除く。）の譲渡がなかったものとみなす。（一）土地（建物又は構築物所有を目的とする地上権及び賃借権並びに農地法（昭和二十七年法律第二百二十九号）第二条第一項（定義）に規定する農地の上に存する耕作に関する権利を含む）（二）建物（これに付属する設備及び構築物含む。）（三）機械及び装置（四）鉱業権（租鉱権及び採石権その他の土石を採掘し又は採取する権利を含む。）」

²³³ 第一審では、「所得税法58条1項の文言からみても、交換取得資産を譲渡せずに一定期間所有することは本件特例の要件とはされていない」とし、「同一の用途に供したかどうかの判定基準につき、所得税基本通達58-6は、資産の種類に応じて所定の区分により判定することとし…用途の同一性の基準を地目類似の客観的な区分に求め、交換取得資産の取得目的等の主観的要素の考慮を排除したものと解する」としたうえで、「交換時において、居住者が交換取得資産を交換後に譲渡する目的を有していたとしても、そのことを理由として本件特例の適用を否定することはできないというべきである。」と判示している。

型であるから、売買等と同様にこれに含まれ、交換によって生じた譲渡益は、譲渡所得として課税の対象となるのが原則である。」

「もっとも、従前から所有している固定資産を同種の固定資産と交換し、交換取得資産を交換譲渡資産と同様の用途に供しているような場合には、実質的には同一の資産を継続して保有しており、経済的には資産の移転がなかったと同様の状態が継続しているものとみられるため、課税の機会とみるのが適当ではないということがある。また、担税力の観点からみても、交換によってキャピタル・ゲインに相当する金銭を取得したわけではない当事者に譲渡益について課税することは、酷な結果をもたらすこともありうる。本件特例は、このような趣旨から、〔1〕1年以上所有している同一種類の固定資産の交換であること、〔2〕交換取得資産が交換のために取得されたものでないこと、〔3〕居住者（所有者）が交換取得資産を交換譲渡資産の譲渡直前の用途と同一の用途に供したこと等の要件を満たす交換につき、譲渡がなかったものとみなして、譲渡益に対する課税を繰り延べ、その時点では課税を行わないこととしたものと解される。」

「このような本件特例の制度趣旨（同一資産の継続保有）に照らせば、法58条にいう、居住者（所有者）が交換取得資産を交換譲渡資産の直前の用途と「同一の用途に供した場合」には、原則として、一時的・暫定的な資産の保有・供用は含まれないと解するのが相当であり、居住者（所有者）が交換取得資産を交換後に他に譲渡する目的で資産を交換し、交換取得資産を一時的・暫定的に保有したにすぎない場合には、特段の事情のない限り、本件特例の適用はないものと解するのが相当である。」

「これを本件についてみるに、Xは、地元住民の反対によりその場所での計画を断念したものの、本件譲渡土地も本件取得土地と全く同様に、社会福祉法人を設立しこれに寄付して特別養護老人ホームの敷地にするために取得して保有していたものであり、Xにとって、本件交換は、特別養護老人ホームの用地を保有する状態に何らの変動ももたらすものではなく、実際に、本件取得土地は本件交換後Xの意図どおりに特別養護老人ホームの敷地として利用されており、本件におけるXの本件取得土地の保有は、B会への譲渡（寄付）を予定したものであるけれども、実質的には、本件交換前の本件交換土地と同様に、特別養護老人ホーム敷地として利用したものとみることができるといふべきであり、例外的に法58条の「同一の用途に供した場合」に該当するものと解するのが相当である。」

【検討】

（所得税法58条における課税繰延べの根拠について）

我が国の所得課税制度は、取得型（発生型）所得概念を前提としており、各人が収入等の形で新たに取得する経済的な価値、すなわち経済的利得を所得と観念している²³⁴。さらに、それは包括的所得概念を採用しているが、譲渡所得において明らかなように、所有資産の価値の増加益（キャピタル・ゲイン）などは、資産が譲渡によって所有者の手元を離れるまでは、その課税を差し控えることとしている²³⁵。所得税法33条1項における資産の「譲渡」は、有償無償を問わず、所有権その他の権利の移転を広く含む観念で、売買や交換等を当然に含むものである²³⁶。資産の処分として、キャピタル・ゲインに対する課税やキャピタル・ロスを控除するためには、そのような処分（取引）が「実現」をもたらすものとして取り扱われる必要があるが、交換が売買と同様に所得の実現をもたらすことに解釈上の争いはなく、交換取引においても、売買取引においても、当事者間で常に等価的取引が行われているのであれば、経済的には交換取引を二つの売買契約に分解した場合と同じである。その結果、課税交換取引において客観的な交換価値を前提とした等価的交換が行われた場合には、売買取引とその課税関係は同じになるべきであり、このことは現行租税法規のもとでも保証されている²³⁷。しかし、所得税法に規定する交換の特例は、一定の要件に該当する場合は、譲渡がなかったものとして、次の譲渡のときまで課税を繰り延べるものであり、理論的には、交換により実現はあるものの、実現した金額を認識しないと解すべきであろうが、我が国の規定はそもそも譲渡が生じないとして実現が生じなかったものとみなして、課税を繰り延べている²³⁸。

²³⁴ 金子・前掲注133) 187頁。所得型所得概念のもとでは、所得の範囲をどのように構成するかについて二つ考え方があり、一つは制限的所得概念で、経済的利得のうち、利子・配当・地代・利潤・給与等、反復的・継続的に生ずる利得のみを所得と観念し、一時的・偶発的・恩恵的利得を所得の範囲から除外する考え方である。これに対するアンチテーゼが、包括的所得概念であり、この考え方のもとでは、人の担税力を増加させる経済的利得はすべて所得を構成することとなり、したがって、反復的・継続的利得のみならず、一時的・偶発的・恩恵的利得も所得に含まれる。今日では、「担税力を増加させる」、「すべての利得を対象とし、累進課税のもとに置くことが再分配機能を高める」、「所得の範囲を広げることで、所得税制度のもつ景気調整機能が增大する」という三つの理由により、包括的所得概念が一般的な支持を受けている。(同187頁参照)。

²³⁵ 占部祐典「交換課税と課税の繰延べ—資産の交換か売買か—」292頁『公法学の法と政策(上)』(有斐閣、2000)

²³⁶ その他、競売・公売・収用・物納・現物出資なども譲渡に含まれると解されている(金子・前掲注133) 248頁参照)。

²³⁷ 占部・前掲注235) 292-293頁

²³⁸ 同上、305-306頁。しかし、占部裕典はこの課税繰延べ制度について、「実現要件は同じであるものの、法的には全く異なる交換と売買に係る資産の譲渡について、その経済的な効果は全く同じであるにもかかわらず、課税関係を異にすることがある。一つは非等価的交換又は等価的交換を売買により課税の繰延べを図る場合であり、一つは等価的な資産の譲渡を売買を用いずに交換により、交換の特例の適用を受けることにより課税の繰延べを図る場合である。…後者についても、このような課税の繰延べが売買か交換かという契約の選択により左右されることが公平であるといえるかが検討されなければならないだろう」と指摘している。

この所得税法58条における課税繰延べの理由としては2つある。第1に、要件を満たすような交換の場合、「実質的には同一の資産を継続して保有しており、経済的には資産の移転がなかったと同様の状態が継続しているものとみられるため、課税の機会とみるのが適当ではない」ということ（機能説）、第2に、「担税力の観点からみても、交換によってキャピタル・ゲインに相当する金銭を取得したわけではない当事者に譲渡益について課税することは、酷な結果をもたらすこともありうる」ということである（救済説）²³⁹。このうち機能説であるが、これは、譲渡資産と同種の使用資産を再び取得したのであるから、その取引によって積極的に利益を実現しようとする意思はないといえ、客観的にも、同種の機能を有する資産が留まっており、同一の実物資本が継続的に事業の用に供されているのに等しいことから、資産の移転という法律事実にかかわらず、実質的には利益を実現すべき契機がないため、課税が繰延べられると考えられる²⁴⁰。現在は機能説が基軸となっているが、これはアメリカ税法の規定を参酌して、実物資本の実質的な継続が認められる限り、交換からは所得は生じないとされ、これに救済説が加味されていると考えられる²⁴¹。水野忠恒は、この所得税法58条における課税繰延べについて、「同一種類の資産の交換は、同一の資産が継続して保有されているとみられるため課税する機会とみるのは適当ではない……このような取り扱いが譲渡所得の規定の解釈から導かれるとは思えないにもかかわらず、税務当局がこの取り扱いを認めてきたことをみると、この規定の立法後も優遇措置とは考えられていなかったことを伺わせる」²⁴²としたうえで、「同種の資産の間の交換、ならびに、同一の用途という要件は、投資の継続という趣旨をカテゴライズしていたものと解されるのであり、そのことが解釈・適用の基礎におかれなければならない」²⁴³、としている。

小括

本章では、課税繰延べ理論の根拠とされる「支配の継続性」と「投資の継続性」にかかる判例法理を検証した。

「支配の継続性」についてヤフー事件の地裁判決を検証してみるに、判旨では、「合併の前後を通じて移転資産に対する支配が継続しているとはいえず……単なる資産の売買にとどまるものと評価することが妥当」であることから、「法

²³⁹ 救済説に関しては、交換一般の場合にも納税資金の問題は生ずるので、所得税法58条の要件を満たす交換の場合に納税資金の問題を考慮するのはおかしいという疑問が湧き、他方で、交換であっても取得した固定資産を担保に資金調達を行うことが可能であるのではという疑問も湧く（浅妻・前掲注231）167頁参照。

²⁴⁰ 小宮保「資産の交換と税務上と取扱」税通16巻3号60頁（1961）

²⁴¹ 同上

²⁴² 水野忠恒「土地税制の手法—買換え・交換の特例を中心に—」租税18号78頁（1990）

²⁴³ 同上、80-81頁

57条3項にいう『共同で事業を営むための適格合併等』としての性格が極めて希薄であることが明らかであるといわざるを得ない」として、「みなし共同事業要件」による繰越欠損金の引継ぎを否認しているが、これは明らかな間違いであった。「支配」とは、「本来、株式保有を通じた支配を意味し、株式を保有するということは、その株式を発行した法人への支配を通じて間接的に資産を所有していること」とされているが、「支配の継続」で組織再編成における「共同事業要件」は説明できない。これは、「共同事業要件」自体が経団連側と課税庁側の交渉により生まれたものであり、持分関係がないグループ外の組織再編成も適格とするものであるためである。さらに、繰越欠損金の引継ぎについても「みなし共同事業要件」が存在するが、これは「支配の継続性」を用いて引継ぎを認めるものではない。「支配の継続性」とは、あくまで、「移転資産の譲渡損益を繰り延べる」ための概念である。このような「支配の継続性」という概念は、組織再編成税制における課税繰延べの理論を包括的に説明しているようで、結局は何も説明できていないという問題を明らかにした。

次に、「投資の継続性」にかかる判例を検証した。所得税法58条の課税繰延べの根拠であるが、「実質的には同一の資産を継続して保有しており、経済的には資産の移転がなかったと同様の状態が継続しているものとみられるため、課税の機会とみるのが適当ではない（機能説）」という考え方と、「担税力の観点からみても、交換によってキャピタル・ゲインに相当する金銭を取得したわけではない当事者に譲渡益について課税することは、酷な結果をもたらすこともありうる（救済説）」という考え方の2つが存在し、現在は「機能説」が基軸となり、それに「救済説」が加味されている。このうち「機能説」に関しては、所得税法58条が「同種の資産の間の交換、ならびに、同一の用途」という要件を課していることから、投資の継続という概念の現れであることが明らかになった。これは、米国の規定が参酌されているとされ、つまり、米国の「投資の継続性」の概念が、組織再編成税制より以前に、我が国の税法に導入されていた。

次章では、我が国の組織再編成税制の否認規定の適用可能性について検討したうえで、米国の組織再編成税制における「投資持分継続性（continuity of interest）」という概念を考察する。

4. 適格要件と租税回避否認の規準

企業買収を適格合併等により実行することで、含み益のある資産等や株式への課税を繰り延べる場合や、含み損のある資産を移転して株式を取得するタイプの適格組織再編成により、そもそも一つであった含み損を株式と資産で二重に利用するなど、組織再編成を使用したスキームには様々なものが考えられる

が、それら組織再編成を利用して税負担を軽減するとされる個々の行為が、果たして租税回避といえるかどうかが問題となる²⁴⁴ため、第一節では、まず租税回避という側面から、適格要件の合理的範囲を考察する。つまり、「金銭を交付する株式交換と吸収合併」と、「全部取得条項付種類株式の端数処理等を組織再編成として位置付けた上で要件を満たすものを適格とする」というスキーズアウト税制の特徴が存在する場合の企業買収行為が、適格組織再編成ではなく、租税回避行為として否認され得るかどうかある。次に、第二節において、米国における組織再編成税制の適格要件を考察する。特に、対価要件については投資持分継続性原理と呼ばれる課税理論が基礎となっており、ここから、我が国におけるスキーズアウト税制の適格要件の在り方についての示唆を得ることを目的とする。

4. 1 租税回避否認の法理

4. 1. 1 法人税法132条の2

租税回避を考えるに際し、まず重要なのが「租税回避」とは如何なるものかという考え方である。金子宏は、「私法上の形成可能性を異常または変則的な（「不自然」という言葉は、主観的判断の幅が広く、不明確度が大きいため、避けておきたい）態様で利用すること（濫用）によって、税負担の軽減または排除を図る行為」²⁴⁵であり、租税回避を2つの類型に分類し、「1つは、合理的または正当な理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、通常用いられる法形式に対応する税負担の軽減または排除を図る行為であり、2つ目は、租税減免規定の趣旨・目的に反するにもかかわらず、私法上の形成可能性を利用して、自己の取引をそれを充足するようにしくみ、もって税負担を軽減または排除を図る行為であり、いずれも、私法上の形成可能性を濫用することによって税負担を軽減・排除を図る行為とされる。」²⁴⁶とし、さらに清永敬次は、「税法上通常のものと考えられている取引形式を選択せず、それとは異なる取引形式を選択することにより、通常取引形式を選択した場合と同一またはほぼ同一の経済的効果を達成しながら、租税法上の負担を軽減または排除すること」であり、「租税回避が問題となるのは、課税要件とされている通常の

²⁴⁴ 渡辺・前掲注227) 123-124頁

²⁴⁵ 金子・前掲注133) 126-127頁

²⁴⁶ また、「租税回避」と「脱税」「節税」はそれぞれ異なるとされる。「脱税」は、「課税要件の充足の事実を全部または一部秘匿する行為であるのに対し、租税回避は、課税要件の充足そのものを回避し、または減免規定の適用要件を充足させる行為」とし、「節税」は、「租税法規が予定しているところから従って税負担の減少を図る行為であるのに対し、租税回避は、租税法規が予定していない異常ないし変則的な法形式を用いて税負担の減少を図る行為」であるとしている。ただし、節税と租税回避の境界は、必ずしも明確ではなく、結局は社会通念によって決めざるをえない（同上、127頁参照）。

取引形式とそうでない異常な取引形式が同じような経済的効果を達しながら租税上の負担に違いが生ずることにある。したがって、租税回避の意図を租税回避の概念の要素とする必要はない²⁴⁷とする。

これらの通説をまとめると、否認される租税回避²⁴⁸とは、少なくとも「①通常の相応な方法とは異なる異常な行為形式を選択し（行為計算の異常性・不合理性）、②それによって通常の行為形式を選択したときと同一の経済的・法的効果ないし経済目的を達成し（同一の経済目的の達成）、③その結果、通常の法形式による場合の租税負担を軽減または排除している場合（租税負担の減免）」の3つの客観的要件を充たすことが必要とされている²⁴⁹。

では、法人税法における組織再編成税制の行為計算の否認規定である、法人税法132条の2の判例法理とは如何なるものなのか。その創設趣旨を確認すると、「組織再編成の形態や方法は、複雑かつ多様であり、資産の売買取引を組織再編成による資産の移転とするなど、租税回避の手段として濫用されるおそれがあるため、組織再編成に係る包括的な租税回避防止規定を設ける必要がある。」²⁵⁰となっており、「過度なタックスプランニングが行われた場合には、執行当局が適切な課税を行うことができる規定にならなければならない」²⁵¹とされた。つまり、例えば適格合併要件を充足するために、60%支配の子会社の株式を買収して完全子会社化した直後に合併する場合等の「適格づくり」や、非適格組織再編成として譲渡損を計上するために、株式交付のほかに金銭を交付して「適格要件外し」をする場合も、課税庁が適正な課税を行うために、法人税法132条の2により否認される可能性が存在している²⁵²。スクイズアウト税制における具体的事例としては、最大株主であるA社が60%以上の株式を有しており、残りの40%の株式を個人株主Tが持っている場合において、個人株主TがA社に対し任意の株式売却に応じてくれる可能性があるとき（少数株主の同意を得られる場合）が想定される。始めに個人Bから10%部分のみを買い取り、その後、株式交換等により個人株主Tをキャッシュアウトすれば、組織再編成税制に該当し、適格株式交換等によりT社が時価評価されずにA社の100%子会社となる。T社をA社グループの連結納税に加入した場合は、T社は時価評価が行われず、さらにT社の繰越欠損金も連結グループに持ち込むことが可能とされ、さらに、T社に100%長期保有されていた子会社がある場合は、T社と同様に当該子会社についても時価評価の対象とはならず、欠

²⁴⁷ 清永敬次『ミネルヴァアーカイブズ 租税回避の研究』369頁（ミネルヴァ書房、2017）

²⁴⁸ 大淵博義は、これを「狭義の租税回避」と呼ぶ（大淵・前掲注11）86-87頁参照）。

²⁴⁹ 同上、87頁

²⁵⁰ 前掲注・117）

²⁵¹ 朝長英樹=山田博志「会社分割等の組織再編成に係る税制について」租税研究614号66頁（2000）

²⁵² 大淵・前掲注11）96頁

損金の切り捨ても生じないこととされる²⁵³。

このような企業買収行為を課税庁が否認するとなると、法人税法132条の2の規定を適用することになると考えられるが²⁵⁴、この法人税法132条の2は、判例上どのような解釈が行われたのだろうか。ヤフー事件の地裁判決²⁵⁵では、「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」とは、「(i) 法人税法132条と同様に、取引が経済的取引として、不合理・不自然である場合のほか、(ii) 組織再編成に係る行為の一部が、組織再編成に係る個別規定の要件を形式的に充足し、当該行為を含む一連の組織再編成に係る税負担を減少させる効果を有するものの、当該行為を容認することが組織再編成税制の趣旨・目的又は当該個別規定の趣旨・目的に反することが明らかであるものも含む」としたうえで、「組織再編成を構成する個々の行為について個別にみると事業目的がないとはいえないような場合であっても、当該行為又は事実個別規定を形式的に適用したときにもたらされる税負担減少効果が、組織再編成全体としてみた場合に組織再編成税制の趣旨・目的に明らかに反するときは、上記(ii)に該当する」と判示した。それを受けた高裁判決²⁵⁶では、「税負担減少効果を容認することが組織再編成税制の趣旨・目的又は当該個別規定の趣旨・目的に反することが明らかであるものに限り租税回避行為に当たるとして否認できる」という部分を第一審判決に追加している。したがって、下級審では、法人税法132条で採用されてきた経済合理性基準だけでなく、「組織再編成税制の趣旨・目的に反することが明らか」という趣旨目的基準を含めたものが、法人税法132条の2における基準であると位置づけている。つまり、法人税法132条における経済合理性基準に、趣旨目的基準を追加したものが法人税法132条の2における基準としているわけである²⁵⁷。

これに対して最高裁判決²⁵⁸は、「法人の行為又は計算が組織再編成に関する税制（以下、「組織再編成税制」）に係る各規定を租税回避の手段として濫用することにより法人税の負担を減少させるものであることをいうと解すべきであり、

²⁵³ 朝長・前掲注1) 385-386頁参照。

²⁵⁴ 連結納税制度として否認する場合は、法人税法132条の3が該当する。

²⁵⁵ 東京地判平成26年3月18日（訟月60巻9号1857頁）事実の概要等に関しては、第3章を参照。

²⁵⁶ 東京高判平成26年11月5日（民集70巻2号448頁）

²⁵⁷ 渡辺徹也「法人税法132条の2にいう不当性要件とヤフー事件最高裁判決（上）」商事2112号7頁（2016）このような下級審の判断については、法の趣旨・目的が必ずしも明らかにされていないことから、租税法律主義の観点からの批判が多くあった。（大淵博義「税法解釈における租税法律主義と租税公平主義との相克」

www.tkc.jp/~media/Tkc/tkcnf/news/docs/taxforum2014report_slc03.pdf（2019/01/05最終閲覧）、吉村政穂「『不当に減少』とその判断基準としての経済合理性」税弘62巻7号58頁、岡村忠生「組織再編成と行為計算否認(2)」税研179号65頁など）

²⁵⁸ 最判平成28年2月29日（民集70巻2号142頁）

その濫用の有無の判断に当たっては、①当該法人の行為又は計算が、通常想定されない組織再編成の手順や方法に基づいたり、実態とは乖離した形式を作出したりするなど、不自然なものであるかどうか、②税負担の減少以外にそのような行為又は計算を行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在するかどうか等の事情を考慮した上で、当該行為又は計算が、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的から逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるか否かという観点から判断するのが相当である」と示している²⁵⁹。すなわち、単に組織再編成の結果として法人税の負担の減少が生じたというだけでは足りず、組織再編成税制に係る各規定を租税回避の手段として「濫用」することでその結果が生じた場合に、はじめて不当性要件を充足するものと判断しているといえよう²⁶⁰。

そのうえで、「濫用の有無」を「当該行為又は計算が、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的から逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるか否か」で一元的に判断されるという考え方を示しており、画期的といえる²⁶¹。これは、経済合理性基準においては、「純経済人の行為として不合理・不自然であるか否か」という基準が用いられることと、組織再編成は売買契約や雇用契約などの典型契約とは異なるため、必ずしも一般的な取引慣行や取引相場があるわけではなく、多数の企業が関与して複雑かつ巧妙な租税回避行為が行われた場合、そもそも純経済人（特殊な利害関係がない一般的な経済人）の行為として自然かつ合理的な組織再編成とは何かという議論の出発点からその審理判断が困難であり、その不当性を適切に判断し得ない場合もあり得ると考えられることから、法人税法132条の2の不当性要件の該当性の判断基準として経済合理性基準をそのまま用いることは、組織再編成という事柄の性質上、必ずしも適切ではないと考えられるためである²⁶²。そこにおける判断材料としては、「①当該法人の行為又は計算が、通常想定されない組織再編

²⁵⁹ 本判決はこれに続けて、「本件副社長就任は、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、適格合併における未処理欠損金額の引継ぎを定める法57条2項、みなし共同事業要件に該当しない適格合併につき同項の例外を定める同条3項及び特定役員引継要件を定める施行令117条7項5号の本来の趣旨及び目的を逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるべきである。そうすると、本件副社長就任は、組織再編税制に係る上記各規定を租税回避の手段として濫用することにより法人税の負担を減少させるものとして、法132条の2にいう『法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの』に当たると解するのが相当である」として、上告を棄却している。

²⁶⁰ 北村導人「組織再編成に係る行為計算否認規定の解釈と実務対応」『ジュニ法務』16巻9号86頁（2016）

²⁶¹ 太田洋「ヤフー・IDCF事件最高裁判決の分析と検討」『税弘』64巻6号46頁（2016）

²⁶² 徳地淳=林史高「最高裁時の判例」『ジュリ』1497号85頁（2016）

成の手順や方法に基づいたり、実態とは乖離した形式を作出したりするなど、不自然なものであるかどうか」と、「②税負担の減少以外にそのような行為又は計算を行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在するかどうか等の事情を考慮した上で、当該行為又は計算が、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、組織再編成に係る各規定の本来の趣旨及び目的から逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるか否か」の2点である。①でいう「通常は想定されない組織再編成の手順や方法に基づく」こと、「実態とは乖離した形式を作出」することは例示だと読めるので、これ以外の方法であっても「不自然」とされる場合は存在することになる。②は「事業目的」等の有無を述べているわけであるが、「合理的な理由」という縛りがあるため、税負担の減少以外の目的の存在だけでは、不十分とされる可能性があり、合理性の判断は、結局目的に占める税負担の減少とそれ以外の要素の質的・量的な比較によることになるのであろうが、事柄の性質上、曖昧さが残ることは避けられない²⁶³。

このように、最高裁は下級審のように適用要件を示すのではなく、法文言の「不当」を「租税回避の手段として濫用」で受け止め、考慮すべき事項や判断の観点を提供している²⁶⁴。それでも、曖昧な規定が存在する状況に依然変化はなく、納税者の予見可能性の確保は十分とは言い難い。この結果、事業目的があり異常な法形式を選択していない場合であっても、同条の適用可能性は残ることとなり²⁶⁵、組織再編成税制に含まれる個別の規定において一定の課税上の効果が発生するための要件が厳格に定められている場合でも、法人税法132条の2により当該要件の充足が否認されうることになる²⁶⁶。

4. 1. 2 旧法人税法28条

上述した法人税法132条の2でいう濫用の判断基準のうち、「通常想定されない組織再編成の手順や方法に基づいたり、実態とは乖離した形式を作出したりするなど、不自然なものであるかどうか」についてであるが、現金対価のスクイーズアウトの場合は、二段階買収として使用されることが多いため²⁶⁷、特に段階取引として否認され得るかの懸念が生ずる。M&Aや企業グループ内再編を行う当事者には、税負担を最小限に抑えつつ、事業上の目的を達成しよう

²⁶³ 渡辺・前掲注257) 8頁

²⁶⁴ これは、行政処分に対する司法審査を後退させるが、法132条の2を税務署長への裁量付の規定と位置づけるものと考えられる(岡村忠生「判批」ジュリ1495号11頁(2016)参照)。

²⁶⁵ 同上

²⁶⁶ 太田・前掲注261) 47頁 それでも、判断基準を示すことで、予見可能性は大幅に改善されているとはいえよう(小塚真啓「判批」ジュリ1505号215頁(2017)参照)。

²⁶⁷ 松尾拓也ほか『スクイーズアウトの法務と税務〔第2版〕』99頁(中央経済社、2018)参照。

とするインセンティブが働くが、例えば、同じ目標に到達するための手法として、2つのスキームがあり、一方のスキームの税負担が他方のスキームの税負担より少ない場合は、当然に納税者は前者のスキームを採用することとなる。しかし、当該スキームについて組織再編成税制の濫用と認められるような場合は、租税回避行為であるとして、納税者が申告した課税額を否認することがあり得るわけであるが、その根拠の一つに、「段階取引の原則」という考え方が存在し²⁶⁸、当該スキームが複数の取引を複雑に組み合わせたような場合には、特にその問題が顕在化しやすくなる。

「段階取引の原則」とは、法形式上は複数の段階を踏んでいても、実体としては単一の取引であるべき事情がある場合に、実体に基づいた課税を行うものであるが、わが国にも、段階取引原則の考え方を採用することが可能であったと思われる事例があり、これは法人税法132条の前身の旧法人税法28条²⁶⁹について、課税庁が主張した同族会社の行為・計算の否認規定が排斥された事案である²⁷⁰。本件では、同族会社である存続会社が、同じく同族会社である消滅会社と合併契約を締結する40日前に、その消滅会社の株式を全て現金で買い取った場合に、合併前に買い取った消滅会社株式の代金を合併交付金とみなすことができるかが争点となったわけであるが、課税庁側の主張は、仮に株式の買取りが行われなければ、消滅会社の株主に対して交付されたであろう存続会社株式や合併交付金の一部が消滅会社の清算所得になるはずであったため、存続会社がその保有する消滅会社の株式に対してそれを交付しないことにより、その清算所得の発生が回避されたというものである。これは、第一に株式取得は当初より予定された消滅会社の合併という最終結果を前提とした一つの段階に過ぎないのか（すなわち、株式買取+合併という取引を交付金合併という単一の取引として取り扱うべきか）、という段階取引の問題として整理できるだろう²⁷¹。

²⁶⁸ 大石篤史「組織再編税と租税回避」金子宏編『租税法の発展』501-505頁（有斐閣、2010）参照。

²⁶⁹ 当時の法人税法28条は、「同族会社ノ行為又ハ計算ニシテ法人税逋脱ノ目的アリト認メラルモノアル場合ニ於テハ其ノ行為又ハ計算ニ拘ラズ政府ハ其ノ認ムル所ニ依リ所得金額及資本金額ヲ計算スルコトヲ得」と規定されていた。

²⁷⁰ 昭和33年5月29日判決（民集12巻8号1254頁）事実の概要は以下のとおりである。「同族会社X（原告・被控訴人・被上告人）は、昭和16年6月20日、訴外同族会社Aの全株式を買収し、同年8月1日の合併契約に基づき同年11月26日にAを吸収合併し、同年12月6日にその登記手続きが完了した。所轄税務署長（被告・控訴人・上告人）はXの右株式の買収行為は清算所得に関する法人税の逋脱を目的としたものであるとして、当時の同族会社の行為計算否認規定である法人税法28条に基づき、右買収行為にかかる株式買収代金を合併交付金とみなして、清算所得に関する法人税の決定処分をした。Xはこれを不服として、右決定処分の取り消し、および右決定処分に基づく既納付税額の返還を求め訴訟を提起した。」

²⁷¹ 大石・前掲注268）502頁参照。

第一審²⁷²では、「同族会社の行為計算否認の規定は勿論同族会社を非同族会社よりも不利益に取り扱うためのものではなく、同族会社は税金遁脱の目的で非同族会社では通常なし得ないような行為計算たとえば株主が社員に会社の資産を廉価で売却するようなことをする虞があるので、かかる場合にその行為計算を否認して、非同族会社が通常なすであろうような行為計算に引直して課税するためのものであるが、吸収合併前に被合併会社の全株式を買収することは必ずしも同族会社にして始めてなしうるような行為すなわち、純経済上より見て不合理な行為ではなくかかる行為を選択する可能性は同族会社であると否とにより少しも差異のないことは明白であるから、かかる行為は旧法人税法第28条の対象足り得ないものと解するのが相当である。」と判示して、Xの請求を認容した。さらに控訴審²⁷³においても、「一連の行為からして法人税遁脱の目的ありと認められるためには若し税金遁脱の目的を抜きにして見た場合、純経済人の選ぶ行為形態として不合理なものであると認められる場合でなければならない。しかるに同族会社の場合であると否とにかかわらず純経済人としては概して損得の打算に深慮を払い、努めて課税の対象とならない行為形態を選ぶことは当然のことであって敢えて、これを不合理と目することはできない」と第一審判決を支持し、これを受けた最高裁も、「本件株式の買収、会社の合併、及び増資なる一連行為からしては直ちに所論税金遁脱の目的があるものと認め難いのみならず、本件買収代金を以って合併交付金と認定すべき証拠上の根拠も認められない」として、下級審の判断を是認している。

しかし、本件を検討するうえで留意すべき事項は、会社法が施行される前の当時の旧商法では、交付金合併がみとめられておらず、取引の最終結果（消滅会社の株主に現金のみを交付して合併を行う）に到達するための他のスキーム（交付金合併）が、法律上存在しなかったという点である。仮にもし、当時の商法上、交付金合併が許容されていたのであれば、裁判所も交付金合併の可能性を考慮した可能性は高いと思われる²⁷⁴。株式買収の有無とは関係なく取引の最終結果が消滅会社と存続会社の合併であること、消滅会社株式が買い取られたのが合併契約締結のわずか40日前であり非常に短期間であるということ等に鑑みると、消滅会社の株主からの株式買収+合併という2つの取引は、実質的には一体というべき段階取引であって、何らかの事業目的が別途存在しない限り、否認可能であると考えられよう²⁷⁵。このことから、前述したスクイーズ

²⁷² 東京地判昭和24年4月23日（民集12巻8号1266頁）

²⁷³ 東京高判昭和26年12月20日（民集12巻8号1271頁）

²⁷⁴ 大石・前掲注268）503-504頁参照。

²⁷⁵ 同上、503頁。金子宏も本事案に関して、「このような場合には、税負担の減少以外になんらかの正当な理由があったかどうか審理すべきである」と指摘している（金子・前掲注133）502頁参照）。

アウト税制を使用した租税回避の事例についても、最終的に実施される株式交換は、事前に行われた任意の株式買取りと一連の取引と認定される（適格株式交換が否認される）可能性は存在すると考えられる²⁷⁶。

4. 2 米国における適格要件の捉え方

4. 2. 1 組織再編成税制の構造

我が国の組織再編成税制は、全く独自のものであり、米国型でも欧州型でもないとの指摘も存在するが²⁷⁷、投資持分継続性(continuity of interest) という米国が作り出した判例理論はどの国であろうと、この考え方が基礎になれば組織再編成税制は成り立たない²⁷⁸。そのため、米国における投資持分継続性(continuity of interest) 原理を考察することは、売買取引と組織再編との線引きを明らかにするにあたり有用と考える。

米国において、取引が368条の「組織変更(reorganization)」に該当すると、歳入法上、株主側(I.R.C. § § 354 and 356) や法人側(I.R.C. § 361) のどちらも原則として所得または損失が計上されず、未計上の所得または損失は、株主(I.R.C. § 358) または法人(I.R.C. § 362) が取得した適格資産の代替取得原価に織り込まれる。この「組織変更」の扱いを受けるためには、取引がI.R.C. § 368(a)(1)に定義された類型のどれかに該当しなければならず、さらに、規則において「投資持分継続性」「事業継続性」「事業目的」が要求されている。また、我が国のスクイーズアウト税制の対象である吸収合併と同様のものが「A型組織変更」に、株式交換が「B型組織変更」に、さらに組織再編成の範囲を合併からさらに拡大したものとして「C型組織変更」が米国の組織再編成税制に存在している。

(1) A型組織変更

まず、「A型組織変更」(以下、「A型」)であるが、これは州法等の「制定法上の吸収合併または新設合併(a statutory merger or consolidation)」が該当する²⁷⁹。吸収合併では、T社(被合併法人)の資産・負債がA社(合併法人)に移転し、T社は清算し、T社株主はA社株式を取得してA社株主となる。新

²⁷⁶ 上場会社の場合、第一段階目の株式買取りの手法としてTOBが使用されることが多く、TOBを行ったあとにスクイーズアウトを実施するスキームがある。TOBに関しても段階取引の懸念が生じ得るが、これについては、経済効果と法律効果が異なることから包括否認は難しいと考えるのが妥当であろう(佐々木・前掲注152) 69-73頁参照)。

²⁷⁷ 朝長・前掲注1) 368頁

²⁷⁸ 水野・前掲注21) 69頁 もともと、我が国と米国の税制では、株主の存在の大きさについての基本的な考え方に若干の相違があり、米国では「投資の継続性」という株主側が一番大事で、我が国では「法人支配の継続性」という法人側が表に出てきている(同77頁参照)。

²⁷⁹ I.R.C. § 368(a)(1)(A)

設合併では、新設法人A社が存続し、T1株式とT2株式はA株式に転換される。ただし、我が国同様、新設合併は一般的ではなく、我が国のスクイーズアウト税制においても吸収合併のみが対象となることから、吸収合併のみを検証する。州法上の合併が無条件にA型に該当するわけではなく、実体は分割であるような合併は排除される²⁸⁰。財務省は、かつて外国法に基づく合併はA型に該当しないとの見解であったが、外国法を除外する文言がないことを踏まえ、2006年改正後の現行財務省規則上は、外国法上の合併をA型から特に排除はしていない²⁸¹。もっとも、外国法上の合併を無条件にA型として認めたり、適格となる外国法上の合併を指定しているわけでもなく、「T社の全ての資産と負債がA社の資産と負債となること」や、「T社が消滅すること」を制定法上の合併とされるための条件としている²⁸²。対価要件に関しては、T社株主は、合併後も所有者利益 (proprietary interest) を維持することが求められることから、T社株式価値の少なくとも40%は、A社株式を対価として受け取ることを要請している²⁸³。つまり、60%部分に関しては、他の種類の対価 (boot) であっても許容されることを示唆している。

(2) B型組織変更

B型組織変更 (以下、「B型」) であるが、これはA社 (またはA社の親法人) が、その「議決権株式の全部または一部のみと交換で (solely for all or a part of its voting stock)」、T社株式を取得するものであるが、その取引の直後にT社を支配していなければならないとされる²⁸⁴。対価要件に関しては、A社 (またはA社の親法人) の議決権株式のどちらか一方のみが許されており、両方の組み合わせによることはできず、bootがある場合も、後述のC型組織変更のように、いわゆる20%猶予も許されておらず、B型として非適格となる。これは、投資持分継続性 (continuity of interest) 原理の厳格な解釈であり、B型においては、法人間で資産・負債の移転がない株式交換取引では単なる売買との区別をより厳格に行うためであると考えられる²⁸⁵。ただしこの制限は、端

²⁸⁰ See, Rev. Rul. 2005-1 C. B. 436.

²⁸¹ 高龍司「国際的組織再編成に関する米国連邦所得税上の取扱い—要点と最近の動向」青山慶二ほかグローバル時代における新たな国際租税制度のあり方～BEPSプロジェクトの重要積み残し案件の棚卸し検証～166頁 (21世紀政策研究所、2018)

²⁸² Treas. Reg. § 1.368-2(b)(1)(ii)

²⁸³ Treas. Reg. § 1.368-1(e)(2)(v) Ex. 1, 2(ii), 6, 8, and 12)

²⁸⁴ I. R. C. § 368(a)(1)(B) この場合における支配とは、議決権株式の総議決権の80%以上と、その他のすべての種類の総株式数の80%以上を所有していることをいう。I. R. C. § 368(a)(1)(C)

²⁸⁵ See, Burke, FEDERAL TAXATION OF CORPORATIONS AND STOCKHOLDERS 294(7th ed. 2014)

株調整金の支払いまでは禁じるものではない²⁸⁶。また、T社がT社株主に対して、通常の配当を行うことや²⁸⁷、株式の償還をおこなうことも基本的には認められている²⁸⁸。

(3) C型組織変更

C型組織変更（以下、「C型」）であるが、これはA型の範囲を拡大させたものとしてA型に類するものであるが、制定法に基づくものではない。C型は、A社がその「議決権株式（または、その親会社の議決権株式）の全部または一部のみと交換で（a part of its voting stock）」、「他の法人の実質的にすべての資産（substantially all of the properties）」を取得することである²⁸⁹。取得の対価は、「A社の議決権株式（または、A社の親会社の議決権株式）」でなければならないわけであるが、この場合のbootの有無の判定に際し、T社債務のA社による引受けは無視される²⁹⁰。つまり、債務引受けはbootとして扱われないのであるが、債務引受け以外のbootがある場合、T社の公正な市場価格による総資産の80%以上が議決権株式により取得されている場合には、bootを対価として使用することが認められている²⁹¹。次に、T社が「実質的にすべて」の資産を移転するというための要件としては、移転される資産が、T社の移転直前の総資産の70%以上で、純資産の公正な市場価格の90%以上であることが要求されている²⁹²。加えて、資産を移転した後にT社は組織変更により取得した株式、証券その他の資産、および移転されなかった資産を組織変更計画に基づいてすべて分配されることが要求されている²⁹³。このような所定の要件を満たした場合は、吸収合併に類似する資産の移転が組織再編成とされ、課税の繰延べが認められ、対価が議決権株式でなければならないという要件を除けば、C型はA型と非常に似ている。また、株式と株式の交換直後に事前の計画に従って、T社が清算されれば、B型に該当するものが、C型に該当する

²⁸⁶ Rev. Rul. 66-365, 1966-2 C. B. 116, 117. ただし、現金の支払いが、交換に付随的なものであり、独立して、交渉の結果支払われるものであってはならない。Rev. Rul. 81-81.

²⁸⁷ Rev. Rul. 56-184, 1956-1 C. B. 190; Rev. Rul. 68-435, 1968-2 C. B. 155; Rev. Rul. 69-443, 1969-2 C. B. 54; Rev. Rul. 70-172, 1970-1 C. B. 77.

²⁸⁸ Treas. Reg. § 1.368-1(e)(6), Ex. (9); Rev. Rul. 68-285, 1968-1 C. B. 147; Rev. Rul. 75-306, 1975-2 C. B. 110.

²⁸⁹ I. R. C. § 368(a)(1)(C)

²⁹⁰ I. R. C. § 368(a)(1)(C)

²⁹¹ I. R. C. § 368(a)(2)(B)

²⁹² Rev. Rul. 77-37, 1977-2 C. B. 568, § 301 いわゆる「90/70ルール」である。

²⁹³ I. R. C. § 368(a)(2)(G)(i) この規定は、分割型C組織変更の禁止の趣旨を徹底するためのものであり、T社がこの分配を行わないときは、取引は課税対象となる交換として扱われる。ピーター・P・ワイルディング・ルック・カレン・C・パーク 高橋真一訳『アメリカ法人税法』173頁（木鐸社刊、1996）参照。

こととなる²⁹⁴。例えば、買収法人がわずかな boot を支払ったため、B型と認められなかった場合に、資産の移転および清算の要件が満たされていれば、C型に該当する場合がある²⁹⁵。

4. 2. 2 投資持分継続性 (COI)

投資持分継続性 (continuity of interest、以下、「COI」) 原理とは、事業目的原理 (business purpose) 及び段階取引 (step transaction) に関する原理と並ぶアメリカ判例法上の重要な原理であるが、後の二つが税法全般に関係するのに対し、COI原理は、主として組織再編成の分野において機能するという特色がある²⁹⁶。投資持分が継続していない取引は、適格組織再編成とならず、課税繰延扱いが認められない。判例法上は、COI原理は組織再編成を売買と区別するために使用されてきた²⁹⁷わけであるが、「(1) 被合併法人とその株主は、合併法人の事業について、株主の法人資産に対する企業主としての実質的な利害関係 (実質的な所有者的利益) を有すること (the transferor corporation or its shareholders retained a substantial proprietary stake in the enterprise represented by a material interest in the affairs of the transferee corporation)」、「(2) 当該持分権益は、被取得法人から移転された財産の価額の相当部分であること (such retained interest represents a substantial part of the value of the property transferred)」という2つの要件が求められている (第5巡回区控訴裁判所 Southwest Natural Gas Co. 事件における Russell 裁判官の意見)²⁹⁸。つまりは、「もとの所有者は、組織変更後の法人についても継続した利益を維持しなければならない」²⁹⁹ということである。これらの問題は、株主の投資が組織再編成後の法人事業において、どのように継続しているかという「株主に関する問題」とされるが、しかし、COIの要件を満たさない場合は、取引そのものが非適格となり、株主段階だけでなく法人段階においても課税されることになる³⁰⁰。

COIの法理において、課税繰延への適用を受けるためには、資産の譲渡の対価が現金や短期約束手形では足りず、譲渡法人の株主はより確定した利益を維持しなくてはならないとされるが、では、どのような対価をどのくらい用い

²⁹⁴ Rev. Rul. 67-274

²⁹⁵ ヒーター・P・ワイルソン・ブルック・カレン・C・パーク・前掲注 293) 173 頁参照。

²⁹⁶ See, Bittker&Eustice, Federal Income Taxation of Corporations&Shareholders, ¶ 12.21[1] (2000); Block,

²⁹⁷ See, Bittker&Eustice, *supra* note 296, at ¶ 12.21[2][a].

²⁹⁸ Southwest Natural Gas Co. v. Commissioner, 189 F.2d 332, 334 (5th Cir, 1951)

²⁹⁹ See, Bittker&Eustice, *supra* note 296, at ¶ 12.21[1]

³⁰⁰ 渡辺・前掲注 4) 57 頁

れば適用が認められるのであろうか。John A. Nelson Co. 事件連邦最高裁判決³⁰¹においては、対価のうち38%が議決権のない優先株式で、残りは現金であったが、C O I が認められた。そこでは、「優先株式の所有者は、たとえ議決権が与えられていないとしても、発行人の事業について実質的な持分権益を持たないとはいえない (The owner of preferred stock is not without substantial interest in the affairs of the issuing corporation, although denied voting rights.) 」とされ、「合併存続法人における支配的持分権益は、(組織変更税制においては) 要求されていない (A controlling interest in the transferee corporation is not made a requisite purchaser)」とされた。一方、上述の Southwest Natural Gas Co. 判決においては、対価のうち株式が1%未満に過ぎなかったため³⁰² C O I は認められず、同様に、租税裁判所 May B. Kass. 事件³⁰³においても、対価のうち株式が約16%であったため³⁰⁴、C O I は認められなかった。これらの判例をまとめると、38%ではC O I が認められ、16%ではC O I が否定されており、区別されるべき境界はその間ということになるが、しかしその後、歳入庁のアドバンス・ルーリングでなされた線引きは、判例とはやや異なり、対価のうち50%が資産を譲受する法人の株式でならないとされた³⁰⁵。

ここで注意すべきは、B型においては一切の金銭対価が許されず、議決権株式以外の資産が交付されると不適格となるところである。これは、法人間での資産・負債の移転のない株式の移転では、組織再編成と単なる売買との区別するためのC O I 原理を厳格に適用するという考えであり³⁰⁶、C型についても公正な市場価格による総資産の80%以上については対価として議決権株式を用い

³⁰¹ John A. Nelson Co. v. Helvering, 296 U.S. 374(1935).

³⁰² Southwest Natural Gas Co. 事件では、「……当該企業へ出資参加する株主の法人資産に対する企業主としての継続的な持分権益を表彰していた。それは企業が支払った対価のうちの1%未満であった。(…represented the continuing proprietary interest of the participating stockholders in the enterprise. This was less than one per cent of the consideration paid by the taxpayers.)」とされており(*supra* note 298, at 335.)、株式を対価として取得した株主は0.8%ほどしか存在しなかった。

³⁰³ May B Kass v. Commissioner, 60 TC 218(1973)

³⁰⁴ 本件の事実概要を約言すれば、以下の通りである。当該納税者は、当該子会社の普通株式を2,000株保有していたところ、他の企業が公開買付けを通じてすぐに同会社の84%の株式を購入し親会社となった。その後、親会社は取締役会を開催、当該子会社が親会社へ合併する清算計画を承認した。合併後、まだ親会社に売却されていなかった子会社の残りの株式は、親会社の株式と1対1で交換され、その結果、当該納税者は親会社の株式2,000株を受け取った。しかし、納税者はこの取引にかかる売却益を申告しなかった。当裁判所は、当該合併が利益継続性テスト (the continuity of interest test) を充たしていなかったとの理由で、当該納税者は実現利益 (the realized gain) の課税繰延べ (nonrecognition) の適格性を有しないと判示した (*id.* at 218)。

³⁰⁵ Rev. Proc. 77-37, 1977-2 C. B. 568

³⁰⁶ 一高・前掲注 281) 169 頁

なくてはならず、組織再編の手法により、金銭対価の要件が異なっている³⁰⁷。このことから、米国においては組織再編の類型により、COI原理を画一的な要件とせず、柔軟に捉えていると言える。

小括

本章では、まずスキーズアウト税制を使用したスキームが、我が国の組織再編成税制における否認規定である、法人税法132条の2に該当する可能性について検討した。否認されるべき租税回避とは、少なくとも「①通常の相応な方法とは異なる異常な行為形式を選択し（行為計算の異常性・不合理性）、②それによって通常の行為形式を選択したときと同一の経済的・法的効果ないし経済目的を達成し（同一の経済目的の達成）、③その結果、通常の法形式による場合の租税負担を軽減または排除している場合（租税負担の減免）」の3つの客観的要件を充たすことが必要とされているわけがあるが、それを踏まえた法人税法132条の2の判例法理では、「濫用基準」という概念が用いられ、濫用かどうかの判断基準として、「①当該法人の行為又は計算が、通常想定されない組織再編成の手順や方法に基づいたり、実態とは乖離した形式を作出したりするなど、不自然なものであるかどうか」と、「②税負担の減少以外にそのような行為又は計算を行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在するかどうか等の事情を考慮した上で、当該行為又は計算が、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、組織再編成に係る各規定の本来の趣旨及び目的から逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるか否か」の2点が用いられること、そしてこれらの基準には依然曖昧さが残り、予見可能性の確保は十分とは言い難い状況を確認した。

続いて、スキーズアウトを使用した場合に問題となりやすい「段階取引」について、法人税法132条の前身である、旧法人税法28条にかかる判例を検討した。ここでは、会社法改正により、金銭対価により組織再編が認められている現在においては、スキーズアウト税制を用いた特定のスキームについて、租税回避として否認される可能性が存在するという現状を明らかにした。

上記を踏まえて、米国における組織再編税制の適格要件の捉え方を検討するに、米国が作り出した投資持分継続性(continuity of interest)という判例法理は、我が国の組織再編成税制の考え方の基礎になっていることや、米国では売買取引と組織再編との線引きを明らかにするために使用されていることがわかった。そこで、米国の組織再編税制におけるA型・B型・C型を検証すると、投資持分継続性が認められる金銭対価の割合は、A型では60%、B型では0%、

³⁰⁷ しかし、組織再編の類型によりこれら要件が異なる理由は必ずしも明らかでない（芳賀・前掲注212）343頁参照。

C型では20%という基準であり、類型毎に要件が異なることを確認した。このことから、米国においては、投資持分継続性が認められるbootの要件を、組織再編全体として画一的な割合とせず、類型により柔軟に定めていると言える。

おわりに

本稿では、平成29年度税制改正にて創設されたスクイーズアウト税制は、我が国の組織再編成税制における課税繰延べ理論にどのように位置付けられるのか、また、課税繰延べが認められる組織再編成と否認されるべき組織再編成の境界とはいかなるものかという問題点のもと、課税繰延べ理論と租税回避という両端から、スクイーズアウト税制における適格要件の合理性判断規準の考察を進めてきた。

1章では、会社法上の組織再編法制を俯瞰した上で、スクイーズアウト制度の導入の背景と問題点を明らかにした。まず導入の背景であるが、「競争力あるグループ編成を実現するためには、経済環境の変化に対応して、機動的な組織再編を可能とすることが必要となる。求められる組織再編の内容に応じて、多様な選択肢を設けるべきである」という国内からの要望と、「合併と同様に我が国の会社間における組織再編行為の一種である株式交換制度にかかる税制について、広く優遇的な措置が講じられていたわけであるが、欧米を中心に、外国企業が我が国においてM&Aを企画するに際して、国内企業に比して不当に不利な立場に立たされる」という海外からの要望によるものがあつた。そして、会社法施行から、「対価の柔軟化」に関する部分のみ1年間遅らせ、その間に企業が買収防衛策の導入等必要な対応を検討し、かつ、政府においても必要な措置をとることができるようにとの政治的判断により、平成19年に施行されたが、M&A（企業買収）が前提とされている制度であることが明らかとなったわけである。また、買収対象会社の残存少数株主の締め出しによる完全子会社化の方法は、閉鎖型のタイプにおいて「目的の不当性」より、会社法831条1項3号の適用の問題点を検証し、学説上、閉鎖会社における締め出しの許容性はより慎重に判断されるべきとされ、税法上その概念を借用している会社法上においても、スクイーズアウトについては問題点が存在するという見解に達した。

2章では、組織再編成税制の基本的考え方を確認し、税制の在り方を整理するとともに、スクイーズアウト税制が我が国の組織再編成税制にどのように位置付けられるかを検証した。適格組織再編成に関する課税繰延べの理論的根拠は、「支配の継続性」と「投資の継続性」という2つの継続性からなり、つまり、「経済的実態に実質的な変更が無い場合に課税しない」という意味での実質主義であり、それに基づいて法人段階における「移転資産に対する支配の継続性」

と株主段階における「投資の継続性」が要求されている。そこで、スクイーズアウト税制の「金銭を交付する株式交換と合併（吸収合併）を適格とする」という特徴であるが、金銭等不交付要件は適格組織再編成と売買との区別のための要件であり、対価に金銭が混じるといえることがあれば、その部分については資本等取引ではなく資産の譲渡取引が行われていると考えられる。また、もう一つの「全部取得条項付種類株式の端数処理等を組織再編成として位置付けた上で要件を満たすものを適格とする」という特徴に関しても、株式交換取引はM&A（企業買収）の性質を有しており、全部取得条項付種類株式の端数処理等に関しても同様である。したがって、スクイーズアウト税制においては、売買取引とされる取引までもが適格組織再編成として課税の繰延べが行われ得るが、そもそも、この課税繰延べの根拠である「経済実態に実質的な変更が無い」や、「支配の継続」、「投資の継続」とはどのようなことを意味するのか、「課税を繰り延べるべき取引」とは何を意味するかは不明確な状態にあることが明らかとなり、これこそが、本稿の問題点の根源となっていると結論した。

3章では、課税繰延べ理論の根拠とされる「支配の継続性」と「投資の継続性」にかかる判例法理を検証した。「支配の継続性」についてヤフー事件の地裁判決を検証してみるに、判旨では、「合併の前後を通じて移転資産に対する支配が継続しているとはいえず……単なる資産の売買にとどまるものと評価することが妥当」であるとして、「みなし共同事業要件」による繰越欠損金の引継ぎを否認しているが、「支配の継続」で組織再編成における「共同事業要件」は説明できない。これは、「共同事業要件」自体が経団連側と課税庁側の交渉により生まれたものであり、持分関係がないグループ外の組織再編成も適格とするためのものであるからである。さらに、繰越欠損金の引継ぎに関しても「みなし共同事業要件」が存在するが、これは「支配の継続性」を用いて引継ぎを認めるものではない。「支配の継続性」とは、あくまで、「移転資産の譲渡損益を繰り延べる」ための概念である。このような「支配の継続性」という概念は、組織再編成税制における課税繰延べの理論を包括的に説明しているようで、結局は何も説明できていないという問題を明らかにした。次に、「投資の継続性」にかかる判例を検証した。所得税法58条の課税繰延べの根拠であるが、「機能説」という考え方と、「救済説」という考え方の2つが存在し、現在は「機能説」が基軸となり、それに「救済説」が加味されている。このうち「機能説」に関しては、所得税法58条が「同種の資産の間の交換、ならびに、同一の用途」という要件を課していることから、投資の継続という概念の現れであることが明らかになった。これは、米国の規定が参酌されているとされ、つまり、米国の「投資の継続性」の概念が、組織再編成税制より以前に、我が国の税法に導入されていたわけである。

終章では、3章までに考察してきたスクイーズアウト税制の問題点が、具体的にどのような形で顕在化するかを検証した。すなわち、租税回避として法人税法132条の2が適用され否認され得るかどうかである。法人税法132条の2の判例法理では、「濫用基準」という概念が用いられ、そしてこの基準には依然曖昧さが残り、予見可能性の確保は十分とは言い難い状況であるといえる。さらに、スクイーズアウトを使用した場合に問題となりやすい「段階取引」について、法人税法132条の前身である、旧法人税法28条にかかる判例を検討したわけであるが、ここでは、会社法改正により、金銭対価により組織再編が認められている現在においては、特定のスキームについて、租税回避として否認される可能性が存在するという現状を明らかにした。上記を踏まえて、米国における組織再編税制を概観したわけであるが、米国が作り出した投資持分継続性(continuity of interest)という判例法理は、我が国の組織再編成税制の考え方の基礎になっており、また、米国では売買取引と組織再編との線引きを明らかにするために使用されている。そこで、米国の組織再編税制におけるA型・B型・C型を検証すると、投資持分継続性が認められる金銭対価の割合は、A型では60%、B型では0%、C型では20%という基準であり、類型毎に要件が異なることを確認した。このことから、米国においては、投資持分継続性が認められるbootの要件を、組織再編全体として画一的な割合とせず、類型により柔軟に定めていることがわかった。

以上、本稿における考察から次のことが言える。第一に、スクイーズアウト税制に組み込まれた組織再編のうち、特に金銭交付型の株式交換等に関してはM&A(企業買収)の性質を有していること。第二に、組織再編税制における課税繰延べ理論の根拠が非常に不明瞭であること、第三に、組織再編成税制における租税回避否認規定である法人税法132条の2についても必ずしも明確でないこと。第四に、上記3つの理由から、租税の予見可能性や中立性が損なわれていることである。これらを解決するには、組織再編成税制の課税繰延べ理論を明確にすべきであるが、我が国の組織再編成税制は米国に比し、歴史も浅く、非常に困難であるといえる。しかし、米国の組織再編税制のように、対価要件に関しては、組織再編の類型毎に定めるべきであると考えられる。具体的には、株式交換等については、金銭対価によるものを適格組織再編成として課税を繰り延べるべきではない。仮に、政策的な配慮からM&A(企業買収)の側面が強いものまで適格組織再編成として課税を繰延べるのであれば、課税理論上は単なる課税上の優遇措置、すなわち租税特別措置法に位置付けるのが妥当である。また、スクイーズアウト税制における租税回避否認規定であるが、法人税法132条の2だけでなく、場合によっては法人税法132の3や繰越欠損金の引継ぎなど波及すべき点も多いことから、整合的な視点も必要である。

この連結納税制度等との整合性については、今後の研究課題としたい。

参考文献

- 相澤哲「立案担当者による新・会社法の解説」別冊商事 295 号 (2006)
- 相澤哲「合併等対価の柔軟化の実現に至る経緯」別冊商事 309 号 (2007)
- 浅妻章如「判批」ジュリ 1297 号 (2005)
- 浅妻章如「ヤフー事件判決の検討」ビジネス法務 14 巻 9 号 (2014)
- 阿部泰久=山本守之「企業組織再編税制の考え方と実務検討」税弘 49 巻 6 号 (2001)
- 阿部泰久「改正の経緯と残された課題」別冊商事 252 号 (2002)
- 阿部泰久ほか「企業再編と租税法」別冊商事 252 号 (2002)
- 阿部泰久『立法経緯から読む会社法改正』(新日本法規、2014)
- 阿部泰久『法人税制 1980 年代から現在までの変遷』(ロギカ書房、2017)
- 阿部雪子『資産の交換・買換えの課税理論』(中央経済社、2017)
- 石山卓磨ほか『検証 判例会社法』(財経詳報社、2017)
- 伊藤公哉『アメリカ連邦税法 [第 6 版]』(中央経済社、2017)
- 一高龍司「国際的組織再編成に関する米国連邦所得税上の取扱い—要点と最近の動向」『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方～BEPS プロジェクトの重要積み残し案件の棚卸し検証～』(21 世紀政策研究所、2018)
- 岩倉正和=太田洋『M&A 法務の最先端』(商事法務、2010)
- 占部裕典「交換課税と課税の繰延べ—資産の交換か売買か—」『金子宏先生古稀祝賀・公法学の法と政策 (上)』(2000)
- 江頭憲治郎『『会社法制の現代化に関する要綱案』の解説 [IV]』商事 1724 号 (2005)
- 江頭憲治郎『株式会社法 [第 7 版]』(有斐閣、2017)
- 大石篤史「組織再編税と租税回避」金子宏編『租税法の発展』(有斐閣、2010)
- 大隅健一郎=今井宏『会社法論 (下 II)』(有斐閣、1991)
- 大隅健一郎「商法改正要綱に於ける会社合併の問題」論叢 26 巻 5 号 (1931)
- 太田洋編『M&A・企業組織再編のスキームと税務～M&A を巡る戦略的税務プランニングの最先端』(大蔵財務協会、2016)
- 太田洋「ヤフー・IDCF 事件最高裁判決の分析と検討」税弘 64 巻 6 号 (2016)
- 大塚章男「スクイーズアウトにおける「事業目的基準」の有用性」筑波ロー 2 号 (2007)
- 大淵博義「租税回避行為の否認法理とヤフー事件-最高裁判決の否認ロジックの相克-」租税訴訟学会編『租税訴訟第 10 号』(財経詳報社、2017)
- 大淵博義「税法解釈における租税法律主義と租税公平主義との相克」
www.tkc.jp/~media/Tkc/tkcnf/news/docs/taxforum2014report_slc03.pdf
- 岡村忠生『法人税法講義 [第 3 版]』(2008)
- 岡村忠生「組織再編成と行為計算否認(1)」税研 177 号 (2014)

岡村忠生「組織再編成と行為計算否認(2)」税研 179 号 (2015)

岡村忠生ほか「東京地裁平成 26 年 3 月 18 日判決の検討」税弘 62 卷 7 号 (2014)

『改正税法のすべて 平成 13 年度版』(大蔵財務協会、2001)

『改正税法のすべて 平成 18 年度版』(大蔵財務協会、2006)

『改正税法のすべて 平成 29 年度版』(大蔵財務協会、2017)

金子宏『租税法〔第 22 版〕』(弘文堂、2017)

笠原武朗「少数株主の締め出し」森淳二郎=上村達男編『会社法における主要論点の評価』(中央経済社、2006)

川浜昇「株式交換制度の創設とその問題点」ひろば 51 卷 11 号 (1998)

神田秀樹「新しい企業組織再編税制の基本的構造」商事 1596 号 (2004)

神田秀樹『会社法〔第 20 版〕』(弘文堂、2018)

北村導人「組織再編成に係る行為計算否認規定の解釈と実務対応」ビジネス法務 16 卷 9 号 (2016)

久保田安彦「判批」商事 2032 号 (2014)

小塚真啓「判批」ジュリ 1505 号 (2017)

小宮保「資産の交換と税務上の取扱」税通 16 卷 3 号 (1961)

佐々木浩ほか『企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望』(大蔵財務協会、2012)

佐藤信佑「組織再編税制、連結納税制度およびグループ法人税制の残された課題—平成 29 年度税制改正を受けて—」ビジネス法務 17 卷 10 号 (2017)

佐藤信佑「制度趣旨から理解する組織再編税制 (前)」税弘 65 卷 12 号 (2017)

佐藤信佑「制度趣旨から理解する組織再編税制 (後)」税弘 65 卷 13 号 (2017)

佐藤信佑「続・制度趣旨から理解する組織再編税制」税弘 66 卷 6 号 (2018)

佐藤信佑「株式交換等・移転税制の歴史的変遷と現行法上の問題点」税通 73 卷 9 号 (2018)

佐藤信佑「組織再編税制における『移転資産に対する支配の継続』概念について」ビジネス法務 18 卷 4 号 (2018)

佐藤信佑『条文と制度趣旨から理解する合併・分割税制』(清文社、2018)

柴田和史「合併法理の再構成 (2)」法協 105 卷 2 号 (1988)

ジョン・K・マカルティ「米国における企業組織再編に係る連邦所得税の基礎理論」租税研究 630 号 (2002)

菅原英雄「企業再編税制を巡る留意点 (その 1)」租税研究 642 号 (2003)

税理士法人プライスウォーターハウスクーパース『平成 22 年度産業組織法の適切な執行「組織再編の実態とそれにふさわしい税制のあり方に関する調査」調査報告書』(2011)

武井一浩「法律実務家の立場からみた企業組織再編税制とその論点」租税研究 626 号 (2001)

武田昌輔『合併の法人税務』(財務経済弘報社、1972)

武田昌輔編『DHC コメントール所得税法第3巻』（第一法規、1983）
田中誠二『三全訂会社法詳論・下巻』（勁草書房、1994）
玉國文敏「企業組織再編税制をめぐる将来的課題」武田昌輔編『企業課税の理論と課題』（税務経理協会、2007）
徳地淳=林史高「最高裁時の判例」ジュリ 1497号（2016）
朝長英樹=山田博志「会社分割等の組織再編成に係る税制について」租税研究 614号（2000）
朝長英樹「会社法と租税法の交錯-組織再編成を中心として-」本庄資編『関連法領域の変容と租税法の対応』（財経詳報社、2008）
朝長英樹『現代税制の現状と課題（組織再編成税制編）』（新日本法規、2017）
朝長英樹ほか『合併実務必携〔第3版〕』（法令出版、2017）
鳥山恭一「判批」法セ 673号（2011）
長畑周史「判批」青森法政論叢 13号（2011）
中東正文『企業結合・企業統治・企業金融』（信山社、1999）
中村慈美『平成29年版 図解組織再編税制』（大蔵財務協会、2017）
芳賀真一「企業組織再編成税制における課税繰延べの根拠と合理性：公平・効率・簡素の視点から」一法 5巻1号（2006）
芳賀真一「適格組織再編に対する課税繰延べは税制を中立にするか—少ない負担で多くの税収を得るための条件—」福岡 59巻2号（2014）
ピーター・P・ワイルディング=カリン・C・バーク 高橋真一訳『アメリカ法人税法』（木鐸社刊、1996）
一橋直美「企業組織再編税制について」租税研究 823号（2018）
藤田友敬ほか「会社法における合併等対価の柔軟化の施行」別冊商事 309号（2007）
松尾拓也ほか『スクイーズ・アウトの法務と税務〔第2版〕』（中央経済社、2018）
松本蒸冶『日本会社法論』（巖松堂書店、1929）
水野忠恒『アメリカ法人税の法的構造—法人取引の課税理論—』（有斐閣、1988）
水野忠恒「土地税制の手法—買換え・交換の特例を中心に—」租税 18号（1990）
水野忠恒「企業組織再編税制改正の基本的な考え方」別冊商事 252号（2002）
水野忠恒『体系租税法〔第2版〕』（中央経済社、2018）
三苦裕=遠藤努「ゴーイング・プライベート取引におけるキャッシュ・アウトに関する一般論（下）」金判 1405号（2013）
村井正『租税法と私法』（大蔵財務省印刷局、1982）
森本滋編『会社法コメントール 17—組織変更、合併、会社分割、株式交換等（1）』（商事法務、2010）
弥永真生『リーガルマインド会社法〔第14版〕』（有斐閣、2014）
山本守之「事例から考える租税法解釈の在り方」税弘 65巻9号（2017）

吉村政穂「『不当に減少』とその判断基準としての経済合理性」税弘 62 卷 7 号
渡辺徹也『企業組織再編成と課税』（弘文堂、2006）
渡辺徹也「法人税法 132 条の 2 にいう不当性要件とヤフー事件最高裁判決（上）」
商事 2112 号（2016）
渡辺徹也「組織再編成と課税」岡村忠生編著『租税回避研究の展開と課題』（ミ
ネルヴァ書房、2017）
渡辺徹也『スタンダード法人税法』（弘文堂、2018）
Burke, FEDERAL TAXATION OF CORPORATIONS AND STOCKHOLDERS (7th ed. 2014)
Bittker&Eustice, Federal Income Taxation of Corporations&Shareholders
(2000)

税制調査会「会社分割・合併等の企業組織再編成に係る税制の基本的考え方」
www.cao.go.jp/zeicho/siryou/a02kai_2.html
日本経済団体連合会「会社法改正への提言－企業の国際競争力の確保、企業・
株主等の選択の尊重－」www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2003/095.html
日本経済団体連合会「企業買収に対する合理的な防衛策の整備に関する意見」
www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2004/085.html
首相官邸「第 156 回国会における小泉内閣総理大臣施政方針演説（平成 15 年 1
月 13 日）」www.kantei.go.jp/jp/koizumispeech/2003/01/31sisei.html